



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1

לפני כב' השופטת ירדנה סרוסי

מערערת
מדינגו בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד פסרמן, אביעד-זידר, מצגר-גבאי, בן
דיין
משרד גורניצקי ושות'

נגד

משיב
פקיד שומה עפולה
ע"י ב"כ עוה"ד ליס, כחלון
פמת"א (אזרחי)

2

3

פסק דין

4

5 בפניי ערעור בעניין "שינוי מבנה עסקי" או "שינוי מודל עסקי" נטען במערערת.

6

רקע רלוונטי ועיקרי הערעור

7 1. המערערת היא חברה ישראלית שפיתחה משאבת אינסולין אלחוטית ייחודית עבור

8 חולי סוכרת בשם "סולו" (להלן: "הסולו"). המערערת הוקמה בנובמבר 2005 תחת

9 השליטה של "אלרון תעשיה אלקטרונית בע"מ" (להלן: "אלרון"), והיא פעלה

10 ממשרדיה באזור התעשייה יקנעם.

11 2. ביום 13.4.2010 רכשה F. Hoffmann-La Roche Ltd מקבוצת Roche (קבוצת Roche

12 וכל החברות הקשורות אליה יכנו להלן: "רוש"), את מלוא הון מניותיה של

13 המערערת בתמורה לכ-160 מיליון דולר ארה"ב, בתוספת תשלום בסך של 19

14 מיליון דולר לפי אבני דרך מוסכמות, אשר לא כולן הושלמו (להלן: "רכישת

15 המניות"). רכישת המניות הושלמה ביום 28.5.2010.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

3. כחצי שנה לאחר רכישת המניות, נחתמו בין המערערת לבין חברה מקבוצת רוש בשם Roche Diagnostic International LTD ("RDI") ארבעה הסכמים בעלי תחולה רטרואקטיבית (להלן יחדיו: "ההסכמים הבין-חברתיים"):
- 3.1. הסכם למתן שירותי מחקר ופיתוח (להלן: "הסכם המו"פ") – נחתם ביום 9.11.2010 ותוקפו הוא 1.6.2010 – 31.12.2013. במסגרת ההסכם נקבע כי המערערת תספק לרוש שירותי מחקר ופיתוח בתמורה לכיסוי העלויות ובתוספת רווח בשיעור של 5% מהעלויות (Cost +5%). על פי ההסכם, כל הקניין הרוחני שיפותח החל ממועד ההסכם ימצא בבעלות מלאה ובלעדית של רוש (להלן: "הקניין הרוחני החדש").
- 3.2. הסכם למתן שירותים (להלן: "הסכם השירותים") – נחתם ביום 9.11.2010 ותוקפו הוא 1.6.2010 – 31.12.2013. במסגרת ההסכם נקבע כי המערערת תספק לרוש שירותים נוספים בתחומי השיווק, התמיכה הטכנית והמנהלה וכן ייעוץ ותמיכה בכל הקשור לשימוש בפטנטים, בתמורה לכיסוי העלויות ובתוספת רווח בשיעור של 5% מהעלויות (Cost +5%).
- 3.3. הסכם למתן שירותי ייצור (להלן: "הסכם הייצור") – נחתם ביום 15.11.2010 ותוקפו הוא 1.6.2010 – 31.12.2013. במסגרת ההסכם נקבע כי המערערת תספק לרוש שירותי ייצור ואריזה לסולו, בתמורה לכיסוי העלויות ובתוספת רווח בשיעור של 5% מהעלויות (Cost +5%).
- 3.4. הסכם רישיון (להלן: "הסכם הרישיון") – נחתם ביום 22.12.2010 ותוקפו הוא 28.5.2010 – 31.12.2013. במסגרת ההסכם נקבע כי המערערת תעניק לרוש רישיון שימוש בקניינה הרוחני שפותח עד לאותה נקודה (להלן: "הקניין הרוחני הישן"), המאפשר לרוש, בין היתר, לייצר, להשתמש, למכור, לנצל מסחרית, להמשיך בפיתוח מוצרים קשורים ולהעניק רישיונות משנה לגופים קשורים בקבוצת רוש. בתמורה, תשלם רוש למערערת תמלוגים בשיעור של 2% מהמכירות נטו של מוצרים בהם משולבים פטנטים של המערערת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 במהלך חודש ינואר 2012 ניתנה הודעה לעובדי המערערת לפיה הפעילות בישראל
2 תופסק לא יאוחר מיום 31.12.2013, וזאת כתוצאה מתוכנית של רוש לצמצום אתרי
3 פעילות. פעילותה העסקית של המערערת הופסקה במהלך שנת 2013.
4 ביום 1.11.2013 נחתם הסכם בין המערערת ובין מספר חברות מקבוצת רוש
5 למכירת הקניין הרוחני הישן של המערערת (להלן: "ההסכם למכירת הקניין
6 הרוחני"). במסגרת ההסכם למכירת הקניין הרוחני, המערערת מכרה לרוש את כל
7 זכויותיה וחובותיה, לרבות, פטנטים, סימני מסחר, זכויות רישום וכדומה, בעבור
8 42.9 מיליון CHF. המערערת דיווחה למשיב כי היא מכרה את קניינה הרוחני
9 בתמורה לסך של 166,070,190 ש"ח.
10 המשיב לא קיבל את טענת המערערת כי קניינה הרוחני נמכר בשנת 2013 במסגרת
11 ההסכם למכירת הקניין הרוחני. לעמדת המשיב, המערערת העבירה את עיקר
12 הפונקציות, הנכסים והסיכונים (FAR – Functions, Assets, Risks) הקשורים
13 לפעילותה כבר בשנת המס 2010, והעברה זו מהווה עסקה הונית המתחייבת במס.
14 לטענתו, מאחר שמדובר בעסקה בין צדדים קשורים, ניתן לגזור את שווי ה-FAR
15 מהתמורה ששולמה לארון ברכישת המניות, תוך עריכת התאמות שונות. בהתאם,
16 קבע המשיב כי למערערת הכנסה חייבת בסך כולל של 481,354,600 ש"ח, וכי
17 היא מחויבת בתשלום מס בשיעור של 119,962,719 ש"ח (קרן). המערערת
18 מתנגדת לעמדת המשיב, ומכאן ערעור זה.

טענות המערערת בתמצית

- 19
20 7. לטענת המערערת, שומת המס בערעור זה מוקדמת ושגויה. רק בחודש נובמבר
21 2013 המערערת מכרה את קניינה הרוחני והפסיקה את פעילותה. המערערת
22 שילמה מס מלא בגין המכירה והיא מתבררת בגדרי הליך אחר.
23 8. הסכם הרישיון קובע שהמערערת תעניק לרוש רק זכויות רישיון בתמורה לתמלוגים,
24 לפרק זמן מוגבל ובאופן לא-בלעדי, ואין בהסכם כדי להעביר בעלות כלשהי
25 בטכנולוגיה או בנכסים של המערערת. גם צירופם יחד של ההסכמים הבין-חברתיים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 השונים אינו מטשטש הסכמה נחרצת זו, המעוגנת הן בדיני החוזים והן בדין
2 השוויצרי שחל על ההסכמים.
- 3 9. קווי ההנחיה של ה-OECD (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational
4 Enterprises and Tax Administrations, 2017, להלן: "קווי ההנחיה". יוער כי יצא
5 לאחרונה נוסח מעודכן לשנת 2022), מורים כי נקודת המוצא לצורך ניתוח העסקה
6 ואפיונה הם ההסכמים בכתב, שכן הם מעידים על כוונת הצדדים בזמן אמת.
7 בהתאם לקווי ההנחיה, התערבות באפיון ההסכם תוך סטייה מאומד דעת הצדדים,
8 תעשה רק בנסיבות עובדתיות יוצאות דופן, בהן המציאות בשטח סותרת את שנקבע
9 בהסכם.
- 10 10. אלא שהמשיב מעולם לא טרח לברר את העובדות והוא הסיק את מסקנתו אך
11 מתוך צירופם של ההסכמים הבין-חברתיים. איש מעדי המשיב לא שוחח עם מי
12 מאנשי המו"פ, הייצור או השיווק של המערערת והמשיב מעולם לא טרח לברר אם
13 קריאתו את ההסכמים תואמת את המציאות בשטח.
- 14 11. המערערת לא הפסיקה את פעילותה לאחר חתימת ההסכמים הבין-חברתיים.
15 פונקציית כוח האדם נותרה במערערת – המנכ"ל, אנשי ההנהלה, אנשי המו"פ,
16 אנשי השיווק ואנשי הייצור, כולם המשיכו לעבוד במערערת ממשרדה. איש לא
17 פוטר או הועבר לרוש ומצבת העובדים של המערערת רק הלכה וגדלה. גם פונקציות
18 הניהול, המו"פ, הייצור והשיווק נותרו במערערת.
- 19 12. הבעלות בפטנטים נשמרה בקפדנות ברשות המערערת, ונמשך הטיפול
20 ברישומם של פטנטים חדשים על שמה. המערערת פעלה כמקובל בתעשיית
21 הפארמה ובשוק המכשור הרפואי והעניקה זכות שימוש בקניין הרוחני שבבעלותה
22 על מנת לאפשר את המסחור של פיתוחיה. מדובר בהסכם רישיון שיגרתו בו
23 המערערת מוגדרת כמעניקת הרישיון בתמורה לתשלומי דמי רישיון.
- 24 13. הקניין הרוחני החדש אינו מוהל את הקניין הרוחני הישן או מחליף אותו. בענייננו
25 מדובר במכשיר רפואי שהפטנטים של המערערת מהווים את הבסיס לו. להבדיל,
26 עיקרו של הקניין הרוחני החדש הוא בפיתוח תהליכי ייצור המוני ושילוב מד סוכר
27 מותאם. בניגוד לעולם התוכנה, אין בפיתוחים החדשים לייתר את הצורך בקניין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 הרוחני הישן, אשר ממשיך להיות הבסיס לסולו ולתמלוגי המערערת. הצדדים
2 הקפידו על הפרדה בין קניינה של המערערת לבין פירות הסכם המו"פ שנרשמו על
3 שם רוש.
- 4 14. התקשרות המערערת בהסכמים הבין-חברתיים לא הסירה מכתפיה את סיכוני
5 השוק, ובתוכם הסיכון לכישלון בחדירה לשוק והסיכון שהביקוש למוצר ירד או
6 שהמחירים ירדו. שהרי, התמלוגים שהמערערת ציפתה לקבל מכוח הסכם הרישיון
7 נקבעו כאחוז מהמכירות של הסולו. אדרבה, המערערת הפכה להיות תלויה
8 בפעילות של רוש, מה שאף הגדיל את הסיכון שנטלה על עצמה. הסיכון נותר על
9 כתפי המערערת גם באשר לתביעות בגין נזקים כתוצאה מהשימוש בסולו, ובגין
10 סיכוני ייצור ופיתוח.
- 11 15. בצד הפיננסי, הכנסותיה של המערערת נסקו. היא הפכה לרווחית והתזרימים
12 מפעילותה השוטפת הפכו לחיוביים ומשמעותיים.
- 13 16. לא כך נראית חברה מרוקנת שהופשטה מנכסיה ולא זו החברה שעליה מדבר
14 חוזר מס הכנסה שעניינו "שינוי מבנה עסקי" (חוזר מס הכנסה 15/2018 "שינוי
15 מבנה עסקי בקבוצות רב לאומיות" מיום 1.11.2018). המערערת אינה חברת
16 ג'יטקו שכבר ברכישה מניויתיה ביקשה להפסיק את פעילותה, מכרה את כל קניינה
17 הרוחני והעבירה את עובדיה לחברה הרוכשת (ע"מ (מחוזי מרכז) 49444-01-13
18 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא (6.6.2017) (להלן: "עניין ג'יטקו")). כאן
19 שונים הדברים בתכלית.
- 20 17. גם בבחינת הסוגיות המשפטיות והכלכליות, נפלה שגגה בשומת המשיב. ניסיון
21 המשיב לתלות בקווי ההנחיה הצדקה ליצירתה יש מאין של עסקת מכר FAR מעוות
22 את שנאמר בקווי ההנחיה בצורה מפורשת. כקבוע בפרק 9 לקווי ההנחיה, שינוי
23 מודל עסקי שתוצאתו שינוי בתמהיל הסיכון-סיכוי של חברה אינו בהכרח בר פיצוי.
24 כאשר שינוי המודל עולה בקנה אחד עם התקשרויות שצדדים בלתי קשורים היו
25 מתקשרים בהן בנסיבות דומות, אין מקום להתערב בהסכמות הבין-חברתיות
26 ולקבוע פיצוי נוסף, ובוודאי שאין לסווג מחדש את ההתקשרות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

