

12. ייחוס דיבידנד רעיוני לבעלי מניות ישראלים בחברה

תושבת חוץ - חברה זרה נשלטת (C.F.C.)⁴⁸⁹

במסגרת הרפורמה הוסף לפקודה סעיף 275⁴⁹⁰. הסעיף קובע אירוע מס רעיוני מחברה זרה הנשלטת על-ידי תושבי ישראל ביחס להכנסה פאסיבית שנצברה בה. הסעיף זוקף הכנסה זו שלא חולקה, כדיבידנד רעיוני לו זכאי תושב ישראל, שהינו בעל שליטה (10% לפחות) בחברה הנשלטת זרה.

12.1 נוסח סעיף 275 לפקודת מס הכנסה לאחר תיקון 134

מאז שהוחק לראשונה בתיקון 132 לפקודה, עבר סעיף 275 מספר שינויים במסגרת תיקון 134 לפקודה, עוד לפני שנכנס לתוקף. להלן מובא הנוסח המעודכן של הסעיף לאחר התיקון האמור:

”(א) (1) ”חברה נשלטת זרה” - חבר בני אדם שהוא תושב חוץ, שמתקיימים בו כל

אלה:

(א) מניותיו או הזכויות בו אינן רשומות למסחר בבורסה, ואולם אם

נרשמו בחלקן, פחות מ-30% מהמניות או מהזכויות של אותו חבר

בני אדם הוצעו לציבור;

(ב) רוב הכנסתו בשנת המס היא הכנסה פסיבית או שרוב רווחיו

נובעים מהכנסה פסיבית, ובחבר בני אדם שבשרשרת חברות,

המוחזק, במישרין בידי חברה עסקית (בסעיף זה - חבר מוחזק), וכן

⁴⁸⁹ C.F.C פירושו Controlled Foreign Corporation. מנגנון מיסוי זה מקובל במדינות רבות בעולם כמו, למשל, בארה”ב, אנגליה, גרמניה, ספרד, צרפת וקנדה. להרחבת היריעה ראו מאמרו של אבי נוב, ”מעבר למיסוי פרסונאלי וסוגיית ה-C.F.C.”, **מיסים** ט/2 (תשס”ב) א-58.

⁴⁹⁰ סעיף 24 לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס’ 132), תשס”ב-2002, ס”ח 1863.

בכל חבר בני אדם המוחזק, במישרין או בעקיפין, בידי החבר המוחזק, אם מרבית הכנסותיה או רווחיה הכוללים של החברה העסקית נובעת מהכנסה פסיבית; לעניין זה, יחושבו סכום ההכנסה, סכום הרווחים וסכום ההכנסה הפסיבית, בהתאם לדיני המס החלים כהגדרתם בסעיף 5(ג);

(ג) שיעור המס החל על הכנסתו הפסיבית במדינות החוץ אינו עולה על 20%;

(ד) למעלה מ-50% באחד או יותר מאמצעי השליטה בו מוחזקים, במישרין או בעקיפין, בידי תושבי ישראל או בידי אזרחי ישראל תושבי האזור, כהגדרתם בסעיף 3א (בסעיף זה - תושבי ישראל), או שלמעלה מ-40% באחד או יותר מאמצעי השליטה בו מוחזקים בידי תושבי ישראל שביחד עם קרוב של אחד או יותר מהם מחזיקים בלמעלה מ-50% באחד או יותר מאמצעי השליטה בו, או שלתושב ישראל הזכות למנוע קבלת החלטות ניהוליות מהותיות בו, לרבות החלטות לעניין חלוקת דיבידנד או פירוק, והכל באחד ממועדים אלה:

(א) בתום שנת המס;

(ב) ביום כלשהו בשנת המס וביום כלשהו בשנת המס שלאחריה;

לעניין זה, "קרוב" - כאמור בסעיף 76(ד), שהוא תושב חוץ;

(2) חישוב שיעור ההחזקה כאמור בפסקת משנה (1), לעניין החזקה בעקיפין, בחבר בני אדם מסוים הנמצא בשרשרת חברות (בסעיף זה - החבר המסוים), ייעשה לפי הוראות אלה:

(א) עלה שיעור ההחזקה בכל אחד מחברי בני האדם בשרשרת החברות המחזיקים בחבר המסוים בעקיפין על 50%, יחשב שיעור ההחזקה בו בהתאם לשיעור ההחזקה בו במישרין;

(ב) פחת שיעור ההחזקה באחד מחברי בני האדם בשרשרת החברות המחזיקים בו בעקיפין מ-50%, תחשב ההחזקה בו בעקיפין באמצעות אותה שרשרת חברות כהחזקה בשיעור אפס;

(2) "אמצעי שליטה" - כל אחד מאלה:

(א) הזכות להשתתף ברווחים;

(ב) הזכות למנות דירקטור;

(ג) זכות הצבעה;

(ד) הזכות לחלק ביתרת נכסי חבר בני האדם לאחר

סילוק חובותיו בעת פירוקו;

(ה) הזכות להורות למי שלו אחת הזכויות המפורטות בפסקאות (א) עד (ד) על הדרך להפעיל את זכותו;

והכל, בין שהם באמצעות מניות ובין בכל דרך אחרת, לרבות באמצעות נאמנות.

(3) "בעל שליטה" - תושב ישראל המחזיק, במישרין או בעקיפין, לבד או יחד עם אחר, ב-10% לפחות באחד מאמצעי השליטה בחבר בני האדם, באחד ממועדים אלה:

(1) בתום שנת המס;

(2) ביום כלשהו בשנת המס וביום כלשהו בשנת המס שלאחריה;

(4) "יחד עם אחר" - יחד עם קרובו וכן יחד עם מי שאינו קרובו, אם הם תושבי ישראל ויש ביניהם שיתוף פעולה דרך קבע על-פי הסכם בענינים מהותיים של החברה, במישרין או בעקיפין;

(5) "הכנסה פסיבית" -

(א) כל אחת מהכנסות אלה למעט הכנסה אשר לו הופקה בישראל הייתה נחשבת לפי דיני המס בישראל כהכנסה מעסק או ממשלח יד:

(1) הכנסה מריבית או מהפרשי הצמדה;

(2) הכנסה מדיבידנד;

(3) הכנסה מתמלוגים;

(4) הכנסה מדמי שכירות;

(5) תמורה ממכירת נכס, כמשמעותה בסעיף 88, שאינה ממכירת נכס ששימש בידי החברה בעסק או במשלח יד;

(ב) הכנסה כלשהי שמקורה בהכנסות או בתמורה כאמור בפסקת משנה (א), אף אם היא הכנסה מעסק או ממשלח יד.

- (6) "הכנסות ורווחים כוללים", של חברה עסקית - הכנסותיה ורווחיה וכן חלקה היחסי, במישרין או בעקיפין, בהכנסות וברווחים של כל חבר בני אדם בשרשרת החברות שבו היא מחזיקה, במישרין או בעקיפין; לעניין זה, שיעור חלקה היחסי של החברה העסקית בעקיפין בהכנסות וברווחים כאמור, יחושב על-ידי הכפלת שיעורי הזכויות ברווחים בכל חבר בני אדם בשרשרת החברות שבו מחזיקה החברה העסקית בעקיפין;
- (7) "חברה עסקית" - חבר בני אדם תושב חוץ שרוב הכנסותיו ורווחיו אינם הכנסות פסיביות;
- (8) "חלק יחסי של בעל שליטה ברווחים שלא שולמו" - חלק יחסי מכלל הרווחים שלא שולמו בהתאם לשיעור חלקו במישרין ובעקיפין של בעל השליטה בזכויות לרווחים, בחברה הנשלטת הזרה ביום האחרון של שנת המס שלה; לעניין סעיף זה, שיעור חלקו בעקיפין של בעל השליטה ברווחים שלא שולמו, יחושב על-ידי הכפלת שיעור הזכויות ברווחים בכל חבר בני אדם שבשרשרת החברות המוחזק על-ידו בעקיפין;
- (9) "מדינה גומלת" ו"הסכם" לעניין מניעת כפל מס - כמשמעותם בסעיף 196;
- (10) "מס זר" - מס שחייבים בו על הכנסה מחוץ לישראל לפי הדין הזר;
- (11) "קרוב" - כהגדרתו בסעיף 76(ד), שהוא תושב ישראל, או חברות בשליטה משותפת; לעניין זה -
- "חברות בשליטה משותפת" - חברות תושבות ישראל, שלפחות 50% מאמצעי השליטה בהן מוחזקים, במישרין או בעקיפין, בידי אותו אדם, לבדו או יחד עם אחר;
- (12) "רווחים שלא שולמו" - רווחים שמקורם בהכנסה פסיבית של חברה נשלטת זרה שהופקה בשנת המס למעט רווחים שמקורם בדיבידנד שהתקבל מחבר בני אדם

תושב חוץ ואשר הוכח להנחת דעתו של פקיד השומה כי מקורו בהכנסה ששולם עליה מס זר בשיעור העולה על 20%, אשר לא שולמו לבעלי הזכויות בה במהלך אותה השנה; בחישוב הרווחים כאמור יופחתו המסים החלים על ההכנסה הפסיבית של החברה הנשלטת הזרה, הפסדיה לאותה שנה והפסדיה המועברים משנים קודמות שמקורם בהכנסות כאמור; לעניין זה, יחושבו סכומי הרווחים, המס הזר וסכום ההפסדים, בהתאם לדיני המס החלים, כהגרתם בסעיף 5(ג);

(13) "שיעור המס החל" - סכום המס הזר שבו חויבה חברה נשלטת זרה בשל הכנסותיה הפסיביות בשנת המס, כשהוא מחולק בסכום כלל רווחיה שמקורם בהכנסה פסיבית באותה שנה;

(14) "שרשרת חברות" - שני חברי בני אדם או יותר, המחזיקים, במישרין או בעקיפין, האחד במשנהו.

(ב) (1) בעל שליטה בחברה נשלטת זרה שיש לה רווחים שלא שולמו, יראו אותו כאילו קיבל כדיבידנד את חלקו היחסי באותם רווחים;

(2) נרכשו אמצעי שליטה במהלך השנה, יחושב חלקו היחסי של בעל השליטה ברווחים שלא שולמו, לפי תקופת ההחזקה היחסית באמצעי השליטה במהלך שנת המס שבה נרכשו;

(3) הוראות פסקאות (1) ו-(2) לא יחולו על בעל שליטה המחזיק בבעל שליטה אחר לעניין רווחים שלא שולמו של החברה הנשלטת הזרה, אם חלו על בעל השליטה האחר, לעניין הרווחים שלא שולמו, הוראות הפסקאות האמורות.

