

## 4. כפל מס בינלאומי

### תוכן עניינים - ראשי פרקים

111	.....	כפל מס בינלאומי	4.4
117	.....	כללי	4.1
		המושג 'כפל מס': ההבחנה בין כפל מס משפטי לכפל מס כלכלי	4.2
117	.....	כלכלי	117
123	.....	הגורמים להיווצרות כפל מס כלכלי	4.3
136	.....	הגורמים להיווצרות כפל מס משפטי בינלאומי	4.4
148	.....	שאלת כפל המס והשלכותיה על אמנות המס	4.5
148	.....	ההשלכות השליליות של כפל המס	4.6
152	.....	עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי	4.7
		הגישות האפשריות לחלוקת זכויות המס במישור הבינלאומי: היבטים כלכליים, מיסויים ומשפטיים	4.8
156	.....		156

אמנות מס, כרך א': אלטר, כליף

## 4. כפל מס בינלאומי

### תוכן עניינים מפורט

111	.....	כפל מס בינלאומי	4.4
117	.....	כללי	4.1
		המושג 'כפל מס': ההבחנה בין כפל מס משפטי לכפל מס כלכלי	4.2
117	.....	כללי	117
118	.....	כפל מס משפטי בינלאומי	4.2.1
119	.....	כפל מס כלכלי בינלאומי	4.2.2
		שאלת תחולת אמנות המס על כפל מס כלכלי בינלאומי	4.2.3
120	.....	בינלאומי	120
		גישת ה-OECD: האמנות מיועדות למנוע רק כפל מס משפטי	4.2.3.1
120	.....	רק כפל מס משפטי	120
121	.....	פסק-דין Schneider: מניעת כפל מס כלכלי	4.2.3.2
122	.....	האם האמנות גוברות על כללי ה-CFC?	4.2.3.3
123	.....	הגורמים להיווצרות כפל מס כלכלי	4.3
		ייחוס רעיוני של הכנסה על-פי הדין הפנימי של מדינה פלונית	4.3.1
124	.....	מדינה פלונית	124
124	.....	בעלות משפטית מול החזקה פיזית או שליטה	4.3.2
124	.....	תשלומים פרטיים חייבי מס	4.3.3
125	.....	מיסוי דו-שלבי או חד-שלבי	4.3.4
127	.....	ישויות שקופות ובלתי שקופות	4.3.5
		מיסוי בעלי הזכויות במדינה אחת והתאגיד במדינה השנייה	4.3.5.1
127	.....	והתאגיד במדינה השנייה	127
129	.....	שותפויות	4.3.5.2
129	.....	חברות שקופות	4.3.5.3
130	.....	LLC (Limited Liability Company)	4.3.5.4
131	.....	נאמנויות	4.3.5.5
132	.....	אי התאמה בכללי מחירי העברה	4.3.6
136	.....	הגורמים להיווצרות כפל מס משפטי בינלאומי	4.4
136	.....	המצבים על-פי מודל ה-OECD	4.4.1
137	.....	חמשת הגורמים המרכזיים	4.4.2

137	.....	התנגשות בין הבסיס האישי לבסיס המקור	4.4.3
	4.4.3.1	המונח 'התנגשות' - המשפט הבינלאומי הפרטי	137
138	.....	תושבות ומקור	4.4.3.2
138	.....	אזרחות ומקור	4.4.3.3
138	.....	יישום מקביל של הבסיס האישי	4.4.4
139	.....	תושבות כפולה ('Dual Residence')	4.4.4.1
139	.....	תושבות ואזרחות	4.4.4.2
140	.....	אזרחות כפולה ('Dual Nationality')	4.4.4.3
	4.4.5	יישום מקביל של בסיס המקור: התנגשות בין כללי מקור גיאוגרפיים ('Conflicts of Source Rules')	140
	4.4.5.1	הגורמים להתנגשות בין כללי מקור גיאוגרפיים	140
	4.4.5.2	אי התאמה בכללי המקור הגיאוגרפיים	141
		(א) הכנסת עבודה	141
		(ב) ריבית	141
		(ג) דיבידנדים	142
		(ד) תמלוגים	142
		(ה) קיצבה המשולמת בעד עבודה	142
		(ו) רווח הון	142
	4.4.5.3	פיקציות סטטוטוריות בדין הפנימי של אחת המדינות	143
	4.4.5.4	אי התאמה בכללי סיווג ובהגדרות	144
	4.4.6	מיסוי על-בסיס קבלה ('Remittance Basis')	146
	4.4.7	מוסד-קבע או בסיס קבוע המפיק הכנסה ממקור חוץ	147
	4.5	שאלת כפל המס והשלכותיה על אמנות המס	148
	4.6	ההשלכות השליליות של כפל המס	148
	4.6.1	רקע	148
	4.6.2	השלכות כלכליות: מסחר בינלאומי והשקעה זרה	149
	4.6.3	השלכות ערכיות: צדק, יושר והגינות	151
	4.7	עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי	152
	4.7.1	האם קיים איסור מיסוי על-בסיס מושב במדינת המקור	152
	4.7.2	המשפט הבינלאומי מנהגי אינו אוסר על כפל מס	153

כפל מס בינלאומי

154.....	איסור ביצוע פעולות ריבוניות בטריטוריה זרה	4.7.3
	הגישות האפשריות לחלוקת זכויות המס במישור הבינלאומי: היבטים כלכליים, מיסויים ומשפטיים	4.8
156.....	היבטים פיסקליים: לאומיים ובינלאומיים	4.8.1
157.....	יעילות כלכלית	4.8.2
158.....	צדק	4.8.3

אמנות מס, כרך א': אלטר, כליף

## 4. כפל מס בינלאומי

### 4.1 כללי

כפל מס בינלאומי נובע מזיקות מס חופפות של שתי מדינות או יותר. כפל המס טבוע במבנה מיסוי ההכנסה המוטל על-בסיס פרסונלי וטריטוריאלי. לדעת מלומדים בעולם, כפל מס בינלאומי גורר עלויות כלכליות ועיוות צדק ויושר. מלומדים טוענים, כי המשפט הבינלאומי המנהגי אינו אוסר על היווצרות כפל מס, אולם דעה זו הולכת ומשתנה נוכח התפתחות הגלובליזציה בעולם.

בפרק זה נעמוד על ההבחנה בין כפל מס משפטי לבין כפל מס כלכלי, על הגורמים להיווצרות כפל מס ועל השלכותיו הכלכליות והערכיות של כפל המס. נבחן את התייחסות המשפט הבינלאומי המנהגי לסוגיית כפל המס הבינלאומי ונפרט את הגישות האפשריות לחלוקת זכויות המס במישור הבינלאומי.

### 4.2 המושג 'כפל מס': ההבחנה בין כפל מס משפטי לכפל מס כלכלי

המשמעות המדויקת של המושג 'כפל מס' (*'Double Taxation'*), מרכיביו ומאפייניו היו מושא למחלוקת נרחבת בספרות<sup>124</sup>. למרות שהמושג שגור בשפתם של רבים, קיים קושי רב להגדירו. הגדרתו אינה עניין עיוני בלבד, ויש לה השלכות מעשיות הן לגבי דרכי מניעת כפל המס באמנות מס, והן לגבי אמצעים חד-צדדיים למניעת כפל מס במדינות שונות.

עמד על כך פרופ' Pires בספרו "International Juridical Double Taxation"<sup>125</sup>:

"Although many people have an idea of what double taxation is, innumerable difficulties arise when an attempt is made to define it. Without attempting to formulate such a definition, however, the idea of double taxation is not so difficult to understand, but

<sup>124</sup> ראו:

Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation (Series on International Taxation, No. 11, Kluwer, Deventer/Boston, 1989)*, 9;

Alberto Xavier, *The Taxation of Foreign Investment in Brazil (Series on International Taxation, No. 1, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer, Deventer/Boston, 1994)*, 31.

כן ראו אצל: Vogel, 10, המפנה לעמדתו:

A. Fantozzi & K. Vogel, "Doppia imposizione internazionale", *Digesto* (4<sup>th</sup> ed., 1990) 43, p. I.4.

<sup>125</sup> Vogel, 11.

problems arise when a clear and thorough outline must be given to the phenomenon. Difficulties occur not only on whether to establish a definition but also in the content. This is not merely a theoretical question. The concept of double taxation becomes important within the framework of conventions designed to eliminate or avoid it and also within the scope of unilateral measures adopted with this objective. Either because of underlying established principles or because in treaties it is generally accepted that it will be possible for the competent authorities of contracting parties to consult with each other on double taxation not foreseen in them."

בתחום המיסוי הבינלאומי נהוג להבחין בין שני סוגים של כפל מס: כפל מס משפטי בינלאומי ('*International Juridical Double Taxation*') וכפל מס כלכלי בינלאומי ('*International Economic Double Taxation*').

#### 4.2.1 כפל מס משפטי בינלאומי

המושג כפל מס משפטי בינלאומי הוגדר על-ידי מודל ה-OECD כהטלת מיסים דומים בשתי מדינות, או יותר, על אותו נישום, ביחס לאותו פריט הכנסה, בתקופות זהות, לאמור<sup>126</sup>:

"[T]he imposition of comparable taxes in two or more states on the same taxpayer in respect to the same item of income for identical periods."

הגדרה זו מורכבת אפוא מארבעה יסודות:

1. אותו נישום;
2. אותו פריט הכנסה;
3. מיסים דומים;
4. תקופות זהות.

<sup>126</sup> ראו את דברי ההקדמה למודל ה-OECD, I-1, פסקה 1. ראו גם את דו"ח ועדת ה-OECD לעניינים פיסקליים משנת 1997.

## 4.2.2 כפל מס כלכלי בינלאומי

ההבחנה בין כפל מס משפטי בינלאומי לכפל מס כלכלי בינלאומי נעוצה בעיקר במרכיב הראשון של הגדרת כפל המס המשפטי. כלומר, בדרישה כי המס יוטל על אותו נישום בשתי המדינות. עמד על כך פרופ' Pires בספרו הנ"ל<sup>127</sup>:

"The requirement for the taxable person to be the same is associated with acceptance of the category normally termed economic double taxation, since the often used criteria for differentiating this double taxation from the juridical is the fact that the latter occurs with identical taxable persons, contrary to economic double taxation, in which the persons liable to tax are different. While the requirement relative to those liable to tax is normally explicit, it has already been done directly through the identity of objects, which implies identity of taxable person. Another school of thought accepts non-identity of taxable persons in cases where two or more people living in different States would pay heavier taxes than if they lived in the same State. This is the case of husband and wife (possibly not separated), owner and usufructuary and a partnership and its partners."

הווה אומר: בשונה מכפל מס משפטי, המושג כפל מס כלכלי משמש כדי לתאר מצב שבו אותה עסקה כלכלית, או אותו מקור הכנסה או הון, מתחייבים במס בשתי מדינות, או יותר, בעת ובעונה אחת, אך בהתייחס לנישומים שונים. דהיינו - כאשר כל מדינה מטילה את מיסיה על נישום שונה. מצב זה מכונה בספרות: '*lack of subject identity*' - 'היעדר זהות של הנושא בנטל המס'<sup>128</sup>.

ניתן כמובן, להרחיב את ההגדרה ולהחילה גם על מס שונה המוטל בכל אחת מהמדינות על אותה עסקה. כך לדוגמה, מס מחזור (1%) שהוטל בישראל על מסחר במניות בבורסה במחצית שנת 2003 יכול להיות מקביל למס על רווחי הון המוטל, לגבי אותה עסקה, על חברה תושבת חוץ ש-25% מבעלי מניותיה הם תושבי ישראל.

<sup>127</sup> Pires, לעיל הערה 124, 15-16. ראו שם גם את האסמכתאות הרבות שמוזכרות על-ידי המחבר.

<sup>128</sup> ראו את האסמכתאות שמוזכרות אצל: Vogel, 10:

O. Buhler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, p. 33;

H. Flick, 37 *StuW* (1960) 329.

## 4.2.3 שאלת תחולת אמנות המס על כפל מס כלכלי בינלאומי

### 4.2.3.1 גישת ה-OECD: האמנות מיועדות למנוע רק כפל מס משפטי

אמנות מס בעולם אינן מיועדות למנוע כפל מס כלכלי בינלאומי<sup>129</sup>; עניינן הוא בכפל מס משפטי בינלאומי. הגישה האמורה אומצה על-ידי ארגון ה-OECD. דברי ההקדמה למודל ה-OECD מבהירים, כי מטרת אמנות המס הינה לפתור את בעיית כפל המס המשפטי, תוך יצירת אחידות וודאות. כל אלו יאפשרו לנישומים לפעול ללא כפל המס בפעילות בינלאומית. מניעת כפל מס בינלאומי כלכלי אינה מוזכרת במודל ה-OECD.

וכך נאמר בדברי ההקדמה<sup>130</sup>:

"This is the main purpose of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international juridical double taxation."<sup>131</sup> (ההדגשה הוספה)

למרות האמור, הרחיבו בתי המשפט בעולם את תחולת האמנות כך שימנעו גם כפל מס כלכלי<sup>132</sup>. כדוגמה לכך ניתן להזכיר את פסק-הדין בעניין *Schneider*, שנפסק בצרפת על-ידי ה-*Conseil d'Etat*<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> ראו לדוגמה את הדברים שנאמרו בדו"ח ארבעת המומחים, 36:

"We are not discussing the question as to whether, in an income tax, for instance, the tax on the corporation as such is to be regarded as virtually a tax upon the shareholder, and whether therefore the additional tax on the shareholder is to be considered a double tax."

וראו גם את דברי ההסבר של סעיף 23 למודל ה-OECD, I-1 C(23) ואלך.

<sup>130</sup> שם, עמ' I-1, פסקה 3 רישא.

<sup>131</sup> ראו גם אצל: *Weeghel*, 9; *Vogel*, 10. לעיתים רבות מטרות האמנה באות לידי ביטוי גם בכותרתה, שבה נאמר כי האמנה מיועדת למנוע כפל מס (משפטי) ולמנוע התחמקות ממס. להרחבה בנושא זה, ראו להלן, פרקים 14 ו-15.

<sup>132</sup> יש לציין, שגם ועדת ה-OECD לעניינים פיסקליים דנה בשנים האחרונות בהיבטים הקשורים לכפל מס כלכלי. כדוגמה לכך ניתן להזכיר את דו"ח ועדת המומחים של ארגון ה-OECD בנושא של שותפויות משנת 1999: *OECD Partnership Report*. לסקירת הדו"ח בעברית, ראו מאיר קפוטה, "יתכנון מס בהקשר של שותפויות ועסקאות רב לאומיות", *מיסים* יג' 1 (תשנ"ט) א-64, עמ' א-68.

<sup>133</sup> ראו:

*Schneider*, *Conseil d'Etat*, 22 June 2002, *TA*, Doc 18637-2002 (*Schneider* עניין).

אף כי, עניין *Schneider* ניתן לניתוח ככפל מס משפטי. ראו גם את ההחלטה של הערכאה הקודמת, החלטת בית המשפט המנהלי לערעורים בפריז, מה-30 בינואר 2001, ערעור מספר 961408. פסק-הדין מדווח

### 4.2.3.2 פסק-דין Schneider: מניעת כפל מס כלכלי

באותו מקרה דובר בחברה תושבת צרפת ('Schneider'), שהחזיקה בחברה תושבת שווייץ ('Paramer'), שהפיקה הכנסות מחוץ לצרפת. רשויות המס בצרפת הוציאו לחברה הצרפתית שומות על-פי כללי ה-CFC הצרפתיים הקבועים בסעיף 209B לקוד המיסים הצרפתי, ה-CGI. סעיף זה מחייב במס חברה תושבת צרפת על חלקה היחסי ברווחי חברה זרה המוחזקת על-ידי (ישירות מכלל הרווחים, ולא רק כדיבידנד רעיוני המחולק מהכנסות פסיביות).

המחלוקת בפסק-הדין נגעה לשאלה, האם כללי ה-CFC בצרפת גוברים או נסוגים מפני אמנת המס בין צרפת לשווייץ. בית המשפט העליון למיסים של צרפת קבע, כי על-מנת להשיב על שאלה זו, יש לענות ראשית על מספר שאלות מקדמיות: (1) מי הנישום - בעלי המניות או שמא החברה הזרה עצמה? (2) כיצד יש לסווג את ההכנסה לצורך האמנה? (3) האם נוצרת התנגשות כלשהי בין החיוב מכוח כללי ה-CFC לאמנה?

בית המשפט דחה את גישת רשויות המס אשר ביקשו לסווג את ההכנסה המיוחסת לחברה כדיבידנד המתקבל בידי החברה הצרפתית. בית המשפט קבע, שבעיקרו של דבר הכנסת ה-CFC מהווה רווחי עסק של החברה השוויצרית. רווחים המיוחסים כרווחי עסק לחברה הצרפתית. לא מדובר כדיבידנד רעיוני בידי החברה הצרפתית. על-פי נוסח הסעיף, הנישום דה-יורה הוא החברה הצרפתית, בית המשפט אימץ גישה מהותית, לפיה ראה בחברה השוויצרית כנישומה. בית המשפט סיווג את ההכנסה כרווחי עסקים לצורך האמנה. מכיוון שכך, ומכיוון שהחברה השוויצרית לא הפיקה את הכנסותיה באמצעות 'מוסד-קבע' בצרפת, נפסק שרווחיה פטורים ממס בצרפת גם במישור של החברה הצרפתית.<sup>134</sup>

בהנמקתו הסתייג בית המשפט מהגישה, שאמנות המס מיועדות למנוע אך ורק כפל מס משפטי. הוא התייחס לכך שעל-פי הדין הצרפתי, הכנסת ה-CFC מתחייבת במס בידי בעל המניות הצרפתי, ולא בידי חברת ה-CFC עצמה (השוויצרית), שהינה אישיות משפטית נפרדת. נקבע, שאין בכך כדי למנוע את יישום כללי המיסוי באמנה. עוד נקבע, כי האפקטיביות של כללי המיסוי באמנות המס תיפגע אם כללים אלה לא יחולו במקום שבו אותם רווחים כפופים למס בשתי מדינות שונות, אף אם פורמלית בידי שני נישומים שונים.

וכלשונו של בית המשפט<sup>135</sup>:

"[T]he objective of eliminating double taxation assigned to this [France-Switzerland] tax treaty cannot justify the nonapplication of

ב-164, Conseil d'Etat, Droit Fiscal 2001, No.8, comm.164-7. כמו כן, מסקנות היועץ המשפטי לממשלה, מדווחות ב:

Conseil d'Etat. D. Morteleg, Droit Fiscal, 2001, No.10 comm.207.

<sup>134</sup> בית המשפט ציין, כי בהטלת מיסיה במקרה כזה, צרפת פעלה בניגוד להוראות סעיף 7 לאמנה, מאחר שהיא הטילה מס בעקיפין על החברה השוויצרית. מיסוי כאמור עמד בסתירה לכלל חלוקת זכויות המיסוי שהוסדר בסעיף הנ"ל.

<sup>135</sup> לעיל, הערה 133.

these provisions [regarding the treaty business profits allocation rules] by invoking the argument that profits of Paramer are not taxed in France in the hands of that Swiss company, but in the hands of its parent company, which is a separate legal entity... Therefore, the Appeals Court did not make an error of law by holding that the provisions of article 7-1 of the France-Switzerland treaty prevent the application of section 209B."

בהתאם לגישה זו, נקבעה כמלאכותית ההבחנה בין כפל מס משפטי לבין כפל מס כלכלי. הגישה, כי כללי מניעת כפל מס באמנה צריכים להיות מיושמים באופן אפקטיבי, הביאה לקביעה, כי אמנות מס יחולו באופן כלכלי רחב יותר ולא רק לשם מניעת מיסוי על אותן נישום, לגבי אותן פריט הכנסה ובאותה תקופת מס.

עם זאת, נדמה כי פסק-דין **Schneider** הוא החריג ולא הכלל בעניין מניעת כפל מס כלכלי על-פני משפטי.

