

**הנושא: כיצד יש למסות מימוש אופציות בלתי נסחרות שהוקצו לעובד במסלול ללא
נאמן?**

בבית המשפט המחוזי מרכז - לוד
מס' תיק: ע"מ 30776-06-12
בפני: כב' השופט ד"ר אחיקם סטולר
המערער: הנרי שטרקמן
המשיב: מס הכנסה פקיד השומה נתניה
ניתן ביום: 18.6.15

העובדות:

1. המערער שימש עד ליום 31.12.2009 כמנכ"ל בקבוצת ואוליה איכות הסביבה ישראל: עד לינוי 2008, הועסק כשכיר של חברת ואוליה שירותי איכות הסביבה בע"מ ("החברה הישראלית"), שהינה חברה פרטית ישראלית בבעלות חברה צרפתית בשם Veolia Environment SA ("החברה הצרפתית"), שמניותיה נסחרות בבורסות ניו-יורק ופריז; ואילו מיוני 2008 הועסק על-ידי ואוליה איכות הסביבה ישראל בע"מ, שהינה חברה נכדה של החברה הישראלית.
2. במהלך השנים 2001, 2002 ו-2003 הקצתה החברה הצרפתית למערער אופציות בלתי נסחרות לרכישת מניותיה, ללא נאמן, ואלו מומשו על-ידי המערער בשנת 2007.
3. בדו"חות המס שהגיש המערער לגבי השנים 2001-2003 לא דווח על הכנסה בגין הקצאת האופציות. ואילו בדו"ח לשנת המס 2007 הצהיר המערער על רווח הון ממימוש אופציות ומכירת מניות בסך של כ-3.7 מיליון ש"ח.
4. בחודש מאי 2011 הוצאה למערער שומה במסגרתה שם המשיב את הרווח הנ"ל כהכנסת עבודה החייבת במס שולי.
5. השגת המערער נדחתה ומכאן הערעור לבית המשפט, בגדרו טוען המערער, כי רכיב הכנסת העבודה הגלום באופציות עומד לכל היותר על ההפרש בין שווי המניה (של החברה הצרפתית) במועד הקצאת האופציות לבין מחיר המימוש; וכי מרבית האופציות הוקצו לו בתמורה לתוספת מימוש הגבוהה משווי המניה בבורסה במועד ההקצאה, כך שמלכתחילה ההקצאה לא כללה טובת הנאה כלשהי למערער וממילא לא הופקה על-ידו הכנסת עבודה כלשהי במועד ההקצאה.

נפסק:

1. אין מחלוקת שהאופציות שקיבל המערער הינן בלתי נסחרות, ועל-כן על האופציות שהוקצו למערער בשנים 2001 ו-2002 חלות הוראות סעיף 3(ט) לפקודה, לפיהן מדובר בהכנסת עבודה, כאשר אירוע המס על-פי הלכת **יאיר זר** הינו במועד מימוש האופציות למניות.
2. באשר לאופציות שהוקצו למערער בשנת 2003, הרי שאלו נכללות בגדר הוראות סעיף 102(ג) לפקודת מס הכנסה כנוסחו לאחר תיקון 132, ועל-כן מימושן חייב במס

הכנסה לפי סעיף 2(2) לפקודה, כמתחייב מהוראות סעיף 102(ג) לפקודה. זאת, בניגוד להוראות סעיף 102 כנוסחו לפני תיקון 132.

הערעור נדחה.

פסק דין

בפני ערעור על החלטת המשיב לסווג הכנסה ממכירת מניות כרווח פירוטי ולהשית על המערער מס בשיעורים המפורטים בסעיף 121 לפקודה מס הכנסה (להלן: הפקודה) וזאת לאחר שבדו"ח המס לשנת 2007 הצהיר המערער על ההכנסה כרווח הון.

בקדם משפט הוסכם בין הצדדים על פיצול הדיון וכי במסגרת הסיכומים יתייחסו הצדדים לשאלת מועד אירוע המס בגין מימוש אופציות. ככל שעמדת המשיב תתקבל הרי שהדיון בערעור זה יסתיים. ככל שתתקבל עמדת המערער, הרי שיהא צורך לקבוע את הערעור להגשת חוות דעת כלכלית לעניין השווי בעת ההקצאה וכן לקבוע דיון הוכחות לחקירת מומחים שיוזמנו ע"י הצדדים.

א. להלן הפרטים המוסכמים שאינם שנויים במחלוקת

1. עד ליום 31.12.2009, המערער שימש כמנכ"ל בקבוצת ואוליה איכות הסביבה ישראל.
2. עד ליוני 2008 המערער הועסק כשכיר של חברת ואוליה שירותי איכות הסביבה בע"מ, ח.פ. 512655780 היא חברת בת של חברת Veolia Environment SA (להלן: "החברה הצרפתית"), קונצרן רב-לאומי שבסיסו בצרפת, הועסק בהקמת תשתיות ובפרויקטים הקשורים לנושאי איכות הסביבה. החל מיוני 2008 המערער הועסק על ידי חברת ואוליה איכות הסביבה ישראל בע"מ (ח.פ. 513335752), חברה נכדה לחברת הבת הישראלית שבסיסה בצרפת.
3. מניות החברה הצרפתית נסחרות בבורסות ניו יורק ופאריז.
4. במהלך השנים 2001, 2002 ו-2003 הקצתה החברה הצרפתית למערער אופציות לרכישת מניותיה (להלן: "האופציות"), כדלקמן:

הקצאה	מועד ההקצאה	מספר אופציות	תוספת מימוש	מחיר המניה	אופציות בלתי סחירות
א	8.2.01	1,900	42.00	45.50	הקצאה כפופה לס' 3(ט)
ב	25.1.02	8,000	37.53	38.50	הקצאה כפופה לס' 3(ט)
ג	24.3.03	15,000	22.50	16.03	הקצאה כפופה לס' 102 (ג) ללא נאמן

5. לכל אחת ממנות האופציות שהוקצו למערער נקבעו מועדי הבשלה ופקיעה בהתאם לתנאי תוכנית האופציות של החברה הצרפתית, הכל כמפורט בתוכניות האופציות המצורפות לכתב מוסכמות ופלוגתאות זה כנספחים 1-3, ומהוות חלק בלתי נפרד הימנו.

6. האופציות שהוקצו למערער היו בלתי סחירות.

7. כמו כן, הייתה לגבי האופציות מגבלת עבירות, הכל כמפורט בתוכניות האופציות המצורפות כנספחים 1-3.

8. בדוחות המס של המערער לשנות המס 2001-2003 (השנים שבהן הוקצו למערער האופציות) לא דווח על הכנסה בגין הקצאת האופציות.

9. בדו"ח לשנת המס 2007, הצהיר המערער על רווח הון ממימוש אופציות ומכירת המניות בסך של 3,714,276 ש"ח. הדו"ח שהוגש על ידי המערער מצורף לכתב מוסכמות ופלוגתאות זה כחלק בלתי נפרד הימנו ומסומן 5.

10. ביום 17.5.2011, הוצאה למערער שומה במסגרתה שם המשיב את הרווח הנ"ל כהכנסת עבודה החייבת במס בשיעורים המפורטים בסעיף 121 לפקודה.

11. ביום 15.6.2011, הוגשה ע"י המערער השגה.

12. ביום 22.5.2012 קבע המשיב שומות בצו למערער בהתאם לסעיף 152(ב) לפקודה (העתק הצווים מצורף וסומן כנספח 7).