(ג) (1) חלה במדינת המושב של החברה הנשלטת הזרה חובת תשלום מס זר, לרבות בדרך של ניכוי במקור, בשל חלוקת דיבידנד, ינתן זיכוי מהמס בגובה המס

הזר שהיה משולם אילו חולקו הרווחים שלא שולמו כדיבידנד; ואולם, אם ההכנסה לפי סעיף זה היא הכנסה שמקורה בחברה בשרשרת חברות, שאינה מוחזקת במישרין בידי בעל השליטה, ייוסף לזיכוי האמור המס הזר שהיה משולם בשל הדיבידנד על-ידי כל אחת מהחברות בשרשרת החברות ואשר לא ניתן לקבל בשלו זיכוי, כולו או מקצתו, אף לא באחת מהחברות בשרשרת; לעניין חישוב הזיכוי לפי פסקה זו יובא בחשבון סכום המס הזר שהיה משולם כאמור, ואשר לא ניתן לקבל בשלו זיכוי, כשהוא מוכפל בשיעור הזכויות ברווחים בכל חבר בני אדם בשרשרת החברות, המוחזק, במישרין או בעקיפין, על-ידי בעל השליטה;

(2) סכום הזיכוי כאמור בפסקה (1) לא יעלה על המס שבעל השליטה חייב בו בישראל על הכנסתו החייבת על-פי סעיף זה.

(3) זיכוי כאמור בפסקה (1) יינתן על רווחים שלא שולמו בחברה נשלטת זרה אם החברה היא תושבת מדינה שאינה מדינה גומלת, רק אם הוכיח בעל השליטה להנחת דעתו של פקיד השומה, כי חלה חובת תשלום מס זר אילו חולקו הרווחים האמורים כדיבידנד באותה שנה ואת שיעור המס הזר שהיה מוטל עליו בשל חלוקה כאמור.

(ד) שולם דיבידנד בפועל לבעל מניות מתוך רווחים שעליהם שילם מס, הוא או חליפו, לפי הוראות סעיף קטן (ב), יינתן זיכוי כנגד המס ששולם על סכום הרווחים שלא שולמו כאמור בסעיף קטן (ב), אך לא יותר מסכום המס ששולם על חלק הרווחים כאמור ששולמו כדיבידנד, והכל כשהוא מתואם לפי שיעור עליית המדד, מתום שנת המס שבה חוייבו בידיו לפי סעיף קטן (ב) ועד למועד תשלום הדיבידנד; נותרה יתרת זיכוי כאמור בסעיף זה, ניתן יהיה להפחיתה בשנים הבאות, בזו אחר זו, כנגד המס על הדיבידנד שישולם בפועל, בשנים הבאות מתוך הרווחים שלא חולקו באותה

חברה נשלטת זרה; לעניין זה, "חליפר" - מי שקיבל ממנו את המניה במכירה פטורה ממס.

(ה) (1) מכר בעל שליטה את אמצעי השליטה שלו בחברה נשלטת זרה, כולם או מקצתם, יינתן לו זיכוי מהמס החל במכירה זו, בסכום המס ששילם בשנות המס הקודמות כאמור בסעיף קטן (ב), על הרווחים שלא שולמו, בשל אמצעי השליטה הנמכרים ושעד למועד המכירה טרם חולקו כדיבידנד; סכום המס ששולם כאמור בשנות המס הקודמות יתואם לפי שיעור עליית המדד מתום שנת המס שבה שולם ועד למועד מכירת אמצעי השליטה כאמור.

(2) סכום הזיכוי לא יעלה על סכום המס החל על רווח ההון כאמור, לאחר כל קיזוז וניכוי שהותרו על-פי כל דין.

(ו) שר האוצר, באישור וועדת הכספים של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין נאמנות וכן הוראות לביצוע סעיף זה, כללים לעניין דיווח של בעל שליטה על אמצעי השליטה שלו בחברה נשלטת זרה ולעניין הדיווח על הכנסות החברה הנשלטת הזרה.

12.2 מבוא

עד הרפורמה, הדרך המקובלת של ישראלים להימנע מתשלום מס בישראל על הכנסות בחו"ל כולל מנדל"ן (שכירות, דיבידנד, עסק או רווח הון) הייתה החזקת הנכסים בחו"ל באמצעות חברה תושבת חוץ, הנשלטת ומנוהלת מחו"ל⁴⁹¹. בדרך כלל, חברת צינור זו הייתה תושבת מקלט מס או מדינה שנוהג בה משטר פטור ממס, המכונה חברת Of-Shore או משטר מס מיטיב אחר. דרך זו אפשרה חיטון מקסימלי במס. הכנסות ורווחי הון שהופקו על-ידי החברה בחו"ל, היו פטורות ממס בישראל; ובעלי המניות, תושבי ישראל, לא חויבו במס בישראל (וזאת גם בעת משיכת דיבידנד בפועל וקבלתו בחו"ל)⁴⁹².

אלא מאי? שבעקבות הרפורמה, גם במקרה של החזקה מעין זו עלול לחול חיוב במס בישראל, זאת לנוכח השיטה הפרסונלית בה נקבעו כללי C.F.C.⁴⁹³. כללים אלו חלים על בעל מניות, תושב ישראל, שהינו "בעל שליטה" בחברה תושבת חוץ שיותר מ-50% מ"אמצעי השליטה" בה מוחזקים בידי תושבי ישראל.

חברה זו כונתה, כאמור, על-ידי המחוקק בסעיף 75 לפקודה "חברה נשלטת זרה". מונח זה הוא תרגום של המונח האנגלי Controlled Foreign Corporation (להלן: "חנ"ז" או "כללי C.F.C.")⁴⁹⁴. על-פי סעיף זה, תושב ישראל, שהינו בעל שליטה בחברה כאמור שיש לה רווחים שנבעו מהכנסות פסיביות שלא חולקו לו כדיבידנד, יראו אותו כאילו קיבל כדיבידנד את חלקו היחסי באותם רווחים. מדובר למעשה על מעין הרמת

⁴⁹¹ ראו, למשל, את כתבתם של ד"ר אברהם אלטר ועמיחי פרי, "תכנון מס על השקעות נדל"ן בחו"ל", גלובס (14.9.98).
⁴⁹² הקמת חברה בחו"ל על מנת להפחית את נטל המס, אינה מהווה, כשלעצמה, משום תכנון מס שאינו לגיטימי, כל עוד לא נאסר הדבר בחוק. ראו בעניין זה דבריו של המלומד פרופ' גליקסברג בספרו (דוד גליקסברג, **גבולות תכנון המס**, המכון למחקרי חקיקה ומשפט ע"ש הרי סאקר, האוניברסיטה העברית ירושלים, תש"ן):

"ככלל יש לנישום חופש תנועה לנוע במרחב תכנון המס שמשמעו הזכות הבסיסית לתכנן את עסקיו באופן שחבותו במס תהיה אופטימלית, ובתנאי שהאמצעים שיינקטו על-ידו יהיו חוקיים". (שם, 28)

⁴⁹³ ככלל, תכלית החקיקה היא להדביק את הפער שנתגלע בין הוראות הפקודה לבין המציאות העכשווית הנוהגת בעולם בכלל ובישראל בפרט. בכלל זה, יש להזכיר את צעדי הליברליזציה במטבע חוץ (משנת 1998) ואת התמורות העולמיות בעקבות התרחבות הגלובליזציה. לכך, ניתן להוסיף טענה נוספת לפיה יש ליצור שוויון בין ישראלים המשקיעים בישראל ומתחייבים במס, לבין ישראלים המניידים את השקעותיהם אל מעבר לים, וכך נמנעים מתחולת המס הישראלי. הרפורמה מתיימרת לסתום הגולל על אפליה זו.

⁴⁹⁴ בדו"ח ועדת רפאל (לעיל, הערה 7) (סעיף 3.8) כונו חברות החזקה אלה "חברות ארנק". ראו סעיף 3.8 לדו"ח.

מסך או דיבידנד רעיוני - Imputed Dividend⁴⁹⁵. על חלק יחסי זה ברווחים יחול אירוע מס רעיוני בישראל והוא יחויב בשיעור של 25%⁴⁹⁶. מהרווחים בחו"ל תופחתנה כל ההוצאות שם, ויאומץ כנראה מבחן הרווח החשבונאי, או הרווח המתואם לצורכי מס. מס ששילמה חנ"ז יותר בניכוי לצורך חישוב הדיבידנד הרעיוני בישראל.

מס המוטל על הדיבידנד, עם חלוקתו על-ידי החנ"ז, יינתן כזיכוי "רעיוני" מהמס בישראל, וזאת לפי שיעור המס שיש לנכות במקור בחו"ל אילו היה תשלום הדיבידנד הרעיוני מתרחש בפועל. קרי: אילו החברה הזרה הייתה מחלקת בפועל את רווחיה⁴⁹⁷. כמו כן, במקרה בו החברה אכן תחלק את הדיבידנד בשנה מאוחרת יותר, בעל השליטה לא יחויב במס עד לסכום הרווחים עליהם שילם מס בעבר, כשהוא מתואם למדד מיום תשלום המס⁴⁹⁸. נציין כי בתיקון 134 נקבע כי אם בעת חלוקה בפועל לא ניכתה מי מהמדינות בחו"ל מס מהדיבידנד, אשר נלקח בעבר בחישוב המס החל בישראל על הדיבידנד הרעיוני וניתן כזיכוי רעיוני, הרי אותו זיכוי רעיוני, שלא שולם בפועל בחו"ל, ייוסף לחבות המס בישראל.

12.3 מהי חברה נשלטת זרה - 4 תנאים מצטברים

חברה תוכר כ"חברה נשלטת זרה" כאשר מתקיימים לגביה 4 תנאים מצטברים:

⁴⁹⁵ יצוין, כי לשינוי רדיקלי זה בחקיקת המס הישראלית יש כבר תקדים. דוגמת הוראות הרפורמה, שנוסחה בהצלחה יחסית, הינה ה-C.F.C. המקומי שחל לגבי מיסוי ישראלים בתאגידים נשלטים "באזור" על-פי סעיפים 3א ו-89(ב)(1) לפקודה. ראו מאמרם של ד"ר אברהם אלטר, אלכס הילמן והלנה בן ברוך, "לקראת הרפורמה במס 1999: מיסוי פרסונלי בישראל", **מיסים** יב/3 (תשנ"ח) א-1, עמ' א-4.

⁴⁹⁶ להבדיל מרווחי הון, אין חיוב ליניארי על-פי סעיף זה, והוא יחול רק על רווחים שנצטברו החל מ-1.1.03 בחברה זרה. השוו ביחס לרווחי הון את סעיף 91 לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁴⁹⁷ סעיף 75(ג) לפקודה (לאחר תיקון 132). ראו גם הדיון להלן, פסקה 12.4.4. הזיכוי הרעיוני יינתן על כל מס החל על דיבידנד לאחר חלוקתו מהחנ"ז. קרי, גם אם החנ"ז הינה חברה נינה וחברת נכדה חויבה במס (על-ידי ניכוי במקור של הנינה) ובמס חברות משלים (של עצמה) וכן ניכתה במקור עם חלוקת הדיבידנד לחברת בת; וחברת הבת שילמה מס משלים (מס חברות) וניכתה מס במקור בעת חלוקה לחברת האם בישראל (או ליחיד תושב ישראל), כל המיסים הללו, לבד ממס החברות ששילמה החנ"ז, יותרו כזיכוי רעיוני לפי נוסח החוק.

⁴⁹⁸ סעיף 75(ד) לפקודה.

