

## פרק 11

# רווח הון ממכירת נכסים שאינם ניירות ערך

נכתב ונערך על ידי יגאל מנשרוב, רו"ח וסמי יונה

## תוכן עניינים

### עמוד

11.1	כללי מקור.....
11.2	שיעור מס רווחי הון .....
11.2.1	שיעורי המס בידי יחיד .....
11.2.2	שיעורי המס בידי חברה .....
11.2.3	שיעור המס בגין מכירת מוניטין שלא שולם בעד רכישתו.....
11.2.4	שיעור המס בגין רווח הון הנצמח ממכירת מקרקעין בחו"ל.....
11.3	ביטול שיעורי מס היסטוריים .....
11.4	טבלת סיכום ביניים - שיעורי מס .....
11.5	רווח הון מהחלפת נכס בר פחת - סעיף 96 לפקודה .....
11.6	הפיכת הפסד הון להפסד עסקי - סעיף 27 לפקודה.....
11.7	פריסה ומקדמות רווח הון .....
11.8	מיסוי פעילות במטבעות וירטואליים (דוגמת ביטקוין) – טיוטת חוזר מס הכנסה מיום 11 בינואר 2017.....
11.9	"מכירה רעיונית" בנוגע לנכסיו של אדם שחדל להיות תושב ישראל .....
11.10	שינוי בהיקף הפטור ממס בגין רווח הון בידי תושב ישראל לראשונה, תושב חוזר ותיק ותושב חוזר .....
11.11	מתנה לתושב חוץ .....
11.12	העברת נכס למלאי עסקי.....
11.13	מוניטין - הגדרה והוראות נוספות .....
11.13.1	חבות המס בגין מכירת מוניטין.....
11.13.2	הוראות מס הכנסה .....
11.13.3	פסיקה .....
11.13.4	שיעור פחת למוניטין ששולם בעבורו.....
11.13.5	מוניטין כמרכיב במכירת זכות במקרקעין .....
11.14	מענק ששולם לעובד בגין שינוי מבני יסווג כהכנסת עבודה - ע"א 2640/11 פקיד שומה חיפה נגד חיים ניסים .....
11.15	סיווג תמורה ממכירת מניות בידי מייסדי החברה שמתחייבים להמשיך לעבוד בה - ע"מ 47255-01-14 חיים הלמן ואחרים נ' פקיד שומה תל אביב 4 .....

## תוכן עניינים (המשך)

### עמוד

11.16 החלטת מיסוי 4253/16 - תמורת Holdback בעסקת מכירת מניות החלטת מיסוי בהסכם .....	
11.17 מנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח - חוזר מס הכנסה מס' 5/2017.	

### בהקשר זה ראה גם:

8.2 הכנסה חייבת מעסק של שותף מוגבל - כרווח הון .....	
9.16 דיווח ומקדמות מס על רווח הון - סעיף 91(ד) לפקודה .....	
פרק 12 - רווח הון מניירות ערך .....	
פרק 14 - קיזוז הפסדים .....	

## 11. רווח הון ממכירת נכסים שאינם ניירות ערך

### 11.1 כללי מקור

תושב ישראל, הן יחיד והן חברה, חייב במס על רווח הון אשר נצמח או הופק על ידו בישראל או מחוץ לישראל. תושב חוץ חייב במס על רווח הון שנצמח או שהופק בישראל בלבד, בכפוף להוראות האמנה למניעת כפל מס הרלוונטית במידה וקיימת.

לעניין זה, יראו רווח הון "נצמח או כמופק" בישראל אם התקיים אחד מאלה:

1. הנכס הנמכר נמצא בישראל.
2. הנכס הנמכר נמצא מחוץ לישראל והוא אחד מאלה:
  - בעיקרו, זכות, במישרין או בעקיפין, לנכס או למלאי הנמצא בישראל.
  - זכות בעקיפין לזכות במקרקעין או לנכס באיגוד מקרקעין הנמצא בישראל (להלן: "הרכוש").

לעניין זה, חלק רווח ההון שיחוייב במס בישראל יהיה אותו חלק מהתמורה הנובע מהרכוש הנמצא בישראל.

3. הנכס הנמכר הינו מניה או זכות למניה בחבר-בני-אדם תושב ישראל.
  4. הנכס הנמכר הינו זכות בחבר-בני-אדם תושב חוץ, שהוא בעיקרו בעל זכות, במישרין או בעקיפין, לרכוש הנמצא בישראל. לעניין זה, חלק רווח ההון אשר יחוייב במס בישראל יהיה אותו חלק מהתמורה הנובע מהרכוש הנמצא בישראל.
- נציין כי לעניין רווח הון ממכירת ניירות ערך (נסחרים ולא נסחרים) יחולו הוראות מיוחדות. בהקשר זה ראה את התייחסותנו בפרק 12 למדריך המס.
- כמו כן, לעניין חישוב רווח הון בגין נכסים אשר שוערכו לצורך חלוקת דיבידנד ראה סעיף 13.1.9 למדריך המס.

### 11.2 שיעור מס רווחי הון

#### 11.2.1 שיעורי המס בידי יחיד

##### תיקון 147 לפקודה

תיקון 147 לפקודה, אשר ביצע שינוי בבסיס המס, ביצע אף מספר שינויים בשיעורי המס המוטלים על רווח הון ריאלי כפי שהיו קיימים עד אז במטרה להביא להאחדת שיעורי המס שמוטלים על רווחי הון והכנסות פיננסיות. ככלל, נקבע בתיקון 147 לפקודה כי שיעור המס שיחול על רווח הון ריאלי בידי יחיד לא יעלה על 20% ושיעור המס שיחול על רווח הון ריאלי בידי חברה יהיה שיעור מס חברות (יחד עם זאת ובהוראת שעה מיוחדת נקבע כי בין השנים 2006 - 2009 חברה תהיה חייבת במס על רווח הון ריאלי בשיעור של 25%).

יודגש כי תחולתו של תיקון 147 לפקודה הינו על מכירות של נכסים שבוצעו החל מ-1 בינואר 2006 אולם, יחד עם זאת, הפחתת המס במסגרת תיקון 147 לשיעור של 20% בידי יחידים, הינה הפחתה רטרואקטיבית, כלומר לעניין החישוב הלינארי, לא יערך פיצול של רווח ההון עד לתאריך 31 בדצמבר 2005 שימוסה בשיעור של 25% (כפי שחל עד ליום 31 בדצמבר 2005) ומס בשיעור של 20% החל מה-1 בינואר 2006, כי אם אופן החישוב יעשה כך שבגין הרווח הנצמח מה-1 בינואר 2003, יחול שיעור המס שנקבע בתיקון 147, קרי - 20%.

בהקשר זה, יצויין כי בספטמבר 2006 פורסם פסק דין בעניין אופן חלוקת השבח הריאלי במכירת זכות במקרקעין (ו"ע 5002/05 אלברט פוליטי נ' מנהל מיסוי מקרקעין). ועדת הערר קבעה כי בכדי להגשים את מטרת החוק יש לאפשר למוכר המקרקעין להוכיח עובדתית את מועד היווצרות השבח הריאלי. לפיכך במידה והמוכר יוכל להוכיח (כפי שקרה במקרה הנדון) כי הרווח נצמח לאחר יום "החתך" (במקרה של מכירת זכות במקרקעין לאחר 7 בנובמבר 2001) הרי שרווח זה יחוייב במס מופחת של 25% (או 20%) על פי העניין ולא ייעשה שימוש בברירת המחל "הלינארית".

רשויות המס ערערו בעניין זה לבית המשפט העליון וביום 28 במאי 2008 ניתנה החלטת בית המשפט העליון במסגרתה נקבע כי על אף שלעיתים הנוסחה הלינארית נוגדת את מטרת החקיקה, אין לסטות מנוסחה זו. במקרה זה בחר המחוקק לתת עדיפות לתכלית הפשוטה והיעילות על פני תכליות אחרות, שעמדו אף הן לנגד עיניו. ביחס למתן האפשרות למוכר לפצל את השבח באמצעות הערכת שמאי, קובע בית המשפט כי שימוש בהערכות שווי שיבוצעו בעוד עשרות שנים וינסו לבחון לאחור מהו השבח שצמח בפועל עד ליום הקובע (7 בנובמבר 2001) ומהו השבח שצמח אחריו, אינו עולה בקנה אחד עם הרצון להפחית בהתדיינות ועם תכליות של יעילות, ודאות ופשוטות שאליהן כיוון המחוקק בקובעו את הנוסחה הלינארית. ערעור המדינה התקבל.

בנוסף, יצויין כי במאי 2013 פורסם פסק דין בעניין דומה (ע"א 1301/08 בילינקיס ואח' נ' פקיד שומה תל אביב 1) במסגרתו נידונה, בין היתר, השאלה האם הלכת פוליטי חלה גם על רווח הון או רק ביחס למס שבח. בית המשפט דחה את הערעור וקבע כי הלכת פוליטי תקפה לא רק לעניין "פיצול" השבח ממכירת מקרקעין אלא גם לעניין "פיצול" רווח הון.

##### תיקון 187 לפקודה

במסגרת תיקון 187 לפקודה נקבע כי החל מיום 1 בינואר 2012 (להלן: "יום השינוי"), שיעור המס שיחול על הכנסות מרווח הון בידי יחיד יהיה בגובה של 25% (חלף 20%). יודגש כי שיעור המס על רווח הון ריאלי החל על חברה נותר בהתאם לשיעור מס החברות (24% בשנת המס 2017). בעת מכירת נכסים אשר נרכשו לפני יום השינוי, ייערך חישוב ליניארי לצורך קביעת שיעור המס שיחול על רווח ההון ואשר יביא בחשבון תקופות החזקה בנכס שבהן חל שיעור מס שונה כדלקמן: חלק רווח ההון המשוייך לתקופה שעד ליום 1.1.2003 (להלן: "המועד הקובע"), יחוייב לפי שיעור מס שולי החל על המוכר במועד המכירה.

חלק רווח ההון המשוייך לתקופה שבין המועד הקובע ועד ה-31.12.2011 (להלן: "מועד השינוי"), יחוייב בשיעור מס של 20%.

חלק רווח ההון המשוייך לתקופה שממועד השינוי ועד ליום המכירה, יחוייב בשיעור מס של 25%. עוד יצוין בהקשר זה כי החל מיום 1 בינואר 2013 יחיד אשר הכנסתו החייבת בשנת המס עלתה על 640,000 ש"ח (נכון לשנת 2017) יחול מס נוסף על חלק הכנסתו כאמור בשיעור של 23% (להלן: "מס יסף") (יצוין, כי שיעור המס ייסף עד וכולל שנת 2016 עמד על 2%). לעניין זה "הכנסה חייבת" – הכנסה ממקורות סעיפים 2-3 לפקודה, הכנסה כמשמעותה בסעיף 89 לפקודה (רווחי הון) וכן הכנסה משבח כמשמעותו בחוק מיסוי מקרקעין ואולם לגבי מכירת זכות במקרקעין בדירת מגורים כהגדרתה בחוק כאמור – רק אם שווי מכירתה עולה על 4 מיליון ש"ח והמכירה אינה פטורה ממס לפי כל דין.

### **11.2.2 שיעורי המס בידי חברה**

שיעור המס בגין רווח הון בידי חברה הינו בגובה מס החברות החל במועד המכירה וזאת למעט המכירות אשר בוצעו בין השנים 2006 ל-2009 אשר לגביהן נקבע במסגרת הוראת שעה כי שיעור המס שיחול יהיה בגובה של 25%. בהקשר זה מן הראוי לציין כי תיקון 187 לפקודה לא ביצע שינוי בשיעור המס אשר יחול על רווחי הון שייצמחו בידי חברה.

