

**אוניברסיטת תל אביב**  
**הפקולטה למשפטים**  
**תואר II - משפט מסחרי**

**עבודה סמינריונית**

**בנושא**

**שעבוד ראשון על מקרקעי סרבן**

**מגיש : יוסי חכם, ת.ז. 024640468**

**מוגש בקורס : פירוק חברות**

**תאריך : 1/6/2000**

**בהנחיית : ד"ר בן דרור**

## תוכן עניינים

3	מבוא
4	פרק א' - מעמדן של רשויות המס בפירוק חברה
9	פרק ב' - התפתחותו של השעבוד הראשון
13	פרק ג' - שיקולי מדיניות בקביעת מעמדן של רשויות המס
15	שיקולי פיקוח - גישת cantile
18	משפט משווה
19	פרק ד' - שעבוד ראשון ומרשם השעבודים
22	פרק ה' - מהו מס על מקרקעי סרבן
23	א. מס רכוש
24	ב. מס שבח מקרקעין
24	ג. מס רכישה
25	ד. מס מכירה
26	ה. מס הכנסה
27	ו. ארנונה כללית
28	ז. היטל השבחה
30	סיכום
31	ביבליוגרפיה

## **מבוא**

אחד מהנושאים החשובים בפירוק חברות הוא כללי חלוקתה של מסת הנכסים של החברה בין הנושים השונים. כללי חלוקה אלה מושתתים על שילוב בין עקרון השוויון המוחלט בין הנושים מחד לבין עקרון העדיפות המוחלטת לה זוכים הנושים המובטחים מאידך.

מעניין במיוחד הוא המעמד לו זוכה רשות המס בעת פירוק חברה. עיון בדין ילמדנו כי יש ורשויות המס זכות לעדיפות מוחלטת ולמעמד של נושה מובטח בעוד שפעמים אין מעמדן שונה משל כל נושה רגיל ובלתי מובטח אחר. יש מקרים בהם חוב המס זוכה לעדיפות ולדין קדימה על פני חובות רגילים וגם על פני חובות מובטחים.

אחת מההוראות המיוחדות ויוצאות הדופן היא ההוראה הנמצאת בפקודת המסים (גבייה) והיא המעניקה לרשויות המס שעבוד מיוחד ובלתי שגרתי הוא השעבוד הראשון. רגילים אנו לחשוב כי נושה מובטח כשמו כן הוא מובטח. כדי מה? כדי הנכס המהווה בטוחה קניינית לחובו. והנה לכאורה נמצא למדים כי שעבוד קודם לו הוא השעבוד הראשון.

בעבודתנו נבקש ללמוד ולתהות על קנקנו של השעבוד הראשון. נתחיל בסקירת מעמדן של רשויות המס כנושה בעת חדלות פירעון בד בבד עם מיקומו של השעבוד הראשון אל מול הוראות חוק אחרות. לאחר מכן נדון בשאלה נכבדה הכרוכה בשאלות של מדיניות פיסקלית וכלכלית והיא האם נכון ליתן עדיפות לרשויות המס בפירוק חברה. נבחן את שאלת העדיפות הן לגבי נושים מובטחים והן לגבי יתר נושי החברה.

לאחר שנסקור את שיקולי המדיניות ונעמוד על השוואת המצב בשיטות משפט שונות, נבחן את הבעייתיות והייחודיות המלווה את השעבוד הראשון כשעבוד שעל פניו אינו טעון רישום, דבר חריג לאור העובדה כי נמצאנו למדים על חשיבות רישומן של שעבודים כתנאי לתוקפם כלפי המפרק בפירוק חברה.

לבסוף, לאחר שנעמוד על מהותו וקנקנו של השעבוד הראשון נבדוק ונראה כיצד הוא מיושם בפועל תוך בדיקת חלותו על מסים שונים.

נסיים בהצעות והמלצות הקוראות לבחינה מחודשת ואולי לשינוי.

## פרק א' - מעמדן של רשויות המס בפירוק חברה

בניגוד לעקרון השוויון בין הנושים עליו עמדנו במבוא לעבודתנו מצא המחוקק לנכון לבכר מעמדן של רשויות המס בעת נשייתן חברה שבפירוק. את הוראות הדין שיש בהן כדי להשפיע על מעמדן של רשויות המס בעת פירוק חברה ניתן לסווג כדלקמן:

- א. הוראות היוצרות שעבוד ראשון על מקרקעי סרבן;
- ב. הוראות בדבר שעבודים;
- ג. חובות מס בדין קדימה;
- ד. עיכובן לטובת רשויות המס;
- ה. עיכוב מתן אישורים ע"י רשויות המס;

נסקור בקצרה את ההוראות השונות:

א. שעבוד ראשון על מקרקעי סרבן

סע' (א11) לפקודת המסים (גבייה), 1929 קובע:

"מס המגיע על מקרקעי הסרבן יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין".

שעבוד מיוחד זה הינו כאמור נושא עבודתנו ונרחיב עליו הדיבור בהמשך העבודה.

ב. הוראות בדבר שעבודים:

בצד השעבוד הראשון מעניקה פקודת המסים (גבייה) לרשויות המס אפשרות לרשום שעבודים על מקרקעי ומטלתי הסרבן.

סע' 11 (א) 2 קובע לעניין שעבוד מקרקעין:

"כל מס אחר המגיע מסרבן שהוא בעל מקרקעין יהיה שעבוד על המקרקעין אם נרשמה בפנקס המקרקעין הערה על כך על פי הודעת גובה המס; נרשמה הערה על שעבוד כאמור, תהא דרגתו נדחית בפני כל שעבוד של אותם מקרקעין שהיה רשום שעה שנרשמה ההערה".

ולעניין מיטלטלין קובע סע' 12א' לפק':

"היו המעוקלים לפי פקודה זו מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום לפי כל דין, ירשום הממונה על הרישום, במסמכים המתאימים או בפנקסים שבניהולו, הערה בדבר העיקול כשתומצא לו הודעה על כך מאת גובה המס; הממונה על הרישום לא ירשום שום פעולה במיטלטלין האמורים בלי אישורו של הממונה על הגביה; דין עיקול מיטלטלין שנרשם מטעם הממונה על הרישום, כדין משכון שנרשם לפי חוק המשכון, תשכ"ז - 1967, ולעניין זכות קדימה הוא כפוף לסדר שבו נרשמו המשכונים שלפניו".

ג. חובות מס בדין קדימה:

סע' 354 לפקודת החברות (נוסח חדש) תשמ"ג - 1983 קובע מספר חובות אשר יהיה להן בפירוק דין קדימה לכל שאר החובות לפי סדר עדיפויות זה:

1. שכר עבודה.
2. ניכויים של מס הכנסה.
3. תשלומי חובה, מסים ושכירות.

רלבנטי לעניינו סע' 354 (א) (2) הקובע דין קדימה ל:

"סכום שהחברה ניכתה במקור משכר העבודה, על פי פקודת מס הכנסה, ולא שילמה לפקיד השומה".

העדפת הכספים של ניכוי במקור נשענת על העיקרון שכספים אלו, המוחזקים בידי החברה, אינם שייכים לה אלא היא ניכתה אותם מהשכר כדי להעבירם לרשויות המס, ובהיותה צינור להעברת הכספים, מעמדה כשל נאמן.

בעייתית יותר ההעדפה הקבועה בסע' 354 (א) (3) לפיה ניתן דין קדימה לחובות של:

"א. תשלומי חובה שהגיעו מאת החברה בתאריך הקובע והיא נתחייבה בהם, או שזמן פירעונם הגיע תוך שנים עשר החדשים שקדמו לאותו תאריך; "תשלומי חובה", לעניין זה - מסים עירוניים, מסים של מועצות מקומיות, תרומות שהן בבחינת מסים על פי פקודת העדות הדתיות (ארגון) ואגרות המשתלמות לרשם על פי פקודה זו.

ב. מסים המשתלמים לאוצר המדינה שנישמו והוטלו על החברה עד 31 בדצמבר האחרון שלפני התאריך הקובע וסך כולם אינו עולה על השומה של שנה אחת, ומסים אחרים המשתלמים לאוצר המדינה שהחברה נתחייבה בהם, א שזמן פירעונם הגיע, במשך שנים עשר החדשים שקדמו לאותו תאריך;"

על בעייתיות זו של העדפת רשויות המס נעמוד בהמשך עבודתנו.

ד. עיכובן לטובת רשויות המס:

סע' 1 לפקודת פשיטת הרגל מגדיר נושה מובטח כ: "מי שבידו שעבוד או עיכובן על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב".

סע' 33 לחוק רשות שדות התעופה, תשל"ז - 1977, קובע:

"לרשות תהיה זכות עיכובן על על הטובין שברשותה שלגביהם מגיעים לה אגרה או תשלום אחר; זכות העיכובן גם תקנה לה זכות קדימה לגבות את המגיע לה מדמי המכר על הטובים לפני כל זכות קדימה אחרת על טובין אלה, הוראה זו אינה באה לפגוע בכל האמור בפקודת המכס".

אין זו ההוראה היחידה המקנה זכות עיכובן לרשות מס. הוראות דומות ניתן למצוא לגבי עיכובן ראשון על טובין הנתונים לפיקוח רשות המכס, עיכובן לטובת תשלום מס קניה, ועיכובן לטובת מע"מ.

בפסק דין רשות שדות התעופה נ' גרוס הבחין בית המשפט בין זכות העיכובן הפרטי המקנה מעמד של נושה מובטח לבין עיכובן מס:

"... אין כל הכרח לייחס לעיכובן לטובת רשות המס אותן תוצאות "בטוחות" במקרה של פירוק או פשיטת רגל כמו לעכבונות הפרטיים... נראה שהמחוקק, בקובעו עיכובן לטובת רשויות מס שונות, לא התכוון אלא לחזק את יכולת הגבייה של רשויות המס השונות, וקל שהעניק להן אמצעי לחץ מיידי וקל, שאינו טעון פנייה לבית משפט".

מכאן שאין עיכובן המס הופך את רשויות המס לנושה מובטח אולם בכל זאת יש בו לשפר מעמדן אף בחדלות פירעון בהקנתו דין קדימה הקודם אף לחובות בדין קדימה מכוח סע' 354 לפק' החברות:

"אמנם מעמדה של הרשות ... לא יקבע על פי סע' 354 לחוק רשות שדות התעופה ... לפיכך תזכה הרשות להיפרע ראשונה מרכושה של מעוף, אך זאת לאחר שיפרעו הנושים המובטחים ולה תהיה זכות הקדימה לפני כל זכות קדימה אחרת".

לא נצא ידי חובתנו מבלי להביא את הביקורת הגורסת כי לא היה נכון לקבוע זכות קדימה מיוחדת לחוב המס

בהעדר הוראת חוק מפורשת המעניקה קדימות זו בחדלות פירעון.

ד"ר אבן להב במאמרה טוענת כי:

"במסגרת סעיף 354 הביע המחוקק את דעתו גם לגבי סוג חובות המס, שלהם מוענק דין הקדימה ... לפיכך, כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות, שזכויות הקדימה של רשות שדה התעופה מקנה לה דין קדימה גם במצב של חדלות פירעון, לא היה הכרח פרשני לקבוע כך; מה גם שהתוצאה שהושגה איננה מבטאת הסדר רצוי של סדרי הנשייה במצב חדלות פירעון".

נסכם אם כך כי עפ"י ההלכה הפסוקה אין העיכובן לרשויות המס מעמידן כנושה מובטח במצב של חדלות פירעון, אולם יש בו, לעתים, כדי להפוך החוב לחוב בדין קדימה הזוכה לעדיפות על פני חובות אחרים בדין קדימה לרבות חובת מס מכוח סעי' 354 לפק' החברות.

ה. עיכוב אישורים ע"י רשויות המס

שורה של חקוקים מעניקים לרשויות המס הכוח להתלות מתן אישורים לרישום עסקת מקרקעין בתשלום חוב המס.

כך לגבי מס שבח, מס רכישה ומס מכירה:

"מכירת זכות במקרקעין החייבת במס לא תירשם בפנקס במקרקעין אלא אם אישר המנהל שהיא פטורה ממס או ששולם המס...".

לגבי מס רכוש:

"לא תירשם בפנקסי המקרקעין כל פעולה בקרקע לפני שיומצא אישור מהמנהל על תשלום המס המגיע מבעל הקרקע...".

כך גם לגבי ארנונה וחובות לעירייה:

"לא תירשם בפנקסי המקרקעין כל העברה של נכס, אלא אם הוצגה לפני הרשם, או לפני עוזר הרשם, תעודה חתומה בידי ראש העירייה, המעידה שכל החובות המגיעים מאת בעל הנכס ביחס לאותו נכס והנובעים מהוראות הפקודה או מדין אחר - סולקו במלואם או שאין חובות כאלה".

ולגבי היטל השבחה:

"לא תירשם בפנקסי המקרקעין פעולה שהיא בבחינת מימוש זכויות במקרקעין, אלא לאחר שהוצגה בפני הרשם תעודה חתומה בידי יושב ראש הועדה המקומית או בידי מי שהסמיכו לכך, המעידה כי שולמו כל הסכומים המגיעים אותה שעה כהיטל החל על המקרקעין על פי תוספת זו...".

נוסף לאלו קיימת גם ההוראה בפקודת המסים (גבייה) הקובעת:

"שום פעולת העברה במקרקעין השייכים לסרבן לא תירשם בפנקסי המקרקעין בטרם הוברר ששולם המס המגיע עליהם, אלא בהסכמת הממונה על הגביה".

הוראות חוק אלה מתנות כאמור את השלמת רישום עסקת המקרקעין בתשלום המס. אין חולק כי מקום בו הרישום חיוני להשלמת העסקה הלחץ שיופעל על המפרק הינו רב. עוד ברור כי תשלום לרשות המס לשם קבלת האישור יהווה למעשה העדפת רשות המס על פני נושים אחרים לרבות הנושים המובטחים.

