



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

בפני כבוד השופט שמואל בורנשטין

מערערת
ברודקום סמיקונדקטור בע"מ
באמצעות ב"כ עוה"ד ד' פסרמן, ש' א' זיידר וע' ח' רבן

נגד

משיב
פקיד שומה כפר סבא
באמצעות ב"כ עו"ד א' ליס

פסק דין

1

2

רקע כללי

1. בשנת 2001 הוקמה חברה פרטית תושבת ישראל בשם "דיון סמיקונדקטור בע"מ" ששינתה את שמה בשנת 2011 ל-"ברודקום נטוורקינג ישראל בע"מ" ומוזגה לתוך ברודקום סמיקונדקטור בע"מ, היא המערערת.

2. המערערת עוסקת בייצור ובשיווק של רכיבי מיתוג לנתבים ומתגים מהירים, המיועדים לתשתיות תקשורת פס רחב. תכלית פיתוחם של רכיבים אלה היא מתן מענה לצרכי השירות של ספקי התקשורת.

3. המערערת הוחזקה בשיעור של 100%, על-ידי חברת Dune Networks Inc., חברה תושבת ארצות-הברית (להלן: "חברת האם").

4. בשנת 2002 התקשרה המערערת עם חברת האם בהסכם רישיון, במסגרתו העניקה חברת האם למערערת זכות שימוש בקניינה הרוחני (להלן: "הקונספט") בתמורה לתמלוגים. הוסכם כי קניין רוחני שפותח עד למועד כריתת ההסכם יוותר בבעלותה של חברת האם, ואילו קניין רוחני שיפותח על ידי המערערת יהא בבעלותה. בנוסף, המערערת וחברת האם התקשרו בהסכם רישיון עם Marvell International Ltd (להלן: "מארוול"), לפיתוח משותף של הקניין הרוחני, שבבעלות המערערת.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

5. ביום 30 לנובמבר 2009 נרכשו כלל מניותיה של חברת האם על ידי חברת **Broadcom Corporation**, שהיא חברה תושבת ארצות-הברית, שמניותיה נסחרות בבורסת Nasdaq בארצות הברית (להלן: "**ברודקום**"), וזאת בתמורה לסך של מאתיים מיליון דולר. (בדוחותיה הכספיים של ברודקום דווח על סכום של 185,432,000 דולר, זאת, בעקבות התאמות שנעשו על ידה; הסכם הרכישה צורף כנספח א' לתצהירו של מר אמיר גונן מטעם המשיב; להלן: "**עסקת רכישת המניות**").
6. למערכת מפעל מוטב, בהתאם להוראות החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 (להלן: "**חוק העידוד**"). החברה נתמכה על ידי המדען הראשי, במסגרת מספר תכניות בשנים 2003-2009, וקיבלה מענקים בסך כולל של 5,125,158 דולר.
7. לצורך השלמת עסקת רכישת המניות, המערכת פנתה, בתאריך 16 בנובמבר 2009, טרם עסקת רכישת המניות, למדען הראשי בבקשה בכתב להעברת הידע שפותח על ידה, ונהנה מתמיכת המדען, לחו"ל. הבקשה הוגשה למדען הראשי בהתאם להוראות סעיף 19ב(ב)(1) לחוק עידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984 (הבקשה צורפה כנספח ב' לתצהיר אמיר גונן).
8. המדען הראשי אישר את הבקשה וזאת בכפוף לתשלום סך של 58,375,651 שקלים חדשים (אישור המדען הראשי צורף כנספח ג' לתצהיר גונן).
9. לאחר עסקת רכישת המניות ערכה המערכת שלושה הסכמים עם ברודקום ועם חברות קשורות אליה (להלן: "**קבוצת ברודקום**"), כפי שיתואר בהמשך הדברים. הסכמים אלה, כל אחד מהם בנפרד וכולם יחד כמכלול, הם העומדים במוקד ההליך דנן, והם יכוננו להלן "**העסקה**".
10. בתאריך 26 בפברואר, 2010, התקשרה המערכת בהסכם למתן שירותי שיווק ותמיכה טכנית לחברת Broadcom Singapore Pte Ltd (להלן: "**ברודקום סינגפור**"), שהיא חברה קשורה לחברה הרוכשת, בהסדר של כיסוי עלויות השיווק בתוספת רווח תפעולי קבוע של 10% (ההסכם צורף כנספח ד' לתצהירו של אמיר גונן; להלן: "**הסכם שירותי השיווק**").
11. בתאריך 1 במרץ 2010, התקשרה המערכת עם ברודקום בהסכם מתן שירותי פיתוח בהסדר של כיסוי עלויות בתוספת מרווח של 8%, על-פיו תעניק המערכת שירותי פיתוח



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 לחברה הרוכשת. על-פי האמור בהסכם שירותי הפיתוח, תוקף ההסכם חל באופן
2 רטרואקטיבי מתאריך 1 בינואר, 2010 (ההסכם צורף כנספח ה' לתצהיר גונן ; להלן :
3 **"הסכם שירותי הפיתוח"**).
- 4 12. באותו מועד חתמה המערערת על הסכם נוסף עם חברה קשורה - חברת Broadcom
5 International Ltd, חברה תושבת איי קיימן (להלן : **"ברודקום קיימן"**) בהסכם
6 להענקת רישיון לשימוש בקניין רוחני של המערערת. לפי הסכם זה, ניתנה לברודקום
7 קיימן הזכות להשתמש, לפתח, לתכנן, למכור, להציע למכירה ולהפיץ את המוצרים פרי
8 הרכוש הבלתי מוחשי והטכנולוגיה של המערערת, שהיו קיימים עד למועד הסכם רישיון
9 השימוש. ההסכם נכנס לתוקף החל מתאריך 1 בינואר 2010, לתקופה של חמש שנים
10 (ההסכם צורף כנספח ו' לתצהיר גונן ; להלן : **"הסכם הרישיון"**).
- 11 13. בהתאם להסכם הרישיון, עבור השימוש בקניין הרוחני האמור ישולמו תמלוגים בשיעור
12 שיקבע על-פי מחקר מחירי העברה. במחקר מחירי העברה לקביעת שיעור התמורה בגין
13 הסכם הרישיון - "Transfer Pricing Analysis for Brodcom Corporation Fiscal
14 Year Ending December 31' 2010", נקבע שיעור התמלוגים בטווח שבין -14.1%
15 14.7% ממחזור מכירותיה של ברודקום קיימן (מחקר מחירי העברה צורף כנספח ז'
16 לתצהיר גונן ; להלן : **"מחקר מחירי העברה"**).
- 17 14. בתאריך 16 באוגוסט 2012, כחלק משינוי מבנה גלובלי בקבוצת ברודקום, מוזגה חברת
18 האם אל ולתוך ברודקום בהתאם לחוק החברות בדלוור. כפועל יוצא של המיזוג, חברת
19 האם חדלה מלהתקיים והמערערת הפכה להיות חברת בת בבעלות מלאה של ברודקום.

עיקר המחלוקת בין הצדדים

- 20
- 21 15. לגישת המשיב, בעקבות "העסקה" (כהגדרתה לעיל) הפכה המערערת מחברה שעוסקת
22 במחקר ופיתוח, ייצור (באמצעות קבלן משנה), שיווק, הפצה ומכירה, לחברה שכל
23 עיסוקה במתן שירותי פיתוח לחברה שרכשה אותה. לפי עמדת המשיב, תוצאה זו, לפיה
24 החברה נפרדה מפעילותה, העבירה אותה לאחרים והפכה לחברה נותנת שירותים, תוך
25 הפחתה ניכרת של הסיכונים והסיכויים שהיו לה בפעילותה, מהווה **"שינוי מודל עסקי"**
26 או **"שינוי מבנה עסקי" (Business Restructuring)**, אשר יש לסווגו כמכירה לפי הדין
27 ולמסות אותה בהתאם לכך. המשיב מתבסס בעניין זה על קווי ההנחיה של ה-OECD,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 וטוען כי מכלול ההסכמים מלמדים כי המערערת העבירה לברודקום ולחברות הקשורות
2 עמה (להלן: "קבוצת ברודקום") את הפונקציות, הנכסים והסיכונים (Functions,
3 Assets, Risks או FAR) הקשורים לפעילותה, והעברה זו מהווה עסקה הונית
4 המתחייבת במס. לטענתו, מאחר שמדובר בצדדים קשורים ויש לקבוע את התמורה
5 בעסקה זו על פי תנאי השוק, ניתן לגזור את שווי ה-FAR מהתמורה ששולמה בהסכם
6 רכישת המניות, תוך עריכת התאמות שונות שנועדו להפריד בין הנכסים שנותרו בישראל
7 ואלו שהועברו במסגרת שינוי המודל העסקי.

8 16. לגישת המערערת, לעומת זאת, יש ליתן תוקף מלא ושלם להסכמות בין הצדדים, ולפיהן
9 המערערת לא מכרה דבר. לטענתה, היא רשאית "למסחר" את הקניין הרוחני
10 שבבעלותה (IP) באמצעות הענקת רישיון שימוש (תוך הותרת הבעלות בו בידה),
11 כשבמקביל לכך היא גם תעניק שירותי מו"פ הקשורים בידע עתידי המבוסס על ה-IP
12 הקיים שנשאר בבעלותה. בתוך כך טוענת המערערת כי מערך ההסכמים כמתואר,
13 היטיב עם המערערת, שהגדילה את פעילותה, כוח האדם שלה, הכנסותיה ורווחיה, כי
14 מדובר בהתנהלות עסקית מקובלת, שכיחה ולגיטימית, כי הדין החל על ההסכמים הוא
15 דין קליפורניה לפיו אין מדובר במכירה אלא במתן זכות שימוש ב-IP וכי המשיב אינו
16 רשאי להתערב בכך. כן טוענת המערערת שהדין הקליפורני, ואף דיני המס בישראל,
17 אינם מכירים ב-FAR כנכס שניתן למכור אותו, וכי בכל מקרה נפלו טעויות משמעותיות
18 בתחשיב שערך המשיב לצורך שומתו.

19 תמצית נימוקי המערערת

20 17. מתווה של "שינוי מודל עסקי", המצדיק התערבות בהסכמות אליהם הגיעו הצדדים,
21 וקביעת שומה על בסיס הטענה שנמכרה פעילות או שנמכר קניין רוחני, מדבר על
22 מציאות שבה "רוקנה" החברה הישראלית לאחר רכישתה. לא כך בענייננו. המערערת
23 לא מכרה כל קניין רוחני, לא העבירה פונקציות שהיו בידה וסיכונים וסיכוייה לא
24 התפוגגו. בעקבות הצטרפותה של המערערת לקבוצת ברודקום היא שיפרה פלאים את
25 מצבה הפיננסי.

26 18. למערערת נצמחו תמלוגים בסכומי עתק בעקבות הסכם הרישיון, וזאת בגין כל מוצר
27 שיימכר על ידי ברודקום שבו קיים מרכיב כלשהו של ה-IP השייך למערערת. זאת ועוד,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 בסופו של דבר המערערת מכרה את הקניין הרוחני שנותר בבעלותה, ובגין כך שולם מס
2 על ידה.
- 3 19. המשיב ביקש לסווג את עסקת התמלוגים כעסקת רווח הון, אך זאת ניתן לעשות
4 בהתבסס על הדין הכללי או על יסוד טענה לעסקה מלאכותית. הדין הכללי הרלוונטי
5 במקרה זה הוא הדין בקליפורניה שאינו מאפשר לסווג את העסקה כעסקת מכר,
6 בהתחשב בזכויות שנותרו בידי המערערת. הוכח כי המערערת הותירה בידה זכויות
7 רבות, ובכלל זאת הזכות לתת רישיון לאחרים, והזכות לתבוע בגין הפרת זכויותיה בו.
8 אשר לטענת עסקה מלאכותית, הרי שהמשיב עצמו, לאורך כל ההליך, הדגיש כי הוא
9 אינו טוען טענה מעין זו.
- 10 20. המשיב טוען כי לא ניתן לערוך הפרדה בין קניין רוחני "ישן", זה שפותח על ידי
11 המערערת בטרם העסקה ונותר בבעלותה, ובין קניין רוחני "חדש", המבוסס על המשך
12 הפיתוח שמבצעת המערערת עבור ברודקום, אך מהראיות עולה כי קיימת הפרדה
13 ברורה, הן משפטית והן פיזית, בין שני סוגי הקניין הרוחני. הפרדה זו התחייבה גם בשל
14 ההסכם עם **מארוול** לפיתוח משותף של הקניין הרוחני וחשש לזליגת ידע.
- 15 21. אין כל אפשרות לראות את הסכם הרישיון כהסכם מכר כפי שמבקש המשיב, ובוודאי
16 לא מכר של FAR. המשפט הישראלי אינו מכיר במושג ה-FAR עליו מבוססת השומה.
17 לכל היותר מדובר ב"מתודה מקצועית לקביעת מחירי העברה", שאינה מתיימרת לסווג
18 את העסקה, ובוודאי שלא להפוך הסכמי רישיון להסכמי מכר.
- 19 22. במסגרת פניותיה למדען הראשי אכן ביקשה המערערת את אישורו ל"העברת ידע"
20 לחו"ל, אך לפי כללי המדען, גם הענקת רישיון לשימוש בקניין רוחני מהווה
21 מכירה/העברה של ידע המחייבת אישור ותשלום תמלוגים.
- 22 23. בעסקה שבין המערערת ובין חברת האם באשר לקניין הרוחני שפותח בחברת האם, כמו
23 בעסקה שבין המערערת וחברת האם לבין **מארוול**, לא הועלתה כל טענה שמדובר
24 ב"שינוי מודל עסקי" או שהקניין הרוחני נמכר, והמשיב השית מס על התמלוגים
25 ששולמו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

24. ככל שהמשיב סבור כי אין לקבל את דיווחיה של המערערת, רשאי הוא לערוך שומה לפיה שיעור התמלוגים צריך להיות גבוה יותר וזאת בהתאם להוראות סעיף 85א לפקודת מס הכנסה; אין הוא רשאי לסווג את העסקה באופן שונה ממה שהוסכם.

25. לחילופין נפלו כשלים משמעותיים בחישוב שווי ה-FAR שעליו מבוססת השומה. הן באימוץ שגוי של "מחיר בסיס" לעסקת ההשוואה; הן בהפחתת ערכם של נכסים שאין חולק שנתרו בישראל; והן ב"ניפוח" ערכם של נכסים שלדידו של המשיב "נמכרו". כתמיכה לטענתה זו צירפה המערערת חוות דעת מומחה מטעמה, מר אייל גונן (להלן: "חוות דעת גונן").

9 תמצית נימוקי המשיב

26. הסוגיה שבפנינו מהווה **סנונית ראשונה** לשילוב הייחודי שבין הדיון המשפטי המוכר לעניין סיווג העסקה כעסקה הונית או כעסקה פירותית, על רקע האקלים המשפטי הייחודי של סעיף 85א והתקנות הרלוונטיות ובכלל זאת גם פרק VI לקווי ההנחיה של ה-OECD (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Guidance) (2014) on Transfer Pricing Aspects of Intangibles; (להלן: "**קווי ההנחיה של ה-OECD**"; צורף כנספח ד' לחוות דעת המומחה מטעם המשיב, מר כפיר לנדאו (להלן: "**חוות דעת לנדאו**"; מר לנדאו הגיש אף חוות דעת משלימה בה התייחס לחוות דעת גונן. להלן: "**חוות דעת לנדאו המשלימה**").

27. העשורים האחרונים מתאפיינים בתופעה חדשה של הקמת חברות הזנק, לרוב בתחום ההייטק. לא כל החברות מצליחות, ולמעשה רובן המכריע נכשלות ונסגרות לאחר פרק זמן. המערערת נמנית עם אותו קומץ אשר "שבר את המחסום" והצליח בשוק קשה זה.

