

מיסוי כתבי אופציות על מניות - הדין המצוי והרצוי

(מאמר זה זכה בפרס הראשון בתחרות המאמרים לזכרו של פרופ' אהרן יורן ז"ל לשנת 1997)

מאת

אלכס שפירא

1. פתח דבר

כתבי אופציות על מניות (להלן: אופציות) מהווים את אחד המכשירים הפיננסיים המקובלים לגיוס הון.

האופציות מונפקות על-ידי החברה (אופציות Warrants), בתמורה או ללא תמורה, והן ניתנות למימוש למניות בתמורה לתשלום קבוע (תוספת מימוש).

מדובר אפוא בפעולה השונה בתכליתה מהנפקת אופציות על-ידי בעל מניות, שכן לאחרונה אין כל נפקות באשר לחברה (שמניותיה הן נשוא האופציות) מחד, ובאשר לבעלי המניות האחרים בחברה מאידך.

בעבודה זו אדרש להיבטי המס הטמונים בהנפקת אופציות ובפעולות בהן, כגון: מכירתן, מימושן למניות וכו'. זאת, הן לגבי החברה המנפיקה (הדיון יתייחס לחברה פרטית, כהגדרתה בפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983⁽¹⁾) והן לגבי מקבל האופציה⁽²⁾. מקורם הסטטוטורי של היבטי המס האמורים במספר חוקים. החל בפקודת מס הכנסה ובחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), תשמ"ה-1985⁽³⁾, המשך בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963⁽⁴⁾ ובחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975⁽⁵⁾ וכלה בחוק מס הבולים על מסמכים, תשכ"א-1961⁽⁶⁾.

לאור חשיבות האבחנה בין חברה שהיא איגוד מקרקעין כמשמעותו בחוק מס שבח⁽⁷⁾, לבין חברה שאינה איגוד כאמור, ייחדתי דברים נפרדים לשני סוגי החברות.

כפי שיובהר להלן, תחומי הדיון בעבודה זו רבים הם, וטרם זכו להתייחסות מקיפה בחקיקה, בפסיקה ובאקדמיה. מפאת קוצר היריעה, לא יידונו בחלק זה של העבודה היבטי מס ערך מוסף ומס בולים הקשורים לאופציות. היבטים אלה יזכו לדיון מקיף ונרחב במאמר המשך.

2. למהותה של האופציה

אופציה הינה הסכם ברירה המשאיר למקבלו, קרי: הניצע, אפשרות לקבל את ההצעה או לדחותה⁽⁸⁾. כלומר, האופציה מחייבת את המציע בלבד. ביסודו של דבר, חוזה האופציה מורכב משני חוזים: חוזה עיקרי וחוזה משני, כאשר האחרון מתייחס לברירה הניתנת לניצע לקבל את החוזה העיקרי.

וידוגש: בשלב מתן האופציה, רק החוזה המשני גמור, בעוד שהחוזה העיקרי אינו חוזה מבחינה משפטית - כל עוד לא נעשה קיבול. היינו, רק כאשר ממומשת האופציה - נכרת החוזה העיקרי.

בהתאם לכך נקבע בעניין החברה לפיתוח חוף התכלת כדלהלן:

"בבסיס 'חוזה האופציה' מונחת יכולת בחירה שהיא דו-כיוונית - הבחירה בין התקשרות לבין אי התקשרות בעיסקה העיקרית נשוא האופציה. למעשה, חוזה האופציה, או סעיף האופציה בחוזה, הוא מעין חוזה משני הנספח לחוזה נוסף ועיקרי, אשר משתכלל אם, ורק אם, האופציה ממומשת. בעל האופציה יכול לבחור שלא לממש אתה, ובמקרה זה לא נכרתת בין הצדדים העסקה העיקרית..."⁽⁹⁾

יש להדגיש, כי ההנחה בבסיס דיון זה היא, שהאופציה קא עסקין "אמיתית". כלומר, אין מדובר באותם מצבים בהם מכלול הנסיבות ותנאי האופציה מצביעים על כך, שלא ניתנה לניצע ברירה אמיתית אם לממש את האופציה אם לא, אלא זהו, למעשה, מכר מראש, כגון: כשמרבית התמורה בעד הזכות העיקרית משתלמת מראש; כשמחיר המימוש הוא כה אטרקטיבי, שסבירות המימוש גבוהה מאוד, ושמטן האופציה מהווה עיסקה מלאכותית⁽¹⁰⁾.

3. הנפקת אופציות בחברה שהיא אינה איגוד מקרקעין

3.1 היבטי המס אצל החברה המנפיקה

3.1.1 שלב הנפקת האופציות

בעת הנפקת האופציות, החברה המנפיקה עשויה לקבל סכומים המהווים תקבולים על חשבון אופציות. סכומים אלה נרשמים בקבוצת ההון העצמי (במסגרת קרנות ההון) ואינם עוברים דרך דו"ח הרווח וההפסד - כמצוות גילוי דעת מס' 48 של לשכת רואי-חשבון בישראל⁽¹¹⁾.

פשיטא, שמבחינת החברה, ההקצאה שקולה לקבלת התחייבות כלפי רוכש האופציות (להלן: "הניצע"), כנגד קבלת תמורה הימנו⁽¹²⁾. אמור מכאן, שלגבי החברה, ההקצאה דומה יותר באופיה לנטילת הלוואה מאשר למכירה, ולכן לגביה אין עסקין באירוע מס כלל ועיקר, בין אם האופציות הונפקו בתמורה ובין אם לאו. במידה שהאופציות מונפקות על-ידי חברה שחל עליה פרק ב לחוק התיאומים (להלן: "נישום פרק ב"), יש לחשב שינוי חיובי בגין התקבולים על-חשבון האופציות.

הרישא לסעיף 1 לתוספת ג לחוק התיאומים (להלן: "תוספת ג") מונה רשימה של סכומים אשר יש לחשב בגינם שינויים חיוביים.

במסגרת זו כלולים הסכומים דלקמן:

"סכומים שנתקבלו על חשבון שטרי הון ואיגרות חוב, שהנפיק הנישום לתקופה של שנה אחת לפחות, ושהריבית השנתית עליהם אינה עולה על 30% משיעור עליית המדד בשנת המס, וכן סכומים שנתקבלו על חשבון אופציות שהנפיק הנישום בניכוי ההוצאות שהוצאו בהנפקתו";⁽¹³⁾ [ההדגשה שלי - א' ש']

עינינו הרואות, שבדומה להנפקת מניות, שההוצאות בגינה הופחתו מהתמורה לצורך חישוב השינוי החיובי⁽¹⁴⁾, כך גם בהנפקת אופציות - השינוי החיובי הינו הסכום נטו, קרי: הסכום שנתקבל⁽¹⁵⁾ בניכוי הוצאות ההנפקה.

בשנת המס שלאחר הנפקת האופציות, תיחשבנה האחרונות לחלק מההון העצמי, בהתאם לסעיף 1א(א)(8) לתוספת א לחוק התיאומים (להלן: "תוספת א"):

"שטרי הון ואיגרות חוב שהנפיק, הרשומים בבורסה והניתנים להמרה למניות, והריבית השנתית עליהם אינה עולה על 30% משיעור עליית המדד בשנת המס וכן אופציות שהונפקו";⁽¹⁶⁾ [ההדגשה שלי - א' ש']

יש לשים אל לב, כי אין הכרח שהאופציות תהיינה רשומות למסחר בבורסה על מנת שהן תיחשבנה לחלק מההון עצמי, כפי שלכאורה עולה מנוסח הרישא של הסעיף. דהיינו, כל אופציה שהונפקה תיחשב לחלק מההון העצמי.

3.1.2 שלב מימוש האופציות

במועד זה משלם הניצע את תוספת המימוש לחברה, והאחרונה מנפיקה לו מניות בתמורה.

מבחינה חשבונאית, תוספת המימוש ביחד עם התקבולים מהנפקת האופציות הופכים להון מניות ופרמיה על חשבון מניות⁽¹⁷⁾. פועל יוצא מכך, שמימוש האופציות מהווה פעולה במישור הונה של החברה בלבד, ואין הוא מצמיח כל חבות במס. עם זאת, יש לחשב שינוי חיובי בגין תוספת המימוש, בהיותה סכום שנתקבל "על חשבון הקצאת מניות..."⁽¹⁸⁾.

3.1.3 שלב פקיעת האופציות

מבחינה חשבונאית, התקבולים בגין האופציות שלא מומשו ופקעו, נזקפים בחברה המנפיקה לקרן הון⁽¹⁹⁾.

אמור מכאן: כללי החשבונאות רואים בפקיעת האופציות אירוע במסגרת הון המניות של החברה, ולא חלק מחשבון הרווח או ההפסד של החברה⁽²⁰⁾.

עמ' 4

צפה לה אפוא השאלה, האם הטיפול המיסויי בשלב פקיעתן של האופציות זהה לטיפול החשבונאי?

מן המפורסמות היא, כי דיני המס מאמצים ומתבססים על הרווח החשבונאי, תוך קביעת דין ספציפי באשר למיסויין של הכנסות מסוימות⁽²¹⁾.

גישה זו מצאה את ביטויה בע"א 494/87 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ נ' פשמ"ג:

"ככלל אין פקודת מס הכנסה עוסקת בתורת החשבונאות. היא מקבלת את כללי החשבונאות הרגילים המקובלים בעולם המסחר, שרואי חשבון סומכים את ידם עליהם... באין הוראות מחייבות בפקודה בדבר שיטת הרישום או העיתוי הקובע לענין הכנסה או ההוצאה מוסדר הנושא בכללי החשבונאות המקובלים על רואי חשבון." (22)

לפי גישה דומה, קבע השופט לוין בע"א 510/80 פקיד שומה נ' דפוס מרכז כהאי לישנא:

"קיים היזון חוזר בנושא זה [מועד תשלום המס בפועל - א' ש'] בין כללי החשבונאות המקובלים, המתגבשים ומשתכללים מדי פעם על ידי אלה שעיסוקם בכך, בעיקר לשכות רואי החשבון - כללים המוכרים, דרך כלל, כמדריכים ומנחים - לבין בתי המשפט, בבואם לפרט ולקבוע את הדין." (23)

אלא מאי, שתי המערכות הללו, קרי: מערכת דיני המס מפה ומערכת כללי החשבונאות מפה, אינן בהכרח חופפות. דהיינו, "לא תמיד כללי החשבונאות ודיני המיסוי מדברים בקול אחד. וודאי לא כאשר הכלל החשבונאי סותר דין מדיני המיסוי, כגון רישום פחת במקרים מסויימים וכיוצ"ב" (24).

פשיטא, שהעיקרון, לפיו פונים לעקרונות חשבונאות מקובלים, יפה כל עוד אין הם עומדים בסתירה להוראה ספציפית אחרת בדין או להלכות שנתגבשו בנושא. בהתאם לגישה זו, קבע השופט הגין בעניין טמבור כדלהלן:

"בדרך כלל תואמת חשבונאות המס את כללי החשבונאות כפי שהם מיושמים על ידי רואי החשבון, אך לא תמיד הדבר כך ולעיתים קיימים הבדלים ניכרים בין שתי שיטות החשבונאות. אין ספק כי גם רואי החשבון נתקלים בבעיות דומות לאלה הצצות בתחום חשבונאות המס בשעה שהם עורכים את דוחותיו הכספיים של העסק, במטרה שאלה ישקפו נכונה את פעילותו ואת מצבו הפיננסי. ואולם יש ותשובתם של רואי החשבון אינה עולה בקנה אחד עם המדיניות הפיסקאלית, שאותה מבקשים שלטונות המס ליישם. במקרים כאלה נקבעים כללי החשבונאות לצרכי מס בהתאם למטרות החוק הפיסקאלי תוך סטיה מכללי החשבונאות המקובלים על רואי החשבון.

עמ' 5

עם זאת יש לזכור כי לכללים הנקוטים על-ידי רואי החשבון, במטרה לשקף את ההכנסה, יש חשיבות רבה באותם מקרים שבהם לא נקבעו בפקודה הוראות מדויקות לגבי הדרך שבה על הכנסה מסוימת להירשם, או העיתוי שבו על הוצאה מסוימת להיות מובאת בחשבון לצורך קביעת ההכנסה החייבת." (25)

כלומר, יש לבחון, האם קיימת הוראה ספציפית בדין, שיש בה כדי ללכוד ברשת המס את פקיעת האופציות.

טענה אפשרית היא, כי הסכומים שנתקבלו בעת הנפקת האופציות (אם אכן נתקבלו כאלה) מהווים, בעקבות פקיעת האופציות, מחילת חוב, כאמור בסעיף 3(ב)(3)(א) לפקודת מס הכנסה (26). להלן נוסח הסעיף:

"אדם שבשנת מס פלונית נמחל או שומט לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד, או שניתן לו מענק לצורך ייצור הכנסתו כאמור, והוא אינו חייב במס עליהם על פי סעיף 2 או על פי פסקאות (1) או (2) לסעיף קטן זה וגם הוראות סעיפים 20 ו-21(ב) אינן חלות עליהם, יראו את החוב כהכנסה בשנה שבה נמחל או שומט ואת המענק כהכנסה בשנה שבה ניתן, ואותו אדם יהיה חייב עליהם במס בשיעור שלא יעלה על 50%."

צא ולמד, שהסעיף בא למסות מחילת חוב או מענק, שבאו לנישום לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח-יד, והוא אינו חייב במס עליהם מכוח הוראות סעיפים 2, 3(ב)(1), 3(ב)(2), 20 ו-21(ב) לפקודת מס הכנסה⁽²⁷⁾.

הרציונל העומד אפוא מאחורי גישה זו רואה בהתחייבות החברה כלפי הניצע, להנפיק לו מניות בתנאים קבועים - חוב כמשמעותו בסעיף 3(ב)(3)(א) דלעיל.

איני נוטה לקבל פרשנות זאת, שכן גם אם נחשיב את אותה התחייבות הונית כחוב, ולטעמי קיים ספק באשר לנכונות קביעה זו, הרי שאין מדובר בחוב שנתקבל לצורך ייצור הכנסתה של החברה, כאמור באותו סעיף.

בשולי הדברים אציין, כי גם אם ייקבע, כי המדובר בפעולה החייבת במס על-פי הוראות סעיף 3(ב)(3)(א) דלעיל, הרי שאותו סעיף מדבר על חוב ש"נובע מסכומים שקיבל לצורך ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד". פשיטא, שמקום בו הכנסות החברה המנפיקה אינן מגיעות כדי עסק - למשל, אם מדובר בחברת החזקות - הרי שפקיעת האופציות תימלט מרשתו של סעיף 3(ב)(3)(א) דלעיל.

לחלופין, יש הגורסים, כי פקיעת האופציות עשויה להיחשב לאירוע מס הנחסה תחת כנפי סעיף 2(10) לפקודת מס הכנסה, קרי:

"השתכרות או ריווח מכל מקור אחר שאינו כלול בפסקאות (1) עד (9), אך לא הוצא מהם בפירוש ולא ניתן עליו פטור בפקודה זו או בכל דין אחר."⁽²⁸⁾

עמ' 6

גם גרסה זו אינה מקובלת עלי, שכן כבר הסברתי, שפקיעת האופציות מהווה פעולה במישור ההון של החברה ולא חלק אינטגרלי מחשבון הרווח וההפסד שלה.

סיכומו של דבר: פקיעת האופציות אינה מקימה חבות במס לגבי החברה. פקיעת האופציות אף אינה כרוכה בהשלכות מיסוייות לעניין חוק התיאומים, שכן התקבולים על-חשבון האופציות נותרים במסגרת הונה העצמי של החברה⁽²⁹⁾.