12.3.1 חבר בני אדם תושב חוץ שמניותיו או הזכויות בו אינן רשומות למסחר בבורסה

12.3.1.1 חבר בני אדם

המונח "חבר בני אדם" לא תוקן ברפורמה, ועל-כן, לכאורה, לפי סעיף 1 לפקודה, יכולה גם שותפות להיחשב כחנ"ז⁴⁹⁹. הדבר מוצדק במיוחד מקום בו דינים זרים מטילים על חלוקת הרווחים מס אף כשהמדובר בשותפות. אולם, דומה כי קיימת גם פרשנות אחרת שתוביל למסקנה הפוכה, לפיה מעמדה של שותפות כשקופה לצורכי מס שומט את הקרקע תחת הרציונל של סעיף 75ב. נראה, כי שאלת השותפות והאם תוכל להיחשב חנ"ז או לא - והאם כפועל יוצא, כל אחד משותפי השותפות יאלץ לדווח על הכנסותיו הפסיביות הזרות באופן ישיר או כדיבידנד רעיוני - תיוותר לעתיד.

12.3.1.2 תושב חוץ

בנוסף, נדרש כי חבר בני האדם יהיה תושב חוץ. על-פי סעיף 1 לפקודה, הגדרת "תושב חוץ" הינה שיוורת, וייחשב ככזה רק מי שאינו נופל לגדר המונח "תושב ישראל". מבחינה מהותית, כדי שחבר בני אדם ייחשב תושב חוץ עליו לעמוד בשני תנאים: האחד, שהוא הואגד בחו"ל, או שהואגד בישראל קודם ל-1.1.03; והשני: שהניהול והשליטה בעסקיו מופעלים בפועל מחו"ל⁵⁰⁰. אם אחד מתנאים אלה אינו מתקיים, החבר ייחשב כתושב ישראל, והכנסותיו יחויבו במס בישראל על בסיס כלל עולמי, וללא קשר לקיום שלושת התנאים הנוספים שיובאו להלן.

⁴⁹⁹ שהרי לפי סעיף 1 לפקודה "חבר בני אדם" הוגדר ככולל:

"כל גוף ציבורי, מאוגד או מאוחד, וכל חברה, אגודת אחים, חברותה או התאחדות, בין שהן מאוגדות ובין שאינן מאוגדות";

שאלה דומה תעלה ביחס לגופים משפטיים שאינם תאגידים קלאסיים, כדוגמת אנשטלאט, פאונדיישן, נאמנות, וכיו"ב מעין תאגידים שהינם לעיתים בעלי אישיות משפטית נפרדת.

⁵⁰⁰ ראו את הדיון בהגדרת תושב ישראל לגבי חברה לעיל. כמו כן, ראו חוזר מס הכנסה 4/2002 "קווים מנחים לקביעת שליטה וניהול", מיסים ט/2-ג-6.

12.3.1.3 המניות או הזכויות אינן רשומות למסחר בבורסה

דומה, כי בתנאי זה ביקש המחוקק למנוע מצב של נזילות יתר בזכויות הבעלות בחבר. מניות חברה הנסחרות בבורסה עשויות להחליף ידיים באופן תכוף. במצב כזה, תטורפד היכולת לקבוע מהו אחוז השליטה של בעלי המניות הישראלים באותה חברה, קביעה הנדרשת לעניין עמידה באחד מתנאי החנ"ז⁵⁰¹.

בהקשר זה ראוי להדגיש מספר דברים. ראשית, פירוש המונח "זכויות" עשוי לכלול כל נייר ערך שהנפיקה החברה הנסחרת בבורסה (ולא רק מניות): אג"ח (בין אם הן ניתנות להמרה ובין שאינן להמרה), אופציות, שטרי הון וכדומה. שנית, באשר להגדרת "בורסה", סעיף 1 לפקודה קובע כי מושג זה כולל בורסה בישראל, וכן כל בורסה אחרת שקבע שר האוצר לעניין הפקודה. המונח "בורסה" פורש בעבר בפסיקה (לעניין סעיף 101 לפקודה) כמתייחס לבורסה בישראל בלבד, וזאת חרף העובדה שבמסגרת צו מס הכנסה (פטור ממס ריווח הון ממכירת מניות)⁵⁰², הוכרה על-ידי שר האוצר גם בורסה בחו"ל⁵⁰³. הגדרה זו תשונה וייצא, אם כך, כי גם חברה שתיסחר בבורסה מחוץ לישראל לא תיחשב כחנ"ז⁵⁰⁴. ראוי כי שר האוצר יפעל להוספת בורסות מחוץ לישראל להגדרת "בורסה" בפקודה, במסגרת הסמכות שניתנה לו, ויסיר חוסר ודאות בנקודה זו⁵⁰⁵.

יש להוסיף, כי בחוק לתיקון הפקודה (מס' 134) נוצרה אפשרות היציאה מחנ"ז על-ידי הוספת סייג לפיו גם חברות שרשמו מניותיהן או הציעו הזכויות בהן לציבור תיחשבה כחנ"ז - אם שיעור המניות שהוצעו לציבור

⁵⁰¹ ראו דיון להלן, פסקה 12.3.2. נציין כי בתיקון 134 הוספה הוראה מרחיבה לפיה גם חבר בני אדם שמניותיו או הזכויות בו רשומות בחלקן למסחר בבורסה עשוי להיחשב חנ"ז. זאת, כאשר מכסימום 30% מהמניות שרשמו למסחר הוצעו לציבור. דרישה זו באה למנוע תכנון מס של רישום בבורסות שונות בעולם המתאפשר ללא תשקיף אם אין הוא מלווה בהצעה לציבור של חלק מהמניות.

⁵⁰² צו מס הכנסה (פטור ממס ריווח הון ממכירת מניות), תשמ"ב-1981, ק"ת 4287. יש לציין, כי לאחר תיקון 134 אין עוד פלוגתא בעניין, שכן תחולת סעיף 101 הורחבה במפורש גם לגבי רישום מניות חברה תושבת ישראל בבורסה או בשוק מוסדר מחוץ לישראל.

⁵⁰³ עמ"ה 48/94 לוינ' פ"ש ת"א, מיסים 6/ (תשנ"ו) ה-12. ראו, בנוסף, חוזר מס הכנסה 12/1997, "אי תחולת סעיף 101 לפקודה על רישום מניות למסחר בבורסה בחוץ לארץ", מיסים 6/א-1. וכן הביקורת על פרשת לוינ', כפי שהובעה במאמרו של גל (לעיל, הערה 468), א-135.

⁵⁰⁴ מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הרציונל העומד בבסיס סעיף 75 לפקודה. הדבר מתיישב גם עם כוונת המחוקק לכלול במושג "בורסה" גם בורסות בחו"ל, כפי שמשמעת ממספר סעיפים בפקודה הכוללים את המונחים "בורסה בישראל" לעומת "בורסה מחוץ לישראל". ראו למשל סעיפים 101(א) ו-105(א) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁵⁰⁵ מוטב שיעשה זאת לאור ההלכה שנקבעה בעניין טאומן (לעיל, הערה 105).

ירד מ-30% מהמניות שנרשמו למסחר. תיקון 134 בא למנוע את ניצול העיקרון שהנחה את המחוקק בחוקקו את הסעיף, וקובע כי רק חברה נסחרת אמיתית תיחשב חברה ציבורית הנסחרת בבורסה שחנ"ז לא יחול עליה⁵⁰⁶.

12.3.2 שיעור השליטה בחברה הנדרש מתושבי ישראל

12.3.2.1 כללי

התנאי השני מורכב משלוש חלופות עיקריות, על-פיהן נדרש כי:

(א) למעלה מ-50% באחד או יותר מ"אמצעי השליטה" בחברה יוחזקו, במישרין או בעקיפין, על-ידי תושבי ישראל או אזרחי ישראל תושבי ה"אזור" (להלן בפסקה זו: תושבי ישראל); או

(ב) למעלה מ-40% באחד או יותר מ"אמצעי השליטה" בחברה יוחזקו בידי תושבי ישראל שביחד עם "קרוב" של אחד או יותר מהם מחזיקים בלמעלה מ-50% באחד או יותר מאמצעי השליטה בו; או

(ג) לתושב ישראל הזכות למנוע קבלת החלטות ניהוליות מהותיות בחברה, לרבות החלטות לעניין חלוקת דיבידנד או פירוק⁵⁰⁷.

הרחבה זו, שנכללת בחלופה השלישית לעיל, לא הייתה בהחלטות הוועדה והוספה אך ורק בשלבי החקיקה. יש, אפוא, להתאימה להמלצות וועדת הרפורמה.

⁵⁰⁶ ראו מאמרם של ד"ר אברהם אלטר, זיו שרון, ניר הורנשטיין והלנה וינטר, "הרפורמה המתוכננת במס - מהותה, עיקריה והשלכותיה", מיסים יד/3 (תש"ס) א-13, עמ' א-35.

⁵⁰⁷ מבחן זה תמוה לאור העובדה כי אילו לתושב ישראל הזכות למנוע קבלת החלטות ניהוליות מהותיות בחברה, הרי אז תיחשב השליטה והניהול בישראל. כפועל יוצא מכך, החברה תוכר כתושבת ישראל - ולכן לא תיחשב חנ"ז כלל אלא תחוב במס על בסיס פרסונלי. כמו כן יש להביא בחשבון כי בהגדרת אמצעי שליטה הוסף גם הכוח להורות לאחד מבעלי הזכויות כיצד להפעיל זכותו. הביקורת לתוספת זו זהה לביקורת על האמור ביחס למניעת קבלת החלטה מהותית.

12.3.2.2 מועד בחינת שיעור השליטה

הבדיקה של קיום אחד משלושת התנאים לעיל צריכה להיעשות לגבי אחד מהמועדים הבאים:

(א) בתום שנת המס; או

(ב) ביום כלשהו בשנת המס שלאחריה⁵⁰⁸.

אין ספק, כי קיומה של בדיקה זו לאחד מהתאריכים הללו יוביל למגוון מצבים בלתי מוצדקים, אך הוועדה בשלב זה לא מצאה דרך טובה יותר.

12.3.2.3 אמצעי שליטה

המונח "אמצעי שליטה" הוגדר באופן רחב ביותר⁵⁰⁹. פירושו היא היכולת לכוון את פעילותה של החברה וכן כל אחד מאלה:

(1) הזכות להשתתף ברווחים;

(2) הזכות למנות דירקטור;

(3) זכות הצבעה;

(4) הזכות לחלק ביתרת נכסי החבר לאחר סילוק חובותיו בעת פירוקו;

(5) הזכות להורות למי שלו אחת הזכויות המפורטות בפסקאות (1) עד (4) לעיל על הדרך להפעיל את זכותו⁵¹⁰;

⁵⁰⁸ המחוקק בחר לא לקבוע יום אחד מסוים לבדיקת השליטה בחברה, אלא די בכך שיתקיים המבחן ביום כלשהו בשנת המס או בשנה שאחריה. נראה, כי מטרתו הייתה למנוע מצבים בהם נישומים יבקשו לצאת מתחולת הסעיף על-ידי כך שיתמרנו באחוזי החזקתם בחברה לאותו היום הנבחן.

⁵⁰⁹ סעיף 75ב(א)(2) לפקודה (לאחר תיקון 132).

