

## היבטי מיסוי בעסקות מיזוג ורכישה

איל שנהב,<sup>\*</sup> מאורי עמפלי<sup>\*\*</sup>

הדינמיות של עולם העסקים יצרה במהלך השנים מתווים שונים לרכישת חברה. כל המתווים הללו משיגים את המטרה של רכישה שליטה על-ידי חברה אחת ("החברה הקולטת") בנכסיה ובפעילותה של חברה אחרת ("חברת-המטרה"). המתווים השונים מובילים לתוצאות כלכליות דומות, אך גלומים בהם היבטי מס שונים זה מזה. שונות זו משפיעה על הבחירה במתווה העסקה הרצוי מבין כל המתווים האפשריים, ולעיתים אף מכתיבה את המתווה שייבחר.

מטרת מאמרנו זה היא לפרוש תמונה כוללת של היבטי המס הקיימים במתווים השונים לרכישת חברה, תוך התמקדות בשלושת המתווים השכיחים יותר לרכישת חברות, קרי, רכישה של מניות החברה, רכישת פעילות של החברה (נכסים והתחייבויות) ורכישה על-דרך מיזוג. במסגרת סקירה זו נבחן מהו המתווה הרצוי לרכישת חברה מהיבט המס ברמת בעלי המניות וברמת החברה. נבקש לבחון אם יש מתווה שזוכה בעליונות תמידית ביחס ליתר המתווים. לשם כך ננתח תחילה את הפן התאגידי העומד בבסיסו של כל מתווה, ונסקור בקצרה את יתרונותיו ברמה התאגידית-המסחרית. בהמשך נסקור את הוראות המס העיקריות הרלוונטיות לכל מתווה, ונציג את עמדת הפסיקה ואת עמדת רשות המיסים בישראל, ככל שנודקק לכך, תוך הבעת דעתנו לגבי עמדות אלה.

כפי שיוצג במאמר, לכל מתווה יש מאפיינים משלו, לצד היתרונות והחסרונות המיסויים האופייניים לו. פעמים מתווה שפועל לטובת בעלי המניות בחברת-המטרה מתגלה כמתווה יעיל פחות מבחינתם של בעלי המניות בחברה הקולטת, ופעמים המצב הפוך. כך גם ברמת החברות, כך שלא תמיד יש אחדות אינטרסים בין חברת-המטרה לבין החברה הקולטת לגבי מתווה העסקה הרצוי. בחירה במתווה הרצוי צריכה אפוא להיעשות תוך בחינה של הנסיבות הרלוונטיות לכל עסקה ועסקה, תוך שקלול של היתרונות והחסרונות האופייניים לכל מתווה

\* ד"ר איל שנהב, עו"ד, ממושרד שנהב ושות', עורכי-דין.

\*\* מאורי עמפלי, עו"ד (רו"ח), ממושרד שנהב ושות', עורכי-דין.

המחברים מבקשים להודות לעו"ד אורן בירן ולחברות המערכת של כתב-העת משפט ועסקים - גלי הכט, מרב לנדנר ומעין עפרי - על הערותיהן המועילות והמפרות.

ומתווה הן ברמת חברת-המטרה ובעלי מניותיה והן ברמת החברה הקולטת ובעלי מניותיה.

מבוא

פרק א:

עסקה על-דרך רכישת מניות

1. היבטי מס בחברת-המטרה

(א) מיסוי ברמת בעלי המניות

(ב) פטורים אפשריים לבעלי מניות תושבי חוץ בעת מכירת מניות

בחברה ישראלית

(ג) מיסוי ברמת חברת-המטרה

2. מיסוי ברמת החברה הקולטת וחובת ניכוי מס במקור בעת רכישת

המניות

3. היבטי מע"מ

4. סיכום-ביניים

פרק ב:

עסקה על-דרך רכישת נכסים

1. היבטי מס בחברת-המטרה כתוצאה ממכירת נכסיה

(א) ברמת החברה

(ב) ברמת בעלי המניות

2. היבטי מס ברמת החברה הקולטת

(א) מחיר מקורי חדש

(ב) הפחתת נכסים

(ג) הפחתת קניין רוחני ומוניטין

3. היבטי מע"מ

4. סיכום-ביניים

פרק ג:

מיזוג חברות

1. פתח-דבר

2. היבטי המס הנגזרים מסוגי המיזוג השונים

(א) מיזוג רגיל

(ב) מיזוג משולש רגיל

(ג) מיזוג הופכי

(ד) מיזוג משולש הופכי

3. אירוע המס בחברה הקולטת

4. דחיית מס – סעיף 103 לפקודה

(א) יישום סעיף 103 על סוגי המיזוג השונים

(ב) הטבת המס בסעיף 103 והתנאים לקבלתה

(ג) היבטי מע"מ במיזוג

5. סיכום-ביניים

פרק ד: סיכום

## מבוא

הדינמיות של עולם העסקים יצרה במהלך השנים מתווים שונים לביצוע ההליך של רכישת חברה. מתווים אלה משיגים את המטרה של רכישת שליטה על-ידי חברה אחת ("החברה הקולטת") בנכסיה ובפעילותה של חברה אחרת ("חברת-המטרה").<sup>1</sup> המתווים השונים מובילים אומנם לתוצאות כלכליות דומות, אך גלומים בהם היבטי מס שונים זה מזה. השונות בהיבטי מס אלה משפיעה על הבחירה במתווה העסקה הרצוי מבין כל המתווים האפשריים, ולעיתים אף מנתיבה את המתווה שייבחר.

חוק החברות<sup>2</sup> מכיל הסדרים שונים לביצוע עסקות רכישה. הסדרים אלה כוללים רכישת חברה על-דרך מיזוג,<sup>3</sup> רכישת חברה על-דרך הצעת רכש<sup>4</sup> ורכישת שליטה בחברה באמצעות הסדר בין בעלי המניות<sup>5</sup> או על-ידי מכירת נכסי החברה (להבדיל ממניותיה) לצד שלישי, דהיינו, ביצוע עסקת מכירה ברמת החברה עצמה, ולא ברמת בעלי המניות (האקוויטי). זאת ועוד, גם הפסיקה הכירה בכך שעסקת הרכישה יכולה להתבצע בכמה דרכים חלופיות. כך, למשל, נקבע לאחרונה בפסק-הדין בעניין מלם:<sup>6</sup>

"ישנן טכניקות רבות לרכישת חברות. העולם העסקי הכלכלי מפתח טכניקות אלה בהתאם למטרות וליעדים העומדים בבסיס העסקה. יש לשאוף לכך, כי הכלים המשפטיים יאפשרו את מגוון העסקאות שהשוק מעוניין בהן. כיוון

- 1 בדיני החברות נעשה שימוש במינוח לא-אחיד בתיאור החברות המשתתפות בעסקה להעברת שליטה. פעמים החברה הקולטת מכונה גם "החברה הרוכשת", ואילו חברת-המטרה מכונה גם "חברת היעד", "החברה הנרכשת" וכיוצא בזה. לצורכי מאמר זה, ולשם נוחיות הדין, החברה הרוכשת את השליטה תכונה להלן "החברה הקולטת", ואילו החברה שהשליטה בה עוברת לידי החברה הקולטת תכונה "חברת-המטרה".
- 2 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 1711.
- 3 ס' 314-327 לחוק החברות.
- 4 ס' 328-340 לחוק החברות. ראו גם אירית חביב-סגל דיני החברות לאחר חוק החברות החדש כך ב 397 (2004).
- 5 ס' 350-351 לחוק החברות. יצוין כי קיימת שאלה מורכבת אם בחוק החברות אפשרות המיזוג ואפשרות הרכישה על-דרך הצעת רכש מלאה הינן אפשרויות חלופיות אשר מתקיימות בנפרד באופן עצמאי ומשלימות זו את זו, או שמא מדובר באפשרויות הכרוכות זו בזו כך שאין שימוש באחת מייתר את השימוש באחרת. לאחרונה קיבל בית-המשפט המחוזי - בה"פ 786/07 נפתלי שני נ' מלם מערכות בע"מ (טרם פורסם, 21.10.2007) - את הגישה הראשונה, שלפיה מיזוג והצעת רכש הינם שני מסלולים לגיטימיים חלופיים לביצוע עסקה, ומשבחר צד לבצע את העסקה לפי מסלול אחד, מתייתר באחת המסלול האחר. דהיינו, בחירה במסלול של מיזוג מאיין את הצורך באימוץ מקביל של ההסדרים המצויים תחת החלופה של הצעת רכש.
- 6 עניין מלם, שם.

שהטכניקות העסקיות נבחרות משיקולים של יעילות כלכלית, ככל שהמשפט  
יאפשר יותר גיוון בעסקאות, כך תמוקסם היעילות הכלכלית.<sup>7</sup>

מטרת מאמרנו זה היא לפרוש תמונה כוללת של היבטי המס הקיימים במסגרת עסקות  
מיזוג ורכישה. במסגרת סקירה זו נבחן מהו המתווה הרצוי לרכישת חברה מהיבט המס ברמת  
בעלי המניות וברמת החברה. כמו־כן יבחן המאמר את מעמדם של תושבי החוץ בעסקות  
מיזוג ורכישה במתווים הללו.<sup>8</sup>

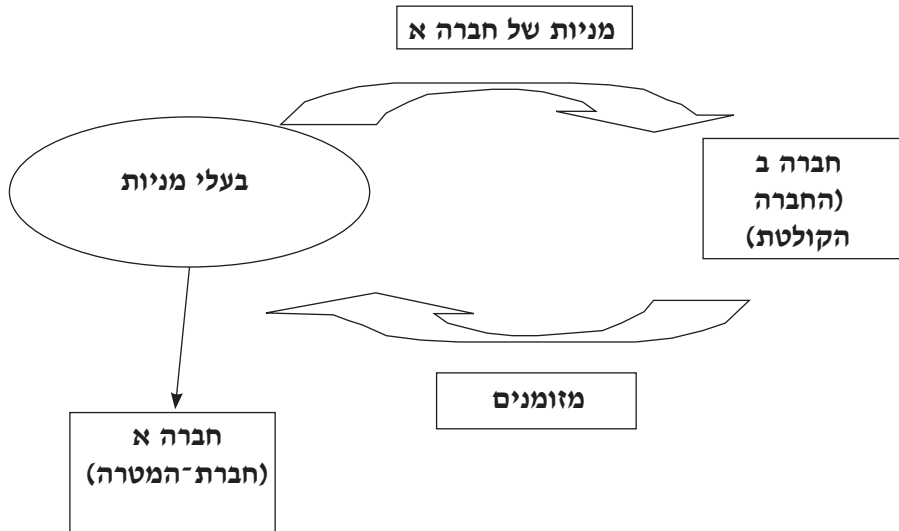
במסגרת המאמר נדון בשלושת המתווים השכיחים יותר לרכישת חברות. בפרק א  
למאמר נדון בעסקה על־דרך רכישת מניות, בפרק ב נדון בעסקה על־דרך רכישת נכסים,  
ובפרק ג נרחיב על עסקת המיזוג על סוגיה השונים. כל אחד מהפרקים יסקור את ההשלכות  
המיסוייות האופייניות לכל חלופה וחלופה.

7 עניין מלם, לעיל ה"ש 5.

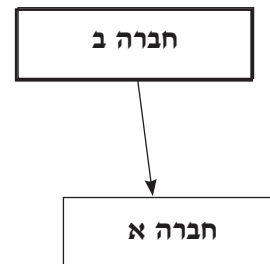
8 מפאת קוצר היריעה ומורכבות הנושא, מאמר זה אינו מהווה סקירה ממצה של היבטי המס  
הקשורים לעסקות רכישה, ומכל מקום אין מאמר זה מהווה תחליף לייעוץ מס מסודר אצל  
מומחה מס לפני ביצוע עסקה.

### פרק א: עסקה על-דרך רכישת מניות<sup>9</sup>

תשריט 1: מתווה של עסקת מניות



תוצאות העסקה:



במסגרת עסקה על-דרך רכישת מניות, השליטה בחברת-המטרה (חברה א) נרכשת במישרין ממי שהיו בעלי המניות בחברת-המטרה ערב העסקה, וזאת מבלי שחברת-המטרה מעורבת בעסקה. כלומר, ככלל מדובר בעסקה ברמת בעלי המניות בלבד. בחברה ציבורית העיקרון אשר מנחה השגת שליטה באמצעות רכישת מניותיה הוא

<sup>9</sup> נקודת המוצא של המאמר, אלא אם כן נאמר אחרת, היא כי מכירת המניות נעשית במישרין ההוני, וכי אין מדובר בנישום אשר הרווח ממכירת המניות מסווג אצלו כהכנסה עסקית-פירונית, כמו במקרה של מכירת מניות על-ידי חברת החזקה או סוחר במניות, למשל.

עקרון השוויון, דהיינו, על הרוכש להציע לכלל בעלי המניות מן הציבור להשתתף בעסקה בתנאים שוויוניים. כלומר, כל אחד מבעלי המניות זכאי לקבל מחיר זהה כנגד מניותיו, ואם הרוכש אינו חפץ ברכישת 100% ממניות החברה, כל בעל מניות יהיה זכאי למכור חלק יחסי ממניותיו בהתאם לחלק היחסי הכולל הנרכש על-ידי המשתלט. זאת ועוד, הדין מבקש להגן בעזרת הוראות אלה על בעלי המניות מן הציבור מפני הסיכונים שהם נחשפים אליהם כתוצאה משינוי מבנה הבעלות בחברה, מפיוורם ומחוסר יכולתם לנהל משא-ומתן אפקטיבי על מחיר העסקה. לפיכך הדין מנסה להבטיח שבעלי המניות ימכרו את מניותיהם למשתלט אך ורק כאשר רוב בעלי המניות סבורים כי המחיר המוצע אטרקטיבי דיו.<sup>11</sup>

הפרק השני והפרק השלישי לחלק השמיני של חוק החברות מיוחדים לסוגיה של הצעת רכש בחברות ציבוריות. בפרקים אלה מוסדרים המקרים שבהם חובה לנקוט הצעת רכש. ההסדר הראשון – "הצעת רכש מיוחדת" – מוצג בסעיף 328 לחוק החברות, וקובע, ככלל, כי בעת השגת דבוקת שליטה, כהגדרתה בחוק,<sup>12</sup> יש להציע לבעלי המניות האחרים הצעת רכש מיוחדת.<sup>13</sup> ההסדר השני – "הצעת רכש מלאה" – מוצג בסעיף 336(א) לחוק החברות, וקובע כי הצעת רכש מלאה תוגש במקרה שבו יחזיק אדם לאחר ההצעה יותר מ-90% ממניות החברה. סעיף 336(ג) לחוק החברות, אשר הוסף בתיקון מס' 3 לחוק החברות, קובע כי הצעת רכש מלאה תוצע גם במקרה שבעל שליטה המחזיק ביותר מ-90% ממניות החברה מעוניין ברכישת יתרת המניות המצויות בידי בעלי המניות מהמיעוט.<sup>14</sup> כך או כך, מבחינה מהותית כלכלית, המתווים המתוארים לעיל מובילים בסופו של יום למצב שכאשר הצעת הרכישה של הרוכש נענית בחיוב על-ידי בעלי המניות בחברת-המטרה (החברה שמניותיה נמכרות), הרוכש נהפך לבעלים של המניות הנמכרות.

להשלמת התמונה יצוין כי הדין מאפשר לבצע רכישת מניות לא באמצעות המנגנון של הצעת רכש, כאשר עסקינן בהצעה פרטית כהגדרתה בחוק החברות ובנסיבות המפורטות בסעיף 328(ב) לחוק החברות. לא למותר לציין כי הצעת רכש אינה חלה במקרה של מכירת מניות בחברה פרטית. עם זאת, קיים בחוק החברות מנגנון אשר מסדיר אפשרות של רכישת שליטה מלאה גם בחברה פרטית. רוצה לומר, סעיף 341 לחוק החברות מעגן הסדר של מכירה כפויה בחברה פרטית כאשר 80% לפחות מבעלי המניות נענו להצעתו של רוכש פוטנציאלי.

דיני המס אדישים, ככלל, לשאלה כיצד בוצעה המכירה מהיבט חוק החברות, וכל עניינם הוא במיסוי הרווח שנוצר למוכר – אם נוצר – בעת המכירה, כפי שיפורט להלן.

- 10 חביב-סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 403.
- 11 שם, בעמ' 404, 526–529. ראו גם עמרי ידלין ושרון חנס "על מיווג, מיווג הופכי ורכישה בחוק החברות" הפרקליט מז(1) 104, 114 (2004).
- 12 "דבוקת שליטה" – מניות המקנות עשרים וחמישה אחוזים או יותר מכלל זכויות ההצבעה באסיפה הכללית.
- 13 ס' 328 לחוק החברות.
- 14 ס' 336 לחוק החברות.

## 1. היבטי מס בחברת-המטרה

### (א) מיסוי ברמת בעלי המניות

סעיף 89 לפקודת מס הכנסה<sup>15</sup> מעגן באופן כללי את החבות במיסוי רווחי הון בישראל. חבותו של "תושב ישראל" במס רווח הון מוצגת בסעיף 89(ב)(1) לפקודה:

"תושב ישראל חייב במס על רווח הון שנצמח או שהופק בישראל או מחוץ לישראל".

כלומר, ככלל, תושב ישראל חב במס ריווח הון בישראל ללא קשר לשאלת מקום הפקתו של ריווח ההון ולמיקומו של הנכס הנמכר - בישראל או מחוץ לישראל - באשר די בתושבותו הישראלית להשית עליו חבות זו.

הנה כי כן, כאשר מדובר במכירת מניות, ככלל, ימוסו בעלי המניות תושבי ישראל המוכרים בהתאם להוראות סעיף 88 לפקודה, בין שמדובר במניה של חברה תושבת ישראל ובין שמדובר במניה של חברה תושבת חוץ, בין שהמניות נמכרו בישראל ובין שהמניות נמכרו מחוץ לישראל.

עד לתיקון 132<sup>16</sup> נקבע בסעיף 91 לפקודה כי ריווח ההון הריאלי ממכירה של נכס ימוסה אצל היחיד בהתאם למדרגות המס השוליות החלות לגביו בסעיף 121 לפקודה, וימוסה אצל החברה בהתאם לשיעור מס החברות המפורט בסעיף 126 לפקודה. בפועל, עובר לתיקון 132, יחידים מוסו בשיעור מס של עד 50%, וחברות מוסו בשיעור מס של 36%. תיקון 132 שינה את חישוב המס בגין רווח הון ריאלי הנצמח ממכירת נכסים בכלל וממכירת מניות בפרט. בסעיף 88 לפקודה, אשר תוקן במסגרתו, נקבע שחישוב חבות המס בגין רווח הון ריאלי ממכירתם של נכסים שנרכשו עובר לתאריך 31.12.2002 (להלן: המועד הקובע) יחולק לשניים:

1. "רווח הון ריאלי עד המועד הקובע" - סך רווח ההון הריאלי כשהוא מוכפל ביחס שבין התקופה מיום הרכישה עד ליום שקדם למועד הקובע לבין התקופה שמיום הרכישה ועד ליום המכירה;

2. "יתרת רווח הון ריאלי" - ההפרש שבין סך רווח ההון הריאלי לבין רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע.

במקביל נקבע בסעיף 91 לפקודה כי מיסוי ריווח הון ריאלי עד המועד הקובע יימשך ככלל בהתאם לשיעור המס השולי של נישום יחיד, כמפורט בסעיף 121 לפקודה (עד 47% נכון לשנת 2008), או בשיעור מס החברות במקרה של חבר בני-אדם, כאמור בסעיף 126 לפקודה (27% נכון לשנת 2008). לעומת זאת, לגבי יתרת רווח ההון חלה הטבה, באשר

15 פקודת מס הכנסה, התשכ"א-1961 (להלן: הפקודה).

16 החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, ס"ח 1863 (להלן: תיקון 132).

נקבע כי זו תמוסה בשיעור של 20% במקרה של יחיד ובשיעור של 25% כאשר עסקינן בחברה.<sup>17</sup>

יצוין כי לכלל זה יש כמה חריגים. נציג להלן חלק מהם.

חריג אחד<sup>18</sup> מתקיים במקרה של מכירת מניות בחבר בני-אדם על-ידי יחיד שהוא "בעל מניות מהותי".<sup>19</sup> במקרה כזה יחויב המוכר בשיעור של 25% על יתרת ריווח ההון הריאלי, ולא בשיעור האמור של 20%.

חריג נוסף מתקיים ביחס לרווח הון ריאלי שמקורו במכירת מניות של חברה פרטית אשר נרכשו עובר למועד הקובע על-ידי בעלי מניות יחידים או חברות.<sup>20</sup> בקשר לכך נקבע, כי שיעור המס בגין ריווח ההון הריאלי השווה לחלק מהרווחים הראויים לחלוקה ימוסה, ככלל, בשיעור של 20% או 25% בהתאם לשיעור החזקתו של המוכר במניות החברה ולסיווגו כיחיד או כחבר בני אדם. ואולם ריווח ההון הריאלי בגובה הרווחים הראויים לחלוקה שמקורם עד למועד הקובע ימוסה בשיעור של 10%, כאילו נמכרה המניה במועד הקובע. מדובר בשיעור המס בו מוסו רווחים ראויים לחלוקה עד לתיקון 132,<sup>21</sup> כאשר מטרתו של המחוקק טרם תיקון 132 הייתה לתמרץ הותרת רווחים בחברה על-מנת שישמשו למימון פעילותה השוטפת ולהתפתחותה, חלף חלוקת דיבידנד לבעלי המניות.<sup>22</sup>

17 להשלמת התמונה, ולצורכי המשך הדיון, נציין כי הסדר דומה קיים בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין), לגבי מכירתה של זכות במקרקעין או זכות באיגוד מקרקעין שמועד רכישתם חל לפני 7.11.2001 (להלן: יום התחילה). בפן הפרוצדורלי, ס' 91(ד) לפקודה מטיל ככלל על בעל מניות המוכר את מניותיו בחברת-המטרה חובה לדווח על המכירה לפקיד השומה בתוך 30 ימים מיום המכירה, ולשלם מקדמת מס על הרווח שנבע לו מהמכירה.

18 ס' 91(ב2) לפקודה.

19 "בעל מניות מהותי" מוגדר בס' 88 לפקודה כדלקמן: "מי שמחזיק, במישרין או בעקיפין, לבדו או יחד עם אחר, ב-10% לפחות באחד או יותר מסוג כלשהו של אמצעי השליטה בחבר-בני-אדם".

20 ס' 94(א) לפקודה, בנוסחו לאחר החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשס"ה-2005, ס"ח 2023 (להלן: תיקון 147).

21 רווחים ראויים לחלוקה מוגדרים בס' 94(ב) לפקודה כדלקמן:

"(1) 'רווחים ראויים לחלוקה' – רווחים כאמור שנצטברו בחברה מתום שנת המס שקדמה לשנת רכישת המניה עד תום שנת המס שקדמה לשנת המכירה שלה, ובפירוק – עד ליום סיום הליכי הפירוק [עד תיקון מס' 147 נאמר: "עד ליום התחלת הפירוק" – א"ש ומ"ע], ובלבד שלא יובאו בחשבון רווחים ראויים לחלוקה כאמור, שנצברו לפני יום ט' בטבת התשנ"ו (1 בינואר 1996), הכל לפי המאזן של החברה לתום שנת המס שקדמה לשנת המכירה או ליום התחלת הפירוק, לפי הענין, לרבות רווחים שהונוגו... וסכום הרווחים הראויים לחלוקה לא יעלה על סכום הרווחים שנתחייבו במס לרבות מס שבח בתקופה האמורה בניכוי המס עליהם ודיבידנד שחולק מהם ובניכוי הפסד שנוצר בחברה שמניותיה נמכרות, אשר לא קוּזו, ובצירוף הרווחים שהיו חייבים במס כאמור אילולא פוטרו ממנו".

22 ראו בעניין זה עמ"ה 1021/02, 1202/01 סדן אמנון ובנימין הניגאל נ' פקיד שומה ת"א-יפו 1 (טרם פורסם, 18.2.2008).



