

## חברים יקרים:

הרינו מתכבדים לשלוח אליכם עדכונים, רשמים ומאמרים בתחום המס. קריאה נעימה.

הניתנות לבעלי שליטה בהתאם להוראות סעיף 3(ט) לפקודה.

**בעל שליטה לצרכי סעיף 102**

סעיף 102 לפקודה מגדיר "עובד", הזכאי להטבות המס מכוח הסעיף "לרבות נושא משרה בחברה, אך למעט בעל שליטה". לצרכי הגדרת "בעל שליטה" מפנה הסעיף לסעיף 32(9) לפקודה אשר מגדיר בעל שליטה בתורו לצרכי הפקודה, כך: "בעל שליטה" - מי שמחזיק, במישרין או בעקיפין, לבדו או ביחד עם קרובו באחת מאלה: (א) ב-10% לפחות מהון המניות שהוצא או ב-10% לפחות מכוח-ההצבעה; (ב) בזכות להחזיק ב-10% לפחות מהון המניות שהוצא או ב-10% לפחות מכוח-ההצבעה או בזכות לרכשם; (ג) בזכות לקבל 10% לפחות מהרווחים; (ד) בזכות למנות מנהל;".

לצרכי הגדרת "קרוב" מפנה הסעיף למשמעותו של המונח בסעיף 76(ד), אשר רואה "בקרוב" - "בן-זוג, אח, אחות, הורה, הורי הורה, צאצא וצאצאי בן-הזוג, ובן-זוגו של כל אחד מאלה".

הגדרה דומה חלה גם בכללי מס הכנסה במסגרת סעיף 102 ישן, אשר קבעו, כי גם סעיף זה לא חל בשעתו על בעל שליטה כהגדרתו בסעיף 32(9) לפקודה.

עיננו הרואות אפוא, כי בעל שליטה הוא כל מי שמחזיק בין במישרין ובין בעקיפין 10% לפחות

**אופציות לעובדים: סוגיות במיסוי אופציות לעובדים ומיסוי בעלי שליטה - פסק דין חדש****החלטת מיסוי****פתח דבר**

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. שיעור מס שולי חל גם על אופציות אשר הוקצו לפי סעיף 102 לפקודה בנוסחו לפני תיקון 132 (להלן: "סעיף 102 ישן"), דהיינו אופציות אשר הוקצו לעובדים לפני 1 בינואר 2003. אחרון חביב, שיעור מס שולי חל על אופציות

**עניין קיפל (ע"מ 12-01-52821)**

ראשיתו של סיפור בעניין **קיפל** במערערים, אשר היו בעלי מניות ומנהלים בחברה פרטית תושבת ישראל. לצד הבעלות במניות, הוקצו לכל אחד מן המערערים, בעת ייסוד החברה בשנת 1998, אופציות ושטרי הון המירים. האופציות הוקצו לפי סעיף 102 ישן (להלן: "האופציות הישנות"). יחד עם זאת במכתב שקיבלו המערערים בסמוך נקבע, כי הוראות סעיף 102 ישן אינן חלות על אחד מהם, באשר הוא מהווה בעל שליטה לצרכי הפקודה (להלן: "בעל המניות הראשון").

בחודש מרץ 2003 ביטלו החברה והמערערים בהסכמה את האופציות הישנות, אשר ברובן הפכו במרוצת הזמן לבשלות בהתאם לתנאי ההקצאה של האופציות הישנות. בחודש יוני 2003 אימצה החברה תוכנית אופציות חדשה (להלן: "התוכנית החדשה") במסגרתה הוקצו למערערים אופציות חדשות במסלול רווח הון במספר זהה לאופציות הישנות ובתנאים דומים (להלן: "האופציות החדשות").

בחודש דצמבר 2007 מכרו המערערים את המניות ושטרי ההון בחברה. בחודש ינואר 2008 מכרו המערערים את האופציות החדשות וטענו למס בשיעור של 25% על הרווח שהפיקו בהתאם למסלול רווח הון.

פקיד שומה דחה את עמדתם וחייב אותם בשיעור מס שולי. כנגד בעל המניות הראשון טען, כי היה בעל השליטה בעת הקצת האופציות הישנות ולכן מלכתחילה חלו עליו כאמור הוראות סעיף 3(ט)

מהון החברה על בסיס דילול מלא (ראו לעניין זה החלטת מיסוי 1815/09).

