

## 12. ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי - Directive Shopping

### תוכן עניינים מקוצר

351	.....	Directive Shopping	12. ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי -
355	.....	מבוא	12.1
356	.....	Directive Shopping - אימתי?	12.2
356	.....	Parent-Subsidiary Directive	12.3 דירקטיבת חברות אם ובת
358	.....	תכנון מס על-פי דירקטיבת חברת אם חברת בת	12.4
358	.....	פסיקת בית המשפט הפדרלי למסים של גרמניה	12.5

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

## 12. ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי - Directive Shopping

### תוכן עניינים מפורט

12. ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי -	
351 Directive Shopping	
12.1 מבוא	355
12.2 Directive Shopping - אימתי?.....	356
12.3 דירקטיבת חברות אם ובת	
Parent-Subsidiary Directive	356
12.4 תכנון מס על-פי דירקטיבת חברת אם חברת בת	358
12.5 פסיקת בית המשפט הפדרלי למסים של גרמניה	358
12.5.1 מבוא	358
12.5.2 התשתית העובדתית	360
12.5.3 תרשים	360
12.5.4 התשתית המשפטית	361
12.5.5 טענות הצדדים	362
12.5.6 השאלה המשפטית	363
12.5.7 פסיקת בית המשפט	363
12.5.8 השלכות פסק הדין	366

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

## 12. ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי - Directive Shopping

### 12.1 מבוא

דרך נוספת להימנעות ממס במישור הבינלאומי הינה ברירת דירקטיבות (Directive Shopping). תכנון מס זה דומה למדי לתכנון המתבסס על ברירת אמנות, אם כי תחולתו היא באירופה בלבד.

הדירקטיבות הינן חלק מה - Secondary Community Law<sup>993</sup>. בניגוד ל-Regulations של האיחוד האירופי שמחייבות מיד עם התקנתן את כל התושבים בכל המדינות החברות באיחוד האירופי ואת המדינות החברות עצמן, דירקטיבה הינה הנחיה של האיחוד האירופי. הדירקטיבה מקבלת תוקף במדינה החברה באיחוד רק לאחר שנתקבלה על-ידי אותה המדינה<sup>994</sup>. למעשה זוהי הנחיה למדינה לחוקק חוקים פנימיים, שכן הדירקטיבות מחייבות את המדינות החברות באיחוד להגיע לתוצאות חקיקתיות מסוימות<sup>995</sup>. כך לדוגמה: חיוב לאמץ חוקי מס בהוראה ספציפית. אולם אף-על-פי חיוב זה, הבחירה לגבי האופן והצורה בה תחול ההוראה נתונות עקרונית להחלטת המדינות.

שוני זה באופן, בניסוח ובצורה של אותה דירקטיבה במדינות השונות החברות באיחוד האירופי פותח כר נרחב לתכנוני מס באמצעות ברירת דירקטיבות.

הדירקטיבות מחייבות את המדינות החברות באיחוד האירופי. שוויץ, אשר אינה חברה באיחוד האירופי, חתמה על הסכם לפיו החל מיולי 2005 כל הדירקטיבות של האיחוד האירופי יאומצו בדיון הפנימי שלה<sup>996</sup>. כך לדוגמה, לאחר תאריך זה הכנסת דיבידנד שחולקה מחברה תושבת מדינה החברה באיחוד האירופי לחברה תושבת שוויץ תהיה פטורה ממס במדינת המקור ותהנה ממשטר מס מיטיב בשוויץ. דין זהה יחול גם על הכנסת דיבידנד שחולקה על-ידי חברה תושבת שוויץ לחברה תושבת מדינה החברה באיחוד האירופי.

ברם, לצד הגזר בא המקל, נסביר. החל מתאריך זה תנכה שוויץ מס במקור בשיעור 15% בגין הכנסות ריבית שישולמו משוויץ ליחידי תושבי מדינות החברות באיחוד האירופי<sup>997</sup>. שיעור

<sup>993</sup> ראו דיון בנושא מעמדן הנורמטיבי של נורמות ממשפט האיחוד האירופי לעומת אמנות מס אצל אלטר וכליף - אמנות מס (כרך א'), פרק 35.

<sup>994</sup> ש.מ, ש.מ.

<sup>995</sup> ש.מ, ש.מ.

<sup>996</sup> ראו :

<http://www.genevaprivateoffice.com/en/news.php?id=0000000053>.

<sup>997</sup> ראו :

<http://www.euractiv.com/Article?tcaturi=tcu:29-128666-16&type=News>.

מס זה יחול בשנים 2005-2007. בשנים 2008-2010 יעלה שיעור המס ל-10% ואילו החל מיום 1 ביולי 2011 ואילך תנכה שוויץ מס במקור בשיעור 35% מהכנסות אלו<sup>998</sup>.

## 12.2 Directive Shopping - אימתי?

ברירת דירקטיבות דומה מאוד לברירת אמנות והינה למעשה בחירה בתחולתה של הדירקטיבה המיטיבה ביותר עם הנישום. למטרה זו מקים הנישום ישות משפטית הזכאית להנות מתחולת הדירקטיבה הנבררת. למעשה הנישום יבחר במדינה שלפי הדין הפנימי שלה התנאים לתחולת הדירקטיבה הרצויה הינם המקלים ביותר בנסיבות העניין.

ישות משפטית זו היא הפועלת במדינת המקור ומפיקה את ההכנסה. הישות המשפטית נהנית מהקלת המס המוענקת מכוח הדירקטיבה. לאחר מכן, במרבית המקרים, ניתן להעביר את ההכנסה למדינת המושב של מקים הישות, לרוב באמצעות אמנת מס. לעתים, ההכנסה נשארת גם בידי הישות המשפטית ומנוהלת על-ידי מקים הישות.