ב. להלן נקודות המחלוקת בין הצדדים

1. מהו מועד אירוע המס וכיצד תסווג ההכנסה שנוצרה למערער ממימוש האופציות מכירת המניות?

2. האם כטענת המשיב - מועד אירוע המס הפירותי (הכנסת עבודה) חל במועד המימוש בשיעורי מס שולי?

3. או שמא כטענת המערער - קיימים שני אירועי מס : האחד במועד ההקצאה - הכנסת עבודה והשני במועד המימוש - שיעורי מס רווח הון?
4. כפי שהובהר לעיל הצדדים הגיעו להסכמה על פיצול הדיון ולכן הטענות לעניין הערכות שווי אינן נכנסות למסגרת הדיון הנוכחי.

ג. טענות המערער

1. לגישת המערער - האופציות מהוות טובת הנאה בשווה כסף - החייבות במס כהכנסת עבודה - במועד ההקצאה בדומה לכל טובת הנאה אחרת. לגישת המערער, הרווח ממימוש האופציות הוא במהותו רווח הון. לשון החוק והפסיקה תומכים בכל טענות המערער.
2. במקרה שלפנינו, מדובר באופציות למניות של קונצרן Veolia הצרפתי - החברה-האם של החברה שהעסיקה את המערער ולא באופציות למניות של החברה הישראלית שהעסיקה את המערער. החלק היחסי של החברה הישראלית בתוך כלל הקונצרן הצרפתי הוא זניח. לכן, ברור שעליית הערך של האופציות של הקונצרן הצרפתי נגרמה מסיבות חיצוניות ולא מסיבות הקשורות למערער עצמו. הנה כי כן, הרווח ממימוש האופציות לא נבע מעבודת המערער, אלא מגורמים אחרים שאינם קשורים למערער.
3. סעיף 3(ט) לפקודה עוסק במפורש בשאלת הרווח במימוש הזכות - "מימש אדם זכות שקיבל בעבר לרכישת נכס או שירות, ..." - ואילו סעיף 102(ג) לפקודה מדבר על הכנסה מהקצאה של מניות. הבדלי הניסוח הבולטים בין שני הסעיפים מעידים על כך שכוונת המחוקק בסעיף 102 לפקודה - שנחקק לאחר חקיקת סעיף 3(ט) לפקודה - היא לחייב במס אך ורק את ההכנסה הקשורה להקצאת המניות או האופציות ולא את עליית הערך שנצברה בתקופה שממועד ההקצאה ועד למועד המימוש.
4. כאשר רצה המחוקק לחייב במס את מלוא הרווח ממימוש האופציות כהכנסה רגילה, במסגרת מסלול הכנסת העבודה בסעיף 102 לפקודה, ידע היטב לעשות שימוש במונח "שווי ההטבה" שהוגדר במיוחד לשם כך. ראו בעניין נוסח סעיף 102(ב)(1) לפקודה: "בחרה החברה במסלול הכנסת עבודה, יראו את הכנסתו של העובד כהכנסה לפי סעיף 102(1) או 102(2) לפי העניין, בסכום שווי ההטבה". ואולם, סעיף 102(ג)(2) לא עושה שימוש במונח "שווי ההטבה" בנוגע להכנסה החייבת במס במועד המימוש, אלא במונח הכנסה מהקצאה. ניסוח זה מעיד על כך שלא הייתה כוונה למסות את כל הרווח ממימוש כהכנסת עבודה, אלא רק את המרכיב המיוחס לשווי האופציות במועד הקצאתן.
5. בפרשת דר (ע"א 7034/99 פקיד שומה כפר סבא נ' יאיר דר, מיסים יח/3-ה-92), קבע בית המשפט העליון, שבאופן עקרוני, יש לחייב את מקבל האופציות במס במועד ההקצאה וכל עליית ערך בתקופה שלאחר מכן, שייכת למישור ההוני.

החריג לכלל הוא, כאשר לא ניתן לקבוע את שווי ההטבה שקיבל העובד - לדוגמה כאשר מדובר באופציות למניות בחברה פרטית שאינן נסחרות בבורסה. במועד שבו ניתן פסק הדין באותה פרשה, לא הייתה קיימת אפשרות למסחר בבורסה באופציות למניות ספציפיות, ולכן ברור לחלוטין, שהתייחסות בית המשפט בפרשת דר לאופציות סחירות הייתה למעשה לאופציות למניות נסחרות ולא לאופציות הנסחרות בעצמן בבורסה.

6. בפרשת כץ (עמ"ה 1172/02 **כץ חגי נ' פקיד שומה תל אביב 3**, מיסים יט/211-ה-2005). ראו גם עמ"ה 1072/03 **דיאמנט עדי נ' פקיד שומה ת"א 3** מיסים יט/4-ה-169 (2005) (להלן: "**הלכת כץ**"), עמ"ה 1265/01 **לפיד יחזקאל נ' פקיד שומה ת"א 3**, מיסים יט/4-ה-124 (2005) (להלן: "**הלכת לפיד**"); קבע בית המשפט המחוזי במפורש, כי רכיב עליית הערך בתקופה שלאחר ההקצאה, שייך למישור ההוני. פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת כץ מאשר את מסקנת בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לסיווג ההכנסה ממימוש האופציות למישור ההוני. הנה כי כן, ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון קובעת שהכנסה ממכירת מניות שמקורן באופציות שהוקצו לעובד הינה הכנסה הונית.

7. דברים אלה עולים בקנה אחד עם דבריו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין טופז (בל 4961/02 **שרון טופז נ' המוסד לביטוח לאומי** [פורסם בבנו] 01.07.07). בו נקבע, כי מימוש אופציה על ידי עובד יוצר רווח הון ולא הכנסה רגילה ("פירותית").

8. בפרשת *Abbott v. Philbin* (39 TC 82) פסק הדין הסופי של בית הלורדים בעמ' 115 ואילך) נדונה באנגליה שאלה דומה ונקבע על ידי בית הלורדים שהרווח ממימוש האופציות אינו הכנסת עבודה. באותו מקרה התייחס בית הלורדים הן לקושי בהערכת שווי האופציות במועד ההענקה והן לעובדה שהאופציות היו בלתי עבירות ונקבע שאין בשני גורמים אלו כדי לשנות את המסקנה לפיה הרווח ממימוש האופציות אינו הכנסת עבודה.

9. על מנת להבחין בין הכנסה "פירותית" לבין רווח הון, פיתחו בתי המשפט מבחנים שונים: טיב הנכס; תדירות העסקאות; ההיקף הכספי; אופן המימון; תקופת החזקה בנכס; ידע ובקיאיות של הנישום; מנגנון או פעילות קבועה ונמשכת; והשבחה, טיפוח ושיווק. בנוסף למבחנים אלו יש להביא בחשבון גם את "מבחן העל" - מבחן הנסיבות של העסקה.

10. יישום המבחנים המתאימים על נסיבות המקרה שלפנינו מגלה, כי לפנינו פעילות הונית החייבת במס רווח הון: כנקודת מוצא, ניירות ערך מוחזקים כנכס "הוני". התקופה בה החזיק המערער באופציות - כ-5-7 שנים - הייתה ארוכה מאוד בהשוואה לזמן החזקה הרגיל בניירות ערך בפעילות עסקית. מידת בקיאיותו של המערער בתחום ניירות הערך התמצתה למינימום הדרוש במקרה שלפנינו.

