

החברה שבמסגרתה פעל. מנגד, פסק בית המשפט העליון כי לאשה לא נוצר כל מוניטין, שכן היא עסקה רק בעניינים טכניים של הנהלת חשבונות.

**מוניטין המזוהים עם עסק הפצה - עמ"ה 83/93 אינווסט אימפקס בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1**

המערערת שימשה כסוכנת של חברת טמברנדס ועסקה בהפצה בארץ של טמפוני טמפקס. בעקבות החלטתה של טמברנדס לסיים יחסיה עם המערערת, חתמו החברות על הסכם לסיום הקשר אשר במסגרתו קיבלה המערערת סכום בשל "המוניטין" שנוצר מפעילות השיווק של המערערת בישראל. פקיד השומה סבר כי ניתוח העובדות מצביע על כך, כי לא מדובר במכירת מוניטין אלא בתשלום הוני אחר שקיבלה המערערת מטמברנדס, עם ביטול בלעדיותה להפצת מוצרי טמברנדס בארץ.

בית המשפט המחוזי דן בשאלה למי קיימת זכות הקניין במוניטין, לאור פסיקות זהות בתחום דיני הקניין (פס"ד ליבוביץ, פס"ד טרבנול) בהם נקבע, כי זכות הקניין במוניטין של המוצר, אף אם נוצר על ידי המפיץ, שייכת ליצרן של המוצר. לאור העובדה כי בקביעת הבעלות בנכס הוני זה, על פי דיני הקניין, אין בכדי לשבש תכליתו של דין המס, קובע בית המשפט כי התמורה עבור הנכס ההוני שמכרה המערערת ליצרנית, הינה לנכס שאינו מוניטין. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון פסק כי הלקוחות זיהו עצמם כרוכשי מוצרי חברת טמברנדס. במצב כזה, לא ניתן לומר כי חברת אינווסט מכרה לחברת טמברנדס את מאגר לקוחותיה.

**תשלום למניעת תחרות, לשותף לשעבר בעת פירוק השותפות היא הוצאה פירותית - ע"א 762/00 יהונתן בן שלום נ' פקיד שומה כפר סבא**

המערער ושותפו הקימו שותפות. בעקבות סכסוך, החליט המערער לפרוש מהשותפות. במסגרת פירוק השותפות שילם המערער לשותפו לשעבר סכום כסף תמורת התחייבותו של השותף לשעבר להימנע מתחרות לגבי רשימה מוסכמת של לקוחות, וזאת למשך תקופה של 20 חודשים. המערער ביקש לנכות את הסכום הנ"ל כהוצאה שוטפת המותרת בניכוי.

פקיד השומה סירב להתיר את הניכוי של התשלום, מכיוון שסבר כי המדובר בהוצאה הונית אשר אינה מותרת בניכוי.

בית המשפט העליון קבע כי בעוד שהוצאה הונית היא הוצאה המשמשת ליצירת מקור הכנסה, שיש בו משום יתרון תמידי, הרי שהוצאה שבפירות היא הוצאה מחזורית הבאה לשרת את ההון הקיים ולתחזק את מנגנון הייצור. בית המשפט מאמץ את "עקרון השמירה על ההון הקיים" כמבחן מנחה בקביעת אופייה של ההוצאה.

בית המשפט העליון מאזכר את ע"א 346/70 פקיד שומה חיפה נ' עוף חיפה בע"מ, בו הועלתה הסוגיה, האם מטרת התשלום בעד אי תחרות היא שמירת הרווחים במשך תקופה קצובה, פן יפחתו עקב התחרותו של המנהל הפורש ותו לא, או האם יתכן כי התקופה הקצרה תספיק להתבססות החברה באותו תחום מסחר, לאחר פרישתו של השותף, ולהראות ללקוחות שאף בלעדיו נמצאים הם בידיים נאמנות ויכולים הם להמשיך להתקשר עימה, ואם תצלח החברה בכך, תחלוף הסכנה הנשקפת לה מהתחרותו של השותף לשעבר ומוניטין מובטחים לה לתמיד.

בית המשפט העליון מגיע למסקנה, על סמך תצהירו של המערער, כי תכליתו של התשלום במסגרת אי התחרות היה לשמור על הלקוחות שעבדו עימו בעת קיומה של השותפות ואשר עברו אליו אחרי פירוקה. מעדותו עולה, כי אין המדובר על אי תחרות לשם התבססות עסק חדש באמצעות רכישת לקוחות, אלא בשמירה על הלקוחות הקיימים, במטרה למנוע מהשותף לקחת ממנו לקוחות, ולפיכך מדובר בהוצאה פירותית המותרת בניכוי.

העובדה כי השותפות פורקה אינה אומרת כי לא תיתכן עוד שמירה על הקיים. הלקוחות שעברו מן השותפות עם פירוקה אל השותף הפורש הם נכס עסקי קיים שניתן לשמור עליו.

בהקשר זה מן הראוי לציין אף את פס"ד ע"מ 1181-06 ברק גז בע"מ נגד פקיד שומה תל-אביב יפו 1. במקרה הנדון נחתמה בין פזגו 1993 בע"מ (להלן: "פזגז") לבין ברק גז בע"מ (להלן: "המערערת") הסכם במסגרתו הסכימו הצדדים על סיום סכסוך משפטי שהתגלה ביניהם, העברת פעילותה של המערערת כמשווקת גז באזור בני ברק לפזגו והתחייבויות המערערת ובעלי מניותיה שלא לעסוק בגז באזור בני ברק במשך 18 חודשים מיום חתימת ההסכם בתמורת סכום של כ-1.2 מליון דולר. לטענת המערערת סכום כאמור מהווה תשלום בגין מכירת מוניטין.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב מפי כבוד השופט מ' אלטוביה קבע כי ההכרעה בשאלה האם הסכום אשר שולם הינו בגין מוניטין, תלויה בשאלה האם היה בידי המערערת מלכתחילה מוניטין הניתן להעברה ובכוונת הצדדים בעת חתימת ההסכם. במקרה הנידון היות ולמערערת לא ניתן רישיון לספק גז אלא היוותה מפיץ של פזגו הרי שהלקוחות היוו לקוחותיה של פזגו ומשכך לא קיים למערערת מוניטין שניתן לטעון למכירתו.

**תשלום בגין אי תחרות כתקבול פירותי - ע"מ 55139/13 יוסף וינשטוק נגד פקיד שומה ביחידה הארצית לשומה, בו המערער כיהן כמנהל הכללי של חברת שומרה חברה לביטוח בע"מ (להלן:**

"שומרה") החל משנת 2002, בשנת 2010 הגיעו יחסי העבודה בין המערער לבין שומרה לסיום. בין הצדדים נכרת הסכם אי תחרות לתקופה של שנתיים מיום סיום העבודה בשומרה והמערער סיווג בדוחותיו את התקבול בגין התשלום לאי תחרות כרווח הון החייב במס בשיעור 20%. המשיב דחה את הצהרת המערער בטענה כי "הידע והקשרים אשר רכש שכיר בזמן העסקתו אצל המעביד הינם רכושו של המעביד, לכן אין העובד יכול להיפרע מנכס אשר אינו שלו" ולפיכך בוצעה מכירת הפירות ולא גדיעת העץ כך שהתקבול הינו בגדר הכנסה פירותית החייבת במס בהתאם לסעיף 121(ב) לפקודה.

בית המשפט מפי כבוד השופט מ' אלטוביה בחן את הראיות שהוצגו בפניו ודחה את הערעור שכן התשלום ששולם למערער במסגרת הסכם אי התחרות לא נובע מנזק שהיה עלול להיגרם לשומרה אילו היה המערער מתחרה בה אלא כנגזרת מתוך תחשיבי שכר ובנוסף כפיצוי שכר במקביל להתחייבות המערער שלא להתחרות בשומרה במשך שנתיים.

החלטה דומה בעניין זה ניתנה בפס"ד ע"מ 2639/02 רוני גנגינה ואח' נגד פקיד שומה פתח תקווה אשר במסגרתו נקבע על ידי כבוד השופט ד"ר א' סטולר בסוגיה בעלת קווי דימיון לאמור לעיל כי עובדים דומיננטים בחברה במשך תקופה ארוכה שבשלם כמה להם הזכות לאי תחרות והתחייבו להימנע מעבודה בתחום ברדיוס מסויים, לתקופה מוגבלת יש לסווג את התשלום בגין התחייבותם לאי תחרות כהכנסה בשל מכירה פירותית לפי הוראות סעיף 2(2) לפקודה.

נציין כי, הייתה התייחסות לנושא זה בתזכיר חוק התכנית הכלכלית לשנים 2015 ו-2016 (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2015, אך תיקון זה לא עבר בקריאה ראשונה בכנסת.

**תשלום בגין התחייבות לאי תחרות מהווה תמורה הונית החייבת במס רווח הון – עמ"ה - 29425-11-01 ברנע נגד פקיד שומה כפר סבא.** במקרה הנדון המערער צבר ניסיון בחברות שונות ובאפריל 1987 מונה כמנהל חברת מפעלי חמצן. יצוין, כי המערער היה בעל מעמד גבוה ברחבי העולם בתחום ייצור ושיווק הגזים, התחום בו פעלה החברה. במסגרת הסכם פרישה אשר נחתם עימו בשנת 2004 נקבע, בין היתר, כי הוא יהא זכאי ל-1.5% מרווחי החברה וזאת בתנאי שלא יתחרה בחברה בכל דרך שהיא במהלך חמש השנים שלאחר סיום העסקתו.

בית המשפט מפי כבוד השופט ד"ר סטולר קבע כי ההכרעה בשאלה האם הזכות להתחרות הינה "נכס" כשמשמעותו בסעיף 88 לפקודה, כך שמדובר במכירה החייבת במס רווח הון, תלויה בשאלה האם מדובר בתמורה עבור התחייבותו שלא להתחרות בחברה, או האם מדובר בהשלמות שכר בגין עבודתו טרם עזיבתו. במקרה הנדון הוחלט כי יכולתו הפוטנציאלית של המערער להתחרות בחברה מהווה זכות, שהיינו כמכירה של "נכס" לעניין סעיף 88 לפקודה, החייבת במס רווח הון.

