

חברים יקרים:

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

הרהורים ותהיות לגבי חקיקת סעיף 3(ט) לפקודה בדבר שימוש בדירה על ידי בעל מניות

מהותי

מבוא

לאחרונה פורסם חוק ההסדרים לשנים 2017 ו-2018, ועמו שינויי חקיקה רבים בתחום המיסים. חלק ניכר מתשומת הלב תפס המס החדש על ריבוי דירות, והבעיות שבו ממלאות חדשות לבקרים את עמודי העיתונים (ראו גם מצגת של המשרד בנושא). ברשימה זו ברצוננו להתייחס לכשלים ותהיות לגבי מס אחר ומשמעותי שהוסף במסגרת חוק ההסדרים, הוא המס החדש המוטל על בעל מניות מהותי בחברה, בשל שימוש בכספים ו/או נכסים שבבעלות החברה, ובפרט – דירה שבבעלותה. המס החדש נוסף לפקודת מס הכנסה כסעיף 3(ט) לפקודה, כחלק מההסדר של מיסוי חברות הארנק. את הוראות הסעיף ניתחנו בהרחבה במצגת "מורה נבוכים לחוק ההסדרים לשנים 2017-2018 – עיקרים במיסוי חברות ארנק ובעלי מניות", ולכן לא נחזור עליהם כאן, ונתמקד בכשלים ובאי הבהירות הקיימים בהסדר החדש.

ככלל רק נזכיר, כי המס החדש בא למסות את בעל המניות המהותי על חיסכון המס שנוצר לו לכאורה מהשימוש העקבי בנכסי החברה ובכספיה, וזאת גם אם הוא משלם לה ריבית /או דמי השכירות בשוטף עבור השימוש בכספים/ נכסים.

בהתאמה, הסעיף קובע, כי במועד החיוב תיזקף לחובת בעל המניות המהותי שמשך כספים מהחברה הכנסה מדיבידנד/ הכנסת עבודה/ הכנסה מעסק או ממשלח יד, תלוי בנסיבות העניין, לפי השווי של ההלוואה שהועמדה לבעל המניות המהותי בניכוי יתרות זכות לטובתו. אם בעל המניות עשה שימוש בנכס של החברה, אזי תיזקף לו הכנסה כאמור, לפי עלות הנכס (שווי הרכישה) בניכוי יתרות זכות ומשכנתה המוטלת על הנכס.

"מועד החיוב" נקבע ביחס למשיכת כספים לתום השנה שלאחר שנת המס בה נמשכו הכספים (שוטף + שנה). ביחס לנכסים, מועד החיוב נקבע לתום שנת המס שבה הועמד הנכס לשימוש ובתום כל שנה לאחר מכן עד המועד בו הושב הנכס.

לכך הוסיף המחוקק הוראות מעבר מורכבות ביחס לדירה, אשר באות להסדיר את השבת הדירה או העברתה על שמו עד ליום 31 בדצמבר 2018.

עתה נפנה כאמור לניתוח ראשוני של הפגמים הקיימים לטעמנו בהסדר החדש. מובן, כי רשימה זו אינה מתיימרת להיות ממצה, ובהחלט ייתכן שבהמשך יתגלו כשלים נוספים.

מיהו זה ששימוש בנכס מקים את החיוב במס?

בסעיף 3(ט)(1) מוגדרת "משיכה מחברה" כ"משיכה של כספים מחברה על ידי בעל מניות מהותי או קרובו, או העמדת נכס של חברה לשימושם..."

כך ניתן להסיק, כי השכרת פחות ממחצית הדירה לטובת בעל המניות המהותי לצד השכרת יתרת הדירה לצד ג', אינו מקים לבעל המניות המהותי חבות במס החדש. יתרה מזאת, שימוש חלקי בדירה במהלך תקופה, הפחותה מחצי שנה לצד העמדתה ריקה ביתר הזמן, אף הוא יכול להיחשב כשימוש שאינו נעשה בעיקר לטובת בעל המניות המהותי. זהו המקרה למשל בעניינה של דירת נופש, אשר השימוש בה מוגבל לפחות מ-183 ימים בשנה (וראו פסקי הדין בעניין **גיצלטר וחכים** שעסקו בכך בהקשר של מס שבח ומס רכישה).

