

חברים יקרים:

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

רשומון מס בנושא מיסוי אופציות לעובדים:

"מיסוי אופציות בשיעור מס שולי- פסיקה חדשה,

החלטת מיסוי ותהיות"

הרשומון בתמצית

סעיף 102 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: "הפקודה"), מסדיר ככלל הטבת מס בשיעור של 25% על רווח הון, הנוצר לעובדים ממימוש אופציות ומכירת מניות של החברה המעבידה או חברה קשורה. לשם כך נדרשת החברה המעבידה לבחור במסלול רווח הון לפי סעיף 102(ב)(2) לפקודה (להלן: "מסלול רווח הון"). סעיף 102(ב)(3) לפקודה מחיל את מסלול רווח הון בהתאמות מסוימות גם על חברות ציבוריות. הטבת המס ניתנת לחברה המעבידה ולעובדים בכפוף לעמידה בתנאים פרוצדוראליים נוקשים, המפורטים בסעיף 102 לפקודה, בכללים, אשר נקבעו מכוחו, ובהחלטות מיסוי ופרסומים נוספים של רשות המסים.

במידה והאופציות אינן ניתנות במסגרת סעיף 102 במסלול רווח הון, או שחלה הפרה בתנאים המזכים למסלול רווח הון, יחול ככלל על הרווח ממימוש האופציות ומכירתן מס שולי, שיכול לטפס החל משנת המס 2013 ל- 50%. לכך יש להוסיף חבות בדמי ביטוח לאומי.

ברשימה זו נבחן אפשרויות שונות לחוב בשיעור מס שולי בגין קבלת אופציות ו/או מימושן למניות

באמצעות סעיף 3(ט) לפקודה, סעיף 102 לפקודה בנוסחו לפני תיקון 132 (להלן: "סעיף 102 ישן") ומסלול הקצאת אופציות לעובדים ללא נאמן. זאת, על רקע 3 פסקי דין שניתנו לאחרונה (בעניין ניצן (ע"מ 10-02-43833), עניין דשא (ע"מ 51148-01-11) ובעניין הדר (ע"מ 09-12-27331)) והחלטת מיסוי (מס' 13/2597), המשלבת בין תושבות של יחיד לבין מיסוי אופציות שניתנו לו עובר למועד חזרתו לישראל.

פתח דבר

סעיף 2(2) לפקודה קובע, כי להכנסת עבודה תיחשב כל "השתכרות או ריווח מהעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו.....".

כלומר, גם הקצאת אופציות לעובד למניות החברה במחיר מימוש הנמוך משוויין הכלכלי של מניות החברה, הינה בגדר טובת הנאה החייבת במס כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה.

השאלה מתי חל אירוע המס?

ניתן לחשוב בהקשר לכך על שלושה מועדים שונים. המועד הראשון: מועד הקצאת האופציות; המועד השני: מועד מימוש האופציה למניה; המועד השלישי: מועד מכירת המניה.

מובן, כי מיסוי העובד בגין ההטבה בשני המועדים הראשונים יחייב את העובד להביא כסף "מהבית" לשם מימון תשלום המס, או למכור חלק מהמניות

(3) הקצאה שאינה באמצעות נאמן לפי סעיף 102 חדש (סעיף 102(ג) לפקודה);
(4) הפרה של תקופת החסימה לפי סעיף 102 חדש (סעיף 102(ב)(4) לפקודה);
(5) הפרה של תקופת החסימה לפי סעיף 102 ישן.

מקרה נוסף, המכתיב שיעורי מס שוליים (ללא חבות בדמי ביטוח לאומי), חל לגבי הקצאות אופציות שנעשו לפי סעיף 102 ישן.

המעניין הוא, כי כל אחד מן המצבים הנ"ל יכול לגרור חבות מס בעיתוי שונה. ברשימה זו נתמקד בקצרה בהקצאה לפי סעיף 3(ט) לפקודה, הקצאה לפי סעיף 102 ישן והקצאה לפי סעיף 102(ג)(2) לפקודה. יצוין, כי עד לכניסתו לתוקף של תיקון 132, הקצאה לפי סעיף 3(ט) לפקודה והקצאה לפי סעיף 102 ישן היו שני המתווים העיקריים להענקת אופציות לעובדים. לאחר תיקון 132 לפקודה, סעיף 3(ט) לפקודה חדל מלשמש להקצאת אופציות לעובדים ומשמש בעיקר להקצאת אופציות שירותים. סעיף 102 ישן אינו בתוקף לגבי הקצאות של אופציות לעובדים לאחר שנת 2002. סעיף 102(ג) לפקודה מסדיר הקצאה של אופציות לעובדים ללא נאמן.

סעיף 3(ט) לפקודה ופסק הדין בעניין ניצן (ע"מ 43833-02-10)

סעיף 3(ט) לפקודה, קובע לענייננו, כי "מימש אדם זכות שקיבל בעבר לרכישת נכס או שירות, ובעת המימוש היה הפרש בין המחיר המשתלם כרגיל

במידה ונמצא רוכש מתאים.

