בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

28 אוקטובר 2025

ע"מ 59306-01-23 הקסהדייט בע"מ נ' פקיד השומה תל אביב 3

לפני כב' השופטת ירדנה סרוסי

מערערת	**הקסהדייט בע"מ** **ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר יובל נבות, עפר גרנות, אמיר קופר** **משרד הרצוג, פוקס, נאמן ושות'**
	נגד
משיב	**פקיד השומה תל אביב 3** **ע"י ב"כ עוה"ד עדי חן, דנית אלפסי-פוטסמן** **פמת"א (אזרחי)**

פסק דין

חברה רוכשת את מניותיה של חברה אחרת בעסקה "רגילה", בין צדדים שאינם קשורים. זמן קצר לאחר מכן, החברה הנרכשת מעבירה את כל פעילותה ונכסיה לחברה הרוכשת (או במילים אחרות, מכירת Functions, Assets and Risks - FAR). על החברה הנרכשת לשלם מס בעבור מכירת הפעילות והנכסים. מכיוון שבעת העברת הפעילות מדובר במכירה שמתבצעת בין צדדים קשורים (חברה בת לחברה אם), נשאלת השאלה כיצד מעריכים את שווי הפעילות והנכסים שנמכרו?

ככלל, במקרים שכאלו, הערכת שווי הפעילות והנכסים מתבצעת על בסיס התמורה ששילמה החברה הרוכשת עבור מניות החברה הנרכשת (שהרי בעת ביצועה של עסקת המניות היה מדובר בעסקה בין צדדים שאינם קשורים שהביאה לידי ביטוי את שווי החברה הנרכשת), תוך ביצוע התאמות מסוימות. ערעור מס הכנסה זה עניינו בהתאמות שיש לבצע לתמורת המניות, על מנת להעריך את שווי מכירת הנכסים והפעילות, והוא כולל שתי סוגיות עיקריות. **הראשונה**, האם בהערכת שווי הפעילות והנכסים יש לגלם את המס שמוטל על מכירתם? **והשנייה**, האם בהערכת שווי הפעילות והנכסים יש לכלול גם תשלומים נדחים למייסדים שמותנים בעבודה עתידית (תשלומי Holdback)?

הרקע הרלוונטי לערעור

1. המערערת היא חברה תושבת ישראל, העוסקת במחקר ופיתוח בתחום הסייבר. המערערת הוקמה בישראל במרץ 2014 על ידי שלושה מייסדים. המערערת הקימה חברת בת בארה"ב, שנועדה לעסוק בשיווק ומכירות עבור המערערת בארה"ב.

2. ביום 6.6.2017 חתמה חברת מיקרוסופט ישראל מחקר ופיתוח (2002) בע"מ (להלן: "**הרוכשת**") על הסכם לרכישת 100% מהון המניות של המערערת עבור סכום של 75 מיליון דולר אמריקאי.

3. במסגרת הסכם רכישת המניות נקבע, כי סכומים מסוימים מסך התמורה הכוללת בגין המניות יעוכבו ולא ישולמו לבעלי המניות באופן מיידי. כך, בין היתר, התמורה לכל אחד משלושת המייסדים כללה רכיב תשלום עתידי בסך של כ-3.1 מיליון דולר (ובסה"כ כ-9.3 מיליון דולר), המותנה בהמשך עבודתו של המייסד לשלוש שנים (אלא במקרים של מוות, נכות, פיטורין או עזיבה מוצדקת של כל אחד מהמייסדים, להלן: "**ההולדבק**").

4. ההולדבק הופחת מהתמורה ששלושת המייסדים קיבלו עבור מניותיהם. יצוין כי התמורה ליתר בעלי המניות, לא כללה הגבלה דומה. כלומר, בשונה מיתר בעלי המניות, על מנת שהמייסדים ייהנו ממלוא התמורה עבור מניותיהם היה עליהם להמשיך ולעבוד שלוש שנים נוספות. תמורת המניות ללא רכיב ההולדבק, עמדה על סך של כ-65.8 מיליון דולר.

5. העסקה הושלמה ביום 7.7.2017. יום לאחר השלמת העסקה בוצע שינוי מבנה עסקי במערערת. המערערת חתמה על שני הסכמים שתוקפם 8.7.2017 למכירת קניין רוחני ומניות בחברת הבת לחברת Microsoft Corporation (להלן: "**מייקרוסופט**") וכן חתמה על הסכם שתוקפו 1.8.2017 למכירת פונקציית כוח האדם שלה לרוכשת (להלן: "**הממכר**").

6. המערערת דיווחה למשיב, כי התמורה בגין הממכר עמדה על סך של כ-65.4 מיליון דולר. זאת בהתבסס על התמורה ששולמה בעסקת מכירת המניות עבור מניות המערערת, תוך הפחתת רכיב ההולדבק מתמורת המניות.

7. המשיב לא קיבל את דיווחיה של המערערת וקבע כי שווי הממכר עומד על סך של 95.933 מיליון דולר. לדידו של המשיב, יש לכלול את רכיב ההולדבק כחלק מהתמורה ששולמה עבור המניות. נוסף על כך, המשיב גילם את המס שעל המערערת לשלם במסגרת מכירת הממכר, כחלק משווי הממכר (להלן: "**גילום המס**").

8. עוד קבע המשיב, כי מאחר שהמערערת לא קיבלה בפועל את מלוא הפיצוי בגין העסקה, יש לראות בסכומים שלא קיבלה לידיה כהלוואה שניתנה למייקרוסופט, ולכן יש לחייב את המערערת בגין הכנסות ריבית רעיונית ממייקרוסופט (להלן: "**ההתאמה**

המשנית"). במסגרת דיון ההוכחות, המשיב הפחית את הריבית הרעיונית שקבע בצווים לשיעור של 1.01%.

9. המערערת כופרת בטענות המשיב ומכאן ערעור זה.

<u>טענות המערערת בתמצית</u>

10. הפגמים בהתנהלות המשיב מחייבים את קבלת הערעור. לרשות המסים הייתה מדיניות שלא לגבות מס בגין גילום מס והשומה דנן חורגת ממדיניות זו. רשות המסים קבעה מדיניות בנושא מיסוי שינוי מבנה עסקי במסגרת חוזר מס הכנסה מספר 15/2018 "שינוי מבנה עסקי בקבוצות רב-לאומיות" (להלן: "**חוזר 15/18**"). סעיף 6.3.4 לחוזר 15/18 קובע את "**ההתאמות הדרושות בעסקת רכישת מניות לצורך בחינת השווי של ה-FAR**". נקבע שם כי לשם קביעת שווי ה-FAR יש להוסיף לתמורת המניות "**התחייבויות עודפות במועד סגירת עסקת רכישת המניות, כגון ...**". הפרשה למסים לא פורטה ברשימת ההתחייבויות העודפות, ואף אינה נזכרת בדוגמאות שצורפו בנספח לחוזר. מס רווח הון בגין מכירת נכסים הוא אירוע שכיח מכל התאמה אחרת וההתאמה בגין גילום המס היא ההתאמה הגדולה ביותר שבוצעה לשווי הממכר. לא יתכן שהתאמה המגדילה את התמורה עד כ-30% משווי המניות, היא דוגמה זניחה שבטעות נשמטה מחוזר מפורט האוחז 34 עמודים, שתכליתו לקבוע את שווי הנכסים בנסיבות אלו.

מדיניות רשות המסים באה לידי ביטוי לא רק בהנחיות כתובות, אלא גם בהתנהלותה. רשות המסים נהגה שלא לגבות מס בגין גילום המס.

11. גם אם המשיב שינה מדיניות בנושא גילום המס, שינוי זה לא נעשה כדין. ראשית, שינוי מדיניות צריך להיות צופה פני עתיד והשינוי יחול רק מעתה והלאה, קרי ממועד קבלת ההחלטה על שינוי המדיניות. המשיב אינו רשאי לראות בהליך שומתי כהזדמנות לשינוי מדיניות. שינוי המדיניות בהליך שומתי פרטני, ללא תיקון חוזר 15/18 וללא פרסום שינוי המדיניות בפומבי, פגע אנושות באינטרס הציפייה של המערערת. שנית, שינוי מדיניות לא יכול להיעשות באופן שרירותי. המשיב לא הסביר את הבסיס לשינוי במדיניות. שלישית, שינוי מדיניות צריך להיעשות ללא אפליה.

12. המשיב שלל את זכות הטיעון של המערערת. טענת גילום המס לא הועלתה בשומה שלב א' ולכן לא הוגשה השגה לגביה. הערכת השווי, עליה התבססו הצווים, נשלחה למערערת

ימים ספורים לפני הוצאת הצווים, ומבלי שניתנה למערערת הזדמנות להתייחס אליה. אף ביחס לסוגיית ההולדבק לא ניתנה זכות טיעון. המשיב לא בחן את מסמכי עסקת רכישת ג'יטקו, שעליה התבסס, והוא אטם עצמו להסברים ונמנע מבדיקת המסמכים הרלוונטיים שהוצעו לו. בכך הוא הפר את חובתו לשמוע בנפש חפצה את טענות המערערת. כאשר המשיב מתעלם מהסברי המערערת ומעלה טענה חדשנית לראשונה בשלהי תקופת ההשגה מבלי שהוא נפגש עם מייצגי המערערת, הרי שלא ניתנה זכות טיעון.

13. המשיב לא נימק את עמדתו. הצווים והערכת השווי שעליה התבססו הצווים אינם מזכירים ולו במילה אחת את סוגיית ההולדבק. סוגיית ההולדבק הייתה הסוגיה היחידה שלגביה הגישה המערערת השגה. גם סוגיית גילום המס כלל אינה מנומקת. אין בצווים נימוק או הסבר לסוגיית הגילום מלבד הפנייה לעבודת הערכת השווי, שלא צורפה. כמו כן, הערכת השווי וחוות דעת המשיב לא מנמקות מדוע נדרש לבצע גילום.

14. המשיב צריך לשאת בנטל ההוכחה בערעור דנן. סעיף 85א(ג) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: "**הפקודה**") קובע כי אם המציא הנישום את המסמכים הנדרשים, לרבות חקר מחירי העברה, "חובת הראייה" תחול על פקיד השומה. המערערת מסרה למשיב את כלל המסמכים. אין מחלוקת לגבי אופי העסקה, היקפה ומהות הנכסים שנמכרו. אין מחלוקת לגבי שיטת מחירי ההעברה והעסקה בת ההשוואה הרלוונטית. לאור זאת, נטל ההוכחה חייב לחול על המשיב.

