

עמ' 95

תחולת כללי ה-PFIC על חברות זרות הנסחרות בארה"ב

מאת

עו"ד **הראל לוקר** • הנרייטה פוקס (LLM)

חברות זרות הנסחרות בארה"ב לפעמים אינן מודעות לכך, אך כללי המס החלים בארה"ב על חברת השקעות זרה נשלטת (PFIC) עלולים לחול עליהן, תוך פגיעה ניכרת בבעלי מניותיהן האמריקאיים. נושא זה עולה, בדרך כלל, לקראת פרסום הדוחות הכספיים של חברות זרות הנסחרות בארה"ב (Form 20)-(F) עקב חובת הגילוי הקיימת לחברה כלפי המשקיעים בה. עם זאת, ראוי שנושא זה יטופל כבר במהלך השנה, שכן מפורט להלן תחולת כללי ה-PFIC נמדדת בתום כל רבעון של השנה הרלוונטית.

הכנסה ממקורות זרים בידי חברה זרה אינה חייבת, בדרך כלל, במס בארה"ב, גם אם בעלי המניות בחברה זו הינם "בני אדם אמריקאים" ("U.S. Persons"). אשר על כן, ללא כללים מיוחדים, באמצעות הקמת חברה זרה יכולים "בני אדם אמריקאים" לדחות את המס האמריקאי על הכנסות ממקורות זרים עד להכנסתן של הכנסות זרות אלו לארה"ב, לדוגמה כדיבידנד.

כדי לטפל בבעיה זו של דחיית מס, קיימים בקוד המס האמריקאי ("הקוד") שלושה משטרי מס עיקריים שונים (ולעיתים חופפים) אשר עשויים לחול במצב בו "בן אדם אמריקאי" מחזיק בחברה זרה: כללי ה-CFC (תחת FSubpart של הקוד); כללי ה-FPHC (סעיפים 551-558 של הקוד), וכללי ה-PFIC (סעיפים 1297-1291 של הקוד).

קיים סיכון קטן ביותר, שחברות זרות הנסחרות בארה"ב ייחשבו כ-FPHC (חברת אחזקות אישית זרה) או כ-CFC (חברה זרה נשלטת). על פי מבחן הבעלות בכללי ה-FPHC (אחד מתוך שני מבחנים מצטברים), חברה זרה תיחשב כ-FPHC אם חמישה יחידים מחזיקים למעלה מ-50% מזכויות ההצבעה בה. לפי כללי ה-CFC, חברה זרה תיחשב כ-CFC במידה שלמעלה מ-50% מזכויות ההצבעה בה או משווי המניות בחברה מוחזקים בידי בעלי מניות אמריקאיים. במניין בעלי המניות לצורך מבחן זה ייחשב רק מי שיש בידו לפחות 10% ממניות ההצבעה. ברי, כי בחברה נסחרת ריכוז שליטה כאמור בכללי ה-FPHC או ה-CFC אינו שכיח. לעומת זאת, בכללי ה-PFIC אין כלל משמעות לריכוז בעלות ועל כן החשיפה גדולה יותר.

חברה זרה תיחשב כ-PFIC במידה שהתקיים אחד משני מבחנים: מבחן ההכנסה או מבחן הנכסים. לצורך משטר ה-PFIC, אין כל משמעות לשיעור האחזקות של "בני אדם אמריקאיים" בחברה הזרה או של בעלי המניות הספציפי. כמו כן, אין כל משמעות אם מניות החברה נסחרות.

עמ' 96

לפי מבחן ההכנסה, חברה זרה תיחשב כ-PFIC אם 75% או יותר מהכנסתה לשנה מסוימת נובעים מהכנסות פסיביות. עסקינן בעיקר בהכנסות כגון דיבידנד, ריבית, תמלוגים, דמי שכירות וארנונות, רווחים ממכירת נכסים מסוימים וכו'.

לפי מבחן הנכסים, חברה זרה הינה PFIC במידה שהאחוז הממוצע של נכסי החברה המניבים הכנסה פסיבית או המוחזקים לצורך הפקת הכנסה פסיבית, במהלך שנת המס, הוא לפחות 50%. נכס המניב הכנסה פסיבית הינו נכס אשר ניתן לצפות באופן סביר, כי תופק ממנו הכנסה פסיבית בעתיד הנראה לעין.

חברה זרה נסחרת חייבת להחיל את מבחן הנכסים על בסיס שווי השוק של נכסיה. לשיטת רשויות המס

בארה"ב, האחוז השנתי הממוצע של הנכסים הפסיביים ייקבע לפי ממוצע השווי בתום כל רבעון של שנת המס הרלוונטית (קיים חריג לחברות או עסקים חדשים). התחייבויות הקשורות בנכס לא תילקחנה בחשבון לצורך הערכת שווי זו. מההיסטוריה החקיקתית (דו"ח הקונגרס) עולה, כי הכוונה היא ששווי כלל נכסי החברה הזרה הנסחרת (קרי המכנה בנוסחה) יחושב, בדרך כלל, לפי שווי מניות החברה בתוספת התחייבויותיה. לפי שיטת חישוב זו, שוק מניות נמוך מגדיל את הסיכוי כי 50% משווי נכסי החברה ייוחסו לנכסים פסיביים. ואולם, לא ברור אם אמנם רשויות המס בארה"ב ישתמשו בשווי השוק של המניות כאמור לצורך מבחן הנכסים.