סעיף 102 לפקודה במסלול רווח הון מאפשר בתנאים מסוימים לדחות את אירוע המס ואת החבות במס עד למועד העברת המניה מהנאמן לעובד או במועד מכירת המניה לצד ג' (על ידי הנאמן), לפי המוקדם מביניהם (מועד המימוש). במועד המימוש, שווי ההטבה שנצמח לעובד, ככל שנצמח, יחוב בשיעור מס ריווח הון של 25%. כך למשל, אחד מהתנאים העיקריים לזכאות בשיעור המס הנ"ל דורש, כי האופציות ו/או המניות יהיו בתקופת חסימה בת 24 חודשים אצל נאמן (להלן: "תקופת החסימה").

במידה והאופציות אינן מוקצות במסגרת סעיף 102 במסלול רווח הון יחול בעת אירוע המס בגין ככלל מיסוי פירותי. דהיינו, מיסוי בשיעורים הנקובים במסגרת סעיף 121 לפקודה (48% בשנת 2013). לכך יש להוסיף את המס על הכנסות גבוהות, הממסה מיום 1 בינואר 2013, ככלל, הכנסה חייבת מעל סכום של 811,560 ₪ (ראו סעיף 121ב לפקודה) בשיעור של 2% נוספים וחבות בדמי ביטוח לאומי בשיעור של 12% עד לתקרת ההכנסה המרבית בסך של 42,435 ₪ לחודש (נכון לשנת 2013).

החבות במס שולי בתוספת דמי ביטוח לאומי, עלולה לקרות באחד או יותר מהמצבים הבאים:

- (1) הקצאת אופציות לפי סעיף 3(ט) לפקודה;
- (2) הקצאת אופציות לפי סעיף 102(ב)(1) לפקודה - מסלול הכנסת עבודה;

הנחה זו הועמדה במבחן לאחרונה בפסק הדין בעניין ניצן (ע"מ 10-43833-02). באותו עניין הועסק המערער בחברת ישראלית, שהייתה חברה בת של חברה זרה שנסחרה בנאסד"ק בארה"ב (להלן: "חברת האם"). בשנים 1995, 1997 ו-1998 הוקצו למערער, על ידי החברה הישראלית, אופציות לא סחירות לרכישת מניות חברת האם. האופציות הוקצו למערער ללא תמורה, במסגרת תוכנית ללא נאמן, לפי סעיף 3(ט) לפקודה ונקבע בתוכנית האופציות, כי האופציות אינן עבירות. על פי תנאי תוכנית האופציות, האופציות ניתנות היו למימוש למניות בחלוף תקופת הבשלה (VESTING). כלומר, 25% מהאופציות ניתנות למימוש החל מתום 12 חודשים ממועד ההקצאה (Cliff) ויתרת האופציות ניתנת למימוש במנות בהיקף 1/48 מידי חודש, עד לתום 5 שנים ממועד ההקצאה. המערער מימש בשנות המס שבערער את האופציות למניות ומכר את המניות באותו היום. החברה הישראלית ניכתה מס במקור ממימוש האופציות בשיעור המס השולי החל על המערער.

המחלוקת בין הצדדים התעוררה ביחס לשאלת מועד אירוע המס בגין האופציות שמומשו על ידי המערער. פקיד השומה טען, כי בהתאם להוראות סעיף 3(ט) לפקודה, אירוע המס חל במועד מימוש האופציות על ידי המערער. בהתאמה מלוא ההכנסה שתצמח למערער ממימוש האופציות הינה הכנסת עבודה שעליה מוטל שיעור מס שולי. המערער טען מנגד, כי יש למסות אותו בגין הכנסה פירותית במועד ההבשלה של האופציות. לשיטתו, כל עליית

בעד אותו נכס או שירות לבין המחיר ששילם אותו אדם... יראו את הפרש- (א) בזכות [שניתנה] בקשר ליחסי עובד ומעביד- כהכנסת עבודה".

בפסק הדין בעניין דר (ע"א 7043/99) התעוררה מחלוקת בין פקיד השומה לבין העובד בנוגע למועד חבות המס בגין אופציות שהוקצו לעובד לפי סעיף 3(ט) לפקודה. בפרט עלתה השאלה, האם דחיית המס חלה לגבי אופציות הניתנות בחברה ציבורית (אופציות סחירות) ובלתי סחירות כאחת.

בית המשפט העליון קבע כי לצורך קביעת מועד חבות המס, יש להבחין בין אופציה סחירה לבין אופציה שאינה סחירה. לגבי אופציה סחירה, נקבע, כי אין להחיל עליה את דחיית המס הקבועה בסעיף 3(ט) לפקודה, אלא יש למסותה ככל טובת הנאה אחרת שוות כסף, במועד שבו ניתנה לעובד ובהתאם לסעיף 2(2) לפקודה.

