

עט וזמס



גליון מקצועי לחברים בענייני מיסים

גליון מס' 6 ■ אדר א' תשס"ג ■ פברואר 2003
יוצא לאור ע"י ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין
עורך: עו"ד בני קליפי ■ המערכת: דניאל פריש 10, תל-אביב 64731

חברות וחברים יקרים,

ישות'. משרד לויטן מטפל, אדמיניסטרטיבית, בתביעות האחריות המקצועית של כל עורכי הדין בתוכניות הביטוח הקולקטיביות של לשכת עורכי הדין.
ברשימה שלהלן לוקטו טעויות רשלניות (או רשלניות לכאורה) נפוצות בתחום מיסוי המקרקעין, ופסקי דין נבחרים. כן תמצאו ברשימה הבהרות ועצות מעשיות למניעת תקלות לאובדן הכיסוי הביטוחי.

בברכה,

מירי ביקל, עו"ד

בני קליפי, עו"ד

מדי שנה מוגשות מאות תביעות רשלנות מקצועית נגד עורכי הדין. חלק ניכר מהתביעות עוסק במישרין ברשלנות עורכי הדין בתחום המיסוי בכלל, ומיסוי המקרקעין בפרט. בהתאם לבקשת רבים מהקוראים לבחינת תחום האחריות המקצועית במיסוי מקרקעין, מובאת בגליון זה רשימה מקצועית העוסקת בנושא הנדון. הרשימה נכתבה על ידי עו"ד עדי מרגלית, אשר ריכזה את נושא האחריות המקצועית של עורכי הדין במשרד עו"ד רחל לויטן

אחריות מקצועית של עורכי דין בתחום מיסוי המקרקעין

טעויות נפוצות

טעות בחישוב התקופה הנדרשת לצורך הזכאות לפטור ממס שבח:

כידוע, בין הפטורים ממס שבח הקיימים בחוק מיסוי מקרקעין למכירת דירת מגורים, קיים פטור בגין מכירת דירה לאחר 4 שנים ממכירת דירת מגורים אחרת בפטור. ואולם, לעיתים בשל חישוב שגוי של הזמן שחלף בין מכירה אחת לשניה הלקוח מוכר את דירתו השניה תוך פחות מ-4 שנים ממכירת דירתו הקודמת, ובשל כך אינו זכאי לפטור ממס. לעיתים לא נלקחת בחשבון או נעשית טעות חישוב בנוגע לתקופת הצינון הנדרשת כאשר הלקוח (המוכר) מקבל את דירת המגורים הנמכרת במתנה (בין שנה לארבע שנים, תלוי בין היתר בקירבה המשפחתית, מצבו המשפחתי של המוכר ומגורי המוכר בדירה).

עדי מרגלית, עו"ד

משרד רחל לויטן ושות', עורכי-דין

באופן כללי, מדי שנה מוגשות כ-700–800 הודעות על מקרי ביטוח למשרדנו. מתוך סך כל ההודעות על מקרי ביטוח שנמסרות בכל שנה כ-5%–9% מההודעות נוגעות במישרין ביעוץ רשלני בענייני מיסוי מקרקעין.
להלן נבקש לסקור מספר טעויות נפוצות, נושא הודעות הביטוח הנוגעות במישרין לרשלנות במיסוי עסקאות במקרקעין. מובן, כי רשימה זו אינה ממצה את כלל הטעויות והתביעות בהן נתקלנו במהלך השנים, אך היא כוללת את הטעויות הנפוצות יותר בתחום זה. לאחר מכן, נעמוד על תקלות ביטוחיות נפוצות ולבסוף נסקור בתמצית מספר פסקי דין בנושא אחריות מקצועית של עורכי דין בתחום מיסוי המקרקעין.

האמור בגליון הינו על דעת העורכים והכותבים בלבד. אין צריך לומר כי רק נוסח החוק והפסיקה המלאים הם המחייבים. לשליחת פסקי דין וחומר רלוונטי אחר ניתן להתקשר לבני קליפי לטלפון 03-7103311 או לשלוח אי מייל לכתובת דוא"ל B.Kalifi@shibolet.com.