ההוראות הנ"ל חלות גם בעניינה של חברה ציבורית, ובלבד שמוכר המניה היה – במועד המכירה או ביום כלשהו בשנים עשר החודשים שקדמו למכירה – בעל מניות מהותי בחברה שמניותיה נמכרות.<sup>23</sup>

#### נוסחת החישוב הליניארית – האם חזקה הניתנת לסתירה? (הלכת פוליטי<sup>24</sup>)

נשאלת השאלה אם נוסחת החישוב הליניארית הינה חזקה חלוטה, שיש לחשב לפיה את ריווח ההון הריאלי במקרה של מכירת נכס כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, או שמא מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, כך שאם הנישום מצליח להוכיח כי הריווח הריאלי נצמח לו רק לאחר המועד הקובע, המיסוי של רווח ההון הריאלי יהיה בשיעורים של 20% או 25%, ולא לפי שיעור המס השולי ביחס לתקופה שלפני המועד הקובע. בשל חשיבות הסוגיה בחרנו להרחיב קמעה בסוגיה זו. הדוגמה הבאה ממחישה את חשיבותה של שאלה זו:

יום הקים חברה ב-1 בינואר 1998. בינואר 2003 היה שווי המניה 100 ש"ח. ב-31 בדצמבר 2007 מניות החברה נמכרות במחיר של 1,100 ש"ח למניה. בעת המכירה היוזם אינו בעל מניות מהותי. לפי הנוסחה הליניארית, שיעור המס בגין מכירת המניות יהיה 33.5%. סך זה נובע מכך שלגבי מחצית התקופה (ינואר 1998 – דצמבר 2002; בסך-הכל חמש שנים) חל מס שולי של 47%, ואילו לגבי המחצית השנייה (ינואר 2003 – דצמבר 2007; בסך-הכל חמש שנים) חל מס של 20%. לעומת זאת, אם המס יוטל לפי עליית הערך בפועל של המניה הנמכרת, יהיה שיעור המס כ-22.45% בלבד. מס זה מורכב ממס בסך של 47 ש"ח על עליית הערך בגובה 100 ש"ח עד ל-1 בינואר 2003, וממס של 200 ש"ח על עליית הערך בגובה 1,000 ש"ח בין ה-1 בינואר 2003 ועד ל-31 בדצמבר 2007. סך המס הוא אם כן 247 ש"ח מתוך רווח של 1,100 ש"ח, דהיינו, כ-22.45%.

ודוק, שאלה זו טרם נידונה בהקשר של חישוב ריווח ההון הריאלי הנובע ממכירת נכסים כהגדרתם בפקודה, ופסקי-הדין שדנו בה עד כה עסקו בחישוב השבח הריאלי (ריווח ההון) הנובע ממכירת זכות במקרקעין כהגדרתה בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין.

בפסקי-הדין בעניין פוליטי<sup>25</sup> נקבע בתחילה כי עלי-מנת להגשים את מטרת החוק, יש לאפשר למוכר מקרקעין להוכיח עובדתית את מועד היווצרותו של השבח הריאלי, ובמקרים שבהם ברור כי החלוקה הקבועה בחוק בין השבח הריאלי עד ליום 11.7.2001<sup>26</sup> לבין השבח הריאלי שנצבר לאחר מועד זה יוצרת עיוותי מס משמעותיים, ניתן לשקול סטייה מהחזקה הקבועה בחוק בדבר אופן חישוב השבח.

היות שבעניין פוליטי לא הייתה מחלוקת כי השבח נצמח אחרי ה-7.11.2001, החליטה

23 ס' 94(א) לפקודה, שהוסף במסגרת תיקון 147.

24 ו"ע 5027/05 אלברט אברהם פוליטי נ' מנהל מיסוי מקרקעין (לא פורסם, 14.9.2006).

25 עניין פוליטי, שם.

26 "יום התחילה", המקביל ל"מועד הקובע" כהגדרתו בפקודה.

ועדת הערר של בית המשפט המחוזי בחיפה לסטות מהחוקה הליניארית, ולקבוע כי חישוב השבת הריאלי שנוצר כולו לאחר ה-7.11.2001 ייערך על-פי שיעור מס של 25%<sup>27</sup> הסוגיה שבה ועלתה לפני ועדת הערר שדנה בעניין ויסברוט.<sup>28</sup> באותו עניין טענו העוררים כי מאחר שרובו המוחלט של השבח הריאלי נוצר לאחר "יום התחילה" (7.11.2001), לא חלה בעניינם הנוסחה הליניארית שבסעיף 47 לחוק מיסוי מקרקעין. לעומתם, מנהל מס שבח סבר, כמו בעניין פוליטי, כי לשון החוק מחייבת יישום של הנוסחה הליניארית, וכי אין מקום לפרשנות אחרת. בניגוד לפסיקה בעניין פוליטי, קיבלה ועדת הערר של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו את עמדת המשיב, וקבעה, בין היתר, מפי חבר הוועדה עו"ד דן מרגליות, כי -

"השיטה שאומצה בענין פוליטי מאפשרת לנישום ליהנות משני העולמות. היא מאפשרת לנישום לדחות תשלום מס נומינלי עד המכירה בפועל ומאפשרת לחשב את השבח כאילו הייתה מכירה ביום הקובע. בכך מתנגשת ההכרעה בעניין פוליטי בעקרון תשלום מס אמת, שכן מס נדחה הוא מס נחסך."

לסיכום קבעה ועדת הערר כי -

"הבעיה האמיתית היא שהשיטה שנבחרה - השרירותית - אינה מאפשרת ואינה דורשת את מנגנון השמאות. אילו היו רוצים להכניס מנגנון שמאי לעניין היה מן הראוי לקבוע זמני הכרעה וסיום של קביעת השווי ל"יום התחילה" ובהיעדר הכרעה בהסכמה לקבוע הכרעה שרירותית בנדון. אילו המחוקק היה נוקט בלשון המשתמעת לשתי פנים, הייתי מעדיף את טיעון העוררים, אלא שהמחוקק בחר, לכאורה, בלשון מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים."

על שני פסקי-הדין הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. ביום 28.5.2008 ניתן פסק-הדין בערעור שהגישה רשות המיסים בעניין פוליטי.<sup>29</sup> בפסק-דין מפורט של השופטת מרים נאור, קיבל בית-המשפט העליון את עמדתה של רשות המיסים, וקבע כי החישוב הליניארי הקבוע בסעיף 48א(ב1) לחוק מיסוי מקרקעין הינו בגדר חוקה חלוטה אשר אינה ניתנת לסתירה על-ידי הנישום. בית-המשפט מסתמך בקביעתו זו על כמה אדנים. בראש ובראשונה הוא מציין כי לפרשנותו של המשיב (הנישום), שלפיה נוסחת החישוב

27 שיעור המס שחל על יתרת השבח הריאלי עד כניסתו לתוקף של חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) (תיקון מס' 55), התשס"ה-2005, ס"ח 2000 (להלן: תיקון 55). תיקון 55 הפחית את שיעורי המס החלים על יחיד בגין יתרת השבח הריאלי לשיעור של 20%.

28 ו"ע 1180/06, ו"ע 1185/06 ויסברוט מרדכי נ' מנהל מס שבח ת"א (טרם פורסם 4.9.2007).

29 ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' אלברט אברהם פוליטי (טרם פורסם, 28.5.2008) (להלן: ערעור פוליטי).

היבטי מיסוי בעסקות מיזוג ורכישה

משפט ועסקים ח, התשס"ח

הלינארי הינה חזקה הניתנת לסתירה, אין נקודת אחיזה בלשון החוק, וכדברי השופט מרים נאור:

"מהאמור עולה כי בלשון סעיף 48א יחד עם סעיף 47 אין עוד נקודת אחיזה ארכימדית לפרשנות המשיב ומתבקש לקבוע כי אין לסטות בעניינו מנוסחת החישוב הלינארית..."<sup>30</sup>

שנית, בית המשפט העליון מדגיש כי נוסחת החישוב הלינארית מתיישבת עם התכלית שאותה ביקש המחוקק ליישם, ובלשונו:

"בבסיס החלטתו של המחוקק לקבוע נוסחה לינארית שאין לסטות ממנה עמדו תכליות של יציבות, ודאות ופשטות ועמדתו של המשיב אינה עולה בקנה אחד עם אלו. אכן העדפת תכליות של פשטות ויעילות והרצון להפחית התדיינויות עולים בבירור מן ההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 50 כפי שפורטה לעיל והרי 'לכוונת המחוקק ההיסטורי באשר לתכלית החקיקה העולה מלשון החקיקה או מההיסטוריה החקיקתית משקל מכריע בגיבוש תוכנה של תכלית החקיקה'..."<sup>31</sup>

שלישית בית המשפט קובע כי פרשנותו של המשיב אינה מתיישבת עם יתר הוראותיו של חוק מיסוי מקרקעין, ובפרט עם אופן החישוב של הוצאות המותרות בניכוי מהשבת, אשר אין במסגרתו הבחנה בין הוצאות שהוצאו לפני המועד הקובע לבין הוצאות שהוצאו אחריו, ובלשונו:

"על פי פרשנותו של המשיב יש מקום לאפשר לנישום להוכיח את מועדי צבירת השבת בפועל ורק בהיעדר הוכחה יש לפנות אל הנוסחה הלינארית. ואולם, אם זו אכן הייתה פרשנותו הנכונה של החוק היה זה מתבקש, מתבקש ממש, כי תהיה אפשרות להבחין גם בין הוצאות שהוצאו לאחר המועד הקובע (שינוכו רק מאותו שבת שצמח לאחר המועד הקובע ושיוטל עליו על פי גישה זו שיעור המס החדש) לבין הוצאות שהוצאו לפני המועד הקובע (שינוכו רק מאותו שבת שצמח לפני המועד הקובע ושיוטל עליו על פי גישה זו שיעור המס הישן)."<sup>32</sup>

רביעית, בית המשפט דוחה את גישתו של המשיב, שניסה ליצור הקבלה בין מס שבת לבין היטל השבתה מבחינת השימוש בהערכה שמאית המוסדרת בחוק התכנון והבנייה, ובלשונו: "מנגנון השמאות שהמשיב תומך בו למעשה את יתדותיו ושנקבע בחקיקה ראשית

30 שם, פס' 30 לפסק-דינה של השופטת נאור.

31 שם, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת נאור.

32 שם, פס' 43 לפסק-דינה של השופטת נאור.

לגבי היטל השבחה כלל אינו קיים בחוק מס שבח ונראה לי שיהיה זה מרחיק לכת עד מאוד לומר כי בעניין זה קיים בחוק מס שבח חסר הדורש השלמה.<sup>33</sup> קשה לקבל שבקובעו את הנוסחה הלינארית ביקש המחוקק לשנות סדרי בראשית שבחוק מס שבח ולהכניס מערך של שמאות שכיום אינו קיים בו.<sup>34</sup>

פסק-הדין בערעור פוליטי, שניתן בבית-המשפט העליון, עסק כאמור בשאלת החישוב הלינארי בהקשר של מיסוי מקרקעין. אכן, דומה כי פסק-הדין סותם את הגולל לגבי שאלה זו, ולית מאן דפליג שחישוב השבח שנצמח בעת מכירה של זכות במקרקעין שנרכשה לפני יום התחילה (7.11.2001) צריך להיעשות בכל מקרה בהתאם לנוסחת החישוב הלינארית. ברם, לטעמנו, ייתכן שניתן להבחין בין מכירת "נכסים" (ובפרט מניות) כהגדרתם בפקודה אשר נרכשו לפני המועד הקובע (31.12.2002) לבין מכירה של זכות במקרקעין. הבחנה זו, אשר תאפשר במקרה של מכירת מניות לסטות מן הנוסחה הלינארית, יכולה להתבסס על הטעמים הבאים:

1. במסגרת תיקון 132 לפקודה, שהינו התיקון המקביל לתיקון 50 לחוק מיסוי מקרקעין,<sup>35</sup> המחוקק שותק ואינו מציין דבר לגבי התכליות העומדות מאחורי הנוסחה הלינארית שבסעיף 91(ב1)(1) לפקודה.
2. בניגוד לקושי בקביעת שווייה של זכות במקרקעין ליום התחילה – קביעה אשר מחייבת על-פירוב הערכת שווי של שמאי – במכירת נכסים, דוגמת מניות של חברה ציבורית, מניות של חברה פרטית שעברה סיבוב השקעה סמוך למועד הקובע, רכבים (מחיר מחירון) וכיוצא בהם, קיים מחיר שוק במועד הקובע, ואיתורו במועד מכירת הנכסים, לאחר המועד הקובע, אינו כה מורכב ככלל כבעסקת מקרקעין.
3. כמודגש לעיל, בית-המשפט העליון ביסס את קביעתו בערעור פוליטי, בין היתר, על הקושי בייחוס הוצאות לתקופות ההחזקה השונות כאשר סוטים מן הגישה הלינארית. דומה כי קושי זה אינו רלוונטי כאשר עסקינן במכירת מניות, שכן לגבי מניות אין הוצאות נוספות – דוגמת הוצאות תחזוקה, השבחה וכיוצא בהן – אלא כל חישוב רווח ההון מבוסס על התשלום במועד הרכישה והתמורה במועד המכירה. נוסף על כך, אנו סבורים כי פסיקת בית-המשפט העליון בערעור פוליטי אינה מתיישבת עד תום עם פסיקת בית-המשפט העליון שניתנה בשנים האחרונות בסוגיות מס שונות, אשר ביכרה את הפרשנות הכלכלית התרה אחר תכלית החקיקה על גישה דווקנית הנתרת צמודה ללשון החוק.<sup>36</sup>

33 ראו והשוו רע"א 10879/02 באולינג כפר-סבא נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה (לא פורסם, 6.12.2006).

34 שם, פס' 49 לפסק-דינה של השופטת נאור (ההדגשות במקור).

35 חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) (תיקון מס' 50 והוראת שעה), התשס"ב-2002, ס"ח 1838 (להלן: תיקון 50).

36 ראו בעניין זה ע"א 900/01 רון קלס ואח' פקיד שומה ת"א 4, פ"ד נו(3) 750 (2003); ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה החזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769 (1999); ע"א 5359/92 ורה דבורה שכטר נ' מנהל מס שבח מקרקעין המרכז, פ"ד נ(1) 651 (1996); ע"א 1527/97

מכל מקום, נראה שכאשר אפשר להוכיח כי ריווח ההון הריאלי ממכירתו של נכס, לרבות מניה, נצמח לאחר המועד הקובע ומתקבלת החלטה לסטות מהחישוב הליניארי בעת מכירתו, יש לתת לכך גילוי מלא בדוחות המס של הנישום. ברם, לא למותר לציין כי גישה זו עשויה להידחות על-ידי רשות המיסים, בוודאי לנוכח הכרעת בית-המשפט העליון בערעור פוליטי.

**(ב) פטורים אפשריים לבעלי מניות תושבי חוץ בעת מכירת מניות בחברה ישראלית**

פטורים נוספים ממס רווח הון עשויים לחול גם בעת מכירת מניות של חברה תושבת ישראל על-ידי תושב חוץ. פטורים אלה ניתנים כחלק מהניסיון של מדינת-ישראל לעודד השקעה של תושבי חוץ בישראל, ובפרט במניות של חברות תושבות ישראל. בשל חשיבותם של פטורים אלה והשימוש התדיר שנעשה בהם על-ידי תושבי חוץ, נייחד להם את הדיון שלהלן.

סעיף 89(ב)(2) לפקודה קובע, לגבי חבותו של תושב חוץ במס רווח הון, כי "תושב חוץ חייב במס על רווח הון שנצמח או שהופק בישראל". זאת ועוד, סעיף 89(ב)(3) לפקודה מתווה כי –

"מקום הפקתו או צמיחתו של רווח הון יהיה בישראל באחד מאלה:

- (א) הנכס הנמכר נמצא בישראל;
- (ב) הנכס הנמכר נמצא מחוץ לישראל והוא בעיקרו זכות, במישרין או בעקיפין, לנכס, או למלאי או שהוא זכות בעקיפין לזכות במקרקעין או לנכס באיגוד מקרקעין הנמצא בישראל (בסעיף זה – הרכוש), לענין חלק התמורה הנובע מהרכוש הנמצא בישראל;
- (ג) מניה או זכות למניה בחבר בני אדם תושב ישראל;
- (ד) זכות בחבר בני אדם תושב חוץ, שהוא בעיקרו בעל זכות, במישרין או בעקיפין, לרכוש הנמצא בישראל – לענין חלק מהתמורה הנובע מהרכוש הנמצא בישראל."

דהיינו, תושבי חוץ חייבים במס רווח הון בישראל על מכירת נכסים אשר נמצאים בישראל ו/או קשורים בעיקרם לנכס הנמצא בישראל. עם זאת, כאשר למכירת מניות, החייבת ברגיל במס רווח הון בישראל, תושבי חוץ נהנים משלושה סוגי פטורים אפשריים ממס רווח הון בישראל.

הסוג הראשון מקורו בפטורים אשר הוספו לפקודה בניסיון לעודד השקעות של תושבי חוץ בישראל, ובפרט בחברות ישראליות. למשל, סעיף 97(ב1) לפקודה מקנה פטור ממס

אינטרבילדינג חברה לבנין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פ"ד נג(1) 699 (1999); ע"א 4271/00 מ.ל. השקעות ופיתוח בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נז(2) 953 (2003); ע"א 7937/04 מנהל מס שבח תל אביב 2 נ' דבורה אביב ואח' (לא פורסם, 25.9.2006).

לתושב חוץ על רווח הון ממכירת מניה אשר הוקצתה לו בשנת המס 2003 ואילך, ובלבד שהחברה הייתה במועד ההקצאה חברה עתירת מחקר ופיתוח, כפי שקבע שר האוצר. דוגמות נוספות קיימות גם בסעיפים 97(ב2) ו-97(ב3) לפקודה, אשר נוספו במסגרת תיקון 147 לפקודה. סעיף 97(ב2) לפקודה מקנה פטור ממס לתושב חוץ בגין ריווח הון שמקורו במכירת ניירות-ערך הנסחרים בבורסה בישראל. סעיף 97(ב3)(1) לפקודה מעניק פטור ממס בגין ריווח הון שמקורו במכירת ניירות-ערך של חברה תושבת ישראל על-ידי תושב חוץ שמדינת תושבותו חתומה על אמנה למניעת כפל מס עם מדינת-ישראל, ובלבד שניירות-הערך האמורים נרכשו בתקופה הקבועה בסעיף, ובתנאי שתושב החוץ דיווח על כך לפקיד השומה בעת מכירתם ועמד בתנאים נוספים המפורטים בסעיף.

הסוג השני של פטורים מקורו באמנות למניעת כפל מס שעליהם חתמה מדינת-ישראל עם מדינות אחרות. מדינת-ישראל חתומה על כ-45 אמנות בדבר מניעת כפל מס. בחלק מאמנות המס יש הוראה בעניינם של רווחי הון, אשר מקנה ככלל זכות מיסוי בלעדית למדינת התושבות של המוכר. דוגמה להוראה המקנה פטור למשקיע זר בעת מכירת מניות של חברה תושבת ישראל ניתן למצוא בסעיף 8א לאמנת המס של ישראל עם בריטניה.<sup>37</sup> לעיתים אמנות המס מתנות את הפטור בהתקיימות תנאים מסוימים. למשל, סעיף 15(1)(ה) לאמנת המס של ישראל עם ארצות-הברית<sup>38</sup> מקנה פטור ממס למשקיע אמריקאי בעת מכירת מניות של חברה תושבת ישראל, אך רק אם הלז מחזיק בפחות מ-10% מכוח ההצבעה בחברה הישראלית שאת מניותיה הוא מוכר.

מכל מקום, על-מנת לוודא במקרה ספציפי שאכן חל פטור מכוח אמנת מס, יש לבדוק, תחילה, אם מדינת-ישראל חתומה על אמנה למניעת כפל מס עם מדינת התושבות של מוכר הנכס, ואם אמנה זו אושררה ונכנסה לתוקף. בהמשך יש לבחון את הוראות האמנה הספציפית לגבי אופן החלוקה של מיסוי רווח ההון בין מדינת-ישראל לבין מדינת התושבות. בהקשר זה נזכיר כי בהתאם להוראות סעיף 196 לפקודה, הוראות אמנות מס גוברות ככלל, לעניין מס הכנסה, על הוראות דיני המס הפנימיים.

הסוג השלישי של פטורים מקורו בהסדרי המיסוי של קרנות הון סיכון אשר משקיעות בנכסים בישראל, ובפרט בהקשר של משקיעי חוץ באותן קרנות. לצורך קבלת פטור זה יש לפנות לרשות המיסים בבקשה לקבלת החלטת מיסוי מכוח סעיפים 158ב-1158 לפקודה, ולעמוד בתנאים המפורטים בהחלטת המיסוי לכשתתקבל. על-פי-רוב, הסדרי מיסוי אלה מבוססים על סעיף 16א לפקודה, המאפשר לשר האוצר לפטור תושבי חוץ בנסיבות מסוימות. בהתקיים התנאים המפורטים בהסדר המיסוי, יהיה תושב החוץ פטור, בעת מכירת ההשקעה של קרן הון הסיכון בחברה תושבת ישראל או בחברה המחזיקה בזכויות של חברה תושבת ישראל, מחבות במס ריווח הון בישראל. בהקשר זה נקבע על-ידי רשות המיסים, בהוראת ביצוע 14/2004 "מיסוי קרנות הון סיכון הפועלות בישראל והמשקיעים בהן",<sup>39</sup> כדלקמן:

37 אמנה למניעת כפל מס ישראל-בריטניה, כ"א 482, 13, 551 (נחתמה ביום 29.6.62).

38 אמנה בין ממשלת ישראל לבין ממשלת ארצות הברית של אמריקה לגבי מסים על הכנסה (נחתמה ביום 20.11.75) [www.mof.gov.il/hachnasot/usa.pdf](http://www.mof.gov.il/hachnasot/usa.pdf).

39 הוראת ביצוע 14.2004 "מיסוי קרנות הון סיכון הפועלות בישראל והמשקיעים בהן" מיסים

"הסדר המס לקרן ולמשקיעים המוגבלים להלן פירוט השינויים העיקריים בנוסח האישור המקדמי המוצא לקרנות הון הסיכון:

1. [ה]אישור המקדמי יוצא על ידי הנציב לקרן הון סיכון אשר תגייס התחייבויות להשקעה בהיקף של לפחות 10 מיליון דולר (מתושבים ישראלים וזרים) אשר לפחות 5 מיליון דולר יגויסו ממשקיעים זרים. הסדר מיסוי דומה ינתן גם [ל]קרן המשך' (Annex Fund) אם התקיימו התנאים האמורים בקרן הבסיס שלה.
2. קבוצת המשקיעים בקרן הון הסיכון לא תפחת מעשרה משקיעים (ישראלים וזרים) שכל אחד מהם יחזיק לא יותר מ-20% בהון הקרן, למעט אם נקבע אחרת...
3. הקרן תשקיע לפחות 50% מכספי ההשקעות שלה ב'השקעות מוכות' בישראל ובלבד ש-30% מכספי השקעות הקרן יהיו בחברות תושבות ישראל שהידע המפותח הנו בבעלותן ו/או בחברות חוץ המחזיקות בחברות בנות תושבות ישראל אשר הידע המפותח הנו בבעלות חברות הבנות. כל ההשקעות בחברות ישראליות ובחברות הקשורות לישראל יעשו ישירות באמצעות משרד העסקים הקבוע של הקרן בישראל.
4. בהתקיים התנאים שפורטו לעיל ושנקבעו באישור המקדמי שהוצא לקרן, הכנסות הקרן והמשקיעים המוגבלים הזרים בקרן יהיו פטורים ממס בישראל."

#### (ג) מיסוי ברמת חברת-המטרה

כאמור, עסקת מניות נעשית על-פי-רוב ברמת בעלי המניות, וכל עוד חברת-המטרה אינה מעורבת בעסקה באופן ישיר, לא נוצר אצלה אירוע מס. עם זאת, גם במסגרת חברת-המטרה יכולה להיות נפקות מס לרכישת השליטה בה, אם לעניין מחילת חובות לבעלי מניות ואם לעניין ההפסד הצבור של החברה.

#### (1) מחילת חובות

להעברת שליטה בחברת-המטרה מתלווה לעיתים החזר הלוואת בעלים לבעלי המניות בחברת-המטרה. פעולה כזו, כשלעצמה, אינה מקימה אירוע מס, למעט אם אגב אורחא נעשתה גם מחילת חוב או אם ההלוואה לא נפרעה לפי שווייה בספרים. במילים אחרות, מדובר במצב שבו רוכש החברה אינו מסכים לרכוש אותה אלא אם כן יופחתו חובותיה, ועל-כן במסגרת העסקה בעלי המניות מוותרים על חובות החברה כלפיהם.

