

**הנושא: דחיית ערעור שעניינו ניכוי הוצאות חשבונאיות בגין הקצאת אופציות לעובדים שניתנות למימוש למניות החברה-האם מהכנסתה החייבת של החברה-הבת**

בבית המשפט המחוזי מרכז - לוד  
מס' תיק: ע"מ 27431-08-11  
בפני: כב' השופט ד"ר ש. בורנשטיין  
המערערת: סקויריטי סופטוור וובסנס ישראל בע"מ  
המשיב: פקיד שומה כפר סבא  
ניתן ביום: 11.4.16

**פסק דין**

**פתח דבר**

1. ערעור על שומות המשיב לשנות המס 2007 ו-2008 (ע"מ 11-08-27431) וכן לשנת המס 2009 (ע"מ 12-02-50592), לפיהן לא התיר למערערת לנכות מהכנסתה החייבת הוצאות חשבונאיות בגין הקצאת אופציות לעובדים הניתנות למימוש למניות חברת האם שלה וכן הוצאות נוספות (הוצאות עודפות) אשר נכללו ב"בסיס העלות" (כפי שיובהר להלן) לצורך חישוב רווחיה של החברה על בסיס שיטת Cost Plus.
2. במסגרת הערעור טענה המערערת טענה חילופית לפיה אם ההוצאות האמורות לא תותרנה בניכוי יש להפחיתן מהכנסותיה, אם לאור ההסכם בינה לבין חברת האם ואם מכוח כללי מחירי העברה (Transfer Pricing).
3. על פי ההסדר הדיוני שהוסכם בין הצדדים, תוכרע תחילה השאלה המשפטית העקרונית הנוגעת לניכוי ההוצאה, וזאת בהתחשב, בין היתר, בסעיפים 17 ו-102(ד)(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (להלן: **פקודת מס הכנסה** או **הפקודה**) ובסעיפים הנוגעים לניכוי הוצאות עודפות, וכן בהתחשב בכך כי ההוצאות משולמות במסגרת הסכם Cost Plus.
4. פסק דין חלקי זה יתמקד אפוא, אך ורק בשאלה האם המשיב נהג כדין בכך שלא התיר למערערת את ניכוי ההוצאות האמורות, לאמור ההוצאות החשבונאיות בגין הקצאת האופציות לעובדים וההוצאות העודפות (להלן: **ההוצאות בגין האופציות ו-ההוצאות הנוספות**, בהתאמה, וביחד: **ההוצאות**). לא תבחן בפסק דין חלקי זה השאלה האם יש לכלול מרכיב זה לצורך חישוב הכנסתה של החברה בהתאם לכללי מחירי העברה או לאור ההסכם עם חברת האם. עם זאת, כאמור בהסדר הדיוני, העובדה כי ההוצאות משולמות במסגרת הסכם Cost Plus ונכללות בבסיס העלות תובא בחשבון לצורך הכרעתי.

**רקע עובדתי**

5. בחודש ינואר 2007 נרכשה חברת האם הקודמת של המערערת Port Authority Technologies Inc (להלן: **פורט אוטוריטי**) על ידי חברת Websense Inc (להלן: **חברת**

**האם**) והפכה לחלק מקבוצת וובסנס העולמית. עד למועד זה סיפקה המערערת שירותי מחקר ופיתוח לפורט אוטוריטי על פי הסכם שנחתם בשנת 2000 ובשנת 2001. על פי אותו הסכם התחייבה פורט אוטוריטי לשלם למערערת תמורה המחושבת על פי סכום הוצאותיה והעלויות שנשאה בהן בקשר לשירותים שהעניקה (להלן: **בסיס העלות**), ובתוספת מרווח של 12.5% מבסיס העלות. הסכם זה הוחלף בהסכם נוסף, שתוקפו החל מה-1 לינואר 2008 (להלן: **הסכם המו"פ**), במסגרתו נקבע מרווח של 7.5% (להלן: **המרווח**). יצוין כי אין מחלוקת בין הצדדים כי מרווח זה עולה בקנה אחד עם עקרונות מחירי ההעברה, דהיינו - כי הוא משקף את הרווח המקובל בתנאי שוק בגין השירותים שמעניקה המערערת.

6. הסכם המו"פ קבע כי בסיס העלות לא יכלול הוצאות בגין תשלומים מבוססי מניות, ארוחות ובידור או הוצאות דומות, אם הוצאות אלה אינן מותרות בניכוי לצרכי מס.

אבהיר כי במסגרת פסק דין חלקי זה, ומאחר שאיני דן בשאלת ההכרה בהכנסה ובסוגיית מחירי העברה, ומאחר שאף המערערת בסיכומיה לא העלתה טענה כי יש בהוראה זו כדי לבסס דרישתה לניכוי ההוצאה, איני מוצא לנכון לעת הזו להידרש לשאלה מה נפקותה של הוראה זו, אם בכלל, לצורכי מס.

7. בנוסף להסכם המו"פ נחתם בין המערערת לבין חברה נוספת מקבוצת וובסנס הסכם שיווק, כאשר אף על פיו משולמת למערערת תמורה על בסיס Cost Plus ובמרווח של 7.5%.

8. בשנות המס שבערעור הוקצו לעובדי המערערת במסגרת תכניות תגמול הוניות המיועדות לעובדים, אופציות למניות חברת האם ויחידות מניה מוגבלות (RSU) המבשילות למניות חברת האם (להלן: **תכניות התגמול**); האופציות ויחידות המניה הוקצו באמצעות נאמן במסלול ריווח הון כאמור בסעיף 102 לפקודת מס הכנסה.

9. עד לסוף שנת 2005 רשמה המערערת בספריה את ההוצאות בגין תכנית התגמול בהתאם לתקן החשבונאי שנהג באותה עת ולפיו רישום ההוצאה ייעשה בהתאם לערך הפנימי (השווי הנאיבי) של האופציה, כלומר לפי ההפרש בין תוספת המימוש לבין מחיר המניה במועד ההקצאה. ככל שאין הפרש כאמור או שההפרש זניח - וכך היה בכל הנוגע לתכניות התגמול של חברת האם - לא נוצרת הוצאה או שהיא הוצאה זניחה. בשנת 2006 נכנס לתוקפו תקן חשבונאות 24 לפיו יש לרשום את ההוצאה בגין הקצאת האופציות על בסיס "השווי ההוגן", הנקבע לפי מודלים שונים (כגון מודל Black & Scholes). יישום תקן זה מביא לרישום הוצאות בסכומים גבוהים משמעותית.

10. בשנת 2006 המערערת לא כללה הוצאה זו בדוחותיה, והמשיב הוסיף להכנסתה, אך שנה זו אינה נדונה בערעור זה. החל משנת 2007, ולאחר שהמערערת הפכה לחלק מקבוצת וובסנס, נדרשה היא, כמו יתר חברות הקבוצה, לכלול בבסיס העלות גם את ההוצאות החשבונאיות בגין האופציות, וכך עשתה. המערערת ניכתה הוצאות אלה מהכנסתה לצורך מס, והמשיב בשומות שהוציא לה לא התיר. מכאן הערעור המתייחס לניכוי ההוצאות בגין האופציות בשנות המס 2007 עד 2009.

בנוסף בשנות המס שבערעור כללה המערערת בבסיס העלות אף את ההוצאות הנוספות (הפרשה לחופשה, להבראה ולפיצויים), ובמקביל דרשה אותן בניכוי. המשיב לא התיר בניכוי אף הוצאות נוספות אלה.

