

בפני:

כב' השופטת ירדנה סרוסי

המערער:

אדמונד דה רוטשילד ניהול נכסים בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד משה מזרחי, אלדד נח ועמית קריגל

נגד

המשיב:

מע"מ ומס קניה תל אביב  
ע"י ב"כ עוה"ד מיכל רצ'ולסקי ונגה דגן  
מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)

### פסק דין

א. הקדמה

1. המערער, חברת אדמונד דה רוטשילד ניהול נכסים בע"מ, מספקת שירותים לקבוצת רוטשילד העולמית, אשר מקום מושבה מחוץ לישראל והיא בגדר תושב חוץ (להלן: "קבוצת רוטשילד חו"ל").
2. למערער שני מגזרי פעילות מהן נבעו הכנסותיה בתקופת השומה מושא הערעור (2012-2016). כ-170 מיליון ש"ח (82% מכלל הכנסותיה) מקורו בתשלומים שקיבלה מהקבוצה בחו"ל בגין שיווק הקרנות של קבוצת רוטשילד חו"ל ללקוחות מוסדיים בישראל (להלן: "פעילות שיווק הקרנות"). יתרת ההכנסות מקורה בתשלומים שקיבלה המערער מחברות הקבוצה בחו"ל בגין שיווק שירותי בנקאות פרטית ליחידים (להלן: "שיווק שירותי בנקאות פרטית").
3. המערער דיווחה על הכנסותיה לרשויות מע"מ כחייבות בשיעור מע"מ אפס בהסתמך על סעיף 30(א)(5) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: "חוק מע"מ" או "החוק"). סעיף 30(א)(5) לחוק קובע מס בשיעור אפס על "מתן שירות לתושב חוץ" אלא אם כן "נושא ההסכם הוא מתן השירות בפועל, נוסף על תושב החוץ, גם לתושב ישראל בישראל".
4. טענתה העיקרית של המערער היא, כי שירותי השיווק שניתנו על ידה, הן בקשר לקרנות רוטשילד חו"ל ללקוחות המוסדיים והן בקשר לפעילות הבנקאית הפרטית של רוטשילד חו"ל ליחידים, ניתנו לקבוצת רוטשילד חו"ל ולא ללקוחות בישראל. ככל

שהלקוחות בישראל קיבלו ממנה שירות, שאינו חלק מפעילות שיווקית או הנלווה אליה, הרי מדובר בשירות זניח וטפל. לא יעלה על הדעת כי בשל שירות פעוט ערך, ככל שניתן לתושבי ישראל, תיצבע **כל התמורה** שקיבלה המערערת מהקבוצה בחו"ל בחיוב במע"מ בשיעור מס מלא (ראו הכלל הבינארי הקבוע בסעיף 30(א)(5) לחוק).

המערערת מבקשת מבית המשפט לקבוע כי כלל פעילותה חייבת במע"מ בשיעור אפס. לחילופין, היא מבקשת להורות על פיצול התמורה באופן שרק חלק התמורה המיוחס לפעילות עבור תושבי ישראל יחויב בשיעור מע"מ מלא ויתרת התמורה תחויב בשיעור אפס.

5. המשיב לא קיבל את הדיווח של המערערת וקבע לה שומת עסקאות בה חויבה במע"מ בשיעור מלא על כלל הכנסותיה ממתן השירותים לקבוצת רוטשילד חו"ל, הן בגין שיווק הקרנות הזרות והן בגין שיווק הבנקאות הפרטית.

בגין התקופה 12/2014-1/2012 חויבה המערערת בסך של 23,357,601 ש"ח (במונחי קרן מס) ובגין התקופה 11/2016-1/2015 חויבה בסך של 11,884,720 ש"ח (במונחי קרן מס).

השגה שהגישה המערערת על השומה נדחתה ומכאן הערעור שבפניי.

6. במסגרת הערעור טענה המערערת כי סכום מסוים מהחייב הכלול בשומה מהווה החזר דמי ניהול מהקבוצה בחו"ל ללקוחות המוסדיים כאשר המערערת הייתה אך "צינור" להעברתם.

טענה זו התקבלה על ידי המשיב והוסכם כי סך של 1,246,906 ש"ח (במונחי קרן) יופחת מהשומה (הודעת הצדדים מתאריך 20.3.2019).

7. **אקדים אחרית לראשית ואציין כי לאחר שעיינתי היטב בראיות, בפרוטוקול הדיון, בכתבי הטענות ובסיכומי הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי אינני יכולה להסכים עם עמדת המערערת בערעור.**

כפי שאפרט להלן, המערערת לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח כי לא ניתן על ידה "שירות" לתושבי ישראל, הן בתחום שיווק הקרנות הזרות והן בתחום שיווק שירותי הבנקאות הפרטית.

ממכלול הראיות עולה כי המערערת נתנה ללקוחות תושבי ישראל מענה שוטף, נגיש ומידי לכל שאלה ודרישה, וכן סיוע אדמיניסטרטיבי. שירותים אלו לא היו שוליים או זניחים אלא מהותיים וישירים, ואף באופן מובהק.

8. **כאן המקום לציין כי יש לשבח את שני הצדדים על ניהול הליך ענייני והגשת טיעונים וראיות באופן סדור ומעמיק, שהיה בהם להקל ולסייע בהתמודדות עם החומר הרב שנבחן וגובש במסגרת תיק זה.**

ב. **המסגרת הנורמטיבית**

11. **מס ערך מוסף בשיעור אפס**

9. סעיף 30(א) לחוק מע"מ קובע שורה של עסקאות של מכירת טובין או של מתן שירותים שהמע"מ עליהן יהיה בשיעור אפס.

סעיף 30(א)(5) לחוק קובע כי על עסקה המהווה **מתן שירות לתושב חוץ** יחול מע"מ בשיעור אפס.

וזה לשון הסעיף: **"אלה עסקאות שהמס עליהן יהיה בשיעור אפס: [...] מתן שירות לתושב חוץ, למעט שירות ששר האוצר קבע לעניין זה; לא יראו שירות כניתן לתושב חוץ כאשר נושא ההסכם הוא מתן השירות בפועל, נוסף על תושב החוץ, גם לתושב ישראל בישראל [...]"**

10. תכלית סעיף 30(א)(5) לחוק היא לעודד עוסקים ישראלים לייצא את שירותיהם אל מחוץ לגבולות ישראל.

