

חברים יקרים:

הריני מתכבד לשלוח אליכם חדשות, עדכונים ומאמרים בתחום המס. קריאה נעימה.

בהתאם, פרישה מהחברה בטרם עת עלולה לחייב את אנשי המפתח לזוותר על מניות אלה ו/או חלקן (או על התמורה בעדן) ללא קבלת תמורה ממשית. מצב דברים זה גורר אחריו השלכות מיסוי, שבמשך תקופה ארוכה לא זכו להתייחסות המחוקק, בתי המשפט ורשות המיסים - ראו התייחסותנו לנושא **ברשומון מס מס' 26**.

אחת הסוגיות המיסויות שהעלנו אז הייתה אם יש בכוחה של הכפפת מניותיהם של אנשי מפתח למנגנוני השימור, כדי לסווג "יש מאין" את מניותיהם, כתמורה עבור שירותיהם ועבודתם בחברה. סיווג כתמורה המותנית בהמשך עבודתם בחברה, עלול לחייב אותם במס על הכנסה פירותית ממתן שירותים (סעיף 2(1) לפקודה) או כהכנסת עבודה (סעיף 2(2) לפקודה), עם השחרור מההכפפה ו/או בעת מימוש המניות על ידי אנשי המפתח.

בפס"ד **הלמן** (ע"מ 14-01-47255) שניתן ביום 15 באוקטובר 2015 בעניין מנגנון Holdback, התמורה ששולמה לאנשי מפתח בעד מניותיהם במכירת החברה סווגה כהכנסת עבודה, במקום הכנסה מסוג רווח הון.

פסק הדין **הלמן** גרם לאי-וודאות אצל חברות ואנשי המפתח בעניין השימוש במנגנוני השימור, ובעקבות זאת רשות המיסים הבהירה את עמדתה **בהחלטת מיסוי 4253/16** (להלן: "**החלטת המיסוי**") וטיוטת חוזר מס הכנסה "**מנגנוני שימור ומגבלות על**

מיסוי הייטק ויזמים - "היבטי מס הכרוכים במנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח - Reverse Vesting ו-Holdback בעקבות חוזר 5/2017 של רשות המיסים"

תקציר הרשימה

רשימה זו תידון בקריטריונים ובתנאים לפיהם יישמר הסיווג ההוני במנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח, מסוג "Reverse Vesting" ו-"Holdback" (להלן: "**מנגנוני השימור**"), לאור חוזר 5/2017 שפורסם לאחרונה על ידי רשות המיסים (להלן: "**החוזר**" או "**חוזר 5/2017**"). לשמחתנו, החוזר מאמץ ביחס לסוגית Reverse Vesting את מסקנות **רשומון מס מס' 26** מיום 4 במאי 2012, שדן בהיבטי מס הכרוכים במנגנון Reverse Vesting.

פתח דבר

פרקטיקה ידועה היא כי בעת הקמת חברה ו/או בעת כניסת משקיע לחברה נדרשים מייסדים/עובדי מפתח (להלן: "**אנשי מפתח**") להכפיף את המניות שלהם בחברה, או את התמורה בגין מכירתן, להמשך עבודתם בחברה במהלך תקופת מגבלות מוגדרת מראש.

מאחורי פרקטיקה זו עומדת ההבנה כי ישנם אנשי מפתח שהמשך מעורבותם בחברה חיוני ממש להצלחתה ולמימוש פוטנציאל ההשקעה בה.

המפתח, דורש המשקיע להכפיף את מניותיהם למנגנון של Reverse Vesting. דהיינו, אם ימשיכו לעבוד בחברה במסגרת התקופה שנקבעה מראש, המגבלות תוסרנה (בהדרגתיות או בפעימה אחת) והבעלות על המניות תישאר בידי אנשי המפתח. לעומת זאת, אם יפסיקו את עבודתם בטרם עת וללא סיבה "מוצדקת", יוכל המשקיע ו/או החברה לרכוש את מניותיהם ו/או חלקם לפי מחיר קבוע מראש (לרוב כאמור בערך הנקוב של המנייה).