## 12.3 דירקטיבת חברות אם ובת (Parent-Subsidiary Directive)

מבין הדירקטיבות השונות<sup>999</sup>, הדירקטיבה ה"נבררת" ביותר הינה הדירקטיבה בנושא חברת אם וחברת בת (Parent-Subsidiary Directive)<sup>1000</sup>. על-פי דירקטיבה זו כאשר גם חברת הבת וגם חברת האם הנן תושבות מדינות האיחוד האירופי, ומחולק דיבידנד מהאחת לשנייה, הרי שדיבידנד זה פטור מניכוי מס במקור במדינת המושב של החברה מחלקת הדיבידנד. בנוסף לכך, מדינת המושב של החברה מקבלת הדיבידנד חייבת ליתן הקלת מס להכנסה זו. הקלה זו הינה פטור ממס או זיכוי עקיף. ההקלה הניתנת נתונה לבחירת מדינת המושב.

בהתאם לדירקטיבה, על כל אחת מחברות האיחוד לחוקק הוראה בדין הפנימי המאמצת עקרון זה בנוסח זה או אחר. אך הרשות נתונה וכל אחת מהמדינות החברות באיחוד רשאית לבחור האם לפטור כליל את הכנסת הדיבידנד ממס או למסות את ההכנסה, תוך מתן זיכוי ממס בגין מס החברות ששילמה חברת הבת על הרווחים מהם נובע הדיבידנד<sup>1001</sup>. הקלה זו

<sup>998</sup> ש.ש. ראו גם דיונונו להלן בפרק 27.

<sup>999</sup> ש.ש. נושא חקיקת המס ב-Secondary Community Law.

<sup>1000</sup> ראו:

Parent-Subsidiary Directive - Council Directive 90/435/Eec Of 23 July 1990 On The Common System Of Taxation Applicable In The Case Of Parent Companies And Subsidiaries Of Different Member States Parent ("Parent-Subsidiary Directive") (להלן: "Parent-Subsidiary Directive") E.T.H. (2002) 22-24.

<sup>1001</sup> לעניין זיכוי עקיף ומשמעותו, ראו אלטר וכליף - אמנות מס (כרך א') פרק 19.

ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי  
Directive Shopping

ממס ניתנת בתנאי שחברת האם, תושבת מדינה החברה באיחוד האירופי, מחזיקה ב-25% לפחות מההון של חברת הבת תושבת מדינה באיחוד האירופי<sup>1002</sup>.

כל המדינות החברות באיחוד האירופי ומספר מדינות השואפות להתקבל לאיחוד האירופי אימצו את הדירקטיבה הנ"ל, אם כי התנאים לתחולת הדירקטיבה שונים ממדינה למדינה. כך לדוגמה, תחול דירקטיבת חברת אם חברת בת בגרמניה גם בהינתן שיעור החזקה 10% בלבד, בהתקיים תנאים מסוימים<sup>1003</sup>.

בתאריך 2.2.04 נכנס לתוקף תיקון חדש לדירקטיבת חברת אם חברת בת<sup>1004</sup>. במסגרת התיקון הורחבה רשימת הישויות המשפטיות הכלולות בהגדרת חברה לצרכי הדירקטיבה. זאת, על מנת שהדירקטיבה תחול על כל הישויות הכפופות למס חברות, ללא תלות באישיותם המשפטית. הצורך לתיקון זה נעוץ בשוני בין הישויות המשפטיות הכפופות למס חברות בין המדינות החברות באיחוד<sup>1005</sup>. לדעת המחברים, לתיקון השלכות רבות על תכנוני מס בצורת מקרים משולשים המערבים מוסד קבע<sup>1006</sup>. עוד במסגרת התיקון הורחבה תחולת הדירקטיבה על-ידי הנמכת תנאי הסף בנוגע לשיעורי החזקה הנדרשים מחברת האם מ-25% מהון המניות ל-10%. יצוין כי במרבית המדינות החברות באיחוד הפחתת שיעור החזקה תעשה באופן הדרגתי על פני השנים הבאות, כך שבעוד מספר שנים ישווה שיעור החזקה הנדרש בכל מדינות האיחוד<sup>1007</sup>. בהתאם לתיקון ייהנו מפטור מניכוי מס במקור גם חברות שמחזיקות בחברות אחרות למטרות השקעה בלבד ולא למטרות קניית השליטה. התיקון אף כולל קביעה לפיה מקום בו בחרה המדינה החברה באיחוד להעניק זיכוי עקיף לחברת האם בגין מס החברות ששילמה חברת הבת על הרווחים מהם חולק הדיבידנד, הרי

<sup>1002</sup> תיקון שהתקבל לאחרונה הוריד את שיעור החזקה הנדרש ל-10% בלבד. הוראה זו מזכירה את הוראת ה"פטור השתתפות", עליה עמדנו בדיוננו לעיל, פרק 7, פסקה 7.4.

<sup>1003</sup> ראו: E.T.H (2002), 239, פסקה 6.3.1. תנאי זה גרם לכך שגרמניה הייתה יעד מועדף לברירת דירקטיבות. לאור התיקון שהתקבל לאחרונה לדירקטיבת חברת אם חברת בת ושבמסגרתו הורד שיעור החזקה המזכה ל-10% הרי ששאר המדינות החברות באיחוד הפכו לאטרקטיביות באותה מידה. כעת, נישום החפץ בכך, יברר את המדינה הנוחה לו בעיקר בהתבסס על רשת אמנות המס לה היא צד. באופן זה הנישום יקים חברת צינור במדינה חברה באיחוד האירופי אשר תקים חברה במדינה אחרת, אף היא חברה באיחוד האירופי. בעת חלוקת דיבידנד בין שתי החברות לא יחול חיוב במס בהתאם לדירקטיבת חברת אם חברת בת. לאחר מכן תועבר ההכנסה לידי הנישום בשיעורי מס מופחתים, בהתאם לאמנת המס בין מדינת המושב של הנישום למדינת המושב של חברת האם.