11. מיקומו של סעיף 102 בחלק ההוני של הפקודה תומך בטענה לפיה הכלל הוא שהכנסה ממימוש אופציות (לרבות מניות נשוא אופציות) חייבת במס רווח הון.

חיזוק נוסף למסקנה זו מתקבל מעיון בהוראות סעיף 90(ט) לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002, הקובע כי לגבי מניות שהוקצו לעובדים, לפי הוראות סעיף 102 לפקודה לפני תיקון 132, או סעיף 3(ט), לא יחול, לעניין הפחתת שיעורי המס, סעיף 91 לפקודה כנוסחו לאחר תיקון 132 או חלק ה-3 לפקודה כנוסחו לאחר תיקון 132, לפי העניין. מדוע נדרשה הוראת תחולה כזו, המפנה לסעיף 91 העוסק במס על רווח ההון ושיעורו, ושליטת תחולת הפחתת שיעורי המס שבסעיף, אם ההכנסה ממימוש אופציות לפי סעיפים 102 ו-3(ט) אינה, לדעת המחוקק בעלת אופי הוני?

12. מס רווח הון מוטל על הפרש החיובי בין התמורה ממכירת הנכס (המניה במקרה שלפנינו) ובין מחירו המקורי של הנכס. סעיף 88 לפקודה מגדיר את יום הרכישה כ"היום שבו, בדרך כלשהי, הגיע הנכס לידי הנישום או שהנישום נעשה זכאי לו, לפי המוקדם ...". במקרה של מניות שהוקצו כנגד מימוש אופציות, "יום הרכישה" לא יכול להיות יום הנפקת האופציות שמכוחן הוענקו המניות, כיוון שרק לאחר מימוש האופציות זכאי המערער לקבל לידי את המניות. פשיטא, אין לדבר על "זכאות" ל"נכס" - המניות - בטרם מומשו האופציות.

13. על-פי הדין הכללי, הזכות בנכס מתקיימת בהעברתו לידי הזכאי, אם מכוח החזקה או רכישה או מתנה או זכות משפטית אחרת. כידוע, פרשנות דיני המס צריכה לעלות בקנה אחד עם הדין הכללי, אם לא נאמר במפורש אחרת. התוצאה היא, כי כל עוד אין הוראה אחרת, "יום הרכישה" לעניין מס רווח ההון ממכירת המניות נשוא האופציות הוא מועד מימוש האופציות למניות ולא מועד הקצאתן של האופציות.

14. רכיב הכנסת העבודה הגלום באופציות נשוא ערעור זה עומד לכל היותר על הפרש שבין שווי המניה במועד הקצאת האופציות ובין מחיר המימוש של האופציות. מרבית האופציות הוקצו למערער בתמורה לתוספת מימוש הגבוהה משווי המניה של הקונצרן הצרפתי בבורסה במועד ההקצאה, ויתרת האופציות הוקצו למערער בתוספת מימוש הנמוכה ב-1-3 יורו משווי המניה במועד ההקצאה. בנסיבות אלה ההקצאה לא כללה טובת הנאה כלשהי למערער (כיוון שבמועד ההקצאה המערער יכול היה לרכוש את המניות במחיר נמוך יותר במסגרת המסחר בבורסה) ועל כן לא הופקה על ידי המערער הכנסת עבודה כלשהי במועד ההקצאה של אותן אופציות.

15. הכנסת עבודה מהמקור המנוי בסעיף 2(2) חייבת במס בעת קבלתה בין אם מדובר בהכנסה בכסף ובין אם מדובר בהכנסה בשווה כסף. עובד ומעביד הבוחרים לוותר על הקלות המס שבסעיף 102 לפקודה (כך שיחולו עליהם הוראות סעיף 102(ג) לפקודה) מצהירים למעשה שברצונם להתחייב במס בגין האופציות בדומה לכל נכס אחר. בנסיבות אלה, לא אמור להיות כל הבדל בין מקרה שבו המעביד בוחר לשלם לעובדו חלק משכרו על ידי הענקת זכות במקרקעין; על ידי הענקת תכשיט יקר ערך; על ידי הענקת יצירת אומנות; או על ידי הענקת מניות או אופציות. בכל אחד מהמקרים המוזכרים לעיל יש לחייב במס את שווי טובת הנאה במועד ההענקה וכל עליית ערך מעבר לכך חייבת במס במישור ההוני.

16. לשונו של סעיף 102(ג) לפקודה המדברת על "הכנסה מהקצאה" תומכת גם היא בפרשנות המוצעת על ידי המערער. ההבדל בין נוסח סעיף 102(ג) לפקודה לנוסח סעיף 3(ט) לפקודה המדבר במפורש על הרווח במימוש הזכות, והעובדה שהמחוקק בחר במודע שלא לעשות שימוש במונח "שווי ההטבה" במסגרת סעיף 102(ג) (להבדיל מסעיף 102(ב)), מעידים כולם על כך שכוונת המחוקק הייתה לחייב במס כהכנסת עבודה את שווי האופציות במועד הקצאה, וכל עליית ערך מעבר לכך שייכת למישור ההוני.
17. אין להפלות עובד לעומת כל אדם אחר המפיק הכנסה רגילה. כשם שכל נישום אחר, זכאי לרכוש נכס הון ולהתחייב במס רווח הון בגין עליית ערכו של אותו הנכס, כך זכאי גם העובד להחזיק בניירות ערך של המעביד כמשקיע הוני לכל דבר ועניין.
18. גישת המשיב הרואה בכל הרווח שהפיק המערער ממכירת המניות נשוא האופציות הכנסת עבודה מבלי לייחס סכום כלשהו למישור ההוני, מובילה לתוצאת מס בלתי סבירה באופן קיצוני המנוגדת לתכלית החקיקה. גישת המשיב מייחסת למערער הכנסת עבודה דמיונית בסכומי עתק וזאת בניגוד מוחלט לעיקרון מס אמת.
19. שיעור המס החל על רווח ההון ממכירת המניות נשוא האופציות עומד על 20% מאחר שמדובר בנכס שהגיע לידי המערער רק במועד מימוש האופציות - לאחר ה-31 לדצמבר 2002.

ד. טענות המשיב

1. לטענת המשיב, על האופציות (סדרה א'+ב') שהוקצו למערער חלה הוראת סעיף 3(ט) לפקודה, כפי שהוסכם במסגרת מסמך "מוסכמות ופולוגותאות" (סעיף 4) הרי שההקצאות מ-2001 ומ-2002 (הקצאות א'+ב') של אופציות בלתי סחירות, כפופות לסעיף 3(ט) לפקודה.
2. כמו כן, טוען המשיב, כי מקום בו אין המדובר בתוכנית אופציות שחלה עליה הוראת סעיף 102 הישן, אזי חלה הוראת סעיף 2(2) לפקודה הקובעת חבות במס על "השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה שניתנו לעובד ממעבידו... והכל - בין שניתנו בכסף ובין בשווה כסף...". הוראת סעיף 2(2) לפקודה משולבת עם הוראת סעיף 3(ט) לפקודה הקובעת את אופן מיסוין של ההכנסות הנוצרות לנישום ממימוש זכות עתידית לרכישת נכס במחיר הנמוך ממחיר השוק, במסגרת יחסי עובד-מעביד.
3. המשיב מפנה להלכת יאיר דר, במסגרתה נקבע, כי "סעיף 102 הנ"ל [סעיף 102 הישן] יוצר, אפוא, מסלול מיסוי מיוחד מקום שבו הוקצו לעובד אופציות או מניות בחברה בקשר עם יחסי עובד ומעביד...

