

22 במאי 2023

הנחיות רשות המיסים בנושא מכשיר ה-SAFE

הרינו להביא לידיעתכם כי ביום 16.05.2023 פרסמה רשות המיסים מכתב מטעמה אשר נשלח לאיגוד הישראלי לתעשיות מתקדמות במסגרתו פירטה את עמדתה בנוגע לאופן המיסוי של השקעה בחברה באמצעות מכשיר SAFE (Simple Agreement For Future Equity) (להלן: "נייר העמדה"). בשנים האחרונות השימוש במכשיר ה-SAFE לצורך השקעה בחברות, ובעיקר בחברות בעולמות ההיי טק, צובר תאוצה שכן הוא נותן מענה לחברות הנדרשות לגיוס הון מהיר ויעיל בלא צורך בהסכמה על שווי החברה.

להלן תקציר נייר העמדה. בסיומו של התקציר יפורטו שאלות ותשובות לאור ניתוח שנעשה במשרדנו לאחר פרסום נייר העמדה.

מהו מכשיר ה-SAFE?

מכשיר ה-SAFE מאפשר ביצוע השקעה כספית בחברה במועד מסוים מבלי לקבוע שווי לחברה, בתמורה להתחייבות החברה להנפקת מניות או תשלום תמורה במועד מאוחר יותר, לרוב, במסגרת סבב גיוס במסגרתו ייקבע שווי למניות החברה, בעסקת אקזיט או בהנפקה ציבורית. במועד זה, יומר ה-SAFE למניות בחברה, כאשר כמות המניות שתונפק למשקיע תשקף, ככלל, הנחה (discount) מן המחיר למניה שנקבע למשקיעים החדשים, בשיעור הקבוע מראש במסגרת ה-SAFE. דהיינו, מספר המניות שיוקצו למשקיע, יהא שווה, לרוב, לסכום השקעתו באמצעות מכשיר ה-SAFE, חלקי המחיר "המופחת" למניה. הנחה זו מהווה תמורה למשקיע באמצעות SAFE כנגד הזרמת מזומנים לחברה בשלב מוקדם יותר מהמשקיעים בסבב הגיוס ו/או בהנפקה.

יצוין, כי באירוע אקזיט, או בפירוק ניתן להמיר את מכשיר ה-SAFE לתמורה במזומן (במקום הנפקת מניות).

משמעויות נייר העמדה

הסוגייה הנדונה במסגרת נייר העמדה הינה האם יש לסווג את העסקה כהעמדת הלוואה לחברה ולפיכך את רכיב ההנחה כהכנסת ריבית בידי המשקיע, או כהשקעה במניות החברה ומשכך רכיב ההנחה יסווג כרווח הון בעת מכירת המניות נשוא ה-SAFE. הכרעה בשאלה זו הינה בעלת חשיבות מכרעת, בפרט באשר למשקיעי חוץ, שכן במידה ורכיב ההנחה יסווג כריבית, משקיעים זרים לא יהיו פטורים ממס בגינו ובהתאם תקום לחברה חובת ניכוי מס במקור בגין מרכיב ההנחה. לעומת זאת, במידה ורכיב ההנחה ימוסה כרווח הון במסגרת מימוש מניות החברה, משקיעי חוץ יהיו פטורים, לרוב ממס בישראל בגין המימוש ובכלל זה, בגין רכיב ההנחה.

נייר העמדה מונה שורת תנאים מצטברים, אשר בהתקיימם, יראו את ההשקעה בחברה כמקדמה על חשבון מניות, דהיינו, עסקה בעלת אופי הוני לצרכי מס. סיווג העמדת מכשיר ה-SAFE כעסקה הונית במהותה הינו בעל משמעות כפולה: (א) המרת ה-SAFE למניות אינה מהווה אירוע מס בידי המשקיע ובהתאם החברה לא תחוב בניכוי מס במקור בגין ההמרה; (ב) התמורה שיקבל המשקיע בגין מימוש המניות תיוחס במלואה למכירת המניות (לרבות רכיב ההנחה).

