

היבטי מיסוי ברכישה עצמית של מניות ע"י החברה

רו"ח צור יוסף שואל:

א. חברה פרטית רוכשת מבעל שליטה בה (50%) את מניותיו.

השאלה:

מה הם היבטי המיסוי מבחינת החברה ובעל המניות?

ב. בעל שליטה א' (50%) רוכש את כל מניותיו של בעל שליטה ב' (50%)

השאלה:

- מה הם היבטי המיסוי ביחס לבעל מניות א' בעל מניות ב' והחברה?
- מהי האפשרות המיטבית לבעל מניות א' לממן את רכישת המניות מבעל מניות ב' (דיבידנד, הלוואה מהחברה וכו')?

עו"ד יניב שקל ומאורי עמפלי משיבים:

בתשובתנו הנחנו שבעלי המניות הינם יחידים תושבי ישראל:

תשובה לשאלה הראשונה:

טרם נדון בסוגיית מיסויה של עסקת רכישה עצמית, נסקור בקצרה מהי המסגרת הנורמטיבית החלה על הפחתת הון בכלל ורכישה עצמית בפרט של מניות בדין הכללי.

בבסיס העקרונות לשמירת הונה של החברה, עומדות שלוש הגדרות מרכזיות. ההגדרה הראשית היא הגדרת המונח "חלוקה", המופיע בסעיף 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 להלן - "חוק החברות" ולשונה כדלקמן:

"חלוקה" – מתן דיבידנד או התחייבות לתיתו, במישרין או בעקיפין, וכן רכישה;"

דהיינו: כבר במסגרת ההגדרה הבסיסית ביותר, הנוגעת לכללים בדבר שמירת הונה של החברה, הפריד המחוקק בין שתי קטגוריות שונות ונפרדות של הפחתת הון: האחת היא חלוקת "דיבידנד" והשנייה היא "רכישה".

כמו כן, מוסיף חוק החברות ומגדיר את המונחים "דיבידנד" ו"רכישה".

המונח "דיבידנד" מוגדר בחוק החברות כדלקמן:

"דיבידנד" – כל נכס הניתן על ידי החברה לבעל מניה מכוח זכותו כבעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה;"

ואילו המונח "רכישה" מוגדר בחוק החברות כדלקמן:

"רכישה" – רכישה או מתן מימון לרכישה, במישרין או בעקיפין, בידי חברה או בידי חברה בת שלה או בידי תאגיד אחר בשליטתה, של מניות החברה או של ניירות ערך שניתן להמירם למניות החברה או שניתן לממשם במניות החברה, או פדיון של ניירות ערך בני פדיון שהם חלק מהונה העצמי של החברה בהתאם לסעיף 312(ד),

ולרבות התחייבות לעשיית כל אחד מאלה, והכל, ובלבד שהמוכר אינו החברה עצמה או תאגיד אחר בבעלותה המלאה של החברה;

משמע, רכישה עצמית הינה מצב שבו חברה רוכשת, במישרין או באמצעות חברת בת, מניות וניירות ערך שהיא עצמה הנפיקה בעבר. רכישה עצמית הינה דרך נוספת, לצד חלוקת דיבידנד), בה יכולה חברה לחלק מנכסיה לבעלי מניותיה וזאת באמצעות העברת כספים לבעלי המניות תמורת המניות הנרכשות, אלא שאצל החברה יהיו המניות רדומות, דהיינו נטולות זכויות עד לביטולן או להנפקתן מחדש על ידי החברה.

סיכומה של נקודה זו, חוק החברות מבחין הבחנה ברורה וחדה בין שתי קטגוריות של הפחתות הון: האחת, היא הפחתת הון בדרך של חלוקת דיבידנד, אשר תמציתה במתן נכס כלשהו לבעל מניות מכוח היותו בעל מניות; השנייה, היא הפחתת הון בדרך של רכישה עצמית של מניות על ידי החברה או בדרך של סיוע של החברה לרכישת מניות של עצמה.