שיעור מע"מ אפס מסייע לעוסק הישראלי להתחרות בעוסקים זרים המספקים שירותים לתושבי חוץ וזאת באמצעות הוזלת מחיר השירות (ע"א 8272/16 י.מ.ש. השקעות בע"מ נ' **מדינת ישראל מנהל מע"מ פס' 35** (20.02.2019) (להלן: "עניין י.מ.ש. השקעות").

11. עם זאת, הסעיף קובע **סייג** להטבה לפיו, כאשר נושא ההסכם הוא מתן השירות בפועל, נוסף על תושב החוץ גם לתושב ישראל בישראל, לא יחול שיעור מס אפס (להלן: "**הסייג בסעיף**").

ומדוע?

משום שלפי תפיסת המחוקק, שירות שניתן לתושב חוץ, שהוא בפועל מתן שירות גם לתושב ישראל בישראל, אינו מגשים את המטרה של עידוד הייצוא שלשמה ניתנה ההקלה בסעיף (אהרן נמדר **מס ערך מוסף** חלק ראשון 585, 594 (מהדורה חמישית, 2013) (להלן: "נמדר"); ע"א 3196/01 **גלמן פינץ בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ פ"ד נח(2)** 682, פס' 4 (2004) (להלן: "עניין גלמן פינץ").

12. בל נטעה, אמת המידה למתן הטבת שיעור אפס לפי הסעיף היא קיומו או העדרו של שירות שניתן לתושב ישראל, בנוסף על תושב החוץ. ככל שלא ניתן "שירות" גם לתושב ישראל, אין בעובדה שהעוסק הישראלי אינו מצוי בתחרות עם עוסק זר, כדי לשלול ממנו את ההטבה. ולהיפך, מתן שירות גם לתושב ישראל ישלול את ההטבה, אף אם העוסק מצוי בתחרות מול נותני שירותים מחו"ל.

13. לצורך שלמות התמונה, אציין בקצרה כי הוספת הסייג לסעיף נעשתה במסגרת תיקון מס' 23 לחוק מע"מ שנכנס לתוקף ביום 1.7.2002 (חוק מס ערך מוסף (תיקון מס' 23), התשס"ב-2002) (להלן: "**תיקון מס' 23**").

עובר לתיקון מס' 23, נוסחו של סעיף 30(א)(5) לחוק היה: **"לא יראו שירות כניתן לתושב חוץ כאשר נושא ההסכם הוא מתן השירות בפועל לתושב ישראל בישראל..."**.

14. המחוקק נדרש לתיקון הסעיף על רקע הפסיקה שניתנה בהלכת **קסוטו** (ע"א 41/96 **קסוטו סוכנויות ביטוח בע"מ נ' מנהל מע"מ** (18.3.1999) (להלן: **"עניין קסוטו"**)).

באותו מקרה קבע בית המשפט העליון כי תכלית חקיקתו של סעיף 30(א)(5) לחוק היא לעודד את היצוא ולא להטיל מס בעסקאות של מתן שירות לתושב חוץ. עם זאת, המחוקק ביקש למנוע ניצול לרעה של הסעיף, באמצעות ביצוע של עסקאות מלאכותיות של מתן שירות לתושב ישראל באצטלא של מתן שירות לתושב חוץ, ולכן סייג את ההטבה באותם מקרים בהם השירות ניתן בפועל לתושב ישראל. באותו עניין קבע בית המשפט העליון כי **"מקבל השירות העיקרי הוא תושב חוץ. אין זו כסות ואין זו פיקציה. לפיכך, לא יראו את השירות כניתן בפועל לתושב ישראל, גם אם תושב ישראל נהנה מן השירות או שיש לראות בו מקבל שירות משני"** (שם, פס' 15).

15. בעקבות פסק הדין בעניין **קסוטו** תוקן חוק מע"מ. לאחר תיקון מס' 23, די בכך שניתן שירות לתושב ישראל בישראל, **בנוסף** לשירות שניתן לתושב החוץ, כדי לשלול את מתן ההקלה של שיעור אפס. בתפיסת תיקון מס' 23, המבחן של **"עיקר מול טפל"** שנקבע בעניין **קסוטו**, פגע בוודאות המשפטית ויצר הזדמנויות לניצול ההקלה לרעה. תיקון החוק שלל, אפוא, את הזכאות לשיעור מס אפס מכל שירות מעורב שניתן לתושב חוץ ולתושב ישראל יחדיו, גם אם מדובר בשירות שהנהנה הדומיננטי שלו הוא תושב החוץ (ראו דברי ההסבר הצעות חוק 3076, עמ' 238 (12.2.2002)).

16. כאמור, בתיקון מס' 23 ביקש המחוקק לצמצם את קשת המקרים שבהם ניתנת ההטבה של שיעור אפס.

משמעות הדברים היא, שלאחר תיקון החוק, אין עוד צורך להידרש לקביעה מיהו מקבל השירות **"העיקרי"** ומיהו מקבל השירות **"המשני"**. שכן, גם אם השירות שניתן לתושב ישראל בישראל הוא **"שירות משני"**, יחול הסייג שבסעיף והקלת המס תישלל במלואה (לביקורת על גישה זו, **נמדר** עמ' 597; אבי פרידמן **מס ערך מוסף: החוק וההלכה** 535, 563 (מהדורה שלישית 2018)).

במובן זה המחוקק העדיף במודע תוצאה לפיה תישלל **מלוא** ההטבה של שיעור אפס בגין מתן שירות לתושב חוץ, בנסיבות בהן ניתן במסגרתו שירות גם לתושב ישראל.

לצד זאת, כדי לא לפגוע בתכלית ההטבה שהיא עידוד שירותי יצוא מישראל, מקובל כי, ככל שהשירות שניתן לתושב ישראל הוא שירות זניח, אגבי, לא משמעותי וכיו"ב, לא יהיה בו כדי למנוע את הטבת המס לעוסק המעניק את שירותיו לתושב חוץ. ברם, אם הסיוע איננו טפל או נלווה, ויש בו ערך עצמאי ממשי עבור התושב הישראלי, הוא ייחשב כשירות **"גם"** לתושב ישראל וכפועל יוצא לא יוענק שיעור מס אפס בגין השירות לתושב החוץ.

