

הנושא: מיסוי מימוש אופציות למניות נסחרות בידי עובדים לפי סעיף 102 הישן

בבית המשפט העליון

מס' תיק: ע"א 6159/05

בפני כב' השופטים: ד. ביניש - נשיאה, א. גרוניס וד. ברלינר

המערער: פקיד שומה תל אביב 3

המשיבים: יחזקאל לפיד ואח'

ניתן ביום: 31.12.08

העובדות:

1. בשני הערעורים הראשונים (ע"א 6159/05 וע"א 6161/05) מדובר באופציות לרכישת מניות של חברות ישראליות הנסחרות בבורסה בארצות הברית, ואשר הוקצו במועדים שונים, בין 1995 ל-1998, לשני המשיבים, יחזקאל לפיד וחגי כץ. מניותיהן של החברות נרשמו למסחר בבורסה לפני יום 15.10.98.
2. בהסדר שבין החברות האמורות לבין נציבות מס הכנסה הוסכם, כי הקצאתן של האופציות, המרתן למניות ומכירתן של אלה תתבצע במסגרת הסדר האופציות שבסעיף 102 לפקודה. האופציות שהוקצו ללפיד ולכץ היו בלתי סחירות והוחזקו בידי נאמן מיום הקצאתן ועד יום המימוש.
3. במהלך השנים 1998 ו-1999 מימשו לפיד וכץ את האופציות ומכרו את המניות בו ביום. בעקבות זאת, כללו החברות את הכנסתם של לפיד ושל כץ ממימוש האופציות בפירוט הכנסותיהם מעבודה, תוך שהן מנכות משכרם מס בשיעור 50% וכן מנכות כהוצאה מבחינתן סכום מתאים.
4. בדו"חות שהגישו לפיד וכץ למערער הוצגה הכנסה זו כרווח הון החייב במס בשיעור 35% בלבד.
5. משהוחלט על ידי המערער, בסופו של יום, למסותם בשיעור 50%, ומשנדחו השגותיהם בעניין זה, ערערו לפיד וכץ, בנפרד, לבית המשפט המחוזי בתל אביב.
6. בערעור השלישי (ע"א 7359/05) מדובר בהקצאת אופציות מיום 18.10.96 לעדי דיאמנט, וזאת לרכישת מניות של חברה מסוימת, שמניותיה נרשמו למסחר בבורסה בלונדון בחודש אפריל 1997. האופציות, שהוענקו אף הן במסגרת ההסדר הקבוע בסעיף 102 לפקודה, הוחזקו על ידי נאמן מיום ההקצאה ועד יום המימוש.
7. במהלך 2000 מומשו האופציות למניות ואלה נמכרו מיד ביום המימוש. בעקבות זאת, ניכה הנאמן מס במקור בשיעור 30% בטרם העברת יתרת התמורה לידי דיאמנט.
8. ביום 15.11.01 הגיש דיאמנט למערער דו"ח לשנת המס 2000, בו הצהיר על מכירת המניות וחישב את המס בגין מכירה זו לפי שיעור של 35%.
9. בעקבות זאת, נערכה לדיאמנט שומה לפי מיטב השפיטה בה חויבה מכירת המניות במס בשיעור 50% כהכנסת עבודה.
10. ביום 1.7.02 הוגשה השגה מטעם דיאמנט על השומה, אך זו נדחתה. משכך, הגיש דיאמנט ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב.

11. בשלושה פסקי-דין שניתנו בנפרד, קיבל בית-המשפט המחוזי (כב' השופט מ' אלטוביה) את ערעורם של המשיבים וקבע, כי מדובר ברווח הון (ולא בהכנסת עבודה) החייב במס בשיעור 35% מכוח צו מס הכנסה (שיעור המס על רווח הון במכירת נייר ערך זר), התשנ"ב-1992 (להלן: "צו ההקלה") ולא בשיעור המס השולי.

12. מכאן הערעור לבית-המשפט העליון.

נפסק:

1. תכליתו העיקרית של סעיף 102 לפקודה הינה הידוק הקשר בין העובדים לחברה המעבידה, באמצעות עידודם של העובדים לקחת חלק בהון החברה לאורך זמן.
2. תכלית זו מקודמת באמצעות דחיית מועד החיוב במס, כמו גם באמצעות המנגנון המחייב הפקדתן של האופציות בידיו של נאמן. זאת, ללא קשר לאופן סיווגה של ההכנסה המתקבלת כתוצאה ממכירת מניות שמקורן באופציות שהוקצו לפי הוראות הסעיף. במילים אחרות, ניתן לקדם את תכליתו העיקרית של סעיף 102 בין אם תסווג ההכנסה הנזכרת כהונית ובין אם תסווג כפירותית.
3. יחד עם זאת, סיווג ההכנסה כהונית עשוי להעניק, ולו לחלק מהנישומים, הקלות מס מסוימות אשר אף בהן יש כדי לקדם את תכליתו האמורה של סעיף 102 לפקודה.
4. נתון זה, בצירוף העובדה לפיה לשונו של הסעיף נוטה בצורה ברורה לכיוון היותה של ההכנסה הונית, מוביל למסקנה לפיה הכנסה המתקבלת בידי עובד ממכירת מניות שמקורן באופציות, אשר הוקצו לו בהתאם למסלול שהיה קבוע בסעיף 102 לפקודה, כנוסחו עובר לתיקון 132 - מהווה הכנסה הונית.
5. באשר לשיעור המס ולתחולתו של צו ההקלה, הרי שהפרשנות הלשונית המסתברת של סעיף 102(ג) לפקודה הינה זו אותה נוקט המערער, היינו - כי הסעיף שולל את תחולתה של ההוראה בעניין רווח ההון הריאלי המצויה בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה.
6. גם מבחינה תכליתית יש להעדיף עמדה זו, שכן עמדתם של המשיבים מובילה לתוצאה הלוקה בחוסר שוויוניות ובהיעדר עקביות. טול, כאן, למשל, שני עובדים שקיבלו אופציות של החברות בהן הם מועסקים. האחד עובד בחברה שמניותיה נסחרות בבורסה בישראל, ואילו עמיתו עובד בחברה שמניותיה נסחרות בבורסה בחוץ לארץ. על-פי עמדתם של המשיבים, ייאלץ הראשון לשלם מס בשיעור המס השולי, ואילו עמיתו ידרש לשלם מס בשיעור 35%.
7. האם יש שוני רלוונטי המצדיק השתת שיעורי מס שונים על שני הנישומים? שוני כאמור לא הוצג על ידי המשיבים. משכך, עדיף לקבל את הפרשנות המביאה לתוצאת מס אחידה ושוויונית במובן זה שלא יושתו חיובי מס שונים על נישומים דומים.
8. לאור כל האמור, שלושה הערעורים התקבלו במובן זה שנקבע, כי הכנסתם של המשיבים הינה הכנסה הונית, אך הוראת סעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה, הקובעת שיעור מס של 35% על רווח ההון הריאלי, אינה חלה על הכנסה זו.

הערעור התקבל.

הערות המערכת:

1. המסגרת החוקית החלה על המחלוקת נשוא פסק-הדין הינה זו שהייתה קיימת עובר לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה.
2. לקביעת בית-המשפט העליון לפיה מדובר ברווח הון ולא בהכנסת עבודה חשיבות לגבי מספר סוגיות ובכלל זאת לגבי קיזוז הפסדים והעדר חבות בדמי ביטוח לאומי/בראות.
3. בית-המשפט העליון בחר, מסיבות פרוצדורליות, שלא להידרש לאחת מן הטענות המרכזיות בערעור, שעניינה משמעות הסדרי מס מופחת שנערכו בעבר בנסיבות דומות בין הרשויות לבין נישומים.

בבית המשפט העליון

ע"א 6159/05

ע"א 6161/05

ע"א 7359/05

בפני:

כב' השופטת ד. ביניש - נשיאה

כב' השופט א. גרוניס

כב' השופטת ד. ברלינר

המעורר:

פקיד שומה תל אביב 3

ע"י ב"כ ע"ד י. ליבלין

נגד

המשיב בע"א 6159/05:

יחזקאל לפיד

ע"י ב"כ ע"ד ז. אוסלקה

המשיב בע"א 6161/05:

חגי כץ

ע"י ב"כ ע"ד ז. אוסלקה

המשיב בע"א 7359/05:

עדי דיאמנט

ע"י ב"כ ע"ד י. דולן

ערעורים על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בתל אביב שניתנו על ידי כבוד השופט מגן אלטוביה בתיק עמ"ה 1265/01 ביום 24.3.05, בתיק עמ"ה 1172/02 ביום 22.3.05 ובתיק עמ"ה 1072/03 ביום 27.6.05

פסק דין

השופט א. גרוניס:

1. האם הכנסה ממכירת מניות, שמקורן בהקצאת אופציות הממלאת אחר תנאי סעיף 102(ב) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן - **הפקודה**), הינה הכנסה פירותית או הונית? אם מדובר בהכנסה הונית, האם שיעור המס החל עליה הינו 35 אחוזים מכוח צו מס הכנסה (שיעור המס על רווח הון במכירת נייר ערך זר), התשנ"ב-1992 (להלן - **צו ההקלה**) או שיעור המס השולי? אלו הן שתי השאלות המשפטיות העולות במסגרת שלושת הערעורים המונחים לפנינו, שהדיון בהם אוחד. יוער, כי המסגרת החוקית החלה על המחלוקת נשוא הדיון הינה זו שהייתה קיימת עובר לתיקונה של הפקודה בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשס"ב-2002 (להלן - **תיקון 132** או **התיקון**). משכך, אלא אם יצוין אחרת, התייחסותנו הינה לסעיפי הפקודה כפי שהיו עובר לתיקון זה.

העובדות

2. בשני הערעורים הראשונים (ע"א 6159/05 וע"א 6161/05) מדובר באופציות לרכישת מניות של חברות ישראליות הנסחרות בבורסה בארצות הברית, ואשר הוקצו במועדים שונים בין 1995 ל-1998 לשני המשיבים, יחזקאל לפיד וחגי כץ, בנפרד (להלן - **לפיד וכץ**, בהתאמה).