בית המשפט העליון נדרש לסוגיה זו לעניין חוב ארנונה ולעניין סמכות העירייה להתנות תשלום המס כתנאי להמצאת האישור וקבע:

"נראה שאין הוראות סעיף 117 האמור והוראות פקודת פשיטת הרגל יכולות לדור בכפיפה

אחת. לפי סעיף 117, אין ראש העיר נותן תעודתו אלא אם סולקו כל החובות המגיעים לעירייה לגבי אותו נכס; ואילו לפי פקודת פשיטת הרגל, אין הנאמן - לא כל שכן פושט הרגל - רשאי לשלם חובות אלה בדרכים הקבועות בה. אבל חייב הוא לממש את הזכויות, ובכלל זה למכור ולפדות את הנכסים. כל מטרתה של פקודת פשיטת הרגל תושם לאל, אם העירייה תוכל - או תצטרך - למנוע בעד מכירות נכסי החייב בתוקף הוראות סעיף 117: או שהנאמן לא יוכל למכור את נכסי החייב, כי אז כל הליכי פשיטת הרגל יסוכלו; או שישלם לעירייה כל החובות המגיעים לה לגבי הנכס שברצונו למכור, כי אז העדיף נושה אחד על פני כל הנושים האחרים מעבר לזכות הבכורה שהוענקה לו בחוק, ואין לך הפרה חמורה מזו של דיני פשיטת הרגל. טעמו ותועלתו וכבודו של סעיף 117 בעינם עומדים כל עוד בעל הנכס לא פשט את הרגל; משהוכרז פושט רגל, נדחית הוראתו של סעיף 117 מפני הוראות פקודת פשיטת הרגל".

בדומה לארנונה נפסק לגבי היטל השבחה, בפרשת קהילת ציון אמריקאית, כי בהיות היטל השבחה חוב בר תביעה בפירוק אין להתנות התעודות בתשלום ההיטל. ביהמ"ש העליון נשען על הלכת אולדק לעיל ומצא הפתרון לשאלה במישור הכלליים החלים על ההתנגשות בין חוק כללי לחוק מיוחד. במקרה זה קבע בית המשפט כי הוראות פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם - 1980 גוברות על הוראות התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה ופקודת העיריות.

המסקנה העולה מפסקי הדין האמורים לעיל הינה כי הוראות החוק הנוגעות להמצאת אישורים הינן בבחינת אמצעי עזר אדמיניסטרטיביים שכל תפקידם הוא להקל על מלאכת הגביה, ובהיותן הוראות חוק כלליות, אין בכוחן לשנות מסדר הקדימויות בין הנושים השונים.

ואולם, מאוחר יותר, אבחן בית המשפט העליון את הלכת קהילת ציון הנ"ל וקבע כי אכן ככלל אין להעדיף נושים ובכלל זה את רשויות המס על בסיסן של הוראות פרוצדורליות שמטרתן הקלת הגבייה. ואולם, מקום שהרשות זוכה לעדיפות מהותית אזי אין המדובר בהוראות פרוצדורליות אלא בהוראות מהותיות ואז יכולות רשויות המס להתנות האישורים בתשלום המס. דוגמה להוראת חוק מהותית היא הוראת סע' 11 א(1) לפק' המסים (גבייה):

"בחקיקה הישראלית קבועים הסדרים לא מעטים, שתכליתם לסייע לרשויות בגביית תשלומי המס ובאכיפת ההוראות הפיסיקאליות השונות, הסדרים אלה, ברובם המכריע נותנים בידי הרשויות אמצעי עזר אדמיניסטרטיביים גרידא, שכל תפקידם להקל על מלאכת הגבייה. בכלל אלה מצויות, דרך כלל, אותן הוראות חוק שמכוחן יכולות הרשויות להתנות השלמתן של עסקאות במקרקעין בפירעון חוב המס ... טיבם של הסדרים סטטוטוריים הוא אפוא אדמיניסטרטיבי - אכיפתי; ולמעשה, אין המדובר אלא בהליכים ממין מיוחד של הוצאה לפועל. בדומה לדיני הוצאה לפועל הרגילים, אין בכוחן של הוראות מעין אלה לשנות מסדרי הקדימות והעדיפות בין הנושים השונים, כפי שנקבעו בדיני פשיטת הרגל ... שונה מאלה הוראת סעיף 11 א(1) לפקודת המסים (גביה) המקימה לטובת שלטונות המס שעבוד ראשון על מקרקעי הסרבן.

פעולה של הוראה זו, כפי שכבר הובהר, הוא במישור המהותי, שהרי היא מקנה לרשות זכויות קנייניות בנכס. אין מדובר אפוא בהסדר גבייה משוכלל בלבד, אלא בהוראה שהיא חלק אינטגרלי ממערכת הדינים המהותיים, הקובעים את סדרי הפירעון בפשיטת רגלו של החייב".

ובהמשך קובע בית המשפט את ההלכה כדלקמן:

"הרשות אינה יכולה אפוא לקנות לעצמה קדימות מכוח הוראות הגבייה האדמיניסטרטיביות, מקום שלא הוענקה לה זכות בכורה כזו בחוק. לא כך במקום שבו המחוקק עצמו הקנה לרשות זכות עדיפה, בהקימו לטובתה שעבוד ראשון הגובר על זכויות אחרות בקרקע. במקרה כזה, דרישת הרשות כי חובה ייפרע בטרם תיתן את האישור המבוקש, בין על דרך פדיון השעבוד ובין במימוש, אין בה משום הפרה של דיני פשיטת הרגל או משום העדפה פסולה של נושים. נהפוך הוא, הדבר מתיישב עם סדרי הפירעון הקבועים בחוק, שעל פיהם חוב המס הגיע על המקרקעין המשועבדים מובטח, וקודם לזכויות אחרות בנכס... הרשות איה תובעת לעצמה בעד האישור אלא מה שמגיע לה אותה שעה על פי הדין, ובכלל זה גם על פי דיני פשיטת הרגל".

לסיכום, ההלכה הינה כי הסמכות להתנות אישור בתשלום המס בעת חדלות פירעון לגיטימית רק מקום בו תוכל רשות המס להצביע על הוראה מהותית היוצרת זכות עדיפה והוראה זו קיימת, נכון להיום, רק לגבי שעבוד ראשון על מקרקעי סרבן. בית המשפט העליון חזר על הלכה זו הן בפרשת "אשטרם" והן בפרשת

"אברהם".

נחטא אם נסיים לעניין זה באם לא נביא את הביקורת הגורסת כי אף אם יש לראות בשעבוד ראשון עדיין אין בו להצדיק התליית האישורים:

"עם כל הכבוד נראה בעינינו כי גישה זו של בית המשפט העליון כלל אינה נקיה מספק; שימוש בסמכות האדמיניסטרטיבית לעכב מתן אישורים, גם אם הוא נועד להעניק לרשות את המגיע לה מכוח השעבוד, מקנה לרשות יתרון בלתי הוגן על פני נושים אחרים, שאין בידם סמכות עיכוב מעין זו.

ואמנם לפי גישה אחרת, העדיפה בעינינו, יש לומר כי אין לערב, בשום מקרה, זכויות במישור הפרוצדורלי עם זכויות במישור המהותי. גם אם עומד לטובת הנושה שעבוד, הרי עליו לממש את השעבוד בדרך הקבועה בדין למימוש שעבודים. יתר על כן - עליו להודיע למפרק על כוונתו לממש את השעבוד ולתת בידי האחרון את האופציה לפדות את השעבוד.

כללו של דבר לפי גישה זו הוא, כי אין בשעבוד לטובת רשויות המס יותר מאשר בשעבוד בדרך כלל. אם אמנם יש תוקף קנייני לשעבוד זה, אין מקום - ואף אין צורך - לעשות שימוש בסמכות הקיימת במישור האדמיניסטרטיבי.

למסקנה זו ניתן למצוא תימוכין גם בהוראות פשיטת רגל. נאמר אמנם בסעיף 20 (ב) הנ"ל כי בעל השעבוד ראשי לעשות בו בכל "דרך אחרת" אך בסעיף 22 לפקודה שענינו הוא עיכוב הליכים נגד החייב עם הגשת הבקשה לצו כינוס, נקבע במפורש כי אין באמור בסעיף כדי לעכב בעל שעבוד בהפעלת תרופותיו המשפטיות "לעניין הערובה שברשותו"; ברור הוא שתרופות הנוגעות לעיכוב מתן אישור, אינן בגדר תרופות "לעניין הערובה", שהרי הן אינן נגזרות כל עיקר מקיומה של אותה ערובה".

עם כל הכבוד דומני כי ביקורת זו אפילו נכונה היא, מבחינה פרקטית אין בה כדי לפגוע בנושים האחרים. מה יתרון בלתי הוגן מוקנה לרשות אל מול הנושים האחרים מקום שכל כולה של הזכות הינה בהתליית האישור? ברב המקרים אין המפרק או הכונס חבים האישור אלא רק מקום שבו הם מבקשים לממש את הנכס. יבקשו המפרק או בעל השעבוד לממש את הנכס הרי בלאו הכי לרשות שעבוד ראשון וראשונה היא להיפרע. דומני כי הרשות תהיה מנועה מלטרפד קיומה של עסקה למימוש הנכס באי מתן אישור מקום שאין בקופת הפירוק כדי לפרוע החוב אך ניתן להבטיח את פירעון השעבוד הראשון מכספי התמורה בעסקה, שאם לא כן תמצא הרשות פועלת בחוסר תום-לב, באופן בלתי כלכלי ותוך ניצול זכותה לרעה, ומכל מקום זו תהא הפרשנות המתבקשת.

הבחנו אם כך כי רשויות המס נהנות פעמים ממעמד של נושה מובטח ופעמים החוב המגיע לרשות הינו חוב הזוכה לדין קדימה. עוד הבחנו בין הסדרים המקנים עדיפות מהותית לרשות המס בעת חדלות פירעון להבדיל מהסדרים פרוצדורליים להקלת גבייה הנדרשים בפני הדינים הספציפיים של חדלות הפירעון ופשיטת הרגל. מעמד מיוחד ומהותי יש לשעבוד הראשון על מקרקעי הסרבן מכוח פק' המסים (גבייה) ועל כך נעמוד בפרקים הבאים.



## פרק ב' - התפתחותו של השעבוד הראשון

עניין שונה הוא השעבוד הראשון, ויוצא דופן. על פניו קודם הוא לכל, גובר על זכויות קנייניות אף אם הן קודמות לו בזמן, וחרישי הוא שכן אינו דורש רישום. אין לו שיעור ואין לו מועד. קודם דיון במהותו של השעבוד הראשון ובהסדריו השונים ניטיב להבינו עם נעקוב אחר התפתחותו בחקיקה ובפסיקה.

ראשיתו של השעבוד הראשון בסע' 12 המקורי לפקודת המסים גבייה אשר קבע:

"נוסף על הוראות הסעיפים הקודמים יהא המס המגיע שעבוד ראשון על כל נכס מקרקעים השייך לסרבן, ישנם פעולות העברה בקשר עם אותו נכס לא יירשמו בפנקסי הממשלה בלא הסכמת הממונה על המחוז, אלא אם הוברר כי שולם המס המגיע"

ובמקורו האנגלי:

"12 In addition to the provision of preceding sections, the tax due shall be first charge on any immovable property of the defaulter and no transaction in respect of such property shall be entered in any register of the Government, save with the con-sent of the District Commissioner, unless it has been ascertained that the tax due has been paid."

בשעת חקיקתו של סע' 12 הנ"ל היה הוא הסעיף היחידי שיצר בטוחה קניינית בנכסי סרבן המס. ואולם הייתה זו בטוחה חזקה וגורפת שכן הטיל הוא שעבוד ראשון על מקרקעי הסרבן בגין כל חובות המס של הסרבן ללא כל אפשרות לנושים בכלל ולנושים המובטחים בפרט ללמוד היקפו והשלכותיו.

ביקורת על הסעיף נמתחה עוד בתקופת המנד"ט.

כך בפרשת "טוקדילס" ומאוחר יותר בעניין היועץ המשפטי נ' נשיא ביהמ"ש המחוזי בת"א:

"This Court, in H.C. 88/32, expressed the opinion that section 12 in its present form was unreasonable and unconscion-able, and must necessarily lead to many injustices I respect fully associate myself with that expression of opinion".

ניסיונות לתקוף את סע' 12 המקורי בבית המשפט העליון לא צלחו. טענות המתנגדים היו כי אין מדובר בשעבוד ראשון אלא במכשיר פרוצדורלי שאינו יוצר זכות עדיפה בחדלות פירעון. בית המשפט העליון דחה טענות אלו וקבע:

"השעבוד הראשון לפי סעיף 12 דוחה כל משכנתה ושעבוד אחר, ואין נקפא מינה אם שעבוד אחר כזה נולד לפני או אחרי חוב המס. יתירה מזו, אין דבר או חצי דבר באותה הוראה העשוי להתפרש כמצריך רישום השעבוד הראשון בספרי האחוזה. כדי שיוכל לעמוד בפני שעבודים אחרים, בין שהמס מוטל בגין אותו נכס המשועבד בשעבוד לפי סעיף 12 ובין שהמדובר בכל מס אחר המגיע מבעל הנכס.

נראה לנו שזו פשוטה של הוראה שבסעיף 12 וכאמור, כבר ישבו בתי המשפט על מדוכה זו ולא הגיעו לתוצאה אחרת. לא מצאתי בטענות המשיבים המתריעים על תוצאה זו עילה לסטות מההלכה הפסוקה.

... הטענה העיקרית הייתה שסעיף 12 לא בא אלא כדי לייעל את גביית המס, ושאין להחילה לגבי חברה הנמצאת בפירוק. טענה זו מתעלמת מהמלים שבראש הסעיף, "בנוסף להוראות הסעיפים הקודמים". מילים אלו מעידות על כוונת המחוקק לספק לאוצר תקופה נוספת, לאחר שכבר נתן בידו אמצעי עזר דיוניים המקילים עליו את משימת האכיפה וההוצאה לפועל, ברור שכאן נוצרה זכות מהותית חשובה, ולא רק אמצעי עזר לשם עיכוב פעולות העברה עד לתשלום החוב".

עוד קבע ביהמ"ש כי:

"אין לקבל גם את הטענה שהשעבוד הראשון חדל להעניק לבעליו זכות יתר על יתר הנושים, כמובטחים כבלתי מובטחים, כאשר הוכרז החייב לפושט רגל או ניתן צו פירוק חברה. שעבוד, שפג תוקפו בפירוק או בפשיטת רגל, ערכו כקליפת השום".