נציין עוד, כי בהתאם לסעיף 302 לחוק החברות חברה רשאית לחלק את נכסיה לבעלי המניות תוך עמידה בשני מבחנים מצטברים: מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון.

מבחן הרווח נועד להבטיח, כי החברה תחלק מתוך רווחים בלבד.

מבחן יכולת הפירעון דורש, כי חלוקת הדיבידנד לא תפגע ביכולת החברה לעמוד בהתחייבויות הקיימות והצפויות של החברה.

לגבי סיווג העסקה לצרכי מס, בדיני המס בארץ בכלל ובפקודת מס הכנסה, התשכ"א-1961 (להלן- "הפקודה") בפרט, אין כל התייחסות לרכישה עצמית של מניות, כשגם הגדרה מפורשת למונח "דיבידנד" איננה בנמצא. יחד עם זאת, הלכה היא בהיעדר ראיה לסתירה, כי הכללים והמושגים של הדין המהותי יחולו גם על הדין הפיסקאלי (וראו לעניין זה למשל אהרון ברק, "פרשנות דיני המסים", **מסים** י"א/4, א-1 בעמ' א-8). כלומר סבורים אנו כי לא ניתן להתעלם לצורכי מס מן ההבחנה הברורה המצויה בחוק החברות בין הפחתת הון בדרך של חלוקת דיבידנד לבין הפחתת הון בדרך של רכישה עצמית, שהרי חוק החברות הוא החוק המסדיר סוגים אלה של הפחתת הון באופן מהותי.

ואכן, רשות המסים **בחוזר מס הכנסה 10/2001** (להלן- "החוזר") קבעה כי ככלל יש לראות רכישה עצמית אצל בעל המניה כ"מכירה" כהגדרתה בסעיף 88 לפקודה, ועל כן מקימה היא חבות במס ריווח הון. כחריג קובע החוזר כי במקרים בהם נעשתה רכישה עצמית מכל בעלי המניות באופן שווה (פרו-רטה), יש לסווג את העסקה כחלוקת דיבידנד, ויחולו ההוראות בדבר ניכוי המס במקור על פי תקנות המתאימות.

צא ולמד, אפוא, כי לכאורה ולגישת רשות המסים במקרה הנדון בו רכשה החברה מניות מבעל מניות אחד בלבד, ללא רכישה מבעל המניות האחר, יש לראות ברכישה העצמית כ"מכירה" המחייבת המס ריווח הון אצל בעל המניות.

נציין שפרשנותה זו של רשות המסים איננה נטולה מספקות משום שחוק החברות אינו קובע שחלוקה של נכסי החברה בין בעלי מניותיה, חייבת להיות על-פי שיעור אחזקותיהם בהונה כתנאי לסיווגה כ"דיבידנד". יתרה מזו גישה זו בעייתית כשלעצמה, שכן על-פי סעיף 306 לחוק החברות, הון מניות החברה יכול להתחלק לסוגי מניות שונים שזכויותיהן לדיבידנדים שונות זו מזו, לבטח כאשר מדובר בחברה פרטית.

למיטב ידיעתנו טרם עמדה גישה זו של רשות המסים במבחן בתי המשפט. אשר על כן, עשויה להתקיים פרשנות ולפיה גם במקרה שבנדון, בו נרכשו מניות של בעל מניות אחד בחברה, תמורת הרכישה תסווג בידו כדיבידנד לצורכי מס.

נוסיף עוד, כי לדעתנו ההבדל העיקרי לצורכי מס בין הפחתת הון בדרך של חלוקת דיבידנד לבין הפחתת הון בדרך של רכישה עצמית, צריך להתבסס על מבחן רחב יותר מזה המופיע בחוזר והמתמקד בתוצאה הסופית של הפחתת ההון. הווה אומר, בעוד שלאחר חלוקת דיבידנד, הזכות במניות, אשר בגינה חולק הדיבידנד ממשיכה להתקיים, ומאפשרת המשך חלוקת דיבידנד בגין אותן המניות בעתיד, הרי שכאשר עסקינן ברכישה עצמית של מניות, לאחר תשלום הכספים עבור המניות, הזכות באותן מניות מתפוגגת, ולא ניתן עוד לקבל כספים מהחברה בגין אותן מניות.