יה/4-124 ג' (2004). כן ראו הוראת ביצוע 24/2001 "קריטריונים למתן אישור מקדמי למשקיעים תושבי חוץ בקרנות הון סיכון" מיסים טז/1 ג' 48 (2001).

מחילת חוב מהווה הכנסה אצל החברה והפסד הון אצל המלווה.<sup>40</sup> מן האמור עולה כי יש לבנות את עסקת הרכישה, ככל האפשר, כך שחלק מהכספים יוזרמו לחברה וישמשו לתשלום חובות לבעלי המניות המוכרים, ורק יתרת הכספים תשולם לבעלי המניות המוכרים בגין מניותיהם. מתווה זה מפחית את המס המוטל על בעלי המניות המוכרים וכן את המיסוי של החברה. לחלופין, יש לקבוע כי חובות החברה יומחו לרוכש החדש, כך שבפועל לא תתבצע מחילת חוב אגב העסקה.

**(2) שינוי הבעלות בחברה והשפעתו על ההפסד הצבור של חברת-המטרה**

היבט מיסוי נוסף הקשור לחברת-המטרה נוגע בסוגיית השימוש בהפסדיה של חברת-המטרה. סעיף 28(ב) לפקודה קובע, ככלל, כי "הפסד עסקי" אשר "מועבר" משנים קודמות "יקוזז" (בלשון ציווי) כנגד הכנסות מ"עסק" או מ"משלח-יד", לרבות ריווח הון בעסק או במשלח-יד, ואם היה אפשר לקזזו בשנה מסוימת אך לא נעשה כן, לא יותר לקזזו בשנים הבאות.

הפקודה אינה דורשת שהקזוז בסעיף 28(ב) לפקודה ייעשה כנגד הכנסה מאותו "עסק" או "משלח-יד". לפיכך אין כל מניעה עקרונית שהפסדיו של עסק אחד שבבעלות הנישום ישמשו לקזוז הרווחים מעסק אחר שבבעלותו. יתר על כן, אין כל דרישה שהעסק שכנגד רווחיו יקוזזו ההפסד היה קיים בעת התהוות ההפסד.<sup>41</sup>

לעומת זאת, סעיף 86 לפקודה מקנה לפקיד השומה סמכות להתעלם מעסקה אשר מפחיתה או עלולה להפחית את סכום המס המשתלם על-ידי אדם פלוני. פקיד השומה רשאי להפעיל את סמכותו זו כאשר הוא סבור, בין היתר, כי מדובר בעסקה מלאכותית או שאחת ממטרותיה העיקריות של העסקה היא הימנעות ממס או הפחתות מס בלתי-נאותות.

עולה השאלה אם רכישת מניות של חברה שיש בה הפסדים צבורים משנים קודמות מקנה לרוכש המניות את הזכות להעביר פעילות כלכלית רווחית אל החברה, מתוך רצון לקזז בעתיד מרווחיה העתידיים של החברה את ההפסדים הצבורים. בעניין זה עסק פסק-הדין בעניין רובינשטיין,<sup>42</sup> שבו קבע בית-המשפט העליון, בראשות הנשיא (בדימוס) אהרן ברק, כי בחינת העסקה שבוצעה כמכלול מלמדת כי לא עמדה מאחוריה כל מטרה מסחרית זולת הרצון להפחית מס, ולפיכך מדובר בפעולה מלאכותית, אשר פקיד השומה רשאי להתעלם הימנה.<sup>43</sup>

עם זאת, בית-המשפט העליון אינו סותם את הגולל על רכישת חברה בהפסדים, וקובע כי הוא אינו גורס -

40 ראו ס' 3(ב)(3) לפקודה. כן ראו ע"א 9715/03 אביהו הורוביץ נ' פקיד שומה ת"א 4, פ"ד נט(4) 354 (2005).

41 אמנון רפאל מס הכנסה כרך ראשון 549 (מהדורה שלישית, 1994).

42 ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ, פ"ד נו(5) 915 (2003) (להלן: עניין רובינשטיין).

43 שם, בעמ' 927.



"שכל רכישת מניות חברה מפסידה היא עסקה מלאכותית. ייתכן, שביסוד הרכישה עומד הרצון לרכוש את השלד הבורסאי של החברה. ייתכן שביסוד הרכישה עומד הרצון להסל מתחרה. ייתכן שביסוד הרכישה עומד הרצון לשקם את החברה המפסידה ולהפיק מכך רווח מוסף".  
באופן דומה מציין בית המשפט העליון כי הוא אינו קובע -

"כי כל שינוי פעילות חברה מפסידה הוא עסקה מלאכותית. לא אחת יש הצדקה לשינוי פעילות חברה מפסידה, ולו מהטעם של רצון לעבור לרווחים".<sup>44</sup>

בית המשפט מסכם לפיכך וקובע כי -

"קביעת המלאכותיות של העסקה תלויה בנסיבות ובמטרות. כל עסקה ונסיבותיה ומטרותיה שלה. על פי מכלול הנסיבות והמטרות תיקבע מלאכותיותה".<sup>45</sup>

להשלמת התמונה נציין שכחלק מהמאבק שרשות המיסים מנהלת נגד תכנוני מס אגרסיביים, אושרו בשלהי שנת 2006 תקנות הדיווח,<sup>46</sup> אשר מקימות לנישום חובת דיווח, במסגרת דוחות המס השנתיים שלו, בגין אחת עשרה פעולות הנחשבות לתכנון מס אגרסיבי במישור של מס הכנסה.

תקנה 2(8) לתקנות הדיווח מקימה חובת דיווח לחברה הקולטת ולחברת-המטרה בעת רכישתם של 50% לפחות מאמצעי השליטה בחברת-המטרה, כל עוד הרכישה הושלמה במהלך תקופה של 24 חודשים רצופים, ולחברת-המטרה היה הפסד בסכום של 3 מיליון שקלים חדשים לפחות, הניתן לקיוויו לפי הוראות הפקודה, וזאת עד לתום 24 החודשים הרצופים כאמור. יודגש כי אי-קיום הוראות תקנות הדיווח עלול להשית סנקציה פלילית של שנה מאסר, קנס או שניהם על אדם אשר בלי סיבה מספקת לא דיווח בדוח השנתי שלו על הפעולה המחויבת בדיווח.

## 2. מיסוי ברמת החברה הקולטת וחובת ניכוי מס במקור בעת רכישת המניות

ככלל, לבעלי המניות בחברה הקולטת ולחברה הקולטת עצמה לא נוצר אירוע מס בעת

44 שם, בעמ' 928. כן ראו דנ"א 8349/03 יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים (לא פורסם, 28.6.2004). לביקורת על הדוגמות שבהן השתמש בית המשפט העליון ראו, למשל, משה אהרוני ואיתן שוומנטל "פס"ד יואב רובינשטיין - המערכה האחרונה בתיאטרון האבסורד" מיסים יח/3 א-98 (2004).

45 עוד ראו עמ"ה (מחוזי ירושלים) 7074/03 בן ארי ש. (1968) בע"מ נ' פקיד שומה י"ם 1, פ"ד התשס"ד(2) 473 (2006), וע"א 7387/06 בן ארי ש. סוכנות לביטוח (1968) בע"מ נ' פקיד שומה 1 ירושלים (טרם פורסם, 29.5.2008).

46 תקנות מס הכנסה (תכנון מס החייב בדיווח) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, ק"ת 6545 (להלן: תקנות הדיווח).

רכישת המניות מבעלי המניות בחברת המטרה.<sup>47</sup> עם זאת, ציינו לעיל את החבות במס ריווח הון שעלולה לקום לתושב ישראל ולתושב חוץ אם נוצר אצלם ריווח הון ריאלי כתוצאה ממכירת נכסים כהגדרתם בסעיף 88 לפקודה, לרבות ממכירת מניה. חבות משלימה, הנגזרת מהחבות במס ריווח הון, היא חובת ניכוי מס במקור המוטלת על רוכש המניות. חובה זו מעוגנת בסעיפים 164 ו-170 לפקודה. סעיף 164 לפקודה קובע כהאי לישנא:

"כל המשלם או האחראי לתשלומה של הכנסת עבודה... או של תמורה כמשמעותה בסעיף 88, או של ריבית או דיבידנד או של כל הכנסה אחרת, ששר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, קבעה לכך בצו, ינכה בשעת התשלום מן הסכום המשתלם מס באופן ובשיעורים שנקבעו."<sup>48</sup>

דהיינו, אליבא דהוראת סעיף זה, משלם – לרבות משלם תושב חוץ – חב בחובת ניכוי מס במקור כאשר הוא משלם תמורה בגין נכס בישראל או נכס בעל זיקה לישראל, ללא קשר לכאורה לזהותו ולתושבותו של המוכר. לא זו אף זו, חובת ניכוי המס במקור החלה על משלם תושב חוץ קובעת, בסעיף 170(א) לפקודה, כדלקמן:

"כל המשלם לאדם שאינו תושב ישראל, לו או לאחר בשבילו, כל הכנסה חייבת לפי פקודה זו, שאינה הכנסה שממנה נוכה מס לפי הסעיפים 161 ו-164 חייב לנכות מאותה הכנסה, בעת תשלומה, מס של 25 אגורות לכל שקל אם מקבל התשלום הוא יחיד, ומס בשיעור המוטל לפי סעיפים 126 ו-127 אם מקבל התשלום הוא חבר בני-אדם, או שיעור אחר שיקבע להם פקיד השומה בהודעה בכתב, אך רשאי פקיד השומה להתיר את תשלום ההכנסה ללא ניכוי מס, אם הוכח להנחת דעתו, כי המס כבר שולם או ישולם בדרך אחרת."

צא ולמד כי ללא הצגת פטור מניכוי מס במקור על-ידי בעלי המניות של חברת המטרה, קמה לחברה הרוכשת (בין שהיא תושבת ישראל ובין שהיא תושבת חוץ) חובת ניכוי מס במקור מהתמורה המשולמת לבעלי המניות של חברת המטרה. עם זאת, לדעתנו, ניתן להטיל ספק אם החבות בניכוי מס במקור מכוח סעיפים 164 ו-170 לפקודה חלה על תושבי חוץ. במילים אחרות, נהוג לבחון החלת חובה משפטית על אדם פלוני, ובפרט השתת חובת ניכוי מס במקור על נישום, באמצעות שני פרמטרים

47 למעט מס רכישה, החל בעת רכישת זכות באיגוד מקרקעין. בחלק זה של המאמר לא נדון בהיבטי מס הקשורים לחוק מיסוי מקרקעין, ובפרט לרכישה של זכויות באיגוד מקרקעין כהגדרתו בס' 1 לחוק מיסוי מקרקעין.

48 מכוחה של הוראה זו אושרו תקנות מס הכנסה (ניכוי מתשלומים בעד שירותים או נכסים), התשל"ז-1977, ק"ת 3695, אשר קובעות שיעור שונה של ניכוי מס במקור בגין תמורה המשולמת בעת רכישת מניות בחברה פרטית.

מרכזיים: האחד, אם קיימת זיקה לגיטימית המקשרת בין הנישום לבין הריבון באותה מדינה; והאחר, מידת האפקטיביות ויכולת האכיפה של חיוב זה על-ידי הריבון. במקרים שבהם הזיקה בין הנישום לבין מדינת-ישראל (הריבון) קלושה ו/או מדינת-ישראל אינה יכולה באופן מעשי לאכוף על הנישום את הוראות דיני המס, יש מקום לטענה כי לא קמה לנישום חובת ניכוי מס במקור מכוח דיני המס הישראליים.<sup>49</sup> תימוכין לכך אפשר למצוא גם בגישה הטריטוריאלית המקובלת במשפט הבין-לאומי, שלפיה בהעדר הוראה מפורשת אחרת, ככלל אין להחיל את חוקיה של מדינה פלונית מחוץ לגבולותיה.<sup>50</sup> דא עקא, מנסיונו עמדה זו אינה מקובלת על רשות המיסים. לגישה, כל אימת שקמה חבות מס מהותית מכוח סעיף 89(ב) לפקודה, קמה באחת למשל גם חובה פרוצדורלית לניכוי מס במקור. לפיכך, על-מנת למנוע ניכוי מס במקור לתושב זר מקום שהשקעתו בנכס ישראלי הסתיימה בהפסד או מקום שיש לו זכאות לפטור ממס רווח הון בישראל מכוח אמנה למניעת כפל מס עם מדינת תושבותו, מומלץ לפנות אל פקיד השומה בעוד מועד, לפני קבלת התמורה בפועל ממכירת המניות, ולבקש פטור מניכוי מס במקור בגין התמורה הספציפית.

### 3. היבטי מע"מ

כידוע, סעיף 2 לחוק מס ערך מוסף,<sup>51</sup> מטיל מס ערך מוסף על עסקה בישראל בשיעור קבוע ממחיר העסקה. "עסקה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק מע"מ כדלקמן:

"עסקה" – כל אחת מאלה:

(1) מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק במהלך עסקו, לרבות מכירת

ציוד;

(2)...

(3)..."

כלומר, בהתאם להוראות חוק מע"מ, על-מנת שמכירת נכס תיחשב ל"עסקה" החייבת במס, צריך שעוסק ימכור נכס במהלך עסקו, כאשר חוק מע"מ מטיל את עולו גם על מכירות של נכסים הוגנים המשמשים את העסק ("מכירת ציוד").<sup>52</sup> אלא מאי, שמכירה של ניירות-ערך, ובפרט מניות, אינה נחשבת לעסקה בחוק מע"מ,

49 ראו בסוגיה זו ירון אלי "חובתו של תושב חוץ בניכוי מס במקור – האמנם? מיסים כא/1 א"25 (2007).

50 לעניין השיקולים העומדים בבסיסה של הגישה הטריטוריאלית ראו בג"ץ 279/51 חיים הרץ אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945 (1952); ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א. פלדות קרית ארבע בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 813 (1984).

51 חוק מס ערך מוסף, התשל"ה-1975, ס"ח 791 (להלן: חוק מע"מ).

52 אהרון נמדר מס ערך מוסף חלק ראשון 59 (מהדורה שלישית מורחבת ומעודכנת, 2003).

ואין להוסיף מע"מ למחיר המניה בעסקה. זאת, מכיוון ש"נכס" מוגדר בסעיף 1 לחוק מע"מ כ"טובין או מקרקעין", ומן ההגדרה של "טובין" בחוק מע"מ מוחרגים ניירות-ערך באופן מפורש. יצוין כי הואיל ובמסגרת הגדרת מקרקעין בחוק מע"מ כלולה גם זכות באיגוד מקרקעין, מכירת מניות באיגוד מקרקעין עשויה להיחשב "עסקה" לצורכי חוק מע"מ. באשר לעניין ניכוי התשומות, סעיף 38(א) לחוק מע"מ קובע כי ככלל רק "עוסק" כהגדרתו בחוק מע"מ רשאי לנכות מס תשומות, וזאת כאשר תשומות אלה כלולות בחשבונית מס שהוצאה לו כדין או ברשומון ייבוא או במסמך אחר שאישר המנהל. נוסף על כך, סעיף 41 לחוק מע"מ קובע כי אין לנכות מס תשומות אלא אם כן תשומות אלה שימשו בעסקה החייבת במס.

ניתן לומר אפוא שבמקרה של עסקת מניות התשומות שהושקעו על-ידי הצדדים לעסקה שימשו לעסקה שאינה חייבת במס (שהרי רכישת מניותיה של חברת-המטרה אינה עסקה החייבת במע"מ). לפיכך דומה כי מכוח סעיף 41 לחוק מע"מ אין לנכות מס על תשומות בגין עסקת רכישת מניות.

#### 4. סיכום-ביניים

ריווח הון המתקבל ממכירת מניות בחברה עשוי להקים למוכר המניות בחברת-המטרה חבות במס רווח הון. ככלל, שיעור המס שמוכר המניות חב בו נגזר משיעור החזקתו במניות החברה עובר למכירת המניות ולמועד שבו נרכשו על-ידי המניות הנמכרות. כך, ראינו כי בעל מניות מהותי ממוסה בשיעור של 25% על רווח הון ריאלי שנצמח לאחר המועד הקובע, בעוד בעל מניות רגיל ממוסה בשיעור של 20%. הדגשנו כי לגבי מניות הנרכשות לפני המועד הקובע יש לחשב את ריווח ההון הריאלי באמצעות החישוב הליניארי.

צוין כי לדעת המחברים, אם ניתן להוכיח שריווח ההון נצמח לאחר המועד הקובע, אזי למרות פסיקתו של בית-המשפט העליון בערעור פוליטי ייתכן שניתן לטעון כי יש למסות את מלוא ריווח ההון הריאלי בשיעור של 20%-25%.

זאת ועוד, תושבי חוץ זכאים לפטור מריווח ההון הנצמח ממכירת מניות של חברות תושבות ישראל מכוחן של הוראות הפקודה, מכוחן של אמנות למניעת כפל מס, ומכוחם של אישורים מקדמיים ופרטניים הניתנים על-ידי רשות המיסים למשקיעים זרים בקרנות הון סיכון המבקשות להשקיע בחברות ישראליות.

שיעורי המס החלים בעת מכירת מניות בחברה פרטית תושבת ישראל מרוכזים בטבלה

<sup>53</sup>.1

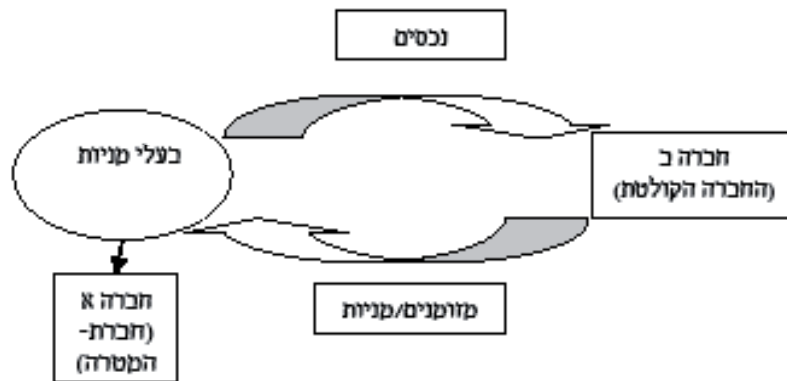
לגבי החברה הקולטת, ככלל קמה לחברה הקולטת, המשלמת, חובת ניכוי מס במקור בעת תשלום התמורה (אלא אם כן מקבל התשלום מציג פטור מניכוי מס במקור). ציינו לעיל כי ניתן להטיל ספק בחובת ניכוי המס במקור החלה על רוכש תושב חוץ המשלם על מניותיה של חברה ישראלית, קל וחומר כאשר מדובר בתמורה המשולמת על-ידי תושב חוץ

53 ראו נספח א למאמר זה.

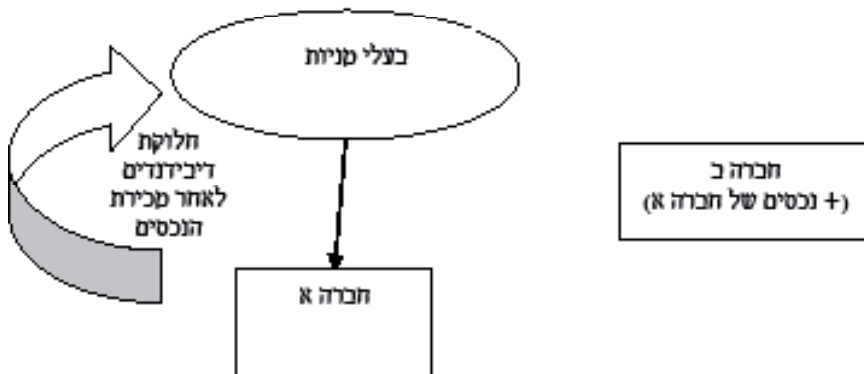
בעבור רכישת מניות של חֵבֵר בני-אדם תושב חוץ המחזיק בזכויות בנכס בישראל. חובת דיווח לרשות המיסים עלולה לקום לחברה הקולטת ואף לחברת-המטרה מכוח תקנות הדיווח, כאשר בחברת-המטרה היו הפסדים צבורים לצורכי מס. בהקשר זה התברר לנו, לנוכח פסיקת בית-המשפט בעניין רובינשטיין, כי רכישת חברה בהפסדים שלאחריה מתבצעת העברת פעילות רווחית לחברה, וזאת אך לשם קיזוז ההפסדים הצבורים, תיחשב עסקה מלאכותית, אשר תימנע ככלל את קיזוז ההפסדים הצבורים (וראו בעניין זה את פסיקת בית המשפט העליון בעניין בן ארי שניתנה לאחרונה. לבסוף, ראינו כי מכירת המניות בחברת-המטרה אינה מהווה "עסקה" לצורכי מע"מ, ולכן כל עוד אין מדובר במכירת מניות של איגוד מקרקעין, לא קמה ככלל חבות במע"מ לצדדים להסכם המכירה של מניות השליטה בחברת-המטרה.

### פרק ב: עסקה על-דרך רכישת נכסים

תשריט 2: מתווה של עסקת נכסים



תוצאות העסקה



במסגרת עסקת נכסים החברה הקולטת רוכשת את פעילותה של חברת-המטרה, וזאת באמצעות רכישה של נכסים והמחאה של התחייבויות של חברת-המטרה (כמבואר בתשריט 2).

השינוי במתווה זה נעשה בדוחות הכספיים של חברת-המטרה ובמצבת נכסיה והתחייבויותיה, ולא במבנה הבעלות בחברה ובהרכב של בעלי מניותיה. השינוי בא לידי ביטוי בכך שנכסיה המוחשיים והלא-מוחשיים של החברה, אשר היו אחראים למנגנון הפקת ההכנסה של החברה לפני העסקה, מוחלפים במאזן החברה לאחר העסקה בנכסים נוילים, דוגמת מזומנים ו/או שווי מזומנים ו/או מניות של החברה הקולטת.

בהיבט של הדין הכללי, חוק החברות אינו דן במישרין בעסקת נכסים, וממילא אינו מסדיר את ההליך שצריך להתקיים כתנאי להתקיימותה.<sup>54</sup> משכך, בעת מכירת נכסיה של חברת-המטרה, לא נדרשת הסכמתם של בעלי המניות הן בחברת-המטרה והן בחברה הקולטת, בכפוף להתקיימותן של הוראות ספציפיות בתקנון של כל אחת מהחברות. עם זאת, היות שמדובר ב"עסקה חריגה" במהותה, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק החברות,<sup>55</sup> ורבת משמעות לגבי פעילותן ועתידן של חברת-המטרה והחברה הקולטת כאחת, ניתן לשער כי עסקה זו צריכה לקבל את אישור הדירקטוריון בשתי החברות, מכוח היותו הגוף אשר מתווה את מדיניות החברה ומפקח עליה.<sup>56</sup> אישורים נוספים יכול שיידרשו בהתאם להוראות הפרק החמישי לחוק החברות, הקובע כי כאשר מדובר בעסקות עם בעלי-עניין, יש צורך בקבלת אישורם של הגופים המוסמכים לכך. ניתן להניח כי גם בעלי המניות בחברת-המטרה יהיו מעורבים בעסקה מהותית כזו.

אחד היתרונות הבולטים בעסקת נכסים מבחינת החברה הקולטת טמון בצמצום חשיפתה בגין התחייבויותיה של חברת-המטרה עובר לעסקה. במילים אחרות, בעוד בעסקת מניות החברה הקולטת רוכשת מבחינה כלכלית גם את כלל נכסיה והתחייבויותיה, בעסקת נכסים חברת-המטרה אינה עוברת לשליטתה של החברה הקולטת. כפועל יוצא מכך החברה הקולטת אינה חשופה לכלל התחייבויותיה של חברת-המטרה, אלא אך להתחייבויות שהומחו ואשר קשורות לנכסים שנרכשו במסגרת עסקת הנכסים.

יתרון נוסף בעסקה על-דרך רכישת נכסים טמון בכך שהחברה הקולטת יכולה לברור את הנכסים וההתחייבויות שהיא זקוקה להם לשם רכישת הפעילות המבוקשת, ובכך להפחית את שווי התמורה המשולמת לחברת-המטרה בהשוואה לעסקה על-דרך רכישת מניות, למשל.

זאת ועוד, גם מבחינת בעלי מניותיה של חברת-המטרה קיים יתרון, אם יש להם אינטרס להשאיר את החברה בשליטתם, מאחר שבמתווה זה הם אינם צריכים כאמור למכור את מניותיהם בחברה (למשל, כדי לשמר את שם החברה, את המוניטין שלה, הפסדים

54 אסף חמדני "מיזוג והצעת רכש מלאה לאור תיקון מס' 3 לחוק החברות" תאגידים ב/3/110, 113-112 (2005).

