

# מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו והטיה שיפוטית

מאת

דוד גליקסברג\*

מאמר זה משתייך לסוגה המחקרית העוסקת בפיצוח מרכיבי "הקוד השיפוטי" שבאמצעותו ניתן להבין את המלאכה השיפוטית, על כל שלביה, ובמיוחד את תוצאותיה. סוגה זו היא רבת פנים וגישת ההטיה היא אחד מעמודי התווך שלה. המחקר האמפירי הוא זירה מעבדתית שבה נעשים ניסיונות בלתי נלאים, חוזרים ונשנים, לפיצוח קוד זה, ובין היתר באמצעות השימוש בנתונים של שיעורי ניצחונות של צדדים שונים בבתי המשפט, בחתכים שונים ומגוונים. מאמר זה מביא לזירה האמפירית את אחת הסוגיות המרכזיות שבשיח המסי במאה השנים האחרונות, המתמקד במודל הראוי למיסוי התאגיד ובעלי מניותיו. במרכזה של סוגיה זו ניצב המתח המסי-תאגידי הנובע מאימוצה של הדוקטרינה התאגידית במשטר המיסוי התאגידי שלפיה התאגיד הוא אישיות משפטית הנפרדת מחבריה. אימוץ זה מביא בדרך כלל לקיומו של נטל מיסוי כפול, בעצמות שונות, והנישומים נוקטים פעולות שונות על מנת להקטין. במאמר זה הראינו כי בהתדיינות העוסקות במתח המסי-תאגידי האמור, שיעור ניצחונותיו של הנישום נמוך בהרבה משיעור הניצחונות של יחיד, של תאגיד ושל יחיד עם תאגיד בהתדיינות שאינן כרוכות במתח המסי-תאגידי. ההסבר שהצגנו לתופעה זו היה ההטיה השיפוטית נגד תכנוני מס הקשורים למשטר המיסוי של התאגיד ובעלי מניותיו. למחקר זה חשיבות בשלושה הקשרים: ראשית, המתח הקלאסי המלווה את השיח המשפטי בין הדוקטרינה המשפטית לבין החתירה לִנְאִלִיזִם משפטי המקבלת חשיבות רבה והולכת בשיח המסי; שנית, למחקר זה עשויות להיות השלכות חלוקתיות, הן מפאת תוכנו המסי בכלל והן מפאת תוכנו של משטר המיסוי החל על התאגיד ובעלי מניותיו בפרט; שלישית, ההשפעות שיש לאתגרים הנובעים משימוש בכלים משפטיים שאינם יעילים דיים, כדוגמת הנורמות האנטי-תכנוניות, על ההליך השיפוטי.

מבוא. א. מסד הנתונים. ב. הטיות של שופטים. ג. משטר המיסוי התאגידי. 1. כללי; 2. מודל השילוב המלא; 3. מודל המיסוי הכפול; 4. מודל השילוב החלקי; 5. מודל המיסוי התאגידי בישראל: מודל השילוב החלקי שלצדו תתי-משטרי מיסוי של שילוב מלא; ד. ההיפותזה: קיומה של הטיה שיפוטית באירועי מס המצויים בסכיבת המתח המסי-תאגידי. 1. הצגת הממצאים האמפיריים; 2. מה ניתן ללמוד מהממצאים האמפיריים? ה. סיכום.

\* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. ברצוני להודות להראל באראביק, יונתן הורביץ, אורי כץ, נעם הרצוג ועו"ד אבי פרידמן (רו"ח) על עזרתם המחקרית. תודתי נתונה להערות המועילות של המשתתפים ביום העיון של מערכת משפטים שעסק במחקר אמפירי והתנהגותי שבו הוצג מאמר זה ובמיוחד ל-Theodore Eisenberg המנוח על הערותיו המועילות לתכני המאמר שהוצגו. תודתי נתונה לחברי מערכת משפטים, ובמיוחד לשירי ויסנברג ולעורך חנן סידור, על הערותיהם המפורות למאמר זה. מחקר זה נעשה בסיועה הנדיב של הקרן הלאומית למדע (ISF).

## מבוא

ניתוח אמפירי של קבלת החלטות שיפוטיות (Judicial Decision-Making) הוא אחד התחומים המרתקים בשיח המשפטי בשל השלכותיו רחבות ההיקף, ולפיכך מהווה נדבך חשוב במחקר האמפירי המשפטי. בפרספקטיבה היסטורית, חלקו היחסי של הדיון האמפירי בשיח המשפטי הולך וגדל ויש להניח בסבירות רבה כי מגמה זו תואץ בשנים הקרובות.<sup>1</sup> המחקר האמפירי בוחן ומנתח קשת רחבה של היפותזות רבות ושונות, ולעתים משונות, המצויות במרחב המשפטי במובניו הרחבים ביותר. התנועה הרחבה של המחקר האמפירי משקפת צורך וכמיהה של העוסקים במשפט המבקשים לעמוד על השלכותיו האפקטיביות של המשפט במציאות ולא כפי שניתן להסיק מהוראות החוק גרידא או מתפיסות דוקטרינריות או קונספטואליות הנסמכות עליו או שהוא נסמך עליהן.<sup>2</sup> זאת בין היתר על בסיס התובנה כי בעולמנו העשיר והמורכב, מלבד החוק הפורמלי קיימים משתנים נוספים, כמו למשל משתנים כלכליים, תרבותיים, חברתיים ופוליטיים, המשפיעים על התוצאות האפקטיביות של המשפט.<sup>3</sup> הניתוח האמפירי של המשפט, העוסק בעשייה השיפוטית, בוחן אף הוא טווח רחב של היפותזות שונות. אלה קשורות בטבורן לתפיסות נורמטיביות, לרבות אלה הדנות בהטיה של שופטים, על פי ממצאים שונים, כמו שיעורי ניצחונות או שיעורי היפוך הכרעות המושגות למשל על אפיונים תעסוקתיים, מעמדיים, השכלתיים,<sup>4</sup> מגדריים של השופטים,<sup>5</sup> או של הצדדים,<sup>6</sup> אפיוני האסמכתאות והציטוטים בפסק הדין<sup>7</sup> או אף על מאפייני הגופים או האישים הממנים את השופטים.<sup>8</sup>

- 1 ראו למשל Daniel E. Ho & Larry Kramer, *Introduction: The Empirical Revolution in Law*, 65 STAN. L. REV. 1195 (2013); Pamela S. Karlan, *Answering Questions, Questioning Answers, and the Roles of Empiricism in the Law of Democracy*, 65 STAN. L. REV. 1269, 1269–1290 (2013); Theodore Eisenberg, *The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns*, U. ILL. L. REV. 1713 (2011); PETER CANE & HERBERT KRITZER, *THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH* (2010); Mark C. Suchman & Elizabeth Mertz, *Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism*, 6 ANN. REV. L. SOC. SCI. 555 (2010); Tracey E. George, *An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools*, 81 IND. L.J. 141 (2006); Michael Heise, *The Past, Present and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819 (2002).
- 2 ראו בסוגיה זו למשל Peter H. Schuck, *Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?*, 39 J. LEGAL EDUC. 323 (1989).
- 3 ראו למשל FRANK B. CROSS, *DECISION MAKING IN THE U.S. COURTS OF APPEALS* (2007); Scott L. Cummings, *Empirical Studies of Law and Social Change: What is the Field? What are the Questions?*, 2013 WIS. L. REV. 171, בעמ' 1195–1202.
- 4 ראו למשל מחקר הבוחן את השפעת הניסיון התעסוקתי של השופטים בטרם התמנו לכס השיפוט: Benjamin H. Barton, *An Empirical Study of Supreme Court Justice Pre-Appointment Experience*, 64 FLA. L. REV. 1137, 1137–1172 (2012). כן ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 48–51.
- 5 Jennifer L. Peresie, *Female Judges Matter: Gender and Collegial Decision Making in the Federal Appellate Courts*, 114 YALE L.J. 1759 (2005).

אף שניתן לראות לכאורה בעיון האמפירי בשדה המשפטי צעיר ועול ימים, יש לשייכו לתופעה הרחבה יותר של ה־Legal Realism,<sup>9</sup> שהיא באה בימים, יחסית, בשיח המשפטי.<sup>10</sup> כאמור, המחקר המשפטי האמפירי נועד לחשוף את התשתית ה־ראלית מושא השיח הרלוונטי והוא חף מדוקטרינריות או קונספטואליות, וכל כולו תר ומבקש אחר ראליות צרוף.

עניין לנו במאמר זה בניתוח אמפירי של העשייה השיפוטית בתחום משטר מיסוי התאגיד<sup>11</sup> ובעלי מניותיו, שהוא אחד ממשטרי המיסוי המרתקים ביותר הרווחים כיום בעולמנו. העיון האמפירי בסוגיה זו מזמן לנו אפוא מפגש מאתגר בין שני תחומים מרכזיים: מהעבר האחד ניצב המחקר האמפירי של המשפט, שכאמור תכניו מתרחבים ומתעשרים, ומן העבר השני ניצב משטר המיסוי של התאגיד ובעלי מניותיו (להלן: משטר המיסוי התאגידי), המושך אחריו, מעצם טיבו וטבעו, את השיח המסי בכללותו. תוכני המחקר האמפירי שלפנינו הם אפוא העשייה השיפוטית בתחום משטר המיסוי התאגידי.

נקדים ונציין בקצירת האומר כי הורתו ולידתו של משטר המיסוי התאגידי, ולכך חשיבות להמשך דברינו, נעוצות בנקודת המוצא שלו המאמצת את תוכנת היסוד שעליה מושתתים דיני התאגידיים ולפיה התאגיד הוא ישות משפטית עצמאית, במובחן מבעלי מניותיו, וככזה הינו כשר לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיו.<sup>12</sup> קליטתה של תוכנת יסוד זו של דיני התאגידיים אל תוך עולמם של דיני המסים פירושה כי יש למסות את

6 Daphna Hacker, *The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 322 (2010); Paul M. Collins Jr., Kenneth L. Manning & Robert A. Carp, *Gender, Critical Mass, and Judicial Decision Making*, 32 LAW & POL'Y 260–281 (2010).

7 John H. Merryman, *Toward a Theory of Citations: An Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960 and 1970*, 50 S. CAL. L. REV. 381 (1977); Lawrence M. Friedman, Robert A. Kagan, Bliss Cartwright & Stanton Wheeler, *State Supreme Courts: A Century of Style and Citation*, 33 STAN. L. REV. 774 (1981); William M. Landes & Richard A. Posner, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, 19 J. L. & ECON. 247 (1976) (להלן: Landes & Posner, *Legal Precedent*).

8 CASS R. SUNSTEIN, DAVID SCHKADE, LISA M. ELLMAN & ANDRES SAWICKI, ARE JUDGES POLITICAL? – AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006); Corey R. Yung, *Beyond Ideology: an Empirical Study of Partisanship and Independence in the Federal Courts*, 80 GEO. WASH. L. REV. 505 (2012).

9 ראו למשל Frank B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance*, 92 NW. U. L. REV. 251 (1997) (להלן: Cross, *Political Science*).

10 ראו למשל AMERICAN LEGAL REALISM (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed eds., 1993).

11 לדיון במשטר המיסוי של התאגיד ובעלי מניותיו קיימים היבטים המשתייכים לשיח התאגידי החוץ-מסי, ובמרכזם הממשל התאגידי, ומאמר זה אינו עוסק בהם. נציין כי השיח התאגידי האמפירי הוא מפותח ביותר והוא מציב אתגרים מתודולוגיים. ראו למשל Michael Klausner, *The Empirical Revolution in Law: Fact and Fiction in Corporate Law and Governance*, 65 STAN. L. REV. 1325 (2013).

12 ראו ס' 4 לחוק החברות, התשנ"ט–1999.

התאגיד ואת בעלי המניות כשני נישומים הנפרדים זה מזה. האימוץ המסי של תוכנת היסוד התאגידית הוא מאתגר משום שעליו להתמודד עם המציאות הכלכלית המורכבת ולבחון האם היא נושאת אופי דוקטרינרי בלבד. לשון אחר: האם המציאות הכלכלית הראלית מזהה את התאגיד עם בעלי מניותיו כך שנקודת המוצא המסית-תאגידית היא דוקטרינרית בלבד? או שמא היא אינה מזהה את התאגיד עם בעלי מניותיו כך שנקודת המוצא האמורה מעוגנת במציאות הכלכלית. על כך יש להוסיף כמובן את החלופה שלפיה נקודת מוצא זו היא דוקטרינרית בחלקה במובן זה שזיהוי כאמור מתרחש חלקית. במונחי השיח של התאוריה המסית הקלאסית, עניין לנו בסוגיית ה-Incidence – התחולה – של נטל המס המושת על הכנסות התאגיד – האם הוא נופל על שכמם של בעלי המניות? האם על לקוחותיו? עובדיו? נושיו? ספקיו? על כולם? על חלקם? האם יש להבחין בין סוגי התאגידים השונים? למשל, האם דין תאגיד גדול כדין תאגיד קטן? האם לאופי הפעילות של התאגיד השפעה על התחולה? האם הרכב בעלי המניות יוצר נפקות תחולתית? האם אופן מימון החברה – Equity v. Debt – משפיע בסוגיה זו? סוגיית זיהוי התחולה קשה להכרעה מבחינה עיונית ומבחינה אמפירית.<sup>13</sup>

השיח המסי דן במשטר המיסוי התאגידי לאורך שנים רבות, ועל אף גילו המופלג אין בו מענה מספק או סביר לסוגיות הרבות השזורות בטבעו וטיבו של משטר זה בהקשרים רבים ומגוונים, הן במישור העיוני הן במישור המעשי. לשון אחר: אין בשיח המסי מזור ומרפא לתחלואיו השונים של משטר זה:<sup>14</sup>

As Mark Twain once said, people always talk about the weather, but they never do anything about it. Among policymakers and experts on taxation, the same has frequently been true of corporate taxation. The U.S. corporate tax has been around since 1909 – longer than the current individual income

13 החוקר המרכזי שהרבה לעסוק בסוגיה זו לאורך עשרות שנים הוא Arnold Harberger. ראו Arnold C. Harberger, *The Incidence of the Corporation Income Tax*, 70 J. POL. ECON. 215 (1962); Arnold C. Harberger, *The ABCs of Corporate Tax Incidence: Insights into the Open-Economy Case*, in TAX POLICY AND ECONOMIC GROWTH 51 (1995); Arnold C. Harberger, *Corporate Tax Incidence: Reflection on What Is Known, Unknown, and Unknowable*, in FUNDAMENTAL TAX REFORM: ISSUES, CHOICES, AND IMPLICATIONS 283 (John W. Diamond & George R. Zodrow, eds., 2008). לניתוח עמדותיו של Harberger לאורך השנים ראו למשל DANIEL N. SHAVIRO, *DECODING THE U.S. CORPORATE TAX* 57–71 (2009) Alan J. Auerbach, *Who Bears the Corporate Tax? A Review of What We Know*, 20 TAX, POL'Y & ECON. 1 (2006).

למותר לציין כי סוגיית התחולה מצויה בכל הסדר מס, אולם מבחינה היסטורית ומחקרית ניתן לומר שהשיח המסי עסק בסוגיית התחולה של מיסוי התאגיד באופן אינטנסיבי ביותר בהשוואה להסדרים אחרים. סביבה מסית נוספת וקלאסית שבה השיח המסי עסוק בסוגיית התחולה של נטל המס היא זו העוסקת בהבחנה שבין מיסוי ישיר לבין מיסוי עקיף, ולפיה במיסוי ישיר החייב הפורמלי נושא בנטל המס, ואילו במיסוי העקיף החייב הפורמלי אינו נושא בו אלא הוא מגלגל זאת לשכמם של אחרים. לסוגיית ה"גלגול" ראו למשל יעקב נוסים "ניתוח כלכלי של הגנת הגלגול בדיני מסים" משפטים 43 (2008).

14 SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' xi.

tax – and continues to be an important institution [...] continually studied by lawyers and economists alike, and frequently singled out as urgently needing reform or even abolition, it has nonetheless trundled along through the decades, only rarely changing significantly.

ניתן לקבוע כי מוקדי המתח השונים המצויים בסביבת המיסוי התאגידי הובילו לכך שמשטרי המיסוי השונים בעולם נקטו בהסדרים מגוונים, שניתן לחלקם, בהכללה רבה, למספר אבות טיפוס, אשר יפורטו להלן,<sup>15</sup> המבוססים על מתווים שונים של התמרה (Trade-off) בין שיקולי מדיניות המס השונים המעצבים את משטרי המיסוי התאגידיים. מורכבותם של שיקולי מדיניות המס הללו והקשיים הטבעיים והמהותיים הטמונים ביצירת מתווי התמרה אלה מביאים לכך שמשטרי המיסוי התאגידיים מאופיינים לעתים מזומנות בחוסר קוהרנטיות פנימית. ככלל, יצירת התמרה בין שיקולי מדיניות מורכבים בסוגיות תשתית היא מאתגרת ביותר, וכוחם של דברים אלה יפה גם לסוגיה שלפנינו. שיקולי המדיניות בשיח המסי בו עסקינן מצויים על מנעד רחב ביותר. יקשה ליצור משטר מס קוהרנטי "אופטימלי", לא רק מההיבט הנורמטיבי עקב כך שיקשה להציב איזון "סביר" שיספק קוהרנטיות "בסיסית"<sup>16</sup> לצורך כינונו של משטר מיסוי ראוי, אלא גם מההיבט המעשי יקשה להציף בעת החקיקה, ex ante, את טווח השיח המסי-התאגידי על שלל הסוגיות המשפטיות הכלולות בו. זאת במיוחד לגבי סוגיות הנובעות משינויי העתים, כך שהתמרה תעניק מענה לצורכי שיח זה. למותר לציין את גבולותיה המוגבלים של השפיטה, ולו גם בגונה התכליתית,<sup>17</sup> כך שאף היא אינה יכולה לשמש כשכבת איזון נוספת, גמישה, האמורה להתמודד באופן קונקרטי עם סוגיות שלא הוצפו בעת החקיקה. משטר מיסוי התאגידיים מחויב אפוא ליצור איזונים ראויים בין משתנים מהותיים של השיח המסי, למשל: מכשירי המימון התאגידי – חוב מול הון עצמי; יעילות מול צדק, בדגש על עוצמתו הנורמטיבית של הטיעון בדבר הצדק האופקי שיש להחיל על נישומים מאוגדים ונישומים לא מאוגדים;<sup>18</sup> יחסי הגומלין בין הדין התאגידי לבין דיני המסים;

15 ראו להלן פרק ג.

16 אנו מודעים לכך שיצירת קוהרנטיות היא לעתים מזומנות דרישה או משאלה הנושאת אופי אידאלי (ולעתים נאיבי), ולכן בפרספקטיבה ראלית על השיח המסי להסתפק בקוהרנטיות שאינה מלאה בתנאי שהעלויות החברתיות עקב חלקיותה הן סבירות. לעתים מזומנות חוסר הקוהרנטיות נובע מסיבות היסטוריות. אחת הדוגמאות הבולטות לכך במשטר המיסוי התאגידי הוא הטיפול בדיבידנד הבין-חברתי במשטר המיסוי התאגידי בארצות הברית. ראו למשל Steven A. Bank, *When We Taxed the Pyramids*, 41 FLA. ST. U. L. REV. 39, 40 (2013).

17 לסוגיה זו ראו למשל David Glikberg, *The Judicial Taxation Revolution: From a Subject and Immigrant Society to a Mature Society*, 4 BRITISH TAX. REV. 553 (2012) (להלן: Glikberg, *Judicial Taxation*).