<sup>1004</sup> ראו:

Council Directive 2003/123/EC of 22 December 2003 amending Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States. Tax Analysts Electronic Citation: WTD 10-148 2003.

<sup>1005</sup> לעיל, הערה 993.

<sup>1006</sup> ראו דיוננו להלן בנושא מצבים משולשים Triangular Cases בכלל (להלן, פרק 15) ובעניין Saint Gobain בפרט (להלן, פסקה 15.3).

<sup>1007</sup> כך לדוגמה, בלוקסמבורג תעשה הפחתת שיעור החזקה הנדרש באופן הבא: בשנים 2005-2006 שיעור החזקה הנדרש יהא 20%, בשנים 2007-2008 שיעור החזקה הנדרש יהא 15% והחל משנת 2009 שיעור החזקה יעמוד על 10%. ראו לעניין זה:

<http://www.lowtax.com/lowtax/html/jlxoltr.html>.

שיובא בחשבון לצורך קבלת הזיכוי גם מס החברות ששולם על-ידי החברות הנוספות  
בשרשרת (חברה נכדה, חברה נינה וכו').

## 12.4 תכנון מס על-פי דירקטיבת חברת אם חברת בת

תכנון המס על בסיס דירקטיבה זו נעשה כך: יחיד או חברה שאינם תושבי האיחוד האירופי יכולים לברור לעצמם את הדירקטיבה בנושא חברת אם חברת בת שהכי מיטיבה עמם. זאת, באמצעות הקמת חברת צינור במדינה החברה באיחוד האירופי. במרבית המקרים המדינה הנבררת תהא מדינה בעלת תנאים מקלים לתחולת הדירקטיבה שהינה צד לאמנת מס מיטיבה עם מדינת המושב של היחיד או החברה הזרים. היחיד או החברה הזרים יעבירו את המניות בחברת הבת לידי חברת הצינור. לחילופין, חברת הצינור היא שתרכוש מלכתחילה את מניות חברת הבת. חברת הצינור תקבל את הדיבידנד מחברת הבת תושבת האיחוד האירופי כאשר הכנסה זו תהיה פטורה מחובת ניכוי מס במקור בהתאם לדירקטיבה. הכנסה זו תהא פטורה ממס. הפטור האמור יחול בין אם מדינת המושב של חברת האם בחרה במתן פטור ממס לחברת האם ובין אם מדינת המושב בחרה במתן זיכוי בגין מס החברות ששולם על הרווחים מהם נובע הדיבידנד. תוצאה אחרונה זו מושגת הואיל ובדרך כלל מס החברות על פעילות עסקית גבוה מהמס המוטל על הכנסת דיבידנד.

יצוין כי רוב תכנוני המס המערבים ברירת דירקטיבות משלבים גם ברירת אמנות; כאשר בנוסף להפחתת ו/או ביטול חבות המס באמצעות החלת הדירקטיבה מנצלים גם את רשת אמנות המס עליהן חתומה המדינה האירופית הנבררת על מנת להעביר את ההכנסה למדינת התושבות המקורית.

## 12.5 פסיקת בית המשפט הפדרלי למסים של גרמניה

### 12.5.1 מבוא

כיום קיימת מעט מאוד פסיקה בנושא ברירת דירקטיבות. פסק-הדין העיקרי בנושא זה פורסם בשנת 2002<sup>1008</sup> ויצא מידי בית המשפט הפדרלי הגרמני למסים<sup>1009</sup>.

<sup>1008</sup> הליך מספר IR 38/00, פורסם ב-20 במרץ 2002.  
<sup>1009</sup> ראו:

<http://taxbase.tax.org/taxbase/tbnews.nsf/Go?OpenAgent&2002+WTD+155-156>;

Tax Analysts Electronic Citation: 2002 WTD 192 - 1.

ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי  
Directive Shopping

בבסיס תכנון המס שנדון בפסק דין זה עמדה ברירת הדירקטיבה בנושא חברת אם וחברת בת שנדונה לעיל. בפסק דין זה בית המשפט קיבל את טענת רשויות המס, פסל את תכנון המס וקבע כי הוראות האנטי תכנוניות מהדין הפנימי הגרמני גוברות על הוראת אמנת המס. באותה החלטה גם נקבע במפורש שניתן ליישם את הוראות הדין הפנימי גם במצב בו מבצע הנישום ברירת דירקטיבות<sup>1010</sup>. בית המשפט הסתמך על הוראת סעיף 2.1 לדירקטיבה אשר קובע כי נורמות האנטי תכנוניות המצויות בדין הפנימי של המדינות חברות האיחוד האירופי יחולו כל עת שתושב מדינה החברה באיחוד האירופי מבקש להנות מדירקטיבת חברת אם חברת בת. אשר על כן, לדעת המחברים אין להקיש מפסיקה זו לגבי תחולת הנורמות ההאנטי תכנוניות בדין הפנימי על אמנות מס<sup>1011</sup>. בית המשפט פסק שאם חברת קש זרה (Foreign Shell Company), הטוענת לתחולת הקלות במס, הינה בבעלות בעל מניות ישיר שאינו זכאי להקלת המס הנטענת מעצם תושבותו (בעניין זה החברה בברמודה), אזי לא ניתן לבקש להחיל את הקלת המס. בנוסף, נדחתה גם טענת החברה שבעלי המניות העקיפים של חברת הקש היו זכאים להקלות האמנה (במקרה הנדון בין בעלי המניות של החברה בברמודה היו יחיד אמריקאי ויחיד אוסטרלי הזכאים להקלות מס מכוח אמנת המס בין מדינת המושב שלהם לגרמניה).

