



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט ד"ר שמואל בורנשטיין

מערערת ג'יטקו בע"מ
באמצעות ב"כ עוה"ד דרור ורסנו, אופיר לוי, אידן רגב

נגד

משיב פקיד שומה כפר סבא
באמצעות ב"כ עוה"ד אריק ליס, ניצן זגרינצקי

פסק דין

1

2

פתח דבר

- 3 1. המערערת, ג'יטקו בע"מ (להלן: **המערערת**) היא חברה ישראלית שהוקמה
4 בשנת 1992 ועסקה במתן פתרונות בתחום התמיכה הטכנית האוטומטית
5 ליצרני ציוד אלקטרוני. המערערת פיתחה תכונה בסיסית אשר שימשה
6 פלטפורמה לבניית פתרונות התמיכה, תוך התאמת התוכנה לצרכי הלקוחות,
7 אם בדרך של הטעמת התכונה ביחידת הציוד עצמה ואם באמצעות האינטרנט
8 (e-support). נכון לשנת 2006 היו למערערת חוזים עם מספר יצרנים גדולים
9 כמו HP, NEC, Dell, Canon ועוד. מספר עובדי המערערת עמד על כ-150
10 שבעיקרו עסק במתן שירות ללקוחות ומיעוטו עסק בפיתוח התוכנה הבסיסית.
11
- 12 2. **Microsoft Corporation** (להלן: **מיקרוסופט**) היא חברה המאוגדת בארצות
13 הברית ונסחרת בנאסד"ק. מיקרוסופט מפתחת, מייצרת ומשווקת תכנת
14 מחשב, שירותי מחשב וחומרה. בתקופה הרלוונטית לערעור זה עסקה
15 מיקרוסופט בפיתוח של מוצר בשם OneCare שהיה מיועד לספק, כחבילה
16 אחת כוללת, מענה מקיף לשירותי מחשב – אנטי וירוס, תמיכה, חומת אש
17 ופונקציות של התאמת המחשב האישי. עם זאת, למוצר זה היו מתחרים בשוק
18 ולפיכך ניסתה מיקרוסופט להפכו לאטרקטיבי על ידי הרחבתו לסוג של
19 "טיפול למחשב" (PC CARE) הכולל, בין היתר, רכיב תמיכה אלקטרוני



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 אינטגרלי, הנותן מענה אוטומטי, ב"לחיצת כפתור", לבעיות קונפיגורציה
 2 ומערכת הפעלה בהן נתקלו משתמשים בעלי מיומנות טכנית מועטה. לאור
 3 הדחיפות שראתה מיקרוסופט בהשקת המוצר, איתרה מיקרוסופט את
 4 המערערת, תוך כוונה לגייס את צוות המומחים שלה שהוא בעל ניסיון מוכח
 5 בפתוח תמיכה תכנית ממחושבת.
- 6
- 7 3. בחודש נובמבר 2006, בתום משא ומתן שנמשך מספר חודשים, נחתם הסכם
 8 לרכישת מניות המערערת, (להלן: **עסקת המניות**) וזאת במחיר רכישה של 90
 9 מיליון דולר (לפני התאמות).
- 10 4. יש לציין כי טרם חתימת עסקת המניות הוכן על ידי מיקרוסופט מסמך פנימי
 11 הנוגע לעסקה. מסמך זה – המכונה "Final go/no go – Gteko" והמתאר את
 12 העסקה ואת היתרונות והסיכונים הכרוכים בה מנקודת ראותה של
 13 מיקרוסופט (להלן: **מסמך FGNG**), ישמש בידי כל אחד מהצדדים לשם
 14 תמיכה בטענותיו בערעור דן.
- 15
- 16 5. זמן קצר לאחר מכן הועברו עובדי המערערת לחברת מיקרוסופט ישראל,
 17 חברת הבת של מיקרוסופט. לשם המשך הספקת השירותים ללקוחותיה
 18 הקיימים נחתם הסכם בין המערערת לבין מיקרוסופט ישראל על בסיס Cost+
 19 למתן שירותי כוח אדם.
- 20
- 21 6. בתאריך 1 ביולי 2007 נחתם הסכם בין המערערת ובין מיקרוסופט למכירת
 22 הקניין הרוחני (IP) שבבעלות המערערת (להלן: **הסכם ה-IP**). לדברי
 23 המערערת העברת ה-IP למיקרוסופט בוצעה בהתאם למדיניות הקבוצה לפיה
 24 עם רכישת חברה, הבעלות על ה-IP עוברת לחברת האם, המחזיקה בו לטובת
 25 כלל הקבוצה.
- 26
- 27
- 28
- 29
- 30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 גייטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 בהסכם ה-IP הנ"ל נכתב, בין היתר, כך:
- 2 "Whereas GTEKO has decided it is in the best
3 interest of the company to close its operations and
4 desires to transfer its intellectual property to
5 MSFT...
- 6 GTEKO shall sell and transfer to MSFT and MSTF
7 shall purchase from GTEKO all of GTEKO's rights,
8 title and interest in and to any and all intellectual
9 property that GTEKO currently owns ("intellectual
10 property")...".
- 11
- 12 7. התמורה בהסכם ה-IP נקבעה על בסיס מסמך שנערך על ידי חברת הייעוץ
13 Duff & Phelps לבקשת מיקרוסופט לשם הערכת השווי ההוגן של נכסי
14 המערערת נכון ליום רכישת המניות תוך ייחוס התמורה ששולמה לנכסים
15 השונים (Purchase Price Allocation - להלן: **מסמך ה-PPA**). אף מסמך זה
16 ישמש בידי כל אחד מהצדדים לשם תמיכה בטענותיו בערעור דנן.
- 17
- 18 התמורה שנקבעה במסמך ה-PPA הועמדה על סך של 26.6 מיליון דולר
19 ובהתאם לכך אף דווחה העסקה למשיב. הריווח שנוצר באותה עסקה קוּוּז כנגד
20 הפסדים שהיו למערערת.
- 21
- 22 8. הפער שבין המחיר ששולם בעסקת המניות (90 מיליון דולר לפני התאמות)
23 לבין זה שנקב בהסכם ה-IP (26.6 מיליון דולר) – הוא העומד ביסוד השומה
24 שהוצאה למערערת וביסוד המחלוקת בין הצדדים בערעור זה. לגישתו של
25 המשיב, התמורה שנקבעה בהסכם ה-IP אינה משקפת את שווי השוק האמתי
26 של העסקה, כפי שניתן ללמוד מהמחיר שנקבע בעסקת המניות. לפיכך, ומאחר
27 שמדובר בעסקה שנערכה בין צדדים קשורים, יש למסות את העסקה על פי
28 שווי השוק שלה ולא על פי מה שנקבע בין הצדדים. לגישתה של המערערת,
29 התמורה בהסכם ה-IP משקפת את שווי השוק לנכס הנמכר באותה עסקה.
- 30
- 31
- 32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 **תמצית טענות הצדדים**

2 **טענות המערערת**

3 9. הרציונל העומד מאחורי כללי מחירי העברה אינו חל במקרה דנן, משום
4 שהעסקה לא נעשתה משיקולי מס ולא היה בעסקה כדי להעביר נכסים
5 ופעילות ממשטר מס בשיעור גבוה למשטר מס בשיעור נמוך.

6 10. המערערת מסרה למשיב את כל המידע והמסמכים שהתבקשה למסור. לפיכך,
7 ובהתאם לסעיף 85א(ג) לפקודה, הנטל על המשיב להוכיח כי העסקה לא דווחה
8 בהתאם לשווי השוק. הנטל מוטל על המשיב גם בשל כך שהוא טען לקיומה
9 של עסקה אחרת מזו שדווחה.

10 11. המשיב אינו יכול ליצור "יש מאין" עסקה שלא הייתה. הצדדים ערכו ביניהם
11 אך ורק עסקה אחת למכירת הטכנולוגיה אשר שוויה נקבע בהתאם למסמך
12 PPA שנערך על ידי גורם חיצוני, שווי הנתמך בחוות דעת מומחה מטעמה.
13 המשיב אינו רשאי להחליף את שיקול דעת הצדדים לגבי האופן שבו ביצעו את
14 העסקה. הוא אינו מוסמך לקבוע כי היה על המערערת להמשיך בפעילותה ללא
15 שינוי.

16 12. בעסקת המניות שילמה מיקרוסופט פרמיה שהיא מעבר לשווי השוק של נכסי
17 המערערת וזאת משום ציפייתה לסינרגיה - שימוש במשאביה של המערערת
18 לצורך פיתוח מוצר ה-OneCare. רכיב "הזמן לשיווק" (Time to Market) היה
19 הגורם העיקרי שהכתיב את צעדיה של מיקרוסופט, כפי שניתן ללמוד ממסמך
20 ה-FGNG.

21 13. על קיומה של סינרגיה ניתן ללמוד גם מהפער בין המסמך הנ"ל שנערך טרם
22 עסקת המניות ומסמך ה-PPA שנערך לאחריה, והכולל תחזיות ההכנסה
23 הצפויה מפעילות המערערת לאחר מיזוגה לתוך מיקרוסופט. אף שיעור
24 הרווחיות העודף של המערערת לאחר הרכישה, הגבוה מהמקובל בשוק ודומה
25 לזה של מיקרוסופט, מצביעים על סינרגיה.

26





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

14. סינרגיה אינה "נכס" של המערערת והיא אינה יכולה למכור אותה למיקרוסופט. לפיכך יש לנטרל מרכיב זה בשעה שגוזרים מהתמורה בעסקת המניות את שווי השוק של נכסי המערערת. סינרגיה אינה תכונה של הנכס הנרכש, אלא היא מייצגת את התועלת שעשויה לצמוח בזכות שילוב ייחודי של הנכס הנרכש עם פעילות הרוכש, ובמיוחד ביחס למוצר ספציפי (OneCare). ערך עודף זה של סינרגיה ייחודי למיקרוסופט. לא הוכח כי היה קיים רוכש פוטנציאלי אחר שהיה מוכן לשלם תמורה דומה.
15. גישת המשיב לפיה יש לבחון את העסקה במשקפי הצדדים שערכו אותה ולא צדדים אנונימיים, עומדת בסתירה לפסיקה ולעמדת רשויות המס במקרים אחרים, ומתעלמת מכך שמיקרוסופט כבר רכשה את המערערת ושילמה פרמיה בגין הסינרגיה ואין סיבה מבחינתה לשלמה פעם נוספת. התוצאה לפיה יש לנטרל את מרכיב הסינרגיה לא הייתה משתנה גם אם מיקרוסופט הייתה רוכשת את המערערת בעסקת נכסים. המומחה מטעם המערערת העריך את שווי הסינרגיה, ומאחר והמשיב לא הציג הערכה משלו, יש לקבל את הערכת המערערת.
16. בניגוד לנטען על ידי המומחה מטעם המשיב, שזיהה "פונקציית כוח אדם" שנמכרה למיקרוסופט, אין במעבר עובדי המערערת למיקרוסופט משום "עסקה". יתר על כן, המערערת המשיכה להעסיק עובדים לצורך מתן שירות ללקוחותיה הקיימים בחוזה למתן שירותים על בסיס Cost+. גם לפני עסקת המניות העסיקה המערערת עובדים באמצעות קבלני משנה.
17. עובדים אינם "נכס" או קניין שניתן למכור אותו מתאגיד אחד למשנהו. לכל היותר ניתן לומר כי רכישת המערערת חסכה למיקרוסופט עלויות השמת עובדים. בוודאי שלא ניתן להביא בחשבון כוח אדם עתידי, שכלל לא היה בידי המערערת. יש לייחס למערערת רק את שווי הנכסים הקיימים בידה ולא נכסים הנגזרים מפעילות עתידית, מפיתוחים עתידיים ועל ידי עובדים עתידיים ששכרם ישולם על ידי מיקרוסופט. מיקרוסופט אינה אמורה לשלם פעמיים בעד אותו נכס. היום למערערת, ובעתיד – כשכר לעובדים.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

18. אין יסוד לטענה כי בהעברת העובדים וויתרה המערערת על ידע שהיה ברשותה. ידע זה גלום בקניין הרוחני ואילו ניסיונם וכישוריהם של העובדים הינם נכסים שלהם שהמערערת אינה יכולה למכור אותם.
19. יש לאמץ את חוות דעת המומחה מטעם המערערת שניתח את פעילותה והגיע למסקנה כי בידי המערערת נותרו, גם לאחר עסקת המניות, פעילות שיווק והפצה ופעילות מו"פ שלא הועברו למיקרוסופט. לכל היותר ניתן לומר כי מתוך פעילות המו"פ העבירה המערערת את מרכז המו"פ הקיים.
20. מיקרוסופט התכוונה להמשיך את פעילותה של המערערת ואף להגדילה, הגם שבפועל עסקיה קרסו כתוצאה מנטישת לקוחות. מדובר בתוצאה מצערת ולא צפויה. מכל מקום, פעילות זו לא עברה למיקרוסופט אלא אבדה חרף מאמציהן ותכניותיהן של מיקרוסופט והמערערת. לחילופין, פעילות זו אבדה בתקופת הביניים של 7 חודשים שבין עסקת המניות ועסקת מכירת ה-IP.
21. יש לאמץ את חוות דעתו של המומחה מטעם המערערת גם בכל הנוגע להתאמות הנדרשות בתמורת עסקת המניות לצורך גזירת שווי השוק של עסקת הנכסים. כך יש להפחית מהתמורה את שווי הנכסים המוחשיים (המזומנים) ואין בסיס לטענת המשיב כי יש להקטינו בגובה התחייבויות שלא הוכחו וכאשר המומחה מטעם המשיב הסתמך על מסמך שאינו רלוונטי.
22. כמו כן, יש להפחית את הבונוס לעובדים והתשלום המותנה ששולם למנכ"ל ומייסד המערערת בשל התחייבותו להמשיך לעבוד במערערת. זכות זו אינה שייכת למערערת אלא למנכ"ל באופן אישי והתשלום מסווג כתשלום פירוטי בעבור עבודה. אין מדובר בתשלום כנגד הסכמה לוותר על טענות לניגוד עניינים, אי תחרות וחשיפת סודות מסחריים, שאם כן - היה משולם לכל בעלי המניות.
23. יש להפחית משווי הקניין הרוחני שהיה בידי המערערת אף את שווי של הזכויות שלא הועברו למיקרוסופט, אלא נותרו בידי המערערת לצורך הספקת השירותים ללקוחותיה על בסיס הקניין הרוחני. על כך שהמערערת הותירה בידה קניין רוחני ניתן ללמד מהעובדה שלאחר מכירת ה-IP המערערת לא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 שילמה למיקרוסופט עבור השימוש בו. אין מנוס מהמסקנה שמיקרוסופט
2 בהתנהגותה נתנה רישיון חינם למערערת.

3 טענות המשיב

4 24.נטל הראיה בהליך זה מוטל על המערערת שכן המשיב אינו מקבל את האופן
5 בו סיווגה המערערת את העסקה; אין מדובר במקרה שבו קיימת אך ורק
6 מחלוקת בדבר שוויה של העסקה.

7 25.אין לקבל טענת המערערת לפיה רציונל סעיף 85א אינו חל בעניינה, שכן
8 השאלה הרלוונטית היא מהו המס ששולם בארה"ב ולכך לא הובאו ראיות.

9 26.הלכה למעשה מיקרוסופט גרמה למערערת להעביר את כל פעילותה עד כדי
10 השתלטות מלאה עליה. לאחר רכישת המניות, מיקרוסופט נטלה על עצמה את
11 ניהול עסקי המערערת והעבירה אליה את עובדיה. בסופו של דבר רכשה את
12 כל מה שנתר במערערת - הקניין הרוחני - במחיר נמוך באופן משמעותי
13 מהתמורה ששולמה בעסקת המניות, מחיר שאינו משקף את שינוי המבנה
14 שנערך בין הצדדים.

15 27.מיקרוסופט הייתה מעוניינת בעובדיה של המערערת, כאשר תנאי לעסקה היה
16 חתימת אנשי מפתח בה. ברור היה למיקרוסופט כי ערך הטכנולוגיה ללא צוות
17 העובדים של המערערת הוא אפסי. לאחר העברת כל העובדים לרשותה של
18 מיקרוסופט, לא נותרו עוד במערערת גורמים היכולים לנהל את פעילותה,
19 להתוות את מדיניותה ולדאוג לאינטרסים שלה. המערערת המשיכה לספק
20 שירות ללקוחות על פי החוזים הקיימים עד לסיומם בשל כך שלא הייתה להם
21 משמעות מבחינת מיקרוסופט ולפיכך לא הועברו אליה. בסיס הלקוחות הקיים
22 שנתר בידי המערערת הוערך על ידי המומחה מטעם המשיב בהתבסס על
23 מסמך ה-PPA.

24 28.באמצעות העברת העובדים למיקרוסופט, השתלטה האחרונה על כל פעילותה,
25 וכתוצאה מכך לקוחותיה נטשו אותה. הדבר הובא בחשבון כגורם סיכון,
26 באשר כוונת מיקרוסופט היה להתמקד במוצר ה-OneCare תוך זניחת המאמץ
27 לשמר את לקוחותיה של המערערת. בחיסול המערערת, שהייתה חברה
28 מצליחה שהעסיקה 150 עובדים, ניתן לראות במיקרוסופט לא כאם דואגת

7 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 ומיטיבה אלא כ"מדיאה מודרנית" אשר רכשה חברה וביקשה לחסלה בסמוך
2 לאחר מכן.
- 3 29. בהתאם לכוונתה המקורית של מיקרוסופט בעת עסקת המניות, פעילות
4 השיווק וההפצה ופעילות המו"פ שהיו במערערת הועברו למיקרוסופט כאשר
5 במערערת לא נותרה כל פעילות עצמאית. מרגע העברת הקניין הרוחני
6 למיקרוסופט הרי שהמערערת כלל לא יכלה לשוב ולשווק את מוצריה. בסופו
7 של יום נותרה המערערת ריקה כמעט מכל תוכן. העובדה כי בכל פעם בחרה
8 מיקרוסופט להעביר חלק אחר לרשותה, אין כדי לפגוע במהות האמתית.
- 9 30. גם העברת עובדי המערערת למיקרוסופט מלמדת על העברת פעילותה. פעילות
10 ההפצה ופעילות המו"פ אינן מתבצעות מעצמן, אלא באמצעות העובדים,
11 התורמים לקיומו של ה"עסק החי" שהועבר למיקרוסופט. עם העברת
12 העובדים, לקוחותיה הקיימים של המערערת לא קיבלו עוד את השירות לו
13 ציפו ובחרו לפיכך לסיים את ההתקשרות עמה. טענת המערערת כי העובדים
14 אינם קניין שניתן למכור אותו היא טענה מיתממת. בידי העובדים היה ידע
15 שהוא הנכס החשוב ביותר עבור מיקרוסופט ולמעשה הטעם העיקרי לרכישת
16 המערערת. גישת המשיב אף עולה בקנה אחד עם קווי ההנחיה של ה-OECD.
17 העובדה כי העובדים הועברו למיקרוסופט ישראל אינה משנה את המסקנה,
18 שכן מיקרוסופט היא שגרמה למערערת להעביר את עובדיה.
- 19 31. העברת העובדים כמכלול, כצוות היודע ויכול לעבוד במשותף, שיקדם את
20 פיתוח הפתרון למוצר שלה, הם האלמנטים שהיו חשובים למיקרוסופט וזו
21 מהותה האמתית של העסקה. ויתור המערערת על העובדים והידע ברשותם
22 לטובת מיקרוסופט – ויתור שלא היה מתרחש אלמלא רכישת המערערת על
23 ידי מיקרוסופט - דינו כדין מכירת נכס לצורך מס. יש לקבל את הערכת
24 המומחה מטעם המשיב בנוגע לשווי פונקציית כוח האדם שהועברה
25 למיקרוסופט, המתבססת על תחזיותיה של מיקרוסופט כעולה ממסמך ה-
26 PPA. אין להתייחס להערכה זו ככוללת עובדים עתידיים, אלא כבוחנת את
27 התשומות הנדרשות על מנת להשיג את תזרים המזומנים שהייתה צפויה
28 המערערת לקבל אלמלא העברת פונקציה זו למיקרוסופט. בכל מקרה הערכה



ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 זו נמוכה מעלות הדחייה בפיתוח ה-OneCare בשל הצורך להכשיר עובדים
2 חדשים.
- 3 32. שווי הפעילות שהועברה מהמערערת הוא כשווי התמורה עבור המניות.
4 המערערת ומיקרוסופט, בשעה שהיו צדדים בלתי קשורים, סברו כי שווי
5 פעילותה הוא כתמורה שנקבעה בעסקת המניות. לא יתכן כי כאשר הועברה
6 כל הפעילות למיקרוסופט, תעלה טענה שאין לה כל שווי. המומחה מטעם
7 המערערת אף אישר כי המחיר ששולם בעסקת המניות לא היה משתנה גם אם
8 מיקרוסופט הייתה רוכשת את פעילות המערערת.
- 9 33. מוסכם גם על המערערת כי מתמורת עסקת המניות יש להפחית את שווי
10 הנכסים המוחשיים נטו, דהיינו הנכסים בניכוי התחייבויות. מהנתונים שהיו
11 בידי המומחה מטעם המשיב עולה כי אכן היו התחייבויות כאמור ולפיכך יש
12 לנכותן.
- 13 34. אין מקום להפחית מהתמורה את הבונוס לעובדים והתשלום המותנה למנכ"ל
14 ומייסד החברה. מבחינת מיקרוסופט, גם תשלומים אלה הם חלק מעלות
15 העסקה ומהסכום הכולל בעסקה, ומשקפים לפיכך את שווייה של המערערת,
16 כפי שאף עולה מהסכם מכירת המניות ומהסכם ההתקשרות בין המנכ"ל לבין
17 מיקרוסופט. בהסכמת המערערת להתקשרותו של המנכ"ל עם מיקרוסופט
18 היא ויתרה על פונקציית הניהול ששימש בעבורה ועל הידע שהיה ברשותו. כמו
19 כן לא הובאה הוכחה בנוגע למערכת היחסים שבין מיקרוסופט לבין המנכ"ל
20 ממנה אפשר ללמוד כמי מדובר בהכנסה במישור האישי, מה גם שאין סיווג
21 ההכנסה בידי המקבל כסיווג בידי המשלם.
- 22 35. אין יסוד לטענת המומחה מטעם המערערת כי נותרו בידה זכויות בקניין
23 הרוחני המשמשים לצורך פעילותה העצמאית. טענה זו הועלתה לראשונה
24 בחוות דעת המומחה, היא עומדת בניגוד להסכם ה-IP כאשר אין לאפשר
25 לנישום לטעון כנגד מצג עובדתי מטעמו, ותוצאתה היא כי שווי הקניין הרוחני
26 שהועבר למיקרוסופט על פי חוות דעת המומחה נמוך משמעותית מהתמורה
27 שדווח.



ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 36. המערערת לא הראתה כי תמורת עסקת המניות כוללת תשלום עבור סינרגיה.
 2 לא הוכח כי מאפייני העסקה ייחודיים ולא הוברר האם מאפיינים אלה אינם
 3 קיימים אצל רוכשים פוטנציאליים אחרים, במיוחד כשמביאים בחשבון שהיו
 4 מתחרים למוצר ה-OneCare. יתר על כן, בעוד שבעניין עצם קיום הסינרגיה
 5 מתמקדת המערערת בתועלת לחברה הרוכשת, הרי שבקביעת שווי הסינרגיה
 6 היא מתמקדת בעליית ערך נכסי החברה הנרכשת.
- 7 37. סינרגיה אינה נכס נפרד אך היא גורם המשפיע על המחיר המשולם בעסקה.
 8 בהתאם לכללי מחירי העברה יש להשוות את העסקה ל"עסקה דומה", שהוא
 9 המחיר שהיה משולם בעסקה הנבדקת בנטרול המרכיב של יחסים מיוחדים
 10 בין הצדדים. יש להעדיף דרך השוואה זו על פני קביעת שווי היפותטי על בסיס
 11 חוות דעת מומחים. מכאן שגם אם היה בעסקה דגן מרכיב של סינרגיה, אין
 12 בכך להשפיע על המסקנה, שהרי השפעתה הייתה קיימת גם ברכישת הפעילות.
- 13 38. גישת המערערת בסוגיית הסינרגיה אף יוצרת הבחנה חסרת הגיון בין עסקה
 14 הנערכת בין צדדים קשורים (שאו יש לנטרל הסינרגיה) ובין עסקה בין צדדים
 15 שאינם קשורים (שאו יש למסות את העסקה לפי התמורה שנקבעה). גישת
 16 המשיב עולה בקנה אחד עם קווי ההנחיה של ה-OECD בנוגע להשפעת
 17 הסינרגיה על אומדן שווי השוק.

18

19

דיון והכרעה

20

המסגרת הנורמטיבית ועיקר המחלוקת

21

39. סעיף 85א(א) לפקודת מס הכנסה, שכותרתו "מחירי העברה בעסקאות

22

בינלאומיות", קובע כדלקמן:

23

"בעסקה בין-לאומית שבה מתקיימים בין הצדדים לעסקה יחסים

24

מיוחדים שבשלהם נקבע מחיר לנכס, לזכות, לשירות או לאשראי, או

25

שנקבעו תנאים אחרים לעסקה, באופן שהופקו ממנה פחות רווחים

26

מאשר היו מופקים בנסיבות הענין, אילו נקבעו המחיר או התנאים בין

27

צדדים שאין ביניהם יחסים מיוחדים (להלן - תנאי השוק), תדווח

28

העסקה בהתאם לתנאי השוק ותחויב במס בהתאם".

29

30

10 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1
2 40. תקנות מס הכנסה (קביעת תנאי שוק), תשס"ז-2006 (להלן: **תקנות תנאי שוק**)
3 נועדו לתת כלים לקביעת שווי שוק בעסקאות בינלאומיות המתבצעות בין
4 צדדים שיש ביניהם יחסים מיוחדים. ההוראות העיקריות הנוגעות לעניין
5 שבפנינו הן אלה:
6
7 **1. בתקנות אלה –**
8
9 **"מאפייני השוואה" – כל אחד מאלה:**
10 (1) תחום הפעילות, לרבות ייצור, שיווק, מכירה, הפצה, מחקר
11 ופיתוח, ייעוץ ומתן שירותים;
12 (2) סוג הנכס או השירות;
13 (3) תנאי העסקה הבין-לאומית;
14 (4) סיכונים, לרבות סיכונים גאוגרפיים, סיכונים פיננסיים וסיכונים
15 אשראי;
16 (5) הסביבה הכלכלית;
17 (6) השפעת קיומו של מוניטין או של נכס בלתי מוחשי אחר;
18
19 **"עסקה בין-לאומית" – עסקה נושא הבדיקה שמתקיימים בה כל**
20 **אלה:**
21 (1) היא נעשתה בין צדדים שיש ביניהם, כולם או מקצתם, יחסים
22 מיוחדים;
23 (2) אחד או יותר מהצדדים לעסקה הוא תושב חוץ, או שההכנסה
24 מהעסקה, כולה או חלקה, היא הכנסה חייבת במס גם מחוץ
25 לישראל;
26
27 **"עסקה דומה" – כל אחת מאלה ובלבד שאם לא היו מאפייני ההשוואה**
28 **זהים, נעשו התאמות, כך שהשפעת ההבדל במאפייני ההשוואה על**
29 **התוצאות שהתקבלו – תתבטל:**
30 (1) עסקה בין הצד הנבדק לבין מי שאין לו עמו יחסים מיוחדים,
31 שבה מאפייני ההשוואה זהים, כולם או מרביתם, למאפייני
32 ההשוואה בעסקה הבין-לאומית;
33 (2) לא היתה עסקה כאמור בפסקה (1) – עסקה בין צדדים שאין
34 ביניהם יחסים מיוחדים שבה מאפייני ההשוואה זהים או דומים,
35 כולם או מרביתם, למאפייני ההשוואה בעסקה שביצע הצד הנבדק;
36
37 **"צד דומה" – אדם שמאפייני ההשוואה בו ובצד הנבדק זהים או**
38 **דומים;**
39
40 **"צד נבדק" – צד לעסקה בין-לאומית, שמתקיימים לגביו שני אלה:**
41 (1) ניתן להניח שהשוואת העסקאות הדומות שביצע, תניב את
42 התוצאה המהימנה ביותר לענין קביעת מחיר השוק;
43 (2) קיים לגביו מידע מתאים, נאות ומהימן יותר מאשר לגבי כל צד
44 אחר;

11 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1
2 2. (א) לצורך קביעה אם עסקה בין-לאומית שנעשתה היא עסקה
3 בתנאי שוק, ייערך חקר תנאי שוק שבו תשווה עסקה בין-לאומית
4 לעסקאות דומות של הצד הנבדק לפי אחת השיטות המפורטות להלן:
5 (1) שיטה המשווה בין המחיר שנקבע בעסקה הבין-לאומית לבין
6 המחיר שנקבע בעסקה דומה (בתקנות אלה – שיטת השוואת
7 המחיר);.....
8
- 9 41. אין חולק כי במקרה שלפנינו מתקיימים יחסים מיוחדים בין הצדדים לעסקה.
10 המערערת, מחד, וחברת האם שלה, מיקרוסופט, מאידך.
- 11 42. הלכה למעשה הצדדים אף אינם חלוקים על כך שבמקרה דנן ראוי לקבוע את
12 שווי השוק של העסקה כאשר "נקודת המוצא" היא התמורה ששולמה בעסקת
13 המניות שבוצעה מספר חודשים קודם לכן בין בעלי מניותיה של המערערת ובין
14 מיקרוסופט, צדדים שאין ביניהם (במועד העסקה) יחסים מיוחדים. ואכן,
15 עסקת המניות משקפת, לכאורה, באופן המיטבי, את שווי השוק של נכסי
16 המערערת.
- 17 עם זאת, הצדדים חלוקים בעיקרו של דבר בשני אלה:
- 18 ראשית, מהי "העסקה" שבין המערערת לבין מיקרוסופט; לטענת המערערת
19 העסקה היחידה היא העסקה שדווחה, לאמור – העסקה שבה נמכר ה-IP השייך
20 למערערת. לטענת המשיב העסקה האמתית היא רחבת היקף הרבה יותר,
21 וכוללת את כלל נכסיה ופעילותה של החברה (הפונקציות, הנכסים והסיכונים
22 – FAR), כדי ריקונה והפיכתה לקליפה תאגידית חסרת תוכן כלכלי.
- 23 שנית, מה שווי השוק של הנכס (או הנכסים) שהועברו באותה עסקה, כפי שניתן
24 לגזור מעסקת המניות. לטענת המערערת שווי זה הוא התמורה שדווחה
25 בהתבסס על מסמך ה-PPA כאשר המחיר שנקבע לעסקת המניות משקף ערכים
26 נוספים שלא באו לידי ביטוי בעסקת הטכנולוגיה, לרבות "סינרגיה", וכן נכסים
27 שנותרו בידי המערערת גם לאחר הסכם ה-IP, כגון פעילות שיווק ופעילות
28 מחקר ופיתוח בקשר להספקת מוצריה לקוחותיה. לטענת המשיב, העסקה
29 במהותה כוללת, כאמור, את כל נכסיה ופעילותה של המערערת (למעט מספר
30 מועט של נכסים שנותרו בידה, כגון בסיס הלקוחות הקיימים וההכנסות

12 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 הצפיות מהם), ושווי הנכסים שנמכרו על ידי המערערת למיקרוסופט אינו נופל
2 באופן משמעותי מהמחיר שנקבע בעסקת המניות.
- 3 43. יש לציין כי בנימוקי השומה הועלתה טענה חילופית ולפיה יש להעריך את שווי
4 הטכנולוגיה בהתאם למחיר ששולם עבור המניות וכן הטענה לפיה לא ניתן
5 להפריד בין הטכנולוגיה שנמכרה ובין המוניטין ויתר הנכסים הבלתי מוחשיים
6 שהיו בידי המערערת. בצדק טוענת המערערת כי טענות חילופיות אלו נזנחו
7 על ידי המשיב ומכל מקום כי הראיות שהוצגו מלמדות כי אין לטענות אלה כל
8 יסוד. כאמור, לפי חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב שווי הטכנולוגיה
9 אינו עולה באופן משמעותי על התמורה שדווחה. יתר על כן, הלה אישר
10 בחקירתו כי ניתן למכור את הטכנולוגיה ללא המוניטין (פרוטוקול עמ' 63, ש'
11 21-26) וכן כי אילו העובדים לא היו מועברים מהמערערת למיקרוסופט
12 ישראל, שווי הנכסים המועברים היה פוחת בשווי המיוחס על ידו בעסקה
13 להעברת העובדים (עמ' 226, ש' 20-25). משמע כי ניתן להפריד בין הטכנולוגיה
14 ובין יתר הנכסים.
- 15 44. שני הצדדים תמכו טענתם בעדים ובחוות דעת מומחים. מטעם המערערת
16 הוגשו תצהיריהם של גבי תמי גראנט ששימשה בתקופה הרלוונטית אנליסטית
17 פיננסית בכירה במיקרוסופט (להלן: **גראנט**), מר ארנון קטלן, סמנכ"ל פיתוח
18 עסקי ומשנה למנכ"ל המערערת (להלן: **קטלן**); מר אנטולי פנסיוק, מהנדס
19 במיקרוסופט ועסק בפיתוח המוצר OneCare (להלן: **פנסיוק**), מר יבגני לייב,
20 סמנכ"ל מו"פ במערערת (להלן: **לייב**) ומר גובינד גופטה, מנהל בחברת Duff
21 & Phelps שערכה את מסמך ה-PPA (להלן: **גופטה**). מטעם המשיב הוגש
22 תצהירה של המפקחת שטיפלה בשומה, גבי נורית דרמר (להלן: **דרמר**). בנוסף
23 הוגשה על ידי המערערת חוות דעת מומחה מטעמו של רו"ח ליאור הררי ניצן;
24 המשיב הגיש חוות דעת מטעמו של רו"ח רם לוי. כל העדים והמומחים (למעט
25 גופטה) נחקרו על תצהיריהם וחוות דעתם.
- 26 45. אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את כלל הראיות שהוצגו בפניי, לרבות חוות
27 דעת המומחים, ולאחר שנתתי דעתי למכלול טענות הצדדים, הגעתי לכלל
28 מסקנה כי יש לדחות את עיקרו של הערעור ולקבל את מיעוטו.

13 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

46. טענת המערערת היא כי המשיב אינו יכול ליצור "יש מאין" עסקה שלא הייתה, וכי העסקה היחידה שנערכה בין הצדדים היא זו המשתקפת בהסכם ה-IP. אלא שאיני סבור כי המשיב מנוע מלטעון כי המדובר בעסקה השונה מהאופן שבו היא מתוארת על ידי המערערת. לפיכך השאלה שיש לשאול היא האם מדובר בעסקה למכירת הטכנולוגיה בלבד, או שמא מדובר בעסקה שונה מבחינת היקפה. האם מאחורי העסקה "הגלויה" של מכירת הטכנולוגיה, מסתתרת עסקה הכוללת את מכירת כלל פעילותה של המערערת. עסקה אחרונה זו, המסתתרת מאחורי העסקה הגלויה, יכול שתהא עסקה אחרת, כאשר ההסכם למכירת ה-IP אינו אלא ביטוי חיצוני שלה, ויכול שתהא עסקה נוספת על העסקה למכירת ה-IP. בסופו של יום, השאלה העיקרית היא מה מהותה של העסקה (או העסקאות) ולא מה הלבוש שבו היא הולבשה על ידי הצדדים.

כך גם עולה מקווי ההנחיה של ה-OECD (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Guidance on Transfer Pricing (2014) (Aspects of Intangibles) (להלן: קווי הנחיה OECD). בסעיף 6.30 Special considerations for intangibles, המצוי תחת פרק VI שכותרתו: intangibles, נאמר כך:

6.3 The principles of Chapters I – III of these Guidelines apply equally to transactions involving intangibles and those transactions which do not. Under those principles, as is the case with other transfer pricing matters, the analysis of cases involving the use or transfer of intangibles should begin with a thorough comparability analysis, including a functional analysis. That functional analysis should identify the functions performed, assets used, and risks assumed by each relevant member of the MNE group. In cases involving the use or transfer of intangibles, it is especially important to ground the comparability and functional analysis on an understanding of the MNE's global business and the manner in which intangibles are used by the MNE to add or create value across the entire supply chain. Where

14 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 necessary, the analysis should consider, within the
2 framework of paragraphs 1.64 –
3 1.69, whether independent parties would have entered
4 into the arrangement and if so, the conditions that would
5 have been agreed."

6 מסקנתי היא, שמבחינה מהותית (או "פונקציונלית") העסקה שערכו הצדדים
7 (שתכונה להלן, לצורך הנוחות, כ"עסקת הטכנולוגיה") רחבת היקף הרבה
8 יותר מהעסקה שתוארה על ידיהם בהסכם ה-IP.

9 47. להלן אפרט את הנימוקים למסקנתי שדלעיל. בתוך כך אתייחס לעיקר טיעוני
10 ב"כ הצדדים - שנטענו בטוב טעם ודעת והיטיבו לפרוס בפני בית המשפט
11 תשתית משפטית ועובדתית מקיפה ויסודית הנדרשת לצורך ההכרעה - בנוגע
12 לסוגיות השונות שעמדו על הפרק.

13

14 **תכלית כללי מחירי העברה ונטל הוכחה**

15 48. לטענת המערערת התכלית העומדת ביסוד סעיף 85א לפקודה, כפי שעולה
16 מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 132 לפקודה, היא למנוע הסתת
17 רווחים בין צדדים קשורים ממדינה שבה שיעורי מס גבוהים למדינה בה
18 שיעורי מס נמוכים. והנה, במקרה שלפנינו אין לתכלית זו כל רלוונטיות שהרי
19 הנכסים שהמשיב טוען כי הועברו על ידי המערערת, הועברו בחלקם לחברה
20 ישראלית (מיקרוסופט ישראל בע"מ) ובחלקם לחברה אמריקאית הכפופה
21 לשיעורי מס חברות גבוהים יותר מאלה שבישראל.

22 49. אלא שברי כי גם אם במקרה קונקרטי תכלית החוק אינה רלוונטית, אין
23 פירושו של דבר הוא שניתן לפרוץ את גבולותיו של החוק. סעיף 85א קובע כי
24 בהתקיים יחסים מיוחדים בין הצדדים יש למסות את העסקה על פי תנאי
25 השוק. העובדה כי הצדדים נקבו בתמורה שאינה על פי תנאי השוק משיקולים
26 אחרים שאפשר ואינם שיקולי מס, אינה מאפשרת לחרוג מהוראה זו. יתר על
27 כן, לא הוכח כי במקרה דנן אכן תוצאות המס הכוללות מבחינת המערערת
28 ו/או חברת האם שלה אינן מיטיבות עמהן, כגון בשל קיזוז הפסדים או מטעם
29 אחר.

15 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 50. בסופו של יום, השאלה היא האם עסקת הטכנולוגיה נעשתה בתנאי שוק אם

2 לאו. עם זאת, במקרה דנן יש להקדים שאלה אחרת והיא מהי אותה "עסקה"
 3 שנעשתה. לאמיתו של דבר, דווקא השאלה השנייה היא השאלה העיקרית
 4 העומדת במחלוקת בין הצדדים. כעולה מחוות דעת המומחים, לא קיים פער
 5 רב בין הערכת שווי השוק של הטכנולוגיה גופה כפי שזו הוערכה על ידי
 6 המומחה מטעם המשיב לעומת הערכתה על ידי המומחה מטעם המערערת.
 7 המומחה מטעם המשיב העריך את שווי הטכנולוגיה (טכנולוגיית ליבה,
 8 טכנולוגיה קיימת וטכנולוגיה בפיתוח) בסך של 29.7 מיליון דולר ואילו
 9 המומחה מטעם המערערת העריכה בטווח שבין 16.922 לבין 33.323 (שווי
 10 חציוני 24.953).

11 51. עיקר ההבחנה בין המומחים הוא בכך שהמומחה מטעם המשיב סבר שיש
 12 להוסיף לשווי זה ערכים נוספים - שווי מותג (2.1 מיליון דולר), בסיס לקוחות
 13 מועבר (1.5 מיליון דולר), מוניטין מיוחס ל"עסק החי" (24.7 מיליון דולר) וכן
 14 פונקציית כוח האדם שהועברה למיקרוסופט ישראל (31 מיליון דולר). לעומת
 15 זאת, המומחה מטעם המערערת סבר כי לא רק שיש להפחית מהתמורה
 16 בעסקת המניות (המשמשת "נקודת מוצא" לקביעת שווי השוק בעסקת
 17 הטכנולוגיה) את הערך הסינרגטי שנוצר בעסקת המניות וכן את פונקציית
 18 השיווק (ההפצה) והמו"פ שנותרו במערערת, אלא שאף יש להפחית משווי
 19 הקניין הרוחני שהיה במערערת את שווי השימוש בקניין הרוחני הנדרש לצרכי
 20 הפעילות שנותרה במערערת, כאשר לפי הטענה גם קניין רוחני זה נותר בידי
 21 המערערת לאחר מכירת ה-IP.

22 מכל מקום, וכאמור, המחלוקת העיקרית אינה מה שוויה של הטכנולוגיה,
 23 אלא האם העסקה שנעשתה בין המערערת למיקרוסופט היא אכן עסקה
 24 למכירת הטכנולוגיה בלבד (או חלק מהטכנולוגיה), או שמא המדובר בעסקה
 25 רחבת היקף הרבה יותר, הכוללת פעילות ונכסים נוספים.

26 52. ממילא, הנטל בערעור זה להוכיח מהי "העסקה" מוטל על כתפי המערערת.
 27 אכן, בהתאם לסעיף 85א(ג) מקום שבו מסר הנישום לפקיד השומה, לפי
 28 דרישתו, את כל המסמכים והנתונים בידו הנוגעים לעסקה, וכן מסר את כלל
 29 המסמכים הנדרשים לפי תקנות שווי שוק, תחול על פקיד השומה חובת הראיה

16 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 אם קבע קביעות שונות מהמוסכם על הצדדים – ואין טענה בפי המשיב כי
- 2 המערערת נמנעה ממסירת המסמכים והנתונים הרלוונטיים. עם זאת, סעיף

3 זה לא נועד להפוך את הכלל הרגיל הנוגע לנטל הראיה בערעורי מס בכל מקרה
 4 של עסקה בינלאומית בין צדדים קשורים. הסעיף נועד להשלים את הכללים
 5 הנוגעים לאופן הוכחת תנאי שוק בעסקה כאמור, כך שמקום בו פעל הנישום
 6 על פי תקנות תנאי שוק והמציא לפקיד השומה את המסמכים הנדרשים לפי
 7 תקנות אלה, לרבות חקר תנאי שוק, יהא על פקיד השומה להראות כי התנאים
 8 המוסכמים בעסקה חורגים מתנאי השוק. אולם, כאשר עומדת במחלוקת בין
 9 הצדדים השאלה מהי העסקה ומה היקפה, ואילו נכסים נמכרו במסגרתה,
 10 יידרש הנישום להוכיח כי העסקה, כפי שהוצגה לפקיד השומה, היא אכן
 11 העסקה, והעסקה היחידה, שנערכה בין הצדדים, ולא עסקה נוספת או אחרת.
 12 כך במיוחד כאשר המידע הנוגע לאותה עסקה מצוי בידיעתו של הנישום (ראה
 13 ע"מ 55647-07-14 סניור נ' רשות המסים (28.6.2015)). לא למותר אף לציין
 14 כי אין בידי לקבל את טענת המערערת לפיה המשיב טוען למעשה לקיומה של
 15 עסקה מלאכותית בין הצדדים ולפיכך נטל הראיה עליו; טענה לפיה תוכן
 16 העסקה שונה מהאופן בו היא הוצגה בפני פקיד השומה, אינה טענה בדבר
 17 מלאכותיות העסקה אלא בדבר סיווגה מחדש (ראה ע"מ 34660-02-15 צמל
 18 יעקובסון בע"מ נ' פקיד שומה פ"ת (7.8.2015)).

19

20

כללי מחירי העברה וקביעת שווי השוק

21 53. בהתאם לתקנות תנאי שוק, קביעת תנאי שוק תתבצע בשיטה המשווה בין
 22 המחיר שנקבע בעסקה הבינלאומית לבין המחיר שנקבע בעסקה דומה. "עסקה
 23 דומה" משמעה: (1) עסקה בין הצד הנבדק לבין מי שאין לו עמו יחסים
 24 מיוחדים, שבה מאפייני ההשוואה (תחום פעילות, סוג הנכס או השירות, תנאי
 25 העסקה, סיכונים, סביבה כלכלית, השפעת מוניטין) זהים, כולם או מרביתם,
 26 למאפייני ההשוואה בעסקה הבינלאומית. בהעדר מאפייני השוואה זהים יש
 27 לערוך התאמות תוך ביטול השפעת ההבדלים (להלן: **מאפייני השוואה**
 28 **תואמים**); (2) באין עסקה דומה כאמור - עסקה בין צדדים שאין ביניהם
 29 יחסים מיוחדים שבה מאפייני ההשוואה תואמים למאפייני ההשוואה בעסקה
 30 שביצע הצד הנבדק.

