

מיסוי "מוסדות ציבור": הדין הנוהג והדין הראוי

מאת

ישעי בר*

מוסדות ללא כוונת רווח (מלכ"רים) נהנים ממיסוי מועדף בחוקי מס הכנסה הנוהגים בארצה, אנגליה וישראל. מספר הנמקות הוצעו להעדפה זו; כל אחת מהן צריכה, מבחינה נורמטיבית, להשפיע באופן שונה על היקף ההכנסה הפטורה של המלכ"ר.

במאמר זה נבחן את היקף הפטור החל, והראוי לחול (אם בכלל), על הכנסות מלכ"רים. סקירת הדין הפחיטיבי תתמקד בהצגת הדינים הנוהגים ואופן התפתחותם. הדיון הנורמטיבי ייחדר לבחינה ביקורתית של הנחות היסוד המשותפות, במידה לא מבוטלת, לשלוש שיטות המשפט. במסגרת זו נבחן את תקפותה של טענת "התחרות העסקית הבלתי הוגנת" הנטענת כנגד מתן פטור ממס "להכנסתו העסקית" של מלכ"ר. טענה זו עיצבה במדינות שונות את תחומי הפטור הנוהג להכנסות מלכ"ר, והשפעתה רבה על רפורמות מוצעות. בחינה של טענה זו תלמד כי, בדרך כלל, היא איננה מציעה בסיס עיני מוצק לפטור. כמו כן נציג את ההבחנה המלאכותית בין הכנסה "פסיבית" של מלכ"ר לבין הכנסתו "האקטיבית" ואת פסילתה כקריטריון הקובע את היקף הפטור ממס על הכנסות מלכ"רים. דיונינו יוכיח כי, מבחינה נורמטיבית, ובניגוד לדינים הנוהגים, יש לזהות בראש ובראשונה את הפונקצייה החברתית-כלכלית אותה ממלא מגזר המלכ"רים ורק לאחר מכן לקבוע את היקף הפטור. החלופה המוצעת במאמר זה קוראת לתחום את גבולות הפטור בהתאם לשיקולי יעילות כלכלית.

* המחקר נעשה במסגרת "המרכז לחקר המדיניות החברתית בישראל". תודת המחבר למרכז ולמנהלו יעקב קופ. כמו כן נתונה תודתי לפרופ' אהרון ירון, לרן מור ולאיריס מאירי-שניר על הערותיהם.

I. מבוא

דין המס הנוהג בישראל איננו מטפל באופן עקבי ואחיד בהכנסותיהם של מוסדות שמטרתם "טובת הציבור" ולא קידום טובתם האישית של יזמים, בעלי מניות או אורגנים אחרים שלהם. היעדר הקוהרנטיות כמיסוי מוסדות ציבור בא לידי ביטוי גם בטרמינולוגיה לא אחידה בחוקי המס השונים, אך בעיקר בתוצאות המס השונות. על פי פקודת מס הכנסה¹, "מוסד ציבורי"² הוא נישום מועדף הפטור ממס הכנסה על רווחיו שאינם מעסק, ובלבד שאין מקור הכנסתו מעסק של חבר בני-אדם שבשליטתו, המשלם דיבידנד, ריבית או הפרשי הצמדה למוסד הציבורי³.

1 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], עד תיקון 93 ועד ככלל. להלן: הפקודה.
 2 "מוסד ציבורי" מוגדר בסעיף 9(2) לפקודה כ"חבר בני אדם של שבעה לפחות שרוב חבריו אינם קרובים זה לזה, או הקדש שמרכיב נאמניו אינם קרובים זה לזה, הקיימים ופועלים למטרה ציבורית תכסייהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד והם מגישים דין וחשבון שנתי לגבי נכסיהם, הכנסותיהם והוצאותיהם להמתת דעתו של פקיד השומה על פי הקנות שהתקין שר האוצר...". "מטרה ציבורית" הוגדרה בסעיף כמטרה "שעניינה דת, תרבות, חינוך, מרע, בריאות, סעד או ספורט וכן מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר כמטרה ציבורית". שר האוצר, מכוח סמכותו, הגדיר את המטרות הבאות כ"ציבוריות": עידוד החיסכון לחינוך וחינוך גבוה; מטרת האגודה למען ביטחון ישראל (לבי"י); מתן שירותים מניציפלים ליישובים באזור יהודה, באזור השומרון, באזור רמת הגולן, באזור חבל עזה ובסיני; עידוד ההתיישבות מעבר לקו הירוק; מניעת תאונות; תנופה לצמיחה לסיוע למניעת אבטלה במשק; הקרן לסיוע לקיבוצים במצוקה. ראו חוזר מס הכנסה 3/92, מיסים ר"2 (1992) ג"4. בבג"צ "חוקה למדינת ישראל" נקבע כי מטרה ציבורית היא "כל אשר לציבור — כולו או מקצתו — עניין בה... שאינה באה לקדם את ענייניהם של פרטים מטרימים" (בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', מיסים ר"1 (1992) ה"52, ה"56). הסייג בסיפא של החלטת הבג"צ מאמץ את עמדת רשויות המס: "גוף שמטרתו להגשים ולקדם את ענייני חבריו בלבד, למען ציבור כלתי מטרים, אינו פועל למטרה ציבורית כמשמעה בסעיף 9(2)". קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה ("החבק") סעיף 3.2.2. גוף המקדם את ענייני חבריו בלבד, מטרתו איננה ציבורית ועל כן הכנסתו איננה פטורה מכוח סעיף 9(2), אך הוא יהיה זכאי, בנסיבות מסוימות, לפטור ממס מכוח סעיף 9(3) הפוטר ממס את "הכנסתה של אגודה שיתופית שעסקיה עם חברה בלבד". השוו לדיוננו להלן (הערה 12) בדבר מיסוי "קלאבים" ואגודות למסחר הדדי בארה"ב וכאנגליה, וראו א' לפידות "הטלת מס על הכנסה ממסחר הדדי" רבעון לענייני מיסים ג (1968) 238. להיסטוריה החקיקתית של סעיף 9(2), ראו א' וינרוט מיסוי מלכ"רים (1992) 28-34. לדין בהיקף המטרה הציבורית ראו שם, פרקים 2-4; וראו, ה' קירש "פטור ממס הכנסה למוסדות ציבורי" הרבעון הישראלי למיסים ז' (1989) 293.

3 סעיף 9(2) לפקודה פוטר ממס, בין היתר, הכנסה של מוסד ציבורי "במידה שלא הושגה מעסק שהם עוסקים בו, או מדיבידנד או מרכיב או מהפרשי הצמדה ששולמו על ידי חבר בני אדם שבשליטתם העוסק בעסק...". פן אחר להעדרה של המוסד הציבורי בא לידי ביטוי ביחס המועדף לתרומים. תרומות למוסד ציבורי מזכות את התורם, אם התמלאו התנאים הנקובים בסעיף 46 לפקודה, בוכיר ממס בשיעור של 35% משיעור התרומה.

לצורך חוק מס ערך מוסף⁴, "מוסד ללא כוונת רווח"⁵ איננו חייב במס על עסקאותיו הרגילות, אך חייב בתשלום "מס שכר" ומס מעסיקים⁶ ואינו זשאי לקזז את מס התשומות ששילם⁷.

המוסד הציבורי – בשונה מחברה עסקית הפועלת למטרות רווח – אינו יכול לחלק את רווחיו לחבריו במישרין (כדיבידנד) או בעקיפין (למשל, כשכר מופרז לעובדיו, או כדמי ניהול למנהליו)⁸. באופן דומה אסור למוסד הציבורי לחלק רווחים ל"מקורביו" באמצעות דמי שכירות מופרזים או ריבית מופרזת. תשלום יתר יחייב לסווג את התשלום העודף בהתאם למהותו הכלכלית⁹. שלילת

4 חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, ס"ח 791, התשל"ו, 6.1.1976, עמ' 52, וכפי שתוקן לאחר מכן. להלן: חוק מס ערך מוסף.

5 "מוסד ללא כוונת רווח" מוגדר בחוק מס ערך מוסף, בין היתר, כדלקמן: (1) המדינה, רשות מקומית או איגוד ערים; (2) חבר בני אדם, מואגד או לא מואגד, שאין עיסוקו לשם קבלת רווחים ושאינו מוסד כספי.

6 סעיף 4 לחוק מס ערך מוסף. שיעור מס השכר הנוהג היום על פעילות של מלכ"ר בישראל הוא 8.5%. ראו צו מס ערך מוסף (שיעור המס על מלכ"רים ומוסדות כספיים), התשנ"ג-1992, ק"ת 5491, עמ' 272. מס נוסף על הרצאות השכר של מלכ"ר הוא מס מעסיקים. ראו חוק מס מעסיקים, התשל"ה-1975. מכוח סעיף 2 לחוק, מעסיק שהוא "מוסד פטורי" (למשל, חבר בני אדם שחל עליו סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה) חייב במס בשיעור 4%. ראו ק"ת 5372 מיום 18.7.91, וק"ת 5457 מיום 12.7.92.

7 סעיף 38 לחוק מס ערך מוסף מאפשר ל"עוסק" לנכות "מהמס שהוא חייב בו את מס התשומות". סעיף 1 לחוק מוציא מלכ"ר מהגדרת "עוסק".

8 הקביעה כי מוסד ציבורי אינו יכול לחלק את רווחיו לגורמים קשורים מניחה כי יש לו יכולת להרוויח. הנחה זו, כשלעצמה, שנויה לעתים במחלוקת. ראו דיונונו להלן, והשוו להגדרת מלכ"ר כמוסד ללא כוונת רווח (הערה 5 לעיל). מחקר השוואתי שנערך באחת עשרה מדינות מלמד כי "נראה, שכל המדינות כופות על המלכ"רים להימנע לשלם רווחים – או "עודפים" לבעלים, לנאמנים, או לאחרים הקשורים לארגון". כך, למשל, מערב גרמניה אוסרת על מלכ"רים לשלם שכר "גבוה מכל יחס" או לאפשר לגורמים הקשורים עמם ליהנות "מכל יתרון כספי מיוחד". באופן דומה, חוק המס בטיוואן אוסר על מלכ"רים "לחלק עודף או רווח לכל מי שהיה קשור לארגון". ראו בייסבורד "מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח – השוואה בינלאומית" פורטס בהקצאת משאבים לשירותים החברתיים 1990-1991 (י' קופ עורך, 1991) 233, 244.

9 שאלות דומות – הדורשות אף הן סיווג תשלומים בהתאם למהותם הכלכלית – מתעוררות במיסוי חברות כאשר בעלי מניות בחברה הגובים ממנה תשלומים חודשיים, חוכשים בו זמנית מספר "כובעים" בחברה (בנוסף לכשירותם כבעלי מניות). למשל, הם עובדים בחברה, מכהנים כמנהלים בה, משכירים לה ציוד או מלווים לחברה כסף. השאלה המתעוררת בפסיקת בתי-המשפט במצב זה היא מהו היחס בין דיבידנד, משכורת, דמי שכירות, ריבית דמי ניהול. בעניין נגיד, למשל, נקבע כי "משכורת מופרזת" למנהלים איננה נחשבת לחברה כהוצאה שהוצאה לצורך ייצור הכנסתה, ועל כן ההוצאה לא הוכרה לחברה (ע"א 435/65 נגיד עסקי נאמנות בע"מ נ' נציג מס הכנסה, פ"ד כ (3) 287). בעניין ליבנה, מנהלים בעלי שליטה השכירו נכס לחברה שבשליטתם בדמי שכירות ששיעורם גבוה ממחיר השוק. בית-המשפט קבע כי יש לסווג מחדש את הסכום העודף כהלואה למנהלים (עמ"ה (חיפה) 14/91 ליבנה ואח' נ' פ"ש חדרה, מיסים 17 (1993) ה"130).

היכולת לחלק רווחים, במישרין או בעקיפין, היא המייחדת את המוסד הציבורי מהחברה העסקית¹⁰ ולא היעדר הכוונה להפקת רווחים. מלכתחילה היו מוסדות העוסקים בצורכי ציבור ראויים להיקרא, בכל חוקי המס, מוסדות ללא חלוקת רווח (מלח"רים)¹¹. אולם משהשתרש המונח מלכ"ר (מוסד ללא כוונת רווח), ניצמד גם אנו למונח המקובל, על אף ההטעיה הבסיסית הגלומה בו.

באופן מסורתי, מוסדות ללא כוונת רווח נהנים ממיסוי מועדף בחוקי המס של ארה"ב, אנגליה וישראל¹². מספר גימוקים הוצעו להעדפה זו; כל אחד מהם צריך, מבחינה נורמטיבית, להשפיע באופן שונה על היקף ההכנסה הפטורה של המלכ"ר. כך, למשל, גישת הסובסידיה מניחה כי הטיפול המועדף במס הכנסה מהווה סובסידיה עקיפה ("tax expenditure") הניתנת למלכ"ר¹³. לעומת זאת, על פי גישת הגדרת ההכנסה, הסיבה העיקרית להעדפת המלכ"ר היא כי שיטת מס

- 10 הנסמן מכנה את שלילת יכולת המלכ"ר לחלק את רווחיו ל"מקורבים" מגבלת יכולת החלוקה ("nondistribution constraint"). ראו H. Hansman "The Role of Non-Profit Enterprise" 89 *Yale L. J.* (1980) 835. השוו לסעיף 1 לחוק העמותות, תש"ם-1980 הקובע כי התאגדות לעמותה היא "למטרה חוקית שאינה מכוונת לחלוקת רווחים". באופן דומה נקבע בעניין עמ"ה (ירושלים) 50/90 רזרע יצחק ג' פ"ש ירושלים, מיסים ז-1 (1993) ה-110, ה-112, כי: "... אם הפעילות המתנהלת היא עסקית ולשם רווחים (שניתן לחלקם בין הבריס ובעלי שליטה), לא תהא הכנסת אותו מוסד פטורה, אלא כמורו ככל מוסד פרטי המתנהל לשם רווח...". (הדגשה שלי - י"ב). דיונוו להלן יעסוק במיסי פעילות עסקית של מלכ"ר המיעד את רווחיו למימון פעילותו הוולנטרית. לשאלת היחס בין ה"מטרה הציבורית" של המלכ"ר, לבין שלילת יכולתו לחלק את רווחיו, ראו למשל קירש, לעיל הערה 2.
- 11 בדרך כלל, בארה"ב מכונה מוסד זה nonprofit organization, ובאנגליה charity. באמנה למניעת כפל מסים בין ישראל לארצות הברית (טרם אושרה) נקבע, בסעיף 15א, מונח "מעורב" - "ארגון צדקה".
- 12 מאמר זה עוסק במוסדות ללא כוונת רווח הפועלים לרווחת ה"ציבור" בכללותו, או לטובת חלק בלתי מסוים ממנו, ולא במוסדות הפועלים לטובת הנוטלים חלק בהפעלתם. על כן לא נעסוק באגודות למסחר הדדי ("mutual benefit association") אשר בהן, בדרך כלל, יש זהות בין הנוטלים חלק בפעילות האגודה לבין הנהגים בפועל (או הנהגים הפוטנציאליים) מפעילותה ומשירותיה. לדיון בסוגיה זו, ראו, למשל, א' לפידות בהערה 2 לעיל. וייסבורד מייחד את המונח "קלאב" לאותן אגודות המעניקות את שירותיהן בעיקר (או אך ורק) לחבריהן. ראו 9-10, 59 *B. Weisbrod The Nonprofit Economy* (Cambridge, 1988). בהתאם לקוד המס האמריקאי (IRC), מוסדות צדקה ציבוריים ("public charitable organizations") גישומים מכוח סעיף 501(c)(3), בעוד שאגודות למסחר הדדי, כדוגמת מועדוני חברים ואיגודים מקצועיים, גישומים בהתאם לסעיפים 503(c)(4)-(21). האחרונים נהנים מפטור ממס על רווחיהם, אך אינם נהנים מסובסידיות אחרות המוענקות למוסדות צדקה ציבוריים, כדוגמת ניכוי מס הניתנים לתורמים. באנגליה פיתחה הפסיקה את "דוקטרינת המסחר ההדדי" ("mutuality doctrine") הפוסרת ממס את המסחר ההדדי. ראו, למשל, *Carlisle and Silloth Golf Club v. Smith*, 3 KB 75 [1913].
- 13 ראו דיונוו בדבר חיאוריית הסובסידיה, להלן, בהערות 118-121 ובטקסט הנלווה אליהן. וראו H. Hansman "The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from Corporate Income Taxation" 91 *Yale L. J.* (1981) 54.