טעות בפרשנות הפטור:

אחת הטענות הנפוצות בהקשר זה הינה מתן ייעוץ לתחולת פטור ממס שבח בעסקת מכר דירת מגורים בהתבסס על ההנחה שהעברה ללא תמורה מבן לאב (אשר נחשבת "מכירה" לצורך מניין תקופת 4 השנים לפטור מ"מכירה" קודמת) כמוה כהעברה מאב לבן (אשר ממועטת מגדר המכירות שבגינן יש להמתין תקופת 4 שנים למכירה נוספת). פרשנות מוטעית זו הובילה את עוה"ד לסבור בטעות שהעברה מבן לאב אינה שוללת קיומו של פטור ממס שבח, אף אם נעשתה תוך פחות מ- 4 שנים בטרם מכירת הנכס המועבר.

טעות בבחירת סעיף הפטור:

אף אם לא קיים פטור ממס שבח לפי סעיף 1ב49(1) לחוק מיסוי מקרקעין (מכירה אחת לארבע שנים) עדיין ייתכן וקיימים פטורים אחרים למכר דירת מגורים. בין הודעות הביטוח ניתן למצוא עורכי דין שבחרו לבקש פטור לפי סעיף 1ב49(1) לחוק ואולם בדיעבד התברר, כי המוכרים אכן ביצע עיסקאות במהלך אותן 4 שנים. עם זאת, לו היו עוה"ד בוחרים בסעיף פטור אחר, המוכרים היו זכאים, כנראה, לפטור ממס, אך עוה"ד לא היסבו את תשומת לבם של המוכרים לכך.

הסכמים הטעונים אישור ביה"מ (מכר ע"י קטין; מכר ע"י חסוי וכו'):

על פי הדין, המועד הקובע לעניין מכר הטעון על פי דין אישור בית המשפט הוא יום מתן אישור ביה"מ למכר ולא יום החתימה על הסכם המכר, ורק ממועד מתן האישור יש למנות את התקופה הרלבנטית לעניין הפטור ממס. עורכי דין שלא היו בקיאים בהלכה האמורה נתנו ייעוץ שגוי ללקוחותיהם, שהביא לחיובם בתשלום מס.

חו"ד שגויה לגבי גובה החיוב במס:

טעות נפוצה הינה לעניין השלכות האופן בו עבר הנכס לידי המוכר הנוכחי על גובה החיוב במס. כך למשל, אין דינו של נכס שנתקבל במתנה כדין נכס שעבר למוכר בירושה. כן, קימת לעתים חשיבות רבה לשאלת מועד העברת הנכס בירושה (למשל, נכס שהועבר בירושה לפני 1 באפריל 1981 יהיה יום רכישתו עבור היורש ביום פטירת המוריש ושיוי הרכישה בהתאם לשווי הרכישה באותו יום; נכס שהועבר בירושה לאחר התאריך הנ"ל יהיה יום רכישתו יום רכישתו ושיוי רכישתו כפי שהיו בידי המוריש). לכן, על עו"ד הבא לערוך עיסקת מכר מקרקעין לברר באיזה אופן הגיע הנכס לידי המוכר וליתן לו ייעוץ לגבי גובה מס השבח בהתאם.

אי התחשבות בנתונים שיש בהם כדי להשפיע על גובה המס:

ככלל, בחישוב שומת המס יש לנכות הוצאות שונות

שהמוכר הוציא בגין ולהשבחת המקרקעין. כך למשל, יש לדווח על הוצאות בגין דמי תיווך, שכ"ט עו"ד, שיפוצים וכיו"ב על מנת שאלו יופחתו מחיוב המס הסופי. יחד עם זאת, ישנן הוצאות שלא ניתן לנכות בהתאם לאמור בסעיף 39 לחוק וההלכה על פיו (כגון הוצאות מימון בגין נכס שנרכש לפני 7 בנובמבר 2001, אם כי לאחרונה ניתן פסק דין בבית המשפט המחוזי בעניין חברת כימיקלים לישראל לפיו ניתן לנכות הוצאות מימון (על פסק הדין יגישו כפי הנראה רשויות המס ערעור לעליון) הערת המערכת). פעמים רבות, עורכי הדין לא לקחו בחשבון את הוצאות או שנתנו ייעוץ שגוי בעניין הוצאות הניתנות לניכוי, באופן שהגדיל את חיוב המס הסופי.