17. יובהר כבר כעת כי אין אנו חורשים בקרקע בתולה. העמדה לעיל השתרשה היטב בפסיקתו של בית המשפט שהתוותה מסגרת ברורה לשאלה שבדין. בנוסף, עמדה זו אושרה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בעניין י.מ.ש השקעות ובעניין ע"א 9576/17, 3712/17 חברת טיביסי אינווסט גאורגיה ובי זד יזמות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף (21.2.2019) (להלן: "עניין טיביסי עליון" ועניין בי זד עליון") (עוד ראו, למשל, ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 37473-05-12 אמריקה-ישראל קאמפ אקסצ'אנג' (איי. אי. סי. אי.) בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף ומס קנייה אזורי תל אביב (17.03.2016) (להלן: "עניין אמריקה-ישראל קאמפ"); ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 28788-11-15 טיביסי אינווסט-גאורגיה בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף גוש דן (29.01.2017) (להלן: "עניין טיביסי"); ע"מ (מחוזי ת"א) 55563-09-14 אוסקר גרוס (1996) בע"מ נ' מנהל מע"מ ומס קניה תל-אביב (28.03.2017) (להלן: "עניין אוסקר גרוס"); ע"מ (מחוזי מרכז) 20129-05-15 בי.זד. יזמות ופיתוח עסקי בע"מ נ' רשות המיסים - מנהל מס ערך מוסף רמלה (30.07.2017) (להלן: "עניין בי זד"), ועוד).

18. נטל ההוכחה בערעור מוטל על כתפי המערערת בהתאם לכלל לפיו, מי שטוען להקלה או לפטור ממס, עליו להוכיח כי מתקיימים בעניינו התנאים המזכים אותו להקלת המס ("כל הטוען לפטור ממס, עליו הראיה להראות כי הוא בא בתחומי הוראת הפטור", ע"א 852/86 פ"ש ירושלים נ' מ.ל.ל. חיפה עיבוד נתונים אלקטרוניים בע"מ (17.5.1989)). מה גם, שלמערערת היתרון והידע הטוב ביותר בנוגע לעסקה שביצעה ובנוגע לאופן התנהלותה. גם מטעם זה יש להטיל על שכמה את נטל ההוכחה בערעור (ע"א 3758/96 סלע חברה למוצרי בטון בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נג(3) 493, 502 (1999)).

## 22. מהו "שירות" לעניין חוק מס ערך מוסף

19. במסגרת הניסיון לתור אחר סממנים שיורונו, מתי עשייה של עוסק למען תושב ישראל תבוא בגדר "מתן שירות לתושב ישראל בישראל", לצורך יישום הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק, עלינו להבהיר תחילה מהו "שירות".

20. סעיף 1 לחוק מע"מ מגדיר "שירות", בזו הלשון: "שירות" - כל עשייה בתמורה למען הזולת שאיננה מכר, לרבות עסקת אשראי והפקדת כסף ובחבר-בני-אדם - גם עשייה כאמור למען חבריו אף ללא תמורה או בתמורת דמי חבר; עבודת עובד איננה בגדר שירות למעבידו".

מדובר בהגדרה רחבה אשר חורגת מהמשמעות של הביטוי "שירות" בשפה היומיומית (עניין י.מ.ש השקעות, פס' 29).

21. כב' השופטת שטרסברג-כהן, שנתנה את פסק הדין בעניין קסוטו (לפני תיקון מס' 23), התוותה ארבעה מבחני עזר לאיתורו של "מקבל השירות" תוך הדגשה כי כל מקרה ומקרה ייבחן על פי נסיבותיו: "המבחן הראשון הוא מבחן המשלם בעד השירות. תשלום בעד השירות על ידי מאן שהוא מהווה אינדיקציה לכך שהמשלם הוא זה שקיבל את השירות, שהרי סביר להניח כי מי שקיבל את השירות הוא המשלם בעבורו לנותן השירות. המבחן השני הוא מבחן הצדדים לחוזה השירות. יש לאתר את

מזמין השירות ואת הצד המתקשר עם נותן השירות וכן את הצדדים לפעילות העסקית בקשר למתן השירות ולקבלתו. המבחן השלישי הוא מבחן הנהנה מן השירות. מקבל השירות נהנה מן השירות ומפיק ממנו תועלת. השירות בא להגשים את האינטרס של מקבל השירות. יש אפוא לבחון את האינטרסים של מי בא השירות להגשים. אם נהנה מן השירות יותר מאחד, יש לקבוע מי הוא הדומיננטי מביניהם ולראות בו את מקבל השירות. המבחן הרביעי הוא מבחן הנסיבות. זהו מבחן גג שבמסגרתו נבחנת כל נסיבה רלוונטית שיש בה כדי ללמד על זהות מקבל השירות" (עניין קסוטו, פס' 9).

בהמשך לכך, בעניין גלמן פינץ עיצב כבי' השופט ריבלין מבחנים נוספים לזיהוי "מקבל השירות", המשלימים את מבחני הלכת קסוטו (ראו, שם פס' 2). מאחר שהדיון בעניין קסוטו ובעניין גלמן פינץ התקיים בהתאם לדין שלפני תיקון מס' 23 לחוק, אתיחס לדברים בקצרה, ולו למען שלמות התמונה: ראשית, האם למשווק (העוסק הישראלי) השפעה אמיתית על המחיר אותו גבה הספק (תושב החוץ). מנגנון גמיש מלמד על מערכת יחסים עם הקונים הישראליים בדומה ליחסי נותן שירות ומקבלו. שנית, גובה העמלה ששילם תושב החוץ. לשיטתו של כבי' השופט ריבלין, ככל שהעמלה גבוהה יותר, כך היא מלמדת כי השירותים שניתנו לתושב החוץ היו חיוניים יותר. מנגד, לשיטת כבי' הנשיא ברק, שהיה בעמדת מיעוט בעניין גלמן פינץ, שיעור העמלה הגבוה מהווה אינדיקציה לכך שהתמורה שהתקבלה איננה בגין שירותים לתושב החוץ, כי אם ללקוחות הישראליים. שלישית, קיומה של בלעדיות בין תושב החוץ לבין העוסק הישראלי, באופן המקנה לעוסק עמלה אף מבלי שנתן שירות ללקוח ישראלי, מלמד על משניות השירות שניתן ללקוח הישראלי ביחס לשירות שניתן לתושב החוץ. רביעית, יש לבחון, האם לאחר יצירת הקשר בין תושב החוץ לעוסק הישראלי, תפקידו של העוסק היה משני או מרכזי במערכת היחסים שבין תושב החוץ ללקוחות הישראליים.