ההכנסה הנוהגת מניחה כנתון את קיומה של פעילות עסקית שמטרתה הפקת רווחים לצורך חלוקתם¹⁴. בהתאם לגישה זו, שיטת המס הנוהגת – הממסה את הכנסתו החייבת של נישום – איננה ישימה למיסוי מלכ"רים: הן לגבי קביעת "הכנסתו" של המלכ"ר והן ביחס לקביעת "הוצאותיו המוכרות". כך, למשל, האם תרומות למלכ"ר ייחשבו להכנסה בידיו, או למתנה¹⁵? כמו כן, האם הוצאות מלכ"ר במסגרת פעילותו הוולונטרית ייחשבו להוצאות מוכרות, או שמא, ייחשבו לחלוקת רכוש? בהתאם לרציונל זה – אשר איננו מכיר כלל בהכנסותיו של המלכ"ר, מכל מקור, כ"הכנסה" לצורכי מס – היקף הפטור ממס הכנסה של המוסד צריך להיות רחב יותר מן הפטור המוענק על פי גישת הסובסידיה, אשר בדרך כלל מגבילה את היקף ההכנסה הפטורה.

במאמר זה נדבק בגישה המסורתית המניחה כי שיטת המס הנוהגת ניתנת ליישום ולהתאמה לצורך קביעת הכנסתם החייבת של מלכ"רים. מטרתנו היא לבחון, הן מבחינת הדין הפוזיטיבי והן מבחינה נורמטיבית, את היקף הפטור החל על הכנסות מלכ"רים, ואת היקף הפטור הראוי לחול עליהם (אם בכלל). בשלושת הפרקים הבאים של המאמר נציג את הדין הנוהג ואת התפתחותו בארה"ב, באנגליה ובישראל. ראשית, נציג את ההתפתחות שחלה בדין המס האמריקאי, שכיום פטור ממס הכנסה הן "הכנסה קשורה" של מלכ"ר ("related income") והן את הכנסתו הפסיבית. לאחר מכן נצביע על התפתחות דומה בדין המס האנגלי. הדיון ההשוואתי יסתיים בהצגת דין המס, הפחות מפותח במידת מה, הנוהג בישראל. הדיון הנורמטיבי, בפרק החמישי, ייוחד לבחינה ביקורתית של הנחות היסוד המשותפות, במידה לא מבוטלת, לשלוש שיטות המשפט. במסגרת זו נבחן את תקפותה של טענת "התחרות העסקית הבלתי הוגנת" הנטענת כנגד מתן פטור ממס להכנסתו העסקית של מלכ"ר, את הקשיים בסיווג של "הכנסה פסיבית" ו"הכנסה קשורה" של מלכ"ר וכן את השימוש בסיווג זה כקריטריון הקובע את היקף הפטור ממס על הכנסות מלכ"רים¹⁶. החלופה המוצעת בפרק זה קוראת לתחום את גבולות הפטור בהתאם לשיקולים של יעילות כלכלית.

במאמר נפרד דנו בהסדר הנוהג בישראל בדבר מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח בחוק מע"מ¹⁷.

- 14 Bittker & Rahdert "The Exemption of Nonprofit Organizations from Federal Income Taxation" 85 *Yale L. J.* (1976) 299
- 15 סיווג התרומה כמתנה עלול ליצור אירוע מס באותן שיטות מס, כדוגמת השיטה האמריקאית, הממסות העברות של נכסי הון.
- 16 מאמר זה לא יעסוק באופן ישיר בשאלה הנפרדת (למרות היותה קשורה לנושא), שהיא: באילו נסיבות, אם בכלל, ישלל מעמד של מלכ"ר ממוסד העוסק בו זמנית בפעילות "ציבורית" ובפעילות עסקית? בארה"ב, למשל, נדונה שאלה זו בקשר לשאלת סיווגם של בתי חולים. ראו למשל, R. Clark "Does the Nonprofit Form Fit the Hospital Industry?" 93 *Harvard L. Rev.* (1980) 1416
- 17 ראו י"ב מיסוי ערך מוסף של מלכ"רים – עיוותי הדין הנוהג, מגבלות תכנון המס והצעה לדין נורמטיבי משפטים כג (תשנ"ד) 487.

II. הפטור הניתן בארה"ב ל"הכנסה קשורה" של מלכ"ר

1. מבוא

עין בהיקף הפטור ממס הניתן בארה"ב להכנסה עסקית הקשורה לפעילותו הוולונטרית של מלכ"ר, מחייב ללמוד את... ההתפתחויות שחלו בשליטה בתעשיית הפסטה האמריקאית.

הפטור המקורי ממס הכנסה ניתן באופן גורף וכללי, למעשה, את כל הכנסותיו של מלכ"ר מכל מקור שהוא. הרציונל לפטור היה, ככל הנראה, ייעוד ההכנסה למטרותיו הציבוריות של המוסד. על פי גישה זו, אין להבחין בין הכנסה פסיבית של מלכ"ר לבין הכנסתו האקטיבית מפעילות עסקית, כל זמן שאלו ואלו משמשות כאמצעי למימון פעילותו הוולונטרית¹⁸. בתי המשפט בארה"ב התבססו על רציונל זה ועל כן הכשילו ניסיונות חוזרים ונשנים של נציבות המס האמריקאית (IRS) למסות מלכ"רים על פעילותם העסקית. כך, למשל, החליט בית-המשפט העליון כי מיסיון דתי פטור ממס על הכנסותיו מדמי שכירות, מדיבידנד וממכירת יין ושוקולד¹⁹. מבחן "ייעוד המכירות" של בית-המשפט העליון האמריקאי הופעל, ביתר תוקף, גם בהענקת פטור להכנסות הנובעות מפעילות עסקית מובהקת של מלכ"ר: למשל, הכנסות שמקורן בהפעלת שירותי מלון ואכסניה²⁰. לא זו אף זו, הפטור ממס הורחב וכלל גם הכנסות מלכ"ר הנובעות מפעילות עסקית של חברות בת שבשליטתו ("feeder corporation"), המייערות את רווחיהן למימון הפעילות הציבורית-וולונטרית של מוסד האם. בתי-המשפט פירשו את הוראות הפטור באופן גורף²¹ ועל ידי כך אפשרו למלכ"רים ליהנות משני עולמות: להרים את המסך מעל הכנסות חברות הבת לצורך קבלת הפטור ממס, ועם זאת ליהנות מעקרן האישיות המשפטית המוגבלת החל על פעילות חברות הבת.

על פי גישה מרחיבה זו, הוכר בשנת 1950 בית החרושת למקרונים שבבעלות בית הספר למשפטים באוניברסיטת ניריורק כמוסד פטור ממס²². ניסיונותיה של נציבות המס האמריקאית למסות את רווחי בית החרושת – על מנת למנוע תחרות בלתי הוגנת עם בתי חרושת אחרים המייצרים מקרונים והחייבים כמס מלא

18 ראו, לדוגמה, Bittker & Rahdert, *supra* note 14 at 317.

19 *Trinidad v. Sagrada Orden De Predicadores De La Provincia Del Santismo Rosario*

De Filipinas, 263 U.S. 578 (1924)

(בעמ' 582):

"As respects the transaction in wine, chocolate and other articles... That the transactions yield some profit is in the circumstances a negligible factor. Financial gain is not the end to which they are directed"

20 *Unity School of Christianity*, 4 B.T.A. 61, 68 (1926)

21 *Roche's Beach, Inc. v. Commissioner*, 96 F.2d 776, 779 (2d. Cir. 1938) (Judge L. Hand dissenting)

22 *Mueller Co. v. Commissioner*, 190 F.2d 120 (3rd Cir. 1951)

— נדחו על ידי בית-המשפט, בשל התקרימים שהעניקו את הפטור לחברות בת שבשליטת המלכ"רים. ואכן, באותה תקופה, ניצל בית הספר למשפטים של אוניברסיטת ניו-יורק את הפטור וגיוון את תיק השקעותיו, שכלל, בין היתר (ובנוסף למפעל לייצור פסטה), מפעלים לעיבוד עורות וחרסינה. אוניברסיטאות אחרות החזיקו באותה תקופה מפעלים לחלקי חילוף לרכב ומפעלים לייצור חשמל, והפעילו תחנות רדיו, רשת רכבות ואפילו שדה תעופה.²³

המחוקק האמריקאי הוטרד, קרוב לוודאי, מהעובדה, שהאחריות לחלק נכבד מתעשיית הפסטה בארה"ב הופקדה בידי דיקן של פקולטה למשפטים, ומסכנת ההשתלטות של מוסדות אקדמיים, או של מלכ"רים אחרים, על יתר חלקיה של תעשייה זו, כמו גם על עסקים אחרים: "[I]f something is not done... the macaroni monopoly will be in the hands of the universities."²³

בכדי למנוע את "בליעת" המגזר העסקי על ידי מלכ"רים, התערב המחוקק האמריקאי וצמצם את הפטור המוענק להכנסה עסקית של מלכ"ר ל"הכנסה קשורה" בלבד. עם תיקון החוק, הוטל מס חברות בשיעור מלא על הכנסות עסקיות של מלכ"ר שאינן קשורות לפעילותו הוולונטרית (unrelated business "income"). המס חל הן על הכנסה עסקית בלתי קשורה של המלכ"ר עצמו, והן על הכנסתה של חברת בת שבשליטתו.²⁴ החקיקה החדשה אימצה הנמקה חדשה התוחמת את גבולות הפטור: רציונל ייעודי התמורה — אשר הצדיק את הפטור בהיקפו הרחב — נדחה מפני הרציונל של מניעת תחרות עסקית בלתי הוגנת. על כן, החקיקה החדשה מצאה לנכון לפטור ממס רק הכנסות עסקיות של מלכ"ר הקשורות באופן ישיר לפעילותו הציבורית-וולונטרית. הכנסה עסקית אחרת, שאיננה קשורה לפעילות זו, חריבה במס הכנסה (מס חברות) בשיעור הרגיל. זאת ועוד, מאחר שהרציונל המכריע היה רציונל התחרות העסקית הבלתי הוגנת, לא ראה הקונגרס צורך לפגוע בפטור הניתן להכנסות פסיביות של מלכ"רים. לפי גישתו, בתחום

23 ראו, למשל, Kaplan "Intercollegiate Athletics and the Unrelated Business Income Tax" 80 *Columbia L. Rev.* (1980) 1430, 1432.

24 Hearings before the House Ways and Means Committee, 81st. Cong., 2d Sess. 579-80 (1950), quoted in Note, "The Macaroni Monopoly; The Developing Concept of Unrelated Business Income of Exempt Organizations" 81 *Harvard L. Rev.*, (1968) 1280, 1281 note 10.

24 *Veterans Foundation v. I.R.C.* Sections 511-513. על הרקע ההיסטורי שקדם לחקיקה זו ראו *Veterans Foundation v. U.S.*, 281 F. 2d 912, 913-914 (10th Cir. 1960).

בהתאם לסעיף 512 (a) (1) לקוד המס (IRC) המונח "unrelated business taxable income" מתייחס להכנסה המופקת על ידי המלכ"ר ומקורה ב-"any unrelated trade or business". המונח האחרון הוגדר בסעיף 513 כ: "... any trade or business the conduct of which is not substantially related (aside from the need of such organization for income or funds or the use it makes of the profits derived) to the exercise or performance by such organization of its charitable, educational, or other purpose or function constituting the basis for its exemption under Section 501..."

ההכנסות הפסיביות אין מקום לחשש ממשי מפני תחרות בלתי הוגנת.²⁵ מיסוי רווחי פעילות עסקית "בלתי קשורה" של מלכ"רים יצר בארה"ב סדרת שאלות מתחום "דיני הקשר" והסיווג: מהי פעילות עסקית בכלל, ומהי פעילות עסקית שאיננה קשורה לפעילות מלכ"ר בפרט?

2. מהי "הכנסה עסקית בלתי קשורה"?

שאלה זו תיבחן בהתאם לשני מרכיביה. ראשית, נבחן את מאפייני הפעילות העסקית כפי שנקבעו בפסיקה האמריקאית. שנית, בהנחה שלמלכ"ר הנדון יש פעילות עסקית, נבדוק את המבחנים שנקבעו לקביעת "פעילות קשורה".

א. מבחני הפעילות העסקית

בית-המשפט העליון בארה"ב פסק כי די במכירת טובין או במתן שירות על ידי מלכ"ר, גם אם לא על בסיס מסחרי, כדי לקבוע קיומו של עסק. הלכה זו נומקה ברציונל התחרות הבלתי הוגנת ויושמה בעניין קרן שהקימה לשכת עורכי הדין בארה"ב (ABA) למטרות חינוך וצדקה. הקרן מומנה, בין היתר, באמצעות מכירת פוליסות ביטוח חיים, בריאות ותאונות לחברי הלשכה. הקרן קיבלה מחברות הביטוח "דיבידנד" בשיעור ההפרש בין הפרמיה בתעריף הרגיל, שבו חויבו חברי הלשכה המבוטחים, לבין הפרמיה הקבוצתית הזולה יותר. נציבות המס האמריקאית (IRS) טענה כי חברות הביטוח שילמו לקרן עמלת ביטוח, ועל כן יש למסות את תקבולי הקרן מעסקי ביטוח כהכנסה עסקית בלתי קשורה. בית-המשפט העליון קבע כי החקיקה החדשה (סעיפים 511-513 לקוד המס) יצרה מבחן תלת שלבי לצורך קביעת חבות במס של מלכ"ר.²⁶ המבחן הראשון דורש קיומו של עסק. השני דורש כי העסק יתנהל באופן רציף (להבדיל מאירוע חד פעמי). המבחן השלישי דורש כי העסק לא יהיה קשור באופן מהותי למטרה הוולונטרית של המלכ"ר.²⁷ הקרן הסכימה כי שני המבחנים האחרונים התקיימו בעניינה. לטענתה, היא זכאית לפטור ממס מכיוון שתכנית הביטוח שלה לא פעלה על בסיס תחרות-מסחרי ועל כן אין לסווגה כעסק. בית-המשפט קיבל, ברוב דעות, את טענת רשויות המס. לשיטתו, תכנית הביטוח כוללת גם מכירת מוצרים וגם שירות, ודי בכל אחד משניהם כדי לבסס קיומו של עסק. זאת ועוד, רציונל החקיקה תומך אף הוא במיסוי. לדעת הרוב,

25 בהתאם להמלצת ועדת הרפורמה:

"Dividends, interest, royalties, most rents, capital gains and losses, and similar items are excluded from the base of the tax on un-related income because your committee believes that they are "passive" in character and are not likely to result in serious competition for taxable businesses having similar income."

לדעה חולקת, שלפיה ריכוז השקעות המלכ"רים כחחום ההכנסות הפסיביות יגרום לתחרות בלתי הוגנת במגזר מצומצם זה, ראו בדיונו להלן סמוך להערות 111-113.

26 *U.S. v. American Bar Endowment*, 477 U.S. 105 (1986)

27 בעניין פסיקה קודמת שהנחתה את בית-המשפט, ראו *U.S. v. American College of Physicians*, 475 U.S. 834 (1986).

מעורבות הקרן בשיווק פוליסות ביטוח יוצרת תחרות בלתי הוגנת עם חברות ביטוח וסוכני ביטוח בשל היתרונות שהיא מקנה הן לחברי הלשכה והן לקרן:

"[I]f ABE's members may deduct part of their premium payments as a charitable contribution, the effective cost of ABE's insurance will be lower than the cost of competing policies that do not offer tax benefits. Similarly, if ABE may escape taxes on its earnings it need not be as profitable as its commercial counterparts in order to receive the same return on its investment²⁸".

ב. מהי "הכנסה קשורה"?

העובדה שהכנסת מלכ"ר היא עסקית על פי סיווגה ואיננה חד-פעמית, אין בה, כשלעצמה, כדי לקבוע את חבות המס בארה"ב. תנאי מצטבר נוסף הוא כי על הכנסה זו להיות "בלתי קשורה" באופן מהותי למטרות הציבוריות של המלכ"ר, מטרה שבגינה ניתן לו מעמד זה²⁹. העובדה שמלכ"ר ישתמש בהכנסה שאיננה קשורה לצורך פעילותו הציבורית איננה הופכת את ההכנסה לקשורה; אלמלא כן, אם תאומץ פרשנות מרחיבה זו למונח "קשורה", הרי שמבחן "ייעוד התמורה" – שנדחה, בזכור, בחקיקה האמריקאית על ידי מבחן התחרות הבלתי הוגנת – יחזור בנעלי "הפעילות הקשורה" ויהפוך שוב למבחן הקובע את היקף הפטור ממס. על כן, בהתאם לתקנות המס, פעילות עסקית של מלכ"ר תיחשב קשורה רק אם יש לה "קשר רגיל ישיר" להשגת מטרותיו העיקריות, ורק אם הפעילות העסקית של המלכ"ר חיונית להשגת מטרות הציבוריות³⁰. המבחן שגובש על ידי נציבות המס האמריקאית מחייב, אפוא, לבדוק את מטרותה של כל פעילות עסקית של מלכ"ר: האם היא משמשת אמצעי מימון בלבד, או שמא היא מיועדת להשגת אחת המטרות המוגדרות של המלכ"ר? הפעילות העסקית תיבחן לאור השאלה האם היא משרתת – "As an end in itself or as the means by which [the organisation] accomplishes a charitable purpose other than through the production of income³¹".