18 טיעון זה גורס כי על פי עקרון היכולת לשלם יש להשית נטל מס זהה על רווחים מפעילות לא מאוגדת ועל רווחים מפעילות מאוגדת, והוא נסמך על התפיסה שלפיה יש לזהות את התאגיד עם בעלי מניותיו. ראו למשל SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 29; דוד גליקסברג "ה'מיני-רפורמה", מודל השילוב המלא ומיסוי התאגידיים בישראל" משפטים כ 185, 199 (1990) (להלן: גליקסברג "ה'מיני-רפורמה"); MARTIN NORR, *THE TAXATION OF CORPORATIONS AND SHAREHOLDERS* 54 (1982).

המשתנים המעצבים את התחולה הכין-לאומית, במיוחד בכל הנוגע לתחולה הפרסונלית – סוגיה שהפכה מרכזית ביותר בשני העשורים האחרונים עם התעצמותה של הגלובליזציה בסביבה התאגידית כאשר ברקע התהווה אקלים מיסוי נוח ביותר למזעור עלויות המס של תאגידים רב-לאומיים.<sup>19</sup> ריבוי היחסי של האזונים וההתמרות המאפיינים את השיח המסית-תאגידי מקשה על קיומה של "קוהרנטיות", ולו גם "בסיסית", ובכך מתאפשר קיומו של מרחב רחב ממדים לתכנון מס מגוון בסביבת העבודה של משטר המיסוי התאגידי. ככלל, השיח המסית-תאגידי יצר מבחינה היסטורית ותרבותית שונות בנטלי המס האפקטיביים המושגים על היחיד ועל התאגיד, ובכך נוצר תמריץ ליצירת זירה ארביטרזית לבחירת המסגרת המשפטית שבה תתבצע הפעילות הכלכלית או לבחירת משטר המס שהפעילות הכלכלית תמצא בתחולתו. בשל מרחב זה פעילות כלכלית מתנהלת סימולטנית במשטרי מיסוי שונים, ובכך כאמור קטן נטל המס האפקטיבי.<sup>20</sup> מציאות זו מתמרצת את השחקנים בשוק לאמץ אסטרטגיות מס באמצעות בחירת צורת ההתאגדות/אי-התאגדות או באמצעות בחירת משטר המס שיחול על פעילותם ו/או אופן פעילותם ושנועדו להשיא את תשואתם מהפעילות הכלכלית,<sup>21</sup> כאשר הבחירות שנוקטות מושפעות משיקולי מס, ולעתים מזומנות אין לבחירה זו הצדקה כלכלית מהותית מעבר להקטנת נטל המס.<sup>22</sup> הספרות האמפירית בזירה המשפטית עוסקת באינטנסיביות רבה בהטיות של שופטים, כחלק ממאמץ מחקרי נרחב ונמשך להבין את ההליך השיפוטי.<sup>23</sup> מאמר זה הוא חלק מהמסע המחקרי להבנת ההליך השיפוטי, והוא מתמקד בניחות אמפירי של הפסיקה בסביבה המסית-תאגידית ובניסיון לזהות אם קיימת הטיה שיפוטית, ואם קיימת – אם ניתן לאפיינה ולהסבירה. מושא עיוננו הם הממצאים האמפיריים העולים מעמדת בית המשפט העליון באירועי מס אשר במסגרתם הנישום נוקט בדפוסי פעילות שנועדו להקטין את חבויות המס על ידי כך שהנישום נע בתוך משטרי המס השונים באמצעות תכנוני מס שנועדו לנצל את

19 כן ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 61 וה"ש 67; Steven A. Bank, *The Globalization of Corporate Tax Reform*, 40 PEPP. L. REV. 1307 (2013).

20 Martin S. Feldstein & Joel Slemrod, *Personal Taxation, Portfolio Choice, and the Effect of the Corporation Income Tax*, 88 J. POL. ECON. 854, 855 (1980).

21 כך למשל, על פי משטרי המיסוי הנהגים בישראל, לאחר שהנישום בחר לפעול באמצעות תאגיד, עליו לקבל החלטות נוספות כמו למשל אם להחיל על התאגיד את משטרי המיסוי המיוחדים שנועדו להקטין את נטל המס (ראו להלן פרק 5); מהו מבנה המימון התאגידי: הון עצמי או הון זר.

22 אחת הסוגיות העולות מתיאורה של מציאות רווחת זו היא אם ניתן להחיל על בחירות אלה את הנורמות האנטי-תכנוניות. ראו למשל דוד גליקסברג גבולות תכנון המס: סיווג מחדש של עסקאות לצורך מס (להלן: גליקסברג גבולות תכנון המס). 252 (1990)

23 ראו למשל James E. Maule, *Instant Replay, Weak Teams, and Disputed Calls: An Empirical Study of Alleged Tax Court Judge Bias*, 66 TENN. L. REV. 351 (1999); Harry T. Edwards & Michael A. Livermore, *Pitfalls of Empirical Studies that Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking*, 58 DUKE L.J. 1895 (2009); Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Israel's Supreme Court Appellate Jurisdiction: An Empirical Study*, 96 CORNELL L. REV. 693 (2011); Jack Knight, *Are Empiricists Asking the Right Questions About Judicial Decisionmaking?*, 58 DUKE L.J. 1531 (2009); Alexander J.S. Colvin, *An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes*, 8 J. EMPIRICAL .LEGAL STUD. 1, 20 (2011)

יתרונות המס הטמונים בדפוסי הפעילות השונים ובהסדרי המיסוי השונים הקשורים למיסוי התאגיד ובעלי מניותיו. המתודולוגיה המחקרית תתמקד בהשוואת שיעור הניצחונות בבית המשפט העליון של נישומים על רשות המסים בהתדיינויות שעסקו בסוגיות מס הנגועות במתח המסיתאגידי לבין שיעור הניצחונות הכללי של הנישומים על רשות המסים בהתדיינויות בבית המשפט העליון. השוואת שיעורי הניצחונות בשתי הקבוצות הללו תיעשה על בסיס מאגר מידע, המפורט להלן, שנבנה על ידי והכולל למעלה מ-1,300 פסקי דין של בית המשפט העליון בתחום דיני המסים שנפסקו במשך 60 שנה: החל מקום המדינה ועד סוף שנת 2008.

מאמר זה הוא חלק ממחקר גדול ומקיף המתנהל על ידי, המושתת על מסד נתונים המפורט להלן, ושנועד לבחון אמפירית היפותזות יסוד שונות בתחום הליך קבלת ההחלטות השיפוטיות. אמנם מסד הנתונים מורכב כאמור מפסיקת בית המשפט העליון בכל משטרי המיסוי שנהגו בישראל במשך שישים שנה, אולם היעד המרכזי שבו התמקדנו במחקרנו הוא בחינת היפותזות שאינן קשורות דווקא לישראל או לדיני המסים, למשל בחינת היפותזות העוסקות ביחסי הגומלין בין ההכרעה השיפוטית לבין הדין הנוהג – *Does the Law Matter?* – וזאת בהקשר של רפורמות חוקיות.<sup>24</sup> הסביבה הישראלית והזירה המסית משמשות רק כמעבדה אמפירית לדיון הנדון.<sup>25</sup> גם במאמר זה, ה"נגוע" בדיון מסי קונקרטי יותר בהשוואה לחלקיו האחרים של המחקר, הדיון האמפירי יוצא מהממצאים האמפיריים של הזירה המסית הישראלית, אולם השלכותיו חורגות מעבר לכך.<sup>26</sup>

בפרק הראשון למאמר נציג את מסד הנתונים שעליו בנוי מאמר זה. בפרק שלאחריו נציג את גישת ההטיה של השופטים על היבטיה השונים. בפרק השלישי נציג את מפת משטרי המיסוי התאגידיים הקלאסיים. בפרק הרביעי נציג את ההיפותזה של מאמר זה, שלפיה קיימת הטיה שיפוטית לרעת הנישומים כאשר מדובר באירועי מס השייכים לסביבה שבה המתח המסיתאגידי מצוי במרכזה, ונבחן האם הממצאים שהתגלו מאששים את התזה האמורה. אחרית דברינו תחתום את המאמר.

## א. מסד הנתונים

מאגר הנתונים שעליו נסמך מאמר זה מכיל את כל החלטות של בית המשפט העליון בישראל בתחום המיסוי אשר פורסמו משנת 1948 ועד לשנת 2008 (כולל). מאגר הנתונים מכיל 1,333 החלטות של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים על החלטות בית המשפט המחוזי בענייני מיסוי וכבית המשפט הגבוה לצדק. מאגר החלטות כולל

David Gliksberg, *Does the Law Matter? Win Rates and Law Reforms*, 11 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 378 (2014) (להלן: *Does the Law Matter?*). 24

David Gliksberg, *Competing (?) Spectrums: Haves and Have-Nots vs. Government and Government-Nots* (Hebrew University of Jerusalem, Working Paper, 2014), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2515113](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515113) (להלן: *Competing (?) Spectrums*). 25

ראו להלן פרק ה. 26

החלטות בתחום האזרחי ולא בתחום הפלילי. החלטות אלו הופקו מתוך 1,110 הליכים אשר הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון והוכרעו על ידיו. כל פסק דין קודר בהתאם למספר ההחלטות הכלולות בו. עוזרי מחקר בפיקוחי קודרו את כל ההחלטות לתוך קובצי נתונים. הקידוד כלל את הקריטריונים האלה: המספר הסידורי של ההליך במאגר הנתונים, שמות הצדדים, שנת מתן פסק הדין, קבוצת המס הנדון, זהות הנישום, אשר הוגדרו "תאגיד" או "יחיד" (בהמשך נעשה פילוח נוסף בחלוקה ל"תאגיד גדול" ו"תאגיד קטן"), השאלה המשפטית הנדונה, סוג ההליך ("ע"א/בג"ץ), גודל ההרכב, שמות השופטים, שם השופט הכותב, אופן קבלת ההחלטה (דעת רוב/פה אחד), סימון שופטי המיעוט במקרים של החלטות רוב, תוצאות ההליך בערכאה ראשונה, קשר בין הדיון המסי לתחומי משפט אחרים (משפט חוקתי, משפט מסחרי, משפט אזרחי, משפט מנהלי), שימוש במשפט משווה והיקף ההחלטה בעמודים. המאגר מאפשר בין היתר לבדוק לא רק את שיעורי הניצחונות אלא גם את שיעורי ההיפוך של החלטות בית המשפט המחוזי בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים.<sup>27</sup>

בנוסף, מאגר הנתונים כולל את המשתנים האישיים של השופטים שכתבו את פסקי הדין. אלה כוללים בין היתר את הרקע המקצועי של השופטים (שיפוט, אקדמיה, מגזר פרטי ושירות ציבורי); מגדר; היקף וסוג ההשכלה האקדמית של השופטים (תואר, מקום הלימודים, השכלה נוספת); הוותק של השופטים בעת פסיקתם; השוואה בין שופטים הכותבים את פסק הדין לשופטים המצטרפים והיבטים נוספים.

## ב. הטיות של שופטים

מהם הגורמים המשפיעים על ההכרעות השיפוטיות? לשון אחר: האם ניתן לפתח מודלים אשר יש בכוחם לנבא את אשר יפסקו השופטים? חוקרים רבים בדיסציפלינות שונות עסקו באינטנסיביות בניסיונות לזיהוי הגורמים הללו. במהלך השנים התפתחו כמה מודלים מחקרניים שסיפקו תשובות שונות לשאלה זו.<sup>28</sup>

בקצה האחד מצוי המודל הקלאסי, "מודל החוק" (The Legal Model), ששורשיו נטועים בפורמליזם המשפטי מראשית המאה התשע-עשרה. על פי מודל זה, פעולתו של השופט דומה לפעולה מדעית. המודל מניח כי יש בכוחם של השופטים להציב את הנתונים המשפטיים העולים מהתיק הרלוונטי לתוך הכלל המשפטי, בדומה לכל נוסחה מדעית

27 שיעורי ההיפוך אינם רלבנטיים לבג"ץ עקב היותו ערכאה ראשונה. לפיכך מספר ההחלטות שמהן ניתן להפיק את שיעורי הניצחונות גדול יותר ממספר ההחלטות שמהן ניתן ללמוד על שיעורי ההיפוך.

28 מאמר זה, לפי כותרתו, יתמקד במודל ההטיה (The Attitudinal Model) כפי שהוא משתקף מתוך עימות עם מודל החוק (The Legal Model). לסקירה של מודלים נוספים שהתפתחו מדיסציפלינות שונות הקשורות ל-Political Science ראו NANCY MAVEETY, THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR (2003); עם מודלים אלה נמנה למשל המודל הנאו-מוסדי (The Neo-Institutional Model). בעניין זה ראו למשל Keren Weinsahl-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. LEGAL EMPIRICAL STUD. 556 (2011); SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW-INSTITUTIONALIST APPROACHES (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).



שמציבים בה את הנתונים הקונקרטיים על מנת לקבל את התוצאה הנכונה. המשתנה הרלוונטי שיקבע את האופן שבו יעוצב פסק הדין הוא היחס בין העובדות של התיק הרלוונטי לגורמים "פנימיים" של מערכת המשפט כמו הפרשנות הלשונית הפשוטה של החוק, כוונת המחוקק ותקדימים משפטיים.<sup>29</sup> גישה זו אינה מותירה מקום לעצמאות שיפוטית, וודאי שעל פיה אי אפשר להפיק מפסק הדין מסקנות בדבר למשל האידאולוגיה של שופטים, רקעם החברתי-פוליטי או ניסיונם המקצועי עובר לפעילותם השיפוטית.

מהעבר השני ניצב "מודל ההטיה" (The Attitudinal Model). המודל בטהרתו גורס כי החלטות השופטים הן אך ורק שיקוף של תפיסות אידאולוגיות מודעות ושאינן מודעות השוכנות בלב מקבלי ההחלטה.<sup>30</sup> לפי גישה זו, על מנת לחקור את תוכני המשפט והתפתחותו עלינו להתחקות אחר דפוסי החלטות השיפוטיות כפי שהללו באות לידי ביטוי כפונקצייה של העמדות הפוליטיות והאידאולוגיות של השופטים.<sup>31</sup> אם מקצינים את שתי העמדות הללו, ניתן להגיע לתובנה, ולפיה:<sup>32</sup>

One contends that law is more than politics and in the hands of skillful judges yields – at least in certain times, in stable conditions – correct answers to even the most difficult legal questions. The other contends that

29 Weinshall-Margel, לעיל ה"ש 28, בעמ' 557; Sunstein, Schkade, Ellman & Sawicki, לעיל ה"ש 8; JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (2002) Cross, *Political Science*; לעיל ה"ש 9, בעמ' 255–264.

30 Weinshall-Margel, לעיל ה"ש 28, בעמ' 557–558; Cross, *Political Science*; לעיל ה"ש 9, בעמ' 265; CROSS, לעיל ה"ש 3; Robert L. Boucher & Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denials on the Vinson Court*, 57 J. POL. 824 (1995); Frank B. Cross, *Decisionmaking in the U.S. Circuit Courts of Appeals*, 91 CAL. L. REV. 1457 (2003); Daniel M. Schneider, *Using the Social Background Model to Explain Who Wins Federal Appellate Tax Decisions: Do Less Traditional Judges Favor the Taxpayer?*, 25 VA. TAX REV. 201 (2005).

31 מלבד הטיות אידאולוגיות השופטים נתונים גם להטיות קוגניטיביות שונות שמשפיעות על החלטותיהם וגורמות להם לסטות מחשיבה רציונלית, כגון קיטוב קבוצתי. ראו למשל William M. Landes & Richard A. Posner, *Rational Judicial Behavior: A Statistical Study*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 775 (2009) (להלן: Landes & Posner, *Rational Judicial Behavior*; Cass R. Sunstein, *Deliberative Trouble? Why Groups Go to the Extreme*, 110 YALE L.J. 71 (2000) ראו Eyal Zamir, *Loss Aversion and the Law*, 65 VAND. L. REV. 829 (2012). בשנים האחרונות ישנם מלומדים הטוענים כי תזת ה"אידאולוגיה" כוללת בחובה שלושה סוגים שונים של הטיות: האחת, פסיקתו המודעת של השופט לפי השקפתו האידאולוגית-מפלגתית (Self-conscious partisan motivation); השנייה, בחירתו המודעת של השופט בפסיקתו בתאוריה נורמטיבית אחת על פני אחרת, שהיא במסגרת החוק (Self-conscious legal motivation); השלישית, השפעה קוגניטיבית לא מודעת של ערכים על הכרעתו של השופט (Subconscious influence on cognition). אין בכוונתנו להכריע במסגרת מחקרנו זה לאיזה מן הסוגים משויכת ההטיה השיפוטית המוצגת במחקר זה, משום שעניין לנו בהצבעה על עצם קיומה; בעניין זה ראו Dan M. Kahan, "Ideology in" or "Cultural Cognition of" Judging: What Difference Does It Make?, 92 MARQUETTE L. REV. 413 (2009).

32 RICHARD A. POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 25 (1990).

law is politics through and through and that judges exercise broad discretionary authority.

שורשיו של מודל ההטיה והנחות היסוד המצויות בתשתיתו, בדומה לתובנות היסוד של המחקר המשפטי האמפירי, נטועים היטב בראליזם המשפטי.<sup>33</sup> תנועה זו גורסת כי יש ללמוד על הסדר המשפטי מתוך המציאות גופה ולא מתוך תפיסות עיוניות נטולות רֵאליה גרידא. לצורך כך התנועה הראליסטית שילבה מתודות מחקריות מבית היוצר של מדעי החברה על מנת לנתח היבטים שונים במערכת המשפט ובמיוחד האתגר של חיזוי פסיקת בית המשפט ולא דווקא ידיעת החוק:<sup>34</sup>

When we study law [...] the object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.

אף שראוי שתפיסה ראליסטית המנסה להתחקות אחר הגורמים המובילים להחלטה השיפוטית תשתמש בכלים מדעיים, המחקרים הראשוניים של הראליסטים מיעטו בשימוש במתודות אלו.<sup>35</sup> ואולם, עם העלייה בחשיבותו של המחקר האמפירי בשנות החמישים של המאה העשרים החלו הראליסטיים להשתמש אף הם בכלים סטטיסטיים על מנת לחשוף בין היתר את ההטיות שבבסיס הכרעות השופטים.<sup>36</sup>

מודל ההטיה מניח בבסיסו כי השופט הוא "תבנית נוף מולדתו",<sup>37</sup> ותבנית זו משתקפת בפסיקותיו.<sup>38</sup> לעתים השופט מתפקד כמחוקק או כפקיד ציבור משום שבמידה מסוימת גם הוא מעין סוכן של מדיניות, אם במודע ואם לא במודע. שופט ליברלי יפיק החלטות ליברליות ושופט שמרן יחיל את תפיסותיו השמרניות בהכרעותיו השיפוטיות.<sup>39</sup> במקרים רבים השופטים מתכחשים להטיותיהם האידאולוגיות, ובפסקי הדין עצמם ההחלטות מנומקות באמצעות הנרטיב של "מודל החוק".<sup>40</sup> לא זו אף זו: על פי מודל ההטיה, ייתכן כי

33 Weinshall-Margel, לעיל ה"ש 28; Herbert M. Kritzer, *Empirical Legal Studies Before 1940: A Bibliographic Essay*, 6 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 925, 925 (2009) (להלן: Kritzer, *Empirical Legal Studies*); ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 10.

34 Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 457 (1897).

35 Cross, *Political Science*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 265.

36 Kritzer, *Empirical Legal Studies*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 925–926.

37 מתוך שירו של שאול טשרניחובסקי "האדם אינו אלא".

38 למחקר מקיף על בתי המשפט בקנדה המאשש את מודל ההטיה ראו CYNTHIA L. OSTBERG & MATTHEW E. WETSTEIN, ATTITUDINAL DECISION MAKING IN THE SUPREME COURT OF CANADA (2007); Cynthia L. Ostberg, Matthew E. Wetstein & Craig R. Ducat, *Attitudinal Dimensions of Supreme Court Decision Making in Canada: The Lamer Court, 1991–1995*, 55 POL. RES. Q. 235 (2002).