18. אלא שהמשיב מעולם לא בדק אם התנאים שהוסכמו בין המערערת ובין רוש הם בהתאם לעקרון אורך הזרוע. עדי המשיב הודו שלא בחנו עסקאות דומות בין צדדים בלתי קשורים. אילו המשיב היה עושה כן, היה מגלה שאופן ותנאי ההתקשרות בין המערערת ובין רוש נפוצים ומקובלים בקרב חברות באותו ענף.
19. השומה כשלה מראשיתה בעירוב וערבוב בין אפיון העסקה לבין תמחורה. תחילה יש לבחון אם יש מקום להתערב באופן וצורת ההתקשרות ורק לאחר מכן יש לדון בשאלת השווי. עם זאת, המשיב פנה עורף להסכמי הצדדים ולשוק כולו. גם מר שמואל ווינשטיין שבהסתמך על חוות דעתו נפקה השומה (להלן: "ווינשטיין"), הדגיש בחקירתו, פעם אחר פעם, שכלל לא בדק עסקאות בין צדדים בלתי קשורים ואת מצב השוק בהקשר זה.
20. המערערת הוכיחה שהתנהלותה לאחר רכישת המניות היא התנהלות עסקית נפוצה ומקובלת מאוד בארץ ובעולם, גם בין צדדים לא קשורים. בענייננו המערערת התקשרה בהסכם רישיון שצפוי היה להניב לה רווח גבוה יותר מאשר לו הייתה ממשיכה לשלב המסחור באופן עצמאי. לא בכדי חברות פארמה רבות דוגמת המערערת נוקטות בצעד הזה. למערערת לא היו את היכולות והזמן שנדרשו לטובת הייצור ההמוני ומסחור הסולו. המשיב התעלם מכך ששינוי מתווה הפעילות היה החלופה המיטבית הריאלית מבחינת המערערת – חברת הזנק בתחילת דרכה ללא גישה ליכולות ייצור המוני, ללא תשתית שיווק והפצה בינלאומית וללא מקורות מימון משל עצמה. כך למשל, לפי הערכת המערערת עובר לרכישת המניות, תשתית השיווק וההפצה דרשה עלויות גבוהות בסך של כ-150 מיליון דולר (סעיף 29 ונספח 3 לתצהיר וידן).
21. עוד המערערת טוענת לפגמים שונים שנפלו בהוצאת השומה, ובתוכן הפרה של חובת ההנמקה, השימוע וההגינות. כמו כן, שומת המשיב מבוססת כל כולה על עבודתו של ווינשטיין, אלא שהאחרון אינו יכול לשמש בהליך זה כמומחה, משום מעורבותו בתיק.
22. לחילופין, טוענת המערערת לשגיאות שנפלו בהערכת השווי מטעם המשיב. לדידה, יש להפחית את שווי המוצרים המשלימים שרוש תכננה למכור יחד עם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 הסולו; את פרמיית השליטה ששולמה כחלק מרכישת המניות; ואת ההתחייבות
2 המס הנדחה. כמו כן, יש להעניק שווי גבוה יותר לפונקציות המו"פ, הייצור והשיווק
3 שנותרו אצל המערערת; לפונקציית כוח האדם שנותרה אצל המערערת; לפונקציית
4 המכירה וההפצה שנועדה להתבצע מחו"ל; ולנכס המס.

5 טענות המשיב בתמצית

6 23. המשיב סבור כי דין הערעור להידחות. לדידו, שאלת הבעלות בעסקה של
7 המערערת צריכה להיות מוכרעת על פי פסיקת בתי המשפט בישראל, באמצעות
8 מבחן חלוקת הסיכונים והסיכויים. יישום מבחן זה לאורם של קווי ההנחיה מוביל
9 למסקנה כי המערערת נפרדה מפעילותה העסקית לטובת רוש, בסמוך לאחר
10 רכישת המניות בשנת 2010.

11 24. טרם מועד הרכישה, היו במערערת ארבע פונקציות עיקריות: פונקציית מחקר
12 ופיתוח, פונקציית ניהול, פונקציית מכירות ושיווק ופונקציית ייצור. לאחר מועד
13 הרכישה לא נותר בידי המערערת דבר, למעט פונקציית מחקר ופיתוח, שמרוקנת
14 מתוכן של ממש. המערערת הפכה מחברה עצמאית לאתר פיתוח של רוש. אם
15 נותרה במערערת פונקציית ניהול כלשהי, הרי שלכל היותר מדובר בניהול יום-יומי
16 בלבד.

17 25. בכל הנוגע לנכסים, לפני מועד הרכישה, היו בידי המערערת נכסים מוחשיים
18 ונכסים בלתי-מוחשיים. הנכסים המוחשיים היו רכוש קבוע כגון מחשבים, ציוד
19 ומכונות. הנכסים הבלתי-מוחשיים היו נכסי קניין רוחני ונכסים מבוססי טכנולוגיה,
20 ובכלל כך, ידע, טכנולוגיית ליבה, פטנטים, טכנולוגיה קיימת וסימני מסחר.

21 26. לאחר מועד הרכישה, הנכסים הבלתי-מוחשיים הועברו לרוש. עיון בכלל
22 ההסכמים הבין-חברתיים יחדיו, מגלה כי רוש קיבלה את הקניין הרוחני של
23 המערערת מבלי שהמערערת תקבל רווחים בגינה. הסכם הרישיון, שהלכה למעשה
24 היה הסכם בלעדי, נקבע לתקופה של שלוש שנים, אולם לא נקבע בו כל מנגנון
25 להשבת הקניין הרוחני בתום תקופת ההסכם. הלכה למעשה, למערערת לא הייתה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 דרך כלשהי להשיג שליטה על הידע שכבר נעשה בו שימוש על פי ההסכמים הבין-
2 חברתיים.
- 3 27. גם אם רוש נדרשה להשיב בתום תקופת הסכם הרישיון את הקניין הרוחני הישן
4 שהועמד לרשותה, לא היה צפוי להיות לו ערך משמעותי, וזאת לפי גרסת המערערת
5 עצמה – במסגרת ההסכם למכירת הקניין הרוחני משנת 2013 רק 33.2% משווי
6 הנכסים הבלתי-מוחשיים יוחסו למערערת ואילו היתרה יוחסה לרוש.
- 7 28. אף אם בתום תקופת הרישיון היה צפוי להיות ערך לקניין הרוחני הישן, הרי
8 שהוא מהול בתוצרי הפיתוח של רוש, והניסיון להפרידו ולעשות בו שימוש משול
9 לניסיון לבודד קמח מלחם לאחר אפייתו. האמירה בהסכם הרישיון לפיה הבעלות
10 בקניין הרוחני הישן נותרה בידי המערערת היא חסרת משמעות, משהתברר כי הוא
11 מוטמע בקניין הרוחני החדש השייך לרוש, באופן שלא ניתן להפרידו עוד.
- 12 29. משך תקופת ההקניה של הקניין הרוחני הישן; כוחותיה הבלתי-מוגבלים של רוש
13 להעביר את זכות השימוש במוצר; כוחותיה של רוש באשר לייעוד השימוש במוצר;
14 זכותה החוזית לקבל בעלות דה פאקטו בנכסיה הבלתי-מוחשיים של המערערת כמו
15 גם זכותה ליהנות מפירות הנכס מעידים אף הם, על מכירת הקניין הרוחני של
16 המערערת לרוש ולא על השכרתו לפרק זמן מוגבל.
- 17 30. בכל הנוגע להעברת הסיכונים, לפני מועד הרכישה, המערערת נשאה בכלל
18 הסיכונים, ובהם: סיכון הצלחת הפיתוח, סיכוני מימון, סיכוני אשראי, סיכוני שוק,
19 סיכונים גאוגרפיים, סיכוני מלאי, סיכוני מוצרים, תמיכה, אחריות וכיוצא בזה.
- 20 31. לאחר מועד הרכישה, הסיכונים הגלומים בפעילות המערערת הועברו לרוש.
21 רוש היא הגורם המממן והיא בעלת המניות הבלעדית, ובהתאם, היא שנושאת
22 בסיכונים. בכלל כך, המערערת אינה נושאת בכל סיכון פיננסי – מלוא חשיפת סיכוני
23 האשראי וסיכונים נוספים ניצבים לפתחה של רוש, לרבות אלו הנוגעים לפיתוח
24 המוצר, לייצורו בייצור המוני ולשיווקו.
- 25 32. במועד החתימה על ההסכמים הבין-חברתיים היו בידי המערערת 70 מיליון
26 ש"ח למימון פעילותה, סכום אשר היה אמור להספיק לה למימון פעילות המו"פ
27 למשך שנה שלמה לפחות. אם כן, איזו סיבה הייתה לה לחתום על הסכם מו"פ