אי דיווח על העיסקה במועד:

במקרים רבים עוה"ד אינם מדווחים על עיסקת המכר לרשויות המס במועד המחוייב על פי החוק. לעיתים, נעשה הדבר מתוך הזנחה גרידא, ובמקרים אחרים נובע הדבר מחוסר היכרות עם הדין החל. כך למשל, כאשר הסכם המכר כולל תנאי מתלה, קרי – תנאי שבלא התקיימותו עיסקת המכר לא תצא אל הפועל, יש לדווח על העיסקה ביום חתימת החוזה ולא ביום התקיימות המתלה. אי דיווח במועד גורר כמובן חיוב בקנסות ובריביות.

"תקלות ביטוחיות" נפוצות

מועד ההודעה על מקרה הביטוח:

על פי תנאי הפוליסה הנפוצה, שהינה על בסיס מועד ההודעה ו/או התביעה, ועל פי חוק חוזה הביטוח, על המבוטח למסור הודעה על מקרה הביטוח למבטחת מקום שיש חשש סביר שאדם כלשהו ייחס אחריות למבוטח בשל הפרת חובה מקצועית כלשהיא.

למען הזהירות מומלץ, כי מקום שעו"ד מוסר חוות דעת על פיה קיים פטור ממס בעיסקת מכר ולאחר הגשת בקשת הפטור מתקבלת שומת מס, תימסר על כך הודעה מיידית לחברת הביטוח.

אמנם, ייתכנו מקרים בהם האופן בו בוחר עוה"ד לטפל בבעיה היא הדרך בה יש לנקוט בנסיבות העניין. עם זאת, ההודעה לחברת הביטוח נועדה לאפשר לעוה"ד להתייעץ עם מומחה נוסף בתחום זה ולאפשר הקטנת הנזקים בצורה הטובה ביותר.

תשומת הלב מופנית לסעיף 24 לחוק חוזה ביטוח הקובע, כי מקום שלא נמסרה למבטח הודעה במועד ומסירתה במועד הייתה מאפשרת למבטח להקטין חבותו, חייב המבטח בתשלום תגמולי הביטוח רק בגובה התגמולים בהם היה חייב לו נמסרה ההודעה במועד.

לעתים, עוה"ד מוסר הודעה על מקרה הביטוח לאחר חלוף המועד להגשת השגה לרשויות המס על החיוב, ולעיתים – מגיש את ההשגה בעצמו ומודיע על מקרה הביטוח לאחר חלוף המועד להגשת ערר על דחייתו.

במקרה זה, השאלה הנבחנת הינה האם, לו הייתה מוגשת השגה ו/או לו הייתה מוגשת כראוי, היה בה כדי להפחית מחיוב המס הסופי.

הסכמי מכר פיקטיביים:

במקרים מסויימים, עוה"ד עורך הסכם מכר אשר אינו מדווח כלל לרשויות המס.

אי הדיווח במועד נובע לעיתים מרצון הצדדים לדחות באופן מלאכותי את מועד המכירה. כך, מקום שבמועד החתימה על הסכם המכר המוכר אינו זכאי לפטור ממס שבה, נדחה מועד הדיווח על ההסכם לרשויות המס כך שביום הדיווח על העיסקה יהיה המוכר זכאי לפטור.

במקרים אחרים, עוה"ד עורך הסכם הלוואה המהווה במהותו הסכם מכר. על פי ההסכם, המלווה (הרוכש) מלווה ללווה (המוכר) סכום השווה בדרך כלל לערך הנכס, וההסכם קובע, כי במידה והלווה לא ישיב את סכום ההלוואה עד למועד מסויים, יועברו זכויות הלווה בנכס שבבעלותו לבעלות המלווה.

גם דרך זו נועדה למעשה לאפשר ללווה "לשחק" עם מועד הדיווח לרשויות המס, בדרך כלל – משיקולי מס.