בצד מסלול זה (להלן: "המסלול המועדף") המשיך להתקיים לגבי הקצאת אופציות לעובדים מסלול המיסוי הרגיל המוסדר, כאמור, בהוראת סעיף 22(2) ובהוראת סעיף 3(ט) לפקודה (להלן: "המסלול הרגיל"). במקרה שלפנינו, לא הופקדו האופציות שהוקצו למשיב בידי נאמן על פי תנאי סעיף 102 לפקודה, ועל כן, יש לבחון את החבות במס החלה על המשיב ואת מועד החיוב החל, על פי המסלול הרגיל. כיוון, שברור כי בענייננו, כפי שהוסכם ונוכח העובדה כי לא נתקיימו בתוכנית האופציות (ביחס לתכניות א' + ב'), מכוחה הוקצו למערער האופציות נשוא הערעור, תנאי סעיף 102 הישן - הרי שעל מיסוי האופציות הללו חלות הוראות סעיף 22(2) וסעיף 3(ט) לפקודה.

4. תיקון 132 לפקודת מס הכנסה, שהוא התיקון החקיקתי המשמעותי בעניין מיסוי אופציות לעובדים, תיקן גם את סעיף 102 הישן, וקבע את הסדר המס לפי סעיף 102 החדש, בנוסחו לאחר תיקון 132, הקובע שני מסלולי מס אפשריים: מסלול הכנסת עבודה, או מסלול רווח הון. סעיף 102 בנוסחו לאחר תיקון 132 לפקודה מתייחס אף הוא, בכל הקשור והמתייחס להקצאת אופציות שלא באמצעות נאמן, לקיומו של אירוע מס במועד ההקצאה (ראה סעיף 102(ג)(1) לפקודה), או לקיומו של אירוע מס במועד המימוש ולא במועד ההקצאה, כאשר מדובר בהכנסה מהקצאת אופציה שאינה רשומה למסחר בבורסה (ראה סעיף 102(ג)(2) לפקודה). יושם אל לב, כי המחוקק הגדיר במפורש את מועד המימוש לגבי הקצאת מניות (לרבות זכויות למניות) שלא באמצעות נאמן כמועד מכירת המניה לרבות מכירת מניה שמקורה בזכות לרכישתה.

5. לשונו של סעיף 3(ט) לפקודה ברורה וקובעת: **"מימש אדם זכות שקיבל בעבר לרכישת נכס... ובעת המימוש היה הפרש בין המחיר המשתלם כרגיל בעד אותו נכס.. לבין המחיר ששילם אותו אדם... יראו את ההפרש - (א) בזכות או בהלוואה שניתנו בקשר ליחסי עובד ומעביד - כהכנסת עבודה."** הנה כי כן, כאשר מקבל אדם זכות לרכישת נכס - כלומר: אופציה לרכישת מניה, במחיר נמוך ממחיר השוק, הרי שסעיף 3(ט) לפקודה קובע כי כאשר האופציה ניתנה במסגרת יחסי עובד מעביד - ימוסה ההפרש בין מחיר השוק למחיר ששולם על ידי העובד - כהכנסת עבודה. דהיינו: המחוקק קבע כי רק בנקודת הזמן בה הנישום יהפוך את הזכות שהוענקה לו לממשית - יתרחש אירוע המס. נדרשת פעולה אקטיבית מהנישום ליצירת אירוע המס.

6. עמדת המשיב היא כי כאשר מדובר באופציות שאינן עבירות, הרי שלא ניתן להשוות את שווי האופציה לשווי המניה הנסחרת בשוק. שכן שווי המניה הנסחרת מגלם גם את יכולת העבירות שלה מיד ליד. ואילו האופציות נשוא הערעור אינן עבירות בשום שלב, כפי שקובעת תוכנית האופציות נסחים 1-3 למוסכמות. במקרה שלנו מוטלת מגבלת עבירות תמידית על האופציות. היינו - המערער אינו רשאי להעביר לאחר את זכותו, קרי: את האופציות שלו. המערער רשאי לנהוג באופציות רק בהתאם להסכם הענקת האופציה - היינו - לממשן בעצמו או שיפקעו.

7. דברים אלו יפים - אחד לאחד - למקרה הנדון כאן. גם בענייננו ישנה הוראת חוק מפורשת - סעיף 3(ט) לפקודה וגם לעניין סעיף 102(א)(2) לפקודה - הקובעת את מועד המימוש כמועד אירוע המס ביחס לאופציות בלתי סחירות; גם בענייננו - מועלית על ידי המערער פרשנות שאינה מגשימה את התכלית החקיקתית ואת האינטרס של המחוקק בפישוט וייעול הליכי גבית המס ודרכי הדיווח עליו; גם בענייננו ברור כי המחוקק העדיף שלא לאמץ את מסקנות ועדת בן בסט וקבע מנגנון מיסוי של אופציות לעובדים המתייחס לאחד משני מועדים לקרות אירוע המס - או מועד ההקצאה או מועד המימוש; פסיקת בתי המשפט הבהירה כי כאשר מדובר באופציות בלתי סחירות הרי שמועד אירוע המס יהא ביום המימוש ולא תידרש כל הערכות שווי כלכליות ספציפיות. על כן, גם מסיבה זו - יש לדחות את טענות המערער.
8. בהלכת כץ ולפיד התחבט בית המשפט העליון בשאלת סיווגה של הכנסה ממימוש אופציות לפי סעיף 102 הישן - האם פירותית היא או הונית. בית המשפט העליון בעצמו לא הצליח לשים את האצבע על המועד המדויק שבו ההכנסה "הופכת עורה" מפירותית להונית. קביעת בית המשפט העליון בהלכת כץ ולפיד כי ההכנסה ממימוש אופציות לפי סעיף 102 הישן הינה הכנסה הונית - נשענת ברובה על לשונו של סעיף 102 הישן הכוללת שימוש במנחים מעולם המיסוי ההוני.
9. כך הם פני הדברים גם בענייננו: לשונו של סעיף 3(ט) לפקודה נוקטת במנחים מעולם המיסוי הפירותי, ועל כן מוביל למסקנה כי ההכנסה ממיסוי אופציות בלתי סחירות לעובדים הינה הכנסה פירותית במועד המימוש. המערער מנוע ומושתק מלטעון למיסוי האופציות במועד ההקצאה - משלא נהג כך בעצמו בדיווחיו:
10. כפי שפורט בפרק העובדתי של מסמך "מוסכמות פלוגתאות" (ובפרט סעיף 8) - המערער כלל לא הגיש דוחות למשיב בשנות המס 2001-2003 שהן השנים בהן הוקצו האופציות. המערער למעשה פטר את עצמו מדיווח על "הכנסה פירותית" שהוא עצמו טוען לה, ומניה וביה גם פטר את עצמו מתשלום מס פירותי במועדי הקצאת האופציות, לפי הגישה הנקוטה בידו בערעור. אין לקבל התנהלות שכזו, העולה כדי יצירת מניעות והשתק כלפי המערער מהעלאת טענה בדיעבד, לפי נוחותו וצרכיו בערעור ורצונו להימלט מתשלום מס אמת.
11. המשיב מוסיף וטוען בניגוד לפלוגתאות המוסכמות כי אינו "עובד" של החברה, באשר החברה המעניקה היא חברת אם ועל כן לא התקיימו לכאורה יחסי "עובד מעביד". כיוון שלשון סעיף 2(2) לפקודה רואה כהכנסת עבודה "השתכרות" או ריווח שניתנו לעובד גם בעקיפין, אין בענייננו מחלוקת כי האופציות הוענקו על רקע עבודתו של המערער בחברה בה עבד. לא נשמעה טענה כי האופציות לא הוענקו על רקע עבודתו האמור. במצב דברים זה אין לקבל טענות המערער לפיה לא התקיימו יחסי עובד ומעביד עם החברה המקצה.

