

**בית המשפט המחוזי בירושלים**

26 מרץ 2012

ר"ע 3012-09 פיננסיטק בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין

בפני כב' השופט בדימוס משה רביד  
 חבר הוועדה משה יצחקי, שמאי מקרקעין  
 חבר הוועדה עו"ד ד"ר ליאור דוידאי

העוררת פיננסיטק בע"מ

נגד

המשיב מנהל מיסוי מקרקעין, ירושלים

כתבי עת:

[ליאור דוידאי, "מיסוי עסקות שקיימים בהן", משפט ועסקים, כרך ה \(תשס"ו\) 199](#)

ספרות:

[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)

[אירית חביב-סגל, דיני חברות, לאחר חוק החברות החדש](#)

**פסק דין****השופט (בדימ') משה רביד****העובדות שעליהן אין מחלוקת**

1. חברת Lakewood Investment Holdings (להלן – לייקווד) רכשה ביום 25.1.2006 מחברת הולילנד בע"מ (להלן – הולילנד) זכויות על מספר חלקות במתחם הצפוני והדרומי במתחם המכונה "מתחם הולילנד" (להלן – "מתחם הולילנד"), ליד שכונת בית וגן, בירושלים, תמורת הסך של \$30,500,000. ביום 6.8.2006 התקשרה לייקווד עם חברת נידר חברה לפיתוח בע"מ ומכרה לה בעסקת קומביניציה (להלן – "הסכם הקומביניציה") כ-50% אחוזים מזכויות הבניה. הצדדים לעסקה הצהירו על העסקה למס שבח ביום 13.6.2007. לייקווד לא עמדה בהתחייבויותיה, ולא שלמה במועד את יתרת התמורה להולילנד בגין רכישת מתחם הולילנד.

- נוהל מו"מ בין הולילנד ללייקווד ונחתמו תוספות לפיהן התחייבה הולילנד לשלם סכומים נוספים בשל הפיגורים בתשלום יתרת התמורה.
2. ביום 27.4.2007 נחתם הסכם אופציה בין העוררת ללייקווד לרכישת מחצית מזכויות לייקווד במתחם הצפוני בהסכם הקומבינציה ומחצית מהבעלות במתחם הדרומי. כחלק מההסכם העוררת העניקה ללייקווד הלוואה בסך \$7,000,000. בהסכם ישנו סעיף המאזכר את ההסכם בין לייקווד ונידר (סעיף 2.3-2.4). מימוש האופציה היה לשיעורין. התמורה בגין מימוש האופציה, אף היא היתה מדורגת בהתאם למועדים בהם התחייבה לייקווד לפרוע את הלוואה (סעיף 2.6). בסעיף 2.5.2 הוסכם כי תירשם הערת אזהרה לטובת העוררת בגין האופציה לרכישה שניתנה לה. כמו כן ניתנה לעוררת אופציה נוספת לרכוש את המחצית השנייה של מתחם הולילנד. הערת האזהרה אכן נרשמה. מאחר שנידר פיגרה, כאמור, בתשלום התמורה ללייקווד, נחתמו שלוש תוספות להסכם בין נידר לעוררת נידר שבהן נתנה ללייקווד הלוואה נוספת בסך שלושה מליון דולר. מועד פירעונן נידחה מידי פעם. היקף האשראי שנידר העמידה ללייקווד עמד על הסך של כ-121,000,000 ₪.
3. ביום 13.6.2007 הגישו הולילנד והעוררת הצהרה למס שבח בגין ההסכם מיום 27.4.2007. העוררת לא ציינה על גבי הטופס האם החלקות שקיבלה אופציה לרכישתן, ישמשו מלאי עסקי או לא (סעיף 7, עמ' 5).
- בהצהרה נאמר כי מס הרכישה הינו 0 ₪. ביום 4.12.2007 הוציא המשיב שומה זמנית, שבה חויבה העוררת לשלם למשיב מס רכישה בסך 2,341,380 ₪. המשיב קבע שיום הרכישה הנו 27.4.2007, יום חתימת הסכם האופציה.
- ביום 13.1.2008 הוגשה השגה על-ידי העוררת, במסגרתה טענה העוררת כי מדובר ברכישת אופציה ולא ברכישת מקרקעין ושוויה של האופציה ביום הרכישה היה 0 ₪.
- ביום 1.1.2009 ניתנה החלטה בהשגה ונקבע כי מדובר ברכישת אופציה בידי העוררת וכי שווי הרכישה יעמד על 1 ₪. שווי זה יקבע כשווי רכישה על-ידי העוררת.
4. בין לייקווד לבין נידר התגלעו חילוקי דעות באשר ליישום הסכם הקומבינציה ונידר הגישה לבית משפט זה תביעה, בין היתר, נגד לייקווד והעוררת בת"א 9293/07. ביום 24.10.2007 הוגשה בקשה מוסכמת לדחיית התביעה לאחר שהצדדים הגיעו להסדר פשרה אשר ניתן לו תוקף של פסק דין באותו יום (להלן – "ההסכם המשולש"). במסגרת ההסכם המשולש בוטל הסכם הקומבינציה ולייקווד מכרה את כל זכויותיה בחלקות הצפוניות במתחם הולילנד לנידר תמורת הסך 144,661,000 ₪ (סעיף 4.1-4.2). העוררת ויתרה על זכות האופציה שניתנה לה על-ידי לייקווד בחלקות הצפוניות במתחם הולילנד והסכימה למחיקת הערת האזהרה לטובתה "בתמורה לתשלום 17,100,000 ₪ שישולם לה מאת נידר..." (סעיף 4.3-4.4).

בסעיף 6.2 נאמר:

"בתמורה ליתורה של פיננסיטק (העוררת - מ' ר') על זכות הבררה הנתונה לה (אופציה) בחלקות הצפוניות וכן בתמורה להסכמת פיננסיטק (העוררת - מ' ר') לרכישת החלקות הצפוניות מלייקווד, ובכלל זה למחוק את הערת האזהרה הרשומה לטובתה בחלקות הצפוניות... תשלם נידר לפיננסיטק (העוררת - מ' ר') סך כולל של 17,000,000 (שבעה עשר מליון ומאה אלף) ₪. התשלום יבוצע כדלקמן:  
תשלום במזומן בסך כולל של 4,700,000 (ארבעה מליון ושבע מאות אלף) ₪.  
תשלום במזומן בסך כולל של 12,400,000 (שנים עשר מליון וארבע מאות אלף) ₪ ע.ג. אגרות חוב (סדרה א') של נידר...."

בסעיף 6.2.1 נאמר כי העוררת תקבל במזומן סך של 4,700,000 ₪; ובסעיף 6.3.1 נאמר כי הסך של 4,700,000 ₪ ישולם עד ליום 21.11.07; בסעיף 6.3.7 נאמר כי במקום התשלום לעוררת של הסך 12,400,000 ₪ הנזכר בסעיף 6.2.2, תשלם נידר לעוררת את הסך של 17,220,000 ₪ באגרות חוב סדרה א' של נידר. אגרות החוב ללייקווד ולעוררת יונפקו על דרך הרחבת הסדרה א' מספר נייר ערך 1101963 של אג"ח"ים שהנפיקה נידר ביום 14.2.07 על-פי ערכם הנקוב של האג"ח"ים ועל פי התנאים הנלווים לאג"ח"ים אלה. "למען הסר ספק מובהר כי ככל שתחול חסימה על פי דין על אגרות החוב שיוקצו, המסחר בהן יעשה בכפוף להוראות החסימה" (סעיף 6.4). "תמורה זו (באגרות חוב) תוקצה לטובת פיננסיטק לא יאוחר מ-21 יום ממתן התשלום הראשון" (סעיף 6.3.7). העוררת אישרה לנידר לשלם את הסכום במזומן תחת הקצאת אג"ח"ים. האג"ח"ים בערך נקוב של 17,220,000 ₪ שנסחרו בעת ביצוע ההקצאה בניכיון, בשווי של 12,400,000 ₪, הוקצו לעוררת ביום 26.12.07.

5. ביום 10.12.2007 הגישו העוררת ונידר הצהרות על מכירת זכות במקרקעין למשיב. כותרת הטופס היא: "הצהרת מוכר על מכירת זכות במקרקעין שהרווח נתון לשומת מס הכנסה ומבוקש פטור לפי סעיף 50 לחוק מיסוי מקרקעין" (להלן - טופס הצהרת המוכר). את העוררת ייצג בהכנת טופס הצהרת מוכר עו"ד אברהם אברמן ממשרדו של עו"ד אברמזון ונידר, יוצגה על-ידי עו"ד גד ויסקינד (ראו סעיף 73 (ג) לחוק). עוד נאמר בטופס הצהרת המוכר כי העוררת מבקשת פטור לפי סעיף 50 לחוק, הדין במכירה החייבת במס הכנסה (ראו חלק ב' לטופס). בחלק ו' (סעיף 3), הצהרת הרוכש, אין התייחסות לשאלה האם הנכס הנו מלאי עסקי לצורך פקודת מס הכנסה.

במכתב לוואי לטופס הצהרת המוכר, הנושא את התאריך 4.12.2007, כתב ב"כ העוררת, לאחר שסקר את הדרך שבה ניתנה לעוררת אופציה לרכוש חלק מזכויות לייקווד במקרקעין ורישום הערת האזהרה, את הדברים הבאים:

בין הולילנד ללייקווד נתגלעו חילוקי דעות באשר ליישומו של הסכם הקומביניציה שסופם בהגשת תביעה משפטית על-ידי נידר וסיום ההליך בהסכם פשרה שביטל את הסכם הקומביניציה.

בנתחו את העסקה המשולשת מבחינה משפטית ותוצאותיה מבחינת דיני המס, כותב ב"כ העוררת:

**"בידי המוכרת (העוררת - מ' ר') עמדה זכות ברירה לרכוש את זכויותיה של לייקווד במתחם הצפוני על-פי תנאי האופציה. במסגרת הפשרה אליה הגיעו הצדדים, הסכימה המוכרת (העוררת - מ' ר') לוותר על מימוש זכות הברירה במתחם הצפוני וזאת תמורת סכום השווה ל-17.100,000 ₪. ביום 23/10/2007 בוטלה עסקת הקומביניציה על פי הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין ולייקווד התקשרה מחדש עם נידר בהסכם למכירת מלוא זכויותיה במתחם הצפוני ... במסגרת זו ויתרה המוכרת (העוררת - מ' ר') על זכותה לממש את האופציה כאמור".**

בהתייחסו לשווי המכירה, כותב ב"כ העוררת:

**"בתמורה לויתור על מימוש האופציה של המוכרת במתחם הצפוני, הרוכשת (נידר - מ' ר') התחייבה לשלם לה את הסכומים המפורטים להלן:  
תשלום במזומן של 4,700,000 ₪.  
הקצאת אגרות חוב של מידר בשווי שוק של 12,400,000 ₪.  
שווי המכירה מגיע לסכום של כ-17,100,000 ₪".**

עוד נאמר במכתב הנלווה, כי יום הרכישה של העוררת הוא 27.4.2007 ויום המכירה לנידר הוא 23.10.2007. שווי הרכישה הוא אפס. לפי שווי הרכישה כאמור לעיל, שיעור מס הרכישה בשיעור 5% הוא 855,000 ₪.

בסיום המכתב נאמר כי העוררת שומרת לעצמה את הזכות להמציא אישור מפקיד השומה שהרווח ממכירה זו נתון לשומה לפי [פקודת מס הכנסה](#).

6. המשיב קבע ביום 1.1.2009 כי שווי האופציה הוא 1 ₪, כאמור בהחלטה הקודמת שנתן וזהו שווי הרכישה.

7. ביום 13.1.2009 שלחה העוררת נימוקים נוספים להשגה. בנימוקים הנוספים אישרה העוררת כי קיבלה מנידר במזומן 4,700,000 ₪ ואג"ח בערך נקוב של 17,220,000 ₪, שנסחרו באותה עת בבורסה בניכיון, כך שהערכת שווי האג"חים היתה 12,400,000 ₪. ביום 20.12.2007 התקבל אישור הבורסה להקצאה פרטית של האג"חים והם הועברו לעוררת ביום 31.12.07. לפי סעיף 15ג [לחוק ניירות ערך](#), תשכ"ה-1965, באג"חים שהוקצו בהקצאה פרטית קיימת הגבלה מוחלטת במשך 6 חודשים ממועד ההקצאה של האג"חים על מכירתם ובמשך שישה רבעונים עוקבים ניתן להציע בכל רבעון עד 1% מהאג"חים המונפקים.

