



## סמנכ"ל בכיר לעניינים מקצועיים

ח' שבט תשע"ב  
01 פברואר 2012

**הנדון:** עמדת רשות המיסים בדבר הקצאת זכויות לבעלי מניות "חדשים" במהלך תקופת המגבלות הקבועה בחלק ה-2 לפקודה בהתאם להוראות סעיפים 104ד(1) ו-103ג(9) לפקודה

### **הקדמה:**

חלק ה-2 לפקודה מעניק פטור ממס (שמשמעותו דחיית מס) לשינויי מבנה, שאף שמבחינה משפטית-פורמאלית מהווים מכירה על פי הוראות הפקודה, מבחינה מהותית אינם מהווים מכירה (מימוש כלכלי אמיתי), וזאת בשל השמירה על הבעלות הכלכלית בנכסים המועברים.

תנאי יסודי קבוע לכל אורכו של חלק ה-2 לפקודה הינו התנאי של המשך ההחזקה בנכסים המועברים והמשך ההחזקה בזכויות בחברה אליה הועברו הנכסים, וזאת במשך תקופה של שנתיים ממועד שינוי המבנה (להלן: "**תקופת המגבלות**"). תנאים אלו נועדו לבטא את השמירה על הבעלות הכלכלית בנכסים המועברים והם למעשה עקרון היסוד המנחה את הוראות חלק ה-2 לפקודה.

יחד עם זאת, המחוקק היה ער לכך שלא ניתן לשמור על מגבלת ההחזקה בזכויות בתקופת המגבלות באופן מוחלט, ועל כן נקבע בחלק ה-2 לפקודה מספר אירועים שאם הם מתקיימים בתקופת המגבלות לא יראו בכך פגיעה בתנאי של המשך ההחזקה בזכויות (להלן: "**הדילולים האפשריים**"). על פי הדין הקיים ניתן למכור 10% מהזכויות של כל אחד מבעלי הזכויות, ניתן להקצות זכויות לבעל זכויות חדש עד 20% מהון החברה לאחר ההקצאה וניתן להקצות זכויות בבורסה לניירות ערך עד ל- 49% מהון החברה לאחר ההקצאה (בפיצול ניתן להקצות למשקיע חדש ובבורסה עד 50%). יוער, כי ניתן לעשות שימוש במספר "מסלולים" של דילול ובלבד שנשמרת "מגבלת העל" לפיה לא יפחתו זכויותיהם של מי שהיו בעלי זכויות בחברה הקולטת מייד לאחר שינוי המבנה מ- 51% (בפיצול 50%) (להלן: "**מגבלת העל**").

חלק ניכר מהבקשות לשינויי מבנה תכליתן הינה לגייס כספים לחברות לצורך פעילותן הכלכלית בדרך של גיוס בבורסה ואו הקצאה פרטית למשקיעים. המגבלות הקבועות בדין הקיים לגבי המשך ההחזקה בזכויות בחברות, הכוללות גם מגבלה על הקצאת מניות וזכויות למשקיעים, מהוות חסם משמעותי לביצוע שינויי מבנה שתכליתם גיוס משקיעים.

רשות המיסים החליטה, כי ניתן לתת פרשנות חדשה ואפשרית להוראות חלק ה-2 הנוגעות לדילולים האפשריים. פרשנות שתתיישב עם לשון החוק הקיים ועם תכלית החקיקה כפי שפורטה לעיל, ותאפשר את "העמקת" הדילולים במקרה של הקצאות למשקיעים פרטיים תוך שמירה על מגבלת העל ועל עקרון המשך הבעלות הכלכלית בנכסים.