להחלטה זו יש חשיבות רבה לנישומים ישראלים המשקיעים בגרמניה באמצעות חברת צינור או שמעניקים רשיון לשימוש בקניין רוחני בגרמניה באמצעות חברות אחזקות אירופאיות. עם זאת, יש להבחין בין תכנון מס המערב את הדירקטיבה לעיל, ובין תכנון מס המבוסס על אמנות מס. אמנות המס של גרמניה, בניגוד לדירקטיבה לעיל, אינן קובעות כי הנורמות ההאנטי תכנוניות המצויות בדין הפנימי של גרמניה יחולו כל עת שנישום תושב המדינה המתקשרת מבקש להנות מתחולת האמנה.

חשוב לציין בהקשר זה כי אותן עובדות נידונו בפסק דין אחר בבית המשפט הגרמני ב-3 למרץ 2002. באותו עניין ביקשה החברה החזר מס מכוח אמנת המס ולא מכוח הדירקטיבה. על פסק דין זה עוד נעמוד בהמשך דיונונו<sup>1012</sup>. להלן נסקור את ההליך בו ביקשה החברה החזר מס בהתאם לדירקטיבה.

<sup>1010</sup> ראו דיונונו בנושא סיכול תכנוני מס המבוססים על ברירת אמנות באמצעות הדין הפנימי, להלן, פרק 24.  
<sup>1011</sup> למעשה, בהעדר הוראה דוגמת סעיף 2.1 לדירקטיבת חברת אם חברת בת המחברים סבורים כי לא ניתן יהיה להחיל נורמות האנטי תכנוניות מהדין הפנימי על אמנות מס שישראל צד להן. הדבר נובע מהעליונות הנורמטיבית שהוקנתה לאמנות מס בדין הפנימי בישראל על פני כל חקיקת המסים בהתאם לסעיף 196 לפקודת מס הכנסה. כן יצוין כי פסיקה זו של בית המשפט הגרמני עומדת בניגוד למגמה עליה עמדנו בפרק 4 לעיל, לפיה בתי המשפט בבריטניה ובארצות הברית החלו ליתן תוקף לתכנוני מס שמטרתם היחידה היתה הפחתת חבות המס כגון עניין SDI, (לעיל, הערה 536), עניין Northern Indiana, (לעיל, הערה 143), עניין Macniven, (לעיל, הערה 235), עניין Coltec, (לעיל, הערה 147), עניין סיוון-עליון, (לעיל, הערה 123) ועניין תו-אור, (לעיל, הערה 72). ראו לעניין זה דיונונו לעיל בפסקאות 4.3 ו-4.5.

<sup>1012</sup> ראו דיונונו בנושא להלן, פסקה 24.8.3.4.

## 12.5.2 התשתית העובדתית

באותו עניין דובר בחברה תושבת הולנד (להלן: חברת DBV) אשר בבעלותה חברה תושבת גרמניה (להלן: חברת GmbH).

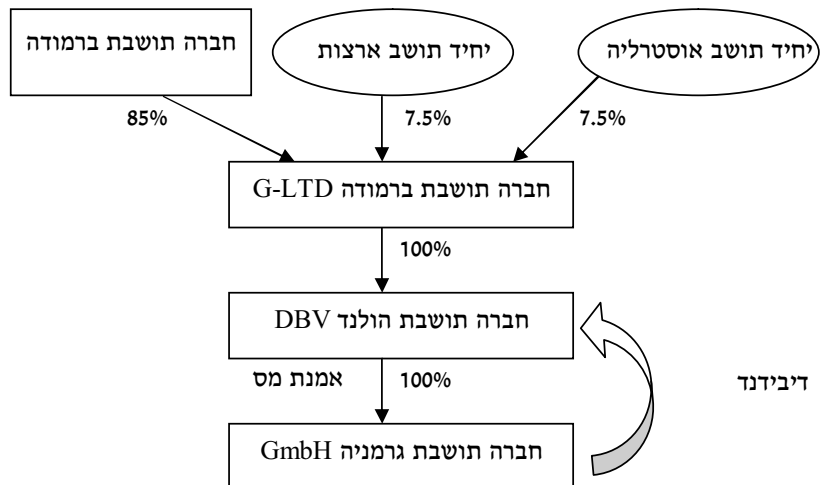
חברת DBV הייתה בבעלותו המלאה של תאגיד תושב ברמודה (להלן: חברת G-Ltd). הבעלות בתאגיד תושב ברמודה התחלקה כדלקמן: 85% על-ידי חברה תושבת ברמודה, ו-15% הנתרים נחלקו שווה בשווה (7.5% ל"א) בין יחיד תושב ארצות הברית ויחיד תושב אוסטרליה.

חברת DBV הייתה נטולת תשתית משרדית משלה ופעלה ממשרדה של חברה אחת. כך נעשה שימוש בתשתיתה של החברה האחות, דוגמת: טלפוניה, ציוד משרדי וכו'. בנוסף, מנהלה של חברת DBV והעובד היחיד בה היה במקביל מנהלה של החברה האחות.