55 "עסקה חריגה" – עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה".

56 ס' 92 לחוק החברות.

צבורים לצורכי מס ועוד). לחלופין, הם יכולים למכור חלק מן הפעילות ולהשאיר את החברה עם פעילות ממוקדת יותר. העברת נכסים – כמו העברת מניות, כפי שפורט לעיל – מהווה ככלל אירוע מס במישור החברות. זאת, מכוח סעיף 88 לפקודה, המגדיר "מכירה" באופן רחב ביותר, הכולל גם העברה.<sup>57</sup>

## 1. היבטי מס בחברת-המטרה כתוצאה ממכירת נכסיה

### (א) ברמת החברה

#### (1) כללי חישוב המס ברמת חברת-המטרה בעת מכירת נכסים

מאזנה של חברה בנוי בדרך-כלל בצד הנכסים (צד האקטיב) מרכוש שוטף, דוגמת מזומנים ושווי מזומנים, מלאי, לקוחות וכולי, ומנכסים לטווח ארוך, דוגמת השקעה בחברות-בנות או בחברות כלולות, רכוש קבוע (ציוד, מכונות, מבנים, קרקע) ורכוש אחר הכולל נכסים לא-מוחשיים, דוגמת פטנטים, זכויות יוצרים ומוניטין.

הפקודה נוהגת ככלל למסות מכירת רכוש שוטף לפי חלק ב לפקודה במיסוי פירותי על בסיס שנתי.<sup>58</sup> בכל שנת מס מחושבת ההכנסה שהתקבלה ממכירתם של אותם נכסים שוטפים בניכוי ההוצאות והיציאות שיצאו כולן בייצור ההכנסה,<sup>59</sup> בכפוף לסייגים בנוגע לסוג ההוצאות ולגובה ההוצאות שניתן לנכות לצורכי חישוב ההכנסה החייבת והמס הפירותי.<sup>60</sup> במקרה של מכירה פירותית חל על החברה מס בשיעור של 27.1%.<sup>61</sup>

לעומת זאת, מכירת נכסים המסווגים כרכוש קבוע נחשבת על-פי-רוב למכירה הוגנית, הממוסה לפי חלק ה של הפקודה. מכירה כזאת משיתה ככלל על חֶבֶר בני-אדם, בהתאם להוראות סעיף 91 לפקודה, חבות במס רווח הון בשיעור של 25%.

מכירת זכות במקרקעין, כהגדרתה בחוק מיסוי מקרקעין, נחשבת אף היא כמכירה הוגנית, אך זכות במקרקעין מוחרגת מהגדרת "נכס" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה,<sup>62</sup> ומכירתה

57 יצוין כי גם חוק מיסוי מקרקעין וגם חוק מע"מ, מגדירים "מכירה" ו"מכר" באופן רחב, הכולל גם העברה של "זכות במקרקעין" ו"נכס", בהתאמה.

58 ס' 6 לפקודה מגדיר שנת מס כדלקמן: "המס לכל שנת מס יוטל על הכנסתו החייבת של אדם באותה שנה."

59 ס' 17 לפקודה.

60 ס' 30 ו-32 לפקודה.

61 ס' 126 לפקודה. השיעור יפחת ל-25% בשנת 2010. יצוין כי חברות אשר נהנות מהטבות מס מכוח החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, זכאיות – בכפוף לעמידה בדרישות החוק – לפטור ממס ולשיעורי מס מופחתים על הכנסתן החייבת ממפעל מאושר או ממפעל מוטב, בהתאם למסלול ההטבות שנבחר על-ידיהן, לשיעור ההחזקה של תושבי חוץ במניותיהן ולמיקומו של המפעל בישראל.

62 "נכס" – כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או

ממוסה לפי חוק מיסוי מקרקעין. בדומה לשיעור המס על רווחי הון, שיעור המס בגין השבח הריאלי הנצמח לְחֶבֶר בני־אדם ממכירת זכות במקרקעין עומד אף הוא על 25%.<sup>63</sup> "סכום אינפלציוני חייב", כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה ובסעיף 47 לחוק מיסוי מקרקעין, ימוסה בשיעור של 10%.

חישוב חבות המס בעת מכירה של נכס או זכות במקרקעין אשר נרכשו עובר למועד הקובע (31.12.2002) או ליום התחילה, בהתאמה, ייעשה בהתאם לנוסחת החישוב הליניארית שתוארה לעיל.<sup>64</sup> דהיינו, כאשר מדובר במכירה על־ידי חברה, תחויב החברה במס בשיעור של 25% בגין ריווח ההון הריאלי (או השבח הריאלי) שנצמח לאחר המועד הקובע או יום התחילה, בהתאמה, ובמס חברות בשיעור של 27%.<sup>65</sup> בגין התקופה שבין הרכישה לבין המועד הקובע או יום התחילה, בהתאמה. עם זאת, לכללים אלה יש כמה חריגים, אשר יפורטו להלן.

## (2) מכירת מוניטין

חריג אחד בעניין חישוב המס במכירת נכסים על־ידי חברה מתקיים בהקשר של הטבות המס הניתנות למכירת מוניטין אשר נצמח בחברת המטרה.<sup>66</sup> לפני תיקון 132 לפקודה<sup>67</sup> הייתה להטבות אלה משמעות רבה בעבור הנישומים, שכן סעיף 88 לפקודה קבע בפסקה השנייה של הגדרת "סכום אינפלציוני" (החייב בשיעור מס של 10% בלבד) כי -

"במכירת נכס שהוא מוניטין או זכות חזקה במקרקעין שלא שולם בעד רכישתו - חלק ריווח ההון השווה לסכום רווח ההון, כפול בהפרש שבין המדד ביום המכירה

מוחזקות, והכל בין שהם בישראל ובין שהם מחוץ לישראל, למעט -

(1) מיטלטלין של יחיד המוחזקים על ידיו לשימוש האישי או לשימוש האישי של בני משפחתו או של בני־אדם התלויים בו;

(2) מלאי עסקי;

(3) זכות חזקה במקרקעין - בין שבדין ובין שביושר - המשמשים לצרכי מגורים ולא לשם השתכרות או ריווח;

(4) זכויות במקרקעין וזכויות באיגוד כמשמעותם בחוק מס שבה מקרקעין, תשכ"ג-1963, שעל מכירתם מוטל מס שבה או שהיה עשוי להיות מוטל אילו הפטור לפי החוק האמור".

63 ראו ס' 48א(א) לחוק מיסוי מקרקעין.

64 ראו לעיל ס' 1א(א) למאמר, הדן במיסוי בעלי המניות בחברת־המטרה.

65 ס' 126 לפקודה. שיעור זה הינו לשנת 2008. בשנת המס 2009 יפחת שיעור המס ל־26%, ובשנת 2010 ואילך - ל־25%.

66 לשאלת הגדרתם, קיומם ומכירתם של מוניטין לצורכי המס, בהעדר הוראות לכך בדיני המס, ראו ע"א 7493/98 שלמה שרון נ' פקיד שומה - יחידה ארצית לשומה, פ"ד נח(2) 241 (2004), וכן ע"א 4374/05 דורון ראובני נ' פקיד שומה תל אביב 4 (טרם פורסם, 19.9.2007).

67 תיקון 132, לעיל ה"ש 16.



לבין המדד ביום שהוא במחצית התקופה מתחילת צמיחתם של המוניטין... ועד יום מכירתם ומחולק במדד ביום מכירתם.

כלומר, ככל שהוכח שהמוניטין נצמחו במועד מוקדם יותר, חלק גדול יותר של ריווח ההון מוסה בשיעור של 10% בלבד.

הטבה נוספת נקבעה במכירת מוניטין ששולם בעד רכישתם. במסגרת הפסקה השלישית להגדרת "סכום אינפלציוני" נקבעה אפשרות של זקיפה ראשונית של עלות הרכישה המתואמת כנגד התמורה לפני ביצוע החישוב המיטיב למוניטין, והכל מתוך הנחה שהנישום הוסיף והשביח את המוניטין לאחר מועד רכישתם.<sup>68</sup>

הטבות אלה שימשו כר פורה לתכנוני מס, שבמסגרתם ניסו נישומים לטעון למכר מוניטין חלף מכירת זכויות הוניות אחרות ו/או חלף מכירת מניות.<sup>69</sup>

במסגרת תיקון 132 בוטלה ההגדרה ל"סכום אינפלציוני" בהקשרם של מוניטין. המוניטין זוכים עדיין בהטבת מס ביחס לסוגי נכסים אחרים, באשר הוראת-מעבר לתיקון 147 לפקודה קובעת כי המס בגין מכירת מוניטין על-ידי חברה יהיה בשיעור אחיד של 25%, ללא נפקות למועד היווצרותם או רכישתם (כלומר, להבדיל מנכסים אחרים שנרכשו לפני המועד הקבוע, לא יחול בעניינם של המוניטין הפיצול הליניארי). אולם בעקבות ההפחתה בשיעור מס החברות (אשר עומד, נכון לשנת 2008, על 27%), דומה כי מדובר בהטבת מס שולית בלבד, אשר נפקותה תתבטל כליל החל בשנת 2010, כאשר שיעור מס החברות יפחת ממילא ל-25%.<sup>70</sup>

נציין עוד כי עניין שרון עסק, בין היתר, בשאלת כימותם של המוניטין לצורכי מס, והתווה כי ערכם של המוניטין ייקבעו רק לאחר ייחוס התמורה המתקבלת בהתאם לערכי השוק של כל הנכסים שנמכרו, ובלשון בית-המשפט:

"ממחיר התמורה שנשתלמה בגין העסק כולו מופחת ערך השוק של כל אחד מהנכסים האחרים, והיתרה, תיחשב כערכם של המוניטין."<sup>71</sup>

כלומר, מן השיטה השירית שנבחרה על-ידי בית-המשפט בעניין שרון לצורך חישוב ערכם של המוניטין לצורכי מס נגזר כי התמורה שהתקבלה בעסקת נכסים תיוחס לכל נכס ונכס שנמכר בהתאם לערכי השוק, והיתרה, אם קיימת, תיחשב כערכם של המוניטין והעסק החי.

68 אמנון רפאל וירון מהולל מס הכנסה כרך שלישי 82 (1990).

69 ראו בהקשר זה עניין שרון ועניין דורון ראובני, ה"ש 66.

70 ברי כי הטבה זו תמשיך להיות רלוונטית וחשובה במקרים שבהם מדובר במוניטין של יחיד אשר החלו להיצמח לפני המועד הקבוע. ללא הטבה זו, ובהתאם לנוסחה הליניארית, החבות במס ריווח הון שהייתה מוטלת על היחיד בגין החלק שמיוחס לתקופה עובר למועד הקבוע הייתה מחושבת לפי שיעור המס השולי של היחיד (נכון לשנת 2008 - 47%). בשל ההטבה הנ"ל, שיעור המס שיחול על היחיד בגין התקופה המדוברת יהיה 20% בלבד.

71 עניין שרון, לעיל ה"ש 66, בעמ' 256.

**(3) מכירת נכסים שנרכשו לפני שנת המס 1961**

חריג שני לנוסחת הפיצול הליניארית הוא הטבת המס הניתנת בעת מכירתם של נכסים אשר נרכשו עובר ליום 1 באפריל 1961 ("נכסים היסטוריים"). סעיף 91(ו)(1) לפקודה קובע לגבי נכס שנרכש עד לשנת 1948 כי שיעור המס בעת מכירתו לא יעלה על 12%. לגבי נכס שנרכש בין השנים 1949–1960 נקבע כי על שיעור המס של 12% ייתוסף 1% לכל שנה עד למועד רכישתו. הוראה דומה לגבי זכויות במקרקעין קיימת בסעיף 48(ד)(1) לחוק מיסוי מקרקעין. עם זאת, בשנים האחרונות צומצמה הטבת מס זו, באשר סעיף 191(2) לפקודה קובע כי החל בשנת המס 2005 ייתוסף על "שיעורי המס ההיסטוריים" 1% לכל שנת מס, עד לשיעור המס הרגיל החל על מכירת רווח הון ריאלי. הוראות דומות נוספו לחוק מיסוי מקרקעין במסגרת סעיפים 48(2) ו-48(ד)(3) לחוק. היות שתחת חישוב המס ההיסטורי אין הבחנה בין "סכום אינפלציוני" לבין ריווח הון ריאלי (או שבה ריאלי), כך שמלוא עליית הערך ממוסה בשיעור קבוע ללא התחשבות במרכיב האינפלציוני, ולנוכח העלייה כאמור בשיעורי המס ההיסטוריים, מומלץ בעת מכירת "נכסים היסטוריים" לערוך, לצד חישוב המס ההיסטורי, גם חישוב ריווח הון לפי הכללים הרגילים שפורטו לעיל, ולבחור את החלופה שבה מתקבלת חבות מס קטנה יותר.

**(4) קיזוז הפסדים ועסקה מלאכותית**

קיימים שני היבטי מס נוספים שראוי להדגיש ביחס לחברת-מטרה המוכרת את נכסיה. ראשית, הפסדיה של חברת-המטרה משנים קודמות, ככל שנצברו בה, אינם עוברים לחברה הרוכשת. יתר על כן, הפסדים אלה יכולים להתקזז אצל חברת-המטרה כנגד רווח ההון הריאלי שיצמח, אם בכלל, ממכירת הנכסים לחברה הרוכשת, בהתאם להוראות סעיף 28(ב) וסעיף 92(ב) לפקודה, ועל-ידי כך להפחית את המס בגין המכירה.

היבט מס שני קשור לנורמה האנטי-תכנונית, ובמרכזה "העסקה המלאכותית". נורמה זו חולשת גם בעניינין של עסקות מיוזג ורכישה במקרים שבהם הנישום טוען כי ביצע עסקת נכסים ואילו פקיד השומה טוען כי מדובר בעסקה מלאכותית שנועדה כל-כולה לחסוך במס ולכן מסווגה מחדש כעסקת מניות. בסוגיה זו עסק פסק-הדין בעניין דורון ראובני.<sup>72</sup> עיון בפסק-הדין מלמד כי בעת תכנון מתווה עסקה, ההחלטה על אופן ביצועה של העסקה – קרי, על-דרך העברת נכסים או על-דרך העברת מניות – צריכה להישען ולהיתמך על יסודות וטעמים כלכליים נוספים מעבר לשיקול של החיסכון במס.

**(ב) ברמת בעלי המניות**

ככלל, ברמת בעלי המניות בחברת-המטרה לא חל אירוע מס בעת מכירה של נכסים. עם זאת, חלוקת דיבידנד שמקורו ברווחים שהתקבלו ממכירת הנכסים תמוסה בשיעור של 20% או 25%, בהתאם לשיעור החזקתם של בעלי המניות בחברה ולסיווגם כ"בעל מניות מהותי". כלומר, המס הסופי שיחול על בעלי המניות בחברת-המטרה בעת משיכת דיבידנד שמקורו ברווחים אשר התקבלו ממכירת נכסים בחברת-המטרה יהיה בשיעור של 40% לגבי בעל מניות

<sup>72</sup> עניין דורון ראובני, לעיל ה"ש 66.

רגיל (25% ברמת החברה ו-20% בעת משיכת הדיבידנד) ובשיעור של 43.75% לגבי בעל מניות מהותי (25% ברמת החברה ו-25% בעת משיכת הדיבידנד). שיעורי מס אלה גבוהים לאין ערוך משיעורי המס החלים על בעלי המניות בעת מכירה ישירה של מניותיהם לחברה הקולטת. בפרק הקודם צוין כי מכירה של מניותיהם תמוסה ככלל בשיעור של 20% או 25%, בהתאם לשיעור החזקתם בחברה ולסיווגם כ"בעל מניות מהותי", ואף יכולה להתמסות בגין ריווח ההון הריאלי המתקבל מהמכירה בשיעור מס של 10% בלבד, אם המניות הנמכרות נרכשו לפני המועד הקובע (31.12.2002) ובגובה הרווחים הראויים לחלוקה שמקורם עד למועד זה.

## 2. היבטי מס ברמת החברה הקולטת

במישור החברה הקולטת לא חל בעיקרון אירוע מס. חובתה מבחינת דיני המס מסתכמת, אם בכלל, בניכוי מס במקור מהתמורה לחברת-המטרה, אם חברת-המטרה אינה מציגה לפני פטור מניכוי מס במקור, ובחבות במס רכישה אם נרכשת זכות במקרקעין כהגדרתה בחוק מיסוי מקרקעין.

אלא מאי, שבחברה הקולטת ייתכנו עדיין השלכות מס כתולדה מרכישת הנכסים בחברת-המטרה, אשר יפורטו להלן.

### (א) מחיר מקורי חדש

כאשר חברת-המטרה מוכרת את נכסיה, הנכסים מופחתים בספריה לפי יתרת המחיר המקורי המתואם של כל נכס ונכס, כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה. בספרי החברה הקולטת נקבע מחיר מקורי חדש לכל נכס ונכס שנרכש מחברת-המטרה, בהתאם לסכום שהוציאה החברה על רכישתו. עצם רכישת הנכסים של חברת-המטרה אינה משנה את יתרת השנים שנותרה להפחתה בספרי החברה הקולטת בגין הנכסים שנרכשו.

צא ולמד, אפוא, כי בעוד השקעה במניות ככלל אינה בת-הפחתה לצורכי מס עד למועד מכירתן של המניות, שאז המחיר המקורי המתואם של המניות מופחת מהתמורה המתקבלת בגינן, בעסקת נכסים שווי ההשקעה אצל החברה הרוכשת מופחת על בסיס שנתי באמצעות הוצאות פחת בגין הנכסים שנרכשו.

במילים אחרות, באמצעות עסקת נכסים החברה הקולטת מפחיתה בספריה באופן שוטף את עלות השקעתה בנכסיה של חברת-המטרה. בכך היא מקטינה את הכנסתה החייבת לצורכי מס כבר בשנים שלאחר רכישת הנכסים, מבלי שהיא נדרשת להמתין למועד מכירת הנכסים כדי שעלות הרכישה תשמש להקטנת ריווח ההון (או להגדלת הפסד ההון) הנצמח ממכירתם.

### (ב) הפחתת נכסים

בהתאם להלכת נצבא הישנה<sup>73</sup> ולעמדתה הרשמית של רשות המיסים, נכסים אשר אין

73 ע"א 306/59 נצב"א חברה להתנהלות בע"מ נ' פשמ"ג, פ"ד יד 1814 (1960). ראו גם קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה, עמ' ג-193.

להם שיעור פחת בתקנות<sup>74</sup> אינם ניתנים לניכוי לצורכי מס. דהיינו, לגישה של רשות המיסים, העדר התייחסות לשיעור הפחת שניתן להפחית מנכס מסוים אינו אך דבר פרוצדורלי שניתן להשלמה באמצעות היקש מפחת שנקבע לנכסים דומים או בהתאם לפחת הכלכלי של הנכס, אלא מכשול מהותי אשר מונע מניה וביה את הפחתתו של הנכס לצורכי מס.

(ג) הפחתת קניין רוחני ומוניטין

עיקר הנפקות של גישתה זו של רשות המיסים קיימת בהקשרם של נכסים לא-מוחשיים. רוצה לומר, על-פירוב לנכסים לא-מוחשיים, למעט מוניטין, לא נקבעו בתקנות שיעורי מס ספציפיים, ולכן הגישה המקובלת של רשות המיסים היא שאי-אפשר להפחיתם לצורכי מס.<sup>75</sup> אפשרות להפחתת קניין רוחני לצורכי מס קיימת במסגרת סעיף 2 לחוק עידוד התעשייה (מיסים),<sup>76</sup> אשר קובע כהאי לישנא:

2. חברה תעשייתית שהוכיחה להנחת דעתו של פקיד השומה, כי בשנת המס 1968, או לאחריה, רכשה בתום לב פטנט, או זכות לניצול פטנט או ידע, המשמשים לפיתוחו או לקידומו של המפעל, תהא זכאית להפחתה בשיעור של 12½% מן המחיר המקורי שלהם במשך שמונה שנים, משנת המס שבה החלה להשתמש בהם.<sup>77</sup>

74 שיעורי הפחת מוסדרים בשורה של תקנות שאושרו מכוח ס' 21 לפקודה, ביניהן תקנות מס הכנסה (פחת), 1941, הקובעות את שיעורי הפחת לסוגים שונים של בניינים, מכונות וציוד. כמו-כן, על גישום המדווח לפי חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן: חוק התיאומים), חלות תקנות מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה) (הוראת שעה) (שיעורי פחת), התשמ"ו-1986, ק"ת 4968, גם לאחר ביטולו דה-פקטו של חוק זה במסגרת חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה) (תיקון מס' 20) התשל"ח-2008, ס"ח 2136.

75 לבקיעים בגישתה זו של רשות המיסים ראו עמ"ה 1207/00 יעקובי יעקב ובניו בע"מ נ' פקיד שומה ת"א-יפו 3 (לא פורסם, 15.9.2003) ועמ"ה 1022/99 עינבר היכלי יופי לכה 1986 בע"מ נ' פקיד שומה ת"א-יפו 3 (לא פורסם, 3.4.2003). בעניין יעקובי, אשר עסק בשאלת הפחתתן של הוצאות פרסום, קיבל בית-המשפט המחוזי את הערעור שהגישה החברה, וקבע כי יש להכיר בהוצאות הפרסום כהוצאות שוטפות בתקופת היווצרותן. מעניינת לענייננו עמדתו של המשיב, אשר ביקש להפחית את הוצאות הפרסום שהוציאה המערערת על-פני שלוש שנים, אף שלסוג זה של נכס (נכס פרסום), וממילא לשיעורי הפחת בגינו, אין כל זכר בתקנות. עניין ענבר היכלי יופי דן בשאלת ההפחתה של שמלות כלה אצל חברה שעיסוקה היה בייצור והשכרה של שמלות כלה. פקיד השומה היה מוכן לסווג את השמלות כ"ציוד כללי" ולהפחיתן לפי שיעור שנתי של 14%, אף שלא נקבעו בתקנות הפחת שיעורי פחת בגינן.

76 חוק עידוד התעשייה (מיסים), התשכ"ט-1969 ס"ח 572.

77 להשלמת התמונה נציין כי "חברה תעשייתית" מוגדרת בס' 1 לחוק עידוד התעשייה (מיסים) כ"חברה תושבת ישראל שלפחות 90% מהכנסותיה, בשנת מס, למעט הכנסות ממלווה בטחון,

כלומר, חוק עידוד התעשייה (מיסים) מאפשר לחברה אשר נכנסת לגדר "חברה תעשייתית", כהגדרתה בחוק, להפחית מדי שנה שיעור של 12.5% מהמחיר המקורי של פטנט, זכות לניצול פטנט וידע. אין עוררין כי מדובר באפשרות מצומצמת ביותר, אשר אינה מסייעת במקרים של חברות אשר אינן נכנסות לגדר חוק עידוד התעשייה (מיסים) ו/או מחזיקות בנכסים לא-מוחשיים אשר אינם מצוינים במסגרת חוק זה, כגון זכויות יוצרים, סימן רשום ועוד.

לגבי מקרים אלה, קביעת שיעורי הפחת לגבי נכס לא-מוחשי צריכה להיעשות, לדעתנו, תוך עקיבה אחר כללי חשבונאות מקובלים.<sup>78</sup> דהיינו, ניתן לאמץ את הטיפול החשבונאי שננקט בדוחות הכספיים של החברה גם לצורכי דוחות המס. בעניין זה נציין כי תקן חשבונאות מס' 30 של המוסד לתקינה חשבונאית ותקן בין-לאומי מס' 38, שמהווים את כללי החשבונאות המקובלים בהקשרם של נכסים לא-מוחשיים,<sup>79</sup> מחלקים נכסים לא-מוחשיים לשני סוגים: האחד, נכסים לא-מוחשיים בעלי אורך חיים מוגדר, אשר מופחתים על-פני אורך החיים השימושי של הנכס; והאחר, נכסים לא-מוחשיים בעלי אורך חיים בלתי-מוגדר, אשר לא יופחתו באופן שיטתי, אלא עניין הפחתתם ייבחן מדי שנה על-דרך ירידת ערך, אם קיימת.

