

## חוזר מס הכנסה מס' 2016/XX – החטיבה המקצועית מנגנוני שימור ומגבלות על מייסדים ועובדי מפתח

### 1. מבוא

- 1.1. בשנים האחרונות, מנגנונים המשמשים לחיזוק הקשר בין המייסדים/עובדי מפתח של חברות הזנק, ביניהם ובין החברות עצמן, ו/או ביניהם ובין משקיעים, הפכו לנפוצים יותר ויותר בתעשייה. המכנה המשותף של מנגנונים אלה הוא הסכמת המייסדים ועובדי המפתח להחיל על עצמם מגבלות בקשר עם בעלותם על מניותיהם בחברה או על זכאותם לקבל תמורה בגין מכירת מניותיהם בחברה, וזאת לשם העצמת הקשר בינם לבין החברה והבטחת מעורבותם הפעילה בחברה במהלך תקופת המגבלות.
- 1.2. מנגנונים אלה יכולים להתגבש במהלך חיי החברה: בהקמה – בין המייסדים לבין עצמם, או בינם לבין החברה; במסגרת השקעות פרטיות בחברה – בין המייסדים לבין המשקיעים או לבין החברה; במסגרת עסקאות רכישה של חברות – בין המייסדים ו/או עובדי מפתח לבין הרוכש. מנגנונים אלה יוצרים אפליה לרעה של המייסדים/עובדי המפתח, ביחס לבעלי מניות אחרים, משקיעים אחרים, מייסדים אחרים<sup>1</sup> ו/או עובדים בחברה, שעליהם ועל מניותיהם לא מוחלות מגבלות.
- 1.3. במסגרת חוזר זה נסקור שני מנגנונים שכיחים: Reverse Vesting ו-Holdback, אשר משמשים מייסדים, משקיעים ורוכשים, בעיקר בחברות הזנק. יודגש, כי מנגנונים אלו מוחלים על מניות, אשר כבר נמצאות בבעלותם של אותם מייסדים ממועד הקמת החברה ו/או מקורן בהענקות תחת הוראות סעיף 102 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה") במסלול רווח הון בהקצאה באמצעות נאמן או בהקצאות כנגד השקעה בחברה. למותר לציין, כי בהקצאת מניות חדשה שלא במועד הקמת החברה, ללא תמורה או כנגד תמורה הנמוכה מהותית משווי השוק של המניות לאותו מייסד/משקיע/רוכש, אשר מקיים יחסי עובד-מעביד עם החברה המקצה,

<sup>1</sup> למשל, מייסד שעזב את עבודתו בחברה לפני ההשקעה או המכירה.

ואשר מוגדר כבעל שליטה בהתאם לסעיף 32(9) לפקודה, ההפרש בין שווי שוק המניות לבין התמורה ששולמה עבורן תסווג כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה.

1.4. יודגש, חוזר זה לא יחול במקרים בהם:

1.4.1. החברה הרוכשת הינה קרוב כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה

של החברה או של בעלי מניותיה, לרבות המייסדים/עובדי המפתח, או של תאגידים הקשורים לחברה.

1.4.2. החברה ו/או המייסדים/עובדי המפתח קיבלו בעבר החלטת

מיסוי מרשות המסים הנוגעת למניות מושא חוזר זה.

1.5. במקרים כאמור בסעיף 1.4 לעיל וכן במקרים בהם המנגנונים שנקבעו

בהסכמים, אינם זהים לאלו שיפורטו בחוזר זה, ניתן יהא לפנות לחטיבה המקצועית שברשות המסים.

## 2. מנגנון ה-Reverse Vesting

### 2.1 תיאור כללי של המנגנון

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

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

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

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

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

2.2.1.1 המנגנון נקבע מראש ובכתב במועד ייסוד החברה (או בסמוך למועד) ו/או אגב השקעה מהותית בחברה בלבד. לעניין הוראות חוזר זה, יראו השקעה מהותית בחברה השקעה

במסגרתה הונפקו למשקיעים לפחות 5% מהון המניות המונפק של החברה אחרי ההקצאה.

2.2.1.2 במקרה בו מופעל המנגנון, נקבע כי החברה ו/או בעלי המניות האחרים בחברה בלבד הם אלו הרוכשים את המניות מאותו המייסד/עובד מפתח, וזאת ללא תמורה או בתמורה לערך הנקוב, והכול כפי שהוסכם בכתב מראש והוחלט במועד חתימת ההסכם.

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

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

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

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

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

### 3. מנגנון ה-Holdback

#### 3.1 תיאור כללי של המנגנון

- 3.1.1 מנגנון ה-Holdback הפך שכיח בשנים האחרונות ומשמש את הרוכשים של החברות, ככלי המאפשר להם למצות את הערך מעסקת הרכישה ולשמר את המייסדים/עובדי המפתח בחברה או בחברה אחרת בקבוצה.
- 3.1.2 בהתאם למנגנון ה-Holdback, התמורה, כולה או חלקה, המשולמת בגין מכירת מניות המייסדים/עובדי המפתח, בין במזומן ובין במניות של החברה הרוכשת (או חברה קשורה לה), מופקדת בנאמנות או מוחזקת בידי החברת הרוכשת, למשך תקופה מסוימת, בהתאם להסכם Holdback שיחתם בין המייסדים/עובדי המפתח והחברה הרוכשת (להלן: "תמורת ה-Holdback").
- 3.1.3 ככלל, תמורת ה-Holdback משוחררת למייסדים/עובדי המפתח בהדרגה או בפעימה אחת, בכפוף 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 47255-01-14 חיים הלמן נגד פקיד שומה תל אביב 4

