

## Saving Clause (סעיף ההחרגות) [מיסוי בינלאומי – אמנות]

סעיף 6 לאמנה שבין ארה"ב לישראל עוסק ב"כללים כלליים לחיוב במס", סעיף שקיים באמנה עם ארה"ב ואינו קיים כמעט באמנות אחרות. אמנם באמנה שבין ישראל לצרפת קיים גם סעיף 28 העוסק בכללים שונים, אולם אינו רחב כמו סעיף 6 באמנה עם ארה"ב ואין בו "סעיף החרגות" בדומה.

סעיף 36(3) לאמנה שבין ארה"ב לישראל (להלן – **האמנה**) מאפשר לה לסגת מהאמנה שהיא חתומה עליה ולהטיל מס על אזרח אמריקאי, או תושב אמריקאי על הכנסותיו בחו"ל על אף סעיפי האמנה האחרים.

סעיף 36(3) לאמנה, שהוא "סעיף ההחרגות" (Saving Clause) קובע: "למרות כל הסעיפים באמנה, למעט סעיף 4, המדינה החתומה על האמנה עשויה להטיל מס על תושביה הקבועים ועל אזרחיה, כאילו האמנה שבה מדובר כלל לא נכנסה לתוקף".

"סעיף ההחרגות" מייתר למעשה את אמנת המס בין ישראל לארה"ב לאזרחים אמריקאים תושבי ישראל לגבי אותן הוראות באמנה שארה"ב בחרה להתעלם מהן.

Saving Clause (סעיף ההחרגות) בא לידי ביטוי בפסק דין **אלעזר קול**<sup>1</sup>, שבו בית משפט פדרלי לענייני מסים בארה"ב קיבל את החלטת שלטונות המס. לפי עמדת שלטונות המס בארה"ב תושב ישראל, שהוא גם אזרח אמריקאי, אינו יכול לחסות בצל האמנה למניעת כפל מס בין המדינות, ויאלץ לשלם בארה"ב מס על רווחי הון, אף שסעיף 15 לאמנה קובע שמדינת המושב, ישראל, היא זו שמטילה עליו מס רווחי הון ולא מדינת המקור, ארה"ב.

אלעזר קול, רואה חשבון שגר בישראל ולו אזרחות אמריקאית, מכר ב-2010 בארה"ב מניות שקנה בשנת 2001 ברווח הון של 115 אלף דולר. סעיף 15 לאמנת המס בין ישראל וארה"ב - שמטרתה היא שנישומים לא ישלמו כפל מס על אותה הכנסה - קובע כי "תושב של אחת המדינות המתקשרות יהא פטור ממס בידי המדינה המתקשרת האחרת על רווחים ממכירתם או חילופם של נכסים קבועים". כלומר, סעיף 15 לאמנה הטיל על אלעזר קול לשלם מס על רווח ההון ממכירת המניות רק בישראל, מדינת התושבות שלו, ולא בארה"ב.

בהקשר לכך, אלעזר קול עבר לישראל בשנת 2009 וענה על הגדרת "עולה חדש", שמעניקה לו פטור ממס על הכנסות בחו"ל לתקופה של עשר שנים ממועד הפיכתו לתושב ישראל, בהתאם לסעיף 14(א) לפקודת מס הכנסה.

מאחר שבשנת 2010 היה הנישום עדיין אזרח אמריקאי, הוא הגיש דיווח שנתי לרשויות המס האמריקאיות, כנדרש מכל אזרח ארה"ב (לרבות מחזיקי גרין קארד), שבו דיווח על מכירת המניות, אך צירף הסבר מדוע, בהתאם לאמנת המס בין המדינות, הוא אינו חייב בתשלום מס על רווח ההון.

רשות המס האמריקאית לא קיבלה את ההסבר, והנישום נדרש לשלם מס של 13 אלף דולר וקנס של 2,600 דולר - 20% מהרווח. רשות המס האמריקאית התבססה על סעיף 36(3) באמנה שמכונה Saving Clause, אשר קובע כאמור, כי "על אף כלל ההוראות של

<sup>1</sup> T.C. Summary Opinion 2016-22 UNITED STATES TAX COURT ELAZAR M. COLE, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent Docket No. 4501-14S. Filed May 16, 2016

אמנה זו, רשאית מדינה מתקשרת להטיל מס על תושביה ועל אזרחיה כאילו לא נכנסה אמנה זו לתוקף". כלומר, ארה"ב יכולה למסות את קול כאילו האמנה בין ישראל לארה"ב לא נכנסה לתוקף.