והכל, בין שהם באמצעות מניות ובין בכל דרך אחרת לרבות באמצעות **נאמנות**.

האם ניתן להתגבר על התנאי האמור על-ידי החזקת החברה בידי נאמנות? לכאורה, לא. המונח "אמצעי שליטה" הוגדר ככולל זכויות המוחזקות באמצעות נאמנות⁵¹¹. לדעתנו, כוונת הדברים הייתה למקרים בהם אכן מותיר יוצר הנאמנות או הנהנה זכויות או אמצעי שליטה. לעומת זאת, כאשר מדובר בנאמנות זרה בלתי חוזרת, אמיתית, וללא זיקות (או עם זיקות מעטות בלבד) לישראל - לא ניתן לומר, כי יש לתושב ישראל יכולת לכוון את פעילות החברה ו/או כי הזכויות המנויות בהגדרה של "אמצעי שליטה" מוחזקות בפועל בידו. מכיוון שכך, לדעתנו, שימוש בנאמנות זרה, בלתי חוזרת בהחלט, יכול להביא לכך שהתנאי האמור לא יתמלא, כך שהחברה לא תבוא בגדר ההסדר של חנ"ז, על כל המשמע מכך⁵¹².

יש להעיר בהקשר זה, כי לשימוש בנאמנות משמעות נוספת לאור תיקון 132 לפקודה. סעיף 131(א)(5), שהחוק ברפורמה מטיל חובת דיווח על כל תושב ישראל שיצר בשנת המס נאמנות, או שהינו הנהנה בכספי הנאמנות, המוטב בהם או הזכאי להם, או מי שקיבל מכספי הנאמנות סכום העולה על 100,000 ₪. סעיף 131 (ג) לפקודה מציין מהם הפרטים שיש לכלול באותו דו"ח. לחובת דיווח זו יש להיות ערים.

12.3.2.4 החזקה בעקיפין

השימוש בתיבה החזקה "במישרין או בעקיפין" נועד להבטיח, שהתנאי המתייחס לשיעור החזקה של תושבי ישראל יתקיים גם במקום בו החברה מוחזקת על-ידי שרשרת חברות המוחזקות בסופו של דבר בידי יחידים תושבי ישראל. בעוד שלגבי חברת משלח-יד זרה הסף הנדרש הוא לפחות 75%, כאן די בשיעור של למעלה מ-50%. לכן, חברה שאינה נופלת לגדר ההסדר של חברת משלח-יד זרה לאור סף החזקה הנמוך מ-75%, יכול

⁵¹⁰ הרחבת הניסוח של אמצעי שליטה בסעיף זה לא הייתה מקובלת על הוועדה והוספה בנוסח זה בעת החקיקה.

⁵¹¹ ראו לעיל, הערה 509.

⁵¹² נציין, כי סוגיית הנאמנויות עלתה בדיוני הוועדה. אולם לאור היקף ומורכבות הנושא הוחלט שלא להתייחס לכך בהמלצותיה. בעקבות זאת, הוקמה בזמן כתיבת שורות אלה וועדה מיוחדת לעניין זה, בה אחד מהמחברים של רשימה זו הופיע כיועץ חיצוני. למרות שעדיין לא ברור כיצד ייבחנו שיעורי החזקה במקרים של נאמנויות, לטעמנו לא ייחשב תושב ישראל, שהינו נהנה בנאמנות אמיתית כאמור, כבעל אמצעי שליטה בחברה הזרה. הדבר מנוגד לדיני הקניין.

עדיין שתבוא בגדר חנ"ז, ואז בעלי מניותיה שהם תושבי ישראל יחובו באירוע מס רעיוני על הכנסה פאסיבית (יותר מ- 50%) שלא חולקה, להבדיל מחיוב במס על הכנסה ממשלח-יד בחמ"ז.

חישוב שיעור ההחזקה האמור, לעניין החזקה בעקיפין על-ידי שרשרת חברות, ייעשה בהתאם להוראות סעיף 75(א)(1)(ד)2. אם עלה שיעור ההחזקה באחת החברות בשרשרת על 50%, ייחשב שיעור ההחזקה בה בהתאם לשיעור ההחזקה בה במישרין; אם פחת שיעור ההחזקה באחת החברות בשרשרת מ-50%, תיחשב ההחזקה בה בעקיפין באמצעות אותה שרשרת חברות כהחזקה בשיעור אפס.

ראו, להמחשה, את הדוגמה הבאה: שיעור החזקת תושב ישראל בכל אחת מהחברות, לפי הכללים שהוזכרו לעיל, הינו: בחברה א' - 100%; בחברה ב' - 80%; בחברה ג' - 60% (בפועל, שיעור ההחזקה בה, או הזכות לחלק ברווחיה, הוא רק $48\% = 60\% * 80\% * 100\%$); בחברה ד' - 40%; ובחברה ה' - 0%! בגלל ששיעור ההחזקה בחברה ד' נמוך מ-50%, מתנתקת השרשרת וחברה ה' נחשבת כלא נשלטת בכלל.

12.3.3 רוב הכנסתה בשנת המס היא "הכנסה פסיבית" או שרוב רווחיה

נובעים מהכנסה כאמור

התנאי השלישי מורכב משתי חלופות: הראשונה, מתייחסת לחברה המוחזקת במישרין בידי יחידים. לגבי חברה, כאמור, נדרש שרוב הכנסתה בשנת המס תהא "הכנסה פסיבית" או שרוב רווחיה ינבעו מהכנסה פסיבית. במבחן כפול זה ביקש המחוקק לשים לאל תכנוני מס המושגתים על שימוש בחברות בעלות מחזור הכנסות גדול ורווחיות נמוכה ככלי להימנעות ממס על הכנסותיהן הפסיביות.

המונח "הכנסה פסיבית" מוגדר במפורט בסעיף 75(א)5 לפקודה ככל אחת מההכנסות הבאות, ובלבד שלו הופקה בישראל, לא הייתה נחשבת הכנסה מעסק או ממשלח-יד:

1. הכנסה מריבית או מהפרשי הצמדה⁵¹³;
2. הכנסה מדיבידנד⁵¹⁴;
3. הכנסה מתמלוגים;
4. הכנסה מדמי שכירות;
5. תמורה ממכירת נכס, כמשמעותה בסעיף 88 לפקודה, שאינה ממכירת נכס ששימש בידי החברה בעסק או במשלח-יד⁵¹⁵;
6. הכנסה כלשהי שמקורה בהכנסות או בתמורה כאמור בפסקאות (1)-(5) לעיל, אף אם היא הכנסה מעסק או ממשלח-יד.

לעומת זאת, דמי שכירות, למשל, המגיעים לכדי פעילות עסקית לא יראו בהם הכנסה פסיבית. נבהיר כי פסקה (6), להגדרה לעיל, לא נועדה לסתור את הרישא של ההגדרה הממעטת במפורש הכנסות מעסק או ממשלח-יד. כל מטרתה אינה אלא לענות על מצב שבו הכנסה פסיבית מסוימת "כובסה" להכנסה מעסק או ממשלח-יד (שימשה לצורכי העסק באופן שיאפשר לחלק את ההכנסה בהתאם למקורה). לדוגמה, הכנסות ריבית שהופקדו בתיק ני"ע שעולה כדי פעילות עסקית לפי ההלכות המבחינות בין סוחר ומשקיע. ספק אם זו הפרשנות היחידה, אך לא מצאנו כל פרשנות אחרת רלוונטית.

⁵¹³ התיבה "הפרשי הצמדה" הוספה בתיקון 134. תוצאת התיקון מוזרה, כי אם לחברה הפסד ריאלי, אך רווח נומינלי הנובע מהפרשי הצמדה (לדוגמה, פיחות הש"ח לעומת ה-\$), הרי תיתכן חבות במס למרות ההפסד. אין ספק כי התיקון מנוגד להמלצות ועדת רבינוביץ.

⁵¹⁴ נוסח הסעיף עובר לקבלת תיקון 134 היה כדלהלן:
"הכנסה מדיבידנד, למעט דיבידנד שנתקבל מחברה זרה ואשר מקורו בהכנסה ששולם עליה מס בשיעור העולה על 20%".

עיינכם הרואות, בעקבות תיקון 134 הושמטה הסיפא. המחוקק ביקש להרחיב תחולת הגדרת "הכנסה פסיבית" ולכלול בגדרה כל דיבידנד שהוא, אך הוציא מהגדרת רווחים שלא שולמו את אותו דיבידנד, שמקורו בהכנסות בגינן שולם מעל 20% מס. משמע, דיבידנד כזה גם מעל 50% לא ימנע החשבות של החברה כחנ"ז אם לפחות מעל 50% משאר הכנסותיה, לבד מדיבידנד, כאמור, הן הכנסות פאסיביות. נציין כי תיקון זה מנוגד להמלצות ועדת רבינוביץ וספק אם יש לו הצדקה.
⁵¹⁵ לגישת נציבות מס הכנסה, מניות כמעט אף פעם לא יהיו נכס הון בעסק, אפילו חברת הבת עוסקת בפעילות עסקית ושיטת הפעילות דרך חברות בנות היא השיטה המקובלת בקונצרן.

החלופה השנייה מתייחסת לחברה בשרשרת חברות, המוחזקת במישרין בידי "חברה עסקית"⁵¹⁶ (להלן: חבר מוחזק), וכן לכל חברה אחרת המוחזקת, במישרין או בעקיפין, בידי החברה המוחזקת. דומה, כי תכלית החקיקה הייתה למנוע מצב בו יעשה שימוש בחבר מוחזק כאצטלה לשלילת סיווג חברות המוחזקות על-ידו כחנ"ז. המחוקק בחר לבחון את סך הכנסתה של קבוצת החברות כיחידה כלכלית אחת⁵¹⁷: אם רוב הכנסתה אינה פסיבית אזי לא תיחשבנה אף אחת מהחברות בקבוצה כחנ"ז; אם רוב הכנסתה פסיבית, או אז יש לבחון כל חברה וחברה בנפרד אם עומדת היא במבחן מרבית ההכנסות הפסיביות.

סיפת סעיף 75(א)(1)(ב) קובעת את כלל הפרשנות לפיו המונחים "הכנסה", "רווחים" ו"הכנסה פסיבית" יחושבו בהתאם לדיני המס במדינת המושב של החברה הנבחרת. כל זאת, בתנאי שהחברה לעיל תושבת מדינה גומלת, מגישה דו"ח ונישומה במדינה זו. באם לא עומדת אותה חברה באחד התנאים, אזי מונחים אלו יפורשו בהתאם לעקרונות חשבונאיים מקובלים בישראל⁵¹⁸.

12.3.4 שיעור המס החל על הרווחים הפסיביים בחו"ל נמוך מ-20%

התנאי הרביעי הינו, כי שיעור המס המקומי בחו"ל על הרווחים הפסיביים של החברה אינו עולה על 20%. מהגדרת "שיעור המס החל" בסעיף 75(א)(13) עולה, כי לצורך הכרעה במבחן ה-20% יש לחלק את סך המס שבו חויבה חנ"ז בחו"ל בשל הכנסותיה הפסיביות באותה שנת מס, בסך רווחיה שמקורם בהכנסה פסיבית באותה שנה. בכך, פתר המחוקק את הקושי הגלום בשקלול שיעורי מס שונים החלים על שלל סוגי ההכנסות הפסיביות.