### 4.2.3.3 האם האמנות גוברות על כללי ה-CFC?

אשר לחקיקת כללי ה-CFC ('Controlled Foreign Company'), בעברית: 'חברה נשלטת זרה' ('חנ"ז')<sup>136</sup>: דברי ההסבר של מודל ה-OECD מבהירים, כי זהו אמצעי לגיטימי לשמירת בסיס המס במדינה, וכי השימוש בו אינו מנוגד להוראות האמנה, וזאת על אף שהדבר לא נאמר במפורש בגוף האמנה.

אחד הפתרונות לבעיה של שימוש בחברות קש הינה חקיקת ה-CFC. מספר משמעותי של מדינות אימצו בדין הפנימי שלהן הוראות בדבר חברה נשלטת זרה. בין מדינות אלו ניתן למנות מדינות חברות בארגון ה-OECD וכאלה שאינן חברות בו. הניסוח והצורה של הוראות CFC משתנים באופן ניכר ממדינה למדינה. עם זאת, מאפיין נפוץ של כל ההוראות בדבר חברה נשלטת זרה הנו, מיסוי תושב של אותה מדינה על הכנסה שמיוחסת לאותו תושב בגין חלקו בישויות זרות מסוימות. היום, חקיקת CFC מוכרת ברחבי העולם כמכשיר לגיטימי להגנת בסיס המס המקומי.

יש הטוענים, בהסתמך על פרשנות מסוימת לסעיפים (1)7 ו-10(5) למודל, כי ייחוס הכנסה בגין חלקו של תושב מדינה פלונית ברווחי יישות זרה הנו בניגוד להוראות הסעיפים שצוינו לעיל. בדברי ההסבר לסעיף 1 (פסקה 23), לסעיף 7 (פסקה 10.1) ולסעיף 10 (פסקאות 37-39) הובאו טעמים, מדוע תחולת כללי ה-CFC עולה בקנה אחד עם לשון הוראות המודל. פרשנות אחרת, הפוסלת הוראות CFC, אינה עומדת כאשר קוראים סעיפים אלו בהתאם להקשרם.

<sup>136</sup> לדיון מפורט בכללי ה-CFC שנקבעו בסעיף 75 לפקודה, במסגרת תיקון מס' 132 לפקודה, ראו כרך ג'. וראו גם אלטר וכליף, 236.

אי לכך, ההבהרה המפורשת שחלק מהמדינות כללו באמנות המס שלהן, לפיה כללי CFC אינם עומדים בסתירה להוראות האמנה, אינה הכרחית, וניתן ללמוד על כך גם כאשר הוראות הדין הפנימי כוללות הוראות CFC אך אמנות המס נעדרות התייחסות לתחולת ה-CFC. חלק מהמדינות הכירו בכך, שחקיקת CFC אינה עומדת בניגוד לכללי המיסוי הקבועים באמנה<sup>137</sup>. בדברי ההסבר לסעיף 1 למודל ה-OECD מינואר 2003 נאמר במפורש, כי כללי CFC הקיימים במדינות שונות אינם עומדים בסתירה לאמנה, וניתן להחילם כל אימת שעולה הצורך בכך<sup>138</sup>.

עם זאת, השאלה אינה פשוטה. קיימות דעות רבות, לפיהן בהיעדר הוראות מיוחדות באמנה, יגברו הוראות האמנה על הוראות ה-CFC.

יש מדינות אשר מאמצות חקיקת CFC או נורמות אנטי-תכנוניות ('Anti-Abuse Rules') אשר מפנות לפסקה לעיל בדיני המס הפנימיים שלהן. מדינות אלו שואפות לשמר את היושר והניטרליות של דינים אלו באקלים בינלאומי המאופיין במיגוון של נטלי מס שונים. ברם, יש להשתמש בהוראות אלו אך ורק למטרות של מניעת שימוש לא ראוי באמנה ('Treaty Abuse').

ככלל, אין ליישם הוראות אלו מקום בו ההכנסה הנדונה היתה כפופה למס בשיעור שווה לזה המוטל במדינת המושב של הנישום<sup>139</sup>.

התוצאה, כי תחולת CFC בדין הפנימי בהיעדר התייחסות באמנה, תוכרע רק בעתיד, עת יידרשו בתי המשפט בישראל לנושא.

### 4.3 הגורמים להיווצרות כפל מס כלכלי

ניתן להצביע על שישה מקרים בולטים להיווצרותו של כפל מס כלכלי בינלאומי<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> כך נקבע גם בבריטניה בפסק-הדין בעניין **Bricom**: Bricom Holding Ltd. v. I.R.C. (UK) (Court of Appeal, Civil Division) [1997] S.T.C. 1179; 70 T.C. 272.

<sup>138</sup> נער, כי הדברים נכונים רק בהנחה שההכנסה המיוחסת מסווגת כדיבידנד לצרכי האמנה. ראו: [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>139</sup> ראו את דברי ההסבר של סעיף 10 (דיבידנדים) למודל ה-OECD, 11, 12, C(10).  
<sup>140</sup> לדוגמאות דומות, השוו: Pires, לעיל הערה 124, 15-16, Vogel; 10. כאן נציין, כי אף בהיעדר הוראות באמנות מס, לעיתים קרובות נמצאות הוראות בדיני המס הפנימיים של מדינות, שמטרתן מניעת כפל מס כלכלי.

### 4.3.1 ייחוס רעיוני של הכנסה על-פי הדין הפנימי של מדינה פלונית

כפל מס יכול להיווצר כאשר על-פי דין מדינת המושב, חייב הנישום במס על הכנסה המופקת בידי חברה שבבעלות תושבת מדינה שנייה. דוגמה אחת לכך היא סעיף 209B ל-CGI, שנזכר לעיל. בהתקיים התנאים בסעיף זה, תושב צרפת שהנו בעל מניות (מעל לשיעור מסוים) בחברה זרה, צריך לכלול בהכנסותיו לשנת המס גם את חלקו היחסי בהכנסות החברה בשנת המס. הדוגמה הזו ישימה במידה מוגבלת לסעיף 75 לפקודת מס הכנסה בישראל (דיבידנד רעיוני ולא ייחוס ישיר). הרעיון חל ביתר שאת לגבי הכנסות חמ"ז (חברת משלח-יד זרה) מכוח סעיף 5(5) לפקודה, והוא דומה גם להוראות ה-CFC בארצות-הברית או במדינות אחרות בעולם המייחסות, רעיונית, השקעת חברה לבעלי מניותיה.

כאמור, יש להבחין בטיב הפיקציה ב-CFC: האם הרמת מסך טוטאלית, כדוגמת סעיפים 3א או 5(5) לפקודה, או שמא דיבידנד רעיוני, כדוגמת סעיף 75 לפקודה. כמו-כן, רלוונטיות לכאן הוראות חברות שקופות (Sub.S.F, LLC), בארצות-הברית, או סעיפים 64 ו-64א בפקודת מס הכנסה, אך על כך נדון בהמשך.

### 4.3.2 בעלות משפטית מול החזקה פיזית או שליטה

מקרה שני הוא כאשר המדינות הנוגעות בדבר מייחסות את ההכנסה או את ההון לנישומים שונים. למשל, מקום שבו דיני המס של מדינה אחת מייחסים את פריט ההון לאדם שהוא הבעלים המשפטיים שלו, ואילו דיני המס של המדינה האחרת מייחסים את אותו פריט הון לאדם שהוא המחזיק הפיזי בו או בעל השליטה הכלכלית בו<sup>141</sup>. במקרה שבו אין זהות בין הבעלות המשפטית להחזקה הפיזית או לשליטה הכלכלית, ההון ימוסה בשתי המדינות, כאשר בכל מדינה המס יוטל על נישום אחר.

כך הדבר, לדוגמה, ביחס למס רכוש שלגביו ייתכנו מספר חייבים ו/או שותפות, נאמנות וכיוצא בזה מכשירים משפטיים מורכבים. יש לשים לב, כי קיימים שני חייבים נפרדים, אך המיסוי לגבי פריט ההכנסה בו מדובר הוא כפול.

### 4.3.3 תשלומים פרטיים חייבי מס

מקרה שלישי הוא תשלומים פרטיים חייבי מס. לדוגמה, כאשר אחד מבני הזוג משלם מזונות לבן זוגו השני. מקום מושבו של המקבל נמצא במדינה אחת ומושביו של המשלם במדינה אחרת. כפל מס עשוי להיווצר אם למשלם לא מותרת ההוצאה, והתשלום מקורו

<sup>141</sup> ראו שם, לדוגמה, את סעיף 39 ל-AO. השוו עם סעיפים 86-82 לפקודה. השוו גם להגדרת 'בעלים' בחוק מס רכוש שבוטל.

בכסף נטו ששולם עליו כבר מס. אם תשלום דמי המזונות לא יותר בניכוי במדינת המושב של המשלם, ויהיה חייב במס במדינת מושבו של המקבל, ייווצר כפל מס כלכלי<sup>142</sup>. כפל מס מסוג זה קיים בכל מקום בו משמש הון, לאחר ששולם עליו מס, כמקור לתמלוגים דוגמת אנונה, קיצבה, מלוג וכיו"ב. שאלה זו עשויה להתעורר אף לגבי כפל מס פנימי במדינות עצמן.

#### 4.3.4 מיסוי דו-שלבי או חד-שלבי

מקרה רביעי להיווצרותו של כפל מס כלכלי בינלאומי נוגע ליישום בלתי אחיד של ה'מודל הדו-שלבי' למיסוי תאגידיים, או מה שמכונה 'השיטה הקלאסית למיסוי תאגידיים'. כידוע, מטרתו הבסיסית של המודל הדו-שלבי אינה אלא להביא ליעילות ולקידום הניטרליות של דיני המס<sup>143</sup>. לפי מודל זה, המס מוטל בשלב ראשון על רווחי החברה ורק בשלב השני על בעלי מניותיה, כאשר רווחי החברה מחולקים לבעלי מניותיה כדיבידנד. הדיבידנד אינו מוכר כהוצאה לחברה.

ברגיל, מודל זה ניתן ליישום בשתי דרכים עיקריות: האחת, 'מודל השילוב החלקי'; השנייה, 'מודל כפל המס'. בדרך הראשונה, ניתנת הקלה בשיעורי המס בשלב החברה, בשלב חלוקת הרווחים או בשני השלבים, כפי שנקבע במשטר המס הקיים בישראל<sup>144</sup>. לעומת זאת, בדרך השנייה, הן החברה והן היחיד חייבים מס בשיעור שאינו כולל הקלה כלשהי<sup>145</sup>. הדרך הראשונה היא זו שמיושמת במרבית המדינות בעולם, ולגבי רוב הישויות המשפטיות

<sup>142</sup> ראו אצל: Vogel, 10:

Commission cantonale de recours en matière d'impôt, *Canton de Fribourg*, 42 *StRev* (1987) 28.

לעניין זה ראו גם את סעיף 22)9 (לפקודת מס הכנסה הפוטר דמי מזונות ממס בישראל. לעניין השאלה, האם זכאי נישום לנכות כהוצאה כספי מזונות ששילם לגרושתו ולילדיו, ראו עמ"ה 1062/98 ע"ד יוסי אברהם נ' פקיד שומה ת"א 3, מיסים יד/ה-19; עמ"ה 150/97 מילשטיין נ' פקיד שומה ת"א 1, מיסים יג/ה-123; ע"א 2704/99 + ע"א 2875/00 משה מילשטיין, יוסי אברהם נ' פקיד שומה ת"א 1, פקיד שומה ת"א 3, מיסים יז/ה-7.

<sup>143</sup> השוו ישראל שטראוס וערן רוזמן, **מיסוי חברות** (תל אביב, תשס"א), 29-30.

<sup>144</sup> ראו סעיפים 125 ו-126(א) לפקודה. שיעור המס המוטל על רווחי החברה הוא 36%, בעוד שעל הדיבידנד המחולק לבעלי המניות שיעור המס המוטל הוא 25%. להרחבה, ראו שם, שטראוס ורוזמן, 65 ואילך.

<sup>145</sup> לבחירה במודל של כפל מס קיימות השלכות שליליות שונות מנקודת המבט של יעילות כלכלית. על שלוש מהן עומדים המחברים שטראוס ורוזמן בספרם, לעיל הערה 143:

(1) "הפעילות באמצעות חברה תגרום לנשיאה בנטל מס גדול יותר מאשר הפעילות כיחיד, ותגרום לכך שהמידה בה יבחרו יחידים לפעול באמצעות חברות תהיה מוטה כלפי מטה לעומת המידה היעילה לפעילות מאוגדת;

(2) המימון של חברה באמצעות הלוואה יהיה עדיף על-פני מימון בדרך של הון מניות, הואיל והריבית היא הוצאה מוכרת, ובכך יגרמו שיקולי המס לסטייה מהרכב ההון האופטימלי;

(3) לבעלי המניות יהיה אינטרס לחלץ החזר להשקעתם בדרך שונה מאשר דיבידנד, דרך שתהיה מוכרת כהוצאה, דוגמת שכר דמי ניהול. בכך מוטלות עלויות הנובעות מתכנון המס ומן ההתמודדות עמו מצד שלטונות המס, נפגעת השקיפות לגבי המידה בה מניבה ההשקעה תשואה ומושם חסם על השקעת מיעוט בחברה, שאינו שותף לניהולה ולכן אינו יכול לקבל את חלקו ברווחי החברה." (שם, 30)

המלאכותיות. כאשר מדינת המושב של החברה מיישמת את הדרך הראשונה רק לגבי בעלי מניות שהנם תושביה, עשוי להיווצר כפל מס כלכלי בינלאומי. עיוות זה לא מקבל, ככלל, מענה ברוב אמנות המס<sup>146</sup>.

לדוגמה, חברה במדינה אחת מחלקת דיבידנד למחזיק המניות, תושב מדינה שנייה. אמנת המס מחלקת את זכות המיסוי, בדרך כלל, לשתי המדינות: מדינת המקור מוגבלת ל-% מס מסוים, ומדינת המושב תיתן על-פי רוב זיכוי בגין המס במדינת המקור. בדרך זו, האמנה תמנע כפל מס על הדיבידנד עצמו, אולם לא יהא בה כדי למנוע מס מלא על החברה במדינת מושבה, בנוסף להטלת מס מלא על בעל המניות, במדינת מושבו - דבר היוצר כפל מס כלכלי. עם זאת, כפי שמצביע על כך Weeghel<sup>147</sup>, מדינות בהן נוהג 'מודל השילוב החלקי' ('Integrated System') עשויות להעניק גם לבעלי מניות זרים הקלות מקומיות באמצעות אמנות מס<sup>148</sup>.

בדרך כלל, אמנות המס לא מתחשבות בכך שהדיבידנד חולק מרווחים שחויבו כבר במס במדינת מושב החברה. לדוגמה, יחיד, תושב צ'כיה, מקבל דיבידנד מחברה תושבת ישראל; ישראל תהא רשאית לנכות מס במקור בשיעור מירבי של 15%<sup>149</sup>. צ'כיה תטיל מס מלא, בכפוף למתן זיכוי בשל המס שהוטל בישראל<sup>150</sup>, אך ללא התחשבות במס ששולם בישראל על רווחי החברה שמהם חולק הדיבידנד - הזיכוי בצ'כיה ינתן רק על סכום המס ששולם במישרין על הדיבידנד עצמו. חריגים לכלל זה מופיעים בחלק מאמנות המס של ישראל. על-פי אותן אמנות, בכפוף לתנאים מסוימים, בעל המניות זכאי לקבל 'זיכוי עקיף' ('Indirect Tax Credit') גם בגין המס היחסי שהוטל על רווחי החברה, שמהם חולק הדיבידנד<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> אף כי, טיפול שונה כזה עשוי להיחשב להפליה אסורה לפי סעיף 24 למודל ה-OECD.

<sup>147</sup> Weeghel, 9-10.

<sup>148</sup> ראו, לדוגמה, שם, בהערה 5 את סעיף 10(3) לאמנה בין צרפת להולנד מ-1973 בדבר הרחבת ה-'Avoir Fiscal' (בצורת תשלום על-ידי ממשלת צרפת) לתושבי הולנד, וכן את סעיף 10(2) לאמנה בין ארצות-הברית לאנגליה מ-1975 בדבר החזר מקדמות מס חברות לבעלי מניות תושבי ארצות-הברית. לאמנה בין צרפת להולנד, ראו:

France; Netherlands, Signed: March 16, 1973; 95 TNI 169-17; Doc 95-30344.

לאמנה בין ארצות-הברית לאנגליה, ראו:

United Kingdom; United States, Signed: December 31, 1975; 85 TNI 27-21; Doc 93-30464.

הוראה דומה מצויה גם באמנות מסוימות שישראל צד להן. ראו לדוגמה את סעיף 10(3) לאמנה עם צרפת ואת סעיף 10(4) לאמנה עם איטליה.

<sup>149</sup> ראו את סעיף 10(2)(ב) לאמנה בין ישראל לצ'כיה משנת 1994.

<sup>150</sup> ראו שם, סעיף 23(א).

<sup>151</sup> על מהותו של חריג זה ועל ביטוייו באמנות המס של ישראל, ראו את הדיון להלן, פסקה 19.4.6.

## 4.3.5 ישויות שקופות ובלתי שקופות

### 4.3.5.1 מיסוי בעלי הזכויות במדינה אחת והתאגיד במדינה השנייה

בעיה שכיחה העלולה להיווצר בכפל מס כלכלי היא זו הנוגעת להתייחסות שונה לישויות משפטיות מסוימות בדיני המס הפנימיים של שתי מדינות או יותר. שוני זה עשוי ליצור כפל מס כלכלי בינלאומי. כיצד?

נסביר: כאשר מופקת הכנסה בשטח מדינה אחת על-ידי ישות משפטית שנוצרה מכוח דיניה של מדינה שנייה, המדינה הראשונה עשויה לטפל באותה ישות בהתאם לדין הפנימי שלה, מבלי להתחשב בשאלה, אם טיפול זה תואם את השיטה הנוהגת במדינה השנייה, אם לאו. בעיה זו באה לידי ביטוי במיוחד ביחס לשותפויות, נאמנויות, עזבונות וקרנות, כאשר גופים אלו מטופלים כשקופים לצרכי מס במדינה אחת, בעוד שבמדינה השנייה הם ייחשבו כתאגיד בעל אישיות נפרדת, הן לצרכי הדין הכללי והן לצרכי מס.

על-כן, במצב כזה ייווצר כפל מס כלכלי בינלאומי. שכן, מדינה אחת תחייב במס את הישות המשפטית עצמה לפי מקום מושבה, בעוד שהמדינה השנייה תתעלם מן האישיות המשפטית הנפרדת שלה, תתייחס אליה כאל גוף שקוף לצרכי מס, ותחייב במס את בעלי הזכויות בה, שהם תושביה, לפי חלקם היחסי בהכנסות הישות<sup>152</sup>.

מצב זה עשוי להתהוות, אם כן, ביחס לגופים שנחשבים כשקופים לצרכי מס, במידה כזו או אחרת, באחת המדינות. לדוגמה: חברה משפחתית וחברת בית בישראל, *'S' Corporation* ו-*'Limited Liability Company' (LLC)* בארצות-הברית, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* בחוק החברות הגרמני משנת 1892, פורטוגל (1917), צרפת (1925), שווייץ (1936), איטליה (1936), בלגיה, טורקיה, נביס, מאוריציוס ועוד, או *'Sociedad de Responsabilidad Limitada'* במדינות אמריקה הלטינית: מכסיקו, ברזיל וצ'ילה, למשל, שמתבסס ביסודו על המודל הגרמני<sup>153</sup>.

הבעיה עוד יותר מורכבת במקום שבו הנמנים עם אותם גופים, כגון: השותפים בשותפות או בעלי היחידות בנאמנות, אינם תושבי מדינת המושב של השותפות או הנאמנות שבה מדובר. במצב כזה עלולות להיות מעורבות כמה מדינות: מדינת או מדינות מושבם של השותפים או בעלי היחידות בנאמנות, מדינת מושבה של השותפות או הנאמנות, ומדינת המקור - ממנה מופקת ההכנסה. לכל אחת מאותן מדינות יש שיטת מיסוי משלה.