חשוב כי נדגיש כי בית המשפט לא הביע שביעות רצון מהמצב אלא ההפך הוא. בית המשפט מפי כב' השופט ויתקון לא חסך שבט וביקורת בציינו כי:

"חלפו שנים ועד היום לא מצא המחוקק שעת רצון לתקן את ההוראה ועדיין עשוי אדם לתת כספי משכנתה ונמצא מניה מעותיו על קרן הצבי. על הרבה חוקים מנדטוריים באו לקרוא תגר (לעתים ללא כל יסוד), והנה לך גזירה העלולה להפקיע זכויות מוקנות, המחוקק הישראלי מוסיף להפעילה בכל חומרתה ואין פוצה פה ומצפץ. אך אלה הרהורים שאין בכוחם לשנות את התוצאה, דהיינו, שכל עוד כתוב סעיף 12 על ספר החוקים, והוא הוחל לגבי המס הנדון, לא בידינו להצר את תחולתו על פי אבחנות שאין להם אחיזה בחוק".

ואכן, המחוקק נעור לשמע הביקורת, כפי שניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת המסים (גבייה), תשל"ג - 1972:

"נראה שהביקורת מוצדקת גם מחמת היקפו הרחב של הסעיף האמור, המטיל שעבוד ראשון לא רק על המקרקעין שעליהם יש חוב מסים אלא על כל המקרקעין של הסרבן ובשל כל חוב מסים אף אם אינו קשור במקרקעין, במצב כזה אכן קשה לו למלווה במשכנתה, אם לא בלתי אפשרי, לוודא, בשעת מתן ההלוואה, מה הם הסכומים הנהנים משעבוד ראשון, ועוד יותר קשה - מה יהיו הסכומים העלולים לקבל עדיפות על פני תביעתו בעתיד".

כשהמטרה הנלמדת מהצעת המחוקק הייתה לצמצם את העדיפות המוקנית לרשויות המס:

"בסעיף 11 א המוצע לפקודה ניתנות זכויות הנובעות משעבוד ראשון, בתביעת מס פלוני, רק לגבי אותם מקרקעין שעליהם קיים חוב בשל אותו מס. שעבוד ראשון במקרה כזה אינו יוצא דופן... והציבור יכול לעמוד בו - שכן אפשר לעקוב אחרי תשלום מסים לגבי נכס מסוים וידוע".

ואכן שינתה הכנסת את הפקודה באופן שסעיף 12 המקורי בוטל ובמקומו נוספו הסעיפים הבאים:

- 11א. (1) מס המגיע על מקרקעי הסרבן יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין.
- (2) כל מס אחר המגיע מסרבן שהוא בעל המקרקעין יהיה שעבוד על המקרקעין אם נרשמה בפנקס המקרקעין הערה על כך על פי הודעת גובה המס; הרמה הערה על שעוד כאמור תהא דרגתו נדחית בפני כלש עבוד של אום מקרקעין שיה רשום שעה שנרשמה ההערה.
- (3) סעיף זה אינו גורע מסמכויות אחרות לפי פקודה זו.

12א. היו המעוקלים לפי פקודה זו מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום לפי כל דין, רישום הממונה על הרישום, במסמכים המתאימים או בפנקסיהם שבניהולו, הערה בדבר העיקול כשתומצא לו הודעה על כך מאת גובה המס; הממונה על הרישום לא ירשום שום פעולה במיטלטלין האמורים בלי אישורו של הממונה על הגביה; דין עיקול מיטלטלין שנרשם מטעם הממונה על הרישום, כדין משכון שנרשם לפי חוק המשכון התשכ"ד - 1967, ולעניין זכות קימה הוא כפוף לסדר שבו נרשמו המשכונים שלפניו".

האם הגשים המחוקק בתיקון החוק את משאלת לבו של בית המשפט העליון בפרשת "ניר איסט לברטורוס"?

יפים לעניין זה דבריו של פרופ' פרוקצ'יה:

"למרות מס השפתיים ששילם המציע לדברי השופטים, נראה לי שהחטיא את מטרותם. אמנם נכון הוא שנשוא השעבוד הראשון מצומצם בסעיף 11א מכפי שהיה בסעיף 12 במתכונתו המקורית, בכך מיעט המחוקק מהיקף הרעה שביקש לתקן. אך האם ביטל אותה לגמרי? אינני סבור כך. גם היום עשוי מלווה ליתן מעותיו במשכנתה על נכס מקרקעין החופשי מכל שעבוד ולצאת וידיו על ראשו עקב חוב שצמח לאחר מכן, ואפילו לא נרשם, ודאי שאין המשקיע יכול

לעקוב בצורה אפקטיבית "אחרי תשלום מסים" כלשון ההצעה, ואפילו לגבי "נכס מסוים וידוע", אם המדובר הוא במסים שנוצרו לאחר עשיית המשכנתה, ולכן עדיין לא הוסר מה שנראה לבית המשפט כפגם החמור ביותר בסעיף 12 המקורי".

מהו אם כן השעבוד הראשון? היטיב לתאר זאת פרופ' פרוקצ'יה:

"לא יהיה זה שיא של אמנות הניסוח אם אומר ש"שעבוד ראשון" פירושו שעבוד ראשון. אך דומה שאין דרך טובה יותר לבטא את הרעיון ששעבוד זה המוטל על ידי פקודת המסים (גבייה) קודם לכל זכות אחרת, מובטחת או בלתי מובטחת, בנושא השעבוד. ביתר פירוט, המקרקעין נושא השעבוד "ערבים" לפירעון חוב המס המובטח על ידם, אפילו אם התקיימה אחת או כל אחת מההתרחשויות הבאות:

קיומו של חוב המס לא נרשם בלשכת רישום המקרקעין, בעוד שעבודים אחרים אמנם נרשמו; בעלי השעבודים האחרים לא ידעו על קיום החבות במס ורכשו את זכויותיהם בתום לב ובתמורה;

חוב המס הנוצר רק לאחר שהשעבודים המתחרים כבר גובשו וכבר נרשמו בלשכת רישום המקרקעין, כגון בצורת משכנתה ראשונה".

עמדה זו לגבי הדין המצוי נתקבלה גם בקרב שופטי בית המשפט העליון:

"ודוק: התיקון האמור לא שינה מטיבו ולא מיעט מכוחו של השעבוד הראשון שהוקנה למדינה בגין חוב המס, וכל פועלו הוא להצר את גבולות השעבוד, כך שזה יקום רק על הקרקע שבגינה צמח החוב. אלה בלבד היו תכליתו ומטרתו של התיקון, כמוצאה וכמפורש בדברי ההסבר להצעת החוק".

ובהמשך:

"לסיכום דבריי עד כה- בסעיף 11א(1) העניק המחוקק למדינה זכות קניינית עדיפה במקרקעי החייב, בגין חובות מס הרובצים על אותם מקרקעין, זכות זו גוברת על זכויות אחרות בנכס, קנייניות וחוזיות כאחת, והיא מבטיחה את זכותם של שלטונות המס להיפרע ראשונים מן הנכס. זהו הדין גם ואולי אף דווקא, בשעה שהחייב הופך חדל פירעון ואינו מסוגל עוד לקיים את התחייבויותיו במלואן".

גם על השעבוד הראשון בנוסחו החדש כאמור גברו הביקורות.

ד"ר דליה אבן להב במאמרה גורסת כי ניתן וצריך לצמצם את תוקפו של השעבוד הראשון כדי הסדר גבייה נטו שאין לו תוקף ועדיפות בפירוק. לגישתה ניתן לעשות זאת אף במסגרת הנורמטיבית התקפה כיום על דרך פרשנות:

"חוליים אלה הם גם מנת חלקו של ה"שעבוד הראשון" שאין לו שיעור, ובהעדר רישום, גם אין לו מועד, והוא עשוי לחול לא רק בגין חובות שקדמו לרישום משכנתא, אלא גם בגין חובות שנוצרו לאחר רישומה של משכנתא כדין, לפיכך אם אפשר שעיכוב המס איננו עיכובן כמשמעותו בהגדרת נושה יובטח, אפשר שגם ה"שעבוד" הנזכר בהגדרה איננו ה"שעבוד הראשון" שבפקודת המסים, אלא רק שעבוד הסכמי או אפילו שעבוד מס, ובלבד שנרשם כדין ותוקפו כסדר רישומו (סע' 11 א (2) ו-12א לפקודת המסים). מתוך שיקולי המדיניות שהנחו את בית המשפט העליון לעניין מעוף ניתן לטעון, ובמשנה תוקף שגם "השעבוד הראשון" אין בו כדי להקנות זכות חפצית ואין הוא שעבוד המקנה מעמד של נושה מובטח".

פסיקתו העיקרית של בית המשפט העליון דחתה את גישתה של ד"ר אבן להב לעיל וניתן לקבוע ללא היסוס כי ההלכה בדבר מעמדו של השעבוד הראשון כפי שהובאה לעיל הפכה כדי הלכה פסוקה. ואולם גם בית המשפט העליון בפוסקו לפי הדין המצוי לא חסך שבטו לגבי הדין הרצוי לגישתו, ויפים דבריו של כב' השופט חשין:

"אין לפרש את הכרעתנו כמו הבענו שביעות רצון מהוראות החוק כנוסחו כיום. נהפוך הוא, דומה שהדין מעניק למדינה זכויות יתר אל מעבר לזכויות שהיא ראויה להן. כך, למשל, קשה להלום כי שעבוד מס יהיה "שעבוד ראשון", לאמור כי יקדם בעדיפות לשעבודים שקדמו לו בזמן. מה

הטעם תזכה המדינה לעדיפות על פני נושים בתום לב שקנו זכות קניין במקרקעין, ואשר חובם קם ונהייה קודם היוולדו של החוב למדינה?

ומדוע לא יהיו דין שעבוד שלפי סעיף 11א (1) כדין שעבוד שלפי סעיף 11א (2) לאמור שעבוד הנדחה מפני שעבודים שקדמו לו? מסתבר כי המדינה עשתה שימוש בכוחה השלטוני והקנתה לעצמה זכות יתירה לגביית חובות שאזרח חב לה, האמנם כך ראוי שיהיה?"

האמנם כך ראוי שיהיה?

תשובה לשאלתו של כב' השופט חשין בדבר מעמדו של השעבוד הראשון מצריכה דיון מעמיק בשאלה רחבה יותר והיא האם נכון ליתן העדפה לרשויות המס בעת הליכים של חדלות פירעון, ובכך יעסוק הפרק הבא.

## פרק ג' - שיקולי מדיניות בקביעת מעמדן של רשויות המס

מהו המעמד הראוי לנשיית רשויות המס בעת חדלות פירעון?

נדרשת תשומת הלב לכך כי שיקולים משיקולים שונים יכולים להביאנו מחד למסקנה כי יש להעדיף את רשויות המס על נושים אחרים ומאידך להקנות להם מעמד נחות או שמה שווה. שאלה נוספת תנחה אותנו והיא באם נמצא כי ראוי לתת עדיפות לרשויות המס אזי באיזו עדיפות מדובר? נבחן תחילה את שיקולי המדיניות בעד ונגד העדפתן של רשויות המס ולאחר מכן נבדוק כיצד שיטות משפט שונות התייחסו לסוגיה.

שיקולים נגד העדפת רשויות המס:

א. שיקול אינטואיטיבי - המדינה גדולה חזקה וסופגת ומפזרת נזק טוב יותר:

שיקול זה הינו כאמור אינטואיטיבי ועיקרו היות המדינה נושה גדול וחזק המסוגל לספוג בקלות יחסית את אובדן החוב. המדינה היא נושאת סיכון יעיל יותר ומפזרת נזק טוב יותר:

"... it does seem plausible that government is a more efficient bearer of risk than are other unsecured creditors. It is highly diversified".

אין טיעון זה נקי מבעיות. Shanker טוען כי הנימוק של ספיגת החוב ע"י המדינה הינו בעייתי, מחד הואיל והמדינה לרוב נמצאת בגירעון, ושנית מפני שלמעשה מדובר בנימוק של "כיס עמוק". לגישתו ספק רב עם סדרי העדיפות בחדלות פירעון הוא המכשיר האופטימלי לאכיפת העיקרון של הכיס העמוק.

ב. שיקול ציבורי - מניעת קריסת נושים אחרים

לפי שיקול זה העדפת נושים אחרים על רשויות המס אינו מתעלם מהחשיבות שיש לפירעון חובות המס אלא מטרתו למנוע נזק נוסף לציבור כתוצאה מקריסת נושים אחרים ובעיקר נושים "קטנים" או עובדים של החברה המתפרקת תוך הפיכתם לעול על הציבור. עמדה על שיקול זה ועדת Cork והיטיב לתאר זאת פרופ' לרנר:

"הוועדה סברה, כי העדיפות הניתנת לגביית מסים שונים, פוגעת באופן חמור בנושים הרגילים. נושים אלה מקבלים בפועל אחוז לא משמעותי מהחוב המגיע להם, בשל עדיפותם של החובות בני הקדימה. לדעת הוועדה, המדינה לא תיפגע באופן ממשי מאובדן מסים במקרה של פירוק חברה, היות שסכומים אלה בטלים בששים ביחס לכלל הכנסות המדינה ממסים. לעומת זאת, הנזק שייגרם לנושה פרטי שלא יקבל את חובו, עלול לגרום שרשרת מקרים של חדלות פירעון. הוועדה הוסיפה שביטול המעמד המיוחד של רשויות המס לא יגרום להם נזק משמעותי, היות שהעדיפות גורמת להפסדים אצל נושים אחרים, והרווח בתשלום מסיה של החברה בפירוק, מביא לירידה בהכנסות מס במקור אחר. לאור הנימוקים האמורים, אנו מציעים לאמץ את הפתרון האנגלי ולצמצם את העדיפות של תשלומי חובה שונים".

גם נימוק זה אינו נקי מספקות שכן כמו גם בנימוק הראשון נשאלת השאלה מי אמור לשאת בהפסדים הנגרמים למדינה? האם אלו הגופים שעשו עסקאות עם החברה המתפרקת או שמה כלל הציבור. שאלה זו חשובה לאור העובדה שהמדינה יכולה לגלגל הפסדיה על כלל הציבור ע"י העלאת מסים כללית:

"Some non consensual claimants, such as taxing authorities, can anticipate their Losses through default with considerable accuracy and can eliminate distributional effects by reacting to the anticipated losses ex ante. In such cases, the propriety of superpriority rights depends only upon whether they give rise to any efficiencies Where subordinating secured creditors to a certain class of nonconsensual claims (such as tax liens) seems inefficient, there is little reason to award superpriority".

