

מס הכנסה על הכנסות שמקורן בחו"ל

עו"ד מ. שקל, ורו"ח א. אלעד*

"השליטה והניהול" על חברה זרה

מאמר זה סוקר מספר היבטים ביחס לשאלה האם ובאילו תנאים הכנסות שנצמחו בחו"ל לחברה זרה או הכנסות שמקורן בהכנסות כאמור עלולות להיות בנות חיוב במס בישראל, וזאת בנסיבות בהן המחזיקים במניות החברה הזרה, כולן או חלקן, הינם תושבי ישראל.

הכנסות החברה הזרה (או הכנסה שמקורה בהכנסות הנ"ל), עלולות להיות בנות חיוב במס בישראל, באחד משלושת האופנים הבאים:

1. אם כתוצאה משליטה וניהול בישראל על החברה הזרה — הפעילה בחו"ל — עלולה החברה הזרה להיחשב כ"תושב ישראל" (סעיף 1 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] [להלן — "הפקודה"]).

2. אם כתוצאה מכך שהשליטה והניהול על החברה הזרה הופעלו בישראל, תחשב הכנסתה כאילו הופקה בישראל (סעיף 5 (1) לפקודה).

3. אם "נתקבלה" בישראל הכנסה שהופקה בחו"ל לרבות הכנסה מהחברה הזרה (סעיף 2 לפקודה).

בסקירה זו נבחן באילו נסיבות תחקיים אחת משתי החלופות הראשונות הנ"ל.

אימתי תחשב החברה הזרה כ"תושב ישראל" — מהות השאלה:

יש הגורסים כי שילוב החלופה השנייה להגדרת "תושב ישראל" לגבי "חבר בני אדם" שבסעיף 1 לפקודה לתוך הוראת סעיף 5(1) לפקודה תביא לתוצאה לפיה יראו הכנסות של החברה תושבת ישראל כמופקות בישראל. לפיכך אליבא דאותה גישה, הרי לאור רישת סעיף 2 לפקודה כל ריווח או השתכרות מעסק של חברה המוגדרת כתושבת ישראל חייב במס ישראלי אף אם הופק בחו"ל. לפי הגישה האמורה עולה, כי אין כל חשיבות למקום שבו נבע הריווח לחברה, או לשאלה אם ריווח זה הובא לישראל אם לאו: עצם העובדה שלחברה יש מעמד של תושב ישראל — כשלעצמה — גוררת חיוב כל הכנסותיה מעסק, באשר הם, במס ישראלי¹.

* המאמר בעריכת מ' שקל, עו"ד וא' אלעד, רו"ח. בהשתתפות א' בן עטר, רו"ח, משפטן.
1 ראה ברוח זו: רפאל ואפרתי "מקום המושב של חברה לצורכי מס" הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 573.

אותם מלומדים הסוכרים כאמור לעיל מגיעים למסקנה המתחייבת משיטתם לפיה הדין הישראלי קובע בעקיפין כי ביחס לחברות, לא עוד מכריע הבסיס הטריטוריאלי כי אם מקום המושב של החברה, כך הוא לפחות לגבי חברות ישראליות שהכנסתן מופקת, כולה או חלקה בחו"ל, אם כי אין הדבר מחייב גם ב"כיוון ההפוך" בדבר שאלת חבותם של חברות זרות במס ישראלי בגין הכנסות שנצמחו בתחומי טריטוריה ישראלית. תוצאת האמור לעיל היא, שאם חברה זרה תחשב ל"תושב ישראל", כמשמעות ביטוי זה בפקודה, הרי הכנסותיה תהיינה בנות חיוב במס בישראל על אף שהופקו בחו"ל. מכאן לפחות אליבא דהגישה האמורה קיימת חשיבות מכרעת לשאלה באילו תנאים תחשב החברה הזרה בגדר "תושב ישראל" לעניין הפקודה. אף אם יאמר כי הגישה האמורה קיצונית מדי ולא כל ההכנסות שתצמחנה בחו"ל לחברה — המוגדרת כ"תושב ישראל" — תהיינה ככאלה בנות חיוב במס בישראל, הרי עדיין קיימת חשיבות רבה לשאלה בדבר שאלת זיהוי חברה כ"תושב ישראל" ולו אך ביחס לשאלת חיוב ההכנסות מהסוגים הנזכרים בסעיף 15 לפקודה.

שאלת התושבות — מבחן השליטה והניהול

בסעיף 1 לפקודה מוגדר "תושב ישראל" לגבי "חבר בני אדם" כדלקמן:

1. חבר הרשום בישראל ועיקר פעילותו בישראל; בלבד שאם הוא רשום כחברה נוכרית יראוהו כתושב ישראל רק אם ביקש זאת;

2. חבר שהשליטה על עסקיו וניהולם מופעלים בישראל;

ברי שהחלופה הראשונה אינה רלבנטית לעניין החברה הזרה שהרי הנחתנו היא שחברה זו תירשם בחו"ל דווקא. נותרת, אפוא, השאלה האם ובאילו תנאים ניתן לראות את החברה הזרה כ"תושב ישראל" בגדר החלופה השנייה הנ"ל?

