

# שער שני

ברירת אמונת (Treaty Shopping)

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

## 6. כללי

### תוכן עניינים מקוצר

175	כללי	6.6
179	הכרה בזכות לתכנון מס על-פי אמנות מס	6.1
184	הצגת הדרכים להימנע ממס במישור הבינלאומי	6.2
	הצגת הדרכים להתמודדות עם הימנעות ממס המבוססת על אמנות מס	6.3
185		
188	סדר הדיון	6.4

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

## 6. כללי

### תוכן עניינים מפורט

175	כללי	6.6
179	הכרה בזכות לתכנון מס על-פי אמנות מס	6.1
180	עניין Bass	6.1.1
181	עניין Aiken	6.1.2
182	עניין Compaq	6.1.3
184	הצגת הדרכים להימנע ממס במישור הבינלאומי	6.2
184	ברירת אמנות (Treaty Shopping)	6.2.1
184	ברירת הגדרות (Rule Shopping)	6.2.2
185	מצבים משולשים (Triangular Cases)	6.2.3
	הצגת הדרכים להתמודדות עם הימנעות ממס המבוססת על אמנות מס	6.3
185		
188	סדר הדין	6.4

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

## 6. כללי

### 6.1 הכרה בזכות לתכנון מס על-פי אמנות מס

בראשית דיונונו עמדנו על כך, כי זכותו של הנישום לתכנן פעילותו כך שתביא לחבות המס המינימלית האפשרית הוכרה בדין הפנימי במספר רב של מדינות בעולם<sup>534</sup>. זכות זו לתכנון מס הוכרה אף במישור המיסוי הבינלאומי ואמנות מס<sup>535</sup>. בעניין זה נקבע במספר פסקי דין מנחים, שדנו בתכנוני מס בינלאומיים, כי העובדה שפעילויות הצדדים ננקטו במטרה למזער את חבות המס, אין בה כשלעצמה לשלול הטבה שאחרת מוקנית לצדדים מכוח אמנת מס<sup>536</sup>.

ביטוי להכרה זו ניתן למצוא, בין היתר, בפסקי-הדין בעניין **Bass**<sup>537</sup>, עניין **Aiken**<sup>538</sup>, עניין **IES**<sup>539</sup> ועניין **Compaq**<sup>540</sup>, אשר נפסקו כולם בארצות הברית. כן ניתן למצוא ביטוי לכך בשני פסקי דין ידועים נוספים, אשר נפסקו בגרמניה<sup>541</sup>.

בפסקי דין אלו נקבע כי הנישום רשאי לעשות שימוש באמנת מס על מנת לתכנן את ענייניו הכלכליים כך שנטל המס בו הוא מתחייב יפחת או אף יאווך כליל. מפסקי הדין ניכר שבית

<sup>534</sup> ראו דיונונו בנושא לעיל, פסקה 2.1.

<sup>535</sup> ראו גם:

J. R. Hoorn & J. Van, "The Use and Abuse of Tax Havens", *Tax Havens and Measures Against Tax Evasion and Avoidance in the EEC* (J. F. Avery Jones - ed., 1974);

J. D. Kramer, "Abuse of Law by Tax Saving Devices", 96 *Intertax* (1991);

וכן Vogel, 116. בנוסף ראו גם צבי אלטמן, זיו שרון ואברהם אלטר, "רכישת מניות לצורך קבלת דיבידנד ומכירתן לאחר מכן בהפסד הון אינה עסקה מלאכותית", **מיסים** ט/א (תשס"ב) א-5.

<sup>536</sup> ראו פסקי-הדין הבאים:

*Aiken Industries, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue* 56 T.C. 925 (1971)

(להלן: עניין **Aiken**); עניין **Bass**, לעיל, הערה 13; עניין **Brambles**, לעיל, הערה 11; ולאחרונה:

*B. Richard Hansen Land Inc. v. Commissioner*, 65 TCM (1993) 2869;

*DEL Commercial Properties, Inc., v. Commissioner of Internal Revenue Service*, 87 AFTR (2001) 2001-1009; No. 00-1313 (**DEL**); עניין **DEL**);

עניין **Duke**, לעיל, הערה 12.

<sup>537</sup> עניין **Bass**, לעיל, הערה 13.

<sup>538</sup> עניין **Aiken**, לעיל, הערה 536.

<sup>539</sup> ראו:

*Alliant Energy Corp. Successor in interest to IES Industries, Inc. v. USA*, 253 F.3d (8th Cir 2001) 350. (**IES**); עניין **IES**).

<sup>540</sup> ראו:

*Compaq Computer Corp. and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, 2d Par. 566; No. 00-60648 (2001) 88 A.F.T.R. (2001). (**Compaq**); עניין **Compaq**).

<sup>541</sup> *BSiBl* II 584, p. 586 (1975); *BSiBl* II 57, p. 59 (1973). בשני מקרים אלו נדונה אמנת המס גרמניה-הולנד.