#### תמצית טענות המערערת

11. בחישוב הכנסתה החייבת של המערערת יש להתיר לה בניכוי את כלל ההוצאות שנכללו בבסיס העלות, לרבות ההוצאות בגין האופציות וההוצאות הנוספות, שכן המדובר בהוצאות בייצור הכנסה.
12. בדומה לכל חברה אחרת שתקבוליה נקבעים על בסיס Cost Plus, רווחיה של המערערת תלויים אך ורק בכמות ההוצאות שהצליחה לייצור במהלך שנת המס ואשר נכללו בבסיס העלות. המערערת היא למעשה "מפעל לייצור הוצאות" - ככל שבסיס העלות שלה בשנה מסוימת גדול יותר, כך יאמירו הכנסותיה ורווחיה ויגדל סכום המס שעליה לשלם.
13. שיטת ה-Cost Plus, הנחשבת לשיטה מקובלת לתמחור שירותים הניתנים בין חברות השייכות לאותה קבוצה, נועדה להבטיח כי החברה המעניקה את השירותים ואשר אינה נושאת בסיכון עסקי, תהיה רווחית באופן עקבי ותשלם מס במדינה בה היא פועלת.
14. בנסיבות בהן התמורה המשולמת הינה בשיטת Cost Plus כל הוספה של רכיב לבסיס העלות משנה באופן מהותי את התמורה המשתלמת על ידי מקבלת השירותים. כפועל יוצא מכך, קביעת המשיב לפיה יש להוסיף לבסיס העלות הוצאה, כפועל יוצא משינוי התקינה החשבונאית, משמעותה כי החברה הוציאה הוצאה גדולה יותר בגין קבלת שירותים זהים לאלה שניתנו זמן קצר קודם לכן, מבלי שחל שינוי באותם שירותים.
15. המערערת רשאית לנכות את ההוצאות בגין הקצאת האופציות לעובדים מכוח הוראות סעיף 17 לפקודה, הקובע את עיקרון ההקבלה, ומחייב ניכוי של הוצאות שניתן להוכיח כי הובילו לייצור הכנסתו של נישום בכל שנת המס. יש להתיר למערערת לנכות את כלל ההוצאות שנכללו בבסיס העלות ואשר הביאו במישרין לייצור הכנסתה החייבת, שכן אין כל הבדל בין ההוצאות בגין הקצאת אופציות שנרשמו מעת נכנס לתוקפו תקן חשבונאות 24, לבין כל הוצאה אחרת, כגון שכר, דמי שכירות וכד'. ההוצאה בגין הקצאת המניות הינה הוצאה הכרחית אשר תרמה במישרין לייצור הכנסתה החייבת ולכן יש להתירה בניכוי.
16. סעיף 102(ד)(2) לפקודה האוסר ניכוי הוצאות הקשורות בהקצאת אופציות לעובדים, והקובע כי לא תותר לחברה הוצאה בעת "מכירת המניה" על ידי עובד שהוקצתה לו מניה במסלול רווח הון, אינו מתייחס כלל לשאלה אם ניתן לנכות את ההוצאה בעת הענקת האופציות או המניות לעובד או במהלך תקופת ההבשלה. אשר על כן, יש להבין את סעיף 102(ד)(2) לפקודה כעוסק אך ורק בזכותו של המעביד לנכות מהכנסתו החייבת הוצאה במועד מכירת המניה ותשלום המס על ידי העובד. יש

לפרש את סעיף 102(ד2) לפקודה כשולל אפשרות לנכות הוצאה במועד מכירת המניה, להבדיל ממועד הקצאת האופציה לעובד. לפיכך, יש לבחון את שאלת ניכוי ההוצאה במועד הקצאת האופציה על פי הוראת סעיף 17 לפקודה, ומאחר שמדובר בהוצאה בייצור הכנסה, יש להתירה.

17. אין כל קשר בין מועד דרישת ההוצאה על ידי החברה לבין מועד מכירת המניה על ידי העובד. לא זו אף זו, ההוצאה נרשמת גם כאשר העובד כלל אינו מוכר את המניה, כגון משום שהאופציות הינן "מחוץ לכסף" או משום שהעובד עזב את החברה.

18. במסגרת סעיף 102 לפקודה ביקש המחוקק ליישם את עקרון ההקבלה מתוך הנחה כי ההקצאה עצמה אינה יוצרת לחברה הוצאה, וזאת בהתאם לכללי החשבונאות שחלו באותה עת. לפיכך, הותנתה ההוצאה בקיומה של הכנסה מקבילה בידי העובד. אלא שבשל התקן החשבונאי החדש, נרשמת ההוצאה במועד ההקצאה וכבר במועד זה נוצרת למערערת הכנסה חייבת כתוצאה מעצם הרישום. די בכך כדי להתיר את ההוצאה.

19. בגישת המשיב טמון חוסר צדק שכן מחד הוא סבור כי על המערערת לכלול את ההוצאות בגין אופציות לעובדים בבסיס העלות וזאת על מנת שגם הכנסתה תגדל בסכום זהה ובתוספות מרווח, ומאידך הוא מסרב להתיר למערערת את ניכוייה של אותה ההוצאה.

20. עמדת המשיב פוגעת ביסודות שיטת Cost Plus ויוצרת מיסוי עודף במישור הבינלאומי. זאת מכיוון ששיטת Cost Plus נועדה במהותה להבטיח כי החברה המעניקה שירותים לעולם תהיה רווחית לצרכי מס (אף אם הקבוצה בהפסדים), בזכות המרווח. המשיב הרי אינו חולק על כך שמרווח בשיעור 7.5% משקף את הרווח הראוי למערערת מהשירותים שהיא מעניקה. לצד זאת, עמדת המשיב ביחס למערערת מגדילה את הרווח לצרכי מס בשיעור לא מבוטל, דבר המוביל לשיעורי מס בלתי סבירים המוטלים בישראל. עמדת המשיב המחייבת את הנישום להכליל את ההוצאות בגין הקצאת המכשירים ההוניים לעובדים בבסיס העלות ובד בבד שוללת את ניכוי אותן הוצאות, מובילה לתוצאות מס אבסורדיות, למשל: מצב בו סכום המס שנגבה עשוי להיות שווה או גבוה מכלל הרווח אשר מופק בישראל. כתוצאה מכך נגרם מיסוי עודף בישראל על חשבון מדינות אחרות.

21. ההוצאה בגין הקצאת האופציה מייצרת למערערת הכנסה קונקרטית בת כימות, המתחייבת במס, וזאת במועד רישום ההוצאה וללא קשר לתגמול שמקבל העובד. גם אם המערערת הייתה מעניקה שירותים לצד ג', והתמורה בגין שירותים אלה הייתה מחושבת על בסיס Cost Plus, היא הייתה דורשת את ההוצאות בניכוי.

22. אשר להוצאות הנוספות, שאף הן נכללו בבסיס העלות, יש לתת את הדעת לתכלית סעיפים 18 ו-31 לפקודה, מכוחן שלל המשיב את ניכוי. תכליתם של אלה היא למנוע מנישומים לנכות הוצאות שהינן הוצאות פרטיות או מעורבות, קרי הוצאות שאינן משמשות כולן לייצור הכנסה, כאשר בהתאם לפסיקה - ההוצאות הקבועות בסעיף 31 ותקנותיו הינן בגדר חזקות הניתנות לסתירה. במקרה דנן, ההוצאות הנוספות

נכללות בבסיס העלות ומשמשות במישרין לייצור הכנסה, ולפיכך יש להתיר את ניכוי.

#### תמצית טענות המשיב

23. מבנהו של סעיף 102(ד)2 לפקודה ותכליתו, כפי שזו נלמדת ממקורות שונים, מצביעים על כוונה ברורה של המחוקק ליצור הסדר ספציפי לעניין ההכרה בהוצאות בגין הקצאת אופציות במסלול ההוני אצל החברה המעבידה, לפיו לא תוכר אצלה ההוצאה. אין לקבל את עמדת המערערת לפיה סעיף זה אינו שולל בצורה גורפת את ניכוי ההוצאה, אלא מתייחס לעיתוי הניכוי בלבד.
24. ההצמדה של איסור ניכוי ההוצאה על ידי החברה למכירת המניה על ידי העובד, הינה על רקע התפיסה שבבסיס סעיף 102(ב) לפקודה לפיה מועד אירוע המס של העובד הינו במועד המימוש, וכי קיימת הקבלה בין מועד מיסוי ההכנסה אצל העובד לבין מועד ההכרה בניכוי, ככל שקיימת כזו, אצל החברה.
25. קבלת עמדת המערערת לפיה שלילת ניכוי ההוצאה מוגבלת למועד מכירת המניה על ידי העובד ומאפשרת ניכוי במועד אחר, מוקדם יותר, אינה מתיישבת עם לשון הסעיף ותכליתו.
26. השאלה הרלוונטית לצורך בחינת השלכות התקן החשבונאי 24 על פרשנות סעיף 102(ד)2 לפקודה אינה נוגעת לכימות ההכנסה אלא לעיתוי ההכרה בה. התקן החשבונאי לא שינה דבר בקשר לעיתוי ההכרה בהוצאה.
27. אילו היה מדובר בהסכם להספקת שירותים בין חברות שאינן קשורות, לא הייתה מותרת ההוצאה בגין הקצאת האופציות במסלול ההוני, ולפיכך אין כל הצדקה להפלות לטובה את המערערת בחישוב המס לעומת חברה אחרת בת השוואה.
28. יש לבחון את הכללים הקבועים בסעיף 102 לפקודה כמכלול. חברה אשר בוחרת להקצות אופציות במסלול הפירוטי רשאית לנכות את ההוצאות ככל הוצאת שכר (במגבלות הקבועות בסעיף 102(ד)1)) והעובד ימוסה בשיעור המס השולי, הגבוה בדרך כלל משיעור המס על הכנסה הונית, כפי שהוא ממוסה על כל הכנסת שכר אחרת. לעומת זאת, כאשר חברה בוחרת בהקצאת אופציות במסלול ההוני, העובד ממוסה בשיעור מס נמוך יותר, והחברה אינה רשאית לנכות את ההוצאה. על רקע הסדר זה קל להבין את הרציונל הכלכלי שבאי התרת ההוצאה לחברה.
29. אין להכיר אף בניכוי ההוצאות הנוספות שכן המדובר בהוצאות אשר ניכוי נשלל מפורשות על פי הוראות הפקודה. סעיף 18(א) לפקודה קובע מפורשות את מועד ניכוי של ההוצאות הסוציאליות כגון - מענק פרישה, דמי חופשה, דמי הבראה, דמי חגים, דמי מחלה והוצאות אחרות כיוצא באלה.
30. על פי ההלכה הפסוקה, תכלית סעיף 18(א) לפקודה היא כפולה: האחת, פיסקאלית-הקבלה בין עיתוי ההכרה בהוצאות המעביד למועד החיוב במס של העובד מקבל

