

הסדר פירוק החברות לפי סעיף 1א93



שקל ושות' עו"ד

יניב שקל, עו"ד

סאלח אבו אלעסל, עו"ד (רו"ח)

1. מבוא – הטעות החקיקתית

- 1.1. ביום 5 ביוני 2002 נתקבל בכנסת חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), התשס"ב – 2002 (להלן – **"חוק תכנית החירום"**). במסגרת חוק זה, הוספה, בין היתר, הוראת שעה, שעניינה הסרת תקרת ההכנסה החייבת לצורך חיוב בדמי ביטוח לאומי ומס בריאות (להלן ביחד – **"דמי ביטוח"**) למשך תקופה מוגבלת.¹
- 1.2. במסגרת הוראת השעה, אשר תוקפה נקבע למשך 18 חודשים (החל מיום 1 ביולי 2002 ועד ליום 31 בדצמבר 2003), תוקן חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה – 1995 (להלן – **"חוק הביטוח הלאומי"**), ובפרט תוקן סעיף 337 לחוק זה ולוחות "ו"א הכלולים בו.
- 1.3. במסגרת התיקון האמור לחוק הביטוח הלאומי, הוסרו תקרות ההכנסה החייבת לצורך חיוב בדמי ביטוח (תקרות של כ - 35,000 ש"ח² לעניין שכירים ועצמאיים וכ - 28,000 ש"ח³ לעניין חבות מעסיקים בגין עובדיהם).
- 1.4. משמעותו של התיקון הנ"ל באותה עת היתה, כי עצמאיים ושכירים המשתכרים מעל לסך של 35,000 ש"ח בחודש יחובו בדמי ביטוח לאומי ובמס בריאות על כלל הכנסותיהם, וכתוצאה – הועלה למעשה שיעור המס השולי האפקטיבי החל על בעלי הכנסות גבוהות בכ - 10% נוספים, באופן מיידי, כך שבידי אותם נישומים נותרה הכנסה פנויה בשיעור של כ - 40% בלבד.
- 1.5. דא עקא, חיש קל החלה "אופנה" חדשה של מעבר בעלי הכנסות הגבוהות העצמאיים והשכירים, לפעילות באמצעות החברות, אשר ב"קצירת האומר", נועדו לעקוף את ההכבדה המשמעותית בנטל המס החל על הנישומים האמורים, כאשר דרך פעולה זו מאפשרת שליטה ופיקוח על מועד משיכת הרווחים מהחברה ועל גובה המשיכות ממנה, באופן אשר עשוי להביא לשיעור מס אפקטיבי כולל נמוך יותר.
- 1.6. אף המדינה הבינה מהר את הטעות החקיקתית שלה, אשר הביאה לאובדן משמעותי של הכנסות, בין היתר, ממס ההכנסה ששילמו אותם נישומים, ולכל הפחות בדחייתו למועדים לא נראים לעין. כתגובה אף הותקף המעבר המתואר על ידי נציבות מס הכנסה, בטענה כי פעולה

¹ לרחבה ראה מאמרם המקיף של עו"ד ל' נוימן וא' קפלן, **היערכות לקראת חוק תכנית החירום הכלכלית והסרת תקרות החיוב לביטוח לאומי**, מסים טז/4, א-43.

² 5 פעמים השכר הממוצע במשק.

³ 4 פעמים השכר הממוצע במשק.

זו הנה עסקה "בדויה", בעלת מאפיינים פליליים.⁴

1.7. אך בסופו של יום, המחוקק, במסגרת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003-2004), התשס"ג-2003 (להלן – "חוק תכנית ההבראה"), הציג הסדר חדש, בדמות הוספת סעיף 93א לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן – "הפקודה") ותיקונים עקיפים לחוק הביטוח הלאומי, הנועד לאפשר חזרה של אותם עצמאיים ושכירים למצב בו היו נמצאים כיום לולא הקמת החברות.

1.8. להלן נסקור את ההסדר החדש, סקירה שעולה ממנה כי המחוקק לא עמד בהצהרותיו, ואין ממש בדבריו כי יש בהסדר החדש בכדי להחזיר את מצבם של הנישומים שעברו לפעול באמצעות חברות למצב בו היו אילולא הקמת החברות.

