

דיני המס הבין-לאומיים החדשים בישראל ומשטר המס הבין-לאומי

ראובן ס' אבי-יונה*

מטרת מאמר זה היא לבחון את השינויים בדיני המס הבין-לאומיים של ישראל, כפי שנחקקו בעקבות הרפורמה במס, לאור משטר המס הבין-לאומי. מכיוון שעצם המושג "משטר מס בין-לאומי" שנוי במחלוקת, המאמר מסביר מדוע המחבר מאמין בקיומו של משטר מס כזה, ומתאר את עקרונות-היסוד שלו. עוד בוחן המאמר כיצד עקרונות אלה מיושמים בחוקי המס של מדינה שאימצה את הגישה הפרסונלית, קרי, ארצות-הברית. לבסוף, המאמר מנתח את דיני המס הישראליים החדשים, מראה כיצד הם משתלבים במשטר המס הבין-לאומי, ומציע כמה הצעות לרפורמות נוספות.

מבוא

פרק א: האם קיים משטר מס בין-לאומי?

פרק ב: העקרונות הבסיסיים של משטר המס הבין-לאומי

1. הגדרת בסיס המס: עקרון המס היחיד (single tax principle)

2. חלוקת בסיס המס: עקרון התמורה (benefits principle)

פרק ג: משטר המס הבין-לאומי ודיני המס האמריקאיים

1. משלמי מיסים זרים

(א) הכנסה אקטיבית

(ב) הכנסה פסיבית

2. משלמי מיסים מקומיים

(א) דחייה

* פרופסור למשפטים בקתדרה על-שם אירוויין י' כהן, אוניברסיטת מישיגן; B.A., האוניברסיטה העברית בירושלים, Ph.D.; 1983, אוניברסיטת הרוורד, J.D.; 1986, בית-הספר למשפטים הרוורד, 1989. ברצוני להודות לעורכים של כתב-העת משפט ועסקים על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה.

(ב) זיכוי מס זר

פרק ד: משטר המס הבין-לאומי ודיני המס הישראליים לאחר הרפורמה במס

1. הגדרת תושב
2. מיסוי של מי שאינו תושב
3. מיסוי תושבים
4. מסקנה: המלצות לרפורמות נוספות

מבוא

ב-24 ביולי 2002 אישרה הכנסת את תיקון מס' 132 לפקודת מס הכנסה (להלן: הרפורמה במס).¹ הרפורמה עוסקת בעיקרה בשינוי מקביעת החבות במס על-פי בסיס טריטוריאלי לקביעתה על-פי בסיס אישי. דהיינו, השינוי הוביל למעבר מחיוב במס רק על הכנסה ממקורות שבתוך ישראל² לחיוב במס על כלל ההכנסה, בין שמקורה בישראל ובין שמקורה מחוץ לישראל. על שינוי זה עמלו מאז הונהגה בישראל ליברליזציה של דיני המטבע, בשנת 1998, והוא מייצג היבט חשוב בהסתגלותה של ישראל לגלובליזציה.³

מאמר זה נועד לבחון את השינויים שיצר תיקון 132 לפקודה בתחום המיסוי הבין-לאומי של ישראל, שנחקק בעקבות הרפורמה במס, בכל הקשור למשטר המס הבין-לאומי. מאחר שעצם הרעיון של משטר מס בין-לאומי שנוי במחלוקת, אסביר תחילה מדוע אני סבור שמשטר כזה קיים, ואתאר את עקרונותיו הבסיסיים. לאחר-מכן אראה כיצד עקרונות אלה מיושמים בדיני המס על-ידי סמכות שיפוט שנהגה מאז ומתמיד לחייב על בסיס עולמי, דהיינו, ארצות-הברית. לסיום, אנתח את דיני המס החדשים בישראל, אראה כיצד הם עולים בקנה אחד עם משטר המס הבין-לאומי, ואביא המלצות אחדות לרפורמה נוספת.

-
- 1 ראו תיקון 132 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשס"ב (24.7.2002) ס"ח 530 (להלן: הרפורמה במס).
 - 2 למעט חריגים מסוימים, כגון הכנסה שהופקה בחוץ-לארץ אך התקבלה בארץ, הכנסה של עובדי חברות ישראליות בחוץ-לארץ ועוד.
 - 3 להצעות קודמות לרפורמה ראו: הצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 120), התשנ"ח-1998, ה"ח 454; דו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה (יושב-ראש - פרופ' אבי בן-בסט, חשון התש"ס - אוקטובר 1999); הרפורמה במס, לעיל הערה 1; דו"ח הוועדה לרפורמה במס הכנסה (יושב-ראש - רו"ח יאיר רבינוביץ, אדר תשס"ב - פברואר 2002). כל אלה המליצו על מעבר מבסיס טריטוריאלי לבסיס עולמי.

פרק א: האם קיים משטר מס בין-לאומי?

ההצהרה החשובה ביותר אי-פעם שהכחישה את קיומו של משטר מס בין-לאומי הייתה הרצאתו של David H. Rosenbloom, בשנת 1998, בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת ניו-יורק (NYU) – הידועה כ"הרצאת טילינגהסט".⁴ בפתח הרצאתו הביא Rosenbloom ציטוט מתולדות החקיקה של כללי ה-Dual Consolidated Loss⁵ האמריקאיים, בעניין "מערכת המיסוי הבין-לאומית". בהמשך הוא הכחיש את קיומה של המערכת (או המשטר) וגרס כי היא "נראית דמיונית" מכיוון שבמציאות קיימים רק דיני המס של המדינות, ויש ביניהם הבדלים ניכרים.

תיאור זה אמיתי כמובן במידת-מה, אך האם זו האמת כולה? כפי שציין Rosenbloom, חלה מידה ניכרת של התכנסות אפילו בדיני המס המקומיים הטהורים של המדינות המפותחות. לא זו בלבד שעורכי-דין המתמחים במיסוי מדברים זה עם זה מעבר לגבולות לאומיים ומבינים זה את זה (משום שהמינוח זהה), אלא שהצורך להתמודד עם בעיות דומות במיסוי הכנסות הביא לידי כך שסמכויות שיפוטיות שנקודות הפתיחה בהן שונות הגיעו בסופו של תהליך לתוצאות דומות למדי. לדוגמה, מדינות שהתחילו במערכות מיסוי גלובליות (דהיינו, מדינות המטילות מס דומה "על כל הכנסה מכל מקור שהוא") שילבו כיום מרכיבים מדורגים (לדוגמה, הכללים הנהוגים בארצות-הברית בנוגע להפסד הוני ולהפסד מפעילות פסיבית), ואילו מדינות עם רקע מדורג (דהיינו, מדינות שמטילות מיסוי שונה על סוגי הכנסות שונים) אימצו ברובן טבלות ל"הכנסה אחרת", שמובילות לבסיס מיסוי גלובלי (לדוגמה, בריטניה).

אין פלא שהתכנסות זו מתקדמת מאוד בענייני מיסוי בין-לאומי, מכיוון שבתחום זה דיני המס הנהוגים בסמכויות השיפוט באים למעשה במגע אלה עם אלה, ואפשר להראות אף מקרים של השפעה ישירה. לדוגמה, כל מדינה מפותחת נוטה כיום למסות הכנסה פסיבית שוטפת שהרוויחו תושביה בחוץ-לארץ (באמצעות כללים הנוגעים בחברות זרות שזרים שולטים בהן ובקרנות השקעה זרות (FIF)), אשר קיבלו את השראתם מן הדוגמה האמריקאית) ולפטור או לדחות הכנסה אקטיבית (מעסקים). מכאן שההבחנה בין מדינות שטוענות לסמכות מיסוי כלל-עולמית לבין מדינות שמחייבות במס רק על בסיס טריטוריאלי איבדה רבות מכוחה.

4 ראו: H. David Rosenbloom "International Tax Arbitrage and the 'International Tax System'" 53 *Tax L. Rev.* (2000) 137

5 Dual Consolidated Loss – הפסד שניתן לקיומו מהכנסה של יותר מקבוצת חברות משולבת אחת בשתי מדינות שונות. על-פי דיני המס בארצות-הברית, באנגליה ובמדינות אחרות, ניתן לקזז הפסדים של חברה תושבת אחת מרווחים של חברה תושבת אחרת כל עוד החברות מאוגדות בקבוצה משולבת אחת. כאשר חברה אחת נחשבת תושבת בשתי מדינות (למשל, בגלל הגדרות שונות של תושבות), ניתן לקזז אותה הפסד פעמיים.

אולם הטענה שקיים משטר מס בין-לאומי מתבססת בעיקרה על רשת אמנות מיסוי דו-צדדיות, אשר יש בה, כדברי Rosenbloom, משום "ניצחון של הדין הבין-לאומי". אמנות אלה דומות מאוד זו לזו (אפילו בסדר הופעתם של כמה מן הסעיפים) היות שהן מבוססות על אותם מודלים של ה-OECD ושל האו"ם. ברוב המדינות מעמדן של האמנות חשוב ממעמדו של הדין המקומי, ולכן הן מגבילות את סמכות השיפוט של הדין המקומי. אפילו בארצות-הברית האמנות גוברות בדרך-כלל על דינים מקומיים סותרים. פירושו של דבר שבענייני הדין הבין-לאומי האמנות מחייבות בדרך-כלל את המדינות להתנהג בדרכים מסוימות (לדוגמה, לא לחייב במס ספק זר שאין לו מוסד-קבע), והמדינות אינן יכולות לחוקק חוקים מנוגדים לאמנות.

טענתי היא כי רשת זו של אלפיים אמנות מס דו-צדדיות – אשר דומות במידה רבה זו לזו במדיניותן ואפילו בשפתן – מהווה משטר מס בין-לאומי המושתת על שני עקרונות משותפים הניתנים להגדרה. עקרונות אלה הם עקרון המס היחיד (Single Tax Principle)⁶ ועקרון התמורה (Benefits Principle)⁷: עקרון המס היחיד קובע כי את העסקות שנעשו בחוץ-לארץ מחייבים במס הכנסה פעם אחת בלבד (כלומר, לא יותר מפעם אחת אך גם לא פחות מפעם אחת) בשיעור שנקבע על-פי עקרון התמורה. עקרון התמורה מעניק לסמכות השיפוט במדינת המקור את הזכות הראשונית למסות הכנסה אקטיבית (מעסקים), ולסמכות השיפוט במדינת התושבות הוא מעניק את הזכות הראשונית למסות הכנסה פסיבית (מהשקעות).

