

הנושא: אופן המיסוי של עסקאות למתן שירותים בשיטת קוסט פלוס, בין חברות הקשורות בהתאם להוראת סעיף 85א לפקודת מס הכנסה, כאשר הנישומה היא חברת בת ישראלית הנמצאת בבעלותה של חברת אם אמריקאית

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

מס' תיק: ע"א 943/16

בפני כב' השופטים ע. פוגלמן, ע. ברון וד. מינץ

המעוררים: קונטירה טכנולוגיות בע"מ ואח'

המשיבים: פקיד שומה תל אביב 3 ואח'

ניתן ביום: 22.4.18

[התמצית תשולב בקרוב]

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 943/16

ע"א 1728/16

בפני:

כב' השופט ע' פוגלמן

כב' השופטת ע' ברון

כב' השופט ד' מינץ

המעוררת והמשיבה

שכנגד בע"א 943/16:

קונטירה טכנולוגיות בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד איל שנהב, אורן בירן, מוטי בלתי

המעוררת בע"א 1728/16:

פיניסאר ישראל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד יוסי דולן

נגד

המשיב והמעורר שכנגד

בע"א 943/16:

פקיד שומה תל אביב 3

המשיב בע"א 1728/16:

פקיד שומה ת"א רחובות

ע"י ב"כ עו"ד עמנואל לינדר

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 24.12.2015 בע"מ 40433-11-12 וע"מ 19259-06-13, וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 14.1.2016 בע"מ 1300/09, שניתנו על ידי כב' השופט מ' אלטוביה

פסק דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' אלטוביה) מיום 24.12.2015 במסגרת ע"מ 40433-11-12 וע"מ 13-06-19259, וכן ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' אלטוביה) מיום 14.1.2016 במסגרת ע"מ 1300/09.

רקע כללי

1. התשתית העובדתית בשני המקרים דומה, כמו גם השאלות המשפטיות שמתעוררות בעקבותיה, באשר לאופן המיטוי של עסקאות בין חברות קשורות בהתאם להוראות סעיף 85א לפקודת מס הכנסה, התשכ"א-1961 (להלן: **הפקודה**). בכל אחד מהמקרים שלפנינו מדובר בנישומה שהיא חברת בת ישראלית הנמצאת בבעלות מלאה של חברת אם אמריקנית כאשר חברת הבת שימשה כמרכז מחקר ופיתוח עבור חברת האם. בין השתיים נחתם הסכם לפיו חברת הבת תספק לחברת האם שירותי מחקר ופיתוח, כאשר התמורה בגין שירותים אלה תשולם בשיטת "Cost Plus" (להלן: **קוסט פלוס**), קרי: סכום הכולל את עלות אספקת השירות (להלן: **בסיס העלות**) בתוספת רווח בשיעור קבוע מתוך בסיס העלות (להלן: **הרווח**). בנוסף, סוכם בין החברות כי חברת האם תעניק לעובדי חברת הבת אופציות לרכישת מניות חברת האם במחיר שנקבע מראש (Call Options). הקצאת האופציות נעשתה באמצעות הפקדתן בידי נאמן למשך תקופה של לפחות שנתיים, זאת במסגרת מסלול רווח הון בהתאם לאמור בסעיף 102(ב)(2) לפקודה (להלן: **מסלול רווח הון**).

2. המחלוקת בין הצדדים נגעה לבקשת הנישומות להשמיט את עלות הקצאת האופציות לעובדיהן מבסיס העלות אשר ממנו חושב הרווח. לעומת הנישומות, פקיד השומה סבר כי יש לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות כאמור. בנוסף הוא מצא כי עלות הקצאת האופציות אינה בגדר הוצאה המותרת בניכוי מהכנסתן החייבת. זהו בתמצית סלע המחלוקת העיקרי בערעורים שלפנינו, כאשר מחלוקת משמעותית אחרת התגלעה סביב שיעור הרווח המקובל בתנאי השוק.

ע"א 943/16

א. רקע עובדתי

3. המערערת והמשיבה שכנגד בע"א 943/16 (להלן: **קונטירה**) היא חברה העוסקת בפעילות מחקר ופיתוח עבור חברת Kontera Technologies Inc. (להלן: **קונטירה א'**). קונטירה א' היא חברה פרטית המאוגדת במדינת דלאוור שבארצות הברית ואשר מחזיקה בבעלות מלאה בקונטירה. ביום 1.1.2005 נחתם הסכם בין שתי החברות (להלן: **הסכם השירות**) לפיו קונטירה תספק שירותי מחקר ופיתוח עבור קונטירה א'. הסכם כי התמורה בגין שירותים אלה תשולם בשיטת קוסט פלוס - קונטירה א' תשלם לקונטירה את בסיס העלות, מבלי לכלול בו הוצאות להפרשות סוציאליות עבור עובדי קונטירה, ועל כך תוסיף רווח בשיעור קבוע של 7 אחוזים מאותו סכום. במהלך השנים 2009 ו-2010 הקצתה קונטירה א' לעובדי קונטירה אופציות לרכישת מניות במחיר כפי שהיה ביום ההקצאה. בשנת 2010 תוקן הסכם השירות למפרע כך שנקבע כי החל מיום 1.1.2008, בחישוב בסיס העלות לצורך קביעת הרווח לא תובא בחשבון עלות הקצאת האופציות (להלן: **הסכם התיקון**). בהתאם לכך, קונטירה א' שילמה לקונטירה את בסיס העלות בתוספת רווח של 7 אחוזים, אשר חושב מבלי שנכללו בו הן

ההוצאות בגין ההפרשות הסוציאליות של העובדים והן ההוצאות בגין הקצאת האופציות. בהיבט החשבונאי, קונטירה יישמה בדוחותיה הכספיים לשנים 2009 ו-2010 את תקן חשבונאות מספר 24 של המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות, אשר מסדיר את הטיפול החשבונאי באשר לתשלומים מבוססי מניות (להלן: **תקן 24**). בהתאם להוראות תקן 24, עלות הקצאת האופציות נרשמה בדוחות הכספיים כהוצאה תפעולית. כמו כן, מאחר שהקצאת האופציות לטובת עובדי קונטירה נעשתה באמצעות נאמן במסלול רווח הון, עלות זו לא נכתה מהכנסתה של קונטירה לצורכי מס.

4. בשומות שהוצאו לקונטירה בגין השנים 2009 ו-2010 על ידי המשיב והמערער שכנגד בע"א 943/16 (שייקרא מעתה יחד עם המשיב בע"א 1728/16: **המשיב** או **פקיד השומה**), נקבע כי מתקיימים "יחסים מיוחדים" בין שתי החברות. הגם שלפי הסכם השירות עסקת הקוסט פלוס כללה רווח בשיעור של 7 אחוזים, אחוז זה נגזר כאמור רק מבסיס העלות ללא התחשבות בעלות הקצאת האופציות. ברם, לפי שיטת המשיב היה מקום לחשב את הרווח לפי בסיס העלות האמיתי בעסקה, אשר כולל גם את עלות הקצאת האופציות. בחישוב שערך המשיב, תוך שכלל בבסיס העלות גם את עלות הקצאת האופציות, נמצא כי הסכום הכספי של הרווח שהוצהר על ידי קונטירה היווה רק 1.73 אחוזים לשנת 2009 ו-0.97 אחוזים לשנת 2010, מבסיס העלות האמיתי. בהתאם לכך, קבע המשיב כי שיעורי רווח אלה חורגים מהמקובל בתנאי שוק על פי עסקאות דומות בין צדדים בלתי קשורים. לכן, בהתאם להוראת סעיף 85א לפקודה, הוציא המשיב שומה שכללה את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות ממנו חושב הרווח (באחוזים). בשומה צוין כי ההפרשות הסוציאליות לא נכללו בבסיס העלות לשנת 2009 רק מפאת טעות, אך פקיד השומה נמנע מתיקונה מאחר שלא דובר בסכומים משמעותיים. לעומת זאת, השומה לשנת 2010 התייחסה לבסיס העלות באופן שכלל הן את עלות ההפרשות הסוציאליות והן את עלות הקצאת האופציות. בנוסף, בהסתמך על נתונים מתוך מחקר כלכלי שהוגש על ידי קונטירה, קבע פקיד השומה כי שיעור הרווח צריך לעמוד על 9.1 אחוזים ולא על 7 אחוזים כפי שסוכם בין שתי החברות, מה שהגדיל עוד יותר את חבות המס של קונטירה. היינו, לא זו בלבד שפקיד השומה הרחיב את בסיס העלות (כך שנכללה בו גם עלות הקצאת האופציות), אלא שגם הגדיל את שיעור הרווח לצורכי מס במספר אחוזים. על שומות אלו ערערה קונטירה לפני בית המשפט המחוזי. היא טענה שאין מקום לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות וכן השיגה על שיעור הרווח שקבע פקיד השומה.

ב. פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בפסק דינו מיום 24.12.2015 עמד בית המשפט המחוזי על הוראות סעיף 85א לפקודה, המסדירות את אופן המיסוי של עסקאות בין חברות קשורות. נקבע כי באמצעות הסעיף, ביקש המחוקק למנוע מנישומים להסיט רווחים מישראל אל מדינות שבהן נוהג משטר מס מיטיב. הסטת רווחים כאמור עלולה להתבצע בין היתר על ידי קביעת תנאי עסקה, בין חברות קשורות, החורגים מתנאי השוק. כדי לשכנע בצדקתה, הגישה קונטירה לפקיד השומה חקר תנאי שוק שנערך על ידי מומחה מטעמה, מר ג'ונתן לוביק מחברת Economic Partners, LLC (להלן: **לוביק**), לצורך ההערכה האם העסקה נעשתה בתנאי שוק אם לאו, וזאת בהתאם לאמור בתקנה 2(א) לתקנות מס הכנסה (קביעת שווי שוק), התשס"ז-2006 (להלן: **התקנות**). בתוך כך סקר לוביק שורה של עסקאות דומות שנעשו בין צדדים בלתי קשורים ובחן את התפלגות שיעור הרווח הנוהג בהן. ממצאי חקר תנאי השוק עלה כי "הטווח הבין-רבעוני" (בין האחוזונים 25 ל-75, לפי תקנה 1 לתקנות) של התפלגות שיעורי הרווח שנצפו נע בין 4.5 אחוזים לבין 15.3 אחוזים מבסיס עלות אספקת השירות. על כן קבע בית המשפט כי שיעור הרווח המוצהר של 7 אחוזים שהוסכם בין שתי החברות בענייננו אינו מעורר קושי כשלעצמו. דא עקא, שיעור הרווח האמור התייחס לבסיס העלות מבלי שנכללה בו עלות הקצאת האופציות. אלא שעל פי החישוב שערך המשיב - אשר כלל בבסיס העלות גם את עלות

הקצאת האופציות - עלה כי שיעור הרווח שדווח עמד הלכה למעשה רק על 1.73 אחוזים בשנת 2009 ועל 0.97 אחוזים בשנת 2010, שיעורים החורגים מהטווח האמור.