⁵¹⁶ "חברה עסקית" מוגדרת כ"חבר בני אדם תושב חוץ שרוב הכנסותיו ורווחיו אינם הכנסות פסיביות".
⁵¹⁷ אל יטעה השימוש הכפול בתיבה "חברה עסקית" בלשון סעיף החוק. ניתן לסבור בטעות כי המחוקק שגה בשימוש במונח זה בבואו לתאר את הכנסתה של קבוצת החברות כולה. ברם, יש ליתן דעת לכך כי השימוש במונח "חברה עסקית" בפעם השנייה נעשה במסגרת מונח אחר: "הכנסות ורווחים כוללים" של חברה עסקית - מונח המוגדר בסעיף 75(א)(6) כהכנסות ורווחים של כל קונצרן החברות בכללותו.

⁵¹⁸ למעט רווחי/הפסדי אקוויטי ושינויים בערכם של ניירות ערך. אלה יחושבו לפי העקרונות הנהוגים במדינת החוץ. תוצאה מוזרה יכולה להיות מקום בו חל פיצות (אך לא הפרשי הצמדה), ולחברה הפסד ריאלי אך רווח נומינלי בש"ח. חברה זו חייבת לערוך מאזן שקלי שכן היא יוסדה ב-B.V.I. לתוצאות מוזרות כגון אלו הוועדה ייחסה כללי חשבונאות זרים. סטיית החקיקה מהמלצות הוועדה יוצרת תוצאות קשות ובלתי כלכליות.

יצוין, כי מדובר בתנאי שעשוי להתקיים לא רק במדינות שהן מקלטי מס, אלא גם במדינות לא מעטות אחרות. זאת, כיוון שלפי ההצעה יש לחשב את השיעור המשוקלל תוך חלוקת סכום המס המשולם בחו"ל בכלל ההכנסה הפסיבית. לפיכך, במקרה בו ניתן, לדוגמה, פטור מרווח הון על-פי הדין הפנימי, וקיימת חבות במס על דמי השכירות - שיעור המס המשוקלל עשוי להיות נמוך מ - 20%.

12.4 ההשלכות של קיום 4 התנאים

12.4.1 דיבידנד רעיוני

היה שארבעת התנאים האמורים אכן מתקיימים, תיחשב החברה הנדונה כחברה נשלטת זרה - חנ"ז. במצב כזה יראו בכל "בעל שליטה" (לבדו ולא "ביחד עם אחר") כאילו קיבל בתום כל שנה דיבידנד בגובה חלקו היחסי ברווחים הפסיביים שלא חולקו על-ידי החברה⁵¹⁹.

"בעל שליטה" הוגדר⁵²⁰ כמי שהינו תושב ישראל המחזיק, במישרין או בעקיפין, ב-10% לפחות באחד מ"אמצעי השליטה"⁵²¹ בחבר בני האדם באחד מהמועדים הבאים: (א) בתום שנת המס; או (ב) ביום כלשהו בשנת המס שלאחריה. שוב, לאור השימוש בתיבה "במישרין או בעקיפין", החזקה בחברה הנבחנת באמצעות תאגיד נוסף לא תסייע לצאת מגדר בעל שליטה. רק הפחתה של אחוז ההחזקה אל מתחת מ-10% תאפשר זאת.

ראוי ליתן את הדעת לכך, שלצורך בדיקת היותה של החברה משום חנ"ז ייבדק שיעור ההחזקה המצטבר של כלל תושבי ישראל באמצעי השליטה בחברה. עם זאת, המס יחול רק על בעלי השליטה שהינם תושבי ישראל

⁵¹⁹ אולם, אין לראות בכך אך חיסרון. שהרי, מיסוי ה-C.F.C. הוא למעשה מיסוי בגין הדיבידנד בלבד, ולא מיסוי בגין הכנסת החברה גופה. השווי, למשל, מצב של החזקה בחברה ישראלית לעומת החזקת יחיד בחנ"ז. במצב הראשון, יחול החיוב במס הן במישור החברה (36%) והן בעת ההעברה לבעלי המניות (עוד 25%) - סה"כ 52%; במצב השני, לעומת זאת, יחול מס בישראל של 25% עד לרמת היחיד.

⁵²⁰ בסעיף 75ב(א)(3) לפקודה (לאחר תיקון 134).

⁵²¹ לדיון בהגדרת "אמצעי שליטה" ראו לעיל, בפסקה 12.3.2.

לבדם או ביחד עם אחר⁵²². על-כן, ייתכן מצב בו חברה תיחשב חנ"ז אך לא יחול חיוב מס על בעלי מניותיה תושבי ישראל באם אינם בעלי שליטה.

12.4.2 רווחים שלא שולמו

הדיבידנד הרעיוני שמיוחס לבעלי השליטה בחנ"ז מחושב מתוך "רווחים שלא שולמו". אלה האחרונים מוגדרים⁵²³ כרווחים שמקורם בהכנסה פסיבית שהופקה בשנת המס, אשר לא שולמו לבעלי הזכויות בה במהלך אותה שנה. בתיקון 134 נוסף סייג לפיו יש למעט מ"רווחים שלא שולמו" דיבידנדים שקיבלה חנ"ז מחבר בני אדם תושב חוץ, ואשר מקורם בהכנסה ששולם עליה מס זר בשיעור העולה על 20%. סייג זה נועד ליצור קוהרנטיות לכלל הקבוע בסעיף 75(א)(1)(ג) לפקודה, שהרי לפי זה האחרון תנאי מוקדם לסיווגה של חברה כחנ"ז הוא שיעור מס מירבי של 20% על הכנסותיה הפסיביות.

יוצא מהגדרה זו, כי אין נפקות לשאלה האם רווחים אלו אכן ראויים לחלוקה והאם יכולה החברה לחלקם מבחינת נזילות מזומניה. ה"רווחים שלא שולמו" נמדדים מתוך הכנסותיה הפסיביות של החנ"ז, אולם חלוקת הרווחים, הלכה למעשה, נמדדת מתוך סך רווחיה של החברה. יוצא, כי ייתכנו מצבים בהם החברה לא תוכל לחלק דיבידנד מתוך סך רווחיה בשל קשיי נזילות, ולמצער - אף במצב בו החברה שקועה בהפסדים, אבל תחויב לעשות כן בשל רווחים שייחסו להכנסותיה הפסיביות.

יש להוסיף ולומר, כי ה"רווחים שלא שולמו" הינם רווחים נטו - לאחר הפחתת המיסים החלים על אותה הכנסה פסיבית, קיזוז ההפסדים הפסיביים⁵²⁴ לאותה שנה וקיזוז הפסדים מועברים משנים קודמות שמקורם בהכנסות פסיביות. כל אלה מחושבים בהתאם לדיני המס של מדינת המושב של החנ"ז, ובתנאי שהחברה

⁵²² ראו לעיל, דיון בפסקה 12.3.2.

⁵²³ בסעיף 75(א)(12) לפקודה (לאחר תיקון 134).

⁵²⁴ מנוסח הסעיף לא ברור האם הכוונה לכל ההפסדים השוטפים או רק להפסדים השוטפים הפסיביים. דומה, כי המחוקק התכוון לאפשרות האחרונה.

לעיל תושבת מדינה גומלת, מגישה דו"ח ונישומה במדינה זו. באם לא עומדת אותה חברה באחד התנאים, אזי מונחים אלו יפורשו בהתאם לעקרונות חשבונאיים מקובלים בישראל⁵²⁵.

סעיף 75(ב)2 לפקודה קובע כי אם נרכשו אמצעי שליטה במהלך השנה, יחושב חלקו היחסי של בעל השליטה ברווחים שלא שולמו באופן יחסי. לשון אחר, אם אדם החזיק 3% באמצעי השליטה מתחילת השנה, רכש עוד 2% במחצית השנה וביום האחרון של השנה רכש 5% נוספים - הרי שביום האחרון של השנה יחזיק 10%, ולכן ייחשב "בעל שליטה". אולם, חישוב החלק היחסי ברווח יפוצל לשלושה חלקים: לשיעור ההחזקה של 3% ייוחסו רווחים שנצברו לאורך כל השנה; לרכישה של 2% מאמצעי השליטה ייוחסו רווחים מאמצע השנה בלבד; והרכישה האחרונה של 5% לא תגרור ייחוס רווחים כלל, משום שלא עמדה אפילו יום אחד במהלך השנה.

12.4.3 שיעור המס שיחול על הדיבידנד בישראל

שיעור המס שיוטל בישראל על הדיבידנד הרעיוני יהיה בגובה 25% לפי השיעור הרגיל החל על דיבידנדים על-פי סעיפים 125 או 126, לפי העניין.

12.4.4 זיכוי רעיוני (Imputed Credit) ותוספת זיכוי בחברה ב"שרשרת

חברות"

12.4.4.1 העיקרון הכללי

אם חלה במדינת המושב של החנ"ז חובת תשלום מס זר בשל חלוקת דיבידנד⁵²⁶, ישראל תתיר זיכוי רעיוני מהמס לפי גובה המס הזר שהיה מנוכה במקור במדינת מושב החברה בעת תשלום הדיבידנד הרעיוני, אילו החברה הזרה הייתה מחלקת בפועל את רווחיה⁵²⁷.

⁵²⁵ ראו לעיל, הערה 518. תוצאה מוזרה של הפסד עסקי ורווח פסיבי יגרור חבות מס בישראל גם לחנ"ז המצוי בפשיטת רגל. ראוי לתקן חקיקה זו ולהתאימה להמלצות הוועדה.

הזיכוי הרעיוני ניתן בגין המס הזר התיאורטי, שאמור להשתלם באותה מדינת חוץ. שאלה מעניינת עולה, בהקשר זה, לגבי חנ"ז בעלת הפסדים עסקיים המקזזים את הכנסותיה הפסיביות עד כדי איפוס חבות המס באותה מדינת חוץ. במצב כזה, לכאורה, אמור להינתן זיכוי רעיוני בגובה אפס, כיוון שלא אמור להשתלם מס באותה מדינה זרה. אולם, כבר ראינו⁵²⁶, כי לעניין חישוב ה"רווחים שלא שולמו" אין נפקא מינה אם קיימים הפסדים עסקיים. כל מה שחשוב הוא קיומן של הכנסות פסיביות, הא ותו לא. מטעמי הקבלה והגינות נראה כי יש לנהוג באופן דומה גם לעניין הזיכוי הרעיוני, שהרי לא הגיוני לחשב "רווחים שלא שולמו" תוך התעלמות מההפסדים העסקיים, בעוד חישוב הזיכוי הרעיוני יעשה תוך התחשבות בהם.

12.4.4.2 "שומר מסך"

שיטת "שומר המסך" תוצאתה - תשלום מס על בסיס מזומן, במקום תשלום על בסיס רעיוני. שיטה זו מתבססת על חובת ניכוי במקור הקיים במדינה פלונית עם חלוקת הדיבידנד ולא על ניכוי בפועל מאותה מדינה. ניכוי זה יוצר חבות מס אפס בישראל, היות שניתן בישראל "זיכוי רעיוני" ממס לפי שיעור המס שיש לנכות במקור בחו"ל בעת תשלום הדיבידנד הרעיוני, אילו החברה הזרה הייתה מחלקת בפועל את רווחיה.

