

אל: **לקוחות המשרד**

חוזר לקוחות
מיסים 29.2011

א.ג.ב.,

הנדון: הלוואות לצדדים קשורים בארץ ובחו"ל - חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 185)

1. מבוא

ביום 11 באוגוסט 2011 פורסם בספר החוקים 2312 חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 185), התשע"א-2011 (להלן: "**התיקון**" או "**החוק**"). החוק כולל מספר תיקונים מהותיים להוראות סעיף 3(ט), סעיף 3(י) לפקודת מס הכנסה (להלן: "**הפקודה**"), שעניינן הלוואות בין-חברתיות בארץ ובחו"ל וכן תיקון הוראות סעיף 85א, שעניינו בעסקה בינלאומית (לרבות הלוואה). התיקון מעגן בחקיקה הבהרות מסוימות שניתנו בעבר¹ על ידי רשות המסים.

בין היתר, נקבע בתיקון כדלקמן: סעיף 3(ט) לא יחול על הלוואה שקיבל בעל שליטה שהוא חבר בני אדם שאינו חברה משפחתית (אלא יחול סעיף 3(י)); סעיף 3(י) יחול רק אם מתקיימים יחסים מיוחדים בין נותן הלוואה למקבל הלוואה; תוקנה הגדרת ה"שליטה", כפי שמוגדרת בסעיפים 3(י) ו-85א לפקודה.

כמו כן, נקבעו תנאים, שבהתקיימם, הלוואה בין בעל שליטה לחברה בשליטתו לא תחשב כעסקת אשראי לעניין סעיף 85א לפקודה (להלן - "**הלוואה הונית**"). הלוואה הונית מהווה כלי יעיל במקרים רבים של תהליך תכנון מס בינלאומי, שכן שימוש בו מאפשר מחד גמישות רבה ביחס לקריטריונים להחזר הון והימנעות מניכוי מס במקור, ומאידך, בהתאם לתיקון, אין חובה לחייב בריבית בגין מכשיר זה.

יחד עם זאת, בטרם שימוש במכשיר של הלוואה הונית, יש לבדוק את הדין המקומי במדינת מקבל הלוואה, וזאת על מנת לוודא כי סיווג המכשיר תואם את התכנון המוצע גם במדינה זו. כמו כן, חשוב להדגיש כי הדבר אינו פוטר את הצדדים מחובות הדיווח בגין עסקאות אלו בהתאם להוראות סעיף 85א ותקנות מחירי העברה.

תחילתם של חלק מסעיפי התיקון הינה רטרואקטיבית, החל משנת המס 2008 ואילך (ראה פירוט בהמשך).

¹ הבהרה מיום 10 במרץ 2008 ([ראה חוזר מיסים 7/2008 של משרדנו](#)) והבהרה מיום 18 בפברואר 2009 ([ראה חוזר מיסים 10/2009 של משרדנו](#)).

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 פקס: 03-6094022 info@deloitte.co.il	טלפון: 03-7551500 פקס: 03-5759955 info-ramatgan@deloitte.co.il	טלפון: 02-5018888 פקס: 02-5374173 info-jer@deloitte.co.il	טלפון: 04-8607333 פקס: 04-8672528 info-haifa@deloitte.co.il	טלפון: 08-6909500 פקס: 08-6909600 info-beersheva@deloitte.co.il	טלפון: 08-6375676 פקס: 08-6371628 info-eilat@deloitte.co.il

2. התיקון לסעיף 3(ט) לפקודה

2.1 הוראות הסעיף ערב התיקון:

סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה קובע כי אדם שקיבל הלוואה בלא ריבית או בריבית בשיעור נמוך משיעור הריבית שקבע לעניין זה שר האוצר, יראו את הפרש הריבית:

- (א) כהכנסת עבודה, כאשר ההלוואה ניתנה ממעביד לעובד;
- (ב) כהכנסה ממתן שירותים, לפי סעיף 2(1) לפקודה, כשההלוואה ניתנה לאדם ממי שהוא מספק לו שירותים (זולת אם הוכיח שניתנה ללא קשר עם השירותים שסיפק);
- (ג) כהכנסה לפי סעיף 2(4) לפקודה, זאת כאשר מדובר על הלוואה אשר אינה נופלת בגדר שני המקרים לעיל ואשר קיבל אותה בעל שליטה, או קרובו, מחברה שבשליטתו.