6. בית המשפט השתכנע כי היה על קונטירה לכלול את עלות הקצאת האופציות בתוך בסיס העלות שממנו חושב הרווח. מסקנה זו נשענה על מספר אדנים: ראשית, הקצאת האופציות לידי עובדי קונטירה נועדה לתמרץ אותם להשקיע בפעילות מחקר ופיתוח עבור קונטירה ובעקיפין עבור קונטירה א'. לכן, ההוצאה בגין הקצאת האופציות היא בגדר הוצאה של קונטירה בייצור הכנסה כמשמעותה בסעיף 17 רישא לפקודה, חרף העובדה כי מי שהקצתה את האופציות בפועל הייתה קונטירה א'; שנית, בית המשפט התחקה אחר אומד דעת הצדדים כפי שעלה מההסכמים בין שתי החברות. לאור האמור בהסכם השירות שנחתם בשנת 2005 והתנהלותן של שתי החברות בעקבותיו, נקבע כי הן הסכימו לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות שממנו יחושב הרווח. אומנם, בהסכם התיקון שנחתם בשנת 2010 הוסכם על נטרול שווי האופציות, וצוין בו שכך נהוג לבצע עסקאות בשוק גם בין צדדים בלתי קשורים. עם זאת, קונטירה לא הציגה כל תימוכין לכך. על כן, נקבע כי ההסכמה המקורית בין החברות כפי שהתבטאה בהסכם השירות - לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות לצורך חישוב הרווח - מלמדת על כך שבזמן עריכת הסכם השירות היה נהוג בשוק לכלול את העלות כאמור בעסקאות מסוג קוסט פלוס, ותיקון ההסכם בדיעבד נעשה בעיקרו על מנת להפחית את חבות המס של קונטירה בישראל; שלישית, בית המשפט ציין כי אין חולק כי גם על פי הוראותיו של תקן 24, שאותו יישמה קונטירה בדוחותיה הכספיים, יש להכיר בעלות הקצאת אופציות לעובדים כהוצאה. בית המשפט גם דחה את טענת קונטירה כי לנוכח מגבלות תקן 24, ההוצאה האמיתית שהוצאה בשל הקצאת האופציות הייתה גבוהה יותר מזו שדווחה בפועל. נקבע כי לאור העובדה שקונטירה לא הציגה הערכת שווי סותרת, אין לה להלין אלא על עצמה.

7. ויצוין כי לאחר שפקיד השומה החליט כי ממצאי חקר תנאי השוק דווקא תומכים בהכללת שווי האופציות בבסיס העלות, המציאה קונטירה חוות דעת נוספת, אשר נערכה גם היא על ידי לוביק (להלן: **חוות הדעת השנייה**), ולפיה בחינת כ-335 עסקאות שנערכו בין צדדים בלתי קשורים העלתה, כי באף אחת מהן לא נכלל בבסיס העלות שווי הקצאת האופציות. אלא שבית המשפט קבע כי חוות הדעת השנייה אינה רלוונטית לנוכח העובדה שנבחנו על ידי לוביק עסקאות שאינן מסוג קוסט פלוס. על כן, הואיל וקונטירה לא המציאה חקר תנאי שוק רלוונטי לבחינת תנאי השוק בעסקאות מסוג קוסט פלוס - קבע בית המשפט כי אין תחולה במקרה זה לסעיף 85א(ג)(2) לפקודה (המטיל על פקיד השומה את חובת הראיה) ונטל ההוכחה נותר על כתפי קונטירה. משלא הצליחה קונטירה להוכיח שעל פי תנאי השוק אין לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות, נקבע כי בצדק הוציא המשיב לקונטירה שומה כאמור.

8. עם זאת, בית המשפט קיבל את טענת קונטירה לעניין גובה שיעור הרווח. זאת מאחר שנמצא כאמור שהטווח המצוי לשיעור הרווח נע בין 4.5 אחוזים לבין 15.3 אחוזים. על כן, היה על המשיב להותיר את שיעור הרווח כפי שנקבע בהסכם השירות, על שיעור של 7 אחוזים, חלף השיעור של 9.1 אחוזים שנקבע בשומות.

9. לבסוף דחה בית המשפט את טענתה החלופית של קונטירה, לפיה אם תתקבל עמדת פקיד השומה שיש לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות, אזי יש להתיר לה לנכות את שווי האופציות כנגד הכנסתה החייבת. אכן, כאמור, ההוצאה בגין הקצאת האופציות היא הוצאה בייצור הכנסה כמשמעותה בסעיף 17 רישא לפקודה. עם זאת, קונטירה

בחרה להקצות את האופציות לעובדיה דווקא במסלול רווח הון. במסגרת מסלול זה, סעיף 102(ד)(2) לפקודה מהווה הסדר ייחודי אשר קובע באופן מפורש שהוצאה זו לא תותר בניכוי. קונטירה יכולה הייתה לבחור בהקצאת אופציות לעובדים לפי מסלול הכנסת עבודה המעוגן בסעיף 102(ב)(1) לפקודה (להלן: **מסלול הכנסת עבודה**) המאפשר את ניכוי ההוצאה, אלא שהיא בחרה כאמור, שלא לעשות כן.

10. על כן דחה בית המשפט את ערעורי קונטירה בכפוף לכך שהורה על שני שינויים ביחס לשומות שנקבעו בתחילה על ידי פקיד השומה: האחד, כי יש לפתוח את השומות לשנים 2009 ו-2010 ולתקן את החישוב שנעשה בהן כך ששיעור הרווח יעמוד על 7 אחוזים ולא על 9.1 אחוזים; השני, באשר לשומה לשנת 2009, יש לכלול בבסיס העלות גם את ההוצאות בגין ההפרשות הסוציאליות של העובדים. היינו, בסופו של יום, בשתי שנות המס נקבע כי בסיס העלות יכלול הן את עלות הקצאת האופציות והן את עלות ההוצאות בגין ההפרשות הסוציאליות, כאשר שיעור הרווח יעמוד על 7 אחוזים. כמו כן נקבע כי עלות הקצאת האופציות לא תוכר כהוצאה המותרת בניכוי מהכנסה לצורכי מס.

ג. טענות הצדדים בערעור

טענות קונטירה

11. לטענת קונטירה, קביעת בית המשפט המחוזי לפיה יש לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות סותרת את הוראת סעיף 85 לפקודה, המתירה לפקיד השומה להתערב בעסקה רק כאשר תנאיה חורגים מתנאי השוק. שגיאה זו נבעה בראש ובראשונה מכך שבית המשפט הסתמך על הנחת יסוד מוטעית, לפיה חוות הדעת השנייה שהגישה קונטירה אינה רלוונטית. ברם, ממצאיה מלמדים בבירור כי בעסקאות דומות בין צדדים בלתי קשורים נהוג שלא לכלול את שווי האופציות. הואיל וחוות הדעת השנייה מהווה חקר תנאי שוק רלוונטי ומהימן, הרי שלפי הוראת סעיף 85(ג)(2) לפקודה היה מקום להעביר את נטל הראיה אל כתפי פקיד השומה. מאחר שפקיד השומה לא הציג ולו עסקה אחת מסוג קוסט פלוס במסגרתה שווי האופציות כן נכלל בבסיס העלות, אין לו סמכות להתערב בעסקה.

12. כמו כן, בית המשפט הניח בטעות כי ההסכמה המקורית בין שתי החברות הייתה לכלול את שווי האופציות בבסיס העלות, וכי היא שונתה בהסכם התיקון רק בשנות המס הנדונות. מכאן הסיק בית המשפט כי בזמן החתימה על הסכם השירות, היה מקובל בשוק לכלול את העלות האמורה. אלא שלגישת קונטירה, גם הנחה זו שגויה משני טעמים: האחד, כי מטרת הסכם התיקון הייתה להבהיר את ההסכמה המקורית, ולא לשנותה. בהקשר זה צוין כי הסכם השירות נחתם בשנת 2005 ורק במהלך שנת 2006 נכנס לתוקפו תקן 24 שהציף את הסוגיה המשפטית בדבר הכללת עלות הקצאת האופציות והוביל לגיבושו של הסכם התיקון; השני, כי שתי החברות מעולם לא יישמו את ההסכמה הנטענת ושווי האופציות לא נכלל בבסיס העלות גם בטרם נחתם הסכם התיקון. יתרה מכך, גם אם בעת החתימה על הסכם השירות החברות התכוונו לכלול את שווי האופציות, כל שנת מס נבחנת בנפרד ואין כל מניעה שהחברות ישנו את הסכמתן בשנות המס שלאחר החתימה על הסכם השירות.

13. לחלופין, נטען כי ככל שעלות הקצאת האופציות תיכלל בבסיס העלות, יש להתיר לקונטירה לנכות הוצאה זו מהכנסתה החייבת. סעיף 102(ד)(2) לפקודה מגביל את ניכוי

ההוצאה במועד מימוש האופציה ומכירת המניה מכוחה, אך לא את ניכוי ההוצאה בגין הקצאתה. אי-התרת הניכוי יוביל לכפל מס - מצד אחד, הכרה בשווי האופציות כהוצאה שנכללת בבסיס העלות ומגדילה את הכנסתה החייבת של קונטירה, ומצד שני, אי-התרת אותה הוצאה בניכוי. כך או אחרת, יש להתיר את ניכוי שווי האופציות, גם אם סעיף זה אכן אוסר על ניכוי עלות ההקצאה במסלול רווח הון.

14. אשר לערעור פקיד השומה על שיעור הרווח, קונטירה סמכה ידה על קביעת בית המשפט המחוזי בנדון.

טענות פקיד השומה

15. לטענת פקיד השומה, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי יש לכלול את שווי הקצאת האופציות בבסיס העלות. טענת קונטירה לפיה ההסכמים מלמדים על הסכמת החברות שלא לכלול את שווי האופציות בעסקה, אינה מגובה בראיות. אדרבה, עיון בהסכמים מלמד כי הסכם התיקון אינו בגדר הסכם מבהיר אלא הסכם שנועד לשנות את ההסכמה המקורית רק כדי להפחית את חבות המס בישראל.

16. כן נטען כי בצדק דחה בית המשפט את ממצאי חוות הדעת השנייה. במסגרת חקר תנאי השוק ציין לוביק שהשיטה המתאימה לקביעה האם העסקה הבין-לאומית שנעשתה היא בתנאי שוק, היא זו המעוגנת בתקנה 2(א)(2) לתקנות - שיטת CPM (Comparable Profit Method), המשווה את "שיעור הרווחיות" של העסקה הבין-לאומית הנבחנת לבין שיעור הרווחיות בעסקאות דומות בין צדדים בלתי קשורים. שיטה זו נבחרה כמתאימה לאחר שהוסבר מדוע יתר השיטות הקבועות בתקנות אינן מתאימות במקרה זה. לצורך יישום השיטה והערכת שיעור הרווחיות ההולם, בחר לוביק במדד הרווחיות המעוגן בפסקה 3(א) להגדרת "שיעור הרווחיות" שבתקנה 1 לתקנות - מדד Net Cost Plus (Markup), המבטא את היחס בין הרווח התפעולי לבין כלל ההוצאות החשבונאיות, על פי דוחות רווח והפסד. אלא שממצאי חקר תנאי השוק הראשון, שהוגש כאמור על ידי המומחה מטעם קונטירה עצמה, סתרו את עמדתה ותמכו דווקא בגישת פקיד השומה. או אז, קונטירה "הפכה את עורה" והזמינה את חוות הדעת השנייה. דא עקא, חוות דעת זו התבססה על שיטת ההערכה (Comparable Uncontrolled Price) CUP אשר התאמתה לנסיבות המקרה נשללה באופן מפורש במסגרת חקר תנאי השוק הראשון שנערך על ידי לוביק.