בסמוך לאחר המכירה מצבה הכספי של נידר הורע והיא ביקשה וקיבלה מבית המשפט צו להקפאת הליכים. המסחר באג"חים של נידר הופסק ביום 23.7.08. מחיר האג"חים ביום האחרון למסחר עמד על 27.51 אגורות, קרי 37.5% מהשווי של אג"חים מסדרה א' שנסחרו בבורסה ביום המכירה.

בשלב כתיבת נימוקי ההשגה הנוספים, פקיד השומה לא אישר שיש למסות את העסקה לפי פרק ב' לפקודה.

8. ביום 27.5.2008 הגישה העוררת השגה על השומה מיום 1.1.2008, שבו חזרה על הטענה כי הסכימה לוותר על מימוש זכות הבררה במתחם הצפוני תמורת הסך של 17,100,000 ₪. עוד נטען כי על המשיב היה לכבד את הצהרת העוררת בטופס הצהרת מוכר ולאפשר לה להמציא אישור לפי סעיף 50 לחוק מפקיד השומה. ביום 8.1.2009 דחה המשיב את ההשגה.

#### 9. הטענות של העוררת בהשגה שנשלחה ביום 13.1.2009 והתקבלה אצל המשיב ביום 14.1.2009:

מדובר בטענות חדשות שהן שינוי חזית מהעמדה שהעוררת החזיקה בה עד לכתיבת השגה זו. העוררת לא הסבירה עד היום את סיבת התפנית שעשתה בטענות החדשות שהעלתה בפני המשיב:

(א) אין מדובר במכירת זכות במקרקעין כי התמורה שולמה על ידי נידר לעוררת כדי שלא תפריע לעסקה של מכירת המתחם הצפוני ותמחק את הערת האזהרה שנרשמה לזכותה לשם הבטחת זכויותיה לפי הסכם ההלוואה ולא בגין הסבת האופציה לנידר.

(ב) הויתור על האופציה פטור ממס לפי סעיף 63 לחוק, כי הויתור על האופציה נעשה ללא תמורה. התמורה ששולמה על-ידי נידר לעוררת היתה בגין זכות שאינה "זכות במקרקעין".

(ג) העוררת לא מכרה את האופציה ולא מימשה אותה ולכן הרווח צריך להיות ממוסה על-ידי פקיד השומה אם במסגרת פרק ב' [לפקודת מס הכנסה](#) ואם במסגרת פרק ה' לפקודת מס הכנסה. לפי סעיף 50(ב) לחוק זה עניין שפקיד השומה צריך לענות בו ולא המשיב.

טענה זו יש לדחות כבר עכשיו. בע"א 9413/03 חזן נ' פקיד השומה, פ"ד נט(5) 538,557 (2005), אמר הנשיא ברק:

"פקיד השומה מוסמך לקבוע סיווג עיסקה לצורך בחינת כפיפותה לפקודה בהינתן חשיבות הכרעה זו לפעילותו ובהיותו מתאים לכך ובהיעדר כל הסדרה חקיקתית אחרת לתיאום הסמכויות בין פקיד השומה ובין מנהל מס שבח. אך מאחר שמנהל מס שבח כבר הכריע בשאלה זו ויש שומה סופית, ולאור עקרון סופיות השומה והאינטרס של הפרט, יש להגביל את סמכותו של פקיד השומה לשנות את החלטתו של מנהל מס שבח לנסיבות העומדות בכללי המשפט המינהלי לשינוי החלטה מינהלית. יוצא בעצם כי הן פקיד השומה הן מנהל מס שבח מוסמכים לדון בסיווג העיסקה לצורך הכרעה במסגרת הנורמטיבית החלה בהינתן המבנה הנורמטיבי הקיים. אך בהינתן החלטה קודמת של מי מהם ולאור האינטרסים של הנישום, מוגבלת סמכות השינוי לכללי המשפט המינהלי. יש להניח כי בשלב זה ובנסיבות שנוצרו יתקיים התיאום הנדרש בין פקיד השומה ובין מנהל מס שבח, ולא ייווצר מצב שכל אחד ממשיך לטעון לעמדה אחרת ומבקש לחזור ולהפעיל את סמכותו, והנישום מיטלטל מצד לצד."

באין אישור על מיסוי העסקה לפי הפקודה רשאי היה המשיב לקבוע שהמיסוי של העסקה יהיה לפי החוק. כך גם בסעיף 50(ב) לחוק:

**"הפטור לפי סעיף זה יינתן לאדם שימציא למנהל אישור בדרך שתיקבע בתקנות, כי הריווח מאותה מכירה או מאותה פעולה באיגוד נתון לשומה לפי פקודת מס הכנסה".**

(ראו גם ע"א 6809/01 מרכז השקעות טרנסגלובליות בע"מ נ' פקיד השומה ירושלים, לא פורסם (6.3.2003)).

(ד) לחילופין, יש לראות בויתור על האופציה ביטול עסקה שנכרתה בין לייקווד לבין העוררת ביום 27.4.2007 למתן אופציה, מכוח סעיף 102 לחוק. התשלום ששולם לעוררת על-ידי נידר שולם בגין זכות שאינה "זכות במקרקעין".

(ה) לחילופי חילופין, יש לקבוע את שווי המכירה בהתאם לתמורה שהתקבלה בפועל. זה מקרה קיצוני שבו לא היתה לעוררת אפשרות כלכלית לממש את השבח לפי שומתו של המנהל, הן בשל החסימה שהיתה קיימת על מכירת אג"ח בבורסה מכוח חוק ניירות ערך, והן בשל העובדה שזמן קצר (פחות מחודש) לאחר ביטול השלב הראשון לחסימה נפסק המסחר באג"חים בשל הליכי ההקפאה שבהם מצויה נידר. לאור עקרון התוכן הכלכלי, יש למסות את השבח שנצמח בפועל מן העסקה.

במקרה בו האפשרות לממש את האג"חים שהתקבלו בתמורה למכירת הזכויות מתרחשת זמן רב לאחר יום חתימת ההסכם – עלול להיווצר פער ניכר בין התמורה המשולמת בפועל לבין שווי הרכישה שנקבע על-ידי רשויות המס. פער זה עשוי להביא להטלת מס על רווח שלא נצמח כלל בידי העוררת. הטלת מס על רווח מדומה חורגת מן העיקרון לפיו מס יוטל רק על רווח כלכלי אמיתי.

(1) אם ידחו הטענות דלעיל, יש לדחות את מועד תשלום המס עד לפרעון האג"חים על-ידי נידר לפי הוראות סעיף 51 לחוק.

### ההליכים בערר

10. בישיבה שהתקיימה ביום 5.7.2011, הוסכם כי גם נימוקי התוספת להשגה נדחו וגם על דחייה זו הוגש ערר.

לקראת הדיון הוגשו תצהיר מטעם העוררת של אבי דן, שהוא יו"ר העוררת ותצהירו של יצחק יצחק מטעם המשיב. למרות בקשת העוררת לאפשר לה להגיש תצהיר נוסף, תצהיר נוסף לא הוגש.

בתום הישיבה שהתקיימה ביום 5.7.2011, החלטנו כי העוררת תגיש תצהיר נוסף מטעמה בשאלה האם התקיימו התנאים לפי סעיפים 51 ו-91 לחוק, הדוחים או מאפשרים דחייה של תשלום המס. התצהיר שהגישה העוררת מתייחס רק לטענה שלא התקיימו תנאי סעיף 51 לחוק. העוררת הגישה בקשה להעיד שני עדים נוספים שיעידו על נסיבות החתימה על הסכם הפשרה: עד אחד, עו"ד רפי שפירא, ממשרד עו"ד אברמזון ומר משה הבא. עדותם נדרשה כי מחקירתו של אבי דן התברר כי הוא לא היה נושא תפקיד בעת החתימה על ההסכם המשולש ולא היה

השותף לו (עמ' 10, שורה 5). בישיבה הנוספת, ביום 20.11.2011, העיד משה הבא, שהיה באותה עת בעל השליטה בעוררת (עמ' 22, שורות 5-6). עו"ד רפי שפירא לא העיד.

### טענות העוררת

11. בסיכומיו חזר ב"כ העוררת על הנימוקים הנוספים שהגיש בהשגה ואף העלה טענות חדשות ואף סותרות:

(א) התמורה שהתקבלה לא בגין היתור על האופציה, אלא כדי שהעוררת לא תפריע לעסקה בין לייקווד ונידר, ולכן אין חבות במס. התמורה, או למצער החלק הארי ממנה, שולמה בגין מחיקת הערת האזהרה שנרשמה לטובת העוררת והוסרה במסגרת הסכם הפשרה. הערת אזהרה אינה זכות במקרקעין. לאור האמור, יש למסות את העסקה כהכנסה פירותית או כרווח הון. טענה זו כבר נידחתה, כאמור לעיל.

(ב) היתור על האופציה פטור ממס כי נעשה ללא תמורה כי האופציה אינה שווה פרוטה, וזאת לאור הוראת סעיף 63 לחוק. אין צריך לומר כי טענה עומדת בסתירה לטענה שיש למסות את העסקה לפי [פקודת מס הכנסה](#).

(ג) מאחר והצדדים הגיעו לפשרה הסתיים ההליך המשפטי בלא הכרעה משפטית בשאלת קיומה של זכות האופציה לטובת העוררת. על הוועדה לבחון קודם כל האם האופציה שניתנה לעוררת בטלה נוכח היותה נוגדת זכות חוזית קודמת של נידר.

(ד) אי מימוש האופציה שקול כנגד ביטול ההסכם מיום 27.4.2007. התמורה שקיבלה העוררת אינה בגין זכות במקרקעין, ולכן אין חבות במס לפי סעיף 102 לחוק.

(ה) גם אם מדובר בזכות במקרקעין, מועד התשלום של המס טרם הגיע ככל שהדבר נוגע לתמורה של האג"חים חסומים שקבלה העוררת ששווין אינו ניתן להערכה באופן סביר. מדובר באג"חים חסומים אשר ניתן לכמתם רק במועד שבו ניתן לממשם ותשלום המס ייעשה באותו מועד. כך נפסק בע"א 1804/05 אלוני נ' פקיד השומה, (לא פורסם, 31.1.2008) (להלן – "פסק דין אלוני"). הלכה זו מחייבת את המשיב. הלכה זו גם מצאה את מקומה בהוראת סעיף 104ח [לפקודת מס הכנסה](#).

(ו) לאופציה שניתנה לעוררת על-ידי לייקווד אין שווי כלכלי ולכן לא נרכשה. נידר רכשה את המתחם הצפוני בסכום של 144,000,000 ₪, בעוד שלעוררת ניתנה אופציה לרכוש את החלקות הצפוניות והדרומיות תמורת \$5,000,000. לזאת העוררת היתה מממשת את האופציה היה עליה לשלם לנושים סך של 144,000,000 ₪. גם טענה זו יש לדחות הן מפני שלא נטענה בפני המשיב (ע"א 583/90 מנהל מס שבח מקרקעין נ' גרפינקל, לא פורסם (12.4.1994), סעיף 12 לפסק דינו של השופט בך), והן משום שעדי העוררת לא טענו זאת. איננו יודעים כיצד נקבעה התמורה ששלמה נידר ללייקווד ומדוע או כיצד נקבע גובה הסכום שהעוררת היתה אמורה לשלם ללייקווד אם היתה ממשת זכות האופציה. השערות אינן יכולות לבוא תחת ראיות.