3.2 היבטי המס אצל הניצע

3.2.1 שלב הנפקת האופציות

מנקודת מבטו של הניצע, הנפקת אופציות מהווה את רכישתן - כפועל יוצא של התמורה שנקבעה. המשך לוגי לכך הוא, שפעולת ההקצאה אינה מהווה אירוע מס לגבי הניצע. לקביעה זו שני חריגים:

[א] **הנפקת אופציות באיגוד מקרקעין**

במקרה זה, תהיינה להנפקת האופציות השלכות מיסוייות שמקורן בחוק מס שבח. נושא זה זוכה בדיון נפרד⁽³⁰⁾.

[ב] הנפקת אופציות לניצע שהוא נישום פרק ב

אופציות שאינן נסחרות בבורסה נחשבות לנכס קבוע לעניין חוק התיאומים בהתאם לסעיף 1(1) לתוספת ב לחוק התיאומים (להלן: "תוספת ב")⁽³¹⁾. פשיטא, שיש לחשב שינוי שלילי בגין הסכום ששילם⁽³²⁾ (אם שילם) הניצע עבור האופציות שהונפקו לו⁽³³⁾.

נקל אפוא להבין, שאופציות המונפקות לניצע מקטינות את ההגנה האינפלציונית הניתנת להונו העצמי בגובה הסכום ששילם (אם שילם) עבור האופציות.

3.2.2 שלב מימוש האופציות

בשלב מימוש האופציה משלם הניצע לחברה את תוספת המימוש אשר מקנה לו מניות חלק האופציות.

מימוש האופציות למניות מהווה מכירה של הראשונות, בהיותו עיסקת חליפין שתוצאתה היא יציאתן של האופציות מרשות הניצע - כאמור בהגדרת "מכירה" בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה. פועל יוצא מכך הוא, שמקום בו שווין של המניות עולה על מחירן המקורי של האופציות, יוטל מס על רווח הון שנצמח במכירה⁽³⁴⁾.

עמ' 7

למותר לציין, כי קביעה זו הינה אקדמית גרידא, שכן בפרקטיקה לא מקובל להשקיף על מימוש אופציות למניות כעל מכירה החייבת במס.

מכל מקום, שומה על הניצע לחשב שינוי שלילי בגין תוספת המימוש אשר שילם לחברה⁽³⁵⁾.

שאלה נוספת הראויה להתברר היא, האם מימוש אופציות למניות עשוי להילכד ברשתו של סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה. להלן נוסח הסעיף:

"(1) מימש אדם זכות שקיבל בעבר לרכישת נכס או שירות, ובעת המימוש היה הפרש בין המחיר המשתלם כרגיל בעד אותו נכס או שירות לבין המחיר ששילם אותו אדם... יראו את ההפרש -

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

'קרוב' - כהגדרתו בסעיף 76(ד)(1);

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

(1) 5% לפחות מהון המניות שהוצא;

(2) 5% לפחות מכוח ההצבעה בחברה;

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

(4) זכות למנות מנהל.

"...

כפי שהסברתי בראשית הדברים, הניצע הינו צד ג, דהיינו, הוא לא החזיק במניות החברה עובר להנפקת האופציות. אשר על כן, סבורני, כי אין לראות בו "בעל שליטה" לעניין סעיף 3(ט)(1) לפקודת מס הכנסה. במה דברים אמורים?

טול כאן, למשל, מצב בו פלוני מחזיק באופציות לרכוש 5% מהון המניות של חברה כלשהי. מימוש האופציות על-ידי פלוני לא ייכנס בד' אמותיו של סעיף 3(ט)(1), שכן אין הוא "בעל שליטה" במובן סעיף 3(ט)(1)(ג) דלעיל. ודוק, פלוני אומנם "זכאי לרכוש" 5% מהון המניות, אך בכך לא סגי, שכן ממה נפשך: בשעה ש"קיבל את הזכות" (סעיף קטן (ג) פותח במילים "בזכות...שקיבל בעל שליטה...") לא נחשב הוא ל"בעל שליטה".

עולה מן האמור, כי על מנת להתמסות על-פי סעיף 3(ט)(1) דלעיל יש להיחשב כ"בעל שליטה" הן בשלב קבלת האופציות והן בשלב מימושן.

עמ' 8

3.2.3 שלב פקיעת האופציות

הניצע יכול להימנע ממימוש האופציות שבידיו. במידה והאופציות תפקענה, ייווצר לניצע הפסד הון⁽³⁶⁾, מהטעם דלקמן: פקיעת האופציות מהווה "מכירה" כהגדרתה בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה, דהיינו "כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותיהם יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם...". לעניין זה, ה"תמורה" היא אפס, שכן זהו שווי השוק של האופציות עם פקיעתן⁽³⁷⁾. פשיטא, שהפסד ההון בגין פקיעת האופציות יהא בגובה הסכומים ששולמו בעת הנפקת האופציות⁽³⁸⁾. דא עקא, שמדובר בהפסד נומינלי בלבד, שכן האופציות אינן נכס בר-פחת כאמור בסעיף 9(ג) לחוק התיאומים.

היווצרותו של הפסד כפועל יוצא מפקיעת האופציות עשויה להוות כר נרחב לתכנוני מס.

טול כאן, למשל, מצב בו חברה א מנפיקה אופציות לחברה ב, שהיא חברה קשורה, בתמורה למזומנים. במידה שחברה ב לא תממש את האופציות, ייווצר לה הפסד הון המותר בקיזוז כנגד רווחי הון אחרים, בכפוף להוראות סעיף 92 לפקודת מס הכנסה. יתרה מזאת, אם חברה ב נחשבת ל"סוחרת" בניירות-ערך, ייחשב ההפסד מפקיעת האופציות להפסד מעסק המותר בקיזוז כנגד סך כל הכנסותיה ממקורות אחרים באותה שנת מס⁽³⁹⁾. חברה א, לעומת זאת, לא תמוסה בשלב זה, שכן כפי שכבר ראינו, הנפקת האופציות ופקיעתן אינן יוצרות אירוע מס.

מבחינת חוק התיאומים, הרי שאין לחשב שינוי חיובי בגין פקיעת האופציות, שכן אין לדבר במקרה זה על "סכום שנתקבל".

בשנת המס שלאחר הנפקת האופציות, האופציות לא תיכללנה במאזנו של הניצע⁽⁴⁰⁾, ולכן מצבת הנכסים הקבועים תקטן. מאידך, ההפסד שנוצר עקב פקיעת האופציות יקטין את ההון העצמי של הניצע, בהתאם לסעיף 1א(ב)(1) לתוספת א. פשיטא, שלפקיעת האופציות אין כל נפקא מינה לעניין חוק התיאומים.

3.2.4 שלב מכירת המניות

בעת מכירת המניות אשר הונפקו חלף האופציות, תחולנה הוראות חלק ב או ה לפקודת מס הכנסה, כפועל יוצא של מהות המכירה. במידה שהמניות תימכרנה על-ידי מי שהכנסה ממכירת ניירות-ערך היא בידיו הכנסה לפי סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה, אזי מלוא התמורה בגין מכירת האופציות תיחשב להכנסה, ואילו הסכומים ששולמו בגין יותרו כהוצאה שוטפת.

אם, לעומת זאת, מדובר במכירה בעלת אופי הוני, יש לחשב אם נצמח לניצע רווח הון⁽⁴¹⁾.

ענ' 9

שני הפרמטרים ההכרחיים לחישוב רווח ההון הינם יום הרכישה ומחיר המקורי של המניות.

סעיף 88 לפקודת מס הכנסה מגדיר את המונח "יום הרכישה" כדלקמן:

"יום הרכישה" - היום שבו, בדרך כלשהי, הגיע הנכס לידי הנישום או שהנישום נעשה זכאי לו, לפי המוקדם..."

מהגדרה זו עולות שתי חלופות:

האחת - יום הנפקת האופציות שמכוחן הונפקו המניות;

השניה - יום מימוש האופציות למניות.

לטעמי, יש לבחור בחלופה השנייה, בהיותה הולמת את התייחסות הדין הכללי לנושא⁽⁴²⁾.

ודוק, כפי שכבר ראינו, האופציה הינה חלק מחוזה מחייב בין החברה לניצע הכולל שני נדבכים: חוזה עיקרי וחוזה משני, המתייחס לברירה הניתנת לניצע לקבל את החוזה העיקרי. בשלב מתן האופציה **רק** החוזה המשני גמור, בעוד שהחוזה העיקרי אינו חוזה מבחינה משפטית - כל עוד לא נעשה קיבול. היינו, **רק** כאשר ממומשת האופציה על-ידי הניצע - נכרת החוזה העיקרי. פשיטא, שאין לדבר על כל "זכאות" ל"נכס", היינו למניות, בטרם ממומשות האופציות.

אמור מעתה: רק ביום המימוש השתכלל ההסכם בין החברה לבין הניצע ביחס להקצאה האמורה ולזכאותו של האחרון למניות.

אשר על כן, על מנת להשיג הרמוניה ראויה בין הדין הכללי לדיני המס, שומה עלינו לאמץ את יום מימושן של האופציות למניות - כיום הרכישה לצורך חישוב חבות המס. יפים לעניין זה דברי השופט גולדברג בפרשת **נגר כדורי**:

"השאלה הפרשנית בדבר משמעותו של 'יום המכירה' בחוק [מס שבח] נוגעת ליחסי

הגומלין שבין דיני החוזים והמשפט הציבורי. במלים אחרות, אם כללי המשפט הפרטי, החלים על כריתת החוזה ומערכת היחסים שבין הצדדים לחוזה, יפים הם גם לעניין החיוב במס. סבורני, כי פרשנות נאותה, הבאה להגשים את מטרת החקיקה, אינה יכולה לנתק במקרה דנן בין 'מעגל' הדינים, הקשור ליחסים החוזיים, לבין חבותם של הצדדים במס על-פי החוק. זאת במיוחד נוכח הגדרות 'מכירה' ו'זכות במקרקעין' בסעיף 1 לחוק.⁽⁴³⁾

סימוכין נוספים ניתן למצוא בפרשת קליין⁽⁴⁴⁾. באותו מקרה, קבע השופט אשר, אם כי תוך התייחסות ליום המכירה, כהאי לישנא:

עמ' 10

"... אין גם כל הצדקה לכך שלצורכי הפקודה ייקבע 'מועד מכירה' אחר מזה הקיים לפי החוק האזרחי הכללי... המועד שבו נפגשו רצונותיהם של הצדדים בהצעה וקבלה הוא הנו 'מועד המכירה' הן לגבי החוק האזרחי והכללי והן לגבי הוראות הפקודה."⁽⁴⁵⁾

משעמדנו על יום רכישת המניות, יש להידרש לקביעת מחירן המקורי. לדידי, יש לראות כמחיר מקורי את סך הסכומים ששולמו בגין המניות, קרי: הסכומים ששולמו עבור האופציות בצירוף תוספת המימוש. אלא מאי, קביעה זו היא גם הנותנת שהמחיר המקורי יעמוד בדיסהרמוניה עם יום הרכישה. במה דברים אמורים?

טול כאן, למשל, את התרחיש הבא:

חברה הנפיקה לצד ג אופציות במחיר 2 ש"ח - כל אחת. כל אופציה ניתנת למימוש למניה אחת תמורת תוספת מימוש בסך 5 ש"ח.

הבעתי את דעתי, כי יום רכישת המניות יהא היום בו מומשו האופציות למניות. ברם, המחיר המקורי של המניות יכלול הן את עלות האופציות (2 ש"ח למניה) והן את תוספת המימוש (5 ש"ח למניה). דא עקא, שמקורם של הרכיבים האמורים בתאריכים שונים. לית מאן דפליג, שאם נקבע את יום הרכישה ליום מימוש האופציה, ייצא הנישום נפסד, שכן הוא יפסיד חלק מהסכום האינפלציוני שמקורו במחיר ששילם עבור האופציות. ודוק, במקום שסכום זה יתואם מיום התשלום בפועל (יום הנפקת האופציות), הוא יתואם רק מיום המימוש (יום הרכישה).

הוראות חלק ה לפקודת מס הכנסה אינן מאפשרות את פיצול יום הרכישה לשני תאריכים שונים, ועל-כן יש מקום לחקיקה מפורשת בעניין זה. עם זאת, ההוראה המנויה בסעיף 31א לחוק התיאומים עשויה להוות פתרון סטוטורי הולם. הוראה זו קובעת כדלהלן:

"על אף האמור בחלק ה לפקודה או בחוק מס שבח, במכירת נכס קבוע יראו כל השבחה או הוצאה על חשבון רכישה, שנעשו בידי הנישום בתקופת תחולת חוק המסוי או בתקופת חוק זה, כהשבחה שנגמרה במועד שבו הובאה ההוצאה או ההשבחה בחשבון כנכס מוגן או כגריעה מההון לפי חוק המסוי או כנכס קבוע או שינוי שלילי."

קא משמע לן מהוראה זו, שתיאום הוצאות והשבחות שנעשו לאחר כניסתו לתוקף של חוק מס הכנסה (מיסוי בתנאי אינפלציה), תשמ"ב-1982⁽⁴⁶⁾ ב-1.4.1982, ייעשה מיום שהובאו ההוצאות וההשבחות בחשבון כנכס מוגן או כגריעה מההון לעניין חוק המיסוי, או כנכס קבוע או כשינוי שלילי לעניין חוק התיאומים.

ומן הכלל אל הפרט: הוראה זו אינה קובעת דין מיוחד באשר ליום הרכישה, אך ברי כי היא

מביאה בעקיפין לתיאום נכון של מרכיבי המחיר המקורי של האופציות.

עמ' 11

ודוק, תיאום הסכומים ששולמו עבור האופציות, סכומים המהווים לדידי "הוצאה על חשבון רכישה" של המניות, יבוצע מהיום שהובאו בחשבון כשינוי שלילי, וזאת חלק תיאומם מיום המימוש.

אך אליה וקוץ בה: אין זה ברור כלל ועיקר, האם סעיף 31א חל על כל נישום, או שמא תחולתו מוגבלת לנישום פרק ב.

לא אכחד, כי קשה המלאכה בקביעת תשובה חד-משמעית. ודוק, המצדדים בהחלת הסעיף על נישום פרק ב בלבד יצביעו על כך, שמטרת הסעיף להביא לתיאום ההוצאה לרכישת הנכס או השבחתו מהמועד שבו הופחתה אותה הוצאה מההון הזכאי להגנה אינפלציונית של הנישום, וכלשון הסעיף:

"השבחה שנגמרה במועד שבו הובאה ההוצאה או השבחה בחשבון... כנס קבוע או שינוי שלילי".

אין זאת אלא, שהסעיף רלוונטי, אליבא דהדוגלים בגישה זו, רק לנישום פרק ב, שהרי המושגים "כנס קבוע" ו"שינוי שלילי", כפי שמופיעים בסעיף 31א, יפים רק לגבי נישום כאמור.

מאידך, תיתכן גישה אחרת, לפיה סעיף 31א חל על כל נישום שהוא, **לרבות** נישום שחוק התיאומים אינו חל כלל בקביעת הכנסתו החייבת. לגישה זו שני טעמים עיקריים:

האחד: סעיף 24 לחוק התיאומים קובע, כי יראו חוק זה כאילו היה חלק מפקודת מס הכנסה, והוראותיה תחולנה לפי העניין ובשינויים המחויבים על-פי חוק זה. למד מכך, שיש להחיל את הוראות חלק ה לפקודת מס הכנסה בדבר יום הרכישה ושווי הרכישה בשינויים המחויבים על-פי חוק התיאומים בכלל ועל-פי סעיף 31א בפרט.