במקרים כאמור מתעוררת בעייתיות בשאלת הכיסוי הביטוחי, שכן מדובר במעשה מכוון שנעשה תוך לקיחת סיכון מודע ואשר אינו מכוסה על ידי הפוליסה.

פסיקה

מתוך כלל ההודעות על מקרי הביטוח הנוגעות לטיפול ויעוץ רשלני בענייני מיסוי מקרקעין, מרבית התביעות אינן מגיעות כלל לכדי בירור בפני ביה"מ. זאת, מאחר שבמרבית המקרים רשלנותו של עוה"ד המטפל בעיסקה ברורה, ובירור העניין במסגרת הליך שיפוטי הינו, לפיכך, מיותר. בחלק ניכר מהמקרים נעשה נסיון לבטל ו/או להפחית את החיוב במס ולהגיע לפשרה לעניין תשלום החיוב, ורק בחלק מועט מהמקרים מוגשת בסופו של דבר תביעה לביה"מ.

להלן נסקור בתמצית מספר פסקי דין בתחום.

ע"א 398/97 (ביהמ"ש המחוזי בת"א)

העובדות: התובעת רכשה נכס במסגרת "עיסקת נטו", קרי – התחייבה לשאת במלוא תשלום מס השבח. זאת בהתבסס על הערכת עוה"ד לפיו סכום המס המירבי שיחול על העיסקה הינו \$ 25,000. רשויות המס דרשו סכום גבוה בהרבה, וכנגד עוה"ד הגישה התובעת תביעה לתשלום ההפרש. עוה"ד טען כי לא היו עמו חילופי דברים כלשהם בעניין זה וכי לא נקב בסכום כלשהו. כן טען עוה"ד כי לא ייצג את התובעת אלא את המוכרת בלבד וכן כי לתובעת לא נגרם כל נזק באשר התובעת הרוויחה מהעסקה ואין לראות בתשלום מסים נזק.

קביעות בימ"ש השלום: כממצא עובדתי קבע ביה"מ, כי התובעת אכן פנתה לעוה"ד בטרם החתימה על ההסכם וכי עוה"ד אכן מסר כי סכום המס המקסימלי שיחול על העיסקה הוא \$ 25,000. כו נקבע כי עוה"ד ייצג

תחילה את המוכרים אך לבסוף ייצג את שני הצדדים. ביהמ"ש קובע כי על עוה"ד היה למסור אומדן מדוייק ככל האפשר ביחס לגובה החיוב במס שיחול על העיסקה, ומשכשל – התרשל. עוה"ד חוייב בתשלום ההפרש בין סכום המס בו חוייבה התובעת לבין הסך של \$ 25,000.

קביעת ערכאת הערעור: ביה"מ קבע, כי אין כל חשיבות לשאלה האם נגרם לתובעת רווח כולל כתוצאה מהעיסקה. מקום שהתובעת – בבואה לבחון את כדאיות העיסקה – כללה גם את נושא תשלום מס השבח בבדיקתה, והבסיס להנחותיה נשמט בשל רשלנות עוה"ד, יחוייב עוה"ד בגין רשלנותו זו.

ת.א. 40530/99 (ביהמ"ש השלום בת"א)

העובדות: עוה"ד ייצג מוכרים בהסכם מכר, והקונים היו מיוצגים ע"י עו"ד מטעמם. בשלב העברת הזכויות התברר, כי קיים חוב בגין אי תשלום היטל השבחה. המוכרים שילמו את החוב ומאוחר יותר הגישה המוכרת תביעה נגד עוה"ד בטענה, כי לו הייתה מודעת לקיומו של חיוב בתשלום היטל השבחה לא הייתה מוכרת את הנכס במחיר כה נמוך או בכלל. הנתבע טען, כי הסביר לתובעת כי עליה לשלם היטל השבחה, כי התובעת רצתה למכור את דירתה בכל מקרה וכי לא נגרם לה כל נזק כי בכל מקרה היתה צריכה שללם את היטל השבחה.

קביעות ביה"מ: כאשר צדדים מגיעים לשלב החתימה על החוזה, חלה על עוה"ד חובה להבהיר ללקוח בצורה ברורה ומפורשת באלו תשלומים כרוכה העיסקה. לא די בשליחת הצדדים לברר בעירייה האם קיים היטל השבחה על הנכס. **בטרם החתימה על ההסכם** היה על עוה"ד לברר מה סכום ההיטל שיחול ולהבהירו ללקוחות מפורשות.