<sup>152</sup> פרופ' Vogel מציין שעל-פי הדין הפנימי של שווייץ, במידה שמצב כזה נוצר בין הקנטונים השונים בשווייץ, יימנע הן כפל מס כלכלי והן כפל מס משפטי. ראו: Vogel, 10. ראו גם את החלטת בית המשפט הפדרלי של שווייץ:

Schwenzerinsches Bundesgericht, 51 ASA 497 (1983).

<sup>153</sup> ראו: OECD Partnership Report. לסקירת הדו"ח בעברית, ראו מאיר קפוטא, "יתכונן מס בהקשר של שותפויות ועסקאות רב לאומיות", לעיל הערה 132, א-68.

האינטראקציה בין שיטות אלה עשויה ליצור תוצאה מורכבת ובעייתית ואף להביא לכפל מס כלכלי (או פטור כפול)<sup>154</sup>.

ואולם, כפל מס כלכלי כזה הוא עניין שונה. מודל ה-OECD, כמו גם מודל האו"ם ורוב אמנות המס בעולם, לא עוסק בכך ולמעשה לא נותן לבעיה זו פתרון<sup>155</sup>. רק באמנות בודדות הוכנסו הסדרים הנוגעים לכך, וגם זאת באופן נקודתי ולא מקיף<sup>156</sup>.

דברי ההסבר לסעיף 1 למודל ה-OECD, כפי שתוקנו בשנת 2003, מציעים מספר דרכים שיאפשרו למנוע את הכפל המס שעשוי להיווצר במקרים אלו<sup>157</sup>. עם זאת, המודל עצמו לא כולל הוראה בנושא זה.

במודל של ארצות-הברית משנת 1996 נעשה, לעומת זאת, ניסיון להתמודד עם בעיה זו במסגרת סעיף (d)(1)4. סעיף זה קובע, כי הכנסה (לרבות רווח הון), שמופקת בידי גוף הנחשב לשקוף לצרכי מס על-פי הדין הפנימי של אחת המדינות המתקשרות, תיחשב כמופקת בידי תושב מדינה במידה שהדין הפנימי של אותה מדינה רואה בהכנסה זו כהכנסתו שלו<sup>158</sup>.

הסדר נוסף הרלוונטי לעניין זה מצוי בסעיף (4)4 למודל של ארצות-הברית. הסדר זה קובע, כי במקום שבו אדם, שאינו יחיד או חברה (כמו נאמנות או עזבון), נחשב לתושב בשתי המדינות המתקשרות, הרשויות של שתי המדינות צריכות להשתדל לפתור את הבעיה בדרך של הסכמה הדדית ולקבוע את אופן יישום האמנה על אותו אדם<sup>159</sup>. כאמור, שני ההסדרים הללו אינם מצויים במודלים של ה-OECD והאו"ם ונעדרים מרוב האמנות.

לשם המחשת הבעייתיות, נתייחס להלן באופן פרטני למיסוי של שותפויות, חברות שקופות, LLC ונאמנויות.

<sup>154</sup> ראו שם.

<sup>155</sup> ראו גם אצל Vogel, 10:

Commissione Centrale, Diritto a Practica tributaria II 3 (1991).

<sup>156</sup> ראו, למשל, את סעיף 12(3)(ב) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית משנת 1975.

<sup>157</sup> ראו את דברי ההסבר לסעיף 1 למודל ה-OECD, פסקאות 2-6.

<sup>158</sup> סעיף זה קובע כדלקמן:

"An item of income, profit or gain derived through an entity that is fiscally transparent under the laws of either Contracting State shall be considered to be derived by a resident of a State to the extent that the item is treated for purposes of the taxation law of such Contracting State as the income, profit or gain of a resident."

להסבר מפורט, ראו: Doernberg & Van Raad, 34-35.

<sup>159</sup> סעיף זה קובע כדלקמן:

"Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual or a company is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to settle the question by mutual agreement and determine the mode of application of the Convention to such person."

ראו גם: Doernberg & Van Raad, 37.

### 4.3.5.2 שותפויות

כיום, רוב המדינות בעולם מתייחסות לשותפות כאל גוף שקוף שאינו כפוף למס, ולכן הן מחייבות במס את השותפים על חלקם היחסי בהכנסות השותפות<sup>160</sup>. אולם ישנן גם מדינות אשר בהן השותפות הינה שקופה רק באופן חלקי או אף נחשבת לישות משפטית עצמאית ונפרדת לחלוטין לצרכי מס, בדומה לכל חברה מאוגדת הנושאת בעצמה בנטל המס<sup>161</sup>. כאשר השותפות הנדונה פועלת בשתי מדינות או יותר, שבהן צורת ההתייחסות הפיסקלית לשותפות איננה זהה, עשוי להיווצר כפל מס (או פטור כפול)<sup>162</sup>.

### 4.3.5.3 חברות שקופות

מדינות רבות קובעות כיום בדין הפנימי שלהן מבנה התארגנות של 'חברה שקופה', כמו המבנה של 'S Corporation' בארצות-הברית. הסדר כזה אומץ אף בישראל בסעיף 1א64 לפקודה, שנחקק בתיקון מס' 132 לפקודה בעקבות המלצות ועדת רבינוביץ' לרפורמה במס. מבחינת דיני התאגידים, בהתארגנות כזו מתקיים החיץ המשפטי בין בעל המניות לבין החברה ונשמרת האחריות המוגבלת. לעומת זאת, לצרכי מס מורם מסך ההתאגדות וההכנסות וההוצאות מיוחסות לכל בעלי מניות לפי חלקם ברווחי החברה, כאילו פעלו שלא באמצעות חברה אלא באופן ישיר.

הבעייתיות שבהסדר מעין זה היא, שעשויים להיות הבדלים בהתייחסות של המדינות לחברה השקופה. בעוד שמדינת המושב וההתאגדות תתייחס לחברה כחברה שקופה לצרכי

<sup>160</sup> לגבי המעמד הפיסקלי של השותפות בדין הפנימי של ישראל, ראו את הדיון בפרק ה'. לגופים שקופים בדין המס הישראלי, ראו, בין השאר, את הסעיפים הבאים לפקודת מס הכנסה: 3א, 9(3), 60-56, 62, 63, 64, 64 א, 1א64, 76-79, 82-86; אין מדובר ברשימה כוללת. וראו גם חוזר מס הכנסה 14/2003, "מיסוי שותפויות" (בעקבות פסק-דין ע"א 2026/92, פקיד שומה פתח תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ ואח', מיסים טו/3 ה-1; דני"א 5504/01 פקיד שומה פתח תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ ואח', מיסים טז/1 ה-10).

<sup>161</sup> עורך-דין מאיר קפוטה, במאמרו "תכנון מס בהקשר של שותפויות ועסקאות רב לאומיות", לעיל הערה 132, סוקר את דו"ח ועדת המומחים של ה-OECD ואת כנס איפ"א בנושא מיסוי שותפויות, לעיל הערה 132, בהתאמה, ומציין בהקשר זה, כי גם העובדה, שיש שוני רב בין המדינות השונות לגבי מידת השקיפות שהן מייחסות לשותפות, יוצרת קשיים:

"העובדה, כשלעצמה, שהכנסה של שותפות נתונה למס במישור השותפים אינה אומרת דבר לגבי אופן חישוב אותה הכנסה ואותו מס, ולמדינות יכולות להיות השקפות שונות לגבי המידה שבה ראוי להתעלם מהשותפות, ולהתחשב בטיבו של הנישום, ביחסיו עם גורמים שלישיים, בשאר הכנסותיו, בזכותו לניכויים וזיכויים וכד'. ... חלק מהמדינות אינן נוהגות באופן קונסיסטנטי לגבי כל סוגי השותפויות. לעתים הן רואות את השותפות כשקופה יותר ולעתים כשקופה פחות [כך המצב, למשל, בשווייץ ובקנדה], והדבר מקשה על מתכנן המס לכלכל את צעדיו."

וראו שם גם את הדוגמאות בעמ' א-70 ואילך.

<sup>162</sup> לניתוח מפורט, ראו את דברי ההסבר של סעיף 1 למודל ה-OECD, C(1)-5-1, פסקאות 2-7, בכלל, ופסקה 6 בפרט.

מס, המדינה האחרת - שבה החברה מפיקה את הכנסותיה - עשויה להתייחס אליה כאל תאגיד נפרד לצרכי מס. כתוצאה מכך, עשוי להיווצר כפל מס כלכלי.

בעיה זו נפתרה על-ידי רוב אמנות המס, וכך הדבר אף ברוב אמנות המס שישראל חתומה עליהן. הפתרון מופיע אף באמנת המודל של ארגון ה-OECD. הפתרון הנו בהגדרת 'חברה' הכוללת, דרך כלל, חבר-בני-אדם או כל ישות משפטית הנחשבת כתאגיד לצרכי מס<sup>163</sup>. ניתן לגרוס לפי גישה מסוימת, כי כל גוף שקוף אינו נחשב כתאגיד לצרכי מס. אך קיימת גם גישה אחרת הרואה בתאגיד שקוף כתאגיד לצרכי מס כאשר חישוב המס שלו נעשה בשיטה מיוחדת של הרמת מסך.

#### 4.3.5.4 (Limited Liability Company) LLC

ניתן להדגים את הבעייתיות על-ידי התייחסות ספציפית ל-LLC ('Limited Liability Company'), שהנו ישות משפטית המוקמת מכוח החקיקה המדינתית בארצות-הברית, לדוגמה - מכוח החקיקה של דלוואר<sup>164</sup>. מבחינה מבנית, שונה ה-LLC מחברה אמריקאית רגילה ('Corporation') בכך שאין בו בעלי מניות ('Shareholders') אלא חברים ('Members'). אולם לעניין הדין הכללי, ה-LLC הוא אישיות משפטית נפרדת. בדומה לחברה, קיים חיץ תאגידי בין הגוף המשפטי לבין חבריו. אחריות החברים מוגבלת בהתאם למידת השקעתם ב-LLC.

לעניין המיסוי, מאפשר המחוקק האמריקאי לבעלי ה-LLC לבחור בין סטטוס של שותפות לבין סטטוס של חברה<sup>165</sup>. ברירת המחדל היא, כי ה-LLC יהיה שקוף לצרכי מס<sup>166</sup>. בידי בעלי ה-LLC האפשרות לקבוע, כי ה-LLC ייחשב כחברה לצרכי מס, על-ידי ביצוע פעולה פשוטה של 'בחירה' ('Election'), הנעשית על-פי כללים שהוצאו מכוח סעיף 8832 לקוד המיסים של ארצות-הברית (ה-IRC), המכונים 'Check the box'<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> ראו את הדיון להלן, פסקה 16.5.

<sup>164</sup> ראו:

Delaware Limited Liability Company Act (1992) (6 Del. C. § 18-101, et seq).

לחקיקת החברות בדלוואר, ראו באופן כללי:

*Delaware Corporation Annotated* (1999-2000 ed., Lexis Law Publishing)

לניתוח יותר מפורט, ראו שמעון כהן ושלומי רגב, "LLC - ההיית או חלמתי חלום?" **מיסים** 1/טז (תשס"ב) א-64. הדברים מבוססים בעיקר על מאמר זה ועל עדכון החלטות ועדת פסיקה (עדכון מס' 5) - מיסוי בינלאומי מיום 9.12.01 - נושא 3: מעמד ה-LLC (Limited Liability Company) לצורך יישום הוראות האמנה עם ארצות-הברית, **מיסים** 1/טז (תשס"ב) ג-78, עמ' ג-82.

<sup>165</sup> ראו:

Simplification of Entity Classification Rules, 26 C.F.R. pt. 1, 301, 602 (December 10, 1996);

כמו כן ראו שם (כהן ורגב), א-67.

<sup>166</sup> LLC המורכב משני חברים ('Members') או יותר ייחשב כשותפות לצרכי מס, בעוד ש-LLC המורכב מחבר אחד בלבד ייחשב כ-'Sole Proprietorship'.

<sup>167</sup> ראו: Simplification of Entity Classification Rules, לעיל הערה 165. ביצוע 'בחירה' ('Election') כאמור, מביא למיסוי ה-LLC בארצות-הברית בשעורים שעשויים להגיע, נכון להיום, עד ל-35%.

טלו, לדוגמה, LLC שהואגד בארצות-הברית, הנחשב לתושב בארצות-הברית על-פי הדין הפנימי וכפוף לפיכך למס על-בסיס כלל-עולמי בארצות-הברית, ואשר בעליו ביצעו בחירה. לכאורה, אם LLC זה מחלק לאחד מבעליו, שהנו יחיד תושב ישראל, דיבידנד, לפי סעיף 12(2)(א) לאמנת המס בין ישראל לארצות-הברית, ארצות-הברית תהא רשאית לנכות מס במקור בשיעור מירבי של 25% מן הסכום ברוטו של הדיבידנד. ישראל אף היא תהא רשאית לחייב במס את הדיבידנד, בכפוף למתן ניכוי כנגד מיסיה בשל סכום המס ששולם בישראל<sup>168</sup>. אולם, במצב כזה, ישראל עשויה להתייחס ל-LLC כאל גוף שקוף לצרכי מס, שאינו נחשב לתושב ארצות-הברית לצורך האמנה, ולמסות את הכנסותיו במישור היחיד<sup>169</sup>, ואז ישראל לא תיתן זיכוי לפי האמנה ותמסה את ההכנסה שניתן לייחס לתושבה (מבעלי ה-LLC) בהתאם לשיטת המס הישראלית. ככלל, ארצות-הברית תטיל מס על כלל הכנסות ה-LLC וישראל תחייב במס את ההכנסה שניתן לייחס לבעלי ה-LLC שהנם תושבי ישראל, לפי חלקם היחסי. במצב כזה האמנה לא תמנע אפוא כפל מס<sup>170</sup>. נציין, כי גם רשויות המס בישראל לא קבעו באופן מוחלט את עמדתם ביחס למיסוי LLC והם מותירים בידם שיקול דעת, מתי לראות בה חבר-בני-אדם ומתי ישות שקופה לצרכי מס.

#### 4.3.5.5 נאמנויות

דוגמה סבוכה יותר קשורה למקרה שבו מדובר בנאמנות המערבת אלמנטים בינלאומיים. כידוע, המתכונת המקובלת לנאמנות היא מערכת יחסים בין שלושה גופים: יוצר הנאמנות, הנאמן והנהנה<sup>171</sup>. השאלה, מי מבין שלושת הגופים הללו חייב במס על הכנסות הנאמנות, אינה ברורה כלל ועיקר. ניתן להצביע על שני מודלים עיקריים: האחד, התעלמות מן הנאמנות ומיסוי הנהנה, כאילו ההכנסות הופקו על-ידו במישרין; השני, בשלב הראשון מיסוי הנאמנות על "הכנסותיה", וקביעת הסדרים שונים למיסוי הנהנים בעת קבלת ההכנסה בשלב השני, למשל: חיובם במס תוך מתן זיכוי ממס ששולם על-ידי הנאמנות בשלב הראשון.

כפל מס כלכלי בינלאומי עשוי להיווצר בהקשר זה בעיקר במצבים הבאים:

1. כאשר אין זהות בין שני מודלים אלה במדינות הנוגעות בדבר;
2. כאשר ישנם מודלים נוספים על שני אלה;

<sup>168</sup> ראו את סעיף 26 לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

<sup>169</sup> בהקשר זה, ראו את סעיף 12(3)(ב) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית.

<sup>170</sup> כאן נציין, כי במקרה שה-LLC יבחר במיסוי כחברה, אזי ה-LLC ייחשב כיתושב ארצות-הברית' במובן סעיף 3 לאמנה בין ישראל לארצות-הברית, על כל המשתמע.

<sup>171</sup> לעניין שאלת מיסוי נאמנות, ראו אהרון יורן, "מיסוי נאמנויות", עיוני משפט ח (תשמ"א) 541; דו"ח ועדת ישראל למיסוי נאמנויות (יולי 2003, הוגש לנציבות מס הכנסה) (להלן: "דו"ח ועדת ישראל"); אברהם אלטר, מיסוי נאמנות רגילה (Ordinary) (חיבור לקבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת ת"א, 1986). לפירוט טבלת מיסוי מלאה על-פי דו"ח ועדת ישראל למיסוי נאמנות, ראו: [www.altertax.co.il](http://www.altertax.co.il) בטבלת המס "הכל אודות מיסוי נאמנויות" בעמוד השער לאתר. וראו גם את הדיון בכרך ג'.

3. כאשר אחת המדינות סוברת, כי הנאמנות נוצרה באמצעות הסבה הניתנת לביטול מכוח הוראה אנטי-תכנונית בדין הפנימי, כגון סעיפים 83, 84 או 86 לפקודת מס הכנסה בישראל, ומייחסת את ההכנסה ליוצר הנאמנות, ואילו המדינה השנייה לא עושה כן.

4. כאשר שיטת המס במדינה אחת כלל לא מכירה בקטגוריה של נאמנויות.

דוגמה: מדינה אחת מכירה רק בשלוש קטיגוריות של נישומים: יחידים, חברות ושותפויות - להבדיל מנאמנויות - ומטפלת בנישומים אלה באופן שונה. במצב כזה, אם נאמנות, שנוצרה לפי דיני המס של המדינה השנייה, מפיקה הכנסה במדינה הראשונה (מדינת המקור), הרי שמדינה זו תסווג את הנאמנות כחוסה תחת כנפי אחת משלוש הקטגוריות הנ"ל, לצרכי מיסוי הכנסתה ואופן הטיפול בה. בדרך כלל, מדינת המקור תסווג את הנאמנות שבדוגמה לפי דיניה הפנימיים, תוך בחינת המאפיינים המיוחדים שיש לה בדין הפנימי של המדינה השנייה<sup>172</sup>. מכאן, שייטכנו לעיתים מצבים שבהם מדינת המקור תשום למס את הנהנים של אותה נאמנות - יחידים או תאגידים - ואילו במדינה השנייה הנאמנות עצמה, היא זו שתהיה נתונה למס. שוב, אם אותם יחידים אינם תושבי אחת ממדינות אלה, המצב עלול להיות אף יותר סבוך.

ד"ח ועדת ישראלי מאמץ גישה מיוחדת לפיה הנהנה הוא הנישום, אך הנאמן הוא האחראי לתשלום המס. לזיקת מיסוי זו קיימת ערבות של היוצר. הדגם של ד"ח ועדת ישראלי, דגם אמריקאי במקורו, יוצר כפל מס מקום בו מדובר בנאמן זר. הדגם מביא לידי אבסורד את כפיפות תושב החוץ (נאמן) למערכת מס לה אין לו כל זיקה. על-פי הד"ח, ייתכנו מצבים רבים של כפל מס<sup>173</sup>.

### 4.3.6 אי התאמה בכללי מחירי העברה

גורם נוסף לכפל מס כלכלי בינלאומי הנו מחירי העברה. בנושא זה קיימים הבדלים בין הכללים הנוהגים ביחס לקביעת המחירים בעסקאות בינלאומיות במדינות שונות. הכלל חל על עסקאות בהן מתקיימים בין הצדדים יחסים מיוחדים. יחסים מיוחדים קיימים בדרך כלל בין יחידים או תאגידים קשורים הפועלים בשתי מדינות או יותר. המחירים הנקבעים בעסקאות אלה מכונים מחירי העברה ('Transfer Pricing'). מחירים אלה, כמו גם שאר תנאי העסקה, אינם מושפעים בהכרח משיקולי רווח לכל חברה בנפרד אלא משיקולי רווח לקבוצת החברות במאוחד - לקונצרן. שיקולי מס עלולים להביא לקביעת מחירים (או

<sup>172</sup> ראו את דו"ח ועדת המומחים של ארגון ה-OECD בנושא של שותפויות: OECD Partnership Report. לניתוח הדו"ח בעברית, ראו אצל קפוטה, "תכנון מס בהקשר של שותפויות ועסקאות רב לאומיות", לעיל הערה 132.

<sup>173</sup> דו"ח ועדת ישראלי, לעיל הערה 171. לפירוט מלא של דו"ח ועדת ישראלי, ראו כרך ג'.

לקביעת תנאים אחרים לעסקה), באופן שבו יופקו מהעסקה פחות רווחים או יותר רווחים מאלו שהיו מופקים אילו המחירים היו נקבעים בין צדדים שאין ביניהם יחסים מיוחדים<sup>174</sup>.

