

חברים יקרים:

הרינו מתכבדים לשלוח אליכם עדכונים, רשמים ומאמרים בתחום המס. קריאה נעימה.

מה בין שינוי יעוד לבין סיווג עסקאות

אקראי במקרקעין לצרכי מס

פתח דבר

המתח שבין עסקה או מספר עסקאות שביצע אדם פרטי בזכויות במקרקעין בבעלותו, אם תסווג לצרכי מס כהונית או כעסקית, מייצרת מחלוקות רבות בין פקידי השומה לנישומים ומגיעות לפתחי בתי המשפט השונים באופן תדיר.

משמעות סיווג פעילות האדם הפרטי כהונית או עסקית הינה מהותית שכן בהתאם אליה יקבע שיעור המס שישלם הנישום בגין הכנסותיו מהפעילות. אם תסווג הפעילות במישור הפרטי - הוני של הנישום, אזי יחול חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג – 1963 (להלן: "חוק מיסוי מקרקעין"), הקובע ככלל שיעורי מס נוחים יחסית עבור הנישום – כ - 28% (תלוי ביום הרכישה והנכס הנמכר), ואף קובע פטור מלא על הכנסתו במקרים מסוימים, כגון עסקת מכר של דירת מגורים. אם לחילופין תסווג פעילותו במישור העסקי, יחולו הוראות חלק ב' לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א – 1961 (להלן: "הפקודה") והנישום יידרש לשלם מס שולי, שיכול להגיע עד 50%, בגין הכנסותיו מפעילות הנדל"ן. לסיווג האמור קיימת משמעות גם כאשר מדובר בהפסד שנוצר לנישום וסיווגו כפירוטי או הוני המשליך על היכולת לקזזו כנגד הכנסות אחרות.

דנו בכך במסגרת [רשומון מס מס' 141](#). כעת נציג פסיקה חדשה בסוגיה ונתמקד במנגנון שינוי הייעוד שיכול להוציא את "העוקץ" מסיווג עסקה במקרקעין כעסקת אקראי על ידי פקיד השומה.

על הפרוצדורה בקצרה

תחילת הדיווח על עסקה במקרקעין מתבצעת באמצעות שומה עצמית למיסוי מקרקעין בהתאם להוראות סעיף 73 חוק מיסוי מקרקעין. אך, בהתאם להוראת סעיף 48ב(א) לחוק מיסוי מקרקעין יראו את השבח, כחלק מההכנסה החייבת במס הכנסה בשנת המס שבה נעשתה המכירה לענין שיעורי המס והזיכויים ממנו, ואת המס המס שחייבים בו על פי חוק מיסוי מקרקעין כמקדמה על חשבון מס ההכנסה. מכוח הוראה זו קבעו בתי המשפט כי ישנה הצדקה להעניק סמכות לפקיד השומה לסווג עסקה במקרקעין מחדש תוך סטייה מקביעתו הקודמת של מנהל מס שבח, כיוון שפקיד השומה הינו בעל ידע ומומחיות לעניין סיווג העסקה כהונית או פירוטית. עם זאת, לאור עיקרון סופיות השומה, ובהינתן קביעה קודמת של מנהל מס שבח מקרקעין בשאלת הסיווג, יש להגביל את סמכות ההתערבות הזו של פקיד השומה עניין חזן ע"א 9412/03 (2005).

מבחני המשנה לקביעתו של עסק, עסק אקראי

ועסקת אקראי

על מנת לסווג עסקה או מספר עסקאות שמבצע אדם פרטי בזכויות במקרקעין רשאי פקיד השומה לבחון

שנקבעו בסעיף 2(1) לפקודה. לפיכך, נבחנים אותם פרמטרים במסגרת מבחני עסק כאשר מדובר בעסק ועסק אקראי (הכוללים, מטבעם, מספר פעולות מניבות הכנסה שביצע הנישום) וכאשר מדובר בעסקת אקראי יחידה, אשר הנישום ביצע באופן חד פעמי והיא חורגת מתחום עיסוקו הקבוע והרגיל של הנישום. כלומר, הפרמטר המשמעותי היחיד המבדיל בין עסק לעסקת אקראי בעל אופי מסחרי הינו **כמותי**.

