

מיסוי אשכול חברות רב-לאומי

תמיר שאנן, * אורי גולדפריד**

מיסוי של תאגידים רב-לאומיים הוא אחת הסוגיות הבווערות ביותר בתחום המיסוי הבין-לאומי זה שנים רבות. אולם למרבה הצער נראה כי טרם ניתן מענה אפקטיבי לפעילותם הענפה של תאגידים אלה. בעוד שבעבר פעלו תאגידים אלה בעיקר בגבולותיהן של המדינות שבהן התאגדו, כיום פעילותם חוצה גבולות מדיניים, ועשויה להתקיים במקביל בעשרות רבות של מדינות. תאגידים רב-לאומיים אלה פועלים על-פירוב במבנה של אשכול חברות המורכב מחברה-אם אשר תחתיה חברות-בנות רבות שהתאגדו במדינות שונות. חברות-בנות אלה הן "שלוחות" של אשכול החברות הרב-לאומי. התאגידים הרב-לאומיים בכלל, ואשכולות החברות הרב-לאומיים בפרט, מהווים במידה רבה "קטר" המניע את הכלכלה הגלובלית במאה האחרונה. ככל שהיקפי המסחר הבין-לאומי גדלים, תאגידים אלה מתעצמים מבחינה כלכלית ופוליטית. כך, כבר כיום כל עובד חמישי באירופה וכל עובד שביעי בארצות-הברית מועסקים על-ידי תאגידים רב-לאומיים. כמו-כן, תאגידים אלה מוכרים כ-25% מהסחורות באירופה וכ-20% מהסחורות בארצות-הברית. כפועל יוצא מכך הם מגלגלים מאות מיליארדי דולרים מדי שנה, וזאת בעיקר במסגרת עסקות בין-חברתיות בזירה הבין-לאומית.

על-אף רווחיותם הרבה של תאגידים אלה, שיעורי המס האפקטיביים המשתלמים על-ידיהם ברחבי העולם נמוכים באופן ניכר משיעורי המס הסטטוטוריים הקבועים במדינות שבהן התאגידים פועלים. עקב היות הסוגיה סבוכה ומורכבת, היא מהווה כר פורה לכתובה מחקרית-אקדמית

* מרצה בבית-הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.
** בוגר תואר ראשון (בהצטיינות יתרה) בתוכנית המשולבת למשפטים ולכלכלה, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; עורך-דין במחלקת הליטיגציה במשרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות' – משרד עורכי-דין.

המחברים מודים לפרופ' יורם עדן ולד"ר עידו באום על הערותיהם המועילות לטייטת הרשימה. המחקר נערך בסיוע מענק שניתן על-ידי קרן המחקר של בית-הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

בעולם. העיסוק הרב בסוגיה זו מתמקד, בין היתר, בנסיונותיהן של מדינות רבות ברחבי העולם למסות באופן אפקטיבי תאגידים רב-לאומיים ואשכולות חברות רב-לאומיים הפועלים בתחומן. נסיונות אלה טרם זכו בהצלחה של ממש, בגלל יריבותן של המדינות שתאגידים אלה פועלים בהן בנוגע לחלוקת ההכנסות ממסים ביניהן. רשימה זו תנסה להתחקות אחר הסיבות לחוסר האפקטיביות של משטר המס הקיים למיסוי תאגידים אלה, ותציע מודל חלופי חדשני שבכווחו להעמיד, לדעתנו, פתרון בר-קיימא.

מבוא

פרק א: אשכול החברות הרב-לאומי – אשכול של תאגידים שונים ברחבי העולם או יחידה משפטית-כלכלית אחת?

1. אשכול חברות בראי תורת הארגונים ותורת הכלכלה

(א) תורת הארגונים: פירמה רב-חטיבתית ואשכול חברות

(ב) תורת הכלכלה: אשכול החברות כיחידה כלכלית אחת

2. אשכול חברות בראי המשפט

(א) דיני התאגידים

(ב) דיני המס

(ג) הגישה הכלכלית למשפט

3. סיכום-ביניים

פרק ב: הסדרי המס החלים על אשכול החברות הרב-לאומי

1. עקרון האישייות המשפטית הנפרדת

2. מיסוי עסקות בין-חברתיות באשכול החברות ("מחירי העברה")

3. מיסוי עסקות של חברות עם סניפים שבבעלותן ("מוסד-הקבע")

4. סיכום-ביניים

פרק ג: שינוי תפיסתי – מודל מיסוי חברות מאוחד (Unitary Taxation)

פרק ד: מיסוי חברות מאוחד במדינות פדרטיביות – מבט השוואתי

1. ארצות-הברית

2. קנדה

3. שווייץ

4. גרמניה

5. סיכום-ביניים

פרק ה: הדין הרצוי

1. מודלים חלופיים למיסוי אשכול חברות רב-לאומי

(א) Home State Taxation (HST)

(ב) Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)

(ג) Formulary Profit Split (FPS)

(ד) ניתוח ומסקנות

2. מי נושא בנטל מס החברות?

3. המודל הרצוי

סיכום

מבוא

האופן שבו יש למסות תאגידים רב-לאומיים מעסיק ממשלות, רשויות מס ובתי-משפט ברחבי העולם זה שנים רבות. עקב היות הסוגיה סבוכה ומורכבת, היא מהווה כר פורה לכתיבה מחקרית-אקדמית בעולם. העיסוק הרב בסוגיה זו נעוץ בעיקרו בהתעצמות כוחם הכלכלי של התאגידים הרב-לאומיים בכלל, ושל אשכולות החברות הרב-לאומיים בפרט, ובהשלכות המס הנובעות מהתעצמות זו. התעצמות כוחם של תאגידים אלה באה לידי ביטוי בהתרחבות היקף המסחר, שכבר הגיע לממדים אדירים. המחשה לכך ניתן לקבל באמצעות הצגת מחזור המכירות של כמה תאגידים בשנת 2013.¹ כך, למשל, מחזור המכירות של חברת Wal-Mart Stores עמד על כ-476 מיליארד דולר; מחזור המכירות של חברת Royal Dutch Shell עמד על כ-460 מיליארד דולר; ומחזור המכירות של חברת Sinopec Group עמד על כ-457 מיליארד דולר. לשם השוואה, בשנת 2013 עמד תקציבה של מדינת-ישראל על כ-395 מיליארד ש"ח בלבד.² על-פי נתון מעניין נוסף, הממחיש אף הוא את כוחם הכלכלי של תאגידים אלה, בתחילת שנות האלפיים 51 מתוך 100 הכלכלות הגדולות בעולם היו תאגידים רב-לאומיים. נוסף על כך, 500 התאגידים הרב-לאומיים המובילים היוו כ-70% מסך הסחר הבינ-לאומי.

בעוד שבעבר פעלו רוב התאגידים הבינ-לאומיים במספר מדינות מצומצם, כיום פעילותם של אשכולות תאגידים רב-לאומיים (multinational corporations, multinational enterprises או transnational enterprises) עשויה להתקיים במקביל בעשרות רבות של מדינות.³ אשכול חברות רב-לאומי מורכב לרוב מחברה-אם שתחתיה חברות-בנות רבות. חברות-בנות אלה הן "שלוחות" של אשכול החברות הרב-לאומי במדינות השונות.⁴ הימצאותו של אשכול חברות רב-לאומי במדינה שבה הוא מפיץ פעילות יצרנית מספקת מעלות רבות לאותה מדינה. כך, לדוגמה, תאגידים אלה מספקים

1 התאגידים שנציג מוקמו בשלושת המקומות הראשונים על-ידי המגזין FORTUNE. ראו: *Global 500* – 2015, FORTUNE, www.fortune.com/global500/royal-dutch-shell-2.

2 ראו **תקציב המדינה: הצעה לשנות התקציב 2013–2014** 12 (2013) mof.gov.il/BudgetSite/statebudget/Budget2013_2014/Pages/default.aspx.

3 כך, לדוגמה, לחברת Intel יש שלוחות ב-46 מדינות. יודגש כי אין זה אומר שלחברה יש רק 46 מרכזים ברחבי העולם, שכן בחלק מהמדינות יש לחברה יותר משלוחה אחת. ראו: *Intel Facilities*, INTEL, www.intel.com/content/www/us/en/jobs/locations.html.

4 RICHARD SCHAFFER, FILIBERTO AGUSTI & BEVERLEY EARLE, *INTERNATIONAL BUSINESS LAW AND ITS ENVIRONMENT* 19–20 (7th ed. 2009).

מקומות עבודה ותעסוקה לרבות, וכך מסייעים בהתמודדות עם בעיות אבטלה.⁵ נוסף על כך, באמצעות מסלולי הכשרה ייעודיים וייחודיים תאגידים אלה מקנים ידע וכלים מקצועיים לעובדים המקומיים, והדבר מפתח ומקדם את האוכלוסייה.⁶ ברמת המדינה, מאחר שאשכולות חברות רב-לאומיים מובילים במדדי יצרניות,⁷ התוצר המקומי במדינות שבהן תאגידים אלה פועלים מאמיר.

המעלות הללו מקבלות משמעות מעשית על רקע העובדה שמספר אשכולות החברות הרב-לאומיים בעולם עולה ככל שהשנים חולפות.⁸ כתוצאה מתרומתם של תאגידים אלה לכלכלות המקומיות כוחם הפוליטי מאמיר אף הוא. כוחם הפוליטי רב עד כדי כך שיש ביכולתם לגרום לשינויים אסדרתיים (רגולטוריים), להשפיע על יחסי חוץ בין מדינות, לעצב דעת-קהל⁹ ואף להשפיע על זכויות אדם.¹⁰

מעלה נוספת לכאורה במישור המדינה, שחשובה לענייננו, היא האפשרות שיש למדינה למסות אשכול חברות רב-לאומי בגין פעילותה של חברה-בת שלו בה.¹¹ לא

5 על-פי הערכות של ארגון ה-ILO, התאגידים הרב-לאומיים מספקים מקומות עבודה לכ-200 מיליון אנשים ברחבי העולם. ראו: *Multinational Enterprises*, INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/multinational-enterprises/lang-en/index.htm. לכתבה על העלייה שחלה במספרי העובדים המועסקים במדינות שונות על-ידי אשכולות חברות רב-לאומיים שבראשם חברות-אימהות אמריקאיות, על-אף ירידה מסוימת שחלה במספר העובדים המועסקים על-ידיהם בארצות-הברית עצמה, עקב שינוי שחל במדיניות האמריקאית, ראו: Dustin Ensinger, *Multinational Corporations Creating Jobs... Overseas*, *ECONOMY IN CRISIS* (Nov. 4, 2010), www.economyincrisis.org/content/multinational-corporations-creating-joboverseas.

6 Yoram Margalioth, *Tax Competition, Foreign Direct Investments and Growth: Using the Tax System to Promote Developing Countries*, 23 VA. TAX REV. 161, 174 (2003)

7 Elhanan Helpman, *Trade, FDI, and the Organization of Firms*, 44 J. ECON. LIT. 589, 590–592 (2006)

8 כך, לדוגמה, בין השנים 2000 ו-2007 עלה מספר התאגידים הרב-לאומיים בעולם מ-63,000 ל-79,000. ראו: Quan Li, Aleksandr Vashchilko & Tatiana Vashchilko, *Interstate Political Relations and Bilateral FDI Flows* 2, 20 (unpublished presentation paper, Nov. 14, 2010) (on file with the Niehaus Center for Globalization and Governance of Princeton University).

9 Peter Rodriguez, Donald S. Siegel, Amy Hillman & Lorraine Eden, *Three Lenses on the Multinational Enterprise: Politics, Corruption, and Corporate Social Responsibility*, 37 J. ANUP SHAH, *The Rise of Corporations*, INT'L BUS. STUD. 733, 734–735 (2006). ראו גם: GLOBAL ISSUES (Dec. 5, 2002), www.globalissues.org/article/234/the-rise-of-corporations.

10 בעניין השפעתם של תאגידים רב-לאומיים על זכויות אדם ניתן למצוא מאמרים רבים. ראו, לדוגמה: David Kinley & Junko Tadaki, *From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law*, 44 VA. J. INT'L L. 931 (2004); Kerrie M. Taylor, *Thicker than Blood: Holding Exxon Mobil Liable for Human Rights Violations Committed Abroad*, 31 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 273 (2004).

11 יורם מרגליות "הנה הכסף": הטבות מס לחברות רב-לאומיות" 14 (טרם פורסם).

בכדי השתמשנו במילה "לכאורה", שכן מימוש מעלה זו אינו פשוט, ושאלות רבות הקשורות לאופן מיסוי של אשכול החברות הרב-לאומי מתעוררות חדשות לבקרים.¹² כפי שמחקרים מלמדים, שיעורי המס האפקטיביים המושגים על אשכולות חברות רב-לאומיים נמוכים לאין שיעור משיעורי המס הסטטוטוריים במדינות שבהן תאגידים אלה פועלים.¹³ מצב זה מתאפשר עקב תכנוני מס,¹⁴ כגון הסטה מלאכותית של הכנסות ורווחים למדינות שבהן שיעורי המס נמוכים במיוחד ותמחור של עסקות בין-חברתיות לא בתנאי שוק. פעולות אלה מובילות להפחתה בנטל המס, שכן נכון לשנת 2003 יותר מ-60% מן המסחר הבין-לאומי מיוחס לעסקות בין-חברתיות אלה.¹⁵ נוסף על כך, כ-50% מכלל הסחורות שחברות מייבאות נרכשות באמצעות עסקות בין חברות שונות באותו אשכול חברות.¹⁶ להמחשת היקפן האדיר של העסקות הבין-חברתיות נציין כי בשנת 2009 עמד היקפן של עסקות אלה בקרב מדינות ה-OECD על כ-863 מיליארד דולר, ואילו בארצות-הברית הוא עמד על כ-261 מיליארד דולר.¹⁷ יתרה מזו, הפערים בשיעורי המס מומרים לסכומים מוחלטים אדירים בהיקפם של הפחתות מס. כך, לדוגמה, מחקרים שונים העריכו כי הפחתות המס בארצות-הברית כתוצאה מפערים בין שיעורי המס האפקטיבי והסטטוטורי הסתכמו בשנת 2008 ב-57 עד 90 מיליארד דולר.¹⁸ הערכות אחרות מצביעות על הפחתות מס בארצות-הברית בסכום של 40 מיליארד דולר בכל שנה.¹⁹ על-פי מחקרים אחרים, הפחתות המס בבריטניה הסתכמו בשנת 2006

- 12 ראו, לדוגמה: *Corporations and Their Tax Shell Games: Time for a Global Crackdown*, L.A. TIMES (June 16, 2014), www.latimes.com/opinion/editorials/la-ed-taxes-eu-transfer-pricing-20140616-story.html
- 13 Kimberly A. Clausing, *Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy*, 62 NAT'L TAX J. 703, 705 (2009); Suzanne Landry, Manon Deslandes & Anne Fortin, *Tax Aggressiveness, Corporate Social Responsibility, and Ownership Structure*, 14 J. ACCT., ETHICS & PUB. POL'Y 611, 613, 618 (2013)
- 14 Rosanne Altshuler & Harry Grubert, *Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom*, 110 TAX NOTES 459, 460 (2006)
- 15 Alexandra Corlaciuc & Adriana Tiron Tudor, *Related Party Transactions – Overview*, 13 ANNALES UNIVERSITATIS APULENSIS SERIES OECONOMICA 241 (2011)
- 16 עדו לחובסקי דיני חברות: חברה יחידה ואשכול חברות 23 (2014).
- 17 Rainer Lanz & Sébastien Miroudot, *Intra-Firm Trade: Patterns, Determinants and Policy Implications* 47, 61 (OECD Trade Policy Papers, Paper No. 114, 2011)
- 18 Mark P. Keightley, *An Analysis of Where American Companies Report Profits: Indications of Profit Shifting* 1 (Congressional Research Service Reports, Report No. R42927, 2013); Gabriel Zucman, *Taxing Across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits*, 28 J. ECON. PERSP. 121, 132 (2014)
- 19 Brian D. Leopard, *Is the United States Obligated to Drive on the Right? A Multidisciplinary Inquiry into the Normative Authority of Contemporary International Law Using the Arm's Length Standard as a Case Study*, 10 DUKE J. COMP. & INT'L L. 43, 53 (1999)

בכ-12 מיליארד אירו,²⁰ ומחקרים נוספים הראו כי מדינות מתפתחות איבדו גם הן בשנים האחרונות הכנסות ממיסים בסכומים של כ-50 מיליארד דולר.²¹ על רקע הפערים בין שיעורי המס הסטטוטוריים לבין שיעורי המס האפקטיביים שאשכולות חברות רב-לאומיים משלמים התעוררה בשנים האחרונות ביקורת ציבורית עזה, אשר העלתה לדיון ציבורי את חוסר האפקטיביות של משטר המס הקיים למיסוי אשכולות החברות הרב-לאומיים. ברשימה זה נבקש לאמץ מודל שונה למיסוי תאגידיים אלה. מודל זה מכונה "מודל מיסוי החברות המאוחד" (unitary taxation). לדעתנו, יש בכוחו של מודל זה לספק פתרון ראוי ועדיף על המשטר הנוהג כיום – הן בישראל והן בעולם.

בפרק הראשון ברשימה זו נבחן את השאלה כיצד מערכת המשפט אמורה להתייחס לאשכולות החברות הרב-לאומיים, המורכבים מכמה ישויות תאגידיות המאוגדות במדינות שונות ברחבי העולם. כפי שניווכח, תפיסת הכלכלה ותפיסת המשפט אינן חופפות לגמרי. התפיסה הכלכלית מתעלמת במידה רבה מהמבנה הפורמלי של אשכול החברות, ורואה באשכול החברות יחידה כלכלית אחת. לעומת זאת, דיני התאגידיים, ובמידה מסוימת גם דיני המס, מייחסים חשיבות רבה לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של כל אחד מהתאגידיים באשכול החברות. אולם בה-בעת דינים אלה מוכנים להתעלם מעיקרון זה ולהרים את מסך ההתאגדות בנסיבות מסוימות.

בפרק השני נבחן את הסדרי המיסוי של תאגידיים רב-לאומיים בכלל ושל אשכול חברות רב-לאומי בפרט. כן נבהיר מדוע אין לדעתנו בהסדרים הקיימים כדי למסות באופן אפקטיבי את פעילותן של ישויות אלה. בהקשר זה יצוין כי הכללים למיסוי הכנסות בין-לאומיות המופקות על-ידי תאגידיים אלה אומצו לפני כמאה שנה, בסביבה עסקית שונה בתכלית מהסביבה העסקית כיום. יש מקום לתהות, אם כן, מה מידת ההתאמה של כללים אלה למציאות הכלכלית שבה התאגידיים הרב-לאומיים פועלים כיום, כמו-גם מה מידת האפקטיביות של כללים אלה ביחס למיסוי תאגידיים אלה. זאת, בעיקר לנוכח היקף העסקות הבין-חברתיות, המהוות נדבך עיקרי בפעילותם ונדבך משמעותי מהיקף הסחר הבין-לאומי.

בפרקים השלישי והרביעי נדגיש מדוע נדרש לדעתנו שינוי תפיסתי ביחס למיסויו של אשכול החברות הרב-לאומי. כן נציג את מודל מיסוי החברות המאוחד כחלופה לדיון הנוהג כיום. כפי שנסקור בהמשך, מודל מיסוי החברות המאוחד אומץ עד כה על-ידי כמה מדינות פדרליות – ביניהן ארצות-הברית, קנדה, שווייץ וגרמניה – ביחס לפעילות כלכלית בגבולות הפדרציה.

Richard Murphy, *The Missing Billions – The UK Tax Gap* 3 (2008), available at www.tuc.org.uk/sites/default/files/documents/completedownload.pdf

Clemens Fuest et al., *Profit Shifting and 'Aggressive' Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform* 9 (ZEW Center for European Economic Research, Discussion Paper No. 13-044, 2013), ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13044.pdf;

Bruno Gurtner, *Tax Evasion: Hidden Billions for Development* (2004), unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan018181.pdf

הפרק החמישי והאחרון ברשימה זו יציג מודלים תיאורטיים שונים להחלת מיסוי חברות מאוחד, ויבהיר מדוע אין לדעתנו במודלים אלה כדי להעמיד פתרון הולם לבעיות הקיימות כיום. במסגרת פרק זה נציע מודל חלופי חדשני, אשר יביא לדעתנו לידי מיסוי אפקטיבי בר-קיימא של ישויות חשובות אלה.

פרק א: אשכול החברות הרב-לאומי – אשכול של תאגידים שונים ברחבי העולם או יחידה משפטית-כלכלית אחת?

בטרם נצלול אל נבכי הסוגיה שבבסיס רשימה זו, מוטב שנקדיש דיון קצר לשחקן הראשי – אשכול החברות הרב-לאומי. נקדים את המאוחר ונאמר כי המבנה הארגוני של אשכול החברות הרב-לאומי יוצר בעייתיות משפטית. בעייתיות זו עלולה לסכל את הנסיונות לצמצם את הפער בין שיעורי המס האפקטיביים המושגים על אשכול החברות הרב-לאומי לבין שיעורי המס הסטטוטוריים, ובכך למנוע ממדינות את האפשרות להילחם בתופעת הפחתות המס. בפרק זה נתחיל בטוויית הדרך לפתרון הבעייתיות האמורה. דרך זו תגיע לסיימה בסוף הרשימה, כאשר נציג את המודל הרצוי לדעתנו. צורך ההתארגנות של חברה, ועל אחת כמה וכמה של אשכול חברות, לא היה נפוץ קודם למאה השש-עשרה. באנגליה של תקופה זו התאגדות כחברה הייתה שמורה לגופים ציבוריים וכנסייתיים בלבד. השימוש בחברות התרחב במאה השבע-עשרה, אולם תופעה זו נכלמה בתחילת המאה השמונה-עשרה בעקבות ה-Bubble Act שחוקק באנגליה.²² חוק זה קבע כי התאגדות כחברה לא תהיה חוקית אלא בהסכמה חקיקתית מפורשת. כפועל יוצא מכך הצטמצם מספר החברות שהוקמו בתקופה זו באופן ניכר. המצב באמריקה באותה תקופה היה דומה לזה ששרר באנגליה. גם שם הוביל ה-Bubble Act, שיובא לאמריקה מאנגליה, להאטה במספר החברות שהוקמו. על רקע מצב משפטי זה היה אפשר למצוא באמריקה של אותה תקופה בעיקר התארגנויות בצורה של בעלות יחידה או שותפויות. עם זאת, מתחילת המאה התשע-עשרה השתנה המצב לבלי הכר. מתקופה זו ואילך עולם העסקים מתנהל ברובו על-ידי חברות. השינוי האמור נבע משתי סיבות עיקריות: ראשית, הוסרו ההגבלות החוקיות לגבי התאגדות כחברה; שנית, התחוללו תמורות בכלכלה העולמית. כך, לדוגמה, מערך הרכבות בארצות-הברית התרחב והוביל לגידול בנפח הפעילות התעשייתית. שותפויות שהיו נפוצות עד תקופה זו לא הותאמו לשינויים אלה. הסיבה העיקרית לאי-התאמה זו הייתה נעוצה בצורך של אותן חברות רכבות להגדיל את מעגל המשקיעים כדי לממן את פעילותן. משטר של אחריות בלתי-מוגבלת, שאפיין את השותפויות, לא הלם צורך זה.

22 להרחבה ראו: Ron Harris, *The Bubble Act: Its Passage and Its Effects on Business Organization*, 54 J. ECON. HIST. 610 (1994).

צורת התארגנות של אשכול חברות ניתן לאתר בעיקר החל בסוף המאה התשע-עשרה. עד אז נאסר על חברות אמריקאיות להחזיק במניות של חברות אחרות. איסור זה נבע מהתנגדות פוליטית להעניק לקבוצה מצומצמת של חברות את האפשרות לצבור כוח כלכלי רב, ובכך לזכות ביתרון משמעותי על עסקים קטנים. איסור זה הוסר בחלק ממדינות ארצות-הברית החל בסוף המאה התשע-עשרה, לאחר שהחברות הגדולות מצאו מדינות שהסכימו לגנוז את הוראות החוק הישנות. הראשונה שעשתה כן הייתה ניו-ג'רזי, ותוך שנים אחדות הלכו בעקבותיה שאר מדינות ארצות-הברית. אשכולות חברות בעלי כוח כלכלי רב החלו להתפתח במקביל להתפתחות הענפה בתעשיית הרכבות והתקשורת. הודות לתשתיות אלה, וכן בזכות התפתחותה המהירה של הטכנולוגיה, התאפשר לאשכולות החברות להרחיב באופן משמעותי את היקף פעילותם היצרנית ולייעל את הפצת מוצריהם. תרומות אלה הובילו לעלייה חדה ברווחיהם. רווחים אלה אפשרו לאשכולות החברות להרחיב עוד יותר את היקף פעילותם היצרנית, על-ידי גיוס עובדים או שדרוג של מכונות הייצור. לחלופין אפשרו הרווחים לאשכולות החברות לרכוש חברות אחרות, ובצורה זו להרחיב את היקף פעילותם. בעקבות תהליך מואץ זה התגבשו אשכולות חברות איתנים כבר בתחילת המאה העשרים.²³

במרוצת השנים החלו אשכולות החברות לפרוץ את גבולות המדינה, וכך נוצר אשכול החברות הרב-לאומי. אשכול החברות הרב-לאומי הוא ארגון אשר מנהל את עסקיו ופעילותו המסחרית ביותר משתי מדינות. אשכול זה פועל לרוב באמצעות חברות-בנות.²⁴ עצם הבחירה לפעול באמצעות חברות-בנות, ולא באמצעות סניפים, נובעת מכמה סיבות עיקריות: סיבה אחת היא שיקולי מס ותכנוני מס;²⁵ סיבה שנייה היא הגבלת האחריות של החברות-הבנות;²⁶ סיבה שלישית היא שאין לאשכול ברה עסקית אלא להקים חברה-בת בגבולותיה של מדינה מסוימת – למשל, משום שמדינה זו מתנה הענקת רישיון לקיום פעילות מסוימת בהקמת חברה-בת בגבולותיה.²⁷ השימוש בחברות-בנות עשוי באופן תיאורטי לאפשר לאשכול החברות הרב-לאומי להפיק פעילות יצרנית בכל מדינה ומדינה.²⁸ כפועל יוצא מפעילות ענפה זו, רבות הן

23 לחובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 10–20.

24 להרחבה על-אודות ההבדל בין מדינות שונות בהגדרה של חברה-בת ראו אליהו גילבאי מיסוי חברות החוקה ואשכול חברות 49–65 (2003).

25 על חלק משיקולי המס נרחיב בפרק ב להלן. להרחבה ראו: Walter W. Brundo, *Tax Considerations in Selecting a Form of Foreign Business Organization*, 13 VAND. L. REV. 151 (1959).

26 Joseph P. Griffin, *The Power of Host Countries Over the Multinational: Lifting the Veil in the European Economic Community and the United States*, 6 L. & POL'Y INT'L BUS. 375, 378–379, 381 (1974).

27 לחובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37.

28 Bruce Kogut, *Multinational Corporations*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES 10197 (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001).

המדינות שמעוניינות למסות את רווחיו והכנסותיו של אשכול החברות הרב-לאומי או את החברות-הבנות שפועלות תחתיו. בהמשך הרשימה נציג את משטרי המס שאומצו על-מנת להתמודד עם אופן פעילותם של אשכולות החברות הרב-לאומיים. לעת עתה נציין כי כחלק מפתרון הבעיה אנו סוברים כי יש לבחון את אשכול החברות – שעזמו נמנה גם אשכול החברות הרב-לאומי – כיחידה משפטית-כלכלית אחת. להצדקת השקפה זו נתבסס על עולמות הכלכלה והמשפט.

1. אשכול חברות בראי תורת הארגונים ותורת הכלכלה

בחינה כלכלית ובחינה משפטית יכולות להוביל למסקנה משותפת כי יש להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה הומוגנית אחת. עם זאת, שתי דיסציפלינות אלה – הכלכלית והמשפטית – לא יובילו בהכרח למסקנה זהה. בתת-פרק זה נציג את הטעם הכלכלי שהוביל להתפתחות הפירמה הרב-חטיבתית, ונקשור מבנה ארגוני זה לאשכול החברות. לבסוף, נבקש לבחון כיצד ניתן להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה אחת תוך בחינה כלכלית.

(א) תורת הארגונים: פירמה רב-חטיבתית ואשכול חברות

בשנת 1962 פרסם הכלכלן צ'נדלר (Chandler) חיבור חלוצי שעסק בהתפתחותו ובאימוצו של המבנה הארגוני של הפירמה הרב-חטיבתית על-ידי חברות תעשייתיות.²⁹ במרוצת השנים הפה מבנה זה שורשים, ונהפך למועדף ביותר על-ידי תאגידי-הענק ועל-ידי אשכולות החברות הרב-לאומיים. הסיבה להעדפת מבנה ארגוני בדמות פירמה רב-חטיבתית נעוצה בחסרונות שאפיינו את המבנים הארגוניים שהיו מקובלים עד להתפתחותו של המבנה הארגוני החדש. עם מבנים ארגוניים אלה נמנו המבנה הארגוני האחיד (U-Form), המבנה הארגוני המבוסס על חברות החזקה וה"מבנה" של חוסר ארגון מוגדר. מכיוון שצורת הארגון האחרונה – חוסר ארגון מוגדר – רוויה בחסרונות, הנעוצים באי-ניצול מבנה הארגון להשגת יעילות עסקית, נימנע מלדון בה.

במסגרת המבנה הארגוני האחיד (U-Form), יצירת הסינרגייה בחברה מופקדת בידי של המנהל הכללי. תפקידו כולל שמירה על התיאום בין היחידות השונות בחברה (לדוגמה, בין מחלקות הפיתוח, הייצור, המכירות, ההפצה והכספים). החיסרון של מבנה ארגוני זה בא לידי ביטוי בחברות גדולות. בחברות אלה עשויות להתקבל מאות החלטות עסקיות בפרק-זמן מצומצם. העומס שנגרם כתוצאה ממספרן הרב של החלטות המונחות על שולחנו של המנהל הכללי עלול לפגום בטיב ההחלטות שיתקבלו. יתרה מזו, קבלת החלטות הקשורות לתיאום בין היחידות השונות תמנע את מנהלה הכללי של החברה מלקבל החלטות הקשורות לייעולה ולפיתוחה של החברה.

ALFRED D. CHANDLER JR., STRATEGY AND STRUCTURE: CHAPTERS IN THE HISTORY OF THE INDUSTRIAL ENTERPRISE (1962) 29

במסגרת המבנה הארגוני המבוסס על חברות החזקה, החברה המחזיקה קושרת תחתיה כמה חברות החזקה. כל חברת החזקה פועלת באופן עצמאי על-ידי מנהל כללי, ויש לה ייעוד מסוים במסגרת עסקיה של החברה המחזיקה. המשרד הראשי של החברה המחזיקה מופקד בעיקר על הניהול האסטרטגי. החיסרון של מבנה ארגוני זה נעוץ בתיאום הרופף שקיים בין חברות החזקה, שעלול להוביל לחוסר יעילות ברמת החברה המחזיקה.

לנוכח חסרונותיהם של המבנים הארגוניים שסקרנו לעיל פותח המבנה הארגוני של הפירמה הרב-חטיבתית. מבנה ארגוני זה משיג שתי תכליות: מחד גיסא, המשרד המרכזי מנהל את פעילותן של החטיבות השונות של החברה, בין היתר ברמת גיוס המשאבים, המימון והעובדים; מאידך גיסא, לחטיבות השונות נתונה האוטונומיה לקבל החלטות תפעוליות שבשגרה. למבנה ארגוני זה יש כמה יתרונות. ראשית, הותרת אוטונומיה לחטיבות השונות בקבלת החלטות מניבה יעילות, שכן בחטיבות עצמן מצוי הידע וההתמקצעות. עם זאת, שמירת כוח בידי המשרד המרכזי מאפשרת להנהיג החלטות שמצריכות הסתכלות ברמת המקרו על החברה. שנית, פיקוחה של ההנהלה על כלל החטיבות מקדם את התיאום בין החטיבות ואת היעילות הארגונית. שלישית, היכולת להבחין בין ביצועיהן של החטיבות השונות יוצרת תמריצים חיוביים למנהלי החטיבות למקסם את הפוטנציאל העסקי של חטיבתם. נעיר כי מקסום הפוטנציאל העסקי של חטיבה מסוימת אינו מביא בהכרח לידי מקסום רווחיה של הפירמה הרב-חטיבתית. זאת, מכיוון שמקסום רווחיה תלוי לא רק במקסום הפוטנציאל העסקי של חטיבה מסוימת, כי אם בשיתוף-פעולה בין-חטיבתי שיוביל למקסום הרווחים ולצמצום העלויות.

ממצאי מחקר שערך הסוציולוג פרצל' (Prechel) העלו כי משנת 1981 עד 1993 ארגנו רוב הפירמות הרב-חטיבתיות מחדש את חטיבותיהן כאשכול חברות.³⁰ עם זאת, צורת התארגנות זו של אשכול חברות ניתנת לאיתור בעולם העסקי כבר בסוף המאה התשע-עשרה.³¹

(ב) תורת הכלכלה: אשכול החברות כיחידה כלכלית אחת

התיאוריה הכלכלית, כנגזר משמה, שמה את הדגש העיקרי בהתנהלות הכלכלית של התאגיד. היא אינה מייחסת חשיבות עליונה להגדרות המשפטיות המעוגנות במקורות הנורמטיביים השונים.³² על בסיס ההתנהלות הכלכלית היא מבקשת להסיק אם לפנינו אשכול של תאגידי קשורים – דוגמת אשכול חברות – או שמא תאגידי נפרדים. קוז (Coase) הגדיר אשכול חברות³³ כך:

30 Harland Prechel, *Corporate Form and the State: Business Policy and Change from the Multidivisional to the Multilayered Subsidiary Form*, 67 SOC. INQ. 151 (1997)

31 לחובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 30–34.