אפשרות אחרת היא לסווג את הקניין הרוחני כ"ציוד כללי", ולהפחיתו בהתאם לתקנות הפחת לפי שיעור שנתי של 14%.<sup>80</sup>

באשר למוניטין, מצאנו לעיל כי נוסחת החישוב הליניארית אינה חלה בעניינם של מוניטין, אשר ממוסים בשיעור אחד בלבד של 25% כאשר המוניטין נמכרים על-ידי חֶבֶר בני-אדם. הטבה נוספת בעניינם של מוניטין ניתנה לצד הרוכש במסגרת תקון 132, עת אושרו תקנות הפחתת מוניטין,<sup>81</sup> ובמרכזן מתן הזכות לרוכש המוניטין להפחית את העלות המקורית של המוניטין בשיעור של 10% בשנה, דהיינו, על-פני עשר שנים.

הם ממפעל תעשייתי שבבעלותה". ומפעל תעשייתי מוגדר באותו סעיף כ"מפעל תעשייתי שבבעלותה של חברה תעשייתית שעיקר פעילותו בשנת המס היא פעילות ייצורית".

78 לפי עיקרון זה, יש לאמץ את כללי החשבונאות והרישום החשבונאי לעניין החבות במס כל עוד אין הוראה ספציפית בדיני המס. להרחבה בעניין עיקרון זה ראו, למשל, ע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד (מו"4) 795, 800 (1992); ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו"4) 589 (1982); עמ"ה 181/84 ברנשטיין נ' פקיד שומה ת"א-יפו 1, פ"ת תשמ"ט(1) 54 (1987).

79 ראו בעניין זה את הוראות תקן 29 של המוסד הישראלי לתקינה, "אימוץ תקני דיווח כספי בינלאומיים (IFRS)", אשר קובע כי חברות ציבוריות המדווחות בהתאם לכללי החשבונאות המקובלים בישראל יערכו את דוחותיהן הכספיים בהתאם לתקינה הבין-לאומית החל בדוחות הכספיים לתקופות המתחילות ביום 1 בינואר 2008. חברות פרטיות ימשיכו לדווח לפי התקינה הישראלית פרי-עטו של המוסד לתקינה חשבונאית.

80 ראו, כאמור, את גישתה של רשות המיסים בעניין ענבר היכלי יופי, לעיל ה"ש 75, וכן גיל רוזנשטוק "פחת או יותר" רואה החשבון 54-58 (2007).

81 תקנות מס הכנסה (שיעור פחת למוניטין), התשס"ג-2003, ק"ת 6259.

יושם אל לב כי תקנות הפחתת מוניטין מסייגות וקובעות, בתקנה 2(ב), כי מוניטין שנרכשו מקרוב<sup>82</sup> או מתושב חוץ לא יופחתו אלא אם כן "הוכח להנחת דעתו של פקיד השומה שהרכישה הייתה חיונית לצורך ייצור ההכנסה ונעשתה בתום לב ומטעמים עסקיים בלבד".

### 3. היבטי מע"מ

מצינו בפרק א למאמר כי מכירת מניות אינה מקימה ככלל חבות במע"מ, היות שניירות ערך, לרבות מניות, אינם נכנסים לגדר "טובין" כהגדרתם בחוק מע"מ. לעומת זאת, עסקה על-דרך רכישת נכסים, שבמהלכה מועברים נכסים לחברה הקולטת, עלולה להקים חבות במע"מ בחברת המטרה, ובלבד שהנכסים המועברים נכנסים לגדר "נכס" כהגדרתו בחוק מע"מ.

"עסקה" מוגדרת כאמור בסעיף 1 לחוק מע"מ כדלקמן:

"עסקה" - כל אחת מאלה:

- (1) מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק במהלך עסקו, לרבות מכירת ציוד;
- (2) מכירת נכס אשר נוכה מס התשומות שהוטל על מכירתו למוכר או על יבואו בידי המוכר;
- (3) עסקת אקראי.

"נכס" מוגדר כאמור באותו סעיף כ"טובין או מקרקעין".<sup>83</sup>

"עסקת אקראי" מוגדרת כדלקמן:

- (1) "מכירת טובין או מתן שירות באקראי, כשהמכירה או השירות הם בעלי אופי מסחרי;
- (2) מכירת מקרקעין לעוסק בידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין, וכן

82 "קרוב" - כמשמעותו בס' 88 לפקודה, דהיינו:

"קרוב" - כל אחד מאלה:

- (1) בן זוג, אח, אחות, הורה, הורה הורה, צאצא וצאצא של בן זוג, ובן זוגו של כל אחד מאלה;
- (2) צאצא של אח או של אחות, ואח או אחות של הורה;
- (3) חבר-בני-אדם שבהחזקת אדם או קרובו, אדם המחזיק בו וחבר-בני-אדם המחזיק בידי אדם המחזיק בו; לענין הגדרה זו 'החזקה' - במישרין או בעקיפין, לבד או יחד עם אחר, ב-25% לפחות באחד או יותר מסוג כלשהו של אמצעי השליטה;
- (4) נאמן כהגדרתו בסעיף 75ג, לגבי היוצר בנאמנות תושבי ישראל או בנאמנות הדירה וכן נאמן לגבי נהנה בנאמנות נהנה תושב חוץ או בנאמנות לפי צוואה.

83 מקרקעין מוגדרים במסגרת ס' 1 לחוק מע"מ - "לרבות זכות במקרקעין ולרבות זכות באיגוד מקרקעין כמשמעותה בחוק מס שבה מקרקעין, התשכ"ג-1963".

מכירת מקרקעין בידי אדם כאמור, למעט מכירת דירת מגורים, למלכ"ר או למוסד כספי".

עינינו הרואות, אפוא, כי עסקה על-דרך העברת נכסים עלולה להיות מסווגת כ"עסקה" בסעיף 1 לחוק מע"מ. העברת נכסים שוטפים – לרבות נכסים הוניים – אשר מצויים בישראל ושימשו בייצור פעילותה השוטפת של חברת-המטרה עונה על החלופה הראשונה

בהגדרת מע"מ, ככל שיימצא כי החברה המעבירה הינה עוסק לצורכי חוק מע"מ וכי המכירה נעשתה במהלך עסקה.

אם נוכח תשומות בעת רכישת הנכסים המועברים לחברה הקולטת, גם אז תיחשב העברת הנכסים כעסקה לצורכי חוק מע"מ.

לבסוף, לא מן הנמנע שרשות המיסים תטען – אם יימצא כי שתי החלופות הראשונות אינן מתקיימות במקרה הנידון – כי דין העברת הנכסים כדין עסקת אקראי, באשר מדובר במכירת טובין בעלת אופי מסחרי ו/או במכירת מקרקעין כמפורט בהגדרת "עסקת אקראי".

יצוין כי חלופות אלה במסגרת הגדרת "עסקה" בחוק מע"מ מעלות שאלות ותהיות רבות, דוגמת השאלה אם הכללת המונח "ציוד" בהגדרת החלופה הראשונה יכולה ללמדנו על רצונו של המחוקק לראות העברה של פעילות כעסקה לצורכי מע"מ. מאידך גיסא, עולה השאלה אם מכירת מלוא פעילותה של חברה במסגרת עסקת נכסים נכנסת לגדר "מהלך עסקו".<sup>84</sup> נוסף על כך, ניתן לתהות אם ומתי למכירה של טובין במסגרת עסקת העברת נכסים יש אופי מסחרי.<sup>85</sup>

זאת ועוד, על-מנת לבחון את שאלת חבות המס, יש לברר בהיבט העובדתי מהי תושבותם של הצדדים לעסקת העברת הנכסים לצורכי חוק מע"מ, מהו מקום הנכסים הנמכרים, מה טיבם וכולי.<sup>86</sup>

מכל מקום, בחינת המכירה של הנכסים צריכה להיעשות, לדעתנו, לגבי כל נכס בנפרד, כך שאם לגבי נכס מסוים המכירה פטורה ממס (למשל, מכוח סעיף 31 לחוק מע"מ) או מזכה את החברה בשיעור מס אפס (מכוח סעיף 30 לחוק מע"מ), אזי יש להתחשב בכך באופן שתופחת חבות מס העסקות שתוטל על חברת-המטרה.

היה אם בסופו של יום יימצא כי קמה חבות במע"מ בגין העברת הנכסים, אזי אם החברה הרוכשת הינה עוסק לצורכי חוק מע"מ, אזי היא תוכל לנכות את עלות הנכסים במסגרת מע"מ התשומות שלה, בכפוף להוראות חוק מע"מ.

לסיכום, שאלת החבות במע"מ הנגזרת מעסקת נכסים צריכה להיבחן לגופה של כל

84 להרחבה ראו, למשל, אבי פרידמן מס ערך מוסף: החוק וההלכה 120-124 (2005).

85 שם, בעמ' 114-119.

86 ראו בעניין זה ס' 14 לחוק מע"מ, הקובע לגבי מקום ביצוע העסקה כדלקמן: "יראו נכס כנמכר בישראל אם הנכס היה בישראל בעת מסירתו לקונה, או אם יוצא מישראל, ובנכס בלתי מוחשי – אם המוכר הוא תושב ישראל."

עסקה ועסקה, דומה, כי אי־אפשר לקבוע מסמרות מראש. זאת, כאמור, בניגוד לעסקה על־דרך רכישת מניות, אשר אינה נחשבת ככלל לעסקה החייבת במע"מ.

#### 4. סיכום־ביניים

פרק זה במאמר עסק בחלופה של רכישת פעילותה של חברה חלף רכישת מניותיה. רכישת הפעילות כרוכה מטבע הדברים ברכישת הנכסים אשר עומדים בבסיסה של הפעילות. היתרון הגדול בסוג זה של עסקות מבחינת החברה הקולטת טמון בעובדה שהיא יכולה להפחית את עלות השקעתה באופן שוטף בהתאם לשיעורי הפחת של הנכסים שנרכשו, להבדיל מעסקת רכישת מניות, אשר עלות ההשקעה בה מופחתת רק במועד מכירת המניות.

החיסרון בסוג זה של עסקה קיים ברמת בעלי המניות של חברת־המטרה, באשר מעבר למס החברות אשר משולם בחברת־המטרה, ייאלצו הללו לשלם מס נוסף אם ירצו למשוך דיבידנד מהרווחים שהצטברו בחברת־המטרה כתוצאה ממכירת הנכסים.

זאת ועוד, בסוג זה של עסקה עולות שאלות לגבי הקצאת התמורה בין הנכסים שנמכרו. לשאלות אלה יש נפקות הן לגבי גובה המס שבו תחוב חברת־המטרה בשל מכירת נכסיה והן לגבי שיעורי הפחת וההפחתה, אם בכלל, שעל־פיהם תוכל החברה הרוכשת להפחית את הנכסים הנרכשים. אופן ייחוס התמורה ממכירת הפעילות והשלכות המס הנגזרות מכך מתוארות בטבלה 2.<sup>87</sup>

בהיבט המע"מ מצינו כי עסקה זו יכולה להקים לחברת־המטרה חבות במע"מ.

### פרק ג: מיזוג חברות

#### 1. פתח־דבר

מיזוג הינו טכניקה משפטית המאפשרת לשתי חברות להגיע להסכמה בדבר רכישת חברת־המטרה על־ידי החברה הקולטת, אשר לאחריה האישיות המשפטית של חברת־המטרה מתאינת, כל נכסיה והתחייבויותיה עוברים לחברה הקולטת והיא נבלעת בחברה הקולטת.<sup>88</sup>

מיזוג מוגדר בסעיף 1 לחוק החברות כהאי לישנא:

87 ראו נספח ב למאמר זה.

88 ראו עניין מלם, לעיל ה"ש 5.



"העברה של כלל הנכסים והחייבים, לרבות חיובים מותנים, עתידיים, ידועים ובלתי ידועים, של חברת יעד לחברה קולטת, אשר כתוצאה ממנה מתחוללת חברת היעד, בהתאם לסעיף 323".

סעיף 323 לחוק החברות, הודן בתוצאות של מיזוג, קובע כי -

- "נתקבלו ברשם החברות כל האישורים הדרושים לפי פרק זה למיזוג בכל אחת מן החברות המתמזגות... יבוצע המיזוג כלהלן:
1. כל הנכסים והחייבים של חברת היעד, לרבות חיובים מותנים, עתידיים, ידועים ובלתי ידועים, יועברו ויוקנו לחברה הקולטת;
  2. יראו את החברה הקולטת כאילו היתה חברת היעד בכל הליך משפטי, לרבות בהליכי הוצאה לפועל;
  3. הרשם יעביר את פנקס השעבודים, כמשמעותו בסעיף 181 לפקודת החברות, של חברת היעד, לפנקס השעבודים של החברה הקולטת;
  4. חברת היעד תחוסל והרשם ימחק אותה מרשמי;
  5. הרשם ימסור לחברה הקולטת תעודה המעידה על ביצוע המיזוג וירשום את דבר המיזוג במרשמי החברה הקולטת."

משמע, אף שהמיזוג נחשב כעסקה במישור הישירות המשפטיות עצמן,<sup>89</sup> המיזוג מתבטא למעשה הן במישור החברות, שכן כל נכסיה וחייביה של חברת-המטרה מועברים באחת לחברה הקולטת, והן במישור של בעלי המניות, באשר בעלי המניות של חברת-המטרה מאבדים את החזקתם בחברת-המטרה, מחד גיסא, ומקבלים בתמורה מזומנים ו/או מניות בחברה הקולטת, מאידך גיסא.<sup>90</sup>

לעניין יתרונותיה של עסקה על-דרך מיזוג, בית-המשפט בעניין מלם מציין כי -

"המיזוג, הינו דרך משפטית להגשמת יתרונות של איחוד חברות - יתרונות לגודל, יתרונות להיקף ויתרונות הנובעים מצירוף משאבים משלימים (סינרגיה). כדי לאפשר יתרונות אלו יש להתבסס על מידע מקיף של עסקי החברה המוכרת, מידע שניתן לקבל רק במסגרת עסקה ידידותית. החברה הרוכשת מקבלת את המידע הרלוונטי והדבר מאפשר לה לבצע את העסקה במידה גדולה יותר של וודאות כלכלית."<sup>91</sup>

בניגוד למנגנון הקבוע בחוק החברות לגבי עסקת רכישת מניות - אשר מתנה ככלל את רכישת מלוא השליטה בחברה ציבורית בהסכמתם של 95% מבעלי המניות בחברה

89 חביב-סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 465.

90 חמדני, לעיל ה"ש 54, בעמ' 112-113.

91 עניין מלם, לעיל ה"ש 5, פס' 234.

(הצעת רכש מלאה),<sup>92</sup> ואת רכישת מלוא השליטה בחברה פרטית בהסכמתם של 80% מבעלי המניות הניצעים<sup>93</sup> – בהקשר של מיזוג נדרש ככלל אישור של האספות הכלליות ברוב רגיל בלבד.<sup>94</sup> זאת ועוד, סעיף 320 לחוק החברות מאפשר ביצוען של עסקות מיזוג מסוימות אף ללא קבלת אישור מהאספה הכללית בחברת-המטרה ו/או בחברה הקולטת.<sup>95</sup>

## 2. היבטי המס הנגזרים מסוגי המיזוג השונים

בפרק זה במאמר נתמקד בהיבטי המס הקשורים לארבע אפשרויות מקובלות לביצוע מיזוג לפי הדין הכללי, דהיינו: (א) מיזוג רגיל, שבמהלכו חברת-המטרה מתחסלת ומתמזגת אל תוך החברה הקולטת, אשר שורדת לאחר המיזוג; (ב) מיזוג משולש, שבמהלכו חברת-המטרה מתמזגת אל תוך חברה-בת של החברה הקולטת אשר הוקמה לצורכי המיזוג; (ג) מיזוג הופכי, שבמהלכו חברת-המטרה מתמזגת אל תוך החברה הקולטת, אך חברת-המטרה היא ששורדת לאחר המיזוג;<sup>96</sup> (ד) מיזוג משולש הופכי, שבסופו חברת-המטרה היא השורדת לאחר המיזוג המשולש ונותרת בבעלותה של החברה הקולטת.

כפי שנראה, כפועל יוצא מהליך המיזוג הרגיל, חברת-המטרה מעבירה את כל נכסיה והתחייבויותיה לחברה הקולטת ומתחסלת. העברת נכסים הינה ככלל בגדר "מכירה" לצורכי הפקודה וחוק מיסוי מקרקעין, ועלולה אף להקים לחברת-המטרה חבות במס פירוטי בשל מכירה של נכסים שוטפים, דוגמת מלאי, לקוחות וכו'.

זאת ועוד, נדמה כי לנוכח הגדרת המיזוג בחוק החברות, ובשל חיסולה של חברת-המטרה והעברת כל התחייבויותיה לחברה הקולטת, חבות המס שנצמחת – אם

92 ס' 336-337 לחוק החברות.

93 ס' 341 לחוק החברות.

94 ס' 320(א) לחוק החברות.

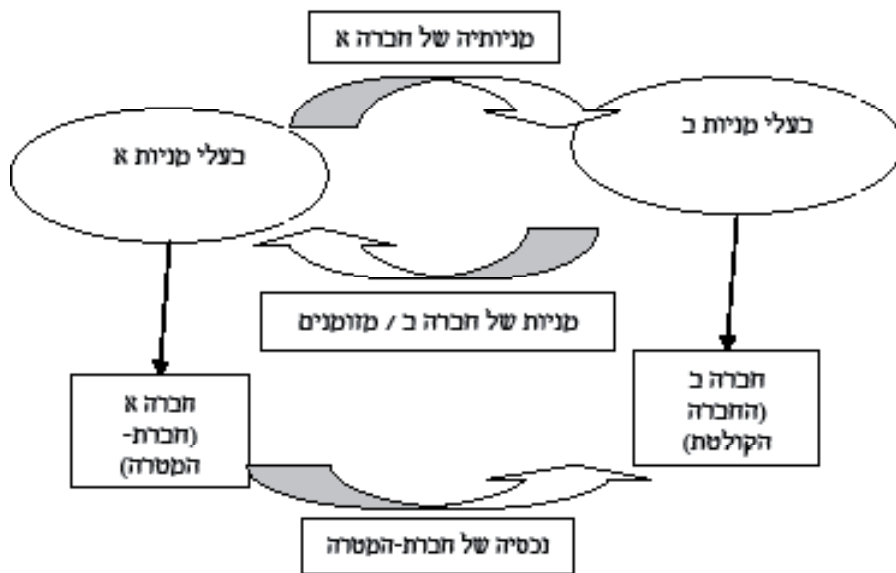
95 ס' 320(א1) לחוק החברות (תיקון מס' 3) התשס"ה-2005, ס"ח 1989, מאפשר ביצוען של עסקות מיזוג ללא קבלת אישור מהאספה הכללית בכל אחד מאלה: (1) בחברת יעד הנמצאת בשליטתה ובעלותה המלאה של החברה הקולטת; (2) בחברה קולטת, אם התקיימו כל אלה: (א) המיזוג אינו כרוך בשינוי התזכיר או התקנון של החברה הקולטת; (ב) החברה הקולטת אינה מקצה במסגרת המיזוג למעלה מעשרים אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה, וכתוצאה מההקצאה לא יהפוך אדם לבעל שליטה בחברה הקולטת כהגדרתו בסעיף 268; לענין זה יראו ניירות ערך הניתנים להמרה או למימוש למניות, שאותו אדם מחזיק או שיוקצו לו במסגרת המיזוג, כאילו הומרו או מומשו; (ג) לא מתקיימות הנסיבות המחייבות את אישורה של האסיפה הכללית לפי סעיפים קטנים (ג) ו-(ד). "כן ראו חמדני, לעיל ה"ש 54, בעמ' 114. אפשרות נוספת לבצע עסקת מיזוג לפי חוק החברות קיימת במסגרת עשיית הסדר או פשרה בין החברה הקולטת לבין חברת-המטרה מכוח ס' 350-351 לחוק החברות. הסדר זה מצריך אומנם את אישורו של בית-המשפט למהלך, אך אינו מתנה את האישור בחיסולה של החברה המעבירה. ראו בעניין זה חביב-סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 467.

96 חביב-סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 481-482; ידלין וחנס, לעיל ה"ש 11, בעמ' 108-109.

נצמחת - לחברת-המטרה עלולה ליפול על כתפי החברה הקולטת, ובכך להפחית את כדאיות העסקה מבחינת החברה הקולטת ובעלי מניותיה. התמונה תשתנה - ובהתאמה תשתנה גם חבות המס - בסוגי מיזוגים אחרים. במיזוג הופכי, למשל, העברת הנכסים בפועל תהא בחברה הקולטת, אשר מתחסלת בסוף המיזוג. יתר על כן, העברה של מניות מתרחשת במישור של בעלי המניות, ועלולה אף היא להיכנס לגדר "מכירה" כהגדרתה בפקודה ולהקים חבות במס לבעלי המניות בחברת-המטרה ו/או בחברה הקולטת, בהתאם לסוג המיזוג שנבחר על-ידי הצדדים לעסקה. משמע, למתווה המיזוג שנבחר על-ידי הצדדים יש לדעתנו נפקות רבה לעניין חבות המס הסופית הן במישור של בעלי המניות והן במישור החברות, כפי שיפורט להלן.

(א) מיזוג רגיל

תשריט 3: מתווה של מיזוג רגיל



תוצאת המיזוג הרגיל:



מיזוג רגיל הינו המיזוג "הקלסי", שבמהלכו חברת-המטרה מתמזגת לתוך החברה הקולטת. במישור החברות, כל נכסיה והתחייבויותיה של חברת-המטרה מועברים במסגרת העסקה באופן אוטומטי, מכוח החוק, לחברה הקולטת. במישור של בעלי המניות, בעלי המניות בחברת-המטרה מוותרים על מניותיהם, ומאפייני התמורה שלהם – גובהה, אופייה וצורתה (מזומנים ו/או מניות) – נקבעים בהסכם המיזוג בין החברות.

לנוכח הגדרתה של "מכירה" בסעיף 88 לפקודה, ובאופן דומה גם בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין, העברת הנכסים לחברה הקולטת במסגרת המיזוג מהווה מכירה לצורכי מס של הנכסים של חברת-המטרה, אשר עלולה ככזו להקים בידיה חבות במס רווח הון ובמס שבח אם ימצא כי ההעברה הסתיימה ברווח.

ניתן לטעון כי חברת-המטרה לא קיבלה כל תמורה בגין העברת נכסיה לחברה הקולטת, כך שגם אם יידרש מיסוי של חברת-המטרה בעקבות העסקה, לכל-היותר נוצרו אצלה הפסדים עסקיים והפסדים הוניים שמקורם בעלות הרכישה של הנכסים השוטפים וביתרת המחיר המקורי של הנכסים הקבועים.

אולם סעיף 88 לפקודה, ובאופן דומה גם סעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין, מגדירים "תמורה" ו"שוויה של זכות פלונית", בהתאמה, כמחיר שיש לצפות לו במכירת נכס על-ידי מוכר מרצון לקונה מרצון, דהיינו לפי שווי השוק שלו, אלא אם כן שוכנע פקיד השומה (או מנהל מיסוי מקרקעין) כי המחיר בעד הנכס נקבע בתום-לב ומבלי שהושפע במישורין או בעקיפין מקיום יחסים מיוחדים בין הקונה למוכר.

מורם מן האמור, אפוא, כי פקיד השומה יכול לטעון שאף-על-פי שלא שולמה בפועל לחברת-המטרה כל תמורה בגין העברת הנכסים, עדיין קמה לה ו/או לחליפתה (החברה הקולטת לאחר המיזוג) חבות במס רווח הון ו/או במס שבח.

הוראה דומה קיימת בסעיף 85 לפקודה גם לגבי נכסים שוטפים, דוגמת מלאי ולקוחות, המועברים בעת המיזוג. הסעיף קובע כי מלאי עסקי<sup>97</sup> השייך לעסק מועבר ייחשב כאילו נמכר בשווי השוק שלו, אלא אם כן שוכנע פקיד השומה כי המחיר בעד המלאי נקבע בתום-לב ומבלי שהושפע במישורין או בעקיפין מקיום יחסים מיוחדים בין הקונה למוכר. במישור של בעלי המניות, בעלי המניות בחברת-המטרה שמתחסתל אגב המיזוג מקבלים בתמורה למניותיהם בחברת-המטרה מניות בחברה הקולטת ו/או בחברה אחרת ו/או מזומנים. בדומה לעסקה של מכירת מניות, ריווח ההון הריאלי שיצמח מהתמורה שהתקבלה ממכירת המניות בחברת-המטרה (או השבח הריאלי שנצמח כאשר מדובר במכירת מניות באיגוד מקרקעין כהגדרתו בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין) ממוסה בידי בעלי המניות בשיעור של 20%-25%, בהתאם לשיעור החזקתם בחברת-המטרה ובכפוף לכללים ולסוגי ההטבות השונים שפורטו לעיל. כפי שיפורט בהמשך, סעיף 103 לפקודה מאפשר, בהתקיים תנאים מסוימים, לקבל דחיית מס במקרה של מיזוג, ובלבד שתמורתם של בעלי המניות של חברת-המטרה מתקבלת ככלל בדרך של החלפת מניות.