לגבי אופציה שאינה סחירה תחול דחיית המס הקבועה בסעיף 3(ט) לפקודה ובלבד שקיים קושי לקבוע את שוויה של טובת ההנאה הניתנת לעובד במועד ההקצאה. אם בשל העובדה שמדובר באופציה הניתנת בחברה פרטית ואם בשל כך שעבירותן ו/או מימושן של האופציות למניות מוגבלת לתקופת הבשלה ומותנית בהמשך עבודה בחברה. היות ובעת מתן פסק הדין לא היה בבורסה בישראל מסחר באופציות למניה של חברה ספציפית (וגם כיום מספרן מצומצם), נראה, כי כוונת בית המשפט העליון הייתה שאופציה סחירה, היא גם אופציה למניה של חברה שמניותיה נסחרות לציבור בבורסה בישראל ומחוץ לישראל.

תנאים: האחד, ניתן לאמוד בקלות את שווייה; השני, היא זמינה למימוש לכסף באופן מיידי.

לאור תכונות אלו קבע בית המשפט, כי בעניינו של המערער "אפילו לו ניתן לאמוד את שווי האופציה כבר החל ממועד ההבשלה, הרי שהמגבלה על עבירות האופציה מונעת מלראות באופציה כשווה-כסף. מגבלת העבירות כאן אינה מוסרת לאחר לתקופת ההבשלה, ולפי תנאי התוכנית אף לאחר שתבשיל האופציה היא ניתנת למימוש רק על ידי המערער ואינה ניתנת להעברה לאחר. לאופציות שהוענקו למערער אין שווי שוק, מאחר שאין כלל אפשרות לסחור בהן והן אינן ניתנות להמרה לכסף. למצער שווין מוקשה למדידה, שהרי תכלית תנאי הסחירות שנקבע בידי בית המשפט העליון, בן השאר היא קביעה נוחה של שווי ההטבה מבלי להידרש לשימוש במודלים כלכליים מורכבים שעה שהמחוקק סיפק את "המודל" הקבוע בסעיף 3(ט).

בכך מאבחן בית המשפט בין מצבו של המערער, אשר החזיק באופציות למניות נסחרות לבין עובד, אשר מקבל אופציות סחירות, שאז לדידו של בית המשפט "ניתן לטעון, כי יש לראות במועד ההבשלה כמועד אירוע המס בהינתן כי לא חלות עליה מיגבלת עבירות וסחירות אחרת. זאת, מאחר שהאופציה מהווה שווה-כסף כבר עם הבשלתה".

עיננו הרואות, אפוא, כי פסק הדין עורך הבחנה בין אופציות נסחרות, קרי, אופציות שניתן לסחור בהן בבורסה, לבין אופציות למניות נסחרות, אשר רק

הערך שנצמחה לו ממועד זה ועד מועד המימוש בפועל הינה הכנסה הונית, אשר עליה מוטל היה מס בשיעור 35% מתוקף הוראות צו מס הכנסה (שיעור המס על רווח הון במכירת נייר ערך זר), התשנ"ב - 1992 (להלן - "צו ההקלה"). המערער ביסס את טענתו על פסק דין בעניין בל (ת"א) 4961/02 טופז, שם אימץ בית הדין האזורי לעבודה את עמדת הביטוח הלאומי וקבע, בהתבסס על עניין דר, כי לצורך שאלת החבות במס הכנסה וביטוח לאומי אין משמעות למועד בו מומשו האופציות בפועל, אלא למועד בו הפכו סחירות וניתנות למימוש. לפיכך, נקבע באותה ערכאה, כי ניתן לחייב בדמי ביטוח לאומי את מלוא האופציות שהובשלו לראשונה בשנת 2001, וזאת על אף שחלקן מומש כאמור למניות החברה רק בשנת 2002. יודגש, כי פסק הדין בעניין טופז בוטל בהסכמת הצדדים בבית הדין הארצי לעבודה (עב"ל 574/07).

המערער גם הפנה להחלטת מיסוי 54/07 של רשות המסים, שם הוחלט, כי בהקצאת יחידות השתתפות בתוכנית תגמול מסוג RSU, יראו במועד הבשלת היחידות כמועד המימוש.

בהתבסס על לשון סעיף 3(ט) לפקודה ועל הכרעת בית המשפט העליון דר הטעים בית המשפט, כי "אף אם קיים היגיון כלכלי לכאורי בגישת המערער, אין בכוחו של היגיון זה לגבור על לשונה המפורשת של הפקודה", אשר אינה מזכירה את מועד הבשלת הזכות, אלא את מועד מימוש הזכות.