"הלוואה" מוגדרת בסעיף 3(ט) - "לרבות כל חוב" ו"ריבית" מוגדרת "לרבות הפרשי הצמדה".

2.2 התיקון:

2.2.1 צמצום תחולת הסעיף. הגדרת ה"הלוואה" לא תכלול (בתחולה רטרואקטיבית מיום 1 בינואר 2008):

- (א) עסקה בינלאומית כמשמעותה בסעיף 85 לפקודה.
- יצוין כי קביעה זו היא קביעה מבהירה, שכן סעיף 85 לפקודה הינו חקיקה ספציפית לגבי עסקאות בינלאומיות וחקיקה מאוחרת לעומת סעיף 3(ט) לפקודה;
- (ב) הלוואה שניתנה עד ליום 5 במרס 2008 (מועד פרסומו של החוק לביטול חוק התיאומים בשל אינפלציה, להלן-"חוק התיאומים") שהיתה נכס קבוע בידי המלווה לפי חוק התיאומים ביום 31 בדצמבר 2007, או שהיתה נכס קבוע בידי המלווה במועד החל בתקופה שמיום 1 בינואר 2008 עד יום 5 במרס 2008 (להלן: "תקופת הביניים"), אילו הוראות חוק התיאומים היו חלות לגבי אותה תקופה. הכוונה היא לשטרי הון ואג"ח שהנפיק חבר בני אדם אחר, שהוגדרו כנכס קבוע לעניין חוק התיאומים (דהיינו, שהונפקו לתקופה של שנה אחת לפחות והריבית השנתית עליהם אינה עולה על 30% משיעור עליית המדד בשנת המס).

2.2.2 הוראות סעיף 3(ט)(1)(ג), המתייחסות לזכות או הלוואה שקיבל בעל שליטה או קרובו מחברה בשליטתו לא יחולו על הלוואה שקיבל בעל שליטה שהוא חבר בני אדם שאינו חברה משפחתית או חברה שקופה. בכך הושם קץ לאי הבהירות שהיתה עד כה לתחולת הסעיף במצב של הלוואה כזו (הלוואה מחברה מוחזקת לחברה המחזיקה בה) ועל כן יחול סעיף 3(י). לתיקון סעיף זה לא נקבעה תחולה ספציפית ועל כן תחילתו מיום הפרסום ברשומות.

הערה - שיעור הריבית לפי סעיף 3(ט) לפקודה, הצמדה למדד+4% לשנה, לא עודכן שנים רבות ועל כן לפי שיעורי הריבית כיום המדובר בשיעור גבוה מידי. לפיכך, יש לדעתנו מקום להקטינו ולהתאימו לשיעור המתאים יותר לירידת שיעורי הריבית במשק.

3. התיקון לסעיף 3(י) לפקודה

3.1 הוראות הסעיף ערב התיקון:

סעיף 3(י) לפקודה קובע, כי אדם או חבר-בני-אדם שנתן הלוואה אשר נרשמה בספרי חשבונותיו, וההלוואה היא ללא ריבית או בריבית נמוכה משיעור שקבע לעניין זה שר האוצר, יראו את הפרש הריבית כהכנסה לפי סעיף 2(4) לפקודה בידי נתן ההלוואה.