בלית ברירה, בעל שליטה בחברה ממוסה לפי סעיף 3(ט) לפקודה, אשר קובע, כי אם "מימש אדם זכות שקיבל בעבר לרכישת נכס או שירות, ובעת המימוש היה הפרש בין המחיר המשתלם כרגיל בעד אותו נכס או שירות לבין המחיר ששילם אותו אדם ... יראו את ההפרש כהכנסת עבודה, הכנסה ממשלח יד או כהכנסת ריבית/ דיבידנד (סעיף 2(4) לפקודה). הפרשנות המקובלת היא שבעל השליטה ממוסה במס שולי. לגבי עיתוי אירוע המס נקבע בעבר בעניין **דר** (ע"א 7034/99), כי המועד המקורי למיסוי האופציה הוא בעת קבלת האופציה (לפי סעיף 2(2) לפקודה), אלא אם כן, האופציה חסומה או שלא ניתן להעריך את שוויה (למשל במקרה של הקצאת אופציות בחברה פרטית). במקרה זה נדחה אירוע המס למועד המימוש של האופציה למנייה.

על רקע האמור, נקל להבין את האינטרס שיש לנישומים לצאת מהגדרת בעל שליטה בחברה ובכך ליהנות משיעור מס רווח הון המובטח במסלול רווח הון.

פסק הדין בעניין **קיפל** (ע"מ 12-01-52821), אשר פורסם לאחרונה, דן בהגדרת בעל שליטה לעניין סעיף 102 ישן ולעניין הוראת סעיף 102 במסלול רווח הון ומחדד באופן תקדימי שורה של סוגיות הקשורות למסלולים אלו ולמעבר אפשרי ביניהם.

העובדה, כי צירוף של מניות המערער עם האופציות שהוקצו לו העלו אותו מעל רף ה- 10%. יתרה מזאת, בית המשפט קבע, כי מנגנון החסימה לא הגביל בצורה מהותית את המערער אלא היה "משל לאדם שמבקש שיכבלו את רגליו אבל מחזיק בידו את המפתח שפותח את האזיקים". בית המשפט ציין בהקשר לכך, כי המערערים היו נושאי משרה בכירים בחברה ושלטו בפועל על מהלכיה של החברה.

שלישית, ראה בית המשפט, את פעולת ביטול האופציות הישנות והקצאת האופציות החדשות תחתן בשנת 2003 כעסקה מלאכותית מכוח סעיף 86 לפקודה, אשר ניתן להתעלם ממנה לצרכי מס. לעניין זה מצא בית המשפט, כי הטעם העיקרי שהנחה את החברה והמערערים היה להביא להפחתת חבות המס של המערערים.

המערערים טענו אומנם, כי בחוזר מס הכנסה **2/2002** נפתח הפתח לביטול אופציות שהוקצו לפי סעיף 102 ישן ולהקצאה תחתן של אופציות לפי מסלול רווח הון ועל כן לא מדובר לכאורה בעסקה מלאכותית. בית המשפט לא התרשם וקבע, כי לא זו בלבד שהחוזר אינו מחייב אותו, אלא שהחוזר מתייחס לאופציות לא בשלות ודורש הסדר מס ספציפי מול רשויות המס.

רביעית, בית המשפט ביקר את התנהלותם של המערערים במשך השנים ואת העובדה שלא גילו לגורמים הרלוונטיים ברשות המסים את החלטת הרשות משנת 1998, אשר קבעה, כי בעל המניות הראשון הינו בעל שליטה ולכן אינו זכאי להקצאת

לפקודה. ביחס לבעל המניות השני, טען פקיד השומה, כי ביטול האופציות הישנות נעשה שלא כדין ועל כן יש להתעלם ממנו לצרכי מס ולמסות את האופציות הישנות כאילו נמכרו בשנת 2007.

בפסק דין עקרוני דחה בית המשפט המחוזי (בראשות כב' השופט מינץ) את הערעור שהגישו המערערים וקבע, כי יחול על מכירת האופציות החדשות של שיעור מס שולי. בית המשפט תמך את החלטתו בעיקר בנימוקים הבאים:

ראשית, מציין בית המשפט את הוראות המעבר שנלוו לתיקון 132 ואשר קבעו, כי אופציות, אשר הוקצו לפני שנת 2003 ימוסו גם לאחר תיקון 132 בשיעור מס שולי.

שנית, מאמץ בית המשפט את עמדת פקיד השומה וחוזר וקובע, כי בעל המניות הראשון היה בעל שליטה במועד ההקצאה המקורי בשנת 1998. מלשון סעיף 32(9) לפקודה לומד בית המשפט, כי מי שמחזיק ב-10% לפחות מהון מניות החברה, או בזכות להחזיק ב-10% לפחות מהון מניות החברה, מוגדר כ"בעל שליטה", ולא יחולו עליו הוראות סעיף 102 לפקודה. כלומר, יש לבחון את מכלול ההחזקות בהון החברה על בסיס דילול מלא, בחישוב הכולל את המניות ואת הזכות לרכוש מניות (אופציות).