מכירת מוצרים שיוצרו בידי נכים במפעלי שיקום מהווה דוגמה לפעילות

28 לעיל הערה 26, בעמ' 114-115. בענין טענת התחרות הבלתי הוגנת, ראו דיונו בפרק האחרון. דין זה יראה, בין היתר, כי בטענת חוסר השוויון יש ממש כשהיא מחייחסת למבוטחים, חברי הלשכה, המנכים את ה"דריבדג" כתרומה, שכן הניכוי מקטין להם את עלות הביטוח. לעומת זאת נראה כי ניתן לחלוק על חלקה השני של הנמקת בית-המשפט המחייסת ליתרון המוקנה לקרן על פני מתחריה העסקיים.

29 על הפעילות העסקית (המניבה הכנסה) להיות: "not substantially related to its tax exempt purpose". ראו סעיף 513(a) לקוד, וראו תקנה 1.513-1(a).

30 Regulation 1.513-1(d)(2).

31 .Rev. Rul. 73-128, 1973-1 CB 222.

עסקית פטורה בשל היותה קשורה לפעילות מלכ"רים העוסקים בשיקום נכים³². פעולות אחרות שהוכרו כפטורות בארה"ב, בין על פי פסיקת בתי-המשפט ובין על פי החלטות נציבות המס³³, כללו, בין היתר: הפעלת חנות מתנות, מגרש חנייה, קפיטריה ובית מרקחת על ידי בית חולים, אם הללו מיועדים לשימושם של חולים ועובדי בית החולים³⁴; הפעלת מפעל כמרכז להכשרה מקצועית למובטלים³⁵; השכרת נדל"ן במחיר מסובסד על ידי לשכת מסחר על מנת לעודד יזמים לפתח פעילות עסקית³⁶; הדפסת חוזי שכירות, תקדימים משפטיים וחוקים רלבנטיים להשכרת נדל"ן על ידי ארגון של בעלי נדל"ן³⁷.

לעומת זאת, הכנסות של מלכ"רים שהוכרו כ"בלתי קשורות" ועל כן חייבות במס כללו, בין היתר: הפעלה מסחרית של תחנת טלוויזיה על ידי אוניברסיטה³⁸; השכרת איצטדיון אוניברסיטאי לקבוצת כדורגל מקצועית³⁹; הפעלת מלון דירות והשכרת דירות לאמנים על ידי מחיאון⁴⁰; מתן שירותי תרגום על ידי ארגון שמטרתו קידום הסחר הבינלאומי⁴¹ ומכירת ביטוח בריאות ליחברים נספחים" על ידי ארגון עובדים⁴².

בעניין *American College of Physicians*⁴³ נטען כי פרסום מסחרי בכיטאון רפואי של ארגון רופאים תרם למטרותו הציבורית, שכן הפרסומת נתנה לרופאים, חברי הארגון, מידע מעודכן בדבר מוצרים ושירותים רפואיים. הארגון טען כי הכנסותיו מפרסום קשורות לפעילותו ופטורות ממס. בית-המשפט העליון פסק כי העובדה שלפרסום הייתה גם חשיבות חינוכית איננה מספיקה כדי לפטור את הכנסות המלכ"ר ממס. על מנת לזכות בפטור היה על הנישום להוכיח כי ניהל את עסקי הפרסום מתוך כוונה לקדם את התכנים המקצועיים של הכיטאון⁴⁴. באופן דומה, תקנות המס בארה"ב קובעות כי שימוש אקראי בעל אופי מסחרי במתקני מלכ"ר חייב במס, למרות שהשימוש העיקרי בהם הוא לצרכים פטורים. כך, למשל, מחיאון המפעיל בית קולנוע יהיה פטור ממס על הכנסות הקולנוע מסרטים

.Regulation 1-513-1(d)(4)(ii)	32
Bittker & Lokken <i>Federal Taxation of Income, Estates, and Gifts</i> (2nd ed., Boston, 1992) at 103-14 - 103-19	33
.Rev. Rul. 69-267, 69-268 and 69-269, 1969-1 CB 160	34
.Rev. Rul. 73-128, 1973-1 CB 222	35
.Rev. Rul. 81-138, 1981-1 CB 358	36
. <i>Texas Apartment Ass'n v. U.S.</i> , 869 F2d 884 (5th Cir., 1989)	37
. <i>Iowa State University of Science and Techonology v. U.S.</i> , 500 F2d 508 (Ct. CL.1974)	38
.Rev. Rul. 80-298, 1980-2 CB 197	39
.Rev. Rul. 69-69, 1969-1 CB 159	40
.Rev. Rul. 81-75, 1981-1 CB 356	41
. <i>American Postal Workers Union v. U.S.</i> , 925 F2d 480 (DC Cir., 1991)	42
לעיל הערה 27.	43
"[E]vinces an intention to use the advertisement for the purpose of contributing to the educational value of the journal" <i>Id.</i> , at 848	44

ומפעילות בעלת אופי חינוכי, אך יהיה חייב כמס על הכנסותיו מפעילות בידורית עסקית שאיננה קשורה לפעילותו החינוכית.⁴⁵

III. היקף הפטור באנגליה

1. מבוא

שיטת מס ההכנסה הנוהגת באנגליה מעניקה טיפול מועדף להכנסות הון ופירות של 'מוסדות צדקה'⁴⁶. כתנאים מסוימים, הכנסות המיועדות לשימוש מלכ"ר פטורות ממס הכנסה⁴⁷. כך הדבר לגבי הכנסות מנדל"ן, מריבית, מאגונה, מדיבידנדו, מ"ניכיון עמוק" ("deep discount") ומסוגי הכנסות שנתיות אחרות⁴⁸. הפטור הניתן להכנסות פסיביות של מלכ"רים רחב באופן משמעותי ביחס לפטור הניתן להכנסות מעסק ("trading income"). הסייגים לפטור נקבעו בחקיקה וגבולותיו עוצבו בפסיקה האנגלית.

2. סייגים לפטור על הכנסה עסקית

מוסד צדקה המפעיל עסק⁴⁹ יהיה פטור ממס על רווחי העסק המיועדים אך ורק לשימוש המלכ"ר, אם יתקיים אחד משני התנאים הבאים: (1) הפעילות העסקית מתבצעת במהלך יישום המטרה העיקרית של המלכ"ר⁵⁰; (2) העבודה, שפירותיה מוצעים למכירה, מתבצעת ברובה על ידי הנהנים מפעילות המלכ"ר⁵¹. בהתאם לתנאי הראשון, מלכ"ר העוסק בחינוך ומחייב את תלמידיו בשכר לימוד עוסק ביישום מטרתו החינוכית, ועל כן יהיה פטור ממס על הכנסותיו אל⁵². התנאי השני לפטור מתקיים, למשל, לגבי הכנסותיו של מוסד לשיקום עיוורים ממכירת

45 ראו Bittker & Lokken לעיל הערה 33, בעמ' 103-18.

46 מוסד צדקה מוגדר בחקיקה האנגלית כ: "Any body of persons or trust established for charitable purposes only". Taxes Act 1988, Section 505 and 506.

47 לדין כללי ראו, למשל, Butterworths UK Tax Guide 1992-1993 11:13-11:16.

48 לדין מפורט ראו, למשל, 26-18 - 26-10 (1988) Whiteman Income Tax (3rd ed.).

49 שאלת הגדרת ה"עסק" איננה מיוחדת ודוקא למיטת מלכ"רים יש לה השלכות רבות בשיטת המס האנגלית. ראו, למשל, Religious Tract and Book Society of Scotland v. Forbes, 3 TC 415 (1896). באותו עניין נקבע על ידי בית המשפט (The Court of Exchequer (Scotland)) כי פעילות מיסיונרית שכללה, בין היתר, מכירת ספרי תנ"ך, ואשר איננה יכולה להיות רווחית מעצם טיבה, לא יצרה הפסדים עסקיים הניתנים לקיחה מהרווחים העסקיים של התנועה של החברה המיסיונרית.

50 Taxes Act 1988, section 505 (1) (e).

51 שם.

52 ראו, למשל, UK Tax Guide, לעיל הערה 47, בעמ' 14:11.

עבודות יד של עיוורים⁵³. בית-המשפט⁵⁴ הרחיב את הפטור הנובע מתנאי זה גם על הכנסות מלכ"ר שארגן פסטיבל מוסיקה תחרותי: הנגנים נחשבו לנהנים מפירות העסק⁵⁵.

שני התנאים, אשר, כאמור, די בקיומו של אחד מהם כדי לפטור ממס הכנסה הכנסות מלכ"רים באנגליה, עולים, באופן כללי, בקנה אחד עם דיני "הפעילות הקשורה" בארה"ב. ניתן, כמובן, לאתר הבדלים, דקים בדרך כלל, בין שתי שיטות המס. כך, למשל, מפעלים של ארגוני נכים, המעסיקים נכים בייצור סלים ובמלאכות יד אחרות, פטורים ממס בשתי השיטות⁵⁶. לעומת זאת, קרוב לוודאי שהפטור הניתן בארה"ב להכנסות בית חולים מהפעלת מגרש החנייה שלו⁵⁷ לא יאומץ על ידי רשויות המס באנגליה.

לצורך ההשוואה בין שתי שיטות המס, יש חשיבות רבה להקלה הנוהגת באנגליה, לפני משורת הדין, הקלה שבמקרים רבים כמעט שקולה לפטור מלא ממס הכנסה על רווחים עסקיים של מלכ"רים. ההקלה קובעת כי רווחים עסקיים של חברת בת של מלכ"ר, המתחייבת להמחות למלכ"ר את כל הכנסותיה, ייחשבו, למעשה, מכוח ההתחייבות הבלתי מותנית, להוצאה של חברת הבת, המותרת לה בניכוי⁵⁸. נראה כי הקלה זו מלמדת על הגישה האמביוולנטית של רשויות המס באנגליה למיסוי מלכ"ר

53 "The blind inmates [are] the beneficiaries by whose work the trade of manufacturing baskets for sale is mainly carried on" Per Lord Clyde in, *IRC v. Glasgow Musical Festival Association* (1926) 11 TC 154, 163

54 ש.ם.

55 הרחבה נוספת של עיקרון זה נקבעה כשהחלט לפטור ממס את רווחיו של בית ספר דתי שהופעל על ידי נזירות: גם הנזירות-המורות, ולא רק החלמידים, נחשבו לנהנות מפעילות המלכ"ר. *Brighton Convent of the Blessed Sacrament v. IRC* (1933) 18 TC 76. מכוח הקלה מנהלית ("extra-statutory concession"), רווחי בזארים של מוסדות וולונטריים, שמטרתם איטוף כספים למטרות המלכ"ר, יהיו, בדרך כלל, פטורים. *Extra-statutory Concession Simon's Taxes C4 H.2* (1992). הודיתור מותנה, בין היתר, בכך שהמוסדות הנהנים מההקלה אינם מעורבים, בדרך כלל, בפעילות עסקית, ושהאירוע, נשוא ההקלה, אינו יוצר תחרות כלתי הוגנת עם גופים מסחריים.

56 ראו לעיל הערה 32, והשוו לריונו סמוך להערה 53 לעיל.

57 ראו ריונו בהערה 34 לעיל, ובטקסט הנלווה אליה. לעומת זאת, לצורך מס ערך מוסף, נפסק בישראל כי הפעלת מגרש חנייה על ידי עמותת יחיד בית החולים נהריה – כאשר תמורת החנייה שולמה "כתרומה" לבית החולים – דינה כדין עסק מסחרי ומן הראוי לטווג אותה (ודק אותה, במובחן מיתר פעולות העמותה), כעסק לצורכי חוק מס ערך מוסף. ע"ש (חיפה) 75/90 עמותת יחיד בית החולים האזורי לגליל המערבי-נהריה ג' מנהל מע"מ, פד"א יט 259. לשאלת הסייחג לצורכי מע"מ: מלכ"ר או עוסק, ראו י בר, לעיל הערה 17, בע' 498-493.

58 מכח ההקלה: "[T]hese schemes will rarely be challenged provided no circularity is involved". ראו *Inland Revenue letter dated September 20 1985 Simon's Tax Intelligence* (1985) 572. יצוין כי ההמחאה צריכה להיות באמצעות הסכם רכ שנתי, וייתכן כי מערכת הדינים המיוחדת להמחאות מעין אלו הקיימת בדיני המס באנגליה, יש בה כדי להסביר, ולו במקצת, את תוצאת המס המיוחדת בהקלה זו.

על הכנסתו העסקית. מנגנון ההמחאה מאפשר למלכ"ר, במקרים רבים, ליהנות מפטור ממס על רווחים עסקיים על ידי שימוש בחברות בת המסיקות רווחים אלו וממחזות אותם למלכ"ר האם.

IV. היקף הפטור בישראל

סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה פוטר "מוסד ציבורי" ונישומים אחרים ממס על הכנסה "שלא הושגה מעסק שהם עוסקים בו, או מדיכודנד או מריבית או מהפרשי הצמדה ששולמו על ידי חבר בני אדם שבשליטתם העוסק בעסק..."⁵⁹. המחוקק הישראלי מגביל, אפוא, את הפטור למקור הכנסה שאיננו "עסק". הקושי הוא בהיעדר הגדרה מפורטת בפקודה, ופרשנות בפסיקה, שיתחמו בבירור את גבולותיו של מונח זה⁶⁰. מקובל להניח כי "הכנסות פסיביות" – היינו, הכנסות שאינן מותגות בתרומתו הממשית והאקטיבית של הנישום (כדוגמת ריבית, דיכודנד ודמי שכירות)⁶¹ – אינן נתשבות להכנסות מעסק, אלא אם כן המקבל סוחר בכספים או בכספים המושכרים, ועל כן אם יתקבלו על ידי מלכ"ר יהיו פטורות ממס הכנסה⁶².

הדין הישראלי תוחם, לכאורה, קו ברור בין הכנסות עסקיות של מלכ"ר החייבות במס לבין הכנסות פסיביות הפטורות ממס. לעומת זאת, המחוקק הישראלי מתעלם, לכאורה, מסוגיית מיסוי פעילות קשורה של מלכ"רים. כך, למשל, נשאלת השאלה, מה דינן של הכנסות של אגודות לשיקום נכים המוכרות עבודות יד של נכים? ומה דינן הכנסותיו של מוסד אקדמי משכר לימוד ששילמו חלמידיו? האם נאמר שקיומו של "עסק" לצורך סעיף 9(2) הוא שאלה הנבחנת באופן אובייקטיבי⁶³, ללא קשר לזהות העוסק ולאופי פעילותו, ועל כן, מכירת

59 להגדרת "מוסד ציבורי" בפקודה, ראו לעיל הערה 2, השוו להגדרת "מוסד ציבורי" בסעיף 61 לחוק מס שבת מקרקעין, התשכ"ג-1963, ובסעיף 39(6) לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961.

60 בסעיף 1 לפקודה מוגדר עסק "לרבות מסחר, מלאכה, חקלאות או תעשייה". פרשנות המתח "עסק" לצורך סעיף 9(2), כמו גם פרשנות המונח "עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי", נדונה בפסיקה פעמים רבות. כך, למשל, נקבעו, בין היתר, המאפיינים הבאים לקיומו של עסק: ידע ובקיאיות, תדירות, אופי הנכס הנמכר, תקופת החזקה, אופן המימון ורמת היזמות והשיווק. ראו, למשל, א' רפאל חי אפרתי דיני מס הכנסה (1985, כרך א) 30-44. [להלן: רפאל-אפרתי].

61 על הכנסות בעלות אופי "פסיבי", ראו, למשל, רפאל-אפרתי, בעמ' 66.

62 הנחה זו מקובלת היום בישראל. ראו, למשל, רפאל-אפרתי, בעמ' 146-148. לבחינת חקופתה של הנחה זו, ראו דיונו להלן בהערות 82-100 הטקסט הנלווה אליהן.

