

.7 חברות בסיס - Base Companies

תוכן עניינים מקוצר

195	Base Companies - חברות בסיס	.7
195.....	מבוא	7.1
195.....	השפעת כללי ה-CFC על פעילות באמצעות חברת הבסיס	7.2
198.....	חברות בסיס - תפקידן ויתרונותיהן	7.3
204.....	סוגי חברות בסיס	7.4

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

7. חברות בסיס - Base Companies

תוכן עניינים מפורט

195	Base Companies - חברות בסיס	7.7
195	מבוא	7.1
195	השפעת כללי ה-CFC על פעילות באמצעות חברת הבסיס	7.2
198	חברות בסיס - תפקידן ויתרונותיהן	7.3
198	מבוא	7.3.1
199	Participation Exemption - פטור השתתפות	7.3.2
203	חברות בסיס - תפקיד ויתרונות	7.3.3
204	סוגי חברות בסיס	7.4
204	מבוא	7.4.1
205	Asset Administration - חברות המנהלות נכס	7.4.2
205	הגדרה	7.4.2.1
		דוגמה לחברה המנהלת נכס - העברת	7.4.2.2
205	נכסים לחברה	
205	תרשים להמחשת הדוגמה	7.4.2.3
206	דוגמה לחברה המנהלת פטנט	7.4.2.4
206	תרשים להמחשת הדוגמה	7.4.2.5
206	Financial Pivots - חברות המהוות מוקד פיננסי	7.4.3
206	הגדרה	7.4.3.1
207	דוגמאות לחברה המהווה מוקד פיננסי	7.4.3.2
		Operational Base - חברות בסיס תפעוליות	7.4.4
207	Companies	
207	הגדרה	7.4.4.1
		חברת משלח יד זרה כחברת בסיס	7.4.4.2
207	תפעולית	
210	דוגמאות לחברת בסיס תפעולית	7.4.4.3
211	Conduit Company - חברת צינור	7.4.5
211	כללי	7.4.5.1
		אבחנה בין חברת צינור לסוגים אחרים	7.4.5.2
211	של חברת בסיס	

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

7.7 חברות בסיס - Base Companies

7.1 מבוא

תופעת ברירת אמנות (Treaty Shopping) מושתתת רובה ככולה על הקמת חברת צינור (Conduit Company) במדינה בעלת רשת אמנות מס ענפה ומשטר מס מיטיב, באופן זה או אחר. חברת צינור מהווה מקרה פרטי של חברת בסיס (Base Comp).

חברת בסיס הינה ישות עצמאית, ומוכרת ככזו במדינת התושבות של בעל המניות בחברת הבסיס. בעידן המודרני חברות אלו מוקמות במטרה למצוא מקלט להכנסה. דרך זו מאפשרת לנישום, הוא בעל המניות בחברת הבסיס, להפחית את חבות המס במדינת מושבו ובמדינת המקור.

אשר-על-כן, ועל מנת להבין את המהות של תופעת ברירת אמנות, כמו גם את הרקע ממנו היא צמחה, נעמוד בראשית דיוננו על המאפיינים, התפקידים, היתרונות והסוגים של חברות בסיס. להשלמת התמונה נפתח את דיוננו בניתוח השפעת כללי ה-CFC על פעילות באמצעות חברת בסיס.

7.2 השפעת כללי ה-CFC על פעילות באמצעות חברת הבסיס

פרקטיקה שצברה לה תאוצה בעידן המודרני הינה הקמת "חברות בסיס" - Base Companies. כידוע במדינות רבות קיימת חקיקה בנושא כללי CFC - חברה נשלטת זרה - (להלן: חנ"ז). עניינה של חקיקה זו הינה ייחוס הכנסה רעיונית מדיבידנד הנובע מהכנסות פסיביות של חברות זרות, שיותר מ-50% מאמצעי שליטתן נמצאים בידי תושבי המדינה בה קיימת חקיקה זו. ההשלכות האופרטיביות של כללים אלה הינן מרחיקות לכת, באשר הן חוסמות למעשה את מרבית הפרצות שאפשרו תכנוני מס באמצעות הקמת חברות Off Shore. זאת, על ידי ייחוס דיבידנד רעיוני (Deemed Dividend) לבעלי מניות תושבי מדינת החקיקה השולטים (מחזיקים, במישרין או בעקיפין, מעל 50% בחברות זרות אלו).

במסגרת תיקון 132 לפקודת מס הכנסה הוסף לפקודה סעיף 75⁵⁸⁷. הסעיף קובע אירוע מס רעיוני ביחס לדיבידנד לו זכאי תושב ישראל, שהינו בעל שליטה, בהגדרתו בסעיף 75, בחברה נשלטת זרה (חנ"ז). בעל מניות בחנ"ז שיש לה רווחים שנבעו מהכנסות פסיביות

⁵⁸⁷ לדיון בסעיף 75 והשלכותיו ראו דיוננו בנושא חברה נשלטת זרה, ראו אלטר וכליף-מיסוי בינ"ל, פרק 12.

שלא חולקו לו כדיבידנד, יראו אותו כאילו קיבל כדיבידנד את חלקו היחסי באותם רווחים⁵⁸⁸. על חלק יחסי זה יחול אירוע מס רעיוני בישראל והוא יחויב בשיעור של 25%. ייחוס דיבידנד רעיוני לבעל השליטה משמית לכאורה את הבסיס תחת השימוש בחברת בסיס. אולם כדי שהוראות CFC תחולנה נדרש לקיים מספר תנאים מצטברים⁵⁸⁹:

- ⁵⁸⁸ ש, ש. ראו גם סעיף 75ב(ב).
- ⁵⁸⁹ חברה תוכר כחברה נשלטת זרה כאשר מתקיימים לגביה 4 תנאים מצטברים:
- א. התנאי הראשון הוא כי החברה הינה תושב חוץ שאינה רשומה למסחר או שפחות מ-30% מהמניות או מהזכויות של אותו חבר בני אדם הוצעו לציבור. כדי שחברה תיחשב כתושבת חוץ עליה לעמוד בשני תנאים: האחד, שהיא הואגדה בחו"ל; השני, שהניהול והשליטה בה מופעלים בפועל מחו"ל. מקרה שאחד מתנאים אלה אינו מתקיים, החברה תיחשב כתושבת ישראל, והכנסותיה יחויבו במס בישראל על בסיס כלל עולמי, גם אם שלושת התנאים שלהלן מתקיימים לגביה.
 - ב. התנאי השני מורכב משלוש חלופות עיקריות, על-פי הן נדרש כי:
 - (א) למעלה מ-50% מ"אמצעי השליטה" בחברה יוחזקו, במישרין או בעקיפין, על-ידי תושבי ישראל או אזרחי ישראל תושבי ה"אזור" (להלן בפסקה זו: תושבי ישראל); או
 - (ב) למעלה מ-40% באחד או יותר מ"אמצעי השליטה" בחברה יוחזקו בידי תושבי ישראל שביחד עם "קרוב" של אחד או יותר מהם מחזיקים בלמעלה מ-50% באחד או יותר מאמצעי השליטה בו; או
 - (ג) לתושב ישראל הזכות למנוע קבלת החלטות ניהוליות מהותיות בחברה, לרבות החלטות לעניין חלוקת דיבידנד או פירוק.
- בדיקה זו צריכה להיעשות לגבי אחד מהמועדים הבאים: (א) בתום שנת המס; או (ב) ביום כלשהו בשנת המס שלאחריה.
- יש לשים לב כי המונח "אמצעי שליטה" הוגדר באופן רחב ביותר. פירושו הוא היכולת לכוון את פעילותה של החברה וכן כל אחד מאלה:
- (1) הזכות להשתתף ברווחים;
 - (2) הזכות למנות דירקטור;
 - (3) זכות הצבעה;
 - (4) הזכות לחלק ביתרת נכסי החבר לאחר סילוק חובותיו בעת פירוקו;
 - (5) הזכות להורות למי שלו אחת הזכויות המפורטות בפסקאות (1) עד (4) לעיל על הדרך להפעיל את זכותו;
- והכל, בין שהם באמצעות מניות ובין בכל דרך אחרת לרבות באמצעות נאמנות.
- השימוש בתיבה "במישרין או בעקיפין" נועד להבטיח שהתנאי המתייחס לשיעור האחזקה של תושבי ישראל יתקיים גם במקום שבו החברה מוחזקת על-ידי שרשרת של חברות המוחזקות בסופו של דבר בידי יחידים שהינם תושבי ישראל.
- ג. התנאי השלישי הינו כי רוב הכנסתה בשנת המס היא "הכנסה פסיבית" או שרוב רווחיה נובעים מהכנסה כאמור. מהי "הכנסה פסיבית"? "הכנסה פסיבית" מוגדרת ככל אחת מההכנסות הבאות למעט הכנסה אשר אילו הופקה או נצמחה בישראל היתה נחשבת לפי דיני המס בישראל כהכנסה מעסק או ממשלח יד:
 1. הכנסה מריבית או מהפרשי הצמדה.
 2. הכנסה מדיבידנד.
 3. הכנסה מתמלוגים.
 4. הכנסה מדמי שכירות.
 5. תמורה ממכירת נכס הון, במשמעות סעיף 88 לפקודה, שלא שימש בידי החברה בעסק או במשלח-יד.