החלופה השנייה להגדרת "חבר בני אדם" כתושב ישראל יסודה בזיקת השליטה והניהול. הדרישה היא לקיומם המצטבר של שני הגורמים גם יחד. אם כי בעבר נעשו מספר ניסיונות לצמצם בחקיקה את הדרישה ולהפוך את היסודות "שליטה" ו"ניהול" ליסודות חילופיים הרי ההצעות לתיקון הפקודה לא הפכו לחוק והדרישה של שליטה וניהול כדרישה מצטברת הושארה על כנה.²

השאלה המתעוררת היא, אם כן, מהם הקריטריונים להפעלת שליטה וניהול בישראל? מהם אותם אלמנטים של שליטה וניהול על עסקיה של חברה, אשר בהיותם מופעלים בישראל הופכים הם חברה שרשומה בחו"ל לתושב ישראל לצורך הפקודה? האם מדובר במקום המושב של רוב בעלי המניות, ואם כן מהו אותו רוב? או שמא הכוונה למקום שבו מתכנסת האסיפה הכללית או אולי מקום כינוסה של מועצת המנהלים? או אולי מדובר במקום שבו נמצא מפעלה של החברה או בו מנוהלים עסקיה הלכה למעשה?

2 ראה: הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 19), התשל"ג — 1973, ה"ח 185; הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 21), התשל"ד — 1974, ה"ח 142; הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 69), התשמ"ו — 1986, ה"ח 258.

לשאלה זו אין פתרון מפורש בחוק או בפסיקה אך מסקירת הפסיקה האנגלית ודעות המלומדים בארץ עולה המסקנה כי כאשר לא קיימת הפרדה משפטית בין הבעלים בישראל לבין העסק בחו"ל, ההנחה היא שהעסק בחו"ל גם מנוהל ונשלט בישראל³. אולם, עצם קיומה של הפרדה משפטית פורמלית, היא כשלעצמה עדיין אינה ראייה לקיומה של הפרדה עסקית. לפיכך, גם הכנסה של ישות משפטית נפרדת הרשומה בחו"ל עלולה להחשב כמופקת בישראל אם מתקיימים לגבי אותה "ישות זרה" מבחני או שמא תאמר מבחן — "השליטה והניהול".

מבחן השליטה והניהול — הגישה הישראלית

גישתה של נציבות מס הכנסה ביחס למבחן "השליטה וניהול" כאמת מידה לקביעת מקום מושבו של חבר בני אדם בישראל מבהירה בזו הלשון⁴:

"המדובר במבחן אחד ולא בשניים, כפי שנוטים לחשוב. מבחן זה הינו מקום הכינוס של מועצת המנהלים או מקום הניהול השוטף (מרכז העצבים). אין כל קשר במבחן זה לשאלת השליטה במניות או הבעלות על החברה... כאשר מדובר בחברה בישראל וחברה בת בחו"ל, מקום השליטה והניהול בחברת-הבת יהיה המקום שבו היא נשלטת בפועל גם אם מנהליה תושבי חו"ל." (הדגשת הח"מ).

לעומת שלטונות המס הסוברים כי מבחן השליטה והניהול הינו מבחן אחד אשר בינו ובין השליטה על מניות החברה אין ולא כלום, סבור פרופ' יצחק הדרי⁵, כי יש לפרש את מבחן השליטה והניהול כמורכב משני יסודות מצטברים, שאם אחד מהם אינו מתקיים אין החברה הרשומה בחו"ל נחשבת ל"תושב ישראל", והיסודות הם: (א) שליטה פורמלית משפטית, (ב) ניהול עסקי הלכה למעשה.

מכאן, לדעת פרופ' הדרי, יש חשיבות לשיעור המניות המוחזקות על ידי תושב ישראל וזאת על מנת לקבוע את השליטה הפורמלית המשפטית. אולם מכיוון שלדעת פרופ' הדרי מצטרף לתנאי השליטה הפורמלית תנאי מצטבר נוסף — הוא תנאי הניהול העסקי הלכה למעשה — הרי שיתכן גם לדעתו כי תושב/י ישראל יחזיק/ו ברוב מוחלט של מניות החברה (ואף בכולן) ועם זאת לא תחשב החברה כתושב ישראל כאשר ניהולה העסקי נעשה בחו"ל.

בין אם יאמר שמבחן השליטה והניהול הינו מבחן אחד ובין אם יאמר כי בשני מבחנים מצטברים קא עסקינן, הדעה המקובלת (גם על שלטונות המס) היא, כי קיומה של שליטה פורמלית של תושבי ישראל באמצעות בעלות בהון המניות המונפק של החברה "הזרה" לא די בו כדי לקיים את דרישת השליטה והניהול על אותה חברה לעניין שאלת ראייתה כ"תושב ישראל" לצורכי הפקודה.