39 Francis J. Mootz III, ; Scott Altman, *Beyond Candor*, 89 MICH. L. REV. 296, 325 (1990) Rethinking the Rule of Law: A Demonstration that the Obvious is Plausible, 61 TENN. L. REV. Cross, *Political Science*; 69, 71 (1993), לעיל ה"ש 9, בעמ' 266.

40 שם, בעמ' 266–268.

השופטים יחושו באופן כן כי החוק מגביל אותם,<sup>41</sup> ושפעולתם מסתכמת ביישום החוק, אך לעתים קרובות מדובר באשליה עצמית.<sup>42</sup> הלכה למעשה, תפיסת ההטיה גורסת כי לשון החוק והתרבות הפרשנית הטקסטולוגית יוצרת מרחב פרשני גמיש המאפשר להכיל ולהחיל בתוכו עמדות רבות ומגוונות, ולעתים נוגדות, הניתנות להצדקה,<sup>43</sup> והשופט נעזר אפוא בלשון החוק על מנת לקדם את האידאולוגיות שבהן הוא דוגל.

גישות מתונות יותר של מודל ההטיה מכירות בכך שלעתים השופט נתון בסד מסוים בפסיקותיו ואינו יכול ליתן דרור מלא להטיותיו האידאולוגיות, וזאת כאשר נסיבות האירוע מושא ההתדיינות המשפטית תואמות ברמה גבוהה את הכלל המשפטי מושא ההכרעה השיפוטית. אולם גם על פי גישות אלה השופט אינו מבסס את עמדותיו אך ורק על הכללים המשפטיים אלא משלב ביניהם לבין עמדותיו.<sup>44</sup> היקפן של דרגות החופש שבהן מצוי השופט עובר להכרעתו השיפוטית הוא פונקצייה של משתנים רבים ומגוונים, ובמרכזם לשון החוק, העומק האידאולוגי של הסוגיה, מעמדו של השופט (המושפע בעיקר מטיב בית המשפט שבו הוא מכהן ומוותק כהונתו),<sup>45</sup> הרכב המותב השיפוטי ומערכת יחסיו של השופט עם חבריו למותב, הסוגיה הקונקרטיה, הנסיבות העובדתיות, תקדימים משפטיים מהעבר, היבטים מוסדיים ומידת הזיקה האידאולוגית של השופט לסוגיה הקונקרטיה הנדרשת להכרעתו. כך למשל, בסוגיות חוקתיות-משטריות או בסוגיות של זכויות אדם, המאופיינות בכך שהתשובה להן אינה יוצאת מידי פשוטו של מקרא החוק או בתקדים ספציפי, ושבהן בדרך כלל המתח האידאולוגי בולט מבין הטענות המשפטיות הקלאסיות הנושאות במידה רבה אופי רטורי, אזי ניתן להבחין הבחן היטב במידת עצמאותו של השופט ובמרחב האידאולוגי שבו מצויה הכרעתו. לית מאן דפליג כי התנועה השיפוטית במרחב זה מאופיינת בפוטנציאל הטייתי רב.<sup>46</sup>

Patrick Wiseman, *Ethical Jurisprudence*, 40 LOY. L. REV. 281, 293, 307 (1994); Alvin B. Rubin, *Does Law Matter? A Judge's Response to the Critical Legal Studies Movement*, 37 J. LEGAL EDUC. 307, 307-308 (1987).

Cross, *Political Science*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 270-272.

Jack M. Balkin, *Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique*, 55 UMKC L. REV. 392, 430 (1987); עוד ראו את מאמרו של בארי פרידמן (Barry Friedman, *Taking Law Seriously*, 4 PERSP. POL. 261, 265 (2006)) "That law is a chimera, a fig leaf covering up a system of complete indeterminacy, nothing but a set of words used to justify any conclusion".

Herbet M. Kritzer & Mark J. Richards, *The Influence of Law in the Supreme Court's Search-and-Seizure Jurisprudence*, 33 AM. POL. RES. 33 (2005).

Jeffrey A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and Votes of U.S. Supreme Court Justices*, 83 AM. POL. SCI. REV. 557 (1989); David Klein & Darby Morrisroe, *The Prestige and Influence of Individual Judges on the U.S. Courts of Appeals*, 28 J. LEGAL STUD. 371 (1999).

SUNSTEIN, SCHKADE, ELLMAN & SAWICKI, לעיל ה"ש 8; Cross, *Political Science*; Nancy Staudt, Barry Friedman & Lee Epstein, *On the Role of Ideological Homogeneity in Generating Consequential Constitutional Decisions*, 10 J. CONST. L. 361 (2008); Nancy Staudt, Lee Epstein & Peter J. Wiedenbeck, *The Ideological Component of Judging in the Taxation Context*, 84 WASH. U. L. REV. 1797 (2006).

למודל ההטיה תימוכין רבים בממצאים האמפיריים,<sup>47</sup> ואלה נתקבלו באמצעות מתודות שונות בהן נעזר המחקר האמפירי בכואו לבחון את השפעת האידאולוגיה של השופטים על פסקויותיהם. דרך המלך המחקרית היא ניתוח ישיר וממוקד של מאפייני השופטים הטומנים בחובם פוטנציאל גבוה של תפיסות אידאולוגיות ומדידת המתאם ביניהם לבין אופי ההחלטות השונות.<sup>48</sup> בין היתר, המחקר משתמש במאפיינים כמו הזדהות פוליטית-מפלגתית,<sup>49</sup> מגדר,<sup>50</sup> ותקן, רקע אישי חברתי-כלכלי, רקע השכלתי, רקע תעסוקתי, גזע ועוד כהנה וכהנה.<sup>51</sup> מחקרים אחרים אינם מתמקדים ישירות במאפייני השופטים אלא מנסים לאתר הטיה הרווחת בקרב השופטים בדרך "עקיפה", למשל באמצעות שיעורי הניצחונות בבתי המשפט. לדוגמה: אם ימצא אמפירית כי קבוצה מסוימת זוכה בשיעורי ניצחונות גבוהים יותר בבתי המשפט בהשוואה לקבוצות אחרות, אחת המסקנות הסבירות שניתן להעלות היא שלשופטים קיימת הטיה לטובת קבוצה זו.<sup>52</sup> מחקרים רבים ומגוונים בחנו למשל את

- 47 ראו למשל Cross, *Political Science*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 275–279; Cross, לעיל ה"ש 3; גם SUNSTEIN, SCHKADE, ELLMAN & SAWICKI, לעיל ה"ש 8; SEGAL & SPAETH, לעיל ה"ש 29. גם בישראל נעשו מחקרים אמפיריים התומכים במודל ההטיה. ראו למשל אורן גול-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627 (2009); Yoav Dotan, *Do the "Haves" Still Come Out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice*, 33 LAW & SOC'Y REV. 1059 (1999).
- 48 אפשר שאופי ההחלטות יימדד באמצעות הפסיקה הסופית של השופט (ראו למשל SUNSTEIN, SCHKADE, ELLMAN & SAWICKI, לעיל ה"ש 8), לפי אופי האסמכתאות שבהן משתמש השופט (ראו למשל Stephen J. Choi & Mitu Gulati, *Bias in Judicial Citations: A Window into the Behavior of Judges?*, 37 J. LEGAL STUD. 87 (2008)) או בניתוח גוף ההחלטות בשיטות מתוחכמות לסיווג טקסטים (ראו למשל Michael Evans, Wayne McIntosh, Jimmy Lin & Cynthia Cates, *Recounting the Courts? Applying Automated Content Analysis to Enhance Empirical Legal Research*, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 1007 (2007)).
- 49 ראו בין היתר Cross, לעיל ה"ש 3; SUNSTEIN, SCHKADE, ELLMAN & SAWICKI, לעיל ה"ש 8; Eric Posner, *Does Political Bias in the Judiciary Matter?*; SEGAL & SPAETH, לעיל ה"ש 29; *Implications of Judicial Bias Studies for Legal and Constitutional Reform*, 75 U. CHI. L. REV. 853 (2008). יש לציין כי בארצות הברית מלאכת ההבחנה בשיוך מפלגתי היא קלה, בהשוואה למשל לישראל. את השופטים בבתי המשפט הפדרליים ממנה הנשיא, וממילא שופט שמונה בידי נשיא דמוקרטי שיוך לשמאל, ושופט שמונה בידי נשיא רפובליקני שיוך לימין. בישראל הוועדה הבוחרת את השופטים מורכבת מגורמים פוליטיים ושיפוטיים, וקשה לשייך אובייקטיבית נטייה פוליטית לשופט (המכון הישראלי לדמוקרטיה הרשות השופטת – הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים (2004)).
- 50 Christina L. Boyd, Lee Epstein & Andrew D. Martin, *Untangling the Causal Effects of Sex on Judging*, 54 AM. J. POL. SCI. 389, 392 (2010), לעיל ה"ש 5.
- 51 Landes & Posner, *Rational Judicial Behavior*, לעיל ה"ש 31 (אשר מתייחסים לשיוך מפלגתי, גזע, מגדר וותק); Mark P. Altieri, Jerome E. Apple, Penny Marquette & Charles K. Moore, *Political Affiliation of Appointing President and the Outcome of Tax Court Cases*, 84 JUDICATURE 310 (2001) (אשר מתייחסים לשיוך מפלגתי ולרקע אישי); Eric A. Posner & Miguel F. P. de Figueiredo, *Is the International Court of Justice Biased?*, 34 J. LEGAL STUD. 599 (2005) (אשר מתייחסים לרקע שממנו הגיעו השופטים).
- 52 אחת הביקורות החשובות על מתודה זו היא תאוריית הסלקציה (Selection Theory), שהוצגה לראשונה בידי פריסט וקליין (George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for*)

ההיפותזה שלפיה גופים חזקים ועשירים זוכים בשיעורים גבוהים יותר מאשר גופים חלשים.<sup>53</sup> אחד ההסברים שהוצע בספרות לתופעה זו הוא הטיה של שופטים שהגיעו מהמעמד הגבוה לטובת מתדיינים בעלי מאפיין דומה.<sup>54</sup> בדרך דומה, יש שהצביעו על שיעורי זכייה גבוהים של ממשלות לעומת גופים פרטיים וביקשו לשאוב מכך אישור להטיה של שופטים לטובת גופים ציבוריים.<sup>55</sup> אנו נקטנו במאמר זה מתודולוגיה דומה הבוחנת את שיעורי הניצחונות בבית המשפט כדי ללמוד על דרך הכרעתם של השופטים בפרסקטיבה הטייתית.

- (Litigation, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984)). התאוריה מניחה שהצדדים יכולים לחשב את סיכויי זכייתם בהתדיינות המשפטית (בהתחשב בכלל המשתנים – החוק, התקדימים וההטיות האידאולוגיות). משכך, יש בכוחם של שחקנים רציונלים לקבוע את שיעורי הניצחונות באמצעות הבחירה אם להמשיך בהתדיינות עד להכרעה שיפוטית או שמא להפסיק את ההליך השיפוטי בשלבים מוקדמים יותר. על פי תפיסתם של פריסט וקליין, אי אפשר להשתמש בשיעורי הניצחונות על מנת לאתר הטיות של שופטים, משום שהם נקבעים על פי התוחלת שיש לצדדים מהמשפט ומעלויות המשפט. נציין כי תאוריית הסלקציה זכתה הן לתמיכה רחבה בספרות (ראו למשל Joel Waldfoegel, *The Selection Hypothesis and the Relationship Between Trial and Plaintiff Victory*, 103 J. POL. ECON. 229 (1995); Peter Siegelman & John J. Donohue III, *The Selection of Employment Discrimination Disputes for Litigation: Using Business Cycle Effects to Test the Priest-Klein Hypothesis*, 24 J. LEGAL STUD. 427 (1995); Theodore Eisenberg, *Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests*, 19 J. LEGAL STUD. 337 (1990); Frank B. Cross, *In Praise of Irrational Plaintiffs*, 86 CORNELL L. REV. 1 (2000); Jeff Yates & Elizabeth Coggins, *The Intersection of Judicial Attitudes and Litigant Selection Theories: Explaining U.S. Supreme Court Decision-Making*, 29 WASH. U. J.L. & POL'Y 263 (2009); Burton M. Atkins, *Communication of Appellate Decisions: A Multivariable Model for Understanding the Selection of Cases for Publication*, 24 LAW & SOC'Y REV. 1171 (1990); Theodore Eisenberg & Henry S. Farber, *The Litigious Plaintiff Hypothesis: Case Selection and Resolution*, 28 RAND J. ECON. 92 (1997)).
- ראו למשל Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974); Terence Dunworth & Joel Rogers, *Corporations in Court: Big Business Litigation in U.S. Federal Courts, 1971–1991*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 497 (1996); Stanton Wheeler, Bliss Cartwright, Robert A. Kagan & Lawrence M. Friedman, *Do the "Haves" Come Out Ahead? Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870–1970*, 21 LAW & SOC'Y REV. 403 (1987); Ryan C. Black & Christina L. Boyd, *US Supreme Court Agenda Setting and the Role of Litigant Status*, 28 J.L. ECON. & ORG. 286 (2012); Donald R. Songer & Reginald S. Sheehan, *Who Wins on Appeal? Upperdogs and Underdogs in the United States Courts of Appeals*, 36 AM. J. POL. SCI. 235 (1992); Carrie Menkel-Meadow, *Do the "Haves" Come out Ahead in Alternative Judicial Systems? Repeat*, 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 19 (1999), לעיל ה"ש 47, בעמ' 1068.
- 54 Dunworth & Rogers; 409–408, בעמ' 53, לעיל ה"ש 53, Wheeler, Cartwright, Kagan & Friedman, לעיל ה"ש 53, בעמ' 516.
- 55 Xin He & Yang Su, *Do the "Haves" Come Out Ahead in Shanghai Courts?*, 10 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 120 (2013); Herbert M. Kritzer, *The Government Gorilla: Why Does Government Come Out Ahead in Appellate Courts?*, in LITIGATION: DO THE 'HAVES' STILL COME OUT AHEAD? 342 (2003).

על מודל ההטיה נמתחו ביקורות שונות. המבקרים טוענים למשל כי אנשי מודל ההטיה משתמשים בראיות סלקטיביות או שלעתים מזומנות "ההגדרות האידאולוגיות" גמישות ואינן חדות דיין באופן שהן ראויות לשמש מצע למחקר אמפירי. בנסיבות אלה התאוריה מתקשה לתת הסבר מספק לכלל הממצאים האמפיריים.<sup>56</sup> חרף הביקורת נראה כי מבחינה מחקרית-אמפירית המודל זכה לאישוש, ובמידה רבה ניתן לומר כי מודל זה קנה לו מקום בכותרת המזרח של המודלים המבקשים להבין מה מונח בבסיס ההכרעה השיפוטית.

מודל ההטיה הוא מאתגר ומסקרן, הן בתכניו הן במתודולוגיות המחקריות המאומצות על ידי המחקר האמפירי לבחינת קיומה של ההטיה והחל מתפשט אט אט לכל תחומי המשפט, ואף אינו פוסח על הזירה המסית.<sup>57</sup> במאמר זה נמשיך לצעוד בעקבות מחקרים אלו וננסה להצביע על התנהגות הטייתית בבית המשפט העליון בישראל ביחס לסוגיה מרכזית במשטר מיסוי ההכנסה.

## ג. משטר המיסוי התאגידי

### 1. כללי

הדיון הבלתי פוסק בסוגיה של משטר המיסוי התאגידי מצוי בשיח בעל שלושה ממדים בעת ובעונה אחת:

הממד הראשון והבסיסי ביותר, כמפורט לעיל,<sup>58</sup> הנושא במידה רבה אופי דוקטרינרי הוא המתח בין התפיסה הדוקטרינרית המשפטית, המאמצת את נקודת המוצא התאגידי שלפיה יש להבחין בין התאגיד לבעלי מניותיו, לבין התפיסה ה"כלכלית" הקלאסית, המיושנת קמעא, הנושאת אף היא אופי דוקטרינרי, ולפיה בעלי המניות הם הבעלים של התאגיד באופן, שבמקרים רבים, התאגיד ובעלי מניותיו חד הם. על פי התפיסה הדוקטרינרית-משפטית ניתן למסות את התאגיד וכן את בעלי המניות כשני נישומים שונים לחלוטין, כפי שממסים שני נישומים שאינם קשורים זה לזה. מנגד, ניצבת התפיסה הדוקטרינרית הכלכלית הקלאסית שלפיה בעלי המניות הם הבעלים של התאגיד בהיותם

56 David Laro, *The Evolution of the Tax Court as an Independent Tribunal*, 1995 U. ILL. L. REV. 17, 26; Orley Ashenfelter, Theodore Eisenberg & Stewart J. Schwab, *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*, 24 J. LEGAL STUD. 257 (1995); Donald R. Songer, *The Dog That Did Not Bark: Debunking the Myths Surrounding the Cross*, ; *Attitudinal Model of Supreme Court Decision Making*, 33 JUST. SYS. J. 340 (2012)

*Political Science*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 285–309. לביקורת נוספת ראו לעיל ה"ש 52.  
57 Christopher R. Egan, *Checking the Beast: Why the Federal Circuit Court of Appeals Is Good for the Federal System of Tax Litigation*, 56 SMU. L. REV. 721 (2003); Alexandra Flynn, *Taxpayers or Governments? Default as Determinant in Canadian and US Supreme Court Tax Decisions*, 38 CAN. J. POLIT. SCI. 605 (2005); Altieri, Apple, Marquette & Moore, לעיל ה"ש 51; Glikberg, *Does the Law Matter?*; לעיל ה"ש 24.

58 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 12. כן ראו ALAN J. AUERBACH, A MODERN CORPORATE TAX (2010); Alan J. Auerbach, Michael P. Devereux & Helen Simpson, *Taxing Corporate Income*, in DIMENSIONS OF TAX DESIGN 837 (2011).

מקבלי החלטות בו והזכאים לרווחיו, ולפיכך מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו כשני נישומים נפרדים זה מזה מהווה מיסוי כפול על רווחי התאגיד.

הממד השני קורא תיגר על התפיסה הדוקטרינרית, הן זו המשפטית והן זו הכלכלית, וטוען לתפיסה ראליסטית שלפיה יש לבחון את סוגיית התחולה (Incidence) של משטר המיסוי התאגידי, קרי על מי מוטל נטל המס במשטר זה באופן אפקטיבי: האם על עובדי החברה? על נושיה? על ספקיה? על בעלי מניותיה? או שמא על כולם או על חלק מהם? לכל אחת מהחלופות הללו השפעה מהותית על שיקולי מדיניות המס המעצבים את משטר המיסוי התאגידי. כך למשל אין דומה מדיניות המס הגורסת כי תחולתו של המס התאגידי מוטלת על שכמם של בעלי מניותיו למדיניות המס שיש לנקוט אם גורסים כי תחולת המס מוטלת על נושי החברה. אנו בדעה כי אם בוחנים ממעוף הציפור את השיח הרווח בדבר המתח שבין התפיסה הראלית לבין התפיסה הדוקטרינרית, ניתן לומר, בקווים כלליים, כי השיח התחולתי, הראלי, מאתגר בקשיים ראיתיים מהותיים באשר לזיהוי התחולה.<sup>59</sup> ככל שקשיים מהותיים אלו, הברורים לכל בר בי רב, מתעצמים והולכים, כך הם מסיגים אחורה את התפיסה הראלית ומותירים אפוא, מחוסר בררה וכבררת מחדל, לתפיסות דוקטרינריות למלא את החלל הנורמטיבי שנוצר.<sup>60</sup> תיאור זה של השיח המס-תאגידי מאפיין עשרות רבות של שנים שבהן הוא מתנהל בערנות ציבורית רבה. נציין במאמר מוסגר כי בשנים האחרונות ניתן למצוא חריג מסוים לתיאור זה עקב הדיון ההולך וגדל ביחס למשטר המיסוי הבין-לאומי הרצוי, ובמסגרת זו מתנהל דיון אינטנסיבי ביותר ביחסי הגומלין שבין משטר המיסוי התאגידי לבין משטר המיסוי הבין-לאומי, כאשר דיון זה נושא במידה רבה אופי תחולתי-ראלי ולא דוקטרינרי.<sup>61</sup>

הממד השלישי עניינו במתח שבין תפיסה משטרית הומוגנית שלפיה משטר המיסוי התאגידי הוא אחיד ועליו לחול על כל סוגי התאגידים לבין תפיסה הטרוגנית הגורסת כי משטר המיסוי התאגידי הוא שם כולל לאוסף של תתי-משטרי מיסוי תאגידיים מגוונים העוסקים בתאגידים שונים כאשר תוכנם של משטרים אלה מושפע מאופי פעילותם של התאגידים הרלוונטיים, מזהות בעלי המניות ומהרכבם.<sup>62</sup> אכן, ניתן לראות בממד זה חלק מהממד הראשון, אולם בחרנו להציגו כממד עצמאי, ולו רק מהשיקול המתודולוגי, כי בשיח של משטר המיסוי התאגידי הנוהג לממד זה חשיבות רבה.