כמו כן, בית המשפט שב וחזר על דברי בית המשפט העליון בעניין דר, כי אופציה סחירה מקיימת שני

סעיף 102 ישן ופסקי הדין בעניין דשא (ע"מ
11-01-51148) ובעניין הדר (ע"מ 09-12-27331)

המתווה השני באמצעותו נהוג היה להקצות אופציות לפני שנת 2003, היה באמצעות סעיף 102 ישן. קרי, סעיף 102 לפקודה בנוסחו עד תיקון 132. סעיף זה קבע, כי הכנסתו של עובד מהקצאת אופציות תהא פטורה ממס במועד ההקצאה ובמועד מימוש האופציה למנייה, ובלבד שהאופציות יופקדו בידי נאמן לתקופת החזקה של שנתיים לפחות והכל בכפוף לקיומה של תוכנית אופציות (Option Plan) ולתנאים נוספים שפורטו במסגרת הסעיף ובכללים שהותקנו מכוחו.

מדובר היה בהסדר חקיקתי חסר אשר עורר מחלוקות רבות בין הנישומים לבין רשות המסים. בפסק הדין המנחה בעניין **חגי כץ** (ע"א 6161/05), נידונה שאלת סיווג ההכנסה המתקבלת בידי עובד ממכירת מניות של חברה תושבת חוץ, שמקורן באופציות שהוקצו לפי סעיף 102 ישן. דהיינו, האם מדובר בהכנסת עבודה או שמא בהכנסה הונית. שאלה נוספת אליה נדרש בית המשפט הייתה, האם בהינתן ויחלט, כי הכנסתו של העובד הינה הכנסה הונית, יחול לגביה צו ההקלה אותו כבר פגשנו בעניין **ניצן**. צו ההקלה, קבע כאמור, שיעור מס מופחת של 35%, חלף שיעור מס שולי, על הכנסה מרווח הון שמקורה בניירות ערך זרים. בית המשפט המחוזי ברשות השופט **מגן אלטוביה** הכריע בשתי השאלות הנ"ל לטובת הנישום (עמ"ה 1172/02).

בית המשפט העליון, בערעור שהגישה המדינה, צידד בעמדת בית המשפט המחוזי ביחס לשאלה

בעת מימוש קמה להן סחירות. באופציה מהסוג הראשון, הוא מוכן היה לראות במועד ההבשלה כמועד אירוע המס. בסוג השני, הוא דוחה את אירוע המס עד למועד המימוש של האופציה למנייה. ספק בעיננו, אם יש מקום להבחנה בין סוגי האופציות. בפרט, כאשר גם בסוג השני בהנחה, כי אין מגבלות מימוש על האופציה, העובד יכול לממש את האופציה למנייה בכל עת ולסחור במנייה. דומה, כי זו גם הייתה מסקנתו של בית המשפט העליון בעניין **דר**, שמלכתחילה דן באופציות למניות בחברה ציבורית ולא באופציות הנסחרות בפני עצמן בבורסה. מכאן ניתן להסיק, כי בשני המקרים יש למסות את האופציות מכוח סעיף 2(2) לפקודה כטובת הנאה, הניתנת לעובד במועד הפיכתן לנסחרות, דהיינו בתום תקופת ההבשלה ו/או חסימה אחרת שהושמה על האופציות. ללא צורך בפנייה לסעיף 3(ט) לפקודה. המעניין הוא, כי בית המשפט העליון בעניין **דר** ציין, מפורשות, כי במקרה זה **"יחול ממילא סעיף 3(ט)(1)(א) ויידחה החיוב במס למועד המימוש, בשל הקושי להעריך את שווי האופציות במועד ההקצאה, כמפורט לעיל"**. דהיינו, בית המשפט העליון מנחה לדחות את חיוב המס עד למועד המימוש מכוח סעיף 3(ט)(1)(א) לפקודה ולא עד לתום מועד החסימה, כמוקדם. מכל מקום, לדעתנו, לפחות ברמה העיונית והכלכלית, ישנם טעמים טובים לטעון, כי מועד אירוע המס בשני סוגי האופציות צריך להיקבע בהתאם לתום תקופת ההבשלה ו/או מועד המימוש, כמוקדם.

