

## מיסוי אופציות בעסקאות-מקרקעין

מאת

ישי בר\*

מאמר זה יעסוק במיסוי אופציות על נכסי-מקרקעין. במאמר אחר, שיתפרסם כחוברת הבאה של משפטים, נעסוק בשאלה האחרת: זיהוי עסקת-האופציה בעסקאות מורכבות במקרקעין, הכוללות בתוכן בין השאר מכירה וקנייה של אופציות "מוסות" על נכסי המקרקעין, נשוא העסקאות.

לטענתנו, אופציות על נכסי-מקרקעין אינן שונות מבחינה מהותית מאופציות שבהן נכס-הבסיס, נשוא האופציות, איננו נכס נדל"ן, ועל-כן יש למסותן באותו אופן שבו ממסים אופציות "רגילות", היינו: על-פי פקודת מס הכנסה. עמדת רשויות-המס, שלפיה יש למסות כותב אופציית-רכישה, שהוא הבעלים של נכס-המקרקעין, נשוא האופציה, במס שבח מקרקעין – יוצרת הסדר חלקי החל רק על סוג אחד של אופציות (רכישה) וגם אז, רק על אופציות הנכתבות על-ידי הבעלים של נכס-הבסיס (המקרקעין). ביקורתנו על גישה זו איננה מוגבלת לחלקיותו של ההסדר, אלא גם לעיתוי החבות במס. לשיטתן של רשויות-המס יש למסות כותב אופציית-רכישה, המחזיק בבעלותו את נכס-המקרקעין, נשוא האופציה, בעת קבלת הפרמיה. במקביל יש למסות במועד זה את רוכש האופציה במס-רכישה. מיסוי של כותב האופציה, המתחייב מכוחה, כמועד קבלת הפרמיה, ללא ידיעת תוצאותיה של העסקה נשוא ההתחייבות – קרי: האם הסתיימה ברווח או בהפסד ומה שיעורה – הוא חריג לעקרונות-יסוד של דין מס-ההכנסה הנוהג, הממסה עסקה על-פי תוצאותיה ולא על-פי תורים המזוכנים שלה.

ההסדר המוצע למיסוי אופציות על נכסי-מקרקעין מושחת על ההבחנה בין עסקת-האופציה העצמאית לבין עסקת-הבסיס, נשוא האופציה, הנכנסת לתוקף עם מימוש האופציה. טענתנו היא כי יש למסות באופן אחר, במס-הכנסה, את

\* מחקר זה נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדע בניהול האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים. תודתי נתונה לשמואל בורנשטיין, לאהוד ברזילי, לזוהר גושן, לאיריס מאירי-שניר, ליחזקאל פלומין ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות לטיוטה קודמת של המאמר.

כל העוסקים באופציות, מבלי להבחין בסוג האופציה ובטיבו של נכס הבסיס, ולדחות את עיתוי המיסוי של עסקת האופציה העצמאית, לשלב שבו התבררו תוצאותיה, תוך תיאום מחירה (הפרמיה). לפי הגדרות "שבח" ו"זכות במקרקעין" בחוק מס שבת מקרקעין, חוק שמטרתו למסות עסקאות בנכסים ולא למסות עסקאות בהתחייבויות, הרי שנדמה כי הצעתנו הנורמטיבית אף ניתנת ליישום בפועל על-פי החוק הקיים.

א. מבוא. ב. כתיבת אופציה – האם אירועי מס? 1. מבוא; 2. הדין האמריקני; 3. הדין האנגלי; ג. דין המס הנוהג בישראל; 1. עמדת רשויות המס; 2. עמדת רשויות המס – הסדר חלקי ושגוי; ד. הדין הישראלי – חלופות מיסוי אפשריות; 1. מיסוי על-פי חוק מס-שבח; 2. ההסדר המוצע – מיסוי אחד במס-הכנסה של רווחי אופציות; 3. ישימותו של ההסדר המוצע על-פי הדין הנוהג בישראל; ה. סיכום.

## א. מבוא

דיני-המס הנוהגים כיום במדינת ישראל אינם מציעים הסדר הולם לבעיות המס המיוחדות המתעוררות במיסוי מכשירים פיננסיים חדשים, בכלל, ובמיסוי אופציות בפרט<sup>1</sup>. החוק הישראלי חסר חקיקה ספציפית העוסקת במיסוי אופציות<sup>2</sup>, ומכללי המס הנוהגים כיום לא ניתן לגזור הסדר ברור וחד-משמעי בדבר דין מיסוי. חסר זה של שיטת-המס בישראל בולט כיום פי כמה וכמה עם התפתחות המסחר בשוק המעו"ף בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב<sup>3</sup>. זאת ועוד: במקביל להתפתחות שוק המכשירים הפיננסיים, הלכו והתפתחו בישראל ובעולם עסקאות-מקרקעין מורכבות הנחזות כעסקאות "רגילות" – למשל: מכר – אשר אחד מרכיביהן הוא

- 1 הקושי בהתאמת כללי המס הנוהגים למיסוי מכשירים פיננסיים אינו מיוחד לשיטת-המס בישראל. להצגת הבעיה בארצות-הברית ראו, למשל, A. C. Warren "Financial Contract Innovation and Income Tax Policy" 107 *Harv. L. Rev.* (1993) 460.
- 2 סעיף 6א (מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה)), התשמ"ה-1985, מגדיר "אופציה" כ"נייר ערך שהנפיקה חברה, המעניק זכות לרכישת ניירות ערך בתקופה ובתנאים שקבעה החברה בעת הנפקתו, למעט נייר ערך הניתן להמרה" – וקובע כללים בדבר מיסויה. דיוגנו אינו עוסק ב"אופציה" זו – שבה חברה מנפיקה זכות לרכישת מניותיה – המכונה בספרות הפיננסית warrant, אלא באופציה על נכס-בסיס (שאינו נייר-ערך של הכותב), שכותב אופציה מוכר לקונה האופציה. לסעיף 16 לפקודה ולתקנות שהותקנו על-פיו ראו להלן הערה 107. ל"פטור ההוני" על רווחי אופציות ראו להלן הערה 110.
- 3 המסחר באופציות על מדד המעו"ף (מכשירים עתידיים ופיננסיים), המבוסס על 25 המניות בעלות שווי השוק הגבוה ביותר, החל בבורסה בתל-אביב בחודש אוגוסט 1993.

עסקת אופציה "מוסרית"<sup>4</sup>. אך גם אם עסקת האופציה, הכלולה בעסקה המורכבת, תאותר ותסווג ככזו, הרי שבהיעדר דין ברור בדבר אופן מיסויה, לא תשכיל שיטת-המס למסות את העסקה המורכבת כהלכה.

מאמר זה יעסוק במיסוי אופציות בעסקאות מקרקעין. עסקת אופציה מקנה לרוכש האופציה, בתקופת חיי האופציה, זכות (אך לא חובה) לרכוש (או למכור) את נכס-הבסיס – בענייננו, נכס מקרקעין – נשוא האופציה, מכותב (או לכותב) האופציה, במחיר מימוש מוסכם<sup>5</sup>. יש להבחין בין אופציית-רכישה לבין אופציית-מכירה: אופציית-מכירה (put) היא חוזה שבו כותב האופציה (המוכר) מעניק לרוכש האופציה, בתמורה לתשלום פרמיה, זכות (אך לא חובה), למכור לכותב את נכס-הבסיס (בענייננו, נכס-מקרקעין) במחיר מוסכם (מחיר המימוש) בתקופת-זמן מוסכמת (תקופת-המימוש)<sup>6</sup>. לעומת זאת, אופציית-רכישה (call) היא חוזה שבו כותב האופציה (המוכר) מעניק לרוכש האופציה, תמורת תשלום פרמיה, זכות לרכוש מהכותב את נכס-הבסיס (בענייננו, נכס-מקרקעין) במחיר מוסכם, בתקופת-מימוש מוסכמת<sup>7</sup>.

חלקו הראשון של המאמר יעסוק בשאלה, האם כתיבת אופציה על נכס-מקרקעין וקבלת פרמיה תמורתה יוצרת אירוע-מס. מבין שתי התשובות האפשריות לשאלה זו – ולאחר בחינת דין-המס הנוהג כאנגליה ובארצות-הברית – נשלול את הגישה, שאומצה בישראל על-ידי רשויות-המס, הרואה בכתיבת אופציית-רכישה וקבלת תמורה עבורה עסקה של מכירת נכס. לטענתנו, יש להעדיף את הגישה הממסה עסקת אופציה, כמו כל עסקה אחרת, רק על-פי תוצאותיה. רשויות-המס בישראל אימצו, כאמור, את הגישה הראשונה – זו הרואה

4 כדוגמא לחשיבות של איתור עסקת-האופציה ראו י' בר "זיהוי אופציות בעסקאות מקרקעין – הצורך במער"ף", שיתפרסם בחוברת הבאה של משפטים.

5 בשימוש במונח "מימוש" יש להבחין בין משמעות המונח לצורכי מיסוי ובין משמעותו בדיון בדבר אופציות. אחד מעקרונות-היסוד של שיטת-המס הנוהגת בישראל, כמו גם בארצות-הברית ובאנגליה, דורש בדרך-כלל, כי יתקיים "מימוש" (realization) של רווח או הפסד מעסקה נתונה לצורך ראייתה כאירוע-מס. על-כן, למשל, עליית ערך בלתי-מומשת של נכס איננה ממוסית. לעומת זאת, "מימוש אופציה" בדיוננו הנוכחי משמעותו "הפעלת" הזכות המוקנית לרוכש האופציה לרכוש את נכס-הבסיס. על-כן, מימוש אופציה, כמו גם מכירת אופציה או פקיעתה, יהיו אירועי-מס בשל עקרון המימוש המיסוי.

6 למשל: ראובן כותב ב-1.1.1995 אופציה לשמעון, שלפיה, תמורת תשלום פרמיה בסך של \$5,000, שמעון, רוכש האופציה, יהיה זכאי למכור את דירתו לראובן במחיר של \$200,000 במשך שנת 1995.

7 למשל: ראובן כותב ב-1.1.1995 אופציה לשמעון, שלפיה, תמורת תשלום פרמיה בסך של \$5,000, יהיה שמעון, רוכש האופציה, זכאי לקנות מראובן את דירתו במחיר של \$200,000 במשך שנת 1995.

בכתיבת אופציה וקבלת תמורה עבורה עסקה של מכירת נכס. לטענתן, לפי הגדרת "מכירה" בחוק מס שבח מקרקעין<sup>8</sup>, יש לראות בכתיבת אופציה על נכס-מקרקעין, או ברכישתה, עסקה עצמאית, שיש למסותה ביום ביצוע עסקת-האופציה במס-שבח (החל על כותב האופציה) ובמס-רכישה (החל על רוכשה).

הביקורת המוצעת על הדין הנוהג בישראל עניינה גם חלקיות ההסדר — החל רק על כותב אופציית-רכישה (ולא על כותב אופציית-מכירה), המחזיק כבעלותו את נכס-המקרקעין, נשוא האופציה — אך בעיקר חולקת על הגיונו; שכן על-פי הדין הנוהג, עסקת-האופציה ממוסה בשלב מוקדם — שלב קבלת הפרמיה. שיטת מס-ההכנסה הנוהגת בישראל ממסה עסקאות על-פי תוצאותיהן (קרי: רווח או הפסד המופק מהן) ואינה ממסה תזרים מזומנים (היינו: עצם קבלת תקבול כספי כלשהו). על-פי הנטען, חריגה מעיקרון זה ומיסוי התזרים של העסקה (קבלת הפרמיה) ללא קשר לתוצאותיה, היא בלתי-מוצדקת.

בחלק השני של המאמר נבחן חלופות למיסוי הנוהג בישראל ונבחן את האפשרות ליישמן על-פי חוקי המס הקיימים כיום בישראל. ההסדר המוצע על-ידינו למיסוי אופציות על נכסי-מקרקעין מבחין בין עסקת-האופציה העצמאית ובין עסקת-הבסיס, נשוא האופציה, הנכנסת לתוקף עם מימוש האופציה. לשיטתנו, יש למסות את עסקת-האופציה העצמאית באופן אחיד, על-פי פקודת מס-הכנסה, ויש לדחות את עיתוי המיסוי לשלב שבו יתבררו תוצאותיה, תוך תיאום מחיר האופציה (הפרמיה). על-פי הגישה המוצעת, חוק מס שבח-מקרקעין אינו חל על כתיבת אופציות-רכישה על נכסי-מקרקעין, כשם שהוא אינו חל על התחייבויות פיננסיות אחרות הקשורות במקרקעין (למשל: משכנתא). לטענתנו, ההגדרות של "זכות במקרקעין" בחוק ושל "שבח" החייב במס על-פיו מעידות כי מטרת החוק היא למסות מכירה וקנייה של נכסי נדל"ן; אך החוק אינו מיועד למסות מכירת התחייבויות, שנכס-הבסיס שהן עוסקות בו הוא נכס-מקרקעין. מכיוון שעל-פי הנטען, אין יסוד גורמטיבי למיסוי שונה של אופציות על נכסי-מקרקעין, יש למסות את המסחר באופציות לכותבי האופציות ולרוכשיהן, על-פי פקודת מס-הכנסה, כעסקה הונית או פירונית — הכול לפי העניין, אלא-אם-כן התקיימו תנאי הפטור לרווחי אופציות הקבועים בחוק<sup>9</sup>. רווח (או הפסד) פירוטי ימוסו על-פי סעיף 2(1) לפקודה, הממסה רווח מעסק או מעסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי; או על-פי סעיף 2(7) לפקודה, הממסה הכנסות שמקורן בנכסים שאינם נכסי-נדל"ן. לעומת זאת, רווח (או הפסד) הוני — למשל: של צד לעסקה באופציות שאיננו סוחר בהן — הרוכשן כתנאים מסוימים

8 חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963, ס"ח התשכ"ג, עמ' 156, עד תיקון מס' 25 ועד בכלל (להלן: חוק מס-שבח).

9 ראו דיונונו להלן הערות 107 ו-110.

למטרות ביטוח (גידור סיכונים — hedging) יחויב במס על-פי חלק ה לפקודת מס-הכנסה.

## ב. כתיבת אופציה — האם אירוע-מס?

### 1. מבוא

כותב האופציה מתחייב בתקופת חיי האופציה לרכוש או למכור את נכס-הבסיס, נשוא האופציה, מידי רוכש האופציה על-פי דרישתו. רוכש האופציה, כמו כל רוכש נכס אחר<sup>10</sup>, מתחייב בתשלום (פרמיה) תמורת הנכס — תשלום שהמתחייב-כותב האופציה זכאי לקבלו<sup>11</sup>.

האם קבלת פרמיה בשל כתיבת אופציה היא אירוע-מס? ניתן להציע שתי גישות אפשריות: הראשונה, שאומצה על-ידי רשויות-המס בישראל<sup>12</sup>, רואה בכתיבת אופציה וקבלת תמורתה מכירת נכס, ועל-כן היא ממסה את הפרמיה עם קבלתה. הגישה האחרת, המועדפת על-ידינו, שוללת את מיסוי הפרמיה עם קבלתה. קבלת פרמיה בגין יצירת התחייבות כשלעצמה איננה יוצרת רווח למקבלה; כותב האופציה, המתחייב בגינה, כשם שבכל יצירת התחייבות אחרת, למשל: הלוואה, קבלת התמורה כנגד יצירת ההתחייבות — היינו: קבלת סכום קרן-ההלוואה כנגד חתימה על הסכם הלוואה — איננה יוצרת רווח למקבלה. הרווח (או ההפסד) מעסקת-האופציה, לכותב ולמוכר, יתבררו רק עם סיום העסקה. אז, ורק אז, יש למסות את העסקה על-פי תוצאותיה<sup>13</sup>.