המסקנה החשובה לעניין זה היא שגם עסקה יחידה או מספר בודד של עסקאות שביצע אדם פרטי במקרקעין שבבעלותו, עלולות להיות מסווגות כמניבות הכנסות פירותיות במידה ומתקיימים לגביהן "מבחני העסק" שנקבעו בפסיקה והן כוללות מאפיינים מסחריים משמעותיים.

עניין בניזרי

כך למשל נקבע בעניין **בניזרי** (ע"מ 58172-01-16 (2020)). באותו עניין בחודש ינואר 2007 רכש המערער בית פרטי בהרצליה, תמורת סכום של 3,789,430 ש"ח (להלן: "הנכס"). בחודש מאי 2008 מכר המערער את **דירת מגוריו** בירושלים תמורת 900,000 ש"ח. בעת המכירה עמדה הלוואה המגובה במשכנתא בגין דירת המגורים בירושלים בסך של 10% משווי הדירה. המערער השכיר את הנכס. בתקופה שבין יולי 2008 עד ספטמבר 2010 ביצע המערער עבודות שיפוץ והשבחה בנכס בעלות של 2,204,300 ש"ח. עבודות הבנייה בנכס בוצעו באמצעות חברה שנמצאת בבעלות גיסו.

אם מדובר בפעילות מניבת הכנסות הנכנסת בגדר סעיף 2(1) לפקודה שכן היא תוצר של אחד משלושה: **(1) עסק ומשלח יד; (2) עסק אקראי בעל אופי מסחרי; (3) עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי.**

בהעדר הגדרה ממצה למונח "עסק" בפקודה וכל שכן "עסק אקראי" או "עסקת אקראי", פיתחו בתי המשפט במהלך השנים שורה של מבחני משנה משפטיים - עובדתיים שמטרתם לקבוע אם פעילות כלכלית מסוימת עולה לכדי עסק או נשארת במישור ההוני או במישור ההכנסה הפאסיבית ובהם: "טיב הנכס או אופיו; תדירות העסקאות או הפעולות; ההיקף הכספי של העסקאות; אופן המימון של העסקאות; תקופת החזקה בנכסים; ייעוד התמורה; ידענותו ובקיאותו של הנישום; קיומו של מנגנון או פעילות קבועה ונמשכת; פיתוח, טיפוח, השבחה, יזמות ושיווק ביחס לנכסים; הרישום במאזני החברה; ומעל הכול - מבחן ה"גג" של נסיבות העניין, הבוחן את העסקה ממבט "על" (עניין **בראון פישמן** (3892/13)(2015)). כאשר יישום "מבחני העסק" מוביל למסקנה שהתנהלות של הנישום, הגם שהוא מהווה אדם פרטי, כוללת רכיבים מסחריים משמעותיים בהקשר של עסקה במקרקעין, היא תסווג כפעילות עסקית והוא ימוסה ככלל לפי שיעור המס השולי הקבוע בפקודה, על אף השומה העצמית שלו לצרכי חוק מיסוי מקרקעין.

לעניין ההבחנה בין "עסק" ו"עסק אקראי" ל"עסקת אקראי", קבעו בתי המשפט בעניין **הראל** ((עמ"ה (17/92)(1992)) ועניין **פלומין** (ע"א 490/13(2014)) כי אין משמעות אמיתית לפיצול בין מקורות ההכנסה

עניין עיין

מסקנתו של בית המשפט המחוזי בעניין עיין (ע"מ 18-02-46744)(2021) הייתה שונה. באותו עניין סבבה המחלוקת סביב עסקאות למכירת דירות שביצעו המערערים בין השנים 2012-2016 (שלוש דירות כל אחד). הדירות נמכרו בבניין שנבנה על ידי המערערים והוריהם על מקרקעין שרכשה סבתם בשנת 1933 באיזור רמת השרון. על המקרקעין היה בנוי בית מגורים בו התגוררה המשפחה שנים רבות. לאחר העברות מקרקעין בירושה ובמתנה, הפכו, בתחילת שנות ה-2000, המערערים והוריהם לבעלים החוקיים של המקרקעין.