28. ערב העסקה, היו למערערת כ-90 עובדים, יתרת מזומנים מכובדת, רעיונות ופיתוחים שהבשילו למוצרים חדשניים שנמכרו היטב ברחבי העולם. לא בכדי קבע לגביה המדען הראשי כי "החברה מובילה טכנולוגית ברורה בתחומה" נהנית מ"מקוריות וחדשנות" ויש לה "יתרון טכנולוגי" ביחס לכל מתחרותיה. הצלחתה של המערערת היא שהביאה לכך שמניותיה נמכרו לברודקום, אחת מחברות ההייטק הגדולות בעולם, וזאת בתמורה לסך של כ-200 מיליון דולר.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

29. עובר לחתימת ההסכם למכירת המניות, פנתה המערערת למדען הראשי בבקשה לקבל אישור להעברת הידע שנצבר אצלה לחו"ל. האישור התקבל והמערערת פעלה על פיו; ומיד לאחר שהושלמה עסקת מכירת המניות, היא ערכה סדרת הסכמים עם חברות זרות קשורות להעברת פעילותה אליהן. במצגיה למדען הראשי תיארה המערערת את העסקה כ"מכירה" של קניין רוחני ולא כמתן רישיון גרידא. גם התכתבויות נוספות שנערכו בין המערערת למדען הראשי, לפני ואחרי העסקה, מלמדות כי המערערת ראתה עצמה כמי שמוכרת קניין רוחני.
30. בהתאם לקווי ההנחיה של ה-OECD, המשתלבים גם בעקרונות המיסוי הישראלי, יש לבחון האם הישות העבירה את ה-FAR ובהתאם לכך לסווג את העסקה ולקבוע את תמורתה. במקרה דנן, ניתוח הפונקציות, הסיכונים והסיכויים מלמד כי המערערת אכן העבירה נכס, ואין מדובר אך ורק בהסכם למתן זכות שימוש ברישיון בתמורה לתמלוגים.
31. אין לקבל את ההפרדה שעורכת המערערת בין "IP ישן", שכביכול נותר בבעלותה, ובין "IP חדש", שמפותח על ידי המערערת עבור ברודקום והמצוי בבעלותה של האחרונה. הפרדה זו אינה אפשרית, והיא משולה לניסיון להפריד בין הקמח לבין הלחם לאחר אפייתו. הסכם הרישיון אמנם מותיר לכאורה זכויות בידי המערערת, לרבות הענקת זכויות רישיון לאחרים, אך ברי כי בפועל אין לכך כל משמעות, שהרי חברת האם בוודאי לא תאפשר לפגוע באינטרסים שלה על ידי מתן רישיונות גם לאחרים. זאת ועוד, הרישיון ניתן לכל אורך חייו של ה-IP ואף מטעם זה יש לראותו כאילו נמכר.
32. על העסקה חל דין המס בישראל, ואין מקום להיזקק לדין האמריקאי. מכל מקום, גם לפי הדין האמריקאי, ובוודאי לצורכי מס אמריקאי, יש לבחון את מהותה הכלכלית האמיתית של העסקה, ואין לקבוע את סיווגה אך ורק בהתאם ללבושה הפורמלי.
33. את שוויי של ה-FAR שהועבר מהמערערת לברודקום, יש לגזור מהתמורה ששולמה בעסקת המניות. שווי זה נתמך בחוות דעת לנדאו ובחוות דעת לנדאו המשלימה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

דיון והכרעה

על שינוי מודל עסקי ופסק הדין בענין ג'יטקו

34. כאמור, לשיטת המשיב, מדובר ב"שינוי מודל עסקי". לגישתו, בנסיבות אלה יש לבחון את מערכת ההסכמים במכלול, על רקע העסקה לרכישת המניות והתמורה ששולמה בגין, ונוכח הפיכתה של המערערת לחברה בשליטה מלאה של ברודקום. המשיב מבקש להחיל בעניינה של המערערת את הנחיות הפנימיות כפי שבאו לידי ביטוי בטיוטת נייר עמדה מיום 8.7.2010 שכותרתה "עמדת רשות המסים בדבר השלכות המס במקרה של שינוי מודל עסקי בחברות בעלות מפעל בתחומי הטכנולוגיה" (להלן: "נייר עמדה 2010"; הוגש כמוצג מע/23) וכן, לאחרונה, בחוזר מס הכנסה מס' 15/2018 בנושא "שינוי מבנה עסקי בקבוצות רב לאומיות" מיום 1.11.2018 (להלן: "חוזר 2018"). חוזר זה מבוסס, בין היתר, על קווי ההנחיה של ה-OECD, שלפי טענת המשיב "משתלבים" בעקרונות דיני המס בישראל, וכן על פסק דינו של מותב זה בע"מ 13-01-49444 (מחוזי מרכז) ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא (6.6.2017) (להלן: "עניין ג'יטקו"). לטעמו של המשיב, וכפועל יוצא מהאמור, יש לראות במערערת כמי שביצעה "שינוי מודל עסקי" וכמי שמכרה לברודקום נכס מסוג FAR, שאת שווי יש לגזור, תוך עריכת מספר התאמות, מהתמורה ששולמה עבור המניות.

35. אקדים, אפוא, ואבהיר כי איני סבור שהמקרה שלפניי דומה כל עיקר למקרה שנדון בעניין ג'יטקו. למעשה, קביעותיי בעניין ג'יטקו, המתבססות על המצב העובדתי שנדון שם, ואשר הובילו אותי למסקנה כי יש לראות במערערת שם כמי שביצעה עסקה רחבת היקף הרבה יותר מזו אשר הציגה, ואשר שוויה נגזר מעסקת מכירת המניות שקדמה לה, מובילות במקרה דנן למסקנה אחרת. ואכן, בעוד שבעניין ג'יטקו שינוי המודל העסקי הביא לכך שהמערערת שם הפכה ל"קליפה תאגידית חסרת תוכן", כאשר חברת האם שלה, להבדיל מאם דואגת ומטיבה, נהגה כ'מדיאה מודרנית' אשר רכשה חברה וביקשה לחסלה בסמוך לאחר מכן, תוך שהיא "שואבת" ממנה את מרבית ערכיה הכלכליים, לרבות כל מצבת כוח האדם שלה, כדי כך שעסקיה של ג'יטקו קרוסו זמן קצר לאחר עסקת רכישת המניות וכל לקוחותיה נטשו אותה - סבורני כי תיאור זה רחוק מאוד ממה שאירע במקרה דנן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

36. אדגיש, אפוא, כי איני סבור שהמילים "שינוי מודל עסקי" הן מעין מילות קסם, שדי
באמירתן בלבד כדי להביא לשינוי סיווגה של העסקה שנערכה בין הצדדים. ניתן בהחלט
להעלות על הדעת מצבים שבהם חברה ישראלית, שבידה טכנולוגיה בעלת ערך מוכח,
לרבות כזו שכבר אינה בגדר "חברת הזנק" ובראשית דרכה, אלא הגיעה לשלב בו אותה
טכנולוגיה מוטמעת במוצרים הנמכרים על ידיה ומפיקים לה הכנסה, עורכת שינוי במודל
העסקי שלה, שינוי שיש בו כדי להיטיב עמה, להגדיל את פעילותה, הכנסותיה ורווחיה,
ואף את כוח האדם שלה. זאת, גם אם בתוך כך היא מחליפה פונקציה אחת באחרת,
סיכוי בסיכון או סיכון בסיכוי. השאלה שיש לשאול אינה האם אירע שינוי במודל
העסקי של החברה. השאלה הנכונה היא האם שינוי המודל העסקי לא היה בא לעולם,
או שלא היה בא לעולם באותם תנאים תוך קבלת פיצוי הולם, אלמלא היה מדובר
בחברת אם ובחברת בת.
37. אזכיר כי הסוגיה שבפנינו מצויה בעולם "מחירי העברה". אף קווי ההנחיה של ה-
OECD, אליהם מפנה המשיב, עניינם בהיבטים שונים הנוגעים לסוגיית "מחירי
העברה". העיקרון המרחף מעל עולם זה של מחירי העברה הוא כי שינוי המודל העסקי
הביא עמו עסקה בתנאים או בשווי שאינם כבעסקה המתבצעת בין צדדים שאינם
קשורים (arm's length).
38. בכך, וכאמור, שונה המקרה דנן מהמקרה שנדון בעניין ג'יטקו. שם נדרשה המערערת
להסביר, וזאת לא עלה בידה, לאן "התאייד" הערך הכלכלי הרב שהשתקף זמן קצר
קודם לכן בעסקה למכירת המניות. ההסבר היחיד שנותר הוא כי ערך כלכלי זה עבר
לחברת האם, שדאגה לתעל את כל משאביה של ג'יטקו אליה. במקרה דנן איני סבור כי
ניתן לומר שהערך הכלכלי, שהשתקף בעסקת המניות, "התאייד" כלא היה, וממילא כי
אין מנוס מהמסקנה שהוא עבר לחברת האם. המערערת הוכיחה כי בעקבות מכלול
ההסכמים שנערכו בינה לבין קבוצת ברודקום, פעילותה התרחבה, וגדלו הכנסותיה
ורווחיה. אף מצבת כוח האדם שלה גדלה, והיא שכרה שטחים נוספים. לא זו אף זו.
מספר שנים לאחר מכן, מכרה המערערת את הקניין הרוחני שנותר בבעלותה בסכום
ניכר. איני סבור כי ניתן לומר ששינוי המודל העסקי שהיא ערכה – ממודל של המשך
פיתוח הקניין הרוחני, שילובו במוצרים והפקת הכנסה ממכירתם, למודל של המשך
פיתוח הקניין הרוחני עבור ברודקום במודל של COST+, קבלת תמלוגים בגין מכירת
כל מוצר שבו מוטמע הקניין הרוחני הקיים (גם אם ערך הקניין הרוחני הקיים הולך



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 ודועד) ולבסוף, לאחר מספר שנים, מכירת אותו קניין רוחני – מלמד על כך שבמועד
- 2 העסקה, המערערת מכרה "נכס" לקבוצת ברודקום.
- 3 39. אכן, לא מן הנמנע כי שינוי מודל זה הביא לשינוי בפעילות של המערערת, מחברה
- 4 העוסקת במחקר ופיתוח עבור עצמה, מייצרת מוצרים ומפיקה הכנסות ממכירתם,
- 5 לחברה העוסקת במתן שירותים ובקבלת תמלוגים. באותה מידה ניתן לומר כי סיכונים
- 6 שהיו קיימים בפעילותה הקודמת, לצד הסיכויים, פחתו, או למצער השתנו נוכח
- 7 פעילותה החדשה. אך לטעמי, עצם העובדה כי חברה עסקית מחליטה להקטין סיכונים
- 8 וסיכויים (או להגדיל סיכונים וסיכויים) אין פירושה, אפריורי, שהיא ביצעה עסקה
- 9 שבמהותה הכלכלית מגלמת העברת "ערך כלכלי" או "נכס".
- 10 40. לפיכך, אין בידי לאמץ את עמדת המשיב, כפי שהושמעה על ידי המפקח (עמ' 158 ש' 24-
- 11 26) לפיה בכל מקרה של מעבר מהסכם מו"פ להסכם שירותים בהסדר של COST+
- 12 מתקיים "שינוי מודל עסקי", המצדיק סיווג שונה של העסקה. איני מקבל גם את
- 13 העמדה שהוצגה על ידי המומחה מטעם המשיב (ראו עמ' 77 ש' 26-27) שסבר כי בכל
- 14 מקרה של שינוי מודל עסקי "הכל עובר החוצה" (ראו גם האמור בסעיף 3.1.3 לחוות
- 15 דעתו בו מוצגת מסקנתו לפיה "במידה ובוצע שינוי מבנה עסקי יש לסווג את העסקה
- 16 כעסקה הונית...."). לטעמי, מדובר באמירה כוללתית וגורפת מדי, לגבי קשת רחבה של
- 17 מצבים, המתעלמת מהצורך לבחון את נסיבותיה הקונקרטיות של כל עסקה ועסקה.
- 18 41. טוען המשיב כי העובדה שמצבה הכלכלי של המערערת השתפר לאחר העסקה אין
- 19 משמעה שלא הועבר על ידה ערך כלכלי לברודקום, שכן השאלה היא מה היה קורה
- 20 אלמלא אותה עסקה. בהקשר זה אף מציין המשיב כי אין מדובר בחברת היי-טק
- 21 בראשית דרכה, אלא בחברה מצליחה, בעלת מוצר מצליח, ואופק כלכלי משמעותי.
- 22 מכאן הוא מסיק כי בנסיבות רגילות, וככל שלא היה מדובר בצדדים קשורים, העסקה
- 23 לא הייתה באה לעולם, והמערערת הייתה ממשיכה בפעילותה כפי שהייתה קודם לכן.
- 24 אלא שאיני סבור כי בעניין זה קיים למשיב איזה יתרון בהערכת הפוטנציאל הכלכלי
- 25 במערערת, על סיכוניו וסיכוייו. נציגי המערערת העידו, והנתונים הכספיים "היבשים"
- 26 תומכים בכך, כי הייתה זו פעולה שהיטיבה עם המערערת, גם אם היא לא הציגה את
- 27 צפי רווחיה אלמלא העסקה, וגם אם במועד רכישת המניות לא היה צפוי גידול משמעותי
- 28 במספר לקוחותיה בעקבות הצטרפותה לקבוצת ברודקום, כפי שטוען המשיב (ראו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 מש/3). בנסיבות אלה, איני סבור כי המשיב יכול להיתלות בקווי ההנחיה של ה-OECD,
2 או בעובדה כי אירע "שינוי מודל עסקי", כדי לסווג באופן שונה את העסקה, כפי שזו
3 משתקפת במכלול ההסכמים שערכה המערערת.
42. אבהיר עם זאת, כי לגישתי, ושלא כעמדת המערערת, במישור העקרוני המשיב אינו מנוע
5 מלהסתמך על קווי ההנחיה של ה-OECD. אף איני סבור כי דיני המס בישראל שוללים
6 את האפשרות להתבסס על מבחן ה-FAR לצורך סווג עסקה או לשם אומדן שוויה.
7 הגישה העקרונית שבה נוקט המשיב בהנחיותיו הפנימיות, ולפיה יש לבחון כל מקרה
8 שבו מתבצע "שינוי מודל עסקי", תוך ניתוח מדוקדק של הפונקציות, הנכסים
9 והסיכונים, על מנת לקבוע את סיווגה של העסקה לצורך מס ואת תמורתה, היא גישה
10 ראויה, המשתלבת בעקרונות המס בישראל, ותכליתה למנוע הפחתת מס ישראלי בדרך
11 של הסטת ערכים כלכליים מישראל לחו"ל. עם זאת, סבורני כי שימוש בכלי זה של סיווג
12 שונה של עסקה בעקבות ניתוח פונקציונלי של השינוי במודל העסקי, צריך שיעשה
13 באופן מדוד, ובוודאי שלא באופן "אוטומטי" וגורף, וסבורני כי גישה זו עולה גם מתוך
14 קווי ההנחיה של ה-OECD.
43. שינוי המביא ל"ריקון" החברה הישראלית, ל"ייבושה", להפיכתה ל"קליפה תאגידית
15 חסרת תוכן" או אפילו לצמצום משמעותי של פעילותה – הוא, לכל הדעות, שינוי
16 המצדיק לסווג את העסקה באופן שונה מהאופן שבו הוצגה על ידי הצדדים ולקבוע את
17 תמורתה. על אחת כמה וכמה יש לעשות כן אם קיים פער בלתי מוסבר בין התמורה
18 ששולמה על ידי חברת האם הזרה בעת רכישת מניותיה של החברה הישראלית, משמע
19 בעת שהצדדים היו צדדים בלתי קשורים, ובין התשלומים המשולמים על פי מכלול
20 ההסכמים הנערכים לאחר מכן. ואולם, במקרים אחרים שבהם השינוי במודל העסקי
21 לא חולל את התמורות המשמעותיות האמורות, ובמיוחד כאשר הסתבר כי השינוי הביא
22 לצמיחתה של החברה הישראלית, לגידול בפעילותה, במצבת כוח האדם שלה,
23 בהכנסותיה וברווחיה, הרי שלטעמי קיים קושי משמעותי יותר להתערב בהסכמים
24 שערכו הצדדים, כפי שהוצגו על ידם, ולקבוע שמהותם הכלכלית היא שונה.
25
44. אין זה אומר שפקיד השומה אינו רשאי לבחון את ההסכמים לגופם. כך למשל, ברי כי
26 אם במסגרת אותם הסכמים נקבעו סכומים שאינם משקפים תנאי שוק, כגון בכל הנוגע
27 לשיעור התמלוגים המשולמים עבור השימוש בקניין הרוחני, רשאי פקיד השומה
28



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 להתערב ולקבוע שיעור אחר תחתיו, בכפוף לכללים הקבועים לעניין זה בסעיף 85א
2 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: **"הפקודה"**). אך בהעדר
3 אינדיקציה ממשית כי שינוי המודל העסקי משקף, הלכה למעשה, עסקה שונה, רחבה
4 הרבה יותר, מזו אשר הוצגה על ידי הצדדים, אין מקום להתערבות פקיד השומה מעבר
5 להתערבות במחיר העסקה בהתאם לכללי מחירי העברה, ככל שיש לכך מקום.

