

חברים יקרים:

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

האמריקאי ובדין הישראלי, בפרט על רקע חוזר 5/2004. ברשומון זה נסקור קשיים אלו על רקע החלטות מיסוי שניתנו בסוגיה ולאור פסק הדין בעניין גמול (ע"מ 49525-02-14), אשר ניתן לאחרונה.

עיקרי חוזר 5/2004

החוזר קובע, כי כאשר LLC נחשבת לישות "שקופה" לפי דיני המס בארצות הברית, והשליטה והניהול בה מתבצעים מחוץ לישראל, עלול להיווצר כפל מס, שכן, הדין האמריקאי מייחס את ההכנסות לבעל הזכויות (Member), שהינו תושב ישראל; ואילו הדין הישראלי מייחס את ההכנסות לחברה (LLC). על מנת להתגבר על בעיית כפל המס, מאפשר החוזר לבעל הזכויות לדווח בישראל על הכנסת התאגיד באופן אישי. במקביל, יינתן זיכוי בשל המס הזר ששולם ע"י בעל הזכויות בארצות הברית (כתוצאה מייחוס ההכנסות של התאגיד אליו אישית). מאחר שבפועל החוזר מאפשר את ייחוס ההכנסה החייבת ליחיד תושב ישראל, והכנסה זו חויבה במס בהתאם לשיעורי המס הרגילים החלים עליו, לא יחול מס נוסף בעת חלוקת הרווחים מה- LLC ליחיד.

עוד קובע החוזר, כי אופי הכנסות ה- LLC המדווחות על ידי מחזיק תושב ישראל יישמר, ולפי אותו האופי ייקבע שיעור המס על ההכנסה בידי המחזיק. כך למשל, הכנסה מעסק בידי ה- LLC תיחשב להכנסה מעסק בידי המחזיק.

מיסוי בינלאומי: הרהורים נוספים לגבי סיווגה של LLC בדין הישראלי – "חברה שקופה", "שקופה"

למחצה או חברה רגילה?

פתח דבר

פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה") מחילה על יחידים מיסוי חד שלבי ואילו על חברות ובעלי מניותיהן מיסוי דו שלבי. כלומר, בעוד שיחיד חייב ככלל במס שולי על הכנסותיו, הרי שכאשר מדובר בחברה, מוטל על החברה מס חברות, ועל בעלי המניות מוטל מס בעת חלוקת דיבידנד מהחברה (ראו למשל ע"א 8500/10). לצד כלל זה קיימים חריגים מפורשים בפקודה, אשר מאפשרים בתנאים מסוימים "להשקיף" את הכנסת החברה ולייחס את הכנסותיה לבעלי המניות. זה המקרה בעניינה של חברת בית (סעיף 64 לפקודה), חברה משפחתית (סעיף 64א לפקודה), חברה לנכסי נאמנות (סעיף 75 לפקודה), וכך גם היה צריך להיות דינה של החברה השקופה (סעיף 1א64 לפקודה).

והנה דומה, כי תאגיד המאוגד כ- LLC אמריקאי מהווה אף הוא חריג לכלל זה, מבלי שהדבר מעוגן בפקודה, אלא נשען על חוזר מס הכנסה 5/2004, אשר מאפשר את השקפתו החלקית לצרכי קבלת זיכוי מס זר בישראל. השקפה זו מעוררת לא אחת קשיים פרקטיים ועיוניים בסוגיות קיזוז הפסדים, זיכוי מס זר ושליטה וניהול. במסגרת [רשומון מס' 10](#) דנו בהרחבה במאפיינים המיסויים של LLC בדין

LLC אמריקאי, משל ה- LLC הינו חבר בני אדם לכל דבר ועניין לגבי הזיכוי העקיף. באותו מקרה, חברה תושבת ישראל (להלן: "חברת האם"), החזיקה בחברה תושבת ארצות הברית (להלן: "חברת הבת"). חברת הבת לא הייתה פעילה עסקית ודיווחה על הכנסותיה לרשויות המס בארה"ב. חברת הבת החזיקה 49% ב- LLC (להלן: "חברת נכדה"), יתרת הזכויות בחברת נכדה הוחזקו על ידי שותף אמריקאי. ההכנסות של חברת נכדה נחשבו כהכנסתה של חברת הבת לצורכי מס בארצות הברית (בהתאם לחלקה), וגם המס לגבי הפעילות שולם על ידי חברת הבת.

