

תאריך: 18 ביולי, 2018
סימוכין: 151231

אל: לקוחות המשרד

חוזר לקוחות
מס' 26.2018

א.ג.ב.,

הנדון: סעיף 94 לפקודה (רווחים ראויים לחלוקה) חל על מכירת מניותיה של חברה זרה פס"ד דלק הונגריה של בית המשפט המחוזי

תמצית

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט ד"ר ש. בורנשטיין) קיבל את ערעורה של חברת דלק הונגריה בע"מ¹ ופסק כי בעת מכירת מניות של חברה זרה, ניתן להקטין את סכום רווח ההון שבגיננו ישולם מס בגובה הרווחים הראויים לחלוקה (להלן- 'רר"ל'), בהתאם לסעיף 94 לפקודת מס הכנסה.

הנימוקים העיקריים לקבלת הערעור, הינם מניעת תשלום כפל מס ע"י החברה המוכרת ושמירה על ניטרליות מיסויית בין מצב של חלוקת דיבידנד טרם מכירת המניות או מכירת המניות עם תמורה המשקפת את הרווחים הצבורים בגינם שולם כבר המס.

פסק דין זה בא בהמשך [לפסיקתו של בית המשפט העליון](#) בעניין ז'ורבין², לפיו רווחי אקוויטי שבעת חלוקתם לא ישולם מס נוסף, יכללו בחישוב הרר"ל בחלופה המיסויית.

נציין כי הקביעה בפסק דין דלק הונגריה סותרת שתי עמדות חייבות בדיווח שפרסמה רשות המסים כדלקמן:

- **עמדה מספר 24/2016 - חישוב רווחים ראויים לחלוקה (רר"ל) במכירת מניות של חברה זרה**

בקביעת הרר"ל כהגדרת המונח בסעיף 94 ב לפקודה, בעת מכירת מניות של חברה זרה, יכללו בחלופה המיסויית רק "רווחים שנתחייבו במס" בישראל, כך שרווחי החברה הזרה המופקים מחוץ לישראל אינם מהווים רר"ל בהתאם לסעיף 94 לפקודה.

- **עמדה מספר 38/2017 - רווחי אקוויטי של חברה זרה הכלולים בחישוב הרר"ל**

בחישוב רר"ל הכולל רווחי אקוויטי כמפורט בעמדה 37/2017 לעיל (רווחי אקוויטי הכלולים בחישוב הרר"ל) לעיל, לא יחשבו כרווחים שחייבו במס, רווחי חברה תושבת מדינה זרה שאילו היו מחולקים כדיבידנד לחברה הנמכרת היה חל לגבי הדיבידנד הוראות סעיף 126(ג) לפקודה.

¹ ע"מ 28212-11-15 ו- ע"מ 14745-07-16 דלק הונגריה בע"מ נ' פקיד שומה נתניה (יולי 2018).
² ע"א 7566/13 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' אורן ז'ורבין (יוני 2015).

תל אביב - משרד ראשי

מרכז עזריאלי 1 תל אביב, 6701101, ת.ד. 16593 תל אביב 6116402 | טלפון: 03-6085555 | info@deloitte.co.il