לעניין זה יצוין, כי ביום 10.8.2016 התקבל בבית המשפט העליון ערעור פקיד השומה כפר סבא בעניין זה (ע"א 5083/13) ובמסגרת פסק דין ארוך ומפורט קבע השופט י' עמית ואליו הצטרפו חברי המותב, כי **תשלומי אי-תחרות שקיבלו שלושת הנישומים הם הכנסה פירותית המהווה הכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה**, הגם שתיתכנה נסיבות חריגות אשר בהן עשויים תשלומים כאמור ללבוש בכל זאת צורה הדומה לעסקה הונית (ראו פסקות 49, 52 ו-54-55 לחוות דעתו של השופט עמית).

#### **מכירת מוניטין שנדחתה כתאונת מס - פס"ד פרידלנד**

**בעמ"ה 1036/00, פרידלנד שמואל נ' פ"ש כפר סבא**, המערער ובנו הפעילו עסק במסגרת שותפות, ובשלב מאוחר יותר החליטו להסב את השותפות ביניהם לחברה בע"מ. בין השותפות לבין החברה נחתם הסכם לפיו נמכר לחברה העסק בכללותו על נכסיו והתחייבויותיו, להוציא נכסי נדל"ן, סוכנויות, מוניטין וזכויות שיווק אותם ימשיכו השותפים להחזיק באופן אישי. במקביל, האב והבן התחילו להיות מועסקים על ידי החברה.

כעבור כארבע שנים לאחר הקמת החברה, נערך הסכם נוסף בין החברה לבין השותפים לפיו רכשה החברה מידי השותפים את המוניטין והסוכנויות, שהוחרגו מההסכם הראשון.

פקיד השומה לא ראה בהסכם הנוסף משום מכירת מוניטין, אלא כמכירת זכויות הייצוג והשיווק של היצרנים, בהן החזיקה השותפות, או לחילופין כשכירת זכויות אלו מן השותפים במהלך ארבע השנים שחלפו.

בית המשפט המחוזי קבע כי הנטל להוכחת קיומו של מוניטין הינו על המערער הטוען לקיומו. לצורך הרמת הנטל אין די בעדותו של בעל עניין בדבר, אלא יש צורך בעדות אובייקטיבית שתעיד על קיום של המוניטין, בעדות ישירה (למשל, עדות לקוח המעיד על קיומו של המוניטין המושך אותו דרך קבע) אין די בהצגת רשימת ספקים או לקוחות מרשימה בכדי להראות כי אלו נקשרו עם העסק דווקא בשל המוניטין שלו. המערער לא עמד בנטל זה.

כמו כן, יש להראות מיהו בעל המוניטין - אם המוניטין שייך לשותפות, אזי המדובר במוניטין עסקי, שנדרש להראות כיצד נצמח והוטמע בעסק, ומתי. אולם, אם השותפים הם בעלי המוניטין, הרי במוניטין אישיים עסקינן, ואין כלל לדבר על מכירתם מאחר ואינם ניתנים להעברה ולהפרדה מבעליהם. גם כאן, טענת המערער כי שמם הטוב ויתר תכונתיהם הידועות, נצמדו אל העסק

ותרמו לבניית המוניטין שלו, אינה חזקה המדברת בעד עצמה ובכדי להוכיחה נדרשת עדות אובייקטיבית.

מרכיב מרכזי של מוניטין בעסק הוא מערך לקוחות של העסק והצפי כי הקשר עימם ימשך גם לאחר מכירתו. כאשר מתבצעת מכירת העסק ע"י אדם או תאגיד לגורם זר, שאין בינו ובין המוכר יחסים מיוחדים, מהווה המשך הקשר של הלקוחות עם העסק שעבר לידיים אחרות, אינדיקציה ברורה לקיומם של מוניטין ולהעברתם אל הקונה, שאילולא המוניטין היו הלקוחות פונים אולי לגורם אחר בשוק ונקשרים בקשרים עסקיים עימו. לא כך הדבר במקום בו המכירה נעשית בין גופים קשורים, כגון: שותפות ההופכת לחברה, נכנסת לנעליה וממשיכה להיות מנוהלת על ידי השותפים לשעבר, הכל בבחינת "אותה גברת בשינוי אדרת". בנסיבות כאמור, דבר לא נשתנה לכאורה מבחינת הלקוחות במעבר מן השותפות לחברה ולא היה זה מעניינם באיזו צורת התאגדות פועל העסק, ומשמע, שהמשך קשריהם עם העסק שהפך להיות בבעלות החברה, אין בו כדי להעיד בהכרח על העברת המוניטין לחברה.

בנוסף לחסר הראייתי בשאלת ביסוס הטענה לקיומם של מוניטין בשותפות והעברתם לחברה, טען בית המשפט כי יש למבנה המשפטי של העסקאות, כפי שיבואר להלן, השלכות קריטיות על הערעור, מאחר שהוא היה חסר אחיזה בכל חשיבה עסקית סבירה והתאפשר רק בשל קיומם של יחסים מיוחדים בין הצדדים.

בית המשפט התעלם מהתוכן הכתוב של ההסכמים, בחן את המהות האמיתית המסתתרת מאחריהם וקבע כי במכירת העסק החי במסגרת ההסכם הראשון נמכר גם המוניטין, על אף שהוא הוחרג ממנו, שכן מוניטין הולכים אחר העסק ואין דרך למוכרם במנותק ממנו.

מכירת המוניטין במסגרת ההסכם השני הינה חסרת כל טעם עסקי או כלכלי, שכן החברה הייתה כבר פעילה כארבע שנים ובמשך כל אותה תקופה השתמשה במוניטין, בלא שאיש ציפה ממנה לתשלום בגינם. רכישת המוניטין כעת לא תשנה דבר בפעילותה העסקית.

בנוסף, עיכוב במכירת מוניטין לחברה שהוקמה כבר נדון בפסיקה (ראה פס"ד פרץ אטינגר) ונשלל. הטענה, לפיה הסיבה למכירת המוניטין רק בהסכם השני נבעה מאי היכולת להעריך את שווי המוניטין בעת חתימת ההסכם הראשון וכן מהעובדה שנדרשה המתנה למשקיע חיצוני שיציע מחיר ריאלי על מנת להעריך את שווי, נדחתה. הטעם לכך הוא שאין דבר בהסכם הראשון המעיד על כוונת הצדדים לדחות את התשלום בעד המוניטין או לא להכלילם במסגרת התשלום הכולל בהסכם זה. מכל מקום, ארבע שנים הינה תקופה ממושכת מידי לשם ביצוע הערכת שווי של המוניטין.

לאור האמור, פסק בית המשפט כי המוניטין נמכרו כבר בהסכם הראשון ומחירו כלל את מחיר המוניטין ואילו בהסכם השני נמכרו רק זכויות הפצה והסוכנויות.

#### **מוניטין של תחנת דלק - פס"ד גוטמן משה**

**בעמ"ה 1013/01 גוטמן משה ואח' נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 3**, דן בית המשפט המחוזי בשאלת סיווגה של עסקה למכירת זכויות הפצה בתחנת דלק כמכירת מוניטין של התחנה. בית המשפט המחוזי קבע כי לצורך סיווגה של עסקה, ובכלל זה הגדרתו של ממכר, ייבחן תוכנה בהתאם למהות הכלכלית שלה. אין "הלבוש" אשר שיוו לה הצדדים לעסקה בבחינת חזות הכל. בנוסף, בית המשפט המחוזי קובע כי קיימת האפשרות כי גם תחנת דלק תצבור מוניטין, וכי הגידול במכירות נובע מהמוניטין שצברה התחנה בזכות מפעיליה.

תניית אי-תחרות יכולה שתסייע באיתור מכירת מוניטין. אולם, יש לתת את הדעת כי תשלום בגין אי-תחרות אינו בא בהכרח תחת התמורה בגין מוניטין שנמכר. זאת ועוד, התשלום בגין אי-תחרות אינו בהכרח תשלום בגין מכירת מוניטין ויכול הוא להיות פיצוי בשל אי-תחרות. עם זאת, אי אפשר שלא להסכים כי תניית אי-תחרות יכול ונועדת היא להבטיח, כי המוניטין אכן יוותר בידי הרוכש. תניית אי-תחרות, יש בה עדות לכוחו של מוכר העסק ליצור לעצמו מוניטין.

#### **פס"ד אהרון פינטו**

חיזוק לעמדה כאמור של בית המשפט המחוזי נקבעה לאחרונה גם בעמ"ה 4975/90 אהרון פינטו נגד **פקיד שומה עפולה**. בית המשפט העליון בעניין זה קבע כי תוכן החוזה הקיים בין הצדדים לעסקה, כשלעצמו, אינו מכריע ויש לבחון היטב את נסיבות המקרה לצורך קביעת קיום או היעדר קיום של מוניטין כחלק מנכסי המכירה. לפיכך, העדר התייחסות למוניטין בהסכם אינה מכרעת. לאור הדמיון הרב בין עובדות המקרה הנידון לעובדות המקרה בפס"ד גוטמן משה קבע בית המשפט, בדומה להכרעת בית המשפט המחוזי בעניין גוטמן, כי בהתקיים תניית אי-תחרות ותניית ייעוץ בהסכם המכירה יש בכך כדי להיות סממן לאפשרות קיומו מוניטין הנמכר במסגרת העסקה, ולפיכך נקבע כי המוניטין מהווה 15% מתמורת העסקה.

#### **פס"ד חיים קליאוט**

**בעמ"מ 705/05** אשר נידון במסגרת בית המשפט המחוזי בחיפה, נבחנה סוגיה זו במסגרת נסיבות בהן מכרה חברה את זכויותיה בפעילות של תחנת דלק ובעקבות כך אף הוקמה יחד עם הרוכש שותפות מוגבלת להמשך ניהול פעילותה של תחנת הדלק.

לאור הנסיבות, המשך פעילותו של המוכר והיעדר ניתוקו מן העסק קבע בית המשפט כי המכירה אינה מהווה מכירה של מוניטין.