32 ANTONY TING, *THE TAXATION OF CORPORATE GROUPS UNDER CONSOLIDATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON* 17 (2013)

33 קוז מכנה את אשכול החברות "פירמה" (firm).

"A firm... consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur."³⁴

קוז שם את הדגש בכך שהתנהלות כאשכול חברות מאפשרת להפחית את עלויות העסקה בהשוואה לשוק, וזאת בזכות הקשרים והתלות בין החברה-האם לחברות-הבנות המרכיבות את האשכול.³⁵ תלות זו יכולה לבוא לידי ביטוי, בין היתר, בבעלות משותפת, בחוסר אוטונומיה מוחלטת לקבל החלטות עסקיות, ובהתערבות חיצונית במדיניות ניהול הסיכונים של החברות-הבנות. התועלת המופקת מהתנהלות כאשכול חברות מייצרת את הצורך במנגנון קביעת המחירים הנהוג בין צדדים שאינם קשורים, שעל-פיו מחיר העסקה נקבע לפי נקודת שיווי-המשקל בין הביקוש להיצע. זאת, מכיוון שהשלב של איתור העסקה האידיאלית בשוק – הכרוך בעלויות רבות עקב הליך המשא-ומתן והצורך בפיתרון המחלוקות העסקיות שצצות עד לכריתת החוזה – אינו קיים בין חברות קשורות.³⁶

על הקשר ההדוק בין החברה-האם לחברות-הבנות באשכול מעיד היקף המסחר הבין-חברתי. ניתן לשער כי אילו הקשר בין החברות היה זהה לקשר שוק – קרי, בין צדדים שאינם קשורים – ההסתברות לביצוע עסקה בין החברה-האם לחברה פלונית הייתה זהה להסתברות לביצוע עסקה בין החברה-האם לחברה-הבת. כפי שניתן לצפות, לא זה המצב במציאות.³⁷ כמו-כן, מבחינה כלכלית אשכול החברות מתנהל בצורה שמאפשרת לחברה-האם לנייד משאבים ממנה לחברות-הבנות ולהפך. בצורה כזו החברה-האם שולטת באשכול כולו. קוז מתאר יחסים אלה בצורה הבאה:

"We can best approach the question of what constitutes a firm in practice by considering the legal relationship normally called that of 'master and servant' or 'employer and employee.'... The master must have the right to control the servant's work..."³⁸

כלומר, לדעת קוז ניתן להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה כלכלית אחת עקב שליטתה של החברה-האם בחברות-הבנות. צורת השקפה זו נשענת על מבחן השליטה. כאשר עסקינן באשכול חברות רב-לאומי, מבחן השליטה מתקיים. לכן, לדעתנו ואף לדעת הגישה הכלכלית, לגיטימי להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה כלכלית אחת.

34 R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386, 393 (1937)

35 שם, בעמ' 388. ראו גם: R.H. Coase, *The Nature of the Firm: Influence*, 4 *J. L. ECON. & ORG.* 33, 39, 47 (1988)

36 לחובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 28–30.

37 שם, בעמ' 23.

38 Coase, לעיל ה"ש 34, בעמ' 403–404.

יוער כי זה הבסיס שעליו פותחה תיאוריית המיזם,³⁹ שעליה נרחיב בהמשך.⁴⁰ גישה כלכלית זו אומצה אף על-ידי בית-המשפט האמריקאי בפסק-הדין בעניין *ICI v. Commission*, שניתן בשנת 1972. בפסק-דין זה קבע בית-המשפט כך:

"The fact that a subsidiary has separate legal personality is not sufficient to exclude the possibility of imputing its conduct to the parent company. Such may be the case in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company. Where a subsidiary does not enjoy real autonomy in determining its course of action in the market, the prohibitions... may be considered inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic unit."⁴¹

לסיכום, ניתן לראות כי קיימות הצדקות תרבותיות וארגוניות לבר-מסיות להקמת חברות-בנות בתאגידים רב-לאומיים.⁴² עם זאת, הגם שיחידות אלה נפרדות מבחינה משפטית פורמלית, התפיסה הכלכלית מתעלמת מהמבנה הפורמלי-המשפטי של ארגונים אלה, ורואה באשכול החברות מעין גוף כלכלי אחד הפועל בשיתוף-פעולה בין היחידות המרכיבות אותו, תוך ניצול קשרי-הגומלין ביניהן, לשם השגת מטרותיו המשותפות.

2. אשכול חברות בראי המשפט

(א) דיני התאגידים

הדין בישראל מכיר בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת,⁴³ שלפיו קיימת הבחנה בין בעל המניות לבין החברה.⁴⁴ עיקרון זה מהווה פיקציה משפטית, המתעלמת מהזיקות

39 TING, לעיל ה"ש 32, בעמ' 18.

40 ראו להלן ליד ה"ש 49 ואילך.

41 Case 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comm'n, 1972 E.C.R. 619, paras. 132–134.

42 Amir N. Licht, *Culture and Law in Corporate Governance* (ECGI, Law Working Paper No. 247/2014, 2014), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2405538; Jordan I. Siegel & Barbara Zepp Larson, *Labor Market Institutions and Global Strategic Adaptation: Evidence from Lincoln Electric*, 55 MGMT. SCI. 1527 (2009).

43 להרחבה ראו יוסף גרוס "לשאלת עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה" עיוני משפט א 287 (1971); אוריאל פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט יז 167 (1992).

הכלכליות והאחרות שבין הצדדים, והוא נועד לאפשר לחברה לפעול בעולם המציאות.⁴⁵ במילים אחרות, לנוכח עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, החברה זוכה בכשירות משפטית בביצוע פעולות. עם זאת, חוק החברות אינו מתייחס לשאלה כיצד יש להחיל עיקרון זה ביחס לאשכול חברות.⁴⁶ מכיוון שכך מתעוררת השאלה אם ניתן להשקיף על אשכול החברות – וכן על אשכול החברות הרב-לאומי – כעל אישיות משפטית אחת. בתת-פרק זה נציג שתי דרכים שבאמצעותן ניתן להשיב בחיוב על השאלה האמורה: הדרך האחת היא הרמת המסך באשכול חברות, והדרך האחרת היא הרמת מסך מדומה בין תאגידים.

הרמת מסך היא פעולה הסותרת את מהותו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת. במסגרת הרמת המסך הקלסית מוסר החיץ שבין התאגיד לבעלי מניותיו. כלומר, כיסי העושר של התאגיד ובעלי המניות מתאחדים, וחבותם נהפכת למשותפת. הרמת המסך יכולה להיעשות אף ביחס לאשכול חברות. במצב זה החיץ שבין החברה-האם לחברות-הבנות מוסר, וניתן לבחון את אשכול החברות כיחידה משפטית אחת.⁴⁷ במילים אחרות, בסיטואציה של הרמת מסך יש התעלמות מאישיותיהן המשפטיות הנפרדות של החברות השונות שבאשכול.

ההבדל בהשקפה על הרמת המסך באשכול חברות בא לידי ביטוי בשלוש גישות מרכזיות. גישה אחת מכירה באפשרות להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה משפטית אחת. תפיסה זו שמה את הדגש במציאות הכלכלית שבגדרה אשכול החברות פועל,⁴⁸ ומכונה "תיאוריית המיזם" (the enterprise theory).⁴⁹ יש הרואים בתיאוריה זו ענף של דוקטרינת הרמת המסך, ויש הרואים בה תיאוריה עצמאית.⁵⁰ כך או כך, על-פי תיאוריה זו – המכונה גם "הרחבת מסך"⁵¹ – בית-המשפט יבחן לא את התאגיד עצמו, אלא את

44 ס' 4 ו-35 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. לפסק-הדין הראשון שהכיר בהפרדה בין החברה לבעלי מניותיה ראו: Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd., [1897] A.C. 22 (H.L.).

45 להרחבה ראו שם; Lee v. Lee's Air Farming, [1960] 3 All E.R. 420.

46 אין במסגרת חוק החברות הוראת חוק המתייחסת לאשכול חברות. הוועדה לחקיקת חוק החברות החדש הייתה מודעת לחוסר התייחסות זה, וכך ציינה: "הצעת הוועדה לא כללה פרק על אשכול החברות (הקונצרן), אף שהיתה מודעת לכך כי עניין זה הוא בעל חשיבות בישראל, לאור מבנה החברות הקיים בה." ראו דברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2, 8. ההתייחסות היחידה במסגרת הצעת חוק החברות היא לאישיות המשפטית של חברה בודדת. ראו שם, בעמ' 12.

47 הכרה בפעולה זו ניתן למצוא לא רק בדין הישראלי, כפי שיתואר בהרחבה בהמשך, אלא גם בדין האנגלי. ראו, למשל: Tate Access Floors Inc. v. Boswell, [1991] Ch. 512; Multinational Gas & Petrochemical Co. v. Multinational Gas & Petrochemical Services Ltd., [1983] Ch. 258.

48 TING, לעיל ה"ש 32, בעמ' 18.

49 תיאוריה זו פותחה על-ידי ברלי. ראו: Adolf A. Berle, Jr., *The Theory of Enterprise Entity*, 47 COL. L. REV. 343 (1947).

50 גילבאי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 41-42.

51 מוטב לציין כי אף תיאוריה זו, בדומה לדוקטרינת הרמת המסך, מתפצלת לכמה ענפים. חלקם דומים במהותם לדוקטרינת הרמת המסך המלאה, בעוד חלקם דומים במהותם לדוקטרינת הרמת המסך

הגוף הכלכלי שעומד מאחוריו, וכן את יתר התאגידים הקשורים אליו בקשרים עסקיים ומשפטיים.⁵² מכאן שיש בכוחה של "הרחבת המסך" להתמודד עם פיצול הפעילות בין תאגידים שונים כאשר קיימת ביניהם זיקה כלכלית-עסקית.⁵³ פסק-הדין הנתפס כיחיד שבמסגרתו יושמה בישראל תיאוריית המיזם באופן מובהק הוא פסק-הדין בעניין **בן-ציון**.⁵⁴

גישה שנייה מתנגדת נחרצות לגישה הראשונה. עמדה כזו ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין **פולגת תעשיות בע"מ**, שם דחה בית-המשפט באופן מפורש את החלת תיאוריית המיזם במשפט הישראלי כל עוד בית-המחוקקים לא הכיר בה.⁵⁵ על-פי הגישה השנייה, יש לשמור על החיץ בין התאגידים השונים המרכיבים את האשכול גם כאשר חברה-אם "שולטת" בחברה-בת.⁵⁶ הרציונל לשמירת החיץ נעוץ בכמה עניינים. ראשית, יש רצון לכבד את אינטרס ההסתמכות של האורגנים בחברות השונות המרכיבות את האשכול. אינטרס ההסתמכות נוגע ברצונם של האורגנים שתישמר ההפרדה המלאה בין החברות השונות באשכול, וכך תוגבל אחריותם.⁵⁷ שנית, משקיעים פוטנציאליים עשויים להירתע מלהשקיע את כספם ברכישת מניות אם תיתכן אפשרות לחיבם בחובות שאינם קשורים לחברה שבה השקיעו (חובותיהן של חברה-אם או חברה-אחות). ההשלכה יכולה

-
- המדומה. ראו יצחק הדרי "שימוש בתיאוריות של דיני חברות במשפט הפלילי (הרמת המסך ותיאוריית המיזם בחברות שלובות ועבירת הגניבה)" **עיוני משפט** ה' 386, 388–393 (1976).
- 52 גילבאי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 41.
- 53 סמדר אוטולנגי **ההרמה של מסך ההתאגדות במשפט הישראלי** 319 (עבודת-גמר לתואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1967) כותבת כי "הרחבת המסך על מספר גופים קשורים בפעילות כלכלית משותפת, היא התשובה המודרנית של בתי המשפט ושל המחוקק לפיצול הפעילות בין גופים שונים". ראו גם הדרי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 390.
- 54 ע"פ 173/75 **מדינת ישראל נ' בן-ציון**, פ"ד (1) 119 (1975). פסק-הדין נסב סביב רצון התביעה להביא לידי הרשעת המערער, בין היתר, בעברות של גנבה על-ידי מנהל ומרמה. המערער, בעת כהונתו כמנהלו הכללי של בנק ישראל-בריטניה, ביצע עסקות שהובילו לאי-יכולת של הבנק לעמוד בהתחייבויותיו. בית-המשפט הרשיע את המערער בכל העברות שייחסה לו התביעה.
- 55 ת"א (מחוזי ת"א) 1755/88 **פולגת תעשיות בע"מ נ' ערו בע"מ**, פ"מ התשמ"ט(2) 298, 304 (1988). פסק-הדין עוסק בסוגיה של הרמת מסך באשכול חברות. חברת פולגת עסקה בייצור בגדים. החברה הוחזקה בשיעור של 20% על-ידי חברת כלל. כחלק מהרצון להרחיב את עסקיה, החליטה פולגת להקים את חברת "בגד עור". חברה זו הוקמה לצורך ייצור של בגדי עור, והוחזקה בשיעור של 100% על-ידי פולגת. במרוצת הזמן התקשרו "בגד עור" וחברת ערו בחוזים עסקיים. במסגרת חוזים אלה התחייבה ערו לספק לחברת "בגד עור" את העורות לצורך ייצור הבגדים. לאחר תקופה מסוימת נקלעה "בגד עור" למשבר, ולא היה ביכולתה לשלם את חובותיה לערו. טענת ערו הייתה שיש להרים את מסך ההתאגדות ובכך להביא לידי כך שחובותיה ישתלמו מקופת פולגת. בית-המשפט קבע כי במקרה הנדון החובות הם של "בגד עור", ואין הצדקה לבצע הרמת מסך.
- 56 לרשימה ברוח זו, שמציגה ביקורת על הגישה הראשונה, ראו: David Aronofsky, *Piercing the Transnational Corporate Veil: Trends, Developments, and the Need for Widespread Adoption of Enterprise Analysis*, 10 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 31, 40–41 (1985).
- 57 אירית חביב-סגל **דיני חברות** 31 (2007).

להוות אפקט מצנן בגיוס משאבים של חברות או לחלופין לייקר את מחיר ההון. שלישית, משטר של אחריות מוגבלת מעודד הקמה ופעילות של חברות עתירות הון. חברות אלה אחראיות בעיקר לפיתוח מיזמי תשתיות רחבי-היקף. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שמיזמים אלה נתפסים כמסוכנים. אילו הורם מסך ההתאגדות בין בעלי המניות לבין החברה במקרה של כשלון העסקה (עקב חובות אדירים לספקים), לא היו החברות משקיעות במיזמים אלה.⁵⁸ עם זאת, על-אף הרטוריקה של בית-המשפט בפסק-הדין בעניין פולגת תעשיות בע"מ, לא נסתם הגולל על האפשרות להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה משפטית אחת,⁵⁹ וזאת במסגרת הגישה הבאה.

הגישה השלישית מהווה דרך-ביניים. גישה זו מרוככת בהשוואה לגישה השנייה, ומאפשרת להרים את מסך ההתאגדות באשכול החברות בהתקיים נסיבות מסוימות. נסיבות אלה מתקיימות אם חברה-בת מהווה כלי לקידום האינטרסים של החברה-האם. במילים אחרות, כאשר חברה-בת אינה פועלת למקסום רווחיה העצמאיים, כי אם למקסום רווחיה של החברה-האם או רווחיו של אשכול החברות בכללותו, תותר הרמת המסך.⁶⁰ מצב זה מתאפשר עקב שליטתה של החברה-האם בחברה-הבת.⁶¹ התקיימותן של נסיבות אלה מהווה שימוש לרעה⁶² בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, ולכן הרמת המסך נתפסת כלגיטימית. הדבר מקבל משנה תוקף כאשר הבעלות בחברות-הבנות היא משמעותית⁶³ – סיטואציה שמאפיינת אשכול חברות.

לדעתנו, הגישה הראויה ביותר היא הגישה השלישית. בישראל טרם אומצה גישה זו במלואה, אלא רק בנסיבות מסוימות בהקשר של המשפט הפלילי, ובמידה מצומצמת בדיני המס, כפי שנרחיב להלן. בענייננו אנו סוברים כי בחינת אשכול החברות כיחידה משפטית אחת בדיני המס היא הראויה ביותר מבין החלופות האפשריות, אשר נרחיב עליהן בחלק הבא, באשר גישה זו מגינה על האינטרסים של בעלי המניות, הנושים, העובדים ואורגנים נוספים של כל אחת מהחברות באשכול. באשכול חברות יכולה להתרחש סיטואציה שבה מצבה הכלכלי של חברה מסוימת יורע, בעוד שמצבו הכלכלי של האשכול בכללותו יוטב. זאת, עקב עסקות בין-חברתיות המתבצעות לא על-פי תנאי השוק. כתוצאה מכך עלולים להיפגע כל אותם גורמים הקשורים לחברה המסוימת

58 לחובסקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 94–97.

59 שם, בעמ' 49–50.

60 חביב-סגל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 32–33.

61 S. Ottolenghi, *From Peeping Behind the Corporate Veil to Ignoring it Completely*, 53 MODERN L. REV. 338, 348–349 (1990).

62 לביקורת על המונח העמום "שימוש לרעה" ראו אירית חביב-סגל "מגמות חדשות בהלכות הרמת-המסך" עיוני משפט יז 197, 198–199, 203–205 (1992).

63 ראו: 1 [1976] D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council, W.L.R. 852. במקרה זה היו לשלוש החברות הרלוונטיות בעלים משותפים, ועובדה זו הקלה על בית-המשפט להרים את מסך ההתאגדות. ראו רע"א 510/00 ת. רשף קבלנים (1990) בע"מ נ' ענבר, פ"ד נד(2) 712 (2000), שם הורם המסך בין שתי חברות שהיו בבעלות זהה, וזאת לאחר שבית-המשפט קבע כי עירוב הנכסים היווה ניצול לרעה של מסך ההתאגדות.

שנקלעה למשבר. לפיכך, וכדי להפחית במעט את התמריצים לפעולות מעין אלה, יש להשקיף לדעתנו על האשכול כעל יחידה משפטית אחת בעלת חובות וזכויות משותפות.

עיון בפסיקה שהתייחסה לדין שחל לפני חקיקת חוק החברות החדש מעלה כי דרך-הביניים היא שזכתה בכורה. כך, לדוגמה, בפסק-הדין בעניין כהן לא שללה השופטת אופיר-תום את החלטה של תיאוריית המיזם במקרים מסוימים. כלומר, היא הכירה באפשרות להשקיף על אשכול החברות כעל יחידה משפטית אחת, ובלבד שפרקטיקה זו תוגבל.⁶⁴ יש לציין כי גם בטרם נחקק חוק החברות, כאשר עולם החברות הוסדר עדיין באמצעות פקודת החברות, נראה כי גישה זו זכתה בהכרה.⁶⁵ על כך ניתן ללמוד מהרטרוריקה של בית-המשפט בעניין דמתי,⁶⁶ אשר לא הגבילה את האפשרות להרים את מסך ההתאגדות לרשימת מקרים סגורה:

"לעתים הרמת המסך תתבצע בין השאר לשם בדיקת סולוונטיות... לצורך בדיקת חבות במס... והחשוב לענייננו, לשם מניעת ההתחמקות מביצוע חוזים... כאן, ההצצה אל מאחורי הפרגוד של שתי החברות נתבקשה ונתחייבה כדי לעמוד על הקשרים האמיתיים ביניהן כפועלות כיחידה עסקית וכלכלית אחת, ובהיות דמתי העובד של שתייהן, כשהפרדה המינהלית-רישומית נועדה רק להקלות מס בהן זוכה חברה תעשייתית. עצם ניסיונו של דמתי להשתחרר מאחריות חוזית הצדיקה לבחון שאלה זו על-ידי הרמת המסך."⁶⁷

על-אף תיקונים אחדים שנערכו בחוק החברות החדש למן חקיקתו, לא מצא המחוקק הישראלי לנכון לאמץ הסדר הנוגע באשכול החברות. עם זאת, מניחות הפסיקה נראה כי הנטייה של בתי-המשפט היא לאמץ את דרך-הביניים.⁶⁸ דרך זו מאפשרת, כאמור, הרמת מסך במקרים שבהם נעשה שימוש לרעה במסך ההתאגדות.⁶⁹

64 ת"פ (מחוזי ת"א) 40067/99 פרקליטות מחוז ת"א – מיסוי וכלכלה נ' בן שמואל כהן, פס' 16–17 לפסק-דינה של השופטת אופיר-תום (פורסם בנבו, 12.7.2004). פסק-דין זה עוסק בחמישה אישומים בעניין עברות מס ומרמה נגד חברות ובעלי מניותיהן.

65 חביב-סגל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 35–36.

66 ע"א 1371/90 דמתי נ' גנור, פ"ד מד(4) 847 (1990). פסק-דין זה עסק בעניינו של המערער דמתי, מנהל עבודה, אשר הועסק על-ידי חברת מגבות נקיות לישראל בע"מ (להלן: מנ"ל). כחלק מחוזה העסקתו הוא התחייב לא לעבוד בעבור חברות מתחרות באותו ענף. במקביל הוא החל לעבוד בעבור חברת תעשיות מוצרי היגיינה בע"מ (להלן: תמ"ה), וגם זו החתימה אותו על סעיף דומה. שתי החברות היו בשליטתו של המשיב גנור. בשלב מסוים סיים דמתי את עבודתו בשתי החברות והקים את חברת צ.ה.ל.ש. בע"מ, שהייתה בשליטתו. חברה זו עסקה באותו תחום שבו עסקו מנ"ל ותמ"ה. גדר המחלוקת בפסק-הדין נגעה בהסדר הפיצויים המוסכמים שנכללו בחוזה העבודה שנכרתו בין דמתי לחברות מנ"ל ותמ"ה, שבהן הועסק דמתי.

67 שם, בעמ' 857.

68 חביב-סגל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 201, כותבת כך: "המסר המרכזי העולה מניתוח התקדימים הינו רצונה של המערכת השיפוטית לשמר בידיה מכניזם גמיש דיו על-מנת לאפשר לה להתעלם מן

התייחסות דומה לאפשרות להרים את מסך ההתאגדות ניתן למצוא בהלכה ותיקה של בית-המשפט העליון האמריקאי, הקובעת כך:

"It is not, properly speaking, a rule, but a convenient way of designating the application, in particular circumstances, of the broader equitable principle that the doctrine of corporate entity, recognized generally and for most purposes, will not be regarded when so to do would work fraud or injustice."⁷⁰

הרמת המסך באשכול חברות נעשית על-פירוב בעקבות פניית נושים של חברה-בת לבית-המשפט עקב ביצוע עסקה בינה לבין החברה-האם לא בתנאי השוק. ביצוע עסקות כאלה לא בתנאי השוק מהווה ניצול לרעה של מסך ההתאגדות. עסקות אלה הן דו-כיווניות: מחד גיסא, החברה-האם עשויה לרכוש שירותים או מוצרים מהחברות-הבנות במחירים נמוכים, ומאידך גיסא, החברה-האם עשויה למכור שירותים או מוצרים לחברות-הבנות במחירים גבוהים. כתוצאה מעסקות אלה עלולה להתרחש סיטואציה שבה החברה-הבת תיהפך לחדלת פירעון עקב התנהלותה העסקית הלקויה והמעוותת. במקרים כאלה ייתכן שבית-המשפט יורה להרים את מסך ההתאגדות, ויאפשר לנושיה של החברה-הבת להיפרע מהונה של החברה-האם.⁷¹

לצד המקרה שתיארנו לעיל, ברצוננו להציג תרחיש נוסף המהווה לדעתנו ניצול לרעה של מסך ההתאגדות. תרחיש זה רלוונטי לרשימה זו, ומתאר מצב של הסתת רווחים.⁷² כאמור, הרמת מסך באשכול חברות תיעשה בשעה שחברה-בת תפעל למקסום רווחיה של החברה-האם או רווחי האשכול, ולא למקסום רווחיה שלה. סיטואציה זו תיחשב ניצול לרעה, ותאפשר להתעלם ממסך ההתאגדות. הסתת רווחים נועדה להפחית את חבות המס של אשכול החברות ככללותו. במצב זה חברה אחת (לרוב חברה-אם) מסיטה את רווחיה לחברת אחרת (לרוב חברה-בת). העברת הרווחים יכולה להיעשות,

האישיות המשפטית באותם מקרים קיצוניים, שבהם נראה כי החלתו של עקרון האישיות הנפרדת תוליך לתוצאות מוזרות ולא-צודקות. בשיבתם להנמקות הנשענות על מטפורות ודימויים, ביקשו בתי-המשפט בעיקר לגלות את העדפתם לשמר דוקטרינה גמישה ובלתי-ברורה, אשר תתיר להם תמיד להכריע במקרים הקונקרטיים על-פי שיקולי צדק אד-הוק; וכך תאפשר להם להתמודד כראוי עם אנומליות בלתי-צפויות, העלולות לנבוע מעקרון האישיות הנפרדת."

69 חביב-סגל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 39. גישה דומה נהוגה בדין האמריקאי. ראו: Phillip I. Blumberg, *The Increasing Recognition of Enterprise Principles in Determining Parent and Subsidiary Corporation Liabilities*, 28 CONN. L. REV. 295, 316-317 (1996).

70 Taylor v. Standard Gas & Elec. Co., 306 U.S. 307, 322 (1939).

71 לרשימה התומכת בהרמת המסך בסיטואציה כזו ראו: Jonathan M. Landers, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 42 U. CHI. L. REV. 589 (1975). ראו גם אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל: דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (1989).

72 להרחבה ראו פרק ב להלן.

לדוגמה, במסגרת הסכם למכירת מוצרים או שירותים. הנקודה החשובה לענייננו היא שהחברה האחרת מוקמת במדינה שבה שיעורי המס נמוכים, ולעיתים אף אפסיים. כתוצאה מהסטת הרווחים, החברה האחת לא תחוב במס על רווחיה, ואילו החברה האחרת תמוסה בשיעורי מס נמוכים. המשמעות היא שאשכול החברות בכללותו יצא נשכר. כאמור, לדעתנו גם תרחיש זה מהווה ניצול לרעה של מסך ההתאגדות. כפי שנראה בהמשך, תרחישים אלה הם חזון נפרץ.

כפי שצינו בתחילתו של תת-פרק זה, ניתן להתייחס לאשכול החברות כאל ישות משפטית אחת גם על-סמך דוקטרינת הרמת המסך המדומה.⁷³ דוקטרינה זו מעוגנת בחוק החברות, ומאפשרת להתעלם מהחיץ שבין החברה לבעלי מניותיה לעניין ספציפי ונקודתי.⁷⁴ זאת, להבדיל מהרמת המסך המלאה, אשר נידונה קודם לכן, שבמסגרתה החיץ בין החברה לבעלי מניותיה מוסר כליל.⁷⁵ מהוראות סעיף 6(ב) לחוק החברות אנו למדים כי הרמת המסך המדומה יכולה להיעשות רק בין בעלי המניות לחברה או בין החברה לבעלי מניותיה. אף-על-פי-כן, פסיקת בית-המשפט מתחה את לשון החוק, בקובעה כי הרמת מסך מדומה יכול שתיעשה אף בין חברה אחת לאחרת.⁷⁶

דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין **סיעת בת-ים 1**.⁷⁷ בפסק-דין זה דובר בשתי אישיות משפטיות נפרדות – סיעת בת-ים 1 (להלן: הסיעה) ועמותה שהוקמה על-ידי חמשת חברי הסיעה (להלן: העמותה). הסיעה והעמותה כרתו ביניהן חוזה שבמסגרתו נקבע כי אם הסיעה תזכה בבחירות לראשות העירייה, תקבל העמותה תשלום בעבור העסקת עובדיה במהלך הבחירות. הסיעה זכתה, ואכן שילמה כסף לעמותה. העמותה מצידה הוציאה לסיעה חשבונית. עם חשבונית זו פנתה הסיעה למשרד הפנים על-מנת לקבל החזר מימון מכוח חוק מימון מפלגות. דא עקא, במהלך הבחירות העסיקה העמותה את עובדיה בהתנדבות. כלומר, היא לא הוציאה כסף מכיסה, ומכאן שהסיעה לא הייתה זכאית להחזר ממשרד הפנים. בית-המשפט היה מעוניין לבחון את

73 ראו Ottolenghi, לעיל ה"ש 61, בעמ' 340–343.

74 ס' 6(ב) לחוק החברות קובע כי "בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות הענין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין הנדון לפניו".

75 ס' 6(א) לחוק החברות. ראו גם ע"א 10582/02 **בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ** (פורסם בנבו, Daimler Co. v. Continental Tire and Rubber Co. Ltd., [1916] 2 A.C. 307; (16.10.2005).

76 ראו, לדוגמה, ע"ש (מחוזי ת"א) 737/89 **א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' הרשות לניירות ערך**, פ"מ התשנ"א(2) 89, פס" 6 לפסק-הדין (1990), שם קבע בית-המשפט כך: "אין ספק בעיני, שלחברה הציבורית יש לא רק את היכולת הפיסיית לספק את הדו"חות הכספיים של החברה הפרטית, אלא גם את היכולת הנורמטיבית לחשוף את תכנם. הבעלות בשתי החברות זהה, וקירבתן העסיקת של החברות יוצרת, ממילא, קירבה רבה בין האינטרסים שלהן. כיון שכך, ראוי להרים את מסך ההתאגדות בין שתי החברות, וראוי לבחון את השאלה שבדינונו על יסוד מידת הקירבה ומידת הזהות האמיתיות שביניהן." הערעור בבית-המשפט העליון אושר, אך הנימוק לא התבסס על דוקטרינת הרמת המסך המדומה. ראו ע"א 5320/90 **א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך**, פ"ד מו(2) 818 (1992).

77 בג"ץ 823/90 **סיעת בת-ים 1 נ' מבקר המדינה**, פ"ד מד(2) 692 (1990).

כלל ההוצאות שהוצאו על-ידי שתי הישויות המשפטיות, ובכלל זה אם עברו כספים כלשהם ביניהן. לשם כך הוא הרים את המסך על-ידי איחוד ההוצאות של השתיים, ובחן סוגיה זו בלבד. התוצאה של הרמת המסך המדומה הובילה למסקנה שאכן לא הועברו כספים בין שתי הישויות המשפטיות. בית-המשפט סיכם את אופן השימוש בדוקטרינת הרמת המסך המדומה באופן הבא:

"הקונסטרוקציה המשפטית כאן היא זו של 'הרמת מסך' מדומה... לשם איפיון ההוצאה אצל הסיעה אנו בוחנים את ההוצאה אצל העמותה, ורק אם אצל העמותה עניין לנו בהוצאה בפועל, נראה אותה גם אצל הסיעה כהוצאה בפועל. קונסטרוקציה זו מבוססת על אישיותן המשפטית הנפרדת של הסיעה ושל העמותה. אין אנו מתעלמים מהאישיות הנפרדת של העמותה, ואין אנו רואים חשבונות שמגישה העמותה כחשבונות שמגישה הסיעה. ההבחנה בין האישיות המשפטית של הסיעה לבין האישיות המשפטית של העמותה נשמרת. עם זאת, אנו 'מרימים את המסך', ומאפיינים את ההוצאה של הסיעה על-פי מרכיביה של אותה הוצאה אצל העמותה. דבר זה מותר הוא לעשותו... דבר זה נעשה לא כעניין שבשגרה. הוא נעשה במקרים מיוחדים, וזאת כדי ליתן תוקף לתכליתה של הנורמה המשפטית (החקיקתית, ההלכתית או החוזית) החלה בעניין וכדי למנוע את עקיפתה או סיכולה... בדומה, כאשר מבקשים לדעת את מקום מושבה של חברה לצורך דיני מס, מותר לבחון את מקום מושבו של הגוף המנהל את עסקיה..."⁷⁸

על בסיס האמור בפסק-הדין בעניין **סיעת בת-ים 1** ניתן להסיק שתי מסקנות. ראשית, מן העובדה שבית-המשפט מכיר באפשרות של הרמת מסך מדומה כאשר מדובר בסוגיה תחומה ומגודרת ניתן לגזור את המסקנה כי כאשר עסקינן באשכול חברות – וכן באשכול חברות רב-לאומי – המשפט הישראלי עשוי להכיר באפשרות לאחד את כוסי העושר של התאגידים השונים שמרכיבים אותו לצורך בחינת סוגיה מסוימת. בענייננו הסוגיה היא החבות במס. שנית, בפסק-הדין יש התייחסות לדיני המס, הגם שהדבר אינו נדרש בהתבסס על עובדות המקרה. עובדה זו עשויה לרמוז כי בית-המשפט יראה בענייני מס נושא שיאפשר הרמת מסך מדומה בין התאגידים השונים המרכיבים את אשכול החברות. פסק-הדין בעניין **מוברמן** מספק לנו הסבר נורמטיבי-ערכי בעיקרו, המעוגן בעקרונות של צדק, למקרים שבהם נשתמש בדוקטרינת הרמת המסך המדומה:

"הרמת המסך מוכרת ואפשרית בהיקף זה או אחר, הכול לפי טיבו של העניין, הן כדי למנוע מבעלי מניות בחברה או מהחברה כתאגיד ניצול ההפרדה שביניהם

78 שם, בעמ' 696–697.