**סקירה – הוראות חלק ה-2 לפקודה הרלבנטיות:**



## סמנכ"ל בכיר לעניינים מקצועיים

סעיף 1104(ג) לפקודה קובע כך<sup>1</sup>: "אם התקיים אחד מהדברים המפורטים בפסקאות משנה (א) עד (ד) להלן, לא יראו בו מגיעה בהמשך ההחזקה בזכויות, ובלבד שבשום מועד במהלך שנתיים לאחר העברה לא יפחתו זכויותיהם של מי שהיו בעלי הזכויות מיד לאחר העברה מ- 51% מכל אחת מהזכויות

בחברה:

(א).....

(ב).....

(ג) הוקצו מניות חדשות למי שלא היה בעל זכויות בחברה לפני ההקצאה בשיעור שאינו עולה על 25% מהון המניות לפני ההקצאה."

הפרשנות והפרקטיקה המקובלת עד היום כפי שקיבלה ביטוי על גבי כל במה אפשרית לגבי האמור בסעיף 1104(ג) לפקודה הינה, כי ניתן להקצות בהקצאה פרטית זכויות למשקיעים חדשים שלא היו בעלי זכויות בחברה מייד לאחר שינוי המבנה (ולא לפני ההקצאה) עד 25% מההון הקיים בחברה מייד לאחר שינוי המבנה (20% מהון החברה לאחר ההקצאה) לבעל המניות החדש. כלומר, סך הזכויות שיוקצו לכל המשקיעים החדשים בהקצאה פרטית, לא יעלה על 25% מההון הקיים מייד לאחר שינוי המבנה.

לפי פרשנות זו סעיף 1104(ג) לפקודה קובע רף עליון להקצאה פרטית הנמוך ממגבלת העל ובשונה מהקצאה בבורסה (לפי סעיף קטן א') שבמסגרתה ניתן להקצות למשקיעים חדשים וישנים עד ל- 49% מהון המניות של החברה לאחר ההקצאה.

לצורך השלמת התמונה יוער, כי לגבי פיצולים במסגרת תיקון 123 לפקודה (בשנת 2000), תוקנו הוראות סעיף 1105(א)(8) לפקודה, כך שניתן להקצות בהקצאה פרטית למשקיעים חדשים עד 50% מהון המניות של החברות המתפצלות לאחר ההקצאה, וזאת במקום 20% שהיה ניתן קודם לתיקון ובדומה לחלופה של הקצאה בבורסה.

### הפרשנות המוצעת:

כפי שצוין לעיל, עמדת רשות המיסים היא כי ניתן לאמץ פרשנות אחרת שתאפשר הקצאה פרטית למשקיעים חדשים עד 49% מהון המניות בחברה לאחר ההקצאה בדומה להקצאה בבורסה, בכפוף לאמור להלן.

בהתאם לפרשנות המוצעת, קובע הסעיף, כי בכל הקצאה פרטית במהלך תקופת המגבלות ניתן להקצות זכויות לכל משקיע חדש שלא היה בעל זכויות בחברה לפני ההקצאה עד 20% מהון המניות בחברה לאחר ההקצאה, וזאת בכפוף למגבלת העל. כלומר, ניתן להקצות בהקצאה פרטית למספר משקיעים חדשים עד 49% מהון המניות בחברה לאחר ההקצאה, ובלבד שכל אחד מהמשקיעים החדשים לא

<sup>1</sup> בסעיף 1103(9) לפקודה קיימת הוראה דומה לגבי מיוזגים.



## סמנכ"ל בכיר לעניינים מקצועיים

**יקבל יותר מ- 20% מהון המניות בחברה.** כמו כן, משקיע שהשתתף בהקצאה קודמת לא יוכל להשתתף בהקצאה נוספת לאור העובדה, כי לא יחשב למשקיע חדש.

### **בחינה לשונית של הפרשנות המוצעת:**

הפרשנות המוצעת מתיישבת היטב עם לשון החוק:

1. לשון סעיף 104(ד1)ג) לפקודה מתייחסת למשקיע חדש בלשון **יחיד** - "למי שלא היה בעל זכויות בחברה לפני ההקצאה", ולא בלשון רבים כפי שנאמר ברישא של סעיף 104(ד1) לפקודה.
2. לשון סעיף 104(ד1)ג) לפקודה מתייחסת למשקיע חדש שלא היה בעל זכויות בחברה **לפני ההקצאה** ולא לפני שינוי המבנה.

