

17. הטבות המס לעובדים ישראלים בארה"ב - השלכות הרפורמה על רלוקיישן: אופציות, שכר, רווחי הון, השקעות ועוד

17.1 הקדמה

בשנים האחרונות היינו עדים לתנופה מיוחדת בתחום ההיי-טק. בין המאפיינים הבולטים של תחום זה הוא התגמול המסיבי של העובדים על-ידי הקצאת מניות או אופציות למניות החברה (או מניות או אופציות למניות חברה קשורה הנסחרת בחו"ל), וזאת מעבר לשכר העבודה הרגיל אותו מקבלים העובדים במשכורת חודשית. ההקצאות תורמות לחיזוק הקשר בין העובדים לחברה, ולהגברת המאמץ שלהם למען הצלחתה. המהלך משלב בתוכו לעיתים גם הכרה בסטטוס של העובדים כשותפים במיזם הכלכלי.

מאפיין נוסף של תעשיית ההיי-טק הוא רמת הניוד הגבוהה של העובדים. היות שהמשאב העיקרי הוא הידע והניסיון של העובדים, ומאחר שהעולם הפך בשנים האחרונות "לכפר גלובלי קטן", הרי שאנו עדים, אפוא, לתופעה הולכת וגדלה של ניוד עובדים, במיוחד בתחום ההיי-טק, בין מדינות שונות ובין חברות שונות בקבוצות רב-לאומיות.

ואומנם, הרבה קווים משותפים ניתן למצוא בין בהלת הזהב של המאה ה-19 בארה"ב ובהלת ההיי-טק של סוף המאה ה-20 בישראל, כשאחד הבולטים שבהם הוא המושג go west. ממש כמו שארע בארה"ב לפני כמאה וחמישים שנה, בסוף שנות התשעים ארזו עשרות אלפי ישראלים את מטלטליהם ונסעו מערבה. חלקם התמקמו באירופה, אחרים בחוף המזרחי של ארה"ב, אך רובם עצרו לחופי האוקיאנוס השקט, בעמק

הסליקון. רובם של העוזבים היו עובדים בתעשיית ההיי-טק אשר נשלחו על-ידי מעבידים ישראלים לחו"ל. בין יתר הטעמים אשר עמדו בבסיס ההחלטה של העובדים לצאת מערבה, עמדו גם טעמי המס. כיום, משחלפו, ככל הנראה, שנות הזוהר, אל מול קילוח דק של ישראלים, אשר ממשיכים לנוע מערבה, מתפתחת לה תנועה הפוכה, תנועה של ישראלים החוזרים ארצה. לאור זאת, מתעוררות סוגיות מיסוייות באשר למקום הפקת ההכנסה ולאיזה מדינה זכות המיסוי, כאשר מדובר באופציות לעובדים ישראלים אשר ביצעו רלווקיישן מישראל לארה"ב, ולאחר מספר שנים העתיקו שוב את מקום מגוריהם ומרכז חייהם מארה"ב וחזרו לישראל במהלך התקופה. במאמר זה נסקור הן את השלכות המס הנובעות מההגירה מערבה לארה"ב והן את אלה הנובעות מהחזרה ארצה. נתחיל בשיטת המס בארה"ב.

17.2 מיסוי ישראלים בגין עבודה בארה"ב

בארה"ב קיימות מספר רמות מיסוי. רמה ראשונית היא הרמה הפדרלית (Federal Tax). שיעור המס המירבי ברמה הפדרלית כיום הוא 38.6%⁷²⁵. רמה שנייה היא מיסוי ברמת המדינה (State Tax). כמו כן קיימות רמות מיסוי נוספות, כגון מס המקביל למס בריאות, וכן במקרים מסוימים, מיסים עירוניים. יש גם מס עזבון, המגיע עד לשיעור מקסימלי של 55%, ויש גם מס סוציולוגי-חברתי בדמות מס מתנות.

⁷²⁵ ביוני 2001, חתם הנשיא בוש על חוק המיסים לשנת 2001. החוק קובע הקטנה הדרגתית במיסוי היחידים בארצות-הברית, בתקופה 2001-2010. בין הצעדים הבולטים הקבועים בחוק הוקטנו שיעורי המס של 28%-39.6% כך שבעוד שבשנת 2001 מדרגת המס השולי העליונה על שכר הופחתה משיעור 39.6% לשיעור 38.6%, החל משנת המס 2006 מדרגת המס השולי העליונה תהיה 35%. למיטב ידיעתנו בשנת 2002 שיעור המס המירבי המוטל על יחידים בארצות-הברית הינו 38.6%.

17.3 הכנסת עבודה - המשכורת

כידוע, עבור עובדי ההיי-טק האופציות הן החמאה, אך המשכורת היא הלחם. המיסוי בגין עבודה בארה"ב נמוך משמעותית מהמס החל בישראל. שיעור המס השולי המקסימלי בארה"ב בגין עבודה הינו כ-40% (על זה יש להוסיף מס מדינתי - State Tax), ומדרגות המס מרווחות הרבה יותר לעומת ישראל. בסכומים מסוימים שיעור המס השולי בישראל על המשכורת, כולל מס בריאות וביטוח לאומי, הינו 60%⁷²⁶. התוצאה היא, אפוא, הבדל משמעותי בין רמת המס בארה"ב לבין רמת המס המשולם בישראל על משכורת.

לפיכך, עובדים ישראלים רבים המועסקים בארה"ב משלמים הפרשי מס בישראל על הכנסתם מעבודה בארה"ב. השאלה הינה האם אכן חלה חובת השלמת המס בישראל (וקבלת זיכוי בגין המס הזר), או שמא הכנסת העבודה בארה"ב אינה חייבת מס בישראל כלל? בכדי לענות על שאלה זו יש לבחון ראשית האם העובד הינו תושב ישראל בזמן עבודתו בארה"ב. באם העובד אינו נחשב תושב ישראל בזמן שהותו בארה"ב, הכנסתו מעבודה בארה"ב תהא פטורה ממס בישראל על-פי אמנת המס בין ישראל לארה"ב⁷²⁷ במילים אחרות, הכרעה בדבר מקום המושב של אדם עשויה לשלול זכות מיסוי מהמדינה שאינה נחשבת כמדינת המושב על-פי האמנה.

⁷²⁶ ראו סעיף 121 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961, נ"ח 120, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, וחוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), תשס"ב-2002, ס"ח 1850, אשר במסגרתו תוקן, בין היתר, חוק הביטוח הלאומי ובוטלו תקרות ההכנסה החייבת של הנישומים לצורך חיוב בדמי ביטוח לאומי ומס בריאות ממלכתי.

⁷²⁷ ראו סעיף 1(1)6 הקובע כי מדינה לא תמסה הכנסה של תושב המדינה האחרת אלא אם ההכנסה הופקה ממקורות שבשטחה וסעיף 17 לאמנה בין ממשלת ישראל ובין ממשלת ארצות-הברית של אמריקה מ-1975 לגבי מיסים על הכנסה (כ"א 367, 197) להלן אמנה בין ישראל לארצות-הברית.

17.4 מקום המושב לצורכי מס של ישראלים העובדים בארה"ב

לצורך בחינת תושבות העובד יש להבחין בין עובד אשר היגר למדינה החתומה על אמנת מס עם ישראל (להלן: מדינת אמנה) לבין עובד אשר מתגורר במדינה עימה אין לישראל אמנת מס. ארה"ב, כמו רוב מדינות מערב אירופה, חתומה על אמנת מס עם ישראל⁷²⁸. מכיוון שכך, שאלת התושבות תוכרע בהתאם להוראות האמנה. האמנות קובעות כי תושב מדינה הינו כל אדם אשר נחשב תושב אותה מדינה בהתאם לדיניה הפנימיים⁷²⁹.

17.4.1 קביעת התושבות על-פי הדין הישראלי

בישראל, בעקבות הרפורמה במס אשר אושרה ב-24.07.2002 בכנסת ואשר תיכנס לתוקף ב-1.1.2003, מי שעובד בארה"ב, ייחשב כתושב ישראל אם "מרכז חייו" נמצא בישראל⁷³⁰. לשם קביעת מקום "מרכז החיים",

⁷²⁸ ראו לעיל, הערה 727.
⁷²⁹ ראו סעיף 1(14) למודל ה-OECD; סעיף 1(13) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.
⁷³⁰ "תושב ישראל לגבי יחיד" הוגדר בסעיף 1 לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מספר 132), תשס"ב-2002, ס"ח 1863 כדלקמן:
 (6)... "במקום ההגדרה "תושב ישראל" או "תושב" יבוא:
 "תושב ישראל" או "תושב"
 לגבי יחיד - מי שמרכז חייו בישראל; ולעניין זה יחולו הוראות אלה:
 לשם קביעת מקום מרכז חייו של יחיד, יובאו בחשבון מכלול קשריו המשפחתיים, הכלכליים והחברתיים, ובהם בין היתר:
 מקום ביתו הקבוע;
 מקום המגורים שלו ושל בני משפחתו;
 מקום עיסוקו הרגיל או הקבוע או מקום העסקתו הקבוע;
 מקום האינטרסים הכלכליים הפעילים והמהותיים שלו;
 מקום פעילותו בארגונים, באיגודים או במוסדות שונים;
 חזקה היא שמרכז חייו של יחיד בשנת המס הוא בישראל -
 אם שהה בישראל בשנת המס 183 ימים או יותר;
 אם שהה בישראל בשנת המס 30 ימים או יותר, וסך כל תקופת שהייתו בישראל בשנת המס ובשנתיים שקדמו לה הוא 425 ימים או יותר;
 לעניין פסקה זו, "יום" - לרבות חלק מיום;
 החזקה שבפסקה (2) ניתנת לסתירה הן על-ידי היחיד והן על-ידי פקיד השומה"; (ההדגשות אינן במקור)

יובאו בחשבון מכלול קשריו המשפחתיים, הכלכליים והחברתיים, ובהם בין השאר: מקום ביתו הקבוע, מקום המגורים שלו ושל בני משפחתו, מקום עיסוקיו הרגילים ומקום העסקתו הקבוע, מקום האינטרסים הכלכליים, הפעילים והמהותיים שלו, ומקום פעילותו בארגונים, איגודים ומוסדות שונים⁷³¹. בנוסף, קיימות לעניין זה גם שתי חזקות המבוססות על משך השהייה בישראל בשנת המס: האחת, שהות בישראל במשך לפחות 183 ימים בשנת המס; השנייה, שהות בישראל במשך 30 יום לפחות בשנת המס, ובלבד שסך כל תקופת השהייה בישראל באותה שנת מס ובשנתיים שקדמו לה הסתכם בלפחות 425 ימים⁷³².

כאשר מדובר בישראלי אשר חי בישראל ושהה בה במשך כל ימות השנה, ועתה הוא חפץ להעתיק את מקום עבודתו ומרכז חייו לארה"ב, הרי שבשנת העזיבה, על מנת שלא להיחשב לתושב ישראל לצורכי מס, יהיה עליו מן הסתם לשהות בישראל למטה מ-30 ימים. שכן, סך ימי השהייה המצטברים שלו בישראל בשנת המס ובשנתיים שקדמו לה יעלו בהרבה על 425 ימים. כך, למשל, ישראלי כאמור שיעבור לארה"ב בחודש פברואר וישהה מחוץ לישראל 330 ימים - תחול עליו החזקה והוא ייראה תושב ישראל!

יצוין כי תיקון 132 אימץ את ההלכה הקיימת בדבר מבחן מרכז החיים. מבחן vital interest - מירב הזיקות/מרכז החיים - הינו מבחן מקובל ברוב ארצות העולם לקביעת תושבות לצורכי מס בדין הפנימי, והוא אף המבחן השני בחשיבותו בקביעת תושבות נישום לצורכי אמנת מס, כפי שפורט לעיל בנושא מרכז האינטרסים החיוניים. מבחן זה אומץ בעבר גם בדין הישראלי כמבחן מרכזי לקביעת תושבותו של יחיד. במסגרת מבחן זה בוחנים את הזיקות של הנישום אל המדינה הטוענת לחבות המס, בחינת המקום בו נמצא מרכז חייו של האדם מתוך נקודת מבט כללית וראיית התמונה כולה. ראו לעניין זה לדוגמה עמ"ה 2004/98 אריה גונן נ' פ"ש חיפה, מיסים טז/1-ה-14 פסקות 5, 7 ו-8 לפסק דינו של השופט ביין בפרט:

"...נראה שהפסיקה הלכה למעשה ואימצה את המבחן של המקום בו נמצא מרכז חייו של אדם..."; "בבדיקה היכן מצוי מרכז חייו של אדם, יש להביא בחשבון שני קריטריונים, האחד פיזי: היכן מצויות מירב הזיקות של האדם, והשני, סובייקטיבי, מה הייתה כוונתו של האדם והיכן רואה הוא את מרכז חייו"; "לעניין בחינת מעמד המערער כתושב ישראל, יש להתמקד בשנות המס שבדיון, אך לצורך ראיית "התמונה בכללותה" ובעיקר כדי לעמוד על אלמנט הסובייקטיבי שבמבחן מרכז החיים, ניתן להתבונן על מה שקרה בשנים שקדמו לשנות המס נשוא המחלוקת ואף לשנים מאוחרות יותר שמא נתקיים הכלל הראייתי של "סוף מעשה במחשבה תחילה"."

ובעבר עניין משה ורבקה רז (לעיל, הערה 151), ה-104, עמ' 110; וכן עניין סטודנט (לעיל, הערה 150), עמ' 262. מבחן מרכז חייו של היחיד אומץ גם בקובץ פרשנות מס הכנסה (החב"ק), א-11 כדלהלן:

"המבחן המכריע לקביעת מקום מושב היינו מקום שבו נמצא מרכז חייו של היחיד. מבחן זה נגזר מהמקום שבו נמצא האדם במונח הפיסי, אך יש להתחשב גם במקום שבו חיה משפחתו, במיקום בית המשפחה, במיקום רכושו, במקומות-המושב של ילדיו. אין רשימה זו רשימה סגורה ויש להתחשב בכל מבחן רלוונטי נוסף. מקום שבו כלל המבחנים מצביע לעבר ישראל, הרי שלמרות היות האדם בחו"ל, הוא ייחשב לתושב ישראל. עובדות שהותו של אדם מחוץ לישראל במשך יותר מחצי שנה ואפילו כמה שנים, אין בה משום שלילת מעמדו כתושב ישראל, אלא בכפוף למבחנים לעיל. כך, לדוגמה, יחיד ישראלי השהה בחו"ל למטרות ריפוי, לימודים או מטעם מעביד ישראלי ייחשב בדרך-כלל תושב ישראל."

⁷³¹ תיקון 132, ש.ס.

⁷³² ש.ס, ש.ס.

ישראלים, העובדים בארה"ב ומתכוונים לחזור לישראל, ייטיבו אילו יחזרו לישראל אחרי 30 ביוני בשנה הרלוונטית. כך החזקה הראשונה לא תחול עליהם בשנת החזרה, אלא רק לאחר 12 החודשים הראשונים לחזרתם לישראל.