### **11.2.3 שיעור המס בגין מכירת מוניטין שלא שולם בעד רכישתו**

במיסוי רווח הון הנובע ממכירת מוניטין שנצמח בעסק (שלא שולם בעד רכישתו), לא יחול כל פיצול לפני ואחרי ה-1 בינואר 2003.

בהתאם בגין רווח הון הנצמח ממכירת מוניטין שלא שולם בעד רכישתו שתבצע החל מיום 1 בינואר 2006 ועד ליום 31 בדצמבר 2011 תחוייב במס בשיעורים הקבועים כלהלן:

1. מכירת מוניטין בידי יחידים - מס בשיעור של 20% (חלף מס בשיעור של 25% בגין מכירות שבוצעו עד 31 בדצמבר 2005).
2. במכירת מוניטין בידי חברות - מס בשיעור של 25% בשנים 2006 עד 2009 ומס חברות משנת 2010 ואילך.

מאידך רווח הון הנצמח ממכירת מוניטין שלא שולם בעד רכישתו אשר תבוצע מיום 1 בינואר 2012 ואילך יחוייב במס בשיעור הקבוע כלהלן:

- א. מכירת מוניטין בידי יחידים - מס בשיעור של 25%;
- ב. מכירת מוניטין בידי חברות - מס חברות (24% בשנת המס 2017).

### **11.2.4 שיעור המס בגין רווח הון הנצמח ממכירת מקרקעין בחו"ל**

ככלל, על מכירת מקרקעין בחו"ל ומניות של חברות שהן "איגודי מקרקעין" בחו"ל, יחולו שיעורי המס שפורטו לעיל.

### **11.3 ביטול שיעורי מס היסטוריים**

החל משנת המס 2005 במכירת נכסים אשר נרכשו עד וכולל שנת המס 1960, היתווספו לשיעור המס ההיסטורי (בין 12% לבין 24%, כתלות בשנת הרכישה) 1% לכל שנת מס או חלק ממנה, ובלבד ששיעור המס על הרווח הריאלי לא יעלה על שיעורי המס כפי שקבועים בסעיף 91 לפקודה (25% או 30% בידי יחיד בהתאם לזהותו כבעל מניות מהותי או לאו או מס חברות (24% בשנת המס 2017) בידי חבר-בני-אדם).

במסגרת תיקון 187 לפקודה, נקבע כהוראת שעה כי בגין מכירה של נכסים כאמור שיבצע יחיד בין השנים 2012 ועד 2014 ששיעור המס שלו בשנת 2012 בהתאם להוראות האמורות עלה על הוראות סעיף 91(ב)(1) ו-2 לפקודה טרם תיקון 187 לפקודה (20%; להלן: "השיעור המוגבל") ולולא תיקון 187 לפקודה שיעור המס שלו היה נקבע לפי שיעורי מס אלה כתקרה מרבית, אזי רווח ההון שלו יחוייב בשיעור של 20% בתוספת של השיעורים המפורטים להלן עד להגעה לתקרה מרבית לפי שיעורי המס הקבועים בסעיפים 91(ב)(1) או 91(ב)(2) לפקודה כנוסחם לאחר תיקון 187 לפקודה (להלן: "הוראת הקבע"):

- א. בשנת המס 2012 - 1%;
- ב. בשנת המס 2013 - 2% נוסף על השיעור האמור בסעיף (א) לעיל (סה"כ 3%);

ג. בשנת המס 2014 - 2% נוסף על השיעור האמור בסעיפים (א) ו-(ב) לעיל (סה"כ 5%). כך למשל על רווח שנצמח בידי יחיד ממכירה של נכס אשר רכש בשנת המס 1951 אמור היה לחול, בהתאם להוראות הרגילות של הסעיף שיעור מס של 23%. השיעור המוגבל אשר היה אמור לחול על אותו היחיד הינו 20%.

בהתאם להוראות הסעיף כנוסחו בהוראת השעה שיעור המס בגין מכירת הנכס ייקבע בהתאם לשנת המכירה: בשנת 2012 - 21%; בשנת 2013 - 23% ובשנת 2014 - 25%.

### 11.4 טבלת סיכום ביניים - שיעורי מס

להלן טבלה המסכמת את שיעורי המס שיחולו על רווח ההון הריאלי לאור הוראות תיקונים 147 ו-187 לפקודה, כפי שיחולו ביחס למכירות שיבוצעו החל מ- 1 בינואר 2012:

חברה <sup>(1)</sup>	יחיד	סוג הנכס	יום הרכישה
מס חברות <sup>(4)</sup>	בגין חלק רווח ההון עד וכולל 31.12.2002 - <b>המס השולי החל במועד המכירה</b>	נכס (למעט ני"ע ולמעט מוניטין שלא שולם בעדו)	הנכס נרכש לפני 1.1.2012 <sup>(2)</sup>
	בגין חלק רווח ההון מ- 1.1.2003 ועד וכולל 31.12.2011 - <b>20%</b>	מוניטין שלא שולם בעד רכישתו	
מס חברות <sup>(4)</sup>	יתרה - <b>25%</b> <sup>(3)</sup>		
מס חברות <sup>(4)</sup>	<b>25%</b> <sup>(3)</sup>	נכס (למעט ני"ע) לרבות מוניטין שלא שולם בעדו	הנכס נרכש אחרי 1.1.2012

- (1) לעניין הוראות השעה בקשר עם מכירות שבוצעו על ידי חבר בני אדם בין השנים 2006-2009 ראה פרק 11 למדריך המס לשנת 2012.
- (2) ביחס לנכסים שנרכשו עד וכולל שנת המס 1960 ראה סעיף 11.3 לעיל.
- (3) יושם אל לב כי החל מיום 1 בינואר 2013 יחיד אשר הכנסתו החייבת בשנת המס עלתה על 640,000 ש"ח (נכון לשנת 2017) יחול מס נוסף על חלק הכנסתו כאמור בשיעור של 23% (להלן: "מס יסף") (יצוין, כי שיעור המס ייסף עד וכולל שנת 2016 עמד על 2%).
- (4) שיעור מס החברות הקבוע בסעיף 126 לפקודה (24% בשנת 2017).

### 11.5 רווח הון מהחלפת נכס בר פחת - סעיף 96 לפקודה

חלק ה' לפקודה מטיל מס על רווח הון אשר נובע לנישום ממכירת "נכס" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה. סעיף 96 לפקודה מאפשר דחיית תשלום המס על רווח ההון, כולו או חלקו, בהתמלא התנאים המפורטים להלן:

- (1) הנכס הנמכר הוא **נכס בר פחת** אשר נמצא בבעלות הנישום;
  - (2) הנכס החדש הוא לחילוף הנכס שנמכר;
  - (3) הרכישה של הנכס החדש התבצעה תוך תקופה של 4 חודשים לפני מכירת הנכס הישן ועד 12 חודשים לאחר יום המכירה;
  - (4) הנכס החדש נרכש במחיר העולה על המחיר המקורי המופחת של הנכס שנמכר.
- הסעיף קובע כי אותו חלק מרווח ההון הנדחה יופחת מהמחיר המקורי של הנכס המחליף, הן לעניין תביעת הפחת והן בעתיד לעניין חישוב רווח ההון ממכירתו.
- בכדי למנוע מצב בו ייהנה הנישום ממכירת הנכס המוחלף (**שנרכש לפני 1 בינואר 2003**) מהפחתת רווח הון החייב בשיעורי מס גבוהים, ובעת מכירת הנכס המחליף מהגדלת רווח ההון החייב בשיעורי מס נמוכים, הוספה הוראה הקובעת כי על הסכום שהוקטן מהמחיר המקורי של הנכס המחליף והשווה לחלק רווח ההון שרואים אותו כנצבר עד ליום 1 בינואר 2003 (בשיטה הלינארית - ראה סעיף 11.2 לעיל), יחול שיעור מס חברות או שיעור מס שולי, לפי העניין. על פי חוזר מס הכנסה מס'

**23/2002**, יש לייחס תחילה את רווח ההון הנובע מהנכס המחליף לחלק רווח ההון שנצבר לפני 1 בינואר 2003.

ההצדקה הכלכלית לקיומו של סעיף 96 לפקודה היא בכך שהוא בא לענות על צורכם של מפעלים ועסקים לחדש את ציודם לשם קיומם ופעילותם. בכך ניתנת אפשרות למפעלים להחליף נכסים מבלי לשלם מס על הרווח הריאלי, כלומר מבלי לפגוע בהון העצמי המושקע בנכסים כאמור. נציין, כי שאלת המשמעות של המושג "חילוף נכסים" לא נידונה עדיין בבית המשפט העליון.

בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים, ניתן להבחין במספר גישות:  
**בפס"ד אהרון יוסף (עמ"ה 8/84)** שם הוחלפה משאית במונית. בית המשפט קבע, כי די בכך ששני הנכסים הם ברי פחת ושניהם משמשים לאותו נישום לשימוש בעסק. אין צורך שהנכס שנמכר והנכס שנרכש ישמשו **לאותה מטרה או לאותו עסק**.

**בפס"ד אריה שלום (עמ"ה 313/64)** בית המשפט בחן את הנכסים לא מבחינת מהותם אלא מבחינת השימוש שעשה הנישום בשניהם בעסק. בית המשפט העניק למונח "מטרה" פרשנות רחבה. מטרה אינה הפונקציה הספציפית-קונקרטית לה שימש הנכס שנמכר, אלא מובנה רחב יותר. המטרה נבחנת לאור השימוש בנכסים מוחלפים בעסק בכללותו. די שהנכס המחליף משמש באותו עסק, על מנת שהסעיף הנדון יחול.

**בהילכת באומל (עמ"ה 7/77)** נקבע שהנכס הנרכש והנמכר חייבים לשמש בבחינת מהותם לאותה מטרה.

**בפס"ד אמות השקעות בע"מ נגד פקיד השומה למפעלים גדולים (עמ"ה 12214/12)** המערערת מכרה שלושה נכסי נדל"ן באנגליה שבגינם נצמח לה רווח הון, לאחר מכן יצרה המערערת נאמנות זרה בקנדה המחזיקה במניות חברה קנדית, אשר רכשה שני נכסי נדל"ן מניב בקנדה. המערערת ביקשה להחיל את הוראות סעיף 96 לפקודה במכירת נכסי הנדל"ן בקנדה על ידי ביחס לרכישת שני נכסי הנדל"ן המניב בקנדה באמצעות הנאמנות הזרה. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי כבוד השופט מגן אלטוביה, קבע כי לא קיימת זהות בין בעלי המניות החברה המערערת לבין בעלי המניות של הנאמנות הזרה שרכשה את הנדל"ן בקנדה, שכן כל אחת הינה בעלת אישיות משפטית בפני עצמה ולפיכך לא ניתן לשייך את הנכסים בקנדה שנרכשו על ידי הנאמנות הזרה, כנכסים שנרכשו על ידי המערערת. בנוסף מציין בית המשפט, כי מתוך היגיון הוראות סעיף 96 לפקודה, סעיף זה אינו חל על נכסים שאינם ברי פחת ולכן, המערערת אינה באה בגדרו של סעיף 96 לפקודה בהתאם למקרה הנדון.