קריטריון זה מאפשר הבחנה ברורה בין שני הסוגים הקיימים של הפחתת הון והוא אף יוצר התייחסות קוהרנטית ועקבית להסדרים השונים המצויים בחוק החברות.

זאת ועוד, לפי קריטריון זה ובניגוד לעמדתה של רשות המסים בחוזר, ניתן להעלות על הדעת מקרים בהם מתבצעת רכישה "פרו-ראטה" ובכל זאת הסיווג המתאים הינו של רכישה עצמית, בשל התוצאה הייחודית של התפוגגות הזכות במניות החברה הנרכשות, אשר הן, על הזכויות הגלומות בהן, יוצאות מרשות בעלי המניות המוכרים.

כך למשל, מקום בו קיימות בחברה פרטית מניות מסוגים שונים, המקנות זכויות שונות, ומניות מסוג אחד בלבד (למשל – מניות בכורה צוברות) נרכשות, גם אם פרו-ראטה בין בעלי המניות, ברי שהסיווג הנכון הוא סיווג של רכישה עצמית, שהרי הזכויות שהוקנו על פי אותו סוג מניות מתפוגגות.

באשר לשיקולים המיסויים לסיווג הרכישה כדיבידנד או שמא כמכירה, יש לקחת בחשבון כי במידה והרכישה העצמית תסווג כמכירה דאז יחולו על חישוב ריווח ההון אצל בעל השליטה ההוראות הרגילות המפורטות בסעיף 88 לפקודה ובעל השליטה יהיה חשוף לשיעורי מס גבוהים בעבור הריווח הריאלי עד ל- 31.12.2002, באם רכש את המניות לפני מועד זה וזאת בהתאם לנוסחת החישוב הליניארי. יצוין כי בעבור התקופה שלאחר תאריך זה ועד יום המכירה, יהיה שיעור מס ריווח ההון של בעל השליטה 25% מאחר ונחשב הוא כ"בעל מניות מהותי" בחברה כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה.

יחד עם זאת, יש לציין כי במידה שבעל השליטה רכש את מניותיו לפני יום ה- 1.1.2003, אזי באם ימצאו בחברה רווחים ראויים לחלוקה שמקורם לפני מועד זה, מכוח סעיף 94 לפקודה ימוסו רווחים אלו בשיעור של 10% בלבד. רווחים ראויים לחלוקה שמקורם לאחר תאריך זה ימוסו אף הם בשיעור מס אחיד של 25% (ולא בשיעור מס של 20%, שוב מכוח היותו של בעל השליטה בעל מניות מהותי בחברה).

באם הרכישה העצמית תסווג כדיבידנד דאז החברה תחוב בניכוי מס במקור בשיעור של 25% על מלוא ריווח ההון בשל היותו של בעל השליטה כאמור "בעל מניות מהותי". יתכן, בהתאם לנסיבות הספציפיות, כי החברה תצטרך לנכות מס במקור לבעל השליטה גם במקרה שהרכישה העצמית תסווג כמכירה וזאת בהתאם להוראת צו מס הכנסה (קביעת תשלומים בעד שירותים או נכסים כהכנסה), התשל"ז-1977.

מהיבט החברה, מלבד חובת ניכוי המס במקור, רכישת המניות בידי החברה עצמה איננה נחשבת כאירוע מס בידה כל עוד החברה איננה מוגדרת כאיגוד מקרקעין כהגדרתו בחוק מיסוי מקרקעין, התשכ"ג-1963.

יצוין עוד כי רכישה עצמית במהלך שנת המס תיחשב כ"שינוי שלילי" אצל החברה בין אם העסקה סווגה כחלוקת דיבידנד ובין אם כמכירה.