הרשו לי להציג שאלה למי מכס שמטילים ספק בקיומו של משטר מס בין-לאומי: הניחו שאתם יועצים של מדינה מתפתחת – או של מדינה שהמשק שלה נמצא בתקופת מעבר – שרוצה להנהיג מס הכנסה בפעם הראשונה. עד כמה תהיו חופשיים לדעתכם לנסח כרצונכם את כללי המס הבין-לאומי של מדינה כזו, בהנחה שהמדינה מעוניינת למשוך אליה השקעות זרות? טענתי היא כי עוד לפני חתימה על אמנות מס כלשהן, רוב המדינות העומדות לאמץ כללי מיסוי בין-לאומיים נאלצות להתאים את עצמן לעקרונות מיסוי בין-לאומי מקובלים, ולפיכך חופש הפעולה שלהן מוגבל מאוד. גם אם אימצו כללים שונים, תהליך שילובן בכלכלה העולמית מאלץ אותן לערוך שינויים. לדוגמה, כדי להצטרף ל-OECD נאלצה מקסיקו לנטוש מסורת ארוכת-יומין של החלת נוסחות על תמחור העברות, ואף לאמץ כללים שנוסחו על-פי הנחיות ה-OECD.⁸ לחץ דומה הפעיל

6 עקרון המס היחיד קובע כי יש למסות כל הכנסה פעם אחת, כלומר, יש להימנע מכפל מס ומכפל פטור ממס.

7 עקרון התמורה קובע כי מדינה זכאית למסות בתמורה ליתרונות שהיא מעניקה למשלם המיסים. מכיוון שהיתרונות שמדינת המקור מעניקה באים לידי ביטוי בעיקר בהכנסות האקטיביות, ואילו היתרונות שמדינת התושבות מעניקה באים לידי ביטוי בעיקר בהכנסות הפסיביות, ייקבע שיעור המס – על-פי עקרון המס היחיד – בהתאם לשיעור המס במדינת התושבות לגבי הכנסות פסיביות, ובהתאם לשיעור המס במדינת המקור לגבי הכנסות אקטיביות.

8 ראו: Thomas Dalsgaard "The Tax System in Mexico: A Need for Strengthening the

ה-OECD גם על קוריאה הדרומית, וזו נאלצה כתוצאה מכך לשנות את פרשנותה הנרחבת למונח "מוסד-קבע".⁹ באופן דומה נאלצה בוליביה לנטוש את נסיונה להנהיג מס על תזרים מזומנים של חברות, מכיוון שמשם כזה אינו נחשב בר-זיכוי בארצות-הברית.¹⁰ אפילו ארצות-הברית אינה חסינה מפני לחצים להתאים את עצמה. אפשר לראות זאת בהשוואה בין התקנות שהוצעו בשנת 1993 בעניין תמחור העברות (במסגרת סעיף 482 של IRC), אשר גרמו מהומה בין-לאומית, לבין התקנות הסופיות שהתקבלו, המשקפות את הנחיותיה של OECD.¹¹

דוגמה נוספת אפשר למצוא בהתפתחויות שחלו לאחרונה בארצות-הברית ובגרמניה בעניין יישומו של עקרון אי-האפליה, הנכלל בכל אמנות המס, על כללי "המימון הדק" (Thin Capitalization), שנועדו למנוע ממשלמי המיסים הזרים את האפשרות לבטל את בסיס מס החברות על-ידי מימון חברות-בנות מקומיות בעיקר באמצעות חוב. כאשר אימצה ארצות-הברית בפעם הראשונה את כללי "המימון הדק", בשנת 1989, היא הקפידה להחיל אותו על זרים ועל מקומיים פטורים ממס, כדי שלא ייראה כאילו היא מונעת ניכויי ריבית רק מזרים. ארצות-הברית עשתה זאת אף-על-פי שכללי "המימון הדק" הינם חלק מקובל של דיני המס הבין-לאומיים, ואף שחוקתה מאפשרת ביטול חד-צדדי של אמנות מס. הגרמנים אימצו אותו כלל, אך בשנת 2002, כאשר מחק אותו בית-הדין האירופי לצדק בטענה שיש בו משום אפליה, הם הגיבו בהחלת כלל "המימון הדק" על כל משלמי המיסים – מקומיים וזרים כאחד. פעולותיהן של ארצות-הברית וגרמניה אינן מובנות אם אין משטר מס בין-לאומי הדוגל בעקרון אי-האפליה.

Revenue-Raising Capacity" Economics Department Working Papers No. 223
ECO/WKP (2000) 6 (March 10, 2000); Jaime Gonzalez-Bendiktsen "Mexico
Amends Transfer Pricing Rules" 97(24) *TNI* (1997) 27

9 ראו: J.Y. Lee & R.M. Donaldson "South Korea Moves to Ease Tax Rule Governing
Foreign Companies" 94(4) *TNI* (1994) 233

10 ראו: Charles E. McLure Jr. & George Zodrow "Creditability Concerns Doom
Bolivian Flat Tax" 12(11) *TNI* (1996) 825

11 ראו: International Chamber of Commerce "International Chamber of Commerce
Attacks New Transfer Pricing Regs" 93(24) *TNT* (1993) 113; John Turro "IRS
Defends Use of Comparable Profits in Transfer Pricing Regs" 93(2) *TNT* (1993)
17; Reuven S. Avi-Yonah "The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the
Evolution of U.S. International Taxation" 15 *Virginia Tax Rev.* (1995) 89

פרק ב: העקרונות הבסיסיים של משטר המס הבין-לאומי

אם אכן קיים משטר מס בין-לאומי, כיצד הוא נראה? בפסקות הבאות אגדיר תחילה את שני העקרונות הבסיסיים שמשטר המס הבין-לאומי מושתת עליהם לדעתי, ואסביר מדוע הם מוצדקים מבחינה נורמטיבית. לאחר-מכן אתאר כיצד כללי המס הבין-לאומי האמריקאיים עולים בדרך-כלל בקנה אחד עם שני העקרונות האלה.

1. הגזרת בסיס המס: עקרון המס היחיד (single tax principle)

מיסוי הכנסה בין-לאומית כרוך בשתי שאלות בסיסיות: (1) מהי רמת המיסוי שראוי להטיל על הכנסה מעסקות שנעשו בחוץ-לארץ? (2) כיצד יש לחלק את ההכנסות הנובעות מהטלת מס זו בין סמכויות השיפוט הממסות?

התשובה לשאלה הראשונה מבוססת על עקרון המס היחיד: מן הראוי שהכנסה מעסקות שנעשו בחוץ-לארץ תחויב במס פעם אחת (כלומר, לא יותר ולא פחות מפעם אחת). לפיכך, עקרון המס היחיד טומן בחובו את המטרה המסורתית של הימנעות ממיסוי כפול. מטרה זו הייתה המניע העיקרי ליצירת משטר מס בין-לאומי בשנות העשרים והשלושים של המאה העשרים. עם זה, מיסוי הכנסה שמקורה בחוץ-לארץ פעם אחת, אין פירושו כי יש להטיל מיסוי-חֶסֶר או (במקרים הקיצוניים) לא להטיל עליה מס כלל.

לעניין עקרון המס היחיד, העיקרון השני של המיסוי הבין-לאומי – עקרון התמורה – הוא הקובע את שיעור המס הנאות. עקרון התמורה, שיידון להלן בנפרד, מעניק לסמכויות השיפוט במדינת המקור את הזכות הראשונית למסות הכנסות אקטיביות (מעסקים), ולסמכויות השיפוט במדינת התושבות הוא מעניק את הזכות הראשונית למסות הכנסות פסיביות (מהשקעות). לפיכך, לעניין עקרון המס היחיד, שיעור המס הוא בדרך-כלל שיעור המס הנהוג במדינת המקור לגבי הכנסה אקטיבית, ושיעור המס הנהוג במדינת התושבות לגבי הכנסה פסיבית. עם זה, אם סמכות השיפוט העיקרית נמנעת ממיסוי, סמכות השיפוט האחרת רשאית לחייב במס על היתרה, וחייב כזה עשוי להידרש כדי למנוע מצב של מיסוי-חֶסֶר. יתרת מיסוי כזו פירושה שעל-פי עקרון המס היחיד, כל ההכנסה שנובעת מעסקות שנעשו בחוץ-לארץ צריכה להיות מחויבת במס לפחות בשיעור המס הנהוג במדינת המקור (שנוטה להיות נמוך משיעור המס הנהוג במדינת התושבות) אך לא בשיעור שגובה משיעור המס הנהוג במדינת התושבות.

מהו הבסיס הנורמטיבי לעקרון המס היחיד? ראשית, אני מניח כי רוב המדינות ירצו לשמר את מס ההכנסה האישי ואת מס החברות. הסיבות לשמר מס הכנסה אישי ומס חברות נידונו בהרחבה במקומות אחרים, ולא אחזור עליהן כאן.¹² לעניין ההצדקה של עקרון המס היחיד, די שרוב המדינות משמרות למעשה את מס ההכנסה האישי ואת מס החברות.

12 ראו: Reuven S. Avi-Yonah "Why Tax the Rich? Efficiency, Equity, and

בשל ההעדפה להטיל מס הכנסה אישי ומס חברות על הכנסה מקומית של יחידים ושל חברות, נעשה קל יחסית לקבוע מדוע מוצדק שמשטר המס הבין-לאומי ידגול, מבחינה תיאורטית ומעשית כאחד, בעקרון המס היחיד. מנקודת-מבט תיאורטית, אם שיעור המס המוטל על הכנסה שמקורה בעסקות שנעשו בחוץ-לארץ גבוה משיעור המס המוטל על הכנסה מקומית, נטל המס הנוסף יוצר תמריץ לא-יעיל להשקיע בבית. הנחה זו מקובלת על הרוב, ועומדת בבסיס המאמץ – הנמשך כבר כמאה שנים – למנוע מיסוי בין-לאומי מרובה או למתן אותו.