משרד נצרת
מרכז אבן עאמר 9
נצרת, 16100

טלפון: 073-3994455
פקס: 073-3994455
info-nazareth@deloitte.co.il

משרד אילת
המרכז העירוני
ת.ד. 583
אילת, 8810402

טלפון: 08-6375676
פקס: 08-6371628
info-eilat@deloitte.co.il

משרד באר שבע
רחוב האגרניה 77, בנין 1
פארק ההייטק, גב ים נגב
באר שבע, 8470912

טלפון: 08-6909500
פקס: 08-6909600
info-beersheva@deloitte.co.il

משרד חיפה
מעלה השחרור 5
ת.ד. 5648
חיפה, 3105502

טלפון: 04-8607333
פקס: 04-8672528
info-haifa@deloitte.co.il

משרד ירושלים
קרית המדע 3
מגדל הר חוצבים
ירושלים, 914510
ת.ח. 45396

טלפון: 02-5018888
פקס: 02-5374173
info-jer@deloitte.co.il

לפסקי הדין הנ"ל השלכות גם לפרשנויות נוספות שניתן לתת לחישוב הר"ל (כגון רווחי אקוויטי הנובעים מחברות זרות או שיעור המס על ר"ל הנובע מרווחים שקיבלו הטבות לפי החוק לעידוד השקעות הון) ויש לשקול גם הגשת דוחות מתקנים באותם מקרים שבהם לא נכלל חישוב ר"ל או חושב בצורה לא מלאה.

להלן תקציר פסק הדין:

העובדות:

חברת דלק הונגריה בע"מ (להלן: "המערערת" / "החברה"), הינה תושבת ישראל לצרכי מס.

בשנת 2001 החברה הקימה את DeleK US Holdings Inc (להלן: "דלק US"), חברה אמריקאית תושבת ארה"ב.

לטענת החברה, דלק US שילמה מס חברות פדרלי מלא בגין פעילותה העסקית.

בשנת 2006, הונפקו מניותיה של דלק US בבורסה בניו יורק ושיעור החזקה של החברה בדלק US ירד לכ- 68%.

בשנים 2012-2013 מכרה החברה חלק מאחזקותיה בדלק US בתמורה לכ- 2,560 מיליוני ₪ (2.56 מיליארד ₪).

במסגרת הדיווח למס הכנסה, בחישוב רווח ההון הפחיתה החברה סך של כ- 92 מיליוני ₪ ו- 283 מיליוני ₪ בשנים 2012 ו- 2013 בהתאמה בנימוק שמדוברי ברווחים ראויים לחלוקה על פי סעיף 94 לפקודה וכי יש למסותם בשיעור המס שהיה חל אילו היו מתקבלים כדיבידנד.

כמו כן, ביקשה החברה לפרוס את רווח ההון בהתאם להוראות סעיף 91(ה) לפקודה וטענה כי במסגרת דיוני השומה הושגה הסכמה כי לא תצא שומה בעניין זה.

הסוגיות שבמחלוקת:

1. האם ניתן להחיל את הוראות סעיף 94 בדבר רווחים ראויים לחלוקה, במכירת מניותיה של חברה זרה?
2. האם ניתן להחיל את הוראות סעיף 91(ה) בדבר פריסת רווח ההון, במכירת מניות הרשומות למסחר בבורסה?

טענות החברה:

בנוגע לסוגיה הראשונה של הר"ל- תכלית סעיף 94 היא שמירה על ניטרליות בין שתי הדרכים למימוש רווחיה הצבורים של חברה שכבר התחייבו במס חברות: מכירת מניות או חלוקת דיבידנד, כמו גם מניעת הטלתו של מס ביתר על רווחיה הצבורים של החברה. לשון החוק, תכליתו, כמו גם ההיגיון והשכל הישר מחייבים פרשנות המחילה את עקרונות המיסוי הקבועים בסעיף 94 לפקודה גם בנסיבות בהן מדובר ברווחים צבורים של חברה זרה. לעומת זאת, לגישת פקיד השומה כאשר מדובר בחברה זרה, שתי הדרכים למימוש רווחים צבורים מובילות לתוצאות מס שונות.

רווחי דלק US התחייבו במס חברות בארה"ב ובשיעור גבוה משיעור מס החברות בישראל. לפיכך, אילו רווחים אלו היו מחולקים כדיבידנד על ידי דלק US ומתקבלים כדיבידנד בידי המערערת סמוך לפני המכירה, מס החברות הישראלי שבו היה מתחייב הדיבידנד מכוח סעיף 126(ג) היה מקוזז כנגד מלוא מס החברות ששולם בארה"ב בהתאם לסעיף 126(ד) לפקודה, כך שלא היה כל תשלום מס חברות נוסף בישראל.

