



אפיק ושות'. עורכי דין ונוטריון
AFIK & CO. ATTORNEYS AND NOTARY

גיליון 272: 19 דצמבר, 2018
Issue 272: December 19, 2018

הגיליון המקצועי הדו שבועי של אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון
The Bi-Weekly Professional Magazine of Afik & Co. Attorneys and Notary

החשמונאים 103, ת.ד. 20144 תל אביב-יפו 6120101, טלפון 03-609.3.609 פקס 03-609.5.609
103 Ha'Hashmonaim St., POB 20144, Tel Aviv 6120101, Israel, Telephone: +972-3-609.3.609

תוכן עניינים

אפיק ושות' מציינת את יום הולדתו של הפיזיקאי האמריקני אלברט אברהם מייקלסון (19 דצמבר, 1852 - 9 מאי, 1931), מגלה מהירות האור, חתן פרס נובל לפיזיקה לשנת 1907.

Afik & Co. marks the birth date of American physicist Albert Abraham Michelson (December 19, 1852 – May 9, 1931), the first to measure the speed of light, 1907 laureate of the Nobel Prize in Physics

1. מאמר: הסכמי אופציות לעובדים – אין חדש תחת השמש / עו"ד דורון אפיק ועו"ד איתמר האוזר Article: Employee Stock Option Plan – Nothing New Under the Sun / Doron Afik, Esq., Itamar Hauser, Adv.

מאמר בנושא מיסוי הסכמי אופציות לעובדים וגילוי דעת של רשות המסים בנושא מדצמבר, 2018, מאת עו"ד דורון אפיק ועו"ד איתמר האוזר, ממשרד אפיק ושות'. את המאמר בשפה העברית ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/articles/a272>

An article on taxation of employee stock option plans and a circular of the Israeli Tax Authority of December, 2018, by Doron Afik, Esq., and Itamar Hauser, Adv. of Afik & Co. The article in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/articles/a272>

2. עדכוני תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך Corporate, Antitrust and Securities Law Update

א. לא ניתן לרכוש מניות חברה ציבורית גם אם מידע הפנים לא הגיע ישירות מהחברה כלכלי ת"א: המשתמש במידע פנים כשהוא מודע לכך שהמידע הוא מידע פנים ולכך שמקור המידע באיש פנים, עובר עבירה פלילית גם אם לא קיבל המידע ישירות מהחברה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8647>
One may not purchase shares of a public company even if the insider information does not come directly from the company. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8648>

ב. בחברה שהיא "מעין שותפות" נדרשים בעלי המניות בחובות אמון מוגברות ביניהם שלום ירושלים: בחברה שהיא "מעין שותפות" עשוי להיווצר מצב בו בעל מניות אחד תובע את השני במקום החברה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8649>
In a company that is "a sort of partnership" the shareholders are required to have increased trust between them. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8650>

Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

א. העברת פעילות בין חברות כדי להימנע מהשבת מענקים היא תרמית ותחייב אישית את הבעלים

העליון: העברת פעילות מחברה אחת לשנייה ללא היגיון כלכלי היא תרמית; בעלי מניות יהיו חבים אישית בהחזר מענקים כאשר הקימו חברה חדשה כדי להימנע מכך. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8651>

The transfer of activity from one company to the other in order to avoid the return of state grants is a fraud and will personally obligate the shareholders. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8652>

ב. רשימת לקוחות וספקים תוכר כסוד מסחרי רק אם היא בעלת "ערך מוסף"

עבודה ת"א: רשימה טכנית של לקוחות וספקים ממאגר פומבי, צריך שיהיה עמה מידע נוסף שהושג תוך השקעת זמן וכסף על מנת שתוכר כ"סוד מסחרי". לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8653>

A list of customers and suppliers will be recognized as a trade secret only if it has "added value" Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8654>

ג. הסכם העסקת מנכ"ל דורש אישור דירקטוריון לשם כניסתו לתוקף

עבודה ירושלים: שעה שנאמר לעובד שנדרש אישור הדירקטוריון, לא היה ניתן להסתמך על הבטחה שעה שאישור טרם ניתן; העסקת מנכ"ל דורשת אישור דירקטוריון. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8655>

An employment agreement with a CEO requires approval by the board of directors. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8656>