הבקשה: לצורך החלת סעיף 126(ג) לפקודה לגבי דיבידנד אשר מתקבל בידי חברת האם מחברת הבת הרי שהכנסותיה של החברה הנכדה ייחשבו כ"הכנסה שממנה חולק הדיבידנד" לחברת האם. בעת חלוקת הדיבידנד יחול סעיף 126(ג) לפקודה ויתקבל זיכוי מהמס האמריקאי ששולם בגין הכנסותיה של החברה הנכדה. לחלופין, ביקשה חברת האם, בין היתר, לאשר כי חברת נכדה תיחשב כישות משפטית שקופה או כשותפות גם לצרכי מס בישראל ובכך לראות בהכנסותיה של החברה הנכדה כהכנסותיה של חברת הבת, לכל דבר ועניין - לרבות לעניין סעיף 126(ג) לפקודה.

ההחלטה: רשות המיסים לא אישרה את המבוקש וקבע כי המונח "הכנסה שממנה חולק הדיבידנד" מוגדר בסעיף 126(ג) לפקודת מס הכנסה "לרבות הכנסה שמקורה בחברה המוחזקת במישרין בידי החברה האחרת בשיעור של 50% לפחות". היינו,

עוד נקבע בחוזר, כי מטרתו היא טיפול בבעיות הזיכוי ממס זר בלבד, ואין בו כדי לשנות את מעמד התאגיד ל"שקוף" לחלוטין לצורך מס. כך למשל, הפסדים כתוצאה מפעילות התאגיד בחו"ל, לא ייוחסו למחזיק אלא יישארו לקיזוז על פי הוראות הפקודה, ברמת ה- LLC. הפסדים אלו יקוזזו ברמת ה- LLC עצמו בשנים העוקבות.

לבסוף נקבע בחוזר, כי הוראותיו יפעלו רק לאחר שהנישום ביקש להחיל עליו את ההסדר שנקבע בו, ואם עשה זאת, לא יוכל לחזור בו מבחירתו ויהיה עליו להפעיל את הוראות החוזר באופן עקבי גם בשנים העוקבות.

אם כן, לצורך דיני המס בישראל, ובניגוד למעמדה בארצות הברית ה- LLC אינה יכולה להיחשב גוף שקוף (כל עוד אינה מסווגת לצרכי מס כחברה משפחתית, חברת בית, או חברה להחזקת נכסי נאמנות). יחד עם זאת, רשות המיסים מאפשרת למחזיק ב- LLC לדווח על הכנסותיה (ורק על הכנסותיה, ללא הפסדים) בדוחות שהוא מגיש בישראל.

החלטות מיסוי רלוונטיות

עמדת רשות המיסים בחוזר **5/2004**, המהווה מעין "שעטנז" המבטא השקפה חלקית של ה- LLC, חוזרת גם בהחלטות מיסוי, אשר פורסמו על ידה בשנים האחרונות.

בהחלטת מיסוי שלא בהסכם מספר **2536/12** בנושא זיכוי עקיף נקבע כי לא יינתן זיכוי עקיף לחברה הישראלית ביחס לדיבידנד שהיא מקבלת מ-

כל פעילות אחרת נוספת. הנישום נכנס לעסקה באמצעות שתי חברות חדשות משפחתיות לפי סעיף 64א לפקודה, תושבות ישראל בבעלותו המלאה, אשר הוקמו לצרכי ההשקעה בארה"ב (להלן ביחד: "החברות המשפחתיות"). בנוסף, הוקמה ע"י החברות המשפחתיות חברה נוספת בארה"ב (להלן: "החברה האם") אשר הינה חברה חדשה הרשומה אף היא בארצות הברית ואשר באמצעותה מחזיק הנישום בזכויות בחברה הבת, וכן החזקה בדירה נוספת בארה"ב. החברה האם והחברה הבת נחשבות כשקופות לצרכי מס בארצות הברית. כמו כן, החברות המשפחתיות אינן יכולות להיחשב כ"שקופות" לצרכי מס בארה"ב, ועל כן יחויבו במס על ההכנסות הנובעות מהחברה האם ומהחברה הבת.