ערעור: על פה"ד הוגש ערעור. התובעת הסכימה למשוך הודעתה ופה"ד בוטל.

ת.א. 1007/00 (ביהמ"ש השלום בבית שמש)

העובדות: עוה"ד ערך הסכם מכר דירה, והגיש בשם המוכר בקשה לפטור מתשלום מס שבה על סמך הוראת שעה שבוטלה כחצי שנה לפני המועד בו הגיש עוה"ד את בקשת הפטור. רשויות המס דחו את הבקשה לפטור וחייבו העיסקה במס שבה. התובע טען, כי התנה את הסכם המכר בכך שיהיה פטור מתשלום מס.

קביעות ביה"מ: נקבע כי התובע כלל לא הוכיח שלו ידע כי יחוייב בתשלום מס שבה לא יתקשר בעיסקה. על פי ההסכם, התובע ידע, כי קיים סיכוי שיחוייב בתשלום מס שבה, והדבר מנתק את הקשר הסיבתי בין הנזק לבין מעשי עוה"ד. ביה"מ קובע, כי יהיה זה מרחיק לכת לחייב עו"ד בתשלום מס שבה שמוטל על מוכר הדירה בשל כך שלא התריע על חובת תשלום המס, שכן אין כל ראייה שהתובע היה ממתין עד למועד בו היה פטור, ובנוסף – אין כל ראייה כי במועד זה אכן היה מצליח למכור את הדירה ובאיזה מחיר.

ביה"מ אף הטיל אחריות על עוה"ד של הרוכשים, אליו סרו הצדדים על מנת להתקשר בעיסקת המכר, בקבעו כי לו היה עוה"ד של הרוכשים מברר ומוצא כי חלה חבות במס, הנזק היה נמנע במועד.

ת.א. 89110/99 (ביה"מ"ש השלום בת"א)

העובדות: עוה"ד טיפל עבור בעליה של הקרקע בעיסקת קומבינציה. בתחילה נחתם בין הצדדים זכרון דברים ורק שנתיים מאוחר יותר נחתם ההסכם עצמו ודווח לרשויות המס. רשויות המס קבעו, כי מועד העיסקה הינו יום החתימה על זכרון הדברים ולא יום החתימה על ההסכם, ועל כן השיטתו על בעלי הקרקע קנס בגין אי דיווח במועד וכן חייבוהו בתשלום הפרשי הצמדה וריבית מיום המועד הקובע ועד למועד התשלום בפועל. החיוב בקנסות בוטל מאוחר יותר ובעלי הקרקע הגיש תביעה נגד עוה"ד בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מחיובו בהפרשי הצמדה ובריבית.

קביעות ביה"מ: נקבע, כי היה על עוה"ד להסב תשומת לבו של הלקוח לכך שזכרון הדברים הינו מסמך בעל תוקף מחייב מבחינת רשויות המס וכי עליו להגיש הצהרה לרשויות המס מיד לאחר החתימה עליו.

עם זאת, מאחר שבמהלך התקופה בה לא נמסר דווח למשי"ח נותרו הכספים בידיו של התובע והוא יכול היה לעשות בהם כרצונו, הנזק הממשי שנגרם לו הינו רק בשיעור ההפרש בין התשואה שקיבל כתוצאה מהשקעת הכספים לבין גובה החיוב במס.

רע"א 3540/90 (ביה"מ"ש העליון)

העובדות: בין מוכרי דירה לרוכשיה נחתם זכרון דברים למכירת הדירה. לשם עריכת הסכם המכר פנו הצדדים לעוה"ד. לאחר חתימת ההסכם, מילא עוה"ד עבור הצדדים מסמכים המיועדים לרשויות המס ובשלב זה התברר למוכרים כי הם עשויים לחוב בתשלום מס שבה. מאוחר יותר אף נשלחה למוכרים שומת מס לתשלום. המוכרים טענו, כי היה על עוה"ד להסב תשומת לבם – טרם החתימה על ההסכם – לאפשרות שיחובו בתשלום מס.