(7) להצהרות בטופס הצהרת המוכר אין משמעות ראייתית לנתונים המצויים בו וזאת הן מכוח ההלכה הפסוקה (ר"ע (ת"א) 1353/00 שיכון עובדים השקעות בע"מ נ' מס שבח רחובות, לא פורסם (29.3.2005)), והן מעדותם של אבי דן ומשה הבא ובמיוחד מעדותו של יצחק יצחק. (8) ככל שנמכרה זכות במקרקעין, טרם התקיימו תנאי סעיף 51 או סעיף 91 לחוק. העוררת טרם קיבלה מעל מחצית התמורה בגין הויתור על האופציה, או עד מועד פירעונן של האג"חים כנדרש בסעיף 51 ואין זרימת מזומנים לקופתה בגין הויתור על האופציה ולכן יש סיבה מספקת לדחות את תשלום המס.

### טענות המשיב

12. (א) אין ראייה שאם העוררת תשלם את המס היא תתרום. יש לזכור שהעוררת רכשה את החלקות הדרומיות במתחם הולילנד.
- (ב) פסק דין אלוני אינו נוגע לענייננו. פסק הדין עוסק במקרה מיוחד של החלפת מניות. בעקבות פסק הדין נחקק בתיקון 123 לפקודת מס הכנסה סעיף 104ח הפוטר את הבעיה של החלפת מניות. במקרה שלנו אין מדובר בהחלפת מניות אלא במכירת זכות במקרקעין. בטופס הצהרת המוכר הצהירו העוררת ונידר מה שווי התמורה בגין ויתור על האופציה. עניין זה גם מוסבר במכתב שבו נאמר כי העוררת הסכימה, במסגרת ההסכם המשולש, לוותר על זכות הבררה תמורת הסכום של 17,100,000 ₪, מתוך זה בהקצאת אג"חים בשווי שוק של 12,400,000 ₪. כך גם נאמר בהסכם המשולש, בסעיף 6.2.
- אף בדיווחיה של העוררת לבורסה נאמר כי בגין ויתור על האופציה קיבלה העוררת תמורה בסך 17,100,000 ₪.
- (ג) בעסקה במקרקעין, שמים את הזכות במקרקעין בהתאם לשווייה בין מוכר מרצון לקונה מרצון. החריג הוא קביעת השווי בהתאם לתמורה המוצהרת כאשר התמורה נקבעה בתום לב ובלי שהושפעה מיחסים מיוחדים בין המוכר לקונה. במקרה זה קבע המשיב את השווי של העסקה בהתאם להצהרות הצדדים. מועד חתימת החוזה – יום ביצוע העסקה - הוא המועד הקובע, שבו התרחש אירוע המס (סעיף 1 לחוק).
- (ד) העוררת הצהירה בטופס הצהרת המוכר על מכירת זכות במקרקעין ואת שווי הזכות הנמכרת. העוררת קיוותה שהעסקה תאושר על ידי פקיד השומה והיא תקבל פטור ממס שבח, אך תוחלתה נכזבה. בהקשר זה נזכיר, כי העוררת לא ציינה על גבי הטופס שבו הצהירה למס שבח על העסקה הראשונה האם החלקות שרכשה ישמשו מלאי עסקי או לא (סעיף 7, עמ' 5).
- (ה) האג"חים היו חסומים למסחר בבורסה אך לא במכירה מחוץ לבורסה (ראו מש/2 דוח תקופתי של העוררת לבורסה לשנת 2008, עמ' 21).
- (ו) יש לדחות את הטענה כי אין משמעות ראייתית להצהרות הצדדים בטופס הצהרת המוכר. בטופס מוזהר כל צד כי עליו להצהיר את האמת. האזהרה נעשית על ידי עורך דין שמאשר את מתן האזהרה בחתימתו. במכתב שכתב ב"כ העוררת רק נאמר כי העוררת "שומרת לעצמה את הזכות להמציא אישור מפקיד השומה, שהרווח ממכירה זו נתון לשומה לפי פקודת מס הכנסה".



(ז) בהשגה שהגישה העוררת אין טענה לגבי הפעלת סעיף 91א לחוק ולכן המשיב לא דן בטענה זו. גם בתצהיר הנוסף לא הועלתה הטענה כי על המשיב להפעיל את שיקול דעתו בעניין זה, למרות החלטת הועדה מיום 5.7.2011. בתצהיר הנוסף טענה העוררת רק כי טרם התרחש אירוע המס, כאמור בסעיף 51 לחוק. הא ותו לא. גם יצחק יצחק לא נחקר על-ידי ב"כ העוררת בשאלה זו. סעיף 51 לחוק אינו חל, שכן העוררת קיבלה את מלוא התמורה וגם ריבית על החזקת האג"חים.

(ח) לא רק שכאן מדובר בויתור בתמורה, אלא שהעוררת לא הגישה בקשה לפי סעיף 102 לחוק לביטול העסקה עם לייקווד.

(ט) העוררת טוענת כי התמורה התקבלה בגין מחיקת הערת האזהרה. הערת האזהרה נרשמה כדי להבטיח את האפשרות למימוש האופציה שניתנה לעוררת, כפי שהעוררת טוענת במכתב מיום 4.12.2007, בסעיף 1.6, בעוד שבסעיף 1.9 למכתב האמור נאמר כי העוררת הסכימה לוותר על מימוש האופציה במתחם הצפוני תמורת הסך של 17,100,000 ₪. הערת האזהרה נמחקה מאחר ולעוררת לא היה צורך להבטיח את מימוש האופציה שניתנה לה ואשר העוררת ויתרה עליה.

## דיון

### הצהרות הצדדים מחייבות

13. הטענה כי יש לבחון ראשית כל את שאלת קיומה של זכות האופציה לטובת העוררת והאם האופציה שניתנה לעוררת בטלה נוכח היותה נוגדת זכות חוזית קודמת של נידר – דינה להידחות. כזכור, בת"א 9293/07 הוגש הסכם פשרה – ההסכם המשולש – אשר קבע מחדש את זכויות הצדדים כאשר העוררת ויתרה על זכותה לקבלת אופציה בחלקות הצפוניות והסכימה למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לזכותה.

בספרה של גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי (תשס"ה-2005), עמ' 14-15 נאמר:

**"גרעין החוזה הוא הסכם. חוזה מושתת על הסכמת צדדיו; הסכמה זו היא תולדה של רצונות הצדדים. לפיכך נוהגים לומר כי החוזה מבטא 'קונסנזוס' או מפגש רצונות ... אין די בהסכמה גרידא בין צדדים, אלא נדרשת הסכמה מודעת ומכוונת שלהם ליצור קשר משפטי חוזי מחייב. הסכמה זו נוצרת כתוצאה ממפגש רצונות תואמים ומשלימים – אך לא זהים – של הצדדים ...**

**היסוד המייחד חוזים מהסכמים גרידא הוא יסוד האכיפות או התוקף המשפטי ... כאשר צדדים מתכוונים להקנות להסכמתם תוקף משפטי בפנינו חוזה, ,, החוזה הוא, אפוא, ביטוי לרצון הצדדים שקיבל גושפנקא של מחוקק. על-ידי הכרה בתוקפם ובכוחם המחייב של החוזים מעביר הריבון לפרטים חלק מכוח החקיקה שלו. בדרך זו נמסר לפרטים כוח לחולל יחס משפטי-חוזי ולשנות את מערכת היחסים שביניהם."**

בענייננו, התביעה שהגישה נידר נידחתה לבקשתה ובהסכמת לייקווד והעוררת. לשון אחר: נידר הסכימה כי זכויותיה של העוררת, שבידה היתה אופציה לרכוש זכויות בחלקות בחלק הצפוני

של מתחם הולילנד, עדיפות על שלה. מכאן נסללה הדרך לביטול עסקת הקומביניציה ולויתורה של העוררת על האופציה והמחאתה בתמורה לנידר. ברגע שהצדדים הסכימו להיכנס למערכת יחסים מוסכמת ומחייבת בהסכם המשולש, חל שינוי נורמטיבי ואין לנו צורך לבחון מה היו זכויות הצדדים טרם החתימה על ההסכם המשולש, מה גם, שכאמור, התביעה נגד לייקווד והעוררת נידחתה. שומה עלינו, אפוא, לבחון את זכויות הצדדים לאור מערכת היחסים שמצאה ביטוי בהסכם המשולש וטיבה המשפטי של העסקה לאור הוראות החוק.

לאור האמור, אין מקום לבחון קודם כל האם האופציה שניתנה לעוררת בטלה נוכח היותה נוגדת זכות חוזית קודמת של נידר.

גם ב"כ העוררת ונידר במכתבו מיום 4.12.2007 מצהיר כי חל שינוי במערך זכויות הצדדים: הסכם הקומביניציה בין לייקווד ונידר בוטל ונעשה הסכם חדש ביניהם ואילו העוררת ויתרה לטובת נידר על זכות האופציה תמורת הסך של 17,100,000 ₪. וכך כתב ב"כ העוררת ונידר למשיב: לעוררת "עמדה זכות ברירה לרכוש את זכויותיה של לייקווד במתחם הצפוני על-פי תנאי האופציה. במסגרת הפשרה אליה הגיעו הצדדים, הסכימה המוכרת (העוררת – מ' ר') לוותר על מימוש זכות הברירה במתחם הצפוני וזאת תמורת סכום השווה ל-17,100,000 ₪. ביום 23/10/2007 בוטלה עסקת הקומביניציה על פי הסכם הפשרה שקיבלה תוקף של פסק-דין ולייקווד התקשרה מחדש עם נידר בהסכם למכירת מלוא זכויותיה במתחם הצפוני... במסגרת זו ויתרה המוכרת (העוררת – מ' ר') על זכותה לממש את האופציה, כאמור". במילים אחרות: לעוררת עמדה זכות אופציה והיא ויתרה עליה בתמורה במסגרת הסכם הפשרה. לאור הצהרותיה בפני בא-כוחה בטופס הצהרת המוכר, אין מה לדון בשאלה האם היתה לעוררת אופציה בחלקות הצפוניות. משחותם נישום על הצהרה לרשויות המס ומגישה הוא אחראי לתוכנה ורואים אותו כמי שידוע כל עניין שבה ([ע"א 647/79 עיוון נ' פקיד השומה, פ"ד לר\(4\) 645, 648 \(1981\)](#))).

14. יתרה מזו, אין הוועדה מוסמכת לדון ולחקור בשאלה האם לעוררת יש זכות במקרקעין. החזקה היא כי מי שממלא את הטופס למס שבח ובה הוא מצהיר על הזכות שמכר או רכש, כי יש לו זכות במקרקעין או הוא עתיד לרכוש זכות במקרקעין - הצהיר אמת, מה גם שהצהרה זו ניתנת באזהרה בפני עורך-דין. מי שחולק על זכות הבעלות של המוכר או של הקונה לרכוש את הזכות, צריך לפנות לבית המשפט המוסמך ושם לקבל את הסעד המגיע לו – הצהרה על זכותו במקרקעין. המשיב יוצא מהנחה כי עומדים לפניו בעל זכות במקרקעין וזכאי לקבלת זכות במקרקעין ובהתאם לכך עליו לקבוע את השומה או לדון בהשגה על השומה (ראו ו"ע (ירושלים) 1588-10-11 [מקמילאן נ' מנהל מיסוי מקרקעין](#), לא פורסם (3.1.2012)). ועדת הערר מוסמכת לדון רק בהחלטות של המשיב בהשגות שהוגשו לו ולא בנושאים שבהם לא הוסמכה לדון. סמכותה מצומצמת לדון רק במה שהמחוקק הסמיך אותה. הא ותו לא (סעיפים 87-88 לחוק).

15. די לדחות את הערעור רק בהסתמך על האמור בהסכם המשולש, בהצהרותיה של העוררת בטופס הצהרת מוכר מיום 4.12.2007, במכתבים מיום 4.12.2007 ומיום 27.5.2008, בדוחות לבורסה ובראיות שנשמעו. אבאר את דברי:

א) העוררת ויתרה על זכות האופציה שניתנה לה על-ידי לייקווד במתחם הולילנד והסכימה למחיקת הערת האזהרה לטובתה "בתמורה לתשלום של 17,100,000 ₪ שישולם לה מאת נידר..." (סעיף 4.3-4.4, להסכם המשולש).

