

**חברים יקרים:**

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

**האם פסק דין שוחט מהווה נקודת מפנה במיסוי אופציות לעובדים?**

לאחרונה פורסם פסק הדין בעניין **שוחט** (ע"מ 55937-01-17), שעסק בתחולת סעיף 102 לפקודה על עובד בכיר בחברה פרטית.

באותו עניין קיבל עובד בכיר בחברה פרטית מניות מסוג מסוים אשר הקנו לו את הזכות לקבל דיבידנד בלבד, ללא יכולת להעביר מניות אלו לאחרים או להחזיקן לאחר שיסיים את עבודתו בחברה. יתרה מזאת, במהלך השנים שלאחר הקצאת המניות המשכורת שלו קטנה, ומנגד נעשתה חלוקת דיבידנד בסכומים משמעותיים, אשר זיכו את העובד לטענתו בשיעור מס של 25%, חלף שיעור מס שולי.

עובדות אלו שכנעו את פקיד השומה בגיבוי המחלקה המקצועית ברשות המסים לטעון כי העובד אינו זכאי לקבלת שיעור המס שחל על דיבידנד, כי אם בשיעור מס שולי.

ועדיין, למרות נקודת הפתיחה הבעייתית, קיבל בית המשפט את הערעור שהגיש העובד, וקבע כי בעניינו יחולו הוראות סעיף 102 לפקודה תחת מסלול הוני, לרבות ביחס לדיבידנד ששולם מכוח אותן מניות.

בית המשפט בחן את נסיבות הקצאת המניות לגופם של דברים וקבע כי הן ברמה המהותית והן ברמה הפרוצדורלית התקיימו בעניינו של העובד הוראות סעיף 102 לפקודה. פסק הדין, ככל שלא ישונה בבית

המשפט העליון, במסגרת ערעור שיוגש ככל הנראה על ידי המדינה, מהווה בשורה לחברות פרטיות רבות במשק בבעלות מלאה של מייסד החברה, אשר מבקש להשאיר בחברה עובדי מפתח בכירים אך ללא מעורבות מצדם בזכויות ההצבעה בחברה. חשוב לא פחות, נראה כי פסק הדין מאתגר לראשונה את הגישה הנוקשה בה נוקטת רשות המסים ביחס ליישום הוראות סעיף 102 לפקודה ובפרט את הפרקטיקה שנוצרה סביב סעיף 102 והפכה את רשות המסים למעין מחוקק על.

בכך נעסוק במסגרת רשימה זו.

**סעיף 102 לפקודה**

סעיף 102 לפקודה מאפשר לעובדים בחברה פרטית לקבל מכשירים הוניים בחברה (מניות, אופציות, RSU's, ESPP, וכו'), תוך דחיית אירוע המס עד למועד המימוש. במועד המימוש חבות המס תהיה לפי שיעור מס ריווח הון של 25% במקום מס שולי שעשוי להגיע ל-47% (להלן: "**המסלול ההוני**") והכל לפני מס יסיף.

הוראות סעיף 102 לפקודה מתנות ככלל את קבלת הזכאות לשיעור המס מוטב במסלול ההוני במספר תנאים: מינוי נאמן לצורך החזקת המכשירים ההוניים, תקופת חסימה של שנתיים ואישור התוכנית והנאמן ע"י רשות המסים, כאשר הוראת הסעיף קובעת בצורה מפורשת כי "אם לא השיב פקיד

זכות. כמו כן, נקבע כי המניות אינן ניתנות להעברה. פקיד השומה אישר את התכנית בדצמבר 2010. לאחר אישור התכנית נחתם הסכם הקצאה עם המערער ובעקבותיו הוקצו לו מניות סוג א'. בשנת המס 2012 חולק דיבידנד לבעלי מניות משני הסוגים. לבעלי המניות מסוג א' הוחלט לחלק דיבידנד בסכום כולל כ- 51 מיליון ₪ כאשר מתוך הסכום האמור, קיבל המערער דיבידנד בסך של כ- 12 מיליון ₪ לפי שיעור החזקתו במניות סוג א', בגינו נוכה מס במקור כדין על ידי החברה.