17 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 49444-01-13 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 54. טענתה העיקרית של המערערת היא כי התמורה שנקבה בעסקת המניות אינה
 2 משקפת את שווי השוק של עסקת הטכנולוגיה, שכן העסקה הראשונה כוללת
 3

3 מרכיבים שאינם חלק מהעסקה השנייה. דגש מיוחד הושם על היותה של עסקת
 4 המניות, להבדיל מעסקת הטכנולוגיה, כוללת מרכיב של "סינרגיה" - הוא
 5 היתרון שנוצר למיקרוסופט בשל האפשרות לעשות שימוש ביכולותיה של
 6 המערערות בתחום התמיכה הטכנית האוטומטית לצורך פיתוח מוצר ה-
 7 OneCare עליו שקדה מיקרוסופט באותה תקופה (יתרון נוסף שנזכר בהקשר
 8 זה של "סינרגיה" הוא האפשרות לעשות שימוש ביכולותיה של מיקרוסופט
 9 בשוק הבינלאומי על מנת להרחיב ולהגדיל את היקף פעילותה של המערערת.
 10 לכך אתייחס בהמשך). לגישת המערערת, העובדה כי מדובר ביתרון ייחודי
 11 למיקרוסופט משמעה כי תמורת עסקת המניות אינה משקפת את שווי השוק
 12 של עסקת הטכנולוגיה, אותה יש לקבוע על פי המחיר שיש לצפות בעסקה שבה
 13 אין לרכוש יתרון ייחודי מעין זה.

14 55. אין זאת אלא כי לגישת המערערת יש לקבוע את שווי השוק בהתאם לתמורה
 15 שהייתה נקבעת בעסקה בעלת מאפייני השוואה תואמים בין צדדים כלשהם
 16 שאינם קשורים, אם עסקה בין המערערת עצמה לבין צד כלשהו שאינו קשור
 17 (לפי אפשרות (1) בהגדרת "עסקה דומה"), ובהעדר עסקה כאמור - עסקה בעלת
 18 מאפייני השוואה תואמים בין צדדים בלתי קשורים אחרים כלשהם (לפי
 19 אפשרות (2) בהגדרת "עסקה דומה"). לפיכך, יש לבדוק מה התמורה שנקבעה
 20 בעסקה בעלת מאפייני השוואה תואמים בין המערערת לבין רוכש בלתי קשור
 21 אחר (שאינו מיקרוסופט), ובהעדר עסקה כאמור - התמורה שנקבעה בעסקה
 22 בין צדדים בלתי קשורים אחרים (שאינם המערערת ומיקרוסופט).

23 56. לא רק שהמערערת לא הציגה "עסקה דומה" מהסוג האמור, אלא שסבורני כי
 24 גישה זו אינה עולה מלשון התקנות, ואף אינה מתיישבת עם הגיונם של דברים.

25 **ראשית**, על פני הדברים העסקה הדומה ביותר לעסקה הנבחנת מבחינת
 26 מאפייני ההשוואה היא העסקה בין הצד הנבדק (המערערת) לבין מי שאין לו
 27 יחסים מיוחדים עמה, דהיינו מיקרוסופט במועד שקדם לעסקת המניות - לפי
 28 אפשרות (1) בהגדרת "עסקה דומה". זו גם התוצאה בהתאם לאפשרות (2)
 29 באותה הגדרה; העסקה הדומה ביותר היא זו שנעשתה בין צדדים שאין ביניהם

18 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 יחסים מיוחדים, ושוב - יהיו אלה המערערת ומיקרוסופט במועד שקדם
 2 לעסקת המניות.

3 **שנית**. מטרת כללי מחירי העברה היא לנטרל את ההשפעה הנובעת מהיומם של

4 יחסים מיוחדים על מחיר העסקה. השאלה העיקרית שיש, לפיכך, לשאול
 5 בהקשר זה היא זו: **מה היה מחיר העסקה אלמלא היו יחסים מיוחדים בין**
 6 **הצדדים?** (ראה דברי ההסבר להצעת החוק, הח"ח 3156, כח בתמוז התשס"ב,
 7 793, 769 (8.7.2002)).

8 השאלה האחרת האפשרית, דהיינו מה היה מחיר העסקה אילו העסקה הייתה
 9 נעשית בין צדדים אחרים (הצד הנבדק עם צד אחר, או שני צדדים שונים
 10 לחלוטין) נראית, על פניה, שאלה שמניבה תוצאה טובה פחות מבחינת היכולת
 11 להעריך נכונה עד כמה הושפע המחיר מקיומם של יחסים מיוחדים ואיזו
 12 תוספת מחיר נדרשת על מנת להביא את העסקה למחיר "הנכון" שלה.

13 כמובן שבמקרה הרגיל, מאחר והעסקה המנוטרלת מקיומם של יחסים
 14 מיוחדים היא עסקה תיאורטית שלא התבצעה מעולם, התשובה לשאלה
 15 האחרת נדרשת על מנת שיהא ניתן להשיב על השאלה העיקרית. עם זאת, נראה
 16 כי מקום שבו ניתן להשיב במישרין לשאלה העיקרית, אין מקום, ואין גם צורך,
 17 לפנות לשאלה האחרת. והנה, במקרה שלפניי העסקה המנוטרלת מקיומם של
 18 יחסים מיוחדים אינה עסקה תיאורטית, אלא עסקה שהתבצעה בפועל. וגם אם
 19 נדרש לבחון האם, ובאיזו מידה, יש להתאים את העסקה שהתבצעה בפועל
 20 למאפייניה של העסקה הנבחנת, אין ספק כי עסקה זו היא "העסקה הדומה"
 21 ביותר לאותה עסקה. כאמור, אף הצדדים אינם חלוקים על העיקרון שנקודת
 22 המוצא לקביעת תנאי השוק של עסקת הטכנולוגיה היא המחיר שנקבע בעסקת
 23 המניות.

24 **שלישית**, איני סבור כי בקביעת שווי שוק של נכס או שירות ניתן להתעלם
 25 מהיתרון הייחודי שנוצר לרוכש בעסקה שבינו לבין המוכר, ובמקרה דנן,
 26 היתרון שנוצר למיקרוסופט בשל אפשרותה לעשות שימוש ביכולותיה של
 27 המערעת לצורך פיתוח מוצר ה-OneCare. לעניין זה אתייחס בהרחבה
 28 במסגרת הדיון שאערוך בפרק הבא בסוגיית ה"סינרגיה".

29

19 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 **סינרגיה**

2 57. העובדה שלרוכש מסוים יש יתרון ייחודי ברכישת נכס מסוים, אין משמעה כי

3 לרוכש אחר לא קיים יתרון ייחודי אחר, שגם בגינו מוכן הוא לשלם תמורה

4 "עודפת". צא וראה כי במקרה שלפניי - ומפי המערערת עצמה זאת למדתי -
 5 כי עסקת המניות נעשתה בשל רצונה של מיקרוסופט להתמודד עם מתחריה
 6 (ראה סעי' 6 ו-85 לסיכומי המערערת; סעיף 5 לתצהיר פנסיוק). כלום לא ניתן
 7 לתאר מצב שבו אותם מתחרים היו רוכשים את המערערת במחיר דומה למחיר
 8 בו נרכשה על ידי מיקרוסופט, וזאת אך ורק על מנת לסכל את כוונותיה של
 9 מיקרוסופט להתחרות עמם? (על היות המוצר שייצרה המערערת אטרקטיבי
 10 לחברות גדולות ומובילות בעולם ראה עדות לייב, ע' 19, ש' 29 – ע' 20, ש' 3).

11 58. עוד אזכיר בהקשר זה כי עיקר התועלת שמצאה מיקרוסופט ברכישת
 12 המערערת, כדי תוספת ערך של 217 מיליון דולר (ראה ע' 11 למסמך ה-
 13 FGNG) הוא במרכיב ה-time to market (ראה סעיף 13 לתצהיר פנסיוק),
 14 לאמור – היתרון בקיצור הזמן עד לשיווקו של המוצר לפני המתחרים, תוך
 15 השגת נתח שוק והכנסות מובטחות. ברי כי בנסיבות אלה לגורם התחרותי
 16 השפעה משמעותית על העסקה ועל המחיר המשולם במסגרתה. אף מטעם זה
 17 קשה להתייחס ליתרון שהיה למיקרוסופט ברכישת המערערת כיתרון ייחודי
 18 באופן שהתמורה ששולמה על ידה בעסקת המניות אף היא הייתה "ייחודית".

19 59. לפיכך אף איני מוצא מקום להידרש לשאלה האם הובאו ראיות בדבר קיומם
 20 של רוכשים פוטנציאליים אחרים אשר הציעו לרכוש את מניות המערערת
 21 במחיר דומה למחיר ששולם על ידי מיקרוסופט. לטענת המערערת לא הובאה
 22 כל ראיה לפיה הוצעו הצעות קונקרטיות לרכישת המערערת, ולפיכך מדובר
 23 באפשרות תיאורטית בלבד שיש להתעלם ממנה. אף אם אניח כי הנטל בעניין
 24 זה מוטל על המשיב - וספק הדבר בעיני, שכן נראה שהיה על המערערת להציג
 25 ראיה לכך שהוצעו לה הצעות אחרות נמוכות יותר או שהצעתה של מיקרוסופט
 26 הייתה ההצעה היחידה – יתרונו הייחודי של רוכש מסוים ברכישת נכס מסוים,
 27 אינו, כשלעצמו, מוציא את התמורה מגדרי תנאי השוק של העסקה. אם אין
 28 אתה אומר כן, תתעורר מאליה השאלה על שום מה שילם הרוכש אותה תמורה
 29 בידוע כי המוכר יוכל להשיג מאת רוכשים פוטנציאליים עבור אותו נכס סכום

20 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 נמוך באופן משמעותי. דומני כי ניתן להניח כי צדדים לעסקה, לרבות הצדדים
 2 לעסקה דנן, פועלים באופן רציונלי ואינם משלמים תמורה או מצפים לתמורה
 3 העולה באופן משמעותי על זו שהייתה מתקבלת מרוכשים אחרים באותם
 4 תנאים.

60. ואכן, העובדה שרוכשים מסוימים (ואפילו רוכש מסוים אחד) יכולים להפיק תועלת גבוהה יותר מנכס מסוים מאשר רוכשים פוטנציאלים אחרים, אין בהכרח משמעה כי לא ניתן לקבוע על פי אותם רוכשים את שווי השוק של הנכס. לכל היותר ניתן לומר כי לנכס זה קיים שוק מצומצם, או שוק שאינו משוכלל, אך גם שוק מסוג זה, עדיין שוק הוא, ולפיכך במקרה הרגיל יש לקבוע על פיו את תנאי השוק.
- אמת כי ניתן לתאר מצבים שבהם רוכש מוכן לשלם עבור נכס מחיר בלתי "רציונלי" העולה באופן משמעותי על שווי השוק שלו, למשל – בשל ערך סנטימנטלי שיש לו בעיניו. כמו כן ניתן לתאר מצבים שבהם המוכר "מנצל" את הדבר לטובתו ומעלה את מחירו של הנכס הרבה מעבר לשווי השוק שלו, או שגם מבחינתו יש לנכס ערך סנטימנטלי והוא אינו מוכן להיפרד ממנו אלא במחיר בלתי "רציונלי". עם זאת, מדובר במקרים חריגים, ומכל מקום לא נטען, וכמובן אף לא הוכח, כי למי מהצדדים לעסקה דנן היה אינטרס שאינו אינטרס עסקי טהור. יתר על כן, די בכך שנתאר מצב שבו לנכס ערך סנטימנטלי בעיניו של יותר מרוכש אחד, על מנת שבנקל ניתן יהיה לראות בערך זה כחלק בלתי נפרד מתנאי השוק – שוק הרוכשים "הסנטימנטליים", כגון שוק אספנים של פריטים מסוימים אשר שווים "האובייקטיבי" זנית.
61. מצאתי לנכון להקדים דברים אלה וזאת נוכח טענתה של המערערת לפיה המחיר ששולם בעסקת המניות משקף יתרון ייחודי שיש למיקרוסופט בעסקה. לטענתה, עלה בידה להוכיח כי במקרה דנן שולמה תמורה עודפת, פרמיה, על שווי האובייקטיבי הריאלי של המערערת, וזאת בגין ציפיתה של מיקרוסופט להשגת סינרגיה בין פעילותה לפעילות המערערת.
62. המומחה מטעם המערערת העריך את הפרמיה בגין הצפייה לסינרגיה בסכום של 17.295 מיליון דולר (אומדן חציוני). נטען שאומדן זה אף נמוך משמעותית מהפער בין הערכת מיקרוסופט את שווי המערערת כשלעצמה, כפי שעולה

21 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 ממסמך ה- FGNG (39-55 מיליון דולר), ובין מחיר הרכישה בפועל (90 מיליון
2 דולר), פער שלטענת המערערת משקף את ערך הסינרגיה.
- 3 63. בכל הנוגע לסוגיית הסינרגיה הפנתה המערערת לתצהירו של פנסיוק בו הוסבר
4 היתרון שראתה מיקרוסופט ברכישת המערערת לצורך פיתוח מוצר
5

OneCare. לדבריו, בהתחשב בדחיפות שמיקרוסופט ייחסה להשקת המוצר
 הכולל תמיכה אלקטרונית, היה זה אך טבעי שמיקרוסופט תרכוש את
 המערערת, ובכך יינתן מענה למרכיב "הזמן לשיווק" (Time to Market),
 דהיינו היתרון בפיתוח מהיר של מוצר והעמדתו למכירה לפני המתחרים תוך
 השגת נתח שוק. כן הפנתה המערערת לתצהירה של גראנט, שתיארה כיצד
 מחיר העסקה "קפץ" ב-100% מההצעה הראשונית, כאשר פער זה הוסבר על
 ידי בקיומה של סינרגיה.

64. ועוד הפנתה המערערת למסמך ה-FGNG אשר לו היא מייחסת ערך ראייתי
 משמעותי בשל כך שהוכן בזמן אמת והוא משקף את שיקוליהם של מקבלי
 ההחלטות במיקרוסופט עובר לעסקת המניות, ואת המלצת עורכי המסמך
 בעניין זה. לטענת המערערת עולה מהמסמך האמור כי קיומה של סינרגיה –
 האצת "מפת הדרכים" להשלמת מוצר ה-OneCare - היה השיקול המרכזי
 בקביעת מחיר הרכישה; במסמך מוצג גידול ברווח התפעולי בסך של 217
 מיליון דולר בתרחיש רכישת המערערת לעומת תרחיש של פיתוח ה-OneCare
 ללא המערערת, וזאת אך בשל קיצור ה-time to market. לבסוף מציינת
 המערערת כי המומחה מטעמה עמד על כך שקיים פער בין תחזיות המכירה של
 המערערת כשלעצמה (Stand-Alone) כפי שהוצגו במסמך ה-FGNG לבין
 תחזיות אלה במסמך ה-PPA, כאשר לדבריו פער זה מלמד על כך שבעסקת
 המניות אכן שולמה פרמיה בגין סינרגיה.

65. יש לתת את הדעת לכך כי מלבד הערך הסינרגטי הנוצר בשל השימוש
 ביכולותיה של המערערת לצורך פיתוח מוצר ה-OneCare – סינרגיה עליה
 עמדו המצהירים מטעם המערערת וכן המערערת בסיכומיה - עולה
 מהמסמכים ומחוות דעת המומחים כי קיים ערך סינרגטי נוסף הנוצר בשל
 ניצול טוב יותר של הנכסים שבידי המערערת לאור היתרונות הקיימים בגוף

22 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 המשולב (כוח שיווק, חוסן פיננסי וכו'). הדבר בא לידי ביטוי בגידול הצפוי
 2 ברווחיה של המערערת לאחר הרכישה, כפי שהדבר משתקף במסמך ה-PPA.
 3 המומחה מטעם המערערת ביסס את קביעתו בדבר שוויה של הסינרגיה (ובה
 4 מיקד את הניתוח שערך בחוות דעתו) על השוואה בין שיעור הרווחיות של
 5 מיקרוסופט (ושיעורי רווחיות של חברות "דומות" למיקרוסופט) לשיעורי
 6 הרווחיות של המערערת (וחברות "דומות" לה). לגישתו. שיעור הרווחיות

- 7 המשוער במסמך ה- PPA הגבוהים משיעורי הרווחיות המקובלים לחברות
 8 כדוגמת המערערת והקרובים יותר לאלה של מיקרוסופט, מלמדים על כך
 9 שהתמורה כוללת פרמיה בגין סינרגיה שיש ליחסה למיקרוסופט (ראה ע' 34-
 10 35 לחוות דעתו).
- 11 לחוות דעתם של המומחים אתייחס בהמשך, אך אציין כבר עתה כי נראה
 12 שעיקר גידול צפוי זה ברווחיות מבוסס על צפי למכירת מוצרים ללקוחות
 13 חדשים (ראה Exhibit 6, 7 & 8 למסמך ה-PPA) וזאת בשעה שמתוך הראיות
 14 לא עולה כי נעשה מאמץ של ממש לגייס לקוחות חדשים. להפך – מהראיות
 15 עולה בבירור כי מיד לאחר רכישת המערערת, הופנו כלל משאביה לטובת
 16 פעילותה של מיקרוסופט בפיתוח מוצר ה-OneCare, זו אף הייתה מטרת
 17 רכישתה מלכתחילה. עוד עולה כי זמן קצר ביותר לאחר הרכישה, ובעקבות
 18 הרכישה וכתוצאה ממנה, החלה להצטמצם פעילותה של המערערת מול
 19 לקוחותיה, באשר אלה נטשו אותה או סיימו את ההתקשרות עמה מיד בתום
 20 תקופת החוזה. גם לכך אשוב בהמשך.
- 21 66. מכל מקום, וכאמור, איני סבור כי העובדה שקיים יתרון ייחודי לרוכש מסוים
 22 ברכישת נכס מסוים משמעה כי המחיר ששולם על ידו אינו משקף את שווי
 23 השוק של הנכס. המערערת אכן הוכיחה כי למיקרוסופט היה קיים יתרון
 24 ייחודי ברכישת המערערת, לאור ציפייתה לסינרגיה ורצונה לשלב את פעילות
 25 המערערת בפיתוח מוצר ה-OneCare, תוך חסכון ניכר ב-time to market, אך
 26 המערערת בוודאי שלא הוכיחה כי לרוכש אחר לא היה קיים "יתרון ייחודי"
 27 מסוג אחר, באופן שאף הוא היה נכון לשלם מחיר דומה בעסקת המניות.
- 28

23 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 67. כך העיד המומחה מטעם המערערת (ע' 37 ש' 16 עד ע' 38, ש' 5):
- 2 **ש. האם יהיה נכון להגיד שכל חברה אחרת הייתה מבקשת**
 3 **לרכוש את המערערת. הייתה אף היא מביאה את הסינרגיה**
 4 **בחשבון באותו האופן?**
 5 ת. אתה מניח שמיקרוסופט עשתה את החישוב הזה לפני
 6 שעשתה את הרכישה? זו הנחה לא מדויקת. המחיר
 7 שהסכימה לשלם לקחה בחשבון הסינרגיות שהיא ראתה,
 8 שהיו גדולות משמעותית ממה שאנו כימתנו כאן לצרכים

9 אלה, ובמסגרת השאלה של כמה אני משלם כאשר אני מזהה
 10 סינרגיה מסוימת, זו שאלה שנכנסת למו"מ, לרצון הצדדים,
 11 לנכונות הצדדים. אני לא חושב שמישהו עושה זה לא מדע
 12 מדויק, בטח לא עסקאות ולכן המדידה המדויקת היא להגיד
 13 שמישהו אחר היה עושה אותה מדידה זה כמו להגיד
 14 שמיקרוסופט עשו בדיוק אותה מדידה, הם עשו הרבה
 15 מדידות והערכות, שחלקן מופיעות ב-FGNG כמו העלייה
 16 הצפויה במכירות וונקר וגורמים אחרים. הסינרגיה באה
 17 לידי ביטוי מסוים במחיר של הרכישה. מיקרוסופט עשתה
 18 חישוב סך כל התועלות שיכולה לבוא מהעסקה, שעולות
 19 בהרבה על אותם סכומים שמיוחסים לסינרגיה בעסקה
 20 שיצאה לפועל. ה-FGNG נעשה לפני רכישת המניות. מה
 21 שעשינו לא חישוב שעשתה מיקרוסופט במועד הזה ולא
 22 עושה בצורה כזו אף רוכש, מעריך את הדברים בסדרי גודל
 23 משמעותיים וגדולים וניגש למו"מ ממחיר מינימום, עד
 24 למקסימום שמוכן לשלם. בא לידי ביטוי המחיר שנסגר הוא
 25 המחיר שנסגר.
 26 **ש. האם יש משהו מיוחד במיקרוסופט לעומת כל רוכש**
 27 **פוטנציאלי אחר?**

28 ת. לכל רוכש פוטנציאלי אחר פוטנציאלי היה יכול להיות
 29 סינרגיה וזאת רואים בהרבה עסקאות אין הגיון עסקי
 30 לעשות רכישה בלי שיש בה מידה מסוימת של סינרגיה,
 31 למעט עסקאות שאתה רוכש אותן כדי שימשיכו לעבוד לבד,
 32 ללא התערבות מצדך וללא שתשלם או תעשה שום דבר. קניית
 33 מניות, הן ממשיכות לעבוד ורק הבעלים השתנה, זה
 34 עסקאות שאפשר להגיד שלא קיימת סינרגיה".
 35

36 68. גישת המערערת נסמכת במידה רבה על הטענה שבעסקת מניות עשוי הרוכש
 37 לשלם מחיר העולה על השווי הנקי של נכסי החברה עצמם, גם אם הם נמכרים
 38 כמכלול, למשל פרמיית שליטה. בדומה, עשוי רוכש לשלם פרמיה בגין נסיבות
 39 שבשלבן יש לנכסי החברה ערך ייחודי עבורו בשל הסינרגיה הצפויה בין פעילותו
 40 לפעילות החברה הנרכשת, כאשר ציפייה זו עומדת בבסיסן של עסקאות רכישה
 41 רבות. לטענתה, פרמיה זו אין לייחס לנכסי החברה, היא אינה "שייכת"

24 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 לחברה המוכרת ולכן אף לא ניתנת להימכר על ידה, והיא הפנתה בעניין זה,
 2 בין היתר, לקווי ההנחיה בנושא מחירי ההעברה של ארגון ה-OECD, לפסיקת
 3 בית המשפט בעניין "כלל" (ע"מ 10-10-26356 כלל חברה לביטוח בע"מ נ'
 4 פקיד שומה למפעלים גדולים (20.2.2013) ובעניין "כרמל" (ע"מ 12-10-53014
 5 כרמל מדיקט טכנולוגיות אקוסטיות בע"מ נ' פקיד שומה חיפה (28.12.2015)
 6 ולדו"ח ועדת בר זכאי שעסק בהשלכות המס הכרוכות ביישום "ועדת בכר"
 7 לעניין מכירת אחזקות התאגידים הבנקאיים בקופות הגמל וקרנות הניהול.