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 שהתוצאה שלו היא פרידה מכל תוצרי הפיתוח שלה החל מיוני 2010? לטעמו של
2 המשיב התשובה לכך ברורה. לא הייתה לה כל סיבה לעשות כן, ואלמלא היה מדובר
3 בחברות קשורות, ההסכמים הללו לא היו נחתמים.
- 4 33. המערערת אף לא נתנה הסבר מתקבל על הדעת לכך שחרף בקשה מפורשת
5 של המשיב כי יומצאו לו כל ההסכמים שנערכו בין המערערת לרוש, הסכמי ההלוואה
6 לא הומצאו לו כלל, ורק בעת הגשת הערעור לבית המשפט, הציגה המערערת
7 הסכם הלוואה אחד בלבד, על סך של 20 מיליון ש"ח.
- 8 34. מקום בו העמידה רוש לטובת המערערת מימון באמצעות הלוואות, הדיון
9 בשאלת החלופות הזמינות בפני הצדדים באופן ממשי אינו ביחס לחברה אשר אפסו
10 מקורות המימון שלה כגרסת המערערת, אלא על בסיס מצבה של המערערת ערב
11 החתימה על ההסכמים הבין-חברתיים – חברה בקבוצת רוש אשר הועמדו לרשותה
12 משאבים ניכרים לצורך המשך פעילותה. על כן, כל חלופה שהייתה לה אשר אינה
13 כוללת ויתורים משמעותיים על נכסיה ללא תמורה, הייתה כדאית יותר מבחינתה.
- 14 35. המערערת לא עמדה בנטל להראות כי ההסכמים הבין-חברתיים מהווים עסקה
15 העומדת בעקרון אורך הזרוע. במסגרת דיוני השומה, המערערת כשלה בהצגת
16 עסקאות דומות והסתפקה בטבלה בה מצוינים פרטים חלקיים מאד ביחס לכל
17 עסקה. אף המומחה מטעם המערערת, מר אייל גונן (להלן: "גונן"), לא התייחס
18 לעסקאות אלו כרלוונטיות במסגרת חוות דעתו.
- 19 36. בהליך דנן, חקירת המומחים מפירמת EY גרמניה, ה"ה Dr. Schmusch ו-
20 Ellinger (להלן: "EY גרמניה"), גילתה כי הם חסרי הכרות מינימלית עם חוות דעתם
21 ועל כן יש להתעלם ממנה. גונן גילה גם הוא חוסר בקיאות בעסקאות שרלוונטיות
22 לטענתו לענייננו.
- 23 37. גונן ו-EY גרמניה הסתמכו על מקורות חלקיים והם כלל לא הכירו את ההסכמים
24 אליהם הם מפנים. הם גם לא השוו בין התנאים בהסכמים ולא בדקו: האם מדובר
25 בכלל המערכת ההסכמית שנחתמה, האם מדובר בכלל נכסי החברה או בחלקם,
26 מהו אורך ההסכמים יחסית לאורך חיי הנכסים, מהם תנאי התשלום והרישיון ועוד.
27 אף לא אחד מהמומחים גם ציין כיצד מוסו העסקאות שנבחנו על ידם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 38. המערערת נמנעה מלהביא עדים וראיות, ובחינת התנהלותה מעלה כי היא
2 עשתה כל אשר לאל ידה על מנת לגלות טפח ולהסתיר טפחיים, בהתאם לתמונה
3 שאותה היא מבקשת לצייר.
- 4 39. הדברים אמורים בעיקר בבדיקת הנאותות שערכה רוש למערערת עובר
5 לרכישת המניות, שכללה בירור מקיף ומעמיק של כלל הנכסים של המערערת בדגש
6 על קניינה הרוחני וכן מידע בקשר ליכולות הכלכליות של המערערת, הסכנות להן
7 היא חשופה וכדומה. היה בכוחה של בדיקת הנאותות ללמד לא רק על אודות
8 המערערת אלא גם על הדברים שרוש ראתה לנגד עיניה ברכישה – והכל ממקור
9 ראשון ובזמן אמת.
- 10 40. אי-הצגת בדיקת הנאותות המלאה, חרף בקשות חוזרות ונשנות של המשיב,
11 מלמדת כי האמור בה תומך בעמדתו. לא ניתן לקבל את הטענה לפיה רוש לא
12 הצליחה לאתר את בדיקת הנאותות, שהרי בדיקת הנאותות התבקשה על ידי
13 המשיב עוד בשנת 2013. לא ייתכן שמסמך כה משמעותי ומרכזי נעלם כלא היה
14 בפרק זמן קצר כל כך. יתר על כן, חלקים מטיוטה של בדיקת הנאותות צצו לפתע
15 לצורך הגשת התצהיר לבית המשפט. אף לא אחד מהעדים ציין בתצהירו שמדובר
16 בטיוטה חלקית מדו"ח בדיקת הנאותות, ואף לא ניתן הסבר מדוע נבחרו רק חלקים
17 אלו לצורך הגשתם לבית המשפט.
- 18 41. בהקשר זה מפנה המשיב להערה F3 בעמ' 7 לדו"ח הערכת שווי הנכסים
19 הבלתי-מוחשיים מיום 8.7.2010 (נספח 7'ב' לתצהיר וידן, להלן: "PPA"), לפיה יש
20 לייעד התחייבות למסים נדחים בסך של 44.6 מיליון CHF, בהתאם לאמור בעמ' 22
21 לדו"ח בדיקת הנאותות. אותם 44.6 מיליון CHF מהווים בדיוק 25% מהסכום שיוחס
22 ב-PPA לשווי הטכנולוגיה הקיימת, בסך של 178.3 מיליון CHF. התחייבות זו מעידה
23 באופן ברור כי רוש ראתה את עצמה בזמן אמת כמי שמוציאה את נכסי הטכנולוגיה
24 של המערערת מיד עם השלמת העסקה.
- 25 42. העובדות והמסמכים המונחים בפני בית המשפט מחייבים את המסקנה כי עוד
26 בשנת 2010 כוונתיה של רוש היו לסגור את אתר הפיתוח ביקנעם ולהעביר את
27 הפעילות המבוצעת בו לאתר של רוש במנהיים, גרמניה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

43. בכל הנוגע לשווי הנכסים שהועברו: למערערת מגיעה תמורה בגין העלייה
במכירת המוצרים המשלימים, ותמורה זו מופיעה במודל הרכישה; אין לקבל את
טענת המערערת לפיה יש להפחית רכיב של פרמיית שליטה מהשווי – המערערת
מפנה בסיכומיה למספר מקורות משפטיים שאף אחד מהם אינו תומך בטענתה. אף
במישור העובדתי, המערערת לא הוכיחה כי שולמה פרמיית שליטה; הטענה בקשר
להתחייבות מס נדחה אינה ברורה ולכאורה לא נטענה אפילו על ידי גונן; אין
להפחית את פונקציות המו"פ, השיווק וכוח האדם; והמחלוקת בעניין נכס המס היא
מצומצמת.

טענות המערערת בתשובה בתמצית

44. המערערת הגישה סיכומי תשובה קצרים בהם חזרה על עיקרי טיעוניה. עוד
טענה המערערת להרחבת ושינוי חזית מצד המשיב ולהתפתחות גרסתו במהלך
הדיונים.

דיון

45. עסקאות בין צדדים קשורים היא סוגיה שמעלה קושי בענפים רבים מהמשפט
האזרחי. כך למשל, בדיני החברות, החשש המרכזי בהקשר זה הוא כי בעל שליטה
ינצל את שליטתו בצד קשור על מנת לרקום עסקאות שמיטיבות עמו על חשבון גופים
אחרים, לרבות על חשבון הצד השני לעסקה. בהתאם, ישנן הוראות שונות
המסדירות את התנאים לעסקאות בין צדדים קשורים, ובראשן, הדרישה ל-"אישור
המשולש" במקרה של עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה
(סעיפים 270(4) ו-275 לחוק החברות, התשנ"ט-1999). זאת, על מנת לצמצם את
הפגיעה האפשרית בבעלי מניות המיעוט ובחברה.