לשם הדגמה, טלו, למשל, בעלי מניות ישראלים המחזיקים בשרשרת חברות: חברת אם B.V.I (איי הבתולה הבריטים), המחזיקה בחברת בת הולנדית (B.V) המחזיקה בחברה נכדה פולנית בעלת נדל"ן. נניח, כי לחברה ההולנדית ייווצר רווח הון ממכירת מניות החברה הפולנית; או אז, ייחשב הדבר כהכנסה פסיבית ודיבידנד רעיוני לפי סעיף 75ב. רווחי ההון של החברה יחייבו, אפוא, את בעלי המניות בישראל בתשלום מס על הדיבידנד הרעיוני. אולם, באותה עת, קמה חובת ניכוי מס במקור של 25% מ-B.V.I ל-B.V. בשל כך, יקבלו בעלי השליטה האמורים זיכוי רעיוני של 25% מהמס הישראלי, בגין ניכוי במקור שהיה משתלם אילו הייתה

⁵²⁶ המחוקק לא הבהיר על מי חלה החובה האמורה - על החברה הזרה הנשלטת, על בעל השליטה שמיוחס לו אותו דיבידנד או על שניהם יחד. דומה, כי כוונת המחוקק הייתה לתת זיכוי על כל מס תיאורטי שיחויב במדינת המושב של החנ"ז. הזיכוי כנוסחו יינתן על כל מס שהיה חל על הדיבידנד, לא רק ניכוי במקור על-ידי המשלם, אלא גם מס החל על דיבידנד בידי המקבל, גם אם הינו מס חברות רגיל.

⁵²⁷ סעיף 75ב(ג) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁵²⁸ ראו לעיל, פסקה 12.4.1.

חברת ה-B.V משלמת דיבידנד בפועל. המס בהולנד יידחה עד לתשלום הדיבידנד דה פאקטו, ולא ימוסה מיידית. הנה כי כן, יוצא כי בעלי השליטה לא ישלמו מס כלל על בסיס רעיוני, אלא ימתינו וישלמו זאת על בסיס מזומן⁵²⁹.

12.4.4.3 חלוקת דיבידנד בפועל

כמובן, במקרה בו החברה אכן תחלק את הדיבידנד בשנה מאוחרת יותר, בעל השליטה יקבל זיכוי⁵³⁰ עד גובה סכום המס ששולם על חלק מהרווחים ששולמו בפועל כדיבידנד; והכל כשהוא מתואם למדד מתום שנת המס שבה חויב דיבידנד רעיוני ועד למועד תשלום הדיבידנד⁵³¹. עד לתיקון 134 היה ניתן לקבל זיכוי על דיבידנד רעיוני שנחשב כתשלום לעניין סעיף 75(ב).

לשם הדגמה, חשבו על מצב בו לחנ"ז יש הכנסה פסיבית בגובה 400 ₪ עליה משלם בעל השליטה 100 ₪ בישראל (החזקתו בחנ"ז מלאה), אילולא קיבל זיכוי של 25%, קרי: 100 ₪. כעת, מחלקת החנ"ז דיבידנד בגובה 400 ₪, אך לא משלמת בחו"ל 100 ₪, אלא רק 50 ש"ח ₪ בשל הפחתת המס בחו"ל בשנה עוקבת. במצב האמור, יינתן לבעל השליטה זיכוי בגובה 50 ₪ בלבד⁵³² (ולא זיכוי של 100 ₪ והוא ישלם 50 ₪ בישראל).

זאת ועוד, תיקון 134 הוסיף הוראה מקלה בסיפת סעיף 75(ד) המבהירה כי יתרת הזיכוי שתיוותר (לדוגמה, בשל הפסד בישראל) יוכל לנצל בעל השליטה בשנים הבאות (ללא כל הגבלת זמן). כמובן, הדבר מותנה בחלוקת דיבידנד בפועל.

12.4.4.4 מכירת אמצעי שליטה על-ידי בעל השליטה

⁵²⁹ החיסרון של תכנון מס "שומר מסך" הוא בריחת מס מישראל ותשלומי במדינות זרות, היינו ענישה עצמית של אוצר המדינה. ראו הרחבה בכתבתו של ד"ר אברהם אלטר, "לא להטמין את הראש בחו"ל (ב)", **גלובס - נדל"ן** (27-28.10.02). ייתכן כי הפתרון לכך הוא תיקון החוק, כך שנישומים יוכלו לשלם את המס על בסיס מזומן בעת משיכת הכספים לישראל. פתרון נוסף עשוי להיות אימוץ המודל הצרפתי, לפיו קיימת הרמת מסך בחו"ל, והשלמת המס בישראל ל-36%, ולא דיבידנד רעיוני וזיכוי רעיוני. ראו גם כתבתו של ד"ר אברהם אלטר, "לא להטמין את הראש בחו"ל (ג)", **גלובס - נדל"ן** (3-4.11.02).

⁵³⁰ להבדיל מ"פטור" - כפי שהיה נוסח הסעיף עובר לתיקון 134.

⁵³¹ סעיף 75(בד) לפקודה (לאחר תיקון 134).

⁵³² סכום זה כפוף לשינוי במדד.

על-פי הוראות סעיף 75(ה), באם מוכר בעל שליטה את אמצעי השליטה שלו בחנ"ז, כולם או מקצתם, יקבל הוא זיכוי מהמס החל במכירה זו, בשל המס ששילם כתוצאה מסעיף 75, והמתייחס לדיבידנד שלא חולק, שבגיננו הוא גם מקבל תמורה מהקונה. גובה הזיכוי - כגובה המס ששילם בעבר בגין דיבידנד רעיוני שיוחס לו בשל אותם אמצעי שליטה⁵³³, אך לא יותר מסכום המס החל על רווח ההון כאמור⁵³⁴. מתן הזיכוי מותנה בכך שעד מועד המכירה טרם חולק דיבידנד בגין אותם רווחים שלא חולקו.

12.4.4.5 שרשרת חברות

אם מקורה של ההכנסה הוא בחברה ב"שרשרת חברות", שאינה מוחזקת במישרין בידי בעל השליטה, לזיכוי האמור יתווסף המס שהיה משולם בשל הדיבידנד אילו חולק הדיבידנד על-ידי כל אחת מהחברות בשרשרת החברות, ואשר לא ניתן לקבל בשלו זיכוי באף אחת מהחברות בשרשרת. גם כאן הכוונה ליתן זיכוי רעיוני על מס שצריך להשתלם על-ידי חברות נכדות ונינות ולא רק חברות בנות. גם כאן המס על דיבידנד הינו כל סוג מס, ניכוי במקור, מס הכנסה או מס חברות.

12.4.5 החלת כללי ה-C.F.C. על חברות זרות תושבות מדינות אמנה

ההוראות המחילות את כללי ה-C.F.C. עשויות לחול גם ביחס לחברות זרות תושבות מדינות אמנה⁵³⁵. אם כי, ביחס לאלה חלות הקלות מסוימות והכרה בדיווחים במדינת המושב של החנ"ז לעניין סיווג ההכנסה, חישובה, קביעת הפסדים והמס הזר החל, מבלי שנטל ההוכחה יהיה על הנישום⁵³⁶. קיימת פסיקה⁵³⁷, לפיה ייחוס דיבידנד רעיוני איננו מנוגד לאמנות מס. עם זאת, קיימת פסיקה כי הרמת מסך לשם C.F.C. (כדוגמת

⁵³³ המס מתואם לפי שיעור עליית המדד מתום שנת המס שבה שולם ועד למועד מכירת אמצעי השליטה. ניתן לתהות מדוע מתואם אותו מס מתום השנה ולא ממועד תשלומו בפועל.

⁵³⁴ לאחר כל קיזוז וניכוי שהותרו על-פי הדין.

⁵³⁵ ליחסי הגומלין בין אמנות המס לבין כללי ה-C.F.C. שנקבעו בדין הפנימי של מדינות שונות בעולם ראו:

D. Sandler, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation* (2nd ed., Kluwer Law International, 1998).

⁵³⁶ ראו סעיפים 75(א)(1)(ב), 75(א)(12) ו-75(ג)(3) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁵³⁷ ראו פס"ד בעניין *Schneider*, שנפסק בצרפת על-ידי Conseil d'Etat, מיום 22 ביוני, 2002: 18637-2002 Tax Analysts, Doc.

חמ"ז) מנוגדת לאמנות⁵³⁸. כמו כן נראה לנו כי גם הכנסה של חברה, שמקורה במדינת ישראל, המופקת על-ידי חברה במדינת אמנה (תשלום ריבית על-ידי תושב ישראל לתושב חוץ במדינת אמנה), יוצא כנראה מגדר סעיף 75ב.

בהקשר זה יש לציין את הוראת סעיף 10(5) למודל של ארגון ה-OECD לאמנות המס. הוראה זו אומצה גם בחלק מאמנות המס של ישראל. כך, לדוגמה, קובע סעיף 10(5) לאמנת המס בין ישראל להונגריה:

"מקום שחברה שהיא תושבת מדינה מתקשרת מקבלת רווחים או הכנסה מהמדינה המתקשרת האחרת, לא תטיל מדינה אחרת זו שום מס על הדיבידנדים המשתלמים על-ידי החברה, אלא ככל שאותם דיבידנדים משתלמים לתושב של אותה מדינה אחרת או ככל שזכות ההחזקה שבזיקה אליה משתלמים הדיבידנדים קשורה בצורה מעשית למוסד-קבע הנמצא באותה מדינה אחרת, ולא תחייב את רווחיה הבלתי מחולקים של החברה במס על רווחים בלתי מחולקים, ואפילו הדיבידנדים המשתלמים או הרווחים הבלתי מחולקים מורכבים, כולם או קצתם, מרווחים או מהכנסה שמקורם במדינה האחרת כאמור."

כפי שניתן לראות, סעיף זה מונע מאחת המדינות המתקשרות מלייחס דיבידנד רעיוני על-פי כללי ה-C.F.C. סעיף דומה מצוי באמנות נוספות להן ישראל צד. על-כן, באמנות אלה לא ניתן יהיה להחיל את כללי ה-C.F.C., ככל שהסיווג של ההכנסה הוא דיבידנד, להבדיל מרווחי עסקים, למשל.

⁵³⁸ ראו את האסמכתאות המאוזכרות אצל Sandler (לעיל, הערה 535).

12.5 עצות פרקטיות לגבי כללי ה-C.F.C.

12.5.1 כללי

בהמלצות שלהלן אנו איננו מתיימרים להביא את מלוא השיקולים הכרוכים ביישום הרפורמה על ההשקעות השונות של ישראלים בחו"ל, אלא לתאר בקצרה רק חלק קטן מההשלכות של כללי ה-C.F.C. שייכנסו לתוקף בעקבות הרפורמה, ומספר דרכים להתמודד עימם.