63 מקובל להניח כי מבחן קיומו של עסק לצורך סעיף 9(2) הוא מבחן אובייקטיבי אשר, בדרך כלל, איננו מושפע ממניעים סובייקטיביים. כך, למשל, העדר רצון להפיק רווחים מעסקה מטרימת איננו שולל בהכרח את סווג העסקה כעסק. ראו למשל, רפאל-אפרתי, בעמ' 30; א' לפירות עקרונית מס הכנסה ומס רווחי הון (1970) 83-84, 132, ופסק הדין בעניין החברה הסקוטית להפצת ספרי דת, לעיל הערה 49. על שאלת היחס בין סעיפים 9(1) ו-9(2) ראו דיונו להלן בהערות 65, 69 ובעניין אגודת ידידי האוניברסיטה העברית, להלן הערה 68.

עבודות יד וגביית שכר לימוד ייחשבו, בדרך כלל, לעסק, או שמא יש להציע לצורך פרשנות סעיף 9(2) מבחן משולב לשאלת קיומו של עסק הכולל, בין היתר, בחינה סובייקטיבית של זהות ה"עוסק" כתנאי לקביעת קיומו של עסק? על פי הגישה האחרונה, ניתן לפטור ממס את אגודת הנכים והמוסד האקדמי על רווחיהם מפעילותם הציבורית, שכן הם אינם מוגזרים בפעילותם ה"קשורה" על ידי שיקולים עסקיים⁶⁴. ואכן, פרשנות רשומה המס לסעיף 9(2) קובעת כי הפטור לפי סעיף 9(2) מן הראוי שיכלול גם הכנסותיו של מוסד "ציבורי" הנובעות מפעילותו להשגת המטרה הציבורית⁶⁵.

ההבחנה בין הכנסה פסיבית לבין הכנסה עסקית-אקטיבית של מלכ"ר קובעת, אפוא, בישראל תיחום ברור, לכאורה, בין הכנסות פטורות לחייבות. דיונונו בפרק הבא יוקדש לבחינת תקפותה של הבחנה זו. שאלת סווג הכנסות מרמי שכירות, אשר נרונה בבית-המשפט העליון, יכולה לשמש דוגמה לבדיקת הרלוונטיות של מבחן זה.

- 64 השוו לריונו לעיל בדבר הפטור לפעילות קשורה בארה"ב ובדבר התנאים הנדרשים באנגליה לשם מתן פטור ממס להכנסותו העסקית של מלכ"ר.
- 65 קובץ הפרשנות לפקודת מס הכנסה ("החבק") סעיף 9(2) 4.7. לכאורה, מקביעה זו עולה כי "פעילות להשגת המטרה הציבורית" פטורה ממס, גם אם יש בה מרכיב עסקי. על פי גישה זו, יש מקום לסמנים סובייקטיביים בבחינת קיומו של עסק, שכן הכנסה שמקורה "בפעילות להשגת המטרה הציבורית" איננה נחשבת, לכאורה, כהכנסה "מעסק [שהמוסד הציבורי] עוסק בו". על פי פרשנות זו יש לסייג, במידת מה, את עמדת רשומה המס, המובעת במקום אחר בחבק, ולפיה "קביעת מקור ההכנסה לענין סעיף 9(2) תעשה בהתאם למבחנים ולכללים שנקבעו בסעיף 2 לפקודה" (שם, 2.4). להשוואת המונח "עסק" בסעיף 9(2) למונח "עסק" בסעיפים 1(1) 28 לפקודה, בפסיקת בית-המשפט העליון, ראו אגודת יידי האוניברסיטה העברית, להלן הערה 68. קירש (לעיל הערה 2, בע' 302) מציע את הסיכום הבא לדין הנוהג בישראל: "קיומו של עסק יקבע בהתאם לאופי המיסחרי (או הכלת-מיסחרי) של הפעילות, על ניהולה ואירגונה, וזהו כמובן מיבחן אובייקטיבי; פלמן בספרו מ-1946 מצוין, כי אפילו רווחים ממכירת מוצרים מלאכת ידם של עיוורים במוסד יתחייבו במס (שם, עמ' 128)". עוד לבחינת חכלית הפעילות כאמת מידה רלוונטית לשאלת החבות במס, ראו למשל, א' אבני "המלכ"ר לאן" מיסים ה-5 (1991) א-34, א-36, א-42.
- לאור הקביעה כי תוצאות המס ייחטבו על פי הפסיקה בשאלת קיומו של עסק, חו תיבחן (רק), או בעיקר) באופן אובייקטיבי, ולא על פי ייעוד התמורה, יש מקום, לכאורה, להקשות על מסקנת בית-המשפט המחוזי בירושלים אשר, במאמר מוטגר, קבע כי: "...אפילו יתברר שמוסד ציבורי פלוגי מצליח לשאת את עצמו ואף להפיק רווח מן הכספים שהוא גובה עבור שירותיו הפילנטרופיים, עדיין הכנסותיו פטורות כל עוד נכסיו והכנסותיו משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד" (עמ"ה (ירושלים) 50/90 ויוזע יצחק נ' פ"ש ירושלים מיסים ז-1 (1993) ה-110, ה-113). דיונונו לעיל מוכיח כי, בבחינה אובייקטיבית, גם "שירותים פילנטרופיים" יכולים להיחשב לעסק. לגישת בית-המשפט העליון, לפיה די במטרה

בעניין מכבי אבשלום⁶⁶ טען פקיד השומה כי יש לחייב במס הכנסה הכנסות מוסד ציבורי מהשכרת בית קולנוע כאשר המוסד, משכיר הנכס, התחייב בהסכם השכירות לבצע מספר פעולות "אקטיביות". פעולות אלו כללו, בין היתר, מעורבות בהשגת הרישיונות הדרושים לניהול בית קולנוע בנכס המושכר, תשלום הוצאות התאורה, משכורות הסדרנים ופועלי הניקיון והשתתפות בהוצאות אחרות של השוכרים. זאת ועוד, דמי השכירות נקבעו כאחוז ממחזור ההכנסות ברטו של בית הקולנוע. לטענת פקיד השומה, פעולות אלו הפכו את המוסד הציבורי, המשכיר, לשותף בעסקו של השוכר. בית המשפט העליון, "לא בלי היסוס"⁶⁷, קבע כי מעורבותו של המשכיר בניהול העסק לא הגיעה לרמה של יצירת שותפות עסקית בינו לבין השוכר, ועל כן נפסק כי הכנסות המוסד הציבורי, המשכיר, פטורות ממס. לעומת זאת, בעניין אגודת יידי האוניברסיטה העברית⁶⁸ קבע בית המשפט כי בשל אופיין יש למסות הכנסות מפרדס כהכנסות מ"עסק", למרות

זמנית של החייב במס לעשיית רווח כדי לסווגו כעוסק לצרכי חוק מע"מ (חאת גם אם הרווח מיועד למימון מטרות ציבוריות של המלכ"ר), ראו ע"א 767/87 עמותת בשעריך ירושלים נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד מד (4) 800.

על פי גישה פרשנית, החולקת על העמדה המסורתית (אך דומה, במידה רבה, לעמדת החכב שלעיל), ניתן היה להגיע לתוצאה הפוטרת ממס הכנסה רווחים של פעילות "קשורה", גם בזמן הישראל, על ידי פרשנות המתנה "עסק" בסעיף 9(2) לפקדה: "אם פעילותו של המוסד הציבורי תואמת את מטרותיו הציבוריות תהינה הכנסותיו פטורות ממס. מאידך אם פעילותו היא בתחום העסקי, הרי שהכנסותיו העסקיות תחויבה במס. מתוך פרשנות זו מתבקשת המסקנה כי מטרותיו הציבוריות של המוסד הציבורי הן עצמן אינן בבחינת "עסק", שאם לא כן קיימת סחירה פנימית בסעיף עצמו". א' צחור מבחין, אפוא, בין הפרשנות ה"רגילה" של הכנסותיו במס" מיסים כ"ב (1988) א"1. צחור מבחין, אפוא, בין הפרשנות ה"רגילה" של המתח "עסק" לצורך סעיף 9(1), לבין פרשנות המתח לצורך סעיף 9(2). לדעתו, המבחן "עסק" בסעיף 9(2) מחייב, בין היתר, הן קיומו של "עסק" על פי מבחני הפסיקה הנדרשים לצורך סעיף 9(1), והן את היותה של הפעילות העסקית מחוץ למטרותיו הציבוריות של המוסד (שם, א"8-א"10). כחימוכין לעמדה זו, צחור מצביע על כך שסעיף 9(2) קובע את הפטור לא רק למוסד ציבורי אלא אף לקופת גמל. אמור אפוא: כשם שפעילותה של קופת גמל, העולה כדי עסק בבידוח ערך, פטורה ממס (כל זמן שהיא עוסקת רק בתחום זה), הוא הדין גם בהכנסתו של מוסד ציבורי כל זמן שהוא עוסק במטרותיו הציבוריות. קירש חולק על צחור. גם הוא מסכים כי "רצוי לפטור הכנסותיו של מוסד ציבורי הנובעת מעסק שניהלו קשור להשגת המטרה הציבורית. [אך] תוצאה זו מושגת בחו"ל בחקיקה מפורשת, ונראה שלא ניתן להגיע לאותה תוצאה בישראל על ידי פרשנות בלבד". קירש, לעיל הערה 2, בעמ' 307.

66 ע"א 576/66 פקיד השומה פתח תקווה נ' "למען מכבי אבשלום" בע"מ, פ"ד כ (4) 809.

67 שם, 811.

68 ע"א 335/79 פקיד השומה כפר סבא נ' אגודת יידי האוניברסיטה העברית בע"מ, פ"ד א יא

.44

שהמוסד הציבורי לא היה מעורב כלל בניהול הנכס, שעובד בידי חברה קבלנית⁶⁹. עמימותו של הדין הנוהג בישראל בדבר מיסוי מלכ"רים, והיעדר אחדות ביישומו בחוקי המס השונים, עמדו במרכזה של ביקורת מקצועית וציבורית, שבאה לידי ביטוי, בין השאר, בדו"ח מבקר המדינה משנת 1990⁷⁰. על רקע

69 בית-המשפט רחה את הניסיון לפרש את הוראת סעיף 9(2) – המססה הכנסות מלכ"רים שמקורן "בעסק שהם עוסקים בו" – כבאה לצמצם את תחום ההכנסות החייבות במס להכנסות שמקורן ב"עסק אקטיבי" ("שהם עוסקים בו") דווקא. לעומת ההלכה שנפסקה בעניין מכבי אבשלום, הרי שבעניין בית הכנסת הגדול בת"א נפסק כי מעורבות המוסד הציבורי – שגבה תשלומים בגין השכרת אולם האירועים של בית הכנסת העביר 80% מהם לחברת קייטרינג שערכה את האירועים בפועל – מגיעה כדי שוחפות בעסק (עמ"ה ת"א) 520/81 בית הכנסת הגדול בת"א נ' פקדי השומה ת"א 4, פד"א י"ב 367). מאידך, באותו עניין נקבע כי השכרת מקומות חנייה על כסיס חודשי איננה יוצרת למוסד הציבורי הכנסה מעסק, אלא מדמי שכירות, וזאת למרות שכית הכנסת העמיד שומר שתפקידו להשגיח כי רק מי ששילם עבור מנוי חודשי יוכל להחנות את רכבו.

70 דו"ח שנתי 40 של מבקר המדינה (1990) 41-56. הדו"ח קבע, בין היתר, כי: "ההגדרות של 'מוסד ציבורי' לענין ההטבות השתות ושל 'מלכ"ר' בתוק מ"מ הן שונות, ועקב כך גם המסגרות של חייבי המס, שעליהם חלות ההוראות אינן זהות, אם כי יש ביניהן תפיפה רבה... מאחר שהגדרת מוסד ציבורי בסעיף 9(2) היא כללית ומשאירה תחום רחב לפרשנות, המליץ משרד מבקר המדינה בפני הנציבות שתיוסם תיקון לפקודה, לפיו יותנה הפטור באישורה המוקדם. האישור ינתן לכל מוסד בנפרד, לאחר בדיקת הבקשה, החייבת להיות מלווה כתיצוד, המבטט את הזכות לפטור. כעקבות האישור יתאפשר גם פיקוח על המשך עמידתו של המוסד בתאי הפטור וגם יובטח חיוב של פעילות עסקית החייבת במס, אם תהיה כזאת. הנציבות הודיעה למשרד מבקר המדינה, כי מקובלת עליה המלצת הביקורת: לדבריה יתאפשר הדבר רק לאחר טיוס עבודת הודעה שהוקמה במאי 1989 לבחינת כלל הבעיות הקשורות במוסדות ציבוריים ומסקנותיה המגובשות יביאו לצמצום ניכר במספר הגופים שיכללו במסגרת זו... מהותה של המטרה הציבורית שבגינה זכאי גוף ליהנות מפטור ממס הכנסה העסיקה את הנציבות ושאלה זו גם נדונה בספרות המקצועית. בהעדר הנחיות ברורות, קרה שהבדיקות לא היו ממצות וההחלטות – לא תמיד עקביות... בשנים האחרונות עומדת הנציבות על כך, שמטרתו של מוסד ציבורי תהיה לטובת ציבור ולא למען יחיד... לדעת הנציבות, המטרה של מוסד ציבורי צריכה להיות לציבור פתוח, וגוף הפועל לטובת חבריו בלבד אינו פועל למטרה ציבורית, כמשמעותה בסעיף 9(2), והוא חייב במס על הכנסותיו". בהתייחסה לענין סיווג הכנסות של מלכ"ר כהכנסות עסקיות קבעה המבקר כי: "מוסד ציבורי פטור ממס הכנסה רק על הכנסות שאינן מעסק ואינן מריבדנד, מריבית או מהפרשי הצמדה שקיבל מחבר בני אדם שבשליטתו, העוסק בעסק. עסק, על פי הגדרתו בספקודה, כולל מסחר ומלאכה. מוסד ציבורי חייב במס על הכנסות כאלה, אף אם הן משמשות לקידום המטרה הציבורית שלו. למוסדות ציבוריים רבים יש מבנים ובהם אולמות המשמשים לא רק לצורכי פעילותם הציבורית, כי אם גם לאירועים ושמחות, תמורת תשלום. פעילות זו מהווה תחרות כלכלית כאותו ענף, אולם אין היא בהכרח בגדר עסק שהכנסה ממנו חייבת במס. ההבחנה בין הכנסה שמקורה בדמי שכירות והכנסה עסקית לעתים קשה ומספר המקרים שהובאו להכרעה שיפוטית כשאלת הגדרת המקור של הכנסותיהם של מוסדות ציבוריים לענין חיוב במס הוא מועט".

ביקורת זו הקימה נציבות מס הכנסה ועדה למיסוי מוסדות ציבור. בהתאם להמלצות הוועדה⁷¹ יש למסות, בדרך כלל, גם את הכנסותיהם הפסיביות של המלכ"רים⁷². הוועדה המליצה להשאיר את הפטור רק לגבי הכנסות פסיביות, שאילו התקבלו בידי יחיד היו פטורות (למשל, הכנסות מריבית ומשכר דירה, הפטורות, בתנאים מסוימים, ממס הכנסה גם אצל יחיד)⁷³. כמוכך המליצה הוועדה למסד את הפטור לגבי הכנסות מאירועים חד-פעמיים, כדוגמת בוארים⁷⁴. ההמלצה בדבר הרחבת היקף החבות במס של המלכ"רים נומקה "הן מחמת מבחנים פסיקליים והן מחמת המבחן הציבורי של שוויון ומניעת יתרון יחסי בניהול עסקים"⁷⁵. למרות אימוץ רציני התחרות ההוגנת⁷⁶, הוועדה לא מצאה לנכון לפטור ממס את פעילותו הקשורה של המלכ"ר; כזכור, רצינון זה קבע את גבולות הפטור בארה"ב, פטור הכולל, בין היתר, רווחים מפעילות עסקית "קשורה"⁷⁷.