להשגת מטרה לא כשרה, הכרוכה ממילא בפגיעה בזולת, בקיפוחו או בהסבת נזק לו, והן לשם 'עשיית הצדק והיושר ושמירה על טובת הציבור'.⁷⁹

מהציטוט המובא ניתן להסיק כי כאשר התקשרות בין שני תאגידים מונעת ממטרה שאינה כשרה, כאשר יש הסתברות לפגיעה בזולת או כאשר עקרונות של צדק ויושר עלולים להיפגע – יש להתערב ולהרים את מסך ההתאגדות בין שתי האישיות המשפטיות הנפרדות. נדגיש כי בציטוט יש התייחסות לבעל המניות ולחברה, אך כפי שציינו קודם לכן, דוקטרינת הרמת המסך המדומה הורחבה והוחלה גם על היחסים שבין שני תאגידים. ההצדקה להרמת המסך באשכול חברות (על-פי הגישות הראשונה והשלישית) ולא יחוד הישיות המשפטיות נעוצה בקשר הכלכלי שבין התאגידים השונים המרכיבים את אשכול החברות הרב-לאומי. רציונל זהה עומד אף בבסיס ההצדקה להרמת המסך המדומה:

"החברה הפרטית קשורה בקשר הדוק עם החברה הציבורית. היא חברה כלולה, או קשורה או מסונפת... מקובל עלי כי אין בכך כדי להצדיק הרמת מסך (אמיתית), במובן זה שהדין יטיל חובותיה של החברה הציבורית על החברה הפרטית. עם זאת, יש בכך כדי להצדיק הרמת מסך (מדומה), במובן זה שתוכר חובה עצמאית על החברה המוחזקת (המסונפת, קשורה או כלולה) תוך הסתמכות על רציונל הקשר ההדוק שבינה לבין החברה המחזיקה."⁸⁰

(ב) דיני המס

בבואנו לבחון את אופן המיסוי של אשכול חברות בכלל, ושל אשכול חברות רב-לאומי בפרט, עלינו לבחון תחילה אם דיני התאגידים בישראל הכירו באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד, לנוכח הזיקה הכלכלית שבין התאגיד לבין בעלי הזכויות בו. ככלל, פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ולאחריה חוק החברות, הכירו בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד. אולם בה-בעת התירו דינים אלה במקרים מסוימים הרמה של מסך ההתאגדות וייחוס אחריות אורחית ופליילית לבעלי הזכויות בתאגיד.

בענייננו, למרות ההכרה העקרונית באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בדין הישראלי, נשאלת השאלה אם על דיני המס לאמץ את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד מבעלי זכויותיו ולמסותם בנפרד או שמא יש להכיר בזיקה הכלכלית שביניהם ולאמץ הסדרי מס השוללים את ההפרדה בין התאגיד לבין בעלי הזכויות בו.

79 ע"א 4606/90 מוברמן נ' תל מר בע"מ, פ"ד מו(5) 353, 362–363 (1992) (ההדגשות הוספו).
80 ע"א 218/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 21.8.1997) (ההדגשה הוספה).

ככלל, פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה או הפקודה), אימצה את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ביחס לחברות, אך התעלמה מעיקרון זה ביחס לתאגידים אחרים. כך, למשל, הפקודה ממסה את בעלי הזכויות – כולם או חלקם – בתאגידים מסוימים, דוגמת שותפויות, אגודות שיתופיות וחברות משפחתיות, ועם השלמת החקיקה היא תעשה כן גם ביחס לחברות שיבקשו להיחשב "שקופות" לצורכי מס.⁸¹ לעומת זאת, ביחס לחברות שאינן מבקשות להיחשב "שקופות" לצורכי מס אימצה פקודת מס הכנסה את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת באופן חלקי. כך, למשל, הפקודה אינה מטילה מס על החברה בשיעורים המוטלים על היחיד.⁸² בדומה לכך, גם המס המוטל במישור בעלי המניות הוא מס בשיעור מופחת ביחס לשיעורי המס המדורגים המוטלים על יחידים.⁸³

מעבר לכך, במקרים מסוימים דיני מס ההכנסה בישראל מתעלמים לחלוטין מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת אף ביחס לחברות, ומעניקים הטבות מס לחברה, לבעלי המניות או לשניהם. כך, לדוגמה, כאשר חברה תושבת ישראל מחלקת דייווידנד לחברה אחרת תושבת ישראל, ההכנסה של החברה-האם מהדייווידנד הבין-חברתי אינה חייבת במס.⁸⁴ מצבים נוספים שבהם אין חיוב במס הם כאשר בעל מניות מעביר נכסים לחברה שבבעלותו או כאשר חברה מתמזגת או מתפצלת, ובלבד שזכויותיהם הכלכליות של בעלי המניות לא השתנו אגב שינוי המבנה ובמהלך תקופת חסימה לאחר השינוי המבני.⁸⁵ מכאן מתבקשת המסקנה שהמחוקק הישראלי מוכן לראות תאגידים שונים באשכול חברות כאישיות משפטית אחת לצורכי מס, הגם שתפיסה זו מהווה חריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת.

(ג) הגישה הכלכלית למשפט

הנחת-היסוד של הגישה הכלכלית למשפט היא שבמצב של שוק מושלם (perfect market) אין צורך בהתערבות אסדרתית כלשהי. זאת, מכיוון שאנשים שואפים למקסם את עושרם, ועל-כך בשוק מושלם תמוקם התועלת המצרפית של השוק מאליה, מכוח תיאוריית "היד נעלמה".⁸⁶ בהתאם לגישה זו, התערבות אסדרתית עשויה להיות מוצדקת רק בנסיבות שבהן מתקיים כשל שוק. כשל השוק הרלוונטי בענייננו הוא החצנה שלילית. החצנה שלילית היא "פעולה של חברה או של יחיד המשפיעה על חברה או על

81 בהתאם להוראות-המעבר שבס' 1א64 לפקודת מס הכנסה, הוראות החוק ייכנסו לתוקף עם התקנתה של חקיקת-משנה מכוח סעיף זה.

82 נכון למועד כתיבתה של רשימה זו המס המוטל במישור החברה הוא מס בשיעור מופחת של 25%.

83 נכון למועד כתיבתה של רשימה זו המס מוטל במישור בעלי המניות הוא מס בשיעור מופחת של 25% או 30%.

84 ס' 126 (ב) לפקודת מס הכנסה.

85 ס' 105–105 לפקודת מס הכנסה. חלק זה עוסק בפיצול תאגידים.

86 רונן אברהם "דיני ביטוח" הגישה הכלכלית למשפט 925, 934 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

יחיד אחרים שלא דרך השוק".⁸⁷ כפי שצינינו במבוא, אשכול החברות הרב-לאומי מצליח בהתנהלותו הארגונית להפחית את נטל המס האפקטיבי המושת עליו. כתוצאה מכך מדינות מאבדות הכנסות ממיסים בסך של עשרות מיליארדי דולרים בשנה. מצב זה מהווה החצנה שלילית של אשכול החברות הרב-לאומי, שכן בפעולתו הוא פוגע בתחרות הכלכלית אל מול תאגידים מקומיים הפועלים באופן מקומי בלבד. כשל השוק יכול שיהיה גם ביחס לפעילות של אשכול חברות רב-לאומי המגיבה תועלת כלכלית בשוק המקומי, הבאה לידי ביטוי בהעסקת עובדים, בהכשרתם, בפיתוח תשתיות וכדומה. במקרים אלה מערכת המס יכולה להירתם ולמסות פעילות של תאגידים אלה באופן מופחת.

בהתקיים סיטואציה של החצנה שלילית או חיובית, הגישה הכלכלית מתירה למשפט להתערב ולפעול כדי לצמצם החצנה זו. בענייננו, אנו סוברים כי בהנחה ששיעורי המס הנמוכים שאשכולות החברות הרב-לאומיים משלמים אינם מוצדקים, מערכת המס יכולה לשמש כלי לצמצום התופעה האמורה.⁸⁸ זאת, על-ידי חלוקה מחדש של ההכנסות לצורכי מס, וכפועל יוצא מכך גם של תשלומי המס שעל אשכול החברות הרב-לאומי לשלם. בחלוקה האמורה ובהשלכותיה נדון בפרק ה ברשימה זו. מעבר לפתרון ההחצנה השלילית, מערכת המס נרתמת גם לצורך חלוקה מחדש של העושר.⁸⁹

3. סיכום-ביניים

אנו מציעים לבחון אימוץ הסדרי מס פרטניים הרואים באשכול המורכב מחברות תושבות ישראל (במקרים שבהם החברות הקשורות מוחזקות במלואן על-ידי תאגידים קשורים) משום יחידה כלכלית-משפטית אחת. על רקע האמור, יש להכיר לצורכי מס בזיקה הכלכלית שבין החברות הקשורות באשכול החברות הרב-לאומי. לצורת השקפה זו ניתן להגיע אף באמצעות הרמת המסך באשכול החברות או דוקטרינת הרמת המסך המדומה.

עם זאת, הכרה באשכול חברות רב-לאומי מעוררת אתגר ביחס לאופן שבו יחולקו רווחיו והכנסותיו של ארגון זה בצורה שוויונית בין המדינות השונות שבגבולותיהן הוא פועל.⁹⁰ אנו סוברים כי התעלמות מהזיקה הכלכלית שבין החברות הקשורות בתאגיד הרב-לאומי – בעולם תאגידי דינמי, מתקדם ומורכב – עלולה לסכל את יכולתן של

87 אבי שמחון "הקדמה כללית" *הגישה הכלכלית למשפט* 39, 49 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

88 יורם מרגליות "דיני מיסים" *הגישה הכלכלית למשפט* 815, 817 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

89 עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "דיני חושים" *הגישה הכלכלית למשפט* 153, 158 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); מרגליות, לעיל ה"ש 88, בעמ' 818–820. למאמר העוסק בחלוקה מחדש של העושר

בין מדינות ראו: Ilan Benschalom, *The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law*, 85 N.Y.U. L. REV. 1 (2010).

90 Yitzhak Hadari, *The Structure of the Private Multinational Enterprise*, 71 MICH. L. REV. 729, 779–780 (1973).

רשויות המס להטיל מס אפקטיבי שוטף על תאגידים אלה.⁹¹ במילים אחרות, לדעתנו, אימוץ עקרון האישיות המשפטית הנפרדת בדיני המס, תוך התעלמות מקשרי-הגומלין והתלות שבין החברות הקשורות באשכול החברות, מסייעים לתאגידים אלה לבצע תכנוני מס ביתר קלות. הדעת אינה סובלת מצב זה (בהנחה שאין כוונה לפטור הכנסות אלה ממס).⁹² בעוד אימוץ עקרון האישיות המשפטית הנפרדת באשכול חברות שבו החברות הקשורות הן תושבות ישראל מעורר קושי מסוים,⁹³ אימוץ עיקרון זה ביחס לאשכול חברות רב-לאומי מעצים את יכולתם של התאגידים להתחמק מתשלום מס אפקטיבי שוטף.⁹⁴ גרץ (Graetz) תומך בגישתנו זו:

"The continuing insistence of the international tax regime in treating different divisions of an integrated multinational business as separate entities, whenever their legal status implies such separation, is but one illustration of the problem. Legal constructs, which are largely elective and easily manipulated, play too great a role in determining international tax consequences of business arrangements."⁹⁵

לדעתנו, הדרך לחלוקה צודקת וראויה מתחילה בשינוי תפיסתי שבבסיסו עלינו לראות באשכול החברות הרב-לאומי יחידה משפטית-כלכלית אחת, ולא אסופה של תאגידים נפרדים. כפי שהראינו בפרק זה, הן החקיקה, הן הפסיקה והן הספרות המשפטית מכירות בקונסטרוקציה זו.

91 שינויים אלה הובילו לכתיבה שביקשה להתאים את דיני התאגידים למציאות העסקית המשתנה. Phillip I. Blumberg, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, ראו: 15 DEL. J. CORP. L. 283, 326–327 (1990); Mihir A. Desai & James R. Hines, *Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting*, 57 NAT'L TAX J. 937, 938 (2004).

92 עיקרון זה אף הוכר ואומץ בדיני המס בישראל. עם זאת, אימוצו אינו חף מקשיים ומספקות. ראו ע"א 314/67 פקיד השומה, תל אביב 4 נ' נכסי כהנים בע"מ, פ"ד כא(2) 751, 748 (1967) (להלן: עניין נכסי כהנים).

93 ראו, לדוגמה: U.N DEP'T ECON. & SOC. AFF., UNITED NATIONS MODEL DOUBLE TAXATION CONVENTION BETWEEN DEVELOPED AND DEVELOPING COUNTRIES, art. 7(2) (להלן: אמנת-המודל של האו"ם). סעיפים דומים נמצאים הן באמנת-המודל של ארגון ה-OECD, להלן ה"ש 122, והן באמנת-המודל של ארצות-הברית, להלן ה"ש 154. ראו גם את הדיון במסגרת פרק ג להלן.

94 H. David Rosenbloom, *From the Bottom Up: Taxing the Income of Foreign Controlled Corporations*, 26 BROOK. J. INT'L L. 1525 (2001).

95 Michael J. Graetz, *Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 54 TAX L. REV. 261, 316 (2001) (ההדגשה הוספה).

פרק ב: הסדרי המס החלים על אשכול החברות הרב-לאומי

מיסוי אשכול החברות הרב-לאומי נעשה כיום תוך הפרדה כמעט מוחלטת בין התאגידים השונים המרכיבים אותו. פרקטיקה זו תואמת את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ואת עקרון אורך הזרוע (arm's length standard).⁹⁶ בפרק זה נציג את הקשיים המרכזיים הקשורים לאימוץ עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ביחס למיסוי אשכול חברות רב-לאומי. כן נתייחס לדרכים שבהן מערכת המס מנסה להתמודד עם מגיפולציות שתאגידים אלה נוקטים: משטר מיסוי של מחירי העברה (transfer pricing או inter-company pricing), הקובע כיצד יש למסות עסקות בין חברות קשורות באשכול החברות; ומיסוי מוסד-הקבע (permanent establishment), הקובע כיצד יש למסות עסקות בין-חברתיות באשכול חברות כאשר קיימים מרכזי פעילות של חברות אלה במדינות שמחוץ למדינת ההתאגדות שלהן. נוסף על כך נציג בפרק זה את ההסדרים האנטי-תכנוניים השונים, ונצביע על הבעייתיות הקיימת לגביהם.

בישראל החל בשנת 2003, כמו במדינות רבות בעולם, הכנסה שתאגיד מפיק עשויה להיות ממוסה מכוח תחולה טריטוריאלית או מכוח תחולה פרסונלית.⁹⁷ על-פי התחולה הראשונה, אם הכנסה של תאגיד נצמחה או הופקה בישראל, תוכל המדינה למסותה.⁹⁸ על-פי התחולה השנייה, אם הכנסה של תאגיד נצמחה או הופקה מחוץ לישראל, תוכל המדינה למסותה אם התאגיד מוגדר "תושב ישראל", ובלבד ששיעור המס במדינה שבה הופקה ההכנסה נמוך משיעור המס בישראל. סעיף ההגדרות מצביע על שני מבחנים לקביעת תושבותו של תאגיד: מבחן מקום ההתאגדות ומבחן מקום השליטה והניהול.⁹⁹ בהתקיים אחד המבחנים, יוכלו רשויות המס למסות את התאגיד אף במקרה שהתאגיד עצמו אינו מקיים את פעילותו העסקית בתחומי המדינה. מוטב לציין כי ברשת האמנות הדו-צדדיות (הבילטרליות) באופן כללי, ובישראל במסגרת שני פסקי-דין מרכזיים

96 נעיר כי בשפה העברית יש המשתמשים במונח "עקרון הזרוע הארוכה", אך התרגום המדויק של המונח הלועזי הוא "עקרון אורך הזרוע".

97 שיטת המיסוי הפרסונלי אומצה במסגרת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132) (תיקון), התשס"ג-2002, ס"ח 126. המעבר לשיטת מיסוי פרסונלי ביחס לתאגידים אינו נקי מכשלים ומקשיים. לדיון בנושא ראו צילי דגן "המיסוי הפרסונלי: נוסחת הקסם של הרפורמה במיסוי בינלאומי" **מחקרי משפט** כא 351 (2004).

98 ס' 2 ו-89 (ב) לפקודת מס הכנסה.

99 ס' 1 לפקודת מס הכנסה. בסעיף הגדרות זה נקבע כי תאגיד ייחשב "תושב ישראל" אם (1) הוא התאגד בישראל; (2) השליטה על עסקיו וניהולם מופעלים בישראל. לדיון נרחב בעמדותיהם של מלומדים ביחס לשני המבחנים ראו עמ"ה (מחוזי חי') 130/90 **סולל בונה ארצות חוץ נ' פקיד שומה חיפה**, פס' ה לפסק-דינו של השופט בייך (פורסם בנבו, 24.1.1994).

שהתקבלו לאחרונה,¹⁰⁰ זכה מבחן מקום השליטה והניהול בעדיפות על מבחן מקום ההתאגדות.

בעבר, תאגיד שלא נכלל בהגדרת "תושב ישראל" לא היה חייב במס בישראל. מצב משפטי זה עודד תכנוני מס, שגרמו לישראל אובדן משמעותי של הכנסות ממסים. עקב כך, וכניסיון לספק מזור לבעיה, הוסיף המחוקק הישראלי שתי הוראות אנטי-תכנוניות בדמות משטר של חברה נשלטת זרה (controlled foreign corporation או CFC)¹⁰¹ ומשטר של חברת משלח-יד זרה.¹⁰²

1. עקרון האישיות המשפטית הנפרדת

לא בכדי סוגיית מיסוים של התאגידים ושל בעלי הזכויות בתאגידים נתפסת כסוגיה מורכבת בדיני המס. כפי שהראינו בפרק הקודם, מורכבות זו נובעת מההתנגשות בין המשפט לכלכלה: מחד גיסא, מבחינה משפטית, אימוץ עקרון האישיות המשפטית הנפרדת יוצר הבחנה פורמלית בין התאגיד לבעלי מניותיו, ובענייננו – בין החברות הקשורות באשכול החברות. מאידך גיסא, מבחינה כלכלית, כאשר ניתן לאתר זיקה כלכלית בין תאגיד לבעלי מניותיו, או בין תאגידים שונים באשכול, ההנחה היא שמדובר ביחידה אחת.

חرف ההתנגשות האמורה נראה כי עקרון האישיות המשפטית הנפרדת הועדף ואומץ על-ידי המחוקק הישראלי. ההכרה בעיקרון זה מציפה שאלות רבות¹⁰³ ואינה חפה מקשיים, כפי שהיטיב לתאר זאת השופט ויתקון:

"לא פעם מתקשה בית-המשפט להישאר נאמן לכלל הידוע כי (בהעדר חקיקה סותרת מפורשת) רואים את הגוף המשפטי כנפרד מכל וכל מבני האדם הפיזיים השולטים עליו ומנהלים באמצעותו את עסקיהם."¹⁰⁴

100 ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1090/06 ינקו וייס אחזקות 1996 בע"מ נ' פקיד שומה חולון (פורסם בנבו, 18.12.2013); עמ"ה (מחוזי ת"א) 1029/00 ניאגו נ' פקיד שומה כפר-סבא (פורסם בנבו, 12.1.2012).

101 ס' 75 לפקודת מס הכנסה. מפאת קוצר היריעה נימנע מלדון כאן בהוראה הנוגעת במשטר החברה הנשלטת הזרה. להרחבה ראו צילי דגן מיסוי בינלאומי 111–113 (2004); דורון לוי ואיתן אסנפי מיסוי בינלאומי – הדין בישראל 513–644 (2008).

102 ס' 157 לפקודת מס הכנסה. מפאת קוצר היריעה נימנע מלדון כאן בהוראה הנוגעת במשטר של חברת משלח-היד הזרה. יוער כי להבדיל ממשטר החברה הנשלטת הזרה, ההוראות הנוגעות בחברת משלח-יד זרה אינן רלוונטיות על-פירוב למיסוי אשכול חברות רב-לאומי. להרחבה ראו לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 645–720.

103 ע"מ (מחוזי חי') 21779-09-09 כותון קולורס בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פס' 36 לפסק-דינו של השופט סוקול (פורסם בנבו, 31.3.2014).

104 עניין נכסי כהנים, לעיל ה"ש 92, בעמ' 751.

המחוקק מבין את מורכבותה של סוגיית מיסוי החברות, ולכן ניתן להצביע בדיני המס על ריכוזו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת.¹⁰⁵ הצדקות להטלת מס על הכנסות החברה הן, למשל, הכוונת התנהגות, החשש מפני שימוש בחברה ככלי לדיחית מס,¹⁰⁶ וההכרה כי החברה היא אישיות משפטית בעלת זכויות וחובות. ריכוך עקרון האישיות המשפטית הנפרדת בא לידי ביטוי בכך שהמחוקק הישראלי מונע את כפל המס ומיסוי-היתר, על-ידי הפחתת שיעורי המס המקובלים הקבועים בפקודת המס.¹⁰⁷ ניתן להצביע על הוראות חוק נוספות המשקפות ריכוך של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת. כך, לדוגמה, דיווידנד בין-חברתי העובר בין חברות ישראליות אינו ממוסה;¹⁰⁸ בנסיבות מסוימות מיזוג תאגידים אינו נחשב אירוע מס;¹⁰⁹ בנסיבות מסוימות פיצולי תאגידים אינם ממוסים;¹¹⁰ ובנסיבות מסוימות מותר להגיש דוחות מאוחדים.¹¹¹

2. מיסוי עסקות בין-חברתיות באשכול חברות ("מחירי העברה")

המונח "מחירי העברה" (transfer pricing או inter-company pricing) מתייחס לתנאים הכלכליים הנקבעים במסגרת עסקה בין תאגידים קשורים. מחירי העברה אינם בלתי-חוקיים ביסודם. הסיטואציה שאינה חוקית היא זו שבמסגרתה התמחור נעשה לא על-פי מחירי השוק של המוצר או השירות. כאשר עסקינן בתאגידים קשורים הפועלים תחת אשכול חברות רב-לאומי, תמחור העסקות לא יושפע בהכרח משיקולי הרווח שייווצר לכל אחד מהתאגידים בנפרד, כי אם מהרווח המצטבר שינבע לאשכול החברות הרב-לאומי. כפועל יוצא מכך, בתכנון אגרסיבי המחירים שישתלמו במסגרת עסקות בין-חברתיות עשויים להיות גבוהים או נמוכים מהמחיר שהיה משתלם על-פי תנאי השוק בין צדדים בלתי-קשורים.¹¹² תמחור זה אינו חוקי, כאמור, אולם רשויות המס יתקשו להוכיח כי התמחור נעשה לא על-פי תנאי השוק. בהנחה שהתמחור האגרסיבי יתקבל, סכום העסקה שישתלם בין התאגידים השונים יהווה הכנסה בעבור התאגיד האחד והוצאה בעבור התאגיד האחר. מסיבה זו מחירי העברה משמשים כלי בידי אשכול

105 דוד גליקסברג "ה'מיני-פורומה', מודל השילוב המלא ומיסוי התאגידים בישראל" משפטים כ 185, 194 (1990).

106 עניין כותון קולורס בע"מ, לעיל ה"ש 103, פס' 36 לפסק-הדין.

107 ס' 125 ב 126 לפקודת מס הכנסה. ראו גם ע"מ (מחוזי חי) 15918-09-09 צילומעתיק החזקות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פס' 8-11 לפסק-דינו של השופט סוקול (פורסם בנבו, 24.11.2013).

108 ס' 126 (ב) לפקודת מס הכנסה.

109 ס' 103-103 לפקודת מס הכנסה. חלק זה עוסק בשינוי מבנה התאגיד ובמיזוגים.

110 ס' 104-104 לפקודת מס הכנסה; ס' 105-105 לפקודת מס הכנסה. חלק זה עוסק בפיצול של חברות, אגודות שיתופיות ועמותות.

111 ס' 22-27 לחוק עידוד התעשייה (מסים), התשכ"ט-1969.

112 אבי נוב מיסוי עסקאות בינלאומיות – תכנון מס ליחידים ולחברות 235 (2008).

החברות הרב-לאומי, השואף לנתב את הכנסותיו לתאגיד המצוי במדינה בעלת שיעורי המס הנמוכים ולנתב את הוצאותיו למדינה בעלת שיעורי המס הגבוהים.¹¹³ ההערכות בנוגע להפסדיהן של מדינות מתמחור מעוות שאינו על-פי מחירי שוק מסתכמות בסכומי-עתק. על-פי הערכות של ה-Global Financial Integrity, הפסדים אלה מסתכמים במאות מיליארדי דולרים בשנה.¹¹⁴ הערכות אחרות מצביעות על אובדן הכנסות של טריליוני דולרים למדינות האיחוד האירופי ולארצות-הברית בין השנים 2005 ו-2007 בלבד.¹¹⁵ למיטב ידיעתנו, אין הערכה מספרית לגבי אובדן ההכנסות של ישראל ממיסים עקב שימוש במחירי העברה.¹¹⁶ להמחשת הסוגיה של מחירי ההעברה נשתמש בדוגמה הבאה. כדי לפשט את הסוגיה, נשתמש במבנה תאגידי המורכב משתי חברות בלבד. החברה-האם DMG, הנמצאת בארצות-הברית, מייצרת רכיבים אלקטרוניים לתעשיית המחשבים. חברת LTP היא חברה-בת שלה, הנמצאת בצ'כיה. חברה זו רוכשת את מוצריה של חברת DMG ומפיצה אותם לכל העולם. בארצות-הברית מס החברות הוא 35%,¹¹⁷ בעוד בצ'כיה מס החברות עומד על 19% בלבד.¹¹⁸ עקב הפערים בשיעורי מס החברות בשתי המדינות, יהיה יעיל וכדאי ברמת אשכול החברות לנתב את ההכנסות לצ'כיה ולייחס את ההוצאות לארצות-הברית. בין החברות נחתם הסכם להספקת עשרים מכולות עם מוצריה של חברת DMG לחברת LTP.

מחיר	
15,000,000	עלות ייצור המוצרים שבמכולות
15,000,000	המחיר שנקבע בעסקה הבין-חברתית
20,000,000	מחיר השוק בעסקה אקראית על המוצרים במכולות

113 לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 723-725. ראו גם Graetz, לעיל ה"ש 95, בעמ' 269, 319-328; RAYMOND W. BAKER, CAPITALISM'S ACHILLES HEEL: DIRTY MONEY AND HOW TO RENEW THE FREE-MARKET SYSTEM 29-33 (2005); Vito Tanzi, *Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites* (IMF, Working Paper No. WP/00/181, 2000), www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp00181.pdf

114 *Transfer Pricing*, TAX JUSTICE NETWORK, www.taxjustice.net/topics/corporate-tax/transfer-pricing

115 *False Profits: Robbing the Poor to Keep the Rich Tax-Free* 8, 20-26 (Christian Aid Report, 2009), <https://www.christianaid.org.uk/Images/false-profits.pdf>

116 תמיר שאנן "דו"ח בנושא הצעה לרפורמה במיסוי תאגידים בינלאומיים בישראל: מיסוי מאוחד (Unitary Taxation)" 15-16 (2015) TJN- (2015) 16-15 www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN-Israel-1504-Full-Report.pdf

117 לצורך הדוגמה נתעלם ממש החברות שמוטל על חברה על-ידי המדינה הספציפית בארצות-הברית שבגבולותיה מתקיימת הפעילות העסקית.

118 ראו: OECD Corporate Income Tax Rates, 1981-2013, TAX FOUNDATION (Dec. 18, 2013), www.taxfoundation.org/article/oecd-corporate-income-tax-rates-1981-2013

במקרה זה חברת DMG מוכרת את המוצרים במחיר העלות. כלומר, היא אינה חייבת במס על העסקה הספציפית שהתבצעה, שכן היא לא הפיקה רווח החייב במס. לעומת זאת, חברת LTP מפיצה את המוצרים במחיר השוק, ומכאן שהיא הרוויחה 5,000,000. רווח זה ממוסה בשיעור מס של 19%, כלומר, נטל המס על התאגיד בכללותו הוא 950,000.

כעת נניח כי שתי החברות אינן קשורות. מוצריה של חברת DMG נמכרים לחברת LTP במחיר הנמוך במעט ממחיר השוק (19,000,000), עקב הרכישה הסיטונאית. חברת LTP מפיצה מוצרים אלה במחיר השוק. חברת DMG הרוויחה מהעסקה 4,000,000, שממוסים לפי 35% קרי, נטל המס הוא 1,400,000. חברת LTP הרוויחה לאחר ההפצה 1,000,000, ומכיוון שסכום זה ממוסה לפי 19%, נטל המס הוא 190,000. בסיטואציה זו נטל המס הכולל של שתי החברות יחד מאמיר בצורה משמעותית, ומסתכם ב-1,590,000.

הפער בין נטלי המס ממחיש בצורה ברורה את ההשלכות של מחירי העברה. בעייתיות נוספת שדוגמה זו ממחישה היא הקלות היחסית שבה ניתן לבצע תכנוני מס ולהפחית את חבות המס הכוללת של אשכול החברות.

כאמור, על רקע התמורות שהתחוללו בעולם הכלכלי בשנים האחרונות, ועקב בעיית הפחתות המיסים, אימצו מדינות רבות הוראות אנטי-תכנוניות.¹¹⁹ הוראות אלה נועדו להילחם בתכנוני מס של נישומים, ובכלל זה של אשכולות חברות רב-לאומיים.¹²⁰ משטר מחירי העברה נמנה עם מנגנונים אנטי-תכנוניים אלה.¹²¹ נקודת המוצא של משטר מחירי העברה היא ההתייחסות לתאגיד כאל אישיות משפטית נפרדת, ולא כאל

119 אחת המדינות הראשונות שאימצו את עקרון אורך הזרוע בחקיקה הייתה ארצות-הברית. עיקרון זה בא לידי ביטוי במסגרת ס' 482 לקוד המיסים האמריקאי – Allocation of Income and Deductions – Among Taxpayers, 26 U.S.C. § 482 "In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible."

120 יישום תוכנות מתחום הניתוח הכלכלי מצביע על כך שהשקעתם של הנישומים בתכנוני מס אינה יעילה. זאת, מכיוון שבמקום להקצות משאבים לטובת פעילות יצרנית, נישומים אלה מקצים משאבים רבים ליצירת תכנוני המס. חברת "אנרון", לדוגמה, שילמה כ-88 מיליון דולר בעבור ייעוץ בנוגע לתכנוני מס בתקופה של שש שנים. ראו נוב, לעיל ה"ש 112, בעמ' 231.

121 ראו את דברי ההסבר לס' 25 להצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 132), התשס"ב-2002, ה"ח 770, 793.

כמה ישויות משפטיות השייכות לגזע (אשכול חברות רב-לאומי) אחד. על בסיס הכרה זו אומץ עקרון אורך הזרוע.¹²² על-פי עיקרון זה, בסמכותן של רשויות המס לתמחר מחדש עסקות בין-חברתיות.¹²³ במילים אחרות, משטר זה מקנה לרשויות המס את הסמכות להתעלם מתנאי העסקה שנקבעו על-ידי "התאגידים הקשורים",¹²⁴ ולהחליפם לצורכי מס בתנאים כלכליים נאותים ושגרתיים. תנאים אלה יתבססו על התקשרות בין תאגידים שאינם קשורים.¹²⁵ בישראל אימץ המחוקק הוראה אנטי-תכנונית דומה במסגרת

122 עיקרון זה התקבל בשלוש אמנות-מודל – זו של ארגון ה-OECD (שתצוטט מייד), זו של האו"ם (לעיל ה"ש 93) וזו של ארצות-הברית (להלן ה"ש 154). ראו, לדוגמה: OECD, MODEL CONVENTION WITH RESPECT TO TAXES ON INCOME AND ON CAPITAL, art. 9 (2014), (להלן: אמנת-המודל של ארגון ה-OECD), הקובע כך: "[When] conditions are made or imposed between... two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly". להרחבה על עקרון אורך הזרוע ראו Leopard, לעיל ה"ש 19, בעמ' 60–83.

123 לתמחר חד-צדדי של מחירי ההעברה עלול להיות תוצר-לוואי בדמות כפל מס. זאת, מכיוון שתמחר מחודש על-ידי מדינה אחת ואי-התאמת המס שהושת על החברה במדינה האחרת עלול להוביל לתשלום מס-יתר. כפל מס נתפס על-ידי מדינות כתופעה שלילית, שכן הוא יוצר תמריץ שלילי למשקיעים להשקיע בתחומיה של המדינה המשיטה מס כפול. לכן מיגור פעולות לא-רצויות של תאגידים רב-לאומיים, וכן של אשכולות חברות רב-לאומיים, מוסדר לרוב באמנות דו-צדדיות או בדין הפנימי (באמצעות מנגנוני ניטרליות). להרחבה ראו לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 728–729. פתרון סוגיה זו נותר גמיש למדי באמנת-המודל של ארגון ה-OECD. הכוונה היא שאין חובה על המדינה האחרת לעשות התאמות מס בעקבות ההפעלה של משטר מחירי ההעברה על-ידי המדינה האחת. ראו, לדוגמה, ס' 9(2) לאמנת-המודל של ארגון ה-OECD, לעיל ה"ש 122.

124 מדובר בתאגידים שיש ביניהם זיקה כלכלית כלשהי. כאשר עסקינן בתאגידים שפועלים תחת אשכול חברות רב-לאומי, זיקה זו מתעצמת. נציין כי פקודת מס הכנסה הישראלית משתמשת במונח "יחסים מיוחדים". יחסים מיוחדים, כהגדרת הפקודה, הם "לרבות יחסים שבין אדם לקרובו, וכן שליטה של צד אחד לעסקה במשנהו, או שליטה של אדם אחד בצדדים לעסקה, במישרין או בעקיפין, לבד או יחד עם אחר". ראו ס' 85א(ב) לפקודת מס הכנסה. לשון הפקודה אינה מגדירה באופן פוזיטיבי מהם יחסים מיוחדים, ולכן תחת הגדרה זו יכולים לחסות מקרים מגוונים. יוער כי תאגידים קשורים מוגדרים בס' 9(1) לאמנת-המודל של ארגון ה-OECD, לעיל ה"ש 122, באופן הבא: "Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises..."

125 לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 727.