6 45. על סמך הראיות שהוצגו בפניי, איני סבור כי שינוי המודל העסקי שהתבצע במקרה דנן
7 מוביל למסקנה כי מהותה הכלכלית האמתית של העסקה שונה מהאופן שבו היא הוצגה
8 על ידי המערערת. משמע, כי יש לתת תוקף לצרכי מס להסכם שירותי השיווק ולהסכם
9 הפיתוח, שניהם על בסיס הסדר של COST+, וכן להסכם הרישיון בתמורה לתמלוגים.
10 מאחר שהמשיב לא טען כי יש מקום להתערב בשיעור התמלוגים על פי הסכם הרישיון,
11 שיעור שנקבע על יסוד מחקר מחירי העברה, או ב"מרווח" שנקבע בהסכמי השירותים,
12 ממילא אין מנוס מהמסקנה כי יש לקבל את דיווחיה של המערערת ולבטל את השומה.

13 46. להלן אפרוש בהרחבה את נימוקיי למסקנתי האמורה, ואף אתייחס להיבטים נוספים
14 ועקרוניים שעלו בטיעוני הצדדים.

15 הגדרת "מכירה" ו"נכס"

16 47. הוראת הדין הרלוונטיות לעניינו היא זו הקבועה בסעיף 88 לפקודה, המצוי בפרק ה'
17 שעניינו הטלת מס ריווח הון על מכירתו של נכס. סעיף זה מגדיר "מכירה" ו"נכס" בצורה
18 רחבה, לאמור :

19 **"מכירה" – לרבות חליפין, ויתור, הסבה, העברה, הענקה, מתנה,**
20 **פדיון, וכן כל פעולה או אירוע אחרים שבעקבותם יצא נכס בדרך כל**
21 **שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, אך למעט**
22 **הורשה"**

23 **"נכס" – כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת**
24 **הנאה ראויות או מוחזקות, והכל בין שהם בישראל ובין שהם מחוץ**
25 **לישראל, למעט..."**

26 48. כעולה מהגדרת "מכירה", אירוע המס מתרחש כל אימת שהנכס יצא מרשותו של
27 הנישום "בדרך כלשהי" (למשל, בדרך של הפקעה). בוודאי שלא נדרשת העברה פורמלית
28 של הבעלות בנכס, כשם שאין זה הכרח כי כל הזכויות בנכס יועברו. לא מן הנמנע כי אף



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 זכויות חלקיות בנכס תהיינה הן עצמן בבחינת "נכס" לצורכי מס, כך שמכירתו תחשב
2 עסקה מובהקת ומושלמת במישור ההון (השווה ע"א 6914/15 דוד אהרונני נ' פקיד שומה
3 כפר סבא (22.4.2018). הוא הדין בנוגע להגדרת "נכס". הגדרה זו כוללת, בין היתר,
4 "זכות או טובת הנאה ראויה או מוחזקת" ומימים ימימה עומדת ההלכה לפיה יש
5 לפרשה באופן רחב ביותר. כך נקבע עוד בעניין ע"א 182/72 אברך צבי נ' פקיד השומה
6 ת"א 3(12.7.1973), מפי כב' השופט מני :

7 "המונח "זכות ראויה" שאוב מן החוק האנגלי (CHOSE IN
8 ACTION) והוא כולל בתוכו לא רק זכויות לנכסים גשמיים
9 (CORPOREAL) או ערטילאיים (INCORPOREAL), ולא רק
10 זכויות הנובעות מחוזים או מעוולות אזרחיות, אלא גם זכויות בלתי-
11 חוזיות וכן כל זכות שניתנת לאכיפה באמצעות תביעה. נוכח המיגוון
12 הגדול של זכויות שעליו משתרע המונח הזה אינני רואה כל סיבה
13 מדוע הזכות לתבוע פירוקה של חברה לא תיכלל אף היא בו".

14 יצוין כי לדעת כב' השופט י' כהן (שהצטרף למסקנתו של כב' השופט מני), אף אין הכרח
15 לדבוק בהגדרות האנגליות למונחים זכות ראויה או זכות מוחזקת. די לדידו כי הזכות
16 של בעל מניה להגיש בקשה לפירוק החברה היא בעלת חשיבות רבה לבעל המניה ושיש
17 לה ערך כספי גדול, וכפי המצוטט שם בתיאור הציורי מתוך ספרו של
18 CHESTERMAN, THE "JUST AND EQUITABLE" WINDING UP
19 OF SMALL PRIVATE COMPANIES : (MODERN LAW REVIEW, 129 36)

20 "The reason why section 222 (f) has considerable practical
21 Importance as a shareholder's remedy is not that its use will
22 inevitably bring the company into liquidation; indeed,
23 liquidation is usually the last thing that the petitioner, or
24 anybody else, wants because financially it spells disaster for
25 all. It is instead the threat of liquidation that will often be
26 effective in achieving redress for - An aggrieved member.
27 He can stand beside the barrel of gun Powder with a lighted
28 match in his hands, so to speak, demanding that he get what
29 he wants - which in most cases is simply a good price for his
30 shares - or else everyone, including himself perishes swiftly
31 and dramatically"

32 49. ביטוי מובהק להיקפה הרחב של הגדרת "נכס" מצינו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי
33 בעמ"ה (מחוזי ת"א) 169/87 שמחה שנקר נ' פקיד שומה כפר סבא (23.5.1989) שם קבע
34 כב' השופט הגין באשר ל"דמי לא יחרץ" שקיבל עובד כי "כל דבר שזכותך לעשותו או



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 שלא לעשותו והוא בעל ערך כספי, כלומר שאחר ישלם טבין ותקילין למען הניע או
2 הניא את הפעלתו, הרי הוא נכס בידי אותו בעל זכות". לשון אחר – "נכס" לצורך דיני
3 המס הוא "כל דבר בעל ערך כלכלי", דהיינו כי קיים מאן דהוא המוכן לשלם עבורו כסף
4 או שווה כסף.

5 סיווג לפי הדין הכללי, סיווג שונה וסיווג מחדש

6 50. ההלכה הפסוקה מתארת למעשה שלושה מסלולים לבחינת עסקה לצורכי מס. המסלול
7 הראשון הוא מסלול "הדין הכללי". לפיו, יש לבחון האם ניתן לחשוף את המהות
8 האמתית של העסקה לפי עקרונות הדין הכללי, כגון דיני התאגידים ודיני החוזים.
9 המסלול השני הוא מסלול "הסיווג השונה", לפיו יש לבחון אם קיים בדין המס הסדר
10 אחר מזה הקבוע בדין הכללי, כגון הגדרתו של איזה מונח בדיני המס, השונה מהאופן
11 שבו הוא מוגדר בדין הכללי. המסלול השלישי הוא מסלול "הסיווג מחדש" בו נעשה
12 שימוש בנורמה אנטי תכנונית הקבועה בדיני המס, כשהעיקרית שבהן היא, כמובן, זו
13 שבסעיף 86 לפקודה המאפשר להתעלם מעסקאות מלאכותיות שמטרתן הפחתת מס
14 בלתי נאותה. וכך נאמר בעניין זה בע"א 750/16 בן ציון סעדטמנד נ' פקיד שומה רחובות
15 (28.2.2019):

16 "על פי עקרונות יסוד בדיני המס, "מס אמת" נקבע בהתאם למהות
17 הכלכלית האמיתית של העסקה; ובהקשר זה, "על מנת להתחקות
18 אחר טיבה של העסקה מבחינה כלכלית אין לראות בכותרת שהכתירו
19 אותה הצדדים חזות הכל והוא הדין באשר לאופן שבו כינו אותה,
20 למתכונת שבה ערכו אותה וללבוש שהעטו עליה" לא פעם נדרשות
21 אפוא רשויות המס להאיר עסקה באור שונה מזה שבו היא הוצגה על
22 ידי הצדדים לה, שאז פתוחים בפני פקיד השומה שני מסלולים
23 אפשריים: מסלול הדין הכללי ומסלול דיני המס. בתמצית, מטרתו
24 של המסלול הראשון היא לחשוף את המהות האמיתית של העסקה
25 באמצעות עקרונות וכלים מן הדין הכללי הרלוונטי; למשל, מכוח דיני
26 החוזים ניתן להורות על בטלותו של חוזה למראית עין במסלול
27 השני עושה פקיד השומה שימוש בדיני המס, וגם בהקשר זה עומדות
28 לו שתי אפשרויות: "סיווג שונה" ו"סיווג מחדש". במסגרת "סיווג
29 שונה" נדרש מפקיד השומה לפנות להוראות מס "רגילות" על מנת
30 להגדיר באופן שונה את בסיס המס; קרי: את התקבול שאותו
31 ממסים. כך, למשל, "מכירה" זכתה להגדרה רחבה בסעיף 88
32 לפקודה, שמכוחה ניתן לקבוע כי עסקת מתנה לפי הדין הכללי מהווה
33 מכירה במישור המס "סיווג מחדש", לעומת זאת, נסמך על
34 "נורמה אנטי-תכנונית" כללית – קרי: הוראה שמטרתה לקבוע את
35 קו הגבול בין תכנון מס לגיטימי לכזה שאינו לגיטימי; ולענייננו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 רלוונטית ההוראה שבסעיף 86(א) לפקודה.... סעיף זה נועד להתמודד
2 עם עסקאות שמטרתן העיקרית היא תכנון מס בלתי לגיטימי, והוא
3 מקנה לפקיד השומה סמכות לסווג עסקה מחדש ובדרך זו להתעלם
4 מיתרון המס שביקש הנישום להשיג. מאחר שסיווג מחדש הוא
5 אמצעי דרסטי יותר מסיווג שונה, ואף כרוך בקביעה שלפיה העסקה
6 שביצע הנישום אינה לגיטימית, הנטל להוכיח שמדובר בעסקה
7 מלאכותית רובץ לפתחן של רשויות המס"

8 51. לטענת המערערת, חסומה בפני המשיב האפשרות לסווג את העסקה באופן שונה
9 מהסיווג לפי הדין הכללי, שכן דיני החוזים והקניין, החולשים על הסכם הרישיון
10 בתמורה לקבלת תמלוגים, הם דיני מדינת קליפורניה בארה"ב, ועל פיהם לא ניתן
11 לראות את עסקת התמלוגים כעסקת מכר, כפי שעולה מחוות דעת המומחה לדין הזר
12 שהובאה מטעם המערערת. (להוכחת הדין הזר הגישה המערערת חוות דעת מטעם
13 הפרופסורים שטיין ופרחומובסקי, אך רק האחרון התייצב להיחקר על חוות דעתו
14 (להלן: "חוות דעת המומחה לדין הזר"). כמו כן, אין המשיב יכול לסווג מחדש את
15 העסקה ולטעון למלאכותיות, שכן השאלה האם העסקה הביאה להפחתת מס כלל לא
16 נבדקה, המשיב לא העלה עד כה טענה כלשהי שמדובר בעסקה מלאכותית, כאשר טענה
17 זו נטענה לראשונה, וכטענה בעלמא, רק במסגרת סיכומיו ומהווה לפיכך הרחבת חזית.

18 52. בעניין אחרון זה הנוגע לטענת המלאכותיות, מקובלת עליי עמדת המערערת; אכן,
19 המשיב לא העלה כל טענה שמדובר בעסקה מלאכותית, אלא להיפך – עמד על כך
20 שמדובר ב"סיווג בעולם המעשה" (ראו תשובת המשיב לבקשה להיפוך נטל הראיה
21 מיום 22.8.2016 בסעיף 13), והמפקח אף אישר זאת בחקירתו הנגדית (ראו עמ' 300, ש'
22 6). אשר לסוגיית הדין הכללי, גם אם צודקת המערערת בטענתה כי הדין הזר הוא הדין
23 הרלוונטי (ולכך אתייחס גם בהמשך), וגם אם הדין הזר אינו מאפשר להתייחס לעסקה
24 דן כעסקת מכר אלא כעסקת תמלוגים, הרי שלדידי ממילא עניין לנו כאן במסלול של
25 "סיווג שונה" – לא במסלול של "הדין הכללי" ולא במסלול של "סיווג מחדש" – כאשר
26 השאלה היא האם המונחים "מכירה" ו"נכס" בדין המס רחבים דיים על מנת לכלול
27 בהם גם עסקאות מהסוג דן. כפי שצינתי לעיל, במישור העקרוני, הגדרת המונחים
28 הנ"ל בדיני המס רחבה דיה על מנת שגם עסקה שתוצאתה היא כי נישום נפרד, בכל דרך,
29 מאיזה "דבר בעל ערך", גם אם אינו לובש לבוש משפטי פורמלי של נכס, תחשב כמכירה
30 של "נכס" לצורך מס.

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 מבחן ה-FAR ויישומו בדיני המס בישראל

53. בהתאם לפרק 9 לקווי ההנחיה של ה-OECD (Report on the transfer pricing aspects of business restructuring – Chapter IX of the transfer pricing guidelines (צורף כנספח ה' לחוות דעת לנדאו) מוגדר "שינוי מבנה עסקי" כהקצאה מחדש, חוצת גבולות, של פונקציות (Functions), נכסים (Assets) וסיכונים (Risks) ופוטנציאל הריווח הגלום בהם. שינוי מבנה עסקי יכול ויהיה כרוך בהעברה של נכסים בלתי מוחשיים בעלי ערך שיש לזהותם. העיקרון המרכזי העומד ביסוד כללי מחירי העברה הוא עיקרון "אורך הזרוע" (Arm's Length) המחייב בחינה השוואתית של העסקה בין הצדדים הקשורים, אל מול עסקה שהייתה נעשית אלמלא היה מדובר בצדדים כאמור, וזאת על מנת לקבוע האם העסקה נעשתה בתנאי שוק. פרק 6 לקווי ההנחיה עניינו במחירי העברה של נכסים בלתי מוחשיים, לאמור – פריט שאינו נכס פיננסי או נכס פיזי ושניתן להיות בעליו או לשלוט בו לשם שימוש מסחרי, כאשר השימוש בו או העברתו בעסקה בין צדדים שאינם קשורים, הייתה מניבה גמול לבעליה.
54. טוענת המערערת כי המשפט הישראלי הכללי אינו מכיר במכירתו של FAR וכי אף דין המס בישראל אינו מכיר במכירתו של FAR שכן אין מדובר ב"נכס" ואין מדובר ב"מכירה". לגישה, קווי ההנחיה של ה-OECD אינם קובעים "מותר או אסור" ואינם עוסקים בסיווג עסקאות, אלא בקביעת התמורה בהתאם לתנאי שוק.
55. ואכן, על פני הדברים מבחני ה-FAR משמשים כמתודולוגיית עזר לתמחור עסקה בעולם מחירי ההעברה ואין הם "נכס" בפני עצמו. עם זאת, נוכח הגדרתם הרחבה של המונחים "מכירה" ו"נכס" בסעיף 88 לפקודה, כפי שהבהרתי לעיל, הרי שבוודאי ניתן לראות בהעברת FAR כמלמדת על כך שהועבר נכס, דהיינו דבר בעל ערך כלכלי, גם אם לא ניתן בהכרח להלבישו לבוש משפטי פורמלי. בכך מתייחדים דיני המס מהדין הכללי. הדין הכללי מחייב לזהות נכס קונקרטי עליו ניתן להחיל את הדין הרלוונטי. דיני המס חותרים אחר המהות הכלכלית. מקום שבו העבירה חברה ישראלית לחברת האם הזרה פונקציות וסיכונים (בצד סיכויים), ראוי לבחון האם בכך העבירה הלכה למעשה "דבר בעל ערך כלכלי" שראוי להטיל על מכירתו מס. "נכס" זה יכול להיות בעל אפיון משפטי מוגדר, כגון "מוניטין", אך גם דבר בעל ערך כלכלי אחר, שאינו לובש לבוש משפטי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 מוגדר, כמו "עסק חי" (Going concern), "פעילות" או אפילו "פונקציה", צריך להיות
2 מובא בחשבון לעניין זה.