פקיד שומה צפת סירב להכיר בהכנסתו של המערער כהכנסה מדיבידנד והעלה מצידו שורה ארוכה של טענות ובהן כי האישור שניתן לתכנית במסגרת סעיף 102 לפקודה הוא פורמלי בלבד, ומכל מקום המערער הוא "בעל שליטה" בחברה ועל כן אינו זכאי להטבות מס מכוח סעיף 102 לפקודה. בנוסף, פקיד השומה טען כי יש לסווג את התקבולים כהשתכרות או טובת הנאה החייבת בשיעור מס שולי וזאת מכמה טעמים: ראשית, המניות שהוקנו למערער אינן מקנות כל זכות למעט קבלת דיבידנד; שנית, מדובר במניות וירטואליות המייצגות החזקה תיאורטית באחוז מסוים מערך החברה; שלישית, לא זו בלבד שחולק למערער דיבידנד גבוה משיעור החזקתו, אלא שדיבידנד זה לווה בירידה במשכורתו בשנים בהן חולק הדיבידנד, משל היה בונוס; לחילופין קבע פקיד השומה כי מטרת המערער והחברה היא הפחתת מס בלתי נאותה אשר עולה לגדר עסקה מלאכותית לפי סעיף 86 לפקודה.

השומה בתוך 90 ימים מיום קבלת ההודעה, יראו את תכנית ההקצאה או את הנאמן לפי הענין כמאושרים". התכלית שעומדת בבסיס ההוראה והוזכרה גם בעניין **שוחט** מתמקדת בהידוק הקשר בין העובדים לחברה המעסיקה ע"י עידודם לקחת חלק בהון החברה (ראו גם ע"א 6159/05).

### **פסק הדין בעניין שוחט**

פסק הדין עסק בתכנית הקצאת מניות לעובדים באמצעות נאמן, שערכה החברה בה המערער שימש כסמנכ"ל. הון המניות בחברה מורכב משני סוגי מניות: מניות רגילות ומניות סוג א'. מניות סוג א' מקנות את הזכות להשתתף בחלוקת רווחים בלבד עד ל- 40% מרווחי החברה. במהלך תקופת עבודתו של המערער ובעיקר בשל תחומים להם היה אחראי גדלה החברה והמערער הביע בפני החברה את רצונו לקבל מניות בחברה. בעל השליטה בחברה רצה אומנם לקשור אל החברה עובדים שתרומתם לה נדרשת לאורך זמן אך במקביל ראה להותיר בידיה את היכולת הבלעדית לכוון את התנהלות החברה.

על כן במהלך חודש נובמבר 2010 החליט דירקטוריון החברה לאמץ תכנית לתמרוץ עובדי החברה במסגרת סעיף 102 לפקודה. בבקשה לאישור התכנית אשר נשלחה למשיב צוין, כי המטרה היא להעניק לעובדים בחברה מניות סוג א' המקנות זכות לקבלת דיבידנד בלבד, וזאת כל עוד מתקיימים יחסי עובד מעביד. בתכנית צוין כי עם הפסקת יחסי עובד - מעביד יהפכו המניות לרדומות ולא יקנו לניצע כל

**החברה גבוהים יותר כך סביר שתחלק דיבידנדים לבעלי מניותיה.**" המערער אף העיד כי במידה שיהיה אירוע של מכירת מניות החברה הוא יוכל לקחת בו חלק ובנוסף מעמדו יהיה איתן ויציב יותר אם יכנס משקיע חדש לחברה בעתיד. ובכלל, דומה שבמקרה זה ניתן לטעון כי הזכות לדיבידנדים אינה שוות ערך לבונוס, שכן בעוד בונוס יכול להיות מובטח לפי מפתח קבוע, הרי שבעניינו נותר המערער כפוף לשיקול דעתו של בעל השליטה בחברה.