1. החברה הינה תושבת חוץ שעד 30% מהון המניות שלה רשום בבורסה.
2. החברה בשליטת תושב/ים ישראלי/ים.
3. רוב הכנסת החברה בשנת המס היא הכנסה פסיבית.
4. שיעור המס המקומי בחו"ל על הרווחים הפסיביים של החברה אינו עולה על 20%.
5. הנישום לו מבקשים לייחס את הדיבידנד הרעיוני הוא תושב ישראל המחזיק, במישרין או בעקיפין 10% לפחות באחד מ"אמצעי השליטה".

תכנון נכון מביא לכך שתנאים אלו לא יתקיימו. אי לכך, ניתן יהיה להנות ממלוא היתרונות של חברות בסיס ללא חשש למיסוי לפי כללי CFC. תוצאה זו מושגת, בין השאר, על ידי החזקה בחברות הבסיס באמצעות נאמנות או החזקה בשיעור מוגבל, או משום ששיעור המס המקומי בחו"ל עולה על 20% או לאור צביעת ההכנסה הפסיבית כאקטיבית.

במצבים כגון אלה, השימוש בחברות בסיס יכול לסייע לנישום לא לחוב במס במדינת מושבו. לחילופין, גם אם הנישום יחוב במס במדינת מושבו הוא יחויב רק בשיעור המס שחל על דיבידנד בישראל - 25%⁵⁹⁰. בדיון ובדוגמאות שיובאו בפרק זה לא נתייחס להשלכות של סעיף 75 לפקודת מס הכנסה ונניח שהוא לא חל במקרה הקונקרטי, מסיבה זו או אחרת⁵⁹¹.

6. הכנסה כלשהי שמקורה בהכנסות או בתמורה כאמור בפסקאות (1)-(5) לעיל, אף אם היא הכנסה מעסק או ממשלח-יד. (הכוונה ל"דמי ניהול" שמקורם בהכנסות פסיביות).
נבהיר כי פסקה (6) להגדרה לעיל, לא נועדה לשתור את הרישא של ההגדרה הממעטת במפורש הכנסות מעסק או ממשלח-יד. אלא לענות על מצב שבו הכנסה פסיבית מסוימת שימשה לצורכי חעסק באופן שיאפשר לחלק את ההכנסה בהתאם למקורה.

ד. התנאי הרביעי הינו כי שיעור המס המקומי בחו"ל על הרווחים הפסיביים של החברה אינו עולה על 20%. המדובר בתנאי שעשוי להתקיים לא רק במדינות שהן מקלט מס, אלא גם במדינות לא מעטות אחרות, כגון קפריסין, ששם עלה השיעור לאחר הרפורמה ל-10%. זאת, כיוון שלפי ההצעה יש לחשב את השיעור המשוקלל תוך חלוקת סכום המס המשולם בחו"ל בכלל ההכנסה הפסיבית. לפיכך, במקרה בו ניתן לדוגמה פטור מרווח הון על-פי הדין הפנימי, וקיימת חבות במס על דמי השכירות - שיעור המס המשוקלל עשוי להיות נמוך מ-20%.

היה וארבעת התנאים האמורים אכן מתקיימים תיחשב החברה הנדונה כחברה נשלטת זרה - חני"ז. במצב כזה יראו בכל "בעל שליטה" כאילו קיבל בתום כל שנה דיבידנד בגובה חלקו היחסי ברווחים הפסיביים שלא חולקו על-ידי החברה. זאת, למעט רווחים שמקורם בדיבידנד שהתקבל מחבר בני אדם תושב חוץ ואשר הוכח להנחת דעתו של פקיד השומה כי מקורו בהכנסה ששולם עליה מס בשיעור העולה על 20%. "בעל שליטה" הוגדר כמי שהינו תושב ישראל המחזיק, במישרין או בעקיפין, ב-10% לפחות באחד מ"אמצעי השליטה" בחני"ז באחד מהמועדים הבאים: (א) בתום שנת המס; או (ב) ביום כלשהו בשנת המס שלאחריה. שוב, לאור השימוש בתיבה, במישרין או בעקיפין, החזקה באמצעות תאגיד באמצע לא תסייע לצאת מגדר בעל שליטה אלא רק הפחתה של אחוז החזקה אל מתחת מ-10%.

שיעור המס שיוטל בישראל על דיבידנד הרעיוני יהיה בגובה 25%. החב במס הינו היחיד הישראלי ולא החברה (בניגוד לחברת משלח-יד זרה, בה החברה חבה במס).

ראו סעיף 125ב(2) לפקודת מס הכנסה לגבי יחיד וסעיף 126(ג) רישא לפקודה לגבי חברות.

לדיון על השלכות הסעיף, ראו לעיל, הערה 587.

7.3 חברות בסיס - תפקידן ויתרונותיהן

7.3.1 מבוא

ד"ר ה-OECD בנושא Base Companies זן בדפוס הפעילות הנקרא חברת בסיס ועומד על מאפייניה⁵⁹². ד"ר זה עומד על כך שחברות בסיס מנצלות אפשרויות של הימנעות ממס במישור הבינלאומי הנוצרות ממאפיינים מסוימים של חוקי המס הפנימיים. אי לכך המונח חברות בסיס מתקשר לעיתים קרובות למקלטי מס⁵⁹³ ("Tax Haven Countries") בהן אין ספק שיש ריכוז של חברות בסיס.

כמו כן, ניתן למצוא חברות בסיס גם במדינות שאינן בגדר מקלטי מס קלאסיים אשר מקנות יתרונות לתושבים זרים. זאת, על ידי קביעת משטר מס מיוחד, חוקי עידוד השקעות וכיוצא באלה, כגון משטרי Off Shore⁵⁹⁴. כן ניתן למצוא חברות בסיס גם במדינות עתירות מס. זאת, כאשר קיימים במדינה זו יתרונות מבחינת מס בשל משטר מס מיוחד או כתוצאה מחוקי מס פנימיים המפחיתים את ההכנסה החייבת⁵⁹⁵. נקודה אחרונה זו תובהר בדיון בשיטת מבנה הדילוג⁵⁹⁶. בקצרה נציין כי במסגרת שיטת מבנה הדילוג הכנסה מועברת למקלט מס במדינה בעלת שיעורי מס נמוכים ואז מועברת דרך מדינה בעלת שיעורי מס גבוהים ליעדה הסופי, הוא מדינת התושבות של בעל השליטה בחברת הצינור. ההכנסה המועברת מנוכה כהוצאה מותרת במדינה עתירת המס, וכך אין חבות במס על הכנסה זו. בשיטה זו המקור האמיתי של ההכנסה מוסתר מרשויות המס במדינת היעד הסופי, לאור היעדר אמנה למניעת מס בין מדינת המקור של ההכנסה למדינת היעד הסופי.