אילו החברה הייתה מושכת כדיבידנד ובאופן שוטף את רווחי דלק US, האחרונה לא הייתה צולחת את המשברים הכרוכים בפעילותה בשוק הזיקוק התנדתי, והחברה לא הייתה מצליחה לממש את האסטרטגיה העסקית שלה כך שערכה של ההשקעה בדלק US לא היה צומח עשרות מונים, כפי שארע.

אין זה סביר שהמחוקק, ששאף לניטרליות בייצוא ההון, נמנע במודע מקביעת שיעור מס הנדרש ליישום הוראתו בקשר עם רר"ל בחברה זרה, ונתן יד לעיוות חמור שמשמעותו השתת שיעורי מס דרקוניים על נישומים ישראלים המשקיעים בחברות זרות.

כמו כן, רשות המיסים עצמה אינה שוללת כי המונח "נתחייבו במס" חל גם על רווחי חברה זרה, שכן בעמדה חייבת בדיווח מס' 24/2016 – "חישוב רווחים ראויים לחלוקה (רר"ל) במכירת מניות של חברה זרה" שפורסמה על ידי רשות המיסים, ראתה רשות המיסים צורך להבהיר כי עמדתה היא ש "יכללו בחלופה המיסיית רק רווחים שנתחייבו במס בישראל...". הצמצום אינו תואם את לשון החוק, שכן בפקודה אין התייחסות למקום הפקת הרווחים, והוא סוטה מעקרון ההוגנות ומהעיקרון בדבר העדר הפליה בבסיס מערכת המס.

קיים חסר בלשון סעיף 94ב(א)(1) לפקודה המפנה לסעיף 126(ב) לפקודה, תחת הפניה לסעיף 126 כולו, ובכך חסרה הפניה לסעיף 126(ג) אשר דן דיבידנד המתקבל מחברה זרה. אך חסר זה נעשה שלא מדעת ועומד בניגוד לכוננת המחוקק ולתכלית ההסדר להחיל את מיסוי הרווחים הראויים לחלוקה באופן ניטרלי ורחב ועל כן יש להשלימו.

בכל הנוגע לסוגיית פריסת רווח ההון בהתאם לסעיף 91(ה) לפקודה, פקיד השומה לא חלק על שומתה העצמית של החברה בעניין זה והחברה לא הגישה השגה בעניין זה. במסגרת הסכם השומה החלקי שנחתם בין הצדדים צוינו הסוגיות שנותרו במחלוקת, וסוגיית הפריסה אינה אחת מהן. על כן, צו שהוציא פקיד השומה בנוגע לסוגיית פריסת רווח ההון מהווה הלכה למעשה פתיחת השומה החלקית בהסכם שלא כדין ובניגוד לסעיף 147 לפקודה.

כמו כן, מאחר והסדר פריסת רווח ההון נועד לנטרל במידה מסוימת את מיסוי היתר הנגרם בשל עקרון המימוש, נוכח הפרשנות הראויה לסעיף 91(ה) והעלאת שיעורי מס רווח ההון בתיקון 187 לפקודה, ראוי שההעלאה זו לא תחול באופן רטרואקטיבי.

טענות פקיד השומה:

לעניין סוגיית הרר"ל - בהגדרת רווחים ראויים לחלוקה שבסעיף 94ב(ב) לפקודה, בחלופה המיסיית, נאמר כי "סכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס...". "מס" מוגדר בסעיף 1 לפקודה: " בין מס הכנסה ובין מס חברות המוטלים על פי פקודה זו" ועל כן אינו כולל מס זר. כאשר המחוקק רצה לכלול מס זר הוא ציין זאת במפורש. מכאן שהרר"ל במכירת מניות חברה זרה לעולם יהיה אפס.