ההטבה. השנייה, חברתית - מתן תמריץ למעבידים להפריש הוצאות סוציאליות בפועל לקופות גמל על מנת שיהיה ניתן לנכותן במועד ההפרשה לקופות הגמל ובכך ימנע הסיכון כי העובד לא יקבל את הכספים המגיעים לו בבוא העת מחמת אי יכולת תשלום של המעביד.

31. טענת המערערת לפיה יש להכיר בהוצאה מקום בו הוכח כי היא יצרה הכנסה, איננה נכונה משני טעמים. ראשית, על פי ההלכה הפסוקה נדרשת הקבלה בין עיתוי ההוצאה אצל המעביד ובין עיתוי ההכנסה אצל העובד. שנית, ההוצאה בענייננו לא "ייצרה" הכנסה כשם שלא הייתה יוצרת הכנסה אם היה מדובר בעסקה שנערכת עם חברה לא קשורה בתנאים זהים, ואשר רשמה הוצאות סוציאליות בספריה וסעיף 18(א) חל עליה.

32. מסיבות דומות, אין להכיר בניכוי אף את ההוצאות העודפות אשר ניכויין נשלל במפורש בסעיף 32(11) לפקודה ובתקנות שהוצאו מכוח סעיף 31 לפקודה.

סעיף 31 לפקודה, הקובע כי אין לנכות את ההוצאות העודפות שהוציא מעביד לטובת עובדיו, מבטל את התמריץ למעביד להעניק לעובדיו הטבות בשווה כסף חלף שכר מבלי שאלו יחויבו במס. כלומר, גם בעניין ההוצאות העודפות, כמו בקשר להוצאות הסוציאליות, ההקבלה הנבחנת הינה הוצאות המעביד מול הכנסת העובד ובכל מקרה אין ההוצאה העודפת "מייצרת" הכנסה למערערת יותר מאשר היא תורמת להכנסת כל חברה אחרת אשר ערכה עסקה עם חברה לא קשורה ותמחרה אותה בהתאם למחיר השוק.

## דיון והכרעה

### הקצאת אופציות לפי סעיף 102 לפקודה

33. הענקת אופציות לעובדים הפכה בשנים האחרונות לדרך מקובלת לתגמול עובדים. בתי המשפט עמדו לא אחת על היתרונות הטמונים בבסיסה של שיטת תגמול זו, שאינה מחייבת תשלום כסף במזומן באופן המסייע לנזילותה של החברה, ואשר מהדקת את הקשר בין העובד לחברה, תוך יצירת זיקה ישירה בין תפקודו של העובד לגמול שהוא מקבל (ראו ע"א 6159/05 **פקיד שומה תל אביב נ' לפיד** (31.12.2008) (להלן: **עניין לפיד**)).

34. ההסדר החקיקתי הנוגע למיסוי הקצאת אופציות לעובדים מצוי בסעיף 102 לפקודה, כפי שתוקן במסגרת תיקון 132 לפקודה. בהתאם לסעיף זה ניתן להקצות אופציות ומניות לעובדים באמצעות נאמן ושלא באמצעות נאמן.

35. בהקצאה ללא נאמן, וככל שמדובר בהקצאת אופציות או מניות סחירות, יתחייב העובד במס במועד ההקצאה בגין הכנסת עבודה, ואילו במועד מימוש האופציה או במועד מכירת המניה, יתחייב העובד בגין הריווח שנצמח לו, אם נצמח, במס רווח הון. ככל שלעובד הוקצו אופציות או מניות שאינן סחירות, יתחייב העובד במס במועד המימוש בגין הכנסת עבודה.

36. בהקצאה באמצעות נאמן, על החברה המקצה לבחור בין שני מסלולים: **"מסלול הכנסת עבודה"**, במסגרתו יתחייב העובד במס כהכנסת עבודה לפי שיעור המס השולי שלו, או **"מסלול רווח הון"**. האחרון טומן בחובו הטבה לעובד, בכך שהוא מביא לחיובו במס בשיעור של 25% בגין **"שווי ההטבה"** (הוא ההפרש בין התמורה שהתקבלה ממכירת המניה לבין הסכום ששולם על ידו לרכישתה).

37. יוער, כי ככל שמדובר בהקצאה של אופציות או מניות סחירות, יתחייב העובד במס כהכנסת עבודה בגין שווי המניה (כפי שהיה במועד ההקצאה) בניכוי הסכום ששולם על ידו לרכישתה, כאשר רק יתרת "שווי ההטבה" תתחייב במס בשיעור של 25%. ועוד יוער, כי בשני המסלולים האמורים לא יחול החיוב במס במועד ההקצאה אלא ב"מועד המימוש", הוא מועד העברת המניה מהנאמן לעובד או מועד מכירת המניה על ידי הנאמן, לפי המוקדם, וכן כי בשני המסלולים נדרשת עמידה בתנאי של תקופת חסימה במהלכה המניות מופקדות בידי הנאמן; במסלול הכנסת עבודה - תקופה של שנה; במסלול ריווח הון - תקופה של שנתיים. (ראה ע"מ 12-01-52821 **קיפל נ' פקיד שומה ירושלים** (10.8.2014) וכן עניין **לפיד** הנ"ל). ולבסוף יוער כי ככל שהחברה בחרה במסלול ריווח הון, אך העובד מימש את המניה לפני תום תקופת החסימה, יתחייב הוא במס כהכנסת עבודה.

38. סעיף 102 לפקודה בנוסחו שלאחר תיקון 132 כולל, אפוא, מספר דרכי הקצאה אפשריים, כאשר זה העומד במוקד המחלוקת בין הצדדים שלפנינו הוא **הקצאה באמצעות נאמן במסלול רווח הון**. המיסוי בהתאם למסלול זה מוסדר בסעיף **102(ב)(2)** לפקודה, שזו לשונו:

**"(ב) הכנסתו של עובד מהקצאת מניות בחברה מעבידה באמצעות נאמן לא תחויב במס בעת ההקצאה ויחולו במועד המימוש הוראות אלה:**

...

**(2) בחרה החברה המעבידה במסלול רווח הון, והנאמן החזיק במניות עד תום התקופה לפחות, יראו את הכנסתו של העובד כרווח הון בסכום שווי ההטבה, והוא יחויב עליו במס בשיעור של 25%."**

39. הנה כי כן - עיקרו של הסדר מיסוי זה הוא כי בכפוף לתנאים מסוימים (אשר המרכזי שבהם הינו הפקדת המניות בידי נאמן לתקופה מינימלית בת 24 חודשים) הכנסתו של העובד ממכירת המניות שיתקבלו כתוצאה ממימוש האופציות, לא תסווג כהכנסת עבודה, החייבת בשיעור המס השולי, אלא כרווח הון בשיעור מס של 25%. יתר על כן, כנזכר באופן מפורש בסעיף, ההקצאה עצמה אינה מהווה אירוע מס, אלא המס משולם בתום התקופה, דהיינו במועד המימוש.

40. סעיף **102(ד)** לפקודה עניינו בניכוי ההוצאה לחברה המעבידה.

סעיף **102(ד)(1)** חל מקום בו החברה בחרה במסלול הכנסת עבודה (סעיף קטן (ב)(1)) או מקום בו החברה בחרה במסלול ריווח הון אך המדובר במניה סחירה והעובד חויב

במס כהכנסת עבודה בגין שווי המניה ביום ההקצאה (סעיף קטן (ב)(2)) או מקום בו המדובר בהקצאה שלא באמצעות נאמן (סעיף קטן (ג)(1)).

