

חוזר לקוחות
מיסים 2.2011

א.ג.ב.,

הנדון:

1. אי הכללת רווחי אקוויטי בחישוב "הרווחים הראויים לחלוקה", כמשמעותם בסעיף 94 לפקודה.
 2. חלוקת רווחים תסוג כדיבידנד לצורכי מס בתנאי שחולקו מרווחים שחוייבו במס (או שהופטרו ממנו), ולא על פי רווחים על פי כללים חשבונאים מקובלים
- פסק-הדין ע"מ 906-07 ד"ר עלי ברנע נ' פקיד שומה חיפה**

כללי

לאחרונה ניתן פסק הדין שבנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה, אשר נסב על שתי מחלוקות: (א) סיווג דיבידנד בגין מניות בכורה, שקיבל המערער בשנות המס 1998-2002 מהחברה שבה הוא הועסק כמנכ"ל, כהכנסה מדיבידנד או כהכנסת עבודה (או לחילופין - סיווג דיבידנד שקיבל המערער בסמוך לפני מכירת מניות הבכורה כחלק מהתמורה בעד מכירתו); (ב) הכללה או אי הכללה של רווחי אקוויטי בחלופה המיסיית שבחישוב "הרווחים הראויים לחלוקה", כמשמעותם בסעיף 94 לפקודת מס הכנסה. חוזר זה מתייחס רק לנושא השני.

אי הכללת רווחי אקוויטי בחלופה המיסיית בחישוב "הרווחים הראויים לחלוקה", כמשמעותם בסעיף 94 לפקודה

בדיווח על רווח הון ממכירת מניות החברה בשנת המס 2002, דיווח המערער על מרכיב של סכום אינפלציוני החייב במס בשיעור של 10% בגין רווחים ראויים לחלוקה (להלן - **רר"ל**), כמשמעותם בסעיף 94 לפקודה. בחישוב "החלופה המיסיית" של הרר"ל נכללו רווחי אקוויטי מחברת הבת של החברה הנמכרת¹.

כפי שעולה מהגדרת המונח "רווחים ראויים לחלוקה" שבסעיף 94(ב) לפקודה, ישנן שתי חלופות לחישוב הרר"ל: האחת, החלופה החשבונאית; והאחרת, החלופה המיסיית, ובסופו של דבר החישוב הנמוך מבין השניים הוא שיקבע לצורך ההקלה בחישוב המס. אין מחלוקת כי על פי החלופה החשבונאית נלקחים בחשבון גם רווחי אקוויטי. המחלוקת היא בשאלה, האם רווחי אקוויטי נלקחים בחשבון גם לצורך החלופה המיסיית משום שיש לראותם כ"רווחים שהיו חייבים במס אילולא פטור ממנו", כלשון סיפא סעי' 94(ב) לפקודה. לטענת המערער, יש לראות ברווחי אקוויטי כרווחים שפטורו ממס מכוח סעיף 126(ב) לפקודה. לטענת המשיב, אין לכלול בחלופה המיסיית רווחי אקוויטי, בין אם מן הטעם שאין לראות ברווחי אקוויטי "הכנסה" כלל וממילא בנסיבות כאלה אין תחולה של סעיף 126(ב) לפקודה, ובין אם מדובר על "פטור ממס", אשר יכול להינתן רק כאשר הייתה חלוקה בפועל של דיבידנד בין החברות, ואין חולק שלא הייתה חלוקה בפועל של דיבידנד בענייננו. לשיטתנו, רק משיחולקו בפועל רווחי אקוויטי כדיבידנד לחברה המחזיקה, יחשבו אלה להכנסה לצרכי מס,

¹ במקרה שנדון המכירה היתה בשנת המס 2002. נציין, שעל חלק הרר"ל שנצבר החל מיום 1.1.2003 יחול שיעור המס שהיה חל עליהם, אילו היו מתקבלים כדיבידנד בסמוך לפני המכירה (דהיינו, פטור אצל חברה ושיעור מס של 20% עד 25% אצל יחיד).