השילוב שבין משטרי מס אלה ובין קיומן של אמנות מס נוחות מגביר, ללא ספק, אפשרויות אלו ואת הכדאיות של השימוש בחברות בסיס והקמתן במדינות אלו⁵⁹⁷. לעיתים מקימים חברות בסיס במדינות בעלות דין פנימי מיוחד שכן אותן תוצאות מבחינת המס יכולות להיווצר בנסיבות מסוימות בשל מאפייני הדין הפנימי של מדינה מסוימת⁵⁹⁸, בעוד שבנסיבות אחרות תוצאות אלו ייווצרו בשל אמנות המס⁵⁹⁹.

⁵⁹² ראו :

OECD Base Company Report

בהיעדר אסמכתא אחרת נושא זה מבוסס ומסתמך על הדו"ח האמור.

⁵⁹³ ראו דיונונו בשער השלישי בנושא מקלטי מס קלאסיים, פרק 26.

⁵⁹⁴ ראו שם, דיונונו בנושא מקלטי מס אלטרנטיביים, פרק 27.

⁵⁹⁵ שם.

⁵⁹⁶ ראו דיונונו בשיטת מבנה דילוג להלן, פרק 1.

⁵⁹⁷ ראו :

OECD Base Company Report ,R(5)-3.

⁵⁹⁸ שם, שם.

⁵⁹⁹ יושם אל לב כי יכול שיש גם יתרונות אובייקטיביים בשימוש בחברות בסיס. כך, לדוגמה, יכולים להיות

מקרים בהן תקומנה סיבות כלכליות או אישיות תקפות לשימוש בחברות בסיס. להרחבה, ראו :

OECD Base Company Report ,R(5)-4.

חברות הבסיס נחשבות בדרך כלל אך לא תמיד תושבות במדינה בה התאגדו ועל-כן זכאיות להנות מהדין הפנימי המטיב של המדינה בה הואגדו ומרשת אמנות המס לה מדינה זו צד⁶⁰⁰.

7.3.2 פטור השתתפות - Participation Exemption

אחד האזורים בהן נצפה למצוא חברות בסיס הינו מדינות בהן קיימת הוראת פטור השתתפות - Participation Exemption. רבות כבר דובר על פטור ההשתתפות, וננסה לתמצת את הדברים. בדין של מספר מדינות מערב אירופיות כגון בלגיה⁶⁰¹, דנמרק⁶⁰², הולנד⁶⁰³, וקפריסין⁶⁰⁴ קיימת הוראה בדבר "פטור השתתפות" (Participation Exemption). יצוין כי ברפורמת קפוטא מצא שפורסמה ביוני 2005 הוצע להוסיף לפקודה את סעיף 67 לפקודה. בהתאם להצעת החוק חברה אשר עונה להגדרת חברת החזקות ישראלית תהא פטורה ממס בישראל בגין דיבידנד ורווח הון מחברה מוחזקת⁶⁰⁵.

לפי הוראה זו, בהתקיים מספר תנאים שנקבעו, מוענק לחברה תושבת המדינה פטור ממס בגין דיבידנדים שקבלה מחברות בנות או מוחזקות (לרבות חברות זרות) וכן בגין רווחי הון שנוצרו לה ממכירת מניותיהן של חברות כאמור⁶⁰⁶. סעיף זה יוצר תמריץ להקים חברת בסיס, על סוגיה השונים, אשר תהא תושבת מדינות אלו ותחזיק במניות החברה המניבה את ההכנסה. כך לדוגמה הדין הפנימי בהולנד, בהתאם לסעיף 13 לחוק מס הכנסה על חברות משנת 1969 (Corporate Income Tax Act 1969) מעניק פטור השתתפות לחברות הולנדיות.

⁶⁰⁰ מבחן ההתאגדות הינו המבחן המקובל בעולם לקביעת תושבות חברה. ניתן למצוא מבחן זה בין השאר במדינות הבאות (E.T.H. (2002): אוסטריה, 51, פסקה 1.2.1; אנגליה, 654, פסקה 1.2.1; ארצות הברית, 677, פסקה 1.2.1; בלגיה, 69, פסקה 1.2.1; גרמניה, 233, פסקה 1.2.1; הולנד, 429, פסקה 1.2.1; ספרד, 553, פסקה 1.2.1; קנדה, 100, פסקה 1.2.1; שוודיה, 575, פסקה 1.2.1; שוויץ, 595, פסקה 1.2.1. בתיקון 132 לפקודת מס הכנסה שונתה הגדרת תושב ישראל לגבי חבר בני אדם. לאור תיקון זה מבחן ההתאגדות אומץ גם בישראל והחל מתאריך הראשון לינואר 2003 חברה שהואגדה בישראל תיחשב תושבת ישראל, ללא צורך להוכיח שעיקר עיסוקה בישראל. ראו גם אתר וכליף, פרק 5, פסקה 5.1.2.

⁶⁰¹ ראו: (2002) E.T.H. 70-76, פסקאות 1.4, 1.6.2.1 ו- 2.2 בהקשר זה חשוב לציין כי ביום 23.12.2002 פורסם כי בית המחוקקים בבלגיה אישר רפורמת מס בבלגיה אשר חלה החל מיום 01.01.2003. בין השינויים ברפורמה זו בולטת הקשחת התנאים לתחולת פטור ההשתתפות. במסגרת הרפורמה הועלה שיעור ההחזקה המינימלי בחברת הבת המזכה בפטור השתתפות מ-5% ל-10% מהחברה המחלקת (או להשקיע לפחות 1.2 מיליון אירו). הקשחה נוספת בתנאים הינה הדרישה כי החברה מחלקת הדיבידנד תהא כפופה למס בשיעור של 15% לפחות על רווחים. עובר לרפורמה היתה דרישה כי החברה המחלקת תהיה כפופה למס הכנסה על חברות הבלגי או מס זר דומה אך לא נדרש מיסוי בפועל.

⁶⁰² ראו: (2002) E.T.H. 164, פסקה 2.2. יצוין כי ביום 17/05/2002 שינה בית המחוקקים הדני את תנאי הזכאות ל"פטור השתתפות" בגין דיבידנדים ורווחי הון מחברה אחרת. השינוי כולל הקלה בתנאים אחדים והחמרה באחרים. הקלות אלו חלות החל מ-01/01/2002. ראו: www.oecd.org.

⁶⁰³ ראו: (2002) E.T.H. 429-434, פסקאות 1.3.2, 1.4 ו-2.2.

⁶⁰⁴ סעיף פטור השתתפות הוסף ברפורמה במס. ב-1.7.2002 עברו בפרלמנט הקפריסאי החוקים לביצוע רפורמת המס.

⁶⁰⁵ לדיון בהצעת התיקון בכלל ובפטור השתתפות בפרט, ראו דיונונו, להלן, פרק 28.

⁶⁰⁶ ראו חוור נ.מ.ה 3/2001, (לעיל, הערה 300), ג-3, פסקה 3.3.

סעיף זה קובע, בין היתר, כי בקיום כל התנאים הבאים חברה תושבת הולנד, המחזיקה בשיעורי השתתפות מזכים במניות של חברה אחרת - לרבות חברה זרה - תהא פטורה לחלוטין ממס חברות הולנדי בגין דיבידנדים שקבלה מחברה זו או רווח הון שנצמח בידיה ממכירת המניות בחברה האמורה.

