

הנדון: שווי מכירת קנין רוחני לחברת אם שרכשה את מניות המוכרת זמן קצר לפני כן- פס"ד ג'יטקו

1. תקציר

ביום 6 ביוני 2017 פירסם ביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט ד"ר ש. בורנשטיין) את פסק דין ע"מ 49444-01-13 ג'יטקו בע"מ נ' פקיד שומה כפר סבא. לפסק הדין יש חשיבות רבה למקרים רבים בהם נרכשות מניות/ פעילות של חברה תושבת ישראל ע"י תושבי חוץ.

בנובמבר 2006 רכשה חברת מיקרוסופט (תושבת ארה"ב) את מניותיה של חברת ג'יטקו בתמורה לסך של 90 מיליון דולר וכל עובדיה הועברו למיקרוסופט ישראל. מספר חודשים לאחר מכן, נחתם הסכם בין ג'יטקו למיקרוסופט למכירת הקניין הרוחני של ג'יטקו תמורת 26.6 מיליון דולר.

המחלוקת העיקרית הייתה, האם מדובר בעסקה למכירת קניין רוחני בלבד או שמדובר במכירת מלוא פעילותה של ג'יטקו? כמו כן, הצדדים היו חלוקים באשר לשווי העסקה אותו יש למסות.

פסק הדין קובע כי שווי של חברה לא "מתאייד" בחיסול פעילות וכי יש למסות את מלוא השווי של רכיבי הפעילות שיצאו מהחברה.

כמו כן, קיבל ביהמ"ש את עמדת רשות המיסים וקבע כי יש להניח שצדדים לעסקה פועלים באופן רציונלי ואינם משלמים תמורה העולה באופן משמעותי על זו שהייתה מתקבלת מרוכשים אחרים ובכך דחה את טענת המערערת לפיה הסכום ששולם בגין מניותיה כולל תמורה בגין סינרגיה לפעילותה של מיקרוסופט ועל כן לא נכלל בשווי מכירת הקניין הרוחני.

תשומת לבכם לעמדת רשות המסים מיום 8 ביולי 2010 - השלכות המס במקרה של שינוי מודל עסקי בחברות בעלות מפעל בתחומי הטכנולוגיה.

להלן נפרט את עיקרי פסק הדין:

2. העובדות

חברת ג'יטקו בע"מ (להלן: "המערערת") היא חברה ישראלית שהוקמה בשנת 1992 ועסקה במתן פתרונות בתחום התמיכה הטכנית האוטומטית ליצרני ציוד אלקטרוני.

המערערת פיתחה תוכנה בסיסית אשר שימשה פלטפורמה לבניית פתרונות התמיכה. נכון לשנת 2006 היו למערערת חוזים עם מספר יצרנים גדולים כמו NEC, HP, Canon ועוד, כאשר מספר עובדי המערערת עמד על כ-150 שבעיקרו עסק במתן שירות ללקוחות ומיעוטו עסק בפיתוח התוכנה הבסיסית.

בחודש נובמבר 2006, בתום מו"מ שנמשך מספר חודשים, נחתם הסכם לרכישת מניות המערערת, (להלן: "עסקת המניות") ע"י חברת מיקרוסופט, חברה תושבת ארה"ב, וזאת במחיר רכישה של 90 מיליון דולר (לפני התאמות).

זמן קצר לאחר מכן הועברו עובדי המערערת לחברת מיקרוסופט ישראל, חברת הבת של מיקרוסופט. לשם המשך הספקת השירותים ללקוחותיה הקיימים נחתם הסכם בין המערערת לבין מיקרוסופט ישראל על בסיס Cost+ למתן שירותי כוח אדם.

ביום 1 ביולי 2017 נחתם הסכם בין המערערת לבין מיקרוסופט למכירת הקניין הרוחני (IP) שבבעלות המערערת (להלן: "הסכם ה-IP"). התמורה בהסכם ה-IP נקבעה על בסיס מסמך שנערך ע"י חברת הייעוץ Duff & Phelps לבקשת מיקרוסופט לשם הערכת השווי ההוגן של נכסי המערערת נכון ליום רכישת המניות תוך ייחוס התמורה ששולמה לנכסים השונים (Purchase Price Allocation - להלן: **מסמך ה-PPA**). התמורה שנקבעה במסמך ה-PPA הועמדה על סך של 26.6 מיליון דולר ובהתאם לכך אף דווחה העסקה למשיב. הרווח שנוצר באותה עסקה קוזז כנגד הפסדים שהיו למערערת.