בשנת 1994 חילקה חברת GmbH לחברת DBV דיבידנד על סך 910,000 מארק גרמני. כנגד סכום זה ביקשה חברת DBV החזר מהמס שנוכה במקור בגרמניה לאור הדירקטיבה המעניקה פטור מניכוי מס במקור מדיבידנד בין חברת אם אירופית לחברת בת אירופית. לפי הדין הפנימי הגרמני דאז יישום הדירקטיבה נעשה באופן הבא: בעת חלוקת הדיבידנד מנכים מס במקור בשיעור הקבוע בדין הפנימי ו/או בשיעור הנקבע באמנה ולאחר מכן יש לבקש החזר מס.

## 12.5.3 תרשים

להלן תרשים המציג את עובדות המקרה והמבנה התאגידי בין החברות:



## 12.5.4 התשתית המשפטית

דין פנימי: סעיפים 43 ו-50a(4) לחוק מס הכנסה הגרמני (German Income Tax Act) (Einkommensteuergesetz) מטילים חובת ניכוי מס במקור על רווחים מהשקעות הוניות, (כגון דיבידנדים) ותמלוגים. החובה הינה בשיעור של 20% או 25%. כמו כן, מוטל תשלום היטל סולידריות בסך 5.5% על הכנסה מהשקעות הוניות (כגון דיבידנדים) ותמלוגים המשולמים על-ידי משלם גרמני למקבל זר.

הפרוצדורה היא לנכות מס זה במקור גם אם זכות המיסוי של גרמניה מופחתת או מבוטלת מכוח דירקטיבת חברת אם חברת בת או מכוח אמנה למניעת כפל מס<sup>1013</sup>. במקרים בהם מופחתת או מבוטלת זכות המיסוי, המס שנוכה במקור מוחזר למקבל ההכנסה הזר לאחר הגשת בקשה לרשות המס הפדרלית הגרמנית - The German Federal Tax Office - Bundesamt für Finanzen<sup>1014</sup>.

סעיף 50d(3) לחוק מס הכנסה הגרמני הינו נורמה אנטי תכנונית ספציפית לניכוי מס במקור בדין הפנימי הגרמני. מכוח נורמה זו ניתן לפסול תכנוני מס של חברות זרות. לפי סעיף 350d), בהתקיים שלושה תנאים מצטברים, ניתן לשלול מחברה זרה את הזכאות לפטור מחובת ניכוי מס במקור בגרמניה או להחזר מס בגין מס שנוכה במקור. יודגש כי במקרה זה סעיף 350d) חל על העובדות שבנדון לאור הוראה ספציפית המצויה בסעיף 2.1 לדירקטיבת חברת-אם חברת בת. הוראה זו מחילה את כל הנורמות ההאנטי תכנוניות הקבועות בדין הפנימי מקום בו נישום מבקש להנות מתחולת הדירקטיבה. כאשר נישום מבקש להנות מתחולתה של אמנת מס שגרמניה היא צד לה, לא יחול לדעת המחברים דין שווה.

שלושת התנאים המצטברים הנם כדלקמן:

1. בעלי המניות של החברה הזרה לא היו זכאים להקלת המס לו שולמו התשלומים ישירות לידיהם.
2. אין סיבה כלכלית או סיבה אחרת שעניינה פעילות בתום לב (Bona Fide) שבגינה יש צורך במעורבות החברה הזרה.
3. אין לחברה הזרה פעילות כלכלית משלה.

סעיף 42 לקוד המסים הכללי הגרמני (abgabenordnung) הינו נורמה אנטי תכנונית כללית בדיני המסים של גרמניה. סעיף 42(1) לקוד קובע כי לא ניתן לעקוף את חוקי המס באמצעות ניצול לרעה (Abuse) של האפשרויות המובנות והגלומות בדין האזרחי.

<sup>1013</sup> ראו סעיף 50d(1) ל-EstG, משפט ראשון.

<sup>1014</sup> זאת בהתאם לסעיף 50d(1) ל-EstG, משפט שני. עם זאת יצוין כי במקרים מסוימים, לדוגמה כאשר ניתן פטור ממס בגין דיבידנדים בהתאם לדירקטיבת חברת אם חברת בת, ניתן לקבל פטור מראש מהחובה לנכות מס במקור מרשויות המס הפדרלי הגרמני, זאת בהתאם לסעיף 50d(2) ל-EstG.

האמנה בין גרמניה להולנד: סעיף 13(4) לאמנה למניעת כפל מס בין גרמניה להולנד קובע כי בהינתן שיעור אחזקה העולה על 25%, מדינת המקור רשאית לנכות במקור מס מדיבידנד בשיעור מרבי של 10%<sup>1015</sup>.

על-פי דירקטיבת ה-Parent-Subsidiary Directive, בהינתן שיעור אחזקה של 25% לפחות יינתן פטור מחובת ניכוי מס במקור על דיבידנד מחברת בת תושבת מדינה החברה באיחוד האירופי המשולם לחברת אם תושבת מדינה החברה באיחוד האירופי. כמו כן תוענק הקלה ממש במדינת המושב של חברת האם<sup>1016</sup>. בהתאם לדין הפנימי בגרמניה שיעור ההחזקה הנדרש הינו 10% בלבד<sup>1017</sup>.

## 12.5.5 טענות הצדדים

רשויות המס של גרמניה סירבו להעניק לחברה תושבת הולנד החזר מס. רשויות המס טענו שהחברה תושבת הולנד אינה זכאית להנות לא מהדירקטיבה בנושא חברת אם חברת בת ולא מאמנת המס בין גרמניה להולנד. רשויות המס בגרמניה הסתמכו על סעיף 50d(3) הנ"ל וטענו, כי חברת DBV חסרת פעילות או מטרה עסקית ובשל כך הם רשאים להתעלם ממנה<sup>1018</sup>. ההתעלמות מחברת DBV איפוא מובילה לחברה הבאה אחריה בשרשרת האחזקות, קרי: לחברת G-Ltd. חברת G-Ltd אינה זכאית להטבות מס בגרמניה כיוון שהיא תושבת ברמודה. בין ברמודה לגרמניה אין אמנת מס ועל-כן חלה חובת ניכוי מס במקור הקבועה בסעיפים 43 ו-50a(4) לעיל.