לאחר מספר שנים ובעקבות אישורה של תב"ע (אשר קודמה על ידי עיריית רמת השרון ללא מעורבות של המערערים) ופעולות של איחוד וחלוקה, הוקצה למערערים, יחד עם בעלי מקרקעין נוספים, מגרש עליו ניתן לבנות בניין של 12 קומות הכולל 29 דירות מגורים. כלל הבעלים של המגרש התארגנו יחדיו במסגרת הסכם לבניה משותפת של בניין מגורים. בסופו של הליך הבניה החזיק כל אחד מהמערערים ב-7 דירות. יש לציין כי קודם למכירת הדירות נושא הערעור, המערערים לא ביצעו עסקאות נדל"ן משמעותיות.

המערערים דיווחו על מכירת הדירות למנהל מיסוי מקרקעין כמכירות במישור ההוני אך פקיד השומה הוציא שומות לפי מיטב השפיטה למערערים וקבע, כי דין הרווחים ממכירת הדירות להתמסות כהכנסה פירונית לפי סעיף 2(1) לפקודה.

לאחר שבחן את העסקה ומהותה, קבע פקיד השומה כי הרווח שנוצר בגין מכירת הנכס בנסיבות העניין מהווה הכנסה מעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי. הגם שמדובר היה בבית פרטי שהוחזק לתקופה של ארבע שנים בתקופה של עליית מחירים כוללת בשוק הנדל"ן, קיבל בית המשפט המחוזי את עמדתו של פקיד השומה וציין בין היתר את ההשבחה המשמעותית שבוצעה בנכס על ידי המערער ואת היקפה הכספי הגבוה של העסקה ביחס להכנסתם של המערער וזוגתו, וכדברי בית המשפט: "כדי לממן את רכישת הנכס והשבחתו נטלו המערער ואשתו משכנתאות בסכומים העולים על ארבעה מיליון ש"ח. ההחזר החודשי על ההלוואות היה גבוה, זאת כאשר אחת ההלוואות הייתה הלוואה מסוג "בלון" שפירעון הקרן בה חל במלואו בסוף תקופת ההלוואה. מהנתונים עולה שלא הייתה למערער ולאשתו בזמן שהחזיקו בנכס יכולת להתגורר בו ולפרוע בו-זמנית את ההלוואות שרצו עליו".

בנסיבות אלו קבע בית המשפט כי: "אין מדובר בנישום שרכש נכס ולאחר כחמש שנים ניצל את עליית מחירי הנדל"ן כדי להפיק רווח ממכירתו. מדובר בנכס שבו הושקע על ידי הנישום ממון רב בהרחבתו ובביצוע שיפוץ רחב היקף אשר שידרג את הנכס באופן משמעותי. הרווח בעסקה מקורו אפוא בניצול יכולותיו של המערער, והידע המקצועי שלו ושל הרמתי, שתוצאתם השבחת הנכס באופן משמעותי, תוך כדי מכירת הנכס בתקופה של עליית מחירי הנדל"ן בשוק."

הבנייה, מתווה העסקה אשר הוכתב מכוח התב"ע שיזמה העירייה והיקף המכירות מצומצם ואיטי, מתבקשת המסקנה כי מדובר בעסקאות במישור ההוני.

שינויי ייעוד בעסקאות אקראי במקרקעין

לענייננו חשובה התייחסותו של בית המשפט המחוזי, בחזקת למעלה מן הצורך, לגבי יישום אפשרי של סעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין במקרים דומים, בהם מתקבלת טענתו של פקיד השומה לחבות במס הכנסה בשל עסקת אקראי. סעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין קובע הוראות לעניין שינוי ייעוד של מקרקעין מרכוש קבוע (שמכירתו ממוסה במישור ההוני) למלאי (שמכירתו ממוסה במישור העסקי-פירותי), בדומה להוראת סעיף 100 לפקודה.

