

# Tax

## בית המשפט המחוזי דחה את טענת רשות המסים למכירת FAR בעקבות שינוי מבנה עסקי



אתמול פורסמה הכרעת ביהמ"ש המחוזי בת"א (כב' השופטת ירדנה סרוסי) בדבר קבלת ערעור המס שהוגש על ידי משרדנו בעניינה של חברת מדינגו בע"מ, חברה בת של תאגיד הפארמה העולמי Roche, כנגד טענת רשות המסים בדבר מכירת FAR בעקבות "שינוי מבנה עסקי" ("Business Restructuring") כפועל יוצא, נדחתה דרישת הרשות לגבות מהחברה מס בגובה של למעלה מ-185 מיליון ₪ (בערכים של היום).

נעמוד על עובדות המקרה בקצרה: מדינגו הוקמה בשנת 2005 תחת השליטה של ארון ופעלה ממשרדה ביקנעם. מדינגו עסקה בפיתוח ה-"Solo", משאבת אינסולין אלחוטית לחולי סוכרת. במאי 2010 קבוצת Roche רכשה את מלוא הון המניות של מדינגו בתמורה ל-160 מיליון דולר, בתוספת תשלום בסך 19 מיליון דולר לפי אבני דרך מוסכמות. כמקובל לאחר רכישתה של חברת סטרט-אפ ישראלית ע"י קבוצת ענק רב-לאומית, כחצי שנה לאחר עסקת המניות, נחתמו בין מדינגו לבין קבוצת Roche ארבעה הסכמים: הסכם רישיון למתן זכות שימוש בקניינה הרוחני של החברה הישראלית בתמורה לתשלום תמלוגים; וכן שלושה הסכמי שירותים - מ"פ, ייצור ושיווק - בתמורה ל-5% Cost Plus.

פקיד שומה טען שיש לראות בהתקשרות בהסכמים בסמוך לעסקת רכישת המניות כשינוי מבנה עסקי שבעקבותיו יש לראות את מדינגו כמי שמכרה לקבוצת Roche את עיקר הפונקציות, הנכסים והסיכונים ("FAR") וכי העברה זו חייבת במס רווח הון. פקיד השומה ביקש לגזור את שווי מכירת ה-FAR על סמך התמורה ששולמה בגין רכישת המניות, וקבע כי יש לייחס למדינגו הכנסה חייבת של כ-480 מיליון ₪ וחבות מס של כ-120 מיליון ₪ (לפני ריבית והפרשי הצמדה). בנוסף, יוחסו למדינגו הכנסות ריבית לשנים העוקבות בגובה עשרות מיליוני ש"ח מכוח "התאמה משנית".

מדינגו כפרה בטענות פקיד השומה וטענה שלא רק שהחברה לא רוקנה, אלא כי תחת כנפיה ובעידודה של Roche מדינגו צמחה בכל מדד: קברניטי מדינגו הם שהתהוו וניהלו את מאמצי המו"פ, הייצור והשיווק שלה, מספר העובדים של מדינגו גדל משמעותית (מ-89 עובדים בשנת 2010 ל-147 עובדים בשנת 2012), היא הפכה רווחית לראשונה בתולדותיה, וכן הוצגו לבית המשפט ראיות שמעידות כי הבעלות בפטנטים של מדינגו נשמרה בקפדנות, וכי נערכה הפרדה בין ה-IP ה"ישן" (שנותר בבעלות מדינגו) לבין ה-IP החדש שנרשם תחת Roche. כמו כן, מדינגו עמדה על היישום השגוי של קווי ההנחיה של ה-OECD (עליהם התיימר פקיד השומה לבסס שומתו), המורים כי לא כל שינוי בתמהיל הסיכון-סיכוי של החברה הינו בר פיצוי, וכי כאשר שינוי המודל עולה בקנה אחד עם התקשרויות שצדדים בלתי קשורים היו מתקשרים בהן בנסיבות דומות, אין מקום להתערב בהסכמות הבין חברתיות ולקבוע פיצוי נוסף. מדינגו טענה עוד כי בפועל היא מכרה את קניינה הרוחני לקבוצת Roche בנובמבר 2013, וזהו מועד אירוע המס.

בפסק דינה מיום 8.5.2022, כבוד השופטת ירדנה סרוסי אימצה את עמדת המערערת במלואה וקבעה שאין לראות בנסיבות הענין כמכירת FAR העולה כדי יציאת נכס החייבת במס. כפי שציינה הש' סרוסי, פסק דינה ממשיך בתלם שנחרש על ידי כב' הש' בורנשטיין בענין **ברודקום**, והיא שבה ומצטטת את קביעותיו כי "שינוי מודל עסקי" אינן "מילות קסם, שדי באמירתן בלבד כדי להביא לשינוי סיווגה של העסקה שנערכה בין הצדדים". במסגרת פסק דינה קבעה הש' סרוסי, על סמך העדויות והראיות שהובאו בפניה כי הפעילות במערערת נמשכה, ואף ביתר שאת, בהתאם לאמור בהסכמים הבין-חברתיים, וכי המערערת המשיכה בפעילות לרבות בפונקציות המו"פ, הייצור, השיווק והניהול.