בסעיף 6.2 להסכם המשולש נאמר:

"בתמורה לויתורה של פיננסיטק (העוררת - מ' ר') על זכות הבררה הנתונה לה (אופציה) בחלקות הצפוניות וכן בתמורה להסכמת פיננסיטק (העוררת - מ' ר') לרכישת החלקות הצפוניות מלייקווד, ובכלל זה למחוק את הערת האזהרה הרשומה לטובתה בחלקות הצפוניות... תשלם נידר לפיננסיטק (העוררת - מ' ר') סך כולל של 17,100,000 (שבעה עשר מליון ומאה אלף) ₪. התשלום יבוצע כדלקמן:

תשלום במזומן בסך כולל של 4,700,000 (ארבעה מליון ושבע מאות אלף) ₪.

תשלום במזומן בסך כולל של 12,400,000 (שנים עשר מליון וארבע מאות אלף) ₪ ע.נ. אגרות חוב (סדרה א') של נידר...."

ויתור הינו "מכירה" כמוגדר בסעיף 1 לחוק:

"מכירה', לענין זכות במקרקעין, בין בתמורה ובין ללא תמורה

- 
- (1) הענקתה של זכות במקרקעין, העברתה, או ויתור עליה;
  - (2) הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין, וכן העברה או הסבה של זכות לקבל זכות במקרקעין או ויתור על זכות כאמור;
  - (3) הענקתה של זכות להורות על הענקה, העברה או הסבה של זכות במקרקעין או על ויתור על זכות במקרקעין, וכן העברתה או הסבתה של זכות להורות כאמור או ויתור עליה..."

רק ויתור על זכות ללא תמורה פטור מתחולת החוק (סעיף 63). במקרה דנא העניקה העוררת זכות לקבל זכות במקרקעין (השוו: ע"א 8249/01 מנהל מס שבח מקרקעין, חדרה נ' צינדורף, פ"ד נט(1) 711, 716-717 (2004)).

ב) הצהרות הצדדים לעסקה - העוררת ונידר - אינן הצהרות על קרח שניתן להתעלם מהן. אלה הצהרות שניתנו תחת אזהרה לומר את האמת בפני עורך דין (בסעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 נאמר: "תצהיר" - הצהרה בכתב שניתנה ואומתה באחת הדרכים הקבועות לכך בחיקוק"; סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971).

ההצהרות שנתנה העוררת תחת אזהרה, שלמרות טענות ב"כ העוררת, העוררת מעולם לא חזרה או הסתייגה מהן ולא בכדי (ראו סעיפים 239, 34 ו-34יט לחוק העונשין, תשל"ז-1977; פרוטוקול חקירת אבי דן בעמ' 10, שורות 9-13; עמ' 11, שורות 1-3). גם בא כוחן של העוררת ונידר כתב במכתב מיום 4.12.2007, ברחל ביתך הקטנה, כי "במסגרת הפשרה אליה הגיעו הצדדים, הסכימה המוכרת (העוררת - מ' ר') לוותר על מימוש זכות הברירה במתחם הצפוני

וזאת תמורת סכום השווה ל-17,100,000 ₪". בכך חזר ב"כ העוררת על הצהרות העוררת שניתנו תחת אזהרה. יש להניח כי הדברים לא נכתבו בעלמא ולא היו פלטת קולמוס. בע"א 583/90, שם, סעיף 12, אומר השופט כך:

"טענתם האחרונה של המערערים-שכנגד היא, כי ועדת-הערר התעלמה מטענתם, לפיה יש לפצל את מועד הרכישה לשניים: 1/3 משווי הזכויות בנכס נרכשו בשנת 1943, עת תפסו המוכרים החזקה בנכס כדיירים מוגנים, ו-2/3 משווי הזכויות בנכס נרכשו בשנת 1962, עת רכשו המוכרים בעלות מלאה בנכס. אף טענה זו דינה להידחות. בהצהרה שמסרו המוכרים למנהל, ובשומה העצמית שערכו, נקבו המוכרים עצמם בתאריך 6.2.62 כ"יום הרכישה". יתר על כן, בהשגה שהגישו למנהל לפי סעיף 87 לחוק מס שבח לא העלו המוכרים והקונים כל טענה המתייחסת ל"יום הרכישה". במצב דברים זה מנועים הם ככלל, ובהעדר נסיבות חריגות, מלעורר טענה זו, לראשונה, בכתב-הערר על החלטת המנהל בהשגה. החלטת המנהל, ככל החלטת רשות מינהלית, נשענת על בסיס נתונים שקובצו והובאו בפני הרשות המוסמכת להחליט בעניין. הנתונים המובאים בפני רשויות-המס מושתתים בראש ובראשונה על הצהרות הנישומים, אשר עניינם נדון אצל הרשויות. החלטת המנהל בהשגה דגן נשענה על מערכת הנתונים שהניחו לפניו הצדדים לעיסקה הנישומה. משלא עוררו הצדדים לעיסקה בפני המנהל כל טענה, עובדתית או משפטית, ביחס לקביעת "יום הרכישה", הרי ככלל אין זה מן הראוי לאפשר להם להעלות טענה בעניין זה בפני ערכאת הערעור. הליך הערר בפני ועדת-הערר נועד לקיים ביקורת שיפוטית על החלטת המנהל בהשגה, בהתבסס על מערכת השיקולים שניצבה בפני המנהל עובר להחלטתו בהשגה. אין זה רצוי לאפשר לנישום לנסות ולתקוף את החלטת המנהל, על-ידי העלאת טענה חדשה בהליך הערר, שכן טענה זו לא הובאה בפני המנהל בתור שיקול שעליו ליתן דעתו עליו".

אמנם כאן העלתה העוררת טענות חדשות על אופיה המשפטי של העסקה בהשגה שהוגשה לאחר שהמשיב נתן את החלטתו לחייב את העוררת במס שבח, אך, לדעתי, באין טענה כי ההצהרות שניתנו באזהרה, בטופס הצהרת המוכר, ניתנו בטעות או מתוך הטעייה, אין לסטות מהקביעה שמדובר במכירה שבה ויתרה העוררת על זכות האופציה בתמורה לקבלת הסך 17,100,000 ₪.

בר"ע (ת"א) 1221/07 אבלס נ' מנהל מיסוי מקרקעין, לא פורסם (10.8.2011), אומרת השופטת (בדימ') אליעז-שטרנברג את הדברים הבאים:

"קשה לטעון לזכויות במקרקעין במטרה לקבל את תמורתן בכסף, ובאותה נשימה להתכחש לחובה לשלם את המס החל על עסקה שהניבה לעוררים 3.2 מיליון ש"ח בדצמבר 2005. אם בכך לא סגי, עומדת לעוררים לרועץ הצהרתם לפי סעיפים 72, 73 ו-76 לחוק מיסוי מקרקעין. באותו מסמך הצהירו שני העוררים, לצורך תשלום מס שבח, על מכירת המקרקעין בעסקה מ-19/12/05, הגם שהגדירו אותה "מכירה כפויה – הפקעה". אין ספק שלא מכירה ולא הפקעה היו כאן, כי אם השבת כספים בגין מכירת נכס מקרקעין של העוררים במכרז. הסכום שניקב

**בחזרה עולה בקנה אחד עם שווי המקרקעין, אשר נמכרו  
בנסיבות שעליהן התעכבנו.**

פסק הדין בר"ע (ת"א) 1353/00, שיכון עובדים השקעות בע"מ נ' מס שבח רחובות, לא פורסם (29.3.2005), שעליו סומך ב"כ העוררת כתמיכה לטענתו שטופס הצהרת המוכר שהגישה העוררת עם נידר משקלו אפסי, אינו נוגע לענייננו.  
נזכיר: בסעיף 1 מוגדר שווי כהאי לישנא:

**"שווי של זכות פלונית - הסכום שיש לצפות לו ממכירת אותה  
זכות על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון, ובלבד שבמכירת -  
(1) שנעשו בכתב ושבהן שוכנע המנהל כי התמורה בעד הזכות  
במקרקעין או בעד זכות באיגוד נקבעה בתום לב ובלי  
שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין  
במישרין ובין בעקיפין - התמורה כאמור;  
(2) ...**

דבר אחד הוא, שאין המצהיר בטופס למס שבח על עסקה במקרקעין רשאי לסטות, ללא הצדקה חוקית מהצהרתו, ודבר אחר הוא סמכותו של המנהל לקבוע שהתמורה הנקובה בטופס אינה נכונה ולקבוע בעצמו את שווי השוק של העסקה. כך נפסק בר"ע (ת"א) 1353/00, הנ"ל (סעיפים 7-9 לפסק הדין). לא נפסק שם שמבחינת המצהיר הצהרתו שווה כקליפת השום אלא שהמשיב היה רשאי להתעלם מהשווי שהוצהר עליו בהיעדר תשתית עובדתית להצהרתו. לכן נפסק כי השומה העצמית שהוגשה שם על ידי העוררת מוטה כלפי מטה בהפרזה יתירה ואילו השומה שנעשתה על ידי המשיב בהחלטתו בהשגה סבירה.

(ג) גם בדוחות לבורסה ולרשות לניירות ערך טענה העוררת כי מדובר בויתור על זכות תמורת קבלת הסך של 17,100,000 ₪ מנידר. כך במכתב לרשות לניירות ערך מיום 24.10.2007 שם אמנם טענה העוררת כי קיבלה במזומן סך של 4,700,000 ₪ ותשלום במזומן נוסף בסך 12,400,000 ₪, אשר נידר תהא רשאית לשלם באמצעות הקצאת אג"חים בהיקף של 17,220,000 ₪, ערך נקוב (מ/ש).

בדוח התקופתי לשנת 2007, מיום 25.3.2008, נאמר כי תביעת נידר נגד העוררת נידחתה (סעיף 11(ה)). בתמורה לויתור העוררת לטובת נידר על האופציה בחלקות הצפוניות ובתמורה לויתור על רישום הערת האזהרה שנרשמה לטובת העוררת בחלקות הצפוניות, תקבל העוררת סך של 17,100,000 ₪, כאמור חלק במזומן וחלק באג"חים. ביום 31.12.2007 קיבלה העוררת ריבית שהצטברה מיום 1.8.2007 בסך 585,000 ₪. האג"חים חסומים למסחר בבורסה בהתאם לאמור בסעיף 15ג לחוק ניירות ערך. אין חסימה על מכירה מחוץ לבורסה (סעיף 11(ז)) (מ/ש/4).

בדוח של דירקטוריון העוררת ליום 31.3.2008, מיום 25.5.2008, נאמר (בעמ' 2):

**"הנכסים הפיננסיים הזמינים למכירה של החברה ליום  
31.3.2008... הינם השקעות החברה במניות פטרו גרופ בע"מ  
ובאג"ח א' של נידר ... שווי אגרות החוב של נידר עלה בתקופת  
הדוח בסך של כ-0.7 מליון ₪" (מ/ש/3).**

בדוח התקופתי לשנת 2008 מיום 29.3.2009, נאמר בעמ' 11 כי לעוררת הכנסות בסך 17,100,000 ₪ בשנת 2007. בהמשך נאמר (בעמ' 20) כי נידר הקצתה לעוררת בהקצאה פרטית אג"ח בערך נקוב של 17,220,000 ₪. עוד נאמר בדוח כי "בתמורה על ויתור הערת רישום הערת אזהרה שנרשמה לטובת החברה (העוררת) בחלקות הצפוניות, תשולם לחברה מנידר תמורה כוללת בסך 17,100,000 ₪", חלקה כאמור במזומן וחלקה באג"חים, כאמור. כמו כן חזרו על האמירה כי האג"חים חסומים למסחר בבורסה ולא מחוץ לה (מ/ש2).

רק ביום 27.7.2008 ניתן נגד נידר צו הקפאת הליכים (עמ' 20-24). מכאן, שטענת העד משה הבא כי בעת ניהול המשא והמתן לפשרה מצבה של נידר היה קרוב לפשיטת רגל בחודש אוקטובר 2007 אינו אמת (עמ' 24).

(ד) כאמור, בחקירתו הנגדית של אבי דן אישר הלה כי ויתר על האופציה בתמורה לקבלת סך 17,100,000 ₪, שחלקו שולם באג"חים חסומים, וכי ההצהרה בטופס הצהרת המוכר וההודעה לבורסה שבו מאשרים קבלת תמורה זו כנגד הויתור של העוררת על האופציה שניתנה לה - נכונים (עמ' 10-11).