סעיף 94ב לפקודה, כלשונו, מפנה רק לסעיפים 125ב ו-126(ב) לפקודה ולא לסעיף 126(ג). מכאן עולה, כי המחוקק ראה לנגד עיניו רר"ל רק במכירת מניות חברה ישראלית. סעיף 126(ב) לפקודה חל בחלוקת דיבידנד בין-חברתי בישראל. מכוח עיקרון המיסי הדו-שלבי וכדי למנוע כפל מס בישראל, מעניק הסעיף פטור ממס בחלוקת דיבידנדים בין - חברתיים.

הניטרליות שמעניק סעיף 94ב היא מוגבלת. רווחים שמקורם בישראל ורווחים שמקורם בחו"ל אינם היינו הך. המחוקק פטר ממס הכנסת דיבידנד שמקורה בישראל, בסעיף 126(ב), והשית חבות במס על הכנסת דיבידנד שמקורה בחו"ל, בסעיף 126(ג). כנגד חבות זו יינתן זיכוי. זיכוי אינו עולה כדי פטור ואין פירושו בהכרח היעדר חבות מס. גם אם ישולם מס גבוה בחו"ל והחבות במס בפועל בישראל תהיה אפס, נקודת המוצא היא שונה: חבות ולא פטור.

אילו היה מחולק דיבידנד בפועל מדלק US למערערת, היו לכך היבטי מס נוספים מחוץ לישראל כגון ניכוי במקור של 12.5% בהתאם להוראות האמנה למניעת כפל מס. החברה מבקשת לראות לצרכי תשלום מס בישראל ברווח ההון "כאילו חולק דיבידנד" ובהתאם לא לשלם מס על הרווחים הראויים לחלוקה לאחר החלת המנגנון של הזיכוי העקיף, ומנגד לא משולם מס בארה"ב בגין חלוקת הדיבידנד.

קבלת עמדת החברה, עלולה ליצור עיוות נוסף במקרים של מכירת מניות חברה זרה במדינה בה ניתן לקזז הפסדים לאחר לאחר המכירה. במקרים אלו עלול להינתן זיכוי עקיף, כאשר למעשה המיסים ששולמו ע"י החברה הנמכרת יוחזרו לה בשנים העוקבות על ידי רשות המס הזרה.

עיוות נוסף שעלול להיגרם הוא מתן כפל זיכוי במכירה בין שני תושבי ישראל, כאשר המוכר ייהנה מזיכוי עקיף ממס במכירת המניות ואילו הקונה ייהנה מזיכוי עקיף על פי סעיף 126(ג) בעת חלוקת אותם רווחים צבורים.

בשנים שבנדון לחברה היו החזקות משמעותיות בדלק US והיא יכלה לפעול לחלוקת דיבידנד באותם שנים ובחרה שלא לעשות כן. תוצאת המס נגזרת ממה שעשתה החברה ולא ממה שיכולה הייתה לעשות ולא עשתה.

רווחי חברות ישראליות וחברות זרות המפיקות רווחים בישראל, מדווחים לרשות המיסים בישראל ונתונים לביקורת, להבדיל מחברות זרות המפיקות רווחים בחו"ל.

לעניין פריסת רווח ההון, החברה פעלה בניגוד להוראות הקבועות בסעיף 91(ה)(3) לפקודה. לא הייתה הסכמה פוזיטיבית בהסכם השומות ונישום לא יכול להיבנות מרמזים, הסכמות שבשתיקה והסכמות בע"פ. אין לשלול מפיקד השומה את זכותו וחובתו לשוב ולבחון בשלב ב' את השומה.

