

בע"א 3102/12 **רחל ניאגו ואח' נ' פקיד שומה כפר סבא** (פורסם במיסים און-ליין, 14.7.2014), נדון עניינן של שתי חברות, ישראלית וזרה (תושבת איי הבהאמס), שעיסוקן בייצוא מוצרי טקסטיל מישראל. החברה הישראלית הוקמה ב- 1987 וב- 1990 העבירה את פעילותה לחברה הזרה. בשנת 1992, מוזגו החברות ועקב כך חילקה החברה הזרה דיבידנד לבעלי המניות (המערערים) בסך של 22,400,000.

פקיד השומה טען, בין היתר, כי הדיבידנד חייב במס בישראל מהטעם שחברה הזרה הינה חברה שהשליטה והניהול בה בוצעו מישראל.

בית המשפט המחוזי בתל אביב (עמ"ה 1029/00 **יצחק ניאגו ז"ל ואח' נ' פקיד שומה כפר סבא**, מיסים כו' 1 (2012)) דחה את הערעור. בית המשפט המחוזי קבע, כי למנהלי החברה ועובדיה הפורמליים (שישבו מחוץ לישראל) לא היה עניין ממשי בעסקי החברה אלא שימשו פלטפורמה חסרת כל מהות עסקית ממשית וכן שהמדיניות העסקית וההחלטות האסטרטגיות התקבלו על ידי המערערים. משכך, נקבע כי יש לראות בחברה הזרה כמי שהשליטה והניהול של עסקיה מופעלים מישראל, ובהתאם הדיבידנדים שחילקה החברה למערערים חייבים במס בישראל (להרחבה בעניין זה ראו נא מאמרים של הח"מ ועו"ד רוזי פקירו "מבחי "השליטה והניהול" כמבחן מצטבר לקביעת מושבה של חברה לצורכי מס", מיסים כו' 1 (פברואר 2012)).

ביהמ"ש העליון, דחה אומנם את הערעור בקובעו כי השליטה והניהול של עסקי החברה הזרה אכן בוצעו בישראל, אך קבע בין היתר כי "**לנישום יש זכות לבחור בצורת ההתאגדות שתוביל לנטל המס הקטן ביותר**". אימרה זו, מהווה איתות ברור לרשות המסים והתייחסות ראשונה לעניין זכות ההתאגדות מחוץ לישראל והזכות למזעור חבות המס הכלל עולמית מחוץ לישראל.

בכך לטעמנו דוחה בית המשפט פרשנות מחמירה אשר עלתה לכאורה מפסיקת בית המשפט המחוזי בפרשת ניאגו, לפיה על הנישומים מוטל הנטל להצדיק את הבחירה בהתאגדות מחוץ לישראל וכי בהיעדר הסבר מתאים יש סמכות לפקיד השומה להתעלם מתושבות החברה הזרה. בכך מאשרר בית המשפט העליון פעם נוספת את זכות ההתאגדות, זכות אשר עוגנה **בהלכת רובינשטיין** (ע"א 3415/97, פ"ד נו(5) 915 (2003)) וכעת מאושררת גם בהקשר של התאגדות בינלאומית.