12. נוכח כל אלה נראה כי הריווח שצמח למערער ממימוש האופציות הינו בגדר הכנסת עבודה הבאה בגדרם של סעיפים 102(ג)2(א) ו-3(ט) לפקודה".
- מעבר לכך, בסעיף 102 לפקודה לאחר תיקון 132 (לגבי הקצאה ג') קובע כי חברה מעבידה הינה גם חברה שהיא בעלת שליטה במעביד או שהמעביד בעל שליטה בה ;
13. באשר לסעיף 102(ג) לפקודה לאחר תיקון 132 לפקודה - הקצאת תכנית ג' בשנת 2003, לגבי תכנית ג' השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין הצדדים הינה לגבי פרשנותו של סעיף 102(ג)2 לפקודה. אין מחלוקת בין הצדדים לעניין חלותו של סעיף זה על תכנית ג' (מוסכמות פלוגתאות סעיף 4). כמו כן אין מחלוקת כי המערער קיבל אופציות לפי סעיף 102(ג) ללא נאמן וכי האופציות שהוקצו לא היו סחירות.
14. עד לתיקון 132 לפקודה יכול היה מעביד להקצות אופציות לעובדים באחד משני המסלולים האחד - מסלול לפי סעיף 3(ט) - שהוא כפו שפורט ונומק לעיל סווג וצריך להיות מסווג כהכנסה פירותית והשני לפי סעיף 102 לפקודה. הסעיף הישן יצר מסלול מיוחד שחייב הפקדת האופציות בידי נאמן ועמידה במספר תנאים להחלתו.
15. לעניין סעיף 102, הן הישן והן החדש קיימות הוראות מיסוי מיוחדות וברורות. כפי שפורט לעיל במסגרת פס"ד כץ ולפיד (שדן בסעיף 102 הישן) הבסיס בחקיקת הסעיף הינו תמרוץ העובד לתחושת שותף להצלחת פעילות החברה. במסגרת תיקון 132 לפקודה שונה סעיף 102 החדש באופן המסדיר בצורה ברורה את מיסוי האופציות לעובדים וללא כל צורך להזדקקות לסעיף 3(ט) לפקודה.
16. בנסיבות דיוננו, הקצאה הינה במסלול ללא נאמן של מניות בלתי סחירות ולכן קיימת תחולה לסעיף 102(ג)2 לפקודה הקובע באופן מפורש שמועד המימוש הוא מועד אירוע המס של הכנסה פירותית.
17. באשר לטענות המערער ; המערער מנסה בכל דרך אפשרית להתחמק ממילותיו הברורות של החוק ומנסה להתעלם מכל ההיסטוריה הפסיקתית והחקיקתית של סעיף 102 לפקודה. כאמור, במסגרת תיקון 132 הסעיף תוקן כך שהסדיר מצב קיים. ככלל, הסעיף נוקט בלשון ברורה אשר המערער נוטה להתעלם הימנה.
18. המערער מנסה לטעון כי סעיף 102(ג)2 לפקודה מדבר על הכנסה מההקצאה ולא ממימוש הזכות. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם כל הפסיקה הרבה שדנה בהוראות מיסוי האופציות גם לגבי סעיף 3(ט) וגם לגבי נוסחו הישן של סעיף 102 לפקודה.

19. המשיב טוען כי יש לדחות את פרשנות המערער את הפסיקה, שכן כפי שפורט בהרחבה לעיל הרי שהפסיקה קבעה כי מקום בן מוענקות אופציות בלתי סחירות אירוע המס יהיה במועד המימוש. כך גם קובע סעיף 102(ג)(2) לאחר תיקון 132 לפקודה.

20. המערער מבקש להסתמך בטיעונו על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין ב"ל (ת"א) 4961/02 **טופז וזלצמן נ' המוסד לביטוח לאומי** - (לעיל ולהלן - פס"ד טופז האזורי). לגישת המשיב, אין פסק דין של בית דין האזורי לעבודה, בהקשר של נושאי ביטוח לאומי, מהווה "הלכה פסוקה" המחייבת את בית משפט זה. על אחת כמה וכמה מקום שפס"ד טופז האזורי בוטל בהסכמה על ידי בית הדין הארצי.

דיון והכרעה

ה. תשתית נורמטיבית

1. סעיף 2 לפקודה מונה את מקורות ההכנסה השונים המקימים חבות במס, ובכללם הכנסה מעבודה, שסעיף 2(2) מתייחס אליה. וכך קובע סעיף 2(א):

"(2) עבודה

(א) השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו; תשלומים שניתנו לעובד לכיסוי הוצאותיו, לרבות תשלומים בשל החזקת רכב או טלפון, נסיעות לחוץ לארץ או רכישת ספרות מקצועית או ביגוד, אך למעט תשלומים כאמור המותרים לעובד כהוצאה; שווי של שימוש ברכב או ברדיו טלפון נייד, שהועמד לרשותו של העובד; והכל - בין שניתנו בכסף ובין בשווה כסף, בין שניתנו לעובד במישרין או בעקיפין או שניתנו לאחר לטובתו;".

2. הכנסה מעבודה החייבת במס נוסחה באופן רחב, וברשתה נלכדות, בין היתר, טובות הנאה הניתנות לעובד ממעבידו בכסף או בשווה כסף, ובכללן אופציות. ניסוח רחב זה נועד למנוע שחיקה של בסיס המס בדרך של הענקת הטבות בעין לעובד כתחליף למזומנים (ראה הלכת יאיר דר).

3. בצד סעיף 2 לפקודה קובעת הוראת סעיף 3(ט) הסדרים מיוחדים לגבי חלק מן ההכנסות שחובן במס מעוגן בסעיף 2, וזו לשונה בחלקים הרלוונטיים לענייננו:

"(ט) (1) 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 -

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

4. מהוראת סעיף 3(ט1)(א) ניתן להבין כי אם קיבל אדם זכות לרכישת נכס או שירות, כגון אופציה לרכישת מניות אשר ניתנה לו בקשר ליחסי עובד ומעביד, כי אז יחויב במס ההפרש שבין המחיר המשתלם ברגיל בעד אותו נכס או שירות, לבין המחיר ששילם אותו אדם במועד המימוש.

5. הוראה רלוונטית נוספת לסוגיה העומדת לדיון בפנינו היא הוראת סעיף 102 לפקודה. הוראה זו מגדירה "מניות" - לרבות זכויות לרכישת מניות", קרי אופציה, וכנוסחה טרם תיקון 132 היא קבעה בין היתר, כי:

”...

(ב) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות תהיה פטורה ממס בעת ההקצאה, אם נתקיימו כל אלה:

...

(2) תעודות המניות לא נמסרו לידי העובד אלא הופקדו בידי הנאמן למשך תקופה שלא תפחת מעשרים וארבעה חדשים;

...