"Of course, it is individuals and corporate entities who pay taxes and other assorted premiums who bear the cost of defaults when the government passes along losses by increasing rates, and so the question which arises is whether it is desirable to allocate losses to the broad community of taxpayers or whether losses should be internalized by those parties who are in closer commercial contact with the defaulting debtor".

ג. אחריות שלטונית כלכלית:

לפי שיקול זה יש ליתן משקל נכבד לעובדה כי המדינה כקובעת המדיניות הכלכלית אחראית של משק המדינה ובעקיפין לצמיחתם או כישלונם של העסקים הפועלים בו:

"אין זאת מן הנמנע, למותר כמובן לומר, כי כישלונה הכלכלי של פירמה זו או אחרת לא יהא קשור למצבו הכלכלי של משק המדינה, אולם כעניין של עקרון, ובהתאם לגישה זו, יש לחייב את המדינה לשאת חלק גדול יותר מזה של הנושים האחרים, באחריות הכוללת להידרדרות הכלכלית של החברה המתפרקת"

עם כל הכבוד דעתי כי נימוק זה הינו אמוציונאלי יותר מאשר רציונלי ודומני כי אין בו כדי להוות משקל ממש להכרעה בשאלה בה עוסק דיונונו.

ד. קלות הגבייה של רשויות המס:

נימוק נוסף שיכול ויהיה בו כדי לדחות מעמדן של רשויות המס אל מול הנושים האחרים של החברה הוא חוסר השוויון במנגנוני הגבייה של החובות. להבדיל מהנושים הרגילים אין רשויות המס נזקקות להליכי הוצאה לפועל לגביית חובות המס אלא עומדים לרשותם מכשירים מנהליים חזקים והאפשרות לנקוט בהליכי גבייה עצמאיים.

שיקול זה מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי בפרקטיקה הנוהגת המדינה אינה דואגת לאכוף זכויותיה ביעילות ובמקרים רבים קובע פקיד השומה את שומת הנישום ושולח לו את דרישת תשלום המס מספר שנים לאחר שנת הדו"ח הרלבנטית:

"בעיה זו הייתה, במידה רבה, באה על פתרונה אם רשויות המס היו מקפידות לערוך את השומות "בזמן אמת" (ולגבות את המס תוך שימוש באמצעי הגבייה המיוחדים שהוקנו להן), עוד בטרם נקלע הנישום לקשיים והפך לחדל פירעון; אם רשויות המס אינן משכילות לנהוג כך, יש להביא עובדה זו בחשבון בעת קביעת סדרי העדיפות בין רשויות המס ובין הנושים האחרים".

שיקולים בעד העדפת רשויות המס:

א. היות רשויות המס נושה בלתי רצוני:

אחד ההסברים העיקריים המצדדים במתן עדיפות לרשויות המס מבוסס על כך שרשויות המס, בהבדל מנושים אחרים שהעניקו אשראי לחברה הוא נושה בלתי רצוני.

פרופ' צפורה כהן מבקרת נימוק זה:

"ההסבר השני אף הוא אינו מצדיק מתן עדיפות לרשויות המס, נושים לא רצוניים אחרים אינם נהנים מעדיפות. כך, למשל, נושה שניזוק עקב ביצוע מעשה עוולה נזיקי בידי החברה, הוא נושה בלתי רצוני. לא הוא בחר את המזיק שלו, ואין לו היכולת, בהבדל מהנושה העסקי, להגן על עצמו באמצעות קבלת בטוחה או ריבית גבוהה. נושה כזה נכנס למסגרת של הנושים הרגילים. שזכותם להיפרע מנכסי החברה מאוחרת משל כל סוגי הנושים המובטחים והנושים בדיון קדימה. לאור זאת אין הצדקה להעדפת רשויות המס מהנימוק של היותם נושים לא רצוניים".

עם כל הכבוד לא ניתן לדעתי לפטור מדיון נימוק זה בטענה כי נושים בלתי רצוניים אחרים אינם זוכים להעדפה. יש להבחין בשוני של רשויות המס אל מול נושים בלתי רצוניים אחרים.

אבחנה ראשונה היא בעובדה כי רשויות המס להבדיל מנושים בלתי רצוניים אחרים יכולות לגלגל את הנזק הלאה לכלל הציבור באמצעות הטלת מסים:

"However, debts owed to government are conceptually different from other non-consensual claims. The government determines rates of tax and of pension and unemployment contributions. Although the government cannot decline to deal with a particular debtor, it is free to set its terms unilaterally, and as a result it is in a position to account for the anticipated incidence of default when it sets rates".

Cantile מביאה נימוק נוסף לשוני בנשיית רשויות המס כנושה בלתי רצוני:

"Shanker argues that government tax claims are "more worthy" than those of a business creditor: not only does government not voluntarily extend credit to a debtor-taxpayer, but it has no expectation of profit or advantage by serving that debtor. Instead, the government is obliged to extend the same services to all taxpayers".

נימוק זה הגם שהינו כבד משקל נדחה ע"י דוח ועדת Cork.

ב. חוב מס כחוב לקהילה:

נימוק נוסף שבא בניסיון לנמק עדיפות לרשויות המס רואה בחוב המס סכומים השייכים לקהילה ועל כן יש לתת להם עדיפות על גביית חובות אחרים.

נימוק זה אכן בעייתי ועמדה על כך פרופ' כהן:

"אין הצדקה למתן עדיפות לחובות המגיעים לקהילה על חובות המגיעים לנושים פרטיים. כפי שמציינת, בצדק, ועדת קורק, חוב אבוד, המגיע למדינה, עשוי להיות חסר משמעות בהתחשב בכלל הכנסותיה של המדינה, בעוד שחוב כזה לנושה פרטי עלול לגרום לו לנזק ממשי ולגרור בעקבותיו חוסר יכולת פירעון של גורמים נוספים בתגובת שרשרת".

בעייתיות נוספת הינה באיזו קהילה מדברים ומה לגבי קהילת הנושים, העובדים וכד' ? היטיבה לבטא זאת Cantile:

"The observation that government acts without hope or expectation of profit is really another way of saying that government is acting in the nature of an agent for the public, on behalf of the entire community. Should that fact affect the "worthiness" of the resultant debt? Is a community of taxpayers fundamentally different from a community of employees, or of trade creditors? The difficulty with invoking the concept of community is determining what constitutes a community, and which communities should be preferred to others".

## שיקולי פיקוח - גישת cantile

ראינו שיקולים לכאן ולכאן, אלו המצדיקים ואלו הדוחים והכרעה עדין אין.

cantile במאמרה מציעה תזה שונה המתנערת מהשיקולים המקובלים שתוארו לעיל. לגישה יש להעדיף את חובות המס על חובות אחרים של החברה. הנימוק לגישה נובע מכך שאין הממשלה ורשויות המס ערוכות כדי לפקח באופן יעיל על פעילותה העסקית של החברה. יתרה מזאת, לגישה לא רק זאת שרשויות המס אינן ערוכות לקיום פיקוח נאות אלא גם אין להן תמריצים לעשות כן:

"Levied on other debtors. There is no market discipline controlling tendency to pass on costs' other than that presented by the prospect of an election.

Because government does not internalize costs itself, but instead has the option of passing costs along it has little incentive to control the costs of default and' hence little incentive to monitor a debtor's operation. Conferring preferential treatment on government claims should presumably increase the level of costs that are passed along to taxpayers. In other words, preferential in cost spreading. From an incentive point of view this is beneficial: when costs are spread diffusely across a large group, each member of the groups has a negligible incentive to. On the other hand, when costs are internalized within a relatively small group there is a greater incentive to control those costs because each member is exposed to a greater potential cost. Concern for limiting cost spreading and encouraging effective monitoring of risk thus supports granting enhanced priority government claims".

לא רק זה אלא ממשיכה Cantile וטוענת כי לבד מהעובדה שיש להעדיף את רשויות המס ההעדפה צריכה לבוא לידי ביטוי בשעבוד ראשון, דהיינו לא רק לגבי נושים רגילים של החברה אלא גם לגבור על נושים מובטחים:

"I have argued above that a good reason for elevating employee and government claims is that employees and government are not, in general, good monitors, If giving them a preferred priority will shift the risk of default to better monitors, then )at least from a monitoring perspective( a net improvement in efficiency will result.

In this section, I argue that giving government and employee claimants a super-priority, not only over other unsecured creditors but over secured creditors as well, will be most likely to lead to improvements in monitoring efficiency. The argument rests on the observation that, more any other class of creditors, secured creditors:

- (1) will know about and be able to quantify the potential for loss-shifting ex ante; and
- (2) will wield sufficient bargaining power vis-a-vis the debtor to be able to monitor and control its resource deployment decisions".

לגישתה הממשלה אינה ערוכה ואינה מתמרצת דיו כדי לפקח באופן יעיל על פעילות החברה. משכך הם פני הדברים עדיף לגישתה להטיל את מלאכת הפיקוח על הנושים המובטחים שהם בעלי יכולת, ניסיון, ואמצעים פיננסיים לפקח על פעילותה העסקית של החברה, וככאלה נכסים הם להגדרת נושאי סיכון יעילים. לגישתה באם תינתן העדפה ראשונה לחובות המס אזי ייווצר תמריץ לנושים המובטחים לפקח על החברה ובעשותם כך הם יכולים לאתר ליקויים בניהול העסקי בזמן אמת ולמנוע את פירוק החברה. במצב זה, לגישתה, פועל הפיקוח שנעשה ע"י הנושים המובטחים לטובת החברה וכלל נושיה.

גישה זו אכן יש בה ממש ויש בה לכאורה כדי להצדיק עדיפות כאמור, אולם חסרונותיה גדולים על יתרונותיה ויש בהם, לדעתי, כדי לשלול מתן העדפה לרשויות המס מקל וחומר העדפה ראשונה.

במה דברים אמורים:

מתן שעבוד ראשון לטובת רשויות המס יקטין למעשה את שווי בטוחתם של הנושים המובטחים ויגדיל את הסיכון שלהם. כתוצאה מכך סביר להניח כי הנושים המובטחים יגלגלו את מרכיב הסיכון מחד ואת עלויות הפיקוח מאידך על החברה.

Cantile מתייחסת לאפשרות זו לגבי שעבוד ראשון לטובת עובדים וטוענת כי החברה במקרה זה תגלגל גם היא את העלויות הגדולות על העובדים באמצעות הפחתת שכרם, בדרך זו העובדים קונים למעשה ביטוח כנגד פשיטת הרגל של המעביד.

נימוק זה שאולי יפה לגבי עובדים אינו מתאים לגבי חובות המס. מתן עדיפות ראשונה לרשויות המס תגרום לייקור האשראי ולגלגול מהחברה הלאה. ייווצר מצב שבו אין די במס שמשלמים האזרחים אלא בנוסף ישלמו הם מחיר גבוה יותר בעבור מוצרים או שירותים כאשר המרכיב שגרם לעליית המחיר הוא תשלום לרשויות המס עבור גביית המס.



cantile מציעה אם כך את השעבוד הראשון לטובת רשויות המס כפתרון לבעיית הפיקוח. על הקשר שבין השעבוד לפתרון בעיות פיקוח עמד בעבר פרופ' Levmore.

לגישתו את דיני השעבודים בכללם יש להבין כפתרון לבעיות פיקוח תוך דגש על בעיית הנציג, קרי ניגודי האינטרסים שבין מנהלי החברה לבין כלל משקיעיה. לגישת פרופ' Levmore ריבוי משקיעים גורר חוסר יעילות שנובע מחוסר תיאום בין המשקיעים השונים הסומכים איש על רעהו שיבצע עבורו את מלאכת הפיקוח. יצירת שעבודים גורמת לפתרון הבעיה שכן בידי כל משקיע מופקד נכס לפיקוח באופן שכל נושה דואג לבטוחתו הוא ובא מזור לבעיה.

רעיון זה אינו נקי מבעיות אבל גם אם נקבלו עדיין אין הוא מביא פתרון לבעיית שעבוד המס כשעבוד ראשון. לזכות הנושה המובטח עומדת בטוחה וככזה כאמור יש לו אינטרס לפקח על הנכס המהווה בטוחה עבורו. ואולם חובות מס אין מקורן בנכס המובטח בלבד אלא יכול שתהיינה להן השלכות מפעילות נוספת של החברה ובכך חזרנו לנקודת ההתחלה שכן כעת ייתכנו מצבים בהם סומך כל נושה מובטח על רעהו שיבצע עבורו את הפיקוח דבר שיכול לגרור להעדר פיקוח או לחוסר יעילות שינבע מפיקוח כפול.

בקורת נוספת לגישתה של cantile ניתן למצוא במאמרו של פרופ' Schwartz. לפי ביקורת זו בהנחה לפיה פועל הפיקוח לטובת כלל נושי החברה אין ממש. ההנחה לפיה הנושה הבלתי מובטח נהנה מהפיקוח של הנושה המובטח מתעלמת מהעובדה שעצם מתן הבטוחה פוגע למעשה ישירות בנושה הבלתי מובטח בהפחיתו את המסה העומדת לפירעון בקרב הנושים הרגילים במצב של חדלות פירעון.

גם גישתו של פרופ' Buckley אינה תומכת לדעתי במתן עדיפות לשעבוד המס.