15. אף לגופו של עניין אין לבצע גילום מס בגין תמורת הממכר. המשיב לא חלק על זהות הנכסים שנמכרו, לא חלק על מהות העסקה, ולא חלק על שיטת הערכת שווי הממכר, אשר גוזרת את שווי הנכסים מעסקה בת השוואה – עסקת מכירת מניות המערערת.

16. לפי חקר מחירי העברה של המערערת, תמורת הממכר נקבעה על ידי שימוש בשיטת ה-Acquisition Price Method (להלן: "**APM**"), בה שווי הממכר שנמכר סמוך לאחר עסקת רכישת המניות של המערערת, נגזר מהתמורה ששולמה עבור המניות. חקר מחירי ההעברה פירט את הטעמים להחרגת ההולדבק מחישוב שווי הממכר. שיטת ה-APM מהווה יישום של "שיטת השוואת המחיר" שמצוינת בחוזר 15/18. לא הועלתה טענה כי יש להשתמש בשיטה אחרת לקביעת שווי הממכר.

17. נקודת המוצא בשיטת השוואת המחיר היא שאין לבצע גילום מס. בחלק D.2.6.1 לקווי ההנחיה של ה-OECD בנושא מחירי העברה (OECD (2017), *OECD Transfer*

Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en (להלן: "**קווי ההנחיה**"), שהוא החלק הרלוונטי לענייננו, לא נכללה הוראה לגבי גילום מס. דוגמאות 22, 23 ו-26 בקווי ההנחיה, שעוסקות בשיטת השוואת המחיר בנסיבות הן נמכרו נכסים ברווח לאחר עסקת רכישת מניות, אף הן לא מיישמות את גילום המס. בשיטת השוואת המחיר, בה מעריכים בעקיפין את שווי הממכר על בסיס עסקת רכישת המניות, חזקה על צדדים לא קשורים ששקלו את כל השיקולים הרלוונטיים, לרבות שיקולי מס לאחר העסקה. שיקולי מס פרטניים לא קובעים את מחיר השוק של הנכס.

18. המשיב מבקש להכניס את השיקולים הסובייקטיביים של הרוכש לחישוב השווי האובייקטיבי של נכסי המוכר. גישה זו נדחתה על ידי רשות המסים ובתי המשפט בעבר. במקרה דנן חבות מס רווח ההון לא נלקחה בחשבון.

19. אין לכלול את ההולדבק בחישוב שווי הממכר. מנגנון ההולדבק הוא חלק מהתמורה שתשלומה הוכפף להמשך עבודה, והיא תשולם רק אם יספקו המייסדים שירותי עבודה לאחר העסקה. מדובר בתקבול בעל מאפיינים מעורבים של הון ופירות, כאשר תנאי העבודה הוא התנאי העיקרי לקבלת התשלום בפועל, והוא מתאר את המהות הדומיננטית של התקבול. מכל בחינה מהותית, הסדר ההולדבק ותנאיו מתארים הסדר של תשלום בונוס שימור.

20. בע"מ (מחוזי מרכז) 49444-01-13 **ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא** (6.6.2017) (להלן: "עניין **ג'יטקו**"), שהתנאים המסחריים שעמדו בבסיס העסקה שם זהים לתנאים המסחריים כאן, נדחתה כבר הטענה, כי אופן מיסוי המייסדים בגין תמורת ההולדבק יכול להשליך על שווי נכסי החברה. תנאי המשך העבודה שחל על תשלומי ההולדבק הוא הגבלה שהוחלה במישור האישי על המייסדים. אך הממכר הוא נכס המוחזק על ידי המערערת במישור התאגידי. המשיב מסווג תשלומים שמותנים בהמשך עבודה אישית של המייסדים כחלק משוויו של נכס המוחזק על ידי המערערת.

21. ההולדבק הוא תשלום שמותנה במתן שירותי עבודה לאחר מועד העסקה. לא ניתן לגזור מתשלום המותנה בעבודה בעתיד, את שווי נכסי המערערת היום.

22. גם החשבונאות מכירה בכך שיש לסווג את תמורת ההולדבק, אף אם היא משולמת במסגרת עסקת רכישת מניות, כהתחייבות בגין שירותי עבודה עתידיים.

23. לחילופין, חוות דעת המשיב שגויה בכך שלא קבעה את שוויו ההוגן של ההולדבק למועד עסקת המניות. תשלום מותנה בתנאים, המשולם על פני תקופת 3 שנים, אינו זהה בשווי לתשלום המשולם מיידית ללא התניה בהמשך עבודה. יש להוון את שווי ההולדבק לא רק בגין התשואה האלטרנטיבית של הכסף, אלא גם בגין הסיכון שלא ישולם בפועל.

24. אין לקבל את קביעות המשיב ביחס להתאמה משנית. אין מקור חוקי בישראל המתיר מיסוי הכנסה רעיונית הנובעת מהתאמה משנית. אישור ההתאמה המשנית במסגרת ע"א 943/16 **קונטירה טכנולוגיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 3** (22.4.2018) (להלן: "עניין **קונטירה**") נעשה ללא דיון בשאלת הסמכות. התאמה משנית גם מובילה לכפל מס כלכלי.

25. לחילופין, המשיב שגה בקביעת שיעור הריבית בגין ההלוואה הרעיונית. שיעור הריבית צריך להיות שיעור הריבית הבין-חברתית ששולמה בפועל על הלוואות אמיתיות שנתנה המערערת לחברות בקבוצת מייקרוסופט, אשר דווחו בדוחות המס שלה, ולא הייתה מחלוקת לגביהן (שיעור ריבית של 0.1% – 0.25%), או לחילופין להשתמש בשיעור הריבית הנמוך יותר בדוחות הכספיים הציבוריים של מייקרוסופט (0.43%) או להשתמש בשיעור הריבית שנקבע בשומה שלב א' (0.882%). בכל מקרה, אין בסיס לשיעור ריבית של 1.01%. כמו כן, יש לחשב את הריבית בדרך של ריבית קו ישר, ולא ריבית דריבית כפי שעשה המשיב במקרה דנן.

26. המערערת הגישה סיכומי תשובה שבהם השיבה באופן קונקרטי לטענות המשיב בסיכומיו.

<u>טענות המשיב בתמצית</u>

27. ביחס לסוגיית ההולדבק, הסכם רכישת המניות קובע במפורש שהסכומים המעוכבים למייסדים, הם חלק מהתמורה עבור רכישת המניות; וכי סכומים אלו לא יוכלו להתפרש ככאלו שמשנים את מהותם והם לא ייחשבו ככאלו ששולמו בגין משכורת, שכר או הכנסה רגילה אחרת. הסכומים המעוכבים למייסדים נגזרים מהתמורה הכוללת בגין מניות המערערת, הזהה לתמורה הכוללת שמקבלים שאר בעלי המניות בהתאם לשיעור אחזקתם.

28. אין זה סביר שהמייסדים קיבלו תמורה נמוכה יותר בעבור מניותיהם, והם זכאים למלוא התמורה בגין המניות אשר הוחזקו על ידם, כל עוד הם יעמדו בתנאי ההסכמים

(הסכם רכישת המניות והסכם ההולדבק). יש לראות במנגנון זה כמנגנון שמטרתו לשפות את מייקרוסופט אם המייסדים לא יעמדו בהתחייבות ובמצגים שלהם בהתאם להסכמות בין הצדדים.

29. זכות המייסדים לתשלום ההולדבק נוצרה מלכתחילה מעצם היותם המייסדים של המערערת ובעלי מניות בה ומכוח הסכם רכישת המניות, כאשר הסכומים המעוכבים הם חלק מהתמורה הכוללת בגין מניות המערערת ולא מדובר בזכות שנוצרה רק בשל המשך עבודתם במייקרוסופט.

30. הסכומים המעוכבים למייסדים הופקדו בידי הנאמן באופן מיידי והועברו לחשבון נאמנות שהוקם לטובת המייסדים, תוך שהכספים בו הושקעו בהתאם לאפיקי ההשקעה שנבחרו על ידי המייסדים, והכל בהתאם להוראות סעיף 2.8 להסכם רכישת המניות. כלומר, כאשר יהיו זכאים המייסדים לכספים המעוכבים, הם יהיו זכאים גם לפירות אותם הכספים אשר נצברו במהלך התקופה שבה עוכבו. בכך יש גם כדי לדחות את טענתו החלופית של המומחה מטעם המערערת, לפיה יש להוון את הסכומים המעוכבים למייסדים. כידוע, מטרת היוון הכספים היא לתרגם את ערך הכסף למועד מסוים. שעה שהכספים שומרים על ערכם באמצעות השקעה, אין צורך במנגנון ההיוון.

31. בענייננו, ובשונה מעניין **ג'יטקו**, סכומי ההולדבק הופקדו בנאמנות לצורך השקעה באפיקים שנבחרו על ידי המייסדים עצמם. בעניין **ג'יטקו**, סכומי ההולדבק נותרו בבעלות מייקרוסופט עד למועד התשלום. עניין השליטה בכספים אינו עניין של מה בכך, ומדובר בעניין מהותי המלמד על אומד דעת הצדדים. די בכך כדי להבחין בין עניין **ג'יטקו** לענייננו, ולשלול את טענת המערערת לפיה הסכם רכישת המניות במקרה דנן והסכם המניות בעניין **ג'יטקו** דומים בתנאיהם המסחריים.

32. ביחס לסוגיית גילום המס, עמדת המשיב נשענת על קווי ההנחיה. בסעיף 6.157 לקווי ההנחיה, נרשם באופן מפורש, כי בעת קביעת מחיר העברה יש לקחת בחשבון את השפעת המסים על העסקה.

33. ממסמכי המערערת עולה בבירור, כי לצורך קביעת מחיר העברה של הממכר על ידי המערערת, ניתן ביטוי להשפעות המס.

34. המחיר שנקבע בגין מניות החברה הנרכשת, אינו מחיר העברה של הממכר, ואין המדובר באותו עניין. מחיר המניות משקף את כלל הערכים של נכסים והתחייבויות בחברה הנרכשת, אלו שמופיעים במאזן החברה ואילו שאינם באים לידי ביטוי במאזן – הנכסים

הבלתי מוחשיים (טכנולוגיות, ידע, סימני מסחר ומוניטין אחר), ונכסים והתחייבויות לבר מאזניים, כגון: הפסדים שנצברו בחברה הנרכשת ויוצרים הטבת מס, הפרשות שונות להוצאות צפויות, כגון: הפרשה לתשלום קנס למדען הראשי, הפרשה בשל תביעה, בונוס שהובטח לעובדים, הפרשות למסים שצפויות עקב כוונה למכור נכס מנכסי החברה. בעת קביעת מחיר העברה (אורך הזרוע) של הממכר, יש לקחת בחשבון את כל המרכיבים האמורים, ככל שהם רלוונטיים למקרה הנבחן, ובהתאם לכלל לפיו שום ערך לא נעלם ולא נהרס במסגרת שינוי מבנה עסקי פנימי בקבוצה רב לאומית. על כן, ובניגוד לנטען על ידי המערערת, לא ניתן להתייחס רק לנכס המס הגלום ברכישת מניות החברה ולתת לו ביטוי בקביעת מחיר אורך הזרוע, ויש לתת ביטוי גם להוצאות המסים הצפויות בעקבות שינוי המבנה העסקי.

