

האשליה של תושבות החברה בדיני המס

מאת

דוד אלקינס*

בזמן האחרון משכה הסוגיה של תושבות החברה תשומת לב רבה הן בתקשורת העממית והן בשיח האקדמי. הדעה הרווחת בקרב הפרשנים היא ששורש הבעיה טמון בהגדה לקויה של תושבות בכל הנוגע לחברות, והם מציעים אפוא להחליף את ההגדרה הקיימת, אשר בדיני המס בארצות הברית נסמכת על מקום ההתאגדות, בהגדרה אחרת, הנסמכת על שליטה וניהול, על משדר רשאי, קהל הלקוחות, מקור ההכנסה או תושבות בעלי המניות.

התזה של מאמר זה היא שאין מקום לקטלג חברות כתושבות או תושבות חוץ לצורכי מס. מושג התושבות בדיני המיסים נועד לשרטט את גבולות הגזרה שבה פועלות נורמות מסוימות של צדק חלוקתי. הואיל וטיבה של חברה מונע את השתייכותה לקהילה שעליה חלות נורמות אלה, מושג התושבות אינו ישים בנוגע אליה. השילוב שבין הכשל המושגי הטמון בתושבות החברה לבין העובדה שתושבות היא עיקרון בסיסי במיסוי הבין-לאומי הוא אחת הסיבות לקשיים שבהם נתקל משטר המס הבין-לאומי העכשווי.

המאמר ממשיך ומתאר בקווים כלליים משטר מס בין-לאומי המתמקד בבעלי המניות במקום בחברה עצמה, ובכך עוקף את הצורך לייחס תושבות לחברה.

* פרופסור חבר, בית הספר למשפטים, האקדמית נתניה. המאמר הוא גרסה עברית של David Elkins, "The Myth of Corporate Tax Residence", 9 *Colum. J. Tax L.* (2017) 5. המאמר הנוכחי הוא אחד מסדרה של מאמרים הבוחנים בצורה ביקורתית את עקרונות היסוד שעליהם מושתת המיסוי הבין-לאומי. ראו David Elkins, "The Merits of Tax Competition in a Globalized Economy", 91 *Indiana L.J.* (2016) 905; David Elkins, "The Case Against Income Taxation of Multinational Enterprises", 36 *Va. Tax Rev.* (2017) 143; David Elkins "The Elusive Definition of Corporate Tax Residence", 62 *St. Louis U. L.J.* (2017) 219.

הרעיונות אשר פותחו לכדי המאמר הנוכחי הוצגו ב-Tax Policy Colloquium בבית הספר למשפטים של Loyola, Los Angeles בתגובה למאמר שהוצג על ידי פרופסור Robert Peroni. בגרסה מפותחת יותר, המאמר הוצג בכנס של Law and Society במקסיקו סיטי, בכנס על מדיניות מס ומימון ציבורי באוניברסיטת חיפה לרגל פרישתו של פרופסור יוסף אדרעי, בשולחן העגול הבין-לאומי הרביעי באקדמית נתניה, ב-Tulane Law School Ninth International Conference on the New Intellectual Life Faculty Workshop Haven School of Jurisprudence, Academy of International Strategy and Law of Zhejiang University, China. אני מודה למשתתפים בכל האירועים האלה על הערותיהם המועילות.

כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בחודש אוגוסט 2018.

מבוא. א. תושבות של יחיד; 1. עקרון היכולת לשלם; 2. עיצוב גבולות הקהילה שעליה חלים עקרונות הצדק החלוקתי; 3. מיסוי תושבי חוץ. **ב. תושבות של חברה**; 1. רווחה; 2. קשרים אישיים; 3. הציווי הקטגורי; 4. חוסר מוחשיות. **ג. מיסוי חברות ומיסוי בעלי מניותיהן**. ד. הצעה למשטר מס חברות בין-לאומי חדש; 1. בעלי מניות מקומיים; 2. בעלי מניות תושבי חוץ; 3. מניעת כפל מס. **סיכום.**

מבוא

הגם שהיא עומדת על התפר שבין שניים מתת-התחומים האזוטריים יותר של דיני המס – מיסוי חברות ומיסוי בין-לאומי – התופעה של הגליית חברות (corporate expatriation) משכה בשנים האחרונות תשומת לב רבה בארצות הברית.¹ כתבים, פוליטיקאים, פקידי ממשל ומלומדים כאחד מצביעים על כך שהזזה פשוטה של כמה ניירות יכולה להפוך חברה שהיא תושבת ארצות הברית (החייבת במס על הכנסתה הכלל-עולמית) לחברה זרה (החייבת במס על רק הכנסותיה המופקות מארצות הברית).² הם מוסיפים וטוענים כי

1 מבחינה טכנית, חברה אמריקאית אינה יכולה להפוך לחברה זרה. הואיל ודיני המס בארצות הברית רואים חברה כתושבת המדינה שבה נוסדה, חברה שהיא תושבת ארצות הברית תישאר לעולם תושבת ארצות הברית. ראו סעיף 7701(a)(4) (המגדיר "domestic") וסעיף 7701(a)(4) (המגדיר "foreign") של ה-Internal Revenue Code האמריקאית (להלן – I.R.C.). חברה אמריקאית או בעלי מניותיה יכולים לייסד חברה חדשה על פי דיניה של מדינה אחרת, אולם לחברה הזרה תהיה אישיות משפטית משלה והיא תהיה חברה-בת או חברה-אחות (או קרוב משפחה אחר) של החברה האמריקאית המקורית. החברה האמריקאית לא תהפוך לחברה זרה. ראו, למשל, David R. Tillinghast, "A Matter of Definitions: 'Foreign' and 'Domestic' Taxpayers", 2 *Int'l Tax & Bus. Law.* (1984) 239, p. 259 ("[A] mid-life shift in a corporation's status may be achieved only at the price of 'killing' the old corporation and 'creating' a new one ..."). פיתחו מתכנני מס סדרה של טכניקות מורכבות של היפוך חברות (corporate inversions). ראו, למשל, Donald J. Marples & Jane G. Gravelle, "Corporate Expatriation, Inversions, and Mergers: Tax Issues," *Cong. Res. Serv.* (2017) pp. 4–5, [https://perma.cc/6SPK-CVTN] [https://fas.org/sgp/crs/misc/R43568.pdf]. בהיפוך טיפוסי, חברה-בת זרה מתמזגת לתוך חברה אמריקאית אשר שימשה כחברה-האם של אשכול בין-לאומי. ראו, למשל, Steven Goldman, "Corporate Expatriation: A Case Analysis," 9 *Fla. Tax Rev.* (2008) 71, pp. 73–75, 84–91, הכנסות זרות מועברים מהחברה האמריקאית לחברה הזרה. ראו, למשל, Goldman, שם, בעמ' 77–78, 92–98. בסופו של הליך לא ישתנה המבנה באופן מהותי, אולם בקודקוד הפירמידה תעמוד חברה זרה במקום חברה אמריקאית. ראו, למשל, Omri Marian, "Jurisdiction to Tax Corporations," 54 *B.C. L. Rev.* (2013) 1613, pp. 1654–1655.

2 Joseph A. Tootle, "The Regulation of Corporate Inversions and 'Substantial Business Activities,'" 33 *Va. Tax Rev.* (2013) 353, p. 354 ("Corporate inversions are transactions in which a U.S.-based company changes its place of incorporation from the United

ניצול פרצה זו על ידי חברות בין-לאומיות אינה הוגנת כלפי אזרחים מן השורה.³ לעיתים קרובות מושמעות האשמות בחוסר מוסריות או אף גרוע מכך.⁴ בניסיון לתת מענה

States to a foreign jurisdiction, often without an accompanying change in its business operations"); Adam H. Rosenzweig, "Source as a Solution to Residence," *17 Fla. Tax Rev.* (2015) 471, p. 497 ("[Inversions involve] a significant change in tax consequences for what was, in effect, a relatively small formal legal change with virtually no change in business model, ownership, management, or internal structure. This is precisely what concerned policymakers about inversions"); Michael J. Graetz, "The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdates Concepts, and Unsatisfactory Policies," *54 Tax L. Rev.* (2001) Chief of Staff of the Joint Committee on Taxation and the (המדווח שה" 261, p. 321 "about the legal loophole that הביע דאגה Assistant Treasury Secretary for Tax Policy allowed property and casualty insurers to stop paying income tax simply by moving Jeffrey Zients & Seth Hanlon, "The Corporate ; (the parent corporation to Bermuda." Inversions Tax Loophole: What You Need to Know," *The White House* (Apr. 8, 2016, 6:39 PM), [https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/04/08/corporate-inversions-tax-loophole-what-you-need-know] ("Corporate inversions are a tax loophole that allow U.S. companies to avoid paying U.S. taxes by relocating—on paper—to a foreign country"); Paul Krugman, "Corporate Artful Dodgers," *New York Times*, July 24, 2014, at A17 [https://www.nytimes.com/2014/07/28/opinion/paul-krugman-tax-avoidance-du-jour-inversion.html] ("The most important thing to understand about inversion is that it does not in any meaningful sense involve .American business moving overseas [...]. It [is] a purely paper transaction")

The White House, "You Don't Get to Pick Your Tax Rate. Neither Should Corporations" (Sep. 26, 2014), https://obamawhitehouse.archives.gov/share/the-facts-on-inversions [https://perma.cc/G5F8-3SVP] ("When large corporations invert overseas to reduce the taxes they paid in the United States, working Americans ultimately have to pay more to help fund the services we all rely on"); Andrew Soergel, "Ask an Economist: What the Heck is a Corporate Inversion?," *U.S. News & World Rep.*, http://www.usnews.com/news/the-report/articles/2016-02-16/ask-an-economist-what-the-heck-is-a-corporate-inversion [https://perma.cc/TMY4-KP2J] ("All of that revenue drain, who's going to pay for that? Either you're going to have to increase the .budget deficit or tax all the taxpayers")

Allan Sloan, "Positively Un-American," *Fortune* (July 7, 2014), http://fortune.com/ (המתאר היפורך 2014/07/07/taxes-offshore-dodge [https://perma.cc/L98C-HVT5] Jennifer Karr, "Immoral Legislation and Tax Benefits for ; ("disgusting" כ-חברות כ- Expat Corporations", *48 Conn. L. Rev.* (2016) 1703, p. 1706 ("Frequent criticisms of corporate inversions tend to involve assessing the morality (or lack thereof) of corporations engaging in the practice"); Hale E. Sheppard, "Fight or Flight of U.S.-Based Multinational Businesses: Analyzing the Causes for, Effects of, and Solutions to the Corporate Inversion Trend", *23 Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2003) 551, p.

לתופעה זו תיקן המחוקק האמריקאי בשנת 2004 את החוק, כדי להקשות על חברות מקומיות להפוך לתושבות חוץ. סעיף 7874 ל-I.R.C. קובע כי במקרים מסוימים תסווג גם החברה המחליפה את החברה האמריקאית כתושבת ארצות הברית, הגם שהיא התאגדה במדינה זרה. בשנת 2016 התקין משרד האוצר האמריקאי תקנות המגבילות עוד יותר את יכולתן של חברות להשיג יתרונות מס באמצעות הגירה.⁵

סוגיה אחרת, אשר משכה אליה תשומת לב פחותה אך חשובה הרבה יותר מבחינת השלכותיה המעשיות, היא התופעה של חברות אמריקאיות הפועלות באמצעות חברות־בנות הרשומות במדינות אחרות. על פי לשון החוק, חברות תושבות ארצות הברית חייבות במס אמריקאי על הכנסותיהן הכלל-עולמיות.⁶ בפועל, בשל תושבותן הזרה של החברות־הבנות, הכנסות המופקות במדינות אחרות אינן חשופות למס.⁷

מלומדים רבים טוענים שהבעיה העומדת בבסיסן של שתי תופעות אלה היא הגדרה לקויה של המונח "תושבות" בכל הנוגע לחברה. מכאן, הם מציעים להחליף את ההגדרה המעוגנת בדיני המס האמריקאיים, המתמקדת במקום רישומה של החברה, ולאמץ במקומה הגדרה המבוססת על תכונה אחרת: שליטה וניהול,⁸ משרד מרכזי,⁹ קהל

558 ("[C]ritics of inversions have questioned the morality, patriotism and scruples of corporate directors")

5 *Chamber of Commerce of the U.S. v. Temp. Treas. Reg. § 1.7874-8T*, ואולם, ראו *Internal Revenue Serv.*, No. 16-944 (W.D. Tex. Sept. 29, 2017) שבו הצהיר בית משפט מחוזי כי התקנות בטלות מטעמים פרוצדורליים. בעת כתיבת שורות אלה ערעורו של הממשל על פסק הדין תלוי ועומד בפני בית המשפט לערעורים. https://s3.amazonaws.com/pdfs.taxnotes.com/2017/2017-97702_TNTDocs_Chamber-of-Commerce_suppordoc.pdf

6 I.R.C. §61(a), 63(a), 11(a). לדין המקביל בישראל ראו: סעיף 2 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה או הפקודה).

7 משיכת דיבידנד מתוך הכנסותיה הזרות של חברת־הבת הזרה על ידי חברת־האם האמריקאית פטורה ממש מכוח סעיף 245A ל-I.R.C.

8 Kyrie E. Thorpe, "International Taxation of ;1664 'בעמ' (1 הערה) (לעיל, הערה 1) Marian Electronic Commerce: Is the Internet Age Rendering the Concept of Permanent Establishment Obsolete?", 11 *Emory Int'l L. Rev.* (1997) 633, p. 693; Reuven S. Avi-Yonah, "Beyond Territoriality and Deferral: The Promise of 'Managed and Controlled'" (Univ. of Mich. Law Sch., Working Paper No. 248, 2011), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908707 [<https://perma.cc/5XJ9-6N23>]; Henry Ordower, "Utopian Visions Toward a Grand Unified Global Income Tax", 14 *Fla. Tax Rev.* (2013) 361, pp. 404-405; Terrence R. Chorvat, "Book Review: 'A Different Perspective on Tax Competition'", 35 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* (2003) 501, p. 515; Reuven S. Avi-Yonah, "Tax Advice for the Second Obama Administration: Corporate and International Tax Reform: Proposals for the Second .Obama Administration (and Beyond)", 40 *Pepp. L. Rev.* (2013) 1365, p. 1370

הלקוחות,¹⁰ מקום הפקת הכנסותיה,¹¹ הבורסה שבה רשומות מניות החברה למסחר¹² או מקום מושבם של רוב בעלי מניותיה.¹³ הקריטריונים שעל פיהם בוחנים את נאותות ההגדרות החלופיות אף הם רבים ומגוונים.¹⁴ בהתחשב בתופעה של הגליית חברות, רבים בוחנים את מרחב התמרון הגלום בהגדרה.¹⁵ אחרים מעדיפים בהירות כדי שאפשר

- 9 Marian (לעיל, הערה 1), בעמ' 1645, Avi-Yonah, *Beyond Territoriality*; (לעיל, הערה President's Advisory Panel on Tax Reform, Simple, Fair, and Pro-Growth; (10 President's Advisory: (להלן) Proposals to Fix America's Tax System (2005) 135 Reuven S. Avi-Yonah, "International ; 262 בעמ' (1 הערה 1) Tillinghast; (Panel Taxation of Electronic Commerce", 52 *Tax L. Rev.* (1997) 507, p. 528
- 10 George K. Yin, "Letter to the Editor, Stopping Corporate Inversions Sensibly and Legally", 144 *Tax Notes* (2004) 1087
- 11 Rosenzweig (לעיל, הערה 2) בעמ' 507.
- 12 Rebecca Rudnick, "Who Should Pay the ; 1664 בעמ' (1 הערה 1) Marian Corporate Tax in a Flat Tax World?," 39 *Case W. Res. L. Rev.* (1988–1989) 965, p. 1099; John T. VanDenburgh, "Closing International Loopholes, Changing the Corporation Tax Base to Effectively Combat Tax Avoidance", 47 *Val. U. L. Rev.* (2012) 313, 347–354
- 13 J. Clifton Fleming, Jr., Robert J. Peroni & Stephen E. Shay, "Defending Worldwide Taxation With a Shareholder-Based Definition of Corporate Residence", 2016 *B.Y.U. L. Rev.* (2017) 1681; Robert A. Green, "The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises", 79 *Cornell L. Rev.* (1993) 18, pp. 70–74; Edward D. Kleinbard, "The Lessons of Stateless Income", 65 *Tax L. Rev.* (2011) 99, p. 160
- 14 David Elkins, "The Elusive Definition of Corporate Tax Residence", ראו באופן כללי: ; 62 *St. Louis U. L.J.* (2018) 219
- 15 Fleming et al. (לעיל, הערה 15) בעמ' 1687, 1691, 1710, Marian ; (לעיל, הערה 1) Daniel Shaviro, "The David R. Tillinghast Lecture: The Rising ; 1643 בעמ' Tax-Electivity of U.S. Corporate Residence", 64 *Tax L. Rev.* (2011) 377, p. 495 (המבחין בין גמישות פורמלית לגמישות מהותית); Rosenzweig (לעיל, הערה 2) בעמ' Michael J. McIntyre, "Determining the Residence of Members of a Corporate ; 495 Group", 51 *Can. Tax J.* (2003) 1567, p. 1571; Aldo Forgiione, "Clicks and Mortar: Taxing Multinational Business Profits in the Digital Age", 26 *Seattle U. L. Rev.* (2003) 719, pp. 725–726; Daniel Shaviro, "Why Worldwide Welfare as a Normative Standard in U.S. Tax Policy?", 60 *Tax L. Rev.* (2007) 155, p. 172; Ilan Benshalom, "The Quest to Tax Financial Income in a Global Economy: Emerging to an Allocation Phase", 28 Reuven S. ; 354 בעמ' (2 הערה 2) Tootle ; *Va. Tax Rev.* (2008) 165, pp. 216–217 Avi-Yonah, "Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State," 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 1573, pp. 1595–1596; John A. Swain, "Same Questions, Different Answers: A Comparative Look at International and State and Local Taxation," 50 *Ariz. L. Rev.* (2008) 111, p. 117; Reuven S. Avi-Yonah, Kimberly A. Clausing & Michael C. Durst, "Allocating Business Profits For Tax Purposes: A Proposal to Adopt A Formulary Profit Split", 9 *Fla. Tax Rev.* (2009) 497, p. 499;

יהיה לצפות בקלות איך תסווג החברה.¹⁶ יש המנסים להתאים בין תושבות לבין הנאה או הפקת תועלת.¹⁷ לאחרונה הציעו כמה מלומדים לבחון אף את תכליתו של מיסוי החברה.¹⁸

ואולם, הספרות נמנעה עד כה מלדון בשאלות יסוד אשר, לעניות דעתי, חייבות לעמוד בבסיס הדיון על אודות תושבות של חברה לצורכי מס. ראשית, מדוע תושבות היא תכונה הנוגעת לעניין של קביעת חבות מס? שנית, האם מושג התושבות ישים בכלל בנוגע לחברות? במקום זאת, ההנחה המוסווית אשר עליה מושתת השיח היא שבאופן עקרוני מושג התושבות ישים אצל חברות, ותפקידם של פרשנים ושל קובעי מדיניות הוא לנסח מבחן ראוי לבידור מקום מושבה של החברה.¹⁹

Stephen E. Shay, J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni, "Designing a 21st Century Corporate Tax – An Advance U.S. Minimum Tax on Foreign Income and Other Measures to Protect the Base", 17 *Fla. Tax Rev.* (2015) 669, p. 718; Susan C. Morse, "Startup Ltd.: Tax Planning and Initial Incorporation Location", 14 *Fla. Tax Rev.* (2013) 319; Daniel N. Shaviro, *Fixing U.S. International Taxation* (2014) pp. 70–71; Avi-Yonah (לעיל, הערה 11) בעמ' 528.