**אי התרת מכירת מוניטין ללא העברת המוניטין במלואו - פס"ד לנדאו יובל סוכנות לביטוח חיים**  
 בשנת 1988 הוקמה שותפות בין לנדאו ליובל בתחום סוכנות הביטוח. בשנת 1994 הוקמה על ידם חברה בה לכל אחד היו 50% מהמניות. בדצמבר 1998 נחתם הסכם בין השותפים לבין חברת כלל שבמסגרתו מכר לנדאו לכלל 49% מהמוניטין שלו תמורת 9.5 מליון ש"ח. בשנת 1999 הוקמה חברה חדשה בה הוקצו לחברת כלל 49%, ללנדאו 26% וליובל 25% מהמניות. ביום 31 באוקטובר 1999 בוצעה העברת המוניטין של לנדאו ליובל לחברה החדשה. יובל לא מכר את המוניטין לחברת כלל אלא רק לנדאו.

פקיד השומה לא הכיר בעסקה כמכירת מוניטין אלא ראה בכך מכירת פעילות ו/או עסקת הכנסת שותף כנגד ירידת חלקם של המערערים בעסק הביטוח ו/או מכירת זכות ראויה ו/או מכירה מוסווית של מניות לפי סעיף 86 לפקודה.

בית המשפט המחוזי יישם את הלכת **שלמה שרון** וקבע כי המוניטין מבטאים את מכלול היתרונות שנצברו לעסק בשל תכונותיו: מיקומו, שמו הטוב, דימויו, איכות השירותים, שימור לקוחות וקיומה של תניית אי תחרות.

השאלה המשפטית המרכזית בערעור זה היא, האם ניתן להכיר במכירת המוניטין כאשר שני השותפים מחויבים להמשיך ולעבוד עבור כלל החזקות במשך 10 שנים כמנכ"לים משותפים.

על פי העדויות, לא הוצג לפניו הלקוחות כל שינוי בנוגע לסוכנות החדשה, ולא נדרש מלנדאו ומיובל להעביר את לקוחותיהם אל קונה המוניטין. לא היה צורך להציג בפניו הלקוחות את כניסתה של כלל כבעלים בסוכנות החדשה ופניה של החברה החדשה נותרו פניהם של לנדאו ויובל.

בית המשפט מציע מבחן נוסף לבחינת עסקאות מכירת מוניטין והוא **מבחן הסיכון הכלכלי**. על פי מבחן זה, השיקול המרכזי בסיווג עסקה כעסקת מכירת מוניטין הוא היעדר סיכון כלכלי לאחר המכירה. לפיכך, משנותר המוכר בעל סיכון כלכלי בקשר עם הצפי לגבי שיבת הלקוחות לעסק בשל המוניטין האישי והעסקי שצבר, יהווה הדבר שיקול בשלילת מכירתו של המוניטין.

לאור הלכת שרון, הינתקות המוכר מהחלק הנמכר היא תנאי הכרחי לצורך הכרה במכר מוניטין המעורב במקרה מסוג זה ממוניטין אישי ועסקי. לצרכי מס תוכר מכירת מוניטין רק במכירה טוטלית של מלוא זכות המוניטין. נקודת ההסתכלות תהא מצידו של המוכר. במכירה שבה נמכר רק חלק מהמוניטין, ייקשה להפריד בין החלק האישי לעסקי ויתעורר חשש לעסקה מלאכותית.

בית המשפט המחוזי קבע כי המוכרים לא נפרדו מהמוניטין שלהם, אלא ממשיכים לעשות בו שימוש בהרכב תאגידי שונה. על אף סממנים אחרים בהסכמים אשר היו אמורים להעיד על מכירת מוניטין, כגון תנית אי תחרות, העברת תיק לקוחות ושימוש חוזר במונח "מכירת מוניטין", השיקולים המכריעים במקרה דנן הם הישארות המוכר בעסק ובניית העסקה כפי שנעשתה. לכלל החזקות אין רישיון סוכן ביטוח, משמע היא אינה יכולה לעשות שימוש בנכס המוניטין שרכשה.

מכאן, מבנה העסקה מעיד על תכלית של הכנסת שותף לעסק ברמת ה- Equity. האבן השואבת את הלקוחות לעסקם של המערערים הם המערערים עצמם, יכולותיהם, כישורונם, מקצועיותם, אישיותם, קרי המוניטין שלהם - שבו שלוב החלק העסקי באישי.

ביום 13 ביוני 2012 ניתנה פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לערעור שהוגש בעניין זה בין היתר על ידי לנדאו ויובל. בהקשר זה קבע כבוד השופט א. רובינשטיין כי בהתאם להלכה על פיה יש למסות עסקה על פי תוכנה הכלכלי ועל פי מהותה האמיתית הרי כי מהות העסקה העומדת על הפרק הינה הכנסת שותף לסוכנות ברמת ההון ומשכך אין לקבל את עמדתם של המערערים.

#### **אי התרת מכירת מוניטין בידי רואה חשבון לשותפות - פס"ד אליהו רג'ואן**

המערער הוא רואה חשבון מאז 1955. בשנת 1995 נחתם הסכם בין המערער לבין שותפות של רואי חשבון, ובינו לבין יחיד השותפות. בהסכם הראשון בינו לבין השותפות והשותפים דובר במפורש על השתלבותו במסגרת השותפות, תוך העברת לקוחותיו לשותפות נתן הודעה ללקוחות על כך וקבלת שכרו בשיעור משכר הטירחי שייגבה. עוד נקבע, כי המערער ימשיך לעבוד באופן ישיר ואישי מול הלקוחות ובסיוע עובדי השותפות. בשנת 2000 נחתם הסכם נוסף בין המערער לבין השותפות שם נקבע, כי השותפות ואחד הלקוחות יעבירו למערער כל אחד 200,000 ש"ח. על סכום זה דיווח המערער כהכנסה הונית ממכירת מוניטין. בשנת 2005, לאחר שנדחה דיווחו ביחס למוניטין ונקבע, כי זו הכנסה פירותית, הגיש המערער השגה על השומה וכן בקשה לתיקון השומות לשנים 1995-1998 וביקש לקבוע, כי גם בהן ההכנסה מכוח ההסכם הראשון היא ממכירת מוניטין, וכי יש לסווג מחדש את הדיווח שביצע ביחס להסכם הראשון. לטענת פקיד השומה, בשנים 1995-1998 מדובר בהכנסה פירותית כפי שדווח מלכתחילה. על השומות לשנים 2000-2001, התקבולים בסך 400,000 ש"ח מקורם, לטענת פקיד השומה, בהכנסות פירותיות, ואין בהסכם השני כדי לשנות את אופיים לתקבולים הוניים ממוניטין.

בית המשפט המחוזי קבע כי על הנישום לשאת בתוצאות הנובעות מהצהרות בפני רשויות המס בהכנסות פירותיות ולא ממוניטין. הצהרת המערער על פירות ההסכם כהכנסה פירותית רגילה

היא הודאתו בנכונות האמור בדו"ח, וכי אין המדובר בעסקת מכר מונית. משעה שבחרו הצדדים לעצב את העיסקה כשותפות הביעו בכך את עמדתם, כי מהותה האמיתית של העסקה אינה עסקת מכר מונית, הן בעולם המעשה והן לצרכי מס. השותפות שדרשה את ההוצאה כפירותית, עמדה על כך כי אינה קונה את נכס המונית ההוני של המערער.

בית המשפט המחוזי קבע כי ככל שהתמורה בגין הנכס הנמכר אינה נקבעת מראש כשהיא מגלמת בחובה את העברת הסיכון מידי המוכר לידי הקונה, יקשה לראות בנכס הנמכר כנכס מונית משום שבמהותו נכס זה הוא אותו כוח משיכה של העסק ושל האיש בעל המונית האיש היוצרים צפי לשיבת הלקוחות ואף גידול של מצבת הלקוחות שמקורו באותו שם טוב.

אין לקבל כי הלכת שרון היא בבחינת "מהפך" שיכול לשמש את המערער כסיבה ראויה לשינוי גישתו בקשר עם מיסוי התקבולים הנובעים מהעסקה האמורה. הלכת שרון מכירה ביכולת למכור מונית אישיים אך מתנה את ההכרה בהפרדות המוכר מן הממכר. לאור מבחן הנושא בסיכון הכלכלי במקרה הנדון, נמצא שהפרדות זו לא נוצרה. מנגנוני ההתחשבות הקבועים בהסכם הראשון מטים את הכף לראות בו הסכם שבו המערער לא מקבל לידי סכום חד (ובכלל זה תשלום פרוש) אלא כמי שחולק עם השותפות בסיכון הכלכלי - כמו גם נהנה מפירות הסיכוי הכלכלי הגלום בעסקו תוך שהוא מתחלק בכך עם השותפות.