יצוין, כי אי עמידה בכלל התנאים המפורטים בנייר העמדה במועד המרת ה-SAFE אין משמעותה בהכרח סיווג רכיב ההנחה כריבית. במקרה זה, תבחן העסקה לפי כלל נסיבותיה כדי לקבוע האם יש לראות בסיווג העסקה כמקדמה על חשבון מניות, כפירעון חוב אשר גלומה בו הכנסה מריבית למשקיע, או כעסקה מסוג אחר, ובהתאם לכך תקבע חבות המס על ידי פקיד השומה. מנגד, עמידה בכל תנאי נייר העמדה אינה מגבילה את סמכות פקיד השומה לבחון את סיווג ההכנסה ממימוש המניות על ידי המשקיע בנסיבות שונות, כגון היותו דירקטור או עובד בחברה ועוד.

להלן פירוט התנאים העיקריים לסיווג מכשיר ה-SAFE כמכשיר הוני כפי שפורסמו בנייר העמדה בנוגע לסוג החברה ואופי פעילותה, תנאי הסכם ההשקעה ומימוש המניות:

סוג החברה ואופי פעילותה

1. חברה פרטית תושבת ישראל.
2. חברה הפועלת בתחום ההיי-טק.
3. מרבית הוצאות החברה, בתקופה הקצרה שמבין שלוש שנים שקדמו למועד החתימה על ההסכם המועד או משנת הקמתה ועד למועד החתימה על ההסכם ה-SAFE, מסווגות כהוצאות בגין מחקר ופיתוח, או כהוצאות בגין ייצור או שיווק מוצרים שפותחו על ידי החברה באמצעות פעילות מחקר ופיתוח, בהתאם לדוחות מבוקרים לתקופה הרלוונטית.
4. פעילות מחקר ופיתוח התקיימה בחברה גם במועד החתימה על ההסכם ה-SAFE.
5. מקור עיקר שוויים של הנכסים בהם מחזיקה החברה, במישרין או בעקיפין, אינו בזכות במקרקעין, בזכות באיגוד מקרקעין, בזכות שימוש במקרקעין, בזכות לניצול משאבי טבע בישראל או בזכות לפירות ממקרקעין הנמצאים בישראל.
6. החברה לא ביצעה גיוס הון לפי שווי מניה ידוע בפרק זמן של שלושה חודשים לפני מועד הסגירה של ההסכם ה-SAFE.

תנאי הסכם ההשקעה

1. סכום ההשקעה שגויס ממשקיע אחד באמצעות מכשיר ה-SAFE, במישרין או בעקיפין לא יעלה על 40 מיליון ₪.
2. ההסכם אינו נקרא הסכם הלוואה או חוב.
3. זכות המשקיע מכח הסכם ה-SAFE אינה ניתנת להעברה עד למועד ההמרה, אלא באישור החברה (למעט העברה לנעבר מסוים המותרת במסגרת הסכם ה-SAFE).
4. גובה ההנחה למשקיע באירוע ההמרה אינו יכול להשתנות כפונקציה ליניארית של הזמן.
5. המרת ה-SAFE למניות תבוצע על פי מנגנון הקבוע מראש בהסכם ה-SAFE, ובלבד שההמרה תבוצע במסגרת (א) גיוס הון לחברה שבו לפחות 25% מסכום ההון שגויס אינו מקרב משקיעי ה-SAFE, בכובעם ככאלה; (ב) הנפקה בבורסה; (ג) אירוע מסוג "אקזיט" בו מכירת המניות היא על ידי מרבית בעלי המניות בחברה (לפי מבחן מספר בעלי מניות, ולא מספר מניות, וללא התחשבות בבעלי אופציות או בבעלי מניות שמקורן במימוש אופציות של עובדים או יועצים של החברה); (ד) עסקה למכירת מרבית, או כל, נכסי החברה; או (ה) לפי שווי הגיוס האחרון, ללא הנחה.
6. למשקיע אין זכות להחזר כספי על ההשקעה שאינו באמצעות המרת ה-SAFE למניות, או קבלת תמורה בסכום אקוויולנטי לתמורה שהיה מקבל אילו היה ממיר את ה-SAFE למניות החברה במסגרת מכירת כלל מניות החברה, או החזרת סכום קרן ההשקעה (ככל שיוחזר) בקרית אירועים הקשורים לפירוק החברה ("אירוע פירוק").
7. לא נקבע מראש מועד להחזר כספי ההשקעה, למעט באירוע פירוק.