השני: מקרים בהם ביקש המחוקק לסייג את תחולתן של הוראות בחוק התיאומים לנישום שהוראות אלה חלות בקביעת הכנסתו החייבת, ידע לעשות זאת מפורשות, וראיה היא הוראת סעיף 23(3) לחוק התיאומים. בהוראה זו נקבע, בין השאר, כי הוראות סעיף 19 לפקודת מס הכנסה לא תחולנה בקביעת הכנסה שחלות עליה הוראות חוק התיאומים. מכאן ניתן ללמוד, כי אם לא קבע המחוקק הוראה מתאימה במפורש, כפי שעשה בסעיף 23(3) דלעיל, ניתן להסיק שאין הדבר כך.

כך או כך, פתרונות אחרים לפרכת תיאומם של הסכומים המשולמים על-חשבון האופציות מחייבים חקיקה מפורשת, ובהחלט ייתכן להעדיף כדן רצוי.

בשולי הדברים אציין, כי סעיף 94(ג) לפקודת מס הכנסה, אשר הוסף במסגרת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 100), תשנ"ה-1994⁽⁴⁷⁾, מסמך את שר-האוצר לקבוע את מחיר המקורי ויום רכישתן של מניות שקיבל אדם כתוצאה ממימוש כתב אופציה בחברה שניירות-הערך שלה אינם רשומים למסחר בבורסה⁽⁴⁸⁾.

עמ' 12

דא עקא, שעד היום, לא הותקנו תקנות מכוח סעיף זה.

בחישוב רווח ההון יש לשים אל לב, כי הניצע זכאי לסכום אינפלציוני חייב נוסף בגובה ה"רווחים הראויים לחלוקה" כהגדרתם בסעיף 94ב לפקודת מס הכנסה. תקופת חישוב ה"רווחים הראויים לחלוקה" הינה משנת הרכישה עד תחילת שנת המכירה, או ליום התחלת הפירוק, אך לא לפני שבע שנים שלפני שנת המכירה או שנת הפירוק - לפי העניין. כמוסבר לעיל, יום מימושן של האופציות ייחשב ליום הרכישה של המניות. קביעה זו יפה גם לצורך שנת הרכישה לעניין סעיף 94ב לפקודת מס הכנסה. נקל אפוא להבין, שדחיית מימוש האופציה למניה למועד מאוחר מתום שנת המס גורמת לאובדן ה"רווחים הראויים לחלוקה" בגין אותה שנה.

לסיום אוסיף, כי בדומה למכירת אופציות על-ידי נישום פרק ב, גם במכירת מניות שומה על נישום, כאמור, לחשב שינוי חיובי בגובה הסכום שנתקבל⁽⁴⁹⁾ בגין, בניכוי הוצאות המכירה והמס החל על מכירתן⁽⁵⁰⁾.

4. הנפקת אופציות בחברה שהיא איגוד מקרקעין

4.1 כללי

השלכות המס הטמונות בהנפקת אופציות על-ידי חברה שהיא איגוד מקרקעין הינן שונות בתכלית מהנפקה על-ידי חברה שהיא אינה איגוד כאמור. יחד עם זאת, לשאלת היותה של חברה איגוד מקרקעין אין נפקא מינה בכל הקשור לחוק התיאומים, ותחולנה לגביה אותן הוראות החלות על חברה שהיא אינה איגוד מקרקעין.

למעשה, הדיון שיובא להלן מהווה את הדין הרצוי לטעמי, שכן הפסיקה מתייחסת רובה ככולה לפעולה באיגוד מקרקעין ביחס למניות של איגוד כאמור ולא ביחס לאופציות. יתרה מזאת, פסקי-הדין שעסקו באופציות, התייחסו לאופציות לרכישת זכות במקרקעין, ולא לאופציות לרכישת זכויות באיגוד מקרקעין. מאידך, ברי כי הפסיקה האמורה עשויה להיות לעזר בליבון הסוגייה.

הדיון להלן יתמקד הן בדין המצוי, על מיגוון הבעיות המתעוררות, והן בדין הרצוי.

4.2 מהו "איגוד מקרקעין"

"איגוד מקרקעין" מוגדר בסעיף 1 לחוק מס שבח כדלקמן:

עמ' 13

"איגוד מקרקעין - איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין; ולענין זה לא יראו כנכסיו של האיגוד - מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית;"

קיימא לן, שהגדרה זו תומכת את יתדותיה בשני נדבכים:

האחד:המדובר באיגוד כהגדרתו בסעיף 1 לחוק מס שבח, היינו "חברה וחברה נכרית כמשמעותן בפקודת החברות, אגודה רשומה כמשמעותה בפקודת האגודות השיתופיות, שותפות הרשומה לפי פקודת השותפויות, אגודה כמשמעותה בחוק העותומני על האגודות 1327".

השני: כל נכסי האיגוד, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין⁽⁵¹⁾. עם זאת, איגוד ייחשב לאיגוד מקרקעין גם אם יש בבעלותו, בנוסף לזכויות במקרקעין, מזומנים, מניות, איגרות-חוב, ניירות-ערך אחרים ומטלטלין אשר אינם משמשים בייצור הכנסתו, או שהם משמשים בייצור הכנסתו, אולם לדעת מנהל מס שבח הם טפלים למטרותיו העיקריות, כפי שהן מבוצעות למעשה, ולא באורח ארעי⁽⁵²⁾.

בעניין **רייכמן**⁽⁵³⁾ טענו העוררים, כי האיגוד אינו איגוד מקרקעין, מהטעם שנכסיו כללו מקרקעין ותוכניות בנייה. לטענתם, התוכניות תשמשנה לייצור הכנסה בעתיד והן אינן טפלות למטרות האיגוד, ועל-כן, יש לראות את האיגוד שבידו זכויות במקרקעין ונכס נוסף (תוכניות) המשמש את האיגוד בייצור הכנסתו - כאיגוד שאינו איגוד מקרקעין.

בדחותה את טענת העוררים, קבעה ועדת-הערר, כי התוכניות כשלעצמן אינן מהוות מקור הכנסה, וכי יש לקבוע את מהות "הנכס הנוסף" (התוכניות) ביום הפעולה באיגוד. כלומר, אם הנכס הנוסף לא שימש ביום עשיית הפעולה בייצור הכנסות החברה אלא ישמש כאמור רק בעתיד, אין לראות בו נכס ההופך את האיגוד לאיגוד רגיל.

בפרשת **אטנר**⁽⁵⁴⁾ נדונה השאלה, האם התחייבויות של רוכשי דירות בחברה קבלנית מהוות נכס המוציא את החברה מגדר איגוד מקרקעין. אליבא דמנהל מס שבח, יש לסווג התחייבויות כמזומנים, ומאחר שהאחרונים הינם נכסים ניטריים, אין בהתחייבויות האמורות כדי לשלול מן האיגוד את סיווגו כאיגוד מקרקעין.

ועדת-הערר דחתה את הטענה האמורה בקובעה, כי "... לא יעלה על דעת איש לומר כי התחייבויות הן מזומנים. נהפוך הוא, התחייבויות אינן מזומנים בעסק אלא התחייבות לשלם סכום כסף בעתיד..."⁽⁵⁵⁾. בנוסף, קבעה הוועדה, כי גם אילו היו מסווגות ההתחייבויות כמזומנים, לא היה ניתן לומר כי הן נכס טפל, שכן הן משמשות לייצור הכנסה⁽⁵⁶⁾.

בעניין **כרמליה**⁽⁵⁷⁾ נדונה, בין השאר, השאלה, האם החברה עימה התקשרה העוררת בעסקת מימון - הינה איגוד מקרקעין. ועדת-הערר קבעה, כי החברה האמורה הינה אכן איגוד מקרקעין, שכן במהותה היתה חברה להחזקת מקרקעין שלא עסקה בבנייה.

עמ' 14

כן נקבע, כי ניתן היה ללמוד ממאזניה של החברה, שכמעט כל נכסיה הם מקרקעין, ועל-כן יש לראותה כאיגוד מקרקעין⁽⁵⁸⁾.

נקל אפוא להבין, שהמצב המשפטי הקיים ביחס לאיגוד מקרקעין אינו מתאים למשק המודרני. ודוק, הגדרת איגוד מקרקעין עשויה ללכוד ברשתה חברות שמן הראוי שמס שבח לא יחול על פעולות בהן, כגון: חברות קבלניות⁽⁵⁹⁾, חברות ייזום וכו'.

יתרה מזאת, ניתן בקלות יחסית להימלט מתחולת ההגדרה באמצעות רכישת נכסים, שימשו את האיגוד בייצור הכנסתו ולא ייחשבו לטפלים, כאמור בהגדרה⁽⁶⁰⁾.

פועל יוצא מכך, שדווקא איגודים אשר אמורים היו להילכד בהגדרה יצליחו לחמוק הימנה⁽⁶¹⁾.

4.3 היבטי המס - הדין המצוי

4.3.1 הנפקת אופציות כפעולה באיגוד מקרקעין

חוק מס שבח אינו מסתפק בחיובו במס של מי שמוכר זכות במקרקעין, אלא מחייב במס גם פעולות בזכויות של האיגוד. סעיף 1 לחוק מס שבח מגדיר פעולה באיגוד:

"פעולה באיגוד" - הענקת זכות באיגוד, הסבתה, העברתה או ויתור עליה, שינוי בזכויות הנובעות מזכות באיגוד והכל בין בתמורה ובין ללא תמורה."

עינינו הרואות, שלאור יריעתה הרחבה של הגדרת פעולה באיגוד, פורש חוק מס שבח את מצודתו על קשת רחבה של שינויים בזכויות הקיימות באיגוד מקרקעין.

המונח "זכות באיגוד" מוגדר כהאי לישנא:

"זכות באיגוד" - כל אחת מאלה בין שהיא מוענקת במסמכי ההתאגדות של האיגוד או על פיהם או בהסכם בין חברי האיגוד:

(1) חברות באיגוד, זכות לנכסי איגוד בשעת פירוק, זכות לרווחיו של איגוד, זכות לניהולו של איגוד או להצבעה בו;

(2) זכות - שאיננה זכות מכח מכירת זכות במקרקעין - לתפוש נכסי האיגוד מכוח אחת הזכויות האמורות בפסקה (1);

(3) זכות - שאיננה זכות מכוח מכירת זכות במקרקעין - לדרוש מהאיגוד או מבעל זכות באיגוד אחת מהזכויות האמורות בפסקאות (1) ו-(2);

עמ' 15

(4) זכות להורות במישרין או בעקיפין למחזיק בזכות מהזכויות האמורות בפסקה (1) על הדרך להפעיל את זכותו;

פרט לזכות מהזכויות האמורות אם היא אינה מקנה כל טובת הנאה באיגוד - שאינה שטר סביר - ואינה מקנה זכות לתפוס את נכסי האיגוד ואינה מקנה זכות לדרוש מהאיגוד או מבעל זכות בו אף אחד משני הדברים האמורים.

אופציות למניות של איגוד מקרקעין תיחשבנה אפוא לזכויות באיגוד מכוח פסקה (3) להגדרת "זכות באיגוד" דלעיל⁽⁶²⁾.

ודוק, עסקינן בהענקת זכות לדרוש מהאיגוד את אחת הזכויות האמורות בפסקה (1)⁽⁶³⁾, שהרי פסקה (1) להגדרת "זכות באיגוד" מדברת ב"חברות באיגוד, זכות לנכסי האיגוד בשעת פירוק, זכות לרווחיו של איגוד, זכות לניהולו של איגוד או להצבעה בו". אזכיר, כי התייחסותי היא לאופציות שמעניק האיגוד לצד ג לרכוש מניות מהאיגוד, קרי: אופציות מסוג Warrants. למעשה, אופציות כגון דא שקולות לאופציות מסוג אופציית-קונה (Call Option) ולא לאופציות מסוג אופציית-מוכר (Put Option). הרבותא בכך היא, שהענקת אופציות-מוכר על-ידי צד ג אינה נחשבת ל"מכירה", ולענייננו - "פעולה באיגוד", שכן לא נתגבשה

במקרה זה "זכות באיגוד".

הפסיקה בסוגייה דלה למדי, מה גם שהיא מתייחסת לאופציות לרכישת זכות במקרקעין (להבדיל מאופציות לרכישת זכות באיגוד). במרבית פסקי-הדין נקבע, כי הענקת אופציה כאמור אכן מהווה מכירה לצורך חוק מס שבח.

כך, בעמ"ש (חי') 97/85 **צור שלום, אגודה הדדית בע"מ נ' מנהל מס שבח**⁽⁶⁴⁾, קבעה ועדת-הערר, בראשות השופטת וינוגרדוב, כי הסכם אופציה בפני עצמו מהווה מכירה לפי סעיף 1 לחוק מס שבח, בהיותו הענקת זכות לקבל זכות במקרקעין. גם מימוש האופציה מהווה, אליבא דוועדת-הערר, מכירה, "ובגין עסקה זו - בפני עצמה - היתה חייבת העוררת בתשלום מס שבח"⁽⁶⁵⁾.

בעמ"ש (ת"א) 206/85 **חורגין נ' מנהל מס שבח**⁽⁶⁶⁾ נקבע, כי הענקת אופציה לרכישת מקרקעין, לרבות אופציה ללא תמורה, עולה כדי מכירה ביום הענקתה, אם כי תיווצר מכירה נוספת ביום המימוש:

"יתכן ובעת קביעת שיעור המס המוטל על עיסקת אופציה [לרכישת מקרקעין - א' ש'] יש לקחת בחשבון שאולי לא יהיה זה הוגן לגבות מס כפול, פעם אחת על עיסקת האופציה ופעם שניה על מימושה כמכר. מאידך, אולי אין חשש כזה, שאם בין מתן האופציה ומימושה לא השביחו המקרקעין נשוא העיסקה, הרי לא יהיה מקום לשלם מס על שבחם ואלו אם אמנם השביחו המקרקעין בתקופת הביניים, הרי מן הדין שישולם מס על אותו שבח, וממילא לא יחושב לצרכי מס השבח שהשביחו עד מתן האופציה."⁽⁶⁷⁾

עמ' 16

כלומר, ביום המימוש תתחייב המכירה הנוספת במס רק אם הושבחו המקרקעין בין מועד הענקת האופציה למועד מימושה.

גישה אחרת הועלתה בעמ"ש (ת"א) 517/80 **פסו יהודה**⁽⁶⁸⁾. באותו מקרה, קבע השופט רווה, כי אין לראות בהענקת אופציה "מכירה" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק מס שבח, אלא רק כשהופעלה האופציה.

בע"א 781/79 **מנהל מס שבח נ' גן חברה להשקעות בע"מ**⁽⁶⁹⁾ נקבע, כי הענקת אופציה אינה מהווה מכירה, אלא במועד מימושה. עם זאת, "יום המכירה" ייקבע למועד ההענקה ולא למועד המימוש:

"ניצול האופציה לא יצר כל הסכם עצמאי למכירת המקרקעין. 'הסכם' זה מצא כבר ביטוי בהסכם מיום 29.6.76 [יום חתימת ההסכם בו הוענקה האופציה - א' ש'], והוא חלק בלתי נפרד ממנו."⁽⁷⁰⁾

לטעמי, לקביעה זו אין נפקא מינה לסוגייה בה עסקין, שכן באותו מקרה דובר על אופציית-מוכר (Put Option)⁽⁷¹⁾ שהענקתה אינה נחשבת כלל ל"מכירה", ואילו הנפקת האופציות קא עסקין מתייחסת לאופציית-קונה (Call Option). יתרה מזאת, בעניין גן היה מדובר, למעשה, במכר מראש, וזאת, בין השאר, לאור העובדה שכל התמורה שולמה מראש⁽⁷²⁾.

ניתן אפוא לסכם ולומר, כי מבחינה מילולית, מהווה הנפקת אופציות באיגוד מקרקעין "פעולה

באיגוד" החייבת במס שבח ובמס רכישה.