מניותיהן של החברות נרשמו למסחר בבורסה לפני יום 15.10.98. בהסדר שבין החברות האמורות לבין נציבות מס הכנסה הוסכם, כי הקצאתן של האופציות, המרתן למניות ומכירתן של אלה תתבצע במסגרת הסדר האופציות שבסעיף 102 לפקודה. האופציות שהוקצו ללפיד ולכץ היו בלתי סחירות והוחזקו בידי נאמן מיום הקצאתן ועד יום המימוש. במהלך השנים 1998 ו-1999 מימשו לפיד וכץ את האופציות ומכרו את המניות בו ביום. בעקבות זאת, כללו החברות את הכנסתם של לפיד ושל כץ ממימוש האופציות בפירוט הכנסותיהם מעבודה, תוך שהן מנכות משכרם מס בשיעור 50 אחוזים וכן מנכות כהוצאה מבחינתן סכום מתאים. יחד עם זאת, בדו"חות שהגישו לפיד וכץ למערער הוצגה הכנסה זו כרווח הון החייב במס בשיעור 35 אחוזים בלבד. משהוחלט על ידי המערער בסופו של יום למסותם בשיעור 50 אחוזים, ומשנדחו השגותיהם בעניין זה, הגישו לפיד וכץ שני ערעורים נפרדים לבית המשפט המחוזי בתל אביב. בערעור השלישי (ע"א 7359/05) מדובר בהקצאת אופציות מיום 18.10.96 לעדי דיאמנט (להלן - **דיאמנט**), וזאת לרכישת מניות של חברה מסוימת. מניותיה של חברה זו נרשמו למסחר בבורסה בלונדון בחודש אפריל 1997. האופציות, שהוענקו אף הן במסגרת ההסדר הקבוע בסעיף 102 לפקודה, הוחזקו על ידי נאמן מיום ההקצאה ועד יום המימוש. במהלך שנת 2000 מומשו האופציות למניות ואלה נמכרו מיד ביום המימוש. בעקבות זאת, ניכה הנאמן מס במקור בשיעור 30 אחוזים בטרם העברת יתרת התמורה לידי דיאמנט. זאת ועוד, החברה ניכתה כהוצאה את הסכום הנובע ממכירת המניות, ובכלל זה את המס החל על דיאמנט בגין המכירה. ביום 15.11.01 הגיש דיאמנט למערער דו"ח לשנת המס 2000, בו הצהיר על מכירת המניות וחישב את המס בגין מכירה זו לפי שיעור של 35 אחוזים. בעקבות זאת, נערכה לדיאמנט שומה לפי מיטב השפיטה בה חויבה מכירת המניות במס בשיעור 50 אחוזים כהכנסת עבודה. ביום 1.7.02 הוגשה השגה מטעם דיאמנט על השומה, אך זו נדחתה. משכך, הגיש דיאמנט ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב.

פסקי הדין של בית המשפט המחוזי

3. בשלושה פסקי דין שניתנו בנפרד קיבל בית משפט קמא (כב' השופט **מ. אלטוביה**) את ערעורם של המשיבים. נקודת המוצא לפסקי הדין של בית המשפט המחוזי מצויה הייתה בלשונו של סעיף 102 לפקודה, כנוסחו במועד הרלוונטי. סעיף זה מכיל מספר תתי סעיפים. בסעיף 102(א) מפורטות הגדרות מסוימות לגבי מונחים שונים המוזכרים לאורכו של סעיף 102 כולו. בין היתר נקבע בסעיף זה כך:

"בסעיף זה -

'מניות' - לרבות זכויות לרכישת מניות;"

משמע, כאשר קיימת התייחסות בסעיף 102 לפקודה למניות, יפים הדברים אף לגבי זכויות לרכישת מניות, קרי אופציות. לאחר סעיף ההגדרות מופיע סעיף 102(ב) לפקודה, בו נקבע כדלקמן:

"הכנסתו של עובד מהקצאת מניות תהיה פטורה ממס 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."**

בית המשפט המחוזי קבע, כי לשונו של סעיף 102(ב) לפקודה חד משמעית. נובע ממנה, כי היא מכירה בקיומו של אירוע מס בעת מתן האופציה לעובד, אך פוטרת אותו ממס, בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף. פטור זה ניתן על מנת להיטיב עם העובדים, וזאת כדי לגייס כוח אדם, לתמרצו ולהותירו במקום העבודה למשך מספר שנים. עוד נקבע, כי לאור מתן הפטור, האופציה כהכנסה אינה שומרת על אופייה הפירותי, שכן היא יוצאת מגדר יחסי עובד-מעביד באותו אופן בו יוצאת כל הטבה, אשר תמורתה שולם מס או ניתן פטור. בהמשך קבע בית המשפט המחוזי, כי מיקומו של סעיף 102 לפקודה, דרך חישוב המס בו והוראותיו השונות מעידים, כי הכנסתו של העובד - הממוסה בעת מכירת המניות או העברתן מהנאמן על שם העובד - הינה הונית. בהקשר זה התייחס בית המשפט במיוחד לאמור בסעיף 102(ג) לפקודה שזו לשונו:

"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."

הערכאה הדיונית פסקה, כי מהמינוחים בסעיף זה, כגון "תמורה כהגדרתה בסעיף 88" ו-"מחיר מקורי", עולה כי מדובר במסלול מיסוי הוני. ביסוס לעמדה זו מצא בית המשפט המחוזי אף בכך שעל פי האמור בסעיף זה, לא יחול על ההכנסה פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה, שהינו פטור ממס על רווחי הון. עוד ציין בית משפט קמא, כי אילו הייתה ההכנסה פירותית, היה מסתפק המחוקק במנגנון ניכוי המס במקור על ידי מעביד הקבוע בסעיף 164 לפקודה, ואף קובע שיעור ניכוי על פי השיעורים שנקבעו בקשר לכך. ואולם, בסעיף 102(ג) לפקודה קבע המחוקק שיעור ניכוי מס במקור של שלושים אחוזים. שיעור זה זהה לשיעור המקדמה, לפי סעיף 91(ד1) לפקודה כנוסחו בעת הרלוונטית, אותה יש לשלם מהתמורה המתקבלת ממכירתו של נכס, אשר חייבת במס על רווח הון. עדות נוספת להיותה של ההכנסה הונית מצא בית המשפט המחוזי בכללי מס הכנסה (הקלות מס בהקצאת מניות לעובדים), התשמ"ט-1989 (להלן - **כללי מס הכנסה**). כללים אלה, כך צוין, מצביעים על כך שאף מחוקק המשנה התייחס לסעיף 102 לפקודה כמטיל על ההכנסה מס על רווחי הון. עוד קבע בית המשפט, כי רווח ההון מתפרש הן על ההטבה הפטורה והן על עליית ערך האופציה או המנייה מיום קבלת ההטבה ועד מועד החיוב במס הקבוע בסעיף 102(ג) לפקודה.

דבר זה, כך צוין, נובע מעיקרון רציפות הרווח החייב במס, אך אין בו כדי להעיד כי רווח זה שומר על אופיו הפירותי לאחר מתן הפטור לעובד. בנוגע להוצאות בהן הכירו החברות בגין הקצאת האופציות למשיבים צוין, כי אופי ההכנסה בידי הגורם המקבל, ובמקרה המשיבים, לא נקבע על ידי סוג ההוצאה שנרשמה על ידי הצד שכנגד.

4. לאחר שקבע כי מדובר בהכנסה הונית, עבר בית המשפט לבחון את שאלת תחולתו של צו ההקלה על הכנסה זו. בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה נקבע:

"על אף האמור בחלק ה' לפקודה, יחיד תושב ישראל שיש לו רווח הון ממכירת נייר ערך זה, יהיה פטור ממס על חלק רווח ההון שהוא סכום אינפלציוני כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, ויהיה חייב על יתרת רווח ההון במס בשיעור של 35%" (נוסח הסעיף תוקן ביום 15.10.98 (ק"ת 5931), והנוסח המובא הינו זה שלאחר התיקון. לתיקון אין נפקות לענייננו).

שאלת תחולתו של צו ההקלה, ובכלל זה סעיף 2(ב)(1) האמור, הייתה במחלוקת בין בעלי הדין לאור האמור בסעיף 102(ג) לפקודה, לפיו לא יחול על ההכנסה פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה (ראו נוסח הסעיף בפיסקה 3 לעיל). בסעיף 97(ג) נקבע:

"שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, רשאי בצו לפטור מתשלום המס, כולו או מקצתו, ריווח הון הנובע מסוגים של עסקאות."

מכוחו של סעיף 97(ג) לפקודה הוצא צו מס הכנסה (פטור ממס על ריווח הון ממכירת מניות), התשמ"ב-1981 (להלן - **צו הפטור**). בצו זה ניתן לנישומים, בין היתר, פטור ממס על רווחי הון אשר נצמחו ממכירת מניות ואופציות הנסחרות בבורסה בישראל. ואולם, בענייננו מדובר בחברות אשר מניותיהן אינן נסחרות בישראל, כי אם מחוצה לה. לפיכך, הצו הרלוונטי לגבי הכנסת המשיבים אינו צו הפטור, כי אם צו ההקלה החל על ניירות ערך זרים. משכך, בדק בית המשפט את השאלה האם צו ההקלה אכן מעניק פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה והאם סעיף 102(ג) לפקודה מונע תחולתו של צו זה. בית המשפט קמא בחן את שאלת תחולתו של צו ההקלה באמצעות התחקות אחר כוונתו של המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בשינויים שנערכו בפקודה בכלל ובסעיף 102 בפרט, במסגרת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 100), התשנ"ה-1994 (ס"ח 1490, להלן - **תיקון 100**). מהשינויים החקיקתיים במסגרת תיקון זה, שיפורטו בהמשך הדברים, הסיק בית המשפט שכאשר קבע המחוקק בסעיף 102(ג) לפקודה כי לא יחול פטור לפי סעיף 97(ג) לפקודה, כוונתו הייתה אך לאי תחולתו של הפטור מכוחו של צו הפטור. בעניין זה נקבע, כי התכלית העומדת ביסוד שלילת תחולתו של הפטור במסגרת סעיף 102(ג) לפקודה הינה למנוע מהעובד לחמוק מתשלום מס כלשהו תוך התבססות על צו הפטור. עוד יוער, כי בפסק הדין נשוא הערעור השלישי (ע"א 7359/05), ביסס בית המשפט המחוזי את מסקנתו בדבר אי שלילת תחולתו של צו ההקלה, אף על כך כי סעיף 102(ג) לפקודה שולל הענקת פטור לפי סעיף 97(ג), ואילו בצו ההקלה ההטבה הניתנת הינה הפחתה בשיעור המס, להבדיל מפטור. משקבעה הערכאה הדיונית כי תחולתו של צו ההקלה אינה נשללת כתוצאה מהוראת סעיף 102(ג) לפקודה, עברה היא לבחון האם אכן חל צו ההקלה על המקרים דנא.

לעניין זה טען המערער, כי האופציות שהוקצו למשיבים אינן מהוות "נייר ערך זר", כהגדרתו בצו ההקלה. אף טענה זו נדחתה. לאור כלל האמור, קיבל בית המשפט המחוזי את ערעורי המשיבים ופסק כי ההכנסה שצמחה להם הינה הונית וכי שיעור המס החל עליה הינו 35 אחוזים. מכאן הערעורים שלפנינו.