22. מבחני העזר בעניין קסוטו ובעניין גלמן פינץ נקבעו כקווים מנחים בלבד. מבחנים אלה מכירים באפשרות, מחד גיסא, שהשירות יכול ויביא תועלת ליותר מאדם אחד ומאידך גיסא, כי לא בהכרח כל מי שנהנה מהשירות הוא גם מי שקיבל את השירות.

יצוין כי, בפועל, מבחן החוזה ומבחן התשלום איבדו ממרכזיותם לאחר תיקון מס' 23 משום שפעמים רבות במציאות, הנהנה הנוסף מהעסקה אינו צד לחוזה אשר נדרש לשלם עבור השירות.

23. לפיכך, יש לדון בשאלה, האם העשייה של המערערת לטובת הלקוחות בישראל הייתה ישירה וממשית ובעלת ערך כלכלי עצמאי ונפרד, באופן העולה כדי מתן "שירות" לאותם לקוחות, ובאופן שעלול לשלול ממנה את מתן ההטבה לפי סעיף 30(א)(5) לחוק.

ג. גדר המחלוקת ועיקר טענות הצדדים

24. אין מחלוקת בין הצדדים כי המערערת נותנת שירות לקבוצת רוטשילד בחו"ל ולחברות הזרות הקשורות אליה ואין מחלוקת כי מדובר בתושבות חוץ. אין גם מחלוקת כי השירות לא ניתן לגבי נכס המצוי בישראל אלא לגבי קרנות השקעה זרות ולגבי

חשבונות בנק בחו"ל (ראו תקנה 12א(א) לתקנות מע"מ הקובעת כי, "לעניין סעיף 30(א) לחוק לא יחול שיעור אפס על שירות שניתן לגבי נכס המצוי בישראל [..]").

25. המחלוקת בין הצדדים היא בשאלה, האם פעילות השיווק וקידום המכירות של המערערת בישראל, עבור רוטשילד חו"ל, גולשת אל עבר מתן שירות בפועל גם לתושבי ישראל בישראל. או במילים אחרות, האם העובדה שקהל היעד לפעולות השיווק של המערערת עבור הקבוצה בחו"ל, הוא לקוחות תושבי ישראל בישראל, גורם, בנסיבות העניין, לתחולתו של הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק ולשלילת ההטבה של שיעור אפס בגין מלוא התמורה שבידי המערערת.

26. ודוקו, אין מחלוקת כי למערערת אין את הסמכות לתת שירותי ייעוץ וניהול תיקי השקעות למוסדיים בישראל או שירותי בנקאות ללקוחות הפרטיים. מוסכם כי שירותים אלו ניתנים רק על ידי הקבוצה בחו"ל והם המהווים את עסקת הבסיס שבין הקבוצה לבין הלקוחות בישראל, שלצורך הגשמתה פועלת המערערת בישראל (להלן: "עסקת הבסיס").

לא צריכה להיות מחלוקת כי הפעילות הנבחנת על פי סעיף 30(א)(5) לחוק היא הפעילות השיווקית של המערערת עבור הקבוצה בחו"ל והבירור הנדרש הוא, האם במסגרת פעילות זו ניתן גם שירות לתושבי ישראל בישראל. לכן, הטענה העולה מסיכומי המערערת, כביכול יש לצמצם את המונח "שירות לתושב חוץ" שברישיא של סעיף 30(א)(5) לחוק, לשירות מסוג קבלנות משנה על פי עסקת הבסיס, אין לה על מה לסמוך. השירות הנבחן בסעיף הוא נפרד ועצמאי מהשירות הניתן במסגרת עסקת הבסיס ואין מקום לערבב בין השניים.

27. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת אפוא ביישומו של הסייג בסעיף 30(א)(5) לחוק. התשובה למחלוקת זו מצויה בעיקרה ברובד העובדתי של אופי פעילות המערערת ובתוך כך יש לשאול, האם פעילות המערערת משרתת רק את תושב החוץ או שהיא משרתת גם את התושבים בישראל, כלומר את שני צדי עסקת הבסיס.

28. המערערת מחדדת כי, מטבע הדברים, כאשר עוסק ישראלי מבצע פעילות שיווק מטעם ועבור תושב חוץ, לתושבי ישראל בישראל, יינתנו שירותי סיוע ותמיכה גם לתושבי ישראל לצורך הגשמת השירות לתושב החוץ. טענה כי, בנסיבות אלו, יש לראות את תושבי ישראל כמי שקיבלו "שירות" מהעוסק, עלולה לרוקן את ההטבה של שיעור מס אפס בהקשר לביצוע עסקת שיווק בישראל עבור תושב חוץ.

29. המערערת טוענת כי יש לראות בפעילות שיווקית מתן שירות לגוף המבקש לשווק את מוצריו או שירותיו, שהיא הקבוצה בחו"ל, ולא מתן שירות למקבלי השירותים.

כאשר עוסק ישראלי מבצע בישראל פעילות שיווקית עבור תושב חוץ, לא ניתן לראות בתושבי ישראל כמי שקיבלו ממנו שירות אלא כמי ששירותי השיווק הופעלו כלפיהם וכמי שהם "מושא השירות" או "יעד השיווק".

30. המשיב אינו מקבל טענה זו.

