

משרד 1845
אוגוסט 2017

אדונים נכבדים,

**הנדון: חוזר מס הכנסה מספר 5.2017 – רשות המסים
מנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח**

תוכן עניינים:

1. מבוא
2. מנגנון ה-Reverse Vesting
 - 2.1 תיאור כללי של המנגנון
 - 2.2 היבטי המס החלים במקרה של החלת מנגנון ה-Reverse Vesting
3. מנגנון ה-Holdback
 - 3.1 תיאור כללי של המנגנון
 - 3.2 הצגת ע"מ 14-01-47255 חיים הלמן נגד פקיד שומה תל-אביב 4
 - 3.3 היבטי המס החלים במקרה של שימוש במנגנון ה-Holdback
4. הוראות נוספות

1. מבוא

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.

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 (למשל, מייסד שעזב את עבודתו בחברה לפני ההשקעה או המכירה) ו/או עובדים בחברה, שעליהם ועל מניותיהם לא מוחלות מגבלות.

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 או 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 וכיוצא באלו.

2.1.3 המצב השכיח בו הזכות לרכוש את מניות המייסדים/עובדי המפתח מתעוררת מכוח מנגנון ה- Reverse Vesting הוא התפטרות או פיטוריי 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 וכיוצא בזאת. 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.

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 החברה 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 עולות לכדי הגדרת "cause" (דהיינו, נסיבות חמורות המוגדרות בהסכם והקשורות למעשה או מחדל של העובד) או התפטרותם בשל סיבות המוגדרות כ"מוצדקות".

3.2 הצגת ע"מ 14-01-47255 חיים הלמן 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 כפירונית, אשר שולמה לאנשי מפתח בחברת אקס אי וי בע"מ, בעקבות מכירת כל מניות החברה (וביניהן מניותיהם) לחברת IBM.

3.2.2 בתמורה למכירת מניותיהם קיבלו אנשי המפתח, כפי 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 הינה טובת הנאה שהתקבלה על ידי אנשי המפתח בזיקה ליחסי עובד מעביד על רקע היותם עובדים, ומשכך מדובר בהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה. נקבע, כי: "גם אם התמורה הנוספת שולמה למערערים ללא קשר לעבודתם בפועל, יש לראות את התשלום כהכנסת עבודה מאחר שמתקיימת זיקה ישירה בין העסקתם ל 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 היתה 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 הינו 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 ממשיכים לעבוד תחת הסכם העבודה הקיים שלהם או הסכם עבודה מתוקן, לפיו יקבלו שכר ראוי (אשר לא יפחות 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 תשלום מקדמת המס בגין מלוא התמורה המיוחסת למייסדים/עובדי מפתח (לרבות חלקם בתמורת ה-Holdback). במקרה בו התמורה, כולה או חלקה, היא במניות ו/או זכויות אחרות של החברה הרוכשת, הרי שיחולו על תמורה זו הוראות סעיף קטן זה או הוראות החלק ה-1 לפקודה או החלק ה-2 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 ההחזר 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, שתשלם 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:

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, הינה "קרוב" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, של החברה או של בעלי מניותיה, לרבות המייסדים או עובדי המפתח, או של תאגידים הקשורים לחברה.

4.1.2 ממועד התאגדותה, החברה היתה 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.

במקרים בהם מתקיים האמור וכן במקרים בהם המנגנונים שנקבעו בהסכמים, אינם זהים לאלו שפורטו בחוזר זה, ניתן יהא לפנות לחטיבה המקצועית שברשות המסים בבקשה לקבלת החלטת מיסוי פרטנית.

בכבוד רב,

קרלמן – רואי חשבון