35. דין טענות המערערת בעניין שינוי המדיניות שערך המשיב בקשר עם סוגיית השפעת המס – להידחות. המשיב טעה ביישום קווי ההנחיה ומשהבין המשיב את טעותו, במהלך שנת 2020 (ולכל המאוחר בשנת 2021), תיקן המשיב את הטעות והחל ליישם את השפעות המס. באופן דומה, מאחר שבעת פרסום חוזר 15/18 המשיב עדיין לא עלה על טעותו, הדבר לא בא לידי ביטוי באותו החוזר. עם זאת, החוזר לא כלל רשימה סגורה של התאמות שיש לערוך, ובעצם מתן ההתייחסות ל"נכס המס", הרי שניתן לראות גם התייחסות לנכס שלילי, וליתר דיוק – התחייבות. מאחר שהמשיב מיישם את הנחיות קווי ההנחיה, קשה להלום טענה לפיה המשיב שינה מדיניות או אימץ מדיניות חדשה. המשיב יישם וממשיך ליישם את הנחיות קווי ההנחיה.

36. המשיב לא שינה מדיניות, אלא תיקן את האופן השגוי שבו יישם את המדיניות, והמערערת אינה המקרה הראשון אשר במסגרת עניינה ניתן ביטוי להשפעת המס בעת קביעת מחיר אורך הזרוע של הממכר.

37. בהתחשב בעובדה שסוגיית השפעת המס הייתה מוכרת למייצגי המערערת כבר משנת 2013 ולקבוצת מייקרוסופט כבר משנת 2014, קיים ספק רב בדבר מידת ההסתמכות שהייתה להם על המדיניות הנטענת של רשות המסים. לא בכדי המערערת לא הביאה ולו נציג אחד מטעמה או מטעם מייקרוסופט על מנת שיעיד בעניין זה.

38. סוגיית ההתאמה המשנית נדונה בעניין **קונטירה**, ושם נקבע, כי משלא דווחה מלוא התמורה לפקיד השומה, יש לראות בסכום שלא דווח כחוב אשר נושא ריבית ויש לחייב את הנישום בהכנסה הרעיונית שצמחה מהכנסה זו. הלכה זו יפה גם לענייננו.

39. הריבית המוצעת על ידי המערערת אינה נתמכת במסמך כלשהו.

40. המסמך עליו ביסס המשיב את שומתו, נמסר למערערת עוד במסגרת דיוני השומה ובטרם הוצאת הצו, כך שבטענת המערערת לאי-הנמקה אין ממש, ונימוקיה המפורטים במסגרת הערעור דנן, מדברים בעד עצמם. אף אילו היה ממש בטענת המערערת בעניין זה, הרי שפגם זה ממילא נרפא במסגרת הערעור דנן, וכן באמצעות השטת חובת פתיחת הבאת הראיות על המשיב.

41. נטל ההוכחה במסגרת ההליך דנן, צריך להישאר, כבכל הליך אחר, על כתפי המערערת. המשיב הראה במסגרת סיכומים אלו, כי המערערת הייתה מודעת היטב לטיעוני המשיב והנמקותיו, וכי המערערת היא זו שעיכבה את המשיב בכל הנוגע להליכי השומה ומסירת נספחי הסכם רכישת המניות. התנהגות זו של נישומים אין לעודד, ואין להוציא את החוטא נשכר.

<u>דיון</u>

42. כאמור, בערעור זה שתי סוגיות מרכזיות: סוגיית גילום המס וסוגיית ההולדבק. אקדים ואציין כי ביחס לסוגיה הראשונה מצאתי לקבל את הערעור, ואילו ביחס לסוגיה השנייה מצאתי לדחותו. אדון בשתי הסוגיות כסדרן.

<u>אין לגלם חיוב עתידי במס בקביעת שווי הממכר על פי שיטת השוואת המחיר</u>

43. אין מחלוקת בין הצדדים, כי עסקת רכישת המניות של המערערת היא עסקה שהתרחשה בין צדדים לא קשורים, והתמורה שנקבעה בה מבטאת את שוויה של המערערת (למעט המחלוקת בעניין ההולדבק). אין גם מחלוקת בין הצדדים, כי שיטת השוואת המחיר, שמשווה את מחיר הנכסים והפעילות שעברו למייקרוסופט למחיר שנקבע בעסקת רכישת המניות, היא השיטה הטובה ביותר להעריך את שווי הממכר (וראו סעיף 6.3.1 לחוזר 15/18 ותקנה 2 לתקנות מס הכנסה (קביעת תנאי שוק), התשס"ז-2006). אלא שהצדדים חלוקים ביחס להתאמות שיש לבצע לאותו מחיר שנקבע בעסקת המניות, ובפרט, ביחס לשאלה האם יש לגלם בשווי הממכר את המס שהמערערת צפויה לשלם בעקבות מכירתו.

44. המשיב טוען בפתח הדברים לסיכומיו, ביחס לסוגיית גילום המס, כי "**סוגיה זו אינה אינטואיטיבית אלא יש לבחון אותה בהתאם ולאורם של קווי ההנחיה בכל הנוגע למחירי העברה**". בסעיפים 44 ו-46 לסיכומיו, חוזר המשיב על הטענה כי עמדתו נשענת

על קווי ההנחיה. ואכן, מסקירת טיעוניו עולה כי הנימוק היחיד של המשיב לגילום המס הוא הוראות קווי ההנחיה. אלא, שבחינה "בהתאם ולאורם של קווי ההנחיה" דווקא מלמדת, כי אין לגלם את המס שיחול בעתיד בקביעת שווי הממכר.

45. הן בחוות דעת המומחה מטעמו והן בסיכומיו מפנה המשיב לשני סעיפים בלבד בקווי ההנחיה המלמדים לכאורה, כי יש לגלם את המס הצפוי במכירת הנכסים הבלתי מוחשיים – סעיפים 6.157 ו-6.178 לקווי ההנחיה. אולם, שני הסעיפים הללו עוסקים בהערכת שווי לפי שיטת תזרים המזומנים הצפוי (למשל שיטת ה- Discounted Cash Flow – DCF), שהיא שיטה שונה בתכלית משיטת השוואת המחיר.

46. בעוד שהערכת שווי על פי שיטת השוואת המחיר מסתמכת על עסקה שהתרחשה בין שני צדדים לא קשורים, כך שהמחיר שם מבטא את המחיר שצדדים מתקשרים על פיו **בפועל**; הערכת שווי על פי שיטת תזרים המזומנים הצפוי היא הערכת שווי **תאורטית**, שמתיימרת למדוד את השווי הכספי של הנכסים הבלתי מוחשיים על בסיס הערך הכספי שהם יכולים לייצר, בהתבסס על תחזיות שונות. מובן מאליו כי עדיף להתבסס על עסקה אמיתית שהתרחשה בשוק, מאשר על הערכת שווי תיאורטית שלא באה לידי ביטוי בשוק. ואכן, אין מחלוקת כי שיטת השוואת המחיר היא השיטה לאורה יש להעריך את הממכר בענייננו.

47. בסעיף 6.157 לקווי ההנחיה מצוין במפורש כי הוא עוסק בשיטת ההערכה על פי תזרים המזומנים הצפוי. שיטה זו כאמור, וכפי שמוסבר בסעיף, מודדת את שווי הנכסים הבלתי מוחשיים על פי הערכת תזרים המזומנים שאותם נכסים יכולים לייצר לאורך חייהם (כל ההדגשות שלי, אלא אם מצוין אחרת – י"ס):

> "Valuation techniques that estimate the discounted value of projected future cash flows derived from the exploitation of the transferred intangible or intangibles can be particularly useful when properly applied. There are many variations of these valuation techniques. In general terms, such techniques measure the value of an intangible by the estimated value of future cash flows it may generate over its expected remaining lifetime. The value can be calculated by discounting the expected future cash flows to present value. Under this approach valuation requires, among other things, defining realistic and reliable financial projections, growth rates,

discount rates, the useful life of intangibles, and the tax effects of the transaction".

48. כך גם בסעיף 6.178 לקווי ההנחיה:

"Where the purpose of the valuation technique is to isolate the projected cash flows associated with an intangible, it may be necessary to evaluate and quantify the effect of projected future income taxes on the projected cash flows. Tax effects to be considered include: (i) taxes projected to be imposed on future cash flows, (ii) tax amortisation benefits projected to be available to the transferee, if any, and (iii) taxes projected to be imposed on the transferor as a result of the transfer, if any".

49. לא למותר לציין שסעיף 6.153 לקווי ההנחיה, מדגיש כי השימוש בשיטת הערכה על בסיס תזרים מזומנים נעשית כאשר אין בנמצא עסקה בת השוואה:

"In situations where reliable comparable uncontrolled transactions for a transfer of one or more intangibles cannot be identified, it may also be possible to use valuation techniques to estimate the arm's length price for intangibles transferred between associated enterprises. In particular, the application of income based valuation techniques, especially valuation techniques premised on the calculation of the discounted value of projected future income streams or cash flows derived from the exploitation of the intangible being valued, may be particularly useful when properly applied".

50. כן ראו סעיף 6.147 לקווי ההנחיה, שקובע כי כאשר צד קשור מעביר נכסים בלתי מוחשיים, לאחר שרכש אותם מצד בלתי קשור לרבות באמצעות רכישת מניות המוכרת, מחיר הרכישה יהיה רלוונטי וישמש כעסקה בת השוואה:

"In some situations, intangibles acquired by an MNE group from independent enterprises are transferred to a member of the MNE group in a controlled transaction immediately following the acquisition. In such a case the price paid for the acquired intangibles

> will often (after any appropriate adjustments, including adjustments for acquired assets not re-transferred) represent a useful comparable for determining the arm's length price for the controlled transaction under a CUP method. Depending on the facts and circumstances, the third party acquisition price in such situations will have relevance in determining arm's length prices and other conditions for the controlled transaction, even where the intangibles are acquired indirectly through an acquisition of shares or where the price paid to the third party for shares or assets exceeds the book value of the acquired assets. Examples 23 and 26 in the Annex to Chapter VI illustrate the principles of this paragraph".