סעיף 102(ד)(2) חל מקום בו החברה המעבידה בחרה במסלול ריווח הון, לרבות כאשר העובד מכר את המניה לפני תום התקופה (סעיף קטן (ב)(4)).

41. זו הוראתו של סעיף 102(ד) לפקודה:

**"(1) בהקצאת מניות כאמור בסעיפים קטנים (ב)(1) ו-(3) ו-(ג)(1), תותר בניכוי, לחברה המעבידה שהוא עובד בה, הוצאת שכר בשל הקצאה כאמור בגובה הכנסת העובד לפי סעיף 102(1) או (2) או בגובה סכומי ההשתתפות שבהם חויבה בשל התחייבותה לחברה המעבידה המקצה, לפי הנמוך, והכל בשנת המס שבה נוכה המס בשל הכנסת העובד והעובר לפקיד השומה.**  
**(2) לא תותר לחברה הוצאה במכירת מניה שלגביה בחרה החברה המעבידה במסלול ריווח הון, גם אם נמכרה המניה לפני תום התקופה כאמור בסעיף קטן (ב)(4)."**

42. לשונו של סעיף 102(ד)(2) לפקודה היא לכאורה פשוטה וברורה: כאשר ההקצאה הינה במסלול ריווח הון לא תותר לחברה כל הוצאה. כך הדבר אף אם מימוש המניה נעשה בטרם חלפה תקופת החסימה, והעובד נדרש לשלם מס הכנסה בשיעור המס השולי.

אלא שלטעמה של המערערת עניינו של הסעיף הוא בשאלת ניכוי ההוצאה במועד המימוש, אך אין בו כדי לשלול אפשרות לנכות את ההוצאה במועד ההקצאה של האופציה. לגישתה, ההוראה לפיה **"לא תותר הוצאה במכירת מניה"** לא נועדה לקבוע הסדר מלא ומקיף באשר לאפשרות ניכוי הוצאות במסלול ריווח הון, אלא רק את האיסור לנכות הוצאה במועד המכירה. בכל הנוגע לשאלת ניכוי ההוצאה במועד ההקצאה, יש לפנות לכלל האמור בסעיף 17 לפקודה המתיר ניכוי הוצאה שיצאה בייצור הכנסה, וזו טיבה של ההוצאה דין.

43. כידוע, לשון החוק היא נקודת המוצא ממנה ייצא הפרשן אל דרכו. עם זאת, לשון החוק אינה נקודת הסיום. יש לבחון אף את תכליתו של החוק, כאשר יש לבחור בפרשנות המגשימה תכלית זו:

**"כיצד תיקבע המשמעות "הנכונה" של דיבור בחוק? נקודת המוצא היא הלשון שנקט המחוקק. אין לך משמעות "נכונה" של דיבור, אם אין לה עיגון לשוני ולו מינימאלי בתורת הלשון. חייבת להיות נקודת אחיזה ארכימדית לפירוש הנכון בלשון החוק.**

...

הלשון היא אפוא נקודת המוצא. אך היא אינה נקודת הסיום. לעולם יש לפתוח בלשון החוק, אך לעולם אין לסיים בה. מבין האפשרויות השונות שהלשון

**פותחת יש לבחור באחת ויחידה כאפשרות "נכונה". בחירה זו נעשית על-פי מטרת ההוראה ועל-פי תכליתה.**

.....

**מבין האפשרויות הלשוניות השונות יש לבחור אותה אפשרות, המגשימה את מטרתה של חקיקת המס... על הפרשן ליתן אותו פירוש, המביא להגשמת תכלית החקיקה".**

ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות פ"ד לט(2) 70 (1985) ראו גם ע"א 7034/99 פקיד שומה כפר סבא נ' דר פ"ד נח(4) 913 (2004).

#### 44. האם לפרשנותה של המערערת קיימת אחיזה בלשון החוק?

כאמור, סעיף 102(ב)(2) לפקודה קובע כי הכנסתו של עובד מהקצאת מניות באמצעות נאמן במסלול ריווח הון לא תחויב במס בעת ההקצאה, כאשר במועד המימוש יראו אותה כריווח הון בידו והוא יתחייב במס בשיעור של 25%. סעיף 102(ד)(2) לפקודה ממשיך וקובע כי לחברה לא תותר הוצאה במכירת מניה שלגביה בחרה החברה המעבידה במסלול רווח הון. הניתן לומר כי הוראה זו אינה קובעת הסדר ממצה לניכוי ההוצאה ואין היא מונעת מהחברה לנכות את ההוצאה במועד ההקצאה בהתאם לסעיף 17 לפקודה בהיותה הוצאה בייצור הכנסה?

#### 45. סבורני כי יש להשיב לשאלה זו בשלילה, וזאת מכמה טעמים.

**ראשית,** אין זה מתקבל על הדעת כי המחוקק ביקש לקבוע במסגרת סעיף 102(ד) לפקודה אך ורק הסדר חלקי ובלתי ממצה, המותיר את שאלת ניכוי ההוצאה להיות מוכרעת על פי הכללים "הרגילים" לניכוי הוצאות. ברי כי חלק ה-1 לפקודה שכתרתו "**הקצאת מניות לעובדים**" ואשר בו מצוי סעיף 102, נועד להעמיד הסדר כולל וממצה למיסוי מכשירים הונניים אלה, הן בצד ההכנסה והן בצד ההוצאה. גישתה של המערערת לפיה שאלת ניכוי ההוצאה לא הוסדרה באופן מלא, שכן עדיין יש לבחון האם מדובר בהוצאה בייצור הכנסה אם לאו בהתאם לעקרונות הכלליים לניכוי הוצאות קבוע בסעיף 17 לפקודה ו/או בסעיפים אחרים של הפקודה שעניינם ניכוי הוצאה, אינה סבירה. מה לו למחוקק כי ישחית מילותיו בחקיקת הוראת סעיף 102(ד)(2) לפקודה, אם בסופו של דבר עדיין נדרשת בחינת התרת ההוצאה בגין הקצאת האופציות לעובדים לפי הוראת סעיף 17 לפקודה? ולכל הפחות, ניתן היה לשער כי אילו זו הייתה כוונת המחוקק, דהיינו להבחין בעניין עיתוי ההכרה בהוצאה בין מועד ההקצאה לבין מועד המכירה - אזי ניתן היה לצפות כי היה ניתן לכך ביטוי מפורש בסעיף.

**שנית,** המערערת חוזרת ומדגישה כי מאחר שהכנסתה נקבעת בשיטת Cost Plus והוצאותיה בגין הקצאת האופציות מהוות חלק מבסיס העלות ולפיכך אף חלק מהכנסתה (באופן שיש בו להגדיל את "המרווח"), עניין לנו בהוצאה בייצור הכנסה ולפיכך יש לבחון את שאלת ניכוייה במנותק מההסדר הקבוע בסעיף 102(ד) לפקודה. אלא שאיני רואה הבדל של ממש בין הוצאות הקצאת אופציות לעובדים של חברה הפועלת בשיטת Cost Plus, המהוות הוצאה בייצור הכנסה על שום שיש בהן כדי

להגדיל את "המרווח" (או בלשון המערערת, בשל היותה "מפעל לייצור הוצאות"), לבין הוצאות אלו המוצאות על ידי כל חברה אחרת והעשויות להיחשב כהוצאות בייצור הכנסה על שום שהן, למשל, בבחינת "הוצאות שכר".

למעשה, אם נדקדק נמצא כי בסופו של יום אותן הוצאות עשויות הן מעור אחד: מטרתן להגדיל את הכנסת המעביד באמצעות מתן תמריץ לעובד על מנת שהאחרון יעבוד כהלכה ויספק את המוצרים או השירותים הנדרשים ללקוחותיו של המעביד. במקרה אחד משלם הלקוח, בין היתר, את עלות עבודתו של העובד בתוספת "מרווח" מובטח מראש, ללא סיכון. במקרה השני משלם הלקוח על עבודתו של העובד בתוספת ריווח שהמעביד מצפה לקבל, תוך נטילת סיכון שהלקוח לא ישלם די כדי השגת אותו ריווח, או אפילו לא ישלם די כדי לכסות את עלות העבודה. הבדל זה במידת הסיכון ובאופן התמחור אינו מוסיף ואינו גורע לשאלת ניכוי ההוצאה, כך גם העובדה שהמערערת מכנה את עצמה "מפעל לייצור הוצאות". גם מפעל "רגיל" הוא "מפעל לייצור הוצאות", שהרי אלמלא אותן הוצאות לא היו מתקבלות ההכנסות, והדברים ברורים.