הרפורמה במיסוי הביין-לאומי.¹²⁶ התמחור החדש שרשויות המס יעשו יכול להתבסס על כמה מנגנוני השוואה. המנגנונים הבאים הם המנגנונים המסורתיים:¹²⁷

א. שיטת השוואת המחיר (comparable uncontrolled method) – בשיטה זו משווים את המחיר שנקבע בעסקה בין תאגידיים קשורים למחיר שנקבע בעסקה דומה בין תאגידיים שאינם קשורים. על-ידי השוואה זו ניתן ללמוד אם העסקה בין התאגידיים הקשורים נעשתה בתנאי שוק. בשיטה זו ניתן לעשות שימוש כאשר העסקות זהות או לפחות דומות דיין. כאשר אין דמיון מספיק בין העסקות, ניתן להשתמש בשיטה זו רק אם מצליחים לנטרל את הגורם האחראי לפער.¹²⁸

ב. שיטת העלות בתוספת רווח (cost plus method) – בשיטה זו אומדים את עלויות הייצור, ומוסיפים עליהן את אחוז הרווח המקובל באותו ענף כלכלי בעסקות דומות בין תאגידיים שאינם קשורים. נמחיש שיטה זו בעזרת דוגמה: חברה א מוכרת לחברה ב סחורה בתמורה ל-1,100 ש"ח. חברה א וחברה ב הן חברות קשורות. עלות ייצור הסחורה היא 1,000 ש"ח. נניח כי אחוז הרווח המקובל בענף שבו חברה א פועלת הוא 22%. משמעות הדבר היא שבעסקה אקראית-היפותטית אחרת הייתה חברה א מוכרת את הסחורה לחברה ג, שאינה קשורה אליה, בתמורה ל-1,220 ש"ח. על בסיס נתונים אלה ניתן להבין כי העסקה בין חברה א לחברה ב, שבה אחוז הרווח הוא 10%, אינה בתנאי שוק. במקרה זה יהיה אפשר לשערך מחדש את מחיר העסקה בין חברה א לחברה ב.

ג. שיטת המרווח ממכירות (resale price method) – בשיטה זו מחשבים את הרווח בהתבסס על המחיר שבו נמכרו המוצר או השירות על-ידי הצד הקשור לצד שלישי, בניכוי הרווח הגולמי.¹²⁹ ממחיר זה ניתן לגזור את המחיר המקובל בין תאגידיים בלתי-קשורים. נמחיש שיטה זו בעזרת דוגמה: חברה א מוכרת לחברה ב סחורה בתמורה ל-1,000 ש"ח. חברה א וחברה ב הן חברות קשורות. חברה ב מוכרת את הסחורה לחברה ג בתמורה ל-1,700 ש"ח. חברה ב וחברה ג אינן חברות קשורות, קרי, חברה ג מהווה צד שלישי. נוסף על כך נניח כי הרווח הגולמי הוא 200 ש"ח. המסקנה היא ששווי העסקה בין חברה ב לחברה ג הוא 1,500 ש"ח. על בסיס נתונים אלה ניתן להבין כי העסקה בין חברה א לחברה ב לא נעשתה בתנאי שוק, אלא במחיר הנמוך ב-500 ש"ח ממחיר השוק. במקרה זה יהיה אפשר לשערך את מחיר העסקה בהתאם.

כפי שנסביר בהמשך, עקב אכילס של שלוש שיטות אלה הוא התבססותן על קיומן של עסקות דומות. בהעדר עסקות דומות, אשכולות החברות הרב-לאומיים עושים

126 ס' 85 לפקודת מס הכנסה; תקנות מס הכנסה (קביעת תנאי שוק), התשס"ז-2006.

127 להרחבה על מנגנוני ההשוואה ראו אוסקר אבורזק ואלישע קסנר "מחירי העברה בישראל (חלק א)" מיסים כא/57, 85-89 (2007); אבי נוב "מחירי העברה" בעידן של גלובליזציה" מיסים יח/48, 52-54 (2004).

128 ראו: OECD, TRANSFER PRICING GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES AND TAX ADMINISTRATIONS 2010, 63-65 (2010) (להלן: OECD GUIDELINES).

129 שם, בעמ' 65.

שימוש ציני במשטר מחירי העברה כדי להפחית את נטל המס האפקטיבי שמושת עליהם.¹³⁰ בתגובה על כך אימצה רשות המיסים האמריקאית, בשנת 1995, כמה שיטות נוספות להערכת השווי האמיתי. שיטות אלה אומצו תקופה קצרה לאחר-מכן על-ידי מדינות רבות החברות בארגון ה-OECD. שיטות אלה סוטות מעקרון אורך הזרוע,¹³¹ שכן הן אינן מבקשות להשוות בין מחירי עסקות של תאגידים קשורים ושל תאגידים שאינם קשורים:

ד. שיטת חלוקת הרווח (profit split method) – בשיטה זו מחלקים את הרווח בין התאגידים באשכול החברות הרב-לאומי. השיטה מניחה כי כל צד פועל להשאת רווחיו, וכי רווחים אלה נגזרים מהסיכויים ומהסיכונים שכל צד נושא במסגרת ההתקשרות העסקית-המסחרית.¹³² לכן שיטה זו מבקשת לחלק את הרווח בהתאם לציפייה של הצד הקשור ביחס לתרומו. כפי שנסביר בהמשך, שיטה זו דומה בחלקה למודל שעליו נצביע כמודל הרצוי – מודל המיסוי המאוחד. נציין כאן שתי גרסות של שיטת חלוקת הרווח:

- שיטת חלוקת הרווח השירוי (residual profit split) היא מקרה ייחודי של שיטת חלוקת הרווח. שיטה זו מורכבת משני שלבים. ראשית, לכל תאגיד קשור מוקצה רווח שהולם את התמורה הבסיסית שהוא תרם ליצירת ההכנסה. לרוב תמורה זו נקבעת על-ידי בחינת התמורה ביחס לעסקות בין תאגידים שאינם קשורים. שנית, הרווח שלא יוחס – הרווח השירוי – מוקצה בין הצדדים בהתאם לאופן שבו היה מתחלק בין תאגידים שאינם קשורים.¹³³
 - שיטת הרווח העסקי הנקי (transactional net margin method) בוחרת את הרווח הנקי ביחס למכירות, לנכסים או לעלויות. שיעור הרווח הנקי מתקבל על-ידי חילוק הרווח הנקי במכירות, בנכסים או בעלויות. את המנה שהתקבלה משווים למנה שמתקבלת כתוצאה מעסקה בין צדדים שאינם קשורים.¹³⁴
- ה. שיטת חלוקת הרווח ההשוואתי (comparable profit method) – בשיטה זו בוחרים את הסבירות של תמחור העסקה בין התאגידים הקשורים על-ידי חלוקת הרווח

130 *IRS Could Better Protect U.S. Tax Interests in Determining the Income of Multinational Corporations* 5 (General Accounting Office Report to the Chairman House Committee on Ways and Means of the United States, 1981), available at www.gao.gov/assets/140/135312.pdf

131 Reuven S. Avi-Yonah, *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation* 3–4 (Law & Economics Working Papers Archive: 2003–2009, Paper No. 102, 2009)

132 Robert G. Clark, *Transfer Pricing, Section 482, and International Tax Conflict: Getting Harmonized Income Allocation Measures From Multinational Cacophony*, 42 AM. U. L. REV. 1155, 1175–1176 (1993)

133 OECD GUIDELINES, לעיל ה"ש 128, בעמ' 97–98.

134 שם, בעמ' 77.

ההשוואתי של העסקה הנבחנת עם רווחיותם של תאגידים שאינם קשורים העוסקים בתחומים דומים. זאת, על-ידי בחינת יחסים פיננסיים.

התמחור החדש משמש לקביעת נטל המס האפקטיבי שיושת על הצדדים לאותה עסקה, וכך הוא מקנה זכאות למס למדינה שממנה ניסו להסיט את הרווחים. את בחירתו בעקרון אורך הזרוע כעיקרון המנחה נימק ארגון ה-OECD כך:

"There are several reasons why OECD member countries and other countries have adopted the arm's length principle. A major reason is that the arm's length principle provides broad parity of tax treatment for members of MNE groups and independent enterprises. Because the arm's length principle puts associated and independent enterprises on a more equal footing for tax purposes, it avoids the creation of tax advantages or disadvantages that would otherwise distort the relative competitive positions of either type of entity. In so removing these tax considerations from economic decisions, the arm's length principle promotes the growth of international trade and investment."¹³⁵

כפי שניתן להיווכח, הסיבות לאימוצו של עקרון אורך הזרוע נעוצות בעיקר בעצם יכולתו למנוע תחרותיות בין מדינות באמצעות מתן הטבות מס, כמו-גם להסיר שיקולי מס מהחלטות כלכליות. סיבות נוספות שארגון ה-OECD מונה לאימוצו של עיקרון זה קשורות לניסיון שנצבר ביחס אליו במשך שנים רבות; לעובדה שלא נמצאה כל חלופה ראויה אחרת; ולמידת האפקטיביות של יישומו ברוב המקרים. נעיר כי בדעה זו מחזיק ארגון ה-OECD, אשר בוחר לטעמו באופן מודע להתעלם מהמציאות הכלכלית, שבה עסקות בין-חברתיות מתבצעות לא על-פי שווי שוק. אכן, היצמדותו לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ולעקרון אורך הזרוע פוגעת ומסכלת במידה רבה, לדעתנו, את סיכויי הצלחתן של הרפורמות שארגון זה מנסה לקדם במטרה להפוך את שיטת המס לאפקטיבית. אנו מחזיקים בדעה שונה. כפי שנראה בשורות הבאות, לדעתנו, עקרון אורך הזרוע אינו אפקטיבי לנוכח המציאות הכלכלית, שבמסגרתה אשכולות החברות הרב-לאומיים מבטלים את מדד "העסקות הדומות", העומד בבסיסו של עקרון אורך הזרוע.¹³⁶

לצד הסיבות המשכנעות לאימוצו של עקרון אורך הזרוע ניתן למצוא גם ביקורת

OECD – CENTER FOR TAX POL'Y & ADMIN., REVIEW OF COMPARABILITY AND OF PROFIT 135 METHODS: REVISION OF CHAPTERS I–III OF THE TRANSFER PRICING GUIDELINES 6

(2010), www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45763692.pdf

136 לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 727.

לא-מעטות.¹³⁷ ביקורות אלה נשמעות ככלל על רקע העובדה שמנגנון מחירי העברה מאפשר לנישומים רבים, ביניהם אשכול החברות הרב-לאומי, להימנע ולהתחמק מתשלום מס.¹³⁸ כפי שציינו קודם לכן, המנגנון השכיח ביותר להתחמקות ממס הוא העסקה הבין-חברתית.¹³⁹ כמו-כן, יש הטוענים כי הנחת-המוצא של עקרון אורך הזרוע, שלפיה על תאגידים קשורים להתקשר בעסקה באותו אופן שבו היו מתקשרים תאגידים שאינם קשורים, שגויה מיסודה. זאת, מכיוון שבין צדדים קשורים לא קיים האינטרס המנוגד אשר מגולם במסגרת מחיר העסקה. להפך, האינטרס המשותף הוא לרוב טובתו של אשכול החברות כולו, ואינטרס זה מגולם במחיר העסקה הבין-חברתית.¹⁴⁰ באופן ספציפי, מנגנון מחירי העברה לוקה בכמה כשלים וקשיים אינהרנטיים: הקושי בקביעת מחירים בתנאי שוק לפעילויות שאינן מוחשיות,¹⁴¹ כגון שימוש בסימני מסחר ומכירת פטנטים; פוטנציאל הפגיעה באשכול החברות הרב-לאומי, שכן ייתכן מצב שבו תאגידים המרכיבים אותו יחויבו בתשלום מס אף שבראייה כוללת ספג אשכול החברות הרב-לאומי הפסדים;¹⁴² אי-הוודאות בקרב תאגידים באשר להיקף המס שיוטל עליהם, העלולה לפגוע בעריכת עסקות; הפגיעה בחיזוי ההכנסות ממיסים של רשויות המס;¹⁴³ הקושי בבחינת מחירי העברה בשווקים מונופוליסטיים;¹⁴⁴ והתנהגות דורסנית

137 למאמר ביקורת מקיף וממצה על עקרון אורך הזרוע ראו: Reuven S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation* (Law & Economics Working Papers Archive: 2003–2009, Paper No. 73, 2007). לטענה כי משטר מחירי העברה הוא לב הבעייתיות במשטר המיסים הבין-לאומי ראו: *Top U.S. Tax Expert in Savage Attack on Transfer Pricing Rules*, TAX JUSTICE NETWORK (Aug. 23, 2012), www.taxjustice.blogspot.ch/2012/08/top-us-tax-expert-in-savage-attack-on.html ראו גם: Kimberly A. Clausing & Reuven S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment* (The Hamilton Project, Discussion Paper No. 2007-08, 2007), www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2007/6/corporatetaxes-clausing/200706clausing_aviyonah.pdf

138 Prem Sikka & Hugh Willmott, *The Dark Side of Transfer Pricing: Its Role in Tax Avoidance and Wealth Retentiveness* 3 (Essex Business School, Working Paper No. 2010-1, 2010), repository.essex.ac.uk/8098/1/WP2010-1%20-%20PSikka%20Transfer%20Pricing%20Paper.pdf ראו גם: Reuven S. Avi-Yonah & Ilan Benshalom, *Formulary Apportionment – Myths and Prospects* 10–12 (Law & Economics Working Papers, Paper No. 28, 2010), repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1138&context=law_econ_current

139 ראו דוגמה לעיל ליד ה"ש 117 ואילך.

140 Avi-Yonah, לעיל ה"ש 131, בעמ' 4–3; לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 722–723.

141 על הקושי האמור ניתן למצוא דיון בפסק-הדין בעניין *Lilly & Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 996 (1985).

142 אודי ברזלי ועידן דינאי "התנדבות לשלם מס?" **גלובס** 23.7.2001 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=507922

143 לוי ואסנפי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 750.

144 Sikka & Willmott, לעיל ה"ש 138, בעמ' 10.

של חברות רב-לאומיות, ה"מחסלות" מתחרים פוטנציאליים על-ידי רכישתם, מיוזגם או הבאתם לידי קריסה כלכלית. באשר לנקודה אחרונה זו, משטר מחירי ההעברה מבוסס כאמור על מנגנון של השוואה בין עסקה המתקיימת בשוק החופשי בין צדדים שאינם קשורים לבין עסקה המתבצעת בין צדדים קשורים. השוואה בין שתי עסקות היא המאפשרת להפעיל באפקטיביות את משטר מחירי ההעברה. "חיסול" המתחרות הפוטנציאליות מונע את יישום המשטר באופן מיטבי, ולעיתים הוא אף מונע כליל את יישום המשטר. בעיה נוספת היא שעקרון אורך הזרוע עלול להוביל לכפל מס במקרים שבהם משטר מחירי ההעברה מיושם באמצעות שיטות שונות. מעבר לכל, מדובר בהליך מורכב ומסורבל לתפעול, הכרוך בעלויות נכבדות.¹⁴⁵ התוצאה של כל אלה מסתכמת בקושי של מדינות להשוות בין עסקות בהתאם לעקרון אורך הזרוע.

נוסף על כשלים אלה, הפיכת העולם לכפר גלובלי הופכת את משטר מחירי ההעברה לקשה ליישום. הסיבה לכך היא שאשכול חברות רב-לאומי יכול לנהל את פעילותו היצרנית במספר רב של מדינות. ככל שמספר המדינות יגדל כן תעלה ההסתברות למיסוי כפול על-ידי מדינות שונות שבהן רשויות המס ידחו את המתודולוגיה שלפיה ביצע אשכול החברות את תמחור העסקות הבין-חברתיות.¹⁴⁶

כפי שניתן לראות, הביקורת העיקרית ביחס למשטר מחירי ההעברה נוגעת במידת האפקטיביות של המשטר בהגשמת תכליתו. זאת, עקב כשלים וקשיים אינהרנטיים למנגנון. המצב אף חמור יותר, שכן בחיי המעשה אשכולות חברות רב-לאומיים עושים שימוש במתודולוגיה של משטר מחירי ההעברה כהצדקה לאופן שבו הם מתמחרים את העסקות, כך שבפועל הרווחים מוסטים למדינות שבהן שיעורי המס נמוכים במיוחד אף שבמקרים רבים אין לאשכולות חברות אלה פעילות כלכלית משמעותית באותן מדינות. כלומר, הם לא רק עוקפים את המנגנון, אלא אף עושים בו שימוש להצדקת התנהלותם.

3. מיסוי עסקות של חברות עם סניפים שבבעלותן ("מוסד-קבע")¹⁴⁷

"מוסד-קבע" מהווה ביטוי לעקרון-היסוד שקבעו מדינות העולם, שלפיו זכות המיסוי הראשונה מוענקת למדינה שבה ההכנסה מופקת. מוסד-קבע מניח אפוא שהכנסה עשויה להיות מופקת במדינה שונה ממדינת ההתאגדות של התאגיד. יתר על כן, עיקרון זה מניח כי הכנסה עשויה להיות מופקת בכמה מדינות שונות. בהתאם לכך אומץ עיקרון מיסי ביחס למוסדות-קבע של תאגידיים, שלפיו במקרים שבהם לתאגיד יש פעילות כלכלית משמעותית במדינות שונות ממדינת ההתאגדות שלו, ימוסו הכנסותיו באופן הבא: תחילה תמוסה ההכנסה במדינות שבהן נמצאים "מוסדות-קבע". לאחר-מכן, לנוכח העובדה שבמיסוי הכנסה מכוח תחולה פרסונלית מיסי חוץ הם בני זיכוי, יוטל מס

145 Avi-Yonah, לעיל ה"ש 131, בעמ' 7.

146 Sikka & Willmott, לעיל ה"ש 138, בעמ' 9.

147 להרחבה ראו תמיר שאנן ואורי גולדפריד "מיסוי סניפים ישראלים של תאגידיים זרים" מיסים כט/2 א-1 (2015).

נוסף במדינת התושבות של התאגיד רק כאשר שיעורי המס במדינת התושבות של התאגיד גבוהים משיעורי המס במדינה שבה הופקו הכנסות אלה. במדינות שונות עוגנה הגדרת "מוסד-הקבע" בחקיקת המס המקומית.¹⁴⁸ כמו-כן, מונח זה נפוץ באמנות מס דו-צדדיות.¹⁴⁹ יוער כי יש נפקות לשאלה אם מוסד-הקבע מהווה סניף או חברה-בת. לצורך המחשת הסוגיה נציג שני תרחישים: בתרחיש האחד, חברת HB, שהתאגדה בארצות-הברית, מנהלת את עסקיה מארצות-הברית, ופועלת בישראל לא באמצעות תאגיד, אלא באמצעות סניף; ובתרחיש האחר, חברת MD, אשר התאגדה אף היא בארצות-הברית, מנהלת את עסקיה מארצות-הברית, ופועלת בישראל באמצעות חברה-בת (שהתאגדה בישראל ומנוהלת מישראל). למען הסר ספק יובהר כי הפעילות בישראל בשני התרחישים עולה כדי "מוסד-קבע", כהגדרתו באמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות-הברית. נתאר שני מצבי-עולם. במצב האחד שיעור מס החברות בישראל עומד על 25%, ואילו שיעור מס החברות בארצות-הברית עומד על כ-35%. במצב זה תמוסה פעילותה של HB באמצעות הסניף הישראלי שלה במס חברות ישראלי בשיעור של 25%, ואילו בארצות-הברית תמוסה מלוא ההכנסה בגובה ההפרש שבין מס החברות האמריקאי למס החברות הישראלי (ארצות-הברית תעניק זיכוי בגובה המס הישראלי להכנסות הסניף בישראל). לעומת זאת, פעילותה של MD באמצעות החברה-הבת הישראלית שלה תמוסה במס חברות ישראלי בשיעור של 25% מדי שנה, ורק בעת חלוקת הדיווידנד לחברה-האם ינוכה בישראל מס נוסף בשיעור מופחת של 12.5% מהרווחים המחולקים, כאמור באמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארצות-הברית. כפועל יוצא מכך, בעוד בתרחיש הראשון ישראל זוכה להטיל מס סופי של 25% בלבד, בתרחיש השני ישראל זוכה להטיל מס סופי מצטבר של כ-34.38% (25% מס חברות ו-9.38% מס על הדיבידנד בעת חלוקתו).

תפקידו העיקרי של מוסד-הקבע נוגע אפוא בחלוקת הכנסות התאגיד בין מדינת התושבות של התאגיד (גם אם התאגיד אינו מקיים בה שום פעילות כלכלית) לבין המדינות שבהן מתבצעת פעילות כלכלית משמעותית. לצורך ההכרה בפעילות כלכלית כיוצרת מוסד-קבע, יש לעמוד בכמה תנאים מצטברים, אשר זהים בשלוש אמנות-המודל (שאליהן נתייחס מיד) שלאורן נכרתות אמנות המס: לתאגיד יש מקום עסקים פיזי; במקום העסקים מתקיימת פעילות כלכלית; פעילות כלכלית זו היא קבועה; והפעילות הכלכלית, כולה או חלקה, מנוהלת על-ידי התאגיד.¹⁵⁰

148 בישראל, הגם שאין הגדרה מפורשת ל"מוסד-הקבע" בפקודת מס הכנסה, פרסמה רשות המיסים את עמדתה ביחס למונח זה אף בהעדר אמנת מס דו-צדדית. ראו רשות המיסים בישראל "מוסד קבע" החלטות מיסוי 20/06 (2006); רשות המיסים בישראל "מוסד קבע" החלטות מיסוי 30/07 (2009).

149 אבי נוב "מוסד קבע" The Marker – דין וחשבון 2.12.2001 1.40991 law/www.themarker.com; להרחבה ראו פרק ג להלן.

150 כך, לדוגמה, קובע ס' 5(1) (סעיף ההגדרות) לאמנת-המודל של ארגון ה-OECD, לעיל ה"ש 122: "For the purposes of this Convention, the term 'permanent establishment' means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on."

שלוש אמנות-המודל¹⁵¹ שלאורן נכרתות אמנות המס הן אמנת-המודל של המדינות החברות בארגון ה-OECD, המשמשת טיוטה לאמנות מס בין מדינות מפותחות;¹⁵² אמנת-המודל של האו"ם, המשמשת טיוטה לאמנות מס בין מדינות מתפתחות;¹⁵³ ואמנת-המודל של ארצות-הברית, המשמשת טיוטה לאמנות שארצות-הברית צד להן.¹⁵⁴ שלוש אמנות אלה כוללות רשימה של גופים או אתרים שיכולים להיחשב מוסדות-קבע של תאגיד במדינה שאינה מדינת תושבותו. עם אלה נמנים הנהלה, סניף, משרד, מפעל, בית-מלאכה, מכרה ועוד.¹⁵⁵ מן העבר האחר, שלוש אמנות-המודל מתייחסות למקרים שבהם לא נכיר במוסד-קבע. מדובר במקרים שבהם התאגיד המקומי מנהל פעילות עסקית המהווה רק פעילות הכנה או סיוע לפעילות העסקית, או כאשר מדובר בסוכן בלתי-תלוי אשר אין בכוחו להכפיף את אשכול החברות הרב-לאומי באמצעות חתימתו על חוזים עסקיים.¹⁵⁶

בנוגע למוסד-הקבע מתעוררות בעיות אחדות. ראשית, הרשימה האמורה משקפת זירות מסחר מסורתיות שהיו רלוונטיות בעיקר לימים עברו. שנית, פעילות הכנה או סיוע יכולה להיות מרכיב משמעותי בשרשרת הייצור על-אף היקף המשאבים המצומצם המושקע בתחומיה של מדינה כלשהי. על-כן נראה כי ההגדרה הנוכחית אינה הולמת את ההתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות. במילים אחרות, כיום ניתן לקיים פעילות ענפה במדינות שונות מבלי שפעילות זו תוגדר כיוצרת מוסד-קבע, בשל ההגדרה האנכרוניסטית של מונח זה, ועל-כן פעילות זו לא תמוסה באותן מדינות.¹⁵⁷

151 יש לציין כי ניסיון ליצור אמנת-מודל רב-צדדית (מולטילטרלית) על-ידי חבר-הלאומים נחל כישלון. זאת, עקב חוסר עניין שהביעו חברות הארגון. לעניין זה ולהרחבה על אמנות-המודל השונות ראו צבי אלטמן "מקורות האמנות הבילטרליות למניעת כפל מס ומטרותיהן" **מיסים** כ/5, 14, 17, 26-31 (2006).

152 ראו אמנת-המודל של ארגון ה-OECD, לעיל ה"ש 122. אמנת-המודל זו עשויה להוות טיוטה אף למדינות שאינן חברות בארגון ה-OECD. כך, לדוגמה, רוב האמנות שישראל צד להן מתבססות על אמנת-המודל של ה-OECD. זאת, על-אף העובדה שישראל הצטרפה לארגון ה-OECD רק בשנת 2010.

153 ראו אמנת-המודל של האו"ם, לעיל ה"ש 93. מודל זה מתבסס על מודל ה-OECD, אך מחלק את עוגת המס באופן שמעניק נתח גדול יותר למדינות עולם שלישי בהשוואה לחלוקת המס המקובלת.

154 United States Model Income Tax Convention (1996) (להלן: אמנת-המודל של ארצות-הברית).
155 ס' 5(2) לאמנת-המודל של ארגון ה-OECD, לעיל ה"ש 122.

156 שם, ס' 5(4).

157 Arthur J. Cockfield, *Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test*, 38 CAN. BUS. L.J. 400 (2003); Robert Couzin, *The OECD Project: Transfer Pricing Meets Permanent Establishment*, 53 CAN. TAX J. 401 (2005); Benjamin Hoffart, *Permanent Establishment in the Digital Age: Improving and Stimulating Debate Through an Access to Markets Proxy Approach*, 6 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 106 (2007); Charles E. McLure, Jr., *Alternatives to the Concept of Permanent Establishment*, 6 REPORT OF PROCEEDINGS OF THE FIRST WORLD WAR CONFERENCE: TAXES WITHOUT BORDERS 1 (Canadian Tax Foundation, 2000).

נוסף על כך, היסוד למיסוי מוסד-הקבע נעוץ בהימצאותו של מנגנון עסקי המייצר הכנסה. אולם ייתכנו סיטואציות שבהן איתור מנגנון הכנסה כזה יהיה מורכב וקשה. בעייתיות זו מאפיינת את אשכול החברות הרב-לאומי, המורכב מתאגידים רבים המקיימים פעילות במדינות רבות.¹⁵⁸ בתגובה על הקשיים האמורים, ארגון ה-OECD וארצות-הברית פועלים בשנים האחרונות להרחבת ההגדרה של מוסד-הקבע, כך שתכלול בגדר מוסד-הקבע גם פעילויות הכנה וסיוע לפעילויות המכירה, וכן סוכנים הפועלים במדינות שונות. מהלך זה נועד להרחיב את קשת המקרים שבהם יהיה אפשר למסות את רווחיו של מוסד-הקבע במדינות שאינן מדינת התושבות של התאגיד.¹⁵⁹ שלוש אמנות-המודל שימשו את ישראל עד היום בכריכת 54 אמנות למניעת כפל מס.¹⁶⁰ חרף העובדה ש-50 מבין אותן 54 אמנות נחתמו לפני שישראל הצטרפה לארגון ה-OECD, רובן אימצו באופן נרחב את אמנת-המודל של ארגון זה, אם כי ניתן לאתר סטיות אחדות ממנה – חלקן בהשפעת אמנת-המודל של ארצות-הברית וחלקן בהשפעת אמנת-המודל של האו"ם.

אולם גם בהנחה שפעילות התאגיד במדינה מסוימת עולה כדי מוסד-קבע, סוגיה מרכזית שנותרת עלומה עניינה בקביעת הפרמטרים לחלוקת ההכנסות בין התאגיד למוסדות-הקבע שלו. אמנות מס דו-צדדיות ואמנות-המודל מבחינות בין שתי סיטואציות: בסיטואציה האחת אשכול החברות הרב-לאומי מנהל את עסקיו באמצעות

158 רפעתא עזאם המיסוי הבינלאומי של המסחר האלקטרוני 28–31 (2013); אבי נוב "מוסד הקבע (Permanent Establishment) באמנות המס ומשמעותו בעידן הדיגיטלי" מיסים 3/ז' 11, 14 (2002).

Int'l. Chamber of Com. Comm'n on Tax'n, ICC Comments on "Revised Proposals 159 Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)" 4–5 (2013), available at www.oecd.org/ctp/treaties/PERMESTICC.pdf. יש לציין, עם זאת, כי הכרה בפעילות מסוימת כיוצרת מוסד-קבע אינה מהווה פתרון מלא, מכיוון שעל-מנת למסות את ההכנסה במדינה שבה מצוי מוסד-הקבע, יש לתת מענה לבעיית כימות ההכנסה שנוצרה במוסד-הקבע ביחס לכלל רווחיו של אשכול החברות הרב-לאומי.

160 לישראל יש אמנות למניעת כפל מס עם המדינות הבאות: שוודיה (1959); גרמניה (1962); נורווגיה (1966); אוסטרליה (1970); אנגליה (1970); בלגיה (1972); קנדה (1978); דרום-אפריקה (1978); ג'מייקה (1984); הונגריה (1991); פולין (1991); הפיליפינים (1992); יפן (1993); רוסיה (1994); ארצות-הברית (1994); צ'כיה (1994); סין (1995); צרפת (1995); איטליה (1995); יוון (1995); אירלנד (1995); תאילנד (1996); הולנד (1996); הודו (1996); טורקיה (1996); פינלנד (1997); קוריאה הדרומית (1997); רומניה (1997); אוזבקיסטן (1998); מקסיקו (1998); סלובקיה (1999); ספרד (1999); בולגריה (2000); בלרוס (2000); ברזיל (2002); שווייץ (2003); אוקראינה (2003); אתיופיה (2004); לוקסמבורג (2004); סינגפור (2005); ליטא (2005); לטביה (2006); פורטוגל (2006); קרואטיה (2006); מולדובה (2006); סלובניה (2007); אסטוניה (2009); וייטנאם (2009); דנמרק (2009); טייוואן (2009); גיאורגיה (2010) ופנמה (2012). גם עם מלטה (2010) ועם מקדוניה (2015) נחתמו אמנות למניעת כפל מס, אך הן טרם נכנסו לתוקף. ראו "אמנות למניעת כפל מס" אתר משרד האוצר – אגף הכלכלן הראשי, www.mof.gov.il/ChiefEcon/InternationalTaxation/Pages/DoubleTaxPreventionAgreements.aspx.

חברות אחרות שבשליטתו; ואילו בסיטואציה האחרת אשכול החברות הרב-לאומי מנהל את עסקיו לא באמצעות חברות אחרות שבשליטתו. להבחנה זו יש נפקות של ממש בנוגע למיסויו. סעיפים שונים באמנות השונות קובעים כי אם אשכול חברות מנהל את עסקיו באמצעות חברות אחרות שבשליטתו, הוא ימוסה על-פי עקרון אורך הזרוע, ובמקרים שבהם ייקבע כי התנאים המסחריים-העסקיים בין החברות השונות חורגים מתנאי השוק, תהיה למדינות הסמכות להתעלם מאותם תנאים. כך, למשל, קובע סעיף 11 לאמנת המס בין ישראל לארצות-הברית:

"מקום שאדם [ובכלל זה חברה] הכפוף למערכת המסים של אחת מן המדינות המתקשרות וכל אדם אחר קשורים זה בזה, ובמקום שבני אדם [חברות] קשורים אלה עורכים הסדרים או קובעים תנאים ביניהם השונים מאלה שהיו נקבעים בין בני אדם [חברות] בלתי תלויים, הרי שכל הכנסה, ניכויים, זיכויים או הנחות, שאלמלא אותם הסדרים או תנאים היו מובאים בחשבון בחישובם של ההכנסה (או ההפסד) של אחד מבני האדם [מהחברות] הללו, או של המס המשתלם על ידו, ניתן להביאם בחשבון בחישובם של סכום ההכנסה החייבת במס ושל המסים המשתלמים על ידי אותו אדם [חברה]".¹⁶¹

באופן דומה, סעיף 8(2) לאמנת המס בין ישראל להולנד קובע כך:

"מקום שמפעל של אחת המדינות מנהל עסקים במדינה האחרת באמצעות מוסד-קבע הנמצא שם, ייחסו בכל אחת מהמדינות לאותו מוסד-קבע את הרווחים שהיו צפויים לו אילו היה זה מפעל נבדל ונפרד העוסק באותן פעולות או בפעולות דומות, ובאותם התנאים או בתנאים דומים, ומקיים יחסים של מפעל בלתי תלוי עם המפעל שהוא משמש לו מוסד-קבע".¹⁶²

כלומר, ניתן להסיק כי כאשר יש תלות בין חברות קשורות, העיקרון שלפיו נפעל הוא עקרון אורך הזרוע. המצב שונה כאשר אשכול החברות מנהל את עסקיו לא באמצעות חברות שבשליטתו. סעיף 7(4) לאמנת-המודל של האו"ם קובע כי במצב זה ימוסה אשכול החברות על תרומתו היחסית של מוסד-הקבע לפעילות הכללית. לשם כך יהיה צורך לחשב תחילה את כלל ההכנסה של אשכול החברות, ורק לאחר-מכן יבחן היקף פעילותו של מוסד-הקבע במדינה. סעיף 7(4) קובע כך:

161 ס' 11(1) לאמנה בין ממשלת ישראל ובין ממשלת ארצות הברית של אמריקה לגבי מסים על הכנסה, כ"א 37 (נחתמה ב-1975) (אושרה ב-1994) (ההדגשה הוספה). ס' 2 לאמנת המס ("הגדרות כלליות") קובע בס"ק (ה)1(ה) כי "אדם" – כולל יחיד, שותפות, חברה, עובד או נאמנות".

162 ס' 8(2) לאמנה בין מדינת ישראל לבין ממלכת הולנד בדבר מניעת מסי כפל ומניעת התחמקות ממס לגבי מסים על הכנסה והון, כ"א 23, 221 (נחתמה ב-1970) (אושרה ב-1996) (להלן: אמנת המס בין ישראל להולנד) (ההדגשה הוספה).