**בפס"ד אלדן תחבורה בע"מ נגד פקיד השומה למפעלים גדולים (ע"מ 213/05)** המערערת התייחסה לכלי הרכב בבעלותה, אותם השכירה לפרקי זמן קצרים ובתנאי לסינג, כרכוש קבוע, בגינם תבעה הוצאות פחת ובמקביל על הרווחים ממכירת כלי הרכב ששימשו להשכרה בתנאי לסינג דיווחה המערערת כרווח הון עליו החילה את הוראות סעיף 96 לפקודה. מנגד טען המשיב כי פעילות מכירת הרכבים בחברה מגיע לכדי עסק וממילא לא ניתן להחיל את הוראות סעיף 96 לפקודה. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מפי השופט מגן אלטוביה קבע כי על פי נתוני המקרה בו המערערת עסקה במשך שנים במכירת כלי רכב לאחר תקופה בה הושכרו הרכבים ונכללו במסגרת הכנסותיה מעסק, לצורך מכירתם התרחש בפועל שינוי ייעוד של כלי הרכב מרכוש קבוע למלאי עסקי לפי סעיף 100 לפקודה וכפועל יוצא מכך לא ניתן לדרוש בגין נכסים אלו החלת הוראות סעיף 96 לפקודה.

#### **תיקון 197**

במסגרת תיקון 197 לפקודה, אשר פורסם ברשומות ביום 5 באוגוסט 2013, נקבע כי הוראות סעיף 96 לפקודה לא יחולו לגבי רווח הון ממכירת נכס שמשתייך לקבוצת אחד מהנכסים המפורטים להלן:

1. **כלי רכב מנועי פרטי, ששימש את המוכר לצורך החכרה או השכרה** – בכדי למנוע את דחיית רווח ההון בגין חילוף כלי רכב מנועי פרטי ששימש לצורכי חכירה או השכרה, זאת הואיל והשימוש בסעיף 96 לפקודה לחילוף רכבי השכרה או החכרה נעשה לרוב לצורך החלפת ציי רכבים שלם, אשר מכירתם מהווה למעשה מלאי נמכר, שלא לשם כך נועד הסעיף.
2. **לעניין זה, נבקש לציין כי בפסקי הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב' ע"מ 11-05-213 אלדן תחבורה בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים וע"מ 12-04-16748 קרדן רכב בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים** קבע כבוד השופט מגן אלטוביה כי פעילות מכירת הרכבים בחברה מגיעה לכדי עסק, לכן ממילא לא ניתן להחיל את הוראות סעיף 96 במקרים אלו.
3. **זכות מקרקעין מחוץ לישראל** – הואיל וסעיף 96 לפקודה לא נועד לעודד חילוף מקרקעין בישראל ולא מחוצה לה, וודאי שלא נכתב על מנת להיטיב עם עסקאות חלוף קרקעות מחוץ לישראל לעומת חילוף קרקעות בישראל שאינם זכאים להטבת החילוף לפי חוק מיסוי מקרקעין.
4. **נכס שנמכר במכירה רעיונית אגב חלוקת נכסי שערוד** - במסגרת תיקון 197 לפקודה נקבע כי כאשר חברה מחלקת רווחי שיערוך לבעלי המניות, יראו את הנכס שבגינו נרשמו רווחי השערוד

בדוחות הכספיים של החברה המחלקת כאילו נמכר ביום החלוקה (להרחבה בעניין זה ראה סעיף 13.1.9 למדריך המס) ולפיכך, בגין עסקאות כאמור לא יחולו הוראות סעיף 96 לפקודה. יצויין, כי הוראות תחולת התיקון האמור הינם מיום 1 באוגוסט 2013.

### 11.6 הפיכת הפסד הון להפסד עסקי - סעיף 27 לפקודה

על פי סעיף 27 לפקודה יש אפשרות להתיר ניכוי בעד חילוף מכונות וציוד המשמשים או ששימשו באותו עסק או במשלח יד. משמעות הדבר - כאשר יש הפסד הון לגבי ציוד או מכונות כאמור, ניתן לתבוע את ההפסד ממכירתם בניכוי מההכנסה הפירונית, ומנגד יקטן סכום הפסד ההון הניתן לקיזוז. יודגש כי ניכוי זה מותר רק בעסק או במשלח יד.

על פי הוראות הסעיף, הנישום זכאי לניכוי כאמור כאשר הוא מחליף מכונות או ציוד המשמשים לו בעסק או במשלח יד, פרט לרכב מנועי פרטי. הניכוי יהיה הנמוך מבין שני הסכומים הבאים:

(1) ההוצאות שהוצאו לרכישת המכונות והציוד הישנים (עלות) פחות סך כל הפחת שנוכה בעדם ופחות הסכום שנתקבל תמורתם;

(2) המחיר המקורי של הנכס החדש שנרכש להחלפת הנכס הישן.

### 11.7 פריסה ומקדמות רווח הון

1. סעיף 91(ה) לפקודה קובע כי ניתן לפרוס רווח הון לתקופה שאינה עולה על תקופת

הבעלות בנכס כמפורט להלן או על תקופה של ארבע שנים המסתיימת בשנת המס בה נבע הרווח, הקצרה מביניהן. חישוב המס יעשה בהתחשב בשיעור המס החל על רווח ההון ובהתחשב בשיעורי המס החלים על כלל הכנסתו החייבת של הנישום וביתרת נקודות הזיכוי להן זכאי הנישום בכל אחת משנות המס בתקופת הפריסה.

(המילים המודגשות הוספו בתיקון 145 לפקודה מיום 1 באפריל 2005 – פ.ק.).

לעניין זה, "תקופת הבעלות בנכס" – התקופה המתחילה בתחילת שנת המס שלאחר שנת המס שבה הגיע הנכס לידי הנישום וסיומה בתום שנת המס שבה נמכר הנכס.

עם זאת, במכירת נכס שיום רכישתו קדם ליום 1 בינואר 2003, או במכירת זכות במקרקעין או בפעולה באיגוד מקרקעין, כשיום הרכישה של הזכות במקרקעין או הזכות באיגוד מקרקעין חל לפני 7 בנובמבר 2001, יחולו ההוראות האמורות לעיל בשינויים הבאים:

א. רווח ההון הריאלי או השבח יחושבו כפי שהיו מחושבים אילו לא הגיש הנישום בקשה לפריסה.

ב. חישוב המס יעשה בהתחשב בשיעורי המס החלים על רווח ההון או השבח וכן בהתחשב בשיעורי המס החלים על כלל הכנסתו החייבת של הנישום וביתרת נקודות הזיכוי שלהן הוא זכאי.

משמעות הדברים הינה כי הפריסה של רווח ההון הריאלי תיערך לאחר פיצול רווח ההון הריאלי ל"רווח הון ריאלי עד המועד הקובע", ל"רווח הון ריאלי מן המועד הקובע ועד למועד השינוי" ול"יתרת רווח ההון הריאלי", כאשר לכל שנת מס משנות הפריסה ייוחס חלק יחסי שווה הן מ"רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע", "רווח הון ריאלי מן המועד הקובע ועד למועד השינוי" והן מ"יתרת רווח ההון הריאלי". לעניין ניירות ערך, ראה התייחסות בפרק 12 למדריך המס.

2. במסגרת תיקון 147 לפקודה, נקבעו הוראות חדשות בנוגע לדיווח על רווח ההון כפי שיפורטו להלן:

א. במכירת נכס יגיש המוכר לפקיד השומה, תוך 30 ימים מיום המכירה, דוח שיפרט

את חישוב רווח ההון או הפסד ההון וחישוב המס החל במכירה וישלם מקדמה בסכום המס החל על הרווח.

ב. לא הוגש דוח כאמור ופקיד השומה סבור כי אדם מכר נכס והוא חייב בגין המכירה בתשלום מקדמה, רשאי הוא לדרוש הגשת הדוח ותשלום המקדמה בתוך 7 ימים מיום הדרישה, ואם לא נענה, רשאי הוא לקבוע את המחיר המקורי של הנכס הנמכר, את התמורה שהתקבלה ואת סכום המקדמה בו חייב המוכר בשל רווח ההון. במקרה זה תשולם המקדמה בתוך 7 ימים מיום שהומצאה הקביעה למוכר.

ג. במידה ויש לפקיד השומה טעם סביר להניח כי המקדמה שעל המוכר לשלם בגין רווח ההון עולה ב-20% לפחות על סכום המקדמה שפורט בדוח שהוגש, רשאי הוא לדרוש להגדיל את סכום המקדמה בגובה ההפרש הצפוי. במקרה זה ישולם ההפרש בתוך 30 ימים, מיום שניתנה החלטתו של פקיד השומה.

ד. דין החלטה כאמור בפסקאות ב' ו-ג', לעניין השגה וערעור, כדין שומה לפי סעיף 145(ב) לפקודה, אולם השגה על החלטה לפי פסקה ב' תוגש רק בדרך של הגשת דוח כאמור בפסקה א'.

ה. פקיד השומה רשאי, אם ניתנה לו סיבה מספקת לכך, להאריך את המועד לתשלום המקדמה, וכן הוא רשאי לדחות את תשלום המס או להקטין את סכום המקדמה

- אם ראה שיש טעם סביר לכך שלא יחול מס על רווח ההון או שהמס שיחול יהיה בסכום אחר.
- ו. סכום שנוכה לפי סעיפים 93(ב4), 164 ו-170 לפקודה בשל רווח הון, יראוהו כתשלום על חשבון המקדמה שהנישום חייב בה והוא יהא זכאי לקיזוז מהמקדמה ובלבד שיש בידו אישור בכתב בדבר הניכוי.
  - ז. לעניין ניירות ערך, ראה התייחסות בפרק 12 למדריך המס.
3. אי תשלום המקדמה במועד או תשלום מקדמה בסכום הנמוך מהמס המתחייב בגין רווח ההון, יתחייב בתשלום הפרשי הצמדה וריבית מתום 30 הימים האמורים ועד ליום התשלום.
  4. במסגרת סעיף 91(ד3)א לפקודה נקבע כי במקרה והמס שנתחייב בו הנישום לפי חוק מס שבח נמוך מהמס שחייב בו הנישום לפי הפקודה, ישולם ההפרש בתוספת ריבית והפרשי הצמדה לפי סעיף 159א(א) לפקודה מתום התקופה הקבועה לתשלום על פי הפרק התשיעי לחוק מס שבח ועד ליום תשלום ההפרש.
- עוד נקבע, כי סעיף 91(ד5)א לפקודה יחול גם על מקדמת מס ששולמה לפי סעיף 48 לחוק מס שבח, דהיינו, אם יסתבר כי הנישום שילם מקדמה במס שבח יתר על הסכום שהוא חייב בו על פי שומת מס הכנסה, יוחזר לו תשלום המס ששילם ביתר, על פי הוראות סעיף 159א(ב) לפקודה בתוספת הפרשי הצמדה וריבית, כמשמעותם בסעיף 159א(א) לפקודה, מיום התשלום ועד יום החזור.