- 8 איני סבור כי יש באמור כדי לתמוך בגישתה של המערערת.
- 9 69. **מקווי הנחיה של ה-OECD** עולה כי יש להתחשב בתרומתה של הסינרגיה
- 10 לרווחיות וכגורם השוואתי בקביעת מחירי העברה כאשר אין ליחסה בהכרח
- 11 לקניין הרוחני.
- 12 כך נאמר בסעיפים 1.103 ו-6.30 לקווי ההנחיה (ראה גם סעיף 6.130):
- 13 1.103 If important group synergies exist and can be
- 14 attributed to deliberate concerted group actions, the
- 15 benefits of such synergies should generally be shared by
- 16 members of the group in proportion to their
- 17 contribution to the creation of the synergy..."
- 18
- 19 6.30 In some circumstances group synergies contribute
- 20 to the level of income earned by an MNE group. Such
- 21 group synergies can take many different forms
- 22 including streamlined management, elimination of
- 23 costly duplication of effort, integrated systems,
- 24 purchasing or borrowing power, etc. Such features may
- 25 have an effect on the determination of arm's length
- 26 conditions for controlled transactions and should be
- 27 addressed for transfer pricing purposes as comparability
- 28 factors. As they are not owned or controlled by an
- 29 enterprise, they are not intangibles within the meaning
- 30 of Section A.1. See paragraphs 1.98 – 1.114 for a
- 31 discussion of the transfer pricing treatment of group
- 32 synergies.
- 33

25 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 70. מבלי להידרש לשאלת תחולת קווי ההנחיה על עסקה שנערכה לאחר כניסתן
- 2 לתוקף של תקנות שווי השוק, איני סבור כי מהאמור בקווי ההנחיה ניתן
- 3 ללמוד שיש **לנטרל** מרכיב זה של סינרגיה בקביעת שווי השוק של הפעילות או
- 4 הנכסים הבלתי מוחשיים שנמכרים בעסקה בין צדדים קשורים, גם אם אין
- 5 מדובר בנכס בלתי מוחשי העומד בפני עצמו. במיוחד לאור העיקרון שנקבע
- 6 בסעיף 6.3 שצוטט לעיל, לפיו ניתוח של עסקה להעברת נכסים בלתי מוחשיים
- 7 צריך שיהא ניתוח פונקציונלי מעמיק, במסגרתו יש לזהות את הפונקציות,
- 8 הנכסים והסיכונים הרלוונטיים.

- 9 יתר על כן, דוגמא 27 לקווי ההנחיה שעניינה פרמיה ששולמה בגין סינרגיה
 10 בעת רכישת מניות חברה, כאשר לאחר מכן החברה פורקה ונכסיה הועברו לצד
 11 קשור, קובעת כי יש להתחשב בפרמיה זו לצורך קביעת שווי השוק של הנכס
 12 המועבר (באותו מקרה – רישיון). טענת המערערת בסיכומי התשובה כי דוגמא
 13 זו מתייחסת רק למקרה שבו קיים קשר חד ערכי בין הפרמיה ובין הנכס
 14 המועבר ואילו במקרה שלנו הפרמיה שולמה בגין צפייה לסינרגיה בפיתוח
 15 מוצר ה-OneCare והיא לפיכך אינה כרוכה בקניין הרוחני שהועבר, אינה
 16 אלא חזרה על הטענה כי אין מדובר בנכס השייך לחברה המוכרת ולפיכך יש
 17 להתעלם ממנו בקביעת שווי השוק. טענה זו אין בידי לקבל שהרי אף אם אין
 18 מדובר ב"נכס" בבעלות המוכרת (או אין מדובר ב"נכס" כלל), מרכיב
 19 הסינרגיה בוודאי שמשפיע על ערכם של הנכסים (האחרים) בעסקה ולפיכך יש
 20 להביאו בחשבון בקביעת שווי השוק שלהם.
- 21 71. בפסה"ד בעניין "כלל", בו נדונה טענת המערערת כי שילמה עבור רכישת קרן
 22 הפנסיה פרמיה בשל הסינרגיה וכי יש ליחסה למוניטין, קבע בית המשפט כי
 23 המערערת שילמה עבור המניות תמורה הגבוהה מ"השווי הפנימי" של פעילות
 24 הקרן אותה עת, אך מדובר בשווי סובייקטיבי שמייחס הרוכש לנכס ולא בשווי
 25 האובייקטיבי של המוניטין.
- 26 ועוד קבע כי אין מדובר בנכס נפרד ואף לא ניתן לטעון כי המערערת רכשה נכס
 27 זה של סינרגיה כאשר אין צד שמכר לה אותו נכס; האפשרות לשלב את עסקי
 28 הנרכשת בעסקי הרוכשת, לא הייתה נתונה בידי הראשונה ולפיכך לא היה
 29 קיים בידה נכס שיכולה למכור למערערת (ראה גם פרופ' ידידיה שטרן "רכישת

26 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 גייטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 **חברות – המניעים והערכתם**, מחקרי משפט ח (תש"ן) 255). בסופו של דבר
 2 דחה בית המשפט המחוזי את הערעור וקבע כי המערערת לא רכשה מוניטין.
- 3 72. כשלעצמי איני סבור שיש מקום לקביעה גורפת לפיה "סינרגיה" אינה נכס
 4 הקיים בידי החברה המוכרת. על פניו, הגדרת "נכס" בפקודת מס הכנסה,
 5 הכוללת אף "זכות ראויה או מוחזקת" (ראה ע"א 182/72 **צבי אברך נ' פקיד**
 6 **השומה תל-אביב 3**, פ"ד כז(2) 477 (1973)) רחבה דיה על מנת לכלול בה את
 7 הכוח הקיים בידי החברה המוכרת להגשים את ציפיותיה של החברה הרוכשת
 8 להשגת הסינרגיה, או את הערך המוסף של החברה המוכרת מוצריה או

- 9 פעילותה בשילובם עם מוצרי או פעילות החברה הרוכשת. לשון אחר - מקום
10 בו קיבל מוכר תמורה בגין סינרגיה, לא ניתן לומר כי הוא אינה "שייכת" לו.
- 11 73. אעיר כי גם אם סינרגיה תחשב כנכס בידי החברה המוכרת, אין פירוש הדבר
12 הוא שיש לסווגה כ"מוניטין" לצרכים משפטיים ומיסויים. זאת להבדיל
13 מהגישה החשבונאית לפיה סינרגיה, שאינה מייצגת נכס בלתי מוחשי מזוהה,
14 נכללת במוניטין (ראה שלומי שוב וגיל כץ, **חשבונאות פיננסית חדשה: IFRS**
15 **2010: כרך ג' – חברות מוחזקות ומכשירים פיננסיים**, עמ' 61-55 אליו הפנה
16 המומחה מטעם המשיב). דומה כי בכך באה לידי ביטוי גישת בית המשפט
17 העליון בעניין "שרון" (ע"א 7493/98 שלמה שרון ואחרים נ' פקיד השומה
18 (15.12.2003)), לפיה נוסחת החישוב השירית הנהוגה בחשבונאות ואשר
19 משמשת גם לצורך הגדרת המוניטין בדיני המס, אינה מייצגת את בחינת עצם
20 קיומם של המוניטין ואת הצורך בהוכחת מכירתם. לפיכך, גם אם החשבונאות
21 תגדיר את הסינרגיה כמוניטין, בשל כך שלא ניתן ליחסה לנכסים בלתי
22 מוחשיים מזוהים, אין זה אומר כי היא מוניטין לצרכים משפטיים ומיסויים.
- 23 74. יתר על כן ועיקר, גם אם הסינרגיה אינה "נכס" בבעלות החברה המוכרת, אין,
24 כאמור, חולק על כך שהיא משפיעה על שווי של הנכסים שבידה. במקרה דנן
25 אותם נכסים הם ה-IP שנמכר במסגרת עסקת הטכנולוגיה, ולפי טענת המשיב
26 – גם "פונקציית כוח האדם" שהועברה מהמערערת למיקרוסופט ישראל. בין
27 כך ובין כך, בין אם נראה את הסינרגיה כ"נכס", ובין אם אך ורק כגורם שיש
28 בו כדי להשפיע על שווי של הנכסים בבעלותה, בסופו של יום שולמה על ידי
29 הרוכשת תמורה עבור אותה סינרגיה; כאמור, מי שבידו הכוח לגרום לכך כי

27 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 הרוכשת תהנה מיתרונותיה הכלכליים של הסינרגיה - היא החברה המוכרת
2 או בעלי מניותיה. על כוח זה שבידם אותו הם מוסרים בידי הרוכשת, גם אם
3 אינו מגיע לדרגת "נכס", זכאים הם לקבלת תמורה.
- 4 75. אשר לפס"ד בעניין "כרמל" – שם אמנם נקבע כי יכול שיהיה קיים פער בין
5 שווי השוק של הקניין הרוחני ובין המחיר שקונה מסוים מוכן לשלם עבורו,
6 כגון בשל צרכים מיוחדים שלו והתאמת הקניין הרוחני ונחיצותו לעסקו,
7 ולפיכך מחיר שנקבע במכירת מניות חברת הבת לצד ג' לא בהכרח משקף את
8 שווי השוק של הקניין הרוחני שהעבירה חברת האם לחברת הבת ערב אותה
9 מכירה. עם זאת. באותו מסרה החברה כלל לא דיווחה על מכירת הקניין

- 10 הרוחני לחברת הבת אלא אך ורק על מכירת המניות (תוך שהיא טוענת כי
11 במכירה נוספת זו לא נוצר לה כל ריווח). לפיכך ברי כי הדגש המרכזי בפסק
12 הדין הוא כי הנישום אינו רשאי לטעון כנגד דיווחיו שלו תוך שהוא מבקש
13 להניח הנחה, שאינה מגובה בראיות, כי שווי הקניין הרוחני הוא כשווי המניות
14 שנמכרו לאחר מכן. מכל מקום, לדידי, קונה מסוים ומיוחד שכזה ממילא
15 משפיע על שווי השוק של הנכס, ולמצער – כי על הנישום להוכיח כי אכן מדובר
16 בקונה "מיוחד" ואין קונים אחרים "מיוחדים" זולתו. על משקל האמור בנוגע
17 לייחודיותן של המשפחות האומללות לעומת אלה המאושרות – כל קונה
18 פוטנציאלי, הנאלץ להוציא דמים עבור רכישת נכס הדרוש לו, "מיוחד" לפי
19 דרכו (כל עוד לא הוכח אחרת).
- 20 76. אף בדו"ח **ועדת בר זכאי** אין כדי לתמוך בטענת המערערת. כל שנקבע שם
21 לעניין "סינרגיה חיצונית", זו הנובעת משילובן של מספר פעילויות עסקיות
22 ("צירוף עסקים"), הוא כי גם אם החברה המוכרת לא התזיקה בנכס מעין זה,
23 שווי הסינרגיה החיצונית מגולם במחיר הרכישה של העסק הנרכש והוא אינו
24 מהווה חלק מן המוניטין.
- 25 77. כאמור, המערערת אינה חולקת על כך שהסינרגיה משפיעה על מחיר הנכס
26 הנרכש, אך לגישה דווקא בשל אותה השפעה, ובשל כך שאין מדובר בנכס
27 בבעלות החברה המוכרת, יש לנטרל מרכיב זה בקביעת שווי השוק של נכסי
28 החברה.

28 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 78. זה, אפוא, המקום לציין כי גישתה של המערערת אין בה כדי להסביר על שום
2 מה ניתן להביא בחשבון את הסינרגיה בעת רכישת המניות, אך לא בעת רכישת
3 הנכסים והפעילות. אם הסינרגיה אינה נכס בידי החברה המערערת, כלום היא
4 נכס בידי בעלי מניותיה!?
- 5 בעדותו הסביר המומחה מטעם המערערת כך (ע' 39, ש' 12-18):
- 6 "ש. לאחר שאמרת שסינרגיה לא נכס בפני עצמו אלא מחובר
7 במוצר אחר, איך זה משתלב אחד בשני?
8 ת. כשאני בוחן כמה אני מוכן לשלם עבור משהו מסוים,
9 מסתכל אני על כלל התועלות מהרכישה, זה המחיר שאותו
10 אני מוכן לשלם, חלקו נובע מדברים שנמצאים סגורים בתוך
11 יצירת המוצר וישנו היקף נוסף מהמחיר שישנו מוכן לשלם

11 אוננו לופטא שאני לוננו וולגל מוזמורו שאני מוכן לשלט
 12 נובע מדברים חיצוניים לה. אנו מכירים זאת בהרבה
 13 פרמטרים אחרים של פרמיות שליטה ודברים כגון זה. שהם
 14 לא מהווים נכס שנמצא בפנים אלא הם חיצוניים...."

15 79. דומה כי הקושי הגלום בטענת המערערת הוא בכך שהיא גוזרת גזירה שווה בין
 16 ערך חיצוני מובהק כדוגמת פרמיית שליטה לבין ערך מסוג סינרגיה. ערך מסוג
 17 פרמיית שליטה אכן מצוי "מחוץ לקופסא" והוא בוודאי אינו משויך לחברה,
 18 לנכסיה או לפעילותה. ערך זה משויך לבעלי המניות אשר יכולים לממשו בעת
 19 מכירת המניות. לעומת זאת, סינרגיה מצויה "בתוך הקופסא" או, למצער,
 20 משפיעה על השווי של הנכסים המצויים בקופסא. בכל מקרה, היא אינה "מחוץ
 21 לקופסא" יותר מאשר היא בתוכה. משכך, אותן תובנות שהיו למומחה מטעם
 22 המערערת בכל הקשור לעסקת הטכנולוגיה, היו צפויות לעלות בכל הקשור
 23 לעסקת המניות. הדבר עלה אף מחקירתו הנגדית (עי' 39, שי' 29 עד עי' 40, שי' 5):

24 "...בהרבה עסקאות יש ערך סינרגטי שנובע משילוב
 25 העסקים, יש הרבה מאוד עסקאות. הערכים הפרמיות הרבה
 26 פעמים שמגולמים במחיר העסקה שלא נובעים ממחיר
 27 העסקה מבודדים, לא אומר באופן גורף, במקומות שזה
 28 רלבנטי זה נמצא שם. מיקרוסופט מוכנה לשלם סכום של 90
 29 מיליון דולר כדי לקבל בעלות לג'טקו. בשני המקרים מבחינה
 30 כלכלית הדבר בבעלות של מיקרוסופט רגע אחרי. היא
 31 מסתכלת על מה שיש אצלה עכשיו, ומה שיש אצלה זה עסקי
 32 המערערת, זה המחיר שמוכנה לשלם. אם מיקרוסופט הייתה
 33 רוכשת את פעילותה של המערערת באותו סכום שבו היא
 34 רכשה את המניות, חוות הדעת שהייתי עורך הייתה אותה
 35 חוות דעת ואותה מסקנה."

29 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 80. על כך שבסופו של יום אותם שיקולים שהנחו את מיקרוסופט ברכישת מניות
 2 המערערת, ובכלל זאת ההחלטה בדבר גובה התמורה בעסקה, היו עומדים לנגד
 3 עיניה גם בעסקת נכסים, ניתן ללמוד ביתר שאת מדברים אלה שמסר העד
 4 המומחה בחקירתו (עי' 37, שי' 8-12):

5 "ש. אם מיקרוסופט לא הייתה קונה את מניות המערערת, אלא
 6 הייתה עושה עסקה עם המערערת עצמה לרכישת כל
 7 פעילותה. האם לדעתך מיקרוסופט הייתה משלמת מחיר
 8 שונה מהמחיר ששולם עבור המניות?

9 ת. אני לא יודע, אני חושב שלא. המחיר שמיקרוסופט שילמה
 10 היה בעיניה המחיר הנכון לשלם כדי לקבל שליטה מלאה
 11 במערערת."

81. כללו של דבר, אף המערערת מאשרת כי לא קיים הבדל של ממש בשיקולי הרוכש, המצפה ליהנות מסינרגיה, בין עסקת מניות ועסקת נכסים. משמע כי אם מיקרוסופט הייתה רוכשת את כלל פעילותה ונכסיה של המערערת, ומוותרת אותה כ"קליפה תאגידית" ריקה מכל תוכן, ניתן היה לצפות כי התמורה המשולמת הייתה קרובה לתמורה ששולמה בעסקת המניות (יובהר כי האמור הוא בהתעלם משיקולי מס; תוצאת המס הכוללת, הן מבחינת המוכר והן מבחינת הקונה, עשויה להיות שונה בשני סוגי עסקאות אלה). יתר על כן, גם במקרה זה הייתה עולה הטענה כי התמורה כוללת תשלום עבור סינרגיה, שאינו מצטרף לשווי הקניין הרוחני או נכס בלתי מוחשי אחר, הגם שלטענה זו לא הייתה, ככל הנראה, איזו נפקות מעשית מבחינת מס.
82. העולה מן האמור הוא כי גם בדרך ניתוח זו, בסופו של יום, השאלה האחת העומדת על הפרק היא - מה מכרה המערערת במסגרת עסקת הטכנולוגיה. ברי כי גם כשמדובר בעסקת נכסים, בין אם הסינרגיה מצטרפת לשווי הנכסים שבבעלות המוכר ובין אם לאו, הסינרגיה משפיעה על שוויים של אותם נכסים, שאלמלא כן לא הייתה משולמת התמורה כפי ששולמה.
- בעסקת נכסים ניתן גם בנקל להבין על שום מה יש להביא את הסינרגיה בחשבון לצורך קביעת שווי השוק של הנכסים הנמכרים; במקרה זה אין ספק כי הסינרגיה מצויה "בתוך הקופסא", כאשר לאחר מכירת הנכסים, בתמורה המביאה בחשבון את ערך הסינרגיה, נותרת הקופסא ריקה מתוכן.

30 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- אם אין אתה אומר כן התוצאה תהא כי בעוד שבעסקה עם צד שאינו קשור ישולם המס בהתאם לתמורה ששולמה בפועל עבור הנכסים (הכוללת את ערך הסינרגיה) לבין עסקה עם צד קשור שבה יש לנטרל, לפי הטענה, את ערך הסינרגיה. ספק אם לתוצאה זו כיוון המחוקק, במיוחד כאשר המומחה מטעם המערערת מאשר כי ערך סינרגטי הוא מרכיב שכיח בעסקאות רכישה. אין זה סביר כי כל או מרבית העסקאות הבינלאומיות, לגביהן יש להחיל את כללי מחירי העברה, יקבע שווי שוק שהוא באופן תדיר נמוך מהתמורה הצפויה בפועל אלמלא היו קיימים יחסים מיוחדים בין הצדדים.
83. המערערת העלתה טענה לפיה המשיב נוהג בחוסר עקביות בכל הנוגע לנטרול מרכיבים ייחודיים לעסקה לצורך קביעת שווי השוק. בעוד שהוא סובר כי יש לנטרל נסיבות ייחודיות המביאות להפחתת השווי (במסרה זה - נטישת

12 הלקוחות, שארעה בעקבות וכתוצאה מעסקת המניות), אין לגישתו לנטרל
 13 נסיבות ייחודיות המביאות להגדלת השווי (במקרה זה – הסינרגיה).

14 על כך יש להשיב כי לא רק, שכאמור, לא הוכח ש"סינרגיה" היא עניין ייחודי
 15 לעסקה דנן, אלא שספק בעיני אם אכן קיימת סימטריה בין נסיבות ייחודיות
 16 המביאות להקטנת התמורה לבין אלו המביאות להגדלת התמורה. על פי דיני
 17 המס יש להתעלם מהתמורה ששולמה בעסקה ולמסות אותה על פי שווי השוק
 18 שלה, בהתקיים יחסים מיוחדים בין הצדדים לעסקה (או כאשר התמורה
 19 נקבעה שלא בתום לב). עקרון זה אינו רק חלק מכללי מחירי העברה בעסקאות
 20 בינלאומיות אלא אף בעסקאות "מקומיות" (ראה הגדרת "תמורה" בסעיף 88
 21 לפקודה והגדרת "שווי" בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963).

22 כפי שקבע השופט ויתקון בד"נ 22/71 לילי וזלמן דנקנר נ' מנהל מס שבח
 23 מקרקעין פד"א ו' 309 (1973) (בהמשך לפסק דינו בע"א 23/71, פד"י כרך
 24 כ"ו(1) 29) המדובר בהוראה ש"כל כולה באה לשם מניעת הימנעות ממס".
 25 אמנם בעניין דנקנר הנ"ל נותר השופט ויתקון בדעת מיעוט, ונקבע כי שווי
 26 הרכישה יועמד על שווי השוק של הנכס (באופן המקטין את השבח במכירה),
 27 אך גם במקרה זה שווי השוק היה גבוה מהתמורה ששולמה בפועל (ראה גם
 28 עמ"ה 221/00 פריצקר נ' פקיד שומה חיפה (23.10.2002)).

31 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 84. לאור כל האמור לעיל, אין בידי לקבל את טענת המערערת לפיה יש להפחית
 2 מתמורת עסקת המניות את שווי הסינרגיה לשם קביעת שווי השוק של עסקת
 3 הטכנולוגיה.

4

5

פונקציית כוח אדם

6 85. טוענת המערערת כי ההנחה ביסוד חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, לפיה
 7 המערערת ביצעה עסקה נוספת על עסקת הטכנולוגיה, היא עסקה להעברת
 8 עובדי המערערת למיקרוסופט ישראל - אינה מעוגנת, לא משפטית, לא כלכלית
 9 ואף לא חשבונאית. גישת המשיב מובילה לתוצאה בלתי מתקבלת על הדעת
 10 לפיה מי שפיטר עובד יחשב כמי שמכר נכס ויתחייב במס ריווח הון. לטענתה,

11 עובדים אינם "קניין" שניתן לסחור בו, העובדים המועברים יכולים בכל עת
 12 להפסיק את עבודתם, ולכל היותר ניתן לומר כי מיקרוסופט חסכה את עלויות
 13 השמת העובדים. בהתחשב בכך כי חלק מעובדי המערערת (לשעבר) המשיכו
 14 לספק לה שירותים במסגרת הסדר של Cost+ עם מיקרוסופט, אין דינה שונה
 15 מדין חברה שהחליטה לפטר את כל עובדיה ולהעסיק עובדים אלה באמצעות
 16 קבלני כוח אדם. העברת העובדים, אשר ממשיכים להעניק שירותים למערערת,
 17 משמעה כי המערערת נפרדה מהנטל הכרוך בהעסקתם הישירה. בנוסף היא
 18 טוענת כי החישוב שערך המומחה מביא בחשבון גם כוח אדם עתידי שלא ניתן
 19 להעבירו אפילו באופן תיאורטי, כאשר מיקרוסופט יכולה לשכור כוח אדם זה
 20 ישירות בעצמה.

21 86. המומחה מטעם המשיב העריך שוויה של פונקציית כוח האדם שהועברה בסך
 22 של 31 מיליון דולר, תוך שהוא מבחין בין פעילות הפצה שגרתית ופעילות מו"פ
 23 שגרתית. לטענת המערערת הן פעילות הפצה, אותה העריך המומחה מטעמה
 24 בטווח שבין 15.85 מיליון דולר ובין 17.16 מיליון דולר (שווי חציוני 16.5 מיליון
 25 דולר) והן פעילות המו"פ, אותה העריך המומחה מטעמה בטווח שבין 17.5
 26 מיליון דולר ובין 21.4 מיליון דולר (שווי חציוני 19.45 מיליון דולר), נותרה
 27 במערערת ולא הועברה.