"In so far as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article."¹⁶³

סעיף זה אינו נמצא בכל האמנות הדו-צדדיות של ישראל. זאת, להבדיל מהסעיף המתייחס לאשכול חברות רב-לאומי המנהל את עסקיו באמצעות חברות אחרות שבשליטתו. למרות זאת, דוגמה ניתן למצוא בסעיף 8(4) לאמנת המס בין ישראל להולנד:

"עד כמה שהיה נוהג במדינה לקבוע את הרווחים שיש לייחס למוסד-קבע על בסיס של מינון כלל רווחי המפעל לחלקיו השונים, האמור בסעיף 2 לא ימנע אותה מדינה מלקבוע את הרווחים החייבים מס לפי שיטת המינון הנהוגה בה; אך יש לאמץ שיטת מינון שתביא לתוצאות התואמות את העקרונות הנקבעים בסעיף זה."¹⁶⁴

כפי שניתן להיווכח, בעוד במיסוי הכנסות בין חברות קשורות נעשה שימוש בעקרון אורך הזרוע כפי שהוא בא לידי ביטוי במשטר מחירי ההעברה, במיסוי הכנסות של חברות שאינן בשליטת המיזם נעשה שימוש במודל המיסוי המאוחד (unitary taxation). אנו סוברים כי אין מקום להבחין בין שני מקרים אלה לצורך דיני המס. נשאלת אפוא השאלה אם ניתן לראות בחברה-בת מעין מוסד-קבע של החברה-האם, ולמסותה על-פי משטר מיסוי החברות המאוחד, או שמא אין מנוס מאימוץ משטר מחירי ההעברה. לה-גל (Le Gall) הציע לפרש את הוראת סעיף 7(4) לאמנת-המודל של האו"ם כחלה גם על היחסים שבין תאגידים קשורים כאשר מתקיימת תלות כלכלית ביניהם, ובהנחה שהחברה-הבת מהווה "סוכן" של החברה-האם. בצורה כזו הוא מבקש להחיל על סיטואציה זו את מודל המיסוי המאוחד.¹⁶⁵

סעיף זהה לסעיף 7(4) האמור נכלל עד לאחרונה באמנת-המודל של ארגון ה-OECD. השמטת הסעיף משקפת את דעתן של מדינות ה-OECD כי יש לבטל את ההבחנה בין מיסוי חברות קשורות למיסוי חברות שאינן קשורות, ולוודא שלא תהיה סטייה מעקרון

163 ס' 7(4) לאמנת-המודל של האו"ם, לעיל ה"ש 93.

164 ס' 8(4) לאמנת המס בין ישראל להולנד, לעיל ה"ש 162 (ההדגשה הוספה). סעיף דומה קיים באמנת המס בין ישראל לממשלת הרפובליקה הצרפתית.

165 Jean Pierre Le Gall, *Can a Subsidiary Be a Permanent Establishment of Its Foreign Parent? Commentary on Article 5, par. 7 of the OECD Model Tax Convention*, 60 TAX L.

.REV. 179 (2007).

אורך הזרוע ומהמתודולוגיה של מחירי ההעברה, וזאת על-אף הקשיים הידועים באשר לאפקטיביות של אכיפתה.¹⁶⁶

מכיוון שאמנות המס הדו-צדדיות שישראל כרתה במשך השנים מתבססות ברובן על אמנת-המודל של ארגון ה-OECD, הסדר זה הוא ההסדר החל על אמנות אלה. אף-על-פי-כן, אבי-יונה (Avi-Yonah) וטינהגה (Tinhaga) מצביעים על עשרות אמנות דו-צדדיות ששמרו על ההבחנה האמורה.¹⁶⁷ משכך, המסקנה היא שבעולם המציאות יש העדפה לשמירת ההבחנה האמורה.

כפועל יוצא מן ההבדל האמור, לאשכול החברות הרב-לאומי יש תמריץ לקיים את פעילותו באמצעות חברות-בנות שממוקמות במקלטי-מס, ולהימנע מהקמת סניפים. באופן זה הוא יוכל להתחמק ב"אלגנטיות" מרשויות המס. כמו-כן, מכיוון שרשויות המס יכולות בסיטואציות אלה למסות את החברה-הבת רק כאשר מחולק דייווידנד, באפשרותם של תאגידים אלה להקפיא את חלוקת הדייווידנד. לחלופין, הם יכולים להמיר את הדייווידנד שיחולק לבעלי המניות בהטבות אחרות, דוגמת הצעות לרכישת מניות בחברה-בת אחרת של אשכול החברות הרב-לאומי בתנאים מוטבים.

(4) סיכום-ביניים

מיסוי של אשכול חברות רב-לאומי לוקה כיום בכמה בעיות. נראה כי הגדרת "מוסד-הקבע" אינה מדביקה את קצב השינויים הגלובליים וההתפתחויות הטכנולוגיות. המצב חמור אף בנוגע למשטר המיסוי המרכזי – משטר מחירי ההעברה. משטר זה לוקה בחוסר אפקטיביות, ויישומו מורכב מאוד. המצב החמיר עם הזמן, שכן אשכולות חברות רב-לאומיים נעשו מודעים לתת-אכיפה של משטרי המס הקיימים, וכתוצאה מכך נוצרה זילות של משטרים אלה. נוסף על כך, אשכולות חברות רב-לאומיים השכילו להבין כי פעילות באמצעות חברה-בת, להבדיל מפעילות באמצעות סניפים, מאפשרת להם להתחמק מתשלום מס בקלות יחסית.

בתגובה על המצב הקיים הכריז ארגון ה-OECD בשנת 2013 כי אי-אפשר להמשיך להתעלם מכך שהכללים הקיימים למלחמה בתופעת מחירי ההעברה ביחס לעסקות בין-חברתיות אינם אפקטיביים. בפועל חוסר האפקטיביות של משטר מחירי ההעברה מאפשר לאשכולות החברות הרב-לאומיים להפחית את נטל המס המושת עליהם במידה משמעותית. הארגון הצביע על שלושה מגזרים שנפגעים כתוצאה מהמצב הקיים: ממשלות נפגעות עקב כך שהן נאלצות להתמודד עם ירידה בהכנסות ממיסים; נישומים שאינם אשכולות חברות רב-לאומיים נפגעים שכן הם נושאים בנטל מס גדול יותר בהשוואה לאשכולות חברות רב-לאומיים, וכפועל יוצא מכך יכולתם להתחרות בישויות אלה נפגעת; ונישומים בשר-ודם נפגעים משום שהם נושאים בנתח גדול יותר מנטל

166 ס' 7(2) לאמנת-המודל של ארגון ה-OECD, לעיל ה"ש 122.

167 Reuven S. Avi-Yonah & Zachee Pougá Tinhaga, *Unitary Taxation and International Tax Rules* (Int'l Centre for Tax and Development Working Paper No. 26, 2014), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351920

המס הכולל, לנוכח העובדה שאשכולות חברות רב-לאומיים נושאים בנטל מס קטן יותר עקב תכנוני מס.¹⁶⁸

כדי להתמודד עם בעיה זו, אימץ ארגון ה-OECD תוכנית פעולה המכונה Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). הוועדה המליצה על כמה צעדים כדי להתמודד עם המצב הקיים. לנוכח התרחבות היקף העסקות המשלכות קניין רוחני, קבעה הוועדה כי יש צורך בשינוי הדין. לשם כך יש לנתח מחדש את אופן יצירת ההכנסה תוך שימת דגש בהתפתחות הטכנולוגית, ולוודא ככל האפשר שהמדינות הרלוונטיות יקבלו נתח מהכנסות התאגיד על-פי תרומתן.¹⁶⁹ כן הומלץ להרחיב את חובות הגילוי והשקיפות של אשכולות החברות הרב-לאומיים, כדי לאפשר מעקב אחר העסקות הביין-חברתיות שהם מבצעים.¹⁷⁰ נוסף על כך נדרש, בין היתר, להוסיף לאמנת-המודל של ארגון ה-OECD הוראות שימנעו שימוש בפרקטיקות פסולות לשם השגת יתרונות מס.¹⁷¹ אנו סוברים כי תוכנית ה-BEPS מהווה הכרה פומבית בכך שהדין הנוהג כשל. עם זאת, אנו סוברים כי תיקון המצב באופן שהוצע אינו הדרך הרצויה. בפרק הבא נבקש להציע מודל חלופי למשטר מחירי ההעברה ולהצעה של ארגון ה-OECD.

פרק ג: שינוי תפיסתי – מודל מיסוי חברות מאוחד (Unitary Taxation)

המונח "מיסוי מאוחד" (unitary taxation) מוכר לרובנו מההקשר של מיסוי התא המשפחתי, שבו מתעוררת השאלה אם יש לאחד את הכנסות בני-הזוג לצורכי מס או שמא למסות כל אחד מהם בנפרד.¹⁷² בדומה לכך, מיסוי החברות המאוחד עוסק בשאלה כיצד יש למסות את הכנסותיהם של התאגידים המרכיבים את אשכול החברות הרב-לאומי – כיחידה משפטית-כלכלית אחת או כיחידות נפרדות. מודל זה נועד להוות תחליף הולם למשטר מחירי ההעברה, המתבסס על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת. על-פי מודל מיסוי החברות המאוחד, לגיטימי – ואף ראוי – למסות את אשכול החברות הרב-לאומי על כלל הכנסותיו כיחידה אחת. מודל זה נשען על שינוי תפיסתי שלפיו

168 OECD, ACTION PLAN ON BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING 8 (2013), www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf (להלן: תוכנית ה-BEPS).

169 שם, בעמ' 13.

170 שם, בעמ' 14. ראו גם: TAX JUSTICE NETWORK, *Country By Country Reporting*, www.taxjustice.net/topics/corporate-tax/country-by-country.

171 תוכנית ה-BEPS, לעיל ה"ש 168, בעמ' 18.

172 ראו, לדוגמה, את הדיון בפסקי-הדין ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נז(3) 750 (2003); ע"א 8114/09 מלכיאלי נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם בנבו, 1.2.2012). ראו גם ס' 65 ו-66 לפקודת מס הכנסה.

החיץ המפריד בין הישויות השונות באשכול החברות הרב-לאומי הוא פיקטיבי. כפי שהוכחנו קודם לכן, תפיסה זו מקבלת תימוכין הן מעולם המשפט והן מעולם הכלכלה.

שימוש במודל זה ניתן למצוא כבר בשנות השלושים של המאה הקודמת, בעיקר במשטרים פדרליים כארצות-הברית. מעניין שהאיחוד האירופי הסכים לקבל על עצמו את השינוי התפיסתי שהביא עימו מודל מיסוי החברות המאוחד רק בשנת 2001, כאשר הקים צוות-עבודה שיפעל להחלת מודל ה-Common Consolidated Corporate Tax Base בקרב המדינות החברות באיחוד.¹⁷³ יתר על כן, ולמרות הקמתו של צוות-העבודה האמור, עד למועד כתיבתן של שורות אלה טרם אומצה שיטה של מיסוי חברות מאוחד בקרב המדינות החברות באיחוד האירופי.

מבחינה מעשית, מיסוי החברות המאוחד ממסה את אשכול החברות הרב-לאומי באופן הבא: בשלב הראשון מאחדים את כלל ההכנסות שהופקו על-ידי התאגידים השונים באשכול; ובשלב השני מחלקים את כלל ההכנסות בין המדינות שבתחומן נעשתה פעילות יצרנית על-ידי אחד התאגידים באשכול או יותר. ההכנסות מיוחסות בהתאם לרכיבים מסוימים – דוגמת נכסים, שכר עבודה והיקף מכירות – לפי המשקל שניתן לכל רכיב.

להמחשת אופן הפעולה של נוסחת הייחוס נשתמש בדוגמה המספרית הבאה: החברה הרב-לאומית MC, העוסקת ביעוץ עסקי לתעשיית הרכב, מקיימת פעילות בשלוש מדינות. בקנדה נמצאת החברה-האם, ובישראל ובאיטליה יושבות החברות-הבנות. ההכנסה החייבת בחברה-האם בקנדה היא 200,000 דולר, ההכנסה החייבת בחברה-הבת בישראל היא 500,000 דולר, וההכנסה החייבת בחברה-הבת באיטליה היא 700,000 דולר. החברה מספקת את שירותיה בכל שלוש המדינות. בקנדה היקף המכירות עומד על 4,000,000 דולר, בישראל הוא עומד על 2,000,000 דולר, ואילו באיטליה הוא עומד על 3,000,000 דולר. כדי לספק את שירותי הייעוץ, החברה מעסיקה עובדים בכל שלוש החברות. תשלום שכר העבודה בקנדה הוא 1,000,000 דולר, תשלום שכר העבודה בישראל הוא 2,000,000 דולר, ותשלום שכר העבודה באיטליה הוא 3,000,000 דולר. עובדים אלה מספקים את שירותיהם בנכסיו של אשכול החברות הרב-לאומי. בקנדה יש לתאגיד נכסים בשווי של 4,000,000 דולר, בישראל יש לתאגיד נכסים בשווי של 1,000,000 דולר, וגם באיטליה יש לתאגיד נכסים בשווי של 1,000,000 דולר. שיעור מס החברות בקנדה הוא 15%,¹⁷⁴ בישראל השיעור הוא 25%, ואילו באיטליה הוא 27.5%.

Sol Picciotto, *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* 3–4 (Tax Justice Network, 2012), www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/Towards-Unitary-Taxation-Picciotto-2012.pdf. להרחבה ראו חלק ה-10 (ב) להלן.

174 בקנדה יש מיסי חברות בשתי רמות: ברמה הפדרלית וברמת הפרובינציאלית. כדי לפשט את הדוגמה, נימנע מלכלול בחישוב את המיסים הפרובינציאליים. להרחבה ראו תת-פרק 2 להלן.

נרכז את הנתונים בטבלה, ונחשב את סך המס שניתן לייחס לכל מדינה (T_i):

קנדה	ישראל	איטליה	
$\mu_1=200,000$	$\mu_2=500,000$	$\mu_3=700,000$	ההכנסה החייבת בכל אחת מהחברות (μ_i)
$\mu=1,400,000$			סך ההכנסות הניתנות למיסוי (μ)
$S_1=4,000,000$	$S_2=2,000,000$	$S_3=3,000,000$	היקף המכירות (S_i)
$S=9,000,000$			סך היקף המכירות (S)
$P_1=1,000,000$	$P_2=2,000,000$	$P_3=3,000,000$	שכר העבודה (P_i)
$P=6,000,000$			סך שכר העבודה (P)
$A_1=4,000,000$	$A_2=1,000,000$	$A_3=1,000,000$	הנכסים (A_i)
$A=6,000,000$			סך הנכסים (A)
$t_1=15\%$	$t_2=25\%$	$t_3=27.5\%$	שיעור מס החברות

נוסחת הייחוס הקלסית מוצגת כך:

$$T_i = t_i * \mu * \left(S_w * \frac{S_i}{S} + P_w * \frac{P_i}{P} + A_w * \frac{A_i}{A} \right)$$

לצורך הדוגמה, S_w , המשקף את המשקל שניתן להיקף המכירות, יהיה 0.5; P_w , המשקף את המשקל שניתן לשכר העבודה, יהיה 0.25; ו- A_w , המשקף את המשקל שניתן לנכסים, יהיה 0.25.¹⁷⁵ כעת נחשב את החבות במס של כל אחת מהחברות בשלוש המדינות תוך שימוש בנוסחה:¹⁷⁶

• חבות המס בקנדה –

$$T_1 = 0.15 * 1,400,000 * \left(0.5 * \frac{4}{9} + 0.25 * \frac{1}{6} + 0.25 * \frac{4}{6} \right) = 90,416.666$$

• חבות המס בישראל –

$$T_2 = 0.25 * 1,400,000 * \left(0.5 * \frac{2}{9} + 0.25 * \frac{2}{6} + 0.25 * \frac{1}{6} \right) = 82,638.888$$

• חבות המס באיטליה –

$$T_3 = 0.275 * 1,400,000 * \left(0.5 * \frac{3}{9} + 0.25 * \frac{3}{6} + 0.25 * \frac{1}{6} \right) = 128,333.333$$

חבות המס הכוללת של אשכול החברות הרב-לאומי בדוגמה שלעיל מסתכמת אפוא ב-301,388.88 דולר. כדי להבין את השלכותיה של נוסחת הייחוס, נחשב גם את

¹⁷⁵ יש לציין כי סך המשקלות חייב להיות שווה ל-1, ולכן $S_w + P_w + A_w = 1$.

¹⁷⁶ נדגיש כי המונים והמכנים בשברים השונים, בכל שלוש הנוסחות, מתייחסים לנתונים במיליוני דולר.

חבות המס הכוללת ואת חבות המס בכל מדינה אלמלא נעשה שימוש בנוסחה זו. חבות המס בכל מדינה תחושב כמכפלת ההכנסות הניתנות למיסוי בשיעור המס הרלוונטי.

- חבות המס בקנדה –

$$T_1 = 200,000 * 0.15 = 30,000$$

- חבות המס בישראל –

$$T_2 = 500,000 * 0.25 = 125,000$$

- חבות המס באיטליה –

$$T_3 = 700,000 * 0.275 = 192,500$$

במקרה זה החבות במס של אשכול החברות הרב-לאומי מסתכמת ב־347,500 דולר. מהשוואת שתי שיטות החישוב ניתן להסיק כמה מסקנות. ראשית, מסיפור העובדות עולה כי עיקר הפעילות של אשכול החברות הרב-לאומי נעשית בקנדה, שם שיעור מס החברות הוא הנמוך ביותר. חישוב החבות במס בקנדה באמצעות נוסחת הייחוס משקף אם כן בצורה מהימנה יותר את היקף הפעילות הנעשית בקנדה. שנית, בישראל נראה כי היקף הפעילות הוא הקטן ביותר. חישוב לא באמצעות נוסחת ייחוס יאפשר לישראל להתעשר לא בהתאם לפעילות שנעשתה בגבולותיה. לכן גם כאן נראה שנוסחת הייחוס משקפת בצורה מהימנה יותר את המציאות. שלישית, במקרה זה ברמת אשכול החברות הרב-לאומי נראה כי דווקא שיטת המיסוי המאוחד מיטיבה עימו.

מעבר לכך, היתרון הגלום במודל מיסוי החברות המאוחד נעוץ ביכולתו לצמצם את היקף ההתנהגות המניפולטיבית שאשכולות החברות הרב-לאומיים עלולים לנקוט, בדמות הסטת רווחים למדינות שבהן שיעורי המס נמוכים. זאת, מכיוון שמודל זה בוחן את כלל הכנסותיו של אשכול החברות הרב-לאומי, ללא קשר למקום שבו הופקו. אף-על-פי שיתרון זה כבר נלמד מהדוגמה המספרית שהצגנו, נחדדו באמצעות הדוגמה הבאה: חברת הזמנות ממוקמת באיי קיימן. חברה זו היא חלק מאשכול חברות רב-לאומי. הקמת החברה על-ידי אשכול החברות הרב-לאומי באיי קיימן לא נעשתה לשווא, שכן איי קיימן מהווים מקלט־מס. בחברה עובד אדם אחד. החברה אינה מספקת שירות הזמנות לתושבים המקומיים. בהתאם למשטר מחירי ההעברה ועקרון אורך הזרוע, אשכול החברות הרב-לאומי יכול להסיט את רווחיו לחברה זו, וכך להפחית את חבותו במס באופן מצרפי. לעומת זאת, שימוש במודל מיסוי החברות המאוחד מוביל לתוצאה שונה. בעזרת נוסחת ייחוס, חלק קטן ביותר מכלל הכנסותיו של אשכול החברות הרב-לאומי ייחס לחברה שנמצאת באיי קיימן. כפועל יוצא מכך לא ייהנה אשכול החברות הרב-לאומי משיעורי מס נמוכים לגבי רוב רווחיו.¹⁷⁷

יתרון נוסף המאפיין את מודל מיסוי החברות המאוחד הוא הפשטות

177 ראו *Transfer Pricing*, לעיל ה"ש 114.

האדמיניסטרטיבית, הודות לאיחוד הדוחות של כלל האשכול וניתוחם כמקשה אחת. כמו-כן, מודל זה משרה ודאות על התאגידים בשוק, שכן הללו יודעים כי אשכול החברות יבחן כיחידה אחת בכל סיטואציה. יתרון זה אינו מאפיין את משטר מחירי ההעברה. לעומת זאת, החיסרון הגדול של מודל מיסוי החברות המאוחד נעוץ בנוסחת הייחוס. אימוצו של מודל זה נדחה על-פני-רוב עקב מאבקים פוליטיים על האופן שבו יש לבנות את נוסחת הייחוס. מאבקים אלה נוגעים הן ברכיבים השונים בנוסחה והן במשקל שייחוס לכל רכיב.¹⁷⁸

לסיכום, לצד יתרונותיו הרבים של מודל מיסוי החברות המאוחד ניתן להצביע על חיסרון משמעותי אחד – אי-ההסכמה של המדינות על נוסחת ייחוס אחת. אף-על-פי-כן, פרופ' אבי-יונה סובר כי חיסרון זה יכול ליהפך ללא-רלוונטי אם ארצות-הברית תאמץ מודל זה בנוגע לעסקות בין-לאומיות.¹⁷⁹ נוסף על כך, כבר כיום ניתן למצוא מגמה של שינוי תפיסתי. מגמה זו באה לידי ביטוי בכמה משטרים פדרטיביים שאימצו את משטר מיסוי החברות המאוחד. סקירת מדינות אלה תיעשה בפרק הבא. כן ניתן למצוא מודלים ייחודיים העושים שימוש בעקרונות של מיסוי החברות המאוחד. מודלים אלה יידונו בפרק ה, שיעסוק בהצגת המודל הרצוי לדעתנו.

פרק ד: מיסוי חברות מאוחד במדינות פדרטיביות – מבט השוואתי

בפרק זה נציג יישום של מודל מיסוי החברות המאוחד בארבע מדינות פדרטיביות: ארצות-הברית, קנדה, שווייץ וגרמניה. הצגה זו תסייע בשני מישורים. במישור האחד ניוכח כי מודל זה אינו מצוי רק בתיאוריה, אלא נעשה בו שימוש במציאות. במישור האחר נגלה כי למודל מיסוי החברות המאוחד יש כמה תצורות. סקירת המודלים השונים במדינות אלה תסייע לנו באיתורו ובעיצובו של מודל מיסוי החברות המאוחד הרצוי בעינינו.

1. ארצות-הברית

מיסוי החברות במדינות ארצות-הברית (corporate state tax) מתבסס ככלל על העקרונות של מודל מיסוי החברות המאוחד. בארצות-הברית משטר זה מכונה combined

¹⁷⁸ שם.

¹⁷⁹ כפי שנראה בפרק הבא, ארצות-הברית אימצה את מודל מיסוי החברות המאוחד במסגרת מדיניות הפנים שהיא מנהיגה. לטענת אבי-יונה, אימוץ מודל המיסוי המאוחד על-ידי ארצות-הברית גם בנוגע לעסקות בין-לאומיות יוביל למגמת אימוץ רחבה בקרב מדינות אחרות בעולם. זאת, עקב כוחה הכלכלי של ארצות-הברית בזירה הבין-לאומית. ראו Avi-Yonah, לעיל ה"ש 137, בעמ' 27–28.

reporting. ברוב מדינות ארצות-הברית מוטל מכוח המשטר המדינתי מס בשיעור שביין 5% ל-10%¹⁸⁰, וזאת מעבר לשיעור המס הפדרלי השולי, העומד כיום על 35%¹⁸¹. שורשיה של שיטת מיסוי זו מתועדים כבר בשנת 1870¹⁸². באותה תקופה היה מס הרכוש הדרך העיקרית לגביית מיסים בארצות-הברית. בשנים אלה הייתה תעשיית הרכבות בהתפתחות מתמדת, אשר באה לידי ביטוי בפעילות חוצת גבולות, קרי, בפעילות שהתקיימה במקביל בכמה מדינות בארצות-הברית. מדינות אלה טענו כי ערך הרכוש של תעשיית הרכבות אינו משתקף מהימנה רק בערך הרכבות עצמן¹⁸³. נזכור כי המס המקובל באותה תקופה היה מס רכוש, ולכן האינטרס של המדינות היה להוכיח כי "ערך הרכוש" בתחומיהן גבוה ככל האפשר. בהמשך פנו מדינות אלה לבית-המשפט העליון האמריקאי, וזה קיבל את טיעונן¹⁸⁴. בית-המשפט קבע כי מס הרכוש יחושב על-פי הערך הכולל של חברות הרכבות, וזה יחולק באופן יחסי בין המדינות השונות בהתאם לאורך פסי הרכבת הנמצאים בהן¹⁸⁵.

בשנת 1909 חוקק החוק הפדרלי בעניין מס החברות (Corporate Income Tax Act)¹⁸⁶, ועד-מהרה החלו מדינות ארצות-הברית השונות לאמץ גם הן חוקים מדינתיים דומים¹⁸⁷. מחלוקת זוהי לזו שהתקיימה כארבעים שנה קודם לכן בעניין מיסוי תעשיית הרכבות התעוררה כעת בעניין מיסוי הכנסתן של החברות. בשנת 1916 החלו המדינות השונות בארצות-הברית לאמץ את מודל המיסוי המאוחד, במטרה ליישם מיסוי הוגן

180 לפירוט שיעורי המס המדינתיים השונים ראו: Jared Walczak, *State Corporate Income Tax Rates and Brackets for 2015*, TAX FOUNDATION (Apr. 21, 2015), taxfoundation.org/article/state-corporate-income-tax-rates-and-brackets-2015.

181 Department of the Treasury, *Instructions for Form 1120 – U.S. Corporation Income Tax Return* 17 (2015), www.irs.gov/pub/irs-pdf/i1120.pdf. שיעור מס זה נחשב הגבוה ביותר בקרב המדינות המפותחות. ראו: Jim Puzzanghera, *Corporate Tax Rate Overhaul May Be Part of a 'Fiscal Cliff' Deal*, L.A. TIMES (Dec. 25, 2012), articles.latimes.com/2012/dec/25/business/la-fi-corporate-tax-rate-20121225.

182 עד התיקון השישה-עשר לחוקת ארצות-הברית, בשנת 1913, לא הוטל בארצות-הברית מס הכנסה בשיעורים פרוגרסיביים על יחידים, מהטעם שהטלתו סתרה את הוראות החוקה. כאמור, התיקון השישה-עשר לחוקת ארצות-הברית פתר בעיה זו.

183 Joe Huddleston & Shirley Sicilian, *History and Considerations for Combined Reporting: Will States Adopt a Model Combined Reporting Statute?*, 2008 ST. & LOC. TAX LAW. 6–7.

184 Taylor et al. v. Sector et al., 92 U.S. 575 (1875).

185 שם. בית-המשפט קבע כך: "It may well be doubted whether any better mode of determining the value of that portion of the track within any one county has been devised than to ascertain the value of the whole road, and apportion the value within the county by its relative length to the whole".

186 חוק זה כונה גם Payne-Aldrich Tariff Act על-שם Sereno E. Payne והסנטור Nelson W. Aldrich.

187 נגד חוק מס החברות האמריקאי שנחקק בשנת 1909 הוגשה עתירה חוקתית. עתירה זו נדחתה בשל ההכרה כי האפשרות לפעול בצורה מאורגנת (כזו שמאפיינת חברה) היא יקרת-ערך, ולכן מוצדק להטיל עליה מס. ראו: Flint v. Stone Tracy Co., 220 U.S. 107 (1911).

וצורך יותר. שדולה שהופעלה על-ידי חברות במטרה למנוע את אימוצו של מודל זה לא צלחה. אלה קבעו כי במישור המדינתי מיסוי חברות מאוחד משקף חלוקת מס הוגנת בין המדינות השונות, להבדיל ממיסוי המבוסס על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת.¹⁸⁸ בשנות השלושים של המאה העשרים התגלעה בעיה נוספת. יותר ויותר חברות בחרו ליטול יחידות שונות של עסקיהן אשר בעבר נחשבו לחטיבות נפרדות ולשלבן במסגרת העסק המרכזי ("עסק מאוחד"). פרקטיקה זו העלתה את השאלה כיצד יש לחלק את ההכנסה של העסק המאוחד בשעה שהעסק מתנהל באמצעות נישומים קשורים, ולא באמצעות חטיבות נפרדות. דוגמה לכך ניתן למצוא בתעשיית הסרטים בקליפורניה. במדינה זו ניצלו את הפרצה בשיטת המיסוי כדי למנוע חברות סרטים בהוליווד מלגרוף רווחים באמצעות מערכת הפצה שהוקמה מחוץ למדינה.¹⁸⁹ מדובר בסרטים שהופקו בקליפורניה ונמכרו למפיצים מחוץ לקליפורניה. תוצאת התמחור הובילה לכך שרוב ההכנסות יוחסו לשותפי החברה מחוץ לקליפורניה. עמדת קליפורניה הייתה כי הרווח המיוחס למדינה אינו אמור להיות מושפע מהמבנה הארגוני של החברה, וכי אופן התמחור אינו אמור להשפיע על ייחוס ההכנסות למדינה מסוימת. לדעתם, הפקת הסרט והפצתו מהוות שתי פעילויות של החברה. לפיכך יש לייחס את החלק של הפקת הסרט למדינת קליפורניה, שם הופק הסרט. כך, ללא הסמכה מפורשת בחוק, קבעה קליפורניה כי יש לגבות את ההכנסה על-ידי איחוד ההכנסות וחלוקתן בהתאם לפעילות בכל מדינה ומדינה.¹⁹⁰ בתחילה לא השיגה תעשיית הסרטים בקליפורניה על עמדת המדינה, אולם בשנת 1947, לאחר הליך משפטי, תמך בית-המשפט לערעורים בקליפורניה בעמדת המדינה.¹⁹¹

בשנת 1957 הוציאה ועידת נציגי המס הפדרלית האמריקאית טיוטת הצעת חוק למיסוי מדינתי של חברות, שהתבססה על עקרונות המיסוי המאוחד. טיוטה זו כונתה Uniform Division of Income for Tax Purposes Act (UDITPA).¹⁹² הצעת החוק קבעה כי הכנסה אקטיבית של תאגידים אמריקאיים הפועלים במדינות שונות תתבסס על עקרונות המיסוי המאוחד.¹⁹³

Underwood Typewriter Co. v. Chamberlain, 254 U.S. 113 (1920); Bass, Ratcliff & Gretton Ltd. v. State Tax Comm'n, 266 U.S. 271 (1924); Hans Rees' Sons Inc. v. N.C. ex rel.

Maxwell, Commissioner of Revenue, 283 U.S. 123 (1931).

Picciotto, לעיל ה"ש 173, בעמ' 2-3.

Huddleston & Sicilian, לעיל ה"ש 183, בעמ' 10-11.

Edison Cal. Stores Inc. v. McColgan, 30 Cal.2d 472 (1947) 191

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws & A.B.A., Uniform Division of Income for Tax Purposes Act (1957), available at www.uniformlaws.org/shared/docs/uditpa/uditpa66.pdf (להלן: "UDITPA"). 192

כל המדינות, למעט קליפורניה, אימצו את הוראות המיסוי המאוחד ביחס לפעילותן ברחבי ארצות-הברית. קליפורניה אימצה הוראות אלה גם ביחס לפעילויות בין-לאומיות, אולם בלחץ הממשל תוקן החוק. ראו: Zain E. Husain, *Barclays Bank PLC v. Franchise Tax Board of California: Does the Application of Worldwide Unitary Taxation to Non-U.S. Parent Corporate Groups Violate the Commerce Clause?*, 18 FORDHAM INT'L L.J. 1475 (1995) 193

עם זאת, לגבי מקרים שבהם תאגידים מנהלים כמה פעילויות נפרדות, המובחנות זו מזו, נקבע כי אין לאחד את מלוא הכנסותיו של התאגיד מהפעילויות השונות.¹⁹⁴ הסיבה לכך היא שאיחוד ההכנסות וייחוסן למדינות השונות עלולים לגרום להטיה בייחוס הרווחים השונים, וזאת עקב איחוד של פעילות רווחית ופעילות גרעונית שעשויות לאפיין פעילויות נפרדות. נמחיש זאת בעזרת דוגמה. נניח שיש שתי חברות-בנות קשורות הפועלות תחת המותג של החברה-האם UNI: חברה-בת אחת מייצרת ביגוד, בעוד החברה-הבת האחרת מייצרת מוצרי אלקטרוניקה. על-פי ה-UDITPA, אין לאחד את רווחיהן/הפסדיהן של שתי החברות-הבנות, וזאת עקב ה"ריחוק" היחסי ביניהן. המסקנה המתבקשת היא שמודל המיסוי המדינתי המאוחד מבחין במקרה כזה בין הפעילויות השונות שהתאגיד הבין-מדינתי מקיים.

לצורך ההבחנה בין הפעילויות השונות של התאגיד, ועוד בטרם פורסם ה-UDITPA, נקבע בפסק-הדין בעניין *Butler Bros. v. McColgan* מבחן משולש הבוחן שלושה יסודות: זיקה בבעלות, זיקה בין הפעילויות השונות וזיקה בניהול.

"[I]t is our opinion that the unitary nature of appellant's business is definitely established by the presence of the following circumstances: (1) unity of ownership; (2) unity of operation as evidenced by central purchasing, advertising, accounting and management divisions; and (3) unity of use in its centralized executive force and general system of operation."¹⁹⁵

על בסיס האמור, מיסוי החברות המאוחד בארצות-הברית פועל כך:¹⁹⁶ תחילה

של עקרונות המיסוי המאוחד ניתן גם מלשונו של ס' 2 ל-UDITPA, אשר קובע: "Any taxpayer having income from business activity which is taxable both within and without this state, other than activity as a financial organization or public utility or the rendering of purely personal services by an individual, shall allocate and apportion his net income as provided in this Act". ראו גם: David M. Hudson & Daniel C. Turner, *International and Interstate Approaches to Taxing Business Income*, 6 NW. J. INT'L L. & BUS. 562, 595-596 (1984).

¹⁹⁴ ראו הערה לס' 1(a) ל-UDITPA, לעיל ה"ש 192.