97 "מלאי עסקי" מוגדר בס' 85(ג) לפקודה כדלקמן: "כל נכס מיטלטלין או מקרקעין הנמכר במהלכו הרגיל של העסק, או שהיה נמכר כך אילו הבשיל או הגיע לגמר ייצורו, הכנתו או בנייתו, וכל חומר המשמש בייצורו, בהכנתו או בבנייתו של אותו נכס".

נמצאנו למדים, אפוא, כי העברת הנכסים מחברת-המטרה לחברה הקולטת עלולה להקים לחברת-המטרה חבות במס, אשר תיגזר מסיווגם של הנכסים המועברים (רכוש שוטף, נכסים קבועים, זכויות במקרקעין), משווי השוק שלהם, מעלותם ומיתרת המחיר המקורי שלהם בספריה של חברת-המטרה לפני ההעברה. באופן דומה, גם ויתורם של בעלי המניות בחברת-המטרה נחשב כמכירה לצורכי הפקודה, ועלול להשית עליהם חבות במס ריווח הון.

עם זאת, המחברים בדעה כי למרות האפשרות לטעון, כאמור, כי במיזוג רגיל קמה חבות במס הן ברמת החברות והן ברמת בעלי המניות, ראוי לנקוט גישה שלפיה יש לראות את המיזוג כעסקה ברמת בעלי המניות בלבד. ראייה זו תבטיח אחידות ושוויון בין מיסוי הליך של מיזוג לבין מיסוי הליך של עסקת מניות.

#### (ב) מיזוג משולש רגיל

כעולה מתש"ט 4, מיזוג משולש הינו עסקת מיזוג בין שלוש חברות: החברה-האם (החברה הקולטת), חברת-המטרה וחברה חדשה הנוצרת לצורך המיזוג. החברה הקולטת מקימה חברה-בת בבעלותה המלאה (להלן: החברה-הבת החדשה), והחברה-הבת החדשה היא המתמזגת עם חברת-המטרה. במיזוג משולש רגיל חברת-המטרה נבלעת בחברה-הבת החדשה. מטרתו של מיזוג משולש היא להקל את הליך המיזוג בחברה הקולטת, שכן את המיזוג המשולש ניתן לבצע ללא צורך באישור האספה הכללית של החברה הקולטת "האמיתית" (בדוגמה שלנו - חברה ב), אלא רק באישור האספה הכללית של החברה-הבת החדשה, המורכבת מהחברה הקולטת, שהינה כאמור בעלת המניות היחידה של החברה-הבת החדשה. ככלל, די לעניין זה בהחלטת דירקטוריון החברה, שהרי מזווית-הראייה של החברה הקולטת מדובר בהחלטה ניהולית-עסקית שהמקום הנכון לקבלתה הוא בדירקטוריון החברה.<sup>98</sup> יודגש בעניין זה כי ככל שהון המניות של החברה הקולטת גדול יותר ומפוזר יותר, כן קשה יותר על-פי-רוב להעביר החלטות באספה הכללית.

במתווה זה, להבדיל מהמיזוג הרגיל, מושגת גם הפרדה בין הנכסים וההתחייבויות של חברת-המטרה לבין הנכסים וההתחייבויות של החברה הקולטת.

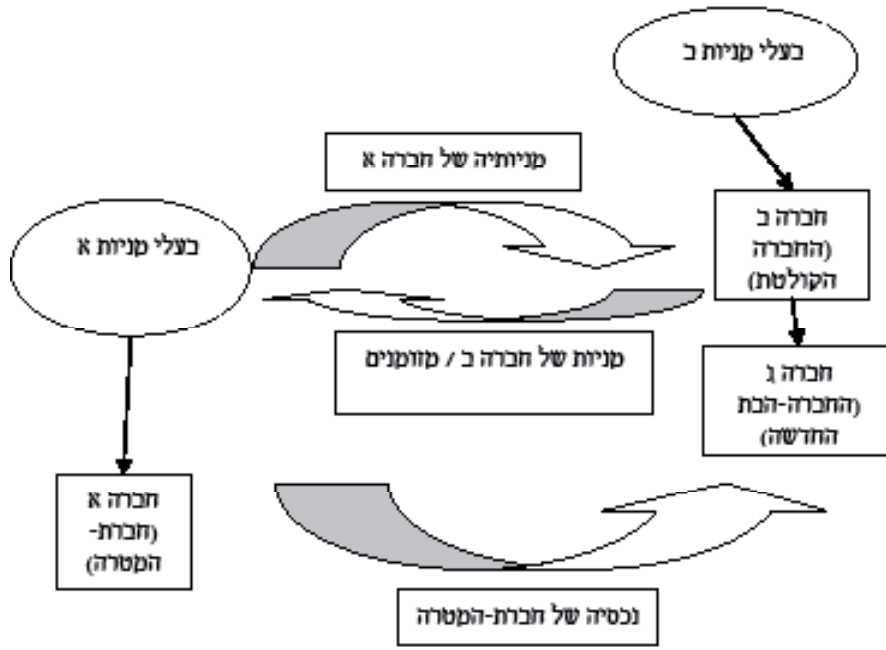
מאחר שגם לפי מתווה זה חברת-המטרה מעבירה את נכסיה לפני חיסולה, היבטי המס שנסקרו לעיל בעניינו של המיזוג הרגיל רלוונטיים לדעתנו גם לגבי מיזוג משולש. זאת, למעט ההבדל שאת חבות המס של חברת-המטרה לאחר חיסולה עלולה לשאת החברה-הבת החדשה, ולא החברה הקולטת (החברה-האם).

גם במישור של בעלי המניות, בעלי המניות בחברת-המטרה, אשר מתחסלת אגב המיזוג, מקבלים בתמורה למניותיהם בחברת-המטרה מניות בחברה הקולטת ו/או בחברה אחרת ו/או מזומנים. כמו במיזוג הרגיל, ויתורם של בעלי מניות אלה על מניותיהם בחברת-המטרה נחשב כמכירה לצורכי מס הכנסה.

משמע, גם מיזוג בדרך של מיזוג משולש עלול לפגוע בכדאיות העסקה בכללותה אם אין שוקלים עד תום את שיקולי המס הנגזרים הימנו עובר לביצוע העסקה.

98 חביב-סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 479-480.

תשריט 4: מתווה של מיזוג משולש רגיל

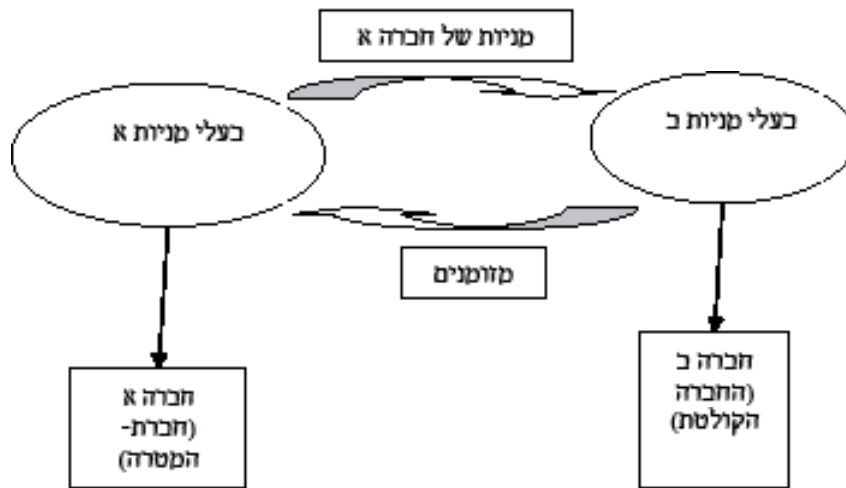


תוצאת המיזוג: המשולש הרגיל

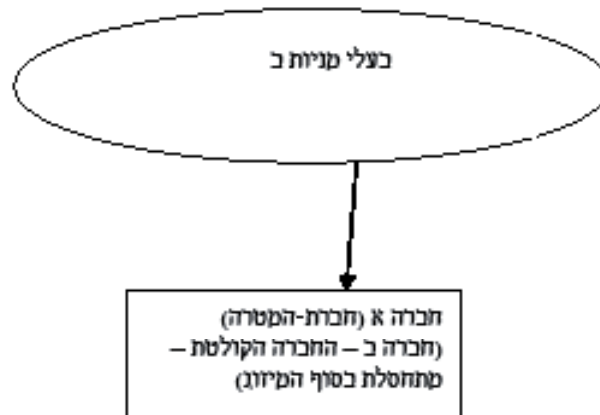


(ג) מיזוג הופכי

תשריט 5: מתווה של מיזוג הופכי



תוצאת המיזוג ההופכי:



להבדיל מן המיזוג הרגיל, שבו החברה השורדת לאחר המיזוג הינה החברה הרוכשת, במיזוג הופכי החברה השורדת לאחר המיזוג היא חברת-המטרה – החברה שבעלי מניותיה נפרדו ממניותיהם. בעלי המניות בחברה הקולטת מאבדים את מניותיהם בחברה הקולטת, אשר נבלעת בחברת-המטרה, ובמקום זאת מקבלים מניות בחברת-המטרה, שהינה החברה השורדת. למיזוג זה יכולה להתלוות העברת נכסים מהחברה הקולטת לחברת-המטרה. סוג עסקות זה יכול לשמש חלופה להצעת רכש מלאה. דהיינו, באמצעות מיזוג הופכי בין חברה פרטית ריקה לבין חברה ציבורית ניתן להפוך את החברה הציבורית לחברה

פרטית. בעלי המניות מהציבור ירכשו החוצה, והחברה שתשרוד לאחר המיזוג תהא החברה הפרטית, והכל באמצעות ההליך הקיים לגבי מיזוגים וללא צורך בהצעת רכש מלאה.<sup>99</sup> בהיבט המס יחולו העקרונות שפורטו לעיל בהקשר של המיזוג הרגיל, למעט העובדה שבמיזוג הופכי אין אירוע של מכירת נכסים ברמת חברת-המטרה, שכן חברה זו היא השורדת לאחר המיזוג. לא למותר לציין כי אם אגב אורחא להליך המיזוג הועברו נכסים מהחברה הקולטת לחברת-המטרה, חבות המס תיווצר בחברה הקולטת, אשר תיחשב כמוכרת לצורכי מס.

יושם אל לב, בהקשר של מיזוג הופכי, כי לנוכח ההגדרה הרחבה של המונח "מכירה" בסעיף 88 לפקודה, אשר כולל כאמור "כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם", עלול להיטען ברמת בעלי המניות כי חל אירוע מס הן לגבי בעלי המניות של חברת-המטרה והן לגבי בעלי המניות של החברה הקולטת. רוצה לומר, במיזוג הופכי ניתן לטעון כי לא זו בלבד שמניותיה של חברת-המטרה יוצאות מרשותם של בעלי המניות של חברת-המטרה בתמורה למזומנים שהועברו אליהם, גם מניותיה של החברה הקולטת יוצאות אל-נכון מידיהם של בעלי המניות של החברה הקולטת, אשר חלף זאת מקבלים מניות בחברת-המטרה. כלומר, בסוג מיזוג זה, בניגוד למיזוג רגיל ולמיזוג משולש רגיל, שתי הקבוצות של בעלי המניות עלולות להיחשף לחבות במס ריווח הון, ולא רק בעלי המניות של חברת-המטרה.

אנו סבורים כי יש לבחון את ההחזקה בחברה השורדת לאחר המיזוג בעיניים כלכליות, ולטעון, למשל, כי החברה הממוזגת לאחר מיזוג הופכי הינה אותה חברה ממוזגת כמו לאחר מיזוג רגיל, רק בשינוי אדרת. מכאן מתבקשת לדעתנו המסקנה כי יש לגזור גזרה שווה לגבי מצבם המיסוי של בעלי המניות בחברה הקולטת לאחר מיזוג רגיל ולגבי מצבם של אותם בעלי מניות בחברת-המטרה לאחר מיזוג הופכי. לאמור, כשם שבמיזוג הרגיל בעלי המניות בחברה הקולטת אינם ממוסים, כך גם אין למסותם במיזוג ההופכי. לחלופין, ניתן לדעתנו לעשות שימוש בסעיף 103 לפקודה כפי שיוסבר בהמשך.

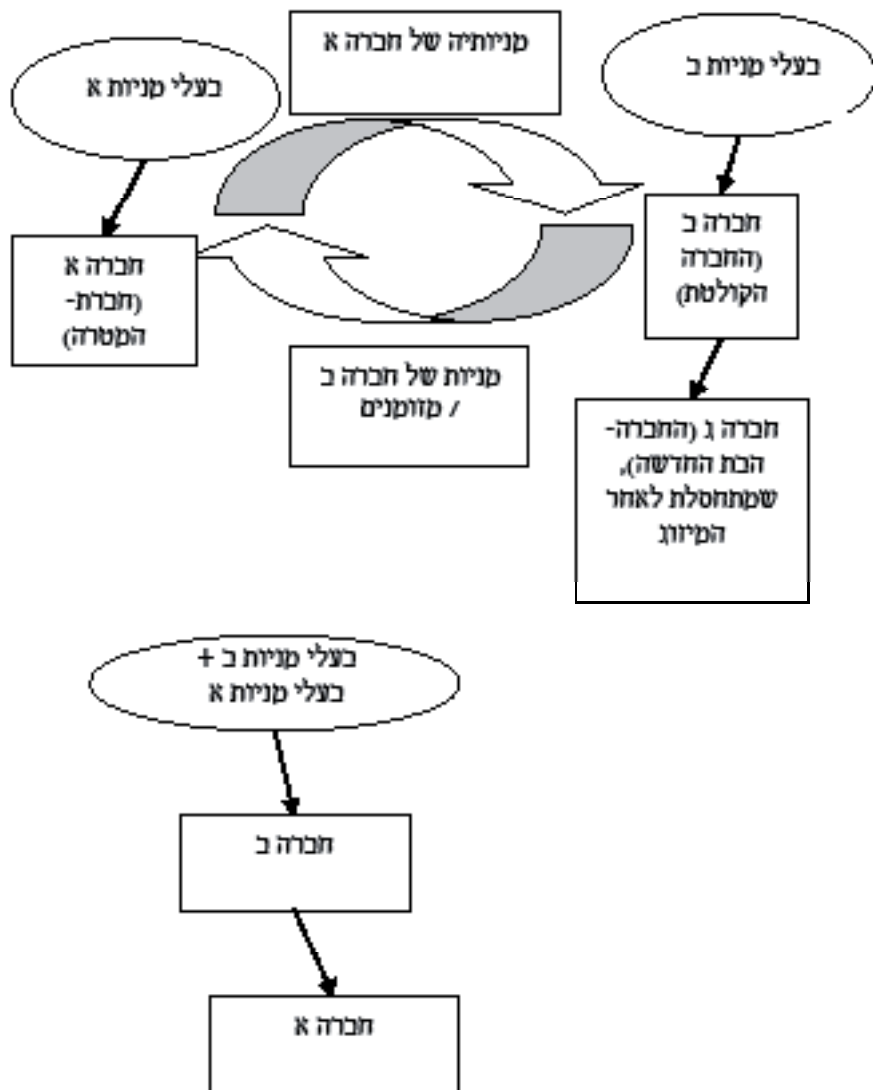
99 ראו עמרי ידלין "מיזוג לא מלאכותי" גלובס 27.1.2008. יצוין גם כי מיזוג הופכי יכול להתרחש גם "בכיוון ההפוך", קרי, בעת רכישה של שלד בורסאי על-ידי חברה פרטית. החברה הפרטית מתמוזגת עם השלד הבורסאי ומעבירה אליו את נכסיה, ומי ששורד לאחר המיזוג הוא השלד הבורסאי, ובעלי המניות בחברה הפרטית נהפכים לבעלי המניות בשלד הבורסאי. בדרך זו ניתן, ככלל, להפוך חברה פרטית לציבורית ללא צורך בהכנת תסקין ותוך חיסכון של העלויות הכרוכות בהכנתו.



(ד) מיזוג משולש הופכי

תשריט 6: מתווה של מיזוג משולש הופכי

תוצאת המיזוג המשולש ההופכי:



במיוזג משולש הופכי, כמו במיוזג משולש רגיל, מדובר במיוזג בין שלוש חברות: החברה-האם (החברה הקולטת), חברת-המטרה וחברה-הבת חדשה הנוצרת לצורך המיוזג. אלא שכתוצאה מן המיוזג המשולש ההופכי, החברה-האם של החברה-הבת החדשה נהפכת לבעלת 100% ממניותיה של חברת-המטרה, והחברה-הבת החדשה מתחסלת בסופו של הליך. גם במיוזג משולש הופכי, בדומה למיוזג משולש רגיל, לא נדרש אישור מהאספה הכללית של החברה הקולטת. למיוזג משולש הופכי יכולה להיות מטרה נוספת, והיא שמירה על האישויות המשפטיות הנפרדות של שתי החברות – החברה הקולטת וחברת-המטרה – לאחר עסקת המיוזג.<sup>100</sup>

לצורת מיוזג זו יש יתרון גם מבחינה מיסויית, שכן דה-פקטו, בדומה למיוזג ההופכי, חברת-המטרה אינה מעבירה את נכסיה במסגרת המיוזג. כלומר, במסגרת סוג זה של מיוזג ניתן לטעון כי לא חל אירוע מס ברמת חברת-המטרה, באשר נכסיה והתחייבויותיה של חברת-המטרה, אשר שורדת לאחר המיוזג, אינם יוצאים מרשותה גם לאחריו. אם כך, נראה כי מיוזג משולש הופכי מפחית לכאורה את חשיפות המס הקיימות במישור החברות המשתתפות בהליך המיוזג.

במישור של בעלי המניות, בדומה למיוזג ההופכי, יכולה לעלות הטענה כי אירוע מס חל לא רק ברמת בעלי המניות של חברת-המטרה, אשר ויתרו על מניותיהם בחברת-המטרה, אלא גם ברמת החברה הקולטת, אשר חלף מניותיה בחברה-הבת החדשה שהוקמה לצורכי המיוזג היא מחזיקה עם תום המיוזג במניותיה של חברת-המטרה.

אנו סבורים כי על-סמך ראייה כלכלית נכונה של מצב-הדברים, יש לגזור גזרה שווה לגבי מיסוי החברה הקולטת במיוזג משולש רגיל ולגבי מיסוי המיוזג משולש הופכי, באשר החברה השורדת לאחר המיוזג – הן לאחר המיוזג המשולש והן לאחר המיוזג המשולש ההופכי – הינה אותה ישות מבחינה כלכלית. לחלופין, ניתן לדעתנו ליישם את הוראות סעיף 103 לפקודה גם במיוזג משולש הופכי, כפי שיוסבר בהמשך.

### 3. אירוע המס בחברה הקולטת

ככלל, לא חל אירוע מס ברמת החברה הקולטת. ברם, כפי שהוסבר לעיל לגבי כל סוגי המיוזגים שנבחנו עד כה, החברה הקולטת או החברה-הבת החדשה – תלוי במבנה המיוזג – עשויות לחוב בחובת ניכוי מס במקור בשל התשלום במזומנים ו/או במניות המשולם לבעלי המניות בחברת-המטרה תמורת קבלת נכסיה של חברת-המטרה. חבות נוספת יכולה לקום לחברה הקולטת במיוזג רגיל (ולחברה-הבת החדשה במיוזג משולש רגיל)

100 ראו עניין מלם, לעיל ה"ש 5, פס' 224. שימוש נוסף במיוזג המשולש ההופכי מצוין במאמרם של ידלין וחנס, לעיל ה"ש 11, בעמ' 106. באמצעות מיוזג משולש הופכי של חברה פרטית עם חברה ציבורית ניתן לנצל את הפלטפורמה של החברה הציבורית למען פעילותה של החברה הפרטית, ולהגדיל את הנזילות של מניותיה. בסופו של המיוזג החברה הפרטית נהפכת לחברה-בת של החברה הציבורית, ואילו בעלי המניות בחברה הפרטית מקבלים בתמורה מניות בחברה הציבורית.

בדמות מס רכישה, אם הנכסים המועברים מחברת-המטרה כוללים גם זכויות במקרקעין. כמפורט לעיל, חבות זו לא תקום במקרה של מיזוג משולש ומיזוג משולש הופכי, שכן במיזוגים אלה הזכויות במקרקעין נותרות בחברת-המטרה, אשר שורדת לאחר המיזוג.

#### 4. דחיית מס – סעיף 103 לפקודה

##### (א) יישום סעיף 103 על סוגי המיזוג השונים

דחיית המס בהקשר של מיזוגים מוסדרת בחלק ה-2 לפקודה, שכותרתו "שינוי מבנה ומיזוג" (להלן ייקרא גם "חוק המיזוגים"). הוראות חלק ה-2 מאפשרות ככלל דחיית מס בעת שינוי מבנה. בדברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לחקיקת חלק ה-2 נאמר כי –

"מטרת ההטבות היא ליצור תנאים נוחים לכיצוע שינויים מבניים בגופים עיסקיים שיביאו להתייעלות אותם גופים ויתרמו למאמץ הכולל להביא לצמיחה כלכלית במשק".<sup>101</sup>

כלומר, מטרתו של חוק המיזוגים היא ליצור תנאים פיסקליים נוחים לכיצוע שינויי מבנה, אשר יביאו לידי התייעלותם של גופים המשתתפים בתהליך ויתרמו לצמיחה הכלכלית במשק.

##### (1) החלופה הראשונה להגדרת מיזוג

הגדרת המיזוג ברישא של סעיף 103 מונה שלוש חלופות למיזוג. החלופה הראשונה מוגדרת כ"העברת כל הנכסים וההתחייבויות של חברה או של מספר חברות (להלן – חברה מעבירה) לחברה אחרת (להלן – חברה קולטת), וחיסול החברה המעבירה ללא פירוק, בהתאם לצו מיזוג או בהתאם לפרק הראשון בחלק השמיני בחוק החברות". לשון אחר, החלופה הראשונה כרוכה בחיסולה של חברת-המטרה ללא פירוק. החיסול הוא בהתאם ל"צו מיזוג" שניתן לפי סעיף 351 לחוק החברות או בהתאם להסדר הקיים בסעיפים 314-327 לחוק החברות.

מהחלופה הראשונה המופיעה בהגדרת מיזוג בפקודה נגזר שחלופה זו כוללת לכאורה רק מיזוג רגיל ומיזוג משולש, שכן בשני המקרים חברת-המטרה (החברה המעבירה) מתמוזגת במהלך המיזוג אל תוך החברה הקולטת ומתחסלת בסופו.<sup>102</sup> ברם, לדעתנו, ניתן לטעון כי גם המיזוג ההופכי וגם המיזוג המשולש ההופכי נכנסים תחת חלופה זו. עמדה זו נתמכת בגישת בית-המשפט בעניין מלם, אשר אימץ לאחרונה את הגישה שלפיה ההסדר

101 החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 94), התשנ"ג-1993, ס"ח 1433.

102 ראו גם אלי גודארד וירון שטיין "תיקון אחת, שתיים, שלוש" לפקודה – שינוי מבנה נטול מס בישראל" מיסים טו/2, א"ב 60-61 (2001).