46. בדיני המס, לעומת זאת, החשש המרכזי הוא לתכנון ואף להעלמת מס, על ידי
כריתת הסכמים שאינם משקפים את המהות הכלכלית, או במחיר שאינו ראוי. כך
למשל, כאשר צד מוכר נכס כלשהו לצד קשור, קיים החשש כי התשלום לא ישקף
את הערך האמיתי של הנכס, ולו כדי לחמוק מתשלום המס (וראו למשל הגדרת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 "שווי' של זכות פלונית" בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-
2 1963 (להלן: "חוק מיסוי מקרקעין") וכן ע"א 943/16 קונטירה טכנולוגיות בע"מ
3 נ' פקיד שומה תל אביב 3, פס' 30 – 33 (22.4.2018) (להלן: "עניין קונטירה").
4 47. המנגנון המקובל להתמודדות עם הסוגיה של עסקאות בין צדדים קשורים הוא
5 "עקרון אורך הזרוע" (Arm's length principle). לפי עקרון זה, אם העסקה יכולה
6 הייתה להתקיים בין צדדים שאינם קשורים ושאין בעלי אינטרסים זהים, הרי
7 שמדובר בעסקה בתנאי שוק, ובכך מוסר החשש מקיומה של עסקה שכריתה
8 ותנאיה מושפעים מהקשר שבין הצדדים.
- 9 48. לצד האמור, שאלת "סיווג" של עסקה פלונית – למשל אם מדובר בהסכם
10 רישיון או בהסכם מכר – היא שאלה שרלוונטית לכל עסקה ועסקה, גם בין צדדים
11 שאינם קשורים (וראו הגדרת "מכירה" בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש],
12 התשכ"א-1961, והפסיקה הענפה העוסקת בה). לעיתים החוק עצמו הוא שקובע
13 "פיקציות" מסוימות לעניין סיווג של עסקה, מבלי שהדבר תלוי בקיומו של קשר בין
14 הצדדים (וראו למשל הגדרת "זכות במקרקעין" או "חכירה לתקופה" בסעיף 1
15 לחוק מיסוי מקרקעין וכן ע"א 6914/15 אהרוני נ' פקיד שומה כפר סבא, פס' 21
16 (22.4.2018) (להלן: "עניין אהרוני").
- 17 49. בענייננו, טוען המשיב כי עיקר פעילותה של המערערת, ה-FAR שלה, הועבר
18 לרוש בסמוך לאחר רכישת המניות, ובהמשך להסכמים בין-חברתיים שנכרתו.
19 לשיטת המשיב, מדובר ב"שינוי מבנה עסקי" או "שינוי מודל עסקי" המתחייב במס.
20 לגישתו, בנסיבות אלה יש לבחון את מערכת ההסכמים הבין-חברתיים כמכלול, על
21 רקע העסקה לרכישת המניות והתמורה ששולמה בגין, ונוכח הפיכתה של
22 המערערת לחברה בשליטה מלאה של רוש.
- 23 50. מאחר שההסכמים הבין-חברתיים מהווים עסקה בין צדדים קשורים, יש לבחון,
24 בראי הוראות קווי ההנחיה, האם עצם היות הצדדים קשורים השפיע על אפיון
25 ותמחור העסקה. כמו כן, ובמנותק מהאמור, יש לבחון האם ההסכמים הבין-
26 חברתיים מהווים במהותם מכירה של פעילות המערערת, אף אם הם היו נעשים בין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 צדדים שאינם קשורים ואף אם לא נפל כל פגם בהסכמים כשלעצמם ובתמורה
2 שנקבעה בהם.
3 51. על כן ובהתאם, אפנה לבחון שתי שאלות נפרדות: הראשונה, האם ההסכמים
4 הבין-חברתיים כשלעצמם, ובמנותק מהיות המערערת קשורה לרוש, מהווים מכירה
5 של הפעילות; והשנייה, אף אם אין בהסכמים הבין-חברתיים כשלעצמם כדי להוות
6 מכירה של הפעילות, האם העובדה כי הצדדים קשורים השפיעה על אפיון ההסכמים
7 כך שהלכה למעשה, יש לראות בהסכמים כמכירה של הפעילות בין הצדדים.
8 52. עוד קודם לכן אציין כי נסיבות המקרה דנן דומות במהותן לנסיבות המקרה בעניין
9 ע"מ (מחוזי מרכז) 26342-01-16 **ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה**
10 **כפר סבא** (9.12.2019) (להלן: "עניין ברודקום"), ומשחרש בית המשפט (חברי
11 כב' הש' בורנשטיין) את התלם בעניין **ברודקום** ובעניין **גיטקו**, אני סבורה כי יש
12 להמשיך לצעוד בו.

13 האם ההסכמים הבין-חברתיים כשלעצמם מהווים מכירת הפעילות?

14 53. המשיב טוען כי ההסכמים הבין-חברתיים מהווים למעשה מכירה של כל פעילות
15 המערערת. כלומר, המשיב טוען כי מהות העסקה היא מכירה, ולא הסכמי רישיון
16 ומו"פ. בהקשר זה אני מקבלת את טענת המשיב, כי אין משמעות לכך שעסקאות
17 דומות נעשות גם בין צדדים לא קשורים, שכן גם עסקאות מקבילות כאלו בין צדדים
18 לא קשורים יכולות להיחשב כמכירה של פעילות, חלף הסדרה בהסכמי רישיון ומו"פ
19 שונים.

20 54. האם ההסכמים הבין-חברתיים כשלעצמם מהווים מכירת הפעילות? אני סבורה
21 שהתשובה לכך היא שלילית.

22 55. מחומר הראיות שנפרס בפניי עולה כי הפעילות במערערת נמשכה, ואף ביתר
23 שאת, בהתאם לאמור בהסכמים הבין-חברתיים.