## 11.8 מיסוי פעילות במטבעות וירטואליים (דוגמת ביטקוין) - טיוטת חוזר מס הכנסה מיום 11 בינואר 2017

ביום 11 בינואר 2017 פרסמה רשות המיסים טיוטת חוזר מקצועי, הנתון לשינויים, שעניינו בעמדת רשות המיסים ביחס למיסוי פעילות במטבעות וירטואליים. להלן יובאו עיקרי החוזר:

1. **מטבע וירטואלי רקע כללי**  
 בשנים האחרונות, כחלק מהתפתחות של המסחר המתבצע באמצעים אלקטרוניים, החל להתרחב מסחר באמצעות 'מטבעות וירטואליים' כדוגמת הביטקוין (Bitcoin), לייטקוין (Litecoin) ועוד.  
 'מטבע וירטואלי' הוא יחידה דיגיטלית ממוחשבת בעלת ערך, המשמשת לצורך סחר חליפין ו/או יחידה של חשבון וירטואלי. מטבעות וירטואליים ממלאים את התפקידים האמורים בהסכמת קהילת המשתמשים בהם. 'מטבע וירטואלי' יכול לשמש לתשלום עבור סחורות ו/או שירותים ו/או להמרה למטבעות אחרים, וכן יכול לשמש לצורך השקעה. שימושים אלו בקרב קהילת המשתמשים במטבע וירטואלי הביאו לכנות את היחידות הדיגיטליות בשם 'מטבע'.
2. **האם 'מטבע וירטואלי' הוא מטבע?**
  - 2.1. לקביעה האם 'מטבע וירטואלי' הינו 'מטבע' או 'נכס' אחר עשויה להיות השפעה לעניין מיסוי ההכנסות הנובעות משינויים בערכו.  
 כך לדוגמה, הגדרת 'הפרשי הצמדה' בסעיף 1 לפקודה כוללת לעניין פטור ממס - הצמדה לשער מטבע. סעיף 9(13) לפקודה מעניק פטור ממס על הפרשי הצמדה שקיבל יחיד. לפיכך, אם יסווג 'המטבע הוירטואלי' כ'מטבע לעניין הפקודה, הרי שהרווח משינויי ערכו יסווג כהפרשי הצמדה והרווח יהיה פטור ממס בידי יחיד. באם 'המטבע הוירטואלי' יסווג כנכס לעניין פקודת מס הכנסה הוא יתחייב במס בהתאם לכללים החלים בעת מכירת נכס.
  - 2.2. בפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה" או "פקודת מס הכנסה") אין הגדרה למונחים מטבע ו - מטבע חוץ. הגדרת מונחים אלו לעניין פקודת מס הכנסה תיגזר מהדין הכללי, קרי, מהגדרתם בחוק בנק ישראל, תש"ע - 2010 (להלן: "חוק בנק ישראל"), כדלקמן:
    - 2.2.1. מטבע" בהתאם להגדרתו בחוק בנק ישראל הוא השקל החדש<sup>1</sup>. מעבר לכך יצוין, כי חוק בנק ישראל מסמיך את בנק ישראל להנפיק את המטבע הרשמי של המדינה וקובע כי המטבע שיוציא בנק ישראל יהווה הילך חוקי בישראל<sup>2</sup>.
    - 2.2.2. "מטבע חוץ" בהתאם להגדרתו בחוק בנק ישראל, הינו "שטרי כסף או מעות

<sup>1</sup> ראו סעיף 1 לחוק בנק ישראל, וכן סעיף 1 לחוק מטבע השקל החדש, תשמ"ה - 1985.

<sup>2</sup> ראו סעיף 1 לחוק בנק ישראל.



שהם הילך חוקי במדינת חוץ ואינם הילך חוקי בישראל". משמע, כי ההגדרה מתייחסת רק ל"שטרי כסף ומעות", כלומר לדברים מוחשיים בלבד, ובנוסף היא מתייחסת רק לשטר או מעה שהם הילך חוקי במדינה כלשהי מחוץ לישראל. התנאים הינם תנאים מצטברים.

2.3. מטבעות ווירטואליים (כדוגמת הביטקוין) אינם נכסים מוחשיים ובנוסף אין להם מעמד של הילך חוקי באף מדינה. מהאמור עולה כי 'מטבעות וירטואליים' אינם מהווים "מטבע" או "מטבע חוץ" לעניין חוק בנק ישראל ומשכך גם לעניין פקודת מס הכנסה.

### 3. השלכות המס הנובעות מפעילות ב'מטבע וירטואלי'

#### 3.1. מס הכנסה

3.1.1. הגדרת "נכס" בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה כוללת בין היתר כל רכוש, בין אם מדובר בנכס מוחשי ובין אם מדובר בנכס לא מוחשי. 'מטבעות וירטואליים' מהווים רכוש של האדם המחזיק בהם, ומשכך הם נכללים באופן עקרוני בהגדרת "נכס" בסעיף 88 לפקודה. לעניין זה יובהר כי 'מטבעות וירטואליים' אינם נכללים בהגדרת המונח נייר ערך כמשמעותו בחוק ניירות ערך, תשכ"ח - 1968, או כמשמעותו בפקודת מס הכנסה.

3.1.2. מכירת 'מטבע וירטואלי' תמוסה כמכירת "נכס" בהתאם לחלק ה' לפקודת מס הכנסה, תסווג כהכנסה הונית ותחויב במס ריווח הון בהתאם לשיעורי המס הקבועים בסעיף 91 לפקודה. בהתאם לכך, במכירת 'מטבע וירטואלי', יגיש המוכר לפקיד השומה, בתוך 30 ימים מיום המכירה, דוח בטופס 1399, שיפרט את חישוב רווח/הפסד ההון שנבע לו וחישוב המס החל במכירה כאמור, וישלם מקדמה בסכום המס החל על הרווח לפי סעיף 91(ד) לפקודה. המוכר יצרף לדיווח מסמכים להוכחה כי ההכנסות המדווחות הם ממכירת 'מטבע וירטואלי' ככול שנדרש להנחת דעתו של פקיד השומה.

3.1.3. יחד עם זאת, אדם אשר הכנסותיו 'ממטבעות וירטואליים' עולות לכדי עסק יסווגו הכנסותיו כהכנסה מעסק או משלח יד ויחולו עליה שיעורי המס על פי סעיפים 121 או 126 לפקודה. סיווג ההכנסות ייקבע בהתאם למבחני עסק כפי שנקבעו בפסיקה. יובהר כי אדם העוסק בשיווק ובמכירת "מטבע וירטואלי" הכנסותיו יסווגו כהכנסות פירותיות.

3.1.4. 'מטבעות וירטואליים' יכולים להגיע לרשותו של אדם בעקבות פעילות כריה. כריה הינה פעילות המתבצעת באמצעות העמדת כוח מחשוב אשר תמורתה משולמים מטבעות וירטואליים. במקרים אלו פעילות הכרייה יכולה להוות סממן לקיומו של עסק. יחד עם זאת הכנסות מכריה לא ישנו בהכרח את סיווג הכנסות אותו אדם ברכישת מטבעות וירטואליים אחרים וסיווגם ייבחן בנפרד כהכנסות הוניות או פירותיות.

3.1.5. בעסקאות בהן נמכר נכס או ניתן שירות והתמורה משולמת ב'מטבע וירטואלי', המשמעות היא כי מדובר למעשה בעסקת חליפין, אופן הטיפול המיסויי הינו כדלקמן:

3.1.5.1. לגבי מוכר הנכס או נותן השירות - יש להפריד את ההתייחסות בין תמורה בעד נכס או שירות, המשולמת ב'מטבע וירטואלי', במועד עסקת החליפין והמהווה הכנסה לכל דבר ועניין, על כל המשתמע מכך, לבין הרכישה של ה'מטבע וירטואלי' והשינויים בערכו עד מכירתו - בה מיסוי הרווח או ההפסד המחושב יהא בהתאם למפורט לעיל.

3.1.5.2. לגבי רוכש הנכס או מקבל השירות (אשר משלם כאמור באמצעות 'מטבע וירטואלי') - יש להפריד בין מכירת המטבע הוירטואלי במועד עסקת החליפין ומיסוי הרווח או ההפסד בהתאם למפורט לעיל, לבין רכישת הנכס או שירות.

3.1.5.3. סכום התשלום בעסקת החליפין ייקבע בהתאם לשווי ההוגן של המטבע הוירטואלי בשקלים. השווי ההוגן יכול ויקבע בהתאם לשווי המפורסם באתר המסחר ששימש לרכישת או מכירת המטבע הוירטואלי בעסקת הברטר או אתרים אחרים דומים. יחד עם זאת במידה ולנכס או לסחורה הנקנים קיים מחיר שוק מצוטט או קבוע - שווי המכירה של המטבע הוירטואלי ששימש לרכישתם יהא בהתאם לשוויים. למען הסר ספק, יובהר כי תשלומים המתבצעים באמצעות מטבע וירטואלי בעסקת

חליפין כאמור עבור נכס או שירות חייבים בניכוי במקור בכפוף לתקנות ניכוי מס במקור לפי העניין.

### 3.2. מס ערך מוסף

- 3.2.1. המטבעות הווירטואליים הינם נכסים בלתי מוחשיים ולכן הם בגדר "טובין" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו - 1975 (להלן: "חוק מע"מ") (וזאת לכל דבר ועניין) מחיר העסקה, מועד החיוב, החייב במס, שיעור המס וכו'.
- 3.2.2. לעניין זה יובהר כי המטבעות הווירטואליים אינם ניירות ערך או מסמכים סחירים לעניין חוק מע"מ.
- 3.2.3. מי שפעילותו במסחר במטבעות וירטואליים, שיווקם או כרייתם עולה לכדי עסק (בהתאם למבחנים אשר נקבעו בפסיקה) יראו בו כ"עוסק" לעניין חוק מע"מ והכנסותיו יהיו חייבות במע"מ בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק מע"מ.
- 3.2.4. מי שביצע עסקאות חד פעמיות של מכירת מטבעות וירטואליים, שיווקם או כרייתם, כאשר לעסקאות יש אופי מסחרי, יראו בו כמי שביצע "עסקת אקראי" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק מע"מ, עסקה החייבת בדיווח בהתאם לתקנה 15א' לתקנות מס ערך מוסף (רישום), התשל"ו - 1976.
- 3.2.5. שימוש במטבע וירטואלי לצורך רכישת נכס או שירות מהווה עסקת חליפין. לאור זאת, מחיר העסקה ששולמה באמצעותם יקבע על פי סעיף 10 לחוק מע"מ.

### 3.3. הנחיות לביקורת

הביקורת תתבסס על מסמכים המתעדים את מעבר תזרים המזומנים וההחזקה בנכס. ייתכנו מקרים במסחר ב"מטבעות וירטואליים" בהם יהיה נתק בנתיב הביקורת. לפיכך יש לדרוש מסמכים המתעדים את המסחר ב"מטבע וירטואלי" ולוודא להנחת דעתו את עצם קיום העסקה והיקפה הכספי כגון: מכתב מבהיר של המוכר בו יפורטו דרכי רכישת ה"מטבע וירטואלי" ודרך מכירתו, חשבונות הבנק באמצעותם הועברו הכספים לרכישה וקניית המטבע הווירטואלי. בנוסף, ייצרף המוכר את דפי חשבונות הבנק באמצעותם הועברו כספי הרכישה והמכירה, צילום מסך מחשב בו תוצג המכירה והקנייה של ה"מטבע הווירטואלי" וזמן החזקתה בידי המוכר.

## 11.9 "מכירה רעיונית" בנוגע לנכסיו של אדם שחדל להיות תושב ישראל

ככלל, בעל נכס הון תושב ישראל אשר שינה תושבותו, יתכן ובעת מכירת הנכס (לאחר שינוי התושבות) לא יתחייב במס בישראל וזאת גם בגין עליית ערכו של הנכס במהלך התקופה בה הוא החזיק בנכס כתושב ישראל.

לאור זאת, הוסף ברפורמה סעיף 100א לפקודה, הקובע כי אדם (יחיד או חבר-בני-אדם) תושב ישראל ששינה את מקום תושבותו, יראו אותו כאילו מכר את נכסיו ההון שלו ביום שלפני היום שבו חדל להיות תושב ישראל, בתמורה לשווי השוק שלהם באותו מועד. הוראה זו תחול אף על מניות ואופציות שהונפקו מכוח סעיפים 3(ט) או 102 לפקודה.