את התיאוריה של Buckley היטיבה לתאר ד"ר אירית חביב-סגל:

"פרופסור Buckley משתמש בצורה החזקה ביותר מבין כלל המלומדים במסקנות המתבקשות מתיאורית MM אין הוא מסתפק בהנחה, שללא עלויות עסקה לא הייתה רלוונטיות ליחס המשפט לשעבודים, אלא הוא ממשיך ודולה מתיאוריה זו מסקנות נוספות: ראשית הנחת אי הרלוונטיות באשר לשווי החוב הכולל של החברה מנחה את פרופסור Buckley להניח לשם נוחות כי שווי החוב הכולל הזה, קבוע בין שקיימים שעבודים ובין שלא, לכן הוא מניח, כי את תופעת השעבודים יש לנתח רק על רקע השפעתם שלא אלה על היחס הון מובטח/ הון רגיל/ כן הוא טען, כי עלויות עסקה צפויות להביא את החברה ליחס של הון מובטח/ הון רגיל, שבו משעבדת היא את כל נכסיה הפנויים בצורה זו מפיקה החברה את חסכון הריבית המקסימלי; ראשית, היא נהנית מכך שעלויות האינפורמציה מונעות חלק מהנושים הלא מובטחים בפירוק, שנית, היא נהנית מחיסכון בריבית נוכחית לנושים המובטחים על חשבון ייקור אשראי עתידי; מאחר שיש ערך כלכלי לזמן, שווה החיסכון הנוכחי יותר מאשר הייקור העתידי. על בסיס הנחות אלה הוא מוצא שני יתרונות לשיטת משפט המכירה בשעבודים:

ראשית מוצא פרופסור Buckley יתרון שהוא מכנה הפחתת עלויות (screening) עלויות אלה מתייחסות להערכה שאמור לערוך כל נושה, בשעה שהוא מעריך את שווי הריבית שהוא מעונין לקבוע על האשראי שהוא מספק לחברה. ללא עדיפות לשעבודים חייב כל נושה להביא בחשבון, בין השאר, שני גורמים, דהיינו את שווי נכסי החברה בפשיטת רגל ואת חלקו היחסי בשווי כללי זה. במצב שבו אין עדיפות לשעבודים וכל הנושים משתתפים יחדיו בנכסי החייב בפשיטת רגל, הערכה זו קשה ביותר ואולי אף בלתי אפשרית. הנושה חייב ללמוד להעריך את תביעותיהם של כל נושי החברה ואת כל החוזים שיצרה החברה עם נושיה הקודמים, לכן, בדרך של יצירת שעבודים ניתן להוזיל למעשה בצורה ניכרת עלויות אינפורמציה לאלה: הנושים הרגילים יכולים לצפות ששווי תביעתם בפשיטת רגל הינו אפס, שהרי כל נכסי החברה משועבדים, והנושים המובטחים יכולים לצפות ששווי תביעתם יהא כשווי הנכס המשועבד להם".

והנה מתן עדיפות לשעבוד המס מערער את מעמדו של הנושה המובטח וגורם לכך שעבור הנושה המובטח שווי תביעתו יהא לא עוד שווי הנכס המשועבד אלא זה האחרון בחיסור חובת המס של החברה. במצב כזה יקשה על הנושה המובטח להעריך את שווי בטוחתו ובכך החמצנו את היתרון של השעבוד כמפחית עלויות אינפורמציה.

דרך נוספת לבקר מתן עדיפות לשעבוד מס הינה באמצעות הרציונל שמציע פרופ' פרוקצ'יה. לגישתו ביסוד העדיפות לנושים המובטחים עומדת הנאתם של הנושים הלא מובטחים מן האשראי המוזל שמספקים הנושים

המבוטחים ומהגדלת נכסי החברה כתוצאה מאשראי מוזל זה. והנה יוצא כי מתן עדיפות לשעבוד מס על נושה מובטח, מחד גורם לייקור האשראי שכן נוספו סיכון ועלויות פיקוח אותם מעביר הנושה המובטח לחברה, ומאידך לא גדלה מצבת הנכסים של החברה שכן אין מדובר באשראי הניתן לחברה לצורך עסקיה אלא בחוב מס. כתוצאה מכך יוצא שהנושים הבלתי מובטחים חסרים פעמים.

לסיכום:

לאור השיקולים הרבים שתוארו לעיל דומני כי אין כל הצדקה ליתן עדיפות לרשויות המס. יתרה מזאת לא רק שאין מוצדק להעדיף בשעבוד ראשון אלא גם העדפת נשייתן בדין קדימה אינה מוצדקת לדעתי ויש לבטלה. בגישתי זו נסמך אני גם על פרופ' כהן וכן פרופ' לרנר.

## משפט משווה

עיון בשיטות משפט שונות מלמד על מגמה לצמצם את עדיפותן של רשויות המס ולהשוותה לשל הנושים הרגילים הבלתי מובטחים.

אנגליה אימצה את המלצות דו"ח Cork ובתיקון התוספת השישית ל- Insolvency Act 1986 נקבע כי עדיפות המדינה תחול רק לגבי תשלומים שהחברה גבתה עבור רשויות המס כגון ניכוי המקור של מסי הכנסה או מע"מ ולא ביחס למסים אחרים הנובעים מפעילותה העסקית של החברה

גם קנדה ערכה רפורמה משמעותית ובמסגרת חוק חדש משנת 1992 השוותה קנדה את חובות המס ליתר החובות הבלתי מובטחים. החוק הקנדי מאפשר עדיפות לרשות המס בחלק מהמקרים רק אם נרשם על כך שעבוד קודם לאירוע חדלות הפירעון.

שינוי דומה נעשה גם בחוק האוסטרלי אשר ביטל גם כן את העדיפות הניתנת לרשויות המס. מגמה דומה לנעשה בעולם לא ניתן למצוא בחקיקה אצלנו אם כי ניכרת בהחלט מגמה של הפסיקה לפרש, כפי הניתן, את חובות המס כחובות בלתי מובטחים.

כך היה לגבי השאלה ביחס לקביעת מעמדו של עיכבון לטובת רשויות המס:

"שיקולי מדיניות מחייבים בחירה בפרשנות של הקניית מעמד נחות לעיכבון המס מבטוחה ... הכרה בעיכבון לטובת רשות המס כגובר על משכון תפגע בשוק האשראי, תפחית את ביטחונם של נושים בערך בטוחתם ותקשה לפיכך, על לווים לקבל הלוואות נוחות".

כמו כן נקבע כי לעניין העדפת סוג פלוני של נושים יש לבחור בפרשנות מצמצמת ככל האפשר אך זאת כאשר אין קיימת הוראת חוק ברורה אחרת.

נסכם כי ישנה הכרה בקרב המלומדים והשופטים כי ראוי ונכון לצמצם את עדיפותה של רשות המס אם לא לשוללה לחלוטין. שינוי זה. כך קובעת ההלכה, יצריך שינוי חקיקתי.

## פרק ד' - שעבוד ראשון ומרשם השעבודים

ראינו בפרקים הקודמים כי השעבוד הראשון כשמו כן הוא ראשון לכל יתר השעבודים וגובר גם על נושים מובטחים אחרים בעלי שעבוד ספציפי.

עוד ראינו כי שיקולי מדיניות כבדי משקל מצביעים ומובילים למסקנה כי שעבוד ראשון לטובת רשות המס פוגע במוסד של האשראי המובטח וכי אין להעדיפו.

בפרק זה נראה כי הפגיעה של השעבוד הראשון קשה עוד יותר בהיותו תקף אף ללא רישום.

שאלה זו עמדה להכרעת כב' השופט חשין:

"אדם חב במס רכוש על קרקע שבבעלותו, החוק קובע כי אי תשלום המס במועדו מקנה למדינה שעבוד על אותה קרקע, איך אין דרישה לרישומו של אותו שעבוד במרשם פומבי כלשהו. השעבוד תופס אפוא - לכל דבר ועניין - גם אם לא יירשם במרשם פומבי. עד כאן מערכת דין אחת.

מערכת שניה היא זו של דין החברות, ולפיה אין תוקף לשעבודים (מסוימים) על נכסי חברה אלא אם נרשמים אותם בשלשלת רשם החברות הנה הן שתי מלכויות, כל אחת מהן לעצמה. בפרוץ מלחמה בין השתיים, ידה של מי תהיה על העליונה?"

השאלה היא אם כן מה היחס בין הוראות פק' המסים גבייה בדבר שעבוד ראשון עליו כבר עמדנו לחובת רישום השעבודים המופיעה בסע' 178 (א) לפקודת החברות:

"שעבודים הטעונים רישום:

א. שעבוד מן המנויים להלן, שיצרה חברה רשומה בישראל, היה בטל כלפי המפרק וכל נושה של החברה, במידה שהוא מטיל ערובה על נכסיה או מפעלה, זולת אם פרטי השעבוד שנקבעו והמסמך היוצר אותו או מעיד עליו, אם היה מסמך כזה, נמסרו לרשום או נתקבלו אצלו בדרך ובמועד האמורים בסעיף 179, לשם רישום כנדרש לפי פקודה זו, ואלה השעבודים

(1) ...

(2) שעבוד נכס מקרקעין בכל מקום שהוא או עניין בנכס כאמור".

בית המשפט העליון קבע כי שעבוד ראשון לפי סע' 11 א (1) לפק' המסים גבייה תקף ומחייב אף ללא רישום אצל רשם החברות, הרציונל מאחורי החלטת בית המשפט העליון היה כדלקמן:

א. לגבי יחיד מוסכם על הכל והוא מן המפורסמות כי שעבוד ראשון זה תופש לכאורה אף ללא רישום. לא זו בלבד שהוראת סע' 11א(1) לפקודה אינה תולה את קיומו של השעבוד ברישומו, אלא שהוראת סעיף 11א(2) לפקודה המדברת על כל מס אחר והתולה קיומו של שעבוד ברישומו מלמדת מן הישר להפוך כי שעבוד ראשון, מתקיים אף ללא רישום בפנקס כלשהו.

ב. ניתוח טקסטואלי של סעיף 178 לפקודת החברות מלמד כי שעבוד ראשון אינו טעון רישום לפי סע' זה שכן הוראת סעיף 178 אין עניינה בשעבודים על דרך הסתם אלא אך ורק שעבודים שהחברה עצמה יצרה. אכן השעבוד נוצר עקב אי תשלום המס ע"י החברה ואולם החוק הוא שיצר את השעבוד.

ג. בית המשפט ער בדבר חשיבותו של עקרון פומביות הקניין, אולם קובע כי טעם והגיון בפירוש החוק מלמדים כי עקרון זה נסוג בפני השעבוד הראשון משלושה נימוקים:

"ראשית לכל נאמר, שלא הרי שעבוד הנוצר בידי החייב והסכמתו כהרי שעבוד הנוצר מכוח החוק בגין "מס המגיע על מקרקעי הסרבן"; (כלשון סעיף 11א (1) לפקודת המסים). שעבוד שהחייב, הוא עצמו, יוצר בכך עם אחר, צדדים שלישיים לא יידעו עליו, במהלך הדברים הרגיל - כשם שלא יידעו על ההסכם עצמו. ומתוך שהשעבוד, בהיותו מה שהוא, אמור להשפיע על זכויותיהם של צדדים שלישיים אף הם, דורשים אנו כי ייוצא לו קול ברבים, כי יירשם במרשם

פומבי. שלא כמותו הוא שעבוד מס רכוש, שהכל יודעים על קיומו, ושיעורו של חוב מס רכוש ניתן לברור במשרדי הרשות, חוב מס רכוש שמעו הולך לפניו, ומתוך שהכל יודעים עליו שוב אין צורך להוסיף ולהכריז על קיומו. ואמנם, ראינו למעלה (בפסקה 10) כי הוראות סעיף 11א לפקודת המסים מבדילה בגופה בין שעבוד שהורתו ב"מס המגיע על מקרקעי הסרבן" לבין שעבוד שהורתו ב"כל מס אחר". שעבוד ראשון (תיתי משמע) אינו צורך כל רישום הואיל והכל יודעים עליו ממילוא מן הצד האחר, שעבוד שני צורך רישום לקיומו באשר אין צומח תוך המקרקעין, כביכול, אלא מן החייב כמוהו כהסכם בין החייב לבי אחר, הסכם שצדדים שלישיים אינם יודעים עליו ומה שעבוד הסכם צורך רישום, כך הוא שיעבוד בגין מס שאינו צומח מן המקרקעין גופם.

שנית - חוב מס רכוש, וכמונו כל חוב בגין "מס המגיע על מקרקעי הסרבן" משתנה לשנה לשנה ואף במהלך של השנים עצמן, רישום ושינוי רישום יכבידו במאוד על הרשויות ברישומים חוזרים ונשנים, והשאלה אינה אלא אם ראוי הוא כל אותו טורח ואם על דרך זו לא יצא השכר בהפסד. דעתנו היא כי דרך זו לא תסכון, בזכרנו כי עצם קיומו של המס המגיע על מקרקעי הסרבן הינו מן המפורסמות, וכי ניתן לברר את שיערו של המס. אכן, מטעם זה של הכבדה על הרשויות - הכבדה אשר תביא לפגימה ביעילות - ראה המחוקק להפוך על פיה את הילכת איטונג, קרא: ראה לבטל את הדרישה שנקבעה באותה הלכה באשר לרישום הערת אזהרה בפנקסי רשם החברות (בנוסף לרישומה בפנקס המקרקעין) ראו: חוק המקרקעין (תיקון מס' 16) תשנ"ד - 1994 ודברי ההסבר להצעת החוק: ה"ח לשנת תשנ"ד 564-565.

שלישית - עניינו בהטלת שעבוד על מקרקעין, ומקובל עלינו מכבר - כך למדנו במשפט הקניין כי שעבוד מעין זה אמור להירשם בפנקס המקרקעין. למרות זאת, וכהוראת סעיף 11 א (1) לפקודת המסים פוטר המחוקק שעבוד מס מרישומו בפנקס המקרקעין פירוש זה שלחוק מקובל ומאז ומקדם".

ד. גם אם יידרש רישום לשעבוד הראשון עדיין לא יהא בכך מזרז לנושים המובטחים שכן במהותו השעבוד הראשון דוחה כל משכנתה ושעבוד אחר ואין נפקא מינה אם שעבוד אחר כזה נולד לפני או אחרי חוב המס, ובעלי זכויות קודמות ייפגעו אפוא בכל מקרה, והרישום לא היה בו למעשה כדי להעלות או להוריד.