מחירי ההעברה נקבעים בסטייה מתנאי שוק ('*Arm's Length*'), במטרה שהרווחים יפלו ברשתה של חברה לה יש הפסדים או ברשתה של חברה לה מס נמוך יותר. ונפרט: חברה בשיעורי מס גבוהים תמכור מוצריה לחברה האחרת במחירי הפסד והיא תרכוש מוצרים במחירים גבוהים<sup>175</sup>. למשל, אם שיעור המס החל על חברת תוכנה ישראלית גבוה מזה שחל על חברה-בת אנגלית, היא תמכור את מוצריה או שירותיה לחברה-הבת על-בסיס כיסוי הוצאות בלבד. בדרך זו היא תסיט את הרווחים לאנגליה, בה שיעורי המס נמוכים יותר; כלומר, היא תקטין על-ידי כך את ההכנסה החייבת במס הכנסה בישראל - הרווחים יזקפו לזכות החברה-הבת והם יחויבו בשיעור מס נמוך יותר מאשר השיעור החל בישראל.

השיטה לקביעת הערך הכלכלי הנאות של עסקות בין חברות קשורות טרם נתגבשה בחקיקת רוב המדינות המתועשות<sup>176</sup>. החקיקה תופסת מקום נכבד על במת הדיונים בתחום

<sup>174</sup> להרחבה, ראו בעוז טל ואודי שוסטק, "קביעת מחיר העברה בעסקאות בין צדדים קשורים", **מיסים** יב/4 (תשנ"ח) א-162; אבידור אבני וגיל מזרחי, "מחירי העברה בעסקאות בינלאומיות - דין משווה", **הרפורמה במס במדינת ישראל** (משה אשר ובני קליפי - עורכים, מחשבות, תשס"ג), 353. עיינו עוד בסעיף 885 לפקודה.

<sup>175</sup> למותר לציין, כי יהיו מקרים בהם מחירי העברה ייקבעו לא על-פי העיקרון של '*Arm's Length*', וזאת בלי כל קשר לשיקולי מס. לדוגמה, לשם חדירה לשוק חדש.

<sup>176</sup> ראו את דו"ח ועדת המומחים של ה-OECD בנושא מחיר העברה: OECD Transfer Pricing Report. וראו אצל טל ושוסטק, לעיל הערה 174, לגבי המקורות המהותיים שהיו קיימים ביחס למחירי העברה בפקודת מס הכנסה בישראל עובר לתיקון 132 לפקודה. ראו שם גם את עמדת נציבות מס הכנסה בנושא, את המקורות החלופיים לקביעת שווי שוק הקיימים בדין הישראלי, וכן את ההתייחסות של אמנות המס של ישראל ושל דו"ח ה-OECD הנ"ל. מבלי להיכנס לעומקו של דיון בדרך זה, נציין רק בקצרה, כי עיון מדוקדק במקורות המהותיים שהסדירו את מיסוי מחירי ההעברה בפקודת מס הכנסה בישראל, קודם לתיקון 132 לפקודה, לימד, כי למעט עסקאות אשראי בהן נקבע בתקנות שיעור ריבית נאות מינימלי, לא טרח המחוקק לקבוע, מהו מחיר נאות וכיצד ייקבע מחיר זה. הפקודה כללה שלושה מישורי התייחסות מהותיים לנושא מחירי העברה: (א) המישור הראשון מורכב מסעיפים המתייחסים מפורשות לנושא מחירי ההעברה בעסקאות בינלאומיות - סעיפים 4, 111, 112 ו-114 לפקודה. סעיפים אלו בודקים את "הריווח הרגיל שיש לצפות לו מאותם עסקים" (סעיף 111), "אחוז הוון וסביר ממחזור העסקים" (סעיף 112) ואת "הרווחים שלפי הנחה סבירה היה מרוויח סוחר" (סעיף 114). ספק אם שימוש במונחי שסתום אלה מקדם את הנישום בבואו לקבוע מחיר העברה בעסקה עם צד קשור כאשר לא התקיים משא ומתן מעמדות יריבות בין הצדדים, או מסייע לפקיד השומה בבדיקת מחירי ההעברה או בהוכחת טענותיו בנדון בבית המשפט. בהקשר זה יש גם לציין, כי אדרעי בספרו (עמ' 89) סובר, כי אין לראות בסעיף 4 לפקודה כמתייחס לנושא מחירי ההעברה. לגבי דידו, סעיף 4 אינו מתייחס לעסקה בין צדדים קשורים אלא לבחינת המקור לרווחיו של יצרן ישראלי המוכר ללקוח בחו"ל ולייחוס רכיבי רווח שנוספו בעסקו של היצרן, ולא בעסקה של החברה הקשורה, בחו"ל כהכנסות שימוסו בישראל. השוו גם הרי קירש, "היבטי המס של מחירי העברה בעסקאות בינלאומיות", **רל"מ** יט (75) (תשנ"א) 207. בשולי הדברים, יש לציין גם כי קיימת גישה לפיה סעיפים 111, 112 ו-114 לפקודה אינם מהווים כשלעצמם את המקור המהותי למיסוי הכנסותיו של תושב חוץ, היות שהם ממוקמים בחלק ו' לפקודה, שכותרתו "חיוב במס על-ידי נציג", ולא בחלק ב' לפקודה, שכותרתו "הטלת המס". (ב) המישור השני מורכב מהסדרים שונים בפקודה, שאינם מיוחדים למחירי העברה בעסקאות בינלאומיות, אך מחייבים, ממילא, קביעת מחיר נאות בעסקאות כלשהן. בין הסדרים אלו נמנים סעיפים 3 ו-3(ג) המתווים שיעור ריבית מינימלי בעסקאות אשראי, סעיף 30 האוסר ניכוי הוצאות הנישום "בסכום העולה על הדרוש לפי צרכי ייצור ההכנסה של הנישום", סעיף 85 המחייב כי

המיסוי הבינלאומי בעולם. בארצות-הברית, הנחשבת למתקדמת בתחום, ביצעו רשויות המס ביקורות שבעקבותיהן תוקנו שומות תאגידיים רב-לאומיים בסכומים אסטרונומיים. כך למשל, בשנת 1987 בלטו מקריהן של החברות הבנות האמריקאיות של **Nissan Motor** ו-**Toyota Motor**, שחויבו במס נוסף של מאות מיליוני דולרים<sup>177</sup>.

כפל מס כלכלי בינלאומי יכול להיווצר במיסוי פעילות עסקית של מכירת סחורות ומוצרים או מתן שירותים, אשר משתרעת על-פני יותר ממדינה אחת; כל מדינה עשויה לראות בחלק שונה מסכום הרווח הכולל כרווח שמקום המקור שלו נמצא בתחומה, ולפיכך התוצאה הינה, כי יוטל מס כפול על אותו חלק. במקרה כזה, עלול להיווצר מצב בו הסכום הכולל של חלקי הרווח השונים, שחויבו במס באותן מדינות, יעלה על סכום הרווח האמיתי אשר הופק בפועל מכל אותה פעילות עסקית. כתוצאה מכך, חלק מסוים מהרווח הכולל יהיה נתון לכפל מס כלכלי בינלאומי. הסיבה לכך יכולה לנבוע מהיעדר התאמה בין מחירי ההעברה הקבועים בשתי המדינות או מקיומה של מחלוקת עובדתית בין המדינות ביחס ליישום כללים זהים למחירי ההעברה וקביעת חלק הרווח שהופק בכל אחת מהן על-פי אותם כללים.

כאשר מדובר בשלוש חברות קשורות, שמקום מושבן נמצא בשלוש מדינות שונות, הדברים יהיו אף יותר מורכבים. לדוגמה, במקרה שחברה תושבת מדינה א' מוכרת מוצרים המיוצרים במדינה ז', שעלותם היא 100 ₪ ליחידה, לחברה קשורה שלה, תושבת מדינה ב', במחיר של 110 ₪ ליחידה; האחרונה מוכרת אותם מוצרים לחברה קשורה אחרת, תושבת מדינה ג', במחיר של 200 ₪ ליחידה; לאחר מכן, אותה חברה קשורה מוכרת אותם המוצרים במחיר של 210 ₪ ללקוחותיה במדינה ג'. במצב דברים זה, החלוקה הטבעית של ההכנסה תהיה כדלקמן: במדינה א' - 10 ₪; במדינה ב' - 90 ₪; במדינה ג' - 10 ₪. דא עקא, שרשויות המס במדינה א', כמו גם במדינה ג', עשויות לטעון כי שיטת תמחור זו אינה מתחשבת בשיקולי הרווח של כל חברה בנפרד, אלא ברווחי קבוצת החברות במאוחד, ומושפעת משיקולי מיסוי בלבד. במילים אחרות, סביר להניח שרשויות המס תטענה, כי המחירים נקבעו בצורה לא כלכלית, מתוך מטרה ליחס את חלק הרווח העיקרי לחברה השנייה, משום שלאחרונה יש, למשל, הפסדים לצרכי מס, פטורים או זיכויים מסוימים, או משום שחלים עליה שיעורי מס נמוכים יותר מאשר אלה החלים על החברות הראשונה והשלישית.

מחיר העברה במכירת מלאי, בחריג מסוים, יהיה "הסכום שאפשר היה לקבל תמורת המלאי העסקי ממוכר מרצון לקונה מרצון כשהוא נקי מכל שיעבוד הבא להבטיח חוב, משכנתה או זכות אחרת הבאה להבטיח תשלום", וסעיף 88 הקובע נוסחה דומה בבדיקת התמורה בעסקה הונית. (ג) את המישור השלישי מהווה הנורמה האנטי-תכנונית הכללית המצויה בסעיף 86 לפקודה. הסעיף מקנה לפקיד השומה רשות להתעלם מעסקה מלאכותית או בדויה או מעסקה שאחת ממטרותיה העיקריות היא הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותה. במסגרת תיקון 132 לפקודה הוסף הסדר ראשי בנושא מחירי העברה במסגרת סעיף 85 לפקודה. ראו על כך בטקסט להלן. לגבי ההסדר של מחירי העברה באמנות המס, ראו בעיקר את סעיפים 217 ו-9 למודל ה-OECD העוסקים, בהתאמה, בייחוס הכנסות לימוסד-קבעי ולמשרד הראשי על-פי מבחן 'מחיר השוק' ובייחוס הכנסות לימיזמים משולבים. וראו גם את דברי ההסבר הנלווים לסעיפים אלה.

<sup>177</sup> ראו גם אצל טל ושוסטק, לעיל הערה 174.

שלטונות המס של מדינה א' או מדינה ג' עלולים להחליט, שמחיר המוצרים הוקטן או הוגדל, בהתאמה, באופן מלאכותי, וכי המחיר האמיתי לפי מבחן ה-'*Arm's Length*' (מחיר השוק' או המחיר שהיה מתקבל בעסקה בין צדדים לא קשורים<sup>178</sup>) הנו 140 ₪ באשר למכירה הראשונה, ו-170 ₪ באשר למכירה השנייה. כאשר החברה השנייה תמכור את המוצרים, ייתכן שרשויות המס של מדינה ב' ייחסו לה רווח של 90 ₪, כלומר: ההפרש שבין מחיר עלות של 110 ₪ (כפי שהוצהר על-ידי החברה השנייה, ולא לפי מחיר עלות של 140 ₪ כפי שנקבע על-ידי מדינה א' כמחיר שוק) ובין מחיר מכירה של 200 ₪ (שוב, כפי שהוצהר על-ידי החברה השנייה, ולא לפי מחיר מכירה של 170 ₪ שנקבע על-ידי מדינה ג' כמחיר שוק). התוצאה תהיה אפוא, כי 60 ₪ מתוך הרווח הכולל יחויבו בכפל מס: ה-30 ₪ הראשונים (דהיינו: ההפרש שבין 110 ₪ ובין 140 ₪) יחויבו הן במדינה א' והן במדינה ב', ואילו ה-30 ₪ הנותרים (דהיינו: ההפרש שבין 170 ₪ ובין 200 ₪) יחויבו במס הן במדינה ב' והן במדינה ג'<sup>179</sup>.

נציין, כי בתיקון מס' 132 לפקודת מס הכנסה, שנכנס בעיקרו לתוקף ביום ה-1.1.03, הוסף הסדר ראשי בנוגע למחירי העברה בסעיף 85א לפקודה. סעיף זה חל במקום שבו מתקיימים בין הצדדים לעסקה בינלאומית יחסים מיוחדים, שבשלהם נקבע מחיר מיוחד או שנקבעו תנאים אחרים לעסקה, באופן כזה שהופקו מהעסקה פחות רווחים מאשר היו מופקים אילו נקבע המחיר בהתאם לתנאי השוק. במצב כזה, העסקה תחויב במס בהתאם לתנאי השוק, ולא כפי שנקבע בין הצדדים<sup>180</sup>. שר האוצר אמור להתקין תקנות בדבר אופן יישומו של הסדר זה ולקבוע את המבחנים והשיטות השונות לקביעת מחירי העברה. רק לאחר מכן ייכנס סעיף זה לתוקף<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> לשיטות, במדינות שונות בעולם, בנושא של מחירי העברה בהיעדר מחיר שוק בר-השוואה, ראו את דו"ח איפ"א משנת 1992:

International Fiscal Association, "Transfer pricing in the absence of comparable market prices" 77A LXXVIIa CDFI (Kluwer, The Netherlands, 1992) (General Reporter: Guglielmo Maisto) 19.

וראו שם: National Reporters, 271 ואילך.

<sup>179</sup> נציין בהקשר זה, כי בעיית אי התאימות שבין הייחוס שיעשה בין המדינות הנוגעות לעסקה, וכפועל יוצא מכך - אי התאמות בשומות שיוצאו במדינות השונות, הינה בעיה שכחה מאוד בקרב חברות ישראליות. אחת הסיבות לייחוס חלק גדול יותר מההכנסה לישראל נובעת משיעורי המס הנמוכים המוענקים מכוח חוקי העידוד הישראליים, לעומת שיעורי מס גבוהים יותר החלים על חברות קשורות בחו"ל, שתפקידן, למשל, לשווק את המוצרים מישראל. לנוכח מצבים אלה, נדרשו, למשל, הרשויות המוסמכות של ישראל וארצות-הברית להיכנס להליכי הסכמה הדדית לשם מניעת כפל מס על-פי האמנות.

<sup>180</sup> במטרה לאפשר ודאות, נקבע, בסעיף מנגנון של 'אישור מוקדם' ('*Pre-Ruling*'). מנגנון זה מאפשר לצדדים לעסקה בינלאומית, שיש ביניהם יחסים מיוחדים, לפנות מראש ולקבל אישור מוקדם מנציב מס הכנסה, כי מחירה של עסקה מסוימת או של סדרת עסקאות דומות הוא בהתאם לתנאי שוק. הבקשה צריכה לכלול את כל העובדות המהותיות והפרטים הרלוונטיים הנוגעים לעסקה. על הנציב להודיע על החלטתו ונימוקיו בתוך 120 ימים מיום שהגיעה אליו הבקשה וכל המסמכים שהוגשו לו. הוא רשאי, עם זאת, להאריך את המועד האמור עד 180 ימים, אם הודיע על כך למבקשי הבקשה. היה ולא השיב הנציב בתוך המועד שנקבע כאמור, יראו בכך אישור לכאורה שהעסקה נעשתה בתנאי שוק.

<sup>181</sup> ראו סעיף 89(ד) לחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), תשס"ב-2002, ס"ח 530.

## 4.4 הגורמים להיווצרות כפל מס משפטי בינלאומי

כאמור לעיל, כפל מס משפטי בינלאומי הוא מצב שבו שתי מדינות מטילות מיסים דומים על אותו נישום, ביחס לאותו פריט הכנסה ובתקופות זהות. מה הם הגורמים להיווצרותו של כפל מס משפטי בינלאומי?

### 4.4.1 המצבים על-פי מודל ה-OECD

כפל מס משפטי בינלאומי יכול להיווצר כיום בעיקר לאור מאפייניה של שיטת המס הנוהגת במדינת רבות בעולם<sup>182</sup>. לפי שיטה זו, המס מוטל הן על-בסיס אישי והן על-בסיס מקור. על יסוד שיטה זו מציינים דברי ההסבר למודל ה-OECD שלושה מצבים להיווצרותו של כפל מס משפטי בינלאומי<sup>183</sup>:

"International juridical double taxation may arise in three cases:

- a) where each Contracting State subjects the same person to tax on his worldwide income or capital (concurrent full liability to tax...);
- b) where a person is a resident of a Contracting State (R) and derives income from, or owns capital in, the other Contracting State (S or E) and both States impose tax on that income or capital ...;
- c) where each Contracting State subjects the same person, not being a resident of either Contracting State to tax on income derived from, or capital owned in, a Contracting State; this may result, for instance, in the case where a non-resident person has a permanent establishment in one Contracting State (E) through which he derives income from, or owns capital in, the other Contracting State (S) (concurrent limited tax liability...)."

המצב הראשון הוא, כאשר אותו אדם כפוף למס בשתי המדינות המתקשרות על-בסיס כלל-עולמי. המצב השני הוא, כאשר אדם שהנו תושב במדינה מתקשרת אחת מפיק הכנסה או בעל הון, במדינה המתקשרת האחרת, ושתי המדינות מטילות מס על ההכנסה או על

<sup>182</sup> ראו את הדיון, לעיל פסקה 2.5.

<sup>183</sup> דברי ההסבר של סעיף 23 למודל ה-OECD, C(23)-1, פסקה 3.

ההון. המצב השלישי הוא, כאשר אותו אדם כפוף למס בשתי מדינות מתקשרות, שהוא אינו תושבן, על הכנסה שמופקת במדינות אלה, או על הון שבבעלותו שם. לדוגמה: במצב שבו אדם שהנו תושב מדינה אחת מפיך הכנסה ממקור הנמצא במדינה שנייה, או מחזיק בהון הנמצא שם, באמצעות 'מוסד-קבע' הנמצא במדינה השלישית.

## 4.4.2 חמשת הגורמים המרכזיים

ניתוח מדוקדק של שלושה מצבים אלו ושל מצבים אפשריים נוספים, מלמד בהתאמה על קיומם של חמישה גורמים מרכזיים להיווצרותו של כפל מס משפטי בינלאומי:

1. יישום מקביל של הבסיס האישי;
2. התנגשות בין הבסיס האישי לבסיס המקור;
3. יישום מקביל של בסיס המקור;
4. מיסוי על-בסיס קבלה;
5. מיסוי 'מוסד-קבע' או 'בסיס קבוע' המפיך הכנסה ממקור חוץ.  
מתוך החמישה, הגורם השני הנו השכיח ביותר ועל-כן נדון ראשית בו.

## 4.4.3 התנגשות בין הבסיס האישי לבסיס המקור

### 4.4.3.1 המונח 'התנגשות' - המשפט הבינלאומי הפרטי

כדי למנוע עירוב תחומים, נבהיר כבר בראשית הדברים, כי המונח 'התנגשות' בהקשרו הנוכחי שונה מהמשמעות שניתנת לו במשפט הבינלאומי הפרטי. במשפט הבינלאומי הפרטי, התנגשות בין דינים ('*Conflict of Law*') הינה התנגשות במערכת דין מקומית בין שתיים או יותר זיקות לדינים מהותיים. התנגשות זו באה על פתרונה באמצעות קביעת כללי ברירת דין כחלק מהדין הפנימי של המדינה הנוגעת בדבר, ללא כל צורך בהסכם בינלאומי בהקשר זה. כללים אלה של המשפט הבינלאומי קובעים איזה דין יחול. מקום בו יחול הדין הזר, הרי שדין זה הופך לחלק מהדין הפנימי של המדינה הרלוונטית. בשונה מכך, בתחום המיסוי הבינלאומי, המיסוי לא נקבע על-ידי יישום של כללי ברירת דין במערכת דינים אחת בלבד מבין כמה אפשרויות אלא על-ידי הסכם בינלאומי ליישום של אחת מבין שתי מערכות דינים או יותר, או דין הסכמי ספציפי לפי אמנת המס. מקום שהתנגשות בין הבסיסים השונים לא באה על פתרונה, נוצר כפל מס<sup>184</sup>.