51. ויובהר, כי להבחנה בין השיטות משמעות מכרעת לעניין גילום המס. במקרה שבו מעריכים נכסים בלתי מוחשיים על פי שיטת תזרים המזומנים הצפוי, ודאי שיש להתחשב במיסים שעתידים להשתלם, שכן הם משפיעים בצורה ישירה על תזרים המזומנים העתידי ועל הרווח הצפוי, שהם אשר קובעים את ערך הנכסים. לעומת זאת, היגיון דומה אינו קיים בשיטת השוואת המחיר אשר אינה נדרשת לחזות את ערך הנכסים, שכן הוא כבר קיים ומתבסס על המחיר ששולם עבור המניות (וראו סעיפים 5.2.3.2 – 5.2.3.5 לחוות דעת גונן). כל שיש לבצע בשיטת השוואת המחיר הן התאמות על תמורת המניות.

52. מילים אחרות, כאשר מבקשים למצוא את השווי של נכסים בלתי מוחשיים באמצעות הערכת התזרים הכספי שהם עתידים לייצר, מן הראוי לקחת בחשבון כל משתנה אפשרי שיש בו כדי להשפיע על התזרים הצפוי, לרבות מסים עתידיים. לעומת זאת, כאשר מבקשים לגזור את השווי מעסקה בת השוואה, אין מקום להוסיף משתנים אפשריים עתידיים, שכן ההנחה הבסיסית היא שהמחיר שנקבע בין שני צדדים לא קשורים, כבר לוקח בחשבון כל המשתנים הללו, לרבות המסים הצפויים, וזאת באופן מעשי, ולא באופן תיאורטי גרידא (וראו למשל האמור בסעיף 7.8.3 לחוות דעת המומחה מטעם המשיב: "**בעת קביעת התמורה עבור רכישת הון המניות של חברה, הרוכש לוקח בחשבון את כל הנכסים וההתחייבויות של החברה – מאזניים ולב[ר] מאזניים, בשווי הכלכלי שלהם. בעת בחינת העסקה, ניתן ביטוי לקיומו של נכס המס מצד אחד, ומצד שני - לחשיפה אפשרית למיסים, כגון, כפועל יוצא מרווח הון שעשוי להיווצר בעת מכירת\הוצאת הנכסים, תוך אמידת היקף ההפרשה למסים**").

53. סעיף 54 לסיכומי המשיב הוא הנותן ביחס לעניין זה. המשיב טוען באותו סעיף כי "**מחיר המניות משקף את כלל הערכים של נכסים והתחייבויות בחברה הנרכשת, אלו שמופיעים במאזן החברה ואילו שאינם באים לידי ביטוי במאזן...**". כלומר, המשיב מודה, כי בעת קביעת מחיר המניות נלקחו כבר בחשבון ההתחייבויות הצפויות. לא מובן אם כן מדוע לדעת המשיב המחיר שנקבע בגין מניות החברה הנרכשת, אינו שקול למחיר ההעברה של הממכר, תוך ביצוע התאמות בין הנכסים השונים. ויובהר, כי המשיב לא ערך התאמה בין הנכסים, אלא הוא הגדיל את שווי הממכר.

54. בכלל, יש להבחין בין נתונים שמשמשים להתאמת המחיר במסגרת שיטת השוואת המחיר ובין נתונים שמשמשים לתחזית במסגרת שיטת תזרים המזומנים הצפוי. בעוד שבהתאמה, המטרה היא להתאים בין המחיר ששולם ובין הנכסים שנרכשו (למשל, אם שולמו 75 מיליון דולר עבור מניות חברה שמחזיקה בנכסים ויש לה בנוסף 5 מיליון דולר במזומן, הרי ששווי הנכסים הוא 70 מיליון דולר), הרי שבתחזית, המטרה היא הערכת המחיר כשלעצמו (וראו סעיפים 3.3.4 ו-3.3.5 לחוות דעת גונן).

שיטת תזרים המזומנים הצפוי נועדה להעריך את שווי פעילות החברה כאשר אין בנמצא עסקה בת השוואה. לעומת זאת, בשיטת השוואת המחיר, אין צורך להעריך את שווי הפעילות, מכיוון שקיימת עסקה בין צדדים לא קשורים שהעריכה כבר את שווי הפעילות. כלומר, התחזית של תזרים המזומנים הצפוי כבר כלולה במחיר שנקבע בעסקה בת ההשוואה. התאמה נוספת לפי שיטת תזרים המזומנים הצפוי היא למעשה התאמה כפולה.

בגילום המס ובהפניותיו לקווי ההנחיה, המשיב מערב שלא כדין בין שיטת תזרים המזומנים הצפוי ובין שיטת השוואת המחיר. כך למשל, האם לדעת המשיב צריך להתחשב בשיטת השוואת המחיר גם במסים על תזרים המזומנים העתידי, כפי שנקבע ב-(i) לסעיף 6.178 לקווי ההנחיה? ואם יש מקום להתחשב בכל המשתנים העתידיים גם בשיטת השוואת המחיר, הרי שכבר לא מדובר בהשוואת מחיר, אלא בהערכה על פי תזרים מזומנים צפוי. בכל הכבוד, ההפניה של המשיב לקווי ההנחיה וההתבססות עליהם, היא רשלנות במקרה הטוב, והטעיה מכוונת במקרה הרע. מדובר על הערכת שווי לפי תזרים מזומנים צפוי שעניינה ומהותה שונים בתכלית, כאמור.

55. ויובהר, כי לכל אורך קווי ההנחיה, אין כל זכר לטענה כי יש לגלם את המס לפי שיטת השוואת המחיר. כך, בחלק D.2.6.1, שעוסק בשיטת השוואת המחיר, לא נכללה הוראה לגבי גילום מס. דוגמאות 23 ו-26 לנספח לפרק VI, שאליהן מפנה סעיף 6.147 לקווי

ההנחיה, ואשר מיישמות את שיטת השוואת המחיר בנסיבות בהן נמכרו נכסים ברווח לאחר עסקת רכישת מניות, גם הן לא מזכירות גילום מס. גם דוגמא 22 לנספח לפרק VI שהמשיב בחר לכלול בחוזר 15/18 יחד עם דוגמאות 23 ו-26, אינה מיישמת את גילום המס. ויודגש, כי לא מדובר בגילום זניח, אלא בגילום בעל משמעות כספית אדירה, שאמור לבוא לידי ביטוי כמעט בכל עסקה מן הסוג הנדון. קשה בעיניי שהתאמה כה מרכזית ונפוצה עם השלכות כספיות משמעותיות לא תוזכר או תצוין במסגרת קווי ההנחיה, ולו ברמז. זאת במיוחד כשגילום המס במכירה מופיע במפורש מקום בו דנים קווי ההנחיה בשיטת תזרים המזומנים הצפוי (וראו סעיף 6.157 לקווי ההנחיה: "Under this approach valuation requires, among other things, defining realistic and reliable financial projections, growth rates, discount rates, the useful life of intangibles, and the tax effects of the transaction" וסעיף 6.178 לקווי ההנחיה: "Tax effects to be considered include… (iii) taxes projected to be imposed on the transferor as a result of the transfer, if any").

56. בהקשר של שיטת השוואת המחיר אעיר למשיב, כי חרף טענתו, כי שיטת ה-APM (Acquisition Price Method) שבה נקטה המערערת לא קיבלה ביטוי בישראל וב-OECD (עמ' 77, ש' 10 – עמ' 79, ש' 15 לפרוטוקול וסעיף 55 לסיכומי המשיב), אין משמעות מעשית להבדלים בין שיטת ה-CUP (Comparable uncontrolled price) שמופיעה בקווי ההנחיה ובחוזר 15/18 לשיטת ה-APM. בשתי השיטות יוצאים מתוך השווי שנקבע בעסקה בת השוואה, ושיטת ה-APM היא יישום קונקרטי של שיטת השוואת המחיר במקרה שבו בוצע שינוי מבנה עסקי בסמוך לאחר עסקת רכישת מניות (וראו גם סעיף 3.3.2 לחוות דעת גונן). השאלה העקרונית הנדונה בעניינו, האם יש לבצע גילום מס, רלוונטית לשתי השיטות, ללא כל הבדל. לא בכדי, מלבד טענות אווירה, המשיב לא הצביע על כל הבדל מעשי בין שתי השיטות.

57. די בכך כדי לדחות את טענת המשיב לגילום המס, שכאמור נשענת מבחינתו על קווי ההנחיה. אלא, שגם מבחינה מהותית, אינני סבורה כי יש לגלם את המס במסגרת הערכת השווי.

58. על מנת לדון בשאלה האם יש לגלם מס במסגרת קביעת השווי, יש להבין תחילה מהו אותו השווי שאחריו אנו תרים. ככלל, שווי של נכס הוא לא דבר מוגדר וקבוע, והוא יכול לנוע על פני ספקטרום שלם, כאשר בקצהו האחד מצוי השווי מנקודת מבטו של הרוכש ובקצהו השני מצוי השווי מנקודת מבטו של המוכר (וראו למשל סעיף 7.8.3 לחוות דעת

מומחה המשיב). במקרים דוגמת המקרה דנן, כאשר מבקשים לקבוע את שווי הנכסים, על פי מה הולכים? האם מדובר בשווי לרוכש או בשווי למוכר? האם יש לקחת בחשבון גם את ההוצאות של הצדדים, או מצד שני את פוטנציאל הרווח שלהם?

59. לשם ההמחשה נניח כי חברה א' מחזיקה בפטנט שהיא השקיעה בפיתוחו 70. אם חברה א' לא תמכור את הפטנט, היא ככל הנראה תרוויח 80 עד לפקיעת התוקף שלו. חברה ב' יודעת שאם היא תשקיע 100 בהטמעת הפטנט במוצריה, הפטנט יהיה שווה לה 200. בהתאם, חברה ב' תהיה מוכנה לשלם עד 100 כדי לרכוש את הפטנט. האם במקרה כזה שווי הפטנט הוא 70? 80? 100? צירוף של הוצאות הרכישה וההטמעה? או אולי 200?

60. דווקא משום שמדובר ברצף של מחירים אפשריים, ללא תשובה חד משמעית, נקודת המוצא היא כי המחיר שנקבע או שהיה נקבע בעסקה בין צדדים לא קשורים הוא השווי של הנכס. כך, סעיף 85א(א) לפקודה קובע כי "**בעסקה בין-לאומית שבה מתקיימים בין הצדדים לעסקה יחסים מיוחדים שבשלהם נקבע מחיר לנכס, לזכות, לשירות או לאשראי, או שנקבעו תנאים אחרים לעסקה, באופן שהופקו ממנה פחות רווחים מאשר היו מופקים בנסיבות הענין, <u>אילו נקבעו המחיר או התנאים בין צדדים שאין ביניהם יחסים מיוחדים</u> (להלן – תנאי השוק), תדווח העסקה בהתאם לתנאי השוק ותחויב במס בהתאם**".