גם המסקנה הגיונית: אם המס המוטל על הכנסה שמקורה בעסקות שנעשו בחוץ-לארץ נמוך מהמס המוטל על ההכנסה המקומית, יש בכך כדי ליצור תמריץ לא-יעיל להשקיע בחוץ-לארץ, ולא בבית. ההפסד הנובע ממיסוי-הקסר הזה להפסד הנובע ממיסוי-יתר. זאת ועוד, יש גם טיעון שוויוני חזק נגד מיסוי-הקסר של הכנסה שמקורה בחוץ-לארץ, והוא נכון גם להכנסה שהרוויחו יחידים. מנקודת-מבט שוויונית, מיסוי-הקסר של הכנסות שמקורן בחוץ-לארץ מפר את השוויון האופקי והאנכי כאחד לעומת שיעורי המס הגבוהים יותר המוטלים על הכנסה מקומית, ובמיוחד על הכנסה מקומית מיגיעה. במקרה זה, הטיעון שהפרות השוויון נוטות ליהפך ליעילות אינו תופס מכיוון שהעבודה נידת פחות מהון, ובדרך-כלל לעובדים שכירים אין יכולת להפוך את המשכורות המקומיות שלהם להכנסה ממקור זר.

ברמה המעשית ניתן להצדיק את עקרון המיסוי היחיד בכך שמיסוי כפול מוביל לשיעורי מס שעלולים להיות גבוהים מאוד, ואלה נוטים לדכא השקעות בין-לאומיות. מאידך גיסא, אי-הטלת מיסוי מהווה הודמנות להימנע מיסוי מקומי על-ידי השקעה בחוץ-לארץ, ולפיכך היא מאיימת לכרסם את בסיס המס הלאומי. T.S. Adams הגה את הרעיון של זיכוי המס הזר, והשפיע רבות על עיצובו של משטר המס הבין-לאומי. Adams זיהה את שתי ההנחות האלה בשנות העשרים של המאה העשרים. בנסותו להצדיק את זיכוי המס הזר, כתב Adams כי "מדינה אשר מתחשבת בזכויותיו של משלם המיסים ומשתדלת למתן את המיסוי הכפול יכולה בקלות לנקוט אמצעים שיבטיחו כי אדם או רכוש ישלמו מס אחד לפחות".¹³ בניגוד למערכת פטורים, זיכוי של Adams פעל לבטל את המיסוי הכפול מצידן של סמכות השיפוט המקומית וסמכות השיפוט בחוץ-לארץ, אך שימר בידי סמכות השיפוט השירית, המבוססת על מדינת התושבות, את היכולת לאכוף את עקרון המס היחיד.¹⁴

Progressive Taxation (Review of Slemrod, Does Atlas Shrug? The Economic Consequences of Taxing the Rich)" 111 *Yale L. J.* (2002) 1391; Reuven S. Aviyonah "Corporations, Society and the State: A Defense of the Corporate Tax" 90 *Virginia. L. Rev.* (2004) 1193

13 ראו: Thomas S. Adams "International and Interstate Aspects of Double Taxation" 22 *Nat'l Tax Assoc. Proc.* (1929) 193, 212–213

14 ראו: Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear "The 'Original Intent' of U.S. International Taxation" 46 *Duke L. J.* (1997) 1021

אפשר להבין בקלות את ההצדקה המעשית לעקרון המס היחיד אם מדמיינים עולם ובו שתי מדינות בלבד - א ו-ב - ושתי חברות: X (תושבת של ארץ א) ו-Y (תושבת של ארץ ב). אם א ו-ב מחייבות במס את ההכנסה ממקור זר של תושביהן ואת ההכנסה ממקור מקומי של זרים, ואף לא אחת מהן מעניקה הקלות מכפל מס, אזי X ו-Y ימזערו את סכום המיסים שהן נדרשות לשלם אם יפיקו הכנסה ממקור מקומי בלבד (שכן כל מס זר יהיה מעצם הגדרתו נטל נוסף). התוצאה תהיה ש-א ו-ב יגבו הכנסות נאותות, אך לא יהיו מסחר או השקעות בין המדינות.

לעומת זה, הבה נניח כי א ו-ב פטרו ממס הן את ההכנסה ממקור זר והן את ההכנסה ממקור מקומי של זרים (הצעה שאינה בלתי-מתקבלת על הדעת במדינות מתפתחות רבות, אשר מחייבות במס טריטוריאלי את תושביהן ומעניקות פטורים ממס למשקיעים זרים). במקרה זה X ו-Y יוכלו למזער את המיסים שהן משלמות אם יפיקו את כל הכנסותיהן מעסקות בחוץ-לארץ. התוצאה תהיה מסחר נאות בין המדינות, אך שום הכנסה ל-א או ל-ב. בעולם שבו מסחר בין-לאומי והשקעות חשובים, אך אי-אפשר להפחית לאפס את המיסים (בניגוד לתעריפים), עקרון המס היחיד הוא האפשרות הטובה ביותר.

2. חלוקת בסיס המס: עקרון התמורה (Benefits Principle)

לאחר שהגדרנו שמטרה אחת של משטר המס הבין-לאומי היא מיסוי ההכנסה מחוץ-לארץ פעם אחת, השאלה הבאה היא כיצד לחלק את הבסיס הזה בין סמכויות השיפוט התובעות אותו לעצמן. עקרון התמורה קובע כי לסמכות השיפוט של מדינת התושבות שמורה זכות ראשונים למסות הכנסה פסיבית (מהשקעות), ואילו לסמכות השיפוט של מדינת המקור שמורה זכות הראשונים למסות הכנסה אקטיבית (מעסקים). כפי שהוסבר לעיל, חלוקה זו קובעת גם את שיעור המס הנאות לעניין עקרון המס היחיד.

הבחנה זו נובעת מעבודתו של חבר-הלאומים בשנות העשרים, ואפשר להצדיקה הן מבחינה תיאורטית והן מבחינה מעשית. ברמה התיאורטית יש היגיון בעקרון התמורה משום שמי שמרוויחים הכנסה מהשקעות הם בעיקר יחידים, ואילו הכנסה מעסקים מתקבלת בעיקר על-ידי חברות. כאשר מדובר ביחידים, יש היגיון במיסוי המבוסס על מדינת התושבות: ראשית, אצל יחידים קל יחסית להגדיר את מדינת התושבות; שנית, מכיוון שרוב היחידים הינם חלק מחברה אחת בלבד, ענייני חלוקה יכולים להיות מטופלים בעילות המרבית בארץ התושבות; שלישית, מדינת התושבות חופפת נאמנות פוליטית, ובמדינות דמוקרטיות, מיסוי על-פי מדינת התושבות הוא הרשאה למיסוי עם ייצוג, הנובעת מהיות האזרחים מיוצגים.

כאשר מדובר בחברות רב-לאומיות, מיסוי המבוסס על מדינת המקור נראה על-פי-רוב עדיף. ראשית, הסיבות למיסוי יחידים על-פי מדינת התושבות אינן חלות על חברות. קשה לקבוע את מקום מגוריהן של חברות, ובכל מקרה הוא חסר משמעות למדי. תושבות המבוססת על מקום רישום החברה הינה פורמליסטית וכפופה לשליטתה של החברה עצמה,

וגם בתושבות המבוססת על פיקוח ובקרה אפשר לעשות מניפולציות. יתר על כן, חברות רב-לאומיות אינן חלק מחברה יחידה, והכנסתן אינה שייכת לחברה מסוימת כלשהי לצורכי חלוקה. לבסוף, לחברות רב-לאומיות יכולה להיות השפעה פוליטית ניכרת על סמכויות שיפוט שאינן סמכות השיפוט במקום מגוריה של החברה-האם, ולפיכך הדאגה שמא ימוסו זרים שאין להם יכולת הצבעה הינה רלוונטית פחות לעניינן.

שנית, מיסוי על-פי מדינת המקור עולה בקנה אחד עם נקודת-השקפה המצדדת בהטבות. סמכויות השיפוט של מדינות המקור מעניקות הטבות ניכרות לחברות שמנהלות את פעילותן העסקית בתחומיהן – למשל, מספקות תשתיות או השכלה או משרתות קווי-מדיניות ממשלתיים, דוגמת שמירה על שער חליפין יציב או על שערי ריבית נמוכים. הטבות אלה מצדיקות מיסוי חברות על-פי מדינת המקור, שכן ממשלת המדינה המארחת נושאת בכמה מן העלויות הכרוכות בהענקת הטבות הנחוצות להשגת ההכנסה. כפי שכתב Adams בשנת 1917, "חלק גדול מעלויות הממשלה נובע מהצורך לשמר סביבה עסקית מתאימה".¹⁵ עלויות אלה של הממשלה מצדיקות הטלת מס כמעין פיצוי.

ברמה מעשית יותר, כפי שציין גם Adams, מאחר שסמכות השיפוט במדינת המקור היא הראשונה "שנוגסת מן התפוח", כלומר לה שמורה ההודמנות הראשונה לגבות את המס על תשלומים שהופקו בתחומה, יהיה קשה מאוד למנוע אותה מלהטיל את המס. "כל מדינה מתעקשת למסות את הזרים הלא-תושבים שהכנסתם נובעת ממקור [כך במקור] באותה מדינה, ובצדק, או לפחות באופן בלתי-נמנע".¹⁶ לכן, כפי שמציינים Michael J. Graetz ו-Michael M. O'Hear, גם אם כלכלנים נוטים להעדיף מיסוי המבוסס על תושבות טהורה, סביר להניח שבפועל לא תקבל המלצה זו.¹⁷ הדבר נכון במיוחד להכנסה עסקית שמקורה בשווקים גדולים. במקרה זה קיים חשש קטן בלבד שמשקיע זר ינטוש את השוק בגלל מיסוי המבוסס על מדינת המקור. עם זה, גם ארצות מקור גדולות, דוגמת ארצות-הברית, ייטו לוותר על מיסוי השקעות בתיקי השקעות נטו, מחשש שמיסוי כזה יגרום לבריחת הון נייד. לפיכך, לעומת הכנסה מהשקעות, הכנסה עסקית הינה מועמדת טובה יותר למיסוי על-פי מדינת המקור.