3 56. ממילא אין בידי לקבל את טענות המערערת בהתייחס לתוקפם של קווי ההנחיה של ה-
4 OECD, או של מבחן ה-FAR. גם אם קווי ההנחיה לא אומצו באופן מפורש בחקיקה,
5 גם אם הם פורסמו רק לאחר העסקה, וגם אם מדובר בעסקה שנערכה עם חברה שאינה
6 חלק מה-OECD, יש בהם, למצער, כדי לסייע לבחינה כלכלית של עסקאות חוצות
7 גבולות המתבצעות בין צדדים קשורים, ולא מצאתי כל פגם בכך שרשויות המס עושות
8 בהם שימוש.

9 57. לטענת המשיב, וכפועל יוצא משילוב מבחני הפסיקה הישראלית לעניין ההבחנה בין
10 הכנסה הונית או פירותית, על בסיס האקלים המשפטי הייחודי של מבחני ה-FAR, ועל
11 יסוד העיקרון לפיו יש לבחון את מהות הנכס, כנכס העומד **בליבת העסק ובנשמת אפו**,
12 להבדיל מנכס שהוא אחד מיני רבים – המסקנה העולה כי המערערת מכרה נכס בר
13 מיסוי. המשיב מבקש לגזור בעניין זה גזירה שווה מהעיקרון הנוגע למיסוי פיצויים ולפיו
14 **"דין הפיצוי כדין הפרצה"** (ע"א 171/67 **פקיד השומה למפעלים גדולים נ' הוצאת**
15 **ספרים ש.ל. גורדון** בע"מ (20.8.1967), דהיינו כי סיווגו של הפיצוי יהיה כסיווג הפרצה
16 שאותה נועד "למלא" (ע"א 2640/11 **פקיד שומה חיפה נ' חיים ניסים** (2.2.2014), ע"א
17 3721/12 **תופאפ תעשיות נ' פקיד שומה**, (27.4.2014)). זאת ועוד, כדי להבחין בין ה"עץ"
18 (סיווג הונית) ובין ה"פירות" (סיווג פירותי), יש לבחון את העץ עצמו – מה מהותו בעסק
19 והאם בעקבות נטילתו שינה העסק את פניו, דהיינו האם הנכס מצוי "בלב ליבו" של
20 העסק; האם הוא מהווה את "נשמת אפו" (ראו ע"מ (מחוזי מרכז) 30290-01-13 **יהושע**
21 **כץ נ' פקיד שומה פתח תקווה** (2.3.2018) (להלן: "עניין כץ").

22 58. לאור האמור, סבור המשיב כי במסגרת שינוי המבנה העסקי המערערת "התפשטה"
23 לחלוטין ממהות הפונקציות, הנכסים והסיכונים שהיו ברשותה" וכי "במהותם של
24 דברים, **נשמת אפה של המערערת וליבת נכסיה** הועברה לברודקום, במובן של מכירה
25 המבססת עסקת רווח הון". לגישתו, לפני העסקה הייתה המערערת חברה עצמאית, עם
26 פונקציית ניהול מהותית, עם נכסים בלתי מוחשיים בהם יכלה לעשות כרצונה, ואשר
27 נשאה בכל הסיכונים, ואילו לאחר העסקה היא נותרה קליפה ריקה מתוכן בהיבט
28 FARn.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

59. גם מבלי להידרש לשאלת נכונות ההיקש האמור שעשה המשיב על יסוד "עקרון הפרצה", איני סבור כי במקרה דנן יש בהיקש זה כדי לקדם את ההכרעה בשאלה העומדת על הפרק לכיוון עמדת המשיב.

המשיב מניח כי "ליבת נכסיה ונשמת אפה" של המערערת הוא המשך המחקר והפיתוח עבור עצמה ומכירת מוצרים על ידה, אך גם הקניין הרוחני המצוי בבעלותה של המערערת, ויכולה להמשיך ולפתחו או להעניק רישיון לשימוש בו בתמורה לתמלוגים, כמו גם כוח האדם הניהולי והמקצועי שברשותה, ויכולתה לבצע פעילות של מחקר ופיתוח ופעילות של שיווק, עבור עצמה או עבור אחרים – עשויים להיחשב כ"ליבת נכסיה ונשמת אפה" של המערערת. בסופו של דבר, חוזרים אנו לשאלה האם השימוש שנעשה בפונקציות ובנכסים שבידי המערערת, כדי להפיק מהם הכנסה במודל עסקי אחר מהמודל העסקי הקיים, והאם התנאים המסחריים שנקבעו בהקשר זה, מלמדים כי מסתתרת מאחורי מערכת ההסכמים שנחתמה בין הצדדים הקשורים עסקה שבמהותה היא אחרת, רחבת היקף הרבה יותר, הכוללת מכירה של נכס, ולמצער, כי יש להתערב בתנאים אלה ולקבוע תמורות גבוהות יותר בהתאם לכללי מחירי העברה.

בחינת הפונקציות

60. על יסוד הניתוח הפונקציונלי שערך המשיב, טוען הוא כי בעקבות העסקה נותרה בישראל פעילות שירותי מחקר, פיתוח, שיווק ותמיכה "עקרה מפוטנציאל לרווחים משמעותיים", אשר אינה נושאת במירב הסיכונים והתשואות שהיו גלומים בפעילותה של המערערת לפני מועד הרכישה. בעניין זה מפנה המשיב לקווי ההנחיה של ה-OECD, לפיהם פונקציות מוגדרות כ"פעולות המבוצעות על ידי הישויות המעורבות בעסקה מסוימת כחלק ממהלך העסקים הרגיל בפעילות של כל אחת מהישויות". המשיב מצא כי טרם מועד הרכישה היו למערערת שלוש פונקציות עיקריות: פונקציות מחקר ופיתוח עצמאית; פונקציית ניהול עצמאית; ופונקציית מכירות, שיווק ותמיכה טכנית. לטענתו, לאחר מועד הרכישה, ובעקבות מערכת ההסכמים שנערכו עם קבוצת ברודקום, לא נותרה כל פונקציות ניהול בידי המערערת, ואילו שתי הפונקציות האחרות נשארו חסרות באופן מהותי ומרוקנות מתוכן של ממש: פונקציית המחקר והפיתוח נועדה לספק מחקר ופיתוח לברודקום בלבד ועל פי דרישתה, כאשר למערערת אין כל שליטה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 על המשך הפיתוח של החברה ומוצריה, היא אינה מעורבת בגיבוש ויישום אסטרטגיות
2 עסקיות ואין ביכולתה להשפיע על פוטנציאל הפקת ההכנסות.

3 אמנם ההסכם מאפשר למערערת להעניק שירותי פיתוח גם לגופים אחרים, אך זאת רק
4 באישור ברודקום, שספק אם יינתן, מה גם שלא הוכח כי ביכולתה של המערערת להעניק
5 שירותים גם לגופים אחרים. עוד טען המשיב כי המערערת כלל לא הוכיחה כי ניסתה
6 לגייס לקוחות נוספים לשירותי הפיתוח שלה או להעניק רישיון מקביל לחברות נוספות
7 מלבד ברודקום, כך שלמעשה מדובר בזכות "על הנייר" בלבד. אשר לפונקציית השיווק
8 והתמיכה הטכנית, כל שנותר ממנה הוא הספקת שירותי תמיכה לברודקום על פי
9 דרישתה, וכאשר כלל ההכנסות שינבעו מפעילות השיווק יועברו לברודקום.

10 61. לאחר שבחנתי את חומר הראיות שהיה בפניי, מצאתי כי אין בידי לקבל את עמדתו של
11 המשיב בסוגיית "הפונקציות" וממילא את המסקנה העולה מכך לפי גישתו. נראה לי כי
12 המשיב מערב במידה מסוימת בין "הפונקציה", ובין האופן שבו נעשה בה שימוש על מנת
13 להפיק הכנסה. גם אם בעקבות העסקה, עובדי הפיתוח של המערערת ועובדי השיווק
14 עוסקים מעתה בפיתוח קניין רוחני ובשיווק מוצרים ובמתן תמיכה טכנית עבור קבוצת
15 ברודקום, בהסדר של COST+ (שהמשיב לא מצא לנכון להתערב בו), לא ניתן לומר כי
16 בכך "נפרדה" המערערת באופן מוחלט מפונקציות המחקר והפיתוח או מפונקציות
17 השיווק.

18 אזכיר כי לטעמי, משקל רב יש לתת לשאלה האם חל שינוי במצבת כוח האדם של
19 החברה הישראלית בעקבות רכישתה על ידי חברת האם הזרה. כפי שקבעתי בעניין
20 **גייטקו**, פעילויות השיווק וההפצה ופעילות המו"פ מתבצעות מטבען באמצעות כוח
21 האדם שבידי הפירמה, ולפיכך העברתו לחברה הזרה מלמדת, מניה וביה, כי גם
22 פעילויות אלו הועברו. נראה כי אף המשיב מייחס משקל משמעותי למצבת כוח האדם
23 בחברה הישראלית בעקבות העסקה, והאם היא פחתה (ראו נייר עמדה 2010). מכל
24 מקום, "ריקון" המערערת "מכל תוכן", כטענת המשיב, אינו מתיישב עם העובדה שכוח
25 האדם שהיה בה טרם העסקה, נותר בעינו גם לאחריה, ואף גדל. המערערת טענה, והדבר
26 לא נסתר על ידי המשיב, כי לאורך שנת 2009 העסיקה המערערת כ-89 עובדים ומספרם
27 הלך וגדל משנה לשנה והוא הגיע בשנת 2015 ל-210 עובדים (ראו מע/1). איני סבור, כפי
28 שטען העד מטעם המשיב בחקירתו הנגדית, כי אין לייחס חשיבות לעובדה כי עובדי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 המערערת נותרו בה גם לאחר העסקה, וכי הם "לא נכס משמעותי" שהיה במערערת
2 (עמ' 10 ; ש' 15-21).

3 62. זאת ועוד, אם סבור המשיב כי בעקבות העסקה חל שינוי בשווי הפונקציות שהיו
4 במערערת, הרי שגם במקרה זה פתוחה בפניו הדרך להתערב בתנאי העסקה על יסוד
5 כללי מחירי העברה (בלא צורך לסווגה כעסקה במישור ההוני דווקא), תוך מתן פיצוי
6 שהיה ניתן על ידי צדדים שאינם קשורים באותן נסיבות (ראו סעיף 9.65 לקווי ההנחיה
7 של ה-OECD). כך למשל, ככל שפונקציית המו"פ לצורך פיתוח עצמי היא בעלת ערך
8 גבוה יותר מאותה פונקציה כאשר היא לצורך פיתוח עבור החברה הקשורה, אפשר כי
9 שולם פיצוי חסר במסגרת הסדר ה-COST+ שאינו מביא בחשבון באופן ראוי את השינוי
10 שחל בשימוש בפונקציה, בסיכונים ובסיכוייה. הוא הדין באשר לפונקציות הניהול. יש
11 להניח כי ברודקום הפעילה את סמכויותיה כלפי המערערת כבעלת מניות. עם זאת, אין
12 בכך כדי להוביל בהכרח למסקנה כי מכאן ואילך לא מתקיימת במערערת פונקציית
13 ניהול כלשהי, גם אם חל שינוי בפעילותה של החברה ובמטרותיה. לא למותר לציין
14 בהקשר זה כי אף המשיב לא סבר כי הפונקציות האמורות "התאיידו" לחלוטין והוא
15 אמד את שוויים (ראו טבלת סיכום הערכת שווי בעמ' 12 לחוות דעת לנדאו).

16 בחינת הסיכונים

17 63. טוען המשיב כי במסגרת שינוי המודל העסקי העבירה המערערת לברודקום את כלל
18 הסיכונים בהם נשאה קודם לכן. בהקשר זה מונה המשיב סיכונים אלה: סיכון הצלחת
19 הפיתוח, סיכונים מימון, סיכונים אשראי, סיכונים שוק, סיכונים גאוגרפיים, סיכונים מלאי,
20 סיכונים מוצרים תמיכה ואחריות. לטענתו, בסיכונים אלה נושאת מעתה ברודקום, ואילו
21 על המערערת לא מוטלים כל סיכונים. המשיב מוצא תמיכה לטענתו באמור בעבודת
22 מחקר מחירי העברה שנערכה בשנת 2010 ואשר בה נאמר כי בעקבות ההסכמים,
23 ברודקום היא הנושאת בסיכונים מחקר ופיתוח, סיכונים שוק, סיכון מטבע, סיכונים
24 אסטרטגיה עסקית, סיכון משפטי לתביעות בגין הפרה, אחריות למוצרים פגומים,
25 סיכונים בגין חוב רע וסיכון מוצר, ומול כל אלה נושאת המערערת בסיכון שוק ברמה
26 לא משמעותית וסיכון מטבע.

27



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

64. אין בידי לקבל את מסקנתו של המשיב גם באשר לסוגיית הסיכונים.

ראשית, צודקת המערערת הטוענת כי בעקבות העסקה, קיים בידה הסיכון הנובע מקיומו של לקוח מרכזי אחד, דהיינו ברודקום, ונראה כי אף רשויות המס מכירות בכך ששינוי המודל העסקי יכול שיהיה כרוך ב"החלפת" סיכון בסיכון אחר, אך בלא שינוי משמעותי ברמת הסיכון הכוללת. וכך נאמר בחוזר 2018 בסעיף 6.7.2 שכותרתו "שיעור ההיוון להערכת שווי פונקציות":

"הפונקציות העסקיות לרוב אינן שגרתיות כלל ועיקר. במיוחד נכון הדבר לגבי פונקציות כגון, מחקר ופיתוח, שיווק ומכירות או פונקציות ניהול אסטרטגי. פונקציות אלו בד"כ ייחודיות לכל פעילות ספציפית ומכילות יכולות וידע ספציפיים (specific know-how and capabilities) ולכן תלויות באופן ממשי בהצלחת הפעילות העסקית לה מסופק השירות הספציפי. כך, רמת הסיכון של הפונקציות תלויה מאוד ברמת הסיכון של הפעילות העסקית אותה הן משרתות. מקרים בהם לאחר שינוי המבנה העסקי, הופך העסק למבצע פונקציות, כגון שירותי מחקר ופיתוח או שירותי שיווק ומכירות, המתבצע עבור כיסוי הוצאות בתוספת מרווח מוגדר - מצד אחד, רמת הסיכון הופכת מוגבלת היות ומבצע הפונקציה אינו חשוף להפסדים עסקיים כתוצאה מכישלון שוק, תביעות מלקוחות וכדומה; אך מצד שני, עולה הסיכון העסקי בשל חשיפה ללקוח יחיד - והסיכון לאבד את הזכות לתת שירות. החשיפה ללקוח יחיד מעלה את שיעור ההיוון באופן ניכר המאזן את ההגבלה בסיכונים העסקיים כאמור. לפיכך, שיעור ההיוון להערכת הפונקציות סביר שיהיה זהה או נמוך אך במקצת משיעור ההיוון של הפעילות העסקית לה ניתן השירות" [ההדגשה אינה במקור]

שנית, בידי המערערת קיים בוודאי סיכון הנובע מהעובדה הפשוטה כי התמלוגים תלויים במכירות מוצרים שבהם מוטמע הקניין הרוחני, גם אם מדובר בסיכון נמוך יותר מהסיכון בו נשאה קודם לכן.