17. בנוסף, פקיד השומה עמד על כך שממצאי חקר תנאי השוק הראשון מהימנים ורלוונטיים כשלעצמם. חקר זה התבסס כאמור על שיטת CPM ועל מדד הרווחיות NCPM, הבוחן את שיעור הרווח התפעולי של החברה שמספקת את השירותים. לפי כללי חשבונאות מקובלים, כפי שהם מתבטאים בתקן 24 שאותו יישמה קונטירה ובתקן המקביל האמריקני FAS123R, יש להכיר בהקצאת אופציות לעובדים כהוצאה תפעולית. כמו כן, כמחצית מהחברות שנסקרו במסגרת חקר תנאי השוק הראשון כללו בדוחותיהן הכספיים הוצאה תפעולית בגין הקצאת אופציות לעובדים. אי לכך, שיעורי הרווחיות שנסקרו בחקר תנאי השוק הראשון מגלמים הלכה למעשה עסקאות מסוג קוסט פלוס, שבמסגרתן עלות הקצאת האופציות אכן נכללה בבסיס העלות שממנו חושב הרווח. מכאן שהחרגת האופציות מבסיס העלות כפי שנעשתה בהסכם התיקון, סותרת את חקר תנאי השוק הראשון שהוגש מטעם קונטירה עצמה.

18. בערעור שכנגד טען פקיד השומה, כי קביעת בית המשפט לעניין שיעור הרווח המתאים בענייננו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות תקנה 2 לתקנות. אומנם, העסקה דווחה לפי רווח בשיעור של 7 אחוזים, שיעור המצוי כביכול בטווח הבין-רבעוני. אולם, שיעור זה חושב בהתאם להנחה לפיה אין לכלול את שווי האופציות בבסיס העלות, זאת בניגוד להוראות הדין. כאשר מציבים את נתוני העסקה המוצהרים על ידי קונטירה אל מול בסיס העלות המלא שנקבע בפסק הדין, התוצאה המתקבלת היא חריגה משמעותית מהטווח הבין-רבעוני. במצב דברים זה, תקנות 2(ב) ו-2(ג) לתקנות קובעות הוראה מפורשת לפיה יש למסות את העסקה על פי שיעור הרווח התואם את הערך החציוני שבטווח האמור, אשר עומד בענייננו על שיעור של 9.1 אחוזים. זאת כאשר תכלית ההוראה היא להרתיע מפני תכנוני מס ולמנוע הסטת רווחים מישראל למדינות אחרות. לפיכך, הותרת קביעת בית המשפט המחוזי בעניין זה על כנה תרוקן מתוכן את תקנה 2 לתקנות ואת התכלית שביסודה. הדבר גם יספק תמריץ לנישומים לדווח לפי בסיס עלות חלקי בלבד.

ע"א 1728/16

א. רקע עובדתי

19. המערערת בע"א 1728/16 (להלן: **פיניסאר**) היא חברה העוסקת בפיתוח פתרונות תקשורת אופטית. חברת Kailight Photonics Inc. היא חברה המאוגדת בארצות הברית ואשר החזיקה בבעלות מלאה בפיניסאר. לימים נרכשו מניותיה על ידי חברת Optium Corporation המאוגדת אף היא בארצות הברית (לשם הנוחות, מעתה שתי החברות האמריקניות תיקראנה: **קיילייט**). ביום 1.1.2004 חתמו החברות על הסכם לפיו פיניסאר תספק שירותי מחקר ופיתוח עבור קיילייט (להלן: **הסכם פיניסאר**). הוסכם כי התמורה בגין שירותים אלה תשולם בשיטת קוסט פלוס - בסיס העלות בתוספת רווח בשיעור של 2 אחוזים. שיעור זה עודכן בהסכם נוסף שנחתם בשנת 2007 והועמד על 8 אחוזים. במהלך השנים 2005-2007 הקצתה קיילייט לעובדי פיניסאר אופציות לרכישת מניות במחיר קבוע מראש. זאת, בדרך של הקצאה במסלול רווח הון לפי סעיף 102 לפקודה. בשנת 2005 עלות הקצאת האופציות נכללה בבסיס העלות שממנו חושב הרווח, אך בשנים 2006 ו-2007 הושמטה עלות הקצאת האופציות מבסיס העלות. במסגרת דיווחיה של פיניסאר לצורכי מס בגין השנים 2005 ו-2006, היא ביקשה להתיר לה לנכות את ההוצאה בגין הקצאת האופציות מהכנסתה לצורכי מס, ובדיווחה בגין שנת 2007 לא ביקשה את הניכוי האמור.

20. בשומות שהוצאו לפיניסאר בגין שנות המס הנדונות, דחה פקיד השומה את דיווחיה בסוגיות שונות. הצדדים הסכימו על יישוב מרבית המחלוקות באשר לשנות המס 2005-2007, למעט שתי מחלוקות שונות פתוחות והובאו להכרעת בית המשפט המחוזי: האחת, האם יש לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות; השנייה, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, באיזה היקף תגדל הכנסתה החייבת של פיניסאר בשנים הנדונות.

ב. פסק דינו של בית המשפט המחוזי

21. בפסק דינו מיום 14.1.2016 דחה בית המשפט המחוזי את ערעורה של פיניסאר. נקבע כי סעיף 85א לפקודה והתקנות מכוחו מהווים ביטוי לעיקרון "אורך הזרוע"

(Arm's Length) המעוגן במשפט האמריקני ובהנחיות ה-OECD. על כן, מאחר שפיניסאר יישמה את עיקרון זה עוד בטרם עוגן בחקיקה בישראל, אין כל מניעה מהחלת סעיף 85א לפקודה והתקנות על שנת המס 2006. לגופו של עניין, בחן בית המשפט את חקר תנאי השוק שנערך על ידי חברת KPMG שהוגש מטעם פיניסאר. החברות שנסקרו בחקר השוק יישמו כולן את תקן החשבונאות האמריקני FAS123R לפיו יש להכיר בהוצאה חשבונאית בגין הקצאת האופציות, כפי שעשתה גם פיניסאר עצמה. צוין אומנם, כי לא תמיד תהיה הלימה בין כללי החשבונאות לבין דיני המס, ולכן אין די ברישום העלות כהוצאה חשבונאית כדי להצדיק את הכללתה לצורכי מס בעסקת הקוסט פלוס. אולם, נקבע כי במקרה זה יש לתת משקל לאופן הטיפול החשבונאי, בין היתר משום שבהסכם פיניסאר נקבע שהרווח ייקבע על פי עקרונות חשבונאיים מקובלים. בדומה לניתוח שנערך בפסק הדין בעניין קונטירה, גם בעניין פיניסאר נקבע שעלות הקצאת האופציות היא הוצאה בייצור הכנסתה של פיניסאר, שכן הן הוקצו לעובדיה כתמריץ להשקעה בפעילות המחקר והפיתוח, על אף שההקצאה נעשתה על ידי קיילייט. אף על פי כן, סעיף 102(ד)(2) לפקודה מהווה הסדר ייחודי הגובר על ההוראה הכללית שבסעיף 17 רישא לפקודה ומכאן שאין להתיר את ניכוי ההוצאה.

22. בנוסף על האמור, נוכח העובדה כי נמצא פער בין המחיר שהיה על קיילייט לשלם לפיניסאר בתמורה לשירותים בהתאם לתנאי השוק, לבין המחיר שנקבע בין הצדדים בהסכם שהיה נמוך בהרבה, נקבע כי יש לבצע "התאמה משנית" לסכום ההפרש. היינו, לראותו כיתרת חובה שהעמידה פיניסאר לטובת קיילייט, אשר בהתאם לכך אמורה לייצר לפיניסאר הכנסות ריבית (להלן: **הכנסה משנית**). על כן, בית המשפט חייב את פיניסאר במס גם על הכנסה רעיונית זו. צוין כי הבסיס הסטטוטורי לכך אינו, כטענת פקיד השומה, סעיף 3(ט) לפקודה שעניינו הכנסה מריבית על הלוואה שניתנה לחברה קשורה, אלא סעיף 85א גופו לפקודה. סעיף זה נועד כאמור למנוע הסטת רווחים מישראל לחוץ לארץ, לרבות בדרך של עסקאות אשראי כגון זו. על כן, כאשר נקבעו תנאי הסכם פיניסאר היה עליה להביא בחשבון שעל פי הדין יש לכלול את שווי האופציות בבסיס העלות.

23. לפיכך, אישר בית המשפט את השומות שהוצאו על ידי פקיד השומה ודחה את הערעור.

ג. טענות הצדדים

טענות פיניסאר

24. בערעורה העלתה פיניסאר שתי טענות מקדמיות נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי: ראשית, היא חזרה על טענותיה לעניין תחולתם של סעיף 85א לפקודה והתקנות על שנת המס 2006. לטענתה, ההוראות האמורות נחקקו בשלהי שנת 2006 ואין להחילן למפרע. צוין כי לא ניתן לרפא פגם זה באמצעות החלת הדין האמריקני או כל דין אחר; שנית, בחקר תנאי השוק שהגישה, תועדו חברות שלא כללו את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות, ודי בכך כדי להעביר את נטל הראייה אל כתפיו של פקיד השומה. משלא עמד בו, לא היה מקום להתיר לו להתערב בעסקה.

25. באשר להכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות, טענה פיניסאר כי קביעת בית המשפט המחוזי אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק או התקנות. המונח "שיעור

הרווחיות" מוגדר בפסקה (1) להגדרה זו בתקנה 1 לתקנות, כשיעור המתווסף על סך העלויות הישירות. הואיל והאופציות הוקצו על ידי קיילייט, המדובר לכל היותר בעלויות עקיפות עבור פיניסאר ואין לכלול אותן בבסיס העלות. בהקשר זה צוין כי עסקינן בתחום עתיר סיכון, כך שלא מן הנמנע שהאופציות שהוקצו לעובדים תיוותרנה ללא שווי ולא תהיינה ברות מימוש, עד כי ייתכן שממילא לא תיווצר לעובדים כל הכנסה בגינן. על כן, לטענת פיניסאר, אין לכלול את האופציות בבסיס העלות, לכל הפחות עד שהן תמומשנה והכנסת העובדים בגינן תהפוך לוודאית.

26. כך גם באשר לתכלית החוק. לגישת פיניסאר, תוצאת פסק הדין אינה אלא הטלת כפל מס: פעם אחת בגין הגידול שנוצר בהכנסת פיניסאר, מבלי להתיר לה לנכות את העלות כהוצאה; פעם שנייה בגין רווח ההון שיווצר לעובדים בעת המימוש. כמו כן, עצם העובדה כי עלות מסוימת נרשמה כהוצאה בדוחות הכספיים, אינה מלמדת כי יש לתת ביטוי לאותה עלות בהיבטי מס. בהקשר זה שגה בית המשפט בהסתמכו על הסכם פיניסאר שבו נקבע כי הרווח ייקבע על פי עקרונות חשבונאיים מקובלים.