Julie Roin, "Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment", 61 *Tax L. Rev.* (2008) 169, p. 189; Michael S. Kirsch, "The Congressional Response to Corporate Expatriations: The Tension Between Symbols and Substance in the Taxation of Multinational Corporations", 24 *Va. Tax Rev.* (2005) 475, pp. 502, 549; Reuven S. Avi-Yonah, "For Haven's Sake: Reflections on Inversion Transactions", 95 *Tax Notes* (2002) 1793, p. 1797. 16

Rudnick (לעיל, הערה 14) בעמ' 994; Marian (לעיל, הערה 1) בעמ' 1615, 1642 (מתאר גישה זו); Reuven S. Avi-Yonah, "Corporations, Society, and the State: A Defense of the Corporate Tax", 90 *Va. L. Rev.* (2004) 1193, pp. 1205–1206; Andrew Mun, "Reinterpreting Corporate Inversions: Non-Tax Competitions and Frictions", 126 *Yale L.J.* (2017) 2152. 17

"Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income", 5 *Fla. Tax Rev.* (2001) 299, p. 315; Stephen E. Shay, J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni, "The David R. Tillinghast Lecture: 'What's Source Got to Do With It?' Source Rules and U.S. International Taxation", 56 *Tax L. Rev.* (2002) 81, pp. 104–105.

Fleming et al. (לעיל, הערה 15); Marian (לעיל, הערה 1); McIntyre (לעיל, הערה 17) בעמ' 1570. 18

במקרים נדירים הנחה זו מוזכרת במפורש. ראו, למשל: Tillinghast (לעיל, הערה 1) בעמ' 240–239; Rosenzweig (לעיל, הערה 2), בעמ' 475; ("[T]his Article assumes that the United States has an income tax that turns, in part, on the residency of corporations [...]"). 19

התזה של מאמר זה היא שהנחה זו אין לה על מה להישען וכי תושבות היא תכונה הישימה אצל יחידים בלבד. כבר כעת אציין כי הטיעון אינו סמנטי, קרי בתור ישות לא חומרית חברה אינה מסוגלת "לשבת" במקום פיזי אלא מהותי. אטען כי ההבחנה בין תושבים לבין תושבי חוץ נובעת מהצורך לשרטט את גבולות הגזרה שבה פועלות נורמות מסוימות של הצדק החלוקתי וכי הואיל וטיבה של החברה מונע את השתייכותה לקהילה שעליה חלות נורמות אלה, הקטגוריות של "תושב" ושל "תושב חוץ" אינן ישימות בנוגע אליה.

חלק ב יבחן מדוע תושבות היא תכונה הנוגעת לעניין קביעת חבותם במס של יחידים. יוצג הסבר שלפיו מס הכנסה משקף את עקרון היכולת לשלם וכי מקורו של עיקרון זה טמון בתפיסות מסוימות על אודות הצדק החלוקתי. תפיסות אלה אינן אוניברסליות, אלא חלות רק על מי שיש לו קשר אישי משמעותי לקהילה מסוימת. התושבים הם אלה שיש להם קשר אישי לקהילה, והם החשופים אפוא למס בהתאם ליכולתם לשלם. אשר לתושבי חוץ, העיקרון המנחה בקביעת חבותם במס אינו צדק חלוקתי אלא צדק חלופי.

חלק ג יבדוק אם מושג התושבות ישים כשמדובר בחברות. ניוכח שהואיל ולחברה אין זהות אישית או קשרים אישיים, היא אינה חווה אושר וסבל ואינה בגדר ישות תבונית קנטיאנית, הרי שאין ביכולתה להשתייך לקהילה שבה חלות הנורמות של הצדק החלוקתי.

חלק ד מבחין בין חברה לבין בעלי מניותיה. הגם שחברה אינה יכולה להיות תושבת של מדינה, בעלי מניותיה עשויים להיות תושבים. מכיוון שקביעת יכולתם לשלם דורשת להביא בחשבון את התעשרותם מהחזקת מניות, יש למצוא דרך לחייבם במס על אותה הכנסה. במישור הפנים-מדינתי, מס חברות ממלא תפקיד זה. ואולם, כאשר לחברה גם בעלי מניות מקומיים וגם בעלי מניות זרים, הטלת מס במישור החברה כתחליף להטלת מס על בעלי המניות אינה אפשרית.

חלק ה יתאר משטר מיסוי חברות בין-לאומי חלופי, המנסה למסות את הכנסותיהם הכלל-עולמיות של בעלי מניות שהם תושבים ואת הכנסתם המופקת ממקורות מקומיים של בעלי מניות שהם תושבי חוץ. חלק ו יסכם את הממצאים.

א. תושבות של יחיד

1. עקרון היכולת לשלם

תפקידה של תושבות במיסוי הבין-לאומי הוא פועל יוצא של הנורמות העומדות בבסיסו של מס הכנסה. בהצדיקה מיסוי על בסיס של הכנסה, הספרות בת-זמננו נוטה להסתמך

על עקרון היכולת לשלם.²⁰ עיקרון זה מבטא את הרעיון שלפיו מי שמצבם שפיר יותר צריכים לתרום יותר למימון שירותים ציבוריים ממי שמצבם שפיר פחות. השאלה מדוע הם צריכים לעשות כן היא שאלה אשר התומכים במיסוי על פי היכולת לשלם מציעים לה תשובות שונות.²¹ יש המפנים לתורת התועלתנות.²² בשל התועלת השולית הפוחתת של הכסף, הפגיעה ברווחתו של אדם עשיר עקב תשלום סכום כסף מסוים פחותה מהפגיעה ברווחתו של אדם עני עקב תשלום של אותו סכום כסף; כמו כן, נטילת כסף מאדם עשיר והשימוש בו כדי לעזור לנזקקים מעלים את סך הרווחה בקהילה.²³ יש המסתמכים על

- 20 ראו, למשל: Professors Bruins, Einaudi, Seligman & Sir Josiah Stamp, Report On Double Taxation Submitted To The Financial Committee Of The League Of Nations (1923), reprinted in 4 Staff of Joint Comm. on Tax'n, Legislative History of United States Tax Conventions (1962) 4022 [להלן – League of Nations Report on Double Taxation] (“[T]he entire exchange theory has been supplanted in modern times by the faculty of ability to pay”); Shay et al. (לעיל, הערה 19) בעמ' 94 (“[T]he principal normative justification for income taxation is that it allocates the cost of government among taxpayers on the basis of comparative economic well-being, or ability to pay”); Kyle C. Logue & Gustavo G. Vetton, “Narrowing the Tax Gap Through Presumptive Taxation”, 2 *Colum. J. Tax L.* (2010) 100, pp. 112–113, 121; Donna M. Byre, “Progressive Taxation Revisited”, 27 *Ariz. L. Rev.* (1995) 739, p. 765; Eric Jensen, “The Taxing Power, the Sixteenth Amendment, and the Meaning of ‘Incomes’”, 33 *Ariz. St. L.J.* (2001) 1057, p. 1091 (“From the beginning, supporters of the modern income tax stressed that it was necessary to tie taxation to ability to pay [...]”); Marjorie E. Kornhauser, “Choosing a Tax Rate Structure in the Face of Disagreement”, 52 *UCLA L. Rev.* (2005) 1697, p. 1708–17; Daniel Shaviro, “The David R. Tillinghast Lecture: The Rising Tax-Eluctivity of U.S. Corporate Residence”, 64 *Tax L. Rev.* (2011) 377, pp. 388–389.
- 21 לספר הקלסי בסוגיה, ראו: Walter J. Blum & Harry J. Kalven, *Uneasy Case for Progressive Taxation* (1953).
- 22 ראו במיוחד את כתיבתם של Jeremy Bentham ושל John Stuart Mill, (לעיל, הערה 22). Sagit Leviner, “The Normative Underpinnings of Taxation”, 13 *Nev. L.J.* (2012) 95, pp. 113–121.
- 23 ראו למשל: Henry Sidgwick, *The Principles of Political Economy* (1887) 519 (“The common sense of mankind, in considering these inequalities, implicitly adopts, as I conceive, two propositions laid down by Bentham as to the relation of wealth to happiness: viz. (1) that an increase of wealth is—speaking broadly and generally—productive of an increase of happiness to its possessor; and (2) that the resulting increase in happiness is not simply proportional to the increase in wealth, but stands in a decreasing ratio to it [...] And from these two propositions taken together the obvious conclusion is that the more any society approximates to equality in the distribution of wealth among its members, the greater on the whole is the aggregate of satisfactions which the society in question derives from the wealth it possesses.”) ראו גם: Jennifer Bird-Pollan, “Utilitarianism and Wealth Transfer Taxation”, 69 *Ark. L. Rev.* (2016) 695; Calvin H. Johnson, “Was It Lost? Personal Deductions Under Tax

עקרונות רולזיאניים. לדברי רולז, לכל אדם זכות מוסרית שווה לטובין ראשוניים, ובאופן ספציפי למשאבים חומריים.²⁴ הצדק מתיר סטייה מחלוקה שוויונית רק אם חוסר השוויון פועל לטובת השכבה הנמוכה ביותר.²⁵ אם החלוקה שמכתיב השוק שוויונית פחות מזו – וסביר להניח שזה אכן יהיה המצב – אזי הצדק מחייב חלוקה מחדש של משאבים.²⁶ יש המפנים לתורת ההקרבה, שעל פיה כל אדם צריך לסבול בצורה שווה מתשלום המיסים המוטלים עליו: בשל התועלת השולית הפוחתת של הכסף, אדם עשיר צריך לשלם יותר מאשר אדם עני כדי לחוות אותה מידה של סבל.²⁷ אחרים מסתמכים

-
- Reform”, 59 *SMU L. Rev.* (2006) 689, p. 693; Martin J. McMahon, Jr. & Alice G. Abreu, “Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation”, 4 *Fla. Tax Rev.* (1998) 1; Jeffrey A. Schoenblum, “Tax Fairness or Unfairness? A Consideration of the Philosophical Bases for Unequal Taxation of Individuals”, 12 *Am. J. Tax Pol’y* (1995) 221, pp. 236–242
- 24 John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), pp. 103–104
- 25 שם, בעמ' 62, 75–78.
- 26 שם, בעמ' 246–247 (מצדיק “steeply progressive income taxes” בהינתן “the injustice of existing institutions”). ראו גם: Jennifer Bird-Pollan, “Unseating Privilege: Rawls, Equality of Opportunity, and Wealth Transfer Taxation”, 59 *Wayne L. Rev.* (2013) 713, p. 713 (לעיל, הערה 25) בעמ' 251–257 (דיון ביקורתי על אודות עקרונות המס הנובעים מכתבי של רולז).
- 27 Jay A. Soled, “A Proposal to Lengthen the Tax Accounting Period”, 14 *Am. J. Tax Pol’y* (1997) 35, p. 57 “one of the fundamental tenets of a (מתאר הקרבה יחסית בתור” Bruce Anderson, “Strategic Choice Taxation: A Solution ; (progressive tax structure” to the Federal Revenue Crisis”, *Colum. Bus. L. Rev.* (1995) 281, p. 297, n.48 “The most persuasive arguments for) 32 בעמ' (34 הערה (לעיל, הערה 34) McMahon & Abreu the equity of progressive taxation rest on the concept [...] that taxation ought to exact Richard Winchester, “Parity Lost: The Price of a ; (equiproportional sacrifice” Corporate Tax in a Progressive Tax World”, 9 *Nev. L.J.* (2008) 130, p. 131 (“[T]he income tax in the United States has always been intended to allocate the burden based on an individual’s ability to pay. This essentially embraces a theory of fairness referred to as the equal sacrifice theory”); David Kamin, “What is a Progressive Tax Change?: Unmasking Hidden Values in Distributional Debates”, 83 *N.Y.U. L. Rev.* (2008) 241, pp. 272–279; Jeffrey H. Kahn, “Personal Deductions – A Tax ‘Ideal’ or Just Another ‘Deal’?”, *Mich. St. U. – Detroit Coll. L. Rev.* (2002) 1, p. 23 (“[E]qual sacrifice theory provides the most compelling argument for progressivity”); Eric Rakowski, “Symposium on Wealth Taxes Part I: Can Wealth Taxes Be Justified?”, 53 *Tax L. Rev.* (2000) 263, pp. 310–316; Robert F. Parsley, “Building a House of Cards: A Policy Evaluation of Tennessee’s Tax Reform Act of 2002 With Emphasis on Fairness to the (22 הערה (לעיל, הערה 22) Kornhauser ; Poor”, 70 *Tenn. L. Rev.* (2003) 1177, pp. 1181–1182 Sagit Leviner, “From Deontology to Practical Application: The ; 1721–1717 בעמ' (לעיל, הערה 1721–1717) Sagit Leviner, “From Deontology to Practical Application: The . Vision of a Good Society and the Tax System”, 26 *Va. Tax Rev.* (2006) 405, p. 427

כמדומה על תחושה טבעית של הוגנות, שאינה בהכרח תולדה של תורה פילוסופית מגובשת.²⁸

לענייננו, אין צורך לזהות את ההצדקה התאורטית של מיסוי על פי היכולת לשלם או אפילו להכריע אם יש לו הצדקה תאורטית. כל שעלינו לדעת הוא שמיסוי על פי היכולת לשלם מבוסס על רווחתם של חברי הקהילה וטענותיהם הסותרות למשאבים חומריים. יתרה מזו, בהקשר של מדיניות מס, יכולת לשלם אינה מונח מוחלט או תיאורי, אלא יחסי ונורמטיבי. הוא אינו מתאר את יכולתו המוחלטת של אדם לשלם מס (מונח אשר מבחינה מילולית משמעותו מלוא עושרו או מלוא הכנסתו), אלא משווה את השפעתו של תשלום מס על רווחתם של אנשים שונים.²⁹

לא כל ההוגים והמלומדים מקבלים את הרעיון של מיסוי על פי עקרון היכולת לשלם. יש הטוענים כי הצדק אינו מתיר לחייב אנשים לשלם יותר מאשר שווי השוק של השירותים הציבוריים שהם מקבלים.³⁰ דעה קיצונית יותר היא שהצדק אוסר גביית תשלום עבור שירותים, גם אלה שמהם אדם מפיק תועלת, אלא אם כן מקבל השירות

28 Schoenblum (לעיל, הערה 25) בעמ' 235 ("The ability to pay principle has now gained such widespread currency that its underlying premise rarely is questioned by tax law scholars. They tend to assume uncritically that there is a direct relation between ability (to pay and fairness" Fleming et al. ; (לעיל, הערה 19) בעמ' 309 (מתארים מיסוי על פי יכולת לשלם כ"dogma"; "Taxation Without Liquidation: Rethinking ; Sergio Pareja, "Wis. L. Rev. (2008) 841, p. 843 ("Our tax system aims to tax people based on their ability to pay. As a society, we believe that it is fairer to make a billionaire pay more taxes than a homeless person"); Joel S. Newman, *A Short & Happy Guide to Federal Income Taxation* (2017), p.7 ("Quite a few of us can't afford \$6,250 per year ... On the other hand, there are quite a few other folks in the US who can afford to pay a lot more than \$6,250 per year. So what should we do? We should levy taxes based upon ability to pay")

29 הטקסט משאיר במכוון את המונח "רווחה" עמום, וזאת לאור מגוון הדעות בדבר נושא הליבה של צדק חלוקתי: הנאה, אושר, סיפוק רצונות רציונליים, גישה למשאבים הדרושים למימוש מטרות וכיוצא באלה. ראו באופן כללי Rawls (לעיל הערה 26), בעמ' 25, 92-93; Ronald Dworkin, "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *10 Phil. & Pub. Aff.* (1981) 185; Ronald Dworkin, "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *10 Phil. & Pub. Aff.* (1981) 283

30 ראו, למשל: John R. McCulloch, "For Proportional Taxation", in *Viewpoints on Public Finance* (Harold M. Grooves ed., 1947) 22, p. 25 ("Providence has not been charged with injustice because the corn and other articles used indifferently by the poor and the rich cost one class as much as they cost the other. And such being the case, how can it be pretended that governments, in laying equal duties on these articles, commit injustice? A rich man will, of course, pay taxes and everything else, with less inconvenience than one who is poor. But is that any reason why he should be unfairly treated?")