V. תיחום היקף הפטור: דיון נורמטיבי

1. מכוא

דיונונו עד כה הציג את היקפי הפטור בדין הנוהג בארה"ב, באנגליה ובישראל. נראה כי הכללים הנוהגים במדינות השונות חסרים עקביות; חסר זה, כך נראה,

- 71 מיסים ה" (1991) כ"ב.
- 72 בהתאם להמלצה 6.4: "מלכ"ר אשר יש לו עיסוקים, או הכנסות עסקיות או פסיביות והמקיים בעיקרו את המטרה הציבורית, תופרד בידי הפעילות העסקית והפסיבית למסגרת נפרדת. ההכנסה מפעילות זו תחוייב כמס בדרך הרגילה, פרט לדרכי דיווח וחישוב ההכנסה החייבת, שייקבעו בכללים...". המלצת הוועדה עלתה בקנה אחד עם עמדת הממשלה, שגובשה בהצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (יצירת תנאים לצמיחה ולקליטת העלייה), התשנ"א-1990, הי"ח 2020 סיום 21/11/90, אשר הציעה לחייב מוסד ציבורי במס על הכנסותיו מריבית, מהפרשי הצמדה ומדמי ניכיון. הצעה זו לא אומצה בחקיקה.
- 73 המלצה 6.7.
- 74 "לא ייחשב כפעילות עסקית, עיסוק שנעשה באופן אקראי, בלתי תדיר ובמקום בלתי קבוע (כל התנאים יחד)". המלצה 6.4.
- 75 סעיף 7.1.
- 76 רצינון התחרות ההוגנת מצא את ביטויו גם בכללים שהוחקו לאחרונה בדבר "קריטריונים לאישור מוסד ציבורי לעניין סעיף 46 למקודת מס הכנסה" (המאפשר ויכוח, בתנאים מסוימים, של חלק מתרומה למוסד ציבורי). סעיף 3 לקריטריונים אלו מונה שישה "מבחנים לפעילות עסקית שעלולה לפסול מוסד מהיותו מוסד ציבורי". מבין המבחנים הללו, המבחנים הבאים רלוונטיים לטענת התחרות הבלתי הוגנת: "ג. מוסד המתחזר בסקטור העסקי מבחינת אופי השירותים והמוצרים שהוא מספק; ד. ככל שמחירי המוסד קרובים למחירי השוק, תיחשב פעילותו עסקית; ו. ככל שהמוסד מספק סחורות ושירותים לגופים עסקיים, הנטייה לראות בו גוף עסקי תגבר". מיסים ו-1 (1992) 114-1.
- 77 ראו דיתנו לעיל בפרק 2.

מקורו בהיעדר תפיסה נורמטיבית מוסכמת בדבר תפקידם החברתי-כלכלי של מלכ"רים. מן הראוי כי שאלה זו תיבחן על שני חלקיה: באילו תחומים, אם בכלל, יש לעודד פעילות מלכ"רים, וכיצד תמומן פעילותם? הרציונל שאומץ על ידי המחוקק האמריקאי עם תיקון החוק בשנת 1950, הקובע כיום את גבולות הפטור המוענק בארה"ב להכנסות מלכ"רים, הוא החשש מפני תחרות בלתי הוגנת בין מלכ"רים לבין המגזר העסקי.⁷⁸ הפטור ממס, כך נטען, נותן למלכ"ר תשואה גבוהה יותר להון, ועשוי לשמש מנוף להשתלטות על עסקים "רגילים" החייבים במס.⁷⁹ תיקוני החוק – שכללו, כזכור, מיסוי פעילות עסקית בלתי קשורה של מלכ"ר ומיסוי הכנסה פסיבית של מלכ"ר שמקורה בנכסים שרכש באשראי⁸⁰ – נועדו להקטנת יכולת התחרות בין המלכ"ר לסקטור העסקי.

מבקרי הרפורמה בארה"ב תוקפים הן את הנחות היסוד שלה והן את תוצאותיה.⁸¹ לשיטתם, הפטור הנוכחי מקורו בהנחות יסוד שרירותיות והוא מבוסס על רציונל כלכלי בלתי מוצדק.

בפסקאות הבאות נעסוק בבחינה ביקורתית של ההבחנה בין הכנסה אקטיבית להכנסה פסיבית, בבחינת תקפותה כקובעת את היקף הפטור, ונראה את חולשתה. לאחר מכן נבדוק את הבעייתיות הכרוכה בחלופה הפוטרת ממס פעילות עסקית "קשורה" של מלכ"ר. דיון זה יוכיח כי מבחינה נורמטיבית, ובניגוד לדינים הנהוגים, יש לזהות בראש ובראשונה את הפונקציה החברתית-כלכלית אותה ממלא מגזר המלכ"רים, ורק לאחר מכן לקבוע את היקף הפטור הראוי לחול, בהתאם לשיקולים של יעילות כלכלית.

2. ההבחנה המלאכותית בין הכנסה פסיבית להכנסה אקטיבית בהבחנה בין הכנסה פסיבית להכנסה אקטיבית אין ממש מבחינה כלכלית. ההנחה

- 78 ראו דיונו שם. לאימוץ רציונל זה בישראל ראו הערות 75-77 והטקסט הנלווה אליהן.
- 79 "The problem at which the tax on unrelated business income is directed is primarily that of unfair competition. The tax-free status of [Section 501(c)] organizations enables them to use their profits tax free to expand operations, while their competitors can expand only with the profits remaining after taxes. Also, a number of examples have arisen where these organizations have, in effect, used their tax exemptions to buy an ordinary business. That is, they have acquired the business with little or no money in their own part and paid for it in installments out of subsequent earnings..." Rep. No. 2375, 81st Cong., 2d Sess., reprinted in 1950-2 CB 483, 504.
- 80 סעיף 514 לקוד המס ממטה "unrelated debt-financed income". וראו את התקפתם של Bittker & Rahdert (לעיל הערה 14, בעמ' 322-324) על הטענה שלפיה מלכ"רים יכולים לסחור בפטור ממס ולהפיק ממנו רווחים.
- 81 ראו, למשל, Bittker & Rahdert לעיל הערה 14, בעמ' 319-326; וכן Rose-Ackerman "Unfair Competition and Corporate Income Taxation" 34 *Stanford L. Rev.* (1982) 1017.

העומדת ביסוד ההבחנה היא, כנראה, כי הכנסה פסיבית איננה מחייבת "גייעה אישית"⁸² והיא הכנסה שהגישום אינו צריך לתרום תרומה ממשית לפעילות היוצרת אותה⁸³.

סיווג ההכנסה על פי מבחן זה – המודד את מידת האקטיביות של הגישום – מתבצע על יסוד נתונים כמותיים, ונתונים אלו נמצאים, במידה רבה, בשליטתו של הגישום. לכן, אין להתפלא אם גם נישום "היפראקטיבי" יהפוך, במינן מתאים, לפסיבי, כדי לזכות במעמד מועדף לצורכי מס⁸⁴. הפסיביות של הגישום תכתבא באימוץ דפוסי התנהגות ובבחירה בעיסוקים בעלי אופי פסיבי, או לחלופין באמצעות שימוש במתווך "אקטיבי" (למשל, ברוקר) אשר יהפוך את הכנסות הגישום לפסיביות. כך, למשל, אצל נישומים שאינם עוסקים באופן "פעיל" בהשקעות ובפיננסים, הכנסות מסוימות – כדוגמת ריבית ודיבידנד, אשר לגביהן מקובל להניח כי אינן מותנות בתרומתו הממשית והאקטיבית של הגישום – זוכות מלכתחילה, ובאופן "אוברייקטיבי", לסיווג של הכנסות פסיביות. מכאן ברור שהנישומים יכולים לבחור לעצמם דפוסי התנהגות ותחומי עיסוק "פסיביים" או "אקטיביים". זאת ועוד, במרבית המקרים יש לנישומים יכולת מגיפולטיבית להקנות להכנסה נתונה גוון פסיבי או אקטיבי, בהתאם לתוצאת המס הרצויה להם. טענתנו באשר לחוסר הממשות של ההבחנה בין סוגי ההכנסות על פי רמת ה"אקטיביות" שלהן תודגם באמצעות ניתוח שני סוגים של הכנסה שמקובל לסווגם כהכנסה פסיבית: הכנסה מריבית והכנסה מדמי שכירות. בניתוח נראה את יכולת התמרון של הגישום בבחירת סוג ההכנסה ונגלה את הסממנים האקטיביים, הנסתרים לעתים, של עסקאות פסיביות.

הכנסה מריבית היא הכנסה שמקובל לסווגה כפסיבית אם הגיעה לידי מי

82 המתוח "הכנסה מיגיעה אישית" מוגדר בסעיף 1 לפקדה ככולל סוגי קצבה ומענקים מסוימים. לסיווג ההכנסה כהכנסה מיגיעה אישית יש נפקות, למשל, לצורך סעיף 38 (ויכר לבן זוג עובד), סעיף 9(5) (פטור להכנסת עיוור או נכה), סעיף 67 (הכנסה שהושגה מיגיעה אישית של בני זוג במשק חקלאי) וסעיף 121 (שיעור המס ליחיד).

83 לחשיבות ההבחנה בדיון הישראלי, ראו, למשל, רפאל-אפרתי, בעמ' 66; א' אבני "המלכ"ר לאן" מיסים ה"5 (1991) א"34, א"49. ההבחנה בין הכנסה אקטיבית לבין הכנסה פסיבית, בהשכרת נדל"ן למשל, היא הקובעת את סיווג מקור ההכנסה: הכנסה מכוח סעיף 12(1), או מכוח סעיף 62(6). כך, למשל, בע"א 44/85 נודה אריאל בע"מ ג' מנהל מע"מ, פ"ד מא (3) 634, 643, חזר בית-המשפט על ההבחנה בין הכנסה פסיבית מדמי שכירות לבין הכנסה אקטיבית שמקורה בעסק של השכרת נכסים: "הדגשת המבחנים של ארגון הפעילות ופיתוח המקרקעין מצביעה על כך, שהכנסות החברה לא היו ממקור פסיבי, אלא צורתן היתה כרוכה בגיעה, ולפיכך יש לסווג את פעילותה כעסק לפי סעיף 12(1) לפקדה" [הדגשה שלי – י' ב.].

השוו: עמ"ה 62/85 קריית יהודית פרק העשייתי בע"מ ג' פשמ"ג, פד"א יד 24. באופן דומה, ההבחנה בין הכנסה עסקית לבין הכנסה פסיבית היא הקובעת את סיווג ההכנסות מריבית ומהפרשי הצמדה כהכנסה חייבת במס על פי סעיף 12(1), או כהכנסה פסיבית החייבת במס על פי סעיף 2(4).

84 באופן דומה ניתן לשוות להכנסה פסיבית סממנים אקטיביים.

שאינו "עוסק" בכספים⁸⁵. ברם, לטענתנו, עסקת ההלוואה, היוצרת את תשואת הריבית, היא עסקה אקטיבית.

לכל הלוואה יש מרכיב סיכון. קביעה זו נכונה גם כשמדובר בהלוואה ממשלתית, או הלוואה הנחמכת בערבות מדינה "עשירה" שבשוקי הכספים מקובל להתייחס אליה כאל הלוואה "נטולת סיכון"⁸⁶. מבחינה פיננסית, כל עסקת הלוואה כוללת שתי עסקאות. מרכיב הסיכון יוצר בכל הלוואה עסקת אופציה עצמאית (עסקת סיכון). לצדה של עסקת אשראי "כטוחה". בעסקת האופציה הלווה הוא רוכש האופציה, והמלווה – כותב האופציה. עסקת האופציה העצמאית תמומש (באופן שיוצג בפסקה הבאה) אם הלווה לא יפרע את ההלוואה (כולה או חלקה), בשל היותו חרל-פירעון, או מסיבה אחרת. פרמיית הסיכון שהלווה (רוכש האופציה) משלם למלווה (כותב האופציה) מתווספת למחיר האשראי ה"טהור" (שהיה נקבע בעסקה "נטולת סיכון"), והיא מהווה את מחיר הרכישה של עסקת האופציה. על פי גישה זו, ניתן לפצל כל עסקת אשראי "רגילה" למרכיביה: עסקה נטולת סיכון לחלוטין⁸⁷ שמחירה משקף את היעדר הסיכון, ועסקת אופציה שמחירה משקף את רמת הסיכון. באופן דומה, ניתן לפצל את מחיר האשראי – הריבית – למרכיביו⁸⁸.

מבחינה מסחרית, אופציית הסיכון – הנמכרת ללווה על ידי המלווה (כותב האופציה) עם כל עסקת אשראי ונגד תשלום פרמיית סיכון – שקולה לאופציית מכירה ("put") של נכסי הלווה הניתנים למימוש בפשיטת רגל⁸⁹. לווה שאינו פורע את חובו מממש את האופציה. עם מימוש האופציה, ובהתאם לתנאיה, הלווה חדל-הפירעון מכריח את המלווה לקנות את נכסיו הניתנים למימוש (אם ישנם כאלו), במחיר השווה ליתרת החוב הבלתי מסולק.

נכס הכסיס עליו נכתבת האופציה יכול להיות מוסכם מראש, או לחלופין "צף". בהלוואה, שהבטוחה היחידה לה היא נכס מסויים – נשוא האופציה, ולמלווה אין זכות חזרה אל הלווה ("nonrecourse loan"), תוצאות מימוש האופציה סוכמו מראש: ללווה שמורה האופציה לא להחזיר את ההלוואה, וכנגד זה למסור את הנכס המשועבד למלווה. במקרה זה מימש הלווה את זכותו למכור (to put) למלווה את נכס הבסיס, נשוא האופציה (הנכס המשועבד), במחיר השווה

85 ראו, למשל, רפאל-אפרתי, בעמ' 68.

86 למשל, שטרי אוצר בארה"ב.

87 כאמור, ההנחה כדבר קיומה של עסקת הלוואה "נטולת סיכון" היא בדרך כלל תיאורית בלבד. כך, למשל, שוקי הכספים בעולם מניחים כי שטרי האוצר של ממשלת ארה"ב הם נטולי סיכון לחלוטין. "משקיף אובייקטיבי", המכיר את נתוני הגירעון הממשלתי בארה"ב, יכפור, קרוב לוודאי, בקביעה זו.

88 במקום אחר הרחבנו את הדיבור על המשמעות המשפטית של עסקת האופציה ועל השלכותיה בארה"ב. ראו Y. Beer "The Taxation of the Risk Component in a Loan: An Option Analysis" Tax Notes (October 26, 1992) 525.

89 לחלופין, ניתן לראות בה אופצית רכישה ("call"). ראו להלן הערה 90.

ליתרת החוב הבלתי מסולק⁹⁰. בעסקת הלוואה "רגילה" – אשר בה יכול המלווה לרדת אל כל נכסי הלווה (בכפוף לדיני פשיטת רגל) – נכס הבסיס, נשוא האופציה, הוא כלל הנכסים ה"צפים", הניתנים למימוש, של הלווה. אם הלווה יממש את האופציה ולא יפרע את ההלוואה, ירד המלווה לנכסים אלו⁹¹.

90 במקום אחר דנו בתוצאות המשפטיות, של עסקת אופציה מעין זו, בעיקר בארה"ב. ראו Y. Beer "Nonrecourse Loans: Do Not Forget to Tax the Option" *Tax Notes* (November 18, 1991) 837. במאמר זה הצגנו גם גישה חלופית המנחת את עסקת האשראי ה"בלתי-הדירה" כעסקת מכר שלצידה עסקה של אופציית רכישה ("call"). על פי גישה זו, עסקת אשראי שבה המלווה אינו רשאי לחזור ללווה – והבטחה היחידה לסכום ההלוואה היא הנכס המשועבד – רינה, מבחינה מסחרית, כעסקת מכר אשר בה המלווה (עם החימת העסקה) רוכש את הנכס המשועבד מידי הלווה. ללווה, מוכר הנכס, שמורה האופציה לקנות בחזרה את הנכס (to call) מידי המלווה על ידי החזר החוב. המוכר, הלווה, יממש את זכות הקנייה אם מחיר הנכס, ביום החזר ההלוואה, יהיה גבוה מיתרת חובו למלווה; אם מחיר הנכס יהיה נמוך מיתרת החוב, הלווה לא יפרע את חובו, דהיינו, לא יממש את זכות הרכישה השמורה לו מכוח עסקת האופציה. ההבדל בין שתי גישות הניתוח הוא בניית עסקת ה"ייסוד" בעסקת האשראי הבלתי-הדירה. על פי הגישה הראשונה (אופציית מכירה) יש בעסקת אשראי שתי עסקאות: עסקת הלוואה רגילה שלצדה עסקה של אופציית מכירה. על פי הגישה השנייה, עסקת היסוד היא מכר ולצדה עסקה של אופציית רכישה. באותו מאמר העדפנו לנתח את עסקת האשראי הבלתי-הדירה כדרך המס בארה"ב על פי החלופה הראשונה, דהיינו, כהלוואה שבצדה אופציית מכירה. מקורה של העדפה זו מצוי בפסיקה בית-המשפט העליון בארה"ב, שלפיה יש לסווג הלוואה בלתי-הדירה כעסקת הלוואה לצורכי מס: *Crane v. Commissioner*, 331 U.S. 1 (1947); *Commissioner v. Tufts*, 461 U.S. 300 (1983). מכאן, שאם חימצא שיטת משפט אשר בה חסווג עסקת ההלוואה הבלתי הדירה כעסקת מכר, תראה גישת הניתוח המוצעת בעסקה זו מכר שאליו נלווית עסקה של אופציית רכישה ("call").