27. בנוסף, נטען כי שגה בית המשפט בקבעו כי ההסדר שבסעיף 102(ד)(2) לפקודה, האוסר על ניכוי עלות הקצאת האופציות במסגרת הקצאה במסלול רווח הון, הוא הסדר מיוחד. קיילייט התכוונה לשאת בעלות הקצאת האופציות לעובדי פיניסאר, אך הכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות משמעותה למעשה הכפלת עלות זו. כפל עלות זה משמעותו כפל מס. כמו כן, פיניסאר שבה על טענתה לפיה יש לפרש את דיני המס כך שיינתן ביטוי להסכם החוזי שבין הצדדים, במסגרתו התחייבה קיילייט לשלם לפיניסאר רווח בשיעור של 8 אחוזים מבסיס העלות ללא הכללת עלות הקצאת האופציות, ולא יותר מכך.

28. לבסוף התייחסה פיניסאר לסוגיית ההכנסה המשנית. לטענתה, בניגוד לעמדת פקיד השומה, אין מקום במקרה זה להחיל את הוראות סעיף 3(ט) לפקודה, זאת ממספר טעמים: החברה נוטלת האשראי היא חברת חוץ; לא מדובר בהלוואה שהעמידה פיניסאר לקיילייט, אלא לכל היותר בהגדלת הרווח בעקבות הכרעה שיפוטית; גם אם נוצר חוב, המדובר בחוב של מקבל השירות כלפי נותן השירות, בניגוד לחלופה שבסעיף 3(ט)(1)(ב) לפקודה. מכל מקום, גם אם ייקבע כי מדובר בהלוואה כמשמעותה בסעיף 3(ט) לפקודה, לא ראוי למסות את פיניסאר בגין הכנסות הריבית, שכן יש בכך משום הטלת כפל מס: פעם אחת כאשר כספי ה"הלוואה" היו ברשות קיילייט ושימשו אותה בהפקת הכנסות נוספות ברות מס; פעם שנייה בעת מיסוי הכנסות הריבית בגין העמדת אותה "הלוואה" לטובת קיילייט. באשר לתחולת סעיף 85א לפקודה על ההכנסה המשנית, אם תתקבל עמדת פקיד השומה באשר להכללת שווי האופציות בבסיס העלות, יהיה בכך כדי להגדיל את הכנסתה החייבת של פיניסאר. בגין הגידול בהכנסה זו בגובה ההכנסה המשנית, תידרש פיניסאר לשלם מס בתוספת הפרשי ריבית והצמדה מתום שנת המס שבערעור. לכן, אין מקום לחייב אותה במס נוסף על הכנסות ריבית. כמו כן, כלל לא נבדק בעניין ההכנסה המשנית האם התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 85א לפקודה ובתקנות מכוחו, ואף לא נעשה כל חקר תנאי שוק על ידי פקיד השומה.

טענות פקיד השומה

29. פקיד השומה סבר כי דין הערעור להידחות על כל רכיביו. תחילה נטען כי אין בסיס לטענות המקדמיות שהעלתה פיניסאר. פסק הדין לא הוכרע על יסוד נטל הראיה, וממילא פקיד השומה הגיש חוות דעת מפורטת שבה נימק כיצד ממצאי חקר השוק תומכים

דווקא בעמדתו. באשר לסוגיית הכללת שווי האופציות בבסיס העלות, כמו גם ביחס לסוגיית ההתאמה המשנית, פקיד השומה סמך ידו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

דין והכרעה

התשתית הנורמטיבית

30. המושג "מחירי העברה" (Transfer Pricing) מתייחס למחיר שגובה חברה מסוימת מחברה אחרת הקשורה אליה, בתמורה למכירת נכס, זכות, שירות או אשראי. על דרך הכלל, מחיר זה מהווה תמורה מנקודת מבטה של החברה המוכרת ועלות עבור החברה הרוכשת. עסקאות אלו אוצרות בחובן חשש מובנה כי מחיר ההעברה שנקבע בין החברות הקשורות אינו הולם את מחיר השוק, אשר היה נקבע לפי תנאי השוק בין מוכר מרצון לבין קונה מרצון, שאין ביניהם יחסים מיוחדים (דורון לוי ואיתן אסנפי מיסוי בינלאומי 723-722 (2008) (להלן: **לוי ואסנפי**); אבי נוב **מיסוי עסקאות בינלאומיות** 236 (2008) (להלן: **נוב**)). בעוד שמחיר השוק המוסכם בין צדדים בלתי קשורים נקבע בשיווי משקל על פי עקומות ההיצע והביקוש - כאשר כל צד שואף להשיא את רווחיו שלו - לא כך הם פני הדברים שעה שמדובר בעסקאות בין צדדים קשורים. כך, ייתכן כי חברות קשורות המתקשרות ביניהן בעסקה תשאפנה להשיא את רווחיהן הכוללים כקבוצה. זאת, אף תוך כרסום ברווחים של מי מהן בנפרד. מטעם זה קיים חשש כי מחיר ההעברה שייקבע ביניהן לא ישקף נכוחה את תנאי השוק שבו הן פועלות.

31. חשש זה מתגבר כאשר מדובר בחברות קשורות רב-לאומיות הפועלות במדינות שונות וכפופות למשטרי מס מגוונים. בהקשר זה, החשש הוא כי מחיר ההעברה שיקבע לעסקה יעוצב באופן שיאפשר את ניתוב **הכנסות** המופקות ממנה, אל החברה שהיא תושבת המדינה שמשטר המס בה מקל, בעוד שניתוב **ההוצאות** ייעשה אל החברה שהיא תושבת המדינה שבה חלים שיעורי מס גבוהים יותר (לוי ואסנפי, עמ' 726). על כן, יש רגליים לסברה כי מחיר העברה בין חברות קשורות מושפע באופן מהותי משיקולי מס, ולא רק משיקולים כלכליים-עסקיים גרידא, כגון יתרון לגודל, חיסכון בעלויות ייצור או הפצה וכיוצא באלה (**לוי ואסנפי**, עמ' 725-726; **נוב**, עמ' 236).

32. "מטרת העל" העוברת כחוט השני בין הגישות הרגולטוריות השונות להתמודדות עם חשש זה, היא להביא לגביית מס אמת על ידי מיסוי העסקה על פי המחיר הכלכלי האמיתי הגלום בה (**לוי ואסנפי**, עמ' 727). אמת המידה המקובלת להערכת המחיר הכלכלי האמיתי היא עיקרון אורך הזרוע (Arm's Length Principle). לפי עיקרון זה, מחירה הכלכלי ה"אמיתי" של עסקה בין חברות קשורות הוא זה שהיה נקבע בין חברות בלתי קשורות, כאשר כל אחת מהן מבקשת להשיא את רווחיה שלה, ובהתאם לכוחות השוק שבו מתבצעת העסקה (**לוי ואסנפי**, עמ' 732-737; **נוב**, עמ' 237). אומנם, מלאכת איתור מחיר השוק אינה בגדר מדע מדויק והיא נעשית על פי שיטות הערכה כלכליות, מימוניות וחשבונאיות שונות המתבססות על אומדנים סובייקטיביים. אף על פי כן, מקובל לראות בעיקרון אורך הזרוע כאינדיקציה לקביעת מחיר ההעברה המתאים לצורך חלוקה הולמת של הכנסות המדינות ממיסים בזירה הבין-לאומית. כפי שניווכח להלן, עיקרון אורך הזרוע קיבל ביטוי גם בדין הישראלי.

33. סעיף 85א לפקודה שכותרתו "מחירי העברה בעסקה בין לאומית" מהווה את המקור הסטטוטורי המרכזי להסדרת מיסוי מחירי העברה בדין הישראלי. סעיף 85א(א) לפקודה קובע כך:

"(א) בעסקה בין-לאומית שבה מתקיימים בין הצדדים לעסקה יחסים מיוחדים שבשלהם נקבע מחיר לנכס, לזכות, לשירות או לאשראי, או שנקבעו תנאים אחרים לעסקה, באופן שהופקו ממנה פחות רווחים מאשר היו מופקים בנסיבות הענין, אילו נקבעו המחיר או התנאים בין צדדים שאין ביניהם יחסים מיוחדים (להלן - תנאי השוק), תדווח העסקה בהתאם לתנאי שוק ותחויב במס בהתאם."

34. הסעיף קובע אפוא כי בהתקיימים של שלושה תנאים מצטברים, רשאי יהיה פקיד השומה להתערב בעסקה המוצהרת על ידי הצדדים ולמסות אותה בהתאם לתנאי השוק ולעיקרון אורך הזרוע: האחד - קיומה של **עסקה בין-לאומית**; השני - קיומם של **יחסים מיוחדים** בין הצדדים לעסקה; השלישי - כי בשל אותם יחסים מיוחדים נקבעו לעסקה **מחיר או תנאים שאינם בתנאי שוק**, באופן שהופקו ממנה פחות רווחים מכפי שהיו מופקים ממנה בנסיבות הענין אם המחיר או התנאים היו נקבעים בין צדדים בלתי קשורים. אין חולק כי העסקאות מושא הערעורים דנן הן עסקאות בין-לאומיות שנערכו בין חברות שמתקיימים ביניהן יחסים מיוחדים, כך ששני התנאים הראשונים הקבועים בסעיף 85א(א) לפקודה מתקיימים בענייננו. המחלוקת העיקרית נסובה סביב שאלת התקיימותו של התנאי השלישי.

35. עולה אם כן השאלה מהם "מחיר השוק" או "תנאי השוק", אשר אליהם יש להשוות את העסקה הנדונה. בהקשר זה, יש להידרש להוראות התקנות, הכוללות הוראות המפרטות את אופן קביעת מחיר השוק ותנאי השוק וקובעות שיטות הערכה והשוואה בין עסקאות דומות. במוקד ענייננו ניצבת תקנה 2 שכותרתה "קביעת תנאי השוק", וזו לשונה:

"2(א) לצורך קביעה אם עסקה בין-לאומית שנעשתה היא עסקה בתנאי שוק, ייערך חקר תנאי שוק שבו תשווה עסקה בין-לאומית לעסקאות דומות של הצד הנבדק לפי אחת השיטות המפורטות להלן:

(1) שיטה המשווה בין המחיר שנקבע בעסקה הבין-לאומית לבין המחיר שנקבע בעסקה דומה (בתקנות אלה - שיטת השוואת המחיר);

(2) לא ניתן להפעיל את שיטת השוואת המחיר - לפי אחת משיטות ההשוואה שלהלן, המתאימה ביותר בנסיבות הענין:

(א) שיטה המשווה את שיעור הרווחיות בין העסקה הבין-לאומית לבין העסקה הדומה;

(ב) שיטה המשווה בין העסקה הבין-לאומית לבין העסקה הדומה, על פי החלוקה הנהוגה של הרווח או ההפסד בין צדדים לפעילות משותפת, בהתחשב בתרומתו של כל צד לעסקה, לרבות חשיפתו לסיכונים וזכויותיו בנכסים הקשורים לעסקה;

(3) לא ניתן להפעיל את שיטת השוואת המחיר או אחת השיטות המפורטות בפסקה (2) - שיטה אחרת, המתאימה ביותר בנסיבות הענין, המשווה בין העסקה הבין-לאומית לעסקה דומה."