טענות בעלי הדין

5. המערער משיג בפנינו על קביעותיו של בית המשפט המחוזי, כי הכנסת המשיבים הינה הכנסה הונית וכי צו ההקלה חל עליה. לטענתו, האופציות ניתנו למשיבים במסגרת יחסי עובד-מעביד, וככאלה הן בגדר טובת הנאה החייבת במס כהכנסה פירותית על פי סעיף 2(2) לפקודה, ככל טובת הנאה הניתנת בשווה כסף. הפטור בעת הקצאת האופציות עליו מדובר בסעיף 102(ב) לפקודה אינו מכוון ליתן פטור של ממש, אלא אך להביא לדחייתו של מועד אירוע המס. הסדר זה של דחיית מס אין בו כדי לשנות את טיב ההכנסה מהכנסה פירותית להונית. עוד נטען, כי אף אם אופן חישובה של ההטבה לעובד הקבוע בסעיף 102(ג) לפקודה דומה לאופן בו מחושב רווח הון, הרי שאין בכך כדי להשליך על אופי ההכנסה עצמה. יתר על כן, שלילת תחולתו של הפטור הניתן מכוח סעיף 97(ג) לפקודה נעשתה אך לשם הסרתו של כל ספק, כי מנגנון חישוב הרווח הלקוח מתחום רווחי ההון אינו מצביע על אופי ההכנסה שהתקבלה. לטענת המערער, לא ניתן אף להסיק דבר לגבי סיווגה של ההכנסה מההוראה בעניין ניכוי המס במקור הקבועה בסיפא של סעיף 102(ג) לפקודה. באופן כללי יותר נטען, כי אין לייחס חשיבות גדולה לנוסחו הבלתי מושלם של סעיף 102 לפקודה, בפרט שידוע כי ניסוחם של חוקי מס הינו לעיתים מפותל ועמום. מכל מקום, כך נטען, הלשון הינה רק תחילת ההליך הפרשני ויש לבחון את תכליתו של סעיף 102 לפקודה. תכליתו של סעיף זה הינה דחיית מס עד למפגש של העובד עם הנכס "שווה הכסף". אלמלא הוראות סעיף 102 לפקודה, היה העובד מחויב במס במועד מסירת האופציות לנאמן, שעה שאין בידיו מקורות כספיים לשאת בתשלום זה. לשיטת המערער, אין בתכלית האמורה כדי לשנות את אופי ההכנסה אותה קיבל העובד. המערער מוסיף וגורס, כי פסק דינו של בית משפט קמא יוצר אבחנה פסולה בין עובד בעל אופציות הממוסות על פי סעיפים 2(2) ו-3(ט) לפקודה לבין עובד בעל אופציות הממוסות על פי סעיף 102 לפקודה. כן מפנה הוא לכך שהחברות בהן עבדו המשיבים ראו את ההכנסה כפירותית וניכו את שווי האופציות, לרבות מס ההכנסה המשולם על הכנסת עבודה, כהוצאה בגין שכר עבודה. על פי הנטען, אילו האופציות שהוענקו לא היו הכנסת עבודה, הרי שהחברות לא היו רשאיות לעשות כן. עוד טוען המערער, כי נוסחו של סעיף 102 לפקודה לאחר תיקון 132, מצביע על כך שהפרשנות הראויה של הסעיף עובר לתיקונו הינה זו שלו.

6. טענה נוספת של המערער הינה כי צו ההקלה לא חל על הכנסתם של המשיבים. סעיף 102(ג) לפקודה קובע, כי לא יחולו פטורים אשר ניתנו מכוח הסמכות שהוענקה לשר האוצר בסעיף 97(ג) לפקודה. משהוצא צו ההקלה מכוחו של סעיף 97(ג), הרי שהפטור הקיים בו לא חל על הכנסת המשיבים. זאת ועוד, הטענה לפיה בצו ההקלה לא ניתן כלל פטור, כי אם אך הפחתה של שיעור המס, אינה יכולה לסייע למשיבים, שכן קבלתה תביא לכך שצו ההקלה הוצא בחוסר סמכות.

זאת, מכיוון שסעיף 97(ג) לפקודה אינו מסמיך את שר האוצר לקבוע שיעור מס מופחת, אלא אך להעניק פטור מלא או חלקי. ברי, כי אם צו ההקלה ניתן בחוסר סמכות, הרי שהמשיבים אינם יכולים להסתמך עליו על מנת לזכות בהקלה מכוחו. המערער ממשיך וגורס, כי אין לקבל את הטענה לפיה הכוונה בשלילת תחולתו של פטור מכוח סעיף 97(ג) לפקודה הייתה לצו הפטור בלבד. אין בלשון החוק ובתכליתו דבר המעיד על פרשנות כאמור. בהקשר זה נטען, כי לא ניתן ללמוד דבר זה אף מהשינויים החקיקתיים שנערכו במסגרת תיקון 100, וזאת בשל ניסוחו החפוז של תיקון זה, כמו גם בשל ביטולו זמן קצר לאחר מכן באופן רטרואקטיבי. עוד נטען, כי הטלת מס בשיעור 35 אחוזים בלבד על המשיבים תיצור פגיעה בשוויון בין עובד שקיבל אופציות של חברה שמניותיה נסחרות בישראל, לבין עמיתו שקיבל אופציות של חברה שמניותיה נסחרות מחוץ לישראל. לבסוף נטען, כי האופציות שהוקצו למשיבים כלל אינן מהוות "נייר ערך זר" כהגדרתו בצו ההקלה.

7. המשיבים סומכים ידיהם על הנמקותיו של בית משפט קמא. על פי הנטען, סעיף 102 לפקודה, על הוראותיו השונות, מהווה מסגרת משפטית העומדת בפני עצמה ומגדירה כללי מיסוי ייחודיים. כך, סעיף 102(ב) לפקודה מדבר במפורש על פטור הניתן לעובד מהכנסת עבודה. באשר לטענת המערער, כי מדובר אך בדחיית אירוע המס, נטען כי כאשר מעוניין המחוקק להביא לדחיית אירוע מס, נוקט הוא לשון של אי חיוב במס ולא לשון של פטור ממס כמו במקרה דנא. לגישתם של המשיבים, הפטור עליו מדובר בסעיף 102(ב) לפקודה חל במועד הקצאת האופציות, כאשר לאחריו ההכנסה אינה שומרת על אופייה הפירותי. על היותה של ההכנסה הונית ניתן ללמוד, כך נטען, ממיקומו של סעיף 102 במסגרת חלק ה' לפקודה, שכותרתו "רווחי הון". היותה של ההכנסה הונית נלמדת אף מהמינוחים בהם נעשה שימוש בסעיף 102(ג) לפקודה, הלקוחים ממשטר מיסוי של רווחי הון. כך, שלילת תחולתו של פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה, כמו גם שיעור ניכוי המס במקור שנבחר, מבססים את הטענה שמדובר בהכנסה הונית. עוד מפנים המשיבים לכללי מס הכנסה, המדברים על הכנסת העובד במונחים של "רווח הון ריאלי". כן נטען, כי תיקון 132 והשינויים שנערכו במסגרתו בסעיף 102 לפקודה, מחזקים את עמדת המשיבים בדבר היותה של ההכנסה נשוא דיונו הכנסה הונית.

8. בנוגע לתחולתו של צו ההקלה העלו המשיבים גישות מעט שונות. לפיד וכך טוענים, כי סעיף 97(ג) לפקודה מסמיך את שר האוצר להעניק שני סוגים שונים של הטבות: פטור ממס ושיעור מס מופחת. לשיטתם, צו ההקלה קובע שיעור מס מופחת על רווח ההון הריאלי, להבדיל מהענקת פטור ממס ביחס לרכיב זה. משכך, שלילת תחולת הפטור בסעיף 102(ג) לפקודה אינה חלה על צו ההקלה בהקשר זה. דיאמנט תומך בעמדת לפיד וכך, לפיה צו ההקלה קובע שיעור מס מופחת ביחס לרווח ההון הריאלי ואינו מעניק פטור ממס. עם זאת, לשיטתו סעיף 97(ג) לפקודה כלל אינו מסמיך את שר האוצר לקבוע שיעור מס מופחת, כי אם אך פטור ממס. הוראת סעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה הותקנה בסמכות, כך נטען, מכוחו של סעיף 98 לפקודה. ממילא אין תחולתה של הוראה זו נשללת מכוחו של סעיף 102(ג) לפקודה, המדבר על "פטור ממס לפי סעיף 97(ג)".

לתמיכה בעמדתם לפיה סעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה חל בעניינם, מפנים המשיבים להיסטוריה החקיקתית אשר תוארה בפסק דינו של בית משפט קמא, ואשר ממנה ניתן ללמוד, כך לטענתם, כי כוונת המחוקק בסעיף 102(ג) לפקודה הייתה לשלול אך את תחולתו של פטור שניתן מכוחו של צו הפטור. יתר על כן, הגדרת המונח "נייר ערך זר" בצו ההקלה מפנה להגדרתו של מונח זה בצו מס הכנסה (קביעת ניירות ערך זרים), התשנ"ב-1992 (להלן - **צו הקביעה**). בהגדרה של "נייר ערך זר" בצו הקביעה נאמר, כי אין היא כוללת נייר ערך, שרווח ההון ממכירתו פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה. משכך, אם ייקבע כי צו ההקלה מעניק פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה, הרי שלא יהיו קיימים ניירות ערך עליהם יחול צו ההקלה ומשכך הוא ירוקן מכל תוכן. טענתם האחרונה של המשיבים הינה כי בין פקידי השומה לבין נישומים רבים נערכו הסדרי מס במקרים דומים לאלה של המשיבים. בהסדרים אלה הוסכם על מיסוי הרווח הנוצר מהקצאת אופציות בשיעור של 42.5 אחוזים בלבד, וזאת ללא תלות בווייתורה של החברה המעבידה על זקיפת ההטבה כהוצאה. משכך, קבלת עמדתו של המערער תביא למיסוי המשיבים באופן בלתי שוויוני ובשיעור גבוה מזה שהוטל על עובדים אחרים.

דיון

א. סיווג ההכנסה

9. לשיטה של תגמול עובדים באמצעות הענקת אופציות יתרונו רבים. כך למשל, אין היא מחייבת תשלום כסף מזומן לעובד, דבר אשר עשוי להקשות על מצב הנוזלות של החברה המעבידה. יתר על כן, הקשר בין העובדים לחברה מתהדק, שכן ניגוד האינטרסים המובנה הקיים ביניהם מצטמצם ונוצרת זיקה ישירה בין תפקודו של העובד לבין התגמול שהוא מקבל. זאת, בשל ההנחה כי תפקוד טוב של העובדים יביא לעליית ערך האופציות שבידיהם (ראו, ע"א 54/96 **הולנדר נ' המימד החדש תוכנה בע"מ**, פ"ד נב(5) 673, 697-698 (1998)). לאור האמור, הפכה הענקת אופציות לדרך מקובלת ונפוצה לתגמול עובדים על ידי חברות במשק, ובפרט בתחום ההיי-טק. יחד עם זאת, הגברת השימוש בשיטת תגמול זו בישראל לא הביאה עמה, לפחות עד תיקון 132, ליצירת הסדר חקיקתי מקיף ומסודר בנושא מיסוי אופציות שהוענקו לעובדים (ראו, שמעון לביא **אופציות לעובדים** לב-לג (2001) (להלן - **לביא**)). הוראות החוק המרכזיות שעוסקות בנושא מיסוי הקצאת אופציות לעובדים מצויות בסעיף 102 לפקודה. פרשנותו של סעיף זה, בנוסחו עובר לתיקון 132, היא העומדת לדיון במסגרת הערעורים שלפנינו. כאמור, השאלה הראשונה שנידרש לבחון הינה מהו אופי ההכנסה המתקבלת בידי עובד שהוקצו לו אופציות במסגרת סעיף 102 לפקודה, כנוסחו במועד הרלוונטי - האם פירותית היא או הונית. לסיווג הכנסה כהכנסה פירותית או הונית עשויה להיות חשיבות במספר תחומים. אחד מאותם תחומים נוגע לשאלת תחולתו של סעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה. סעיף זה חל על רווח הון, אך לא על הכנסה פירותית. משכך, הרי שאם ייקבע כי ההכנסה הינה פירותית, לא נצטרך להמשיך ולהידרש לשאלת תחולתו של צו ההקלה.

10. הקצאת אופציות לעובד, בתמורה לתשלום מחיר הנמוך ממחיר השוק שלהן או בחינם, הינה טובת הנאה בשווה כסף. עובר לתיקון 132, היו קיימים בפקודה שני מסלולים למיסוי טובת ההנאה שהופקה לעובד מהאופציות שהוקצו לו.