91 עם מימוש האופציה, מימוש נכסי החייב – שערכם נמוך מערך יתרת חובו (שהרי אם לא כן יעריך הלווה לפרוע את החוב) – שקל, בכפוף לדיני הפירוק או פשיטת הרגל, לסילוק יתרת חובו של הלווה. באופן דומה ניתן לנתח עסקת הלוואה "רגילה" שבה הלווה היא חברה בערבון מוגבל. החברה הלווה מוכרת, למעשה, את נכסיה למלווה עם קבלת ההלוואה. במקביל, החברה הלווה רוכשת אופציית רכישה מהמלווה על כל נכסיה. מבחינה פיננסית, החברה אינה חייבת להחזיר את ההלוואה, אלא רק שמורה לה הזכות לעשות זאת. אם ערך נכסי החברה יהיה נמוך מערך החוב, החברה לא תפרע את החוב ונשיה יחפסו את נכסיה הניתנים למימוש. מבחינה זו, כומן עריכת הסכם ההלוואה, רכש המלווה, למעשה, את נכסי החברה, והחברה הלווה רכשה אופציית רכישה ("call") המאפשרת לה לרכוש את הנכסים בחזרה עם פרעון ההלוואה. עוד על גישת האופציות כניתוח הלוואות של חברות בערבון מוגבל ראו בספרם של R.A. Brealey & S.C. Myres *Principles of Corporate Finance* (3rd ed., 1988) 471.

על פי גישת האופציות המוצעת, הרי שעל מנת לנתח את תוצאותיהן המשפטיות של עסקאות אשראי בכלל ואת תוצאותיהן בתחום המיסוי בפרט⁹², יש לפצל את העסקאות לעסקת אשראי נטולת סיכון ולעסקת אופציה הנלווית אליה. עסקת האופציה, כמו כל אופציית "put" אחרת, היא עסקת ביטוח הנלווית לעסקת האשראי; מחירה של האופציה הוא תוספת הסיכון שהמלווה גובה כדמי ביטוח בשל הסיכון ההוני. המלווה פועל, אפוא, בכשירותו הנוספת ככותב האופציה (מבטח), ואילו הלווה פועל בכשירותו הנוספת כרוכש האופציה (מבוטח). כך, למשל, אם שיעור הריבית בעסקת אשראי נתונה הוא 15% לשנה, ושיעור הריבית בעסקת אשראי "נטולת סיכון", הוזהה ביתר תנאיה לעסקה הראשונה הוא 10%, הרי שפרמיית הסיכון הביטוח בעסקה הנתונה היא בשיעור של 5%, וזה מחירו של כתב האופציה.

ניתוח עסקאות אשראי על פי גישת האופציות ממחיש עד כמה אין ממש בהבחנה המסורתית בין "הכנסה אקטיבית" ל"הכנסה פסיבית". הבחנה זו מאפשרת, למעשה, לנישום לבחור את הסיווג המתאים לו. הגישה המוצעת מראה כי עסקת אשראי, המסווגת, בדרך כלל, כעסקה "פסיבית", שקולה מבחינה פיננסית לעיסוק ישיר בביטוח אשראי או בכתיבת אופציות בנוסף למתן אשראי בעסקה (וכריבית) נטולת סיכון. שיטת המס הנוהגת מסווגת את פירותיה של העסקה האחרונה (הכנסה מביטוח או מכתיבת אופציות) כהכנסה אקטיבית, אם היא נעשית באופן עצמאי. לעומת זאת, על פי הדין הנוהג, הכנסה מעסקת אשראי "רגילה", לרבות הכנסה ממרכיב הסיכון (האופציה) הגלום בה, נחשבת לפסיבית. כלל שירותי כזה – הקובע דין מס שונה לעסקאות זהות מבחינה מהותית, השונות בצורתן הפורמלית בלבד – איננו תורם ליעילות שוק האשראי ופוגע בהקצאת המקורות בו⁹³.

דוגמה נוספת, שאף היא יכולה להמחיש את הקושי להבחין בין סוגי הכנסה בהתאם ל"רמת האקטיביות" שלהם, היא הכנסה מדמי שכירות. מקובל לסווג הכנסה משכירות, בידי מי שאינו עוסק בנדל"ן, כהכנסה פסיבית⁹⁴.

92 ליישומי גישת ניתוח זו בדיני המס בארה"ב ראו י. בר, לעיל הערה 88. דיוגנו שם כולל, בין היתר, את בחינת השפעתו של מרכיב הסיכון – הן בעסקאות המסווגות כחוב ("debt") והן בעסקאות המסווגות כהון ("equity") – וכן את כימותו לצורכי מס. זאת ועוד, שחרור מלא או חלקי של לווה, על ידי המלווה, מחבותו לפרעון ההלוואה בשל הרעה ביכולת הפירעון שלו, משמעותו, לצורכי מס, מימוש אופציה על ידי הלווה. לסיחוג השחרור כעסקת אופציה השלכות מרחיקות לכת על כמות ההכנסה ועל קביעת עיתויה.

93 באופן דומה ניתן לבקר את יישומו של קריטריון מקובל במיסוי בינלאומי במיסוי הכנסות מנכסים ומכשירים פיננסיים, הקובע חבות מס בהתאם לרמת פעילותו של הנישום במדינה הזרה. כך למשל, בארה"ב, מיסוי של נישום זר ייקבע בהתאם לרמת פעילותו ולפי אופי מעורבותו בפעילות "אקטיבית" בארה"ב. בעניין הדין הנוהג בארה"ב ראו, למשל, McDaniel & Ault *Introduction to United States International Taxation* (3rd, ed., 1989) 53-57.

94 ראו, למשל, רפאל אפרתי, בעמ' 85.

נישום שהוא בעל נכס נדל"ן, למשל, בית דירות, יכול להפיק ממנו הכנסה במספר אופנים: (1) החכרת הנכס לטווח ארוך כנגד דמי חכירה בשיעור קבוע שאיננו מותנה ברווחי החוכר; (2) השכרת כל הנכס תמורת דמי שכירות ששיעורם מותנה ברווח (או במחזור) שהפיק השוכר מהנכס; (3) החכרת דירות לדיירים שונים בחכירה לטווח ארוך; (4) השכרת דירות לדיירים שונים לטווח זמן קצר, למשל, על ידי הפעלת הנכס כמלון דירות. על פי הסיווג המקובל, הכנסה המופקת מן החלופה הראשונה (חכירה) תסווג כפסיבית, ואילו הכנסה המופקת מן החלופה הרביעית (מלון דירות) תסווג כאקטיבית. בשני המקרים האחרים יש סממנים "מעורבים", וההכנסה במקרים אלו תסווג בהתאם לתוצאות "מדד האקטיביות" של המשכיר.⁹⁵ דוגמה זו ממחישה את העיוות הכלכלי הנגרם כתוצאה מקביעת דין מס שונה לאירועים כלכליים דומים. מלכ"ר, המשכיר בית דירות, כמו כל משכיר אחר, יכול לתמך בין ארבע החלופות השונות בהתאם לתוצאת המס הנוחה לו. החלופה האופטימלית מבחינתו איננה החלופה היעילה מבחינה כלכלית, אלא החלופה הרווחית (במונחי נטו). כך, למשל, עלות המעבר מהתנהגות אקטיבית (למשל, הפעלת הנכס כמלון דירות) להתנהגות פסיבית (למשל, החכרת הנכס) – בשל שיקולי מס – מחייבת, בדוגמה לעיל, תשלום דמי תיווך (עמלה) לחוכר הנכס (או ל"מפעילו"). תשלום זה כדאי למלכ"ר – גם אם הוא יכול לעשות את עבודת המתווך (ניהול אקטיבי של הנכס) באופן יעיל יותר – כל זמן ששיעור דמי התיווך נמוך, מבחינה אפקטיבית, מתוספת המס החלה על הכנסותיו מפעילות אקטיבית.

העדר הממשות בהבחנה בין סוגי ההכנסה – כשמדובר בתשואה המופקת מנכסים – בולט גם כמתח הקיים בין שני פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בישראל: מכבי אבשלום⁹⁶, ואגודת ידידי האוניברסיטה העברית⁹⁷. בשל אימרו מבחנים פורמליים, דווקא המלכ"ר שהיה בפועל הפסיבי מבין השניים (אגודת ידידי האוניברסיטה) חריב במס⁹⁸. במקרה הראשון (מכבי אבשלום) היה המשכיר מעורב במידה רבה בפעילות העסקית שהתבצעה בנכס המושכר (בית הקולנוע), ואף על פי כן סיווג בית-המשפט את הכנסתו כפסיבית⁹⁹. במקרה השני (אגודת ידידי האוניברסיטה), המלכ"ר לא היה מעורב כלל בעיבוד הפרדס, ולמרות זאת סווגה הכנסתו כ"אקטיבית" וחויבה במס¹⁰⁰. בית-המשפט העדיף במקרים אלו לבחון את אופיין הפורמלי של העסקאות, בהתאם למדדים אובייקטיביים לקיומו של עסק (השכרה = הכנסה פסיבית, עיבוד = הכנסה אקטיבית), במקום למדוד

95 דוגמה זו מבוססת על מאמרם של Bittker & Rahdert, לעיל הערה 14, בעמ' 319-320, והיא מובאת גם אצל ינורט, לעיל הערה 2, בעמ' 174-175.

96 לעיל הערה 66 והטקסט הנלווה לה.

97 לעיל הערה 68 והטקסט הנלווה לה.

98 ש.ם.

99 ש.ם.

100 ש.ם.

את מידת המעורבות האקטיבית בפועל של הנישום. עד כאן הציג דיוננו את השיקולים הנורמטיביים לפסילת הקריטריון המודר את מידת הפסיביות של המלכ"ר בייצור הכנסתו וקובע לפיו את תחומי הפטור. הקריטריון האחר (או הנוסף), שאומץ בארה"ב ובאנגליה, ופטר ממס את "הכנסתו הקשורה" של המלכ"ר, יבחן להלן.

3. הפטור ממס ל"הכנסה קשורה": שיקולי יעילות כלכלית

א. ביקורת על הדין הנוהג בארה"ב

בעיה מרכזית בבחינת שאלת ההכנסה ה"קשורה" היא קביעת תחומה: מהו טיבו ואופיו של הקשר הנדרש בין תחום פעילותו של המלכ"ר לבין ההכנסה הפטורה? הדין הנוהג בארה"ב – הרוש קשר "ריגל וישיר"¹⁰¹ – יוצר לעתים תוצאות מס שרירותיות. כך, למשל, הכנסה ממכירת הדפסים בחנות של מוזיאון פטורה ממס אם ההדפסים הם של תמונה מאוסף המוזיאון; לעומת זאת, הכנסתה של אותה חנות ממכירת הדפסים או פריטי אמנות שאינם מאוסף המוזיאון חייבת במס, שכן היא איננה נחשבת להכנסה "קשורה" למתואן הספציפי¹⁰². הבחנה זו מדגימה את הקושי המינהלי ביישומו של מבחן הפעילות הקשורה והיא מעוררת תמיהות בדבר הגיונה הכלכלי של ההבחנה¹⁰³. מבחינת היעילות הכלכלית, למוזיאונים אין שום יתרון על פני מתחרים מסחריים אחרים בייצור הדפסים ובמכירתם, בין אם ההדפסים או פריטי האמנות הם מאוסף המוזיאון שבשטחו מופעלת החנות ובין אם מדובר כמוצגים השייכים למוזיאונים או לאספנים אחרים. על כן ניתן לבקר את הדין הנוהג – הפטור ממס "הדפסים עצמיים"¹⁰⁴ – בטענה כי אין היגיון כלכלי לסבסד מלכ"רים ולעודד אותם, באמצעות מנגנון הפטור, לעסוק דווקא בפעילות "קשורה", כדוגמת ייצור הדפסים ומכירתם (על יד מוזיאון). פעילות שבה אין להם שום יתרון כלכלי¹⁰⁵.

על פי שיקולי היעילות הכלכלית ניתן לתקוף את דין המס הנוהג לא רק בשל הבחנותיו השרירותיות, אלא אף בשל הנחות היסוד הכלכליות שלו; בעיקר ניתן

- 101 ראו דיתנו בפרק 2 לעיל.
 102 ראו, לדוגמה, 739 *B. Hopkins The Law of Tax-Exempt Organizations* (5th ed., 1987).
 103 ראו, למשל, H. Hansman "Unfair Competition and the Unrelated Business Income", *Tax* 75 *Virginia L. Rev.* (1989) 605, 629-631.
 104 ראו, למשל, הנסמן, שם.
 105 על פי גישה זו, יש לתת פטור להכנסת מוזיאון מהשכרת חנות המוזיאון ליזם עסקי. השכרת החנות, לעומת ייצור ומכירה בפועל של דבר אמנות, איננה פעילות המתחרה ביזמים עסקיים אשר מקורה היחיד הוא הרצון לנצל את הפטור ממס. פטור ממס לדמי השכירות נותן למוזיאון מקור מימון, שאיננו גודם לעיוותים כלכליים, ומאפשר למוזיאון לתפקד טוב יותר בתחום הפעילות המיוחד לו: רכישת דבר אמנות והצגתם לתועלת הציבור בכללותו. ראו הנסמן שם.

לתקוף אותו בשל הרציונל בדבר "תחרות עסקית בלתי הוגנת". כזכור, רציונל זה גרם, במדינות שונות, לצמצום היקפו של הפטור ממס המוענק למלכ"ר. התחרות הבלתי הוגנת, כך נטען, מאפשרת למלכ"ר לקבל בתמורה לפעילותו תשואה גבוהה יותר מן התשואה (נטו) שמקבל גוף עסקי-מסחרי הפועל באותו תחום וחייב במס. זאת ועוד, הפטור מעניק למלכ"ר יתרון לא רק בחלק הפעילות הפטורה ממס, אלא אף בהכנסותיו ה"עסקיות" החייבות במס. ראשית, המלכ"ר יכול לייחס הוצאות מתחום פעילותו הוולונטרית לתחום פעילותו החייבת במס, ועל ידי כך להקטין (או למנוע) את החבות במס¹⁰⁶. שנית, במקרים רבים יש קשר ויחסי תלות בין הפעילות החייבת במס והפעילות הפטורה של המלכ"ר. קשר זה מקנה יתרון ממשי-ריאלי למלכ"ר ומאפשר לו להקטין את עלויות הייצור בתחום הפעילות החייב במס, וממילא לקבוע מחירים נמוכים יותר ביחס למתחריו העסקיים¹⁰⁷. טענת התחרות הבלתי הוגנת נשמעת, לפחות במבט ראשון, משכנעת; ואכן, השפעתה רבה על קביעת תחומי הפטור ועל רפורמות המוצעות במדינות שונות¹⁰⁸. אולם בחינה מדוקדקת של הטענה מגלה את חולשותיה. יש להניח שמלכ"ר המפעיל עסק מסחרי יפעל על פי שיקולים מסחריים, כמו כל עסק מסחרי מתחרה. שיעור השכר שישלם המלכ"ר לעובדיו ורמת המחירים שידרוש מלקוחותיו יהיו כאלו שיביאו לו רווחים מרביים. כך, למשל, העברת השליטה במפעל המקרוני לידי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת ניר-יורק, כשלעצמה, איננה צריכה לשנות את מחיר מוצרי הפסטה של המפעל או את השכר המשולם לעובדיו. באיכות מוצר נתונה, יעדיפו קוני הפסטה, כבעבר, את יצרן הפסטה היעיל אשר יעילותו נמדדת, בשוק תחרותי, במחיר מוצרו¹⁰⁹. בהיעדר יתרונות ריאליים המאפשרים ייצור יעיל יותר, פלח השוק של מפעל בבעלות מלכ"ר לא יגדל על חשבון מתחריו המסחריים¹¹⁰. גם אם המלכ"ר יהיה פטור ממס על הכנסתו העסקית. בנסיבות אלו, היתרון היחיד שהפטור מקנה למלכ"ר הוא, לכאורה, התשואה העודפת על תשואתם של מתחריו המסחריים; על כן, "התחרות

106 ראו, למשל, וייסבורד, לעיל הערה 12, בעמ' 116.