גם החלוקה בין הכנסה אקטיבית (ברובה של חברות) לבין הכנסה פסיבית (ברובה של יחידים) הינה הגיונית, שכן היא תואמת את עקרון המס היחיד, מאחר שרוב ההבדלים בין שיעורי המס המוטלים בסמכויות השיפוט השונות קיימים דווקא במס המוטל על הכנסתם של יחידים, ואילו שיעורי המס המוטלים על חברות נוטים להיות דומים. בקרב המדינות החברות ב-OECD, שיעור המס האישי השולי הגבוה ביותר נע בשנת 2003 בין 11.5% (שווייץ) ל-62.7% (דנמרק). הפרשים אלה אינם פוגעים בעקרון המס היחיד, מכיוון שלפי עקרון התמורה, הכנסתם של היחידים מעסקות שנעשו בחוץ-לארץ, בהינתן שמרביתה

15 ראו: Thomas S. Adams "The Taxation of Business" 11 *Nat'l Tax Assoc. Proc.* 185, 186 (1917).

16 ראו: Adams, *supra* note 13, at p. 197.

17 *Ibid*

הינה הכנסה מהשקעות, חייבת בדרך-כלל במס רק במדינה שבה היחיד הינו תושב. לפיכך שיעור המס במדינת התושבות קובע בדרך-כלל את שיעור המס היחיד על ההכנסה מהשקעות.

לעומת זה, שיעורי מס החברות אינם שונים כל-כך זה מזה (והם גם נוטים להיות אחידים, ולא פרוגרסיביים). בקרב המדינות החברות ב-OECD, שיעור מס החברות נע בשנת 2003 בין 12.5% (אירלנד) ל-40.9% (איטליה), אך ב-24 מבין 30 המדינות החברות היו שיעורי המס בטווח שבין 29% ל-41%. לכן, לעניין עקרון המס היחיד, שיעור המס המוטל הוא בדרך-כלל שיעור המס במדינת המקור על הכנסתם של יחידים (ברובה מהשקעות) ושיעור מס בטווח שבין 30% ל-40% על הכנסה של חברות (ברובה מעסקים). עם זה, הטלת מיסוי שיעורי לפי מדינת התושבות או מדינת המקור עולה בקנה אחד עם עקרון המס היחיד ועם עקרון התמורה, אם הסמכות השיפוטית בעלת זכות הראשונים למסות את ההכנסה, לפי עקרון התמורה, נמנעת מלעשות זאת. לכן, על-פי עקרון המס היחיד ועקרון התמורה, על כל הכנסה הנובעת מפעילות בחוץ-לארץ, לפי מבני שיעורי המס השוטפים, יש להטיל מס בשיעור שבין כ-30% (הגבול התחתון של שיעורי מס החברות הנהוגים במדינת המקור) לכ-60% (הגבול העליון של שיעורי המס האישי הנהוגים במדינת התושבות).

עקרון המס היחיד ועקרון התמורה אינם מספקים תשובה ברורה לשאלה כיצד לחלק את בסיס מס החברות בין סמכויות השיפוט המעניקות הטבות. מחירי השוק יכולים לספק תשובה לעסקות בלתי-ללויות, אך לא לעסקות הנעשות בין צדדים קשורים (ואין עסקות בלתי-ללויות דומות). זאת ועוד, עקרון המס היחיד דורש להטיל מיסוי אפילו על הכנסה שמקורה בסמכות שיפוטית שבוחרת לא להטיל מס בתמורה להטבות שהיא מספקת.

טבלה 1 מתארת את המבנה הנוצר בעקבות מיסוי בין-לאומי, מבנה המחלק את העולם לשתי קטגוריות של משלמי מיסים – תושבים ולא-תושבים. בכל קטגוריה יש חלוקה נוספת בין הכנסה אקטיבית (מעסקים) לבין הכנסה פסיבית (מהשקעות): הכנסה אקטיבית מחויבת במס בעיקר במדינת המקור, ואילו הכנסה פסיבית מחויבת במס בעיקר במדינת התושבות.

טבלה 1: מבנה משטר המס הבין-לאומי

עולם			
לא-תושבים		תושבים	
פסיבית	אקטיבית	פסיבית	אקטיבית
מס נמוך	מס גבוה	מס גבוה	מס נמוך

פרק ג: משטר המס הבין-לאומי ודיני המס האמריקאיים

לשם המחשה, חלק זה דן במידת התאמתם של דיני המס האמריקאיים (דיני המס המקומיים ודינים המבוססים על אמנות) למשטר המס הבין-לאומי שתואר לעיל. מאז ומתמיד נהגה ארצות-הברית לחייב את תושביה במס על בסיס עולמי, מאחר שבכל הקשור לתושבים, מס ההכנסה (שחוקק בפעם הראשונה בשנת 1913) חל על כל הכנסה "בלא קשר למקורה".¹⁸ ההבחנה היסודית שמשטר המס הבין-לאומי של ארצות-הברית מושתת עליה היא בין משלמי מיסים מקומיים (אזרחי ארצות-הברית, חברות מקומיות, שותפויות וקרנות), שהמס מוטל עליהם לפי הכנסותיהם בכל העולם, לבין משלמי מיסים זרים (כל האחרים), שהמס מוטל עליהם רק לפי הכנסתם שמקורה בארצות-הברית. ארצות-הברית מחייבת במס את משלמי המיסים המקומיים בגלל הקשר האישי שלהם לארצות-הברית, דהיינו, על-פי מקום מגוריהם, אולם היא כוללת בקטגוריה זו גם את אזרחיה שאינם מתגוררים בה. היא מחייבת במס משלמי מיסים זרים על-פי הקשר הטריטוריאלי שלהם לארצות-הברית, דהיינו, על-פי המקור. בעיה אחת הנובעת מהבחנה זו היא שהבחירה בין תשלום מיסים על-פי מדינת התושבות לבין תשלום מיסים על-פי מדינת המקור נותרת בהתחלה בידי משלם המיסים, מכיוון שחברות מסוגות "מקומיות" או "זרות" על-פי מקום הרישום הפורמלי שלהן. לפיכך, משלם מיסים מקומי יכול להעביר הכנסה ממיסוי על-פי מדינת התושבות למיסוי על-פי מדינת המקור על-ידי העברתה לחברה שרשומה בחוץ-לארץ. אם ההכנסה הינה ממקור זר (ואינה קשורה בפועל לעבודה או לעסק בארצות-הברית), התוצאה היא הימנעות מהמיסוי בארצות-הברית. מרבית המורכבות הטמונה במשטר המס הבין-לאומי בארצות-הברית נובעת מנסיונות לטפל בבעיה זו באמצעות משטרים שאינם מאפשרים דחייה.

1. משלמי מיסים זרים

ההבחנה בין הכנסה אקטיבית לבין הכנסה פסיבית משתקפת בשתי הדרכים שבהן ארצות-הברית מטילה מס על הכנסה של משלמי מיסים זרים אשר נובעת ממקורות בתחומי ארצות-הברית. הכנסה שקשורה אפקטיבית למקצוע או לעסק בארצות-הברית, הכוללת בעיקר הכנסה אקטיבית (מעסקים), מחויבת במס על בסיס נטו באותו אופן שהייתה מחויבת במס אילו צמחה לעסק מקומי. לעומת זה, הכנסה "קבועה או ניתנת להגדרה, שנתית או תקופתית" (FDAP), שכוללת הכנסה פסיבית, מחויבת במס נומינלית על בסיס ברוטו בשיעור גבוה יחסית (30%). אולם שילוב של כללי מקור, פטורים על-פי חוק ואמנות מס גורם לכך שבדרך-כלל ההכנסה מחויבת במס רק אם היא צומחת לעסקים זרים במסגרת

18 ראו: IRC sec. 61 (2005).

פעילותם העסקית האקטיבית; ככלל, הכנסה כזו אינה מחויבת במס אם היא צומחת למשקיעים בתיקי השקעות.

(א) הכנסה אקטיבית

המיסוי המוטל על פעילות עסקית אקטיבית בארצות-הברית הינו ברור למדי. הכנסה שקשורה אפקטיבית למקצוע או לעסק בארצות-הברית מחויבת על-פי שיעורי המס הרגילים ועל-פי בסיס נטו זהה לזה של הכנסה שצמחה למשלמי מיסים מקומיים. המונחים המכריעים "קשורה אפקטיבית" ו"מקצוע או עסק" אינם מוגדרים בספר החוקים (חוץ מיוצאים-מן-הכלל), אך כמה וכמה פסקי-דין ניסו להבחין בין פעילות עסקית אקטיבית, שכפופה למשטר זה, לבין פעילות השקעות, שאינה כפופה לו. במיוחד למן שנת 1966 נהגה ארצות-הברית לא לראות בדרך-כלל בהכנסות פסיביות של עסקים זרים בארצות-הברית הכנסות החייבות במס על בסיס נטו, אלא אם כן נכסיו של העסק או פעילויותיו השתתפו בהפקת ההכנסה. זאת ועוד, הוראה ספציפית הכלולה בספר החוקים מונעת את האפשרות לראות בהשקעות שעשה ברוקר אמריקאי "מקצוע" או "עסק" לעניין זה.

ככלל, ההגדרה של "הכנסה קשורה אפקטיבית"¹⁹ תואמת את ההגדרה הכלכלית של "הכנסה עסקית אקטיבית". עם זה, מבחינות מסוימות הכנסה קשורה אפקטיבית רחבה יותר מהכנסה עסקית אקטיבית שצומחת ממקורות בארצות-הברית, ומבחינות אחרות היא צרה ממנה. ראשית, כללי המקור פועלים להוציא מן הסמכות השיפוטית של ארצות-הברית הכנסה שאינה חייבת במס בארצות-הברית על-פי "סף המוסד הקבוע"²⁰ של אמנות המס. בפרט, המקור של הכנסה ממכירות נקבע בדרך-כלל על-פי מקום מגוריו של המוכר, והמקור של הכנסה ממכירות של מלאי נרכש נקבע לפי מעבר הבעלות (ייחוס פורמלי הנתון לחלוטין בשליטתו של משלם המיסים), אלא אם כן אפשר לייחס הכנסה זו למשרד או למקום עסקים קבוע אחר בארצות-הברית. באופן דומה, מקורה של הכנסה הנובעת מתקשורת בין-לאומית ומפעילויות בחלל - שתיים מן התוספות האחרונות לכללי המקור - נקבע על-פי מדינת התושבות של המוכר, ולכן היא אינה חייבת במס אמריקאי אם המוכר זר, אלא אם כן אפשר לקשרה למשרד או למקום עסקים קבוע בארצות-הברית. כללים אלה משקפים את הקונסנזוס הבין-לאומי, שלפיו יש להגביל את המיסוי על הכנסה אקטיבית על-פי מדינת המקור רק לפעולות עסקיות שחורגות מעבר לסטנדרט מינימלי מסוים של פעילות במדינה המארחת.