זיהוי חברה זרה כ-PFIC מטיל חבות קשה על בעלי מניותיה האמריקאיים. כללי ה-PFIC רלוונטיים לכל בעל מניות אמריקאי של החברה הזרה, יהא שיעור אחזקתו קטן ככל שיהא. לצורך קביעה, מיהו בעל מניות, קיימות הוראות ייחוס ברורות ומפורטות, כך שלצורך כללי ה-PFIC בעל מניות יכול להיות אף "בן אדם אמריקאי" אשר אינו מחזיק ישירות מניות בחברה הזרה.

בניגוד לכללי ה-CFC או ה-FPHC, לפי כללי ה-PFIC אין בעל המניות ממוסה באופן שוטף (למעט אם בחר לעשות כן כמפורט להלן) בקשר עם הכנסות החברה הזרה ורווחיה. הוראות ה-PFIC נכנסות לפעולה רק בשני מקרים: כאשר בעל המניות מקבל "חלוקה עודפת" מהחברה או כאשר הוא מוכר מניות של החברה. השאלה, האם חלוקה כלשהי היא אמנם "חלוקה עודפת", נבדקת בכל שנה ושנה בהתאם לנוסחה פרטנית. באופן כללי, חלוקה תיחשב כעודפת אם היא גבוהה ביותר מ-25% מממוצע החלוקות בשלוש השנים הקודמות. במקרה של מכירת מניות רואים את כל הרווח כ"חלוקה עודפת". כאשר אומנם יש "חלוקה עודפת" (אם בגין מכירת מניות או בגין חלוקה ממש), היא תיזקק לבעל המניות כהכנסה פירותית (בלא קשר לאופי ההכנסה בחברה). הכנסה זו תחולק באופן יחסי בין שנת המס הנוכחית ושנות המס שחלפו, לפי ימי האחזקה במניות. המס בגין שנות המס שחלפו יחושב לפי **שיעורי המס הגבוהים ביותר**, בלא קשר להפסדים, הוצאות או הכנסות אחרות של החברה. מעבר לחיוב המס בגין כל שנה ושנה, יחויב בעל המניות בריבית בגין דחיית המס. הריבית בקשר לכל שנת מס שחלפה וחלק ההכנסה המיוחס לה תחושב מהיום בו אמור היה המס להשתלם אילו כלל בעל המניות את ההכנסה המיוחסת לשנת המס הרלוונטית, באותה שנת מס.

בעל המניות יכול להימנע ממנגנון ה"חלוקה העודפת" דן באמצעות בחירה להתמסות באופן שוטף על רווחי החברה הזרה והכנסותיה. במצב זה, החברה הזרה תיראה כשקופה לצורך רווחים והכנסות (לרבות אופי ההכנסה) אך לא לצורך הפסדים.

עמ' 97

מעבר לבחירת בעל המניות, החברה עצמה צריכה לעמוד בדרישות מסוימות של גילוי ודיווח כלפי רשויות המס בארה"ב על מנת שבעל המניות יוכל להתמסות באופן שוטף. אפשרות שלישית קיימת לבעל מניות בחברה זרה נסחרת והיא, לבחור להתמסות בכל שנה על עליית השווי באחזקותיו (Mark to Market). במקרה זה, ההכנסה תמוסה כהכנסה פירותית (ולא הונית) וכך גם בעת מכירת המניות (עם אפשרות להכיר בהפסד כפירותי). ולשם ההשוואה, אם החברה לא תוגדר כ-PFIC, בעל מניות אמריקאי שהוא יחיד יתמסה רק בעת מכירת מניותיו או בעת קבלת דיבידנד בשיעור מופחת החל על רווחי הון ודיבידנד (כיום 15%).

עינינו הרואות, הגדרת חברה זרה כ-PFIC מטילה חבות מס קשה על בעלי מניותיה האמריקאיים. מעבר לחבות המס, קיימות גם חובות דיווח שונות החלות על בעל המניות במצב זה. בהתאם, על חברות ישראליות הנסחרות בארה"ב לנקוט משנה זהירות ולעקוב אחר הרכב נכסיהן במהלך השנה, ובייחוד לקראת תום כל רבעון. יתר על כן, לקראת פרסום הדוחות השנתיים בארה"ב, על החברה לבחון את סוגיית ה-PFIC לעומקה, שכן, במידה שקיימת בעיית PFIC, יש ליתן גילוי נאות לבעלי המניות העלולים להיפגע מכך. היעדר גילוי מלא חושף את החברה לתביעות של בעלי המניות. חברות רבות נוהגות להתייחס לסוגייה ב-Form 20-F שלהן המוגש לרשות ניירות ערך בארה"ב, שם הן מעריכות את הסבירות כי תיחשבה כ-PFIC ואת המשמעות הנגזרת מכך לבעלי המניות. ולבסוף, סביר להניח, כי זיהוי חברה זרה כ-PFIC יפחית את האטרקטיביות של ההשקעה בה ואת מחיר מנייתה.