תשומת הלב, כי ביחס לחפצי אומנות ותכשיטים לא קיים התנאי, כי עיקר השימוש בהם יעשה על ידי בעל המניות, כך שלכאורה, כל שימוש ולו מזערי בהם חושף את בעל המניות למס החדש. ברור, כי מדובר בהוראה בלתי סבירה ופעמים רבות, קשה לשים את הגבול ביחס לנכסים אלו בין שימוש פרטי לבין שימוש שנעשה לטובת החברה.

נקודה נוספת ומעניינת, היא הגדרת דירה לצרכי הסעיף. אם בדרך כלל קיימת לדירה הגדרה ממצה בחוקי מס (חוק מיסוי מקרקעין קובע בעצמו שתי הגדרות נפרדות, אחת לצורך מס שבח ואחת לצורך מס רכישה; כן קיימת הגדרה לצורך מס ריבוי דירות, המוקשית בפני עצמה), אזי לצרכי סעיף 3(ט) לפקודה בחר המחוקק את ההגדרה הקיימת בסעיף 1 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, לפיה דירה היא "חדר או מערכת חדרים שנועדו **למגורים**, לעסק או לכל צורך אחר". הגדרה זו מטבע הדברים נועדה להגן באותו החוק על הרוכש, בין אם מדובר

כלומר, העמדת נכס של חברה לבעל מניות מהותי בחברה או לקרובו תיחשב "משיכה מחברה", אשר מהווה את המניע לאירוע המס (להגדרת "קרוב" ראו שקופית 19 במצגת הנ"ל).

אך בהמשך הסעיף נאמר, כי "נכס" הוא בין השאר "דירה שעיקר השימוש בה הוא לצרכיו הפרטיים של בעל המניות המהותי, ולרבות תכולתה".

כמו כן, בסעיף 3(ט)3(ב) נקבע: "הועמד נכס לשימוש בעל המניות המהותי, יראו כהכנסתו במועד החיוב, את עלות הנכס..."; ובסעיף 3(ט)3(7) נקבע: "בגין השימוש בנכס עד להשבתו לחברה, תיזקף לבעל המניות המהותי הכנסה מסעיף 2(2) או (10)..."

אם כן, זקיפת ההכנסה לבעל המניות תיעשה רק בגין העמדת נכס לבעל המניות עצמו, ללא אזכור של קרובו.

לפי תכלית הסעיף, דומה כי יש לזקוף הכנסה לבעל המניות גם בגין העמדת הנכס לרשות קרוב של בעל המניות, ולא רק לבעל המניות עצמו, אך הלקונה שבסעיף יכולה לתמוך באימוץ של פרשנות אחרת.

מהי "דירה" לצרכי הסעיף?

הגדרת "נכס" במסגרת סעיף 3(ט) לפקודה, כוללת דירה, חפצי אומנות או תכשיטים, כלי שיט, כלי טיס וכן נכס אחר, כפי שייקבע על ידי שר האוצר.

התנאי למיסוי בעל המניות על השימוש בנכסים ביחס לדירה, כלי שיט, וכלי טיס הוא שעיקר השימוש בהם הוא לצרכיו הפרטיים של בעל המניות.

מחוץ לישראל, אשר משמשת בעיקרה את בעל הנכס.

ההכנסה עליה יחול המס היא "עלות הנכס" הנ"ל, בניכוי יתרת זכות של בעל המניות בחברה, ואם הנכס הוא דירה, גם בניכוי יתרת הלוואה מבנק שבגינה הוטל שעבוד על הדירה.

קביעת העלות וההכנסה נועדו לאתר את רווחי החברה, אשר במקום לחלקם לבעל המניות כדיבידנד, החברה השתמשה בהם למימון רכישת הנכס והשבחתו. על רווחים אלו מוטל מס כאילו שולמו לבעל המניות. מנגנון זה מזכיר במידה מסוימת את המס על "הרווח הנוסף" בסעיף 71א לחוק מיסוי מקרקעין, שמוטל בעת העברת מקרקעין לבעלי המניות אגב פירוק חברה.