כך או כך, סעיף 102(ד) לפקודה ממילא יוצא מנקודת ההנחה כי ההוצאה בגין הקצאת האופציות לעובדים היא הוצאה בייצור הכנסה, שאם אין כן הדבר, מה טעם יש לקבוע סייגים ומגבלות לניכוי הוצאה אם זו אינה מותרת מלכתחילה בניכוי על פי הכללים "הרגילים"?

**שלישית,** מהוראת סעיף 102(ד) עולה כי המחוקק יצר זיקה ברורה וחד משמעית בין המועד בו מתמסה העובד על הכנסתו ובין המועד בו החברה רשאית לנכות את ההוצאה, אם וככל שהיא מותרת בניכוי. כך, סעיף 102(ד)(1) לפקודה מתיר לחברה שבחברה באחד המסלולים האחרים (וכן במסלול ריווח הון בהקצאת מניה סחירה ובהתייחס לשווייה במועד ההקצאה) לנכות הוצאה בהתאם לגובה הכנסת העובד (או בגובה סכומי ההשתתפות שבהם חויבה בשל התחייבותה לחברה המקצה, לפי הנמוך) וזאת אך ורק בשנת המס שבה נוכה המס בשל הכנסת העובד. קרי, ניכוי ההוצאה לחברה "צמוד" לאירוע המס לעובד, ואין להפריד בין הדברים. התוצאה אליה חותרת המערערת לפיה דווקא במסלול ריווח הון תותר לחברה הוצאה במועד שבו העובד טרם מושה, אינה עולה בקנה אחד עם ההסדר האמור בסעיף, ובוודאי שלא עם הגיונה הפנימי של ההוראה המכוונת להחמיר באפשרות ניכוי הוצאה במסלול זה לעומת המסלולים האחרים.

**רביעית,** מלשונו של סעיף 102(ד)(2) עולה כי מטרתו העיקרית של המחוקק לא הייתה לקבוע כי במסלול ריווח הון לא תותר הוצאה, שכן מסקנה זו נלמדת ממילא מסעיף 102(ד)(1) לפקודה המתיר את ניכוי ההוצאה במסלולים האחרים ובנסיבות שבהן העובד מושה על הכנסתו כהכנסת עבודה **ובמועד** שכך מושה. נדמה, אפוא, כי המחוקק בעיקרו של דבר ביקש להדגיש את האמור בסיפא של אותו סעיף, דהיינו כי ההוצאה לא תותר אף כאשר העובד מושה על הכנסתו כהכנסת עבודה על שום ההפרה של התנאי בדבר תקופת החסימה. הדגשה זו אכן נדרשת, שהרי היא אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם ההקבלה שיצר המחוקק בין מיסוי העובד ובין ניכוי ההוצאה. מכאן אף מובן על שום מה מתייחס המחוקק לשלב "מכירת המניה", שהרי

זה השלב שבו מפר העובד את התנאי בדבר תקופת החסימה ומתחייב לפיכך במס כהכנסת עבודה. אין זאת אלא שהפרשנות המוצעת על ידי המערער לפיה מ"הלאו אתה שומע הן", דהיינו כי מהעובדה שהמחוקק מתייחס רק לשלב המימוש ניתן ללמוד כי אין מניעה לנכות את ההוצאה במועד ההקצאה - אין לה על מה שתסמוך.

#### 46. האם פרשנותה של המערער עולה בקנה אחד עם תכלית החוק?

כאמור, המערער טוענת כי יש להתיר בניכוי הוצאותיה בגין הקצאת האופציות לעובדיה, וזאת תוך יצירת הבחנה בין מועד הקצאת האופציה למועד מכירת המניה. לטענתה, אין באמור בסעיף 102(ד) (2) לפקודה כדי לשלול אפשרות לנכות הוצאה במועד ההקצאה של האופציה, ככל שמדובר בהוצאה לייצור הכנסה.

אף אם אניח לצורך הדיון כי לשון הסעיף סובלת את פרשנותה של המערער, אינני סבור כי היא מתיישבת עם תכליתו. בחינת תכליתו של סעיף 102 לפקודה מובילה למסקנה כי אין מקום להתיר למערער שבחירה במסלול ריווח הון לנכות את הוצאותיה בגין הקצאת האופציות לעובדים, לא במועד המימוש ולא במועד ההקצאה. לטעמי, האיסור על ניכוי ההוצאה הינו מוחלט, והאבחנה אותה מבקשת המערער לעשות, חותרת תחת התכלית שבבסיס ההסדר החקיקתי ופוגעת באיזון המעוגן בו.

47. איזון זה מתבטא בכך שבמסלול רווח הון, ובהתקיים התנאים המפורטים בסעיף 102 לפקודה, לא יתחייב העובד במס במועד הקצאת האופציה אלא רק במועד המימוש. יתר על כן ועיקר, במועד זה יתחייב העובד במס בשיעור מופחת של 25% בלבד, על אף שהאופציות הוקצו לו במעמדו כעובד ולפיכך ראוי היה למסות אותן כהכנסת עבודה ובהתאם לשיעור המס השולי החל על העובד. אלא שצדו השני של המטבע - צדו המובהק, יש לומר - הוא כי במסלול רווח הון, לא תותר לחברה כל הוצאה.

48. אין זאת אלא, שהרציונל העומד ביסוד האיסור החל על חברה לנכות הוצאות בגין הקצאת אופציות לעובדים במסלול ההוני הוא, שבגין הכנסתו של העובד מאותה הקצאה משולם מס בשיעור נמוך. ברי כי אם נפרש את סעיף 102(ד) (2) לפקודה, כטענת המערער, כסעיף האוסר על ניכוי ההוצאה אך ורק במועד המימוש, אך אינו מונע את ניכוי ההוצאה במועד ההקצאה, יהיה בכך כדי לפגוע באיזון האמור.

49. איזון זה הובהר היטב, ובאופן חד משמעי וברור (וללא כל הבחנה בין מועד המימוש ובין מועד ההקצאה) בהמלצותיה של "ועדת רבינוביץ" שעל בסיסן נחקק הסדר המיסוי הקבוע בסעיף 102 לפקודה לאחר תיקונו במסגרת תיקון 132, לאמור:

**"מוצע להחליף את ההסדר הקבוע היום בסעיף 102 לפקודה לגבי מיסוי מניות או זכויות למניות שחברה מעבירה מעניקה לעובדיה (להלן: הקצאת מניות לעובד).**

**מוצע לקבוע כי הקצאת מניות לעובד באמצעות נאמן לא תחוב במס בעת ההקצאה אלא בעת מימוש המניה או בעת קבלתה מהנאמן, לפי המוקדם.**

לחברה תינתן האפשרות לבחור בין מסלול מיסוי הוני למסלול מיסוי פירותי ובחירתה כאמור תחול על כל הקצאת מניות לעובדים בתקופה של שנתיים מיום אישור התוכנית הראשונה.

במסגרת המסלול הפירותי רווח ממכירת ניירות הערך יחשב הכנסת עבודה בידי העובד המקבל ולחברה תותר ההוצאה לפי סעיף 17 לפקודה בגובה הסכום שנקבע לעובד כהכנסה, בשנת המס בה נוכה המס במקור מהכנסה זו והועבר לפקיד השומה.

**במסגרת המסלול ההוני ריווח הון ממכירת המניות יחויב במס בידי העובד בשיעור של 25% ולחברה לא תותר הוצאה בגין הענקת המניה** (ההדגשה אינה במקור)

50. יש אף לתת את הדעת לכך כי איזון זה שבין הטבת המס הניתנת לעובד בדמות שיעור מס מופחת, לבין ההכבדה על המעביד באמצעות שלילת ניכוי ההוצאה, אינו רק איזון מושגי כללי, במובן זה שאוצר המדינה לא ייצא ניזוק במתן הטבה לעובד תוך השבת סכום המס החסר מאת המעביד. אכן, עניין לנו בשני נישומים שונים - המעביד מזה והעובד מזה - אך אין ספק כי קיימת ביניהם זיקה של ממש, באופן זה שההטבה שניתנת לאחד (העובד, המשלם מס בשיעור 25% במסלול ההוני) משרתת, בסופו של יום, גם את האחר (המעביד, היכול לחסוך בהוצאת שכר). וכיוצא בכך - יתרון מיסויי הנוצר לאחד (המעביד, הרשאי לנכות הוצאה במסלול הכנסת עבודה) בא בסופן של יום על חשבון האחר (העובד, המשלם מס בשיעור המס השולי).

51. ברוח זו נאמרו בע"מ (ת"א) 12-11-40433 קונטירה טכנולוגיות בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב (24.12.2015) (להלן: עניין קונטירה), דברים אלה:

"המערער בחרה להקצות לעובדיה אופציות של חברת האם במסלול רווח הון, ובהתאם להוראות סעיף 102(ד)(2) לא תותר לה ההוצאה הכרוכה בהקצאת האופציות...