ואלו התנאים אשר חייבים להתקיים על מנת להנות מהזכאות לפטור מקום בו חברת הבת אינה תושבת הולנד⁶⁰⁷:

⁶⁰⁷ להלן מספר פרטים ביחס לנושא ה-Participation Exemption הקבוע בדין ההולנדי (בין המדינות השונות בהן קיים פטור השתתפות בדין הפנימי יש שוני לגבי התנאים לתחולת פטור ההשתתפות):

"Participation Exemption: All corporations located in the Netherlands (except qualified investment companies that are subject to a corporate income tax of 0%), **including holding companies, are in principle exempt from Dutch corporation tax on all benefits** connected with certain qualifying shareholdings. Benefits include **cash dividends**, dividends-in-kind, bonus shares, "hidden" profit distributions **and capital gains realized on disposal of the share holding**. A capital loss that might result from the disposal of the shareholding is similarly nondeductible (but a liquidation loss of a subsidiary company is, in principle, deductible). **To qualify for the participation exemption, the following conditions for the share holding must be met:**

The participation should normally represent at least 5% of the nominal paid-up capital of the subsidiary;

The subsidiary company should not be a Dutch qualified investment company; and

The stock in the subsidiary may not be held as a current asset.

For a foreign subsidiary, the following additional conditions apply:

The exemption applies only if that subsidiary is subject to a profits tax levied by a sovereign power in the foreign country where the subsidiary is established. The rate of tax is unimportant.

In addition, the foreign subsidiary shares held cannot be mere portfolio investments. Holdings of nonresident subsidiaries are not generally considered portfolio investments if the parent company performs activities involving decision making, management or financing for the group of companies. Portfolio investments qualify for the participation exemption if the holdings consist of at least 25% of the nominal paid-up share capital of companies located in other EU member states. Additional conditions must be observed.

Intermediate holding companies of international groups with a parent company and subsidiaries abroad are not generally considered to hold their nonresident participations as portfolio investments if a link exists between the companies in the group. The participation exemption therefore applies to their nonresident participations. An advance ruling on this issue may be obtained from the tax authorities.

However, the participation exemption does not apply if the subsidiary itself is an investment company.

If the majority of the activities of a foreign finance company are finance activities, the shares held in the company are considered, in principle, a passive (portfolio) investment. Consequently, the participation exemption does not apply. Safe harbor rules exist to enable shareholdings in such companies to qualify for the participation exemption.

Foreign exchange gains and losses on loans to finance equity investments in foreign subsidiaries qualifying for the participation exemption are excluded from the tax base in the Netherlands.

A new antiavoidance rule regarding the participation exemption is effective from 1 January 2002. This new rule counteracts a holding structure that is established to take advantage of the portfolio investment exception described in the preceding paragraph. Under this structure, the Dutch (intermediate) parent holds a share in an interest in an entity from an EU state, which in turn holds shares in non-EU entities. If the Dutch parent had held the shares directly in the non-EU entities, the investment would not have qualified for the participation exemption. If it is proven that the principal objective of the structure is not tax evasion or deferral, the antiavoidance rule does not apply.

If under the terms of a tax treaty with another EU member state the dividend tax is reduced according to a voting rights criterion (such as under the treaties with the Germany, Ireland and the United Kingdom), a participating interest also qualifies if the parent company controls at least 25% of the voting rights of the company located in the other member state. Additional general conditions must be observed.

A disadvantage of the participation exemption is that all costs related to exempt foreign shareholdings, such as financing costs or management costs are not deductible for Dutch corporate tax purposes. This also applies to loan fees and interest expense related to loans acquired within six months before the acquisition of a participating interest, unless proof is provided that the loans are not related to the acquisition. The nondeductibility of these expenses is being challenged in the Bosal case currently before the European Court of Justice on the grounds that it violates the EU treaty.

Expenses, including interest or currency losses on loans raised to acquire the participation, are only deductible if the taxpayer can prove that the expenses are related to the generation of profits that are taxable in the Netherlands (e.g. interest on a loan related to a participation in a non-resident company with a permanent establishment in the Netherlands). Expenses related to a participation in a resident company that does not have any income from abroad which is exempt by virtue of unilateral or treaty relief are normally deductible.

The rules measures: governing the participation exemption include the following antiabuse

If a written-off loan to a foreign subsidiary is sold to a related foreign person or a foreign group company, the written-off amount is, in principle, treated as taxable income for corporate income tax purposes;

If a written-off loan to a foreign subsidiary is converted into an investment in shares, informal capital or profits participation rights, the written-off amount is regarded as taxable income for corporate income tax purposes; and

Other antiabuse measures concern the incorporation of a permanent establishment and the treatment of losses on the liquidation of a participating interest.

The participation exemption does not apply to a participation in an EU investment company if at least 70% of the assets of that company are invested in shareholdings in non EU companies and a direct participation exemption. This anti-abuse provision does not apply if the taxpayer proves that the EU investment company is not interposed for tax avoidance or tax deferral reasons. If there is uncertainty as to whether the participation exemption applies, the taxpayer may request an advance ruling.

Under prior legislation and case law, if a participation was sold for consideration that partially consisted of future uncertain payments, such as a share of future uncertain payments, such as

1. ההחזקה של החברה תושבת הולנד בחברת הבת הינה בשיעור של 5% לפחות מהון המניות הנפרע של חברת הבת. יצוין כי בתי המשפט פסקו שיתכנו שיעורי אחזקה נמוכים יותר משיעור מינימלי זה, אשר בגינם תהא הנישומה זכאית לפטור.
2. המניות בחברת הבת אינן מוחזקות בידי החברה תושבת הולנד בתורת מלאי עסקי.
3. האחזקה במניות חברת הבת אינה מהווה החזקה פסיבית (the non-portfolio investment requirement).
4. חברת הבת צריכה להיות כפופה למס (subject to tax) על רווחיה במדינת מושבה. שיעור המס איננו רלוונטי.

יצוין כי ביום 29 באפריל 2005, הגיש שר האוצר ההולנדי לפרלמנט הצעה לביצוע רפורמה נוספת במס הכנסה בהולנד⁶⁰⁸, אשר אמורה להכנס לתוקף החל מינואר 2007⁶⁰⁹. ההצעה תהווה טיטוה בדיונים לגיבוש הצעת חוק אשר מתוכננת להימסר לפרלמנט בסוף שנת 2005. מטרת הרפורמה המוצעת הינה לשפר את אקלים ההשקעות בהולנד ולהתאים את שיטת מיסוי התאגידים בהולנד לחוקי האיחוד האירופי⁶¹⁰. במסגרת הצעת הרפורמה מוצע להקל בתנאים הנדרשים לתחולת פטור ההשתתפות. בהתאם לכך, מוצע לבטל את הדרישה כי ההשקעה בחברת הבת לא תהיה פסיבית ולהגביל את הדרישה לכפיפות במס אך ורק לגבי החזקות פסיביות⁶¹¹. בהתאם להצעה זו, פטור ההשתתפות הקבוע בדיון הפנימי ההולנדי יחול בהתקיים התנאים הבאים:

1. ההחזקה של החברה תושבת הולנד בחברת הבת הינה בשיעור של 5% לפחות מהון המניות הנפרע של חברת הבת.

a share of future profits, both the seller and purchaser of the participation were required to estimate the value of the future payments. Any fluctuations in value were taxable or losses on the seller's receivable or purchaser's payable are subject to the participation exemption. As a result, the gains or losses are no longer taxable or tax-deductible. This change applies only to participations that are sold on or after 1 January 2002." (ההדגשה הוספה)

ראו:

International Tax Summaries, CD ROM 2000.

⁶⁰⁸ נוסף לרפורמה במס שנכנסה לתוקף בינואר 2005 ושבמסגרתה הורדו שיעורי מס החברות. על רפורמה זו נעמוד בדיונונו להלן בפרק 27.