3 כך למשל, כשהעסק בחו"ל אינו אלא סוכנות המהווה חלק מתאגיד משפטי הנשלט ומנוהל בישראל.

4 נציגות מס הכנסה — משרד האוצר, קובץ הפרשנות ("החבק") ב-66.

5 'הדרי' מיסוי ישראלי על הכנסות מחברות בת בחו"ל" הפרקליט לג (תשמ"מ-תשמ"א) 92.

כך למשל, שלטונות המס הגורסים, כאמור, כי מבחן השליטה והניהול הוא מבחן אחד⁶ — מציינים מפורשות ששליטה במניות החברה אין בה כדי להצביע על קיום "השליטה והניהול". לעומתם אלה הסוברים, כדוגמת פרופ' הדרי, כי עסקינן בשני מבחנים מצטברים גורסים כי ליסוד השליטה הפורמלית בהון התאגיד יש חשיבות באשר בלעדית — אין לך "שליטה וניהול". ברם, אף אלה בדעה שבשליטה פורמלית על הון תאגיד — לא סגי והם דורשים בנוסף את תנאי הניהול העסקי.

אמור מעתה, שהחזקה (פסיבית) בהון מניות של חברה יכולה לכל היותר להוות גורם נגטיבי שבהעדרו אליבא דגישת שני המבחנים המצטברים — אין לך "שליטה וניהול", ברם אליבא דכולי עלמא אין בהחזקה כשלעצמה — כדי לקיים פוזיטיבית את "השליטה והניהול".

עולה, אפוא, כי העובדה שהחברה הישראלית תשלוט ברוב או בכל מניות החברה הזרה לא יהא בה כדי להפוך את החברה הזרה ל"תושב ישראל". השאלה היא, אם כן, מהם הקריטריונים לפיהם יקבע מקום השליטה והניהול? אליבא דנציבות מס הכנסה — המדובר כאמור במקום כינוס מועצת המנהלים או במקום הניהול השוטף (מרכז העצבים). פרופ' הדרי המבקש להגדיר את מקום הניהול (שהרי לגרסתו מדובר במבחן מצטבר נוסף מעבר לדרישת קיום השליטה הפורמלית בהון התאגיד), מצייץ אף הוא את מקום כינוס מועצת המנהלים. ברם פרופ' הדרי מוסיף ואומר כי אין לראות במקום כינוס מועצת המנהלים כאמת מידה בלעדית —

"ויש לתת את המשקל המתאים למבחנים נוספים כגון: המקום ממנו מתקבלות בפועל החלטות ההנהלה, קרי מקום משרדי ההנהלה הראשית. לעתים, גם מקום בעלי מניות השליטה בחברה עשוי להיות מקום השליטה והניהול לגבי החלטות החשובות של החברה. באנגליה הושם הדגש על מקום הסמכות העליונה של החברה, ולא כל מקום הניהול בפועל, ולעתים אף אם סמכות עליונה זאת לא הופעלה למעשה... איננו חושבים, כאמור, כי יש לאמץ בארץ גישה זאת של המשפט האנגלי, אלא להכריע בשאלה זאת לפי מכלול הנסיבות, כשמקום מפגש הדירקטוריון הוא גורם אחד בלבד המשפיע על קביעת מקום הניהול והשליטה. יש לפרש את המונח ניהול כמתייחס לניהול למעשה של החברה, ולא לסמכות ההשגחה העליונה. למעשה, חלק מהפסיקה האנגלית תומך גם הוא בפירוש זה"⁷.

מבחן השליטה והניהול — גישת המשפט המקובל

בהעדר פירוש סטטוטורי או פירוש של הפסיקה הישראלית לביטוי "שליטה וניהול" המגדיר את זיקתו הפרסונלית של חבר בני אדם לישראל, נוצר מצב בו דורשת הגדרה זו של מקום מושב ליבון ופרשנות ראשוניים בבחינת יש מאין.

6 ראה גם בעניין זה: ב' נהיר "גביית מס מחברות זרות" רל"מ 57 בעמ' 25.

7 ראה גם בעניין זה, Comdan, (2nd ed. Whiteman and Wheatcoroft On Income Tax (Edinburgh, 1976) 288-293.

כל המלומדים הנוקקים לשאלה זו מנסים לשאוב מהדין האנגלי, כרם קיימת תמימות דעים שההלכה הקיימת בדין האנגלי אין לקבלה בצורתה הגורפת, ויש לדלות ממנה הבר ולנפות את המרץ.