אשר לעובד ישראלי, אשר נשלח לארה"ב על-ידי מעבידו לתקופת זמן מוגבלת מראש, שלטונות המס בישראל בדרך כלל ממשיכים לראות בו כתושב ישראל לצורך פקודת מס הכנסה.

17.4.2 מבחני "שוברי השויון" באמנה

בהנחה כי עובד זה הינו גם תושב ארה"ב בהתאם לדיניה הפנימיים של ארה"ב, אשר אף הם משתמשים במבחנים טכניים המבוססים על מספר ימי שהות בשנה בארה"ב, תיקבע תושבותו של העובד בהתאם למבחני "שוברי השויון" הקבועים באמנה⁷³³.

⁷³³ ראו סעיף 2)3 לאמנה בין ישראל לארצות-הברית. לסקירת מבחני שבירת השויון, ראו דיון מפורט לעיל, בפסקה 5.3.3.

17.5 כללי המיסוי באמנה ביחס למשכורת

באם מצאנו כי פלוני הוא תושב ארה"ב בהתאם לאמנה, הרי שהוא יהא פטור ממס בישראל על המשכורת שהוא מקבל בארה"ב⁷³⁴. לעומת זאת, אם נמצא שהוא תושב ישראל, החל מ-1 בינואר 2003 (מועד כניסת הרפורמה במס לתוקף) הוא יהיה חייב במס בישראל על כל הכנסותיו⁷³⁵.

עד מועד זה, חיוב המשכורת במס בישראל יקום באחד משני המקרים הבאים: האחד, כי הכנסתו של העובד נובעת מעיסוק באותו משלח-יד, בו הוא עסק בדרך כלל בישראל; לעניין זה יצוין כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין **טאומן**⁷³⁶ ובעניין **בז'ה**⁷³⁷ נקבע כי סעיף 5(1) לפקודת מס הכנסה מכוחו קם, לכאורה, החיוב במס על משכורות של תושבי ישראל בחו"ל אינו בתוקף, מאחר שלא הותקנו התקנות אשר סעיף זה הותנה בקיומן. באם הלכה זו לא תתהפך בבית המשפט העליון, הרי שבהתאם לנוסח פקודת מס הכנסה עד שינויה ביום 1.1.03 לא קמה חבות במס בישראל על שכירים תושבי ישראל שעובדים בחו"ל (אלא אם מתקיים המקרה השני שיובא להלן).

המקרה השני בו תחול חבות מס בישראל הינו כאשר המעביד בארה"ב הינו תושב ישראל או גוף ממשלתי או מעין ממשלתי: מדינת ישראל, רשות מקומית בישראל, הסוכנות היהודית, הקרן הקיימת, קרן היסוד, זאת מכוח סעיף 5(3) לפקודה, אשר אף הוא בוטל בתיקון 132⁷³⁸. אם מדובר במעביד ישראלי, הרי שלאחר 4 שנים מיום צאת העובד את ישראל לארה"ב הוא יהיה פטור ברגיל ממס בישראל, בעוד שלגבי מעביד ממשלתי יחול חיוב במס בישראל, ובלבד שהעובד נותר תושב ישראל. היה ואחד משני מקרים אלה אינו מתקיים, העובד לא

⁷³⁴ בהתאם לסעיף 17(1) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

⁷³⁵ בהתאם לסעיף 2 לפקודת מס הכנסה (לאחר תיקון 132). וראו דיונו בנושא השיטה החדשה לעיל.

⁷³⁶ עניין **טאומן** (לעיל, הערה 105), מפי השופטת ברכה אופיר-תום.

⁷³⁷ השופטת אופיר-תום חזרה על קביעתה זו בעניין **בז'ה** (לעיל, הערה 106).

⁷³⁸ סעיף 5(3) לפקודת מס הכנסה אשר בתוקף עד ליום 1.1.03 רואה בהכנסה כדלקמן כהכנסה שהופקה בישראל:

"הכנסת עבודה כשהעבודה נעשתה בחוץ-לארץ על-ידי תושב ישראל תוך ארבע שנים מיום צאתו מישראל כשהמעביד הוא תושב ישראל, או אף תוך תקופה ארוכה מזו כשהמעביד הוא מדינת ישראל, רשות מקומית בישראל, הסוכנות היהודית לא"י, הקרן הקיימת לישראל, קרן היסוד - המגבית המאוחדת לישראל וכל גוף אחר ששר האוצר קבע אותו, באישור וועדת הכספים של הכנסת, כגוף ציבורי לעניין זה". (ההדגשה אינה במקור).

יהיה חייב במס בישראל עד ה-1 בינואר 2003. והכל בתנאי שהכנסתו לא תתקבל בישראל, אלא בחשבון בנק בחו"ל⁷³⁹.

מקום שהעובד נחשב לתושב ישראל על-פי האמנה, ארה"ב לא תהא רשאית לחייב את משכורתו במס אם⁷⁴⁰:

- (1) הוא נכח בארה"ב במשך תקופה או תקופות המצטברות לסך פחות מ-183 יום בשנת המס.
- (2) מעבידו הינו תושב ישראל או תושב זר המחזיק מוסד קבע (סניף) בישראל.
- (3) שכרו אינו מהווה הוצאה אצל מוסד קבע (סניף) שיש למעבידו בארה"ב.
- (4) שכרו חייב במס בישראל.

בדרך כלל, תנאים אלה אינם מתקיימים לגבי תושב ישראלי שנשלח לעבוד בארה"ב, ולכן המשכורת חייבת במס גם בארה"ב. כאמור, במצב כזה, ישראל אף היא תהא רשאית לחייב את המשכורת במס. אך על מנת למנוע מיסוי כפול, עליה להתיר בזיכוי כנגד מיסיה את המס שהוטל בארה"ב על אותה הכנסה⁷⁴¹. לפיכך, עובד כאמור ימוסה בסופו של דבר לפי שיעור המס השולי המירבי החל בישראל.

לעומת זאת, עובד שנחשב לתושב ארה"ב לצורך האמנה לא יהיה חייב במס בישראל, ובארה"ב יחויב לפי השיעור השולי המירבי החל שם. מכיוון שמדרגות המס בארה"ב מרווחות יותר מאשר בישראל ומכיוון ששיעור המס הפדרלי השולי המירבי שם הינו 38.6%⁷⁴², ואילו בישראל עשוי להגיע ל-60% (כולל מס בריאות, ביטוח לאומי והיטל על בעלי הכנסות גבוהות⁷⁴³) ואף למעלה מכך, הרי שהבדל זה יהיה בדרך כלל משמעותי. יחד עם זאת, צריך להביא בחשבון גם את המס המדינתי בארה"ב ומיסים אחרים, אם וככל שהם חלים על העובד שבו מדובר.

⁷³⁹ ראו לעניין זה דיוננו בנושא הדין עד הרפורמה תחת תת-הנושא "נתקבלה בישראל".

⁷⁴⁰ ראו סעיף 17(2) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

⁷⁴¹ ראו סעיף 26(3) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

⁷⁴² ראו לעיל, הערה 725.

⁷⁴³ חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), תשנ"ב-2002, ס"ח 1831 מיום 17.2.02, עמ' 146. במסגרת חוק זה הותקנה הוראת שעה: היטל על בעלי הכנסות גבוהות. לפי היטל זה בשנת המס 2002 יוטל היטל בשיעור 0.5% מהכנסתו החייבת של יחיד באותה שנת מס אם הכנסתו החייבת עלתה בשנת המס על 500,000 שקלים חדשים או אם הכנסתו החייבת, לפי סעיף 1(1) ו-2(2) לפקודה, עלתה בשנת המס על 360,000 שקלים חדשים.

17.6 "המס המדינתי" - State Tax - האם ניתן לזכותו כנגד

המס בישראלי

כאמור, בארה"ב משולם מס הכנסה בשתי רמות: ברמה הפדראלית (השלטון המרכזי) וברמה המדינתית (השלטון המקומי). המס הפדראלי הינו מס בשיעור אחיד על כל האזרחים ואילו שיעור "המס המדינתי" (ה-State Tax) יכול להשתנות ממדינה למדינה⁷⁴⁴.

במקום שבו רשאית ארה"ב, על-פי האמנה בינה לבין ישראל להטיל את מיסיה על תושב ישראלי, ישראל צריכה להתיר את המס האמור בזיכוי כנגד המס הישראלי החל על ההכנסה שבה מדובר⁷⁴⁵. נשאלת השאלה, האם ישראל מחויבת ליתן לתושביה זיכוי גם בגין המס המדינתי (State Tax) או שמא רק בגין המס הפדרלי? באמנת המס עם ארה"ב נקבע כי המיסים האמריקאים הנדונים באמנה הינם מיסי ההכנסה הפדראליים, המוטלים על-פי חוק הכנסות המדינה משנת 1986⁷⁴⁶. על פניו, משמעות הדבר היא, כי על-פי אמנת המס, ישראל מחויבת לתת לתושביה זיכוי רק בגין המס הפדרלי, בעוד שעל המס המדינתי האמנה כלל אינה חלה. אך בד בבד, וללא קשר לאמנה, כללי מס הכנסה (בעלי הכנסה מעבודה בחוץ לארץ), תשמ"ב-1982⁷⁴⁷ קובעים כי אם תושב ישראל חויב במס על-ידי מדינת חוץ, ארה"ב למשל, לפי דיניה, על ההכנסה שהפיק במדינה זו, הוא יקבל זיכוי בישראל. כלומר, המס שחויב בארה"ב ינוכה כנגד המס החל בישראל. סכום הזיכוי האמור מוגבל בגובה המס החייב בישראל על-פי הכללים, כאשר לא יותר זיכוי בגין מס ששולם בחו"ל על חלק הכנסת החוץ שהותר בניכוי בישראל על-פי הכללים.

⁷⁴⁴ ראו קלוגמן וקפוטא (לעיל, הערה 178), 43-44.

⁷⁴⁵ ראו סעיף 26(3) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

⁷⁴⁶ ראו סעיף 11(1) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

⁷⁴⁷ כללי מס הכנסה (לעיל, הערה 107), 1322.

מכאן, ניתן ככלל לטעון, כי בהיעדר הוראה מפורשת אחרת, הזיכוי המוענק בכללים אלה כולל גם את המס המדינתי, וגובר על הוראות הזיכוי שבסעיפים 200 ו-210 לפקודה ואמנת המס עם ארה"ב, היות שהוא בבחינת דין ספציפי ביחס אליהם. ואולם, נראה שלא ניתן למצוא בכללים אלה סיוע ממשי. ראשית, נציבות מס הכנסה מחזיקה כיום בעמדה מנוגדת לזו שהוצגה לעיל. שנית, כללים אלה מצומצמים כיום בתחולתם להכנסת עבודה המופקת על-ידי תושב ישראלי, העובד בחו"ל אצל מעביד ישראלי או ממשלתי בלבד. שלישית, בעקבות הרפורמה, הכללים האמורים צפויים להתבטל, ולא ברור האם הכללים המקבילים שיתקנו לאחר הרפורמה יעניקו זיכוי כאמור.

יחד עם זאת, ועל מנת שלא תיווצר תוצאה קשה בה המס המדינתי מביא למס כולל שמעל למס המקסימלי המוטל בישראל (50% ליחיד ו-36% לחברה), נציבות מס הכנסה הציעה פשרה. לפיה, יינתן זיכוי בגין המס המדינתי עד לתקרת המס הישראלי, כך שסך כל המס שיוטל בישראל ובארה"ב לא יעלה על השיעורים המקסימליים הנוהגים בישראל, כאשר בחישוב שיעור המס יש לקחת בחשבון במכנה גם את ההכנסות הפטורות על-פי הכללים. הסדר זה הינו לפנים משורת הדין⁷⁴⁸.

לאחר הרפורמה הדבר נקבע במפורש בהגדרה של "מיסי חוץ" בפקודה⁷⁴⁹. ההגדרה כוללת גם מיסים המשתלמים למדינות שהן חלק ממדינה פדרלית, כדוגמת ארה"ב, או לרשויות אזוריות שהן חלק מאותה

⁷⁴⁸ ראו עדכון החלטות ועדת פסיקה (עדכון מס' 5) - מיסוי בינלאומי, מיסים ט/ז 1-ג-78, עמ' ג-82, לאחר הקביעה כי עמדת הנציבות הנה כי צו ההקלה וכללי מס הכנסה - מיסי החוץ הנדונים בהם הינם מיסים של גוף מרכזי ריבוני ולא של תת-מדינות נאמר כדלקמן:

"יחד עם זאת ולפנים משורת הדין, על מנת שלא תיווצר תוצאה קשה בה המס המדינתי מביא למס כולל שמעל למס המקסימלי המוטל בישראל (50% ליחיד ו-36% לחברה), ניתן להציע פשרה לפיה יינתן זיכוי בגין המס המדינתי עד לתקרת המס הישראלי, כך שסך כל המס שיוטל בישראל ובחו"ל לא יעלה על השיעורים המקסימליים הנוהגים בישראל, כאשר בחישוב שיעור המס יש לקחת בחשבון במכנה גם את ההכנסות הפטורות על-פי הכללים".

⁷⁴⁹ ראו סעיף 199(2) לפקודה (לאחר תיקון 132). יצוין כי בועדת רבינוביץ (לעיל, הערה 86), עמ' 86-87, צוין במפורש כי יינתן זיכוי בגין המס הזר המוטל על הכנסה שהופקה מחוץ לישראל לגבי כל מס שמשולם כאחוז מההכנסה החייבת בחו"ל ואינו מס עירוני. הובאר כי הזיכוי בשל מס זר ניתן גם לפני הרפורמה ביחס למס הכנסה זר במישור הפדרלי, אך לפנים משורת הדין. מאחר שבחלק מהמדינות מוטל מס הכנסה הן ברמה הפדרלית והן ברמת המדינות, הוצע לאפשר זיכוי גם בגין המס המדינתי. דו"ח ועדת רבינוביץ מוסיף ומסביר כי הכרה במס של המדינה, בנוסף למס הפדרלי, מנומקת בכך שנטל המס הישיר מורכב הן מהמס הפדרלי והן מהמס המדינתי, והחלוקה ביניהם נובעת משיקולים פנימיים של המדינות, שאינם שיקולי מס.

המדינה, המחושבים כאחוז מההכנסה. הווה אומר היום ניתן זיכוי לפי הדין בגין המס המדינתית. לעומת זאת, מיסים עירוניים מועטו במפורש מגדר ההגדרה⁷⁵⁰.