קיבל על עצמו במפורש לשלם עבורם.³¹ ואולם, הואיל ומס הכנסה נשען על העיקרון של יכולת לשלם, והואיל והשאלה שאנו בוחנים היא ישימותו של מושג התושבות בנוגע לחברות בהקשר של מס הכנסה, איננו נדרשים להכריע בסוגיות אלו. זאת ועוד, לעובדה שמש הכנסה נשען על העיקרון של היכולת לשלם יש השלכה חשובה במישור הבין-לאומי. אם תוספת לעושר היא המדד הנכון ליכולת לשלם,³² אזי בקביעת יכולתו של אדם לשלם עלינו להביא בחשבון את הכנסתו הכלל-עולמית.³³ למשל, היכולת לשלם של אדם שיש לו הכנסות מישראל בסך 100,000 ש"ח והכנסות מחו"ל בסך 900,000 ש"ח, לאחר התחשבות ראויה במיסים ששולמו למדינות אחרות, דומה לזו של אדם שיש לו הכנסה מישראל בסך 1,000,000 ש"ח ואין לו הכנסות מחו"ל. הטלת מס רק על הכנסותיהם הישראליות של שני האנשים יש בה משום הפרה של עקרון היכולת לשלם.³⁴

2. עיצוב גבולות הקהילה שעליה חלים עקרונות הצדק החלוקתי

על מנת למלא בתוכן את עקרון היכולת לשלם, עלינו לקבוע את גבולות הקהילה אשר רוחחם ומשאביהם של האנשים הנמנים עימה יובאו בחשבון בחישוב היכולת לשלם. זהות הקהילה שעליה חלים עקרונותיו של הצדק החלוקתי היא נושא שנוי במחלוקת בפילוסופיה החברתית. פילוסופים השייכים לאסכולה הקוסמופוליטנית גורסים

31 ראו, למשל: Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974) p. 95 ("One cannot, whatever one's purposes, just act so as to give people benefits and then demand (or seize) payment. Nor can a group of persons do this")

32 יש החולקים על דעה זו וגורסים כי צריכה או עושר הם המדדים טובים יותר ליכולת לשלם. ראו, למשל, William D. Andrews, "A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax", 87 *Harv. L. Rev.* (1974) 1113; David F. Bradford, "The Case for a Personal Consumption Tax", in *What Should be Taxed: Income or Expenditure?* (Joseph A. Pechman ed., 1980) p. 75; David Shakow & Reed Shuldiner, "A Comprehensive Wealth Tax", 53 *Tax L. Rev.* (2000) 499. כאן. המאמר אינו קורא תיגר על מס הכנסה, אלא על מושג תושבות החברה במסגרת של מס הכנסה. על כן אתייחס כנתון אל הנחות היסוד של מיסוי על פי הכנסה: אנשים צריכים לשלם מס בהתאם ליכולתם לשלם, והמדד הראוי ליכולת לשלם הוא הכנסה.

33 לשם השוואה, תורת ההנאה מתקשה להצדיק מס על הכנסות כלל-עולמיות: כאשר ההכנסה מופקת ממדינה אחרת, הרי המדינה המארחת היא המספקת את השירותים התורמים לייצור ההכנסה.

34 ראו, למשל: Michael S. Kirsch, "The Role of Physical Presence in the Taxation of Cross-Border Personal Services", 51 *B.C. Paul R.* ; 478 *Rosenzweig*; *L. Rev.* (2010) 993, pp. 1043–1044 (לעיל, הערה 2) בעמ' 478; Paul R. ; 478 *Rosenzweig*; *L. Rev.* (2010) 993, pp. 1043–1044 (לעיל, הערה 2) בעמ' 478; John P. Steines, Jr., "The Foreign Tax Credit at Ninety-Five Bionic Centenarian", 66 *Tax L. Rev.* (2013) 545

שהקהילה הנוגעת לעניין היא האנושות בכללותה.³⁵ יישום גישה זו היה מחייב להביא בחשבון את יכולתו לשלם ואת צרכיו של כל אדם בעולם, וכן הטלת מס גלובלי והספקת שירותים לעולם כולו.³⁶ אחרים חולקים על תפיסה זו ומגבילים את מרחב תחולתו של הצדק החלוקתי לגבולות המדינה.³⁷ על פי גישה זו, יכולתם לשלם וצורכיהם של אלה המשתייכים לאותה מדינה הם המכתיבים מי משלם כמה ואיך משתמשים בתקבולים אלה. הרשויות המחוקקות של המדינות השונות – אם בשל דחייה מושכלת של הקוסמופוליטניזם ואם בשל הכירם את גבולותיה המעשיים של הריבונות המדינית – מאמצות תמיד את הגישה השנייה של החלת עקרון הצדק החלוקתי בגבולות המדינה.³⁸ הואיל וכך, חוקי המס חייבים להבחין בין חברי הקהילה לבין החיצוניים לה, בין אלה שעליהם חלות הנורמות של הצדק החלוקתי לאלה המצויים מחוץ לתחולתן. הגם שאין אמת מידה אחידה להבחנה האמורה, המכנה המשותף של אמות המידה הקיימות, רובן ככולן, הוא ההתמקדות בקשרים אישיים שיש בין האדם לקהילה. אמות מידה טיפוסיות

35 Brian Barry, *The Liberal Theory of Justice: A Critical Examination of the Principle Doctrines in A Theory of Justice by John Rawls* (1973), pp. 128–130; Charles R. Beitz, *Political Theory and International Relations* (1979), pp. 139–141, 143–153; Loren Lomasky, "Toward a Liberal Theory of Natural Boundaries", in *Boundaries and Justice* (David Miller & Sohail H. Hashmi eds., 2001) 55, pp. 56–60; Thomas W. Pogge, *Realizing Rawls* (1989) 240, pp. 250–251; Kok-Chor Tan, *Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism and Patriotism* (Russell Hardin et al. eds., 2004) p. 60.

36 ייתכן שתוכנית כזו אינה אפשרית ללא ממשלה כלל-עולמית בעלת כוחות אכיפה גלובליים. ראו, למשל: Thomas Nagel, "The Problem of Global Justice", 33 *Phil. & Pub. Aff.* (2005) 113, p. 115 ("If Hobbes is right, the idea of global justice without a world government is a chimera").

37 Daniel Bell, *Communitarianism and Its Critics* (1993) pp. 150–151; Margaret Canovan, *Nationhood and Political Theory* (1996) pp. 28–29; Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), p. 208; Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship* (2001), p. 225; Avishai Margalit, *The Ethics of Memory* (2002), pp. 74–76; John Rawls, *The Law of Peoples* (1999); Richard Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity* (1989), pp. 190–191; Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (1993), p. 121.

38 ראו, למשל: Michael S. Kirsch, "Taxing Citizens in a Global Economy", 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007) 443, p. 480 ("The threshold question is whether ability-to-pay analysis should adopt a worldwide perspective, which would consider the relative incomes of all individuals worldwide, or whether it should adopt a national perspective, looking only at the incomes of members of U.S. society (however defined). Commentators who have addressed this issue have generally concluded that, for both practical and theoretical reasons, U.S. tax policy should take a national perspective") *Fixing* (לעיל, הערה 25) בעמ' 98–103.

כוללות נוכחות פיזית, מגורים, קשרים אישיים וחברתיים, דומיסיל³⁹ ואזרחות.⁴⁰ אנשים שהדין רוצה בהם כחברי הקהילה מכונים על פי רוב "תושבים", ואילו האחרים מכונים על פי רוב "תושבי חוץ" או "זרים". תפקידם של משטר המס ושל השירותים שהוא מממן הוא קידום רווחתם של התושבים.

עקרון היכולת לשלם תקף בנוגע למי שיש לו קשר אישי מהותי למדינה.⁴¹ קשרים כלכליים גרידא, היא היקפם אשר יהא, אין בהם כדי לעורר את הזכויות והחובות של הצדק החלוקתי העומדות בבסיסו של מיסוי על פי יכולת לשלם. עם זאת, במקרים גבוליים, כאשר לאדם יש קשרים אישיים חזקים ליותר מאשר מדינה אחת, קשרים כלכליים עשויים לגעת בעניין של קביעת תושבות. כך למשל, כללי "שוברי השוויון" באמנות מס, אשר מטרתם להכריע בסוגיית התושבות כאשר יחיד הוא תושב של שתי המדינות על פי הדין הפנימי שלהן, כוללים בדרך כלל התייחסות למדינה "שיחסיו האישיים והכלכליים עימה הדוקים יותר (מרכז האינטרסים החיוניים)".⁴² עם זאת, יש מקום להיזהר מהמסקנה שקשרים כלכליים גרידא יכולים לבסס תושבות. ראשית, המודלים לאמנות מס – הן של ה-OECD, הן של האו"ם והן של ארצות הברית –

39 המונח דומיסיל מקורו במשפט הבין-לאומי הפרטי: במקרים רבים הדין החל על אדם הוא דין מדינת הדומיסיל שלו. מונח זה מציין את ביתו של האדם, את המקום שקשריו האישיים אליו הם ההדוקים ביותר. עם זאת, אין הגדרה פשוטה של מונח זה. ראו באופן כללי: Eugene F. Scholes, Peter Hay, Patrick J. Borchers & Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws* (St. Paul 2000), pp. 237–278.

40 Ruth Mason, "Citizenship Taxation", 89 *S. Cal. L. Rev.* (2016) 169, p. 178 ("States [...] determine residence by evaluating connecting factors such as whether the taxpayer has a dwelling in the jurisdiction, whether her family resides there, and whether she has social and economic connections to the jurisdiction"); Edward A. Zelinsky, "Citizenship and Worldwide Taxation: Citizenship as an Administrable Proxy for Domicile", 96 *Iowa L. Rev.* (2011) 1289, p. 1323 ("Many nations, implicitly Daniel Shaviro, or expressly, define residence for tax purposes as domicile [...]"); "Taxing Potential Community Members' Foreign Source Income" (New York Univ. Ctr. for Law, Econ. & Org., Working Paper No. 15-09, 2015), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2625732] [https://perma.cc/88VA-9A4S], p. 2 (mentioning "location of property that one owns in a country, such as a home; the place where one's primary business or other economic ties appear to be located; and the place of residence for close family members")

41 ראו חלק ב.

42 ראו, למשל: את ההסכם בין מדינת ישראל לבין הרפובליקה הפדרלית של גרמניה בדבר מניעת מיסי כפל ומניעת התחמקות ממיסים בזיקה למיסים על הכנסה ועל הון, סעיף 4(2)(א); *United States Model Income Tax Convention*, art. 4(3)(a) (2016); *U.N. Dep't of Econ. & Soc. Affairs, U.N. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, art. 4(2)(a) (2011); OECD, *Articles of the Model Tax Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, art. 4(2)(a) (Jan. 28, 2003).

מסתמכים ראשית כול על כלל שובר שוויון המפנה לקשר אישי: מקום ביתו הקבוע של הנישום. רק אם מבחן הבית הקבוע אינו מכריע – בשל העובדה שלנישום בית קבוע בשתי המדינות או שאין לו בית קבוע באף לא אחת משתייהן – עוברות האמנות למרכז האינטרסים החיוניים כשובר שוויון משני.⁴³ שנית, המיקוד של מבחן מרכז האינטרסים החיוניים עצמו הוא הקשרים האישיים ולא הקשרים הכלכליים.⁴⁴ שלישית, ואולי החשוב ביותר, קשרים כלכליים לבדם אינם יכולים לבסס תושבות. תושבות מושגות על הכרעתה של המדינה, על פי דיניה הפנימיים, שקשריו האישיים של אותו אדם למדינה הדוקים מספיק.⁴⁵ קשרים כלכליים משמשים רק כדי להגביל את כוחה של המדינה להטיל מס על יחיד, למרות קשריו האישיים עימה, בשל קשריו ההדוקים יותר עם מדינה אחרת.

הדגש בקשרים אישיים אינו שרירותי. הקשרים האישיים המחברים יחד את חברי הקהילה הם הבסיס העיוני לזכויות ולחובות של הצדק החלוקתי, שעליהן מושגת עקרון היכולת לשלם. נניח, למשל, שאחת הזכויות של הצדק החלוקתי היא הזכות לקבל רמה מסוימת של תמיכה כאשר אדם אינו מסוגל לספק את צרכיו הבסיסיים בכוחות עצמאיים. עתה ראו אדם אשר קשריו היחידים למדינה הם כלכליים: למשל, נכסים שמהם הוא מפיק הכנסה או עסקים שאותם הוא מנהל. אם הוא ימצא את עצמו חסר כול מסיבה כלשהי, לא תהיה לו, על פי עקרונות הצדק החלוקתי, זכות לתמיכה מהמדינה המארחת. המדינה שאליה הוא צריך לפנות לתמיכה היא מדינת מושבו, אותה מדינה שקשריו האישיים עימה הם ההדוקים ביותר.

U.N. ; 4(3)(a) סעיף (הערה 63) (לעיל, הערה 63) United States Model Income Tax Convention 43
 Dep't of Econ. & Soc. Affairs (לעיל הערה 79) סעיף 4(2)(a) OECD ; 4(2)(a) (לעיל, הערה 63)
 סעיף 4 (2)(a).

“The Commentary to the OECD Model Income Tax Convention C(4)–5
 Article gives preference to the Contracting State in which individual has a permanent
 home available to him. This criterion will frequently be sufficient to solve the conflict
 OECD, *Commentaries on the Articles of the Convention* (2010), p. 86
 The United States Model Technical Explanation Accompanying the United States
 Model Income Tax Convention of November 15, 2006, [https://www.treasury.gov/
 press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf [https://perma.cc/CQ8C-PBY2]
 (“[t]hese tests are to be applied in the order in which they are stated.”)

The Commentary to the OECD Model Income Tax Convention C(4)–6 44
 “regard will be had to his family and social : כדלהלן: “מרכז האינטרסים החיוניים”
 relations, his occupations, his political, cultural or other activities, his place of
 business, the place from which he administers his property, etc. The circumstances
 must be examined as a whole, but it is nevertheless obvious that consideration based
 on the personal acts of the individual must receive special attention.”
 OECD (לעיל, הערה 64) בעמ' 87.

ראו סעיף 4(1) לאמנה בין ישראל לגרמניה (לעיל, הערה 63), והסעיפים המקבילים 45
 במודלים של ה-OECD, של האו"ם ושל ארצות הברית.

כמובן, העובדה שקשרים כלכליים לבדם אינם יכולים לבסס תושבות אצל יחידים אין פירושה שקשרים כלכליים אינם יכולים להצדיק הטלת מס. מדינה, כישות ריבונית, רשאית, על פי כללי המשפט הבין-לאומי, לחייב תושבי חוץ לשלם עבור הגישה לשטחה ולשווקיה.⁴⁶ בהקשר של מס הכנסה, משמעות הדבר היא שהמדינה רשאית להטיל מס על ההכנסות שתושבי חוץ מפיקים מהטריטוריה שלה.⁴⁷ אין לה סמכות להטיל מס על הכנסותיהם של תושבי חוץ המופקות ממדינות אחרות.

אינטרסים של תושבים עשויים כמובן להתנגש אלה באלה. מדיניות המקדמת את רווחתו של פלוני עשויה לפגוע ברווחתו של אלמוני, ודבר זה מתחזק במיוחד בתחום המיסים. התנגשות זו היא לב ליבו של הצדק החלוקתי: לאור העובדה שהמשאבים מוגבלים, כיצד ניתן לחלקם בין חברי הקהילה?⁴⁸ כל תאוריה של צדק חלוקתי מציעה נוסחה שבאמצעותה היא בוחנת את מידת הצדק הטמון בחלוקות חלופיות של משאבים. על פי תורת התועלתנות, למשל, החלוקה האידיאלית היא זו הממקסמת את סך הרווחה בקהילה.⁴⁹ על פי עקרון השוני של רולז, החלוקה האידיאלית היא זו הממקסמת את הרווחה של השכבה הענייה ביותר.⁵⁰ גישות אחרות של צדק חלוקתי עשויות לשקלל באופן שונה ערכים כגון יעילות, שוויון, תרומה וצרכים. לצורך דיוננו אין אנו נדרשים

46 Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 402(1)(a) (Am. Law Inst. 1987); Nancy H. Kaufman, "Fairness and the Taxation of International Income", 29 *L. & Pol'y Int'l Bus.* (1998) 145, p. 198 ("A finding that ... part of one or more [of] the considerations relevant to economic allegiance [...] occurs within the territory [...] of a state is [enough] to endow that state with a competence to tax the income thus produced [...]"); Reuven S. Avi-Yonah, "International Tax as International Law", 57 *Tax L. Rev.* (2004) 483, p. 490 ("The right of countries to tax income arising in their territory is well established in international law")

47 הגם שאין מטילים ספק בזכותה של מדינה מארחת להטיל מס על הכנסותיהם של תושבי חוץ המופקות מהטריטוריה שלה, טענתי במקום אחר שהכנסה אינה בסיס ראוי להטלת מס על תושבי חוץ. ראו David Elkins, "The Case Against Income Taxation of Multinational Enterprises", 36 *Va. Tax Rev.* (2017) 143

48 ראו, למשל: Rawls (לעיל, הערה 35) בעמ' 4: "[A]lthough a society is a cooperative venture for mutual advantage, it is typically marked by a conflict as well as by an identity of interests. There is an identity of interests since social cooperation makes possible a better life for all than any would have if each were to live solely by his own efforts. There is a conflict of interests since persons are not indifferent as to how the greater benefits produced by their collaboration are distributed, for in order to pursue their ends they each prefer a larger to a lesser share. A set of principles is required for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and for underwriting an agreement on the proper distributive shares. These principles are the principles of social justice [...]"

49 ראו: הערות 26–28 לעיל. Corporations, Society, and the State (לעיל, הערה 25).

50 ראו: הערות 26–28 לעיל.