לענייננו, לא ברור מדוע יש לחייב את בעל המניות גם במס מיוחד גם בגין העמדת הנכס לרשותו וגם בגין דמי השכירות הרעיוניים. שהרי, אם רואים את רווחי החברה כאילו חולקו לבעל המניות, אזי באופן רעיוני בעל המניות יכול היה לרכוש את הדירה בעצמו, ולכן, מה הטעם בלחייב אותו בהכנסה רעיונית על דמי שכירות? באותו אופן, כאשר בעל מניות מושך כספים מחברה בשליטתו, אין לזקוף לחובתו דיבידנד רעיוני וגם ריבית רעיונית, אלא רק אחד מהם – סעיף 3(ט)8 לפקודה קובע, כי הטלת המס על ריבית רעיונית מכוח סעיף 3(ט) לפקודה תחול רק עד מועד החיוב במס על דיבידנד. העיוות גדל שבעתיים, כאשר אירוע המס ביחס לנכס חל כל שנה מחדש. כזכור, בהקשר של העמדת נכס לשימוש בעל מניות, מוגדר "מועד

ברכישה של נכס פרטי (דירת מגורים) ובין אם מדובר בנכס עסקי (משרד).

הבעיה היא שייבוא ההגדרה הנ"ל לסעיף 3(ט) לפקודה, גורם למצב לפיו גם שימוש בנכס מסחרי השייך לחברה על ידי בעל המניות המהותי עלול להשית על בעל המניות את המס החדש. כך כמשל, שימוש במשרדים השייכים לחברה על ידי בעל המניות המהותי לעסקיו השונים, עלול להקים כלפיו חבות במס, הגם שבניגוד לדירת מגורים למשל, המשמשת למגורי בעל המניות המהותי, כלל לא בטוח, כי ניתן לראות בשימוש במשרדים השייכים לחברה כשימוש פרטי של בעל המניות.

שני סוגים של חיוב במס וסוגית כפל המס הרב

שנתי

ועתה לקשיים הטמונים בעצם ההסדר. הסעיף קובע שני סוגים של חיוב במס – הראשון הוא בגין העמדת הנכס לשימוש בעל המניות, שאז נצמחת בידי הכנסה בגובה עלות הנכס בידי החברה; והשני הוא בגין השימוש השוטף, שאז נצמחת בידי הכנסה בגובה שווי השוק של השימוש בנכס (כלומר, במקרה של דירה, שווי השוק של דמי השכירות בגין הדירה).

נפרט מעט אודות אירוע המס הראשון שעומד בלב התיקון – "עלות הנכס" היא שווי הרכישה של הנכס לפי חוק מיסוי מקרקעין, בתוספת הפחת, או עלות הנכס בדו"ח הכספי שלה, לפי הגבוה מביניהם. נראה, גם כי עקרונות אלו חלים ביחס לדירת מגורים

הכלל, כי כספים שהושבו לחברה עד מועד החיוב, ונמשכו מחדש בתוך שנתיים מהמועד שבו הושבו, יראו אותם, עד גובה הסכום שהושב מחדש, כאילו לא הושבו. כחריג, נקבע, כי כספים שנמשכו מחדש באופן חד פעמי והוחזרו בתוך 60 ימים לא יקימו חיוב במס. ניתן להניח, כי הפטור החד פעמי מתייחס לכספים שנמשכו במהלך השנתיים ויחול מחדש לגבי יתרת הכספים שנמשכו בתקופת השנתיים הבאות וכן הלאה. נזכיר גם, כי יתרת זכות שנוכחה מהכנסה ונפרעה בתוך 18 חודשים מהמועד שבו נוכחה – עד גובה הסכום שנפרע, יראו כאילו לא נוכחה ותגדיל רטרואקטיבית את סכום ההכנסה שחייבת במס החדש. הכלל גם חל לגבי השבת נכסים ושימוש חוזר באופן שנקבע, כי נכס שהועמד לרשות בעל המניות המהותי והושב לחברה עד מועד החיוב, ולאחר מכן הועמד לשימוש מחדש בתוך שלוש שנים מהמועד שהושב – יראו אותו כאילו לא הושב. בעניין זה יש להדגיש, כי השימוש מחדש אינו כפוף למגבלה ש"עיקר השימוש" בדירה הוא לצרכיו הפרטיים של בעל המניות, ולכאורה גם שימוש מזערי בדירה שהושבה עלול להשית חיוב מס רטרואקטיבי על בעל המניות המהותי. ראוי היה שגם בהקשר של דירה שהושבה לחברה, חיוב המס יהיה כפוף לרף "עיקר השימוש".