2002. כך למשל, אם הוקצו למערער אופציות ביום 1.1.2002 ונמכרו ביום 1.1.2004 זכאי היה המערער לשיעור מס משוקלל של 37.5%. שיעור זה מבוסס על המכפלה של 0.5 כפול שיעור המס השולי (נניח 50%), אשר מייצגת את התקופה עובר לשנת המס 2003, בתוספת המכפלה של 0.5 כפול שיעור מס של 25%, המיוחסת לתקופה שלאחר 2003. במוקד המחלוקת עמדו יחסי הגומלין בין הוראת המעבר שנקבעה במסגרת סעיף 90(ט) לתיקון 132 (להלן: "הוראת המעבר"), לבין הוראת סעיף 91(ב) לפקודה שנוספה כאמור בתיקון 132. הוראת המעבר קבעה, כדלקמן: "**הוקצו מניות לעובדים לפני יום התחילה, לפי הוראת סעיף 102 לפקודה כנוסחו ערב תחילתו של חוק זה, או חלות על הקצאה כאמור הוראות ס' 3(ט) לפקודה, לא יחול לעניין הפחתת שיעורי המס סעיף 91 לפקודה כנוסחו בסעיף 28 לחוק זה**". סעיף 91(ב) לפקודה, כנוסחו באותה עת קבע: "**לגבי נכס שיום רכישתו חל לפני המועד הקובע, למעט נכס שהוא מוניטין שלא שולם בעד רכישתו, יהיה חבר בני אדם חייב במס חברות, ויחיד יהיה חייב במס בשיעורים אלה: "1(א) על רווח ההון הריאלי עד המועד הקובע - בשיעור הקובע בסעיף 126 או בשיעורים המפורטים בסעיף 121, לפי העניין;** (ב) על חלק רווח ההון הריאלי בגובה הפחת המתואם מהמועד הקובע - בשיעור המס שחל על ההכנסה שממנה נוכה הפחת. (ג) על יתרת רווח ההון הריאלי, בניכוי הפחת המתואם מהמועד הקובע - בשיעור של 25%. (2) לעניין סעיף קטן

הראשונה וקבע, כי ההכנסה שנצמחה לעובד ממכירת המניה לאחר מימוש האופציה מהווה הכנסה הונית. באשר לשאלת תחולתו של צו ההקלה, הפך בית המשפט העליון את קביעת בית המשפט המחוזי וקבע, כי צו ההקלה אינו חל על רווח הון שנוצר כתוצאה ממכירת מניות שמקורן באופציות שהוקצו לפי סעיף 102 ישן. לדידו של בית המשפט העליון, מששולל סעיף 102 ישן, את תחולתו של הפטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה על רווח הון שמקורו במכירת המניות של העובד, נשללת גם תחולתם של צווים הניתנים מכוח סעיף 97(ג) לפקודה דוגמת צו ההקלה.

לאחרונה, בשני מקרים שונים עלתה השאלה, האם ניתן ליישם את נוסחת החישוב הליניארי, שנוספה במסגרת תיקון 132 לפקודה לגבי רווח ההון שנצמח לעובדים מאופציות, שהוקצו מכוח סעיף 102 ישן והוקצו לאחר שנת 2002. פסק הדין הראשון ניתן בעניין **דשא** (ע"מ 51148-01-11). באותו עניין הוקצו למערער בשנת 2002 אופציות בחברה ציבורית בה הועסק בתפקיד מנהל כספחים ראשי לפי סעיף 102 ישן. המערער המיר את האופציות למניות ומימש אותן לאחר תיקון 132: בשנת המס 2004 מימש 25,000 אופציות, ובכל אחת משנות המס 2005-2007 מימש המערער 50,000 אופציות. השאלה הייתה, האם יש למסות את ריווח ההון שנצמח למערער לפי שיעור מס שולי, או שמא, לפי החישוב הליניארי. חישוב זה בנוסחו דאז, נוסף בתיקון 132 ואפשר למערער להיות ממוסה בשיעור מס של 25% על התקופה שחלפה מתום שנת המס

המשפט הבהיר, כי פרשנותו של המערער מעלה קשיים ואינה תואמת את לשון הצעת החוק שקדמה לתיקון 132, ממנה למד בית המשפט, כי "הפסוק הפחתת שיעורי המס" המצוי בהוראת המעבר, עולה בקנה אחד עם כל הוראות ס' 91 כנוסחו לאחר תיקון 132 על כלל השיעורים שנקבעו בה, מאחר שבסעיף זה נקבע חישוב ליניארי עם תקרה מסוימת, חלף המס השולי. לכן ניתן לומר, כי ההוראה כולה עוסקת בהפחתת שיעורים ולא ניתן ליחס אמירה זו רק לחלק מהשיעורים המצויים בו". כמו כן, ביסס בית המשפט את הכרעתו על שתי החלטות דומות שהתקבלו בבית המשפט המחוזי והגיעו למסקנה דומה (ראו ע"מ 552/06 + ע"מ 542/07 ועמ"ה 552/06). בית המשפט אף ראה להדגיש, כי הפירוש שהוצע על ידי פקיד השומה "מביא לשוויון בין העובדים שקיבלו את המניות לפני תחולת תיקון 132, בעוד שפירוש המערער יוצר שוני של ממש ביניהם. אכן יש אמת בטענת המערער לפיה עפ"י פירוש המשיב יהיה שוני בין משקיע לבין עובד. ואולם נראה כי ההשוואה בין מי שהיו שווים בכל העת שהוקצו המניות (עובדים שהוקצו להם אופציות לפני התיקון) נראתה למחוקק חשובה יותר ביחס להשוואה בין מי שנעשו "דומים" בהיבט מסוים לאחר התיקון." מטעמים אלו ונוספים, הכריע בית המשפט המחוזי, כי החישוב הליניארי לא יחול על אופציות שהוקצו לפי סעיף 102 ישן ומומשו לאחר שנת 2002. לא יבשה הדיו מעל החלטת בית המשפט בעניין

זה יראו את רווח ההון כשלב הגבוה ביותר בסולם ההכנסה החייבת."