⁶⁰⁹ ראו:

<http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=16210&SID=513056&TYPE=20;>

[http://www.ey.be/EYBE/inttaxal.nsf/0/95725c4cfe681570c1256ff600548066?FILE/2005-17.pdf;](http://www.ey.be/EYBE/inttaxal.nsf/0/95725c4cfe681570c1256ff600548066?FILE/2005-17.pdf)

[http://www.freshfields.com/practice/tax/publications/pdfs/11572.pdf.](http://www.freshfields.com/practice/tax/publications/pdfs/11572.pdf)

⁶¹⁰ שם, שם.

⁶¹¹ שם, שם.

2. מקום בו ההחזקה בחברת הבת, בין אם היא תושבת הולנד או חברה זרה, הינה פסיבית, אזי נדרש שרווחי החברה ימוסו "ברמה מספקת". השאלה האם לחברה יש אופי פסיבי אם לאו תוכרע בהתאם לבסיס, טיב והיקף הפעילות של החברה⁶¹².

בשנים עברו השימוש בחברות שהתאגדו בהולנד הפך לנפוץ מאד בקרב משקיעים ישראלים בחו"ל⁶¹³. יתרונות השימוש בחברה תושבת הולנד נבעו משילוב מוצלח של מערכת אמנות מפותחת למניעת כפל מס שעליהן חתומה הולנד, העובדה שלהולנד יש אמנה מאד מיוחדת למניעת כפל מס עם ישראל, ולבסוף והחשוב מכל - סעיף פטור ההשתתפות הנ"ל.

שילוב זה יוצר כר נרחב לתכנוני מס. זאת, שכן בכפוף להוראות האמנות שעליהם חתומה הולנד, תוגבל אפשרות המדינה שבה התאגדה חברת הבת הזרה לגבות מס בגין הדיבידנד, וייתן שם ברוב המקרים פטור ממס על רווח ההון שנצמח ממכירת מניות החברה. כתוצאה מכך, אם ייתן פטור השתתפות בהולנד משמעות הדבר אפס מס על מכירת המניות⁶¹⁴.

7.3.3 חברות בסיס - תפקיד ויתרונות

בדו"ח Base Companies לא ניתנה הגדרה לתופעה זו הואיל והיא גמישה והקשרה משתנה בהתאם לעובדות המקרה שבנידון ובהתאם למדיניות משטר המס שבנידון⁶¹⁵. עם זאת הדו"ח סוקר את התפקידים והשימושים לחברות בסיס ועומד על כך שיעודה העיקרי של חברה כזו הוא "מקלוט" הכנסה - Sheltering of Income. הווה אומר, למטרות מס התפקיד העיקרי של חברת בסיס הינו לקבל הכנסה שאחרת הייתה מתקבלת ישירות לידי הנישום. כתוצאה מאי קבלה זו לא נוצרת לנישום חבות מס על ההכנסה שהתקבלה בידי חברת הבסיס. זאת, למרות שמבחינה כלכלית הנישום זכאי לקבל את ההכנסה כאמור, וביכולתו אף לכוון ולשנות את אופי ההכנסה.

יתרון מס זה לא נמחק או מקוזז באמצעות מיסוי במדינת המושב של חברת הבסיס. זאת, הואיל ומקום ההתאגדות של חברת הבסיס⁶¹⁶ נברר בקפידה ופעולות חברת הבסיס תוכננו מראש כך שחבות המס המוטלת על חברת הבסיס במדינת המושב זעומה, אם היא בכלל קיימת. בדרך זו נוצר יתרון/חיסכון מס בנטו. חיסכון מס זה לא נמחק או מקוזז גם כאשר ההכנסה מועברת ליעדה הסופי, הוא הנישום. זאת היות שההכנסה מחולקת ככזו הפטורה ממס.

⁶¹² שם, שם.

⁶¹³ עלות חברה תושבת הולנד הינה כ-2800 יורו הקמה + 2,600 יורו תחזוקה שנתית מינימלית, אם כי העלויות המעשיות גבוהות יותר ויכולות להגיע לכדי אלפי דולרים.

⁶¹⁴ ראו דוגמה מייצגת לתכנון מס, המבוסס על סעיף פטור השתתפות בדין ההולנדי ואמנות המס שהולנד צד להן, לרבות עם ישראל, להלן, פסקה 10.7.6. כמו כן, ראו דוגמה מייצגת לתכנון מס המבוסס על סעיף פטור השתתפות בדין הבלגי ואמנות המס שבלגיה צד להן, לרבות עם ישראל, להלן, פסקה 10.7.7.

⁶¹⁵ לעיל, הערה R(5)-5, 592, פסקה 8.

⁶¹⁶ בדרך כלל תושבות תאגיד נקבעת לפי מקום התאגדותו. ראו, לדוגמה, הגדרת התושבות של תאגיד תושב ישראל בסעיף 1 לפקודת מס הכנסה לאחר תיקון 132, כמו גם המדיניות הבאות: אוסטרליה, אנגליה, ארצות הברית, הולנד, ספרד וקנדה (לעיל, הערה 600).

הטעם לפטור ממס מגוון ויכול לנבוע מכוח אמנה למניעת כפל מס או מכוח דין פנימי ספציפי (כמו חלוקת דיבידנד מחברה בת לחברת אם כאשר הדבר פטור ממס במדינת חברת האם מכוח פטור השתתפות⁶¹⁷ או Affiliation Exemption או מכוח ה-Parent-Subsidiary Directive⁶¹⁸). דרך נוספת למנוע חבות במס בעת העברת ההכנסה הינה להשקיע מחדש את ההכנסה ה"ממוקלטת" במדינה זרה או להעביר את ההכנסה בצורת הלוואה לבעלי המניות של חברת הבסיס. דרך שלישית למנוע חבות במס בעת העברת ההכנסה היא ניכור הון המניות בחברת הבסיס תוך כדי מימוש רווח פטור ממס או חייב במס בשיעור מועדף.

7.4 סוגי חברות בסיס

7.4.1 מבוא

ד"ר ח Base Companies מחלק את חברות הבסיס ל-4 קטיגוריות⁶¹⁹:

1. הקטגוריה הראשונה עניינה בחברות המנהלות נכס⁶²⁰.
2. הקטגוריה השנייה עניינה בחברות המשמשות מוקד פיננסי לפעילות בינלאומית⁶²¹.
3. הקטגוריה השלישית עניינה בחברות בסיס תפעוליות⁶²².
4. הקטגוריה הרביעית עניינה בסוגים אחרים של חברות בסיס⁶²³. השימוש בסוגים אלו של חברות בסיס נעשה אך ורק על מנת להעביר הכנסה. כאמור, התופעה של ברירת אמנות מבוססת, רובה ככולה, על הקמת חברות צינור (Conduit Company) במדינות בעלות רשת אמנות מס מיטיבה. חברת צינור, שעל מהותה ואופייה נעמוד בהמשך בפירוט רב, הינה אחת הסוגים של חברת בסיס ומקומה בקטגוריה הרביעית. להלן נסביר את הסוגים השונים של חברת בסיס ונביא מספר דוגמאות לכל סוג במטרה להמחיש את משמעות ההסבר ואת השימוש בחברות בסיס. תחילה נבאר ונפרט, מהי ברירת אמנות ומהי חברת צינור ונביא דוגמאות לשימוש בחברת צינור, הן בשיטת הצינור הישיר והן בשיטת מבנה הדילוג, להפחתת חבות המס במישור הבינלאומי. בהמשך, נביא דוגמאות מורכבות יותר המשלבות שימוש בחברת/חברות בסיס ובחברת/חברות צינור ככלי להפחתת חבות המס במישור הבינלאומי⁶²⁴.

⁶¹⁷ ראו דיונו בנושא פטור השתתפות (Participation Exemption), לעיל, פסקה 7.3.2.

⁶¹⁸ ראו דיונו בנושא דירקטיבת חברות אם ובת, להלן, פסקה 12.3.

⁶¹⁹ לעיל הערה 592, R(5)-7, ליד האות B.

⁶²⁰ שם, R(5)-7, פסקה 14.

⁶²¹ שם, R(5)-8, פסקה 15.