על-פי הגישה השנייה — השוללת את מיסוי הפרמיה עם קבלתה והממסה את עסקת-האופציה עם סיומה ועל-פי תוצאותיה — יש לדון בשאלה אחרת, שתידון בנפרד, והיא מתי מסתיימת עסקת-האופציה. אם האופציה פוקעת או נמכרת, ציתוי סיומה של העסקה ברור במועד הפקיעה או המכירה. ברם, אם האופציה תמומש, ניתן להציג שתי גישות שונות: הראשונה, המועדפת על-ידינו,

- 10 שכן התחייבותו של כותב האופציה היא נכס לרוכש האופציה.  
 11 מכיוון שלאופציה יש שווי כלכלי, היא איננה ניתנת "חינם" בעסקה בין מוכר מרצון לקונה מרצון. הקביעה כי לכל אופציה יש מחיר (גם אם היא ניתנת "ללא תמורה"), נכונה תמיד, שכן בעסקה כלכלית המונעת משיקולי רווח לא תיתכן חלוקת רכוש ללא תמורה. לניתוח מפורט ראו בר, לעיל הערה 4, בהערה 49.  
 12 ראו דיונונו להלן, ליד הערות 44-46. לגישה דומה במידת-מה, הנהוגת בדין האנגלי, ראו להלן, ליד הערות 35-36.  
 13 ראו דיונונו להלן, ליד הערות 82-93. הדרישה למיסוי עסקת-האופציה על-פי תוצאותיה אינה סותרת את האפשרות לשערך את תוצאות העסקה מדי שנה. ראו להלן, ליד הערות 112-126.

תראה במימוש האופציה את סיומה של עסקת האופציה העצמאית ותחילתה של עסקת הבסיס<sup>14</sup> הנפרדת. הגישה השנייה, שאומצה, למשל, בארצות הברית, תראה את עסקת האופציה כמתוספת לעסקת הבסיס (למשל: מכירת הנדל"ן, נשוא האופציה). במקרה זה עסקת האופציה תאבד את עצמאותה ותצטרף, כאמור, לעסקת הבסיס. מימוש עסקת הבסיס יהיה – על-פי גישה זו – גם מימוש עסקת האופציה. על-פי גישה זו יש אפוא להוסיף או להפחית, את הפרמיה ממחיר המימוש של עסקת הבסיס (מכירת הנדל"ן), לצורך קביעת מחיר העסקה הכוללת<sup>15</sup>.

## 2. הדין האמריקני

דין-המס הנוהג בארצות הברית מתייחס לכתיבת אופציה או לרכישתה כאל "עסקה פתוחה" המושלמת בדרך-כלל רק עם מימוש האופציה<sup>16</sup>, מכירתה או פקיעתה<sup>17</sup>. כתיבת אופציה וקבלת פרמיה תמורתה אינה אירוע-מס לכותב או לרוכש האופציה: לכותב לא נוצרה הכנסה, ואילו לרוכש לא נוצרה הוצאה<sup>18</sup>. במכירת אופציה על-ידי רוכשה, הרווח או ההפסד של רוכש האופציה יחושב על-פי ההפרש בין מחיר המכירה של האופציה ובין מחיר רכישתה<sup>19</sup>. אם אופציה פוקעת ללא מימוש, נוצרה לכותבה הכנסה בתאריך הפקיעה<sup>20</sup>. במקרה של מימוש אופציה, יש לצרף את עסקת האופציה לעסקת הבסיס. על-כן, אם אופציית-רכישה (call) תמומש, אין לראות בכך אירוע-מס של מימוש עסקת האופציה, אלא יש לאחד את עסקת האופציה עם עסקת הבסיס. לשם קביעת הרווח, או ההפסד, מהעסקה

14 במזנה "עסקת-בסיס" כוונתנו לעסקה בנכס-הבסיס, נשוא האופציה. למשל: בכתיבת אופציה לרכישת נכס-מקרקעין מסוים או למכירתו, נכס-הבסיס, נשוא האופציה, הוא נכס-הנדל"ן. עסקת-הבסיס בדוגמא זו היא מכירת הנדל"ן או קנייתו.

15 ראו, למשל, את דיונונו בפסקה הבאה לגבי הדין החל בארצות-הברית.

16 על-פי קוד המס האמריקני (I.R.C.) הנוכחי, רק במקרים חריגים תמוסינה אופציות בטרם מימושן או לא יוכר הפסד מאופציה שמומשה. על-פי סעיף 1256 לקוד, יש למסות אופציות מסוימות, המוחזקות בידי סוחרים, באופן שנתי, תוך שיערוך מחירן על-פי מחירן בשוק. מנגד, על-פי סעיף 1092, לא יוכר הפסד "ממומש" מעסקת-אופציה, כל זמן שלנישום נוצר רווח מקביל, אך בלתי-ממומש, מעסקה נגדית.

17 ראו, למשל, Rev. Rul. 58-234, 1958-1 CB 279; Rev. Rul. 71-521, 1971-2 CB 313. שגם עלויות העסקה של רכישת האופציה, למשל, הוצאות עמלה אינן מותרות בניכוי כהוצאה פירוטית ויש להוסיפן לפרמיה ששולמה לרכישת האופציה. כמו-כן, יש להפחית את עלויות העסקה מהפרמיה שקיבל הכותב.

18 ראו, למשל, Rev. Rul. 78-182, 1978-1 CB 265.

19 ראו (b) 1.1234-1 Treas. Reg.

20 בפקיעת האופציה ללא מימוש, מחיר המכירה של האופציה שווה לאפס.

הכוללת (על שני חלקיה) יש להוסיף את עלות רכישת האופציה (פרמיה והוצאות רכישה) למחיר רכישת נכס-הבסיס על-ידי הקונה<sup>21</sup>. כמו כן תתוּסַף הפרמיה על מחיר המכירה של המוכר. הוצאות דומות יחולו גם על מיסוי אופציות-מכירה (put). על-כן, עם מימוש אופציית-מכירה, יש להפחית את הפרמיה ממחיר המכירה של נכס-הבסיס לשם חישוב הרווח (או ההפסד) של המוכר מהעסקה הכוללת ולשם חישוב עלות הרכישה של נכס-הבסיס לקונה<sup>22</sup>. אם האופציה פוקעת ללא מימוש, עסקת-האופציה הסתיימה ברווח לכותב האופציה ובהפסד לרוכשה. הרווח, או ההפסד, ייקבעו גם כאן על-פי הפרמיה ששולמה בניכוי (או בתוספת) הוצאות רכישה.

סיווג רווח או הפסד מעסקת-אופציות, כהון או כפירות, ייעשה על-פי סיווג נכס-הבסיס נשוא האופציה<sup>23</sup>. על-כן, אם נכס-הבסיס מסווג כנכס-הון, למשל, מניות או נדל"ן<sup>24</sup>, רווח או הפסד מעסקאות-אופציה על נכסים אלו ייחשבו אף הם להוניים. לעומת זאת, רווח (או הפסד) לנישום שעיסוקו במסחר באופציות ייחשב כפירות<sup>25</sup>.

דין-המס הנוהג כיום בארצות-הברית מתעלם אפוא לחלוטין ממרכיב האשראי "ללא ריבית" הגלום במחיר האופציה<sup>26</sup>. התעלמות זו יוצרת עיוותי-מס בדין הנוהג כיום בארצות-הברית<sup>27</sup>. לא זו אף זו: גם שלילת "עצמאותה המיטוטית" של עסקת-האופציה העצמאית, במקרה שהאופציה ממומשת — שהרי, כזכור, במקרה זה עסקת-האופציה מתוספת על עסקת-הבסיס<sup>28</sup> — איננה חסינה מביקורת.

21 ראו, למשל, רולינג 78-182, לעיל הערה 18.

22 ראו, למשל, רולינג 58-234, לעיל הערה 17.

23 סעיף 1234(a)(1) לקוד המס (I.R.C.) קובע, כי:

Gain or loss attributable to the sale or exchange of, or loss attributable to failure to exercise, an option to buy or sell property shall be considered gain or loss from the sale or exchange of property which has the same character as the property to which the option relates has in the hands of the taxpayer (or would have in the hands of the taxpayer if acquired by him).

24 ראו סעיפים 1221 ו-1231 לקוד המס.

25 I.R.C. s. 1234(a)(3)(A).

26 כך, למשל, אופציית-רכישה מאפשרת לרוכשה לרכוש באשראי את נכס-הבסיס. הרוכש מתחייב לשלם כיום את הפרמיה בלבד והוא נהנה מדחיית התשלום של מחיר המימוש עבור נכס-הבסיס. מכאן נובע, כי מחיר אופציה עולה עם עליית שער-הריבית וככל שמועד פדיון האופציה רחוק יותר.

27 ראו, למשל, L. Lokken "New Rules Bifurcating Contingent Debt — A Good Start" *Tax Notes* (April 29, 1991) 495, 502.

28 ראו דיוגנו לעיל, ליד הערות 20-22.

הדין האמריקני – הדוחה את עיתוי ההכרה ברווח או בהפסד של עסקת-האופציה – פוגע בניטרליות של מערכת-המס. הוא מאפשר, למשל, לרוכש אופציה, המממשה ברווח, ליהנות מדחיית מס בגין רווחיו מעסקת-האופציה, וזאת בניגוד לרוכש אופציה, המוכרה לצד ג, הממוסה על רווחיו באופן מיידי. החלטת רוכש האופציה, המתלבט אם לממש אופציה או למוכרה, מושפעת אפוא גם מהעדפתו לגבי עיתוי ההכרה ברווח (או הפסד). כך, למשל, נניח כי ראובן קנה משמעון ב-1.1.1995, תמורת תשלום פרמיה בסך של \$5,000, אופציית-רכישה המקנה לו זכות לרכוש את דירתו של שמעון, במחיר של \$200,000 במשך כל שנת 1995, וכי ביום כתיבת האופציה שווי הדירה היה \$200,000. כן נניח כי ב-1.10.1995, בעת ששווי הדירה היה \$210,000, מימש ראובן את זכותו ושילם לשמעון את מחיר המימוש המוסכם (\$200,000). על-פי הדין הנוהג כיום בארצות-הברית, יש לאחד את עסקת-האופציה עם עסקת-המכר, ועל-כן מחיר מכירת (רכישת) הדירה למוכר ולקונה יעמוד על סך של \$205,000<sup>29</sup>. גישה חלופית תמסה את עסקת-האופציה כעסקה עצמאית, שלצדה עסקת-מכר. בעסקת-האופציה הרוויח ראובן (ושמעון הפסיד) \$5,000<sup>30</sup>: ההפרש בין הפרמיה בסך \$5,000 ובין מחיר האופציה עובר למימושה (\$10,000)<sup>31</sup>; ואילו בעסקת-המכר, הנפרדת, קנה ראובן דירה (ושמעון מכר דירה), בהתאם למחירה בשוק, היינו: \$210,000. בפועל, ראובן ישלם לשמעון רק \$200,000, כיוון ששווי האופציה (\$10,000) יקרוז ממחיר הדירה<sup>32</sup>. הגישה החלופית רואה אפוא כמימוש אופציה מקרה פרטי של עסקת-מכירה דגילה, אשר יתרונה בכך שהיא מחילה דין אחד – הממסה רווח

29 היינו: מחיר המימוש בתוספת הפרמיה.

30 אלמלא התעלמה השיטה הנוהגת בארצות-הברית ממרכיב הריבית שראוי להוסיפו לפרמיה (ראו לעיל הערה 26), הרווח או ההפסד מעסקת-האופציה בדוגמא זו היה נמוך מ-\$5,000, בשל מרכיב הריבית.

31 שווי האופציה ביום מימושה הוא \$10,000. סכום זה משקף את ההפרש בין שווי השוק של הדירה (\$210,000) ובין מחיר המימוש (\$200,000).

32 באופן דומה תתייחס הגישה החלופית למימשי אופציית-מכירה. כך, למשל, נניח כי שמעון קנה מראובן ב-1.1.1995, תמורת תשלום פרמיה בסך של \$5,000, אופציית-מכירה המאפשרת לשמעון, אם ירצה, למכור את דירתו לראובן, במחיר של \$200,000 במשך כל שנת 1995 וכי ביום כתיבת האופציה, שווי הדירה היה \$200,000. כן נניח, כי ב-1.10.1995, בעת ששווי הדירה היה \$190,000, מימש שמעון את זכותו, מכר את הדירה וקיבל מראובן את מחיר המימוש המוסכם (\$200,000). על-פי הדין הנוהג כיום בארצות-הברית, יש לאחד את עסקת-האופציה עם עסקת-המכר, ועל-כן מחיר מכירת (רכישת) הדירה, למוכר ולקונה, יעמוד על סך של \$195,000. היינו: מחיר המימוש בניכוי הפרמיה. גישה חלופית תמסה את עסקת-האופציה כעסקה עצמאית, שלצדה עסקת מכר. בעסקת-האופציה הרוויח שמעון (וראובן הפסיד) \$5,000: ההפרש בין הפרמיה בסך \$5,000 ששילם ובין מחיר האופציה עובר למימושה [שווי האופציה ביום מימושה הוא \$10,000, סכום המשקף את ההפרש בין שווי



באופן מיידי – בין אם האופציה נמכרה לצד ג ובין אם נמכרה בחזרה לכותבה (בעת המימוש)<sup>33</sup>. זאת ועוד: גישה זו עולה בקנה אחד עם גישת "שתי העסקאות" הנוהגת כיום בארצות-הברית, למשל, בהלוואות מוטכות (הלוואות "ללא ריבית" או בתנאים מסובסדים בהשוואה למחירי שוק-האשראי) בין "צדדים קשורים", שיש לפצלן לשתי עסקאות: האחת, הלוואה בתנאים מסחריים; ושנייה, שבה הועברה הטבה מהמלווה ללווה, בהתאם לכשירות המשפטית שבה פעלו השניים בעת מתן ההטבה (למשל: עובד ומעביד)<sup>34</sup>.

### 3. הדין האנגלי

לעומת הגישה האמריקנית – המתייחסת לכתיבת אופציה או לדכישה כאל "עסקה פתוחה" שיש למסותה רק עם "סגירתה" – המחוקק האנגלי, בקובעו את עיתוי מיסוי עסקת-האופציה, נוקט גישה מעורבת. קבלת פרמיה בידי כותב

השוק של הדירה (\$190,000) ובין מחיר המימוש (\$200,000), ואילו בעסקת-המכר קנה ראובן דירה (ושמעון מכר דירה) בהתאם למחירה בשוק, היינו: \$190,000. בפועל ראובן ישלם לשמעון \$200,000, כיוון ששווי האופציה, \$10,000, יתוסף על מחיר הדירה. גם בדוגמא זו הרווח או ההפסד מעסקת-האופציה נמוך למעשה מ-\$5,000 בשל מרכיב הריבית. ראו לעיל הערה 30.

33 לעומת זאת, דין-המס הנוהג כיום בארצות-הברית גורם לעיוות: אם האופציה נמכרה לצד ג, הרווח, בדוגמא שלעיל, בשיעור של \$5,000, הוא מיידי. אך אם האופציה מומשה, סכום הרווח יתוסף על מחיר הנכס ויעלה את מחיר רכישת הדירה מ-\$200,000 ל-\$205,000.

34 ראו סעיף 7872 לקוד המס האמריקני, שנוסף על קוד המס ב-1984, ומטרתו למנוע את ניצול האפשרות למתן הלוואות ללא ריבית, או בריבית ששיעורה נמוך ממחירה הריאלי, כמכשיר לתכנון מס. ביסוד הסעיף עומדת הנחת-מוצא בדבר פיצול עסקת-האשראי המסובסד לשני מרכיבים הכלכליים: עסקת-אשראי במחיר שוק ריאלי, כשבצדה העברת מרכיב ההטבה מהמלווה ללווה, תוך סיווג המשפטי בהתאם ליהסים המשפטיים שבין הצדדים. הסעיף קובע, כי בעסקאות שבהן שיעור הריבית נמוך מהשיעור הסטטוטורי, יש לייחס להלוואה ריבית סטטוטורית מצטברת חצי-שנתית. הוויתור על גבייתה דינו כדין כל הטבה אחרת המוענקת למקבל על-ידי נותן האשראי עם כל המשמעויות הנלוות, לצורכי מיסוי, לנותן ולמקבל כאחד. כך, למשל, המשמעות למקבל בעקבות סיווג המשפטי הנכון של ההטבה כאירוע-מס היא חיוב במס-מתנה (gift tax) אצל קרובי-משפחה כשכר לעובד וכדיבידנד לבעל-מניות המקבל אשראי מסובסד מהחברה. ראיית ההטבה בתור שכזו משפיעה לא רק על מקבלה, אלא גם על נותנה. כך, למשל, מתן אשראי מסובסד לעובד על-ידי מעבידו גורר עמו את ראיית ההטבה הנוספת כשכר-עבודה של העובד, המוכר בתור שכזה בניכוי למעביד והחייב במס אצל העובד. במקביל, תשלום הריבית על-ידי הלווה (העובד) מוכר לו כהוצאה, בכפיפות לכללי ההכרה בהוצאות מימון, והיא הכנסה למקבלה (המעביד).