32 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 87. מנגד טוען המשיב כי העברת כל עובדי המערערת, ובכלל זאת הדרג הניהולי,
 2 אנשי המכירות, אנשי הפיתוח ואנשי בקרת האיכות, בנוסף להעברת הקניין
 3 הרוחני, היא הביטוי לכך כי הלכה למעשה כל פעילותה של המערערת, על
 4 סיכונה וסיכוייה, הועברו למיקרוסופט כאשר המערערת נותרה כמעט ריקה
 5 מכל תוכן. לגישתו, הטענה לפיה עובדים אינם קניין שניתן לסחור בו, אינה
 6 אלא היתממות. עובדי המערערת והידע ברשותם הם נכס חשוב בעבור
 7 מיקרוסופט, אם לא החשוב ביותר. מיקרוסופט בחנה בקפידה את עובדי
 8 המערערת, ביקשה את קורות החיים שלהם ואף ערכה עמם ראיונות עבודה.
 9 88. עיון בחומר הראיות שבפניי מעלה בבירור כי אכן העברת צוות העובדים של
 10 המערערת, כמכלול, לרבות הדרג הניהולי, עמד במוקד עסקת רכישתה וזאת על
 11 מנת לשלבו בפעילותה של מיקרוסופט ולאור רצונה להקדים את שיווקו של
 12 המוצר שפותח אותה עת על ידה. כך עולה מתצהירי העדים מטעם המערערת

13 (ראה סעיף 35 לתצהיר קטלן; סעיף 19 לתצהיר פנסיוק, סעיף 20 לתצהיר
 14 גראנט) וכך אף עולה ממסמך ה-FGNG (עמ' 5) המציב כתנאי מפתח לעסקה
 15 את חתימתם של 100% מאנשי המפתח של החברה, 90% מהעובדים
 16 "החשובים" של החברה, ו-85% מיתר העובדים. המערערת אף אישרה כי
 17 מבחינתה, ערך הטכנולוגיה של המערערת, ללא צוות העובדים שלה, הוא כמעט
 18 אפסי (סעיף 21 לתצהיר פנסיוק).

19 89.אכן, לא ניתן "למכור" עובדים. אלה בוודאי אינם בבחינת "נכס" השייך
 20 למערערת, כשם שלאחר מעברם למיקרוסופט - הם אינם "נכס" שלה. עם זאת,
 21 בדומה למרכיב הסינרגיה, אינני רואה קושי של ממש, לא עקרוני ואף לא מעשי,
 22 לייחס למערערת "נכס" שביטוייו ביכולתה לגרום לכך שעובדיה יעברו כמקשה
 23 אחת, או כמעט כמקשה אחת, לחברה אחרת. ליכולת זו פן מעשי ומשפטי
 24 כאחד. גם אם המערערת אינה יכולה לכפות על עובדים את המעבר
 25 למיקרוסופט, היא בוודאי יכולה לסיים עבודתם אצלה. היא אף יכולה למנוע
 26 מהעובדים לעשות שימוש בידע ובסודותיה המקצועיים בעת עבודתם
 27 במיקרוסופט. אם הייתה עושה כן, כל היתרון שראתה מיקרוסופט ברכישת
 28 המערערת היה אובד.

33 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 אזכיר כי צוות עובדיה המיומן של המערערת, והידע והניסיון שצברו, בו ניתן
 2 לעשות שימוש לצורך פיתוח מוצר ה-OneCare וכן פיתוח מוצרים נוספים
 3 בעתיד, לרבות הרחבה וחיזוק מרכז המו"פ שהיה לה בישראל (ראה סעיף 39ג)
 4 לתצהיר קטלן), הוא שעמד לנגד עיניה של מיקרוסופט בעת רכישת המערערת.
 5 העובדה כי למערערת היה אף נכס מסוג קניין רוחני, שימשה, בעיקרו של דבר,
 6 כהוכחה לכישוריו של צוות זה. כך מסרה גראנט בתצהירה:

7 "14. The Value of the human capital of the
 8 companies purchased, from Microsoft's point of
 9 view, therefore results from its talent potential for
 10 creating developments and additional and new
 11 products for Microsoft in the future; and it
 12 constitutes part of Microsoft's long term
 13 development programs.
 14 15. That is, the existing IP of a target company is

15 more important to Microsoft as proof of the ability,
16 talent and creativity of the company's professional
17 workforce than as an asset in its own right.

18 16. In accordance with this concept, in many cases
19 Microsoft has acquired various companies solely
20 because of the existence of a close-knit and skilled
21 team of workers that can commence or continue
22 technological development in a specific field".

23 לא למותר לומר כי המערערת לא מנעה בשום דרך את הגשמת מדיניות זו של
24 מיקרוסופט ומעבר עובדיה לשם. כמובן שלא היה ניתן כלל לצפות כי תעשה כן,
25 שהרי מדובר בחברת האם שלה השולטת בה ומתווה את מדיניותה בכל עניין.
26 אך אלו בדיוק מטרתם של כללי מחירי העברה; לנטרל את ההשפעה שיש
27 לקיומם של יחסים מיוחדים בין הצדדים.

28 90. כאן המקום לציין כי חרף זאת שעם מעבר העובדים, מסרה למעשה המערערת
29 בידי מיקרוסופט ידע וסודות מסחריים השייכים לה, ובכך אף העניקה לה
30 זכות שימוש דה-פקטו בקניינה הרוחני (עד מכירתו מספר חודשים לאחר מכן),
31 לא שילמה מיקרוסופט למערערת כל תמורה עבור זכות שימוש זו. גם בכך יש
32 ללמד על העדר גבולות ברורים בין האינטרסים הכלכליים של שתי החברות,
33 כאשר חברת האם מעמידה את אלה שלה לפני אלה של המערערת.

34 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 גייטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 91. מכל מקום, בסופו של יום העברת העובדים, בשילוב העברת הקניין הרוחני,
2 הן דה-פקטו והן דה-יורה, היא שהביאה לכך כי פניה של המערערת השתנו ללא
3 הכר. מחברה רווחית "שהייתה מצויה בתקופה שיא מבחינתה" (ראה סעיף
4 39א) לתצהיר קטלן) היא בסופו של יום התפוגגה. עיקר המאמץ הופנה מעתה
5 לפיתוח מוצר ה-OneCare. העברת העובדים לא שירתה בשום דרך את
6 האינטרסים הכלכליים של המערערת. להפך – היא פגעה בהם פגיעה אנושה.
7 כל הראיות מצביעות על כך כי המשאב העיקרי שהיה בידי המערערת הוא צוות
8 העובדים שלה. באמצעות כוח-אדם מיומן זה הפעילה המערערת את פעילות
9 השיווק וההפצה ופעילות המו"פ שלה. עם העברת כוח האדם למיקרוסופט,
10 לרבות הדרג הניהולי הבכיר, ויתרה למעשה המערערת על פעילות זו.
11 אכן המערערת המשיכה לעשות שימוש בחלק מאותם עובדים לשם מתן שירות
12 ללקוחותיה הקיימים (עד נטישתם) באמצעות ההסכם למתן שירותי כוח אדם
13 על בסיס Cost+ שערכה עם מיקרוסופט – אך איני סבור כי הסדר זה משמעו

- 14 כי פונקציית כוח האדם נותרה בידי המערערת. בשלב זה מיקרוסופט היא
 15 השולטת על העובדים ועל פעילותם, מכתובה את סדר יומם, ואף יכולה לבטל
 16 או לשנות את ההסכם למתן שירותי כוח אדם למערערת. בשלב זה, ככל שקיים
 17 ערך כלכלי לאותם עובדים מבחינתה של המערערת, הרי שהוא בא לידי ביטוי
 18 בשווי שיש לייחס לבסיס לקוחותיה הקיימים (ועל כך עוד ידובר בהמשך).
- 19 בנסיבות אלה אני מתקשה שלא לראות בהעברת העובדים כאירוע שבו ויתרה
 20 המערערת על פונקציה משמעותית ובעלת ערך כלכלי רב. ערך כלכלי זה השתקף
 21 היטב בתמורה ששולמה בעסקת המניות, ואיני רואה הכיזד ניתן לומר כי
 22 בעסקת הטכנולוגיה, ערך זה התפוגג ואינו קיים יותר. צא וראה כי בעוד
 23 שהמערערת נדרשה לשלם עבור שירותי כוח האדם של עובדי מיקרוסופט לאחר
 24 העברתם אליה במסגרת הסדר Cost+, המערערת לא זכתה לכל תגמול בשל
 25 העברת העובדים למיקרוסופט, זאת כאשר העובדים הם "הנכס" החשוב ביותר
 26 מבחינתה של מיקרוסופט (גם אם, כמובן, אינם "נכס" מבחינה משפטית).
- 27 92. כאמור, המומחה מטעם המשיב העריך את שווי פונקציית כוח האדם בסך של
 28 31 מיליון דולר. שווי זה קרוב לשווי שהמומחה מטעם המערערת העריך את
 29 פונקציית השיווק וההפצה ופונקציית המו"פ (אומדן חציוני של 35.95 מיליון

35 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 דולר). בסופו של דבר נראה כי המדובר בפונקציות מאותו מין וסוג; פעילות
 2 השיווק וההפצה ופעילות המו"פ מתבצעות, מטבען, באמצעות כוח האדם
 3 שבידי הפירמה. המחלוקת העיקרית בין הצדדים אינה, אפוא, מה שוויין של
 4 פונקציות אלו, אלא האם נותרו בידי המערערת או הועברו למיקרוסופט.
 5 משעה שהגעתי למסקנה כי פונקציית כוח האדם הועברה למיקרוסופט ולא
 6 נותרה בידי המערערת, אין מנוס מהמסקנה כי פעילות השיווק וההפצה
 7 ופעילות המו"פ הועברה למיקרוסופט. לכך מתווספת העובדה כי לא מצאתי
 8 בראיות שבפניי תימוכין לכך שפעילויות אלו נותרו בידי המערערת או שהייתה
 9 כוונה מצד מיקרוסופט להותיר פעילויות אלו בידי המערערת (מלבד בכל
 10 הקשור להמשך מתן שירות ללקוחות הקיימים).
- 11 93. המערערת טענה כי המשיב התעלם מכך שעובדי המערערת לא עברו לעבוד אצל
 12 מיקרוסופט, אלא אצל חברת הבת שלה – מיקרוסופט ישראל. לטעמי אין בכך
 13 כל רבותא. אמנם סעיף 85א עניינו בעסקה בין לאומית, אך משעה שהשליטה
 14 מצויה בידי מיקרוסופט, הן כחברת האם של המערערת והן כחברת האם של

15 מיקרוסופט ישראל, העובדה כי עובדי המערערת הפכו לעובדיה של
 16 מיקרוסופט ישראל ולא של מיקרוסופט עצמה, אינה מעלה ואינה מורידה. לא
 17 מצאתי בחומר הראיות טענה כי התמורה ששולמה בעסקת המניות על ידי
 18 מיקרוסופט, שראתה בעובדי המערערת כסיבה העיקרית, אם לא הבלעדית,
 19 לביצוע העסקה, הושפעה באיזו דרך מהשאלה האם עובדים אלה יהפכו להיות
 20 עובדי מיקרוסופט או עובדי מיקרוסופט ישראל.

21 94. המערערת העלתה אף טענות הנוגעות לאופן שבו ערך המומחה מטעם המשיב
 22 את התחשיב הנוגע לשווי פונקציית כוח האדם, ובעיקר – כי הביא בחשבון גם
 23 כוח אדם עתידי. לגישתה לא ניתן לייחס למערערת שווי הנובע מפעילות
 24 עתידית המניבה פיתוחים עתידיים המתבצעים על ידי עובדים עתידיים.

25 כתמיכה לטענתה הפנתה המערערת (במסגרת בקשתה להגשת טיעון משלים)
 26 לפסק דינו של בית המשפט הפדראלי למסים בארה"ב שניתן ביום 23.3.2017
 27 בעניין Amazon.com. & Subsidiaries v. Commissioner 148 T.C. No. 8
 28 Inc (להלן: עניין אמזון). באותו עניין נדונה עסקה שערכה אמזון עם חברת
 29 הבת שלה שהוקמה בלוקסמבורג למתן זכות שימוש באירופה בכל הנכסים

36 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 המוחשיים הקיימים בידה וזאת בתמורה לסך של כ-250 מיליון דולר. בנוסף,
 2 התחייבה האחרונה לממן את חלקה היחסי בעלויות כוח האדם של אמזון,
 3 כנגד קבלת זכויות שימוש באירופה בכל הנכסים המוחשיים שיוצרו על ידם
 4 בעתיד. עמדת רשות המסים בעניין אמזון הייתה כי אמזון מכרה לחברת הבת
 5 את כלל פעילותה, לרבות נכסיה הבלתי מוחשיים העתידיים שיפותחו על ידה
 6 וכי שווי הפעילות האמורה הינו בסך של כ-3.5 מיליארד דולר. בית המשפט
 7 הפדראלי דחה את עמדת רשות המסים וקבע כי היא "שרירותית, קפריזית
 8 ובלתי סבירה". בית המשפט נימק את מסקנתו בכך שהמשך ההכנסות תלוי
 9 בפיתוחם של נכסים בלתי מוחשיים חדשים אך חברת הבת עתידה לשלם את
 10 משכורות העובדים שיפתחו נכסים אלה ואין סיבה שהיא תשלם סכומים אלה
 11 פעם נוספת.

12 95. בתגובה טען המשיב כי בעניין אמזון, להבדיל מהמקרה שלפנינו, לא התבצעה
 13 עסקה לרכישת מניות ממנה ניתן לגזור את שווי השוק, וכן כי פסק הדין
 14 מתבסס על נוסח התקנות הרלוונטי לשנת 2006 כאשר בינתיים הוחלפו תקנות
 15 אלה בתקנות חדשות משנת 2015. לגישתו. תקנות חדשות אלו מדגישות את

16 הצורך לבחון את העסקה בחינה מהותית, וכן עולה מהן כי יש לשלול את
17 הטענה לפיה יש להתעלם משווים של פיתוחים עתידיים.

18 96. אף מבלי להידרש לטענת המשיב בדבר ההבחנה בין תקנות מחירי ההעברה
19 האמריקאיות משנת 2006 לאלו של שנת 2015, סבורני כי אין בפסק הדין
20 בעניין **אמזון** כדי לסייע למערערת. אזכיר כי במקרה שלפנינו נערכה עסקה
21 למכירת מניותיה של המערערת והתמורה שנקבעה בה משמשת לצורך גזירת
22 שווי השוק של נכסיה של המערערת. טענת המערערת לפיה אין ליחס
23 למערערת מכירת פעילות עתידית המתבצעת על ידי עובדים עתידיים או
24 עובדים ששכרם ישולם בעתיד על ידי מיקרוסופט, משום שאין כל סיבה
25 שמיקרוסופט תשלם פעמיים בגין אותו נכס, נכונה באותה מידה גם בעסקת
26 המניות; אין זאת אלא, כי כבר בעת קביעת התמורה בעסקת המניות, בשעה
27 שמיקרוסופט העריכה את שווי פעילותה של המערערת, הביאה היא בחשבון
28 את העלות הכרוכה בתשלום השכר לעובדים שיפתחו את אותם פיתוחים
29 עתידיים.

37 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 97. מכל מקום, הערכת השווי שביצע המומחה מטעם המשיב של "פונקציית כוח
2 האדם" מתבססת על הגידול בתשומות שיש להשקיע על מנת להשיג את תזרים
3 המזומנים אותו צפויה הייתה לקבל המערערת אילו הפונקציה הייתה נותרת
4 בידה ובהתבסס על התחזיות שבמסמך ה-PPA. הערכה זו אף נמוכה מהשווי
5 שייחסה מיקרוסופט ליתרון הכלכלי הנובע מהאפשרות לשלב את עובדי
6 המערערת בפיתוח מוצר ה-OneCare לעומת מצב שבו העובדים היו ממשיכים
7 לעבוד במערערת ועוסקים אך ורק בפיתוח מוצריה שלה. כפי שניתן ללמוד
8 ממסמך ה-FGNG היתרון הכלכלי אותו צפתה מיקרוסופט בשל שימוש
9 ביכולותיה של המערערת לשם פיתוח מוצר ה-OneCare (לעומת פיתוח
10 "עצמי" של המוצר) נאמד בסך של 217 מיליון דולר (ראה עמ' 11; ראה גם עמ'
11 15). יש גם לזכור כי אף המומחה מטעם המערערת מעריך פונקציה דומה
12 ("פעילות ההפצה והמו"פ") בסכום דומה לזה שהעריך המומחה מטעם המשיב,
13 ואף גבוה מכך, הגם שהוא סבור כי פונקציה זו לא הועברה למיקרוסופט.

14

15

חוות דעת המומחים

- 15
- 16 98. המומחה מטעם המערערת הגיש חוות דעת אחת. המומחה מטעם המשיב הגיש
 17 חוות דעת וכן תוספת לחוות דעת, שבה התייחס לחוות דעת המומחה מטעם
 18 המערערת. מהשוואת חוות הדעת של המומחים עולות הנקודות המרכזיות
 19 הבאות:
- 20 98.1 שני המומחים מסכימים ש"נקודת המוצא" היא שווי הנכסים
 21 (המוחשים והבלתי מוחשיים) כפי שמשקפת בעסקת המניות, הגם
 22 שחלוקים הם בשאלה אילו התאמות נדרשות לצורך גזירת שווי עסקת
 23 הטכנולוגיה.
- 24 98.2 המומחה מטעם המערערת העמיד את תמורה עסקת המניות (שממנה
 25 יש לגזור את שווי השוק של עסקת הטכנולוגיה) על סך של 94.4 מיליון
 26 דולרים, בעוד שהמומחה מטעם המשיב העמידה על סך של 102.8
 27 מיליון דולר. פער זה נובע מכך שלשיטת המשיב יש להוסיף לתמורה
 28 את התשלום ששולם כבונוס לעובדי המערערת (סך של 1.180 מיליון

38 מתוך 62

**בית המשפט המחוזי מרכז-לוד**

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 דולר) וכן את התשלום המותנה ששולם ישירות למנכ"ל ומייסד
 2 המערערת, מר גלזר (סך של 7.8 מיליון דולר).
- 3 98.3 המומחה מטעם המערערת סבר כי יש להפחית מהתמורה את שווי
 4 הנכסים המוחשיים (המזומנים) בסך של 14.06 מיליון דולר ואילו
 5 לגישת המומחה מטעם המשיב יש להפחית רק את שווי הנכסים
 6 המוחשיים נטו, דהיינו המזומנים בניכוי ההתחייבויות, ובסה"כ 10.07
 7 מיליון דולר. מוסכם על הצדדים כי יש להפחית מהתמורה שווי "נכס
 8 מס" (הפסדים צבורים) בסך של 1.77 מיליון דולר.
- 9 98.4 המומחה מטעם המערערת סבר כי יש להפחית מהתמורה המתואמת
 10 שווי פעילות הפצה בסך 16.5 מיליון דולר ושווי פעילות מו"פ בסך
 11 19.45 מיליון דולר (שווי חציוני), באשר לגישתו פעילויות אלו נותרו
 12 במערערת. לחילופין נטען כי יש להפחית סך של 13.76 מיליון דולר,
 13 בהתחשב בכך שלכל היותר הועבר למיקרוסופט מרכז הפיתוח הקיים
 14 במערערת (שהמומחה העריך בהערכה חציונית בסך של 5.692 מיליון
 15 דולר) אך לא כוח אדם עתידי (יצוין כי בנספח ו' לחוות דעתו של
 16 המומחה מטעם המערערת הוא ציין שיש להפחית גם מנייה הניתנת

10 המומחה מטעם המעוררת הוא אמנם עין הברזל בין מו"פ קייט
 17 למו"פ עתידי אך נראה כי לא סבר שיש לראות במו"פ מהסוג הראשון,
 18 לעומת השני, כמועבר אלא כי דין אחד לשניהם). לעומת זאת המומחה
 19 מטעם המשיב סבר כי פעילויות אלו הועברו למיקרוסופט כחלק
 20 מפונקציית כוח האדם שאותה העריך ב-31 מיליון דולר. יחד עם זאת,
 21 המומחה מטעם המשיב העריך כי בידי המערערת נותר שווי נכס שיווק
 22 בהתייחס לבסיס הלקוחות הקיים, אותו העריך בסך של 2.3 מיליון
 23 דולר (מתוך סך של 3.8 מיליון דולר על פי מסמך ה-PPA). המומחה
 24 אף ייחס לנכסים שלא הועברו סך של 0.99 מיליון דולר כמוניטין.

25 98.5 המומחה מטעם המערערת סבר כי יש להפחית התמורה המתואמת
 26 שווי סינרגיה שמקורו במיקרוסופט (בהתבסס על צפי הרווחיות על פי
 27 מסמך ה-PPA) בסך של 17.29 מיליון דולר (שווי חציוני). המומחה
 28 מטעם המשיב סבר כי אין מקום להפחתה זו.

39 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 98.6 המומחה מטעם המערערת סבר כי לפעילות השיווק וההפצה ופעילות
 2 המו"פ שנותרה בידי המערערת יש לצרף אף שווי קניין רוחני שנותר
 3 בידה לצורך אותה פעילות, וזאת בסך של 18.74 מיליון דולר (שווי
 4 חציוני). המומחה מטעם המשיב סבר כי אין מקום להפחתה זו שכן כל
 5 הקניין הרוחני הועבר למיקרוסופט במסגרת הסכם הטכנולוגיה.

6 98.7 סופו של עניין הוא שעל פי חוות דעת המומחה מטעם המערערת שווי
 7 השוק של העסקה נשוא ערעור זה עומד על סך של 6.21 מיליון דולר
 8 (שווי חציוני).

9 יש לתת את הדעת לכך ששווי זה נופל משמעותית מהשווי שדווח על
 10 ידי המערערת בהתבסס על מסמך ה-PPA, דהיינו סך של 26.6 מיליון
 11 דולר.