19 effectively connected income - הכנסה שקשורה לעסק בתחומי ארצות-הברית. למן שנת 1966, רק הכנסה כזו, של משלם מיסים שאינו תושב, חייבת במיסוי מדורג, בעוד הכנסות אחרות חייבות במס אחיד במקור.

20 permanent establishment threshold - על-פי אמנות המס, הכנסה עסקית אינה חייבת במס במדינת המקור, אלא אם כן למשלם המיסים הזר יש באותה ארץ נוכחות עסקית המהווה "מוסד קבוע".

במקרים מסוימים ארצות-הברית רואה בהכנסה פסיבית הכנסה קשורה אפקטיבית. לדוגמה, רווח הון ממכירת נכסי דלא-ניידי הממוקמים בארצות-הברית נחשב להכנסה קשורה אפקטיבית אף אם המשקיע הזר ממלא תפקיד סביל לחלוטין. לבסוף, הכנסה שבבירור אינה אפקטיבית אך גם אינה פסיבית נחשבת להכנסה אפקטיבית – לדוגמה, הכנסה שמקורה בארצות-הברית ואשר אינה קשורה אפקטיבית אך גם אינה FDAP (כגון רווחי הון של עסק אפקטיבי בארצות-הברית מהשקעותיו בתיק השקעות).

(ב) הכנסה פסיבית

קשה יותר לראות כיצד ארצות-הברית מצייתת למשטר המס הבין-לאומי בעניין מיסוי הכנסה פסיבית, מכיוון שהחוק קובע שיעור גבוה של 30% ניכוי מס במקור בגין הכנסה פסיבית ברוטו ממקורות בארצות-הברית. עם זה, במקרה זה יש להסתכל מעבר לשיעור המס הסטטוטורי הבסיסי, ולקבוע באיזו תדירות המשטר הנוכחי מטיל אותו בפועל. למעשה, שילוב של כללי מקור, אמנות ופטורים סטטוטוריים גורם לכך שרק סעיפים מעטים של הכנסה מהשקעות בתיקים של משלמי מיסים זרים מחויבים בסופו של דבר במס בשיעור של 30%. בשנת 1999 הרוויחו זרים כ-16 מיליארד דולר בהכנסה פסיבית (ובכלל זה הכנסה פסיבית של בעלי שליטה), אך ארצות-הברית גבתה רק כ-2 מיליארד דולר מכל ניכויי המס שלה גם-יחד, ואלה מהווים שיעור אפקטיבי של 12.5% בלבד.²¹ על-פי ההוראות המתוארות להלן, כ-42 מיליארד דולר נוספים של הכנסה פסיבית היו פטורים ממס.

- רווחי הון – ראשית, ראוי לציין כי למעט במקרה של נכסי דלא-ניידי, מעולם לא נוכה מס במקור מרווחי הון, שהינם צורה של הכנסה פסיבית. לכן הרווח ממכירת מניות של חברה אמריקאית שגורף מי שאינו תושב אינו חייב במס בארצות-הברית, אף-על-פי שהוא מייצג את הערך הנוכחי של זרם ההכנסות העתידי מהמניה.
- ריבית – הפטור הנפוץ ביותר מניכוי מס נומינלי של 30% הוא לגבי ריבית. על-פי הפטור שחוקק בשנת 1984, הריבית אינה חייבת בתשלום מס אם צמחה לזרים המשקיעים בתיקי השקעות. אפשר ללמוד רבות מן היוצאים-מן-הכלל של פטור זה. יוצא-מן-הכלל אחד עניינו בנקים זרים המעניקים הלוואות בארצות-הברית במהלך הרגיל של עסקיהם. במקרה זה הריביות נחשבות להכנסה עסקית אפקטיבית. יוצא-מן-הכלל נוסף, הפעם ביחס לריבית הנובעת מתיק השקעות, עניינו ריבית המשולמת לבעלי מניות זרים שבבעלותם יותר מ-10% ממניותיה של החברה המשלמת. כלל זה משקף את ההבחנה שתוארה לעיל בין הכנסה אפקטיבית לבין הכנסה מתיק השקעות על-פי שליטה, ומספק גם הרתעה מפני נסיונות של בעלי שליטה להסתיר את הדיבידנדים שלהם במסווה של ריבית. באופן דומה, כלל אחר

21 ראו: IRS Statistics of Income Bulletin, Fall 1999, 7.

מגביל את יישומו של הפטור לזכות מותנה (contingent interest). זכות זו דומה לדיבידנדים, ולכן בעלי שליטה מנצלים אותה לרעה.

זאת ועוד, כלל אחר מגביל את הזכות לנכות ריבית ששולמה לצדדים קשורים זרים (בדרך-כלל כאשר מדובר בפחות מ-50% בעלות משותפת) אם יחס החובות להון של המשלמת גבוה מדי. כלל ניכוי הרווחים (earnings stripping)²² הוא נועד גם לחדד את ההבחנה בין ריבית לבין דיבידנדים, ולמנוע מצב שבו אחוז גבוה מדי מרווחיהם של עסקים אמריקאיים ישולמו לבעלי השליטה כריבית שניתנת לניכוי. השילוב של הגבלת ה-10% בעלות על מניות, לגבי פטור ממס על ריבית מתיק השקעות, עם ההגבלות לגבי אפשרויות הניכוי שומר שחברות זרות העוסקות בפעילות עסקית אקטיבית בארצות-הברית באמצעות חברות-בנות לא יימלטו מתשלום מיסים על-ידי תשלום ריבית שאינה חייבת בניכוי מס במקור ואשר מקטינה את רווחיהן של החברות-הבנות (אף שאפשר בכל-זאת להשיג תוצאה זו באמצעות מימון החברה-הבת על-ידי גוף זר לא-קשור, כל עוד המממן אינו "בנק"). ההדגשה של צדדים קשורים הקיימת הן בכלל ניכוי הרווחים והן בהגבלה של 10% בעלות על מניות משקפת את המשמעות שצד זר קשור אכן עוסק בעסק אקטיבי בארצות-הברית באמצעות שליטה בחברה-הבת שלו, ושההכנסה מריבית שהוא מקבל מייצגת יותר מאשר הכנסה פסיבית פשוטה. כך, כללים אלה סותרים את ההבחנה הפורמלית בין חברה-אם זרה לבין החברה-הבת (ההגדרה המקובלת הבין-לאומית של מוסד-קבע מוציאה מכלל אפשרות לראות את החברה-האם כמי שעוסקת בעסק פעיל במדינה מסוימת רק משום שהיא שולטת בחברה-בת) אך הם עולים בקנה אחד עם הדעה שמגבילה הכנסה פסיבית להכנסה מתיק השקעות.

● דיבידנדים - דיבידנדים המצב מסובך יותר. על-פי אמנת-המודל של ארצות-הברית, ריבית אינה חייבת בניכוי מס במקור. על דיבידנדים, לעומת זה, נהוג להטיל מס במקור (בשיעור של 5%, אם הם משולמים לבעלי מניות שמחזיקים פחות מ-10% מהחברה המשלמת, או 15% בכל מקרה אחר) אף אם קיימת אמנה (למעט אמנות אמריקאיות חדשות אשר מצמצמות את שיעור ניכוי המס במקור על דיבידנדים לאפס אצל חברות-בנות הנשלטות על-ידי החברה-האם בשיעור של יותר מ-80%). על דיבידנדים עשוי לחול מיסוי משולש: חברה המשלמת דיבידנדים אינה יכולה לנכותם, הם חייבים בניכוי מס במקור, והם עשויים להיות חייבים במס בידיו של המקבל (כפופים לזיכוי מס זר או לפטור). לכן, מהיבט המיסוי, דיבידנדים הינם דרך לא-יעילה להשיב למולדת רווחים של חברות אמריקאיות. ובכל-זאת, אפילו בתחום זה יש כללים מסוימים הפועלים להפחית את הסבירות

22 כלל ניכוי הרווחים (earnings stripping) - כלל אמריקאי שנחקק בשנת 1989, שמטרתו למנוע מחברות זרות את האפשרות לצמצם את תשלומי המס של חברות-בנות אמריקאיות שבבעלותן באמצעות ניכוי ריבית על הלוואות מהחברה-האם. במדינות אחרות כללים כאלה נקראים thin capitalization - "מימון דק".

שדיבידנדים המשולמים מתיק ההשקעות יהיו חייבים במיסוי אפקטיבי על-פי המקור. ראשית, כמו בכלל המקור בעניין הריבית, גם כלל המקור בעניין הדיבידנדים הינו כלל פורמליסטי: מקור הדיבידנדים נקבע לפי מדינת התושבות של החברה המשלמת אותם. בהעדר כללים אחרים, פירושו של דבר שחברה זרה שכל הכנסתה קשורה אפקטיבית למקצוע שלה או לעסקיה בארצות-הברית תוכל לשלם דיבידנדים לבעלי מניות זרים מבלי שתידרש לנכות מס במקור. נערכו אומנם שינויים בכלל המקור במטרה להפוך במקרים מסוימים את הדיבידנדים האלה להכנסת מקור מארצות-הברית, אך בפועל לא הצליח משרד האוצר לאכוף ניכוי מס במקור על דיבידנדים ששילמה חברה זרה לבעלי מניות זרים, ואמנות אמריקאיות רבות אוסרות עליו לעשות זאת. בתגובה על תוצאה זו חוקק הקונגרס בשנת 1986 את מס רווחי הסניפים (branch profits tax), במטרה לכפות מס שווה על רווחיה של חברה זרה שצומחים לה מהמקצוע שלה או מעסקיה בארצות-הברית. אף שםס רווחי הסניפים משמש תחליף לניכוי מס במקור על דיבידנדים (וריביות) שחברה זרה משלמת מתוך עסקיה בארצות-הברית, ראוי לציין כי לעומת ניכוי מס במקור על דיבידנדים, מס רווחי הסניפים הינו מס נוסף שמוטל על החברה העוסקת בעסק פעיל בארצות-הברית, ואין כל ודאות שאפשר להעבירו למשקיעים הפסיביים באותה חברה. זאת ועוד, ארצות-הברית סיכמה עם רבות משותפותיה לאמנות כי היא תימנע מלהטיל את מס רווחי הסניפים על חברות שמקום מושבן במדינה אחרת, כך שבפועל ארצות-הברית גובה הכנסה מועטה מאוד מהמס.²³

שנית, במקרים רבים אפשר להסתיר את הדיבידנדים במסווה של ריבית, ומשקיעים קטנים יכולים לנצל את החלק של פטור הריבית בתיק ההשקעות. אף שדין המס משנת 1993 צמצם את גודלה של פרצה זו, היא קיימת עדיין, למשל, בריבית המבוססת על ערכה של מניה הנסחרת בבורסה.