במסגרת תיקון 164 לפקודת מס הכנסה² מיום 6 במרץ 2008, נקבע שסעיף 3(י) לא חל על הלוואה שהיא עסקה בינלאומית כמשמעותה בסעיף 85א. כמו כן, סעיף 3(י) תוקן כך שנוספה פסקה (10) הקובעת, שהוראותיו לא יחולו על הלוואה בין צדדים קשורים, אשר אינה צמודה למדד כלשהו ואינה נושאת ריבית או תשואה כלשהי ושניתנה כנגד שטר הון שהונפק לתקופה של חמש שנים לפחות, ובלבד שההלוואה אינה ניתנת לפירעון לפני תום התקופה האמורה והפירעון נדחה בפני התחייבויות אחרות וקודם רק לחלוקת עודפי הרכוש בפירוק. כלומר, היעדר הריבית בגין הלוואה שכזו לא יצמיח ריבית רעיונית בידי המלווה (להלן- "**פסקה 10**").

3.2 בתיקון נקבע:

- 3.2.1 **צמצום תחולת הסעיף כך שיחול רק לגבי "יחסים מיוחדים"**. ההנחה היא כי אדם לא נתן הלוואה ללא ריבית או בשיעור ריבית הנמוך משיעור הריבית הנהוג בשוק, אלא אם כן מתקיימים יחסים מיוחדים בין נתן ההלוואה למקבל ההלוואה. לפיכך נקבע בתיקון, שהוראות סעיף 3(י) לפקודה יחולו רק על מתן הלוואה בין צדדים שמתקיימים ביניהם "יחסים מיוחדים".
- לעניין זה הוגדרו "**יחסים מיוחדים**" כך: "לרבות יחסים שבין אדם לקרובו, וכן שליטה של צד אחד להלוואה במשנהו, או שליטה של אדם אחד בצדדים להלוואה, במישרין או בעקיפין, לבד או יחד עם אחר".
- לעניין זה תוקנה הגדרת "**שליטה**" כ"החזקה של 5%³ או יותר, במישרין או בעקיפין, באחד או יותר מאמצעי השליטה, ביום אחד בשנת המס, בחבר-בני-אדם אחר", ולעניין פסקה (10) להגדרה "הלוואה" - החזקה ב- 25% לפחות.
- כלומר, השינוי בהגדרת "שליטה", כאמור לעיל, לא יחול על הלוואה שחלה עליה פסקה (10), לגביה תמשיך לחול הגדרת השליטה בנוסחה ערב התיקון, דהיינו, 25% לפחות מכוח ההצבעה או מזכות לרווחים, במישרין או בעקיפין, ביום אחד לפחות בשנת המס.
- 3.2.2 התיקון מצמצם את הגדרת ההלוואה תוך ביטול חלק מסוגי ההלוואות בהגדרה הקיימת, למשל חוב מס או הלוואה שנתן מוסד כספי במהלך העסקים הרגיל, שכן אין מדובר בהלוואה בין צדדים שיש ביניהם יחסים מיוחדים.
- 3.2.3 סעיף 3(י) לא יחול גם על הלוואות ללא ריבית, דהיינו שטר הון או איגרת חוב, שניתנו בתקופת הביניים (1.1.2008 עד 5.3.2008) עד לביטולו של חוק התיאומים⁴. הגדרה זו תוקנה רטרואקטיבית מיום 1 בינואר 2008.
- 3.2.4 נוספה פסקה (12) הקובעת שסעיף 3(י) לא יחול על הלוואה שנתן אדם עד ליום 31 בדצמבר 2007 שנרשמה בפנקסי חשבונות שנוהלו לגבי הכנסה שלגביה לא היו חייבים לנהל פנקסים לפי שיטת החשבונאות הכפולה, והוראות פרק ב' לחוק התיאומים בשל אינפלציה לא חלו בקביעתה.⁵
- 3.2.5 תחולת התיקון לסעיף 3(י) הינה מיום הפרסום ברשומות (11.8.2011), פרט לגבי התיקון על הלוואות ללא ריבית שניתנו בתקופת הביניים (ראה לעיל).

² במסגרת ביטול חוק התיאומים החל משנת המס 2008. [ראה חוזר מסים 6.2008 של משרדנו](#).