המשפט כלל אינו נצרך לדיון פרטני בשאלת הזכות לתכנון מס תוך שימוש באמנות מס והוא רואה זאת כחלק אינטגרלי מזכותו הכללית והמוכרת של הנישום לתכנון מס<sup>542</sup>.

## 6.1.1 עניין Bass

באותו מקרה דובר בזוג נשוי תושב ארצות הברית, אשר העביר את כל זכויותיו בנכסיו ועסקיו לחברה אשר הוקמה על ידו בשוויץ, בעוד הם מחזיקים בכל מניות החברה תושבת שוויץ<sup>543</sup>.

רשויות המס בארצות הברית טענו, שהתאגדותם של הנישומים בחברה נועדה רק לשם הפחתת נטל המס, ולכן יש להטיל מס על הכנסות החברה. מנגד טענו הנישומים כי אין החברה חייבת במס הכנסה בארצות הברית, בהתאם לסעיף 3 באמנת מס ארצות הברית-שוויץ<sup>544</sup> אשר קובע פטור ממס הכנסה בארצות הברית לחברה תושבת שוויץ. על הכנסותיה העסקיות שמקורם מחוץ לארצות הברית או אף אם הופקו בארצות הברית, אך לא הופקו שם באמצעות מוסד קבע.

בית המשפט קיבל את טענת הנישומים לפטור ממס בארצות הברית מכוח אמנת המס ארצות הברית - שוויץ ודחה את טענת רשויות המס.

בעשותו זאת קבע בית המשפט כמובן מאליו שהנישום רשאי לבחור בכל צורה ודרך בה יחפוץ לשם ניהול עסקיו, אף אם דרך זו מביאה להפחתת נטל המס בו הוא חייב.

ובלשונו של בית המשפט<sup>545</sup>:

"The Ground Rules for The Contest Have Been Established By Innumerable Court Decisions Which Make It Clear That a taxpayer may adopt any form he desires for the conduct of his business and that **the chosen form cannot be ignored merely because it results in a tax saving**. However to be afforded recognition, the form the taxpayer choose must be a viable business entity, that is, it must have been formed for a substantial business purpose or actually engage in substantive business activity." (ההדגשה הוספה)

בית המשפט לא סבר כלל שיש לערוך דיון בשאלה האם מותר השימוש באמנת מס לשם הפחתת נטל מסיו של נישום. בית המשפט ראה זאת כחלק בלתי נפרד מזכותו הכללית של

<sup>542</sup> לדיון מפורט בפסקי הדין הללו, ראו דיונונו בנושא דוגמאות מהפסיקה המדגימות תכנוני מס המבוססים על ברירת אמנות בשיטת חברת צינור ישיר להלן, פסקה 9.6.

<sup>543</sup> לתיאור מפורט של עובדות פסק-הדין ראו דיונונו בעניין Bass, להלן, פסקה 9.6.5.

<sup>544</sup> אמנת המס בין שוויץ לארצות הברית משנת 1951.

Convention between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income; Signed: May 24, 1951, 86 TNI 35-56; Doc 93-30461; TIAS 2316; S. Exec. N, 82-1; 127 UNTS 227, Reg. No. 1706.

<sup>545</sup> עניין Bass, (לעיל, הערה 13), עמ' 600.

כללי

הנישום לתכנון מס. בהתאם לכך נסב הדיון אך ורק סביב השאלה האם אכן הייתה פעילות עסקית אמיתית לחברה תושבת שוויץ.

## 6.1.2 עניין Aiken

באותו מקרה לוותה הנישומה - חברת Aiken - סך של 2,250,000 דולר מחברת האם שלה, תוך מתן אגרות חוב עם ריבית בגובה 4% על הקרן בתמורה. חברת Aiken הנה חברה תושבת ארצות הברית. חברת האם הינה חברה תושבת איי באהמה. חברת האם המחיתה את אגרות החוב לחברת בת אחרת שלה, שהואגדה בהונדורס. כך למעשה הפכה החברה תושבת הונדורס לנושה הזכאית של הנישומה – חברת Aiken<sup>546</sup>.

בתקופה הנדונה הייתה בתוקף אמנת מס בין ארצות הברית להונדורס<sup>547</sup> אך לא הייתה קיימת אמנת מס בין ארצות הברית לאיי באהמה. הנישומה דרשה פטור מחובת ניכוי מס במקור בארצות הברית מכוח סעיף 9 לאמנת המס ארצות הברית-הונדורס.

