

חברים יקרים:

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

נקבעו מכוחו, ובהחלטות מיסוי ופרסומים נוספים של רשות המסים.

סעיף 102 לפקודה קובע, כי רק עובדים, לרבות נושאי משרה, יהיו זכאים לקבלת אופציות לפי הסעיף. כל השאר ובעיקר נכונים הדברים לגבי נותני שירותים ובעלי שליטה אינם זכאים לכך וככלל מתן אופציות אליהם מוסדר במסגרת סעיף 3(ט) לפקודה.

סעיף 3(ט) לפקודה קובע, בין היתר, כי "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 - בזכות... שקיבל אדם ממי שהוא מספק לו שירותים - כהכנסה לפי סעיף 2(1) זולת אם הוכיח שניתנו ללא קשר עם השירותים שסיפק". כלומר, סעיף 3(ט)(1)(ב) לפקודה מאפשר לכאורה קבלה של דחיית אירוע המס למועד בו נותן השירותים יממש את האופציה למניה. רק במועד המימוש של האופציה למניה, ולא במועד הקצאת האופציה עצמה, יראו את הרווח שנוצר כהכנסה מעסק עבור נותן השירותים. דהיינו, הכנסה הכפופה למס שולי וחייבת ככלל בדמי ביטוח לאומי. יוער, כי הוראות דומות חלות על זכות שניתנה לפני תיקון 132 לפקודה בקשר ליחסי עובד ומעביד – אותה יראו כהכנסת עבודה, ובזכות שקיבל בעל שליטה, או קרובו מחברה בשליטתו

מתן אופציות לנותני שירותים: האם נפתח הפתח למיסוי הוני של אופציות הניתנות בעבור שירותיהם?

תקציר

ברשימה זו נסקור את ההשלכות התקדימיות של פסק הדין בעניין **גד קרן** (ע"מ 1191-09), אשר מאפשר לנותני שירותים, בנסיבות מסוימות, המקבלים אופציות ממקבל השירותים, לצאת מתחולת סעיף 3(ט) לפקודה וליהנות מדחיית אירוע המס ומשיעור מס הוני, חלף חבות במס שולי ובדמי ביטוח לאומי. הכול, ככל שפסק הדין לא ישתנה באם יוגש עליו ערעור בבית המשפט העליון על ידי המדינה.

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 ההון בהתאמות מסוימות גם על חברות ציבוריות. הטבת המס ניתנת לחברה המעבידה ולעובדים בכפוף לעמידה בתנאים פרוצדוראליים נוקשים, המפורטים בסעיף 102 לפקודה, בכללים, אשר

בתל-אביב. במקביל לעבודתו בבית החולים איכילוב, מפעיל המערער קליניקה פרטית בתחום הקרדיולוגיה הקלינית הכללית ובנוסף, הוא פעיל בתחום הכתיבה הרפואית ובמסגרת זו כתב מאות מאמרים מדעיים שפורסמו במהלך השנים בעיתונות הבינלאומית.

במקביל לכך, החל משנת 1991 ועד לשנת 2010 לערך, כיהן המערער כדירקטור בתרו תעשיה רוקחית בע"מ, שהינה חברה ציבורית אשר מניותיה נסחרות בבורסה בניו-יורק. פעילות המערער בדירקטוריון תרו כללה השתתפות בישיבות הדירקטוריון ובישיבות ועדת הביקורת, שבגדרן נדונו, בין היתר, דרכי הניהול של החברה, כיווני ההשקעה, אסטרטגיות פעולה, ועוד, וכן אושרו דוחותיה הכספיים של החברה. במסגרת פעילותו כדירקטור בחברת תרו, ובנוסף על קבלת שכר דירקטורים בגין השתתפותו בישיבות הדירקטוריון, כמקובל, קיבל המערער אופציות לרכישת מניות תרו במחיר הזהה למחיר המניה בבורסה במועד הקצאת האופציות, וזאת בהתאם להסכמי אופציות, שהוצאו מכוח תכנית אופציות משנת 1991. האופציות ניתנו למערער בין השנים 1994-1996 בשלוש חבילות אופציות, כאשר בהתאם להסכמי האופציות, ניתנה למערער האפשרות להמיר את האופציות למניות רגילות של תרו במועדי מימוש שונים, בהתאם לתאריכים ולתנאים שנקבע מראש בהסכמי האופציות, וזאת בתוך תקופה של 10 שנים. ביום 31.12.03, בסמוך למועד פקיעת האופציות, מימש המערער את מלוא האופציות שהוקצו לו למניות תרו

אותה יראו כהכנסה מסעף 2(4) לפקודה - דהיינו דיבידנד.