חישוב השבח בידי בעל מניות שהעביר את

הדירה לבעלותו ולאחר מכן מכר את הדירה

בהוראות המעבר של הסעיף ניתנת אפשרות לבעל המניות להעביר את הדירה לבעלותו עד ליום 31

החיוב" בסעיף 3(ט1)(1) כ"תום שנת המס שבה הועמד הנכס לשימוש, ובתום כל שנה לאחר מכן עד למועד שבו הושב הנכס."

משמע, הוראות הסעיף קובעות, כי המס החדש יחול כל שנה עד למועד שבו הושב הנכס וללא קבלת זיכוי בגין המס ששולם בשנים עברו. כך שימוש בדירה על ידי בעל המניות המהותי יחייב את בעל המניות כל שנה במס על דיבידנד/ הכנסת עבודה/ הכנסה מעסק לפי "עלות הנכס" של הדירה עד להשבתה לחברה או להעברתה על שמו, וזאת לצד דמי השימוש הראויים בשווי השוק שהוא נדרש לשלם כל שנה.

בהחלט יכול להיות שמדובר בטעות בלשון החקיקה, שכן משמעות הדברים היא לכאורה כפל מס רב שנתי, המנוגד לכל היגיון. גם אם המחוקק מעוניין לזקוף הכנסה לבעל המניות בגין העמדת הנכס לרשותו, אזי יש לעשות זאת פעם אחת בלבד, ואין סיבה לעשות זאת כל שנה מחדש. מכל מקום, ברור שבנסיבות אלו וככל שלא תחול הבהרה בסוגיה, המחוקק מאלץ למעשה את בעל המניות המהותי להעביר את הנכס על שמו או להשיבו לחברה. הוראות המעבר קובעות, כי המועד הראשון שבו יחול המס הרעיוני ביחס לדירה יהיה ביום 31 בדצמבר 2018.

השבת כספים ומשיכה חוזרת

בניסיון למנוע תכנוני מס בהם בעל המניות המהותי ישיב לחברה את הנכס/הכספים בסוף שנת המס וימשוך אותם לאחר תקופה קצרה מחדש, נקבע

בגין ההעברה יהיה בעל המניות אף על פי שהחברה היא ה"מוכרת", ושווי המכירה ייקבע לפי הוראות סעיף 17 לחוק מיסוי מקרקעין. נשאלת השאלה, האם תחול גם הוראת סעיף 17(ד), הקובעת "גילום מלא" של מס השבח בשווי המכירה? לדעתנו, התשובה על כך היא בשלילה, שכן, סעיף 17(ד) הנ"ל קובע שחל גילום מלא כאשר הרוכש נושא במס השבח במקום המוכר מכוח הסכם, בעוד כאן הרוכש נושא במס השבח מכוח הוראות החוק. בכל מקרה בחלופה זו, יתקבלו יום רכישה חדש ושווי רכישה חדש כאשר הדירה תימכר בעתיד על ידי בעל המניות המהותי.

אי תחולת סעיף 71 לחוק מיסוי מקרקעין

עוד נקבע בהוראת המעבר, כי הוראות סעיף 71 לחוק מיסוי מקרקעין לא יחולו על דירה שהועמדה לשימוש בעל המניות המהותי בשנת המס 2015 ואילך.