2. חוק תכנית ההבראה

2.1. במסגרת חוק תכנית ההבראה, נוסף סעיף 93א לפקודה, לפיו תחולת סעיף 93 לפקודה, הקובעת את אופן המיסוי בעת פירוק חברות, לא תחול על פירוק מרצון של חברה שהחל והסתיים בשנת המס 2003.

2.2. זאת ועוד, מכירת הנכסים או הפעילות של החברות האמורות לא תחויב במס לפי הפקודה או לפי חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן – "חוק התיאומים"), לפי הענין.

2.3. עם זאת להסדר האמור נקבעו מספר תנאים מצטברים, המחייבים כי:

2.3.1. החברה המתפרקת התאגדה בתקופה החל בשנת המס 2002 עד יום 1.6.03, ובאם התאגדה קודם לשנת 2002, אזי תחולת ההסדר עליה תהא מקום ולא היו לחברה האמורה נכסים, פעילות, הכנסות, הוצאות או הפסדים, לפני שנת המס 2002 – זאת על מנת שההסדר יחול רק לגבי החברות החדשות שהוקמו כתוצאה מהשינויים בחוק הביטוח הלאומי.

2.3.2. בעל השליטה בחברה הנו יחיד שהכנסתו ממשלח יד כאמור בסעיף (1)2 או מעבודה כאמור בסעיף (2)2 לפקודה, ואשר פעילותו הועברה לחברה, ובמידה והועברו נכסים, לרבות זכויות במקרקעין, אזי לא שונה ייעודם אגב ההעברה.

2.3.3. מכירת הנכסים או הפעילות של החברה המתפרקת היא מכירה ללא תמורה לאותם בעלי המניות שמהם הועברו הנכסים או הפעילות לחברה, בהתאם לחלקם היחסי בזכויות בחברה, ולא שונה ייעודם אגב המכירה מהחברה לבעלי המניות.

2.3.4. החברה ובעלי המניות ביקשו כי יחולו הוראות סעיף זה על הליכי הפירוק.

2.3.5. במהלך הליכי הפירוק שולמו לבעלי המניות כל הרווחים הראויים לחלוקה, כל העודפים וכל סכומי הכסף שנותרו בחברה, בהתאם לקביעת שר האוצר, וחויבו במס בידי בעלי המניות לפי סעיפים (1)2 או (2)2;

הוראה זו כשלעצמה אינה מלמדת על אופן המיסוי, וככל הנראה בחר המחוקק

⁴ הדברים פורסמו בכתבתו של בן ציון ציטרין, מס הכנסה : מעבר של שכירים לחברות, כדי להתחמק מהגדלת הביטוח הלאומי – עבירה פלילית, עיתון "הארץ", 4.9.02.

להותיר את "הטכניקה" לקביעתו של שר האוצר.

אם כי, ברי שיש בהוראה דנא בכדי להביא את מיסוי העודפים, על הגדרתם נעמוד להלן, בהתאם לשיעורי המס החלים על יחידים.