36. תקנה 2(א) מפרטת אפוא את השיטות להערכת תנאי השוק ולהשוואת העסקה הנדונה אליהם. הרישא של התקנה קובעת כי לצורך ההכרעה האם העסקה הבין-לאומית הנדונה נעשתה בהתאם לתנאי השוק אם לאו, יש לערוך "חקר תנאי שוק". במסגרת חקר זה תיעשה השוואה בין העסקה הנדונה לבין "עסקאות דומות" של "הצד הנבדק". זאת באמצעות שיטות הערכה והשוואה המפורטות בתקנות 2(א)(1)-2(א)(3) על פי סדר נקיטתן, המבטא את סדר מהימנותן והתאמתן. "עסקה דומה" מוגדרת בתקנה 1 כעסקה בעלת מאפייני השוואה זהים לאלה של העסקה הבין-לאומית. לפי התקנות, מאפייני השוואה רלוונטים לעניין זה הם, בין היתר: תחום הפעילות, סוג הנכס או השירות, תנאי העסקה, הסיכונים המאפיינים את הפעילות ועוד.

37. כאמור, תקנות 2(א)(1)-2(א)(3) מפרטות את השיטות המקובלות להערכת מחיר ותנאי השוק לצורך השוואתם לפרטי העסקה הנדונה. להלן פירוט שיטות אלה לפי סדר הופעתן בתקנות ובהתאם גם סדר נקיטתן:

(א) **שיטת השוואת המחיר** (CUP - Comparable Uncontrolled Method) - המעוגנת בתקנה 2(א)(1) לתקנות: לפי שיטה זו יש להשוות באופן ישיר בין מחיר ההעברה שנקבע בעסקה הנדונה בין הצדדים הקשורים לבין המחיר שנקבע בעסקאות דומות. זוהי השיטה שנתפסת כשיטה הישירה והמהימנה ביותר ליישום עיקרון אורך הזרוע (קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה, עמ' ד-75.18; **לוי ואסנפי**, עמ' 742).

(ב) ככל שלא ניתן ליישם את שיטת השוואת המחיר, קובעת תקנה 2(א)(2) לתקנות כי יש ליישם את אחת משתי השיטות להלן, בהתאם לסוגה ולאופייה של העסקה הנדונה: הראשונה, **שיטת השוואת שיעור הרווחיות** (CPM - Comparable Profit Method), המתוארת בתקנה 2(א)(2) לתקנות. שיטה זו ננקטה בשני המקרים דנן ועל כן תפורט בהמשך; השנייה, **שיטת חלוקת הרווח** (PSM - Profit Split Method), המתוארת בתקנה 2(א)(2) לתקנות ועל פיה יש להשוות בין העסקה הנדונה לבין עסקה דומה בין צדדים בלתי קשורים, לפי חלוקה של הרווחים או ההפסדים בין צדדים לפעילות משותפת, בהתחשב בתרומתו של כל צד לעסקה והיקף חשיפתו לסיכונים הכרוכים בה.

(ג) אם לא ניתן ליישם אף אחת מהשיטות המתוארות מעלה, מורה תקנה 2(א)(3) לתקנות, כי יש להפעיל כל שיטה אחרת אשר היא המתאימה ביותר בנסיבות העניין.

38. בשני המקרים שלפנינו שיטת השוואה שנבחרה ויושמה על ידי הנישומות והמומחים מטעמן היא שיטת השוואת הרווחיות, המעוגנת בתקנה 2(א)(2) לתקנות. זאת לאחר שבמסגרת חקרי השוק שהגישו פניסאר וקונטירה (בחקר השוק הראשון שהגישה) נפסלו התאמתן או ישימותן של יתר השיטות האחרות בנסיבות העניין.

39. לשם יישום שיטת השוואת הרווחיות התבססו הנישומות על מדד רווחיות שכונה על ידי המומחים מטעמן NCPM (Net Cost Plus Markup) או NCP (Net Cost Markup).

פקיד השומה פירש מדד רווחיות זה כמדד הרווחיות התפעולית כאמור בפסקה (3)(א) להגדרת "שיעור רווחיות" שבתקנה 1 לתקנות, היינו "שיעור הרווח התפעולי או ההפסד התפעולי, לפי דוחות רווח והפסד המתקבל בעסקאות דומות". יצוין כי על פי תקן 24 וגם על פי התקן המקביל לו בתקינה האמריקנית, FAS123R, יש להכיר בדו"ח רווח והפסד בהוצאה בגין תשלום לעובדים בדרך של מכשירים הוניים, לרבות אופציות. בהתאם לכך, מדד הרווחיות שיושם על ידי הנישומות כפי שעולים מהדוחות הכספיים, מביא בחשבון את העלות שנוצרה לנישומות בענייננו בגין האופציות שהוקצו מהחברות האם לעובדי הנישומות.

40. אך בכך לא תמה המלאכה ולצד תקנה 2(א) לתקנות, יש להידרש גם לתקנות 2(ב) ו-2(ג) וזו לשונן:

"(ב) יראו עסקה בין-לאומית כעסקה בתנאי שוק, אם בעקבות השוואתה על פי שיטות ההשוואה לעסקאות דומות, לא חרגה התוצאה שהתקבלה מהטווח הבין-רבעוני שהתקבל בהשוואה לעסקאות דומות, ואולם - היתה שיטת ההשוואה שיטת השוואת המחיר ולא נעשו התאמות לביטול השפעת ההבדל על מאפייני ההשוואה, יראו את העסקה כעסקה בתנאי שוק אם המחיר לא חרג מטווח הערכים בעסקאות דומות.

(ג) לא ניתן לראות עסקה בין-לאומית כעסקה בתנאי שוק כאמור בתקנה משנה (ב), ידווח מחיר העסקה על פי הערך המצוי במאון ה-50 בטווח הערכים."

41. תקנה 2(ב) מפרטת אפוא את אופן ניתוח תוצאות חקר תנאי השוק וקובעת אימתי ייקבע כי העסקה הנדונה חורגת מתנאי השוק. התקנה משתמשת במונח "טווח הערכים" שהוגדר בתקנה 1, כטווח שבין הערך הנמוך ביותר לבין הערך הגבוה ביותר, שהתקבלו בהשוואה לעסקאות דומות במסגרת חקר תנאי השוק. עוד מוגדר בתקנה זו כי "הטווח הבין-רבעוני" משמעותו הערכים המצויים בין האחוזון ה-25 לבין האחוזון ה-75 של התפלגות טווח הערכים האמור. הטווח הבין-רבעוני מספק אינדיקציה לטווח הסביר של מחירי השוק בין צדדים בלתי קשורים על פי עיקרון אורך הזרוע (לוי ואסנפי, עמ' 849).

42. בהתאם לכך קובעת התקנה כי כאשר יושמה שיטת השוואת שיעור הרווחיות (CPM), כבענייננו, אזי מחיר העסקה ייחשב כחורג מתנאי השוק, אם התוצאה שהתקבלה חורגת מהטווח הבין-רבעוני. כמו כן, משעה שנקבע כי תנאי העסקה חורגים מתנאי השוק, רשאי פקיד השומה להתערב בעסקה ולשום אותה באופן שישקף את המחיר הכלכלי האמיתי הגלום בה. כך, נקבע בתקנה 2(ג) לתקנות כי במצב מעין זה "ידווח מחיר העסקה על פי הערך המצוי במאון ה-50 בטווח הערכים". לשון אחר, העסקה הבין-לאומית תמוסה על פי הערך החיצוני בטווח הערכים שהתקבל בחקר תנאי השוק ("הערך החיצוני" מבטא את הערך שמחצית מהערכים הגבוהים נמצאים מעליו ומחצית מהערכים הנמוכים נמצאים מתחתיו).

43. אך גם בכך לא תמה המלאכה, שכן כאמור, לב המחלוקת שלפנינו נוגעת לתחולתו של סעיף 85א(א) לפקודה ואופן יישומו באמצעות החלת התקנות. על כן יש לדון תחילה בפרשנות סעיף 85א(2)(ג) לפקודה ובפרט במשמעותן של המילים "חובת הראיה" המצויות בו.

"(ג)1) נישום יהיה חייב להמציא לפקיד השומה, לפי דרישתו, את כל המסמכים והנתונים המצויים בידי הנוגעים לעסקה או לצד לעסקה שהוא תושב זר, וכן את דרך קביעת מחיר העסקה.

(2) מסר הנישום מסמכים כאמור בפסקה (1) ומסמכים שנקבעו לפי סעיף קטן (ה), תחול על פקיד השומה חובת הראיה אם קבע קביעות השונות מההסכמות בין הצדדים."

44. שתי הנישומות טענו לפנינו כי לפי הוראת סעיף 85א(ג)2 לפקודה, הואיל והן שיתפו פעולה באופן מלא עם פקיד השומה והמציאו לידי את חקר תנאי השוק ויתר המסמכים שנדרשו לספק, הנטל להוכיח כי העסקאות חורגות מתנאי השוק רובץ לפתחו של פקיד השומה, ככל שהוא מבקש להתערב בהסכמות הצדדים. לטענתן, פקיד השומה לא עמד בנטל זה ועל כן התערבותו בעסקה נעשתה בהיעדר סמכות. מנגד, פקיד השומה טען כי אי-הכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות סותרת את חקרי תנאי השוק שהוגשו מטעם הנישומות עצמן ומכאן שלא עלה בידיהן לשכנע כי צדדים לעסקאות דומות, שאינם קשורים זה לזה, נוהגים שלא לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות כאמור. לכן לטענתו הוא רשאי להתערב בעסקאות ולמסות אותן לפי מחיריהן האמיתיים.

45. הוראת סעיף 85א(ג)1 לפקודה מורה כאמור, כי הנישום הוא זה שנדרש להמציא לפקיד השומה, בהתאם לדרישתו, את כל המסמכים הרלוונטיים לרבות חקר תנאי שוק המשמש לצורך השוואת העסקה הנדונה לעסקאות דומות הכפופות לכוחות השוק. משעה שנמסרו מסמכים כאמור, לפי סעיף 85א(ג)2 לפקודה תחול על פקיד השומה "חובת הראיה" ככל שביקש להתערב בתנאי העסקה המוצהרים ולעצב אותה מחדש לצורכי מס.