שלישית, משקיעים בתיקי השקעות יכולים להימנע מן המס המוטל על דיבידנדים אם ישתמשו בנגזרות, כגון equity swap.²⁴ על-פי ה-equity swap, משקיע זר מקבל תשואה זהה לדיבידנדים על המניות שבבסיסה של נגזרת זו, אך תשלומים חלופיים אלה אינם נחשבים בדרך-כלל מקור אמריקאי, ולפיכך לא חלה עליהם חובת ניכוי מס במקור.

23 זאת ועוד, בשנת 2003 אומץ בארצות-הברית משטר שעל-פיו בעלי מניות נהנים מפטור חלקי ממס על דיבידנדים אם החברה המחלקת חייבת במס (partial integration regime). כתוצאה מכך צומצמה חבות המס על דיבידנדים ועל רווחי הון – הן של חברות מקומיות והן של חברות זרות – ל-15%. נראה לי כי במצב זה כל ניסיון להטיל כפל מס על חברות זרות יהיה בלתי-הולם.

24 equity swap – הסכם (נגזרת) בין משקיע לבין בנק השקעות שעל-פיו הבנק מתחייב לשלם למשקיע את שווה-ערך הדיבידנדים שחברה נתונה משלמת וכן את העלייה בשווי המניה בתקופת ההסכם. הסכם כזה מאפשר למשקיע ליהנות מפירות ההשקעה באותה חברה מבלי להשקיע ישירות במניותיה.

שילוב ההודמנויות להתחמקות מתשלום מיסים שתואר לעיל פירושו שרק לעיתים נדירות מאוד מנוכה מס במקור מדיבידנדים ששולמו למשקיעים בתיקי השקעות.

- דמי שכירות ותמלוגים - קצת קשה יותר להתחמק מניכוי מס במקור בגין תמלוגים ודמי שכירות מאשר מניכוי מס במקור על דיבידנדים או על ריביות, משום שכלל המקור במקרה זה פורמליסטי פחות ומשקף יותר את המציאות הכלכלית. מקורם של תמלוגים ודמי שכירות נקבע לפי המקום שבו משתמשים בנכס שמניב אותם. עם זה, כמו רוב המדינות המתועשות, ארצות-הברית נושאת ונותנת על שיעור ניכוי מס במקור של 0% על דמי שכירות ותמלוגים באמנות המס שלה. יתר על כן, גם בהעדר אמנה, חברות יכולות לעיתים קרובות לאפיין מחדש תמלוגים כהכנסות ממכירות או כהכנסות משירותים, ובשני המקרים קיימים כללי מקור תומכים שמאפשרים למשלמי המיסים להתחמק לחלוטין מניכוי מס במקור בארצות-הברית.

לסיכום, מיסוי של משלמי מיסים זרים נעשה בדרך-כלל על-פי ההבחנה בין הכנסה אקטיבית להכנסה פסיבית. הכנסה אקטיבית - הכנסה שקשורה אפקטיבית למקצוע או לעסק בארצות-הברית - חייבת בתשלום מס אמריקאי במקור. הכנסה FDAP פסיבית חייבת בניכוי מס נומינלי במקור, אך בגלל פעולתם של כללים סטטוטוריים (לדוגמה, הפטור לגבי ריבית מתיק השקעות), כללי המקור (לדוגמה, הכללים הפורמליים לקביעת המקור של דיבידנדים, ריבית ושכר) ואמנות (לדוגמה, שיעור של 0% על ריביות ותמלוגים), ארצות-הברית אינה ממסה לעיתים קרובות הכנסה מסוג זה של משקיעים בתיקי השקעות.

2. משלמי מיסים מקומיים

משלמי מיסים מקומיים אמריקאים מחויבים במס על הכנסתם בעולם כולו, אך ניתן זיכוי בגין מיסי הכנסה זרים ששולמו על הכנסה ממקור זר עד לשיעור המס הנהוג בארצות-הברית. עולה מכך שארצות-הברית דוגלת לכאורה במדיניות המעניקה למדינת המקור סמכות שיפוטית ראשונית למיסוי כל סוגי ההכנסה. אולם שילוב של כללים סטטוטוריים מצביע על התייחסות אוהדת הרבה פחות להכנסה זרה פסיבית מאשר להכנסה זרה אקטיבית, כך שבפועל סביר להניח שארצות-הברית תכבד את זכות הראשונים של סמכות שיפוטית זרה למסות הכנסה אקטיבית יותר מאשר את זכותה של אותה סמכות למסות הכנסה פסיבית.

(א) דחייה

ההבחנה הראשונה בין הכנסה אקטיבית לבין הכנסה פסיבית קשורה לדחייה. האפשרות לדחות מס שוטף בארצות-הברית על הכנסה ממקור זר נובעת מן העובדה שרק משלמי מיסים מקומיים מחויבים במס על הכנסתם בכל העולם, ומכך שמשלמי מיסים יכולים בקלות לבחור להיות מסווגים כזרים או כמקומיים בהתאם לסמכות השיפוטית הפורמלית

במקום השיפוט שלהם. אילו חלו רק הכללים האלה, משלם מיסים היה יכול לנתב את הכנסתו ממקור זר לחברה-בת שנרשמה בחוץ-לארץ, ובכך לדחות את תשלום המס השוטף בארצות-הברית. אילו הוקמה החברה-הבת במקלט-מס, הייתה התוצאה אי-מיסוי שוטף של הכנסה ממקור זר של החברה-הבת, שכמוהו כפטור ממס על הריבית על רווחים אלה למשך תקופת הדחייה. אם הדחייה נמשכת פרק-זמן מספיק, התוצאה היא למעשה פטור מלא במונחי ערך נוכחי.

טיפול תומך כל-כך בהכנסה ממקור זר יעודד משלמי מיסים אמריקאים לנתב את הכנסתם ל-*incorporated pocketbooks*, כדי להתמודד עם נטייה זו, ארצות-הברית מקיימת סדרה של משטרים חופפים למניעת דחייה, וכולם מביאים לידי מיסוי שוטף של הכנסה ממקור זר של בעלי שליטה אמריקאים או לחיוב ריבית על ההכנסה כאשר היא מוחזרת לתחומי ארצות-הברית. המוקדם מבין המשטרים הללו, שמקורו בשנת 1937, היה תקף רק לחברות זרות ששולטים בהן חמישה אמריקאים או פחות. בשנת 1962 הוחל מנגנון אי-הדחייה על חברות זרות שבשליטה אמריקאית ואשר בעלי מניות יחידים שולטים בהן, ובשנת 1986 הוא הורחב לכל בעלי המניות האמריקאים בחברות זרות, גם אם הם מחזיקים רק באחוז זעיר מן המניות.

עם זה, ראוי לציין כי התכונה המשותפת לכל המשטרים האלה, וכן למשטר פשוט יותר אשר מוצע כיום ומאחד את כולם, היא שהם חלים רק על הכנסה זרה פסיבית. בשנת 1962 נדחתה הצעתו המקורית של ממשל קנדי לביטול הדחייה על כל הרווחים הזרים של חברות זרות נשלטות. הצעות דומות נדחו גם בשנות השבעים. לאחרונה, בשנת 1992, התקבלה הצעה דומה של חבר הקונגרס לשעבר Dan Rostenkowski, אך בהתלהבות מועטה, ולא סביר שתהיה תזווה כלשהי בכיוון זה.

בשל שילוב משטרים זה, הכנסה זרה אקטיבית נהנית ממעמד עדיף על זה של הכנסה זרה פסיבית. אף שאפשר כיום להטיל מס אפילו על הכנסה זרה פסיבית של בעלי מניות אמריקאים שאינם בעלי שליטה, מרבית ההכנסות הזרות האקטיביות אינן חייבות במס, אף אם הן אינן ממוסות כיום בחוץ-לארץ. כך, ארצות-הברית מעניקה באופן חד-צדדי לסמכות השיפוטית במדינת המקור את זכות הראשונים למסות הכנסה אקטיבית, ואינה מפעילה סמכות שיפוטית שירית אף אם המדינה הזרה אינה מפעילה זכות זו, כל עוד ההכנסה נשארת בחוץ-לארץ. לעומת זה, לגבי הכנסה זרה פסיבית שוטפת היא מפעילה את סמכות השיפוט שלה לפי מדינת התושבות, אם כי היא מזכה מס זר (עד לשיעור המס הנוהג בארצות-הברית) כדי להימנע ממיסוי כפול על הכנסה זו.

(ב) זיכוי מס זר

הבחנה שנייה משמעותית לטובת מיסוי על-פי מדינת המקור של הכנסה זרה אקטיבית כרוכה בהפעלת זיכוי מס זר. הגבלת הזיכוי (לשיעור המס הנוהג בארצות-הברית על הכנסה ממקור זר), כפי שתוקנה בשנת 1986, מצמצמת עוד יותר את זיכוי המס הזר בגלל החלטה בנפרד לפי קטגוריות הכנסה ("סלים"). בפרט, קטגוריות אחדות של הכנסה

פסיבית מופרדות זו מזו, ולפיכך אי-אפשר לחשב ממוצע של מיסים זרים גבוהים על הכנסה זרה פסיבית מסוג אחד ושל מיסים זרים נמוכים על הכנסה זרה פסיבית מסוג אחר. לדוגמה, אם גרמניה מטילה שיעור גבוה של ניכוי מס במקור על ריבית ואילו הודו מטילה שיעור נמוך, אזי שתי קטגוריות ההכנסה האלה מופרדות לסלים נפרדים, ואי-אפשר לשלבן כדי להוריד את המס הזר הממוצע ששולם אל מתחת למגבלה. פירושו של דבר שאם השיעור הגבוה של ניכוי מס במקור על ריבית ברוטו מגרמניה מיתרגם לשיעור ניכוי מס על הכנסה מריבית נטו שהינו גבוה מהשיעור הנוהג בארצות-הברית, לא יהיה אפשר לזכות את המיסים הזרים העודפים, והתוצאה שתתקבל תהיה נטייה קבועה נגד השקעות כאלה.