12.5.2 כדאיות פעולה באמצעות חנ"ז ולא חברה ישראלית

ישנם מצבים בהם סיווג חברה כחנ"ז אינו בגדר חטוּרַת אותה נאלצים לשאת על גבם בעלי שליטה המשקיעים בחו"ל - ההפך הוא הנכון. כך, למשל, הוא הדין במצב של חברה העומדת בתנאי חנ"ז, שמעדיפה להשקיע את כספה ולא לחלק דיבידנד לבעלי מניותיה. השימוש בחברה כזו, חלף פעולה באמצעות חברה ישראלית, עשוי להוביל להורדת שיעור המס על דמי שכירות, למשל, מ - 36% ל - 25% (דיבידנד רעיוני), ולעיתים עד כדי 0%. מבנה מס נכון המשלב חברות ממדינות אמנה וחברות ממקלטי מס יכול, לכן, להוביל לחיסכון מס ניכר, אף לאחר הרפורמה. יתרון נוסף, שבגיננו כדאי לעיתים להיחשב כחנ"ז, הוא במקרה של הכנסה שמקורה בשרשרת חברות. במצב כזה אם החברה תיחשב חנ"ז, היא תקבל זיכוי בגין המס שהוטל על כל אחת מהחברות בשרשרת, על-פי סעיף 75(ג) לפקודה. אם החברה לא תיחשב כחנ"ז, הזיכוי יינתן רק בגין המס שהוטל על החברה האחרונה בשרשרת. כך עולה מסעיף 207א, ככל שמדובר בחלוקת דיבידנד ליחיד.

12.5.3 דרכים להימנע מכפיפות לכללי חנ"ז

12.5.3.1 מניעת סיווגה של החברה כחנ"ז

בפני בעל שליטה, המעוניין להוציא חברה מהגדרתה כחנ"ז, עומדות מספר דרכים. תוצאת כולן אחת היא - כללי המיסוי של ה - C.F.C. לא יחולו כלל, והמיסוי יהיה רק בעת חלוקת דיבידנד בפועל. כך, לדוגמה, היא הדין מקום בו רוב הכנסתה של החברה היא אקטיבית (מעסק)⁵³⁹; מקום בו שיעור המס המשוקלל בחו"ל יעלה על 20%; מקום בו סה"כ השליטה הישראלית בחברה קטנה מ - 50%; וכן מקום בו בעל המניות הישראלי מחזיק פחות מ - 10% בחברה.

12.5.3.2 שימוש בנאמנויות

שימוש נכון בנאמנויות עשוי, במקרים רבים, אף הוא להוביל לדחיית מס ולאי תחולת כללי חנ"ז על חברה פלונית. אומנם, המונח "אמצעי שליטה" הוגדר ככולל החזקה באמצעות נאמנות; אולם, לדעתנו, הכוונה הייתה, כאמור לכלול מצב שבו, למרות הנאמנות, נשמרת בידי הנהנה, תושב ישראל, יכולת להשפיע על החברה הזרה. לא כן כאשר מדובר בנאמנות זרה אמיתית ובלתי חוזרת, אשר מקנה לנאמן זר שיקול דעת מלא באשר לנכסי הנאמנות. מנאמנות כאמור לא ניתן, לדעתנו, להתעלם, ולא ניתן לראות ב"אמצעי השליטה" כמוחזקים בידי יוצר הנאמנות או הנאמן, תושבי ישראל⁵⁴⁰.

⁵³⁹ להבחנה בין השכרה פסיבית לעסקית ראו, לדוגמה, עמ"ה 1095/68 באומן נ' פ"ש פד"א ב' 496; ע"א 431/69 פ"ש נ' דרבי כיימיקלים בע"מ פ"ד כ"ד (2) 24, פד"א ג' 241; עמ"ה 587/69 פרלוב נ' פ"ש פד"א ד' 35; עניין מרכז הקרח (לעיל, הערה 238); ע"א 168/71 חברת מ.ד.מ. בע"מ נ' פ"ה, פד"א ה' 91; עמ"ה 744/71 אלדארם נ' פשמ"ג, פד"א ה' 3; עמ"ה 62/85 קרית יהודית נ' פשמ"ג, פד"א יד' 24; עמ"ה 171/89 פינהר בע"מ נ' מ"י, מיסים ד/ה-133; עמ"ה 143/91 דן מרדכי נ' פ"ש חיפה, פד"א כג 143; עמ"ה 520/81 בית הכנסת הגדול בת"א נ' פ"ש ת"א 4, פד"א יב 367; עמ"ה 703/71 מעונות שדרות רוטשילד נ' פ"ש ת"א 4, פד"א ה 95; י' אדרעי וע' דותן, "מיסוי דמי שכירות מראש במס הכנסה", מחקרי משפט ד 79; א' נמדד ושי' בורנשטיין, מיסוי שכירות, (חושן למשפט, תשמ"ט), 109-121.

⁵⁴⁰ השוו גם עם הדיון לעיל, פסקה 12.3.2.

12.5.3.3 פעולה באמצעות חברות המאוגדות במדינות בהן לא נהוגה שיטת מיסוי

קלאסית

לעיתים, שימוש בחברות שהתאגדו במדינות שבהן לא נהוגה שיטת המיסוי הקלאסית תוביל להיעדר חבות מס בישראל. דוגמה טובה לכך היא מלטה, שבה שיעור מס החברות עומד על 35% (עולה על 20% שבכללי החנ"ז), אולם בעת חלוקת דיבידנד לבעלי המניות מוחזר המס ששולם לבעלי המניות⁵⁴¹. על-כן, באמצעות שימוש נכון במבנה חברות מלטיזיות, ניתן יהיה להשאיר את ההכנסות בחו"ל מבלי להיות כפופים לכללי חנ"ז ומבלי להתחייב במס בישראל.

עם זאת, חשוב לשים לב כאן גם ל"מלכודות מס"! במקרים מסוימים, חברות ממדינות ששיעור המס בהן גבוה מ-20%, יכולות להיחשב כחנ"ז. הסיבה לכך נובעת מאופן חישוב שיעור המס החל על החברה לצורך מבחן המס הזר בגובה 20%, כאמור לעיל. לפי הרפורמה, יש לקחת את כלל חבות המס של החברה בשנת המס הרלוונטית ולחלק אותה בכלל רווחיה (לאחר ניכוי הפסדים)⁵⁴².

טלו, לדוגמה, חברה זרה שהתאגדה במדינה פלוניית אשר בשנה אלמונית נצמח בידיה רווח הון ניכר הפטור ממס לפי דיני אותה מדינה. למשל, פטור ההשתתפות (P.E.) בהולנד ובבלגיה⁵⁴³, ובאיחוד האירופי בכלל, לפי הדירקטיבה של חברות אם ובת. במצב כזה, כל עוד מדובר בנכס שלא משמש את החברה בעסקיה, יצא לפי דרך החישוב שתוארה לעיל, שרווחיה הפסיביים, ובכלל זה רווחי ההון, עולים על רווחיה האקטיביים מעסק. היה ושיעור המס ששילמה ביחס לכלל הכנסותיה הנ"ל ירד מ-20%, היא תיחשב באותה שנה כחנ"ז ובעלי השליטה ימצאו את עצמם חייבים במס בישראל על דיבידנד רעיוני לפי חלקם ברווחי החברה. מומלץ, על-כן, לתכנן את הכנסות החברה באופן כזה, ששיעור המס המצרפי לא יפחת מ-20% בכל שנת מס, וזאת בין בדרך של שינוי עיתוי ההכנסות ובין בכל דרך חוקית אחרת.

⁵⁴¹ לעיל, הערה 126.

⁵⁴² ראו סעיף 75(א)(1)(ב) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁵⁴³ ראו: E.T.H. (לעיל, הערה 126) 433 ו-73 בהתאמה. הוראה דומה קיימת בדין של מספר מדינות מערב אירופיות נוספות, כגון דנמרק (ראו שם, 164). לאחרונה, גם בקפריסין הוסף סעיף פטור השתתפות ברפורמה, שעברה בפרלמנט הקפריסאי ביום 1.7.2002.

מנגד, יש לשים לב, כי על בסיס אותו הגיון, ניתן להביא לכך שבשלב אירוע המס של הדיבידנד הרעיוני, יינתן זיכוי כנגד המס בישראל (25%) בגין המס הרעיוני שעשוי היה להשתלם בחו"ל אילו היה משולם בפועל דיבידנד. אם כן, אפשרות זו תיסגר, ככל הנראה, בעקבות תיקון סעיף 75(ד) בתיקון 134 לפקודה.

12.5.4 הקטנת החשיפה לדיבידנד הרעיוני

ארגון חכם של מבנה ההחזקות יכול להוביל להקטנת החשיפה לדיבידנד הרעיוני. לדוגמה, העברת חלק מהרווחים הפסיביים מפרויקט מסוים לחברת ניהול אקטיבית, באופן שבכל שנת מס רווחיה והכנסותיה של החברה מהפעילות האקטיבית עולים על הרווחים הפסיביים, תמנע את תחולת הדיבידנד הרעיוני על חלק זה של הרווחים הפסיביים שבפרויקט.

12.5.5 מיקום הקמת החברה

12.5.5.1 מקלט מס או מדינת אמנה

ההחלטה היכן להקים את החברה - האם במקלט מס או במדינת אמנה, עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות. היתרונות העיקריים של מקלט מס הם היעדר החבות במס, העלות הנמוכה של הקמה והחזקה של החברה, הגמישות של דיני החברות והאפשרות להגר את החברה. היתרונות של מדינות אמנה עשויים להיות הוראות אמנה מקילות, וכן הכרה של רשויות המס בישראל באופן החישוב של הרווחים ובמיסים הזרים על-פי דיני מדינת האמנה, מבלי שנטל ההוכחה יוטל על הנישום.

המלצות אלה תקפות לא רק לעניין דמי השכירות כי אם גם לעניין מימוש ההשקעות בעתיד. כאמור, ישנם מבני מס מקובלים בהם, לדוגמה, יחיד תושב ישראל מחזיק בחברה קפריסאית (או הולנדית, דנית או מלטזית) שמחזיקה בחברה במזרח אירופה המחזיקה בנדל"ן המקומי. במבנה זה נהוג שהחברה הקפריסאית מוכרת את המניות בחברה המזרח אירופית.

היות שמכירת המניות יוצרת רווח הון הנכלל בחישוב הכנסות פאסיביות בחנ"ז, על בעלי השליטה במבנים אלו להיזהר מפני כללי החנ"ז שתוארו לעיל ולכלכל צעדיהם בחוכמה, תוך שימוש במבנים מתאימים לצורך הקטנת החבות שלהם במס ודחיית המס עד לחלוקה בפועל של הרווחים לבעלי המניות.

מי שמחזיק בהשקעות בחו"ל באמצעות חברות זרות, ומבקש לממש את השקעותיו, מן הראוי שישים לב להוראות החנ"ז ולאפשרויות השונות העומדות לרשותו לדחות את המס למועד חלוקת הרווחים בפועל או להשקיעם מחדש מבלי לשלם מס בישראל.