המצוי בפרק הראשון בחלק השמיני בחוק החברות חל גם לגבי מיזוג הופכי וגם לגבי מיזוג משולש הופכי. ובלשונו של בית-המשפט:

"הן חביב סגל, חוק החברות החדש הן חנס וידלין, מיזוג, מדגישים כי אין מקום להסיק כי המחוקק התכוון לשלול עסקת מיזוג מסוימת רק מכוח הטופס הנדרש בתקנות. לדעת חביב סגל את סעיף 323 אפשר להחיל על דרך פרשנות גם על מיזוג הופכי ומיזוג משולש הפכי. אשר לטופס, לאור מהות העסקה, יש לראות בחברת היעד את החברה הנרכשת האמיתית, זו הנותרת לאחר המיזוג, במקרה שלנו מלם (ראו, חביב סגל, חוק החברות החדש, עמ' 482-483). גם בלייברג ולוין, מיזוג, סבורים כי ניתן להחיל את ההגנות המוקנות לבעלי מניות המיעוט על דרך הפרשנות, היינו ראיית החברה הנרכשת בפועל, במקרה זה מלם, כחברה שבה נדרשים כל האישורים שהחוק קובע לגבי חברת היעד..."<sup>103</sup>

מכאן קובע בית-המשפט המחוזי בעניין מלם כי -

"לאור האמור לעיל ניתן לבצע מיזוג משולש הופכי על פי חוק החברות, ובלבד שהוראות החוק לגבי חברת היעד, יתקיימו בחברה הנרכשת בפועל, במקרה שלנו חברת מלם."<sup>104</sup>

לפיכך, לעניות דעתנו, אין מניעה עקרונית לכלול גם מיזוג הופכי וגם מיזוג משולש הופכי תחת החלופה הראשונה בהגדרת מיזוג המופיעה בסעיף 103 לפקודה, ובלבד שמיזוגים אלה יעמדו בתנאיו של סעיף זה, כפי שיפורטו להלן. גם במהלך מיזוגים אלה יכולה החברה המעבירה - קרי, החברה הקולטת (במיזוג הופכי) והחברה-הבת החדשה (במיזוג משולש הופכי) - להעביר את נכסיה נטו לחברה השורדת (חברת-המטרה) ולהתחיל ללא פירוק. עם זאת, באשר למיזוג משולש הופכי יש לתת את הדעת לסוגיות הבאות:

ראשית, בסעיף 103 לפקודה נדרשת לצורך החלופה הראשונה בהגדרת מיזוג "העברת כל הנכסים וההתחייבויות של [ה]חברה". לעניין זה, אם החברה-הבת החדשה, אשר הוקמה כאמור לצורכי המיזוג, אינה בעלת נכסים והתחייבויות כלשהם, אזי למעשה אין העברה של כל נכס ו/או התחייבות ממנה אל חברת-המטרה, ולפיכך נשאלת השאלה אם מיזוג משולש הופכי אכן יוכר כמיזוג לצורכי החלופה הראשונה בסעיף 103 לפקודה.

שנית, סעיף 103ג(ב) לפקודה קובע, כתנאי לקבלת דחיית המס במסגרת סעיף 103

103 עניין מלם, לעיל ה"ש 5, פס' 324 (ההדגשות במקור). ראו בעניין זה גם חביב-סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 482-483, וכן ידלין וחנס, לעיל ה"ש 11, בעמ' 112-113, אשר תומכים בכך שגם המיזוג ההופכי נכנס תחת אותו הסדר מיזוגים שבחוק החברות. גישה דומה מוצגת גם במאמרם של חגית בלייברג ואסף לוין "ביצוע עסקת מיזוג הופכי באמצעות כללי המיזוג הסטטוטורי" תאגידים ד/3, 67, 68-70 (2007).

104 עניין מלם, לעיל ה"ש 5, פס' 14.

לפקודה, כי "שווי השוק של כל אחת מהחברות המשתתפות במיזוג לא יעלה על פי ארבעה משווי השוק של חברה אחרת המשתתפת במיזוג, והכל במועד המיזוג".  
שלישית, סעיף 103ב(א) לפקודה קובע כי דחיית המס תינתן רק ביחס לחברה המעבירה ולבעלי מניותיה:

"מכירת זכויות בחברה מעבירה אגב מיזוג, והעברת נכסי חברה מעבירה או התחייבויותיה לחברה קולטת אגב מיזוג, לא יחוייבו במס לפי פקודה זו..."

מאחר שבמיזוג משולש הופכי היוצרות מתהפכות כאמור - קרי, החברה-הבת החדשה מתפקדת למעשה על-תקן החברה המעבירה, בעוד חברת-המטרה משמשת כחברה הקולטת - ייתכן שייטען כי דחיית המס במסגרת הסעיף אינה ניתנת לבעלי המניות של חברת-המטרה, כי אם לחברה הקולטת, אשר מוכרת למעשה את מניותיה של החברה-הבת החדשה ומקבלת תחתן מניות של חברת-המטרה.  
דומה, אפוא, שהחלופה הראשונה בהגדרת מיזוג לפי סעיף 103 לפקודה יכולה להיות מיושמת במיזוג משולש הופכי רק כאשר החברה-הבת החדשה אינה ריקה מנכסים, וגם אז ייתכן שלא תינתן דחיית מס לבעלי המניות בחברת-המטרה.

## (2) החלופה השנייה להגדרת מיזוג

החלופה השנייה בסעיף 103 לפקודה הוספה בתיקון 123,<sup>105</sup> ועוסקת במיזוג על-דרך החלפת מניות. במסגרת חלופה זו בעלי המניות של חברה א (חברת-המטרה) מעבירים לא פחות מ-80% ממניות החברה לחברה ב (החברה הקולטת). דהיינו, עסקינן ב"עסקת חליפין" שבמהלכה מניותיה של חברת-המטרה המוחזקות על-ידי בעלי המניות שלה מוחלפות במניות של החברה הקולטת. לנוכח העובדה שהחברה הקולטת נהפכת לבעלת רוב מכריע של מניותיה של חברת-המטרה (לפחות 80% מהון המניות), הפקודה רואה זאת כמיזוג.<sup>106</sup>

לכאורה ניתן לטעון כי החלופה השנייה של מיזוג בפקודה אינה חלה על שום צורת מיזוג שנבחנה לעיל. החלופה השנייה של מיזוג בסעיף 103 לפקודה דורשת שבסופו של המיזוג יישארו שתי חברות - החברה הקולטת וחברת-המטרה - במסגרת מבנה של חברה-אם וחברה-בת. דא עקא, ראינו כי במסגרת מיזוג רגיל ומיזוג הופכי נותרת בסופו של מהלך המיזוג חברה אחת בלבד, ודומה כי גם מיזוג משולש רגיל אינו חוסה תחת החלופה השנייה בפקודה, באשר בסופו חברת-המטרה מתחסלת.

אולם דומה כי התוצאה הסופית המתקבלת ממיזוג על-דרך החלופה השנייה המופיעה בסעיף 103 לפקודה הינה אותה תוצאה המתקבלת בסופו של מיזוג משולש הופכי (ובלבד שכל מניותיה של חברת-המטרה הועברו לחברה הקולטת, והתמורה בגינן התקבלה במניות של החברה הקולטת). גם במהלך מיזוג משולש הופכי לפחות 80% ממניותיה של חברת-

105 החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 123), התשס"א-2000 ס"ח 1760 (להלן: תיקון 123).

106 השוו לסי' 368(a)(2)(B) לקוד המס האמריקאי.

המטרה מועברות לחברה הקולטת תמורת הקצאת מניות בחברה הקולטת. יודגש בהקשר זה כי לדעתנו החלופה השנייה למיזוג אינה מתווה את הדרך שבה יש לבצע את המיזוג, אלא מתמקדת אך בתוצאת המיזוג. יתר על כן, נראה כי אין כל מניעה שהחברה-הבת החדשה תהא ריקה מנכסים.

ניתן לטעון, אפוא, שמיוזג משולש הופכי שבו בעלי המניות בחברת-המטרה מקבלים את תמורתם בצורת מניות בחברה הקולטת יכול להיכנס להגדרה השנייה של מיוזג בסעיף 103 לפקודה.

**(3) החלופה השלישית להגדרת מיזוג**

החלופה השלישית בסעיף 103 לפקודה עוסקת בשרשרת מיזוגים. חלופה זו הוספה גם היא בתיקון 123, ומטרתה לטפל בשינויי מבנה אשר אינם ניתנים לביצוע במהלך אחד.

**(ב) הטבות המס בסעיף 103 והתנאים לקבלתן**

**(1) הטבת המס מכוח סעיף 103 ב לפקודה**

בהתאם להוראות סעיף זה, תינתן דחיית מס לגבי פעולות המיזוג הן ברמת בעלי המניות, המוכרים את הזכויות בחברה-המטרה, והן ברמת חברת-המטרה, המוכרת את נכסיה והתחייבויותיה לחברה הקולטת, עד למועד המימוש בפועל. דחיית המס תינתן ביחס למיסים המוסדרים במסגרת הפקודה ובמסגרת חוק התיאומים,<sup>107</sup> וכן ממס שבה מקרקעין וממס מכירה, המוסדרים במסגרת חוק מיסוי מקרקעין, למעט מס רכישה בשיעור של 0.5% שיחויב בשל העברת מקרקעין. כלומר, העיקרון המנחה בגישת המחוקק הוא ששינוי מבנה אינו יוצר מימוש אמיתי, ועל-כן יש לדחות את מועד החיוב במס למועד המימוש הכלכלי.<sup>108</sup>

**(2) התנאים העיקריים לקבלת דחיית המס**

סעיף 103 לפקודה מפרט את התנאים שעסקת המיזוג צריכה לעמוד בהם לשם קבלת דחיית המס. נסקור להלן בקצרה את עיקרי התנאים. ראשית, נדרש בסעיף<sup>109</sup> כי מטרת המיזוג תהא בעיקרה ניהול ותפעול מאוחד לתכלית עסקית וכלכלית, ושהימנעות ממס או הפחתת מס בלתי-נאותות לא יימנו עם מטרתו העיקריות של המיזוג. יוער כי טרם הובהרו עד תום יחסי-הגומלין בין הוראה זו לבין ההוראות האנטי-תכנוניות הכלליות המוסדרות בסעיף 86 לפקודה ובסעיף 84 לחוק מיסוי מקרקעין, אשר מקנות ממילא סמכות לרשות המיסים להתעלם מעסקות מסוימות אם אחת ממטרותיהן העיקריות היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי-נאותות.<sup>110</sup>

107 חוק התיאומים, לעיל ה"ש 74.

108 דוד גליקסברג "תכנוני מס וחוק המיזוגים והפיצולים" מיסים יא/1 א-29, א-30 (1997).

109 ס' 103ג(1) לפקודה.

110 בעניין זה ראו גליקסברג, לעיל ה"ש 108. מכל מקום, נציין כי המלומד גליקסברג מסיק בסיפא של מאמרו, בעמ' א-37, כי "תוכנן של ההגבלות המצויות בחוק המיזוגים והפיצולים

שנית, הוראות הסעיף<sup>111</sup> דורשות המשכיות בהפעלת רוב הנכסים (לפי שווי השוק במועד המיזוג) המצויים בידי החברה הקולטת לאחר המיזוג, והמשכיות של הפעילות הכלכלית העיקרית שהייתה בכל אחת מהחברות המתמוזגות ערב המיזוג עד תום התקופה הנדרשת.<sup>112</sup> בהקשר של הוראה זו יצוין כי סעיף 103 אינו מגדיר מהי פעילות כלכלית, וככלל, דרישת המשכיות עלולה ליצור סטגנציה בפעילות הכלכלית של החברה. ניתן אף להקשות ולשאול אם הפסקת פעילותו של מגזר מפסיד או של מגזר שפעילותו נפגעה יכולה להיחשב כשינוי בפעילות הכלכלית. כלומר, יש לתת את הדעת לכך ששמירה על הזכאות להטבת המס מכוח סעיף 103 לפקודה עלולה לחייב המשכת פעילות עסקית מפסידה עד תום התקופה הנדרשת.<sup>113</sup>

שלישית, הסעיף מחייב<sup>114</sup> שבמהלך המיזוג תקצה החברה הקולטת מניות שוות-זכויות לחלקו היחסי של כל בעל מניה בחברה המעבירה, ובלבד שככלל לא ניתנה כל תמורה נוספת, בין במישרין ובין בעקיפין.

רביעית, הסעיף דורש<sup>115</sup> שהקצאת הזכויות בחברה הקולטת אחרי המיזוג לכלל בעלי הזכויות בכל אחת מהחברות המשתתפות במיזוג תיעשה בהתאם ליחס שבין שווי השוק במועד המיזוג של החברה שהם היו בעלי מניותיה ערב המיזוג לבין שווי השוק במועד המיזוג של כלל החברות המשתתפות במיזוג.

חמישית, הסעיף דורש<sup>116</sup> למעט חריגים המצוינים בסעיף, המשכיות בהחזקת כל הזכויות בחברה הקולטת על-ידי כל אחד מבעלי הזכויות המשתתפות במיזוג עד תום התקופה הנדרשת, למעט מכירה על-ידי בעלי זכויות הנסחרות בבורסה אשר אינם בגדר בעלי שליטה. דרישת המשכיות מתבטאת בכך שבמשך שנתיים לאחר מועד המיזוג ימשיכו בעלי מניות שהיו בחברות המשתתפות במיזוג להחזיק סך של 51% מהמניות שהתקבלו במיזוג. נוסף על כך, בעלי המניות אינם רשאים ככלל למכור (במכירה מרצון) יותר

---

אינו זהה לתוכנו של ההגבלות המצויות בס' 86 לפקודת מס הכנסה ובסעיפים הדומים לו. שנית, קיימים שינויי מבנה כמו, למשל, העברות נכסים מסויימות, שאין בהם דרישה אנטי תכנונית מפורשת. לגבי שינויי מבנה אלה לא ניתן להחיל את הנורמות האנטי-תכנוניות הכלליות כדוגמת ס' 86 לפקודת מס הכנסה".

111 ס' 103ג(2) לפקודה.

112 "תקופה נדרשת" מוגדרת בס' 103 לפקודה כדלקמן: "(1) לענין מיזוג על פי פסקה (1) להגדרה 'מיזוג' – התקופה הארוכה מבין שני אלה: תקופה של שנתיים המתחילה במועד המיזוג או תקופה שתחילתה במועד המיזוג וסופה שנה לאחר תום שנת המס שבה ניתן צו המיזוג או אושר המיזוג, לפי הענין; (2) לענין מיזוג על פי פסקה (2) להגדרה 'מיזוג' – התקופה שתחילתה במועד המיזוג וסופה שנתיים מתום שנת המס שבה חל מועד המיזוג".

113 ראו גם גליקסברג, לעיל ה"ש 108, בעמ' א-30.

114 ס' 103ג(4) לפקודה.

115 ס' 103ג(5) לפקודה.

116 ס' 103ג(8) לפקודה.

מ-10% מזכויותיהם, ואילו החברה הממוזגת אינה רשאית להקצות בהקצאה פרטית (להבדיל מהנפקה לציבור) יותר מ-25% מהון המניות לפני ההקצאה (20% אחרי ההקצאה). לבסוף, יצוין כי תנאי נוסף לקבלת דחיית המס הוא שהחברה הקולטת תהא תושבת ישראל שהתאגדה בישראל לפי פקודת החברות או חוק החברות, או אגודה שיתופית שהתאגדה בישראל לפי פקודת האגודות השיתופיות. כל חברה אחרת, לרבות חברות תושבות חוץ, צריכה אישור מוקדם של רשות המיסים לביצוע המיזוג.<sup>117</sup>

### (3) קיזוז הפסדים<sup>118</sup>

חוק המיזוגים קובע כי קיימת אפשרות לקיזוז הפסדים צבורים שהיו בחברה המעבירה כנגד ההכנסה ורווחי ההון של החברה הקולטת לאחר המיזוג.

סעיף 103(א) לפקודה מאפשר לקזז הפסד מועבר מעסק או ממשלח-יד כאמור בסעיף 28 לפקודה שהיה לחברה המעבירה או לחברה הקולטת עד למועד המיזוג, ואשר ניתן להעברה לשנים הבאות, כנגד הכנסתה של החברה הקולטת החל בשנת המס שלאחר המיזוג. קיזוז זה מותנה בכך שבכל שנת מס לא יותר לקיזוז סכום העולה על 20% מסך כל ההפסדים של החברות המעבירות והחברה הקולטת או על 50% מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת באותה שנת מס לפני קיזוז ההפסד משנים קודמות – הכל לפי הנמוך מביניהם.

סעיף 103(ב) לפקודה מחיל הוראה דומה גם לגבי הפסדי הון מועברים כאמור בסעיף 92 לפקודה.

כלומר, בהתאם להוראות סעיף 103(ח) לפקודה – ובכפוף להוראה האנטי-תכנונית הקיימת בסעיף 103 לפקודה, אשר דורשת כאמור כי המיזוג ייעשה לתכלית עסקית וכלכלית, ולא לשם הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי-נאותות, וכן בשם לב לעניין רובינשטיין שהוזכר לעיל בהקשר של סוגיית קיזוז ההפסדים – ניתן להקטין את הכנסתה החייבת של החברה הקולטת לאחר המיזוג תוך שימוש מושכל בהפסדים צבורים שהיו בחברות המתמוזגות עובר למיזוג. באמצעות הדוגמה שתוצג להלן ננסה להמחיש את העקרונות שפורטו עתה בסוגיית קיזוז ההפסדים.

### נתונים

- מועד מיזוג: 1 בינואר 2006.
- מתווה מיזוג: מיזוג רגיל.
- במאזניה של חברת-המטרה ליום 31.12.2005 רשומים הפסדים מעסק הניתנים להעברה בסך של 500,000 ש"ח.
- במאזניה של החברה הקולטת ליום 31.12.2005 רשומים הפסדים מעסק הניתנים להעברה בסך של 1,000,000 ש"ח.
- הכנסתה החייבת של החברה הקולטת לשנת 2006 (לאחר המיזוג) היא 500,000 ש"ח;

117 ס' 103ג(7) לפקודה.

118 ס' 103ח לפקודה.



היבטי מיסוי בעסקות מיזוג ורכישה

משפט ועסקים ח, התשס"ח

לשנת 2007 - 1,000,000 ש"ח; לשנת 2008 - 2,000,000 ש"ח; לשנת 2009 - 500,000 ש"ח; ולשנת 2010 - 500,000 ש"ח.

#### היבטי המס

החברה הקולטת תהא זכאית כאמור לקזז מהכנסתה החייבת 20% מסך כל ההפסדים הצבורים שלה ושל חברת-המטרה שמקורם עובר למועד המיזוג, או 50% מהכנסתה החייבת באותה שנת מס, לפי הנמוך משניהם. לפיכך:

#### • בשנת 2006

50% מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת:  $250,000 = 500,000 * 50\%$

20% מסך ההפסדים הצבורים:  $300,000 = (500,000 + 1,000,000) * 20\%$

הנה כי כן, החברה הקולטת תוכל לקזז מהכנסתה החייבת בשנת המס 2006 סך של 250,000 ש"ח.

#### • בשנת 2007

50% מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת:  $500,000 = 1,000,000 * 50\%$

20% מסך ההפסדים הצבורים: 300,000

הנה כי כן, החברה הקולטת תוכל לקזז מהכנסתה החייבת בשנת המס 2007 סך של 350,000 ש"ח. סכום זה מורכב מ-300,000 ש"ח שמקורם בשנת 2007 ועוד 50,000 ש"ח שמקורם בשנת 2006 (ואשר לא נוצלו עקב הגבלת הקיזוז) מכוח הוראות סעיף 103(ג)(1) לפקודה.<sup>119</sup>

#### • בשנת 2008

50% מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת:  $1,000,000 = 2,000,000 * 50\%$

20% מסך ההפסדים הצבורים: 300,000

הנה כי כן, החברה הקולטת תוכל לקזז מהכנסתה החייבת בשנת המס 2008 סך של 300,000 ש"ח.

#### • בשנת 2009

50% מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת:  $250,000 = 500,000 * 50\%$

20% מסך ההפסדים הצבורים: 300,000

הנה כי כן, החברה הקולטת תוכל לקזז מהכנסתה החייבת בשנת המס 2009 סך של 250,000 ש"ח.

#### • בשנת 2010

50% מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת:  $250,000 = 500,000 * 50\%$

20% מסך ההפסדים הצבורים: 250,000

119 ס' 103(ג)(1) קובע כי "על אף האמור בסעיף קטן (א), הפסד כאמור בו שלא ניתן היה לקזזו באותה שנה בשל ההגבלה לגבי 50% מהכנסתה החייבת, יקוזזו בשנות המס הבאות בזו אחר זו, ובלבד שלא יקוזזו הפסד כאמור בפסקה זו בתוספת הפסד כאמור בסעיף קטן (א) העולה על 50% מהכנסתה החייבת של החברה לפני קיזוז ההפסד משנים קודמות."

הנה כי כן, החברה הקולטת תוכל לקזז מהכנסתה החייבת בשנת המס 2010 סך של 250,000 ש"ח.

בהתאם להוראות סעיף 103(ד) לפקודה, יתרת ההפסדים המועברים שטרם התקזזה – קרי, 100,000 ש"ח – תהא מותרת בקיזוז מהכנסתה החייבת של החברה הקולטת החל בשנת 2011 לפי הכללים הרגילים של סעיף 28 לפקודה.<sup>120</sup>

#### (4) הקלות לחברות מחקר ופיתוח

תקנות מס הכנסה (שינוי מבנה של חברות עתירות מחקר ופיתוח)<sup>121</sup> (להלן: תקנות שינוי מבנה) קובעות כי במיזוג שבו כל החברות המשתתפות הן חברות עתירות מחקר ופיתוח, כהגדרתן בתקנות שינוי מבנה, יתאפשר דילול נוסף עד לשיעור של 25% של מי שהיו בעלי הזכויות המשתתפות במיזוג, חלף השיעור המרבי של 51% הקבוע בסעיף 103(ג) לפקודה (דהיינו, הדילול המותר הוא בשיעור של 75%, ולא בשיעור של 49%). נוסף על כך נקבע באותן תקנות כי החברה הקולטת תהיה רשאית להקצות מניות ללא כל הגבלה למי שלא היה בעל זכויות בחברה לפני ההקצאה, וזאת חלף ההגבלה בשיעור של 25% (או 20% אחרי ההשקעה) הנקובה בסעיף 103(ג)(ב) לפקודה.

#### (5) תפר המס שבין עסקת מיזוג לבין עסקת מכירת מניות<sup>122</sup>

הפקודה מאפשרת קבלת דחיית מס בעת העברת שליטה בחברה שנעשית על-דרך החלפת מניות באמצעות שני מתווים: המתווה הקיים בסעיף 103כ לפקודה וזה הקיים בסעיף 104 לפקודה. המשותף לשתי הוראות אלה הוא שתמורתו של מוכר המניות בחברת-המטרה ניתנת כאמור ככלל בצורת מניות של החברה הקולטת. בשני המצבים, מבחינה מהותית, עסקינן בעסקת חליפין שבמסגרתה בעל המניות בחברת-המטרה מקבל ככלל מניות בחברה הקולטת חלף המניות שהוא מוכר בחברת-המטרה.

ההבדל בין שני ההסדרים מקורו בהקשר הכללי, שכן סעיף 103כ לפקודה עוסק כאמור במיזוג שנעשה על-דרך החלפת מניות, בעוד סעיף 104 לפקודה, המצוי בפרק העוסק בהעברת נכסים תמורת מניות, דן בהחלפת מניות שהתמורה המתקבלת בגינן ניתנת בצורה של מניות הנסחרות בבורסה בישראל או בחוץ-לארץ. במילים אחרות, סעיף 104 לפקודה אינו דן בהכרח במתווה של העברת שליטה בחברה, אלא בעסקה של החלפת מניות, לרבות זכויות לרכישת מניות, אשר תמורתן מתקבלת בצורת מניות הרשומות למסחר כאמור בבורסה.

בניגוד לסעיף 103כ, אשר מתנה את דחיית המס הנובע מהחלפת המניות בתקופת-ביניים שבמהלכה החברה הקולטת מחויבת להחזיק במניותיה של חברת-המטרה, סעיף

120 ס' 103(ד) קובע כי "הפסד או הפסד הון כאמור בסעיפים קטנים (א) עד (ג) שלא ניתן היה לקזזו עד תום השנה החמישית שלאחר מועד המיזוג, ניתן יהיה לקזזו החל בשנה השישית, בכפוף לאמור בסעיפים 28 ו-92, לפי העניין."

121 תקנות מס הכנסה (שינוי מבנה של חברות עתירות מחקר ופיתוח), התשנ"ד-1994, ק"ת 5618.

122 ס' 104 ח' וס' 103 לפקודה.

104 ח לפקודה קובע כי אירוע המס יידחה ממועד ביצועה של עסקת החלפת המניות למועד מכירתן של מניות התמורה בפועל או לפרק-זמן מרבי אחר המפורט במסגרת הסעיף (ככלל, בין שנתיים לארבע שנים), לפי המוקדם.

באופן זה סעיף 104 ח לפקודה מונע את הקושי המימוני של מי שקיבל מניות בעסקת חליפין ונאלץ לשלם מס ריווח הון מבלי שיש בידו אמצעים נזילים. הסעיף מאפשר לבעל המניות לשלם מס לפי התמורה במזומן שתתקבל בפועל או לפי תמורה רעיונית המחושבת בתום תקופת החזקה ממושכת יחסית.