באותו מקרה נדון פירושו הראוי של המונח "התקבלה על ידי" ("Received By") המופיע בסעיף 9 לאמנת המס ארצות הברית-הונדורס. במקרה זה קבע בית המשפט כי הבעלים האמיתי (דהיינו "המקבל" האמיתי), הוא המקבל המהותי של ההכנסה ולא מקבלה הפורמלי. עם זאת, ועל-אף החלטת בית המשפט למנוע את הטבות אמנת המס מהנישומה (חברת Aiken), הכיר בית המשפט בזכותו של נישום לעשות שימוש באמנת מס לשם הקטנת חבותו במס. השופט Quaely קבע כי העובדה שפעילויות הצדדים ננקטו במטרה למזער את חבות המס, אין בה כשלעצמה לשלול הטבה שאחרת מוקנית לצדדים מכוח אמנת מס<sup>548</sup>. יצוין כי שלילת זכאות הנישומה לקבל הטבות האמנה נבעה למעשה מכך שהיא כלל לא הרוויחה, אלא נדרשה להעביר את כל הריבית לחברה באיי הבהמס, ובכך, לחברה ההונדורית לא הייתה זכות קיום למעשה.

ובלשונו של בית המשפט מפי השופט Quaely<sup>549</sup>:

"We recognize that the fact that the actions taken by the parties in this case were taken to minimize their tax burden may not by itself be utilized to deny a benefit to which the parties are otherwise entitled under the convention."

<sup>546</sup> לתיאור מפורט של עובדות פסק-הדין, ראו דיונונו בנושא עניין Aiken, להלן, פסקה 9.6.2.  
<sup>547</sup> ראו:

Convention between the United States of America and the Republic of Honduras for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income; Signed: June 25, 1956, 93 TNI 124-35; Doc 93-31496; TIAS 3766; S. Exec. K, 84-2; 279 UNTS 113, Reg. No. 4036.

<sup>548</sup> עניין Aiken, (לעיל, הערה 536), 934.

<sup>549</sup> שם, שם.

### 6.1.3 עניין Compaq

פרטיו של פסק-הדין בעניין Compaq<sup>550</sup> הינם בעלי דמיון רב לפסק הדין בעניין IES<sup>551</sup>, אשר קדם לו בחצי שנה. פסק-הדין בעניין IES עסק בעסקה הזוהה במאפייניה לעסקה שנדונה בעניין Compaq ומשום כך לא ראינו צורך לפרט את פרטי המקרה של שני פסקי הדין.

פסקי דין אלו הוסיפו משנה תוקף לזכות לתכנון מס בכלל ובמישור אמנות המס בפרט, כיון שתכנון המס שנעשה בהם הינו אגרסיבי למראה. מפאת חשיבות זו נסקור את פסק-הדין בעניין Compaq במעט אריכות<sup>552</sup>.

ואלו היו העובדות בעניין Compaq: בשנת 1992 נוצר לחברת Compaq רווח הון בסך של 231.7 מיליון דולר. חברת ברוקרים מקומית אשר שמעה על רווח ההון, שלחה לחברת Compaq מכתב לפיו הם "פיתחו מספר אסטרטגיות שמנצלות רווח הון".

בפגישה קצרה, בת שעה אחת בלבד, שהתקיימה עם חברת הברוקרים הוצע לחברת Compaq להשקיע במכשיר פיננסי שנקרא ADR. למעשה, מדובר בהשקעה בנייר עוד שנסחר ב-NYSE, אשר מייצג השקעה ישירה במניות חברות זרות. דרך זו הנה הדרך המקובלת על חברות שאינן תושבות ארצות הברית לרשום את ניירותיהן למסחר בבורסה בארצות הברית.

נייר הערך שנבחר היה של חברת נפט הולנדית אשר פרסמה בעיתונות שהיא עומדת לחלק דיבידנדים. ואכן, חברת הברוקרים רכשה עבור חברת Compaq את ניירות הערך ב-NYSE בתמורה לכ-888 מיליון דולר!!! חברת הברוקרים מכרה אותם שעה אחת אחר כך לאותו מוכר בתמורה לכ-868 מיליון דולר, והכל במחירי שוק לפי מרווחי מחירים מוגדרים מראש. לסוחרים אחרים בבורסה הייתה אפשרות להתערב במסחר, אולם היות שהמסחר בוצע במחירי שוק ובפרקי זמן קצרים - לא הייתה התערבות בפועל.

הרכישה והמכירה נכנסו לתוקפן מספר ימים מאוחר יותר, לפיכך נחשבה חברת Compaq כבעלת המניות ביום אשר נקבע לצורך הזכאות לחלוקת הדיבידנד. אי לכך הייתה חברת Compaq זכאית לדיבידנד שחולק.

החברה תושבת הולנד, אשר חילקה את הדיבידנד, ניכתה 15% מס במקור מהדיבידנד (3.4 מיליון דולר), בהתאם לאמנת המס ארצות הברית-הולנד<sup>553</sup>.

<sup>550</sup> עניין Compaq, (לעיל, הערה 540).

<sup>551</sup> עניין IES, (לעיל, הערה 539).

<sup>552</sup> לניתוח פסקי דין אלו ראו אלטמן, שרון ואלטר, (לעיל, הערה 535).

