

היבטים רגרסיביים במיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים

תמיר שאנן ודורון נרוצקי*

תגמול מבוסס הון (אופציות או מניות) לעובדים הפך לכלי מרכזי בגיוס עובדים ושימורם, במיוחד בתעשיית ההייטק בישראל, עם היקפים שנתיים המגיעים למיליארדי ש"ח בישראל בלבד. תופעה זו החלה לראשונה כניסוי חברתי שערכו לואיס או. קלסו ושותפו בארצות הברית באמצע שנות ה-50 לאחר שהם ביקשו לפרוש, אולם צאצאיהם לא הביעו עניין בכניסה לנעליהם וניהול החברה. בעשורים שלאחר מכן התפתחה ספרות ענפה המדגישה הן את חשיבות ההון האנושי בהצלחת חברות והן את היתרונות האסטרטגיים של תגמול מבוסס מניות לעובדים, כולל תפקידו בטיפול בבעיות נציג בדיני חברות. שיטת תגמול זו חשובה במיוחד לחברות שחסר להן הון מספיק כדי להציע משכורות תחרותיות לעובדים מוכשרים במיוחד, שמומחיותם חיונית לצמיחה וקיימות של החברה. מעבר להיבטים הכספיים המידיים, תגמול מבוסס מניות מחזק את הקשר בין המעסיק לעובד ומספק תמריצים לשימור ארוך טווח באמצעות תקופות הבשלה ומגבלות מסחר. מאמר זה בוחן את הפרוגרסיביות/הוגנות של הסדרי המס החלים על תגמול מבוסס הון (אופציות ומניות) לעובדים בישראל, תוך השוואתם לכללי המס הנהוגים ברחבי העולם. אנו מציעים מודל חלופי המתיישב טוב יותר עם הגישות המקובלות במדינות החברות ב-OECD תוך שמירה על טיפול מאוזן במיסוי.

א. הקדמה. ב. תשלום מבוסס מניות/אופציות לעובדים – מושגי יסוד והיקף התופעה בכלכלה הישראלית. 1. רקע כללי לתוכניות תגמול מבוסס מניות. 2. סוגי תוכניות תגמול מקובלות. 3. ההיקף הכספי של תגמול הוני לעובדים במדינת ישראל בעשור החולף. **ג. מיסוי תגמול מבוסס מניות – היסטוריה חקיקתית.** 1. שנות השבעים. 2. שנות השמונים וחקיקת הסדר ייעודי למיסוי תגמול הוני באמצעות נאמן. 3. ההצעה לרפורמה מקיפה במיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים – ועדת בן בסט. 4. סיכום. **ד. מיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים החל משנת 2003 ואילך.** 1. הקצאה

* **תמיר שאנן** הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

דורון נרוצקי הוא פרופסור למשפטים ומנהל תוכנית התואר השני במיסים בבית הספר Daverio לחשבונאות בפקולטה למנהל עסקים באוניברסיטת אקרון, באוהיו שבארצות הברית. המחקרים מודים לפרופ' ראובן אבי-יונה ולעו"ד צביקה ברנשטיין על הערותיהם. המחקר נערך בסיוע מענק שניתן על ידי קרן המחקר של הפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

באמצעות נאמן במסלול "פירותי" לפי סעיף 102(ב)(1) לפקודה. 2. הקצאה באמצעות נאמן במסלול "רווח הון" לפי סעיף 102(ב)(2)–(3) לפקודה. 3. הקצאה שלא באמצעות נאמן לפי סעיף 102(ג) לפקודה. 4. ביקורת על מדיניות המס שאומצה וקריאה לבחינה מחדש. ה. **היבטי מס נבחרים ביחס לתגמול הוני בראי המשפט המשווה**. 1. עיקרי מדיניות המס ביחס לתגמול מבוסס מניות בקרב מדינות החברות בארגון ה-OECD. 2. היבטי מס נבחרים בתגמול מבוסס מניות בארצות הברית – מקרה בוחן. 3. השוואה בין מיסוי תגמול מבוסס מניות בישראל לפרקטיקה הנוהגת במדינות ה-OECD. ו. **היבטי מיסוי בין-לאומי ביחס לתגמול מבוסס מניות המוענק לעובדים ברילוקיישן**. ז. מודל המס הראוי.

א. הקדמה

תגמול מבוסס מניות לעובדים מהווה את אחד האמצעים המרכזיים והאפקטיביים ביותר לגיוס עובדים ולשימורם בתעשיית ההיי־טק כמו גם בתעשיות אחרות, ואולם מקורה של תופעה זו הוא יחסית חדש, ונהוג לייחסה לניסוי חברתי שביצעו Louis O. Kelso ושותפו, שייסדו יחדיו חברה פרטית באמצע שנות החמישים של המאה הקודמת. ואולם, יוזמות דומות תועדו כבר מתחילת העשור השני של המאה הקודמת בחברות דוגמת J.C. Penney, Sears Roebuck, Pillsbury, Lowe's, Proctor & Gamble כמו גם בחברות נוספות. למרות זאת, הספרות בארצות הברית מתייחסת ליוזמה של Kelso, שהכיר בחשיבותו של מרכיב ההון האנושי בהצלחת החברה כמו גם ביתרונות המסחריים בכך שעם פרישת המייסדים לגמלאות, העובדים הם הגורם היעיל והכלכלי ביותר שיוכל להמשיך לנהל ולהפעיל את החברה בהצלחה ולהתמודד בתחרות הגוברת על עסקיה. קלסו כינס את עובדיו והבטיח להם שעם פרישתו ופרישת שותפו תוענק להם זכות ראשונה (first right of refusal) לרכישת זכויות המייסדים בחברה. לשם כך החליטו הנהלת החברה ועובדיה שחלף הפרשות לפנסייה, ירכשו העובדים בשוטף כשליש מהזכויות בחברה, ולאור הלקונה שבקוד המס האמריקאי ביחס למתווה המוצע, פעל קלסו להשגת האישורים הנדרשים מרשות המיסים האמריקאית, ולימים אומץ הסדר זה בחקיקה. בעקבות ניסוי חברתי זה, זכתה החברה שבבעלות קלסו ועובדיו לגידול כלכלי יוצא דופן, ודבר ההצלחה עבר מפה לאוזן, ואף נכתבו עליו מאמרים רבים המשבחים את התפיסה בדבר שילוב עובדים בהון הזכויות בתאגיד שבו הם עובדים.¹ הנחת היסוד שבבסיס תגמול מבוסס מניות היא שאמצעי תגמול זה מסייע לחברות שהפרוטה אינה מצויה בחשבון הבנק שלהן לשכור עובדים בעלי השכלה מתאימה, ידע וניסיון רלוונטיים, ואשר ללא שכירתם החברה עשויה הייתה לא זו בלבד שלא לשפר את נתוניה הכספיים, אלא אף לפגוע בפעילותה. תגמול זה אף מסייע להעלאת הזיקה שבין העובדים לחברה המעסיקה ומהווה תמריץ חיובי לכך

1 John Menke & Dickson C. Buxton, *The Origin and History of the ESOP and Its Future Role as a Business Succession Tool*, 64 J. FIN. SERV. PROS. 58 (2010)

שעובדים אלה ימשיכו להיות מועסקים בחברה תקופה ממושכת (שבה ההון המוקצה להם כפוף למגבלות עבירות וסחירות).

הספרות המשפטית בתחום דיני התאגידים אף הצביעה על קשר חיובי בין תגמול מבוסס מניות לבין צמצום/הפחתה של בעיית הנציג (the agency problem), שהצביעה על חשש שבחברות שבהן יש פיזור של בעלי מניות, כוחם היחסי של מנהלי החברה עלול להוביל אותם להשאת תועלתם האישית על חשבון החברה ובעלי מניותיה, בעוד תגמול מבוסס מניות מפחית במידה רבה חשש משימוש לרעה בכוחם של מנהלים אלה הואיל ופגיעה בחברה תפגע בהטבה הכלכלית של ההון שהוקצה להם.² בדומה, ספרות אקדמית בתחום הסוציולוגיה שבחנה את התנהלותם של מנהלים שקיבלו תגמול מבוסס מניות הצביעה על כך שמנהלים אלה יפעלו תוך ניהול סיכונים והתנהלות מאוזנת המפחיתה את תוחלת ההפסדים הנצמחים לחברה,³ כמו גם התנהלות מקצועית והפחתת הונאות בדיווחיה הכספיים של החברה (לרבות דיווחים כוזבים).⁴ בעקבות ההצלחה המסחרת של קלסו ולאחר שתוקן קוד המס האמריקאי, תוכניות מבוססות הון זכו לעניין רב ואף נעשה בהן שימוש הולך וגדל בארצות הברית החל משנות השישים ואילך. תוכניות תגמול אלה הפכו לפרקטיקה נפוצה, ויש שיאמרו לסטנדרט מחייב, בענפי תעשייה שונים, אולם בתחום חברות ההזנק הטכנולוגיות הפכה מדיניות תגמול זו לנורמה מעין מחייבת בקרב בכיריה. תוכניות אלה אומצו במדינות נוספות ברחבי העולם מחוץ לארצות הברית, ואף בישראל ניתן לזהות את חדירתן במהלך שנות השבעים. בהמשך, וככל שהמשק הישראלי נפתח לסחר בין-לאומי, שהגדיל את החשיפה של הכלכלה הישראלית לנעשה בעולם, כמו גם בעקבות המשבר העמוק בשוקי ההון בישראל בשנות השמונים שהגביל את יכולתן של חברות רבות להשיג קווי אשראי ולתגמל באופן נדיב את בכיריהן, חדרו תוכניות מבוססות מניות לענפי תעשייה ומסחר שונים כשענפי הטכנולוגיה וההייטק הובילו מהלכים אלה.

בצד התפתחויות כלכליות ותעסוקתיות אלה, כמו גם הפחתת הרגולציה, תהליכי הפרטה שהובילו לירידת כוחה של הסתדרות העובדים הכללית ולצמצום המעורבות הממשלתית, ובצד הסרת המגבלות שהוטלו על יחידים ותאגידים לעניין החזקת מט"ח, היקף העסקאות הבין-לאומיות והיקפי ההגירה של יחידים ותאגידים גדלו. שינויים אלה הובילו להכרה בצורך להתאים את מערכת המס הישראלית לכלכלה מפותחת בת-קיימה במאה ה-21, כשהעדכון המשמעותי האחרון שהיא עברה באותה העת היה רפורמת בן שחר במהלך שנות השבעים. בעקבות שינויים אלה הקימה ממשלת ישראל החל משנות השמונים של המאה הקודמת שבע ועדות ציבוריות שהתבקשו להציג המלצות בנוגע להתאמת שיטת המס הישראלית למשק פתוח

2 אירית חביב סגל **דיני חברות א פרק ח 444–445** (2007); Lucian A. Bebchuk, Jesse M. Fried & David I. Walker, *Managerial Power and Rent Extraction in Design of Executive Compensation*, 69 CHI. L. REV. 751 (2002).

3 WM. Gerard Sanders & Donald C. Hambrick, *Swinging for the Fences: The Effects of CEO Stock Options on Company Risk Taking and Performance*, 5 ACAD. MGMT. J. (2017).

4 Joseph P. O'Connor, Jr., Richard L. Priem, Joseph E. Coombs & K. Matthew Gilley, *Do CEO Stock Options Prevent or Promote Fraudulent Financial Reporting?*, 49 ACAD. MGMT. J. 483 (2006).

בר תחרות עם כלכלות זרות, ובכלל זה לאימוצן של הוראות להפחתת נטל המס בנוגע למיסוי עסקאות בין-לאומיות ואגב כך לאמץ הסדרים ייעודיים למיסוי תגמול לעובדים מבוסס מניות.⁵ מאמר זה יבחן את היבטי המס ביחס לתגמולים אלה ויבחן את ההיבטים החלוקתיים (הפועלים לצמצום הפערים הכלכליים בחברה בישראל או דווקא להעמקתם) הנובעים מהיבטים אלה. בספרו קיצור תולדות השוויץ תומאס פיקטי מציין כי לדיונים על המיסוי הפרוגרסיבי יש היסטוריה ארוכה החל מהמאה ה-18 באירופה הן ביחס למיסוי הכנסה והן ביחס למיסוי העברות בין דוריות, ואולם דבר אימוצם של הסדרים פרוגרסיביים זכה לנוכחות של ממש בשיטות המס במדינות שונות בעולם בתחילת המאה העשרים במקביל/מייד לאחר שארצות הברית אימצה מיסוי פרוגרסיבי: תחילה בשנת 1913 שיעור המס השולי שנקבע היה 7%, תוך חמש שנים ב-1918 זינק שיעור המס השולי ל-77% ולקראת סיום מלחמת העולם השנייה ב-1944 המשיך לעלות שיעור המס השולי ל-94%, עד שבשנות השמונים בתקופת נשיאות רייגן הופחתו שיעורי מס שוליים אלה בצורה ניכרת.⁶ פיקטי קובע באופן נחרץ לאחר מחקר ארוך שנים בצרפת ובמדינות אירופיות רבות כך:

לפרוגרסיביות גבוהה זו [הכוונה במערכת המס] היו כמה השפעות: ראשית, על צמצום האי-שוויון ועל הפחתת הריכוזיות של ההכנסות ושל הבעלות על רכוש בצמרת החברתית, ושנית, על האמנה החברתית הכללית ועל ההסכמה הקולקטיבית ללחץ פיקסלי כבד יותר ולחברות משמעותי יותר של העושר [הכוונה לתקופה שבין מלחמת העולם הראשונה ועד 1980]... המצב כיום שונה לחלוטין, שכן הפרוגרסיביות הממשית נעלמה, ולעתים אף נעשתה רגרסיבית, בכך שהעשירים ביותר מצליחים לפעמים לשלם שיעורי מס אפקטיביים נמוכים לעומת מעמדות הביניים והמעמדות העממיים, והחברות הגדולות ביותר מצליחות לא אחת לשלם שיעור נמוך מזה שמשלמות החברות הקטנות והבינוניות. עובדה זו מאיימת עד מאוד על המקובלות הפוליטית של המס ועל הלגיטימיות של מערכת הסולידריות החברתית בכללותה.⁷

5 משרד האוצר דין וחשבון ועדת המומחים לרפורמה במס הכנסה (1982) (להלן: דו"ח ועדת גרוס); משרד האוצר דין וחשבון ועדת המומחים לרפורמה במס הכנסה ליחידים (1988) (להלן: דו"ח ועדת ששינסקי); משרד האוצר דין וחשבון הוועדה לבדיקת השינויים בדין הפנימי לעניין מיסוי בינלאומי, הרבעון הישראלי למיסים כ (גיליון 79) 199 (1992) (להלן: דו"ח ועדת רפאל); משה גביש "המלצותיה של ועדת המימנה למיסוי בינלאומי" הרבעון הישראלי למיסים כא (גיליון 83) 209 (1993) (להלן: דו"ח ועדת גביש); הצעת הצוות המשרדי באוצר בראשות שר האוצר לרפורמה במיסים ישירים לגבי יחידים – 1998, דו"ח מינהל הכנסות המדינה לשנת 1998 פרק יח 335 (1998) (להלן: דו"ח ועדת נאמן); משרד האוצר דין וחשבון הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה (2000) (להלן: דו"ח ועדת בן בטס); משרד האוצר דין וחשבון הוועדה לרפורמה במס הכנסה (2002) (להלן: דו"ח ועדת רבינוביץ').

6 תומאס פיקטי קיצור תולדות השוויץ 154–155 (עופר סיטבון מתרגם, 2023).

7 שם, שם; וכן דיון ביקורתי על מנגנון שכר ניהול בכירים כגורם אי-שוויון, THOMAS PIKETTY, CAPITAL IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 331–335 (2014). (ההדגשה הוספה).

מאמר זה כאמור יבחן את מידת הפרוגרסיביות של הסדרי המס החלים על תגמול מבוסס מניות לעובדים בישראל בחמישה פרקים בסדר הבא: הפרק הראשון יציג היבטים נבחרים ביחס לתגמול מבוסס מניות לעובדים בישראל, ובכלל זה סקירה תמציתית של תוכניות התגמול ההוני המרכזיות שבאמצעותן מעסיקים ישראלים מגייסים ומשמרים כוח אדם מקצועי ואיכותי, ובכללן: תוכניות האופציות לרכישת מניות (Stock Option Plans – SOP/ESOP), תוכנית המניות החסומות (Restricted Stock plans – RS), תוכנית יחידות ההשתתפות לרכישת מניות (Employee Stock Purchase Plan – ESPP), תוכניות יחידות הון חסומות (Restricted Stock Unit – RSU) ותוכנית לעליית ערך זכויות הוניות (Stock Appreciation Rights – SAR). פרק זה אף יציג את ההיקף הכספי של תופעה זו בישראל בעשור האחרון.