4. עדכוני מקרקעין

Real Estate Law Updates

שימוש בדרך במשך עשרות שנים לא תיצור זיקת הנאה אם במקור נעשתה בהסכמה

מחזי חיפה: זכות מעבר מכוח שנים של שימוש נוצרת לאחר 30 שנות שימוש רציף שלא בהסכמת הבעלים. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8657>

Using a road for decades will not create an easement if it was originally made by agreement. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8658>

אפיק משפטי הוא המגזין המקצועי של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, המופץ אחת לשבועיים לקהל של אלפי אנשים ברחבי העולם וכולל מידע מקצועי תמציתי בנושאים משפטיים-עסקיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. להסרה או הצטרפות יש לשלוח מייל לכתובת newsletter@afiklaw.com ובכותרת לכתוב "אנא הסירו/צרפו אותי לרשימת התפוצה". מגזין זה כפוף לזכויות יוצרים אך ניתן להעבירו לכל אדם ובלבד שיועבר בשלמות וללא כל שינוי. אין באמור במגזין ייעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות לעורך דין על מנת שהעובדות תיבחנה היטב בטרם תתקבל החלטה כלשהי. <http://www.afiklaw.com> למאגר פרסומים קודמים:

Afik News is the biweekly legal and business Israel news bulletin published by Afik & Co. (www.afiklaw.com). Afik News is disseminated every second week to an audience of thousands of subscribers worldwide and includes concise professional data on legal and business Israeli related issues of interest to the business community in areas in which the Afik & Co. firm deals.

For removal (or joining) the mailing list please send an email to newsletter@afiklaw.com with the title "Please remove from mailing list" or "Please add me to the mailing list."

The Afik News bulletin is copyrighted but may be freely transferred provided it is sent as a whole and without any changes. Nothing contained in the Afik News may be treated as a legal advice. Please contact an attorney for a specific advice with any legal issue you may have.

For previous Afik News publication see <http://www.afiklaw.com>

מאמר בנושא מיסוי אופציות לעובדים בעקבות גילוי דעת של רשות המסים מחודש דצמבר, 2018, מאת עו"ד דורון אפיק שהינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com). עו"ד אפיק מתמקד 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, תאגידיים וליטיגציה מסחרית. את המאמר ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/articles/a272>

An article on taxation of employee stock option plans following a circular published by the Israeli Tax Authority in December, 2018, by **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). 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. The article in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/articles/a272>

א. לא ניתן לרכוש מניות חברה ציבורית גם אם מידע הפנים לא הגיע ישירות מהחברה

One may not purchase shares of a public company even if the insider information does not come directly from the company

[תפ (ת"א) 43854-11-17 מדינת ישראל נ' אמיר ברונפלד, המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו, 02.12.2018, כבוד סגן הנשיא, השופט חאלד כנב]

יועץ של בעל מניות בחברה ציבורית רכש מניות של החברה רגע לפני פרסום מידע על כוונת בעל השליטה בחברה לבצע הצעת רכש של כל מניות החברה, ומכר אותן ברווח גדול זמן קצר לאחר שהמניה עלתה בעקבות פרסום הכוונה להצעת רכש. היועץ הואשם בעבירה פלילית של שימוש במידע פנים בטענה כי טרם הפרסום פנתה החברה לבעל המניות האמור ושאלה אותו אם הוא היה מעוניין להשתתף בהצעת הרכש, וכי היועץ למד מבעל המניות על מידע הפנים והשתמש בו.

בית המשפט זיכה את היועץ מעבירות של שימוש במידע פנים לאחר שהעדיף את גרסתו שרכישת המניות לא הייתה מבוססת על מידע פנים אלא על מחקר שוק וכי בעבר כבר ניסה לרכוש מניות של החברה ולא הצליח בשל מסחר דליל במניה. מידע פנים הוא כל ידיעה אודות החברה, שאינה ידועה לציבור, אשר קיים בה הפוטנציאל לגרום לשינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה אילו היא נודעה לציבור. מי שמשתמש במידע פנים כאשר הוא מודע לכך שהמידע שהגיע לידידיו הוא מידע פנים, עובר עבירה פלילית. הגדרת השימוש רחבה ביותר והיא כוללת מכירה, קניה או חליפין של נייר ערך, חתימה על נייר ערך, או התחייבות לביצוע כל אחד מאלה, בין שהאדם העושה אותה פועל לטובת עצמו ובין שהוא פועל לטובת אחר, ואף אם הוא פועל באמצעות שלוח או נאמן. למרות האמור, בשל נסיבות המקרה הספציפי זיכה בית המשפט את היועץ מהעבירות של שימוש במידע פנים.