לשיטתו, השימוש בטרמינולוגיה של "שיווק" ו"קידום מכירות" אינו יכול לסייע למערערת בקבלת ההטבה, משום ששירותי שיווק הם כשלעצמם בגדר שירותים הניתנים, לא רק לתושב חוץ, אלא גם ללקוחות בישראל. מהות השירות שניתן בישראל הוא שיווק הקרנות הזרות ושירותי הבנקאות הפרטית ובמסגרת זו ניתן שירות גם לתושבי ישראל בישראל. לכן לא ניתן לומר כי השירות "נכפה" על תושב ישראל במסגרת פעילות שיווק זו.

31. המערערת מסכימה כי, תחת ההנחה שפעילות השיווק כשלעצמה אינה מהווה מתן שירות לרוכש או למקבל השירות אלא רק לגוף המבקש לשווק את מוצריו ושירותיו, עדיין יש מקום לבחון האם תושבי ישראל קיבלו שירות בישראל בדמות "סיוע נלווה לפעילות השיווק", או כלשונה של המערערת, "ספיחי שיווק". בחינה זו מחייבת לשיטתה בירור עובדתי של זיהוי הפעולות המנותקות מפעילות השיווק עצמה ובחינת השאלה, אימתי ייחשבו פעולות נלוות אלו כבעלות ערך כלכלי נפרד ועצמאי העולה כדי מתן "שירות" לתושב ישראל.

32. המשיב אינו מקבל את האבחנה שמנסה ליצור המערערת בין "פעילות שיווקית" וכל הכרוך בה, שעליה לא יחול הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק, לבין פעילות שהיא "נלווית" או "נספחת" לפעילות שיווקית. לטענתו, אין רלוונטיות לשאלה באיזה סוג שירות מדובר, מהותי או טכני, שיווקי או נלווה לו. משעה שניתן שירות על ידי המערערת גם ללקוחות בישראל, יש לצבוע את מלוא פעילותה עבור תושב החוץ בשיעור מס מלא.

33. עוד טוען המשיב כי השירותים שמעניקה המערערת ללקוחות בישראל, בין שיווקיים ובין ספיחי שיווקיים, אינם שוליים ואינם זניחים כלל ועיקר. המערערת מספקת מכלול של שירותים ללקוחות המוסדיים והפרטיים בישראל המבקשים להשקיע כספים בחו"ל, וזאת הן לפני ההשקעה, הן במהלך ביצוע ההשקעה והן לאחר ההשקעה. שירותים אלה הם משמעותיים ומהותיים ובעלי ערך כלכלי משל עצמם. לא ניתן לומר על שירותים אלו כי הם רק בגדר "הושטת סיוע" או "פעילות נלווית" או להסתכל עליהם בהתבוננות חד צדדית כאילו ניתנו רק עבור תושב החוץ.

34. ניתן לסכם ולומר לעניין טיעוני הצדדים, כי לשיטת המערערת, השאלה הראויה לבחינה בערעור זה היא, האם תושבי ישראל קיבלו ממנה שירות ישיר וממשי שאינו חלק אינטגרלי מפעילות השיווק שלה בישראל. לגישת המערערת, יש לפרש את סעיף 30(א)(5) לחוק באופן הממעט מתחולת הסייג שבו שירות שמקבל תושב ישראל שהוא חלק אינטגרלי מפעילות שיווקית עבור תושב החוץ.

לעומת זאת, המשיב בדעה כי אין מקום להוציא מתחולת הסייג שבסעיף פעילות מסוג "שיווק" וכל הכרוך בה. גישה זו עלולה לטעמו לרוקן מתוכן את הסייג שבסעיף, בניגוד מפורש לכוונת המחוקק בתיקון מס' 23 לחוק שביקש להרחיב את תחולת הסייג על ידי הוספת המילה "גם". לגישת המשיב, כל שירות שניתן לתושב ישראל בישראל, בין שיווקי ובין נלווה לו ובין אחר, יגרום לשלילת ההטבה של שיעור אפס על מלוא העסקה, למעט אם מדובר בהושטת סיוע זניחה, אגבית או טפלה שניתן להתעלם ממנה.



35. נשאלת השאלה, מהי הפרשנות המשפטית הנכונה שיש לתת לסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק בהקשר לפעילות שיווקית עבור תושב חוץ המתבצעת בישראל כלפי תושבי ישראל.

יובהר כבר כעת כי השאלה עמה אני מתמודדת בערעור זה אינה חדשה. הפסיקה שניתנה בהקשר ליישום הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק, מאז תוקן בתיקון מס' 23, ובמיוחד הפסיקה שניתנה בעת האחרונה בנושא פעילות שיווקית בישראל, לא ראתה בפעילות שיווקית לטובת תושב חוץ כפעילות המוחרגת מתחולת הסייג, כטענת המערער (ראו, עניין טיביסי ועניין טיביסי עליון, עניין בי זד, ועניין בי זד עליון, עניין אמריקה-ישראל קאמפ, עניין אוסקר גרוס, ע"מ 12-10-55642 אתגל נ' מנהל מס קניה ת"א (להלן: "עניין אתגל").

36. במהלך הדיון הוצגו ונותחו מטעם המערער אלפי תכתובות של דואר אלקטרוני, נשמעו עדויות מפורטות של נציגי המערער, של נציגי קבוצת רוטשילד בחו"ל, של נציגי הגופים המוסדיים, של הלקוחות הפרטיים ושל מומחה בעל ניסיון.

מטעם המערער העידו העדים הבאים:

מר אברהם נפתלי, סמנכ"ל הכספים של המערער (להלן: "נפתלי").

מר עזי הראל, אחראי דסק לקוחות מוסדיים אצל המערער (להלן: "עזי" או "אזי").

מר עודד צוקר, אחראי דסק לקוחות פרטיים אצל המערער (להלן: "צוקר").

מר גילי כהן, עד מומחה שנתן חוות דעת על ההתנהלות הכללית מול גופים מוסדיים.

גב' סינתיה טוביאנו, מנהלת ראשית של קרן רוטשילד בחו"ל (להלן: "סינתיה").

מר פיליפ אוזן, מנהל הנכסים הראשי של קרן רוטשילד בפריז (להלן: "אוזן").

מר גונטיקאס תנאסיס, אחראי על תחום הבנקאות הפרטית בקבוצת רוטשילד (להלן: "תנאסיס").