16. מדובר בהודאות מחוץ לכותלי בית המשפט אשר אין ראיות לסתור אותן ולכן יש לתת להן את המשקל המקסימאלי, מה עוד שהצהרות אלה חזרו ונישנו בכל הזדמנות שהיה צורך במתן הצהרה על פי דין למשיב או לבורסה והצהרות אלה תואמות את האמור בחוזה המשולש (ע"א [8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן](#), לא פורסם (23.2.10); ע"א [9605/03 ד"ר יגלום נ' שר הבריאות, פ"ד נט \(5\) 278, 284 \(2005\)](#)).

17. הנה כי כן, לכל אורך הדרך העוררת, בקול צלול וברור, טענה כי מדובר בעסקה של ויתור על אופציה, שהיתה לה לטובת נידר, וכי קיבלה תמורת הויתור ועבור מחיקת הערת האזהרה סך 17,100,000 ₪, חלק במזומן וחלק באג"חים. מדובר בהצהרות מחייבות של העוררת שאין היא יכולה להתנער מהן באמצעות פלפולים משפטיים. במכתב מיום 4.12.2007 נאמר על-ידי ב"כ העוררת ונידר, בסעיף 10, כי העוררת "שומרת לעצמה את הזכות להמציא אישור מפקיד השומה, שהרווח ממכירה זו נתון לשומה לפי פקודת מס הכנסה". כך גם העיד אבי דן (בעמ' 12, שורות 16-17: "עורכי הדין לא אמרו לי שאצטרך לשלם מס שבח על כל הסכום. האמנו שנהיה במסלול מס הכנסה"). במילים אחרות, העוררת האמינה, בעצת עורכי דינה, כי תפעל בהצלחה במסלול של מיסוי העסקה לפי פקודת מס הכנסה. משלא צלחה דרכה של העוררת לשלם את המס במסלול לפי פקודת מס הכנסה, ושקרתה לה "תקלה מיסויית" בדרך שבה בחרה לערוך את הסכם המשולש – העלתה טענות חדשות, בתקווה שאלה יועילו לבטל או לדחות את תשלום מס שבח (השוו ע"א [175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד \(1\) 802 \(1979\)](#)). הטענות החדשות סותרות את מה שהצהירה העוררת בזמן אמת (השוו ע"א [175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד \(1\) 802 \(1979\)](#)).

18. המס המוטל על עסקה יהיה בהתאם למהותה הכלכלית של העסקה כפי נעשתה בפועל ולא כמו שהצדדים היו רוצים לערכה בדיעבד. עמדה על כך השופטת חיות בע"א 5025/03 מנהל מיסוי מקרקעין איזור תל אביב נ' אורלי חברה לבנין ופיתוח בע"מ, לא פורסם (16.8.2006):

"כלל ידוע ומקובל הוא בדיני המס כי יש לשום את העסקה על פי האופן שבו נערכה בפועל ולא על פי אפשרות תיאורטית לעריכתה, ככל שהצדדים לא בחרו לממשה (ראו: ע"א 521/65 ון הרטן, מפעלי מתכת בע"מ (בפירוק) נ' פקיד השומה תל-אביב 1, פ"ד כ(3) 625, 626 (1966); ע"א 349/85 מנהל מס שבח מקרקעין נ' דודיס, תק על 87(2) 323, בפסקה 4 (1987)).

כך השופט ויתקון בע"א 487/77 מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה נ' אחים ברקאי בנין בע"מ, פ"ד לב(2) 121, 125 (1978):

"על עסקה זו חל הכלל שקבענו וחזרנו וקבענו בשורה ארוכה של פסקי-דין (למשל, ע"א 521/65 ון-הרטן נ' פקיד השומה, פ"ד כ(3) 625, 626 (1966), כי 'לא מה שהנישום יכול היה לעשות ולא עשה אלא רק מה שהוא עשה קובע את מצבו ואת דינו מבחינת המס'".

#### מניעת הפרעה

18. החוק אינו בוחן כליות ולב. החוק אינו מתעניין מה היה המניע או המטרה בעשיית העסקה. החוק בוחן מבחינה אובייקטיבית את אופיה של העסקה והאם היא נכנסת להגדרת "מכירה" בסעיף 1 לחוק. המחוקק אינו מעוניין לדעת את צפונותיהם של הצדדים לעסקה, גם אם הצהירו על כך בריש גלי. החוק בא למסות פעילות כלכלית ואין נפקא מינה מה היו מניעיה. הצהרות הצדדים והמתווה החיצוני של העסקה, אינם מחייבים את המשיב, ועל בית המשפט לתהות על קנקנה האמיתי של העסקה (ע"א 5332/08 גולן נ' מנהל מס שבח, לא פורסם (16.8.2010)). בע"א 5025/03, הנ"ל, אומרת השופטת חיות:

"אחד מעקרונות היסוד בדיני המס הוא כי עסקה יש למסות על פי תוכנה הכלכלי ועל פי מהותה האמיתית (ראו ע"א 614/82 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת ש.א.פ. בע"מ, פ"ד מא(3) 735, 738 (1987)). על מנת להתחקות אחר טיבה של העסקה מבחינה כלכלית אין לראות בכותרת שהכתירו אותה הצדדים חזות הכול והוא הדין באשר לאופן שבו כינו אותה, למתכונת שבה ערכו אותה וללבוש שהעטו עליה (ראו: ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד(1) 802, 804 (1979); ע"א 6722/99 מנהל מס ערך מוסף תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, פ"ד נח(3) 341, 347 (2004))."

(ראו גם ע"א 10839/04 פקיד שומה באר שבע נ' גרינברג, לא פורסם (7.9.2006)).

לפי הגישה הפרשנית המרחיבה בדיני מיסים, לפיה חוקי המיסים חורגים ממסגרת דיני הקניין הפורמליים והם בוחנים את העסקה על-פי תוכנה הכלכלי ולא על-פי צורתה החיצונית – אין

לשעות לטענה של מניעת הפרעה. הבחינה נעשית לא לפי מניעי הצדדים להסכם אלא לאחר שבוחנים האם תוכן העסקה בא בדלת אמותיה של הגדרת "מכירה".

בע"א 10846/06 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, לא פורסם (23.12.2010), אומרת השופטת חיות:

"בהגדרה זו של המונח 'מכירה' ביקש המחוקק להחיל את החוק על קשת רחבה של פעולות משפטיות הניתנות לביצוע בקשר עם "זכויות במקרקעין" (ראו ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, רחובות, פסקה 13, לא פורסם, (6.12.2006) ... ובהן פעולות של הענקה, העברה, הסבה וכן ויתור על זכות והחשוב לענייננו – הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין, ללמדך כי גם הענקת זכות ברירה (אופציה) נתפסת כ'מכירה'. הנה כי כן, אף שב'זכויות במקרקעין' עסקינן 'רוחב התפרשותה של הגדרת 'מכירה' לעניין זכות במקרקעין על פי החוק חובק גם עסקאות אובליגטוריות... ובלבד שיש להן מאפיינים של העברת טובות הנאה רכושיות במקרקעין" (ע"א 7933/01 סלובר בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין באר-שבע, פסקה 20 לא פורסם, (11.6.2008). בהתאם, מוגדר 'יום המכירה' כ-[[יום שבו נעשתה המכירה' (ראו סעיף 19 לחוק), ובאותו מועד אף נקבע שוויה של הזכות במקרקעין הנמכרת ולפיו מחושב המס המוטל על המכירה...".

בע"א 265/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' בן עמי, פ"ד לד (4) 701, 703 (1980), אומר הנשיא לנדרי:

"חוק מס שבח הוא חוק פסיקלי שבו חרג המחוקק ממסגרת הקטגוריות של דיני הקניין הפורמליים וחתר לתפיסת התוכן הכלכלי של עיסקאות. הוא עשה כן באשר לחיוב במס על יסוד הגדרת המונח 'מכירת זכות במקרקעין' בסעיף 1 של החוק המתפשט הרחק מעבר למשמעותו הרגילה בדיני הקניין"

בע"א 2330/04 מנהל מס שבח אזור ירושלים נ' מלונות צרפת ירושלים בע"מ, לא פורסם (21.5.2006), אומר הנשיא ברק:

"תוצאות המס נגזרות על פי מהותה הכלכלית האמיתית של העיסקה. הצורה הפורמאלית איננה קובעת את תוצאות המס. הצורה הפורמאלית היא אך נקודת התחלה אך לא נקודת סיום. עמדתי על כך באחת הפרשות באומרי: 'מהותה של עיסקה נקבעת לצורך דיני המס על-פי המהות הכלכלית האמיתית של העיסקה. שם העיסקה, או כינויה על-ידי הצדדים לה, איננו מכריע את מהותה של העיסקה לצורך דיני המס. עיקרון זה הוא עיקרון מקובל זה שנים בדיני המס" (ע"א 6722/99 מנהל מע"מ תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, פ"ד נח(3) 341, 347 (2004)).

וכך ציין השופט בכור בפרשה אחרת:  
 "... כאשר נדרש בית המשפט לטפל בשאלת חבות העסקה במס, המונחים בהם השתמשו הצדדים להסכם והלבוש שבו הם הלבשו את ההסכם מהווים ראייה לכאורית על טיב תוכנו, ולא יותר מזה; ואם תוכנו של ההסכם מראה שהמדובר בעסקה שונה במהותה הממשית משם התואר או מהלבוש שניתן לה בהסכם,



לא ישעה בית המשפט לאותו שם תואר או לבוש, וידון בעניין על פי טיבה האמיתי של העסקה כפי שהיא משתקפת ממהות ההסכם על פי תוכנו האמיתי (ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ, פ"ד לד(1) 802, 804 (1979). ראו עוד: ע"א 328/79 מנהל מס שבח מקרקעין, רחובות נ' ישראל גפני, פ"ד לד(4) 115, 120 (1980); ד"נ 16/82 פקיד השומה, תל-אביב נ' לידור, פ"ד לט(2) 757 (1985); רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש - אזור חדרה, פ"ד נב(5) 385, 403 (1998); ע"א 5472/98 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת הדרי החוף מספר 63 בע"מ, פ"ד נו(1) 877 (2001); ע"א 7489/01 די רום (1971) בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד נח(3) 38, 35 (2004)).

19. העסקה תהיה "מכירה" אם היא עונה על הגדרת "מכירה" (נמדר, מיסוי מקרקעין, כרך א', בסים המס, סעיף 901 (תשס"ט-2009). יש להבדיל בין גמירות דעת ומסיימות לבין השאלה האם היתה "מכירה" כמוגדר בחוק. בהיעדר גמירות דעת ומסיימות לא נוצר קשר חוזי (ע"א 4071/02 קיבוץ מפלסים נ' מנהל משרד מיסוי מקרקעין, לא פורסם (12.9.2006); ראו גם ע"א 10819/07 חברה קדישא גחש"א נ' לוי, לא פורסם (22.1.2012)). לאחר שמצאנו כי ההתחייבויות של הצדדים הן אכיפות, אנו בוחנים האם העסקה מושא החוזה נכנסת לגדר "מכירה" בחוק. בעניינו התוכן הכלכלי שאותו יצקו הצדדים בהסכם המשולש, הינו ויתור על אופציה במקרקעין בתמורה כספית. הינו "מכירה" לפי החוק, כפי שאמרנו. מדובר בהענקת זכות לקבל זכות במקרקעין. יש לזכור כי העוררת הילוותה ללייקווד סך של כארבעה מיליון דולר (שער יציג שקל-דולר 4.018), ותמורת ויתורה על האופציה קיבלה כ-4,248,447 דולר (שער יציג של שקל-דולר 4.025 ₪). העוררת חפצה לקבל חזרה את כספי ההלוואה שהלוותה ללייקווד. הדבר עולה בין השיטין מהראיות ולכן הסכימה, לא בשמחה ולא בחדווה, לקבל אג"חים במקום מזומנים, למרות שהשאירה אפשרות זו פתוחה (סעיף 6.3.7 להסכם המשולש). מניעה של נידר שהסכימה לדחות את התביעה שהגישה ולהסכמתה לשלם לעוררת סך של 17,100,000 ₪, נותרו עלומים. הביטוי "מניעת הפרעה" גם לא מצא ביטוי גלוי בחוזה. ההשערה שנידר חתמה על ההסכם כדי למנוע הפרעה מצד העוררת לעסקה החדשה בינה לבין ליקווד – נותרה השערה בעלמא. לא הובא עד מטעם נידר להעיד על הנסיבות להסכמתה לדחיית התביעה ומניעה לחתום על ההסכם המשולש. לא זו אף זו: העוררת ביקשה להעיד את עו"ד רפי שפירא ממשרדו של עו"ד אברמזון, שככל הנראה היה אמור להעיד ולשפוך אור על נסיבות החתימה על ההסכם המשולש. אי הבאתו לעדות אומרת דרשני (ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 549 (2001); ע"א 55/89 קופל (נהיגה עצמית) בע"מ נ' טלקאר חברה בע"מ, פ"ד מד(4) 595, 602 (1990)). יש לזכור ולהדגיש כי הנטל לסתור את קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של המשיב רובץ על כתפי העוררת.