A consultant of a shareholder in a public company purchased shares of the company just before the announcement of information about the intent of the control holder in the company to make a tender offer for all shares of the company, and sold them at a large profit shortly after the share price rose following the announcement. The consultant was charged with a criminal offense of using insider information, accusing that prior to the announcement, the company approached the said shareholder and asked it whether it was interested in participating in the tender offer, and that the consultant learnt from the shareholder of the insider information and used it.

The Court acquitted the consultant of the offence use of insider information after preferring his version that the purchase of the shares was not based on insider information but on market research, and that in the past he had already tried to acquire shares of the company and was unsuccessful due to scarce trading in the share. Insider information is any information about the company, which is not known to the public, and which has the potential to cause a significant change in the price of the company's security had it been known by the public. A person who uses insider information while being aware of the fact that the information received is insider, is committing a criminal offense. The definition of use is very broad and includes the sale, purchase or exchange of

a security, subscription to a security, or an obligation to perform any of the above, whether the person doing it does it for his own benefit or for the benefit of another. Despite this, due to the circumstances of the specific case, the Court acquitted the consultant from the offenses of using insider information.

ב. בחברה שהיא "מעין שותפות" נדרשים בעלי המניות בחובות אמן מוגברות ביניהם
In a company that is "a sort of partnership" the shareholders are required to have increased trust between them

[תא (י-ם) 32434-05-16 אדה ז'אן לוק נ' מיכאל פנחס סלם בידג', בית משפט השלום בירושלים, 11.11.2018, כב' השופט גד ארנברג]

בחברה המוחזקת באופן שווה על ידי שני בעלי מניות דרש אחד מהם פיצוי מבעל המניות השני בטענה שהשני מעל בכספי החברה.

בית המשפט דחה את התביעה בהעדר הוכחה לקיומה של המעילה למרות שקבע שבעל המניות יכול לתבוע את בעל המניות האחר וזכותו נפרדת מזכותה של החברה. באופן עקרוני בעלי המניות נפרדים מהחברה ולכן במקרה של מעילה על ידי בעל מניות רק החברה יכולה להגיש את התביעה נגדו. עם זאת, כאשר בחברה קיים מספר מועט של בעלי מניות באחזקות שוות, כשכל בעלי המניות מכהנים גם כדירקטורים ובעלי זכויות החתימה, וכאשר עבירות המניות מוגבלות בתקנון החברה, בית המשפט עשוי להכיר בחברה כ"מעין שותפות". בחברה שהיא "מעין שותפות" מתקיימים בין הצדדים יחסי נאמנות מיוחדים ומוגברים המחייבים כנות שלמה, בדומה להתנהלות בין שותפים בשותפות ובמקרה כזה גם רשאי בעל מניות לדרוש פיצוי מבעל מניות אחר באופן אישי בגין התנהלותו ואין צורך לדרוש מהחברה לבצע זאת.

In a company held equally by two shareholders, one demanded compensation from the other shareholder contending that the other embezzled company funds.

The Court rejected the claim in the absence of proof of the existence of the embezzlement even though it held that a shareholder can sue the other and his right is separate from the right of the company. In general, shareholders are separate from the company and therefore in case of embezzlement by a shareholder, only the company may claim. However, when the company has a small number of shareholders in equal parts, all the shareholders are also serving as directors and hold signatory rights and the transfer of shares is limited by the articles of association, a court may deem it as a "sort of partnership." In a company that is recognize as a sort of partnership there is increased mutual trust requirement between the shareholders that require complete sincerity, similar to partners in a partnership. In such case, a shareholder is also entitled to demand compensation from the other shareholder personally for his conduct and there is no need to demand that the company do so.