DBV טענה כי היא זכאית להנות מהקלת המס הניתנת במסגרת הדירקטיבה הואיל והיא תושבת הולנד. לחילופין, טענה החברה כי גם אם תישלל זכאותה לדירקטיבה הרי היא זכאית להחזר מס הואיל ובעלת מניותיה של החברה הינה חברה תושבת ברמודה. טענתה החלופית הייתה כדלקמן: הבעלים העקיפים של החברה תושבת הולנד הינם תושבי ארצות הברית ואוסטרליה. בתור שכאלו זכאים בעלי המניות של חברת האם להחזר המס שנוכה במקור מהדיבידנד בשיעורים שונים בהתאם לאמנות למניעת כפל מס בין מדינות מושבם

<sup>1015</sup> סעיף 13(4) לאמנה בין גרמניה להולנד קובע כדלקמן:

"(4) Tax deducted as provided in paragraph (2) shall not, however, exceed 10 per cent of the dividends if these are paid by a joint-stock company domiciled in one of the Contracting States to a joint-stock company domiciled in the other State and holding at least 25 per cent of the voting shares of the first-mentioned company."

ראו:

Agreement between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and Fortune and Various other Taxes, and for the Regulation of Other Questions Relating to Taxation; Signed: June 16, 1959, 93 TNI 11-19; Doc 93-30105; 593 UNTS 3, Reg. No. 8576.

<sup>1016</sup> ראו דיונונו לעיל, פסקה 12.3.

<sup>1017</sup> לעיל, הערה 1003.

<sup>1018</sup> טענת התעלמות זו היא בדומה לדוקטרינת הדילוג שנסקרה בעניין DEL, (לעיל, פסקה 10.8) ולמעשה בדומה לכל אחת מהנגזרות של דוקטרינת עליונות המהות על פני הצורה.

ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי  
Directive Shopping

וגרמניה<sup>1019</sup>. אי לכך, באם תדחה הטענה הראשונה יש להעניק לחברה החזר מס מכוח האמנה בין ארצות הברית לגרמניה והאמנה בין אוסטרליה לגרמניה.

## 12.5.6 השאלה המשפטית

השאלה המשפטית הינה איפוא האם הקלת המס הניתנת במסגרת הדירקטיבה תחול מקום בו בעלי המניות של חברת האם תושבת מדינה חברה באיחוד האירופי אינם בעצמם תושבי מדינה החברה באיחוד האירופי? במילים אחרות, השאלה המשפטית היא האם אפשר לברור או לקנות דירקטיבות באמצעות חברת צינור ללא תוכן (substance), או לא?

## 12.5.7 פסיקת בית המשפט

בית המשפט דחה את טענת החברה תושבת הולנד וקבע שהנורמות האנטי תכנוניות בחוקי המס בגרמניה (סעיף 42 ל-AO וסעיף 50d(3) ל-EstG) גוברות על הנחיות האיחוד האירופי ואמנות למניעת כפל מס. יתרה מכך, בית המשפט קבע מפורשות בעניין זה שניתן ליישם את הוראות הדין פנימי גם במצב בו מבצע הנישום ברירת דירקטיבות (Directive Shopping). בית המשפט הסתמך על הוראת סעיף 2.1 לדירקטיבה אשר קובע כי נורמות האנטי תכנוניות המצויות בדין הפנימי של המדינות חברות האיחוד האירופי יחולו כל עת שתושב מדינה החברה באיחוד האירופי מבקש להנות מדירקטיבת חברת אם חברת בת. עם זאת, יש להבחין בין תכנון מס המערב את הדירקטיבה לעיל, ובין תכנון מס המבוסס על אמנות מס. אמנות המס של גרמניה, בניגוד לדירקטיבה לעיל, אינן קובעות כי הנורמות ההאנטי תכנוניות המצויות בדין הפנימי של גרמניה יחולו כל עת שנישום תושב המדינה המתקשרת מבקש להנות מתחולת האמנה. אשר על כן, לדעת המחברים אין להקיש מפסיקה זו לגבי תחולת הנורמות ההאנטי תכנוניות בדין הפנימי על אמנות מס<sup>1020</sup>.

בית המשפט דחה את טענת החברה הנישומה, DBV, וקבע כי מקום בו חברה זרה טוענת לזכאות להחזר מס, ואחד מבעלי מניותיה הישיר אינו זכאי להקלה מעצם תושבותו (בעניין זה- החברה בברמודה), לא יינתן החזר המס לחברה זו. חברה זו אף לא תוכל לבקש את הקלת המס בטיעון שבעלי המניות העקיפים שלה (קרי, היחיד האמריקאי והיחיד האוסטרלי) זכאים להקלה מכוח אמנת מס. למעשה בית המשפט התעלם מקיום החברה תושבת הולנד והחיל חבות רגילה במס.

החלטת בית המשפט מבהירה מה מהווה פעילות כלכלית או סיבה אחרת למעורבות החברה הזרה שאינה מספקת ומה אינו מהווה "פעילות כלכלית של החברה הזרה". משמע בית המשפט הבהיר את התנאי השני והשלישי משלושת התנאים לעיל לתחולת הנורמה האנטי תכנונית, שעל-פיה ניתן לשלול את הזכאות להחזר מס.