לפיכך, החל מ-1.1.03 תושבי ישראל העובדים בארה"ב יהיו זכאים על-פי חוק לקבל זיכוי כנגד המס הישראלי, וזאת הן בגין המס הפדרלי והן בגין המס המדינתית⁷⁵¹. עם זאת, הזיכוי מוגבל עד גובה סכום המס החל בישראל על אותה הכנסה⁷⁵². היה ונוצר עודף זיכוי, היינו - מצב שבו סכום המס האמריקאי ששולם בשל ההכנסה שהופקה בארה"ב עלה על סכום הזיכוי הניתן בשלה כנגד מיסי ישראל, יהיה זכאי העובד להשתמש בזיכוי זה ביחס להכנסות שיופקו בארה"ב מאותו מקור במשך 5 השנים הבאות⁷⁵³.

17.7 הקצאת מניות ואופציות לעובדים

17.7.1 מבוא

כידוע, אחד הפרמטרים המאפיינים את תחום ההיי-טק הוא התגמול המסיבי של העובדים על-ידי הקצאת מניות או אופציות למניות החברה (או מניות או אופציות למניות חברה קשורה הנסחרת בחו"ל), וזאת מעבר לשכר העבודה הרגיל אותו מקבלים העובדים במשכורת חודשית.

ההקצאה עשויה להתרחש בשלבים שונים במחזור חייה של החברה. בחברות "Start-up" הן מוענקות לרוב בשלבים מוקדמים, עוד לפני שיש לחברה הכנסות, וכאשר חסרים בידיה אמצעים לתשלום שכר ראוי לעובדים. לעיתים, ההקצאות לעובדים נעשות כחלק מהתארגנות החברה לקראת הנפקתה לציבור, ובמקרים

⁷⁵⁰ שם, שם.

⁷⁵¹ ראו סעיף 200 לפקודה (לאחר תיקון 132). בדברי ההסבר להצעת החוק מצוין כי מוצע לקבוע שהזיכוי בשל מיסי החוץ יינתן לתושב ישראל בהתאם לשיטת "הסלים" Basket System.

⁷⁵² ראו סעיף 204 לפקודה לאחר תיקון 132.

⁷⁵³ ראו סעיף 205(א) לפקודה לאחר תיקון 132. בדברי ההסבר להצעת החוק מצוין כי אם נותרה לנישום יתרת מס ששילם בחו"ל בשל הכנסת הנישום שהופקה מחוץ לישראל, ממקור מסוים, אשר לא הותרה לו כזיכוי לפי הוראות סעיפים 203 ו-204 לפקודה, יהיה רשאי להפחיתה כנגד המס ששילם בישראל בשל הכנסות מאותו סוג שהופקו מחוץ לישראל, בשלוש (שונה לחמש) השנים הבאות, בזו אחר זו, כשהזיכוי מתואם והכל בהתאם לשיטת "הסלים".

אחרים מדובר בחברה מבוססת, אשר ניירות הערך שלה כבר נסחרים בבורסה, והבעלים מבקשים לתגמל את העובדים גם בדרך של שיתופם במניות החברה. לכל אחד מסוגי ההקצאות מאפיינים משלו.

17.7.2 הקשיים העיקריים שמתעוררים לגבי מיסוי הקצאת אופציות לעובדים

לפני הרפורמה במס בישראל, אי בהירות רבה אפפה את הסוגיה של מיסוי הקצאת אופציות לעובדים, ובכלל זה עלו באקדמיה, בדיונים עם רשויות המס ואף בפסיקה, השאלות הבאות⁷⁵⁴:

1. כיצד למדוד את שווי הטבה?
2. כיצד יש לסווג את הטבה, כהכנסה פירותית (הכנסת עבודה) או כהכנסה הונית (רווח הון)?
3. מהו מועד אירוע המס, עיתוי תשלום, ושיעורו?
4. אימתי ראוי המעביד לנכות את שווי הטבה כהוצאת שכר, ואם כן - מה גובה ההוצאה המותרת?
5. מה ההשלכות של רלוקיישן לארה"ב של עובד שקיבל את האופציות בעת שהיה תושב ישראל, וההפך? ועוד.

כך, למשל, כאשר מוענקות לעובד אופציות למניות, או מניות שאינן נסחרות בבורסה, קיימת בעיה של הערכת שווי הטבה שניתנה לעובד, משום שבמועד ההענקה אין "מחיר שוק" מובהק לנכס הבסיס⁷⁵⁵. קביעת

⁷⁵⁴ ראו, לדוגמה, את פסי"ד בעניין יאיר דר - עמ"ה 1/98 יאיר דר נ' פ"ש כפ"ס, מיסים יג/5, ה-13, בו נדון בפירוט בדיונונו (להלן: עניין דר); א. יורן, "הטבת המס החדשה בהנפקת מניות ואופציות לעובדים", מיסים ג/3 (תשמ"ט), א-4; ד' אלקינס, "מיסוי עובדים בשל כתבי אופציה שקיבלו ממעבידם (בעקבות פרשת דר)", מיסים יג/6 (תש"ס), א-67; י' סרוסי וי' נבות, "היבטי מיסוי בינלאומי של הכנסות עובדים בגין אופציות שקיבלו מהמעביד", מיסים יד/6 (תשס"א), א-81; וכך ד"ר יורם מרגליות, "מיסוי אופציות לעובדים: שילוב של מספר סוגיות יסוד במס הכנסה", מיסים טו/4 (תשס"א), א-42. אין צריך לומר כי סוגיה זו נדונה במרבית המדינות המערביות, אף בהן פותחה פסיקה וספרות ענפה בנושא. ראו, לדוגמה: J.W.G Korpadi, F.P.G. Potgens & P.M Smit, Tax Aspects of Employee Share Options In Belgium, France, Germany, The Netherlands and The United Kingdom", 38 *European Taxation* (1998) 1.

טובת ההנאה שקיבל העובד מצריכה הערכה של שווי החברה, אשר ממנה ייגזר שווי ההטבה שניתנה לעובד⁷⁵⁶. לעומת זאת, כשמוענקות אופציות למניות סחירות או מניות סחירות, קל יותר לאמוד את טובת ההנאה לעובד ואת שוויין של האופציות או המניות שהוענקו, גם אם הן עצמן אינן נסחרות. אך גם כאן מתעוררים לעיתים קשיים בהערכות, בשל הטלת מגבלות על מימוש האופציה, המניה או על מקבלה, כגון - על אפשרות המסחר בנייר, תקופת Vesting וכדומה.

17.7.3 תקופת Vesting

ככלל, למרבית החברות בתעשיית ההיי-טק קיימות תכניות אופציות לעובדים הקובעות תקופת הבשלה מינימלית (תקופת Vesting) של שנה עד חמש שנים. בתום התקופה, רשאי העובד לממש את האופציות שקיבל למניות החברה (או למניות החברה הקשורה), שבדרך כלל הן מניות נסחרות, וליהנות מההפרש שבין שווי המניה בעת מכירתה ובין תוספת המימוש שאותה נדרש לשלם לחברה.

17.7.4 מסלולי מיסוי אופציות בארה"ב ובישראל

כפי שביחס למשכורת עשוי להיות הבדל משמעותי בין המס בארה"ב למס בישראל, כך גם ביחס לאופציות, לכל הפחות עד לכניסת הרפורמה לתוקף נעמוד על כך להלן.

⁷⁵⁵ לעניין קביעת שווי ההטבה בהתאם לשווייה לעובד ולא למעביד ולפיכך בהתאם ל"מחיר השוק" ראו ד"ר 5/69 עיריית בת-ים נ' פ"ש, פד"א ג 237.

⁷⁵⁶ ראו מרגליות (לעיל, הערה 754), א-43-א-45 וכן ד"ר יוסף אדרעי, "בסיס מס כולל בישראל", משפטים יב 431, עמ' 458.

17.8 בארה"ב

בארה"ב קיימים שני סוגים של אופציות: Incentive Stock ו- Non Qualified Stock.⁷⁵⁷

17.8.1 אופציות Incentive Stock

הסוג הראשון הינו אופציות מסוג ISO - Incentive Stock Options. אופציות אלו נקראות גם בשם Qualified Stock Options, כאשר בתנאים מסוימים ניתן להגיע למיסוי (ברמת הפדרלית) של 20% מס בלבד. לשיעור מס זה מספר תנאים, כאשר התנאים הבסיסיים דורשים החזקת האופציות במשך שנתיים ממועד הענקת האופציות, ועד למועד המרת האופציות למניות. ובנוסף, החזקת המניה במשך שנה לפחות (מיום ההמרה). בנוסף לתנאי זה, החברה שהקצתה את האופציות, אינה זכאית לרשום את ההטבה לעובד כהוצאה לצורכי מס. יש תנאים נוספים לגבי כמות האופציות הניתנת להקצאה, והגבלות על הקצאות לבעלי שליטה המחזיקים מעל 10%, וכיו"ב.

ואכן, הזעקות שנשמעו בעבר, כנגד גובה המס בישראל, ראו לנגד עיניהן את סוג האופציות הזה, כבסיס להשוואה למס בישראל בשיעור של 50% ברגיל או 42.5% בהתאם להחלטת וועדת פסיקה של נציבות מס הכנסה על אופציות למניות שנסחרות בחו"ל, שהן בגדר נייר ערך זר⁷⁵⁸. אולם, חשוב לשים לב כאן כי למס הפדרלי של 20%, נוסף עוד מיסוי ברמת המדינה, העלול להגיע ליותר מ-10%, בהתאם למדינה בה מבוצעת

⁷⁵⁷ הניתוח להלן מבוסס על חוזר מקצועי של רשויות המס בארצות-הברית בנושא מיסוי אופציות של עובדים שאינם תושבי ארצות-הברית ועל סעיף 1441 ל-IRC הדין בנושא זה. ראו חוזר רשויות המס בארצות-הברית - LTR 8711107, Section 1441-Nonresident Alien Withholding; פורסם ב-Tax Analysts מהדורת יולי 2001.

⁷⁵⁸ שיעור המס 42.5% נקבע בעבר כפשרה בין שיעור המס של 35% שהיה חל על רווח הון מנייר ערך זר עובר לתיקון 132 לבין שיעור המס של 50%, שהיה חל על רווח הון עובר לתיקון 132. או, לחילופין, לבין שיעור המס השולי של 50% החל על הכנסת עבודה. ראו לעניין זה עדכון החלטות ועדת פסיקה (עדכון מסי' 2) מיסים יד/ג-1, פסקה 1, שם הוצגה הפשרה על שיעור 42.5% וכן חוזר מס הכנסה 2/2000 "מיסוי מכירת ני"ע זרים אשר נרכשו טרם רישומם למסחר בבורסה בחו"ל", מיסים יד/ג-1, צו מס הכנסה (שיעור המס על ריווח הון במכירת ני"ע זר) (תיקון), תשנ"ט-1988, ק"ת 5931 מיום 15.10.98.

העבודה (אם כי, בפועל השיעור הינו נמוך מעט בשל אפשרויות קיזוז)⁷⁵⁹. קיימות אומנם גם מדינות מסוימות שאינן גובות מס מדינת⁷⁶⁰, כדוגמת נוואדה, אך בדרך כלל ישראלים העובדים בהיי-טק אינם נוהגים להתגורר במדינות אלה.

17.8.2 אופציות Non Qualified Stock

האופציות מהסוג השני מכונות בשם Non Qualified Stock Options. אופציות אלה, שהן רוב רובן של האופציות המוקצות לעובדים בארה"ב, זוכות ליחס שונה: ההכנסה ממימוש האופציה מהווה הכנסת עבודה, החייבת בשיעור מס מירבי של כ-40%⁷⁶¹, והחברה, מנפיקת האופציות, יכולה לקבל את ההטבה כהוצאה לצורך מס.

לאחר שהאופציות מומשו, הרווח ממכירת המניות ממוסה בארה"ב כרווח הון. החל משנת 2001 ואילך, ירד שיעור המס על רווח הון בארה"ב ל-18%. אולם שיעור מופחת זה ניתן להשקעות שהוחזקו במשך 5 שנים לפחות. על-כן, הוא יחול למעשה רק על השקעות שימושו משנת 2006 ואילך. אם ההשקעה הוחזקה יותר משנה, יחול על רווח ההון שיעור של 20%. ואם פחות משנה, יחול שיעור המס השולי המירבי הכללי בגובה 38.6%⁷⁶². מכיוון ש-5 שנים הן כמעט נצח בעולם ההיי-טק, הרי שסביר להניח שעובדים רבים לא ימתינו 5 שנים עד למכירת המניות. על-כן, לפחות ביחס לאופציות, שיעור מופחת זה הינו תיאורטי בעיקרו, כך שעל רוב רובם של העובדים בארה"ב יחול שיעור מס הנע בין 20% ל-40% (ואף יותר), בהתאם לתקופת החזקה, למס המדינתי וכו'.

⁷⁵⁹ לעניין שיעורי המס המדינתי בכל מדינה מ-50 המדינות ראו <http://www.ey.com/global/content.nsf/us/tax>

⁷⁶⁰ שם, שם.

⁷⁶¹ לעניין שיעור המס הפדרלי המירבי החל בארה"ב על הכנסת עבודה ראו לעיל, הערה 725.

⁷⁶² ראו לעיל.

17.9 הדין בישראל עד הרפורמה

עד הרפורמה היו קיימים בישראל שלושה מסלולים עיקריים בנושא הקצאת מניות ואופציות לעובדים:

17.9.1 הקצאת אופציות לעובדים לפי סעיף 3(ט) לפקודה - מסלול 3(ט)

סעיף 3(ט) לפקודה אינו מתייחס במפורש להענקת אופציות למניות לעובדים, אלא חל על מימושי נכסים אשר בעת מימושם היה הפרש בין המחיר המשתלם ברגיל עבור נכסים אלה לבין המחיר ששילם העובד⁷⁶³. סעיף זה חל על אופציות בלבד, ולא על מניות.

סעיף זה מיועד לעובדי החברה המנפיקה וחברות אחרות בקבוצה (לרבות בעלי שליטה), אשר יחויבו במס במסלול זה בהתאם להוראות סעיף 2(2) לפקודה. הווה אומר, הכנסת העובד מן האופציות במסלול זה נחשבת להכנסת עבודה וכפופה לשיעורי המס המוטלים על יגיעה אישית בהתאם לסעיף 121 לפקודה. אי לכך, וככל

⁷⁶³ סעיף 3(ט) לפקודה, אשר לא שונה בתיקון 132 קובע כדלקמן:

"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, או קיבל אדם הלוואה, בין שניתנה לו במישרין או בעקיפין או לאחר לטובתו, וההלוואה היא ללא ריבית או בריבית נמוכה משיעור שקבע לעניין זה שר האוצר באישור וועדת הכספים של הכנסת [משנת 1985 - מדד המחירים לצרכן, מ-1.3.97 - מדד המחירים לצרכן + 2% ריבית (מעל סך 6,000 ש"ח ב-2002)] בין דרך כלל ובין לסוגי הלוואות או להלוואות למטרות שונות, יראו את הפרש -

(א) **בזכות או בהלוואה שניתנו בקשר ליחסי עובד ומעביד - כהכנסת עבודה;**

(ב) **בזכות או בהלוואה שקיבל אדם ממי שהוא מספק לו שירותים - כהכנסה לפי סעיף 12(1) זולת אם הוכיח שניתנו ללא קשר עם השירותים שסיפק;**

(ג) **בזכות או בהלוואה שפסקאות משנה (א) או (ב) אינן חלות עליה שקיבל בעל שליטה, או קרובו, מחברה שבשליטתו - כהכנסה לפי סעיף 2(4);**

לעניין זה -

"קרוב" - כהגדרתו בסעיף 76(ד)(1);

"בעל שליטה" - מי שמחזיק או זכאי לרכוש, במישרין או בעקיפין, לבדו או ביחד עם קרובו, אחד מאלה:

(1) **5% לפחות מהון המניות שהוצא;**

(2) **5% לפחות מכוח ההצבעה בחברה;**

(3) **זכות לקבל 5% לפחות מרווחי החברה או מנכסיה בעת פירוק;**

(4) **זכות למנות מנהל.**

לעניין סעיף קטן זה -

"הלוואה" - לרבות כל חוב;

"ריבית" - לרבות הפרשי הצמדה" (ההדגשות אינן במקור).