לעניין סעיפים 3(ט) ו-102 לפקודה, ראה התייחסות בפרק 4 למדריך המס. בנוסף, נקבע כי מוכר שלא שילם את המס המתחייב ממכירה רעיונית כאמור במועד שבו חדל להיות תושב ישראל, יראו אותו כאילו ביקש לדחות את תשלום המס למועד מכירת הנכס בפועל (להלן: "מועד מימוש הנכס"). במקרה זה, ישולם המס על חלק רווח ההון הריאלי שנצמח מיום רכישת הנכס ועד מועד שינוי התושבות שיקבע על פי היחס, כיחס שבין התקופה מיום הרכישה ועד ליום שינוי התושבות לבין כלל התקופה שמיום רכישת הנכס ועד ליום מימוש, בתוספת ריבית והפרשי הצמדה ממועד מימוש הנכס ועד מועד תשלום המס.

הסעיף מקנה לשר האוצר סמכות לקבוע הוראות, לרבות בנוגע למניעת כפל מס. בחוזר מס הכנסה מס' 23/2002 הודגש כי כאשר מכירת הנכס חייבת בתשלום מס בישראל ללא קשר למקום התושבות (לדוגמא, מכירה של מניות חברה תושבת ישראל) או כאשר במועד המימוש היה המוכר שוב לתושב ישראל, ישולם מלוא המס המתחייב בשל רווח ההון במועד המימוש, כבכל עסקה הונית אחרת והוראות סעיף 100א לא יחולו.

עוד נקבע בחוזר הני"ל, כי הוראות הסעיף קובעות מנגנון לדחיית תשלום המס ולא לדחיית אירוע המס, על כל המשתמע מכך. כך למשל, הפסדים ברי קיזוז שנתהוו למוכר לאחר שינוי תושבותו לא יותרו בקיזוז כנגד רווח הון לפי סעיף זה.

## 11.10 שינוי בהיקף הפטור ממס בגין רווח הון בידי תושב ישראל לראשונה, תושב חוזר ותיק ותושב חוזר

עובר לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 168 והוראת שעה), התשס"ח-2008 (להלן: "תיקון 168"), ניתן פטור ממס על רווח הון ממכירת נכס שהיה ליחיד, אשר הפך ל"תושב ישראל לראשונה", מחוץ לישראל לפני היותו לתושב ישראל, אם מכרו בתוך עשר שנים מהיום שהיה לתושב ישראל. במידה ונמכר נכס לאחר 10 שנים מיום היותו תושב ישראל, ניתן פטור ממס על חלק רווח ההון הריאלי כשהוא מוכפל ביחס שבין התקופה מיום הרכישה עד למועד תום 10 שנים מיום שהיה לתושב ישראל לבין התקופה שמיום הרכישה ועד ליום המכירה. יתרת רווח ההון הריאלי תתחייב במס כמפורט בסעיף 11.2 לעיל.

גם "תושב חוזר" זכה לתקופת פטור כאמור על רווח הון, הנובע ממכירת נכס שרכש בחו"ל בתקופת שהייתו בחו"ל כתושב חוץ ואינו זכות במישרין או בעקיפין לנכס שמצוי בישראל. בתיקון 168 לפקודה נקבע כי "תושב ישראל לראשונה" ו"תושב חוזר ותיק" פטור ממס במשך 10 שנים על רווח הון ממכירת נכס מחוץ לישראל. יודגש, כי בוטל התנאי לפיו נדרש לרכוש את הנכס מחוץ לישראל טרם העלייה/החזרה לישראל.

נבהיר כי בהתאם להוראות תיקון 171 לפקודה רשאי שר האוצר באישור ועדת הכספים של הכנסת להאריך את תקופת הפטור האמורה לתקופה שלא תעלה על עשר שנים נוספות ובלבד שהיחיד ביצע השקעה משמעותית בישראל שיש בה כדי לקדם יעדים לאומיים הנוגעים למשק המדינה, בתוך שנתיים מהמועד שהיה לתושב ישראל לראשונה או בתוך שנתיים מיום כניסתו לתוקף של תקנות שיותקנו לעניין זה לפי המאוחר.

נדגיש כי עד עתה טרם הותקנו תקנות לעניין זה. לענין זה, "תושב חוזר ותיק" - יחיד ששב והיה לתושב ישראל לאחר שהיה תושב חוץ במשך עשר שנים רצופות לפחות.

יש לציין כי נקבע סיג הקובע כי אם הנכס, הנמצא בחו"ל וממנו מופקת ההכנסה, הועבר ליחיד, הזכאי להטבות "תושב ישראל לראשונה" ו"תושב חוזר ותיק", במתנה פטורה ממס מתושב ישראל לאחר ה-1 בינואר 2007, אזי ההכנסות המופקות מנכס זה לא יזכו להטבות האמורות.

במידה ונמכר נכס לאחר 10 שנים מיום היות היחיד תושב ישראל, יינתן פטור ממס על חלק רווח ההון הריאלי כשהוא מוכפל ביחס שבין התקופה מיום הרכישה עד למועד תום 10 שנים מיום שהיה לתושב ישראל לבין התקופה שמיום הרכישה ועד ליום המכירה. יתרת רווח ההון הריאלי תתחייב במס כמפורט בסעיף 11.2 לעיל.

באשר ל"תושב חוזר" שאינו "תושב חוזר ותיק" נותר על כנו הפטור ממס למשך 10 שנים על רווח הון הנובע ממכירת נכס שרכש בחו"ל, בתקופת שהייתו בחו"ל ואינו זכות במישרין או בעקיפין לנכס שמצוי בישראל.

לענין הקלות במס לתושבי ישראל לראשונה, תושבים חוזרים ותיקים ותושבים חוזרים, ראה התייחסות בפרק 17 למדריך המס.

## 11.11 מתנה לתושב חוץ

סעיף 97(א)(5) לפקודה בנוסחו עד כניסתה של הרפורמה לתוקף (1 בינואר 2003), פוטר ממס רווח הון ממתן מתנה ל"קרוב" וכן מתנה ליחיד אחר אם שוכנע פקיד השומה כי המתנה ניתנה בתום לב, זאת בין שמקבל המתנה היה תושב ישראל ובין אם היה תושב חוץ.

במסגרת רפורמת המס נקבע כסעיף אנטי-תכנוני כי מתן מתנה לתושב חוץ, החל מיום 1 בינואר 2003, לא תהא פטורה ממס רווח הון בידי נותן המתנה.

## 11.12 העברת נכס למלאי עסקי

סעיף 100 לפקודה, קובע כי העברת נכס לעסק כמלאי עסקי או הפיכת נכס קבוע בעסק למלאי עסקי (להלן: "שינוי ייעוד"), יש לראותו כמכירה לענין רווח הון, אם חלפו 4 שנים מיום שרכש הנישום את הנכס ועד ליום ההעברה. שווי המלאי העסקי יהא מחיר השוק של הנכס ביום ההעברה.

יודגש, כי חישוב המס נעשה בעת העברת הנכס, ואילו תשלום המס בפועל יעשה רק בעת מכירת המלאי העסקי - כולו או מקצתו, ובלבד שאם מכר מקצתו, תשלום המס לא יעלה על התמורה שקיבל באותה מכירה.

הוראות קובץ הפרשנות לפקודה קובעות כי יש לגבות את המס בתוספת הפרשי הצמדה וריבית החל מתום שלושים יום ממועד המכירה ועד ליום התשלום בפועל.

אם טרם חלפו 4 שנים מיום שרכש הנישום את הנכס, לא יראו בשינוי הייעוד מכירה ושווי המלאי העסקי יקבע על פי יתרת מחירו המקורי כמחיר שעלה הנכס לנישום.

## מועד שינוי הייעוד

הוראות קובץ הפרשנות לפקודה קובעות כי בעת קביעת התמורה של הנכס המועבר וקביעת המחיר המקורי של הנכס כמלאי עסקי - הן בהתאם לשווי מחיר השוק של הנכס ביום ההעברה, וכחלק מנטל הראיה, על הנישום להוכיח את מועד שינוי הייעוד.

בשל חשיבותו של מועד זה, הובאו במסגרת קובץ הפרשנות של מס הכנסה מספר אמות מידה על מנת לבטא את שינוי הייעוד:

- (1) מועד השינוי בסיווג הנכס בדוחות הכספיים - במידה והוחלט על השינוי לאחר תקופת הדוח הכספי, אך טרם הגשתו לפקיד השומה יש לבדוק אם קיים ביאור לשינוי במסגרת אירועים שלאחר תאריך המאזן.
- (2) מועד שינוי הייעוד ייקבע על פי השתקפותו בגילוי חיצוני - למשל: נכס מקרקעין (בידי מי שאינו קבלן) שהועבר למלאי, יהא יום ההעברה היום בו הוכח לפקיד השומה כי הנישום ביקש רישיון בנייה לבניין שאינו לצורך שימוש עצמי. דוגמה אחרת היא בעסק להשכרת מכוונות, שבעליו החליטו כי יתחילו גם במכירת המכוונות. במקרה זה יום ההעברה נקבע כיום בו הופרשו חלק מהמכוונות והושמו במחלקה נפרדת - המיועדת למכירת מכוונות.
- (3) במקרים בהם טוען הנישום כי הפך נכס קבוע למלאי עסקי בתחילת השנה, בעוד במאזן המתייחס לתום שנה זו - עדיין מופיע הנכס כנכס קבוע, יכול פקיד השומה להפנות את הנישום להצהרותיו בדוחות הכספיים ולא יתקבלו טיעונו של נישום האומר כי דוחותיו הוכנו על ידי נציגו וכי הוא אינו בקי ברישום כאמור.

### **11.13 מוניטין - הגדרה והוראות נוספות**

#### **11.13.1 חבות המס בגין מכירת מוניטין**

טרם הרפורמה (1.1.2003) מכירת מוניטין שנצמח בעסק **שלא שולם בעד רכישתו**, הייתה כפופה לדין מיוחד, על פיו חלק מרווח ההון חויב במס מופחת בשיעור של 10%, ואילו יתרת רווח ההון מוסה בהתאם לשיעור המס השולי שחל על היחיד או שיעור מס החברות, על פי העניין. להרחבה בעניין זה ראה סעיף 11.4 בספר היערכות במסים 2012.

החל מ-1 בינואר 2003 ההטבה האמורה בוטלה ומכירת מוניטין כאמור, מחויבת במס בשיעור המס החל על רווח ההון ריאלי (כך למשל משנת המס 2006 ועד לשנת המס 2011 חויב רווח ההון כאמור 20% עבור יחידים ו-25% עבור חברות). יודגש כי בעקבות תיקון 187 לפקודה החל משנת המס 2012 מחויב במס רווח ההון ממכירת מוניטין שלא שולם בעד רכישתו בגובה של 25% בידי יחיד ובשיעור מס חברות בידי חברות (24% בשנת המס 2017). יש לציין, כי גם כעת קיימת הטבה הנובעת מאופן חישוב זה, וזאת בהשוואה, לדוגמה, לנכס הון אחר אשר נרכש טרם הרפורמה ונמכר כעת, אשר מחויב במס מעורב בהתאם לאופן החישוב הלינארי (לעניין זה ראה סעיף 11.2 לעיל).

לאור ההטבה, לה זכתה מכירת מוניטין עד הרפורמה וכן לאור ההטבה לה זכאית מכירה כאמור לאחריה, הרי שסוגיית סיווג נכס הוני כ"מוניטין" הינה סוגיה אשר העסיקה וקרוב לוודאי תמשיך ותעסיק את רשויות המס והנישומים.

להלן תובא הפנייה להוראות חוזר מס הכנסה בנושא סיווגו של נכס הון כמוניטין וכן פסיקת בית המשפט בהקשר זה.

#### **11.13.2 הוראות מס הכנסה**

(חוזר מס הכנסה 9/97 - משפטית)

מטרת חוזר זה לתת קוים מנחים בשאלה מה הוא מוניטין, מהי מכירת מוניטין וכן להנחות את פקידי השומה כיצד לבחון האם עסקה המוצגת כמכירת מוניטין היא אמנם כזו. להרחבה בעניין זה, ראה מדריך המס לשנת 2011.