הפרק השני יציג את ההיסטוריה החקיקתית ביחס לתגמול מבוסס מניות לעובדים בישראל החל מאמצע שנות השבעים באמצעות תיקון הוראת סעיף 3(ט) לפקודה,⁸ עובר לתיקון הייעודי של הפקודה והוספת סעיף 102 לפקודה בשלהי שנות השמונים, ויצג את ארבעת מסלולי המיסוי המרכזיים שנקבעו מכוחו כמו גם את המחלוקת המשפטית שנתגלעה ביחס להיבטי המס בתגמול מבוסס מניות לעובדים כשנכנס הבסיס היה נייר ערך זר.

הפרק השלישי יציג את עיקרי הרפורמה במיסוי תגמול הוני שנחקקה בשנת 2002 ונכנסה לתוקף בשנת 2003. פרק זה יציג את שלושת המסלולים המרכזיים שעוגנו בסעיף 102 המתוקן: הקצאה באמצעות נאמן במסלול פירותי, הקצאה באמצעות נאמן במסלול רווח הון, שעל פי הערכות משמש כמסלול המרכזי שמכוחו מקצים מעסיקים אופציות/מניות לעובדים בישראל, והקצאה של אופציות/מניות ללא נאמן.

הפרק הרביעי יציג היבטי מס נבחרים ביחס לתגמול הוני ביחס למדינות המפותחות החברות בארגון ה-OECD בכלל, ויצג כמקרה בוחן את היבטי המס של הדין בארצות הברית ביחס לתוכניות מוטבות (qualified stock option plans – ISO) ולתוכניות שאינן מוטבות (non-qualified). הפרק יציג מסקנות ראשוניות ביחס להבדלים שבין מדיניות המס המרחיבה בישראל לבין הפרקטיקות הנוהגות במדינות המפותחות החברות בארגון ה-OECD.

הפרק החמישי יתייחס להיבטי מס נבחרים בעסקאות בין-לאומיות שבהן עובד תושב ישראל מקבל תגמול מבוסס מניות בישראל ומממש הון זה שהוקצה לו מחוץ לישראל, ולהפך. ולבסוף, הפרק השישי והמסכם של העבודה יציג את העקרונות המקובלים שבבסיס מדיניות מס ראויה (good tax policy), יבקר את המודל הישראלי ויבהיר מדוע ההסדר הקיים מעמיק את אי-השוויון בחברה הישראלית, ויציע מודל מס חלופי שעשוי לדעתנו לרפא חלק מהטבות המס הקיימות בישראל באופן חריג בהשוואה לפרקטיקה המקובלת בעולם לתגמול הוני לעובדים.

8 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה, או הפקודה).

ב. תשלום מבוסס מניות/אופציות לעובדים – מושגי יסוד והיקף התופעה בכלכלה הישראלית

1. רקע כללי לתוכניות תגמול מבוסס מניות

תגמול מבוסס מניות לעובדים זכה להכרה ולעניין הולכים וגוברים בארצות הברית, בין היתר בעקבות הביצועים יוצאי הדופן בניסוי החברתי שערך Kelso, אולם בשל אי-הוודאות השוררת ביחס להיבטי המס החלים על תגמול מבוסס מניות לעובדים (למרות שרשות המיסים הסכימה לאשר הסדרי מס נוחים המאפשרים דחייה של אירוע המס לעובדים עובר לתיקון החקיקה בהחלטות מיסוי פרטניות), היקפי התופעה נותרו צנועים באופן יחסי. עם זאת, לאחר שתוקן קוד המס האמריקאי במהלך שנות השבעים, וביתר שאת עשור לאחר מכן עם פרסומן של תקנות מס הכנסה שהסדירו את היבטי המס בתגמול מבוסס מניות לעובדים, זכו תוכניות אלה להצלחה של ממש.⁹

כך למשל, מחקר שבחן את היקף תוכניות התגמול ההוני לעובדים בארצות הברית (המחקר בחן בעיקר תוכניות שמכוחן הוקצו לעובדים אופציות לרכישת מניות החברה) העלה שבעוד בשנת 1975 אומצו כ-1,600 תוכניות תגמול אשר הקצו אופציות לכ-250,000 ניצעים, חמש שנים לאחר מכן, ב-1980, אומצו בארצות הברית כ-4,000 תוכניות תגמול אשר הקצו אופציות לכ-100,000 ניצעים, עשור מאוחר יותר אומצו בארצות הברית כ-8,080 תוכניות תגמול אשר הקצו אופציות לכחמישה מיליון ניצעים, בשנת 1999 כבר אומצו בארצות הברית כ-7,600 תוכניות תגמול אשר הקצו אופציות לכשמונה מיליון ניצעים ובשנת 2005 אומצו בארצות הברית כ-9,225 תוכניות תגמול אשר הקצו אופציות למעל עשרה מיליון ניצעים.¹⁰

כמו שינויים רבים שתפסו תאוצה בעשורים האחרונים, ההצלחה שלה זכו תוכניות תגמול מבוסס מניות לעובדים בארצות הברית אומצה בתאגידים בין-לאומיים אמריקאיים שאימצו מדיניות תגמול הונית לכלל עובדיהם (האמריקאיים והזרים) שעבדו בארצות הברית ומחוצה לה. הקצאות אלה הובילו לחדירתן של תוכניות תגמול אלה למדינות נוספות ברחבי העולם, כמו גם לצורך של מדינות אלה להתאים את דיני המס שלהן לקשיים שהן מעוררות, ובכלל זה: פרק הזמן הממושך שבו ההכנסה נצמחת; לקושי בכימות ההטבה הכלכלית של ההון המוקצה, בין היתר נוכח המוטיבציה להעלות את ההזדהות של הניצעים לחברה המקצה ולוודא תקופת תעסוקה מינימלית משמעותית (שהזכאות להון המוקצה נצמחת בה לאורך זמן); כמו גם מגבלות הסחירות והעבירות שתוכניות אלה הטילו ביחס ליכולתם של הניצעים לממש את ההון המוקצה; והסיכון הגלום בכך שמחיר ההטבה הכלכלי לניצע מושפע מביצועי החברה לאורך זמן, ואינו מובטח; והסיכון הכלכלי שהניצעים ימוסו על הטבה כלכלית כאשר אין באפשרותם לממשה בשל המגבלות האמורות, וכאשר מגבלות אלה יוסרו היא לא תמומש בפועל (paper

9 Steven F. Freeman, *Effects of ESOP Adoption and Employee Ownership: Thirty years of Research and Experience*, ORGANIZATIONAL DYNAMICS WORKING PAPERS. 2 (2007), available at http://repository.upenn.edu/od_working_papers/

10 Freeman, שם, בעמ' 3.

(gain), כמו גם לאור המגבלות ששיטות מס מטילות ביחס ליכולת הנישומים לקזז הפסדים.¹¹ בישראל, ניתן למצוא התייחסות לתוכניות תגמול הוניות לעובדים החל משנות השבעים, ובעשורים האחרונים הפכו תוכניות אלה לחלק בלתי נפרד מתגמול בכירים בעיקר בענפי הטכנולוגיה וההיי-טק.

בנוסף, לאורך השנים מעסיקים אמריקאיים גיוונו את תוכניות התגמול מבוסס המניות לעובדים, וכך התפתחו תוכניות נוספות מעבר לתוכנית המסורתית שמכוחה הוקצו לעובדים זכויות לרכישת מניות. למרות הדמיון ביניהן, נציג את התוכניות השכיחות ביותר בשנים האחרונות לצורך הבנה של ההיבטים המשפטיים והכלכליים ביחס לתאגיד המקצה/המעסיק והניצעים ומתוך הבנה ששיקולים אלה הם בעלי משמעות רבה בעיצוב המסגרת הרגולטורית המיסויית הכללית, וזאת על אף שמאמר זה יתמקד בהיבטי המס החלים על תוכניות תגמול המקצות אופציות לרכישת מניות לעובדים.

2. סוגי תוכניות תגמול מקובלות

זכות לרכישת מניות – אופציות לעובדים (Employee Stock Option Plan - ESOP)

כאמור, תוכנית התגמול מבוסס המניות לעובדים הראשונה הייתה תוכנית שהקצתה לעובדים זכות לרכישת מניות בהתאם לתנאים שונים שעיקריהם יפורטו להלן. הרציונל שעמד לנגד עיני דירקטוריון החברות שאימצו מדיניות תגמול זו היה הצורך שלהן להדק את הזיקה של העובדים לחברה, להגביר את המוטיבציה שלהם ולאפשר להם ליהנות מהצמיחה הכלכלית של החברה, הנובעת, בין היתר, מפרי עבודתם. המדובר אפוא בהענקת זכות לעובדים לרכוש מניה במחיר ידוע ומוסכם מראש (על פי רוב שווי המניה במועד ההקצאה, ולא פחות מערכה הנקוב) המוגדר מראש בכתב האופציה (להלן: "תוספת המימוש") בפרק זמן מסוים (להלן: "התקופה").¹²

הואיל והרציונל בהקצאת תגמול מבוסס מניות לעובדים הוא להדק את הזיקה שבין החברה המעסיקה לעובדיה, האופציות המוקצות כפופות למגבלות שונות. כך למשל, הזכאות למלוא ההון המוקצה נצמחת על פי תקופה מסוימת המכונה תקופת הבשלה (vesting period), ואם הניצע מסיים את תעסוקתו בחברה בטרם חלפה תקופת ההבשלה, זכאותו להון המוקצה בטלה כולה או חלקה. בנוסף, תוכניות האופציות אימצו הוראות המגבילות את עבירותן וסחירותן

11 יורם מרגליות "מיסוי אופציות לעובדים: שילוב של מספר סוגיות יסוד במס הכנסה" מיסים 4/טו/42-א (2001).

12 המונח אופציה מוגדר על ידי פרופ' בן חורין כך: "אופציה הנה מכשיר פיננסי (חוזה) הנותן לבעליו את הזכות, אך לא את החובה, לרכוש או למכור מספר יחידות נתון של נכס הבסיס, במחיר שקבע מראש, הנקרא מחיר המימוש. אופציה על מניות חברה כלשהי נותנת לבעליה את הזכות לרכוש או למכור מספר נתון של מניות (בדרך כלל 100) של אותה חברה במחיר המימוש... כל אופציה הניתנת למימוש ביום הפקיעה בלבד נקראת אופציה אירופית, או European option, ואילו אופציה הניתנת למימוש בכל עת, מיום קנייתה ועד ליום הפקיעה, הנה אופציה אמריקאית, או American option. למרות הכינוי הגיאוגרפי, הרבה אופציות אמריקאיות נסחרות באירופה ולהיפך". משה בן חורין שוק ההון וניירות הערך פרק 21, 559 (1996).

במועד ההקצאה (אופציות אלו מכונות על פי רוב "אופציות חסומות"), ועל פי רוב, זכותו של הניצע להמיר את כתבי האופציות למניות או למוכרן היא אישית, ואינה ניתנת להעברה. בשל המגבלות השונות על עבירותן וסחירותן של האופציות (גם כאשר נכס הבסיס נסחר בבורסה), התעוררו קשיים אובייקטיביים בקביעת השווי הכלכלי של האופציה, הגם שמבחינה כלכלית פותחו לאורך השנים מודלים שונים לקביעת שווי אופציות ובהם מודל בינומי (חד-תקופתי ורב-תקופתי), והמודל הנפוץ והמקובל ביותר שמכונה Black and Scholes.¹³ בעטיים של קשיים אלה בחרו שיטות מס רבות לדחות את אירוע המס ממועד הקצאת המניות למועד מאוחר יותר שבו המגבלות שהוטלו על ההון המוקצה הוסרו (no longer risk of forfeiture); למועד שבו העובד המיר את האופציות למניות והפך הלכה למעשה לבעל מניות; ולעיתים אף למועד שבו מימש (מכר) הניצע את האופציות/מניות שהומרו וקיבל תחתן כסף.

מניות חסומות לעובדים (Restricted Stock - RS)

תוכנית מניות חסומות לעובדים דומה במהותה לתוכנית האופציות לעובדים הן ברציונל שבבסיסה והן בכך שהחברה מקצה מהון החברה לעובדיה. אולם, להבדיל מתוכנית האופציות לעובדים, חברה הבוחרת בתוכנית זו מבחינה פורמלית מקצה מניות לעובדיה. למרות ההבדל הפורמלי האמור, מבחינה מהותית מניות אלה חסומות, והעובדים אינם נהנים מהזכויות שבמניות אלה (למשל זכות להשתתף בהליכי קבלת ההחלטות בחברה או הזכות לקבלת דיבידנדים) עד שחולפת תקופת ההבשלה/חסימה. מבחינה טכנית, בשונה מתוכנית האופציות שלפיה בתום תקופת ההבשלה זכאי העובד לרכוש את המניות, בתוכנית מניות חסומות לעובדים המניות מוקצות לניצעים מראש והחסימה עליהן מוסרת במהלך תקופת החסימה (מעין reverse vesting).

בנוסף, להבדיל מתוכנית האופציות לעובדים, בתוכנית מניות חסומות, ברגע שמסתיימת החסימה הניצעים הופכים להיות בעלי מניות בחברה מבלי שהם נדרשים "לממש"/"להמיר" את ההון שהוקצה להם ובדרך כלל הם אף אינם נדרשים לרכוש הון זה ולשלם תוספת מימוש.¹⁴

יחידות מניה חסומות לעובדים (Restricted Stock Unit - RSU)

תוכנית תגמול המקצה "יחידות מניה חסומות" דומה מבחינה טכנית לתוכנית האופציות הואיל ובמועד ההקצאה של יחידות אלה החברה אינה מקצה הון מניות ממש, אלא התחייבות להקצות מניות בחלוף פרקי הזמן שאליהם מתייחסת התוכנית (שמהווה הלכה למעשה תקופת

13 משה בן חורין, שם, בעמ' 577–579, וכן בעמ' 585–588. וכן, Fischer Black & Myron Scholes, *The Pricing of Options and Corporate Liabilities*, 81 J. POL. ECON. 637 (1973); John C. Cox, Stephen A. Ross & Mark Rubinstein, *Option Pricing: A simplified Approach*, 7 J. FIN. ECON. 229 (1979).

14 גבי ויסמן ותמיר שאנן "מיסוי תכניות ESPP" מיסים יט/א-5 (2005); עוז חלבי ומשה סיסטר "מיסוי אופציות בראי הדין האמריקאי" מיסים לד/א-2 (2020).

הבשלה – בה נצמחת זכאותו של העובד לקבל הון מניות החברה). כלומר, יחידת מניה חסומה מבחינה משפטית מהווה התחייבות של החברה להקצות מניות לניצע – הא ותו לא. השוני האמור לכאורה אמור לפשט את ההיבטים המשפטיים והכלכליים הואיל ואם לא חלפה תקופת ההבשלה הרלוונטית, זכאותו של העובד פוקעת מבלי שיש צורך לשנות או להתאים את הון המניות הרשום או הנפרע של החברה, הואיל והחברה לא הקצתה אופציות או מניות במועד הצטרפותו של הניצע לתוכנית, וההון מוקצה בפועל רק כאשר חולפת תקופת ההבשלה, כולה או חלקה בהתאם לתנאי התוכנית.¹⁵

תוכנית לרכישת מניות לעובדים (Employee Stock Purchase Plan - ESPP)

תוכנית ESPP מאפשרת לעובדי החברה להפריש מידי חודש אחוז מסוים משכרם (להלן: סכום החיסכון) לצורך רכישת מניות החברה המקצה. בתום כל אחת מתקופות החיסכון, סכום החיסכון משמש את החברה לרכישת מניות עבור העובד בהנחה של עד 15% ממחיר המניה בבורסה במועד תום תקופת החיסכון או במועד התחלת התוכנית, כנמוך מביניהם. תוכנית זו דומה במהותה לתוכנית RSU כיוון שבשלב ההצטרפות של הניצע לתוכנית מדובר בהתחייבות משפטית מצד החברה, הא ותו לא, והקצאת ההון מתבצעת במנות בכל תום תקופת חיסכון. עם זאת, להבדיל מיתר תוכניות תגמול מבוסס מניות שסקרנו לעיל, בתוכנית זו יש גמישות רבה יותר הואיל והיא מאפשרת לעובד להחליט בכל "תחנה" במהלך תקופת החיסכון כי הוא אינו מעוניין עוד ברכישת מניות החברה. במקרה זה מוחזר לעובד סכום החיסכון, ובדרך כלל פוקעת זכותו של העובד להשתתף בתקופות החיסכון הבאות שבתוכנית.¹⁶

תוכנית לרכישת מניות לעובדים (Stock Appreciation Rights - SAR)

תוכנית התגמול מבוסס המניות SAR, המכונה גם מנגנון מימוש נטו (או תוכנית cash-less), היא על פי רוב תוכנית הקצאת אופציות לרכישת מניות הכוללת מעין מנגנון "מכירה בחסר" שלפיו אופציות לרכישת מניות החברה תהיינה ניתנות להמרה למניות החברה על בסיס שווי המניות במועד המרת האופציות למניות (המכונה כאמור גם מנגנון מימוש נטו). בשיטה זו הניצע אינו משלם בפועל את תוספת המימוש בתמורה להקצאת מניות, אלא מוקצות לו מניות "ללא תמורה" בכמות המשקפת את הרווח הגלום באופציות שהוקצו לו במקור במועד המימוש. כלומר, להבדיל מתוכנית האופציות למניות המקורית, על אף שהוקצתה לניצע אופציה לרכישת מספר מסוים של מניות החברה, הואיל והניצע אינו נדרש לשלם מכיסו את תוספת המימוש, במועד שבו יחליט הניצע להמיר את האופציות שהקצתה לו החברה בעבר למניות, מבצעת החברה עבורו חישוב המביא בחשבון את ההטבה הכלכלית הגלומה באופציות

15 ויסמן ושאנן, שם; כן ראו החלטות מיסוי 139/06 הקצאת יחידות RSU לעובדים, מיסים כב/2 ג-95 (22.7.2008); החלטות מיסוי 54/07 הקצאת יחידות RSU לעובדים (מסלול ללא נאמן), מיסים כב/2 ג-90 (9.2.2009).