¹⁹⁵ *Butler Bros. v. McColgan*, 17 Cal.2d 664, 678 (1941). התובע בהליך היה תאגיד (Butler) שהוקם באילינוי, ואשר משרדו העיקרי נמצא בשיקגו. התאגיד עסק בקניית מוצרים ובמכירתם באופן סיטוני. הוא הפיץ את מוצריו לשבעה סיטונאים, שנמצאו בשיקגו, בג'רוזיסיטי, בבולטימור, במיניאפוליס, בסנט-לואיס, בדלס ובסן-פרנסיסקו. כל אחד מאלה שימש שטח מסחר נפרד. בבסיס המחלוקת עמד אופן חישוב המס שהוחל על התאגיד בנוגע להכנסותיו מהעסק הסיטוני בסן-פרנסיסקו, וכפועל יוצא מכך גם חישוב שיעור המס ביחס להכנסה זו. התאגיד טען כי השיטה שבה חושב המס הייתה בלתי-חוקית, ועל-כן תוצאת מיסוי זה פגעה בזכותו להליך הוגן, המעוגנת בתיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית. טענות אלה נדחו על-ידי בית-המשפט לערעורים בקליפורניה. מוטב לציין כי גם במסגרת ההליך המשפטי לפני בית-המשפט העליון של ארצות-הברית נדחו טענות המערער. ראו: *Butler Bros. v. McColgan*, 315 U.S. 501 (1942).

¹⁹⁶ ראו: *Barclays Bank PLC v. Franchise Tax Bd. of Cal.*, 512 U.S. 298, 303-304 (1994), שם

מפצלים את הכנסות התאגיד בין פעילויות אקטיביות שונות. בשלב הבא מוצאת מהחישוב הכנסות שאינן עסקיות (non-business) והכנסות פסיביות.¹⁹⁷ התוצאה המתקבלת היא הכנסות מפעילויות אקטיביות שונות (בהנחה שמתקיימות פעילויות שונות). הכנסות אלה מיוחסות למדינות השונות בארצות-הברית על-פי נוסחת ייחוס (formulary apportionment).

$$T_i = t_i * \mu * \frac{1}{3} * \left(\frac{S_i}{S} + \frac{P_i}{P} + \frac{A_i}{A} \right)$$

בתחילת המאה הקודמת יוחסו ההכנסות למדינות בעיקר לפי מיקומם הפיזי של הנכסים, כפי שראינו במקרה של תעשיית הרכבות. אולם בעקבות מחקרים שונים ומיקח-וממכר פוליטי בין מדינות¹⁹⁸ הוחלט לאמץ נוסחה גנרית המורכבת משלושה רכיבים בעלי משקל זהה: 1/3 יוחס לנכסים (assets), 1/3 לשכר העבודה (payroll) ו-1/3 למכירות (sales). נוסחה זו כונתה "נוסחת מסצ'וסטס", משום שהיא אומצה לראשונה במדינה זו.¹⁹⁹ ההנחה הגלומה בנוסחה זו היא שלרכיב של גורמי הייצור – הון (נכסים) ועבודה – יש חשיבות רבה, בעוד לרכיב המכירות יש חשיבות פחותה. להלן ההצגה המתמטית של נוסחה זו:²⁰⁰

מפאת חשיבותם של הרכיבים השונים נפרט מהם כוללים:

- נכסים – רכיב זה משקף את תרומתו של ההון הפיזי בייצור הכנסות התאגיד.²⁰¹ מרכיב זה כולל את העלות ההיסטורית ששילם התאגיד בעבור נכסים יצרניים

"The 'unitary business/formula apportionment' method 'calculates the local tax base by first defining the scope of the 'unitary business' of which the taxed enterprise's activities in the taxing jurisdiction form one part, and then apportioning the total income of that 'unitary business' between the taxing jurisdiction and the rest of the world on the basis of a formula taking into account objective measures of the corporation's activities within and without the jurisdiction"

197 ההתעלמות משני רכיבי הכנסות אלה מוסקת מס' 1(a) ל-UDITPA, לעיל ה"ש 192.

198 Paul R. McDaniel, *Colloquium on NAFTA and Tradition: Formulary Taxation in the North American Free Trade Zone*, 49 TAX L. REV. 691, 709 (1993).

199 Clausing & Avi-Yonah, לעיל ה"ש 137, בעמ' 12.

200 Kimberly Clausing, *Lessons for International Tax Reform from the US State Experience under Formulary Apportionment 7* (Int'l Centre for Tax and Development Research Report No. 2, 2014), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2359724. ביאור המשתנים: i – מייצג מדינה מסוימת בארצות-הברית; t_i – שיעור המס במדינה מסוימת בארצות-הברית; μ – ההכנסה הכוללת של התאגיד בכל ארצות-הברית; A – נכסים; S – שכר עבודה; S – מכירות.

MULTISTATE TAX COMM'N, ALLOCATION AND APPORTIONMENT REGULATIONS 201 § IV10(a) (2010), available at www.mtc.gov/uploadedFiles/Multistate_Tax_Commission/Uniformity/Uniformity_Projects/A_-_Z/AllocationandApportionmentReg.pdf (להלן: "התקנות").

- המשמשים אותו בפעילותו העסקית.²⁰² נכסים המשמשים את התאגיד בייצור הכנסה פסיבית אינם נכללים ברכיב זה. על העלות ההיסטורית נוספות העלויות שהשקיע התאגיד לשיפור הנכס ולהשבחתו. מוטב לציין כי ייחוס שמרני זה אינו משקף את שוויים הכלכלי של הנכסים בפועל. כך, לדוגמה, קניין רוחני בבעלות תאגיד אינו נכנס לרכיב זה, ולכן ייתכן שמרכיב זה אינו משקף מהימנה את המציאות.
- **שכר עבודה** – רכיב זה משקף את תרומתם של העובדים בייצור ההכנסה של התאגיד.²⁰³ רכיב זה כולל הכנסה מעבודה, מעמלות ומכל תגמול אחר שניתן לעובדים בכסף או בשווה-כסף (כל עוד שולם בגינו מס הכנסה). כפועל יוצא מכך, תשלומים שהשתלמו לספקי שירותים אינם נכללים בחישוב ייחוס הרווח. זאת, גם אם שירותים אלה זהים לשירותים שמספקים עובדים בתאגיד.
 - **מכירות** – רכיב זה משקף את תרומתו של שוק הלקוחות ליצירת ההכנסה של התאגיד.²⁰⁴ מרכיב זה כולל את סך המכירות בניכוי החזרות והנחות הנעשות במהלך הפעילות העסקית השוטפת. המכירות מיוחסות למדינות השונות על-פי מיקומו של הצרכן הסופי, הואיל ומכירות בין-חברתיות מתבטלות בשלב איחוד הדוחות. ברבות השנים אימצו מדינות רבות נוסחות ייחוס המדגישות את מרכיב המכירות על-חשבון מרכיבי הנכסים ושכר העבודה.²⁰⁵ מדינות אחדות אף אימצו נוסחה המייחסת את מלוא ההכנסה לרכיב המכירות. במדינות אלה נוסחת הייחוס נראית כך:²⁰⁶

$$T_i = t_i * \mu * \left(\frac{S_i}{S} \right)$$

ניתן להניח כי הסיבה להתחזקות רכיב המכירות בנוסחת הייחוס נובעת מכך שמדינות הבינו כי רכיב זה חשוף פחות למניפולציה בהשוואה לרכיב הנכסים ולרכיב שכר העבודה, אשר ניתן "לשחק" בהם כך שייוחסו למדינות אחרות, אם הדבר משרת את האינטרס של התאגיד.

"Single sales factor (SSF) is typically enacted for two reasons. First, it is argued that SSF makes a state a more attractive place for businesses to expand their property and payroll: if the property and payroll factors are ignored in

"The property factor of the apportionment formula (Multistate Tax Comm'n), שם נקבע כך: "The property factor of the apportionment formula for each trade or business of the taxpayer shall include all real and tangible personal property..."

202 שם, ס' IV10(b).

203 שם, ס' IV13(a)(2).

204 שם, ס' IV15(a)(1).

205 Michael C. Durst, *Analysis of a Formulary System for Dividing Income, Part II: Examining Current Formulary and Arm's-Length Approaches*, 22 TAX MGMT. (BNA) TRANSFER PRICING REP. 12–14 (June 27, 2013).

206 Clousing, לעיל ה"ש 200.

calculating a state's corporate tax, then a business can hire employees or build a plant in a state without incurring any additional corporate profits tax. Second, SSF is sometimes enacted in response to threats from companies that already have substantial in-state employment and property. For example, Massachusetts adopted SSF in response to threats from Raytheon that it would reduce its employment in the state unless it was adopted."²⁰⁷

כדי למנוע מירוץ לתחתית (race to the bottom), אימצו מדינות ארצות-הברית כללי ייחוס מחדש (throwback rules). על-פי כללים אלה, כאשר הכנסה מיוחסת למדינות שבהן לא מוטל עליה מס (למשל, מכירות שהתבצעו לשטח וושינגטון, שנמצא תחת השלטון הפדרלי ואינו מיוחס למדינה בארצות-הברית), ההכנסה תיוחס שנית לאותן מדינות שניתן לייחס להן את ההכנסה.²⁰⁸ כמו-כן אומצו כללי ייחוס מיוחדים ביחס להכנסות שאי-אפשר לאתר את מקורן המדויק (throwout rules).²⁰⁹ נוסף על כך, הואיל והנוסחה השגרתית עלולה לגרום עיוותים במקרים מסוימים, או להיות מורכבת ליישום, אימצו מדינות ארצות-הברית בכמה ענפים נוסחות ייחוס ייחודיות. כך, לדוגמה, חברות תעופה מתחשבות במרחק שהמטוסים טסים במדינות ארצות-הברית השונות,²¹⁰ וחברות הובלה מתחשבות במרחק שלאורכו הן הובילו משאות.²¹¹

2. קנדה

בקנדה הוטל לראשונה מס חברות בשנת 1894 על-ידי בית-המלוכה. הממשל הפדרלי החל לגבות מס חברות בשנת 1916. באותה תקופה התנהלה גביית מיסי החברות בחוסר

Inst. on Tax'n & Econ. Pol'y, *Corporate Income Tax Apportionment and the "Single Sales Factor"* 2–3 (Aug. 2012), available at www.itep.org/pdf/pb11ssf.pdf

208 Teresa Lightner, *The Effect of the Formulary Clauses*, לעיל ה"ש 200, בעמ' 4–5. ראו גם: Teresa Lightner, *The Effect of the Formulary Apportionment System on State-Level Economic Development and Multijurisdictional Tax Planning*, 21 J. AM. TAX'N ASSOC. 42, 47–48 (1999); Paul R. McDaniel, *Formulary Taxation in the North American Free Trade Zone*, 49 TAX L. REV. 691, 709–710 (1994).

209 Paul R. McDaniel, *NAFTA and Formulary Apportionment: An Exploration of the Issues*, 22 INTERTAX 105, 107, 113 (1994). במצב זה המדינות הזכאיות למס עקב פעילות התאגיד יקבלו את ההכנסות בהתאם לחלקן היחסי החדש (בתוספת החלק שאי-אפשר לייחס למדינה אחרת). ראו גם McDaniel, לעיל ה"ש 208, בעמ' 711.

210 Multistate Tax Comm'n, לעיל ה"ש 201, ס' IV18(e)(2)(ii).

211 שם, ס' IV18(g)(3).

תיאום מוחלט הן ברמה הפדרלית והן ברמה הפרובינציאלית. התנהלות זו אף זכתה בשם "ג'ונגל מיסי" (tax jungle).²¹²

כיום בקנדה, בדומה לארצות-הברית, הן השלטון הפדרלי והן הפרובינציות מטילים מס חברות בשיעורים שונים. שיעור המס הפדרלי הוא 15%, ושיעורי המס בפרובינציות השונות נעים בין 11% ל-16%.²¹³ גם קנדה אימצה את מודל מיסוי החברות המאוחד.²¹⁴ בעזרת נוסחת ייחוס מחלקים את ההכנסות בין הפרובינציות השונות שבהן פעילותו של התאגיד עולה כדי פעילות משמעותית, קרי, יוצרת מוסד-קבע.²¹⁵ נוסחת הייחוס שאומצה בקנדה מייחסת 50% מהכנסת התאגיד לשכר העבודה ו-50% להכנסה ברוטו (רכיב זה דומה במהותו לרכיב המכירות).²¹⁶ רכיב הנכסים הושמט עקב תפיסתו כמורכב מדי לחישוב וליישום.²¹⁷

נוסף על כך, השיטה הקנדית אינה מאפשרת לאשכול חברות להגיש דוח מרוכז המאחד את הפעילויות השונות של החברות באשכול. לפיכך כל חברה מגישה את דוחותיה בנפרד, וככל שהחברה פעילה בכמה פרובינציות, כל אחת מהפרובינציות זכאית למיסים בגין חלקה ברווחי החברה.²¹⁸

הבדל חשוב בין שיטת המיסוי הקנדית לזו האמריקאית נעוץ באופן גביית המס.²¹⁹ בארצות-הברית, נוסף על הגשת הדוחות לשלטון הפדרלי, כל תאגיד מגיש דוחות הכנסה

STEFAN MAYER, FORMULARY APPORTIONMENT FOR THE INTERNAL MARKET 111 212 (2009).

213 לפירוט שיעורי המס בפרובינציות השונות ראו: *Corporation Tax Rates*, CANADA REVENUE AGENCY (June 5, 2015), www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/crprtns/rts-eng.html.

214 Thorsten Stetter & Christoph Spengel, *Taxation of Corporations in Canada: A Comparison of Tax Burdens With the United States and Selected Member States of the European Union* (Using the European Tax Analyzer – Part 2, 46 EUR. TAX'N 364, 368 (2006).

215 Canadian Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945 § 402(2) (Can.) (להלן: Canadian Income Tax Regulations). "Where, in a taxation year, a corporation had no permanent establishment in a particular province, no part of its taxable income for the year shall be deemed to have been earned therein", *MAYER*, לעיל ה"ש 212, בעמ' 116.

216 "The amount of money that the purchasers of a company's products and/or services actually pay for those items. Can also be referred to as raw sales income" *Gross Revenue*, BUSINESS DICTIONARY, www.businessdictionary.com/definition/gross-revenue.html. ראו גם *MAYER*, לעיל ה"ש 212, בעמ' 118; Jack Mintz & Michael Smart, *Income Shifting, Investment, and Tax Competition: Theory and Evidence from Provincial Taxation in Canada*, 88 J. PUB. ECON. 1149, 1150 (2004).

217 Ernest H. Smith, *Allocating to Provinces the Taxable Income of Corporations*, 24 CAN. TAX. J. 545, 550 (1976).

218 Jack Mintz, *Corporate Tax Harmonization in Europe: It's All About Compliance*, 11 INT'L TAX & PUB. FIN. 221, 225 (2004).

219 שם, בעמ' 222.

בכל אחת מהמדינות שבהן נצמחה לו הכנסה, ומשלם בנפרד את המס בכל אחת מהמדינות. לעומת זאת, בקנדה כל תאגיד מגיש דוח אחד לשלטון הפדרלי. השלטון הפדרלי גובה הן את מס החברות הפדרלי והן את מס החברות הפרובינציאלי, אשר מועבר לפרובינציות הרלוונטיות.²²⁰ לגביית מס באופן זה יש יתרונות אדמיניסטרטיביים והשפעה על קלות התפעול ופשטותו. נוסף על כך, הואיל וכל הפרובינציות אימצו נוסחת ייחוס זהה, התאגידים אינם חשופים לכפל מס.²²¹

אף שנוסחת הייחוס גנרית, גם בקנדה יש ענפי פעילות מסוימים שבהם אומצה נוסחת ייחוס ספציפית. המעניין הוא שנוסחות אלה אימצו גם הן שני רכיבים בלבד. כך, לדוגמה, בענף הביטוח אומצה שיטת ייחוס המחלקת את ההכנסה בין הרכוש בתחומי הפרובינציה לבין מספר התושבים באותה פרובינציה;²²² בענף הבנקאות 1/3 מההכנסה מיוחס למשכורות, ו-2/3 מההכנסה מיוחסים להפקדות ולהלוואות;²²³ בענף הרכבות אומצה שיטת ייחוס המחלקת את ההכנסה בין אורך פסי הרכבת לבין המשקל שהסיעו (50% לכל רכיב);²²⁴ בענף התעופה 1/4 מההכנסה מיוחס לנכסים שונים (למעט מטוסים), ו-3/4 מההכנסה מחולקים על-פי המרחק האווירי שטסו המטוסים בכל אחת מהפרובינציות;²²⁵ בענף התחבורה אומצה שיטת ייחוס המחלקת את ההכנסה בין שכר העבודה לבין המרחק שעשו כלי-הרכב בכל אחת מהפרובינציות השונות (50% לכל רכיב);²²⁶ ובענף הספנות אומצה שיטה המייחסת את ההכנסה למשקל הנכסים בכל נמל, והכנסה שיוחסה למדינות אחרות שאינן קנדה מיוחסת לפרובינציות השונות על-פי שכר העבודה ששולם לעובדים שאינם עובדים על הספינות.²²⁷

3. שווייץ

שווייץ היא קונפדרציה המאגדת תחתיה 26 קנטונים עצמאיים. המיסוי בשווייץ נעשה בשלוש רמות שונות: ברמת הקונפדרציה, ברמת הקנטון וברמה המוניציפלית. כפועל

220 Marcel Gérard & Joann M. Weiner, *Cross-Border Loss Offset and Formulary Apportionment: How Do They Affect Multijurisdictional Firm Investment Spending and Interjurisdictional Tax Competition?* (CESifo Working Paper No. 1004, 2003). הסדר זה רלוונטי לכל הפרובינציות בקנדה, למעט אלברטה וקוויבק. ראו MAYER, לעיל ה"ש 212, בעמ' 110. כמו-כן, הסדר זה נוגע רק במס החברות. כך, לדוגמה, מס רכוש נגבה על-ידי הפרובינציות עצמן. ראו MAYER, לעיל ה"ש 212, בעמ' 108–109.

221 במחקרם של מינץ וסמרט התגלה כי למרות התיאום בשיטה הקנדית קיים מירוץ לתחתית, ותאגידים העבירו לעיתים פעילויות מפרובינציה אחת לאחרת כדי להפחית את נטל המס. Mintz & Smart, לעיל ה"ש 216.

222 Canadian Income Tax Regulations, לעיל ה"ש 215, ס' 403.

223 ש, ס' 404.

224 ש, ס' 406.

225 ש, ס' 407.

226 ש, ס' 409.

227 ש, ס' 410.

יוצא מכך, שיטת המס השווייצית מתאפיינת במורכבות רבה. זאת, בין היתר, בשל סוגי המיסים השונים המוטלים על בסיסה בכל רמה.²²⁸ בשווייץ שיעור מס החברות נע בין 12% ל-24%, בהתאם לקנטון שבו פעילות התאגיד נעשית.²²⁹ בשווייץ נתונה לקנטונים הריבונות הבלעדית בהטלת המיסים. הממשלה יכולה להטיל מיסים רק בהסמכת הקנטון המסוים.²³⁰ עם זאת, על-פי החוקה השווייצית, למדינה יש הסמכות לקבוע הוראות חוק למניעת כפל מס של תאגידים הפועלים בקנטונים השונים ברחבי המדינה.²³¹ אף-על-פי-כן, עד היום טרם נעשה שימוש בסמכות זו. כפועל יוצא מאי-התערבותו של המחוקק השווייצית, נדרשו בתי-המשפט לפרש את הוראת סעיף 127(3) לחוקה השווייצית, ובתוך כך קבעו כללים להטלת המיסים על-ידי הקנטונים השונים באופן שימנע כפל מס.²³²

השיטה השווייצית מייחסת חשיבות רבה לתושבותו של התאגיד. תושבות התאגיד נקבעת על-סמך מקום רישומו או מקום השליטה והניהול של עסקי התאגיד.²³³ להבדיל מהדין הישראלי, מקום הרישום זוכה בעדיפות.²³⁴ לתושבות התאגיד יש חשיבות רבה, שכן הכנסה שלא יוחסה לאחד הקנטונים תיוחס לקנטון שבו התאגיד תושב. לפיכך קנטונים שונים מציעים הטבות משמעותיות לתאגידים שיירשמו בתחומיהם.²³⁵ הטבות אלה גורמות לתחרות לא-מבוטלת על ליבם של בעלי המניות ומנהלי התאגידים. יש לציין כי בכל מקרה התאגיד מגיש דוחות נפרדים בכל אחד מהקנטונים.²³⁶ בתהליך זה

Paul B. Spahn, *Switzerland*, in *FISCAL FEDERALISM IN THEORY AND PRACTICE* 324, 327 228 (Teresa Ter-Minassian ed., 1997).

229 שיעור מס החברות הפדרלי עומד על 8.5%. הפער בשיעורי מס החברות מושפע ישירות משיעור מס החברות המוטל על-ידי הקנטון. לשיעורי המס שכל קנטון מטיל ראו: Pierre Bessard, *Taxation in Europe – Yearbook 2013: Switzerland*, IREF (Nov. 29, 2013), en.irefeurope.org/Switzerland,a0915; *Taxation and Investment in Switzerland 2014 – Reach, Taxation and Investment in* (להלן: *Relevance and Reliability*), DELOITTE 8 (2014) (Switzerland 2014). החוקה השווייצית מתייחסת להרמוניה בתחום המס. עם זאת, היא אינה מבקשת ליצור אחידות בשיעורי מס החברות שיוטלו בקנטונים השונים. ראו: CONSTITUTION FÉDÉRALE [CST] [CONST.] Apr. 18, 1999, RO 101, art. 129 (Switz.) (להלן: CONSTITUTION FÉDÉRALE).

230 PATRICK WENINGER, *FORMULARY APPORTIONMENT IN THE EU* 120 (2009).
 231 בס' 127(3) ל-CONSTITUTION FÉDÉRALE, לעיל ה"ש 229, נקבע כך: "Intercantonal double taxation is prohibited. The Confederation shall take the measures".

232 Spahn, לעיל ה"ש 228, בעמ' 330.
 233 FEDERAL DEPARTMENT OF FINANCE, *FEDERAL, CANTONAL AND COMMUNAL TAXES – AN OUTLINE ON THE SWISS TAX SYSTEM* 23 (2015), available at <https://www.estv.admin.ch/estv/en/home/allgemein/dokumentation/publikationen/publikationen/kurzabriss-ueber-das-schweizerische-steuersystem.html>.

234 WENINGER, לעיל ה"ש 230, בעמ' 121–122.
 235 *Taxation and Investment in Switzerland 2014* 235, לעיל ה"ש 229, בעמ' 2–3.
 236 שם, בעמ' 7, 11. ראו גם WENINGER, לעיל ה"ש 230, בעמ' 122.

ההכנסה מיוחסת לקנטונים השונים על-פי נוסחת ייחוס, ובמהלך הייחוס מוודאים שהתאגיד אינו חשוף לכפל מס.

להבדיל מארצות-הברית וקנדה, בשווייץ הכנסה שניתן לייחס בצורה ישירה לקנטון מסוים תיוחס לו ללא שימוש בנוסחת ייחוס. רק הכנסה שניתן לייחס לכמה קנטונים תיוחס על בסיס נוסחות ייחוס שונות. יש לציין כי הכנסה תיוחס לקנטון רק אם בתחומי מצויים חברה-אם או מוסד-קבע. הכנסה שאי-אפשר לייחס לשום קנטון תיוחס כאמור לקנטון שבו התאגיד תושב.²³⁷

בשווייץ אין נוסחת ייחוס אחת ויחידה.²³⁸ במהלך השנים קבעו בתי-המשפט נוסחות ייחוס שונות, אם כי כולן מתבססות על שלושת הרכיבים המוכרים: נכסים, שכר עבודה ומכירות. לנוכח מציאות מורכבת זו תיארו רבים את שיטת מיסוי החברות השווייצית כ"ג'ונגל מיסי", כפי שתוארה השיטה הקנדית בעבר.²³⁹ שווייץ, להבדיל מקנדה, טרם השכילה להנהיג שינוי בשיטת המיסוי שאימצה.

4. גרמניה

מודל מיסוי החברות המאוחד בגרמניה שונה מהמודלים שסקרנו עד כה. בגרמניה מודל זה רלוונטי למס מסחר בלבד (trade tax), ולא להכנסות החברה בכללותן. במילים אחרות, כל מסחר המתנהל בתחומי גרמניה במסגרת שנת מס מסוימת חייב בתשלום מיסים. במקביל, אין מיסוי של מלוא הפעילות הכלכלית של החברה.²⁴⁰ כמו-כן, מס המסחר אינו מוטל על-ידי המדינה, אלא על-ידי השלטון המקומי. שיעור המס המוטל על הכנסות ממסחר נע בין 7% ל-17%.²⁴¹

חברה תיחשב לכוז שמנהלת את עסקיה בתחומי גרמניה אם מוסד-קבע שלה נמצא בתחומיה. לכן רק הכנסה שניתן לייחס למוסד-קבע בתחומי גרמניה ניתנת למיסוי על-ידי השלטון המקומי. על-פי ה-Local Business Tax Act (להלן: LBTA), המס יחלק בין השלטונות המקומיים אם בתחומיהם מצוי מוסד-קבע של החברה. משכך ייתכנו שלוש סיטואציות: קיימים כמה מוסדות-קבע בתחומיהם של שלטונות מקומיים שונים; מתרחש מעבר של מוסד-קבע מתחום השיפוט של שלטון מקומי אחד לתחום השיפוט של שלטון מקומי אחר; וקיים מוסד-קבע הקשור ליותר משלטון מקומי אחד.²⁴²

בסיטואציה שבה קיימים כמה מוסדות-קבע בתחומיהם של שלטונות מקומיים שונים, וכן בסיטואציה שבה מוסד-קבע עבר מתחום השיפוט של שלטון מקומי אחד לתחום השיפוט של שלטון מקומי אחר, תיוחס ההכנסה בהתאם לרכיב שכר העבודה בלבד. לפיכך גם אין בנמצא נוסחות ספציפיות לענפים שונים. הסיבה לכך נעוצה

237 WENINGER, לעיל ה"ש 230, בעמ' 122-123.

238 שם, בעמ' 120, 123-125.

239 Ronald Duss & Richard Bird, *Switzerland's Tax Jungle*, 27 CAN. TAX J. 46 (1979)

240 WENINGER, לעיל ה"ש 230, בעמ' 125.

241 EHUD MENIPAZ & AMIT MENIPAZ, INTERNATIONAL BUSINESS 280 (2011)

242 WENINGER, לעיל ה"ש 230, בעמ' 128-130.

בתפיסת חשיבותו ותרומו של רכיב שכר העבודה בהפקת הפעילות העסקית. רכיב זה פשוט לכאורה ליישום ונוח לכימות. עם זאת, יוער כי שכר עבודה המשתלם בשווה-כסף, דוגמת תגמול הוני הניתן לעובדים, עלול להקשות את השימוש בנוסחה. כמו-כן, אם ייחוס ההכנסה בהתאם לרכיב זה מוביל לתוצאה שאינה ראויה, ה-LBTA מציע שיטת ייחוס חלופית שתתבסס על רכיבים נוספים, דוגמת היקף המכירות ומספר העובדים. השימוש במנגנון חלופי זה נעשה לעיתים נדירות בלבד.

בסיטואציה שבה מוסד-קבע קשור ליותר משלטון מקומי אחד, תיוחס ההכנסה בהתאם ל"נסיבות המקומיות" ולהטבות הניתנות למוסד-הקבע על-ידי השלטונות המקומיים. יצוין כי מוסד-קבע הקשור ליותר משלטון מקומי אחד מוגדר על-ידי ה-LBTA כמוסד-קבע שהתרחב לתחומיהם של שלטונות מקומיים נוספים אך מהווה יחידה כלכלית אחת סגורה. "הנסיבות המקומיות" מתייחסות לעקרונות כלליים המתחשבים בעובדה שמוסד-הקבע אינו נמצא פיזית בתחומי השלטון המקומי. ההטבות הניתנות למוסד-הקבע מתייחסות לכל אותן הטבות שהשלטון המקומי מספק למוסד-הקבע כדי שימשיך לקיים חלק מפעילותו העסקית בתחומיו. מפאת הקושי בכימות שני הרכיבים הללו, שלטונות מקומיים עושים שימוש ברכיבים פשוטים יותר. בהתאם לכך, ההכנסה מיוחסת, בין היתר, על בסיס מספר העובדים בתחומי השלטון המקומי, המשכורות המשתלמות לעובדים וערכם של מתקני החברה המצויים בתחומי השלטון המקומי.

המודל הגרמני אינו מאפשר איחוד דוחות כספיים אלא בהתקיים שלושה תנאים מיוחדים: ראשית, החברה-האם היא חברה גרמנית הממוסה בגרמניה; שנית, גם החברות הנכללות באשכול החברות הן תושבות גרמניה; שלישית, החברה-האם מחזיקה, במישרין או בעקיפין, ברוב הזכויות של החברות שבאשכול בתקופת המס הרלוונטית.²⁴³

5. סיכום-ביניים

סקירת מיסויים של אשכולות חברות במדינות פדרליות מעלה כי המדינות המפותחות מכירות בעיוותים הגלומים במיסוי אשכול חברות המתבסס על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ועקרון אורך הזרוע. כל המדינות שהצגנו בפרק זה אימצו את שיטת החישוב המאוחד, המתבססת על חלוקת ההכנסות שאשכול החברות מפיך בגבולות הפדרציה בין חלקי הפדרציה (המדינות בארצות-הברית, הפרובינציות בקנדה, הקנטונים בשווייץ והרשויות המקומיות בגרמניה) על בסיס התרומה הכלכלית שתרמה כל תת-יחידה פדרטיבית להפקת ההכנסה. נוסחות הייחוס שאומצו במדינות שנסקרו מחלקות את ההכנסה בין שתי קבוצות-ייחוס עיקריות: גורמי ייצור (נכסים ועבודה) ומכירות. לטעמנו, חלוקה זו אינה ממצה, ומתעלמת מגורם ייצור נוסף אשר הכרחי בהפקת

243 שם, בעמ' 126-127.

הפעילות וההכנסה של אשכול החברות – מקור המימון של הפירמה.²⁴⁴ יובהר כי אימוץ שיטת מיסוי מאוחד בעסקות בין-לאומיות מורכב לדעתנו הרבה יותר מאימוץ שיטה זו במתכונתה הנוכחית במישור הפדרטיבי בלבד. בעוד המס במישור הפדרטיבי אינו זולג מגבולות הפדרציה, ולכל-היותר נחלק באופן לא-הולם בין התת-יחידות הפדרטיביות, בעסקות בין-לאומיות אימוץ השיטה מחלק את ההכנסות של אשכול החברות הרב-לאומי בין מדינות שונות שהתאגיד פועל בגבולותיהן. כפועל יוצא מכך, בעוד עיוותים שעלולים להיווצר במישור הפדרטיבי כתוצאה מנוסחות ייחוס בעייתיות יכולים להיפתר בהתערבות הממשל הפדרלי, לא כך המצב במישור הבין-לאומי. במישור זה אובדן הכנסה של מדינה אחת אינו מפוצה כשלעצמו על-ידי מדינה אחרת. מורכבות נוספת שיש להביא בחשבון נוגעת בכך שעל-פירוב שיעורי המס בתת-יחידות הפדרטיביות במדינות השונות נמוכים באופן משמעותי משיעורי המס הפדרליים באותן מדינות או דומים להם. משכך, אימוץ נוסחות הייחוס כמות שהן במישור הבין-לאומי עלול לא לעמוד בפרץ הלחצים הכלכליים והפוליטיים במישור זה.

לבסוף, יש מדינות (בעיקר מתפתחות, אולם לא רק כאלה) אשר כחלק מתוכניות לעידוד פעילות כלכלית מטילות מס בשיעורים נמוכים ביותר על תאגידים זרים הפועלים בשטחן. לפיכך יש לשקול אימוץ "רצפות" ו"תקרות" לשיעורי המס, שאם לא כן המדינות עלולות להיגרר למירוץ לתחתית. כן מוצע לשקול חיוב של אשכולות חברות רב-לאומיים לפרסם נתונים כלכליים מהימנים ביחס לפעילויותיהם בכל המדינות שבהן הם פועלים. זאת, כדי להבטיח שקיפות באשר למקומות שבהם הם מפיקים את הכנסתם, וכך לאפשר חלוקה מדויקת והוגנת יותר של המיסים שייגבו בגין הכנסות אלה.

פרק ה: הדין הרצוי

מן המפורסמות היא שמשטר מחירי ההעברה, המהווה נדבך משמעותי במיסוי של תאגידים ואשכולות חברות רב-לאומיים, אינו מצליח להשית מס באופן אפקטיבי על ארגונים אלה. למצב האמור יש השלכות-רוחב משמעותיות, המחייבות שינוי יסודי. משכך, אין פלא שמדינות וארגונים בין-לאומיים פועלים זה תקופה לאימוץ שינויים נרחבים במשטר הקיים. עם זאת קיים, לדעתנו, ספק רב בנוגע למידת האפקטיביות של שינויים אלה בהשגת היעדים. בפרק זה נציע את המודל הרצוי בענייננו. מודל זה יהווה לדעתנו תרומה משמעותית בשיח הקיים כיום בסוגיה זו. המודל שנציע יביא בחשבון את נסיוןן של המדינות הפדרטיביות שאימצו את שיטת מיסוי החברות המאוחד, כמו-גם

244 נסיון העבר מלמד כי מדינות ביקשו להפחית את משקלם של גורמי הייצור (עבודה ונכסים) ולהעלות את משקל המכירות. סיבה אפשרית לשינוי זה היא שייחוס משקל רב לגורמי הייצור הוביל לברייחת עסקים מתחומיהן של אותן מדינות. נוסף על כך, מדינות רבות טענו כי להבדיל מגורמי הייצור (נכסים ועובדים), ביחס לגורם המכירות קשה יותר לנקוט מניפולציות.

מודלים חלופיים למיסוי אשכולות חברות רב-לאומיים שהוצעו בשנים האחרונות על-ידי ועדות מקצועיות וחוקרים מובילים באקדמיה. המודל שנציע יתחשב גם בגורמים שישאו בנטל מס החברות שיוטל על ארגונים אלה. זאת, מכיוון ששאיפתנו היא להפחית את הפגיעה בצדק החלוקתי בין המדינות המאפיינת את משטר המיסוי הבינ-לאומי הנוהג כיום.