בטרם נבוא, אפוא, להסיק מסקנות בענייננו נסקור בקצרה את התפתחות הפסיקה האנגלית בשאלת מקום מושב של חברה לצורכי מס הכנסה:

1. **Cesena Sulphur Co. v. Nicholson, Calcutta Jute Mills Co.**⁸ בפרשיות⁸ שנדונו במשותף בשנת 1876 מדובר היה בחברות שהיה להן משרד רשום בלונדון. בלונדון התכנסו אסיפות בעלי מניותיהן ושם אף התכנסו מועצות המנהלים שלהן אשר שלטו למעשה בענייני הכספים של אותן חברות ובקביעת מדיניותן. אותן חברות היו בעלות מפעלים בחו"ל, שיצרו ומכרו שם (ובעניין *Cesena* אף היה לחברה משרד רשום נוסף באיטליה). באותו מקרה דחה בית המשפט את טענת שלטונות המס כי לחברות לא היה קיום מחוץ לאנגליה שם היו רשומות החברות.

בדחתו טענה זו קבע בית המשפט, בין השאר, כי כפי שלא ניתן לומר על יחיד שמקום מושבו הוא בארץ לידתו, כך גם לא ניתן לומר על החברה שמקום מושבה — בארץ בה התאגדה. בית המשפט קבע כי מקום מושבה של חברה הינו המקום בו נמצא המיקום האמיתי של העסק, דהיינו — המקום בו נמצא הגוף הניהולי ושבו מופעלת השליטה על עסקי החברה. באותם מקרים הוכח כי המנהלים נתכנסו והפעילו את השליטה על החברה מלונדון ולכן נקבע כי מקום מושב החברות הוא באנגליה חרף העובדה כי עסקי אותן חברות היו מחוץ לאנגליה.

2. בעניין⁹ **De Beers Consolidated Mines Ltd v. How** שנדון ב-1906 מדובר היה בחברה שריכזה (וכידוע עודנה מרכזת) בידיה את השליטה במסחר היהלומים העולמי דרך הסינדיקט המצוי בלונדון ועל פיה יישק דבר בכל הנוגע למחירי היהלומים ושיווקם בשוק העולמי. חברה זו התאגדה בדרום אפריקה. בדרום אפריקה וסביבתה מצויים עיקר מכרות היהלומים שבבעלות החברה וכן מכרות היהלומים שמהם רכשה החברה את היהלומים. שם היה משרדה הרשום ושם אף נפגשו בעלי מניותיה לאסיפותיהם. לעומת כל הזיקות הנ"ל לדרום אפריקה הרי רוב חברי מועצת המנהלים היו תושבי אנגליה (רק חלקם תושבי דרום אפריקה) ולמרות שלעתים התכנסו המנהלים בדרום אפריקה, הרי הרוב המכריע של הישיבות בהן נוהלו פעולות החברה ונקבעה מדיניותה, התקיימו באנגליה.

בית הלורדים קבע כי מקום המושב של חברה לצרכי מס, הוא המקום שבו נמצא מרכז השליטה והניהול בפועל של עסקיה ומקום זה אינו מקום המצא בעלי המניות כי אם המקום שבו יושבים מנהלי החברה ומפעילים את סמכויות הניהול שלהם.

3. בעניין¹⁰ **Stanley v. The Gramophone Typewriter Ltd.** פסק בית המשפט האנגלי כי מקום מושבה של חברת בת אינו באנגליה וזאת על אף העובדה שכל

1.T.C 88(1876) 1 EX D. 488 8

(1906) 5 T.C 198 9

(1908) 5 T.C.358 10

מניותיה הוחזקו על ידי חברת אם אנגלית. בית המשפט הדגיש כי העובדה שבעל מניות מחזיק בכל מניות החברה אינה מקנה לו כשלעצמה את השליטה והניהול על עסקי החברה ולכן אין בכך כדי לקבוע שמקום השליטה על עסקי חברת הבת מצוי במקום מושבה של חברת האם. מכאן כי שיעור החזקה המניות ומקום החזקתן אין בו כשלעצמו כדי להצדיק קביעה בדבר קיום תנאי השליטה והניהול.

4. בעניין¹¹ *The American Thread Co. v. Joyce* נדחתה טענת החברה לפיה מקום מושבה הוא בארה"ב עקב העובדה כי תקנותיה קובעות כי האסיפות הכלליות של בעלי מניותיה יערכו בארה"ב. בית המשפט האנגלי לערעורים הדגיש כי אין החברה נשלטת על ידי בעלי מניותיה כי אם על ידי מנהליה ומאחר ובאותו מקרה מועצת המנהלים התכנסה לקבל את הכרעותיה העיקריות באנגליה — הרי יש לראות את החברה כתושב אנגליה. המבחן הדומיננטי בפסק דין זה היה, אפוא, מקום כינוסה של מועצת המנהלים.