בע"א 11125/08 קווי נדל"ן גינדי-ירון בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין, רחובות, לא פורסם (21.7.2011), אומר השופט הנדל בצטטו מדברי השופט דב לוי (רע"א 1436/90 גיורא ארד חברה לניהול נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 107-108 (1992):

"ערעור מע"מ, כמו ערעור מס הכנסה, כמוהו לכל דבר ועניין כתובענה הבאה לפני ערכאה ראשונה, שבה יש "תובע", הוא המערער, ו"נתבע", הוא המשיב. המערער, אשר נחשב כתובע לצורך העניין... עליו מוטל נטל השכנוע להוכיח ערעורו בהיותו המוציא מחברו. דינו כדין כל תובע גם לעניין נטל השכנוע... תובע נחשב למוציא מחברו, אפילו אם אינו בא לשנות כלל את המצב, אלא דורש להצהיר על מצב משפטי מסוים, או המאשר מצב עובדתי קיים, מבלי להוציא דבר הנמצא בידי הנתבע. הכלל שהתובע הוא "המוציא מחברו" חל גם כאשר בתביעה מבקש התובע להשאיר מצב עובדתי ו/או משפטי מסוים על כנו, ואינו מבקש סעד נוסף של אכיפה או של תשלום כסף. היות רשות המס בגדר "נתבעת", המתגוננת, והנישום בגדר "תובע" נובע מהחזקה, שפעולתה של הרשות כדין היא, וכי פעולתה מעוגנת במקור סמכויותיה הסטטוטוריים".

ומוסיף השופט הנדל:

"דברים אלו נאמרו, אמנם, בנוגע לערעורי מע"מ ומס הכנסה, אך ודאי שכוחם יפה גם למיסוי מקרקעין. על כן, רובץ על המערער הנטל להוכיח שמהותה של העסקה אינה כפי שזו מצטיירת בעיני רשויות המס. היה עליה לשכנע את הועדה בטענתה אודות שכרה הקבוע מראש ורווחיה המצומצמים, טענה שלא נראתה סבירה לאור היקף מעורבותה בהקמת הפרויקט".

לאור האמור אין לקבל את הטענה כי טיבה הכלכלי של העסקה בהסכם המשולש היה מניעת הפרעה של העוררת לעסקה בין נידר ללייקווד.

20. גם אם נאמץ את הגרסה של מניעת ההפרעה שבגינה התקשרה נידר בהסכם המשולש עם העוררת, אין הדבר שולל את העובדה כי העסקה, לפי תוכנה הכלכלי, הינה בגדר "מכירה". טול מקרה שבו בעל דירה קונה את דירת שכנו כדי להפסיק את מטרד הרעש הבוקע ממנה יום ולילה. האם נאמר כי אין זו מכירה כהגדרתה בחוק? שאלתי את עו"ד בר במהלך סיכומיו, אך תשובה לא קיבלתי. פרשנות זו של עו"ד בר אם היתה מתקבלת היתה שמה לאל את תכלית החוק. מדובר בטענה כבושה, שכן טענה זו צצה לראשונה רק במכתב מיום 13.1.2009. כאמור לכבישת הגרסה אין הסבר.

21. לא יכול להיות ספק, מעיון בהסכם המשולש, ומהתנהגותם המאוחרת של עוררת ונידר שהיתה כאן עסקה בעלת תוכן כלכלי הנכנס, לגדר "מכירה", שבה העוררת ויתרה לנידר על זכות

האופציה תמורת תשלום של 17,100,000 ₪ ([ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום \(1991\) בע"מ, פ"ד מט\(2\) 312, 265 \(1995\); ע"א 5876/06 אינטגרציה אנכית בע"מ נ' רארא תעשיות אלקטרוניקה בע"מ, לא פורסם \(4.2.2009\); ראו גם נמדר, שם, סעיף 903](#)).

### ביטול עסקה

22. אין מקום לקבל את טענת ביטול העסקה, הן מהטעם שאין מכירה חוזרת ללייקווד והן מהטעם שלא דווח על כך בזמן (סעיף 73 לחוק). גם כאן מדובר בטענה כבושה, שזכרה ציץ לראשונה במכתב מיום 13.1.2009. ביטול עסקה משמעה העברה חוזרת של הזכות מהקונה למוכר, תוך מחיקת תוצאות המכירה הראשונית. סעיף 102 לחוק קובע:

**"המנהל יחזיר מס אם הוכח לו כי נתבטלו מכירת זכות במקרקעין או פעולה באיגוד מקרקעין ששולם עליהם מס".**

[בע"א 17/73 ארקן חברה לבניה בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד כו\(2\) 560, 558 \(1973\)](#), אומר השופט ויתקון:

**"ההבדל בין ויתור סתם לבין ויתור הבא עקב ביטול מכירה קודמת הוא שבמקרה האחרון קדמה לו ויתור מכירה אחרת שהיתה חייבת במס. ברור שסעיף 102 הוא בחינת 'דין מיוחד' לעומת החיוב הכללי החל על כל מכירה (כולל ויתור). השאלה לא היתה, אם היה כאן ויתור, אלא אם כל מה שנעשה בעסקה החדשה לא היה אלא ביטול העסקה הקודמת".**

בעניינינו, לא התבטלו תוצאות המכירה הראשונה אלא העוררת העבירה את האופציה לנידר תמורת תשלום. במילים אחרות העוררת ויתרה בתמורה על האופציה שהיתה לה לנידר ([עמ"ש 8/73 אבטליסמן נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד א' 181](#)). ויתור זה אינו פטור ממס כי ניתן בתמורה (סעיף 63 לחוק).

### אין ערך לאג"חים כי הם חסומים למסחר בבורסה

23. הכלל העומד ביסודו של החוק הוא כי גובים מס מן הרווחים (השבח) הנובעים מעסקאות במקרקעין [ע"א 791/01 טובי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נו\(6\) 108, 18 \(2003\)](#). הטענה של העוררת שאין לה רווחים מהתמורה שקיבלה באג"חים חסומים למסחר ולכן לא ניתן להעריך את שוויים ולמסותם - דינה להידחות. ראשית, בגין עסקה זו הוצאו חשבונות מס כדין ושולם המע"מ (סעיף 6.2.2 להסכם המשולש). שנית, אין מדובר כאן בחליפין (כמו שאירע בפסק דין אלוני). בחליפין נעשות שתי עסקאות של מכירה האחת קבלת תמורה רעיונית בגין הוויתור על האופציה לקבלת זכות במקרקעין והשניה קניית אג"חים בשווי חלק מהתמורה שהעוררת היתה זכאית לקבל מנידר תמורת ויתור על הזכות לאופציה במקרקעין. כלומר מתן הלוואה לנידר בסכום שבו נרכשו האג"חים (השוו [ע"א 10839/04 פקיד שומה באר שבע נ' גרינברג, לא פורסם \(7.9.2006\)](#)), וכל אחד מהצדדים עלול להיות מחויב במס שבח ובמס רכישה. בעניינינו היו שתי עסקאות האחת, שבו ויתרה העוררת בתמורה לנידר על זכות האופציה שהיתה לה והשניה קבלת

חלק מהתמורה באג"חים, כאמור. בניגוד לפסק דין **אלוני** העוררת כן דיווחה על העסקה למשיב, בעוד שבפסק דין **אלוני**, בניגוד להסדר מוקדם שנערך בין אלוני למשיב, הוא חזר מהסדר המס שעשה עם רשות המיסים, ולא דיווח על ההכנסה שהיתה לו באותה שנה בגין עסקת החלפת המניות. לפי ההסדר שהושג בעקבות הקושי בקביעת שווי המניות החסומות, נידחה מועד תשלום המס – ולא אירוע המס – לפי מועד המימוש המאוחר של המניות החסומות או תוך שנתיים, לפי המוקדם. אין חולק כי במקרה דנא חלפו יותר משנתיים, כך שגם מסיבה זו פסק דין **אלוני** אינו יכול להועיל לעוררת. לשלמות התמונה יש להזכיר את סעיף 104ח **לפקודת מס הכנסה** שנחקק לאחר פסק דין **אלוני** (בתיקון 123), אשר דוחה את מועד אירוע המס של מניות חסומות, בהתקיים התנאים שבסעיף, לפרק זמן שלא יעלה על שנתיים או ששה חודשים מתום תקופת החסימה, הכל לפי המאוחר.

24. כאן מדובר בעסקה במקרקעין ולא בהחלפת מניות. הצדדים הצהירו על שווי התמורה והמשיב אישר את התמורה שנקבעה בחוזה המשולש, אשר העוררת הצהירה עליו בטופס הצהרת המוכר. גם אין עסקינן במניות אלא באג"חים. מניה מוגדרת בסעיף 1 **לחוק החברות**, תשנ"ט-1999 (להלן – "**חוק החברות**"): "**אגד של זכויות בחברה הנקבעות בדין ובתקנון**". בעלי המניות, שהשקיעו בחברה, נהנים מערכה השיורי של החברה, לאחר פרעון חובותיה השוטפים. ככל שפעילותה של החברה נושאת רווחים, ערכה עולה וכך שווי מניותיה, ולהיפך (**חביב-סגל, דיני חברות**, כרך א' (2007), עמ' 16-17). מי שמוכן להמר ירכוש מניות בתקווה לעליית ערכן עקב פעילות כלכלית מוצלחת של החברה, שאת מניותיה קנה.

לאיגרת חוב הגדרה שונה בסעיף 1 **לחוק החברות**: "**מסמך שהנפיקה חברה המעיד על קיומה של התחייבות כספית שחבה החברה, ומגדיר את תנאיה...**". איגרת חוב הינה אגד זכויות הזזה לזכויותיו של מלווה, כמו שנושה מלווה כספים לפרט. בעל החוב הנהנה מריבית על השקעתו בחברה, כפי שקרה כאן, ובהתאם לתנאי האג"ח, להחזר השקעתו (**שם**, עמ' 17). ראינו, שבעלי מניות נושאים בסיכון הכרוך בפעילות העסקית של החברה. לעומת זאת הסיכון על המחזיקים באג"חים קטן יותר. לבעל אג"חים מובטחת תשואה מראש, הכרוכה בפחות תנודות מאשר מי שזכאי לתשואה שיווית. תשואה עם מועדי פרעון קבועים מראש כרוכה בסיכון נמוך יותר מאשר תשואה העשויה להתקבל בכל מועד שהוא. אי וודאות לגבי מועד קבלת הכנסה היא בעלת סיכון גבוה יותר. לנושה גם יש קדימות באירוע של חדלות פרעון ולכן הסיכון המוטל עליו קטן יותר (**חביב-סגל, דיני חברות**, כרך ב' (2004), עמ' 53).

ניתן לראות במתן האג"חים על-ידי נידר כקבלת התמורה של 12,400,000 ₪ ובמקביל מתן הלוואה לנידר תמורת אג"חים חסומים בסך 17,220,000 ₪ ע.ג. ברוח התקופתי לשנת 2007 (מ/ש) 4, נאמר (בסעיף 11.3.2):

"אגרות החוב הנ"ל, היו עומדות לפרעון בעשרה שיעורים חצי שנתיים ביום 31 בינואר וביום 31 ביולי של כל אחת מהשנים 2010 עד 2014 (כולל), נושאת ריבית שנתית בשיעור של 6.3%, אשר תשולם בימים 31 בינואר ו-31 ביולי של כל אחת מהשנים

**2007 עד 2014 (כולל)... וצמודות (קרן וריבית) למדד המחירים  
לצרכן שפורסם בחודש דצמבר 2006."**

(ראו גם הדוח משנת 2007 (מש/2), עמ' 22).