<sup>553</sup> ראו:

Convention between the United States of America and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income; Signed: December 18, 1992, 93 TNI 106-16; Doc 93-31463; Treaty Doc. 103-6

כללי

אם כי ישנה מחלוקת בעניין כוונותיה הנסתרות של חברת Compaq, ניתן לומר כי אין מחלוקת, כי חברת Compaq ביקשה להנות מכך שסכום הדיבידנד גבוה מהפסד ההון שנוצר בעקבות ירידת ערך המניות לאחר חלוקת הדיבידנד. הפרש זה כאמור, נקבע על ידי השוק החופשי.

ואכן כצפוי, שווי השוק של נייר הערך ירד בפחות מסכום הדיבידנד ברוטו. לאחר ירידת שווי ניירות הערך ומכירתם, ביקשה Compaq לקזז את הפסד ההון מרווח ההון מהעסקה האחרת. כמו כן, הכלילה Compaq את הדיבידנד בהכנסתה החייבת בארצות הברית אותה שנה אך ביקשה כנגד המס זיכוי על המס שנוכה במקור בהולנד.

כפי שניתן לראות דובר בעסקה אגרסיבית מאוד שאכן נפסלה על ידי בית המשפט קמא על רקע מלאכותיות. עם זאת, בית המשפט לערעורים אימץ את הגישה שיש לראות בדברים להלן ניצול עסקי לגיטימי של המחירים השונים שנקבעו בתום לב על ידי השוק. בית המשפט היה מודע לעובדה, שמחירי השוק הושפעו משיקולי המס בהולנד. אולם לגישתו, כפי שעולה מפסק-הדין, אין הדבר הופך את מי שמנצל את מחירי השוק למבצע עסקה מלאכותית<sup>554</sup>.

בית המשפט קבע מפורשות, שאפילו היה סובר שחברת Compaq ביקשה בראש ובראשונה לזכות בהטבות מס אשר לא הייתה יכולה לנצל לולא העסקה (באמצעות קיזוז הפסד ההון מרווח ההון בעסקה אחרת לחלוטין), עדיין אין זה הופך את העסקה למלאכותית.

ובלשונו של בית המשפט<sup>555</sup>:

"Second, as to business purpose: even assuming that Compaq sought primarily to get otherwise unavailable tax benefits in order to offset unrelated tax liabilities and unrelated capital gains, this need not invalidate the transaction."

בית המשפט הגיע למסקנה זו תוך שהוא מסתמך על דברי בית המשפט בעניין Lyon<sup>556</sup>, אשר צוטטו לעיל<sup>557</sup>, כקובעים שהעובדה שעסקה מסוימת מובילה להטבות מס אינה הופכת אותה בהכרח לעסקה מלאכותית ובלבד שיש לה מטרה עסקית נוספת. בנוסף הובא הציטוט להלן מפסק-הדין בעניין ACM<sup>558</sup>, שם נקבע כי אפילו במידה שמניעי העסקה היו שיקולי מס, הרי היות שלעסקה היו גם מניעים כלכליים אחרים אין לראות בה עסקה מלאכותית:

ובלשון בית המשפט בעניין ACM<sup>559</sup>:

"Where a transaction objectively affects the taxpayer's net economic position, legal relations, or non tax business interests, it

<sup>554</sup> לניתוח מפורט של פסק-הדין ראו אלטמן, שרון ואלתר, (לעיל, הערה 535), שם.

<sup>555</sup> עניין Compaq, (לעיל, הערה 540), כפי שצוטט באלטמן, שרון ואלתר, שם, א-17.

<sup>556</sup> עניין Lyon, (לעיל, הערה 19).

<sup>557</sup> ראו דיון באשר לזכות לתכנון מס במישור הדין הפנימי, לעיל, פסקה 2.1.

<sup>558</sup> לעיל, הערה 163.

<sup>559</sup> שם, שם.

will not be disregarded merely because it was motivated by tax considerations."

יוצא אפוא שבית המשפט חוזר ועושה שימוש בהכרה הקיימת בזכותו של הנישום לתכנן את עסקיו כך שיוטל עליהם שיעור המס האופטימלי מבחינת הנישום, אף במישור אמנות המס ומקנה לנישום זכות לעשות שימוש באמנות אלו לשם כך.

## 6.2 הצגת הדרכים להימנע ממס במישור הבינלאומי

לאור האמור לעיל, אין זה מפתיע שאמנות למניעת כפל מס משמשות גם למטרות תכנון מס. בעידן הסחר הבינלאומי ועם התגברות החשיפה לשוק העולמי נוצרו תכנוני מס בינלאומיים המבוססים על שימוש בהוראות ובכללי המיסוי הקבועים באמנות מס. ההזדמנויות הנובעות מאמנות מס הן אלו המשמשות לתכנון מס במישור הבינלאומי.

ישנן שלוש דרכים נפוצות להימנע ממס במישור הבינלאומי:

1. Treaty Shopping - ברירת אמנות.
2. Rule Shopping - ברירת הגדרות.
3. Triangular Cases - מצבים משולשים.

להלן נפרט את הדרכים בקצרה, כאשר בהמשך נעמוד על כל אחת מהן באופן מפורט.