דיון והכרעה:

בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת החברה בסוגיה העיקרית לעניין הרר"ל ודחה את עמדתה בסוגיה השניה של הפריסה, והכל כפי שיפורט להלן:

סוגיית הרווחים הראויים לחלוקה:

בית המשפט קיבל את עמדת החברה מארבעה נימוקים עיקריים כדלקמן:

ראשית, את ההגדרה לרווחים ראויים לחלוקה ואת המונח "נתחייבו במס" יש לפרש באופן ההולם את התכלית שביסוד ההסדרים הקיימים בסעיפים 94, 126 ו-203(ב) ולא באופן טכני. ראוי שהתוצאה הסופית תהא מושתתת על עקרונות מיסוי כוללים וקוהרנטיים, תוך פרשנות רבה ותכליתית למונחים השונים, ולא להיתפס לפירוש דווקני החורג מאותם עקרונות. על כן קבע בית המשפט כי המונח "נתחייבו במס" משמעו כל מס המובא בחשבון במסגרת שיטת המיסוי הכוללת החלה לפי הפקודה על החברה ובעלי מניותיה, קרי, לרבות מס זר.

הזכות לקבלת זיכוי עקיף תלויה בכך שחברת הבת הזרה מוחזקת על ידי החברה הישראלית בשיעור של לפחות 25% והוא יחול הן על הכנסה שהפיקה אותה חברה בת זרה והן על הכנסה שהופקה על ידי חברה "נכדה" המוחזקת על ידי חברת הבת בשיעור של 50%. התפיסה שביסוד הזיכוי העקיף רואה בחברה מעין "צינור" שבאמצעותו בעל המניות מפיק את הכנסתו. לפיכך, ככל שרווחי החברה, שהגיעו בסופו של דבר לידי בעל המניות, התחייבו במס זר, גם אם בידי ישות משפטית אחרת, מן הראוי לראות כאילו המס הזר שולם על ידי אותו נישום. הדרישה להחזקה מהותית ואשר מופיעה לעיתים גם באמנות המס השונות, נובעת מהתפיסה כי יש לראות בחברה ובעלי המניות שלה כגוף כלכלי אחד, באופן המצדיק להרים את "מסך ההתאגדות". ובמילים אחרות, להשוות ככל האפשר בין מצב בו החברה פועלת בחו"ל באמצעות סניף ובין מצב בו היא מקימה בחו"ל חברת בת זרה.

שנית, אין מקום להבחין בין מצב בו החברה הישראלית פועלת בחו"ל באמצעות סניף (או חברת בת ישראלית) לבין מצב בו היא פועלת באמצעות חברת בת זרה. הכל מסכימים כי יש להכיר ברר"ל במקרה שבו חברה ישראלית מוכרת מניותיה של חברת בת ישראלית אר מפיקה את הכנסותיה בחו"ל, וזאת גם כאשר בשל הזיכוי הישיר והעקיף לא משולם בפועל כל מס בישראל. אין זה ראוי כי התוצאה תהיה שונה כאשר החברה הישראלית פועלת בחו"ל באמצעות חברת בת זרה.

שלישית, ביסוד סעיף 94ב לפקודה עומד הרעיון לאפשר גמישות בחיי העסק תוך הימנעות מפעולות שאינן יעילות מבחינה כלכלית והנעשות אך ורק מטעמי מס. מטרת הסעיף היא לגרום לכך שהנישום יהא אדיש מבחינת תוצאות המס בין מצב שבו ימשוך את הרווחים טרם מכירת המניות החברה המוחזקת לבין מצב בו ימכור את המניות ללא משיכה כאמור. אין מחלוקת כי בנסיבות שבהן חברת הבת פועלת במדינה שבה שיעור המס גבוה יותר משיעור מס החברות בישראל, לא יוטל מס נוסף בעת חלוקת הרווחים וזאת בשל הזיכוי העקיף. על שום מה, איפוא, יוטל המס מקום שבו המניות נמכרות כשהרווחים נותרו בחברת הבת?

רביעית, עצם העובדה כי סעיף 94ב מפנה לסעיף 126(ב) בלבד אינה מצדיקה להתעלם מההסדרים הכוללים הקיימים בהוראות הפקודה בכל הנוגע לרווחיה של חברה. בית המשפט ממשיך ואומר כי אין להחזיק את המחוקק כמי שעושה מלאכת מחשבת בניסוחן של הוראות הדין הנוגעות למיסוי בכלל, ולמיסוי בינלאומי בפרט, וכי ההפניה הספציפית לסעיף 126(ב) לאו דווקא נעשתה מכוונה מלכתחילה של המחוקק.