12 99. מבין חוות הדעת שבפניי מעדיף אני את חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב,
 13 מן הסיבות והנימוקים שיובאו להלן, וזאת בכפוף לשתי הסתייגויות אלו:

14 ראשית, נראה לי שלא היה מקום לכלול בתמורת עסקת המניות (לצורך גזירת
 15 שווי השוק בעסקת הטכנולוגיה) את סכום בונוס השימור ששולם לעובדים וכן

- 16 את התשלום המותנה למר גלזר (ובסך הכול - 8.98 מיליון דולר).
- 17 **שנית**, נראה כי היה מקום להפחית מהתמורה את מלוא הסכום שיוחס לבסיס
- 18 הלקוחות הקיים במסמך ה-PPA, ולא רק סך של 2.3 מיליון דולר מתוכו.
- 19 בהמשך אנמק דעתי גם בהתייחס לשתי הסוגיות הנ"ל.
- 20 100. אוסיף כי המערערת העלתה טענה לפיה המשיב מנוע להסתמך על חוות דעתו
- 21 של המומחה מטעמו, שכן חוות דעת זו לא הייתה בפניו בעת קביעת השומה,
- 22 ולמערערת לא ניתנה הזדמנות להתמודד עמה בשלב השומה וההשגה. ועוד
- 23 היא טענה כי יש להעדיף את חוות דעתו של המומחה מטעמה שכן הלה לא רק
- 24 הסתפק בבדיקת מסמכים, אלא שוחח עם אנשי המערערת ואנשי מיקרוסופט.
- 25 101. אכן, בית המשפט בערעור מס הכנסה בוחן את שיקול דעתו של המשיב בעת
- 26 הוצאת השומה או הצו ובהתאם לחומר שהיה בפניו אותה עת. עם זאת על בית
- 27 המשפט מוטלת החובה, כלפי הנישום וכלפי הציבור בכללותו, לוודא שהשומה

40 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 תהא שומת אמת, וזאת בכפוף לכך שזכויותיו של המערער לא יקופחו. ואכן,
- 2 "תשלום מס אמת הוא מנשמת אפו של חוק המס" (ע"א 10691/06 שריג
- 3 אלקטריק בע"מ נ' פקיד שומה ירושלים (23.1.2011)). בשל אותו ערך חשוב
- 4 של תשלום מס אמת, הוחלה גישה ליברלית זו גם כאשר הנישום הוא המבקש
- 5 להוסיף טענות עובדתיות חדשות כפי שנקבע ברע"א 1830/14 רובומטיקס
- 6 טכנולוגיות בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים (2.4.2015):
- 7 "אנו מקבלים את הצהרת המשיב - כפי שהיא עולה מתגובתו
- 8 לבקשה שלפנינו - לפיה עמדת המשיב היתה מאז ומעולם
- 9 שהצדדים לערעור מס רשאים להעלות לפני בית המשפט
- 10 טענות לשם בירור מס אמת, בכפוף לכך שאפשרות זו לא תנוצל
- 11 לרעה, בנתון לשיקול דעת הערכאה הדיונית, וכי טענות
- 12 המבקשת בעניין שלפנינו אינן אלא "התפרצות לדלת פתוחה".
- 13 ואכן, בית משפט זה פסק זה מכבר כי בדונו בערעור מס, יושב
- 14 בית המשפט המחוזי לא רק כמכריע בסכסוך בין שני בעלי דין
- 15 כבערעור אזרחי רגיל, אלא שמוטלת עליו חובה לוודא
- 16 שהשומה תהא שומת אמת (ע"א 495/63 מלכוב נ' פקיד
- 17 השומה, תל-אביב, פ"ד יח(2) 683, 686).
- 18
- 19 102. בע"מ 12-09-26719 רעי משעל נ' פקיד השומה כפר סבא (2.2.2016) נאמרו על
- 20 ידי דברים אלה:
- 21
- 22 "גישה מרחיבה זו הנוגעת להוספת טענות חדשות ראוי,
- 23 כמובן, שתחול כתמונת ראי גם בכל הנוגע להוספת ראיות

24 חדשות. אמת, כי הכלל הרחב הוא שבית המשפט בערעור מס
 25 הכנסה אינו עורך שומות "דה נבו" על בסיס תשתית ראייתית
 26 שלא עמדה בפני פקיד השומה (עמ"ה 1153/02 גולדהמר נ'
 27 פקיד השומה, מסים יט/3 (יוני 2005) ה-175). יתר על כן,
 28 הכלל לפיו בית משפט בערעור מס הכנסה רשאי לקבל ראייה
 29 שלא ניתן להגישה בהליך אזרחי רגיל (כגון עדות מפי
 30 השמועה), חל רק בנוגע לראיה "עליה ביסס המשיב את
 31 שומתו" (ראה תקנה 10(ב) לתקנות בתי משפט (ערעורים
 32 בענייני מס הכנסה), התשל"ט-1978 ותקנה 10א לתקנות מס
 33 ערך מוסף ומס קניה (סדרי דין בערעור), התשל"ו-1976. כן
 34 ראה ע"א 5709/95 בן שלמה נ' מנהל מע"מ (7.9.1998)).

35
 36 עם זאת, נראה כי אף כללים אלה כפופים לעקרון בדבר גביית
 37 מס אמת, וכאשר מדובר בראיה המצויה בידיעתו של הצד
 38 האחר ואין לומר כי יש בחשיפתה משום "הפתעה" עבורו (ואין
 39 הכוונה להפתעה על כך שהצד השני הצליח לגלותה), כאשר
 40 ניתנת לאותו צד הזדמנות נאותה לחקור ולהיחקר בנוגע לראיה
 41 זו ואף להביא ראיות להפריכה, כך שאין לומר כי קופחו
 42 זכויותיו הדייוניות, ובעיקר - כאשר ראייה זו מתייחסת לליבת
 43 המחלוקת הקיימת בין הצדדים ואין בה עצמה משום הרחבת

41 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 חזית אסורה - ראוי להתיר הגשתה. נראה לי כי תוצאה זו
 2 עולה בקנה אחד עם הפסיקה בעניין רובומטיקס הנ"ל, דהיינו
 3 תשלום מס אמת ואי ניצולו לרעה של ההליך המשפטי (ראה
 4 גם ע"א 490/13 + ע"א 7773/13 יצחק פלומין ואח' נ' פקיד
 5 השומה חיפה (24.12.2014) הקובע עקרון דומה בכל הנוגע
 6 לאפשרות להעלות עובדה חדשה שלא הועלתה בהתדיינות
 7 קודמת בין הנישום לפקיד השומה).

8 103. אין ספק כי חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב, כמו חוות דעתו של
 9 המומחה מטעם המערער, מסייעת להגעה למס אמת, ומתייחסת לליבת
 10 המחלוקת בין הצדדים. כמו כן ניתנה הזדמנות נאותה לב"כ מערער לחקור
 11 את המומחה. אשר לטענה כי המומחה הסתפק במסמכים ולא שוחח עם אנשי
 12 המערער ואנשי מיקרוסופט, הרי שאף פגם זה נרפא בשעה שהוגשו
 13 תצהיריהם והם נחקרו עליהם, כך שבפני בית המשפט הוצגה בהרחבה עמדתם.

14

15 הנכסים שהועברו למיקרוסופט ואלה שנתרו במערער

16 104. ניכר כי המומחה מטעם המערער מתעלם מהעובדה כי עסקיה של המערער
 17 קרסו באשר "כחצי שנה לערך לאחר רכישת המניות התברר שכל לקוחותיה
 18 של המערער נטשו אותה או הודיעו לה שלא יחדשו עמה את החוזים עם
 19 סיומם, כתוצאה מהעובדה שהיא עברה לבעלות מיקרוסופט", זאת כאמור

- 20 בתצהירו של קטלן (סעיף 42) וכפי שציינה המערערת בסיכומיה (סעיף 13
 21 וסעיף 34). המומחה מטעם המערערת עצמו מתאר כי לקוחות רבים של
 22 המערערת הודיעו כי בעקבות עסקת המניות אין בכוונתם להאריך את
 23 ההתקשרות עמה, והיו אף לקוחות שביקשו להפסיק את ההתקשרות לאלתר
 24 תוך שהם מביעים רצון לעבור לחברות מתחרות או למצוא חלופה אחרת (ראה
 25 עמ' 8 לחוות הדעת).
- 26 105. יודגש – לא רק שמדובר באירועים שהתרחשו זמן קצר ביותר לאחר עסקת
 27 המניות, אלא שאף אין מדובר באירועים בלתי צפויים. היפוכו של הדבר הוא
 28 הנכון. גם אם אין לומר, כטענת המשיב בסיכומיו (סעיף 55) כי מיקרוסופט,
 29 בכוונת מכוון, החליטה לגרום להפסקת פעילותה של המערערת (מלבד הפסקת
 30 ההתקשרות עם AOL – ראה ע' 5 למסמך ה-FGNG), הרי שבוודאי אפשרות
 31 זו נלקחה על ידה בחשבון, וזאת כפועל יוצא מהחלטתה הברורה והחד

42 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 משמעית לתעל את משאביה של המערערת לצורך פיתוח מוצר ה-OneCare,
 2 תוך נטילת סיכון מחושב שהדבר יביא לנטישת לקוחות (ראה עמ' 10 למסמך
 3 ה-FGNF). בדומה לכך העיד קטלן (ע' 8, ש' 23 – ע' 9, ש' 18):

- 4 **ש. אם אני מבין נכון תוך פרק זמן קצר חלק מהלקוחות עזבו מי**
 5 **לאחר החתימה עם מיקרוסופט.**
 6 ת. כן. אני לא זוכר בדיוק את פרק הזמן אבל זה היה במהלך השנה
 7 הראשונה, לאחר החצי שנה ראשונה הם החלו לעזוב לאט לאט.
 8 היה תהליך שהמשכנו להחזיק להם את היד גם כשהיה ברור שזה
 9 לא עובד.
 10 **ש. זה הפתיע אותך?**
 11 ת. לא בגלל כמה דברים: 1. היתה לנו תקווה שנצליח להתגבר על זה
 12 אך היה מלכתחילה חשש שללקוחות יהיה קשה לעכל את זה שהם
 13 פתאום עובדים מול מיקרוסופט ולא מול פרטנר קטן. היה לנו
 14 חשש נוסף וזה הנחישות של מיקרוסופט ללכת ולתת מענה
 15 ללקוחות. זה משהו שמיקרוסופט לא רגילה לעשות. זה שינוי לא
 16 פשוט. מאוד קיוונו שזה יצליח ולעשות את המהפכה הזו אך היה
 17 לנו חשש אמיתי שהכיוון הזה הוא כיוון עם אתגרים.
 18 **ש. לאחר העסקה למכירת ה ip בעצם מה נשאר במערערת כלפי**
 19 **הלקוחות?**
 20 ת. אני לא ממש הייתי מעורב בזה.
 21 **ש. אתה מודע לקיומה אבל.**
 22 ת. כן.
 23 **ש. אני שואל אותך ברמה העסקית מול הלקוחות, מול גורמים**
 24 **אחרים, מה נותר מהמערערת? היתה לנו עסקה לרכישת מניות**
 25 **בשנת 2006, העובדים עברו ב-1.1.07 ובהמשך היתה עסקה**
 26 **להעברת האי-פי.**

- 27 ת. בשלב הזה עוד המצב היה בהחלט סביר. התחיל להתחבר לנו
 28 שהאסטרטגיה שבהתחלה הזכרתי שהיתה נשענת על שלוש
 29 רגליים הולכת להתרכז בשנה הראשונה ברגל של וון-קר, זה
 30 המאמץ העיקרי, זנחנו הרבה את המאמץ של לתחזק לקוחות
 31 באופן עצמאי ולתת להם שירותים על אף שזה היה רעיון ראשוני
 32 כפי שאמרתי קודם והמשכנו לדבר על כל מיני חזונות ארוכים
 33 יותר לעניין וינדווס אבל עיקר המאמץ שלנו היה באזור וון-קר
 34 ובשלב זה עוד היינו אופטימיים ונחושים.
 35 ש. זה נכון לומר שהלקוחות שנותרו, ברמה העסקית ולא
 36 המשפטית, ראו עצמם כמי שמקבלים שירות ממיקרוסופט ולא
 37 מהמערער?
 38 ת. אם אתה מתכוון לזה שבצד השני של דל וחבריהם היתה תחושה
 39 שהם עובדים מול מיקרוסופט אז כן".
106. הנה כי כן, גם אם סברה תחילה המערערת (או שמא רק היא סברה כך, אך
 40 אנשי מיקרוסופט ידעו אחרת) כי קיימת אפשרות ממשית להמשך פעילות
 41 עצמאית, כאשר מטרת רכישתה לפיתוח מוצר ה-OneCare של מיקרוסופט
 42

43 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 היא רק אחת מבין כמה מטרות - הסתבר לה עד מהרה כי זו המטרה המרכזית
 2 והעיקרית, אם לא הבלעדית ברכישתה, ואילו את המטרות האחרות יש לזנוח.
 3 כל מה שיותר מאותן מטרות אחרות הם "דיבורים" על "חזונות ארוכים".
107. אמת כי במסמך ה-FGNG מתוארת תחזית הכנסות "אופטימית" הכוללת
 4 גידול בהכנסות, אך לא רק שתחזית זו אינה עולה בקנה אחד עם העדויות
 5 והעובדות הברורות שאירעו בסופו של דבר בשטח, אלא שתחזית זו מבוססת
 6 בעיקרו של דבר על הכנסות צפויות מלקוחות חדשים, ולא הובאה כל ראייה
 7 בנוגע למאמצי השיווק כאשר ניכר שהפעילות היחידה שעוד נותרה היא מתן
 8 שירות ללקוחות הקיימים עד תום תקופת החוזה. כך העיד לייב (עי' 17, ש' 15-
 9 19):
- 11 ש. בהכנה לדיונים מסרת לנו מידע לגבי העבודה שלכם אנשי
 12 ג'יטקו לאחר המעבר למייקרוסופט מחקר בהרצליה, תשתף
 13 בבקשה במידע את ביהמ"ש?
 14 ת. דיברנו על כך שאחרי רכישה המשכנו לנסות למכור מוצרים
 15 של ג'יטקו ללקוחות חדשים עם עזרה של קבוצת מרקטינג של
 16 מייקרוסופט, הייתי מעורב בהכנת דמו ללקוחות חדשים וגם
 17 וידיתי את זה מול מי שהיה בג'יטקו אחראי על עבודה שעובד
 18 יחד איתי, היה מו"מ עם לקוחות פוטנציאליים שהגיעו דרך
 19 מייקרוסופט".
- 20 לא למותר לומר כי מעבר לאמירה כללית וסתמית זו, לא הוצגה שום ראייה
 21 לכך כי נעשה ניסיון של ממש לגיוס לקוחות חדשים, ובוודאי שלא לכך כי
 22

22 המערערת נחלה הצלחה כלשהי בגיוס לקוח חדש, והאת בשעה שערב הרכישה
 23 עלה בידה, באמצעות חברות הבנות שלה ובלא צורך להסתייע בקבוצת השיווק
 24 של מיקרוסופט, לגייס לקוחות משמעותיים, לרבות תאגידי ענק בינלאומיים.
 25 108. עוד יש לציין כי ממסמך ה-FGNG (עמ' 7) עולה כי בכוונת מיקרוסופט היה
 26 להעביר את לקוחותיה של המערערת לעשות שימוש במוצר ה-OneCare שבו
 27 ישולב הפיתוח של המערערת. לא מן הנמנע, אפוא, שתחזית ההכנסות כוללת
 28 מכירות של מוצרים מהסוג הנ"ל, וגם מסיבה זו לא ניתן לראות בתחזית
 29 האמורה כמשקפת את שווי הפעילות שהייתה ונותרה במערערת. לפיכך, שווי
 30 הפעילות הנוגעת למוצר ה-OneCare של מיקרוסופט, אינו ערך שיש לייחס
 31 למערערת במסגרת התחשיב של שווי הנכסים הבלתי מוחשיים שנותרו בידה.

44 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 109. וכיוצא בזה - קטלן אמנם העיד (ע' 5, שי 25-29; ע' 7, שי 20-27) כי נטל אחריות
 2 על "קבוצת המוצר" שעסקה בניהול לקוחות ופרויקטים, אך כעולה מעדותו
 3 נראה שהדבר נעשה בעיקר כחלק מתהליך הטמעת פעילותה של המערערת
 4 לתוך פעילותה של מיקרוסופט ואין בכך כדי ללמד על פעילות עצמאית של
 5 שיווק והפצה. מטעם זה אף איני מוצא לנכון לייחס משקל רב לנתון המופיע
 6 בעמוד 15 למסמך ה-FGNG תחת הכותרת "Standalone DCF – MS case"
 7 הקובע טווח שווי שבין 39 מיליון דולר לבין 57 מיליון דולר.
 8 110. לכך יש להוסיף כי אף לפי מסמך ה-PPA לא הוגדרה פעילות השיווק וההפצה
 9 העצמאית כנכס, ובכל מקרה - השווי שנקבע לבסיס הלקוחות הקיים של
 10 המערערת הוערך בסכום של 3.8 מיליון דולר, הרחק מהשווי שנקבע בחוות
 11 דעת המומחה מטעם המערערת שהעמידו על סך של 16.5 מיליון דולר.
 12 111. יש לזכור גם בהקשר זה כי כל העובדים שעבדו במערערת ערב עסקת המניות,
 13 לרבות ההנהלה (ואנשי השיווק), חדלו מלהיות עובדי המערערת וכאשר רק
 14 חלקם המשיך לתת לה שירותים באמצעות הסכם להספקת שירות כוח אדם
 15 שנערך בינה לבין מיקרוסופט. כמו כן יש לזכור כי המטרה המרכזית בעסקת
 16 המניות הייתה לתעל את עובדי המערערת לצורך פעילותה של מיקרוסופט. אף
 17 הירידה המשמעותית בעלויות השיווק לאחר עסקת המניות (ראה עמ' 18
 18 לתוספת לחוות דעת המומחה מטעם המשיב), כמו גם ההחלטה על הפסקת
 19 פעילות חברות הבנות שעסקו בשיווק מוצרי המערערת בחו"ל - אינה עולה

20 בקנה אחד עם כוונה להרחיב איזו פעילות ולגייס לקוחות חדשים.

21 112. ואכן, מחומר הראיות עולה כוונה ברורה של מיקרוסופט לתת עדיפות
 22 לאינטרסים שלה בפיתוח מוצר ה-OneCare על פני אלה של המערערת. כך
 23 עולה מתצהירה של גראנט (סעיף 17) המסבירה כי מיקרוסופט הייתה
 24 מעוניינת בלקוחות הגדולים של המערערת וכן מתצהירו של פנסיוק (סעיף 21),
 25 המסביר על שום מה העדיפה מיקרוסופט לרכוש את המערערת ולא לרכוש אך
 26 ורק רישיון שימוש בתוכנה הבסיסית של המערערת. כאמור, גם ממסמך ה-
 27 FGNG (עמ' 7) ניתן ללמוד כי בכוונה מיקרוסופט היה להעביר את לקוחותיה
 28 של המערערת לעשות שימוש במוצר ה-OneCare שבו ישולב הפיתוח של
 29 המערערת. ברור שהדבר עומד בניגוד מוחלט לאינטרסים של המערערת.

45 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 113. איני מתעלם מכך כי בידי המערערת נותרו החוזים עם הלקוחות הקיימים להם
 2 היא המשיכה לספק שירותים עד נטישתם. אלא שאין הדבר מלמד על הותרת
 3 פעילות עצמאית של שיווק בידי המערערת, אלא על הצורך לקיים
 4 ההתחייבויות על פי החוזים הקיימים. כך מסרה גראנט בתצהירה (הראשון)
 5 בסעיף 23:

6 "23. In other words, the contract with Gteko's
 7 customers were not sold or assigned to Microsoft,
 8 and Gteko itself continued to service its customers
 9 pursuant to the same contracts after the acquisition
 10 by Microsoft (until the contracts expired). Microsoft
 11 never intended to improve Gteko's existing business
 12 operations, nor did it intend to continue using the
 13 name Gteko over time, except for the purpose of
 14 satisfying existing obligations. In other words,
 15 Gteko's value as a going concern was never a factor
 16 in Microsoft's intention to purchase Gteko's shares.
 17 And indeed, Gteko's old business was not expanded;
 18 instead, its team was assimilated into Microsoft and
 19 Gteko's technology was integrated into Microsoft's
 20 products (which were also terminated shortly
 21 after)."

22 114. האמור לעיל אינו עולה בשום אופן בקנה אחד עם הטענה לפיה נותרה
 23 במערערת פונקציית שיווק והפצה עצמאית. הרושם הוא כי הותרת החוזים
 24 בידי המערערת נעשתה משום שמיקרוסופט לא מצאה עניין בהעברתם אליה,

- 25 ולא משום שראתה בפעילותה של המערערת פוטנציאל ממשי לפיתוח עסקי,
26 לרבות גיוס לקוחות חדשים וחתימת הסכמים חדשים.
- 27 115. לפיכך, גישת המערערת, כפי שהיא מובאת מאת המומחה מטעמה, לפיה גם
28 לאחר עסקת המניות ועסקת הטכנולוגיה, נותרו במערערת פונקציית שיווק
29 והפצה – אינה מתיישבת עם הראיות ואף אינה סבירה בנסיבות העניין.
- 30 116. והוא הדין בשווי פעילות המו"פ שנקבע בחוות דעת המומחה מטעם המערערת.
31 מתקשה אני לקבל את מסקנת המומחה כי חרף מעבר עובדי המערערת, לרבות
32 אלה העוסקים במחקר ופיתוח, לעבוד אצל מיקרוסופט וזאת למטרת הגדלת
33 פעילות המו"פ של מיקרוסופט בישראל (ראה סעיף 15 לתצהיר גראנט) וחרף

46 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 המתואר לעיל בכל הנוגע להעדפת האינטרסים של מיקרוסופט על פני אלה של
2 המערערת, לרבות הסבת לקוחות המערערת לעשות שימוש במוצרי
3 מיקרוסופט המשלבים את הפיתוח של המערערת – נותרה במערערת פעילות
4 עצמאית של מו"פ.
- 5 117. מסקנה זו של המומחה אף אינה מתיישבת בשום דרך עם הסכם מכירת ה-IP.
6 כמובהר להלן, הסכם זה שולל מכל וכל את טענת המערערת כי מלבד שווי
7 פעילות השיווק וההפצה ופעילות המו"פ נותר בידה **קניין רוחני** הנדרש לצורך
8 פעילותה שלה (ולפיכך כי יש להפחית משווי הטכנולוגיה גופה סך של 18.74
9 מיליון דולר), אך נראה לי כי הוא אף שולל את הטענה כי נותרה פונקציה של
10 מו"פ בידי המערערת לאחר עסקת המניות וביתר שאת – לאחר עסקת
11 הטכנולוגיה. קשה להניח כי למערערת היתה איזו זכות במוצר ה-OneCare,
12 גם אם הוא היה משלב בתוכו את הפיתוח של המערערת, וממילא קשה להניח
13 כי נותרה במערערת איזו פונקציה של מחקר ופיתוח. יתר על כן, נאמר במפורש
14 בהסכם ה-IP כי המערערת החליטה שטובת האינטרס שלה הוא ל"סגור את
15 **פעילויותיה**" ("to close its operations") ולמכור את הקניין הרוחני שלה.
16 טענת המערערת כי למרות זאת נותרה בה פעילות כלשהי (מעבר להמשך מתן
17 שירות ללקוחות הקיימים על בסיס החוזים הקיימים) – עומדת בסתירה
18 ברורה להסכם זה.
- 19 118. לכך יש להוסיף כי המומחה מטעם המערערת סבר כי לא ניתן לראות במערערת
20 כמי שמכרה בעסקת הטכנולוגיה נכס מסוג "סינרגיה" (ולפיכך יש להפחיתו
21 בהתאמה עם הנתונים) וכן כי לא ניתן להניח במערערת כזו "סינרגיה"

21 מוזנמותה בעסקת המניות וכן כי לא ניתן לו אחר במעוררות כמי ש"מכרה"
 22 פונקציית כוח אדם. כאמור, לדעתי אין מקום להפחית ערכים אלה מתמורת
 23 עסקת המניות כפי שהבהרתי בהרחבה לעיל. יתר על כן, משעה שהגעתי
 24 למסקנה כי המערערת אכן "מכרה" את פונקציית כוח האדם למיקרוסופט,
 25 ומשעה שכוח אדם הוא זה באמצעותו מקיימים פעילות שיווק והפצה ופעילות
 26 מו"פ, המסקנה הנוספת היא ששווי פעילויות אלו לא נותר במערערת. אף
 27 מטעם זה מצאתי לנכון להעדיף את חוות דעת המומחה מטעם המשיב באשר
 28 לנקודות אלה.

