

מכירת מניות סחירות – האמנם "עסק" למסחר בניירות ערך ?



שקל ושות' עו"ד

יניב שקל, עו"ד (חשבונאות), טלי יהושע, עו"ד (חשבונאות)

לאחרונה, נשמעת תכופות מצד רשויות המס הטענה, במיוחד כלפי מייסדי חברות אשר מניותיהן נרשמו למסחר בבורסה, כי מכירת מניותיהם בחברה כפופה למיסוי הקבוע בחלק ב' לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א – 1961 (להלן – "הפקודה"), בהיותה פעילות פירותית. מכירת מניות שכאלו במספר פעולות מכירה מסווגת ע"י רשויות המס כ"עסק" למסחר בניירות ערך, ואילו מכירה חד פעמית של מניות סחירות נחשבת לדידן של הרשויות כ"עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי".

המוטיבציה לטענה זו ברורה – היה ומכירת המניות תסווג כפעולה "הונית", הכפופה להוראות חלק ה' לפקודה, יופטרו רווחי המכירה ממס, וזאת בהתאם להוראות צו מס הכנסה (פטור ממס על רווחי הון ממכירת מניות), תשמ"ב – 1981 (להלן – "צו הפטור"), הקובע פטור ממס לרווח הון ממכירת מניה הנסחרת בבורסה בישראל או שהמכירה תתחייב במס בשיעור נמוך של 15% בלבד, בהתאם לחלק 3 לפקודה – הכל בהתאם למועד המכירה, תמורתה ושווי המניה ביום 31.12.02. לפיכך, רק סיווג של המכירה ככזו המתבצעת במסגרת "עסק" שמנהל המוכר או במסגרת "עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי", יוביל למיסוי המוכר על רווחיו בשיעור "מלא", של עד 49% (בתוספת אפשרית של מע"מ וביטוח לאומי).

לשם זיהוי של "עסק" לצורכי הפקודה פותחו בפסיקה מבחנים ומדריכים רבים, הבוחנים בין היתר את – נסיבות הרכישה והמכירה, טיב הנכס, תדירות העסקאות הדומות, משך ההחזקה בנכס, פעילויות הטיפול וההשבחה, הארגון והניהול, הבקיאיות, מקורות המימון ועוד. אף לשם זיהוי של "עסקת אקראי" מקובל להשתמש באותן אמות מידה, אלא שבשונה מעסק, לא מתקיים ביחס לעסקת אקראי מבחן התדירות, שכן עסקה זו היא מטיבה בודדת.

אשר לשאלת סיווג של עסקאות בניירות ערך, פותחו בפסיקה מבחנים ספציפיים, על מנת לזהות אימתי פעילותו של הנישום בניירות ערך הנה פעילות הונית, ואימתי זוהי פעילות עסקית. בין מבחנים אלו ניתן למצוא את הבאים: מהן מטרותיו של הנישום בפעילותו – האם מטרתו לסחור בניירות הערך לשם הפקת רווחים בטווח הקצר או לרכוש את ניירות הערך לצורכי השקעה ארוכת טווח; מהי כמות עסקאות הרכישה והמכירה אותן מבצע הנישום; מהו היקף פעילות הנישום בניירות הערך ביחס לשאר פעילויותיו; מהי תכיפות הפעילות של הנישום; מהו משך ההחזקה של הנישום בניירות הערך; מהו טיב ניירות הערך – האם המדובר בניירות ערך ספקולטיביים או בניירות ערך המשמשים כאפיק להשקעה; כיצד מממן הנישום את פעילותו – האם בהון עצמי או בהון זר. כן יש ליתן משקל למבחן "הגג" – מבחן נסיבותיה המיוחדות של כל פעילות ופעילות.