משמעות הסעיף הינה פשוטה. במקרים בהם עמדת פקיד השומה הינה שאדם ששינה ייעוד של מקרקעין המוחזק בבעלותו מעל 4 שנים, מרכוש קבוע למלאי המשמש אותו בעסקו, שינוי הייעוד האמור מהווה עסקה חייבת במס על הפרש שבין שווי המקרקעין לשוויים ביום שינוי הייעוד. עם זאת, מועד החיוב במס ידחה ממועד שינוי הייעוד למועד מכירתו של המלאי העסקי. כלומר, במועד המכירה של המלאי העסקי יחויב הנישום הבעלים המוכר במס שבח (קרי, על פי שיעורי מס הוניים) על התקופה בה החזיק במקרקעין עד מועד שינוי הייעוד ובמס הכנסה (על פי שיעור המס השולי) על התקופה שממועד שינוי הייעוד עד למועד המכירה.

המערערים טענו כי יש להתייחס למלוא הכנסתם ממכירת הדירות כהכנסה הונית, או, לכל היותר, לקבוע כי במועד החתימה על הסכם הבניה של בניין המגורים, שונה ייעודם של המקרקעין מרכוש קבוע למלאי עסקי ועל כן, על ההכנסה ממכירת הדירות המיוחסת לתקופת הבעלות שקדמה למועד החתימה להיות ממוסית כהכנסה הונית.

בית המשפט קיבל את עמדת המערערים באופן מלא וקבע כי מדובר היה בעסקאות שנעשו במישור ההוני. לדידו, "בין מקרה שישווג באופן מובהק כמכירה הונית (כגון - אם היו המערערים מוכרים את המקרקעין מבלי לבנות עליהם בניין דירות), לבין המקרה אשר היה מסווג באופן מובהק כהכנסה עסקית..... יש קשת של מקרים אפשריים, לגביהם יכול והיה צורך לקבוע להיכן סיווגם נוטה. אכן, עצם בניית הבניין, היא פעילות השבחה של ממש. כדי לבנות בניין, באופן טבעי והכרחי, יש להיעזר באנשי מקצוע המיומנים בכך. מבחינה עקרונית, ניתן היה לקבוע כי כל בנייה של בניין ומכירה, ולו במסגרת עסקה אחת בה נמכרת דירה בודדת, תסווג כהכנסה פירותית. יש היגיון מסוים בגישה מעין זו (אשר ניתן היה אף לחשוב על הצדקה לעגנה בחוק), אלא שזאת אינה העמדה בה נקט המחוקק והיא אינה העמדה המיושמת בפועל על ידי המשיב."

קרי, למרות שמדובר בעסקת בנייה עצמית, קבע בית המשפט כי לאור מבחני המשנה ובפרט, משך האחזקה הארוך במקרקעין, היעדר רקע נדל"ני מובהק של המערערים, היעדר מעורבות בהליך

ובלשונו של בית המשפט בעניין עיון: עולה אפוא מכל האמור, כי המחוקק בסעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין, בהתאם לפרשנות המחייבת שנקבעה בעניין פלומין, קבע כי במקרה בו החזיק אדם במקרקעין במישור ההוני כרכוש קבוע, פרק זמן משמעותי - העולה על 4 שנים, יש לראות בשינוי הייעוד של המקרקעין כמכירה - החייבת במס שבח. קביעה זו נועדה להגשים את תכלית החקיקה של חוקי המס השונים: מיסוי הרווח השייך למישור ההחזקה ההונית במקרקעין - במס שבח, ומיסוי הרווח הפירותי - במס הכנסה. אוסיף כי קביעה עקרונית זו, יפה הן כאשר המעבר למישור הפירותי נעשה במסגרת פעילות העולה כדי "עסק", כדי "עסק אקראי בעל אופי מסחרי" או כדי "עסקה בעלת אופי מסחרי" (אם נניח כי יש בכלל הבדל בין הללו). בכל אחד מהמקרים האלה חל מס פירותי בשיעור זהה, ואותה הצדקה עקרונית קיימת למסות בדרך זו רק את רכיב הרווח הפירותי, ולא את כלל רווחי המכירה הכוללים רכיב הוני מהותי. מטעם זה, כפי שנקבע בעניין פלומין, יש להחיל את סעיף 5(ב) בכל המקרים בהם פקיד השומה סבור כי יש לסווג כהכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודה מכירה לצד ג' מקרקעין שהוחזקו קודם לכן מעל 4 שנים במישור ההוני. מטעם מהותי זה, לפיו אין שום הצדקה להחמיר עם הכנסה המסווגת כעסקת אקראי בעלת אופי מסחרי, ורק בעניינה לא להכיר בזכותו של הנישום להחיל את ההסדר שנקבע בסעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין - דין טענת פקיד השומה להידחות.