בעניין **יאיר דר** (ע"א 7043/99) נקבע על ידי בית המשפט ביחס למועד אירוע המס ביחס לסעיף 3(ט) לפקודה, כי יש להבחין בין אופציה שאינה סחירה לבין אופציה 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 מוגבלים לתקופת הבשלה ומותנים בהמשך עבודה בחברה. פסק הדין ניתן ביחס לאופציות שניתנו לעובד לפי סעיף 3(ט) טרם תיקון 132 לפקודה, אך עקרונות אלו נותרו יפים לעניין אופציות הניתנות לנותני שירותים. עקרונות אלו היוו את הבסיס לפסק הדין בעניין **גד קרן** (ע"מ 1191-09) אשר דן בחביונות המס הנגזרות ממימוש אופציות על ידי דירקטור בחברה.

עניין גד קרן (ע"מ 1191-09)

עובדות: המערער באותו עניין הינו רופא מומחה בתחום הקרדיולוגיה, אשר ב-15 השנים האחרונות מנהל את המערך הקרדיולוגי בבית החולים איכילוב

בבורסה, הרי שלא נצמחה למערער הכנסה חייבת במועד קבלת האופציות, וממועד החזקת האופציות המערער מחזיק למעשה בנכס שמכירתו נתונה לחיוב במס רווח הון בדומה לכל משקיע שרכש את האופציות במסגרת המסחר בבורסה. פקיד השומה השלים והשיב, כי גם אם ההכנסות שקיבל המערער מתוקף היותו דירקטור בתרו אכן נופלות בגדר סעיף 3(ט)(1) לפקודה, כנטען, הרי שיש להרחיב את תחולתו של סעיף 3(ט)(1) ולהחילו גם על המקרה הנדון, וזאת משום שבהתאם להוראות הסעיף יש להחיל את הסעיף על כל מי שקיבל זכות בגין מתן שירותים, גם אם מדובר בשירותים שאינם עולים כדי עסק או משלח יד. נטען גם, כי מאחר שסעיף 3(ט)(1) לפקודה הינו סעיף הבהרה וכימות, הרי שיש להרחיב את תחולתו על מצבים שבהם לא ניתן לכמת את שווי האופציות במועד הענקתן, וזאת גם אם הן הוענקו מכוח סעיף 2(10) לפקודה ולא מכוח סעיף 2(1) לפקודה. לבסוף טען המשיב, כי הסדר המס הקבוע בסעיף 3(ט)(1) לפקודה הינו הסדר ממצה, הקובע כי מועד אירוע המס הינו בעת המרת האופציות למניות והוא איננו מאפשר לבחור חבות מס במועד אלטרנטיבי.

פסיקת בית המשפט: באופן מפתיע ותקדימי יש לציין, בית המשפט המחוזי, בראשות השופטת **מיכל אגמון-גונן** קיבל את הערעור ודחה את עמדת בית המשפט. נימוקיו היו כדלקמן:

בית המשפט ערך תחילה סקירה רחבה של הוראות החוק והפסיקה שדנה בסעיף 3(ט) לפקודה. על בסיס סקירה זו מגיע בית המשפט למסקנה, כי

ודיווח על אירוע מימוש האופציות כרווח הוני לפי מחיר המנייה של תרו ביום המימוש. במהלך חודש פברואר 2004, מכר המערער את מרבית המניות שרכש בעת מימוש האופציות.

גדר המחלוקת: פקיד השומה לא קיבל את שומתו העצמית של המערער ותחת זאת סבר, כי על אירוע מימוש האופציות בידי המערער חל סעיף 3(ט)(1) לפקודה. לדידו, האופציות הוקצו למערער בתמורה למתן שירותי דירקטור מקצועי, שאותם נתן לתרו מכוח היותו רופא מומחה בתחומו, ועל כן יש למסות את הכנסתו של המערער מהמרת האופציות למניות על פי סעיף 3(ט)(1)(ב) לפקודה במועד המימוש כאירוע מס שמקורו בסעיף 2(1) לפקודה, דהיינו הכנסה מעסק ולא כרווח הון.

המערער טען מנגד, כי קביעתו של פקיד השומה שגויה היות והמערער איננו "עובד" של תרו וגם אין לו "עסק" של מתן שירותי ניהול ואין זה "משלח יד". מכאן, שהכנסתו מ"שכר דירקטורים" אינה מהווה "הכנסת עבודה", כמשמעות מונח זה בסעיף 2(2) לפקודה, או הכנסה מ"עסק" או "משלח יד", כמשמעות מונחים אלו בסעיף 2(1) לפקודה, כי אם "הכנסה אחרת", כמשמעות מונח זה בסעיף 2(10) לפקודה. משמע, סעיף 3(ט)(1) לפקודה אינו חל בעניינו ועל כן יש לחייב את המערער במס במועד קבלת האופציות כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(10) לפקודה ובמועד המכירה של המניות/האופציות (ולחילופין במעוד המימוש) כרווח הון. בהקשר זה נטען, כי מאחר שבמועד קבלת האופציות תוספת המימוש הייתה בסכום הזהה למחיר המניה

שהינו בעל מנגנון עסקי של מתן שירותי ניהול או אספקת שירותי דירקטורים לעסקים. כדירקטור מקצועי ניתן למנות לשיטתו של בית המשפט גם עורכי דין, כלכלנים, רו"ח הנותנים שירותים לחברות, ובמסגרת זו גם מכהנים כדירקטורים בחברות לצד אותו עיסוק מקצועי.