24 56. מבחינת הפונקציות, נציגי המערערת העידו, עדות שלא נסתרה, כי המערערת
25 המשיכה את פעילותה, לרבות בפונקציות המו"פ, הייצור, השיווק והניהול. אין גם
26 מחלוקת שהמערערת המשיכה בביצוע פעילות המו"פ, והיא קיבלה על כך תמורה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 בדרך של Cost +5%. מנגד, המשיב כלל לא בדק את נסיבותיו העובדתיות של
2 המקרה, והוא קבע אך לפי ההסכמים, כי הפונקציות הועברו בפועל בדרך של מכירה
3 (וראו למשל עמ' 381, ש' 18 – 32; עמ' 387, ש' 9 – עמ' 391, ש' 13; עמ' 392,
4 ש' 25 – עמ' 394, ש' 22; עמ' 439, ש' 25 – 32; עמ' 545, ש' 27 – עמ' 547, ש'
5 8; ועמ' 565, ש' 13 – 19 לפרוטוקול).
- 6 57. המשיב טוען כי "התווית מדיניות המו"פ" ו-"ניהול ותקצוב" המו"פ, הועברו לרוש.
7 מעבר לכך שלדידי הפונקציה המרכזית היא ביצוע המו"פ בפועל, אני לא סבורה כי
8 המשיב מדייק בטענתו, ולא ברור על אלו עובדות היא מתבססת.
- 9 58. המערערת היא זו שניהלה את תקציב המו"פ, למצער במשותף עם רוש, כפי
10 שניתן להתרשם מסעיפים 4.4 ו-4.5 להסכם המו"פ: "**Medingo will make [its] best efforts to keep al[I] costs at competitive levels. RDI shall have the right to ask an independent auditor at its own expense to verify that the costs incurred and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
11 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
12 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
13 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
14 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
15 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
16 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
17 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
18 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
19 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
20 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
21 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
22 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
23 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
24 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
25 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
26 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
27 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
28 **and the mark-up charged are in accordance with the term of the contract**
- 15 כן ראו סעיפים 2.4 ו-2.5 להסכם השירותים וסעיפים 2.8 ו-2.9 להסכם הייצור. כן
16 ראו סעיף 2.3 להסכם הייצור, שלפיו הנתונים הקשורים בעלויות הייצור ותכנון
17 התקציב ייקבעו במשותף על ידי הצדדים.
- 18 59. כמו כן, הסכם המו"פ היה מוגבל בזמן, ולאחריו המערערת הייתה יכולה לדון על
19 תנאיו מחדש, כפי שנקבע בסעיף 5.2 להסכם המו"פ: "**In 2013 the parties will take up negotiations in order to discuss whether and if so under which conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e] forthcoming years**
20 **take up negotiations in order to discuss whether and if so under which**
21 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
22 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
23 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
24 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
25 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
26 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
27 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
28 **conditions the current agreement will be renewed for the year 2014 and th[e]**
- 23 כן ראו סעיף 3.2 להסכם השירותים וסעיף 7.2 להסכם הייצור.
- 24 60. לא למותר לציין, שבמסגרת ההסכמים הבין-חברתיים, המערערת נהנתה
25 מהרשות לעשות שימוש בידע הנרחב של רוש (וראו סעיף 1.2 להסכם המו"פ וסעיף
26 1.2 להסכם הייצור).
- 27 61. אף אם תוצרי פעילות המו"פ אינם שייכים למערערת לפי ההסכמים, עדיין אין
28 בכך ללמד כי פעילות המו"פ לא מתבצעת אצל המערערת, ותחת אחריותה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 62. בדומה, אף אם אניח כי התמורה בשיעור של $Cost + 5\%$ לא משקפת את שווי
2 פעילות המו"פ ותוצריה, עדיין אין בכך ללמד שנמכרה הפעילות, אלא לכל היותר,
3 שהתמורה ששולמה איננה משקפת את עקרון אורך הזרוע (וראו פס' 62 לעניין
4 **ברודקום**).
- 5 63. בכל הנוגע לפונקציית הייצור, ווינשטיין אישר שהכנה לייצור תעשייתי וייצור
6 ניסיוני ראשוני נשארו אצל המערערת (עמ' 394, ש' 23 – 25 לפרוטוקול), ובניגוד
7 לתהיות שהעלה ווינשטיין (עמ' 395, ש' 13 – 15 לפרוטוקול), המערערת הייתה
8 צד להסכם עם חברת Jabil ביחס לייצור ההמוני (מע/32). אומנם ווינשטיין טוען כי
9 "התווית מדיניות הייצור" עברה לרוש במסגרת ההסכמים הבין-חברתיים, אולם לא
10 ברור מנין הגיע למסקנה נחרצת זו (עמ' 395, ש' 10 – עמ' 396, ש' 13 לפרוטוקול).
11 בניגוד לטענת המשיב, בסעיף 3 להסכם הייצור נקבע כי הייצור והאריזה של
12 המוצרים יעשו בהתאם להוראות של רוש, אשר יאושרו על ידי המערערת.
- 13 64. הוא הדין ביחס לפונקציית השיווק. ווינשטיין אישר שהפונקציות השיווקיות של
14 מיתוג ומיצוב נותרו אצל המערערת (עמ' 393, ש' 24 – 31 לפרוטוקול), וגם כאן,
15 לא ברור מנין ווינשטיין הגיע למסקנה כי "התווית מדיניות השיווק" עברה לרוש
16 במסגרת ההסכמים הבין-חברתיים (עמ' 393, ש' 32 – עמ' 394, ש' 20
17 לפרוטוקול).
- 18 65. ווינשטיין גם הודה כי פונקציית הניהול לרבות ייעוץ, פיתוח עסקי, רגולציה,
19 אישורים ומינהלה, נותרו במערערת, פרט ל"התווית אסטרטגיה" (עמ' 396, ש' 14
20 – 17 לפרוטוקול). עם זאת, גם כאן, לא ברור על מה ווינשטיין סומך את דבריו,
21 ובעיקר, לא ברור מהו ההבדל בין התווית האסטרטגיה שבוצעה על ידי אלרון, ובין
22 התווית האסטרטגיה שבוצעה על ידי רוש. בשני המקרים ההנהלה כפופה לבעלת
23 המניות, שמתווה את האסטרטגיה של החברה.
- 24 66. בכלל, נראה כי המשיב לא דק פורתא בהבחנה שבין רוש כבעלת מניות, ובין
25 רוש כרוכשת פעילות. אך מן ההיגיון הוא, כי רוש כבעלת מניות תתווה את מדיניותה
26 של המערערת בהתאם לניסיונה העשיר בתחום הפארמה, עם או בלי קשר
27 להסכמים הבין-חברתיים, ומן הצד השני, אך סביר הוא, כי המערערת תבקש לנצל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 את הידע הנרחב שנמצא ברשותה של רוש. עם זאת, אין בכך כדי להוביל בהכרח
2 למסקנה כי מכאן ואילך לא מתקיימות במערערת פונקציות משמעותיות
3 ושהמערערת לא אחראית על ניהול ענייניה באופן שוטף.
- 4 67. ואכן, אין מחלוקת כי מצבת כוח האדם במערערת גדלה מאז חתימת ההסכמים
5 הבין-חברתיים. כך, ערב רכישת המניות הועסקו במערערת כ-89 עובדים ומספרם
6 הלך וגדל משנה לשנה, והגיע בשנת 2012 ל-147 עובדים שהועסקו במערערת,
7 ובכלל זה: גידול של 56% בכוח האדם של מחלקות המו"פ והייצור; גידול של 150%
8 במחלקת השיווק; גידול של 50% במחלקת ההנדסה; וגידול של 220% במחלקת
9 אבטחת האיכות (סעיף 56 לחוות דעת גונן ועמ' 379 לפרוטוקול; וראו פס' 61 לעניין
10 **ברודקום**).
- 11 68. גם הכנסות המערערת גדלו מאז ההסכמים הבין-חברתיים, ומחברה הפסדית
12 ללא רווחים ואף ללא רווחים צפויים בשנים הקרובות, הפכה המערערת לחברה
13 מרוויחה (מע/8, עמ' 382 – 383 לפרוטוקול).
- 14 69. מבחינת הנכסים, הקניין הרוחני הישן, שהוא לב ליבה של פעילות המערערת
15 עד לאותה תקופה, נשאר בבעלותה ולא עבר לצמיתות במסגרת הסכם הרישיון.
16 הסכם הרישיון מעניק את הרישיון לשימוש בקניין הרוחני הישן לתקופה קצובה
17 (סעיף 7.1 להסכם הרישיון), כאשר מטבע הדברים וכל עוד לא נקבע אחרת, בתום
18 התקופה רוש לא תוכל עוד לעשות בו שימוש. ואכן, רוש נדרשה לרכוש את הקניין
19 הרוחני הישן בתום תקופת ההסכם, על מנת להמשיך לעשות בו שימוש במסגרת
20 גרסאות הסולו העתידיות.
- 21 70. בתוך תקופת הרישיון רוש גם לא הייתה יכולה לנהוג בקניין הרוחני הישן "מנהג
22 בעלים", שכן היא לא הייתה רשאית להמחותו לצדדים שלישיים לא קשורים ללא
23 הסכמת המערערת (סעיפים 2.1 ו-10.4 להסכם הרישיון).
- 24 71. המערערת טוענת כי אינדיקציה נוספת לעמדתה היא העובדה שהסכם הרישיון
25 עם רוש לא היה אקסקלוסיבי. עם זאת, לא מצאתי לייחס חשיבות לתנאי אי-
26 הבלעדיות בהסכם הרישיון, שכן נציג המערערת הודה שלא הייתה אפשרות מעשית
27 להעניק רישיון לגורם נוסף, מתחרה (עמ' 65 לפרוטוקול).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 72. מכל מקום, די במשקלם המצטבר של כלל הנתונים כדי ללמד כי הבעלות בקניין
2 הרוחני הישן לא עברה (וראו פס' 75 – 76 לעניין ברודקום).
- 3 73. המשיב טוען בהקשר זה כי לא ניתן להפריד את הקניין הרוחני הישן מהקניין
4 הרוחני החדש, ומשכך, גם הקניין הרוחני הישן עבר לרוש במסגרת ההסכמים הבין-
5 חברתיים. לא מצאתי כי אכן כך – הפטנטים שפותחו במסגרת הקניין הרוחני הישן,
6 ושהם העיקר בו, נרשמו ונשארו על שם המערערת, ואילו רק הפטנטים החדשים
7 נרשמו על שמה של רוש.
- 8 74. ככלל, לא מצאתי בנסיבות ענייננו כל מניעה עקרונית לזהות איזה ידע פותח עד
9 לעריכת ההסכמים הבין-חברתיים, ואיזה ידע פותח לאחר מכן, בדיוק כפי שניתן
10 לזהות האם פיתוח או שימוש מסוים מפר פטנט כלשהו שבבעלות המערערת, אם
11 לא (וראו סעיפים 1.6 ו-3.1 להסכם הרישיון, בהם מדובר על כך ששימוש בקניין
12 הרוחני הישן משמעו שימוש שהיה מפר פטנט שבבעלות המערערת; כן ראו עמ'
13 58, ש' 21 – עמ' 60, ש' 24; ועמ' 115, ש' 27 – 29 לפרוטוקול).
- 14 75. במקרה שבו הסולו, על גרסאותיו העתידיות, נסמך על הפטנטים שהיו בבעלות
15 המערערת, הרי שלאחר תום תקופת ההסכמים הבין-חברתיים ועובר למכירת
16 הקניין הרוחני הישן, רוש נדרשה להסכמתה של המערערת כדי לעשות שימוש
17 באותם פטנטים, שעודם היו שייכים למערערת (ואכן כך התרחש בפועל). מן הצד
18 השני, אילו לא היה כל שימוש בפטנטים של המערערת בסולו, לצורך גרסאותיו
19 העתידיות, הרי שמלכתחילה לא היה כל הכרח לרוש לרכוש אותם, לא לפני הסכם
20 הרישיון, ולא לאחריו.
- 21 76. בהתאם, אני לא סבורה כי אורך חייו הכלכליים של הקניין הרוחני הישן היה
22 שלוש שנים וחצי, ולא בכדי רוש רכשה את הקניין הרוחני הישן בשנת 2013, עוד
23 לפני תום הסכם הרישיון, עבור סכום לא מבוטל של 166,070,190 ש"ח. דבר זה
24 מהווה אינדיקציה נוספת לכך שהמערערת לא מכרה את פעילותה לרוש במועד
25 חתימת ההסכמים.
- 26 77. משכך, טענת המשיב כי הקניין הרוחני הישן נמכר במסגרת ההסכמים הבין-
27 חברתיים, איננה משקפת לטעמי את המציאות (וראו עניין ברודקום, בפס' 69).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 78. מלבד ההתייחסות לעיל, לא מצאתי כי המערערת העבירה לרוש נכסים אחרים
2 כלשהם, לא במסגרת ההסכמים הבין-חברתיים, ולא בפועל.
- 3 79. מבחינת העברת הסיכונים, גם כאן אני מעדיפה את טענות המערערת. צודקת
4 המערערת בטענתה כי בעקבות העסקה, קיים בידה הסיכון הנובע מקיומו של לקוח
5 מרכזי אחד, וכי קבלת התמלוגים והמשך פעילותה תלויים בהצלחת הסולו, גם אם
6 מדובר בסיכון נמוך יותר (וראו פס' 64 לעניין **ברודקום**). הסיכון נותר על כתפי
7 המערערת גם באשר לתביעות בגין נזקים כתוצאה מהשימוש בסולו (עמ' 67, ש'
8 24 – 34; עמ' 416, ש' 26; ועמ' 434, ש' 17 – עמ' 435, ש' 16 לפרוטוקול) וכן
9 מייצורו (ראו סעיפים 5.1 ו-5.3 להסכם הייצור; לעומת זאת, ראו סעיף 5.2 להסכם
10 הייצור, לפיו רוש תהא אחראית לפגמים שנובעים מאי-התאמה או ליקוי במפרט
11 המוצר ובמפרט תהליך-המוצר).
- 12 80. כמו כן, גם בעניין זה, אני סבורה שהמשיב לא הבחין כראוי בין רוש כרוכשת
13 מניות המסתכנת באובדן השקעתה, ובין רוש כרוכשת פעילות (וראו סעיף 63
14 לסיכומי המשיב). הסיכון בכישלון הסולו עדיין היה מוטל על המערערת אשר
15 פעילותה עלולה הייתה להיפסק (והיא אף הופסקה בפועל), ולא על רוש, שהסתכנה
16 בכך שהשקעתה במערערת תיכשל, עם או בלי קשר להסכמים הבין-חברתיים. אכן,
17 ההסכמים הבין-חברתיים שינו את תמהיל הסיכון של המערערת ביחס למימון
18 פעילות המו"פ וייצור הסולו. אולם עדיין, הסיכון בכך שהמוצר ייכשל הוטל בראש
19 ובראשונה על המערערת, כאשר רק כתוצאה מכך, השקעת הכספים של רוש
20 במערערת הייתה יורדת לטמיון.
- 21 81. ממילא אני סבורה כי אין בהקטנת הסיכונים (והסיכויים בצד) כשלעצמה כדי
22 ללמד על מכירת הפעילות. עסקים יכולים לשנות את התמהיל העסקי שלהם, גם
23 מבלי שהדבר יהווה מכירה. בחינת ה-FAR מהווה כלי עזר לבחינה האם הפעילות
24 המהותית עברה, אולם לא כל שינוי בו מחייב כי הפעילות הועברה בעיקרה (וראו
25 פס' 65 לעניין **ברודקום**).
- 26 82. ניתן להביט על השאלה העומדת במוקד ענייננו מזווית אחרת, ולהגיע לאותה
27 המסקנה: האם לאחר חתימת ההסכמים הבין-חברתיים המערערת הפכה אדישה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 לעסק המתנהל ולגורלו, או שהיא המשיכה, גם תחת תנאים אחרים, לפתח אותו
2 ולקדמו? לדידי, בנסיבות המקרה דנן, התשובה ברורה, והיא שהמערערת המשיכה
3 לפעול במסגרת העסק מבלי לזנוח את פעילותה העיקרית.
- 4 83. עוד טוען המשיב כי המערערת ורוש סיכמו ביניהן כי הפעילות תעבור, אך הן
5 עשו זאת בהדרגתיות באמצעות הסכם הרישיון, על מנת שלא לשלם את המס בגין
6 מכירת הפעילות במועד הרכישה, אלא לאחר שערכו של הקניין הרוחני הישן יישחק.
7 אין בידי לקבל את הטענה ולדידי בנסיבות העניין אין גם לחשוש מכך.
- 8 84. **ראשית**, טענה שכזו היא למעשה טענה ל-"סיווג שונה" של העסקה – במקום
9 עסקת רישיון ומו"פ, מדובר במכירה נסתרת על מנת לתכנן מס ולהפחיתו. מדובר
10 בטענה בעלת משמעויות כבדות משקל ונדרשת תשתית ראייתית מוצקה על מנת
11 לבססה (וראו ע"מ (מחוזי ת"א) 17419-02-18 **ברודקום ברודבנד אקסס בע"מ**
12 **נ' פקיד שומה גוש דן** (20.2.2019), בקשת רשות ערעור על ההחלטה נדחתה
13 בגדרי רע"א 2454/19 **ברודקום ברודבנד אקסס בע"מ נ' פקיד שומה גוש דן**
14 ((28.8.2019).
- 15 **שנית**, וזה העיקר, תכנון שכזה ממילא אמור היה להשתקף במחיר. בהנחה שערך
16 הפעילות נשחק עם הזמן ונעשה שימוש בקניין הרוחני (שהרי, במקרה שבו הערך
17 אינו נשחק, החשש מוסר מאליו, שכן גם בעת המכירה ישולם מלוא המס על מכירת
18 הפעילות), כי אז הערך של השימוש אמור היה לבוא לידי ביטוי במחיר כלשהו,
19 למשל בתמלוגים מהסכם רישיון או בהסדר Cost +. בכך מוסר החשש מפני אובדן
20 הערך הכלכלי, שהוא הגורם המרכזי שהניע את הוצאת השומה (וראו למשל עמ'
21 506, ש' 11 – 19 לפרוטוקול).
- 22 85. עם זאת, אין גם מקום לחשוש ממקרה שבו לא נעשה שימוש בקניין הרוחני
23 במהלך התקופה ולא משולמת תמורה עבורו "כמו מישהו שמפסיק להאכיל את
24 הסוס או מישהו שמפסיק להשקות את העץ. והעסק הזה מת מעצמו" (דברי
25 ווינשטיין בעמ' 364, ש' 24 – 25 לפרוטוקול). שהרי, אין כל היגיון מצד חברה
26 להשקיע כספים רבים וניכרים ברכישת חברה אחרת אך על מנת להניח לה לגסוס,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 תוך איבוד הערך הכלכלי שמקופל בה (אלא אם זו הכוונה המקורית על מנת למנוע
2 תחרות למשל, מקרה שאינו רלוונטי לענייננו).
- 3 86. בכלל, אם כוונתה היחידה של רוש הייתה לרוקן את המערערת מנכסיה, לא
4 ברור מדוע בכלל היא רכשה את המניות מאלרון, ולא הסתפקה רק בקניית הידע.
- 5 87. מאידך גיסא, מלבד טענות בעלמא, המשיב לא הביא ולו דוגמא אחת קונקרטית
6 לכך שהסכמים דוגמת ההסכמים הבין-חברתיים מהווים מכירה של הפעילות, הן בין
7 צדדים קשורים והן בין צדדים בלתי-קשורים (וראו למשל עניין קונטירה, שעוסק
8 בחברת בת ישראלית שמהווה מרכז מו"פ לחברה אם זרה בהסדר של Cost +, מבלי
9 שעלתה כל טענה בנוגע לעצם ההסדר).
- 10 88. כאמור, הטענה כי ההסכמים הבין-חברתיים מהווים מכירה חלף מתן רישיון
11 רלוונטית לכל עסקה דומה שהיא. אולם ועל אף זאת, המשיב לא היה מתערב
12 בהסכמים הבין-חברתיים אם הם לא היו בין צדדים קשורים. כך אמר ווינשטיין
13 בחקירתו:
- 14 **"אני לא מערער על עצם ההסדרים המקובלים שיש הסכמים ויש הסכמי**
15 **רישיון בענף הזה ובענפים דומים. על זה בכלל לא אמרנו שזה לא מקובל**
16 **ההסכם עצמו, אני לא מערער בשום שלב שצדדים יכולים להיכנס להסכמי**
17 **רישיון, זה בכלל לא העניין ולכן אני לא צריך לחפש אם יש עוד מישהו בעולם**
18 **שחותם על הסכם רישיון. אני יודע היטב שיש דבר כזה גם בתחום המכשור**
19 **והפארמה, יש הסכמי רישיון" (עמ' 333, ש' 28 – 33 לפרוטוקול).**
- 20 89. על זאת יש להוסיף, כי כאמור לעיל, המשיב כלל לא בדק את נסיבותיו
21 העובדתיות של המקרה, והוא קבע אך לפי ההסכמים, כי מדובר במכירה של
22 הפעילות. נראה כי בענייננו, המשיב פעל תוך הנחת המבוקש – כי אך מכיוון
23 שמדובר בחברות קשורות, מדובר במכירה ולא במתן רישיון ושירותי מו"פ, מבלי
24 לבחון את העסקה לגופה ואת התנהלות הצדדים לאחריה, כפי שהיה נוהג בצדדים
25 בלתי קשורים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 90. למעשה, לשיטת המשיב, נראה כי, אפרירית, כל הסכם רישיון ומו"פ בין חברות
2 שעוסקות בתחום אמור להיות חשוד כהסכם מכר בתחפושת (וראו עמ' 343 ו-348
3 לפרוטוקול), זאת אין לקבל (וראו פס' 39 – 40 לעניין ברודקום).
- 4 91. על מנת שתיווצר "פיקציה" של מתן רישיון כמכירה, מבלי לבחון את נסיבות
5 המקרה ואת ההתנהגות בפועל באופן ספציפי, אני סבורה כי צריך להצביע על
6 הוראה חוקית מפורשת הקובעת זאת או על תנאים המורים כך באופן מובהק
7 (בדומה לחוק מיסוי מקרקעין הקובע "דין מכירה כדין מכירה" רק מעבר ל-25 שנים,
8 וראו עניין אהרוני, בפס' 22). כאמור בפס' 42 לעניין ברודקום: "סבורני כי שימוש
9 בכלי זה של סיווג שונה של עסקה בעקבות ניתוח פונקציונלי של השינוי במודל
10 העסקי, צריך שייעשה באופן מדוד, ובוודאי שלא באופן 'אוטומטי' וגורף, וסבורני
11 כי גישה זו עולה גם מתוך קווי ההנחיה של ה-OECD" (כל ההדגשות הן במקור
12 אלא אם כן מצוין אחרת – י"ס).
- 13 92. ואכן, ווינשטיין הודה כי ההסכמים כשלעצמם אינם מעידים כי מדובר במכירה,
14 אלא רק התמורה שנקבעה בהם:
- 15 "ש: ... אני עכשיו ב-2010 ו-'מדינגו' עכשיו אומרת לעצמה 'האם לתת
16 רישיון ארוך טווח ל'רוש' או קצר יותר?', דבר ראשון אתם מס הכנסה תמיד
17 אומרים שאם אני נותן רישיון קצר זה אומר שזה לא מכירה. עם זה אתה
18 מסכים?"
- 19 ת: אני לא מתייחס לזה בכלל.
20 ש: או קיי.
21 ת: אני לא מתעסק אם זה מכירה או השכרה.
22 ש: הבנתי.
23 ת: אני מתייחס לשווי הכלכלי שהלך לאיבוד" (עמ' 506, ש' 11 – 19
24 לפרוטוקול).
- 25 93. ויודגש, כי אין מחלוקת שלאחר עריכת ההסכמים הבין-חברתיים חל שינוי
26 במארג הפעילות במערערת. כך קורה בכל הסכם שמחלק מחדש סיכונים וסיכויים,
27 גם בין צדדים לא קשורים. אולם, אין בכך ללמד כי המערערת העבירה או מכרה את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