107 ראו, למשל, וייסבורד, שם, בעמ' 124-125. נימוק זה מראה כי לעתים, למרות שגורמים מסחריים מתחרים יטענו (ובצדק, מבחינתם) לקיומה של תחרות מסחרית בלתי הוגנת, הרי שמבחינת יעילות המשק זוהי תחרות יעילה ורצויה. לשיקולי יעילות בכלל ראו את דיונו בפסקה 1 להלן.

108 ראו דיונו על הדין הנוהג בארה"ב, לעיל הערות 24-25 והטקסט הנלווה אליהן, וראו דיונו בדבר הרפורמה המוצעת בישראל, לעיל הערות 75-77 והטקסט הנלווה אליהן.

109 ראו, לדוגמה, S. Rose-Ackerman, *supra* note 14 at 319; Bittker & Rahdert, *supra* note 14 at 319; S. Rose-Ackerman, *supra* note 14 at 319; Klein "Income Taxation and Legal Entities" 20 *UCLA L. Rev.* (1972) 13, 61-68.

110 יתרונות בייצור ייחבנו, למשל, באותם מקרים שבהם פעילות המלכ"ר בחלק הפטור ממס משפיעה על עלויות הפעילות בחלק החייב במס. ראו, למשל, לעיל הערה 107 והטקסט הנלווה אליה. באופן דומה, מתן יתרונות למלכ"ר במיסוי עקיף יכול להשפיע על הקטנת עלויות הפעילות העסקית שלו.

הבלתי הוגנת" היא על שיעורי התשואה בפעילות עסקית ולא על פלחי שוק. עם זאת, בשל הפטור ממס, המחיר השולי של ההון למלכ"ר נמוך ממחיר ההון (נטו) למתחרהו העסקי החייב במס. ניתן אפוא לטעון כי הניתוח שלעיל – שלפיו התחרות בין מלכ"רים לגופים עסקיים היא על שיעורי תשואה בפעילות עסקית ולא על פלחי שוק – נכון רק בטווח הקצר. בטווח הארוך, ייתכן שעסקים המניבים תשואה נמוכה לאחר תשלום מס הכנסה, אשר אינם כדאיים ליזמים החייבים במס, יהיו כדאיים למלכ"רים הפטורים ממס. בשל יתרונם זה יוכלו מלכ"רים לנצל הזדמנויות עסקיות שאינן כדאיות למתחריהם העסקיים, ועל ידי כך יגדילו את פלח השוק שלהם. ברם, במקרים רבים, גם על פי גישה זו, האסטרטגיה המומלצת למלכ"רים תהיה להגדיל את חלקם בשוק לא על ידי הורדת מחירים אלא על ידי קניית מתחריהם העסקיים ושמירה על רמת מחירי המוצרים המיוצרים על ידם¹¹¹. זאת ועוד, כנגד הטענה בדבר תחרות בלתי הוגנת בשל התשואה העודפת, יש לזכור כי מלכ"ר מוגבל ביכולתו לגייס הון: הוא איננו יכול להנפיק מניות, ובשל מגבלות בהעמדת בטוחות הוא מוגבל ביכולתו לגייס אשראי. אמור אפוא: גם אם המחיר השולי של ההון למלכ"ר נמוך לכאורה ממחיר ההון למתחרהו העסקי, הרי שעלות גיוסו של ההון גבוהה יותר.

לא זו אף זו, הרציונל בדבר "התחרות העסקית הבלתי הוגנת" חשוף לביקורת נוספת. שיטת מס המקבלת את טענת התחרות הבלתי הוגנת, וממסה מלכ"רים הפועלים בתחום העסקי, מתעלת מלכ"רים לעיסוקים "פסיביים" שאינם מסווגים כפעילות עסקית. תומכי שיטה זו צריכים להסביר מדוע, על פי גישתם, יש להסכים לתחרות בלתי הוגנת בסקטור ה"פסיבי" של המשק, כמו למשל בשוק הנדל"ן להשכרה או במגזר ההשקעות הפיננסיות¹¹². אם אכן קיימת תחרות בלתי הוגנת, מדוע יש לרכזה בתחומים מוגבלים של הפעילות הכלכלית ולא לפזרה על פני כלל הפעילות המשקית? במילים אחרות, מדוע משקיעים במגזרים ה"פסיביים" במשק צריכים לשאת לברם בנטל של העדפות מס הניתנות למלכ"רים¹¹³?

ב. חלופות לדין הנוהג: פטור מוחלט או מיסוי כולל של הכנסת מלכ"ר
 בחינת התוצאות הכלכליות של הדין הנוהג, למשל בארה"ב – הפוטר את פעילותו הקשורה של המלכ"ר וממסה את פעילותו העסקית ה"רגילה" – מחייבת לבחון גם את החלופות לדין הנוהג. שתי חלופות מנוגדות זו לזו הן:

- 111 אכן, שיעורי תשואה קובעים את מחירי הנכסים מפיקי התשואה. אם ניתן למלכ"ר פטור ממס, יהיה שוויו של נכס עסקי, לכאורה, גבוה יותר למלכ"ר מאשר למתחרהו המסחרי. ראו הנסמן, לעיל הערה 103, בעמ' 611-612.
- 112 לכן ייתכן דעה הגורסת כי יש למסות מלכ"ר על כל הכנסותיו מכל מקור. ראו דיונונו בפסקה הבאה.
- 113 ראו, למשל, מאמרם של Bittker & Rahdert, לעיל הערה 14, בעמ' 322-326. כמו כן ראו Rose-Ackerman, לעיל הערה 81, בעמ' 1038-1039.

האחת, מיסוי מלכ"ר על כל הכנסותיו, כולל הכנסתו ה"קשורה" והכנסותיו ה"פסיביות"¹¹⁴; והשנייה, מתן פטור מוחלט למלכ"ר על כל הכנסותיו מכל מקור¹¹⁵. בספרות מוצעת גם חלופה שלישית, מורכבת יותר; לאור העובדה שיתרון מלכ"ר על פני מתתו העסקיים הוא בתשואה העודפת, מתמקדת חלופה זו בבחינת עקרונות מקובלים לקביעת שיעורי התשואה המותרים להגבלים עסקיים ולמנופולים ציבוריים¹¹⁶. על פי גישה זו, מלכ"רים יהיו רשאים לעסוק בכל תחום עסקי, אלא אם כן פעילותם בתחום מוגדר תגרור עמה את הורדת התשואה של גופים עסקיים הפעילים בתחום מתחת לרמה מסחרית מקובלת. שלושה גורמים עיקריים משפיעים על בחינה זו והם: שיעור התשואה המקובל בענף המסחרי הנתון (אם העסקים בענפים אלו נהנים מתשואה גבוהה מהמקובל במשק, הם אינם זכאים למנוע כניסת מלכ"רים לתחום זה); הקצב וההיקף של כניסת מלכ"רים לתחום העסקי הנתון, והשפעתם על תשואות הגופים המסחריים; ועלות היציאה מהתחום לחברות מסחריות הפועלות בו. למרות ההיגיון הרבה הטמון בבחינה המוצעת – הבודקת את טענת האפליה בהתאם לביטוייה הממשי בשיעורי התשואה – נדמה כי בדרך כלל היא בלתי אפשרית ליישום¹¹⁷.

מבין שתי החלופות האחרות, הרחבת הפטור או מיסוי מלא, החלופה הראשונה מרחיבה את "הוצאת המס" ("tax expenditure") הגלומה בפטור וחשופה לסדרת הטענות המקובלות כנגד שימוש במערכת המס כאמצעי לחלוקת הטבות¹¹⁸. יתרונה של החלופה השנייה, התומכת במיסוי מלא של כל הכנסות המלכ"רים, הוא בשמירה, לכאורה, על דרישת הניטרליות¹¹⁹; חיסרון ברור של

114 ראו, לדוגמה, Break & Pechman "Relationship Between the Corporation and Individual Income Taxes" 28 *National Tax Journal* (1975) 341, 344. כמו כן ראו את המלצת הוועדה לרפורמה בישראל, לעיל הערות 71-77 והטקסט הגלוי אליהן.

115 ראו, למשל, Rose-Ackerman, לעיל הערה 81, בעמ' 1038-1039.

116 שם.

117 גם Rose-Ackerman מבירה בקשיי היישום של המודל החיבורי המוצע על ידה. שם, בעמ' 1039.

118 ראו, לדוגמה, S.S. Surrey "Tax Incentives as Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures" 83 *Harvard L. Rev.* (1970) 705.

119 מיסוי שווה יוצר לכאורה ניטרליות מיסויית בין מלכ"ר לגורמים עסקיים מתחרים. הקושי הוא העדר ניטרליות בשאר הגורמים המשפיעים על הפעילות העסקית. כך, למשל, מחיר ההון למלכ"ר יהיה גבוה יותר, בגלל קשיי גיזסו. ראו דיונו בהערה 111 לעיל, ובהערה 127 להלן. הטקסט הגלוי אליהן. בשולי הדברים נעיר כי מבחינה תיאורית, מיסוי רוחי מלכ"ר מהווה לעתים חלופה למיסי מלכ"ר על קבלת תרומות ותמיכות ומתן פטור ממס לרווחים שהפיק המלכ"ר מפירות התרומה. ערכה של תרומה, כמו גם ערכו של כל נכס, שווה לערך המהוון של זרם ההכנסות הצפוי ממנו. על פי גישה זו, ניתן לפטור ממס את קבלת התרומה (ולמסות הכנסות שיתקבלו ממנה בעתיד), או למסות את קבלת התרומה (ולפטור ממס את פירותיה).

חלופה זו הוא מחירה החברתי. מיסוי רווחי מלכ"ר (אשר לא ילווה בסובסדיה נטו בסכום המס) יחייב, בדרך כלל, את הקטנת פעילותו הוולונטרית. בשל הקשר ההדוק בין היקף הפעילות של מלכ"רים ובין אופן מימונה, נראה כי מציאת החלופה המועדפת למיסוי פעולותיהם העסקיות של מלכ"רים מחייבת דיון נורמטיבי הן ברבר תחומי פעילותם של מלכ"רים והן בדבר אופן מימון פעולתם. דיוגנו בפסקה הבאה, בדבר הפונקציה הכלכלית-חברתית של המלכ"רים, יתחום את גבולות הפטור על פי שיקולים של יעילות כלכלית.

ג. החלופה המועדפת: קביעת תחומי הפטור על פי שיקולים של יעילות כלכלית

את הפטור ממס לפעילות "קשורה" של מלכ"ר ניתן, בדרך כלל, להצדיק בשיקולים של יעילות כלכלית. כך, למשל, הנסמן טוען, כי בדיון הציבורי בדבר מיסוי מלכ"רים על הכנסותיהם העסקיות יש להעביר את מרכז הכובד משאלת ההגינות (בתחרות העסקית) לשאלת היעילות¹²⁰. על פי גישה זו, יש לקבוע את היקף הפטור ממס המוענק למלכ"רים (אם בכלל) לאחר בדיקת תפקידיהם הכלכליים-חברתיים ביחס לפונקציות שממלאים המגזר העסקי ורשויות השלטון. דעה מקובלת, אך פשטנית במידת מה, מנמקת את המיסוי המועדף של מלכ"רים בצורך לסבסד פעילות "רצויה" שלהם (למשל, חינוך). הקושי בתיאורית הסובסדיה הוא בהעדרו של קשר ישיר בין ה"מצרך" שיש לסבסדו ובין הפטור ממס הנוהג היום. כך, למשל, אם המצרך נשוא הסבסוד הוא חינוך, יש לסבסד גם פעילות של גוף עסקי הפועל כתחום החינוך. זאת ועוד, אם המטרה היא לעודד פעילות מלכ"ר בתחום "רצוי" שראוי לסבסדו, אין הגיון לסבסד את כל הרווחים העסקיים של כל מלכ"ר – כגון, רווחים ממפעל לייצור פסטה – אשר אינם עומדים ביחס ישיר להיקף פעילותו הרצויה¹²¹. האם, לדוגמה, יש לפטור הכנסות עסקיות בשיעור מיליוני שקלים של מפעל השייך למוסד חינוכי שלומדים בו כמה עשרות ילדים? אמור אפוא: מבחינה נורמטיבית, יש לקבוע את היקף הפטור ממס למלכ"רים רק לאחר בחינה כלכלית של תפקידם ביחס למגזר העסקי ולמגזר הממשלתי.

השאיפה לרווח היא המניעה את פעילותם של גופים עסקיים. בשוק תחרותי, אם כל המידע הרלוונטי מצוי בידי הצרכנים, הם יפנו ליצרנים, לספקים ולנוחתי שירות שיספקו את דרישותיהם במחיר הנמוך ביותר. בשוק יעיל, אשר בו כל המידע ידוע לכול, השאיפה לרווח תגרור יעילות כלכלית, ועל כן, פעולתם של גופים עסקיים בשוק תגרום להגברת היעילות כמשק. לעומת זאת, במקרים בהם המידע הרלוונטי אינו ידוע במלואו לכל הקונים בשוק, ינצלו גופים הפועלים למטרות רווח את היעדר המידע (היינו, את היעדר שכלול השוק) באופן

120 ראו הנסמן, לעיל הערה 13.

121 שם, בעמ' 66-67.

אופורטוניסטי ויפגעו ביעילות הכלכלית¹²². במצב של כשל שוק (היעדר מידע מלא), לא תיתכן תחרות יעילה בין גופים עסקיים הפועלים למטרות רווח; בנסיבות אלו, יש מקום לעודד, לעתים אף באמצעות סובסידיה, את פעילותם של גופים חלופיים – למשל, מלכ"רים – שלגביהם החשש להתנהגות אופורטוניסטית נמוך יותר. תקוותם של הצרכנים היא שמוסדות הפועלים שלא למטרות רווח לא יפעלו באופן אופורטוניסטי, או, לפחות, לא ינצלו את היעדר המידע באופן שיש לצפות לו מגופים הפועלים אך ורק למטרות רווח.

כשל שוק קיים כל אימת שלצרכני מוצר – או במקרה של תורמים למלכ"ר, כל אימת שלתורמים לפעילותו לטובת צד שלישי – אין מידע ובלים מתאימים לבחינת טיב המוצר או השירות שרכשו¹²³. כך, למשל, כמרבית המקרים, אין לתורמים לוועד למען החייל, או לתורמים לוועד למניעת רעב בסומליה, כלים מתאימים לבדיקת אופן הניצול של תרומתם. אמנם, גם גוף עסקי יכול לטפל ברווחת חיילי צה"ל או לשלוח מזון לאפריקה ולחייב את התורם בעמלה; אך כיוון שלתורם אין מידע בדבר אופן השימוש בכספי תרומתו, החשש מפני ניצול אופורטוניסטי של כספי התרומה ימנע, במקרים רבים, את נחיתתה לגוף עסקי. חשש דומה קיים גם כשההתקשרות עם נותן שירות נעשית, במישרין או בעקיפין, לטובת המתקשר ולא לטובת צד ג', אך מאחר שלרוכש המוצר או השירות אין די מידע, ואין ביכולתו לפקח על פעילותו של נותן השירות ברמה הנדרשת, נוצר כשל שוק. זה המצב, למשל, אצל הורה המתקשר עם מעון עבור ילדו, או אצל בן משפחה המתקשר עם מוסד סיעודי עבור קרוב מוגבל. המגבלה המוטלת על מלכ"ר השוללת חלוקת רווחים או טובות הנאה מכל סוג שהוא, מבטיחה, במידת מה, את ניצול כספי התרומה (או התשלום) למטרות להם יועדו, ומאפשרת, במקרים רבים, את עצם נתינתם. אמור אפוא: בתחומי כשל השוק, דווקא מלכ"ר יעיל יותר מגורם עסקי הפועל למטרות רווח, ועל כן יש לעודד את פעילותו.

בהינתן כשל שוק השולל את יעילותן של פירמות עסקיות, יש לבחון את היחס בין פעילות מלכ"רים לבין פעילות ממשלתית. לכאורה, במקרים שבהם שיקולי יעילות דוחים את פעילות הגוף העסקי הפועל למטרות רווח, יש מקום לפעילות ממשלתית¹²⁴. אולם, יש לזכור שכשל השוק משתרע על פני מגוון רחב של פעילויות: חלקן רצויות לרוב התושבים במדינה נתונה, חלקן רצויות לחלק מהתושבים וחלקן מעוררות תגובות מנוגדות בקרב תומכים ומתנגדים. באותם תחומי כשל שוק שיש בהם הסכמה לאומית רחבה יש מקום לפעילות ממשלתית. כאשר הדרישה לפעילות מסוימת היא הטרוגנית, יש עדיפות לפעילות מלכ"רים המאפשרים בחירה בין מגוון אפשרויות, אידיאולוגיות וטעמים¹²⁵.