המסלול הראשון הינו מסלול ללא נאמן (להלן - **המסלול הרגיל**). במסלול זה מוסתה טובת ההנאה מהאופציות כהכנסת עבודה, על פי סעיף 2(2) לפקודה. על דרך הכלל ניתן לומר, כי מועד החיוב במס של אופציות במסלול הרגיל היה במועד הקצאתן. יחד עם זאת, מועד חיובן במס של אופציות שאינן נסחרות בבורסה או אופציות שמוטלות עליהן מגבלות דוגמת מגבלת עבירות, נדחה עד מועד מימושן, על פי סעיף 3(ט)(1)(א) לפקודה (ראו, ע"א 7034/99 **פקיד שומה כפר סבא נ' דר**, פ"ד נח(4) 913 (2004) (להלן - **עניין דר**)). לצד המסלול הרגיל היה קיים בפקודה מסלול נוסף, אשר יצר הסדר מיוחד להקצאת אופציות ומניות לעובדים תוך הפקדתן בידי נאמן (להלן - **מסלול 102**). על מנת להיכנס למסלול זה, נדרשה הקצאת האופציות לעמוד במספר תנאים. אחד מתנאים אלה היה הפקדתן של האופציות בידי נאמן למשך תקופה שלא תפחת מעשרים וארבעה חודשים. על פי סעיפים 102(ב) ו-102(ג) לפקודה, מועד החיוב במס במסלול זה הינו בעת מכירת האופציות או המניות על ידי הנאמן או לחלופין בעת העברתן של אלה לידי העובד. השאלה העומדת לפנינו אינה נוגעת למועד החיוב במס במסלול 102, אלא לסיווג ההכנסה הצומחת במועד זה. בהקשר זה נציין, כי **בעניין דר** התייחסה חברתי השופטת א. חיות להסדר הקבוע בסעיף 102 באומרה:

"סעיף 102 הנ"ל יוצר אפוא מסלול מיסוי מיוחד מקום שבו הוקצו לעובד אופציות או מניות בחברה בקשר עם יחסי עובד ומעביד. על-פי הסדר זה, אין ההקצאה מהווה אירוע מס בהתקיים תנאים מסוימים המפורטים בסעיף 102, ובמרכזם התנאי בדבר הפקדת האופציות או המניות בידי נאמן לתקופה מינימלית בת שנתיים. כמו כן המס המוטל בגין אופציות על-פי המסלול הקבוע בסעיף 102 הינו מס רווחי הון" (שם, בעמ' 923, ההדגשה שלי - א. ג.).

אמירה זו, ממנה ניתן ללמוד כי ההכנסה הצומחת מאופציות במסגרת מסלול 102 הינה הונית, נאמרה באופן אגבי בלבד ולא שימשה לצורך ההכרעה במחלוקת שעמדה לפני בית המשפט **בעניין דר**. באותו עניין נדונה השאלה מהו מועד החיוב במס בגין הקצאת אופציות לעובדים במסגרת המסלול הרגיל. בפסק הדין **בעניין דר** נקבע, כי נקודת המוצא הינה מיסוי האופציות במסלול הרגיל במועד הקצאתן. עוד נקבע שם, כי קיימים מקרים, כמפורט לעיל, בהם מועד החיוב במס במסלול זה נדחה עד מועד מימושן של האופציות. ההתייחסות לסעיף 102 לפקודה במסגרת פסק הדין **בעניין דר** לא באה אלא על מנת להבחין בין מועד החיוב במס של הכנסה הצומחת מהקצאת אופציות במסלול הרגיל לבין מועד החיוב במס של הכנסה הצומחת מהקצאת אופציות במסלול 102. כאמור, שאלת מועד החיוב במס הן במסלול הרגיל והן במסלול 102 אינה עומדת לדיון בפנינו. תחת זאת, במקרה דנא מתעוררת שאלה שונה שעניינה סיווג ההכנסה הצומחת מהקצאת אופציות במסלול 102. משכך, הדברים שנאמרו **בעניין דר** לגבי סוגיה זו אינם מונעים בחינה ישירה עתה של העניין.

11. שרשרת הפעולות של הקצאת אופציות לעובד במסלול 102, המרתן למניות ומכירתן של אלה, מביאה לגיבושה של הכנסה בעלת מאפיינים מעורבים. מחד גיסא, חלקה של ההכנסה נובע מהטבה הצומחת לעובד במסגרת יחסי עובד-מעביד. על דרך הכלל, הטבה מסוג זה אמורה להיות ממוסה כהכנסת עבודה, על פי סעיף 2(2) לפקודה. מאידך גיסא, חלקה האחר של ההכנסה נובע משינויים שחלו בערך ההטבה של העובד מיום קבלתה מהמעביד ועד למכירתה.

על דרך הכלל, חלק זה של ההכנסה אמור להיות ממוסה ככל רווח הון. משכך הם פני הדברים, הרי שההכנסה המתקבלת בסופו של יום במסגרת מסלול 102 כוללת הן מאפיינים של הכנסה פירותית והן מאפיינים של הכנסה הונית. על פי סעיף 102(ב) לפקודה, העובד אינו ממוסה במועד הקצאת האופציות, הוא מועד קבלת טובת ההנאה. תחת זאת, מועד החיוב במס של העובד חל מאוחר יותר, לאחר שהכנסת העובד כבר כוללת גם מאפיינים הוניים. במצב שכזה, עולה השאלה כיצד יש לסווג את ההכנסה המתקבלת. נקודת המוצא לבחינת שאלה זו מצויה בלשון אותה נקט המחוקק בסעיף 102 לפקודה. אמנם, אין לכחד כי ניסוחו של סעיף 102 לפקודה במועד הרלוונטי לעניינו, לא היה ברור במיוחד ולקח בחסר במספר נושאים. זאת, ככל הנראה, בשל החיפזון בו נחקק (ראו, יחזקאל פלומין "חוק ההסדרים במשק המדינה - מיסוי מניות לעובדים" **מיסים** ג/א-19, א-20 (1989)). יחד עם זאת, ניתן למצוא לכל אורכו של הסעיף שימוש במונחים ובהסדרים המאפיינים הכנסה הונית. כך למשל, סעיף 102(ג) לפקודה, הדן במועד החיוב במס ובדרך חישובו, עושה שימוש בטרמינולוגיה המאפיינת הכנסה הונית. בין היתר מצוין בו, כי במועד החיוב במס רואים את העובד כאילו מכר את האופציות או המניות ב"תמורה כהגדרתה בסעיף 88". כן כולל הסעיף התייחסות לאופן בו יש לחשב את "המחיר המקורי" לצורך כימות ההכנסה. מונחים כגון מכירה, תמורה ומחיר מקורי לקוחים ממשטר מיסוי הוני. זאת ועוד, במסגרת סעיף 102(ג) לפקודה נשללה תחולתם של הסדרים החלים במשטר מיסוי הוני. כך נקבע, כי על ההכנסה לא יוחל פטור לפי סעיף 97(ג). כאמור, סעיף 97(ג) לפקודה הסמיך את שר האוצר להוציא צווים המעניקים פטור ממס רווחי הון. אילו הכוונה הייתה כי ההכנסה תמוסה ככל הכנסה פירותית, דומה כי לא היה צורך להחריג תחולתם של פטורים אשר חלים על רווח הון בלבד. יתר על כן, כפי שציין בית המשפט המחוזי, המחוקק לא הסתפק במנגנון הניכוי במקור הקבוע בסעיף 164 לפקודה ובשיעורי הניכוי הקבועים בהסדר זה. תחת זאת, נקבע שיעור ניכוי מס במקור של שלושים אחוזים. שיעור הניכוי האמור זהה לשיעור המקדמה שהייתה משולמת, לפי סעיף 91(ד1) לפקודה כנוסחו בעת הרלוונטית, מן התמורה המתקבלת ממכירתו של נכס החייבת במס על רווח הון. כל אלה מעידים, כי הכוונה של המחוקק הייתה לראות בהכנסה כהכנסה הונית.

12. המערער טען בפנינו, כי ההכנסה שנתקבלה בהקצאת האופציות כהכנסה פירותית, אינה יכולה לשנות את אופייה ומשכך עליה להישאר ככזו. טענה זו דינה להידחות. על פי האמור בסעיף 102(ב) לפקודה, במועד הקצאת האופציות והפקדתן בידי הנאמן ניתן לעובד פטור על הכנסתו הפירותית. מרגע קבלת הפטור אמור העובד להיות ככל אדם המחזיק ברשותו נכס ומוכרו. מכירתו של הנכס אמורה להיות במישור ההוני. ואולם, על אף לשונו של סעיף 102(ב) לפקודה, טוען המערער שאין מדובר בפטור הניתן על ההכנסה הפירותית, כי אם בדחייה בלבד של אירוע המס. ברם, גם אם נלך בדרכו של המערער, הרי שאירוע המס נדחה משלב ההקצאה למועד החיוב במס הקבוע בסעיף 102(ג) לפקודה. אירוע המס במועד מאוחר זה חל הן על טובת ההנאה עליה חל "פטור" מכוח סעיף 102(ב) לפקודה (שהינה הכנסה פירותית באופייה), והן על הרווח שנוצר בזמן שהאופציות או המניות מוחזקות בידי של הנאמן (שהינו הכנסה הונית באופיו). היינו, ההכנסה הממוסה במועד החיוב הקבוע בסעיף 102(ג) לפקודה הינה בעלת אופי מעורב.

בנסיבות אלו, יש ליתן משקל משמעותי לאמור בסעיף 102(ג) לפקודה בבואנו להכריע בשאלת סיווגה של ההכנסה. כאמור, מלשוננו של הסעיף עולה כי מדובר בהכנסה הונית, כפי שפורט לעיל.

יתר על כן, אין לקבל את טענת המערער, לפיה ההכנסה המתקבלת במסגרת מסלול 102 חייבת לשמור על אופייה הראשוני כהכנסה פירותית. קיימים מקרים בהם הפקודה ממסה הכנסה בעלת מאפיינים פירותיים כהכנסה הונית ולהיפך. ניתן ליתן מספר דוגמאות בעניין זה. כך, סעיף 2(9) לפקודה דן ב"תמורה המתקבלת בעד מכירת פטנט או מדגם על ידי הממציא, או בעד מכירת זכות יוצרים על ידי היוצר, אם הומצאה האמצאה או נוצרה היצירה שלא בתחום עיסוקם הרגיל של הממציא או היוצר". על אף קיום מאפיינים "הוניים" בכל הנוגע להכנסה מסוג זה, הרי שמקור הכנסה זה מופיע בפקודה לצד שאר ההכנסות הפירותיות וממסה על דרך הכלל בדומה להן (ראו, אמנון רפאל **מס הכנסה** כרך א 141-144 (מהדורה שלישית, 1995); לעניין שיעור המס החל על הכנסה ממקור זה ראו גם סעיף 125 לפקודה). דוגמה נוספת, החשובה במיוחד לענייננו, מצויה בהוראותיו של סעיף 102 לפקודה בנוסחו כיום. סעיף 102 עבר מספר שינויים מאז נוסחו בתקופה הרלוונטית למחלוקת שלפנינו. בתמצית נאמר, כי כיום פתוחות בפני החברה המעבידה שתי חלופות להקצאת אופציות לעובדים באמצעות נאמן. החלופה האחת הינה הקצאת אופציות במסלול המכונה "מסלול הכנסת עבודה". החלופה השנייה הינה הקצאת אופציות במסלול המכונה "מסלול רווח הון". סעיף 102(ב)(2) לפקודה בנוסחו דהיום קובע כהאי לישנא:

"(ב) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות בחברה מעבידה באמצעות נאמן לא תחויב במס בעת ההקצאה ויחולו במועד המימוש הוראות אלה:

...