1. מודלים חלופיים למיסוי אשכול חברות רב-לאומי

בפרק זה נציג שלושה מודלים שעשויים להוות תחליף למשטר מחירי ההעברה הנוהג כיום ביחס למיסוי תאגידיים רב-לאומיים. המודלים שנציג הם Home State Taxation (להלן: HST), Common Consolidated Corporate Tax Base (להלן: CCCTB) ו-Formulary Profit Split (להלן: FPS). כל המודלים הוצעו כדי לשמש תחליף הולם למשטר מחירי ההעברה. בעוד שחלק מהמודלים הוצעו על-ידי מדינות, חלקם הוצעו על-ידי אנשי אקדמיה. מוטב לציין כי כל המודלים שיוצגו להלן מתבססים על מודל מיסוי החברות המאוחד (unitary taxation). עם זאת, בהוספים עקרונות אחדים הם יוצרים מודלים חדשים וייחודיים.

מלבד שלושת המודלים האמורים ניתן להצביע על שני מודלים נוספים שהוצעו: המודל האחד שואף להגיע להרמוניזציה מלאה בין דיני המס של כל מדינות האיחוד האירופי, והמודל האחר מציע להפוך את האיחוד האירופי לבסיס מס אחד. מכיוון שהסיכוי להחלת שני מודלים אלה אינו ממש, נימנע מלדון בהם במסגרת רשימה זו. הצגת שלושת המודלים אינה נעשית לשווא. הארת היתרונות והחסרונות הגלומים בכל אחד מהם תאפשר להציע באופן מושכל יותר מודל חלופי למשטר מחירי ההעברה הנוהג כיום. כמו-כן, איתור היתרונות הטמונים בכל מודל ואימוצם יוכלו לסייע לנו בפיתוח מודל שיהווה חלופה טובה יותר למודלים המוצעים כיום.

(א) Home State Taxation (HST)

מודל ה-HST הוצע על-ידי הנציבות האירופית באוקטובר 2001. מודל זה פותח על בסיס מחקר אקדמי של לודין (Lodin) וגמי (Gammie).²⁴⁵ בבסיסו של מודל ה-HST ניצב מודל מיסוי החברות המאוחד. כלומר, מודל ה-HST הוא שיטת מיסוי המתבססת על איחוד הכנסות, כמו-גם על שימוש בנוסחת ייחוס. עם זאת, מודל זה אינו זהה למודל מיסוי החברות המאוחד. על ייחודו של מודל זה נעמוד בשורות הבאות.

על-פי הנציבות האירופית, מודל זה נוצר כדי להחליף את משטר מחירי ההעברה.²⁴⁶ השאיפה הייתה ועודנה לעגן מודל זה באמנה רב-צדדית (מולטיטלטרלית) שכל מדינות

²⁴⁵ Home State Taxation, EUR. COMM'N – TAX'N & CUSTOMS UNION [ec.europa.eu/taxation_](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/home_state_taxation/index_en.htm) (להלן: מידע מתוך אתר הנציבות האירופית).

²⁴⁶ James J. Tobin, *Formulary Approach to Cross-Border Taxation to Be Tested in Europe: No Transfer Pricing, No Worries?*, 33 TAX MGMT. INT'L J. 662 (2004).

האיחוד האירופי יהיו צד לה. באמנה זו יוסדרו, בין היתר, הסוגיות הבאות: הכללים לקביעת המדינה שעל-פי דיני המס שלה ימסו את הכנסתו של אשכול החברות הרב-לאומי (home state); קביעת רכיביה של נוסחת הייחוס; הסכמה בנוגע לפעילויות שעליהן לא יחול מודל ה-HST; צעדים לשיתוף-פעולה אדמיניסטרטיבי; ודרכים ליישוב סכסוכים במקרה שאלה יתגלו.²⁴⁷

בהתאם למודל זה, מאחדים את כלל הכנסותיהן של החברות באשכול, והמס על הכנסות אלה משתלם על-פי דיני המס של המדינה שבה נמצאת החברה-האם (או מטה התאגיד).²⁴⁸ לדוגמה, אם אשכול 1 מורכב מחברה-אם הנמצאת בשוודיה ומשלוש חברות-בנות הנמצאות בצרפת, בגרמניה ובשוודיה, אזי הכנסותיהן החייבות של כל החברות באשכול 1 ייקבעו על-פי דיני המס של שוודיה. מודל זה מושתת על עקרונות של הסכמה הדדית, שכן חברות צריכות לקבל עליהן את דיני המס של מדינה אחרת.²⁴⁹ במודל זה גלום יתרון: נניח כי החברה הנמצאת בשוודיה מעוניינת להרחיב את עסקיה למדינות נוספות באיחוד האירופי. בהנחה שחברה זו תיהפך לחברה-האם ותחתיה יוקמו במדינות האחרות חברות-בנות, היא לא תצטרך להשקיע משאבים כדי לבדוק את הסדרי המס החלים במדינות האחרות, מכיוון שאופן המיסוי ייקבע על-פי מיקומה שלה כחברה-האם.²⁵⁰ פרקטיקה זו מהווה יתרון לחברות שאין באמתחתן משאבים רבים אך ברצונן להרחיב את מעגל עסקיהן. מן הדוגמה האמורה ניתן להסיק מסקנה נוספת. שיטת מיסוי זו עלולה להוות תמריץ למדינות לאמץ משטרי מס מיטיבים כדי לפתות חברות-אימהות לקום בתחומיהן. כתוצאה מכך עלול להיווצר מצב של מירוץ לתחתית.²⁵¹

כמו-כן, על-מנת לחלק את ההכנסות בין המדינות השונות, אימצה הנציבות האירופית נוסחת ייחוס כללית,²⁵² דוגמת נוסחת ייחוס המביאה בחשבון את היקף המכירות ואת שכר העבודה.²⁵³

SVEN-OLOF LODIN & MALCOLM GAMMIE, HOME STATE TAXATION: TAX TREATY 247 ASPECTS 24 (2001).

248 שם, בעמ' 25.

Joann M. Weiner, *Formulary Apportionment and the Future of Company Taxation in the European Union*, 3(1) CESIFO FORUM 10, 12–13 (2002).

250 LODIN & GAMMIE, לעיל ה"ש 247, בעמ' 25 ו-43.

251 Ilan Benshalom, לביקורת על כך שמודל ה-HST גורם לתופעה של מירוץ לתחתית ראו: *A Comprehensive Solution for a Targeted Problem: A Critique of the European Union's Home State Taxation Initiative* ch. VI (Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Faculty Working Paper No. 157, 2008), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153579. להרחבה על תופעת המירוץ לתחתית

ח. Onno Ruding, *Tax Harmonization in Europe: The Pros and Cons*, 54 TAX L. REV. 101, 104–105 (2000).

252 LODIN & GAMMIE, לעיל ה"ש 247, בעמ' 29.

253 MAYER, לעיל ה"ש 212, בעמ' 46; Benshalom, לעיל ה"ש 251, בעמ' 7.

עקב כך שחוקי מס של המדינות השונות באיחוד האירופי אינם זהים,²⁵⁴ עלול להתהוות מצב של קיפוח או הטבת מס. נמשיך את הדוגמה הקודמת: נניח שיש אשכול חברות נוסף – אשכול 2. החברה-האם נמצאת בצרפת, ושלוש החברות-הבנות נמצאות בשוודיה, בגרמניה ובצרפת. כעת נתאר את העסקה הבאה: החברה-האם מאשכול 1 (משוודיה) מוכרת את החברה-הבת הגרמנית שלה לחברה-האם מאשכול 2 (מצרפת). כתוצאה מכך, דיני המס שיחולו על החברה-הבת הגרמנית יהיו עתה אלה של צרפת, במקום אלה של שוודיה. בסיטואציה זו, אם משטר המס בצרפת מטיב בהשוואה למשטר המס בשוודיה, אזי מדובר בהטבת מס; ולהפך, אם משטר המס בצרפת מרע בהשוואה למשטר המס בשוודיה, אזי מדובר בקיפוח. כדי למנוע את הסיטואציה שעלולה להתקבל כתוצאה מעסקות אלה, נדרש שדיני המס במדינות האיחוד האירופי יהיו דומים ככל האפשר. אם מצב כזה יתקיים, תהיה אדישות מיסית בעת ביצוע עסקות מעין אלה שתיארנו.²⁵⁵ אולם עקב בעיית הפעולה המשותפת מצב זה אינו אפשרי.

הנה סיטואציה נוספת: נניח כי באשכול 2 יש חברה-בת נוספת הנמצאת באיטליה. חברה זו אינה צד לאמנת ה-HST הרב-צדדית, אשר טרם נחתמה כאמור (וספק רב אם תיחתם בעתיד). במצב האמור תמוסה החברה-האם על הכנסותיה של החברה-הבת בהתאם לחוקי המס של איטליה, כמו-גם בהתאם לעקרון אורך הזרוע.²⁵⁶ מצב זה יגרום לסרבול רב. מטבע הדברים, ככל שיגדל מספר המדינות שלא יצטרפו לאמנה, המצב יחריף.

כמו-כן יש לזכור כי מודל ה-HST תקף רק לגבי מדינות האיחוד האירופי. כתוצאה מכך נוצר סרבול רב כאשר תחת החברה-האם קיימות חברות-בנות הנמצאות מחוץ לאירופה. מצב זה נפוץ למדי במציאות.²⁵⁷ עקב הבעיות האמורות, מודל ה-HST אינו נראה מודל אידיאלי. עם זאת, הוא אכן צעד ראשון ליצירת הרמוניה מיסית בקרב מדינות האיחוד האירופי. מעניין שאף הנציבות האירופית הייתה מודעת ככל הנראה לבעיות שהעלינו, ועל-כן פעלה בשני נתיבים מקבילים: האחד הוא אימוץ מודל של בסיס מס מאוחד (Common Consolidated Corporate Tax Base), שעליו נרחיב בתת-פרק הבא; והאחר הוא יישום מודל ה-HST במסגרת "פיילוט" רק בנוגע לתאגידים בינוניים וקטנים. העובדה ש"פיילוט" זה טרם החל אומרת לדעתנו דורשני.²⁵⁸

254 ליתר דיוק, בקרב מדינות האיחוד האירופי קיימים כיום 27 משטרי מס שונים. ראו מידע מתוך אתר הנציבות האירופית, לעיל ה"ש 245.

255 Weiner, לעיל ה"ש 249, בעמ' 13.

256 שם, בעמ' 14; LODIN & GAMMIE, לעיל ה"ש 247, בעמ' 34.

257 Weiner, לעיל ה"ש 249, בעמ' 14.

258 TAX COMPLIANCE COSTS FOR COMPANIES IN AN ENLARGED EUROPEAN COMMUNITY 80 (Michael Lang, Christine Obermair et al. eds., 2008). ראו גם מידע מתוך אתר הנציבות

האירופית, לעיל ה"ש 245.

(ב) Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)

מודל ה-CCCTB הוצע גם הוא באוקטובר 2001. זאת, ככל הנראה, עקב ההכרה בבעייתיותו של מודל ה-HST. להבדיל ממודל ה-HST, את מודל ה-CCCTB החליטה הנציבות האירופית לקדם, והוא אושר על-ידי מדינות אירופה בשנת 2003.²⁵⁹

במרץ 2011 נקטה הנציבות האירופית צעד משמעותי לקידום היוזמה:²⁶⁰ היא פרסמה קובץ כללים למיסוי תאגידיים רב-לאומיים (CCCTB).²⁶¹ בבסיס פרסום הכללים עומדת ההכרה כי משטר מחירי ההעברה ועקרון אורך הזרוע אינם יכולים להמשיך להיות הכלים להקצאת הרווחים של תאגידיים רב-לאומיים. הכללים שפורסמו מבקשים ליצור מודל של מיסוי אחיד, כדי למנוע מיסוי-יתר או כפל מס, אשר עלולים להוות תמריצים שליליים לכניסת משקיעים לשוק האירופי. כמו-כן, כללים אלה מיועדים להגביר את התחרותיות בשוק האירופי, לעודד צמיחה בת-קיימא²⁶² וליצור מקומות עבודה. שאיפתה של הנציבות האירופית היא שכללים אלה יאומצו במלואם בתוך עשור. מודל ה-CCCTB מתעתד לחול על כלל התאגידיים, להבדיל ממודל ה-HST, שמתעתד לחול בתחילה רק על תאגידיים בינוניים וקטנים.²⁶³

על-פי מודל זה, מדינה החברה באיחוד האירופי תאפשר לאשכול חברות רב-לאומי הפועל בתחומיה לבחור אחד מן השניים: לדרווח על הכנסותיו במאוחד ותחת מס חברות אירופי אחיד או להיות כפוף ל-27 משטרי מס נפרדים הנמצאים בגבולות האיחוד האירופי.²⁶⁴ במקרה שאשכול החברות הרב-לאומי בחר באפשרות הראשונה, ייחסו הכנסותיו למדינות האיחוד השונות על-פי נוסחת ייחוס.²⁶⁵ מפאת הגמישות שמודל זה מציע, סיכוייו להיות מיושם מאמירים.

259 Tax Compliance Costs for Companies in an Enlarged European Community, שם, בעמ' 80.

260 צעד זה היווה שינוי משמעותי מעמדתה של ועדת רודינג (Ruding), משנת 1992, אשר דחתה על הסף את העקרונות שבבסיס המודל של מיסוי החברות המאוחד. ראו: *Conclusions and Recommendation of the Committee of Independent Experts on Company Taxation* 39–40 (Commission of the European Communities 1992), available at aei.pitt.edu/1332/1/MALCOLM_GAMMIE,_THE_RUDING_COMMITTEE_REPORT: ראו גם: [ruding_tax_report.pdf](http://www.ruding_tax_report.pdf). AN INITIAL RESPONSE (The Institute of Fiscal Studies 1992).

261 European Commission, Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) (2011), available at eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/Proposal_for_a_Council_Directive_on_a_Common_Consolidated_Corporate_Tax_Base (להלן: *Common Consolidated Corporate Tax Base*).

262 להרחבה ראו: European Commission, *Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*, COM(2010) 2020 Final (Mar. 3, 2010).

263 Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, לעיל ה"ש 261, בעמ' 4–6.

264 שם, בעמ' 5–8.

265 שם, ס' 86, בעמ' 49.

עם זאת, בגמישותו טמונים גם חסרונותיו. זאת, מכיוון שבמהות המודל יש סתירה. מחד גיסא, המודל מנסה לקבע את הרעיון של אחידות מס. מאידך גיסא, הוא נותן בידי אשכול החברות הרב-לאומי את היכולת לבחור אם לקבל על עצמו את המודל אם לאו. על רקע הסתירה האמורה ניתן להצביע על שני חסרונות: החיסרון האחד הוא שקשה לראות כיצד מדינות האיחוד האירופי יצליחו להגיע להסכמה ביניהן על בסיס מס משותף אחד; והחיסרון האחר הוא שתאגידים רב-לאומיים יצטרפו למודל זה רק אם יהיה להם דבר-מה להרוויח מכך (דוגמת הטבות מס).²⁶⁶

כפי שצינו, על-פי חלופה זו, לאשכול חברות רב-לאומי שהוא תושב האיחוד האירופי תהיה האפשרות לבחור אם לאמץ את מודל ה-CCCTB, אם חלופה זו תאושר. אם יחליט לאמצו, יאוחדו הכנסותיו מהפעילויות שקיים בתחומי האיחוד האירופי. לאחר איחוד כלל ההכנסות ייעשה שימוש בנוסחת הייחוס המוצעת, שעתידה לכלול את שלושת הרכיבים הקלסיים: נכסים, שכר עבודה ומכירות.²⁶⁷ המשקל שיינתן לכל רכיב יהיה זהה ככל הנראה.²⁶⁸ נפרוט בקצרה מה נכלל בכל רכיב.²⁶⁹ רכיב הנכסים כולל את תרומתו של ההון הפיזי בייצור הכנסת התאגיד. הוא אינו כולל את תרומתו של הקניין הרוחני ביצירת ההכנסה.²⁷⁰ רכיב שכר העבודה משקף את תרומת העובדים בייצור ההכנסה. רכיב זה נחלק בין שכר העבודה (הסכום המשתלם בגין שכר העבודה) למספר העובדים.²⁷¹ לבסוף, רכיב המכירות משקף את תרומתו של שוק הלקוחות ביצירת ההכנסה. על-פירוב המכירות מיוחסות למדינות שבהן ממוקם הצרכן הסופי.²⁷² על-אף הרצון להחיל נוסחת ייחוס אחת, הציעה הנציבות לא להחיל נוסחה זו על גופים פיננסיים, חברות ביטוח, חברות ספנות, חברות תעופה וחברות נפט וגז.²⁷³

266 Benshalom, לעיל ה"ש 251, בעמ' 11–13.

267 ס' 89 ל-Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, לעיל ה"ש 261, אינו מגדיר את המשקל של כל רכיב. סעיף זה קובע כך: "Where a taxpayer holds an interest in a transparent entity, the factors used in calculating its apportioned share shall include the sales, payroll and assets of the transparent entity, in proportion to the taxpayer's participation in its profits and losses" Matthias Petutschnig, *Common Consolidated Corporate Tax Base: Effects of Formulary Apportionment on Corporate Group Entities* (WU Vienna University of Economics and Business, SFB International Tax Coordination, Discussion Paper No. 38, 2012).

268 *Impact Assessment – Accompanying Document to the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, COM(2011) 121 Final (Mar. 16, 2011), at 18.

269 להרחבה ראו Petutschnig, לעיל ה"ש 267, בעמ' 16–20.

270 Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, לעיל ה"ש 261, ס' 92–94, בעמ' 51.

271 שם, ס' 90–91, בעמ' 50.

272 שם, ס' 95–96, בעמ' 52.

273 שם, ס' 98–101, בעמ' 53–54.

אימוצו של מודל ה-CCCTB בקרב מדינות האיחוד האירופי תלוי בשיתוף-הפעולה ביניהן. דוגמה לשיתוף-פעולה כזה ולרצון לגשר על פערים ניתן למצוא בפיצולו של רכיב שכר העבודה שבנוסחת הייחוס. מדינות מזרח אירופה טענו כי ייחוס ההכנסה לפי שכר העבודה בלבד יגרום להעברת עושר למדינות מערב אירופה. זאת, עקב יוקר המחיה המאפיין את מדינות המערב, שבעטיו עובדי תאגיד הנמצא באחת ממדינות מערב אירופה ישתכרו בשיעור גבוה יותר מעובדי תאגיד הנמצא באחת ממדינות מזרח אירופה. כדי לגשר על הפער הוסכם על פיצולו של רכיב שכר העבודה.²⁷⁴

עם זאת, ועל-אף הנסיונות לגשר על פערים שהתגלעו, טרם נעשה שימוש במודל זה בפרקטיקה.²⁷⁵ זאת, מכיוון שאימוץ נוסחת ייחוס לפיצול ההכנסות בין המדינות השונות יוצרת מוקשים פוליטיים רבים. מעבר לכך, לדעתנו יש כאמור בעייתיות בגמישותו של המודל, המעניק לתאגיד את האפשרות לבחור אם לקבל על עצמו את המודל אם לאו.

Formulary Profit Split (FPS) (ג)

להבדיל מהמודלים שהצגנו עד כה, מודל ה-FPS לא הוצע על-ידי הנציבות האירופית, אלא על-ידי המלומדים אבי-יונה, קלוזינג (Clausing) ודרסט (Durst). הצעתם הוצגה במסגרת מאמר אקדמי שפורסם בשנת 2009.²⁷⁶ הצעה זו מהווה שעטנו של שתי גישות המשקפות תפיסות שונות: מודל מיסוי החברות המאוחד, הרואה באשכול החברות הרב-לאומי יחידה משפטית-כלכלית אחת; ומודל מחירי ההעברה, שמתבסס על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת.

בדומה למודלים האחרים, שלושת המלומדים סוברים כי המשטר הקיים אינו אפקטיבי, ועל-כן יש להנהיג במקומו משטר אחר. ההצעה שואפת למסות את אשכול החברות הרב-לאומי באופן שישקף את המציאות הכלכלית שבמסגרתה הוא פועל. משכך, הצעתם מבקשת להשית את המס על אשכול החברות הרב-לאומי על בסיס הכנסותיו הכוללות ברחבי העולם, תוך ייחוס ההכנסה בהתאם למכירות שנערכו בכל מדינה ומדינה. לדעתם, בצורה זו יהיה אפשר לצמצם את התמריצים של תאגידים אלה להסיט את רווחיהם למדינות שבהן שיעורי המס נמוכים.

על-פי המודל, כלל ההכנסות של אשכול החברות הרב-לאומי מפעילות מסוימת יחולקו בין המדינות שבתחומן הופקה הכנסה מאותה פעילות. יודגש כי אשכול חברות רב-לאומי יכול לעסוק בכמה פעילויות. בהתאם להצעה, כל פעילות תמוסה באופן עצמאי. ההכנסה החייבת מכל פעילות תחושב על-ידי קיזוז ההוצאות ברחבי העולם מההכנסות ברחבי העולם, וזאת ללא הבחנה בין היחידות המשפטיות השונות שהפיקו את ההכנסה. בשלב הבא, ההכנסה החייבת מכל פעילות תחולק בין המדינות השונות שבמסגרתן הופקה ההכנסה בהתאם לנוסחת ייחוס שתתבסס על רכיב המכירות בלבד.

²⁷⁴ Petutschnig, לעיל ה"ש 267, בעמ' 17-18.

²⁷⁵ Benshalom, לעיל ה"ש 251, בעמ' 7-8.

²⁷⁶ ראו: Reuven S. Avi-Yonah, Kimberly A. Clausing & Michael C. Durst, *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, 9 FLA.

TAX REV. 497, 507 (2009).

לפישוט התהליך נציג את הדוגמה הבאה: נניח כי חברה א, שהיא אשכול חברות רב-לאומי, עוסקת בייצור שבבים אלקטרוניים לתעשיית הרכב וכן בשיווק מוצרי מזון. בהתאם למודל ה-FPS, נתייחס להכנסות החברה מכל פעילות בנפרד, עקב הריחוק שבין הפעילויות. לאחר ההפרדה בין הפעילויות, נייחס את כלל הכנסותיו של אשכול החברות הרב-לאומי למדינות הרלוונטיות בהתאם לנוסחת ייחוס.

נוסף על כך, מודל ה-FPS מאמץ את אחת השיטות המקובלות בארצות-הברית להערכת מחירי ההעברה (שיטת חלוקת הרווחים השיורית). ראשית, בקביעת ההכנסה החייבת שתייחס לכל מדינה יש להתחשב בהוצאות המוכרות לצורכי מס באותה מדינה. שנית, הכנסות נוספות, אשר לרוב יהיו מרכוש בלתי-מוחשי (המכונות גם "הכנסה שיורית"), ייוחסו למדינות השונות באופן יחסי למכירות בתחומן. המכירות ייקבעו בהתאם למיקומו של הצרכן הסופי. לדעת המלומדים, השימוש ברכיב המכירות יקל את יישום הנוסחה, וכן ימנע מניפולציות, שכן מרכיב המכירות ניתן פחות לשינוע בהשוואה למרכיבי הנכסים והעבודה.

היתרון הגלום במודל זה הוא היותו דרך-ביניים. בניגוד למודלים הקודמים, שמהווים פיתוחים של מודל מיסוי החברות המאוחד, מודל ה-FPS משלב שני מודלים "חלוקים". ייתכן שבשלב זה רק כך יהיה אפשר לתת את מירב המדינות לשינוי המיחל.

אלא שהיתרון במודל זה מהווה גם את עקב אכילס שלו. באופן כללי, כל עוד נחזיק בדעה כי אשכול חברות מורכב מישויות נפרדות, חלוקת עוגת המס לא תתיישב עם גישה של צדק חלוקתי. נוסף על כך, כל עוד ננסה להגות מנגנוני מיסוי על-סמך ההנחה המוטעית שאשכול חברות מורכב מישויות נפרדות, יצליחו אשכולות אלה – אשר ניהנים בתחום רב ומצוידיים במשאבים בלתי-נדלים – למצוא פרוצטות במנגנונים השונים.

באופן ספציפי, שימוש בשיטות לחלוקת הרווח מעורר גם הוא קושי. ראשית, הבחירה בשיטה הקונקרטית לחלוקת הרווח²⁷⁷ עשויה להיות שרירותית, וכל בחירה עשויה להוביל לתוצאות שונות. שנית, יישומה של כל שיטה לחלוקת הרווח מצריך איסוף מידע ממדינות רבות, ומשימה זו מצריכה משאבים רבים. שלישית, שיטות לחלוקת הרווח נחשבות סובייקטיביות, ועל-כן ניתנות למניפולציה. זאת, בניגוד לשיטות האחרות של השוואת המחירים.²⁷⁸

על רקע הדברים האמורים, אנו מחזיקים בדעה כי מודל ה-FPS מהווה צעד חשוב, אך לא פתרון שלם, ומשכך הוא עלול לעורר קשיים בהשגת השינוי המיחל.

(ד) ניתוח ומסקנות

אימוץ שיטה של מיסוי חברות מאוחד במישור החוצה גבולות בין מדינות – לדוגמה,

²⁷⁷ למנגנונים השונים של השוואת מחירים, ביניהם שיטות חלוקת הרווח, ראו לעיל ליד ה"ש 127 ואילך.

²⁷⁸ ג'קי חולי מחירי העברה 79 (2006).

באיחוד האירופי – או ביחס לעסקות בין-לאומיות מחייב חשיבה מחדשת ועריכת התאמות בשיטת מיסוי החברות המאוחד הנהוגה כיום בכמה מדינות פדרטיביות בבואנו לאמצה לזירה הבין-לאומית. בהקשר זה, בצדק לדעתנו, דחתה הנציבות האירופית את מודל ה-HST. זאת, מכיוון שמודל זה פותח פתח רחב למניפולציה של התאגידים על המדינות השונות שבהן הם פועלים, והדבר ישחק לידיהן ויפגע בכוחן של רשויות המס לגבות מס אפקטיבי באופן שוטף.

ניתן לראות שגם באיחוד האירופי ההצעה לאמץ מיסוי חברות מאוחד במסגרת ה-CCCTB נתקלת בקשיים לא-מבוטלים ביחס לרכיבים של נוסחת הייחוס. ברי כי לגורמים אלה יש השפעה מכרעת על יכולתן של המדינות לגבות הכנסות. בהקשר זה יצוין כי אנו מציעים לבחון מחדש את רכיבי הייחוס. לדעתנו, יש לייחס את ההכנסה שאשכול החברות מפיק, בין היתר, לגורמים הנושאים בנטל מס החברות שיוטל – סוגיה שעליה נרחיב בתת-פרק הבא. באשר למודל שמציעים אבי-יונה, קלוזינג ודרסט, מודל זה מהווה לתפיסתנו שעטנו של "עולם הספרים הישן" ו"עולם הספרים החדש". לדעתנו, אין מקום להכלאה זו, והתועלת שתופק מהשילוב המוצע על-ידיהם קטנה מהנזקים שהוא עלול ליצור.

כן יודגש כי שיטת המס הבין-לאומית הנהוגה כיום נשענת במידה רבה על כ-3,000 אמנות למניעת כפל מס, אשר עדכונן או תיקונן עלול לפגוע ביכולת לאמץ רפורמה של ממש. לפיכך מוצע לאמץ הסדר שהחלתו אינה טעונה עדכון או תיקון של אמנות המס הקיימות. נוסף על כך, וכפי שכבר ציינו, הואיל ויש מדינות (בעיקר מתפתחות), אולם לא רק כאלה) אשר כחלק מתוכניות לעידוד פעילות כלכלית מטילות מס בשיעורים נמוכים ביותר על שחקנים זרים הפועלים בגבולותיהן, יש לשקול אימוץ "רצפות" ו"תקרות" לשיעורי המס שיובאו בחשבון בנוסחה, שאם לא כן המדינות עלולות להיגרר למירוץ לתחתית.

לבסוף, אנו מציעים לאמץ כללים אחידים מחייבים, ולא אלקטיביים. במילים אחרות, מוצע לא לאפשר לנישומים לבחור אם משטר המס יחול עליהם אם לאו. משטרי מס אלקטיביים כאלה מאפשרים על-פירוב לנישומים להקטין את חבות המס שלהם, ופוגעים ביכולתן של המדינות להטיל מס שוויוני ואפקטיבי.²⁷⁹ בהקשר זה נציע לאמץ מודל שלפיו חלוקת מס החברות שאשכול החברות הרב-לאומי ישלם תתחשב בזהות הנישומים הנושאים בנטל מס. לשם כך ננסה כעת לבחון מי נושא בנטל מס החברות באשכול חברות רב-לאומי.

2. מי נושא בנטל מס החברות?

בחינת רציותו של מודל מיסוי חברות מוצע אינה יכולה להתעלם מהשאלה מי נושא בנטל המס. לשאלה זו יש חשיבות כפולה: האחת קשורה לשאיפתנו להטיל את המס,

Daniel Shaviro, *The Rising Tax-Electivity of U.S. Corporate Residence*, 64 TAX L. REV. 279 (2011) 377.

באמצעות המודל המוצע, על הגורמים הראויים ביותר למיסוי; והאחרת קשורה לרצוננו להצביע על הבעייתיות הגלומה בהטלת המס על הנישומים הנעשית לפי המודלים הקיימים כיום.

כזכור, אף שחברה היא בעלת כשרות משפטית לבצע פעולות בעולם המציאות, החברה עצמה היא פיקציה משפטית. הסממן היחיד לקיומה של חברה הוא מסמכי ההתאגדות שלה.²⁸⁰ מסירת מסמכים אלה לרשם החברות מהווה את "יום הולדתה של החברה", ואילו חיסול מסמכים אלה מהווה את "יום פטירתה של החברה". למרות רטוריקה זו, המאפיינת שפת בני-אדם, מסמכים אלה אינם הופכים את החברה ליצור ממשי "בשר-ודם" בעולם המציאות. על רקע דברים אלה ניתן לומר כי בהטלת מס חברות לא החברה היא שנושאת בנטל המס, כי אם בני-האדם הקשורים אליה בצורות שונות. בשורות הבאות ננסה לסכם עשורים רבים של שיח כלכלי-משפטי המנסה להתחקות אחר הגורם הנושא בנטל מס החברות.

בתמצית, בתחילה ההנחה הייתה שנטל מס החברות נופל על בעלי המניות בלבד, אולם במהלך השנים היה אפשר לזהות הרחבה של מעגל השחקנים, וכך נטען כי מעבר לבעלי המניות אף העובדים, הצרכנים וכן בעלי אינטרס נוספים – דוגמת נושי החברה ועוד (other stake holders) – נושאים בנטל מס החברות.²⁸¹

בעלי המניות הם הנושאים באופן ישיר בנטל מס החברות המוטל על החברה. לשם המחשה נשתמש בדוגמה: לחברת "המכולת", שהתאגדה לפני שנתיים, יש שני בעלי מניות – אב ובן. בידי האב 75% ממניות החברה, ואילו הבן מחזיק בידיו את יתר מניות החברה (25%). נניח כי שווי החברה נקבע רק על-סמך הכסף שנמצא בקופה הרושמת. לאחר השנה הראשונה להיווסדה נמצאים בקופת החברה 2,000,000 ש"ח. כלומר, שווי מניות האב הוא 1,500,000 ש"ח, ושווי מניות הבן הוא 500,000 ש"ח. בשנה השנייה לחברת "המכולת" נרשם רווח מצטבר של 1,000,000 ש"ח, כך שבקופת החברה נמצאים כעת 3,000,000 ש"ח. כלומר, שווי מניות האב הוא 2,250,000 ש"ח, ושווי מניות הבן הוא 750,000 ש"ח. אולם סעיף 126 לפקודת המס קובע כי יש למסות את רווחי החברה בשיעור של 25%. לכן הרווח המצטבר של החברה בשנה השנייה, לאחר תשלום מס, הוא 735,000 ש"ח. תשלום המס משליך גם על סכום הכסף בקופה הרושמת של החברה. לאחר תשלום המס נמצאים בקופה הרושמת 2,735,000 ש"ח. כלומר, שווי מניות האב הוא 2,051,250 ש"ח, ושווי מניות הבן הוא 683,750 ש"ח. מדוגמה זו ניתן להסיק כי הטלת מס חברות מקטינה את שווי המניות שברשות בעלי המניות. בסיטואציה שתוארה ירד שווי מניות האב מ-2,250,000 ש"ח ל-2,051,250 ש"ח, ואילו שווי מניות הבן ירד מ-750,000 ש"ח ל-683,750 ש"ח.

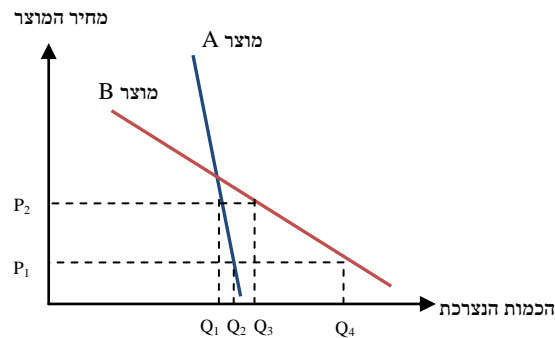
העובדים, הצרכנים, נושי החברה ובעלי אינטרס נוספים בחברה נושאים באופן עקיף בנטל המס המוטל על חברה. העובדים נושאים בנטל המס שכן אילולא הוטל מס חברות היה שכרם עשוי להאמיר. קביעה זו תלויה אומנם במשתנים רבים נוספים, אך באופן

280 סי' 5 לחוק החברות.

281 הדיון הנערך כאן בשאלה מי נושא בנטל המס מתבסס בחלקו על מאמרו של מרגליות, לעיל ה"ש 11.

כללי ניתן לומר כי ככל שבקופת החברה יש סכום כסף גדול יותר, וככל שרווחיות התאגיד גדלה, מדיניות התגמול בתאגיד מתגמשת, ושכרם של המנהלים – ולאחר-מכן של העובדים בתאגיד – עולה.

