

מכירת מניות ותניית אי תחרות – בחשש תחרות אמיתי, ניתן לקבוע לו שווי ולפצל התמורות

הכותבת: רו"ח רונית בר-ארצי, חיבה, אלמקייס, כהן פתרונות מיסוי בע"מ
נושא פיצול התמורה בעסקאות למכירת מניות וקביעת תמורה נפרדת עבור נכס נוסף שנמכר והוא "תניית אי תחרות" נדונו רבות בפסיקה, הן מצד המוכר – לרוב משיקולי שיעור המס שיחול בעסקה, והן מצד הרוכש – משיקולי דרישת הפחתת עלות תניית אי התחרות, כהוצאה.

פקידי השומה טוענים לרוב כי המהות בעסקת רכישת מניות היא רכישת המניות עצמן ויתר רכיבי התמורה הינם בבחינת "טפל ההולך אחר העיקר". בעבר אף נעשו מס' ניסיונות לתיקון פקודת מס הכנסה בנושא זה (ראו מבזק מס מס' 565 מיום 2.10.2014 ומבזק מס מס' 608 מיום 19.8.2015) אולם אלו לא חוקקו בסופו של יום.

ביום 27.3.2023 ניתן פסק דין בבית המשפט המחוזי בעניין גוטקס סווימור (ע"מ 61394-10-15). פסק הדין עוסק בשתי עסקאות מהותיות שנחתמו, וכולל מספר סוגיות.

מפאת מורכבות העסקאות והסוגיות שנדונו, נעסוק במבזק זה רק בסוגית פיצול התמורה בעסקה ורכישת תניית אי התחרות בצד רכישת המניות, תוך קביעת שווי ודרישת עלות תניית אי התחרות בהפחתה בידי הרוכשת, בשתי העסקאות שנדונו.

העובדות העיקריות בקצרה

העוררת גוטקס סווימור ברדרס בע"מ ("סווימור") עסקה בשני תחומי פעילות, ייצור ושיווק בגדי ים ובנוסף הייתה בעלת זיכיון לשיווק מותגי זארה בישראל, באמצעות שותפות רשומה ("שותפות מותגים"). בעלי המניות (בשרשר) בסווימור היו חברת אפריקה ישראל (50%) ו-2 יחידים באמצעות חברה בבעלותם ("היחידים" ו"חברת קנדה" בהתאמה).

במהלך 2008, בעקבות סכסוך בין אפריקה ישראל והיחידים וכן המשבר הכלכלי העולמי, שפגע קשות באפריקה ישראל, החליטה אפריקה ישראל למכור לחברת קנדה את זכויותיה בסווימור (50% במניות) בתמורה לסך כולל של כ-50 מיליון \$, רובו (42 מיליון \$) שולם מיידית והיתרה הייתה מותנית בתוצאות העסקיות של סווימור.

בנוסף הוסכם, כי העסקה תכלול תניית אי תחרות ל-10 שנים, שתמנע מאפריקה ישראל להתחרות בסווימור. נקבע כי שווי תניית אי התחרות יקבע ע"י מעריך שווי חיצוני.

חשוב לציין, כי הצדדים פנו במקביל לממונה על ההגבלים העסקיים אשר קבעה כי קיים חשש מתחרות מצד אפריקה ישראל והתירה לצדדים להתקשר בהסכם אי תחרות, אולם ל-5 שנים בלבד. בנוסף, אפריקה ישראל התחייבה כי לא תתנגד להארכת תניית אי התחרות ל-5 שנים נוספות.

לאחר קבלת החלטת הממונה, קבע מעריך השווי את שווי תניית אי התחרות בסך כ-38 מיליון ₪. עוד חשוב לציין, כי סווימור (ולא חברת קנדה) היא זו שרכשה ושילמה עבור תניית אי התחרות וסכום זה נתבע על ידה בניכוי כהוצאות פחת למשך תקופת אי התחרות. פקיד השומה סירב להתיר סכום זה כהוצאה.

בית המשפט קובע בהסתמך על הלכת בית המשפט העליון גנגינה (ע"א 8294/14) והלכת הולצמן (ע"א 834/96) כי אין מניעה לפצל בין התמורה ששולמה עבור המניות לתמורה עבור תניית אי התחרות אף אם נחתמה במסגרת הסכם רכישת המניות, ובלבד שיוכח, כי תניית אי התחרות היא אותנטית!