(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%."

עינינו הרואות, כי לפי לשון הסעיף כיום יש לראות בהכנסה כרווח הון, וזאת על אף שמקורה בטובת הנאה אשר נתקבלה במסגרת יחסי עובד-מעביד. אמנם, על פי סעיף 102(ד) לפקודה לא יותר לחברה המעבידה לנכות הוצאה בגין הקצאה זו, ואילו במקרים שלפנינו ניכר החברות הוצאה כאמור. ואולם, העיקר לענייננו הינו סיווגה של הכנסה הכוללת מאפיינים פירותיים כהכנסה הונית, ובפרט שהדבר נעשה בהוראת חוק הדנה במיסוי הקצאת אופציות. יוצא אם כן, כי קיימים מקרים בהם הכנסה כוללת מאפיינים מסוג אחד, אך תמוסה על פי הוראת המחוקק כהכנסה מסוג אחר. הדבר נובע מסיבות ומתכליות שונות המביאות לסיווג ההכנסה באופן שונה מהמקובל. כך נעשה בנוגע להקצאת אופציות בגדרו של סעיף 102 לפקודה בנוסחו דהיום. דומה, כי זה היה המצב אף לגבי הקצאת אופציות לעובדים במסלול 102 עובר לתיקון 132.

13. חיזוק לדעה כי מדובר בהכנסה הונית ניתן למצוא אף באופן התנהלותם של המערער והממונים עליו. סעיף 102(ז) לפקודה הסמיך את נציב מס הכנסה לקבוע כללים לגבי עניינים שונים הנוגעים להקצאת אופציות לעובדים במסגרת מסלול 102.

מכוחו של סעיף זה התקין נציב מס הכנסה בשנת 1989 את כללי מס הכנסה. סעיף 8(ב) לכללי מס הכנסה עושה שימוש בתיבה "רווח ההון הריאלי". נוסח זה מעיד, כי אף נציב מס הכנסה ראה את ההכנסה כהונית שעה שהתקין את כללי מס הכנסה. נוסף עוד, כי בבקשה להגשת ראיות נוספות אשר הוגשה מטעם לפיד וכך, נכללה תכתובת ובגדרה בקשה שהוגשה מטעם נישום מסוים לנציבות מס הכנסה שלא לראות בהכנסה ממכירת מניות שהוקצו לפי סעיף 102 לפקודה כרווח הון, שכן הדבר הגדיל את חבות המס שלו. בקשה זו נדחתה על ידי נציבות מס הכנסה. במכתבי התשובה, שאחד מהם נכתב ביום 3.1.95 על ידי נציב מס הכנסה בשעתו, דורון לוי, נאמר שסעיף 102 לפקודה הוא סעיף המצוי במישור ההוני. גם מספר שנים לאחר מכן, בדיון שנערך ביום 16.7.02 בוועדת הכספים של הכנסת בעניין חקיקתו של תיקון 132, אמרה נציבת מס הכנסה דאז, עו"ד טלי ירון-אלדר, את הדברים הבאים בנוגע לגביית דמי ביטוח לאומי מעובדים :

"לגבי השאלה מה נעשה היום - גם היום לא גובים מרוב האופציות, כי רובן במסלול של 102 ולכן הביטוח הלאומי לא גובה מהם מס. 102 אינו מסלול של שכר עבודה" (ראו, www.knesset.gov.il/protocols/data/html/ksafim/2002-07-16.html).

מלאכת פרשנות החוק נתונה אמנם בידי של בית המשפט בלבד. עם זאת, שעה שביטוח המספוט מבצע מלאכתו, עליו ליתן משקל מסוים אף לאופן בו פירש המערער את החוק בעת יישומו הלכה למעשה (ראו, רע"א 3527/96 **אקסלברד נ' מנהל מס רכוש**, פ"ד נב(5) 385, 407-408 (1998) (להלן - **עניין אקסלברד**)). בהקשר זה נקבע כי :

"במקרה של ספק או חוסר ודאות עשויה הפרקטיקה להכריע את הכף, בהיותה עדות נאמנה כיצד הבינו את החוק מעצביו ומבצעיו. באם הפרקטיקה אינה בסתירה גלויה להוראות החוק, היא מוסיפה נופך של תמיכה וחזקת לפירוש העולה בקנה אחד עמה" (בג"ץ 333/68 **מפעלי מושבי הדרום נ' מנהל מס רכוש**, פ"ד כג(1) 508, 512 (1969)).

דברים אלה יפים אף לגבי הפרקטיקה שהייתה קיימת לגבי סעיף 102 לפקודה. לאור האמור, הרי שגם בענייננו יש ליתן משקל, אף אם לא מכריע, לכך כי בעיניהם של שלטונות מס הכנסה, לפי הצהרותיהם ולפי האופן בו פורש החוק על ידם בעבר, סווגה ההכנסה כהונית. לאמור עד כה יש להוסיף, כי מלומדים רבים אשר נדרשו לסוגיית סיווגה של ההכנסה נשוא דיוננו, ראו בה הכנסה במישור ההוני (ראו, אברהם אלתר "הקלות מס בהקצאת מניות לעובדים על פי סעיף 102 לפקודה" **מיסים** ג/3 א-24, א-38 (1989); יורם מרגליות "מיסוי אופציות לעובדים: שילוב של מספר סוגיות יסוד במס הכנסה" **מיסים** טו/4 א-42, א-57 (2001) (להלן - **מרגליות**); יוסף גרוס "אופציות ומניות לעובדים לאור הרפורמה במס" **מיסים** יז/2 א-1, א-7 (2003); טל עצמון "תוכניות אופציות לעובדים - חוק ומציאות" **מיסים** יב/4 א-121, א-122 (1998); רויטל אבירם ויאיר רבינוביץ **מיסוי נכסים פיננסיים הלכה ומעשה** 288 (1993) (להלן - **אבירם ורבינוביץ**); אמנון רפאל **מס הכנסה** כרך ה 540 (2002); **לביא**, בעמ' 194).

14. ניתוח סיווגה של ההכנסה נשוא דיונו מחייב לבחון אף את תכליתו של סעיף 102 לפקודה. סעיף זה, בנוסחו הרלוונטי לעניינו, הוסף לפקודה במסגרתו של חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ"ט-1989 (ס"ח 1273). בדברי ההסבר הנלווים להצעת החוק (ה"ח 1915) נאמרו הדברים הבאים לגבי תכליתו של הסעיף:

"במטרה לסייע להבראה של מפעלים וליצור הזדהות לאורך שנים של העובדים עם מקום עבודתם, מוצע לפטור ממס הכנסה מניות או זכויות שיוקצו לעובדים במסגרת תכנית הבראה, הכוללת ויתור על שכר. תכנית ההבראה תהיה טעונה אישור שר האוצר ותנאי ההקצאה יכללו הוראה כי המניות לא תהיינה סחירות במשך שלוש שנים לפחות" (דברי ההסבר לסעיף 55 להצעת החוק).

אחת התכליות העולות מדברי ההסבר להצעת החוק הינה סיוע להבראתם של מפעלים. ואמנם, בהצעת החוק הוגבלה תחולתו של מסלול 102 להקצאת מניות או אופציות לעובדים במפעלים במצוקה. ואולם, בחוק שנתקבל בסופו של יום הוסרה הגבלה זו. משכך, לא ניתן לומר כי תכלית זו היא העומדת ביסודו של סעיף 102. תכלית נוספת העולה מדברי ההסבר הינה יצירת הזדהות של העובד עם מקום עבודתו לאורך שנים, וזאת על ידי עידוד העובד לקחת חלק בהון החברה המעבדה ובשיתופו בהצלחתה בצורה זו. אכן, ההסדר הקבוע בסעיף 102 לפקודה עשוי לקדם, כשלעצמו, את התכלית הנזכרת, וזאת בלא קשר לשאלת סיווגה של ההכנסה המתקבלת כתוצאה ממכירת מניות שמקורן בהקצאת אופציות לפי סעיף זה. כך, בהקצאת אופציות במסלול הרגיל אמור היה העובד לשלם מס במועד הקצאתן של אלה (למעט במקרים של אופציות שאינן סחירות, לפי סעיף 3(ט) לפקודה - ראו פסקה 10 לעיל). דבר זה עלול היה להביא למכירה של חלק כזה או אחר מהאופציות על ידי העובד במועד מוקדם יחסית, וזאת לשם מימונו של תשלום המס בגין. כתוצאה מכך, היה נוצר קושי בהשגת התכלית שעניינה הידוק הקשר בין החברה המעבדה לבין העובד. מסלול 102 פתר את הקושי האמור באמצעות קביעה לפיה העובד לא חב במס כל עוד האופציות או המניות לא יצאו מידיה של הנאמן. במילים אחרות, עצם דחיית מועד החיוב במס יש בה כדי לעודד את העובד לקחת חלק בהון החברה לאורך זמן ובכך לקדם את תכליתו של סעיף 102.

ואולם, דחיית מועד החיוב במס הינה אך הקלת מס מסוג אחד מבין ההקלות האפשריות העשויות לשרת את התכלית הנזכרת. תכלית זו עשויה להיות מקודמת, ולו באופן חלקי, גם באמצעות סיווגה של ההכנסה כהונית, דבר אשר עשוי להעניק לנישומים פוטנציאליים הקלות מס מסוימות. כך, סיווג זה פוטר את הנישום מתשלום ביטוח לאומי ומס בריאות על הכנסת העבודה (בהקשר זה ראו, ב"ל (אזורי י-ם) 10133/06 **בנק המזרחי - ביטוח לאומי, סניף ירושלים** (לא פורסם, 11.5.08)). יתר על כן, על חלק מרווח ההון הנובע מ"רווחים ראויים לחלוקה" מוטל שיעור מס מופחת, על פי סעיף 94 לפקודה (ראו, **מרגליות**, בעמ' א-57). הקלות אלה עשויות להביא להפחתה בנטל המס בו נושאים העובדים הנישומים ובכך ליצור עבורם תמריץ לקחת חלק בהון החברה. יחד עם זאת יצוין, כי לא ניתן לומר שסיווג ההכנסה כהונית יוצר בהכרח חבות מס מופחתת של כלל הנישומים לעומת מצב בו תסווג אותה הכנסה כהכנסה פירותית.

זאת, בפרט בהתחשב בשיעורי המס שחלו בתקופה הרלוונטית על הכנסות פירותיות והוניות. ייתכנו אף מקרים, כמו זה הנזכר בפסקה 13 לעיל, בהם דווקא סיווג ההכנסה כפירותית היה מביא למיסוי הנישום בסכום נמוך יותר. יחד עם זאת, דומה כי למצער ביחס לחלק מהנישומים, עשויות הקלות המס הנובעות מסיווג ההכנסה כהונית להפחית את נטל המס.