הבקשה: על בסיס חוזר מס הכנסה 5/2004, התבקשה רשות המיסים לקבוע כי יראו בחברה האם ובחברה הבת כגופים שקופים, שהכנסתן החייבת תעלה בשקיפות באמצעות החברות המשפחתיות לנישום עצמו, תוך מתן זיכוי של מלוא המס המשולם בארה"ב. בנוסף התבקש לקבוע, כי סיווג ההכנסה העולה מהחברה האם ומהחברה הבת לבעלי המניות לא ישונה לרבות בעת מכירתו של הבניין, היינו הרווח במכירת הבניין יסווג כרווח הון בידי בעלי הזכויות ב-LLC ולפיכך יוכל הנישום להתמסות בהתאם להוראות חלק ה' לפקודה בידי הנישום.

ההחלטה: נקבע בין היתר, כי הנישום יפעל בהתאם לאמור בחוזר, וידרוש זיכוי בגין מס זר אמריקאי

על מנת שניתן יהיה לקבל זיכוי בגין מס החברות המשולם על ההכנסה שהופקה על ידי חברה נכדה והמיוחסת, לפי דיני המס בארצות הברית, לחברת הבת - יש צורך בהחזקה של 50% לפחות ולא די בהחזקה של 49%.

כמו כן, הוחלט שלא ניתן להתייחס לחברת נכדה כאל "שותפות" שכן היא מאוגדת כ-LLC הנחשבת לפי דיני המס בישראל כ"חברה". לפיכך, הכנסותיה של חברה נכדה נחשבות כהכנסותיה שלה למרות זקיפתן לחברת הבת לפי דיני המס בארצות הברית ובהעדר החזקה של 50% לא ניתן לאשר בגין זיכוי מס חברות. **משמע, יש לבודד את המס ששולם בארצות הברית, בגין הכנסת חברת נכדה ובגינה לא יותר קבלת זיכוי מס עקיף, לפי סעיף 126(ג) לפקודה.**

החלטת מיסוי נוספת מספר 4554/12 עוסקת במקרה של השקעה בבניין בארצות הברית באמצעות LLC. במקרה זה, הנישום הינו תושב ישראל (להלן: "הנישום"), אשר החליט להשקיע ביחד עם ארבעה משקיעים תושבי ארצות הברית בבניין בארצות הברית.

ההשקעה בבניין בוצעה באמצעות שתי ישויות זרות. האחת, הוקמה במיוחד לצורך רכישת הבניין ונרשמה בארצות הברית כ-LLC (להלן: "החברה הבת"). השנייה, אשר גם כן הוכרה כ-LLC, הוקמה במיוחד מטעמים משפטיים לצורך רכישת ה-Note מהבנק אליו משועבד הנכס בארה"ב (להלן: "החברה הייעודית"). כל פעילותה של החברה הבת וכל הכנסותיה צפויים להיות מהבניין בלבד ולא תהא

חברת הבת, החברות הנכדות ו/או השותפויות (להלן: "הקבוצה"), כאילו הופקו על ידי בעלי המניות (בהתאם לחבות המס שחלה על יחיד בארצות הברית).

השליטה והניהול על עסקי החברה הבת והחברות הנכדות מופעלים בארה"ב, ואינם בישראל.

שיעור המס שיחול בארה"ב על רווחי הקבוצה מפעילות הקבוצה בארה"ב, כתוצאה מבחירה במיסוי לפי שיטת ה-Check the Box, נמוך משיעור המס שהיה חל על הקבוצה בארה"ב אילולא הבחירה להתמסות לפי שיטת מיסוי זו.