הכנסת עבודה, יהיה חייב הרווח במימוש האופציה למניה גם בביטוח לאומי ומס בריאות. בהקשר זה יצוין כי ניתן לפרוס את הרווח הנוצר על פני חלקים שנתיים שווים על פני תקופת החזקה, אך לא יותר מ-6 שנים. במסלול זה, בניגוד ל"מסלול 102" שיפורט להלן, אין דרישה להחזקת האופציות בידי נאמן, וכן לא קיימת מגבלת החזקה מינימלית של האופציות על-פי דיני המס (תקופת חסימה). כמו כן, אין מגבלות לגבי תקופת עבודה במהלך תקופת החסימה. בנוסף לזאת, ושוב, בניגוד ל"מסלול 102" במסלול 3(ט) אין צורך באישור רשויות המס לתכנית⁷⁶⁴.

על-פי היישום של הסעיף על-ידי הנציבות, ובהתאם לפסק דין בעניין **יאיר דר**⁷⁶⁵, לא יחול אירוע מס בעת הקצאת/הענקת האופציות אלא העובד ימוסה על הכנסתו במועד מימוש האופציות למניות (חיוב במס על ההפרש בין שווי שוק של המניה במועד המימוש לסך התמורה ששולמה בגין המניה, קרי התמורה במועד הענקת האופציה בנוסף לתוספת המימוש) או במועד מכירת האופציות בלבד⁷⁶⁶. הרווח שהופק ביום המימוש יחויב, כאמור, במס בידי העובד, כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2); ואילו רווח ההון שנוצר ממועד זה ועד למכירת המניות ימוסה בהתאם לסעיף 89(ב)2 לפקודה, כאירוע מס הוני נפרד. יצוין כי במסגרת תיקון 132 הופחת שיעור מס רווח ההון המוטל על הרווח הריאלי משיעור הנע בין 30% ל-50% לשיעור מירבי של 25%⁷⁶⁷, על-כן לכאורה מכירת מניות שהוקצו לפני היום הקובע, לאחר היום הקובע, תחויב במס רווח הון בשיעור 25% בלבד. ברם, הוראת השעה שנקבעה בסעיף 90(ט) לחוק המתן קובעת במפורש כי שיעור מס רווח ההון המופחת לא יחול על מכירת מניות שהוקצו לעובד לפני הראשון לינואר 2003, וזאת בין אם בחר במסלול 3(ט) או במסלול 102.

⁷⁶⁴ יצוין כי מסלול זה מיועד גם לאופציות ומניות המוענקות לנותני שירותים, אשר ההכנסה בידיהם תחוב במס בהתאם להוראות סעיף 1(2) לפקודה.

⁷⁶⁵ בעניין **דר** (לעיל, הערה 754), ה-169, פסקה ט-2, נקבע כי החיוב במס בהענקת אופציות נדחה בכל מקרה (בין אם האופציה סחירה ובין אם אינה סחירה) למועד מימוש האופציה למניה.

⁷⁶⁶ עם זאת, יצוין, כי עמדת נציבות מס הכנסה הינה כי במועד הענקת אופציות למניות **סחירות** יש חיוב במס על ההפרש בין שווי שוק לעלות האופציה במועד ההענקה. ראו, לדוגמה, עמדת רשויות המס בעניין **דר** (לעיל, הערה 754), ה-163, פסקה ו.2 ו-ה-164, פסקה ז.1. יצוין, כי בפסק הדין זה קבעה השופטת ברכה אופיר-תום במפורש כי אין לקבל את טענת רשויות המס המבחינה לעניין החיוב במס של אופציות בין אופציות סחירות ובלתי סחירות, הואיל ואין לכך סימוכין בחוק.

⁷⁶⁷ ראו סעיף 91(ב) לפקודה (לאחר תיקון 132).

בכפוף לתנאים מסוימים, תהא החברה רשאית לנכות את ההטבה שנצמחה לעובד (עד למימוש) כהוצאה. לפי פרשנות נציבות מס הכנסה כדי לנכות את הטבת המס כהוצאה מותרת בחברה נדרש רישום ההוצאה בספרי החברה. היה והחברה תירשם למסחר ותהפוך לציבורית, ניתן לממש את האופציה, למכור את המניה ולהתמסות בהתאם, לפי סעיף 101 לפקודה⁷⁶⁸.

הכלל למיסוי הכנסת עבודה, הקבוע באמנות למניעת כפל מס, מעניק את זכות המיסוי הראשונה למדינת המקור - המדינה שבה בוצעה העבודה⁷⁶⁹. כלל המיסוי לגבי הכנסת עבודה קבוע בסעיף 17 באמנה בין ישראל לארצות-הברית⁷⁷⁰. בדיונונו להלן בנושא נדון בהשלכות המס בעת מימוש האופציות למניות או במועד מכירת האופציות של חברת אם הנסחרת בארצות-הברית על עובד ישראלי, הנחשב תושב ישראל, ששהה במשך מספר שנים בארצות-הברית.

⁷⁶⁸ סעיף 101 לפקודה לפני תיקון 132 העניק לנישום אפשרות לבחור בעת רישום מניות פרטיות למסחר ובעת מכירת המניות לראשונה לאחר הרישום, בין מיסוי רווח ההון שנוצר לו עד מועד רישומן של המניות למסחר בבורסה (בצירוף הפרשי הצמדה וריבית עד למועד מכירתן) לבין מיסוי רווח ההון שנצמח עד למועד מכירת המניות במועד המכירה בפועל. ראו לעניין זה גם עמ"ה 49/94 אריה לויין ואח' נגד פ"ש ת"א 1, מיסים 6/1, ה-12 (להלן: עניין אריה לויין).

⁷⁶⁹ סעיף 15(1) למודל ה-OECD בנוסחו לשנת 2000. החרג לכלל זה קיים בסעיף 15(2) למודל, ולפיו זכות המיסוי הבלעדית תהא נתונה למדינת המושב בהתמלא תנאים מסוימים.

⁷⁷⁰ סעיף 17 לאמנה בין ישראל לארצות-הברית קובע כדלקמן:

- 1" למעט כנקבע בסעיף 22 (תפקידים ממשלתיים), שכר עבודה, משכורות ושכר דומה שמפיק יחיד שהוא תושב של אחת מן המדינות המתקשרות מעבודה או שירותים אישיים שביצע כשכיר, לרבות הכנסה משירותים שבוצעו בידי פקיד של חברה, או של חבר-בני-אדם רשאית אותה מדינה מתקשרת להטיל עליהם מס. למעט כנקבע בסעיף קטן (2) ובסעיפים 20 (קיצבאות ואנונות פרטיות), 22 (תפקידים ממשלתיים), 23 (מורים) ו-24 (סטודנטים ומתאמנים), שכר כאמור המופק ממקורות שבתחומי המדינה המתקשרת האחרת, רשאית גם אותה מדינה מתקשרת אחרת לחייבו במס.
2. שכר המתואר בסעיף קטן (1), שמפיק יחיד שהוא תושב של אחת מן המדינות המתקשרות, יהא פטור ממס בידי המדינה המתקשרת האחרת אם -
- הוא נוכח באותה מדינה מתקשרת אחרת במשך תקופה או תקופות המצטברות לפחות מ-183 ימים שבשנת המס;
 - הוא שכיר של תושב המדינה המתקשרת הנזכרת לראשונה, או של מוסד קבע המקוים בה;
 - תשלום השכר אינו מוטל, כמות שהוא, על מוסד קבע שיש למעביד באותה מדינה מתקשרת אחרת; וכן
 - השכר חייב במס במדינה המתקשרת הנזכרת לראשונה."

17.9.2 הקצאת אופציות/מניות לעובדים באמצעות נאמן לפי סעיף 102 לפקודה - מסלול 102.

סעיף 102 לפקודה זה קובע הסדר מיוחד המאפשר הענקת **מניות ואופציות** לעובדים, תוך דחיית אירוע המס לעובד עד לשלב מימוש המניות⁷⁷¹. סעיף זה מיועד רק לעובדי החברה המנפיקה, שאינם בעלי שליטה. משמע, על-פי מסלול 102 אירוע המס חל ביום בו נמכרו המניות או האופציות, או ביום שהועברו מהנאמן על שם העובד (להלן: מכירה). בעת הענקת המניות/אופציות, בעת ההבשלה⁷⁷² ובעת מימוש האופציה למניה⁷⁷³ אין אירוע מס. דחיית המס מותנת, בין השאר, בכך שהאופציות הופקדו אצל נאמן לתקופה של שנתיים לפחות ובקבלת אישור נציב מס הכנסה. על-פי ההסדר זה, בשלב המימוש תהיה לעובד הכנסה, אך קיימת אי בהירות לגבי שאלת אופייה של ההכנסה - פירותית או הונית⁷⁷⁴. שאלה זו משליכה, בין השאר, על השאלה האם

⁷⁷¹ סעיף 102 לפקודה בנוסחו עובר לתיקון 132 קבע כדלקמן:

- (א) **בסעיף זה -**
 "מניות" - לרבות זכויות לרכישת מניות;
 "הקצאת מניות" - הקצאת מניות של חברה על שם נאמן בעד עובד של החברה;
 "נאמן" - מי שהנציב אישרו כנאמן לצורך סעיף זה.
- (ב) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות תהיה פטורה ממש בעת ההקצאה, אם נתקיימו כל אלה:
 (1) ההקצאה בוצעה בתמורה לויתור של העובד על שכר;
 (2) תעודות המניות לא נמסרו לידי העובד אלא הופקדו בידי הנאמן למשך תקופה שלא תפחת מעשרים וארבעה חדשים;
 (3) בפנקס החברים נרשמו המניות על שם הנאמן;
 (4) החברה והנאמן הודיעו על תכנית הקצאה לפקיד השומה שלושים ימים לפחות לפני ביצועה, בטופס שקבע הנציב.
- (ג) מכר העובד או הנאמן את המניות, או העביר הנאמן את המניות על שם העובד, יראו את העובד כאילו מכר את המניות בתמורה כהגדרתה בסעיף 88; לעניין זה יראו כמחיר מקורי רק סכום ששילם העובד במזומן בעת ההקצאה ולא יחול פטור ממש לפי סעיף 97(ג). הנאמן ינכה במקור מס בשיעור של 30% מן התמורה, או בשיעור נמוך יותר שקבע פקיד השומה.
- (ד) הוראות סעיף 101 לא יחולו לגבי המניות לפני המועד שבו רואים אותן כאילו נמכרו לפי סעיף קטן (ג).
- (ה) על מימוש זכות לרכישת מניות לא יחול סעיף 3(ט) אם הזכות מומשה בידי הנאמן; על המניה נשוא הזכות יחולו הוראות סעיף זה, ולעניין סעיף קטן (ב) תובא בחשבון גם התקופה שבה הייתה הזכות לרכישת המניה בידי הנאמן.
- (ו) מכר העובד את המניות לאחר שהנאמן העבירן על שמו, יראו את היום שבו העבירן הנאמן על שמו כיום הרכישה ואת הסכום שנקבע בתמורה לעניין סעיף קטן (ג) כמחיר המקורי...".

⁷⁷² ישנן מדינות הממסות את העובד גם בתקופת ההבשלה.

⁷⁷³ בתנאי שהמימוש נעשה על-ידי הנאמן והמניות לא הועברו לידי העובד.

⁷⁷⁴ למרות שהדעה המקובלת, לאור מיקומו של הסעיף בחלק ה' לפקודה, הינה כי הרווח הנצמח הוא הכנסה הונית בידי העובדים ולא הכנסת עבודה, הרי שלפי דיני המס הקלאסיים לא ברור האם ניתן לסווג את הרווח כ"עץ" או כ"פירות". לעניין זה ראו גם

החברה תהא רשאית לנכות את ההטבה כהוצאות שכר, והאם הרווח יסווג לצורך אמנות המס להסדר של הכנסת עבודה או לזה של רווח הון, לגביהם ישנם כללי מיסוי שונים באמנות המס. בכדי להסיר אי בהירויות אלה פרסמה הנציבות החלטה לפיה בהקצאה לפי סעיף 102, כאשר המניות הנמכרות הינן משום נייר ערך זר יחול שיעור מס של 42.5% על הרווח הריאלי, אם המניות הנמכרות נרשמו למסחר לפני 15.10.98.⁷⁷⁵ אם המניות הנמכרות נרשמו למסחר לאחר 15.10.98, יש לשקלל את שיעור המס כך שרק בגין הרווח הריאלי שמיום הרישום למסחר ועד יום המכירה ייקבע שיעור המס של 42.5%, ואילו לגבי הרווח הריאלי עד ליום הרישום יחול שיעור המס השולי של העובד.⁷⁷⁶ לפי פשרה זו לא יחולו הוראות סעיף 94 לפקודה⁷⁷⁷. כן מותנית הפשרה בכך שסכום ההוצאה שיוכר לחברה יוגבל לשווי ההטבה ביום הקצאת המניות, לפי מחירי הבורסה, אך לא יותר מסכום הרווח הריאלי שחויב במס בידי העובדים.⁷⁷⁸ בהחלטה זו נקבע, שהסדר הפשרה יוצע רק לגבי תכניות הקצאת מניות שחל עליהן סעיף 102 לפקודה, וההקצאה הייתה של החברה המעבידה.⁷⁷⁹ עוד נקבע באותה החלטה כי אם המניות שהוקצו לעובדים נסחרות בבורסה בישראל - שיעור המס שיחול יהיה שיעור המס המלא בגובה 50%.⁷⁸⁰ בהחלטה מאוחרת יותר הוחלה הוראה מקילה זו גם על הקצאות לפי מסלול סעיף 3(ט), וכן גם על הקצאות לפי מסלול "ליד 102", על כל עליית הערך שמיום 1.4.01 או יום הרישום למסחר, לפי המאוחר.⁷⁸¹ גם כאן, הותנה שיעור המס באי התרת ההוצאה ובתנאים נוספים. משמע

ועדת רבינוביץ (לעיל, הערה 86), 123. חוסר הבהירות מתחדד לאור מיסוי הרווח בידי המעביד במסלול 102 גם בדמי ביטוח לאומי, שכן בפועל לא חייבו את העובדים שבחרו ב"מסלול 102" בביטוח לאומי בזמן הענקת האופציות. אך, בשעת המימוש חל חיוב בביטוח לאומי (במובן זה הלך הביטוח הלאומי אחר נציבות מס הכנסה).