מימוש המניות

1. מימוש המניות שהונפקו למשקיע מכח הסכם ה-SAFE יתבצע, לכל הפחות, בחלוף 12 חודשים ממועד החתימה על ההסכם ה-SAFE, או בחלוף 9 חודשים ממועד המרת ה-SAFE למניות, לפי המוקדם מביניהם.
2. על אף האמור, מימוש המניות בחלוף תקופה קצרה יותר מן האמור בסעיף 1 לעיל, במסגרת עסקה המקיימת את התנאים המצטברים שלהלן:
 - א. קבוצת המוכרים מהווה את מרבית בעלי המניות בחברה (לפי מבחן מספר בעלי המניות, ולא מספר מניות, וללא התחשבות בבעלי אופציות או בבעלי מניות שמקורן במימוש אופציות של עובדים או יועצים של החברה);

- ב. התמורה בעסקה משולמת על ידי רוכש המניות, שהינו צד ג' שאינו קשור לחברה, או לחילופין, בעל מניות שאינו מחזיק במעל 25% ממניות החברה.
3. המחיר למניה המשתלם למשקיע ה-SAFE במסגרת מכירת המניות זהה למחיר למניה המשולם ליתר בעלי המניות מאותו סוג, בנטרול מרכיב ההנחה הקבוע מראש בהסכם ה-SAFE.

תוקף ההנחיות בנייר העמדה

ההנחיות המפורטות בנייר העמדה יחולו על כל עסקאות ה-SAFE אשר עומדות במסגרת התנאים המופיעים בנייר העמדה שנחתמו או יחתמו בין חברות לבין משקיעים עד ליום 31.12.2024 או עד להנחיה אחרת שתפורסם על ידי רשות המיסים, לפי המוקדם מבניהן.

שאלות ותשובות

1. כיצד יסווגו הסכמי SAFE אשר נחתמו בטרם פרסום נייר העמדה, ואינם מקיימים את כל התנאים המפורטים בנייר העמדה?

נייר העמדה אינו קובע באופן פוזיטיבי כיצד יסווגו עסקאות SAFE שנחתמו בעבר ואינן עומדות בתנאים שפורטו בו, אלא קובע, כי העסקה תיבחן על ידי רשות המסים על פי כלל נסיבותיה. בעת אירוע המרה של SAFE שאינו מקיים את התנאים מומלץ לפנות אל מחלקת המיסים של משרדנו בכדי לבחון את השלכות המס במועד ההמרה.

2. האם ניתן להמיר את הסכם ה-SAFE למניות שלא במסגרת סבב גיוס, עסקה או הנפקה המפורטים בנייר העמדה?

ניתן להמיר את סכום ה-SAFE למניות בתאריך מסוים הקבוע בהסכם ה-SAFE, שלא במסגרת האירועים המפורטים לעיל ובלבד שההמרה תהיה לפי שווי הגיוס האחרון (ללא הנחה).

3. האם הסכמי SAFE המקנים למשקיע זכות לבחור במועד עסקת אקזיט (בתנאי שלא המיר את ה-SAFE למניות עד לאותו מועד), בקבלת תמורה במזומן הנגזרת מסכום השקעתו בחברה (1X על סכום ההשקעה/2X על סכום ההשקעה וכדו') עומדים בתנאי נייר העמדה?