מנגנון זה עלול להקים כאמור את הטענה כי הכפפת המניות של היזם להמשך מתן השירותים בחברה כמוה כתחליף שכר ועל כן יש למסותו בהתאם. בנוסף, אם היזם אינו עומד בהתחייבויותיו כך שמנגנון Reverse Vesting נכנס לתוקף, יכול וייטען, כי היזם ביצע מכירה (ויתור) של מניותיו ו/או חלקן לחברה ו/או לבעלי המניות האחרים, ובהתאמה יש למסותו במס ריווח הון על פי שווי שוק המניות ביום המכירה.

משמע, מנגנון השימור שמטרתו להבטיח בראש ובראשונה את היחסים בין היזמים ו/או בינם לבין המשקיע, עלול להפוך לחרב פיפיות ולהשית על היזמים חבות במס פירותי עם חלוף תקופת ההבשלה או חבות במלוא רווח ההון אם קיבלו את הערך הנקוב במקרה של הפסקת עבודה בחברה.

בחוזר **5/2017** מתייחסת רשות המסים לסוגיות אלו וקובעת באילו תנאים השימוש במנגנון Reverse

מייסדים ועובדי מפתח", אשר היוו את הבסיס לחוזר 5/2017.

תוך הבחנה מנסיבות פס"ד **הלמן**, רשות המיסים קבעה כי, בתנאים מסוימים שיבוארו להלן, התמורה בגין מכירת מניות שהוכפפו למנגנוני השימור תמוסה במישור ההוני (שיעור מס של 25-33%) ולא כהכנסה פירותית (מס שולי - עד 50%).

על מנגנון ה-Reverse Vesting

המונח Reverse Vesting נפוץ במסגרת היחסים שבין יזמים בחברה ו/או במסגרת היחסים שבין היזמים למשקיע בחברה.

לעיתים קורה שמייסדים (יזמים) בהסכם מייסדים (Founders Agreement), מתחייבים במסגרתו להמשיך ולתרום לחברה גם לאחר הקמתה, בהיקפי משרה ופרקי זמן מוסכמים מראש. על מנת להבטיח את קיום ההתחייבויות ההדדיות, היזמים מסכמים בינם לבין עצמם על מנגנון Reverse Vesting, לפיו, החברה ו/או היזמים זכאים לרכוש את מניותיהם של אותם יזמים, אשר אינם עומדים בהתחייבויותיהם. הרכישה תעשה לפי מחיר קבוע מראש (לרוב בערך הנקוב של המנייה).

שימוש במנגנון Reverse Vesting, ניתן למצוא גם בעת כניסתו של משקיע לחברה, בעיקר בשלביה הראשונים. המשקיע דורש כתנאי להשקעה, כי היזמים ועובדי המפתח בחברה יתחייבו לעבוד בחברה למשך תקופה מוסכמת מראש. המניע ברור - ללא אנשי המפתח עלולה השקעתו לרדת לטמיון. במטרה להבטיח את קיום ההתחייבות של אנשי

על מנגנון ה-Holdback

מנגנון ה-Holdback הינו הסדר המקובל בעסקאות למכירת מניות בחברה, לפיו הקונה/המשקיע מתנה חלק מהתשלומים המשולמים על ידו בהמשך מתן שירותי ייעוץ וליווי ע"י בעלי המניות אנשי מפתח בחברה, גם בתקופה שלאחר הרכישה. מטרת המנגנון היא להבטיח את המשך העסקתם של אנשי המפתח למשך תקופה שנקבעה מראש ובכך לשפר את סיכויי הרכישה/ השקעה. בהתאם, חלק מהתמורה מופקד בנאמנות או מוחזק ע"י הקונה/המשקיע, ומשולם בהדרגתיות (או בפעימה אחת) עד לסוף התקופה האמורה וזאת לצד השכר ההולם המשולם בשוטף בגין עבודתם).

אם אנשי המפתח יפסיקו את עבודתם בטרם עת וללא סיבה "מוצדקת", חלק מהתמורה שעדיין לא שולם להם יישאר בידי הקונה/המשקיע.

שוב, בדומה למנגנון Reverse Vesting, עלולה להישמע הטענה, אשר התקבלה בעניין **הלמן** לפי התשלום המותנה אינו תשלום הוני, כי אם בונוס ותחליף שכר לכל דבר ועניין.