בית המשפט מצא, כי המערער אינו נכנס לאף אחת מהקטגוריות, שכן המערער מכהן כדירקטור ומשתתף בישיבות דירקטוריון של חברה ציבורית אחת, שלא בתחום מומחיותו כקרדיולוג אלא מתמקד בפן הניהולי בלבד.

בית המשפט גם לא ייחס חשיבות לעובדה שהמערער שימש בעבר כדירקטור במספר חברות חממה והזנק בתחום הרפואי, כאשר מדובר בחברות סטארט-אפ, שאינן פעילות, ומרביתן נסגרו משפטית או בפועל, לאחר שלא עלה בידיהן לגייס משקיעים, כאשר באף לא אחת מהן קיבל המערער שכר מתוקף היותו דירקטור.

לפיכך, שלל בית המשפט המחוזי את טענת פקיד השומה לפיה מומחיותו של המערער בתחום הרפואי הופכת אותו, לכאורה, גם ל"דירקטור מקצועי" בתחום הרפואי וקבע, שהכנסותיו של המערער מתוקף היותו דירקטור בתרו, לרבות אלו שהופקו מקבלת האופציות, אינן באות גם בגדר סעיף 2(1) לפקודה.

בנסיבות אלו מצא בית המשפט, כי יש לסווג את הכנסות המערער מתפקידו כדירקטור בתרו כ"הכנסה אחרת", שהמקור הרלבנטי לחיובה במס הינו סעיף 2(10) לפקודה ועל כן "מאחר שיש לסווג

"תחולתו של סעיף 3(ט)(1) לפקודה מוגבלת לעובדים, לנותני שירותים עצמאיים ולבעלי שליטה בלבד, אשר ההכנסה המתקבלת אצלם ממימוש האופציות היא בגדר "הכנסת עבודה", לפי סעיף 2(2) לפקודה, "הכנסה ממשלח יד" או "הכנסה מעסק" לפי סעיף 2(1) לפקודה, או הכנסה לפי סעיף 2(4) לפקודה". משמע, בית המשפט דוחה את הטענה של פקיד השומה, כי סעיף 3(ט) לפקודה מהווה הסדר ממצה לגבי כל המרת אופציה, גם כזו שניתנה לפי סעיף 2(10) לפקודה וקובע, כי יש לברר, האם ההכנסה שקיבל המערער מתרו אכן נופלת בגדר אחת מבין החלופות הללו בלבד.

בעניינו לא היה חולק, כי המערער איננו בעל שליטה בתרו ואינו עובד החברה ועל כן בית המשפט עבר לבחון האם ההכנסה שקיבל המערער מתוקף היותו דירקטור בתרו היא בגדר "הכנסה מעסק" או "משלח יד" לפי סעיף 2(1) לפקודה. בית המשפט מצא, כי התשובה לכך שלילית.

על סמך הראיות, אשר הוצגו בפניו קבע בית המשפט, כי המערער בעניינו אינו דירקטור מקצועי. לעניין זה מציין בית המשפט, כי יש לבחון את הנסיבות בכל מקרה ומקרה, אך ניתן למנות מאפיינים כלליים לדירקטור מקצועי. כך, ניתן לראות מנהל עסקים, המכהן במספר דירקטוריונים או תפקידי ניהול אחרים, כדירקטור מקצועי; כן ניתן לראות בעל שליטה בחברה המכהן במקביל גם כדירקטור באותה חברה או באותו אשכול חברות, כדירקטור מקצועי; עוד נראה כדירקטור מקצועי מי

השלכות פסק הדין

קביעתו של בית המשפט תקדימית בעינינו בשני מישורים:

ראשית, בית המשפט דורש לבחון את הרקע למתן האופציות ומכיר בתחולת סעיף 3(ט) לפקודה רק כאשר האופציות ניתנו למי שהכנסתו היא מעסק או משלח יד במסגרת היחסים החוזיים הקונקרטיים בין הצדדים הרלוונטיים. דהיינו, העובדה, כי המערער הינו עוסק ומומחה בתחום הקרדיולוגיה לא שכנעה את בית המשפט, כי ההכנסה שהפיק המערער בעת מימוש האופציות למניה הינה הכנסה מעסק או ממשלח יד, היות ובמסגרת היחסים הקונקרטיים בין תרו לבין המערער נמצא, כי מדובר בהכנסה שאינה קשורה לעיסוקו של המערער. ניתן להניח, כי שאלת הקשר בין הכנסתו של המערער בתרו לבין משלח ידו כקרדיולוג, תיבחן על ידי בית המשפט העליון, ככל שיוגש ערעור על ידי המדינה, בין היתר לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין **גבריאלה שלו** (ע"א 2308/08), אשר יצק משמעות רחבה למונח "משלח יד".