47 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

119. כאמור, המומחה מטעם המערערת מצא כי קיימת פרמיה בגין סינרגיה אשר
 שולמה בעסקת המניות, שאותה יש להפחית לשם חישוב שווי השוק בעסקת
 הטכנולוגיה. המומחה ביסס את החישוב שערך על שיעור הרווחיות התפעולית
 העודפת של מיקרוסופט (וחברות דומות) על פני הרווחיות הממוצעת של
 המערערת (וחברות דומות). רווחיות עודפת צפויה זו משקפת לדעתו את
 הסינרגיה שהביאה עמה מיקרוסופט לעסקה והמצדיקה להפחית שוויה
 מתמורת העסקה. מקובלת עליי בעניין זה עמדת המומחה מטעם המשיב כי
 אין זה ברור מדוע יש לייחס סינרגיה זו למיקרוסופט (ואם כן – על שום מה
 תשלם בעדה?), מה גם שמבדיקת הנאותות שבוצעה למערערת (נספח ה'
 לתצהיר המשיב) עולה כי צפוי היה למערערת, בלא קשר לרכישה, עודף
 רווחיות על פני חברות דומות בתעשייה. משמע כי גם אם למערערת רווחיות
 עודפת כפי שצפתה מיקרוסופט בתחזיותיה, לא מן הנמנע שעודף רווחיות זה
 נשען על היתרון שיש למערערת בעצמה, ולפיכך אף לשיטת המערערת, אין
 מדובר בערך של סינרגיה.

120. עמדת המומחה מטעם המערערת בכל הקשור לזכות בקניין הרוחני שנותרה
 בידי המערערת, אינה מקובלת עליי כלל ועיקר. פעילות המו"פ והקניין הרוחני
 תלויים זה בזה. משהגעתי למסקנה כי פעילות המו"פ הועברה למיקרוסופט
 ולא נותרה בידי המערערת, מתחייבת המסקנה כי אף הקניין הרוחני הועבר
 למיקרוסופט ולא נותר עוד בידי המערערת.

זאת ועוד ועיקר, המערערת לא הציגה כל ראיה (מעבר לנטען בחוות דעת
 המומחה מטעמה) לפיה הוסכם בינה לבין מיקרוסופט כי קניין רוחני כלשהו
 ושלא לומר – מררכה השוני של ההוני הרוחני רפי ושברט המומחה) נישאר

22 ...
 23 בידה למרות האמור בהסכם ה-IP. לא יעלה, אפוא, על הדעת כי לאחר עסקת
 24 המניות, ובעיקר לאחר הסכם ה-IP, בו נאמר במפורש :

25 "GTEKO shall sell and transfer to MSFT and MSFT shall
 26 purchase from GTEKO all of GTEKO's rights, title and interest
 27 in and to any and all intellectual property that GTEKO currently
 28 owns ..."

29 כי ניתן יהא עוד לטעון שהמערערת שימרה בידה (או מיקרוסופט הותירה בידה)
 30 זכות כלשהי בקניין רוחני.

48 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 121. כידוע, הכלל הוא כי אין לאפשר לנישום לטעון כנגד הסכם בו התקשר ולטעון
 2 כי הסכם זה אינו משקף את ההסכמה האמתית בין הצדדים.

3 וכך נאמר בע"מ 12-10-53014 כרמל מדיקט טכנולוגיות אקוסטיות בע"מ ואח'
 4 נ' פקיד שומה חיפה (28.12.2014) .:

5 "...קבלת טענה המתבססת על מהותה הכלכלית של עסקה
 6 על ידי נישום מעלה שאלות קשות. בדרך כלל ניתן להניח כי
 7 נישום מדווח על עסקה, מציג עסקה, בהתאם להבנתו את
 8 מהותה. כאשר נישום טוען כי יש להתעלם מהאופן בו הוצגה,
 9 להתעלם מנוסח ההסכם שחתם או להתעלם מדיווחים שהגיש
 10 לשלטונות המס, קיים חשש שמא הנישום פועל שלא בתום לב
 11 ומנסה להציג את העסקה בדרכים שונות כדי להתחמק
 12 מהתחייבויות או מחיובים המוטלים עליו (ראו למשל דברי
 13 בית המשפט בע"מ 357/77 ברונשטיין נ' פקיד שומה
 14 ירושלים, פד"א 7 (1978)).

15 44. קבלת טענתו של נישום כי מהותה של העסקה שונה
 16 מהאופן בו הוצגה, משמעה כי גם הצד האחר לאותה עסקה
 17 שיתף פעולה בהצגה כוזבת של העסקה האמתית. בכך יש
 18 משום הטלת כתם גם על הצד האחר לעסקה, ואולי אף יביא
 19 להטלת חיובים על אותו צד אחר.

20 זאת ועוד, מקום שבו עסקה הוצגה באופן שונה ממהותה
 21 הכלכלית האמתית על מנת להשיג טובות הנאה כלשהן, כגון
 22 התחמקות מהתחייבויות, יש בקבלת טענתו של נישום משום
 23 פגיעה ב"תקנת הציבור", שהרי יש בכך להכשיר - ואולי אף
 24 לעודד הגשת דיווחים כוזבים תוך הטעיה של גורמים שונים,
 25 בין פרטיים ובין רשויות ציבור.

26 כדי לעודד את הנישומים לדווח רק דיווחי אמת ולהציג את
 27 פעולותיהם כהווייתם, ללא התאמת הדיווחים לאינטרסים
 28 המשתנים, יש למעט במתן תוקף לטענה כי הדיווחים ואופן
 29 הצגת העסקה אינם משקפים את המהות האמתית...."

30 (ראה גם ע"מ 10-10-26356 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים
 31

32 **גדולים (20.2.2013); ע"מ 621-02-14 פיננסיטק בע"מ נ' פקיד שומה פתח**
 33 **תקווה (16.9.2015).**

34 122. בסיכומי התשובה העלתה המערערת סברה לפיה הסכם ה-IP אמנם העביר את
 35 מלוא הזכויות בקניין הרוחני למיקרוסופט, אך מאחר שהמערערת המשיכה
 36 לעשות שימוש בקניין הרוחני לצורך מתן שירות ללקוחותיה ולא שילמה דבר,
 37 אין מנוס מהמסקנה כי מיקרוסופט בהתנהגותה העניקה רישיון חינם

49 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 למערערת לשימוש בקניין הרוחני שנמכר לה, ויש לשום את שוויו של רישיון
 2 זה. לגישתה אין מדובר בטענה הסותרת מסמך בכתב, אלא מוסיפה עליהם.
 3 סברה זו של המערערת - אין לקבל. ההבחנה שעושה המערערת בין טענה
 4 הסותרת מסמך ובין טענה המוסיפה על מסמך (ובכך ממילא סותרת אותו) אין
 5 לה בסיס שבדין או בהגיון, בוודאי שלא בנסיבות המקרה שלפנינו. יתר על כן,
 6 אם וככל שמדובר ב"רישיון חינם", הדבר אך מעיד על "קלישותו" של רישיון
 7 מעין זה (הניתן מן הסתם לביטול בכל עת לפי החלטת מיקרוסופט) כך ששוויו
 8 הוא אפסי או קרוב לאפסי.

9 123. יתר על כן, הנימוק שהוצג על ידי המערערת לטענתה בדבר שיוך הקניין הרוחני
 10 בידה גם לאחר עסקת הטכנולוגיה ולפיו לא שולמה על ידה תמורה כלשהי בגין
 11 שימוש בקניין הרוחני לצורך פעילותה העצמאית, לאו נימוק הוא. כאמור, איני
 12 מקבל את מסקנת המומחה מטעמה כי היא הותירה בידה פעילות שיווק
 13 עצמאית ולפיכך אין מקום לתשלום תמורה עבור שימוש בקניין רוחני המיועד
 14 לצורך אותה פעילות. כל שהמערערת הותירה בידה הוא בסיס הלקוחות,
 15 דהיינו ההכנסות ממתן שירות ללקוחות הקיימים עד תום החוזים עמם, אשר
 16 הוערך במסגרת מסמך ה-PPA בשווי של 3.8 מיליון דולר (שווי מעודכן). אציין
 17 כי המשיב סבור שיש להקטין שווי זה שכן יש לייחס למערערת רק את המרווח
 18 השיווקי ממכירת הטכנולוגיה המצויה בבעלות מיקרוסופט. כפי שאבהיר
 19 בהמשך, דעתי בעניין זה היא כי יש לייחס למערערת את מלוא הריווח
 20 מהמכירות ללקוחות הקיימים, בהתאם לאומדן שנקבע במסמך ה-PPA.
 21 סבורני כי גם אם נותר קניין רוחני כלשהו בבעלות המערערת, הרי ששוויו כלול
 22 באומדן זה ואין כל מקום להוסיף עליו. אם תרצו - זה לכל היותר שוויו של
 23 אותו "רישיון חינם" לו טענה המערערת.

124. אזכיר כי בעקבות מסקנת המומחה מטעם המערערת לפיה יש להפחית משווי
 הקניין הרוחני הנגזר מתמורת עסקת המניות (שווי חציוני של 24.953 מיליון
 דולר) את שווי הקניין הרוחני שנותר בידי המערערת (שווי חציוני של 18.74
 מיליון דולר), הגיע המומחה למסקנה כי שווי השוק בעסקת הטכנולוגיה הוא
6.213 מיליון דולר.

50 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 גייטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

מסקנה זו של המומחה מטעם המערערת מעוררת אי נוחות שהרי אף המערערת
 עצמה דיווחה על שווי שוק גבוה באופן משמעותי של 26.6 מיליון דולר. אמת
 כי המערערת אינה עומדת על כך כי השומה תקבע בהתאם לשווי השוק שקבע
 המומחה מטעמה, אך עדיין פער זה שבין הדיווח, המבוסס על עבודת PPA
 חיצונית, כפי שחזרה והזכירה המערערת, ובין חוות דעת המומחה, מעורר
 קושי מבחינתה של המערערת, ומצדיק אף הוא את העדפתה של חוות דעת
 המומחה מטעם המשיב. יתר על כן, מסכים אני עם גישת המומחה מטעם
 המשיב לפיה עבודת ה-PPA, עליה ביסס המומחה מטעם המערערת את עיקר
 חוות דעתו, נעשתה לצרכים חשבונאיים על פי כללי חשבונאות אמריקאים
 ואין בהכרח לגזור ממנה גזירה שווה בנוגע לשווי הפונקציות, הנכסים
 והסיכונים, המועברים במסגרת עסקה בין צדדים קשורים לצורך כללי מחירי
 העברה.

13

14 מחיר עסקת המניות וההתאמות הנדרשות

125. בכל הנוגע לקביעת התמורה בעסקת המניות, ממנה יש לגזור את שווי השוק
 בעסקת הטכנולוגיה, יוצאים שני המומחים לדרך מאותה נקודה לערך.
 המערערת סבורה כי "נקודת המוצא" היא סך של 94.4 מיליון דולר, ואילו
 המשיב סבור כי היא עומדת על סך של 93.82 מיליון דולר. מאחר שמדובר
 בסכומים קרובים, מה גם שהסכום על פי דעת המשיב נמוך מזה שעל פי דעת
 המערערת, איני מוצא לנכון להתייחס לטענות הצדדים בדבר האופן שבו נקבע
 אותו סכום, או על טעויות כאלה ואחרות שנפלו בדרך החישוב שערכו
 המומחים על מנת להגיע לסכומים הנ"ל.

13

126. אך כאן נפרדות דרכם של שני המומחים. המערערת סבורה כי יש להפחית
 מהסכום הנ"ל את שווי הנכסים המוחשיים (מזומנים וחברות בנות), ואילו
 המשיב סבור כי יש להפחית את שווי הנכסים המוחשיים נטו, דהיינו כי יש
 לנכות משווי הנכסים את גובה ההתחייבויות כאשר רק היתרה משקפת את
 הסכום שניתן ליחסו לעסקת הטכנולוגיה. התוצאה היא כי לדעת המערערת
 יש להפחית מסכום עסקת המניות סך של 14.42 מיליון דולר (מזומנים בסך
 14.06 מיליון דולר ושווי חברת בת בסך של 0.36 מיליון דולר); לדעת המשיב

51 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 – 10.43 מיליון דולר בלבד (סכום המזומנים הנ"ל המוסכם על הצדדים, בניכוי
 2 ההתחייבויות [10.071 מיליון דולר], בתוספת שווי חברת הבת).

3 127. בחקירתו אישר המומחה מטעם המערערת שאין להתעלם מהתחייבויות, אך
 4 מאחר שבמקרה זה לא היו התחייבויות, מדובר בנושא שאינו רלוונטי (עי' 41,
 5 ש' 3-8). ואכן, אין מחלוקת בין הצדדים כי יש לנכות התחייבויות לצורך
 6 חישוב תמורת עסקת המניות "האמתית" שממנה יש לגזור את שווי השוק של
 7 עסקת הטכנולוגיה. הערך הנקי של הנכסים המוחשיים, הוא זה שאינו נכלל
 8 בנכסים הבלתי מוחשיים שיש לזהותם כנמכרים במסגרת עסקת הטכנולוגיה.
 9 המחלוקת היא, אפוא, עובדתית גרידא, כאשר לטענת המערערת לא היו כלל
 10 התחייבויות במועד עסקת המניות, ואילו המשיב סבור שהיו התחייבויות
 11 בסכום המצוין לעיל.

12 128. המשיב מסתמך על מסמך ה-FGNG (עמ' 5) בו נאמר כי התמורה בעסקה היא
 13 90 מיליון דולר בתוספת סכום המזומן בניכוי כל סכום התחייבות. בעיקר
 14 מסתמך המשיב על מש/2 ("Gteko Ltd – Purchase Accounting Summary"),
 15 מסמך שהוכן על ידי מיקרוסופט ונמסר למשיב במסגרת דיוני השומה, הכולל
 16 טבלה ובה נתונים שונים אודות המערערת. בעמודה האחרונה, תחת הסעיף
 17 "FY08", נכתב כי סכום הנכסים המוחשיים של החברה נטו הוא בסך של
 18 10.163 מיליון דולר.

19 129. המערערת, מצידה, טוענת כי לא רק שסכום זה אינו תואם במדויק את הסכום
 20 שקבע המומחה מטעם המשיב בחוות דעתו (10.071 מיליון דולר), ולפיכך אין
 21 זה ברור הכיצד עשה שימוש בנתון זה שבטבלה, מה גם שהמומחה לא נתן
 22 הסבר לפער זה, אלא שמדובר בנתון הנכון לשנת 2008, כפי שעולה מהסימון
 23 דלעיל, ולא למועד העסקה.

24 בהקשר זה אף מעלה המערערת טענות שונות הנוגעות לאופן התנהלותו של
 25 המומחה מטעם המשיב בחוות דעתו ובתוספת לה וכן בעדותו בבית המשפט,
 26 כאשר שגה בחוות דעתו המקורית ולא הפחית כלל את נכסיה המוחשיים של
 27 המערערת באופן שגרם להגדלת השווי בסך של 10.07 מיליון דולר הנ"ל (הגם
 28 שתיקן שגיאה זו בתוספת לחוות הדעת), וכאשר התקשה להודות בטעותו זו

52 מתוך 62



בית המשפט המחיי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 במהלך חקירתו הנגדית. אציין מיד כי לא מצאתי לתת משקל לטענות אלו
 2 שאינן ממך העניין ואיני נדרש אליהן כלל.

3 130. כאמור, המחלוקת בין הצדדים היא עובדתית. כלום היו התחייבויות
 4 למערערת שאותן יש לנכות מסכום המזומנים המוסכם? בנסיבות אלה טוען
 5 המשיב בסיכומיו כי יש להעדיף את עמדתו, הנתמכת במסמך שהוכן על ידי
 6 המערערת עצמה, לעומת עמדת המערערת שלא הציגה ראיה לנתון אחר
 7 מטעמה, על אף שכל המסמכים הרלוונטיים לעסקה, לרבות המסמכים
 8 החשבונאיים, נמצאים בחזקתה. בסיכומי התשובה טוענת המערערת כי
 9 המומחה מטעם המשיב לא יכול היה להציג כל מסמך התומך בנתון בו השתמש
 10 לצורך קביעת שווי נכסיה נטו של המערערת כאשר מסמך מש/2 אליו הפנה
 11 כלל אינו רלוונטי. עוד היא טוענת כי המומחה מטעמה קבע ממצאים, לרבות
 12 בדבר שווי נכסיה המוחשיים של המערערת, על יסוד הנתונים והמסמכים שהיו
 13 בידו והוא לא נחקר כלל עליהם. לפיכך יש להעדיף את עמדתו.

14 131. אין בידי לקבל את גישת המערערת. אכן, חוות דעתו של המומחה מטעם
 15 המערערת הייתה בפני המשיב ובפני המומחה מטעמו. באותה חוות דעת
 16 התייחס המומחה לשווי נכסיה המוחשיים של החברה הכוללים את מלוא
 17 סכום המזומנים בלא הפחתה כלשהי בגין התחייבויות. גם אם ניתן היה לצפות
 18 כי המשיב, ככל שסבר שנתון זה אינו נכון, יחקור את המומחה מטעם
 19 המערערת בנקודה זו, הרי בהתחשב בכך שהנימוק שהציגה המערערת כדי
 20 לערער על הנתון שהיה בפני המומחה מטעם המשיב, אינו נימוק של ממש
 21 בעיני, איני סבור כי העובדה שהמומחה מטעם המערערת לא נחקר אודות
 22 הנתונים בהם עשה שימוש, מצדיקה קבלתם כפי שהם.

23 132. צודק המשיב בטענתו כי ניתן היה לצפות שהמערערת, ככל שהיא חולקת על
 24 הנתונים שבהם עשה המשיב שימוש, תציג נתונים אחרים מתוך המסמכים
 25

25 הנמצאים בחזקתה. משנמנעה המערערת להציג מסמכים אלה, חזקה כי אלה
 26 לא היו תומכים בטענתה. זו היא ההלכה הנוהגת דרך כלל והנוגעת להימנעות
 27 בעל דין מהבאת ראיה שבידו (ראה ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ'
 28 מתתיהו, פ"ד מה(4) 651 (1991); ע"א 143/08 קרצמן נ' שירותי בריאות כללית
 29 1649 (26.5.2010); יי קדמי, "על הראיות", חלק שלישי (תשס"ד – 2003) עמ' 1649
 30 וכן עניין פיננסיטק הנ"ל) ואיני סבור כי במקרה שלפני יש מקום לסטות

53 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 מהלכה זו, במיוחד בהתחשב בכך כי נטל הראיה בערעור דנן מוטל על שכמי
 2 המערערת, כפי שהבהרתי לעיל.
 3 133. אשר למסמך מש/2 עליו הסתמך המומחה מטעם המשיב. מסמך זה נמסר
 4 למשיב על ידי המערערת עצמה במהלך דיוני השומה, הנתונים המופיעים בו
 5 בכל הנוגע לשווי הטכנולוגיה הם אלה המופיעים במסמך ה-PPA ואף כותרתו
 6 מלמדת כי נעשה במסגרת ולצורך עבודת ה-PPA. גם במייל שנלווה לאותו
 7 מסמך צוין כי מדובר ב"קובץ PPA". יתר על כן, אם המסמך מתייחס לשנת
 8 2008, כטענת המערערת, הכיצד רשומה בו "טכנולוגיה" שכבר נמכרה
 9 למיקרוסופט בשנת 2007? אכן, הנתון המדובר אודות שווי הנכסים נטו מצוי
 10 תחת הסעיף "FY08", אך איני סבור שדי בכך על מנת להגיע למסקנה שאין לו
 11 כל רלוונטיות לשנת העסקה, היא שנת 2006. אף איני סבור שיש לייחס משקל
 12 רב לעובדה כי קיים פער מסוים בין הנתון הרשום במסמך (10.163) ובין זה בו
 13 עשה שימוש המומחה מטעם המשיב (10.071), מה גם שעל פניו נראה שפער זה
 14 משקף את סכום ה-"Liabilities Assumed" (0.0925) הרשום בהמשך אותה
 15 טבלה.
 16 134. לאור האמור, סבורני כי יש לאמץ את הנתונים שנמסרו על ידי המומחה מטעם
 17 המשיב.

18

הבונוס לעובדים והתשלום המותנה למנכ"ל

19
 20 135. במסגרת עסקת המניות התחייבה מיקרוסופט לשלם "בונוס לשימור עובדים"
 21 בסך של 1.18 מיליון דולר. כמו כן התחייבה לשלם למנכ"ל המערערת
 22 ולמייסדה, מר יהושע גלזר, סך של 7.8 מיליון דולר, ובתנאי כי ימשיך לעבוד
 23 במיקרוסופט במשך שנתיים. לטענת המערערת אין להביא סכומים אלה
 24

24 נבטו"כ 8.98 מיליון דולר בחשבון ונמזג העסקה לצורך גילוי שווי השוק
 25 בעסקת הטכנולוגיה. לגישה, אין המדובר בזכות השייכת למערערת אלא
 26 לעובדים ולגלזר. לפיכך לא ניתן לראותם כתשלום בעד מכירת נכסי המערערת.