- 2.3.6. תנאים, מגבלות ותיאומים אחרים, שיקבעו על ידי שר האוצר.
- 2.4. כמתחייב ממטרת ההסדר דנא, נקבע כי פירוק בהתאם לסעיף 93א לפקודה, לא יהווה הפרת תנאי הפרק השלישי לחלק ה'2 לפקודה, הן בפטור להעברת נכסים תמורת מניות (אותה טכניקה בה הוקם חלק ניכר מהחברות).
- 2.5. ויובהר, כי התקנות שטרם פורסמו, אם כי אושרו ביום 10/12/03 בוועדת הכספים של הכנסת, אותן נסקור בהרחבה להלן, יחולו גם לגבי פירוק חברה כאמור בסעיף 93א שנעשה לפני פרסומן.
- 2.6. זאת ועוד, במסגרת סעיף 93א ניתנה סמכות לנציב מס הכנסה, להאריך את תחולת הוראת סעיף 93א על פירוק מרצון של חברה אף אם הסתיים לאחר שנת המס 2003, ובלבד שלחברה המתפרקת לא היו הכנסות לאחר שנת המס 2003, ועד תום שנת המס 2003 נמכרו לבעלי המניות כל הנכסים והפעילות של החברה, ושולמו להם כל העודפים.
- נראה, כי מוטב שהנציב יאריך ללא כל דיחוי את תחולת סעיף 93א על פירוקים שלא הסתיימו בשנת המס 2003, שהרי אנו עומדים בפתחה של שנה חדשה, והתקנות טרם פורסמו ברשומות, כך באם הנציב לא יודיע מיד על הארכת תחולת סעיף 93א על פירוק חברות שלא הסתיימו בשנת 2003, יהפוך כל ההסדר לאות מתה, ומטרת המחוקק לא תושג.**
- 2.7. במקביל לתיקון הפקודה, על משמעותו נעמוד להלן בסקירת התקנות החדשות ובניסיונו לדלות את ההסדר שנקבע בשלמותו, נערך תיקון שנועד לסייג את תחולת ביטול תקרות הביטוח הלאומי על העודפים שיועברו לבעלי מניות החברות המתפרקות.
- 2.8. התיקון האמור שנכלל בחוק תכנית ההבראה לא נערך כתיקון ישיר של חוק הביטוח הלאומי, אלא כתיקון חוק תכנית החירום, אשר כפי ששנינו לעיל הביא עמו את ביטול התקרות לתקופה מיום 1.7.02 ועד ליום 31.12.03.
- 2.9. תחילה נקבע בחוק תוכנית ההבראה, כי תקופת ביטול תקרות הביטוח הלאומי תקוצר מ-18 חודשים ל-12 חודשים, קרי – מיום 1.7.02 ועד ליום 30.6.03.
- 2.10. זאת ועוד, נוסף לחוק תכנית החירום סעיף 9א, המסייג את תחולת סעיף 9 שקבע את הוראת השעה של ביטול תקרות הביטוח הלאומי על העודפים המתקבלים על ידי בעלי המניות מהחברות המתפרקות בהתאם לסעיף 93א לפקודה, וזו לשונו:

"(א) על אף הוראות סעיף 9, לענין דמי ביטוח המשתלמים לפי הוראות פרק ט"ו בחוק הביטוח הלאומי, לא יובאו בחשבון העודפים בסכום העולה על סכום השווה לחמש פעמים השכר הממוצע, בעד כל אחד מהחודשים שבשנת המס 2003.

(ב) אירעה למבוטח, בשנת 2003, פגיעה בעבודה המזכה בגמלה המשתלמת לפי הוראות פרק ה' בחוק הביטוח הלאומי, ולאחר מכן החל פירוק מרצון של חברה, כאמור בסעיף 93א בפקודה, לא יובאו בחשבון לענין הגמלה האמורה סכומי העודפים ששולמו לפי הוראות סעיף 93א(א)(6) בפקודה, ולא ישתלמו בעדם דמי ביטוח לפי הוראות סעיף 335(ג) בחוק הביטוח הלאומי.

(ג) בסעיף זה -

"העודפים" - העודפים ששולמו כאמור בסעיף 93א(א)(6) בפקודה בתקופה שמיום א' בתמוז התשס"ג (1 ביולי 2003) ועד יום י' בטבת התשס"ד (31 בדצמבר 2003), ופקיד שומה כהגדרתו בסעיף 1 בפקודה אישר כי הם חויבו במס לפי הוראות סעיף 93א(א)(6) האמור;

"הפקודה" - פקודת מס הכנסה."

2.11. הנה כי כן, הסייג שנקבע בסעיף 9א דנן, מסייג את ביטול תקרות הביטוח הלאומי לעניין חישוב הכנסת בעלי המניות מהעודפים המתקבלים על ידם בהתאם לסעיף 93א(א)(6) לפקודה, כך שהעודפים האמורים "מוגנים" מדמי ביטוח לאומי ומס בריאות מעבר לתקרה החודשית של חמש פעמים השכר הממוצע החודשי, בפריסתם ל – 12 חודשי שנת 2003.