### **מיסוי תשלומים בגין פיתוח תרופה כהכנסה ממכירת פטנט לפי סעיף 2(9) לפקודה – ע"מ 41410/10 פרופסור מוסא יודעים נגד פקיד שומה חיפה**

פרופסור מוסא יודעים (להלן: "המערער") כיהן כחוקר באוניברסיטת קיימברידג' ואוניברסיטת אוקספורד אנגליה, בשנת 1977 עבר לחיפה כדי להקים את המחלקה לפרמקולוגיה בטכניון, בסוף שנות ה-70 החל שיתוף פעולה בין חברת טבע לבין המחלקה החדשה של המערער, שאז שימשה כמעבדת מחקר ופיתוח בתרכובות הכימיות (מולקולה) שהביא עימו המערער מאנגליה, איתם עבד עוד בהיותו מרצה וחוקר באוניברסיטת אוקספורד. בטכניון המשיך המערער בפיתוח המולקולה יחד עם פרופסור ג'והן פיינברג (להלן: "פיינברג"), שלימים הביא לפיתוח תרופת האזילקט ובהתאם לתקנון הטכניון העביר המערער לטכניון את הידע והרעיון להפוך את התרכובת לתרופה לטיפול במחלת הפרקינסון. בהמשך הועבר הידע לחברת "דימוטק" שבבעלות הטכניון, שחתמה על הסכם עם המערער ופיינברג לפיו השניים יקבלו 50% מההכנסות שיווצרו מן הידע. חלקו של המערער עודכן מאוחר יותר ל-28.5%. חברת דימוטק חתמה בשנת 1988 על הסכם עם חברת טבע שהעניק לה זכות לקבל 4% ממחזור המכירות של טבע בקשר למוצרים המבוססים על המולקולות שבבעלות דימוטק ובמקביל המערער יהיה זכאי לכ-1% ממחזור המכירות של תרופת האזילקט. בשנת 1994 הגישה טבע בקשה לרישום פטנט למולקולה פרי המחקר של המערער ופיינברג, בעוד בעלות הפטנט הן טבע והטכניון ואילו המערער ופיינברג רשומים כממציאים. בשנת 2006 לאחר קבלת האישורים המתאימים החלה טבע בהפצת התרופה ומכירתה. עם הפצת התרופה בקש המערער לדווח על חלקו בהכנסות ממכירת התרופה כהכנסה מפטנט, אולם בדוח השנתי לשנת 2006 שינה המערער את הדיווח ודיווח על הכנסה הונית, זאת לאור טענתו שהוא אינו בעל הפטנט המניב את ההכנסות ומדובר בעסקה של מכירת ידע החייב במס רווח הון בגובה 20%. טענתו של המערער נדחתה על ידי פקיד שומה חיפה (להלן: "המשיב"), שסיווג את ההכנסה כ"פירותית" במסגרת סעיף 2(9) לפקודה החייבת בשיעור מס בהתאם לסעיף 125 לפקודה – 40% מס. בית המשפט המחוזי חיפה מפי כבוד השופטת ש' וסרקרוג דחה את עירעורו של המערער, בין היתר בנימוק כי המערער עצמו עמל באופן קבוע על שיפור הידע והוא חלק מ-"אמצעי הייצור" שהביא להכנסות, כדי ליצור את ה-"נכס" (התרופה) שנמכר, שכן צריך היה להשביח את הידע ואת הטכנולוגיה, למערער היה יד בדבר ולפיכך התרופה נוצרה מיגיעה אישית של המערער.

### **מוניטין של שותפות עורכי דין- מוניטין שותפות לעומת מוניטין שותפיה**

סוגיה כאמור נידונה במסגרת פס"ד ע"א 1228/11 ד"ר אמנון רפאל נגד אשר רבינוביץ ועוד. במסגרת הליך כינוס נכסים הוגשה בקשה למתן הוראות לחייב את עורכי דין המשיבים (להלן: "המשיבים") לשלם לקופת הכינוס סכום של כ-4.3 מיליון ש"ח השווה ל-30.1% משווי מוניטין של שותפות עורכי דין בה נטלו חלק המבקש ע"ד ד"ר אמנון רפאל (להלן: "המערער") והמשיבים. המשיבים טענו כי לשותפות לא היה כל מוניטין מעבר למוניטין האישי של השותפים וכי המערער נטל לעצמו את המוניטין עת פתח משרד משל עצמו, תוך שהוא ממשיך לטפל בעניינם של לקוחות מרכזיים של השותפות. בית המשפט המחוזי קבע כי שווי המוניטין של השותפות להבדיל משווי המוניטין של כל אחד מהשותפים, הוא השווי המבטא את יכולתה של השותפות למשוך לקוחות מעבר ליכולתם של שותפיה לעשות כן מכוח המוניטין האישי שלהם. נקבע כי מדובר בסכום כסף זניח כאשר חלקו של המערער הינו כאמור כחלקו בשותפות.

לטענת המערער פירוק השותפות נטל ממנו את כל זכויותיו והוא נותר חסר כל. שותפיו בנו שותפות שאינה אלא תעתיק של השותפות אשר ממנה נושל. לטענתו פס"ד של בית המשפט המחוזי התמקד בשגגה במוניטין האישי ויצר האחדה בינו לבין המוניטין של הפירמה. העובדה שהתכונות האישיות תרמו למוניטין של העסק אינה הופכת אותו למוניטין אישי. לשיטת המערער

על פי הפסיקה המוניטין הוא של השותפות ולא של השותף ואשר על כן בעת פירוקה של השותפות המדובר במוניטין שהוא עצמאי ואינו חלק מהמוניטין האישי של השותפים. יתרה מכך טוען המערער כי תפיסה נכונה של המוניטין בשותפות משליכה גם על דרך חישובו. מבחינה כלכלית רואים במוניטין את השווי של הפירמה מעבר לשווי הנכסים המוחשיים שלה. הואיל ולשותפות לא היו נכסים מוחשיים ברור ששוי המוניטין של השותפות משקף הלכה למעשה את שווי השותפות כולה.

לטענת המשיבים לא ניתן לקבל את עמדת המערער לפיה יש לחשב את שווי המוניטין של השותפות שפורקה ככוללת בחובה את שווי המוניטין האישי של השותפים.

בית המשפט מפי כבוד השופט נ' סולברג כי כאשר בשותפות עורכי דין עסקיין אך לא רק יש ליחס האישי שמעניק בעל העסק משקל רב בבחינת השאלה הרלוונטית לעניין המוניטין והיא הגורם ללקוח לחזור לבית העסק. יחד עם זאת ועל פי התשתית העובדתית אשר הוצגה במסגרת הדיו בבית המשפט המחוזי נקבע כי אין די בהוכחת המוניטין האישי של השותפים על מנת לשייכו לשותפות.

החלטה דומה בעניין זה ניתנה בפס"ד ע"א 1746/11 אבי גרא, עו"ד (רו"ח) נגד ד"ר יהושע רוזנצוויג אשר במסגרתו נקבע על ידי כבוד השופט נ' סולברג בסוגיה בעלת קווי דימיון לאמור לעיל כי שותפות במשרד עורכי דין תהנה לעיתים ממוניטין ולעיתים המוניטין יהא שייך לחברה כאשר חלוקה כאמור מהווה שאלה עובדתית שיש להוכיחה בראיות כנדרש. שאלת בחינת המוניטין דורשת ליתן מענה לשאלת הסיבה בשלה חוזרים הלקוחות למשרד, האם המוניטין של המשרד תורם לכך או שמא יש לכך הסבר אחר.

#### 11.12.4 שיעור פחת למוניטין ששולם בעבור

בתקנות מס הכנסה (שיעור פחת למוניטין), התשס"ג-2003, אשר נכנסו לתוקף בתאריך 1 ביולי 2003, הוסדרה סוגיית התרת הוצאות פחת בגין מוניטין ששולם בעבורם.

עקב כך ובניגוד למצב ששרר לפני תיקון 132 לפקודה, בו היה ניגוד אינטרסים בין מוכר הנכס, אשר העדיף להגדיר את הנכס הנמכר כמוניטין, לבין קונה הנכס, אשר העדיף להגדירו כנכס אחר הניתן להפחתה, עשויה להיות קיימת לאחר התיקון זהות אינטרסים בין המוכר לקונה - שניהם מעוניינים בהגדרת הנכס הנמכר כמוניטין. המוכר - בכדי שימוסה בשיעור מופחת בגין רווח ההון שינבע ממכירת המוניטין והקונה - בכדי שיוכל להפחית הנכס בהתאם לתקנות דלעיל.

להלן ההוראות שנקבעו בנוגע להפחתת מוניטין:

א. מוניטין שנרכשו החל מה-1 ביולי 2003, יהיו ניתנים להפחתה בשיעור של 10% לשנה ממחירם המקורי.

ב. ברכישת מוניטין כאמור "מקורב", כהגדרתו בסעיף 105 לפקודה, או מתושב חוץ, תותר ההפחתה רק אם יוכח להנחת דעתו של פקיד השומה שהרכישה היתה חיונית לצורך ייצור ההכנסה ונעשתה בתום לב ומטעמים עסקיים בלבד. נטל ההוכחה מוטל על הנישום.

ג. לא יראו במוניטין כאמור, כנכס בר פחת לעניין סעיף 96 לפקודה, הדין בדחיית רווח הון במקרה של חילוף נכסים ברי פחת.

ד. מי שזכאי לפחת נוסף או הפחתה בשל אותו מוניטין גם על פי דין אחר (להלן: "הפחת הנוסף"), יהיה זכאי לפחת על פי תקנות אלה בשיעור ההפרש שבין 10% לפחת הנוסף, ובלבד ששך כל הפחת בשל אותו מוניטין לא יעלה על 10% או על הפחת הנוסף, לפי הגבוה מביניהם.

#### 11.12.5 מוניטין כמרכיב במכירת זכות במקרקעין

במכירת זכות במקרקעין, חייב המוכר בתשלום מס שבח ובמקביל חייב הרוכש בתשלום מס רכישה. לעומת זאת, בעסקה למכירת נכס הוני, שאינו זכות במקרקעין, הרווח מהעסקה יתחייב במס רווח הון, אך לא במס רכישה שכן, לא חלים המסים הנ"ל. לפיכך, יתכן ולסיווג המרכיב הנמכר בעסקה תהא השלכה משמעותית על המסים החלים בעסקה.

בהקשר זה, יצויין כי בהוראת ביצוע מס שבח משנת 1985, נקבע כי עקרונית יתכן כי המוכר יקבל תמורה בעבור מוניטין כאשר הוא מוכר עסק חי, והרוכש גם מתכוון להמשיך באותו סוג עסק (ראה גם פסק הדין שניתן בעניין ו"ע 1029/00 רוזנטל ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, אשר על פי עובדותיו חלק מהתמורה במכירת זכות במקרקעין, שבה הופעל בית מרקחת, יוחסה למוניטין). אולם, במקום בו קובעים הצדדים חלק מן התמורה על חשבון מוניטין, כאשר למעשה הפעילות העסקית הקודמת מתחלפת בגלל חוסר הצלחה, ובנוסף לכך גם הרוכש אינו מתכוון להמשיך באותו ענף עסקי, עלולה פעולה כזו להיחשב כעסקה מלאכותית, הנעשית כדי שהמוכר יוכל בדרך זו להקטין את המס על הרווח הריאלי ואת מס המכירה המגיע, מחד גיסא, והרוכש ייחנה ממס רכישה מוקטן מאידך גיסא.