נדגיש להלן מספר נקודות מפתח שנקבעו בפסק הדין ואשר עשויה להיות להן נפקות כבדת משקל ביחס לתיקי "שינוי מודל עסקי":

■ השאלה אם עסקה בין צדדים קשורים עומדת בעיקרון אורך הזרוע (Arm's Length) צריכה להיבחן לפי שני שלבים: בשלב הראשון, יש לבחון את אפיון העסקה (רישיון, שירותים, מכר או אחר) ואם הייתה נעשית גם בין צדדים בלתי קשורים. בהקשר זה כב' השופטת סרוסי התייחסה לעמדת קווי ההנחיה כי אין להתערב באפיון העסקה בניגוד להסכמים אלא בנסיבות יוצאות דופן, בהן ההסכמים מופרכים מיסודם או שאינם מאפשרים בשום אופן קביעת מחיר לפי עקרון אורך הזרוע. בשלב השני, יש לבחון אם המחיר ששולם תואם את תנאי השוק; ואולם, תמחור העסקה לא יכול ללמד על אפיונה, אלא לכל היותר, אם יש מקום להגדיל את התמלוגים ולשנות את התנאים שנקבעו בהסכם.

■ סממן נוסף לכך שעסקה בין צדדים קשורים עולה בקנה אחד עם עקרון אורך הזרוע הוא שערב ההתקשרות הבין-חברתית, לא עמדה בפני מי מהצדדים חלופה זמינה באופן ממשי שנחשבה לעדיפה מבחינה עסקית – 'במבט לאחור ועל הנייר 'נוח' להציע חלופות, אולם פעמים רבות המציאות בשטח בזמן אמת שונה לחלוטין". בהקשר זה, כב' השופטת סרוסי הבהירה בפסק דינה ש"חלופה זמינה באופן ממשי" משמעותה אך ורק חלופה שעדיפותה אינה מוטלת בספק. כמו כן, בית המשפט עמד על כך שבחינת החלופות הזמינות צריכה להיעשות מנקודת המבט של שני הצדדים לעסקה.

■ טענות פקיד השומה בדבר "יציאת" פונקציות מישראל אגב ההסכמים הבין-חברתיים נדרשות להיות מגובות בעובדות בשטח. הישענות פקיד השומה אך ורק על ההסכמים הבין-חברתיים אינה מספקת בהקשר זה ופקיד השומה אינו יכול להניח את המבוקש – כי אך מכיוון שמדובר בחברות קשורות, מדובר במכירה ולא במתן רישיון ושירותי מו"פ (מבלי לבחון את העסקה לגופה ואת התנהלות הצדדים לאחריה, כפי שהיה נהוג בצדדים בלתי קשורים). כך גם, כוונת הצדדים (ככל שהייתה) להוציא את הפעילות מישראל בשנים הבאות אינה יוצרת אירוע מס כשלעצמה, שכן קביעה זו נתונה למעשים ולא לכוונות.

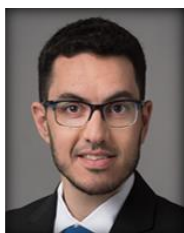
■ בכל הנוגע לטענת המשיב להתוויית האסטרטגיה העסקית על ידי Roche, בית המשפט עמד על כך שהמשיב לא דק פורתא בהבחנה שבין Roche כבעלת מניות ובין Roche כרוכשת פעילות. הנהלת מדינגו הייתה מאז ומתמיד כפופה לבעלת מניות שהתוותה את האסטרטגיה של החברה. כלומר העובדה ש-Roche לקחה חלק בהתוויית המדיניות של מדינגו לא מובילה בהכרח למסקנה שפונקציית הניהול הוצאה ממדינגו. כך בפרט שעה של Roche ניסיון עשיר בתחום הפארמה ו"עושה שכל" שמדינגו תבקש לנצל את הידע הנרחב שנמצא ברשותה של Roche.

■ כפי שנעשה גם בעניין **ברודקום**, דומה שבית המשפט מייחס משקל לגידול במצבת כוח האדם מאז חתימת ההסכמים הבין-חברתיים, וכן לגידול בהכנסות החברה והמעבר מהיותה חברה הפסדית לחברה מרוויחה.

■ העובדה כי פטנטים שפותחו עד לתקופת Roche נרשמו על שם מדינגו ואילו פטנטים שפותחו לאחר מכן נרשמו על שם Roche מעידה על הפרדה שערכו הצדדים בין "IP ישן" ו-"IP חדש", וכן שגם מבחינה כלכלית ה-IP הישן לא עבר לצמיתות במסגרת הסכם הרישיון ולא נמהל ב-IP החדש כטענת פקיד השומה. כך גם מעידה העובדה ש-Roche נדרשה לרכוש את הקניין הרוחני הישן בתום תקופת הסכם הרישיון על מנת להמשיך ולעשות בו שימוש.

■ לעניין השאלה אם הועברו הסיכונים אם לאו, יש להתמקד בסיכון לכישלון המוצר, אשר נותר להיות בראש ובראשונה על מדינגו, זאת להבדיל מהסיכון לאבדן השקעה בו נושא בעל המניות. כמו כן, מצאה כב' הש' סרוסי כי אין בהקטנת הסיכונים (והסיכויים בצדם) כשלעצמה כדי ללמד על מכירת הפעילות, וכי עסקים יכולים לשנות את התמהיל העסקי שלהם, גם מבלי שהדבר יהווה מכירה.

## נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה בנושא,



מורן בן דיין  
עו"ד (רו"ח)

[moranbd@gornitzky.com](mailto:moranbd@gornitzky.com)



שירין גבאי מצגר  
שותפה

[shiring@gornitzky.com](mailto:shiring@gornitzky.com)



שלמה אביעד זידר  
שותף

[shlomoz@gornitzky.com](mailto:shlomoz@gornitzky.com)



דניאל פסרמן  
ראש תחום מסים (רו"ח)

[paserman@gornitzky.com](mailto:paserman@gornitzky.com)