2.12. יצוין, כי למיטב ידיעתנו בחוק הביטוח הלאומי לא נקבע מנגנון לזיכוי אותם עצמאים ושכירים בגין דמי הביטוח הלאומי ומס הבריאות ששולמו בגינם על ידי החברות המתפרקות במסגרת המשכורות שהתקבלו על ידם, ונראה כי אף ההסדר הקבוע בתקנות להלן, אשר בוחר בשיטת הזיכוי ממס החברות מהמס בו יחובו אותם נישומים בגין העודפים מהחברות המתפרקות, אינו מסייע ולא מאפשר את זיכוי הנישומים האמורים, אלא גורם, הלכה למעשה, לכפל תשלום ביטוח לאומי ומס בריאות במחצית הראשונה של שנת 2003.

2.13. לשון אחרת – הגדרת ה"עודפים" אותה קבע שר האוצר בתקנות שנסקור להלן, ובגינה משולם המס בפירוק, הינה כזו, שאינה לוקחת בחשבון את המשכורות ששולמו לבעלי המניות. מאחר שהמחוקק הגביל את דמי הביטוח הלאומי על אותם "עודפים" לסכום הנגזר ממכפלת השכר הממוצע במשך בחמש, נוצר מצב שבו ישלם בעל המניות הן ביטוח לאומי ומס בריאות בגין המשכורות שמשך, והן בגין חמש פעמים השכר הממוצע במשך – על סכומי העודפים שחולקו לו.

2.14. זאת ועוד, נראה כי הסדר סעיף 93א מאפשר הטלת ביטוח לאומי ומס בריאות אף על הכנסות הוניות, אשר אינן חייבות בדמי ביטוח לאומי או במס בריאות, אך נכללות, כפי שיובהר להלן, במסגרת ה"עודפים" החייבים בדמי ביטוח לאומי.

3. תקנות מס הכנסה (הוראות לעניין פירוקים מסויימים), התשס"ד 2003 - (להלן – "התקנות")

3.1. שנינו למעלה מכאן, כי ההסדר החקיקתי, מלבד היותו סותר את הצהרות המחוקק, אנו שלם ואף לא מובן, ועל כן, תלינו תקוותנו בתקנות שיקבעו אותנו מנגנון ויביאו לבהירות המיוחלת, אותן תקנות שנסקור להלן.

3.2. הגדרות כלליות

3.2.1. תקנה 1 לתקנות יוחדה להגדרת החלק היחסי, אשר נקבע כחלק היחסי של בעל המניות בנכסי החברה בעת הפירוק.

3.2.2. להגדרה זו חשיבות לעניין חלוקת העודפים, נטל המס, וחלוקת כלל נכסי החברה המתפרקת בין בעלי מניותיה.

3.2.3. לשם הפשטות, סקירתנו את התקנות וניתוחן תתייחס לחברה שלה בעל מניות יחיד.

3.3. סייג לתחולת סעיף 93א

תקנה 2 לתקנות, סייגה את תחולת הסדר סעיף 93א על איגודי מקרקעין כהגדרת בחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963, על חברה תושבת חוץ, על חברה משפחתית, על חברה שפנקסיה אינם קבילים ועל חברה שלא הגישה דו"ח על הכנסותיה לפקיד השומה.

העודפים לעניין סעיף 93א

3.3.1. תקנה 3 מבהירה לנו מה כולל המונח עודפים לעניין סעיף 93א, כאשר ההתייחסות הנה לרכיבי ההגדרה שהצטברו בחברה מיום תחילת פעילותה ועד לתום הליכי הפירוק. לשון אחרת, מדובר אף על "עודפים" שנצברו בשנת 2002, אשר ישוייכו ליחיד ויחויבו במס בידיו בשנת 2003, כך שככל הנראה, יפסיד הוא את מדרגות המס של שנת 2002.