בקליפת האגוז, דובר שם על מכירת כל מניות חברת אקס אי וי בע"מ לחברת IBM. בשונה משאר בעלי המניות, הוסכם שבנוסף למחיר המניה בעסקת המכירה, אנשי המפתח בחברה יקבלו **תמורה נוספת** (בשיעור של 5% מסכום הרכישה הכולל) שתשולם להם על פני תקופה של שלוש שנים בכפוף לכך שימשיכו לעבוד בחברת IBM לאורך התקופה הנ"ל (ומעבר לתשלום משכורת רגילה במהלך העסקתם).

Vesting, לא ישנה את סיווג ההחזקה של היזמים מהוני לפירותי. להלן עיקרי התנאים:

ראשית, המנגנון **נקבע מראש ובכתב במועד ייסוד החברה** (או בסמוך למועד זה ועד חצי שנה ממועד ייסוד החברה), או אגב **השקעה מהותית** בחברה, דהיינו, השקעה במסגרתה הונפקו למשקיעים לפחות 5% מהון המניות המונפק לאחר ההשקעה). **שנית**, במקרה של הפעלת המנגנון – רק **החברה** עצמה או **בעלי המניות האחרים** זכאים לרכוש את המניות. תנאי זה יחול אף אם הרכישה נעשית בתמורה לערכן הנקוב (או ללא תמורה) של המניות, והכל כפי שהוסכם **מראש ובכתב**.

שלישית, מניות אנשי המפתח מסווגות כמכשירים הוניים והן **מניות רגילות** (ולא מניות בכורה או מניות אחרות כגון מניות נדחות, מניות הנהלה או מניות הניתנות לפדיון), הזרות בזכויותיהן לשאר המניות הרגילות, לכל דבר ועניין.

רביעית, מדובר במניות, אשר אילו היו נמכרות טרום קביעת המנגנון היה הריווח ממכירתן מסווג כרווח הון. כלומר, עצם החלת המנגנון לא תשנה את סיווג ההכנסה מהמניות, כאשר מלכתחילה לא מדובר במניות שניתנו ליזם בעת הקמת החברה או בסמוך. בכפוף לתנאים אלה, החלת המנגנון לא תשנה, לעמדתה של הרשות, את סיווג ההכנסה ממכירת המניות להכנסה פירותית, אלא יחולו הוראות חלק ה' לפקודה (רווחי הון) על מכירת המניות.

בחברה, ההפרש האמור יחויב במס כהכנסת עבודה.

חמישית, אנשי המפתח מתקשרים בהסכם חדש החל ממועד השלמת העסקה, או ממשיכים לעבוד תחת הסכם העבודה הקיים, או הסכם מתוקן, ולפיו יקבלו שכר ראוי שלא יפחת משכרם בטרם העסקה. שישית, החברה הרוכשת תייחס בדיווחי המס שלה את תשלום ה-Holdback כתשלום עבור רכישת מניות במסגרת העסקה, ולא תתבע הוצאות לצרכי מס בגין תשלום ה-Holdback.

דגש נוסף, אשר עולה מהחוזר הוא, כי אנשי המפתח ידווחו על מכירת מניותיהם, וככל שהתמורה משולמת במלואה במזומן הם ישלמו מקדמת מס מלאה בגין מלוא התמורה (לרבות בגין מרכיב ה-Holdback שטרם שולם). אם בהמשך מי מאנשי המפתח לא יקבל את מלוא התמורה הוא יהא רשאי לתקן את דוחותיו ויהא זכאי להחזר מס. כאשר התמורה ניתנת במניות או זכויות ניתן יהיה להחיל מנגנוני דחיית מס שונים בכפוף לתנאים הקבועים בפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה").

יצוין כי התנאים הנ"ל לפיהם תשלום ה-Holdback שישולם לאנשי המפתח ימוסה כרווח הון, תואמים למעשה ברובם לנסיבות ולתנאים שנקבעו כבר **בהחלטת מיסוי 4253/16** שפרסמה רשות המיסים ביום 19 באפריל 2016 בעניין מנגנון ה-Holdback. זאת למעט צמצום תנאי החלטת המיסוי שהוחלה אף על מניות בכורה.

בית המשפט המחוזי ראה בתמורה הנוספת ששולמה לאנשי המפתח כהכנסת עבודה היות ומתקיימת זיקה ישירה בין העסקתם ע"י חברת IBM לבין התמורה הנוספת.