#### **11.13.3 פסיקה**

**סיווג עסקה למכירת לוגו וסימן מסחרי כמכר מוניטין – ע"א 749/13 תדיראן בע"מ נגד פקיד שומה למפעלים גדולים**

בשנת 1996 ביצעה חברת תדיראן בע"מ (להלן: "המערערת") רה-ארגון שבמסגרתו העבירה את הפעילות העסקית בתחום הקשר לחברה בבעלותה המלאה - חברת תדיראן קשר בע"מ (להלן: "חברת הבת"), היא הותירה בידיה את הזכויות בסימן המסחרי והלוגו, אולם התירה לחברת הבת להמשיך ולהשתמש בהם לצורך פעילותה העסקית. בשנת 1999 מכרה המערערת את מניותיה בחברת הבת לצד ג' (להלן: "הרוכשת") וכן התחייבה להעביר לרוכשת את זכויות השימוש בסימן המסחרי ובלוגו בתמורה ל-15,000,000 דולר ארה"ב וכן התחייבה שלא להתחרות בעסקיה של חברת הבת במשך חמש שנים ממועד העסקה בתמורה ל-20,000,000 דולר ארה"ב נוספים.

**בקשר לעסקה האמורה התגלתה מחלוקת בקשר למועד בו נמכר המוניטין, האם המוניטין נמכר בנפרד ממכירת המניות או שמא כמקשה אחת, שכן שיעור המס שחל על מכירת מוניטין בשנים אלו, טרם תיקון 132 לפקודה, היה נמוך במידה משמעותית משיעור המס שהוטל באותה עת על רווח ההון.**

בית המשפט המחוזי בתל אביב מפי כבוד השופט מ' אלטוביה דחה את טענת המערערת וקבע כי חברת הבת הינה זאת אשר סיפקה ללקוחות מוצרים ושירותים בתחום הקשר, קבעה את שמות המוצרים ומחירם, הלקוחות ייחסו את טיב המוצרים והשירות, שמות המוצרים ומחיריהם לחברת הבת ולפיכך יש לראות בהעברת הפעילות העסקית יחד עם העברת המוניטין כמקשה אחת.

תוצאה הפוכה התקבלה בעירעור בבית המשפט העליון מפי כבוד השופטת א' חיות, בו נקבע כי המערערת הותירה בידה את המוניטין שהיה לה במועד העברת הפעילות העסקית לחברת הבת, מוניטין זה היה מגולם בסימן המסחרי והלוגו עד למועד מכירת מניות חברת הבת. המערערת התירה לחברת הבת להמשיך ולהשתמש בכל אלה, אולם כאמור לא העבירה אליה את הבעלות עליהם ולא נפרדה מהם אלא רק ביצעה העברה בתוך הקבוצה תוך שמירת השליטה המלאה על ידה. אסמכתאות נוספות להחלטה הינן כי בעת מכירת מניותיה של החברה הבת ביקשו הרוכשים לרכוש גם את הזכויות במוטג וכן נחתם הסכם אי תחרות שהינו אחד מהסממנים החשובים לעסקה של מכירת מוניטין ומכאן שהרי לזכויות אלו יש שווי אשר מגולם בהם המוניטין שנותר בידה של המערערת ולפיכך המכירה בשנת 1999 הינה מסמלת את מכירת המוניטין של המערערת ומכירה זו תחויב במס שהוטל על מכירת מוניטין בהתאם.

**הערכת שווי של מוניטין - ע"א 7493/98 שלמה שרון ואח' נ' פקיד שומה יחידה ארצית לשומה**  
אחד הנושאים בהם דן פסק הדין הנ"ל, שניתן על ידי בית המשפט העליון, הינו סוגיית הערכת שווי של מוניטין.

ככלל, ערך המוניטין שווה להיוון הרווחים העתידיים שיופקו מהם, ככל נכס אחר. אולם, יש קושי ממשי ביישום הגדרה עיונית זו למספרים. לאחר שסקר מספר שיטות להערכת מוניטין, ולאור הבעייתיות בשיטות אלו, מאמץ בית המשפט העליון את "השיטה השיורית" להערכת ערכו של מוניטין וערכו של העסק כ"עסק חי" (ביחד), במקום בו נמכר כל העסק. בהתאם לשיטה השיורית, ערכו של המוניטין שווה להפרש בין התמורה המתקבלת לבין ערך השוק של כל הנכסים האחרים (מוחשיים ובלתי מוחשיים) הנמכרים. השארית תיחשב כולה כמוניטין, אף שהיא כוללת בחובה גם את ערכו של "עסק חי", בגלל הקושי בהפרדתם, וזאת רק אם יוכח קיומם של מוניטין ותוכח מכירתם וכן רק במקרים בהם פקיד השומה יהא סבור כי הסכמת הצדדים לגבי ערכו של המוניטין אינה סבירה.

בפסק הדין נקבע כי מטעמים פרקטיים אין להפריד בין מוניטין לבין ערכו של העסק "כעסק חי" ויש לכרוך אותם יחדיו. מפאת חשיבות הדברים, נביאם בלשון פסק הדין:

*"בזכרנו כי ערכו של נכס מבטא היוון של ההכנסות שיצמיח בעתיד, באים אנו ואומרים כי הפחתת ערך הנכסים האחרים של העסק - קרי הרווחים שהללו יביאו בעתיד - מערכו הכולל של הנכס - קרי מלוא הרווחים שיצמיח העסק, תיתן בידנו אומדן סביר לרווחים הצפויים מהמוניטין ומהיותו של העסק עסק חי."*

*מכוח ההגדרה המשפטית, בניגוד להגדרות החשבונאיות, ערכו של העסק כעסק חי אינו ברגיל חלק מהמוניטין שלו. ההבחנה בין המוניטין של עסק לבין ערכו כעסק כי היא פרי הפסיקה בארץ... פקודת מס הכנסה בסעיף 88 בנוסחו במועדים הרלבנטיים, אינה מגדירה את המוניטין... ממילא אין בהוראה הזו כשלעצמה כדי להוציא את ערכו של העסק כעסק חי מכלל תחולה. וחשוב יותר: אין להשלים עם שלילת הדרך המעשית האחת לחישוב ערך המוניטין, לאמור הנוסחה השיורית, הכורכת יחד את שני הנכסים שיקשה להעריכם - מוניטין וערך העסק כעסק חי. זוהי הנוסחה האחת העשויה להגשים את הוראת הסעיף, מבלי להעמיס על המוניטין נכסים רבים נוספים שאין בינם לבין המוניטין דבר."*

*ואמנם כללי החשבונאות, מאמצים את שיטת החישוב השיורית ככלי להגדרת המוניטין... לפי כללי החשבונאות, די בכך שעסק נרכש בשווי העולה על הערך ההוגן של נכסיו המזוהים (המוחשיים והבלתי-מוחשיים), בניכוי ההתחייבויות, לצורך הצגת אותו הפרש כ"מוניטין"... הסיבה שהביאה את החשבונאים לבכר שלא לנסות ולהפריד בין השניים נעוצה, כך נראה, בעובדה שאין דרך חשבונאית מהימנה ומעשית לעשות זאת."*

להשלמת התמונה, נקבע בפסק הדין כי במקום בו לא ניתן להחיל את הנוסחה השיורית - קרי, בנסיבות בהן העסק לא נמכר, אין מנוס מחישוב ערך המוניטין, באמצעות נוסחה המהוונת את ההפרש שבין רווחיו הממוצעים של העסק המועבר לבין סכום המייצג את התשואה הסבירה המשוערת של הנכסים שהעסק החזיק בהם באותה תקופה.

**סיווג מכירת תיק לקוחות כנכס מוניטין - עמ"ה 9018/05 נאנס אברהם נ' פקיד שומה ת"א 3**  
המערער פעל עד לשנת 1997 כיועץ מס. ביום 26 בנובמבר 1997 נחתם בינו לבין רואה חשבון, הסכם (להלן: "ההסכם"), לפיו התחייב המערער לחדול מלעסוק כיועץ מס עצמאי החל מיום 1 בינואר 1998, להעביר את "המוניטין וחוג הלקוחות" שלו לרוה"ח ולהצטרף כעובד שכיר למשרד רואה החשבון. סוכם כי במסגרת עבודתו כשכיר יעבוד המערער הן על תיקי הלקוחות שהיו קשורים אליו כעצמאי והן על לקוחות חדשים, זאת, לפי שיקול דעתו של רוה"ח. בנוסף, ההסכם קובע כי במשך כל תקופת עבודתו עבור רוה"ח, לא יעבוד המערער בתחום מקצועו כיועץ מס בפרט ובתחום החשבונאות בכלל עבור כל גורם אחר מלבד רואה החשבון. כמו כן, נקבע בהסכם כי תמורת התחייבות זו של המערער, ישלם לו רואה החשבון, בנוסף לשכרו עבור עבודתו כשכיר, תשלום שנתי נוסף במשך תקופה של שלוש שנים.

המערער לא דיווח כלל על העסקה ואף לא שילם מקדמה בגין רווח הון, כהוראת סעיף 91(ד)(1) לפקודה. רק בשנת המס 2000 כאשר המערער קיבל לידי סכום של 84,731 ש"ח על פי הסכם פשרה

שנחתם בינו לבין רוה"ח במסגרת הליך משפטי, דיווח המערער על הכנסה זו כמוניטין. עיקר המחלוקת בין המערער למשיב הינה האם העסקה שעשה המערער עם רוה"ח, דינה כמכירת מוניטין או כרווח הון ממכירת נכס שאינו מוניטין.

בית המשפט המחוזי קבע כי המחלוקת נוגעת לשאלת סיווגה הנכון של העסקה על פי המהות הכלכלית האמיתית, שאינה בהכרח זהה ללבוש החיצוני שניתן לה בהסכם.

על פי המתואר לעיל, ההסכם התייחס מפורשות ל"מכר מוניטין וחוג לקוחות". הפסיקה (ע"א 175/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אביבית בע"מ) קבעה באופן עקבי כי "כאשר נדרש בית המשפט לטפל בשאלת חבות העסקה במס, המונחים בהם השתמשו הצדדים להסכם והלבוש שבו הם הלישו את ההסכם מהווים ראיה לכאורה על טיב תוכנו ולא יותר מזה". לכן, אין בעובדה שההסכם התייחס למכירת מוניטין כדי להכריע בשאלת מהות העסקה לעניין הלשון שננקטה בהסכם, למרות שהקונה, הוא רואה החשבון, הכחיש את הטענה שרכש מוניטין.

להוכחת המוניטין המערער נשען אך ורק על הערכתו העצמית. ברם, ברור שאין מדובר בהערכה אובייקטיבית, אלא בהערכה עצמית. המערער לא העיד אף אחד מלקוחותיו, ואף לא העיד את רואה החשבון עמו התקשר בהסכם. לא ניתן להסתפק בהוכחה מעין זו. כתוצאה מכך, קבע בית המשפט כי המערער לא עמד בחובת ההוכחה כי אכן היה מוניטין למערער והוא הנכס שנמכר.

היות וממילא המערער נשאר לעבוד במסגרת החדשה ולשרת את הלקוחות, לא היה צורך לרואה החשבון לשלם עבור המוניטין, שהוא, כאמור, הכוח המושך את הלקוחות. ולכן, בהעדר היפרדות אין להכיר במכירת המוניטין.