(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; לענין זה יראו כמחיר מקורי רק סכום ששילם העובד במזומן בעת ההקצאה ולא יחול פטור ממס לפי סעיף 97(ג). הנאמן ינכה במקור מס בשיעור של 30% מן התמורה, או בשיעור נמוך יותר שקבע פקיד השומה.

...

(ה) על מימוש זכות לרכישת מניות לא יחול סעיף 3(ט) אם הזכות מומשה בידי הנאמן; על המניה נשוא הזכות יחולו הוראות סעיף זה, ולענין סעיף קטן (ב)(2) תובא בחשבון גם התקופה שבה היתה הזכות לרכישת המניה בידי הנאמן.”

6. הוראה רלוונטית נוספת היא הוראת סעיף 102 לפקודה כנוסחה שלאחר תיקון : 132

”(ג) (1) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות שאינה הקצאה באמצעות נאמן, תחויב במס במועד ההקצאה, כהכנסה לפי הוראות סעיף 12(1) או (2) לפי הענין, ובמועד המימוש - כהכנסה כאמור בחלק ה או חלק ה3 לפי הענין.

(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 תחויב במס כהכנסה לפי סעיף 12(1) או (2), לפי הענין.

...

(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;....”

7. ההלכה המנחה לענייננו היא הלכת יאיר דר. יאיר דר אשר שימש כמנכ"ל חברת דברת שרם וקיבל לידי אופציות, טען כי בשל העובדה שהתחייב לא למכור את האופציות במשך שנה, הוא אינו חייב במס על האופציות במועד ההקצאה, משום שלמרות שקיבל לידי את האופציות, הוא איננו יכול למכור אותן ולשלשל לכיסו את התמורה מהן. ביהמ"ש המחוזי בת"א קבע, כי מועד המיסוי בגין הקצאת אופציות לעובד, בין שהן סחירות ובין שאינן סחירות, הוא בעת מימושן של האופציות. נוכח התוצאה אליה הגיע ביהמ"ש המחוזי ערער יאיר דר לביהמ"ש העליון.

8. עיקר המלאכה השיפוטית אשר ניצבה בפני בית המשפט העליון הייתה יישוב הוראות סעיף 3(ט)(1)(א) והוראות סעיף 2(2). לפי בית המשפט העליון ההלכה היא כדלקמן:

”הפירוש התכליתי והנכון של הוראת סעיף 2(2) לפקודה מחייב, לטעמי, גישה לפיה יש למסות אופציה סחירה ככל טובת הנאה שוות כסף, במועד שבו ניתנה לעובד, ואילו את דחיית המס הקבועה בסעיף 3(ט)(1)(א) לפקודה יש לפרש באופן מצמצם המחיל את הדחייה רק על אופציות שאינן סחירות, אשר לגביהן קיים קושי לקבוע את שוויה של טובת הנאה הניתנת לעובד במועד ההקצאה, ודוק - מיסוי אופציות סחירות בעת הקצאתן איננו מיסוי ספקולטיבי הנשען על הכנסה עתידית העשויה לצמוח לעובד, אלא מיסוי של הכנסה קונקרטי שצמחה לו כבר במועד ההקצאה. משנקבע שווי השוק של האופציה במועד ההקצאה, ניתן לחייב במס, כהכנסת עבודה, את ההפרש בין שווי זה לבין המחיר שנדרש העובד לשלם, אם בכלל, בעבור האופציה, בהתאם לשיטת הדיווח על בסיס מזומנים.... במובן זה, יש צדק בטענה לפיה עובד המקבל את האופציות לידי ובוחר שלא לממש את טובת הנאה שקיבל באופן מידי, כמוהו ככל משקיע אחר אשר העדיף להסתכן ולהחזיק בניירות הערך שברשותו לאורך זמן, מתוך ציפייה לתשואה גבוהה יותר בעתיד”.

9. הלכת בית המשפט העליון בעניין דר תמכה יתדותיה בהלכת בית המשפט העליון בעניין ע"א 533/89 פשמ"ג נ' זילברשטיין ואח' פ"ד מז(3) 375, וכן בדנ"א 3962/93 זילברשטיין ומינץ נ' פשמ"ג מיסים יא/1 (פברואר 1997) ה-9, עמ' 107 (להלן: "הלכת זילברשטיין ומינץ") אשר הסדירו במפורש את יחסי הגומלין בין סעיף 2 לפקודה לבין סעיף 3(ט) לפקודה.

זאת בקובעם כי ההכנסה שנוצרה כתוצאה ממימוש זכות, לפי סעיף 3(ט) לפקודה, מקורה בסעיף 2 לפקודה, כאשר סעיף 3(ט) נועד לכימות, הבהרה וסיווג של אותה ההכנסה. ככל שמדובר בטובת הנאה שניתנה במסגרת יחסי עובד - מעביד, קובע הסעיף כי יש לסווגה כהכנסת עבודה. ראו בעניין זה קביעת כ"ב השופטת שטרסברג כהן בהלכת זילברשטיין ומינץ:

”.... ואכן סעיף 3(ט) בא למלא אחר הצורך בסיווג האמור, בקובעו כי טובת ההנאה הנ"ל, הניתנת במסגרת יחסי עובד-מעביד, מסווגת כהכנסת עבודה. טובת ההנאה הניתנת במסגרת מערכת היחסים בין מלווה ונותן שירותים מסווגת כהכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודה ואילו (מאז 1985) טובת הנאה הניתנת על ידי תאגיד לבעל שליטה בו, מסווגת כהכנסה לפי סעיף 2(4) לפקודה. הסמכתו של סעיף 3(ט) (1) אל שולחנו של סעיף 2 על סעיפיו המשניים המתאימים, מלמדת כי סעיף 2 הינו מקור המיסוי של ההכנסה מהלוואה מועדפת בעוד אשר סעיף 3 הינו סיווג ההכנסה למשבצת המתאימה בתוך סעיף 2” (פסקה 18 בהלכת זילברשטיין ומינץ).

10. יש ליתן שימת לב לסוגיית האבחנה בין אופציות סחירות במועד ההקצאה לבין אופציות שאינן סחירות במועד ההקצאה. לפי הלכת דר, אופציה סחירה הניתנת לעובד מהווה טובת הנאה בשווה כסף שיש למסותה במועד ההקצאה על פי סעיף 2(2) לפקודה. ביחס לאופציות לא סחירות, נקבע, כי מאחר ולא ניתן לכמת שוויין במועד ההקצאה - כי אז על פי הוראת סעיף 3(ט), נקבע כי אופציות בלתי סחירות במועד ההקצאה - ימוסו במועד בפועל המרתן למניות, כהכנסת עבודה.

11. סיכום ביניים. אין מחלוקת כי האופציות שקיבל המערער אינן סחירות. מכאן, על האופציות הבלתי סחירות, שהוקצו למערער בשנים 2001, 2002, במסגרת יחסי עובד מעביד בתוכנית ללא נאמן ואשר לא נתקיימו לגביה הוראות סעיף 102 לפקודה, חלה הוראת סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה, המסווגת את ההכנסה כהכנסת עבודה פירותית לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה, והמבהירה את מועד אירוע המס כחל במועד המימוש של האופציות למניות. הלכת יאיר דר כפי שנקבעה על ידי בית המשפט העליון התייחסה לאופציות סחירות, בלא מגבלת עבירות, וקבעה את מועד אירוע המס הפירותי ביחס לאופציות שכאלו - במועד ההקצאה, בהתאם לסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה. בהתאם נקבע בהלכת יאיר דר כי מקום בו האופציות אינן סחירות במועד ההקצאה - אזי חלה הוראת סעיף 3(ט) לפקודה ואירוע המס הפירותי מתרחש במועד המימוש של האופציות למניות.