3. הנושאים שבמחלוקת

הפער שבין המחיר ששולם בעסקת המניות (90 מיליון דולר לפני התאמות) לבין זה שנקב בהסכם ה-IP (26.6 מיליון דולר) הוא העומד ביסוד השומה שהוצאה למערערת וביסוד המחלוקת בין הצדדים בערעור זה.

אין חולק כי במקרה שלפנינו מתקיימים יחסים מיוחדים בין הצדדים לעסקה. המערערת, מחד, וחברת האם שלה, מיקרוסופט, מאידך. עם זאת, הצדדים חלוקים בעיקרו של דבר בשני נושאים:

(1) מהי העסקה שבין המערערת לבין מיקרוסופט?

האם מדובר בעסקה למכירת קניין רוחני בלבד, דהיינו- העסקה שבה נמכר ה-IP השייך למערערת, כפי שהצהירה ג'יטקו או שמדובר במכירת מלוא פעילותה של המערערת תוך ריקונה והפיכתה לקליפה תאגידית חסרת תוכן כלכלי כפי שטען המשיב?

(2) מהו שווי השוק של הנכס (או הנכסים) שהועברו באותה עסקה, כפי שניתן לגזור מעסקת המניות?

לטענת המערערת שווי זה הוא התמורה שדווחה בהתבסס על מסמך ה-PPA כאשר המחיר שנקבע לעסקת המניות משקף ערכים נוספים שלא באו לידי ביטוי בעסקת הטכנולוגיה, לרבות "סינרגיה" וכן נכסים נוספים שנותרו בידי המערערת גם לאחר הסכם ה-IP.

לטענת המשיב, העסקה במהותה כוללת את כל נכסיה ופעילותה של המערערת למעט מספר נכסים, ושווי הנכסים שנמכרו ע"י המערערת למיקרוסופט אינו נופל באופן משמעותי מהמחיר שנקבע בעסקת המניות.

4. הכרעת בית המשפט

ביהמ"ש המחוזי מרכז- לוד, מפי השופט ד"ר ש' בורנשטיין, דחה את הערעור ברובו וקיבל מיעוט ממנו.

בפסק דינו התייחס הש' בורנשטיין לעיקרי טיעוני ב"כ הצדדים בנוגע לסוגיות השונות שעמדו על הפרק וביניהן:

סינרגיה

המערערת טענה כי בעסקת המניות שילמה מיקרוסופט פרמיה שהיא מעבר לשווי השוק של נכסי המערערת וזאת משום ציפייתה לסינרגיה – שימור משאביה של המערערת לצורך פיתוח מוצר ה-One Care, שבאותו זמן עסקה מיקרוסופט בפיתוחו. לאור הדחיפות שראתה מיקרוסופט בהשקת המוצר, איתרה מיקרוסופט את המערערת, תוך כוונה לגייס את צוות המומחים שלה שהוא בעל ניסיון מוכח בפיתוח תמיכה תכנית ממחושבת.

מאידך, טען המשיב, כי סינרגיה אינה נכס נפרד אך היא גורם המשפיע על המחיר המשולם בעסקה. מכאן, שגם אם היה בעסקה דגן מרכיב של סינרגיה, אין בכך להשפיע על המסקנה, שהרי השפעתה הייתה קיימת גם ברכישת הפעילות.

ביהמ"ש קבע כי ניתן להניח שצדדים לעסקה, לרבות הצדדים לעסקה דגן, פועלים באופן רציונלי ואינם משלמים תמורה או מצפים לתמורה העולה באופן משמעותי על זו שהייתה מתקבלת מרוכשים אחרים באותם תנאים. לגישתו של המומחה מטעם המערערת, שיעור הרווחיות המשוער במסמך ה-PPA הגבוהים משיעורי הרווחיות המקובלים לחברות כדוגמת המערערת והקרובים יותר לאלה של מיקרוסופט, מלמדים על כך שהתמורה כוללת פרמיה בגין סינרגיה שיש ליחסה למיקרוסופט. לעניין זה, קבע ביהמ"ש, כי נראה שעיקר גידול צפוי זה ברווחיות מבוסס על צפי למכירת מוצרים ללקוחות חדשים, וזאת בשעה שמתוך הראיות לא עולה כי נעשה מאמץ של ממש לגייס לקוחות חדשים ולהיפך, מהראיות עולה בבירור כי מיד לאחר רכישת המערערת, הופנו כלל משאביה לטובת פעילותה של מיקרוסופט בפיתוח מוצר ה-OneCare וזו הייתה מטרת רכישתה מלכתחילה.