חשוב להדגיש כי אין בית המשפט שבע רצון מהמסקנה אליה הגיע וכי מסקנתו הינה כתוצאה מחובתו להיות נאמן לדבר המחוקק ולפרש את החוק כדרכו. ואכן המצב רחוק מלהשביע רצון. מרשם השעבודים והסדרי הנשייה אין בהם רק כדי להזהיר מפני זכות עדיפה אלא גם כדי לאפשר לנושה לכלכל ולתמחר צעדיו בהתאם:

"ראשית ברור כי לאור הדיון הנ"ל בקיום הכרה משפטית לעדיפות נושים מובטחים, מהאסטרטגיה הרציונלית של רוב הנושים היא לדרוש בטוחה על הלוואתם. בהצמידם את הלוואתם אל נכס המשמש מקור לפירעון הלוואתם, משריינים עצמם נושים מפני השפעות של שינויים אפשריים ביחס המינוף לאחר שההלוואה כבר ניתנה ושער הריבית עליה כבר נקבע, בצורה זו הם מאיינים את תלות פירעונם ביחס המינוף ובהתאמה גם את יכולתם של החברה ונושיה הנוכחיים ליהנות מהגדלת יחס המינוף על חשבונם. כמו כן הסדר הכרונולוגי שמכתיב הדין בין הנושים המובטחים באותו נכס מבטיח כי לא יוכל נושה נוכחי להגדיל את הסיכון החל על נושה שבעבר, תוך הגדלת מספר הנושים המתחרים יחד עם אותו נכס. סדר הזמנים שבין הנושים הקובע את סדרי עדיפותם מאיין במידה רבה את יכולתו של נושה נוכחי לפגוע בציפיותיו של כל נושה שבעבר, במילים אחרות בעצם הכרתו של המשפט ביכולתם של נושים להבטיח את הלוואתם מאפשר להם המשפט להתגונן מפני העברות עושר אפשריות מן הנושים אל החברה החייבת ובעלי מניותיה או מנושים שבעבר לנושים נוכחיים מאחר שבדרך כלל אין הנושה יכול למצוא עצמו מפוצה על סיכונים אלה בשער הריבית שהוא קובע על הלוואתו, יש לצפות שבמשטר שבו מכיר המשפט בעדיפות השעבוד, יעדיפו רוב הנושים להיות נושים מובטחים".

אכן המצב הינו בעייתי ודורש רפורמה משמעותית לא רק בסוגיית רישומו של השעבוד הראשון אלא גם לגבי עצם עדיפותו שהרי השניים קשורים זה בזה.

התזה של בית המשפט העליון בפרשת "תחיה ארטיק" נכונה לעניות דעתי רק בחלקה. אכן ידוע לכל דבר קיומו של השעבוד ראשון אך לא ידוע דבר שיעורו. נכון הדבר כי יכול הנושה המובטח להתנות בטוחתו בהמצאת אישורי מסים בדבר מצב החובות אבל אישורים אלו טובים הם לגבי העבר וההווה אך לא לגבי

חובות מס שיצמחו בעתיד ויגברו גם הם בעדיפותם על השעבוד הרשום.

הטלת חובות הפיקוח והמעקב לתשלום המסים הינה גזירה כבידה ובעלת עלויות נכבדות, מה גם שכפי שנראה להלן אין מס הרכוש המס היחיד שצריך לעקוב לגביו אלא יכול שיהיו מסים אחרים החוסים בצלו של השעבוד הראשון.

## פרק ה' - מהו מס על מקרקעי סרבן

ראינו כי בעוד שבנוסחו המקורי של החוק הבטיח השעבוד הראשון את כל חובות המס של הסרבן הרי בעקבות הביקורת הרבה צומצם הדבר וסעי' 11א (1) לפקודת המסים (גבייה) מקנה שעבוד ראשון רק למס המגיע על מקרקעי הסרבן, והשעבוד יהיה על אותם מקרקעין בלבד.

למעשה עומדות בפנינו שתי שאלות קודם לקביעה כי שעבוד ראשון לפנינו. האחת היא האם לפנינו מס כמשמעותו בפקודת המסים (גבייה), ואם התשובה היא חיובית אזי נשאלת השאלה האם מדובר במס על המקרקעין.

קודם שנחל במלאכת היישום שומה עלינו להתוות כללים מספר למלאכת הפרשנות אשר תובילנו לתשובה לשאלה איזהו המס החל על מקרקעי סרבן.

ראינו כי שיקולי מדיניות מצדיקים פירוש מצמצם להעדפת רשויות המס בכלל ולשעבוד הראשון בפרט. עוד ראינו כי העדפת רשויות המס ובייחוד על הנושים המובטחים ובהמשך אף על כלל נושי החברה.

בבואנו לפרש איזהו המס החל על מקרקעי סרבן שומה עלינו לזכור כי תשובה חיובית תוליד לפגיעה קשה בנושים המובטחים. מסקנה זו צריכה להוליכנו בזהירות ותוך שקילה שקול היטב האם נכון וראוי הוא לעשות שימוש במכשיר דרקוני וקשה כמו השעבוד הראשון. מסקנה זו מתבקשת הן לאור זכות הקניין החוקתית של הנושה המובטח מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והן לאור ההלכה הקובעת כי יש לפרש את חוקי המס בצורה דווקנית:

"... לעיתים עשוי השופט למצוא עצמו במצב, שבו לשון החוק נשארה סתומה, שכן לא עלה בידו לחשוף מתוך החוק ותולדותיו מטרה חוקתית, שתדריך אותו בהסרת הספק, במקרה זה על השופט לפרש את חוק המס על רקע עקרונותיה הכלליים של השיטה. אחד מאותם עקרונות כלליים, שהוא רלוואנטי לחקיקת המס, הוא השמירה על חופש הפרט ועל הקניין הפרטי וההגנה עליהם מפני התערבות שלטונית. בהניחו עיקרון זה נר לרגליו ובהעדר כוונת מס ספציפית, עשוי השופט להגיע למסקנה, השוללת הטלת מס שיש בו פגיעה בחופש הפרט ובקניין, זאת לדעת המשמעות שיש ליתן לעיקרון, שחוק מס יש לפרש באופן דווקני".

ומכן הכלל אל הפרט. מהו מס לעניין פקודת המסים (גבייה) ?

מס מוגדר בפקודה:

"מס, לרבות מס הרכוש העירוני, כל הסכומים המגיעים בעד הלוואות זרעים שהלוותה ממשלת ארץ ישראל, כל מס, ארנונה, הלוואה ותשלום אחרים שעל גבייתם הוכרז או יוכרז ע"י הנציב העליון של ממשלת ארץ ישראל או ע"י שר האוצר כגבייה הכפופה לחוק הדין בגביית מסים".

עיון בהגדרה הנ"ל ילמדנו כי אינה הגדרה כלל ועיקר שכן אין היא מסבירה מס לעניין הפקודה מהו אלא כוללת עניינים נוספים אשר הינם בגדר מס לעניין הפקודה ובלבד שניתנה אכרזה על כך.

נושא פרשנות הגדרת המס לעניין פקודת המסים (גבייה) התעורר בפרשת אברהם, שם נדונה השאלה האם ארנונה היא מס כהגדרתו והווייתו או שמה מלשון הריבוי של ההגדרה או אז נדרשת אכרזה עליה כמס.

בית המשפט העליון עמד על הצורך בפרשנות דווקנית ומצמצמת, ובזהירות הראויה אציין כי דומני שההלכה הרצויה והראויה אותה ניתן להסיק מפרשת אברהם הנ"ל הינה כדברי כב' השופט ביניש:

"הקביעה כי אין להחיל את הפקודה על כל מס, ללא החלה קונקרטיית, נתמכת במידה רבה על ידי הפרקטיקה שהתפתחה במשך שנים, לפיה הפקודה הוחלה על גביית מסים שונים בדרך של חקיקה ראשית או בדרך של הכרזה של שר האוצר ולא בדרך של פרשנות הביטוי "מס" שבסעיף 2".

ובהמשך:

"צמצום תחולתה של פקודת המסים (גבייה) רק למסים אשר תחולנה עליהם נקבעה במפורש, ראוי הוא בהתחשב בסמכויות מרחיקות הלכת שמקנה פקודה זו לרשויות ... לא פחות מכך ראוייה מגמת הצמצום של הוראת סעיף 11א (1) לפקודה, אשר מקום שהיא חלה, מקנה לרשויות ציבוריות שעבוד ראשון לטובתה ומעניקה להן יתרון על פי נושים אחרים".

כעת משהגדרנו מס מהו, נעבור ונשאל מהו מס על המקרקעין. היטיב לעשות זאת פרופ' פרוקצ'יה:

"השאלה הנשאלת היא איזה מס "מגיע על מקרקעי הסרבן", מאחר שהמס לעולם אינו מוטל על המקרקעין עצמו כי אם על האישיות המשפטית הנישומה, פשיטא שיש לפרש את הסעיף כאילו נאמו בו "מס המגיע מן הסרבן בקשר למקרקעין השייכים לו יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין".

נזכור עוד כי מקום בו תהיה דעתנו חלוקה שמה מס על המקרקעין או לאו, שומה עלינו להעדיף את הפרשנות שתשלול את תחולת השעבוד הראשון, כל עוד לא נחטא בפרשנות שאינה סבירה ומתבקשת מלשון החוק.

נעבור עתה ונסקור את המסים הרלבנטיים ונבדוק האם הם בגדר מס לעניין הפקודה ואם כן האם הם מס על המקרקעין במקום שעבוד ראשון, ואלו הם המסים הרלבנטיים לענייננו:

א.	מס רכוש
ב.	מס שבח מקרקעין
ג.	מס רכישה
ד.	מס מכירה
ה.	מס הכנסה
ו.	ארנונה
ז.	היטל השבחה

#### א. מס רכוש

מס רכוש מוטל מכוח חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א - 1961.

מס רכוש הינו מס לעניין הפקודה שכן סעיף 32 לחוק קובע כי:

"על גביית מס הרכוש תחול פקודת המסים (גבייה)"

משנקבע כי מס רכוש הינו מס לעניין הפקודה שומה עלינו לבחון האם עסקינן במס על המקרקעין.

דומה כי אין חולק כיום שמס רכוש הוא מס המוטל על המקרקעין.

סעיף 2 (א) לחוק מס רכוש קובע:

"מס רכוש ישולם על ידי בעלי קרקעות לכל שנת-מס על קרקע שהיתה להם באותה שנה".

הגישה המקובלת כאמור ללא עוררין בספרות ובהלכה הפסוקה של בית המשפט העליון הינה כי מס רכוש הינו מס המגיע על מקרקעי הסרבן כאמור בהוראת סעיף 11א (1) לפקודת המסים (גבייה), ומכאן שמהווה הוא שעבוד ראשון על אותם מקרקעין, והרשות יכולה לכן להתנות מתן אישורים בתשלום המס גם בעת חדלות פירעון.

כאן המקום להדגיש כי עוקצו של מס זה שהיה המס העיקרי לעניין שעבוד ראשון כהה לאור ביטולו החל מ- 1.1.2000 כפי שנקבע בחוק מס שבח מקרקעין (תיקון מס' 45), התשנ"ט - 1999.

יחד עם זאת הלכה זו עדין חשובה שכן חובות מס רכוש בגין השנים טרם הביטול עומדים בתוקפם ולכן

לגביהם ימשיך ויחול השעבוד הראשון.

## ב. מס שבח מקרקעין

מס שבח מקרקעין מוטל מכוחו של חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג - 1963.

מס שבח הינו מס כמשמעותו בפקודת המסים גבייה שכן סע' 1 לחוק מיסוי מקרקעין מגדיר מס כמשמעותו בסע' 6 לחוק אשר קובע כי מס שבח מקרקעין יוטל על השבח במכירת זכות במקרקעין.

סע' 92 לחוק מיסוי מקרקעין מחיל מפורשות את פקודת המסים (גבייה) על מס שבח:

"על גביית המס ... תחול פקודת המסים (גבייה)".

ואולם למרות שמס שבח מקרקעין הינו מס כמשמעותו בפק' המסים (גבייה) הדעה הרווחת היא כי הוא אינו מס על מקרקעי סרבן ולכן אינו בגדר שעבוד ראשון. גישה זו הובאה ע"י מלומדים רבים ולגישתם מכיוון שמס השבח אינו מוטל על המקרקעין אלא מוטל על השבח שהופק ממכירתם אין הוא בחזקת מס על מקרקעי סרבן.

בבית המשפט העליון נדונה שאלה זו בפרשת שמש עם כי בהערת אגב בלבד כך שאין הלכה פסוקה בעניין.

יחד עם זאת נדונה השאלה בפני בית המשפט המחוזי וכך נקבע ע"י כב' הש' גלאור:

"יחד עם זאת, וככל שאני נדרשת לכך... אני סבורה כי מס שבח אינו בגדר שעבוד המוטל על הנכס. בפסה"ד בעניין שמש, הביע כב' השופט ד. לוי את דעתו, אגב אורחא, שמס שבח לא נכלל בהגדרת המושג "מס על מקרקעי הסרבן" ... מס שבח מקרקעין מוטל בגין השבח המופק ממכירת זכות במקרקעין. מיקום המס בחוק מיוחד ולא במסגרת פקודת מס הכנסה (נוסח חדש) בפרק הדין ברווח הון, נובע מסיבות היסטוריות ולא מהבדל מהותי בין השניים ... הדמיון המהותי בין מס רווח הון ומס שבח מקרקעין מתבטא גם באפיון המס. בשני המקרים מדובר במס ישיר המוטל על רווח שנובע ממכירת נכסים, כשם שמס הכנסה הינו מס ישיר המוטל על רווח הנובע ממקור הכנסה..."

פרשנות זו היא הראויה מבחינתי ודעתי מצטרפת לאמור לעיל כי אין לראות בחוב מס שבח מקרקעין שעבוד ראשון על מקרקעי הסרבן.

שאלה נכבדה וקצרה היריעה מלדון בה היא האם לא זוכה חוב מס השבח לעדיפות אף עד כדי שעבוד ראשון מכוח הוראת סע' 16 לחוק מיסוי מקרקעין השולל את תוקפה של העברת זכות במקרקעין כל עוד לא שולם המס.

## ג. מס רכישה

מס רכישה כמו מס שבח מקרקעין מוטל גם כן מכוחו של חוק מיסוי מקרקעין.

סע' 9(ה) לחוק מיסוי מקרקעין קובע כי "דין מס הרכישה לכל דבר ועניין, למעט פטורים שלפי פרק חמישי 1 ופרק שישי - כדין המס".

ומכן שגם לגבי מס רכישה יש החלה ישירה של פקודת המסים (גבייה), ואזי במס לפי פק' המסים עסקינן.

שאלה נכבדת היא האם מס הרכישה הינו מס על מקרקעי הסרבן.

סע' 9 (א) לחוק מיסוי מקרקעין קובע:

"במכירת זכות במקרקעין יהא הרוכש חייב במס רכישת מקרקעין (להלן - מס רכישה); מס;



הרכישה יהיה בשיעור משווי המכירה או בסכום קבוע, לפי סוג המכירה או המקרקעין..."