להכריע בשאלה איזו גישה נכונה.⁵¹ החשוב לדידנו הוא שכל אחת מהגישות שוקלת את השפעתה של מדיניות חברתית על רווחתם של חברי הקהילה בלבד ומביעה את דעתה על אודות האיזון המתאים.

מכך עולה כי רווחתם של תושבי חוץ אינה יסוד מהותי בקביעת מדיניות ממשלתית. פעמים רבות, מדינות עשירות מעניקות סיוע למדיניות שהן עשירות פחות. ואולם, יש הבדלים מהותיים בין סיוע חוץ לבין הספקת שירותים לתושבים. מבחינה מהותית, המניע לסיוע חוץ הוא לעיתים קרובות קידום כוחה ותדמיתה של המדינה התורמת.⁵² במילים אחרות, רווחתם של תושבי המדינה התורמת, אלה האמורים ליהנות ממעמדה הבין-לאומי המשופר של מדינתם, היא העומדת מאחורי מתן סיוע החוץ. מבחינה כמותית, סכומי הכסף שמדינות מקדישות לסיוע חוץ זעומים ביחס לסכומים שהן מוציאות על הספקת שירותים לתושביהן.⁵³

3. מיסוי של תושבי חוץ

מדינות נוהגות להטיל מס על תושבי חוץ המעורבים בפעילות כלכלית – לרבות השקעות פסיביות – בטריטוריה שלהן. בה בעת, הן מספקות להם שירותים. ואולם, אין להסיק מתשלום המס ומקבלת השירותים שהנורמות של צדק חלוקתי חלות על תושבי חוץ הפעילים כלכלית בתוך שטח המדינה. בעצבה מדיניות בנוגע לתושבי חוץ, לא רווחתם של תושבי חוץ היא העומדת לנגד עיניה של המדינה המארחת, אלא רווחתם של תושביה.⁵⁴ המדינה המארחת מספקת שירותים לתושבי חוץ כדי למשוך השקעות שהיא מקווה שתושביה יפיקו מהן תועלת. היא גובה מהם מיסים, מכיוון שהדבר מאפשר לה

51 ראו למשל: Menahem E. Yaari, "A Controversial Proposal Concerning Inequality Measurement", 44 *J. of Econ. Theory* (1988) 381.

52 ראו למשל: A. Cooper Drury, Richard Stuart Olson & Douglas A. Van Belle, "The Politics of Humanitarian Aid: U.S. Foreign Disaster Assistance, 1964–1995", 67 *J. of Pol.* (2005) 454; Andrea Civelli, Andrew W. W. Horowitz & Arilton Teixeira, "Is Foreign Aid Motivated by Altruism or Self Interest? A Theoretical Model and Empirical Test" (Feb. 2014), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390448] [<https://perma.cc/2FC5-7KZB>]

53 בשנת 2015, 19 המדינות המרכיבות את ה-Development Assistance Council של OECD הוציאו 0.47% מההתל"ג המשותף שלהם על סיוע חוץ. Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Development Aid in 2015 Continues to Grow Despite Costs for In-Donor Refugees*, 3 (Apr. 13, 2016), [<http://www.oecd.org/dac/stats/ODA-2015-detailed-summary.pdf>] [<https://perma.cc/9T5J-UFTM>]. באותה שנה, ההוצאה הממשלתית הכוללת של מדינות ה-OECD נעה בין 29.4% (אירלנד) ל-57.0% (צרפת) מהתל"ג. OECD, *General Government Spending* (2017), [<https://data.oecd.org/gga/general-government-spending.htm>]

54 Graetz (לעיל, הערה 2) בעמ' 280; Shaviro (לעיל, הערה 17) בעמ' 397.

להקל את עול המיסים המוטל על תושביה או לספק להם שירותים נוספים.⁵⁵ המגבלה המעשית העיקרית על מיסוי תושבי חוץ היא שמש גבוה מדי עלול לדכא השקעות חוץ מועילות ובכך להשפיע לרעה על רווחתם של התושבים.⁵⁶

מבחינה תפיסתית, מיסוי תושבי חוץ אינו מושתת על עקרונות הצדק החלוקתי אלא על עקרונותיו של הצדק החלופי,⁵⁷ מושג אשר הספרות בתורת המיסים נוהגת לכנותו "תורת החליפין" (exchange theory) או "תורת ההנאה" (benefit theory).⁵⁸ מדינות מארחות מספקות שירותים, לרבות הענקת הזכות לפעול בשטחן ולנצל את שווקיה, והן רשאיות לגבות תמורה עבור שירותים אלה.⁵⁹ בנוגע לתושבי חוץ, העובדה שנטל המס החל עליהם שונה מזה החל על תושב אשר מצבו הכלכלי דומה, אין בה כדי לבסס טיעון של הפרת הצדק האופקי. העיקרון של יכולת לשלם תקף אך ורק אצל תושבים.

הואיל ומיסוי הכנסות ממקורות זרים הוא פועל יוצא של עקרון היכולת לשלם, והואיל ועיקרון זה אינו חל על תושבי חוץ, תושבי חוץ אינם משלמים מס על הכנסותיהם ממקורות זרים. תופעה זו אף היא תולדה של אי-תחולתן של נורמות הצדק החלוקתי על תושבי חוץ.

- 4044 League of Nations Report on Double Taxation (לעיל, הערה 22) בעמ' 55
 "A survey of the whole field of recent taxation shows how completely the)
 (לעיל, Shay et al. ; Governments are dominated by the desire to tax the foreigner")
 הערה 19) בעמ' 89.
- David Elkins, "The Merits of Tax Competition in a Globalized Economy", 91 *Ind. L.J.* (2016) 905, pp. 932, 948 56
- David Elkins, **במיסוי, ראו** (commutative justice) **צדק חלופי** (לעיל, הערה 22) בעמ' 4044. "Taxation and the Terms of Justice", 41 *U. Toledo L. Rev.* (2009) 73, pp. 78–82 57
- William B. Barker, "International Tax Reform Should Begin at Home: Replace the Corporate Income Tax with a Territorial Expenditure Tax", 30 *Nw. J. Int'l & Bus.* (2010) 647, p. 665 ("The exchange or benefit principle of taxation is the primary (לעיל, Fleming et al. ; theory that underlies source-based international taxation.")
 הערה 19) בעמ' 307 ("Because ... [the tax regime applicable to nonresidents] usually) reaches less than the taxpayer's entire net income, it cannot be grounded on ability-to-pay. Instead, it is often rationalized as a benefit-based charge imposed by the source country"); J. Clifton Fleming, Jr., Robert J. Peroni & Stephen E. Shay, "Designing a U.S. Exemption System for Foreign Income When the Treasury Is Empty," 13 *Fla. Tax Rev.* (2012) 397, p. 401 ("[E]very country has a normative claim, based on a benefits-received rationale, to tax income earned by foreigners within its borders"); Lawrence Lokken, "The Source of Income from International Uses and Disposition of Intellectual Property", 36 *Tax L. Rev.* (1981) 235, pp. 239–240; Herwig J. Schlunk, "How I Learned to Stop Worrying and Love Double Taxation," 79 *Notre* 91–90) בעמ' 91–90. Shay et al. ; *Dame L. Rev.* (2003) 127, pp. 129–130
 ראו (לעיל, הערה 19) בעמ' 95 ("[T]he justification for source taxation) cannot be ability to pay but instead must be a charge for access to the source country (market") 59

לסיכום, ההבחנה בין תושבים לבין תושבי חוץ היא בסופו של דבר הבחנה בין אלה הכפופים למיסוי על פי אמת מידה של יכולת לשלם לבין אלה שאינם כפופים למיסוי על פי אמת מידה זו, בהתאמה.⁶⁰

ב. תושבות של חברה

כאמור בחלק ב, אדם הוא תושב מדינה מסוימת כאשר הקשרים האישיים בינו לבין המדינה משמעותיים דיים כדי שרווחתו תובא בחשבון ביישום נורמות הצדק החלוקתי וכי ראוי אפוא להטיל עליו מס על פי יכולתו לשלם. בחלק זה תיבחן ישימותו של מושג התושבות במקרה של חברה.

1. רווחה

תושבות עניינה זיהויים של אלה אשר רווחתם חשובה בעיצוב מדיניות חברתית-כלכלית, ובכלל זה עיצוב מדיניות המס. לרווחתם של תושבי חוץ יש תפקיד שולי, אם בכלל. מכאן שכאשר אנחנו שואלים אילו חברות הן תושבות ואילו הן תושבות חוץ, השאלה שאנו שואלים היא רווחתן של אילו חברות יש להביא בחשבון בקביעת מדיניות כלכלית-חברתית.

עצם ניסוח השאלה בדרך זו יש בו כדי להמחיש את האבסורד הטמון בתוכה. הגם שהדין והשיח הציבורי נוטים להאניש את החברה,⁶¹ חברה אינה ישות בעלת כושר תחושה.⁶² רווחה כמשמעותה בדיונים על אודות צדק חלוקתי אינה תכונה של ישויות מלאכותיות.⁶³ מובן כי הצלחתה או כישלונה של חברה עשויים להשפיע על רווחתם של

60 לדיון אודות הפרדוקס " [i]f you're among 'us' and we care about you, you lose [...] since it means that [you] may have to pay tax on [your foreign source income],” Shaviro (לעיל, הערה 41) בעמ' 24–29.

61 Brent Fisse & John Braithwaite, “The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability”, *11 Sydney L. Rev.* (1988) 468, p. 482 (“We often react to corporate offenders not merely as impersonal harm-producing forces but as responsible, blameworthy entities”)

62 Robert B. Reich, *Supercapitalism: The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life* (2007), p. 216 (“A final truth that needs to be emphasized—the most basic of all—is that corporations are not people”)

63 William B. Barker, “A Common Sense Corporate Tax: The Case for a Destination-Based, Cash Flow Tax on Corporations”, *61 Cath. U. L. Rev.* (2012) 955, p. 1000 (“Corporations have control over resources, but, as artificial persons, their relation to the state and society cannot be described in the same way as individuals.”) Fleming et al. (לעיל, הערה 19) בעמ' 319 (“This taxation scheme cannot be explained on ability-to-pay grounds because liability under the corporate-level tax is calibrated to

בני אדם, ומכאן שגורלה של החברה עשוי לעניין את קובעי המדיניות. ואולם, גם במקרה זה רווחתם של בני האדם היא החשובה, ולא הצלחתה או כישלונה של החברה.⁶⁴ במובן המילולי-התיאורי של המונח, אכן יש לחברה יכולת לשלם מיסים. יכולתה לשלם שווה להונה העצמי, לכלל נכסיה או לסך הכנסתה: המדינה פשוט אינה יכולה ליטול יותר מזה.⁶⁵ ואולם, כבר נוכחנו כי בהקשר של מדיניות מס, המושג "יכולת לשלם" אינו תיאורי אלא נורמטיבי.⁶⁶ הוא משווה את השפעתו של תשלום מס על רווחתם של נישומים שונים ומעריך איזה משטר מס תואם באופן הטוב ביותר את עקרונות הצדק החלוקתי. במובן זה של המונח, עקרון היכולת לשלם אינו ישים במקרה של חברה.⁶⁷

כאמור, הסיבה העיקרית אשר בגללה הדין מבחין בין תושבים לבין תושבי חוץ היא שתושבים, ורק תושבים, כפופים לעיקרון של מיסוי על פי יכולת לשלם. כאמור, עקרון

the taxable income of the corporation and bears no necessary relationship to the 395 'בעמ' (לעיל, הערה 17) Shaviro; (respective abilities to pay of any individuals" "[C]orporations are not sentient beings, and cannot feel benefits or burdens. Thus,) they are not directly of normative interest. Relevant distributional goals can only relate (to people".

64 על אף תרמיתה כ"המדע העגום", "[t]he ultimate goal of economic science is to improve the living conditions of people in their everyday lives". Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus, *Economics* (2010), p. 7

65 השאלה אם המדר הנכון ליכולת לשלם במובן התיאורי (לעומת המובן הנורמטיבי) הוא הון, רכוש או רווחים היא עניין של הגדרה. אם יכולת לשלם משמעותה המרב שהחברה יכולה לשלם תוך שמירת די נכסים לשלם לנושיה, אזי יכולתה לשלם שווה להונה העצמי. אם יכולת לשלם משמעותה המרב שהמדינה יכולה לקחת ללא קשר לתביעותיהם של נושיה, אזי יכולתה לשלם שווה לסך רכושה (אם כי אפשר לטעון שיכולתה של החברה לשלם מוגבלת להונה העצמי וכי כל סכום שהמדינה לוקחת מעבר לכך הוא חלק מיכולתם לשלם של הנושים). אם יכולת לשלם משמעותה המרב שהמדינה יכולה לקחת מבלי למנוע מהחברה להמשיך לפעול לפרק זמן בלתי מוגבל, אזי יכולתה לשלם שווה לסך הכנסתה התקופתית.

66 ראו את הטקסט ליד לעיל הערה 31.

67 Joseph M. Dodge, "A Combined Mark-to-Market and Pass-Through Corporate-Shareholder Integration Proposal", *50 Tax L. Rev.* (1995) 265, p. 274 ("The ability to pay norm [...] is [...] a maxim [...] of tax fairness, which has to do with how the aggregate burden of taxation should be apportioned among individuals. Thus, saying that a public corporation has a separate ability to pay does not justify its being treated as a separate taxable unit from a fairness perspective, other than as [...] perhaps 'בעמ' (לעיל, הערה 1) Marian; a withholding vehicle pending dividend distributions") "Scholars agree [...] that for tax purposes, corporations are *not* real beings.) 1616 (Rather, corporations are instruments for the taxation of individuals"

היכולת לשלם אינו ישים במקרה של חברה. משמעות הדבר היא שתושבות אף היא אינה ישימה כאשר הנישום הוא חברה.

2. קשרים אישיים

תושבות היא כאמור פועל יוצא של קשרים אישיים בין הנישום למדינה. קשרים כלכליים, הדוקים ככל שיהיו, אין בהם די כדי להצדיק הטלת מס על הכנסות שהופקו מחוץ לגבולות המדינה. ואולם, לחברה אין קשרים אישיים. בשל אופייה כגוף ערטילאי, הקשר היחיד שיתכן בינה לבין מדינה הוא קשר כלכלי. המדינה שעומה יש לה קשר כזה יכולה להטיל מס על ההכנסה שהחברה מניבה מאותה פעילות כלכלית. ואולם, הואיל וקשר כלכלי לבדו אינו יכול לבסס זכות להטיל מס על הכנסות המופקות מחוץ למדינה, אין הצדקה להטלת מס על הכנסותיה הזרות של חברה.

ראו לדוגמה את פסק הדין המנחה של בית הלורדים משנת 1906 בפרשת *DeBeers*.⁶⁸ בפרשה זו נדונה השאלה מתי תיחשב חברה לתושבת הממלכה המאוחדת לצורכי מס חברות. הבעיה שמולה ניצב בית הלורדים הייתה שתושבות היא מונח אשר מבחינה מושגית חל על יחידים ולא על חברות: "it is easy to ascertain where an individual resides, but when the inquiry relates to a corporation, which in a natural sense does not reside anywhere, some artificial test must be applied"⁶⁹.

בית הלורדים הגיע למסקנה שבקביעת מקום מושבה של חברה מה שיש לעשות הוא "to proceed as nearly as we can upon the analogy of an individual"⁷⁰. מכאן עולה השאלה, איך להקיש מאישיות טבעית לאישיות מלאכותית כאשר מושג התושבות מסתמך על תכונותיה של הראשונה, שאינן בנמצא אצל האחרונה. הנישומה טענה שהחברה היא תושבת המדינה שבה היא רשומה, ומאחר שהתאגדה בדרום אפריקה, הרי שהיא אינה תושבת הממלכה המאוחדת. בדחותו טיעון זה המשיל בית הלורדים את מקום התאגדותה של חברה לאזרחותו של יחיד. החברה הייתה אפוא במצב דומה לזה של אזרח של דרום אפריקה. ואולם, כמו שאזרח זר יכול להיות תושב הממלכה המאוחדת, אף חברה הרשומה במדינה אחרת יכולה להיות תושבת הממלכה.⁷¹ אם כן, מה הן תכונותיה של חברה שאפשר להמשילן לתושבות אצל יחיד? לדברי בית הלורדים: "A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business"⁷² במילים

De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe [1906] AC 455 (HL) (appeal taken from 68 .Eng.)

שם, בעמ' 458. 69

שם, שם. 70

שם, שם. 71

שם, שם. 72

אחרות, בנוגע ליחידים תושבות היא פועל יוצא של חייהם האישיים (המקום שבו הם אוכלים וישנים). לחברה אין חיים אישיים. כל מה שיש לה הם חיים עסקיים. בית הלורדים הקיש אפוא מחייו האישיים של יחיד לחייה העסקיים של חברה וקבע כי חברה היא תושבת המדינה שבה נמצא מרכז השליטה והניהול בפועל של עסקיה. כמובן, הכרעה זו מחייבת את בירור המקום שבו חברה בין-לאומית מנהלת את עסקיה. במקרה של DeBeers, משרדה הראשי של החברה היה בדרום אפריקה, המכרות שלה היו בדרום אפריקה, היא העבירה את היהלומים שלה ללקוחותיה בדרום אפריקה, חלק מהדירקטורים והמושלים שלה התגוררו בדרום אפריקה וחלק משיבות הדירקטוריון נערכו בדרום אפריקה.⁷³ עם זאת, בית הלורדים קבע כי מקום מושבה של חברה לצורכי מס הוא המקום שבו נמצא מרכז השליטה והניהול בפועל של עסקיה. באותה פרשה רוב הדירקטורים והמושלים התגוררו באנגליה ושיבות הדירקטוריון שבהן נקבעה מדיניות החברה התקיימו בלונדון. על כן הגיע בית הלורדים למסקנה שהחברה הייתה תושבת הממלכה המאוחדת.⁷⁴

חשיבותה של פרשת DeBeers לדיונונו אינה טמונה במבחן של מרכז השליטה והניהול, אלא בעובדה שבית הלורדים הקיש מחייו האישיים של היחיד לחייה העסקיים של החברה. ואולם, מדובר בהיקש שגוי. ליחידים יש חיים אישיים וחיים עסקיים. חייהם האישיים מכתבים איפה יחויבו במס על בסיס פרסונלי.⁷⁵ חייהם העסקיים, קרי מקום הימצאותם של השקעותיהם ועסקיהם, מקום עבודתם וכו', מכתבים איפה יהיו חייבים במס על בסיס טריטוריאלי. כאמור, אינטרסים כלכליים של יחיד, אין בהם לבדם כדי ליצור תושבות ולחייב אותו לשלם מס על הכנסות המופקות ממדינות אחרות.⁷⁶ בניגוד ליחידים, לחברה אין חיים אישיים, אלא רק חיים עסקיים.⁷⁷ מכאן שהיקש מושכל מוביל למסקנה הפוכה מזו שבית הלורדים הגיע אליה: חברה חייבת במס על בסיס טריטוריאלי בכל מקום שבו יש לה אינטרסים כלכליים, והיא אינה חייבת במס על בסיס פרסונלי

73 שם, בעמ' 458-459.