כמו כן, הוסיף ביהמ"ש, שהמערערת לא הוכיחה כי לרוכש פוטנציאלי אחר לא היה קיים "יתרון ייחודי" מסוג אחר, באופן שאף הוא היה נכון לשלם מחיר דומה בעסקת המניות.

ביהמ"ש נדרש לפסק הדין בעניין "כלל" (ע"מ 26356-10-10) בו נקבע לגבי סינרגיה, כי אין מדובר בנכס נפרד וכי לא ניתן לטעון שנרכש נכס זה של סינרגיה, כאשר אין צד שמכר את אותו הנכס.

הש' בורנשטיין קבע כי אינו סבור שיש מקום לקביעה גורפת לפיה "סינרגיה" אינה נכס הקיים בידי החברה המוכרת. עם זאת, קבע, כי גם אם סינרגיה תחשב כנכס בידי החברה המוכרת, אין פירוש הדבר שיש לסווגה כ"מוניטין" לצרכים משפטיים ומיסויים.

לאור האמור, ביהמ"ש דחה את טענת המערערת לפיה יש להפחית מתמורת עסקת המניות את שווי הסינרגיה לשם קביעת שווי השוק של עסקת הטכנולוגיה.

פונקציית כוח אדם

המערערת טענה כי אין במעבר עובדי המערערת למיקרוסופט משום "עסקה" וכי המערערת המשיכה להעסיק עובדים לצורך מתן שירות ללקוחותיה הקיימים באמצעות חוזה למתן שירותים עם מיקרוסופט ישראל על בסיס Cost+.

מנגד, טען המשיב, כי העברת העובדים כצוות היכול ויודע לעבוד במשותף, שיקדם את פיתוח הפתרון למוצר שלה, הם האלמנטים שהיו חשובים למיקרוסופט, וזו מהותה האמיתית של העסקה. מיקרוסופט הייתה מעוניינת בעובדיה של המערערת, כאשר תנאי לעסקה היה חתימת אנשי מפתח בה. באמצעות העברת העובדים למיקרוסופט, השתלטה האחרונה על כל פעילותה.

המערערת המשיכה לספק שירות ללקוחות על פי החוזים הקיימים עד לסיומם בשל כך שלא הייתה להם משמעות מבחינת מיקרוסופט ולפיכך לא הועברו אליה החוזים.

לעניין זה קבע ביהמ"ש כי "עיון בחומר הראיות שבפניי מעלה בבירור כי אכן העברת צוות העובדים של המערערת, כמכלול, לרבות הדרג הניהולי, עמד במוקד עסקת רכישה וזאת על מנת לשלבו בפעילותה של מיקרוסופט..... המערערת אף אישרה כי מבחינתה, ערך הטכנולוגיה של המערערת, ללא צוות העובדים שלה, הוא כמעט אפסי..."

ביהמ"ש הוסיף כי צוות עובדי המיומן של המערערת, והידע והניסיון שצברו, הוא שעמד לנגד עיניה של מיקרוסופט בעת רכישת המערערת.

עם זאת, ציין ביהמ"ש, כי למרות שעם מעבר העובדים מסרה המערערת בידי מיקרוסופט ידע וזכויות מסחריים, לא שילמה מיקרוסופט למערערת כל תמורה עבור זכות שימוש זו.

לעניין העברת פעילות השיווק וההפצה ופעילות המו"פ, קבע ביהמ"ש כי משעה שהגיע למסקנה לפיה פונקציית כוח האדם הועברה למיקרוסופט ולא נותרה בידי המערערת, אין מנוס מהמסקנה כי פעילות השיווק וההפצה ופעילות המו"פ הועברה למיקרוסופט.

לפיכך, קבע ביהמ"ש כדלקמן: **"בנסיבות אלה אני מתקשה שלא לראות בהעברת העובדים כאירוע שבו ויתרה המערערת על פונקציה משמעותית ובעלת ערך כלכלי רב. ערך כלכלי זה השתקף היטב בתמורה ששולמה בעסקת המניות, ואיני רואה הכיזד ניתן לומר כי בעסקת הטכנולוגיה, ערך זה התפוגג ואינו קיים יותר. צא וראה כי בעוד שהמערערת נדרשה לשלם עבור שירותי כוח האדם של עובדי מיקרוסופט לאחר העברתם אליה במסגרת הסדר Cost+, המערערת לא זכתה לכל תגמול בשל העברת העובדים למיקרוסופט, זאת כאשר העובדים הם "הנכס" החשוב ביותר מבחינתה של מיקרוסופט (גם אם, כמובן, אינם "נכס" מבחינה משפטית)."**