61. מקריאת הסעיף עולה כי השאיפה היא למצוא את השווי שהיה נקבע במפגש הרצונות בין הרוכש למוכר, כלומר, לא השווי לרוכש ולא השווי למוכר, אלא המחיר המוסכם ביניהם – מה שהרוכש היה משלם "**אילו נקבעו המחיר או התנאים בין צדדים שאין ביניהם יחסים מיוחדים**".

62. בדומה, גם סעיף 88 לפקודה קובע כי "'**תמורה**' – **<u>המחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון</u> כשהנכס נקי מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה, או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום; אולם אם פקיד השומה שוכנע, כי <u>המחיר בעד הנכס נקבע בתום לב ובלי שהושפע במישרין או בעקיפין מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה</u> – ובמקרקעין גם בתנאי שהמכירה נעשתה בכתב – <u>תהא התמורה המחיר שנקבע</u>**". לא למותר לציין, כי בהמשך אף נקבע כי התמורה תהיה "**בניכוי הוצאות המכירה שהוציא הנישום באותה מכירה**".

63. וכך גם סעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, בו הוגדר "'**שווי**' **של זכות פלונית** – **<u>הסכום שיש לצפות לו ממכירת אותה זכות על ידי מוכר מרצון לקונה</u>**

<u>מרצון</u>, ובלבד שבמכירות – (1) שנעשו בכתב ושבהן שוכנע המנהל כי <u>התמורה בעד הזכות במקרקעין או בעד זכות באיגוד נקבעה בתום לב ובלי שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין במישרין ובין בעקיפין – התמורה כאמור</u>".

64. בענייננו, המחיר שנקבע במפגש הרצונות אשר מבטא את שווי המערערת על כלל נכסיה הוא 75 מיליון דולר.

65. כאמור, המשיב נמנע מלהסביר מדוע לשיטתו יש לגלם מס מבחינה מהותית (והוא אף טוען כי "סוגיה זו אינה אינטואיטיבית"). ניתן לנסות ולנמק את גישת המשיב משני כיוונים שונים:

<u>הראשון, מנקודת מבטה של הרוכשת</u>, שידעה כבר בעת רכישת מניות המערערת, כי בכוונתה להעביר בסמוך לאחר מכן את הממכר. מאחר שהרוכשת ידעה כי העברת הממכר תגרור תשלום מס רווח הון, השווי של הממכר מבחינתה הוא תמורת המניות ומס רווח ההון שישולם, ועל כן יש להוסיף למחיר ששילמה עבור המניות גם את המס שידעה כי ישולם בעת מכירת הממכר (ורמז לכך ניתן למצוא בסעיף 50 לסיכומי המשיב: "**אלא שטענת המשיב... מייקרוסופט ידעה שבכוונתה לסגור את פעילות המערערת... ולהעביר אותה לחברות הקבוצה, ועל כן בהכרח שראתה את מלוא השיקולים, לרבות שיקול המס במכירת הפעילות מהמערערת – לנגד עיניה**" ובנספח 23 לתצהיר נציג המשיב: "**לדוגמא אם אני קונה מניות בסך של 100 ₪ יום אחרי הרכישה מתכנן למכור את כלל הפונקציות, אני יודע שביום המכירה אשלם מס בגי[ן] רווח ההון ממכירת הפונקציות, לכן אני אשלם על המניות סכום אשר מתחשב במס שאשלם בגין הוצאתן משמע אשלם על המניות סכום נמוך יותר משווי הפונקציות עצמ[ן] (כמו שאני מתחשב בנכס המס שהוא הפסדים צבורים וכו')**");

<u>השני, מנקודת מבטה של המערערת (המוכרת)</u>, כיוון זה הפוך במידת מה מהכיוון הראשון ולפיו, מחיר המניות נקבע תחת ההנחה שהמערערת לא תידרש לשלם מס על מכירת הממכר. שכן, לו המערערת הייתה מוכרת את הממכר, מבלי שנמכרו המניות קודם לכן, היא הייתה דורשת גם פיצוי עבור המס שהייתה נדרשת לשלם בעת מכירת הממכר. לפי זה, בחישוב שווי הממכר יש להוסיף לתמורת המניות גם את המס שהיה משתלם בעת מכירת הממכר (ורמז לכך ניתן למצוא בנספח 29 לתצהיר נציג המשיב: "**וכן הוסבר צד המוכר, מבחינתו אם ימכור את הפעילות של החברה ולא המניות, כאשר ירצה לקחת את הכסף לבית יצטרך לשלם מס על הדיבידנד 33% ולכן לטובת**

מכירת המניות ולא הפעילות באופן ישיר, יהיה מוכן לקבל סכום שהוא נמוך יותר משווי הפעילות", וראו גם סעיף 1.13 לחוות דעת גונן).

66. מעבר לכך שהמשיב לא טען בעניין ועל כן מדובר בהשערות בלבד (והמומחה מטעם המשיב אף טען בחקירתו כי "**בקביעת המניות של הקסהדייט בע"מ אנחנו לא טוענים שנלקח בחשבון מס**", עמ' 28, ש' 7 לפרוטוקול וכן סעיף 50 לסיכומי המשיב: "**טענת המשיב אינה כי בקביעת מחיר המניות של המערערת נלקח בחשבון מס**"), אינני מוצאת כי יש באיזה מן הנימוקים הללו כדי לשכנע כי מבחינה מהותית יש לגלם מס.

67. בכל הנוגע לטענה, כי מייקרוסופט התכוונה לרכוש את הממכר תוך נכונות לתשלום המס, הרי בכך המשיב אינו הולך אחר המחיר או הסכום שיש לצפות לו ממכירת הממכר, שכן מחירה של המערערת על כלל נכסיה ופעילותה כבר נקבע על סך של 75 מיליון דולר, אלא הוא הולך אחר נקודת מבטה הסובייקטיבי של מייקרוסופט, שמוכנה להשקיע כספים נוספים, לרבות תשלום מס, על מנת לנצל את הממכר ולהרוויח ממנו. לצורך העניין, ובהפניה לדוגמא האמורה בסעיף 59 לעיל, המשיב סבור כי שווי הפטנט באותה דוגמא הוא המחיר ששולם עבורו בתוספת הוצאות ההטמעה.

68. אם המשיב היה קוהרנטי בעמדתו, הרי שהיה עליו להוסיף לשווי הממכר גם הוצאות נוספות שמייקרוסופט הייתה מוכנה לשלם על מנת להשתמש בממכר, שיכול וגם היו משמשות אותה להורדת המחיר במשא ומתן לרכישת המניות. שכן, מה ההבדל בין מס שצריך לשלם ובין כל הוצאה אחרת הנדרשת לצורך הפקת רווחים מהממכר?

69. כמו כן, עמדה זו של המשיב אינה מתיישבת עם האמור בסיפא לסעיף 7.5 לחוות דעתו של המומחה מטעמו. באותו מקום טוען המומחה מטעם המשיב כי "**לצורך ההשוואה ואמידת שווי ה- FAR יש להתייחס למחיר הרכישה הכולל בעסקת רכישת המניות. אין להפחית ממחיר הרכישה כל הפחתה בשל טענות כגון סינרגיה, פרמיית שליטה או כל הפחתה אחרת (טענות דוגמת פרמיית בשל 'הנזלה', פרמיית בשל 'קללת המנצח' וכדומה)**". מדוע אין להפחית ממחיר הרכישה ערכים שהם סובייקטיביים לרוכש אך יש להגדיל את שווי הרכישה בגילום מס שגם הוא סובייקטיבי לרוכש? למשיב ולמומחה מטעמו הפתרונים. כמו כן, אם הרוכש היה פטור ממס האם היה בכך לשנות את שווי הממכר? בדומה, האם ראוי כי הקלות מס ייחודיות החלות על הרוכש יקבעו את שווי הממכר?

70. בכל הנוגע לנימוק לפיו, אילו המערערת הייתה מוכרת את הממכר, מבלי למכור את המניות קודם לכן, ונושאת בנטל תשלום המס, הרי שהיא הייתה מגלמת אותו במחיר המכירה של המניות, הרי ששוב, המשיב גוזר את השווי מעיניו של אחד הצדדים – המוכר. כמו כן, הדבר עומד בסתירה לכלל שהולכים אחר מתווה העסקה שנבחר, ולא אחר מתווים פוטנציאלים אחרים (ע"א 1839/19 **פקיד שומה כפר סבא נ' ריזמן**, פסק דינו של כב' השופט סולברג (14.6.2021)). בכל מקרה, אין דומה מכירת הממכר ומשיכת דיבידנד תוך הישארות הבעלים בחברה למכירת המניות תוך עזיבת החברה (ראו סעיף 65 לעיל). נוסף על כך, מדובר בהשערה ספקולטיבית של המשיב, שייתכן שהיא נכונה במקרים מסוימים, אך ודאי שלא ניתן לקבוע אותה ככלל. לא בכדי, בסעיף 7.8.3 לחוות דעתו, טוען המומחה מטעם המשיב כי "**המחיר המזערי למוכר חייב לקחת בחשבון את מס רווח ההון הצפוי לחול עליו עקב שינוי המבנה העסקי והוא ישאף לקבל פיצוי על כך**".

71. בדומה, סעיף 47 לסיכומי המשיב ממחיש את הטעות בשיטתו: "**ובחישוב שווי הממכר, יש להתחשב בסכום המס שהמוכר עשוי לשאת בו בעת העברת הממכר**". מעבר לכך שאין מקום להתחשב בסכום שהמוכר עשוי לשאת בו, ואין כל ודאות שיישא בו, הרי שכאמור שווי הממכר הוא המחיר ששולם עבורו או היה משולם עבורו, ולא המחיר בתוספת סכום המס שהמוכר נושא בו.

72. גישת המשיב אף משמעה, כי כל נטל המס נופל על בעלי המניות כבר בעסקת המניות. שכן, אם שווי הממכר הוא כ-96 מיליון דולר כטענת המשיב, ומניות המערערת נמכרו ב-75 מיליון דולר, הרי שממילא בעלי המניות לקחו על עצמם את תשלום המס. שאם לא כן, הם היו מוכרים את המניות ב-96 מיליון דולר. מדובר בהנחה מרחיקת לכת. ויוזכר, כי עמדת המשיב היא עקרונית ונכונה לדעתו לכל עסקאות שינוי מבנה עסקי.