### **בחינה תכליתית של הפרשנות המוצעת:**

כפי שכתב לעיל, תנאי המשך ההחזקה בזכויות ובנכס הינו ביטוי להמשך הבעלות הכלכלית בנכס לאחר שינוי המבנה. יחד עם זאת, סעיף 104(ד1) לפקודה מאפשר שינוי בזכויות תוך שמירה, כי השליטה (51%) בחברה לא תשתנה בכל תקופת המגבלות. כלומר, שגם אם יעשה שינוי בזכויות בחברה לא יוצרו בעלי שליטה חדשים אלא תשמר השליטה של בעלי הזכויות "הישנים" טרם שינוי המבנה. כך בהתאם, קובע הסעיף את מגבלת העל קרי שמירה על 51% בידי בעלי הזכויות "הישנים".

יובהר, כי בהקצאה בבורסה אפשר המחוקק הקצאת מניות לבעלי מניות חדשים וישנים בכפוף למגבלת העל, מתוך תפיסה כי בהקצאה כאמור ישנו פיזור גדול של משקיעים, שלא ישנו את השליטה הקיימת של בעלי המניות "הישנים". לעומת זאת, בהקצאה פרטית הגביל המחוקק את ההקצאה ל- 20% מהון המניות לאחר ההקצאה, וזאת לבעלי זכויות חדשים בלבד, שכן הקצאה שכזו שבה אין פיזור משקיעים עלולה לשנות את השליטה בחברה.

הפרשנות המוצעת מתיישבת עם תכלית החקיקה ואף מחזקת תכלית זו. מחד גיסא היא תאפשר דילול של עד 49% ובכך תרחיב את אפשרות גיוס הכספים לחברות לאחר שינוי המבנה, ותשתר חלק מהחסמים לביצוע שינוי מבנה לאור שינוי הפרשנות שהייתה קיימת עד כה, ומאידך גיסא, תבטיח כי השליטה בחברה תשמר בידי בעלי המניות הישנים, וזאת לאור מגבלת ההקצאה לבעלי מניות חדשים כך שכל משקיע כאמור לא יוכל לקבל יותר מ- 20% מהון מניות החברה לאחר ההקצאה, ולאור מגבלת העל הנותרת בעינה.

יוער, כי גם על פי הפרשנות המוצעת עלול להתעורר קושי בהשוואה לפרשנות הקיימת. בעוד שעל פי הפרשנות הקיימת ניתן להקצות לבעל זכויות חדש (שלא היה בעל זכויות בחברה קודם לשינוי המבנה) במסגרת מספר הקצאות ובלבד ששך כל המניות המוקצות יהיו לא יותר מ- 20% מהון המניות בחברה לאחר ההקצאה, בפרשנות המוצעת משקיע חדש שהשתתף בהקצאה קודמת, לא יוכל להשתתף שוב בהקצאה נוספת, וזאת גם אם לא ניצל את מכסת ההקצאה של עד 20%. ניתן ליישב את הקושי האמור,



## סמנכ"ל בכיר לעניינים מקצועיים

בכך שהמחוקק ביקש להגביר את פיזור המשקיעים גם בהקצאה פרטית (בדומה להקצאה בבורסה) ולפיכך נקבעה הדרשה של הקצאה של זכויות לבעל זכויות חדש בלבד.

יצוין, כי בחינה של תכלית החקיקה מתוך עיון בדברי ההסבר להצעת החוק בטרם חקיקת חלק ה-2 לפקודה ומתוך עיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת הכספים בטרם חקיקת החוק, מעלה כי שאלת הפרשנות הנכונה של הוראות החוק הרלבנטיות בעניין שבדון לא נכחנה באופן ממשי.