ברור מהאמור לעיל, כי מדובר בשתי עסקאות: האחת רעיונית, שבה קיבלה העוררת את התמורה בסך 12,400,000 ₪, והשנייה מתן הלוואה לעוררת בסכום זהה תמורת קבלת אג"חים ע.ג. בסך 17,200,000 ₪. מהאמור בדוחות ברור מדוע קיבלה העוררת אג"חים חסומים. לפיכך, גם באספקלריה זו, אין לומר שהתמורה בגין המכירה אינה ידועה ויש להמתין לפרעון האג"חים. למה הדבר דומה: לנושה שלפי תנאי הלוואה יקבל את פירעונה לשיעורין כל ששה חודשים. האם נגרוס כי סכום הלוואה אינו ידוע?

**סעיפים 51 ו-91א לחוק**

25. סעיף 51 לחוק עוסק באירוע מס שהתקיים, אך מועד התשלום של המס נידחה אם טרם התקיים אף אחד מהתנאים שנזכרים בסעיף, זאת כיוון שהעסקה טרם קיבלה ממשות כלכלית, למרות שהיה אירוע מס (נמדר, שם, סעיפים 304, 314). לכן, אין לחייב בתשלום מס כל עוד אין משמעות כלכלית לעסקה. בסעיף 51 ניתנת דחייה במועד תשלום מס שבח בהתקיים כל אלה: (1) החזקת המקרקעין היא בידי הקונה או נתונה לפקודתו; (2) הקונה שילם סכום העולה על 50% מן המחיר; (3) המוכר נתן יפוי כוח בלתי חוזר לקונה או לאדם אחר לרשום זכות במקרקעין על שם הקונה או לפקודתו. יחד עם זאת על הנישום לדווח למשיב על העסקה (סעיף 73 לחוק). אם חדל להתקיים במכירת זכות במקרקעין, אחד מהתנאים הדוחים את מועד תשלום המס לפי סעיף 51 - על הצדדים להסכם להודיע למנהל, תוך 14 יום מיום שחדל התנאי להתקיים (סעיף 76 לחוק). יש להדגיש: סעיף 51 לחוק אינו קובע את יום המכירה, אלא את מועד תשלום המס.

לאור האמור, אין תחולה לסעיף 51, שכן העוררת קיבלה את מלוא התמורה בשווה כסף, כפי שהצהירה בטופס הצהרת המוכר וכפי שעולה מכל הראיות בתיק, כאמור.

26. סעיף 91א לחוק קובע:

**"המנהל רשאי, אם ראה סיבה מספקת לכך, לדחות את המועד לתשלום המס, כולו או מקצתו, לחקופה שימצא לנכון, ובלבד שהחייב במס ישלם על תקופת הדחיה הפרשי הצמדה וריבית".**

בניגוד לסעיף 51 הדוחה מלכתחילה את מועד תשלום המס משיקולים מהותיים (העסקה טרם קיבלה ממשות כלכלית), סעיף 91א מאפשר דחייה של תשלום המס משיקולים מנהליים, למרות שהמועד לתשלומו חלף. כדי שהחייב במס, יזכה לדחייה, בכפוף לתשלום הפרשי הצמדה וריבית על תקופת הדחייה, עליו להניח תשתית עובדתית לבקשת הדחייה. העוררת לא הניחה תשתית ראייתית לבקשתה בעת הדיון בערר ולא בכדי. העוררת הסתפקה בהגשת תצהיר סתמי לגבי התקיימות תנאי סעיף 51, אך לא התייחסה לאפשרות בקשת דחייה של תשלום המס שמועד תשלומה הגיע. הגשת תצהיר כאמור היה מקעקע את טיעוניה, כי אין היא חבה במס שבח או כי

**מועד התשלום טרם הגיע.** אין בפניי ראייה כי תשלום המס ימוטט את העוררת ואין התייחסות לעובדה כי העוררת קנתה גם את החלקות הדרומיות במתחם הולילנד.

## הערת אזהרה

27. הערת אזהרה אינה מקימה זכות קניינית. הערת אזהרה היא זכות שלילית ההודפת צדדים שלישיים, אך אין בכוחה להקנות בעלות או החזקה. זכות מאוחרת ונוגדת תירשם בכפוף להערת האזהרה (דויטש, קניין, חלק רביעי, עמ' 27 (2007)). הרישום מונע רישום עסקה סותרת (שם, עמ' 73). ביטול הערת אזהרה ייעשה בהסכמת הצד המעוניין (שם, עמ' 90). ביטול הערת האזהרה ייעשה גם במקרה שבו התבטלה בעסקה (שם, עמ' 93-96). אי רישום הערת אזהרה עלול לפגוע בזכותו של מי שעשה עסקה ולא רשם הערת אזהרה שהיא תמרור אזהרה בפני קונה מאוחר (ע"א [2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז\(2\) 385 \(2003\)](#); ראו גם סעיפים 132-126 [לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969). לא תמיד אי רישום הערת אזהרה ימנע מהמתקשר הראשון לזכות בעדיפות על פני המתקשר השני. לצורך בחינת קיומה של חובת זהירות קונקרטית של המתקשר הראשון, שלא רשם הערת אזהרה, יש לבחון את השאלה האם בנסיבות הספציפיות של המקרה היה ניתן לרשום הערת אזהרה, או שמא הייתה מניעה אובייקטיבית לכך. כן תבחן השאלה אם נתקיים טעם סביר אחר, בין טעם שבמדיניות כללית ובין טעם הנעוץ בנסיבותיו המיוחדות של העניין, השולל את הצורך לצפות את התרחשות הנזק בהקשר הנסיבות הקונקרטיות. גם המתקשר השני עלול להיות חייב באשם תורם אם הוא עצמו התרשל או לא התעניין בבדיקת הנתונים שמהם ניתן היה להסיק כי לנכס מושא העסקה קודמת שלא נרשמה בגינה הערת אזהרה (ע"א [9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח\(4\) 769 \(2004\)](#); ע"א [468/03 חברת יואב קיין בע"מ בפירוק נ' עזבון המנוחה קושניר ז"ל](#), לא פורסם (5.12.2005)). לאור האמור, למחיקת הערת האזהרה אין משמעות בנסיבות המקרה. כל הצדדים לעסקה ובנק לאומי היו מודעים לרישום של הערת האזהרה לזכות העוררת, כך שגם מחיקתה, אם העוררת לא היתה מוותרת על הזכות לאופציה, לא היתה מעלה או מורידה לעניין זכות האופציה של העוררת. התמורה ניתנה רק בגין הויתור על האופציה של העוררת ואילו מחיקת הערת האזהרה היא פועל יוצא של ויתור על האופציה. בבחינת הלך החבל אחר הדלי.

28. קראתי את דברי חבר הוועדה עו"ד ד"ר ליאור דוידאי ואני מסכים לדברים שהוסיף.

## סיכום

29. הערר נידחה. העסקה שנעשתה בין העוררת לנידר היתה מכירה במובן סעיף 1 לחוק: ויתור בתמורה על האופציה לטובת נידר. העוררת לא השכילה להמציא פטור מתחולת החוק בהתאם לסעיף 50 לחוק ולכן עליה לשלם את המס שהושת עליה בסכום שקבע המשיב, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית (סעיף 94 לחוק).

מאחר והערר הוגש שלא בתום לב, תוך התנערות ללא הסבר של העוררת מהצהרות תחת אזהרה שמסרה בטופס הצהרת המוכר, במכתבים שכתבו באי כוחה ביום 4.12.2007 וביום 27.5.2008 ולהודעות שמסרה לבורסה, יש לחייבה בהוצאות המשיב בסך 7,000 ₪.

-----  
משה רביד, שופט (בדימ')

### חבר הועדה עו"ד ד"ר ליאור דוידאי

1. אני מסכים לפסק-דינו של השופט (בדימ) משה רביד. ברצוני להוסיף דברים בכל הנוגע למועד היווצרותו של אירוע מס ולמועד תשלום המס ולהשלכות שיש לכך על המקרה שלפנינו.
  2. בין יתר טענותיה של העוררת היא מעלה את הטענה כי גם אם מדובר בזכות במקרקעין, מועד התשלום של המס טרם הגיע בכל הנוגע לתמורה באג"חים חסומים שקבלה העוררת ששווין אינו ניתן להערכה באופן סביר. לטענתה של העוררת, מדובר באג"חים חסומים, אשר ניתן לכמתם רק במועד שבו ניתן לממשם, ולכן ראוי כי תשלום המס ייעשה באותו מועד. לטענתה, האג"חים שקבלה העוררת חסומים, ולכן ראוי לדחות את מועד תשלום המס למועד מימושם.
  3. ככלל, בדיני המס קיימות שלוש נקודות התייחסות על ציר הזמן:
    - הראשונה, העיתוי שבו נוצר אירוע מס;
    - השנייה, מועד הדיווח על אירוע המס שבו חלה על הנישום חובה להודיע לרשויות המס על הרווח החייב במס בהתאם לסוג הפעילות הכלכלית שהוא מבצע;
    - והשלישית, מועד תשלום המס שבו חלה על הנישום חובה להעביר את כספי המס בגין הפעילות הכלכלית שהוא מבצע לאוצר המדינה.
- במארג כרונולוגי זה, נקודת הזמן שקובעת מהו המועד לדיווח על אירוע המס ומהו המועד לתשלום המס הוא העיתוי שבו נוצר אירוע מס. חובות הדיווח ותשלום המס נגזרות מהעיתוי שבו נוצר אירוע מס. לפיכך, מרוץ הזמן למילוי חובות אלו מתחיל ברגע היווצרותו של אירוע המס, כך שיש לקיימן תוך זמן קצוב לאחר מכן. (ראו בהקשר זה הוראות סעיפים 73 ו-90א לחוק מיסוי מקרקעין).
- יחד עם זאת, ייתכנו מצבים מיוחדים וספציפיים בהם דין המס קובע כי מועד הדיווח או מועד תשלום המס נדחים למועד מאוחר מהעיתוי שבו נוצר אירוע המס (ועקרונית ייתכנו אף מצבים בהם מועד הדיווח או תשלום המס יהיו מוקדמים למועד שבו נוצר אירוע מס).

4. בעסקאות הוניות קובע דין המס הנוהג בישראל כי אירוע מס נוצר במועד כריתת החוזה בין הצדדים, ללא תלות בקבלת התמורה או בהתגבשות הזכות לקבל את התמורה. (להלן: "שיטת דיווח על בסיס התקשרות").

בהתאם לכך, אירוע מס שבח מקרקעין נוצר במועד גיבוש ההתקשרות בין הצדדים. במועד זה קמה חובת דיווח ותשלום המס אף אם העסקה טרם מתבצעת והתמורה טרם משולמת. לפי [חוק מיסוי מקרקעין](#), המועד שבו נוצר אירוע מס ביחס לשבח מקרקעין שמופק בעת מכירת נכס מקרקעין בישראל הוא "יום המכירה" (ראו הוראות סעיפים 73, 90א ו-91 לחוק מיסוי מקרקעין. ראו גם הוראת סעיף 19 [לחוק מיסוי מקרקעין](#) הקובעת כי "יום המכירה" הוא היום שבו נעשתה ה"מכירה"). לפי הוראת סעיף 1 [לחוק מיסוי מקרקעין](#), עצם כריתתו של חוזה לעסקה במקרקעין מהווה "מכירה", מכיוון שהסכמה חוזית לביצוע עסקה במקרקעין היא בגדר "הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין...". (ראו יצחק הדרי מיסוי מקרקעין (מהדורה שנייה, 2003, כרך ב – חלק ראשון) 52-60; אהרן נמדר דיני מסים (מיסוי מקרקעין) (מס שבח, מס רכוש, ארנונה, היטל השבחה) (מהדורה שנייה מורחבת ומעודכנת, תשנ"ב-1992) 257. ראו גם הוראת סעיף 48א(ה)(2) [לחוק מיסוי מקרקעין](#) הקובעת חיוב בריבית והפרשי הצמדה אם קיים הפרש מס שלא שולם תוך 30 ימים ממועד כריתת החוזה).