73. בכלל, מטבע הדברים, מוכר ימכור את נכסיו למי שהגיש את ההצעה הגבוהה ביותר עבורם. אם הממכר היה שווה 96 מיליון דולר, חזקה שהייתה מגיעה הצעה בסכום זה, מגורם אחר, שהיה מוכן לשלם את שווי הממכר. ואם אין בנמצא הצעה שכזו, הרי שאין מי שמוכן לשלם את הסכום הזה עבור הממכר, וזהו אינו השווי שלו.

74. יטען הטוען, כי שווי הממכר הוא כ-96 מיליון דולר, אולם עקב תשלום המס הצפוי, בנסיבות המיוחדות בהן ידוע כבר בעת עסקת המניות כי בסמוך לאחר מכן יימכר הממכר, חברות לא יסכימו לרכוש את הממכר אלא בהפחתת המס. ברם, אם אכן כך, הרי שתשלום המס במקרה זה הוא חלק אינהרנטי מהממכר, מעין "גיבנת", וממילא

השווי של הממכר כולל את ההפחתה בגין תשלום המס, בדומה לכל ההפחתות שיש לבצע בגין הבאתו לידי שימוש. לפי זה, אין מקום לבצע גילום של המס כי כוונת הצדדים הייתה להפחית את המס מהתמורה עבור המניות כדי לשקף את שווי הממכר כשהוא כולל גיבנת. כך למשל, נניח כי יש מקרקעין ששווים 100, וסמוך להם מצויים מקרקעין זהים בגודלם שנדרשות עבודות מסוימות על מנת להשמישם, בעלות של 50. במקרה שכזה, מחיר המקרקעין הסמוכים הם 50 – "הגיבנת" אינהרנטית להם, ואף גורם רציונאלי לא ירכוש אותם במחיר גבוה יותר.

75. יוער כי גם במקרה שבו תשלום המס אינו חלק אינהרנטי מהממכר, אזי ממילא המחיר שנקבע הוא המחיר שמשקף את שווים בשוק. נניח כי קיימים רוכשים שלא יחויבו בתשלום מס בגין העברת הממכר. אם הם היו מעוניינים בממכר, הרי שהם היו מציעים הצעה גבוהה יותר. לצורך העניין ובהשאלה מהדוגמה בסעיף לעיל, אם יש גורם ספציפי שיכול להשמיש את המקרקעין בעלות אפסית, הרי שהוא היה מציע עבור המקרקעין הסמוכים סכום גבוה מ-50, וזה היה מחירם. אולם, אם לא הוצע סכום גבוה מ-50, הרי שזה השווי שלהם, שכן אין מי שמעוניין לרכוש אותם במחיר גבוה יותר.

76. כלומר, בין אם מדובר בהוצאה אינהרנטית, מעין גיבנת, ובין אם לאו, הרי שהמחיר שנקבע בשוק הוא שמשקף את השווי, מבלי שיש מקום להוסיף הוצאות חיצוניות. בענייננו, העובדה שלא הציעו סכום גבוה מ-75 מיליון דולר עבור המניות, מוכיחה כי זהו שווי המערערת, על כלל רכיביה. אם הממכר היה שווה כפי שהמשיב טוען שהוא שווה, חזקה שהיו מוכרים את המניות במחיר גבוה יותר.

77. עמדת המשיב גם איננה קוהרנטית ביחס למיסוי נכסים אחרים, מוחשיים. לא יכולה להיות מחלוקת ששווי של נכס מקרקעין אינו כולל את מס הרכישה או את מס השבח שעל הצדדים לשלם במסגרת עסקה. שווי המקרקעין הוא המחיר עליו הצדדים הסכימו, כאשר כל צד נושא בתשלום המס שחל עליו. אכן, כל צד ישאף להשיא את התועלת שלו, לרבות העברת נטל המס לצד השני, אולם בדיוק משום כך המחיר שקבעו הצדדים הוא שמשקף את השווי – ההנחה היא שהצדדים עשו ככל יכולתם להשיא את התועלת שלהם, והמחיר שנקבע הוא שמשקף בצורה הטובה ביותר את שיקולי כל הצדדים.

78. כמו כן, טיעון המשיב הוא טיעון מעגלי, שאין לו סוף. אם גילום המס מעלה את שווי הממכר, למשל לכ-96 מיליון דולר בענייננו, הרי שלכאורה יש לשלם את המס על השווי המוגדל, ומשכך יש צורך לגלם אותו ביחס לשווי של 96 מיליון דולר, דבר שמגדיל בתורו שוב את שווי הממכר, שעליו שוב יש לגלם מס, וחוזר חלילה.

79. המשיב טוען בסעיף 54 לסיכומיו כי "**לא ניתן להתייחס רק לנכס המס הגלום ברכישת מניות החברה ולתת לו ביטוי בקביעת מחיר אורך הזרוע, ויש לתת ביטוי גם להוצאות המסים הצפויות בעקבות שינוי המבנה העסקי**" אלא שמדובר בטענה בעלמא, שאינה מוסברת ושאין בה שום היגיון, לאור האמור ברישא לאותו סעיף ביחס לכך ש"**מחיר המניות משקף את כלל הערכים של נכסים והתחייבויות בחברה הנרכשת**". המשיב כשל מלהסביר מדוע יש להתחשב בשיקולי מס חיצוניים לנכסים, ואין הדבר דומה לנכס מס שכבר קיים במועד העסקה והוא חלק מהנכסים, בדיוק כמו מזומן.

80. לא בכדי, המשיב לא ההין לטעון מדוע מבחינה מהותית יש להתחשב בגילום המס. המשיב הודה שגילום המס אינו אינטואיטיבי, ועדיין הוא לא מצא לנכון לנמק את עמדתו מבחינה מהותית. כל שטען המשיב הוא שקווי ההנחיה הם שקובעים כי יש לגלם מס. אלא שכאמור, קווי ההנחיה אינם קובעים זאת.

81. לפני סיום מצאתי להעיר, כי יש טעם לפגם בהתנהלותה של רשות המסים ביחס לסוגיית גילום המס, הן בהליך הנוכחי והן בכלל. מבחינת התנהלות המשיב בהליך הנוכחי, סוגיית גילום המס לא הופיעה בשומה בשלב א' והיא הוספה ברגע האחרון בהחלטה בהשגה, כאשר הערכת השווי שביססה אותה נשלחה למערערת ימים ספורים לפני הוצאת הצווים ומבלי שסופקו נימוקים לגילום. הנושא לא נדון כראוי בהליך השומתי, ובוודאי שלא לובן, וראוי היה כי סוגיה כה מרכזית ובעלת השלכות משמעותיות לא תתווסף כלאחר יד, ברגע האחרון.

המשיב מתלונן בהקשר זה, כי הוא דרש שיעבירו לידיו מסמכים מסוימים לצורך עבודת הערכת השווי עוד ביום 2.6.2022, ורק ביום 30.11.2022 התקבלו אצלו כלל המסמכים. אולם, מעבר לעובדה שהמשיב ערך דיון ביחס לגילום המס וכן תחשיב לשווי הפעילות עוד קודם לקבלת כל המסמכים (סעיפים 30, 35 ו-36 לתצהיר נציג המשיב), המשיב אינו יכול לבוא בתלונות בקשר לסד הזמנים המתואר, כאשר דרישת המסמכים הנוגעים לסוגיית גילום המס נעשתה רק כשבעה חודשים לפני המועד האחרון להחלטה בהשגה. על המשיב היה לפעול בעניין עוד בשנים 2020 ו-2021 (שבהן לטענתו, רשות המסים נהגה לגלם מס), אך הוא נמנע מלעשות כן. למשיב היו נתונות שנים רבות להוציא שומה כראוי ולשבת על המדוכה, אולם הוא בחר לפעול בעניין רק לקראת תום התקופה.

82. מבחינה התנהלותו הכללית של המשיב, לא ראוי שעניין מהותי שכזה, שמהווה שינוי מדיניות של ממש, יעשה במחשכים, ולא באופן מסודר ורוחבי, תוך תיקון חוזר 15/18 והנהלים המתאימים. בכל הכבוד, הניסיון להציג את סוגיית גילום המס כתיקון טעות

שולי ולא כשינוי מדיניות, אינו יכול לעמוד. מדובר בסוגיה שמופיעה כמעט בכל שינוי מבנה עסקי, והיא בעלת משמעות כספית אדירה. גילום המס לא מופיע בחוזר 15/18 או בכל נוהל מקצועי אחר, וכאשר עניינים פעוטים בהרבה מזה מופיעים בהרחבה בהנחיות רשות המסים, ניתן היה לצפות שסוגיה זו תבוא לידי ביטוי ברור. מצופה מרשות המסים כרשות מינהלית שתפעל מלכתחילה בשקיפות ובאופן מסודר והוגן כלפי ציבור הנישומים, ושלא תנסה "להחליק" דברים ולהצדיק את עצמה בדיעבד, תוך עיוות ועיקום האמור בחוזר שלה עצמה. אם היא אכן סבורה שיש לגלם מס, יש דרך להביא זאת לידיעת הנישומים ולפעול בהתאם, ולא באופן שבו הדבר נעשה. העובדה שהמשיב עצמו לא יכול להצביע על השנה המדויקת בה החל לגלם מס (2020 או "לכל המאוחר" 2021, סעיף 57 לסיכומי המשיב) מוכיחה כי לא מדובר במהלך מובנה ומסודר, אלא בשינוי שנעשה תוך כדי תנועה. גילום המס צריך היה להיעשות באופן מסודר ושקוף, ולא בהיחבא ומפה לאוזן, וניתן רק לשער מדוע רשות המסים פעלה כפי שפעלה.

בהקשר זה, אני מקבלת את טענת המערערת, כי המשיב טוען, מחד גיסא, כי המס הצפוי בגין מכירת הממכר משפיע על קביעת התמורה עבור מניות המערערת (עמ' 27 לחוות דעת מומחה המשיב), אך, מאידך גיסא, תחת אותה ההנחה כי שיקולי מס השפיעו על קביעת התמורה שנעשתה ב-2017, הוא לא רואה כל קושי בשינוי בדיעבד של כללי חישוב המס במכירה, והחלה של כללים מ-2020 על עסקה שנכרתה בשנת 2017. לעמדת המשיב עצמו, לו מייקרוסופט והמערערת היו יודעות בשנת 2017 על עמדת המשיב, שנולדה לכל המוקדם בשנת 2020, הן היו פועלות אחרות, ועל כן, הדבר מהווה מעין הסתמכות. התנהלותה של רשות המסים בסוגיית גילום המס כה לקויה, שגם אם הייתי דוחה את הערעור בסוגיה זו באופן עקרוני, עדיין הייתי מוצאת לקבלו באופן פרטני. רשות המסים לא נהגה כשורה ועליה לתת על כך את הדעת.