שנית, בית המשפט, מאפשר למעשה למערער לבחור ולדחות את אירוע המס הפירותי, החל גם לשיטתו של המערער במועד קבלת האופציות עד למועד מימוש האופציה למניה (מעין הלוואה מהמדינה על תשלום המס ללא ריבית) ומחיל שיטת "מימוש נטו" בעת חישוב אירוע המס הפירותי. לאור האמור, קיבל בית המשפט את גרסתו של המערער, לפיה מאחר שבמועד קבלת האופציות תוספת המימוש הייתה בסכום הזהה למחיר המניה

את הכנסת המערער מתוקף תפקידו כדירקטור בתרו כ"הכנסה אחרת", שהמקור הרלבנטי לחיובה במס הינו סעיף 2(10) לפקודה, הרי שהוראות סעיף 3(ט)(1) לפקודה אינן חלות על עניינו של המערער ויש למסות את האופציות במועד ההקצאה כהכנסה פירותית, לפי סעיף 2(10) לפקודה, ובמועד המימוש כרווח הון, לפי הוראות פרק ה' לפקודה".

במאמר מוסגר, יצוין, כי בית המשפט לא חסך שבטו מהתנהלות פקיד השומה, אשר לא ניהל פרוטוקול מסודר במהלך ההליך השומתי. לא בכדי מציין בית המשפט, כי: "המדינה מבקשת מבית המשפט לקבל את דברי המפקח, על דברים שנאמרו בעל פה שנים קודם לעדותו, כאשר המפקח נוהג לערוך מאות דיונים מסוג זה. לחלופין, מבקשת המדינה להסתמך על תרשומות שהמפקח טוען שערך בזמן אמת, שאין כל אישור של מי שנכח בדיון (המערער או נציגיו) לגבי תוכן הדברים... אין זה ראוי שהמדינה תעלה טענות מסוג זה, כאשר ניתן ללא כל מאמץ, לערוך פרוטוקול בישיבה, או לחלופין להקליט את הישיבה, כאשר המערער או נציגיו יאשרו את הפרוטוקול בחתימת ידם, כפי שנעשה בחקירות במשטרה, ואף בחקירות מס הכנסה. גם כאשר יתעורר הצורך, במסגרת ערעור או במסגרת אחרת, לבחון את שיקול דעתם של רשויות המס, יש מקום כי יהיה פרוטוקול מסודר בו ירשמו הדברים." מילים כדורבנות.

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.

בבורסה, הרי שלא נצמחה למערער הכנסה חייבת במועד קבלת האופציות. זאת, הגם שהמערער לא שילם דבר במועד קבלת האופציות, אלא רק במועד מימוש האופציה למניה ועל דרך של קיזוז מהתמורה שקיבל בדמות מניות תרו.

יצוין, כי לאחר תיקון 132 אופציות הניתנות לדירקטור בכובעו כדירקטור בחברה נכנסות לתחומי סעיף 102 לפקודה ומוחרגות מהוראות סעיף 3(ט) לפקודה, אלא אם השירותים ניתנים במסגרת של חברה מטעמו (וראו לעניין זה פסק הדין בעניין פרי יעקב שירותי ניהול (ע"מ 44913-01-12), אשר ניתן לאחרונה).

יחד עם זאת, אין ספק, כי פסיקתו התקדימית של בית המשפט וככל שלא תתהפך בבית המשפט העליון מצריכה בחינה מחדש של מיסוי אופציות הניתנות לנותני שירותים. לא רק בהקשר של דירקטורים אלא על רקע של מתן שירותים, שלא במסגרת עיסוקו הקבוע של נותן השירות, כך שהכנסתו של נותן השירות או בעל העסק אינה נופלת להכנסה מכוח סעיף 2(1) לפקודה, אלא ניתן לסווגה כהכנסה מסעיף 2(10) לפקודה. השלכות הפסיקה כאמור אינן חלות רק על סיווג ההכנסה מהאופציות אלא גם על מועד אירוע המס ותשלום המס.

נשמח לסייע בשאלות והבהרות נוספות, עו"ד (רו"ח) מאורי עמפלי, עו"ד מיכל זנקו, עו"ד (כלכלן) אדי רשקובן ועו"ד (חשבונאות) שי ארז.

הנכם מוזמנים לקרוא מאמרים ועדכונים נוספים באתר

המשרד www.ampeli-tax.co.il