5. בעניין¹² *Swedish Central Rail Co. Ltd. v. Thompson* נדון עניינה של חברה שהתאגדה באנגליה, משרדה הרשום היה באנגליה, שם שהה מזכיר החברה ושם נרשמו העברות של מניות החברה ורוחותיה הכספיים בוקרו על ידי רואי חשבון אנגליים. לעומת הזיקות הנ"ל לאנגליה הרי אסיפות מועצת מנהליה של החברה (כמו גם האסיפות הכלליות של בעלי מניותיה) קוימו בשכדיה ושם גם נתקבלו ההחלטות בדבר חלוקת דיבידנד. נסיבותיו העובדתיות של אותו מקרה חייבו לכאורה מסקנה כי בהתאם להלכות הקודמות דלעיל יראו את החברה כתושבת שבדיה. ברם בית הלורדים קבע כי מידה מסוימת של שליטה הופעלה באנגליה ומקום מושבה של החברה הוא באנגליה. נוכח העובדה כי בית הלורדים לא יכול היה להתעלם מן העובדה כי בשכדיה נמצאו השליטה והניהול (על פי ההלכות דלעיל), הרי שהוא נימק את גישתו בדבר מקום מושבה של החברה באנגליה באמירה לפיה יכול שחברה תהא תושבת יותר ממדינה אחת (לצורכי מס). פסק דין זה בוקר רבות ואובחן כפסק דין הנוגע רק לנסיבותיו המיוחדות אולם מאוחר יותר נשתרשה מכוחו ההלכה כי אפשר שלחברה יהיו יותר ממקום מושב אחד. יחד עם זאת, נראה שיש לראות את פסק הדין האמור כחריג ואינו משקף את הנטייה הכללית של הפסיקה האנגלית¹³.

6. על יסוד מבחן השליטה והניהול כפי שנקבע בפסיקה דלעיל נכון היה בית הלורדים האנגלי שדן בעניין¹⁴ *Egyptian Delta Land Investment Co. Ltd. v. Todd* לקבוע שחברה אשר התאגדה באנגליה, משרדה הרשום היה באנגליה, רשימות בעלי מניותיה ומנהליה היו מרוכזות באנגליה — אינה תושב אנגליה הואיל וניהולה השוטף ומרעצת מנהליה התרכזו במצרים.

7. פסק דין עקרוני נוסף הראוי לאזכור בהקשר זה הינו פסק הדין בעניין¹⁵ *Bullock v. Unit Construction Co.* עובדות המקרה היו כדלקמן: חברת האם

11 6 T.C. 163 (1913)

12 9 T.C. 342 (1925)

13 בעניין זה ראה למשל, א' רפאל וד' אפרתי, לעיל הערה 1, בע' 583-584, ואסמכתאות שם.

14 A.C.I J.T.C. 119 H.L. (1929)

15 591 ALLE.R. (1959)

היתה חברה בריטית שמקום מושבה היה כלונדון. חברת האם ניהלה עסקים בכל רחבי העולם באמצעות חברות בנות. בין יתר החברות הבנות היו שלוש חברות בנות שהתאגדו על פי חוקי קניה שבמזרח אפריקה ושניהלו עסקים באוגנדה, מומבסה וקניה. בתקנות ההתאגדות של שלוש חברות אלה הוקנתה השליטה מפורשות למועצת המנהלים ונקבע כי למועצת המנהלים מותר להחכנס בכל מקום בעולם פרט לאנגליה. כוונת חברת האם היתה, אפוא, ברורה — לקבוע שמקום המושב של חברות הבנות יהיה באפריקה ולא באנגליה. לאחר שהחברות האפריקניות החלו להפסיד כספים וחלק נכבד מהשקעות חברת האם בהן, ירד לטמיון, החליטה חברת האם, בין השאר, להזרים כספים כדי לתמוך בחברות הבנות. עפ"י סעיף 20 (9) ל-Finance Act 1953 יכולה היתה חברת האם לנכות תשלומים אלה מהכנסתה החייבת באנגליה בתנאי שחברות הבנות היו תושבות אנגליה. מכאן הפניה לבית המשפט כדי שיקבע מהו מקום המושב של חברות הבנות.

על פי ממצאי בית המשפט היו כל ההחלטות בעסקי חברות הבנות טעונות אישור מועצת המנהלים של חברת האם, ומועצות המנהלים של החברות הבנות לא שלטו בעסקי החברות. המנהלים הלונדוניים של חברת האם עסקו בענייני המסחר, השיווק והארגון של עסקי חברות הבנות ובתכנון העסקים העתידיים שלהן. כמו כן, היה פיקוח לונדוני הדוק על חשבונות הבנק ועל המימון של החברות הבנות. לאור העובדות נקבע על ידי בית הלורדים כי חברות הבנות היו בזמן הרלוונטי תושבות אנגליה וזאת למרות העובדה, שניהולן מלונדון היה בניגוד ברור להוראות התקנות של החברות. בית המשפט קבע, כי השליטה והניהול מצויים במקום שמצויה ההנהלה המרכזית המנהלת למעשה את עסקי החברה. לאחר שחברת האם לקחה לידיה את ענייני החברות הבנות, היה מקום זה באנגליה. כתוצאה מכך התיירו לחברת האם לנכות מהכנסתה את התשלומים שהעבירה לחברות הבנות.