בקצרה, סעיף 71 לחוק מיסוי מקרקעין מאפשר העברה של זכות במקרקעין מחברה בפירוק לבעלי מניותיה בפטור ממס שבח, בהתקיים תנאים מסוימים. השימוש בסעיף זה נפוץ מאוד במימוש נכסי מקרקעין הרשומים בחברות, והוא יכול היה לסייע לבעלי מניות רבים להימנע מהמס המוטל מכוח סעיף 3(ט) לפקודה בדרך חוקית ולגיטימית, וזאת על ידי פירוק החברות והעברת הדירות שבבעלות אותן חברות לרשות בעלי המניות. ההוראה המונעת את תחולת סעיף 71 לחוק מיסוי מקרקעין למעשה כולאת את בעלי המניות בכלוב

בדצמבר 2018. בעל המניות רשאי לבחור שלא לשלם את מס השבח בעת ההעברה, ובעתיד, כאשר ימכור את הדירה, הוא ייכנס בנעלי החברה מבחינת יום הרכישה ושווי הרכישה. בעת המכירה ייערך פיצול ליניארי של השבח הריאלי, כך שעל החלק בשבח הריאלי המיוחס לתקופה שעד יום ההעברה יוטל מס שולי, ועל יתרת השבח הריאלי יוטל מס בשיעור 25% (ההוראה מפנה לסעיף 48א(ב)(1) לחוק מיסוי מקרקעין). כלומר, נשללת מבעל המניות הזכות לערוך פיצול ליניארי "מוטב" על יתרת השבח הריאלי (קרי פטור ממס שבח עד ליום 1 בינאר 2014 ו- 25% לאחריו), ולא ברור מדוע.

לחלופין, אם החברה הייתה חברה משפחתית מיום התאגדותה ועד יום ההעברה, במכירת הדירה על ידי בעל המניות יחול חישוב מס השבח הרגיל לפי סעיפים 48א(ב) ו-48(ב) לחוק מיסוי מקרקעין, כך ששיעור מס השבח ינוע בין 22% ל-42%, בהתאם ליום הרכישה של הדירה. לדעתנו, לא הייתה סיבה לאבחן בין חברה משפחתית שהייתה משפחתית מיום התאגדותה ועד יום ההעברה, לבין חברה שהפכה למשפחתית לאחר התאגדותה. אם כבר, ניתן היה לפצל את השבח באופן ליניארי, כך שעל השבח הריאלי המיוחס לתקופה שעד יום ההפיכה לחברה משפחתית יוטל מס שולי, ועל יתרת השבח יוטל מס שבח רגיל.

חישוב דומה של מס השבח ייערך אם בעל המניות בחר לשלם מס שבח במועד העברת הדירה לבעלותו. בהוראת המעבר נקבע, כי החייב במס

הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר המשרד.

אין באמור ברשימה זו כדי להוות חוות דעת ו/או ייעוץ משפטי בסוגיות הנידונות ובכל אופן מומלץ להתיעץ עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או אחרים המסתמכים על רשימה זו.

הזהב שהם עצמם יצרו, ומאלצת אותם לשלם מיסים גבוהים יותר – או על השימוש בדירה או על העברת הדירה לבעלותם.

המחוקק מוסיף ומקשה על בעלי המניות עוד יותר, בכך שקובע שסעיף 71 הנ"ל לא יחול על דירה שהועמדה לשימוש בעל המניות המהותי בשנת המס 2015 ואילך. לדעתנו, היה על המחוקק לתת לבעלי המניות פרק זמן בו יוכלו לפרק את החברות בבעלותם ולהעביר את הדירות לרשותם ללא מס, ובכך להיערך למצב החדש.

סיכום

עוד רבות ידובר על סעיף 3(ט) (1) לפקודה ובפרט על המשמעויות המיסוייות הכרוכות בו לגבי בעל מניות מהותי, אשר משך כספים או עשה שימוש בנכסי החברה. ברשימה זו עמדנו בקצרה על חלק מהכשלים ואי הבהירויות הקיימים בנוסח הקיים. אנו תקווה שהמחוקק או רשות המיסים יתנו מענה לחלקם, כדי להקל על הקושי שנוצר. נקודה טובה להתחלה תהיה מתן הבהרה למיסוי הרב שנתי לכאורה שמושת ביחס לשימוש בנכס עד להחזרתו לחברה או רישומו על שם בעל המניות, שכן מדובר לכל הדעות על כפל מס חסר הצדקה, כפי שפורט לעיל ברשימה זו.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות: עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד שי ארז, עו"ד אנה צברי ועו"ד רפאל בוסידאן.