הצרכנים נושאים בנטל המס שכן ככל שנטל מס החברות ירד, תנסה החברה "לגלגל" הפסדים אלה על הצרכנים בדמות עליית מחירים. כאן המקום לציין כי הנטל שבו יישאו הצרכנים תלוי בשאלה אם הביקוש שלהם למוצר או לשירות שהחברה מספקת הוא קשיח או גמיש. המונחים קשיחות וגמישות מתייחסים לשינוי הרגלי הצריכה של הצרכנים כתוצאה משינוי במחיר המוצר. כאשר הביקוש למוצר הוא קשיח, שינוי במחיר המוצר לא ישנה את הכמות הנצרכת באופן משמעותי. כפי שרואים בתרשים, שינוי במחירו של מוצר A מ- P_1 ל- P_2 גורם לשינוי קטן בלבד בכמות הנצרכת מ- Q_2 ל- Q_1 . לעומת זאת, כאשר הביקוש למוצר הוא גמיש, שינוי במחיר המוצר ישנה את הכמות הנצרכת במידה משמעותית. ככל שהביקוש למוצר יהיה גמיש יותר, שינוי מחיר המוצר ישפיע בצורה דרמטית יותר על הכמות הנצרכת. כפי שרואים בתרשים, שינוי במחירו של מוצר B מ- P_1 ל- P_2 גורם לשינוי גדול בכמות הנצרכת מ- Q_2 ל- Q_3 .



אם עסקינן בחברה לייצור תרופות, אזי נטל המס שבו יישאו הצרכנים עשוי להיות גבוה מאוד. הסיבה לכך היא שתרופות הן מוצר צריכה שהביקוש לו קשיח למדי. זאת, כמובן, בהנחה שאין תרופות מקבילות המיוצרות על-ידי חברות מתחרות. במקרה זה תוכל חברת התרופות "לגלגל" את נטל המס על צרכניה, וזאת ללא חשש שכמות התרופות הנצרכת תיפגע. לעומת זאת, אם עסקינן בחברה לייצור מוצרי חלב, אזי נטל המס שבו יישאו הצרכנים עשוי להיות נמוך באופן משמעותי. הסיבה לכך היא שמוצרי חלב הם מוצר צריכה שהביקוש לו גמיש. במקרה זה, אם חברת החלב "תגלגל" את המס על צרכניה יתר על המידה, יוכלו אלה לעבור להשתמש במוצר דומה אחר או אף להימנע כליל מהשימוש במוצר זה.

בעלי ההון החיצוניים לחברה חשופים אף הם להשפעתם של שינויים בשיעור מס החברות. כפי שראינו לגבי בעלי המניות, הטלת מס חברות מקטינה את שווי המניות

שברשותם. עקב ירידת ערך המניות, ייתכן שהם יחליטו כי מוטב להם לפזר את השקעתם, קרי, לממש חלק מזכויותיהם בחברה האחת ולהשקיע בחברה אחרת. העלייה בביקוש להשקעות גורמת לעליית מחירן של המניות הרלוונטיות, ועליית מחירי המניות מובילה לירידה בתשואה על ההשקעה. כפועל יוצא מכך, כלל בעלי ההון מפסידים ממהלך זה, אשר החל כזכור בהטלת מס חברות. נוסף על כך, בעלי ההון החיצוניים מהווים לטעמנו קבוצה ייחודית, ולכן אנו מחזיקים בדעה כי יהיה נכון וצודק לתת למדינות שמהן מגיע ההון – המהווה ערך מוסף (added value) לחברה – את האפשרות ליהנות מעוגת המס.

האחרונים הם נושי החברה. אף אלה עשויים לשאת בנטל המס המוטל על החברה. לצורך העניין נושים יכולים להיות נותני אשראי (בעיקר בנקים וחברות אשראי), ספקים, לקוחות ועובדים. נמחיש כיצד קבוצה זו עלולה להיות חשופה להשפעתם של שינויים בשיעור מס החברות באמצעות הדוגמה הבאה: נניח כי במסגרת חוזה עם ספק מסופקים לחברה חומרי-גלם בסך של 600,000 ש"ח, וזו מצידה מתחייבת לשלם לספק כל חודש 20,000 ש"ח במשך 30 חודשים. עוד נניח, לשם הפשטות, כי הוצאות החברה היחידות הן ההוצאות לספק. בחודש הראשון הכנסות החברה מסתכמות ב-30,000 ש"ח, והוצאותיה ב-20,000 ש"ח. רווח החברה בחודש זה עומד על 10,000 ש"ח. לאחר תשלום מס חברות בשיעור של 25%, החברה נשארת עם רווח של 7,500 ש"ח. נניח כעת כי בחודש השני שיעור מס החברות מאמיר ל-30%. בסיטואציה זו תשאף החברה לשמור על רווחיה, שכן ללא נקיטת פעולה אקטיבית, ובהנחה שהרווח לפני תשלום מס נשאר קבוע, הרווח לאחר תשלום המס יצטמצם. לכן היא תדרוש מהספק להתאים את תנאי התשלום החודשי לשינוי בשיעור מס החברות. אם ישעה לדרישת החברה, הוא ייפגע בהכרח, שכן סך ההחזר החודשי יקטן לכ-19,285 ש"ח²⁸² אם יסרב הספק לדרישה, החברה עשויה להפר את החוזה שנחתם, ולחפש ספק שיספק את חומרי-הגלם במחיר פחות. גם במקרה זה ייפגע הספק, שכן הוא יפסיד לקוח. יוער כי סיטואציות דומות עשויות להתרחש גם מול נותני אשראי, לקוחות או עובדים.

הצבענו לעיל על חמישה גורמים אשר קשורים לחברה ונושאים בנטל מס החברות המוטל עליה. את חמשת הגורמים נבקש לחלק לשלוש קבוצות באופן הבא: קבוצת ההון, שעומה יימנו בעלי המניות, מחזיקי ניירות-הערך ההמירים למניות והנושים הפיננסיים של החברה; קבוצת העובדים ונותני השירותים (ניתן לכלול בקבוצה זו ספקים נוספים, אולם לצורך הנוחות נתייחס לנותני השירותים העיקריים); וקבוצת הצרכנים. לדעתנו, חלוקה זו מסייעת בגיבושו של מודל מיסוי החברות המאוחד הרצוי, שאליו נפנה מייד.

יוער כי לטעמנו שילוב שלוש הקבוצות מהווה את הרע במיעוטו בכל הקשור לפוטנציאל המניפולציה שאשכולות החברות הרב-לאומיים יכולים לעשות על הנוסחה.

282 לתוצאה זו הגענו בדרך הבאה (x מייצג את התשלום החודשי לספק):

$$(30,000-x)*(1-0.3)=7,500$$

$$0.7x=13,500$$

$$x=19,285.714$$

נחדד את דברינו: יטענו הטוענים כי הון במהותו הוא נייד. תגובתנו תהיה כי בעל ההון נייד פחות. לנוכח העובדה שבייחוס ההכנסה אנו בוחנים את מיקומו של בעל ההון, ולא את מיקום ההון, המניפולציה מתמתנת מאליה. נוסף על כך, קבוצת העובדים קשה גם היא למניפולציה, שכן שינוע עובדים אינו דבר פשוט. לבסוף, בנוגע לקבוצת הצרכנים נציין כי כבר בנוסחות הגנריות המשמשות בארצות-הברית ובקנדה רכיב זה זוכה במשקל ניכר, באשר הוא נתפס כמשקף את המציאות בצורה מהימנה.

3. המודל הרצוי

אנו סוברים כי אין לאמץ את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ביחס למיסוי של אשכול חברות רב-לאומי אם כל החברות באשכול הן תושבות אותה מדינה, ואף במקרים שבהם באשכול החברות יש תאגידים תושבי מדינות שונות. נוסף על כך, ההכרה באינטרסים הכלכליים המשותפים של החברות הקשורות באשכול החברות, וכן בזיקה הכלכלית שביניהן, מובילה לדעתנו למסקנה כי אין לאמץ את עקרון אורך הזרוע ביחס לעסקות בין-חברתיות או ביחס לעסקות שחברה מבצעת עם סניף או מוסד-קבע שבבעלותה. כפועל יוצא מכך, לצורכי מס מוצע להתעלם מהמבנה הפורמלי התאגידי בין היחידות השונות באשכול החברות. כן מוצע לפצל את הכנסותיו של אשכול החברות בין המדינות שהשתתפו בהפקת ההכנסה על-פי תרומתן להכנסה ועל-פי ענפי הפעילות השונים של התאגיד, כפי שיובהר להלן.

כפי שהצגנו בפרק ד ובפרק זה, ההצעות העומדות כיום על הפרק בעניין אימוצו של מודל מיסוי החברות המאוחד במישור הבין-לאומי לא סטו באופן משמעותי מנוסחת הייחוס הגנרית שאומצה לפני עשרות שנים בבוסטון שבארצות-הברית. זאת, אף שניתן לראות כי במהלך השנים השתנו המשקלות שניתנו לגורמי הייחוס (מתן משקל גדול יותר לרכיבי המכירות והצרכנים על-חשבון גורמי הייצור (שכר העבודה והנכסים)). על-פי נוסחה גנרית זו, הכנסותיו של אשכול חברות רב-לאומי יחולקו בין שלושה גורמי ייחוס פוטנציאליים עיקריים – נכסים, שכר עבודה ומכירות. יוער כי לא בכל הנוסחאות הגנריות של השיטות השונות שנזכרו נעשה שימוש בכל גורמי הייחוס השונים. אנו סוברים כי קיימת כפילות בין גורמי הייחוס שכר עבודה ונכסים. מעבר לכך, תמוה בעינינו מדוע לא התייחסה נוסחה גנרית קלסית זו לתרומה הכלכלית של בעלי ההון המעמידים אשראי לחברה, שהוא תנאי בייצור ההכנסה. היטיב לבטא עיקרון זה מקדניאל (McDaniel):

"The factors might be property, sales and payroll, *but analysis should not be limited to only these factors. Much more sophisticated factors need to be developed for today's multinationals.* The exact weight to be given each of the selected factors would be the subject of negotiation among the countries. The starting point probably would be an agreed upon formula that, in some broad

sense, replicates the revenues derived by each country from its existing corporate tax."²⁸³

היתרונות שיופקו מהחלפת הדין הנוהג בשיטה של מיסוי חברות מאוחד קשורים בקשר ישיר לליקויים המיוחדים לשיטת המס הנוהגת כיום. אלה ייתרו את ההתבססות על אדני השיטה הנוהגת כיום, אשר עוררו ביקורת רבה מצד רשויות המס השונות, מצד נישומים ומצד חוקרים מובילים באקדמיה. עם עקרונות היסוד העיקריים שבוקרו נמנים תושבות החברה לצורכי מס וכללי המקור לייחוס הכנסה למדינה שבה הופקה ההכנסה. ביקורת זו נשמעה בעיקר ביחס לכללי המקור על הכנסות פסיביות, שהקשר בינן לבין מקום הפקתן מקרי. כך, למשל, ייחוס הכנסות למדינות בהתעלם מהשאלה אם במדינות אלה הייתה פעילות כלכלית כלשהי (לדוגמה, רישום קניין רוחני במדינה מסוימת וייחוס הכנסות מתמלוגים לאותה מדינה) מסכל לדעתנו במידה רבה את יכולתן של מדינות שהשתתפו בהפקת ההכנסה להטיל מס על-פי תרומתן הכלכלית. התעלמות מהפיקציה המשפטית הרואה בכל אחד מהתאגידים באשכול החברות אישיות משפטית נפרדת תוביל בפועל לביטול משטרי המס האנטי-תכנוניים, דוגמת משטר החברה הנשלטת הזרה ומשטר מחירי ההעברה, אשר מידת האפקטיביות שלהם כיום מוטלת בספק.²⁸⁴

כפי שהראינו בתת-פרק הקודם, ניתן לחלק את הגורמים הנושאים בנטל מס החברות לשלוש קבוצות: קבוצת ההון, שעמיה יימנו בעלי המניות והמלווים (E); קבוצת העובדים ונותני השירותים (P); וקבוצת הצרכנים (S). לדעתנו, חלוקה זו מסייעת בגיבושו של מודל מיסוי החברות המאוחד הרצוי. נוסחת הייחוס המוצעת על-ידינו היא הנוסחה הבאה:²⁸⁵

$$T_i = t_i * \mu * \left(S_w * \frac{S_i}{S} + P_w * \frac{P_i}{P} + E_w * \frac{E_i}{E} \right)$$

לשם המחשת המודל המוצע נעשה שימוש בדוגמה קודמת²⁸⁶ תוך עריכת שינויים אחדים. כעת נוסיף ונניח כי לחברה הרב-לאומית MC קיים פטנט בשווי 1,000,000 דולר הרשום באיי ברמודה וכן הון בשווי 1,000,000 דולר שמקורו בקנדה.

283 McDaniel, לעיל ה"ש 208, בעמ' 708–709 (ההדגשה הוספה).

284 עזאם, לעיל ה"ש 158, בעמ' 27–28; Stephen E. Shay, J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni, "What's Source Got to Do With It?" *Source Rules and U.S. International Taxation*, 56 TAX L. REV. 81 (2002).

285 ברשימה זו לא נתיימר לקבוע את המשקל שיינתן לכל רכיב בנוסחת הייחוס. במילים אחרות, המשתנים S_w , P_w ו- E_w ייקבעו בעתיד בהתאם להסכמת המדינות. אנו מחזיקים בדעה שהצעד הראשון צריך להיות הבעת נכונות עקרונית לאמץ את משטר המיסוי המאוחד.

286 ראו את הדוגמה לעיל בראשית פרק ג.

נרכז את הנתונים בטבלה, ונחשב את סך המס שניתן לייחס לכל מדינה (T_i):

קנדה	ישראל	איטליה	איי ברמודה	
$\mu_1=200,000$	$\mu_2=500,000$	$\mu_3=700,000$	$\mu_4=0$	ההכנסה החייבת בכל אחת מהחברות (μ_i)
$\mu=1,400,000$				סך ההכנסות הניתנות למיסוי (μ)
$S_1=4,000,000$	$S_2=2,000,000$	$S_3=3,000,000$	$S_4=0$	היקף המכירות (S_i)
$S=9,000,000$				סך היקף המכירות (S)
$P_1=1,000,000$	$P_2=2,000,000$	$P_3=3,000,000$	$P_4=0$	שכר העבודה (P_i)
$P=6,000,000$				סך שכר העבודה (P)
$A_1=4,000,000$	$A_2=1,000,000$	$A_3=1,000,000$	$A_4=1,000,000$	הנכסים (A_i)
$A=7,000,000$				סך הנכסים (A)
$E_1=1,000,000$	$E_2=0$	$E_3=0$	$E_4=0$	ההון (E_i)
$E=1,000,000$				סך ההון (E)
$t_1=15\%$	$t_2=25\%$	$t_3=27.5\%$	$t_4=0\%$	שיעור מס החברות

כאמור, המודל המוצע מבקש להתעלם מרכיב הנכסים, ועל-כן במסגרת החישוב לא נתייחס לרכיב זה. נזכיר כי חברת MC רשמה פטנט באיי ברמודה, וזאת ככל הנראה כדי להפחית את נטל המס הכולל. העובדה שהמודל המוצע מתעלם מרכיב הנכסים מונעת ממדינות שבהן לא נעשית פעילות כלכלית אמיתית – דוגמת איי ברמודה בדוגמה שלעיל – את האפשרות ליהנות מעוגת המס שייגבה. לעומת זאת, המודל המוצע מייחס חשיבות למקור ההון. על-כן במסגרת החישוב יינתן משקל לרכיב זה.

בדומה לדוגמה הקודמת, גם לצורך דוגמה זו נניח כי S_w , המשקף את המשקל שניתן להיקף המכירות, הוא 0.5; P_w , המשקף את המשקל שניתן לשכר העבודה, הוא 0.25; וכי E_w , המשקף את המשקל שניתן להון, הוא 0.25.²⁸⁷ כעת נחשב, תוך שימוש בנוסחה, את החבות במס של כל אחת מהחברות בשלוש המדינות שבהן מתקיימת פעילות "אמיתית" (במסגרת החישובים נתעלם מאיי ברמודה מן הטעם שבגבולותיה לא מתקיימת פעילות "אמיתית", ומשכך, לגישתנו, אין לאפשר למדינה זו ליהנות מעוגת המס):²⁸⁸

• חבות המס בקנדה –

$$T_1 = 0.15 * 1,400,000 * \left(0.5 * \frac{4}{9} + 0.25 * \frac{1}{6} + 0.25 * \frac{1}{1} \right) = 107,916.666$$

• חבות המס בישראל –

$$T_2 = 0.25 * 1,400,000 * \left(0.5 * \frac{2}{9} + 0.25 * \frac{2}{6} + 0.25 * \frac{0}{1} \right) = 68,055.555$$

287 נזכיר כי סך המשקלות חייב להיות שווה ל-1, ולכן $S_w + P_w + E_w = 1$.

288 נדגיש כי המונים והמכנים בשברים השונים, בכל שלוש הנוסחות, מתייחסים לנתונים במיליוני דולר.

• חבות המס באיטליה –

$$T_3 = 0.275 * 1,400,000 * \left(0.5 * \frac{3}{9} + 0.25 * \frac{3}{6} + 0.25 * \frac{0}{1} \right) = 112,291.666$$

חבות המס הכוללת של אשכול החברות הרב-לאומי מסתכמת ב-288,263.887. מתוצאות החישוב ניתן לראות כי חבות המס בקנדה עלתה – מ-90,416.666 דולר ל-107,916.666 דולר – בעקבות הכללת רכיב ההון בנוסחת הייחוס. לעומת זאת, חבויות המס בישראל ובאיטליה ירדו. בישראל חבות המס ירדה מ-87,597.222 ל-68,055.555; ובאיטליה היא ירדה מ-128,333.333 דולר ל-112,291.666 דולר. תוצאות אלה הולמות את רצוננו לתגמל מדינות שמהן מגיע ההון. כמו-כן, המודל המוצע אינו מתגמל בצורה כלשהי את איי ברמודה על כך שפטנט החברה רשום בגבולותיה. אף תוצאה זו הולמת את רצוננו לא לתגמל מדינות שבהן לא מתקיימת פעילות כלכלית אמיתית, ואשר המניע היחיד לרישום הנכס (הפטנט) בהן הוא רצונם של אשכולות החברות הרב-לאומיים להפחית את נטל המס המושט עליהם.

מעבר לכך, אנו מציעים לשקול – כחלק מההכרה בכך שאשכולות חברות רב-לאומיים עוסקים בפעילויות שונות שהזיקה ביניהן היא לעיתים מקרית לחלוטין – לפצל את הכנסותיו של אשכול החברות למגזרי פעילות, ולפצל את רווחי התאגיד בין המדינות השונות שסייעו בהפקת ההכנסה על-פי מידת תרומתן לפעילות המסוימת, ולא על-פי מידת תרומתן לאשכול החברות בכללותו. לשם המחשה נשתמש בדוגמה הפשוטה הבאה: נניח כי אשכול חברות רב-לאומי עוסק בחקלאות, ולשם כך מעסיק עשרות אלפי עובדים בחוות במדינות אמריקה הדרומית. פעילות זו אינה רווחית. במקביל, אותו אשכול חברות מעסיק עשרים מתכנתים בארצות-הברית, ופעילות זו מניבה לאשכול החברות הכנסות ורווחים עצומים. על בסיס דוגמה זו, התעלמות ממגזרי הפעילות השונים עלולה להטות את תרומתן של המדינות השונות בהפקת ההכנסה. פיצול הפעילויות יתרום לדעתנו לייחוס מדויק יותר.

עם זאת, יש לזכור כי לעיתים פעילויות שאינן רווחיות, ואולי אף גרעוניות, מסייעות לפעילויות שנתפסות לכאורה כמובחנות. נוסף על כך יובהר כי פיצול פעילויות התאגיד וייחוס הכנסות ורווחים לגבי כל פעילות בנפרד עלולים אף הם לגרום לעיוותים בהקצאת ההכנסות בין המדינות על-פי תרומתן.

בהקשר זה אנו מציעים לאמץ, בצד הנוסחות הגרורות, נוסחות נוספות המותאמות לענפים מסוימים (דוגמת תחבורה ובנקים), אשר ייחסו משקל שונה לרכיבי הייחוס שיאומצו. יתרה מזו, לדעתנו אין מניעה שנוסחות ענפיות אלה יכילו רכיבי ייחוס נוספים מעבר לרכיב הייחוס החדש שהוצע – רכיב ההון. בהקשר זה מוצע לשקול בחינה של גמישות הביקוש וההיצע למוצר או לשירות שהאשכול מספק, והתחשבות בשיקול זה בעת קביעת הנוסחות להקצאת ההכנסות בין המדינות.

עוד אנו מציעים לבחון אפשרות לאימוץ הסדרי מס בין-לאומיים שיחילו נוסחות ייחוס ספציפיות ל"שחקנים" מסוימים אשר יכובדו על-ידי המדינות הרלוונטיות. נסיון העבר ביחס להחלה של משטר מחירי העברה מעלה כי אימוץ חד-צדדי של מתודולוגיה

לתמחור עסקות בין-חברתיות באשכול חברות נדחה לעיתים על-ידי חלק מהמדינות שבהן אשכול החברות פועל. דחייה זו עלולה לחשוף את אשכול החברות לכפל מס. במקרים מסוג זה אפשר משטר מחירי ההעברה לנישומים לגבש הסכמה רב-צדדית בין רשויות המס במדינות הרלוונטיות שבהן אשכול החברות פועל, בדמות פרה-רולינג (הסדר מס) המקובל על כל המדינות, ובכך היה כדי להסיר את החשש למיסוי כפול. מוצע לבחון אימוץ הסדר דומה גם בשיטתנו המוצעת כאן. בהקשר זה, וכחלק מההבנה שבמישור הבין-לאומי המדינות מתחרות ביניהן על מיסוי הכנסותיהם של אשכולות חברות רב-לאומיים, מוצע לוודא כי שיעור המס הכולל של התאגיד לא יעלה על שיעור מס החברות הגבוה ביותר בקרב המדינות שבהן התאגיד פועל, לרבות אלה שבהן הוא מוכר את מוצריו.

לסיכום האמור, החידוש המרכזי ברשימה זו הוא הוספת רכיב ההון לנוסחת הייחוס. התחשבות ברכיב זה היא הכרחית שכן בעלי ההון – ביניהם גם בעלי מניות ומלווים (למעט מלווים מזדמנים המעמידים אשראי לטווח קצר) – נושאים גם הם בנטל מס החברות, כפי שהוכחנו בתת-פרק הקודם. נציע להתייחס לבעלי ההון באופן רחב יחסית, וזאת מכיוון שבסיטואציות מסוימות ההבחנה בין הון לחוב אינה קלה, ועלולה להוות פתח למניפולציה לא-נאותה שכל ייעודה להשיג הפחתת מס או הימנעות ממס.²⁸⁹ יטען אולי הטוען כי עשוי להתעורר קושי באיתור בעלי ההון השונים ברחבי העולם, במיוחד כאשר מדובר באשכולות חברות רב-לאומיים. לטענה זו נתייחס בשני אופנים: ראשית, יש לזכור כי ברחבי העולם קיימות גם חברות בין-לאומיות בעלות "זיקות" למספר מצומצם של מדינות, ומקרים אלה אינם מעוררים קשיים ניכרים; שנית, אנו סוברים כי הנהגת חובות דיווח על השקעות ושיתוף המידע בין המדינות עשויים לסייע באיתור בעלי ההון,²⁹⁰ ובכך להפוך את ייחוס ההכנסה בהתאם לרכיב זה לפשוט.

אנו סוברים כי קיימות שתי סיבות נוספות המצדיקות את הוספתו של רכיב זה לנוסחת הייחוס. ההצדקה הראשונה מהותית, ונוגעת בכך שההון שהזורם לחברה – בין באופן ישיר ובין על-ידי אי-חלוקת רווחיו של אשכול החברות לבעליו – מהווה משאב חשוב שהחברה פועלת מכוחו. לפיכך, בהנחה שנוסחת הייחוס מנסה להתחקות אחר מקורם של גורמי הייצור, אין סיבה לא לראות בהון של אשכול החברות את אחד מגורמי הייצור האחראים להפקת ההכנסה. זאת, בדומה להון האנושי הפועל ומפיק הכנסות. ההצדקה השנייה נובעת מהניצול לרעה של הפיקציה המשפטית שעניינה אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה, בפרט לצורכי מס. כפי שהצגנו בפתח הרשימה, כיום חברות מצליחות לדחות מיסוי שוטף של הכנסותיהן ולהעבירן לחברות במדינות שבהן שיעורי המס נמוכים במיוחד. אומנם אימוץ של משטר מיסוי החברות המאוחד יפתור בעיה זו במידה רבה. אולם במצב שבו אשכולות חברות אלה לא יחלקו דיווידנדים באופן שוטף, מדינות התושבות של בעלי ההון באשכולות חברות אלה לא יזכו בחלקן

289 להרחבה בנושא ראו: Vito Tanzi, *The Nature and Effects of Globalization on International Tax Policy*, 26 BROOK. J. INT'L L. 1261 (2001).

290 ראו: Michael Keen & Jenny E. Lighthart, *Incentives and Information Exchange in International Taxation*, 13 INT'L TAX & PUB. FIN. 163 (2006).

בהכנסות. פגיעה זו אינה מוצדקת לטעמנו. לכן, לגישתנו, נוסחות הייחוס המקובלות כיום, הנעדרות רכיב זה, אינן שלמות.

יטען הטוען כי הטלת מס על בעלי המניות, במסגרת הוספת רכיב ההון, תגרום למיסוי יתר של בעלי המניות, שכן הללו ממוסים אף בעת חלוקת דיווידנדים. תגובתנו על טענה זו כפולה: ראשית, חלוקת דיווידנד אינה מחובותיו של התאגיד, ועינינו הרואות כי חברות בין-לאומיות רבות אינן מחלקות דיווידנדים באופן שוטף. תחת חלוקת דיווידנדים, חברות מעדיפות לבצע הפחתת הון ולרכוש מניות מהציבור (stock buy back). לפיכך לא מן הנמנע שלא יחולק דיווידנד, וכך בעלי המניות לא ימוסו בשני מישורים. שנית, גם בהנחה שיחולק דיווידנד, בעלי המניות ממוסים בשני מישורים בדומה ליתר הרכיבים בנוסחת הייחוס שהצענו לאמץ. כך, הצרכן הסופי ממוסה בגין מע"מ, והעובדים ממוסים בגין הכנסת עבודה. לכן המסקנה המתבקשת היא שנוסחת הייחוס שהצענו עומדת במבחן ההוגנות והצדק, שכן אין בה רכיב שנושא בנטל מס מוגבר, כתוצאה ממישורי מיסוי שונים, בהשוואה לאחרים.

חידוש נוסף של רשימה זו הוא זניחת רכיב הנכסים. לדעתנו, ייחוס ההכנסה הן לרכיב שכר העבודה והן לרכיב הנכסים מהווה ייחוס כפול לגורמי הייצור הפיזיים, שכן שני הרכיבים נכללים בהגדרת "גורמי הייצור". יטען הטוען כי התעלמות מאחד הגורמים – משכר העבודה או מהנכסים – עלולה להוביל לעיוות בייחוס רווחיו של אשכול החברות הרב-לאומי. תגובתנו על טענה זו תהיה כי העובדים והנכסים נמצאים על-פי-רוב באותה מדינה, ועל-כן התייחסות לשני הגורמים עולה לרוב כדי ייחוס כפול לגורמי הייצור הפיזיים. יתר על כן, דווקא הסיטואציות שבהן העובדים מצויים במדינה אחת והנכסים מצויים במדינה אחרת מעוררים חשד. נסביר. במקרים רבים אשכולות חברות רב-לאומיים רושמים פטנט – המהווה נכס – במדינה שבה שיעורי המס נמוכים מאוד,²⁹¹ ובמקביל מעסיקים עובדים במדינה שבה שיעורי המס גבוהים יותר. במקרים אלה שאיפתנו תהיה להתעלם לחלוטין ממקום רישום הנכס. זאת, על-מנת לא לתמרץ את התאגידים לבצע פעולה זו או לכל-הפחות לא לתגמל מדינה שבגבולותיה לא נעשתה פעילות יצרנית וכלכלית אמיתית. לטעמנו, המודל המוצע מתגמל את המדינות שבגבולותיהן נעשית פעילות כלכלית אמיתית, ובד בבד נמנע מלתגמל מדינות שגרמו ל"זיקה מלאכותית" בינן לבין אשכול החברות הרב-לאומי.

נסיים בכך שהאינטרס של מדינות למסות את הכנסותיהם של אשכולות החברות הרב-לאומיים הוא כפול. האינטרס הראשון הוא במיסוי ההכנסות כשלעצמו. אינטרס זה ברור – כל מדינה מעוניינת לזכות בחלק גדול ככל האפשר מעוגת המס של אשכול החברות הרב-לאומי. האינטרס השני קשור לתחרות בין המדינות – האינטרס של כל מדינה הוא למשוך אליה משקיעים והשקעות. לדעתנו, המודל המוצע על-ידינו מאזן בין שני האינטרסים האמורים: מצד אחד, הוא תורם לתחרות בין המדינות; מצד אחר, הוא

291 דוגמה לכך היא ה-Patent Box Tax Regime. מטרתו של משטר מס זה היא לעודד תאגידים לרושם קניין רוחני במדינה על-ידי מתן הקלות מס משמעותיות להכנסות חוץ מהשכרת הקניין הרוחני. ראו, למשל: Lisa Evers, Helen Miller & Christoph Spengel, *Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and tax Policy Considerations*, 22 INT'L TAX & PUB. FIN. 502 (2015).

מאפשר למדינות ליהנות מפרי עמלן, ובמקביל הוא הולם רציונל של צדק חלוקתי. יטען אולי הטוען כי במקלטי-מס המנגנון אינו פועל. תגובתנו תהיה כי המודל המוצע על-ידינו מפיק את המיטב ממדינות שבהן קיימת פעילות כלכלית אמיתית. כמו-כן, גם במציאות הנוכחית מקלטי-המס יוצרים בעיה, ועל-כן במדינות אלה יש לטפל באופן נפרד.

סיכום

אנו סוברים כי אימוץ מודל המיסוי המאוחד על-ידי כמה כלכלות מובילות בעולם, ביניהן ארצות-הברית, יאפשר אימוץ מוצלח של השיטה. זאת, גם בהנחה שמודל זה לא יאומץ באופן רב-צדדי על-ידי כל המדינות בעת ובעונה אחת. נסיון העבר מלמד כי הרפורמות המשמעותיות במיסוי עסקות בין-לאומיות נעשו לא בצורה רב-צדדית ובהסכמת כל המדינות, אלא באופן מודרג, והראשונה שאימצה שינויים אלה הייתה על-פירוב ארצות-הברית. כך היה, לדוגמה, עם משטר החברה הנשלטת הזרה, עם משטר מחירי ההעברה ועם משטר חילופי המידע (המכונה ה-FATCA). עם זאת, לדעתנו, חרף העובדה שלאשכולות החברות הרב-לאומיים יש כוח פוליטי נכבד בכלכלה הגלובלית, אל למדינות להירתע מאימוץ משטר זה. נהפוך הוא, אנו סוברים כי אימוץ של שיטת מיסוי החברות המאוחד עשוי להוות נקודת מפנה במערך היחסים שבין המדינות לתאגידים אלה.

ההתנגדות העיקרית שנשמעה ביחס להחלפתה של שיטת מיסוי החברות הנוהגת במיסוי חברות מאוחד התייחסה לכמה קשיים עיקריים, ביניהם העלויות הכרוכות בעריכת רפורמה, ובכלל זה עלויות הלמידה והציות של רשויות המס בעולם ושל הנישומים, וכן הצורך בשיתוף-פעולה בין המדינות. בהקשר זה נדגיש כי אם לדעת אדריכליה של שיטת המס התועלת הצפויה עולה על העלויות שבהחלפת הכללים הנוהגים, אזי אין לחשוש מהעלויות המיידיות ומהעלויות שיווצרו במהלך תקופת הלמידה, ההטמעה והיישום.²⁹² מעבר לכך, ייתכן שההתנגדות העזה של התאגידים הרב-לאומיים להחלפת השיטה מהווה דווקא אינדיקציה לפוטנציאל הגלום במודל מיסוי החברות המאוחד. יש לזכור כי הואיל ובזירה הבין-לאומית שוררת תחרות בין המדינות על הכנסות ממיסים, כך שהפסד של מדינה אחת עשוי להיות הכנסה של אחרת, נראה כי הסיכויים לשיתוף-פעולה רב-לאומי בהשגת שיטת מס הרמונית גלובלית נמוכים למדי, אולם אנו סבורים כי הצלחתו של מודל זה אינה תלויה בשיתוף-פעולה רב-לאומי.

292 כפי שכבר ציינו לעיל, הואיל ורוב האמנות למניעת כפל מס שישראל כרתה כוללות הוראות המאפשרות חלוקת הכנסות בעסקות בין חברה לבין סניף או מוסד-קבע שבשליטתה לא על-פי המתודולוגיות שהוצעו במסגרת משטר מחירי ההעברה, נראה כי מעבר משיטת המס הנוהגת לשיטת מיסוי חברות מאוחד עשוי לחייב תיקון של אמנות מעטות בלבד, אם בכלל.

לסיכום, המנגנונים שייקבעו לפיצול ההכנסות של אשכול החברות הרב-לאומי והמשקלות שיינתנו לגורמי הייחוס תלויים לטעמנו בשורה של משתנים כלכליים תלויים-זמן ותלויים-מקום. כפי שצינו בפתח רשימה זו, הכללים הנוהגים ביחס למיסוי תאגידיים רב-לאומיים אומצו לפני כמאה שנה. המציאות הכלכלית בתקופה שבה אומצו כללים אלה הייתה שונה בתכלית מהמציאות הכלכלית שבה תאגידיים אלה פועלים כיום. לנוכח השינויים הדרמטיים שחלו בכלכלה הגלובלית, בסוג העסקות ובתנאים הפיזיים שבהם עסקות אלה נערכות, הגיעה העת לשנס מותניים ולהתאים את שיטת המס למאה העשרים ואחת.