עוד יצוין, כי סעיף 102 קבע מנגנון מיוחד להקצאת אופציות הכולל הפקדתן של אלה בידיו של נאמן. מנגנון זה עשוי אף הוא לשרת את התכלית הנוגעת להידוק הקשר בין העובדים למעבידיהם לאורך שנים, שכן האופציות מופקדות בידיו של הנאמן לתקופה שלא תפחת מעשרים וארבעה חודשים. לצד זאת, מנגנון זה עשוי לשרת תכלית אחרת המוזכרת על ידי מספר מלומדים - פיקוח הדוק יותר על מיסוי ההכנסות באמצעות ניכוי המס במקור על ידי הנאמן. פיקוח זה עשוי להגדיל את הכנסות המדינה ממיסים. אף תכלית זו עשויה להצדיק מתן הקלות מס לנישומים, בין היתר על דרך סיווגה של ההכנסה כהונית. כפי שמציין י. מרגליות במאמרו:

"מבחינה מהותית, הסעיף מהווה מעין פשרה חקוקה בין הנישומים לבין אוצר המדינה. הנישומים הבוחרים לפעול במסגרת הסעיף, מאפשרים לרשויות המס פיקוח הדוק יותר על מיסוי הכנסת העבודה, בכך שהם מכפיפים עצמם לניכוי מס במקור על ידי הנאמן. אוצר המדינה מעניק הטבת מס בתמורה. הטבת המס מוצאת ביטוייה בשלושה אופנים מרכזיים, והם:

1. הכנסת העבודה ממוסה כרווח הון..." (מרגליות, בעמ' א-57; עוד ראו לביא, בעמ' 149).

נסכם ונאמר: תכליתו העיקרית של סעיף 102 הינה הידוק הקשר בין העובדים לחברה המעבידה, באמצעות עידודם של העובדים לקחת חלק בהון החברה לאורך זמן. תכלית זו מקודמת באמצעות דחיית מועד החיוב במס, כמו גם באמצעות המנגנון המחייב הפקדתן של האופציות בידיו של נאמן. זאת, ללא קשר לשאלת אופן סיווגה של ההכנסה המתקבלת כתוצאה ממכירת מניות שמקורן באופציות שהוקצו לפי הוראות הסעיף. במילים אחרות, ניתן לקדם את תכליתו העיקרית של סעיף 102 בין אם תסווג ההכנסה הנזכרת כהונית ובין אם תסווג כפירותית. יחד עם זאת מצינו, כי סיווגה של ההכנסה כהונית עשוי להעניק, ולו לחלק מהנישומים, הקלות מס מסוימות אשר אף בהן יש כדי לקדם את תכליתו האמורה של סעיף 102 לפקודה. נתון זה, בצירוף העובדה לפיה לשונו של הסעיף נוטה בצורה ברורה לכיוון היותה של ההכנסה הונית, מובילנו למסקנה לפיה הכנסה המתקבלת בידי עובד ממכירת מניות שמקורן באופציות אשר הוקצו לו בהתאם למסלול שהיה קבוע בסעיף 102 לפקודה, כנוסחו עובר לתיקון 132 - מהווה הכנסה הונית.

ב. שיעור המס

15. משקבענו כי הכנסת המשיבים הינה הכנסה הונית, נדרשים אנו לבחון האם צו ההקלה חל עליה. כזכור, בסעיף 102(ג) לפקודה נקבע כי לא יחול על הכנסה מן הסוג בו עסקינן פטור ממס לפי סעיף 97(ג) לפקודה (ראו נוסח הסעיף בפסקה 3 לעיל). בסעיף 97(ג) לפקודה ניתנה הסמכות לשר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, לפטור מתשלום מס, באופן מלא או חלקי, רווח הון הנובע מסוגים של עסקאות (ראו נוסח הסעיף בפסקה 4 לעיל).

מכוחו של סעיף זה הוציא שר האוצר בשנת 1981 את צו הפטור. בשנת 1992 הוציא שר האוצר צו נוסף, הוא צו ההקלה. צו זה העניק פטור מלא ממס על רווח ההון האינפלציוני ממכירת נייר ערך זר, כהגדרתו בצו ההקלה. כן העמיד הוא את שיעור המס על רווח ההון הריאלי הנובע ממכירה זו על 35 אחוזים. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי עניינה של שלילת הפטור לפי סעיף 97(ג), שנקבעה בסעיף 102(ג) לפקודה, הינו אך בפטור שניתן מכוחו של צו הפטור ולא בזה שניתן בגדר צו ההקלה ביחס לרווח ההון הריאלי. לשם הקביעה מהו הפטור שתחולתו נשללת מכוחו של סעיף 102(ג) לפקודה, נעזר בית משפט קמא בהיסטוריה החקיקתית, וליתר דיוק בשינויים שהוכנסו לפקודה במסגרתו של תיקון 100. עובר לתיקון זה, רווח הון ממכירת אופציות ומניות הנסחרות בבורסה בישראל היה פטור ממס מכוחו של צו הפטור. ואולם, במסגרת תיקון 100 הוטל מס על רווח ההון האמור. הוראות בנדון נקבעו בסעיפים 100א עד 100ה לפקודה, אשר הוספו בגדר התיקון. בסעיף 100א לפקודה נקבעה הגדרה של "נייר ערך", שעל רווח הון ממכירתו תחול חבות בתשלום מס. נביא להלן את אותו חלק מההגדרה אשר רלוונטי לדיונונו:

"בסעיף זה ובסעיפים 100ב עד 100ה -

"נייר ערך" - כל אחד מאלה:

(1) ניירות ערך כהגדרתם בחוק ניירות ערך, לרבות ניירות ערך המונפקים על ידי הממשלה או על פי חוק מיוחד, הנסחרים בבורסה ולרבות ניירות ערך שהוקנו מכוחם, אך למעט ניירות ערך זרים כהגדרתם בסעיף 16ה;

מכוחו של סעיף 16ה הנ"ל הוצא צו הקביעה, בו הוגדר מהו "נייר ערך זר". כזכור, צו ההקלה חל על ניירות ערך זרים, כהגדרתם בצו הקביעה. משכך, הרי שעל פי האמור בסעיף 100א לפקודה לאחר תיקון 100, ההסדר שבסעיפים 100ב עד 100ה לפקודה, אשר עסק במיסוי רווחי הון ממכירת ניירות ערך, לא חל על "ניירות ערך זרים". תחת זאת, צו הקביעה וצו ההקלה חלו בעניינם של אלה. דברים אלה אף עולים מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון 100 (הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 100), התשנ"ה-1994, ה"ח 2311). בדברי ההסבר נאמר במפורש:

"מהגדרת נייר ערך מועטו ניירות ערך זרים שלגביהם חל מס בשיעור של 35% גם בסקטור הפרטי" (דברי ההסבר להגדרה "נייר ערך" שבסעיף 8 להצעת החוק).

במסגרת תיקון 100 תוקן גם סעיף 102(ג) לפקודה, כך שהתיבה "ולא יחול פטור ממס לפי סעיף 97(ג)" הוחלפה בתיבה "ולא יחולו הוראות סעיפים 100א עד 100ה". נוסחו של סעיף 102(ג) לפקודה לאחר תיקון 100 היה, אם כן, כדלקמן:

"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 יחולו הוראות סעיפים 100א עד 100ה; הנאמן ינכה במקור מס בשיעור של 30% מן התמורה, או בשיעור נמוך יותר שקבע פקיד השומה."

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר בעניין זה:

"סעיף 102 לפקודה קובע הסדרים לגבי הקצאת מניות לעובדים. בחלק מן המקרים נרשמות המניות המוקצות לעובדים למסחר בבורסה. בסעיף 102(ג) נקבע כי בעת מכירת המניה על ידי העובד לא יחול הפטור לפי סעיף 97(ג). לאור שינוי הוראות החוק יש צורך לתקן את הסעיף כך שיירשם בו שלא יחולו בעת המכירה הוראות סעיפים 100א עד 100ד. במקרים אלה ימשיך לחול חיוב מלא במס" (דברי ההסבר לסעיף 10 להצעת החוק).

מתיקונים אלה הסיק בית משפט קמא, כי כאשר קבע המחוקק בסעיף 102(ג) לפקודה שלא יחול פטור לפי סעיף 97(ג), כוונתו הייתה לצו הפטור בלבד (החל על רווחי הון מניירות ערך הנסחרים בישראל) ולא לצו ההקלה (החל על רווחי הון מניירות ערך זרים). זאת, מאחר שבתיקון 100 הוחלפה אי תחולת הפטור לפי סעיף 97(ג) באי תחולתם של סעיפים 100א עד 100ה, אשר אינם חלים כלל על "נייר ערך זר".

16. דעתנו שונה מזו של בית משפט קמא. אמנם, הטענה שהוצגה לעיל הינה בעלת משקל, אך לאור טיבו של תיקון 100 אין בה כדי להכריע את הכף. במרכזו של תיקון 100 עמדה סוגיית מיסוי רווחי הון ממכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה. כחלק מתיקון זה הוטל מס בשיעור של 10 או 20 אחוזים על רווח הון ממכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה בישראל, וזאת בסעיפים 100ב ו-100ג לפקודה. שיעורי מס אלה חלו על מכירת "נייר ערך", כהגדרתו בסעיף 100א לפקודה. מהגדרה זו הוחרג כאמור "נייר ערך זר", כהגדרתו בצו הקביעה (ובצו ההקלה). על רווח הון ריאלי ממכירת ניירות הערך הזרים המשיך לחול מס גבוה יותר, בשיעור 35 אחוזים, וזאת מכוח צו ההקלה. דומה, כי זו הייתה תכליתה של ההחרגה האמורה בהגדרת המונח "נייר ערך" שבסעיף 100א לפקודה. משמע, אלמלא ההחרגה, רווח הון ממכירת נייר ערך זר עשוי היה להיות ממוסה בשיעור זהה לרווח הון ממכירתם של ניירות ערך הנסחרים בבורסה בישראל. ואולם, המחוקק חפץ במניעת השוואת שיעורי המס ועל כן באה ההחרגה.

הוספת סעיפים 100א עד 100ה לפקודה, בגדרם הוטל מס רווח הון במכירת ניירות ערך עליהם חל צו הפטור קודם לכן, היוותה חלק אחד בלבד מתוך התיקונים שנעשו בתיקון 100. מדובר במהלך חקיקתי רחב ומורכב. בין היתר נדרשו תיקונים בסעיפים המתייחסים לפטור מכוחו של צו הפטור, וזאת על רקע הוראות החוק החדשות אשר איינו פטור זה הלכה למעשה. סעיף אחד כזה הינו סעיף 102(ג) לפקודה. משכך, תוקן הסעיף באופן שתחת שלילתו של פטור שניתן מכוחו של סעיף 97(ג) (שמכוחו ניתן הפטור הכלול בצו הפטור), שלל הסעיף את תחולתם של סעיפים 100א עד 100ה. שינוי ההפניה באופן האמור, לצד החרגתם של "ניירות ערך זרים" מהגדרת "נייר ערך", הביאו לכך ששלילת תחולתם של פטורים בגדר סעיף 102(ג) לפקודה תהיה רק בעניינן של אופציות ומניות עליהן חל צו הפטור קודם לכן (היינו כאלה הנסחרות בבורסה בישראל), אך לא בעניינם של ניירות ערך זרים. התוצאה ממצב דברים זה היא, כי ישולם מס בשיעור מופחת בגין ניירות ערך זרים ומס בשיעור מלא על ניירות ערך הנסחרים בישראל.

תוצאה זו עומדת בניגוד לרציונל שעמד בבסיס החרגתו של "נייר ערך זר" מהגדרתו של "נייר ערך", קרי רצון להטיל מס בשיעור גבוה יותר דווקא על מכירה של ניירות ערך זרים. זאת ועוד, בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון 100 שהובאו לעיל צוין, כי התכלית במניעת תחולתו של פטור בגדר סעיף 102(ג) לפקודה הינה רצון לחייב את העובדים מקבלי האופציות במס מלא. דברים אלה עשויים להיות יפים אף לגבי ההפחתה בשיעור המס בצו ההקלה.