**סיכום, מסקנות והשלכות פסק הדין**

בית המשפט קיבל אפוא את הערעור לגבי תחולת סעיף 102 לפקודה בעניינו של המערער. מעבר להכרעה במישור הקונקרטי, נראה כי פסק הדין בעל חשיבות רבה לפחות בשתי נקודות מרכזיות. **הראשונה**, הנגשתו של סעיף 102 לפקודה לסוגי חברות וסיטואציות, שעד עתה, לפי הפרשנות הקיימת של רשות המיסים, היה חסום בפניהם. אומנם המנגנון שנקבע על ידי בעל השליטה בעניין **שוחט** אינו חף מביקורת ויתכן שיהווה אף עילה לקבלת החלטה שונה על ידי בית המשפט העליון. בעיקר בכל בקשור ליכולת של בעל השליטה לקבוע את גובה הדיבידנד שיחולק למערער מדי שנה. עם זאת, יש לזכור כי בשורה ארוכה של חברות פרטיות, משפחתיות באופיין, בדומה לחברה המעסיקה בעניין **שוחט**, העובדים אינם מבקשים להחזיק בזכויות הצבעה בחברה מחד ואף אינם מונעים על ידי תקווה כי החברה תימכר מאידך, אלא מתוך רצון להיות חלק ממבנה ההון של החברה אשר יזכה אותם בחלוקת דיבידנדים שוטפים. ניתן לומר כי בתרומתם לחברה הפרטית הם הופכים לחלק מהותי מהונה האנושי

בית המשפט המחוזי דחה את עמדתו של פקיד השומה ביחס לתחולת סעיף 102 והלכה למעשה קיבל את הערעור.

בין השאר פסק בית המשפט כי אישור תכנית ההקצאה על ידי פקיד השומה, בהתאם להוראות סעיף 102, הוא מהותי שכן הוא אמור לתת לחברה ולעובד וודאות כי ככל שההקצאה תתבצע בהתאם לתוכנית המאושרת הרי שהיא תחסה תחת סעיף 102 לפקודה. במקרה זה, התוכנית אושרה על ידי פקיד השומה. בית המשפט מדגיש לעניין זה כי אישור התוכנית הוא אישור מהותי ואין בידי פקיד השומה לקבוע את השומה על בסיס טענות כנגד התוכנית שהוא עצמו אישר.

בית המשפט שלל גם את טענת פקיד השומה כי באופן מהותי לא היה מקום לאישור התכנית משום שהיא מנוגדת לתכלית ולהוראות סעיף 102 לפקודה. כך למשל, בית המשפט הטעים כי נוכח העובדה שבסעיף 102 לפקודה אין הגדרה למניה ואין מגבלה בנוגע לזכויות הנלוות לה, הרי שבהתאם להוראות חוק החברות, תשנ"ט – 1999, חברה רשאית לקבוע אלו זכויות יהיו צמודות לכל סוג מניות בה ואלו מגבלות יוטלו עליהן (העדר סחירות, העדר עבירות וכו'). אשר לתכלית סעיף 102 מציין בית המשפט כי: **"אף מניה אשר מקנה רק זכות לדיבידנד יש בה כדי לחזק את הקשר בין החברה לעובד אשר מבקש להגדיל את רווחי החברה בידיעה, כי הדבר יכול להקנות גם לו רווח אישי מכוח מניותיו, עת תחלק החברה דיבידנדים מרווחיה. ברי, כי ככל שרווחי**

המהותית נעשית על ידי פקיד השומה. קרי, לדידו של בית המשפט, ויש לומר במידה רבה של צדק, אישור התוכנית לפי המנגנון הקיים בסעיף 102 לפקודה מהווה אישור מהותי ולא ניתן לבצע מקצה שיפורים אחריו, ככל שהתוכנית אינה סוטה מתנאי הסעיף. יתכן כי ברמה הפרקטית הדבר אינו ישים מבחינת מכסת כוח האדם של רשות המיסים, אך בכל הכבוד הדבר אינו יכול להוות סיבה מספקת שלא לקיים את הוראות החקיקה כלשונן. בפרט, כאשר דבר לא מנע מבעד המשיב להוסיף לכללים הוראות מנדטוריות אשר ישמשו מעין תוכנית לדוגמא.