משטרי המיסוי התאגידיים שרווחו בעבר וכן אלה הרווחים כיום יוצרים, הלכה למעשה, מרחב מיסוי תאגידי המאופיין בעוצמות משתנות בשלושת הממדים שתוארו לעיל, כאשר תוכנו הקונקרטי של משטר מיסוי-תאגידי פלוני משקף הכרעה בדבר משקלו, היחסי או המוחלט, של כל אחד מממדים אלה בעיצובו של משטר זה. כך למשל, ככל שהתפיסה הדוקטרינרית המשפטית דומיננטית יותר, כך גדלה השפעתה על המשקל היחסי של

59 ראו לעיל הטקסט בה"ש 13 וסמוך לה. כך למשל יש הגורסים כי תחרות המס הבין-לאומית גורמת שהעובדים נושאים בעלויות הנובעות ממנה. ראו SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' XIII.

60 כך למשל במציאות הכלכלית הישראלית יקשה לקבוע מבחינה אמפירית אם בעלי המניות נושאים בנטל מס החברות או שמא העובדים, הספקים, הלקוחות, הנושים, כולם או חלקם.

61 הוא הדין במכשירים הפיננסיים. ראו למשל SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 119-138.

62 ראו למשל Victor Fleischer, *Taxing Blackstone*, 61 TAX L. REV. 89 (2008).

הממדים האחרים, בכיוון הקטנת משקלם היחסי, באופן שתהיה נטייה חזקה ביותר לאמץ מודל מיסוי של מיסוי כפול.<sup>63</sup> למותר לציין כי אין זה מונע כמוכח את קיומם של משטרי מיסוי נוספים על משטר המיסוי הכפול, המאופיינים בנטלי מס נמוכים בהשוואה למיסוי הכפול, שיחולו על תאגידים, כמו למשל תאגידים קטנים.<sup>64</sup> בדוגמה האחרונה ההצדקה למבנה רב-משטרי זה עשויה להיות מגוונת, החל למשל משיקולי יעילות,<sup>65</sup> עבור לאי-החלת ההנמקה הדוקטרינרית (הדוקטרינה התאגידית הקלאסית) על חברות קטנות, וכלה בהנמקה תחולתית שלפיה תחולת (Incidence) המס מוטלת על בעלי המניות של התאגידים הקטנים, בניגוד לתחולת המס על התאגידים הגדולים. ההכרעות בכל אחד מהממדים הללו אינה מן המלאכות הקלות, וניתן לומר בהכללה כי יקשה למצוא משנה סדורה לכל אחת מההכרעות הללו ולמידת הקוהרנטיות שבהן.

מסד ההכרעה באשר למשקלם היחסי של כל אחד מהממדים הללו במשטר המיסוי התאגידי מורכב משלושה אבות טיפוס של משטר המיסוי התאגידי: מודל שילוב מלא, מודל מיסוי כפול ומודל שילוב חלקי.<sup>66</sup> מודלים אלה עוסקים במיסוי על הרווחים המחולקים ועל הרווחים הלא מחולקים של התאגיד. שלושת המודלים הללו כוללים גם הכרעה בסוגיה היכן להטיל את נטל המס: האם במישור התאגידי? האם במישור בעלי המניות? האם בשני המישורים גם יחד? ואם בשני המישורים – ובהנחה שלא במודל מיסוי כפול עסקינן – כיצד מחלקים את נטל המס בין שני המישורים הללו?

נוסיף ונציין כי לצורך פישוט הדיון שלהלן אנו מניחים, והנחה זו נכונה לגבי הדיון בישראל מושא מחקרנו, כי המתח בסוגיית המיסוי התאגידי עוסק בעיקרו, בהקשר שלפנינו, במיסוי התאגידי ובעלי מניותו היחידים, אולם לגבי בעלי מניות שהם תאגידים, אזי באופן כללי ניתן לקבוע כי הם לא ימוסו בגין רווחים שחולקו להם מתאגידים המוחזקים על ידם (להלן: דיבידנד בין-תאגידי). לשון אחר: דיבידנד בין-תאגידי אינו מצוי בבסיס המס של בעל מניות, והדיון המיסויי מתמקד בהקשר שלפנינו בחלוקת דיבידנד ליחידים.<sup>67</sup>

63 למודל זה ראו להלן פרק ג.3.

64 ראו להלן ה"ש 82 והטקסט הסמוך לה"ש 99.

65 כך למשל הטיעון כי שיקולי יעילות המתמקדים בניטרליות בין פעילות מאוגדת לבין פעילות לא מאוגדת תומכים בצורך להשוות בין תוצאות המס של חברות קטנות לאלה של פעילות לא מאוגדת.

66 גליקסברג "המיני-רפורמה", לעיל ה"ש 18; אהרן יורן (יורקביץ) "מיסוי חברות לאחר ה"רפורמה" – עדיין נחוצה רפורמה יסודית" משפטים ז 423 (1977); אהרן יורן (יורקביץ) "הצעה לשינוי שיטת מיסוי רווחי חברות בישראל" הפרקליט כח 395 (1973); David Glikberg, *The Taxation of Corporations and Shareholders in Israel: The Necessity for a Comprehensive Tax Reform*, 5 FLA. INT'L. L.J. 327 (1990).

67 לקביעה זו חריגים. ראו למשל ס' 126(ג) לפקודת מס הכנסה, התשכ"א-1961, העוסק במפגש שבין משטר המיסוי התאגידי לבין התחולה הבין-לאומית של משטר מיסוי הכנסה על מרכיבה הטריטוריאלי ועל מרכיבה הפרסונלי. נציין כי סוגיית הדיבידנד הבין-חברתי היא סוגיה מורכבת במשטר המיסוי האמריקאי. ראו למשל Daniel C. Schaffer, *The Income Tax on Intercorporate Dividends*, 33 TAX L. 161, 163 (1979); David R. Francis, *The Taxation of Intercorporate Dividends: Current Problems and Proposed Reforms*, 64 TAXES 427, 430 (1986); Michael J. Maimone & G. Frank Riley III, *Taxation of Intercorporate Dividends: A Missed Opportunity for Tax Reform*, 7 VA. TAX REV. 777, 779 (1988); George Mundstock, *Taxation of Intercorporate Dividends*



נציג עתה, בקצירת האומר, את שלושת המודלים הללו,<sup>68</sup> ולאחר מכן את משטר המיסוי התאגידי בישראל המהווה את התשתית הנורמטיבית שעל גביה ינותחו הממצאים האמפיריים מושא מחקרנו.

*Under an Unintegrated Regime*, 44 TAX L. REV. 1, 9–10 (1988). סוגיה מרכזית נוספת שחשיבותה הולכת וגדלה בעקבות קליטתה של תורת ה-IFRS החשבונאית במדינות רבות בעולם, ובהן ישראל, היא מיסוי דיבידנד שחולק מרווחים חשבונאיים בכלל (קרי רווחים שנכללו ברווחי חברה בשל כללי החשבונאות המקובלים אך לא שולם בגינם מס) ומרווחי שיערוך של נכסים בפרט. עובר לתיקון מס' 197 של פקודת מס הכנסה, המפורט להלן, חלוקת דיבידנד מרווחים חשבונאיים הציבה סוגיה של עיתוי במנגנון המיסוי הדו-שלבי משום שטרם שולם מס חברות על הרווחים המחולקים, ולכן נדחה תשלום השכבה הראשונה של המיסוי הדו-שלבי (מס החברות). עם זאת שלילת המעמד של דיבידנד בין-חברתי מדיבידנד שחולק מרווחים חשבונאיים והטלת מס חברות על דיבידנד זה הופכות את המיסוי התאגידי לתלת(!)-שלבי וחותרות מהותית תחת הגיונו ותכליתו של מנגנון המיסוי הדו-שלבי, כולל למשל יצירת עיוות בין תוצאות המס החלות על חלוקת דיבידנד מרווחים חשבונאיים לחברה ובין תוצאות המס החלות על חלוקת דיבידנד ליחיד. בשל העיוות שיוצרת הטלת מס בחברה המקבלת על דיבידנד מרווחים חשבונאיים הגישה הרווחת בפרקטיקה הייתה שגם דיבידנד שחולק מרווחים חשבונאיים בכלל ומרווחי שיערוך בפרט הוא בין-חברתי ואינו מצוי בבסיס מס חברות ולפיכך אינו חייב במס חברות. זאת בניגוד לעמדת רשות המסים. ראו למשל שלי אפלברג "רשות המסים תציע: יוטל מס על חברות שחילקו דיבידנדים מרווחים תיאורטיים" *TheMarker*, 29.5.2011, [www.themarker.com/news/1.648209](http://www.themarker.com/news/1.648209). רשות המסים הבינה שעמדתה כאמור מוטלת בספק רב, ולכן יזמה תיקון חקיקה: פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 197), התשע"ג–2013, ס"ח 35, שבמסגרתו נחקק ס' 1A100, העוסק בחלוקת דיבידנד מרווחי שיערוך, הקובע, בקווים כלליים, כי דיבידנד שחולק לחברה מרווחי שיערוך הוא דיבידנד בין-חברתי שאינו מצוי בבסיס מס החברות, אולם חלוקתו תגרוור אירוע מכירה "רעיוני" של הנס ששוערוך כדי שלא תיווצר דחייה במיסוי השכבה הראשונה של המיסוי הדו-שלבי. לשון אחר: יוטל מס על החברה המחלקת ולא על בעל המניות המקבל את הדיבידנד, כדי לפתור את סוגיית העיתוי שהוצגה לעיל. במאמר מוסגר נציין כי תחולתו של הסדר מיסוי חדש זה על כלל הרווחים החשבונאיים אינה ברורה, הואיל והגדרת "רווחי שיערוך" נתונה לשר האוצר באישור ועדת הכספים של הכנסת, ותקנות בנושא זה טרם הותקנו. נדגיש ונציין כי משטר המיסוי התאגידי הנדון במאמר זה אינו עוסק במשטרי מיסוי תאגידיים מורכבים יותר, ובמרכוז משטר המיסוי התאגידי על פי חוק עירוד השקעות הון, התשי"ט–1959. דוגמה בולטת למורכבותו של חוק זה היא סוגיית "הרווחים הכלואים" הקשורה בטבורה להטבות המס המוענקות על פיו ושנרונה לאחרונה באופן נמרץ ביותר בשיח הציבורי בישראל. ראו למשל שאול אמסטרדמסקי "כך נולדים רווחים כלואים" *כלכליסט* 16.10.2013, [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3614513,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3614513,00.html). כן ראו יוסף אדרעי "מיסוי ועירוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" *משפטים* מ' 437 (2011); "מנכ"ל טבע: אני דוחה מכל וכל את המונח 'רווחים כלואים'" *גלובס* 22.02.2013, [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000824519](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000824519); נציין כי הדיון במשטר המיסוי התאגידי על פי חוק עירוד השקעות הון ובאתגרים הרבים הכרוכים בו, הן אלה היעילותיים הן אלה החלוקתיים, מחייב התייחסות מקיפה יותר על רקע של תחרות המס הבין-לאומית, ובמיוחד כשמדובר בשחקנים "קטנים" כדוגמת תאגידים ישראלים. לא למותר לציין כי השיח על תחרות המס הבין-לאומית מחייב דיון במשטרי המיסוי הבין-לאומי וביחסם למתח המסית-תאגידי. מאמר זה אינו עוסק בזיקה שבין מתח זה לבין משטר המיסוי הבין-לאומי, אלא עוסק בזירה הלאומית בלבד. נציין כי פסקי הדין מושא דיונו הקונקרטי בהטיה השיפוטית אינם דנים בסוגיות מיסוי בין-לאומי.

ההכרעה באשר לתוכנו של משטר המיסוי התאגידי מושפעת מתחרות המס הבין-לאומית שבמרכזה נטל המס על רווחי התאגיד ובעלי מניותיו. כך למשל השיח הציבורי בארצות הברית על הרפורמה הנדרשת למשטר מיסוי הכנסה שם מתמקד בין היתר בשיעור מס החברות המוטל שם שהוא גבוה ממס החברות המוטל במדינות אחרות. למשבר המיסוי בארצות הברית ולשיח הרפורמי המתלווה לו ראו למשל *Michael J. Graetz, The Tax Reform Road Not Taken – Yet*, 67 NAT'L TAX J. 419 (2014). לריון

## 2. מודל השילוב המלא

אב הטיפוס הראשון הוא מודל השילוב המלא,<sup>69</sup> ולפיו יש לנטוש את הדוקטרינה המשפטית המבחינה בין התאגיד לבעלי מניותיו ולאמץ את הדוקטרינה הכלכלית שלפיה יש לראות בתאגיד ובבעלי מניותיו ישות אחת.<sup>70</sup> על פי גישה זו, נטל המס הכולל אשר יחול על רווחים המופקים על ידי היחיד באמצעות תאגיד יהיה זהה לנטל המס השולי שיחול על רווחים אלה כאשר הם מופקים על ידי היחיד שלא באמצעות תאגיד. נקודת מוצא זו נועדה בעיקר לשלול תכנוני מס הנובעים מהשוני בנטלי המס בין פעילות מאוגדת לבין פעילות לא מאוגדת. קיימים שני מודלים בסיסיים ליישומו של מודל השילוב המלא: מודל השותפות ומודל הייחוס או הזקיפה (Imputatuon). לפי מודל השותפות כל רווחי התאגיד מיוחסים מעת צמיחתם ישירות לבעלי המניות, כך שעל בעלי המניות מושגת מס בשיעור שולי על חלקם היחסי ברווחי התאגיד.<sup>71</sup> מודל זה מתעלם מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת לצורך קביעת היקף נטל המס המושגת על התאגיד.<sup>72</sup> מודל הייחוס קובע כי התאגיד ישלם מס על רווחיו, אולם בעת חלוקת רווחיו כדיבידנד ההכנסה שתיוחס לבעל מניות תהיה הדיבידנד

רפורמי על משטר המיסוי התאגידי ביפן, שבה שיעור מס חברות הוא 35.6% והוא נחשב לאחד הגבוהים ביותר בעולם, הנושא תכנים השונים מתוכני השיח המקביל בארצות הברית והנובעים ממצבה הכלכלי המיוחד של יפן ראו למשל Martin A. Sullivan, *How Will Japan Pay for a Lower Corporate Rate?*, 74 TAX ANALYSTS 788 (2014).

69 לסקירה נרחבת של מודל השילוב המלא, הטכניקות ליישומו ויתרונותיו וחסרונותיו, ראו למשל MICHAEL J. GRAETZ & ALVIN C. WARREN JR., *INTEGRATION OF THE U.S CORPORATE AND INDIVIDUAL INCOME TAXES: THE TREASURY DEPARTMENT AND AMERICAN LAW INSTITUTE REPORTS* (1998); Alvin C. Warren, Jr., *The Relation and The Integration of Individual and Corporate Income Taxes*, 94 HARV. L. REV. 719 (1981); John K. McNulty, *Corporate Income Tax Reform in the United States: Proposals for Integration of the Corporate and Individual Income Taxes, and International Aspects*, 12 INT'L TAX & BUS. L. 161 (1994) כן ראו Reuven S. Avi-Yonah & Amir C. Chenchinski, *The Case For Dividend Deduction*, TAX LAWYER J. (2010); Henry Ordover, *The Corporate Income Tax: United States of America Report* (Saint Louis U. Legal Studies Research, Working Paper No. 30, 2012), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2182867](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182867); Harry G. Gourevitch, *Corporate Tax Integration: The European Experience*, 31 TAX L. 65 (1977); Steven A. Bank, *Is Double Taxation a Scapegoat for Declining Dividends? Evidence From History*, 56 TAX L. REV. 463 (2003) (להלן: Bank, *Double Taxation*); לריון במודל השילוב המלא בפרספקטיבה של מיסוי בינלאומי ראו למשל Yariv Brauner, *Integration in an Integrating World*, 2 N.Y.U. J. L. & BUS. 51 (2005).

70 לדיון בשיקולי היעילות ובשיקולי הצדק האופקי והאנכי התומכים בבחירת מודל השילוב המלא ראו למשל גליקסברג "ה'מיני-רפורמה'", לעיל ה"ש 18, בעמ' 199-201; Robin Boadway & Neil Bruce, *Problems with Integrating Corporate and Personal Income Taxes in an Open Economy*, 48 J. PUB. ECON. 39 (1992).

71 כן ראו Anthony P. Polito, *Constructive Dividend Doctrine from an Integrationist Perspective*, 27 AKRON TAX J. 1 (2012).

72 עמדה זו מקטינה את מעמדו של התאגיד לצורך משטר מיסוי ההכנסה. ראו למשל McNulty, לעיל ה"ש 69, בעמ' 201.

ששולם בתוספת המס ששולם על ידי התאגיד על פי שיעור החזקתו של בעל המניות.<sup>73</sup> על הכנסה חייבת זו יושת מס בשיעור השולי של בעל המניות, כאשר הוא יזוכה במס ששולם התאגיד על רווחיו, על פי חלקו היחסי בהחזקותיו בתאגיד. על פי מודל זה שיעור המס האפקטיבי הכולל (ברמת התאגיד וברמת בעל המניות) המושגת על פעילות מאוגדת יהיה זהה לנטל המס המוטל על פעילות שאינה מאוגדת. קיים שוני מרכזי בין מודל השותפות לבין מודל הייחוס בסוגיית עיתוי ההכנסה: על פי מודל השותפות, חבות המס נוצרת בעת הפקת ההכנסה על ידי התאגיד, וזאת על פי שיעורי המס של בעלי המניות, שלא כמו מודל הייחוס שלפיו העיתוי נחלק לשני מועדים: הראשון, ברמת התאגיד, בעת צמיחת ההכנסה על ידי התאגיד, וזו תחוב במס על פי שיעור המס של התאגיד. השני – ברמת בעל המניות – בעת חלוקת הדיבידנד לבעל המניות. לפיכך, על פי מודל הייחוס, בניגוד למודל השותפות, עשוי להיות שוני בנטל המס האפקטיבי המושגת על פעילות מאוגדת לבין זה המושגת על פעילות לא מאוגדת משום שרווחי התאגיד אינם ממוסים בעיתוי הזהה לרווחי היחיד. לשון אחר: השוני בין המיסוי האפקטיבי על פעילות מאוגדת לבין זו הלא מאוגדת נגזר אפוא בעיקרו משני משתנים שיש ביניהם זיקה: הראשון, המשתנה השיעורי – מהו שיעור מס החברות המוטל על הכנסות התאגיד ברמת התאגיד, ומהו שיעור המס המוטל על הדיבידנד; השני, משתנה העיתוי – מהו מועד חלוקת הדיבידנד. ככל ששיעור מס החברות נמוך יותר ומועד חלוקת הדיבידנד מאוחר יותר למועד הפקת הרווחים על ידי התאגיד, כן יקטן נטל המס האפקטיבי המוטל על פי מודל הייחוס בהשוואה לנטל המס האפקטיבי המוטל על פי מודל השותפות או על פעילות לא מאוגדת. קיימת זיקה בין שני המשתנים הללו במובן זה שכל ששיעור מס החברות גבוה יותר, כך התמריץ שהוא עשוי ליצור לחלוקת רווחים מהירה יותר גדול יותר, בעוד ששיעור מס נמוך יותר יצור תמריץ שלא לחלק את הרווחים ובכך יקטין את נטל המס האפקטיבי בשל דחיית המס. מבחינה עיונית ניתן להתגבר על פערי עיתוי אלה באמצעות הוספת מרכיב של ריבית לחבות המס החלה על הדיבידנדים כדי למנוע את דחיית המס הטמונה בחלוקה מאוחרת של רווחי התאגיד לבעלי מניותיו ובכך ליצור ניטרליות בנוגע למועד חלוקת הדיבידנד.