שלישית ועיקר, חברה המחליטה להקטין סיכונים (גם אם הדבר כרוך, מדרך הטבע, בהקטנת סיכונים), אינה בהכרח פועלת משיקולים שאינם עסקיים או על מנת לקדם אינטרסים של חברה קשורה על חשבונה. לפיכך, ההסכמים שהיא עורכת לצורך כך אינם, אפרורי, בתנאים שאינם תנאי שוק רגילים, אלא יש לבדוק אותם לגופם.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

65. בעניין זה לא מצא המשיב כי התנאים שנקבעו בכל אחד ואחד (בנפרד) מההסכמים שערכה המערערת עם קבוצת ברודקום, חורגים מתנאי שוק, אך לטענתו ההסכמים, **כמכלול**, הכרוכים בהעברת פונקציות משמעותיות וכן בהעברת הסיכונים (לצד הסיכויים), מלמדים כי המערערת העבירה **ערוך כלכלי** לברודקום (הפעילות או ה-FAR), כדי כך שהמערערת נותרה ריקה מכל תוכן, או – כלשון המומחה מטעם המשיב – המערערת נותרה "עקרה מפוטנציאל לרווחים משמעותיים". לגישתי, הנתונים שהובאו במסגרת הליך זה, אינם מצביעים על תוצאה זו.
- הנתונים שהוצגו על ידי המערערת באשר להכנסותיה ורווחיה, ובאשר לגידול במצבת כוח האדם שלה (ראו: **מע/1, מע/3, מע/4, מע/7**), נתונים עליהם לא חלק המשיב, מלמדים אחרת (השוו לסעיף 7 לנייר העמדה משנת 2010 בהתייחס ל"סממנים היכולים להעיד על קיומו של שינוי מודל עסקי"). אכן, וכאמור, בעקבות מערכת ההסכמים בין המערערת לבין קבוצת ברודקום, חל שינוי במודל העסקי על פיו פועלת המערערת לשם מיצוי הפוטנציאל הכלכלי הגלום בנכסיה, ובראש ובראשונה בקניין הרוחני שבבעלותה. אף אין ספק כי סיכונים הקשורים להמשך פעילות המו"פ ושיווק המוצרים, פחתו באופן משמעותי, אם לא התפוגגו.
- אך גם אם לא אאמץ את גישתה של המערערת לפיה עדיין נותרו בידה סיכונים אלה או אחרים, או שנולדו בעקבות העסקה סיכונים חדשים (כגון הסיכון האמור הנובע מתלותה בלקוח עיקרי אחד), איני סבור, כאמור, כי חברה המקטינה סיכונים (וממילא אף סיכויים), תוך ציפייה שהדבר יביא, בסופו של יום, להגדלת הכנסותיה ורווחיה, ובמקרה דנן – הקטנת סיכונים בדרך של עריכת הסכמים עם חברה בינלאומית קשורה למתן שירותי מחקר ופיתוח ושירותי שיווק, על בסיס COST+, ובמקביל הענקת רישיון לאותה חברה לעשות שימוש בקניין הרוחני שבבעלותה וזאת בתמורה לתמלוגים בשיעור של 14.5% שישלמו לה בגין מכירת כל מוצר ומוצר בו מוטמע אותו קניין רוחני – העבירה FAR במידה המצדיקה לסווג את ההסכמים שערכה עם החברה הקשורה, כמבטאים "מכירה" של "נכס"; סבורני כי בנסיבות המתוארות לעיל, יש לתת תוקף להסכמים כפי שהם, ובכלל זאת הסכם הרישיון, הגם שיש לבחון האם הפיצוי שניתן במסגרתם משקף עסקאות בתנאי שוק. אין זאת אלא כי איני סבור שבמקרה הקונקרטי, ובהתחשב בנתונים האמורים, ניתן לומר כי מאחורי ההסכמים עומדת בהכרח איזו עסקה אחרת, רחבה הרבה יותר, השונה מהעולה מההסכמים לגופם. מאחר שבכל הנוגע לתמורות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 ששולמו במסגרת אותם הסכמים, לאמור – שיעור התמלוגים והמרווח במסגרת הסדרי
2 ה-COST+ - המשיב לא מצא לנכון להתערב בהן, יש לתת תוקף להסכמים כפי שהוצגו
3 על ידי הצדדים ועל פי התנאים שנקבעו בהם.
- 4 66. אוסיף ואציין כי בחוזר 2018, ובהסתמך על פרק 9 לקווי ההנחיה של ה-OECD (סעיף
5 B3) נאמר כהאי לישנא :

6 "החלופות הזמינות בפני הצדדים באופן ממשי

7 עקרון אורך הזרוע מבוסס על הרעיון שצדדים שלא מתקיימים
8 ביניהם יחסים מיוחדים, בעת הערכת תנאי העסקה הפוטנציאלית,
9 ישוו את העסקה לחלופות אחרות הזמינות להם באופן ממשי, ויכנסו
10 לעסקה רק אם לא ימצאו חלופה המציעה הזדמנות כדאית יותר
11 המממשת את המטרה המסחרית שלהם. כלומר, צדדים שלא
12 מתקיימים ביניהם יחסים מיוחדים יכנסו לעסקה רק אם העסקה לא
13 מריעה את מצבם בהשוואה לחלופה הבאה הטובה ביותר. בהתאם
14 לכך, רשות המיסים תבחן האם הייתה זמינה חלופה כדאית יותר,
15 מאשר שינוי המבנה העסקי שבוצע. יתכנו מצבים בהם לא עמדה
16 בפני הצד, אשר בוצע בו שינוי מבנה עסקי, חלופה כדאית יותר מאשר
17 לקבל את תנאי השינוי. ככל שמועברים זכויות או נכסים אחרים או
18 עסק חי, נדרש פיצוי עבור אותה העברה. כאשר קיימות חלופות
19 כדאיות יותר, כולל הברירה לא לבצע שינוי מבנה עסקי, צד שלא
20 מתקיים עימו יחסים מיוחדים לא היה מסכים לתנאים של שינוי
21 מבנה העסקי. במקרים אלו, נדרשת התאמות לתנאים שנכפו".
22 [ההדגשה אינה במקור].

- 23 67. סבורני כי במקרה שלפניי, לא רק שהמשיב לא בחן שאלת קיומה של חלופה זמינה
24 כדאית יותר מאשר שינוי המודל העסקי, אלא אף יצא מנקודת ההנחה לפיה לא קיימת
25 שום חלופה מלבד להותיר את המצב הקיים כפי שהוא, כשם שסבר כי די בכך שהתבצע
26 שינוי מודל עסקי, יחא אשר יחא, על מנת להצדיק את השומה (ראה תשובת המפקח
27 בעמ' 229; ש' 4-1, ש' 5-10, וכן תשובת המומחה מטעם המשיב בעמ' 109, ש' 15-17).
28 יתר על כן, בסופו של יום לא נסתרה טענת המערערת לפיה מערכת ההסכמים שערכה
29 עם קבוצת ברודקום, הייתה החלופה המיטבית. המציאות בשטח, גם אם לא הוכיחה
30 טענה זו (שהרי אין לדעת מה היה מצבה אלמלא נקשרה במערכת ההסכמים עם
31 ברודקום והאם אכן הייתה עושה חיל אף מעבר למה שאירע בפועל, כטענת המשיב),
32 בוודאי שלא סתרה אותה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1

2

הפיצול בין קניין רוחני "חדש" ו"ישן"

3 68. לטענת המשיב, ניסוח ההסכמים מצביע על העברה נרחבת של נכסים. בהסכם הרישיון

4 מוגדר הקניין הרוחני המועבר באופן רחב, הזכות אינה מוגבלת מבחינה גיאוגרפית

5 ולברודקום אף נתונה הזכות לפתחו. זאת ועוד, בתום תקופת הרישיון הראשונה (5)

6 שנים) ערך הקניין הרוחני "הישן", היה צפוי להיות אחוז אחד בלבד מתוך הקניין הרוחני

7 המוטמע במוצרים שמוכרת ברודקום, כאשר הניסיון להפריד את הקניין הרוחני "הישן"

8 (השייך למערערת לפי טענתה) מהקניין הרוחני "החדש" (השייך לברודקום, והמתבסס

9 על הידע "הישן"), משול "לניסיון לבודד קמח מלחם לאחר אפייתו". לפיכך, ההבחנה

10 שעורכת המערערת בין קניין רוחני "ישן" ו"חדש" קיימת על הנייב בלבד, שכן הפרדה זו

11 לא קיימת בעולם המעשה הטכנולוגי, הכלכלי או המשפטי (מלבד הפרדה הנוגעת לידע

12 השייך לצד שלישי). מכאן מסיק המשיב כי בהעברת הקניין הרוחני ה"חדש" לברודקום

13 במסגרת הסכם הפיתוח, הועבר גם הקניין הרוחני "הישן", ולפיכך אין מדובר במתן

14 רישיון בתמורה לתמלוגים, אלא במכירה ממש. ועוד הוא טוען כי בסופו של דבר הוארך

15 (ובאופן רטרואקטיבי) הרישיון, כך שהוא ניתן לכל אורך חיי הנכס, וגם בכך יש ללמד

16 כי הקניין הרוחני הלכה למעשה נמכר. המשיב תומך טענתו זו, בין היתר, בחוות דעת

17 המומחה לדין הזר מטעם המערערת, פרופ' פרחומובסקי, לפיה לא ניתן לפצל בעלות

18 בקניין רוחני.

19 69. אין בידי לקבל את טענת המשיב באשר להעדר האפשרות "לפצל" את הקניין הרוחני בין

20 "ישן" ו"חדש". איני סבור כי לצורך דיני המס קיים קושי מושגי ועקרוני להפריד בין

21 קניין רוחני שפותח עד למועד מסוים, לבין קניין רוחני שפותח לאחר מכן, גם אם

22 הפיתוח החדש מבוסס על הקניין הרוחני שקדם לו. כשם שהגדרת "נכס" בסעיף 88

23 רחבה דיה על מנת לכלול בה כל "דבר בעל ערך", כך יש בה כדי להכיל, כנכס בפני עצמו,

24 חלקו של דבר, ככל שאותו חלק של הדבר ניתן לכימות והפרדה מבחינה מעשית

25 וכלכלית. מהראיות שהיו בפניי עולה כי המערערת דאגה לערוך הפרדה ברורה בין שני

26 סוגי הקניין הרוחני, ולו מטעמי אבטחת מידע, כאשר הקניין הרוחני "הישן" נשמר על

27 שרתי המערערת בישראל, וכאשר לעובדי ברודקום לא הייתה גישה אליו. המערערת

28 נימקה את הצורך בהפרדה זו בפיתוחים המשותפים שהיו לה עם צד בלתי קשור, דהיינו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 **מארוול**, והחשש כי ידע הקשור לפיתוחים אלה יגיע לידי ברודקום (ראו חקירת מר
- 2 פלדמן : עמ' 751, ש' 12-3). נימוק זה נראה בעיני מניח את הדעת בנסיבות העניין. לכך
- 3 יש להוסיף כי המערערת נעזרה בשירותי פירמת רואי חשבון חיצונית על מנת להבטיח
- 4 את אותה הפרדה (ראו דו"ח ביקורת הסגרגציה בנספח 2 לתצהיר העד מר מרקל מטעם
- 5 המערערת).
- 6 70. אוסיף כי גם קווי ההנחיה של ה-OECD מכירים במצבים שבהם צדדים שאינם קשורים
- 7 עורכים ביניהם הסכם רישיון בתמורה לתמלוגים, וכאשר הצד מקבל הרישיון הוא
- 8 הרשאי לבצע המשך הפיתוח של הנכסים הבלתי מוחשיים, למשך תקופת הרישיון או
- 9 ללא הגבלת זמן (ראו סעיף 6.90 לקווי ההנחיה). עוד קובעות ההנחיות כי כאשר מדובר
- 10 בצדדים קשורים, המגבלות על המשך הפיתוח או על היכולת של מעניק הרישיון לגזור
- 11 תועלת כלכלית מהמשך הפיתוח, יכולות להשפיע על שווי הזכויות המועברות, וכי
- 12 מגבלות אלו צריכות להיבחן לאור התנאים בהסכמים ולאור התנהגות הצדדים בפועל.
- 13 71. יתר על כן, ולכך בעיני חשיבות בלתי מבוטלת, מסתבר כי בחודש נובמבר 2016 מכרה
- 14 המערערת את הקניין הרוחני שבבעלותה לחברת **Avago Technologies** (שרכשה את
- 15 קבוצת ברודקום ; להלן : "**אווגו**") וזאת בתמורה לסך של כ-73 מיליון דולר. לטענת
- 16 המערערת, הדבר נעשה כחלק ממהלך עולמי רחב לרכז את כל הקניין הרוחני שבבעלות
- 17 חברות שונות בקבוצה, בחברה אחת, וכי העסקה האמורה דווחה לרשויות המס ושולם
- 18 מס בגינה. נראה לי כי עובדה זו אינה עולה בקנה אחד עם טענת המשיב לפיה בידי
- 19 המערערת לא נותר דבר מהקניין הרוחני שכבר "נבלע" בתוך הקניין שפותח עבור
- 20 ברודקום ; אם אמנם כך הדבר, מה נמכר על ידי המערערת בחודש נובמבר 2016 !?
- 21 72. המענה שניתן על ידי המומחה מטעם המשיב בעניין זה היה כי "**סכום זה כשלעצמו**
- 22 **(הכוונה לסך של 73 מיליון דולר – ש.ב.), בתוספת סך של עשרות מיליוני דולרים**
- 23 **שהנכס הפיק לדיון ישראל במהלך השנים 2010 – 2016 מאשש את סכום ה-FAR**
- 24 **שאמדתני בחוות דעתי העיקרית ושעליו חולק מר גונן**". (סעיף 2.6.2. לחוות דעת לנדאו
- 25 המשלימה).
- 26 מתקשה אני לראות הכיצד טיעון זה מסייע למשיב. אכן, לא מן הנמנע כי שווי ה-FAR
- 27 שהיה בידי המערערת מתקרב לסכום ששולם בעסקת רכישת המניות. למעשה,
- 28 ובהתחשב בכך כי עסקת רכישת המניות נערכה בין צדדים שאינם קשורים, סביר להניח



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 כי תמורת המניות משקפת במידה זו או אחרת, ולאחר ביצוע התאמות נדרשות, את
2 מכלול ה-FAR שבידי המערערת באותו מועד. אלא שהשאלה העומדת להכרעה בערעור
3 זה אינה מה שוויה של המערערת, או מה שווי ה-FAR שבבעלותה. השאלה היא האם
4 במסגרת ההסכמים שערכה המערערת עם קבוצת ברודקום, מכרה המערערת את ה-
5 FAR האמור. לדידי, העובדה כי המערערת הפיקה את אותם "עשרות מיליון דולרים"
6 במהלך השנים 2010 עד 2016, כמו גם העובדה שהמערערת מכרה את הקניין הרוחני
7 שנותר בבעלותה בשנת 2016 בסכום נוסף של עשרות מיליוני דולר, אולי מאששת את
8 שווי ה-FAR שנאמד על ידי המומחה מטעם המשיב, אך בד בבד מאששת את עמדת
9 המערערת לפיה מכירה זו לא התבצעה במועד התקשרותה עם קבוצת ברודקום.

73. באותה מידה איני סבור כי ניתן להסתפק במענה שניתן על ידי המשיב לטענת המערערת
10 בדבר כפל המס (דהיינו הן במסגרת העסקה, והן בגין התמלוגים והתמורה במכירת
11 הקניין הרוחני בשנת 2016), ולפיו "ככל שיתברר כי בשלב מאוחר יותר היא מכרה את
12 אותם נכסים הממוסים במסגרת השומה הנוכחית, היא לא תחויב במס פעם נוספת
13 בגין מכירת אותם נכסים" (סעיף 8 לסיכומי התשובה של המשיב). לטעמי, מכירת אותם
14 נכסים בשלב מאוחר יותר, מקרינה על האופן שבו יש להשקיף על העסקה גופה. אין
15 מדובר, אפוא, רק בצורך למנוע כפל מס, אלא בצורך לבחון את העסקה, על כלל
16 נסיבותיה, במבט רחב יותר ולאורך זמן ארוך יותר, לרבות תוך התייחסות למה שארע
17 לאחריה.

74. בנסיבות אלה יש, לפיכך, לתת תוקף להסכמים כפי שהם, ובכלל זאת להסכם הרישיון.
20 סעיף 8.1 לאותו הסכם קובע:

21 "Broadcom hereby acknowledges that Licensor is the
22 owner, or authorized licensee, of all rights, title and
23 interests in and to all of the Intellectual Property Rights
24 licensed to Broadcom hereunder and Broadcom shall
25 acquire no rights whatsoever in or to any of the
26 Intellectual Property Rights, except as specifically
27 provided in this Agreement. Broadcom shall not utilize
28 any of the Intellectual Property Right for any purpose
29 whatsoever, except as authorized herein, and shall not
30 take any action which may, in the reasonable opinion of
31 Licensor, adversely affect or impair Licensor's rights,
32 title and interests in and to the Intellectual Property
33 Rights."