3.3.2. בהתאם לתקנה 3(1), העודפים הנם, הלכה למעשה, הכנסתה החייבת של החברה, וזאת בנטרול חלוקת דיבידנד ששולם מס בגינו, ובנטרול ניכוי הוצאת חלוקת העודפים – מושג שנכיר להלן. הווה אומר, הכנסתה החייבת של החברה כפי שהתבטאה בשורה לפני המס על הכנסה בדו"ח על תוצאותיה העסקיים, בנטרול ההכנסה האמורה שחולקה כדיבידנד ששולם בגינו מס, מהווה את העודפים לעניין סעיף 93א, וספיציפית 93א(א)(6) לפקודה.

ודוק, מחוקק המשנה אינו רוצה בהסדר האמור כלל וכלל מקום בו שולם על ההכנסה מס בשיעור של 52% (36% בחברה ו- 25% על היתרה בחלוקת הדיבידנד), כך שבגין הכנסות אלו לא יזכה היחיד בשני האחוזים ששילם ביתר, כשהלה יכול היה להתחייב בהם במס בשיעור 50% בלבד.

3.3.3. מנסחי התקנות היו יכולים להסתפק בפסקה (1) לתקנה 3 לתקנות, אך כנראה לשם הדגשה, נאמר בפסקה (2) לתקנה 3 כי השבח כלול בעודפים, ובפסקה (3) לתקנה 3 כי רווחים אחרים שלא נכללו בפסקאות הנ"ל אף הם כלולים בעודפים.

דא עקא, שהדגשה זו מביאה לכך כי רווחים הפטורים ממס בידי החברה, שאינם כלולים בהכנסה החייבת כהגדרתה בפקודה, יחוייבו במס בשיעור של 50% בידי בעלי המניות, בעוד שמדובר בהכנסה פטורה, ובכך לא יהא חולק שייגרם עיוות, אצל נישום שהיו לו בחברה שבשליטתו הכנסות פטורות.

דין דומה יחול באשר להכנסות החייבות בשיעורי מס מוטבים אצל החברה (והיחיד), כדוגמת רווחי הון ושבח, אשר בעת חלוקתם ליחיד כ"עודפים" ישולם עליהם מס מלא, ללא קשר למקורם ולשיעורי המס שהיו מוטלים עליהם אילו היו נצמחים מלכתחילה אצל בעל המניות.

3.3.4. בנוסף, נקבע בפסקה (4) לתקנה 3, כי בחישוב העודפים תלקח בחשבון יתרת החובה של בעלי המניות בחברה שלא סולקה עד תום הליכי הפירוק, באם היא לא חויבה במס, או לא נכללה בפסקה (1) לתקנות.

3.3.5. בתקנה 4 לתקנות, נקבע כי העודפים עליהם יתחייב היחיד (בעל המניות) במס במהלך שנת 2003, הנם סיכום הסכומים בתקנה 3(1) עד תקנה 3(4).

3.4. הבהרת סעיף 93א

בתקנה 5 לתקנות, הובהר כי העברת הפעילות מהחברה לבעלי מניותיה, כוללת אף את את העברת ההתחייבויות, וכי אין בהעברה זו משום תמורה. כלומר – בסעיף 93א ניתן פטור להעברת הפעילות והנכסים, ותקנה 5, ככל שהדעת נותנת, באה להבהיר את האמור בסעיף

93א, ולהבהיר כי עצם המחאת ההתחייבויות, אין בה תמורה המשולמת לחברה העשויה להיות נשוא לחיוב במס.

3.5. סייג לתחולת סעיפים 8(ג) ו-9(א7) לפקודה, והוראות לעניין פיטורים

3.5.1. בתקנה 7 לתקנות נקבע, כי בחישוב המס החל על העודפים, לא יחול סעיף 8(ג) לפקודה, הודן בחלוקת ההכנסה מהפרשי שכר, דמי פדיון חופשה, מענק שהתקבל קב פרישה או מוות, הודן קצבה בקשר ליחסי עובד-מעביד, ליותר משנת מס אחת.

3.5.2. בנוסף, סויגה תחולת סעיף 9(א7) לפקודה, הודן בפטור ממס הכנסה למענק עקב פרישה או מוות, על העודפים דנן.