על רקע הוראות אלו המערער הדגיש, בין היתר, כי אין זה מתקבל על הדעת שלמרות שלרווחי הון נקבעו שיעורי מס נמוכים יותר (בעקבות תיקון 132), דווקא מחזיקי אופציות, שאין מחלוקת שהם מחזיקים נכס הוני, לא ייהנו משיטת הפחתת שיעורי המס הליניארי ממנה נהנים כולם וישארו לעד עם שיעורי מס שולי בעת מימוש האופציות. כן ציין המערער, כי כוונתו של המחוקק בתיבה "לעניין הפחתת שיעורי המס" הייתה לשיעורי מס שהופחתו באופן ספציפי בסעיף 91 לפקודה, כנוסחו לאחר תיקון 132, אך לא לנוסחה הליניארית. פקיד השומה טען מנגד, בין השאר, כי פרשנות המערער מתעלמת מכוונה ברורה ומפורשת של המחוקק שבאה לידי ביטוי בהוראת המעבר לשמר את משטר המס הקודם שחל על מיסוי אופציות לעובדים (לפי סעיף 102 הישן), ולא להחיל על רווחי הון ממימוש אופציות לעובדים שהוקצו לפי סעיף 102 הישן, את הפחתות המס שנקבעו בסעיף 91 לפקודה במסגרת תיקון 132. יתרה מזאת, לטענת פקיד שומה, פרשנותו להוראת המעבר, מובילה לתוצאה הרצויה של שוויון בין עובדים שהוקצו להם אופציות תחת אותו משטר מס, היינו תחת הוראת סעיף 102 ישן, ללא קשר למועד בו בחרו העובדים לממש את האופציות.

בית המשפט הכריע לטובת פקיד שומה ודחה את הערעור. בית המשפט ציין, אומנם, כי פרשנותו של המערער אפשרית מבחינה מילולית. עם זאת, בית

דשא ובעניין **הדר**, לצד פסקי הדין שאזכרו בפסקי דין אלו, מלמד, כי כל ניסיון להפחית את שיעורי המס בגין ריווח הון שהופק מאופציות שהוקצו לפי סעיף 102 ישן, נתקל בסירוב מצדם של רשות המסים ובתי המשפט. הגם שיש לפרשנות מקלה עיגון בלשון החקיקה, רואים כאמור בתי המשפט, בפרשנות, אשר אינה תומכת בהטלה של שיעור מס שולי, כריקון מתוכן של הוראת המעבר שנלוותה לתיקון 132 לפקודה. יוער, כי רשות המסים אפשרה בחוזר מ"ה 3/03, לבטל אופציות שהוקצו מכוח סעיף 102 ישן, שבהן טרם הבשילה זכותו המקורית של העובד לקבלת מניות (UNVESTED), ולהקצות אופציות חדשות תחתן בהתאם לסעיף 102 לאחר תיקון 132 (וראו נא גם החלטות מיסוי מס' 78/06 ו-58/08).

סעיף 102(ג) לפקודה והחלטת מיסוי 2597/13

סעיף 102(ג) לפקודה מסדיר את מיסוי הקצאתן של אופציות ללא נאמן. המנגנון דומה להכרעת פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין דר. לאמור, סעיף 102(ג)(1) לפקודה קובע, כי "הכנסתו של עובד מהקצאת מניות שאינה הקצאה באמצעות נאמן, תחויב במס במועד ההקצאה, כהכנסה לפי הוראות סעיף 2(1) או (2) לפי הענין, ובמועד המימוש - כהכנסה כאמור בחלק ה או חלק ה3 לפי הענין." סעיף 102(ג)(2) לפקודה מסייג וקובע לענין חברות פרטיות, כי "על אף האמור בפסקה (1), הכנסתו של עובד מהקצאה של זכות שאינה רשומה למסחר בבורסה לרכישת מניה שלא