כאמור מדובר בהסדר ייחודי שקבע המחוקק והמערער בחרה ללכת בנתיב ההוני תוך נטרול ההוצאה אצלה לצרכי מס. יש לזכור כי בחירה זו היא בחירה שבכדאיות העסקה רוצה לומר, בוחר מעביד במסלול ההוני, הדבר מאפשר לו להעניק כמות קטנה יותר של אופציות או מניות לעובדים משום שערך ההטבה לאחר מס לעובד בתקופה שבה מס רווח על הון נמוך ממס על הכנסה יכול והוא משתלם יותר, גם במחיר נטרול ההוצאה אצל המעביד לצרכי מס, מהענקת חבילת מניות או אופציות גדולה יותר במסלול הפירותי תוך תביעת ההענקה כהוצאה. כלומר זוהי בחירה עסקית כלכלית של המערער והיא אינה יכולה כעת לטעון כנגד בחירה זו" (פסקה 17 לפסק הדין) [ההדגשה אינה במקור]

52. בית המשפט חזר על עמדתו זו גם בע"מ (ת"א) 09-1300 פיניסאר ישראל בע"מ נ' פקיד שומה רחובות (14.1.2016) (להלן: עניין פיניסאר):

"הבחירה באיזה ממסלולי הקצאת האופציות לעובדים (הכנסת עבודה או רווח הון) הקבועים בסעיף 102 לפקודה, הייתה נתונה למערער (או לחברת האם)

אשר בחרה במסלול רווח הון משיקוליה היא. לפיכך, ומשנקבע בסעיף 102(ד)(2) לפקודה שאין להתיר בניכוי הוצאות הכרוכות בהקצאת אופציות לעובדים במסלול רווח הון, אין המשיב או בית המשפט מוסמכים לשנות מהוראה זו. אוסיף, כי בהקצאת אופציות לפי מסלול רווח הון, נהנה העובד משיעור מס בשיעור 25% (שם, סעיף 102(ב)(2) לפקודה) אשר בדרך כלל נמוך מהמס השולי המתחייב במסלול הכנסת עבודה. בכך יש משום הטבה מקופת המדינה ממנה נהנה גם המעסיק הנדרש להקצות לעובד פחות אופציות משום שבערכים מוחלטים הציפייה היא שסכום הנטו שיקבל העובד בסופו של יום גדול יותר מאשר במסלול הכנסה מעבודה" (פסקה 15 לפסק הדין) [ההדגשה אינה במקור]

53. אדגיש כי אין במסקנה לפיה המערערת אינה רשאית לנכות את ההוצאות שהוציאה בגין הקצאת האופציות לעובדים, כדי לשלול את טענת המערערת לפיה מדובר בהוצאות שהוציאה בייצור הכנסה, אם בהתחשב בכך שכל רווחיה תלויים בהוצאות ש"הצליחה" לייצור במהלך שנת המס ואשר נכללו בבסיס העלות, ואם בשל כך שמדובר ב"הוצאות שכר" כפי שהבהרתי לעיל, או בשל כל טעם אחר. עם זאת, מצב הדברים הוא שאף אם מדובר בהוצאות שנכללו בבסיס העלות של המערערת, ואף אם הוצאות אלו הניבו לה באופן מובהק הכנסה, ניכיון של אלו נאסר עליה מתוקף הסדר ספציפי שקבע המחוקק. כאמור, הסדר זה לא רק שעולה מלשון החוק, אלא מתיישב עם תכליתו.

54. אף בעניין פיניסאר, שם נדונו הוצאות בגין הקצאת אופציות במסלול רווח הון שהעניקה חברת האם לעובדי חברת הבת אשר סיפקה לה שירותי מחקר ופיתוח, סבר בית המשפט כי עניין לנו בהוצאות בייצור הכנסה, וחרף זאת - אין להתיר:

**"לצורכי מס נבחנת מהותה של הוצאה על פי הוראות סעיף 17 רישא לפקודה, הקובע:**

**"לשם בירור הכנסתו החייבת של אדם ינוכו, זולת אם הניכוי הוגבל או לא הותר על פי סעיף 31 - יציאות והוצאות שיצאו כולן בייצור הכנסתו בשנת המס ולשם כך בלבד..."**

נוכח הוראה זו וכדי לעמוד על מהות ההוצאה הכרוכה בהקצאת אופציות לעובדים, יש לבחון האם הוצאה זו, נועדה לאפשר למערערת לבצע את עבודות המחקר והפיתוח עבור חברת האם, כדי לזכותה ברווח המוסכם ולזכות את חברת האם בתוצר המחקר והפיתוח. נראה, כי בהתחשב בתכליתו של מכשיר הקצאת האופציות לעובדים, מענה לשאלה זו הוא ברור. האופציות הוקצו לעובדי המערערת כדי לתמרץ אותם להשקיע במחקר ופיתוח עבור המערערת ממקום של שיתוף ואפשרות להגדלת הרווח של העובד בשל עליית ערך מניות חברת האם כתוצאה מקידום המחקר והפיתוח. על כן, ובהתאם להוראות סעיף 17 רישא לפקודה, מדובר בהוצאה לצורך ייצור הכנסתה של המערערת, גם אם ההקצאה נעשתה בפועל על ידי חברת האם.

בהתחשב במסלול ההוני לפיו הוקצו האופציות לעובדי המערערת ובהתאם להוראות סעיף 102(ד)(2) לפקודה, אין המערערת זכאית לנכות את שווי

האופציות מהכנסותיה, אולם בכך אין כדי ללמד שלא מדובר בהוצאה שיצאה בייצור הכנסת המערכת מביצוע עבודות המחקר והפיתוח עבור חברת האם.

ההסדר הקבוע בסעיף 102 לפקודה, הינו הסדר מיוחד שנועד לאפשר ו/או לעודד הקצאת אופציות לעובדים כדי לאחד את האינטרסים של העובד עם האינטרסים של המעביד ובכך להמריץ את העובד בעבודתו, כפי שעמד על כך כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בפסק הדין בע"א 6159/05, 6161/05 ו-7395/05 פקיד השומה תל אביב 3 נ' יחזקאל לפיד ואח' (פורסם באתר בית המשפט העליון (שם, פסקה 9). ללא ההוראה שבסעיף 102(ד)(2) לפקודה, ניתן היה לנכות גם הוצאות הכרוכות בהקצאת אופציות (במסלול הוני) בהיותן הוצאות בייצור הכנסה. קיומה של הוראה מפורשת השוללת אפשרות של ניכוי הוצאות הכרוכות בהקצאת אופציות במסלול הוני, תומך במסקנה שמדובר בהוצאה שוטפת כהגדרתה בסעיף 17 רישא לפקודה" (פסקאות 8-10 לפסק הדין) [ההדגשה אינה במקור]

55. ובדומה לכך נפסק בעניין קונטירה, שם נדונה מערכת הסכמית בין חברת אם לחברת בת מסוג Cost Plus, במסגרתה הקצתה חברת האם לעובדי חברת הבת אופציות למימוש למניות. אף שם קבע בית המשפט כי ללא ההסדר הספציפי שבסעיף 102 לפקודה ניתן היה לנכות את הוצאות הכרוכות בהקצאת אופציות במסלול ההוני, בהיותן הוצאות בייצור הכנסה.

56. אכן, אלמלא בחרה המערכת במסלול ריווח הון, ואלמלא ההוראה שבסעיף 102(ד)(2) לפקודה, לא הייתה מניעה בעד המערכת לנכות את הוצאותיה האמורות, כאשר במקביל לכך היו עובדיה מתחייבים במס הכנסה בשיעור המס השולי. על זיקה הדוקה זו שבין מיסוי הכנסת העובד ובין התרת ההוצאה לחברה המעבידה, ניתן ללמוד אף מההסדר המיסוי המתייחס להקצאת יחידות המניה המוגבלות (RSU). כפי שהסבירה המערכת בסיכומיה מהותו של מכשיר תגמול הוני זה הוא הקצאת מניות לעובדים בתום תקופת הבשלה ללא צורך בהודעת מימוש וללא תשלום תוספת מימוש. בנסיבות אלה, מומסים העובדים על שווי המניה במועד ההקצאה כהכנסת עבודה וזאת בהתאם לסעיף 102(ב)(3) לפקודה, ואילו המערכת מצידה, כך היא טוענת (הגם שלטענת המשיב טענה זו חורגת מההסדר הדיוני), רשאית לנכות את הוצאותיה בגין הקצאת אותן יחידות. עם זאת, ובכל הנוגע למכשירים האחרים, ומשעה שבחרה המערכת במסלול ריווח הון באופן המיטיב עם עובדיה, אין היא יכולה "לאחוז את החבל משני קצותיו", ואף לדרוש לנכות את ההוצאות.