3.5.3. אלא, שההוראה המסייגת את סעיף 9(א7) לפקודה אינה מובנת כלל וכלל, לאור תקנה 14 לתקנות, לפיה לעניין הפקודה לא יראו בפירוק חברה לפי סעיף 93א לפקודה, והפסקת העבודה בעקבות כך כפיטורים או כהתפטרות.

3.6. תקנה "עונשית" - אי התרת הפסד בגין השקעה במניות החברה המתפרקת

שוב, חרף הצהרות המחוקק, נכלל בתקנה 11 לתקנות הסדר מעין עונשי, לפיו לא יותר הפסד הון בשל השקעה בחברה כאמור בסעיף 93א. נראה כי הפגיעה הקיימת באי התרת הפסד הון בגין השקעה בחברה אשר אף עשויה לכלול השקעה כספית, כאשר ההשקעה ממומשת במחיר אפס ומשכך אין חולק כי מביאה היא להפסד, תהא משותפת לכלל העצמאיים והשכירים שיבחרו לאמץ את מסלול הפירוק הגלום בסעיף 93א.

3.7. הכנסות למיניהן והחזרי מס לאחר תום הליך הפירוק

3.7.1. הכנסות מכל מין וסוג שהיו לחברה לאחר שפורקה, יראו בהם כהכנסה מהמקורות (1) או (2) לפקודה אצל היחיד – אם כי לא ברור מדוע הכנסה משבח מקרקעין, לדוגמא, תחוייב במס של 50%.

3.7.2. החזר מס באם יהא, ישוייך לבעלי המניות.

3.8. קביעת מקדמות במעבר לפעילות כעצמאי

בהתאם לתקנה 13 לתקנות, מחזור העסקאות בחברה והמס בו נתחייבה, יובאו בחשבון בקביעת מקדמות בעל המניות לאחר פירוק החברה, ויתווספו למחזור שהיווה את הבסיס למקדמותיו, אם בכלל.

3.9. הוראות "מעבר" לעניין חישוב רווח הון במכירות עתידיות של נכסי החברה המתפרקת

3.9.1. מונחה על ידי העקרון הבסיסי של רציפות המס, קבע מחוקק המשנה בתקנה 8 לתקנות, את ההוראות הדנות במכירת נכסים שהועברו על ידי בעלי מניותיה עם הקמתה, והתקבלו בידם בהתאם לסעיף 93א, וכן הוראות בקשר לנכסים חדשים – שנרכשו במהלך חיי החברה.

3.9.2. כך בנכסים ישנים (שהועברו על ידי בעלי המניות לחברה) יראו לעניין הפקודה וחוק התיאומים את המחיר המקורי, יום הרכישה ויתרת המחיר המקורי, כפי שהיו אילו נמכרו ממנו קיבלה אותם החברה בפטור ממס.

3.9.3. ובנכסים חדשים (שנקנו על ידי החברה) יראו לעניין הפקודה וחוק התיאומים את המחיר המקורי, יום הרכישה ויתרת המחיר המקורי, כפי שהיו אילו נמכרו בידי החברה.