אופציה כשלעצמה היא אירוע-מס. אך אם האופציה מומשה, יש לאחד את עסקת-הבסיס ועסקת-האופציה והתוצאה הכוללת תחושב כעסקה אחת. על-כן, כתיבת אופציית-רכישה או כתיבת אופציית-מכירה היא עסקה עצמאית<sup>35</sup> וקבלת הפרמיה הייבת בדרך-כלל במס רווחי הון<sup>36</sup>. רוכש אופציה, שתוקפה הוא 50 שנה או פחות מכך, נחשב למי שרכש "נכס מתכלה" (wasting asset) ועל-כן הוא יכול בדרך-כלל להפחית את הפרמיה במשך תקופת-המימוש על בסיס תקופתי (בשיטת ה"קו ישר")<sup>37</sup>. במכירת אופציה על-ידי רוכשה, רווח ההון (או ההפסד) יחושבו בהתאם לכללים הרגילים, היינו: ממחיר המכירה תופחת "עלות הרכישה המתואמת" (לאחר ניכוי הפחת, אם הופחת, מהעלות המקורית) בתוספת הפרשי הצמדה. לעומת זאת, אם האופציה תמומש, עסקת-האופציה לא תיחשב עוד לעסקה עצמאית. במקרה זה עסקת-האופציה ועסקת-הבסיס תאוחדנה ותחושבנה כעסקה אחת<sup>38</sup>. כך, למשל, פרמיה שקיבל כותב אופציית-רכישה תחושב כחלק ממחיר המכירה ותתוסף על מחיר המימוש הנקוב באופציה. כדי למנוע מיסוי כפול – שהרי, כזכור, קבלת פרמיה בגין כתיבת אופציה היא אירוע-מס<sup>39</sup> – תבוטל השומה ה"עצמאית" שהוצאה לכותב בשנה שבה קיבל את הפרמיה<sup>40</sup>. כמו-כן, עם מימוש אופציית-מכירה, הפרמיה שקיבל כותב האופציה תופחת ממחיר נכס-הבסיס וחבותו במס בגין הפרמיה שקיבל, בשנת כתיבת האופציה, תבוטל<sup>41</sup>. גם אצל רוכש האופציה (בין אופציית-רכישה ובין אופציית-מכירה) המממש אותה, עסקת רכישה האופציה ועסקת-הבסיס תאוחדנה ותחושבנה כעסקה אחת<sup>42</sup>. עם מימוש אופציית-רכישה, הפרמיה תתוסף על מחיר המימוש לצורך קביעת עלות הרכישה. כמו-כן, עם מימוש אופציית-מכירה הפרמיה ששילם רוכש האופציה תופחת ממחיר המימוש.

35 ראו *Strange v. Openshaw* [1983] S.T.C. 416.

36 אם כתיבת האופציה עולה כדי "עסק", הפרמיה תחויב במס-הכנסה. ראו *Whiteman Capital Gains Tax* (5th supp., 1993) 21-02.

37 לדיון מפורט בכלל המחיר הפחתת הפרמיה ובהריגיו (למשל: לגבי אופציות הנסחרות בבורסה) ראו, למשל, *Simon's Taxes* (London, 1994) C2.1003, C2.1008.

38 לדיון מפורט, ראו שם, C2.1007.

39 ראו לעיל, ליד הערות 35-36.

40 ראו *Simon's Taxes*, לעיל הערה 37. על-פי *Whiteman*, משיקולי יעילות, הפרקטיקה הנוהגת על-ידי רשויות-המס היא להמתין במקרים רבים למועד מימוש האופציה ולא למסות אופציות קצרות-טווח או אופציות שהפרמיה המשתלמת בגינן נמוכה-יחסית. ראו *Whiteman*, לעיל הערה 36, 21-02.

41 ראו *Simon's Taxes*, לעיל הערה 37.

42 שם, C2. 1008.

כפי שנראה בפסקה הבאה, רק בדין הישראלי כתיבת אופציית-רכישה וקבלת פרמיה תמורתה היא – לדעת רשויות-המס – אירוע-מס שיש למסותו עם קבלת הפרמיה גם במקרה שבו מומשה האופציה. לשיטתן, בעל נכס-מקרקעין הכותב אופציית-רכישה על הנכס שבבעלותו נחשב כמי שמממש חלק מהנכס עם כתיבת האופציה, ועל-כן הוא חייב בתשלום מס-שבת, ואילו רוכש האופציה, הנחשב כרוכש חלק יחסי מהנכס<sup>43</sup>, חייב בתשלום מס-רכישה.

### ג. דין-המס הנוהג בישראל

#### 1. עמדת רשויות-המס

בהגדרת "מכירה" בסעיף 1 לחוק מס שבח מקרקעין, נקבעו בין השאר אירועי "המכירה" הבאים:

- ...
- (2) הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין, וכן העברה או הסבה של זכות לקבל זכות במקרקעין או ויתור על זכות כאמור;
- (3) הענקתה של זכות להורות על הענקה, העברה או הסבה של זכות במקרקעין או על ויתור על זכות במקרקעין, וכן העברתה או הסבתה של זכות להורות כאמור או ויתור עליה;

בהסתמך על הגדרה זו, קבעו רשויות מס-שבח בהוראות המקצועיות:

...כאשר נרכשה אופציה לרכישת זכות במקרקעין, יש לראות בפעולה זו "מכירה" של זכות במקרקעין לצורך החוק... כאשר נערך הסכם בו מוענקת זכות לרכוש זכות במקרקעין בעתיד כמפורט בהגדרת "מכירה"... 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 ממוכר מרצון לקונה מרצון (ללא קשר לזכות המקרקעין המלאה לגביה ניתנה האופציה)... האמור [לעיל – י"ב] הוא בין אם האופציה מתממשת ובין אם לאו, ובין אם היא נמכרת לאחר. אין לראות באי מימוש אופציה ביטול המכירה של האופציה... יש לראות את מימוש האופציה לרכישת מקרקעין כעסקה, כאשר יום המימוש הוא יום המכירה ושווי הזכות

43 ראו קובץ הפרשנות, הוראה מס' 2, שכותרתה "יום המכירה ו'שווי מכירה' – אופציות" קובץ הפרשנות לחוק מס שבח מקרקעין (חבק מס שבח) (מהדורה 2, כולל ערכון מס' 2, 191 (1992).

הוא שווי השוק של האופציה... כאשר נמכרת זכות במקרקעין אשר נרכשה בזמנו על ידי רכישת אופציה ומימושה, יש לראות את מכירת זכות המקרקעין האמורה, לעניין יום ושווי רכישה, כאילו נרכשה בשני שלבים<sup>44</sup>.

אמור אפוא: לפי הגדרת "מכירה" בחוק מס-שכב, רשויות-המס רואות בכתיבת או ברכישת אופציית-רכישה על נכס-מקרקעין עסקה עצמאית<sup>45</sup>, שיש למסותה ביום ביצוע עסקת-האופציה במס-שכב (החל על כותב האופציה) ובמס-רכישה

44 החבק מדגים את יישום ההוראה בדוגמאות הבאות:

1. שמעון רכש זכויות במקרקעין ב-1.10.75 תמורת 100,000 שקל; 2. שמעון מכר לראובן ביום 1.10.80 אופציה לרכישת אותה זכות במקרקעין תמורת 10,000 שקל ובהתאם לתנאים בהסכם הוא זכאי לרכוש את הזכויות המלאות במקרקעין במשך 5 שנים תמורת 90,000 שקל צמוד למדד; 3. ב-1.10.83 מימש ראובן את האופציה בסכום של 500,000 שקל; 4. ב-1.4.84 מכר ראובן את הזכות במקרקעין תמורת 600,000 שקל.

ב. חישוב המס:

1. ב-1.10.80 יחוייב שמעון במס שכב עבור מכירת האופציה: שווי מכירה 10,000 שקל. שווי רכישה  $10,000 = 100,000 \times 1/10$  שקל (בהנחה ששווי הנכס כולו ליום 1.10.80 נשאר 100,000 שקל) ראובן יחוייב במס רכישה על שווי של 10,000 שקל; 2. ב-1.10.83 יש לחייב את שמעון במס-שכב בהתאם לחישוב: שווי רכישה 90,000 שקל =  $(100,000 - 10,000)$  שווי מכירה 500,000 שקל ראובן יחוייב במס-רכישה על שווי 500,000 שקל; 3. ב-1.4.84 יחוייב ראובן במס שכב לפי שווי מכירה של 600,000 שקל. שווי הרכישה הוא 510,000 שקל אשר נרכש בשני שלבים: 10,000 שקל ב-1.10.80, 500,000 שקל ב-1.10.83.

בדוגמא השנייה, המובאת בחבק, ההנחה היא כי האופציה לא מומשה ושמעון מכר את הנכס לאחר חמש שנים ללוי:

במקרה זה החיוב של שמעון במס שכב עבור מכירת האופציה לראובן נשאר בתוקפו. הוא הדין לגבי חיוב במס רכישה של ראובן. אשר למכירה ללוי, יש לערוך את חישובי מס השכב ללא קשר לאופציה שלא מומשה, ושווי הרכישה של שמעון יהיה השווי המקורי של 100,000 שקל.

45 ליישום גישה זו ראו, למשל, עמ"ש (חי) 97/85 צור שלום אגודה הדדית בע"מ (בפירוק) נ' מנהל מס-שכב מקרקעין חיפה, פד"א יד 211, 213, שבו קבעה ועדת-הערר: "הגנו ברעה, שהסכם האופציה בפני עצמו, מהווה 'מכירה' לפי הסעיף 1 של החוק, בתור הענקת זכות לקבל זכות במקרקעין, כאמור בסעיף משנה (2)". כמו-כן הפנה בית-המשפט העליון – בע"א 5080/90 קפלן ואח' נ' מנהל מס-שכב מקרקעין, מיסים ז-1 ה-90, ה-91 – להחלטת ועדת-הערר, אשר קבעה באותו עניין: "אין ספק כי לאור הגדרת מכירה בחוק מס שכב מקרקעין, אופציה מהווה מכירה (חלופות 2 ו-3), ולכן יש לערוך חישוב שווי המכירה לפי התמורה המוצהרת, או הניתנת לקביעה, כשיום המכירה הינו יום עריכת הסכם האופציה".

(החל על רוכשה)<sup>46</sup>. על-כן אם, למשל, ראובן כותב ב-1.1.1995 אופציה לשמעון, שלפיה כנגד תשלום פרמיה בסך של \$5,000, יהיה שמעון זכאי לקנות מראובן את דירתו במחיר של \$200,000 במשך שנת 1995, הרי שנעשתה עסקת-מכירה החייבת במס-שבח: ראובן יתחייב על הרווח שהפיק מהפרמיה שקיבל<sup>47</sup>; ואילו שמעון, משלם הפרמיה, יתחייב במס-רכישה על הפרמיה ששילם.

## 2. עמדת רשויות-המס – הסדר חלקי ושגוי

לטענתנו, עמדת רשויות-המס ראויה לביקורת. אמנם כן: יש לראות בעסקת-האופציה, עם השלמתה (על-ידי מכירה, פקיעה או מימוש), עסקה עצמאית, אולם לא נכון למסנתה עם כתיבת האופציה. זאת ועוד: על-פי טענתנו, עדיף

46 לגישה כפסיקה, השוללת את עצמאותה של עסקת-האופציה, ראו עמ"ש (נצ" 26/92 קר-אופ צפון אגודה צרכנית שיתופית בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, מיסים ח" 1 ה-250, שבו קבעה ועדת-הערר כי עסקת אופציית-שכירות מוקדמת בטלה מפני עסקת-מכר מאוחרת. באותו עניין, חכרה המערערת נכס-מקרקעין לתקופה של עשר שנים וקיבלה אופציה לחכור את הנכס למשך עשר שנים נוספות. האופציה חויבה במס-רכישה, שכן חכירה לתקופה העולה על עשר שנים היא "מכירת זכות במקרקעין" כהגדרתה בחוק (ראו להלן הערה 132). במשך תקופת-החכירה הראשונה הסכימו המחכיר והחוכרת כי הנכס המוחכר יימכר לחוכרת. ועדת-הערר קבעה, כי יש להחזיר את מס הרכישה ששולם בגין עסקת-האופציה (או לקזוז ממס הרכישה בעסקת-המכירה-המאוחרת):

כאמור, אלמלא האופציה לא היה כל חיוב במס רכישה בגין עסקת החכירה הראשונה של עשר שנים. לכן משנמכר הנכס לעוררת אין ספק שלא ניתן יהיה לממש את האופציה ולמעשה אין בה כל צורך. אמנם בהסכם המכר לא נאמר דבר לענין האופציה, אך נקבע במפורש כי תקופת השכירות המקורית תפקע ביום שבו שולמה התמורה עבור עסקת המכר, ותמורה זו שולמה במעמד חתימת הסכם המכר. לכן ניתן לראות את עסקת-האופציה כמבוטלת. ברי איפוא כי ללא האופציה אין חיוב במס רכישה עבור החכירה המקורית שהיתה כאמור לתקופה של 10 שנים בלבד (שם, בעמ' ה-252).

על-פי הגישה המוצעת במאמר זה, ובניגוד לנטען על-ידי ועדת-הערר, בחקופת חייה של אופציית-השכירות היה לה תוכן כלכלי משל עצמה, בהעניקה סיכויים וסיכונים של עסקת-שכירות לכותבה ולרוכשה. משנמכר הנכס, אז, ורק אז, בטל תוכן כלכלי זה על סיכוניו וסיכוייו. אמור אפוא: אם נניח שמלכתחילה היה צריך לשלם מס-רכישה על רכישת אופציית-השכירות (הנחה שאף היא שנויה במחלוקת, ראו דינונו בפסקאות הבאות), ואם נאמץ את הגישה ה"רטוראקטיבית" של ועדת-הערר המתמחרת את האופציה *ex-post*, הרי שגם אז יש להחזיר לחוכר רק חלק יחסי מדמי מס-הרכישה ששילם בגין עסקת-האופציה. מסכום המס יש לנכות את שווי הסיכוי והסיכון שהעניקה אופציית-השכירות – השונה מהותית מהסיכוי ומסיכון של עסקת-המכר המאוחרת – למחכיר ולחוכר במשך היותה בתוקף.

47 לאופן חישוב הרווח ראו לעיל הערה 44.

למסות עסקאות באופציות – בין אופציות-רכישה ובין אופציות-מכירה – על נכסי-מקרקעין על-פי פקודת מס-הכנסה<sup>48</sup>, ולא – כפי שמקובל להניח כיום – שיש למסות אופציות-רכישה מסוג זה על-פי חוק מס שבח מקרקעין<sup>49</sup>. הביקורת המוצעת על הדין הנוהג בישראל מתייחסת גם לחלקיות ההסדר, אך בעיקר חולקת על הגיונו.

ראשית, הוראת רשויות-המס חלה על אופציית-רכישה בלבד. בעל נכס-נדל"ן הרוכש אופצית-מכירה איננו נחשב – כך נראה – כמי שרכש זכות במקרקעין, והמוכר איננו נחשב כמי שמכר זכות במקרקעין<sup>50</sup>. זאת ועוד: גם על-פי עמדת רשויות-המס, יש לסייג את הקביעה, שלפיה כתיבת אופציית-רכישה היא עסקה החייבת בכל מקרה בתשלום מס-שבח. חוק מס-שבח חל (אם בכלל) רק אם כותב האופציה הוא בעל-המקרקעין (נכס-הבסיס), נשוא האופציה. ברם, כותב אופציית-רכישה אינו חייב להיות בעל נכס-הבסיס: במקרים רבים צדדים הסוחרים באופציות אינם מתכוונים להעביר זה לזה עם מימוש האופציה את נכס-הבסיס, אלא סכום-כסף המשקף את השינוי בערכו ביחס למחיר המימוש<sup>51</sup>. כך, למשל, הפועלים בשוק אופציות-המעו"ף בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב מחויבים לסליקה כספית של תוצאות פעילותם, אך לא להעברת נכסי-הבסיס (מניות-המעו"ף)<sup>52</sup>. באופן דומה, כותב אופציית-רכישה על נכס-מקרקעין אינו חייב להיות בעל-המקרקע (או בעל הזכויות באיגוד-מקרקעין), נשוא האופציה. החובה המוטלת עליו היא לסלק את התחייבותו ולשלם את ההפרש הכספי החיובי (אם ייווצר הפרש שכזה) בין

48 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], עד תיקון מס' 99 ועד בכלל (להלן: הפקודה).