⁶²² שם, R(5)-8, פסקה 16.

⁶²³ שם, R(5)-9, פסקה 17.

⁶²⁴ ראו דוגמאות מורכבות לתכנון מס במישור הבינלאומי, להלן, פסקה 6.2.

7.4.2 חברות המנהלות נכס - Asset Administration

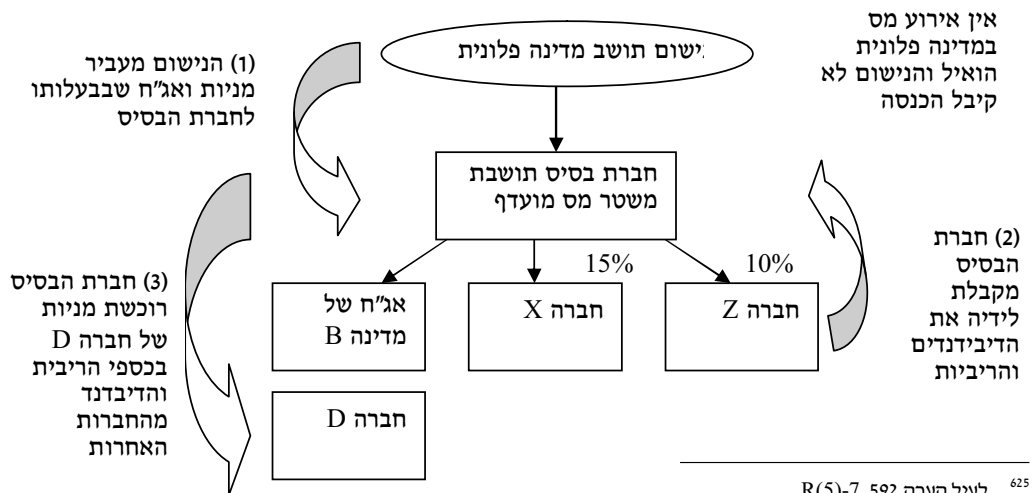
7.4.2.1 הגדרה

סוג זה - חברות המנהלות נכסים Asset Administration - הינו הסוג הנפוץ של חברות בסיס⁶²⁵. בדרך זו הנישום מעביר נכסים מניבים לחברה. החברה מקבלת את פרות הנכסים הללו ומגנה על הכנסה זו ממס במדינת התושבות של בעל המניות בחברת הבסיס, הוא הנישום.

7.4.2.2 דוגמה לחברה המנהלת נכס - העברת נכסים לחברה

דוגמה לכך ניתן למצוא במצבים בהם נישום תושב מדינה פלונית הוא בעל מניות ואגרות חוב. הנישום מעביר מניות ואגרות חוב אלו לחברת בסיס, תושבת מדינה אלמונית בה נהוג משטר מס מועדף⁶²⁶. חברת הבסיס מקבלת לידיה את הריבית והדיבידנדים מנכסים אלו. לנישום לא נוצרת חבות במס במדינת התושבות המקורית שלו, הואיל ולא התקבלה הכנסה לידי. חברת הבסיס משתמשת בהכנסה המוגנת ממס שהתקבלה מהנכסים המניבים הנ"ל על מנת לרכוש נכסים אחרים מסוג זה.

7.4.2.3 תרשים להמחשת הדוגמה



אין אירוע מס במדינה פלונית הואיל והנישום לא קיבל הכנסה

(2) חברת הבסיס מקבלת לידיה את הדיבידנדים והריביות

(3) חברת הבסיס רוכשת מניות של חברה D בכספי הריבית והדיבידנד מהחברות האחרות

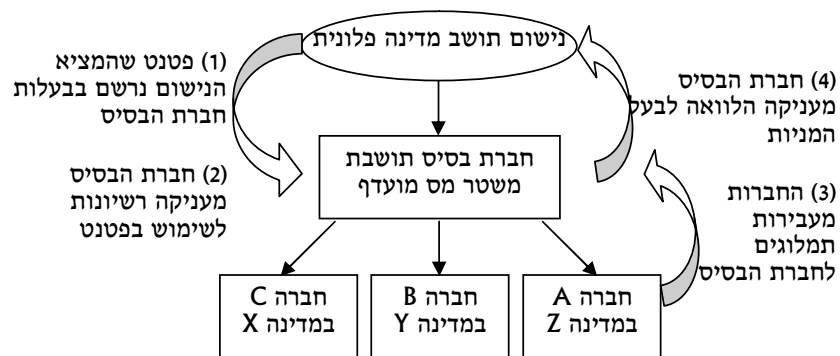
⁶²⁵ לעיל הערה 592, R(5)-7.

⁶²⁶ כגון מיסוי על בסיס טריטוריאלי בלבד, Off Shore או משטר מס מיוחד אחר כדוגמת BVI.

7.4.2.4 דוגמה לחברה המנהלת פטנט

דוגמה נוספת לחברת בסיס המנהלת נכסים ניתן למצוא במצבים בהם אדם, תושב מדינה אלמונית, פיתח מוצר חדש. מוצר זה רשום כפטנט של חברת הבסיס, תושבת מדינה פלונית בה נהוג משטר מס מועדף⁶²⁷. חברת הבסיס מעניקה רשיונות לצדדים שלישיים בשלוש מדינות שונות, כל אחת מהן היא מדינת מקור בה מופקת הכנסה. חברת הבסיס מגנה על ההכנסה הצומחת במדינות המקור ממס או מלווה אותן לנישום, בעל המניות, כנגד תשלום ריבית אשר מנוכה מהרווחים החייבים במס של הנישום⁶²⁸. הנישום יכול גם לצבור לחובתו את תשלומי הריבית, באופן כזה שיתרת החובה שלו בספרי החברה תלך ותגדל.

7.4.2.5 תרשים להמחשת הדוגמה



7.4.3 חברות המהוות מוקד פיננסי - Financial Pivots

7.4.3.1 הגדרה

ישנן חברות בסיס שייעודן הוא ליצור מוקדים פיננסיים לפעילות בינלאומית ענפה. דוגמה לחברות בסיס כגון אלה הינן חברות אחזקה, מרכזים אזוריים למיזמים רב-לאומיים וחברות

⁶²⁷ ראו לעיל, הערה 7,592-R(5), פסקה 14.
⁶²⁸ למידע נוסף, לעיל הערה 7,592-R(5), פסקה 14.

חברות בסיס

שנוצרו על מנת להנפיק הלוואות או לרכז פעילות דומה. חברות מסוג זה עשויות גם לרכז פעילויות בנקאיות או ביטוחיות ואז ניתן יהיה להטיל ספק האם ניתן להתייחס אליהן כאל חברות בסיס המקבלות הכנסה פסיבית.

7.4.3.2 דוגמאות לחברה המהווה מוקד פיננסי

כך לדוגמה מיזם רב-לאומי המורכב מקבוצת חברות, תושב מדינה אלמונית, מחזיק בשותפות בדרום-אמריקה דרך חברת אחזקות המוקמת במדינה פלונית, היא מדינת הבסיס. חברת האחזקות הינה גם המוקד לכל היחסים הפיננסיים בתוך קבוצת החברות באותו אזור. חברת בסיס שנייה באיי באהמה מנפיקה הלוואות בינלאומיות ומשלמת ריבית על ההלוואות ללא חובת ניכוי מס במקור⁶²⁹.

דוגמה נוספת לחברת בסיס מסוג זה הינה מיזם ביטוחי רב לאומי המרכז את פוליסות הביטוח בחברת Off-Shore. חברה זו מבטחת את הסיכונים במסגרת קבוצת החברות ומכסה אותם באמצעות פוליסות ביטוח מחדש - Reinsurance⁶³⁰.