⁷⁷⁵ עדכון מס' 2 (לעיל, הערה 758), ג-2. שיעור 42.5% נקבע כפשרה בין 50% על הכנסת עבודה או רווח הון לבין שיעור המס של 35% החל על נייר ערך זר. פשרה זו נקבעה לאחר שבפסק הדין בעניין **אריה לוין** (לעיל, הערה 768) קבע בית המשפט המחוזי כי מניות ישראליות הנסחרות בחו"ל מהוות נייר ערך זר, ולפיכך שיעור המס שיחול על רווח הון הנצמח בגין מכירתם הנו 35%.

⁷⁷⁶ ש.ס, ש.ס.

⁷⁷⁷ ש.ס, ש.ס.

⁷⁷⁸ ש.ס, ש.ס.

⁷⁷⁹ ש.ס, ש.ס.

⁷⁸⁰ ש.ס, ש.ס.

⁷⁸¹ עדכון החלטות ועדת פסיקה (עדכון מס' 4) - הסדרי אופציות לעובדים **מיסים טו/1**, ג-73. בהחלטה זו נקבע כי הפשרה עם החברה והעובדים לגבי מיסוי ניירות ערך הנסחרים בחו"ל, שחל לגביהם הסדר המס לפי סעיף 102 לפקודה, תחול גם לגבי מיסוי ניירות ערך **הנסחרים בחו"ל** שהוקצו לעובדים גם במסלול 3(ט) וגם במסלול "ליד סעיף 102".

שווי ההטבה עד למועד הקובע (1.4.01) יראוהו כהכנסת עבודה שתחויב במס לפי שיעור המס השולי של העובד, ואילו הסדר הפשרה יחול רק על יתרת שווי ההטבה שנצמחה לאחר המועד הקובע⁷⁸².

יצוין כי באותה החלטה מאוחרת נקבע כי בכפוף לאישור הנציבות ניתן יהיה לעבור ממסלול 3(ט) למסלול סעיף 102 או ליד 102, כאשר מניות החברה נסחרות בבורסה בחו"ל, ולהחיל את הסדר הפשרה בתנאים שנקבעו בהחלטה. אחד התנאים הנו כי לא תותר כל הוצאה לחברה המקצה ו/או לחברה המעסיקה⁷⁸³.

במסלול 102 ניתן לפרוס את הרווח לחלקים שנתיים שווים על-פני תקופת ההחזקה, אך לא יותר מ-4 שנים. תנאי נוסף לתקופת החסימה של שנתיים הינו כי על מפיק הרווח להיות עובד החברה במהלך החסימה, למעט פטירה או נסיבות מיוחדות שאינן בשליטתו.

17.9.3 הקצאת אופציות/מניות לעובדים על-ידי חברה קשורה, שניתן לגביה אישור הנציבות - מסלול "ליד 102"

במסלול זה מדובר בהקצאה בנסיבות הזהות לנסיבות של סעיף 102 לפקודה, לרבות האישור המקדמי הנדרש. אולם, כאן חברה המקצה הינה חברה קשורה, בדרך כלל חברת אם ולעיתים חברת אחות או בת של החברה בה מועסקים העובדים. בהתאם לחוזרי מס הכנסה גם הקצאה כזו, המכונה בעגה המקצועית "ליד 102" זכאית לשיעור מס של 42.5% בתנאים מסוימים⁷⁸⁴.

יש לשים לב כי המיסוי, על-פי אחד מהמסלולים דלעיל (הדין הישן) ימשיך לחול על כל אותן אופציות שהוענקו בעבר, לרבות שיעורי המס שיחולו על העובד, גם אם טרם ימומשו בידי העובד עד לתום שנת 2002.

17.10 הדין בישראל לאחר הרפורמה

⁷⁸² שם, ג-74.
⁷⁸³ שם, ג-76-77.
⁷⁸⁴ ראו לעיל, הערה 781.

במסגרת הרפורמה תוקן סעיף 102 לפקודת מס הכנסה. הסעיף עוסק, כאמור לעיל, בהקצאת מניות לעובדים באמצעות נאמן.

17.10.1 נוסח סעיף 102 המתוקן

סעיף 102 כנוסחו לאחר תיקון 132 (ותיקון 134), קובע כדלקמן:

"(א) בסעיף זה -

"בחירה" - בחירה של חברה מעבידה באחד משני מסלולי מיסוי להקצאת מניות לעובדים באמצעות נאמן, מסלול הכנסת עבודה או מסלול רווח הון;

"בעל שליטה" - כהגדרתו בסעיף 32(9);

"הקצאת מניות באמצעות נאמן" - הקצאת מניות של חברה מעבידה לעובד, ובלבד שהעובד אינו בעל שליטה בה במועד ההקצאה או בעקבותיה והתקיימו בה כל אלה:

(1) המניות, לרבות כל זכות המוקנית מכוחן, הופקדו במועד ההקצאה בידי נאמן עד לתום התקופה;

(2) החברה הודיעה לפקיד השומה על בחירתה במסגרת בקשתה לאישור התכנית, שהוגשה 30 ימים לפחות לפני מועד ההקצאה;

(3) תכנית ההקצאה והנאמן אושרו על-ידי פקיד השומה, ואולם אם לא השיב פקיד השומה בתוך 90 ימים מיום קבלת ההודעה, יראו את תכנית ההקצאה או את הנאמן לפי העניין, כמאושרים;

"חברה מעבידה" - כל אחד מאלה:

(1) מעביד שהוא חברה תושבת ישראל או חברה תושבת חוץ שיש לה מפעל קבע או מרכז מחקר ופיתוח, בישראל, אם אישר זאת הנציב (לעניין זה - המעביד);

(2) חברה שהיא בעלת שליטה במעביד או שהמעביד בעל שליטה בה;

(3) חברה שאותו אדם הוא בעל שליטה במעביד ובה;

"מועד מימוש" -

(1) לגבי הקצאת מניות באמצעות נאמן - מועד העברת המניה מהנאמן לעובד או מועד מכירת המניה על-ידי הנאמן, לפי המוקדם מביניהם;

(2) לגבי הקצאת מניות שלא באמצעות נאמן - מועד מכירת המניה לרבות מכירת מניה שמקורה בזכות לרכישתה;

"מניה" - לרבות זכות לרכישת מניה ונייר ערך זר כהגדרתו לפי סעיף 105א;

"מניה הרשומה למסחר בבורסה" - לרבות מניה בחברה שמניותיה, כולן או חלקן, רשומות למסחר בבורסה בישראל או מחוץ לישראל;

"נאמן" - מי שפקיד השומה אישרו כנאמן לצורך סעיף זה, לרבות עובד;

"עובד" - לרבות נושא משרה בחברה, אך למעט בעל שליטה;

"שווי ההטבה" - התמורה או השווי במועד המימוש, בניכוי הוצאות שהוציא העובד ברכישת המניה כשהן מתואמות מיום ההוצאה ועד למועד המימוש, וכן הוצאות שהוציא העובד בשל המכירה;

"תום התקופה" - כל אחד מאלה:

(1) בחרה החברה במסלול הכנסת עבודה - תקופה של שנים עשר חודשים מתום שנת המס שבה הוקצו המניות והופקדו בידי נאמן;

- (2) בחרה החברה במסלול רווח הון - תקופה של עשרים וארבעה חודשים מתום שנת המס שבה הוקצו המניות והופקדו בידי נאמן;
- (3) במכירה שלא מרצון כהגדרתה בסעיף 103 - מועד מכירה כאמור.
- (ב) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות בחברה מעבידה באמצעות נאמן לא תחויב במס בעת ההקצאה ויחולו במועד המימוש הוראות אלה:
- (1) בחרה החברה המעבידה במסלול הכנסת עבודה, יראו את הכנסתו של העובד כהכנסה לפי סעיף 2(1) או לפי העניין, בסכום שווי ההטבה;
- (2) בחרה החברה המעבידה במסלול רווח הון, והנאמן החזיק במניות עד תום התקופה לפחות, יראו את הכנסתו של העובד כרווח הון בסכום שווי ההטבה, והוא יחויב עליו במס בשיעור של 25%;
- (3) על-אף האמור בפסקה (2), הייתה המניה המוקצית מניה הרשומה למסחר בבורסה, או מניה בחברה שמניותיה נרשמו למסחר בתוך 90 ימים ממועד ההקצאה, יראו את חלק שווי ההטבה בגובה ממוצע שווין של מניות החברה בבורסה בתום שלושים ימי המסחר שקדמו להקצאה, או בתום שלושים ימי המסחר שלאחר הרישום למסחר כאמור, לפי העניין, בניכוי הוצאות, כהכנסה לפי סעיף 2(1) או לפי העניין, ואת יתרת שווי ההטבה כרווח הון החייב במס בשיעור של 25%, ובלבד שהסכום שנקבע כהכנסה לפי סעיף 2(1) או (2) כאמור, לא עלה על שווי ההטבה במועד המימוש; לעניין תיאום ההוצאות שהוציא עובד ברכישת המניה המוקצית, יוכפלו הוצאות כאמור במדד יום ההקצאה או יום הרישום למסחר, לפי העניין, ויחולקו במדד יום ההוצאה, והכל יתואם מיום ההקצאה או הרישום, לפי העניין, ועד למועד המימוש.

- (4) על-אף האמור בסעיף זה, בחרה החברה במסלול רווח הון ומועד המימוש חל לפני תום התקופה, יראו את הכנסתו של העובד כהכנסה לפי סעיף 2(1) או 2(2), לפי העניין.
- (1) (ג) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות שאינה הקצאה באמצעות נאמן, תחויב במס במועד ההקצאה, כהכנסה לפי הוראות סעיף 2(1) או 2(2) לפי העניין, ובמועד המימוש - כהכנסה כאמור בחלק ה או חלק ה 3 לפי העניין.
- (2) על-אף האמור בפסקה (1), הכנסתו של עובד מהקצאה של זכות שאינה רשומה למסחר בבורסה לרכישת מניה שלא באמצעות נאמן, לא תחויב במס במועד ההקצאה, ובמועד המימוש תחוייב במס כהכנסה לפי סעיף 2(1) או 2(2), לפי העניין.
- (1) (ד) בהקצאת מניות כאמור בסעיפים קטנים (ב)1 ו-3(ג)1, תותר בניכוי, לחברה המעבידה שהוא עובד בה, הוצאת שכר בשל הקצאה כאמור בגובה הכנסת העובד לפי סעיף 2(1) או 2(2) או בגובה סכומי ההשתתפות שבהם חויבה בשל התחייבותה לחברה המעבידה המקצה, לפי הנמוך, והכל בשנת המס שבה נוכה המס בשל הכנסת העובד והועבר לפקיד השומה.
- (2) לא תותר לחברה הוצאה במכירת מניה שלגביה בחרה החברה המעבידה במסלול רווח הון, גם אם נמכרה המניה לפני תום התקופה כאמור בסעיף קטן (ב)4.
- (ה) הוראות סעיף 3(ט) לא יחולו על הקצאת מניות לעובדים בחברה מעבידה לרבות על התחייבות להקצאה כאמור;

(ו) על-אף האמור בסעיף 100א, שיעור המס שיחול על חלק הריווח החייב בידי עובד שחדל להיות תושב ישראל, כהגדרתו באותו סעיף, יהיה לפי שיעור המס הקבוע בסעיף 121, בכל אחד מאלה:

(1) בהקצאת מניות באמצעות נאמן שלגביה בחרה החברה במסלול הכנסת עבודה;

(2) בהקצאת מניות באמצעות נאמן שלגביה בחרה החברה במסלול ריווח הון אולם המניה מומשה לפני תום התקופה;

(3) בהקצאת מניות שלא באמצעות נאמן עליה חלה הוראת סעיף קטן (ג)2);

(ז) בחירה לפי סעיף זה תחול על כל עובד אשר לו הוקצו המניות, ועל כל הקצאת מניות שבוצעה בשנה שלאחר תום השנה שבה הייתה ההקצאה הראשונה ואילך, כל עוד לא בחרה החברה אחרת; חברה לא תהיה רשאית לבחור אחרת אלא אם כן חלפה שנה לפחות מתום השנה שבה הייתה ההקצאה הראשונה שנעשתה לאחר הבחירה הקודמת.

(ח) הנציב רשאי לקבוע, כל אחד מאלה:

(1) תנאים לעניין ההקצאה;

(2) הוראות לגבי חיוב העובד במס כשלא נתמלאו לגביו התנאים שנקבעו בסעיף זה או לפיו, כולם או מקצתם, בשל מימוש מניות במכירה שלא מרצון;

(3) תיאומי הון לעניין חוק תיאומים בשל אינפלציה;

(4) כללים לעניין הקצאת מניות לעובד שהוא תושב חוץ, לגבי תקופת עבודתו בישראל;

**(5) כללים לניכוי מס במקור ולהגשת דוחות על-ידי החברה המעבידה והנאמן
וקביעת מועדים להגשתם.**

17.10.2 הרפורמה 1.1.03: מבוא

החל מ-1 בינואר 2003, שיעור המס, מועד וסוג אירוע המס, והתרת ניכוי ההטבה כהוצאה לחברה המעבידה ייקבעו על בסיס שלוש ההבחנות הבאות:

(1) הקצאה באמצעות נאמן מול הקצאה שנעשית ללא נאמן.

(2) בחירת החברה המעבידה במסלול הכנסת עבודה מול בחירה במסלול רווח הון.

(3) מניות נסחרות בבורסה מול מניות שאינן נסחרות בבורסה.

ההסדר הקבוע בסעיף 102 לפקודה תוקן ושונה, ולאחר תיקון 132 ימשיך סעיף 3(ט) לפקודה לטפל בנושא הקצאת אופציות לבעלי שליטה ולנותני שירותים יחול עוד על הקצאת אופציות או מניות לעובדים⁷⁸⁵.