לא סייעה למערערים טענתם, כי תכנית האופציות החדשה החילה עליהם "מנגנון חסימה" אשר מנע מהם להחזיק בעת ובעונה אחת למעלה מ- 10% מהון המניות של החברה. בית המשפט הטעים לעניין זה, כי המנגנון הגביל לכאורה רק את אופן מימוש האופציות למניות החברה, אך לא מנע את

ישראל (להלן: "החברה"), אשר במהלך השנים העניקה, בין היתר, אופציות להמרה למניותיה, בהתאם לסעיף 3(ט) לפקודה למנכ"ל החברה שהינו "בעל שליטה" כהגדרת המונח בסעיף 102 לפקודה. על פי ההסכם שנחתם, מועד פקיעת האופציות נקבע לסוף דצמבר 2013, אולם על מנת לתמרץ את המנכ"ל בפועלו, אישר דירקטוריון החברה, בטרם מועד פקיעת האופציות, להאריך את מועד הפקיעה האמור לתקופה של 10 שנים נוספות מתום מועד הפקיעה המקורי (להלן: "הארכת מועד הפקיעה"). במסגרת החלטת המיסוי התבקשה, אם כן, רשות המסים לאשר, כי הארכת מועד הפקיעה לא תהווה אירוע מס ויחול רצף מס. הבקשה אושרה ונקבע, כי הגם שהארכת מועד הפקיעה תסווג כאירוע מס, הן במישור החברה, לעניין חבות ניכוי המס במקור, והן במישור המנכ"ל, המס בגין האופציות יחושב, ינוכה במקור וישולם רק במועד מימוש האופציות, כלומר המרת האופציות למניות (להלן: "אירוע המס"). המנכ"ל יחויב במועד אירוע המס, במס על הכנסתו המסווגת כהכנסה עבודה מכוח סעיף 2(2) לפקודה.

לבסוף, נזכיר, כי רשות המסים מפרסמת בימים אלה "מסלול ירוק" חדש לקבלת החלטת מיסוי מקדמית (פרה רולינג), שעניינו מתן הקלה במיסוי אופציות לעובדים שהוקצו בחברה פרטית מכוח תכנית האופציות. ההקלה מאפשרת מימוש האופציות שבידי עובדים בשיטת המימוש נטו, תוך הכרה באירוע מס יחיד. למעשה, המסלול החדש מאפשר דחיית תשלום מס הנדרש עבור מימוש

אופציות מכוח סעיף 102 ישן וכן את החזקתם באופציות החדשות לצד המניות בחברה. סביר להניח שזו הייתה הסיבה שבית המשפט הטיל בסופו של דבר על המערערים הוצאות משפט בסכום תקדימי של 225,000 ₪.

לסיכום, פסק הדין מהווה פסק דין נוסף בשורה ארוכה של החלטות בתי משפט, אשר מנעו החלה של שיעורי מס נמוכים על אופציות שהוקצו טרם תיקון 132 (ראו למשל ע"מ 27331-12-09, עמ"ה 39/09) ומחדד את אי זכאותו של בעל שליטה בהטבת המס הניתנת מכוח סעיף 102. דומה, כי פסק הדין מהווה גם רוח גבית לגישה הנוקשה הקיימת ברשות המסים לשמירה על הפרוצדורה להקצאת אופציות לעובדים, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטות מיסוי שניתנו במרוצת השנים. יחד עם זאת, החלטת מיסוי 1815/09, מאפשרת בתנאים מסוימים לעובד, אשר הוקצו לו אופציות לפי סעיף 3(ט) לפקודה בשל היותו גם בעל שליטה להחליף אותן באופציות לפי סעיף 102, אם במהלך הזמן חדל מלהיחשב כבעל שליטה בחברה. המעניין הוא, כי החלטת המיסוי מאפשרת גם החלפתן של אופציות בשלות תוך שימוש במנגנון של פיצול לינארי.

### החלטת מיסוי 1593/14

החלטת מיסוי נוספת בעניינו של בעל שליטה ניתנה לאחרונה במסגרת החלטת מיסוי 1593/14, אשר דנה בהארכת מועד פקיעה של אופציות לבעל שליטה. עניין זה עסק בחברה פרטית תושבת

אופציות המוחזקות על ידי נאמן וזאת עד למכירת המניות בפועל לצד ג'. דחייה זו תתאפשר רק במידה שהעובד פטור מתשלום תוספת המימוש הקבועה בהסכם מול מקצה האופציות תמורת הקצאה מחודשת של מניות בכמות נמוכה יותר מזו שנקבעה בהסכם הראשוני. ההחלטה תאפשר לחברה המקצה ולעובדים לקבל החלטה מושכלת בעת מימוש האופציה למנייה ללא ששיקולי מס יכתיבו את אופן המימוש - בין במזומן ובין במניות. ככל הנראה לא ניתן יהיה במסגרת החלטת המיסוי לשלב בין השניים.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות, עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד מיכל זנקו, עו"ד (כלכלן) אדי רשקובן ועו"ד סיון נוה.  
הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר המשרד [www.ampeli-tax.co.il](http://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.