1. סעיף 102(ג) לאחר תיקון 132 - הקצאת תכנית ג' בשנת 2003

1. בסוגיה זו מדובר על האופציות הבלתי סחירות שהוקצו למערער בשנת 2003 במסגרת יחסי עובד מעביד (להלן: "האופציות לפי תוכנית ג'").
2. אין מחלוקת בין הצדדים כי המערער קיבל אופציות לפי סעיף 102(ג) ללא נאמן וכי האופציות שהוקצו לא היו סחירות.
3. סעיף 102 תוקן במסגרת תיקון 132 לפקודה. תיקון זה, אשר נכנס לתוקפו ביום 1.1.03, הינו תיקון מקיף הכולל רפורמות מהותיות בעניינים מרכזיים הנוגעים לשיטת המס הנהוגה בישראל, בין היתר בנוגע למיסוי בינלאומי ולמיסוי רווחי הון (ראו: דו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה (וועדת בן בסט) (תש"ס)), ובמסגרתו נקבע גם הסדר כולל בסוגיית מיסוי אופציות ומניות לעובדים.
4. השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין הצדדים הינה לגבי פרשנותו של סעיף 102(ג)(2) לפקודה. עד לתיקון 132 לפקודה יכול היה מעביד להקצות אופציות לעובדים באחד משני המסלולים: האחד - מסלול לפי סעיף 3(ט) - אשר סווג כהכנסה פירותית והשני לפי סעיף 102 לפקודה.
5. במסגרת תיקון 132 לפקודה, תוקן סעיף 102 החדש באופן המסדיר בצורה ברורה את מיסוי האופציות לעובדים וללא כל צורך להזדקקות לסעיף 3(ט) לפקודה.
6. על פי הלכת יאיר דר, ההסדר החדש באשר לסעיף 102 מבחין בין מסלולי הקצאה לעובד באמצעות נאמן ובין מסלול של הקצאה ישירה לידי העובד. אשר למסלול ההקצאה הישירה - על פי מסלול זה ממוסות האופציות, ככלל, במועד הקצאתן, למעט באותם מקרים שבהם הוקצו לעובד אופציות שאינן רשומות למסחר בבורסה. במקרים אלה, יידחה מועד החיוב במס למועד מכירת האופציה או למועד מכירת המניה נשוא האופציה. נקודת המוצא בתיקון 132 היא כי אופציות לעובדים שאינן מוקצות במסלולים הכוללים הטבות מס, יש למסות במועד הקצאתן, להוציא אופציות שאינן רשומות למסחר בבורסה, הממוסות במועד המימוש, כהגדרתו בהוראות התיקון. גישה זו תואמת את העיקרון הקבוע בסעיף 2(2) לפקודה לפיו יש למסות כל "טובת הנאה בשווה כסף" במועד הענקתה, והיא מתיישבת בעיקרה עם הפירוש התכליתי עליו עמד ביהמ"ש בהלכת יאיר דר, בכל הנוגע להוראת סעיף 2(2) ולהוראת סעיף 3(ט)(1)(א) לפקודה וכן ליחסי הגומלין ביניהן, ככל שהן מתייחסות למיסוי אופציות לעובדים טרם תיקון 132.
7. נפנה מבט ללשון סעיף 102 החדש: לפי סעיף 102(ב) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות בחברה מעבידה באמצעות נאמן לא תחויב במס בעת ההקצאה ויחולו במועד המימוש הוראות אלה:

בחרה החברה המעבידה במסלול הכנסת עבודה, יראו את הכנסתו של העובד כהכנסה לפי סעיף 102(1) או (2) לפי העניין, בסכום שווי ההטבה; 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%.

8. החלק המעניין בסעיף 102(ג)(2) החדש הוא זה:

“(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 תחויב במס כהכנסה לפי סעיף 102(1) או (2), לפי העניין.”

הפרשנות המילולית של סעיף 102 משמיעה לנו כי הכנסתו של עובד מהקצאה של זכות (ואופציה בכלל זה) שאינה רשומה למסחר בבורסה לא תחויב במס במועד ההקצאה. לעומת זאת, ניתן ללמוד מלשון הסעיף, כי במועד המימוש תחויב במס. פרשנות זו המילולית די בה כדי ליתן תשובה למחלוקת שבפני.

9. במסגרת קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה (חב"ק) ניתן למצוא הסבר מקיף ובהיר על המסלולים הברורים שהוכנסו לפקודה לאחר תיקון 132, במסגרת תיקון נוסחו של סעיף 102 לפקודה. לפי האמור בחבק הקצאת זכות תתחייב במס כהכנסת עבודה:

“החריג לאמור לעיל הוא במקרה של הקצאת זכות, שאינה רשומה למסחר בבורסה, לרכישת מניה (גם אם המניה רשומה למסחר). הקצאת זכות כאמור תתחייב במס לפי סעיף 102(1) או 102(2) רק בעת מכירתה או בעת מכירת המניה שמקורה באותה זכות (אך לא בעת המרתה למניה). ההתייחסות השונה לזכות שאינה רשומה נובעת, בין היתר, מהיותה, לעתים קרובות, זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, ולאור הקושי הממשי הקיים בהערכת שווייה.” (ראו חב"ק ה-70.15).

10. אף פרשנותו של המלומד יוסף גרוס נצמדת ללשון החוק ולפיה הכנסתו של עובד תחויב במועד המימוש כהכנסת עבודה:

“הכנסתו של עובד מהקצאת אופציות שאינן רשומות למסחר, שלא באמצעות נאמן, לא תחויב במס במועד ההקצאה כאמור לעיל אלא רק במועד המימוש כהכנסה פירותית לפי סעיף 102(1) או 102(2) לפקודה, ולחברה לא תותר בניכוי הוצאת שכרו של העובד בגובה ההכנסה הפירותית כאמור לעיל (וזאת בשונה מהצעת החוק). בתנאי תכנית ההקצאה במקרה שכזה, ייקבע כי אם יחדל עובד לעבוד אצל המעביד, יעמיד העובד לטובת המעביד בטוחה או ערבות לתשלום המס במועד המימוש. המחוקק לא הבהיר איזה סוג של בטוחה או ערבות נדרש העובד להעמיד.”

11. גם לפי מאמרו של עו"ד מאורי עמפלי, "מיסוי אופציות בשיעור מס שולי - פסיקה חדשה, החלטת מיסוי ותהיות", (רשומון מס 39, מיום 4.2.13) מועד אירוע המס נדחה למועד מימוש האופציה למניה וכי ההכנסה תמוסה כהכנסת עבודה:

"בהקצאת מניות/אופציות לעובד בחברה פרטית, נדחה מועד אירוע המס למועד מימוש האופציה למניה. ההכנסה ממימוש האופציות תסווג ותמוסה ככלל כהכנסת עבודה".

12. המערער מפנה לפסיקה ממנה ניתן ללמוד לטעמו, כי רכיב עליית הערך בתקופה שלאחר ההקצאה, שייך למישור ההוני. לטענתו, בהלכת כץ קבעו בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון במפורש, כי רכיב עליית הערך בתקופה שלאחר ההקצאה, שייך למישור ההוני ועל כן המיסוי של האופציות המדוברות צריך להיות כרווח הון ולא כרווח בגין עבודה.