בהקשר זה נציין כי סעיף 102 החדש יחול רק על מיסוי הקצאת אופציות לעובדים לגבי תכניות חדשות החל מה-1 בינואר 2003⁷⁸⁶. על-פי סעיף 102, הענקת זכויות לניירות ערך או למניות או לכל נייר ערך אחר, לעובד או לנושא משרה שהוא יחיד (להלן - עובד) שאינו בעל שליטה (10% ומעלה באחת הזכויות בחברה), במסגרת תכנית הענקה שאושרה על-ידי הנציב/ה, לא תיחשב לאירוע מס בכפוף לכך שניירות הערך יופקדו בידי נאמן, שאושר על-ידי הנציב ושיכול להיות בעל תפקיד בחברה עצמה או נאמן חיצוני, עד "תום התקופה"⁷⁸⁷. לגבי ניירות ערך לא סחירים תינתן אפשרות בחירה בין מסלול הוני ומסלול פירותי, ואילו לגבי ניירות ערך נסחרים

⁷⁸⁵ ראו סעיף 102(ה) לפקודה (לאחר תיקון 132) כמצוטט לעיל.

⁷⁸⁶ הוראת מעבר לעניין סעיף 102 בסעיף 89(ח) לתיקון 132 קובעת כדלקמן:

"סעיף 102 לפקודה, כנוסחו בסעיף 38 לחוק זה, יחול על הקצאת מניות לעובדים לפי תכנית שהחברה המעבידה בחרה בה ביום התחילה ואילך, ובהקצאת מניות שאינה הקצאה באמצעות נאמן, על הקצאת מניות לאחר יום התחילה".

⁷⁸⁷ המושג "תום התקופה" מוגדר בסעיף 102(א) ככל אחד מאלה: מסלול הכנסת עבודה - תקופה של 12 חדשים מתום שנת המס שבה הוקצו המניות והופקדו בידי נאמן; מסלול רווח הון - תקופה של 24 חדשים מתום שנת המס שבה הוקצו המניות והופקדו בידי נאמן; במכירה שלא מרצון (כהגדרתה בסעיף 103) - מועד המכירה.

תינתן אפשרות לבחירה כאמור, בכפוף לכך שההטבה תיחשב, במועד ההענקה, כהכנסה פירותית⁷⁸⁸. מגוון האפשרויות יאפשר לחברות השונות לבחור את המסלול הנוח להן ולעובדיהן וייתן תמריץ בעיקר לתעשיית ההיי-טק, שבה נהוג לתמרץ עובדים בדרך הנפקת מניות.

כפי שיפורט להלן סעיף 102 החדש מרחיב את מעגל החברות הנכללות בהגדרה "חברה מעבידה"⁷⁸⁹

יצוין כי בהתאם להוראת סעיף 102(z) לפקודה, משבחרה החברה במסלול פלוני, לדוג' עם מינוי נאמן, לא תוכל לחזור בה במשך תקופה של שנה מתום שנת ההקצאה המקורית. הווה אומר, החברה תהיה כבולה ל"בחירה" שבחרה בעבר באחד המסלולים, לתקופה העשויה להגיע עד שנתיים ימים. כפי שיפורט להלן, מניתוח סעיף 102 ניתן להסיק כי הוראות ה"כבילה" יחולו רק מקום בו נבחר מסלול הקצאה באמצעות נאמן.

17.11 הרפורמה: הקצאה ללא נאמן

17.11.1 מניות סחירות החל ב- 1.1.03

הכנסתו של עובד מהקצאת מניות או אופציות למניות (להלן: "הקצאת מניות" או "הקצאה") הנסחרות בבורסה בישראל ו/או בחו"ל, שאינה הקצאה באמצעות נאמן, תחויב במס בישראל במועד ההקצאה, כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) או כהכנסה מעסקה או משלח-יד לפי סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה, לפי העניין⁷⁹⁰. שיעור המס שיחול בישראל עשוי להגיע ל-60% (כולל מס בריאות וביטוח לאומי), בהתאם לגובה מדרגת המס השולי של הנישום⁷⁹¹. ראוי לתת את הדעת לכך, שעצם הקביעה כי המדובר באירוע מס, אין משמעותה בהכרח כי לעובד נצמח רווח החייב במס מהקצאת האופציות. לשם כך יש לכמת את גובה ההטבה - היינו, שווי השוק של האופציה במועד ההקצאה.

⁷⁸⁸ ראו סעיף 102(ב) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁷⁸⁹ ראו הגדרת "חברה מעבידה" בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁷⁹⁰ ראו סעיף 102(ג)(1) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁷⁹¹ ראו לעיל, הערה 726.

במועד המימוש, קרי - מועד מכירת המניה או המרת האופציה, תחויב ההכנסה כרווח הון לפי חלקה לפקודת מס הכנסה או כהכנסה מיוחדת משוק ההון לפי חלקה 3 לפקודה, לפי העניין⁷⁹². שיעור המס שיחול במועד המימוש יהיה כדלקמן:

(א) 15% - על מכירת ני"ע הנסחר בבורסה בישראל, לרבות ני"ע של חברה הנסחרת בחו"ל שביצעה רישום כפול גם בישראל⁷⁹³.

(ב) 35% - על ני"ע זר שנמכר לפני שנת המס 2007⁷⁹⁴.

(ג) ני"ע זר שנמכר לאחר שנת המס 2007 - על חלק רווח ההון הריאלי שעד יום המעבר - 35%, ועל יתרת רווח ההון הריאלי - 15% (באופן ליניארי)⁷⁹⁵.

17.11.2 מניות לא סחירות החל ב- 1.1.03

בשונה מכך, אם מדובר בהקצאה ללא נאמן של זכות, שאינה רשומה למסחר בבורסה בישראל או מחוץ לישראל לרכישת מניה, ההכנסה לא תחויב במס במועד ההקצאה אלא במועד המימוש⁷⁹⁶. במועד זה, היא תחויב במס כהכנסה לפי סעיף 102(1) או 102(2), לפי העניין⁷⁹⁷, ויחול השיעור הרגיל שעשוי כאמור להגיע לכ-60% (כולל מס בריאות וביטוח לאומי)⁷⁹⁸.

⁷⁹² ראו סעיף 102(ג)(1) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁷⁹³ ראו סעיף 105יב לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁷⁹⁴ ראו סעיף 105יג(ד)(1) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁷⁹⁵ שם, שם.

⁷⁹⁶ ראו סעיף 102(ג)(2) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁷⁹⁷ שם, שם.

⁷⁹⁸ ראו לעיל, הערה 726.

17.11.3 שלילת הזכות לפריסת מס

סעיף 3(ט)2 לפקודת מס הכנסה מאפשר כיום לפרוס את המס בחלקים שווים, שמספרם כמספר השנים שמיום הקצאת הזכות ועד למימושה לפי בקשת העובד, אך לא יותר מ-6 שנים. על-ידי פריסת המס ניתן להביא לשיעורים נמוכים יותר בשנת המס. ואולם, נקבע כי הוראות סעיף זה לא יחולו על הקצאת מניות לעובדים ב"חברה מעבידה", לרבות על התחייבות להקצאה כאמור⁷⁹⁹.

"חברה מעבידה" מוגדרת כאחת מאלה⁸⁰⁰:

- (א) מעביד שהוא חברה תושבת ישראל או חברה תושבת חוץ שיש לה מפעל קבע או מרכז מחקר ופיתוח, בישראל, אם אישר זאת נציב;
- (ב) חברה שהיא בעלת שליטה במעביד או שהמעביד בעל שליטה בה;
- (ג) חברה שאותו אדם הוא בעל שליטה במעביד ובה."

לאור הוראות הסעיף, אפוא, לא ניתן יהיה לדרוש פריסה של המס, ומדרגת המס תחושב בהתאם למלוא ההכנסה במועד ההקצאה ו/או במועד המימוש של המניות, לפי העניין.

17.11.4 ניכוי ההטבה בידי המעביד

בהקצאת מניות או אופציה למניה הרשומה למסחר בבורסה בישראל או מחוץ לישראל, שאינה הקצאה באמצעות נאמן, תותר בניכוי, לחברה המעבידה שבה עובד מקבל המניות, הוצאת שכר בשל ההקצאה⁸⁰¹.

גובה ההוצאה ייקבע לפי הנמוך מבין אלה⁸⁰²:

⁷⁹⁹ ראו סעיף 102(ה) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.
⁸⁰⁰ הגדרת "חברה מעבידה" בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.
⁸⁰¹ ראו סעיף 102(ד)1 לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

(א) הכנסת העובד לפי סעיף 2(1) או (2) לפקודה; או -

(ב) סכומי ההשתתפות שבהם חויבה החברה בשל התחייבותה לחברה המעבידה המקצה.

במילים אחרות, כאשר הוקצו לעובדים מניות בחברה הקשורה לחברה המעבידה, לא תותר הוצאה העולה על הסכום שבו שיפתה החברה המעבידה את החברה המקצה, על-אף שהכנסת העובד עולה על סכום זה. הניכוי יוכר בשנת המס שבה נוכה המס בשל הכנסת העובד והועבר לפקיד השומה⁸⁰³. לעומת זאת, בהקצאת מניות או אופציה למניה, שאינה רשומה למסחר בבורסה בישראל או מחוץ לישראל, לא יותרו בניכוי לחברה המעבידה הוצאות שכר בשל ההקצאה⁸⁰⁴.

17.12 הקצאה באמצעות נאמן - בחירה בין "מסלול הוני" לבין

"מסלול פירותי"

17.12.1 שלושה תנאים ראשוניים

סוג ההקצאה השני הוא הקצאה באמצעות נאמן. בשונה מהקצאה ללא נאמן, הכנסתו של עובד מהקצאת מניות, בחברה מעבידה באמצעות נאמן, לא תחויב במס בישראל בעת ההקצאה אלא במועד המימוש⁸⁰⁵.

⁸⁰² ש.ס, ש.ס.

⁸⁰³ ש.ס, ש.ס.

⁸⁰⁴ ש.ס, ש.ס.

⁸⁰⁵ ראו סעיף 102(ב) רישא לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

(שהוא מועד העברת המניות מהנאמן לעובד או מועד מכר המניות על-ידי הנאמן, לפי המוקדם⁸⁰⁶), ובלבד שיתקיימו התנאים הבאים⁸⁰⁷:

- (1) המניות, לרבות כל זכות המוקנית מכוחן, הופקדו במועד ההקצאה בידי נאמן עד לתום התקופה⁸⁰⁸;
- (2) החברה הודיעה לפקיד השומה על בחירתה במסגרת בקשתה לאישור התכנית, שהוגשה 30 ימים לפחות לפני מועד ההקצאה;
- (3) תכנית ההקצאה והנאמן אושרו על-ידי פקיד השומה. היה ופקיד השומה לא השיב בתוך 90 ימים מיום קבלת ההודעה, יראו את תכנית ההקצאה או את הנאמן לפי העניין, כמאושרים.

17.12.2 אי-תחולה על "בעלי שליטה"

סוג הקצאה זה חל רק על הקצאה מניות לעובד שאינו "בעל שליטה" בחברה, במועד ההקצאה או בעקבותיה⁸⁰⁹. "בעל שליטה" הוגדר בסעיף 932(9) לפקודה כמי 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 לרוכשן;
- (ג) בזכות לקבל 10% לפחות מהרווחים;
- (ד) בזכות למנות מנהל.

⁸⁰⁶ ראו הגדרת מועד מימוש בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל, וכן דיונונו בנושא שווי הטבה ומועד המימוש להלן, פסקה 17.14.1.

⁸⁰⁷ ראו הגדרת "הקצאת מניות באמצעות נאמן" בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸⁰⁸ ראו לעיל, הערה 787.

⁸⁰⁹ ראו הגדרת "עובד" בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

אשר על-כן, הכנסתו של עובד שהינו "בעל שליטה" בחברה המעבידה מהקצאת מניות בה, תחויב במס בישראל בהתאם לסעיף 3(ט) לפקודה. ברם, לדעתנו, מאחר שסעיף 102 קובע כי סעיף 3(ט) לא יחול על הקצאת אופציות לעובדים, הרי שהכנסת בעל שליטה ממימוש האופציות תסווג כהכנסה לפי סעיף 2(4) לפקודה (בהתאם לחלופה השלישית אשר בסעיף 3(ט)), היינו כהכנסה מדיבידנד ולא כהכנסת עבודה⁸¹⁰. כמו כן ניתן יהיה לפרוס את המס בחלקים שווים, שמספרם כמספר השנים שמיום הקצאת הזכות ועד למימושה לפי בקשת בעל השליטה, אך לכל היותר - עד 6 שנים⁸¹¹.

יש לציין עוד לעניין זה כי הגדרת בעל שליטה לצורך סעיף 3(ט) שונה מההגדרה לצורך סעיף 102, ודי בשליטה של 5% בכדי להיחשב בעל שליטה לצורך סעיף 3(ט). עם זאת, איננו רואים משמעות רבה להבדל זה, מאחר שדומה כי כל בעלי השליטה לצורך סעיף 102 ייחשבו כבעלי שליטה גם לצורך סעיף 3(ט).

17.13 שני מסלולי מיסוי - הכנסת עבודה או רווח הון

לגבי הקצאת אופציות למניות, באמצעות נאמן לעובד שאינו "בעל שליטה", הרי שהחברה המעבידה תוכל לבחור בין שני מסלולי מיסוי: מסלול הכנסת עבודה או מסלול רווח הון⁸¹². בחירה זו חלה על כל עובד כאמור אשר הוקצו לו המניות, ועל כל הקצאת מניות שבוצעה בשנה שלאחר תום השנה שבה הייתה ההקצאה הראשונה ואילך, כל עוד לא בחרה החברה אחרת⁸¹³. החברה המעבידה אינה רשאית לבחור אחרת, אלא אם כן חלפה שנה לפחות מתום השנה שבה הייתה ההקצאה הראשונה שנעשתה לאחר הבחירה הקודמת⁸¹⁴. ככלל יצוין כי "המסלול ההוני" יאפשר לעובדים בעלי האופציות ליהנות משיעור מס של 25%, אך מנגד לא תותר הוצאה לחברה. "המסלול הפירותי" יטיל מס בשיעור מלא על העובדים ומנגד תותר הוצאה לחברה. לפי

⁸¹⁰ ראו ציטוט סעיף 3(ט) לעיל, בהערה 763, וכך דיוונו בנושא "מסלול 3(ט)" לעיל, פסקה 17.9.

⁸¹¹ שם, שם.

⁸¹² ראו הגדרת בחירה בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸¹³ ראו סעיף 102(ז) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸¹⁴ שם, שם.

העמדה הרווחת במוסד לביטוח לאומי, על-פי שני המסלולים תחול חובת תשלום דמי ביטוח לאומי ומס בריאות. בעבר חובה זו חלה רק על אופציות לפי מסלול 3(ט), לא לפי מסלול 102.

17.14 מסלול הכנסת עבודה

אם בחרה החברה המעבידה במסלול הכנסת עבודה, הכנסתו של העובד תיחשב כהכנסה לפי סעיף 2(1) או 2(2), לפי העניין, בסכום "שווי ההטבה"⁸¹⁵ ואירוע המס יחול במועד המימוש⁸¹⁶. שיעור המס שיחול על "שווי ההטבה" עשוי להגיע כאמור ל-60% (כולל מס בריאות וביטוח לאומי), הכל לפי מדרגת המס השולי של העובד שבו מדובר⁸¹⁷. במסלול זה, יש להפקיד את המניות אצל נאמן במשך תקופה של 12 חודשים לפחות מתום שנת המס שבה הוקצו המניות⁸¹⁸. החברה המעבידה תהא זכאית לנכות את הוצאת השכר בשל ההקצאה, במועדים ובשיעורים שפורטו לעיל⁸¹⁹.