בית המשפט העליון נדרש לשאלה זו וקבע כי מס הרכישה הינו מס המוטל על מקרקעי הסרבן:

"מס הרכישה הוא למעשה גלגול הנוכחי של אגרות העברת המקרקעין ו"תוספת המס", שגבו בעבר הרשויות בגין כל העברת זכויות בנכסי מקרקעין (ראה א' נמדר, דיני מסים (מיסוי מקרקעין) (חושן למשפט, תשנ"ב) 282. טיבו של היטל זה שונה לחלוטין מן המס המשתלם על פי הוראות חוק מס השבח. זה האחרון מוטל בגין השבח המופק ממכירתן של זכויות במקרקעין, היינו, מדובר במין מיוחד של מס רווחי הון. יש אפוא מקום לטענת המשיבים לפיה אין זה "מס המגיע על מקרקעי הסרבן" כמשמעותו בסעיף 11א (1) ראה גם עמדתו של פרופ' פרוקצ'יה, בספרו הנ"ל בעמ' 185, אם כי כאמור איני נדרש להכריע בשאלה זו. מס הרכישה, לעומת זאת, מוטל על רכוש הזכות בקרקע לא בשל רווח שהפיק מן העסקה, אלא בגין עצם רכישת הזכות, בשיעור מסוים משוויה, זהו מעין מס קנייה שאין בינו לבין מס השבח ולא כלום (ראה ע' הדרי, מס שבח מקרקעין (יונתן כרך א' תשנ"ג) 74). החבות במס הרכישה קמה אפוא בקשר לזכויות החדשות שנרכשו במקרקעין, ועל כן בא מס זה בגדרו של סעיף 11 א (1) לפקודת המסים (גבייה), היינו הוא רובץ כשעבוד ראשון על הקרקע".

עמדה זו עם כל הכבוד אינה ראויה ומצטרף אני לביקורתה של המלומדת צ. כהן:

"השאלה היא אם יש סוגים נוספים של מסים, הנכנסים לקטגוריה זו של "מס המגיע על מקרקעי הסרבן". בית המשפט העליון הכיר בכך, שמש רכישה נכנס אף הוא לקטגוריה זו, עם כל הכבוד נראה לי כי אין מקום למסקנה זו. התיקון האמור, שהוכנס לפקודה, נועד להשאיר במסגרת השעבוד הראשון אך ורק על מס מקרקעי הסרבן שלגביו אין קושי בבדיקת החוב. מס רכישה הוא מס המוטל בעת עשיית עסקה של רכישת מקרקעין אין הוא בבחינת מס המגיע על המקרקעין, אלא מס המגיע בגין רכישתם. גם לאור הרציונל, העומד ביסוד ההבחנה שנעשתה בסעיף 11א, אין מקום לכלול מס רכישה במסגרת הקטגוריה הראשונה".

לעניות דעתי, מס רכישה אינו מס המוטל על המקרקעין, להבדיל ממס רכוש, אלא מס המוטל על העסקה וככזה אין מקומו ראוי כשעבוד ראשון ובייחוד לאור המגמה המתבקשת לפירוש דווקני ומצמצם.

#### ד. מס מכירה

כמו מס שבח מקרקעין ומס רכישה גם מס מכירה מוטל מכוח חוק מיסוי מקרקעין.

מס המכירה הינו מס חדש אשר הוטל רק החל מ- 1.1.2000. במסגרת תיקון מס' 45 לחוק מס שבח מקרקעין.

סע' 72 לחוק מיסוי מקרקעין קובע כי:

"דין מס מכירה כדין מס לכל דבר ועניין, למעט לעניין פטורים לפי פרק חמישי 1 ולפי פרק שישי".

ועל כן גם מס מכירה הינו מס לעניין פק' המסים (גביה).

שאלה היא האם המדובר במס המוטל על מקרקעי הסרבן ?

סע' 72 ג' לחוק מיסוי מקרקעין מגדיר מס מכירה כ- :

"מס על מכירת מקרקעין כמשמעותו בפרק זה".

החייב בתשלום המס הוא המוכר כאשר שיעור המס הינו בשיעור של 2.5% משווי המכירה.

הפסיקה טרם הספיקה להידרש לפרשנותו של מס המכירה בכלל ובהקשר לפקודת המסים (גבייה) בפרט. ואולם באם נקיש מן הרציונל שהנחה את בית המשפט העליון בעניין שמש נגיע למסקנה כי גם מס המכירה

הוא מס המוטל על מקרקעי הסרבן. מסקנה זו מתבקשת לאור הדמיון הרב שיש בינו לבין מס הרכישה ככל שהדבר קשור לאינדיקטורים שעליהם התבסס בית המשפט העליון בהחלטתו והם הדמיון של מס המכירה לאגרת העברת מקרקעין וכן להיותו של מס המכירה, בדומה למס רכישה, בשיעור מסוים מן השווי ובלא קשר לשבח.

כמו לגבי מס רכישה כך גם לגבי מס מכירה דעתי כי המדובר במס המוטל על העסקה להבדיל ממס על המקרקעין ויש על כן לפרש בצורה מצמצמת את תחולתו כשעבוד ראשון ולקבוע כי אין מדובר במס על המקרקעין.

דומה כי רשויות המס ינקטו בגישה הטוענת כי המדובר בשעבוד ראשון לאור הרקע שהביא לחקיקתו של מס המכירה שנקבע על רקע ביטולו של מס הרכוש וכאמצעי מימון חלקי שבא להחליף את האחרון.

לדעתי הגם שמס מכירה בא בחלקו לתקן את העיוותים שיצר החיוב במס רכוש והגם שביטול מס הרכוש גרע את המס העיקרי לגביה באמצעות סע' 11א(1) לפק' המסים (גבייה), השינוי הוא שינוי מהותי. מס הרכוש הוטל על המקרקעין ועצם הבעלות בהם, בעוד שמס המכירה מוטל על מכירתם ולמעשה על העסקה וככזה אינו מס היוצר שעבוד ראשון.

## ה. מס הכנסה

מס הכנסה מוטל מכוח פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), ויכול להיות רלבנטי לענייננו לגבי חוב מס הכנסה המוטל על מי שעיסוקו במכר מקרקעין.

סע' 193 לפקודת מס הכנסה מחיל את פק' המסים (גבייה) כדלקמן:

" כל סכום שאדם חייב לשלם לפי פקודה זו, רשאי פקיד השומה לאכוף תשלומו לפי הוראות שלהלן, או לפי פקודת המסים (גבייה), והוראות אותה פקודה, חוץ מסעיף 12 שבה יחולו על גביית כל סכום כאמור כאילו היה מס כמשמעותו באותה פקודה;..."

מכאן שמס הכנסה גם כן מוחזק בגדר מס לעניין פק' המסים גבייה, אך האם הוא מס המוטל על המקרקעין?

"לגופו של עניין, אני מציע לפרש שמס הכנסה איננו "מגיע על מקרקעי הסרבן" החבות במס נוצרת עקב פעולה אקטיבית במקרקעין ולא עקב בעלות או חזקה פסיבית בהם. לכן נדמה שהמס מגיע "על הפעולה" או על הרווח שהופק ממנה, ולא על המקרקעין עצמם. זה גם דין מס הכנסה המגיע בעד החכרת מקרקעין".

וכך גם:

"חוב מס הכנסה, המוטל על מי שעיסוקו במכר מקרקעין, אינו בגדר חוב מס על מקרקעי הסרבן, שכן גם חוב זה, מקורו ברווח הנובע מעיסוק של מכירת מקרקעין ואין הוא בגדר מס המוטל על המקרקעין".

בפסיקה נדונה שאלה זו בבית המשפט המחוזי בת"א בעניין פירוק חברת לוי דוד ובנין בע"מ. באותו מקרה היה מדובר בחברה קבלנית שנכנסה להליכי פירוק ובקשה במסגרת הסדר שנעשה עם המפרק ורוכשי הדירות להעביר את רישום הדירות ע"ש הרוכשים. לשם הרישום צריך היה המפרק את אישור מס שבח, אישור לו הייתה זכאית החברה בהיותה פטורה ממס שבח עקב היותה נתונה לשומת מס הכנסה כקבלנית בנין. אלא שרשויות מס הכנסה סירבו ליתן האישור תוך שהם מסתמכים בין היתר על זכותם לעכב האישורים מכוח סע' 11א' לפק' המסים גבייה.

בית המשפט המחוזי, כב' השופט וינוגרד, דחה טענת רשויות המס ואלו נימוקיו:

"אני סבור כי מס הכנסה מחושב לפי ההכנסה הנובעת מהעסקאות שעשתה החברה הקבלנית בעוד הקרקע מהווה בהן רק מרכיב יצור אחד. אין לדעתי, קשר בין שיטת חישוב מס הכנסה - שיטת העובדות הגמורות - ובין השאלה אם מס ההכנסה הינו "מס על המקרקעין". מס ההכנסה בפרויקטים כאלו תלוי ברווחים נטו שהפיק הקבלן מאותו הפרויקט היינו תלוי גם

בהוצאות וביעילות העבודה של הקבלן, הקרקע משמשת, על פי פקודת מס ההכנסה מלאי עסקי (ר' ס' 18 (ד) (2) לפקודת מס הכנסה) (7) היינו - אחד מגורמי היצור על כן נראה לי שהמס מוטל על הכנסה מאותו פרויקט (יחידת עבודה כמוגדר בסעיף 18 (ד) (1) לפקודת מס הכנסה (7) (ראה ספרו של פרופ' א. פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל, עמודים 176-189 ובמיוחד בעמ' 179 ובעמ' 184, 185 (8)).

עוד אוסיף כי פקודת מס הכנסה קבעה סייג לתחולת פקודת המסים (גבייה) (2) על הליכי גביית מס הכנסה (סע' 193 לפקודת מס הכנסה) הסייג קובע כי פקודת המסים (גבייה) אמנם תחול על גביית מס הכנסה אך למעט ס' 12 שבה (2).

מתעוררת השאלה מדוע לא צוין בפרודת מס הכנסה (7) כי גם ס' 11א לפקודת המסים (גבייה) (2) לא יחול על הליכי גביית מס הכנסה שהרי הוא מרחיק לכת יותר מסעיף 12. פרופ' פרוקצ'יה דן בשאלה זו (שם בעמ' 180 (8) ומצביע על הליקוי ואולם אני סבור כי יתכן שהמחוקק לא דאג לתיקון ס' 193 לפקודת מס הכנסה (7) בשעת תיקון פקודת המסים (גבייה) וחקיקת הסעיף 11 א' בתשל"ג (2) לא מתוך היסח הדעת, אלא פשוט משום המשלים "מס על מקרקעי הסרבן" אומרות ממילא שאין מדובר במס הכנסה. זהו כנראה ההסבר לכך, שבהצעת החוק לא מנה מציע את מס הכנסה בין הדוגמאות (ראה הערות ביקורתיות על כך בספרו של פרופ' פרוקצ'יה בעמ' 179 למטה (8)).

לשון אחר - לא התעורר כלל הצורך לציין כי סע' 11א (1) (2) לא יחול על הליכי גביית מס הכנסה מכיוון שממילא הסעיף עצמו מצביע על כך ולעומתו סעיף 11 (2) כן יחול על מס הכנסה על תנאיו ומגבלותיו וזאת ככפף מאזנת לאי תחולתו של סעיף 11א (1) (2) על מס זה".

דומה כי אותו רציונל שהביאנו לקבוע כי מס שבח מקרקעין אינו מס על מקרקעי סרבן יובילנו לקבוע לגבי מס הכנסה.

## 1. ארנונה כללית

הארנונה הכללית מוטלת בצו של הרשות המקומית מכוח הסמכות המוענקת לה בחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ג 1992.

החוק לא החיל את פקודת המסים (גבייה) על גביית ארנונה, אלא קבע בפקודת העיריות שורת הסדרי גבייה עצמאיים.

נשאלת השאלה האם חוב ארנונה דינו כחוב מס לעניין פקודת המסים (גבייה)

בפרשת אברהם שנדונה לעיל בראשית פרק זה נקבע כי ארנונה אינה נכנסת להגדרת מס כמשמעותו בפקודת המסים (גבייה), אלא רק מקום שנקבע הדבר מפורשות בחוק או בהכרזה של שר האוצר. מששתק המחוקק ובהעדר הכרזה של שר האוצר קבע בית המשפט העליון כי חוב ארנונה אינו בגדר מס ומקל וחומר אינו מס על מקרקעי סרבן.

ואולם, לאחר מתן פסק הדין, פרסם שר האוצר את אכרזת המסים (גבייה) ארנונה כללית ותשלומי חובה לרשויות המקומיות, (הוראת שעה) התש"ס - 2000 ולפיה:

"על גביית ארנונה כללית המוטלת מכוח חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב) התשנ"ג - 1992 ועל תשלומי חובה המגיעים לרשות המקומית על פי דין (להלן חובות לרשות המקומית) יחולו הוראות הפקודה החובות לרשות המקומית יהיו מס כמשמעותו בפקודה".

רצה לומר נכון לכתובת עבודה זו ארנונה הינה בגדר מס לעניין פקודת המסים (גבייה).

בית המשפט העליון בפרשת אברהם פתר עצמו מדיון בשאלה האם ארנונה היא מס על מקרקעי סרבן וזאת משקבע כי אין מדובר במס ומקל וחומר לא מס על מקרקעין, ולכן הותיר אותנו ללא הלכה פסוקה בעניין. נותר לנו כעת לנסות ליתן תשובה לשאלה האם ארנונה הינה מס על מקרקעין?

סע' 8 (א) לחוק ההסדרים קובע:

"מועצה תטיל בכל שנת כספים ארנונה כללית על הנכסים שבתחומה שאינם אדמת בנין; הארנונה תחושב לפי יחידת שטח בהתאם לסוג הנכס, לשימושו ולמקומו, ותשולם בידי המחזיק בנכס".

הנה מקריאת לשון הסעיף עולה כי המדובר במס המוטל על המקרקעין שאינם כאמור אדמת בנין.

בגישה זו הרואה בארנונה מס על מקרקעין מחזיק פרופ' פרוקצ'יה ועו"ד חסטוביץ:

"נמצא כי סעי' 11א (1) לפקודת המסים (גבייה) יוצר שעבוד ראשון בגין חוב ארנונה על אותם מקרקעין, חוב ארנונה בגין מקרקעין אחרים אינו יוצר שעבוד, אולם הוא נהנה מדין קדימה בפשיטת רגל ובפירוק".