- 1 עיקר פעילותה לרוש. "איבוד השווי הכלכלי" הנטען יכול ללמד, לכל היותר, כי
2 המחיר ששולם עבור השירותים במסגרת ההסכמים אינו תואם את שוויים. אולם,
3 מדובר בשאלה שעניינה **בתמחור העסקה**, ולא בסיווגה.
- 4 94. לסיכום חלק זה, יפים לענייננו הדברים האמורים בעניין **ברודקום**, בפס' 36:
5 "אדגיש, אפוא, כי איני סבור שהמילים 'שינוי מודל עסקי' הן מעין **מילות**
6 **קסם**, שדי באמירתן בלבד כדי להביא לשינוי סיווגה של העסקה שנערכה
7 בין הצדדים. ניתן בהחלט להעלות על הדעת מצבים שבהם חברה ישראלית,
8 שבידה טכנולוגיה בעלת ערך מוכח, לרבות כזו שכבר אינה בגדר 'חברת
9 הזנק' ובראשית דרכה, אלא הגיעה לשלב בו אותה טכנולוגיה מוטמעת
10 במוצרים הנמכרים על ידה ומפיקים לה הכנסה, עורכת שינוי במודל העסקי
11 שלה, שינוי שיש בו כדי להיטיב עמה, להגדיל את פעילותה, הכנסותיה
12 ורווחיה, ואף את כוח האדם שלה. זאת, גם אם בתוך כך היא מחליפה
13 פונקציה אחת באחרת, סיכוי בסיכון או סיכון בסיכוי. השאלה שיש לשאול
14 אינה האם אירע שינוי במודל העסקי של החברה. השאלה הנכונה היא האם
15 שינוי המודל העסקי לא היה בא לעולם, או שלא היה בא לעולם באותם
16 תנאים **תוך קבלת פיצוי הולם**, אלמלא היה מדובר בחברת אם ובחברת בת".
- 17 95. בהמשך לאמור אפנה לבחון האם ההסכמים הבין-חברתיים ושינוי המבנה
18 העסקי לא היו באים לעולם, אלמלא היה מדובר בחברת אם ובחברת בת.
- 19 האם ההסכמים הבין-חברתיים הושפעו מהיות הצדדים קשורים?
- 20 96. קווי ההנחיה מורים כי בעסקה בין צדדים קשורים יש לבחון שני נושאים שונים
21 באמצעות עקרון אורך הזרוע: אפיון העסקה ותמחור העסקה. תחילה יש לבחון את
22 אפיון העסקה ולבדוק האם היא הייתה נעשית גם בין צדדים בלתי-קשורים. אם
23 הבחינה מגלה כי גם צדדים בלתי-קשורים היו מתקשרים בעסקה באותו המצב, אזי
24 יש להמשיך ולבחון האם המחיר ששולם עבור הנכסים תואם את תנאי השוק. יצוין,
25 כי בהתאם לקווי ההנחיה, אין להתערב באפיון העסקה בניגוד להסכמים אלא
26 בנסיבות יוצאות דופן, בהן ההסכמים מופרכים מיסודם, או שהם אינם מאפשרים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 בשום אופן קביעת מחיר לפי עקרון אורך הזרוע, וראו סעיף 9.35 לקווי ההנחיה,
2 המעודכנים לשנת 2022 (ההדגשה שלי – י"ס):

3 "... A tax administration should not disregard part or all of the
4 restructuring or substitute other transactions for it unless the
5 exceptional circumstances described in paragraph 1.142 are met".