קביעות ביה"מ: הערכאה הראשונה קבעה שעוה"ד התרשל. ביה"מ המחוזי הפך קביעה זו וביה"מ העליון אישר את פסק דינו של ביה"מ המחוזי. ביה"מ העליון קבע, כי מאחר שתנאי העיסקה גובשו בין הצדדים במסגרת זכרון הדברים שנערך ביניהם עוד בטרם נכנס עוה"ד לתמונה, הרי שעוה"ד – שנתבקש רק לערוך את הסכם המכר – לא התרשל כלפיהם. ביה"מ העליון הדגיש, כי אף לו התרשל עוה"ד הרי שקיומו של זכרון הדברים האמור מנתק את הקשר הסיבתי בין רשלנותו לבין הנזק שנגרם למוכרים.

יצויין, כי על פה"ד הוגש ערעור. ערכאת הערעור החזירה את הדיון לבימ"ש השלום על מנת שידון בשאלה האם נגרם נזק ומה גובהו. בימ"ש השלום קבע, בפה"ד המשלים, כי בפועל הרוויחו כל המעורבים מהעיסקה ועל כן לא נגרם כל נזק.

ת.א. 29096/99 (בימ"ש השלום בחיפה)

העובדות: התובעת, חברה קבלנית, ביקשה לערוך עיסקת קומבינציה, במסגרתה היה עליה להתחייב לשאת בכל המסים החלים על העיסקה. לטענתה, פנתה לעוה"ד על מנת שיחשב את המסים שיחולו על העיסקה ויבחן את כדאיותה. התובעת קיבלה שומה גבוהה יותר מזו הנקובה בחוה"ד, ואף לאחר הגשת ערר (על ידי עוה"ד) והפחתת השומה – עדיין היה החיוב במס בשיעור גבוה מזה הנקוב בחוה"ד. בהמשך הדיון התמקדו הטענות בשני נתונים לגביהם נטען כי עוה"ד שגה בחישובם.

קביעות ביה"מ: נקבע, כי מקום שעוה"ד מקבל מלקוחותיו נתונים לגביהם אין לו סיבה לחשוד שאינם נכונים, לא חלה עליו חובה לבדוק אותם, וזאת בניגוד לנתונים שאינם נמסרים על ידי הלקוח. זאת במיוחד, כשהלקוח אף הוא עו"ד, הבקיא בעסקאות מקרקעין והנתונים מצויים בידי. אף אם היה אחד הנתונים שגוי – לא הוכח כי התובעת הסתמכה עליו בהמשך ולכן אין עוה"ד חייב ברשלנות בשל כך.

יצויין, כי בפ"ד שניתן לאחרונה בבימ"ש שלום בב"ש נקבע, כי מקום שעוה"ד מקבל נתונים ממיופה כה של המוכרים, חלה עליו חובה לבדוק את הנתונים מול המוכרים עצמם.

ת.א. 4476/95 (בימ"ש השלום בפתח תקוה)

העובדות: התובעים, בעלי דירה, מכרו דירה שנתיים לפני מכירת דירה אחרת, וחוייבו בתשלום מס שבה בגין מכירת הדירה השנייה. התובעים טענו כי עוה"ד התרשל בכך שלא היסב את תשומת לבם לכך שיחוייבו במס בגין מכירת הדירה השנייה.

קביעות ביה"מ: נקבע, כי על עו"ד הנותן יעוץ בעיסקת מכר מקרקעין לבדוק, בטרם כריתת ההסכם, מהו המס שיחול על הנכס, ואם אינו בקיא בכך – עליו לקבל יעוץ ממבני דבר. ביה"מ הוסיף וקבע, כי אף שיתכן ובהמשך הדרך יחליט המוכר להמשיך בעיסקה חרף החבות, על עוה"ד חלה החובה ליידעו בדבר הסיכון. נקבע בנוסף, כי לתובע אשם תורם, מאחר שבחר להתקשר בעיסקה השנייה עוד בטרם פנייתו אל עוה"ד וזאת אף שידע כי את המכירה הקודמת ביצע שנתיים קודם למכירה נשוא המחלוקת.