16 ויסמן ושאנן, שם; כן ראו החלטות מיסוי 140/06 תכנית ESPP עם נאמן, מיסים כב/2 ג-96 (27.2.2008); החלטות מיסוי 141/06 תכנית ESPP ללא נאמן, מיסים כב/2 ג-96 (27.2.2008).

שהוקצו במקור ומחלקת רווח זה בשווי מניה, כך שמנה זו (התוצאה מהחלוקה האמורה) מוקצית לניצע ללא תוספת תשלום כל שהיא. מנגנון מימוש נטו מקטין את הסיכון הכלכלי שבהקצאת תגמול מבוסס מניות הואיל וממילא הניצע אינו נדרש לממן מכיסו את ההון המוקצה ומקטין את הסיכון שהניצע ייצא נפסד כלכלית.¹⁷

מעבר לתוכניות תגמול מבוסס מניות שמכוחן הקצו החברות את הונן לעובדיהן, התפתחו תוכניות תגמול נוספות שבהן חברות אפשרו לעובדיהן ליהנות מפירות ההצלחה וזאת מבלי שהן נדרשו בפועל להקצות אופציות/מניות. כך למשל, תוכנית תגמול המכונה "פנטום" מזכה עובדים ליהנות מעליית הערך של מניית החברה בהתאם לאחוז מסוים משווי החברה שהוסכם עליו מראש. הניצע אינו זכאי להפוך לבעל מניות הואיל ובשום שלב הוא אינו מחזיק במניות החברה, והתגמול משולם לו כבונוס כספי. בדומה לכך תוכניות נוספות המכונות "Non-recourse" מתייחסות אף להטבה כלכלית שמוענקת לניצע, וזאת מבלי שהחברה הקצתה בפועל מהונה.¹⁸

3. ההיקף הכספי של תגמול הוני לעובדים במדינת ישראל בעשור החולף

כאמור, תגמול מבוסס מניות לעובדים הגיע לישראל במהלך שנות השבעים, אולם היקפיו היו זניחים באותה העת. במהלך שנות השמונים, כחלק מהזעזועים בכלכלת ישראל, בשוקי ההון ובתאגידים הבנקאיים, ובשל פגעי האינפלציה, חברות רבות התקשו להשיג מימון מקומי, והיקף הסחר הבין-לאומי והמימון הזר במשק המקומי היה באופן יחסי נמוך מכיום והתבסס בעיקר על בעלי הון זרים שהייתה להם זיקה למדינת ישראל ולעם ישראל.¹⁹

בשנות השמונים הובילה הסתדרות העובדים הכללית בישראל מהלך חקיקתי בדיני המס להשגת ודאות ועל מנת לאפשר לחברות בכלל ולחברות בשליטה ממשלתית להקצות תשלום מבוסס מניות לעובדיהן כתחליף מסוים לקושי בהשגת מימון, והחל בשנות האלפיים, עם העלייה בהיקפי הסחר הבין-לאומי, העלייה במספר הישראלים הנוסעים לרילוקיישן לעבוד בחברות בין-לאומיות, העלייה במספר העובדים הזרים שהגיעו לרילוקיישן לעבוד בישראל והחדירה של חברות זרות ומשקיעים זרים למשק הישראלי, היקפי תגמול עובדים מבוסס מניות הלך וגדל, ואולם למיטב הידיעה רשות המיסים לא פרסמה נתונים רשמיים בדבר היקפי התופעה.

17 ריסמן ושאנן, שם; כן ראו החלטת מיסוי 8736/14 מימוש אופציות במנגנון מימוש נטו בחברה פרטית, **מיסים** כח/ג-24 (2014); החלטות מיסוי 5359/15 מימוש אופציות במנגנון מימוש נטו במסלול הכנסת עבודה, **מיסים** כט/ג-22 (2015); וכן הודעה לעיתונות שפרסמה רשות המיסים ב-2014 "מסלול ירוק" חדש שיצרה רשות המיסים מאפשר דחיית תשלום מס על מימוש אופציות עד למכירתן בפועל לצד ג' (הודעה לעיתונות), **מיסים** כח/ג-6 (2014).

18 עמדה מס' 43/2017 "מניות פנטום" אינן נכנסות לגדרי סעיף 102 "עמדה חייבת בדיווח שנת 2017" (5.3.2019); וכן חוזר מס הכנסה 11/03 רכישת מניות בהלוואה בשעבוד (הלוואת non-recourse), **מיסים** יז/ג-5 (2017).

19 להרחבה ראו סקירות על כלכלת ישראל בדו"חות שמפרסמת מחלקת המחקר באתר בנק ישראל <https://www.boi.org.il/roles/research-and-publications/all-researches>.

עם זאת, באוגוסט 2022 פרסמה החטיבה לתכנון וכלכלה ברשות המיסים סקירה מיוחדת ביחס להכנסות המדינה ממיסים בסימן התאוששות מהמשבר הכלכלי העולמי נוכח מגפת הקורונה.²⁰ בסקירה זו יוחד פרק להיקף הכנסות המדינה ממיסים בשים לב להכנסות המדינה מניכויים מאופציות לעובדים שהועברו על ידי נאמנים בתוכניות תגמול. סקירה זו מתייחסת אומנם בעיקר להכנסות המדינה בשנת 2021 ולחציון הראשון של שנת 2022, אולם ניתן ללמוד ממנה על ההיקפים המשמעותיים של ההכנסות מתגמול מבוסס מניות במשך כעשור, כמו גם על מגמת הגידול בהיקפי התופעה (גידול של 750% בפחות מעשור), כמו גם להיקף ההכנסה ממיסים מהכנסות אלה בסך של כ-4.5 מיליארד ש"ח בשנת 2021, וזאת על אף המשבר הכלכלי שפקד את רוב המדינות בעולם ואת ישראל נוכח התפרצות והתפשטות המגפה העולמית. בהתאם לסקירה שפורסמה, הכנסות ממס הכנסה מרווחי הון של יחידים (תשלומים בסכום מעל 1 מיליון ש"ח כל אחד) הסתכמו בשנת 2021 בכ-5 מיליארד ש"ח, גידול של 169% לעומת 1.9 מיליארד ש"ח בשנת 2019. הסקירה מציינת כי חלק הארי מהכנסות אלה מקורו בענף ההיי-טק שהצליח לגייס סכומי עתק בהשקעות שונות, ובהקשר זה יובהר כי חלק ניכר מההשקעות בהיי-טק הישראלי מקורן בגופים זרים המשקיעים במישרין או באמצעות קרנות השקעה פרטיות וקרנות הון סיכון.²¹

בהתאם לכך, ניכר כי בעוד בשנת 2013 היקף הכנסות המדינה ממיסים מאופציות/מניות לעובדים הסתכם בסכום של כ-740 מיליון ש"ח, סכומים אלה עלו בהדרגה לאורך רוב השנים. כך למשל, על אף שבשנת 2014 היקף הכנסות אלה ירד ועמד על כ-594 מיליון ש"ח, בשנת 2015 ההיקף עמד על כ-860 מיליון ש"ח, בשנת 2016 היקף הכנסות המדינה ממיסים אלה עמד על כמעט מיליארד ש"ח (972 מיליון ש"ח), בשנת 2017 היקף ההכנסות חצה את רף 1.1 מיליארד הש"ח (1.178 מיליארד ש"ח), בשנת 2018 היקף ההכנסות ממיסים חצה את רף המיליארד וחצי ש"ח (1.552 מיליארד ש"ח), בשנת 2019 ההיקף התקרב לרף 2 מיליארד ש"ח (1.891 מיליארד ש"ח), בשנת 2020 רף זה נחצה באופן ניכר (ועמד על כ-2.381 מיליארד ש"ח), בשנת 2021 היקף ההכנסות כמעט הוכפל ועמד על סך של כ-4.456 מיליארד ש"ח ובשנת החודשים הראשונים של 2022 עד למועד פרסום הסקירה עמדו הכנסות המדינה ממיסוי תגמול מבוסס מניות על כמעט 3 מיליארד ש"ח (2.782 מיליארד ש"ח). היקפים אלה הם ניכרים בכל קנה מידה שהוא. עם זאת, הואיל והכנסות אלה ממוסות על פי רוב בשיעור מס שולי של 28% (הואיל ורובן המכריע של תוכניות התגמול לעובדים ולנושאי משרה בישראל מוקצות בהתאם למסלול המכונה הקצאה באמצעות נאמן במסלול רווח הון, כפי שיתואר להלן), והואיל ומיליארדי ש"ח אלה מופקים על ידי מספר מצומצם באופן יחסי של נישומים, ניתן להבין אפוא כי מדובר בהטבה משמעותית המעצימה במידה רבה את פערי ההכנסות נטו בחברה, ודאי נוכח מאפייניה הייחודיים של החברה בישראל שהיא חברה

20 רשות המיסים בישראל החטיבה לתכנון וכלכלה **ההכנסות המדינה ממיסים מינואר 2021 עד יוני 2022 – בסימן התאוששות מהמשבר 2020 – סקירה מיוחדת** (3.8.2022).

21 לסקירה על היקפי ההשקעות בפעילות מחקר ופיתוח בישראל ומקורן ראו תמיר שאנן "היבטי מס נבחרים בפעילותן של קרנות השקעה פרטיות וקרנות הון סיכון" הפרקליט נ 33 (2024).

מהגרים, בעלת ריכוז משמעותי של משפחות המצויות מתחת לקו העוני מסיבות שונות החורגות מגדר היריעה של מאמר זה.

ג. מיסוי תגמול מבוסס מניות – היסטוריה חקיקתית

1. שנות השבעים

תגמול מבוסס מניות לעובדים כפוף להוראת סעיף 2(2) לפקודה, הואיל והסעיף מנוסח באופן רחב למדי ככולל כל תשלום המשתלם לעובד בכסף או בשווה כסף, במישרין ובעקיפין, לו או לאחר מטעמו. על פניו פרשנות סבירה אפשרית היא שיש לראות בהקצאת אופציה לעובד כאירוע מס, ושווי אופציות אלה ימוסה בשיעורי מס שוליים כאמור בסעיף 121 לפקודה.

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.

עם זאת, הואיל ותוכניות התגמול ההוני כוללות הוראות שונות המגבילות את זכותם של העובדים/ניצעים לעשות שימוש בזכויות הוניות אלה (בין אם אופציות, בין אם מניות); ליהנות מחלק מההטבות הכלכליות שגלומות בניירות ערך; כמו גם כוללות מגבלות ביחס לעבירותן ולסחירותן של זכויות אלה – אומצו לאורך השנים הוראות מיוחדות המאפשרות דחייה של אירוע המס ממועד הקצאתן למועד מאוחר יותר, בין היתר כדי למנוע מהניצעים להתחייב במס בגין השווי הכלכלי של ההון שהוקצה להם מבלי שהם יכולים לממשו.

שיקולים נוספים שהביאו לדחיית אירוע המס ממועד ההקצאה למועד מאוחר יותר התייחסו בחלק מהמקרים לקשיים הכרוכים בהערכת שווי ההון המוקצה במועד ההקצאה (בעיקר כאשר מדובר בניירות ערך בלתי סחירים – valuation concern); לקשיי נזילות של ההון המוקצה (כאשר מדובר בניירות ערך בלתי סחירים ובהיעדר שוק (liquidity concern)); אולם גם ביחס לניירות ערך סחירים כאשר מוטלות מגבלות סחירות מצד רשות ניירות ערך או מטעם התאגיד המקצה כדי שלא לזעזע את שווי השוק של ניירות הערך של התאגיד המקצה. שיקולים נוספים שתומכים בדחיית אירוע המס ואף נזכרים בהקשר של "עקרון המימוש" (realization principle) בדיני המס מתייחסים לחוסר הוודאות ביחס למחיר ההון המוקצה (paper gain) והחשש ממיסוי

הכנסה רעיונית שלא תמומש, כמו גם המגבלות המוטלות על נישומים ביחס ליכולתם לקזז הפסדים.²²

בהתאם לכך, ועל מנת לאפשר את דחיית אירוע המס של תשלום מבוסס מניות לעובדים, כבר באמצע שנות השבעים תיקן המחוקק את הוראות סעיף 3(ט) לפקודה שלפיו אירוע המס ביחס לתגמול מסוג אופציות לרכישת מניות יידחה ממועד הקצאת האופציות למועד מימוש האופציה, ולפי פרשנות זו נקבע שהקצאת אופציות אינה עומדת בקריטריון המימוש הואיל והזכות להמיר אופציה למניה אינה מקיימת את הדרישה לבעלות על המניה,²³ ואולם פרשנות מיטיבה זו לא אפשרה את דחיית אירוע המס ביחס לתוכניות תגמול הוני המקצות מניות, ובעקבות כך המחוקק התבקש להתערב ולאמץ הסדר ייעודי בנושא.

2. שנות השמונים וחיקוק הסדר ייעודי למיסוי תגמול הוני באמצעות נאמן

בשנת 1982 הקימה ממשלת ישראל ועדה בראשות פרופ' יוסף גרוס לשינוי במערכת המס לעידוד יוזמה אשר המליצה לאפשר הנפקת אופציות/מניות לעובדים תוך דחיית אירוע המס למועד שבו המניות נמכרות.²⁴ המלצות אלה לא אומצו בחקיקה, וכמה שנים לאחר מכן נושא מיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים נדון בשנית על ידי ועדה בראשות פרופ' איתן ששינסקי, שעידנה את המלצות ועדת גרוס ואשר המליצה על דחיית אירוע המס בהקצאות הוניות בתלות במידת סחירותו של ההון המוקצה. שתי ועדות אלה ראו בשיתוף עובדים ברווחי החברה כאידיאל רצוי אשר יאפשר מעורבות רבה יותר של עובדים בפעילות אשר תתרום להעלאת מאמציהם לפיתוח, גידול וצמיחת החברה והכלכלה הישראלית. המלצות אלה הובילו לחקיקת סעיף 102 במסגרת חוק ההסדרים לשנת 1989.²⁵

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

ההקצאה בוצעה בתמורה לויתור של העובד על שכר ;

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

בפנקס החברים נרשמו המניות על שם הנאמן ;

22 מרגליות, לעיל ה"ש 11 ; וכן Ari Glogower, *Taxing Capital Appreciation*, 70 TAX L. REV. (2016) 111. (ההדגשה הוספה).

23 הוראת ס' 3(ט) לפקודת מס הכנסה אומצה במסגרת תיקון 22 לפקודה משנת 1975. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כך: "מוצע לקבוע הוראת חיוב בקשר למתן אופציות לרכישת מניות או נכס או שירותים אחרים. החיוב במס עפ"י סעיף קטן (ט) יחול בשלב מימוש האופציה ולא בשלב נתינתה". ראו הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 22) התשל"ה-1975 ה"ח 11.

24 דו"ח ועדת גרוס, לעיל ה"ש 5.

25 ס' 39 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ"ט-1989.