שיטת ה"סלים" אינה מיושמת לגבי הכנסה אקטיבית ממקור זר. הכנסה זו כלולה כולה בקטגוריה שיווית אחת. פירושו של דבר שבדרך-כלל אפשר לזכות במלואם מיסים זרים גבוהים על הכנסה אקטיבית, אם החברה האמריקאית יכולה למצוא מדינת מקור שמטילה מיסוי נמוך על הכנסה זרה אקטיבית. לדוגמה, הבה נניח כי לחברה אמריקאית X יש \$100 הכנסה ממקור אמריקאי וכן \$100 הכנסה ממקור זר מגרמניה, אשר חייבים במס גרמני בשיעור 50%. במקרה זה תמצא עצמה X בסופו של דבר עם שיעור מס אפקטיבי גבוה ו-\$15 זיכוי מס זר עודפים:

- זיכוי המס הזר של X יהיה מוגבל ל-\$35 (35% [שיעור המס בארצות-הברית] x \$100 [הכנסתה של X ממקור זר]);
- חבות המס של X בארצות-הברית תהיה \$35 (35% x \$200 [הכנסה בכל העולם] = \$70 [מס זמני בארצות-הברית] - \$35 [זיכוי מס זר שההגבלה מתירה]);
- חבות המס של X בכל העולם תהיה \$85 (\$50 [חבות מס גרמני] + \$35 [חבות מס אמריקאי]), כלומר, שיעור מס אפקטיבי של 42.5%;
- ול-X יהיה עודף של \$15 זיכוי מס זרים (\$50 [חבות מס זר] - \$35 [זיכוי מס זר בארצות-הברית]).

אם X יכולה במצב זה למצוא מדינה זרה שאינה ממסה הכנסה אקטיבית (לדוגמה, אירלנד, המעניקה פטורים ממס למשקיעים זרים) ואשר ממנה תוכל להרוויח \$100 נוספים של הכנסה זרה, יהיה שיעור המס האפקטיבי שלה נמוך בהרבה:

- X יכולה לזכות את הסכום המלא של המיסים הזרים ששילמה (35% [שיעור המס בארצות-הברית] x \$200 [הכנסה ממקור זר של \$70] = X) [המגבלה של זיכוי מס זר בארצות-הברית], כלומר, יותר מחבות המס הזר הכוללת של X, שהייתה \$50;
- חבות המס של X בארצות-הברית תהיה \$55 (35% x \$300 [הכנסה בכל העולם] = \$105 [מס זמני בארצות-הברית] - \$50 [זיכוי מס זר בארצות-הברית]);
- חבות המס הכוללת של X בעולם תהיה \$150 (\$50 [חבות מס גרמני] + \$55 [חבות מס בארצות-הברית]), כלומר, שיעור מס אפקטיבי של 35% (7.5% פחות משהיה קודם).

יכולת זו לחשב ממוצע של הכנסות זרות אקטיביות מכמה מקורות על-מנת להתגבר על ההגבלה של זיכוי מס זר מעודדת את משלמי המיסים האמריקאים הפועלים בחוץ-לארץ

להשקיע בסמכויות שיפוט זרות שמטילות שיעורי מס אפקטיביים נמוכים על הכנסתם האקטיבית של משלמי המיסים מעסקים, שכן הדבר יאפשר להם לזכות את המיסים הזרים הגבוהים יותר שלעיתים קרובות מוטלים על פעילות עסקית במדינות אחרות. לסיכום, ארצות הברית אינה ממסה כיום הכנסה אקטיבית של משלמי מיסים מקומיים אשר התקבלה מחברה בבת זרה – כל עוד היא אינה מחולקת למשלם המיסים האמריקאי (כדיבידנד, כריבית או אפילו כהלוואה) – אף אם אין עליה מיסוי על-פי מדינת המקור. יתרה מזו, אפילו כאשר הכנסה אקטיבית כזו מחולקת, היא שומרת על מעמדה המועדף, מכיוון שדיני החישוב הממוצע מתירים בדרך-כלל זיכוי בגין כל המיסים הזרים ששולמו על הכנסה זו, כך שרק לעיתים רחוקות ארצות הברית מטילה עליה אפילו מיסים שיוריים. לעומת זה, הכנסה פסיבית זרה מחויבת כיום במס (או בתשלום ריבית), והשיטה של זיכוי המס הזר במקרה זה מרתיעה משלמי מיסים מלהשקיע במדינות שמטילות על הכנסה זו שיעור גבוה של ניכוי מס במקור. ההרתעה מתבטאת במניעת זיכוי מס זר בגין מיסים גבוהים על-ידי הפרדתם לסלים נפרדים. עקב כך, ברוב המקרים תוכל ארצות הברית לחייב הכנסה פסיבית בתשלום מס שוטף ומלא. אומנם, מעצם היות ארצות הברית מדינת התושבות היא שומרת לעצמה את הזכות השיורית לחייב הכנסות אקטיביות במס, ומכירה בזכות הראשונים של מדינות אחרות למסות הכנסות פסיביות שמקורן בהן, אך כפי שמתברר ממשטר המס הבין-לאומי, כללים אלה תומכים במיסוי הכנסות אקטיביות על-פי מדינת המקור ובמיסוי הכנסות פסיביות על-פי מדינת התושבות גם בהעדר אמנת מס עם ארצות הברית.

פרק ד: משטר המס הבין-לאומי ודיני המס הישראליים לאחר הרפורמה במס

בחלק זה אדון במידת התאמתם או אי-התאמתם של דיני המס הבין-לאומיים הישראליים החדשים, שנכנסו לתוקפם במסגרת הרפורמה במס, למשטר המס הבין-לאומי שתואר לעיל. תחילה אדון בהגדרה של מדינת התושבות (שנעשית מכרעת במערכת גלובלית, מאחר שמיסוי עולמי חל רק על תושבים), אחר כך אדון במיסוי של מי שאינם תושבים, ולבסוף אדון במיסוי תושבים בגין הכנסה פסיבית והכנסה אקטיבית.

1. הגדרת תושב

לפי פקודת מס הכנסה, תושב ישראל הוא אדם שכתובתו הפיסקלית בישראל לפי "מבחן

איכותי" המשלב מקום מגורים רגיל והגדרות שכיחות אחרות של תושבות.²⁵ חוקה הניתנת לסתירה רואה באדם תושב ישראל אם שהה פיזית בישראל (1) 183 ימים או יותר בשנת המס הנתונה או (2) 30 יום או יותר בשנה הנתונה וסך כולל של 425 ימים או יותר בשנה הנתונה ובשתי השנים שקדמו לה.²⁶ נהוג להשתמש בשני המבחנים הללו בדין המס הבין-לאומי, אף-על-פי שבשנת 1984 החליטה ארצות-הברית לנטוש את מבחן התושבות האיכותי הפיסקלי לטובת מבחן נוכחות פיזית טהורה (בתוספת מבחן מעמד הגירה). אולם מבחן התושבות הפיסקלי הינו מבחן בעייתי, ומדינות בארצות-הברית המשתמשות בו ממשיכות לחוש בכך, שכן הוא מעודד תושבים ישראלים לשעבר לנתק את כל קשריהם עם ישראל.

לגבי חברות, ישראל משתמשת במבחן הנהול והשליטה, ולמן הרפורמה במס היא משלימה אותו במבחן של מקום רישום החברה.²⁷ ההגדרה של ניהול ושליטה הינה גמישה למדי ועצמאית.²⁸ היא דומה להגדרה הבריטית, וטובה בהרבה מן ההגדרה הפורמליסטית האמריקאית של מקום רישום טהור.²⁹

2. מיסוי של מי שאינו תושב

חיובם במס של מי שאינם תושבים תלוי בתשובה לשאלה אם יש להם מוסד-קבע בישראל. אם יש להם מוסד-קבע בישראל, הם חייבים במס על הכנסה שאפשר לייחסה למוסד-הקבע, כאילו היו חברה של תושב ישראלי. לכן ישראל נוהגת למסות הכנסה אקטיבית של מי שאינם תושבים כפי שהיא ממסה חברות מקומיות (ובעקבות הרפורמה במס, כל החברות הישראליות נחשבות תושבות). מס זה מוטל על בסיס נטו, והשיעור דומה לשיעורים של מיסי החברות הנהוגים בכל מקום אחר בעולם (36%). הדבר תואם למדי את משטר המס הבין-לאומי.

עם זה, ראוי לציין כי בעבר נהגה ישראל להעניק לחברות רבי-לאומיות זרות הפחתות מס ניכרות כדי למשוך אליה השקעות ישירות זרות, במיוחד מחוץ לאיזור תל-אביב. לדוגמה, "אינטל" קיבלה הנחות במס של 600 מיליון דולר על המפעל להרכבת שבבים שפתחה בקרית-גת. תופעה זו הינה חלק מתחרות מיסים, ואף שהיא אינה בריאה לדעתי,³⁰

25 הרפורמה במס, לעיל הערה 1.

26 שם.

27 ראו פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], ס"ח 120 (להלן: פקודת מס הכנסה).

28 ראו חוזר מס הכנסה 4/02, מסים טז/2 (ג-6).

29 להצעה להחליף את ההגדרה האמריקאית בהגדרה הבריטית ראו: Reuven S. Avi-Yonah "For Haven's Sake: Reflections on Inversion Transactions" 95(27) *TNI* (2002) 1793.

30 ראו: Reuven S. Avi-Yonah "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State" 113 *Harvard L. Rev.* (2000) 1573.