הבקשה: החברה ביקשה ליישם את האמור בחוזר 5/2004 ביחס לחברה הבת ולחברות הנכדות (שהן תאגידים מסוג LLC) והשותפויות, כך שהכנסותיהן ממקרקעין המצויים בארה"ב ידווחו בישראל באופן שוטף במסגרת דוחות החברה.

בנוסף, התבקשה רשות המיסים ליתן את המס שישולם בארה"ב, בגין הכנסות אשר מדווחות בתיק היחיד בארה"ב, הנובעות מנכסי הנדל"ן בארה"ב המוחזקים על-ידי החברה הבת, החברות הנכדות והשותפויות, אשר הופקו בארה"ב, כזיכוי כנגד מס החברות בו תהא החברה חייבת בישראל.

ההחלטה: במסגרת ההחלטה נקבע, כי חוזר מס הכנסה 5/2004 לא יחול בנסיבות המקרה, בין היתר, לאור העובדה שבעל המניות אשר מדווח על הכנסות הקבוצה בארה"ב אינו מחזיק במישרין בחברה הבת, בחברות הנכדות ובשותפויות.

עם זאת, בנסיבות המקרה ולצורך יישום ההחלטה, נקבע מנגנון זיכוי ייחודי כנגד המס הישראלי בו

שישולם ע"י החברות המשפחתיות. ההכנסות המיוחסות לנישום מהחברה הבת, יישמרו על אופיין כפי שהיו בחברה בה נוצרו (בחברה האם ו/או בחברה הבת). החלטת המיסוי מוסיפה וקובעת נוסחת זיכוי מקורית לפיה, הזיכוי בגין המס הזר שיינתן לנישום בהתאם להוראות החוזר, בגין פעילות החברה הבת, יהיה כנמוך מבין המס הזר ששולם בפועל ע"י החברות המשפחתיות לבין המס הזר שהיה משולם בארה"ב ע"י הנישום אילו החזיק את החברה האם ישירות, ולא באמצעות החברות המשפחתיות. **כלומר, החלטת המיסוי מאפשרת ליחיד לקבל זיכוי בגין המס ששילמו החברות המשפחתיות בארצות הברית ומכאן יתרונה.**

החלטת מיסוי נוספת, אשר פורסמה בשנה האחרונה היא החלטת מיסוי מספר 6839/16. עיקרי העובדות הן כדלקמן: חברה תושבת ישראל (להלן: "החברה") המוחזקת במלואה על ידי תושב ישראל, השקיעה בנדל"ן באמצעות LLC ("חברת הבת"), אשר החזיקה בתורה בשיעורי החזקה נמוכים מ-50% בשותפויות אמריקאיות (LP) ותאגידים מסוג LLC (להלן: "השותפויות והחברות הנכדות").

השותפויות והחברות הנכדות הן אלה המחזיקות בנכסי המקרקעין בארצות הברית, והן נחשבות לישויות "שקופות" לצרכי מס בארצות הברית.

לצרכי מס בארצות הברית בחרה החברה להיחשב כ"שקופה" עם תחילת פעולתה (על ידי ביצוע הליך Check the Box) ועל כן, רואים את כל ההכנסות שמופקות מהנכסים המוחזקים על ידי החברה,

שהיו משתלמים בגין החברה הבת אילו קוזזו הפסדי החברה הבת מרווחי החברה הבת (ולא מרווחי החברות הנכדות).

ההחלטה כוללת את הדוגמא הבאה:

שנה	2015	2016
החברה הבת	(40)	100
החברות הנכדות	150	300
סה"כ רווחי הקבוצה	110	400

לפי דוגמה זו יוצא שהמס שישולם בארצות הברית (תחת שיעור מס של 20%) יהיה בשנת המס 2015 - 22 ו- 2016 - 80. לעומת זאת, לפי החלטת המיסוי יתרו כזיכוי 12 בלבד, כאילו ההפסד של החברה הבת בשנת המס 2015 קוזז כנגד רווחיה בשנת המס 2015. החלטת המיסוי מאפשרת במקרה זה, אם כן, זיכוי של המס הזר ששולם על ידי היחיד בארצות והגם שאינו מחזיק ישירות בתאגידים בארצות הברית, אך מנטרלת בין היתר זיכוי מס זר שמקורו בהכנסות של החברות הנכדות, אשר שיעור החזקתן העקיפה מתחת ל-50%.