49 ראו דיונונו בפסקה זו ובפסקאות הבאות.

50 מוכר האופציה במקרה זה אינו בעל "זכות במקרקעין" המוגדרת בסעיף 1, בין היתר, כבעלות או כתכירה לתקופה העולה על עשר שנים. ראו " הדרי מס שבח מקרקעין (כרך א, תשנ"ג) 232. זאת ועוד: הגדרת "מכירה" בחוק – כ"הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין" או כ"הענקתה של זכות להורות על הענקה" – כוללת לכל היותר אופציית-רכישה הנכתבת על-ידי בעל המקרקעין. במקרה זה, למעניק הזכות יש לכאורה זכות במקרקעין (לדעה חולקת על גישה זו ראו להלן, ליד הערות 128-145). מנגד, באופציית-מכירה, הכותב מעניק זכות לרוכש האופציה, בעל-המקרקעין, למכור לכותב (היינו: "לתת") זכות במקרקעין (אך לא "לקבל" זכות במקרקעין). כך, למשל, ראו " הדרי, שם, הקובע כי אין זו אלא "הענקתה של זכות להורות על קבלה". וכן ראו " הדרי "מיסוי אופציות לרכישת זכות במקרקעין" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 229, 230-231. הרחבתה של הגדרת "זכות במקרקעין" וכן ניסוח אחר של "מכירה", ככוללת בין השאר "עסקה בזכות או בהתחייבות לקנות או למכור מקרקעין", היתה מבהירה כי ההגדרה חלה על שני סוגי האופציות.

51 ראו למשל, ר' אלדור שוק המעו"ף אופציות והזויים עתידיים (תשנ"א) 76.

52 כמובן, גם תוצאות פעילות (רווח או הפסד) בשוק ה"סתורות העתידיות" (למשל: בבורסה בשיקגו) מסולקות באופן כספי ולא על-ידי העברת הסתורות בין סוחרים.

שווי נכס-הבסיס ביום המימוש ובין מחיר המימוש. לכותב שאינו בעל נכס-הבסיס (היינו: מי שאינו בעל-הקרקע) אין "זכות במקרקעין", כהגדרתה בחוק מס-שבח מקרקעין; ובהיעדר "זכות במקרקעין" בנכס-הבסיס (בעלות או חכירה)<sup>53</sup>, אין "מכירה" לצורכי החוק ואין חבות במס-שבח<sup>54</sup>.

אמור מעתה: ההסדר המוצג על-ידי רשויות-המס והמשקף לטענתך את הדין הנוהג בישראל במיסוי אופציות-רכישה, הוא חלקי בלבד. הוא חל רק על סוג אחד של אופציות על נכס-מקרקעין (אופציות-רכישה) ואינו חל על הסוג האחר (אופציות-מכירה); וגם בתחום שהוא מתיימר להסדיר נראה, כי הוא מוגבל למיסוי אופציות-רכישה שכותבה הוא בעליו של נכס-הבסיס (המקרקעין)<sup>55</sup>. לא זו אף זו: על-פי הסדר זה, עסקת-האופציה ממוסה בשלב מוקדם — שלב קבלת הפרמיה. בשיטת מס-ההכנסה הנוהגת בישראל<sup>56</sup> הממסה עסקאות על-פי תוצאותיהן (רווח או הפסד המופק מהן) ואשר אינה ממסה תזרים מזומנים (היינו: עצם קבלת תקבול כספי כלשהו)<sup>57</sup>, חריגה מעיקרון זה ומיסוי התזרים של העסקה (קבלת הפרמיה)

53 להגדרת "זכות במקרקעין" ראו להלן, הערה 132. והשווה ע"א 702/84 יובל גד בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ(4) 802, 808, שבו נדונה השאלה האם יזם, שהתקשר בהסכם עם מנהל מקרקעי ישראל, וההסכם אפשר ליזם להפנות למנהל משתכנים, שירכשו ממנו דירות לשם חתימה על חוזה-חכירה עם המנהל, חייב בתשלום מס-רכישה. בית-המשפט קבע: "ולא ניתן לומר, שהמערכת [היזם — י"ב] חייבת בתשלום מס בשל כך שהוענקה לה זכות לקבל זכות במקרקעין". מנגד נקבע שם, כי היזם חייב במס כיוון שהוענקה לו "זכות להורות על הענקתה של זכות במקרקעין".

54 אם כן, המס הראוי לחול על עסקת אופציות-רכישה, שכותבה אינו בעל נכס-הבסיס (המקרקעין), הוא מס-ההכנסה (מס-פירות או מס רווחי-הון, אם מדובר ב"נכס"). ראו דיונונו להלן, ליד הערות 100-111. הרחבה אפשרית להגדרת "זכות במקרקעין" ול"מכירה" ככוללות בין השאר "עסקה בזכות או בהתחייבות לקנות או למכור מקרקעין" (כמוצע לעיל) היתה מבהירה לא רק כי ההגדרה חלה על שני סוגי האופציות אלא גם כי אין צורך כי מי מהצדדים יהיה בעליו של נכס-המקרקעין.

55 לבאורה הגדרת מכירה כ"העברה", כ"הסבה" או כ"הענקה" של "זכות במקרקעין" כוללת גם עסקה של כתיבת אופציה על-ידי מי שאינו בעל נכס-הבסיס. ולא היא: שכן הפעולות הללו מתייחסות ל"זכות במקרקעין" וזו מוגדרת — בסעיף 1 לחוק מס-שבח — כזכות בעלות או כזכות חכירה. אמור אפוא: בהיעדר זכות בעלות או חכירה בנכס הבסיס, אין לך אף "הענקה", "העברה" או "הסבה" של זכות החייבת במס-שבח.

56 מיסוי רווחי-הון, לרבות רווחי-הון המופק מנכס-מקרקעין, הוא חלק אינטגרלי משיטת מס-ההכנסה הנוהגת בישראל. ראו חלק ה לפקודת מס-הכנסה; וסעיף 6 לחוק מס-שבח.

57 להצעות דברו שיטות חלופיות למס-ההכנסה, השוללות את קביעת ההכנסה כבסיס המס הראוי, והממסות תזרים מזומנים או צריכה ראו, למשל, W. D. Andrews "A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax" 87 *Harv. L. Rev.* 1113 (1974); M. J. Graetz "Implementing a Progressive Consumption Tax" 92 *Harv. L. Rev.* 1575 (1979); A.

ללא קשר לתוצאותיה בלתי-מוצדקים<sup>58</sup>.

#### ד. הדין הישראלי – חלופות מיסוי אפשריות

##### 1. מיסוי על-פי חוק מס-שבח

הגדרת מכירה בחוק מס-שבח מקרקעין כוללת אפוא לכאורה כתיבת אופציית-רכישה שכותרתה הוא בעל נכס-המקרקעין, נשוא האופציה. מהו אם כן הדין הישראלי החל לגבי עסקאות באופציות על נכס-מקרקעין שאינן נכללות בהגדרת "מכירה"? על-פי עמדת רשויות-המס, השאלה עוסקת במיסוי אופציות-מכירה<sup>59</sup>; ואם נכונה טענתנו, עניינה של השאלה, אף לשיטתן, היא גם במיסוי אופציות-רכישה שכותרתן אינו בעל-המקרקעין. לטענתנו, כפי שתוצג להלן, השאלה מתייחסת לכל סוגי האופציות הנכתבות על נכס-מקרקעין, היינו: גם כשכותרת אופציית-הרכישה הוא בעל נכס-המקרקעין<sup>60</sup>.

פרופ' הדרי בוחן<sup>61</sup>, על-פי דין-המס הנוהג בישראל, סיווגים אפשריים של עסקת אופציית-רכישה שמהם תיגזרנה תוצאות מיסוי. אפשרות אחת היא לראות בכתיבת האופציה מכירה מושלמת של נכס-הבסיס, היינו: נכס-המקרקעין, כששווי העסקה הוא שווי המקרקעין<sup>62</sup>. חלופה זו ממסה אפוא את עסקת-האופציה כאילו

C. Warren, Jr. "Would a Consumption Tax Be Fairer Than an Income Tax" 89 *Yale L.J.* 1081 (1980). כמו-כן ראו י' ארדעי "בסיס מס כולל בישראל" משפטים יב (תשמ"ג) 431. כחריג לשיטת מס-ההכנסה (לרבות מס רווחי-הון ושבח-מקרקעין) הנוהגת בישראל – הממסה כדרך-כלל רווח או הפסד מעסקאות ואשר אינה ממסה את תזרים המזומנים של הנישום – ניתן להצביע על מס-הרכישה. המס מוטל, מכוח חוק מס שבח מקרקעין, על הקונה "זכות במקרקעין", על-פי מחיר הרכישה, ללא קשר עם השאלה אם הקונה יפיק בעתיד רווח מעסקה זו. ראו סעיף 9 לחוק; וכן תקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), תשל"ה-1974, שהותקנו מכוחו.

58 ראו דיוננו להלן, ליד הערות 82-91.

59 ראו דיוננו בפסקה לעיל.

60 גם פרופ' הדרי במאמרו, לעיל הערה 50, בעמ' 231, טוען כי אף אם מבחינה מילולית כלולה אופציית-מכירה בפסקה (2) או בפסקה (3) להגדרת מכירה בסעיף 1 לחוק מס-שבח, מבחינה מהותית עוסקות ההגדרות בפסקאות (2) ו-(3) בהענקת "זכות (שלמה ומשוכללת) במקרקעין ביום ההענקה, ואין היא מתייחסת להענקת זכות ברירה שרק ביום מימושה תיהפך להענקה של הזכות במקרקעין". על עמדה דומה (לגבי פסקאות (1) ו-(3) להגדרת מכירה) חזר פרופ' הדרי בספרו, לעיל הערה 50, בעמ' 232.

61 בספרו, שם, בעמ' 233-246.

62 תימוכין לגישה זו ניתן למצוא בפסק-הדין בעמ"ש (ת"א) 206/85 חורגין נ' מנהל מס שבח



זו מומשה מלכתחילה<sup>63</sup>. גישה זו מתעלמת מאופיה העצמאי של עסקת האופציה, וממילא מעוותת את תוצאות מיסויה<sup>64</sup>. גישה חלופית תסווג עסקת אופציה על נכס מקרקעין כמכירה הוגית או פירוטית על-פי פקודת מס-הכנסה. מיסוי הפרמיה בידי מקבלה, כותב האופציה, ייקבע על-פי סיווג האופציה כ"הון" או כ"פירות"<sup>65</sup>. סיווג דומה של ההוצאה, כהון או כפירות, ייעשה לגבי משלם הפרמיה. לצורך מיסוי רווחי-הון הוגדר "נכס" בסעיף 88 לפקודה כאופן רחב – הכולל בין השאר "כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות". הגדרה זו פורשה בפסיקה באופן רחב<sup>66</sup> והיא רחבה דיה כדי לכלול בתוכה גם אופציה, שנכס-הבסיס, נשוא האופציה, הוא נכס-מקרקעין<sup>67</sup>. לחלופין – מציע הדרי – ניתן למסות את הפרמיה כהכנסה פירוטית על-פי פקודת מס-הכנסה, מכוח סעיף (6)2 לפקודה הממסה הכנסות מנדל"ן<sup>68</sup>. לדעת הדרי<sup>69</sup>, החלופה המועדפת שוללת מיסוי אופציות-רכישה על נכס-מקרקעין במס-הכנסה<sup>70</sup> ומחייבת את מיסוין על-פי חוק מס-שבת<sup>71</sup>.

מקרקעין, פד"א יג 328, 330, שבו קבעה ועדת-הערר, בדונה במיסוי אופציית-רכישה: "לגבי מחויבותה במס אין אופציה זו אשר בפנינו אלא מכר עם זכות לקונה לסגת מהעסקה".  
63 לדעת הדרי ניתן למנוע מיסוי כפול – על-פי גישה זו – באמצעות סעיף 55 לחוק מס-שבת, הפוטר "מכירה" ממס, אם בעד אותה עסקה שולם מס בעבר. אך השווה לגישת ועדת הערר בעניין חורגין, שם, בעמ' 330-331, המסתפקת בשאלה זו:

יתכן ובעת קביעת שיעור המס המוטל על עסקת אופציה יש לקחת בחשבון שאולי לא יהיה זה הוגן לגבות מס כפול, פעם אחת על עסקת האופציה ופעם שניה על מימושה כמכר. מאידך, אולי אין חשש כזה, שאם בין מתן האופציה ומימושה לא השביחו המקרקעין נשוא העסקה, הרי לא יהיה מקום לשלם מס על שבתם ואילו אם אמנם השביחו המקרקעין בתקופת הביניים, הרי מן הדין שישולם מס על אותו שבת, וממילא לא יחושב לצרכי מס השבת שהשביחו עד מתן האופציה.

64 ראו גם הדרי, לעיל הערה 50, בעמ' 233.  
65 לשאלת עיתויו של המיסוי ראו הדרי להלן, ליד הערות 73-75. וראו דיונונו להלן, ליד הערות 112-126.

66 כך, למשל, נקבע (בדעת רוב), כי ויתור על זכות להמשיך בהליך משפטי (ביטול תביעת פירוק של חברה) הוא ויתור על "זכות ראויה". ע"א 182/72 אברך נ' פקיד השומה, פ"ד כז(2) 477.

67 כזכור, דיונונו עוסק בעסקת אופציה על נכס מקרקעין, שאיננה כלולה בהגדרת "מכירה" לצורך חוק מס שבת מקרקעין, ועל-כן הסייג הרביעי להגדרת נכס בסעיף "זכות במקרקעין שעל מכירתה מוטל מס שבת" אינו חל.

68 למיסוי עסקת אופציה על-פי סעיף (1)2 לפקודה, הממסה הכנסות מעסק, ראו דיונונו להלן, ליד הערה 104.

69 בספרו, לעיל הערה 50, בעמ' 235.

70 אם כי גם לדעת הדרי, שם, מיסוי כתיבת אופציית-רכישה כאירוע-מס של מכירת "נכס", החייב במס רווח-הון, היא "אפשרות לגיטימית".

71 שיטת-המיסוי המועדפת על-ידי הדרי מבחינה אפוא בין זכות האופציה העצמאית ובין

בעוד שהדין הנוהג מחייב לכאורה מיסויו של מוכר אופציית-רכישה עם כתיבתה<sup>72</sup>, הדרי מציע, בדיונו הנורמטיבי, לדחות את עיתוי המס<sup>73</sup>. לדעתו, יש להבחין בין אופציית-רכישה שמומשה ובין אופציה שפקעה. לגבי האחרונה הוא מציע לדחות את מיסויה למועד פקיעתה. במועד זה יש לתאם את הפרמיה על-פי עליית מדד-המחירים לצרכן<sup>74</sup>. לעומת זאת, אם האופציה מומשה, יש למסותה יחד עם עסקת-הבסיס, נשוא האופציה: הפרמיה (המתואמת למדד) תתוסף על מחיר המימוש, ושני הסכומים יקבעו את שווי המכירה של נכס-הבסיס (הנדל"ן)<sup>75</sup>. ההסדר המוצע על-ידי הדרי עולה אפוא בדרך-כלל בקנה אחד עם דין-המס הנוהג בארצות-הברית, אך בתוספת תיאום הפרמיה על-פי המדד<sup>76</sup>. על-פי הצעתו, יש לאמץ את גישתו הנורמטיבית ולהפכה לאופרטיבית, אף בדין הנוהג כיום, בדרך של חקיקה שיפוטית<sup>77</sup>.