החברה והנאמן הודיעו על תכנית הקצאה לפקיד השומה שלושים ימים לפחות לפני ביצועה, בטופס שקבע הנציב.

אגב המשבר הכלכלי העמוק בשנות השמונים, שכלל קריסה של הבורסה לניירות ערך והלאמת חלק מהבנקים בישראל, מוסדות המהווים ברגיל מקור פיננסי למימון יוזמות מסחריות, פעלה הסתדרות העובדים הכללית לאימוץ חקיקה המאפשרת את דחיית אירוע המס בהקצאת אופציות/מניות לעובדים כדי לסייע להבראה של מפעלים, ובהיעדר אמצעים כספיים לאפשר לחברות/מפעלים אלה לתגמל עובדים כשרוניים בהון מניות של החברות ואגב כך להגביר את ההזדהות של העובדים עם מקום עבודתם לאורך תקופה.²⁶ מכוח רציונלים אלה נחקק סעיף 102 לפקודה, אשר קבע הסדר ייחודי (וביטל את תחולת הוראות סעיפים 3(ט) ו-2(2) לפקודה ביחס להקצאות אופציות/מניות לעובדים באמצעות נאמן).

בהתאם להסדר החדש נקבע כי הקצאת מניות/אופציות לעובדים באמצעות נאמן לא תחויב במס במועד ההקצאה, בכפוף למגבלות שעיקרן הוא פורמלי ולשתי דרישות מהותיות: הראשונה היא שההון הוקצה בתמורה לויתור של העובד על שכר; והשנייה היא שחלפה תקופת "חסימה" של שנתיים ממועד ההקצאה ועד מכירת האופציות/המניות המוקצות. הואיל ובמועד אימוץ ההסדר רווחי הון מוסו בשיעורי מס שוליים (בדומה להכנסה מעבודה), עיקר הטבת המס נגעה בדחיית אירוע המס למועד מימושן בפועל ולהסרת הסיכון לניצעים, שללא דחייה זו היו עלולים להיות ממוסים על שווי ההטבה הכלכלית במועד ההקצאה (או אפילו במועד שבו הומרו האופציות למניות), ללא יכולת של ממש לממש הון זה, בעוד כאשר הם יממשו הון זה שוויו יצנח תוך שהם אינם יכולים לקזז הפסדים אלה במועד המימוש כנגד הכנסות העבודה שדווחו במקור או אפילו כנגד הכנסות עבודה שיופקו לאחר המימוש.

עם זאת, סעיף 102 החדש שנחקק התייחס רק להקצאות אופציות ומניות לעובדים באמצעות נאמן, וביחס להקצאות שבוצעו החל ממועד חקיקתו בלבד. בכל מקרה הסדר זה לא הוחל ביחס להקצאות מניות/אופציות שהוקצו לעובדים שלא באמצעות נאמן, או להקצאות אופציות/מניות למי שאינם עובדים (למשל ספקים), שהמשיכו להיות ממוסות לפי סעיף 3(ט) לפקודה. להבדיל, סעיף 3(ט) קבע אירוע מס כבר במועד ההקצאה ביחס למניות/ולאופציות סחירות,²⁷ בעוד לגבי הקצאות אופציות לרכישת מניות נדחה אירוע המס ממועד ההקצאה

26 ס' 55 להצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ"ט-1989 ה"ח 1915. בדברי ההסבר להצעת החוק הובהרה מטרת החקיקה כך: "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"; כן ראו אמנון רפאל וירון מהולל **מס הכנסה** כרך ראשון 88-89 (מהדורה שלישית, 1995). (ההדגשה הוספה).

27 ע"א 7034/99 **פקיד שומה כפר סבא נ' דר**, פ"ד נח(4) 913 (2004); גבי ויסמן ותמיר שאנן "מיסוי אופציות עבירות לעובדים" **מיסים** כב' 1/א-96 (2008); בנוסף, והגם שהקצאות חריגות לא חסו תחת הוראות ההסדר החדש, רשות המיסים אפשרה להסיט הקצאות הון שהוקצו במקור ללא נאמן למסלולים באמצעות נאמן מבלי שהדבר יהווה אירוע מס בהחלטות מיסוי שכונו במשך השנים כ"הסדרים ליד 102". לסקירה ממצה של הדין הנוהג ערב הרפורמה במס ראו דורון כוכבי

למועד שבו הומרו האופציות למניות.²⁸ מעבר לאירוע המס הראשון "הפירות" מוסו הניצעים שהפכו לבעלי מניות כאשר מכרו את המניות בפועל, ובמועד זה הרווח/ההפסד (הפרש בין שווי במכירה לבין שווי ההון במועד אירוע המס הראשון, בהקצאה/בהמרה לפי העניין) סווג כרווח/הפסד הון החייב לפי פרק ה' לפקודה.

ריבוי המסלולים למיסוי הקצאות אופציות/מניות, כמו גם חוסר בהירות שהיה קיים ביחס לשיעורי המס החלים בנוגע להקצאות אופציות/מניות בחברות שמניותיהן נסחרו בחו"ל (ני"ע זר), הביאו לליטיגציה לא מבוטלת בנושא ולביקורת לא מבוטלת כנגד מדיניות לא אחידה של פקידי השומה השונים. כך למשל, התגלעה מחלוקת בנוגע לתחולת צו מס הכנסה שקבע שיעור מס מופחת של 35% במכירת ניירות ערך זרים שהונפקו לעובדים כחלק מתגמול מבוסס מניות. מחלוקת זו נדונה בבית המשפט, ובעקבותיה רשות המיסים פרסמה שורה של הבהרות והחלטות מיסוי שקבעו על דרך פשרה שיעור מס מופחת מינימלי של 42.5% ביחס לתגמול מבוסס ניירות ערך זרים.²⁹

ואולם, ריבוי המסלולים החלים ביחס לתשלום מבוסס מניות לעובדים כמו גם אי-הבהירות בנוגע להיבטי המס החלים על הקצאות ניירות ערך זרים במסגרת תוכניות תגמול לעובדים הביאו להכרה בצורך לאמץ בחקיקה הסדר מעודכן ממצה. ניסיון ראשון לטיפול מקיף וממצה היה של הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה בראשות מנכ"ל משרד האוצר דאז, פרופ' אבי בן בסט, שהגישה את המלצותיה באפריל 2000.³⁰

3. ההצעה לרפורמה מקיפה במיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים – ועדת בן בסט

ועדת בן בסט הגישה דו"ח מקיף בדבר השינויים הנדרשים במערכת המס בישראל (רפורמה משמעותית ראשונה לאחר הרפורמה בראשות פרופ' בן שחר באמצע שנות השבעים). בין היתר, המליצה ועדת בן בסט על רפורמה במיסוי בין-לאומי והרחבת בסיס המס, הטלת מס עיזבון, וביטול פטורים, רפורמה במיסוי מקרקעין ובפטורים הניתנים ממכירת דירת מגורים, מיסוי הכנסות משוק ההון ומריבית ובמסגרת זו גם על הפחתת שיעור המס החל על רווחי הון,

וליאור הררי-ניצן "מיסוי הקצאות אופציות ומניות לעובדים" הרפורמה במס במדינת ישראל בעקבות תיקון 132 לפקודת מס הכנסה (עורכים משה אשר ובני קליפי, 2002), וכן ראו אמנון רפאל ושלומי לזר מס הכנסה כרך א 143–155 (2009).

28 לסקירה ממצה של הדין בהוראות ס' 102 לפקודת מס הכנסה ניתן לקרוא את פסקי הדין של השופט מגן אלטוביה בעמ"ה (מחוזי ת"א) 1172/02 כץ נ' פקיד שומה ת"א 3, פ"מ תשסג(2) 837 (2005); עמ"ה (מחוזי ת"א) 1072/03 דיאמנט נ' פקיד שומה ת"א 3 (נבו 27.6.2005); ועמ"ה (מחוזי ת"א) 1265/01 לפיד נ' פקיד שומה ת"א 3 (נבו 27.6.2005) ואת פסק דינו של השופט גרוניס (כתוארו אז) בע"א 6161/05 פקיד שומה ת"א 3 נ' לפיד, פ"ד סג(1) 235 (2009); וכן את מאמרם של כוכבי והררי-ניצן, שם.

29 עמ"ה (מחוזי ת"א) 48/94 לזין נ' פקיד שומה ת"א (נבו 12.9.1996); עדכון החלטת ועדת פסיקה (עדכון מס' 2), מיסים יד/6 ג-1 (2000); עדכון החלטת ועדת פסיקה (עדכון מס' 4) – הסדרי אופציות לעובדים, מיסים טז/ג-73 (2001).

30 דו"ח ועדת בן בסט, לעיל ה"ש 5, והצעת חוק לתיקון דיני המסים (תיקוני חקיקה והסדרים שונים), התש"ס-2000.

שינוי הדין החל על מיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים ועוד. בשל חוסר יציבות פוליטית, הממשלה בראשות אהוד ברק לא מילאה את ימיה והרפורמה לא אומצה בחקיקה. עם זאת, חלק מהמלצות אלה אומצו שנתיים לאחר מכן על ידי ועדה בראשות רו"ח יאיר רבינוביץ' בממשלה בראשות אריאל שרון ז"ל.³¹

בכל הנוגע למיסוי תגמול מבוסס מניות, ועל אף שכשנתיים מאוחר יותר אומצה רפורמה בראשות רו"ח יאיר רבינוביץ', נבקש להציג בתמציתיות את המלצותיה של ועדת בן בסט למיסוי תגמול מבוסס מניות, בין היתר, לאור הביקורות שהושמעו ביחס להצעות הוועדה שלפיהן מדובר בהסדר ראוי והוגן מחד גיסא, אך מורכב ומסורבל מאידך גיסא. להלן נציג בקצרה את עיקרי ההסדר למיסוי תגמול מבוסס מניות בהתאם למתווה שבועדת בן בסט.³² הוועדה בחנה את ההיבטים המרכזיים הכרוכים בהקצאות תגמול מבוסס מניות לעובדים ולנושאי משרה שאינם בעלי שליטה (המחזיקים ביחד או לחוד במישרין או בעקיפין פחות מ-10% מהזכויות בחברה) והציעה ארבעה מסלולים: ביחס להקצאות באמצעות נאמן נקבעו שני מסלולים, האחד כאשר נכס הבסיס (אופציות או מניות) סחיר והשני כאשר נכס הבסיס אינו סחיר, ובדומה לכך שני מסלולים להקצאות שלא באמצעות נאמן. ככלל, הוועדה דחתה את מועד אירוע המס מההקצאה למועד "מימוש", פיצלה בין הכנסות מעבודה לבין רווח הון כשמועד תום ההבשלה (vesting)/הסרת החסימה על נכס הבסיס שימוש כנקודה ארכימדית לשינוי סיווג ההכנסות, ואף התייחסה לסוגיית ההוצאה שהחברה תוכל לתבוע בחלק מהמסלולים.

כאמור, להלן יוצגו עיקרי ארבעת הסדרי המס שעליהם המליצה ועדת בן בסט:

- 31 חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), התשע"ב–2002; הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 133), התשע"ב–2002.
- 32 **ועדת בן בסט**, לעיל ה"ש 5, ציינה בהמלצותיה את השיקולים הבאים כבסיס להמלצותיה: "הענקת אופציות ומניות לעובדים כחלק משכר עבודה הפכה, בעיקר בחברות היי טק, אמצעי מקובל להענקת הטבות לעובדים. ההקצאות תורמות לחיזוק הקשר בין העובדים לחברה, ולהגברת המאמץ שלהם למען הצלחתה. המהלך משלב בתוכו לעתים גם הכרה בסטטוס של העובדים כשותפים במיזם הכלכלי. הקצאת אופציות ומניות לעובדים עשויה להתרחש בשלבים שונים במחזור חייה של החברה. בחברות start up הן מוענקות בשלבים מוקדמים, עוד לפני שיש לחברה הכנסות, וכאשר חסרים בידיה אמצעים לתשלום שכר ראוי לעובדים. לעתים ההקצאות לעובדים נעשות כחלק מהתארגנות לקראת הנפקתה לציבור, ובמקרים אחרים מדובר בחברה מבוססת, אשר ניירות הערך שלה כבר נסחרים בבורסה, והבעלים מבקשים לתגמל את העובדים גם בדרך של שיתופם במניות החברה... כאשר מוענקות לעובד אופציות למניות או מניות שאינן נסחרות בבורסה קיימת בעיה של הערכת שווי ההטבה, משום שבמועד ההענקה אין "מחיר שוק" מובהק לנכס הבסיס. קביעת טובת ההנאה שקיבל העובד מצריכה הערכה של שווי החברה, אשר ממנה ייגזר שווי ההטבה שניתנה לעובד. כשמוענקות אופציות למניות סחירות או מניות סחירות, ניתן ביתר קלות לאמוד את שוויין גם אם הן עצמן אינן נסחרות, אך גם כאן מתעוררים לעתים קששים בהערכות, בשל הטלת מגבלות על הנכס או על מקבלו (כגון – על האפשרות המסחר בנכס).

תגמול מבוסס מניות כאשר נכס הבסיס (אופציות/מניות) נסחר בבורסה**הקצאה ללא נאמן**

הקצאת ההון אינה מהווה אירוע מס. אירוע המס הראשון יחול במועד שבו העובד רשאי לראשונה לממש את האופציה/המניה. הרווח שניתן לייחס לעובד ממועד ההקצאה ועד מועד זה יסווג כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(1)/(2) לפקודה, אשר ימוסה בשיעורי מס שוליים לפי סעיף 121 לפקודה. אירוע המס השני יחול במועד שבו הוא ימכור את ההון שהוקצה. במועד זה יתרת הרווח (שניתן לייחס לעובד מהמועד שבו ניתן היה לראשונה לממש את האופציה/המניה ועד מועד המימוש/מכירה בפועל) תסווג כרווח הון שימוסה לפי סעיף 89 לפקודה בשיעור מס מופחת כאמור בפרק ה' לפקודה.

הקצאה באמצעות נאמן

החברה תפקיד את ההון המוקצה במסגרת הקצאות אלה בידי נאמן שיהיה אחראי לניכוי המס מהעובדים ולדיווח לרשויות המס. במסלול זה יש על פי רוב אירוע מס אחד שהוא המועד שבו האופציות/מניות יימכרו. עם זאת, כאשר יבחר הניצע להעביר את ההון מהנאמן לעובדים, ייווצרו שני אירועי מס: האחד במועד הוצאת ההון מהנאמן והשני במועד המימוש של ההון המוקצה. בכל מקרה הובהר כי המרת אופציות למניה לא תיחשב אירוע מס. בהתאם לכך, ברגיל הכנסתו של הניצע תפוצל לשני רכיבים: חלקה ייחשב כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(1)/(2) לפקודה שתמוסה בשיעורי מס שוליים בהתאם לשווי נכס הבסיס ביום שבו הניצע רשאי לממש הון זה (תום תקופת המגבלות/חסימה לרבות הבשלה). יתרת הרווח (שניתן לייחס לעובד מהמועד שבו ניתן היה לראשונה לממש את האופציה/מניה ועד מועד המימוש בפועל) תסווג כרווח הון כאמור בפרק ה' לפקודה. עם זאת, במקרים שבהם ירד שווי של נייר הערך לאחר תום תקופת החסימה, ממילא הוא ימוסה אך ורק על הרווח שמומש. במקרים שבהם הניצע בחר להוציא את ההון מהנאמן ייווצרו שני אירועי מס, ואולם הוועדה המליצה שבמקרים שבהם ירד שווי של נייר הערך לאחר מועד אירוע המס הראשון וכאשר הניצע מכר את ההון המוקצה בתוך שישה חודשים מאותו מועד, יקוּזו ההפסד שנוצר מההכנסה שדווח עליה באירוע המס הראשון, וכאשר חלפו למעלה משישה חודשים ההפסד שיווצר יסווג כהפסד הון.

תגמול מבוסס מניות כאשר נכס הבסיס (אופציות/מניות) אינו נסחר בבורסה

הנחת היסוד של הוועדה היא שכאשר נכס הבסיס אינו נסחר בבורסה, קיים קושי בהערכת השווי של ההון המוקצה ובהתאם של ההטבה הכלכלית הגלומה לניצע. גם ביחס להקצאות אלה הציעה הוועדה את שני המסלולים הבאים:

הקצאה ללא נאמן

הרווח שניתן לייחס לעובד ממועד ההקצאה ועד המועד שבו ניתן לראשונה לממש את האופציה/המניה יסווג כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה וימוסה בשיעורי מס שוליים לפי

סעיף 121 לפקודה. בדומה לפרשנות שאומצה ביחס להקצאת הון לפי סעיף 3(ט) לפקודה, בהקצאה של אופציה אירוע המס נדחה למועד המרת האופציה למניה ולגבי הקצאה של מניה אירוע המס מתגבש במועד ההקצאה. יתרת הרווח (שניתן לייחס לעובד מהמועד שבו ניתן היה לראשונה לממש את האופציה/מניה ועד מועד המימוש בפועל) תסווג כרווח הון כאמור בפרק ה' לפקודה.