- 3.10. **מניעת כפל מס ומיסוי היחיד בסופו של יום**
- 3.10.1. הואיל והסדר סעיף 93א יועד להביא בסופו של יום למיסוי אצל היחיד בלבד, אזי נקבע, בתקנה 9 לתקנות, כי סכום העודפים שהועבר לבעלי המניות כאמור בתקנות, יותר לחברה כהוצאה בייצור הכנסה בשנת המס 2003.
- 3.10.2. כלומר, בכדי למנוע כפל מס, בכך שהן החברה והן היחיד יחויבו על אותה הכנסה, הכנסות החברה יקטנו בגובה הרווחים שסקרנו לעיל אשר יועברו ליחיד.
- 3.10.3. אלא מאי, רוב החברות המדוברות הוקמו כבר בשנת 2002, ובכך תוצאת הפעילות של החברה לשנת 2003 תניב בדרך כלל הפסד, כאשר כל עודפי החברה למן יום הקמתה, ינוכו כהוצאה מהכנסת החברה החייבת בשנת 2003.
- 3.10.4. לגבי ההפסד הנ"ל שמקורו בעודפים נקבע בתקנה 9 לתקנות מנגנון, לפיו מקום בו ניכוי העודפים יביא להפסד, אזי חלף אותו הפסד מהעודפים דנא שניתן להעבירו ברגיל לשנת 2004, ינתן לבעל המניות זיכוי כנגד המס החל על העודפים שקיבל בגובה מס החברות ששילמה החברה על ההכנסה שממנה חולקו העודפים, ובלבד שהזיכוי:
- 3.10.4.1. לא יינתן בשל מס החברות ששולם על הכנסה שממנה חולק לבעלי המניות דיבידנד.
- 3.10.4.2. ושלא יעלה על סכום המס שבעל מניות חייב בו לפי סעיף 93א לפקודה.
- 3.10.5. במילים אחרות, משעברה החברה להפסד בעקבות חלוקת העודפים, אזי אין עוד כל חבות במס אצלה, ומשכך מס החברות ששולם על ידה יוחזר ליחיד בדמות זיכוי מהמס שיחול עליו בגין העודפים שיקבל מהחברה.
- 3.10.6. בהמשך להגדרתו את העודפים, מהם מועט הדיבידנד, מחוקק המשנה עקבי ועל כן אינו מתיר זיכוי ממס בגין הרווחים שחולקו כדיבידנד, באשר שנינו לעיל כי הלכה למעשה, הוא מנצל הסדר זה בכדי לגבות 52% מס על הכנסות החברה שחולקו כדיבידנד, ולא מוכן להחזיר את המצב לולא הקמת החברה בגין הסכומים האמורים, קרי – אינו מוכן למיסוי אותן הכנסות בשיעור מס של 50%.
- 3.10.7. לא זו אף זו, באם בנסיבות המקרה פעילות בחברה הביאה את הנישום לתשלום מס גבוה יותר ממה שהיה מתחייב לו המש"כ לפעול במסגרת היחיד, הרי המחוקק אינו מוכן להחזיר את "המצב לקדמותו" לנישום כאמור, ומגביל את הזיכוי בגובה מס החברות ששולם על ידי החברה.

3.11. **חברה מפסידה**

- 3.11.1. תקנה 10 לתקנות דנה בחברות מפסידות, ויודגש כי לא מדובר בהפסד בשל ההוצאה מעודפים, אלא הפסד אמיתי ללא קשר לסעיף 93א לפקודה ולתקנות דנא.
- 3.11.2. במקרה כאמור, הוראות הפקודה וחוק תאומים, לפי הענין, יחולו על ההפסדים שנתרו בחברה במועד סיום הליכי הפירוק, ויראו אותם הפסדים כהפסד של בעלי המניות, שסיווגו יהיה בהתאם לסיווגו אילו היה נשאר הפסד של החברה.