מודל השותפות ומודל הייחוס ניצבים גם בפני אתגרים פרקטיים<sup>74</sup> המשפיעים על מידת אימוצם. מודל השותפות למשל קשה ליישום כאשר קיים פיזור רחב של המניות בציבור. לשון אחר: קיימים היבטים שונים הגורמים שהשיח האינטגרטיבי אינו נשמר "בטהרתו" והוא כולל לעתים סטיות, כמו למשל החלת מודל הייחוס תוך שלילת מודל השותפות ותוך התעלמות מסוגיית דחיית המס הגלומה במיסוי בעל המניות רק בעת חלוקת רווחים.

### 3. מודל המיסוי הכפול

מודל המיסוי הכפול מאמץ בבסיסו את התפיסה הדוקטרינרית-משפטית,<sup>75</sup> ולפיה על רווחי התאגיד מושת מס חברות הזהה לשיעור המס השולי הגבוה החל על היחיד, ולאחר מכן

73 מבחינה מהותית ואפקטיבית המס ששולם התאגיד הוא ניכוי מס במקור (או מקדמה) ששולם התאגיד בגין הכנסות בעלי המניות.

74 ראו למשל Polito, לעיל ה"ש 71, המתאר את הקשיים ביישום מודל האינטגרציה המלאה.

75 ראו ס' 126 לפקודת מס הכנסה.

מוטל מס נוסף על הדיבידנד לפי שיעור המס השולי של היחיד. שני השלבים במיסוי הכפול, הדרו־שלבי,<sup>76</sup> אינם "מתחשבים" זה בזה,<sup>77</sup> הן בעניין שיעורי המס הפורמליים והן בעניין שיעורי המס האפקטיביים בדמות הוראות שונות כמו למשל זו הקובעת כי חלוקת הדיבידנד אינה מוכרת כהוצאה לצורך ייצור הכנסה ולפיכך אינה מותרת בניכוי בעת חישוב הכנסתו החייבת של התאגיד. מודל זה מושגת הן על תפיסה דוקטרינרית-משפטית המאמצת את החיץ שבין התאגיד לבין בעלי מניותיו והן על תפיסה נורמטיבית-ראליסטית המאמצת את הטיעון התחולתי שלפיו לא בעלי המניות של התאגיד נושאים על שכמם באופן אפקטיבי את המס המוטל ברמת התאגיד אלא נישומים אחרים, כמו למשל עובדים, ספקים או לקוחות.<sup>78</sup> מודל זה לא התקבל בישראל ובמדינות אחרות רבות בעולם בעיקר בשל טיעון הנגד לטיעון התחולתי שלפיו יהא סביר להניח כי בנטל המס נושאים באופן אפקטיבי בעלי המניות, במלואו או בחלקו. על פי מודל המיסוי הכפול, נטל המס האפקטיבי על פעילות מאוגדת גדול מזה המוטל על פעילות שאינה מאוגדת, ושנוי זה מפר את עקרון הצדק האופקי בין שני סוגי פעילויות אלה. על כך יש להוסיף את הפגיעה היעילותית עקב השחיקה בניטרליות של מערכת המס הנוצרת בעקבות העדפת הפעילות הלא מאוגדת על פני זו המאוגדת,<sup>79</sup> העדפת אי-חלוקת דיבידנד על פני חלוקתו אף מעבר לרמה האופטימלית,<sup>80</sup> המובילה בין היתר לתכנוני מס ולחוסר יעילות כלכלית.

יש לציין כי גם אליבא דחסידי המיסוי הכפול, הטיעון התחולתי בדבר אי-תחולת המס על בעלי המניות אינו נכון בסביבה תאגידי שבה ניתן להניח בסבירות רבה כי הטיעון בדבר תחולתו של המיסוי התאגידי על בעלי המניות עדיף על פני המועמדים האחרים לתחולת המס.<sup>81</sup> סביבה תאגידי זו כוללת למשל תאגידי קטנים שיש להחיל עליהם את משטר השילוב המלא באמצעות מודל השותפות.<sup>82</sup>

- 76 מנגנון המיסוי הדרו־שלבי אינו מאפיין רק את המיסוי הכפול אלא מצוי גם במודל השילוב המלא על פי מודל הייחוס, ולא על פי מודל השותפות, וכן במודל השילוב החלקי.  
77 McNulty, לעיל ה"ש 69, בעמ' 171.  
78 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 13 ולה"ש 65. יש הגורסים כי מיסוי כפול הוא חלק ממבנה המיסוי הפרוגרסיבי, וזאת על פי ההנחה כי בעלי המניות הם נישומים המאופיינים כבעלי הכנסות גבוהות ביותר. מבחינה נורמטיבית ואמפירית אין זה ברור כלל ועיקר כי קיימת זיקה בין מודל המיסוי הכפול לבין המבנה הפרוגרסיבי. ראו למשל SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' XIII.  
79 שם, בעמ' 29–32. משטר המיסוי התאגידי מציב אתגרים בפני ההבחנה בין הון עצמי להון זר, שהיא בעלת השפעות מהותיות. לסוגיה זו ראו למשל גליקסברג "המיני-רפורמה", לעיל ה"ש 18; Avi-Yonah & Chenchinski, לעיל ה"ש 69; SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 33–36, 89–99; THE PRESIDENT'S ECONOMIC RECOVERY ADVISORY BOARD, THE REPORT ON REFORM OPTIONS: SIMPLIFICATION, COMPLIANCE, AND CORPORATE TAXATION 72–74 (2010).  
80 ראו למשל Raj Chetty & Emmanuel Saez, *An Agency Theory of Dividend Taxation* (NBER, Cambridge, Working Paper No. 13538, 2007), available at [www.nber.org/papers/w13538.pdf](http://www.nber.org/papers/w13538.pdf).  
81 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 13 ולה"ש 65.  
82 שיטת השותפות משמשת משטר מס משלים, בתנאים מסוימים, לתאגידי שאינם גדולים. ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 99–106. כן ראו את משטר המיסוי של LLC ושל תאגידי S על פי דין המס האמריקאי (McNulty, לעיל ה"ש 69, בעמ' 177–178; SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 46–47).

#### 4. מודל השילוב החלקי

מודל השילוב החלקי מצוי בין מודל המיסוי הכפול לבין מודל השילוב המלא, ולפיו מושגת מס הן במישור התאגיד והן במישור בעל המניות בעת חלוקת רווחי התאגיד, אולם בשונה משני המודלים הללו. מודל השילוב החלקי מביא לתוצאת מס מצרפית – נטל המס בשני המישורים – שהיא נמוכה מנטל המס על פי מודל המיסוי הכפול, אך גבוהה מנטל המס על פי מודל השילוב המלא.<sup>83</sup>

מודל השילוב החלקי מיושם באמצעות שלושה אבות טיפוס: הסדר המעניק הקלת מס ברמת התאגיד בלבד, הסדר המעניק הקלת מס במישור בעלי המניות בלבד והסדר המעניק הקלת מס הן במישור התאגיד הן במישור בעל המניות. הסדרים אלה מקבלים גוונים שונים בדמות הפחתת שיעור המס הפורמלי או שיעור המס האפקטיבי<sup>84</sup> שחלים על רווחי התאגיד או על הדיבידנד.<sup>85</sup> משטרים שאימצו מודל שילוב חלקי ממוקמים אפוא על ספקטרום שבקצהו האחד מודל מיסוי כפול ובקצהו האחר מודל השילוב המלא. ככל שההקלות שניתנות למניעת כפל המיסוי רחבות יותר, כך קרב המשטר למודל השילוב המלא ולהפך. לכאורה, מודל זה פוסח על שתי הסעיפים: הוא אינו שילוב מלא אך גם אינו מיסוי כפול. אולם עיון בו מגלה שהוא מהווה התמרה בין התפיסות הדוקטרינריות השונות (משפטית לעומת כלכלית) וכן בין תפיסות אלה לבין התפיסות התחולתיות השונות, בכך שהוא גורס כי יהיה סביר להניח כי נטל המס אכן נופל גם על בעלי המניות. סבירות ההנחה נובעת בעיקרה מהקשיים הראייתיים בדבר התחולה האפקטיבית של המס. לשון אחר: מודל השילוב החלקי יכול אפוא להתהדר בכך שלא רק שאינו פוסח על שתי הסעיפים אלא שהוא נוקט תפיסה ראיסטית ראויה שלפיה אין ביכולתו להכריע בין שתי התפיסות הדוקטרינריות, ואין לו תשתית ראייתית ראויה לתחולת המס, ולפיכך הוא בוחר משטר מס על הקו המחבר את מודל השילוב המלא עם מודל המיסוי הכפול וההנחה היא שמיקום זה, לעומת מודל השילוב המלא, משקף שיקוף סביר, הלכה למעשה, את נטל המס שבעל המניות אינו נושא בו.<sup>86</sup> יש להבהיר כי יקשה להציב משנה סדורה שעל פיה ייקבע מיקומה המדויק של הנקודה האופטימלית שבה יימצא מודל השילוב החלקי על קו הרצף בין מודל השילוב המלא לבין מודל המיסוי הכפול.

כל אחת מהטכניקות שצוינו לעיל שמודל השילוב החלקי מאמץ להקטנת נטל המס<sup>87</sup> מאופיינת ביתרונות ובחסרונות, אולם איננו נצרכים להם בדיוננו זה. למשל, החסרונות

83 מבחינה עיונית היה ניתן להציע מודל שילוב חלקי המטיל מס רק במישור אחד, למשל ברמת בעלי המניות, כאשר נטל המס שיושג על פיו יהיה גבוה מנטל המס המתבקש ממודל השילוב המלא על פי מודל השותפות.

84 כך למשל, הקטנת בסיס המס באמצעות הכרה בדיבידנד שחולק כהוצאה.

85 ראו למשל George K. Yin, *Corporate Tax Integration and the Search for the Pragmatic Ideal*, 47 TAX L. REV. 431, 481 (1992).

86 ניתן לנסח זאת גם בהשוואה למיקומו של מודל השילוב החלקי ביחס למודל המיסוי הכפול: המרחק בין שני מודלים אלה על פני הספקטרום הנדון משקף את נטל המס הנוסף שנושאת בו הפעילות המאוגדת על פי מודל המיסוי הכפול.

87 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 84–85.

המאפיינים את מודל המיסוי הכפול מאפיינים גם את מודל השילוב החלקי אם כי בעוצמות נמוכות יותר, שכן במודל השילוב החלקי, בשל אותן טכניקות שהוזכרו לעיל, היקף המיסוי הכפול בפועל נמוך מבראשון. אולם נציין – ולכך יש חשיבות להמשך דיוננו – כי מודל השילוב החלקי המאמץ הסדר שלפיו נטל מס ברמת התאגיד נמוך מנטל המס השולי הגבוה החל על יחידים, יוצר תמריץ שלילי לחלוקת רווחים.<sup>88</sup>

נשוב ונדגיש כי השיח על המודלים למיסוי התאגיד ובעלי מניותיו מתמקד בעיקרו במשתנה החשוב ביותר לקביעת נטל המיסוי והוא שיעורי המס המוטלים על היחיד ועל רווחי התאגיד, המחולקים והלא מחולקים. אולם הדיון העיוני על בסיס שיעורי המס בלבד הוא חלקי, משום שהוא אינו משקף את מלוא הטווח של המתח המסי-תאגידי, שהרי עניין לנו בנטל המס האפקטיבי, ושיעורי המס אינם מכריעים סופית את נטל המס האפקטיבי. המתח המסי-תאגידי מכיל בתוכו סוגיות מס נוספות, למשל: בסוגיית קיזוז ההפסדים – האם ניתן לקזז את הפסדיו של בעל המניות מהכנסתו של התאגיד? על פי מודל השילוב המלא המענה הוא חיובי, ואילו על פי גישת מודל המיסוי הכפול המענה הוא שלילי. מודל השילוב החלקי עשוי להציע הכרה חלקית הנגזרת ממהותו של השילוב החלקי. הוא הדין בסוגיות נוספות הנובעות בדרך כלל מקביעות המחוקק שלפיהן תוצאות המס משתנות עקב התאגדות.<sup>89</sup> מבחינה עיונית ומעשית יקשה לשקלל את המשתנים האחרונים בקביעת נטל המס האפקטיבי לצורך הדיון במודלים השונים של מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו, ולכן הדיון, בעיקר זה העיוני, מתנהל בעיקרו על בסיס שיעורי המס הפורמליים.<sup>90</sup>

## 5. מודל המיסוי התאגידי בישראל: מודל השילוב החלקי שלצדו תתי-משטרי מיסוי של שילוב מלא

המחוקק בישראל אימץ את מודל השילוב החלקי, המעניק הקלת מס ברמת החברה, ולפיו מוטל מס חברות בשיעור של 26.5%<sup>91</sup> במקום שיעורי מס שוליים גבוהים יותר המגיעים ל-48%,<sup>92</sup> כאשר נטל המיסוי על הדיבידנד הוא 25% לבעל מניות רגיל ו-30% לבעל מניות "מהותי".<sup>93</sup> יש לראות בשיעורי המס החלים על הדיבידנד חלק בלתי נפרד מתפיסה רחבה יותר שאימץ משטר מיסוי ההכנסה בישראל המקיפה גם את רווחי הון והכנסות פיננסיות

88 ראו למשל SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 36–41.

89 שם, בעמ' 29.

90 גם דיון במשטר המיסוי הראוי שיש להחיל על שינויי המבנה התאגידיים מושפע מהשיח על המודלים השונים של מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו, ואף בו טמון המתח המסי-תאגידי. לדיון בסוגיית מיסוי שינוי המבנה ראו למשל דוד אלקינס מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו א' 25 (יוסף מ' אדרעי עורך, 2009).

91 שיעור זה חל מיום 1.1.2014. ראו ס' 126(א) לפקודת מס הכנסה. שיעור מס החברות היה בחמש השנים הקודמות כדלקמן: 2009 – 26%; 2010 – 25%; 2011 – 24%; 2012 – 25%; 2013 – 25%. ל"מס היסף" בשיעור של 2% ראו להלן ה"ש 108.

92 ראו ס' 121 לפקודת מס הכנסה.

93 ראו ס' 125(1)–(2) לפקודת מס הכנסה. "בעל מניות מהותי" מוגדר בס' 88 לפקודת מס הכנסה כמי שמחזיק 10% ומעלה מאמצעי השליטה בתאגיד (להלן: "בעל מניות מהותי").

במסגרת רפורמת המס של שנת 2003<sup>94</sup> וחקיקה נוספת שבאה בעקבותיה.<sup>95</sup> משטר המיסוי התאגידי מנהל דיאלוג צמוד ועדכני עם משטר המיסוי החל על פעילות לא מאוגדת שבמסגרתו נעשה מאמץ להביא לכך שנטל המיסוי המצרפי, קרי נטל המס על רווחי התאגיד ועל הדיבידנד, יהיה זהה לנטל המס השולי הגבוה ביותר המושט על פעילות לא מאוגדת.<sup>96</sup> לכאורה מאפיין זה הופך את משטר המיסוי משילוב חלקי לשילוב מלא, אולם קביעה זו אינה נכונה במלואה, משלושה נימוקים מרכזיים: ראשית, ההשוואה נעשית רק בעניין שיעור המס השולי הגבוה, אולם לא בעניין שיעורי המס השוליים הנמוכים יותר שבהם עשויים להימצא בעלי מניות. שנית, השוואה זו חלה רק על נישומים שהם "בעל מניות מהותי".<sup>97</sup> לבסוף, קיימת סוגיית עיתוי ההכנסה שהרי נטל המס האפקטיבי המוטל על הדיבידנד מותנה בעיתוי חלוקתו.<sup>98</sup>

לצד משטר השילוב החלקי מצויים משטרי מיסוי המאמצים את מודל השילוב המלא המיושם באמצעות מודל השותפות, ובמרכזם הסדרי המיסוי על החברה המשפחתית,<sup>99</sup> חברת בית,<sup>100</sup> ואגודה שיתופית חקלאית.<sup>101</sup> שנועדו ליצור שילוב מלא אף שאינם מאופיינים בהרמוניה חקיקתית.<sup>102</sup> על כך יש להוסיף את משטר המס של החברה השקופה שעדיין לא נכנס לתוקפו אף שנחקק לפני קרוב לתריסר (!) שנים.<sup>103</sup> כן יש להוסיף משטרי מיסוי

94 לרפורמה זו ראו יצחק סוארי ודניאל פסרמן "ארבעה עשורים של אפליות מס" רפורמות מס 249 (דוד גליקסברג עורך, 2006); מאיר קפוטא "רפורמת המס 2003" רפורמות מס 319, 338–359 (דוד גליקסברג עורך, 2006).

95 ראו ס' 21, 40–42 תיקון פקודת מס הכנסה (מס' 147), התשנ"ה–2005, ס"ח 766; ס' 61(10)–(12) לחוק לשינוי נטל המס (תיקוני חקיקה), התשע"ב–2011, ס"ח 42.

96 כך, למשל, בשנת המס 2014, בהינתן שיעור מס חברות של 26.5% ושיעור מס החל על דיבידנד שמקבל בעל מניות מהותי של 30%, נטל המיסוי הכולל על רווחים המחולקים לבעל מניות מהותי הוא 48.55%. שיעור זה קרוב ביותר לשיעור המס השולי הגבוה ביותר המושט על היחיד – 48%. ל"מס היסף" בשיעור של 2% ראו להלן ה"ש 108.

97 ראו לעיל ה"ש 93.

98 לסוגיה זו ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 88; SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 36–41.

99 ראו ס' 64 לפקודת מס הכנסה. במרכזו של הסדר זה נמצא מודל השותפות, ולפיו הכנסתה החייבת של חברה משפחתית והפסדיה ייחשבו הכנסתה או הפסדו של הנישום המייצג. עיוותו הבסיסי של הסדר זה נעוץ בכך שהוא מייחס את ההכנסה רק לבעל מניות אחד ויחיד ולא לכל בעלי המניות כמתבקש ממודל השותפות. הסדר המיסוי של החברה השקופה מייחס את ההכנסה החייבת או את ההפסד לכל בעלי המניות של התאגיד, ראו להלן ה"ש 103, והיא דומה לתפיסה המצויה בדין המס האמריקאי בנוגע לתאגיד ה-S-LLC. להסדרים אלה ראו לעיל ה"ש 82. ראו גם ע"א 3574/92 פקיד שומה גוש דן נ' פרג, פ"ד נ(3) 690 (1996); עמ"ה (מחוזי י-ם) 12/94 עצמון נ' פקיד שומה ירושלים (פורסם בבנו, 4.2.1996).