אפשר גם להבינה, מאחר שלולא היא, תפסיד ישראל את ההשקעה לטובת מדינות אחרות שמעניקות הנחות דומות במיסים (לדוגמה, אירלנד, שהייתה מתחרתה העיקרית של ישראל על ההשקעה של "אינטל"). אפשר לפתור בעיה זו רק בדרך של פתרון רבי-צדדי. מדינה קטנה הפועלת לבדה אינה מסוגלת להתמודד עם הבעיה. עם זה, ראוי לציין שיש הרואים בהפחתה במיסי "אינטל", כמו גם במיסיהן של חברות רב-לאומיות אחרות המייצאות את כל המוצרים שהן מייצרות או כמעט את כולם, משום הפרה של דין הסובסידיות של ארגון הסחר העולמי.³¹

באשר להשקעה פסיבית, ישראל (כמו ארצות-הברית) מטילה ניכוי מס נומינלי ניכר על ריביות, דיבידנדים, תמלוגים ואפילו על רווחי הון.³² אולם סעיף 16(א) לפקודת מס הכנסה מתיר לרשויות המס להפחית מיסים אלה אם הם אינם ניתנים לזיכוי במדינה שבה הנישום מתגורר, ולמיטב הבנתי, ברוב המקרים ניכוי המס במקור אינו מוטל בפועל על השקעות פסיביות אפילו בהעדר אמנות מס. גם תוצאה זו עולה בקנה אחד עם משטר המס הבין-לאומי. היא מתיישבת גם עם הספרות הכלכלית הנרחבת שטוענת כי משקים פתוחים קטנים אינם צריכים להטיל מיסים במקור מכיוון ששיעור התשואה על ההשקעה נקבע בסופו של דבר בשוקי ההון העולמיים, ולכן כל המס יועבר לגורמים מקומיים בסמכות השיפוט של מדינת המקור.³³ היוצא-מן-הכלל הוא המקרה שבו ניכוי המס במקור הינו בריזוכי,³⁴ וישראל פועלת על-פי כלל זה.

3. מיסוי תושבים

על-פי הרפורמה במס, תושבי ישראל חייבים במס על הכנסה פסיבית ממקור זר, אך במקרים מסוימים הם נהנים משיעור מס מופחת (לדוגמה, 25% על דיבידנדים מחברות זרות).³⁵ כך, בניגוד למשטר הקודם, שנהג למסות את התושבים רק על הכנסה שמקורה בישראל (ועל הכנסה ששולמה לישראל) וכך פטר את ההכנסה הפסיבית שהתקבלה ממקור

31 ראו: Joel Slemrod & Reuven S. Avi-Yonah "(How) Should Trade Agreements Address Income Tax Issues" 55 *Tax L. Rev.* (2002) 533.

32 הרפורמה במס, לעיל הערה 1, סעיף 170.

33 ראו: Assaf Razin & Efraim Sadka "International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization" 37 *Economics Letters* (1991) 69.

34 ראו: Timo Viherkentta *Tax Incentives in Developing Countries and International Taxation* (Boston, 1991).

35 הרפורמה במס, לעיל הערה 1, סעיפים 125(ב)(1), 125(ג); פקודת מס הכנסה, לעיל הערה 27, סעיף 105(12). הדבר עולה בקנה אחד עם התופעה הבין-לאומית של מיסוי דיבידנד בשיעור מופחת הן ממקורות חוץ והן ממקורות פנים. ראו: Reuven S. Avi-Yonah "The Pitfalls of International Integration: A Comment on the Bush Proposal and Its Aftermath" 12 *International Tax and Public Finance* (2005) 87.

זר, הכללים הקיימים מחייבים את התושבים בתשלום מס גם על הכנסה שקיבלו ממקור זר. הבעיה העיקרית היא אכיפה, אבל עם בעיה זו מתמודדות כל המדינות המבקשות לחייב את התושבים בתשלום מס על בסיס עולמי. יש לקוות שרשת אמנות המס שישראל חתומה עליהן, אשר כוללת הוראות בעניין חילופי מידע, וכן האמצעים שארגון OECD נוקט נגד מקלטי-המס יסייעו בעניין זה. בכל מקרה, היבט זה של הרפורמה במס תואם לחלוטין את משטר המס הבין-לאומי.

היבט חשוב נוסף של הרפורמה במס הוא אימוץ הכללים בנוגע לחברה זרה נשלטת (CFC) בישראל.³⁶ ישראל הולכת בכך בעקבותיהן של ארצות-הברית ושל עשרים ושתיים סמכויות שיפוט אחרות, ועוד צפוי לנו הרבה בתחום זה. על-פי ההגדרה הישראלית, חברה זרה (כלומר, חברה שאינה תושבת לפי מבחן התושבות) נחשבת לחברה זרה נשלטת (CFC) אם תושבים ישראלים שולטים ביותר מ-50% ממניותיה, ואם מרבית הכנסתה היא הכנסה פסיבית שאינה מחולקת ואשר חויבה במס זר בשיעור 20% או פחות. במקרה כזה רואים בהכנסה הפסיבית שלא חולקה דיבידנד רעיוני שחולק לתושבים הישראלים המחזיקים ב-10% או יותר ממניותיה של החברה הזרה הנשלטת. כלל זה עולה בקנה אחד עם הכללים הנהוגים במדינות אחרות ביחס לחברה זרה נשלטת, בכך שהוא דורש שליטה, מתמקד בהכנסה הפסיבית וכולל פטור להכנסה זרה שמוטל עליה מס זר בשיעור גבוה. עם זה, שימו לב שבניגוד לכללי PFIC האמריקאיים (ולכללי FIF הנהוגים במדינות אחרות), כאן אין הכללה כלשהי לגבי בעלי מניות ישראלים בחברה זרה נשלטת שמחזיקים פחות מ-10% או לגבי בעלי מניות ישראלים בחברות זרות שמרוויחות בעיקר הכנסה פסיבית אך אינן נשלטות על-ידי ישראלים.

באשר להכנסה אקטיבית, הכללים הישראלים החדשים ממשיכים להיות נדיבים מאוד בכל הנוגע לדחייה ולזיכויי מס זרים. ראשית, החברות הזרות הנשלטות על-ידי ישראלים אינן ממוסות על הכנסה אקטיבית (אלא אם כן הן מנוהלות ונשלטות בצורה פעילה מישראל, ובדרך-כלל אין זה המצב בחברות-בנות של חברות-אימהות ישראליות). שימו לב שהכללים הנוגעים בחברה זרה נשלטת אינם חלים על הכנסה פסיבית שחברות פעילות מקבלות (מאחר שהכנסתן אינה פסיבית ברובה). לכן הדחייה רלוונטית להכנסה כזו גם אם מוטלים עליה שיעורי מס זר נמוכים מאוד (לדוגמה, במקרה של הכנסתה של חברת-בסיס, דהיינו, הכנסה מרכישת מוצרים מצד קשור ומכירתם לצד קשור אחר מחוץ לגבולות המדינה שחברת-הבסיס רשומה בה).

שנית, זיכוי מס זר חל על כל המיסים (לא רק על מיסי הכנסה, כמו בארצות-הברית) המוטלים על הכנסה ממקור זר, עד לגבול של שיעור המס הנהוג בישראל.³⁷ אין כאן ניסיון למנוע חישוב ממוצעים, כך שאפשר לחשב בקלות את הממוצע של ההכנסה ממקור זר הכפופה לשיעור מס זר גבוה ושל ההכנסה ממקור זר הכפופה לשיעור נמוך יותר, גם אם מקורן בארצות שונות ובסוגי פעילויות שונים (לדוגמה, הכנסה אקטיבית והכנסה

36 הרפורמה במס, לעיל הערה 1, סעיף 75(ב).

37 פקודת מס הכנסה, לעיל הערה 27, סעיף 200.

פסיבית). השילוב של החייה ושל זיכוי מס זר אמור להבטיח שחברות ישראליות ישלמו לעיתים נדירות בלבד מס ישראלי על הכנסה אקטיבית ממקור זר, אפילו לפי השיטה העולמית החדשה. גם מקרה זה תואם את משטר המס הבין-לאומי.

4. מסקנה: המלצות לרפורמות נוספות

ככלל, הכללים הישראליים החדשים עולים בקנה אחד עם משטר המס הבין-לאומי שתואר לעיל. מי שאינם תושבים ממוסים על הכנסה אקטיבית ממקור ישראלי באותו אופן שבו ישראלים ממוסים, אך בדרך-כלל הם אינם ממוסים על הכנסה פסיבית ממקור ישראלי. תושבי ישראל ממוסים בדרך-כלל על הכנסה פסיבית ממקור זר, בין שהרוויחו אותה ישירות ובין שהרוויחו אותה באמצעות חברה זרה נשלטת, אך פטורים בדרך-כלל מתשלום מס שוטף על הכנסה אקטיבית ממקור זר.

ברצוני להציע שני שינויים קלים במשטר הקיים, שניהם בעניין מיסוי ההכנסה הפסיבית. באשר להכנסה הפסיבית של מי שאינם תושבים, הייתי מוותר באופן רשמי על הניסיון למסות הכנסה כזו (דיבידנדים, ריביות, תמלוגים ורווחי הון), אפילו בהעדר אמנות מס, מאחר שזהו מכשול שמונע עידוד השקעות זרות בישראל ומאחר שהנטל הכלכלי של מיסים אלה יועבר קרוב לוודאי לתושבי ישראל.

באשר להכנסתם הפסיבית של תושבים, הייתי שוקל לאמץ משטר FIF מסוג כלשהו, דהיינו, משטר שאינו דורש שליטה של תושבים ישראלים, אלא עם כלל מזער (de minimis rule) שיאפשר לישראל למסות את אורחיה העשירים, אשר יכולים על-פי הכללים הקיימים להרוויח הכנסה פסיבית בלתי-מוגבלת באמצעות חברות זרות, כל עוד הם אינם שולטים בהן (ובמקרה של חברות זרות נשלטות, כל עוד הם אינם מחזיקים ב-10% מהמניות), מבלי להיות חייבים במס. כלל מזער צריך לפטור תושבים שמחזיקים בכמות קטנה של מניות – לדוגמה, בחברות השקעה זרות.

לסיום, אני סבור שישראל צריכה להיות מסוגלת למסות חברות רב-לאומיות זרות שמשקיעות בה, מכיוון שחברות אלה מרוויחות דמי שכירות שיש להטיל עליהם מס. עם זה, כל עוד דמי השכירות אינם ספציפיים למדינה, אני סבור שלא יהיה מציאותי מבחינתה של ישראל למסות אותן על בסיס חד-צדדי. הדבר דורש פתרון רב-צדדי לבעיית התחרות במיסים, ובנושא זה עסקתי במקום אחר.³⁸

38 ראו: Avi-Yonah, *supra* note 29.