הבנוס לעובדים והתשלום המותנה למנכ"ל

במסגרת עסקת המניות התחייבה מיקרוסופט לשלם בונוס לשימור עובדים בסך של 1.18 מיליון דולר. כמו כן, התחייבה לשלם למנכ"ל המערערת ולמייסד, מר יהושע גלזר, סך של 7.8 מיליון דולר, ובתנאי כי ימשיך לעבוד במיקרוסופט במשך שנתיים.

לטענת המערערת, אין להביא סכומים אלה בחשבון בתמורת העסקה לצורך גזירת שווי השוק בעסקת הטכנולוגיה. לגישה, אין המדובר בזכות השייכת למערערת אלא לעובדים ולגלזר, לפיכך, לא ניתן לראותם כתשלום בעד נכסי המערערת.

המשיב מנגד, טען כי סכומי הבנוסים לעובדים מהווים חלק מתמורת העסקה, שהרי מדובר בהוצאה אותה נאלצה מיקרוסופט לשלם במסגרת העסקה.

במחלוקת זו שבין הצדדים, דעתו של ביהמ"ש היא כדעת המערערת.

ביהמ"ש אף הוסיף כי **".. הרחבת הגישה בדבר האפשרות למכור "נכס" מסוג "פונקציית כוח אדם" כן שתחול גם על עובדים אינדיבידואלים, אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות שיפוטית ראויה..."**

סיכום

לסיכום, מסקנתו של ביהמ"ש הינה, כי יש להעדיף את חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב על פני זו של המומחה מטעם המערערת ובהתאם לכך הכריע בערעור. לטענת בית המשפט, בבואנו לבחון את מחיר העסקה בין צדדים שאינם קשורים, העסקה הדומה ביותר, לעסקת מכירת ה-IP, בין צדדים שאינם קשורים, הינה העסקה שנעשתה בין המערערת לבין מיקרוסופט במועד שקדם להיותם צדדים קשורים, כלומר עסקת רכישת המניות, וזו העסקה שיכולה להצביע באופן הטוב ביותר על מחיר העסקה ושווי ה-IP.

לקבלת פרטים נוספים אנא צרו קשר עם:

רו"ח אלונה מירון, שותפה, מנהלת חטיבת המס, בטלפון: 03-6085540
רו"ח ועו"ד דני גבאי, דירקטור מנהל המחלקה המקצועית בחטיבת המס, בטלפון: 03-6085532
רו"ח איל אלטחן, מנהל במחלקת מיסוי בינלאומי, חטיבת המס, בטלפון: 03-7181669

אנו עומדים לרשותכם בכל הסבר נוסף ככל שיידרש.

אין להסתמך על תוכן חוזר זה ו/או לעשות בו שימוש כלשהו מבלי לקבל עצה מקצועית מתאימה שכן אין מטרת החוזר אלא להסב את תשומת לבך לאמור בו.

בכבוד רב,

בריטמן אלמגור זהר ושות'

רואי חשבון

Member of Deloitte Touche Tohmatsu Limited

© כל הזכויות שמורות

www.deloitte.co.il

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee (“DTTL”), its network of member firms, and their related entities. DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL (also referred to as “Deloitte Global”) does not provide services to clients. Please see www.deloitte.com/about for a more detailed description of DTTL and its member firms.

Deloitte provides audit, tax, consulting, and financial advisory services to public and private clients spanning multiple industries. With a globally connected network of member firms in 150 countries and territories, Deloitte brings world-class capabilities and high-quality service to clients, delivering the insights they need to address their most complex business challenges. Deloitte’s more than 244,400 professionals are committed to becoming the standard of excellence.

Brightman Almagor Zohar & Co. (Deloitte Israel) is the member firm of Deloitte Touche Tohmatsu Limited in Israel. Deloitte Israel is one of Israel’s leading professional services firms, providing a wide range of world-class audit, tax, consulting, financial advisory and trust services. Through approximately 100 partners and directors and 1000 employees the firm serves domestic and international clients, public institutions and promising fast-growth companies whose shares are traded on the Israeli, US and European capital markets.

©2017 Brightman Almagor Zohar & Co. Member of Deloitte Touche Tohmatsu Limited.