46. בעניין נטלי הראיה, נקודת המוצא היא, כי השאלה לפתחו של מי מבעלי הדין ירבוץ **נטל השכנוע** תוכרע לאור הכלל המוכר מדיני הראיות הכלליים - "המוציא מחברו, עליו הראיה". ככלל, הלכה היא כי בערעורים על שומת מס "המוציא מחברו" הוא הנישום ולכן נטל השכנוע מוטל עליו, אלא אם נקבע אחרת בדין או בפסיקה (ראו: דנ"א 6067/14 **זאב שרון קבלנות בנין ועפר בע"מ נ' מנהל המע"מ**, פסקה 8 (6.8.2015) (להלן: עניין **זאב שרון**); ע"א 468/01 **חטר-ישי נ' פקיד שומה ת"א 4**, פ"ד נח(5) 326, פסקה 11 (2004)). ברוח זו אף נקבע ברע"א 1436/90 **גיורא ארד, חברה לניהול השקעות ושירותים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד מו(5) 101, 105 (1992) כי הליך הערעור על החלטה מינהלית של רשות המיסים בדבר הוצאת שומת מס, בין אם במס הכנסה ובין אם במע"מ, שקול לכל תביעה אזרחית המתבררת לפני הערכאה הדיונית.

47. טענת הנישומות אפוא לפיה משמעותו של סעיף 85א(ג)2 לפקודה היא כי על פקיד השומה מוטל **נטל השכנוע**, אין לה על מה שתסמוך. לא זו בלבד שהיא אינה מתיישבת עם התפיסה הכללית כאמור כי בערעורים על שומת מס "המוציא מחברו" יהיה בדרך כלל הנישום המערער על החלטה המינהלית של פקיד השומה, אלא שהיא אינה עולה בקנה אחד עם תכלית הסעיף. זאת, בין היתר, בהתחשב בכך שמדובר בעסקה בין-לאומית בין צדדים בעלי יחסים מיוחדים ולכן היא מלכתחילה בגדר עסקה "חשודה"; בכך שקיימת עדיפות לכך שהנישום יישא בעלויות עריכת חקר תנאי שוק ואיתור עסקאות דומות באשר לעסקאותיו שלו, על פני מצב דברים שבו פקיד השומה יידרש לערוך מחקרים מקיפים על כל העסקאות הדומות

(אשר חלקן אינן מערבות נישום ישראלי) לעסקאות הבין-לאומיות המדווחות לו; ובחזקת תקינות המינהל. אין אפוא מקום לסטות מהכלל לפיו נטל השכנוע גם בעניין זה ירבוץ על כתפי הנישום ולא על פקיד השומה. כל מסקנה אחרת תפגום בתכלית סעיף 85א לפקודה למנוע תיעול רווחים ותכנוני מס בין-לאומיים, ובתוך כך תכרסם ביכולתו של פקיד השומה לגבות מס אמת.

48. נטל השכנוע בהקשר לסעיף 85א לפקודה ולתקנות מכוחו, מוטל אפוא על כתפו של הנישום אשר נדרש לבסס כי מחיר ותנאי העסקה הנדונה עולים בקנה אחד עם תנאי השוק. באותו אופן, בהתאם להוראת סעיף 85א(ג)(1), על הנישום מוטל בשלב הראשוני גם נטל **הבאת הראיה** (לעניין ההבחנה בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות, ראו: רע"א 3646/98 כ.ו.ע. **לבניין בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד נב(4) 891, 898 (2003)). ככל שעמד בנטל זה, קרי המציא את כלל המסמכים הדרושים וכן ערך מחקר שוק לפי סעיף 85א(ג)(2), יעבור נטל הבאת הראיה - כלשון הסעיף, "**חובת הראיה**" - אל פקיד השומה שיידרש לבסס את קביעותיו לעניין מחיר העסקה בתנאי השוק. במקרה שבו עבר נטל הבאת הראיה אל פקיד השומה, על פקיד השומה להוכיח באמצעות ראיות "**ברורות ומשכנעות**" העומדות ברף ההוכחה של "מאזן ההסתברויות" את דרך חישובו (ראו והשוו: עניין **זאב שרון**, פס' 32). זאת להבדיל מהנטל המוטל על פקיד השומה בשומה על פי מיטב השפיטה, במסגרתה ניתן לקבוע את השומה לא רק על פי עובדות מוכחות ונתונים בדוקים, אלא גם על פי אומדנים, הערכות וניסיון אישי, ובמקרים קיצוניים אף על סמך ניחושים, השערות או רסיסי מידע (ראו: ע"א 5709/95 **בן שלמה נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים**, פ"ד נב(4) 241, 251-252 (1998)). עם זאת, מקום שבו לא עמד הנישום בנטל **הבאת הראיה** הראשוני לפי סעיף 85א(ג)(1), היינו, לא הצליח לבסס חקר שוק המאפיין עסקאות דומות באופן הולם - כך למשל, אם חקר השוק אינו מתייחס לעסקאות בעלות מאפיינים דומים, או אם חקר השוק אינו מקיף וממצה באופן ההולם את נסיבות העניין - הרי שלא יועבר נטל הבאת הראיה לפקיד השומה וממילא לא יעמוד הנישום בנטל השכנוע המוטל עליו כאמור.

49. בהערת אגב ייאמר כי לסוגיה שלפנינו קווי דמיון מסוימים לסוגיה אחרת בה נקבע כי נטל ההוכחה מוטל על פקיד השומה, וזאת כאשר הוא טוען לקיומה של "עסקה מלאכותית" הנעדרת טעם מסחרי, לפי סעיף 86 לפקודה (ראו למשל: ע"א 10666/03 **שיטריט נ' פקיד שומה תל אביב-יפו 4**, פסקה 18 (30.1.2006)); ע"א 2965/08 **סגנון שירותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח-תקווה**, פסקה 23 (21.6.2011)). מדובר למעשה במעין תמונת ראי של נטלי הראיה הקיימים בסעיף 85א לפקודה. כך, כאשר מדובר בעסקה מלאכותית, נדרש רף משמעותי, באופן יחסי, להוכיח כי אכן מדובר בעסקה שאין מאחוריה טעם מסחרי, זולת הרצון להפחית חיוב במס. על כן, במקרה זה כאמור, נטל ההוכחה רובץ על פקיד השומה. עם זאת, בענייננו, כאשר פקיד השומה מבקש לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח סעיף 85א לפקודה, אין בידיו טענה כי הנישומות יצרו באופן מלאכותי עסקה אשר אין מאחוריה טעם מסחרי. כל שנטען הוא כי המס שדווח **אינו תואם עסקאות בעלות מאפיינים דומים**. היינו, ההשוואה לעסקאות דומות, בין חברות שאינן קשורות, מעלה סימני אזהרה באשר לתנאי העסקה כפי שנקבעו. במצב דברים זה, אך טבעי כי נטל השכנוע להוכחת הטענה כי אכן, על אף סימני האזהרה, מדובר במס המאפיין עסקאות כגון אלו, יונח לפתחם של הנישומים.

50. בענייננו, מצא פקיד השומה כי מחקרי השוק שהגישו הנישומות אינם תומכים בטענתן ובית המשפט המחוזי קיבל עמדה זו. אינני מוצא מקום להתערב בקביעה עובדתית זו. על כן, אף שהנישומות טענו לפנינו כי הן שיתפו פעולה באופן מלא עם פקיד השומה וסיפקו לידיהן את כל המסמכים שדרש, ואף שפקיד השומה עצמו לא חלק על כך - לא היה בכך די כדי להעביר את נטל הבאת הראיה לפתחו של פקיד השומה. היינו, אין די בשיתוף פעולה ובאספקת המסמכים כשלעצמם, אלא נדרש כי המסמכים יבססו באופן מספק את טענת

הנישומות, לפיה מחיר העסקה ותנאיה נקבעו על פי המחיר והתנאים שהיו מתקבלים במשא ומתן בין צדדים בלתי קשורים הכפופים לכוחות השוק. בנטל זה לא עמדו הנישומות.

ומכאן לדיון לגופו של עניין.

הכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות

51. השאלה המרכזית המונחת במוקד הערעורים שלפנינו היא כאמור, האם יש לכלול את עלות הקצאת האופציות לעובדי חברת הבת בבסיס העלות שעל פיו מחושב הרווח במסגרת עסקת קוסט פלוס. הדיון בסוגיה ייעשה בשני מישורים: המישור הראשון, הוא העיקרי, בחינת מהותה הכלכלית של הוצאה בגין הקצאת האופציות לעובדים, והאם על פי טיבה יש לראותה כחלק מהעלויות הכרוכות ושלוכות באספקת השירות, קרי, בהפקת הכנסתה של החברה הבת; המישור השני, האם צדדים בלתי קשורים העורכים ביניהם עסקאות דומות נוהגים לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות במסגרת עסקת קוסט פלוס.

52. בית המשפט המחוזי בחן את הוצאה בגין הקצאת האופציות באספקלריה של הוראת סעיף 17 רישא לפקודה, המתיר לנישום לנכות הוצאות שהוציא בייצור הכנסתו באותה שנת מס. סעיף 32 לפקודה מהווה מעין תמונת ראי לסעיף זה, במובן זה שהוא מונה רשימה של הוצאות שאינן מותרות בניכוי. כך, סעיף 32(1) לפקודה קובע שהוצאות לא תותרנה בניכוי אלא אם הן כאלו "המשתלבות בתהליך הטבעי של הפקת ההכנסה ובמבנהו הטבעי של מקור ההכנסה, והמהוות חלק בלתי נפרד מהם".

53. ואכן, בצדק קבע בית המשפט כי עלות הקצאת האופציות לעובדי חברת הבת היא בגדר הוצאה בייצור הכנסה בראי סעיפים 17 רישא ו-32(1) לפקודה. אחת השיטות המקובלות שבהן חברות מתגמלות את עובדיהן היא באמצעות הענקת תגמול מבוסס "מכשירים הוניים", ובכלל זה מניות, אופציות לרכישת מניות וכיוצא באלה. שיטת תגמול זו אוצרת בחובה יתרונות רבים: היא מהווה הטבה בשווה כסף ועל כן אינה מכבידה יתר על המידה על תזרים המזומנים של החברה המעסיקה; היא מספקת תמריץ לעובדים לפעול למען הצלחת החברה, על ידי העצמת הזיקה בין הצלחתה - התלויה מטבע דברים גם בתפקודם של העובדים - לבין היקף התגמול שיינתן לאותם עובדים (עניין לפיד; ע"א 54/96 הולנדר נ' המימד החדש תוכנה בע"מ, פ"ד נב(5) 673, 697-698 (1998); שרון חנס "אופציות למנהלים בשוק ההון עם בעלות מרוכזת: הערכת מחודשת ודיון במקרה הישראלי" משפטים לו 49, 52 (התשס"ו)).

54. על דרך הכלל, אופציות מוענקות לעובדים כמרכיב בחבילת התגמול שלהם, במטרה כי יתלכד עניינם האישי עם עניינה של החברה. תכליתן של החברות הנישומות במקרה דנן היא לספק שירותי מחקר ופיתוח לחברות האם. על כן, נראה על פניו כי האופציות הוקצו על מנת לתמרץ את עובדי המחקר והפיתוח להעניק את השירותים האיכותיים ביותר שביכולתם לספק לחברת הבת ובעקיפין לחברת האם. ככל שהשירותים שיינתנו יהיו טובים יותר, כך יגדל ערכה של מניית חברת האם ובהתאם גם יגדל ערך ההטבה הגלומה באופציות שהוקצו לעובדי חברת הבת. על כן, מנקודת מבט כלכלית מהותית מדובר בהוצאה בייצור הכנסה במישור חברת הבת.