³ נציין שבניגוד למוצע בהצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 180), התשע"א-2010, בה הוצע לקבוע את אחוז האחזקה להגדרת "שליטה" ב 10% או יותר, בחוק הסופי נקבע אחוז החזקה מחמיר יותר של 5%.

⁴ ראה הסבר לגבי סעיף 3(ט) לעיל.

⁵ הוספת פסקה זו נועדה לתקן עיוות שנוצר בתיקון 164 לפקודה (שחוקק במקביל לביטולו של חוק התיאומים) ובו נקבע שסעיף 3(י) לפקודה יחול גם על כל חבר בני אדם שנתן הלוואה. כתוצאה מכך, הסעיף החל לחול גם על חבר בני אדם שאינו חייב לנהל ספרים בשיטה הכפולה, כגון חברת החזקה שנתנה הלוואה ללא ריבית ועד לאותו מועד (31.12.2007), סעיף 3(י) לא החל לגביה.

4. התיקון לסעיף 85א לפקודה- מחירי העברה בעסקה בינלאומית

4.1 היסטוריה חקיקתית:

ביום 29 בנובמבר 2006, פורסמו תקנות מס הכנסה (קביעת תנאי שוק), התשס"ז-2006 (להלן: "התקנות"), וכך נכנס לתוקפו סעיף 85א לפקודה המסדיר את סוגיית מחירי העברה בעסקאות בינלאומיות בין צדדים קשורים. סעיף 85א קובע כי עסקה כאמור תדווח בהתאם לתנאי שוק ותחויב במס בהתאם, והוא מתייחס באופן מפורש לעסקאות בינלאומיות בנכסים, זכויות, שירות או **אשראי**.

בעקבות כניסתו לתוקף של סעיף 85א ותחולתו על כלל עסקאות האשראי הבין לאומיות, נותרה חובה לקבוע מחיר שוק לכלל עסקאות האשראי בין צדדים שונים. בהיעדר תיקון כולל לחקיקה הקיימת, הנושא טופל עד כה באופן ספציפי עבור כל שנת מס באמצעות הבהרות רשות המסים⁶ שקיבלו עתה ביטוי בתיקון החקיקה שבנדון. עוד נציין, שבמסגרת תיקון 164 לפקודת מס הכנסה⁷ מיום 6 במרץ 2008, נקבע שסעיף 3(י) לא חל על הלוואה שהיא עסקה בינלאומית כמשמעותה בסעיף 85א.

4.2 התיקון:

4.2.1 תיקון הגדרת "שליטה" בסעיף 85א(ב) לפקודה. עד כה, סעיף 85א לפקודה הגדיר שליטה כ"החזקה במישרין או בעקיפין, ב-50% או יותר באחד מאמצעי השליטה". במסגרת התיקון הוספה להגדרה "ביום אחד לפחות בשנת המס". דהיינו, די בשליטה ולו ליום אחד בשנת המס, על מנת שיתקיימו יחסים מיוחדים בין שני הצדדים לעסקה, בהתאם להוראות סעיף 85א. יודגש כי ההוראה המתוקנת תחול על כלל העסקאות אשר ביחס אליהן חלות הוראות סעיף 85א ולא תוגבל לעסקאות אשראי בלבד.

4.2.2 אי תחולת הסעיף על הלוואות הוניות. באשר לעסקאות אשראי, התיקון קובע ארבעה תנאים, שבהתקיים כולם במצטבר, ההלוואה לא תחשב כעסקת אשראי (אלא כ"הלוואה הונית") לעניין סעיף 85א לפקודה:

- (1) ההלוואה היא מבעל שליטה לחברה הנשלטת על ידיו;
- (2) ההלוואה אינה צמודה למדד כלשהו ואינה נושאת ריבית או תשואה כלשהי (למעט הפרשי שער בשל שינוי בשער מטבע חוץ לגבי הלוואה שניתנה במטבע מדינת התושבות של מקבל ההלוואה. לענין זה, כמטבע מדינת התושבות ייחשב גם דולר ארה"ב או אירו);
- (3) ההלוואה אינה ניתנת לפירעון לפני תום תקופה של חמש שנים ממועד נתינתה;
- (4) פירעון ההלוואה נדחה בפני התחייבויות אחרות וקודם רק לחלוקת נכסים לבעלי המניות בפירוק.