לאור האמור, נשאלת השאלה האם המחוקק שת ליבו לכך כי בעת תיקון ההפנייה - בגדר סעיף 102(ג) לפקודה - מסעיף 97(ג) לסעיפים 100 עד 100ה, הביא הוא למעשה לתחולה של פטורים אשר נשללה קודם לכן לפי לשונו של סעיף 102(ג). כך או אחרת, בתיקון 100 גופא או בהצעת החוק שקדמה לו אין כל התייחסות ישירה של המחוקק לשאלת תחולתו של צו ההקלה על הכנסה הנובעת מהקצאת אופציות במסלול 102. אי שלילת תחולתו של צו ההקלה אינה אלא מסקנה לוגית המתבקשת מהתיקונים החקיקתיים שתוארו. אמת, גם למסקנה זו יש ליתן משקל מסוים. ואולם, משראינו כי מסקנה לוגית זו מביאה לתוצאה שאינה מתיישבת עם הרציונל אשר עמד בבסיסו של תיקון 100 עצמו, דומה כי אין ליתן לה משקל מכריע. בהקשר זה עלינו להביא בחשבון את טיבה הסבוך והנפתל של המאטריה המשפטית בה עסקין. בעניין זה כבר נאמר כי:

"חוקי המסים סבוכים הם... לא פעם נעשית החקיקה בחיפזון. לעתים לא נעשית בדיקה מספקת של השפעת הוראה פלונית על מערך החקיקה כולו. לעתים סתימתה של פירצה אחת יוצרת פרצות אחרות. לעתים רבה ההסתמכות על תורת ראיית החשבון. כל אלה הם תוצאות לוואי של מורכבות הסוגיה ושל תנאי הטיפול בה, שלא תמיד ראויים הם (ראה א. ויתקון, "חקיקה ושפיטה בענייני מסים" רבעון לענייני מסים א (תשכ"ו-כ"ז) 263). בכל אלה צריך הפרשן להתחשב. עליו להניח, כי המחוקק ביקש להטיל מס ולא ליצור פרצות. עליו להניח, כי כוונתו הייתה ליצור כלי יעיל ולא חסר ערך. עליו להניח, כי המגמה היא ליצור מערכת סבירה וקוהרנטית" (ראו, ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות פ"ד לט(2) 77, 70 (1985)).

עוד חשוב לזכור, כי אין אנו עוסקים בפרשנותו של סעיף 102(ג) לפקודה כנוסחו בהתאם לתיקון 100, אלא כנוסחו לאחר שתיקון זה בוטל והסעיף חזר לנוסחו המקורי. משכך, נוסח הסעיף כפי שתוקן בגדר תיקון 100 אינו אלא אינדיקציה פרשנית.

סיבה נוספת למשקל הנמוך שיש ליתן להיסטוריה החקיקתית שתוארה, נובעת ממשך תוקפן של הוראות תיקון 100. תיקוני החקיקה שנערכו במסגרתו של תיקון 100 בוטלו שלושה חודשים וחצי לאחר חקיקתם, וזאת במסגרתו של החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 102), התשנ"ה-1995. לתיקון 102 האמור אף ניתן תוקף רטרואקטיבי, כך שלמעשה לא היה כל תוקף להוראותיו של תיקון 100, ולו ליום אחד.

17. כאמור (פיסקה 4 לעיל), בפסק הדין נשוא הערעור השלישי (ע"א 7359/05) ביסס בית המשפט המחוזי את הכרעתו על נימוק נוסף. על פי נימוק זה, ההקלה בשיעור המס החלה על רווח ההון הריאלי במסגרת צו ההקלה הינה מסוג של הפחתת שיעור מס, להבדיל ממתן פטור.

סעיף 102(ג) לפקודה שולל תחולתו של פטור שניתן מכוחו של סעיף 97(ג). משההוראה הרלוונטית בצו ההקלה אינה מעניקה פטור, כי אם אך הפחתה של שיעור המס, הרי שלא נשללה תחולתה בגדר סעיף 102(ג) האמור. יצוין, כי בגדר הערעורים שלפנינו סומכים המשיבים ידיהם על הנימוק הנזכר.

דעתנו היא כי אין בנימוק שהובא זה עתה כדי להצדיק קבלת עמדתם של המשיבים. נימוק זה מתמקד אך בלשונו של סעיף 102(ג) לפקודה, זאת ותו לא. ואולם, פרשנות לשונית ראוי לה כי תבחן לא רק את הוראת החוק נשוא הדיון, אלא אף את לשון של הוראות החוק והתקנות הסובבות לה. נקודת המוצא למסענו בלשון החוק מצויה בסעיף 97(ג). בסעיף זה נקבע:

"שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, רשאי בצו לפטור מתשלום המס, כולו או מקצתו, ריווח הון הנובע מסוגים של עסקאות."

בשנת 1992 הוצא על ידי שר האוצר צו ההקלה. צו ההקלה פותח בלשון הבאה:

"בתוקף סמכותי לפי סעיפים 16ב, 97(ג) ו-98 לפקודת מס הכנסה (להלן - הפקודה), ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אני מצווה לאמור:..."

בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה נקבע:

"על אף האמור בחלק ה' לפקודה, יחיד תושב ישראל שיש לו רווח הון במכירת נייר ערך זר, יהיה פטור ממס על חלק רווח ההון שהוא סכום אינפלציוני כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה, ויהיה חייב על יתרת רווח ההון במס בשיעור של 35%."

מסענו בא לסיומו בסעיף 102(ג) לפקודה, השולל תחולתו של פטור ממס לפי סעיף 97(ג). כזכור, בסעיף 102(ג) נאמר:

"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)..."

כאמור, לעניין סעיף 102(ג) לפקודה טוענים המשיבים כולם, כי ההוראה בעניין שיעור המס אשר ישולם על רווח ההון הריאלי, המצויה בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה, אינה מהווה פטור אלא קובעת שיעור מס מופחת. בד בבד, לפיד וכץ אינם חולקים על קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה ההוראה הנזכרת בצו ההקלה הותקנה מכוחו של סעיף 97(ג) לפקודה (עמ' 26 לפסק הדין נשוא ע"א 6161/05). כזכור, סעיף 97(ג) מסמך את שר האוצר "לפטור מתשלום המס, כולו או מקצתו", רווח הון הנובע מסוגי עסקאות מסוימים. כלומר, על מנת שההוראה נשוא דיונו תבוא בגדר סעיף 97(ג) לפקודה, עליה להוות פטור מלא או חלקי, שכן אחרת תתחייב המסקנה כי כלל לא הייתה סמכות להתקינה מכוחו של סעיף זה.

יוצא אם כן, כי לפיד וכץ מבקשים, למעשה, לאחוז את החבל בשני קצותיו - לעניין סעיף 102(ג) לפקודה טוענים הם כי אין לראות את ההוראה נשוא דיונו כפטור ממס, ובה בעת לעניין סעיף 97(ג) לפקודה אין הם חולקים, הלכה למעשה, על כך שההוראה אכן באה בגדר פטור מלא או חלקי. אכן, מבחינה עקרונית אין מניעה כי מונח משפטי יתפרש באופן שונה בשתי הוראות חוק שונות. כך, ניתן לטעון כי התיבה "לפטור מתשלום המס, כולו או מקצתו", המופיעה בסעיף 97(ג) לפקודה, מתייחסת לפטור מלא או חלקי, לרבות שיעור מס מופחת; ואילו התיבה "פטור ממס לפי סעיף 97(ג)", המופיעה בסעיף 102(ג) לפקודה, מתייחסת אך לפטור מלא, להבדיל מפטור חלקי או מהפחתת שיעור מס. עם זאת, סבורני כי בענייננו אין לקבל טענה כאמור. ראשית, מששולל סעיף 102(ג) את תחולתו של "פטור ממס לפי סעיף 97(ג)", מבלי להגביל את סוג הפטור אשר תחולתו נשללת, הרי שהמסקנה הלשונית המסתברת הינה שלילת כלל הפטורים אשר ניתנו מכוחו של סעיף 97(ג). שנית, וחשוב מכך, כפי שיובהר בהמשך פרשנות תכליתית של הסעיף תומכת במסקנה לפיה שלילת הפטור בגדר סעיף 102(ג) אינה מוגבלת אך לפטור מלא, אלא חלה אף על ההוראה נשוא דיונו.

18. טענה נוספת, אשר הועלתה על ידי דיאמנט והקשורה לטענה בה דנו זה עתה, הינה כי ההוראה בה עסקינן (המצויה כזכור בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה) לא הותקנה מכוחו של סעיף 97(ג) לפקודה, אלא מכוחו של סעיף 98 לפקודה. משכך, על פי הנטען, אין ההוראה באה בגדר "פטור ממס לפי סעיף 97(ג)", אשר תחולתו נשללת בסעיף 102(ג). סעיף 98 קובע כדלקמן:

"על אף האמור בחלק זה, רשאי שר האוצר לקבוע בתקנות את השיטה לחישוב ריווח ההון, הן באופן כללי והן לצרכי הניכוי במקור, ובלבד שקביעה באופן כללי תהיה טעונה אישורה של ועדת הכספים של הכנסת."

עינינו הרואות, כי סעיף זה לא הסמיך את שר האוצר להעניק הקלת מס מסוג מסוים או לקבוע את שיעור המס החל, אלא אך לקבוע כללים לעניין אופן חישוב רווח ההון. משכך, דומה כי אין בסיס לטענה לפיה הסמכות לקביעת ההוראה נשוא דיונו - שעניינה כזכור הקלת מס לגבי רווח ההון הריאלי במכירת ניירות ערך זרים - מצויה בסעיף 98 לפקודה. נראה, כי אף דיאמנט עצמו ער לקושי הלשוני הגלום בטענתו (פיסקה 67 לסיכומים מטעמו). אכן, בפתח צו ההקלה ציין שר האוצר שלושה סעיפים שונים בפקודה אשר מכוחם הותקנו הוראות הצו, וביניהם סעיף 98. ואולם, התחקות אחר סעיפיו השונים של צו ההקלה מלמדת, כי הטעם לציונו של סעיף 98 בפתח צו ההקלה נעוץ, ככל הנראה, בהיותו סעיף מסמיך ביחס להוראה אחרת המצויה בצו זה. כוונתי היא להוראה שבסעיף 2(ב)(3) לצו ההקלה. הוראה זו עוסקת בקביעת כללים לחישובו של "סכום אינפלציוני", שהינו חלק מרווח ההון. משכך, אף בהפניה זו אין כדי לתמוך בטענה לפיה ההוראה נשוא דיונו, המצויה בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה, הותקנה מכוחו של סעיף 98 לפקודה.

אף בטענת המשיבים לפיה עמדתו של המערער מרוקנת מתוכן את צו ההקלה (ראו פיסקה 8 לעיל), אין כדי להועיל להם. אכן, הגדרת המונח "נייר ערך זר" בצו הקביעה, החלה אף בגדרו של צו ההקלה, מחריגה נייר ערך שרווח ההון ממכירתו פטור ממס לפי סעיף 97(ג).