<sup>1019</sup> ראו סעיף 2)110 (אמנה בין גרמניה לאוסטרליה וסעיף 2)110 (אמנה בין גרמניה לארצות הברית).

<sup>1020</sup> ראו לעיל, הערה 1011.

בית המשפט אישש את ההלכה הרווחת בגרמניה שאמנות למניעת כפל מס לא מונעות את יישום הנורמה האנטי תכנונית הקבועה בסעיף 3d50 ל-EstG<sup>1021</sup>. סעיף זה חוקק במיוחד כדי לעקוף את כללי המיסוי באמנה. בית המשפט תלה את יהבו בסעיף 1(2) לדירקטיבת חברת אם חברת בת. סעיף זה מתיר למדינות החברות באיחוד האירופי ליישם את ההוראות האנטי תכנוניות המצויות בדין הפנימי שלהן במקרים בהם נעשה שימוש לרעה בדירקטיבה זו<sup>1022</sup>. עמדנו על כך שמקום בו מדובר באמנות מס הרי שבהעדר הוראה דומה להוראת סעיף 2.1 לדירקטיבת חברת אם חברת בת, לא תהא לדעתנו תחולה לפסק דין זה.

בית המשפט ציין כי מקרה זה הינו מקרה ברור של "ניצול לרעה" ("Case of an Obvious Abuse")<sup>1023</sup> של הדירקטיבה, בו הייתה מעורבת חברת קש ריקה מתוכן בצורתה הקלאסית ("Classic Shell Company")<sup>1024</sup>.

בית המשפט פסק כי אותו דבר תקף גם לגבי הנורמה האנטי תכנונית הכללית המצויה בסעיף 42 ל-AO. דוקטרינת עסקת הקש בדין הגרמני קובעת כי חציצה באמצעות הקמת חברת קש ריקה מתוכן בתחום שיפוט בו נהוג משטר מס מועדף במטרה להימנע ממסים בגרמניה מהווה ניצול לרעה כמשמעותו בסעיף 42 ל-AO. דוקטרינה זו חלה מקום בו החציצה אינה מוצדקת מסיבה כלכלית או סיבה אחרת שהינה פעילות בתום לב. אי לכך, ההכנסה של חברת הקש מועברת ומיוחסת לבעלי המניות של חברת הקש. בית המשפט הרחיב את הדוקטרינה הזו כך שהיא תחול גם על חברות קש המוקמות בתחום שיפוט עתיר מס (כדוגמת הולנד), במקרים שבהם הכנסה שמקורה בגרמניה מועברת באמצעות חברת קש במטרה להימנע ממסים בגרמניה. הואיל וסעיף 42 ל-AO הינו סעיף הנוגע לשינוי סיווג הכנסה (Income Reallocation Rule), סעיף זה גובר על הוראות אמנה למניעת כפל מס.

רואים אנו כי בית המשפט קבע שיש להתעלם מהחציצה בין החברה בברמודה להכנסה בגרמניה באמצעות הנישומה, חברה תושבת הולנד. עם זאת, קבע בית המשפט, כי לא יתעלמו מהחציצה בין בעלי המניות של החברה בברמודה להכנסה בגרמניה באמצעות חברה בברמודה. טענתה החלופית של DBV הייתה כי אם יתעלמו מקיומה יש גם להתעלם מקיום החברה בברמודה ולשייך את ההכנסה לבעלי המניות של החברה בברמודה. מכיוון ששניים מתוך שלושת בעלי המניות העקיפים של DBV (אשר מחזיקים במצטבר ב-15% בלבד מהחברה בברמודה) זכאים להחזר מס בהתאם לאמנות בין מדינת מושבם לגרמניה טענה DBV כי היא זכאית להחזר מס. בית המשפט בחן טענה זו ודחה אותה.

בית המשפט קבע כי חציצה באמצעות החברה בברמודה מונעת את הזכאות של בעלי המניות להטבות האמנה ממנה הם זכאים להנות מעצם תושבותם. במילים אחרות: אי

<sup>1021</sup> ראו לעניין זה דיון בפרק 24. עם זאת, הדין שונה במדינות המשפט המקובל. לאור זאת, ולאור העובדה שבפסק הדין נידונה דירקטיבת חברת אם חברת בת, אשר מחילה את כל הנורמות האנטי תכנוניות בדין הפנימי, ולא אמנת מס, לא ניתן, לדעתנו, להקיש מפסק דין זה לאמנות המס שישראל צד להן.

<sup>1022</sup> סעיף 2(1) ל-Parent - Subsidiary Directive קובע כדלקמן: "This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of Fraud or abuse."

<sup>1023</sup> לעיל, הערה 1009.

<sup>1024</sup> שם, שם.

ברירת דירקטיבות באיחוד האירופי  
Directive Shopping

אפשר לעשות תכנון מס באמצעות חברת צינור במטרה להנות מרשת אמנות המס והדירקטיבות של מדינת הצינור (לאכול את העוגה) וגם לטעון לזכאות להטבות אמנת מס עליה חתומה מדינת המושב של בעל המניות העקיף של אותה חברה (וגם להשאיר אותה שלמה).

בית המשפט קבע כי מעורבות של חברה זרה בעסקה יכולה להוות ניצול לרעה רק כאשר, בנוסף לתנאים נוספים, השותפים בחברה לא היו זכאים להקלות המס לו התשלום היה מועבר אליהם ישירות. בית המשפט הוסיף ופסק כי מספיק שבעל המניות הישיר של החברה הזרה אינו זכאי להקלות המס. במקרה כזה, החברה הזרה אינה יכולה לבקש את הקלת המס בטענה שבעלי המניות העקיפים של החברה (במקרה זה - היחיד האמריקאי והיחיד האוסטרלי) היו זכאים להקלת המס.