7.4.4 חברות בסיס תפעוליות - (Operational Base Companies)

7.4.4.1 הגדרה

השימוש בחברות בסיס מסוג זה נעשה בהקשר לפעילות עסקית או מקצועית, אשר חלקה מתבצעת מחוץ למדינה בה הוקמו חברות הבסיס. בדרך זו חברת הבסיס ניזונה מרווחים המופקים מפעילויות המתבצעות במקום אחר, כך שההכנסה המופקת עשויה להיות מוגנת בחברת הבסיס, ולו באופן חלקי. באם חברת הבסיס מוקמת במדינה הממסה על בסיס טריטוריאלי בלבד, תהא הכנסה זו שמופקת מחוץ למדינת הבסיס פטורה ממס באופן מלא.

7.4.4.2 חברת משלח יד זרה כחברת בסיס תפעולית

במסגרת תיקון 132 תוקן סעיף 5 לפקודה: הושמטו הסעיפים (1)5, (2)5, (3)5 ו-(4)5(א), בעוד שסעיף (4)5(ב) עבר שינוי יסודי וקובע הסדר של "חברת משלח-יד זרה".

ההסדר של "חברת משלח-יד זרה"⁶³¹ (להלן: "חמי"ז"), הוא הסדר ייחודי שנועד למנוע מישראלים להתחמק מתשלום מס בישראל על הכנסה ממשלח-יד בחו"ל באמצעות הקמת

⁶²⁹ למידע נוסף, לעיל, הערה 8-592, R(5)-8, פסקה 15.

⁶³⁰ שם, שם.

חברה תושבת חוץ והזרמת הפעילות אליה⁶³². קרי, באמצעות הקמת חברות בסיס תפעוליות. להלן נסביר ונפרט את עיקרי ההסדר⁶³³.

לאחר הרפורמה תושב ישראל שמפיק הכנסה ממשלח-יד או מעבודה בחו"ל יהא חייב לגביה במס בישראל⁶³⁴. רשויות המס שאפו למנוע מתושב ישראל להתחמק מתשלום מס בישראל על הכנסה ממשלח-יד בחו"ל באמצעות הקמת חברה תושבת חוץ והזרמת הפעילות אליה. מתוך מטרה זו נקבע במסגרת הרפורמה במס כי החיוב במס בישראל יחול גם על הכנסה ממשלח-יד או עבודה המופקת באמצעות חברה תושבת חוץ שבשליטת אותו תושב ישראל⁶³⁵. חברה כאמור כונתה על ידי המחוקק "חברת משלח-יד זרה".

חמ"ז היא חברה שמתקיימים בה 5 התנאים הבאים⁶³⁶:

⁶³¹ ראו סעיף 5 לתיקון 132 לפקודת מס הכנסה.
⁶³² ראו אלטר וכליף – מיסוי בינ"ל, פרק 11.
⁶³³ לדיון מפורט ראו בכרכים הבאים.
⁶³⁴ ראו סעיף 2 רישא לפקודת מס הכנסה לאחר תיקון 132. ראו גם דיונונו בנושא שיטת המס הפרסונלית, באמנות מס (כרך ג'), וכן אלטר וכליף – מיסוי בינ"ל, פרק 4, פסקה 4.1.
⁶³⁵ ראו דו"ח וועדת רבינוביץ (מס הכנסה), 85, הקובע כהאי לישנא:
"כדי למנוע אפשרות להתחמק מהמס באמצעות פעילות דרך חברה זרה, מוצע לקבוע, שהחיוב במס יחול גם על הכנסה ממשלח יד או מעבודה המופקת באמצעות חברה תושבת חוץ בשליטת אותו תושב ישראל."
⁶³⁶ חמ"ז היא חברה שמתקיימים בה חמשת התנאים שלהלן:

א. חברה תושבת חוץ

התנאי הראשון הוא כי החברה הינה תושב חוץ. כדי שחברה תיחשב כתושבת חוץ עליה לעמוד בשני תנאים: האחד, שהיא הואגדה בחו"ל; השני, שהניהול והשליטה בה מופעלים בפועל מחו"ל. מקרה שאחד מתנאים אלה אינו מתקיים, החברה תיחשב כתושבת ישראל, והכנסותיה יחויבו במס בישראל על בסיס כלל עולמי, גם אם ארבעת התנאים מתקיימים לגביה.

ב. חברת מעטים

התנאי השני הוא כי החברה הינה חברת מעטים כהגדרתה בסעיף 76(א) לפקודה. דהיינו - חברה שהיא בשליטתם (מעל 50%) של 5 בני אדם לכל היותר ואיננה בת חברה ולא חברה שיש לציבור עניין ממשי בה. הגדרה זו מורכבת ממונחים שיש לעמוד על הגדרתם המיוחדת. אי עמידה בהם, תוציא את החברה הנדונה מגדר חמ"ז. לדוגמה, חברה לא תיחשב חמ"ז אם היא נמצאת בשליטתם של יותר מ-5 בני אדם, שאין ביניהם יחסים של אדם וקרובו, אדם ובא כוחו או שהם אינם שותפים בשותפות.

ג. 75% מאמצעי השליטה מוחזקים בידי יחידים תושבי ישראל

התנאי השלישי הוא שלפחות 75% "מאמצעי השליטה" בה מוחזקים, במישרין או בעקיפין, בידי יחידים תושבי ישראל או בידי אזרחי ישראל תושבי ה"אזור". "אזור" הוגדר בסעיף 3א לפקודה כשטחי יהודה והשומרון, חבל עזה והשטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית. המונח "אמצעי שליטה" הוגדר בסעיף 75 לפקודה באופן רחב ביותר. פירושו היא היכולת לכוון את פעילותה של החברה וכן כל אחד מאלה:

- (1) הזכות להשתתף ברווחים;
- (2) הזכות למנות דירקטור;
- (3) זכות הצבעה;
- (4) הזכות לחלק ביתרת נכסי החבר לאחר סילוק חובותיו בעת פירוקו;
- (5) הזכות להורות למי שלו אחת הזכויות המפורטות בפסקאות (1) עד (4) לעיל על הדרך להפעיל את זכותו;

הכל, בין שהם באמצעות מניות ובין בכל דרך אחרת לרבות באמצעות נאמנות.

1. חברה תושבת חוץ.
 2. החברה היא חברת מעטים.
 3. 75% מאמצעי השליטה בחברה מוחזקים בידי יחידים תושבי ישראל.
 4. עיסוק במשלח-יד מיוחד - המונח לא הוגדר בחקיקה ראשית אלא בצו שהתקין שר האוצר⁶³⁷.
 5. מרבית ההכנסה של החברה היא ממשלח-יד מיוחד.
- היה וחמשת התנאים האמורים יתקיימו תיחשב החברה הנדונה כחברת משלח-יד זרה - חמ"ז. חברה כזו תהא חייבת במס בישראל על שני פרטי הכנסה:
1. הכנסה שהפיקה חמ"ז, הנובעת מפעילות במשלח-יד מיוחד - בגובה ההכנסה של בעלי המניות תושבי ישראל. חיוב זה יחול אם ההכנסה נבעה מכל פעילות במשלח-יד מיוחד⁶³⁸.
 2. פריט ההכנסה השני שיהיה חייב במס בישראל הינו דיבידנד המחולק מהכנסה זו. עם זאת, אם אותה חברה הינה תושבת מדינת אמנה, המיסוי של הדיבידנד האמור כפוף להסדרי האמנה, על כל הנובע מכך.
- לגבי שני פרטי הכנסה אלה בלבד נקבעה פיקציה סטאטוטורית, לפיה רואים את החמ"ז כאילו השליטה על עסקיה וניהולם מופעלים בישראל⁶³⁹. פיקציה זו מביאה לכך שחמ"ז

שימוש בתיבה "במישרין או בעקיפין" נועד להבטיח שהתנאי המתייחס לשיעור האחזקה של תושבי ישראל יתקיים גם במקום שבו החברה מוחזקת על-ידי שרשרת של חברות המוחזקות בסופו של דבר בידי יחידים שהינם תושבי ישראל. בתיקון 134 הוסדרה פרשנות המושג "בעקיפין" על-ידי הפניה לסעיף 75(א)(1)(ד)(2) לפקודה. עקב כך, ההתייחסות להחזקה "בעקיפין" תהיה כדלקמן: אם עלה שיעור ההחזקה בכל אחת מהחברות בשרשרת על 50%, ייחשב שיעור ההחזקה בכל אחת מהחברות כשיעור ההחזקה בה במישרין; אם פחת שיעור ההחזקה באחת החברות בשרשרת מ-50% תיחשב ההחזקה בה בעקיפין כהחזקה בשיעור אפס.