עסקת-ה"בסיס", נשוא האופציה, הנכנסת לתוקף עם מימושה. יום המכירה של עסקת-הבסיס הוא יום מימושה של אופציית-הרכישה. ראו הדרי, שם, בעמ' 237-241, וראו גם ב"חבק" (לעיל, ליד הערה 44). לדעת הדרי, שוויה של עסקת-הבסיס לצורכי מס הוא מחיר המימוש המוסכם (מתואם למדד), בהנחה שמחיר המימוש נקבע בתום-לב וללא שהתקיימו "יחסים מיוחדים", כמשמעותם בהגדרת "שווי" בסעיף 1 לחוק מס-שבח. אך השווה לעמדת רשויות-המס ב"חבק", לעיל הערה 44, שלפיה "יש לראות את מימוש האופציה לרכישת מקרקעין כעסקה, כאשר יום המימוש הוא יום המכירה ושווי הזכות הוא שווי השוק של האופציה" (הדגשה שלי – י"ב). האם כוונתו היא לשווי השוק של האופציה בשעת המימוש? או שמא שווי השוק של האופציה בעת כתיבתה? נדמה כי שתי האפשרויות אינן נכונות, שכן בהיעדר יחסים מיוחדים, כאמור, שווי העסקה לצורכי מס ייחתך על-פי קביעת הצדדים לגבי מחיר המימוש (ולגבי מחיר הפרמיה, אם זו לא מוסתה בנפרד).

72 ראו דיונו ברבך עמדת רשויות-המס לעיל, ליד הערות 44-47.

73 הדחייה המוצעת היא של תשלום המס. חובת הדיווח על העסקה היא מיידית, על-פי סעיף 73 לחוק מס-שבח, המחייב את "המוכר זכות במקרקעין" להצהיר עליה תוך 30 ימים מיום המכירה (או תוך 50 ימים אם הצהרתו היא שומה עצמית).

74 לעיל הערה 50, בעמ' 243.

75 כך, למשל, על-פי הדרי, בעוכרות הנוכרות בדוגמא המובאת ב"חבק", לעיל הערה 44, כיום כתיבת האופציה וקבלת הפרמיה תמורתה (כשנת 1980) לא אירע אירוע-מס: הכותב אינו חייב בתשלום מס-שבח והרוכש אינו חייב בתשלום מס-רכישה. חובת תשלום המס קמה רק ב-1.10.1983, עם מימוש האופציה, שבעקבותיה נמכר נכס-הבסיס (המקרקעין) ב-510,000 ש"ח (מחיר המימוש בתוספת הפרמיה). השבח (של המוכר) ומס-הרכישה (החל על הקונה) יחושבו בהתאם, תוך שיערוך הפרמיה (10,000 ש"ח) להפרשי הצמדה למדד.

76 לביקורת על התעלמותו של דין-המס, הנוהג כיום בארצות-הברית, ממרכיב האשראי "ללא ריבית" הגלום במחיר האופציה ראו לעיל הערה 27.

77 הדרי מנמק את הצעתו בארבעה טעמים:

(1) הפתרון המוצע הולם את התייחסות הדין הכללי לנושא, וכך תושג הרמוניה בין

**2. התסדר המוצע – מיסוי אחיד במס־הכנסה של רווחי אופציות**

ההסדר המוצע על-ידינו למיסוי אופציות על נכסי-מקרקעין מושתת על העקרונות הבאים:

- (1) הבחנה בין עסקת-האופציה העצמאית ובין עסקת-הבסיס, נשוא האופציה, הנכנסת לתוקף עם מימושה.
  - (2) דחייתו של עיתוי המיסוי של עסקת-האופציה העצמאית לשלב בירור תוצאותיה העסקיות (רווח או הפסד), תוך תיאום מחיר האופציה (הפרמיה).
  - (3) מיסוי אחיד במס־הכנסה של כל סוגי האופציות ללא הבחנה לגבי מהותו של נכס־הבסיס: אין יסוד נורמטיבי למיסוי שונה של אופציות על נכסי-מקרקעין. העיקרון הראשון נגזר ממהותה הכלכלית של עסקת-האופציה<sup>78</sup> והוא מקובל גם על רשויות-המס בישראל<sup>79</sup>, באנגליה<sup>80</sup> ובארצות-הברית<sup>81</sup>.
- העיקרון השני, הדוחה את עיתוי המיסוי, מקורו בעקרון-יסוד של שיטת מס־ההכנסה הנוהגת, שלפיו יש למסות רק רווח (או הפסד) המופק מעסקה. יש לשלול מיסוי, בין על-פי פקודת מס־הכנסה ובין על-פי חוק מס־שבח<sup>82</sup>, על עצם "פתיחת פוזיציות", היינו: על כתיבה או רכישה של אופציה. אין למסות אופציות "פתוחות" ויש להמתין במיסוי עסקת-האופציה, כמו גם במיסוי כל עסקה אחרת, לתוצאותיה<sup>83</sup>. יש למסות את כותב האופציה ואת רוכשה רק על הרווח (או ההפסד)

הדין הכללי לדין המס; (2) יש לו עוגן בהוראות חוק מס שבת, ובראש ובראשונה בהגדרות של "מכירה" ו"שווי"; (3) הוא עולה בקנה אחד עם תכלית החוק: בחינת ההסכם שערכו הצדדים ביניהם, תוך כדי אפשרות למעקב של רשויות המס אחר העסקה, מראשיתה ועד לסיומה, כאשר המס משולם לבסוף בערכו הריאלי; (4) חלק מן הרעיונות שנבחנו עולים בקנה אחד עם הדין האנגלי והאמריקאי, לא רק עם הדין החרות, אלא אף עם הדין על-פי עקרונות המיסוי הכלליים באנגליה ובארצות הברית, ולדעת, גם בישראל (הדרי בספרו, לעיל הערה 50, בעמ' 246).

- 78 ראו דיוננו לעיל, בדבר מהותה הכלכלית של העסקה.
- 79 ראו ההוראות המקצועיות, לעיל הערה 44. על-כן, אין לסווג אופציית-רכישה כהסכם וכו תנאי מתלה, שכן הסכם-הבסיס, נשוא האופציה, אינו משתכלל אלא עם מימוש האופציה; ואילו חוזה עם תנאי מתלה משתכלל ביום החתימה על החוזה. ראו ע"א 489/89 שרון נ' מנהל מס שבת מקרקעין, פד"א כ 207, שבו נפסק כי יום המכירה לצורכי חוק מס־שבח הוא יום כריתת החוזה המותנה בתנאי מתלה.
- 80 ראו לעיל, ליד הערות 35-43.
- 81 ראו לעיל, ליד הערות 16-34.
- 82 הממסה, כזכור, רווח-הון המופק מעסקאות בגדל"ן והמוצא מתחולת חלק ה לפקודה. ראו לעיל הערה 67.
- 83 לדעה דומה ראו הדרי, לעיל, ליד הערות 73-75; א' נמדר דיני מיסים – מיסוי מקרקעין

המופקים מהעסקה עם סיומה (מכירה, מימוש או פקיעה), ולא על עצם יצירת ההתחייבות (כתיבת אופציה) או רכישתה<sup>84</sup>.  
 כותב האופציה – המתחייב, בתקופת חיי האופציה<sup>85</sup>, לרכוש או למכור את נכס-הבסיס, נשוא האופציה, מידי רוכש האופציה על-פי דרישתו – יוצר התחייבות. תורים המזומנים של העסקה משקף קבלת תמורה (פרמיה) בהווה, על-ידי כותב האופציה, כנגד מתן ההתחייבות<sup>86</sup>. קבלת פרמיה כשלעצמה איננה יוצרת רווח למקבלה, כותב האופציה, כשם שקבלת הלוואה, כנגד יצירת התחייבות לפרוע את ההלוואה, איננה יוצרת רווח ללווה. הרווח (או ההפסד) מהעסקה – היינו: ממכירת ההתחייבות לכותב ולמוכר – יתבררו רק עם סיום העסקה.  
 שיטת מס-ההכנסה הנוהגת בישראל איננה ממסה תורים מזומנים אלא עסקאות<sup>87</sup>. בשיטה הנוהגת, מיסוי פרמיה עם קבלתה, ללא המתנה לתוצאות העסקה שבגינה שולמה הפרמיה, יוצר חריג בלתי-מוסבר מהעיקרון של מיסוי עסקאות על-פי

(תשנ"ב) 58-59.

84 בעסקת-אופציה המחמשת מעבר לשנת-מס ניתן לתאם את הרווח או ההפסד הנובעים ממנה על-פי שיעור הסיכון ה"פתוח" בעסקה בסוף שנת-המס וביחס לפרמיה (מתואמת למדד) ששולמה. ראו דיוננו להלן, ליד הערות 112-126. לתמחור אופציות, בכלל, ולנוסחת "בלק אנד שולס", בפרט, ראו, למשל, R.A. Brealey and S.C. Myers *Principles of Corporate Finance* (3rd ed., 1988) Chapters 20-21.

85 לעניין תקופת-המימוש, מקובל להבחין בין אופציה "אמריקנית" לאופציה "אירופאית". את האחרונה ניתן לממש רק ביום אחד מוסכם, ואילו את האופציה האמריקנית ניתן לממש במהלך תקופה מוסכמת.

86 מנגד, התחייבותו של כותב האופציה היא נכס לרוכש האופציה. תורים המזומנים של רוכש האופציה הוא תורים טיפוסי לעסקה של רכישת נכס: בעל הנכס רוכש את הנכס, האופציה, בשלב ראשון (תורים שלילי) ובשלב שני הוא יכול למוכרו (תורים חיובי). לשם חישוב רווח או הפסד (הוני או פירותי) במכירת נכס יש להפחית את סכום המכירה מסכום הרכישה. לשם חישוב רווח או הפסד (הוני או פירותי) במכירת התחייבות (למשל: הלוואה) יש להפחית את הסכום שבו נפתחה ההתחייבות (סכום הפירעון), היינו: סכום הרכישה, מהסכום ששולם בעת יצירתה, קרי: סכום המכירה, הוא הסכום שקיבל המתחייב כנגד מתן התחייבותו (סכום הלוואה שקיבל הלווה). תורים המזומנים ביצירת התחייבות – היינו: תורים המזומנים של כותב האופציה, המתחייב מוכחה – "הפוך" אפוא מתורים המזומנים במכירת נכס. המתחייב (למשל, לווה) נהנה בשלב הראשון (שלב מכירת ההתחייבות) מתורים חיובי, ובשלב שני, עם פירוק (רכישת) ההתחייבות (למשל: החזר הלוואה) – מתורים שלילי. במובן זה ניתן לראות בהתחייבות "נכס שלילי". ראו, למשל, י' ברקאי חשבונאות ודווח כספי – התחייבויות והון (מהדורה שנייה, תשמ"ג) ז-5.

87 ראו לעיל הערה 57.

תוצאותיהן. גישת רשויות-המס<sup>88</sup>, הרואה בכתיבת אופציית-רכישה מכירה חלקית של נכס-הבסיס, אינה נכונה מבחינה כלכלית. כתיבת אופציה, כמו כל יצירת התחייבות אחרת, עניינה לקיחת סיכונים או נטרולם, ועל-כן קבלת פרמיה כשלעצמה אינה צריכה להיות אירוע-מס. ביקורתנו איננה מופנה אפוא על חריגה מעקרון המימוש, על-ידי הכרה "מוקדמת" מדי בתוצאות העסקה (היינו: קביעת רווח או הפסד ללא מימוש), אלא על מיסוי "הכנסה" ללא ידיעת תוצאות העסקה! ואכן, על-פי גישת רשויות-המס – הרואה בכתיבת אופציית-רכישה מכירה חלקית של נכס-הבסיס – ניתן למעשה למכור נכס אחד מספר בלתי-מוגבל של פעמים אם אופציות-הרכישה לא תמומשנה. זאת ועוד: העיות בולט פי כמה וכמה בשל העובדה שהמיסוי, על-פי רשויות-המס, חל – כך נראה – רק על כותב אופציית-רכישה על נכס נדל"ן שבבעלותו<sup>89</sup>, היינו: רק כשכותב האופציה מוגן ("מכוסה") בנכס-הבסיס כנגד הסיכון שנטל על עצמו. וכי מדוע יש להבחין בינו ובין יתר המקרים של מסחר באופציות<sup>90</sup>?

מכאן עולה, כי יש למסות את עסקת-האופציה, כמו כל עסקה אחרת, עם סיומה ורק על-פי תוצאותיה<sup>91</sup>. מנגד, אין לדחות יתר על המידה את עיתוי מיסויה. כזכור, דחיית-יתר קיימת למשל בדין האמריקני השולל את "עצמאותה המי-סויית" של עסקת-האופציה העצמאית במקרה שהאופציה ממומשת, על-ידי צירוף עסקת-האופציה לעסקת-הבסיס<sup>92</sup>. דחייתו של עיתוי ההכרה ברווח (או בהפסד) של עסקת-האופציה, בשל הוספתה לעסקת-הבסיס, פוגעת, כזכור, בניטרליות של מערכת-המס. היא מאפשרת לרוכש אופציה, המממשה, ליהנות מדחיית מס בגין רווחיו מעסקת-האופציה, בניגוד לרוכש אופציה, המוכרה לצד ג, הממוסה על רווחיו באופן מיידי. החלטת רוכש האופציה המתלבט אם לממש אופציה או למוכרה תושפע אפוא גם מהעדפתו בדבר מימוש, או דחיית עיתוי ההכרה ברווח

88 ראו את הוראות ה"חבק", לעיל הערה 44.

89 ראו דיונונו לעיל, ליד הערות 49-55.

90 ראו דיונונו שם. טענתנו בדבר אי-הרלבנטיות של קיום הגנה ("כיסוי") כנגד הסיכון (על-ידי החזקת נכס-הבסיס) לקביעת עיתוי המס, תודגם באופן הבא: נניח, כי מוכר אופציית-רכישה על נכס-מקרקעין רכש את נכס-המקרקעין מיד לאחר כתיבת האופציה. היינו: בשלב יצירת הסיכון (כתיבת האופציה) הוא לא היה "מכוסה", אלא רק מיד לאחר-מכן. גם על-פי גישת רשויות מס-שבח נראה, כי אין למסותו על עצם כתיבת האופציה.

91 שאלה נפרדת, אם כי קשורה, היא שאלת עיתוי המס: האם, בשל עקרון המימוש המיסיי, יש למסות את עסקת-האופציה רק עם סיומה או שמא ניתן למסותה מדי שנה, תוך שיערוך שנתי של הרווח (או ההפסד) המופק ממנה? ראו דיונונו להלן, ליד הערות 112-126.

92 ראו דיונונו לעיל, ליד הערות 20-33. השווה לעמדת הדין האנגלי לעיל, ליד הערות 38-43; וכן עמדת הדרי, לעיל הערה 75.

(או בהפסד)<sup>93</sup>. הניטרליות תושג אם תישמר עצמאותה של עסקת-האופציה גם בעת מימושה, כשמימוש אופציה על-ידי רוכשה ייחשב כאירוע-מס, השקול למכירתה לצד ג.

העיקרון השלישי בהסדר המוצע שולל מיסוי עסקאות באופציות על נכסי-מקרקעין על-פי חוק מס-שבח. על-פי המוצע, יש למסות עסקאות אלה כמו מיסוי כל עסקת-אופציה אחרת, על-פי פקודת מס-הכנסה.

מיסוי עסקאות הוניות במקרקעין על-פי חוק מס-שבח, היינו: באופן שונה ממיסוי עסקאות הוניות "רגילות", הוא בגדר אנומליה בדין הישראלי. מקור האנומליה טמון בסיבות היסטוריות, שכן חקיקת ההסדר הספציפי למיסוי רווחי-הון במקרקעין – מס-שבח מקרקעין – קדמה לחקיקת חלק ה לפקודה, הממסה מכירות הוניות "רגילות" של נכסים<sup>94</sup> שאינם נכסי נדל"ן<sup>95</sup>. כיום אין סיבה מהותית להבחנה בין השניים – על-ידי החלת דינים שונים על מוכרים וקונים של נכסי-הון או של נכסי-מקרקעין, לרבות חיוב קונה נדל"ן בתשלום מס-רכישה, ולכן יש לשאוף להקטנת נזקי האנומליה ככל האפשר<sup>96</sup>.

