

## דילול בעלי מניות לאחר שינוי מבנה - פרשנות מקלה של רשות המסים, האומנם?

### מאת: עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי

חלק ה-2 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א – 1961 (להלן: "הפקודה") עוסק בדחיית מס החלה על שינוי מבנה. דחיית המס חלה על מיזוגים (סעיף 103 לפקודה) על פיצולים (סעיף 105 לפקודה) ועל העברת נכסים תמורת מניות (סעיף 104 לפקודה). ברשימה זו נדון בקצרה בדחיית המס המוקנית בעת העברת נכסים תמורת מניות על רקע פרשנות חדשה שפורסמה לאחרונה על ידי רשות המסים.

נזכיר, כי תכלית דחיית המס המוקנית בסעיפים אלו, הנה לאפשר ביצוע שינויים מבניים בגופים עסקיים, אשר מחד יביאו להתייעלות אותם גופים, ומאידך אינם מלווים במכירה לצדדים שלישיים ו/או בגיוס כספים מצדדים שלישיים.

סעיף 104 לפקודה, מתנה, בין היתר, את הזכאות לדחיית המס, בכך, שמעביר הנכס לחברה תמורת קבלת מניות באותה חברה, יחזיק ככלל ברוב מניותיו באותה החברה, במשך כשנתיים ממועד הקצאת המניות בחברה. כך למשל סעיף 104א לפקודה עוסק באדם המעביר את מלוא זכויותיו בנכס לחברה תמורת קבלת הזכויות קיימות באותה חברה. הסעיף מורה, כי האדם יהיה זכאי לדחיית מס בגין העברת הנכס לחברה, אם, בין השאר, הוא "מחזיק במשך שנתיים לפחות מיום ההעברה זכויות המקנות לו לפחות 90% בכל אחת מהזכויות בחברה". משמע, גם דילול בהחזקותיו של אותו אדם, מעביר הנכס, אל מתחת לרף המינימלי, תוצאה של הקצאת מניות לצד ג', עלול לגרום להפרה של תנאי דחיית המס. הפרה מבטלת באחת את דחיית המס (104א לפקודה).

לכלל זה קיימים חריגים. סעיף 104ד לפקודה קובע בהקשר לכך, בין היתר, כי לא יראו כהפרה הקצאת מניות לצד ג', בהתקיים שני תנאים: ראשית, "בשום מועד במהלך שנתיים לאחר ההעברה לא יפחתו זכויותיהם של מי שהיו בעלי הזכויות מיד לאחר ההעברה מ-51% בכל אחת מהזכויות בחברה. שנית, "הוקצו מניות חדשות למי שלא היה בעל זכויות בחברה לפני ההקצאה בשיעור שאינו עולה על 25% מהון המניות לפני ההקצאה".

עד לאחרונה הפרשנות המקובלת של רשות המסים התעלמה מהתנאי הראשון וקבעה, כי לא ניתן להקצות לבעלי זכויות חדשים בהקצאה פרטית מעל 25% מההון הקיים לאחר שינוי המבנה. דהיינו, לפי עמדה זו בהקצאה פרטית לא ניתן היה לדלל את בעלי המניות הקיימים לפני ההקצאה בשיעור העולה על 20%.

בהבהרה שפורסמה לאחרונה באתר הרשות (להלן: "הבהרה") נקבע, כי הרשות מאמצת פרשנות חדשה לפיה "ניתן להקצות בהקצאה פרטית למספר משקיעים חדשים עד 49% מהון המניות בחברה לאחר ההקצאה, ובלבד שכל אחד מן המשקיעים החדשים לא יקבל יותר מ-20% מהון המניות בחברה".