17.14.1 "שווי ההטבה" ו"מועד המימוש"

המונח "שווי ההטבה" הוגדר כתמורה או השווי ב"מועד המימוש", בניכוי הוצאות שהוציא העובד ברכישת המניה כשהן מתואמות מיום ההוצאה ועד למועד המימוש, וכן הוצאות שהוציא העובד בשל המכירה⁸²⁰. לגבי הקצאת מניות באמצעות נאמן, הוגדר "מועד מימוש" כמועד העברת המניה מהנאמן לעובד או מועד מכירת המניה על-ידי הנאמן, לפי המוקדם מביניהם⁸²¹.

⁸¹⁵ ראו הגדרת שווי ההטבה בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל, וכן דיונונו להלן במונח זה.

⁸¹⁶ ראו סעיף 102(ב) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸¹⁷ ראו לעיל, הערה 726.

⁸¹⁸ ראו חלופה ראשונה להגדרה "תום התקופה" בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸¹⁹ ראו סעיף 102(ד) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל וכן דיונונו לעיל בנושא זיכוי למעביד.

⁸²⁰ ראו הגדרת שווי ההטבה בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸²¹ ראו חלופה ראשונה להגדרת מועד מימוש בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

לפי ההגדרות הנ"ל, של "שווי הטבה" ו"מועד המימוש", יוצא כי גם עליית הערך של המניה שנוצרה לאחר תום תקופת ה-Vesting תמוסה כהכנסת עבודה בשיעורים הרגילים. ניתן להפחית את שיעור המס על עליית ערך זו לשיעור של בין 15%-35% בלבד, לפי סוג נייר הערך. אלא מאי? שהדבר כרוך בסיכון רב! נסביר: עם תום תקופת ה-Vesting, יכול העובד להמיר את האופציות למניות או לבקש לקבלם מהנאמן. בשלב זה, יחול עליו אירוע מס רעיוני, לפיו שווי הטבה תמוסה כהכנסת עבודה לפי שיעורי המס הרגילים - עד כ-60%⁸²²; ואילו עליית הערך מכאן ואילך תמוסה כרווח הון. שיעור המס שיחול על רווח ההון יהא⁸²³:

(א) 15% - על מכירת ני"ע הנסחר בבורסה בישראל, לרבות ני"ע של חברה הנסחרת בחו"ל וביצעה רישום כפול גם בישראל⁸²⁴.

(ב) 35% - על ני"ע זר שנמכר לפני שנת המס 2007⁸²⁵.

(ג) ני"ע זר שנמכר לאחר שנת המס 2007 - על חלק רווח ההון הריאלי שעד יום המעבר - 35%, ועל יתרת רווח ההון הריאלי - 15% (באופן ליניארי)⁸²⁶.

אם מדובר בנייר ערך זר, יחול על עליית הערך האמורה שיעור של 35% עד שנת המס 2007. ואם מדובר בני"ע זר שהוקצה לאחר מכן, או בני"ע של חברה הנסחרת בבורסה בישראל או בני"ע של חברה הנסחרת בחו"ל, וביצעה רישום כפול והיא נסחרת גם בישראל - יחול שיעור של 15% בלבד⁸²⁷.

אולם תכנון מס זה סיכון בצידו, שהרי אם שווי המניה ירד בהמשך אל מתחת לשווייה ב"מועד המימוש", העובד ימצא את עצמו חב במס על הכנסה שבפועל אין לו. במצב כזה, רשויות המס לא יסכימו לתקן את השומה לפי השווי האחרון.

⁸²² ראו סעיף 102(ב)(1) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸²³ ראו לעניין זה גם ד"ר א' אלטר והלנה בן-ברוך (לעיל, הערה 26), פרק 2, מיסוי רווחי הון מניירות ערך סחירים.

⁸²⁴ ראו סעיף 105יב לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁸²⁵ ראו סעיף 105יג(ד)(1) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁸²⁶ שם, שם.

⁸²⁷ שם, שם.

17.14.2 דוגמה

נמחיש את הדברים באמצעות דוגמה:

- ביום 1.1.03 עובד ישראלי קיבל באמצעות נאמן 1000 אופציות למניות בחברת האם.
- החברה המעבידה בחרה במסלול הכנסת עבודה, על מנת שהיא תהא זכאית לנכות את ההטבה כהוצאה.
- חברת האם נסחרת בארה"ב בלבד, כך שמניותיה הינן בגדר נייר ערך זר.
- מחיר המימוש הוא \$10 למניה.
- האופציות ניתנות למימוש (היינו - סוף תקופת Vesting) ביום 1.1.05.
- במועד זה מחליט העובד לממשן על-ידי המרתן למניות.
- שווי המניה בזמן המימוש הינו \$100.
- במועד זה חל על העובד אירוע מס רעיוני על שווי ההטבה בסך \$90,000 = 1000 אופציות כפול \$90 (סך שווי ההטבה הינו המחיר בפועל פחות מחיר המימוש כפול מספר האופציות $(100-10) * 1000$).
- סך זה חב במס רעיוני בשיעור שולי מירבי של 60% (כולל מס בריאות וביטוח לאומי)⁸²⁸.
- לאחר מועד המימוש שווי המניה צונח ל-\$15, ומתייצב לפי שווי זה והעובד מוכר את המניות.
- יוצא כי הרווח הכולל של העובד בפועל הינו רק \$5,000 = 1000 כפול \$5 (\$15-\$10). ואולם, העובד חויב במס לפי בסיס של \$90,000 כאמור לעיל, ועוד בשיעור רגיל.

⁸²⁸ ראו לעיל, הערה 726.

- אומנם העובד יהא זכאי לקזז את הפסד ההון שנוצר לו, אך בכללה אפשרות זו אינה רלוונטית, חסרת ערך ממשי ולכן יורדת מהפרק.

17.15 מסלול רווח הון

17.15.1 מניות לא נסחרות - רווח הון

אם החברה המעבידה בחרה במסלול רווח הון, והנאמן החזיק במניות עד לפחות תום התקופה של 24 חודשים מתום שנת המס שבה הוקצו המניות והופקדו בידי הנאמן, יראו את הכנסתו של העובד כרווח הון בסכום שווי ההטבה, והוא יחויב עליו במס במועד המימוש בשיעור של 25%. שיעור זה יחול ללא קשר לסוג ני"ע, זר או שאינו זר⁸²⁹.

⁸²⁹ ראו סעיף 102(ב)(2) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

17.15.2 ניכוי ההטבה בידי המעביד

חברה מעבידה, שבחרה במסלול רווח הון, לא תהא זכאית לנכות את הוצאות השכר בשל ההקצאה, גם אם נמכרה המניה לפני שחלפו 24 חודשים מיום ההפקדה בידי נאמן, וראו בהכנסתו של העובד כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(1) או (2) לפקודה⁸³⁰.

17.15.3 מניות נסחרות - פיצול לשני חלקים: חלק פירותי וחלק הוני

ואולם, אם הייתה המניה המוקצית מניה הרשומה למסחר בבורסה בישראל או מחוץ לישראל, או מניה בחברה שמניותיה נרשמו למסחר בתוך 90 ימים ממועד ההקצאה, לא יראו את כל סכום שווי ההטבה כרווח הון⁸³¹. במצב כזה, ההכנסה תחויב במועד המימוש אך הסכום יפוצל לשני חלקים, חלק פירותי וחלק הוני⁸³²:

(א) חלק פירותי

חלק שווי ההטבה, בגובה ממוצע שוויון של מניות החברה בבורסה בתום 30 ימי המסחר שקדמו להקצאה, או בתום 30 ימי המסחר שלאחר הרישום למסחר, כאמור, לפי העניין, בניכוי ההוצאות, ייחשב כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1) או (2) לפי העניין ויחולו עליו שיעורי המס הרגילים⁸³³. בכך מנסה המחוקק למסות את ההטבה שנצברה ביום ההקצאה עצמו כהכנסה החייבת בשיעורי מס רגילים.

⁸³⁰ ראו סעיף 102(ד)2 לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸³¹ ראו סעיף 102(ד)3 לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸³² שם, שם.

⁸³³ שם, שם.

(ב) חלק הוני

יתרת שווי ההטבה תיחשב כרווח הון החייב במס בשיעור של 25%, ללא קשר לסוג ני"ע (זר או לא), ובלבד שהסכום שנקבע כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1) או 2(2) כאמור לעיל, לא עלה על שווי ההטבה במועד המימוש⁸³⁴.

17.15.4 תיאום הוצאות

לעניין תיאום ההוצאות שהוציא עובד ברכישת המניה המוקצית (עלות מימוש), הוצאות אלה יוכפלו במדד יום ההקצאה או יום הרישום למסחר, לפי העניין, ויחולקו במדד יום ההוצאה, והכל יתואם מיום ההקצאה או הרישום, לפי העניין, ועד למועד המימוש⁸³⁵.

17.15.5 מימוש בטרם חלוף "תום התקופה"

בכל מקרה, אם מועד המימוש חל לפני "תום התקופה"⁸³⁶, יראו את הכנסתו של העובד, כולה, כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1) או 2(2), לפי העניין, והיא תחוב בשיעורי מס רגילים⁸³⁷.

17.15.6 ניכוי ההטבה בידי המעביד

היה ובמועד ההקצאה היו מניות החברה נסחרות בבורסה כאמור לעיל, והחברה בחרה במסלול ההוני, היא תהא זכאית לנכות כהוצאה את חלק ההטבה הגלום בזכות שהוענקה במועד הענקתה, ובלבד ששווי ההטבה לא יעלה על סך כל שווי ההטבה במועד המכירה⁸³⁸.

⁸³⁴ שם, שם.

⁸³⁵ שם, שם.

⁸³⁶ ראו לעיל, הערה 787.

⁸³⁷ ראו סעיף 102(ב)(4) לפקודה (לאחר תיקון 134) המצוטט לעיל.

17.16 סיכום - מיסוי אופציות

לאור ההבדל בין המסלולים השונים שתואר לעיל בכלל, ובנושא הכרת שווי ההטבה לחברה המעניקה כהוצאה מוכרת בפרט, הרי שההסדר החדש למיסוי אופציות לעובדים יוביל בהכרח לניגודי אינטרסים בין החברה המעניקה לעובדיה, שכן לעיתים יהיה שוני בין השיקולים המנחים את החברה בבחירת המסלול לבין שיקולי העובד בכדאיות המסלול הנבחר.

ה"חברה המעבידה" היא הבוחרת בין המסלולים השונים⁸³⁹. בהתאם לסעיף 102(ד) לפקודה, תותר בניכוי הוצאת שכר לחברה המעבידה רק במסלול פירותי עם נאמן. במסלול הוני עם נאמן למניות רשומות למסחר תותר בניכוי רק הטבת השכר. במסלול ללא נאמן, למניות רשומות למסחר, תותר רק הטבת השכר בניכוי. החברה תעדיף לבחור באחד ממסלולים אלה בלא מסלול פירותי של מניות פרטיות ללא נאמן או במסלול הוני. לפי כל אחד מהם הוצאת השכר תוכר בניכוי.

שיקולי החברה יותוו בדרך כלל על-פי עיקרון טובת החברה. בכללם, התרת ההוצאה בגובה מרכיב ההטבה לעובדים. גם חיסכון בעלויות דמי ביטוח לאומי החל על המעביד, חיסכון בעלויות נאמן, ופשטות מנגנון גביית המס במקור מהעובדים. שיקולים אלה ואחרים ינחו את החברה לבחור באחד משלושת המסלולים המתירים ההוצאה בניכוי.

לעומת זאת, שיקולי העובד יונחו בעיקרם מתוך רצון להפחתת נטל המס הסופי שיחול על מרכיב ההטבה בידו (הן עלויות מס הכנסה והן עלויות ביטוח לאומי). תקופת חסימה מינימלית (12 חודשים במסלול הכנסת עבודה ו-24 חודשים במסלול רווח הון). אי חבות בהגשת דיווחים שנתיים לשלטונות המס בישראל⁸⁴⁰.

ניגוד אינטרסים זה מעורר שאלות אתיקה חריפות. שכן, אין לשכוח כי בתעשיית ההיי-טק המשאב האנושי הינו המרכזי מבין כל המשאבים שעומדים לרשות התעשייה. עוד אין לשכוח כי עסקינן ביחסי עובד מעביד

⁸³⁸ ראו סעיף 102(ד)(1) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

⁸³⁹ ראו הגדרת בחירה בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132).

⁸⁴⁰ ראו אבי נוימן ויגאל רופא, "המדריך החדש למיסוי אופציות: חלק א'", www.themarket.com.

ולא בצדדים יריבים. על-כן, בחירת מסלול ההקצאה בידי החברה המעבידה תצריך שימוע עובדים ותיעשה לאור לקיחת כל השיקולים בחשבון, לרבות שיקולי המס של העובד.

חשיבות הבחירה במסלול ההקצאה בשלב הראשוני מתחדדת לאור הוראת ה"כבילה" בבחירת מסלול ההקצאה בסעיף 102 החדש⁸⁴¹. לפי הוראה זו, לאחר שבחר המעביד במסלול ההקצאה, יחייב מסלול זה את החברה. היא לא תהיה רשאית לשנות את בחירתה במסלול ההקצאה, אלא בחלוף שנה מתום שנת המס של ההקצאה שנבחרה לראשונה. במהלך תקופה זו העובד ימוסה, בהתאמה, על-פי משטר המס החל על אותו מסלול. עיון מדוקדק בהגדרת "בחירה" המופיעה בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) מראה כי הוראות ה"כבילה" יחולו רק מקום בו נבחר מסלול הקצאה באמצעות נאמן. אין כל מניעה לבחור בהקצאה חופפת באותו זמן, כאשר מדובר במסלול אופציות ללא נאמן. נושא זה מהווה תכנון מס הראוי לדיון נפרד.

הגדרת "בחירה" בסעיף 102(א) לפקודה (לאחר תיקון 132) קובעת כדלקמן:

"בחירה" - בחירה של חברה מעבידה באחד משני מסלולי מיסוי להקצאת מניות

לעובדים באמצעות נאמן, מסלול הכנסת עבודה או מסלול רווח הון;

רק בחירה בין המסלול הפירותי למסלול ההוני בהקצאה עם נאמן מחייבת "כבילה" ל- 24 חודש. אין כל מניעה להקצות אופציות לאותו עובד במסלול נאמן (תוך בחירת המעביד לגבי מסלול פירותי או הוני) ובמסלול נוסף, שני, ללא נאמן.