בשאלה האם תניית אי התחרות היא אותנטית, בוחן בית המשפט האם היה קיים חשש ממשי מפני תחרות עתידית של אפריקה ישראל, ומאשר בהסתמך על עובדות המקרה:

אישור הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר בחנה את העסקה לעומקה וקביעתה כי יש לאשר אי תחרות ל-5 שנים, הארוכה מהמקובל (בדרך כלל מאשרת עד 4 שנים), זאת בשל החשש מתחרות מצד אפריקה ישראל לרבות עקב הידע שהיה לה מכוח היותה שותפה.

בנוסף לכך מציין בית המשפט כי שוכנע שכיוון שפעילות זארה היתה מצליחה ורווחית ונמכרה ע"י אפריקה ישראל בלית ברירה, היה חשש שהיא תנסה להשיב אליה את הפעילות לאחר שתתייצב כלכלית.

בית המשפט קובע כי: "יש לבחון את החשש מפני תחרות מבחינה אובייקטיבית ממשקפיה של הרוכשת, שאיננה מודעת לכוונותיה הסובייקטיביות של המוכרת." (פסקה 61).

בעניין השווי קובע בית המשפט: "שעה שהמשיב לא העמיד חוות דעת נגדית משל עצמו, אין מקום שבית המשפט יעשה מלאכתו של המשיב ויכמת בעצמו את השווי".

לאחר שבית המשפט שוכנע כי תניית אי התחרות היא אותנטית וכי יש להתיר את הוצאות הפחתת בניכוי, בוחן בית המשפט את השאלה למי יש לייחס את עלות רכישת תניית אי התחרות – האם לחברה הרוכשת (חברת קנדה) או לחברה הנרכשת (סווימוור) ששילמה עבורה ובה מתקיימת הפעילות? בית המשפט קובע כי כיוון שתשלום אי התחרות לא היה חלק ממהלך העסקים של סווימוור שהייתה בעלת הזיכיון והמשיכה להחזיק בו, וכי האינטרס העיקרי הוא לרוכשת המניות, שתניית אי התחרות נועדה להבטיח את הממכר, הרי שהוצאות הפחתת עלות תניית אי התחרות יותרו בניכוי לחברת קנדה, הרוכשת, ולא לחברת סווימוור (בהתאם לזכאותה לניכוי הוצאות כאמור על פי כל דין).

גם בעסקה המורכבת האחרת שנדונה בפסק הדין, רכשה סווימוור את מניות חברת אלביט מסחר (עלות כ-51 מיליון ₪), אשר בין היתר, הייתה בעלת הזיכיון לשיווק המותג "גאפ" בישראל. בנוסף, הוסכם על תשלום עבור אי תחרות בסך 6 מיליון ₪ אותו ניכתה החברה הנרכשת מהכנסתה. פקיד השומה סירב להתיר גם את הפחתת סכום זה כהוצאה.

בעובדות מקרה זה קובע בית המשפט כי לא שוכנע כי מדובר בהסכם אי תחרות אותנטי: בכל הנוגע לחשש מתחרות על זיכיון גאפ, פעילות גאפ הייתה הפסדית, שהמוכרת ניסתה "להיפטר" ממנה, ולכן אין היגיון וחשש שתנסה לשוב ולרכוש אותה (פסקה 184).

כלל פעילות אלביט (המוכרת) בתחום האופנה נכשלה ולא הייתה כוונה להמשיך להשקיע בתחום. נציג אלביט אישר בחקירתו, כי היה אדיש לגבי הסכם אי התחרות.

הסכום נקבע על ידי הרוכשת כשהמוכרת אדישה לו.

פסק הדין נותן הזדמנות די נדירה לבחון את סוגיית תניית אי התחרות ב-2 מקרים, משני הקצוות:

אחד מקבל את אישור בית המשפט כאותנטי, כלכלי ומשכנע, האחר נדחה, כיון שהמוכר היה אדיש והסבירות שיתחרה הייתה נמוכה.

בנושא זה, ככל שיוכח בעובדות אובייקטיביות, בגיבוי נתונים כלכליים כי החשש בפני תחרות הינו סביר, כן יעלה הסיכוי לקבלתו.