### 6.2.1 ברירת אמנות (Treaty Shopping)

הדרך השכיחה ביותר לשימוש באמנות מס לתכנוני מס הינה להקים חברה במדינה בעלת רשת אמנות מס ענפה ומיטיבה ולעשות שימוש ברשת זו. תופעה זו מתייחסת למצבים מגוונים בהם הוראותיה של אמנת מס מנוצלות על ידי נישום, תושב מדינה שלישית שאינה צד לאמנה, במטרה להנות מהטבות מיוחדות הקבועות באמנה, ואשר אחרת לא היה זכאי להנות מהן. תופעה זו מכונה בשם ברירת אמנות Treaty Shopping. בנושא זה נבחן את מיהותו של בעל ההכנסה, אם הינו תושב של המדינה הקשורה באמנת המס, אם לאו.

### 6.2.2 ברירת הגדרות (Rule Shopping)

למרות שעיקר הדיון הציבורי והאקדמי בתופעת הימנעות ממס במישור הבינלאומי התמקד בברירת אמנות, שכיחותה של תופעת ברירת הגדרות Rule Shopping גבוהה אף היא<sup>560</sup>.

<sup>560</sup> ראו: Vogel, 119, פסקה 83.

בתופעה זו, בניגוד לברירת אמנות, תכנון המס נעשה בגדרי אמנת המס ממנה זכאי הנישום להנות מעצם תושבותו המקורית. עיקרה של דרך זו להימנעות ממס הינו בתכנון העסקה באופן שמשווה לה חזות אחרת מהחזות המקורית שלה. זאת, על מנת להנות מתחולתו של כלל מיסוי מסוים באמנה ממנה זכאי אדם להנות מכוח תושבותו המקורית, שיש בו כדי להטיב עם הנישום, על-פני הכלל המקורי שהיה חל אלמלא תכנון זה. משמע תכנון הפעילות מראש כך שתיכנס לגדרי הסעיף המיטיב הספציפי של אמנה שאדם זכאי להנות ממנה מעצם התושבות המקורית שלו. לדוגמה, במקום לסווג הכנסה פלונית כדיבידנד משוויים לה חזות כהכנסת ריבית. הדבר נעשה הואיל ובאמנה הנדונה לא חלה חובת ניכוי מס במקור בגין הכנסת ריבית. זאת, בעוד שאשר להכנסת דיבידנד, הסעיף הספציפי באמנה מתיר ניכוי במקור בשיעורים מוגבלים. בשונה מברירת אמנות, בנושא זה נבחן את מיהותה של ההכנסה - רווח הון, רווחי עסקים, דיבידנדים, ריבית תמלוגים וכיוצא באלה - ולא את מיהותו של מפיק ההכנסה, האם תושב מדינת האמנה או לא.

### 6.2.3 מצבים משולשים (Triangular Cases)

דרך נוספת, פחות שכיחה, להימנעות ממס באמצעות אמנות מס היא מצבים ועסקאות בהן מעורבות שלוש מדינות, דהיינו מצבים משולשים – (Triangular Cases). מצבים כאלה יכולים להתרחש בשתי סיטואציות עיקריות, האחת מוסד קבע והשנייה תושבות כפולה. הסיטואציה הראשונה עניינה כאשר מדובר בחברה תושבת מדינה א' המפיקה הכנסה במדינה ב' באמצעות מוסד קבע במדינה ג'. הסיטואציה השנייה עניינה כאשר חברות מסוימות הן בעלות תושבות כפולה לצורכי 2 אמנות שונות. גם במצבים אלה ניתן לעשות שימוש באמנות כדי להפחית את נטל המס.

### 6.3 הצגת הדרכים להתמודדות עם הימנעות ממס המבוססת על אמנות מס

בדומה לכל תכנון מס המבוצע בהסתמך על הדין הפנימי, גם שלוש הדרכים שנסקרו לעיל להימנעות ממס באמצעות אמנות, מותרות ככלל והן לגיטימיות ובמסגרת החוק<sup>561</sup>. ברם, בדומה לכל תכנון מס, ישנו רף עליון גם במישור הבינלאומי, אשר מעליו שיטה הדוגלת בעקרונות של צדק לא תכיר בתכנונים אלה<sup>562</sup>. המשמעות היא שנישום החורג מרף זה לא יהיה זכאי להנות מהקלות האמנה הרלוונטית<sup>563</sup>.

<sup>561</sup> ראו דיונונו בנושא הזכות לתכנון מס לעיל, פסקה 6.1, וכן Vogel, 119, פסקה 83.

<sup>562</sup> ראו גם דיונונו לעיל, פסקה 2.4 - איזונים לזכות לתכנון מס.