הפרשנות החדשה מאפשרת אם כן הקצאה פרטית למשקיעים חדשים עד 49% מהון המניות בחברה לאחר ההקצאה בדומה להקצאה בבורסה. פרשנות זו, יכולה לסייע ולהפוך את סעיף 104 לפקודה להיות נגיש ופרקטי יותר ליזמים בחברות הזנק ובחברות הנמצאות בראשית דרכן. יצוין בהקשר לכך, כי פעמים רבות עולה השאלה האם העברת קניין רוחני מיחיד לחברה מהווה אירוע מס. שימוש מושכל בהוראות הסעיף עשוי למנוע מחלוקות עם רשות המסים בסוגיה. עם זאת, יזמים רבים נמנעו עד כה מלעשות שימוש בסעיף, לאור הפרשנות, שמנעה גיוס הון ממשקיעים פרטיים תוך דילול של מעל 20% של בעלי המניות הקיימים.

הפרשנות החדשה, יכולה אף לייתר במקרים המתאימים את הצורך ביישום תקנות מס הכנסה (שינוי מבנה של חברות עתירות מחקר ופיתוח), התשנ"ד-1994. תקנות אלו מאפשרות דילול של בעלי מניות קיימים בחברות עתירות מחקר ופיתוח עד 75% מהון המניות בחברה, ואולם מתנות זאת ברשימה ארוכה של תנאים, לרבות בקבלת אישור לכך מאת רשות המסים. הבהרה מאפשרת כאמור דילול של עד 49% בהקצאה פרטית, ללא עמידה בתנאים נוספים.

על פרשנות ראויה ונכונה זו מעיבה עמדתה של רשות המסים בהבהרה, לפיה במקרה של מספר הקצאות שהתרחשו לאחר שינוי המבנה, "משקיע שהשתתף בהקצאה קודמת לא יוכל להשתתף בהקצאה נוספת לאור העובדה, כי לא ייחשב למשקיע חדש". כלומר, לפי פרשנות זו משקיע חדש

שהשתתף בהקצאה קודמת לא יוכל להשתתף שוב בהקצאה נוספת, גם במידה ולא ניצל את מכסת ההקצאה של 20% מהון המניות בחברה (טרם שינוי המבנה).

מניתוח תכלית ההוראה והלשון ניתן להסיק אחרת. כלומר, ניתן לטעון, כי יש לסווג משקיע כמשקיע חדש רק ביחס לבעלי הזכויות בחברה עובר לשינוי המבנה, כך שגם משקיע שהשתתף בהקצאה קודמת אך לא היה בעל מניות בעת שינוי המבנה יוכל להשתתף בהקצאה הנוספת עד למכסת ההקצאה של 20% מהון המניות בחברה. פרשנות זו מגשימה לדעתנו טוב יותר את תכלית החקיקה ועולה בקנה אחד עם לשון הוראת הסעיף.

נזכיר בהקשר לכך, כי משקיעים מתנים דרך כלל את השקעתם בחברה בקבלת זכות מצרנות (Preemptive Right), אשר מאפשרת למשקיע ליטול חלק בסבבי גיוס עתידיים לפני משקיעים חדשים ולשמר את שיעור החזקותיו בחברה. עמדתה של רשות המסים, עלולה לראות הפרה של סעיף 104 לפקודה, כל אימת שמשקיע יבקש לממש את זכותו להשתתף בגיוסי הון חדשים מכוח זכות המצרנות (עד מכסת ההקצאה של 20%), ובכך לטרפד מלכתחילה כניסת משקיעים לחברה. נראה, כי לא זו בלבד שתוצאה זו מנוגדת לתכלית החקיקה אלא אף אינה עולה בקנה אחד עם רוח ההבהרה והפרשנות המקלה שהוצגה בה. בנוסף, לא ניתן למצוא בהבהרה הסבר מניח את הדעת ביחס לעמדתה זו של רשות המסים.

לסיכום, פרשנות רשות המסים בהבהרה מאפשרת שימוש נרחב יותר בסעיף 104 לפקודה. בבסיסה היא פועלת לטובת הנישומים ועולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה וצרכי יזמים וחברות בראשית דרכם. יחד עם זאת, יש להצטער על כך שלצד פרשנות זו, הולכת רשות המסים, "צעד אחורה" בדמות פרשנות מצמצמת ביחס למשקיעים חדשים. במקרים מתאימים אנו סבורים, כאמור, כי ניתן לקרוא תיגר על עמדה פרשנית זו.