דהיינו, נקבע כי הלוואה לתקופה ארוכה, על ידי בעל שליטה בחברה, כשהלוואה אינה נושאת ריבית ואין אפשרות לפדות אותה לפני תום התקופה, דומה להשקעה בחברה ולפיכך, לא יוחלו עליה הוראות סעיף 85א. כלומר, הלוואה הונית תסווג כהשקעה בחברה, ולא כמתן הלוואה לעניין סעיף 85א.

כאמור, התנאי הראשון הינו כי על מקבל ההלוואה להיות בשליטתו של נותן ההלוואה. יש לשים לב כי תחולת התיקון אינה כוללת התייחסות לעסקאות בין חברות בבעלות משותפת (דהיינו, חברות-אחיות), כמו גם לעסקאות הוניות צולבות, בהן ההלוואה יכולה להינתן על ידי החברה הנשלטת לבעל השליטה⁸.

⁶ ראה הערת שוליים מס' 1.

⁷ במסגרת ביטול חוק התיאומים החל משנת המס 2008. ראה חוזר מסים 6.2008 של משרדנו.

⁸ על אף האמור לעיל, לדעתנו עדיין קיימות הזדמנויות תכנוניות בעסקאות עם חברות קשורות, גם כאשר הלוואה אינה מבעל שליטה לחברה בשליטתו.

4.2.3 **דחיית ההכרה בסכום ההכנסה/ הוצאה משינוי בשער המט"ח (הפרשי שער) בהלוואה הונית עד למועד פרעון ההלוואה- סעיף 85א(ו)2.** סכום זה יובא בחשבון רק במועד פרעון ההלוואה ויחולו לגביו הוראות חלק ה' לפקודה (רווח/ הפסד הון). לעניין זה, יראו את סכום ההלוואה שניתנה, כשהוא מתורגם לשקלים חדשים לפי שער היציג של מטבע מדינת התושבות של מקבל ההלוואה ביום מתן ההלוואה, כמחיר המקורי כהגדרתו בסעיף 88, ואת סכום פירעון ההלוואה, כשהוא מתורגם לשקלים חדשים לפי שער היציג של המטבע האמור ביום פירעון ההלוואה, כתמורה כהגדרתו בסעיף 88.

4.2.4 על מנת ליצור אחידות בין ההוראות החלות על הלוואה בין צדדים קשורים בישראל בהתאם לסעיף 3(י) המתוקן, לבין הוראות לעניין הלוואות בין לאומיות בהתאם לסעיף 85א לפקודה, נקבע כי הוראות סעיף 85א לא יחולו על שטר הון או אגרות חוב ללא ריבית שהיוו נכס קבוע בידי המלווה ביום 31 בדצמבר 2007 או שניתנו בתקופת הביניים עד לביטולו של חוק התיאומים,⁹ בהתאם לנקבע בסעיף 3(י) לעיל.

לפיכך, מכשיר ההלוואה ההונית הוכר במסגרת הוראות סעיף 85א והוסרה עננת אי הודאות שנוצרה בעקבות הפער בין הלוואות בינלאומיות בין צדדים קשורים, ביחס אליהן לא היה הסדר חקיקה, לבין הלוואות מקומיות אשר סווגו כשטרי הון לפי סעיף 3(י).

4.2.5 **תחולה והוראת שעה.** תחולת התיקון לגבי סעיף 85א לפקודה הינה מיום 1 בינואר 2008. כמו כן, נקבע כהוראת שעה כי בשנות המס 2008, 2009 ו-2010 לא יחולו הוראות סעיף 85א לפקודה על שטר הון או אגרת חוב שהנפיק חבר בני אדם עד תום שנת המס 2010, אם אינם צמודים למדד כלשהו¹⁰ ואינם נושאים ריבית או תשואה כלשהי.