57. העובדה שמדובר בהוצאות הנכללות בבסיס העלות במסגרת הסכם Cost Plus, אין בה כדי להצדיק ניכוי, מקום בו המחוקק אסר זאת במפורש. בהקשר זה הצדק עם המשיב בטענתו כי אילו הייתה המערכת מתקשרת בהסכם מעין זה עם חברה אחרת שאינה קשורה, ואילו הייתה רושמת הוצאה זו כנדרש על פי תקן חשבונאות 24, וכוללת אותה בבסיס העלות כפי שעשתה, ההוצאות לא היו מותרות בניכוי. אכן, אין כל הצדקה לסטות מההסדר שקבע המחוקק בסעיף 102 לפקודה, אך משום שמדובר בחברה שהכנסתה מחושבת על בסיס שיטת Cost Plus, ואך משום שהכנסתה זו מתקבלת בידה מחברה קשורה.

58. יתר על כן, העובדה כי חל שינוי בכללי החשבונאות כך שבעבר הקצאת האופציות לא הייתה כרוכה ברישום הוצאה, או שהייתה כרוכה ברישום הוצאה בסכומים זניחים, ואילו כיום הדבר גורר רישום הוצאה בסכומים משמעותיים, אף בה אין כדי להצדיק לקבל את עמדת המערער. הוא הדין בהתייחס לעובדה כי אין כל הכרח שההוצאה הנרשמת על ידי החברה המעבידה, תהא זהה להכנסה המיוחסת לעובד. כטענת המערער, אין מן הנמנע שהחברה תיזדרש לרשום הוצאה (בהתאם לשווי ההוגן של האופציה), אך לעובד לא תיוחס כל הכנסה, אם משום שהאופציה היא "מחוץ לכסף" (דהיינו תוספת המימוש גבוהה משווי המניה במועד שבו ניתן לממש את האופציה ולהמירה למניה) ואם משום שהעובד עזב את החברה ואם מכל טעם אחר.

טעם הדבר הוא כי ההסדר הקבוע בסעיף 102(ד) לפקודה, האוסר את ניכוי ההוצאה, אינו תלוי בגובה ההוצאה או בשאלה מהי הטבת המס הקונקרטית, אם בכלל, שהשיג העובד כתוצאה מבחירת החברה במסלול ריווח הון. האיסור על ניכוי ההוצאה הוא בשל העובדה שהחברה בחרה במסלול האמור באופן שהמיסוי החל על העובד אינו זה החל על כל הכנסת עבודה "רגילה". צא וראה כי אף מקום שבו מותרת ההוצאה, כגון כאשר החברה בחרה במסלול הכנסת עבודה, אין להתיר לה בניכוי אלא כדי הסכום שנוקף לעובד כהכנסה. משמע כי הרף העליון לניכוי הוצאת המעביד הוא בכל מקרה סכום ההכנסה שיוחס לעובד. אם לא יוחסה לעובד כל הכנסה, כל הוצאה לא תותר, גם אם החברה נדרשת לרשום הוצאה על פי כללי החשבונאות, וגם אם היא נכללת בבסיס העלות מקום בו החברה התקשרה בהסכם מסוג Cost Plus. ואם כך הדבר כאשר עניין לנו בחברה שבחרה במסלול הכנסת עבודה, על אחת כמה וכמה שאין להתיר את ההוצאה כאשר מדובר בחברה שבחרה במסלול ריווח הון, גם אם היא נדרשת לרשום הוצאה משמעותית לאור שינוי בתקני החשבונאות.

59. למעלה מן הדרוש יש לציין כי ככל שמדובר באופציות שהוקצו לעובדים לאחר כניסתו של תקן חשבונאות 24 לתוקף, אף לא תוכל החברה להעלות איזו טענה של "הסתמכות", אם וככל שקיימת טענה מעין זו. כאמור, הברירה בידי החברה לבחור במסלול הכנסת עבודה ובמקרה זה רשאית היא לנכות את הוצאותיה, לרבות ההוצאות שהיא נדרשת לרשום בעקבות שינוי התקינה החשבונאית. משבחרה החברה להקצות לעובדיה אופציות במסלול ריווח הון על מנת להיטיב עמם, וזאת על אף שהיא ערה לצורך לרשום את שווי ההוגן של האופציות לפי אותה תקינה חדשה, אין לה אלא להלין על עצמה. בהקשר זה יש להזכיר כי עמדת רשות המסים לפיה קיים איסור גורף לנכות את ההוצאה פורסמה עוד בשנת 2003 ובמסגרת חוזר מס הכנסה מס' 2003/3, לאמור:

**"הוצאה בגין הקצאת מניות לעובד תותר רק למעביד הישיר של העובד, גם אם לא הוא החברה המקצה. הוצאה תותר בין אם מדובר בהקצאה עם נאמן ובין אם בהקצאה שלא באמצעות נאמן.**

**בעקרון, תותר הוצאה רק בגובה הכנסת העובד לפי סעיף 2(1) או 2(2) או בגובה סכומי ההשתתפות בהקצאה, בהם חויב המעביד הישיר ע"י החברה המקצה - לפי הנמוך. בכל מקרה לא תותר הוצאה מקום בו העובד מתחייב במס על הכנסה הונית בשיעור של 25%** [ההדגשה אינה במקור]

60. סיכומם של דברים הוא אם כן זה: אין בידי לקבל את טענת המערערת לפיה סעיף 102(ד)(2) לפקודה אינו שולל בצורה גורפת את ניכוי ההוצאה, אלא מתייחס לעיתוי הניכוי בלבד. בהקצאת אופציות לעובדים במסלול ההוני מכוח סעיף 102(ב)(2) לפקודה, זוכים העובדים בהטבה בדמות של תשלום מס בשיעור של 25%, כאשר במקביל לכך, ולשם האיזון, נשללת מהחברה המעסיקה הזכות לנכות את ההוצאה, הן בשלב ההקצאה והן בשלב המימוש. העובדה כי מדובר בהוצאה הנכללת בבסיס העלות במסגרת הסכם מסוג Cost Plus אינה משנה את המסקנה האמורה. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם לשון החוק, כמו גם עם תכליתו.

#### ניכוי ההוצאות הנוספות

61. סעיף 17 לפקודה קובע כדלקמן:

**"לשם בירור הכנסתו החייבת של אדם ינוכו, זולת אם הניכוי הוגבל או לא הותר על פי סעיף 31 - יציאות והוצאות שיצאו כולן בייצור הכנסתו בשנת המס, ולשם כך בלבד..."**

62. עקרון היסוד המעוגן בסעיף זה הוא עקרון ההקבלה בין הוצאות להכנסות, דהיינו יש להתיר בניכוי מהכנסה אך ורק את אותן הוצאות הכרוכות בייצור אותה הכנסה.

בפסיקה נקבעו מספר מבחנים בעזרתם ניתן יהיה לקבוע כי הוצאה תיחשב להוצאה "הכרוכה ביצור הכנסה" הניתנת לפיכך לניכוי, ובהם: **מבחן השמירה על ההון הקיים** - לפיו תותרנה בניכוי הוצאות המוצאות לצורך שמירת זרם ההכנסות הצפוי של הנישום, דהיינו - הוצאות שמטרתן לשמר את מנגנון הייצור במצב תקין המניב הכנסות; **מבחן האינצידנטליות** - לפיו תותרנה בניכוי הוצאות שהוצאו במסגרת תהליך ייצור ההכנסה של הנישום; **מבחן התדירות** - לפיו תותרנה בניכוי הוצאות חוזרת ונשנות (ראו למשל לעניין זה: ע"א 358/82 חברת אלקו בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים פ"ד (ט) 316 (3) (1985); ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (30.4.2009)).

63. לצד סעיף 17 לפקודה הקובע את הכלל בדבר ההוצאות המותרות בניכוי, מונה סעיף 32 לפקודה רשימת הוצאות אשר אינן מותרות בניכוי, ואילו סעיף 31 מעניק לשר האוצר סמכות רחבה להתקין תקנות בדבר הגבלת ניכוי או אי התרתן של הוצאות מסוימות. סעיף 18 לפקודה קובע מגבלות נוספות לניכוי הוצאות. פועל יוצא הוא כי הוצאה שאינה מנויה ברשימת ההוצאות האסורות בניכוי כאמור בסעיף 32 לפקודה, ואשר לא הוגבלה על פי התקנות שהותקנו מכוחו של סעיף 31 לפקודה או בהתאם לסעיף 18 לפקודה - מותרת בניכוי, ובלבד שהיא עומדת בתנאי סעיף 17 לפקודה ובמבחני הפסיקה כאמור.