6 סעיף 1.142 לקווי ההנחיה, 2022, קובע, בין היתר, כדלהלן:

7 "This section sets out circumstances in which the transaction between
8 the parties as accurately delineated can be disregarded for transfer
9 pricing purposes. Because non-recognition can be contentious and a
10 source of double taxation, every effort should be made to determine the
11 actual nature of the transaction and apply arm's length pricing to the
12 accurately delineated transaction, and to ensure that non-recognition is
13 not used simply because determining an arm's length price is difficult.
14 Where the same transaction can be seen between independent parties in
15 comparable circumstances ... non-recognition would not apply ... the
16 transaction as accurately delineated may be disregarded, and if
17 appropriate, replaced by an alternative transaction, where the
18 arrangements made in relation to the transaction, viewed in their
19 totality, differ from those which would have been adopted by
20 independent enterprises behaving in a commercially rational manner in
21 comparable circumstances, thereby preventing determination of a price
22 that would be acceptable to both of the parties taking into account their
23 respective perspective and the options realistically available to each of
24 them at the time of entering into the transaction".

25 97. בהמשך לאמור, בסעיפים 1.146 – 1.148 לקווי ההנחיה, 2022, מובאות שתי

26 דוגמאות למקרים בהם יש להתעלם מאפיון העסקה. הדוגמא השנייה עוסקת
27 במקרה קרוב יותר לענייננו, שבו משולם תשלום חד-פעמי עבור שירותי מו"פ
28 ותוצריהם שניתנים למשך 20 שנה. קווי ההנחיה מסבירים ביחס לאותו מקרה, כי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 העסקה איננה הגיונית מבחינה אובייקטיבית, משום שבמועד התשלום לא ניתן
2 לשער אפילו בקירוב מה יהיה שווי העסקה.
3 98. לאחר שבחנתי את אפיון העסקה בעניינינו, לא מצאתי בו פגם. מדובר במקרה
4 שונה בתכלית מאלו המוזכרים בקווי ההנחיה, והוכח לי שעסקאות באפיון דומה
5 יכולות להתנהל ומתנהלות גם בין צדדים שאינם קשורים. כך, המערערת הציגה
6 לאורך ההליך דוגמאות שונות להסכמי רישיון והסכמי מ"פ דומים שנחתמו בין
7 צדדים בלתי-קשורים: בשלב א' הציגה המערערת עסקאות שונות להשוואה (מע/2)
8 אליהן המשיב אפילו לא התייחס (עמ' 327 לפרוטוקול); ובמסגרת הערעור הוגשו
9 חוות הדעת של EY גרמניה ושל גונן בהן הוצגו עסקאות נוספות להשוואה, לרבות
10 עסקאות של חברות דומות בשוק הרלוונטי.
11 99. מנגד, ווינשטיין הודה שהוא לא טרח לבחון הסכמים מקבילים בין צדדים לא
12 קשורים (עמ' 326, ש' 22 – עמ' 327, ש' 24; ועמ' 333 לפרוטוקול).
13 100. עם זאת, אציין, כי לא מצאתי לייחס משקל רב לעדות המומחים מטעם המערערת.
14 הן EY גרמניה והן גונן לא היו בקיאים כדבעי בהסכמים שהם עצמם ביקשו להסתמך
15 עליהם, והם לא הגיעו מוכנים לדיון ההוכחות כפי המצופה מהם.
16 ברם, כאשר המשיב לא טרח לבדוק אף לא הסכם אחד ולא סיפק גרסה כלשהי
17 משלו, די בעדות המומחים מטעם המערערת ובמסמכים שהציגו כדי להרים את נטל
18 הראיה בנושא זה.
19 101. יתרה מזו, וזה העיקר, גם כאן, ווינשטיין הודה כי כריתת הסכמים מסוג זה
20 מקובלת בשוק וכי אין פגם באפיון ההסכמים הבין-חברתיים כשלעצמו, אלא בתנאי
21 ההסכמים ובתמחורם:
22 **"[ב]מקרה רגיל יש הסכמי מסחור ויש תנאים כלכליים מקובלים וחברת**
23 **מדינגו, אילו הייתה מקבלת תנאים, תשלום, תשלום תלוי יעדים ותמלוגים**
24 **לתקופה ארוכה, היה ההסכם הזה דומה לכל ההסכמים ואז לא היינו בכלל**
25 **נמצאים כאן"** (עמ' 430, ש' 7 – 10 לפרוטוקול).
26 וכן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 "אנחנו לא באים ואומרים שהניתוח של ההסכמים, זאת אומרת ששינוי כזה
2 הוא לא אפשרי ... ברגע שזה קרה אנחנו ממפים את השינויים ושואלים
3 שאלה, האם השינוי הזה פגע בערך הכלכלי או לא פגע בערך הכלכלי. אפילו
4 בברודקו[ם], אם אנחנו למשל מגיעים למסקנה שהשינויים שקרו לא פגעו
5 בערך הנוכחי של החברה, אלא פיצו אותה באופן מלא, אז לא נדרש עוד
6 פיצוי" (עמ' 401, ש' 7 – 26 לפרוטוקול).

7 וכן:

8 "הפיצוי הוא לא על יציאה או לא יציאת פאר, כי כמו שהסברתי נגיד שיצאו
9 פאר או אומרים עד 2020 וזה, אנחנו בודקים אם השינוי הזה הוא מפוצה
10 באופן מלא או לא, כי יכול להיות שאני לוקח טרקטור אבל נותן שתי מוניות,
11 ואז זה לא משנה, רשות המיסים לא יכולה לבוא להגיד הפיצוי לא היה הולם,
12 גם בהליכי הסכמה הדדית. המבחן הוא האם הפיצוי פיצה באופן מלא על
13 השינוי" (עמ' 364, ש' 7 – 12 לפרוטוקול).

14 102. בכלל, לכל אורך ההליך, המשיב התמקד בתנאי ההסכמים הבין-חברתיים, ולא
15 באפיונם: "... בשביל שאתה תבין וכל מי שרוצה להבין יבין, שינוי מבנה עסקי
16 הוא בעצם סוגיית הפיצוי" (עמ' 358, ש' 20 – 21 לפרוטוקול. כן ראו עמ' 348,
17 353 – 354, 356, 358 – 359, 363, 401, 410, 414, 429 – 431, 436, 445,
18 505 – 506, 508, 512, 515, 518 לפרוטוקול). בכך נקלע המשיב לידי טעות.
19 תמחור העסקה לא יכול ללמד אם מדובר במתן רישיון או מכירה, אלא לכל היותר,
20 האם יש מקום להגדיל את התמלוגים ולשנות את התנאים שנקבעו בהסכם. מדובר
21 בשתי שאלות שונות לחלוטין, והשאלה אם מדובר במתן רישיון או מכירה קשורה
22 לאפיון העסקה ולא למחירה.

23 103. בהקשר זה אציין, כי אין כל קושי מיוחד בענייננו לקבוע מהו המחיר הראוי לפי
24 עקרון אורך הזרוע, והדבר מהווה שיקול נוסף כנגד התערבות באפיון העסקה.

25 104. כמו כן, אני סבורה כי יש היגיון בכריתת הסכמים מסוג זה, בייחוד במצבה של
26 המערערת נכון לאותה תקופה. המערערת ניצבה בפני מכשולים בלתי-מבוטלים,
27 וסיכויי ההצלחה שלה לא היו מובטחים, בלשון המעטה. והא ראייה, גם נכון לימינו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 אנו, למעלה מעשר שנים ממועד חתימת ההסכמים הבין-חברתיים, הסולו עדיין לא
2 כיסה את ההשקעה בו והוא עדיין אינו מוצר רווחי (וראו למשל עמ' 181 ו-383
3 לפרוטוקול). לא בכדי, אלרון מכרה את מניותיה לרוש. אם הצלחת המערערת
4 הייתה כה ברורה כפי שמנסה המשיב לצייר, מדוע מלכתחילה מכרה אלרון את
5 מניותיה, ולא המשיכה להשקיע בה?
6 105. ההסכמים הבין-חברתיים הבטיחו את עתידה של המערערת בטווח הבינוני-
7 קרוב, והעניקו לה סיכויים רבים יותר לשרוד. כפי שהבהירו המומחים מטעם
8 המערערת, חברות קטנות מתקשות לשרוד לבדן בשוק המכשור הרפואי (ראו למשל
9 סעיף 1 לחוות דעת מיכלין) ולפיכך, הסכם רישיון ומסחור הוא פרקטיקה מקובלת
10 בתחום ונפוצות ההתקשרויות עם גורם בעל ניסיון ומשאבים, במטרה לחדור לשוק
11 (וראו למשל סעיף 219 לחוות דעת גונן; כן ראו פס' 41 לעניין **ברודקום**).

12 106. במבט לאחור ועל הנייר "נוח" להציע חלופות, אולם פעמים רבות המציאות
13 בשטח בזמן אמת שונה לחלוטין. אם היה קל כל כך לקבל את ההחלטה העסקית
14 "הנכונה", הרי שבהכרח כל עסק ועסק היה מצליח. כמו כן, ממילא הצעת החלופות
15 מסתכמת בניחוש, שהרי אין לדעת מה היה מצבה של המערערת אלמלא נקשרה
16 במערכת ההסכמים הבין-חברתיים. לכן, אני סבורה כי כאשר מדובר בחלופות
17 זמינות באופן ממשי, מדובר רק בחלופות **שברור** כי הן כדאיות יותר, באופן שמאין
18 את ההיגיון העסקי בעסקה שבמחלוקת ("**Clearly more attractive opportunity**"),
19 סעיף 9.27 לקווי ההנחיה, 2022, ההדגשה שלי – י"ס). במקרה שבו ישנן כמה
20 חלופות זמינות כאשר יתרונה וחסרונה של כל חלופה בצידה, לא ניתן להעדיף
21 בהכרח חלופה אחת על פני רעותה, ולא מתחייבת המסקנה כי נעשתה עסקה
22 שאפיונה אינו עומד בתנאי השוק.