ההתנגשות בין הבסיס האישי לבסיס המקור עשויה להיווצר בשני מצבים עיקריים:

<sup>184</sup> על השוני שבין אמנות המס לבין המשפט הבינלאומי פרטי, ראו גם את הדיון להלן, פרק 9.

אמנות מס, כרך א': אלטר, כליף

1. תושבות ומקור.
2. אזרחות ומקור.

#### 4.4.3.2 תושבות ומקור

ההתנגשות היותר שכיחה היא בין תושבות ומקור. מדובר אפוא במצב שבו תושב של מדינה אחת (מדינת המושב) מפיק את הכנסתו ממקור גיאוגרפי הנמצא במדינה השנייה (מדינת המקור). במצב כזה, ההכנסה תתחייב במס בשתי המדינות: מדינת המקור תטיל מס על-סמך הזיקה הגיאוגרפית של ההכנסה אליה, בעוד שמדינת המושב תטיל מס על-סמך הזיקה האישית של הנישום אליה. לדוגמה, אם תושב קנדה מפיק הכנסה מעבודה המבוצעת בישראל - הכנסתו תחויב במס בקנדה על-בסיס תושבות לפי סעיף 2(1) לחוק מס הכנסה הקנדי<sup>185</sup>, ובישראל על-בסיס מקור לפי סעיפים 2(2) ו-4א(4) לפקודה.

#### 4.4.3.3 אזרחות ומקור

התנגשות דומה לזו של תושבות ומקור יכולה להיווצר כאשר מדינה אחת ממסה את אזרחיה על-בסיס כלל-עולמי והשנייה ממסה על-בסיס מקור. לדוגמה, לפי דיני המס הפנימיים של ארצות-הברית<sup>186</sup>, יחיד שהנו תושב ו/או אזרח ארצות-הברית, כפוף למס בארצות-הברית על-בסיס כלל-עולמי, ללא קשר למקום המקור הגיאוגרפי של הכנסתו. מכאן, שאם למשל נישום כזה ירכוש דירה בתל-אביב וישכיר אותה לתושב ישראל - דמי השכירות יהיו כפופים לכפל מס: בארצות-הברית - על-בסיס אישי, ובישראל - על-בסיס מקור, לפי סעיפים 2(6) ו-4א(6) לפקודה.

#### 4.4.4 יישום מקביל של הבסיס האישי

יישום מקביל של הבסיס האישי בשתי מדינות עלול אף הוא לגרום למצב של כפל מס משפטי בינלאומי. ניתן להצביע על שלושה מצבים עיקריים:

1. תושבות כפולה.
2. אזרחות כפולה.

<sup>185</sup> ראו:

Income Tax Act, R.S.C. 1985, Chapter 1 (5<sup>th</sup> Supp.), updated to December 31, 2000.

סעיף זה מטיל מס על תושב קנדי על-בסיס כלל עולמי. וזו לשונו:

"An income tax shall be paid, as required by this Act, on the taxable income for each taxation year of every person resident in Canada at any time in the year."

<sup>186</sup> ראו את סעיף 1 ל-IRC וכן את תקנה 1.1 1-(a)(1) ל-Treas. Reg.

#### 4.4.4.1 תושבות כפולה ('Dual Residence')

המצב היותר שכיח נוצר בנסיבות שבהן אדם פלוני נחשב לתושב בשתי מדינות או יותר, ומדינות אלה מטילות מס על-בסיס אישי שביסודו תושבות הנישום. לדוגמה, יחיד עלול להיחשב כתושב של שתי מדינות מכיוון שאחת מהן קובעת את מקום מושבו לפי חזקה סטטוטורית טכנית של שהות במשך תקופה העולה על 183 ימים בשנת המס, בעוד שהמדינה האחרת קובעת את מקום מושבו בהתאם למקום מרכז חייו. הוא הדין ביחס לתאגידים: תאגיד עשוי להיחשב כתושב בשתי מדינות אם, לדוגמה, מדינה אחת רואה בו כתושב משום שהוא התאגד על-פי דיניה, והמדינה השנייה רואה בו כתושב מכיוון שמקום הניהול הממשי שלו נמצא בתחומה. בהיעדר מבחני-סף אשר "ישברו" את השוויון לגבי קביעת מקום מושבו של אדם (יחיד או תאגיד), יכול להיווצר כפל מס משפטי על-בסיס כלל-עולמי.

#### 4.4.4.2 תושבות ואזרחות

כפל מס דומה עלול להיווצר במקום שבו מדינה אחת ממסה את תושביה על-בסיס אישי, ואילו המדינה השנייה מטילה את מיסיה על-בסיס אישי שביסודו אזרחות. דוגמה לכך היא נישום שהנו אזרח ארצות-הברית ותושב ישראל. אם נישום כזה יפיק, למשל, רווח הון ממכירת נכס בישראל, הרי שהוא ימוסה בישראל על-בסיס תושבות<sup>187</sup> ובארצות-הברית על-בסיס אזרחות<sup>188</sup>. למעשה, במצב כזה, אם הנישום הנו אזרח ארצות-הברית, תושב ישראל, ומפיק את רווח ההון ממקור גיאוגרפי הנמצא במדינה שלישית, עשוי להיווצר מיסוי

<sup>187</sup> ראו את סעיף 89(ב1) לפקודה. להרחבה, ראו את הדיון בכרך ג'.  
<sup>188</sup> ראו את הדיון, לעיל פסקה 3.2.3. במקרה זה כפל מס יימנע בהתאם לסעיף 26(2) לאמנה בין ישראל לארצות-הברית משנת 1975, הקובע כדלקמן:  
 "מקום שאזרח ארצות הברית הינו תושב ישראל -

(א) באשר לפריטי הכנסה הפטורים ממס של ארצות הברית או הנתונים לשיעור מופחת של מס של ארצות הברית כאשר הם מופקים בידי תושב ישראל שאינו אזרח ארצות הברית, תתיר ישראל זיכוי, כנגד המס הישראלי - בכפוף להוראות דיני המס בישראל בעניין מתן זיכוי למסי חוץ - רק את המס ששולם, אם היה כזה, שארצות הברית רשאית להטיל לפי הוראות אמנה זו, ושאינו מס שיכול להיות מוטל רק מכוח אזרחות לפי סעיף קטן (3) לסעיף 6 (הוראות כלליות לחיוב במס).

(ב) לצרכי חישוב מס של ארצות הברית, תתיר ארצות הברית זיכוי, כנגד מס של ארצות הברית, את מס ההכנסה אשר שולם לישראל לאחר הזיכוי כאמור בפסקה (א); הזיכוי שיינתן כאמור לא יפחית את חלק המס של ארצות הברית הניתן לזיכוי כנגד המס הישראלי לפיפסקה(א).

(ג) לעניין מניעת מסי כפל בארצות הברית בהתאם לפסקה (ב), ולעניין זה בלבד, פריטי הכנסה המאוזכרים בפסקה (א) יראו אותם כמופקים בישראל ככל הדרוש לשם מניעת כפל מס של אותה הכנסה לפיפסקה(ב)."

השוו גם סעיף 23(3) באמנת המס בין ארצות-הברית לגרמניה משנת 1989.

משולש: בארצות-הברית ובישראל - מכוח הזיקה האישית של הנישום למדינות אלה (אזרחות ותושבות), ובמדינה השלישית - מכוח הזיקה הגיאוגרפית של רווח ההון למדינה זו (מקור).

#### 4.4.4.3 אזרחות כפולה ('Dual Nationality')

מקרה פחות שכיח להיווצרותו של כפל מס, הנובע מיישום מקביל של הבסיס האישי, הוא מצב שבו אדם פלוני נחשב לאזרח בשתי מדינות או יותר, ומדינות אלה מטילות מס על-בסיס אישי שביסודו, בין השאר, אזרחות. לדוגמה, אם פלוני נולד בארצות-הברית ועלה לישראל לפי חוק השבות<sup>189</sup>, הוא ייחשב כתושב בשתי המדינות<sup>190</sup>. אילו ישראל תטיל מס על-בסיס אזרחות, כפי שמקובל למשל בארצות-הברית, במכסיקו ובפיליפינים<sup>191</sup>, עשוי להיווצר כפל מס על-בסיס כלל-עולמי. מקרה כזה יכול להיווצר, למשל, כאשר אזרח ארצות-הברית, שהנו גם אזרח ישראל, מוכר קרקע באזור. במצב כזה יחול מס הן בארצות-הברית והן בישראל<sup>192</sup>.

שוב, ובדומה לאמור לעיל, אם במצב כזה, הנישום הנו אזרח בשתי מדינות שונות, תושב במדינה שלישית, ומפיק הכנסה ממקור גיאוגרפי במדינת רביעית, יכול להיווצר מיסוי מרובע: בשלוש המדינות הראשונות - מכוח הזיקה האישית של הנישום למדינות הללו, ובמדינה הרביעית - מכוח הזיקה הגיאוגרפית של ההכנסה למדינה זו.

#### 4.4.5 יישום מקביל של בסיס המקור: התנגשות בין כללי מקור גיאוגרפיים ('Conflicts of Source Rules')

##### 4.4.5.1 הגורמים להתנגשות בין כללי מקור גיאוגרפיים

יישום מקביל של בסיס המקור עלול להביא לכפל מס משפטי בינלאומי. מיסוי כפול עשוי להיווצר כתוצאה מהתנגשות בין כללי מקור גיאוגרפי סותרים הנוהגים בשתי מדינות או יותר - *'Conflicts of Source Rules'*.

<sup>189</sup> ראו את הדיון, לעיל פסקה 3.2.1.

<sup>190</sup> בדרך כלל, אין מניעה חוקית להחזיק באזרחות בשתי מדינות או יותר. ראו למשל, בישראל את סעיף 14 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, ס"ח 146: "אזרחות כפולה ומקום מגורים כפול"

פרט לעניין התאזרחות, אין רכישת אזרחות ישראלית תלויה בויתור על אזרחות קודמת; אזרח ישראלי שהוא גם אזרח-חוץ, רואים אותו, לעניין חוקי ישראל, כאזרח ישראלי; "... ראו, באופן כללי, לעיל פסקה 3.2.2.

<sup>192</sup> ראו את סעיף 14 לחוק מיסוי מקרקעין. להרחבה, ראו את הדיון, לעיל פסקה 3.2.5.

התנגשות כזו עשויה להיווצר כתוצאה משלושה גורמים עיקריים:

1. היעדר זהות מושגית בין כללי המקור.
2. קיומן של חזקות או פיקציות סטטוטוריות בדין הפנימי של אחת המדינות.
3. סיווג שונה של פריטי ההכנסה.

#### 4.4.5.2 אי התאמה בכללי המקור הגיאוגרפיים

כפל מס עלול להיווצר כאשר הכללים לקביעת מקום המקור הגיאוגרפי של ההכנסה שונים ממדינה למדינה, פשוט מכיוון שאין זהות בין כללי המקור הנהוגים באותן מדינות<sup>193</sup>. במצב כזה עשויה להיות התנגשות בין כללי המקור באופן שיביא לכך, שכל אחת מן המדינות תטיל את מיסיה על-בסיס מקור מהטעם שההכנסה הופקה ממקור הנמצא בתחומה. מדינת המושב, בדרך כלל, לא תעניק הקלה (פטור או זיכוי) מהמס הזר שהוטל במדינת המקור, אם על-פי דיניה ההכנסה נחשבת כמופקת ממקור גיאוגרפי הנמצא בתחומה ולא ממקור חיצוני.

ייתכנו גם מקרים שבהם יוטל מס על-ידי שתי מדינות, שאף אחת מהן אינה מדינת המושב של הנישום. כדוגמה לכך, ניתן לחשוב על מצב שבו, תושב של מדינה א' מוכר מניות של חברה שהינה תושבת מדינה ב' אשר התאגדה במדינה ג', שם גם מתנהל מירשם בעלי מניותיה ושם גם היא רשומה בבורסה. נניח, כי מדינה ב' רואה ברווח הון ממכירת מניות של חברה כמופק בתחומה אם אותה חברה הינה תושבת במדינה זו; ואילו מדינה ג' רואה בו כמופק בתחומה אם החברה רשומה באותה מדינה ומירשם בעלי מניותיה מתנהל בתחומה, או אם החברה נסחרת בבורסה של מדינה זו. במצב כזה, שתי המדינות עשויות להטיל מס, וזאת בנוסף על המס שיוטל על-ידי מדינת המושב.

נסביר את הדברים באמצעות מספר דוגמאות בסיסיות הממחישות את האפשרויות השונות לקביעת מקום המקור הגיאוגרפי של פריטי ההכנסה הבאים: הכנסת עבודה, ריבית, דיבידנדים, תמלוגים, קיצבה ורווח הון.

##### (א) הכנסת עבודה

מדינה אחת מאמצת את מבחן מקום החתימה על הסכם העבודה, או את מבחן מקום מושבו של המעביד, ואילו מדינה שנייה מאמצת את מבחן מקום ביצוע העבודה. אם, לדוגמה, הסכם העבודה נחתם במדינה הראשונה והעבודה בוצעה במדינה השנייה, עלול להיווצר כפל מס.

##### (ב) ריבית

אחת המדינות קובעת את מקום המקור של הכנסה מריבית לפי מקום מושבו של המשלם, בעוד שהמדינה האחרת מתבססת על מבחנים אחרים, כגון: מקום השימוש בכספי

<sup>193</sup> לסקירה כללית של כללי המקור הנהוגים ברוב המדינות בעולם, ראו את הדיון לעיל, פסקה 2.4.

ההלוואה, מקום עריכת ההסכם, מקום מקור המימון או מקום פירעון ההלוואה. לדוגמה, מקרה שמשלם הריבית תושב במדינה הראשונה והשימוש בכספי ההלוואה נעשה במדינה השנייה, הריבית עשויה להיות נתונה לכפל מס.

#### **(ג) דיבידנדים**

מדינה אחת רואה את מקום המקור של הכנסה מדיבידנדים במקום מושבה של החברה המחלקת, ואילו מדינה שנייה מפעילה את מבחן מקום הסיטוס של המניות (שהן הנכס המניב את הדיבידנדים), כלומר: המקום שבו אפשר להעביר את הזכויות במניות באופן אפקטיבי, כך שהעברתן תהיה בת-תוקף חוקי, שמצד אחד יחייב את החברה ואת המעביר, ומצד שני יזכה את הנעבר בכל הזכויות שהמניות מגלמות, כדוגמת הזכות לקבל דיבידנדים והזכות להשתתף או להצביע באסיפות החברה. במקרה כזה, אם החברה שמחלקת את הדיבידנדים הינה תושבת במדינה הראשונה, בה בשעה שמניותיה רשומות בפנקס בעלי המניות המתנהל במדינה השנייה, יכול להיווצר כפל מס. תוצאה דומה עלולה להיווצר באותן נסיבות, אם מדובר במניות למוכ"ז של חברה תושבת המדינה הראשונה, אשר נמצאות מבחינה פיסית, כמו גם משפטית, במדינה השנייה.

#### **(ד) תמלוגים**

מדינה אחת מחשיבה את מקום המקור של תמלוגים ממתן רשיון שימוש בפטנט, ידע, זכויות יוצרים וכדומה במקום שבו הומצא ונרשם הפטנט, או במקום שבו נוצרו הזכויות והידע, בעוד המדינה השנייה רואה את מקור המקור של התמלוגים במקום מושבו של משלם או במקום שבו נעשה השימוש בפטנט, בידע או בזכויות. אם אין זהות, לדוגמה, בין מקום המושב של משלם התמלוגים ובין מקום רישומו של הפטנט נשוא התמלוגים, עלול להיווצר כפל מס.

#### **(ה) קיצבה המשולמת בעד עבודה**

מדינה אחת רואה את מקום המקור של קיצבה המשולמת בעד עבודה במקום ביצוע העבודה שבעטיה משתלמת הקיצבה, ואילו מדינה שנייה רואה את מקורה במקום מושבו של המשלם. כאשר אין זהות בין מקום ביצוע העבודה לבין מקום מושבו של המשלם, עשויה הקיצבה לחוב בכפל מס.

#### **(ו) רווח הון**

אף בהנחה, שבשתי המדינות מקום המקור של רווח ההון נקבע לפי המקום שבו נמצא הנכס נשוא הרווח, עדיין אפשר שאותו רווח יהיה נתון לכפל מס, שהרי המבחן לקביעת מקום הימצאותו של נכס פלוני עשוי להיות שונה בשתי המדינות. לדוגמה, רווח הון ממכירת מניות על שם: אם אחת המדינות רואה את מקום מושבה של החברה כמקום שבו מניותיה מצויות, ואילו המדינה השנייה רואה במניות כנמצאות בה משום שפנקס בעלי המניות מתנהל כאמור בתחומה, הרי שיכול להיווצר כפל מס. הוא הדין באיגודי מקרקעין: מדינה אחת רואה במקום המקור של רווח הון ממכירת מניות באיגוד מקרקעין את המקום

שבו המקרקעין נמצאים, ואילו המדינה השנייה קובעת את מקום המקור על-פי מקום המושב של האיגוד.

### 4.4.5.3 פיקציות סטטוטוריות בדין הפנימי של אחת המדינות

ההתנגשות בין הכללים לקביעת מקום המקור הגיאוגרפי של ההכנסה עשויה להיווצר גם במקום שבו באחת המדינות הורחבו כללי המקור הרגילים באמצעות קביעת פיקציות סטטוטוריות, שנועדו לכלול בהכנסות שמקורן בתחומה גם פריטי הכנסה מסוימים שהופקו בפועל מביצוע פעילות או השקעה מחוץ לאותה מדינה.

כדוגמה לכך ניתן להזכיר את סעיפים 89(ב)(3) ו-194(ד) לפקודה<sup>194</sup>. סעיף 89(ב)(3) קובע, כי מקום הפקתו או צמיחתו של רווח הון יהיה בישראל אם הנכס הנמכר נמצא בחו"ל והוא בעיקרו זכות, במישרין או בעקיפין, לרכוש הנמצא בישראל. בדומה לסעיף 89(ב)(3) לפקודה, סעיף 89(ב)(3) קובע, כי מקום הפקתו או צמיחתו של רווח הון יהיה בישראל אם הנכס הנמכר הוא זכות בחבר-בני-אדם תושב חוץ, שהוא בעיקרו בעל זכות, במישרין או בעקיפין, לרכוש הנמצא בישראל.

סעיפים אלה מייחסים הכנסה מרווח הון לישראל לגבי חלק התמורה הנובע מה'רכוש'<sup>195</sup> הנמצא בישראל. כתוצאה מכך, עשוי להיווצר כפל מס על חלק הרווח הנובע מהתמורה הנ"ל, שכן, המדינה שבה נמצא הנכס הנמכר או המדינה שבה נמצא מקום מושב החברה, לפי העניין, אף היא תראה ברווח כמופק בתחומה ותחייבו במס.

כך יהיו פני הדברים, לדוגמה, כאשר חברה תושבת הולנד מפיקה רווח הון ממכירת מניות של חברה הונגרית שמחזיקה בחברות תושבות ישראל. במצב כזה, יישום בסיס המקור בהונגריה ובישראל יביא למיסוי בשתי המדינות: בהונגריה - בהנחה שמקום המקור הגיאוגרפי של רווח הון ממכירת מניות בחברה נקבע בהונגריה על-פי מקום מושבה של החברה הנמכרת, שהוא כאמור בהונגריה; ובישראל - בהתאם לסעיף 89(ב)(3) לפקודה. בנוסף לכך, יש לשים לב, כי הולנד אף היא עשויה למסות את החברה ההולנדית, וזאת על-בסיס אישי. במצב כזה, חלק מהרווח עשוי להיות כפוף למיסוי משולש.

כדוגמה לפיקציה אחרת, ניתן להזכיר את סעיף 5(5) לפקודה<sup>196</sup>. סעיף זה לוכד הכנסה ממשלח-יד בחו"ל שהופקה על-ידי תושבי ישראל במסגרת חברה תושבת חוץ המוחזקת על-ידם. חברה כאמור הוגדרה כ'חברת משלח-יד זרה' ('חמי"ז'). החלק היחסי של בעלי המניות

<sup>194</sup> להרחבה, ראו כרך ג'.