חוזר 5/2017 משרטט, אם כן, את התנאים הבאים לפיהם תמורת ה-Holdback תמשיך ותיחשב כתמורה הונית בידי בעל המניות:

ראשית, מניות אנשי המפתח מסווגות כמכשירים הוניים, והן **מניות רגילות** (ולא מניות בכורה או מניות אחרות כגון מניות נדחות, מניות הנהלה או מניות הניתנות לפדיון), הזהות בזכויותיהן לשאר המניות הרגילות לכל דבר ועניין, אשר אלמלא הסדר ה-Holdback הייתה מכירתן מסווגת כרווח הון.

שנית, מניות אנשי המפתח הוחזקו על ידם במשך **שנה לפחות** לפני חתימת העסקה.

שלישית, מניות אנשי המפתח נמכרות במסגרת עסקת מכירה של **כלל הזכויות בחברה**, לרבות במסגרת שינוי מבנה.

רביעית, תמורת ה-Holdback אינה מהווה תגמול נוסף, אלא המחיר שישולם בעדן הינו **זהה** למחיר למניה שישולם לשאר בעלי המניות הרגילות בחברה. החוזר מוסיף חזקה, לפיה דרישה זו מתקיימת, אם בשעת מכירת המניות שליש מאמצעי השליטה בחברה מוחזקים על ידי בעלי מניות שאינם מייסדים ואינם עובדי מפתח ושמינותיהם אינן כפופות למנגנון ה-Holdback. בהקשר זה ובהשראת פסק הדין בעניין **הלמן**, חוזר **5/2017** מבהיר כי אם התמורה למניה לאנשי המפתח גבוהה מהמחיר למניה שישולם לשאר בעלי המניות

שירותים לאחר הקמת החברה. טוב עשתה הרשות, כאשר ציינה בסוף החוזר, כי במקרים שאינם תואמים לתנאים שפורטו בחוזר, ניתן יהיה לפנות למחלקה המקצועית שברשות המיסים לקבלת החלטת מיסוי פרטנית.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות: עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד שי ארז, עו"ד אנה צברי ועו"ד רפאל בוסידאן. הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר המשרד.

אין באמור ברשימה זו כדי להוות חוות דעת ו/או ייעוץ משפטי בסוגיות הנידונות ובכל אופן מומלץ להתייעץ עם מומחה מס לפני נקיטת צעדים משפטיים ו/או אחרים המסתמכים על רשימה זו.

לבסוף, נקבע כי הוראות החוזר לא יחולו במקרים בהם החברה הרוכשת הינה "קרוב" כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, או כאשר התקבלה בעבר החלטת מיסוי הנוגעת לאותן מניות.

סיכום, מסקנות ודגשים נוספים

אחרי שנים של אי-ודאות בקרב ציבור הנישומים והיועצים סביב היבטי המס של מנגנוני השימור, ובמיוחד לאחר פס"ד **הלמן**, רשות המיסים הבהירה במסגרת חוזר **5/2017** את הקריטריונים לפיהם לדידה יישמר סיווג ההוני של המניות בידי אנשי המפתח במסגרת של המנגנונים הידועים Reverse Vesting ו-Holdback.

יש לברך על כך את רשות המסים שכן מדובר במנגנונים נפוצים עד מאד בענף ההייטק ובפרט בחברות ההזנק שכה חשובים למשק הישראלי. בתור שכך רצוי להקפיד על כך שתנאים אלו יופיעו בהסכמים המסחריים בעת הקמת החברה בין היזמים ובעת השקעה. מניסיונו, חלק ניכר מהמקרים יעמדו בתנאים המפורטים בחוזר **5/2017**. יחד עם זאת, יש לזכור כי לפחות בכל הנוגע למנגנון Reverse Vesting, טרם ניתנה פסיקה בסוגיה. הרי כי כן, ניתן לחשוב לדעתנו על מצבים, אשר אינם עומדים בתנאי הרשות ועדיין ראויים לזכות בסופו של יום את היזמים באירוע הוני. אחרי הכל, המניות בהן מדובר ניתנו ליזם בכובעו כזם של החברה ובעבור השירותים וההון האנושי שהשקיע בהקמתה של החברה וזאת, בניגוד למשל לעובדים וספקי שירותים אחרים, שנותנים לחברה