מר ערן אלעד, נציג מוסדי (הראל) (להלן: "אלעד").

מר הרנן מלר, נציג מוסדי (עמיתים) (להלן: "מלר").

מר יוסי אפרתי, נציג מוסדי (הכשרת ביטוח) (להלן: "אפרתי").

גב' קטיה זבר, נציגת מוסדי (כלל ביטוח) (להלן: "זבר").

המסכת העובדתית הענפה שנפרשה בפני בית המשפט נועדה לאפשר מבט רחב על טיב והיקף פעילות המערער בישראל.

37. בטרם אצלול לפרטי פרטיה של המסכת העובדתית וליישומה על העקרונות המשפטיים, יש מקום להקדים דיון על כמה נושאים שיסייעו לנו למסגר את עקרונות הדיון העומדים לבחינה במסגרת הערעור דנן.

(הערה: ההדגשות בציטוטים להלן אינן במקור אלא אם צוין אחרת).

ד. עקרונות הדיון

17. השאלה העיקרית - מיהו מקבל השירות במתן שירותי שיווק בישראל לתושב חוץ
38. השאלה שבכותרת היא השאלה המשפטית העקרונית הניצבת לדיון בערעור זה.
39. המערערת טוענת כי פעילות שהיא במהותה "שיווק" או "קידום מכירות", לצורך מכירת מוצרים או גיוס משקיעים עבור תושב חוץ בישראל, אינה "שירות" לרוכש המוצר או למקבל השירות (הלקוח המגויס) כי אם לגורם המבקש לשווק את מוצריו או את שירותיו לקהל היעד. העובדה שהשיווק נעשה בטריטוריה ישראלית וכלפי תושבי ישראל אין בה לשנות את העובדה שהשיווק היה מטעמו של תושב חוץ ועבורו. כפועל יוצא, אין להחיל את הסייג שבסעיף השולל את ההטבה של שיעור אפס אם, במסגרת זו, ניתן סיוע גם לתושב ישראל בישראל.
40. טענה זו של המערערת, באופן הרחב בו היא מנוסחת, אינה יכולה להתקבל על ידי.
41. אסכים עם המערערת כי לא בכל פעילות שיווקית הנעשית עבור תושב חוץ בישראל יתקיים יסוד של מתן "שירות" לתושב ישראל באופן העלול לשלול מהעוסק הישראלי שיעור מס אפס על מלוא התמורה שקיבל מתושב החוץ.
- שאלה דומה הונחה לפתחי בעניין טיביסי ושם כתבתי כי כאשר "העוסק הישראלי מכנס לקוחות בישראל למפגש שכל מטרתו קידום מכירות של מוצר או שירות של תושב חוץ - הלקוח הפוטנציאלי הוא מושא לשכנוע ולמאמצי מכירה ואין לומר לגביו כי הוא מקבל שירות בשל כך" (שם, פס' 32).
- כאשר השיווק בישראל מסתכם בחשיפת המוצר או בחשיפת מהות השירות לציבור כללי ולא מסוים, מבלי שניתן לזהות שירות בעל "מימד אישי קונקרטי" ללקוח ישראלי כלשהו, קשה יותר לומר כי ניתן "שירות" לתושב ישראל באופן הגורם לשלילת ההטבה כולה (עניין בי זד, פס' 59). זאת, הגם שלא ניתן לומר כי תושב ישראל אינו מפיך "הנאה" או "תועלת" מעצם ההשתתפות בכנס ומהחשיפה למוצרים המשווקים (או מעצם קניית המוצר), דבר העשוי לחסוך לו זמן ומשאבים. במקרה זה נכון יותר לראות בלקוח הפוטנציאלי, בכפוף לבדיקה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה, כמי שהוא מושא לשכנוע ולמאמצי מכירה, כיעד שיווקי, ולא כמי שקיבל "שירות" מהעוסק הישראלי.
42. כך יהיה גם אם קידום המכירות בישראל נעשה בדרך של פרסום מוצריו או שירותיו של תושב החוץ בישראל באמצעות הצבת שלטי חוצות או חלוקת פליירים או עריכת סרטון פרסומת וכיו"ב. גם במקרה זה לא ניתן לומר כי ניתן "שירות" ללקוח ישראלי מסוים. הציבור הישראלי, שצופה בסרטון או בפרסומת, הוא מושא לשכנוע ולמאמצי מכירה ואין לומר עליו כי הוא מקבל "שירות" רק בשל יידועו על המוצרים או על השירות (עניין בי זד, פס' 59).

43. אולם, מכאן ועד לטענת המערערת, כי יש להוציא פעילות שיווקית בישראל מגדר המקרים המהווים "שירות לתושב ישראל" לפי הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק, עדיין רחוקה הדרך.

משמעות קבלת טענת המערערת היא כי בפעילות מסוג "שיווק", לעולם לא ייבחן השירות הניתן לתושבי ישראל כערך כלכלי העומד בפני עצמו לפי מהותו והיקפו האמיתיים.

שעה שהמערערת מעלה טרזניה כנגד גישת המשיב, על כך שיש בה לרוקן מתוכן את ההטבה של שיעור אפס בגין שיווק נכסים או שירותים זרים בישראל, יש בעמדתה זו, באותה נשימה, לרוקן מתוכן את הסייג הקבוע בסעיף 30(א)(5) לחוק במקרה בו מתבצעת פעילות שיווקית בישראל מטעם תושב חוץ.

44. המערערת טוענת כי הפסיקה בנושא סעיף 30(א)(5) לחוק לא ערכה אבחנה בין "שיווק ספציפי" לבין "שיווק כללי" וגם כאשר משווק או מתווד פועל מטעם מוכר או נותן שירותים ופונה לאדם **ספציפי**, הוא לא בהכרח מקדם את האינטרס של אותו אדם ולעיתים אף מבקש לפגוע בו.