4.3.2 החייב בתשלום מס השבח

סעיף 15 לחוק מס שבח קובע, כי בפעולה באיגוד, חובת תשלום המס היא על עושה הפעולה. לעניין זה, סעיף 1 לחוק מס שבח מגדיר את עושה הפעולה כדלקמן:

"עושה פעולה" - מי שמקנה זכות באיגוד בפעולה באיגוד.

פועל יוצא מהגדרה זו, **שהאיגוד** הוא עושה הפעולה, שכן הקצאת האופציות נעשית על-ידי הנהלת האיגוד.

קביעה זו עולה בקנה אחד עם פסק-הדין בעניין **מוריץ**⁽⁷³⁾. באותו מקרה, הוקצו לבעלי השליטה באיגוד (זוג הורים) עשר מניות הנהלה, וכן הוקצו לבתם, ללא תמורה, 1,000 מניות רגילות. לטענת הבת העוררת, היא זכאית לתשלום מופחת של שליש מס רכישה על-פי תקנה 20 לתקנות מס רכישה, שכן ההקצאה נעשתה מכוח הוריה (שהם קרוביה).

עמ' 17

ועדת-הערר קבעה, כי מאחר ש"עושה הפעולה" בהקצאה לבת היה האיגוד, אין זו מכירה מיחיד לקרובו, ועל-כן לא היתה העוררת זכאית להנחה ממס רכישה.

סימוכין נוספים לגישה לפיה, האיגוד הוא החייב במס בהקצאת מניות, בהיותו עושה הפעולה, ניתן למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ב-1962:

"בעת הקניית זכויות באיגוד, או בעת העברת זכויות כאלה, משלם האדם שהקנה, בין אם הוא האיגוד עצמו ובין שהוא בעל זכות בו - חלק יחסי ממס השבח שהאיגוד היה מתחייב בו אלו מכר בעת עשיית הפעולה את כל זכויותיו..."

דוגמה (א): לאיגוד 'א' יש מקרקעין שרכש אותם ב-1,000 לירות ושווים היום 5,000 ל"י. הון האיגוד מורכב מ-100 מניות רגילות, ואין באיגוד שום זכות אחרת. האיגוד הקצה לראובן 50 מניות רגילות. מאחר ו-50 מניות אלה מקנות זכות ל-50% מנכסי החברה בעת פירוקה, יהיה האיגוד חייב ב-50% ממס השבח שהוא היה מתחייב בו אילו מכר את מקרקעיו."⁽⁷⁴⁾ [ההדגשות שלי - א' ש']

לסיכום, האיגוד נחשב לעושה הפעולה בהקצאת אופציות, ועל-כן הוא החייב במס שבח.

לא למותר לציין, כי תשלום מס השבח על-ידי האיגוד יקטין, מניה וביה, את שווי הכלכלי של האחרון.

4.3.3 חובת ההצהרה לרשויות המס

כפי שבואר לעיל, הנפקת אופציות באיגוד מקרקעין היא פעולה באיגוד החייבת במס שבח. פועל יוצא מכך, שתחול הוראת סעיף 73(ב) לחוק מס שבח בדבר הגשת הצהרה רגילה⁽⁷⁵⁾ או שומה עצמית⁽⁷⁶⁾.

ברם, הואיל ובהנפקת האופציות האיגוד הוא עושה הפעולה, עליו להגיש הצהרה נוספת לפי

סעיף 75, נוסף להצהרה על-פי סעיף 73(ב) דלעיל.

הצהרת האיגוד תכלול את הפרטים דלקמן:

- [1] זכויותיו במקרקעין, התמורה בעד רכישתן ותאריך רכישתן;
- [2] הניכויים והתוספות שהוא תובע לעניין חישוב השבח ותאריך שבו הוצאו ההוצאות שניכויין נדרש;
- [3] תיאור סוגי הזכויות באיגוד.
- חובת ההצהרה לרשויות המס בשלב הנפקת האופציות חלה גם על הניצע, הרשאי לבחור בין הגשת הצהרה רגילה לבין שומה עצמית⁽⁷⁷⁾.

עמ' 18

בהצהרה רגילה יפרט הניצע את האופציות שרכש ואת התמורה ששילם בעדן, ועליו להגישה תוך שלושים ימים מיום הרכישה. ואילו שומה עצמית תכלול את פירוט הזכות שנרכשה, התמורה ששולמה בעדה ואת סכום מס הרכישה המגיע ודרך חישובו. יש להגיש את השומה העצמית תוך חמישים ימים מיום הרכישה.

4.3.4 חישוב השבח בגין הנפקת האופציות

4.3.4.1 כללי

שיטת חישוב המס בפעולה באיגוד מקרקעין מוסדרת בסעיפים 12 ו-14 לחוק מס שבח.

סעיף 14 הינו כללי, ואילו סעיף 12 חובק הוראה ספציפית הרלוונטית למצב מיוחד, בו קיימת זהות כלכלית מלאה בין בעל הזכות באיגוד לבין הזכות במקרקעין המיוחסת לו באיגוד. למעשה, הסעיפים האמורים מיועדים למסות את השבח התיאורטי הגלום במכירת מקרקעי האיגוד, אילו הם היו נמכרים. הדבר בולט במיוחד בסעיף 12 לחוק מס שבח המאפשר לעושה הפעולה לבקש, שיתייחסו לפעולה באיגוד מקרקעין כאל מכירת זכות במקרקעין לפי סעיף 6 לחוק מס שבח, ולא כאל פעולה באיגוד מקרקעין לפי סעיף 7 לחוק⁽⁷⁸⁾.

4.3.4.2 סעיף 14 לחוק מס שבח

סעיף 14 לחוק מס שבח קובע:

"(א) בכפוף להוראות הסעיפים 38 ו-43 עד 45, השבח בפעולה באיגוד מקרקעין הוא חלק יחסי - כאמור בסעיף קטן (ג) - מהשבח שהיה לאיגוד לפי חוק זה אילו מכר את כל זכויותיו ביום הפעולה.

(ב) בחישוב השבח כאמור בסעיף קטן (א) יובא בחשבון גם חלק יחסי - כאמור בסעיף קטן (ג) - מהזכויות במקרקעין של איגוד מקרקעין שלאותו איגוד זכויות בו.

(ג) החלק היחסי האמור בסעיפים קטנים (א) ו- (ב) הוא כיחס החלק בנכסי איגוד

המקרקעין שהזכות המוקנית מזכה את בעליה בנכסי אותו האיגוד בעת פירוקו, לכלל נכסי אותו האיגוד; ואם אין הזכות מזכה לחלק בנכסי האיגוד בעת פירוקו, יהיה החלק היחסי כיחס שבין אותה זכות לכלל הזכויות באיגוד מאותו סוג.

(ד) אין בסעיף זה כדי לגרוע מהוראות חוק זה בקשר לקביעת השווי והניכויים."

עולה מכך, שחישוב השבח בגין הנפקת האופציות בנוי משני שלבים:

עמ' 19

א. חישוב רעיוני של השבח כאילו האיגוד מוכר את כל הזכויות במקרקעין שבבעלותו⁽⁷⁹⁾

החישוב האמור יבוצע בהתאם לכללים הרגילים של חוק מס שבח, בכפוף להוראות המיוחדות המתייחסות לשווי המכירה⁽⁸⁰⁾, שווי הרכישה ויום הרכישה⁽⁸¹⁾.

ב. חישוב חלקו היחסי של עושה הפעולה בשבח הרעיוני של האיגוד

כפי שהסברתי, יש לראות באיגוד את עושה הפעולה, ועל-כן יש לחשב את חלקו היחסי בשבח הרעיוני של האיגוד.

סעיף 14(ג) לחוק מס שבח אשר מסדיר את חישוב החלק היחסי האמור קובע, כי "החלק היחסי... הוא כיחס החלק בנכסי איגוד המקרקעין שהזכות המוקנית מזכה את בעליה בנכסי אותו האיגוד בעת פירוקו, לכלל נכסי אותו איגוד; ואם אין הזכות מזכה לחלק בנכסי האיגוד בעת פירוקו, יהיה החלק היחסי כיחס שבין אותה זכות לכלל הזכויות באיגוד מאותו סוג".

שיטת חישוב זו אינה מתאימה כלל ועיקר לפעולה באיגוד שהיא הנפקת אופציות.

ודוק, פרשנות דווקנית, לפיה האופציות אינן מזכות את הניצע בנכסי האיגוד בעת פירוקו, תביא עימה את החלת הסיפא לסעיף. אלא מאי, הואיל ואין באיגוד זכויות נוספות מאותו סוג (אופציות), הרי שהאיגוד יתחייב במס כאילו מכר את כל מקרקעיו. לשון אחר, החלק היחסי של האיגוד בשבח הרעיוני ייקבע ל-100% הימנו.

ברי אפוא, כי שומה עלינו ליצור פיקציה מסוימת, לפיה האופציות המוקנות תיחשבנה, לצורך חישוב החלק היחסי לעניין סעיף 14(ג), כאילו מומשו. פועל יוצא מכך, שהחלק מהשבח עליו יוטל המס ייקבע בהתאם לחלקן היחסי של הזכויות שתקנינה המניות, מושא האופציות (להלן: "המניות העתידיות"), בנכסי האיגוד בעת פירוק.

אם המניות העתידיות תקנינה זכויות בנכסי האיגוד בעת פירוק, וגם זכויות אחרות באיגוד, ייחשבו לצורך החישוב הנדון רק הזכויות לנכסים בעת פירוק.

אם, לעומת זאת, המניות העתידיות לא תקנינה זכויות לנכסי האיגוד בעת פירוקו, אלא זכויות אחרות באיגוד⁽⁸²⁾, יהיה החישוב לפי חלקן היחסי בכלל הזכויות מאותו סוג באיגוד.

יושם אל לב, כי יש לחשב את חלקן היחסי של הזכויות שתקנינה המניות העתידיות מתוך הזכויות מאותו סוג שמקנות כלל המניות באיגוד לאחר ההקצאה, קרי: כולל המניות העתידיות.

4.3.4.3 קביעת יום הרכישה ושווי הרכישה

סעיף 14(א) לחוק מס שבח קובע, כי יש לפנות לסעיף 38 לחוק מס שבח לשם קביעת יום הרכישה. סעיף 38 לחוק מס שבח הדין ביום הרכישה בפעולה באיגוד, קובעו ליום רכישת המקרקעין על-ידי האיגוד או יום רכישת המניות באיגוד - **כמאוחר** שבין שני מועדים אלה⁽⁸³⁾.

ברי אפוא, כי הוראה זו מתייחסת למכירת מניות של איגוד מקרקעין, אך אין היא רלוונטית להקצאת מניות או להקצאת אופציות באיגוד כאמור.

אשר על כן, דעתי היא, כי יש לפנות ליום רכישת המקרקעין על-ידי האיגוד. יש לזכור, כי לקביעת יום הרכישה חשיבות רבה, שכן ממנו ייגזר הסכום האינפלציוני. יתרה מזאת, הקדמת יום הרכישה למועד שלפני ה-1 באפריל 1961 תגביל את אחוזי המס על השבח (הנומינלי) לשיעור שבין 12 עד 24 אחוזים בלבד⁽⁸⁴⁾. אם, לעומת זאת, אירע יום הרכישה לאחר ה-31 במרס 1961, השבח (הריאלי) יהיה כפוף לשיעורי המס הרגילים לפי פקודת מס הכנסה.

בניגוד ליום הרכישה, לא קבע המחוקק כל הסדר ספציפי ותואם לקביעת שווי הרכישה בפעולה באיגוד בכלל ובהקצאת אופציות בפרט. לטעמי, יש לפנות לשווייה של הזכות במקרקעין ביום רכישתה על-ידי האיגוד, כאשר השווי, כאמור, ייקבע לפי המנגנון הכללי הקבוע בסעיף 21 לחוק מס שבח⁽⁸⁵⁾.

ואכן, בעניין **טוכמינץ**⁽⁸⁶⁾ קבע השופט ויתקון, כי "יהיה זה מוזר מאוד, אם שווי הרכישה לא יהיה השווי ביום הרכישה אלא השווי של הנכס ביום אחר"⁽⁸⁷⁾.

4.3.4.4 קביעת שווי המכירה

ראינו אם כן, שחישוב השבח בהנפקת אופציות נעשה בדרך של הרמת מסך מדומה.

צפה לה אפוא השאלה, מהו שווי המכירה אשר יש לקחת בחשבון בחישוב השבח התיאורטי של האיגוד, קרי: השבח הרעיוני אשר בשלב הראשון דלעיל.

סעיף 17(א) לחוק מס שבח מגדיר את שווי המכירה, **כשווי** ביום המכירה של הזכות במקרקעין הנמכרת, כשהיא נקייה מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום. אי לכך, יש להידרש להגדרת המונח "שווי":

"שווי" של זכות פלונית' -הסכום שיש לצפות לו ממכירת אותה זכות על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון, ובלבד שבמכירות -

עמ' 21

(1) שנעשו בכתב ושהבן שוכנע המנהל כי התמורה בעד הזכות במקרקעין או בעד זכות באיגוד נקבעה בתום לב ובלי שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין במישרין ובין בעקיפין -התמורה כאמור;

(2) שלגביהן נקבע בחוק זה אחרת - השווי כפי שנקבע בחוק זה;⁽⁸⁸⁾

עינינו הרואות, שהשווי ייקבע לפי מבחן אובייקטיבי, קרי: בהתאם לשווי השוק של הזכות, וזאת, אף אם האחרון אינו זהה לתמורה עליה הצהירו הצדדים. ברם, כאשר חוזה המכירה נעשה בכתב והתמורה נקבעה בתום-לב ובלא השפעת יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, כאמור בפסקה (1) להגדרה דלעיל, ייקבע השווי על בסיס התמורה המוסכמת⁽⁸⁹⁾.

שאלת השווי בהקשר לפעולה באיגוד מקרקעין התעוררה בעמ"ש (ת"א) 79/75 פולינוסט אסטבלישמנט נ' מנהל מס שבח⁽⁹⁰⁾.

באותו מקרה מכרו העוררים מניות של איגוד מקרקעין תמורת 1.5 מליון ל"י, כאשר תמורה זו נקבעה בתום-לב וללא השפעה של יחסים מיוחדים. בבעלות האיגוד היו מקרקעין ששווי השוק שלהם, בעת מכירת המניות, היה 3 מליון ל"י. מנהל מס שבח קבע את שווי המכירה ל-3 מליון ל"י, היינו, לפי שווי המקרקעין, ולא לפי התמורה בה נמכרו המניות, כפי שנטען על-ידי העוררים⁽⁹¹⁾. להלן דברי השופט אשר, כפי שאומצו על-ידי בית-המשפט העליון:

"דבר ידוע הוא שהתמורה (המחיר) בעד מניות של חברה בע"מ היא פונקציה של מצבה הכלכלי והפיננסי. בקביעתה של תמורה זו מתחשבים בשני צידי המאזן - הן בצד האקטיב והן בצד הפסיב; היינו מתחשבים מצד אחד בשווי של הרכוש, ומהצד השני בהיקף החובות וההתחייבויות למיניהם. אך מה שטוב ונכון בקשר להערכת שווי של מניות אינו טוב לצורך קביעת 'שווי הרכישה' [צריך להיות 'שווי המכירה' - א' ש'] לפי החוק. ... בקביעת שווי המכירה אין להתחשב בחובות כל שהם ולראות את המקרקעין כנקיים מכל חוב."⁽⁹²⁾ [ההדגשה שלי - א' ש']

קיימא לן, שבמקום למסות את מוכר המניות לפי השווי היחסי של חלקו בחברה, הוא ממוסה על חלקו היחסי בשווי של נכסי המקרקעין בלבד, תוך התעלמות מהתחייבויות החברה.