- 4.1 נראה כי המחוקק בנסותו לתקן את הטעות בתכנית החירום, עושה טעות נוספת שתביא הלכה למעשה להפיכת סעיף 93א לפקודה לאות מתה. אלא שקיים חשש כי "הטעות" האמורה אינה אלא מכוונת מצד המחוקק להניב רווחים, ולא דווקא להחזיר את מצב העצמאיים והשכירים שהתאגדו כחברות למצב אילולא לא התאגדו כאמור ואילולא לא בוטלו תקרות הביטוח הלאומי.
- 4.2 בכל מקרה, וחרף הבעיות שפירטנו ושנסכם להלן, נראה, כי מוטב שהנציב יאריך ללא כל דיחוי את תחולת סעיף 93א לפקודה על פירוקים שלא הסתיימו בשנת המס 2003, שהרי אנו עומדים בפתחה של שנה חדשה, והתקנות טרם פורסמו ברשומות, כך באם הנציב לא יודיע מיד על הארכת תחולת סעיף 93א לפקודה על פירוק חברות שלא הסתיימו בשנת 2003, יהפוך כל ההסדר לאות מתה, ומטרת המחוקק לא תושג.
- 4.3 למיטב ידיעתנו בחוק הביטוח הלאומי לא נקבע מנגנון לזיכוי אותם עצמאים ושכירים בגין דמי הביטוח הלאומי ומס הבריאות ששולמו בגינם על ידי החברות המתפרקות במסגרת המשכורות שהתקבלו על ידם, ונראה כי אף ההסדר הקבוע בתקנות, אשר בוחר בשיטת הזיכוי ממס החברות מהמס בו יחובו אותם נישומים בגין העודפים מהחברות המתפרקות, אינו מסייע ולא מאפשר את זיכוי הנישומים האמורים, אלא גורם, הלכה למעשה, לכפל תשלום ביטוח לאומי ומס בריאות במחצית הראשונה של שנת 2003.
- 4.4 לשון אחרת – הגדרת ה"עודפים" אותה קבע שר האוצר בתקנות שסקרנו לעיל, ובגינה משולם המס בפירוק, הינה כזו, שאינה לוקחת בחשבון את המשכורות ששולמו לבעלי המניות. מאחר שהמחוקק הגביל את דמי הביטוח הלאומי על אותם "עודפים" לסכום הנגזר ממכפלת השכר הממוצע במשך בחמש, נוצר מצב שבו ישלם בעל המניות הן ביטוח לאומי ומס בריאות בגין המשכורות שמשך, והן בגין חמש פעמים השכר הממוצע במשך – על סכומי העודפים שחולקו לו.
- 4.5 זאת ועוד, נראה כי הסדר סעיף 93א מאפשר הטלת ביטוח לאומי ומס בריאות אף על הכנסות הוניות, אשר אינן חייבות בדמי ביטוח לאומי או במס בריאות.
- 4.6 בהתאם להגדרת עודפים בתקנות, מדובר אף על "עודפים" שנצברו בשנת 2002, אשר ישויכו ליחיד ויחויבו במס בידי שנת 2003, כך שככל הנראה, יפסיד הוא את מדרגות המס של שנת 2002.
- 4.7 המחוקק בחפזו, שמא ברצונו להפיק רווחים בניגוד להצהרותיו, אינו רוצה בתחולת הסדר סעיף 93א לפקודה כלל וכלל מקום בו שולם על ההכנסה מס בשיעור של 52% (36% בחברה ו-25% מ-64% שנותרו בחלוקתם כדיבידנד), כך שבגין הכנסות אלו לא יזכה היחיד בשני האחוזים ששילם ביתר, כשהלה יכל להתחייב בהם במס בשיעור של 50% מס בלבד.
- 4.8 לא זו אף זו, באם בנסיבות המקרה פעילות בחברה הביאה את הנישום לתשלום מס גבוה יותר ממה שהיה מתחייב לו המשיך לפעול במסגרת היחיד, הרי המחוקק אינו מוכן להחזיר את "המצב לקדמותו" לנישום כאמור, ומגביל את הזיכוי בגובה מס החברות ששולם על ידי החברה.
- 4.9 זאת ועוד, בהתאם להגדרת עודפים בתקנות, נוצר מצב בו רווחים הפטורים ממס בידי החברה, שאינם כלולים בהכנסה החייבת כהגדרתה בפקודה או אף רווחי הון ושבת הזוכים לשיעורי מס מוטבים, יחויבו במס בשיעור מלא של 50% בידי בעלי המניות. בכך לא היא חולק שייגרם עיוות, אצל נישום שהיו לו בחברה שבשליטתו הכנסות פטורות או חייבות בשיעור מס מוטב, כל עוד אין המדובר בהכנסות פטורות או מוטבות הקשורות למאפייני מקבל ההכנסה, כגון

דיבידנד בין חברות ישראליות. יתרה מכך, יתכן שההכנסות האמורות אף תחויבנה בדמי ביטוח לאומי ובמס בריאות.

4.10. זאת ועוד, חרף הצהרות המחוקק, נכלל בתקנה 11 לתקנות הסדר מעין עונשי, לפיו לא יותר הפסד הון בשל השקעה בחברה כאמור בסעיף 93א.

4.11. אשר על כן, אין לנו אלא להמליץ לבחון היטב את החלת סעיף 93א לפקודה, ובכל מקרה לקבל ייעוץ מקצועי.