כמו כן, מי שפעל באמצעות חברות שהוקמו במקלטי מס, חשוב שיהיה מודע לאפשרות, לפי דיני החברות בחלק ממקלטי המס, לחלק דיבידנד משערוך נכסים אף טרם מימוש הנכסים בפועל. כך הוא הדין, לדוגמה, לפי סעיף 37 לחוק החברות באיי הבתולה הבריטיים⁵⁴⁴. אם הדבר אפשרי, יש לבחון את האפשרות לחלק דיבידנד מהרווחים הבלתי ממומשים של החברה קודם לכניסת הרפורמה לתוקף, ולהשיב את הכספים לחברה בדרך של הלוואת בעלים (החזר קרן ההלוואה בעתיד אינו מהווה אירוע מס), ובכך לחסוך את המס על דיבידנד זה לאחר כניסת הרפורמה לתוקף.

12.5.5.2 אמנת המס הולנד-ישראל OUT

בעקבות הרפורמה, פוחתת האטרקטיביות שהייתה בעבר להולנד כמדינת מעבר לביצוע השקעות. אחת הסיבות להשקעה דרך הולנד הייתה, כאמור, ניצול הוראה באמנה בין הולנד לישראל⁵⁴⁵. הוראה זו קובעת, כי דיבידנד מחברה הולנדית לישראלית לא יחויב במס בישראל, אם וככל שאותו דיבידנד היה מוצא מבסיס המס בישראל אילו היה מחולק בין שתי חברות ישראליות. תוצאת האמנה הייתה חיוב במס של 5% בלבד בדרך

⁵⁴⁴ ראו: EY-Passport (2002), 93. לפונים קודם ל-31.12.02 מאפשרת נמ"ה שיערוך וחלוקת רווחים כדיבידנד מחברות בחו"ל בהסדר מיסוי נח של כ-5% מס.

⁵⁴⁵ ראו האמנה בין מדינת ישראל לבין ממלכת הולנד מ-1973 בדבר מניעת מיסי כפל ומניעת התחמקות ממס לגבי מיסים על הכנסה והון (כ"א 23, עמ' 221), סעיף 26(ב)(2).

של ניכוי במקור בהולנד בעת העברת דיבידנד מחברה הולנדית לחברה ישראלית המחזיקה למעלה מ-25% מהמניות⁵⁴⁶.

כאמור, לפי סעיף 126(ג) שהוסף ברפורמה, לאחר ה-1 בינואר 2003, דיבידנד בין חברות תושבות ישראל לא מוצא מבסיס המס בישראל באופן כללי, אלא רק ביחס להכנסות שמקורן בישראל⁵⁴⁷. לעומת זאת, ביחס להכנסות שמקורן בחו"ל חל חיוב במס בישראל, תוך מתן זיכוי בגובה המס ששולם קודם בישראל על ההכנסה שממנה שולם הדיבידנד. לאור שינוי זה, ההגבלה הקיימת כיום באמנה עם הולנד, ככל הנראה, לא תחול, ולא יהיה בהוראת סעיף 26(ב)2 לאמנה עם הולנד כדי למנוע חיוב במס בישראל של דיבידנד שמחלקת חברה הולנדית לחברה ישראלית המחזיקה ב-25% לפחות מכוח ההצבעה בה. מכיוון שכך, ממילא לא יהיה באמנה עם הולנד כדי למנוע מלייחס לבעלי המניות (תושבי ישראל) דיבידנד רעיוני, ולחייבם במס בישראל בשיעור של 25% על-פי כללי ה-C.F.C.

באופן דומה, מסקנה זו עולה גם לגבי האטרקטיביות של בלגיה, אוסטריה ושוודיה כמדינות מעבר לביצוע השקעות. בשתי הראשונות, עובר לרפורמה, הוראות סעיפים 23(2)(ב) ו-10(4) (בהתאמה) לאמנות עם ישראל⁵⁴⁸ הוציאו מבסיס המס דיבידנד שהתקבל על-ידי חברה תושבת ישראל שהחזיקה לפחות 10% ו-25% (בהתאמה) מכוח ההצבעה בחברה המחלקת. מצב זה ישתנה בעקבות החלת הרפורמה ומיסוי דיבידנדים המשתלמים ממקורות חוץ כאמור לעיל. באמנה בין ישראל לשוודיה⁵⁴⁹, לכאורה לא הוציא סעיף 6(3) מתחולת המס דיבידנד המשתלם מחברה שוודית לחברה ישראלית. ברם, הסעיף קבע כי דיבידנד זה יהיה פטור ממס (וללא תלות בשיעור החזקה כלשהו), אך שוב בתלות בדיון הפנימי הישראלי! לכן, מבחינה מהותית התוצאה הסופית תהא זהה ומעמדה של שוודיה עובר הרפורמה ואחריה יהיה זהה לזה של הולנד, בלגיה ואוסטריה, כאמור לעיל, אך שונה מזה של סינגפור להלן.

⁵⁴⁶ שם, סעיף 11(א)2. עדיין מבנה נכון של תושב ישראל דרך חברה באיי הבתולה (B.V.I). המחזיקה בחברה הולנדית (BV), מהווה הגנה טובה בפני C.F.C. על-פי שיטת שומר מסך לעיל. אם כי, שיטה זו מוטלת בספק רב לאור תיקון סעיף 75ב(ד) בתיקון 134 לפקודה, בזמן חלוקת הדיבידנד בפועל ככל הנראה לא ינתן זיכוי רעיוני.

⁵⁴⁷ כמובן, גם דיבידנד שישתלם מחברה זרה ל חברה ישראלית יחויב במס.

⁵⁴⁸ אמנה בין ממלכת בלגיה ובין מדינת ישראל מ-1972 בדבר מניעת מיסי-כפל לגבי מיסים על הכנסה והון (כ"א 25, עמ' 79); אמנה בין מדינת ישראל ובין הרפובליקה של אוסטריה מ-1970 בדבר מניעת מיסי כפל לגבי מיסים על הכנסה והון (כ"א 22, עמ' 155).

⁵⁴⁹ הסכם בין ישראל לשוודיה מ-1959 בדבר מניעת מיסי כפל לגבי מיסים על הכנסה והון (כ"א 11, עמ' 49).

12.5.5.3 אמנת מס עם סינגפור IN

חלף כל האמור לעיל, ניתן לעשות שימוש בתכנון מס בחברה תושבת סינגפור. על-פי סעיף 10 לאמנת המס שבין ישראל לסינגפור⁵⁵⁰, דיבידנד המתקבל בידי תושב ישראל מחברה תושבת סינגפור, פטור ממס בישראל, ולפי אמנת המס של סינגפור - גם בסינגפור. על-פי סעיף 20(3) לאמנה עם סינגפור, דיבידנד שמחלקת חברה סינגפורית לחברה ישראלית מוצא מבסיס המס בישראל⁵⁵¹, ללא תלות במיסוי בין שתי חברות ישראליות, כמו באמנת המס עם הולנד. כאמור, בשונה מסעיף 26(ב)(2) לאמנה בין ישראל להולנד, סעיף 20(3) לאמנה עם סינגפור אינו מפנה לדין הישראלי בקשר למיסוי דיבידנדים בין חברות. על-כן, אין בהוראת סעיף 126(ג) כדי לגרוע מהמסקנה כי דיבידנד כאמור אינו נשוא למס בישראל. כמו כן, לאור סעיף 20(3) לאמנה עם סינגפור, לא ניתן יהיה לייחס לחברה הישראלית דיבידנד רעיוני, ולחייבה במס בישראל בשיעור של 25% מכוח כללי ה-C.F.C.⁵⁵².

יש לציין בהקשר זה, כי משטר המס הנוהג בסינגפור הינו מיוחד: הדין הפנימי הסינגפורי ממסח הכנסה על בסיס טריטוריאלי. מס הכנסה מוטל על הכנסות המופקות ממקורות בסינגפור או על הכנסה המתקבלת בסינגפור⁵⁵³. משמע, הכנסות המופקות על-ידי חברה סינגפורית ממקורות חוץ אינן חייבות במס בסינגפור, ככל שהן אינן מתקבלות בה. בנוסף, מעניק הדין הפנימי הסינגפורי פטורים רבים ושיעורי מס מופחתים

⁵⁵⁰ אמנה בין הרפובליקה של סינגפור ובין מדינת ישראל מ-1971 בדבר מניעת מיסי כפל ומניעת התחמקות ממס לגבי מיסים על הכנסה (כ"א 22, עמ' 205), סעיף 10.

⁵⁵¹ סעיף 20(3) לאמנה קובע בלשונו כדלקמן:

"בכפוף לחוקי ישראל בדבר זקיפת מס המשתלם בכל ארץ אחרת שאינה ישראל כזיכוי נגד מס ישראלי, ייזקף מס סינגפור, המשתלם לגבי הכנסה הנובעת מסינגפור, כזיכוי נגד מס ישראלי המשתלם לגבי אותה הכנסה. אולם הזיכוי לא יעלה על אותו חלק מן המס הישראלי אשר לפי החישובים לפני מתן הזיכוי יש לייחסו לפריט הכנסה כאמור. מקום שהכנסה זו היא דיבידנד ששילמה חברה שהיא תושבת סינגפור לחברה שהיא תושבת ישראל, ואשר היא בעלת לא פחות מ-25 אחוזים למאה מהון המניות של החברה משלמת הדיבידנד, יוצא דיבידנד כאמור מכלל הבסיס שעליו מוטל מס ישראלי." (ההדגשה אינה במקור).

⁵⁵² אולם, אליה וקוץ בה: "לתסמונת סינגפור" הנוכרת גם חסרונות. ביניהם, ניתן למנות את חוסר בהירות המיסוי שם. תיקון בחוק בסינגפור (section 44) שנתקבל שם פוטר רווחי הון מחוץ לסינגפור (שיטת מיסוי טריטוריאלי). דיבידנד חייב ב-24%. החל משנת 2003 יהיה חייב ב-22%. לא ברור כיצד יחולו הוראות אלה על רווחים שמחולקים כדיבידנד, וייתכן שיש צורך לפרק חברה בת של החברה הסינגפורית כבסיס להעברת הרווחים מחו"ל דרך סינגפור, ללא מס סינגפורי. ההמלצה, אם כך, היא לבקש אישור מראש של רשויות המס הסינגפוריות. ללא אישור אפרירי זה, לא מומלץ לייסד חברת ביניים סינגפורית. ראו הרחבה בכתבתו של ד"ר אברהם אלטר, "לא כדאי להטמין את הראש בחו"ל (א)", **גלובס - מוסף נדל"ן** (20-21.10.02).

⁵⁵³ ראו: E-Y passport (לעיל, הערה 544), 671.

לסוגים שונים של חברות, כגון חברות Off-shore⁵⁵⁴. המשמעות היא, שחברה תושבת סינגפור שהוקמה על-ידי חברה תושבת ישראל תהא פטורה ממס בסינגפור אם היא מפיקה הכנסות מחוץ לסינגפור, ותהא זכאית להקלות מס מכוח אמנות המס של סינגפור. עם זאת, חלוקת דיבידנד מחו"ל לחברה סינגפורית יכול ותהיה חשופה למס מעל 20%. כאמור, דיבידנד המתקבל מחברה זו לתושב ישראל יהיה פטור לחלוטין ממס הן בישראל והן בסינגפור.

⁵⁵⁴ שם, 672-674.