122 ראו, למשל, וייסבורד, לעיל הערה 12, בעמ' 43.

123 בשל טיב הכשל, הנסמן, לעיל הערה 13, מכנה את התופעה "כשל חזוהי".

124 הן המלכ"רים והן פעילות ממשלתית חשודים (או נגועים), בדרך כלל, בהיעדר יעילות. יתרונם הספציפי של שני הגופים בתנאי כשל שוק הוא גם חסרתם הכללי: בהעדר יכולת לחלק רווחים חסר תמריץ מהותי ליעילות.

125 ראו, למשל, וייסבורד, לעיל הערה 12, בעמ' 34.

בספרות מובאות סיבות נוספות לעדיפותם של מלכ"רים על פני פעילות ממשלתית. סיבות אלו מצדיקות האצלת סמכויות למלכ"רים על ידי ממשלות¹²⁶. ראשית, במקרים רבים, מלכ"ר גמיש יותר ביכולתו לרוש תשלום מהנהנים משירותיו. שנית, בדרך כלל, עלות העסקת העובדים נמוכה יותר במלכ"ר. עובדה זו מוסברת לא רק ביכולתו של מלכ"ר לגייס מתנדבים, אלא גם בהיותו חפשי ממגבלות של תנאי העסקה ממשלתיים. ממשלה המאצילה תחומי פעילות למלכ"ר (למשל, בתחום הגשת שירותי "עזרה ראשונה" לאוכלוסייה), שוכרת, למעשה, במקרים רבים, את שירותיו כ"קבלן משנה" מטעמה. מבחינת הממשלה, מלכ"רים עדיפים על קבלני משנה מסחריים באותם תחומים שבהם מלכ"ר יעיל יותר. כך, למשל, גם ממשלה טובלת, לעתים, מהיעדר יכולת פיקוח ומהיעדר מידע (כשל שוק). זאת ועוד, מגוון הטעמים והאידיאולוגיות (בשירותי דת, למשל) מאפשר, ולעתים אף מחייב, את התפתחות המלכ"רים ואת העדפתם. ולבסוף, למגור המלכ"רים יתרון על פני המגור העסקי באותם תחומים שבהם יש ביכולתו לגייס תרומות בכסף או בשווה כסף (למשל, עבודה בהתנדבות).

אמור אפוא, על פי שיקולים של יעילות כלכלית, מלכ"רים צריכים לפעול בתחומי פעילות שבהם הצרכן, רוכש השירות או המוצר, מבקש הגנה למניעת שימוש אופורטוניסטי בכספו, בשל היעדר מידע מלא על טיב השירות אותו יעניק מקבל התשלום. קביעת תחום התפקוד האופטימלי לפעילות המלכ"רים תיעשה, על פי ניתוח זה, על ידי כוחות השוק: הצרכנים יעדיפו, בתחומי כשל השוק, לפנות למלכ"רים ולא למתחריהם העסקיים. אם כך, אין מקום, לכאורה, לסבסוד ממשלתי למלכ"ר. הפועל בתחום פעילותו היעילה; כוחות השוק יעודדו את המלכ"ר לפעול בתחום זה ויעדיפו אותו על פני מתחריו הפועלים באותו תחום למטרות רווח. לפיכך, על מצדדי הפטור ממס להצביע על סיבה "חיצונית" המצדיקה את הפטור, לאור הבנתנו את תפקידו של המלכ"ר ואת תרומתו ליעילות הכלכלית. ואכן, לרעת התומכים בפטור ממס, הפטור נדרש כדי לאזן עיוותים אחרים הפועלים לרעת המלכ"רים – ובראשם היעדר היכולת לגייס הון. כך, למשל, הנסמן טוען כי פטור ממס – המשאיר בידי מלכ"רים את רווחיהם מפעילות עסקית – מהווה מקור מימון חלופי לפעולותיהם, ומאזן, במידת מה, את חוסר יכולתם לגייס הון באמצעות הנפקת מניות ואת מגבלותיהם בהעמדת בטוחות לגיוס אשראי¹²⁷.

126 ראו, למשל, E. James & S. Rose-Ackerman *The Nonprofit Enterprise in Market Economies* (London, 1986) 29-31.

127 הנסמן, לעיל הערה 13. מאידך, בבחינת המאזן הכולל של מקורות המימון העומדים לרשות מלכ"רים ביחס למקורות המימון של גופים עסקיים, יש לזכור כי במקרים רבים פעילות המלכ"רים ממומנת גם (ולעתים רק) על ידי מענקים ממשלתיים ותרומות. זאת ועוד, במשטר מס המאפשר ניכוי או זיכוי בגין תרומות למלכ"רים, הממשלה משתפת, לצד התורם, במימון חלק מהתרומה למוסד הציבורי. כך למשל, בישראל, סעיף 46 לפקודת מס הכנסה מאפשר זיכוי בתנאים מסוימים, של חלק מתרומה ל"מוסד ציבורי". להגדרת מוסד ציבורי, ראו לעיל הערה 2.

הפטור ממס יעודד יעילות אם יתעל את פעילות המלכ"רים לתחומים בהם יש להם, בשל כשל השוק, יתרונות כלכליים על פני מתחריהם הפועלים למטרות רווח¹²⁸. לעומת זאת, מתן פטור ממס למלכ"ר על הכנסותיו מכל מקור, יגרום לתוסר יעילות כלכלית¹²⁹. ראשית (ובהנחה שהפטור המוחלט יינתן גם לחברות בת של מלכ"רים, העוסקות בפעילות עסקית), בשיטת מס חברות שאיננה יוצרת אינטגרציה מלאה בין תשלום המס של החברה לתשלום המס של בעלי המניות¹³⁰, ירכזו מלכ"רים את השקעותיהם בקבוצה מצומצמת של חברות-בת שיהיו בשליטתם המלאה. הריכוז, ימנע אמנם את מיסוי רווחי חברות-הבת ויגדיל את תשואת המלכ"ר¹³¹, אך הוא גם יגדיל את סיכון המלכ"רים, בשל היעדר גיוון ("diversification") בתיק ההשקעות שלהם¹³². שנית, מתן פטור למלכ"ר על הכנסותיו, מכל מקור, יחשוף את המלכ"רים לסכנה של חוסר ניהול יעיל. אם מלכ"רים פטורים ממס יתחרו באותה סביבה עסקית עם גורמים עסקיים החייבים במס, המלכ"רים יוכלו לשרוד בתחרות גם אם לא ימזערו הוצאות וימקסמו רווחים. שלישיית, מתן פטור ממס לכל פעילות עסקית של מלכ"ר יגדיל את תשואת המלכ"ר על פעילותו העסקית ועל כן ישנה את "שער ההמרה" בין השקעה עסקית בהווה לבין יעוד הרווח לצרכים שוטפים בתחומים הוולונטריים של פעילות המלכ"ר¹³³. רביעית, טובסידיות מעצם טיבן מחייבות פגיעה מסוימת ביעילות הכלכלית (למשל, בגלל העלויות המנהליות הכרוכות בחלוקתן). פגיעה זו תהפוך לכדאית אם היא מכוונת להשגת תועלת כלכלית. עידוד מלכ"ר לבצע פעילות עסקית ללא קשר לפונקציית החברתית-כלכלית אותה הוא ממלא, על ידי מתן פטור ממס לכל רווחיו,

- 128 ראו הנסמן, שם, בעמ' 72-75.
- 129 ראו הנסמן, לעיל הערה 103, בעמ' 614-625. הדין בפסקה זו מבוסס, במידה רבה, על ריונו של הנסמן.
- 130 שיטת המס כארה"ב היא שיטה הממסה, בדרך כלל, את החברה ואת בעלי מניותיה בשתי רמות מיסוי שאין קשר ביניהן. באנגליה יש אינטגרציה מסוימת המייחסת לבעל מניות את התשלום שנוכה במקור מהחברה. ראו, למשל, *The Treasury Department Proposal, U.S. Taxing Treasury Report on Integration of the Individual and Corporate Tax System - Business Income Once (1992)*. בישראל, ההתחשבות במיסוי הכפול היא חלקית וכאה לדי ביטוי בקביעת שיעור אחיד של מס חברות בשיעור נמוך מהמס המוטל על הכנסתו המרכיב של היחיד, ובקביעת מס בשיעור מופחת ליחיד המקבל דיבידנד. ראו סעיפים 125, 126 לפקודה.
- 131 אם יבחר המלכ"ר בחלופה האחרת העומדת לפניו, ויחזיק רק חלק ממניות חברה עסקית, החברה העסקית תהיה חייבת במס כמו כל גישום אחר, והעובדה שיש מלכ"רים בין בעלי מניותיה לא תקטין את חוב המס שלה.
- 132 על סיכתי השקעות ועל הדרך לנטרולם על ידי פיצול הסיכון, ראו, למשל, R.A. Brealey & S.C. Myers, *supra* note 91 at Part 7.
- 133 האפקט הכולל של שינוי בשער ההמרה בין צריכה לחיסכון הוא מותנה ואיננו מובן מאליו. כך, למשל, לצורך קבלת הכנסה בשיעור נתון יהיה צורך בפעילות עסקית מופחתת, ומאידך, התשואה לפעילות עסקית נתונה תגדל.

משמעותו מתן טובסדיה שאיננה עומדת ביחס ישיר לצרכים¹³⁴. זאת ועוד, גם אם לא יהיה ניתן לאתר ולכמת נזקים כלכליים שייגרמו כתוצאה מהרחבת הפטור ממס להכנסות מלכ"ר מכל מקור שהוא, עצם העיסוק של מלכ"רים בפעילות עסקית גורר עמו נזק חברתי-כלכלי. נזק זה הוא תולדה של הסטת פעילות של מלכ"ר מהפונקצייה החברתית לה הוא נועד. גם אם רמת הפעילות של מלכ"ר בתחום הציבורי לא תיפגע עקב פעילותו העסקית, פעילות זו תצרוך אנרגיה ותטיט משאבים מפעילותו הרצויה בתחום הוולונטרי¹³⁵.

סיכומו של דבר, החשש מפני פגיעה ביעילות הכלכלית, כמו גם החשש מפני שחיקת בסיס המס¹³⁶, מצדיקים מיסוי פעילות עסקית של מלכ"ר שאיננה תורמת ליעילות כלכלית. אין הגיון כלכלי לתת טובסידיות למלכ"רים על מנת שיספקו שירותים הניתנים, באופן יעיל, על ידי פירמות הפועלות למטרות רווח. אם תתקבל אמת המידה של שיקולי יעילות כלכלית, יש לעודד פעילות "קשורה" של מלכ"ר כל אימת שהיא יעילה ועל כן יש לשלול את הפטור ממס מפעילות בלתי יעילה של מלכ"ר למרות היותה קשורה לפעילותו הוולונטרית¹³⁷.

134 זאת ועוד, על פי הגישה הקוראת לפטור ממס רווחי מלכ"ר מכל מקור שהוא, יש לתת את הדעת לשאלה, באיזו רמת פעילות עסקית, אם בכלל, יאבד מלכ"ר שעיקר עיסוקו הוא בפעילות עסקית, את סטטוס המס המועדף שלו. כך, למשל, הנסמן מציג את הדוגמה הבאה: האם מעון יום קטן המפעיל עסק של מאות מיליוני דולרים ישמור על מעמדו כמלכ"ר? (לעיל הערה 103, בעמ' 624).

דיתגנו לעיל מסביר מדוע איננו יכולים להסכים עם הדעות הנשמעות גם בישראל, דעות התומכות בפטור מוחלט להכנסות המלכ"ר, בשל חשיבותה של הפונקצייה החברתית-כלכלית שהוא ממלא ובשל הצורך לממנה. כך, למשל, בהתייחסו לחבות המס על הכנסות מלכ"ר שמקורן בעסק על פי הדין בישראל, קובע וינרוט כי: "המבחן המתייחס למקור ההכנסה, משלב לכאורה אלמנט מיותר שהינו זר למטרת הסעיף [2]9). שהרי הסעיף נועד לפטור נישומים מסוימים ממס, לנוכח הצורך שרואה המדינה בעידוד פעילותם ובקידום מטרותם. אם גוף מסוים זכאי לפטור ממס, האם סביר לשלול הימנו פטור זה על שום מקורה של אותה הכנסה?" (לעיל הערה 2, בעמ' 66). תשובתנו לשאלה זו, בניגוד לעמדת וינרוט, חיובית, היא מנומקת בשיקולי היעילות שהוצגו לעיל. הצורך בעידוד פעילות המלכ"רים איננו עומד בחלל ריק. הוא נקבע ומושפע, בין היתר, מכלל הפעילות במשק ומשיקולי יעילות שמטרתם לקדם פעילות זו.

135 ראו, למשל, וייסבורד, לעיל הערה 12, בעמ' 114, 163.

136 כך, למשל, בבחינת השיקולים לשמירה על בסיס המס, השאלה הרלוונטית, בשיטת מס הפוטרת הכנסה קשורה של מלכ"ר ממס הכנסה, איננה רק כמה מס נגבה בפועל בגין פעולות עסקיות של מלכ"רים, אלא עד כמה ישחק בסיס המס אם גם רווחים מפעילות עסקית רגילה ("בלתי קשורה") של מלכ"ר יהיו פטורים ממס.

137 כדוגמה לפעילות של מלכ"ר שאיננה מקרמת יעילות למרות היותה קשורה לפעילותו הוולונטרית, ניתן להציג את הוראת רשויות המס בארה"ב, הפוטרת ממס רווחי חנות מוזיאון רק אם הפריטים הנמכרים הם הדפסים של פריטים מאוסף המוזיאון. ראו דיונו לעיל, סמוך להערה 102.

ד. סיכום

טענת התחרות המסחרית הבלתי הוגנת זכתה לפופולריות רבה: היא עיצבה במדינות שונות את תחומי הפטור הנוהג להכנסות מלכ"ר¹³⁸, והשפעתה רבה על רפורמות מוצעות¹³⁹. בחינה של טענה זו מלמדת כי, בדרך כלל, היא איננה מציעה בסיס עיוני מוצק לפטור. רציונל מועדף, המוצג במאמר זה, הוא שיקול היעילות הכלכלית אשר לפיו יש לתחום את היקף הפטור.

שיקולי היעילות אינם מצדיקים מיסוי של כל הכנסות המלכ"רים, אלא הם תומכים במתן פטור מסויג לחלק מהכנסותיהם העסקיות. בהינתן הצורך החברתי-כלכלי בפעילות מלכ"רים – בתחומים בהם יש להעדיף את פעילותם על פני פעילות ממשלתית – יש לעודד אותם לפעול במשק באופן יעיל; על כן, יש מקום להעדיף פעילות עסקית של מלכ"רים על פני פירמות הפועלות למטרות רווח אך ורק כאשר יש כשל שוק בשל היעדר אינפורמציה. דיוגנו הצביע על שני מצבים עיקריים בהם המלכ"ר מספק שירות או מוצר באופן יעיל יותר. הראשון, כאשר התורמים למלכ"ר אינם אלו הנהנים באופן ישיר מפעילויותיו הנעשות לטובת צד ג'¹⁴⁰. השני, חל במתן שירות או מכירת מוצר "פרטי"; הלקוחות, רוכשי המוצר, מבקשים, לעתים, הגנה נוספת מפני גיצול אופורטוניסטי של כספם, בשל היעדר אינפורמציה מלאה ויכולת פיקוח על טיב המוצר או השירות המסופק להם¹⁴¹. הפטור ממס – המקוז במידת מה את הנוק שנגרם למלכ"ר בשל היעדר יכולת מצידו לגייס הון – יעודד יעילות ויגביר את הרווחה הכללית במשק רק אם יינתן להכנסות מלכ"רים באותם תחומי פעילות עסקית בהם יש כשל שוק.

138 ראו, למשל, את דיוגנו בפרק הראשון, סמוך להערות 23-25, בדבר השינוי בחוק האמריקאי בשנת 1950.

139 ראו, למשל, את המלצות הוועדה למיסוי מוסדות ציבור בישראל, לעיל הערות 71-77 והטקסט הנלווה אליהן.

140 למשל, כאשר המלכ"ר הוא הוועד למען החייל.

141 ראו, למשל, דיוגנו בהערה 123 לעיל ובטקסט הנלווה לה.

1

1

1

1