23 107. לא ניתן לקבל את טענת המשיב כי לאור ההלוואה שעמדה לרשותה של
24 המערערת לא היה מבחינתה כל היגיון להתקשר בהסכמים הבין-חברתיים. **ראשית**,
25 לדברי מנכ"ל המערערת, שלא נסתרו, אותן הלוואות היו מעין הלוואות גישור שנועדו
26 לספק חמצן למערערת, עד שהצדדים יסדירו את תנאי ההתקשרות והמערערת
27 תתחיל לקבל הכנסות מההסכמים הבין-חברתיים (מע/30 וכן עמ' 52, ש' 2 – 8



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 לפרוטוקול). **שנית**, וזה העיקר, גם הלוואות צריך להחזיר, ובהינתן העובדה
2 שהמערערת לא הייתה יכולה להשיב הלוואה בסך של 60 מיליון ש"ח בתוך שנה,
3 הרי שסביר היה מבחינתה להבטיח את עתידה טרם הגעה לקצה. בנוסף, בחינת
4 החלופות הזמינות צריכה להיעשות מנקודת המבט של שני הצדדים לעסקה ולא
5 ניתן להניח סתם כך כי רוש תמשיך להעניק הלוואות למערערת בסכום של מאות
6 מיליוני ש"ח, אך משום שליטתה במערערת.
7 108. המשיב משווה את המקרה למצב בו עצמאי הופך להיות שכיר. גם אם אכן כך,
8 אין בדבר כל פגם ולא מדובר בהכרח בהעברה של פעילות. אם עצמאי כושל הופך
9 לשכיר שמרוויח תמלוגים בסך מיליוני שקלים בשנה, הדבר עדיף לו בכל קנה מידה.
10 יש היגיון רב בכך שעצמאי בעל עסק הפסדי עם צפי רחוק להכנסות, יעבור לעבוד
11 תמורת כיסוי הוצאות בתוספת מרווח וקבלת תמלוגים. אולם, אין זה אומר שאותו
12 עצמאי הפסיק והעביר את פעילותו. גם המשיב מסכים כי תמורת המחיר המתאים,
13 לא הייתה עולה כל טענה מצדו וכי מחיר העסקה הוא שגרם להוצאת השומה, ולא
14 הסברה כי מדובר במכירה חלף הסכם רישיון:
15 **"וזוה בעצם המהות של העניין, ברגע שפיצוי איננו מלא, נגיד לקחת משהו**
16 **אבל השארת פה שירותי מחקר ופיתוח, אם שירותי פי[ת]וח מפצים באופן**
17 **מלא, לא היינו פה, לא היינו בעולם הזה, או כל פיצוי אחר. למשל היית אומר**
18 **אוקיי אני משאיר שירותי מחקר ופיתוח ב-cost פלוס אבל אני גם שם לכם**
19 **בזה נגיד 160 מיליון דולר, לא היינו פה. היינו אומרים הפיצוי מלא, כולם**
20 **מבסוטים, לא היינו ממשיכים"** (עמ' 356, ש' 1 – 6 לפרוטוקול).
21 109. בנוסף, בניגוד לנסיבות עניין ג'יטקו, בענייננו ההתנהלות בפועל שיקפה את
22 האמור בהסכמים. כך, רוש לא עשתה שימוש בקניין הרוחני הישן בניגוד להסכם
23 הרישיון והיא רכשה אותו לאחר תום התקופה, רוש לא העבירה את עובדי
24 המערערת, רוש לא סגרה את משרדי המערערת וכיוצ"ב. כמו כן, לא מצאתי שעברו
25 פונקציות, נכסים או סיכונים שהם לא חלק מההסכמים, וכל מה שעבר, הוא מה
26 שמופיע בהסכמים. וראו האמור בפס' 44 לעניין **ברודקום**:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 "בהעדר אינדיקציה ממשית כי שינוי המודל העסקי משקף, הלכה למעשה,
2 עסקה שונה, רחבה הרבה יותר, מזו אשר הוצגה על ידי הצדדים, אין מקום
3 להתערבות פקיד השומה מעבר להתערבות במחיר העסקה בהתאם לכללי
4 מחירי העברה, ככל שיש לכך מקום".

5 110. לסיכום, כל עוד המערערת ורוש פעלו בהתאם להסכמים הבין-חברתיים, שהם
6 מקובלים בתעשייה ובנסיבות העניין קיים היגיון בכריתתם, לא מצאתי כל פסול
7 באפיון ההסכמים (וראו פס' 85 ו-87 לעניין ברודקום).

8 111. כאמור, בחינה של טענות המשיב מגלה כי הסוגיה שעומדת בבסיס טענותיו היא
9 סוגיית המחיר של העסקה, ולא אפיונה. אולם, המשיב נמנע מלהתייחס לתמחורה
10 של העסקה, והוא לא טען בעניין זה (עמ' 327, ש' 5 לפרוטוקול). משכך, לא נותר
11 לי אלא לקבל את הערעור (וראו פס' 45 לעניין ברודקום).

12 112. לסיכום מסקנתי, יפים הדברים האמורים בעניין ברודקום, בפס' 38:
13 "המערערת הוכיחה כי בעקבות מכלול ההסכמים שנערכו בינה לבין קבוצת
14 ברודקום, פעילותה התרחבה, וגדלו הכנסותיה ורווחיה. אף מצבת כוח
15 האדם שלה גדלה, והיא שכרה שטחים נוספים. לא זו אף זו. מספר שנים
16 לאחר מכן, מכרה המערערת את הקניין הרוחני שנותר בבעלותה בסכום
17 ניכר. איני סבור כי ניתן לומר ששינוי המודל העסקי שהיא ערכה – ממודל
18 של המשך פיתוח הקניין הרוחני, שילובו במוצרים והפקת הכנסה ממכירתם,
19 למודל של המשך פיתוח הקניין הרוחני עבור ברודקום במודל של COST+,
20 קבלת תמלוגים בגין מכירת כל מוצר שבו מוטמע הקניין הרוחני הקיים (גם
21 אם ערך הקניין הרוחני הקיים הולך ודועך) ולבסוף, לאחר מספר שנים,
22 מכירת אותו קניין רוחני – מלמד על כך שבמועד העסקה, המערערת מכרה
23 'נכס' לקבוצת ברודקום".

24 עוללות

25 113. אין בהערה F3 שבעמ' 7 ל-PPA (נספח 7' לתצהיר וידן) כדי לשנות ממסקנתי.
26 גם אם רוש או מי מיועציה סברו או תכננו לשלם מס עבור מכירת פעילות לאחר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 רכישת המניות, אין זה אומר שהפעילות אכן נמכרה באותו הזמן. לא מן הנמנע
2 שרוש שקלו לקנות את הפעילות, אך החליטו לדחות את מועד הרכישה.
3 114. המשיב טוען כי ההחלטה לסגור את האתר ביקנעם התקבלה עוד בשנת 2010.
4 גם בטענה זו אין כדי לשנות ממסקנתי. **ראשית**, עדי המערערת העידו שלכל הפחות
5 עד למחצית שנת 2011 ההחלטה בעניין לא הייתה סופית, ולא השתכנעתי כי
6 במועד החתימה על ההסכמים הבין-חברתיים רוש כבר גמרה בדעתה לסגור את
7 המערערת ואת פעילותה (וראו עמ' 75, ש' 12 – עמ' 76, ש' 16; עמ' 182; ועמ'
8 452 לפרוטוקול). **שנית**, אף אם אכן כך, אין מחלוקת בין הצדדים כי מס לא משתלם
9 עבור כוונה בלבד, אלא על פעולות ממשיות, ובענייננו, על העברת הפעילות בפועל
10 (עמ' 361, ש' 8 – 365, ש' 25 לפרוטוקול). אף אם רוש הייתה מודיעה קבל עם
11 ועדה עוד בשנת 2010 כי היא מתכוונת להעביר את הפעילות בשלב מסוים
12 למנהיים, גרמניה, העברת הפעילות הייתה ממוסה כאשר היא הייתה יוצאת לפועל,
13 ולא קודם לכן. אין גם מניעה כי עד לאותה העברה, הצדדים יתקשרו בהסכמים
14 שונים, בהתאם לעקרון אורך הזרוע.
15 115. אין לקבל כי לאור כוונתיה של רוש לסגור את הפעילות בישראל, הזכות בקניין
16 הרוחני הישן עברה לצמיתות במסגרת ההסכמים הבין-חברתיים. **ראשית**, גם
17 מכוונות ניתן לחזור, ועד שהקניין הרוחני לא עבר בפועל, אין למסות עבור המכירה.
18 כאמור, אני סבורה שאף אם הייתה כוונה להעברת הפעילות, לא הייתה החלטה
19 סופית עד למועד ההודעה. **שנית**, וזה העיקר, גם אם הייתה כוונה ממשית להעביר
20 את הקניין הרוחני הישן בשלב כלשהו, משעה שהקניין הרוחני הישן חזר למערערת
21 בתום שלוש השנים וחצי של תקופת הסכם הרישיון, עדיין היה צורך שרוש תרכוש
22 אותו על מנת לעשות בו שימוש, כפי שאכן התרחש בפועל. כלומר, טענת המשיב
23 כי "לא יהיה למי להחזירו" (סעיף 105 לסיכומי המשיב) איננה מדויקת, ואין שום
24 קשר בין הכוונות של רוש להעברת הפעילות ובין העברה לצמיתות של הקניין
25 הרוחני במסגרת הסכם הרישיון.
26 116. הצדדים טענו בשולי הדברים טענות נוספות שלא מצאתי להידרש להן, שכן אין
27 בכוחן לשנות ממסקנתי. כמו כן, לאור מסקנת פסק הדין, לא מצאתי לדון בטענתה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

08 מאי 2022

ע"מ 53528-01-16 מדינגו בע"מ נ' פקיד שומה עפולה

1 החלופית של המערערת, ובתשובת המשיב לה, לעניין שווי ה-FAR שהועבר
2 לכאורה במסגרת ההסכמים הבין-חברתיים.
3 117. למען הסר ספק, אין באמור בפסק הדין כדי לחוות דעה כלשהי ביחס לשווי
4 מכירת הקניין הרוחני בשנת 2013.
5 118. סיכומם של דברים, הערעור מתקבל.
6 לאור מחדלה של המערערת להעביר את מלוא המסמכים למשיב, באופן שהיה יכול
7 לייתר מחלוקות משמעותיות בתיק, המשיב יישא בהוצאות המערערת על הצד
8 הנמוך, בסך של 20,000 ש"ח.

9

10

11

12

13

14

15

16

ניתן היום, ז' אייר תשפ"ב, 08 מאי 2022, בהעדר הצדדים.

17

ירדנה סרוסי, שופטת

18

19

20

21

22

23

24