פסק הדין בעניין גמול

באותו עניין המערערת רכשה נכסי מקרקעין בארה"ב באמצעות חברות בשליטתה שהתאגדו כחברות LLC, שקופות לצרכי מס בארצות הברית. כפועל יוצא ממכירת זכויותיה בחברות ה- LLC בשנת המס 2006, נוצר לחברה רווח הון בארצות הברית. מכירה זו הקימה שתי שאלות מרכזיות.

תחויב החברה. המנגנון קובע כי החברה תהא רשאית ליישם את מנגנון הזיכוי העקיף ביחס למס ששולם על ידי היחיד בארצות הברית, בהתאם לסעיפים 126(ג) - 126(ה) לפקודה, רק בנוגע לכספים שמקורם ברווחים הנובעים מנכסים המוחזקים על ידי חברת הבת ובכפוף לתנאים ומגבלות המפורטים בהחלטה. מנגנון הזיכוי העקיף לא יופעל ביחס לכספים שמקורם ברווחים הנובעים מנכסים המוחזקים על ידי החברות הנכדות (היות ושיעור ההחזקה נמוך מ-50%). הוסכם בנוסף, כי גובה מסי החוץ לצורך יישום ההחלטה יהיה הנמוך מבין אלה:

1. המיסים שישולמו בארה"ב בפועל, בשל בחירת החברה בהפעלת מנגנון ה-Check the Box
2. המיסים שהיו משתלמים בארה"ב אילו החברה לא הייתה בוחרת בהפעלת מנגנון ה-Check the Box, והדיווח בארה"ב היה נעשה על-ידי חבר-בני-אדם.

בנוסף, לאור העובדה שמנגנון הזיכוי העקיף לא מופעל ביחס לחברות הנכדות, הוסכם כי ככל שיקוזזו הפסדים שנובעים מהנכסים המוחזקים במישרין על-ידי החברה הבת, כנגד רווחים הנובעים מהנכסים המוחזקים על-ידי החברות הנכדות, לא יינתן כזיכוי מסי חוץ המס ששולם על הכנסה בגובה הפסדים שקוזזו כאמור. כלומר, גם אם לצרכי חישוב חבות המס בארה"ב בעל המניות אינו מנוע מקיזוז הפסדים הנובעים מנכסי החברה הבת, כנגד רווחי החברות הנכדות, לצרכי הפעלת מנגנון הזיכוי העקיף, יותרו כזיכוי רק מסי חוץ בגובה המיסים

פעילות בארצות הברית באמצעות LLC מאפשרת אמנם השקפה חלקית של ה- LLC בישראל לצרכי זיכוי מס זר, אך יחד עם זאת טומנת בחובה קשיים רבים, ככל שמדובר בפעילות הפסדית ו/או בפעילות באמצעות מספר יישויות ואינה נטולה מספקות. ראשית, עמדת רשות המסים היא כי יש להתייחס לישות המואגדת כ- LLC כחבר בני אדם לכל דבר ועניין לצרכי זיכוי עקיף, כך שיש לבחון את מבנה השליטה ולשלול זיכוי מס, בהתאם להוראות סעיף 126(ג) לפקודה.