3. עדכוני משפט מסחרי, זכויות יוצרים ועבודה

Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

א. העברת פעילות בין חברות כדי להימנע מהשבת מענקי מדינה היא תרמית ותחייב אישית את הבעלים
The transfer of activity from one company to the other in order to avoid the return of state grants is a fraud and will personally obligate the shareholders

[ע"א 1206/16, חברת יהלומי סמואל – רוזנבאום (1992) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, 09.10.2018, כב' השופט ניל הנדל, כב' השופטת דפנה ברק-ארז, כב' השופט דוד מינץ]

חברה לסחר ביהלומים קיבלה בשנות התשעים מענקים לעידוד הייצוא, אשר בתנאים מסוימים נדרש להשיבם. החברה הפסיקה את פעילותה בשלב מסוים והעבירה את פעילותה לחברה אחות שהוקמה ולא שילמה את החזר המענק, למרות שתנאי החזר התקיימו בה.

בית המשפט העליון קבע, כי בעלי המניות, בהעברת הפעילות מחברה לחברה, ביצעו תרמית על מנת להימנע מתשלום תמלוגים למדינה ולכן הן החברה החדשה והן בעלי המניות אחראים אישית כלפי המדינה להחזר המענק. הקמת חברה חדשה בבעלות זהה ועם פעילות זהה הינה חסרת תכלית כלכלית ולכן מהווה פעולה מלאכותית שכל מטרתה היא תרמית.

In the 1990s, a diamond trading company received state grants to encourage export, which under certain conditions were required to be repaid. The company ceased operations at a certain stage and transferred its activity to a newly established sister company and did not repay the grant even though the terms for repayment were met.

The Supreme Court held that the shareholders, in transferring the activity from one company to another, committed a fraud in order to avoid paying royalties to the State and therefore both the new company and the shareholders are personally responsible to the State for the repayment of the grant. The establishment of a new company with the same ownership and with the same activity is of no economic purpose and therefore constitutes an artificial action all of which purpose is a fraud.

ב. רשימת לקוחות וספקים תוכר כסוד מסחרי רק אם היא בעלת "ערך מוסף"

A list of customers and suppliers will be recognized as a trade secret only if it has "added value"

[סעש (ת"א) 48213-02-16 פרסטוקום בע"מ נ' שלומי אגיב, בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, 01.11.2018, כב' השופטת שרה מאירי, נציג ציבור (מעסיקים) מר צבי שטרן, נציגת ציבור (עובדים) גב' הילה ידיד-ברזילי]

חברה העסיקה סוכן מכירות שחתם על הסכם סודיות ואי תחרות. בסמוך לסיום העסקתו הקים העובד עסק מתחרה, פנה לספקי החברה ופרסם באתר שהקים מלאי זהה לזה של החברה.

בית הדין לעבודה חייב את העובד בפיצוי החברה וקבע כי סוד מסחרי על פי חוק הינו מידע עסקי, שאינו נחלת הרבים ואינו ניתן לגילוי בקלות על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על מתחריו. רשימת לקוחות וספקים תוכר כסוד מסחרי אם היא בעלת "ערך מוסף" מלבד קיבוץ שמות. כך, רשימה טכנית של לקוחות וספקים ממאגר פומבי, צריך שיהיה עמה מידע נוסף שהושג תוך השקעת זמן וכסף. בעניינו, לא הוכח כי הרשימה הינה סוד מסחרי, ברם זו נתנה לעובד יתרון על פני מתחרים אחרים של החברה, יתרון שלא היה משיג אלמלא עבד בחברה. בית הדין לעבודה קבע, כי העובד נהג בחוסר תום לב ביחסי עובד-מעסיק ופסק לחובתו פיצוי בסך 15,000 ₪.

A company employed a sales person who signed a confidentiality and non-competition agreement. Close to the termination of his employment, the employee set up a competing business, contacted suppliers of the company and published the same inventory as the company on a website that the employee established.

The Labor Court held that the employee is to compensate the company. A trade secret by law is business information that is not public and cannot be easily discovered by others and which secrecy confers its owner a business advantage over its competitors. A list of customers and suppliers will be recognized as a trade secret if it has "added value" other than list of names. Thus, a technical list of customers and suppliers from a public database need to have additional information obtained with the investment of time and money. In this case, it was not proven that the list is a trade secret, but it did give the employee an advantage over other competitors of the company, an advantage that would not have been obtained had he not worked for the company. The Labor Court held that the employee acted in bad faith in the employer-employee relationship and therefore liable to compensation in the amount of ILS 15,000.