לשון אחר, יש לקבוע את השווי בהתאם לשווי הריאלי של המקרקעין, ללא קשר לדרך בה מומנה רכישתם. דרך מיסוי זו עולה בקנה אחד עם האמור בסעיף 17(א) לחוק מס שבח, לפיו שווי המכירה הוא שווי הזכות במקרקעין "כשהיא נקיה מכל שעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתא או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום".

ענף 22

בהמשך הדברים התייחס בית-המשפט לשיטת חישוב המס בפעולה באיגוד ולמידת הנפקות שיש לייחס לתמורה המשתלמת בפועל:

"סיכומו של דבר - בהטילו את המס על פעולה באיגוד מקרקעין שתכנה מכירת זכות במקרקעין ראה המחוקק את עושה הפעולה כמי שמוכר מקרקעין ממש... זוהי פיקציה משפטית שלפיה יש לראות את עושה הפעולה כאילו הוא מוכר את המקרקעין השייכים לחברה (ולא לו), בסכום שהחברה היתה זוכה לו אילו היתה היא עצמה מוכרת את המקרקעין. סכום זה שונה במהותו מהסכום שעושה הפעולה זוכה לו למעשה, מפני שהראשון מחושב על פי מכירה פיקטיבית של מקרקעין, ואילו השני על פי מכירה ממשית של זכויות באיגוד; לכן, אפילו נקבע הסכום האחרון בכתב, אין לראות בו את השווי לצורך המכירה הפיקטיבית של מקרקעין."⁽⁹³⁾ [ההדגשה שלי - א' ש']

אמור מכאן: במכירת מניות של איגוד מקרקעין יבוצע חישוב המס לפי שווי הזכויות במקרקעין, ולא לפי הסכום הנקוב בחוזה מכירת המניות.

ואכן, בפרשת לוי⁽⁹⁴⁾ קבעה ועדת-הערר, כי יש להתעלם לחלוטין מהתמורה שנקבעה בעד המניות. אומנם, באותו מקרה, קיבלה ועדת-הערר את עמדתו של מנהל מס שבח, לפיה התמורה הושפעה מיחסים מיוחדים בין הצדדים, ועל-כן מלכתחילה אין לפנות לתמורה הנקובה בחוזה, אלא לשווי השוק, בהתאם להגדרת שווי. עם זאת, ועדת-הערר ראתה לנכון לציין נימוק נוסף המונע את קביעת השווי בהתאם לתמורה האמורה:

"כשקבעו המערערים בהסכם ביניהם 'תמורה' הרי לא תמורה בעד החלק היחסי של מקרקעי החברה קבעו, אלא תמורה בעד המניות; ואנו את התמורה של החלק היחסי של המקרקעין חייבים לחפש, ותמורה כזאת לא נקבעה כלל ואף לא בעל-פה. לפיכך צדקה ב"כ המשיב בטענתו כי יש להתעלם כליל מ'התמורה' בשל העברת המניות מפני שהיא אינה לענין."⁽⁹⁵⁾ [ההדגשות שלי - א' ש']

אומנם, פסקי-הדין האמורים התייחסו לפעולה באיגוד ביחס למניות. עם זאת, דומה, כי ההלכות העולות מהם יפות גם באשר להנפקת אופציות, שהרי גם במקרה זה תחולנה הוראות סעיף 41 לחוק מס שבח.

אמור מעתה: הנפקת אופציות של איגוד מקרקעין תמוסה לפי שווי המקרקעין של האיגוד, אין נפקא מינה מהו שוויין הכלכלי.

4.3.5 החבות במס רכישה

4.3.5.1 כללי

מבחינת הניצע, הנפקת אופציות באיגוד מקרקעין שקולה לרכישת אופציות של איגוד כאמור.

פשיטא, שפעולת ההנפקה תצמיח חבות במס רכישה. סעיף 9(ב)(1) לחוק מס שבח קובע:

עמ' 23

"בפעולה באיגוד מקרקעין יהא הרוכש חייב במס רכישה בסכום שהיתה חייבת בו מכירת זכות במקרקעין ששוויה הוא חלק יחסי כאמור בסעיף 14(ג) - משווי כלל הזכויות במקרקעין שבבעלות האיגוד;"

אמור מעתה: הניצע יתחייב במס רכישה לפי שווי הזכויות במקרקעין שבבעלות האיגוד, קרי: השווי שנקבע לעניין חישוב השבח התיאורטי של האיגוד, כאילו האחרון מכר לו את החלק היחסי של הזכויות האמורות. חלק יחסי זה הינו זהה לחלק היחסי אשר חושב לעניין החבות במס שבח של מוכר המניות.

4.3.5.2 שיעור מס הרכישה

תקנות מס רכישה אינן מתייחסות לפעולה באיגוד מקרקעין, ועל-כן אין זה ברור, מהו שיעור מס הרכישה בפעולה באיגוד מקרקעין בכלל וברכישת מניות של איגוד, כאמור, בפרט.

יישום הפרכה טמון, לדעתי, בשיטת החישוב המיוחדת בה בחר המחוקק למסות פעולה באיגוד מקרקעין.

כזכור, שיטת המיסוי של פעולה באיגוד מקרקעין בנויה על הרמת מסך ההתאגדות של האיגוד ובחינת המכירה הרעיונית של מקרקעי האיגוד.

אשר על כן, שיעור מס הרכישה בפעולה באיגוד מקרקעין, ובכללה הנפקת אופציות, ייגזר מאופי מקרקעי האיגוד נשוא הפעולה⁽⁹⁶⁾. כך, למשל, רכישת אופציות של איגוד מקרקעין, שכל נכסיו הם קרקעות, תתחייב במס רכישה בשיעור של 5% משוויין היחסי⁽⁹⁷⁾, בהתאם לתקנה 2(3) לתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), תשל"ה-1974⁽⁹⁸⁾.

4.3.6 הבעייתיות שבהחלת סעיף 14 על הנפקת אופציות

הבעתי את דעתי, כי הוראות סעיף 14 לחוק מס שבח אינן מתאימות למיסוי שלב הנפקת האופציות.

החלתן של הוראות אלה מחייבת אימוצה של פיקציה, לפיה האופציות תיחשבנה, לצורך חישוב חבות המס, כאילו מומשו למניות. בנוסף, לאור שיטת המיסוי המיוחדת של פעולה באיגוד, ימוסה האיגוד כאילו מכר את חלקו היחסי במקרקעיו, בהתעלם משוויין הכלכלי של האופציות.

נקל אפוא להבין, שדרך חישוב זו עשויה להביא לתוצאות מעוותות בעליל.

טול כאן, למשל, את המקרה הבא:

הון המניות של איגוד מקרקעין כולל 100 מניות רגילות המקנות זכויות הצבעה, זכויות לדיבידנדים וזכויות לנכסי האיגוד בפירוק.

עמ' 24

כל המניות מוחזקות בידי אייל. בבעלות האיגוד בניין בשווי (שוק) של 1,000,000 ש"ח, אך מנגד יש לאיגוד התחייבויות בגובה 850,000 ש"ח. לאיגוד אין כל פעילות או מוניטין. הוחלט להנפיק 100 אופציות ליובל, שכל אחת מהן ניתנת למימוש למניה רגילה (זהה לאלה הקיימות) בתמורה ל-100 ש"ח. יובל שילם 80,000 ש"ח עבור האופציות.

להלן חישוב השבח עקב ההנפקה. הנחת הדיון היא, כי השבח הרעיוני של האיגוד⁽⁹⁹⁾ הוא 100,000 ש"ח.

החלק היחסי של השבח הוא בשיעור

$$50\% = (100)^{(100)} + (100)^{(101)} : 100^{(102)}$$

פועל יוצא מכך, שהאיגוד יתחייב במס שבח בסך
 $50,000 \text{ ש"ח} = 50\% \times 100,000$

ואילו יובל יתחייב במס רכישה בסך

$$17,500 \text{ ש"ח} = 3.5\% \times (50\% \times 1,000,000)$$

זוהי תוצאה דרקונית, שכן ממה נפשך: שוויין הכלכלי של האופציות הינו 5,000 ש"ח בלבד⁽¹⁰³⁾.

זאת ועוד: מימוש האופציות למניות מהווה פעולה באיגוד החייבת במס שבח ובמס רכישה⁽¹⁰⁴⁾.

נקל אפוא להבין, כי בכפל מס שבח ומס רכישה עסקין, שכן הנפקת האופציות חויבה אף היא במס, כאמור⁽¹⁰⁵⁾.

עם זאת, יש לשים אל לב לאמור בסעיף 55 לחוק מס שבח:

"מכירת זכות במקרקעין או עשיית פעולה באיגוד תהיה פטורה ממס אם בעד מכירת אותה זכות לאותו קונה או בעד עשיית אותה פעולה שולם בעבר מס, והמוכר או עושה הפעולה, לא הפך להיות שוב בעל הזכות במקרקעין או הזכות באיגוד בה נעשתה הפעולה לאחר המכירה או הפעולה הראשונה." [ההדגשות שלי - א' ש']

ניתן אפוא לראות, שהחלת סעיף 55 לחוק מס שבח במקרה דנן מתבססת על הגישה, לפיה הנפקת האופציות ומימושן, נחשבות ל"עשיית אותה פעולה", כאמור באותו סעיף.

אלא מאי, ניתוח משפטי דווקא של הסעיף יביאנו למסקנה, כי מדובר בשתי פעולות שונות, שכן בכל אחת מהן הוענקה זכות (באיגוד) שונה. ודוק, בהנפקת האופציות הוענקה "זכות לדרוש מהאיגוד או מבעל זכות באיגוד את אחת הזכויות האמורות בפסקה (1) או (2)", קרי: החלופה השלישית להגדרת "זכות באיגוד" שבסעיף 1 לחוק מס שבח.

ענ' 25

במימוש האופציות, לעומת זאת, הוענקה הזכות המנויה בחלופה הראשונה להגדרה האמורה.

מכל מקום, על מנת למנוע כפל מס, שאינו מוכר עוד במערכת המס⁽¹⁰⁶⁾, מן הראוי לאמץ פרשנות מרחיבה, לפיה באותה פעולה עסקין.

לא כך פני הדברים באשר לניצע. ודוק, סעיף 9(ה) לחוק מס שבח קובע, כי "דין מס הרכישה לכל דבר ועניין, למעט פטורים שלפי פרק חמישי 1 ופרק ששי - כדין המס". נקל להבין, כי עובדת מיקומו של סעיף 55 בפרק הששי לחוק מס שבח היא הנותנת, שתחולתו מוגבלת למס שבח.

עם זאת, יש להידרש לתקנה 27(א) לתקנות מס רכישה:

"מכירת זכות במקרקעין הפטורה ממס על פי סעיפים 54, 55, 57, 64, 65, 66, 67, 68 או 69 לחוק, פטורה ממס רכישה."

מהוראה זו עולה אפוא, שמקום בו מכירת זכות במקרקעין פטורה ממס שבח לפי סעיף 55, תהא מכירה זו פטורה אף ממס רכישה.

דא עקא, שתקנה 27(א) מדברת על "מכירת זכות במקרקעין", אך אין בה התייחסות ל"פעולה באיגוד", ולכן אין לפטור המנוי בה כל נפקות לענייננו, שכן מימוש האופציות למניות נחשב ל"פעולה באיגוד" ולא למכירת זכות במקרקעין.

הניצע ימצא אפוא משלם מס רכישה כפול בגין השבח שנבע לאיגוד מיום רכישת מקרקעיו ועד ליום הנפקת האופציות.

4.4 הדין הרצוי

4.4.1 שלב הנפקת האופציות

הבעתי את דעתי, כי מיסוי הנפקת האופציות מעורר מספר בעיות מהותיות המגיעות כדי תשלום כפל מס.

מובן אפוא, שמצב חוקי זה מחייב תכנון מס מוקדם, עובר להנפקת האופציות, כגון הפיכת איגוד המקרקעין לאיגוד רגיל, שהרי במקרה זה, לא תחויב ההנפקה במס בכלל, ובמס שבח ומס רכישה בפרט.

אי לכך, הייתי מעדיף הסדר אחר, המביא לפתרון נוח לבעיות שהועלו לעיל מחד, והמושתת על עקרונות המיסוי המנויים בהוראות המיוחדות לפעולה באיגוד מאידך.

נקודת המוצא היא, שהנפקת האופציות אכן מהווה פעולה באיגוד החייבת בדיווח לרשויות המס. עם זאת, תוצאות המס תיקבענה רק במועד פקיעת האופציות או במועד מימושן, כאשר קיים הבדל מהותי בין שני המקרים.

עמ' 26

לשם כך, תוצאנה שומות לעושה הפעולה (האיגוד) ולרוכש (הניצע) רק במועד פקיעת האופציות או במועד מימושן - לפי העניין.

ער אני לכך, כי הסדר הדחייה האמור אינו מעוגן בחוק מס שבח. ודוק, תנאי סעיף 52 לחוק מס שבח אינם מתאימים לאופציות נשוא הדיון⁽¹⁰⁷⁾, מה גם שלא ניתן להחיל את הסעיף האמור לגבי החבות במס רכישה⁽¹⁰⁸⁾.

ההוראה המנויה בסעיף 91א לחוק מס שבח⁽¹⁰⁹⁾ חלה גם על מס רכישה⁽¹¹⁰⁾, אך דא עקא שאין היא מהווה בסיס סטטוטורי הולם להסדר האמור, שכן היא מדברת בדחיית המועד לתשלום המס⁽¹¹¹⁾, אך לא בדחיית אירוע המס. כפי שיובהר להלן, ההסדר המוצע מדבר בדחיית תשלום המס רק לגבי מצב דברים בו האופציות פוקעות. אם, לעומת זאת, האופציות ממומשות, מתבסס ההסדר על דחיית אירוע המס, דחייה אשר אינה כלולה בד' אמותיו של סעיף 91א לעיל.

עם זאת, סבורני, כי ההסדר האמור מהווה פתרון פרקטי, המשתלב עם הדין הכללי מחד, והמאפשר לרשויות המס לעקוב אחר העיסקה בכללותה - החל מהנפקת האופציות ועד לפקיעתן או למימושן - מאידך.

למותר לציין, כי פתרונות אחרים מחייבים חקיקה מפורשת, ובהחלט יש להעדיףם כדין רצוי.

4.4.2 שלב מימוש האופציות

מניה באיגוד מקרקעין נחשבת לזכות באיגוד, ומכאן, שהנפקת המניות חלף האופציות מהווה "פעולה באיגוד" החייבת בתשלום מס שבח ובמס רכישה⁽¹¹²⁾.

כאמור, הצעתי לדחות את תוצאות המס של הנפקת האופציות למועד מימושן.

במועד זה, אני מציע למסות רק את הנפקת המניות.

בדומה להנפקת האופציות, הרי שגם במקרה זה האיגוד הוא עושה הפעולה החייב בתשלום מס השבח, כאשר דרך חישוב החבות במס שבח ובמס רכישה היא בהתאם לכללי סעיף 14 לחוק מס שבח, אשר נדונו לעיל.

נאמן לכללים האמורים ולהלכות שנפסקו בסוגייה⁽¹¹³⁾, מציע אני לקבוע את השווי בהתאם לשווי השוק של מקרקעי האיגוד **ביום מימוש האופציות**, שהרי "יום הפעולה" לצורך חישוב השבח הרעיוני הוא היום "שבו נעשתה הפעולה באיגוד"⁽¹¹⁴⁾ - ביחס לזכויות העיקריות (המניות).

ענ' 27

ניתן אפוא לראות, שאין חשיבות לסכומים שנתקבלו על-חשבון האופציות ולתוספת המימוש.

היתרון בבסיס השיטה המוצעת הוא, במיסוי מלוא עליית ערכם של מקרקעי האיגוד ממועד רכישתם עד למועד מימושן של האופציות, מימוש המשלים את החוזה העיקרי.

ניתן לתכנן מראש את הנפקת האופציות, כך שהיא תביא למינימום חבות במס.