אמנם, הוראות סעיפים 51 ו-52 [לחוק מיסוי מקרקעין](#) מאפשרות דחייתו של מועד תשלום המס בעת היווצרותו של אירוע מס שבח אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים: הראשון, המקרקעין טרם נמסרו לחזקתו של הקונה; השני, הקונה טרם שילם יותר ממחצית התמורה; והשלישי, המוכר טרם נתן יפוי-כוח בלתי-חוזר לקונה או לאדם אחר לרישום המקרקעין על-שם הקונה. דחייה זו בתשלום המס ניתנת למוכר זכות במקרקעין מכיוון שהעסקה טרם יצאה אל הפועל במלואה. אולם, גם במקרים המקיימים תנאים אלו נוצר אירוע מס עם גיבוש ההתקשרות החוזית בין הצדדים. חובת הדיווח קמה עם מועד כריתת החוזה, והחל ממועד זה נושאת חבות המס – כפי שהיא מחושבת באותו זמן – הפרשי הצמדה וריבית (ראו בעניין זה הוראות סעיפים 73 ו-76 [לחוק מיסוי מקרקעין](#); וכן הוראת סעיף 94א) [לחוק מיסוי מקרקעין](#)).

בד בבד קובע [חוק מיסוי מקרקעין](#), כי במקרים בהם העסקאות מתבטלות בסופו של דבר – תוצאות המס מתבטלות למפרע. זאת, אם אכן מדובר בביטול עסקה (להבדיל ממכר חוזר), וזאת בהתאם לסעיף 102 [לחוק מיסוי מקרקעין](#). (לעניין המבחנים בדין המס הנוהג להבחנה בין ביטול עסקה ובין מכר חוזר, ראו ע"א 307/85 מנהל מס שבח נ' עדית זמר, פ"ד מא(4) 826).

5. בהקשר זה חשוב לחדד את ההבחנה בין העיקרון המקובל שאין למסות רווח לא ממומש – כפי שמובא בפסקה 31 לפסק-דין אלוני (ע"א 1804/05 אלוני נ' פקיד השומה, לא פורסם, 31.1.2008) (להלן – "פסק דין אלוני") – לבין מיסוי עסקה ממומשת שהתמורה בגינה הינה בשווה-כסף. במקרה האחרון התמורה בשווה-כסף עשויה להיות, בין היתר, בשטר-חוב,



בהמחאה או בניירות-ערך. ברבים מהמקרים יכול מי שמקבל שטר-חוב, המחאה או נייר-ערך בתמורה לעסקה לממשם מיד בסמוך לאחר-מכן או בעתיד. ברבים מהמקרים התמורה המתקבלת בשווה-כסף ניתנת להעברה או לסיחור מידי (אף אם הדבר כרוך בניכיון הערך המובטח בעתיד). במקרים אלו, אין לדבר על עסקה שאינה ממומשת. לא יכולה להיות מחלוקת כי במקרים אלו קיים מימוש של העסקה שעניינה במכירת זכות במקרקעין, אלא ששווי התמורה המתקבלת – אם היא איננה ממומשת בסמוך לאחר קבלתה – עשוי להשתנות בעתיד בהתאם לתנודות בשווי השוק שלה. במקרים אלו, מי שמוכר זכות במקרקעין ומקבל בתמורה שווה-כסף יכול להפיק ממנה הנאה כלכלית ממשית כבר במועד קבלתה אף אם הוא לא מממש אותה למזומנים או לנכס אחר באותה נקודת זמן. במקרים אלו, אירוע מס נוצר למי שמעביר זכות במקרקעין כבר במועד כריתת ההסכם בהתאם לערך הנוכחי של התמורה בשווה-כסף.

6. ללמדך, כי מצוות המחוקק היא לחייב מכירת זכות במקרקעין במס במועד כריתת ההסכם. זאת, בין אם התמורה הינה בכסף ובין אם התמורה הינה בשווה-כסף.

7. טוענים ב"כ העוררת, כי דין המס הנוהג קובע שבמקרים שלא ניתן בהם לאמוד את סכום התמורה בצורה ודאית, יש לדחות את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס עד למועד שבו ניתן לבצע הערכה כלכלית של סכום התמורה ברמת דיוק סבירה. בטענתם זו מסתמכים ב"כ העוררת על מאמר פרי עטי שפורסם בכתב העת משפט ועסקים (ליאור [דוידאי "מיסוי עסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין הביצוע הכלכלי לבין מועדים שונים הרלוונטיים לקביעת שווי העסקה" משפט ועסקים](#) ה'199, בעמ' 234-235) (להלן: "מאמר שפירסמתי בכתב העת משפט ועסקים"). לכאורה צודקים ב"כ העוררת בטענתם זו, אך באותו מאמר הדיון שלגביו הדברים נאמרו היה בנוגע לשיטת דיווח לפי בסיס מצטבר – החלה ביחס לעסקאות רגילות ולא ביחס לעסקאות הוניות. כך נאמר במאמרי הנ"ל:

**"ככלל, דין המס הנוהג מתנה את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי שיטת דיווח על בסיס מצטבר לא רק בהתקיימות כל האירועים המקימים את הזכות לקבל (או את החבות לשלם) את התמורה, אלא גם בקיומה של יכולת לאמוד את סכום התמורה ברמת ודאות סבירה (Reasonable Accuracy)..."**

**בהתאם לכך, דין המס הנוהג קובע כי במקרים שלא ניתן בהם לאמוד את סכום התמורה בצורה ודאית, יש לדחות את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס משלב הביצוע הכלכלי עד למועד שבו ניתן לבצע הערכה כלכלית של סכום התמורה ברמת דיוק סבירה." (שם, בעמ' 234).**

(השווה בעניין זה לדין האמריקאי הקובע כן ביחס לדיווח על בסיס מצטבר כפי שמובא במאמר שפירסמתי בכתב העת משפט ועסקים הנ"ל, שם, בהערה 89).

יתרה מזו, כפי שנאמר במאמר שפירסמתי בכתב העת משפט ועסקים הנ"ל, קיימת ביקורת על גישה זו של הדין הנוהג אף כאשר פועלת שיטת דיווח על בסיס מצטבר. כך נאמר במאמרי הנ"ל:

**"העיקרון הקובע את עיתוי היווצרותו של אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אמור להתקיים, לפי דעתנו, גם בעסקות שקיימים בהן פערי עיתוי בין מועד הביצוע הכלכלי לבין מועד התגבשותו הסופי של סכום התמורה. לשיטתנו, ראוי לקבוע את העיתוי שבו נוצר אירוע-מס לפי מועד הביצוע הכלכלי אף אם במועד זה התמורה עדיין אינה מתגבשת באופן סופי. בהתאם לכך, ראוי לגזור את הרווח או ההפסד לצורך חישוב של חבות המס לפי שווי-השוק של העסקה במועד הביצוע הכלכלי אף שהוא עשוי להיות שונה מסכום התמורה המתגבש בסופו של דבר בין הצדדים." (שם, בעמ' 235). (ראו גם שם, בעמ' 240-235).**

אולם, בכל הנוגע לשיטת דיווח על בסיס התקשרות לא מצאנו אסמכתא לכך שחל כלל כגון דא. בצריך עיון נאמר כי אף אם נהיה מוכנים לשקול אימוצו של כלל זה במקרים מיוחדים המצדיקים לעשות כן, בהם התמורה המתקבלת כנגד מכירת זכות במקרקעין הינה בזכות עתידית המקנה זכות לקבל במועד עתידי מזומנים או שווה-כסף, אך היא איננה ניתנת להעברה, לסיחור או למימוש מיידי, ובמשך תקופת זמן מסוימת אין למי שמקבלה יכולת להפיק ממנה הנאה כלכלית ממשית (כפי שמובא בפסקה 32 לפסק-דין אלוני) – אין זה המקרה שעלינו לעשות כן, שכן אין כל יסוד לטענה כאילו אין ערך לאג"חים שנמסרו לעוררת בשל היותם חסומים למסחר. זאת, לא רק מהבחינה האובייקטיבית – שהרי לא הובאו בפנינו ראיות שבעת כריתת הסכם העברת הזכות במקרקעין לא היה לאג"חים ערך של ממש, אלא גם מנקודת מבטה של העוררת אשר האמינה וראתה באג"חים כנכס של ממש בעל ערך כספי (כפי שמופיע בסעיפים 4.3-4.4 להסכם המשולש, כפי שמופיע בסעיף 6.2 להסכם המשולש המובא בפסקה 15(א) לפסק-דינו של השופט (בדימ) משה רביד, כפי שמופיע בדוחותיה של העוררת לבורסה ולרשות לניירות ערך כמפורט בפסקה 15(ג) לפסק-דינו של השופט (בדימ) משה רביד, וכפי שמופיע בהצהרותיה של העוררת לרשויות מס שבח כמפורט בפסקה 15(ב) לפסק-דינו של השופט (בדימ) משה רביד).

8. יוזכר, כי אמנם האג"חים היו חסומים למסחר בבורסה, אך לא הייתה כל חסימה על מכירתם מחוץ לבורסה בסמוך לאחר קבלתם אף הדבר היה כרוך בניכיון מסוים. אם העוררת הייתה עושה כן בעסקה ממוכר מרצון לקונה מרצון – הייתה עשויה ללמד בכך על השווי האמיתי שיש לאג"חים שקיבלה בעסקה.

יתרה מזו, ברו"ח של דירקטוריון העוררת ליום ליום 31.3.2008, מיום 25.5.2008, נאמר (בעמ' 2):

**"הנכסים הפיננסיים הזמינים למכירה של החברה ליום 31.3.2008... הינם השקעות החברה במניות פטרו גרופ בע"מ ובאג"ח א' של נידר ... שווי אגרות החוב של נידר עלה בתקופת הדוח בסך של כ-0.7 מליון שח" (מ/ש 3).**

רק ביום 27.7.2008 ניתן נגד נידר צו הקפאת הליכים. והלא המועד שבו נוצר אירוע מס במקרה דנן הינו באוקטובר 2007. כלל ידוע הוא כי אין מתחשבים באירועים מאוחרים למועד שבו נוצר אירוע מס. יפים לענייננו הדברים שכתבתי במאמר שפירסמתי בכתב העת משפט ועסקים הנ"ל:

"העיתוי שבו נוצר אירוע-מס בשל פעילות כלכלית מסוימת קובע את המועד שבו מתגבש דין המס הדרוש להכרעה בשאלת היווצרותו של אירוע-מס. נוסף על כך, הוא קובע את נקודת-הזמן שבה מתגבשת חבות המס החלה על הפעילות הכלכלית. לפיכך, לאחר ביסוסה של הכרעה שאכן נוצר אירוע-מס, חבות המס מחושבת בהתאם למכלול הכללים המשפטיים, הנתונים העובדתיים ושיעורי המס כפי שהם קיימים במועד שבו נוצר אירוע-מס. בעיתוי זה נקבע, בין היתר, השווי הראוי של העסקה לצורך חישוב הרווח (או ההפסד)". (שם, בעמ' 205).

9. בנסיבות אלו אני מצטרף לפסק-דינו של השופט (בדימ) משה רביד.

עו"ד ד"ר ליאור דוידאי

חבר הוועדה משה יצחקי, שמאי מקרקעין

קראתי את חוות הדעת של חברי ואני מסכים לאמור בהן.

משה יצחקי שמאי מקרקעין

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט (בדימ) משה רביד

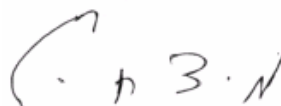
משה רביד 54678313

ניתן היום, ג' ניסן תשע"ב, 26 מרץ 2012, בהעדר הצדדים.

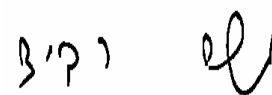
ועדת



ד"ר ליאור דוידאי,  
עו"ד



משה יצחקי, שמאי  
מקרקעין



משה רביד, שופט  
בדימוס

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, תיקיה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)