<sup>563</sup> למידע נוסף על ניצול אמנות, ראו:

Bennett, "The U.S.- Netherlands Tax Treaty Negotiation", 3 *BIFD* (1991);  
 Streng, "The U.S.- Netherlands Income Tax Convention: Historical Evolution of Tax Treaty Policy Issues Including Limitation of Benefits", 11 *BIFD* (1991);

כפי שנראה בהמשך, היו מקרים שבתי המשפט לא היססו לעשות כן. כך בפסק-הדין המנחה בעניין **Aiken**<sup>564</sup> בית המשפט למסים בארצות הברית מנע את תחולת הכלל באמנה שבנידון המעניק פטור מניכוי מס במקור על ריבית. בית המשפט פסל את תכנון המס באותו עניין מכוח דוקטרינת המהות על-פני צורה<sup>565</sup>. בעניין **Johansson**<sup>566</sup> בית המשפט לערעורים (5<sup>th</sup> Circuit) בארצות הברית סירב להחיל את האמנה למניעת כפל מס בין ארצות הברית לשוויץ על הנישום מסיבות דומות. בתי המשפט בצרפת, דנמרק וגרמניה פסקו באופן דומה<sup>567</sup>.

בעקבות פסקי-הדין הללו רשויות המס ברחבי העולם המערבי אף הן יישמו עקרונות מהדין הפנימי בדבר "ניצול לרעה" ו"מהות על-פני צורה" על תכנוני מס המבוססים על אמנות מס<sup>568</sup>.

כך לדוגמה בארצות הברית בעקבות פסקהדין בעניין **Aiken** ה-IRS הנפיק רולינג בנושא<sup>569</sup>, ומאוחר יותר בשנת 1994 הוסיף הצעה לתקנות **Conduit**<sup>570</sup>. נושא זה טופל באמצעות הכללת הסדרי Cross Border בתקנות בדבר אי ניצול לרעה של שותפויות (Partnership Anti Abuse Regulation)<sup>571</sup>. בנוסף לכך, במודל ארצות הברית משנת 1996

---

Burge and Endres, "Treaty Shopping: The new German US treaty raises more questions that it answers", 547 *Intertax* (1990);

Terr, "Treaty Routing vs. Treaty Shopping: Planning for multicountry investment flows under modern limitation on benefits articles", 521 *Intertax* (1989);

Jones, "Anti-treaty shopping articles - A United Kingdom view", 331 *Intertax* (1989);

Ellis, "Limitation of benefits: A Netherlands Perspective", 344 *Intertax* (1989);

OECD, *International Tax Avoidance and Evasion* (1987);

Rosenbloom, "Tax Treaty Abuse: Policies and Issues", 15 *Law & Policy in Int'l Bus.* (1983) 763.

וכן ראו את ההקדמה לספרו של פרופ' Vogel, פסקה 110 ואילך.  
עניין **Aiken** (לעיל, הערה 536).

לדיון מפורט בעניין **Aiken**, ראו להלן, פסקה 9.6.2.  
ראו:

*Johansson v. United States* 336 F. 2d 809 (1964) (להלן: עניין **Johansson**).

ראו דיונונו בנושא שימוש בנורמות אנטי תכנוניות ודוקטרינות בדין הפנימי, להלן, פסקה 16.5.6.

שם.

ראו:

Rev. Rul 84-152;

Rev. Rul. 84-153.

תקנה בנושא חברות צינור (ראו דיונונו בנושא חברות צינור להלן, פרק 9, שהתבססה על ה- 7701(1) sec. IRS.  
ראו:

J. Turro, 9 *TNI* (1994) 1351;

J. Fuller, 9 *TNI* (1994) 1391;

P. H. Spector & C. E. Stearns, 9 *TNI* (1994) 1623;

T. P. Nprth, 49 *BIFD* (1995) 254.

ראו:

J. Fuller, 10 *TNI* (1995) 395.

כללי

נכלל סעיף מיוחד העוסק בגופים שקופים<sup>572</sup>. בנוסף לזאת, כל אמנה לה ארצות הברית היא צד משנת 1979 ואילך כוללת סעיף הגבלת הטבות<sup>573</sup> Limitation on Benefits.

כך גם בגרמניה יושם חוק המס הפדרלי ה-Bundesamt für Finanzen על אמנת מס ועל חברות צינור בהולנד<sup>574</sup>.

לעומת זאת בהולנד ה-Hoge Raad דחה את דרישותיהן של רשויות המס ליישם עקרונות בדין הפנימי נגד ניצול החוק על אמנות מס בשלושה פסקי דין<sup>575</sup>.

אשר לישראל, נציבות מס הכנסה התייחסה לנושא זה בחוזר בנושא "סיכול תכנוני מס המבוססים על אמנות למניעת כפל מס"<sup>576</sup>. בחוזר זה הביעה הנציבות את עמדתה כי יש בכוונתה להחיל עקרונות מהדין הפנימי - דוקטרינת המהות על-פני צורה<sup>577</sup>, סעיף 86 לפקודת מס הכנסה<sup>578</sup>, סעיף 84 לחוק מיסוי מקרקעין<sup>579</sup> וכן נורמה אנטי תכנונית שיפוטית כללית<sup>580</sup> וכלים אחרים על מנת לסכל תכנוני מס המבוססים על אמנות מס<sup>581</sup>.