טול כאן, למשל, איגוד מקרקעין שהון המניות שלו כולל 100 מניות מסוג א המקנות זכויות לנכסי האיגוד בעת פירוק ו-100 מניות מסוג ב המקנות זכויות הצבעה וזכויות לדיבידנדים. הוחלט להנפיק לפלוני 100 אופציות למניות מסוג ב. קיימת ודאות מוחלטת, שפלוני אכן יממש את האופציות.

כמוצע לעיל, חבות המס תיווצר רק במועד הנפקת המניות. הנפקה כאמור עתידה להתחייב במס שבח בגין 50%⁽¹¹⁵⁾ מהשבח התיאורטי של האיגוד. אם, לעומת זאת, תוקצה לפלוני (נוסף על האופציות למניות מסוג ב) אופציה אחת למניה מסוג א⁽¹¹⁶⁾, תתחייב הנפקת המניות במס שבח בגין 1%⁽¹¹⁷⁾ בלבד מהשבח התיאורטי של האיגוד.

ודוק, אם המניות (שהונפקו לפלוני חלק האופציות) מקנות זכויות בנכסי האיגוד בעת פירוק, וגם זכויות אחרות באיגוד, הרי שלצורך החישוב הנדון ייחשבו רק הזכויות לנכסים בעת פירוק. פשיטא, שיש לחשב את החלק היחסי בשבח לפי הזכויות שמקנה מניה מסוג א בלבד⁽¹¹⁸⁾.

תוצאה זו עשויה להיות למגינת ליבו של מנהל מס שבח, אך ספק אם יוכל האחרון לתקפה בעילה של עיסקה מלאכותית.

4.4.3 שלב פקיעת האופציות

במידה והאופציות פקעו, תמוסה הנפקת האופציות בהתאם לשוויין **ביום הנפקתן**.

הואיל ושווי הרכישה של האופציות (בידי האיגוד) הוא אפס⁽¹¹⁹⁾, מלוא השווי האמור יתחייב

במס, כאשר לחבות המס ייוספו הפרשי הצמדה וריבית עד ליום תשלום המס.

שווי האופציות ייקבע בהתאם להערכה כלכלית, שתיגזר, בין היתר, מהתמורה הנקובה בהסכם הנפקת האופציות (הסכומים ששולמו) (אם שולמו) עבור האופציות בצירוף תוספת המימוש שעתידיה היתה להשתלם במקרה של מימוש). זאת, תחת ההנחה שהתמורה האמורה נקבעה "בתום לב ובלי שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים" בין האיגוד לניצע.

ענ' 28

אחרת, ייקבע שווי האופציות לפי שיטות כלכליות מקובלות, בהתעלם מהתמורה הנקובה בהסכם האופציות.

וידגש: קביעת שוויה של האופציה ייעשה במנותק משווי השוק של מקרקעי האיגוד.

דומה, כי בנקודה זו עולה ההסדר בקנה אחד עם הוראת הביצוע:

"כאשר נערך הסכם בו מוענקת זכות לרכוש זכות במקרקעין בעתיד..., יש לראות את יום עשיית ההסכם כיום המכירה ואת השווי של המכירה בהתאם, בין על פי התמורה שנקבעה בהסכם בעד האופציה ובין על פי שווי האופציה ממוקר מצון לקונה מצון (ללא קשר לזכות המקרקעין המלאה לגביה ניתנה האופציה)."⁽¹²⁰⁾ [ההדגשה שלי - א' ש']

לגבי הניצע, פקיעת האופציות אוצרת בחובה משמעות כפולה, שכן מחד, הוא יתחייב במס רכישה בגין שווי האופציות, כמוסבר לעיל, ביום הנפקתן. לחבות זו, בדומה לחבות האיגוד במס שבח, ייוספו הפרשי הצמדה וריבית עד לתשלום. מאידך, פקיעת האופציות תיחשב לפעולה באיגוד.

אומנם, מחוקק מס שבח לא השכיל להכניס להגדרת "פעולה באיגוד" הוראה המכלילה בגדר מכר "כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס [ולענייננו - יצאה זכות באיגוד] מרשותו של אדם" - דבר שנעשה לגבי הגדרת "מכירה" בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה. עם זאת, פקיעת האופציות מהווה ויתור מצד הניצע (על הזכות לדרוש מהאיגוד מניות באיגוד חלף האופציות), ועל-כן יש להחשיבה כפעולה באיגוד.

חיויתי את דעתי, כי פקיעת אופציות של חברה, שהיא אינה איגוד מקרקעין, מהווה מכירה היוצרת לניצע הפסד הון⁽¹²¹⁾.

המונח המקביל בחוק מס שבח ל"הפסד הון" הוא "הפסד במכירת זכות במקרקעין", המוגדר בסעיף 47 כ"סכום שבו עולה יתרת שווי הרכישה על שווי המכירה". אלא מאי, הואיל ובפקיעת אופציות עסקין, הרי שאין זו מכירה של זכות במקרקעין, כי אם של זכות באיגוד, מכירה המהווה פעולה באיגוד.

לכאורה, שומה על הניצע ליישם את הוראות סעיף 14 לחוק מס שבח ולבחון, האם בשלב חישוב השבח התיאורטי של האיגוד נוצר הפסד.

אני מעדיף פרשנות אחרת, לפיה נוצר לניצע הפסד כלכלי בגובה הסכומים ששילם (אם שילם) בעת הנפקת האופציות, ואין נפקא מינה אם חל שינוי בשווי השוק של מקרקעי האיגוד מיום הנפקת האופציות ועד ליום פקיעתן⁽¹²²⁾.

4.4.4 שלב מכירת המניות

4.4.4.1 כללי

ביסודו של דבר, מכירת מניות של איגוד מקרקעין מהווה פעולה באיגוד, בין אם היא נעשית בתמורה, בין אם בדרך של העברה ללא תמורה ובין אם בדרך של ויתור או הסבה.

ברם, אם הניצע, קרי: המוכר דהיום (להלן: "**המוכר**"), הוא סוחר בניירות-ערך או נישום שפעולה כגון דא תיחשב אצלו לפעולה מסחרית - תתחייב מכירת המניות במס הכנסה על-פי סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה. במקרה זה יזכה המוכר לפטור ממס שבח בהתאם לסעיף 50(א) לחוק מס שבח הקובע, כי פעולה באיגוד שהרווח הימנה נתון לשומה על-פי הפרק הראשון לחלק ב לפקודת מס הכנסה - תהא פטורה ממס.

רוכש המניות, לעומת זאת, יתחייב במס רכישה בכל מקרה.

4.4.4.2 מיהו החייב בתשלום המס

כזכור, סעיף 15 לחוק מס שבח קובע, כי בפעולה באיגוד, חובת תשלום המס היא על עושה הפעולה. ואילו עושה פעולה מוגדר בסעיף 1 לחוק מס שבח כ"מי שמקנה זכות באיגוד בפעולה באיגוד".

מהגדרה זו עולה אפוא, שבמכירת המניות יש לראות את המוכר כעושה הפעולה, ומכאן, שחובת תשלום מס השבח היא עליו.

4.4.4.3 חישוב השבח

מכירת המניות תמוסה בהתאם לכללים הרגילים של סעיף 14 לחוק מס שבח, עליהם עמדתי לעיל. דהיינו, יחושב חלקו היחסי של המוכר בשבח התיאורטי של האיגוד, כאשר חלק יחסי זה ייקבע לפי חלקן היחסי של הזכויות שמקנות המניות הנמכרות בנכסי האיגוד בעת פירוק. אם, לעומת זאת, המניות הנמכרות אינן מקנות זכויות לנכסי האיגוד בעת פירוק, אלא זכויות אחרות באיגוד, החישוב יהיה לפי חלקן היחסי בכלל הזכויות מאותו סוג באיגוד⁽¹²³⁾.

כפי שכבר הסברתי, סעיף 38 לחוק מס שבח הדן ביום הרכישה בפעולה באיגוד, קובעו ליום רכישת המקרקעין על-ידי האיגוד או יום רכישת המניות באיגוד - **כמאוחר** שבין שני מועדים אלה. פשיטא, שבמקרה דנן ייקבע יום הרכישה ליום מימוש האופציות למניות על-ידי המוכר.

דא עקא, שבניגוד ליום הרכישה, לא קבע המחוקק כל הסדר ספציפי ותואם לקביעת שווי הרכישה בפעולה באיגוד.

עמ' 30

עולה מכך, ששומה עלינו לפנות למנגנון הכללי הקבוע בסעיף 21 לחוק מס שבח:

"(א) **בכפוף להוראות הסעיפים 22 עד 36, שווי הרכישה של זכות במקרקעין לענין חישוב השבח והמס הוא שוויה ביום הרכישה על ידי המוכר.**

(ב) **על אף האמור בסעיף קטן (א) - נקבע שוויה של זכות במקרקעין בקשר עם**

הרכישה לענין מס שבח, יהיה שווי הרכישה לענין חישוב השבח - השווי שנקבע כאמור."

פועל יוצא מכך, שתיתכנה שתי פרשנויות שונות: פרשנות אחת, שאיני נמנה עם חסידיה, תקבע את שווי הרכישה בהתאם לשוויים של מקרקעי האיגוד ביום רכישתם על-ידי האיגוד⁽¹²⁴⁾. אלא מאי, פרשנות זו תביא לשוני בין יום הרכישה לבין שווי הרכישה.

ודוק, במקרה דנן המניות נרכשו לאחר שהאיגוד רכש את המקרקעין. מכאן, ששווי הרכישה ייקבע לשווי הזכות במקרקעין ביום רכישתה, ואילו לפי סעיף 38 לחוק מס שבח - יום הרכישה ייקבע ליום מימוש האופציות, שהוא מאוחר יותר. אשר על כן, יש לאמץ פרשנות אחרת, לפיה יש לקבוע כשווי הרכישה את שווי הזכות במקרקעין ביום הרכישה - כפי שנקבע בסעיף 38 לחוק מס שבח, קרי: יום המימוש של האופציות. המשך לוגי לכך הוא, ששווי הרכישה ייקבע לפי השווי שנקבע ביום זה, כאמור בהסדר המוצע, לצורך החבות במס רכישה, כמצוות סעיף 21(ב) לחוק מס שבח.

בחישוב השבח בגין מכירת המניות יש לשים אל לב לסעיפים 43 ו-44 לחוק מס שבח המסדירים את הניכויים בפעולה באיגוד מקרקעין. סעיף 43 לחוק מס שבח קובע, כי "בחישוב השבח על פעולה באיגוד מקרקעין, יותרו כניכוי רק ההוצאות המותרות לפי חוק זה ושהוצאו על ידי האיגוד לאחר יום רכישת הזכות באיגוד נשוא הפעולה על ידי עושה הפעולה בה מוטל המס".

אמור מעתה, בחישוב השבח, כאמור, תותרנה בניכוי ההוצאות שהוצאו על-ידי האיגוד קא עסקין לאחר יום המימוש של האופציות, ובתנאי שהוצאות אלה מותרות בניכוי על-פי סעיף 39 לחוק מס שבח.

בנוסף להוראה המנויה בסעיף 43 דלעיל, נקבע בסעיף 44 לחוק מס שבח כדלהלן:

"בחישוב השבח על פעולה באיגוד מקרקעין יותרו כניכוי, בנוסף להוצאות המותרות על פי סעיף 43, גם הוצאות שניתנות לניכוי לפי סעיף 39 שהוציא עושה הפעולה בקשר לרכישת הזכות באיגוד נשוא הפעולה ומכירתה, וכן יותרו כניכוי ההוצאות שהוציא עושה הפעולה בקשר לרכישת הזכות באיגוד ותוספת המס ששילם עושה הפעולה על פי סעיף 9(ב), הכל כאילו האיגוד הוציא את ההוצאות." [ההדגשות שלי - א' ש']

ענ' 31

כלומר, בנוסף על הניכויים בגין הוצאות האיגוד, תוכרנה גם הוצאותיו של עושה הפעולה (קרי: המוכר) בקשר לרכישת המניות ומכירתן⁽¹²⁵⁾ וכן מס הרכישה בגין רכישת המניות.

4.4.4.4 הפסד ממכירת מניות של איגוד מקרקעין

כזכור, במכירת מניות של איגוד מקרקעין יש לייחס למוכר את חלקו היחסי בשבח התיאורטי שהיה נוצר לאיגוד, אילו האחרון היה מוכר את כל הזכויות במקרקעין שבבעלותו.

"הפסד ממכירת זכות במקרקעין" מוגדר בסעיף 47 לחוק מס שבח כסכום שבו עולה יתרת שווי הרכישה על שווי המכירה. פשיטא, שמדובר בשבח שלילי המהווה, בדומה להפסד הון, הפסד נומינלי המותר בקיזוז בכפוף לכללי סעיף 92 לפקודת מס הכנסה. אי לכך, במידה וינבע הפסד נומינלי באותה מכירה תיאורטית, ייוחס הפסד זה למוכר המניות - כמוסדר בסעיף 14(ג) לחוק מס שבח.

בדומה לפקודת מס הכנסה, חוק מס שבח אינו כולל הוראות לגבי הפסד ריאלי ממכירת זכות במקרקעין. אם מדובר במכירה בידי נישום פרק ב, ניתן לחשב הפסד ריאלי על-פי כללי סעיף 9(ג) לחוק התיאומים. אומנם, סעיף זה אינו חל לגבי מכירת מניות, שכן הן אינן נכס בר-פחת כנדרש באותו סעיף. עם זאת, פני הדברים עשויים להיות שונים אם במניות של איגוד מקרקעין עסקיין.

ודוק, הזכאות לחישוב הפסד ריאלי מותנית בכך שהנכס הנמכר על-ידי האיגוד הוא בר-פחת, ולא המניות גופא. פועל יוצא מכך, שרק אם נכסי האיגוד (שמניותיו נמכרות) הינם מקרקעין, ניתן יהיה לחשב בגין מכירתם הרעיונית הפסד ריאלי⁽¹²⁶⁾.

סימוכין לגישה זו ניתן למצוא בפרשת **ליפשיץ**⁽¹²⁷⁾. באותו מקרה, ביקשה העוררת להחיל את הוראות סעיף 12 לחוק מס שבח על מכירת מניות של איגוד מקרקעין, שכל נכסיו הם בניין. בנוסף, טענה העוררת, כי היא זכאית לחשב הפסד ריאלי במכירת המניות.

מנהל מס שבח, לעומת זאת, טען, שאין להחיל את סעיף 9(ג) לחוק התיאומים על עיסקה זו, שכן אין מדובר בנכס בר-פחת.

ענ' 32

השופט שלגי קבע, כי יש לראות בעיסקה, מבחינת תוכנה, כאילו היא מכירת זכות במקרקעין, ועל-כן יש להחיל את הוראות סעיף 12 לחוק מס שבח. סעיף זה קובע, כי האמור בו הוא "לענין חישוב השבח והמס", ועל-כן יש לראות בעיסקה, אליבא דהשופט שלגי, מכירת "בניין" במובן סעיף 9(ג) לחוק התיאומים. פועל יוצא מכך, שבמכירת המניות ניתן לחשב הפסד ריאלי.

השופט שלגי הוסיף וקבע, כי על-מנת ללמוד מהו נכס בר-פחת, יש לפנות לסעיף 21 לפקודת מס הכנסה המתיר ניכוי בעד פחת של בניין. לדעתו של השופט, יש לכלול במסגרת המונח "בניין" גם העברת זכויות בבניין מכוח מניות.

כפי שכבר ראינו, סעיף 9(ג) לחוק התיאומים מאפשר לחשב הפסד ריאלי רק למי שהוא נישום פרק ב.

עולה השאלה: האם שומה על האיגוד להיות נישום פרק ב, או שמא יש לבחון, האם מוכר המניות הוא נישום כאמור?