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

75. הסכם הרישיון מעניק את הרישיון לתקופה קצובה (סעי' 12.1), כאשר בתוך התקופה יוחזרו מלוא הזכויות בקניין הרוחני למערערת (סעיף 12.1 ו-12.3). נטען בהקשר זה על ידי המומחה מטעם המשיב כי "הידע מצוי לכל אורך חיינו הטכנולוגיים והכלכליים בידיה של ברודקום, אם באמצעות 'זכות שימוש' ואם בזכות העברה פורמלית" (סעיף 2.2.3. לחוות דעת לנדאו המשלימה), אלא שבכך הוא מניח את המבוקש. הטענה כי מדובר ב"העברה פורמלית", נגזרת מעמדת המשיב לפיה הידע נמכר עוד קודם לכן, דהיינו כבר במועד חתימת הסכם הרישיון. זאת ועוד, אם הטענה של המשיב היא שתקופת הסכם הרישיון לעצמה מלמדת על מכירה של קניין רוחני, בשל כך שבתום אותה תקופה ערכו של הקניין הרוחני "הישן" נמוך או אף זניח, כך שמדובר למעשה במתן רישיון לשימוש בקניין הרוחני לכל אורך חיינו, הרי שהיה על המשיב לתקוף את הסכם הרישיון בפני עצמו, בלא כל קשר לאיזה "שינוי מודל עסקי" או למכלול של הסכמים, ולטעון כי לא מדובר בהסכם רישיון בתמורה לתמלוגים אלא בהסכם מכר.
76. בהתאם להסכם הרישיון אין מדובר ברישיון בלעדי (סעי' 2.1) וברודקום אינה רשאית להמחותו לצד שלישי ללא הסכמת המערערת (סעיף 7). המערערת אף שומרת על זכותה לתבוע את המפרים של קניינה הרוחני (סעי' 8.3 ו-8.4). אדגיש כי איני מתעלם מכך שמדובר בחברת אם ובת, וכי יש להניח שחלק מהזכויות שנקבעו בהסכם הרישיון, כמו הזכות שניתנה למערערת להעניק רישיון לשימוש בקניין הרוחני שלה גם לצדדים שלישיים, הן בבחינת זכויות "על הנייר" גרידא. עם זאת, גם תחת הנחה זו, משקלם המצטבר של הסממנים המותירים את הסכם הרישיון ב"עולם התמלוגים", גובר על כך.
77. לכך יש להוסיף כי גם לאחר חתימת הסכם הרישיון ממשיכה המערערת לקבל תמלוגים ממארוול בגין השימוש ב-IP שלה שהועמד לרשות האחרונה. המערערת מבקשת ללמוד מהסכם הרישיון עם מארוול כי גם בין צדדים שאינם קשורים נערכים הסכמי תמלוגים, בדומה להסכם שערכה עם ברודקום, מה גם שהמשיב מעולם לא טען כי בהסכם עם מארוול יש משום מכירה של FAR. מנגד, לפי עמדת המשיב, אין דינו של הסכם מארוול כדין מערכת ההסכמים שנערכה בין המערערת לבין ברודקום; אמנם ההסכם עם מארוול כולל זכות שימוש בידע, זכות לייצור וזכות לשיווק, אך הפיתוח מכאן ואילך נעשה במשותף והבעלות על הידע העתידי אף היא משותפת לשני הצדדים. מכאן כי מארוול לא נטלה על עצמה את מלוא הסיכונים הקשורים לפיתוח, וזאת להבדיל מברודקום שנטלה מהמערערת את מלוא הסיכונים האמורים (ראו סעיפים 2.1.4 ו-2.1.6).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 לחוות דעת לנדאו המשלימה). גישה זו מעוררת בעיני קושי, שהרי ממנה עולה, לכאורה,
2 כי המשיב עושה שימוש במבחן כמותי ולא מהותי. אילו היה המשיב נאמן לשיטתו, היה
3 עליו לקבוע כי המערערת מכרה למארוול מחצית, או איזה שיעור אחר, מה-FAR שהיה
4 ברשותה במועד ההתקשרות הראשוני עם מארוול.

5 מצגיה של המערערת למדען הראשי

6 78. למערערת מפעל מוטב בהתאם להוראות חוק העידוד, והיא קיבלה במהלך השנים
7 מענקים מהמדען הראש בסכום כולל של מעל 5 מיליון דולר. לפיכך, טרם עסקת רכישת
8 המניות, וכתנאי מוקדם לה, הגישה המערערת למדען הראשי בקשה לאישור העברת ידע
9 לחו"ל וזאת לפי סעיף 19(ב)(1) לחוק עידוד מחקר ופיתוח בתעשייה תשמ"ד-1984
10 (להלן: **"חוק המו"פ"**). בעקבות אישור הבקשה, שולם למדען הראשי סך של כ-15
11 מיליון דולר. סכום זה נקבע על פי "נוסחה" הכוללת את המחיר בעסקת המניות, גובה
12 המענקים וסכומי ההשקעות (ראו פסקה 6 ונספח ג' לתצהיר גונן).

13 79. לטענת המשיב, העובדה כי המערערת ביקשה אישור להעברת ידע, היא הנותנת שמדובר
14 במכירה של קניין רוחני ולא במתן רישיון בתמורה לתמלוגים גרידא. המשיב אף מפנה
15 לבקשה שהגישה המערערת למדען הראשי לשם קבלת אישור להענקת שירותי מו"פ
16 לתושב חוץ לצורך קבלת מעמד של מפעל מוטב לפי חוק העידוד, שם ציינה כי: **"Dune"**
17 **Semiconductor's IP belongs to the Parent company, Broadcom Inc** וכן
18 להחלטת ועדת המחקר (נספח 3 לתצהיר גב' לרנר מטעם המערערת) לפיו הוחלט **"לאשר**
19 **העברת הידע לחו"ל לרוכשת תמורת תשלום במזומן בסך של \$15,406,620"** כן מפנה
20 המשיב להתכתבויות נוספות בין המערערת למדען הראשי במסגרתן נעשה ניסיון, שלפי
21 טענת המשיב נגוע בחוסר תום לב, לשנות את סיווג העסקה מעסקה להעברת ידע לעסקה
22 למתן שימוש בידע. לטענת המשיב, המערערת מנועה לסגת ממצגיה בפני המדען הראשי.

23 80. איני סבור כי פניותיה של המערערת למדען הראשי, או האישור שקיבלה, מצביעים על
24 כך שנמכר קניין רוחני כפי שטוען המשיב. מהראיות שעמדו בפניי עולה כי ככל שהדברים
25 נוגעים למדען הראשי, המונח "העברת ידע" יכול לכלול אף מתן שימוש בידע (ראו
26 מע/28, מע/30 ונספח 4 לתצהירה של גב' לרנר).

27



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

סעיף 85א לפקודה

81. הוראת דין נוספת הנוגעת לעניינו, מלבד סעיף 88 לפקודה, היא זו שבסעיף 85א לפקודה

שכותרתו "מחירי העברה בעסקה בינלאומית". זה לשונו :

"(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 השוק ותחויב במס בהתאם.

(ב) לעניין סעיף זה -

"אמצעי שליטה" ו"יחד עם אחר" - כהגדרתם בסעיף 88;

"אשראי" - לרבות כל חוב;

"יחסים מיוחדים" - לרבות יחסים שבין אדם לקרובו, וכן שליטה של צד אחד לעסקה במשנהו, או שליטה של אדם אחד בצדדים לעסקה, במישרין או בעקיפין, לבד או יחד עם אחר;

"שליטה" - החזקה, במישרין או בעקיפין, ב-50% או יותר באחד מאמצעי השליטה ביום אחד לפחות בשנת המס;

"קרוב" - כהגדרתו בסעיף 76(ד).

(ג) (1) נישום יהיה חייב להמציא לפקיד השומה, לפי דרישתו, את כל המסמכים והנתונים המצויים בידיו 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.

"...(ד)

82. בערעור זה המשיב אינו נתלה בסעיף 85א לפקודה, שכן לדידו השאלה אינה האם המחיר

ויתר התנאים שנקבעו בעסקה הם בתנאי שוק, אלא מה סיווגה של העסקה לצורך מס.

עם זאת, וכפי שכבר הערתי לעיל, איני סבור כי המשיב יכול "לברוח" לחלוטין מעולם

מחירי העברה, כאשר אף קווי ההנחיה של ה-OECD, ובכלל זאת מבחני ה-FAR

שבפרק 9 לקווי ההנחיה, נטועים עמוק בעולם זה של מחירי העברה. לפיכך, ובהעדר

נסיבות מובהקות המעידות כי שינוי המודל העסקי כולל עסקה רחבה יותר מהעסקה או

העסקאות כפי שהוצגו על ידי הצדדים, אין לדעתי מקום לחרוג מהמסגרת הנורמטיבית

"הרגילה" המיועדת לבחינת עסקאות בינלאומיות שבין צדדים קשורים בדרך של

תמחור שונה של העסקה. יש לזכור כי מדובר במסגרת רחבת היקף כשלעצמה, הבוחנת

היבטים רבים ומגוונים של העסקה בין הצדדים הקשורים, כפי שהדבר משתקף, בין

היתר, בתקנות מס הכנסה (קביעת תנאי שוק), תשס"ז-2006 (להלן: "תקנות מחירי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 העברה"). יש לשאול האם התנאים והתמורות שנקבעו בעסקאות בין הצדדים הקשורים
2 הם בתנאי שוק או אם לאו, ומה היו המחיר ויתר התנאים בעסקה אלמלא קיומם של
3 יחסים מיוחדים בין הצדדים (ראו סעיף 56 לפס"ד בעניין ג'יטקו).

4 83. אדגיש כי אני מתעלם מטענת המשיב, כפי שהוצגה על ידי המומחה מטעמו (ראו חוות
5 דעת לנדאו המשלימה בסעיף 2.3.2), לפיו קביעת הפיצוי להעברת עסק חי בהתאם
6 לעקרון "אורך הזרוע" אינה חייבת להסתכם בהכרח לסכום השווים העצמאיים של כל
7 אחד מרכיביה של הפעילות שהועברה, וכי מקום שבו העברת העסק החי מורכבת
8 מהעברה בו זמנית מרובה של פונקציות, נכסים וסיכונים, שקיימת ביניהם זיקה כלשהי,
9 השווי על בסיס אגרגטיבי מייצג אומדן מהימן של העסק. אלא שאף טענה זו מעוררת
10 קושי, שהרי בחינת נאותות הפיצוי בגין כל מרכיב של פעילות שהועבר, צריכה להיעשות
11 תוך מתן הדעת לכלל הנסיבות האופפות את העסקה, לרבות המרכיבים הנוספים של
12 הפעילות שהועברו, אם וככל שהועברו. כאמור, השאלה היא האם שינוי המודל העסקי
13 היה מפוצה על ידי צדדים בלתי קשורים "In comparable circumstances" (סעיף 9.65
14 לקווי ההנחיה של ה-OECD).

15 84. קווי ההנחיה של ה-OECD קובעים כי בעת בחינת נאותות הפיצוי יש לתת את הדעת,
16 בראש ובראשונה, וכןקודת פתיחה, להסכמים המשפטיים שנערכו על ידי הצדדים (ראו
17 סעיף 1.42 לקווי ההנחיה). כמו כן, בהתאם לסעיף 6.34(ii) לקווי ההנחיה, בחינת נאותות
18 הפיצוי בעסקה בין צדדים קשורים שבה מעורב נכס בלתי מוחשי, כרוכה ב-:

19 **"Identify the full contractual arrangements, with special**
20 **emphasis on determining legal ownership of intangibles**
21 **based on the terms and conditions of legal arrangements,**
22 **including relevant registrations, licence agreements, other**
23 **relevant contracts, and other indicia of legal ownership,**
24 **and the contractual rights and obligations, including**
25 **contractual assumption of risks in the relations between**
26 **the associated enterprises".**

27 85. הכלל הרגיל הוא, אפוא, כיבוד ההסכמה החוזית אליה הגיעו הצדדים, וזאת גם אם יש
28 מקום להתערב בתמחור העסקה; התערבות בעסקה גופה ובהסכמים שנערכו במסגרתה
29 תהא רק במקרים "נדירים".

30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 26342-01-16 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 2268-04-17 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

וכך נאמר בעניין זה בסעיף 9.168 לקווי ההנחיה של ה-OECD :

"Paragraphs 1.64-1.69 explicitly limit the non-recognition of the actual transaction or arrangement to exceptional cases. This indicates that the non-recognition of a transaction is not the norm but an exception to the general principle that a tax administration's examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprise as it has been structured by them. The word "exceptional" in this context is similar in meaning to "rare" or "unusual". It reflects that in most cases it is expected that the arm's length principle under Article 9 can be satisfied by determining arm's length pricing for the arrangement as actually undertaken and structured".

86. לטענת המומחה מטעם המשיב המקרה דנן הוא "מקרה נדיר" (ראה חוות דעת לנדאו המשלימה, סעיף 2.3.5), ואולם לטעמי בחינת מכלול הנסיבות שבפניי אינה מובילה בהכרח למסקנה הזו, ולכל הפחות הנתונים שבפניי אינם כאלה המצדיקים התעלמות מהסכמות הצדדים. אף אם "לא סביר ואף נדיר שחברה שמוכרת בעשרות מיליוני דולרים, בעלת פוטנציאל רב שהגיעה להישגים מרשימים ו"התגברה" על החולשות האופייניות חברות הזנק ישראליות שמתקשות להגיע לשלבי מסחור מוצריהן ברחבי העולם ולחבור לקבוצות רב לאומיות, תוותר על שלל הפונקציות והנכסים שבנתה 'בתוך הבית'" (סעיף 2.3.6. לחוות הדעת), כפי שגורס המומחה מטעם המשיב, בסופו של יום אין אנו בוחנים חברה או עסקה תיאורטית, ואין אנו יכולים לקבוע סבירות החלטות עסקיות, אלא על פי הנסיבות הקונקרטיות ועל פי התוצאות הכלכליות הקונקרטיות.

87. המערערת טענה, וטענה זו מתיישבת, כאמור, עם תוצאותיה העסקיות, כי "החיבור" לברודקום היטיב עמה בכמה מישורים. בחינת "סבירותה" הכלכלית של עסקה אמורה להביא בחשבון את תרומתם של שני הצדדים לעסקה (ראו תקנה 2(ב) לתקנות מחירי העברה), דהיינו לא רק את התועלת שהביאה המערערת לברודקום, אלא גם את זו של ברודקום למערערת. כך גם גורס המומחה מטעם המשיב המסתמך על פרק 9 לקווי ההנחיה של ה-OECD, ולפיו "נאותות שינוי מבנה עסקי תבחן בין השאר לאור ההגיון העסקי העומד בבסיס השינוי וכן התועלות הנובעות לצדדים מהשינוי בהשוואה לחלופות ריאליות העומדות בפניהם בתנאי שוק" (ראו סעיף 3.1.1 לחוות דעת לנדאו).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 זאת ועוד, לא נטען על ידי המשיב כי העסקה הביאה להסטת רווחים ולחסכון במס (ראו
2 עדות המפקח בעמ' 218, ש' 6 ואילך), באופן שיכול היה, לכאורה, ללמד על כך שנשקלו
3 שיקולים שאינם עסקיים. מכל מקום, וכאמור, בהעדר אינדיקציה מובהקת לכך כי
4 מאחורי "שינוי המודל העסקי" מסתתרת עסקה אחרת, רחבה יותר, הניתוח
5 הפונקציונאלי שעורך המשיב, ובהתבסס על האמור בקווי ההנחיה, עשוי, לכל היותר,
6 להביאו להתערב בתמורות שנקבעו במערך ההסכמים שנערכו בין המערערת לבין קבוצת
7 ברודקום, וזאת הוא לא עשה, ואף לא נתן טעם לכך (ראו עדות המומחה מטעם המשיב,
8 עמ' 75 ש' 9).