בהיעדר סיבה נורמטיבית למיסוי אופציות על נכסי-מקרקעין באופן מיוחד, הרי שלכאורה ניתן להצדיק מיסוי זה מסיבה מעשית: קיומו של העיוות – הסדר מיסוי מיוחד לעסקאות-מקרקעין – בדין הנוהג בישראל. ברם, בשל התחום המצומצם שבו ניתן להחיל כיום, גם על-פי עמדת רשויות-המס, את חוק מס-שבח ואת חיוב הקונה בתשלום מס-רכישה על עסקאות באופציות אלו – היינו: רק על כתיבת

93 ראו דיונונו לעיל, ליד הערות 28-33.

94 סעיף 88 לפקודה מגדיר "נכס" שמכירתו חייבת במס רווחי-הון כך:

כל רכוש, בין מקרקעין ובין מטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות, והכל בין שהם בישראל ובין שהם מחוץ לישראל, למעט – (1) מטלטלין של יחיד המוחזקים על ידיו לשימושו האישי או לשימושם האישי של בני משפחתו או של בני-אדם התלויים בו; (2) מלאי עסקי; (3) זכות חזקה במקרקעין – בין שברין ובין שביושר – המשמשים לצרכי מגורים ולא לשם השתכרות או ריווח; (4) זכויות במקרקעין וזכויות באיגוד כמשמעותם בחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963, שעל מכירתם מוטל מס שבח או שהיה עשוי להיות מוטל אילולא הפטור לפי החוק כאמור.

95 להתפתחות האנומליה ולרקעה ההיסטורי ראו, למשל, הדרי בספרו, לעיל הערה 50, בעמ' 39-40, 53-54.

96 דיונונו מניח כנתון את ההבחנה המשפטית בין "הון" לבין "פירות" – הבחנה מרכזית בשיטת-המס הנוהגת בישראל. אמנם, יש לחלוק על הגיונה הכלכלי של הבחנה זו, שכן ערכו של כל נכס ("הון") נגזר מתזרים המזומנים הצפוי ממנו. אך בהינתן הבחנה זו, מטרתנו למזער את נזקה ולהציע הסדר מס אחיד ככל האפשר למיסוי אופציות.

אופציות-רכישה, כשנכסה-הבסיס מוחזק בידי כותב האופציה<sup>97</sup> — ולאור יכולתם של הנישומים, העוסקים בכתיבת אופציות או בקנייתם, לעקוף את תחולת חוק מס-שבח ולהיכנס מיזמתם לתחום המיסוי של הפקודה, הרי שגם סיבה מעשית זו נופלת. יכולת התמרון של נישומים לעקוף את תחולת חוק מס-שבח ולהיכנס לתחום המיסוי של הפקודה מקורה ביכולתם ליצור ולסחור לעתים בנכס "סינתטי", שערכו נגזר משווי נכס נדל"ן מסוים, מבלי לסחור בנדל"ן עצמו<sup>98</sup>. אמנם, במרבית המקרים לא ניתן ליצור נכס נדל"ן סינתטי, למשל, בשל היעדר אופציות סחירות על נכסה-הבסיס, ברם, גם אז ניתן לעקוף את תחולת חוק מס-שבח על-ידי כתיבת אופציה לא על נכס שבבעלות הנישום, אלא על נכס זהה או דומה שבבעלותו של אחר<sup>99</sup>. אמור אפוא: הן בשל מגבלות התחולה של חוק מס-שבח והן בשל האפשרות הקלה לעוקפו יש למסות עסקאות באופציות על נכסי-מקרקעין, כשם שממסים כל עסקת-אופציה אחרת, על-פי פקודת מס-הכנסה.

על-פי הגישה המוצעת, יש למסות את המסחר באופציות הן אצל כותבי האופציות הן אצל רוכשיהן, כעסקה הונית או פירוטית — הכול לפי העניין<sup>100</sup>. סיווג ההכנסה (או ההוצאה) מעסקי האופציות, כהון או כפירות, ייעשה על-פי

97 ראו דיונו לעיל, ליד הערות 49-55.

98 ראו בר, לעיל הערה 4, ליד הערות 55-67, בדבר המשוואה, הידועה כ-put-call parity. כפי שעולה מדיונו שם, ניתן לקבוע על-פי המשוואה (ככפיפות להנחות-היסוד שלה), גם את יחסי-הגומלין בין רכישת נכס-בסיס ובין רכישת אג"ח ואופציות-רכישה וכתיבת אופציות-מכירה על נכס-הבסיס:

$$S = Z_x + C_x - P_x$$

המשוואה מבחירה, כי רכישת נכס-בסיס (S) שווה מבחינה כלכלית לשלושת הבאים: רכישת אג"ח (Z) בנכיון במחיר פריון X, רכישת אופציות-רכישה (C) על הנכס לתאריך פריון האג"ח במחיר מימוש X וכתיבת אופציות-מכירה (P) על הנכס לאותו תאריך, במחיר מימוש X. צד ימין של המשוואה מציג אפוא את הדרך ליצירת "נכס סינתטי", שכן מחזיק אג"ח הרוכש אופציות-רכישה והכותב אופציות-מכירה על אותו נכס בסיס — כשמחיר הפריון של האג"ח שווה למחיר מימוש האופציות, ותאריכי המימוש שווים לתאריך הפריון — ייהנה מהתשואה שניתן להפיק מנכס-הבסיס ללא החזקתו בפועל.

99 זאת ועוד: גם במקרים שבהם לא ניתן ליצור נכס סינתטי, בשל היעדר אופציות סחירות על נכס-הבסיס, ניתן לאתר לעתים אופציות סחירות על נכסים הדומים בקירוב רב לנכס-הבסיס, ועל-ידי כך ליצור סימולציה דומה שתאפשר יצירתו של מעין נכס סינתטי.

100 להבחנה הנוגעת בין הכנסה הונית לבין הכנסה פירוטית השלכות רבות. למשל: לשם קביעת שיעור המס החל על ההכנסה (הכנסה הונית חייבת לעתים במס מופחת, למשל: מס מוגבל על "הסכום האינפלציוני". ראו סעיף 91 לפקודה); לקביעת זכאות לפטורים (למשל: פטור לרווח-הון ממכירת אג"ח סחירות על-פי סעיף 97(א)(1) לפקודה); לאפשרות קיוו הפסדים (הפסד מעסק ניתן לקיוו על-פי סעיף 28 לפקודה, ואילו קיוו הפסדי-הון מוסדר בסעיף 92

המבחנים המקובלים לקביעת קיומה של פעילות עסקית<sup>101</sup>. ברם, נדמה כי המבחנים המקובלים של "ידע ובקיאות", "תקופת ההחזקה", "טיב הנכס" ו"אופן המימון" מתעלים במרבית המקרים את העוסקים באופציות למעמד של סוחרים בהן, או לחלופין, למעמד של עוסקים בעסקת-אקראי. העיסוק באופציות מאופיין בניצול מנוף האשראי הגלום בהן<sup>102</sup>, הוא מחייב מומחיות ובקיאות<sup>103</sup>, וברוך-כלל תקופת חייה של האופציה קצרה ושיעור התנודתיות במחירה גבוה ביחס לנכסי-הבסיס. כל אלו יטו במקרים רבים את "הכף העסקית" של המאזניים.

רווח (או הפסד) פירוטי ימוסו על-פי סעיף 2(1) לפקודה<sup>104</sup>, הממסה רווח מעסק

לפקודה).

101 ראו להלן הערה 104.

102 כך, למשל, משקיע המממש אופציית-רכישה רוכש למעשה את נכס-הבסיס בתשלומים, שכן הוא רכש את הזכות לקנות את הנכס בעבר, לאחר ששילם את מחיר הפרמיה, אך עליו לשלם את מחיר המימוש רק בהווה. ערכה הכספי של דחיית תשלומו של מחיר המימוש ליום המימוש יעלה ככל ששערי-הריבית יהיה גבוה יותר וככל שתקופת המימוש ארוכה יותר.

103 על-פי הלכת מזרחי — עמ"ה (י-ם) 35/82 מזרחי נ' פקיד השומה ירושלים, פ"מ תשמ"ד (2) 338 — ניתן לייחס לנישום את המומחיות של נציגו, ה"ברוקר" הפועל עבורו בשוק-ההון.

104 בסעיף 1 לפקודה מוגדר עסק "לרבות מסחר, מלאכה, חקלאות או תעשייה". פרשנות המונח "עסק" לצורך סעיף 2(1), כמו גם פרשנות המונח "עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי", נדונו בפסיקה פעמים רבות. כך, למשל, נקבעו בין השאר המאפיינים הבאים לשאלת קיומו של עסק: ידע ובקיאות, תדירות, טיב הנכס הנמכר, תקופת-החזקה, אופן המימון ומידת היזמות והשיווק. ראו, למשל, א' רפאל וד' אפרתי דיני מס הכנסה (כרך א, מהדורה שנייה, תשמ"ח) 30-44. באופן דומה מונה "החבק" (בעמ' ב-4) את המבחנים הבאים כקובעים את אופיה המסחרי של פעילות כלכלית נתונה: "אופי הנכס; ידענות, בקיאות ומיומנות; תקופת ההחזקה; טיפוח, יזמות, שיווק (השבחה); ההיקף הכספי; מימון; יעוד התמורה ומבחן ההיגיון המקצועי וחוש המומחיות". יישום מבחנים אלו מלמד לעתים, כי עיסוק בניירות-ערך יכול להיחשב כעסק. כך, למשל, בע"א 787/86 מוראן הנדסת בנין בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 3, פ"ד מה(4) 621, קבע בית-המשפט העליון, כי קנייה ומכירה של ניירות-ערך על-ידי חברה קבלנית הוא חלק אינטגרלי מפעילותה העסקית הרגילה. בעניין מזרחי (לעיל, הערה 103) סיווג פקיד-השומה את הכנסות הנישום מניירות-ערך כהכנסה מעסק וחייבו במס בשיעור מלא. בית-המשפט אישר את קביעת פקיד-השומה בשל מספר פעולות רב (מעל 450 פעולות במשך 3 שנים), המימוש המהיר של ניירות-הערך, מימון חלק מהרכישות במשיכת יתר, היקף הפעילות (מחזור העסקאות בניירות ערך היה כמעט זהה למחזור הנישום מעיסוקו כקבלן-בניין) ואופי ההשקעה (מדבית ההשקעה היתה במניות ספקולטיביות). זאת ועוד: בית-המשפט ייחס לנישום את הידע והמומחיות של פקיד-הבנק, שלוחו של הנישום, בניירות-ערך. כמורכן ראו, עמ"ה (י-ם) 30/84 א. טרגר דירות להשכרה בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים, פ"מ תשמ"ז (3) 469; עמ"ה (י-ם) 26+38/85 פמה, חברה להשקעות ונכסים בע"מ נ' פקיד שומה, מיסים ג-5 ת-143. כמורכן ראו ב' ע' צוקרמן וע' לביא "האבחנה בין 'סוחר בניירות ערך' לבין 'משקיע שאינו



או מעסקת-אקראי בעלת אופי מסחרי, או על-פי סעיף 7(2) לפקודה<sup>105</sup>, הממסה רווח פירותי המופק מנכס שאינו נדל"ן<sup>106</sup>, אלא-אם-כן התקיימו תנאי הפטור

סותר" משפטים ח (תשל"ז) 47; "הדרי" השאלה החוזרת על עצמה: היחיד כמשקיע או סוחר בניירות ערך – הערות בשולי פסק דין מזרחי" הפרקליט לו (תשמ"ה) 282.  
 105 סעיף 7(2) לפקודה משלים את סעיף 6(2) – הממסה הכנסות שמקורן בנכס-נדל"ן. אין הגדרה ל"נכס" לצורכי סעיף 7(2). השווה הגדרת "נכס" בסעיף 88 לפקודה. למימון מכוח הסעיף ראו, למשל, ע"א 431/69 פקיד שומה תל אביב 5 נ' דרבי הימיקלים בע"מ, פד"א ג 241; עמ"ה (ת"א) 960/72 בונאן אלברט נ' פקיד השומה, פ"מ תשל"ד (3) 236; ע"א 416/65 ורוק נ' פקיד השומה, פ"ד כ(2) 351. לשאלת היחס בין סעיף 7(2) לסעיף 6(2) ראו ש' כורנשטיין וא' נמדר מיסוי שכירות (תשמ"ט) 42-51. "הדרי" בספרו, לעיל הערה 50, בעמ' 235, בדיונו אגב חלופות-המיסוי השונות למיסורו של כותב אופציית-רכישה, בוחן חלופת-מיסוי פירותית מכוח סעיף 6(2), הממסה הכנסות מנדל"ן. לשיטתנו, בשל אופיה העצמאי של עסקת-האופציה, מקור הרווח המופק מאופציה, גם אם נכס-הבסיס שלה הוא נדל"ן, הוא בחוזה האופציה ועל-כן מקור הכנסה אפשרי הוא סעיף 7(2). ואמנם, בעניין בונאן קבע בית-המשפט, כי פיצוי מכוח חוזה על הפסד בשל ירידת ערך קרקע איננו רווח הנובע מקרקע, החייב במס מכוח סעיף 6(2).

106 ההבחנה בין הכנסה אקטיבית לבין הכנסה פסיבית היא הקובעת את סיווג מקור ההכנסה על-פי סעיף 2 לפקודה. בהשכרת נדל"ן, למשל, הכנסה אקטיבית תמוסה מכוח סעיף 1(1), ואילו הכנסה פסיבית תמוסה מכוח סעיף 6(2). כך, למשל, בע"א 44/85 נוה אריאל בע"מ נ' מנחל מס ערך מוסף, פ"ד מא(3) 634, 643, חזר בית-המשפט על ההבחנה בין הכנסה פסיבית מדמי-שכירות ובין הכנסה אקטיבית שמקורה בעסק של השכרת נכסים: "הדגשת המבחנים של ארגון הפעילות ופיתוח המקרקעין מצביעה על כך, שהכנסות החברה לא היו ממקור פאסיבי, אלא יצירתן היתה כרוכה ביגיעה, ולפיכך יש לסווג את פעילותה כעסק לפי סעיף 1(1) לפקודה". והשווה עמ"ה (ת"א) 62/85 קרית יהודית פרק תעשייתי בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פד"א יד 24. כמורכב ההבחנה בין הכנסה עסקית להכנסה פסיבית היא הקובעת את סיווג ההכנסות מריבית ומהפרשי הצמדה כהכנסה החייבת במס על-פי סעיף 1(1) או כהכנסה פסיבית החייבת במס על-פי סעיף 4(2). בין היתרונות של סיווג הכנסה מעסק (על-פי סעיף 1(1) לפקודה) ניתן למנות שיעורי מס מוגבלים במקרים מסוימים (על-פי חוק עידוד השקעות הון) וקיומו הפסדים כנגד הכנסות אחרות בשנת-מס נתונה וכנגד הכנסות מעסק או ממסלח-יד, לרבות רווח הון בעסק, בשנים שלאחר-מכן (סעיף 28(א-ב) לפקודה). ההבחנה בין הכנסה ממקור הכנסה "אקטיבי" למקור הכנסה "פסיבי" קשה ליישום, וניתן לחלוק על הגיונה. כך, למשל, בעמ"ה (ת"א) 198/83 שחל חמרים לבנין בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פד"א יד 51, סירב פקיד-השומה למסות את המערערת בשיעור מופחת, החל על חלק המפעל המאושר, על הכנסות ריבית שונות, בטענה כי הפעולות מניבות-ההכנסה נעשו במנותק מהפעילות העסקית הרגילה במפעל המאושר. בית-המשפט פסק, כי בנתוני המקרה הפקדת... הכספים לתקופות של ימים בתפ"ס, ואף לתקופות של 3 ו-4 חודשים במט"ח ובפת"ס, לא ניתקה המערערת את הכספים האלה מהמעגל העסקי והשוטף שבמפעלה המאושר... ההפקדות לתקופות קצרות יחסית [נעשו] במגמה להשתמש בהם לכיסוי

לרווחי אופציות (רווחי פירות) הקבועים בחוק<sup>107</sup>.

מגד, על-פי המבחנים המקובלים לסיווג פעילות כהונית או כפירותית, הרי שצד לעסקה באופציות שאיננו סוחר בהן – אשר רוכשן, למשל, למטרות ביטוח (גידור סיכונים – hedging) – אפשר שיתחייב במס על הכנסותיו (או הפסדיו) מעסקת-האופציה כרווח (או כהפסד)<sup>108</sup>, על-פי חלק ה

חובות עסקיים שוטפים בחום תקופות הפקדון, וכך אכן נעשה. אשר לרביית עמיל מכס... זו נתקבלה במהלך העסקי הרגיל במפעלה של המערערת ולא במנותק ממנו (שם, בעמ' 55).

מגד, בע"א 638/85 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' מלון פלאזה בע"מ, פ"ד (מד) 309, קבע בית-המשפט העליון, כי הפרשי שער על פיקדון בבנק, שמקורם בתקבולים מאורחי המלון, אינם חלק אינטגרלי מהכנסת המלון מעסק במסגרת המפעל המאושר ואינם זכאים אפוא לשיעור המס המופחת החל על הכנסות המפעל המאושר: "יש לומר כי הכספים שהופקדו בחשבון הפת"מ נותקו ממעגל עסקיה של המשיבה" (שם, בעמ' 316). לביקורת על ההבחנה בין הכנסה אקטיבית להכנסה פסיבית ולטענה כי אין בה ממש ראו "בר" מיסוי מוסדות ציבור: הדין הנוהג והדין הראוי "משפטים כד (תשנ"ד) 283, 300-306.

107 סעיף 16 לפקודה מסמיך את שר-האוצר, באישור ועדת-הכספים של הכנסת, לפטור ממש או לקבוע שיעור מס מופחת בין השאר להכנסות הנובעות מעסקאות בשערים עתידיים. "עסקה בשערים עתידיים" הוגדרה בסעיף כ"עסקה לגבי פיצוי בשל שינוי עתידי בשער מטבע, בשיעור שינוי מדד או בשיעורי ריבית, וכן זכות לעשיית עסקה כאמור". בתקנות מס הכנסה (פטור ממש על הכנסה ממימוש עסקה בשערים עתידיים או ממכירתה), התשנ"ב-1992, ק"ת התשנ"ב, עמ' 1287, נקבע, כי "הכנסה ממימוש עסקה בשערים עתידיים הנסחרת בבורסה... או ממכירתה בבורסה פטורה ממש בידי יחיד ובידי קרן להשקעות בנאמנות". הפטור המקורי לא חל "לגבי מי שחייב לרשום את ההכנסה בספרי העסק שלו" וכן לא לגבי "מי שהתחייב על פי העסקה". בתיקון מאוחר (ק"ת התשנ"ג, עמ' 997) נמחק הסיפא ("מי שהתחייב על פי העסקה"). הסעיף מאפשר אפוא פטור "פירותי" לרווחים מאופציות. היקף הפטור – המתנה בפרשנות הסייג המוציא מתחולתו "מי שחייב לרשום את ההכנסה בספרי העסק שלו" – ייקבע על-פי תחום פועלו של סעיף 2(1) לפקודה. פרשנות מצמצמת תפרש את החריג כבא להוציא מתחום הפטור רק יחיד (או קרן-נאמנות) הרושם את ההכנסה בספריו כיוון שהוא סוחר באופציות במסגרת עסקו, למשל: מוסד פיננסי. פרשנות רחבה תפרש, כי כל מי שהכנסתו מרווחי אופציות היא בעלת אופי פירותי חייב לרושמה במסגרת עסקו. הקושי בפרשנות האחרונה טמון בעובדה שהיא למעשה מאיינת את הסעיף; שהרי על-פי מבחני הפסיקה, העיסוק באופציות כשלעצמו הוא בדרך-כלל פירותי (ראו לעיל, ליד הערות 102-103) ולפיכך כל העוסק בהן (למעט חריגים נדירים) אינו זכאי לפטור. לא זו אף זו: על-פי הפרשנות הרחבה, גם החריג השני בנוסח המקורי ("מי שהתחייב על פי העסקה") נראה כמיותר, שכן לכאורה כל כותב אופציה חייב לרושמה בספריו בגלל אופייה הפירותי (החריג הראשון בפרשנותו הרחבה).

108 נדמה כי על-פי הדין הנוהג יש בדרך כלל להבחין בין כותב אופציה ובין רוכשה. בעוד שרוכש אופציה למטרת גידור סיכונים פועל במידה רבה כמי שרוכש פוליסת-ביטוח (בתמורה

לפקודה<sup>109</sup>, אלא-אם-כן, התקיימו בו תנאי הפטור לרווח הוני מאופציות הקבוע בחוק<sup>110</sup>. כזכור, תוצאה דומה מתבקשת על-פי הדין הנוהג בארצות-הברית, שלפיו אם נכס-הבסיס מסווג כנכס-הון, למשל, מניות או גדל"ן, רווח או הפסד מעסקאות-אופציה על נכסים אלו ייחשבו אף הם להונניים<sup>111</sup>.

שאלה נפרדת לגבי עסקת-אופציה החייבת כמס היא שאלת העיתוי. הקביעה כי שיטת מס-ההכנסה הנוהגת בישראל איננה ממסה תזרים מזומנים אלא עסקאות<sup>112</sup>, שוללת מיסוי ללא ידיעת תוצאות העסקה (רווח או הפסד), אך אינה קובעת את עיתויה של בחינת התוצאות. על-פי עיקרון המימוש הנוהג<sup>113</sup>, יש להכיר בתוצאות

(לתשלום הפרמיה), הרי שכותב האופציה פועל כמבטח, שכנגד תשלום פרמיה, כותב שיפוי כנגד סיכון. רוכש פוליסה מעין זו (למשל: רוכש אופציית-מכירה) יטען אפוא, כי רווחים שהפיק ממנה יסווגו כהונניים; ואילו רווחי כותב הפוליסה, המבטח (כותב אופציית-המכירה) יסווגו בדרך-כלל על-פי המבחנים המקובלים, כרווחי פירות של מבטח עסקי. ברם, הבחנה זו מעוררת קשיים וניתן לחלוק על הגיונה, שכן לעתים כתיבת אופציה היא חלק מאסטרטגיית השקעה "ביטוחית" שמטרתה לנטרל סיכונים או להפיק רווחים, בתחומי סיכון מוגדרים, לכותב האופציה. במקרה זה כתיבת האופציה היא חלק ממהלך כולל של ניטרול סיכון דווקא. לביקורת דומה על חוסר-תקפותה של ההבחנה בין הכנסה אקטיבית להכנסה פסיבית דאו בר, לעיל הערה 106.

109 ראו דיונונו לעיל בהערה 66, בדבר הגדרת "נכס" בסעיף 88, הגדרה הרחבה דיה כדי לכלול בתוכה גם כתב אופציה. מאידך, הגדרת "רווח הון" – בסעיף 88 לפקודה – כ"סכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי" איננה מתאימה למכירת התחייבות אלא למכירת נכס. רווח ההון במכירת התחייבות הוא: הסכום שבו עולה התמורה (שקיבל המתחייב בעת יצירת ההתחייבות) על סכום פדיון ההתחייבות. ראו דיונונו להלן, ליד הערות 136-141.

110 בצו מס הכנסה (פטור ממס על ריווח הון ממכירת מניות), התשמ"ב-1981, ק"ת התשמ"ב, עמ' 265, כפי שתוקן ב-14.9.1989, נקבע בסעיף 2, כי "רווח הון ממכירת מניה הנסחרת בבורסה בישראל לרבות רווח הון מהפרש טל מניות – פטור ממס". "הפרש טל-מניות" הוגדר בצו כ"הפרש בין מחיר המימוש של האופציה העתידית או מחיר החוזה העתידי, לפי הענין, לבין המחיר הקובע של סל-המניות במועד העתידי". "זכות עתידית" הוגדרה בצו כאופציה או כתווה עתידי, הנסחרים בבורסה, והמקנים לבעליהם זכות (או חובה) לקבל או לשלם הפרש חיובי (או שלילי) של סל מניות. מכאן הזכאות לפטור, בתנאים הנקובים בחוק, לרווחים הונניים שמקורם במסחר באופציות הנסחרות בשוק המעו"ף. והשווה ל"פטור הפירותי" הקבוע בתקנות מס-הכנסה (פטור ממס על הכנסה ממימוש עסקה בשערים עתידיים או ממכירתה), התשנ"ב-1992, לעיל הערה 107.

111 ראו דיונונו לעיל, ליד הערות 23-25. והשווה הדין האנגלי, לעיל הערה 36.

112 ראו לעיל הערה 57.

113 עקרון המימוש הוא עקרון מרכזי בשיטת-המס הנוהגת כיום בישראל, כמו גם בעולם כולו. ראו, למשל, רפאל אפרתי, לעיל הערה 104, בעמ' 26, 436-437. לאימוץ העיקרון בפסיקה ראו, למשל, דברי השופט זוסמן בע"א 212/65 ש' כהן נ' פקיד השומה גוש דן, פ"ד כ(2)

עסקת האופציה רק עם השלמתה: עם מימושה, פקיעתה או מכירתה<sup>114</sup>. מנגד, עקרון המימוש – הדוחה, משיקולי ודאות ונזילות, מיסוי עליית ערך בלתי-ממומשת של נכס – גורם במקרים רבים לעיוות שיטת-המס<sup>115</sup>, ועל-כן ישנם מקרים שבהם, בארץ ובעולם, הוחלט שלא לאמצו. ככל שמרכיב הוודאות – היינו: היכולת לכמת את עליית הערך הבלתי-ממומשת של הנכס – ברור יותר, וככל שקל יותר לבעליו לממשו (למשל: אם הוא נכס סחיר), כך ניתן להצדיק את הסטייה מעקרון המימוש ולמסות, על בסיס שנתי, את עליית ערכו הבלתי-ממומשת של הנכס. כך, למשל, סעיף 1256 לקוד המס האמריקני קובע, כי יש למסות אופציות סחירות מסוימות המוחזקות בידי סוחרים, באופן שנתי, על בסיס מהירן בשוק<sup>116</sup>. כמרכז, בית-המשפט העליון בישראל קבע, כי נישום המנהל את חשבונותיו על-פי הבסיס המסחרי חייב לדווח על הכנסותיו הבלתי-ממומשות מריבית על בסיס שנתי<sup>117</sup>; וכן כי יש למסותו מדי שנה על הפרשי הצמדה המצטברים על אגרות-חוב שבבעלותו, גם בהיעדר מימוש<sup>118</sup>. בעניין קי.בי.ע.<sup>119</sup> נקבע, כי יש למסות נישום המדווח על-פי הבסיס המסחרי על רווחים שהפיק מהשקעת עתודותיו הכספיות באג"ח צמודות, באופן מצטבר: "יש להטיל מס באורח מבוזר גם בטרם נמכרו האגרות, ובטרם הגיע מועד פדיון"<sup>120</sup>. בהלכת דפוס המרכז<sup>121</sup> נקבע, כי יש להרחיב את ההלכות שעניינן מיסוי מצטבר על ריבית והפרשי הצמדה גם על הפרשי שער

421, 442, אשר בדונו בפסיקת בתי-המשפט קבע:

- אין היא אלא ביטוי לעקרון שאין אדם חייב במס אלא על ריווח שמימש. השבחת נכס נותנת אולי לבעל הנכס הרגשה של התעשרות, אך הרגשתו אינה חייבת במס. עקב שינוי תנאי השוק עלול ערכו של הנכס לרדת, והאוצר לא יפצה בעל נכס על הפסד, כדרך שאינו גובה ממנו מס הכנסה על ריווח שלא מימש בפועל. מכאן שאין אדם משלם מס הכנסה אלא על ההפרש בין הכנסתו ובין מחיר העלות, ואין נפקא מינה בכך מה היה שווי של נכס בשוק בזמן מן הזמנים שבין קנייתו ומכירתו. ההגיון שבדבר בולט לעין עד כדי כך, שהמחוקק אפילו לא טרח להעלותו על ספר החוקים.
- 114 כזכור, בשימוש במונח "מימוש" יש להבחין בין משמעות המונח לצורכי מיסוי ובין משמעותו בדיון בדבר אופציות. ראו לעיל הערה 5.
- 115 בשל מרכיב הזמן, הדחייה גורמת להטבת מס ברורה.
- 116 ראו לעיל הערה 16.
- 117 ע"א 385/75 "רפק" אלקטרוניקה בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד ל(1) 645.
- 118 ע"א 347/78 קופת עליה אגודה שיתופית לאשראי וחסכון בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד לג(2) 525.
- 119 ע"א 159/79 קי.בי.ע. בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד לה(3) 572.
- 120 שם, בעמ' 579.
- 121 ע"א 510/80 פקיד השומה ירושלים נ' דפוס המרכז, פד"א יב 6.

המצטברים בפקדונות מט"ח. בישראל הסטייה מעקרון המימוש, בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, איננה מיוחדת דווקא לבתי-המשפט. גם המחוקק הישראלי ממסד לעתים הכנסה בלתי-ממומשת. כך, למשל, בתיקון 54 לפקודת מס-הכנסה<sup>122</sup> נוסף על הפקודה סעיף 88 הקובע לאמור: "הכנסתו של אדם מהפרשי שער תחשב כהכנסה בשנת המס שבה נצברה גם כשהדוח הוא על בסיס מזומנים"<sup>123</sup>.

מיסוי עסקאות באופציות יכול אפוא להידחות עד למימושה המיסוי של העסקה (במכירה, בפקיעה או במימוש האופציה), אך הוא גם יכול לסבול מיסוי בהיעדר מימוש. כך בעסקת-אופציה מתמשכת, העומדת בתוקפה מעבר לשנת-מס נתונה, ניתן למסות את תוצאתה הזמנית מדי שנה על-ידי שיערוך מחיר האופציה. באופציות סחירות נדמה, כי במקרים רבים זו החלופה המועדפת<sup>124</sup>, שכן ודאות מחירן גבוהה — שהרי ניתן לשערך אופציה סחירה על-פי מחירי השוק לסוף שנת המס — ובשל סחירותן, מיסוי, בהיעדר מימוש, לא ייצור בעיית נזילות לנישום. אימוץ גישת השיערוך מחייב לתאם באופן מקביל את הפרמיה<sup>125</sup>. תיאום הפרמיה ותיאום שווי האופציה יאפשרו את שיערוך תוצאותיה של העסקה לסוף שנת-המס. מיסוי של כותב אופציה, למשל, ייעשה — על-פי הדרך המוצעת — על דרך ההיקש למיסוי חברת-ביטוח: מהכנסות המבטח מפרמיות שגבה (מתואמות לסוף שנת-המס) יש להפחית את השווי של מרכיבי הסיכון שנטל — הן אלו ששולמו בפועל כתביעות והן סיכונים שעודם פתוחים בסוף שנת-המס. אם נטרול הסיכון נעשה בפועל, למשל, על-ידי רכישת ביטוח-משנה, יש לנכות מרווחי המבטח את עלותו של נטרול הסיכון<sup>126</sup>.

122 התשמ"ב-1982, ס"ח התשמ"ב, עמ' 259.

123 כמרכן. על-פי חוקי המיסוי בתנאי אינפלציה, יש למסות לעיתים ניירות-ערך גם בהיעדר מימוש.

124 גם בהיעדר סחירות, ניתן לתאם את מחיר האופציה על-פי עקרונות כלכליים של הערכת אופציות, ראו לעיל הערה 84. ברם במקרה זה שיקולי הנזילות והודאות יכולים להטות את הכף לטובת דחייתו של עיתוי המיסוי בשל עקרון המימוש.

125 תיאום הפרמיה ייעשה על-פי מחירי-אשראי ממוצעים הנוהגים במשק ועל-ידי כך ינטרל מרכיב "ההלוואה ללא ריבית" הגלום בעסקת-האופציה. ראו דיוננו לעיל, ליד הערות 26-27. אמנם, מחירי האשראי הוא בדרך-כלל "סובייקטיבי" ומותנה בין השאר בזהות הצדדים לעסקת-האשראי וברמת הבטוחות הספציפיות שהלווה נותן למלווה, אך מבחינה מעשית יש למצוא מדד אובייקטיבי לתיאום הפרמיה. השווה, הדרי, לעיל, ליד הערות 73-75, התומך בהתאמה למדד (ללא ריבית) בלבד.

126 אך ברור, כי אין למסות מבטח שרכש ביטוח-משנה לסיכון המבוטח על עצם קבלת פרמיה בגין פוליסות שכתב, כפי שגורסת למעשה גישת נציבות-המס, הממסה כותב אופציות-רכישה ה"מכוסה" בנכס-נדל"ן שכבעלותו על הפרמיה שקיבל. אין להצדיק מיסוי שונה של האחרון, רק בשל כך שהוא מוגן בנכס-הבסיס, כנגד הסיכון שנטל על עצמו. השגת הכיסוי תשפיע

מיסוי עסקאות באופציות במקרקעין על-פי פקודת מס-הכנסה יגרום – על-פי הנטען – להסדר מס אחיד ושיטתי. עם זאת, יש להדגיש כי ההסדר המוצע אינו פותר כמובן את הבעיות היסודיות של שיטת-המס הנוהגת בישראל. על-כן, למשל, שתי הבחנות-יסוד של השיטה הנוהגת – ההבחנה בין הון ובין פירות וההבחנה בין הכנסה אקטיבית ובין הכנסה פסיבית – אשר כל אחת מהן איננה מוצדקת מבחינה כלכלית<sup>127</sup>, יקבעו את אופן מיסוים של העוסקים באופציות. נדמה, כי בהינתן כשל זה של הדין הנוהג, ההסדר המוצע מנסה להציג פתרון מועדף וקהרנטי למיסוי אופציות במקרקעין.

### 3. ישימותו של ההסדר המוצע על-פי הדין הנוהג בישראל

האם הצעתנו – בדבר מיסוי עסקאות באופציות במס-הכנסה ודחייתו של עיתוי המיסוי של עסקת-האופציה העצמאית, תוך תיאום מחירה (הפרמיה), לשלב שבו יתבררו תוצאותיה<sup>128</sup> – משקפת רק את הדין הרצוי בעינינו או שמא ניתן להגיע לתוצאה זו גם על-פי הדין הנוהג כיום בישראל<sup>129</sup>?

נדמה, כי ניתן להגיע לתוצאה רצויה זו לא רק על-פי הגיונו של החוק הנוהג, אלא גם על-פי לשונו. לטענתנו, חוק מס-שבח אינו חל על עסקאות באופציות, בכלל, וממילא הוא אינו חל על כתיבת אופציות-רכישה על נכס-מקרקעין שבבעלות הכותב, בפרט. לכאורה, עמדה זו מנוגדת ללשון החוק המגדיר "מכירה" ככוללת בין השאר, "הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין"<sup>130</sup>. חובה עלינו אפוא להסביר מדוע – לדעתנו – הגדרה זו איננה כוללת כתיבת אופציות-רכישה על נכס-מקרקעין על-ידי בעל-הנכס<sup>131</sup>?

בהיעדר "זכות במקרקעין", אין "מכירה" לצורך חוק מס-שבח<sup>132</sup>, ועל-כן,

כמובן על רוחחיות העסקה בעת מיסוי תוצאותיה.

127 דאו לעיל, הערות 96 ו-106.

128 ראו דיונו לעיל, בדבר שתי החלופות: דחיית המיסוי לשלב המימוש או הפקיעה של האופציה, או מיסוי השנתי תוך שיערוך מחירה.

129 השווה קריאתו של הדרי לחקיקה שיפוטית בדבר דחיית עיתוי המס, על ארבעת הנמקוחיה לעיל הערה 77.

130 ראו לעיל, ליד הערה 44.

131 לעמדת רשויות-המס, ראו דיונו לעיל, ליד הערות 50-55.

132 המחוקק מגדיר "זכות במקרקעין" בסעיף 1 לחוק, כך:

בעלות או חכירה לתקופה העולה על עשר שנים בין שבדין ובין שכיושר, לרבות הרשאה להשתמש במקרקעין, שניתן לראות בה מבחינת תכנה בעלות או חכירה לתקופה כאמור; ולענין זה יראו כתקופת החכירה את התקופה המכסימלית שאליה יכולה החכירה להגיע לפי כל זכות שיש לחוכר או לקרוב מכוח הסכם או מכוח זכות

עסקה שאיננה ב"זכות במקרקעין" איננה חייבת במס. על-פי הגדרתה, "זכות במקרקעין" מתייחסת רק לזכות (בעלות או חכירה) על נכסי נדל"ן; ואילו "זכות לקבל זכות במקרקעין" איננה מתייחסת – לטענתנו – למתן התחייבויות על נכסי-נדל"ן<sup>133</sup>. החוק חל רק על עסקאות ב"זכויות" דוגמת בעלות או חכירה בנכסים אלו, או המחאתן, אך לא על מכירת התחייבויות. על-פי הנוטען, כתיבת אופציה על נכס-מקרקעין היא יצירת התחייבות שנשואה הוא נכס-הבסיס, אך אין היא מכירת "זכות במקרקעין". באופן דומה, יצירת משכנתא – היינו: התחייבות אחרת שנשואה הוא נכס-הבסיס – אף היא אינה עסקה ב"זכות במקרקעין" ועל-כן, עסקת-משכנתא איננה "מכירה" לצורכי חוק מס-שבת. לטענתנו, חוק מס-שבת אינו חל על כתיבת אופציות-רכישה<sup>134</sup>, כשם שאינו חל על התחייבויות פיננסיות אחרות (למשל: משכנתא), והגדרת ה"שבח" החייב במס אף היא תוכיח!

מס שבח מקרקעין מוטל על "השבח במכירת זכות במקרקעין"<sup>135</sup>. ה"שבח" מוגדר כ"סכום שבו עולה שווי המכירה על יתרת שווי הרכישה..."<sup>136</sup>. על-פי

ברירה הנתונה לחוכר או לקרובו בהסכם.

133 להבחנה המהותית בין עסקה בנכס לבין עסקה בהתחייבות ראו דיוגנו לעיל, ליד הערות 83-87.  
134 על-פי הצעתנו – השוללת את תחולת חוק מס-שבת על כתיבת אופציות-רכישה – יש להציע פרשנות שונה מזו המקובלת למשפט "הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין" המופיע בהגדרת "מכירה". נדמה כי ניתן, אם כי בדוחק, להציע כי חוק מס-שבת מקבל את ההבחנה של חוק המקרקעין בין עסקה במקרקעין (המושלמת עם רישומה) ובין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. עסקת-מכר שנשואה הוא נכס-מקרקעין שהמוכר איננו בעלי הרשום יכולה אפוא להתפרש כ"הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין". לחלופין, גם עסקה בזכות רשומה, כשהזכות תימסר בעתיד לרוכש, היא "זכות לקבל [בעתיד] זכות במקרקעין" (בעלות או חכירה).

135 סעיף 6(א) לחוק מס-שבת.

136 סעיף 6(ב) לחוק מס-שבת. על-פי סעיף 17(א) לחוק מס-שבת, "שווי המכירה", הוא שווי השוק של הנכס הנמכר ביום המכירה. והשווה הגדרת "שווי" בסעיף 1 לחוק, שלפיה:

"שווי של זכות פלוגית" – הסכום שיש לצפות לו ממכירת אותה זכות על-ידי מוכר מרצון לקונה מרצון, ובלבד שבמכירות – (1) שנעשו בכתב ושבהן שוכנע המנהל כי התמורה בעד הזכות במקרקעין או בעד זכות באיגוד נקבעה בתום-לב וכלי שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין במישרין ובין בעקיפין – התמורה כאמור; (2) שלגביהן נקבע בחוק זה אחרת – השווי כפי שנקבע בחוק זה.

"שווי הרכישה" של זכות במקרקעין, על-פי סעיף 21(א) לחוק מס-שבת, הוא "שווייה ביום הרכישה על-ידי המוכר". על-פי הדעה המקובלת, הממסה את כותב האופציה במס-שבת, מהו אפוא שווי הרכישה של האופציה בידי כותבה? רשויות-המס בדעה כי לאופציה שווי רכישה, המחושב באופן יחסי כאילו נמכר חלק מהנכס, נשוא האופציה. ראו ב"חבק", לעיל הערה 44. הדרי בספרו, לעיל הערה 50, בעמ' 242, קובע לעומתן, כי "שווי הרכישה של האופציה הוא אפס", והנמקתו היא: "משלא מומשה האופציה, נותר הנכס בשלימותו בידי הנישום, לרבות

הנטען, הגדרה זו אינה רלבנטית למכירת התחייבות, אלא אך ורק למכירת נכס. הרווח (או ההפסד) במכירת נכס הוא ההפרש הכספי בין מחיר המכירה לבין מחיר הרכישה של הנכס. הרווח במכירת התחייבות איננו הסכום שבו עולה שווי המכירה על שווי הרכישה (כבהגדרת השכח), אלא ההיפך: הסכום שבו עולה שווי הרכישה המאוחרת (פדיון ההתחייבות) על שווי המכירה המוקדמת (בעת יצירת ההתחייבות); שכן הרווח (או ההפסד), היינו: ה"שבח", במכירת התחייבויות הוא ההפרש בין סכום הרכישה (המאוחרת) של ההתחייבות על-ידי יוצרה – היינו: פירעון ההתחייבות על-ידי המתחייב – ובין סכום המכירה המוקדמת של ההתחייבות בעת יצירתה (מכירתה) על-ידי המתחייב. כך, למשל, הרווח ("השבח") או ההפסד של לווה, המקבל כסף בהווה תמורת מכירת התחייבות לפרוע את הכסף בעתיד (למשל: אג"ח), יתבררו רק בעתיד עם הגעתה של ההתחייבות (האג"ח) לפדיון<sup>137</sup> או עם פדיונה המוקדם<sup>138</sup>. הרווח (או ההפסד) של הלווה מעסקת-ההלוואה (הנפקת האג"ח) ייקבע על-פי ההפרש בין הקרן שקיבל הלווה בעת מכירת האג"ח ובין סכום הפירעון (כולל תשלומי ריבית תקופתיים, אם שולמו) בעת רכישת האג"ח (פדיון). אמור מעתה: בעוד שבמכירת נכס, המוכר מקדים רכישה למכירה, הרי במכירת התחייבות, כמו בכל מכירה ב"שודרט", מקדים המוכר מכירה לרכישה; ואילו הגדרת השבח – כך נראה – מניחה רכישה מוקדמת של הנכס הנמכר ומכירתו המאוחרת והיא מתאימה רק לעסקת-מכירה של נכסים שבה נכס נרכש בתחילה ולאחר-מכן נמכר<sup>139</sup>. משהוגדר ה"שבח" כ"סכום שבו עולה שווי המכירה על יתרת שווי הרכישה..."<sup>140</sup> הבהיר אפוא המחוקק את עמדתו, כי הגדרה זו אינה חלה על מכירת התחייבויות, אלא רק על מכירת נכסים<sup>141</sup>. אם נכונה טענתנו, שלפיה מס שבח מקרקעין אינו חל על כתיבת אופציית-רכישה על נכס-מקרקעין על-ידי בעל-הנכס, חזרנו אפוא מהפרט (תחום העסקאות החייבות

מלוא שווי הרכישה שלו. מאומה לא נמכר, ויהא זה מלאכותי לייחס חלק משווי הרכישה של הנכס לשווי הרכישה של האופציה".

137 ראו דיוננו לעיל, ליד הערות 85-87, בדבר סדר-האירועים ותזרים המזומנים במכירת התחייבויות.

138 פדיון מוקדם של ההתחייבות יכול לכלול גם שמיטת-חוב (מלאה או חלקית). השווה, למשל, לסעיף 3(ב)(1) לפקודת מס-הכנסה, הקובע כי "אדם שבשנת מס פלונית נמחל לו חוב או חלק ממנו, והחוב נובע מהוצאה שניכרה הותר בבירור הכנסתו החייבת, יראו את החוב כחלק מהכנסתו באותה שנה".

139 ראו דיוננו לעיל הערה 86, בדבר סדר-האירועים ותזרים המזומנים במכירת נכסים.

140 ראו לעיל הערה 136.

141 על-כן רק הרווח של רוכש האופציה – אך לא של כותב האופציה, המתחייב מכוחה – יחושב, כשם שמחושב כל רווח מנכס אחר, על-פי ההפרש בין מחיר המכירה למחיר הרכישה.



במס'שבח) אל הכלל, היינו: תחום העסקאות החייבות במס'הכנסה<sup>142</sup>. אמור מעתה: גם על-פי הדין הנוהג ניתן ליישם את הצעתנו הנורמטיבית, קרי: יש לדחות את מיסויה של עסקת-אופציה עד לבירור תוצאותיה העסקיות ויש למסות באופן אחיד, במס'הכנסה, את כל סוגי האופציות ללא הבחנה המושתתת על טיבו של נכס'הבסיס.

## ה. סיכום

פרשנותן של רשויות-המס בישראל להגדרת "מכירה" בסעיף 1 לחוק מס'שבח מקרקעין גרמה לתוצאה מיסויית לא-רצויה, ככל שהדבר נוגע למיסוי אופציות הנכתבות על נכס'מקרקעין. לשיטתן, קביעת דין-המס המהותי החל על מיסוי עסקת-אופציה מחייב להבחין שתי הבחנות-משנה, שהן – לטענתנו – בלתי-רלבנטיות. ההבחנה הראשונה היא בין אופציית-רכישה לאופציית-מכירה. ההבחנה השנייה היא בין אופציית-רכישה שכותבה אינו בעליו של נכס'המקרקעין, נשוא האופציה, ובין אופציית-רכישה שכותבה "מכוסה" בנכס'המקרקעין. על-פי גישת רשויות-המס, רק האחרון ימוסה על-פי חוק מס שבח מקרקעין – והרוכש ממנו את האופציה יחויב במס'רכישה – ואילו יתר העוסקים באופציות במקרקעין ימוסו על-פי פקודת מס'הכנסה (ללא חיוב רוכשי האופציות בתשלום מס'רכישה). הבחנה זו איננה מוצדקת מבחינה מהותית, אלא רק מוסיפה נדבך נוסף לאנומליה המצטברת בשל ההבחנה הנוהגת, נטולת הבסיס העיוני, בין נכס'הון, שעליהם חל מיסוי רווחי-הון על-פי פקודת מס'הכנסה, ובין נכס'מקרקעין, שהם קבוצה בלתי-ייחודית בתוך כלל נכסי ההון, שעליהם חל חוק מס'שבח. לא זו אף זו: ה"פשע" המוקדם של ההבחנה הבלתי-מוצדקת גרר עמו אף את הוספת "החטא": מיסויו של כותב אופציית-רכישה, המחזיק בבעלותו את נכס'המקרקעין, נשוא האופציה, בעת קבלת הפרמיה (ומיסוי מקביל של רוכש האופציה במס'רכישה). מיסויו של כותב האופציה, המתחייב מכוחה, בעת קבלת הפרמיה, ללא ידיעת תוצאותיה של העסקה, נשוא ההתחייבות – האם הסתיימה ברווח או בהפסד, ואם כן מה שיעורו – הוא חריג לעקרון-יסוד של דין-ההכנסה הנוהג, הממסה עסקה על-פי תוצאותיה ולא על-פי תזרים המזומנים שלה.

ההסדר המוצע למיסוי אופציות על נכס'מקרקעין מושתת על ההבחנה בין עסקת-האופציה העצמאית לבין עסקת-הבסיס, נשוא האופציה, הנכנסת לתוקף עם מימושה. מטרתנו היא למסות באופן אחיד, במס'הכנסה, את כל העוסקים

142 ראו דיונו לעיל, ליד הערות 100-111. כעולה מדיונו בהערה 109, הצעתנו היא להוסיף להגדרת רווח הון: ובמכירת התחייבות – הסכום שבו עולה התמורה על סכום פדיון ההתחייבות.

באופציות, בלי להבחין בסוג האופציה ובטיבו של נכס־הבסיס, ולדחות את עיתוי המיסוי של עסקת־האופציה העצמאית לשלב שבו יתבררו תוצאותיה, תוך תיאום מחירה (הפרמיה). דיוננו העלה, כי לפי מטרותיו של חוק מס שבח מקרקעין – למסות עסקאות בנכסים ולא למסות עסקאות בהתחייבויות – ולפי הגדרות "שבח" ו"זכות במקרקעין" בחוק, הרי שהצעתנו הנורמטיבית אף ניתנת ליישום אופרטיבי על־פי החוק הקיים.