<sup>195</sup> השימוש במונח 'רכוש', מטרתו להרחיב את כלל המקור לגבי סוגי רכוש שממועטים מגדר הגדרת המונח 'נכס' בסעיף 88 לפקודה. הדוגמה הבולטת לכך הם מקרקעין ומלאי עסקי. מכיוון שכך, המונח 'רכוש' הוגדר בסעיף 89(ב)(3) לפקודה כנכס, מלאי, זכות במקרקעין או לנכס באיגוד מקרקעין.

<sup>196</sup> ראו גם את סעיף 115 לפקודה בנוסחו קודם לתיקון 132 לפקודה. סעיף זה ראה בהכנסותיו של יחיד, אשר עוסק בחו"ל באותו משלח-יד אשר עוסק הוא דרך קבע בישראל - כמופקות בישראל, זאת על-אף שהשירות בוצע מחוץ לישראל. להרחבה ראו כרך ג'.

בחמ"ז מההכנסה שהופקה על-ידיה הנובעת מפעילות במשלח-יד מיוחד נחשב כמופק בישראל. דיבידנד המחולק מהכנסה זו אף הוא נחשב כמופק בישראל, משום שרואים בחברה כנשלטת ומנוהלת מישראל, ולפיכך כתושבת ישראל.

פיקציות נוספות מצויות גם בדין הפנימי של מדינות אחרות, כגון סעיף 861(a)(2)(B) ל-IRC בארצות-הברית, שנזכר לעיל<sup>197</sup>.

#### 4.4.5.4 אי התאמה בכללי סיווג ובהגדרות

כפל מס הנובע מיישום מקביל של בסיס המקור עלול להיווצר כתוצאה מאי התאמה ושוני בסיווג ההכנסה, שוני שעשוי על-פי רוב להביא גם ליישום כללי מקור גיאוגרפיים שונים על-ידי כל אחת משתי המדינות. שכן, כללי המקור הגיאוגרפיים משתנים בהתאם לאופייה ולטיבה של ההכנסה שבה מדובר<sup>198</sup>. מכאן, שכאשר ההכנסה מסווגת באופן שונה בשתי המדינות, כל מדינה עשויה לראות בה כמופקת בתחומה. מצב דברים זה יוליך לכפל מס, שכן מדינת המושב לא תיתן הקלה בשל המס הזר.

אי התאמה שבסיווג ההכנסה תנבע, בדרך כלל, מקיומן של אמות מידה שונות בכל אחת מהמדינות ביחס לסיווג פריטי ההכנסה השונים - הכנסה מעסק, עסקת אקראי, רווח הון, ריבית, דיבידנדים, תמלוגים וכדומה. מקרה אחד הוא כאשר מדינה אחת מסווגת תקבול מסוים כשייך למישור ההוני, ובהתאם לכך הוא יהיה בה 'רווח הון', ואילו מדינה שנייה רואה בו כשייך למישור הפירותי, ומסווגת אותו בתורת 'הכנסה רגילה', כגון הכנסה מעסק, ריבית, דיבידנד, תמלוגים, דמי שכירות וכיוצא באלו. כך יקרה לדוגמה, כאשר מדינה אחת מסווגת זרם תקבולים מסוים בתורת אנונה ואילו המדינה השנייה רואה בו תשלום הוני המשתלם לשיעורין, וכתוצאה מכך מסווגת אותו בתורת רווח הון, או את חלקו בתורת ריבית<sup>199</sup>. דוגמה אחרת היא, כאשר חברה מבצעת רכישה עצמית של מניותיה, ומדינה אחת

<sup>197</sup> ראו את הדיון, לעיל פסקה 2.4.2.

<sup>198</sup> ראו לעיל, פסקה 2.4.1.

<sup>199</sup> לניתוח מעמיק של שאלת ההבחנה בין תשלומים לשיעורין כתמורה בעד מכירת נכס הון ובין אנונה בהקשר של הדין הפנימי הישראלי, הבריטי, ובמידה מסוימת, האמריקאי, ראו אהרון יורן, "מיסוי קיצבה, מלוג ואנונה", משפטים י (תש"מ) 38. הבחנה זו אינה קלה כלל ועיקר. בשני המקרים מקבל הנישום זרם של תשלומים. פרופ' יורן במאמרו הנ"ל מתחבט בשאלה זו ועומד על ההבחנה הבסיסית, לאמור: "הבדיקה המתבקשת היא מה מקורו של זרם התשלומים: אם התשלומים מהווים תמורה בעד נכס הון שיצא מידי הנישום, כי אז נראה שאין להטיל על מלוא התשלומים מס הכנסת פירות, אלא יש לבדוק אם חל מס רווח הון או מס שבח מקרקעין. במילים אחרות, אם התמורה עולה על 'יתרת המחיר המקורי' או 'יתרת שווי הרכישה' של הנישום בנכס ההון ממנו נפרד, יש להטיל מס רווח הון או מס שבח, לפי העניין, על ההפרש (דהיינו 'הרווח' או 'השבח'). אם נכס ההון אינו נשוא למס רווח הון ואף לא למס שבח מקרקעין (כמו מטלטלין שבשימוש אישי), יהיה הרווח פטור ממס".

וזו מסקנתו:

"במקרים שבהם העסקה היא מכירת נכס הון בתשלומים יש עוד להמשיך ולבדוק אם אין בתשלומים מרכיב של ריבית. ריבית חייבת במס פירות לפי סעיף 42(4) לפקודה ועל-כן יש לבדוק את מרכיב הריבית שבמחיר (סך התשלומים) ולחייבו במס רגיל, ואילו יתרת המחיר תחויב במס הוני רק אם היא עולה על הבסיס ('יתרת המחיר המקורי' או 'יתרת שווי הרכישה') של הנישום בנכס".

(שם, 40)

ממסה את בעלי המניות כרווח הון ואילו המדינה השנייה ממסה אותם כאילו קיבלו דיבידנד<sup>200</sup>.

מקרה מסוג שונה הוא, כאשר אחת המדינות מסווגת תשלומים מסוימים כהכנסה אקטיבית, בעוד שהמדינה השנייה מסווגת אותם כהכנסה פירונית פסיבית, שמקורה בתשואה על הון מושקע<sup>201</sup>. כך למשל, יקרה כאשר מדינה אחת מסווגת תשלומים בעד העברת ידע כהכנסה ממתן שירותים או מניהול עסקים, בעוד שהמדינה האחרת מסווגת אותם כהכנסה מתמלוגים בגין מתן זכות שימוש בנכס בלתי מוחשי<sup>202</sup>.

מקרה נוסף הוא סיווג שונה של הכנסה אקטיבית. לדוגמה, כאשר מדינה אחת רואה בנישום קבלן עצמאי ואילו המדינה השנייה מתייחסת אליו כאל עובד שכיר<sup>203</sup>. מקרה אחר קשור לחזקות שונות שקבועות בדין הפנימי ביחס להכנסות רעיוניות מסוימות, וכיוצא באלו הסדרים<sup>204</sup>.

כפי שניתן להיווכח, תמורה כזו עשויה להיות מורכבת, בתמהילים ובצירופים שונים, משלושה אלמנטים: 1. החזר השקעה; 2. רווח הון; 3. ריבית. לפיכך, זרם תשלומים - הבא כתמורה בעד מכירת נכס הון - איננו בבחינת הכנסה פירונית אלא בבחינת הכנסה הונית, המורכבת אומנם גם מאלמנט פירוני (ריבית). השוה גם יוסף מ. אדרעי, "על ניכוי הוצאות הון, היוון הוצאות שוטפות, ושימוש נאות בשיטות דיווח", הפרקליט לט (תשמ"ט-תשנ"א) 140, 152, הערה 61; באשר לדין הפנימי הגרמני והאוסטרי, ראו: Vogel, 819. לנפקות של סוגייה זו באשר לאמנות המס, ראו את הדיון בכרך ד".

200 להיבטי המיסוי של רכישה עצמית של מניות בישראל, ראו גדעון קריב, "רכישת מניות על-ידי החברה המנפיקה כאירוע מס", מיסים ט/4 (תשס"א) א-72; יצחק סוארי, אלון רוה ודניאל פסרמן, רכישה עצמית של מניות לאור חוק החברות החדש (גלובס, 2001), חלק ה'. שטראוס ורוזמן, לעיל הערה 143, פרק שישי.

201 לסיווגה של הכנסת פירות ליותר ממקור אחד ולאיימוץ השיטה התיאורית, תחת האקסלוסיביות, לסיווגה של הכנסה בישראל, ראו עמ"ה (ת"א) 62/85 קרית יהודית נ' פשמ"ג, פד"א יד 24; פסק-דין זה קיבל את העמדה שהובעה במאמרם של יוסף מ. אדרעי ועמיהוד דותן, "מיסוי, דמי שכירות מראש במס הכנסה", מחקרי משפט ד (תשמ"ד) 79. לדעה אחרת, ראו אמנון רפאל ודוד אפרתי, דיני מס הכנסה (כרך ראשון, מהדורה שנייה, שוקן, 1984), 104. לביקורת, ראו גם שמואל בורנשטיין ואהרון נמדר, מיסוי שכירות (חושן למשפט, 1989), 97. ראו גם את הדיון בע"פ 1182/99 אליהו הורביץ, פרומדיקו בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, מיסים יד/5 ה-5 (להלן: עניין פרומדיקו), שעסק בסיווג עמלות המשתלמות בגין זכויות שיווק והפצה וראה בהן כהכנסה פסיבית מתמלוגים להבדיל מהכנסה אקטיבית מעסק. נציין, כי על פסק-הדין בעניין קרית יהודית הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שם הגיעו הצדדים לפשרה.

202 להרחבה, ראו כרך ה', שער ראשון. ראו גם את הדיון בפסק-הדין בעניין Boulez, שעסק בשאלת הסיווג של תשלומים המתקבלים בידי מנצח בגין הקלטת הופעות: (להלן: עניין Boulez) (1984) 83 TC 584 (Boulez v. Cr.I.R.).

203 להרחבה, ראו כרך ה', שער ראשון.

204 לגבי ריבית רעיונית, ראו ע"א 32/86 רימון ביטוח ופיננסים בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פ"ד מו(1) 573; פד"א כ(4) 103; מיסים 1/1 ה-39 (להלן: עניין רימון); באשר לשאלת היחס בין דיבידנדים לריבית במקרה של מתן הלוואה בתנאים מעודפים לבעלי מניות, ראו את הדברים הבאים שאמרה השופטת ט. שטרסברג-כהן בדנ"א 3962/93 ואח' מינץ וזילברשטיין נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, מיסים יא/1 ה-94 (להלן: עניין מינץ וזילברשטיין):

"עם זאת, ברצוני להעיר כי לעניין הדיבידנד, קיימת תמימות דעים בין המלומדים ומומחי המס כי הלוואה ללא ריבית הניתנת על-ידי חברה לבעלי שליטה בה בתור שכאלה היא למעשה דיבידנד ויש לראותה ככזה לצורך מיסוי..."

#### 4.4.6 מיסוי על-בסיס קבלה ('Remittance Basis')

מיסוי על-בסיס קבלה בלבד ('Remittance Basis') הוא מבנה מס הנוהג במדינות אשר מחייבות במס כל הכנסה שמופקת ממקור, אשר נשלחה או נתקבלה בתוכה, וזאת ללא קשר לשאלה, אם הנישום הנו תושב מקומי או זר.

כפי שמציין בצדק פרופ' גליקסברג, מיסוי על-בסיס קבלה זה אינו מושתת על-בסיס רעיוני-פוליטי המצדיק את הטלתו<sup>205</sup>. אירוע הקבלה הוא אירוע טכני בלבד וחסר כל משמעות מהותית הטומנת בחובה הצדקה למיסוי; בינו לבין ההיגיון הכלכלי אין ולא כלום. לפיכך, עצם הקבלה במדינה, לכשעצמה, אינה מהווה הצדקה להטלת מס באותה מדינה על ההכנסה שנתקבלה בה<sup>206</sup>.

עם זאת, שיטת מיסוי זו אומצה על-ידי מספר מדינות שלא מחייבות במס את תושביהן על-בסיס פרסונלי. כך הוא הדין למשל בסינגפור<sup>207</sup>, וכך הוא הדין גם באנגליה, לגבי תושב אנגלי שמקום הדומיטיל ('Domicile') שלו אינו נמצא באנגליה<sup>208</sup>. דין דומה לזה של סינגפור נהג גם בישראל עד לתקון 132 לפקודת מס הכנסה, במיוחד לגבי הכנסות פירותיות פסיביות, כדוגמת דיבידנדים, תמלוגים וריבית, הנצמחות מחוץ לישראל<sup>209</sup>.

מעבר לאי ההצדקה של שיטת המיסוי על-בסיס קבלה, מיסוי הכנסה שהופקה מחוץ למדינה, רק משום שנתקבלה בתחומה, עשוי להביא גם לכפל מס: ההכנסה תחויב במס הן במדינה שבה הופקה ההכנסה והן במדינה שבה נתקבלה. מובן שבמקרים שבהם מדינת המושב של הנישום אינה אחת ממדינות אלה - ההכנסה עשויה להתחייב במס גם על-ידי מדינה זו.

דוגמה להיווצרותו של כפל מס כתוצאה ממיסוי על-בסיס קבלה, במקביל למיסוי על-בסיס מקור, היא זו: תושב אנגלי, שמקום הדומיטיל שלו אינו נמצא באנגליה, מפיך רווח הון ממכירת מקרקעין בישראל. הנישום מעביר את הרווח לחשבון הבנק שלו באנגליה. בהיעדר אמנת מס, הרווח יהיה כפוף למיסוי בשתי המדינות: באנגליה - על-בסיס קבלתו שם, לפי

ובהקשר זה, ראו גם את דבריו של השופט דר' דן בין בעמ"ה 9/94 י. שרף צנרת בע"מ נ' פ"ש חיפה, מיסים יא/4-ה-84:

"מאידך ניראה לי כי מתן הלוואה בריבית זולה לבעלי מניות, כמוה כהענקת דיבידנד, אין לה כל קשר עם יצור ההכנסה אלא מדובר בתהליך המתרחש לאחר ייצור ההכנסה...". (שם, ה-96) להרחבה, ראו יוסף אדרעי, "מיסוי בעלי שליטה נותני שירותים ובעלי עסקים בגין ריבית רעיונית - ניתוב משפטי כלכלי", עיוני משפט יב(1) (תשמ"ז), 145; יצחק הדרי "הכנסה רעיונית, הוצאה רעיונית ודיבידנד", מיסים ח/5 (תשנ"ד) א-13; מנחם בלטמן "הלוואה מסובסדת כהפחתת הון", משפטים יט(1) 7.

<sup>205</sup> דוד גליקסברג, "זיקת הקבלה והתחולה הבינלאומית של מיסוי רווחי הון", מיסים ח/1 (תשנ"א) א-29.

<sup>206</sup> בהקשר זה יש להזכיר במאמר מוסגר, שהמיסוי מהווה הפקעה של הקניין הפרטי, ולפיכך יש להשתיתו על זיקה מוצדקת ומוצקה. ראו את דבריו של פרופ' גליקסברג, שם.

<sup>207</sup> ראו: W.C.T.G., 669.

<sup>208</sup> שם, 804.

<sup>209</sup> להרחבה, ראו כרך ג'. וראו גם את הדיון להלן, פסקה 15.6.3.5.

סעיף 12 לחוק מס רווח הון של אנגליה (Taxation of Chargeable Gains Act 1992)<sup>210</sup>, ובישראל - על-בסיס מקור, לפי סעיף 6 לחוק מיסוי מקרקעין.

#### 4.4.7 מוסד-קבע או בסיס קבוע המפיק הכנסה ממקור חוץ

מצב נוסף להיווצרותו של כפל מס הוא, כאמור, מקום שבו מיזם, או נותן שירותים, תושב מדינה אחת, מנהל את עסקיו באמצעות 'מוסד-קבע', או נותן שירותים באמצעות 'בסיס קבוע', הנמצא במדינה השנייה. במצב כזה, אם 'מוסד-הקבע' או 'הבסיס הקבוע' מפיקים הכנסה ממקור הנמצא במדינה שלישית - יישום בסיס המקור בשתי המדינות האחרונות יביא לכפל מס.

לדוגמה, אם חברה תושבת ישראל מנהלת את עסקיה באמצעות 'מוסד-קבע' באיטליה, ואותו 'מוסד-קבע' מקבל תמלוגים ממקור גיאוגרפי הנמצא בצרפת, התמלוגים יהיו נתונים למיסוי בשתי המדינות על-פי בסיס המקור, וזאת על-אף קיומן של אמנות מס המבוססות על מודל ה-OECD<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> סעיף 12 לחוק האמור קובע כדלקמן:

- "(1) In the case of individuals resident or ordinarily resident but not domiciled in the United Kingdom, capital gains tax shall not be charged in respect of gains accruing to them from the disposal of assets situated outside the United Kingdom (that is, chargeable gains accruing in the year 1965-66 or a later year of assessment) except that the tax shall be charged on the amounts (if any) received in the United Kingdom in respect of those chargeable gains, any such amounts being treated as gains accruing when they are received in the United Kingdom.
- (2) For the purposes of this section there shall be treated as received in the United Kingdom in respect of any gain all amounts paid, used or enjoyed in or in any manner or form transmitted or brought to the United Kingdom, and subsections (6) to (9) of section 65 of the Taxes Act (under which income applied outside the United Kingdom in payment of debts is, in certain cases, treated as received in the United Kingdom) shall apply as they would apply for the purposes of subsection (5) of that section if the gain were income arising from possessions out of the United Kingdom."

<sup>211</sup> להרחבה בעניין זה, ראו את דברי ההסבר של סעיף 23 למודל ה-OECD, C(23)-1; דו"ח ה-OECD בנושא מצבים משולשים: OECD Triangular Cases Report; יהושע שרמן, "זיכוי בשל מס זר בעסקאות בינלאומיות משולשות", מיסים יב/2 (תשנ"ח) א-138. וראו את הדיון להלן, פסקה 5.2.5.1.

## 4.5 שאלת כפל המס והשלכותיה על אמנות המס

למרות שאחד היעדים החשובים של אמנות המס הוא למנוע כפל מס<sup>212</sup>, היווצרותו בפועל אינה תנאי לתחולתן. כללי המיסוי באמנות חלים, ככלל, בין אם נוצר בפועל כפל מס ובין אם לאו<sup>213</sup>.

לדוגמה, אם תושב הונגריה מפיק רווח הון ממכירת מניות בחברה רגילה שהינה תושבת ישראל, להונגריה תינתן זכות מיסוי בלעדית<sup>214</sup>; ישראל לא תהא רשאית להטיל את מיסיה, אף אם הרווח לא חויב במס על-פי הדין הפנימי של הונגריה. רוצה לומר, הרווח יהיה פטור ממס בישראל גם אם בפועל לא נוצר מרכיב של כפל מס. מכיוון שכך, השאלה, האם הסיטואציה שמתעוררת במקרה הקונקרטי עונה למשמעות המושג כפל מס משפטי או כלכלי, או אם נוצר בכלל כפל מס כלשהו, לא תהיה רלוונטית, בדרך כלל, לעניין עצם יישום כללי המיסוי באמנות. יישומם של כללים אלה יהיה תלוי בעיקר בפרשנות שתניתן למונחיהם ולא בשאלה, אם נוצר כפל מס אם לאו<sup>215</sup>.

נציין, עם זאת, כי לכלל זה יש שני חריגים: האחד הוא סעיף המתנה את ההקלה במדינת המקור בכך שההכנסה תהא כפופה למס במדינת המושב; השני הוא סעיף שמתנה את ההקלה מכוח האמנה בכך שההכנסה תתקבל או תישלח למדינת המושב, כאשר זיקה זו של קבלה משמשת כבסיס למיסוי במדינה זו. על מהותם של חריגים אלה וביטויים באמנות המס של ישראל נעמוד בהמשך<sup>216</sup>.