83. לסיכום חלק זה, אינני סבורה כי יש לגלם תשלום מס עתידי בקביעת שווי לפי שיטת השוואת המחיר. קווי ההנחיה אינם קובעים זאת, והדבר אינו ראוי מבחינה מהותית. יפים לענייננו הדברים האמורים בפרק הסיכום לחוות דעת גונן: "**לא ניתן לקבל את טענת מעריך השווי מטעם רשות המסים שבעוד צד בלתי קשור היה מוכן לשלם כ-75$ מיליון בגין מניות הנרכשת, צד קשור צריך לשלם כ- 96$ מיליון (או תוספת של כ-28%) בגין הנכסים. עמדה זו מנוגדת להיגיון הכלכלי, מנוגדת לכללי מחירי העברה, ולא בכדי שמעריך השווי מטעם רשות המסים נאלץ להפנות לסעיפים שאינם רלוונטיים ליישום שיטת השוואת המחיר**".

יש לכלול את תשלומי ההולדבק בשווי הממכר

84. כאמור, שאלה נוספת מתעוררת ביחס לרכיב ההולדבק: האם הוא שולם עבור נכסי המערערת, כך שהתמורה ממנה נגזר שווי הממכר היא בסך של 75 מיליון דולר, או שהוא שולם עבור עבודת המייסדים, כך שתמורת המניות שאליה יש להשוות את הממכר היא בסך של כ-65 מיליון דולר.

85. ויודגש בהקשר זה, כי תמורת המניות היא בסך של 75 מיליון דולר, והתמורה שקיבלו כלל בעלי המניות עבור מניותיהם נגזר מסכום זה, פרו ראטה. עם זאת, רק לבעלי המניות המייסדים הופחת רכיב ההולדבק מתוך תמורת המניות. לצורך ההמחשה, בעל מניות שאינו מייסד שהחזיק ב-10% ממניות המערערת, קיבל 7.5 מיליון דולר עבור מניותיו (בהתעלם מרכיב ה-Escrow, כפי שיפורט להלן). לעומת זאת, לצורך הדוגמא, בעל מניות שהוא מייסד שהחזיק ב-10%, קיבל בעת המכירה כ-6.5 מיליון דולר (7.5 מיליון דולר פחות מיליון דולר עבור ההולדבק).

וראו סעיף 7 לסיכומי התשובה מטעם המערערת: "**טענות המשיב כי ההולדבק שולם במסגרת עסקת המניות כתמורה עבור מניות – מוסכמות**".

כלומר, אין מחלוקת שרכיב ההולדבק הוא מתוך תמורת המניות, ולא רכיב חיצוני לה, והשאלה היא כאמור, האם רכיב זה מייצג את נכסי המערערת, או את עבודת המייסדים העתידית שרכיב ההולדבק ישולם רק אם זו תתבצע.

86. לא מדובר בשאלה פשוטה כלל וכלל. מצד אחד, מדובר בתשלום שמתקבל רק אם שלושת המייסדים ימשיכו בעבודתם במערערת או במייקרוסופט. כלומר, מדובר בתשלום שמותנה בעבודה. יש קושי בטענה כי תשלום שמותנה בעבודה עתידית, משולם עבור חלק מנכסי ופעילות התאגיד. כך גם נפסק בעניין **ג'יטקו**, כי טענה זו יש בה כדי לטשטש את ההבחנה שבין המישור האישי למישור התאגידי, וההיגיון של פסק הדין בצדו. גם כללי החשבונאות מסווגים תשלום שכזה כתשלום עבור עבודה.

87. מצד שני, רכיב ההולדבק לא משולם עבור העבודה, אלא עבור המניות. כאמור, ההולדבק הופחת מהתמורה ששלושת המייסדים קיבלו עבור מניותיהם, בשונה מיתר בעלי המניות, שקיבלו את מלוא התמורה עבור מניותיהם (למעט תשלום שהוחזק בנאמנות להבטחת התחייבויות לרוכש – Escrow). לצורך העניין, השאלה הנ"ל לא הייתה מתעוררת אם היה מדובר בתשלום **עודף** על תמורת המניות. אלא שזה לא המקרה ומדובר בתשלום שהוא **חלק** מתמורת המניות ומשולם בעדן.

88. לאחר ששקלתי בדבר, ולא בלי התלבטות, אני סבורה כי רכיב ההולדבק משקף את השווי של נכסי ופעילות המערערת ויש לכלול אותו בשווי הממכר.

89. רכיב ההולדבק הוא חלק מהתמורה שקיבלו המייסדים באופן יחסי עבור מניותיהם. לא מדובר בתשלום עודף על התשלום שקיבלו יתר בעלי המניות. אם המייסדים לא יעמדו בתנאי ההולדבק, הם יקבלו תשלום מופחת על מניותיהם. וראו האמור בסעיפים 2.8 ו-2.8.2 להסכם רכישת המניות:

> "Management Consideration. At Closing, thirty-five percent (35%) of the Purchase Price otherwise payable to the Management Shareholders at Closing… (the "**Management Consideration**") will be deposited with the Management Escrow Agent and shall be held and released on the terms set forth in this Section 2.8… Each payment of the Management Consideration is subject to the condition that at the time of such payment the respective Management Shareholder has not terminated his employment with the Company, the Purchaser or its designated Affiliate (other than for Good Reason) or been terminated by the Company, the Purchaser or its designated Affiliate for Cause".

כן ראו דבריו של העד מטעם המערערת, מר חגי:

"**... תמורת הולד בק זה תמורה שמשולמת להם בגין חלקם במניות החברה בסדר? זה חלק ממחיר הרכישה בעסקה זה חלק מהפרייס פר שר**" (עמ' 71, ש' 33 – עמ' 72, ש' 1 לפרוטוקול. כן ראו סעיף 7 לסיכומי התשובה).

90. כזכור, בשיטת השוואת המחיר משליכים משווי החברה בשוק החופשי, לשווי נכסיה ופעילותה. כלומר, שווי המניות הוא שווי החברה על כלל פעילותה ונכסיה. ביחס לכך, נקבע בקווי ההנחיה, כי, ככלל, ערך לא נעלם במסגרת שינוי המבנה העסקי (וראו דוגמאות 22 ו-23 לנספח לפרק VI: "It should generally be assumed that value does not disappear, nor is it destroyed, as part of an internal business restructuring" וכן סעיף 6.1 ודוגמאות 1 ו-2 לחוזר 15/18). אי-הכללת רכיב ההולדבק משמעו סטייה מן הכלל הנ"ל, ללא כל הסבר מניח את הדעת.

91. כאמור, אין מחלוקת כי רכיב ההולדבק שולם כתמורה עבור המניות. תמורת המניות משקפת את ערך כלל נכסי ופעילות המערערת. אין מחלוקת לגבי זהות הממכר שעבר מהמערערת למייקרוסופט ועל כך שהוא כולל את כלל פעילות ונכסי החברה (סעיף 55 לסיכומי המערערת). בהתאם, ערך הממכר שעבר למייקרוסופט צריך להיות שווה ערך לתמורת המניות, ושווי הממכר צריך להיגזר משווי של 75 מיליון דולר (לפני התאמות). מסקנה כי ערך הממכר הוא כ-65 מיליון דולר, משמעה כי ערך של כ-10 מיליון דולר אבד במהלך העברת הפעילות ושינוי המבנה העסקי.

92. בכל הנוגע להמשך העבודה כתנאי לקבלת התשלום, יש להבחין בין תשלום **עבור** עבודה, ובין תשלום **מותנה** עבודה או בכפוף לעבודה. תשלום עבור עבודה משקף את העבודה שנעשתה או שתעשה והיא הסיבה לתשלום. לעומת זאת, תשלום מותנה עבודה לא משקף בהכרח את העבודה שנעשתה או שתעשה, אלא הוא מהווה תנאי לקבלת תשלום שיכול להתקבל עבור נכסים אחרים. לא בכדי, בסעיף 2.8.5 להסכם רכישת המניות, נקבע בפירוש כי תשלום ההולדבק אינו מהווה תשלום שכר עבודה או חלף שכר עבודה:

> "It is acknowledged and agreed that the Management Consideration is part of the consideration payable in respect of the Purchase Shares as part of the Agreement and that the salary and compensation package otherwise paid to the Managing Shareholders following the Closing Date by the Company offered by the Purchaser or its designated Affiliate is substantially similar in the aggregate to their current salary and compensation package. The intention of the parties is that payment of the Management Consideration hereunder shall not be construed so as to change the character of the sale-based payments under the Agreement and shall not be considered wages, compensatory or other ordinary income".

93. גם אופן ניסוח סעיף 2.8.2 להסכם רכישת המניות, בצורה נגטיבית, ולפיה ההולדבק לא ישולם אם העסקתו של המייסד תסתיים שלא מסיבה טובה, מלמדת כי מדובר בתשלום שמותנה בעבודה, ולא בתשלום עבור עבודה. סעיף העוסק בתשלום עבור עבודה ינוסח מטבעו באופן פוזיטיבי – אם העובד יעבוד לאורך זמן מסוים, הוא יקבל סכום מסוים. למותר לציין ששכר עבודה אינו נובע ממכירת נכס דוגמת מניות, אלא מעצם העבודה. כמו כן, העובדה כי לא נקבע בהסכם היכן המייסדים צריכים לעבוד, במייקרוסופט,

במערערת או בכל גוף אחר, מלמדת כי לא העבודה היא העיקר כאן, אלא הישארות המייסדים במערכת, לצד הקניין הרוחני שפיתחו, על מנת לספק תמיכה בהמשך הדרך.

94. המערערת טוענת בסעיף 100 לסיכומיה, כי "תנאי העבודה הוא התנאי העיקרי לקבלת התשלום בפועל, והוא מתאר את **המהות הדומיננטית** של התקבול" (ההדגשה במקור – י"ס). אין בידי לקבל זאת. <u>התשלום ניתן אך ורק עבור המניות</u>, והן "המהות הדומיננטית של התקבול". אילולא היו נמכרות המניות של המייסדים, לא היה מתקבל התשלום, בין אם המייסדים היו נשארים לעבוד ובין אם לאו.

95. אין מחלוקת, כי המערערת מכרה את כלל פעילותה ונכסיה (סעיף 55 לסיכומי המערערת). על אף שהדבר לא עוגן בהסכם נפרד ובאופן ברור, הרי כפי שאין מחלוקת שפונקציית כוח האדם של המערערת עברה למייקרוסופט, כך גם ניתן לסבור כי המערערת העבירה את פונקציית כוח האדם של המייסדים, ששוויה כתשלום ההולדבק. מדובר בפונקציה נוספת של המערערת – כוח אדם מובחר ששולט בנבכי הקניין הרוחני שנמכר.