74 שם, שם.

75 ראו: תת-חלק ב לעיל.

76 השו: John K. Sweet, "Formulating International Tax Laws in the Age of Electronic Commerce: The Possible Ascendancy of Residence-Based Taxation in an Era of Eroding Traditional Income Tax Principles", 146 U. Pa. L. Rev. (1998) 1949, p. 1993 ("Unlike individuals, corporations, especially multinational enterprises, may operate in multiple places at any given time, rendering it difficult to determine the official 'residence' of any particular corporation"). לא ברור מדוע יחיד אינו יכול לפעול בה בעת בכמה מקומות. כמו חברה, יחיד יכול שיהיו לו עסקים או השקעות במקומות אחדים מסביב לעולם.

77 Barker (לעיל הערה 57), בעמ' 1001 ("The essence of the individual's relationship is totality; individuals are social, political, and economic actors. The essence of a corporation's relationship is primarily economic").

במקום כשלהו.⁷⁸ במילים אחרות, מהותה האונטולוגית של החברה מונעת ממנה להיות תושבת של מדינה.

3. הציווי הקטגורי

במישור פילוסופי עמוק יותר, מיסוי על פי יכולת לשלם, יותר מאשר תאוריות מתחרות, משקף את הציווי הקנטיאני שלפיו אין להתייחס לישות תבונית כאל אמצעי בלבד אלא תמיד גם כתכלית.⁷⁹ על פי תורת ההנאה, למשל, מטרתו העיקרית של מס היא למנוע רכיבה חופשית של אלה הנהנים משירותים ציבוריים מבלי לשלם עבורם. בהטלת חובה על כולם לתרום בהתאם לתועלת שהם מפיקים, המס מונע התעשרות שלא כדין. לאמיתו של דבר, תורת ההנאה רואה במדינה אמצעי להתגבר על כשל שוק: המדינה מספקת שירותים שהשוק אינו מסוגל לספק ומממנת אותם על ידי גביית תשלום התואם את התועלת שהנישום הפיק מהם.⁸⁰ שיקולים כגון צרכים ורווחה יחסית אינם רלוונטיים, הואיל ומה שאדם משלם הוא פועל יוצא של מה שקיבל. מובן כי קשה להתאים תועלת ותשלום בצורה מדויקת, וזה מאות שנים הוגים דנים בשאלה, כמה כל שכבה באוכלוסיה

78 השוו פסק דין מוקדם יותר שלא מתחום המיסים: *Cesena Sulphur Co. v. Nicholson* [1876] 1 Exch. Div. 28, 452 (Eng.) (“The use of the word ‘residence’ is founded upon the habits of a natural man, and is therefore inapplicable to the artificial and legal person whom we call a corporation”).

79 ראו: עמנואל קאנט הנחת היסוד למטפיסיקה של המידות (מ' שפי מתרגם, 1997), בעמ' 91–99. קאנט טען כי שלושת הניסוחים של הצו הקטגורי – עשה מעשיך כאילו יהיה הכלל המעשי של פעולתך לחוק טבע כללי, בעל תבונה הוא בטבעו תכלית כשהיא לעצמה וכל הכללים המעשיים מתמזגים לממלכה של תכליות – זהים במהותם. שם, בעמ' 111–113. השאלה אם הם אכן זהים שנויה במחלוקת. בכל מקרה, הטקסט מתמקד בניסוח השני של הצו. לגישתו של קאנט על אודות מה שאנחנו מכנים היום צדק חלוקתי, ראו למשל Immanuel Kant, *Lectures on Ethics* (Peter Heath & J.B. Schneewind eds., Peter Heath trans., 1997), p. 179 (“[I]f we [...] do a kindness to an unfortunate, we have not made a free gift to him, but repaid him what we were helping to take away through a general injustice. For if none might appropriate more of this world’s goods than his neighbor, there would be no rich folk, but also no poor. Thus even acts of kindness are acts of duty and indebtedness, arising from the rights of others”).

רולו ביטא את גרסתו שלו על אודות הצו הקנטיאני בכל הנוגע לצדק חלוקתי בהאשימו את התועלתנות כי “Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons” (ראו Rawls (לעיל, הערה 26) בעמ' 24. מעניין כי נוזיק השמיע טיעון דומה נגד עקרון השוני של רולו. Nozick (לעיל, הערה 33) בעמ' 228.

80 ראו למשל: C.V. Brown & P.M. Jackson, *Public Sector Economics* (1990) pp. 27–60; David N. Hyman, *Public Finance: A Contemporary Application of Theory to Policy* (2014) pp. 67–68.

נהנית מהשירותים שהמדינה מספקת.⁸¹ ואולם, עקרון העל הוא שנטל המס אמור לשקף ככל האפשר את התועלת שהנישום הפיק מאותם שירותים.⁸² לעומת זאת, מיסוי על פי יכולת לשלם שם דגש יותר באדם עצמו מאשר בשירות שהוא מקבל. במקום להסתכל על נישומים כאמצעים למימון שירותים ציבוריים ולבחון איך לחלק את נטל המס בצורה הוגנת, עקרון היכולת לשלם רואה אותם כאנשים בעלי צרכים ורצונות ומתמקד לא במה שהאדם קיבל מהמדינה אלא בהשפעה של תשלום המס על רווחתו. הגם שבסופו של דבר שתי התאוריות מתייחסות לאדם כאל תכלית – תורת ההנאה רואה במס אמצעי לספק שירותים שתורמים לרווחת האדם – מיסוי על פי יכולת לשלם לוקח את הצינוי הקטגורי צעד אחד קדימה ומיישם אותו לא רק על הספקת השירות אלא אף על גביית המס. למעשה הוא קובע שבעיצוב מערכת המס עלינו להתייחס לנישום גם כתכלית בפני עצמו ולא רק כמקור להכנסות. האם הצינוי הקנטיאני מכתוב את התייחסותנו לישות המשפטית המכונה חברה? בהציגו את הצו כתב קאנט כדלקמן:⁸³

אבל, אם נניח כי יש דבר שישותו כשהיא לעצמה יש לה ערך מוחלט, דבר שיכול לשמש יסוד לחוקים ידועים כתכלית כשהיא לעצמה, הרי בו ורק בו לבדו יהא קבוע היסוד לצווי מוחלט אפשרי, כלומר לחוק מעשי.

ועכשיו אני אומר: האדם וכל יצור בעל תבונה בכלל ישנו בתור תכלית לעצמה: לא רק אמצעי הוא שרצון זה או אחר יוכל להשתמש בו כחפצו, כי אם, בעל פעולותיו, הן במכוונות אל עצמו והן במכוונות אל אחרים, הוא צריך להיחשב גם לתכלית.

חברה אינה ישות תבונית במובן הקנטיאני של המונח.⁸⁴ היא אינה תכלית בפני עצמה, אלא אמצעי לקדם רווחה אנושית. ראו לדוגמה את הצעתו הסאטירית של Jonathan Swift

81 ראו, למשל: Hobbes (לעיל, הערה 22) בעמ' 238; Smith (לעיל, הערה 22) בעמ' 310; Mill, Principles (לעיל, הערה 22) בעמ' 156–157.

82 ראו, למשל: Schoenblum (לעיל, הערה 25) בעמ' 233; David G. Duff, "Benefit Taxes and User Fees in Theory and Practice", 54 *Univ. of Toronto L. J.* (2004) 391, pp. Marjorie E. Kornhauser, "The Rhetoric of the Anti-Progressive Income Tax Movement: A Typical Male Reaction", 86 *Mich. L. Rev.* (1987) 465, pp. 483–384.

83 ראו: קאנט (לעיל, הערה 82) בעמ' 92–93 (ההדגשות במקור).
84 ראו, למשל: Malla Pollack, "The Romantic Corporation: Trademark, Trust, and Tyranny", 42 *U. Balt. L. Rev.* (2012) 81, p. 108 ("Any likeness between a Kantian-self and a business firm is purely metaphorical").

לגדל ילדים לצורכי מאכל.⁸⁵ הצעה זו מעוררת שאט נפש בין היתר מפני שהיא מתייחסת אל בני אדם כאל מצרך.⁸⁶ איסור מוסרי כגון דא אינו חל בכל הנוגע להתייחסותנו לחברה. מותר להקים חברה כדי לנצל אותה כלכלית, ולפרק אותה כאשר עלות החזקתה כאישיות משפטית עולה על התועלת שאפשר להפיק ממנה.

המידה שבה חברה היא אדם היא אכן סוגיה השנויה במחלוקת. כך למשל, בפרשת *Citizens United* קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי לחברה זכות חוקתית להביע דעות פוליטיות.⁸⁷ הספרות האקדמית ברובה המכריע מבקרת החלטה זו.⁸⁸ בספרות הפילוסופית, יש הטוענים שחברה מסוגלת לשאת חובות מוסריות משלה (כלומר מעבר לחובות המוסריות של אלה שהיא פועלת בשמם).⁸⁹ אחרים חולקים על כך.⁹⁰ עם זאת,

-
- Jonathan Swift, "A Modest Proposal for Preventing the Children of Poor People From Being a Burden to Their Parents or Country and For Making Them Beneficial to the Publick", in *A Modest Proposal and Other Satires* (2004) 226 85
- George Wittkowsky, "Swift's Modest Proposal: The Biography of an Early Georgian Pamphlet", 4 *J. of the Hist. of Ideas* (1943) 75, p. 101 86
- Citizens United v. Fed. Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010) 87
- Molly J. Walker Wilson, "Too Much of a Good Thing: Campaign Speech : למשל : ראו, After *Citizens United*", 31 *Cardozo L. Rev.* (2010) 2365; William Alan Nelson II, "Buying the Electorate: An Empirical Study of the Current Campaign Finance Landscape and How the Supreme Court Erred in Not Revisiting *Citizens United*", 61 *Clev. St. L. Rev.* (2013) 443; Ganash Sitaraman, "Contracting Around *Citizens United*", 114 *Colum. L. Rev.* (2014) 755; Amy J. Sepinwall, "Citizens United and the Ineluctable Question of Corporate Citizenship", 44 *Conn. L. Rev.* (2012) 575; James A. Gardner, "Anti-Regulatory Absolutism in the Campaign Arena: *Citizens United* and the Implied Slippery Slope", 20 *Cornell L. & Pub. Pol'y* (2011) 673, p. 674 ("[T]he Court's decision in *Citizens United* was subjected immediately to severe criticism from regulators, academics, journalists, and citizens."); Jocelyn Benson, "Saving Democracy: A Blueprint for Reform in the Post-*Citizens United* Era", 40 *Fordham Urb. L. J.* (2012) 723 88
- Peter A. French, *Collective and Corporate Responsibility* (1984); Peter : למשל : ראו, 89
- A. French, *Corporate Ethics* (1995); Patricia J. Werhane, *Persons, Rights, and Corporations* (1985); Wim Dubbink & Jeffery Smith, "A Political Account of Corporate Moral Responsibility", 14 *Ethical Theory & Moral Prac.* (2010) 223; Peter A. French, "The Corporation as a Moral Person", 16 *Am. Phil. Q.* (1979) 207; Rita C. Manning, "Corporate Responsibility and Corporate Personhood", 3 *J. Bus. Ethics* (1984) 77; Michael J. Phillips, "Corporate Moral Personhood and Three Conceptions of the Corporation", 2 *Bus. Ethics Q.* (1992) 435
- Thomas Donaldson, *Corporations and Morality* (1982); Peter Arenella, "Convicting the Morally Blameless: Reassessing the Relationship between Legal and Moral Accountability", 39 *UCLA L. Rev.* (1992) 1511; John Hasnas, "The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability", 46 *Am. Crim. L. Rev.* (2009) 1329; Manuel G. Velasquez, "Why Corporations Are Not Morally Responsible for Anything They Do," *Bus. & Prof. Ethics J.* (1983); Thomas Weigend, "Societas 90

למיטב ידיעתי אין מי שטוען כי בהתייחסותנו לישות המשפטית המכונה חברה אנחנו אמורים לפעול לפי הצו הקטגורי. יתרה מכך, אחד הטיעונים נגד הרעיון שחברה יכולה לשאת זכויות וחובות מוסריות הוא שברור מאליו שאין לה זכויות בתחום הצדק החלוקתי.⁹¹

לסיכום, אם תושבות לצורכי מס הכנסה מתארת את קהילת האנשים אשר בנוגע אליהם עקרון-העל בקביעת חבותם במס הוא עקרון היכולת לשלם, ואם עיקרון זה משקף את הרעיון שעלינו להתייחס לאדם לא רק כאל אמצעי אלא גם כאל תכלית, ואם חברה אינה תכלית אלא רק אמצעי, יוצא כי תושבות אינה יכולה להיות תכונה של חברה.

4. חוסר מוחשיות

מלומדים מספר הביעו את הדעה שהקושי בייחוס תושבות לחברה טמון בהיותה אישיות בלתי מוחשית. לדברי הפרופסורים Peroni, Fleming ו־Shay:⁹²

[P]recisely because corporations are fictional, they do not live anywhere. Thus, determining where a corporation resides is a much more difficult endeavor than determining the residence of a human being.

ופרופסור Rosenzweig כתב:⁹³

[The] difficulty with defining residency for entities is that the most straightforward way to define residency – physical presence – is not available, simply because legal entities cannot be physically present in the same manner as individuals.

הגם שנכון הדבר שחוסר המוחשיות של חברה שולל את יישום המבחנים המקובלים לתושבות של יחידים (נוכחות פיזית, מגורי קבע וכיוצא בזה), לעניות דעתי סוגיית היסוד מורכבת יותר. לעובדה שיחיד גר במקום מסוים או נוכח בו פיזית אין נפקות נורמטיבית עצמאית. הדין נשען על תכונות אלה, מכיוון שלידו הם מעידים על השתייכותו לקהילה

Delinquere Non Potest?", *6 J. Int. Crim. Just.* (2008) 927; Susan Wolf, "The Legal and Moral Responsibility of Organizations", *27 Crim. Just.* (1985) 267; G. Sullivan, "Expressing Corporate Guilt", *15 Oxford J. Legal Stud.* (1995) 281 (reviewing Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility* (1993)).

91 Donaldson (לעיל, הערה 93) בעמ' 23 ("[I]t seems implausible that [corporations] ... (should have to the right [...] to draw Social Security benefits")

92 Flemming et al. (לעיל, הערה 15) בעמ' 1683.

93 Rosenzweig (לעיל, הערה 2) בעמ' 479–480.

שעליה חלות הנורמות של הצדק החלוקתי.⁹⁴ אילו יכלה חברה לשאת זכויות וחובות של הצדק החלוקתי, היה הדין מחפש סממנים להשתייכותה לקהילה. ואולם, חברה אינה יכולה להשתייך לקהילה כזאת, לא מכיוון שאינה יכולה להימצא במקום פיזי, אלא מכיוון שאין לה זהות אישית, היא אינה חווה אושר וסבל, אין לה קשרים אישיים והיא אינה ישות תבונית קנטיאנית.⁹⁵

כתרגיל מחשבתי, נניח שקיימות קהילות של רוחות רפאים, לכל קהילה כזו משאבים המשמשים להפקת אושר או לדיכוי סבל ולכלל קהילה מערכת של כללים המבטיחה מי חייב לתרום למשאבים הקהילתיים ומי זכאי ליהנות מהם. בשל אופיין של אותן רוחות, סביר להניח שהכללים שיאמצו לקביעת חברות בקהילה יהיו שונים מהכללים שלנו (השאלה אם ישתמשו במילה "תושבות" או במונח אחר, התואם טוב יותר את מצבן, אינה נוגעת לענייננו), שכן הכללים של רוחות הרפאים ישקפו את סוגי הקשרים החשובים לדעתן בקביעת השתייכות לקהילה.

התכונה המשותפת לרוחות הרפאים מחד גיסא ולחברה מאידך גיסא היא היעדר מוחשיות וחוסר יכולת להיות נוכח במקום פיזי. עם זאת, לרוחות הרפאים, כמו לבני האדם, יש זהות אישית וקשרים אישיים, הן חוות אושר וסבל והן בבחינת ישויות תבוניות קנטיאניות, ולפיכך לא מן הנמנע שיפתחו תאוריה של צדק חלוקתי ויאמצו כללים כדי לקבוע מי נושא בזכויות ובחובות העולות ממנה.⁹⁶ בשל העובדה שתכונות אלה חסרות אצל חברה – ולא בשל העובדה שכתור ישות בלתי מוחשית היא אינה "יושבת" במקום כשלהו – חברה אינה יכולה להשתייך לקהילה שעליה חלות הנורמות של צדק חלוקתי.

ג. מיסוי חברות ומיסוי בעלי מניותיהן

מסקנתנו עד כה היא שאין מקום לסווג חברה כתושבת או כתושבת חוץ. יש אכן חברות שלהן קשרים כלכליים למדינות שונות, כשם שיש יחידים בעלי קשרים כלכליים למדינות שונות; המשפט הבין-לאומי מתיר למדינות אלה להטיל מס על ההכנסות המופקות

94 Shaviro (לעיל, הערה 41) בעמ' 21 (המתאר מיקום פיזי כגורם אחד "that would appear [...] (to have strong intuitive appeal, when one thinks about the 'us' category [...])".