4.3 **סיכום והערות.** שימוש בהלוואה הונית מהווה כלי יעיל במקרים רבים של תהליך תכנון מס בינלאומי, שכן שימוש בו מאפשר מחד גמישות רבה ביחס לקריטריונים להחזר הון והימנעות מניכוי מס במקור, כיוון שהחזר ההון אינו מסווג כחלוקת דיבידנד, ומאידך, בהתאם לתיקון, אין חובה לחייב בריבית בגין מכשיר זה. יחד עם זאת, יש לציין, כי בטרם שימוש במכשיר של הלוואה הונית, יש לבדוק את הדין המקומי במדינת מקבל ההלוואה וזאת על מנת לוודא כי סיווג המכשיר תואם את התכנון המוצע גם במדינה זו.

כמו כן, חשוב להדגיש כי תיקון הוראות סעיף 85א אינו פוטר את הצדדים מחובות הדיווח בגין עסקאות אלו בהתאם להוראות הסעיף ותקנות מחירי העברה שמכוחו. כזכור, ביום ה- 14 ביולי 2008 פרסמה רשות המיסים את חוזר מס הכנסה מספר 3/2008 המתאר בפירוט את גישת הרשות בסוגיית מחירי העברה, בו מודגשת עמדת הרשות, לפיה קיימת חובת ביצוע חקר מחירי העברה (Study) ביחס לכל העסקאות הבינלאומיות בין צדדים קשורים עליהן חלות הוראות סעיף 85א לפקודה, למעט אלה ביחס אליהן ניתן אישור מראש כי הן עסקאות "חד פעמיות". בהקשר זה קובע סעיף 3.1 לחוזר במפורש כי "**תקנה 2(א) לתקנות מחייבת עריכת חקר תנאי שוק ואף מפרטת את אופן ביצועו. לא ניתן להוכיח את תנאי השוק בדרך אחרת, אלא על פי המנגנון הקבוע בתקנות**". נציין, שבמקרה של הלוואה הונית, העומדת בארבעת התנאים המוזכרים לעיל, לא תחול חובה לבצע חקר מחירי העברה בגין העסקה.

בהקשר זה, ראוי לחזור ולהזכיר כי בהתאם לקבוע בתקנות, עם הגשת דוחות המס חלה חובה לכלול טופס "הצהרה על עסקאות בינלאומיות כמשמעותן בסעיף 85א לפקודת מס הכנסה" (טופס 1385). טופס ההצהרה מהווה נספח לדו"ח המס השנתי וכולל פרטים לגבי אופי העסקה (חד פעמית או מתמשכת), תיאור העסקה, פרטי הצד הקשור לעסקה ומחיר העסקה. כמו-כן, **כולל טופס הדיווח הצהרת מנהלים** כי העסקה המדווחת נערכה בהתאם לתנאי שוק, כפי שהוגדרו בסעיף 85א לפקודה והתקנות הנלוות. אי הגשת הטופס כאמור עשויה לגרור חשיפה לכפל מס, קנסות ואף סנקציות אזרחיות ופליליות.

⁹ ראה הסבר לגבי סעיף 3(ט) לעיל.

¹⁰ לעניין זה, לא יראו את שער המטבע כמדד, לגבי הלוואה שניתנה במטבע מדינת התושבות של מקבל ההלוואה (לרבות דולר ארה"ב או אירו), ויחולו על הסכום הנובע משינוי בשער המטבע כאמור ההוראות הקבועות בסעיף 85א(ו)2 לעיל.

אנו עומדים לרשותכם בכל הסבר נוסף ככל שיידרש.

לפרטים ניתן לפנות ל-

עו"ד ג'קי חולי, שותף מיסוי בינלאומי ומנהל מחלקת מחירי העברה בחטיבת המס, טל': 03-6085424 או בדוא"ל: jhoulie@deloitte.co.il
רו"ח דני גבאי, דירקטור, מנהל המחלקה המקצועית בחטיבת המס טל': 03-6085532 או בדוא"ל: dgabbay@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