לדעתי, יש לבחון האם מוכר המניות הוא נישום פרק ב, ואין כל נפקא מינה אם האיגוד הינו נישום כאמור אם לאו, שכן ממה נפשך: חישוב ההפסד הריאלי מתייחס אמנם למכירת הזכויות במקרקעין שבבעלות האיגוד, אך מדובר בחישוב תיאורטי גרידא. כלומר, בפועל מיוחס ההפסד למוכר המניות ועל-כן, על-מנת שהוראת סעיף 9(ג) תחול לגביו, שומה עליו להיות נישום פרק ב.

4.5 סיכום

המורם מן האמור לעיל הוא, שמיסויין של אופציות של איגוד מקרקעין הינו סבוך עד מאוד, והסתום בסוגייה זו מרובה על המפורש.

ער אני לכך, שההסדר אותו הצעתי כדין רצוי אינו מעוגן במפורש בהוראות השונות, הוראות אשר

אינן מתאימות לסוגיות המתעוררות ביחס לאופציות.

יחד עם זאת, סבורני כי יש מקום לאמצו בהיותו פתרון פרקטי המביא לתוצאות כלכליות נכונות.

מכל מקום, מן הראוי שהמחוקק ייתן דעתו לפרכות האמורות ויעשה לחקיקתן של הוראות מתאימות.

במצב הקיים רב חוסר הבהירות, דבר המקשה על תכנון החבות במס באותם מקרים בהם רוצות חברות הנחשבות לאיגודי מקרקעין להיזקק להנפקת אופציות כאמצעי למימון פעילותן.

עמ' 33

הערות שוליים

- (1) דמ"י 764 (להלן: "פקודת החברות").
- (2) הדיון יתייחס להנפקת אופציות לצד ג, קרי: למי שלא החזיק, עובר להנפקה, במניות החברה.
- (3) ס"ח 172 (להלן: "חוק התיאומים").
- (4) ס"ח 156 (להלן: "חוק מס שבח").
- (5) ס"ח 52 (להלן: "חוק מע"מ").
- (6) ס"ח 64 (להלן: "חוק מס בולים").
- (7) לדיון בהגדרת איגוד מקרקעין, ראה להלן פסקה 4.2.
- (8) ראה כללי: ז' צלטנר, **דיני החוזים של מדינת ישראל** (תשל"ד) 62; י' מלכו וא' פרסקי, "כתבי אופציה" **הפרקליט** לב (תשל"ט-תש"מ) 167; ס' דויטש, "הצעה בלתי חוזרת ואופציה: האמנם סמנטיקה בלבד?" **עיוני משפט** יב 275.
- (9) ע"א 133/89 **החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב-הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח**, פד"א כב 20, 26.
- (10) ראה בהקשר זה ע"א 85/81 **צמיד, חברה למכונות בע"מ נ' מנהל אגף המכס והבלו**, פ"ד לז (2) 487; ע"פ 231/76 **פרידמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא (1) 309; ע"א 5799/90 **זהבי נ' מנהל מס שבח**, פד"א כא 91; עמ"ש (ת"א) 1625/95 **בר תיאודור נ' מנהל מס שבח, מיסים** 1/א-ה-266.
- (11) לשכת רואי חשבון בישראל פרסומים מקצועיים (תשנ"ז, כרך א) 293, 295 (להלן: "גילוי-הדעת").
- (12) למעשה, תיתכן הנפקת אופציות ללא תמורה כלל.
- (13) סעיף 1(2) לתוספת ג.

(14) סעיף 1(1) לתוספת ג קובע, כי "סכומים שנתקבלו על חשבון הקצאת מניות שכנגדם הונפקו מניות עד להגשת הדו"ח לשנת המס לפי סעיף 131 לפקודה, או עד למועד מאוחר יותר כפי שהתיר פקיד השומה, בניכוי ההוצאות שהוצאו בהנפקת המניות, או סכומים שנתקבלו על חשבון השתתפות החברים בהון של אגודה שיתופית; לענין זה יראו כסכום המתקבל בעד הנפקת מניות כנגד איגרות חוב או שטרי הון הניתנים להמרה שאינם בגדר הון, את סכום העלות שלהם בתוספת הריבית שנצברה עליהם עד תום שנת המס הקודמת ולא שולמה, ובלבד שנרשמה כהוצאה בספרי החברה". כלומר, בהקצאת מניות, יש לחשב שינוי חיובי בגין הסכומים שנתקבלו על חשבון המניות, ובתנאי שהונפקו מניות כנגדם עד למועד הגשת הדו"ח השנתי או למועד מאוחר יותר שפקיד-השומה יתיר. הסכום שיובא בחשבון הינו ערכן הנקוב של המניות בצרוף הפרמיה על ההנפקה, ובניכוי הוצאות הנפקת המניות.

(15) המונח "סכום שנתקבל" מוגדר בסיפא לסעיף 1 לתוספת ג כדלקמן:
"סכום שנתקבל" - חלק התמורה שנתקבל בשנת המס וכן חלק מהתמורה שלא נתקבל בשנת המס אך הוצמד במלואו למלוא שיעור עליית המדד או למלוא השינוי בשער החליפין, ובלבד שההכנסה מההצמדה האמורה מדווחת, לצרכי מס, על בסיס צבירה".
 כלומר, הבסיס לחישוב סכום שנתקבל הינו בסיס מזומן, אם כי יראו כסכום שנתקבל גם את חלק התמורה שלא נתקבל בשנת המס במזומן, אך הוצמד **במלואו למלוא** שיעור עליית המדד או לשער החליפין, וההצמדה כולה דווחה כהכנסה באותה שנה.

ענ' 34

- (16) סעיף 1א(א)(8) לתוספת א.
- (17) סעיף 5 לגילוי-הדעת.
- (18) סעיף 1(1) לתוספת ג.
- (19) סעיף 5 לגילוי-הדעת.
- (20) הסיפא לסעיף 5 לגילוי-הדעת קובע, כי אם האופציות לא מומשו, דינם של התקבולים מהנפקתן יהיה כדין פרמיה על מניות.
- (21) ראה: א' ויתקון "פסקי דין של מס הכנסה ועקרונות חשבונאות" **רואה החשבון** טו (1965) 5; ה' ש' לובנברג, "עקרונות חשבונאיים ודיני מס הכנסה בהלכה הפסוקה" **רואה החשבון** יח (1968) 125.
- (22) פד"א כ 403, 407 (להלן: פרשת **קבוצת השומרים**).
- (23) פד"א יב 6, 9 (להלן: עניין **דפוס מרכז**). ראה גם את עמ"ה (ת"א) 539/81 **צוקרמן נ' פ"ש**, פד"א יב 167, 168.
- (24) עמ"ה (ת"א) 181/84 **ברנשטיין נ' פ"ש**, פד"א טו 179, 185.
- (25) עמ"ה (חי') 138/87 **טמבור בע"מ נ' פ"ש**, פד"א טז 163, 171.
- (26) סעיף 3(ב)(1) לפקודת מס הכנסה לא רלוואנטי לסוגיה קא עסקינן, שכן הוא מדבר במחילת חוב, כאשר האחרון "נובע מהוצאה שניכיה הותר **בבירור** הכנסתו החייבת". הואיל והסכומים

המתקבלים בעת הנפקת האופציות אינם מותרים בניכוי, אין לסעיף זה כל נפקות לעניינו.

(27) אציין, כי סעיף 3(ב)(3) (ב) לפקודת מס הכנסה מאפשר לנישום לראות בהכנסה האמורה - הכנסה מ"עסק" לענין סעיף 28(ב) לפקודת מס הכנסה, קרי: לצורך קיזוז הפסדים.

(28) ד' שגיב, "הנפקת אופציות כאירוע מס", "מיסים" ה/6 א-30, 32.

(29) למעשה, מדובר בשינוי סיווגם של התקבולים מ"אופציות שהנפיק" (כאמור בסעיף 1א(א)(8) לתוספת א') ל"קרנות הון" (כאמור בסעיף 1א(א)(2) לתוספת א').

(30) להלן פסקה 4.

(31) הרישא לסעיף זה מדבר ב"נכס כהגדרתו בסעיף 88 לפקודה". פועל יוצא מכך, שמקום בו המניות תיחשבנה למלאי אצל הניצע, אין לראות בהן נכס קבוע.

(32) "סכום ששולם" מוגדר בסיפא לסעיף 2 לתוספת ג כדלהלן:
"סכום ששולם" - חלק מהתמורה ששולם בשנת המס וכן חלק מהתמורה הנושא ריבית, ובנכס שהחל לשמש בייצור הכנסה - גם חלק עלות הנכס שטרם שולם ביום בו החל השימוש בנכס; ברכישת נכס קבוע שהוא קרקע שהתמורה בשל רכישתו היא בבניית בנין על אותה קרקע, יראו סכומים שהוציא הרוכש לבניית הבנין האמור והמהווה תמורה בעד הקרקע, כסכומים ששולמו."

(33) סעיף 2(2) לתוספת ג.

(34) ראוי להעיר, כי הנחת הדיון היא, שהאופציות נחשבות ל"נכס" אצל הניצע, קרי:מדובר בפעולה במישור ההוני.

(35) זאת, בהתאם לסעיף 2(2) לתוספת ג.

(36) או הפסד מעסק - לפי העניין.

עמ' 35

(37) המונח "תמורה" מוגדר בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה כ"[ה]מחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה מרצון...".

(38) ראה הגדרת "הפסד הון" בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה.

(39) סעיף 28(א) לפקודת מס הכנסה. יש לשים אל לב, כי מקום בו תאומץ הגישה, לפיה פקיעת האופציות גוררת עימה חבות במס של החברה המנפיקה לפי סעיף 3(ב)(3)(א) לפקודת מס הכנסה, אזי תיוותר קבוצת החברות כשחצי תאווה בידה, שכן היתרון המסויי הגלום בהפסד מפקיעת האופציות ינוטרל עקב ההכנסה החייבת אצל החברה המנפיקה. יחד עם זאת, כפי שכבר הסברתי, אחד התנאים ההכרחיים לתחולתו של סעיף 3(ב)(3)(א) הינו, שהחוב הנמחל נובע מסכומים שנתקבלו לצורך "ייצור הכנסתו מעסק או ממשלח יד". פשיטא, שהנפקת אופציות על-ידי חברת החזקות תימלט מההוראה האמורה.

(40) שהרי הן פקעו.

- (41) במקרה זה, תחול על הניצע חובת תשלום מקדמה כאמור בסעיף 91(ד) לפקודת מס הכנסה.
- (42) לדעה שונה, ראה י' ל' כהן, "יום רכישה של מניות שהונפקו על פי שטרי הון, אגרות חוב ואופציות הניתנות להמרה במניות" **"מיסים"** 5/ב-א-43, המעדיף את החלופה הראשונה.
- (43) ע"א 665/85 נגר כדורי את דוד חי חברה להשקעות ולבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח, פ"ד מב (3) 25, 27. ראה גם ע"א 489/89 שרון נ' מנהל מס שבח, פד"א כ 207, 209.
- (44) עמ"ה (ת"א) 343/67 קליין נ' פ"ש, פד"א א 263.
- (45) שם, בע' 264. ראה גם עמ"ה (ת"א) 344/70 צפדיה נ' פ"ש, פד"א ד 93.
- (46) ס"ח 234 (להלן: "חוק המיסוי").
- (47) ס"ח 22.
- (48) להלן נוסח הסעיף:
"מכר אדם כתב אופציה בחברה שניירות הערך שלה אינם רשומים למסחר בבורסה, או מכר את המניות שקיבל כתוצאה ממימוש כתב האופציה, יקבע שר האוצר בתקנות, באישור ועדת הכספים של הכנסת, את המחיר המקורי ואת יום הרכישה של ניירות הערך שמכוחם הוקצה כתב האופציה, של כתב האופציה ושל ניירות הערך שקיבל כתוצאה ממימוש כתב האופציה." [ההדגשות שלי - א' ש.].
- (49) כהגדרת מונח זה בסיפא לסעיף 1 לתוספת ג, ראה לעיל הערה 15.
- (50) סעיף 1(3) לתוספת ג.
- (51) המונח "זכות במקרקעין" מוגדר בסעיף 1 לחוק מס שבח כדלהלן:
"זכות במקרקעין" - בעלות, או חכירה לתקופה העולה על עשר שנים, בין שבדין ובין שביושר, לרבות הרשאה להשתמש במקרקעין, שניתן לראות בה מבחינת תכנה בעלות או חכירה לתקפה כאמור; ולענין הרשאה במקרקעי ישראל - אפילו אם ניתנה ההרשאה לתקופה הקצרה מעשר שנים; לענין זה -
'הרשאה' - למעט הרשאה מסוג שלא נהוג לחדש מעת לעת;
'מקרקעי ישראל' - כמשמעותם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל;
'חכירה לתקופה' - התקופה המרבית שאליה יכולה החכירה להגיע לפי כל זכות שיש לחוכר או לקרובו מכוח הסכם או מכוח זכות ברירה הנתונה לחוכר או לקרובו בהסכם."
ואילו המונח "מקרקעין" מוגדר בסעיף 1 לחוק מס שבח כ"קרקע בישראל לרבות בתים, בנינים ודברים אחרים החוברים לקרקע חיבור של קבע".
- (52) בהוראות המקצועיות של רשויות מס שבח מובאת הדוגמא דלקמן באשר לאיגוד שאינו איגוד מקרקעין:
"חברת 'אריחים בע"מ' היא איגוד שרכושו מגרש בשטח של שני דונם ועליו מבנה וציוד המשמשים כבית חרושת לאריחי קיר. חברת 'אריחים בע"מ' איננה איגוד מקרקעין וזאת מהנימוקים הבאים:
1. הציוד משמש לחברה לייצור הכנסתה.

2. השימוש בציוד איננו טפל לפעילות השוטפת של האיגוד, שכן האיגוד נוצר מלכתחילה כדי לייצר אריחים והוא אמנם מייצר אריחים מיום הקמתו. " (קובץ הפרשנות לחוק מס שבח מקרקעין (חבק מס שבח) 2).

(53) עמ"ש (ת"א) 53/79 רייכמן נ' מנהל מס שבח, תמציות 150.

(54) עמ"ש (חי') 26/66 אטנר נ' מנהל מס שבח, תמציות 151 (להלן: "הלכת אטנר").

(55) שם.

(56) י' הדרי, **מס שבח מקרקעין** (תשנ"ד, כרך ב) 267, מותח ביקורת על הלכת אטנר. לדעתו, החלטה זו סותרת את תכלית החקיקה, לפיה יש להתעלם ממזומנים ומניירות-ערך. אליבא דהדרי, יש לראות את החובות כשווי ערך למזומנים או לניירות-ערך ולפיכך, קיומם אינו צריך לשלול את מעמד האיגוד כאיגוד מקרקעין.

(57) עמ"ש (חי') 74/27 כרמליה חברה להשקעות בע"מ נ' מנהל מס שבח, פד"א ח 14. ראה גם עמ"ש (חי') 73/4 כרמליה חב' להשקעות בע"מ נ' מנהל מס שבח, פד"א ז 60.

(58) שם, בע' 16. קביעה זו אושרה על-ידי בית-המשפט העליון בע"א 721/75 מנהל מס שבח נ' כרמליה חברה להשקעות בע"מ, פד"א ח 333.

(59) ראה בהקשר זה א' אבו-רזק, "חברה קבלנית כאיגוד מקרקעין - האמנם" **"מיסים"** 2/ו א-24. אליבא דאבו-רזק, חברות קבלניות המחזיקות מזומנים, לקוחות, ציוד ומוניטין אשר משמשים אותן לצורך ייצור הכנסותיהן, ואינם טפלים למטרה העיקרית, אינן מהוות איגודי מקרקעין. כן ראה ע' חיימובסקי, "חברה קבלנית כאיגוד מקרקעין - האמנם?" **"מיסים"** ח/2 א-18; נ' הכהן, "חברה קבלנית כאיגוד מקרקעין - תגובה לתגובה" **"מיסים"** ח/3 א-73.