9 88. דומני כי יפים לעניין זה דברי בית המשפט בע"מ א' 943/16 קונטירה טכנולוגיות בע"מ נ'
10 פקיד שומה תל אביב 3 (22.4.2018):

11 89. "המושג "מחירי העברה" (Transfer Pricing) מתייחס למחיר
12 שגובה חברה מסוימת מחברה אחרת הקשורה אליה, בתמורה
13 למכירת נכס, זכות, שירות או אשראי. על דרך הכלל, מחיר זה מהווה
14 תמורה מנקודת מבטה של החברה המוכרת ועלות עבור החברה
15 הרוכשת. עסקאות אלו אוצרות בחובן חשש מובנה כי מחיר ההעברה
16 שנקבע בין החברות הקשורות אינו הולם את מחיר השוק, אשר היה
17 נקבע לפי תנאי השוק בין מוכר מרצון לבין קונה מרצון, שאין ביניהם
18 יחסים מיוחדים (דורון לוי ואיתן אסנפי מיסוי בינלאומי 722-723
19 (2008) (להלן: לוי ואסנפי); אבי נוב מיסוי עסקאות בינלאומיות 236
20 (2008) (להלן: נוב)). בעוד שמחיר השוק המוסכם בין צדדים בלתי
21 קשורים נקבע בשיווי משקל על פי עקומות ההיצע והביקוש – כאשר
22 כל צד שואף להשיא את רווחיו שלו – לא כך הם פני הדברים שעה
23 שמדובר בעסקאות בין צדדים קשורים. כך, ייתכן כי חברות קשורות
24 המתקשרות ביניהן בעסקה תשאפנה להשיא את רווחיהן הכוללים
25 כקבוצה. זאת, אף תוך כרסום ברווחים של מי מהן בנפרד. מטעם זה
26 קיים חשש כי מחיר ההעברה שייקבע ביניהן לא יסקף נכוחה את
27 תנאי השוק שבו הן פועלות. חשש זה מתגבר כאשר מדובר בחברות
28 קשורות רב-לאומיות הפועלות במדינות שונות וכפופות למשטרי מס
29 מגוונים. בהקשר זה, החשש הוא כי מחיר ההעברה שיקבע לעסקה
30 יעוצב באופן שיאפשר את ניתוב ההכנסות המופקות ממנה, אל
31 החברה שהיא תושבת המדינה שמשטר המס בה מקל, בעוד שניתוב
32 ההוצאות ייעשה אל החברה שהיא תושבת המדינה שבה חלים
33 שיעורי מס גבוהים יותר (לוי ואסנפי, עמ' 726). על כן, יש רגליים
34 לסברה כי מחיר העברה בין חברות קשורות מושפע באופן מהותי
35 משיקולי מס, ולא רק משיקולים כלכליים-עסקיים גרידא, כגון יתרון
36 לגודל, חיסכון בעלויות ייצור או הפצה וכיוצא באלה (לוי ואסנפי, עמ'
37 725-726; נוב, עמ' 236). "מטרת העל" העוברת כחוט השני בין
38 הגישות הרגולטוריות השונות להתמודדות עם חשש זה, היא להביא
39 לגביית מס אמת על ידי מיסוי העסקה על פי המחיר הכלכלי האמיתי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 הגלום בה (לוי ואסנפי, עמ' 727). אמת המידה המקובלת להערכת
2 המחיר הכלכלי האמיתי היא עיקרון אורך הזרוע (Arm's Length
3 Principle). לפי עיקרון זה, מחירה הכלכלי ה"אמיתי" של עסקה
4 בין חברות קשורות הוא זה שהיה נקבע בין חברות בלתי קשורות,
5 כאשר כל אחת מהן מבקשת להשיא את רווחיה שלה, ובהתאם
6 לכוחות השוק שבו מתבצעת העסקה (לוי ואסנפי, עמ' 732-737; נוב,
7 עמ' 237). אומנם, מלאכת איתור מחיר השוק אינה בגדר מדע מדויק
8 והיא נעשית על פי שיטות הערכה כלכליות, מימוניות וחשבונאיות
9 שונות המתבססות על אומדנים סובייקטיביים. אף על פי כן, מקובל
10 לראות בעיקרון אורך הזרוע כאינדיקציה לקביעת מחיר ההעברה
11 המתאים לצורך חלוקה הולמת של הכנסות המדינות ממסים בזירה
12 הבין-לאומית. כפי שניווכח להלן, עיקרון אורך הזרוע קיבל ביטוי גם
13 בד"ר הישראלי". [ההדגשות הוספו].
- 14 90. איני סבור כי בנסיבות המקרה שלפניי, ועל סמך הראיות שהיו בפניי, ניתן לקבוע כי
15 מערך ההסכמים בין המערערת לברודקום מונע באופן מהותי משיקולי מס, להבדיל
16 משיקולים כלכליים עסקיים, ובכל מקרה – ככל שהיה חשש כי התמורות שנקבעו
17 בהסכמים השונים אינן משקפות שווי שוק, היה על המשיב לומר בעניין זה את דברו.
- 18 נטל ההוכחה
- 19 91. הצדדים נחלקו בשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה בהליך זה. עמדת המערערת היא כי
20 הנטל מוטל על המשיב מכוח סעיף 85א(ג)(2) לפקודה, הקובע כי על פקיד השומה תוטל
21 חובת הראיה מקום בו מסר המערער את המסמכים הנזכרים בסעיף 85א(ג)(1) ובתקנות,
22 ובמקרה זה עבודת חקר מחירי העברה. המערערת אף טוענת כי העברת נטל ההוכחה
23 למשיב מתחייבת לאור העובדה שהמשיב השאיר את שומתו עמומה ולאקונית.
- 24 92. לטענת המשיב, הנטל מוטל על המערערת, כדין כל מערער אחר בערעור מס. אשר לסעיף
25 85א(ג)(2) לפקודה טוען המשיב כי האמור בו חל כאשר פקיד השומה מבקש להתערב
26 בתמחור העסקה, ולא כאשר הוא מבקש לשנות את סיווגה כפי שהיה במקרה דנן.
- 27 93. עמדתו העקרונית של המשיב מקובלת עליי, ובדומה לכך פסקתי בעניין ג'יטקו:
28 "ממילא, הנטל בערעור זה להוכיח מהי "העסקה" מוטל על כתפי
29 המערערת. אכן, בהתאם לסעיף 85א(ג) מקום שבו מסר הנישום
30 לפקיד השומה, לפי דרישתו, את כל המסמכים והנתונים בידו
31 הנוגעים לעסקה, וכן מסר את כלל המסמכים הנדרשים לפי תקנות
32 שווי שוק, תחול על פקיד השומה חובת הראיה אם קבע קביעות
33 שונות מהמוסכם על הצדדים – ואין טענה בפי המשיב כי המערערת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

נמנעה ממסירת המסמכים והנתונים הרלוונטיים. עם זאת, סעיף זה לא נועד להפוך את הכלל הרגיל הנוגע לנטל הראיה בערעורי מס בכל מקרה של עסקה בינלאומית בין צדדים קשורים. הסעיף נועד להשלים את הכללים הנוגעים לאופן הוכחת תנאי שוק בעסקה כאמור, כך שמקום בו פעל הנישום על פי תקנות תנאי שוק והמציא לפקיד השומה את המסמכים הנדרשים לפי תקנות אלה, לרבות חקר תנאי שוק, יהא על פקיד השומה להראות כי התנאים המוסכמים בעסקה חורגים מתנאי השוק. אולם, כאשר עומדת במחלוקת בין הצדדים השאלה מהי העסקה ומה היקפה, ואילו נכסים נמכרו במסגרתה, יידרש הנישום להוכיח כי העסקה, כפי שהוצגה לפקיד השומה, היא אכן העסקה, והעסקה היחידה, שנערכה בין הצדדים, ולא עסקה נוספת או אחרת. כך במיוחד כאשר המידע הנוגע לאותה עסקה מצוי בידיעתו של הנישום (ראה ע"מ 14-07-55647 סניור נ' רשות המסים (28.6.2015))....."

משפט בינלאומי פרטי

94. משמצאתי כי במישור העקרוני ניתן להכריע בשאלה האם התבצעה עסקה למכירת נכס, על פי ההגדרות של מונחים אלה בפקודת מס הכנסה, דהיינו כי המסלול הרלוונטי הוא מסלול "הסיווג השונה", ממילא איני נדרש להכריע בשאלת תחולתו של הדין הזר על ההסכמים דנן. כאמור, במסגרת מסלול זה יש לשאול האם דין המס קובע הסדר מיוחד החורג מזה הקבוע בדין הכללי. לפיכך, אין מדובר בסיווג עסקה על פי הדין הכללי – יהא זה דין זר או יהא זה דין ישראלי – ואין מדובר בסיווג עסקה תוך שימוש בנורמה אנטי תכנונית. מדובר בסיווג עסקה על פי הוראות דין המס הספציפי, ובמקרה דנן, הגדרתם הרחבה של המונחים "נכס" ו"מכירה".

95. עם זאת אעיר בכל הנוגע לתוכנו של הדין הזר, כי משעה שהמשיב לא הביא מומחה מטעמו להוכחת הדין הזר, מצאתי לקבל את חוות דעת המומחה מטעם המערערת, ולפיה דין קליפורניה אינו מאפשר להתייחס להסכם רישיון בתמורה לתמלוגים כהסכם מכר כל עוד לא הועברו בקניין הרוחני "כל הזכויות המהותיות", "**All Substantial Rights** ובראשן הזכות לתבוע צדדים שלישיים על הפרת הזכויות. מנגד, ובכל הנוגע לסוגיית ברירת הדין על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, מסכים אני עם עמדת המשיב כי נוכח עקרון תום הלב, קשה להלום תוצאה לפיה צדדים לעסקה, בוודאי צדדים קשורים שאין להניח כי יתעורר ביניהם סכסוך שיובא להכרעה בבית משפט, יוכלו להחליט על תחולת דין זר באופן שיביא להפחתת מס או באופן שיחייב את רשויות המס.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 אשר לטענת המערערת לפיה הוראות אמנת המס בין ישראל לארה"ב אינן מאפשרות
2 לסווג את עסקת התמלוגים כעסקת מכר, הרי שהמערערת כלל לא טענה לתחולת אותה
3 אמנה (וממילא אף לא ביקשה לקיים נוהל הסכמה הדדית), מה גם שהסכם הרישיון
4 נחתם עם חברה תושבת קיימן.

5 סוגיית השווי

6 96. משעה שהגעתי למסקנה לפיה בנסיבות העניין יש לתת תוקף להסכמים כפי שהם, ואין
7 לראות במערערת כמי שמכרה פעילות (או FAR) לקבוצת ברודקום, ממילא איני נדרש
8 לשאלה, אליה הקדישו הצדדים חלק ניכר מראיותיהם וטיעוניהם (ולצורך כך נעזרו
9 בחוות דעת מומחים מטעמם), בנוגע לאופן שבו יש לגזור מתוך תמורת עסקת רכישת
10 המניות את שווי של אותו FAR, אם וככל שנמכר. עם זאת, מאחר ששאלה זו מעוררת
11 מספר סוגיות עקרוניות, מצאתי לנכון להתייחס, **בתמצית**, לחלק מסוגיות אלו.

12 **מסמך ה-PPA**

13 97. המומחה מטעם המשיב תמך חלק ממצאיו וממסקנותיו במסמך ה-PPA (Purchase
14 Price Allocation) שנערך על ידי ברודקום. כפי שכבר ציינתי בעניין **ג'יטקו**, איני סבור כי
15 מסמך זה מהווה כלי מתאים דיו לקביעת תנאי השוק. מדובר במסמך הנעשה לצרכים
16 חשבונאיים על פי כללי החשבונאות האמריקאים ואין בהכרח לגזור ממנו גזירה שווה
17 בנוגע לשווי הפונקציות, הנכסים והסיכונים המועברים במסגרת עסקה בין צדדים
18 קשורים. כך גם נאמר בהנחיותיה הפנימיות של רשות המסים, ולפיהן הקביעות
19 והתחשיבים בעבודות PPA אמנם מכילים מידע חשוב לגבי העסק הנבדק, אך הם אינם
20 רלוונטיים לקביעת מחיר ותנאי שוק, ועמדה זו אף נתמכת בקווי ההנחיה של ה-OECD
21 (ראו סעיף 6.3.5.2. לחוזר משנת 2018).

22 98. אבהיר כי אין זה אומר שמסמך ה-PPA הינו חסר חשיבות מעיקרא. בהעדר מסמך אחר,
23 יש בו ללמד, לא רק על טיבו של העסק, אלא אף על האופן שבו ראו הצדדים, למצער
24 הצד הרוכש, את הפוטנציאל הכלכלי הגלום במרכיביו השונים של אותו עסק. עם זאת,
25 אחד ההבדלים שבין עבודת מחקרי מחירי העברה ובין ה-PPA, ונראה לי כי לדבר משנה
26 חשיבות במקרה שלפניי, הוא שהאחרון אינו מביא בחשבון את התועלת שנוצרה לחברה
27 "המוכרת" מביצוע העסקה. מסכים אני, אפוא, עם המערערת כי לא ניתן להתעלם



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

- 1 מהתועלת שנוצרה לה עצמה מההתקשרות עם קבוצת ברודקום, כפי שהדבר משתקף
2 בתוצאותיה העסקיות לאחר מועד העסקה.
- 3 99. המומחה מטעם המשיב סבר כי תוצאות אלה אינן רלוונטיות שכן הערכת השווי בוחנת
4 את המצב כפי שהוא במועד העסקה, ולא בדיעבד (סעיף 2.9.2 לחוות דעת לנדאו
5 המשלימה). אני מתקשה לאמץ קביעה זו ככל שהדברים נוגעים להליך דנן. השאלה
6 העומדת לפתחנו היא האם קיימת אינדיקציה לכך שמאחורי ההתקשרות שבין
7 המערער לבין ברודקום, כפי שהיא מוצגת במכלול ההסכמים שנערכו ביניהם,
8 הסתתרה עסקה אחרת של מכירת FAR. אכן, הערכת השווי נכונה למועד נתינתה, אך
9 לא ניתן להתעלם מאירועים שאירעו לאחר מכן, והאם יש בהם כדי לתמוך בטענת מי
10 מהצדדים. וכשם שבעניין ג'יטקו ייחסתי חשיבות רבה לעובדה כי לאחר שינוי המודל
11 העסקי החברה קרסה, איני סבור שניתן להתעלם מהעובדה כי במקרה דנן, לאחר שינוי
12 המודל העסקי, המערער לא רק שלא קרסה, אלא אף הציגה נתונים כספיים טובים
13 יותר וכן הגדילה את פעילותה בהוספת כוח אדם משמעותי.
- 14 אזכיר כי המשיב טען בהקשר זה כי אין לכך חשיבות גם מהטעם שהשאלה היא מה היה
15 קורה אלמלא ההתקשרות עם קבוצת ברודקום, והאם המערער הייתה משיגה תוצאות
16 עסקיות טובות הרבה יותר בזכות הקניין הרוחני שבבעלותה ובזכות יתר הפונקציות
17 שהיו בידה. אך, כפי שכבר ציינתי, איני סבור כי ראוי להכריע בסוגיה העומדת על הפרק
18 בערעור זה, על סמך השערות וההערכות בדבר הפוטנציאל הכלכלי שהיה גלום במערער
19 בטרם ההתקשרות עם ברודקום, וזאת גם אם הערכות אלו עמדו בפני ברודקום בעת
20 רכישת המניות, כפי שניתן ללמוד ממסמך ה-PPA (ראו הגרף המתואר במש/8 המתבסס
21 על מודל הרכישה).
- 22 100. העובדה שהמערער הייתה, כטענת המומחה מטעם המשיב, "במגמת צמיחה מתמדת
23 ואף שקלה לבצע הנפקה בבורסה לאור תוצאותיה הכספיות ותחזיותיה להמשך
24 צמיחה" (סעיף 2.88. לחוות דעת לנדאו המשלימה), אין פירושה כי הדרך הבלעדית
25 לניצול הפוטנציאל היא בהשאת המצב כפי שהוא, וללא כל שינוי. מיצוי הפוטנציאל
26 הקיים במערער, יכול להיות גם בדרך של התקשרות במערך הסכמים עם חברה
27 בינלאומית, במסגרתה מתקבלים תמלוגים בסכומים ניכרים לאורך מספר שנים (כאמור
28 בחוות דעת גונן, מדובר בסכום של 124 מיליון דולר (!). סכום זה לא נסתר על ידי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 המומחה מטעם המשיב; ראו סעיף 2.9.8. לחוות דעת לנדאו המשלימה; ראו גם מע/7,
2 בו צוין כי המערערת הפיקה הכנסות מתמלוגים בסך כולל של כ- 137 מיליון דולר, כולל
3 התמלוגים ממארוול). בנוסף, מתקבלת בידי המערערת תמורה עבור מתן שירותי שיווק
4 ופיתוח בהסדר של COST+. אם אין די בכך הרי שבסופו של דבר הקניין הרוחני שנותר
5 בבעלות המערערת נמכר בסכום של 73 מיליון דולר. אין מדובר רק ב"פוטנציאל" להפיק
6 רווחים, אלא במימושו של אותו פוטנציאל, ובעיני, ראוי לתת משקל לפוטנציאל ממומש
7 זה, לא פחות מאשר לפוטנציאל "על הנייר".