### הפרשנות המוצעת - הנחיות לפעולה:

קבלת הפרשנות המוצעת מבטאת שינוי מדיניות של ממש שיש בה כדי להשפיע על ציבור רחב. מדובר **בשינוי לטובת ציבור הנישומים** שיש בה הקלה ביחס לפרשנות כפי שהייתה נהוגה קודם לכן. יחד עם זאת, יש לשמור כי הפרשנות המקלה לא תנוצל לרעה ולטובת הפחתות מס בלתי נאותות. לאור זאת, רשות המיסים מאמצת פרשנות זו בכפוף להוראות הבאים:

1. כל האמור במסמך זה יחול גם לגבי הקצאות לאחר מיזוג לפי סעיף 103ג(9) לפקודה.
2. מכון שמדובר בפרשנות מקלה היא תחול גם לגבי שינוי מבנה שנעשו בעבר והם עדיין בתקופת המגבלות.
3. לאור העובדה, כי הפרשנות המוצעת עלולה במקרים מסוימים להוות קושי בגיוס משקיעים חדשים (כדוגמת הקצאה נוספת למשקיע שלא ניצל את מכסת ה- 20%), ומכיוון שמדובר בפרשנות המחליפה פרשנות שהייתה נהוגה עד כה במשך שנים רבות, רשות המיסים תאפשר לנישומים לבחור בין הפרשנויות ובלבד שיתמידו בבחירתם עד לתום תקופת המגבלות.
4. לאור מתן פרשנות מרחיבה להוראות סעיפים 104ד(1)א) ו- 103ג(9)ב) לפקודה, ולצורך הבטחה כי תשמר תכלית החקיקה כפי שפורטה לעיל, יש להבהיר כי לא תתאפשר "עקיפה" של מגבלת ה- 20% למשקיע חדש באמצעות ההקצאה פרטית לצד קשור למשקיע קיים ("יצד קשור" - כהגדרתו בסעיף 103 לפקודה).
5. יובהר, כי לגבי פיצולים לא יחול כל שינוי ביחס לפרשנות הקיימת, וזאת לאור תיקון 123 לפקודה אשר אפשר ביצוע הקצאה פרטית עד ל- 50% לאחר ההקצאה בתקופת המגבלות. כמו כן, לגבי שינוי מבנה בחברות עתירות מחקר ופיתוח בהתאם לתקנות מס הכנסה (שינוי מבנה של חברות עתירות מחקר ופיתוח), התשנ"ד-1994, לא יחול כל שינוי ביחס לפרשנות הקיימת.
6. בנוסף יובהר, כי לא יחול שום שינוי ביחס למגבלת העל הקבועה בסעיפים 104ד(1)א) ו- 103ג(9) לפקודה.
7. יובהר, כי לגבי השפעת הפרשנות המוצעת ביחס לעמדת רשות המיסים שפורסמה בעבר במסגרת תמציות החלטות מיוסד /או בכל דרך אחרת בסוגיות ספציפיות, אשר יש בהן כדי להשפיע על שיעור הדילולים האפשריים, יש לפנות למחלקת מיזוגים פיצולים ברשות המיסים.



## סמנכ"ל בכיר לעניינים מקצועיים

8. יצוין, לעניין מקרים של הקצאות פרטיות שהינן עסקאות מלאכותיות שיש לסווג כמכירה כהגדרתה בסעיף 88 לפקודה, כי יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לעובדות הספציפיות ולסווג בהתאם.

בברכה,  
  
אהרן אליהו, רו"ח

### העתקים:

מר דורון ארבלי - מנהל רשות המיסים (במועל)  
מר אורי קלינר, עו"ד (רו"ח) - היועץ המשפטי לרשות המיסים  
ד"ר חיים גבאי - סמנכ"ל בכיר לענייני שומה  
מר עפרי שלו, רו"ח - מנהל מחלקת מיוזגים פיצולים  
מר הראל ישראל, עו"ד - יועץ משפטי - מיוזגים פיצולים