(60) כך, למשל, תכנון מס פופולרי הוא רכישת נדל"ן מניב בחוץ-לארץ. נדל"ן כגון דא אינו נחשב ל"זכות במקרקעין", ועל-כן, בנסיבות מסוימות יש ברכישתו כדי להפוך את איגוד המקרקעין לאיגוד שאינו כזה.

(61) ואכן, אחת מהמלצות הועדה להאחדת ההוראות בחוק מס שבח ובדיני מס הכנסה קבעה, כי רק החזקת נכסים, שאינם זכות במקרקעין, והמהווים לפחות 5% לפחות משוויים של כלל נכסי האיגוד, למשך תקופה של שנה לפחות עובר ליום המכירה - תהפוך את איגוד המקרקעין לאיגוד "רגיל"; ובהתאמה - הוצאת נכסים כאמור מאיגוד, שאינו איגוד מקרקעין, לא תהפוך איגוד זה אוטומטית לאיגוד מקרקעין אלא לאחר תקופת צינון כאמור (המלצות הוועדה להאחדת ההוראות בחוק מס שבח ובדיני מס הכנסה, **"מיסים"** ז/3 א-11, 12).

(62) זאת בניגוד להענקת אופציה לרכישת זכות במקרקעין הנחשבת ל"מכירה", בהיותה "הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין..." (פסקה (2) להגדרת "מכירה" אשר בסעיף 1 לחוק מס שבח).

(63) לדעה שונה, ראה ב' אדורם, "הנפקת כתבי אופציה על מניות באיגוד מקרקעין" **"מיסים"** ז/2 א-33.

(64) פד"א יד 211 (להלן: "עניין צור שלום").

(65) שם, בע' 213.

- (66) פד"א יג 328 (להלן: "עניין חורגין").
- (67) שם, בע' 330.
- (68) תמציות מס שבח בעריכת חיימובסקי ורוסינסקי (להלן: "תמציות") 125 (ע' 48). ראה גם עמ"ש (ת"א) 906/80 **חולות רבד** (לא פורסם).
- (69) פד"א יד 40 (להלן: "עניין גן").
- (70) שם, בע' 46.
- (71) ודוק, ניתנה למוכר אופציה למכור את הקרקע באם לא יתקבלו היתרי בנייה.
- (72) לחלופין, היה זה חוזה על-תנאי, שנוספה לו אופציית-מוכר, שספק אם היתה אופציה אמיתית. ראה לעניין זה את א' אלתר, "מס שבח - חיוב במס של חוזה מותלה" **"מיסים"** ב/6 א-46.
- (73) עמ"ש 309/78 **מוריץ נ' מנהל מס שבח, תמציות** 64.
- (74) הצ"ח 270, 297.
- (75) בתוך שלושים ימים מיום עשיית הפעולה.
- (76) בתוך חמישים ימים מיום עשיית הפעולה.
- (77) סעיף 73(ג) לחוק מס שבח.
- (78) הדיון דלקמן יתייחס לפעולה באיגוד הכפופה להוראות סעיף 14 לחוק מס שבח.
- (79) כאשר יש לאיגוד הנדון זכויות באיגודי מקרקעין אחרים, יש להביא בחשבון, בחישוב השבח, גם את חלקו היחסי באיגודים האחרים.
- (80) ראה להלן פסקה 4.3.4.4.
- (81) ראה להלן פסקה 4.3.4.3.
- (82) כגון: זכויות הצבעה, זכויות לדיבידנדים וכד'.
- (83) אולם, אם הזכות נתקבלה על ידי המוכר בנסיבות הפטורות ממס לפי סעיפים 62, 69 ו-70 לחוק מס שבח - יום הרכישה יהיה היום שהיה נקבע כיום הרכישה אילו נעשתה הפעולה על-ידי מי שממנו רכש המוכר את הזכות. ראה לעניין זה ש' בורנשטיין, "מס שבח בשל פעולה באיגוד כשהזכות נתקבלה בפטור - יום הרכישה" - אימתי? **"מיסים"** ב/2 א-57.
- בשולי הדברים אציין, כי בפעולה באיגוד שסעיף 12 לחוק מס שבח חל עליה, יום הרכישה ייקבע בהתאם לאמור בסעיף 12(1) לחוק מס שבח, הקובע כדלהלן:
- "יום הרכישה יהיה יום רכישת הזכות באיגוד בידי עושה הפעולה או היום שבו רכש האיגוד את הזכות במקרקעין, לפי המאוחר, ואולם -**
- (א) אם עושה הפעולה רכש את זכותו באיגוד בנסיבות הפטורות ממס לפי סעיפים 26**

או 96, יהיה יום הרכישה - היום שהיה נקבע כיום רכישה לפי סעיף זה אילו נעשתה הפעולה בידי מי שממנו רכש עושה הפעולה את הזכות;
(ב) אם רכישת הזכות במקרקעין בידי האיגוד היתה פטורה ממס לפי סעיפים 64, 65 או 70, יהיה יום הרכישה - היום שהיה נקבע כיום רכישה אילו נמכרה הזכות במקרקעין בידי האיגוד או יום רכישת הזכות באיגוד בידי עושה הפעולה, לפי המאוחר;

(84) סעיף 48א(ד) לחוק מס שבח.

עמ' 38

(85) סעיף זה קובע:

"(א) בכפוף להוראות הסעיפים 22 עד 36, שווי הרכישה של זכות במקרקעין לענין חישוב השבח והמס הוא שוויה ביום הרכישה על ידי המוכר.
(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) - נקבע שוויה של זכות במקרקעין בקשר עם הרכישה לענין מס שבח, יהיה שווי הרכישה לענין חישוב השבח - השווי שנקבע כאמור."

(86) ע"א 253/79 טוכמינץ נ' מנהל מס שבח, פ"ד לד (2) 665.

(87) שם, בע' 669.

(88) סעיף 1 לחוק מס שבח - הגדרת "שווי".

(89) ע"א 188/82 Hotel Corporation of Israel נ' מנהל מס שבח, פ"ד לט (2) 197, 205 (להלן: עניין הוטל קורפוריישן); ד"נ 22/71 דנקנר נ' מנהל מס שבח, פד"א ו 309; ע"א 104/74 מנהל מס שבח נ' פלדמן, פד"א ז 19; עמ"ש (ת"א) 68/75 חב' יוסף גולן ובניו בע"מ, פד"א ח 254; ע"א 516/77 אביבה מסעף פלמחים נ' מנהל מס שבח, פד"א ט 368; ע"א 218/78 לינברג נ' מנהל מס שבח, פ"ד לג (2) 423; ע"א 664/80 מנהל מס שבח נ' ברכת חביב בע"מ, פד"א יג 379; עמ"ש (ת"א) 1565/95 שחף נ' מנהל מס שבח, פד"א כה 348. כן ראה י. הדרי, מס שבח מקרקעין (תשנ"ג, כרך א), ע' 249 ואילך; ה. רוסטוביץ ופ. גלדקוב, "שווי המכירה" בחוק מס שבח מקרקעין - נטל השכנוע, נטל הראיה וסדר הטיעון" מיסים" ו/א-38.

(90) פד"א ח 129.

(91) מן הראוי להעיר, כי מכירת המניות מוסתה על-פי סעיף 12 לחוק מס שבח.

(92) ע"א 91/76 פולינווסט אסטבלישמנט נ' מנהל מס שבח, פד"א ח 458, 460.

(93) שם, בע' 460.

(94) עמ"ש (ת"א) 128/74 לוי נ' מנהל מס שבח, פד"א ח 257.

(95) שם, בע' 260.

(96) ראה לעניין זה ז' שרון, "על פעולה באיגוד מקרקעין ומס רכישה או פטורים ממס רכישה לפעולה באיגוד מקרקעין" מיסים" ו/א-32, 34, הגורס, כי היות ששיעור או סכום מס הרכישה בפעולה באיגוד מקרקעין בחוק המסמך "נשען" על השיעורים והסכומים ביחס לזכות

במקרקעין, אזי אין צורך ביצירת הכפילות ובקביעת שיעורי מס ספציפיים לפעולה באיגוד נוסף על שיעורי המס שנקבעו בתקנות מס רכישה למכירת זכות במקרקעין. אליבא דשרון, משלא נקבעה בסעיף 9(ב) לחוק מס שבח סמכות למחוקק המשנה, בדומה לסמכות שהוענקה לו בסעיף 9(א), הרי שממילא נאסר עליו לקבוע תקנות מיוחדות לשיעורי המס בפעולה באיגוד מקרקעין.

(97) כאמור בסעיף 14(ג) לחוק מס שבח.

(98) ק"ת 140 (להלן: "תקנות מס רכישה").

(99) קרי: השבח המחושב בשלב הראשון.

(100) מספר המניות העתידיות.

(101) מספר המניות הקיימות.

(102) מספר המניות העתידיות.

ענ' 39

(103) ודוק, שווי השוק של המניות הקיימות באיגוד הינו 150,000 ש"ח. לאחר הנפקת האופציות ותשלום תוספת המימוש יגדל שוויין של המניות האמורות (בהתעלם מהשפעת האינפלציה) בגובה 90,000 ש"ח (הסכומים על-חשבון האופציות בסך 80,000 ש"ח ותוספת המימוש בסך 10,000 ש"ח = 100 ש"ח x 100 אופציות). מאידך, יש להקטין את שווי המניות בגובה מס השבח ששולם, קרי: 50,000 ש"ח. כלומר, עם מימוש האופציות, שוויין של 100% ממניות האיגוד יהא 190,000 ש"ח. עם מימוש המניות, יחזיק יובל ב-50% ממניות החברה, החזקה ששווייה 95,000 ש"ח. מכאן, שהאופציות שוות 5,000 ש"ח בלבד, שהרי יש לנטרל את הסכומים על-חשבון האופציות ואת תוספת המימוש. למעשה, תיתכן הדעה, לפיה שוויה הכלכלי של האופציה עשוי להיות גבוה יותר, שכן ערכה הכלכלי משקף את הפיצוי המגיע לאיגוד, בגין התחייבותו שלא למכור לאחרים, בתקופת האופציה, את הבניין (ההנחה בבסיס דיעה זו היא, שהתחייבות כאמור אכן ניתנה במסגרת הנפקת האופציות).

(104) ראה להלן פסקה 4.4.

(105) יצוין מיד, כי כפל המס אינו קיים באשר למרכיב עליית ערכם של מקרקעי האיגוד, אם היתה כזו, ממועד ההקצאה ועד למועד המימוש.

(106) ע"א 32/86 רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פ"ש, פד"א כ 103.

(107) למעט התנאי בדבר תשלום מעל 50% משוויין. סעיף 52 לחוק מס שבח קובע: **"בהסכם לעשות פעולה באיגוד מקרקעין ישולם המס במועד שנקבע לפי סעיף 91 או בהתקיים אחת מאלה, לפי המאוחר:**

- (1) לרוכש את הזכות באגוד הזכות לתפוס את מקרקעי האיגוד או חלק מהם או זכות להורות לאיגוד למסור את המקרקעין או חלק מהם למי שיורה;
- (2) הקונה שילם או זיכה, על חשבון המחיר, את המתחייב לעשות פעולה באיגוד, בדרך של פקדון או בכל דרך אחרת, בסכום העולה על 50% מהמחיר או העמיד לפקודתו את הסכום האמור;
- (3) המתחייב נתן יפוי כוח בלתי חוזר לרוכש או לאדם אחר לעשות את הפעולה באיגוד

לטובת הרוכש או לפקודתו."

כך או כך, סעיף 52 לחוק מס שבח אינו דוחה את יום המכירה, אלא רק דוחה את יום חובת תשלום המס. פועל יוצא מכך, שצבירת הפרשי ההצמדה והריבית חלה מהמועד שבו קמה חובת ההצמדה.

(108) שכן, סעיף 52 ממוקם במסגרת פרק השישי לחוק מס שבח, שהפטורים המנויים בו אינם חלים לגבי מס רכישה, בהתאם לסעיף 9(ה) לחוק מס שבח.

(109) סעיף זה קובע:

"המנהל רשאי, אם ראה סיבה מספקת לכך, לדחות את המועד לתשלום המס, כולו או מקצתו, לתקופה שימצא לנכון, ובלבד שהחייב במס ישלם על תקופת הדחיה הפרשי הצמדה וריבית." הסעיף הוסף במסגרת חוק מס שבח מקרקעין (תיקון מס' 37), תשנ"ז-1997, ס"ח 175.

(110) כפועל יוצא מהוראת סעיף 9(ה) לחוק מס שבח.

(111) בשולי הדברים אציין, כי סעיף 94(ג) לחוק מס שבח מסמיך את מנהל מס שבח לפטור אדם מתשלום הפרשי ההצמדה והריבית, כולם או מקצתם, "אם ראה סיבה מספקת לכך". פשיטא, שמנהל מס שבח אינו רשאי לפטור אדם מתשלום הפרשי הצמדה וריבית בשל דחיית תשלום המס על-פי סעיף 91א דלעיל. ודוק, הסיפא לסעיף 91א קובע חובת תשלום הפרשי הצמדה וריבית וזהו דין מיוחד (Lex Specialies) לעניין זה.

עמ' 40

(112) פשיטא, שקיימת חובת דיווח בהתאם.

(113) לעיל פסקאות 4.3.4.2 - 4.3.4.4.

(114) סעיף 19 לחוק מס שבח - הגדרת "יום הפעולה".

(115) $50\% = (100 + 100) : 100$.

(116) לא למותר לציין, כי הקצאה כאמור צריכה להיות מקובלת, מבחינה עסקית, על בעלי המניות בחברה מחד, ועל פלוני מאידך.

(117) $0.99\% = (100 + 1) : 1$.

(118) ברי, כי תכנון זה מתבסס על התיזה, לפיה מדובר בהקניית זכות אחת כוללת, ולא מספר זכויות. דהיינו, יש להשקיף על הזכויות שמקנות המניות המוקצות בכללותן, על אף שמדובר במניות מסוגים שונים.

(119) שכן האיגוד מעולם לא רכשן. אציין, כי רשויות המס דוגלות בגישה שונה, הרואה בהנפקת אופציה (לרכישת זכות במקרקעין) ובמימושה שתי עיסקות, כאשר לצורך חישוב חבות המס בעיסקה הראשונה (הנפקת האופציה) מיוחס לאופציה שווי רכישה יחסי משווי הרכישה של הזכות במקרקעין מושא האופציה (קובץ הפרשנות לחוק מס שבח מקרקעין (חבק מס שבח) 191 (להלן: "הוראת הביצוע").

(120) **שם.**

- (121) או הפסד מעסק - לפי העניין.
- (122) הפסד זה יותר בקיזוז בהתאם לכללי סעיף 92 לפקודת מס הכנסה.
- (123) ראה לעניין זה ש. חסידים ור. יולוס, "מיסוי פעולה באיגוד מקרקעין - המצוי והרצוי" **"מיסים"** יא/4 א-111.
- (124) אלא אם נקבע שווי שונה לעניין תשלום מס הרכישה. במקרה זה יחול הסייג המנוי בסעיף 21(ב) לחוק מס שבח ויש לאמץ את השווי שנקבע כאמור.
- (125) ובכפוף לסעיף 39 לחוק מס שבח.
- (126) במידה והאיגוד מחזיק בקרקעות נוסף על המקרקעין, יש לחשב את ההפסד הריאלי רק לגבי המקרקעין.
- (127) עמ"ש (י-ם) 753/95 **חברת ליפשיר בע"מ נ' מנהל מס שבח**, "מיסים" יא/3 ה-278.