כאשר הסכם מכירת זכות במקרקעין כולל גם מכירת מוניטין, תוך ציון מרכיב הסכום המתקבל עבור המוניטין, עשוי פקיד השומה לבצע את הבדיקות הבאות:

א. האם בזכות במקרקעין הנמכרת מתקיימת פעילות עיסקית שוטפת או שמא נמכרת הזכות במקרקעין לאחר חיסול מוחלט של הפעילות העיסקית.

- ב. האם הרוכש אמנם מתכוון להמשיך באותה פעילות עיסקית בה עסק המוכר.  
ג. האם שווי הזכות במקרקעין נמוך מן התמורה שהמוכר קיבל בפועל, דבר המצביע לכאורה שחלק מן התמורה מתייחס לזכות אחרת.  
ד. האם אמנם ראוי להכיר בחלק מן התמורה הכוללת כתשלום עבור מוניטין.

### **11.13 מענק ששולם לעובד בגין שינוי מבני יסווג כהכנסת עבודה – ע"א 2640/11**

#### **פקיד שומה חיפה נגד חיים ניסים**

בשנת 1959 התאגדה חברת בתי זיקוק לנפט בע"מ (להלן: "בז"ן" או "החברה") כחברה ממשלתית על פי כל דין. במשך שנים רבות הפעילה החברה את בתי הזיקוק לנפט באשדוד ובחיפה והפכה הלכה למעשה למונופול בתחום זיקוק מוצרי נפט.

בשלהי 2004 החליטה וועדת השרים לענייני הפרטה להפריט את בז"ן בשני שלבים כך שתחילה יתבצע פיצול של בתי הזיקוק בחיפה ובאשדוד תוך העברת בתי הזיקוק באשדוד לשליטתה של חברת בת שתוקם במיוחד לצורך זה (להלן: "בז"א"), ואילו ההפרטה עצמה, קרי ההעברה לידיים הפרטיות, תעשה כשלב שני לתוכנית.

בהתאם להסכמים אשר נחתמו עם עובדי החברה לאור ביצועה של ההפרטה כמפורט לעיל נקבעה זכותם של עובדים וותיקים (בין אם ממשיכים ובין אם לאו) למענק פיצול חד פעמי אשר לא ייחשב לחלק מן השכר של העובד המקבלו ואשר לא יובא בחשבון לצורך ביצועם של חישובי שכר וזכויות שונות המגיעות לעובד בין אם על פי חוק ובין אם על פי הסכמים שונים (להלן: "מענק פיצול"). בנוסף נקבע במסגרת ההסכמים כי לעובדים אשר ימשיכו בעבודה יוענק מענק הפרטה כך שלעובדים העוברים לבז"א יינתן מענק אשר ישולם בהתאם לנוהל הפרטה של רשות החברות הממשלתיות (להלן: "נוהל הפרטה"), ואילו לעובדים הממשיכים בבז"ן הוצע מענק אשר ישולם בהתאם להחלטת העובד או כנקבע בנוהל הפרטה או קבלת מניות (להלן ביחד: "מענקי הפרטה").

מענק הפיצול שולם בשנת 2006 כאשר כל עובד קיבל סכום של כ-70 אלפי ש"ח, כשסך הכול הסכום ששולם כמענקי הפרטה הגיע לכ-106 מליון ש"ח.

#### **טענות הצדדים**

מר חיים ניסים (להלן: "המערער") אשר הינו עובד בז"ן והמשיך לעבוד בבז"ן גם לאחר הפיצול, קיבל בשנת 2006 מענק פיצול של 70 אלף ש"ח וכן סכום של כ-91 אלף ש"ח כמענק הפרטה בשנת 2007.

לעמדתו של המערער התקבולים אשר קיבל במהלך ההפרטה של בז"ן מהווים הכנסה הונית אותה יש למסות על פי פרק ה' לפקודה. הטעם לכך טמון בעובדה כי לעובדים, לא כל שכן, לעובדים בתאגיד ממשלתי, זכויות מוקנות למקום עבודתם ולזוהות מעבידם, ובהתאם עומדת להם זכות מוכרת להתנגד לכל שינוי מבני, כגון פיצול המעסיק לגופים נפרדים ולהתנגד להעברת השליטה במעביד לידיים אחרות. זכות כאמור של העובדים מהווה לעמדתו של המערער "נכס" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה וויתור על נכס כאמור כמוהו כמכירה החייבת בהתאם לפרק ה' לפקודה. בהמשך לטיעון כאמור גורס המערער כי המענקים מהווים פיצוי צופה פני עתיד ועל כן מועד רכישת הזכות להתנגד לשינוי המבנה הארגוני אינו יכול להיות קודם למועד ההחלטה על ההפרטה.

פקיד השומה (להלן: "המשיב") מצידו ביקש לראות בתקבולים אלו כהכנסת עבודה אצל המערער מכוח הוראות סעיף 2(2) לפקודה שכן לדידו שולמו המענקים לעובדים בזיקה ליחסי העבודה שבין הצדדים ובקשר לעבודתם בבז"ן בעבר.

בהקשר לטענת המערער כי מדובר במכירה של נכס כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה סבור המשיב כי יש לבחון את נסיבותיו הפרטיות של המקרה. מבחינת נסיבות כאמור למד המשיב כי כל זכויות העובדים, כגישת המערער, נשמרו להם במסגרת ההסכמים הקיבוציים המיוחדים, ועל כן המענק נועד לשמור על "שקט תעשייתי" ולא יהווה פיצוי על אובדן זכויות.

זאת ועוד, על פי גישת המשיב היה ותקבל גישת הזכויות כטענת המערער הרי שיש לראות את מועד רכישת הזכויות כמועד תחילת העסקתו של כל עובד שכן מרגע זה מתחיל העובד לרכוש זכויות כלפי מעבידו.

יובהר כי בהתאם להסכם דיוני קודם להגשת הערעור שבדיון נקבע בין בא כוח המשיב למערער כי הכרעת בית המשפט בתיק זה תחול על כלל העובדים שקיבלו מענקים במסגרת תהליך ההפרטה המפורט לעיל.

לאחר סקירה מרחיבה של מבחני הפסיקה הבוחנים אופן סיווגה של הכנסה (פירות/הונית), קבע כבוד השופט רון סוקול כי תקבול שמקבל עובד ממעבידו יסווג תוך מתן דגש למהותו וטיבו ובהתאם לעילת תשלומו. תקבולים המקבל עובד בשל עבודתו למען מעסיקו יסווגו כהכנסת עבודה ואילו תקבולים שמקבל עובד עבור זכויות המוקנות מעבר לזכותו לתשלום שכר או כפיצוי בגין פגיעה בזכויות כאמור לא יסווגו כהכנסת עבודה והיה והתקבול מהווה מכר של זכות או פיצוי בגין פגיעה בזכות של העובד- הרי שאז יש לסווג את התקבול כתקבול הונית.

תוך בחינת העובדות כפי שעולות בפסק הדין ובחינת ההלכה הקיימת במסגרת הפסיקה הגיע כבוד השופט למסקנה כי מהלך של שינוי מבני, מעמיד לרשות העובד זכויות שונות ונרחבות, וזאת לרבות הזכות לסרב לעבוד לעבוד אצל המעסיק החדש ולדבוק בחוזה העבודה עם המעסיק הקודם. מכוח האמור בדיקתו של השופט התמקדה במהות התשלום אשר שולם לעובדים על מנת שיוותרו על זכויות אלו ויסכימו לשינוי.

לאחר בחינה כאמור הגיע בית המשפט למסקנה כי יש לבחון את טיב המענקים שקיבלו עובדי לאחרי, משמע ככל שהמענקים שקיבלו העובדים נועדו לפצותם בעקבות הסכמתם לוותר על זכותם להמשיך ולהיות מועסקים על ידי המעסיק הקודם, הרי שפיצוי זה הינו וויתור על "זכות" המהווה "מכירה" במובן סעיף 88 לפקודה, ופיצוי שכזה יסווג כתקבול הוני. מאידך, אם המענקים שולמו בגין עילות אחרות הרי שאז יש לבחון את טיבן של עילות התשלום ולסווג את התקבולים בהתאם. בהקשר זה מסכם כבוד השופט ר. סוקול וקובע כי אין בעובדות המיוחדות של המקרה כדי לשנות את המסקנה לפיה **מענקים המשולמים לעובדים במהלך שינוי מבני ארגוני** (שינוי ממשי בעל השלכה משמעותית על העובד) **מהווים תקבול בגין וויתור על הזכות להמשיך לעבוד אצל המעסיק הקודם ובגין וויתור על הזכות למנוע את השינוי. תקבולים אלו יסווגו על כן כתקבולים הוניים, בהתאם להוראות סעיף 88 לפקודה.**

בכל הנוגע לאופן חישוב הרווח מכריע השופט ר. סוקול וקובע כי זכותם של העובדים לא "נרכשה" בתמורה ועל כן במקרה הנידון לא קיים מחיר מקורי כלשהו ומלוא התמורה המתקבלת לידי של העובד תהווה את הכנסתו.

בקשר עם קביעת מועד רכישת הזכות קובע כבוד השופט ר. סוקול כי אף שמיד עם תחילת עבודתו קמות לעובד זכויות שונות כלפי מעבידו, הרי שהזכות בה עסקינן, קרי הזכות לדרוש מהמעסיק להמשיך ולהעסיק את העובד בעת שינוי מבני ולהתנגד לשינויים אורגניים, קמה לעובד רק מרגע ההחלטה על אותו שינוי (לעניין זה יובהר כי לא כל שינוי במבנה הארגוני של המעביד מקים לעובד זכויות להתנגד להן אלא רק שינוי אשר עומד במבחני הפסיקה והמהווה "שינוי אורגני").

לסיכום, נקבע כי המענקים ששולמו לעובדים בתמורה להסכמתם לוותר על זכויות הקמות להם בעת ביצוע שינוי מבנה אורגני מהווים בידיהם הכנסה הונית, כאשר מועד רכישת זכויות כאמור הינו רק במועד קבלת החלטה של השינויים המבניים.