דשא, שניתנה על ידי כב' השופטת מרים מזרחי ויומיים לאחר מכן פורסם פסק הדין בעניין **הדר** (ע"מ 27331-12-09) שעסק באותה סוגיה ממש. פסק הדין ניתן על ידי כב' השופט **מגן אלטוביה**. מטבע הדברים, טענות המערער ופקיד השומה היו דומות לטענות שהועלו במסגרת פסק הדין בעניין **דשא**. כך גם מסקנת בית המשפט. בהחלטת בית המשפט לדחות את הערעור חזר בית המשפט ככלל על הנימוקים ששימשו את בית המשפט בעניין **דשא**. לדידו של בית המשפט "אין ספק אם כך כי הפחתת המס היחידה שעמדה לנגד עיניי המחוקק בתיקון 132 היא החלפת שיעור המס השולי בשיעור המס ההוני, ואליה ודאי התייחס בהוראת המעבר. זאת ועוד, שינוי שיעור המס לא נעשה באופן רטרואקטיבי אלא רטרואספקטיבי, כלומר הוא לונה בקביעת הוראה בדבר חישוב ליניארי, אשר מחילה את שיעור המס ההוני על מימוש נכסים שנרכשו לפני תיקון 132 רק בגין תקופת אחזקת הנכס שלאחר תיקון 132. מכאן, החישוב הליניארי הוא למעשה ההפחתה היחידה שנקבעה בסעיף 91 לפקודה ביחס לנכסים שהגיעו לחזקת הנישום בתקופה שלפני תיקון 132. לו תתקבל עמדת המערער, הרי שהוראת המעבר תתרוקן מתוכנה. ממילא הפחתת המס היחידה שניתן היה ליתן למערער בתיקון 132 היא בגין החישוב הליניארי, ולו כטענת המערער אין מכוונת הוראת המעבר להפחתה זו, הרי שלמעשה אין להוראה כל משמעות. כמובן שאין לקבל תוצאה זו."

כללו של דבר, עיון בפסקי הדין בעניין לפיד בעניין

הראשונה של החברה ואישורה ארך זמן רב. האופציות אשר הוענקו למבקש חולקו מספר מנות בעלות תקופת הבשלה שונה.

הבקשה: בהחלטת המיסוי התבקשה רשות המסים, בין היתר, להסדיר את מיסוי הרווחים הצפויים לנבוע ממכירת האופציות ו/או ממכירת המניות שמקורן באופציות האמורות.

ההחלטה: בהחלטת המיסוי נקבע, כי ההכנסה ממימוש האופציות תחולק לשני חלקים:

החלק הראשון – החלק הפטור ממס - לגבי חלק זה נקבע, כי ההכנסה אשר יפיק המבקש ממימוש האופציות, אשר הבשילו לפני מועד הגעתו לישראל, תיחשב להכנסה שהופקה מחוץ לישראל על ידי תושב חוץ ולפיכך לא תהיה חייבת במס בישראל. כמו כן נקבע, כי חלק מההכנסה, אשר יפיק המבקש ממימוש האופציות שתאריך סיום הבשלתן חל לאחר מועד חזרתו לישראל, ייחשב להכנסה שהופקה מחוץ לישראל על ידי תושב חוץ ולפיכך אינו חייב במס בישראל. חלק זה יחושב, לפי הנוסחה הבאה: **"ההכנסה ממימוש האופציות כשהיא מוכפלת ביחס שבין סך תקופת העבודה בחו"ל לתקופת העבודה"**.

לעניין זה נקבעו ההגדרות הבאות: "תקופת העבודה" תיחשב למספר ימי העבודה בתקופה המתחילה במועד יום תחילת ההבשלה והמסתיימת במועד יום סיום ההבשלה של האופציות. בחישוב "מספר ימי העבודה" לא יילקחו בחשבון ימי שישי שבת חג וחופשות משפחתיות. "תקופת העבודה בחו"ל" תחשב למספר ימי העבודה מיום תחילת

באמצעות נאמן, לא תחויב במס במועד ההקצאה, ובמועד המימוש תחויב במס כהכנסה לפי סעיף 2(1) או 2(2), לפי הענין". דהיינו, בהקצאת מניות/אופציות לעובד בחברה פרטית, נדחה מועד אירוע המס למועד מימוש האופציה למנייה. ההכנסה ממימוש האופציות תסווג ותמוסה ככלל כהכנסת עבודה. סעיף זה חל גם על עובדים שקיבלו אופציות במסגרת תוכניות זרות במהלך רילוקיישן שביצעו מחוץ לישראל. בכך דנה בין היתר, החלטת מיסוי 2597/13, שפורסמה לאחרונה על ידי רשות המסים.

העובדות: בשנת 1997 עזב המבקש יחד עם משפחתו את ישראל והפך לתושב חוץ במדינת אמנה. במחצית השנייה של שנת 2010 (להלן: "מועד ההגעה לישראל") נשלח המבקש יחד עם בני משפחתו לישראל, על ידי מעבידתו (חברה תושבת חוץ, להלן: "החברה"), לצורך מילוי תפקיד בחברת בת ישראלית. לאחר שנתיים ממועד ההגעה לישראל החליט המבקש, יחד עם בני משפחתו, להמשיך ולהתגורר בישראל כדרך קבע. עוד באותו מועד ביקש תעודת תושב חוזר ממשרד הקליטה. במהלך שנת 2009 הוענקו לכלל עובדי החברה, ובניהם למבקש, אופציות לרכישת מניות החברה (להלן: "יום ההענקה"). הענקת האופציות הייתה בהתאם למסמך ההענקה ולתוכנית האופציות של החברה. יום תחילת ההבשלה של האופציות הוגדר כשנת 2007, המועד בו החל המבקש לעבוד בחברה. העיכוב בהענקת האופציות עד ליום ההענקה נבע מכך שמדובר בתכנית האופציות