55. חבילות התגמול שניתנו אפוא לעובדי המחקר ופיתוח של החברות הבנות, בין אם בכסף ובין אם באופציות ומכשירים הוניים שווי כסף, הן על פי טיבן ומהות הכלכלית בגדר הוצאה לשם הפקת ההכנסה ממתן שירותים. אכן, במסגרת עסקאות הקוסט פלוס חברות האם התחייבו לשלם לחברות הבנות את עלות אספקת השירות (בסיס העלות) בתוספת רווח בשיעור קבוע. אלא שעלות הקצאת האופציות, בהיותה חלק מהתגמול שניתן לעובדי החברות הבנות, אינה אלא בגדר תשלום מראש של חלק מההוצאות הכרוכות באספקת השירות. לכן, אין הצדקה מהותית שלא לכלול את שווי האופציות האמורות בבסיס העלות לצורך חישוב הרווח המתאים. לאור תכלית דיני המס המבקשת כאמור למסות פעילויות על פי מהותן הכלכלית ולנוכח התכלית הספציפית המונחת ביסוד דיני מחירי ההעברה - המסקנה המתבקשת היא כי אופציות לעובדים הן בגדר שיטת תגמול ומהוות על פי טיבן הוצאות הכרוכות באספקת השירות ומכאן בהפקת ההכנסה. לפיכך ככלל, יש לראות עלות זו כחלק מבסיס העלות במסגרת עסקה מסוג קוסט פלוס.

56. חרף כל האמור, עצם הכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות, אינה מובילה לכך שפקיד השומה רשאי באופן אוטומטי להתערב בהסכמות הצדדים כפי שהתבטאו בדיווח על אודות העסקה. התערבות זו תתאפשר רק במקרה שבו לא עמד הנישום בנטל השכנוע להראות כי מחיר העסקה, הכולל את שווי האופציות, תואם את המחיר הנהוג בשוק בעסקאות דומות. אלא שמקרה זה נמנה בין אותם מקרים בהם הנישום לא עמד בנטל הבאת הראיה, וממילא לא בנטל השכנוע, הרובץ כאמור לפתחו על פי סעיף 85א(ג) לפקודה ודיני הראיות.

57. בשני המקרים שלפנינו חקרי תנאי השוק שהוגשו מטעם הנישומות התבססו כאמור על שיטת השוואת שיעור הרווחיות לפי תקנה 2(א)(2) לתקנות (CPM), וכן על מדד רווחיות המתחקה אחר היחס בין הרווח התפעולי לבין כלל ההוצאות החשבונאיות על פי הדוחות הכספיים (NCPM או NCP). כך, נטען על ידי פקיד השומה, ולא נסתר על ידי הנישומות, כי מרבית החברות בנות ההשוואה שנסקרו בחקרי תנאי השוק יישמו בדוחותיהן הכספיים את תקן החשבונאות האמריקני FAS123R, המקביל לתקן 24 הישראלי. לפי תקנים אלה, כאמור, יש להכיר בהוצאה בהקצאת אופציות לעובדים כהוצאה תפעולית בדו"ח רווח והפסד, בגובה שווי האופציות במועד ההענקה ועל פי שיטות הערכת שווי שונות. כך יוצא אפוא, כי נתוני הרווחיות התפעולית של חברות בנות ההשוואה שנכללו בסקר שיקללו גם את ההוצאות בגין תגמול מבוסס מניות לרבות אופציות לעובדים. על כן, התזה המוצגת על ידי הנישומות, לפיה אין לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות במסגרת העסקאות הנדונות מסוג קוסט פלוס - אינה מתיישבת עם חקרי תנאי השוק שהוגשו מטעמן. זאת הואיל ושיעורי הרווחיות של החברות בנות ההשוואה, שעל פיהם ביקשו הנישומות לערוך גזירה שווה לענייננו, מביאים בחשבון את שווי האופציות.

58. לסיכום אפוא, בדיון קבע המשיב בשני המקרים - קביעה שאישר בית המשפט - כי יש להוסיף לבסיס העלות גם את עלות הקצאת האופציות.

ניכוי שווי האופציות

59. הצדדים בענייננו נחלקו כאמור גם בשאלה נוספת - והיא האם עצם גילום שווי האופציות בבסיס העלות מקנה לחברה הבת את הזכות לנכות מהכנסתה החייבת את

ההוצאה בסך שווי האופציות. ביסודן של טענות הנישומות בהקשר זה עמדה משותפת לפיה מתחייבת סימטריה בין הכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות לבין התרת בניכוי. הדיון שלהלן יתמקד אפוא בשאלת יחסי הגומלין, ככל שישנם, בין הכללת שווי האופציות בבסיס העלות לבין התרת בניכוי.

60. כאמור, הענקת אופציות לעובדים היא שיטת תגמול מקובלת בתחומים שונים ובפרט בתעשיית ההון-סיכון והטכנולוגיה העילית. יחד עם זאת, לבחירה בשיטת תגמול זו משמעויות שונות בהיבטי מס. סעיף 102 לפקודה, בנוסחו העדכני לאחר תיקון 132 לפקודה משנת 2003, מהווה הסדר חקיקתי כולל ביחס למיסוי החל על הטבות שניתנות מאת "חברה מעבידה" לעובדיה ולנושאי משרה בה, בדרך של אופציות. התיבה "חברה מעבידה" כהגדרתה בסעיף 102(א) לפקודה, כוללת בין היתר גם חברת אם או חברת בת של החברה שמעסיקה במישרין את העובדים. הסעיף מבחין בין מספר מסלולים למיסוי אופציות לעובדים, הנתונים לבחירת החברה המקצה.

61. כך, בידי החברה אפשרות להקצות אופציות לעובדים **שלא באמצעות נאמן**, מסלול שאינו מענייננו ועל כן לא נאריך בתיאורו. מבין האפשרויות הקיימות להקצות לעובדים מניות או אופציות **באמצעות נאמן**, יכולה החברה לבחור בין **מסלול הכנסת עבודה** לבין **מסלול רווח הון** (ראו גם: ע"א 6952/15 **פקיד שומה גוש דן נ' קרן**, פסקה כ"ו (19.1.2017)). כאשר מדובר במסלול הכנסת עבודה, האופציות תופקדנה בידי נאמן למשך 12 חודשים לפחות, בעוד שבמסלול רווח הון, האופציות תופקדנה לתקופה של 24 חודשים. בשני המסלולים אירוע המס, היינו המועד שבו העובד יחויב בתשלום מס, יתרחש במועד **מימוש** האופציות, ולא במועד **הקצאתן**. במסלול הכנסת עבודה, העובד יחויב במס לפי סעיפים 1(2) או 2(2) לפקודה, לפי העניין (ובהתאם יחול על הכנסתו שיעור המס השולי לפי סעיף 121 לפקודה), בעוד שבמסלול רווח הון, יראו את הכנסת העובד כרווח הון ועל כן היא תחויב בשיעור של 25 אחוזים.

62. הקצאת האופציות לעובדיהן של קונטירה ופיניסאר, לרכישת מניות בחברות האם קונטירה א' וקילייט בהתאמה, בוצעה באמצעות נאמן **במסלול רווח הון**. כאמור, בעלי הדין נחלקו באשר לשאלה האם הקצאה במסלול זה מותרת בניכוי בראייתה של החברה המעבידה הישירה.

63. סעיף 102(ד)(2) לפקודה קובע כך:

"102(ד)(2) לא תותר לחברה הוצאה במכירת מניה שלגביה בחרה החברה המעבידה במסלול רווח הון..."

כמו כן, המונח "מניה" כמשמעותו בסעיף 102 לפקודה, כולל גם זכות לרכישת מניה, קרי, אופציה.

על פני הדברים, לשונו של סעיף 102(ד)(2) לפקודה ברורה: משעה שבחרה החברה המעבידה להקצות אופציות באמצעות נאמן במסלול רווח הון, לא תותר לה כל הוצאה (ראו גם: עניין **לפיד**, פסקה 12). ברם, לגישת קונטירה, הוראת הסעיף לעיל אומנם מבקשת למנוע את ניכוי ההוצאה

במועד מימוש המניה שבבסיס האופציה, אך אינה מגבילה את ניכוי העלות במועד **הקצאת האופציה** עצמה. לפיכך, הואיל ובית המשפט המחוזי בעצמו קבע כי עלות הקצאת האופציות מהווה הוצאה בייצור הכנסה לפי סעיף 17 לפקודה, יש להתיר לה לנכות אותה מהכנסתה החייבת.

64. אין להלום מהלך פרשני זה. אין חולק כי עלות הקצאת האופציות לעובדים במסגרת עסקת קוסט פלוס היא הוצאה בייצור הכנסה כמשמעה בסעיף 17 לפקודה. לפיכך, על דרך הכלל היא תהא מותרת בניכוי. ברם, הוראותיו הספציפיות של סעיף 102(ד) לפקודה, המפרטות כללי ניכוי הוצאות באופן ספציפי כאשר מדובר בהקצאת אופציות לעובדים, גוברות על ההוראה הכללית שבסעיף 17 לפקודה. זאת שעה שבמסגרת סעיף 102 לפקודה ביקש המחוקק לקבוע הסדר ספציפי, מקיף וממצה באשר למיסוי אופציות לעובדים. יתרה מכך, קבלת עמדת החברות בעניין זה תאפשר להן ליהנות מיתרונן של מסלול רווח הון להקצאת אופציות בכך שהעובד ימוסה בגין הכנסתו כרווח הון בשיעור מס של 25 אחוזים בלבד, ובה בעת ליהנות מיתרונן של מסלול הכנסת עבודה בכך שהוצאת החברה המעבידה בגין הקצאת האופציות תותר לה בניכוי. קבלת עמדה זו תוביל למעשה למתן כפל הטבה אשר מפר את האיזון הכולל של ההסדר הנורמטיבי שבסעיף 102 לפקודה, המתווה כאמור שני מסלולים מקבילים להקצאת אופציות לעובדים.

65. ויודגש, אילו היו הנישומות בוחרות בהקצאה על פי מסלול הכנסת עבודה, אין חולק כי היו רשאיות לנכות מהכנסתן החייבת את העלות הכרוכה בכך בכפוף לאמור בסעיף 102(ד)(1) לפקודה. זאת כנגד חיוב העובד במס על הכנסה פירותית לפי שיעור המס השולי המתאים בנסיבות העניין, כאמור. דא עקא, משעה שבחרו החברות הנישומות שלא לעשות כן, התוצאה העקבית תהא אי-התרת ההוצאה בניכוי ואין לנישומות להלין אלא על עצמן.

66. על כן, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי סעיף 102(ד)(2) לפקודה מהווה הסדר ספציפי החורג מההוראה הכללית שבסעיף 17 לפקודה.

67. לסיכום, עלות הקצאת האופציות לרכישת מניות בחברת האם לידי עובדי חברת הבת, היא הוצאה בייצור הכנסה על פי סעיף 17 לפקודה ומשכך ככלל היה מקום להתירה בניכוי. אף על פי כן, הוראת סעיף 102(ד)(2) לפקודה מהווה הסדר ספציפי באשר להקצאת מניות ואופציות במסלול רווח הון השולל באופן מפורש את ניכוייה של הוצאה זו.