רשויות המס ערערו בעניין זה לבית המשפט העליון וביום 2 בפברואר 2014 ניתנה החלטת בית המשפט העליון (ע"א 2640/11 פקיד שומה חיפה נגד חיים ניסים) במסגרתה נקבע כי יש לקבוע כלל לפיו כל תשלום שהגיע לעובד ממעבידו במהלך יחסי העבודה יסווג כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה וימוסה בהתאם, אלא אם נקבע אחרת בחוק ובמצבים שבהם המעביד העביר את התקבול שלו בכובעו כמעביד או כאשר העובד שכנע את פקיד השומה ואת ביהמ"ש כי מאפייניו מצדיקים את סיווגו כרווח הון, על רקע המבחנים שנקבעו בפסיקה. לפיכך, מענק שמשולם לעובדים בגין "וויתור" על זכותם לנקוט באמצעים ארגוניים כדי למנוע שינוי מבני וכדי להמשיך לעבוד אצל מעסיקם הקודם, אינו אלא פיצוי בגין הפגיעה האפשרית בתנאי העסקתם, וככזה הוא מהווה הכנסת עבודה.

#### **11.14 סיווג תמורה ממכירת מניות בידי מייסדי החברה שמתחייבים להמשיך לעבוד בה - ע"מ 14-01-47255-01 חיים הלמן ואחרים נ' פקיד שומה תל אביב 4**

חיים הלמן, דרור כהן ואופיר זוהר (להלן: "המעוררים") החזיקו בשיעור מסויים מהון המניות של חברת אקס אי יו בע"מ (להלן: "החברה") שנמכרה ביום 31.12.2007 ל-IBM. במסגרת הסכם מכירת החברה נערכו עם IBM שלושה הסכמים: הסכם רכישה, הסכם עם בעל נייר ערך מיועד והסכם שימור עובדים.

מכוח ההסכמים האמורים קיבל כל אחד מהמעוררים סכום מסוים לאלתר וסכומים נוספים ששולמו בפריסה של שלוש שנים ובתנאי שימש כעובד או יועץ של IBM או חברה קשורה (הסכומים הנוספים יכוננו להלן: "התמורה הנוספת").

השופט אלטוביה קבע, כי התמורה הנוספת התקבלה בידי המעוררים על רקע היותם עובדים של IBM. לדבריו, אפשר שהתמורה הנוספת כלל לא הייתה משולמת למעוררים אילולא נכרת ההסכם בגדרו רכשה IBM את מניות החברה, אך משתלום התמורה הנוספת הותנה בקיומם של יחסי עובד-מעביד בין המעוררים לבין IBM, אזי יש להכלילה בגדרו של סעיף 2(א) לפקודה.

השופט אלטוביה ציין, כי הוא נכון לקבל את טענת המעוררים לפיה התמורה הנוספת התקבלה אצלם ללא התאמה לעבודתם בפועל, אלא שתשלום התמורה הנוספת הותנה בקיום יחסי עובד-מעביד בין IBM לבין המעוררים או כיועץ ובכך מתקיימת זיקה ישירה בין העסקת המעוררים על-ידי IBM לבין התמורה הנוספת.

הערעור נדחה.



## 11.15 החלטת מיסוי 4253/16 - תמורת Holdback בעסקת מכירת מניות החלטת מיסוי בהסכם

### העובדות:

1. חברה פרטית תושבת ישראל (להלן: "החברה"), שהתאגדה בתחילת 2014. החברה עוסקת במחקר ופיתוח בתחום היי-טק.
2. מניות החברה מוחזקות, בין השאר, בידי 5 יחידים תושבי ישראל, וזאת לתקופה העולה על שנה אחת לפחות ללא כל מגבלה, מעבר למגבלות שחלות על פי חוק או על פי תקנון ההתאגדות של החברה (להלן: "המוכרים", "מניות המוכרים", בהתאמה). מניות החברה נרכשו על ידי המוכרים לא בתמורה לשירותים או עבודה ומכירתן מסווגת על ידם כרווח הון.
3. בהתאם לחוק החברות החל בישראל, מניות המוכרים מסווגות כמניות רגילות ומניות בכורה בחברה, ואינן מסווגות כמניות נדחות או מניות הנהלה. כמו כן, מניות המוכרים זהות בזכויותיהם לשאר בעלי המניות הרגילות והבכורה מאותו סוג.
4. ב-2016 נחתם הסכם למכירת מלוא הזכויות בחברה (להלן: "ההסכם" "העסקה" בהתאמה), בין בעלי המניות בחברה (ובכללם המוכרים), החברה, לבין חברה ציבורית תושבת ארצות הברית, שמניותיה רשומות למסחר בנאסד"ק (להלן: "חברת האם").
5. דרישת החברה הרוכשת וכדי לאפשר לה למצות את הערך מהעסקה הוחל, כמקובל בעסקאות מסוג זה, הסדר לפיו כ-50% מהתמורה בגין מניות המוכרים (להלן: "התמורה המיוחסת למוכרים"), תהא כפופה להסדר ה-Holdback (להלן: "תמורת ה-Holdback"). מרבית תמורת ה-Holdback תופקד בידי נאמן למשך תקופה של עד 4 שנים (להלן: "תקופת ההבשלה") וחלקה יועבר למוכרים במועד ה-Closing או בסמוך לאחריו כמקדמה, והכול בהתאם להסכם שנחתם בין החברה הרוכשת ובין כל אחד מהמוכרים (להלן: "הסכם ה-Holdback").
6. תמורת ה-Holdback תשוחרר למוכרים בהדרגה (בתום כל שנה במשך תקופת ההבשלה ישוחרר חלק יחסי), וזאת בכפוף להמשך העסקתם בחברה. בנוסף הוסכם כי, תמורת ה-Holdback תשולם במלואה למוכרים, אף אם לא ימשיכו לתת שירות לחברה בעקבות מוות, נכות, פיטוריהם על ידי החברה שלא בשל סיבות אשר הוגדרו בהסכם העסקתם (התנהגות בלתי נאותה המשפיעה לרעה על המוניטין והעסק של המעביד, מעשה הונאה והרשעה בעבירה פלילית) או התפטרותם בשל סיבות מוצדקות (לרבות, רילוקיישן בנסיבות מסוימות, הפחתת השכר בשיעור של 10% לפחות בנסיבות מסוימות והפרה מהותית של הסכם העסקה על ידי המעביד), אשר אף הן הוגדרו בהסכם העסקתם.
7. על פי הצהרת החברה הובהר כדלקמן:
  - 7.1 תמורת ה-Holdback אינה תמורה נוספת אלא חלק בלתי נפרד מהתמורה עבור מניות החברה הנגזרת משווי שוק החברה כפי שנקבע בין הצדדים לעסקה. כמו כן, כל בעלי המניות בחברה (רגילות ובכורה) יהיו זכאים לקבל את המחיר למניה במסגרת העסקה (להלן: "מחיר למניה"). המחיר למניה שישולם למוכרים בגין מניותיהם (להלן: "מחיר המכירה") זהה למחיר למניה שישולם לשאר בעלי המניות בחברה.
  - 7.2 מיד לאחר חתימתם על הסכם המכירה, יתקשרו המוכרים בהסכם עבודה חדש, שייכנס לתוקף במועד ה-Closing, לפיו יקבלו המוכרים שכר ראוי (אשר לא יפחת ממשכורתם בחברה טרם העסקה) בתמורה לעבודתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה, לרבות במשך תקופת ההבשלה, למעט אם פוטרו או התפטרו מעבודתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה.
  - 7.3 החברה הרוכשת תייחס בדיווחי המס שלה את תשלום תמורת ה-Holdback כתשלום עבור מניות המוכרים במסגרת העסקה ולא כתשלום שכר בגין עבודתם. החברה הרוכשת לא תתבע הוצאה לצרכי מס בישראל בגין תשלום תמורת ה-Holdback.
8. יצוין, כי בד בבד לפני שבסימוכין עתידיים המוכרים לדווח על מכירת מניות המוכרים לפקיד השומה ולשלם את מקדמת המס בגין מלוא התמורה המיוחסת למוכרים (לרבות חלקם בתמורת ה-Holdback).
9. החברה הרוכשת, אינה עונה למונח קרוב כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה של החברה או של בעלי מניותיה, לרבות המוכרים, או של תאגידי הקשורים לחברה.
10. יוער, כי עובדות המקרה שונות מהעובדות המפורטות בפסק הדין ע"מ 47255-01-14 חיים הלמן נ' פקיד שומה תל אביב 4.

**ההסדר המבוקש:**

הסדרת חבות המס של המוכרים בגין תמורת ה-Holdback.

**תמצית הסדר המס ותנאיו:**

1. התמורה המיוחסת למוכרים בגין מלוא המחיר למניה, לרבות תמורת ה-Holdback, היא תמורה עבור מניות המוכרים, ועל כן כל הרווח ממכירת מניות אלה בידיהם (להלן: "מלוא התמורה"), חייב במס רווח הון בהתאם להוראות הפקודה. אירוע המס לגבי מלוא התמורה יחול במועד המכירה של מניות המוכרים במסגרת העסקה ותוך 30 ימים ממועד זה ידווחו המוכרים על מכירת מניות המוכרים וישלמו מקדמה על חשבון המס ביחס למלוא התמורה. כמו כן, ולפחות עד תום תקופת ההבשלה, יגישו המוכרים דוחות לפי סעיף 131 לפקודה לפקיד השומה.
  2. ככל ומחיר המכירה שישולם למוכרים יהא גבוה מהמחיר למניה לו זכאים כל בעלי המניות בחברה (למעט בשל ריבית או רווחים שנצמחו על תמורת ה-Holdback), ההפרש בין מחיר המכירה לבין מחיר למניה כאמור יתחייב כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה וינוכה ממנו במקור מס שולי מרבי או בהתאם לאישור מפקיד השומה.
  3. ככל שמי מהמוכרים לא יקבל חלק מתמורת ה-Holdback, יהיה אותו מוכר רשאי לתקן את דיווחיו לשנת המס 2016 והמס בגין אותו חלק מתמורת ה-Holdback, שלא השתלם למוכר בסופו של דבר, יושב לו כשהוא נושא ריבית והפרשי הצמדה מתום שנת המס שבה שולם בהתאם להוראות הפקודה.
  4. המוכרים יחתמו על הצהרה, כי הם הבינו את החלטת המיסוי וכי ינהגו על פיה ולא יבקשו לשנותה או להחליפה באחרת. תוך 30 ימים ממועד קבלת החלטת מיסוי זו יגישו המוכרים את ההצהרות כאמור לרשות המסים. במידה והצהרות כאמור לא תתקבלנה, החלטת מיסוי זו תחשב כמבוטלת למפרע לגבי המוכרים שלא חתמו על ההצהרה.
  5. מובהר בזאת, כי החלטת מיסוי זו חלה רק לגבי המוכרים, ואין בהחלטת המיסוי לקבוע את חבות המס ו/או הניכוי במקור של בעלי מניות ואופציות אחרים.
  6. אין בהחלטת מיסוי זו משום אישור להערכת שווי כלשהו.
- 11.16 מנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח – טיוטת חוזר מס הכנסה ביום 12 ביולי 2016 פרסמה רשות המיסים להערות הלשכות המקצועיות טיוטה של חוזר מקצועי שעניינו בעמדת רשות המיסים ביחס למנגנוני שימור ומגבלו המושגים על מייסדים ועובדי מפתח.