מקום בו המדובר במייסד חברה אשר מניותיה נרשמו למסחר בבורסה, אשר בחר לרכוש ממניות החברה ואחר כך למכור מניות אלו במכירה חד פעמית או במספר פעולות מכירה, נראה כי הטענה לפיה המדובר ב"עסק" שמנהל המייסד או ב"עסקת אקראי" אותה הוא מבצע, הנה לרוב רחוקה ודחוקה.

פעילות המייסד בניירות הערך של החברה אותה ייסד ובה השקיע את מיטב שנותיו נושאת לרוב אופי מובהק של השקעה הונית, ללא כל סממנים עסקיים. לרוב המדובר בהחזקת מניות המבוצעת משך שנים,

הנעשית משיקולים אסטרטגיים של הרחבת ההחזקה בחברה שהיא מפעל חיו של המייסד, וללא כל כוונה מצד המייסד לסחור בניירות ערך. אף העובדה שהמדובר בהחזקה של נייר ערך אחד, בניגוד לאסטרטגיה המימונית הבסיסית של גיוון תיק השקעות, והעובדה שנייר ערך זה איננו בעל אופי ספקולטיבי, מהוות חיזוק לאופי ההוני שנושאת ההשקעה. אף בקיאותו של המייסד בהשקעתו הוא – החברה אותה ייסד – איננה מתורגמת בהכרח לבקיאות כללית בתחום המסחר בניירות ערך, הדרושה לניהול "עסק".

ניסיוןן של רשויות המס לדחוס פעולות בודדות של רכישת ומכירת מניותיה של חברה, על ידי מייסדה, כאשר פעולות אלו נעדרות כל צביון מסחרי, לתחומי המיסוי הפירותי, אך מכיוון שעסקינן ב"בעל עניין" ובעסקה רווחית, חוטאות לכוונת המחוקק בצו הפטור ובשיעורי המס המופחתים למוכרי ניירות ערך. מטרת הוראות אלו הנה להקל על מיסוי רווחים הנובעים ממכירת מניות הנסחרות בבורסה, מתוך כוונה לעודד משקיעים להשקיע במניות שכאלו, ומתוך כוונה לעודד רישומן בבורסה, ואילו הניסיון האמור של הרשויות מנוגד חזיתית לכוונה זו.

זאת ועוד, בניגוד לטענה נוספת הנשמעת מצד רשויות המס, חזקה היא כי המחוקק בקש להחיל את צו הפטור ואת שיעורי המס המופחתים אף על מייסדיה של חברה ועל בעלי עניין בה. מסקנה זו מתבקשת נוכח סעיף 101 לפקודה, הקובע הוראות בדבר מיסוי בעלי מניות (אשר הנם גם במקרה הרגיל המייסדים או בעלי עניין בחברה המונפקת), בעת הפיכתן של מניות פרטיות למניות הנסחרות בבורסה. הסעיף מאפשר למייסד לבחור בין תשלום המס בעת רישום המניות למסחר או בעת מכירתן של המניות בבורסה. מובן כי מקום בו צו הפטור או שיעורי המס המופחתים לא היו חלים על המייסד, וממילא היה זה חייב במס בכל מקרה של מכירת מניות בבורסה, לא היה צורך בהוראה זו של סעיף 101 לפקודה, הקובעת **כחריג** חיוב מפורש במס רווחי הון בשיעור מלא בעת מכירת מניות בבורסה, מקום בו לא חל חיוב שכזה בעת הרישום.

נראה שאין צורך להרחיב בדבר התפקיד המשמעותי של שיעורי המס בעת בחירת מסלולי השקעה, וגישתן החדשה של רשויות המס (עת בעבר היו רק מקרים חריגים נכנסים לגדר "עסק" בניירות ערך), לפיה כל עסקת בעלי עניין שנסייתה ברווח הנה מועמדת למיסוי פירותי, עשויה ליצור אי וודאות באשר לשיעורי המס החלים עם העסקה, אי וודאות שהיא קריטית במיוחד לאור חלקם של בעלי העניין בשוק הישראלי.