ד. **עיסוק במשלח-יד מיוחד**

התנאי הרביעי הנדרש כדי שחברה פלוגית תיחשב לחמ"ז הוא, שמרבית בעלי השליטה, או קרוביהם, עוסקים בעבור החברה ב"משלח-יד מיוחד" במישרין או באמצעות חברה שבה מחזיקים, במישרין או בעקיפין, באמצעי שליטה של לפחות 50%. תיקון 134 הוסיף הבהרה לפיה בעלי השליטה או קרוביהם האמורים ייחשבו רק אלה המחזיקים ביחד או לחוד, במישרין או בעקיפין, ב-50% או יותר באחד או יותר מאמצעי השליטה בחברה. המונח "משלח-יד מיוחד" לא הוגדר בפקודה והושאר לקביעה על-ידי שר האוצר בתקנות. שר האוצר פרסם את צו מס הכנסה (קביעת משלח יד מיוחד), התשס"ג-2003. המו ממונה רשימה ארוכה של מקצועות הנחשבים ל"משלח יד מיוחד".

ה. **מרבית ההכנסה של החברה היא ממשלח-יד מיוחד**

התנאי החמישי והאחרון לכך שחברה פלוגית תיחשב לחמ"ז הוא שמרבית הכנסתה או רווחיה בשנת המס ינבעו ממשלח-יד מיוחד. יש גם לשים לב כאן שמדובר ב"הכנסה" להבדיל מ"הכנסה חייבת". ניתן לחמוק אפוא מתנאי זה על-ידי ויסות הכנסות שאינן ממשלח-יד לתוך החברה, ככל שגדרש בשנת המס הרלוונטית.

⁶³⁷ ראו צו מס הכנסה (קביעת משלח יד מיוחד), התשס"ג-2003.

⁶³⁸ סעיף 5(א)(5) לפקודה (לאחר תיקון 134).

תיחשב לעניין הכנסות אלה כחברה תושבת ישראל (לפי החלופה השנייה של הגדרת תושב ישראל לגבי חברה⁶⁴⁰). זאת, גם אם החברה הואגדה בחו"ל והשליטה על עסקיה וניהולם אינם מופעלים בפועל מישראל, כי אם מחו"ל. מכיוון שכך, הכנסות אלה יחויבו במס בישראל על בסיס אישי, ללא קשר למקום המקור הגיאוגרפי של ההכנסה - בישראל או בחו"ל. יושם אל לב, כי החברה הינה החייבת במס ולא היחיד הישראלי בעל השליטה (בניגוד לחנ"ז, שם היחיד הישראלי בעל השליטה הוא החב במס⁶⁴¹).

לבד מהכנסות אלה, יתר ההכנסות שהופקו מחוץ לישראל תהיינה ברגיל פטורות ממס בישראל, וביניהן: הכנסות שאינן נובעות מפעילותו של בעל השליטה בחמ"ז במשלח-יד מיוחד, רווחי הון, תמלוגים, ריבית וכו'. אך ייתכן שיחול על הרווחים שנצברו בחברה בגין רווחים אלה אירוע מס של דיבידנד רעיוני, אם וככל שהחברה הנדונה תיחשב כחברה נשלטת זרה CFC.

דומה להוראות CFC, שימוש בחברות בסיס באמצעות תכנון נכון מביא לכך שתנאים אלו לא יתקיימו. תוצאה זו מושגת בין השאר על ידי כך שהחברה אינה חברת מיעוטים לפי הגדרתה בסעיף 76, שיעור ההחזקה של אמצעי השליטה בידי יחידים תושבי ישראל אינו עולה לכדי 75%, שימוש בנאמנות זרה בלתי חוזרת או ויסות הכנסות שאינן ממשלח-יד לתוך החברה.

במצבים כאלה השימוש בחברות בסיס תפעוליות בהחלט יכול לסייע לנישום לא לחוב במס במדינת מושבו.

7.4.4.3 דוגמאות לחברת בסיס תפעולית

דוגמה לחברת בסיס תפעולית ניתן למצוא במצבים בהם נישום מקים מיזם המייצר מכוניות במדינה אלמונית ומוכר אותן בשלוש מדינות זרות, כל אחת מהן היא מדינת מקור. המכוניות נמכרות לסיטונאים במדינות המקור או במדינות אחרות דרך חברת בסיס תושבת מדינה פלמונית. חברת הבסיס פועלת כחברת מכירות ומגנה על חלק מההכנסה מפני מס⁶⁴².

דוגמה נוספת לכך הינה כאשר אמן פועל כעובד של חברת בסיס שבבעלותו. חברת הבסיס ניזונה מהכנסותיו המקצועיות ומגנה עליהן ממס, בעוד שהאומן מקבל משכורת דלה יחסית⁶⁴³.

⁶³⁹ ראו סעיף 5(5)(ב) לפקודה (לאחר תיקון 132). נקבעו הוראות מיוחדות לעניין זיכויים ממס זר, שאינן חלות בדרך כלל לגבי תושב ישראל.

⁶⁴⁰ ראו הגדרת תושבות לגבי חבר בני אדם בסעיף 1 לפקודת מס הכנסה לאחר תיקון 132. ראו גם אלטר וכליף – מיסוי בינ"ל, פרק 5, פסקה 5.1.3.

⁶⁴¹ ראו דיוננו בנושא חברה נשלטת זרה לעיל, פסקה 7.2.

⁶⁴² למידע נוסף ראו לעיל, הערה 592, R(5)-8, פסקה 16.

⁶⁴³ למידע נוסף ראו שם, שם.

7.4.5 חברת צינור - Conduit Company

7.4.5.1 כללי

סוגים אחרים של חברות בסיס עשויים לשמש כאמצעי להעביר הכנסה בלבד. חברת צינור - Conduit Company הינה אחת מסוגים אחרים אלו.

7.4.5.2 אבחנה בין חברת צינור לסוגים אחרים של חברת בסיס

להערכתנו, ההבדל בין חברת צינור – (Conduit Company) - לשלושת הקטיגוריות האחרות שצוינו לעיל הינו שלחברת הצינור, בניגוד לחברות האחרות, אין פעילות עסקית אמיתית. לא רק זאת אלא שכל יעודה של חברה זו הוא אך ורק להוות צינור המעביר הכנסה ממדינת המקור בה מופקת ההכנסה למדינת התושבות של הנישום, וזאת במטרה להפחית את חבות המס. יושם אל לב כי המאפיינים של חברת בסיס שנסקרו לעיל הינם המאפיינים של חברת צינור, על-כן בדיוננו להלן בחברות צינור רק נוסיף על המאפיינים שצוינו לעיל.

אליבא דמחברי דו"ח Base Companies האבחנה בין חברת בסיס לחברת צינור הינה כדלקמן: בעוד שחברת צינור מתמקדת ביתרונות מס הנרכשים במדינת המקור של ההכנסה הממולטת מרשת המס, הרי ש"חברת בסיס" מתמקדת בהפחתת חבות המס למינימום האפשרי במדינת התושבות של בעלי השליטה של החברה⁶⁴⁴. יצוין עם זאת כי ברוב המקרים מעוצב מבנה תאגידי דומה על מנת להשיג את שתי התוצאות.

⁶⁴⁴ להרחבה ראו לעיל, הערה 592, עמ' 4-R(5), פסקה 4.

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