קיימים הסכמי SAFE בהם נקבע, כי במקרה בו מתבצעת עסקת אקזיט (כגון מכירת כלל מניות החברה) לפני המרת ה-SAFE למניות, המשקיע רשאי לבחור בין קבלת תמורה במזומן הזדה לתמורה שהיה מקבל אילו היה ממיר את ה-SAFE למניות בהתאם לתנאי הסכם ה-SAFE, או קבלת תמורה במזומן הנגזרת מסכום ה-SAFE שהעמיד לחברה (כגון סכום שהינו פי 2 מסכום ה-SAFE וכדו'). יודגש, כי קבלת תמורה הנגזרת מסכום ה-SAFE, שאינה החזרת קרן ההשקעה באירוע פירוק, אינה עומדת בתנאי נייר העמדה. משכך בנסיבות אלו, ההפרש בין סכום ה-SAFE שניתן לחברה לבין גובה התמורה המשולמת למשקיע בגין העמדת ה-SAFE עלול להיחשב כהכנסת ריבית, ולא כרווח הון. קיומה של החלופה האמורה עלולה להוביל למצב לפיו ה-SAFE לא יעמוד בתנאי נייר העמדה ומשכך כבר בעת המרתו למניות תתעוררנה שאלות מס. במקרה שכזה מומלץ לפנות למחלקת המיסים של משרדנו לשם בחינת נסיבות המקרה הפרטני.

4. היכן ממוקמים מחזיקי ה-SAFE בסדר הנשייה במסגרת פירוק החברה?

בעת פירוק, תיתכן אפשרות כי העדיפות בסדר הנשייה של מחזיקי ה-SAFE תהיה כשל בעלי מניות בכורה כלומר בעדיפות על בעלי מניות רגילות, אך בכל מקרה תשלום למשקיעי ה-SAFE יבוצע לאחר כל בעלי החוב בחברה. זכאותם של מחזיקי ה-SAFE במצב זה הינה לקרן ההשקעה ולא מעבר לכך.

5. האם משקיעי SAFE יכולים לקבל תמורה בעת אירוע "אקזיט" לפני יתר בעלי המניות?

הסכם ה-SAFE יכול לקבוע שסכום ההשקעה יומר לסוג הבכיר ביותר של מניות בכורה מיד לפני סגירת אירוע "אקזיט", או שסכום ההשקעה יומר לזכות לקבלת תמורה על בסיס המרה לסוג הבכיר ביותר של מניות בכורה במסגרת מכירת כלל מניות החברה, כך שמשקיעי ה-SAFE עשויים להיות קודמים לבעלי המניות הרגילות.

6. האם ניתן לכלול סעיפי MFN בהסכמי SAFE?

נראה כי אין מניעה בעקבות ההנחיות לכלול בהסכמי SAFE סעיפי MFN עבור המשקיעים, אך ככול שיהיה שדרוג בתנאי ה-SAFE, השדרוג האמור גם יצטרך לעמוד בתנאי נייר העמדה.

7. האם ניתן לקבוע בהסכמי SAFE הטבה בדמות שווי חברה מקסימלי (CAP) לצורך חישוב כמות המניות שתוקצה למשקיע במועד המרת ה-SAFE למניות?

נראה כי אין מניעה לקבוע בהסכמי SAFE, במקביל (או כחלופה) לרכיב ההנחה במחיר למניה, הטבה בדמות שווי חברה מקסימלי (CAP) לצורך חישוב כמות המניות שתוקצה למשקיע במועד המרת ה-SAFE למניות. תשומת הלב כי במקרה בו ה-CAP נמוך משווי הסיבוב הקודם יש לבחון את נסיבות העסקה על מנת לוודא את השלכות המס של קביעה שכזו.

מחלקת ההייטק במשרדנו ערכה נוסח הסכם SAFE אשר יעמוד בתנאים המוגדרים בנייר העמדה ככל שהתנאים המסחריים הנדרשים מקובלים על החברה ועל המשקיע.

נוכח אי הבהירות בנוגע לסיווג מכשיר ה-SAFE לצרכי מס, לרבות ביחס להסכמי SAFE קיימים, מחלקת המיסים שלנו זמינה ותשמח לתת ייעוץ בנושא היבטי המס הנובעים מביצוע השקעות באמצעות ה-SAFE והנחיות רשות המיסים במסגרת נייר העמדה.

אין לראות במזכר זה משום ייעוץ משפטי ואין ליישם את האמור ללא ייעוץ משפטי מהגורם המתאים במשרדנו.