עד 1988 לא היתה באנגליה כל הוראה סטטוטורית ביחס לשאלת מקום מושבה של חברה (לצורכי מס) ורק באותה שנה נקבעה הוראה סטטוטורית לפיה חברה שנרשמה באנגליה תחשב כתושב אנגליה (בלא קשר למבחן השליטה והניהול)¹⁶. יחד עם זאת, עמדת שלטונות המס האנגליים, כפי שבאה לידי ביטוי בחזון מקצועי שהוציאו לפני כשנתיים¹⁷, היא שיש עדיין תחולה להלכות בתי המשפט באנגליה (קרי — "מבחן השליטה והניהול") בכל הקשור לחברות שלא נרשמו (קרי — לא נתאגדו) באנגליה. לאמור, אליבא דגישת שלטונות המס באנגליה שאלת מקום המושב של חברה נקבע על פי מקום "השליטה והניהול" ("central management and control") בנוסף למבחן ההתאגדות שהוסדר כאמור לאחרונה בחקיקה.

בהתייחסותם להלכות השונות שנקבעו באנגליה בעניין מיקום "השליטה והניהול" מביעים שלטונות המס האנגליים את דעתם לאמור, כי באופן כללי, ראו בתי המשפט האנגליים את מרכז "השליטה והניהול" במקום בו מצויה "ההשגחה העליונה" על עסקי

16 סעיף 66 ל-Finance Act-1988

17 Inland Revenue Somerset House, London SP 1/90 (January 1990)

החברה (אף אם סמכות זו לא הופעלה בפועל), להכביל ממרכז הפעלת העסקים של הפירמה, אם כי אפשר כמובן ששני אלו (מרכז ההשגחה העליונה ומרכז הפעלת העסקים) ירוכזו באותו מקום.

בהמשך החוזר המקצועי הנ"ל מביעים שלטונות המס האנגליים את דעתם, כי בתי המשפט קבעו כי שאלת מקום "השליטה והניהול" הינה שאלה שבעובדה וגורמים שהיוו אינדיקציה לקביעת "מרכז שליטה וניהול" במקרה אחד לא דווקא יקבלו משקל מכריע גם במקרה אחר.

בחוזר האמור נאמר כי רבות ההלכות בהן נקבע כי "מרכז השליטה והניהול" הינו במקום התכנס מועצת המנהלים¹⁸. ברם יחד עם זאת, מוסיפים שלטונות המס האנגליים ואומרים כי: מקום התכנס מועצת המנהלים הגם שהינו מבחן חשוב ביותר (באנגליה) אין הוא בגדר מבחן בלעדי. כך למשל, אם ימצא שבהתאם לתזכירה ו/או תקנונה של החברה מרוכות ההשפעה הממשית בחברה בידי יו"ר מועצת המנהלים שלה ושאר חברי מועצת המנהלים השפעתם דלה, אזי מרכז השליטה והניהול ימוקם במדינה בה אותו יו"ר מועצת מנהלים מפעיל את השפעתו האמורה (שאינה חייבת להיות דווקא מקום התכנס מועצת המנהלים). למקום התכנס מועצת המנהלים כמבחן למיקום החברה יהיה נפקות, אליבא דגישת שלטונות המס האנגליים, רק במקרים בהם מועצת המנהלים היא אכן האמצעי באמצעותו מופעלים השליטה והניהול על החברה¹⁹.

בהתייחסם בחוזר האמור ליחסי חברת אם וחברת בת מסכמים שלטונות המס האנגליים את הפסיקה האנגלית לאמור — במקרה והשפעת חברת האם על חברת הבת משקפת למעשה את הכוח של מי שהוא בעל כל המניות (או רובן) בחברה בכשירותו כבעל מניות (כגון: מינוי או פיטורין של חברי מועצת המנהלים של חברת הבת או אישור דוחותיה הכספיים) אזי לא יראו בחברת האם כמי ששולטת ומנהלת את חברת הבת וממילא מקום מושבה של חברת האם לא יחשב ככזה — כמקום מושב חברת הבת. ברם במקרה בו מועצת המנהלים של חברת הבת אינה אלא "חותמת גומי" להחלטות חברת האם בכל הקשור לחברת הבת, אזי יטיקו מכך שלטונות המס את המסקנה לפיה מקום מושבה של חברת הבת ייגזר לפי מקום מושב חברת האם. מכאן, כי השאלה האם מקום מושב חברת הבת יקבע בהתאם למקום מושב בעל כל (או רוב) מניותיה תושפע במידה רבה מהשאלה ברבר מידת האוטונומיות של מועצת המנהלים

B. Bronwell *Taxation of Companies* (London-1972) 144:

18

"Such is the importance of the place where the board of directors habitually meets to consider the company's business that it is perfectly possible for a company incorporated in this country and with all of its directors resident here, to be itself resident in (say) the Isle of Man. This could be achieved by the directors journeying to that island for every meeting"

19 רואים אנו, אפוא, כי הערתו של Bronwell הנזכרת בהערה (18) לעיל אינה עומדת במבחן, ודומה שעובדת כינוס אסיפות מועצת מנהלים באי מאן לא יהא בא, כשלעצמה, בכדי להפוך את החברה למי שאינה תושבת אנגליה אף לפי הדין האנגלי.