הקצאה באמצעות נאמן

ככלל, בדומה להקצאת הון כאשר נכס הבסיס נסחר בבורסה, גם בהקצאות אלה יהיה ברגיל אירוע מס אחד כאשר המניות נמכרות. עם זאת, הואיל וקיים קושי בהערכת שווי ההון המוקצה לניצע ובהתאם בכימות ההכנסה לניצע, תפוצל ההכנסה לשתיים: מחצית ההכנסה תסווג כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1)(2) לפקודה ותמוסה בשיעורי מס שוליים, והמחצית הנוספת תסווג כרווח הון החייב במס בשיעור 25%. אחד התנאים שנקבעו להחלת ההסדר קבע תקופת חסימה מינימלית של שנה שבה הוחזק ההון על ידי הנאמן, וזאת להבדיל מהקצאת הון כאשר נכס הבסיס נסחר בבורסה שלגביו לא נקבעה תקופת החזקה מינימלית בידי הנאמן.

4. סיכום

לסיכום, ניתן לראות כי ועדת בן בסט ציינה שבדין הנוהג באותה העת שוררת אי־בהירות ביחס להיבטי המס החלים, לרבות: למועד אירוע המס ועיתוי תשלומו, להתרת ההוצאה בידי המעסיק, לאופי ההכנסות ולמדידת שווי ההטבה הכלכלית. הוועדה בחרה להציע ארבעה הסדרי מס נפרדים להקצאות אופציות/מניות לעובדים, בין היתר בשים לב לסחירות/אי־סחירות של נכס הבסיס ולהסכמת הניצע שההון יופקד בידי נאמן או לכך שההון מוקצה ישירות לניצע. ככלל, ועדת בן בסט העניקה הטבות מס שונות ביחס להקצאות המופקדות בידי נאמן עבור הניצעים. הוועדה לא התייחסה כלל להקצאות הון לספקים, ובהתאם לכך לגבי הסדרי המס החלים על הקצאות אלה נותר המתווה שבסעיף 3(ט) לפקודה.³³ ואולם, המלצות ועדת בן בסט לא אומצו בחקיקה. הממשלה התפרקה, והממשלה החדשה שקמה תחתיה בראשות אריאל שרון ז"ל הקימה ועדה ציבורית בראשות רו"ח יאיר רבינוביץ,³⁴ שהמליצה על מתווה דומה שכלל כמה מסלולים, ואחד מאותם מסלולים כלל הטבות מס נרחבות לניצעים תוך שלילת זכאותה של החברה המקצה לתבוע הוצאת שכר, אשר לימים הפך להיות הנפוץ ביותר בקרב חברות ישראליות. המלצות ועדת רבינוביץ' אומצו בחקיקה ומהוות הדין הנוהג כיום. הפרק הבא יציג את עיקרי הדין הנוהג במיסוי אופציות/מניות לעובדים.

33 ס' 3(ט) לפקודת מס הכנסה מבחין בין הקצאת מניות שממוסה במועד ההקצאה לפי הוראות ס' 2 לפקודת מס הכנסה. בעוד יתרת הרווח/ההפסד ימוסה כרווח/הפסד הון לפי פרק לפקודה, ובהתאמה הקצאת אופציות מועד אירוע המס הראשון נדחה למועד המרתן למניות.

34 דו"ח ועדת רבינוביץ', לעיל ה"ש 5.

ד. מיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים החל משנת 2003 ואילך

לנוכח השינויים הכלכליים הדרמטיים שחוותה מדינת ישראל בשנות השמונים ובעיקר בשנות התשעים, הקימה הממשלה בראשות אריאל שרון ז"ל ועדה ציבורית נוספת בראשות רו"ח יאיר רבינוביץ' שמטרתה הייתה עריכת רפורמה מקיפה במס הכנסה ואגב כך באימוץ הסדרים ממצים למיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים. ועדת רבינוביץ' אימצה שורה של המלצות לתיקוני חקיקה שהציעה ועדת בן בסט, ואולם בהקשר של מיסוי תגמול מבוסס מניות בחרה ועדת רבינוביץ' את ההסדר הבא: תגמול הוני המוענק/מוקצה לעובדים או לנושאי משרה שאינם בעלי שליטה (המחזיקים במישרין או בעקיפין פחות מ-10% בתאגיד), בכפוף למגבלות טכניות שעיקרן נוגע לצורך בעדכון/בקבלת אישור רשות המיסים על תוכנית התגמול ובקבלת אישור הניצע להכללתו בתוכנית, ימוסה לפי אחד משלושת המסלולים הבאים:

1. הקצאה באמצעות נאמן במסלול "פירותי" לפי סעיף 102(ב)(1) לפקודה

המחוקק קבע כי בהקצאה באמצעות נאמן במסלול פירותי, אירוע המס יידחה ממועד ההקצאה למועד המימוש. המחוקק הגדיר את המונח "מועד המימוש" לצורך מיסוי תגמול מבוסס הוני שמוקצה באמצעות נאמן לעובדים או לנושאי משרה שאינם בעלי שליטה כמועד המוקדם שבין מכירת המניה או האופציה לבין מועד העברתן מהנאמן לניצע.

במועד המימוש ממוסה הניצע על התמורה (במקרה של מכירה) או השווי (במקרה שבו הוצא ההון המונפק מהנאמן והועבר ישירות לניצע) בניכוי הוצאות שהוציא הניצע לרכישת ההון או למימוש כהכנסה לפי סעיף 102(1)/(2) לפקודה החייבת בשיעורי מס שוליים. לחברה המקצה במועד המימוש תוכר הוצאת שכר כהוצאה שוטפת בהתאם להוראות סעיף 17 לפקודה. יובהר כי המחוקק אימץ תקופת חסימה סטטוטורית של 12 חודשים שבהם הניצע אמור להימנע מביצוע פעולות בהון המוקצה. הפרה של תקופת חסימה זו עלולה לגרור את החברה המקצה לנכות מס במקור את הסכום הגבוה מבין שתי החלופות הבאות: המס שהיה חל במועד ההקצאה בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כאמור בסעיף 159א(א) לפקודה ממועד ההקצאה ועד למועד המימוש, או המס החל במועד המימוש.

ההטבות המרכזיות שמסלול זה מעניק לניצע ולחברה נוגעות לדחיית אירוע המס מההקצאה ועד המימוש. דחייה זו משמעה היעדר סיכון לניצע כיוון שהוא ממילא ממוסה על ההכנסה נטו במועד המימוש, ובנוסף הניצע אינו נדרש לשלם מס על שווי ההטבה הכלכלית במועד הקצאת ההון, במועד שבו המגבלות על ההון הוסרו או במועד שבו הומרו האופציות למניות. החיסרון העיקרי שבהסדר זה הוא שמלוא הכנסת הניצע מסווג כהכנסה פירותית הממוסה בשיעורי המס המקסימליים.³⁵

35 צביקה ברנשטיין ושחר פורת "מיסוי" מכשירים הוניים לתגמול עובדים, 81, 90–101 (שמעון לביא עורך, 2010).

2. הקצאה באמצעות נאמן במסלול "רווח הון" לפי סעיף 102(ב)(2)–(3) לפקודה

המחוקק קבע כי בהקצאה באמצעות נאמן במסלול רווח הון, אירוע המס יידחה ממועד ההקצאה למועד המימוש. המחוקק הגדיר את המונח "מועד המימוש" לצורך מיסוי תגמול מבוסס הוני שמוקצה באמצעות נאמן לעובדים או לנושאי משרה שאינם בעלי שליטה באותו האופן שבו הוגדר בהקצאה באמצעות נאמן במסלול הפירותי (כהקצאה מהנאמן או כמכירה). במועד המימוש ממוסה הניצב על התמורה (במקרה של מכירה) או השווי (במקרה שבו הוצא ההון המונפק מהנאמן והועבר ישירות לניצב) בניכוי הוצאות שהוציא הניצב לרכישת ההון או למימושו. המחוקק הבחין בין חברה שמניותיה אינן נסחרות לבין חברה שמניותיה נסחרות:

■ בעוד בחברה פרטית שמניותיה אינן נסחרות אם חלפה תקופת חסימה סטטוטורית של 24 חודשים שבהם הניצב אמור להימנע מביצוע פעולות בהון המוקצה, מלוא ההכנסה/רווח במועד המימוש ימוסה כרווח הון שימוסה בשיעור 25% כאמור בסעיף 102 לפקודה, והחברה המקצה מוותרת על הוצאת השכר;

■ בחברה שמניותיה נסחרות (או שמניותיה נרשמו למסחר בפרק זמן של 90 ימים ממועד ההקצאה) בכפוף לחלוף תקופת חסימה סטטוטורית של 24 חודשים שבהם הניצב אמור להימנע מביצוע פעולות בהון המוקצה, מרכיב ההטבה הכלכלי במועד ההקצאה ימוסה כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1)/(2) לפקודה שתמוסה בשיעורי מס שוליים לפי סעיף 121 לפקודה; עליית הערך של המניה וההטבה הכלכלית שנובעת מעליית ערך זו תמוסה כרווח הון בשיעור 25%, ולחברה לא תותר הוצאת שכר בגין מרכיב זה.³⁶

3. הקצאה שלא באמצעות נאמן לפי סעיף 102(ג) לפקודה

המחוקק אימץ שני הסדרים ייעודיים נפרדים ביחס לתגמול מבוסס מניות/אופציות המוקצה ישירות לניצב (שלא באמצעות נאמן), האחד ביחס להקצאה של מניות/אופציות בחברה שמניותיה רשומות למסחר, והשני ביחס להקצאה של אופציות/מניות בחברה שמניותיה אינן רשומות למסחר.

הקצאה של מניה/אופציה ללא נאמן בחברה שמניותיה רשומות למסחר

בהקצאות ללא נאמן קבע המחוקק את מועד המימוש ביחס למניות בחברות שמניותיהן רשומות למסחר כמועד שבו זכויות אלה הוקצו לניצב. ההכנסה הנצמחת לניצב במועד ההקצאה מסווגת כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1)/(2) לפקודה החייבת בשיעורי מס שוליים לפי סעיף 121 לפקודה. עליית/ירידת ערך האופציות/מניות ממועד ההקצאה תמוסה כרווח/הפסד בהתאם להוראות חלק ה' לפקודה.

36 ברנשטיין ופורת, שם.

הקצאה של מניה/אופציה ללא נאמן בחברה שמניותיה רשומות למסחר

בהקצאות ללא נאמן קבע המחוקק את מועד המימוש ביחס למניות בחברות שמניותיהן אינן רשומות למסחר כמועד שבו מכר הניצע זכויות אלה. ההכנסה הנצמחת לניצע במועד ההקצאה מסווגת כהכנסה פירותית לפי סעיף 2(1)/(2) לפקודה החייבת בשיעורי מס שוליים לפי סעיף 121 לפקודה. המחוקק בסעיף 102(ד) לפקודה שלל מהחברה את האפשרות לתבוע הוצאת שכר בגובה הכנסת הניצע, על אף שהכנסה זו מוסתה בשיעורי מס שוליים כאמור בסעיף 121 לפקודה.³⁷

4. ביקורת על מדיניות המס שאומצה וקריאה לבחינה מחדש

כעשור לאחר חקיקת הרפורמה במיסים שבה אומץ ההסדר למיסוי תגמול מבוסס מניות ועל רקע המחאה החברתית של 2011 הוקמה ועדה ציבורית בראשות פרופ' מנואל טרכטנברג, אשר למרות שלא הגישה מסקנות לתיקון חקיקת ההסדר שבסעיף 102 לפקודה, המליצה להקים צוות בראשות מנהל רשות המיסים שיבחן מחדש את הסדרי המס שאומצו ביחס לתגמול מבוסס מניות נוכח ההשלכות הרגורסיביות של ההסדרים הנוהגים, כמו גם העובדה שההסדרים הנוהגים אינם מבחינים בין תגמול עובדים בחברות בתחילת דרכן (הוועדה התייחסה בעיקר לחברות בתחומים טכנולוגיים שהם כנראה עתירי סיכון) לבין תגמול עובדים בחברות גדולות וותיקות.³⁸

הצוות ממליץ כי במסגרת ועדה זו ייבחן נושא מיסוי האופציות לעובדים, תוך שימת לב, למסלול רווח הון החל על חלק מההכנסות מממוש אופציות אלה בידי העובדים. היינו, חיוב ההכנסה מהן במס רק בעת מימושן בשיעור מס של 25% בלבד (יצויין כי מנגד, הוצאות שכר אילו אינן מותרות לצרכי מס בידי המעביד, כך שככל ומדובר בחברה רווחית שחוק עידוד השקעות הון אינו חל בקביעת הכנסתה, ככל הנראה שקופת המדינה אינה נפגעת). הצוות היה בדעה כי מצב זה אינו סביר וכי ראוי להסדיר את מיסוי האופציות לעובדים תוך הבחנה בין המקרים השונים בהן ניתנות אופציות אלו. המצב הקיים מתאים לחברות צעירות במיוחד בתחומים טכנולוגיים, אך יתרונות מיסויים אלו לא ראויים למשל במקרה של תגמול בעל שליטה כנושא משרה בחברה ציבורית גדולה וותיקה. [הוועדה הוסיפה את ההמלצה הבאה]

יודגש כי הוועדה מייחסת חשיבות רבה לפתרון מערכתי לבעיה זו, ככלי מרכזי להעמקת הגביה ולהגברת ההלימה בין כוונת המחוקק למציאות בפועל. לסיכום, הוועדה מציעה לבצע שינויים במסים הישירים ובמסים העקיפים, במהלך החומש הקרוב בהיקף משמעותי. הדבר נועד למימון המלצות הוועדה

37 שם, בעמ' 101–105.

38 משרד האוצר מסקנות הוועדה לשינוי כלכלי וחברתי (26.9.2011) (להלן: דו"ח ועדת טרכטנברג).

בתחום הפחתת נטל המיסים על אוכלוסיות היעד. וכן לאפשר לממשלה גמישות לטובת אי שחיקת ההוצאה הממשלתית האזרחית, ואף להגדלתה, בהתאם לתנאי הצמיחה של המשק (לפרוט, ראה/י פרק מאקרו והמדיניות הפיסקאלית).³⁹

עינינו הרואות, אפוא, כי ועדת טרכטנברג רמזה שהטבות המס הניתנות לתגמול מבוסס מניות הן לכאורה מופרזות והציעה לשקול את ביטולן, ובין היתר לאפשר העמקת גבייה ולאפשר הפחתת נטל מס על אוכלוסיות שונות. בשיחות שקיימנו עם גורמים שהיו מעורבים בחקיקת הרפורמה בשנת 2002 התברר לנו שהערכות רשות המיסים היו שמרבית החברות לא ירצו לוותר על הוצאת השכר ולכן יעדיפו להקצות מניות/אופציות באמצעות נאמן במסלול רווח הון. אולם הערכה זו הסתברה כשגויה מן היסוד הואיל ועל פי הערכות אנשי רשות המיסים, שותפי המס במשרדי רואי החשבון הגדולים ונציגי חברות הנאמנות הגדולות במשק ההערכות הן שכ-95% מהחברות מקצות תגמול מבוסס מניות במסלול זה. עוד הובהר לנו במהלך המחקר שביצענו כי הגם שהיה ברור שמסלול הקצאה זה מביא לשיעור מס כולל לניצעים של 25% (28% אחוז כיום כולל מס יסף), בפועל, הואיל והחברות מוותרות על הוצאת השכר, גביית המס הכוללת על ידי רשות המיסים אינה נפגעת באופן מהותי.⁴⁰

איננו מקבלים טענה זו הואיל ולפחות לגבי חברות הזנק טכנולוגיות, ממילא הסיכוי שחברות אלה יתבעו הוצאות אלה הוא נמוך, כיוון שספק אם ועד כמה הן יקזזו את מלוא יתרת הפסדיהן הצבורים, כיוון שחלקן הלא מבוטל יימכר לחו"ל ואגב כך יוותרו על ההפסדים הצבורים, ואף הואיל וחלק מרווחי ההון שיווצרו לא יהיו חייבים במס מכוח הוראות סעיפים 97(ב2)/(ב3) לפקודה, ובכל מקרה לאור החשיבות שיש לייחס לעיתוי אירועי המס. לכן, נראה שאף רשות המיסים מכירה בכך שאף אם ההפסדים שעליהם מוותרות החברות היו ניתנים לניצול באופן מלא, בפועל נשחקת גביית המיסים בהתאם להסדר שאומץ בסעיף 102 לפקודה.