| משרד ראשי - תל אביב | משרד רמת-גן | משרד ירושלים | משרד חיפה | משרד באר שבע | משרד אילת |
|--|------------------------------|--------------------------------|---|---|--|
| מרכז עזריאלי 1 תל אביב, 67021 ת.ד. 16593 תל אביב, 61164 | הרקון 6 רמת-גן, 52521 | שרי ישראל 12 ירושלים, 94390 | מעלה השחרור 5 ת.ד. 5648 חיפה, 31055 | פארק תעשיות עומר, בניין 10, ת.ד. 1369 עומר, 84965 | המרכז העירוני ת.ד. 583 אילת, 88104 |
| טלפון: 03-6085555 | טלפון: 03-7551500 | טלפון: 02-5018888 | טלפון: 04-8607333 | טלפון: 08-6909500 | טלפון: 08-6375676 |
| פקס: 03-6094022 | פקס: 03-5759955 | פקס: 02-5374173 | פקס: 04-8672528 | פקס: 08-6909600 | פקס: 08-6371628 |
| info@deloitte.co.il | info-ramatgan@deloitte.co.il | info-jer@deloitte.co.il | info-haifa@deloitte.co.il | info-beersheva@deloitte.co.il | info-eilat@deloitte.co.il |

ובחלוקתם לחברה המחזיקה יחול הפטור, בהנחה שאכן מדובר בהכנסה חייבת, בהתאם לסעיף 126(ב) לפקודה. המשיב טוען עוד, כי בחישוב שנעשה על ידי המערער יש כפל הטבה, ולא לכך הייתה כוונת המחוקק, מה עוד שפרשנותו של המערער לעמדת המשיב, היא בניגוד ללשון הברורה של הסעיף.

בית המשפט סקר את תכליתו של סעיף 94ב לפקודה כדלקמן: כדי שלא להטיל יתר מס, הן על ההכנסה השוטפת של החברה הנמכרת והן על רווחי הון של בעל מניות בעת מכירת המניות, המייצגים בין היתר את הרווחים שנצברו בחברה מתאריך הרכישה ועד תאריך המכירה, נועד סעיף 94ב לפקודה. הסעיף מבקש לבודד את חלק התמורה המתקבל בעד המניות, שמייצג את הרווחים שנצברו בידי החברה - לאחר המס - ולהטיל עליהם מס של 10% בלבד², כך שבסופו של דבר, בהתחשב בשיעור המס ששולם כבר על ידי החברה על ההכנסה השוטפת, לא יעבור שיעור המס הכולל את שיעור המס המרבי על רווחי החברה המחולקים ויהיה גבוה משיעור המס על רווחים לא מחולקים. שיטת החישוב המבוססת על שתי חלופות החשבונאית והמיסויית, מאפשרת לזהות את הרווחים הצבורים בחברה, שלגביהם התקיימו שני תנאים: הם חלק מן התמורה שנתקבלה ממכירת המניות; והם כבר חויבו במס בהיותם רווחים בידי החברה או שהופטרו ממס, ולפיכך אין מקום להטיל עליהם מס נוסף בהגיעם לידי בעלי המניות.

בית המשפט קיבל את עמדת המשיב וקבע כי רווחי אקוויטי, שלא נתקבלו כדיבידנד בפועל, אינם מהווים "הכנסה" (ראה לצורך השוואה פס"ד קליימן³). משאין הם בגדר הכנסה, ממילא אין גם רלוונטיות לפטור הקבוע בסעיף 126(ב) לפקודה. יוצא איפוא כי רווחי האקוויטי אינם "רווחים שהיו חייבים במס, אלמלא פוטרו ממנו". לפיכך, אין מקום להתחשב בהם לצורך חישוב החלופה המיסויית של רווחים ראויים לחלוקה הדבר תואם כאמור להגיונו של סעיף 94ב לפקודה הבא ליתן שיעור מס מופחת בעת מכירת מניות על פי הרווחים הראויים לחלוקה, מקום בו שולם מס על-ידי החברה במסגרת הכנסתה השוטפת (או שניתן בגינה פטור) וזאת כדי לא להביא לידי מיסוי יתר⁴.