#### (ג) היבטי מע"מ במיזוג

למיזוג יש כאמור פן הוני ופן נכסי. בהיבט של הפן הוני – דהיינו, בעלי המניות בחברות המשתתפות במיזוג – ראינו כי מניות מוחרגות מהגדרת טובין לצורכי מע"מ, ועל-כן הן מכירתן, הן העברתן והן החלפתן על-ידי מי מהצדדים לעסקת המיזוג, ובהתאם לסוג המיזוג, אינה מקימה ככלל חבות במע"מ. לגבי הפן הנכסי – הנכסים המועברים בעת המיזוג – בשיעור אפס לעסקות של מכירת נכסים – לרבות ציוד – מעסק של עוסק לחברה תמורת מניות בלבד באותה חברה, ובתנאי שמייד לאחר המכירה יהיו בידי העוסק 90% לפחות מכוח ההצבעה באותה חברה, אולם אין בחוק מע"מ הוראה מקבילה הפוטר את העברת הנכסים אגב המיזוג מחבות במע"מ, דוגמת סעיף 103 לפקודה.

לפיכך נראה כי העברת הנכסים על-ידי חברת-המטרה במיזוג רגיל ובמיזוג משולש רגיל (או על-ידי החברה הקולטת במיזוג הופכי) עלולה להקים חבות במע"מ לחברה המעבירה בהתאם לאותם עקרונות כלליים שפורטו בפרק הקודם של המאמר. לעומת זאת, מאחר שבמיזוג משולש הופכי נכסיה של חברת-המטרה אינם מועברים, נראה כי לא נוצרת חבות במע"מ לחברת-המטרה במהלך המיזוג.

זאת ועוד, כאשר עסקינן במיזוג רגיל, ניתן לומר, לדעתנו, כי היות שהחברה הקולטת יורשת את התחייבויותיה של החברה המעבירה, דומה כי היא זו שתצטרך לחוב במע"מ בשם החברה המעבירה, ובה-בעת היא תוכל לדרוש בניכוי את הסכום ששילמה כמס תשומות. מבחינה כלכלית נמצא, אפוא, כי לא ישולם מע"מ בשל המיזוג, בדומה לתוצאת המס הנגזרת מהעברת נכסים לחברה תמורת הקצאת מניות כאמור בסעיף 30(א)14 לחוק מע"מ.<sup>123</sup> באשר למיזוג משולש רגיל, יושם אל לב כי על-פי-רוב התשלום בפועל משולם על-ידי החברה הקולטת, ולא על-ידי החברה-הבת החדשה, כך שהחברה-הבת החדשה אינה יכולה לדרוש בניכוי את התשומות ששולמו בגין המיזוג. פתרון אפשרי לכך יכול שיימצא על-ידי רישומן של החברה הקולטת והחברה-הבת החדשה במסגרת איחוד עוסקים לצורכי מע"מ (סעיף 56 לחוק מע"מ).

במיזוג הופכי ובמיזוג משולש הופכי, כאמור, נכסיה של חברת-המטרה אינם מועברים כלל. טענה אפשרית של רשות המיסים בישראל היא כי התשומות שהשקיעו הצדדים למיזוג, דוגמת שכר-הטרחה של עורכי-הדין, רואי-החשבון, המתווכים וכיוצא בהם, שימשו בעיקרן לעסקה שאינה חייבת במס – קרי, לעסקת הרכישה של מניותיה

123 ראו נמדר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 134-135.

של חברת-המטרה – ולכן מכוח סעיף 41 לחוק מע"מ אין לנכות מס על תשומות בגינן. לחלופין, יותרו בניכוי לכל-היותר רק חלק מהתשומות.

## 5. סיכום-ביניים

עסקת מיזוג הינה עסקה משולבת המורכבת בעיקרה מהעברת מניות בתמורה למזומנים או למניות במישור של בעלי המניות, ומהעברת נכסים בין חברות במישור החברות. להעברות אלה יש השלכות מיסויים בשני המישורים – זה של בעלי המניות וזה של החברות – אשר מושפעות מסוג המיזוג שנבחר על-ידי הצדדים למיזוג.

במישור של בעלי המניות בחברת-המטרה, העברת המניות של חברת-המטרה לידי החברה הקולטת, בתמורה כאמור למזומנים ו/או מניות, הינה בגדר "מכירה" לצורכי הפקודה, המקימה בדרך-כלל חבות במס רווח הון אצל בעלי המניות המוכרים של חברת-המטרה.

לא זו אף זו, גם העברת הנכסים מחברת-המטרה לחברה הקולטת עלולה להיחשב אירוע מס בחברת-המטרה, ולהקים לה חיוב במס פירוטי ו/או במס הוני, לרבות שבת, בהתאם לנכסים שהועברו לחברה הקולטת. חבות זו דומה שמתקיימת במיזוג רגיל ובמיזוג משולש, שכן בשני מתווים אלה חברת-המטרה מעבירה את נכסיה לחברה הקולטת ומתחסלת. זאת ועוד, חיסולה של חברת-המטרה לאחר העברת כל נכסיה והתחייבויותיה לחברה הקולטת, בהתאם להוראות חוק החברות, עשוי להעביר את החבות במס של חברת-המטרה אל כתפיה של החברה הקולטת. חבות זו דומה כי אינה מתקיימת במיזוג הופכי ובמיזוג משולש הופכי, באשר נכסיה של חברת-המטרה אינם יוצאים מרשותה, והיא שורדת לאחר המיזוג.

ציינו כי למרות האפשרות לטעון כי במיזוג רגיל ובמיזוג משולש רגיל קמה חבות במס הן ברמת החברות והן ברמת בעלי המניות, ראוי לדעתנו לנקוט גישה שלפיה יש לראות את המיזוג כעסקה ברמת בעלי המניות בלבד. ראייה זו תבטיח אחידות ושוויון בין מיסוי הליך של מיזוג לבין מיסוי הליך של עסקת מניות.

מכל מקום, על-מנת לצמצם את חבויות המס הנגזרות כאמור מעסקת מיזוג, סעיף 103 לפקודה מעניק דחיית מס הן במישור של בעלי המניות והן במישור החברות.

הזכאות לקבלת דחיית מס ניתנת למיזוג אשר עומד בדרישות המפורטות במסגרת סעיף 103 לפקודה, ובפרט בתנאים המפורטים בסעיף 103 לפקודה. תנאים אלה מתמקדים בהמשך פעילותה של החברה הקולטת ובהעדר שינויים מהותיים בנכסי החברה ובהרכב של בעלי המניות בה במהלך פרק-זמן של כשנתיים לאחר המיזוג.

כמו-כן הבענו את דעתנו כי בעקבות הכרעתו של בית-המשפט בעניין מלם ניתן לטעון כי גם מיזוג הופכי וגם מיזוג משולש הופכי נכנסים לגדר הסדר המס הקיים במסגרת הסעיף. עוד ציינו כי החלופה השנייה של מיזוג בסעיף 103 לפקודה יכולה להוות פתרון טוב יותר לדחיית מס מאשר החלופה הראשונה בהקשר של מיזוג משולש הופכי.

**פרק ז: סיכום**<sup>124</sup>

מאמר זה עסק בסקירתם של היבטי מס העולים מרכישת חברה. כפי שראינו, חוק החברות מאפשר את רכישתה של חברה באמצעות כמה מתווים חלופיים. לצד השיקולים השונים הקיימים בבחירת המתווה לעסקה הספציפית, כגון שיקולים מסחריים, שיקולים רגולטוריים ושיקולים כלכליים, אי אפשר להתעלם משיקולי המס.

בחירה בעסקת רכישת מניות מקימה חבות במס ריווח הון ברמת בעלי המניות של חברת-המטרה, הנגזרת משיעור החזקתם בחברת-המטרה עובר לעסקה וממועד רכישת המניות הנמכרות על-ידיהם. עם זאת, צוין לעיל כי מכירת מניות של חברת-המטרה על-ידי בעל מניות תושב חוץ עשויה להיות פטורה ממס רווח הון מכוחן של אמנות למניעת כפל מס, מכוח הטבות הקיימות בפקודה וכן מכוח אישורים ספציפיים המונפקים על-ידי רשות המיסים לקרנות הון סיכון ולקרנות גידור. עוד ציינו כי עסקה זו אינה חשופה ככלל למע"מ, היות שמכר מניות מותרג מהגדרתה של "עסקה" בחוק מע"מ.

המתווה של עסקת נכסים מטיל חבות מס ראשונית ברמת חברת-המטרה אשר מוכרת את פעילותה לחברה הרוכשת. חבות זו עלולה להתקיים הן במישור הפירתי ביחס לנכסים שוטפים, דוגמת מלאי; הן במישור של ריווח ההון ביחס לרכוש קבוע, לרכוש לא-מוחשי ולהשקעות בחברות-בנות ובחברות כלולות; והן במישור של מיסוי מקרקעין, אם אגב מכירת הפעילות נמכרת גם זכות במקרקעין.

חבות מס נוספת מתקיימת במתווה של עסקת נכסים כאשר המזומנים שהתקבלו ממכירת הנכסים מחולקים לבעלי המניות של חברת-המטרה. חלוקה זו ממוסה בידם כהכנסת דיבידנד, בשיעור של 20%-25%, בהתאם לשיעור החזקתם במניותיה של חברת-המטרה. בכך מסתמן מתווה זה כמתווה רווי מס מנקודת-מבטם של בעלי המניות של חברת-המטרה. לעומת זאת, יצוין כי לעסקת נכסים יש יתרון מבחינת הצד הרוכש (החברה הקולטת), שכן בעוד השקעה במניות אינה בת-הפחתה ככלל לצורכי מס עד למועד המימוש, רכישת חברה באמצעות רכישת פעילותה מאפשרת הלכה למעשה את הפחתת ההשקעה באופן שוטף, באמצעות הוצאות הפחת של הרוכש בגין הנכסים שנרכשו במסגרת העסקה. בהיבט של חוק מע"מ, ראינו כי העברת הנכסים עלולה להיחשב כעסקה לצורכי מע"מ, ולהשית חבות במע"מ על חברת-המטרה.

המתווה האחרון שבו דנו היה רכישה של חברה באמצעות עסקת מיזוג. עסקת מיזוג, ככלל, מתבצעת בשני מישורים: האחד, במישור של בעלי המניות, שם בתמורה להעברת המניות בחברת-המטרה מקבלים בעלי המניות בחברת-המטרה מזומנים ו/או מניות בחברה הקולטת או בחברה אחרת; והאחר, במישור החברות המתמזגות, באשר חברת-המטרה מעבירה את כל נכסיה והתחייבויותיה לחברה הקולטת ומתחסלת.

מבנה זה עלול ליצור עסקה עתירת מס, שכן מחד גיסא, בעלי המניות בחברת-המטרה עשויים להתמסות בגין העברת מניותיהם בחברת-המטרה בתמורה למזומנים או למניות

124 לטבלה המסכמת את מתווי העסקה שבהם דן המאמר, ראו טבלה 3 בנספח ג למאמר זה.

בחברה הקולטת; ומאידך גיסא, חברת-המטרה (או החברה הקולטת במיזוג הופכי) תחוב במס פירוטי ו/או במס הוני, לרבות מס שבה, בהתאם לטיבם ולאופיים של הנכסים המועברים במסגרת המיזוג.

הבענו את דעתנו כי ראוי לנקוט גישה שלפיה יש לראות את המיזוג כעסקה ברמת בעלי המניות בלבד.

זאת ועוד, מצאנו כי מיזוג הופכי ומיזוג משולש הופכי, אשר בסופם חברת-המטרה שורדת, יכולים להוות פתרון לבעיה מובנית זו, שכן לא נעשית במסגרתם העברה של נכסים.

פתרון אחר לבעיית המס שעלולה לקום במיזוג מצוי בסעיף 103 לפקודה, אשר מאפשר, בהתקיים התנאים המנויים בו, את דחיית אירועי המס שמקורם בהעברת המניות ובהעברת הנכסים כאמור. לצד הסדר זה, סעיף 103כ לפקודה מאפשר גם הוא לקבל דחיית מס בעת מיזוג שנעשה ברובו על-דרך החלפת מניות (וראו בעניין זה גם את סעיף 104ח לפקודה). אולם שטר ושוברו בצידו – ראינו כי דחיית המס הניתנת מכוח סעיפים אלה מותנית בתנאים רבים, ומגבילה למשך שנתיים עד שלוש שנים הן את פעילותה של החברה הקולטת לאחר המיזוג והן את יכולתם של בעלי מניותיה למכור את החזקתם בחברה.

באשר להיבטי המע"מ במיזוג, ציינו כי חוק מע"מ אינו מטפל אומנם בהעברת נכסים אגב מיזוג, כך שעשויה לקום חבות במע"מ לחברת-המטרה, אולם הודגש באותה נשימה כי חבות זו יכולה לדעתנו להתקזז כנגד מס התשומות שיידרש בחברה הקולטת במיזוג רגיל ובמיזוג הופכי.

לסיכום, עינינו הרואות כי הבחירה בחלופה שתמזער את חבויות המס הכרוכות ברכישת חברה צריכה להיעשות תוך שקלול הנסיבות הספציפיות של כל עסקה ועסקה, ולנוכח היתרונות והחסרונות הגלומים בכל חלופה וחלופה – כפי שפורטו במאמר זה – בהיבטים של מס הכנסה, חוק מע"מ ולפרקים גם חוק מיסוי מקרקעין.

סוף-דבר בנקודה זו: לרכישת חברה יכול שיהיו השלכות מיסוייות כבדות-משקל, וטוב יעשו הצדדים לעסקה אם ישקלו את ההשלכות והיבטי המס הנגזרים בטרם תבוצע העסקה. התמודדות עם השלכות אלה לאחר שהעסקה כבר נחתמה עלולה להיות בגדר מאוחר מדי ומעט מדי, ואף לפגוע בכדאיות הכלכלית שעמדה בבסיס העסקה.

## נספח א

טבלה 1: שיעורי המס החלים בעת מכירת מניות בחברה פרטית תושבת ישראל

מניה בחברה פרטית תושבת ישראל שנרכשה לאחר המועד הקובע	מניה בחברה פרטית תושבת ישראל שנרכשה לפני המועד הקובע <sup>1</sup>	סוג הממכר סוג המוכר
20%	שיעור מס שולי כמפורט בסעיף 121 לפקודה עד המועד הקובע, <sup>2</sup> ושיעור מס של 20% לאחר מועד זה <sup>3</sup>	יחיד בעל מניות
25%	שיעור מס שולי כמפורט בסעיף 121 לפקודה עד המועד הקובע, <sup>4</sup> ושיעור מס של 25% לאחר מועד זה <sup>5</sup>	יחיד בעל מניות מהותי (דהיינו, בעל יותר מ-10% מזכויות ההצבעה בהון או בדירקטוריון החברה)
25%	שיעור מס חברות המפורט בסעיף 126(א) לפקודה עד המועד הקובע, <sup>6</sup> ושיעור מס של 25% לאחר מועד זה <sup>7</sup>	חברה
בהתאם לשיעורי המס החלים על תושב ישראל, למעט פטורים הניתנים: א. מכוח אמנות למניעת כפל מס; ב. מכוח אישור מקדמי הניתן לקרנות הון סיכון (סעיף 16א לפקודה); ג. מכוח סעיף 97(ב1) לפקודה בהקשר של מכירת מניות של חברה עתירת מחקר ופיתוח; ד. מכוח סעיף 97(ב3)(1) לפקודה לתושב מדינה גומלת שרכש את המניה בתמורה בין 1.5.2005 ועד 31.12.2008, ובתנאי שעמד בתנאים המפורטים בסעיף	לפי שיעורי המס החלים על תושב ישראל, בהתאם לצורת ההחזקה של תושב החוץ (יחיד, בעל מניות מהותי, חברה), בכפוף לפטור מחבות במס ריווח הון שמקורו באמנות למניעת כפל מס, או לפטור שניתן לקרנות הון סיכון	תושב חוץ

**נספח ב**

טבלה 2: אופן ייחוס התמורה ממכירת הפעילות והשלכות המס הנגזרות מכך

סוג הנכס שהתמורה מיוחסת אליו	הסיווג במאזנה של חברת-המטרה	אירוע המס בעת המכירה ושיעורי המס החלים על ההכנסה הנצמחת מהמכירה	אופן הפחתת העלות אצל החברה הקולטת לצורכי מס	אופן הפחתת העלות אצל החברה הקולטת לצורכי מס
מלאי	רכוש שוטף	אירוע מס פירותי; בהתאם לשיעור מס החברות בסעיף 126(א), דהיינו, 27% <sup>8</sup>	באופן שוטף; בשנת הרכישה עם מכירת המלאי	באופן שוטף; עם מכירת המלאי הנרכש או כאשר חלה ירידת ערך, וזאת בהתאם לתקן חשבונאות מס' 26 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות ולתקן חשבונאות בין-לאומי מס' 2
לקוחות	רכוש שוטף	אירוע מס פירותי; בהתאם לשיעור מס החברות בסעיף 126(א), דהיינו, 27% <sup>9</sup>	באופן שוטף; בשנת הרכישה עם התשלום של הלקוחות	באופן שוטף; בשנת הרכישה עם התשלום של הלקוחות, או במקרה של חוב אבוד - לפי תקן חשבונאות בין-לאומי מס' 39



<p><b>רכוש קבוע</b> - זכויות במקרקעין (נדל"ן, בניינים, מגרשים וכולי)</p>	<p><b>נכסים</b> לזמן ארוך</p>	<p><b>אירוע מס</b> הוגי; ממוסה בהתאם לחוק מיסוי מקרקעין - שיעור מס של 25%, אלא אם כן הזכות נרכשה עובר ליום התחילה, שאז יחול בעניינו החישוב הליניארי<sup>10</sup></p>	<p><b>בצורת פחת</b> בהתאם לתקנות הפחת; מרכיב הקרקע אינו בר-הפחתה</p>	<p>בהתאם לסיווג הנדל"ן כרכוש קבוע (לפי תקן חשבונאות בין-לאומי מס' 16 ותקן חשבונאות מס' 27 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות) או כנדל"ן להשקעה (לפי תקן חשבונאות בין-לאומי מס' 40 ותקן חשבונאות מס' 16 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות). אם הנדל"ן יסווג כרכוש קבוע, אזי אם החברה תיישם את מודל העלות ביחס לנדל"ן, הפחתתו תיעשה באמצעות פחת שנתי אשר יוקצה באופן שיטתי על-פני אורך חייו השימושיים של הנכס (מרכיב הקרקע אינו בר-הפחתה). לעומת זאת, אם החברה תיישם את מודל ההערכה-מחדש, היא תצטרך להעריך בכל תקופה את השווי ההוגן של הנדל"ן ולשערך את שווי בספרים או להפחיתו, ככלל, מול קרן הערכה מחדש בהון העצמי, בהתאם לממצאי הבדיקה. הפחתתו השוטפת של הנדל"ן תיעשה באמצעות פחת שנתי לפי השווי ההוגן של הנדל"ן. אם הנדל"ן יסווג כנדל"ן להשקעה, אזי החברה הקולטת רשאית להציגו לפי מודל העלות, כמבואר לעיל, או לפי מודל השווי ההוגן, אשר מחייב את החברה לבדוק את שווי השוק של הנדל"ן לפני כל תאריך מאזן. עלייה או ירידה בשוויים ההוגן של הנכסים יבואו לידי ביטוי ישירות בדוח הרווח וההפסד של החברה הקולטת. בשימוש במודל זה אין הפחתה שוטפת של הנדל"ן באמצעות פחת שנתי.</p>
--	-----------------------------------	--	--	---

<p>באמצעות פחת שנתי המוקצה באופן שיטתי על-פני אורך חייו השימושיים של הנכס בהתאם למודל העלות או למודל ההערכה-מחדש, לפי תקן חשבונאות מס' 27 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות ותקן בין-לאומי מס' 16, כמפורט לעיל</p>	<p>בצורת פחת בהתאם לתקנות הפחת</p>	<p>אירוע מס הוגי; שיעור מס של 25%, לפי סעיף 91(א) לפקודה, אלא אם כן הנכס נרכש עובר ליום הקובע, שאז יחול בעניינו החישוב הליניארי</p>	<p>נכסים לזמן ארוך</p>	<p>רכוש קבוע (ציוד, ריהוט, מחשבים וכולי)</p>
<p>בהתאם לתקן 30 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות ולתקן חשבונאות בין-לאומי מס' 38, נכס לא-מוחשי בעל אורך חיים שימושיים מוגדר יופחת על-פני אורך החיים השימושיים שלו, בכפוף לבחינת ירידת ערך. לעומת זאת, נכס לא-מוחשי בעל אורך חיים שימושיים בלתי-מוגדר אינו מופחת, אך יש צורך בבדיקת ירידת ערך אחת לשנה.</p>	<p>ככלל אינו ניתן להפחתה, אלא אם כן מדובר בחברה תעשייתית אשר רכשה פטנט או ידע, כאמור בסעיף 2 לחוק עידוד התעשייה (מיסים)</p>	<p>אירוע מס הוגי; שיעור מס של 25%, לפי סעיף 91(א) לפקודה, אלא אם כן הנכס נרכש או נצמח עובר ליום הקובע, שאז יחול בעניינו החישוב הליניארי</p>	<p>נכסים לזמן ארוך</p>	<p>רכוש לא-מוחשי, למעט מוניטין (זכויות יוצרים, פטנט, סימן מסחר וכולי)</p>
<p>בהתאם לתקן 20 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות ולתקן דיווח כספי בין-לאומי מס' 3 (IFRS 3), אין להפחית מוניטין הנובע מרכישה של נכסים, אלא יש לערוך בחינת ירידת ערך אחת לשנה, או בתדירות גבוהה יותר אם קיימים סימנים לירידת ערך של המוניטין.</p>	<p>מופחתים על-פני עשר שנים, בכפוף להוראות תקנות הפחתת מוניטין</p>	<p>אירוע מס הוגי; שיעור מס של 25%, לפי סעיף 91(א) לפקודה, ללא תלות במועד צמיחתו, כלומר, החישוב הליניארי אינו חל בעניינו</p>	<p>נכסים לזמן ארוך</p>	<p>מוניטין ששולם בעד רכישתו</p>

## נספח ג

## טבלה 3: סיכום מתווי העסקה השונים

עסקת מיזוג	עסקת נכסים	עסקת מיזוג רגיל	עסקת מיזוג
תוצאות לחברת המטרה	נעלמת ונבלעת כחלק מן החברה הרוכשת	איך שינוי באישיות המשפטית, בנכסים או בהתחייבויות; השינוי הוא בבעלי המניות	איך שינוי באישיות המשפטית או בבעלי המניות; במקום הנכסים המקוריים היא מחזיקה בתמורה (לרוב מזומנים או נכסים נזילים)
תוצאות לחברה הקולטת	קולטת את כל נכסיה והתחייבויותיה של חברת המטרה	בעלת מניות בחברת המטרה	רוכשת נכסים ומקבלת התחייבויות שצוינו במפורש
תוצאות לבעלי מניות בחברת המטרה	מקבלים מניות בחברה הקולטת ו/או מזומנים	מקבלים תמורת מניותיהם מזומנים ו/או נכסים אחרים	נשארים בעלי מניות בחברת המטרה; לאחר השלמת הרכישה של הנכסים יקבלו על-פי רוב נכסים אגב פירוק החברה או כדיבידנד

- 1 לגבי מניה "המועד הקובע" נקבע כאמור בפקודה לתאריך 31.12.2002.
- 2 בכפוף לקיומם של רווחים ראויים לחלוקה בחברה רגילה שנצברו עד למועד הקובע, אשר ימוסו בשיעור של 10%.
- 3 ראו את הדיון בעניין פוליטי לעיל ה"ש 24 והטקסט הסמוך לה.
- 4 בכפוף לקיומם של רווחים ראויים לחלוקה שנצברו עד למועד הקובע, אשר ימוסו בשיעור של 10%. הדבר חל גם על מכירה של מניות בחברה ציבורית.
- 5 ראו לעיל ה"ש 24.
- 6 שיעור מס החברות ירד בשנת המס 2009 ל-26%, ובשנת המס 2010 ל-25%.
- 7 ראו לעיל ה"ש 24.
- 8 ראו לעיל ה"ש 6 לטבלה זו.
- 9 שם.
- 10 ראו לעיל ה"ש 24.