התייחסות לטיעונים נוספים של פקיד השומה

לעניין טענתו של פקיד השומה כי החברה בונה קונסטרוקציה שעל בסיס "כאילו וכביכול...", יש לציין כי כל עניינו של סעיף 94ב לפקודה הוא כאילו חולק דיבידנד וכביכול הוטל עליו מס. הפיקציה היא מאבני הבניין של ההסדר הנוגע למיסוי הר"ל ואין סיבה להחריג זאת במקרה דנן.

לעניין טענת פקיד השומה, כי חברות זרות אינן נתונות לביקורת בישראל, קבע בית המשפט כי בעידן של כלכלות גלובליות, אין דבר של ממש המונע מפקיד השומה לבדוק ולבקר דיווחים של חברת הבת הזרה ולהוציא שומה בהתאם.

טיעון נוסף, שעמדת החברה עלולה לאפשר עיוות מס והוא מתן כפל זיכוי במכירה בין שני תושבי ישראל, הרי שכפל מעין זה קיים גם במכירת מניות של חברה ישראלית. המוכרת לא משלמת מס על הר"ל והרוכשת לא תשלם מס במשיכת אותם רווחים בעתיד.

לגבי טיעון פקיד השומה לעניין עיוות העלול להיגרם במדינות בהן ניתן לקזז הפסדים לאחור, יש להזכיר את פס"ד אלון (ע"מ 1092-04-12) שבו הוכח כי לפקיד השומה יש כלים מספיקים לבחון מצבים שבהם מס זר ששולם הוחזר, כך שאפשר לתקן את השומה ולבטל את הזיכוי העקיף שניתן אם בחלוקת דיבידנד ואם במכירת המניות. זאת רשאי פקיד השומה לעשות אף בחלוף מועדי ההתיישנות הרגילים, מכוח הסמכות המיוחדת המוקנית בסעיף 210 שעניינו "טעות בחישוב הזיכוי".

סוגיית הפריסה:

המצב המשפטי בעניין זה ברור וזאת לאור סעיף 91(ה)(3) לפקודה הקובע כי פריסה לא תחול על רווח הון במכירת ניירות ערך הרשומים למסחר בבورסה. בית המשפט לא מצא את נימוקי החברה בדבר הפרשנות הראויה לסעיף גוברים על לשונו הברורה והחד משמעית של הסעיף.

כמו כן, עיון בהסכם השומה מעלה כי מדובר בהסכם שומה חלקי ועל אף שהוא מציין את הסוגיות השנויות במחלוקת אין בו אמירה מפורשת כי מדובר בסוגיות יחידות שנתרו. בנסיבות אלו, לא ניתן לפרש את ההסכם כשולל את זכותו וחובתו של פקיד השומה לבחון בשלב ב' את הדוחות ובכלל זה את סוגיית הפריסה.

לקבלת פרטים נוספים אנא צרו קשר עם:
רו"ח ועו"ד דני גבאי, דירקטור מנהל המחלקה המקצועית בחטיבת המס, טל': 03-6085532
רו"ח (משפטנית) אלה כהן, מנהלת בכירה בחטיבת המס, טל': 073-3994366

אנו עומדים לרשותכם בכל הסבר נוסף ככל שיידרש.

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
© כל הזכויות שמורות

www.deloitte.co.il

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee ("DTTL"), its network of member firms, and their related entities. DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL (also referred to as "Deloitte Global") does not provide services to clients. Please see www.deloitte.com/about for a more detailed description of DTTL and its member firms.

© 2018 Brightman Almagor Zohar & Co. Member of Deloitte Touche Tohmatsu Limited.