שנית, חוזר **5/2004** מאפשר השקפה לצרכי זיכוי מס, אך לא לצרכי קיזוז הפסדים. ברור, כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם חשבונאות המס בארצות הברית (אשר מהווה מדינת אמנה) ומסרבלת עד מאד את הדיווח המיסוי בישראל, שכן היא מצריכה לעשות הבחנה בין שנות מס שה- LLC הספציפי רווחי לשנות המס שבהן אינו רווחי ולנטרל הפסדים שקוזזו ברמת הדין האמריקאי. הבחנה נוספת צריכה להיעשות בין LLC שונים, אשר נמצאים בהחזקתו של אותו משקיע. לפי טענה זו המשקיע יכול לכאורה להשקיף רק את הכנסותיהן של הישויות הרווחיות ולהשאיר את ההפסדים ברמת הישויות המפסידות. כשלעצמנו אנו סבורים, כי אין התייחסות מפורשת לכך בחוזר ולכן ניתן במצבים מסוימים לבצע קיזוז ברמת הישויות השונות. לפי גישה זו, אם התוצאה המצרפית לאחר הקיזוז תהיה רווחית, הרווח ייוחס לבעל הזכויות; ואם התוצאה המצרפית תהיה הפסדית, ההפסד לא ייוחס לבעלי הזכויות.

הראשונה, האם רשאית המערערת לקבל זיכוי מס זר גם בגין סכומי מס, אשר לא שולמו על ידה בפועל בשל קיזוז הפסדים בארצות הברית. השנייה, האם זכאית החברה לקזז מס זר ששולם בגין המכירה בשנת 2009, משמע לאחר תום שנתיים בה נצמחו לנישום הרווחים (ראו הוראת סעיף 207ב לפקודה).

ביחס לשאלה הראשונה ועל בסיס נוסח הוראת סעיף 26(3) לאמנת המס בין ישראל לבין ארצות הברית, שלל בית המשפט את פרשנות המערערת וקבע, כי זיכוי מס זר יינתן רק בגין מס זר ששולם בפועל. ביחס לשאלה השנייה, נקבע כי ניתן לרפא את האיחור בתשלום המס, שמקורו בפריסת תשלום המס בארצות הברית, באמצעות סעיף 210 לפקודה, אשר מאפשר את הגמשת מועדי הזיכוי מכוח העיקרון של מניעת כפל מס.

המעניין הוא, כי ביחס לטענתה החלופית של המערערת, כי יש "לייבא" הפסדים שהיו לחברות שבשליטתה בשנים שלאחר שנת המס 2006 לצורך חישוב המס בישראל, קבע בית המשפט, אומנם, כי יש לדחות טענה זו משום שמדובר ביישויות משפטיות נפרדות מן המערערת, אך ציין בפסקה הבאה, כי המערערת בחרה שלא ליישם את ההסדר הקיים בחוזר 5/2004 ביחס לחברות ה- LLC. יש לתהות לעניין זה, אם כוונתו של בית המשפט הייתה, כי אימוץ של החוזר האמור היה מאפשר את השקפת הפסדים בישראל.

סיכום ומחשבות להמשך

להתייעץ עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או אחרים המסתמכים על רשימה זו.

שלישית, בכל מקרה יש לבחון את סוגית השליטה והניהול ב- LLC. LLC שהניהול והשליטה בענייני מופעלים מישראל לא יהיה זכאי להטבות המס הקיימות בחוזר 5/2004. כן יש לבחון את סיווגו של LLC כחברה נשלטת זרה לצרכי הפקודה, באם מתקבלת החלטה שלא ליישם את הוראות החוזר. מובן, כי גם ניתן לטעון, כי עמדת חוזר 5/2004 אינה נתמכת בהוראות הפקודה, ומהווה מעשה חקיקה שלא כדין ועל כן דינה להתבטל. עמדה זו יכולה לתמוך בטענה, כי יש לראות ב- LLC כמעין שותפות לצרכי הדין הישראלי, בשל מאפייניה המיוחדים עליהם עמדנו ב**רשומון מס' 10**. שאלה נוספת היא מה דין חלוקת הכספים מ- LLC, אשר בחר שלא לאמץ את הוראות חוזר 5/2004. כן, יש לתהות מדוע חוזר 5/2004 חל רק על LLC אמריקאים ולא על תאגידים שקופים נוספים לצרכי מס בארצות הברית ובמדינות אחרות. אם ועד שסוגיות אלו תוסדרנה על ידי המחוקק או בבתי המשפט, רצוי להכיר אותן בטרם משתמשים ב- LLC כמכשיר לביצוע פעילות בארצות הברית.

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