64. במקרה דנן עסקינן בהוצאות שהוציאה המערערת, אשר לטענתה שימשו כולן לייצור הכנסתה ולפיכך מותרות בניכוי. מנגד טוען המשיב כי ניכוי הוצאות אלו אינו עולה בקנה אחד עם האמור בסעיפים 18 ו-31 לפקודה.

65. סעיף 18 (א) לפקודה קובע כדלקמן :

**"מענק פרישה, דמי חופשה, דמי הבראה, דמי חגים, דמי מחלה והוצאות אחרות כיוצא באלה - ניכויים לפי סעיף 17 יותר רק בשנת המס שבה שולמו לזכאי להם או לקופת גמל ובלבד שתשלומים כאמור ששולמו לקופת גמל לגבי החודש האחרון של שנת המס יראו כאילו שולמו בתוך שנת המס אם שולמו לה תוך חודש מתום שנת המס."**

66. בע"א 3348/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' דקלה חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ פ"ד נו(1) 1 (2001) (להלן: **עניין דקלה**), עמד בית המשפט העליון על שתי התכליות שביסוד סעיף 18(א) הני"ל לאמור, תכלית פיסקאלית, ובמרכזה הרצון להשיג התאמה בעיתוי ההכרה בהוצאות המעביד וההכרה בהכנסות העובד; ותכלית סוציאלית, וביסודה הדאגה להבטחת זכויות העובדים.

67. סעיף 18(א) לפקודה מחייב אפוא התאמה בין המועד שבו החברה נחשבת כמי ששילמה את ההוצאה, לבין המועד שבו העובד נחשב כמי שקיבל אותה. לשם השגת התאמה זו שלל המחוקק את ההכרה בהוצאות ככל שמדובר בהפרשה חשבונאית גרידא, שאין בצידה הכנסה אצל העובד. וכך, נאמר בהקשר זה בעניין **דקלה** :

**"מטרת הסעיף הינה למנוע את האפשרות של ניכוי הוצאות בשיטה המסחרית, דהיינו על ידי הפרשה חשבונאית גרידא על ידי המעביד, בו בזמן שהעובד לא קיבל את התשלום בפועל ולא נרשמה הכנסה אצלו..."**

**לפיכך המעביד יוכל לנכות את ההוצאות האמורות רק באותה שנה מס שבה הן שולמו בפועל לעובד או לקופת הגמל. בצורה זו הסעיף משיג סימטריה בין ההוצאה לבין הכנסה, וההוצאה תותר בניכוי רק במועד שתיווצר הכנסה אצל מקבלה."**

**דברים ברוח זו כתב גם השופט ויתקון בע"א 318/73 הארגז בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים :**

**"כל מטרתו של הסעיף 18(א) היא למנוע הפרשות בדרך חיוב וזיכוי גרידא. אסור שהחיוב יישאר בגדר חיוב" (שם, בעמ' 195).**

**באופן כללי, סעיף 18(א) שולל מן המעביד את האפשרות להקדים את העיתוי של ההוצאה, דבר המכונה shifting, וזאת לגבי הוצאות מסוימות הקשורות ביחסי עובד-מעביד" (עמ' 14-15) [ההדגשות אינן במקור]**

68. המכנה המשותף להוצאות המפורטות בסעיף 18(א) לפקודה הוא היותן תשלומים לעובד שלגביהם יתכן פער זמנים בין יצירת החיוב לבין מימוש החיוב בפועל, ככל שיתממש. לפיכך, במסגרת סעיף 18(א) לפקודה ביקש המחוקק להתיר הוצאות מסוימות אך ורק בשנת המס שבה הוצאו. לשם כך נקבעה הוראה מפורשת המאפשרת ניכוי הוצאות אלה רק בשנת המס הספציפית בה תיווצר הכנסה אצל מקבלה.

69. סוגיה נוספת נוגעת ל"הוצאות עודפות", דהיינו הוצאות החורגות מהקבוע בתקנות שהותקנו מכוח סעיף 31 לפקודה. לטענת המערער, יש להתיר בניכוי משום שהן נכללות בבסיס העלות ולפיכך מדובר בהוצאות בייצור הכנסה. לטענת המשיב, אין דינה של המערער שונה מדינה של כל חברה שהוציאה הוצאות כאמור, ואין הן תורמות להכנסתה יותר משהוצאות אלו תורמות לכל חברה אחרת שערכה עסקה עם חברה לא קשורה ותמחרה אותה בהתאם למחירי השוק.

70. סבור אני כי אף בעניין זה הצדק עם המשיב ואין להתיר את ההוצאות הנוספות בניכוי.

71. אשר להוצאות עליהן חל סעיף 18(א) לפקודה, אני רואה כל הצדקה להפלות בין המערער לבין כל חברה אחרת, אך ורק משום שהוצאות אלו נכללות בבסיס העלות. סעיף 18(א) מתיר לנכות הוצאות אלה רק בשנת המס שבה שולמו בפועל, וזאת לשם הגשמתן של שתי התכליות שזכרו בעניין **דקלה**. הגשמת תכליות אלו נדרשת גם כאשר המעביד מקבל החזר בגין בהתאם להסכם Cost Plus. העובדה שהכללתן בבסיס העלות גורמת לגידול ב"מרווח", וזאת אף עוד בטרם נזקה הכנסה לעובד, משמעה כי אכן עניין לנו בהוצאה בייצור הכנסה, אך בדומה לדברים שנאמרו לעיל בכל הנוגע להקצאת האופציות לעובדים, אין די בכך שההוצאה הוצאה בייצור הכנסה; נדרש כי לא תהא בדין הוראה קונקרטית האוסרת את ניכוי ההוצאה או הוראה הדוחה את מועד ניכוי ההוצאה. הוראה כאמור קיימת, היא הוראת סעיף 18(א) הנ"ל.

והוא הדין בהוצאות העודפות שניכוי הוגבל על פי התקנות מכוח סעיף 31 לפקודה. הכללתן בבסיס העלות עשויה ללמד על כך שהוצאות אלו הוצאו בייצור הכנסה, ואלמלא אותן תקנות היה מקום להתירן. אך התקנות הגבילו את ניכוי ההוצאות, והמערער לעניין זה אינה שונה מכל חברה אחרת שהוציאה הוצאות בייצור הכנסה שאינן מותרות בניכוי מחמת הוראה ספציפית הקבועה בדין. ואף בעניין זה אפנה לדברים שנאמרו על ידי לעיל בכל הנוגע להקצאת האופציות לעובדים. העובדה כי עניין לנו בחברה שהכנסתה מחושבת לפי שיטת Cost Plus, אינה רלוונטית לצורך העניין, באשר השאלה מה מידת הסיכון שבפעילותה ובאיזה אופן היא מתמחרת את שירותיה, והאם היא "מפעל לייצור הוצאות" על שום שהכנסתה תלויה באופן ישיר בגובה ההוצאות, או שהיא "מפעל לייצור הוצאות" משום שאלמלא אותן הוצאות לא היו מתקבלות ההכנסות, אינה משפיעה על שאלת ההכרה בהוצאות על פי ההסדרים המיוחדים הקבועים לעניין זה בדיני המס.

72. אעיר כי אין בידי לקבל טענת המערער, הנסמכת על ע"א 5359/92 **שכטר נ' מנהל מס שבח מרכז**, פ"ד נ(1) 652, לפיה מדובר בחזקות הניתנות לסתירה. אכן, ישנם מקרים שבהם הן לשון החוק והן תכליתו מצדיקים לסטות מההסדר הספציפי הקבוע בו ולראות בו כחזקה הניתנת לסתירה. ברי כי אין זה המקרה שלפני, כאשר לא הלשון ולא התכלית מצדיקים להכיר בהוצאות הנטענות אך משום שהוצאות אלו נכללו בבסיס העלות כפי שהבהרתי בהרחבה לעיל.

סוף דבר

מיסים 3/7 (יוני 2016) • ה-19

73. לאור כל האמור, הערעור, ככל שהוא נוגע לסוגיה במחלוקת על שני חלקיה, כפי שהוגדרה בהסכמה הדיונית, נדחה.

74. בהתחשב בין היתר בהסכמה הדיונית, המערערת תישא בהוצאות המשיב בסך של 30,000 ש"ח.

ניתן היום, ג' ניסן תשע"ו, 11 אפריל 2016, בהעדר הצדדים.

( - ) שופט