חלוקת רווחים תסווג כדיבידנד לצורכי מס בתנאי שחולקו מרווחים שחויבו במס (או שהופטרו ממנו), ולא רווחים שחושבו על פי כללים חשבונאיים מקובלים בלבד

בשונה מהעקרונות הקבועים בחוק החברות ולפיהם ניתן לבצע "חלוקה", העומדת בשני מבחנים: מבחן הרווח המבוסס על כללי החשבונאות המקובלים ומבחן יכולת הפירעון, מאמצת פקודת מס הכנסה את התפיסה כי יש ליתן הקלות במס להכנסה מדיבידנד, מאחר שהדיבידנד השתלם מרווחי החברה בפועל, קרי שעליהם, בהעדר הוראה אחרת, שילמה החברה מס חברות. האפשרות הקיימת היום איפוא על-פי חוק החברות, לבצע "חלוקה" על בסיס רווחים הנובעים מכללי חשבונאות מקובלים ולא על-פי רווחים בפועל, נסוגה מפני הוראות דיני המיסים, במיוחד כאשר קיים חשש שמשלמי המס ינצלו עקרונות אלה לשם הקטנת סכום המס או דחיית מועד תשלומו (ראה להשוואה בשאלה אם רווחי אקוויטי מהווים הכנסה בידי חברה משפחתית, את פס"ד קליימן המוזכר לעיל). **המסקנה מן האמור, שלצורכי דיני המס, חייבים להיות לחברה "רווחים בפועל" (קרי, רווחים שעליהם, בהעדר הוראה אחרת, שילמה החברה מס חברות) כדי שיחולק דיבידנד, ולא רק רווחים שהם תוצאה של כללים חשבונאיים.** בענייננו, הרווחים עצמם חושבו על-פי כללים חשבונאיים מקובלים ולא על-פי "רווחים בפועל."

² שיעור המס של 10% הינו שיעור המס על הרר"ל שנצבר על התקופה שלפני שינוי החוק החל מיום 1.1.2003 - ראה הערת שוליים 1.

³ ע"מ (ת"א) 1183/05 דוד קליימן ואח' נ' פקיד שומה פ"ת - ראה חוזר מסים 23.2010 של משרדנו.

⁴ נציין, שלדעתנו, פרשנות זו של ביהמ"ש אינה הפרשנות היחידה שניתן לתת לסעיף, כי לטעמנו התוצאה המיסויית צריכה להיות זזה בשני המקרים, בין אם חולק דיבידנד פטור ממס מחברת הבת, טרם מכירת מניות חברת האם ובין אם הוא טרם חולק וזו גם היתה מטרת תיקון שיעור המס על הרר"ל החל מיום 1.1.2003.

השלכות פסק-הדין

פסק הדין, שניתן בבית המשפט המחוזי (ועל כן יתכן ויוגש לגביו ערעור לביהמ"ש העליון), מפנה את תשומת-הלב לאלה:

- על פי פסק הדין, אחד התנאים לכך שחלוקת רווחים תסווג כדיבידנד לצורכי מס הינו קיום "רווחים בפועל" (קרי, רווחים שעליהם, בהעדר הוראה אחרת, שילמה החברה מס חברות), ולא רק רווחים שהם תוצאה של כללים חשבונאיים. בהקשר זה, מתעוררת הסוגיה האם חלוקת דיבידנד מתוך רווחי אקוויטי ורווחי שיערוך, למשל, לא תסווג כדיבידנד לצורכי מס.
- במידת האפשר, יש לשקול חלוקת רווחי אקוויטי כדיבידנד מהחברה המוחזקת לחברה המחזיקה, עד תום שנת המס הקודמת לשנת המס שבה נמכרו מניות החברה המחזיקה, על מנת שהסכום בגין יכלול בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה. נציין שלהערה זו, יש כיום אף חשיבות גדולה יותר כאשר בעל המניות בחברה הנמכרת הוא חברה ועל כן מרכיב הר"ל (אם יוכר ככזה) יהיה פטור ממס, במקום לשלם מס בשיעור מס החברות אם הסכום לא יוכר כר"ל.

לקבלת פרטים נוספים, אנא צרו קשר עם:

רו"ח דני גבאי, דירקטור, מנהל המחלקה המקצועית בחטיבת המס, בטלפון: 6085509 – 03 או בדואר אלקטרוני: dgabbay@deloitte.co.il

רו"ח ועו"ד רונית בכר, דירקטורית, מנהלת מחלקת ליווי עסקאות ומיסוי מלכ"רים ומוסדות ציבור, בטלפון: 03-6085403 או בדואר אלקטרוני: rbachar@deloitte.co.il

אין להסתמך על תוכן חוזר זה ו/או לעשות בו שימוש כלשהו מבלי לקבל עצה מקצועית מתאימה שכן אין מטרת החוזר אלא להסב את תשומת לבך לאמור בו

בכבוד רב,

בריטמן אלמגור זהר ושות'
רואי חשבון

Member of Deloitte Touche Tohmatsu Limited