100 ראו ס' 64 לפקודת מס הכנסה.

101 ראו שם, ס' 62 לפקודה.

102 ראו למשל דוד גליקסברג "מיסוי התאגידים המיוחדים ותיקון מס' 84 לפקודת מס הכנסה – צעד רצוי ליצירת אחידות" מיסים ה-23 (1991); יוסף מ' אדרעי ויורם ערן "על בעיית עורך נטל המס, הרמת מסך סטטוטורית ומיסוי שותפות, אגודה שיתופית חקלאית, חברה-בית וחברה משפחתית בפקודת מס-הכנסה" עיוני משפט יג 307 (1988).

103 ראו ס' 1864 לפקודת מס הכנסה. תחולת משטר המיסוי של החברה השקופה הותלתה בהתקנת תקנות לצורך יישומו. למרבית הפליאה, עד כה טרם הותקנו תקנות בנדון.

שתחולתם מצומצמת יותר ושהמתח שבו עסקינן מצוי בהם.<sup>104</sup> משטר המס החל על החברה המשפחתית הוא משטר המס הנפוץ מכל משטרי המיסוי התאגידיים הנלווים למשטר השילוב החלקי, והוא עמוס בכשלים רבים ומגוונים. עם חלק מכשלים אלה מתמודדים בתי המשפט ועם חלק אחר מתמודד המחוקק. התמודדויות אלה מתרחשות בדרך כלל שנים אחדות לאחר שתכנוני המס משתרשים היטב בפרקטיקה המיסויית.<sup>105</sup> כשלים אלה של החקיקה<sup>106</sup> קשורים בחלקם הגדול לשיח המסי-תאגידי כאשר נישומים נקטו תכנוני מס שנועדו להביא לאופטימיזציה של חבויות המס.

נציג עתה את שיטת השילוב החלקי הנוהגת בישראל. לצורך מאמר זה נבחין בין שני מצבים: הראשון עוסק בהכנסה רגילה של התאגיד המחולקת כדיבידנד; השני – ברווח הון<sup>107</sup> של התאגיד המחולק כדיבידנד. בכל אחד ממצבים אלה נבחין בין פעילות מאוגדת לבין פעילות לא מאוגדת, והפעילות המאוגדת תחלק אף היא לשתי קטגוריות: יחיד בעל שיעור המס השולי הגבוה ביותר ויחיד בעל שיעור המס הנמוך ביותר.

104 ראו למשל ס' 129 לפקודת מס הכנסה העוסק ב"פטור אגודות שיתופיות מסוימות ממס חברות"; משטר המיסוי החל על הקיבוץ (סימן א' לפרק השני לפקודת מס הכנסה); ומשטר מיסוי השבח ומס הרכישה החל על "איגוד מקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. אשר למשטר המס האחרון ניתן לקבוע כי במהלך השנים שחקו תכנוני המס והתגובות החקיקתיות להם שחיקה מהותית את תפקידו של משטר זה ביצירת ניטרליות מסית בין פעילות נדל"נית מאוגדת לבין זו שאינה מאוגדת.

105 כך למשל רק לאחרונה נסגרו פרצות אחדות שאפשרו תכנוני מס קלאסיים שחסכוני המס שבהם היה רב אף שמדובר בסוגיות בסיסיות. ראו למשל ס' 64א(1א)-(3א) לפקודת מס הכנסה.

106 קשיים אלה נחלקים בעיקרם לשניים אלה: ראשית, קשיים "קלאסיים" של חקיקת מס הנובעים מחוסר היכולת של חקיקת מס לצפות ex ante את כל התרחישים העתידיים. שנית, ואלה החשובים לענייננו, ההסדר מציב קשיים נורמטיביים מהותיים הנובעים מכך שאין זה ברור כלל ועיקר לאיזה שיח מיסוי יש לשייכו – האם לשיח המסי העוסק במשטר המיסוי החל על המשפחה? או שמא יש לשייכו לשיח המסי-תאגידי שנועד להציב אלטרנטיבה למודל השילוב החלקי. המתח השיחי האמור משתקף במיקומו המקורי של הסדר המיסוי על החברה המשפחתית: מיד לאחר הסדרי המיסוי האחרים המאמצים את מודל השילוב המלא ולפני הסדרי המיסוי החלים על בני הזוג (חישוב משותף וחישוב נפרד). במידה רבה ניתן לומר שהמחוקק ניסה "למזג" את שני השיחים הללו לתוך משטר מיסוי אחד ששמו מעיד על תוכו – "חברה משפחתית". אני בדעה כי ניסיון זה נחל כישלון חרוץ ביותר והסב נזקים כבדים לאוצר המדינה. למותר לציין כי המחוקק היה ער לכשלים המהותיים הטמונים במשטר המס של החברה המשפחתית וחוקק כאמור את משטר המיסוי של החברה השקופה כתחליף מלא למיסוי החברה המשפחתית. יתרונו הגדול של משטר המיסוי של החברה השקופה על פני משטר המיסוי של החברה המשפחתית נעוץ בכך שהוציא עצמו לחלוטין מכל זיקה לשיח המסי-משפחתי, והוא מצוי בשיח המסי-תאגידי בלבד. ההמרה המושגית שהמחוקק יצר – המעבר מ"חברה משפחתית" ל"חברה שקופה" – אינו בגדר מעבר מושגי בלבד אלא מעבר שיחי מהותי, במובן זה שהסדר החברה השקופה מצוי כולו בשיח המסי-תאגידי בלבד.

107 הוא הדין בהכנסת ריבית.



**טבלה 1: נטל המס המצרפי על רווחי החברה מפעילות עסקית רגילה  
המחולקים לבעל המניות לעומת נטל המס על יחידים<sup>108</sup>**

הכנסה רגילה				
פעילות מאוגדת		פעילות לא מאוגדת		
בעל מניות מהותי	בעל מניות לא מהותי	יחיד עם שיעור מס שולי הגבוה ביותר	יחיד עם שיעור מס שולי הנמוך ביותר	
1000	1000	1000	1000	הכנסה חייבת
(25%) 250	(25%) 250	---	---	מס חברות
750	750	---	---	רווחים הניתנים לחלוקה
(30%) 225	(25%) 187.5	(48%) 480	(10%) 100	מס הכנסה על יחידים
475	437.5	480	100	חבות מס כוללת
47.5%	43.75%	48%	10%	נטל מס אפקטיבי

**טבלה 2: נטל המס המצרפי על רווח הון של החברה המחולק לבעל המניות  
לעומת נטל המס על רווח הון של יחידים (רווחים ממכירת מניות)**

רווח הון (מכירת מניות)				
פעילות מאוגדת		פעילות לא מאוגדת		
בעל מניות מהותי	בעל מניות לא מהותי ובעל מניות לא מהותי	בעל מניות מהותי	בעל מניות לא מהותי	החזקה בתאגיד הנמכר
1000	1000	1000	1000	החזקה בתאגיד המחולק רווחים רווח הון
(25%) 250	<sup>109</sup> (25%) 250	---	---	מס חברות
750	750			רווחים הניתנים לחלוקה
(30%) 225	(25%) 187.5	(30%) 300	(25%) 250	מס הכנסה על יחידים
475	437.5	300	250	חבות מס כוללת
47.5%	43.75%	30%	25%	נטל מס אפקטיבי

מהצגה זו של מודל השילוב החלקי הישראלי ניתן לקבוע את הממצאים המרכזיים של הלך: <sup>110</sup>

108 לצורך הנוחות המתודולוגית בחרנו להשתמש בשיעורי המס של שנת המס 2013: מס חברות בשיעור של 25% ומס בשיעור של 30% המוטל על דיבידנד המחולק לבעל מניות מהותי ו-25% לבעל מניות אחר. לשיעורי המס ראו גם לעיל ה"ש 91. לצורך פישוט הניתוח אנו מתעלמים מ"מס היסוף" בשיעור של 2% שהוטל על בעלי ההכנסות הגבוהות מ-800,000 ש"ח לשנה (ראו ס' 121 ב לפקודת מס הכנסה). השפעתו של מס זה על ניתוחנו היא שולית.

109 ס' 91 (א) לפקודת מס הכנסה מפנה לס' 126 (א) המשיית מס בשיעור של 25% על רווח הון שנצמח לחברה. לפיכך אין נפקות בחבות מס זו להבחנה בין בעל מניות מהותי לבין בעל מניות שאינו מהותי.

1. קיים תמריץ שלא לחלק רווחים אלא להותירם בחברה, ובכך משיגים את דחיית (Deferral) המס על הרווחים המחולקים. בהקשר זה נוצרת אפוא העדפה לפעילות מאוגדת על פני פעילות לא מאוגדת.<sup>111</sup>
  2. מדרג המס על הרווחים המחולקים כולל שני נטלים בלבד (43.75% ו-47.5%) ואינו משקף את כל המדרג הפרוגרסיבי של שיעורי המס של היחיד. לפיכך בעלי מניות שאינם מצויים בשיעורי המס הגבוהים יעשו מאמץ גדול למשוך הכנסות מהחברה באופן שנטל המס עליהן יהיה לפי המדרג הפרוגרסיבי, כמו למשל שכר עבודה או דמי ניהול, ולעתים עסקאות אלה יהיו עסקאות בדויות המצויות בתחום המשפט הפלילי.<sup>112</sup> למשטרי המיסוי בעלי השילוב המלא, כמו למשל החברה המשפחתית, יש יתרון בהקשר זה כי הם משיתים נטל מס הכולל את כל המדרג הפרוגרסיבי.
  3. נישומים ינקטו פעולות שונות כדי למשוך את הרווחים בחברה מבלי שזה ייחשב הכנסה בידם, כמו למשל הלוואות.<sup>113</sup>
  4. כאשר ברווח הון עסקי, נוצר יתרון מס גדול לפעילות לא מאוגדת. לפיכך למשטרי המס בעלי השילוב המלא המשימים על רווח הון<sup>114</sup> את נטל המס של היחיד יש חשיבות רבה יותר.<sup>115</sup>
- ממצאים אלה ואחרים<sup>116</sup> יוצרים הלכה למעשה מרחב תכנון מס בין הפעילות הלא מאוגדת לבין הפעילות המאוגדת.

#### ד. ההיפותזה: קיומה של הטיה שיפוטית באירועי מס המצויים בסביבת המתח המסי-תאגידי

##### 1. הצגת הממצאים האמפיריים

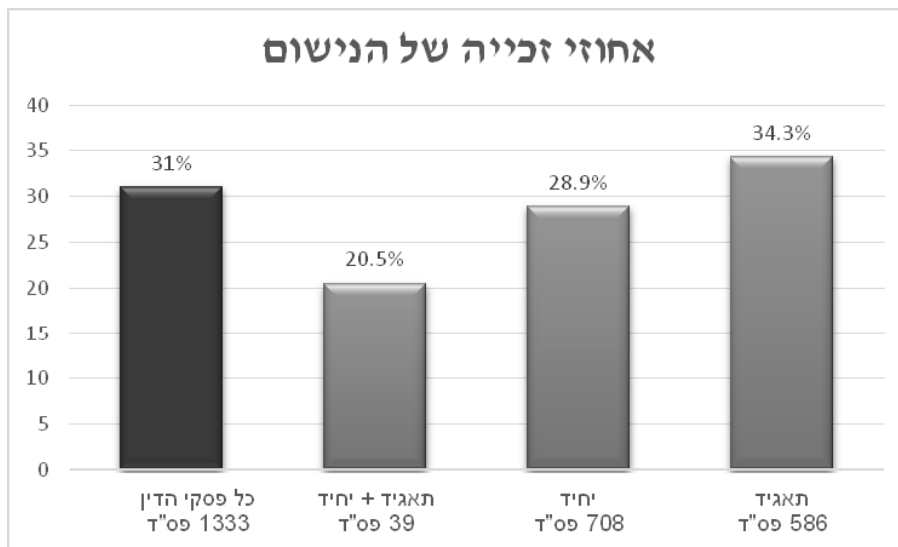
כפי שצינו לעיל,<sup>117</sup> מחקר זה נסמך על מאגר של פסקי דין, מפקד ולא מדגם, הכולל 1,333 פסקי דין של בית המשפט העליון (ערעורים ובג"צים) שניתנו במשך שישים שנה, החל

- 110 זו רשימה חלקית, אך עיקרית, של מסקנות, אולם די בה לצורך דיונונו במאמר זה.
- 111 נציין כי אי-חלוקת הרווחים פוגעת גם ביעילות במונחה הקצאת מקורות יעילה יותר, שהרי ייתכן כי התשואה שהתאגיד משיג נמוכה מהתשואה האלטרנטיבית שהיה ניתן להשיג ברווחים אילו חולקו. ראו למשל Bank, Double Taxation, לעיל ה"ש 69.
- 112 לעסקאות הבדויות ראו למשל גליקסברג גבולות תכנון המס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 139.
- 113 בכפוף כמובן לחבויות המס המוטלות על הלוואות מסובסדות הניתנות על ידי תאגיד לבעלי מניותיו. לסוגיית ההלוואות המסובסדות ראו למשל דוד גליקסברג "אירוע מס רעיוניים: על ממדי השיח המסי והחוקתי" ספר שמגר 363 (2003).
- 114 למותר לציין כי לסיווג ההכנסה בהקשר זה (הכנסה עסקית או ריבית או רווח הון) נפקות מסית מהותית.
- 115 תוצאת מס זו, המתייחסת לרווח הון, היא משנת 2003 ואילך. לפני מועד זה היו ריבית ורווח הון חבים במס בידי יחיד על פי שיעור המס השולי, ובמקרים מיוחדים היו פטורים לגמרי ממס (כך למשל רווח הון ממכירת ניירות ערך סחירים בבורסה בישראל וריבית על פיקדונות בנקאיים).
- 116 כך למשל על פי מודל השילוב החלקי הישראלי אי אפשר לייחס את ההפסד של החברה, כולו או חלקו, לבעלי המניות. ראו ס' 28, 92 לפקודת מס הכנסה.

מהקמת המדינה וכלה בשנת 2008. מסד נתונים זה כולל משתנים רבים, אולם לצורך דיון זה נתמקד רק בחלק הכולל שיעורי ניצחונות (הנישום או המדינה) ובזהות הנישום (יחיד או תאגיד).

נקדים ונציין כי אחד ההיבטים המעניינים בדיון בממצאים מושא מחקר זה ובהיפותזה הכרוכה בהם הוא התהליך שבמסגרתו הם נחשפו. מראשית בנייתו כלל מסד הנתונים את שיעורי הניצחונות ליחידים ואת שיעורי הניצחונות לתאגידים. הבחנה זו נעשתה לצורך בדיקת היפותזות אחדות, ובמרכזן הסוגיה של *Haves v. Have Nots*<sup>118</sup>, דהיינו: אם שיעורי הניצחונות של תאגידים (Haves) גבוה משיעורי הניצחונות של יחידים (Have Nots) בליטיגציה המסית בבית המשפט העליון. בעת ביצוע הקידוד נמצא כי בחלק מפסקי הדין כללו הנישומים לאותה התדיינות נגד רשות המסים תאגיד ויחיד. לצורך הקידוד בחרתי להתייחס לקטגוריה זו בנפרד (להלן: הקטגוריה המעורבת), כמי שנוספה לשיעורי ניצחונות של יחידים בלבד (להלן: קטגוריית היחיד) ולשיעורי הניצחונות של תאגידים בלבד (להלן: קטגוריית התאגיד). הממצאים שהתקבלו בנוגע לשלוש הקטגוריות הללו הם כדלקמן:

### טבלה 3: פילוח פסקי הדין לפי זהות הנישומים (יחיד/תאגיד) ושיעורי ניצחונות לכל קטגוריה של נישומים



ממצאים אלה חייבו עיון מעמיק. כנקודת המוצא לדיון ניתן לקבוע כי לא סביר כלל ועיקר ששיעורי הניצחונות של הנישום בקטגוריה המעורבת הוא 20.5%, שהוא נמוך משמעותית משיעורי הניצחונות בתאגיד – 34.3% – או בקטגוריית היחיד – 28.9%. מדוע

117 ראו לעיל פרק א.

118 לסוגיה זו ראו Glikberg, *Competing (?) Spectrums*, לעיל ה"ש 25. כן ראו למשל Gilad Sharon, *Why the 'Haves' Do Not Necessarily Come Out Ahead in Informal Dispute Resolution*, 32 LAW & POL. 283 (2010).

כאשר נישומים שהם יחיד ותאגיד מתדיינים יחדיו נגד רשות המסים בבית המשפט העליון, שיעור ניצחונותיהם יהיה נמוך משמעותית משיעור ניצחונותיהם אילו כל אחד מהם היה מתדיין בנפרד? לשון אחר: אם מסד הנתונים היה כולל רק את קטגוריית התאגיד ואת קטגוריית היחיד, והיה נדרש חיזוי של שיעור הניצחונות של תאגיד ויחיד המתדיינים יחדיו, היה סביר לקבוע כי שיעור הניצחונות יהיה מצוי בטווח שבין 34.3% לבין 119.28.9% יקשה אפוא להסביר שיעור ניצחונות המצוי מחוץ לטווח האמור, בין שעסקינן בשיעור ניצחונות גבוה יותר ובין בשיעור ניצחונות נמוך יותר – כפי שמורים הממצאים המפורטים בטבלה 3. הממצא בדבר שיעורי הניצחונות של הקטגוריה המעורבת הוא אפוא מאתגר ביותר. נקודת המוצא להיפותזה המוצעת על ידינו להסברת נתונים אלה, כמפורט להלן, מושתתת על השיח של ההטיה השיפוטית,<sup>120</sup> ולפיה כאשר הנישום המתדיין הוא יחיד ותאגיד, ההנחה היא כי סוגיית המס, מושא ההתדיינות, קשורה למאפיינים המיוחדים של משטר המיסוי התאגידי, קרי המתח המסי-תאגידי, ושיש בסביבת עבודה זו פוטנציאל לשימוש לרעה במרכיבים השונים של משטר מיסוי זה, על רקע המתח המסי-תאגידי המובנה בו, לצורך הקטנת החבות במס.<sup>121</sup> נוכחות התאגיד והיחיד באותה התדיינות מעידה ששניהם מעורבים באירוע מס מושא ההתדיינות המאופיין במתח האמור.

התחנה הבאה במסענו האמפירי מתמקדת ב-Proxy המצוי לכאורה בהיפותזה הנדונה, כפי שתוארה עד כה, ושלפיה כל אימת שיחיד ותאגיד מתדיינים יחדיו בהתדיינות מסית אחת, מושא התדיינותם הוא סוגיות מס הנמשכות והולכות מן המתח הטמון בקיום הישות התאגידית והשלכותיה על משטרי המיסוי. הנחה זו מושתתת על כך שהיחיד והתאגיד מצויים באותה התדיינות משום שהם ביצעו עסקה ביניהם, וסביר אפוא להניח כי לאור הקירבה בין המתדיינים, אזי מסכת העובדות מושא ההתדיינות מוסברת על רקע של ניצול המתח המסי-תאגידי. כדי לקבל ממצאים מדויקים יותר בהקשר שלפנינו, התצלמנו מה-Proxy האמור ובחנו בחינה פרטנית את מושאי ההתדיינות בקטגוריה המעורבת. בחינה זו העלתה שקטגוריה זו כוללת שתי קבוצות: קבוצה ראשונה של פסקי דין, הכוללת החלטות שמושא ההכרעה בהן אינו רלוונטי למתח המסי-תאגידי (להלן: פסקי הדין הלא רלוונטיים), ואילו הקבוצה השנייה כוללת פסקי דין שתוכנם קשור למתח האמור (להלן: פסקי הדין הרלוונטיים).