8 התשלום למדען הראשי

9 101. המומחה מטעם המשיב הוסיף לעלות רכישת המניות את הסכום ששילמה המערערת
10 למדען הראשי בתמורה לאישורו להעברת הידע לחו"ל, ומתוך סכום כולל זה, גזר את
11 שווי ה-FAR. טוענת המערערת כי לא היה מקום לעשות כן שכן מדובר בסכום הכלול
12 ב"מודל הרכישה" (נספח 2 למסמך ה-PPA) וכחלק מעלות המכר. לגישה, סכום זה
13 מהווה למעשה הוצאה תפעולית ששולמה על מנת "לנקות" את התחייבויותיה של
14 המערערת כלפי המדען ובבחינת "מקדמה" על חשבון תשלומי התמלוגים העתידיים;
15 כשם שהתמלוגים ששולמו למדען באופן שוטף הוכרו על ידי המשיב כהוצאה, כך דין
16 התשלום הכולל ששולם בסך של 15 מיליון דולר. לחילופין היא טוענת כי מדובר בתשלום
17 ששולם בגין נכס המצוי בבעלות צד בלתי קשור (דהיינו המדען הראשי שהשתתפותו
18 בפיתוח הקניין הרוחני הפכה אותו לבעל נכס), ואף מטעם זה אין להוסיף את הסכום
19 לתמורת עסקת המניות.

20 102. לטענת המשיב, תשלום זה אינו קשור לפעילותה השוטפת של המערערת, אלא הוא
21 בבחינת הוצאה פיננסית, בדומה לתשלום המשולם כהחזר הלוואה למוסד פיננסי (ראו
22 חקירתו הנגדית של מר לנדאו, בעמ' 174, ש' 12-13). סכום זה שולם ידי המערערת לאחר
23 עסקת רכישת המניות על מנת לאפשר לה להעביר לברודקום (או לתת זכות שימוש)
24 בקניין הרוחני שפיתוחו נתמך על ידי המדען הראשי. יתר על כן, הסכום האמור לא נכלל
25 ב"מודל הרכישה" והעובדה כי המערערת לא הביאה כל עד בעניין זה, למרות שמדובר
26 במסמך שנערך על ידי יועציה, אומרת דרשני. המשיב מפנה בעניין זה לחקירתו של
27 המומחה מטעם המערערת, מר גונן, שלא ידע להשיב לשאלה האם המודל כולל את סכום
28 ההתחייבות למדען הראשי (פרוטוקול מיום 18.1.2018, עמ' 577, שורות 3-15).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

103. בעניין זה מקבל אני את עמדת המשיב לפיה יש לזקוף לחובתה של המערערת את העובדה כי לא הובא כל עד מטעמה (ראו עניין כץ). כמו כן, אין להניח שהתשלום למדען הראשי נכלל במודל הרכישה, וזאת בשעה שהוא אינו מזכיר אותו, ובשעה שהמסמך מתייחס לתקופה שבאה לאחר התשלום למדען הראשי וממילא התחייבות זו אינה קיימת עוד. זאת ועוד, תשלום זה, אילו התבצע בטרם המועד בו הושלמה עסקת המניות (המועד אליו מתייחס מסמך ה-PPA), היה מביא להפחתת יתרת המזומנים, וממילא להגדלת תמורת העסקה (שני המומחים הסכימו כי יש להפחית את יתרת המזומנים מהתמורה ששולמה בעסקת המניות, שהרי לכל הדעות המזומנים נותרו במערערת ולא הועברו לברודקום).

104. אשר לטיבו של התשלום ששולם למדען הראשי במסגרת אישורו להעברת הידע לחו"ל וזיקתו לסכומי התמלוגים שהיו משולמים באופן שוטף, העידה העדה מטעם המערערת, הגב' לרנר, כי התשלום האמור נגזר מהתמורה ששולמה בגין העברת הידע, ובהתאם לחלקו של המדען בהשקעות (עמ' 676-678). משמע כי צודק המשיב הטוען כי לא מדובר בתשלום המשקף תמלוגים בגין מכירות עתידיות, אלא כתשלום שהוא מעין "קנס" בגין הוצאת הידע מישראל ועל בסיס מחיר אותו ידע. לפיכך גם אין בידי לקבל את טענתה החילופית של המערערת לפיה מדובר בתשלום עבור רכישת נכס מצד בלתי קשור. מדובר בתשלום שהיווה תנאי להעברת הידע, וממילא תנאי מקדים לעסקה עם ברודקום.

18 התאמה בגין נכסי מס

105. המחלוקת בין הצדדים בעניין זה היא מה גובהו של "נכס המס" (הפסדים) שיש להפחית מהתמורה בעסקת המניות, בהתחשב בכך כי אין מחלוקת שנכס זה נותר בישראל. מומחה המשיב הסתמך על "מודל הרכישה" במסמך ה-PPA לפיו הפסדי המערערת הינם בסך של כ-20.7 מיליון דולר וכי נכס המס נכון למועד העסקה הוא בסך של 4.6 מיליון דולר. המערערת חולקת על כך. לגישתה, יש להפחית משווי הנכסים המועברים את שווי נכס המס הנגזר מהפסד בסך של 27 מיליון דולר וזאת בהתאם לאמור בדו"ח ההתאמה למס לשנת 2009. לטענת המערערת, המשיב אינו יכול "לאחוז את המקל משני קצותיו". מחד לטעון כי המערערת מכרה את ה-FAR, ומאידך – לא לאפשר לה לקזז מתוך תמורת ה-FAR שנקבעה בשומה, את סכום ההפסד המלא.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

106. דעתי היא כדעת המשיב. השיטה בה נוקט המשיב לשם קביעת שווי ה-FAR, דהיינו
גזירת שוויו מהתמורה שנקבעה בעסקת רכישת המניות, אגב ביצוע התאמות שונות,
מתמקדת בשווים של הנכסים כפי שאלו נאמדו על ידי הצדדים ; כעולה ממסמך ה-PPA
(ובהעדר מסמך אחר!) הצדדים ראו נגד עיניהם הפסד בסך של כ-20.7 מיליון דולר ולפי
זאת היה נכון לקבוע את גובהו של "נכס המס" ולהפחיתו מתמורת עסקת רכישת
המניות.

שווי מרכז הפיתוח

107. בעניין זה נחלקו הצדדים באשר לשיעור ה- β , דהיינו מקדם הסיכון (הגוזר את שיעור
ההיוון המשוקלל), שיש לייחס לפעילות מרכז הפיתוח. ככל שמקדם זה גדול יותר (כך
ששיעור ההיוון המחושב על תזרים המזומנים הנובע מהפעילות גבוה יותר), כך שווי
הפעילות (שנותר בישראל) קטן יותר, וממילא שווי של ה-FAR המועבר, כעמדת
המשיב, גדול יותר. המשיב עשה שימוש במקדם הסיכון כפי שנקבע במסמך ה-PPA.
לטענת המערער, המתבססת על קווי ההנחיה של ה-OECD, היה על המשיב להביא
בחשבון מקדם סיכון נמוך יותר המתאים לפונקציות מופחתות הסיכון (כטענת המשיב
עצמו) שנותרו בישראל, דהיינו פונקציות של מתן שירותים, ולא את מקדם הסיכון של
ברודקום שהוא גבוה ומתייחס לחברות טכנולוגיה. בהתאם לחישובי המערער, די בכך
שיובא בחשבון מקדם סיכון של 10% במקום 13.5% כפי שקבע המשיב, כדי ששווי מרכז
הפיתוח שנותר בישראל יהיה גבוה בסך של 20 מיליון דולר. (מע/12 וכן עמ' 141, ש' 20-
25]. המערער מעלה טענות נוספות בקשר לחישוב שערך המומחה מטעם המשיב, כגון
בכך שחישב β חודשית ולא שבועית, וכן שחישב זאת על פני שנתיים ולא חמש שנים
כמקובל.

108. המשיב סומך ידיו על החישוב שערך המומחה מטעמו. לטענתו, הוא נקט בגישה מקלה
בהפחיתו את שווי של מרכז הפיתוח מתמורת עסקת המניות, שכן מדובר בפעילות
המכוונת להענקת שירות לחברות אחרות, משמע כי אין היא עוד בגדר פונקציית מו"פ
של המערער. אשר לשיעור ה- β הרי שנתון זה מופיע במסמכים שהמערער המציאה
למשיב (מחקר מחירי העברה לשנת 2010, ולשנת 2015 – נספחים 5 ו-8 לחוות דעת גונן),
ועליהם התבססו דיווחיה, והיא לפיכך מושתקת מלטעון אחרת.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

109. אכן, הכלל הרגיל הוא שנישום אינו רשאי להתנער מדיווחיו וממצגיו, ואולם אני גם מוצא טעם בטענת המערערת לפיה המשיב, שעמד בתוקף על כך שהמערערת העבירה את סיכוני הפיתוח לברודקום ופעילותה נותרה חסרת סיכון כמעט לחלוטין, שינה טעמו בבואו לקבוע את מקדם הסיכון לפעילות שנותרה בידי המערערת. לטעמי, היה על המשיב, אם היה נאמן לשיטתו, להביא בחשבון את העובדה כי פעילות המו"פ שנותרה במערערת אינה נושאת בסיכונים שהיו בה טרם העסקה. אין באמור כדי לקבוע שהיה על המשיב לאמץ את מקדם הסיכון שקבע המומחה מטעם המערערת, אך למצער היה עליו לתת את הדעת לצורך להתאים את מקדם הסיכון למתווה שבו הוא עצמו ראה את העסקה.

פונקציית ההפצה והייצור

110. לטענת המערערת היה מקום להפחית משווי ה-FAR (שהועבר לשיטת המשיב לחו"ל) את שווין של פונקציות ההפצה והייצור שנותרו בישראל. המשיב, לעומת זאת, מצביע על כך שהגישה שננקטה בחוות דעת גונן, מייחסת חלק ניכר משווי פעילותה של המערערת להפצה וייצור ואילו חלק קטן יותר מיוחס לקניין הרוחני שלה. לדבריו מדובר בגישה מופרכת מיסודה, שהרי ברור כי האטרקטיביות של המערערת בעיני ברודקום נבעה מיכולתה לפתח מוצרי טכנולוגיה, ולא מיכולות ההפצה והייצור, במיוחד בהתחשב בכך שהמערערת הינה חברת "פאבלס" (ללא ייצור), כאשר הייצור עצמו מבוצע באמצעות קבלני משנה. עוד הוא טוען כי עמדת המערערת נסתרת ממחקר מחירי ההעברה לשנת 2010 (נספח 7 לחוות דעת המומחה מטעם המערערת) ממנה עולה כי הפונקציה האמורה עברה לברודקום (עמ' 29-34 למחקר). זאת ועוד, במהלך עדותו של המומחה גונן הוא למעשה אישר כי לאחר העסקה פעילויות ההפצה והייצור נוהלו על ידי ברודקום (עמ' 492-494 לפרוטוקול) וכי ברודקום זכאית לכאורה לקבל תמורה מהמערערת בגין כך.

111. לא מצאתי בטיעוני המערערת מענה של ממש לטענתו האמורה של המשיב. מהדברים שהובאו לעיל עולה כי הסכום ששולם עבור המניות כולל תשלום עבור ערכים ותועלות שמביאה הרכשת לעסקה, וכי שווי זה "נעלם" לאחר מכן, וזאת אין לקבל (השוו לדיון בסוגיית "הסינרגיה" בסעיף 57 ואילך בפסק הדין בעניין ג'יטקו).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

שווי הקונספט

1

112. כמתואר ברקע הדברים הרי שבשנת 2002 נחתם הסכם רישיון בין המערערת לבין חברת
האם לפיו המערערת תשלם תמלוגים בגין שימוש בקניין הרוחני ("הקונספט") של חברת
האם. הצדדים נחלקו בשאלה מה שוויו של ה"קונספט", שכן אין חולק שהוא נותר
בישראל ולא הועבר לברודקום ולפיכך כי יש להפחיתו מתמורת עסקת רכישת המניות.
הפער בהערכת הצדדים נעוץ בשאלה האם השימוש בקונספט ילך ויפחת במרוצת
השנים, כעמדת המשיב, או שמדובר בטכנולוגיה שאינה נשחקת ולפיכך השימוש בה לא
יפחת, כעמדת המערערת. בהקשר זה טוענת המערערת כי היה על המשיב לנהוג
בעקביות, שכן לצורך הערכת שווי ה-IP של המערערת (שנמכר לטענתו לברודקום), הוא
הביא בחשבון אורך חיים אינסופי, ואילו לצורך הערכת שווי ה-IP של חברת האם
(שנותר בישראל), הוא הביא בחשבון אורך חיים סופי.

113. בעניין זה מקובלת עליי עמדת המשיב. בסופו של דבר, שאלת השחיקה של טכנולוגיית
הקונספט היא שאלה עובדתית, והמערערת לא הביאה ראיות התומכות בטענתה כי
מדובר בטכנולוגיה שאינה נשחקת. זאת ועוד, העובדה כי מדובר בטכנולוגיה נשחקת,
נלמדת ממסמך ה-PPA ממנו עולה כי שיעור התמלוגים ילך ויפחת, משמע כי תחול
במהלך השנים הפחתה בהסתמכות על הקונספט במכירת המוצרים.

עוללות

17

114. אין חולק כי יש להפחית מתמורת המניות את שווי המלאי שהיה למערערת במועד
העסקה ולאחר מכן נמכר. אלמלא כן, התוצאה תהא תשלום כפל מס. צודקת המערערת
הטוענת כי אין מקום להניח שהריוח הגולמי שלה דווקא ישחק במהלך השנים; על פניו
נראה כי החבירה לקונצרן בינלאומי תביא להפחתת עלויות, וממילא להגדלת הרווח
הגולמי. כמו כן צודקת המערערת הטוענת כי יש לייחס שווי לפונקציית כוח האדם.
מדובר בפונקציה בעלת משקל שאין להתעלם ממנה. לבסוף, צודקת המערערת הטוענת
כי בגזירת שווי ה-FAR מתוך תמורת עסקת רכישת המניות, יש להפחית את שווייה של
פרמיית השליטה, וכי גישת המשיב לפיה אין להביא בחשבון פרמיית שליטה ברכישה
של 100% מהמניות, נראית על פניה מוקשית. מנגד, צודק המשיב הטוען כי היה על
המערערת להציג מסמך "מזמן אמת" המלמד כי פרמיית השליטה אמנם נלקחה בחשבון



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 16-01-26342 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא
ע"מ 17-04-2268 ברודקום סמיקונדקטור בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני :

1 לצורך עסקת המניות, ובעניין זה אין די בהערכות גרידא או בהצגת נתונים מתוך
2 עסקאות אחרות שביצעה ברודקום (מע/11).

3 סוף דבר

4 115. על יסוד האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל.

5 116. לאור מסקנתי זו, לא מצאתי מקום להידרש לטענות אחרות שהעלו הצדדים, כגון טענת
6 המערערת לפיה המשיב מושתק להוציא שומה לאור עמדתו בעניין "הקונספט", טענת
7 המשיב באשר להעדר הנימוק לבחירת הדין הזר, טענת המערערת באשר לאי תחולת ה-
8 OECD בארה"ב, וכן בסוגיית מועד העסקה (2009 או 2010).

9 117. המשיב יישא בהוצאות המערערת בסכום כולל של 75,000 ₪ שישולמו בתוך 30 יום,
10 שאם לא כן יתווספו אליהם הפרשי הצמדה וריבית החל מהיום ועד למועד התשלום
11 בפועל.

12 ניתן לפרסם את פסק הדין.

13

14

15

16 ניתן היום, י"א כסלו תש"פ, 09 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.

17

18 שמואל בורנשטיין, שופט

19

20

21