המערערת צודקת כי באותם מקרים בהם השיווק "הספציפי" מבקש לפגוע באינטרס של מושא השיווק, לא ניתן יהיה לומר שניתן לו "שירות" בישראל. מתאימה לכאן הדוגמא המפורסמת מפסק דינו של כב' השופט קירש בעניין **אמריקה-ישראל קאמפ** על תושב חוץ השוכר חוקר פרטי ישראלי על מנת לבלוש אחר תושב ישראל בישראל. התושב הישראלי, שהוא יעד הבילוש, וודאי אינו מי ש"מקבל שירות" בנוסף על תושב החוץ (שם, פס' 45).

ועדיין, ייבחן כל מקרה על פי נסיבותיו.  
45. יוטעם, כי גישה המבקשת להרחיב את גדר המקרים הזכאים להטבה של שיעור אפס, אף אם ניתן במסגרתם שירות לתושבי ישראל בישראל, רק משום שהם חוסים תחת הכותרת "פעילות שיווקית" או פעילות הנלווית לה, עומדת בניגוד לכוונת המחוקק בתיקון מס' 23 לחוק. תכלית התיקון הייתה לשלול את ההטבה אף בנסיבות בהן השירות שניתן לתושב ישראל הוא "משני" לעומת השירות שניתן לתושב החוץ.

פעילות שיווקית אינה "מילת קסם" ולא מצאתי עיגון, לא בלשון הסעיף ולא בתכליתו, למיעוטה מגדר הפעולות שייחשבו כמתן שירות לתושב ישראל, כטענת המערערת.

46. המערערת טוענת כי גישה פרשנית מצמצמת מידי של הסעיף עשויה להפוך אותו ל"אות מתה".

חוששני שאינני מסכימה לכך.

הדוגמא המובאת בסיכומי המערערת מייצגת נפח לא מבוטל של מקרים בהם יינתן תוקף להטבה שבסעיף. למשל, מקרה של אדריכל ישראלי המתקשר עם לקוח צרפתי

לתכנון מבנה בצרפת. כך גם לגבי בעלי משלח-יד ישראלים אחרים בעלי כישורים מיוחדים, כל אחד בתחומו.

אף פעילות שיווקית בישראל, מקומה לא ייפקד בהכרח מההטבה שבסעיף. למשל, במקרה בו עסקת הבסיס היא מתן שירות מתושב החוץ ללקוח זר כאשר העוסק הישראלי אמור לתת שירותי שיווק לתושב החוץ לצורך הגשמת עסקת הבסיס. במקרה זה, יהיה קשה יותר לזהות את הסיוע שניתן לתושבי ישראל, ככל שניתן, כמתן "שירות" ישיר לתושבי ישראל בישראל.

דוגמא נוספת, כאשר עסקת הבסיס היא מכר של נכס חוץ מתושב חוץ לתושב ישראל שאינו כרוך במתן שירות, או שהוא כרוך במתן שירות זניח. גם במקרה זה אפשר לצאת מן ההנחה, מבלי לקבוע מסמרות, שלא ניתן שירות ממשי וישיר לתושבי ישראל בנסיבות שבהן שירות זה לא נדרש במסגרת עסקת הבסיס על ידי תושב החוץ (עניין אמריקה-ישראל קאמפ, פס' 43).

47. לעומת זאת, כאשר תושב חוץ מעוניין לתת שירותים לתושבי ישראל, כמו בעניינינו שירותים של שירותי בנקאות פרטית בחו"ל או שירותים של ניהול השקעות פיננסיות בחו"ל, ולצורך כך הוא נעזר בעוסק ישראלי שסייע בידו באיתור ובגיוס לקוחות בישראל, הסיוע שנותן העוסק הישראלי ללקוחות הפוטנציאליים הישראליים, עשוי להיחשב אף הוא כמתן "שירות" ללקוח הישראלי מהטעם שהוא "מתלווה למתן שירות לאותו לקוח על ידי תושב החוץ" (עניין אמריקה-ישראל קאמפ פס' 45).

48. המערערת שמה דגש בטיעונה על כך ששיווק הקרנות הזרות הוא "עולם של מוצרים" ולא של "שירותים" ולכן ניתן היה למכור את הקרנות הזרות גם ללא פעילות שיווקית בישראל (סעיף 33 לסיכומיה). המערערת טוענת כך גם בהסתמך על הידע והבקיאות של הגופים המוסדיים, על העובדה שניתן היה ליצור קשר ישיר עם נציגי הקבוצה בחו"ל, על כך שהשפה האנגלית שגורה בפי מנהלי ההשקעות במוסדיים ועל כך שפעילותה כלפיהם הייתה זניחה. המערערת מבקשת להיתמך באמירתו של כב' השופט קירש בעניין אמריקה-ישראל קאמפ, לעניין פעילות שיווקית של מכירת נכס זר בישראל הנעשית עבור תושב חוץ, וטוענת כי מכירת הקרנות הזרות בישראל היא דוגמא אופיינית למכירת מוצר מוגמר שאינה מלווה ב"מתן שירות".

49. בעניין זה יש לדוק פורטא.

ראשית, יש לברר, במישור העובדתי, אם יהיה זה נכון, בנסיבות העניין, להתייחס לקרנות הזרות של רוטשילד חו"ל, המשווקות לגופים המוסדיים בישראל, כאל "מוצרי מדף".

שנית, באותו עניין אליו הפנתה המערערת, התייחס כב' השופט קירש למקרה בו "סיוע טפל או נלווה יינתן לתושב ישראלי (לקוח פוטנציאלי) על ידי עוסק ישראלי כאשר העוסק הישראלי פועל בשביל תושב חוץ המעוניין לשווק ללקוח הישראלי נכס בחו"ל". נקודת המוצא בדוגמא זו היא, שמכירת הנכס הזר ללקוח ישראלי פוטנציאלי אינה מצריכה מתן שירות ישיר ומהותי וניתן בה סיוע שהוא "טפל או נלווה". עם זאת,

לא מן הנמנע שמכירת נכס זר בישראל תלווה במתן שירות ממשי לתושבי ישראל, בפרט אם כך מתחייב מעסקת הבסיס.

50. כנקודת מוצא, נכונה אני להסכים כי, בפעילות מסוג "מכר" של קרנות זרות שהן בגדר "מוצר מדף", שלא ניתן לזהות במסגרתה מרכיב של מתן שירות ללקוח בגדר עסקת הבסיס, יהיה קשה יותר לזהות שירות ממשי וישיר שגלש לביצוע על ידי העוסק הישראלי כלפי תושבי ישראל.