**להלן יובאו עיקרי החוזר:****1. מבוא**

- 1.1 בשנים האחרונות, מנגנונים המשמשים לחיזוק הקשר בין המייסדים/עובדי מפתח של חברות הזנק, ביניהם ובין החברות עצמן, ו/או ביניהם ובין משקיעים, הפכו לנפוצים יותר ויותר בתעשייה. המכנה המשותף של מנגנונים אלה הוא הסכמת המייסדים ועובדי המפתח להחיל על עצמם מגבלות בקשר עם בעלותם על מניותיהם בחברה או על זכאותם לקבל תמורה בגין מכירת מניותיהם בחברה, וזאת לשם העצמת הקשר בינם לבין החברה והבטחת מעורבותם הפעילה בחברה במהלך תקופת המגבלות.
- 1.2 מנגנונים אלה יכולים להתגבש במהלך חיי החברה: בהקמה - בין המייסדים לבין עצמם, או בינם לבין החברה; במסגרת השקעות פרטיות בחברה - בין המייסדים לבין המשקיעים או לבין החברה; במסגרת עסקאות רכישה של חברות - בין המייסדים ו/או עובדי מפתח לבין הרוכש. מנגנונים אלה יוצרים אפליה לרעה של המייסדים/עובדי המפתח, ביחס לבעלי מניות אחרים, משקיעים אחרים, מייסדים אחרים<sup>[1]</sup> ו/או עובדים בחברה, שעליהם ועל מניותיהם לא מוחלות מגבלות.
- 1.3 במסגרת חוזר זה נסקור שני מנגנונים שכיחים: Reverse Vesting ו-Holdback, אשר משמשים מייסדים, משקיעים ורוכשים, בעיקר בחברות הזנק. יודגש, כי מנגנונים אלו מוחלים על מניות, אשר כבר נמצאות בבעלותם של אותם מייסדים ממועד הקמת החברה ו/או מקורן בהענקות תחת הוראות סעיף 102 לפקודה במסלול רווח הון בהקצאה באמצעות נאמן או בהקצאות כנגד השקעה בחברה. למותר לציין, כי בהקצאת מניות חדשה שלא במועד הקמת החברה, ללא תמורה או כנגד תמורה הנמוכה מהותית משווי השוק של המניות לאותו מייסד/משקיע/רוכש, אשר מקיים יחסי עובד-מעביד עם החברה המקצה, ואשר מוגדר כבעל שליטה בהתאם לסעיף 9(32) לפקודה, ההפרש בין שווי שוק המניות לבין התמורה ששולמה עבורן תסווג כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה.

- 1.4 יודגש, חוזר זה לא יחול במקרים בהם:
- 1.4.1 החברה הרוכשת הינה קרוב כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה של החברה או של בעלי מניותיה, לרבות המייסדים/עובדי המפתח, או של תאגידי הקשורים לחברה.
  - 1.4.2 החברה ו/או המייסדים/עובדי המפתח קיבלו בעבר החלטת מיסוי מרשות המסים הנוגעת למניות מושא חוזר זה.
- 1.5 במקרים כאמור בסעיף 1.4 לעיל וכן במקרים בהם המנגנונים שנקבעו בהסכמים, אינם זהים לאלו שיפורטו בחוזר זה, ניתן יהא לפנות לחטיבה המקצועית שברשות המסים.

## 2. מנגנון ה-Reverse Vesting

### 2.1 תיאור כללי של המנגנון

2.1.1 מנגנון ה-Reverse Vesting, הינו מנגנון אשר מטרתו להבטיח שהמייסדים/עובדי מפתח ימשיכו לפעול למען קידומה של החברה וחיזוק הקשר בינם לבין החברה, וכן לשמר את האטרקטיביות של החברה והמשך פעילותה כלפי משקיעים ורוכשים פוטנציאליים. זאת, באמצעות הטלת מגבלות על מניות המייסדים/עובדי מפתח במשך תקופה מסוימת, אשר תוסרנה בהדרגתיות או בפעימה אחת כפוף להמשך עבודתם בחברה. מנגנון זה מוסדר בדרך כלל בהסכם המייסדים, אשר נערך בסמוך להקמת החברה ועוסק בהגדרת זכויותיהם והתחייבויותיהם של המייסדים בקשר עם המיזם, או בהסכם נפרד אשר נחתם במסגרת סיבוב השקעה בחברה, בדרך כלל כדרישה של המשקיע אשר תמחר את השקעתו וקבע את שוויה של החברה בהתבסס, בין היתר, על ההנחה שאותם מייסדים/עובדי מפתח ימשיכו לעבוד בחברה ולפתח את הרעיון/הטכנולוגיה.

2.1.2 מנגנון ה-Reverse Vesting מגדיר את התנאים ותקופת המגבלות במהלכה לחברה ו/או לבעלי מניות אחרים בחברה עומדת הזכות לרכוש בחזרה את כל או חלק ממניות המייסדים/עובדי המפתח. לעיתים, יכלול המנגנון גם בטחונות למימושו, כגון שעבוד, עיכבון, נאמנות ביחס למניות שכפופות למנגנון, הפקדת שטרי העברת מניות חתומים בידי החברה או הנאמן וכדומה. יובהר, כי אותם מייסדים/עובדי מפתח זכאים גם לאורך תקופת ה-Reverse Vesting, לכל הזכויות המוקנות להם מכוח החזקתם במניות כאמור, לרבות זכויות לדיבידנד, זכויות הצבעה וכיו"ב.

2.1.3 המצב השכיח בו הזכות לרכוש את מניות המייסדים/עובדי המפתח מתעוררת מכוח מנגנון ה-Reverse Vesting הוא התפטרות או פיטורי המייסד/עובד המפתח. עם זאת, בדרך כלל בהסכמים נקבע כי במוות, בנכות, בפיטורין של המייסד/עובד המפתח בנסיבות שאינן עולות לכדי הגדרת "cause" (דהיינו, נסיבות חמורות המוגדרות בהסכם והקשורות למעשה או מחדל של העובד), או בהתפטרות של המייסד/עובד המפתח הנובעת מסיבות המוגדרות כ"מוצדקות", כגון שינוי מהותי לרעה באופי התפקיד, הפחתה משמעותית בשכר העבודה (לרוב, כזו שאינה חלק מהורדת שכר רוחבית בחברה או בחטיבה בה מועסק המייסד/עובד המפתח), העברת משרדי החברה למקומות רחוקים וכיו"ב, המגבלות תוסרנה והבעלות במניות תישאר בידי המייסד/עובד המפתח. כמו כן, נהוג לבטל את המנגנון האמור בעת מכירת כל הזכויות בחברה (Exit).

2.1.4 במסגרת מנגנון ה-Reverse Vesting נקבע גם מראש המחיר בו תהיה החברה/בעלי מניות האחרים רשאים לרכוש את המניות. הרכישה תהא ללא תמורה או בתמורה לערכן הנקוב של המניות.

### 2.2 היבטי המס החלים במקרה של החלת מנגנון ה-Reverse Vesting

2.2.1 כאמור מנגנון ה-Reverse Vesting מגביל את האפשרות לעשות שימוש במניות קיימות שהוקצו בעבר למייסדים/עובדי המפתח, כתמריץ שהמייסד/עובד המפתח ימשיך לעבוד בחברה. משכך, ובהתאם, המגבלה משתחררת בהדרגתיות או בפעימה אחת, בכפוף ובה בעת למשך העבודה כאמור בחברה. התנאים אשר יחולו על מנגנון זה, בין היתר, הינם כדלקמן:

2.2.1.1 המנגנון נקבע מראש ובכתב במועד ייסוד החברה (או בסמוך למועד) ו/או אגב השקעה מהותית בחברה בלבד. לעניין הוראות חוזר זה, יראו השקעה מהותית בחברה השקעה במסגרתה הונפקו למשקיעים לפחות 5% מהון המניות המונפק של החברה אחרי ההקצאה.

2.2.1.2 במקרה בו מופעל המנגנון, נקבע כי החברה ו/או בעלי המניות האחרים בחברה בלבד הם אלו הרוכשים את המניות מאותו המייסד/עובד

מפתח, וזאת ללא תמורה או בתמורה לערך הנקוב, והכול כפי שהוסכם בכתב מראש והוחלט במועד חתימת ההסכם.

2.2.1.3 מניות המייסדים/עובדי המפתח מסווגות כמכשירים הוניים (ולא כהתחייבות), כמניות רגילות, ואינן מסווגות כמניות בכורה או כמניות נדחות או מניות הנהלה או מניות הניתנות לפדיון (למעט פדיון ללא תמורה או תמורת ערך נקוב). כמו כן, המניות זהות בזכויותיהם לשאר המניות הרגילות מאותו סוג. וכן: המניות מקנות זכויות לדיבידנד, זכויות הצבעה וזכות להשתתף בנכסי החברה במקרה של פירוק. יודגש, כי מדובר במניות, אשר אילו היו נמכרות טרום קביעת מנגנון זה, היה הרווח ממכירתן מסווג כרווח הון.