#### **מכירת ידע לחברה בידי מנהל מקצועי אינה מכירת מוניטין - עמ"ה 94/95 שלמה הררי נ' פקיד שומה תל-אביב 4**

המערער שימש כמנהל שכיר בחברה שהוקמה על ידו. בשנת 1991 מכר המערער את החברה שבעלותו לחברה אחרת, במסגרתה מוזגה חברתו (מיזוג עם החברה הרוכשת). במסגרת העסקה נחתם הסכם מוניטין, אשר קבע כי החברה הרוכשת תשלם למערער תמורה בגין המוניטין שצבר בתחום המחשוב והתקשורת, אותו הוא מוכר לה. פקיד השומה טען, כי אין המדובר במכירת מוניטין, אלא בהתחייבותו של המערער כלפי החברה הרוכשת להימנע מעיסוק בנושא מומחיותו או לחילופין, במכירת שירותים. עוד טען פקיד השומה כי גם אילו היה מדובר במוניטין, הרי מדובר במוניטין אישיים, מהם אין הבעלים יכול להיפרד. בית המשפט המחוזי קבע כי תכונות אישיות טובות של אדם, שמהן אינו יכול להיפרד, משמשות יסוד לקבלת שכרו של אותו אדם מידי החברה הקונה את שירותיו ואין זה סביר שבשל תכונותיו ידרוש תשלום נפרד כשבמקביל משולם לו שכרו כעובד. מוניטין של עובד שכיר אפשרי רק אם מתברר כי לעובד השכיר זיקה חזקה יותר אל אותו נכס המוגדר כמוניטין מאשר לחברה, אצלה הוא מועסק. במקרה הנדון לא ניתן לזהות עקרונית את המערער עם הלקוחות, ולכן אין המדובר במכירת מוניטין. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון פסק כי במקרה זה, תיקי הלקוחות, כלומר, המוניטין אינם קניינו של המערער, אלא שייכים לחברה שבעלותו, ולפיכך אין באפשרותו למכרם. בנוסף, נקבע כי המערער אינו יכול למכור את תכונותיו האישיות, אשר לטענתו יצרו את המוניטין. יתר על כן, נקבע כי אף אם יוכח שתכונותיו האישיות של המערער היו אכן הגורם ליצירת המוניטין, הרי שאין הן המוניטין עצמם, שכן המוניטין גולם בתוצאה, קרי בחוג הלקוחות, אשר כאמור אינו קניינו.

#### **מוניטין מזהה עם שכיר - פס"ד שלמה שרון**

המערער הוא אדם בעל שם בתחום שוק ההון ובמסחר בניירות ערך. המערער יחד עם אשתו הקים חברה בתחום זה, אשר הפכה ברבות הימים לחברה בעלת חוג לקוחות רחב. במרוצת השנים רכשו בני הזוג 50% מ"החברה המרכזית לניירות ערך" (להלן: "החברה המרכזית") ובתמורה העבירו אליה את פעילותם. בני הזוג הועסקו כשכירים על ידי החברה. לאחר כתשע שנות פעילות מכרו בני הזוג את חלקם ב"חברה המרכזית" וחלק מהתמורה שקיבלו יוחס למוניטין שלהם, הידע המקצועי, השם והקשרים שבחברה.

פקיד השומה טען, כי התמורה הינה רק בגין המניות שנמכרו ואף אם נמכר מוניטין הרי שלא ניתן לייחסו לשכיר בחברה.

בית המשפט המחוזי פסק כי קיימים יוצאים מן הכלל להכרה בשכיר כמי שרכש מוניטין במהלך עבודתו באופן נפרד מהחברה. במקרה הנדון החברה שימשה רק כאכסניה וככלי טכני בלבד לפעילותו של המערער ולמוניטין שהפעיל.

הוכחת הקשר והצפי עם הלקוחות כמוניטין דורשת לא רק הוכחת עצם קיומו של המוניטין ולא רק הוכחת קיומו של מערך לקוחות מכובד, אלא גם הסתברות של ממש להמשכיותו של הקשר לאחר מכירת העסק לאדם זר.

במקרה זה הוכח שהקשר עם הלקוחות היה בידי המערער עוד בטרם החל את פעילותו ב"חברה המרכזית", אולם המוניטין של האישה לא הוכחו והתברר כי עסקה בצדדים טכניים בלבד בעסק.

הערעור התקבל בחלקו, ועל פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון קבע כי לשלמה שרון עצמו, כאדם פרטי, נוצר במהלך השנים מוניטין - קהל לקוחות אשר זיהו עצמם עמו ולא עם החברה, זאת למרות שהוא פעל כשכיר במסגרת חברה עסקית. לאחר מכן, בדק בית המשפט העליון אם המוניטין הועבר, והגיע למסקנה כי המוניטין של המשיב הועבר, וזאת מאחר ששלמה שרון פרש באופן מוחלט מהחברה המרכזית ומתחום ניהול תיקי ניירות ערך וכן מאחר שלחברה הקונה ניתנה הזכות לפנות ללקוחות ולהציג עצמה בפניהם כמי שירשה את מקומו של המערער וממשיכה את דרכו וכן כמי ששרון סומך עליה כי תטפל בלקוחותיו באופן ראוי ומקצועי. שרון הצליח להוכיח כי הלקוחות זיהו עצמם עימו ולא עם 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 בלעדיו 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 התחרות 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: "פזגו") 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 המערער מלכתחילה מוניטין הניתן להעברה ובכוונת הצדדים בעת חתימת ההסכם. במקרה הנידון היות ולמערער לא ניתן רישיון לספק גז אלא היותה מפיץ של פזגו הרי שהלקוחות היוו לקוחותיה של פזגו ומשכך לא קיים למערער מוניטין שניתן לטעון למכירתו.

**תשלום בגין אי תחרות כתקבול פירותי - ע"מ 55139/13 יוסף וינשטוק נגד פקיד שונה 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 בשמורה והמערער סיווג בדוחותיו את התקבול לגין 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 רכוש 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 קמה 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 הנידון הוחלט כי יכולתו הפוטנציאלית של המערער להתחרות בחברה מהווה זכות, שהיינו כמכירה של "נכס" לענין סעיף 88 לפקודה, החייבת במס רווח הון.

לענין 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-התחרות שקיבלו שלושת הנישומים הם הכנסה פירותית המהווה הכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה**, הגם שתיתכנה נסיבות חריגות אשר בהן עשויים תשלומים כאמור ללוש

בכל זאת צורה הדומה לעסקה הונית (ראו פסקות 49, 52 ו-54-55 לחוות דעתו של השופט עמית). לאור פסק דין ברנע, בו נקבעו חריגים לסיווג תשלומי אי תחרות כהכנסת עבודה, מנסים נישומים רבים לטעון כי תשלומי אי התחרות בידהם נכנסים לתחולת החריגים שנקבעו. אחד מפסקי הדין הללו הוא ע"מ 14-01-47236 קרופסקי נ' פקיד שומה נתניה. במקרה הנדון, המערער קיבל תשלומים במסגרת הסכם אי תחרות עם חברת ישראלכרט, בה שימש כמנכ"ל ובשלב מאוחר יותר כדירקטור. את התשלומים כאמור סיווג המערער כהכנסה החייבת במס רווח הון לפי הוראות סעיף 88 לפקודת מס הכנסה, בטענה כי נסיבות עיניינו נכללות במסגרת החריגים שנקבעו בפסק דין ברנע. המשיב, פקיד שומה נתניה, הוציא למערער שומה, לפיה התשלומים חייבים במס פרותי לפי הוראות סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה. בית המשפט דחה את הערעור וקבע כי במקרה זה, לפי הסכם אי התחרות שנחתם בין הצדדים, נאסר עליו לעבוד אצל חברות מתחרות למשך מספר שנים, כך שגם אם פוטנציאל ההשתכרות שלו נפגע במידה כזאת או אחרת עקב תנית אי התחרות, הרי שאין מדובר באובדן העולה כדי גדיעת העץ אלא מדובר בכריתת ענף מהעץ בלבד, אשר ישוב ויצמח.

**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 מוניטין 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 עסקי, ואין כלל לדבר על מכירתם מאחר ואינם ניתנים להעברה ולהפרדה מבעליהם. גם כאן, טענת המערער כי שמים 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, שאילו 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 ההפצה 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 להוות 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 בע"א 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 להוות סממן לאפשרות קיומו מוניטין הנמכר במסגרת העסקה, ולפיכך נקבע כי המוניטין מהווה 15% מתמורת העסקה.

#### פס"ד חיים קליאוט

בע"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 ויובל 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 לפני הלקוחות כל שינוי בנוגע לסוכנות החדשה, ולא נדרש מלנדאו ומיובל להעביר את לקוחותיהם אל קונה המוניטין. לא היה צורך להציג בפני 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, הניתקות 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 ויתערור 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 יחידי 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 כהכנסות פירותיות ולא ממוניטין. הצהרת המערער על פירות ההסכם כהכנסה פירותית רגילה היא הודאתו בנכונות האמור בדו"ח, וכי אין המדובר בעסקת מכר מוניטין. משעה שבחרו הצדדים לעצב את העסקה כשותפות הביעו בכך את עמדתם, כי מהותה האמיתית של העסקה אינה עסקת מכר מוניטין, הן בעולם המעשה והן לצרכי מס. השותפות שדרשה את ההוצאה כפירותית, עמדה על כך כי אינה קונה את נכס המוניטין 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 מוניטין משום שבמהותו נכס זה הוא אותו כוח משיכה של העסק ושל האיש בעל המוניטין האישי 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 מוניטין 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 מטילים 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 9(2) 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 שישמשה 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 גיוהן 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 9(2) 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 מליון ש"ח השווה ל-30.1% משווי מוניטין של שותפות עורכי דין בה נטלו חלק המבקש עו"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 ששווי 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 עסקינן 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 לחבריה 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.

#### 11.13.4 שיעור פחת למוניטין ששולם בעבורו

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.

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, הדן 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 שסך כל הפחת בשל אותו מוניטין לא יעלה על 10% או על הפחת הנוסף, לפי הגבוה מביניהם.

#### 11.13.5 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 מקרקעין, שבה הופעל בית מרקחת, יוחסה למוניטין). אולם, במקום בו קובעים הצדדים חלק מן התמורה על חשבון מוניטין, כאשר למעשה הפעילות העסקית הקודמת מתחסלת 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 ייהנה 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 עסקית שוטפת או שמא נמכרת הזכות במקרקעין לאחר חיסול מוחלט של הפעילות העסקית.
- ב. האם הרוכש אמנם מתכוון להמשיך באותה פעילות עסקית 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.

### **11.14 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 עובדי 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 ההפרטה"), ואילו לעובדים הממשיכים בבז"ן הוצע מענק אשר ישולם בהתאם להחלטת העובד או כנקבע בנוהל ההפרטה או קבלת מניות (להלן ביחד: "מענקי ההפרטה"). 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 ולזהות 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 החלטה 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 ותתקבל 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/הוני), קבע כבוד השופט רון סוקול כי תקבל 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 והתקבל מהווה מכר של זכות או פיצוי בגין פגיעה בזכות של העובד- הרי שאז יש לסווג את התקבל כתקבל הוני.

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 לעבור 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 ויסקימו לשינוי.

לאחר בחינה כאמור הגיע בית המשפט למסקנה כי יש לבחון את טיב המענקים שקיבלו עובדי בז"ן, 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 כתקבל 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 לידיו 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 ארגוני 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 22(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.

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

חיים הלמן, דרור כהן ואופיר זוהר (להלן: "**המערערים**") 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 מהמערערים סכום מסוים לאלתר וסכומים נוספים ששולמו בפריסה של שלוש שנים ובתנאי ששימש כעובד או יועץ של IBM או חברה קשורה (הסכומים הנוספים יכוננו להלן: "**התמורה הנוספת**").