חשוב לציין כי עד כה לא ניתן פסק דין בישראל בנושא שהתמודד עם עמדת הנציבות. לדעת המחברים ספק אם עמדה זו של הנציבות תעמוד בביקורת השיפוטית של בתי המשפט בישראל לנוכח סעיף 196 לפקודת מס הכנסה. סעיף זה קובע כי אמנות מס עדיפות על כל חיקוק ובכלל זה גם סעיף 86 לפקודה<sup>582</sup>. סעיפים אלו לא סויגו ולא תוקנו מאוחר יותר.

וועדת ה-OECD לעניינים פיסקליים - The OECD Committee on Fiscal Affairs פרסמה שלושה דו"חות על הדרכים להימנעות ממס באמצעות אמנות המס והכלים המקובלים להתמודד עמן. שניים מהם פורסמו בשנת 1986: האחד בנושא Base Companies<sup>583</sup>, השני בנושא Conduit Companies<sup>584</sup>. השלישי פורסם בשנת 92 בנושא

<sup>572</sup> ראו סעיף 4 למודל של ארצות הברית משנת 1996.

<sup>573</sup> ראו דיונונו בנושא להלן, פסקה 23.3.4.

<sup>574</sup> ראו דיונונו בנושא להלן, פסקה 24.8.3.

<sup>575</sup> ראו דיונונו בנושא להלן, פסקה 24.8.4.

<sup>576</sup> חוזר נ.מ.ה 3/2001, לעיל, הערה 300.

<sup>577</sup> ראו דיונונו בנושא לעיל, פסקה 4.3.

<sup>578</sup> ראו דיונונו לעיל, פסקה 5.6.

<sup>579</sup> ראו דיונונו לעיל, פסקה 5.3.4.

<sup>580</sup> הנציבות מסתמכת בנושא זה על עניין שפאר, (לעיל, הערה 243). ראו דיונונו לעיל, פסקה 5.3.7.

<sup>581</sup> יחד עם זאת, באותו חוזר נראה כי אכן מסכימות רשויות המס בישראל שהדרך לפרש הוראות באמנות מס היא בהתאם לאמנת וינה, בה מופיע גם סעיף 27. סעיף 27 מורה על כך שאין מדינה רשאית להשתמש בדין הפנימי על מנת לסכל הוראות האמנה.

<sup>582</sup> ראו דיונונו בנושא העליונות הנורמטיבית של אמנות המס להן ישראל צד על דיני המס בישראל להלן, פסקה 24.11.3.1.

<sup>583</sup> ראו:

OECD Base Companies Report.

<sup>584</sup> שם.

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

Triangular Cases<sup>585</sup>. המסקנות החשובות של שני הדו"חות הראשונים הוכללו בדברי ההסבר של סעיף 1 למודל ה-OECD, פסקאות 7 ואילך<sup>586</sup>.

במטרה להתמודד עם הדרכים השונות שתוארו לעיל להימנעות ממס המבוססות על אמנות מס, במשך השנים פותחו באמנות המס מספר הוראות אנטי תכנוניות. דרכי התמודדות אלו הן מגוונות ושונות אך מטרתן זהה - להוות "שומרי סף" כך שרק האנשים הזכאים לתחולת מהאמנה ייהנו מכללי המיסוי בה. בין הוראות אלו ניתן למנות:

1. צמצום הגדרת התושבות.
  2. מבחן הכפיפות למס (Subject to Tax) ומבחן בסיס הקבלה.
  3. מבחן בעל הזכות שביושר (Beneficial Ownership).
  4. הוראות אנטי תכנוניות ספציפיות כגון ביחס לפעילות של אומנים וספורטאים וביחס לריבית ותמלוגים וכן הכנסת ביטויים אנטי תכנוניים שונים כגון הביטוי "במישרין או בעקיפין".
  5. סעיפי הגבלת הטבות (Limitation on Benefits).
  6. שימוש בדוקטרינות ובהוראות אנטי תכנוניות בדין הפנימי כגון "מהות על-פני צורה", "עסקה בדויה", "מבנה דילוג", "חברת צינור" וכיוצא באלה.
  7. פרשנות אמנות מס.
- דרכים אלו יסקרו בפירוט בפרק זה.

## 6.4 סדר הדיון

בשער זה נדון לעומק בדרכים השונות לבצע תכנוני מס באמצעות אמנות המס. בתוך כך נבחן את השאלה הבאה: אימתי תכנוני מס אלו לא יוכרו באופן זה שהטבות האמנה ישללו מן הנישום, ומהם הגבולות בגדרם מותר לתכנן מס. קרי, אימתי נאמר שמדובר בהתחמקות אסורה ממס ואימתי נאמר שמדובר בתכנון מס מותר ולגיטימי.