54 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 המערערת הפנתה לפסק הדין בע"מ 14-01-47255 הלמן נ' פקיד שומה ת"א 4
 2 (15.10.2015) (להלן: עניין הלמן), בו נקבע כי תשלום לבעל מניות בחברת
 3 הזנק, במסגרת עסקת רכישה, המותנה בכך כי אותו אדם ימשיך לעבוד בחברה
 4 הרוכשת או בחברה קשורה, הוא תשלום שכר עבודה ולא תמורה הונית.
 5 המשיב אינו יכול לטעון כנגד בעלי המניות שמדובר בהכנסה פירותית החייבת
 6 במס הכנסה, ואילו מול רוכשי החברה לטעון שמדובר בהוצאה הונית. עוד
 7 הוסיפה המערערת, כי התשלום האמור תלוי בהחלטתו של מר גלזר ובבחירתו
 8 החופשית האם להמשיך ולעבוד במיקרוסופט, וכי ברור הוא שאילו הלה היה
 9 מחליט לעזוב את מיקרוסופט ולוותר על אותו תשלום, לא ניתן היה לומר כי
 10 שווי נכסיה של המערערת פחת בסכום של 7.8 מיליון דולר. יתר על כן, אין
 11 יסוד לטענת המשיב לפיה יש לייחס את התשלום למערערת שכן הוא נעשה
 12 בתמורה לויתורה על טענות לניגוד עניינים, אי תחרות וחשיפת סודות
 13 מסחריים והסכמתה להעברת ידע למיקרוסופט. טענה זו היא משום הרחבת
 14 חזית ואינה נסמכת על ראיות, מה גם שאילו כך היה הדבר, התשלום היה
 15 משולם למערערת או ליתר בעלי המניות ולא לגלזר בלבד.

16 136. המשיב, מנגד, סבור כי סכומי הבונוס לעובדים מהווים חלק מתמורת העסקה,
 17 שהרי מדובר בהוצאה אותה נאלצה מיקרוסופט לשלם במסגרת העסקה. אשר
 18 לתשלום המותנה למר גלזר, הרי שבעולה מההסכם (סעיף 2.3.4 וסעיף 6.13),
 19 תשלום זה מהווה חלק מהסכום הכולל אליו הגיעו הצדדים. מבחינת
 20 מיקרוסופט התשלום מובא בחשבון לצורך תחשיב כדאיות העסקה, ואילו
 21 מבחינת המערערת, לא הייתה ניתנת הסכמתה להתקשרות זו ולמסירת
 22 סודותיה המסחריים על ידי המנכ"ל שלה, אלמלא עסקת המניות. כמו כן,
 23 בהסכם ההתקשרות שבין גלזר למיקרוסופט הודגשה עובדת היותו של גלזר
 24 גורם התורם לשווי המניות. הסכום ששולם לגלזר בא להבטיח כי ערכה של
 25 הפעילות שנרכשה מהמערערת תישמר גם לאחר העברתה למיקרוסופט, כאשר
 26 נאמר במפורש בהסכם ההתקשרות שהוא כפוף להסכם מכירת המניות.
 27 התשלום לגלזר אף אינו תחליף למשכורת כפי שמבהיר ההסכם שנערך עמו.

28 המשיב מסתמך גם על מסמך ה-FGNG ומעדויותיהם של עדי המערערת
 29 (שהוזכרו כבר לעיל) בדבר החשיבות הרבה שראתה מיקרוסופט בהתקשרות
 30 עם אנשי המפתח במערערת, כאשר הערך המוסף שנוצר בעסקת המניות נבע

55 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 בעיקר מכוח האדם המיומן. לטענת המשיב, אין ספק כי התמורה שהייתה
 2 מיקרוסופט מוכנה לשלם בעבור העסקה הייתה משתנה אילו איש מפתח
 3 כדוגמת גלזר לא היה ממשיך ללוות את פעילות החברה. המשיב מבהיר כי אין
 4 הוא טוען שגלזר הוא "נכס" של החברה, אלא שבהסכמתה להתקשרותו עם
 5 מיקרוסופט, ויתרה המערערת על פונקציות הניהול ועל הידע שברשותה.
 6 משכך, יש להביא גם תשלום זה בחשבון בחישוב השווי בעבור העברת
 7 פעילותה. עוד מוסיף המשיב כי לא הוכח טיב מערכת היחסים שבין
 8 מיקרוסופט לגלזר, ולא הוכח כי מדובר ביחסי עבודה, וממילא לא ניתן לגזור
 9 גזירה שווה ממה שנפסק בעניין **הלמן**, מה גם שהוגש ערעור על פסק דין זה,
 10 ובכל מקרה אין סיווג ההכנסה בידי מקבל ההכנסה כדין הסיווג בידי משלם
 11 ההכנסה.

12 137. במחלוקת זו שבין הצדדים, דעתי היא כדעת המערערת.

13 ראשית אבהיר כי גישת המשיב, אותה אימצתי, המתבססת, בין היתר, על
 14 החשיבות הרבה שייחסה מיקרוסופט לעובדיה המיומנים של המערערת, לפיה
 15 המערערת אמנם העבירה, כנגד תמורה המשתקפת בעסקת המניות, את צוות
 16 העובדים למיקרוסופט - מתאימה לעובדי המערערת **כמכלול**, אך לא לעובדים
 17 באופן אינדיבידואלי וקונקרטי. דומני כי הרחבת הגישה בדבר האפשרות
 18 למכור "נכס" מסוג "פונקציית כוח אדם" כך שתחול גם על עובדים
 19 אינדיבידואליים, אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות שיפוטית ראויה, במיוחד
 20 כאשר הנטייה המובהקת כיום היא לסווג תשלומים לעובדים, לרבות
 21 תשלומים מסוג אי-תחרות ותשלומים "הוניים" לכאורה אחרים, כתשלומים
 22 המשולמים לעובד במישור האישי וכתמורה עבור עבודתו ולא עבור מכירת נכס
 23 כלשהו (ראה, למשל, ע"מ 14-01-28006 **טוביה פלדמן נ' פקיד שומה פתח-
 24 תקווה** (13.11.16)). אם העובד אינו מוכר "נכס", על שום מה נכון יהיה לראות
 25 בחברה שבה הוא עובד כמוכרת "נכס"?

26 138. איני מתעלם, לפיכך, מכך שגם התשלום לעובד אינדיבידואלי, ובמיוחד לעובד
 27

27 מטוגן של גלזר, יש בו משום וזימה ממשית מצד המעורר על סודות מסווגים
 28 וידע. אף איני מתעלם מכך כי התשלום המותנה לגלזר היה כרוך בעסקת
 29 המניות, וכי מבחינתה של מיקרוסופט תשלום זה היה חלק מעלות הרכישה
 30 בכללותה והובאה בחשבון לצורך בחינת כדאיות העסקה.

56 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 עם זאת, וכאמור, נראה לי שמתן גושפנקא לטענה לפיה גם תשלום זה מהווה
 2 "נכס" של המערערת, יש בו כדי לטשטש את ההבחנה שבין המישור האישי
 3 והמישור התאגידי.

4 אזכיר בהקשר זה כי אין בפנינו סוגיה הנוגעת במישרין לסיווג התשלום
 5 המותנה ולאופן מיסויו, אם בצד המקבל ואם בצד המשלם. נדרשים אנו
 6 לתשלום זה, כמו גם ליתר התשלומים ששולמו בעסקת המניות, על מנת לגזור
 7 מתוכו את שווי השוק בעסקת הטכנולוגיה. לפיכך, תשלום המשולם שלא
 8 באופן ברור ומובהק עבור המניות גופן (ששווין משקף את נכסיה של החברה,
 9 דהיינו את מה שמצוי "בתוך הקופסא"), אלא בגין הסכמתו של עובד להמשיך
 10 ולעבוד בחברה, יש להיזהר מלגזור על פיו את שווי השוק של נכסי החברה.
 11 בצדק טענה המערערת בעניין זה כי אילו מר גלזר היה מסיים את עבודתו
 12 במיקרוסופט בטרם התקופה המזכה, כך שהסך של 7.8 מיליון דולר היה
 13 מוחזר למיקרוסופט, כלום המשמעות היא שנכסי המערערת היו פוחתים
 14 בסכום הנ"ל? ואם נשיב על שאלה זו בחיוב, התוצאה תהא, כאמור, טשטוש
 15 תחומים בין המישור האישי והמישור התאגידי.

16 139. בעניין הלמן קיבל בית המשפט המחוזי את עמדת המשיב לפיה תשלום ששולם
 17 לעובדי מפתח בחברה, על מנת שימשיכו לעבוד בחברה, אינו מהווה הכנסה
 18 שבהון ואינו חלק מעסקת רכישת המניות. כך נקבע בעניין זה (פסקה 7 לפסק
 19 הדין):

20 "ויודגש, התמורה הנוספת שולמה על מנת להותיר את
 21 מקבליה מעורבים בחברה על דרך ניצול כישוריהם והידע
 22 שצברו. תמורה זו היא במובהק במשור הפירותי. זאת במובדל
 23 מהתמורה ששולמה בגין היזמות בהקמת החברה ובזכויות
 24 בחברה מכוח הבעלות בה. בסופו של יום החברה הרוכשת
 25 IBM נכונה היתה לשלם סכום מסוים בגין המניות \ הזכויות
 26 ולהוסיף סכום אם יוותרו בעלי המניות מעורבים בעשיה
 27 בחברה בשל כישוריהם, ניסיונם, הידע שצברו וכיוצא באילו.
 28 התוספת הלזו היא אינה אלא תשואה על הון אנושי וככזו היא
 29 תשואה פירותית...."

30 ובהמשך לכך (פסקה 10 לפסק הדין):

31 "טענות המערערים כאילו במסמך עקרונות שנערך בין IBM
32 לבין בעלי מניות החברה נקבע כי התמורה בעד המניות תעמוד
33 על סך של 300 מיליון דולר, דהיינו כולל התמורה הנוספת,

57 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

1 אינה יכולה להועיל להם אף מבלי שאדרש לאמור בהסכם
2 העקרונות, משום שבסופו של דבר הסכימו הצדדים לתמורה
3 ולתנאים שנקבעו בהסכמים הסופיים שנכרתו בין הצדדים...

4 140. אמת כי אין סיווג ההכנסה בידי מקבל התשלום כסיווג בידי המשלם, אך
5 ממילא איננו עוסקים בעניין שלפנינו בסיווג התשלום, אלא בשאלה אחרת
6 הנוגעת לאופן שבו יש לגזור את שווי השוק של נכסי המערערת מהתמורה
7 בעסקת המניות. לפיכך, ההבחנה הברורה והחד משמעית שעורך בית
8 המשפט בעניין **הלמן** בין התמורה המשולמת עבור "הזכויות בחברה מכוח
9 הבעלות בה" לבין תמורה המשולמת עבור נכונותו של עובד להמשיך ולהעניק
10 שירותים לחברה גם לאחר רכישתה, יפה גם במקרה שלפניי, שהרי מוסכם על
11 הצדדים שהתשלום המותנה (וכן הבונוס לעובדים) אינו משולם בזיקה לבעלות
12 במניות, ובכל מקרה ובוודאי שלא ביחס ישיר להיקף הבעלות במניות.

13 141. זאת ועוד, נראה כי גישת המשיב אין בה כדי להבחיר במה שונה המקרה דנן,
14 שבו התשלום המותנה והבונוס משולם על ידי מיקרוסופט למר גלזר ולעובדים,
15 לבין מקרה שבו התשלום היה משולם על ידי המערערת עצמה. לצורך הדוגמא,
16 נניח כי עוד בטרם רכישת המניות, המערערת, החפצה בהישארותם של מר
17 גלזר והעובדים, הייתה מתחייבת לשלם להם סכום כספי כגובה הסכום
18 ששולם להם על ידי מיקרוסופט בעסקת המניות, ובתנאי כי יישארו עובדי
19 החברה לתקופה זו או אחרת. האם בנסיבות אלה הייתה משתנה תמורת עסקת
20 המניות? האם גם בנסיבות אלו ניתן היה לראות בתשלום המותנה האמור
21 כחלק מתמורת עסקת המניות? יצוין כי במהלך הדיון נדרש המומחה מטעם
22 המשיב לסוגיה זו (ע' 180, ש' 12 – ע' 182, ש' 8) ואף כי לא ניתן להסיק
23 מתשובותיו מסקנה חד-משמעית בעניין זה, דומני כי לכל הפחות יש
24 בתשובותיו כדי להמחיש את הקושי הקיים בניסיון לערב בין התחייבות לשלם
25 תשלום עבור מניות החברה לבין התחייבות לשלם תשלום לעובד בגין הסכמתו
26 להמשיך ולעבוד בחברה (התחייבות שאף מביאה להפחתת שווי החברה).

27 ער אני לכלל לפיו יש לבחון את העסקה בהתאם למתווה שנקבע על ידי
28 הצדדים ולא מתווה אלטרנטיבי אחר, אך אחזור ואזכיר כי איננו עוסקים
29 בשאלת אופן מיסוי התשלום ששולם לעובדים במסגרת עסקת המניות, אלא

30 בשאלה מה ניתן לגזור מתמורת עסקת המניות לצורך קביעת שווי השוק של
 31 עסקת הטכנולוגיה.

58 מתוך 62



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 גייטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 **בסיס הלקוחות שנתרו בידי המערערת**
- 2 142. נראה לי לנכון במקרה דנן למקד את הדיון בשאלה מה נותר במערערת לאחר
 3 עסקת המניות ולאחר עסקת הטכנולוגיה, וזאת מתוך הנחה כי כל מה שלא
 4 נותר, הועבר למיקרוסופט.
- 5 אמת, כי עדיין ניתן להעלות על הדעת אפשרות כי קיימות פונקציות בעלות
 6 ערך שלא נותרו ולא הועברו, אלא איבדו את ערכן או "התפוגגו". עם זאת, כפי
 7 שהבהרתי בהרחבה לעיל, בהתחשב בזמן הקצר שעבר בין עסקת המניות ועד
 8 השלב שבו "התברר שכל לקוחותיה של המערערת נטשו אותה או הודיעו לה
 9 שלא יחדשו עמה את החוזים עם סיומם", כאשר אפשרות זו נצפתה על ידי
 10 מיקרוסופט במועד הרכישה, לא ניתן לזהות פונקציה בעלת ערך (מלבד הפקת
 11 הכנסות מבסיס הלקוחות בהתאם לחוזים הקיימים) שהובאה בחשבון בעת
 12 קביעת התמורה בעסקת המניות ואשר לאחר מכן נעלמה מבלי שוב.
- 13 143. אבהיר כי ברי שאי גיוסם של לקוחות חדשים, ובוודאי נטישתם של לקוחות
 14 קיימים, אינה עניין רצוי. כך אין להניח כי המערערת או מיקרוסופט הפיקו
 15 תועלת מנטישת הלקוחות או כי מדובר בתוצאה "רצויה" מבחינתם. עם זאת,
 16 גם תוצאה שאינה רצויה אך צפויה, או שהיא, למצער, בבחינת סיכון מחושב,
 17 משפיעה על התמורה המשולמת בעסקה. ניתן למעשה לומר כי התועלת
 18 שהייתה צפויה למיקרוסופט מהשימוש במשאביה של המערערת לשם פיתוח
 19 מוצר ה-OneCare, אגב נטישת הלקוחות, אינה בהכרח נופלת מהתועלת
 20 שהייתה צפויה לכל קונה אחר שהיה רוכש את החברה ומפיק תועלת מהמשך
 21 פעילותה ובלא שלקוחותיה יינטשו אותה. בסופו של דבר עניין לנו בסיכויים
 22 ובסיכונים, ובנקודת מפגש שבין המוכר מרצון והקונה מרצון. בוודאי שלא
 23 ניתן להניח אפריורית, במיוחד בהתחשב במכלול הראיות שהיו בפניי כפי
 24 שפורטו לעיל, כי נטישת הלקוחות הייתה אירוע ששינה באופן משמעותי את
 25 פניה של העסקה ואת התועלות שכל אחד מהצדדים ראה בה מלכתחילה.
- 26 144. במסמך ה-PPA (ראה Exhibit 6) נקבע כי שווי בסיס הלקוחות שנתר
 27 במערערת עומד על סך של 3.7 מיליון דולר (3.8 מיליון דולר לאחר עדכון).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 המומחה מטעם המשיב קבע כי מאחר שהטכנולוגיה עברה לבעלות
 2 מיקרוסופט, יש לייחס למערערת אך ורק את מרווח השיווק בגין מכירת
 3 הטכנולוגיה. לצורך כך בחן את תרומת המערערת לטכנולוגיה הקיימת,
 4 בפיתוח ועתידי, כפי שהדבר משתקף במסמך הנ"ל, והגיע למסקנה ששווי
 5 בסיס הלקוחות שנותר במערערת הוא 2.3 מיליון דולר. יתרת שווי בסיס
 6 הלקוחות בסך 1.5 מיליון דולר, עבר למיקרוסופט.
- 7 המומחה מטעם המערערת התבסס אף הוא על מסמך ה-PPA לצורך אומדן
 8 שווי פעילות השיווק וההפצה של המערערת והגיע, כאמור, למסקנה כי שווי
 9 זה עומד על סך של 16.5 מיליון דולר.
- 10 145. כפי שצינתי, אין בידי לקבל גישתו של המומחה מטעם המערערת, לא רק
 11 משום שהביא בחשבון הכנסות מלקוחות חדשים, אלא שאף הניח כי לא תחול
 12 כל ירידה בהכנסות מהלקוחות הקיימים וזאת בשעה שעבודת ה-PPA עצמה
 13 מתייחסת להכנסות על פני תקופה של 7 שנים בלבד. מכל מקום ועיקר, קיים
 14 פער ניכר בין התוצאה אליה הגיע ובין אומדן שווי הלקוחות הקיימים כאמור
 15 במסמך ה-PPA.
- 16 146. מנגד, אף אין בידי לקבל את האופן שבו ערך המומחה מטעם המשיב את אומדן
 17 שווי הלקוחות הקיימים. גם אם הבעלות בטכנולוגיה הועברה למיקרוסופט,
 18 לא שוכנעתי כי המסקנה המתחייבת היא כי ראוי לייחס למערערת אך ורק את
 19 מרווח השיווק במכירת המוצרים ללקוחותיה הקיימים. גם מסמך ה-PPA, בו
 20 נעזר אף המומחה מטעם המשיב, אינו מגיע למסקנה זו אלא מייחס למערערת
 21 את מלוא הריווח מהחוזים הקיימים, אם מפני שעורכו סבור כי קיימת מידה
 22 כלשהי של זכות בטכנולוגיה שנותרה בידי המערערת בקשר לאותם חוזים
 23 (ראה דיון לעיל בסוגיית הזכות בקניין הרוחני), ואם מטעם אחר, כגון
 24 שתרומתה של המערערת לאותם חוזים עם לקוחותיה הקיימים היא מעבר
 25 למרווח השיווקי או מטעם אחר. כך או כך, לא מצאתי כי יש לחרוג מהשווי
 26 שנקבע במסמך ה-PPA לבסיס הלקוחות.

27

28



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 **סוף דבר**
- 2 147. ניתחתי לעיל את מרכיביה השונים של עסקת המניות ושל עסקת הטכנולוגיה,
 3 ומסקנתי היא כי בכפוף לשתי הסתייגויות, יש להעדיף את חוות דעתו של
 4 המומחה מטעם המשיב על פני זו של המומחה מטעם המערערת ובהתאם לכך
 5 להכריע בערעור.
- 6 148. לאמיתו של דבר, גם **התמונה הרחבה והכוללת** הנפרסת לנגד עינינו בשעה
 7 שאנו בוחנים את שאירע במקרה דנן, מובילה לתוצאה דומה: מיקרוסופט
 8 רוכשת את מניות המערערת בתמורה לסך של כ-90 מיליון דולר (לפני התאמות
 9 שונות). מטרתה היא לשלב בפיתוח מוצריה את צוות העובדים המיומן של
 10 המערערת. לאחר מכן מועברים כלל העובדים, לרבות עובדי ההנהלה הבכירה,
 11 אנשי השיווק, אנשי הפיתוח ובקרת האיכות, למיקרוסופט ישראל (אך ניתנים
 12 שירותי כוח אדם למערערת לצורך מתן שירות ללקוחותיה על פי החוזים
 13 הקיימים). הקניין הרוחני של המערערת נרכש על ידי מיקרוסופט בתמורה,
 14 המייצגת לפי הנטען את שווי השוק של הקניין הרוחני, של 26.6 מיליון דולר.
 15 אף ערוצי השיווק הקודמים של המערערת, באמצעות חברות הבנות שלה,
 16 מפסיקים לפעול. בשלב זה (למעשה כבר מהשלב שבו נרכשו מניותיה של
 17 המערערת) האינטרסים של המערערת נדחים בפני אלה של מיקרוסופט.
 18 האחרונה היא המתווה את מדיניותה של המערערת בכל התחומים האפשריים.
 19 כתוצאה מכך, ולא באופן בלתי צפוי, הלקוחות הקיימים נוטשים את
 20 המערערת. אף לא לקוח חדש אחד מגויס. עיקר משאביה של המערערת מופנים
 21 למטרת פעילותה של מיקרוסופט עד שלבסוף המערערת עצמה קורסת
 22 ומפסיקה את פעילותה. מחברה רווחית בעלת פוטנציאל להמשיך ולצמוח,
 23 הופכת המערערת לקליפה תאגידיית ריקה מתוכן. כל זאת קורה בתקופה
 24 קצרה.
- 25 149. דומה כי די בתיאור שדלעיל על מנת להטיל נטל כבד על זה המבקש לטעון כי
 26 קיים ערך – בגובה ההפרש שבין התמורה בעסקת המניות ובין התמורה
 27 בעסקת הטכנולוגיה – שנעלם כלא-היה. הדעת נותנת כי ערך זה, ששולמה בגינו
 28 תמורה רבה זמן קצר קודם לכן בעסקה בין צדדים שאינם קשורים השוקלים
 29 שיקולים כלכליים גרידא, הועבר בעסקת הטכנולוגיה. קשה לומר כי הוא
 30 נעלם או "התאייד". הכלל הוא שערך כלכלי נשמר, גם אם הוא משנה את



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"מ 13-01-49444 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא

תיק חיצוני:

- 1 צורתו (ראה דוגמא 23 בסעיף 82 לקווי הנחיה OECD). המערערת לא עמדה
 2 בנטל הכבד המוטל עליה להראות שכלל זה בדבר "שימור הערך", אינו חל
 3 במקרה דנן.
- 4 150. על יסוד כל האמור, התוצאה היא כי יש לאמץ את עמדת המשיב בדבר שווי
 5 השוק של עסקת הטכנולוגיה (במובנה הרחב), הנגזרת מתמורת עסקת
 6 המניות, הגם שיש להפחית משווי זה את התשלום ששולם כבונוס שימור
 7 לעובדים ואת התשלום המותנה למר גלזר (בסך כולל של 8.98 מיליון דולר)
 8 וכן את מלוא השווי (המעודכן) שנקבע במסמך ה-PPA לבסיס הלקוחות
 9 (הפחתה נוספת של 1.5 מיליון דולר).
- 10 הערעור מוכרע, אפוא, על פי האמור לעיל.
- 11 151. המערערת תישא בהוצאות המשיב ובשכ"ט עורכי דינו בסך כולל של 75,000 ₪
 12 שישולמו בתוך 30 יום, שאם לא כן יישאו הפרשי הצמדה וריבית החל מהיום
 13 ועד לתשלום בפועל.
- 14
- 15 ניתן היום, י"ב סיוון תשע"ז, 06 יוני 2017, בהעדר הצדדים.
 16

ד"ר שמואל בורנשטיין, שופט

- 17
 18
 19
 20

62 מתוך 62