ואולם, קביעתנו כי הוראת סעיף 2(ב)1(1) לצו ההקלה מהווה פטור לפי סעיף 97(ג), לעניין סעיף 102(ג) לפקודה, אין משמעה שכך הדבר אף לגבי הגדרת המונח "נייר ערך זר" שבצו ההקלה. כפי שכבר צוין לעיל, מונח משפטי אינו חייב לקבל את אותה משמעות בכל דבר חוק שבו הוא מופיע (ראו, ע"פ 224/85 **בית מרקחת אלבא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(4) 798, 802 (1985); בע"מ 9607/03 **פלוני נ' פלונית** (לא פורסם, 29.11.06), בפסקה 14). כך אף במקרה דנא. דומה, מבלי להכריע בדבר, כי בהחלטה של נייר ערך שרווח ההון ממכירתו פטור ממס לפי סעיף 97(ג) מניירות הערך עליהם חל צו ההקלה, אין הכוונה לפטור מכוח צו ההקלה עצמו (למהותה של ההחלטה הנזכרת ראו, **אבירם ורבינוביץ**, בעמ' 272).

19. מצינו לעיל, כי הפרשנות הלשונית המסתברת של סעיף 102(ג) לפקודה הינה זו אותה נוקט המערער, היינו - כי הסעיף שולל את תחולתה של ההוראה בעניין רווח ההון הריאלי המצויה בסעיף 2(ב)1(1) לצו ההקלה. עתה נראה, כי אף מבחינה תכליתית יש להעדיף עמדה זו. זאת, שכן עמדתם של המשיבים מובילה לתוצאה חלושה בחוסר שוויוניות ובהיעדר עקביות. אין חולק, כי הפטור שניתן בצו הפטור לא חל על הכנסה של עובד ממכירת מניות אשר מקורן באופציות אותן קיבל במסגרת מסלול 102 מחברה הנסחרת בבורסה בישראל. שיעור המס החל על הכנסה זו עמד על שיעור המס השולי (סעיף 91(ב) לפקודה, כנוסחו במועד הרלוונטי). משכך, הרי שעמדתם של המשיבים, לפיה שיעור המס החל עליהם הינו 35 אחוזים, יש בה כדי ליצור חוסר שוויון בין נישומים שאין ביניהם שונות רלוונטית. טלו למשל, שני עובדים שקיבלו אופציות של החברות בהן הם מועסקים. האחד עובד בחברה שמניותיה נסחרות בבורסה בישראל, ואילו עמיתו עובד בחברה שמניותיה נסחרות בבורסה בחוץ לארץ. על פי עמדתם של המשיבים, ייאלץ הראשון לשלם מס בשיעור המס השולי, ואילו עמיתו יידרש לשלם מס בשיעור 35 אחוזים. האם יש שוני רלוונטי המצדיק השתתפות שיעורי מס שונים על שני הנישומים? שוני כאמור לא הוצג על ידי המשיבים. משכך, הרי שעדיף לקבל את הפרשנות המביאה לתוצאת מס אחידה ושוויונית במובן זה שלא יושתו חיובי מס שונים על נישומים דומים (ראו, רע"א 3784/00 **שקם בע"מ נ' מועצת עיריית חיפה**, פ"ד נז(2) 481, 494 (2003); ע"א 3815/99 **עמרם טובי נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, פ"ד נז(6) 108, 126-127 (2003)).

זאת ועוד, שיעורי המס האמורים צפויים להביא לכך שבמקרים רבים, אם לא ברובם, העובד הראשון לעיל יישא בנטל מס גדול יותר מרעהו (שיעור המס השולי המירבי במועדים הרלוונטיים לענייננו עמד על 50 אחוזים). האם קיימת סיבה כלשהי לייחס למחוקק כוונה להבחין בין שני העובדים ולחייב את הראשון במס גבוה מזה החל על האחרון? במילים אחרות, האם קיימת סיבה כלשהי לייחס למחוקק כוונה להעדיף מחזיק של נייר ערך זר על פני מחזיק של נייר ערך הנסחר בישראל, כאשר זהו ההבדל היחיד ביניהם? נדמה, כי לא קיימת סיבה כאמור. נהפוך הוא: בחינת שיעורי המס שהוטלו על רווחי הון מניירות ערך מעידה, כי בעבר הייתה קיימת דווקא מגמה הפוכה של המחוקק ושל מחוקק המשנה. כך, עד לתיקון 132, בשנים הרלוונטיות לענייננו, הוענק פטור ממס על רווחי הון ממכירת ניירות ערך שנסחרו בבורסה בישראל, וזאת מכוחו של צו הפטור (למעט בגדר תיקון 100, אשר בוטל כאמור באופן רטרואקטיבי). אחת הסיבות להענקתו של פטור זה טמונה הייתה ברצון לעודד השקעות בבורסה בישראל על ידי קביעת משטר מס מועדף.

לעומת זאת, רווח הון ממכירת ניירות ערך זרים, כהגדרתם בצו ההקלה, לא זכה לפטור מלא וחויב בתשלום מס בשיעור 35 אחוזים (על שיעורי המס השונים בגין הכנסות מנכסים פיננסיים עובר לתיקון 132, ראו אבי בן בסט **הצעת רפורמת המס 2000**, בעמ' 48-49 (רפורמות מס, דוד גליקסברג עורך, 2005)). מגמה זו אמנם התמתנה עם חקיקתו של תיקון 132, ובהמשך אף אומצה, ככלל, מדיניות של שוויון בין שיעור המס החל על רווח הון מניירות ערך ישראלים לבין זה החל על רווח הון מניירות ערך זרים. ואולם, בשום שלב לא עלה שיעור המס החל במכירה של ניירות ערך ישראלים על שיעור המס החל במכירה של ניירות ערך זרים. לאור האמור, הרי שפרשנות המחילה את צו ההקלה על הכנסותיהם של המשיבים, מייחסת למחוקק ולמחוקק המשנה לא רק מדיניות הלוקה בחוסר שוויון, אלא גם בהיעדר עקביות. מקום בו קיימת פרשנות המעוגנת בלשון החוק, אשר מחזיקה את המחוקק כנוקט מדיניות שוויונית ועקבית, הרי שיש להעדיפה (ראו, ע"א 260/83 **מנהל מס רכוש נ' אברהם יוסף**, פ"ד (2) 96, 105-106 (1985); **עניין אקסלברד**, בעמ' 404-406). כך אף במקרה דנא. יוער, כי גם בסעיף 102 עצמו לא ניתן למצוא כל הצדקה להעדפתם של ניירות הערך הזרים. כאמור, תכליתו של סעיף 102 הינה להביא להגברת הזדהות העובדים עם החברות המעבידות על ידי הפיכתם לשותפים בהון שלהן. בסעיף החוק עצמו, בדברי ההסבר לו ובתכליתו לא ניתן למצוא טעם כלשהו לאבחנה בין עובדים המחזיקים בניירות ערך זרים לעומת עמיתיהם שמחזיקים בניירות ערך הנסחרים בישראל. משכך הדבר, אין מנוס מדחיית עמדתם של המשיבים ומקבלתה של עמדת המערער בסוגיה זו.

20. טענה אחרת של המשיבים נוגעת להסדרי מס, שנערכו בין פקידי שומה לבין נישומים אחרים. בהסדרים אלה, כך נטען, הועמד שיעור המס, במקרים הדומים לאלה של המשיבים, על 42.5 אחוזים, וזאת אף שלא נאסר על החברה המעבידה לנכות הוצאה בגין הקצאת ניירות הערך. בעניין זה נמסרו על ידי הצדדים מספר הודעות לאחר הדיון שנערך בפנינו. כך, בהודעתו של המערער מיום 26.3.07 נמסר, שאכן נודע לו כי מי שהיה פקיד שומה תל אביב 5 הינחה את עובדיו לחתום על הסכמי פשרה כאמור. יחד עם זאת נטען, כי מדובר בחריג בלבד וכי רוב מוחלט של פקידי השומה נהגו על פי הנחיות הנהלת נציבות מס הכנסה. לאור האמור בהודעת המערער, הגישו לפיד וכך ביום 29.4.07 הודעה בה ביקשו כי נורה למערער להעביר את כלל ההסכמים והסדרי המס שנערכו בעניין זה על ידי פקידי השומה השונים. בהודעה נוספת של לפיד וכך מיום 16.6.08 ביקשו הם להפנות למידע נוסף בנוגע לקיומם ולהיקפם של הסדרי פשרה, אשר נתגלה בגדר הליך משפטי אחר. איננו רואים לנכון לדון בטענה שפורטה זה עתה, כמו גם להיענות לבקשתם של לפיד וכך בעניין זה. זאת, מכיוון ששאלת קיומם והיקפם של הסדרי פשרה בין פקידי שומה לנישומים אחרים לא נדונה כלל בבית המשפט המחוזי. כך, בסיכומי הערעור של דיאמנט בבית המשפט המחוזי לא עלה זיכרה של טענה מהסוג האמור. לעומת זאת, בנימוקי הערעור שהגישו לפיד וכך לבית המשפט המחוזי אכן הייתה קיימת טענה כאמור. ואולם, בהודעתם לבית המשפט המחוזי מיום 5.11.03 נמסר, כי הם מסכימים למחיקת אותם סעיפים בנימוקי הערעור הנוגעים לקיומם של הסדרי פשרה כאמור. יוצא אם כן, כי הלכה למעשה מועלית טענה זו לראשונה בפנינו. משכך, ובפרט על רקע העובדה שהטענה מצריכה ליבון וביסוס עובדתי, אין מקום כי נידרש לה. ממילא איננו מוצאים לנכון להתייחס לשאלה האם קיומם של הסדרי פשרה כאמור עשוי לחייב את המערער להסכים לכך ששיעור המס אשר יוטל על המשיבים יהיה אף הוא 42.5 אחוזים.

סיכום

21. השאלה שהייתה מונחת בפנינו עסקה באופן סיווגה של הכנסה ממכירת מניות שמקורן בהקצאת אופציות על פי מסלול 102, והנסחרות בבורסה מחוץ לישראל. הגענו לכלל מסקנה, כי הכנסה כאמור מהווה הכנסה הונית. משכך, נדרשנו להמשיך ולהכריע האם חלה על הכנסה כאמור ההוראה הקובעת שיעור מס של 35 אחוזים על רווח ההון הריאלי, המצויה בסעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה. על שאלה זו השבנו בשלילה, וזאת לאור סעיף 102(ג) לפקודה השולל את תחולתה של ההוראה הנזכרת. משהגענו לכלל מסקנה כי ההוראה האמורה בצו ההקלה אינה חלה על ענייננו, שוב איננו נדרשים לדון בטענה הנוספת של המערער בעניין תחולתו של צו ההקלה.

22. אי לכך, שלושת הערעורים מתקבלים במובן זה שנקבע כי הכנסתם של המשיבים הינה הכנסה הונית, אך הוראת סעיף 2(ב)(1) לצו ההקלה, הקובעת שיעור מס של 35 אחוזים על רווח ההון הריאלי, אינה חלה על הכנסה זו. החיובים בהוצאות אשר נפסקו בבית משפט קמא - בטלים. לפיד וכץ ישאו יחדיו בשכר טרחת עורך דין בשתי הערכאות בסך 30,000 ש"ח, ודיאמנט ישא אף הוא בשכר טרחה בסכום זהה.

(-) שופט

הנשיאה ד. ביניש:

(-) נשיאה

אני מסכימה.

השופטת ד. ברלינר:

(-) שופטת

אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א. גרוניס.

ניתן היום, ד' בטבת התשס"ט (31.12.2008).

(-) שופטת

(-) שופט

(-) נשיאה