פסקי דין הרלוונטיים למתח המסי-תאגידי הם אלה הדנים באירועי מס שבהם הצדדים חלוקים בדבר תוצאות המס של התאגיד או של בעל המניות (היחיד)<sup>122</sup> הנובעות משימוש אופטימלי מבחינת חביות המס,<sup>123</sup> בפעילות המאוגדת (תאגיד) או בזו הלא מואגדת (יחיד) או באינטראקציות ביניהן ובהסדרי המס החלים עליהן. במרכזן של פעילויות אלה ניצבות במרבית האירועים שתי סוגיות יסוד: זיהוי בעל ההכנסה (התאגיד או היחיד או קומבינציה ביניהם) והאם בוצעה חלוקת רווחים. בעל המניות והתאגיד נוקטים אפוא פעולות שנועדו

119 יהא סביר לקבוע כי המיקום המדויק על טווח זה יהיה לפי השיעור המשוקלל של הניצחונות של יחידים ותאגידים.

120 ראו לעיל פרק ב.

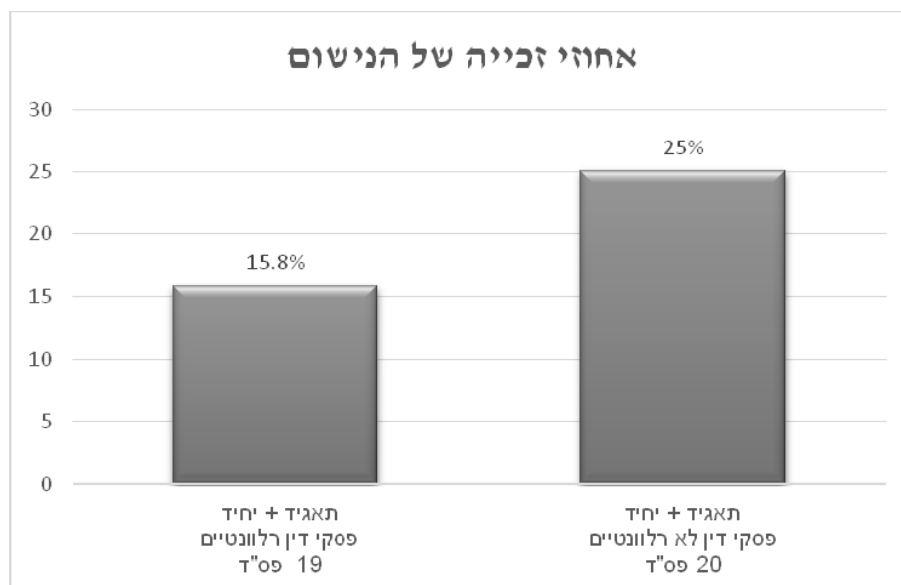
121 ראו לעיל פרק ג.1.

122 אנו שבים ומזכירים כי המתח המסי-תאגידי מושא מאמר זה עוסק בבעלי מניות שהם יחידים.

123 ראו לעיל פרק ג.

להקטין את מרכיב המיסוי הכפול שבמודל השילוב החלקי החל במחזורותינו. פעולה אפשרית אחת היא מיקום ההכנסה החייבת (זיהוי בעל ההכנסה), ובעקבותיה החבות במס, רק במישור בעל המניות (כולל בדרך של העברת ההכנסות כתשואה להון האנושי – משכורות או דמי ניהול למשל – כחלופה לחלוקת דיבידנד), ובכך להשיג יתרונות מס כמו החלת המדרג הפרוגרסיבי החל על הכנסות היחידים או ניצול של ההפסדים המצויים במישור בעל המניות.<sup>124</sup> לחלופין אפשר למקם את ההכנסה החייבת, ובעקבותיה החבות במס, רק ברמת התאגיד, כאשר לכך מתלווה באירועים רבים גם אי-חלוקת דיבידנד. אי-חלוקת דיבידנד נועדה להביא לחבות במס נמוכה ביותר בשל שיעור מס החברות הנמוך משיעורי המס השוליים החלים על היחיד והקטנת נטל המס האפקטיבי על הרווחים הלא מחולקים בדרך של אי-חלוקת דיבידנד. אפשרות אחרת היא משיכת הרווחים באופן "מוסווה", כמו למשל באמצעות סיווג התקבולים לבעל המניות כהלוואה ולא כדיבידנד או באמצעות ייחוס ההכנסה לתאגיד עקב כך שלתאגיד יש הפסד הניתן לקיזוז כנגד הכנסה זו.

#### טבלה 4: חלוקת הקטגוריה המעורבת לפסקי הדין הרלוונטיים ולפסקי הדין הלא רלוונטיים ושיעורי הניצחונות בכל קבוצה



טבלה זו מלמדת ששיעור הניצחונות בפסקי הדין הרלוונטיים של הקטגוריה המעורבת הוא 15.8%, והוא נמוך משמעותית משיעור הניצחונות בפסקי הדין הלא רלוונטיים של הקטגוריה המעורבת – 25%. שיעור הניצחונות של הנישום בפסקי הדין הרלוונטיים

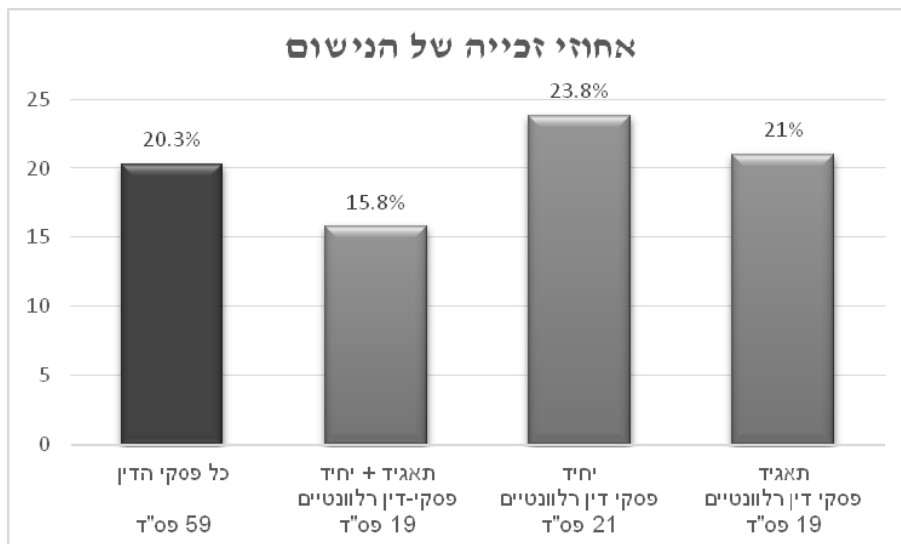
124 כן ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 88.

שבקטיגוריה המעורבת גבוה בכ- 60%<sup>125</sup> משיעור הניצחונות של קבוצת פסקי הדין הרלוונטיים.

הפער של כ- 60% בשיעורי הניצחונות בין שתי קבוצות הקטגוריה המעורבת מחזק את ההיפותזה מושא דיון זה. לכאורה היה ניתן להסתפק בממצא זה לצורך אישוש ההיפותזה שבמאמר זה. על אף זאת החלטנו להמשיך במסענו האמפירי ולא להסתפק בו בלבד, משני נימוקים: ראשית, מספר פסקי הדין של קבוצת פסקי הדין הרלוונטיים וקבוצת פסקי הדין הלא רלוונטיים נמוך, יחסית, מכדי לאשש אישוש סביר ממצא אמפירי; שנית, וזה העיקר, ייתכנו פסקי דין העוסקים במתח המסי-תאגידי, אולם המתדיינים שם אינם תאגיד ויחיד יחדיו אלא תאגיד או יחיד. לשון אחר: לאחר שהראינו כי ה-Proxy שלפיו כל פסק דין בקטגוריה המעורבת נגוע במתח המסי-תאגידי אינו נכון לכל פסקי הדין המנויים על קטגוריה זו, שומה עלינו לבחון עתה אם ה-Proxy ה"משלים", שלפיו כל פסק דין בקטגוריה היחידית ובקטגוריה התאגידית אינו מאופיין במתח המסי-תאגידי הוא אכן נכון או שמא שגוי.

עיון בפסקי הדין של הקטגוריה התאגידית והקטגוריה היחידית מעלה כי אף ה-Proxy ה"משלים" שגוי, וכי גם בשתי קטגוריות אלה, ולא רק בקטגוריה המעורבת, מצויים פסקי דין המאופיינים במתח המסי-תאגידי. אשר על כן ניתן לסכם אפוא ולקבוע כי כל פסקי הדין, על פי הקטגוריות השונות, המאופיינים במתח המסי-תאגידי ושיעורי הניצחונות של הנישומים הם כדלקמן:

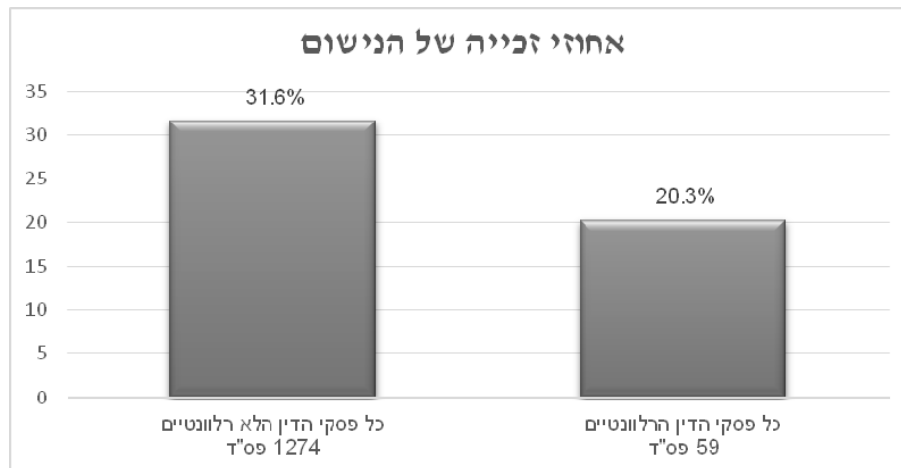
#### טבלה 5: פסקי הדין הרלוונטיים לפי זהות הנישומים (יחיד/תאגיד) ושיעור הניצחונות בכל קטגוריה



$$.0.58=25-15.8/15.8 \quad 125$$

מטבלה זו אנו למדים כי שיעור הניצחונות של כל פסקי הדין המאופיינים במתח המסי-תאגידי הוא 20.3%. ממצאי הפילוח הפנימי בדבר השוני בשיעורי הניצחונות בקטיגוריות השונות אינם מובהקים סטטיסטית ( $P > 0.5$ ) ויש בכך כדי לתמוך בהיפותזה מושא המאמר שהרי לפיה לא היה צריך להיות שוני זה. ניתן אולי, ובדוחק, להסביר שוני זה בשיעורי הניצחונות על רקע ההיפותזה בכך שההטיה השיפוטית שבה עסקינן מתעצמת יותר כאשר בפני בית המשפט ניצבים היחיד והתאגיד יחדיו באותה התדיינות הנגועה במתח המסי-תאגידי בהשוואה להתדינויות של שתי הקטיגוריות האחרות שבהן מתדיין היחיד או התאגיד בלבד.<sup>126</sup> משבאנו לכאן, השווינו את שיעור הניצחונות בקבוצת פסקי הדין הרלוונטיים לבין שיעור הניצחונות בקבוצת פסקי הדין הלא רלוונטיים והתקבלו הממצאים האלה:

### טבלה 6: שיעור הניצחונות בפסקי דין הלא רלוונטיים ובפסקי הדין הרלוונטיים



הנתונים העולים מטבלה זו מאששים את ההיפותזה מושא מאמר זה שלפיה בפסקי דין העוסקים במתח המסי-תאגידי שיעור הניצחונות של הנישום נמוך משמעותית משיעור הניצחונות של הנישום בפסקי הדין האחרים של בית המשפט העליון בתחום המיסוי. שיעור הניצחונות של הנישומים בכלל פסקי הדין שאינם נגועים במתח המסי-תאגידי גבוה אפוא ב-55.7% משיעור הניצחונות של הנישומים בכלל פסקי הדין הנגועים במתח המסי-תאגידי. פערים אלה הם גדולים ביותר. ראוי להדגיש כי התוצאות בטבלה 6 הן מובהקות ( $P < 0.02$ ).

126 יצוין כי הפער בשיעורי הניצחונות בין הקטגוריה היחידית לבין הקטיגוריה התאגידית הוא קטן מאוד, יחסית.

## 2. מה ניתן ללמוד מהממצאים האמפיריים?

מהצגת הממצאים האמפיריים מושא מחקר זה עולה אפוא כי שיעור הניצחונות של הנישומים בבית המשפט העליון המתדיינים בסוגיות המשקפות את המתח המסי-תאגידי נמוך משמעותית משיעור הניצחונות של נישומים בהתדיינות שאינן נגועות במתח זה. ממצאים מובהקים אלה מציבים את הסוגיה אם ניתן להצביע על הגורמים למציאות שיפוטית זו. מאמר זה מציע את ההיפותזה כי העניין המרכזי בבסיסם של הממצאים האמפיריים המוצגים לעיל הוא קיומה של הטיה שיפוטית לרעת הנישומים מצד השופטים בכואם להכריע בהתדיינות המתייחסות למתח המסי-תאגידי. בנסיבות אלה מוסיפה ההיפותזה וטוענת כי לבית המשפט יש הטיה משום שהוא גורס כי באירועים מסוג זה הנישום נוקט בתכנוני מס<sup>127</sup> כדי להשיא את חסכון המס בנקיטת פעולות המושתתות על קיומם של נטלי מס שונים, הן זה המוטל על התאגיד, כולל אי-מיסוי הרווחים הלא מחולקים, הן זה המוטל על בעל המניות, הנובעים מהמתח המסי-תאגידי והמשקפים במרכיביו השונים של מודל השילוב החלקי, ובמרכזם אופן חלוקת נטל המס המצרפי בין רמת התאגיד לבין רמת בעל המניות. שוני זה בתוצאות המס יוצר תמריץ מס לשימוש מושכל בפעילות המאוגדת (תאגיד) או בזו הלא מאוגדת (בעל המניות) או באינטראקציות שביניהן ובהסדרי המס החלים עליהן. כפי שציינו לעיל בדבר אפיון פסקי הדין הרלוונטיים,<sup>128</sup> היחיד והתאגיד נוקטים אפוא פעולות שנועדו למשל להקטין את מרכיב המיסוי הכפול שבמודל השילוב החלקי ולעתים אף "לתמרן" בין משטרי המיסוי השונים בשל קיומו של המתח המסי-תאגידי. כך למשל בפרשת פלזנשטיין<sup>129</sup> ניסה הנישום שהשתמש במשטר המיסוי של החברה המשפחתית למקסם את המתח המסי-תאגידי לתועלתו בטענה שהכנסת התאגיד מיוחסת ליחיד על פי משטר המיסוי האמור, אולם היא אינה הכנסה של יחיד אלא הכנסה של תאגיד, לפי הפרספקטיבה התאגידי, לצורך ההיטל שהוטל על בעלי הכנסות גבוהות. הנשיא שמגר, מודע היטב למתח המסי-תאגידי, דחה את עמדת הנישום וקבע נחרצות כי:<sup>130</sup>

בענייננו, מבקשים המערערים ליהנות מכל העולמות. מחד גיסא, הם מבקשים ליהנות משיעורי המס המופחתים החלים על נישום שהוא יחיד, במובחן מחברה, אך, מאידך גיסא, אין הם מוכנים לספוג הכבדה לשעה בתנאי המיסוי של אותו יחיד. כאמור, הוחל חוק ההיטל על הכנסתו של יחיד (למעט הכנסה מרווח הון), ולא על הכנסתה של חברה, ככל הנראה, מן הטעם ששיעורי המס המוטל על חברות גבוהים ממילא. לפנינו חברה משפחתית, אשר אינה חייבת בשיעורי המס הגבוהים החלים על חברות

127 כן ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 140.

128 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 121.

129 ע"א 306/88 פלזנשטיין נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד מה(3) 542 (1991). כן ראו עניין פרג, לעיל ה"ש 99; ע"א 896/90 פקיד שומה חיפה נ' הלוי, פ"ד מט(1) 865 (1995); ע"א 3319/04 שקלרש נ' פקיד שומה רמלה (פורסם בנבו, 2.7.2006).

130 עניין פלזנשטיין, לעיל ה"ש 129, בעמ' 548 (ההדגשות הוספו – ד"ג).



בדרך כלל. אי-החלת חוק ההיטל לגבי הכנסתה חבת ההיטל כהכנסת יחיד חבת היטל משמעה מתן גושפנקא לכך שהחברה תימצא במצב של גם נהנית וגם לא חסרה, בו-זמנית.

בית המשפט העליון חזר על תפיסתו זו שלפיה אין לאפשר לנישומים "ליהנות מכל העולמות" בסביבת המתח המסי-תאגידי בקבעו כי:<sup>131</sup>

[...] עוד נקבע, כי הנישום המייצג אינו יכול "ליהנות מכל העולמות" [...] כלומר, משבחר הוא לעשות שימוש במוסד של חברה משפחתית, אין הוא יכול להימנע משיעורי המס החלים על הכנסתו של יחיד לגבי ההכנסה המיוחסת לו כאמור [...] המסקנה המתבקשת היא, כי בני משפחה השוקלים כיצד לפעול, רשאים לומר לעצמם ולרשויות המס "לא מדובשך ולא מעוקצך". כלומר, כי אינם מעוניינים להתאגד במסגרת של חברה משפחתית. ברם, משמחליטים הם לפעול באמצעות חברה משפחתית, מקבלים הם על עצמם, ובמיוחד הנישום המייצג, הן את היתרונות שבהתאגדות בדרך זו והן את החסרונות.

נוסיף ונציין<sup>132</sup> כי המתח שבו עסקינן לובש צורות מצורות שונות. למשל, בסוגיית הסיווג של תקבולי בעל מניות מהחברה – האם בהלוואה עסקינן או שמא בדיבידנד<sup>133</sup> – לצורך אי-מיסוי הרווחים הלא מחולקים ויצירת דחיית מס – או שמא לפנינו תשואה להון אנושי (הכנסת עבודה או דמי ניהול, למשל) ?

יש להדגיש בהקשר זה כי התאגיד הוא ישות משפטית מופשטת ביותר, יציר כפיו של המשפט, ולעתים קרובות יקשה להצביע על ממד מוחשי בתשתית העובדתית מושא ההתדיינות המשפטית המצביע על קיומו של התאגיד והגורם להקטנת החבות במס. קיים אפוא חשש שהנישומים משתמשים בתאגיד לא כפלטפורמה לביצוע פעילות כלכלית, תוך שימוש למשל ביתרונותיו,<sup>134</sup> אלא כפלטפורמה לתכנוני מס. יש לציין שהרגישות המיסויית למפגש של הסביבה ה"תאגידי" עם הסביבה ה"יחידית", ה"מומרת" להטיה שיפוטית מושא ההיפותזה, אינה מצטמצמת רק לדל"ת אמותיו של משטר מיסוי ההכנסה, כולל משטר המיסוי הנדל"ני, שבה הדיון העיוני והמעשי בהקשר של מיסוי התאגיד ובעלי מניותיו הוא עמוס ביותר משום שמהותו של המתח המסי-תאגידי מקורו בסוגיית מודל המיסוי הראוי שיש להחיל על רווחי התאגיד ובעלי מניותיו, אלא היא מתרחבת גם למשטרי

131 ע"א 1168/06 ברנוביץ נ' אגף מס הכנסה פשמ"ג, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.9.2007) (ההדגשות הוספו – ד"ג).

132 כן ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 123.