ג. הסכם העסקת מנכ"ל דורש אישור דירקטוריון לשם כניסתו לתוקף

An employment agreement with a CEO requires approval by the board of directors

[סעש (ת"א) 43425-01-15 צבי קלנג נ' טחנת ירושלים בע"מ, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים, 01.11.2018, כב' השופטת שרה שדיאור, נציג ציבור (מעסיקים) מר פנחס הומינר, נציג ציבור (עובדים) מר יוסף קשי]

מנכ"ל חברה דרש מיליון ש"ח בטענה כי ניתנה לו בעל פה הבטחה לתשלום מענק פרישה בגובה זה. החברה סירבה לשלם בטענה, שדובר על מענק מותנה בהשלמת עסקת מכירת החברה ואישור הדירקטוריון.

בית הדין לעבודה דחה את התביעה וקבע, כי בהתאם לחוק, קביעת תנאי העסקת מנכ"ל דורשת אישור דירקטוריון. חוזה שטעון הסכמה על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה היא תנאי מתלה, היינו תנאי בלעדיו אין להתגבשות ההסכם. עוד, יש להבחין בין הבטחה לבין מצב בו מובטחת "השתדלות", היינו כי ההבטחה תלוי באישור כלשהו. שעה שלעניין המענק נאמר לעובד שחייבים להביא את הדברים לאישור הדירקטוריון, העובד לא יכול היה להסתמך על ההבטחה שעה שאישור כזה לא ניתן.

A CEO of a company demanded ILS 1,000,000 contending that he was orally promised a retirement bonus of such amount. The company refused to pay, contending that the parties discussed the grant as contingent on the completion of the purchase of the company by another preapproval by the board of directors.

The Labor Court rejected the claim and held that under law the setting of the terms of the CEO's employment require board of directors approval. When an agreement requires consent under law, it is presumed that acceptance of consent is a condition precedent, i.e., a condition without which the agreement does not enter into force. Moreover, a distinction must be made between a promise and a situation in which "effort" is promised, i.e., that the promise depends on a preapproval. When

the employee was promised that the grant issue would be brought for approval of the board of directors, the employee could not have relied on the promise when such an approval was not given.

4. עדכוני מקרקעין

Real Estate Updates

שימוש בדרך במשך עשרות שנים לא תיצור זיקת הנאה אם במקור נעשתה בהסכמה Using a road for decades will not create an easement if it was originally made by agreement

[תא (חי') 9251-03-17, פיליפ בלאיש נ' פרח דיב, בבית המשפט המחוזי בחיפה, 18.11.2018, כב' השופט אברהים בולוס]

בקומפלקס בניינים שביל הכניסה לבניין פנימי עבר במשך עשרות רבות של שנים דרך שטח של הבניין השני, אך רוכש של הדירה אליה היה צמוד השביל חסם את המעבר.

בית המשפט דחה את תביעת הדיירים לזכות מעבר. זיקת הנאה (כזכות מעבר) מכח שנים נוצרת בעקבות שימוש רציף שלא בהסכמת הבעלים לתקופה שלא תפחת משלושים שנים. כאן זכות המעבר הייתה במקור בהסכמה ולכן המעבר בחלקה לא היה בניגוד לזכות הבעלות ולא נוצרה זיקת הנאה. בנוסף, כאשר אין צורך במעבר דווקא דרך החלקה וניתן, כבמקרה זה, להגיע לחלקה בדרך אחרת, גם אם נוצרה זיקת הנאה ניתן לבטלה ולכן זכות המעבר תיוותר למשך שנתיים נוספות בלבד, כדי לאפשר בניית כניסה חליפית.

In a complex of buildings, the entrance path to an internal building has been, for many decades, through the second building, but the purchaser of the apartment to which it was attached blocked the passage.

The Court rejected the tenants' claim for a right of passage. An easement (such as a right of passage) by virtue of years is created as a result of continuous use without the consent of the owners for a period of not less than thirty years. Here, the right of passage was originally consensual and therefore the passage through the plot was not contrary to the right of ownership and no easement was created. In addition, when there is no need to pass through a plot and one, as in this case, may reach the plot by another manner, even if an easement is created, it can be canceled and therefore the right of passage will remain for another two years only, in order to allow the construction of an alternative entry.

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.

¹ עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (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). 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