של חברת הבת. בבואם לבחון את מידת האוטונומיות האמורה מתחשבים שלטונות המס האנגליים, בין השאר, בעובדות הבאות: האם ההחלטות בדבר השקעותיה של חברת הבת, יצור מוצריה, שיווק שנעשה על ידה וכיו"ב מתקבלות על ידי הדירקטוריון שלה (בלא הסתמכות על חברת האם), או שמא מדובר בהחלטות "המוצנחות" מחברת האם.

ניתן לסכם את הגישה האנגלית המתייחסת לביטוי המקביל ל"שליטה וניהול" (management and control) כדלקמן:

1. העובדה כי בעלי המניות של החברה, כולם או חלקם, הינם תושבי מדינה מסוימת אין בה, כשלעצמה, כדי להפוך את החברה לתושבת אותה מדינה²⁰. העובדה כי אסיפות כלליות של בעלי מניות נערכות במדינה מסוימת גם בה אין כדי להפוך את החברה לתושבת אותה מדינה.
 2. השאלה מה מקום השליטה והניהול הינה שאלה שבעובדה, שדינה להיחתך על פי מבחנים עובדתיים ומעשיים בהסתמך על נסיבות כל מקרה לגופו ואפשר שגורמים שהיוו משקל מכריע במקרה אחד לא יכריעו את הכף במקרה אחר.
 3. עיקר הפסיקה האנגלית אימצה את הגישה לפיה מקום השליטה והניהול יקבע לפי מבחן "ההשגחה העליונה". לאמור — מהו המקום בו יושב האורגן של התאגיד שהינו בעל הסמכות לקבוע את המדיניות העסקית באופן אפקטיבי.
- אימון מבחן ההשגחה העליונה במתכונתו זו מביא לידי כך, שיחכנו מקרים בהם יקבע מקום התושבות של חברה על פי מבחן השליטה והניהול שהוא שונה מהמקום בו נעשה הניהול היום-יומי השוטף²¹.

20 בהקשר זה יצוין כי האמנה הבינלאומית לרונגמא למניעת כפל מס — Model — 1977, Convention for Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and on Capital (ה־OECD) קובעת, בין השאר, בסעיף 6)5 כי העובדה שחברה תושבת במדינה אחת (שולטת או נשלטת על ידי) חברה תושבת מדינה אחרת, אין בה, כשלעצמה, בכדי להפוך את אחת החברות כאמור לבעלת "מפעל קבע" (permanent establishment) במדינה בה מצויה החברה האחרת.

21 בהקשר זה יצוין כי בסעיף 4 (3) ל־OECD הנוכח בהערה 20, נקבע כי מקום בו נחשב תאגיד על פי הדין הפנימי של כל אחת מהמדינות המתקשרות באותה אמנה כתושב אותה מדינה, אזי הוא יחשב (רק) כתושב אותה מדינה בה נמצא מקום הניהול האפקטיבי שלו ("Place of effective management"). כך למשל, באמנה שבין ישראל לאנגליה ואירלנד הצפונית (כ"א 482, כרך 13 עמוד 551 כפי שתוקנה: כ"א כרך 22 ע' 125) — נקבע שאם חברה תחשב על פי הדין הפנימי של ישראל כתושבת ישראל ועל פי הדין הפנימי של בריטניה כתושבת בריטניה הרי יראו את החברה כתושבת הארץ בה נמצא "מקום ניהולה הממשי". באמנה שבין ישראל וצרפת (כ"א 515 כרך 15 ע' 55) — תורגם הביטוי הלועזי "גוף למלים" "מקום הנהלה הממשית". באמנה שבין ישראל ופינלנד (כ"א 554 ע' 375) נחתך מקום מושבה של חברה, אשר כל אחת משתי המדינות הקשורות באמנה טוענת (על פי הדין הפנימי שלה) להיותה תושב שלה, על פי "מקום ניהול עסקיה בפועל". ואילו באמנה שבין ישראל וגרמניה (כ"א 615 כרך 16 ע' 219) מצינו שוב את השימוש בביטוי "מקום הניהול הממשי" כאבן בוחן להכרעה במקרה של כפל תושבות של חברה.