לפיכך, נפסק כי רשויות המס צדקו בסירובם להעניק החזר מס כלשהו ל-DBV. מכיוון שבעל המניות הישיר היחיד של החברה תושבת הולנד היה תושב ברמודה, DBV אינה זכאית להחזר חלקי. קביעה זו נעשתה למרות שחלק מבעלי המניות העקיפים של החברה היו למעשה תושבי ארצות הברית ואוסטרליה ולפיכך היו זכאים להטבות מכוח אמנות המס בין מדינת מושבם לגרמניה.

החלטת בית המשפט מספקת קווים מנחים חשובים למבחנים האם קיימת מטרה עסקית או סיבה אחרת שעניינה פעילות בתום לב (Bona Fide) שבגינה יש צורך במעורבות החברה הזרה והאם החברה הזרה מבצעת פעילות עסקית משלה.

כאמור, קיומו של כל אחד מהקריטריונים הללו ימנע יישום הנורמות האנטי תכנוניות. במקרה דנן לא היו לחברה תושבת הולנד עובדים, לא משרד משלה ולא ציוד ורכוש קבוע או אף מנהל כללי משלה - מנהל החברה תושבת הולנד שימש במקביל כמנהל החברה האחות. אי לכך, קבע בית המשפט חזקה שאין לחברה תושבת הולנד מטרה עסקית או סיבה אחרת כאמור לעיל למעורבותה.

בית המשפט פסק שבמקרה בו חברה המבקשת החזר מס חשודה בברירת אמנות או בברירת דירקטיבות, החברה חייבת לספק לרשויות המס סיבה כלכלית מדויקת או סיבה אחרת שעניינה פעילות בתום לב שבגינה יש צורך במעורבותה בעסקה.

עוד נקבע כי על מנת לקיים פעילות כלכלית משלה, החברה הזרה חייבת לבצע פעילויות עסקיות נוספות מעבר לקבלת הרווחים מהשקעת ההון (במקרה דנן - דיבידנד) או התמלוגים שבנדון ואחזקת הנכס המניב (במקרה דנן - המניות בחברת הבת הגרמנית). לפעילות העסקית אסור להיות מוגבלת לתפקידים מנהליים או אדמיניסטרטיביים בלבד. פעילות עסקית של חברה אחות, אפילו תושבת אותה מדינה כחברה המבקשת החזר מס, אינה יכולה להיות מיוחסת לחברה המבקשת את החזר על מנת לקיים את תנאי הפעילות הכלכלית העצמית. אי לכך, פסק בית המשפט שפעילות החברה האחות ההולנדית אינה רלוונטית לעניין הנדון. יחד עם זאת, בית המשפט ציין שגם חברת ניהול ואחזקות זרה (Foreign Management Holding Company) יכולה להיחשב כמבצעת פעילות כלכלית משלה.

## 12.5.8 השלכות פסק הדין

בדוגמה זו אנו רואים יישום של ברירת דירקטיבת חברת אם חברת בת ושל ברירת אמנות. החלטת בית המשפט הגרמני מחזקת את עמדת רשויות המס בגרמניה במאבקם בברירת אמנות ובברירת דירקטיבות. ייתכן שבעקבות פסיקה זו יגבירו הרשויות את פעולת בחינת הזכאות של נישומים זרים להחזר או פטור מחובת ניכוי מס במקור בגרמניה. אי לכך, להחלטה זו חשיבות רבה לנישומים ישראלים המשקיעים בגרמניה באמצעות חברת צינור או המעניקים רשיון לשימוש בקניין רוחני בגרמניה באמצעות חברות אחזקות אירופאיות, כאשר בכוונתם לתבוע פטור מחובת ניכוי מס במקור או החזר מס שנוכה במקור בגרמניה באמצעות חברות אלו מכוח דירקטיבת חברת אם חברת בת. לדעת המחברים, אין להחיל פסיקה זו מקום בו נישום מבקש להנות מתחולה של אמנת מס<sup>1025</sup>. יצוין עם זאת כי פסיקת בית המשפט בגרמניה עומדת בניגוד לפסיקת בית המשפט בעניין SDI ועניין Northern Indiana שנסקרו לעיל<sup>1026</sup>. בעניין Northern Indiana לא נפסל תכנון מס מכיוון שחברת הצינור הפיקה רווח זעום הנוצר כתוצאה מפער בין הריבית שקיבלה לריבית ששילמה לחברת האם. ניתן לתלות את ההבדל בכך שהדירקטיבה הינה דין פנימי של גרמניה, ולכן ההוראות ההאנטי תכנוניות בדין הפנימי יחולו. אולם, בית המשפט הגרמני קבע במפורש כי הנורמה האנטי תכנונית תגבר גם כאשר התכנון נעשה מכוח אמנת מס. בהמשך דיוננו נראה כי גישת רשויות המס ובית המשפט בגרמניה מחילה לעיתים רבות את הנורמות ההאנטי תכנוניות הקבועות בדין הפנימי על אמנות המס ובכך הינה מחמירה אף יותר מהפסיקה בארצות הברית<sup>1027</sup>.

<sup>1025</sup> ראו לעיל, הערה 1020.

<sup>1026</sup> ראו דיוננו לעיל, פסקאות 9.6.3 ו-9.6.4 בהתאמה.

<sup>1027</sup> ראו דיוננו בנושא החלת נורמות מהדין הפנימי, להלן, פסקה 15.3.1.