95 סוגיה דומה עולה בקשר להחלת המשפט הפלילי על חברות, ראו: Albert W. Alschuler, "Ancient Law and the Punishment of Corporations: of Frankpledge and Deodand", 71 Lawrence Friedman, "In Weigend (לעיל, הערה 93); B.U. L. Rev. (1991) 307 Defense of Corporate Criminal Liability", 23 Harv. J.L. & Pub. Pol'y (2000) 833, pp. 841-843.

96 קאנט התייחס במפורש לקיומן האפשרי של ישויות תבוניות שאינן בני אדם וטען כי חוק המוסר יחול עליהן: "החוק המוסרי צריך לחול לא רק על בני האדם כי אם על כל בעלי התבונה בכלל". קאנט (לעיל, הערה 92) בעמ' 50 [הדגשה במקור].

מאותם קשרים כלכליים.⁹⁷ ואולם, העובדה שלנישום, יחיד או חברה, יש קשרים כלכליים עם מדינה אינה מצדיקה הטלת מס על הכנסותיו המופקות ממדינות אחרות. עם זאת, חשוב להבחין בין חברה לבין בעלי מניותיה. לעומת החברה, בעלי מניות שהם יחידים יכולים להיות תושבים של המדינה, ובהתאם לעיקרון של היכולת לשלם, עליהם לשלם מס על התעשרותם אשר מקורה בהחזקת מניות. השאלה היחידה היא איך לעשות זאת.

במישור הפנים-מדינתי, הדרך העיקרית שבה בעלי מניות משלמים מס על התעשרותם היא באמצעות מס הכנסה המוטל על החברה.⁹⁸ מס זה משמש בעצם כמס עקיף על בעלי המניות.⁹⁹ ואולם, במישור הבין-לאומי הטלת מס על חברה כתחליף להטלת מס על בעלי מניותיה אינה אפשרית. כדי להגיע להתעשרותם של כל תושביה תצטרך המדינה להטיל מס על הכנסתה הכלל-עולמית של כל חברה בעולם, או למצער של כל חברה אשר יש לה לפחות בעל מניות אחד שהוא יחיד תושב המדינה. גם אם הייתה המדינה מסוגלת להטיל מס חברות כלל-עולמי ולאוכפו, אין הצדקה עיונית לפריסת רשת המס שלה בצורה כה רחבה.

97 Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S. § 402(1)(a) (Am. Law. Inst. 1987) ("The right of countries to tax income") בעמ' 49 (לעיל, הערה 67) Avi-Yonah ; 1987) ("arising in their territory is well established in international law").

98 האמור בטקסט משקף את הדעה הרווחת, שאני שותף לה, שיהא אשר יהא ההקשר ההיסטורי אשר הוליד אותו, מס חברות משמש היום כמס עקיף על בעלי המניות. ראו למשל: Steven A. Bank, "Entity Theory as Myth in the Origins of the Corporate Income Tax", 43 *Wm. & Mary L. Rev.* (2001) 447, p. 452; Steven A. Bank, "The Dividend Divide in Anglo-American Corporate Taxation", 30 *J. Corp. L.* (2004) 1, pp. 15-18; William B. Barker, "A Common Sense Corporate Tax: The Case for a Destination-Based, Cash-Flow Tax on Corporations", 61 *Cath. U.L. Rev.* (2012) 955, "the widespread belief that taxing corporations offers a convenient and (מתאר) p. 996 (practical way of indirectly taxing corporate shareholders." Fleming et al. ; (לעיל, הערה 15) בעמ' 1693 Graetz ; (לעיל, הערה 2) בעמ' 302-303 Kleinbard ; (לעיל, הערה 15) בעמ' 159 David M. Schizer, "Between Scylla and Charybdis: Taxing Corporations or Shareholders (or Both)", 116 *Colum. L. Rev.* (2016) 1849; OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report* (2015) p. 22 [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_97.89264241046-en#page3]

99 חשוב להבחין בין מהותו של מס כישיר או כעקיף מחד גיסא לבין תחולת מס מאידך גיסא. מס חברות הוא מס עקיף על בעלי המניות, הואיל והשפעתו המיידית היא להפחית את הרווח שאפשר לחלקו לבעלי המניות. לעניין תחולת מס, מס החברות עשוי להשפיע על עקומות ההיצע והביקוש לטובין, לשירותים ולהון. אם אכן כך יקרה, אזי יחידים שאינם בעלי מניות עשויים לשאת בנטל הכלכלי של המס. הדבר נכון גם בקשר למס המוטל במישרין על בעלי מניות, על עובדים שכירים וכו'. ראו: David Elkins, *Corporate Taxation: Structure, Functions, and Flaws* (2018) pp. 11-15.

הדין המצוי אינו מנסה להטיל מס על הכנסותיה הזרות של כל חברה. במקום זאת, הוא מבחין בין חברות שהוא מסווגן כתושבות לבין חברות שהוא מסווגן כתושבות חוץ, כאשר הוא ממסה את הכנסותיהן הכלל-עולמיות של תושבות ואת הכנסותיהן ממקורות מקומיים של תושבות החוץ.¹⁰⁰ ואולם, גישה זו נגועה הן בהכללת-יתר והן בהכללת-חסר. היא נגועה בהכללת-יתר, הואיל ותושבי חוץ שהם בעלי מניות בחברות המסווגות כתושבות ממוסים למעשה על הכנסותיהם הזרות. היא נגועה בהכללת-חסר, הואיל ותושבים שהם בעלי מניות בחברות תושבות חוץ ממוסים למעשה רק על הכנסותיהם ממקורות מקומיים. הבעיה אינה המבחן שהדין משתמש בו כדי להבחין בין חברות מקומיות לבין חברות זרות. הבעיה היא שתושבים המחזיקים במניות בחברה זרה (תהא הגדרתה אשר תהא) ישוחררו מתשלום מס על חלק מהתעשרותם, ואילו תושבי חוץ המחזיקים מניות בחברה מקומית (תהא הגדרתה אשר תהא) יהיו בפועל חשופים למס על הכנסה שמקורה במדינה אחרת.

מכאן, משטר מיסוי החברות הבין-לאומי הנוהג נתקל בקושי בלתי פתיר. מחד גיסא, תושבות היא מושג יסוד במשטר המיסוי הבין-לאומי. מאידך גיסא, מושג התושבות אינו ישים אצל חברה, לא מבחינה עיונית ולא מבחינה מעשית. אין פלא אפוא שמשטר מיסוי החברות הבין-לאומי אינו מתפקד ושההצעות לרפורמה, הנשענות על הרעיון של תושבות החברה, נתקלות אף הן בקשיים. הבעיה טמונה לא בפרטיו של משטר המס אלא בניסיון לראות חברות כנישומות במישור שבו מושג התושבות משחק תפקיד כה מרכזי.

ד. הצעה למשטר מס חברות בין-לאומי חדש

הואיל ותושבות היא רכיב חיוני במיסוי הבין-לאומי והיא רכיב שאינו ישים אצל חברות, משטר המיסוי הבין-לאומי הנוכחי אינו בר קיימא, ועל כן אין מנוס מהחלפתו. חלק זה יתאר איך אפשר לעצב משטר מס חברות בין-לאומי המתמקד בבעלי מניות במיקום בחברות.¹⁰¹ בשל מורכבות הנושא, הצעה מפורטת למשטר מס כזה הייתה חורגת

100 ראו סעיף 2 לפקודה.

101 מידה רבה, הניתוח בחלק זה נשען על מאמר של פרופסור Joseph Dodge משנת 1995, שבו הציע לנטוש כליל את מס החברות ובמקומו להטיל מס ישירות על בעלי המניות. Dodge (לעיל הערה 61). הוא הציע שכאשר המניות נסחרות בבורסה, בעלי המניות ימוסו על בסיס שינויים בשווי השוק, וכאשר המניות אינן נסחרות בבורסה, יחול משטר המס של שותפויות. ואולם, Dodge הודה כי החלת ההצעה במישור הבין-לאומי כרוכה בקשיים מרובים (שם, בעמ' 334). הוא פתח את הדיון שלו על אודות המיסוי הבין-לאומי בקביעה שחברות אמריקאיות משלמות מס על הכנסותיהן הכלל-עולמיות ושחברות זרות משלמות מס על הכנסותיהן האמריקאיות בלבד (שם, בעמ' 335). בהמשך הוא העמיק בקשיים שהצעתו נתקלת בהם במסגרת זו. הוא דן במקרה של תושבי ארצות הברית המחזיקים מניות בחברות זרות (שם, בעמ' 336-337). הוא בחן חברות אמריקאיות שבהן היקף

בהרבה ממה שאפשר לכלול במאמר זה. במקום זאת, המאמר יתאר בקווים כלליים את סוגיות היסוד שמשטר כמתואר היה ניצב מולן ולהציע דרכים להתמודדות עם סוגיות אלה.¹⁰²

1. בעלי מניות מקומיים

הסוגיה הראשונה שמשטר מס חברות בין-לאומי המתמקד בבעלי מניות צריך להתמודד עימה היא חישוב התעשרותם של בעלי מניות שהם תושבים. המקרה של מניות הנסחרות בבורסה הוא הפשוט ביותר. מכיוון שאפשר לברר את שווי השוק של המניות בכל רגע נתון, חישוב הרווח או ההפסד שחווה בעל המניות במהלך שנת המס דורש לא יותר מאשר פעולה אריתמטית פשוטה.¹⁰³ מיסוי על פי שווי שוק של מניות (mark-to-market)

האחזקה של זרים הוא "substantial", חברות זרות שבהן היקף האחזקה של אמריקאים הוא "quite low", חברות זרות שבהן היקף האחזקה של אמריקאים הוא "fairly high" וחברות זרות שהן "largely (say, 80%) controlled by U.S. shareholders" (שם, בעמ' 339-338, 342-343). למשל, הוא הציע שיוטל "a flat rate withholding tax directly on the foreign corporation's net income [...] where the percentage of control by U.S. shareholders is 'fairly high', אבל "a withholding tax on the foreign [corporation's] U.S. income only" כשאר "U.S. equity does not exceed the requisite threshold" (שם, בעמ' 339). אין כאן מקום לעבור באופן מקיף על הצעתו השאפתנית של Dodge ותחולתה האפשרית במישור הבין-לאומי. ואולם, דומני כי ההבחנה בין "חברות אמריקאיות" לבין "חברות זרות", הבחנה המסבכת את הניתוח עד מאוד, אינה נחוצה ואינה מוצדקת. אם תושבות אינה תכונה של חברות, אזי אין צורך להבחין בין חברות אמריקאיות לחברות זרות ואפשר להתמקד בבעלי מניות שהם תושבים ובעלי מניות שהם תושבי חוץ. יתרה מזו, חבות המס של החברה או של בעלי מניותיה אינה צריכה להיות תלויה בשאלה אם סך האחזקות של תושבים במניות החברה עובר רף מסוים. כפי שיוסבר בטקסט בהמשך, ההבחנות היחידות בין חברות שראוי להביאן בחשבון הן: (א) בין חברות אשר יש להן הכנסות המופקות ממקורות בתוך המדינה לבין אלה שאין להן הכנסות כאלה; (ב) בין חברות המספקות את המידע הדרוש לרשויות המס של המדינה על אודות הכנסותיהן והמיסים שהן שילמו וכן מתירות לרשויות אלה לערוך ביקורת משביעת רצון לבין אלה שאינן עושות כן.

102 הואיל ומשטר המס המתואר בטקסט הוא תגובה לאתגרים שמולם ניצב משטר מס החברות העכשווי במישור הבין-לאומי – העובדה שתושבות היא מושג יסודי במיסוי הבין-לאומי אבל אינה ישימה אצל חברות – אפשר לאמץ את משטר המס המוצע במישור הבין-לאומי ובה בעת להשאיר את משטר המס הקיים במישור הפנימי. אם קובעי המדינות רוצים לעשות כן, הייתי מציע שכל חברה תוכל לבחור את משטר המס הפנימי, יהיו אשר יהיו הקשרים שלה למדינה. חברה הבוחרת במשטר המס הפנימי תחויב במס על הכנסותיה הכלל-עולמיות. בהתאם לדין המצוי, בעלי המניות בחברה כזאת יחויבו במס בשיעור מופחת על הדיבידנדים שהם מקבלים ועל רווח ההון ממכירת מניותיהם. מובן כי לא יחול עליהם משטר המס הבין-לאומי המתואר בטקסט.

103 רווח (או הפסד) שווה (א) שווי השוק של המניות בסוף השנה בתוספת (ב) התמורה ממכירת מניות במהלך השנה בתוספת (ג) חלוקות שנתקבלו במהלך השנה בניכוי (ד) שווי

משקף את הרעיון שמבחינת יעדי המשטר אין נפקות ל"התעשרותה" של החברה.¹⁰⁴ לעובדה שהחברה מדווחת על רווחים אין חשיבות נורמטיבית אם בעלי מניותיה לא השיגו תועלת כלכלית. ייתכן שמחיר המניה אינו משקף את שווייה הכלכלי האמיתי. עם זאת, על פי ההגדרה, התעשרות של בעל מניות היא פועל יוצא של שינויים בשווי השוק של מניותיו (בתוספות דיבידנדים שקיבל), והתעשרותו זו היא שיש לה נפקות נורמטיבית מנקודת מבטו של מס הכנסה.¹⁰⁵

השוק של המניות שהוחזקו בתחילת השנה בניכוי (ה) עלות המניות שנרכשו במהלך השנה. לדוגמה, נניח שבתום 2017 שמעון החזיק 500 מניות של חברה מסוימת וכי שווי השוק של המניות נכון לסוף 2017 היה 100 ש"ח למניה. ב-13.3.2018 רכש שמעון 300 מניות נוספות תמורת 120 ש"ח למניה. ב-15.6.2018 חילקה החברה דיבידנד בסך 12 ש"ח למניה. ב-8.10.2018 מכר שמעון 200 מניות תמורת 110 ש"ח למניה. בתום 2018 היה שווי השוק של המניות 95 ש"ח למניה. בהתאם לנוסחה דלעיל, התעשרותו של שמעון בשנת 2018 כתוצאה של החזקת המניות היא: $(500 \times 100) - (300 \times 120) + (200 \times 110) + (800 \times 12) - (600 \times 95) = 2,600$.

104 אפילו במסגרת משטר המס הנוכחי, יש הגורסים כי מיסוי שוטף על פי שווי שוק (mark-to-market) עדיף מהמתנה עד מימוש ברווחים במישור של בעלי המניות. ראו, למשל, דוד אלקינס "מיסוי רווחי הון בבורסה על בסיס צבירה" **משפטים** לד 481 (2005); John P. Bransfield, "Proposal to Change the Federal Income Taxation of Marketable Securities", 2 *Hous. Bus. & Tax L.J.* (2001–2002) 328; Samuel D. Brunson, "Taxing Investors on a Mark-to-Market Basis", 43 *Loy. L.A. L. Rev.* (2010) 507; Eric D. Chason, "Naked and Covered in Monte Carlo: A Reappraisal of Option Taxation", 27 *Va. Tax Rev.* (2007) 135; David Elkins, "The Myth of Realization: Mark-to-Market Taxation of Publicly-Traded Securities", 10 *Fla. Tax Rev.* (2010) 375; Timothy Hurley, "'Robbing' the Rich to Give to the Poor: Abolishing Realization and Adopting Mark-to-Market Taxation", 25 *Thomas M. Cooley L. Rev.* (2008) 529; Mark L. Louie, "Realizing Appreciation Without Sale: Accrual Taxation of Capital Gains on Marketable Securities", 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 857; Clarissa Potter, "Mark-to-Market Taxation as the Way to Save the Income Tax – A Former Administrator's View", 33 *Val. U.L. Rev.* (1999) 879; David J. Shakow, "Taxation Without Realization: A Proposal for Accrual Taxation", 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 1111; David Slawson, "Taxing as Ordinary Income the Appreciation of Publicly Held Stock", 76 *Yale L. J.* (1967) 623; David A. Weisbach, "A Partial Mark-to-Market System", 53 *N.Y.U. Tax Rev.* (1999) 95; Edward A. Zelinsky, "For Realization: Income Taxation, אבל ראו: Sectoral Accretionism and the Virtue of Attainable Values", 19 *Cardozo L. Rev.* (1997) 861, pp. 889–891.

105 בדרך כלל הדין נמנע מהטלת מס על רווחים בלתי ממומשים בשל קשיי הערכה ונזילות. במילים אחרות, אף על פי שעליית ערך של נכס מעשירה את בעליו, דרישה לתשלום מס על אותה התעשרות הייתה מטילה עלויות ציית ואכיפה ניכרות. בנוגע למניות הנסחרות בבורסה, העלויות הן מזעריות. כאמור, אפשר לברר בנקל את שווי השוק של המניות. העובדה שבעל המניות יכול למכור כמות כלשהי של מניות תמורת עמלה קטנה מאוד פותרת את בעיית הנזילות. ראו את המקורות בהערה 107 לעיל.

כאשר המניות אינן נסחרות בבורסה, חישוב התעשרותו של בעל מניות יהיה קשה יותר. היעדר שוק נזיל מקשה את המעקב אחר שינויים בשוויין של המניות.¹⁰⁶ במקרה זה, ייתכן שהפתרון הטוב ביותר הוא להשקיף את החברה, כלומר להניח שהתעשרותו (החיובית או השלילית) של בעל המניות שווה לחלקו היחסי ברווחיה או בהפסדיה של החברה. בדין המצוי קיימים תאגידי מספר שהם שקופים לצורכי מס.¹⁰⁷ במסגרת מאמר זה לא ניתן לתאר במפורט את משטרי המס החלים על תאגידי מס אלה ואת ההבדלים ביניהם.¹⁰⁸ מה שמתאפשר הוא לציין את התכונות המשותפות לאותם משטרי מס שקופים. ראשית, התאגיד עצמו אינו חב במס. שנית, בעלי הזכויות בו (בעלי המניות, השותפים וכיוצא בזה) מחויבים במס על הכנסות התאגיד. שלישית, כאשר בעלי הזכויות מוכרים את זכויותיהם בתאגיד, הם מדווחים על רווח או הפסד האמורים לשקף את הפרש שבין הרווח או ההפסד הכלכליים שהם חוו לאורך כל תקופת החזקה לבין סכום ההכנסות או ההפסדים שעליהם דיווחו באופן שוטף.