13. לאחר שבחנתי את הלכת כץ מלפני ומלפנים אני סבור שאין היא הולמת למקרה דנן. בעוד שהלכת כץ עוסקת בפרשנות סעיף 102 שלפני תיקון 132 המקרה דנן עוסק בפרשנות סעיף 132 שלאחר תיקון 132. בחינה של סעיף 102 מעלה שמדובר בנוסחים אשר שונים זה מזה באופן עקרוני.

14. כך לדוגמא, הנוסח של סעיף 102 הישן כולל אמירה שאינה מופיעה כלל בסעיף 102 החדש:

(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 ממס 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).

על בסיס אמירה זו הגיע בית המשפט המחוזי ובעקבותיו בית המשפט העליון למסקנה לפיה המסלול החל על המניות הינו המישור ההוני, שכן לדבריו:

"לשון סעיף קטן 102(ג) מצביעה בבירור כי המסלול החל על המניות הינו המישור ההוני: "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 ממס לפי סעיף 97" (הלכת כץ המחוזי, עמ' 854).

15. לא זו אף זאת; האמירה לפיה "הכנסתו של עובד מהקצאה של זכות שאינה רשומה למסחר בבורסה ... לא תחויב במס במועד ההקצאה, ובמועד המימוש תחויב במס כהכנסה לפי סעיף 102(1) או (2), לפי הענין" מופיעה בנוסח של סעיף 102 החדש ואינה מופיעה כלל בנוסח של סעיף 102 הישן.
16. מכאן, אני מגיע למסקנה לפיה הלכת כך אינה יכולה להשליך על המקרה שבפני שכן מדובר בנוסחים השונים באופן עקרוני זה מזה.
17. אינני מקבל את גרסת המערער לפיה הלכת יאיר דר אינה הולמת למקרה דנן; בהלכת יאיר דר נקבע כי מקום בו האופציות אינן סחירות במועד ההקצאה - חלה הוראת סעיף 3(ט) לפקודה ולפיה אירוע המס הפירוטי מתרחש במועד המימוש של האופציות למניות. וביתר פירוט - לפי הגישה בהלכת יאיר דר תחול דחיית המס הקבועה בסעיף 3(ט)(1)(א) "רק מקום שבו בשל טיב האופציות שהוענקו לעובד, או בשל מגבלות שהוטלו על מימושו או עבירותו, יש קושי להעריך ולקבוע כבר במועד ההקצאה או שווה של טובת ההנאה שקיבל העובד". בענייננו היה קושי להעריך את שווי באופציות בעת שניתנו ומשכך חל עליהן סעיף 3(ט)(1)(א) אירוע המס הפירוטי מתרחש במועד המימוש של האופציות למניות.
18. לא זו אף זאת; אינני יכול לקבל את גרסת המערער המבקש להסתמך על הפסיקה אנגלית בעניין *Abbott v Philbin* [1960] 39 TC 82. כידוע, אין אנו מצווים ללכת בעקבות פסיקה אנגלית שאינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה הישראלית המודרנית. דברים אלה, קיבלו תוקף חוקי בעקבות חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל.
19. המערער מבקש להסתמך בטיעונו על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין ב"ל (ת"א) 4961/02 **טופז וזלצמן נ' המוסד לביטוח לאומי** - (להלן: "פס"ד טופז האזורי"). בעניין זה מן הראוי להיאמר, כי פסק דין של בית דין האזורי לעבודה, בהקשר של נושאי ביטוח לאומי, אינו מהווה "הלכה פסוקה" המחייבת את בית משפט זה. על אחת כמה וכמה, מקום שפס"ד טופז האזורי לעבודה בוטל בהסכמה על ידי בית הדין הארצי (ראו עב"ל טופז נ' הביטוח הלאומי מיום 3.9.09). משבוטל פס"ד טופז בבית הדין האזורי לעבודה, אין המערער יכול להיסמך עליו, ובוודאי שלא להביאו כאסמכתא בפני מותב זה. המערער היה עושה מלאכתו נאמנה אם היה בודק האם פסק הדין שונה בערעור אם לאו.
20. המערער טוען כי סעיף 102(ג)(2) מדבר על הכנסה של עובד מהקצאה של זכות ולא על הכנסה ממימוש הזכות. פרשנות אינה נראית לי כלל ועיקר. לדעתי, ברור הדבר שלשון הסעיף עושה הפרדה ברורה בין הקצאה לבין מימוש. לפי הסעיף - אופציה "לא תחויב במס במועד ההקצאה ובמועד המימוש תחויב במס כהכנסה לפי סעיף 102(1)..." .

21. המערער טוען כי כאשר רצה המחוקק לחייב במס את מלוא הרווח ממימוש האופציות כהכנסה רגילה הוא ידע היטב לעשות שימוש במונח "שווי ההטבה" שהוגדר במיוחד לשם כך.

סעיף 102(ב)1 לפקודה אומר כדלקמן :

"בחרה החברה במסלול הכנסת עבודה יראו את הכנסתו של העובד כהכנסה לפי סעיף 102(1) או 102(2) לפי העניין" בסכום שווי ההטבה.

ואולם, סעיף 102(ג)2 לא עושה שימוש במונח שווי ההטבה בנוגע להכנסה החייבת במס בעת המימוש, אלא במונח הכנסה מהקצאה. לטענתו, העובדה שהמחוקק בחר שלא לעשות שימוש בהגדרה מדויקת והמדברת על הרווח במימוש האופציות מעידה על כך שלא הייתה כוונה למסות את כל הרווח במימוש כהכנסת עבודה אלא רק את המרכיב המיוחס לשווי האופציות במועד הקצאתן.

אינני מקבל את דעתו של המערער אף בעניין זה. שיוך בין הגדרה בסעיף 102(ב)1 לבין המפורש במדויק בסעיף 102(ג)2 אינו מן העניין. דומה - מבלי לקבוע מסמרות - שהשימוש במונח "שווי הטבה" ייעשה במקום בו ניתן להפריד בין ההקצאה לבין המימוש, שכן במצב זה ישנם שני אירועי מס - האחד פירתי והשני הוני. אולם, מקום בו נקבע כי יחול אירוע מס אחד - והוא במועד המימוש, הרי שהאירוע יחול על כל ההקצאה מיום קבלתה ועד המימוש עצמו.

סיכום

התוצאה היא שעל האופציות הבלתי סחירות, שהוקצו למערער בשנים 2001, 2002, במסגרת יחסי עובד מעביד בתוכנית ללא נאמן ואשר לא נתקיימו לגביהן הוראות סעיף 102 לפקודה, חלה הוראת סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה, המסווגת את ההכנסה כהכנסת עבודה פירתית לפי סעיף 102(2) לפקודת מס הכנסה.

ביחס לאופציות שהוקצו לאחר תיקון 132 לפקודה (תכנית ג') אני קובע כי חלה הוראת סעיף 102(ג)2 לפקודה הקובעת כי מועד אירוע המס הינו במועד המימוש ובמועד זה חל מס פירתי.

התוצאה היא שבמחלוקת שבין המשיב למערער הדין הוא עם המשיב ולפיכך הערעור נדחה.

המערער ישלם למשיב הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך של 25,000 ש"ח. סכום יהיה צמוד למדד ויישא ריבית חוקית מהיום ועד לתשלומו המלא בפועל.

ניתן היום, א' תמוז תשע"ה, 18 יוני 2015, בהעדר הצדדים.

(-) שופט