## 4.6 ההשלכות השליליות של כפל המס

### 4.6.1 רקע

במחקרו, שהתפרסם בשנת 1932, אודות התפתחות ההדדיות הבינלאומית למניעת כפל מס, מזכיר Herndon דיון בין שני חברים מועדת המומחים לבחינת כפל המס של חבר הלאומים (The League of Nations Committee of Technical Experts on Double Taxation), דוקטור Sinninghe Damste מהולנד ודוקטור Mitchell B. Carroll מארצות-

<sup>212</sup> ראו בין השאר את דברי ההקדמה למודל ה-OECD, I-1, פסקאות 1-3.

<sup>213</sup> דוק: הכוונה היא רק לשאלת מיסוי ההכנסה במדינת המושב ולעצם כללי המיסוי האופרטיביים באמנות. לשאלה, האם ההכנסה חויבה במס במדינת המקור, עשויה להיות חשיבות לגבי שיטת הזיכוי באמנות.

להרחבה בעניין זה, ראו את הדיון להלן, פסקאות 5.2.4 ו-16.8.2.

<sup>214</sup> ראו את סעיף 413(4) לאמנה בין ישראל להונגריה משנת 1991.

<sup>215</sup> השו"ג: Vogel, 10.

<sup>216</sup> ראו את הדיון להלן, פסקאות 15.5 ו-15.6.

הברית<sup>217</sup>. הדיון נגע לשאלה, מי היתה המדינה הראשונה - ארצות-הברית או הולנד - שקבעה בחוקי המס שלה הקלה כלשהי המותנית בהדדיות מצד המדינה האחרת. הסתבר שהולנד חוקקה ב-21 במאי 1819 חוק המעניק פטור מ'מס פטנט' ('Patent Tax') לספינות זרות, אם המדינה שתחת דיגלה הפליגה הספינה, העניקה פטור דומה ממס לספינות הולנדיות. יש כמובן לזכור, שבאותה תקופה הולנד היתה עדיין המדינה בעלת צי הספינות הגדול ביותר בעולם, והיה לה אינטרס משמעותי בפטורים הדדיים אלו. בכל אופן, גישה מובנית יותר בנוגע להימנעות מכפל מס וחקירת השפעותיו מנקודת מבט כלכלית, לא ננקטה עד תחילת המאה ה-20.

## 4.6.2 השלכות כלכליות: מסחר בינלאומי והשקעה זרה

עוד לפני שכפל מס בינלאומי הפך לבעיה ממשית, מומחי מס וכלכלנים הכירו בהשלכות השליליות שעלולות להיות לו על מסחר בטובין ובשירותים ועל זרימת ההון והעבודה<sup>218</sup>. גם הלשכה הבינלאומית למסחר ('The International Chamber of Commerce') וגם חבר הלאומים הקדישו מחשבה רבה לבעיה של כפל המס, כמעט ממועד הקמתם ב-1920<sup>219</sup>. בשני הארגונים הוקמו ועדות בכדי לעמוד על ההשלכות של כפל המס. הלשכה הבינלאומית למסחר ('The International Chamber of Commerce') אימצה ב-1924 מספר החלטות, מתוך הכרה בכך שכפל מס פוגע בהתפתחות המסחר הבינלאומי.

להלן תרגום של המבוא להחלטות אלו:

"בהליכים לבדיקת האמצעים הנחוצים והרצויים על מנת לנטרל את התוצאות המצערות של המיסוי הכפול, הוועדה מציגה את דעתה, לפיה, במצב הנוכחי ישנה בארצות שונות חקיקה בתחום כספי הציבור אשר מנצלת את המיסוי על המסחר והתעשייה הבינלאומיים (אשר גבוהים מספיק בפני עצמם) ויוצרת נטל כה כבד אשר משתק את התפתחות המסחר הבינלאומי, וכתוצאה מכך מאיימת לסכן את המשך שגשוגן של האומות."

הוועדה הפיסקלית ('The Financial Committee'), שהוקמה על-ידי חבר הלאומים ב-1922 ביקשה מארבעת הפרופסורים: Bruins (הולנד), Einaudi (איטליה), Seligman (ארצות-הברית)

ו-Stamp (אנגליה) להכין דו"ח, שידון בהיבטים התיאורטיים של כפל המס. החלק הראשון בניתוח של הוועדה - השלכות כלכליות של כפל מס בינלאומי - יצר הפרדה בין ההשפעות

<sup>217</sup> ראו: Herndon, לעיל הערה 24, פסקה 2.3, 10.

<sup>218</sup> הרבה לפני הצגת שיטת מס ההכנסה המודרנית בארצות-הברית ב-1913, ניתחו מלומדים גרמניים את ההשלכות השליליות של כפל המס על ההשקעה הזרה והתפתחות כלכלית. ראו: Gerog Von Schanz, "Zur Frage der Steuerpflicht", 9 *Finanz Archiv* (1892), 365.

<sup>219</sup> ראו במקור: Vogel, Shannon, Doernberg & Van Raad, Part I, p. 16. השו: Weeghel, 15.

של המיסים שמוטלים לפני שמבוצעת השקעה במדינה הזרה ובין ההשפעות של המיסים שמוטלים לאחר מכן. אם המס מוטל לפני שמבוצעת ההשקעה, כי אז לא יהיה כפל מס: התשואה על ההשקעה תחושב באופן גולמי, כלומר - לפי הכנסה ברוטו ולמשקיע תינתן אותה התמורה, כאילו שכלל לא היה מוטל מס. במצב כזה, המס יהווה אומנם מחסום (*'Bar'*) להשקעות זרות, אך בהחלט לא נטל, לפחות לא למשקיע. רק במידה שהמס יוטל לאחר שבוצעה ההשקעה - יהיה כפל מס, מכיוון שלמשקיע לא תהיה אפשרות להימנע מתשלום המס<sup>220</sup>. עם זאת, בשני המקרים המס ירתיע משקיעים מלהשקיע את כספם במדינה שבה מוטל המס, ובכך יכשיל את זרימת ההון לאותה מדינה<sup>221</sup>.

בפסקה הראשונה של ההקדמה למודל ה-OECD נכתב, כי ההשלכות השליליות של כפל מס משפטי בינלאומי על המסחר בטובין ובשירותים ועל תנועות של הון, טכנולוגיה ואנשים, הן כל כך מוכרות עד שאין זה נחוץ לפרט את החשיבות שבהסרת המכשולים שכפל המס מציב בפני התפתחות היחסים הכלכליים בין מדינות.

ובלשונם של מנסחי דברי המבוא<sup>222</sup>:

"[The International juridical double taxation] harmful effects on the exchange of goods and services and movements of capital, technology and persons are so well known that it is scarcely necessary to stress the importance of removing the obstacles that double taxation presents to the development of economic relations between countries."

ברם, מחברים מסוימים העלו ספקות בנוגע לשאלה, האם ניתן כיום למדוד ולהעריך את השפעת המיסוי על התנהגות משקיעים. ברמה המאקרו-כלכלית, ספקות אלה יכולים להיות מוצדקים, אבל ברמה המיקרו-כלכלית לא קיים ולו הספק הקטן ביותר, שמיסוי הוא גורם חשוב בהחלטות על השקעות. ניתן לומר באופן כללי, כי כפל מס בינלאומי מגדיל את עלות

<sup>220</sup> הניתוח של הוועדה עשוי היה להיות שונה אילו התבצע כיום. ברוב, אם לא בכל, עסקאות המימון הבינלאומיות המתבצעות כיום, יתעקש המלווה על הכנסת סעיף בהסכם ההלוואה, לפיו הריבית תחושב גולמית עד לשיעור ההכרחי לשם נתינת הסכום עליו הוסכם, וזאת כדי להיערך למצב שבו מדינת המקור תטיל מס על ריבית בשיעור גבוה יותר מזה שהיה ביום ההלוואה. במקרה שתרחיש כזה יתממש, ההסכם יקנה, לעיתים קרובות, ללווה זכות להחזיר את מלוא קרן ההלוואה. כפל מס, לפיכך, לא יתקיים גם אם המס יושט על הלווה. שיעור הריבית יושפע מהאלטרנטיבות העומדות בפני הלווה למימון בשער ריבית טוב יותר.

<sup>221</sup> ראו דו"ח ארבעת המומחים, 9: "אנו מאמינים שלאבחנה שנקבעה בין 'נטלי' (*'Burden'*) לבין 'מחסום' (*'Barrier'*) יש השלכה משמעותית על כל אמצעי פרקטי שיקום. זה דבר אחד להגיד שאף משקיע לא ייענש או 'יוכשלי' לאחר שכבר השקיע, וזה דבר אחד לגמרי להגיד שלא יהיה מס על הון מושקע, לא משנה היכן יהיה רצוי. ייתכן שהמסקנות הפרקטיות שיגיעו אליהן (או תקנות שיוצעו) לשני המקרים יתבררו להיות זהות, אבל זה לא בהכרח כך, ולא צריך להניח כך מלכתחילה."

<sup>222</sup> דברי ההקדמה למודל ה-OECD, פסקה 1, I-1.

ההשקעה הזרה בהשוואה להשקעה מקומית, ובהנחה שצמיחה כלכלית תלויה במסחר בינלאומי - הוא מעכב צמיחה<sup>223</sup>.

דבר זה נכון במיוחד במקרים שבהם ההכנסה הנובעת ממקור זר נתונה לניכוי מס במקור<sup>224</sup>. מיסים שנגבים בדרך של ניכוי במקור מוטלים על הכנסה גולמית (ברוטו) ולכן מטבעם הם עשויים להיחשב כמעין אקט של החרמה או עיקול. טלו, לדוגמה, את המקרה של בנק מקומי שמלווה כספים ללווה זר, תושב מדינה אשר מטילה מס בדרך של ניכוי במקור בשיעור של 25% על ריבית. לבנקים יש, בדרך כלל, יחס גבוה של חוב להון, ולכן מרווח קטן שמושווה לריבית הגולמית. ניכוי מס במקור בשיעור של 25% יהיה, ברוב המקרים, גבוה מההכנסה נטו שתתקבל ביחס להלוואה<sup>225</sup>. כמובן שהבנק לא יעניק הלוואה אלא אם הוא מסוגל לגלגל את המס אל הלווה, מה שהופך את הבנק לפחות תחרותי מאשר בנק שנמצא במדינת מושבו של הלווה. מובן, לפיכך, שמיסוי שאינו ניטרלי ואחיד פוגע בזרימת ההון בין שתי המדינות. באופן דומה, העברת טכנולוגיה יכולה להינזק על-ידי הטלת מס זר על תמלוגים.

בנוגע לתנועתם החופשית של אנשים, מיסים שמוטלים בו-זמנית על-בסיס תושבות ועל-בסיס מקור יכולים להביא לאותה תוצאה של החרמה או עיקול של ההכנסה, במיוחד אם מעורבות בעניין מדינות בהן מוטלים מיסים בשיעורים גבוהים<sup>226</sup>.

מובן, כי בעולם בו מדינות לא תהיינה תלויות כל אחת במידת הפיתוח הכלכלי של האחרת, ושבן הן תהיינה מכוונות בתוך עצמן כאילו הן במשק סגור (אין "חוץ לארץ"), ההימנעות מההשפעות המתוארות של כפל מס לא תהיה מעניינת במיוחד<sup>227</sup>. אולם, הדעה השכיחה בקרב מדינות מפותחות היא, שקיומו של מסחר בינלאומי ופיתוח כלכלה עולמית הנם יעד שיש לשאוף אליו ויש שרואים בו בסיס לשלום תמידי בעולם<sup>228</sup>. אין ספק אפוא, שלאור דעה זו, ההימנעות מכפל מס היא בעלת חשיבות מרובה, ואין להתייחס אליה בקלות ראש.

### 4.6.3 השלכות ערכיות: צדק, יושר והגינות

<sup>223</sup> ראו אצל: Vogel, 10:

Dorn, "Das Recht der internationalen Doppelbesteuerung", *Vierteljahresschrift für Steuer und Finanzrecht* (1927) 189, p. 196.

ראו במקור אצל: Weegel, 16-17. וראו גם את מדריך האו"ם: UN Manual, 12. גם תקדימים בפסיקה הכירו ב"כשלים במסחר הבינלאומי הנובעים מכפל המס של העסקאות הבינלאומיות". ראו למשל:

(להלן: עניין Johansson) *Johansson v. United States*, 336 F.2d Vol. V 809 (1964), p. 813.

<sup>224</sup> לגבי חובת ניכוי במקור בהקשר של מיסוי בינלאומי בדין הפנימי בישראל, ראו כרך ג'.

<sup>225</sup> ראו לדוגמה:

I.J.J Burgers, *Taxation and Supervision of Branches of International Banks (BIFD)*, Amsterdam 1991), p. 241.

<sup>226</sup> ראו: Weeghel, 17.

<sup>227</sup> מדינות כאלה לא תיקחנה חלק בהתפתחות של העולם בכללותו מבחינה סוציו-אקונומית.

<sup>228</sup> ראו: Pires, לעיל הערה 124, 76.

ההשלכות השליליות של כפל מס בינלאומי אינן אך ורק כלכליות. כפל מס כולל בתוכו גם היבטים של צדק, יושר והגינות ('Equity'). קיימת הסכמה בחברה המודרנית, שיש להטיל מס לפי יכולתו הכלכלית של הנישום; הכנסת נישום פלוני נבחרה כבסיס למיסוי, בעיקר מכיוון שהיא מהווה את המדד הטוב ביותר של היכולת לשלם<sup>229</sup>. היותו של נישום בקשר עם מדינה אחרת, או שהוא מפיך הכנסתו ממדינה אחרת, אינה סיבה למיסוי גדול יותר. אין זה הוגן ששני נישומים הנמצאים באותה מדינה ובעלי הכנסה זהה, יהיו כפופים לשיעור מס שונה רק בגלל שלאחד מהם זיקה למדינה אחרת.

## 4.7 עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי

### 4.7.1 האם קיים איסור מיסוי על-בסיס מושב במדינת המקור

במדינות מקור שונות ניסו נישומים לטעון לאיסור מיסוי מדינת המושב על הכנסה שמקורה במדינת המקור, מכוח עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי. לפי הפסיקה, באותם מקרים לא נמצא במשפט הבינלאומי המנהגי מקור האוסר כיום למסות עסקאות (במדינת המקור) על-ידי מדינת המושב. בדיונים הנ"ל נמצא, כי מיסוי תושב במדינת המקור או מיסוי דרך זיקה אישית של אזרחות, אינו נוגד את עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי; עיקרון מיסוי כזה עומד צד בצד עם מיסוי מכוח זיקה גיאוגרפית של מקור ההכנסה למדינה פלונית ומיקום הון במדינה האלמונית<sup>230</sup>. עיקרון המיסוי המבוסס על מקור ההכנסה איננו סותר מיסוי המבוסס על זיקה פרסונלית; שניהם בסיסי מיסוי לגיטימיים. המשפט הבינלאומי מתיר למדינת המושב להטיל מס על תושביה בגין הכנסות בחו"ל גם עת הם שוהים במדינות זרות. 'עיקרון הטריטוריה' איננו עיקרון על המונע מיסוי מכוח זיקות אחרות ולא נקלטה כל מגבלה כזו במשפט הבינלאומי פומבי או במשפט הבינלאומי פרטי מנהגי<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> ראו :

R. Musgrave & P. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice* (4<sup>th</sup> ed., 1984) 233;  
W. Blum & H. Kalven, *The Uneasy Case for Progressive Taxation* (1963) xvii;  
Pechman, "Erosion of the Individual Income Tax", *10 Nat. Tax J.* (1957) 1.

<sup>230</sup> ראו : Martha, לעיל הערה 16, פסקה 2.2, 88. כן ראו :

American Law Institute Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, adopted on may 14, 1986 (1987) (**Restatement of The Foreign Law of the United States** : להלן), Section 411ff.

לביטוייה של גישה זו בפסיקה בגרמניה, ראו את הפסיקה המוזכרת אצל : Vogel, 11 :

BFH BStBl. III (1994) 253, p. 256;

BFH BStBl. III (1965)134, p. 135;

BFH 95 BFHE (1969) 345, p. 348.

<sup>231</sup> ראו אצל : Vogel, 11, המפנה בנושא זה לספרו, לעיל הערה 27, 101.

קיימת גישה, לפיה מיסוי בארץ המקור, או כנינוי: 'שיטה טריטוריאלית מלאה', הוא עיקרון יחידי שהוכר על-ידי המשפט הבינלאומי מנהגי. גישה זו הוצגה על-ידי מחברים ומוסדות מאמריקה הלטינית<sup>232</sup>, אך היא אינה מקובלת בעולם. מתוך הכרה במציאות זו, ארצות אמריקה הלטינית החלו לסגת מתמיכה בלעדית במיסוי במדינת המקור, וחלקן אימצו שיטת מיסוי פרסונלית כלל-עולמית<sup>233</sup>. נראה, כי החקיקה במדינות מצדדת פחות ופחות במיסוי טריטוריאלי בלבד<sup>234</sup>.

קריטריון ה'טריטוריאליות' אינו ברור בפני עצמו, ונתון לפרשנות מגוונת במדינות אמריקה הלטינית<sup>235</sup>; השאלה, היכן נצמחה או הופקה ההכנסה, עוררה תהיות רבות והצריכה הבהרה שיפוטית<sup>236</sup>. עם זאת, ניתן לשמר את ההשלכות החיוביות של העמדה שרווחה בעבר באמריקה הלטינית גם לנוכח התפתחויות אלה.

על-פי המשפט הבינלאומי ניתן לקבוע, לדוגמה, כי מעבידים זרים המעסיקים עובדים במיזמים מקומיים חייבים לנכות מס במקור בגין הכנסת עובדיהם<sup>237</sup>.

## 4.7.2 המשפט הבינלאומי מנהגי אינו אוסר על כפל מס

המשפט הבינלאומי מנהגי אינו אוסר על כפל מס<sup>238</sup>. כפל מס הנובע מאינטראקציה שבין דיני המס הפנימיים של שתי מדינות או יותר, לא יסתור את המשפט הבינלאומי, כל אימת שהדין הפנימי של כל מדינה עולה בקנה אחד עם הנורמות של המשפט הבינלאומי.

<sup>232</sup> ראו, לדוגמה, את האסמכתאות שם:

A. Palamarchuk, *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo* (1959) 949, p. 987;

R. Valdes Costa, *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano* (1982), 283;

ראו גם את הדיון להלן בעניין 'אמנת האנדיין' ('*Andean Treaty*'), פסקה 7.4.

<sup>233</sup> ראו: Xavier, לעיל הערה 124, 3; וכן:

R. Valdes Costa, 34 *BIFD* (1980) 360;

P. Massone, 42 *BIFD* (1988) 147.

גם בארגנטינה שונתה בתחילת שנות ה-90 השיטה הטריטוריאלית המלאה והוחלפה במיסוי פרסונלי כלל-עולמי.

<sup>234</sup> ראו:

E. Gnazzo, & E. Piedrabuena, 34 *BIFD* (1980) 361.

השוו גם עם הדיון לעיל, פסקאות 2.5 ו-3.4.

<sup>235</sup> ראו אצל: Vogel, 11:

M. Engelschalk, "Was bedeutet Territorialität im konkerten Fall?" In, *Steuern auf ausländische Einkünfte* (M. Engelschalk, H. Flick & al. - eds., Munchener Schriften zum Internationalen Steuerrecht, 1985) 74ff.

<sup>236</sup> לפסיקה בנוגע להונג-קונג, למשל, ראו:

*C.I.R. v. Hang Seng Bank Ltd.*, S.T.C. 733 (1990), PC;

*C.I.R. v. HK-TVB International Ltd.*, S.T.C. 723 (1992).

<sup>237</sup> ראו, לדוגמה, את האסמכתה אצל: Vogel, 12:

FG BW 42 EFG (1994) 891.