בעיה מעשית שעשויה להתעורר בהקשר זה היא שייתכן שהחברה לא תכין דוחות כספיים, לא תחשב את רווחיה או את הפסדיה בהתאם לעקרונות דיני המס או לא תתיר לרשויות המס של המדינה לערוך ביקורת מתאימה. בעיה זו עשויה להתעורר בעיקר כאשר החברה אינה כפופה לדינייה של המדינה. במקרה זה, סביר לאמץ משטר הדומה למשטר המס החל על "passive foreign investment companies" בדין האמריקאי: תשלום המס נדחה עד למכירת המניות, תוך הטלת חיוב בריבית בשל הדחייה.¹⁰⁹ במשטר המס המוצע, ההסדר של דחייה המלווה בחיוב בריבית יחול בכל מצב שבו תושבי המדינה

106 יתרה מזו, היעדר שוק נזיל יוצר קשיי נזילות: ייתכן שבעל המניות התעשר, אבל אין לו מזומנים באמצעותם הוא יכול לשלם את המס. בשל היעדר שוק נזיל, וכן בשל ההשפעה האפשריות של מכירת מניות על השליטה בחברה, מכירת מניות בחברה פרטית שונה באופן מהותי ממכירת מניות בחברה ציבורית.

107 ראו, למשל: סעיפים 63, 64, 64א, ו-1א64 לפקודה. ובארצות הברית ראו: I.R.S. §701-77 ("Subpart K"), 1361-78; Treas. Reg. §§301.7701-3(a), (b)(1)(i) (1997).

108 לדיון מורחב בנושא, ראו: אלקינס (לעיל, הערה 77) בעמ' 55-57, 969-1060.

109 I.R.C. §1291. הרווח מחושב כאילו נוצר בקו ליניארי על פני תקופת החזקה במניות, הרווח המיוחס לכל שנה ממוסה בשיעור המס הסטטוטורי הגבוה ביותר שהיה בתוקף באותה שנה והמס נושא ריבית מתום אותה שנה. למשל, נניח שהמניות נרכשו בתחילת 2008 תמורת \$100,000 ונמכרו בתום 2017 תמורת \$300,000, ששיעור המס הסטטוטורי הגבוה ביותר כל שנה היה 40% וכי שיעור הריבית היה 5% לשנה. על פי סעיף 1291, הרווח המיוחס ל-2008 יהיה \$20,000. המס בשל רווחי 2008 יהיה \$8,000, וסכום המס לאותה שנה כולל ריבית יהיה $\$12,411 = \$8,000 \times 1.05^9$. הרווח המיוחס ל-2009 יהיה אף הוא \$20,000, המס יהיה \$8,000 וסכום החבות במס לאותה שנה כולל ריבית יהיה \$8,000 $\times 1.05^8 = \$11,820$ וכן הלאה. חבות המס הכוללת, כולל ריבית, יהיה \$100,624.

מחזיקים מניות בחברה שאינה מנהלת ספרים מתאימים או שאינה מעמידה אותם לביקורת של רשויות המס.¹¹⁰

2. בעלי מניות תושבי חוץ

הסוגיה השנייה שמשטר המס המוצע ייתקל בה היא דינם של בעלי מניות שהם תושבי חוץ. על פי הנורמות הבינ-לאומיות הנוהגות, מדינות רשאיות להטיל מס על תושבי חוץ המפיקים הכנסות מקומיות (להלן, הכנסות המופקות מהמדינה יכוננו "הכנסות מקומיות" והכנסות המופקות ממדינות אחרות יכוננו "הכנסות זרות").¹¹¹ ואולם, דומה כי ניסיון להטיל מס במישרין על בעלי מניות תושבי חוץ בשל חלקם היחסי בהכנסותיה המקומיות של החברה לא יצלח. סביר להניח שמיסוי תושבי החוץ דורש הטלת מס טריטוריאלי ברמה של החברה. בהקשר זה ראוי לחזור ולהדגיש שההצעה אינה מסווגת חברות כ"תושבות" או כ"תושבות חוץ".¹¹² ההבחנה היחידה הנוגעת לעניין היא בין חברות המפיקות הכנסות מקומיות ולבין חברות שאינן מפיקות הכנסות מקומיות. באופן עקרוני, כל חברה תחויב במס בשל הכנסותיה המקומיות ואף חברה לא תחויב במס בשל הכנסותיה הזרות.¹¹³ ה"מטרות" היחידות של המס הן בעלי מניות תושבי חוץ. בעלי מניות שהם תושבים יחויבו ישירות על התעשרותם.¹¹⁴

110 הואיל ולעיתים קרובות נטל המס במשטר הדחייה כבד יחסית, סביר להניח כי תושבי המדינה יטו להעדיף חברות המתחייבות לספק את המידע הדרוש ולהעמיד את ספריהן לביקורת של רשויות המס. ראו, למשל, Richard L. Doernberg, *International Taxation* ("This method can be quite punitive.") 380 (2009).

111 או את המקורות בהערה 100 לעיל.

112 שוו Graetz (לעיל, הערה 2) בעמ' 321: "[T]he thrust of these efforts is to impose residence-based taxation whenever the foreign corporation is substantially owned or controlled by U.S. persons (including other corporations)". במילים אחרות, לדידו של Graetz, כאשר "חברה אמריקאית" מחזיקה ב"חברה זרה", מיסוי על פי תושבות מחייב הטלת מס על הכנסותיה השוטפות של ה"חברה הזרה". ואולם, לא ברור מדוע תושבות החברה "האמריקאית" מלאכותית פחות מתושבות החברה "הזרה". אם מושג התושבות ישים אצל חברות, אזי הכנסתה של ה"חברה הזרה" היא הכנסה של תושב חוץ ואינה צריכה להיות חשופה למיסוי בארצות הברית. אם מושג התושבות אינו ישים אצל חברות, אזי לעובדה שבקודקוד אשכול החברות ניצבת "חברה אמריקאית" אין נפקות נורמטיבית.

113 אך ראו: את התיאור של משטר מס חברות פנימי שעשוי להתקיים במקביל למשטר מס החברות הבינ-לאומי בהערה 105 לעיל, ואת התיאור של הפטורים האפשריים מהמס בטקסט מסיבב להערות 123-124 להלן.

114 ראו: חלק ה.1 לעיל. חלק ה.3 להלן דן במניעת מיסוי כפל של תושבים המחזיקים מניות בחברה אשר הפיקה הכנסות מקומיות.

בהתאם לכך, שיעור מס החברות יהיה זהה לשיעור המס החל על יחידים תושבי חוץ.¹¹⁵ לדוגמה, פקודת מס הכנסה בישראל פוטרת תושבי חוץ מתשלום מס על ריבית מאיגרות חוב הנסחרות בבורסה ועל רווח הון ממכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה.¹¹⁶ במשטר מס המוצע, לא יחול מס על חברות בשל הכנסות אלה. מתן פטור החברה יש בו כדי לשחרר מתשלום מס רק את בעלי המניות שהם תושבי חוץ. בעלי מניות שהם תושבים ישלמו את המס במישרין.

נניח שקיימת חברה המפיקה הכנסות במדינה א, ועל פי דיני המס של מדינה ב החברה נחשבת לתושבת שלה. (נקודת המוצא היא שמדינות אחרות ימשיכו להיצמד לרעיון של תושבות החברה). חברה זו יכולה לדרוש הטבות מכוח אמנת מס הקיימת בין שתי המדינות. דומה כי הדבר מציב אתגר בפני משטר המס המוצע, שהרי בעלי המניות עשויים להיות תושבי מדינות שאין בינן לבין מדינה א אמנת מס, או שהוראות אמנת המס בין מדינת מושבן לבין מדינה א נדיבות פחות מהוראות האמנה שבין מדינה א למדינה ב. להמחשת העניין, נניח שאמנת המס שבין מדינה א למדינה ב מונעת הטלת מס על תמלוגים שמקבלים תושבי המדינה האחרת.¹¹⁷ נניח עוד שתושב של מדינה ג הוא בעל מניות באותה חברה המסווגת כתושבת של מדינה ב וכי אין אמנת מס בין מדינה ג למדינה א. אילו קיבל תושב מדינה ג באופן אישי תמלוגים ממדינה א, הרי שהאחרונה הייתה רשאית להטיל מס בשיעור מלא על התמלוגים אלה, שכן אין אמנה בינה לבין מדינה ג. ואולם, הואיל ותושב מדינה ג קיבל את התמלוגים באמצעות חברה שהיא תושבת מדינה ב, שכאמור בינה לבין מדינה א קיימת אמנת מס, הרי שמדינה א לא תוכל למסות את תושב מדינה ג על התמלוגים שקיבל.¹¹⁸

ואולם, דומני כי בעיה זו מטרידה פחות מכפי שהיא נראית במבט ראשון. ההבחנה בין תושבים של שתי מדינות זרות שונה באופן מהותי מההבחנה שבין תושבים לבין תושבי חוץ. בכל הנוגע להבחנה שבין תושבים לבין תושבי חוץ, השאיפה היא להטיל

115 במקום אחר טענתי שהכנסה אינה בסיס ראוי למיסוי של תושבי חוץ בכלל ושל חברות בין-לאומיות בפרט. Elkins (לעיל, הערה 68). הטקסט מניח שהמדינה רוצה להתמיד במדיניותה למסות את הכנסתם המקומית של תושבי חוץ. אם המדינה תנטוש מדיניות זו ותאמץ בסיס אחר למיסוי תושבי חוץ, אותו משטר מס צריך לחול גם על חברות.

116 סעיפים 9(15) ו-97(2) לפקודת מס הכנסה.

117 ראו למשל: סעיף 12(1) לאמנת ישראל-גרמניה.

118 הבעיה של "סחר באמנות" (treaty shopping) קיימת גם במשטר המס הנוכחי. אמנות שארצות הברית צד להן מטפלות בסוגיה זו באמצעות הוראות המכוננות Limitation of Benefits (LOB). ראו, למשל, ס' 22 United States Income Tax Convention. פרטיו של ה-LOB מורכבים ושונים מאמנה לאמנה, אולם הרעיון הבסיסי הוא שחברה שהיא תושבת אחת המדינות לא תוכל לדרוש הטבות מכוח האמנה אלא אם כן רוב המניות בה מוחזקות לטובת יחידים תושבי אותה מדינה או נסחרות בבורסה הממוקמת באותה מדינה. ה-LOB הוא הוראה אנטי-תכנונית שנועדה למנוע מיחידים להקים חברה במדינה, מלבד המדינה בה הם תושבים, כדי ליהנות מאמנת המס בין ארצות הברית לבין מדינת מושבה של החברה.

מס על הכנסותיהם הכלל-עולמיות של תושבים ועל הכנסותיהם המקומיות של תושבי חוץ. הטלת מס על הכנסות זרות של תושבי חוץ או הימנעות מלהטיל מס על הכנסות זרות של תושבים סותרות מדיניות זו. בכל הנוגע לתושבים של מדינות זרות שונות, הוראותיהן של אמנות מס נובעות לא משיקולים נורמטיביים עקרוניים אלא משיקולים מעשיים: כל מדינה מסכימה להגביל את זכותה להטיל מס על סוגים מסוימים של הכנסה בתמורה להתחייבות דומה של המדינה השנייה. כאשר מדינה דורשת שחברות שהיא מסווגת כתושבות שלה ייהנו מהוראות האמנה, המדינה השנייה צריכה להחליט אם

היתרונות הגלומים באמנה בכלליותה מצדיקים את הסכמתה לאותה הוראה.¹¹⁹ במשטר המיסוי המוצע אין חברות שהדין הפנימי יסווגן כתושבות. משמעות הדבר היא שאמנות המס שעליהן חתומה מדינה המאמצת את המשטר המס המוצע לא יגנו על חברה כלשהי מפני מיסים המוטלים על ידי המדינה השנייה. מכאן שנטישת הרעיון של תושבות החברה תחייב תיקון של רשת האמנות של אותה מדינה. בתמורה להסכמתה להתיר לחברות תושבות המדינה השנייה (על פי דינה הפנימיים) ליהנות מהוראות האמנה, על המדינה המאמצת את משטר המס המוצע לדרוש הגנה לתושביה שלה שהם בעלי מניות בחברה המפיקה הכנסות במדינה השנייה. אציין בקצרה שתי התאמות אפשריות. אפשרות אחת היא הרחבת המונח "תושב" כדי שיכלול גם חברה אשר אחוז מסוים מבעלי מניותיה הם תושבי המדינה. במילים אחרות, הגם שהיא אינה "תושב" על פי הדין הפנימי של המדינה, חברה תוכל להיחשב "תושב" לצורך האמנה. הרעיון הוא שחברה אשר אחוז גדול מבעלי מניותיה הם תושבי המדינה תזכה להגנה מכוח האמנה כאילו היא עצמה הייתה תושבת המדינה. הקושי בהוראה כזו, כמו בכל הוראה המייחסת תושבות לחברות, הוא היותה נגועה הן בהכללת-חסר (היא אינה מגנה על תושבים שהם בעלי מניות בחברה שאינה "תושב" כהגדרתו באמנה) והן בהכללת-יתר (היא מגנה על תושבי חוץ שהם בעלי מניות בחברה הנכללת בהגדרת "תושב").¹²⁰ אפשרות אחרת היא להתיר למדינה השנייה להטיל מס על חברות כאוות נפשה, אך לחייבה להחזיר חלק יחסי מהמס לכל בעל מניות שהוא תושב המדינה הראשונה. אפשרות זו מותאמת יותר

119 למשל, מדיניותה של ארצות הברית מאז שנות השמונים של המאה העשרים היא לדרוש הכללת הוראה בדבר Limitation of Benefits וכעת כל האמנות שעליהן היא חתומה מכילות הוראה כזו. ראו באופן כללי: Joseph Isenbergh, *International Taxation* (2005), pp. 280–281.

120 לכאורה הגנת-היתר אינה עניינה של המדינה הדורשת את הכללתה של הוראה כמתואר. ואולם, התעקשות על הגנת-היתר תעלה את עלות כריתת האמנה מנקודת מבט של המדינה השנייה וזו עשויה לדרוש תמורה במשא ומתן על הוראותיה האחרות של האמנה. למשל, המדינה השנייה עשויה לדחות דרישה של המדינה הראשונה לכלול באמנה הוראת LOB בנימוק שההגנה על כל חברה שדיניה הפנימיים רואים אותה כתושבת – גם אם אין לבעלי המניות זיקה אחרת למדינה – מוצדקת לאור הגנת-היתר הטמונה בהגדרה המורחבת של "תושב".

לעקרונותיו של משטר המס המוצע. החיסרון שלה הוא שיישומה הלכה למעשה עלול להיות קשה יותר.

כאמור, מס החברות הטריטוריאלי המתואר בתת-חלק זה נועד לשמש מס עקיף על בעלי מניות שהם תושבי חוץ. על כן, יש מקום לפטור חברה מהמס בשני מקרים. ראשית, חברה תהיה פטורה ממס אם כל בעלי מניותיה הם תושבי המדינה. שנית, חברה אשר בעלי מניותיה, כולם או חלקם, הם תושבי חוץ תהיה פטורה ממס אם כל בעלי מניותיה תושבי החוץ מגישים דוחות למדינה ומשלמים מס על חלקם היחסי בהכנסותיה המקומיות של החברה.¹²¹ במילים אחרות, במקרים שבהם בעלי המניות משלמים מס ישירות על הכנסותיה המקומיות של החברה, המס ברמת החברה מיותר. פטורים אלה, מלבד הצדקתם העיונית, יש בהם גם כדי לפשט את המערכת, בכך שהם מונעים מראש כפל מס לבעלי מניות שהם תושבים.

3. מניעת כפל מס

הסוגיה השלישית שמשטר המס המוצע צריך להתמודד עימה היא הבאתו בחשבון של מס ששולם ברמת החברה בחישוב חבות המס של בעלי מניות שהם תושבים. לצורך הדיון, אצא מהנחה שהמדינה רוצה להטיל מס על הכנסותיהם המקומיות של תושבי חוץ, שמדינות אחרות מטילות מס על כל מי שמפיק הכנסות אשר מבחינתן הן הכנסות מקומיות ושהמדינה מבקשת למנוע כפל מס באמצעות הענקת זיכוי בשל מיסי חוץ.¹²² אומנם עקרונות אלה שנויים במחלוקת וספק אם משטר מס בין-לאומי אידיאלי היה מאמץ אותם,¹²³ אולם כדי להצר את גבולות הגזרה, אניח כי עקרונות אלה ימשיכו לחול. הטלת מס במישור של החברה כאמצעי להטיל מס עקיף על בעלי המניות שהם תושבי חוץ יוצרת סיבוכים בבואנו להטיל מס על בעלי מניות שהם תושבים מקומיים.

121 מאמר זה אינו דן בדרכים שבהן החברה תוכיח שכל בעלי מניותיה הם תושבים או שכל בעלי מניותיה שאינם תושבים הגישו את הדוחות המתאימים ושילמו את המס המגיע מהם. כמו כן, הוא אינו דן בנסיבות שבהן יהיה ראוי להטיל על החברה חובת דיווח או חובת ניכוי במקור כדי להבטיח תשלום מס על ידי בעלי מניותיה.

122 ראו: סעיף 200 לפקודה.