בגישה אחרת מחזיקה פרופ' צ. כהן:

"ההלכה כפי שנפסקה על ידי בית המשפט העליון, מקובלת עלי כהלכה נכונה וראויה, אולם ברצוני להעיר, כי אפילו הייתה מתקבלת הגישה אחרת, המכירה בארנונה עירונית כ"מס" לא היה מקום לראותה כ"מס על מקרקעי הסרבן", אלא כמס הנכנס לסעיף 11א(2). הארנונה אינה מס על המקרקעין אלא מס המוטל על המשתמש במקרקעין מטעם זה מוטלת חובת תשלום ארנונה על מי שעשה בפועל שימוש במקרקעין, ולא על הבעלים של המקרקעין אילו היתה מטרת הארנונה להיות מס מקרקעין היה מקום להטילה על הבעלים של המקרקעין שחרור הבעלים מחובת תשלום הארנונה, כאשר הוא מודיע על כך שהשימוש במקרקעין נעשה בידי אחד, מלמד, כי הארנונה על פי מהותה ומטרתה אינה בגדר מס על מקרקעין, אלא מס המוטל על המשתמשים במקרקעין באותה רשות מוניציפלית בגין השירותים שמספקת להם אותה רשות".

עם כל הכבוד ולעניות דעתי ארנונה הינה בפירוש מס המוטל על המקרקעין ומשולם ע"י המחזיק בהם, ועל כן באם תתקבל פרשנות זו הוא בחזקת מס על מקרקעי סרבן.

יחד עם זאת הייתי מציע לתקוף את הבעייתיות הנוצרת בדרך אחרת. אכן שר האוצר מוסמך להכריז על מס כלשהו כמס שניתן להיאכף ע"י פקודת המסים (גבייה) אלא מה? כמו כל סמכות שלטונית אחרת כפוף שר האוצר לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובייחוד לסעיף 3 שבו הקובע כי אין פוגעים בקניינו של אדם.

כדי שהפגיעה שפוגעת אכרזתו של שר האוצר בנושים המובטחים תהיה תקפה עפ"י הדין צריכה היא להיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

מסופק אני גם לאור שיקולי המדיניות שפורטו בהרחבה לעיל לרבות הביקורת הרבה שהוטלה בפתחו של השעבוד הראשון יחד עם הקריאה לפירוש מצמצם ודוקני, אפשר יהיה לטעון כי אכרזתו של שר האוצר עומדת במבחן החוקתי.

אם תתקבל פרשנותי אזי ניתן יהיה לתקוף ולומר כי פקודת המסים (גבייה) חלה על גבית ארנונה זולת סעי' 11א(1) לפקודה שכאמור אינו סביר ואינו חוקתי.

באם לא תתקבל גישתי הנ"ל אזי בניגוד להלכות שנקבעו בעניין "אברהם", "אשטרופ" ו"קהילת ציון אמריקאית", תוכלנה הרשויות המקומיות להתנות את מתן האישורים בתשלום הארנונה גם לחברה בפירוק.

## ז. היטל השבחה

היטל השבחה מוטל מכוח סעי' 196א' לחוק התכנון והבניה, תשנ"ה - 1965 הקובע:

"ועדה מקומית תגבה היטל השבחה בשיעור בתנאים ובדרכים שנקבעו בתוספת השלישית ועל פיה".

שאלה ראשונה היא האם המדובר במס לעניין פקודת המסים (גבייה). אותו הדין בו נקטנו לעניין הארנונה יהיה גם לעניין היטל השבחה, קרי כל עוד לא הוחלה במפורשת פקודת המסים (גבייה) על גבית היטל השבחה בחוק או בהכרזה של שר האוצר אין עסקין במס לעניין פקודת המסים.

בדרך זו הלך כבוד השופט לויט עת קבע לאחרונה בפסק דין שניתן ביום 7.3.200 כי סע' 11א (1) לא חל על חוב היטל השבחה משלא הכריז שר האוצר עליו כמס לעניין הפקודה. ואולם באכרזת המסים (גבייה) מיום 24.2.00 עליה עמדנו קודם החיל שר האוצר את פקודת המסים (גבייה) לא רק על ארנונה כללית אלא גם על "תשלומי חובה המגיעים לרשות המקומית על פי דין".

פירוש פשטני יקבע כי אין האכרזה חלה על היטל השבחה שכן להבדיל מארנונה ומחובות אחרים אין היטל השבחה משתלם לרשות המקומית אלא לוועדה המקומית שהינה אישיות משפטית נפרדת.

גם עיון בדיני הרשויות המקומית ילמדנו כי בהגדרת רשות מקומית נכללים לכל היותר עירייה, מועצה מקומית או אזרית, ועד מקומי או איגוד ערים.

אלא מה, עיון בסע' 13 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה מלמדנו כי יעוד ההיטל הינו:

"סכומים שנגבו כהיטל מיועדים, אחרי ניכוי הוצאות הגביה לרבות הוצאות של ערעור לפי תוספת זו, לכיסוי ההוצאות של הוועדה המקומית או של רשות מקומית אשר הועברו לה לפי סע' 12 להכנת תכניות במרחב התכנון או בתחום הרשות המקומית...".

רוצה לומר כי היטל השבחה לפחות בחלקו מיועד עבור הרשות המקומית.

יתרה מזאת סע' 18 לתוספת השלישית מסמיך את הרשות המקומית לגבות את היטל השבחה:

"היטל המגיע על פי שומה סופית לגבי מקרקעין הנמצאים בתחום של רשות מקומית, רשאית הרשות המקומית לגבותו בשם הוועדה המקומית ובהסכמתה, בדרך שגובים את הארנונה הכללית של אותה רשות מקומית, הוראה זו אינה גורעת מזכותה של הוועדה המקומית לגבות את היטל על פי כל דין, לרבות בדרך שגובש חוב אזרחי".

שאלה חשובה היא מה פירוש ההסכמה לגבות בשם הוועדה המקומית. מחד ניתן לטעון כי הליכי הגביה ע"י הרשות המקומית על תקן שליח בשם של שולחו. פרשנות זו תביאנו למסקנה כי האכרזה אינה חלה על היטל השבחה. מאידך גיטא ניתן לטעון כי כאשר מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 18 לתוספת השלישית, קרי שומה סופית, תחום השיפוט והסכמת הוועדה המקומית, אזי רשאית הרשות המקומית לפעול בשמה היא לגביית היטל, באותה דרך בה גובה חוב מי שהומחה לו חובו של אחר, לפי גישה זו היטל השבחה ייחשב מס לעניין פקודות המסים גבייה.

כפי שהסברתי לגבי ארנונה בתת הפרק הקודם יש לפרש את האכרזה באופן המונע החלת כללי השעבוד הראשון ומכאן ראוי להעדיף פרשנות המצמצמת.

באם נקבע כי היטל השבחה או אכן בגדר מס עדיין עומדת בפנינו השאלה האם במס על המקרקעין עסקין.

דומני כי התשובה לכך היא חיובית, המדובר בהיטל המוטל על המקרקעין עקב השבחתם.

יוצא כי אם תתקבל הפרשנות לפיה ניתן לגבות את היטל השבחה על דרך של שעבוד ראשון אזי תשתנה גם ההלכה ואז תוכל הוועדה המקומית או הרשות המקומית להתנות את האישור לרשם המקרקעין בתשלום היטל השבחה.

## סיכום

ראינו אם כן כי פקודת המסים (גביה) העניקה לרשויות המס כלי יוצא דופן ביעילותו. רשויות המס זוכות לשעבוד ראשון על מקרקעי סרבן המס. למדנו כי אין המדינה קיבלה עוד מכשיר גבייה אדמיניסטרטיבי אלא המדובר הוא בבטוחה מהותית, כזו המעניקה לרשות המס שעבוד התקף גם ואולי בייחוד בעת חדלות פירעון.

עמדנו על טיבו של השעבוד הראשון ולמדנו כי כשמו כן הוא - שעבוד ראשון. שעבוד זה ראשון הוא וגובר על כל זכות אחרת ועל כל נשייה אחרת לרבות נשייתם של אלו המובטחים בשעבוד ספציפי על הנכס. ראינו כי השעבוד הראשון תקף ושריר גם אם לא נרשם וגובר הוא על נושים מובטחים לרבות אלו שקדמו לו בזמן. אין לו לשעבוד הראשון לא מועד ולא שיעור. סכומו משתנה מעת לעת בהתאם לחבות המס של החברה.

כיאה לכלי כה דרקוני הפוגע בעקרונות הצדק החלוקתי בחדלות פירעון ובפומביות הקניין זכה השעבוד הראשון לביקורת רבה מצד מלומדים מחד ושופטים מאידך. נוכחנו כי המחוקק אכן פעל לצמצם את תחולתו של השעבוד הראשון אולם צמצום זה לא פגע בעצם מהותו של השעבוד ועדיין נותר הוא שעבוד ראשון אשר תחולתו צומצמה לגבי מס שהוטל על המקרקעין הספציפיים בלבד.

עמדנו על כך כי שיקולי מדיניות פועלים לשני צדדיו של המטבע אך הכבדים שבהם גורסים כי אין זה ראוי להעדיף נשייתן של רשויות המס על פני נושי החברה ועל אחת כמה וכמה נושיה המובטחים. גילינו כי מדינות רבות אכן שינו את החקיקה באופן שצמצם בצורה משמעותית את העדיפות שנתנה לממשלה.

דעתי כפי שהובאה בעבודה וכפי שהיא מצטרפת לשורה ארוכה של דעות הינה כי יש לבטל לחלוטין את השעבוד הראשון. ניסיונות לבטלו על דרך של חקיקה שיפוטית נכשלו ולא קיבלו תוקף בבית המשפט אשר למרות בקורת חוזרת ונשנית הותיר את המלאכה למחוקק.

מאידך ראינו כי מצד המדינה לא רק שאין כוונה לבטל את השעבוד הראשון אלא לאחורונה אף הורחבה תחולתו באופן ששר האוצר הוסיף מס חדש הנתון לגבייה לפי פקודת המסים - היא הארנונה הכללית.

הצעתי בעבודתי כי יש וראוי לתקוף אכרזה זו לאור מגמת הצמצום המתבקשת לשעבוד הראשון כפי שהובאה בהרחבה בעבודה וכן לאור המהפכה החוקתית ולזכות הקניין.

האם יבוטל השעבוד הראשון ?  
ימים יגידו.

## ביבליוגרפיה

### פסיקה

1. ע"א 790/85 רשות שדות התעופה ואח' נ' גרוס, פד מד (3) 186
2. בג"צ 243/60 אולדק ואח' נ' עירית רמת גן, פ"ד יד, 2265
3. בג"צ 199/88 קהילת ציון אמריקאית (בפירוק) נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה, קרית אתא, פ"ד מג (1) 89
4. ע"א 633/91 מנהל מס רכוש נ' אלי וששנה שמש, פד מח (1) 841
5. ע"א 5957/97, רע"א 6754/83 עו"ד יהושוע באום נ' אשטרום נכסים ומימון בע"מ, טרם פורסם
6. רע"א 2911/95 יוסי אברהם, עו"ד נ' עירית רמת גן, טרם פורסם
7. ע"א 437/66 מנהל מס רכוש נ' כונס הנכסים של יו.ס. ניר-אוסט לברטורוס ואח', פ"ד כא (1) 29
8. ע"א 4227/92 מנהל מס רכוש נ' ארטיק תחיה בעמ', פ"ד נב(1) 433
9. ע"א 648/82 פקיד השומה נ' גפני, פ"ד לח (3) 813
10. ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70
11. פירוק 477/68 המר' 697/94 יעקובוביץ נ' הכונס הרשמי ומפרק החברה י. סטניצקי ושות' בע"מ (טרם פורסם) מופיע בפדאור
12. ת.א. 2232/88, המ' 9141/88 (ת"א) רוזובסקי זלמן, עו"ד נ' מס הכנסה פ"ש פ"ת, פס"מ מט (3) (248)
13. פש"ר 323197 יחיד סי - נכסי אבן ישראל בע"מ נ' עירית נהריה, מחוזי ת"א טרם פורסם
14. H.C. 88/32 socrat Tokadlides v. the District Commisioner; )1920 - 1933(, P.L.R. vol, i, p826
15. H.C. 75/43 - Attorney general v. president, District court Tel-Aviv: )1943(, P.L.R vol 10, p 503

### מאמרים

1. ד"ר ד. אבן להב, "מעמדן של רשויות מס בהליכי חדלות-פירעון" משפטים כ"א תשנ"ב 495
2. א. חביב-סגל "דיני השעבודים במימון הפירמה" עיוני משפט ט"ו, תש"ן, 83
3. F.H.Buckly, "The Bankruptcy Puzzle", 72 Virginia L. Rev. 1393 - 470
4. S. Levmore, "Monitors and Free Riders in Commercial and Corporate Settings" 92 yale L.J. )1982( 49
5. A . Schwartz "the Continuing Puzzle of secured Delot", 37vent. L. Rew )1984( 1051
6. M. G. shanker, "The worthier Creditor", 1976, 1 C B L J., 340- 51
7. Cork Report, Insolvency Law and Practive
8. S.J. Cantile, "Preferred Priority in Bankruptcy" in Current Developments in International and Comparative, in Corporate Insolvency Law )J.S.Zigel, editor, 1994( 413

## ספרות

1. א, נמדר, דיני מסים (מיסוי מקרקעין) תשנ"ב
2. י. הדרי, מס שבח מקרקעין כרך ג', תשנ"ה
3. צ. כהן, פירוק חברות, הוצאה לאור של לשכת עוה"ד, תש"ם, 2000
4. ש. לרנר, שעבוד נכסי חברה, הוצאת בורסי, 1996
5. א. פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל, דין נוהג דין רצוי והדרך לחקיקה, תשמ"ט
6. ה. רוסטוביץ, היטל השבחה, הוצאות אוריאן מהדורה ראשונה, תשנ"ז
7. ה. רוסטוביץ, ארנונה עירונית, מהדורה רביעית, הוצאת אוריאן, תשנ"ו
8. ד"ר ש. בורנשטיין, המיסוי בפירוק החברה, הוצאת יהלום, ירושלים תשנ"ז - 1997
9. פרופ' א. פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל, המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, אוניב' העברית, תשמ"ד - 1984