אם הוראות המס הרלוונטיות של המדינות המעורבות לא תחולנה, רק משום שהאינטראקציה ביניהן יוצרת כפל מס, עשויים להיווצר חורים ופרצות מס רבות בחקיקה, מצב שייתכן שהיה אף פחות מקובל מאשר היווצרותו של כפל מס בינלאומי. כתוצאה מכך, המשפט הבינלאומי יכול למזער את היווצרות כפל המס רק באמצעות הוראות הקובעות מי מבין המדינות המעורבות תהיה חייבת להימנע מלהטיל את מיסיה (כללי חלוקה של זכויות מיסוי). אלא מאי? המשפט הבינלאומי מנהגי אינו מכיל כיום הוראות כאלה. ברוב המקרים, כפי שיפורט בהמשך, רק אמנות דו-צדדיות למניעת כפל מס יכולות למלא תפקיד זה<sup>239</sup>.

המשפט הבינלאומי כיום אף אינו אוסר על קיומם של חוקי מס הגורמים לתוצאות בלתי רצויות מבחינה כלכלית למדינה אחרת, כמו לדוגמה, מצב שבו הטבות מס שניתנות על-ידי מדינה אחרת מסוכלות ונהפכות לבלתי אפקטיביות על-ידי מיסוי גבוה במדינת המושב. מצב זה אינו רצוי ואינו מספק. המשך פיתוחו של המשפט הבינלאומי יהיה רצוי על-מנת להימנע מתוצאות אלו.

ניתן, כמובן, לפתור את הבעייתיות שהוצגה בדוגמה האחרונה באמצעות קביעת הוראות 'חסך מס' (*Tax Sparing*) באמנות המס בין המדינות המתקשרות<sup>240</sup>. חלק מאמנות המס של ישראל אכן כוללות הוראות כאמור, ועוד נעמוד על כך בהמשך<sup>241</sup>.

## 4.7.3 איסור ביצוע פעולות ריבוניות בטריטוריה זרה

המשפט הבינלאומי אוסר על ביצוע פעולות ריבוניות של מדינה בטריטוריה זרה. איסור זה נובע מ'עיקרון הטריטוריה הרשמית' (*The Principle of Formal Territoriality*) - עיקרון החל במיוחד לגבי ביצוע פעולות שנועדו לאכוף את הוראות הדין הפנימי בחו"ל. עיקרון זה חל גם לגבי הליכי המצאה או הודעה - בין אם רשמיים ובין אם לאו - לגבי פעולה מנהלית של רשות, כדוגמת הוצאת שומת מס<sup>242</sup>. ביקורות מס או חקירות דומות בטריטוריה זרה,

<sup>238</sup> ראו גם שם:

BFH BStBl. II (1975) 497, p. 598.

<sup>239</sup> ראו את הדיון להלן, פסקה 5.3.3.

<sup>240</sup> לפירוט, ראו את הדיון להלן, פסקה 14.8.5; וראו גם בהקשר זה את דו"ח ה-OECD בנושא חסך מס: OECD Tax Sparing Report.

<sup>241</sup> ראו את הדיון להלן, פסקה 19.4.5.

<sup>242</sup> ראו, לדוגמה, את האסמכתאות אצל: Vogel, 12. בנושא משלוח באמצעות דואר רגיל, ראו:

BFH BStBl. III (1959) 181, p. 182.

בנושא משלוח באמצעות דואר רשום, ראו:

RFH 17 RFHE (1925) 159, p. 161.

לדעה הפוכה, ראו שם:

*JW* (1932) 2339, "Preußisches Oberverwaltungsgericht".

וראו שם באופן כללי:

D. Siegrist, *Hoheistakte auf fremden Staatsgebiet* (1987).

ללא הסכמת המדינה האחרת, נחשבות כבעייתיות במיוחד וכניתנות לתקיפה משפטית על-ידי הנישום<sup>243</sup>. שלטונות המס של שווייץ, למשל, אף הוציאו לפני מספר שנים צו מעצר כנגד חוקר הונאות מס גרמני אשר ערך חקירות מסוימות על אדמת שווייץ בלא שקיבל אישור מהשלטונות השווייצריים<sup>244</sup>.

עם זאת, מקובל ככלל לדרוש מהנישום לשתף פעולה (למסור מידע, להמציא מסמכים וכו') ולדווח על ביצוע עסקאות בינלאומיות החייבות במס, אם הפעולה אמורה להתבצע בתחום המדינה שדורשת את שיתוף הפעולה. אולם, במקום שבו החוק של המדינה הזרה אוסר על הצגת המידע או המסמכים הדרושים, הלגיטימיות של דרישת מדינה לסוג זה של שיתוף פעולה תוטל בספק על-פי המשפט הבינלאומי.

אם יש צורך בביצוע פעולות ריבוניות בחו"ל, אזי רשויות המס של אותה מדינה מוכרחים לפנות לשלטונות של המדינה האחרת כדי שיסייעו בידן. סיוע זה מותנה בסמכות שמוענקת לרשויות בדין הפנימי של אותה מדינה אחרת. בניגוד לכללי ברירת הדין בחוקים ונושאים אחרים, בהם תוכר זכות שנדרשה תחת דין זר, מקובל לומר, כי במישור הפיסקלי אין מדינה אחת מסייעת לאחרת לאכיפת דינה<sup>245</sup>. כלל זה איננו נקי מביקורת ומספקות, אך הוא המקובל עד היום. לפיכך, בתי המשפט יימנעו ממתן סעד לתובע שהנו נציג רשות מס זרה, אשר מיועד לשרת לאכיפת חוקי מס זרים בישראל, וההיפך. כללים אלו תקפים גם לגבי הוצאה לפועל של פסקי-דין<sup>246</sup>.

מדינה מחויבת לספק סיוע מנהלי או שיפוטי רק אם התחייבה לעשות כן בהסכם. ביטוי להתחייבות זו כמעט ולא ניתן למצוא באמנות מס שישראל צד להן. רוב האמנות של ישראל מאמצות את סעיף 26 למודל ה-OECD.

סעיף זה דן בחילופי מידע וקובע במפורש, שאין לפרש את הוראותיו כמטילות חובה על מדינה מתקשרת<sup>247</sup>:

- "(א) לנקוט אמצעים מנהליים המנוגדים לדינים או לנוהל המנהלי של אותה מדינה מתקשרת או של האחרת;
- (ב) לספק ידיעות אשר אין לקבלן לפי הדינים או במהלך הדברים הרגיל של המנהל באותה מדינה מתקשרת או באחרת;

<sup>243</sup> ראו אצל: Vogel, 11:

R. Weber-Fas, Grundzüge des allgemeinen Steuerrechts der Bundesrepublik Deutschland (1971) 61, p. 63;

R. von Siebenthal, 34 *StRev.* (1979) 382, p. 443, 461.

בנוסף ראו אצל: Vogel, לעיל הערה 231, 347.

<sup>244</sup> שם, 12.

<sup>245</sup> ראו אלתר, "משפט בי"ל פרטי ודיני מיסים", לעיל הערה 42, פסקה 2.4.2.

<sup>246</sup> גם פרופ' א. לבונטין, בהצעת חוק ברירת הדין (שאיננו משקף את היקף החוק) (עמ' 119), מציין את ההלכה הנ"ל ביחס לאכיפת פסקים פיסקליים, תוך בעייתיות הגדרת המושג מס. ראו את המקור, המוזכר שם.

<sup>247</sup> ראו, לדוגמה, את סעיף 227 (2) לאמנה בין ישראל להונגריה. השו"ג גם עם סעיף 226 (2) לאמנה בין ישראל לבלגיה משנת 1972.

(ג) לספק ידיעות העשויות לגלות סוד מסחרי, עסקי, תעשייתי או מקצועי, או תהליך מסחרי, או ידיעה, אשר גילויים נוגד את תקנת הציבור."

בשנת 2003 נוסף למודל לאמנות מס של ה-OECD הסדר כולל הן בסיוע בגביית מיסים תחת סעיף 27<sup>248</sup>. סעיף זה עשוי לחייב מדינה מתקשרת לגבות מיסים עבור המדינה המתקשרת האחרת, ועוד נעמוד עליו בהמשך<sup>249</sup>. סעיף זה אינו מצוי באמנות של ישראל. האמנות היחידות שמתייחסות לנושא זה הן האמנות עם דנמרק ונורבגיה. ואולם באמנות אלה קיימת רק הצהרת כוונות של המדינות לבוא לידי הסכם בנושא זה באמצעות חילופי איגרות, וככל הידוע לנו, הסכם כזה טרם נחתם עד היום<sup>250</sup>.

מכל מקום, התחייבויות אלו הן בבחינת חריג לכלל. לכן, בהיעדר התחייבות כאמור וקיומו של הסדר ספציפי המקנה סמכות כאמור בדין הפנימי של המדינה שבה מדובר, אין המדינות חייבות לסייע זו לזו בגביית מיסים<sup>251</sup>.

## 4.8 הגישות האפשריות לחלוקת זכויות המס במישור הבינלאומי: היבטים כלכליים, מיסויים ומשפטיים

### 4.8.1 היבטים פיסקליים: לאומיים ובינלאומיים

אלו קריטריונים יש לאמץ לשם חלוקת זכויות המיסוי על הכנסה והון בין שתי מדינות? התשובה חשובה הן לצורך הבחירה הבסיסית בין זיקות 'המושב' ו'המקור', והן לשם קביעת הסדרים סטטוטוריים ופרטניים אחרים.

דוגמה קונקרטית לכך מוצא Vogel ביחס לחברות-אם ולחברות-בנות. בעיקרון, מקובל בעולם, כי חברות-אם אינן חייבות במס בגין רווחי חברות-בנות, טרם שרווחים חולקו

<sup>248</sup> סעיף 27 למודל ה-OECD, כפי שתוקן בינואר 2003.

<sup>249</sup> ראו את הדין להלן, פסקה 16.9.1.4.

<sup>250</sup> וכך קובע, לדוגמה, סעיף 28 לאמנה עם דנמרק:

"סעיף 28: עזרה בגביית מיסים

בדבר השאלה אם על המדינות המתקשרות לקבל על עצמן לעזור זו לזו ולתמוך זו בזו בגביית מיסים המהווים את הנושא לאמנה זו, ואם כן - באיזו מידה יוכלו המדינות המתקשרות לבוא לידי הסכם באמצעות חילופי איגרות בעתיד, אשר ייעשו, כשהדבר יהיה מעשי, בדרך הדיפלומטית".

סעיף דומה לזה מצוי גם בסעיף 28 לאמנה עם נורבגיה.

<sup>251</sup> ראו, לדוגמה, גם את פסק-הדין בעניין Burbank:

*United States v. A. L. Burbank & Co. Ltd.* 525 F.2d 9 (2d Cir), 426 U.S. 934; Burbank [1974] U.S. Dist. LEXIS 7337, 74-2 U.S. Tax Cases, (CCH) P9779, 34 A.F.T.R. 2d (RIA) 5762

(להלן: עניין Burbank).

כדיבדנד<sup>252</sup>. Vogel מציין כי הקביעה, אם עיתוי מיסוי זה יכונה דחיית מס, תלויה בשיטה התיאורטית המסוימת: עיתוי זה ייחשב לדחיית מס רק כאשר מניחים שמיסוי על-בסיס תושבות הכולל את רווחי חברות-הבת הוא הפתרון הטוב ביותר<sup>253</sup>. באותו אופן, הוספת רווחים של חברה-בת זרה לרווחים של החברה-האם, שהינה תושבת אותה מדינה<sup>254</sup>, מתבססת על מדיניות המעדיפה את המיסוי הפרסונלי על-בסיס כלל-עולמי<sup>255</sup>.

השאלה הבסיסית שהוצגה לעיל - בדבר הדרך הראויה לחלוקת זכויות המיסוי בין המדינות השונות - העסיקה לכלנים, עורכי-דין ומלומדים שונים. כך, Richard Musgrave ציין בצדק, כי כאשר דנים בשאלות כאלו חייבים לעשות הבחנה בין יעילות כלכלית לבין שאלות ערכיות של יושר וצדק ('Equity'). Peggy Musgrave הוסיפה הבחנה נוספת, הבחנה בין היבטים של צדק ויושר אינדיבידואלי בהקשר של הנישום עצמו ובין צדק ויושר בהקשר הבין-מדינתי<sup>256</sup>. Stanfors Ross הטעים, כי שני ההיבטים - הן הפנימיים והן הבינלאומיים - יכולים להתקיים זה לצד זה<sup>257</sup>.

גם יישום קריטריונים אלו של צדק, יושר והגיונות, תלוי בסופו של דבר בשיקולי מדיניות, אך עצם העלאתם של שיקולים אלו לדיון בכל מדינה לפי כל אחת ממערכות המס, ביסוד קבלת החלטות מיסוי, היא ההופכת שיטת מיסוי פלונית לנאורה.

## 4.8.2 יעילות כלכלית

לכלנים מייחסים את המונח 'יעילות' להקצאה אופטימלית של גורמי ייצור, במיוחד של הון. ההקצאה תיחשב לאופטימלית אם השימוש שנעשה בגורמי הייצור יביא לייצור הטוב ביותר - במובן של 'יעילות פארטו' ('Pareto Optimum')<sup>258</sup>. הגישה הרווחת היא, שההקצאה היעילה ביותר מושגת על-ידי מיסוי כלל-עולמי במדינת המושב ומתן זיכוי על המס שמוטל על-ידי מדינת המקור. לדעת לכלנים, שיטה זו מבטיחה 'ניטרליות מס ביצוא הון' ('Capital Export Neutrality'), ניטרליות שמטרתה העיקרית היא למנוע משיקולי

<sup>252</sup> Vogel, 14.

<sup>253</sup> שם.

<sup>254</sup> ראו, למשל, את הדין בארצות-הברית: IRC ל-Sub-Part F; את הדין בגרמניה: סעיף 7 ואילך ל-AstG; ובישראל, את סעיף 75 לפקודה, שידון בברוך ג'.

<sup>255</sup> זאת ועוד - הטענה כי כלל ספציפי משרת, או לא משרת, את האינטרס הלאומי מניחה מראש, שניתנו סיבות לבסס את מה שבאמת משרת את האינטרס הלאומי (כשאין סיבות כאלה). ראו:

J. A. Robin, "The Grand Illusion: A Neutral System for the Taxation of International Transactions", 75 *Virginia Law Review* (1989) 919, p. 960.

ראו במקור אצל: Vogel, 14.

<sup>256</sup> ראו שם:

R. & P. Musgrave, "Inter-Nation Equity", *Essays in Honor of Carl S. Shoup* (1972) 63.

<sup>257</sup> ראו:

S. Ross, 4 *TNI* (1992) 719.

<sup>258</sup> החלטה תיחשב כיעילה פארטו אם תביא למצב שבו מצבם של פרטים מסוימים ישתפר, ובו בזמן מצבו של אף אחד אחר לא יורע.

המס לעוות את ההחלטות של משקיעים היכן להשקיע<sup>259</sup>. זאת, בניגוד גמור ל'ניטרליות מס ביבוא הון' ('Capital Import Neutrality'), שמטרתה העיקרית היא להביא לכך, שהמס המוטל על תשואת ההשקעות במדינה לא יעוות את שיקולי צרכני ההון בבחירתם לגייס השקעות הוניות, קרי, להבטיח תחרות חופשית בין נישומים מקומיים ובין זרים על-ידי הכפפתם לשיטת מס אחת בלבד<sup>260</sup>. ניטרליות זו, המושגת על-ידי מיסוי במדינת המקור בלבד, נחשבת לבלתי יעילה מבחינה כלכלית.

אולם גישה זו אינה נחלת הכלל. המלומדים Ture<sup>261</sup> ו-Ganderberger<sup>262</sup> הציגו טיעונים משכנעים כנגדה. פרופ' Vogel ומלומדים נוספים אף הם הסכימו עם שני המלומדים הנ"ל, כי היבטי יעילות מטים את הכף דווקא לטובת הטלת מס באופן בלעדי על-ידי מדינת המקור - לדעתם, לפחות ככל שמדובר ברווחי עסקים<sup>263</sup>. טיעונים נוספים המבוססים על הגישה המוסדית החדשה של ניתוח כלכלי גם תומכים בהשקפה זו<sup>264</sup>. אולם ספק בעינינו, אם השקפה זו מתיישבת עם הפעילות הרב-לאומית הנובעת מהגלובליזציה המואצת של הכלכלה העולמית.

כיום קיימים דגמים מקובלים בעולם. לפי רוב דגמי חלוקת זכויות המיסוי, ההעדפה הינה דווקא למקור ההכנסה, כאשר מדובר בהכנסות אקטיביות שהנן בעלות זיקה אמיצה למדינת המקור. העדפה היא חלקית ומוגבלת, כאשר מדובר בהכנסות פסיביות. בדרך כלל תינתן זכות מיסוי בלעדית למדינת המושב, כאשר מדובר בהכנסות הוניות למעט מקרקעין, והכנסות פסיביות שמקורן בריבון.

### 4.8.3 צדק

<sup>259</sup> דגן, 20.

<sup>260</sup> שם, 21.

<sup>261</sup> ראו:

N. Ture, "Taxing Foreign Source Income", *U.S. Taxation of American Business Abroad* (1975) 37.

<sup>262</sup> ראו אצל: Vogel, 14.

O. Gandenberger, "Kapitalexportneutralität versus Kapitaleimportneutralität", *Aufsätze zur Wirtschaftspolitik* (Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Heft 7 1983).

<sup>263</sup> ראו: Vogel, 14; וראו גם את ההפניות שם:

D. Frisch, "The Economics of International Tax Policy: Some Old and New Approaches", 47 *TN* (1990) 581, p. 590;

A. J. Easson, "A New International Tax Order - Responding to the Challenge", 45 *BIFD* (1991) 465, p. 468.

<sup>264</sup> ראו:

K. Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach* (Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University Rotterdam, No. 2 (1994)).

הדיון בנושא של חלוקת מס בדרך צודקת אינו מעמיק בדרך כלל. רוב המתדיינים נתלים בטיעון יחיד כדי לבסס את גישתם. אולם שאלות ערכיות של צדק הן שאלות מורכבות, ונדיר שהדיון בהן מביא למסקנה חד-משמעית.

לדעת פרופ' Vogel, כאשר דנים בחלוקת עוגת המס הבינלאומית, יש להתייחס להיבטים של לגיטימציה, שוויון ויושר (כפי שהמונח 'יושר' הוגדר על-ידי R. Dworkin); זה נכון הן לגבי צדק של פרטים והן לגבי צדק בין מדינות<sup>265</sup>. בחינה של היבטים אלה בהקשר זה מלמדת, לדעתו, כי שיקולים של צדק מביאים לאותה מסקנה שמביאים שיקולים של יעילות. כלומר, יש להעדיף מיסוי על-ידי מדינת המקור בלבד, או במילים אחרות - 'שיטה טריטוריאלית מלאה', שאינה כוללת מיסוי הכנסות שהופקו בחו"ל. פרופ' Vogel מציין, כי מרבית המשפטנים שהשמיעו דעתם בנושא זה אכן היו בעד פתרון זה<sup>266</sup>. כך סברה גם הלשכה הבינלאומית למסחר ('The International Chamber of Commerce') בשנת 1955<sup>267</sup>. דעה דומה הושמעה גם על-ידי האיגוד הפיסקלי הבינלאומי ('The International Fiscal Association'): בכנס ה-38 של האיגוד, שנערך בבואנוס איירס בשנת 1984<sup>268</sup>, אימץ האיגוד החלטה הקובעת כי 'שיטת מיסוי טריטוריאלית מלאה' או של פטור ממס על הכנסה זרה היא עדיפה (לעומת מיסוי על-בסיס כלל-עולמי), הן מפני שהיא מעניקה יתר חשיבות לכיבוד הריבונות של מדינות אחרות בענייני מס והן מפני שהיא מונעת עיוותים של תחרות במדינה בה מבוצעת השקעה, ועל-כן אינה מעכבת זרימה חופשית של השקעות למדינת המקור ('ניטרליות מס ביבוא הון' - 'Capital Import - Neutrality').

<sup>265</sup> ראו: Vogel, 14.

<sup>266</sup> שם, 15.

<sup>267</sup> ראו:

Avoidance of Double Taxation, Exemption versus Tax Credit Method, Resolution of the ICC Council and Report of the Commission on Taxation, February 1955.

<sup>268</sup> ראו:

G. Coulombe, *IFA Yearbook 1984* (1984).