39 דו"ח ועדת טרכטנברג, שם, בעמ' 100. ואולם, בעוד שר האוצר כחלון השלים רפורמה במיסוי חברות מעטים (המכונות לעיתים חברות ארנק), המלצות הוועדה בנוגע לבחינת מיסוי תגמול מבוסס מניות מעולם לא אומצו ואף תיקוני החקיקה שאומצו לאורך השנים בפקודת מס הכנסה לא התייחסו להיבטי המס בתגמול מבוסס מניות לעובדים. הרפורמה במיסוי חברות מעטים אומצה בתיקון 235 לפקודת מס הכנסה שנחקק במסגרת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017–2018) התשע"ז–2016.

40 בעוד רשות המיסים הניחה שקילות כלכלית בין מסלול הקצאה באמצעות נאמן במסלול הפירות, שבו הניצע ממוסה בשיעורי מס שוליים על מלוא ההטבה הכלכלית, ומנגד החברה תובעת הוצאות שכר, לבין מסלול הקצאה באמצעות נאמן במסלול רווח הון, שבו הניצע ממוסה בשיעור מס מופחת של 25%, ומנגד החברה מוותרת על ההוצאה, בפועל, חברות הזנק רבות המקצות תגמול מבוסס מניות מוותרות בנקל על ההפסדים כיוון שממילא ברשותן הפסדים צבורים, הן אינן צפויות לשלם מיסים בישראל בעתיד הנראה לעין, וממילא רבות מהן מעריכות שבשלב מאוחר שבו החברה תהיה מאוזנת או רווחית, סביר שהקניין הרוחני בה יימכר והחברה תתחסל. בנוסף, לא מתקיימת שקילות כלכלית גם במקרים שבהם מדובר בחברה הזכאית להטבות מס מכוח החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט–1959, ראו בעניין זה את היבטי המס שמתאר השופט שמואל בורנשטיין ע"מ (מחוזי מר') 12626-01-21 קונדוריס נ' פקיד שומה רחובות (נבו) (8.2.2023).

עוד יובהר בהקשר זה כי ההשוואה בין שלילת ניכוי הוצאת השכר במישור החברות לבין שיעור המס המופחת המוצע לעובדים אינה מביאה בחשבון שיקולים נוספים כמו פגיעה בגביית דמי ביטוח לאומי ומס בריאות, או למשל בכך שחלק מהחברות המאמצות תוכניות תגמול מבוסס מניות נהנות משיעורי מס מוטבים מכוח החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959. המשמעות היא ש"הוויתור" הכספי של חברות אלה הוא נמוך יותר,⁴¹ ודאי אם משקללים את הפרשי העיתוי שבין ההכרה בהכנסות מתגמול מבוסס מניות ליכולתן לתבוע הוצאות/לקזז הפסדים שמקורם בהוצאות השכר מהתגמול ההוני.

בנוסף, ולא פחות חשוב מכך, טענתנו היא שהסדרים אלה מעמיקים את הפערים הסוציו-אקונומיים הואיל וקבוצה לא מבוטלת של מאות ואלפי עובדים שמשתכרים ברגיל הכנסה מעבודה הממוסה בשיעורי מס שוליים של 50% נהנים מהטבת מס משמעותית ביחס להכנסות בהיקפים של מיליארדי ש"ח הממוסים בחסר, והכנסות אלה מעמיקות את הפערים בחברה הישראלית ופוגעות באופן ניכר ביכולתה של מערכת המס לצמצם פערים אלה, כך שפערי השכר נטו ביחס לתגמול מבוסס מניות מעמיקים את אי-השוויון בישראל.

כפי שאף הצגנו בפרק הראשון של מאמר זה, סוגיית מיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים צמחה במאה הקודמת בארצות הברית ואומצה על ידי מדינות רבות ברחבי העולם שהכירו ביתרונות הגלומים במנגנוני תגמול אלה. עם זאת, בצד היתרונות התעסוקתיים, חברתיים וכלכליים, לאור הקשיים השונים שעליהם עמדנו, דיני המס במדינות השונות אימצו הוראות ייחודיות למיסוי תגמול זה. הפרק הרביעי של מאמר זה יציג בקצרה את עיקרי היבטי המס ביחס לתגמול מבוסס מניות בקרב מדינות החברות בארגון ה-OECD ואף יקדיש תת-פרק נפרד להצגת ההסדר הייעודי שאומץ בחקיקה האמריקאית בהקשר זה, ואז נסכם פרק זה בהשוואה בין ההסדרים הנוהגים במדינות מפותחות שישאל נמנית עליהן לבין הדין הנוהג בישראל. לאחר מכן נציג בתמציתיות את היבטי המס ביחס לתגמול מבוסס מניות לעובדים בעסקאות בין-לאומיות, ובעקבות השוואות אלה והדיון שיתקיים בפרקים אלה נציג בפרק החותם של המאמר את המודל שיש לדעתנו לאמצו בישראל.

ה. היבטי מס נבחרים ביחס לתגמול הוני בראי המשפט המשווה

מדיניות תגמול מבוסס מניות לעובדים התבססה בישראל כאמור במהלך שלושת העשורים האחרונים של המאה הקודמת לאחר שזו התבססה בארצות הברית, וכחלק מהגידול בניוד ההון האנושי תוכניות תגמול מבוסס מניות הפכו לנפוצות יותר באירופה ובעולם הרחב. בשל אתגרי המס המיוחדים לתגמול זה, וכחלק מהצורך למנוע תקלות מס שעיקרן מיסוי יתר (double taxation), ערך ארגון המדינות המפותחות כמה כנסים לבחינת היבטים אלה ואף פרסם דו"ח מפורט הבוחן את הפרקטיקות שאומצו בין המדינות החברות. פרק זה יתייחס למחקר המעמיק

41 חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 מאפשר לחברות העומדות בתנאים מסוימים מס חברות בשיעורי מס מופחתים תוך שהוא מבחין בין חברות הממוקמות בפריפריה לבין חברות הממוקמות במרכז הארץ.

שביצע הארגון בסוף המאה הקודמת ובעשור הראשון של המאה הנוכחית, כמו גם יבחן את הוראות דיני המס האמריקאי בנוגע לתגמול מבוסס מניות הן בשל המעמד הרב שיש לדיני המס האמריקאיים בשיטת המס הבין-לאומית כיום והן בשל העובדה שרבות מתוכניות תגמול אלה מקורן בארצות הברית. נסכם את הפרק בהשוואה תמציתית בין הפרקטיקות המקובלות במדינות המפותחות ובארצות הברית לבין הוראות המס המקומיות בישראל תוך התייחסות בעיקר להיבטי המס שבהקצאה אופציות/מניות במסלול רווח ההון, הואיל ומסלול זה כאמור משקף את רובן המכריע (למעלה מ-90% מההקצאות בישראל/בישראל לעובדים ישראלים).

1. עיקרי מדיניות המס ביחס לתגמול מבוסס מניות בקרב מדינות החברות בארגון ה-OECD⁴²

כפי שתיארנו לעיל, אין מחלוקת בין שיטות המס שתגמול מבוסס מניות מהווה תוספת להכנסת העובדים החייבת במס. עם זאת, בעוד חלק מהמדינות אימצו מסלולים ייעודיים מוטבי מס לתוכניות תגמול אלה, מספר לא מבוטל של מדינות ממסד הכנסות אלה בהתאם לעקרונות המס המקובלים באותן מדינות (בהיעדר הסדר ייעודי/הסדרים מוטביים), ולמרות זאת ואולי בשל כך ניתן לזהות שונות מסוימת ביחס להיבטי המס החלים על תגמול זה.

הבדלים אלה בין הסדרי המס במדינות השונות נוגעים למועד אירוע המס, לסיווג ההכנסה/ות מהתגמול (לרוב הכנסות ממוסות כהכנסה מעבודה או רווח הון או כשילוב בין השניים), לשיעורי המס החלים/להטבות מס המוענקות במועדי אירוע המס הרלוונטיים וליכולת המעסיק לנכות הוצאות בגין תגמול מבוסס מניות.⁴³ להלן, סקירה תמציתית ביותר של נקודות אלה.

מרבית המדינות החברות בארגון ה-OECD אינן ממסות תגמול מבוסס מניות במועד ההקצאה (grant date),⁴⁴ תוך הבנה שבמועד זה התגמול שהוקצה מותנה בהמשך עבודתו של הניצע בחברה או בחברות בקבוצה במשך תקופת ההבשלה ונוכח מגבלות העבירות והסחירות שהוטלו על ההון שהוקצה (conditional/contingent income). ואולם, במפתיע, מסתבר שמרבית המדינות בחרו שלא למסות את הניצעים בתום תקופת ההבשלה (כאשר מגבלות העבירות/סחירות הוסרו וזכאותו של הניצע להון המוקצה התגבשה באופן מלא (בתום תקופת ההבשלה כשאין עוד risk of forfeiture), ורובן בחרו למסות את ההון המוקצה במועד שבו האופציות/מניות ממומשות/מומרות בפועל (date of exercise),⁴⁵ ורק מספר מצומצם של מדינות החברות בארגון ה-OECD דחו את אירוע המס למועד מכירתו בפועל (date of disposal/sale).⁴⁶

42 The TAXATION OF EMPLOYEE STOCK OPTIONS (OECD, 2006) (להלן: "דו"ח OECD 2006).

43 חלק מהמדינות אף מתייחסות באופן שונה להיבטי חבות בדמי ביטוח לאומי, בריאות והפרשות סוציאליות אחרות, אולם אנו לא נתייחס להבדלים אלה במאמר זה.

44 ראו "דו"ח OECD 2006", לעיל ה"ש 42, לפיו המדינות שבהן אירוע המס הראשון הוא במועד ההקצאה הן דנמרק, צ'כיה וטורקיה.

45 ראו "דו"ח OECD 2006", שם, לפיו המדינות שבהן אירוע המס הראשון הוא במועד המימוש בפועל (exercise date) הן אוסטרליה, אוסטרליה, איטליה, איסלנד, אירלנד, ארצות הברית,

היבט חשוב לא פחות בהקשר זה הוא שיעורי המס החלים על התגמול מבוסס המניות. השוואה בין היבטי מיסוי אלה בין המדינות החברות בארגון ה-OECD מעלה כי ישנן מדינות הממסות את מלוא ההכנסה מתגמול מבוסס הוני כהכנסת שכר בשיעורי מס מלאים ללא כל הטבת מס שהיא.⁴⁷ עם זאת, ניתן לומר כי מרבית המדינות החברות בארגון ה-OECD ממסות הכנסה מהקצאה של אופציות למניות כהכנסת עבודה לכל דבר ועניין, אך מעניקות הטבות מס מוגבלות המותנות בתנאים שונים לאופציות למניות המוקצות במסגרת תוכניות מוטבות.⁴⁸ בהתאם לכך, ובאופן לא מפתיע בעינינו, רק מיעוטן של המדינות החברות בארגון ה-OECD מעניקות הטבות מס גורפות לניצעים בגין אופציות אלה, ואגב כך חלקן שוללות התרת הוצאות בגין הכנסות הניצעים.⁴⁹ בהקשר זה נציג את מקצת התנאים שאומצו בחלק מהמדינות כתנאי להטבות מס הניתנות לניצעים, וביניהם: החלת התוכנית על פריסה רחבה של העובדים בחברה, שלילת התרת ההוצאה לחברה המקצה, שיעור החזקה המקסימלי של הניצע בתאגיד המקצה כתנאי לקבלת הטבות אלה (בחלק מהמדינות מדובר בשיעור החזקה מקסימלי של 5%, בעוד במדינות אחרות 10%), תקופת החזקה מינימלית בהן המוקצה לפני מכירתו (תקופת חסימה סטטוטורית של שנה או שנתיים), מגבלה המתייחסת למחיר המימוש המינימלי שעל הניצע לשלם בתמורה להקצאת ההון (על פי רוב מחיר שאינו נמוך ממחיר השוק של האופציות במועד ההקצאה), ומגבלה שהיא בעינינו בעלת חשיבות מיוחדת המתייחסת להיקף הטבה כספית שנתית מקסימלית שניצע יכול ליהנות ממנו, או להיקף ההטבה כנגזר משווי ההון המוקצה השנתי שזכאי למיסוי מופחת.⁵⁰ לבסוף, וכפי שציינו לעיל, רובן של החברות מאפשרות לחברות המקצות לאפשר את ניכוי ההוצאות ברובם של מסלולי ההקצאה (חלקן מתירות הוצאות אלה בכפוף למגבלות מסוימות),⁵¹ ורק מיעוטן שוללות מהחברה המקצה לנכות הוצאות אלה.⁵²

לסיכום, עיינו הרואות כי מרביתן של המדינות החברות בארגון ה-OECD ממסות תגמול מבוסס מניות במועד המימוש בפועל, מרביתן ממסות את ההכנסה כהכנסה מעבודה בשיעורי

- בריטניה, דנמרק, גרמניה, הולנד, הונגריה, יוון, יפן, לוקסמבורג, פולין, פורטוגל, מקסיקו, נירזילנד, נורווגיה, ספרד, קנדה, שוודיה ושווייץ.
- 46 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו המדינות שבהן אירוע המס הראשון הוא במועד המכירה בפועל והמפגש עם הכסף הן איטליה, ישראל, סלובקיה וצרפת.
- 47 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו בין מדינות אלה ניתן להזכיר את המדינות הבאות: גרמניה, טורקיה, לוקסמבורג, שוודיה ושווייץ.
- 48 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו בין מדינות אלה ניתן להזכיר את המדינות הבאות: אוסטרליה, איטליה, בריטניה, דנמרק, יפן, פורטוגל, ספרד, צרפת, קוריאה וקנדה.
- 49 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו בין מדינות אלה ניתן להזכיר את המדינות הבאות: איסלנד, אירלנד, ארצות הברית (במסלול לא מוטב (non-qualified)), דנמרק, פולין וסלובקיה.
- 50 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו בין מדינות אלה ניתן להזכיר את המדינות הבאות: אוסטרליה, ארצות הברית, בריטניה, דנמרק, איסלנד, אירלנד, איטליה, צרפת, קוריאה וקנדה.
- 51 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו בין מדינות אלה ניתן להזכיר את המדינות הבאות: איסלנד, אירלנד, בלגיה, יוון, יפן, מקסיקו, סלובקיה, פולין, פורטוגל וצרפת.
- 52 ראו דו"ח OECD 2006, שם, לפיו בין מדינות אלה ניתן להזכיר את המדינות הבאות: אוסטרליה, אירלנד, בלגיה, הונגריה, ניו זילנד, סלובקיה ופולין.

מס שוליים תוך מתן הטבות מוגבלות בהיקפן, ומרביתן של המדינות אינן שוללות את ההוצאה במישור החברה המקצה למעט במסלולים מוטבים מסוימים ותחת מגבלות מסוימות.

2. היבטי מס נבחרים בתגמול מבוסס מניות בארצות הברית – מקרה בוחן

כפי שהוזכר לעיל, ארצות הברית הייתה ככל הנראה המדינה הראשונה שנאלצה להתמודד עם תגמול מבוסס מניות אגב מאמציו של Kelso להעביר לעובדיו את מניות החברה שאותה ייסד עם שותפו. כבר בתחילת הדרך, רשות המיסים האמריקאית הייתה נכונה לדחות לעובדים את אירוע המס מהקצאת ההון למועד נדחה, בין היתר, לאור מגבלות הסחירות והעבירות שהוטלו על ההון המוקצה כמו גם לאור הוויתור של העובדים על הפרשותיהם הסוציאליות, שממילא לא היו אמורות להיות ממוסות בשוטף. ואולם, בתחילה רשות המס האמריקאית עשתה כן בהחלטות מיסוי פרטניות, אולם מרגע שתוכניות תגמול מבוססות הון אלה צברו עניין, המחוקק האמריקאי תיקן את קוד המס האמריקאי והוסיף את הוראת סעיף 409A המאפשרת את דחיית אירוע המס ביחס לתגמול מותנה/על תנאי.