96. עוד ניתן לסבור, כי שווי פעילות ונכסי המערערת עם התחייבות המייסדים להישאר לעבוד במערערת או במייקרוסופט הוא 75 מיליון דולר, ואילו שווי פעילות ונכסי המערערת ללא הסכמת המייסדים הוא כ-65 מיליון דולר. לא דומה שוויו של הקניין הרוחני עם תמיכת המייסדים, לשוויו בלעדיהם. במקרה דנן, הועברו למייקרוסופט פעילות ונכסים הכוללים את הסכמת המייסדים להישאר לעבוד בחברה, ועל כן, יש לקבוע את שווי הממכר על פי האפשרות הראשונה.

97. הממכר נמכר בהתחשב בכך שהמייסדים נשארים לעבוד במערערת או במייקרוסופט. רכיב ההולדבק נוסף כתנאי לעסקת המניות על מנת להבטיח מבחינת מייקרוסופט את הערך של המערערת על פעילותה ונכסיה, ולא מדובר בתשלום נוסף ונפרד עבור העבודה כשלעצמה. בהתאם, אם המייסדים יבחרו שלא להמשיך לעבוד, אכן שוויו של הממכר יהיה נמוך יותר. זאת בדומה למקרה שבו אילו מן המצגים שהוצגו לרוכשת לא היו נכונים ותשלום ה-Escrow היה מעוכב. כלומר, השווי של הממכר לא עומד לבדו, אלא הוא נקבע בהתחשב בכך שהמייסדים נשארים לעבוד באילו מן החברות משך שלוש שנים. אם המייסדים לא היו מוכנים להישאר לעבוד ולתמוך בכל הדרוש תמיכה, מחירה של העסקה היה נמוך יותר.

98. משכך, תשלום ההולדבק דומה במהותו לתשלום ה-Escrow, תשלום נדחה שנועד להבטיח התחייבויות מסוימות, ובמקרה דנן, התחייבות להישאר לעבוד במערערת או במייקרוסופט. לא בכדי, נקבע בין הצדדים כי אם המייסד עוזב שלא באשמתו, אזי תשלום ההולדבק עדיין ישולם לו. כלומר, לא מדובר בתשלום עבור עבודה, שלא היה משולם במקרה שבו לא נעשתה עבודה בפועל, אלא בתשלום שנועד להבטיח התחייבות. אם ההתחייבות לא ממולאת מסיבה מוצדקת, הרי שאין להטיל סנקציה עקב כך.

99. ואכן, בכל הנוגע למייסדים, יש חפיפה בין רכיב ההולדבק ל-Escrow, וראו סעיף 8 לסיכומי התשובה: "**בנוסף, 10% מההולדבק שימש גם כחלק מהנאמנות להבטחת נכונות מצגי המערערת, כהגבלה נוספת**".

100. המערערת טוענת, ובצדק, כי במסקנה לפיה מדובר בחלק משווי הממכר, יש לערב ולטשטש בין המישור האישי למישור תאגידי. אלא שלא בית משפט זה הוא שמערב ומטשטש בין המישורים, אלא מייקרוסופט, המערערת והמייסדים, שקבעו בהסכם רכישת המניות, כי תמורה שמגיעה למייסדים על בסיס נכסי ופעילות המערערת תהיה מותנית בעבודה אישית שלהם. הכפפת תשלום שווי המניות לעבודת המייסד, היא שמטשטשת בין המישורים, ואין ללמוד מכך כי לא מדובר בחלק משווי הממכר. הצדדים הם שטשטשו בין האישי לתאגידי, והם אינם יכולים לבוא בטענות לאחר מכן כי מבחינה מיסויית יש בכך טעם לפגם.

101. עוד טוענת המערערת שלא ניתן לגזור מתשלום המותנה בעבודה בעתיד, את שווי נכסי המערערת היום. כך, אם בסופו של יום המייסדים לא יישארו לעבוד, האם ערך הנכסים יפחת בדיעבד? אני סבורה כי התשובה לכך היא חיובית. כאמור, במקרה שכזה, הממכר לא כולל את תמיכת המייסדים בנכסים הבלתי מוחשיים, ועל כן ערכו מופחת. אין זה מקרה יוצא דופן שתמורה עבור מניות מותנית באירועים עתידיים, למשל עמידה ביעדים עסקיים מסוימים, וכפי שערך של חברה יכול לעלות או לרדת בדיעבד לפי ביצועים עסקיים עתידיים, כך גם לפי התקיימות תנאים מסוימים.

102. כמו כן, אם לצורך העניין כל תמורת המניות הייתה מותנית בהישארות המייסדים לעבוד בחברה או במייקרוסופט לחצי שנה, האם במקרה כזה הייתה המערערת טוענת כי אין ערך לפעילות ונכסי החברה, וכל התשלום הוא עבור העבודה? הדבר אף יכול להוות פתח למניפולציות.

103. בניגוד לטענת המערערת ובשונה מאשר נפסק בעניין **ג'יטקו**, בענייננו, בהתאם לאשר נקבע במפורש בהסכם רכישת המניות, תשלום ההולדבק משולם באופן ברור ומובהק עבור המניות עצמן ובזיקה לבעלות בהן. לא מדובר בתשלום עודף, אלא בחלק מתמורת המניות, שמשולם באותו היחס למייסדים כמו ליתר בעלי המניות. מעמדת המערערת עולה כי יש תמחור שונה למניות המייסדים ולמניות של יתר בעלי המניות, באופן המשפיע על שווי נכסי החברה, כאשר מניותיהם של המייסדים הן ששוות פחות. אינני יכולה לקבל זאת.

104. כמו כן, בניגוד לטענת המערערת, לא מצאתי כי יש להוון את תשלום ההולדבק. מבחינה עקרונית, צודקת המערערת כי יש להוון תשלומים שיתקבלו בעתיד נכון ליום חתימת ההסכם. אלא, שרכיב ההולדבק מושקע באפיקי השקעה לבחירת המייסדים, הוא לא מאבד מערכו, ואולי אף נושא רווחים. גם אם היה מקום להוון את התשלום, יש להוון את הערך של תשלום ההולדבק שעתיד להתקבל, שהוא כאמור, ערך גבוה יותר.

105. המערערת טוענת בנוסף כי יש להוון את התשלום עקב הסיכון שהתשלום לא יועבר בסופו של דבר. אולם, אותו סיכון תלוי אך ורק במייסדים, ואין הדבר דומה לירידת ערך הכסף, שתלויה בנסיבות אובייקטיביות. כאמור שווי הממכר נגזר מתמורת המניות. שעה שתמורת המניות היא 75 מיליון דולר, ללא כל הפחתה בגין הסיכון, זהו גם שווי הממכר.

106. בכל הנוגע להתאמה המשנית, הרי שההלכה בנושא נפסקה על ידי בית המשפט העליון בעניין **קונטירה**, ולא ניתן לקבל את הערעור בעניין זה. מבלי לגרוע מהאמור, כפי שציינתי ב-ע"מ (מחוזי ת"א) 61226-06-17 **סי איי סופטוור ישראל בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 3**, פס' 88 (25.10.2022), ייתכן שיש מקום לבחון את העניין באופן מעמיק ביחס למקור הסמכות לפי סעיף 85א לפקודה.

107. עם זאת, מצאתי לקבל את טענות המערערת בדבר שיעור הריבית. המערערת הוכיחה כי מסמכים שמציגים את שיעור הריבית שהיא חייבה בפועל את חברות קבוצת מייקרוסופט הוצגו במסגרת הליכי השומה ואושרו (מע/1, מע/7, מע/9 ועמ' 25, ש' 6 – 29 לפרוטוקול). לא ברור מדוע המשיב מתעלם מכך, וטענתו בסעיף 69 לסיכומיו כי המערערת לא הציגה כל מסמך, גובלת בהטעיה. משהוצגו נתוני אמת, הן שיעור הריבית והן דרך חישובה (ריבית קו ישר או ריבית דריבית) ייקבעו על פי תנאי ההלוואות שנקבעו בפועל בין המערערת ובין חברות אחרות בקבוצת מייקרוסופט (ע"מ (מחוזי ת"א) 49933-03-20 **ווסטרן דיגיטל ישראל בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 3**, פס' 95 – 96

(30.6.2024)). בדומה לשיטת השוואת המחיר, ככלל, עדיף להתבסס על נתונים שנקבעו בשוק על פני נתונים תיאורטיים. ביחס לשיעור הריבית, שעה שהמערערת טענה לשיעורי ריבית של 0.1% – 0.25%, מבלי לטעון לשיעור מדויק, שיעור הריבית יעמוד על 0.175%, שהוא הממוצע בין השיעורים הנטענים.

108. סיכומם של דברים, אני מקבלת את הערעור בסוגיית גילום המס, ודוחה אותו בסוגיית ההולדבק. משכך, ובהתאם להלכת **קונטירה**, יש לבצע התאמה משנית. עם זאת, אני מקבלת את הערעור ביחס לשיעור הריבית.

109. המשיב יישא בהוצאות המערערת בסך של 150,000 ש"ח. זאת, הן מכיוון שחלקו הארי של הערעור התקבל; הן מכיוון שכאמור, המשיב לא התנהל כפי המצופה מרשות מנהלית בעת קביעת השומה ושמיעת ההשגה; והן מכיוון שהמשיב לא עמד בזמנים שהוקצו לו והוא הגיש את סיכומיו באיחור, מבלי שאושרה לו ארכה. ביני לביני התלבטתי האם לדחות את סיכומי המשיב שהוגשו לאחר המועד האחרון ולאחר שהובהר לו בהחלטה מיום 7.7.2025 כי "**ככל שלא יוגשו סיכומי המשיב במועד הנדחה ייחשב הדבר כוויתור מצידו על הגשתם על כל המשתמע מכך, וזאת ללא כל צורך בהחלטה נוספת**". ככלל, מן הראוי היה לכתוב את פסק הדין על בסיס סיכומי המערערת בלבד. אולם, לאור העובדה כי מדובר בסוגיה רוחבית הנושאת משקל רב, מצאתי לקבל את סיכומי המשיב, אולם לתת להתנהלות המשיב ביטוי בפסיקת הוצאות מוגברות. המשיב ייקח זאת לתשומת לבו.

ניתן היום, ו' חשוון תשפ"ו, 28 אוקטובר 2025, בהעדר הצדדים.

ירדנה סרוסי, שופטת

1
2
3
4
5