וזהו סדר הדיון שנבקש להציג:

בחלק הראשון נפרט מהי חברת בסיס ונביא דוגמאות לתכנוני מס המבוססים על חברות בסיס. במסגרת זו נסקור גם את כללי ה-CFC - חברה נשלטת זרה - והשלכותיהם, וכן את מושג ה"פטור השתתפות" - Participation Exemption - הקיים בדין הפנימי של מספר מדינות אירופאיות.

<sup>585</sup> ראו:

OECD Triangular Cases Report.

<sup>586</sup> דברי ההסבר למודל ה-OECD משנת 2000, עמ' 5-C(1).

בחלק השני נבאר ונפרט את המונח Treaty Shopping (ברירת אמנות). במסגרת זו ראשית נגדיר את המונח ברירת אמנות. בהמשך נפרט את מרכיבי המונח - שיטת צינור ישיר ושיטת מבנה הדילוג ונביא מספר רב של דוגמאות, הן תיאורטיות והן מהפסיקה האנגלו-אמריקאית, להפחתת חבות המס במישור הבינלאומי באמצעות חברת צינור או באמצעות מבנה דילוג. להמחשת הסבר המונח ברירת אמנות נציג מספר דוגמאות מורכבות המערבות שימוש בחברת/חברות בסיס ובחברת/חברות צינור במדינות שונות בעלות רשת אמנות מס ענפה ככלי להפחתת חבות המס במישור הבינלאומי. לאחר מכן נסקור תופעה חדשה יחסית במגרש תכנוני המס הבינלאומיים והיא ברירת דירקטיבות (Directive Shopping). גם בנושא זה נביא דוגמאות להמחשת תכנון מס באמצעות ברירת דירקטיבות וכן תכנון מס המערב ברירת אמנות וברירת דירקטיבות. לסיכום נבחן אימתי הכירו בתי המשפט בתכנון מס באמצעות ברירת אמנות ואימתי נפסל תכנון מס מעין זה, ונסה להציע לנישום הזהיר מספר המלצות לאופן הפעולה הראוי.

לאחר סקירה נרחבת זו נסקור בקצרה דרכים נוספות להימנעות ממס במישור הבינלאומי תוך הבאת דוגמאות. לפיכך:

בחלק השלישי נבאר ונפרט את המונח ברירת כללים Rule Shopping ונביא דוגמאות ליישום שיטה זו ככלי להפחתת חבות המס.

בחלק הרביעי נבאר ונפרט את המונח מצבים משולשים Triangular Cases, ונביא דוגמאות ליישום שיטה זו ככלי להפחתת חבות המס.

בחלק החמישי נסקור בקצרה - באמצעות דוגמאות - דרכים אחרות ופרטניות, אשר אינן ניתנות לסיווג, להימנע ממס במישור הבינלאומי באמצעות ברירת אמנות.

בחלק השישי נעמוד על הדרכים בהן מנסות המדינות החתומות על האמנות, לרבות ישראל, לסכל תכנוני מס המבוססים על אמנות מס, ואת מידת הצלחתן. ראשית נעמוד על השלכות תופעת ברירת אמנות במישור העולמי ובמישור היחסיים בין המדינות. השלכות אשר הובילו להכרה מצד המדינות המערביות כי ברירת אמנות הינה שימוש לא ראוי באמנות מס ועל-כן יש לנקוט בדרכים לסיכולה. לאחר מכן נדון בפירוט בדרכים השונות לסיכול תכנוני מס אלו. סקירה זו תיעשה תוך השוואה בין הדרכים הננקטות ברחבי העולם לדרכים הננקטות על ידי רשויות המס בישראל. ניתן לחלק את הדיון בנושא זה לשני רכיבים:

הרכיב הראשון עניינו באמצעים לסיכול תכנוני מס המבוססים על אמנות מס במסגרת אמנות המס. במסגרת זו נכלול, נפרט ונבאר את המונחים הבאים: צמצום הגדרת תושבות, מבחן בעל הזכות שביושר - Beneficial Ownership, מבחן הכפיפות למס - Subject to Tax Clauses, סעיף הגבלת הטבות - Limitation on Benefits Clause, נורמות אנטי תכנוניות ספציפיות ופרשנות אמנות מס.

הרכיב השני עניינו באמצעים לסיכול תכנוני מס המבוססים על אמנות מס במסגרת הדין הפנימי של המדינה המתקשרת. קרי, סיכול תכנוני מס מכוח נורמות אנטי תכנוניות בדין הפנימי ודוקטרינות כלליות כגון מהות על-פני צורה, דוקטרינת עסקת הקש, דוקטרינת חברת הצינור ועוד.

אמנות מס, כרך ב': אלתר, כליף, בר אור, ליבוביץ

הדיון בדרכים לסיכול יעשה תוך הבאת הספרות והחקיקה הקיימת לגבי כל אחד מהכלים במדינות המשפט המקובל ובמדינות המשפט הקונטיננטלי.