132. כך ראינו, כי בתי המשפט משיתים מס שולי על אופציות שהוקצו מכוח סעיף 3(ט) לפקודה או סעיף 102 ישן. בעניין **ניצן** ראינו, כי בית המשפט דחה ניסיון של המערער לטעון, כי מועד אירוע המס באופציות לפי סעיף 3(ט) לפקודה צריך להיקבע בהתאם למועדי ההבשלה ולא לפי המימוש של האופציה בפועל. ציינו, כי לדעתנו ברמה הכלכלית - עיונית ניתן להטיל ספק בהכרעת בית המשפט. לעניין סעיף 102 ישן, ראינו, כי ניסיונותיהם של המערערים בעניין **דשא** והדר להחיל את החישוב הליניארי על אופציות שהוקצו מכוח סעיף 102 ישן ומומשו לאחר שנת 2002 עלו בתוהו. בתי המשפט נכונים היו לראות בפרשנות המערערים כפרשנות אפשרית מבחינה מילולית. יחד עם זאת, מבחינת תכלית החקיקה, בעיקר לאור הוראות המעבר, הן דחו אותה. הגם שבענינו, מדובר בפסיקה מחמירה, אשר אינה עולה בקנה אחד עם תכלית תיקון 132 והפחתת שיעור מס רווח הון, דומה, כי פרשנות בית המשפט תואמת את הוראת המעבר של תיקון 132, כמבואר לעיל ברשימה זו. אחרון חביב, מצינו, כי הקצאת אופציות לאחר תיקון 132, אשר נעשית ללא נאמן מחויבת במס, ככלל, בהתאם להוראות סעיף 102(ג) לפקודה במועד ההקצאה, אלא אם כן, מדובר בהקצאת אופציות בחברה פרטית. במקרה זה יידחה אירוע המס עד למועד מימוש האופציות למנייה, ואולם יחולו על ההכנסה ממימוש האופציה למנייה שיעור מס שולי. כפי שעולה מהחלטת מיסוי **2597/13**, הוראות אלו יחולו על אופציות שהוקצו לעובד, במהלך רילוקשיין מחוץ לישראל ושב

ההבשלה ועד ליום החזרה לישראל. **החלק השני – החלק החייב במס** - חלק ההכנסה שהופק בישראל, יחשב כהכנסת עבודה שהופקה בישראל ויחולו לגביה הוראות סעיף 102(ג) לפקודה. חלק זה שווה ליתרת ההכנסה ויהיה חייב במס בישראל. כנגד המס החייב על הכנסה זו לא יינתן זיכוי בשל מיסי כפל או פטור לתושב חוזר וותיק. היות והאופציות הוענקו במסגרת תוכנית זרה, אזי החלק שהובשל בישראל ימוסה בהתאם להוראות 102(ג)(2) לפקודה. דהיינו, כהכנסת עבודה בעלת שיעורי מס גבוהים וחבות בדמי ביטוח לאומי. על מנת להימנע משיעורי מס אלו יש לשקול במקרים המתאימים לקבל אופציות לפי סעיף 102 לפקודה בסמוך למועד החזרה לישראל ו/או לפנות לרשות המסים על מנת להחליף אופציות שטרם הובשלו באופציות לפי סעיף 102 במסלול ריווח הון. מובן, כי החלפת האופציות תחייב שנתיים חסימה ועמידה בתנאים נוספים, המנויים בסעיף 102 ובכללים שתוקנו מכוחו (ראו לעניין זה כאמור החלטת מיסוי **החלטות מיסוי מס' 78/06 ו-58/08**).

סיכום

סעיף 102 לפקודה מקנה זכאות לשיעור מס של 25% לגבי רווח המופק במסלול רווח הון. זכאות זו מחייבת לעמוד בשורה ארוכה של תנאים, המפורטים בפקודה, בכללים שנקבעו מכוחה ובפרסומים שונים של רשות המסים. כפי שמצינו לעיל, שיעור מס זה אינו נחלת אופציות שהוקצו לעובדים לפני שנת 2003 וכניסתו לתוקף של תיקון

לישראל, שעה שלא כל האופציות הובשלו. ציינו, כי במקרים מתאימים ניתן להימנע מכך באמצעות הערכות מתאימה של העובד והחברה בסמוך למועד השיבה לישראל והכפפה של האופציות הלא בשלות לסעיף 102 לפקודה במסלול רווח הון. מכל מקום, חשוב לערוך הבחנה בין סוגי האופציות השונים על מנת לאתר את עיתוי מועד המס ואת אופיו, הוני או פירותי. מובן, כי עיתוי אירוע המס יגזר גם ממגבלות מסחריות ורגולטוריות, הנלוות לאופציות, ככל שקיימות.

אשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות, עו"ד (רו"ח)
מאורי עמפלי.

הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר
המשרד www.ampeli-tax.co.il
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.