נקודה אחרונה שראוי להקדיש לה תשומת לב הינה הוראת המעבר שנקבעה בסעיף 90(ט) לתיקון 132. כאמור לעיל, בהתאם לסעיף 89(ח) לתיקון 132, סעיף 102 החדש יחול רק על הקצאת מניות מיום הראשון לינואר 2003 ואילך (היום הקובע). הוראת סעיף 90(ט) לתיקון 132 קובעת כדלקמן:

"הוקצו מניות לעובדים לפני יום התחילה, לפי הוראות סעיף 102

לפקודה, כנוסחו ערב תחילתו של חוק זה, או חלות על הקצאה כאמור

⁸⁴¹ ראו סעיף 102(ז) לפקודה (לאחר תיקון 132) המצוטט לעיל.

הוראות סעיף 91(ב) לפקודה, לא יחול, לעניין הפחתת שיעורי המס, סעיף**91 לפקודה, כנוסחו בסעיף 28 לחוק זה. "**

סעיף 91(ב) לפקודה (לאחר תיקון 132) קובע כי שיעור המס המוטל על רווח הון ריאלי, שנצמח בידי יחיד, היה בשיעור מירבי של 25%. כידוע לפני תיקון 132 נע שיעור מס רווח ההון על הרווח הריאלי בין 30% ל-50% לפי מדרגת המס השולי של הנישום, כאשר ברוב המקרים שיעור המס על רווח ההון הגיע ל-50%. לפי הוראת המעבר הקבועה בסעיף 90(ט) לא יחול שיעור מס רווח ההון המופחת האמור על רווח הקצאת אופציות לעובדים, בין אם במסלול 90(ט) ובין אם במסלול 102 הישן לפני היום הקובע.

להלן טבלה מסכמת של חלופות המיסוי לאור סעיף 102 החדש בצירוף הערות:

17.17 טבלת הקצאת אופציות ומניות במסלול סעיף 102 - ניתוח

הדין ערב התיקון אל מול הדין לאחר הרפורמה⁸⁴²

הדין לאחר הרפורמה				הדין ערב הרפורמה	
מסלול ללא מינוי נאמן		מסלול הכולל מינוי נאמן		מסלול 102 / ליד 102	הקריטריון
מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות	מסלול הוני (1)			
		מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות	מסלול פירותי (2)	
עובדים שאינם בעלי שליטה (לרבות נושאי משרה)		עובדים שאינם בעלי שליטה (לרבות נושאי משרה)		עובדים שאינם בעלי שליטה	זהות מקבלי האופציה
במועד מכירת המניה	במועד ההקצאה ובמועד מכירת המניה	מועד מכירת המניות או מועד העברתן מהנאמן לעובד ("מועד המימוש")		מועד מכירת המניות או מועד העברתן מהנאמן לעובד ("מועד המימוש")	מועד אירוע המס
הכנסת עבודה במועד מכירת המניה	במועד ההקצאה - הכנסת עבודה במועד מכירת המניה - רווח הון	מימוש לפני תום "תקופת החסימה" - הכנסת עבודה עד מועד המימוש	מרכיב ההטבה עד מועד ההקצאה - הכנסת עבודה ⁸⁴³ מרכיב ההטבה ממועד ההקצאה ועד למועד המימוש: <ul style="list-style-type: none"> אם המימוש בוצע לפני תום 	מסלול 102 - רווח הון ליד 102 - בדרך כלל הכנסת עבודה על-פי אישורי נציבות מס הכנסה	סיווג ההכנסה בידי העובד

⁸⁴² להלן הסברים לכותרות הטבלה:

(1) הוני - בתנאי שחלפו 24 חודשים מתום שנת המס שבה הוקצו המניות והופקדו אצל הנאמן.

(2) פירותי - (1) או (2), בהתאם לעניין.

(3) מניה נסחרת - או מניה שנרשמה למסחר בתוך 90 יום מיום ההקצאה.

⁸⁴³ במרבית המקרים תוספת המימוש או עלות המניה תהיה זהה לשווי המניה במועד ההקצאה, כך שלא תקום כל הטבה במועד זה.

הדין לאחר הרפורמה					הדין ערב הרפורמה	
מסלול ללא מינוי נאמן		מסלול הכולל מינוי נאמן			מסלול 102 / ליד 102	הקריטריון
מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות	מסלול הוני (1)		מסלול פירותי (2)		
		מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות			
			תקופת החסימה - הכנסת עבודה. • אם המימוש בוצע לאחר "תקופת החסימה" - רווח הון.			
"חברה מעבידה"		"חברה מעבידה"		"חברה מעבידה"	מסלול 102 - מעביד ישיר דמוי 102 - מעביד הינו חברה קשורה	זהות המעביד
לא קיימת תקופת חסימה		24 חודשים מתום שנת המס של ההקצאה (החסימה עשויה להיות בפועל עד 3 שנות מס רצופות)		12 חודשים מתום שנת המס של ההקצאה	24 חודשים	תקופת חסימה מינימלית (vesting)

הדין לאחר הרפורמה				הדין ערב הרפורמה	הקריטריון
מסלול ללא מינוי נאמן		מסלול הכולל מינוי נאמן		מסלול 102 / ליד 102	
מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות	(1) מסלול הוני			
		מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות	מסלול (2) פירותי	
מס שולי (50%)	מס שולי (50%) ⁸⁴⁴ או המס החל על רווח הון מניירות ערך נסחרים לפי העניין. ⁸⁴⁵	לגבי ההטבה שתיחשב כרווח הון - 25% לגבי ההטבה שתיחשב כהכנסת עבודה - מס שולי עד 50%. ⁸⁴⁶		מס שולי (50%) ⁸⁴⁷	שיעור המס
קיימת	לגבי הכנסת עבודה - קיימת	רווח הון - לא קיימת הכנסת עבודה - קיימת		קיימת ⁸⁴⁸	חברות בדמי ביטוח לאומי

⁸⁴⁴ שיעור המס השולי המירבי העשוי להגיע עד כ-60% (בתוספת ביטוח לאומי וביטוח בריאות). ראו בעניין זה דיוננו להלן בנושא הוראת שעה בדבר אי ביטול תקרת ההכנסה לעניין חישוב הביטוח הלאומי.

- ⁸⁴⁵
- 15% על מכירת ני"ע הנסחר בבורסה בישראל לרבות ני"ע של החברה הנסחרת בחו"ל וביעלה רישום כפול גם בישראל.
 - ני"ע זר שנמכר לפני שנת המס 2007 - 35%.
 - ני"ע זר שנמכר לאחר שנת המס 2007 - על חלק רווח ההון הריאלי שעד יום המעבר - 35%, ועל יתרת רווח ההון הריאלי - 15% (באופן ליניארי).
 - שיעור המס של 35% אמור לחול גם על המניות הישראליות הנסחרות בחו"ל, שמרביתן היו עד כה פטורות ממס. ואולם, סעיף 105יא במסגרת חלק ה3 לפקודה, מסמיך את שר האוצר להתקין תקנות המוציאות את ניירות הערך הישראליים מכלל הגדרה של ניירות ערך זרים. עקב כך עשוי להיווצר מצב שבו יופחת נטל המס על מניות של חברות ישראליות שנחשבו עד להנהגת הרפורמה ל"זרות", כמו אמדוקס, קומברס, מרקורי ואחרות. המס על רווחי ההון ממניות אלה, כמו מהמניות הישראליות האחרות יעמוד על 15% בלבד.

⁸⁴⁶ ראו לעיל, הערה 844.

⁸⁴⁷ שם, שם.

⁸⁴⁸ בהוראת שעה שתחולתה עד לתום שנת 2003 נקבע כי החבות בביטוח לאומי לא תעלה על סכום ההטבה השווה לחמש פעמים השכר הממוצע במשק (כ-35,000 ש"ח בשנת המס 2002).

⁸⁴⁹ נציין כי לאחרונה המוסד לביטוח לאומי קיבל החלטה לחייב בדמי ביטוח בריאות ולאומי גם אופציות שמתקבלות במסלול 102, כאשר הגישה היא שאף אופציות כאלו מהוות למעשה שכר עבודה. מסופקים אנו אם גישה זו מתיישבת עם לשון החוק.

הדין לאחר הרפורמה					הדין ערב הרפורמה	
מסלול ללא מינוי נאמן		מסלול הכולל מינוי נאמן			מסלול 102 / ליד 102	הקריטריון
מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות	מסלול הוני (1)		מסלול פירותי (2)		
		מניות לא נסחרות	מניות (3) נסחרות			
הקצאת מניות - מותרת הקצאת אופציות - אינה מותרת	מותרת בגובה הכנסת העבודה ⁸⁵⁰	לא מותרת (גם אם ההכנסה חויבה בידי העובד כהכנסת עבודה	מותרת בגובה הכנסת העבודה ⁸⁵¹	מותרת בגובה הכנסת העבודה ⁸⁵²	מסלול 102 - מותרת דמוי 102 - מותרת כל עוד לא נשללה באישור שהונפק	התרת הוצאה למעביד

⁸⁵⁰ ראו להלן, הערה 852.

⁸⁵¹ שם, שם.

⁸⁵² כאשר החברה המעסיקה איננה החברה המקצאה, ההוצאה תותר רק אם נוצר חיוב הוצאות על מרכיב ההטבה (Recharge).

17.18 טבלת הקצאת אופציות במסלול סעיף 3(ט) - ניתוח הדין

הקיים ערב התיקון אל מול הדין לאחר הרפורמה

המטב בעקבות הרפורמה	המטב הנוהג כיום	הקריטריון
בעלי שליטה ונותני שירותים	עובדים, בעלי שליטה ונותני שירותים	זהות מקבלי האופציה
מועד המימוש (פס"ד יאיר דר)	מועד מימוש האופציה (פס"ד יאיר דר)	מועד אירוע מס
הכנסה מ-2(1) - עסק או משלח-יד או 2(4)	הכנסה מ-2(1), 2(2) או 2(4) לפי העניין	סיווג ההכנסה
אינה קיימת	אינה קיימת	תקופת חסימה
בהתאם לשיעור המס, החל על מקבל ההטבה - 25%, 36% או 50% לפי העניין	בהתאם לשיעור המס החל על מקבל ההטבה - 25%, 36% או עד 50% לפי העניין	שיעור המס
בהתאם למעמדו של נותן השירותים או בעל השליטה לעניין ביטוח לאומי (עצמאי / חברה)	קיימת לגבי עובדים ונותן שירותים עצמאי (בשים לב לביטול תקרות הביטוח הלאומי)	חבות ביטוח לאומי
אינה קיימת	אינה קיימת	חובת הודעה לפקיד שומה
מחלוקת עם רשויות המס	מחלוקת עם רשויות המס	הוצאה למעביד
אין חובה	אין חובה	מינוי נאמן

17.19 תקרת הביטוח הלאומי ביחס לאופציות

פרק ב' לחוק לתיקון הפקודה (מס' 132) כולל הוראות שעה מיוחדות. במסגרת פרק זה נקבעה, בין היתר, הוראה לפיה ביטול תקרת הביטוח הלאומי לא יחול על הכנסות המסווגות לסעיף 102 לפקודה (הכנסות הנובעות, כידוע, מאופציות ומניות המוענקות לעובדים). להלן נסביר את משמעות הדברים. סעיף 345 לחוק הביטוח הלאומי⁸⁵³ מחייב בדמי ביטוח את ההכנסות הנופלות לגדר סעיף 102 לפקודה. הסעיף קובע כדלקמן:

" 345 א.

(א) בסעיף זה -

"הכנסה" - הכנסה, שלפי סעיף 102 לפקודת מס הכנסה, רואים אותה כהכנסה לפי פסקאות (1) או (2) בסעיף 2 לפקודה האמורה;

"חייב בתשלום בעד עצמו" - מי שחייב בתשלומי דמי ביטוח לפי הוראות סעיף 342(א);

"מועד חיוב" - המועד שנקבע לחיוב במס לפי הוראות סעיף 102 לפקודת מס הכנסה.

(ב) הכנסה של עובד או של חייב בתשלום בעד עצמו, יראו אותה כהכנסתו של העובד או כהכנסתו של החייב בתשלום בעד עצמו, לפי העניין, במועד החיוב במס שנקבע לפי הוראות סעיף 102 לפקודת מס הכנסה, ולעניין הוראות סעיף 342(א) יהיה מעבידו של העובד מי שהיה מעבידו בעת ההקצאה כמשמעותה בסעיף 102 לפקודת מס הכנסה.

⁸⁵³ חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 205.

- (ג) לעניין הוראות סעיף 344(א), הכנסה שלפי הוראות סעיף קטן (ב) יש לראותה כהכנסתו של העובד, תיווסף להכנסתו החודשית, ולעניין זה יחולו ההוראות שנקבעו לפי סעיפים 352 ו-353.
- (ד) שר העבודה והרווחה רשאי לקבוע תנאים, מועדים, כללים והוראות לעניין תשלום דמי ביטוח לפי סעיף זה.⁸⁵⁴

במסגרת תכנית החירום הכלכלית⁸⁵⁴ בוטלה תקרת השכר, והחל מיולי 2002 עד דצמבר 2003 יש לשלם ביטוח לאומי על מלוא השכר⁸⁵⁵. לכאורה, לאור הוראת השעה המצוטטת לעיל, ביטול התקרה היה עלול לחול גם על אותן הכנסות המסווגות לגדר סעיף 102 לפקודה. אלא, שבנקודה זו בחר המחוקק לסייג את תחולת הוראות תכנית החירום. סעיף 78 לתיקון 132 הוסיף לסעיף 345 האמור את סעיף קטן (ה) אשר נקבע בו כך:

- "(ה) לעניין דמי ביטוח המשתלמים לפי הוראות סעיף זה בעד תקופת הוראת השעה, לא יבוא בחשבון סכום ההכנסה של המבוטח העולה על סכום השווה לחמש פעמים השכר הממוצע בעד כל אחד מהחודשים בתקופת הוראת השעה, לגבי עובד, ולגבי החייב בתשלום בעד עצמו - הסכום האמור כשהוא מוכפל ב- 12 בעד תקופת הוראת השעה."**

עיניכם הרואות, הוספת סעיף קטן (ה) להוראת סעיף 345 לחוק הביטוח הלאומי מביאה לכך, שביטול התקרה לחישוב דמי הביטוח הלאומי לא יחול על הכנסה במסגרת מסלול 102. השכר הממוצע הינו כ- 6,900 ₪ לחודש.

⁸⁵⁴ חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקצוב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), תשס"ב-2002, ס"ח 428.

⁸⁵⁵ ראו לעיל, הערה 726 וכן דיונונו בנושא הכנסת עבודה - המשכורת לעיל, בפסקה 17.3. לעניין ההשלכות של ביטול התקרה, ראו גם ד"ר אברהם אלטר ורו"ח רמי אריה, "מס הביטוח הלאומי והנטו שלך מיולי 2002", **מיסים ומעשים** ספטמבר 2002.