133 ראו למשל ע"א 9412/03 חזן נ' פקיד שומה, נתניה, פ"ד נט(5) 538, 563–566 (2005); ע"א 416/65 ורוק נ' פקיד השומה, תל-אביב 7, פ"ד כ(2) 351 (1996); דנ"א 3962/93 מיניץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נ(4) 817 (1996). כן ראו יוסף מ' אדרעי "מיסוי בעלי-שליטה, נותני-שירותים ובעלי-עסקים בגין ריבית רעיונית – ניתוח משפטי-כלכלי" עיוני משפט יב 145 (1987).

134 יתרונותיו הקלאסיים של התאגיד הם הגבלת אחריות, עבירות "קלה" יותר של הבעלות ונצחיות קיומו (במובחן מאורך חייו הסופי של האדם הפיזי).

המיסוי האחרים, אם כי בעצמות נמוכות יותר. הרחבה זו מתקיימת משום שהמתח שבו עסקינן רלוונטי גם למשטרי מיסוי אחרים,<sup>135</sup> כולל משטרי מיסוי שנראים ממבט ראשון רחוקים מהמתח המסי-תאגידי כמו למשל מס רכוש.<sup>136</sup> יתרה מזו, כפי שציינו במקום אחר בהרחבה,<sup>137</sup> קיימת לעתים תופעה של זליגת השפעה מאזורים המאופיינים במתח פלוני גם לעבר אזורים סמוכים וקרובים מהותית שאינם מאופיינים במתח המסי-תאגידי בעוצמה הזוהה למשטר מיסוי ההכנסה.<sup>138</sup> בנסיבות שלפנינו ניתן לומר שכל הסביבה המסית, על שלל משטרי המיסוי שבה, עשויה לגלות רגישות לשימושים "בעייתיים" בדפוס הפעילות התאגידי או היחיד ודפוס עסקאות בין תאגידיים ליחידים שנועדו למזער את חבות המס בשל היות הסביבה הכלכלית רוויה ביותר בדפוסים אלה לאור מרכזיותו של משטר מיסוי ההכנסה בפעילות הכלכלית.<sup>139</sup>

להיפוחה שלפנינו נדבך נוסף, ולפיו ההטיה נובעת גם מהקשיים הגדלים והולכים הכרוכים בשימוש בנורמות אנטי-תכנוניות<sup>140</sup> ובפרשנות תכליתית של דיני המסים<sup>141</sup> כדי להתמודד עם השימוש בדפוס התאגידי ובדפוס ההתקשרות בין הפעילות התאגידיית לפעילות היחידית שנועדו להשיא את הסכונן המס. קשיים אלה, הנגזרים ממשנתנים מהותיים

135 כך למשל בעניין תחולת משטר המע"מ על הלוואות, בעיקר מסובסדות, שניתנו על ידי תאגידיים לבעלי מניותיהם, כאשר מבחינה מהותית מתן הלוואות מסובסדות לבעלי מניות הוא בדרך כלל דיבידנד. ראו למשל ע"א 2883/91 יצחק גרוס ובניו בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נב(1) 449 (1998); ע"א 7937/99 דיוור ופיתוח חברה לבנין בע"מ נ' מנהל מע"מ תל אביב, פ"ד נח(4) 49 (2004).

136 כך למשל בע"א 86/70 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים נ' נכסי אהרן סחרוב בע"מ, פ"ד כד(2) 820 (1970) נדונה הסוגיה אם חפצים אישיים הנתונים בבעלות חברה משפחתית ומוחזקים בבית המשפחה נחשבים למיטלטלין לשימוש אישי הפטורים ממס רכוש. למותר לציין כי המתח המסי-תאגידי מצוי גם בעניינים של תאגידיים שאינם חברות. כך למשל בע"א 219/56 הגואל אגודה הדדית להתיישבות המעמד הבינוני בע"מ נ' פקיד השומה, נתניה, פ"ד יא 579 (1957) נדרש בית המשפט העליון להכריע, בקצירת האומר, אם ההכנסה החייבת מושא השומות שבדיון היא של האגודה השיתופית או של החברים.

137 *Gliksberg, Does the Law Matter?*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 393. כן ראו Theodore Eisenberg & James A. Henderson, *Inside the Quiet Revolution in Products Liability*, 39 UCLA L. REV. 731 (1992).

138 לצורך זיהוי הזליגה נדרש זיהוי האזורים הסמוכים. אנו בדעה כי כל משטרי המיסוי המצויים במסד הנתונים הם בגדר אזורים סמוכים בהקשר שלפנינו. לדיון בסוגיה זו ראו מאמרנו *Gliksberg, Does the Law Matter?*, לעיל ה"ש 24, ובמבחינים השונים המוצעים שם.

139 מתוך 59 פסקי הדין הרלוונטיים במסד הנתונים קיימים פסקי דין אחדים שאינם עוסקים בסוגיית מס הכנסה, מע"מ או שבח מקרקעין אלא במס רכוש, מס רכישה ובמס עיבון, וכולם מצויים בסביבת המתח המסי-תאגידי.

140 לנורמות אלה ראו בהרחבה גליקסברג גבולות תכנון המס, לעיל ה"ש 22.

141 לכללי הפרשנות התכליתית בדין המס הישראלי בפרספקטיבה היסטורית והגינותית ראו *Gliksberg, Judicial Taxation*, לעיל ה"ש 17; דוד גליקסברג "המשפטיוזיה של המסים: על זיקתו של השיח המסי לשיח המשפטי הכללי" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 595 (2009); לזיקה בין השיח האנטי-תכנוני לבין השיח הפרשני-תכליתי ראו ע"א 390/80 תעש מור מרכז תעשייתי בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, אזור תל-אביב, פ"ד לז(1) 449 (1983); גליקסברג גבולות תכנון המס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 12-17; לניתוח אמפירי בפרספקטיבה פרשנותית של פסקי דין פדרליים בתחום המיסוי בארצות הברית ראו Daniel M. Schneider, *Empirical Research on Judicial Reasoning: Statutory Interpretation in Federal Tax Cases*, 31 N.M. L. REV. 325 (2001).

וראייתיים,<sup>142</sup> מצייבים אתגרים מורכבים בפני המערכת השיפוטית. כך למשל תשלום שמשלם התאגיד לבעל מניותיו שהוא גם עובד בו או מעניק לו שירותים: האם לפנינו דיבידנד או שכר עבודה או דמי ניהול? לכל אחת מחלופות מס אלה נטל מס שונה בשל מבנה מודל השילוב החלקי.<sup>143</sup> מציאות זו עשויה לגרום, או לחזק, את ההטיה השיפוטית נגד תכנוני מס "תאגידיים" כי אין למשפט המסי כלים אפקטיביים, אנטי-תכנוניים או פרשניים, כדי להתמודד בהצלחה רבה עם תכנוני מס אלה. למותר לציין כי לתכנוני המס הללו גם היבט חלוקתי מהותי, ולפיו המשאב או הנכס הגלום ביכולת תכנוני המס בסביבה התאגידית סובל מגירעון חלוקתי משום שאינו מתחלק באופן הגון או "שוויוני" על פני כל הטווח החברתי, והוא מצוי, בקווים כלליים, אצל בעלי ההכנסות הגבוהות משום שהזדמנויות אלה נקרות בדרכם בתדירות גבוהה לאין ערוך משהן נקרות בדרכם של בעלי ההכנסות האחרות. על כך יש להוסיף את הקביעה כי התועלת, קרי החיסכון במס נטו (בניכוי עלויות התכנון, כולל הסיכונים הכרוכים בו) לשכבות החזקות גדולה יותר במיוחד במשטר מיסוי פרוגרסיבי. בהיבט זה, ההטיה שלפנינו מצטרפת לזירה המחקרית המרתקת העוסקת בהטיה השיפוטית בהקשר החלוקתי.<sup>144</sup> ההיבט החלוקתי מצטרף להיבט היעילות, שהרי אירועי המס הנגועים במתח המסי-תאגידי מושא מאמר זה פוגעים ביעילות הכלכלית.<sup>145</sup> נוסף ונציין כי מלבד חשיבותם של הממצאים שפורטו לעיל לצורך הבנת תהליך קבלת ההחלטות השיפוטיות, הן בהקשר של גישת ההטיה הן בהקשר של משטר המיסוי התאגידי, ניתן לומר כי מבחינה אפקטיבית, שיעור הניצחונות הנמוך, יחסית, בסביבה התאגידי-המסית מושא ההיפותזה שלפנינו, יוצר עלות מס נוספת לנישומי אותה סביבה, השוחקת את הקטנת המס האפקטיבית שבתכנון המס וזאת עקב הקשיים הקיימים בהתמודדות עם תכנוני המס העושים שימוש לרעה במתח המסי-תאגידי.<sup>146</sup>

כאמור, אנו בדעה כי המסקנה בדבר קיומה של הטיה שיפוטית לרעת הנישום בהתדיינות שבהן בא לידי ביטוי המתח המסי-תאגידי היא בגדר ההסבר הסביר והטבעי לממצאי מחקרנו. גישתנו זו מושתתת על התפיסה הראלית שלפיה בסביבה הכלכלית שבה מצוי המתח המסי-תאגידי עשויים הנישומים לנקוט פעולות שנועדו להקטין את חבות המס שלהם תוך שימוש לרעה בהסדרי המיסוי התאגידיים. לצד קביעתנו כי עמדתנו היא בגדר ההסבר הסביר והטבעי לממצאים נבקש לשלול הסברים חלופיים. למשל: יטען הטוען כי מובהקות הממצאים האמפיריים איננה מובילה בהכרח למסקנה כי היא משקפת את עמדת בית המשפט כלפי התנהגות הנישומים אלא היא נוגעת לרשויות האכיפה: תיקים הנגועים

142 ראו למשל גליקסברג גבולות תכנון המס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 252–255. כן ראו SHAVIRO, לעיל ה"ש 13, בעמ' 47–48.

143 על תשלום דיבידנד לא חל המדרג הפרוגרסיבי, ואילו על התשואה להון אנושי (תשלומי שכר עבודה ודמי ניהול) חל מדרג זה. ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 112.

144 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 39.

145 כן ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 80.

146 סוגיה מעניינת, במישור הנורמטיבי ובמישור האמפירי, היא מהם יחסי גומלין בין הגדלת החבות במס הגלומה בהקטנת שיעורי הניצחונות של הנישומים מושא ההיפותזה הנדונה לבין הקטנת החבות במס הגלומה בקשיי ההתמודדות עם תכנוני המס בסביבה התאגידי מושא מחקרנו. אין במסד הנתונים שלפנינו כדי לסייע בסוגיה זו.

במתח המסי-תאגידי מציבים סוגיות משפטיות מורכבות אשר לרשות המסים לכאורה מומחיות רבה בהן לעומת מייצגי הנישומים, ולפיכך שיעור ניצחונותיה גבוה משל זה של הנישומים.<sup>147</sup> לחלופין ניתן לטעון לכאורה שהממצאים האמפיריים לעיל הם תולדה של מדיניות סלקטיבית<sup>148</sup> שמבצעת רשות המסים בתיקים הנגועים במתח המסי-תאגידי, הנובעת מהיקפי הגבייה ומתדירות הישנותם. הסברים חלופיים אלה, והדומים לעיל, המתמקדים ברשות המסים והתנהלותה הם בעלי סבירות נמוכה ביותר, אם בכלל, וזאת מהנימוקים הבאים: ראשית, יקשה ביותר לטעון כי לרשויות המס מומחיות רבה יותר בהשוואה למומחיותם של עורכי דין המייצגים את הנישומים בתיקים המאופיינים במתח המסי-תאגידי,<sup>149</sup> או לחלופין, שהממצאים שלפנינו הם תוצאה של תיאוריית הסלקציה, זאת משום שאין זה ברור כלל ועיקר שהיקפי הגבייה או סכומי ההתדיינות הקונקרטיים בסוגיות הנדונות עולים על היקפי הגבייה בסוגיות מס אחרות. הוא הדין לגבי תדירות הישנותם; שנית, כל ניסיון חלופי להסביר את הפער הנידון בשיעורי הניצחונות העולים מהממצאים מחייב תשתית נתונים חדשה אשר איננה בנמצא. נסיף ונציין כי ניתן לטעון כי אפשר שיהיו כמה משתנים הניצבים מאחורי הממצאים שלפנינו, ולצורך זיהוים יש להשתמש במתודולוגיות מחקריות כמו רגרסיות, משתני בקרה וכיוצא באלה. להוותנו, מספר פסקי הדין הקטן, יחסית, במסד הנתונים מושא מחקרנו אינו מאפשר שימוש ראוי במתודולוגיות אלה.

147 אכן, הספרות האמפירית הקיימת תומכת בהיפותזה שלפיה לרשות המסים יש יתרון מובנה בהליכים שיפוטיים לעומת נישומים בשל היותה שחקן חוזר וכן בהיותה חלק מהמגזר הממשלתי הזוכה ליחס מוטב לטובה מצד השופטים הרואים עצמם חלק מאותו מגזר. אולם יתרון זה איננו ייחודי לתיקים הנגועים במתח המסי-תאגידי, ולפיכך איננו בגדר הסבר הולם לממצאים האמפיריים מושא מאמרנו. על יתרון של רשויות המדינה בהליכים שיפוטיים על פני צדדים פרטיים ראו למשל, Glikberg, *Competing (?) Spectrums*, לעיל ה"ש 25; Russell Smyth, *The "Haves" and the "Have Nots"*; 29 *AUSTL. J. POL. SCI.* 255 (2000); Lisa B. Bingham, *On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards*, 29 *MCGEORGE L. REV.* 223 (1998); Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 *SYRACUSE L. REV.* 1169 (1994); Roy B. Flemming & Glen S. Krutz, *Repeat Litigators and Agenda Setting on the Supreme Court of Canada*, 35 *CAN. J. POL. SCI.* 811 (2002); Catherine T. Harris, Ralph Peeples & Thomas B. Metzloff, *Does Being a Repeat Player Make a Difference? The Impact of Attorney Experience and "Case Picking" on the Outcome of Medical Malpractice Lawsuits*, 8 *YALE J. HEALTH POL'Y, L. & ETHICS* 253 (2013).

148 להרחבה על תאוריית הסלקציה ראו לעיל ה"ש 52.

149 גם אם לא במומחיות אובייקטיבית של רשויות המס לעומת עורכי הדין של הנישומים עסקינן אלא במצב שבו בתי המשפט סומכים ידיהם על רשויות המס בתיקים אלה מתוך הנחה שהן בעלות מומחיות בנדון וכי הן שוקלות את עמדתן כראוי, הרי שזהו למעשה מצב שבו השופטים נוהגים הטיה שיפוטית לטובת רשויות המס בתיקים אלה, קרי הטיה לרעת הנישומים. אף שגישה זו תואמת את המוצג במאמר זה, עדיין היא סובלת מהחולשה שאין בה כדי להסביר מדוע דווקא בתיקים שיש בהם המתח המסי-תאגידי מתרחשת הטיה זו.

חשוב להדגיש, וזו ייחודיות מחקרנו, כי ההטיה השיפוטית שהוצגה במחקר זה נבדלת מההטיות השיפוטיות הקלאסיות שהוצגו במחקרים אמפיריים אחרים בספרות המשפטית-אמפירית בכך שאיננה משקפת הטיה שיפוטית הנוגדת תפיסות ערכיות רווחות. כך למשל ההטיה השיפוטית מושא מחקרנו איננה מצביעה בהכרח על אפליה פסולה או על גזענות שבה נוהגים השופטים<sup>150</sup> או על קידום אג'נדות פוליטיות אישיות של השופטים.<sup>151</sup> נראה שלית מאן דפליג כי הערכה נורמטיבית של הממצאים האמפיריים מושא מחקרנו תוך חשיפת דרכי ביטוייה ומקורותיה איננה פשוטה כלל ועיקר ומחייבת עיון נורמטיבי ותשתית אמפירית מקיפה ובעלת רזולוציה גבוהה יותר החורגים ממסגרתו של מאמר זה.<sup>152</sup>

## ה. סיכום

מאמר זה משתייך לסוגה המחקרית, ה"מפרכת" והנמשכת, לפיצוח מרכיבי "הקוד השיפוטי" שבאמצעותו ניתן להבין את מלאכת השיפוט על כל שלביה ובמיוחד את תוצאותיה. סוגה זו היא רבת-פנים, וגישת ההטיה היא אחד מעמודי התווך שלה. המחקר האמפירי הוא זירה מעבדתית שבה נעשים ניסיונות בלתי נלאים, חוזרים ונשנים, לפיצוח קוד זה, ובין היתר באמצעות השימוש בנתונים של שיעורי ניצחונות של צדדים שונים בבתי המשפט, בחתכים שונים ומגוונים. מאמר זה מביא לזירה המעבדתית-האמפירית את אחת הסוגיות המרכזיות המלוות את השיח המסי במאה השנים האחרונות, המתמקד במודל הראוי למיסוי התאגיד ובעלי מניותיו, וזאת בשל המתח המסי-תאגידי הנובע מאימוצה של הדוקטרינה התאגידי במשטר המיסוי. במאמר זה הראינו כי בהתדיינויות העוסקות במתח המסי-תאגידי, שיעור הניצחונות של הנישום נמוך משמעותית משיעור הניצחונות של יחיד, תאגיד ויחיד עם תאגיד בהתדיינויות שאינן כרוכות במתח המסי-תאגידי.

למחקר זה חשיבות רבה בשלושה הקשרים: ראשית, השיח הציבורי בכלל ובתחום המיסוי בפרט מתמקד רבות במתח בין הדוקטרינה מחד גיסא לבין החתירה לראליזם, המשתקפת למשל בחיפוש הבלתי פוסק אחר הכרעה בסוגיית התחולה, מאידך גיסא. מאמר זה בוחן אמפירית את אחת ההשלכות המרכזיות של המתח בין הדוקטרינה לראלי המשתקף היטב בתכנוני מס. ההטיה השיפוטית בסוגיות אלה מציבה סדר יום מחקרי לניתוח העשייה השיפוטית בזירה המסית בנוגע לתופעת תכנוני המס בכלל ופילוסי פועלותה בפרט; שנית, לשיח המסי משמעות רבה בהקשר החלוקתי. למחקר הנוכחי עשויות להיות השלכות בהקשר החלוקתי הרחב יותר, למשל בסוגיית *Haves v. Have Nots*, אולם לצורך זה יש להרחיב את התשתית האמפירית; שלישית, מאמר זה עוסק במצב שבו המשפט מתמודד

150 ראו למשל גול-אייל, סוליציאנו-קינן, עינב ושובאש, לעיל ה"ש 47; Mark Jackson, Sonja Pippin & Jeffrey Wong, *Court Rulings in Estate Tax Cases: Is Gender a Factor?*, ATA J. LEGAL TAX RES. (forthcoming, 2015).

151 Landes & Posner, *Rational Judicial Behavior*, לעיל ה"ש 31.

152 בהקשר זה נציין כי ניתן לטעון שההטיה השיפוטית נגד נישומים בתיקים הנוגעים במתח המסי-תאגידי היא ביטוי פרטני להטיה שיפוטית רחבה יותר, שאינה מצומצמת רק לדל"ת אמותיו של השיח המסי, נגד שימוש לרעה של הדוקטרינה התאגידי בדבר אישיותו המשפטית הנפרדת של התאגיד.

בעזרת כלים שאינם יעילים דיים, ובמרכזם נורמות אנטי-תכנוניות, עם סוגיות המציבות אתגרים מתחום הצדק החלוקתי או היעילות הכלכלית. קשיי ההתמודדות עשויים לבוא לידי ביטוי בהטיה השיפוטית. יחסי הגומלין בין קשיים ואתגרים אלה לבין ההטיה השיפוטית מחייבים עיון נורמטיבי ואמפירי החורג ממסגרתו של מאמר זה.