סיכום - עניין קונטירה והערעור שכנגד

68. מכל האמור לעיל עולה כי בנסיבות העניין לא נפל כל פגם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בגדרו נקבע כי עלות הקצאת האופציות מהווה על פי מהותה מרכיב מבסיס העלות לביצוע שירותי המחקר והפיתוח וכי בדין נקבע כי לא היה מקום להתיר את ניכוי עלות הקצאת האופציות כהוצאה.

69. עם זאת, לא כך הם פני הדברים באשר לערעור שכנגד. חקר תנאי השוק העלה כאמור כי הטווח הבין-רבעוני נע בין 4.5 אחוזים לבין 15.3 אחוזים, כאשר הערך החציוני עמד על 9.1 אחוזים. פקיד השומה אימץ ממצאים אלה ואין חולק כי שיעור הרווח הנקוב בעסקה

הנדונה (7 אחוזים) נמצא בתוך הטווח. אולם, הרווח ששולם לקונטירה חושב כאמור מתוך בסיס העלות שלא כלל את עלות הקצאת האופציות. זאת, כפי שהובהר, שלא כדין. על כן, שיעור הרווח **המשוכלל** בעסקה, הנגזר מבסיס העלות הכולל את שווי האופציות, עמד הלכה למעשה על 1.73 אחוזים לשנת 2009 ו-0.97 אחוזים לשנת 2010 - מחיר החורג משמעותית מקצהו התחתון של הטווח הבין-רבעוני. אף על פי כן, קיבל בית המשפט המחוזי את עמדת קונטירה לעניין זה וקבע כי אין לקבוע רווח שונה מהמוסכם לצורך מיסוי העסקה. זאת בנימוק כי לאחר הכללת עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות, שיעור הרווח המוסכם של 7 אחוזים יהיה זה שהוסכם מלכתחילה על ידי פקיד השומה. על קביעה זו הוגש כאמור הערעור שכנגד מצד פקיד השומה.

70. דעתי היא כי קביעה זו עומדת בסתירה לאמור בתקנה 2(ג) לתקנות, כפי שיוסבר להלן, ועל כן אציע לחבריי לקבל את הערעור שכנגד.

71. לפי תקנה 2(ב) לתקנות, עסקה תיחשב ככזאת שנעשתה בתנאי שוק, אם מחירה ותנאיה לא חרגו מהטווח הרלוונטי הנלמד מחקר תנאי השוק - הטווח הבין-רבעוני או טווח הערכים, לפי שיטת ההשוואה שיושמה בנסיבות העניין. ככל שהעסקה הנדונה חורגת מהטווח, תחול עליה הוראת תקנה 2(ג) לתקנות, אשר קובעת כי "ידווח מחיר העסקה על פי הערך המצוי במאון ה-50 בטווח הערכים". הווה אומר, העסקה תמוסה על פי הערך החציוני של התפלגות מחיריהן של העסקאות הדומות הנבחנות במסגרת חקר תנאי השוק.

72. כאמור, עסקאות בין-לאומיות בין חברות בעלות יחסים מיוחדים מתאפיינות בכך שקיים קושי להעריך את המחיר הכלכלי האמיתי הגלום בהן. לפיכך, הטווח הרלוונטי נותן קשת של ערכים המספקים אינדיקציה סבירה למחיר השוק. דיווח החורג מטווח המחירים הסבירים או מטווח אורך הזרוע כאמור, יגרור בעקבותיו מיסוי העסקה על פי הערך החציוני. ערך זה נבחר כאינדיקציה טובה יותר ממדדים סטטיסטיים אחרים כדוגמת ממוצע, בהיותו רגיש פחות להשפעת הערכים הקיצוניים שבמדגם (**לוי ואסנפי**, עמ' 852; "סעיף 85א: מחירי העברה בעסקה בינלאומית" קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה **מיסים** ד-75.24). יוער כי מנגנון זה אינו ייחודי רק להסדר האמור וקיימים לו ביטויים נוספים בדיני המס בישראל גם בהקשרים אחרים שבהם יש חשש לעסקה "חשודה" בין צדדים בעלי יחסים מיוחדים וכאשר ישנם קשיים בהערכה של מחיר הנכס (ראו והשוו: ע"א 780/14 **סילברבוים אחזקות בע"מ נ' פקיד שומה - היחידה הארצית לשומה** (28.6.2015)).

73. בפסק הדין מושא הערעור נקבע מצד אחד, כי היה על קונטירה לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות לצורך חישוב הרווח לצורכי מס; אך מצד שני, כי אין להפעיל את תקנה 2(ג) לתקנות ולמסות את העסקה לפי הערך החציוני של הטווח הבין-רבעוני (9.1 אחוזים מבסיס העלות), אלא על פי שיעור הרווח המוסכם (7 אחוזים מבסיס העלות). אלא ששתי הקביעות האמורות אינן דרות בכפיפה אחת. כפי שעמדתי לעיל, צדק בית המשפט בקבעו כי יש להביא בחשבון את עלות הקצאת האופציות במסגרת העסקה הבין-לאומית למתן שירותים מקונטירה לקונטירה א'. זאת שעה שהמסקנה המתחייבת מכך היא כי המחיר ששולם בפועל במסגרת העסקה (1.73 אחוזים ו-0.97 אחוזים לשנים 2009 ו-2010 בהתאמה) חרג מהטווח הבין-רבעוני (שנע כזכור בין 4.5 אחוזים לבין 15.3 אחוזים). כאמור, כאשר נמצא כי מחיר העסקה חרג מהטווח הבין-רבעוני, לפי הוראת תקנה 2(ג) לתקנות, העסקה תמוסה על פי הערך החציוני של הטווח הרלוונטי, ובענייננו הערך החציוני של הטווח הבין-רבעוני, קרי, 9.1 אחוזים מבסיס העלות.

74. אשר על כן, דעתי היא כאמור כי דין ערעור קונטירה להידחות על כל רכיביו ואילו דין הערעור שכנגד מצד פקיד השומה להתקבל באופן שהרווח שעל פיו תמוסה העסקה הוא בשיעור של 9.1 אחוזים מבסיס העלות, הכולל בתוכו את שווי הקצאת האופציות. כך אציע לחבריי שנעשה.

סיכום - עניין פיניסאר

75. גם בעניין פיניסאר, עיון בסיכומי טענות הצדדים ושמיעת הטיעונים בעל-פה הולכני לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור. אשר לשאלה העיקרית שבמחלוקת בעניין פיניסאר, כפי שפורט לעיל, בנסיבות העניין על פיניסאר גם הייתה החובה לכלול את עלות הקצאת האופציות בבסיס העלות. מכיוון שאין מחלוקת בין הצדדים על כך שהכללת האופציות מחריגה את העסקה מתנאי השוק ומהטווח הבין-רבעוני, המסקנה הינה אפוא כי לא נפל כל פגם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

76. כאמור, במסגרת הערעור טענה פיניסאר גם כנגד חיובה במס בגין "תוספת הכנסה משנית". טענתה העיקרית בהקשר זה היא כי לא נוצרה לה כל תוספת הכנסה משנית. טענה זו אין להלום. משנקבע כי מחיר השירותים שנתנה פיניסאר לקייליט היה גבוה מהסכום שדווח לרשויות המס, משמעות הדבר היא כי נוצר חוב של קייליט לפיניסאר בגובה תוספת ההכנסה שנקבעה. בגין חוב זה יש לחייב את "החייב" בריבית. לפיכך, בהתאם לסעיף 85א לפקודה, בדין חייב פקיד השומה את פיניסאר בגין ההכנסה הרעיונית שצמחה לה מהריבית. זאת שעה שהמגמה בדיני המס היא לחייב נישום גם בהכנסות רעיוניות (ע"א 974/95 מרכז הירידים בישראל בע"מ נ' מנהל מע"מ תל-אביב 3, פ"ד נב(3) 752 (1998)); וראו, לשם הדוגמה, חיוב בריבית "רעיונית" במקרה של הלוואה ללא ריבית על ידי חברה לבעלי השליטה בה: דנ"א 3962/93 מינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נ(4) 817, 836 (1996) (להלן: עניין מינץ); וראו גם: יוסף מ' אדרעי "מיסוי בעל-שליטה, נותני-שירותים ובעלי-עסקים בגין ריבית רעיונית - ניתוח משפטי-כלכלי" עיוני משפט יב 145, 165-166 (1987)). ודוק, למרות שבית המשפט המחוזי אישר את ההתאמה המשנית מכוח סעיף 85א לפקודה ולא מכוח סעיף 3(ט), כפי שבוצע בשומה הראשונית שהוציא פקיד השומה - אין מניעה כי שיעור הריבית על פיו תמוסה עסקת ההתאמה המשנית ייקבע על דרך ההיקש מסעיף 3(ט) ותקנות מס הכנסה (קביעת שיעור ריבית), התשמ"ה-1985 שהותקנו מכוחו, כפי שאכן נעשה בענייננו.

77. בשולי הדברים יצוין כי פיניסאר העלתה טענה נגד תחולת החקיקה שמכוחה הוצאה השומה - סעיף 85א לפקודה - על שנת המס 2006. טענה זו נטענה בעלמא ועל כן לא מצאתי מקום להידרש לה. אוסיף כי התחולה של סעיף 85א תלויה בין היתר במועד היווצרות אירוע המס ובנתונים אחרים שלא הוצגו לפנינו, כמו בסיס הדיווח של פיניסאר, וגם בגין זה אין מקום להידרש לעניין.

סוף דבר

78. הלכה למעשה, לאורך הערעורים שזורה כחוט השני טענת המערערות כי פסיקתו של בית המשפט המחוזי משקפת מדיניות מיסויית שאינה נכונה ואינה נבונה, והיא עשויה לסכל את פיתוח תעשיית ההיי-טק בישראל. אלא שכידוע מקדמת דנא, בית משפט זה אינו בודק את תבונתה של מדיניות המס בישראל ומלאכתו מתמצית בפרשנות הדין הקיים

והמצוי ולא קביעת הדין הרצוי בעיני נישום זה או אחר (ראו: עניין **מינץ**, עמ' 827; והשוו: בג"ץ 4947/03 **עיריית באר-שבע נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (10.5.2006)).

79. אשר על כן, אם תתקבל דעתי, ערעורה של קונטירה בע"א 943/16 יידחה על כל חלקיו ואילו הערעור שכנגד של פקיד השומה יתקבל כך שהרווח על פיו תמוסה העסקה יהיה בשיעור של 9.1 אחוזים מבסיס העלות, הכולל בתוכו את שווי הקצאת האופציות. כמו כן, ערעורה של פיניסאר בע"א 1728/16 יידחה אף הוא על כל חלקיו. קונטירה ופיניסאר יישאו בהוצאות המשיב בסך של 50,000 ש"ח כל אחת.

(-) שופט

השופט ע' פוגלמן:

(-) שופט

אני מסכים.

השופטת ע' ברון:

(-) שופטת

אני מסכימה.

ניתן היום, ז' באייר התשע"ח (22.4.2018).

(-) שופט

(-) שופטת

(-) שופט