קוד המס האמריקאי כולל התייחסויות מפורטות לתוכניות תגמול שונות, אולם בפרק זה נתייחס להקצאת אופציות למניות ובהקשר זה ניתן לומר שישנם שני מסלולים עיקריים: מסלול רגיל שאינו מוטב (מעוגן בסעיף 83 לקוד המס האמריקאי והמכונה non-qualified SOP או בקצרה NQ) ומסלול מוטב (מעוגן בעיקר בסעיף 422 לקוד המס האמריקאי והמכונה Incentive SOP או בקצרה ISO).

היבטי המס במסלול הרגיל (שאינו מוטב – NQ)

ככלל, הקצאת אופציות אלה אינה כפופה למגבלות כלשהן (להבדיל מהמסלול המוטב), אך עדיין לאור הוראות סעיף 409A לקוד המס האמריקאי מועד אירוע המס נדחה לתום תקופת החסימה/ההבשלה כאשר ההון המוקצה כפוף למגבלות. עם זאת, כאשר יש שווי שוק להון המוקצה, הניצע יכול להיות ממוסה על שווי זה כבר במועד ההקצאה, אחרת אירוע המס נדחה למועד ההמרה של האופציות למניות בהתאם לשווי ההון המוקצה כפי שמעריכה החברה. במידה רבה הסדר זה דומה במהותו להסדר הישראלי שמכוח הוראות סעיף 3(ט) לפקודה.⁵³

היבטי המס במסלול המוטב (ISO)

ההטבה שמסלול זה מציע לניצעים דומה במהותה להטבה המוענקת לניצעים בישראל שהוקצה להם הון בהקצאות באמצעות נאמן במסלול רווח הון מכוח הוראות סעיף 102(ב)(2) לפקודה, ובדומה לדין הישראלי, הקוד שולל מהחברה המקצה את הוצאת השכר בגובה הכנסת הניצע. עם זאת, להבדיל מהמסלול הישראלי, קוד המס האמריקאי מתנה את הטבת המס האמורה בשורה ארוכה של מגבלות שאת עיקריהן נפרט להלן: (א) מסלול זה מוצע אך ורק לעובדים לרבות לעובדים ששיעור ההחזקה שלהם בחברה עולה על 10% (בשונה מישראל); (ב) על

53 חלבי וסיסטר, לעיל ה"ש 14.

החברה לאמץ תוכנית תגמול שעומדת בכל תנאי קוד המס בטרם הקצאת ההון; (ג) לאחר אימוצה של התוכנית על ידי דירקטוריון החברה, על בעלי המניות לאשרה שנה לפחות בטרם הקצאת הון מכוחה; (ד) ניתן להקצות את ההון מכוח התוכנית במשך תקופה שאינה עולה על 10 שנים, ובנוסף את ההון המוקצה ניתן להמיר למניות לא יאוחר מעשר שנים ממועד הקצאתו; (ה) על הניצע לשלם תוספת מימוש לצורך המרת ההון המוקצה, ותוספת מימוש זו לא תפחת מהשווי ההוגן של המניות המוקצות במועד הקצאתן, ולגבי אופציות שהוקצו לעובדים המחזיקים 10% או יותר מהזכויות בחברה, על תוספת המימוש להיות גבוהה משווי המניה במועד ההקצאה; (ו) על האופציות המוקצות מוטלות מגבלות סחירות ועבירות (למעט במקרה של פטירה), ותקופת החסימה המינימלית הסטטוטורית בת 24 חודשים ממועד ההקצאה ו-12 חודשים מהמועד שבו הומרו האופציות למניות, ובמועד זה נדרש הניצע לשלם את תוספת המימוש שעשויה להיות משמעותית הואיל וזו נקבעת בהתאם לשווי המניה במועד ההקצאה; ו-1) ההכנסה המוטבת מוגבלת לתקרת שווי של אופציות/מניות שנתית שאינה עולה על \$100,000, ובמכירה של מניות בסכום העולה על תקרה זו תמוסה ההכנסה העודפת כהכנסת עבודה בשיעורי מס מוטבים כאילו הוקצו אופציות/מניות אלה במסלול הרגיל (שאינו מוטב – NQ).⁵⁴

3. השוואה בין מיסוי תגמול מבוסס מניות בישראל לפרקטיקה הנוהגת במדינות ה-OECD

בהתאם לאמור לעיל, ניתן לסכם ולומר כי בהשוואה בין הסדר המס הנפוץ ביותר בישראל (הקצאה באמצעות נאמן במסלול רווח הון) לבין מסלולי המס השונים במדינות החברות בארגון ה-OECD עולים ההבדלים הבאים: בעוד בישראל אירוע המס נדחה למועד המכירה בפועל, ההכנסה מסווגת כרווח הון וממוסה בשיעור מס מופחת (למעט לגבי חברות שמניותיהן מוקצות במועד ההקצאה), והחברה אינה רשאית לתבוע את ההטבה הכלכלית לניצע כהוצאה. על אף שאין אחידות בין המדינות החברות בארגון ה-OECD, מרביתן של המדינות החברות ממסות תגמול מבוסס מניות במועד המימוש בפועל; מרביתן ממסות את ההכנסה כהכנסה מעבודה בשיעורי מס שוליים תוך מתן הטבות מוגבלות בהיקפן הכספי מדי שנה, ומרביתן של המדינות אף אינן שוללות את ההוצאה במישור החברה המקצה.

בנוסף, לאור הדמיון בין היבטי המס שבין מסלול ה-ISO האמריקאי להוראות סעיף 102(ב)(2) לפקודה, ניתן להניח כי מסלול זה היווה מקור השראה בעת שעוצב מסלול זה, אולם באופן מפתיע מתווה המס נבחר ללא המגבלה המרכזית בדבר היקף ההטבה השנתי שניצע רשאי ליהנות ממנו. להבדיל, בישראל המגבלה היחידה שאומצה מתייחסת לשיעור ההחזקה של הניצע (אל לניצע להחזיק 10% או יותר מהזכויות בתאגיד המקצה ביחד או עם קרובו), ההקצאה יכולה להיעשות כאשר תוספת המימוש שהניצע נדרש לשלם נמוכה משווי המניה במועד ההקצאה (בהקצאות בתאגידים שמניותיהם נסחרות), ובמקרה כזה הניצע הישראלי נעדר סיכון כלכלי של ממש (למעט הסיכון ששווי ההון המוקצה יפחת, להבדיל ממקבילו

האמריקאי) וללא המגבלה המרכזית שעניינה היקף ההטבה הכספית השנתית שהניצע יכול ליהנות ממנו.⁵⁵ בעוד בארצות הברית הטבת המס השנתית מוגבלת לכ-20,000 דולר, בישראל הניצע יכול לממש הון מניות במיליארדי ש"ח (הנגזר משווי החברה במועדים הרלוונטיים) והטבת המס במישור הניצע יכולה להיות משמעותית ביותר.

1. היבטי מיסוי בין-לאומי ביחס לתגמול מבוסס מניות המוענק לעובדים ברילוקיישן

בהקשר הבין-לאומי, עוד בטרם ניתן היה לחוש בהשפעות הגלובליזציה בחיי היום יום, הקים חבר הלאומים ועדת מומחים (שהורכבה מארבעה כלכלנים) שהתבקשה לבחון כיצד ניתן לצמצם את בעיית כפל המס בנוגע לפעילות בין-לאומית, ובמילים אחרות כיצד ניתן לחלק את עוגת המס בין המדינות השונות בעסקה בין-לאומית.⁵⁶ לאורך השנים, עם התבססות תופעת תגמול מבוסס מניות לעובדים, אימץ ארגון ה-OECD המלצות בנוגע לחלוקת זכויות המיסוי בין המדינות הרלוונטיות, ופרק זה יציג בקצרה עמדה זו כמו גם את עמדת רשות המיסים הישראלית.

הואיל ועסקינן בתגמול מבוסס מניות המתייחס לשירותים אישיים שמספק הניצע לחברה המעסיקה, כאשר ניצע עוקר ממדינת מושב אחת לאחרת ובמהלך תקופה זו מחזיק בהון שהקצתה לו החברה, נשאלה השאלה אם וכיצד ראוי לחלק את הכנסות המס מתגמול מבוסס מניות זה בין המדינות, בין היתר לאור החשש ממיסוי יתר (double taxation) על ידי כמה מדינות כמו גם ממיסוי חלקי או היעדר מיסוי (double-non taxation) בשל הטבות מס המוענקות בכל אחת מהמדינות הרלוונטיות או בשל כללי מס שונים בין המדינות. מכוח כללים אלה למשל מדינה אחת מניחה אירוע מס בשלב מוקדם, ולכן כאשר הניצע מגיע הנחת היסוד היא שההון מוסה ולכן לא ימוסה בשנית, בעוד המדינה הרלוונטית האחרת מניחה שאירוע המס יידחה למועד מאוחר ולפיכך היא לא מיסתה את העובד בשלבי ההקצאה, תום ההבשלה (vesting) או ההמרה.

הבחנה נוספת שניתן ללמוד מהפרסום של ה-OECD נוגעת לכללי המקור שיש לאמץ ביחס לתגמול מבוסס מניות לעובדים. נייר העמדה קובע כי יש לאמץ לרווחים הנובעים מתגמול מסוג זה את כללי המקור שנקבעו ביחס לשירותים אישיים מעבודה. כללי המקור שאומצו ביחס להכנסות אלה מעניקים את זכות המיסוי למדינה שבה סיפק העובד את שירותיו (מקום ביצוע השירות). בהתאם לכך, נייר העמדה שפרסם ה-OECD קובע שבמקרים שבהם בין

55 לעניין מיסוי "הכנסה בסיכון" ו"הכנסה על תנאי" ראו תמיר שאנן "מיסוי עסקות מכר על תנאי" **מיסים כז/4, א-1 (2013)**; וכן David A. Weisbach, *the (Non)Taxation of Risk*, 58 TAX L. REV. (2004) 1.

56 LEAGUE OF NATIONS ECON. & FIN. COMM'N, REPORT ON DOUBLE TAXATION SUBMITTED TO THE FINANCIAL COMMITTEE BY PROFESSORS BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN AND SIR JOSIAH STAMP, League of Nations Doc. No. E.F.S.73.F.19 (1923) [hereinafter 1923 Report]

המדינות הרלוונטיות יש אמנה למניעת כפל מס והעובד סיפק שירותים במדינה המתקשרת האחרת פחות מ-183 ימים בשנת המס וקיבל שכר מפירורל זר ממעסיק ממדינה מתקשרת אחרת, תותר המדינה שבה סופקו השירותים על זכותה למסות הכנסות אלה, בעוד כאשר התקופה עולה על 183 ימים זכות המיסוי הראשונה למיסוי הכנסות אלה תהיה למדינה שבה סופקו השירותים ומדינת התושבות תמסה את ההכנסה רק אם שיעור המס בה עולה על שיעור המס במדינת המקור.⁵⁷

בענייננו, הדין הישראלי לא התייחס מפורשות להיבטי המס החלים על ניצע שמשנה את מקום מושבו במהלך התקופה שבה הוקצה לו תגמול מבוסס מניות כעובד. בתחילה, רשות המיסים הפעילה את הוראות הדין החלות על הגירה של יחידים באופן כללי (הוראה אנטי תכנונית שמטרתה ללכוד ברשת המס הישראלית "רווחי הון" לא ממומשים ערב ניתוק התושבות). ואולם, סעיף 100א לפקודה, שמכוחו רשות המיסים קונה סמכות למסות רווחי הון לא ממומשים (unrealized capital appreciation), מציע שתי חלופות: הראשונה, שהנישום ימוסה על שווי ההטבה במועד ניתוק התושבות, והשנייה, שאירוע המס יידחה ושבמועד המימוש של הנכסים יחושב החלק הישראלי בהתאם לתקופת החזקה בנכס הרלוונטי (מכונה כחישוב לפי תקופת החזקה/holding). עם זאת, עוד בטרם התקבלה הרפורמה במס הכנסה פרסמה רשות המיסים הבהרה בדבר חלוקת ההכנסות במקרה של ניצעים ברילוקיישן שלפיה חלק ההכנסה הישראלי יחושב בהתאם לתקופת החזקה ההבשלה (vesting).⁵⁸

מדיניות זו נותרה על כנה אף לאחר כניסת הרפורמה במס הכנסה לתוקף ועל אף הוראת סעיף 100א לפקודה, בין היתר הואיל ומדיניות זו אף עולה בקנה אחד עם המלצות ארגון ה-OECD, לפיה חלוקת זכויות המיסוי בין המדינות תתייחס לתקופה המתחילה בהקצאת

57 See OECD publication on p. 17: "The example above shows that there are cases where Article 23 would not relieve residence-residence double taxation of the employment benefit arising from an employee stock-option. The mutual agreement procedure could, however, be used to deal with such cases. One possible basis to solve such cases would be for the competent authorities of the two States to agree that each State should provide relief as regards the residence-based tax that was levied by the other State on the part of the benefit that relates to services rendered during the period while the employee was a resident of that other State. Thus, in the above example, it would be logical for State D's competent authority to agree to provide relief (either through a credit or exemption method) for the State A's tax that has been levied on the part of the benefit that relates to services rendered in States B and C since, at the time when these services were rendered, the taxpayer was a resident of State A and not of State D for purposes of the A-D Convention. The Commentary could be modified to suggest that this approach provides a good basis to deal with cases of unrelieved residence-residence double taxation. It should be noted, however, that cases of multiple-residence taxation are not limited to the taxation of employee stock-options and it would be necessary to verify whether that approach would be appropriate in other cases."

58 רשות המסים, עדכון החלטת ועדת פסיקה (עדכון מס' 5) מיסוי בינלאומי, מיסים טז/1 ג-78 (9.12.2001); כן ראו ירדנה סרוסי "היבטי מיסוי בינלאומי של הכנסות עובדים בגין אופציות שקיבלו מהמעביד" מיסים יד/6 א-81 (2000).

הזכות והמסתיימת במועד שבו תמה תקופת ההבשלה המהותית (תמה תקופת ה-vesting). בהתאם, בהנחה שתקופת ההבשלה שאימצה החברה היא בת שלוש שנים, ובמהלך שלוש שנים אלה העובד שהה שנתיים בישראל ושנה בארצות הברית, שני שלישים מההכנסה הם הכנסה ממקור ישראלי והשליש הנותר הוא אמריקאי,⁵⁹ ונראה שפרשנות זו אף עולה בקנה אחד עם טיוטת נייר מדיניות שארגון ה-OECD פרסם לאחרונה.⁶⁰

ז. מודל המס הראוי

ספרות המס מציינת שלוש מטרות מרכזיות להטלת מיסים ותשלומי חובה אחרים: מימון הוצאות הממשלה; הפנמת החצנות חיוביות ושליטיות, בין היתר, כאמצעי נוסף לפיקוח של הרשות המבצעת; וחלוקה מחדש של העושר בחברה בכלל וצמצום פערים כלכליים בין הפרטים בחברה בפרט.⁶¹ מאמר זה בוחן את הסדרי המס החלים ביחס לתגמול מבוסס מניות לעובדים ומטיל ספק גדול ביחס ליכולתם לקדם מטרות אלה בכלל, וכן מצביע על היבטים חלוקתיים רגסיביים משמעותיים ביחס למסלול הקצאת הון באמצעות נאמן רווח הון כאמור בסעיף 102(ב)(2) לפקודה.

ברירת המחדל בשיטת המס הישראלית היא שהכנסה מיגיעה אישית ממוסה בשיעורי מס שוליים כאמור בסעיף 121 לפקודה שבין 10% ל-50%. סעיפים 2(1) ו-2(2) לפקודה, המתמייחסים להכנסה מעסק, משלח יד, עסק או עסקת אקראי בעלי אופי מסחריים וכן הכנסת עבודה, מנוסחים באופן רחב למדי, והפסיקה אף הבהירה כי יש למסות כמעט כל הטבה כלכלית שניתנת לעובד או לבעל עסק או משלח יד בהתאם לשיעורי המס השוליים.⁶² ואולם, כחלק מהניסיון לעודד ולתמרץ את התעשייה והשירותים בישראל בכלל, ובתחום ההיי-טק בפרט, אומץ הסדר מיטיב במיוחד למיסוי הון אנושי (human capital) ביחס לתגמול מבוסס

59 החלטת מיסוי 6539/17 מיסוי אופציות ויחידות השתתפות למניה לעובדים בנייד (Relocation) – החלטת מיסוי בהסכם, מיסים לא/ג-53 (2017); והחלטת מיסוי 5237/14 "עובדי Relocation – החלטת מיסוי בהסכם" (17.9.2014), כן ראו אבי נוב, אסף פרומרמן ומורן פרגי "מיסוי אופציות לאחר שינוי תושבות" מיסים כג/א-5 (2009).