הנישום טען כי אין לקבל את דרישת רשות המס האמריקאית משום שהיא מאיינת את סעיף 15 באמנת המס בין המדינות (וכן בדין הפנימי בארה"ב), שקובעת כי במקרה שבו המוכר מחזיק מתחת ל-10% מכוח ההצבעה בחברה הנמכרת, רווח ההון ממכירת המניות יחויב במס רק במדינת התושבות של מפיק הרווח (במקרה זה, ישראל), טענה שלא התקבלה על ידי בית המשפט בשל סעיף 36(3) לאמנה.

למרות התייחסות ספציפית באמנה ל"עולה" - בסעיף 3(א)(2) - קבע בית המשפט כי עקרונית האמנה אינה מגנה על עולים חדשים מדרישות של המס האמריקאי, למעט ממקרים מצומצמים מאוד, כגון מזונות גרושה ועגונות, וקבלת ביטוח לאומי.

לפסיקה זו יש השלכות על ישראלים שעלו או חזרו לישראל בלי שוויתרו על אזרחותם האמריקאית. הפרשנות לסעיף 36(3) לאמנה מאיינת למעשה את הוראות האמנה ומחייבת אותם במס אמריקאי על ההכנסות הפטורות כעולים חדשים או כתושבים חוזרים ותיקים.

הדבר עלול להביא לעלייה במספר הישראלים שמוותרים על האזרחות האמריקאית על מנת שלא להיות חשופים לתשלומי מס גבוהים. כך גם לגבי עולים חדשים ותושבים חוזרים ותיקים המשתקעים בישראל.

אמנת המס בין ישראל לארצות הברית, שנחתמה בשנת 1975 ושנכנסה לתוקף ביום 1.1.95, ראויה לרענון משמעותי, בעיקר בכל הנוגע לסעיף 36(3) לאמנה, סעיף ה-Saving Clause. מאז חלו שינויים רבים במציאות הפיננסית והמיסויית והאמנה לא התאימה עצמה למציאות החדשה.

יש לציין, שתקבולים מכל קופות הגמל, קרנות השתלמות ואפילו פנסיות ישראליות שאליהן הצטרפו העולים בישראל חייבים במס אמריקאי מכוח ההחרגה שבסעיף 36(3) לאמנה, למרות הטבות המס לכאורה שמהן נהנים תקבולים אלו לפי פקודת מס הכנסה, ולמרות ההגנה לכאורה שמציעה אמנת המס.

כדי למצוא פתרון לבעיה הזו, שיש לה פוטנציאל לפגוע בעלייה מארה"ב, חייבת ישראל לבחון מחדש את סעיף ההחרגות ולשאת ולתת עם האמריקאים על הכללת סעיפים חיוביים יותר מבחינתה.

דוגמא נוספת לפגיעה מהוראת סעיף 36(3) לאמנה היא בנוגע לאזרח או תושב אמריקאי שמשכיר דירה בישראל שזוכה להקלת מס של פטור ממס הכנסה או מס מוגבל בשיעור 10%. במקרה זה סעיף 36(3) לאמנה קובע שארה"ב יכולה להתעלם מהקלת המס, אשר בסעיף 26(2) לאמנה דווקא זכתה להגנה. המס שישולם יהיה בשיעור המס הרגיל שחל על התושב האמריקאי בארה"ב. יש להניח שהוא יזכה לזיכוי מהמס הישראלי לפי סעיף 126(1) לאמנה אשר כדי למנוע כפל מס מתירה זיכוי מן המס ששולם בישראל.

כדי להתארגן מראש להתעלמות מהקלת המס בישראל, ניתן לבחור את חישוב המס בישראל בדרך הרגילה ללא פטור או הגבלת מס לפי סעיף 122 לפקודה, תוך תביעת כל ההוצאות האפשריות שניתן לתבוע ובהן פחת, הוצאות ריבית והפרשי הצמדה, הוצאות תיקונים והוצאות אחרות הקשורות בהשכרת דירת המגורים בישראל.