על רקע האמור, ציין בית המשפט בעניין עיון כי לכל הפחות היה על פקיד השומה, כאשר קבע בשומות לפי מיטב השפיטה כי העסקאות שביצעו המערערים מהוות עסק אקראי או עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי, להתייחס לעובדה שמעל 70 שנה המקרקעין המקוריים שימשו כנכס הוני וליישם את סעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין, כך שממילא החלק הארי של הכנסות המערערים היו צריכות להיות ממוסות, גם במסגרת השומות לפי מיטב השפיטה, כהכנסות הוניות החייבות במס שבח.

את קביעתו האמורה ביסס בית המשפט המחוזי על ההלכה של בית המשפט העליון בעניין פלומין ((ע"א 490/13 (2014)), שהוזכר לעיל, שם נקבע כי שינוי ייעוד לפי סעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין חל גם במקרים של "עסקת אקראי" או "עסק אקראי", שכן ההגדרה למלאי הקבועה הן בסעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין והן בסעיפים 85 ו-100 לפקודה יכולה לחול גם ביחס לנכס אחד או מספר קטן של נכסים. כלומר, לעמדת בית המשפט, גם כאשר מדובר בעסק אקראי או עסקת אקראי, ניתן עדיין להחיל את סעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין ולבצע שינוי ייעוד במסגרתו מועבר נכס מקרקעין יחיד או מספר קטן של נכסי מקרקעין מרכוש קבוע למלאי.

כלומר, לעמדת בית המשפט, גם כאשר מדובר בעסק אקראי או עסקת אקראי, ניתן עדיין להחיל את סעיף 5(ב) לחוק מיסוי מקרקעין ולבצע שינוי ייעוד במסגרתו מועבר נכס מקרקעין יחיד או מספר קטן של נכסי מקרקעין מרכוש קבוע למלאי.

עמדתו של בית המשפט המחוזי בעניין עיון (ע"מ 18-02-46744)(2021), אשר ניתנה כאוביטר משפטי, יכולה אפוא לשמש בעלי קרקעות אשר ביצעו עסקת אקראי או מספר מועט יחסית של עסקאות במקרקעין, אשר סווגו על ידי פקיד השומה כמסחריות.

סיכום ודגשים

סמכותו של פקיד השומה לסווג עסקה במקרקעין באופן שונה מזו שדווחה למנהל מיסוי מקרקעין מחייבת ניתוח של השלכות המס וחשיפות המס האפשריות בכל מכירה של זכות במקרקעין. בפרט, כאשר מדובר במכירה של נכס אשר הושבח בצורה משמעותית טרם המכירה או במכירה של מספר נכסי נדל"ן על פני מספר שנים מצומצם.

יחד עם זאת, גם כאשר פקיד השומה מסווג מחדש עסקה שביצע יחיד במישור ההוני כעסקה מסחרית הנכנסת בגדר סעיף 2(1) לפקודה, רצוי לבחון, אם ניתן להקטין את נטל המס תוך שימוש בסעיף 5(ב) לחוק ולטעון שבגין התקופה בה שימשו המקרקעין בידי היחיד כנכס קבוע, עד ששונה ייעודם למלאי עסקי, יש לשלם מס שבח ולא מס הכנסה פירותי. בחלק מן המקרים יישום טענה זו יוציא את "העוקץ" מהשומה שהוצאה על ידי פקיד השומה. המעניין הוא כי למיטב ידיעתנו רשות המסים טרם הנחתה את פקידי השומה להתייחס לשינויי הייעוד בעת בחינה של סיווג עסקה במקרקעין כעסקת אקראי לצרכי הפקודה.