מכל מקום בהתייחסותם למבחן "הניהול הממשי" (effective management) מציינים

4. בחפשמ את המקום שבו נמצאת "ההשגחה העליונה" של החברה (קרי — המקום בו מותווית מדיניותה העסקית) פנו בתי המשפט האנגליים בראש ובראשונה למקום כינוס מועצת המנהלים, שהרי ההנחה היא כי זו מרכזת בידה סמכויות שליטה וניהול עליונות. דא עקא, שאם ימצא במקרה כזה או אחר שסמכות ההשגחה העליונה (וקביעת מדיניותה העסקית של החברה) מרוכזים בידי אדם או אורגן אחר, יקבע מקום מושבה של החברה בהתבסס על מקום מושבו של אותו אדם או אורגן.

5. בהתייחסותה ליחסים שבין חברה אם וחברת בת קובעת הגישה האנגלית שעצם השליטה במניות חברה הבת ועצם העובדה שחברת האם משתמשת בכשירותה כבעלת מניות ומורה על שינויים בדירקטוריון וכיו"ב — אינם מהווים "שליטה וניהול" וממילא לא יחייבו מסקנה לפיה מקום מושב חברה הבת ייחתך לפי מקום מושב חברה האם. רק במקרה בו יוכח שחברת האם מתפקדת הלכה למעשה כסמכות "ההשגחה עליונה" בחברת הבת ומועצת המנהלים של חברת הבת אינה אלא "חותמת גומי" להחלטות חברת האם תתחייב מסקנה בדבר "שליטה וניהול" של חברת האם על חברת הבת. על מנת לבחון את מידת האוטונומיות של מועצת המנהלים של חברת הבת יש לבדוק היכן מתקבלות ההחלטות של חברת הבת בקשר להשקעות, יצור, מדיניות מחירים, מימון, שיווק, מתן אשראי ועניינים מהותיים אחרים.

מבחן "השליטה והניהול" — סיכום

מעיון בדברי מלומדים בישראל וכן בעמדת שלטונות מס הכנסה בארץ למדים אנו, כי הרוב הינו בדעה כי יש לקבל חלק מהגישה האנגלית אך אין לקבלה במלואה. הדעה המקובלת בישראל היא, שהחוקת כל או רוב מניות החברה אין בה כשלעצמה כדי ליצור "שליטה וניהול" לעניין הגדרת "תושב ישראל" לגבי חבר בני אדם שבסעיף 1 לפקודה וכן לעניין סעיף 15(1) לפקודה, ובכך דומה העמדה הישראלית לזו האנגלית. אולם בצד דמיון זה מצינו נקודות שוני מרכזיות ביחס לשאלה היכן ייחתך "מרכז השליטה והניהול". בעוד שבאנגליה שימת הדגש היא על מרכז "ההשגחה העליונה" תוך העדפתה על מקום הניהול היום-יומי, הרי בישראל עמדת נציבות מס הכנסה הנזכרת לעיל היא, כי יש ליתן למבחן הניהול היום-יומי השוטף עדיפות זהה למרכז "ההשגחה העליונה" ויש הסוברים (כדוגמת פרופ' הדרי במאמרו הנ"ל), שיש אף להעדיף את מבחן הניהול היום-יומי השוטף על מבחן מרכז "ההשגחה העליונה". לא זאת אלא אף זאת, בהתאם לנקודת המוצא האנגלית לפיה "השליטה והניהול" ממקמים במרכז "ההשגחה העליונה", קיימת שם מגמה בולטת להעדיף את הקריטריון של מקום

שלטונות המס האנגליים בחזור המקצועי הנ"ל כי "מבחן השליטה והניהול" שנקבע באנגליה אינו זהה, אליבא דגישת שלטונות המס האנגליים, למבחן הניהול האפקטיבי שאומץ ב-OECD. בעוד ש"מבחן השליטה והניהול" האנגלי מתרכז במקום בו נמצאת "ההשגחה העליונה" — שם מותווית מדיניות החברה, הרי מבחן הניהול הממשי מתרכז במקום בו נעשה הניהול היום-יומי השוטף של החברה (באמצעות מנהליה האקזקוטיוויים).

כינוס מועצת המנהלים כאמצעי עיקרי לקביעת מקום השליטה והניהול, אלא אם כן יוכח סמכויות הפיקוח העליונות (קרי – מקום גיבוש המדיניות העסקית של החברה) אינן מרוכזות בידי מועצת המנהלים אלא בידי אדם או גוף אחר. ספק אם זו הגישה שתתקבל בישראל. אדרבה, רוב העוסקים בסוגיה בישראל מציינים את מידת השרירותיות הנעוצה בקריטריון מקום כינוס מועצת המנהלים. נראה שאף במקרה בו מועצת המנהלים מרכוזת בידיה את סמכויות "ההשגחה העליונה" והיא הקובעת את מדיניותה העסקית של החברה, מעדיפים רוב העוסקים בסוגיה זו בישראל את מרכז העסקים (היום-יומי) של החברה על פני קריטריון מקום כינוס מועצת המנהלים כאמת מידה לקביעת מקום "השליטה והניהול".