השופט אלטוביה קבע, כי התמורה הנוספת התקבלה בידי המערערים על רקע היותם עובדים של IBM. לדבריו, אפשר שהתמורה הנוספת כלל לא הייתה משולמת למערערים אילולא נכרת ההסכם בגדרו רכשה IBM את מניות החברה, אך משתשלים התמורה הנוספת הותנה בקיומם של יחסי עובד-מעביד בין המערערים לבין IBM, אזי יש להכלילה בגדרו של סעיף 2(א) לפקודה. השופט אלטוביה ציין, כי הוא נכון לקבל את טענת המערערים לפיה התמורה הנוספת התקבלה אצלם ללא התאמה לעבודתם בפועל, אלא שתשולם התמורה הנוספת הותנה בקיום יחסי עובד-מעביד בין IBM לבין המערערים או כיועץ ובכך מתקיימת זיקה ישירה בין העסקת המערערים על-ידי IBM לבין התמורה הנוספת. הערעור נדחה.

## 11.16 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 לאחרי כמקדמה, והכול בהתאם להסכם Holdback 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 לפניה שבסימוכין עתידים 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 14-01-47255 **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.

### 11.17 מנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח - חוזר מס הכנסה מס' 5/2017

ביום 12 ביוני 2017 פרסמה רשות המיסים חוזר מקצועי שעניינו בעמדת רשות המיסים ביחס למנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח.

#### להלן יובאו עיקרי החוזר:

#### מבוא

- 1.1 בשנים האחרונות, מנגנונים המשמשים לחיזוק הקשר בין המייסדים/עובדי מפתח של חברות הזנק, בינם לבין עצמם ובינם לבין 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, ו/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>3</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 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה") במסלול רווח הון בהקצאה באמצעות נאמן או בהקצאות כנגד השקעה בחברה בשווי שוק. למותר לציין, כי בהקצאת מניות חדשה שלא במועד הקמת החברה, ללא תמורה או כנגד תמורה הנמוכה משווי השוק של המניות לאותו מייסד/עובד מפתח, אשר מקיים יחסי עובד-מעביד עם החברה, 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.

**מטרת חוזר זה היא לקבוע את היבטי המס החלים ביחס למנגנוני ה-Reverse Vesting וה-**

**Holdback כמשמעותם בחוזר זה.**

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. המנגנון מיושם, 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 שווייה 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 למימוש, 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 (בדרך כלל בהסכמים אשר נחתמו במסגרת עסקת השקעה) כי המגבלות תוסרנה והבעלות במניות תישאר בידי המייסד/עובד המפתח במקרים של מוות, נכות, בפיטורין של המייסד/עובד המפתח בנסיבות שאינן עולות לכדי הגדרת "cause" (דהיינו, נסיבות חמורות המוגדרות בהסכם והקשורות למעשה או מחדל חמורים 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. כמו כן, נהוג לבטל את המנגנון האמור בעת הנפקה, מכירת כל הזכויות בחברה (Exit Event) ו/או מכירת השליטה בחברה.

2.1.4 במסגרת מנגנון ה-Reverse Vesting נקבע מראש גם המחיר בו תהיה החברה/בעלי מניות האחרים רשאים לרכוש את המניות. הרכישה תהא ללא תמורה או בתמורה לערכן הנקוב של המניות או בתמורה השווה למחיר ששולם על ידי המייסדים/עובדי המפתח כאשר רכשו את המניות.

<sup>3</sup>. למשל, מייסד שעזב את עבודתו בחברה לפני ההשקעה או המכירה.

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

- 2.2.1 בכפוף לעמידה בתנאים המפורטים בחוזר זה ולהלן, 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.
- 2.2.1.1 המנגנון נקבע מראש ובכתב במועד ייסוד החברה (או בסמוך למועד ובלבד שלא חלפה חצי שנה ממועד ייסוד החברה) 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 לערכן הנקוב או בתמורה השווה למחיר ששולם כאשר נרכשו המניות ובלבד שנרכשו במחיר שאינו נמוך משווי השוק, והכול כפי שהוסכם בכתב מראש והוחלט במועד חתימת ההסכם.
- 2.2.1.3 מניות המייסדים/עובדי המפתח הן מניות רגילות המסווגות כמכשירים הוניים (ולא כהתחייבות), 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 בזכויותיהן 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 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.
- 2.2.3 אין בחוזר מקצועי זה כדי לקבוע היבטי מס בידי בעלי המניות הנותרים או בידי החברה.
- 2.2.4 למען הסר ספק, לא יותרו בידי החברה ו/או בעלי מניותיה כל הוצאות לפי סעיף 17 לפקודה, 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 החברת הרוכשת, למשך תקופה מסוימת, בהתאם להסכם Holdback שיחתם בין המייסדים/עובדי המפתח והחברה הרוכשת ו/או בהתאם לתנאי Holdback שייקבעו במסגרת הסכם הרכישה (להלן: "תמורת ה-Holdback").
- 3.1.3 תמורת ה-Holdback משוחררת למייסדים/עובדי המפתח בהדרגה או בפעימה אחת, בכפוף להמשך 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 עלולות 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 נגד פקיד שומה תל אביב 4

- 3.2.1 ב-15 באוקטובר, 2015 פורסם פסק הדין ע"מ 14-01-47255 חיים הלמן נגד 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 (ובניהן מניותיהם) לחברת IBM.
- 3.2.2 בתמורה למכירת מניותיהם קיבלו אנשי המפתח, כפי שקיבלו שאר בעלי המניות, סכום הנגזר ממספר המניות בידיהם לפי מחיר המניה בעסקה. נוסף על כך, הוסכם על תמורה נוספת מעבר למחיר המניה, כפי שנקבע בעסקה, אשר תינתן לאנשי מפתח בלבד ותיפרש על פני תקופה של שלוש שנים (להלן: "התמורה הנוספת"). התמורה הנוספת שולמה לאנשי המפתח בכפוף להמשך עבודתם 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 למעוררים 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 (הסכום עד מחיר המניה בעסקה והתמורה הנוספת, אשר שולמה מעבר למחיר המניה כאמור), וניתן היה להבין כי יש לסווג את הסכום הכולל, כטובת הנאה או תשלום ממעביד לעובד, אשר מהווה הכנסת עבודה (אף שהכוונה הייתה לסווג רק את התמורה הנוספת כהכנסת עבודה). בחוזר זה עמדנו על ההבחנה שבין התמורה עד לגובה מחיר המניה בעסקה לכל בעלי המניות המוכרים לבין התמורה הנוספת, ככל ושולמה.
- 3.2.5 יודגש, כי ביום י' בשבט התשע"ז (6.2.17) ניתנה החלטת בית המשפט העליון כי לאחר ששמעו את טיעוני הצדדים הוצע למערער לחזור מן הערעור והוא קיבל את הצעת בית המשפט.

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, ובתנאי שמדובר במניות, אשר אילו היו נמכרות טרום קביעת מנגנון זה, היה הרווח ממכירתן מסווג כרווח הון.

3.3.2 בהתקיים כל התנאים הבאים תסווג תמורת ה-Holdback כחלק מהתמורה בעד המניות ותתחייב במס רווח הון :

3.3.2.1 מניות המייסדים/עובדי המפתח הן מניות רגילות המסווגות כמכשירים הוניים (ולא כהתחייבות), 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. כמו כן, מדובר במניות, אשר אילו היו נמכרות טרום קביעת מנגנון זה, היה הרווח ממכירתן מסווג כרווח הון.

3.3.2.2 לגבי מניות המייסדים/עובדי המפתח הנמכרות במסגרת העסקה הן הוחזקו בידיהם במשך תקופה של 12 חודשים לפחות טרם יום חתימת העסקה.

3.3.2.3 מניות המייסדים/עובדי המפתח נמכרות במסגרת עסקת מכירה של כלל הזכויות בחברה לרבות במסגרת שינוי מבנה.

3.3.2.4 במסגרת עסקת רכישת החברה שיעור הזכויות בחברה המוחזק על ידי מייסדים ועובדי מפתח שיהיה כפוף למנגנון ה-Holdback, אינו עולה על 50% מסך כל הזכויות המוחזקות על ידם.

3.3.2.5 תמורת ה-Holdback אינה תגמול נוסף, אלא מהווה חלק בלתי נפרד מהתמורה עבור מניות החברה הנגזרת משווי החברה כפי שנקבע בין הצדדים לעסקה - בין מוכר מרצון לבין קונה מרצון. לעניין זה, המחיר למניה שישולם למייסדים/עובדי המפתח בגין מניותיהם יהא זהה למחיר למניה שישולם לשאר בעלי המניות הרגילות בחברה. ניתן להניח כי מתקיים האמור לעיל מקום שבשעת מכירת מניות החברה בעלי המניות שאינם מייסדים או עובדי מפתח ושעל אחזקותיהם לא חל מנגנון ה-Holdback, מחזיקים בשיעור החזקה מהותי. לעניין זה מהותי הנו לפחות שליש מאמצעי השליטה (כהגדרתם בסעיף 88 לפקודה) בחברה.

3.3.2.6 המייסדים/עובדי המפתח מתקשרים בהסכם עבודה חדש, שייכנס לתוקף לכל המאוחר במועד השלמת העסקה, או לחילופין ממשכים 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).

3.3.2.7 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.

3.3.3 המייסדים/עובדי המפתח ידווחו על מכירת מניותיהם בחברה לפקיד השומה וככל וכל התמורה בעסקה היא במזומן תשולם 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 ה1 לפקודה או חלק ה2 לפקודה, לפי העניין.

3.3.4 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 החזר בהתאם להוראות הפקודה.

3.3.5 למען הסר ספק, לא יותרו בידי החברה ו/או בעלי מניותיה ו/או המייסדים/עובדי המפתח כל הוצאות לפי סעיף 17 לפקודה, בגין מנגנון ה-Holdback.

- 3.3.6 מובהר, כי ככל שתמורת ה-Holdback שתשולם למייסדים/עובדי מפתח תהא גבוהה מהמחיר למניה מאותו סוג לו זכאים בעלי המניות בחברה (למעט בשל ריבית או רווחים שנצמחו על תמורת ה-Holdback במהלך התקופה), יסווג ההפרש כאמור כהכנסת עבודה אשר יתחייב במס לפי סעיף 2(2) לפקודה.
4. **הוראות נוספות:**
- 4.1 יודגש, כי עמדתנו כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוזר זה הינה בהנחה כי לא מתקיים אחד מהאמור להלן:
- 4.1.1 החברה הרוכשת, אגב יישום מנגנון ה-Holdback, הנה "קרוב" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, של החברה או של בעלי מניותיה, לרבות המייסדים/עובדי המפתח, או של תאגידים הקשורים לחברה.
- 4.1.2 ממועד התאגדותה, החברה הייתה בשלב כלשהו גוף שקוף לצורכי מס.
- 4.1.3 במועד מכירת המניות, אגב יישום מנגנון ה-Holdback, בעלי המניות המחזיקים ברוב ההון המוקצה בחברה, לרבות המייסדים/עובדי המפתח, הם קרובים זה לזה כהגדרת המונח "קרוב" בסעיף 88 לפקודה.
- 4.1.4 החברה ו/או המייסדים/עובדי המפתח קיבלו בעבר החלטת מיסוי מרשות המסים הנוגעת למניות מושא חוזר זה.
- 4.2 במקרים בהם מתקיים האמור בסעיף 4.1 לעיל וכן במקרים בהם המנגנונים שנקבעו בהסכמים, אינם זהים לאלו שפורטו בחוזר זה, ניתן יהא לפנות לחטיבה המקצועית שברשות המסים בבקשה לקבלת החלטת מיסוי פרטנית