לסיכום, ראינו כי גישתה של רשות המסים היא שיש להתייחס למקרה הנדון כמכירה של מניות על כל המשתמע מכך. עם זאת ציינו, כי ניתן להעלות טיעון התומך בהצגת הרכישה

העצמית כדיבידנד בנסיבות מסוימות (אשר ספק אם הן חלות במקרה שלפנינו). במקרה של סיווג כמכירת מניות, יחול על בעל המניות, המוכר, מס רווחי הון, ועל החברה לא יוטל מס (למעט חובה אפשרית לניכוי מס במקור).

תשובה לשאלה השנייה:

במידה ובעל שליטה א' רוכש מבעל שליטה ב', אצל בעל שליטה ב' תסווג העסקה כרווח הון ויחול עליה חישוב המס ושיעורי המס לפי פרק ה' לפקודה. אצל בעל מניות א' רכישת המניות אינה אירוע מס ותמורתן תהווה עלות לחישוב רווח/הפסד הון בעת מכירתן, באם וכאשר ימכרן. למותר לציין כי גם במקרה זה, מומלץ כי בעל שליטה ב' יבדוק האם בחברה רווחים ראויים לחלוקה, שכן כמבואר לעיל רווחים אלו עשויים לזכות אותו בשיעור מס מופחת אם מקורם מלפני ה- 1.1.2003. באשר לחברה, לחברה לא נצמח כל אירוע מס בגין העברת המניות מבעל שליטה ב' לבעל שליטה א'.

תשובה לשאלה השלישית:

דומה כי בפני בעל מניות א' קיימות מספר חלופות למימון רכישת המניות מבעל מניות ב': אפשרות אחת העומדת בפניו היא לממן רכישה זו מכספי דיבידנד אשר יחולק לו על ידי החברה. שיעור המס בו יחוב בעל בעל שליטה א' יעמוד כאמור על 25%.

אפשרות אחרת העומדת בפני בעל מניות א' היא קבלת הלוואה מהחברה לרכישת מניותיו של בעל שליטה ב'. במקרה כזה נטילת הלוואה איננה מקימה חבות במס אצל בעל שליטה א', כל עוד מדובר בהלוואה העומדת בתנאי סעיף 3(ט) לפקודה (הצמדה למדד + 4% ריבית שנתית). עם זאת, יש לציין כי ברמת החברה ירשמו הכנסות מימון חייבות במס בגין מתן הלוואה, יתרת הלוואה תגדל משנה לשנה, וכן יחול חיוב במע"מ בגין הלוואה.

אפשרות שלישית משלבת גם רכישה עצמית של מניות בעל מניות א' על ידי החברה על מנת ליהנות משיעורי מס מופחתים (בשל רווחים ראויים לחלוקה, למשל), וכן ליהנות מעלות מניותיו- ככל שקיימת. ברם, כדאיות אפשרית זו תלויה נסיבות ולא ניתן לדון בה באופן כללי.

משמע, כל עוד בעל שליטה א' לא צפוי להיתקל בקשיים בהחזר הלוואה לחברה נראה כי מבחינה מיסויית עדיפה אפשרות נטילת הלוואה מהחברה על פני מימון רכישת מניות בעל שליטה ב' מכספי חלוקת דיבידנד אשר כרוכים בשיעורי מס בלתי מבוטלים. אפשרות זו עדיפה גם במצב בו החברה איננה יכולה לחלק דיבידנד בהתאם למבחני חוק החברות כמבואר לעיל.

מכל מקום, יש לאזן בין החלופות המתוארות לעיל, שמשמעותן אירוע מס הן אצל בעל המניות המוכר והן אצל בעל המניות הרוכש (לצורך מימון הרכישה), ובין אירוע המס הבודד המתקיים במקרה של רכישה עצמית כאמור בשאלה הראשונה (אך ללא מתן עלות חדשה למניות הנמכרות אצל בעל המניות "הרוכש").