כמו כן, סעיף 102 לפקודה מאפשר למנהל לקבוע תנאים לעניין ההקצאה. תנאים אלו פורטו במסגרת כלל 6 לכללי מס הכנסה (הקלות מס בהקצאת מניות לעובדים, התשס"ג – 2003 (להלן: "הכללים") אשר קובע כדלקמן: "לא תאושר תכנית להקצאת מניות באמצעות נאמן ולא יראו אותה כמאושרת, אם התקיים אחד מאלה: (1) לתכנית הקצאת המניות נבחר יותר מנאמן אחד; (2) לתכנית הקצאת המניות נבחר יותר ממסלול מיסוי אחד, אלא אם כן חלות על עובדי אחת החברות המעבידות הוראות סעיף 102 לפקודה; (3) בתנאי ההקצאה לא נקבעה הוראה ולפיה העובדים אינם רשאים לממש את המניות לפני תום התקופה; (4) בתנאי ההקצאה לא נקבעה הוראה ולפיה יופקדו בידי הנאמן עד לתום התקופה כל הזכויות המוקנות מכוח המניות שהוקצו, לרבות מניות הטבה, וכי יחול עליהן אותו מסלול מיסוי." הא ותו לא. אלו

ובתור שכך הם זכאים להשתתף גם בחלוקות ההון בחברה. לאור האמור, אך טבעי הדבר שגרעין השליטה לא ירצה את העובדים מעורבים בזכויות ההצבעה בחברה וינסה להבטיח כי ה"ז יאבדו את מניותיהם עם עזיבתם את החברה. בית המשפט ראה לנכון לציין לעניין זה כי: "העובדה שבעל השליטה סירב ליתן למערער מניה רגילה מאחר ורצה לשמור על שליטה בלעדית בחברה ותחת זאת ניתנו לו מניות אשר מקנות רק זכות לדיבידנד ככל שיחולק אין בה כדי ללמד, כי אין מדובר במניה כהגדרתה בחוק החברות וכאמור סעיף 102 לפקודה אינו מתייחס רק למניות מסוג מסוים שנכנסות לתחולת הסעיף."

פרשנות בית המשפט המחוזי מגשימה אפוא את רצון בעלי השליטה והעובדים בחברות אלו, ופותחת את הדלת בפני סעיף 102 לפקודה כך שישמש לא רק חברות מפסידות בתחום ההייטק וחברות ציבוריות אלא גם חברות פרטיות רווחיות בעלות גרעין שליטה משפחתי וריכוזי.

חשיבותו השנייה ואולי המכרעת של פסק הדין בעניין **שוחט** נעוצה בהיותו פסק דין מנחה ותקדימי בכל הקשור לביקורת שיפוטית על סעיף 102 לפקודה. למעשה עד למתן פסק הדין פרשנות סעיף 102 הפכה במהלך השנים לנחלתה הבלעדית של רשות המסים.

בית המשפט המחוזי דחה כאמור, בין היתר את טענתו של פקיד השומה לפיה הוראת סעיף 102 בדבר אישור התוכנית על ידי פקיד השומה היא הוראה טכנית במהותה ואילו בדיקת התוכנית ברמה

**לנכות טרם העברה. לפיכך, אין בהוראה בנוגע להעברת המניות לחברה במקרה של סיום יחסי עובד מעביד במסגרת התוכנית כדי ללמד, כי מדובר בהקצאה אשר אינה יכולה לחסות תחת סעיף 102 לפקודה".**

עיננו הרואות אפוא, כי הלכה למעשה רשות המסים נוטלת לעצמה את החרות ליצור מגבלות מיני מגבלות על יישום הוראות סעיף 102 לפקודה ללא מקור סמכות חוקי במסגרת סעיף 102 או בכללים, משל הייתה מחוקק על ולא רשות מנהלית.