2.2.2 לפיכך, ובכפוף לעמידה בתנאים המפורטים בחוזר זה, הרי שהחלת המנגנון אינה משנה את סיווג ההכנסה הנובעת ממכירת המניות כאמור להכנסה פירותית. על הכנסה שמקורה במכירה בפועל של מניות, אשר הוחל עליהן מנגנון ה-Reverse Vesting, על ידי המייסד/עובד המפתח, יחולו הוראות חלק ה' לפקודה, כאשר המחיר המקורי ויום הרכישה של אותן מניות יהיו אלו אשר נקבעו במועד ייסוד החברה/רכישת המניות, לפי העניין.

2.2.3 במקרה בו המניות תימכרנה לחברה ו/או לבעלי מניות אחרים בהתאם להוראות מנגנון ה-Reverse Vesting, הרי שעל המכירה בידי המייסד/עובד המפתח יחולו הוראות חלק ה' לפקודה, כאשר המחיר המקורי ויום הרכישה של אותן מניות יהיו אלו אשר נקבעו במועד ייסוד החברה/רכישת המניות, לפי העניין והתמורה תהא זו ששולמה בפועל על ידי החברה ו/או בעלי מניות אחרים, ככל ושולמה.

2.2.4 אין בחוזר מקצועי זה כדי לקבוע היבטי מס בידי בעל המניות הנותרים או בידי החברה.

למען הסר ספק, לא יותרו בידי החברה ו/או בעלי מניותיה כל הוצאות, לרבות שכ"ט מקצועי, בגין מנגנון ה-Reverse Vesting.

### 3. מנגנון ה-Holdback

#### 3.1 תיאור כללי של המנגנון

3.1.1 מנגנון ה-Holdback הפך שכיח בשנים האחרונות ומשמש את הרוכשים של החברות, ככלי המאפשר להם למצות את הערך מעסקת הרכישה ולשמר את המייסדים/עובדי המפתח בחברה או בחברה אחרת בקבוצה.

3.1.2 בהתאם למנגנון ה-Holdback, התמורה, כולה או חלקה, המשולמת בגין מכירת מניות המייסדים/עובדי המפתח, בין במזומן ובין במניות של החברה הרוכשת (או חברה קשורה לה), מופקדת בנאמנות או מוחזקת בידי החברה הרוכשת, למשך תקופה מסוימת, בהתאם להסכם Holdback שיחתם בין המייסדים/עובדי המפתח והחברה הרוכשת (להלן: "תמורת ה-Holdback").

3.1.3 ככלל, תמורת ה-Holdback משוחררת למייסדים/עובדי המפתח בהדרגה או בפעימה אחת, בכפוף להמשיך העסקתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה. עם זאת, תמורת ה-Holdback תשולם במלואה למייסדים/עובדי המפתח אף אם לא ימשיכו לתת שירות לחברה בעקבות מוות, נכות, פיטוריהם על ידי החברה בנסיבות שאינן עולות לכדי הגדרת "cause" (דהיינו, נסיבות חמורות המוגדרות בהסכם והקשורות למעשה או מחדל של העובד) או התפטרותם בשל סיבות המוגדרות כ"מוצדקות".

#### 3.2 הצגת ע"מ 14-01-47255 חיים הלמן נ' פקיד שומה תל אביב 4

3.2.1 ב-15 באוקטובר, 2015 פורסם פסק הדין ע"מ 14-01-47255 חיים הלמן נ' פקיד שומה תל אביב 4 בו נדונה סוגיית מיסוי תמורות למייסדים, שהחזיקו בתפקידי אנשי מפתח בחברה, במסגרת עסקת רכישה (להלן: "אנשי המפתח"). וביתר פירוט, נדונה שאלת סיווג ההכנסה כהונית או כפירותית, אשר שולמה לאנשי מפתח בחברת אקס אי וי בע"מ, בעקבות מכירת כל מניות החברה (וביניהן מניותיהם) לחברת IBM.

3.2.2 בתמורה למכירת מניותיהם קיבלו אנשי המפתח, כפי שקבלו שאר בעלי המניות, סכום הנגזר ממספר המניות בידיהם לפי מחיר המניה בעסקה. נוסף על כך, הוסכם על תמורות נוספות מעבר למחיר המניה, כפי שנקבע בעסקה, אשר יינתן לאנשי מפתח בלבד ויפרש על פני תקופה של שלוש שנים (להלן: "התמורה הנוספת"). סכומים מותנים אלו שולמו לאנשי מפתח אלו בכפוף לכך שימשיכו

לעבוד בחברה לאורך תקופת ההתחייבות, אלא אם סיום הקשר הוא בנסיבות של מוות, סיום העסקה או פיטורים על ידי החברה ללא סיבה מוצדקת. במהלך תקופת ההתחייבות קיבלו אנשי המפתח משכורת רגילה ללא קשר לשחרור התמורה הנוספת.

3.2.3 בית המשפט קבע כי התמורה הנוספת הנה טובת הנאה שהתקבלה על ידי אנשי המפתח בזיקה ליחסי עובד מעביד על רקע היותם עובדים, ומשכך מדובר בהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה. נקבע, כי "גם אם התמורה הנוספת שולמה למערערים ללא קשר לעבודתם בפועל, יש לראות את התשלום כהכנסת עבודה מאחר שמתקיימת זיקה ישירה בין העסקתם על ידי חברת IBM לבין התמורה הנוספת".

3.2.4 בית המשפט לא הפריד במפורש בין שני הסכומים (עד מחיר המניה בעסקה ותשלומים, אשר שולמו מעבר למחיר המניה כאמור), וניתן היה להבין כי יש לסווג את הסכום הכולל, כטובת הנאה או תשלום ממעביד לעובד, אשר מהווה הכנסת עבודה.

### 3.3 היבטי המס החלים במקרה של שימוש במנגנון ה-Holdback

3.3.1 תמורת ה-Holdback המשתלמת למייסדים/עובדי מפתח, וזאת עד למחיר המניה, כפי שנקבע בעסקת הרכישה, תתחייב במס כרווח הון לכל דבר ועניין, וזאת בהתקיים כל התנאים הבאים:

א. מניות המייסדים/עובדי המפתח מסווגות כמכשירים הוניים (ולא כהתחייבות), כמניות רגילות, ואינן מסווגות כמניות בכורה או מניות נדחות או מניות הנהלה או מניות הניתנות לפדיון (למעט פדיון ללא תמורה או תמורת ערך נקוב). כמו כן, המניות זהות בזכויותיהן לשאר המניות מאותו סוג. וכן: המניות מקנות זכויות לדיבידנד, זכויות הצבעה וזכות להשתתף בנכסי החברה במקרה של פירוק. יודגש, כי מדובר במניות, אשר אילו היו נמכרות טרום קביעת מנגנון זה, היה הרווח ממכירתן מסווג כרווח הון.

ב. מניות המייסדים/עובדי המפתח הנמכרות במסגרת העסקה הוחזקו על ידם במשך תקופה של חצי שנה לפחות טרם יום חתימת העסקה.

ג. תמורת ה-Holdback אינה תגמול נוסף, אלא מהווה חלק בלתי נפרד מהתמורה עבור מניות החברה הנגזרת משווי החברה כפי שנקבע בין הצדדים לעסקה. יודגש, כי המחיר למניה שישולם למייסדים/עובדי המפתח בגין מניותיהם יהא זהה למחיר למניה שישולם לשאר בעלי המניות בחברה.

ד. המייסדים/עובדי המפתח מתקשרים בהסכם עבודה חדש, שייכנס לתוקף לכל המאוחר במועד השלמת העסקה, או לחילופין ממשיכים לעבוד תחת הסכם העבודה הקיים שלהם או הסכם עבודה מתוקן, לפיו יקבלו שכר ראוי (אשר לא יפחת ממשכורתם בחברה טרם העסקה), בתמורה לעבודתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה, לרבות במשך תקופת המגבלות (למעט אם פוטרו או התפטרו מעבודתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה או במקרה של נכות או מוות).

ה. החברה הרוכשת תייחס בדיווחי המס שלה את תשלום תמורת ה-Holdback כתשלום עבור מניות המוכרים במסגרת העסקה ולא כתשלום שכר בגין עבודתם. החברה הרוכשת לא תתבע הוצאה בישראל לצורכי מס, בגין תשלום תמורת ה-Holdback.

ו. המייסדים/עובדי המפתח ידווחו על מכירת מניותיהם בחברה לפקיד השומה וככל וכל התמורה בעסקה היא במזומן תשלום מקדמת המס בגין מלוא התמורה המיוחסת למייסדים/עובדי מפתח (לרבות חלקם בתמורת ה-Holdback). במקרה בו התמורה, כולה או חלקה, היא במניות ו/או זכויות אחרות של החברה הרוכשת, הרי שיחולו על תמורה זו הוראות סעיף קטן זה או הוראות חלק ה-1 לפקודה או חלק ה-2 לפקודה, לפי העניין.

ז. ככל שמי מהמייסדים/עובדי מפתח לא יקבל חלק מתמורת ה-Holdback, יהיה אותו מייסד/עובד מפתח רשאי לתקן את דיווחיו לשנת המס בו אירעה המכירה, והמס בגין אותו חלק מתמורת ה-Holdback, שלא השתלם למייסד/עובד מפתח בסופו של דבר, יושב לו כשהוא נושא ריבית

---

והפרשי הצמדה מתום אותה שנת מס ועד ליום ההחזר בהתאם להוראות הפקודה.

ח. למען הסר ספק, לא יותרו בידי החברה ו/או בעלי מניותיה ו/או המייסדים/עובדי המפתח כל הוצאות, לרבות שכ"ט מקצועי, בגין מנגנון ה-Holdback.

3.3.2 מובן, ככל והמחיר למניה שישולם למייסדים/עובדי מפתח יהא גבוה מהמחיר למניה לו זכאים בעלי המניות בחברה (למעט בשל ריבית או רווחים שנצמחו על תמורת ה-Holdback), ההפרש כאמור יתחייב במס כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה.