

## הסכמי אופציות לעובדים - דווקא אין חדש תחת השמש/ עו"ד דורון אפיק, עו"ד איתמר האוזר

כל עובד בענף ההייטק (וכיום גם בענפי משק אחרים) מכיר את המונח "אופציות לעובדים" ולא פעם חברות סטארט-אפ, מתוך מטרה לחסוך בעלויות משפטיות, גם מייצרות "תכנית אופציות לעובדים" ומקצות אופציות במקום שכר (או כחלק מהשכר) מבלי להיוועץ בעורך דין ורואה חשבון העוסקים בתחום. התוצאה, לעתים, עשויה להיות תאונות מס קשות ביותר. גילוי דעת שפרסמה רשות המסים הישראלית בדצמבר, 2018, עורר כותרות זועקות לשמיים בדבר שינוי מדיניות המס לגבי אופציות לעובדים, אך בפועל הוא רק מבהיר את המובן מאליו - קבלת ייעוץ ראוי בזמן אמת וניסוח נכון וברור של הסכמי אופציות חוסך "תאונות מס".

אופציות לעובדים הן שילוב של תחליף שכר (המאפשר, כך, לחברה להוציא פחות כסף) עם תמריץ לעובד - הן להשקיע את מרצו לאור כך שקשר את גורלו בגורל החברה, והן להמשיך לעבוד בחברה (באמצעות מנגנון "הבשלה" - Vesting - לפיו רק עם חלוף זמן או הגעה לתנאי אחר האופציות ניתנות למימוש). בנוסף, מנגנון האופציות, כאשר הוא בנוי נכון, יאפשר דחייה של תשלום המס, לעתים עד למועד בו העובד מוכר את המניות שקנה באמצעות האופציות. כך, העובד משלם מס רק כשהוא "נפגש" עם כסף ורק כאשר הוא אכן יצר לעצמו הכנסה. בנייה לא נכונה עלולה לגרום לתשלום מס מוקדם אך גם למצב בו העובד משלם מס על הכנסה עתידית שלא ידוע כלל אם תתממש. לדוגמה, יתכן מצב בו העובד ישלם מס על 100 מניות שקיבל ואשר שוויין הלכאורי הוא 100,000 בעת התשלום, אך לאחר מכן ימכור את המניות במחיר נמוך יותר או (במקרה הגרוע ביותר) החברה נסגרה ושווי המניות התאפס (אך מס עליהן עדיין שולם).

בגילוי הדעת הבהירה רשות המסים, כי בעוד שניתן להגדיר את תנאי ההבשלה של האופציות כהתקיימות של תנאים שאינם רק חלוף הזמן (למשל, ביצועים של החברה או של העובד), התנאים חייבים להיות ברורים ולא יכולים להיות תלויים בהחלטה מאוחרת של החברה. עוד, הקצאת אופציות לעובדים לא יכולה להוות התחייבות לבונוס כספי שרק מוסווית כמעין הקצאת אופציות תחת תכנית אופציות (למשל, "אופציות" שמתגבשות רק במקרה של אקזיט, להבדיל מתנאי במסגרת תכנית אופציות שקובע שבמקרה של אקזיט כל האופציות העתידיות יבשילו). במקרה של ניסוח "מעורפל" של ההקצאה, רשות המסים עשויה לראות את האופציות כמוקצות מלכתחילה במועד בו נקבע שהאופציה בשלה ותמסה את העובד במס הכנסה רגיל במקום במס רווח הון על הרווח שנוצר עד אותה עת (מיסוי שעשוי להגיע לדרגת המס הגבוהה ביותר, במקום 25% מס רווחי הון). כך, למשל, גילוי הדעת נותן דוגמא של אופציות שהבשלתן תלויה בהחלטת דירקטוריון בעתיד לגבי ביצועי העובד או בהתאם לקצב פיתוח של מוצר בחברה ובהתאם להם כמה אופציות יבשילו באותה עת. במקרה כזה מועד החלטת הדירקטוריון הוא שייחשב כמועד הקצאת האופציה מלכתחילה (ואז חלק הרווח שנוצר עד אותה עת יהיה רווח פירוטי ולא רווח הון).

בעוד שאנו לא רואים בגילוי הדעת שינוי מדיניות אלא רק הבהרה של רשות המסים בדבר התוצאות של בנייה לא נכונה של הקצאת אופציות, פרסום גילוי הדעת מבהיר יותר מתמיד את החשיבות של ניסוח ברור ונכון הן של תכנית האופציות והן של הסכמי האופציות הפרטניים תחת התכנית, וזאת בסיוע עורך דין ורואה חשבון המכירים את התחום. אם תנאי ההבשלה מנוסחים נכון, לעובד יתרון מס גדול. אם הם לא מנוסחים היטב, יכול שהחברה יצרה לעצמה חשיפה לתביעות בגין התקלה בניסוח.

---

<sup>1</sup> עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיותו, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. עו"ד איתמר האוזר הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועוסק בעיקר בתחום העסקאות הבינלאומיות, מיזוגים ורכישות, תאגידים וליטיגציה מסחרית. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

## Employee Stock Option Plan – Nothing New Under the Sun / Doron Afik, Esq., Itamar Hauser, Adv.\*

Every employee in the high-tech industry (and these days also in other sectors of the economy) knows the term "ESOP" and often start-ups, with the aim of saving legal costs, also create an employee stock option plan and option grant agreements instead of salary (or as part of the salary) without first consulting a lawyer and an accountant who are knowledgeable in the field. The result, at times, may be severe "tax accidents." A circular published by the Israel Tax Authority in December 2018 resulted in news headlines screaming a change in the tax policy regarding employee options, but in practice it only clarifies the obvious - proper real-time advice and duly drafted options agreements will avoid "tax accidents".

Employees stock options are a combination of a salary alternative (allowing the company to spend less money) with an incentive for the employee - both to invest energy due the fact that the employee linked his future to that of the company, and to continue working for the company (through a vesting mechanism, according to which, only upon the passage of time or arrival to other benchmarks will the options become exercisable). In addition, the option mechanism, when duly structured, will allow postponement of the tax payment, sometimes until the employee sells the shares bought by exercising the options. Thus, the employee pays tax only when he "meets" with money and only when he has actually created an income for himself. Improper construction may result in early tax payments, but may also result in taxes on future income that may not realize. For example, it is possible that the employee will pay tax on receipt of 100 shares with initial value of 100,000 but later sell the shares at a lower price or (in the worst case) the company will shut down and the shares' value would be zero (but the tax was paid for them, regardless).

In the circular, the Tax Authority clarified that while the vesting conditions of the options can be defined as the fulfillment of pre-conditions that are not only the passage of time (for example, the performance of the company or the employee), the conditions must be clear and may not depend on a late decision of the company. Moreover, the allotment of options may not be a simple monetary bonus that is merely disguised as options allotment under an option plan (for example, "options" that become vested only in the case of an "exit", as opposed to a condition in the stock option plan that accelerates vesting in the case of an "exit event"). In the case of a "vague" drafting of the option terms, the Tax Authority may deem the options as granted only on the date that the option terms are determined and tax the employee with a regular income tax rather than a capital gains tax on the profit generated up to such date (tax that may reach the highest income tax rate instead of the 25% capital gains tax). Thus, for example, the circular provides an example of options which vesting depends on the decision of the board of directors in the future regarding the employee's performance or the rate of development of a product of the company, and accordingly, the amount of options that will vest at such time. In that case, the date of the board of directors decision will be deemed as the date of the grant of the options (and the part of the profit generated until then will be taxed as income tax and not a capital gain).

While we do not consider the circular a policy change but merely a clarification by the Tax Authority as to the results of improper construction of stock options, the circular clarifies more than ever the importance of a clear and correct drafting of both the option plan and the individual option agreements thereunder, with the assistance of an attorney and an accountant whom are knowledgeable the field. If the vesting conditions are duly set, the employee has a large tax advantage. If they are not well worded, the company may have an exposure to claims.

---

\***Doron Afik, Esq.** is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. **Advocate Itamar Hauser** is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary, whose main practice areas are international transactions, mergers and acquisitions, corporate law and litigation. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: [afiklaw@afiklaw.com](mailto:afiklaw@afiklaw.com)