דומה כי ניתן למצוא לכך עדות גם בהחלטות מיסוי שניתנו בשנים האחרונות. כך למשל החלטת מיסוי 5561/18 בעניין החלפת מסלול מס לנותן שירותים, שם שללה רשות המסים שינוי מסלול לנותן שירותים ממסלול 3(ט) למסלול 102 הוני ביחס לאופציות לא בשלות (הגם שהדבר עולה בקנה אחד עם התנהלות עסקית מקובלת לפיה בשלבים הראשונים של החברה ההעדפה היא לעבוד מול נותני שירותים ולאחר מכן בתלות במצבה הכספי להפכם לעובדים); עמדתה העקרונית של רשות המסים ולפיה שינוי בתנאי ההבשלה של האופציות כמוה כהקצאה מחדש; החלטת מיסוי 2775/18 בנושא ביטול אופציות שהבשלתן תלויה אירוע אקזיט והקצאתן במסלול רווח הון באמצעות נאמן שבסעיף 102 לפקודה (וראו גם חוזר מס הכנסה 18/2018); החלטת מיסוי 8597/17 בעניין שינוי תנאי האופציות במסגרת סיום יחסי עובד מעביד, במסגרתה החליטה רשות המסים כי הארכת תקופת הפקיעה תשנה את

התנאים המפורטים במסגרת הכללים שקבע המנהל עצמו לתכנית סעיף 102.

לפיכך, לא בכדי היה צריך נציג רשות המסים להתפתל ביחס לשאלה אם הוראות התכנית אשר מאפשרות לחברה לרכוש את המניות של העובד עם סיום עבודתו מנוגדות להוראות סעיף 102. שהרי, כלל 6 לכללי מס הכנסה אינו מצביע על ניגוד שכזה. בצר לו ובלית ברירה נאלץ פקיד השומה לסמוך את טענתו על כלל 7(א), הקובע: "הנאמן לא יעשה כל עסקה או פעולה במניות, לא יעביר אותן, ימחה אותן, ימשוך אותן, יעקל אותן או ישעבד אותן מרצון ולא ייתן בשלהן ייפוי כוח או כתב העברה, בין אם תוקפם מייד ובין אם תוקפם בתאריך עתידי, למעט העברה מכוח צוואה או על פי דין, אלא לאחר תשלום המס החל בשל הקצאתן או לאחר שהבטיח את תשלום המס כאמור; הועברו המניות מכוח צוואה או על פי דין, יחולו הוראות סעיף 102 והוראות כללים אלה כל יורשיו או נעבריו של העובד, לפי הענין." בית המשפט המחוזי לא קיבל את הסברו זה של המשיב ותהה על טיב הקישור שערך המשיב בין הוראות הניתנות לנאמן לבין זכותה של החברה לרכוש את מניותיה חזרה במועד סיום יחסי עובד המעביד. ובלשון בית המשפט: "בסעיף קטן ב לכלל 7 יש פירוט של אופן ניכוי המס על ידי הנאמן או המעביד בהתאם למסלול שחל על המניה והשאלה האם הוחזקה בידי הנאמן עד תום התקופה אם לאו. במסגרת הכלל האמור לא נמנעה העברת המניות על ידי נאמן ותחת זאת נקבעו הכללים להעברה כאמור ואופן קביעת המס שיש

סיווג האופציות מסעיף 102 הוני לאופציות לפי סעיף 3(ט) לפקודה ועוד. עיון בהוראות סעיף 102 ובכללים מגלה כי אין בהם כל אזכור או דרישה לגבי מנגנון הבשלת אופציות, לרבות תקופת הבשלת האופציות, מיסוי אופציות לא בשלות, מועד פקיעת האופציות וכו'. סוגיות אלו מוסדרות ככלל במסגרת החוזה בין החברה לבין העובד וכפופות על פי רוב לשיקול דעת דירקטוריון החברה. אשר על כן, ספק רב אם פרשנות רשות המסים בסוגיות אלו מושתתת על מקור חוקי כלשהו, לבטח אם בית המשפט העליון ידחה את ערעור המדינה בעניין **שוחט**, ככל שיוגש.

בשולי הדברים נציין כי החברה באותו עניין הייתה בחלקה מפעל מאושר לצרכי החוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט – 1959 ועל כן המערער טען כי לא זו בלבד שהוא נכנס לגדרי סעיף 102 לפקודה, אלא ששיעורי המס בגין חלק מהדיבידנד צריכים להיות מופחתים בהתאם להוראות חוק עידוד. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו ולנו נראה כי גם בסוגיה זו טרם נאמרה המילה האחרונה.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות: עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד שי ארז, עו"ד אנה צברי ועו"ד שלומי שלו.

הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר המשרד.

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.