- 3.2.1 ב-15 באוקטובר, 2015 פורסם פסק הדין ע"מ 47255-01-14 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 שקבלו שאר בעלי המניות, סכום הנגזר ממספר המניות בידיהם לפי מחיר המניה בעסקה. נוסף על כך, הוסכם על תמורות נוספות מעבר למחיר המניה, כפי שנקבע בעסקה, אשר יינתן לאנשי מפתח בלבד ויפרש על פני תקופה של שלוש שנים (להלן: "התמורה הנוספת"). סכומים מותנים אלו שולמו לאנשי המפתח אלו בכפוף לכך שימשיכו לעבוד בחברה לאורך תקופת ההתחייבות, אלא אם סיום הקשר הוא בנסיבות של מוות, סיום העסקה או פיטורים על ידי החברה ללא סיבה מוצדקת. במהלך תקופת ההתחייבות קיבלו אנשי המפתח משכורת רגילה ללא קשר לשחרור התמורה הנוספת.
- 3.2.3 בית המשפט קבע כי התמורה הנוספת הנה טובת הנאה שהתקבלה על ידי אנשי המפתח בזיקה ליחסי עובד מעביד על רקע היותם עובדים, ומשכך מדובר בהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה. נקבע, כי "גם אם התמורה הנוספת שולמה למערערים ללא קשר לעבודתם בפועל, יש לראות את התשלום כהכנסת עבודה מאחר שמתקיימת זיקה ישירה בין העסקתם על ידי חברת IBM לבין התמורה הנוספת".
- 3.2.4 בית המשפט לא הפריד במפורש בין שני הסכומים (עד מחיר המניה בעסקה ותשלומים, אשר שולמו מעבר למחיר המניה כאמור), וניתן היה להבין כי יש לסווג את הסכום הכולל, כטובת הנאה או תשלום ממעביד לעובד, אשר מהווה הכנסת עבודה.
- 3.3 היבטי המס החלים במקרה של שימוש במנגנון ה-Holdback
- 3.3.1 תמורת ה-Holdback המשתלמת למייסדים/עובדי מפתח, וזאת עד למחיר המניה, כפי שנקבע בעסקת הרכישה, תתחייב במס כרווח הון לכל דבר ועניין, וזאת בהתקיים כל התנאים הבאים:
- א. מניות המייסדים/עובדי המפתח מסווגות כמכשירים הוניים (ולא כהתחייבות), כמניות רגילות, ואינן מסווגות כמניות בכורה או מניות נדחות או מניות הנהלה או מניות הניתנות לפדיון (למעט פדיון ללא תמורה או תמורת ערך נקוב). כמו כן, המניות זרות בזכויותיהן לשאר המניות מאותו סוג. וכן: המניות מקנות זכויות לדיבידנד, זכויות הצבעה וזכות להשתתף בנכסי החברה במקרה

של פירוק. יודגש, כי מדובר במניות, אשר אילו היו נמכרות טרום קביעת מנגנון זה, היה הרווח ממכירתן מסווג כרווח הון.

- ב. מניות המייסדים/עובדי המפתח הנמכרות במסגרת העסקה הוחזקו על ידם במשך תקופה של חצי שנה לפחות טרם יום חתימת העסקה.
- ג. תמורת ה-Holdback אינה תגמול נוסף, אלא מהווה חלק בלתי נפרד מהתמורה עבור מניות החברה הנגזרת משווי החברה כפי שנקבע בין הצדדים לעסקה. יודגש, כי המחיר למניה שישולם למייסדים/עובדי המפתח בגין מניותיהם יהא זהה למחיר למניה שישולם לשאר בעלי המניות בחברה.
- ד. המייסדים/עובדי המפתח מתקשרים בהסכם עבודה חדש, שייכנס לתוקף לכל המאוחר במועד השלמת העסקה, או לחילופין ממשיכים לעבוד תחת הסכם העבודה הקיים שלהם או הסכם עבודה מתוקן, לפיו יקבלו שכר ראוי (אשר לא יפחת ממשכורתם בחברה טרם העסקה), בתמורה לעבודתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה, לרבות במשך תקופת המגבלות (למעט אם פוטרו או התפטרו מעבודתם בחברה או בחברה אחרת בקבוצה או במקרה של נכות או מוות).
- ה. החברה הרוכשת תייחס בדיווחי המס שלה את תשלום תמורת ה-Holdback כתשלום עבור מניות המוכרים במסגרת העסקה ולא כתשלום שכר בגין עבודתם. החברה הרוכשת לא תתבע הוצאה בישראל לצורכי מס, בגין תשלום תמורת ה-Holdback.
- ו. המייסדים/עובדי המפתח ידווחו על מכירת מניותיהם בחברה לפקיד השומה וככל וכל התמורה בעסקה היא במזומן תשלום מקדמת המס בגין מלוא התמורה המיוחסת למייסדים/עובדי מפתח (לרבות חלקם בתמורת ה-Holdback). במקרה בו התמורה, כולה או חלקה, היא במניות ו/או זכויות אחרות של החברה הרוכשת, הרי שיחולו על תמורה זו הוראות סעיף קטן זה או הוראות חלק ה' 1 לפקודה או חלק ה' 2 לפקודה, לפי העניין.
- ז. ככל שמי מהמייסדים/עובדי מפתח לא יקבל חלק מתמורת ה-Holdback, יהיה אותו מייסד/עובד מפתח רשאי לתקן את

דיווחיו לשנת המס בו אירעה המכירה, והמס בגין אותו חלק מתמורת ה-Holdback, שלא השתלם למייסד/עובד מפתח בסופו של דבר, יושב לו כשהוא נושא ריבית והפרשי הצמדה מתום אותה שנת מס ועד ליום ההחזר בהתאם להוראות הפקודה.

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

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

בברכה,

רשות המסים בישראל