123 לעניין מיסוי הכנסותיהם המקומיות של תושבי חוץ, ראו הערה 116 לעיל. לעניין הזיכוי בשל מיסי חוץ, אפשר לטעון שמיסי חוץ הם אחת העלויות של ניהול פעילות כלכלית במדינות אחרות ואינם יוצרים בעיה של מיסוי כפל. ראו, למשל, Shaviro, *Fixing* (לעיל) (הערה 25), בעמ' 68; *Legal Analysis* (2011) 65. ראו גם Isenbergh (לעיל, הערה 122) בעמ' 134 ("The only allowance for foreign income taxes in the 1913 Income Tax Law was a deduction for taxes paid to foreign governments as a cost of doing business"). אול כפי שמציין Shaviro, "[p]erhaps no feature of modern income tax systems has gained such consistent [...] approval from commentators as the foreign tax credit." Daniel N. Shaviro, "Rethinking Foreign Tax Creditability," 63 *Nat'l Tax J.* (2010) 709, p. 709.

כאמור, תושבים משלמים מס ישירות על התעשרותם אשר מקורה בהחזקתם במניות. כאשר לחברה הכנסות מקומיות, הטלת מס גם ברמת החברה משמעותה מס כפול על אותה הכנסה. כמו כן, כאשר לחברה הכנסות זרות, הכנסה זו חשופה הן למס זר (ברמת החברה) והן למס מקומי (ברמת בעלי המניות).¹²⁴

מכאן שבעלי מניות שהם תושבים מקומיים צריכים לקבל זיכוי השווה לחלקם במס ששולם ברמת החברה, בין אם המס הוטל על ידי המדינה (הכנסות מקומיות) ובין אם הוטל על ידי מדינה אחרת (הכנסות זרות).¹²⁵ מבחינתם של בעלי מניות שהם תושבים, הזיכוי יבטל את המיסוי ברמת החברה וישאיר בעינו רק את המס ברמת בעלי המניות. הואיל והזיכוי עקיף (זיכוי ברמה של בעלי המניות בשל מס ששולם על ידי החברה) ומוענק הן בשל מס מקומי והן בשל מס זר, אכנה אותו "זיכוי מס עקיף".

יצוין כי מבחינה טכנית, כאשר הכנסתו של בעל המניות היא פועל יוצא של אירוע במישור של בעל המניות (למשל, שינוי בשווי המניות או מכירתן), סכום זיכוי המס העקיף ייחשב להכנסה נוספת בידיו של בעל המניות. הסיבה לכך היא שהואיל ותשלום מס במישור החברה משתקף בשווי המניות, הנישום מקבל למעשה ניכוי בשל המס ששולם על ידי החברה. בקבלת זיכוי נוסף על הניכוי יש משום פיצוי-יתר בשל המס במישור החברה.¹²⁶ כדי למנוע פיצוי-יתר, יש לשלול את הניכוי לפני שמעניקים את הזיכוי.¹²⁷

124 כאמור תת-חלק זה יוצא מהנחה שרואים בהטלת מס הן על ידי מדינת המקור והן על ידי מדינת התושבות מיסוי כפול בלתי ראוי.

125 הואיל וחבות מחויבת על פי רוב על בסיס שנתי, הייתי מציע שתושב הרוכש מניות או המוכר מניות במהלך שנת המס יקבל זיכוי חלקי בהתאם לתקופת ההחזקה. למשל, נניח שתושב רכש 20% מהמניות בחברה מסיימת ב-1.4 ועוד 15% מהמניות ב-1.9 ושהחברה שילמה מיסים בסך כולל של 500,000 ש"ח. זיכוי המס העקיף יהיה $500,000 \times [(20\% \times 9/12) + (15\% \times 4/12)] = 100,000$.

126 למשל, נניח שדינה היא תושבת המחזיקה במניות הנסחרות בבורסה, ששווי מניותיה עלה ב-1,000 ש"ח, שחלקה היחסי במס הכנסה ששילמה שחברה הוא 250 ש"ח ושהיא משלמת מס לפי שיעור של 40%. אם נחשב את חבות המס שלה על ידי הכפלת 1,000 ש"ח ב-40% והפחתת 250 ש"ח, נגיע לחבות של 150 ש"ח. יש כאן פיצוי-יתר בשל המס ששילמה החברה. סביר להניח ששווי המניות משקף את תשלום המס על ידי החברה. במילים אחרות, ללא מס במישור החברה, שווי המניות היה עולה לא ב-1,000 ש"ח אלא ב-1,250 ש"ח. בשיעור מס של 40%, דינה הייתה משלמת מס בסך 500 ש"ח. ואולם, בשל המס ששילמה החברה והזיכוי הנדיב מדי, היא תישא בנטל מס כולל – ישיר ועקיף גם יחד – של 400 ש"ח בלבד (חלקה במס ששילמה החברה הוא 250 ש"ח, והמס שהיא שילמה ישירות הוא 150 ש"ח). במילים אחרות, במקום הכנסה נטו של 750 ש"ח (1,250 ש"ח פחות 500 ש"ח), דינה תקבל הכנסה נטו של 750 ש"ח (1,000 ש"ח פחות 150 ש"ח).

127 סוגיה זו מתעוררת בדין המצוי כאשר חברה דורשת זיכוי עקיף מכוח סעיף 203(ג) לפקודה. סעיף 126(ג) לפקודה מורה כי בנסיבות אלה יש לגלם את הדיבידנד כן שהכנסתה החייבת של החברה המקבלת את הדיבידנד תהיה סכום הדיבידנד שהיא קיבלה בתוספת המס ששולם על ההכנסה שממנה חולק הדיבידנד. ראו אלקינס, לעיל הערה 77, בעמ' 280–286.

לדוגמה, נניח שראובן, תושב המשלם מס בשיעור של 40%, מחזיק ב-100,000 מתוך 10,000,000 המניות שהונפקו על ידי חברה. במהלך שנת המס עלה שווי המניות מ-50 ש"ח למניה ל-58 ש"ח למניה, והחברה שילמה מס הכנסה בסך 15,000,000 ש"ח. חישוב חבות המס של ראובן יהיה כדלהלן:

(א) שווי מניותיו עלה ב-800,000 ש"ח.¹²⁸

(ב) כבעלים של 1% ממניות החברה, הוא יקבל זיכוי מס עקיף בסך של 150,000 ש"ח.¹²⁹

(ג) הכנסתו החייבת כתוצאה של החזקת מניות בחברה תהיה 950,000 ש"ח.¹³⁰

(ד) חבותו במס, לפני זיכוי המס העקיף, תהיה 380,000 ש"ח.¹³¹

(ה) בעקבות הזיכוי הוא ישלם מס בסך 230,000 ש"ח.¹³²

ואולם, ייתכן שהחישוב האמור פשטני מדי, שכן אינו מביא בחשבון את מקורן הגאוגרפי של הכנסות החברה, את סוג ההכנסה ואת המדינה שאליה שילמה החברה מס על הכנסותיה. גורמים אלה נוגעים לעניין, מכיוון שמדינות אינן נוהגות להתיר זיכוי חופשי בשל מיסים ששולמו למדינות אחרות. כך למשל, פקודת מס הכנסה בישראל מתירה זיכוי בשל מיסי חוץ רק כאשר המס שולם לאותה מדינה אשר ממנה הופקה ההכנסה, ומגבילה את סכום הזיכוי בשל הכנסות חוץ ממקור פלוני לסכום המס הישראלי החל על הכנסות מאותו מקור.¹³³ בהנחה שהמדינה ממשיכה לדבוק במדיניות העומדת מאחורי מגבלות אלה,¹³⁴ יהיה צורך להגביל גם את זיכוי המס העקיף במשטר המס המוצע.

לצורך דיונו, נניח שהמגבלה היחידה היא שאין להתיר זיכוי בשל מיסי חוץ בסכום העולה על סך המס המקומי שהנישום חייב בו בשל הכנסות זרות. מגבלות מורכבות יותר תחייבנה כמובן התאמות מורכבות יותר, אולם דומני כי די בדוגמה זו כדי להמחיש איך אפשר להתאים את זיכוי המס העקיף למגבלות שהמדינה מעוניינת להטילן.

$100,000 \times (58 - 50) = 800,000$ 128

$15,000,000 \times (100,000/10,000,000) = 150,000$ 129

$800,000 + 150,000 = 950,000$ 130

$950,000 \times 40\% = 380,000$ 131

$380,000 - 150,000 = 230,000$ 132

סעיפים 199, 203 ו-204 לפקודה. 133

הצדקת המגבלות המוטלות על ניצול הזיכוי בשל מיסי חוץ היא סוגיה שנויה במחלוקת. 134

David Hasen, "Tax Neutrality and Tax Amenities", 12 *Fla. Tax Rev.* (2012) 57, pp.

64-65, 72; Paul R. McDaniel, "The U.S. Tax Treatment of Foreign Source Income

Earned in Developing Countries: A Policy Analysis", 35 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*

(2003) 265, pp. 268-269; Charles E. McLure Jr., "Legislative, Judicial, Soft Law,

Cooperate Approaches to Harmonizing Corporate Income", 14 *Colum. J. Eur. L.*

(2008) 377, p. 387

הכנסתם של בעלי המניות תסווג כהכנסה מקומית או כהכנסה זרה על פי היחס שבין הכנסותיה המקומיות של החברה להכנסותיה הזרות. זיכוי המס העקיף, אשר מקורו בתשלום מס הכנסה למדינה אחרת, יהיה כפוף לכל המגבלות החלות על זיכוי בשל מיסי חוץ. ניצולו של זיכוי המס העקיף אשר מקורו בתשלום מס הכנסה מקומי לא יהיה כפוף למגבלה כלשהי.

נחזור לדוגמה הקודמת ונניח שלחברה הכנסות זרות של 30,000,000 ש"ח והכנסות מקומיות של 120,000,000 ש"ח ושהיא שילמה מיסי חוץ בסך 10,000,000 ש"ח ומס מקומי בסך 5,000,000 ש"ח.¹³⁵ החישוב יהיה כדלקמן:

(א) מתוך הכנסתו של ראובן בסך 950,000 ש"ח,¹³⁶ סך 190,000 ש"ח ייחשב להכנסה זרה¹³⁷ וסך 760,000 ש"ח ייחשב להכנסה מקומית.¹³⁸

(ב) חבותו במס מקומי בשל הכנסתו הזרה, לפני הבאתו בחשבון של זיכוי המס העקיף, יהיה 76,000 ש"ח.¹³⁹ חבותו במס מקומי בשל הכנסתו המקומית, לפני הבאתו בחשבון של זיכוי המס העקיף, יהיה 304,000 ש"ח.¹⁴⁰

(ג) מתוך זיכוי המס העקיף בסך של 150,000 ש"ח, סך 100,000 ש"ח יהיה כפוף למגבלותיו של הזיכוי בשל מיסי חוץ,¹⁴¹ ואילו 50,000 ש"ח לא יהיו כפופים למגבלות אלה.¹⁴²

(ד) ראובן לא ישלם מס על הכנסתו הזרה, הואיל וזיכוי המס העקיף אשר מקורו במיסי חוץ (100,000 ש"ח) עולה על חבותו במס מקומי בשל הכנסתו הזרה (76,000 ש"ח). היתרה, בסך 24,000 ש"ח, תשמש להפחתת חבותו במס מקומי בשל הכנסות זרות אחרות, בהתאם לדיני המס המסדירים את ניצולו של עודף זיכוי.¹⁴³

135 דוגמה, שיעור המס על ההכנסות המקוריות נמוך מאוד:

$$(5,000,000/120,000,000=4.17\%)$$

הסיבה שבחירתי מספרים אלה היא להדגיש מה קורה כאשר זיכוי המס העקיף שמקורו במס ששילמה החברה למדינה (להבדיל ממס שהיא שילמה למדינות אחרות) אין בו כדי לכסות את חבותם של בעלי מניות בשל הכנסות מקומיות. ואולם, שיעור מס כה נמוך אינו בלתי מציאותי. ראו, למשל, סעיפים 51כה ו-51כז חוק לעידוד השקעות חוק, תשי"ט-1959, ס"ח 234. כמו כן, בדין המצוי תושבי חוץ פטורים ממס על ריבית מאיגרות חוב הנסחרות בבורסה ועל רווח ההון ממכירת ניירות ערך הנסחרים בבורסה. במשטר המס המוצע פטורים אלה יחולו לא רק על תושבי חוץ, אלא גם על חברות. ראו את הטקסט סביב הערות 116-118, לעיל.

136 ראו הערה 133 לעיל.

$$.950,000 \times (30,000,000/150,000,000) = 190,000 \quad 137$$

$$.950,000 \times (120,000,000/150,000,000) = 760,000 \quad 138$$

$$.190,000 \times 40\% = 76,000 \quad 139$$

$$.760,000 \times 40\% = 304,000 \quad 140$$

$$.10,000,000 \times 1\% = 100,000 \quad 141$$

$$.5,000,000 \times 1\% = 50,000 \quad 142$$

143 ראו: סעיף 205א לפקודה.

(ה) על הכנסתו המקומית ישלם ראובן סך של 254,000 ש"ח (הנובע מהפחתת זיכוי המס העקיף בסך 50,000 ש"ח מחבות המס המקורית בסך 304,000 ש"ח).¹⁴⁴ קושי מעשי שעשוי להתעורר נובע מכך שהמדינה אינה מסוגלת לחייב כל חברה לדווח על הכנסותיה המקומיות (כפי שמגדירה אותן אותה מדינה), הכנסותיה הזרות ומיסי החוץ שהיא שילמה. כמו כן, אין למדינה כוח לחייב כל חברה להתיר לרשויות המס שלה לערוך ביקורת על ספריה. הייתי מציע אפוא שכאשר חברה אינה מגישה את הדוחות המתאימים או אינה מאפשרת לרשויות המס של מדינה לערוך ביקורת בהיקף המניח את הדעת, כל הכנסותיה תישבנה למקומיות. בכל הנוגע לזיכוי המס העקיף, הענקת הזיכוי תותנה בכל מקרה בהצגת הוכחות על תשלום המס, כך שרשויות המס תוכלנה לברר כמה שולם בכל מדינה. בהיעדר הוכחות מספיקות, לא ייהנו בעלי המניות מזיכוי מס עקיף.

הוראות אלה יוצרות חזקות הניתנות לסתירה, שלפיהן כל הכנסותיה של החברה הן מקומיות והיא לא שילמה מיסי חוץ כלשהם. לחזקות אלה שתי מטרות. ראשית, הן מגינות על מדיניות המס הביין-לאומי של המדינה על ידי מניעת זיכוי בשל מס שלא שולם ומניעת ניצול של זיכוי בשל מיסי חוץ בסכום העולה על המס המקומי החל על ההכנסות הזרות. שנית, הואיל והחזקות מניחות את מצב הדברים הכי פחות נוח מבחינתם של בעלי המניות, יש בהן כדי לתמרץ תושבים מקומיים לדרוש מחברות שבהן הם שוקלים להשקיע את כספם לספק את הדוחות הדרושים, וכן לתמרץ חברות המבקשות למשוך משקיעים מקומיים לספק דוחות אלה.

סיכום

אישיותה של החברה היא פיקציה משפטית. תושבות של חברה אינה פיקציה משפטית. היא אוקסימורון. יש בה ניסיון לייחס לחברה תכונה הסותרת את טיבה, לא מכיוון שהחברה אינה מסוגלת "לשבת" במקום פיזי כלשהו, אלא מכיוון שהתושבות נועדה לעצב את הגבולות של מיסוי על פי יכולת לשלם, ומיסוי על פי יכולת לשלם הוא מושג שאינו ישים אצל חברה.

ראשית, מיסוי על פי יכולת לשלם הוא ניסיון ליישם נורמות מסוימות של צדק חלוקתי. צדק חלוקתי עניינו חלוקת משאבים הוגנת בין אנשים שיש להם זהות אישית, שהם ישויות תבוניות קנטיאניות ושלדידם רווחה היא מונח ענייני. היעדרותן של תכונות אלה אצל חברה שוללת ממנה את האפשרות שתהיה שותפה לתוכנית של צדק חלוקתי.

144 ראובן אינו יכול לנצל את יתרת זיכוי המס העקיף בסך 24,000 ש"ח, הואיל וההכנסה היא מקומית ואפשר לנצל את יתרת הזיכוי בסך 24,000 ש"ח רק כנגד מס מקומי על הכנסות זרות.

במילים אחרות, העברת משאבים מחברה לחברה, מחברה ליחיד או מיחיד לחברה, ערכה המוסרי נמדד אך ורק בהתאם להשפעתה על רווחתם של יחידים. שנית, עקרונות הצדק החלוקתי אינם אוניברסליים בהיקפם. הם חלים על חברי קהילה מסוימת. מסיבה זו, רק תושבים מחויבים במס על הכנסותיהם הכלל-עולמיות. ההשתייכות לקהילה היא פועל יוצא של קשרים אישיים. הואיל וחברה אינה יכולה לקשור קשרים אישיים אלא רק קשרים כלכליים, הרעיון של תושבות החברה היא סתירה מניה וביה.

ההסבר המשכנע ביותר למס חברות בכלל הוא שמדובר במס עקיף על בעלי המניות. אם כן, כאשר חלק מבעלי המניות הם תושבים וחלקם תושבי חוץ, אנו ניצבים מול דילמה בלתי פתירה: הטלת מס על הכנסותיה הכלל-עולמיות של החברה משמעותה מיסוי-יתר של בעלי המניות הזרים, ואילו הטלת מס על הכנסותיה המקומיות בלבד משמעותה מיסוי-חסר של בעלי המניות המקומיים.

במתכונתו הנוכחית, משטר מיסוי החברות הביין-לאומי אינו ממלא את תפקידו. במידה רבה, האתגרים שעליהם אין הוא מצליח להתגבר – כגון הגליית חברות וניצולן של חברות-בת זרות – אינם אלה שיקוף של פגם במסגרת התאורטית שבה הוא פועל. נטישת המושג של תושבות אצל חברה היא הדרך היעילה ביותר והנכונה ביותר לתקן את משטר מיסוי החברות הביין-לאומי.