60 OECD, A PUBLIC DISCUSSION DRAFT: CROSS-BORDER INCOME TAX ISSUES ARISING FROM EMPLOYEE STOCK-OPTION PLANS (2002), <https://www.oecd.org/tax/cross-border-income-tax-issues-arising-from-employee-stock-option-plans.pdf>.

61 יורם מרגליות "דיני מיסים" הגישה הכלכלית למשפט 815, 816–817 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012); Reuven S. Avi-Yonah, *the Three Goals of Taxation*, 60 TAX L. REV. 2 (2006); וכן שגית לוינר וטלי ניר "מדיניות חברתית באצטלה כלכלית: מטרותיה של מערכת המס בישראל" ספר אריה לפידות 125 (דוד גליקסברג עורך, 2015).

62 ע"א 5083/13 פקיד שומה כפר סבא נ' ברנע (נבו 10.8.2016); ולהיקש ביחס להכנסות מיגיעה אישית לפי ס' 1(2) ראו ע"א 8294/14 גנגינה נ' פקיד שומה פתח תקוה (נבו 20.3.2018); וכן ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד סה (3) 636 (2012).

מניות לעובדים (להבדיל מההסדר שאומץ ביחס לספקי שירותים או לבעלי שליטה).⁶³ בהקשר זה יובהר כי מחברי המאמר אינם מתנגדים באופן עקרוני לרתימת מערכת המס, ובכלל זה להענקת הטבות מס, על מנת לעודד פעילות רצויה (המכונה בספרות כמיסוי פיגוביאני), ואולם מומלץ היה כי מערכת המס תבחן עד כמה הטבות מס אלה אכן נדרשות לצורך הפעילות הרצויה ואם ניתן היה לתגמל פעילות זו בהיקף מצומצם יותר, בין היתר, הואיל והטבות אלה תורמות להעמקת אי-השוויון ופערי העושר בחברה הישראלית.⁶⁴

כפי שסקרנו במהלך העבודה, הרפורמה שתיקנה את הוראות הדין הישראלי ביחס למיסוי תגמול מבוסס מניות לעובדים בכלל, ומיסוי אופציות למניות לעובדים בפרט, היא רגורסיבית, ולהבדיל מהמקובל בעולם מסלול זה מאפשר הטבת מס משמעותית (בהיקפים שיכולים להיות ניכרים בכל קנה מידה) תוך הטלת מגבלות מצומצמות באופן יחסי, ולקבוצה מצומצמת של ניצעים בחברה הישראלית. כמו כן, ועל אף שמדובר במסלול אחד מבין שלושה מסלולים, הואיל ורובן המכריע של תוכניות התגמול שמכוחן מוקצות אופציות לעובדים ישראלים נעשה בהתאם להוראות מסלול זה, הוראות אלה מביאות להעמקת אי-השוויון ולהעמקת פערי המעמדות בחברה הישראלית. כאמור, מדובר בהסדר מיטיב חריג ויוצא דופן אף בהשוואה להסדרי המס המקובלים במרבית המדינות המפותחות בארגון ה-OECD. באופן לא מפתיע, ולמרות הלובי החזק של תעשיית ההייטק, לפני עשור המליצה ועדה ציבורית בראשות הכלכלן פרופ' מנחם טרכטנברג לבחון מחדש את היבטי המס ביחס לתגמול מבוסס מניות, והכוונה בעיקר יש להניח להקצאות באמצעות נאמן במסלול רווח הון. עם זאת, למרות שנטיית הלב המקורית שלנו הייתה לאמץ את ההסדר שהוצע בזמנו על ידי ועדה ציבורית בראשות פרופ' אבי בן בסט (ששמה דגש על מועד תום ההבשלה כנקודה ארכימדית מכוננת בקביעת אירוע/י המס לניצע), לאור הסקירה המשווה שערך ארגון ה-OECD עליה התבססנו במידה רבה, אנו מצטרפים לקריאה של ועדת טרכטנברג לבחון מחדש את ההסדר ואת הטבת המס, שעשויה להיות מפליגה, שמכוחה חלק הארי מהכנסות מתגמול מבוסס מניות לעובדים ממסוה בשיעורי מס מופחתים של 25% או 28% סופי (ללא חיוב הכנסות אלה בדמי ביטוח לאומי ומס בריאות) שהשפעתם מבחינה חלוקתית כלכלית רגורסיבית, ואשר לגישת פרופ' פיקטי עלולה לערער את

63 על חשיבות מרכיב ההון האנושי הכולל עבודה כמו גם ידע וטכנולוגיה ראו יוסף מ' אדרעי "מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון אנושי והון חברתי" **משפטים** מ' 437, 443–444, 469–477 (התשע"א); וכן ראו את מודל הצמיחה שפיתח הכלכלן זוכה פרס הנובל רוברט סולו, שזיהה שההתפתחות הכלכלית המשמעותית במאה העשרים נבעה בעיקר מההון האנושי, ולא מהון פיננסי. ראו למשל, Robert M. Solow, *A Contribution to the Theory of Economic Growth* 70 Q. J. Econ. 65 (1956); Robert M. Solow, *Technical Change and the Aggregate Production Function*, 39 REV. ECON. & STAT. 312 (1957).

64 אדרעי, שם, בעמ' 521–524; על פי עבודה מרוכזת שנעשתה בחטיבה המקצועית בשרות המיסים, התברר כי המחזור השנתי בממוצע של האופציות לעובדים במשק הישראלי גבוה מ-15 מיליארד ש"ח מדי שנה, ובנוסף על פי הערכות אלה ההקצאות מתמקדות בעיקר בכ-100–150 אלף עובדים, שרבים מהם המקבלים הטבות שכר באופציות ובמניות, ואשר חלק גדול מהם הפך למבוסס בזכות האופציות, וכ-10%–20% מהם הפכו למיליונרים. ראו איתן גרסטנפלד "רשות המסים: אופציות ב-15 מיליארד שקל מוענקות כל שנה להייטקיסטים" **ביזפורטל אונליין** <https://www.bizportal.co.il/BizTech/news/article/838097> (11.12.2024).

הסולידריות החברתית והמערכות הציבוריות שמטרתה לחזקן. פרופ' פיקטי בהקשר זה אף מעלה חשש של ממש מתגמול מופרז שמשלמות חברות הייטק לעובדיהן ומהסדרי מיסוי רגרסיביים שתגמולים אלה ממוסים לפיהם וקובע שתוצאה זו מערערת את אי-השוויון החברתי-כלכלי.⁶⁵

יש להזכיר גם שהאופן הקונקרטי שבו פעל המיסוי הפרוגרסיבי במאה העשרים לא רק איפשר לחלק בצורה צודקת יותר את המיסים שהוטלו על רמות ההכנסה והרכוש השונות, אלא גם הגביל בחדות את האי-שוויון לפני המס. לתפקיד זה של ה"חלוקה מראש", ולא רק של ה"חלוקה מחדש", הייתה חשיבות מכרעת, והוא המחיש עד כמה המיסוי הפרוגרסיבי הוא גם דרך להתערב בלב-ליבו של תהליך הייצור, יחד, כמובן, עם מוסדות אחרים, כגון משפט העבודה הקיבוצי או נוכחות עובדים במועצות המנהלים...

אם חברות ההייטק הקפיטליסטיות ישלמו משכורות מופרזות כדי לצוד את רובם המוחלט של המתכנתים המבריקים ביותר בשוק, הדבר עלול לסבך מאוד את משימתן של הרשויות הציבוריות הממונות על האסדרה (רגולציה) של חברות אלה (אלא אם כן הן יבחרו להזין את המרדף לעבר פערי שכר, שרק ילכו ויגדלו). כך גם נוגע למגזר הפיננסי או המשפטי. העמדת פערי השכר על יחס של אחד לחמישה במקום אחד לעשרים או אחד למאה אינה רק שאלה של צדק חלוקתי: היא גם סוגיה של יעילות בהקשר של האסדרה הציבורית ושל פיתוח אופנים חלופיים של ארגון כלכלי.⁶⁶

בהתאם לכך, והואיל והמחקר מצא כי למעלה מ-90% מתוכניות התגמול מבוסס מניות לעובדים ממסים חלק משמעותי מהכנסות הניצעים בשיעור 25/28% רגרסיבי, המרחיב את הפערים החברתיים-כלכליים בחברה, אנו נקרא לאמץ הוראות שבמידה רבה יעלו בקנה אחד עם המקובל במדינות ה-OECD בעניין זה. נקדים ונאמר כי הואיל ומאמר זה אינו מתיימר לבחון את היבטי אי-השוויון ופערי ההכנסות בכל הנוגע לאופן שבו הון ממוסה בישראל (ולחיבטי המס החלוקתיים הרגרסיביים הנובעים, בין היתר, מהטבות המס הבאות: שיעורי מס מופחתים, דחיית אירוע המס למועד המימוש בפועל, אי-מיסוי בהעברות בין דוריות ועוד) ומתמקד בהיבטי אי-שוויון ביחס לתגמול מבוסס מניות לעובדים, המלצותינו יתמקדו בהיבטי המס הקשורים למועד אירוע המס, לשיעורי המס החלים ולחלוקת ההכנסות ממיסים בין המדינות בהתאם למתווה שנציג להלן. הערה נוספת היא שברור מאליו שאם תהיה רפורמה מקיפה יותר בנוגע לאופן שבו הון ממוסה בישראל, המלצותינו עשויות להשתנות בהתאם:

1. ניצעים ימוסו על ההטבה הכלכלית שהם קיבלו מכוח תגמול מבוסס מניות לעובדים במועד המימוש. אומנם, נטיית הלב שלנו בשלבים הראשונים של המחקר הייתה להקדים את אירוע המס למועד ההקצאה כאשר ההון המוקצה בר מימוש במועד זה (ללא מגבלות עבירות/סחירות וודאי כאשר לניצע יש זכות של ממש על הון זה וללא תקופת הבשלה), אולם נוכח הפרקטיקה המקובלת במרבית מדינות ה-OECD אנו ממליצים שמועד אירוע המס יידחה למועד המרת האופציות למניות בפועל (date of exercise). אנו ממליצים שהכנסה זו תמוסה בשיעורי מס

65 פיקטי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 154–155.

66 פיקטי, שם, בעמ' 176–177.

שוליים כאמור בסעיף 121 לפקודה, בדומה להכנסת עבודה כאמור בסעיף 2(2) לפקודה. כפועל יוצא, עליית הערך/ירידת הערך תמוסה כרווח/הפסד הון כאמור בפרק ה' לפקודה. 2. בהקשר זה, ולאור ההכרה בחשיבות הרבה של תעשיית ההיי-טק למשק הישראלי, וחשיבות התגמול ההוני במוטיבציה של העובדים בענפים אלה, יש לאפשר דחייה של אירוע המס למועד המכירה בפועל, אולם במקרה זה, והואיל ודחייה זו משמעה שלעובדים אין כל סיכון (מעבר לכך שהרווח שלהם יקטן), יש למסות הכנסה זו בשיעורי מס שוליים כאמור בסעיף 121 לפקודה, בדומה להכנסת עבודה כאמור בסעיף 2(2) לפקודה.

עם זאת, מוצע לאמץ מגבלות שונות ביחס לאפשרות הדחייה של אירוע המס למכירה בפועל. כך למשל, מוצע להגביל את ההטבה רק לעובדים, ולאפשר דחייה של אירוע המס ומועד תשלום המס אך ורק ביחס להקצאות שבהן תוספת המימוש זהה או עולה על מחיר המניה במועד ההקצאה. בהתאם לכך, ככל שהחברה מקצה ללא תוספת מימוש כלל או כאשר תוספת המימוש נמוכה משווי המניה במועד ההקצאה, על הניצע לדווח על הכנסה זו במועד ההקצאה ולשלם את המס במועד זה בהתאם. המלצתנו היא ביחס להקצאה של אופציות בין אם מניות החברה המקצה נסחרות ובין אם לאו.

עוד יובהר כי בהנחה שיוחלט על הענקת הטבת מס לניצעים במועד המכירה, מוצע לאמץ את שני העקרונות הבאים שארצות הברית אימצה בהסדר המוטב שבסעיף 422 לקוד האמריקאי: תקופת חסימה מינימלית העולה על 24 חודשים שבין מועד ההקצאה למועד המכירה, ובנוסף לכך תקופת חסימה מינימלית העולה על 12 חודשים שבין מועד ההמרה למועד המכירה (כאשר תוספת המימוש שישלם הניצע לא תפחת משווי כלכלי של ההון המוקצה במועד ההקצאה). העיקרון השני שאנו ממליצים לאמץ בהקשר זה הוא אימוץ תקרת הטבת מס שנתית המוענקת לניצע. אנו לא שוללים לייבא את התקרה שאומצה בהסדר האמריקאי. ההסדר האמריקאי קובע סכום מקסימלי שנתי של הון (100,000 דולר אמריקאי) שהרווח ממכירתו על ידי הניצע יחויב בשיעור מס מופחת. לחלופין, ניתן לאמץ תקרת רווח שנתית שתמוסה בשיעור מופחת. היתרון בהסדר האמריקאי הוא שהטבת המס משתנה בין חברות בתחילת דרכן (שבהן סיכון גדול יותר), שמעניקות הטבת מס אופציונלית גבוהה יותר הואיל ושווי המניות במועד ההקצאה היה נמוך יותר באופן יחסי, לבין חברות מבוססות (שלגביהן הסיכון נמוך יותר), שהטבת המס ביחס להון שהן הקצו נמוכה יותר.

3. אנו בדעה שאין לקשור בין הדרך שבה ההון המוקצה ממוסה בידי הניצע לבין זכאותה של החברה המקצה לתבוע הוצאת שכר כאמור בסעיף 17 לפקודה. בהתאם לכך אנו ממליצים שהחברה המקצה תוכל לתבוע הוצאות שכר במועד שבו ממוסה הניצע (מועד המימוש בפועל או מועד המכירה). עוד יובהר כי במקרה שבו החברה המעסיקה אינה מקצה את האופציות/מניות, תותנה הוצאת השכר בחברה המעסיקה בהתחשבות בין חברתית בין החברה המקצה לחברה המעסיקה, ובלבד שהתחשבות זו תיעשה בהתאם למחירי שוק מקובלים ולהעברת דיווחים מתאימים לרשויות המס במדינות הרלוונטיות.

4. לבסוף, אנו סבורים כי השינוי שביצעה רשות המיסים ביחס לחלוקת הכנסות מתגמול מבוסס מניות לעובדים בהקשר הבין-לאומי (המעבר משיטת חישוב המתבססת על החזקת ההון בפועל המכונה holding לשיטת חישוב המתבססת על תקופת ההבשלה המכונה vesting) עולה בקנה אחד עם העקרונות שבבסיס הכללים שעוצבו למיסוי הכנסות בין-לאומיות ולכן אין

לשנותו. תמיכה נוספת אף ניתן למצוא בהמלצות ארגון ה-OECD לאמץ את שיטת החישוב המתבססת על תקופת ההבשלה.

אנו מאמינים שאימוץ המתווה עולה בקנה אחד עם מדיניות מס ראויה, והיבטיו החלוקתיים הם פרוגרסיביים, להבדיל מהמתווה הקיים בהקצאות באמצעות נאמן במסלול רווח ההון כאמור בסעיף 102(ב)(2) לפקודה. כפי שהבהרנו לעיל, ה-trade off שאימצה רשות המיסים בהעניקה שיעור מס מופחת של 25%/28% לניצעים ושליטת הטבת המס לחברה המקצה אינו ניטרלי. אומנם מבחינה חלוקתית יש להניח שהן העובדים והן בעלי המניות בחברות המקצות נמצאים בעשירון העליון, ולכן תחלופה לכאורית ביניהם אינה משמעותית מבחינה חלוקתית, ואולם כפי שהצגנו לעיל אין מדובר בשקילות כלכלית (trade off) של ממש, מה גם שבעוד מרבית הניצעים בתוכניות התגמול מושא מאמר זה הם תושבי ישראל, לא ניתן לומר דבר דומה על בעלי המניות בחברות המקצות וכלל לא ברור אם הרווח שנצמח לתושבי חוץ אלה חייב במס.⁶⁷ לבסוף, ראוי לדעתנו לאמץ מתווה זה אף משום שהעקרונות המוצעים בו עולים בקנה אחד עם הפרקטיקה הנוהגת במרבית המדינות המפותחות בארגון ה-OECD, ולכן אימוצו עשוי להפחית את החשש מתקלות מס בהקשר הבין-לאומי.

67 ראו הוראות ס' 97(ב) ו-97(ב3) לפקודת מס הכנסה, ואולם על אף הביקורת שיש לכותבים על הוראות אלה, הדיון בהוראות אלה חורג ממסגרת הדיון במאמר זה.