אולם, בסופו של דבר, ההכרעה תהא תמיד על פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנבחן ועל פי מהות והיקף השירות שניתן לתושבי ישראל וקשה לקבוע מסמרות מראש. כך, למשל, בדוגמא שהובאה בעניין **קסוטו**, של מוכר נכס נדל"ן בחו"ל, המעסיק מתווך ישראלי לצורך איתור לקוח ישראלי פוטנציאלי, גם אם המתווך אינו פועל מטעמו של הלקוח הישראלי ואינו מקבל ממנו עמלת תיווך, יתכן ונסיבות המקרה הספציפי ילמדו על מתן "שירות" ללקוח הישראלי, על אף שמדובר במקרה פחות אופייני לכך.

51. כפועל יוצא, לא ניתן לקבל את עמדת המערערת כי יש להוציא פעילות שיווקית בישראל מכלל השירותים שעליהם חל הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק.

כאמור, לעמדה זו אין עיגון, לא בנוסחו של סעיף 30(א)(5) לחוק, לא בתכליתו ולא בהלכה הפסוקה. אף ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף מלמדת כי המחוקק ביקש **להרחיב** את תחולת הסייג שבו לאחר תיקון מס' 23 לחוק. הדברים פורטו על ידי בעניין **טיביסי** (פס' 26) ואין צורך לחזור עליהם (דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח תשס"ב 3076 עמ' 237, עניין **בי זד** פס' 42, עניין **אמריקה-ישראל קאמפ** פס' 36).

52. המערערת טוענת בסיכומיה (סעיף 13) כי ניסיון לזהות "שיווק טהור" עלול להיות מנותק מיישום פרשני ראוי של החוק במציאות החיים הכלכלית בה נדרש עוסק ישראלי לשווק מוצר או שירות של תושב חוץ בישראל.

הזכרתי לעיל דוגמאות של פעילות שיווקית בישראל, שאף בהינתן פרשנות מצמצמת של ההטבה, יכולות לדור עמה בכפיפה אחת. אזכיר, כאשר עסקת הבסיס היא מכירת נכס חוץ שאינה כוללת מתן שירות לתושבי ישראל או כאשר עסקת הבסיס היא מתן שירות ללקוח זר. ניתן להניח כי במקרים אלו הסיוע לתושבי ישראל בישראל, ככל שניתן, יהיה שולי ולא יפגע בהטבה, בכפוף לבדיקה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה.

במקרים אחרים בהם פעולת השיווק עבור תושב החוץ כרוכה במתן שירות ממשי וישיר לתושבי ישראל בישראל, שלילת ההטבה של שיעור אפס היא ראויה שכן היא מתיישבת עם רצונו המפורש של המחוקק.

53. המערערת טוענת כי אינה מוסמכת לתת שירותי בנקאות או שירותי ייעוץ וניהול תיקי השקעות ללקוחות בישראל שכן הסמכות לכך מצויה בידי הקבוצה בחו"ל בלבד.

יוטעם, כי אין בעובדה שהמערערת אינה מוסמכת לספק שירותים אלה בישראל כדי ללמד כי היא לא נתנה שירות אחר לתושבי ישראל בישראל, שירות שהוא בעל ערך כלכלי משל עצמו, שנועד להוציא לפועל את מתן השירותים על ידי הקבוצה הזרה בישראל על פי עסקת הבסיס. שירות אחר זה הוא שירות השיווק, הנבחן במסגרת הערער, ולגבי יש לשאול אם ניתן במסגרתו גם שירות לתושב ישראל בישראל.

54. יובהר, כי העובדה שהשירות ניתן לפי דרישתו של תושב החוץ והעובדה שהוא בלבד משלם עבורו, אינה מלמדת בהכרח כי השירות ניתן רק לתושב החוץ.

פעילות של עוסק ישראלי, כדוגמת המערערת, המשווק בישראל את שירותי ומוצרי תושב החוץ, עשויה לשרת את האינטרסים של כל הצדדים המעורבים, גם אם לא באופן שווה: הן את תושב החוץ שמוכר את מוצריו ומגייס לקוחות בישראל, הן את המערערת ששכרה תלוי בגיוס הלקוחות ובהיקף ומשך השקעתם בקבוצה והן את הלקוחות תושבי ישראל המשתכנעים להשקיע את ממונם במטרה להשיא את רווחיהם. מדובר אפוא בשירות משולב שבו כל הצדדים המעורבים יוצאים נשכרים (עניין בי זד פס' 44-45, עניין אמריקה-ישראל קאמפ, פס' 40-41).

55. בהקשר זה יצוין כי העובדה שהסיוע שניתן לתושבי ישראל היה, לדברי המערערת, בעל אופי "טכני" או בעל אופי של "דיוור מידע", אינה מובילה בהכרח למסקנה כי לא ניתן "שירות" לתושבי ישראל. סעיף 30(א)(5) לחוק אינו מחייב כי השירות לתושבי ישראל יהיה כרוך בהכרח בהפעלת שיקול דעת רב.

56. המערערת טוענת כי קיומו של משווק בישראל איננו נתון משמעותי בקבלת החלטת ההשקעה בידי הגוף המוסדי (תצהיר עזי הראל, פס' 14). לשיטתה, אין גם הכרח בקיום הנציגות בישראל לצורך שיווק שירותי הבנקאות הפרטית (עדות צוקר, עמ' 222 ש' 12-15). המערערת טענה כי קיימות קרנות זרות המשווקות את מוצריהן בישראל ללא נוכחות כלשהי בה (סינתיה, עמ' 314 ש' 19-29; זבר, עמ' 408 ש' 21-22, עמ' 417 ש' 26-28; אלעד, עמ' 433 ש' 22-30; מלר, עמ' 459 ש' 9-4; כהן, עמ' 242 ש' 28-30).

במענה לטענה זו יש להפנות לעובדה שהקבוצה הזרה בחרה להציב בישראל נוכחות עסקית מטעמה במשך שנים רבות ואת העובדה שהיא לא הסתפקה בשיווק מרחוק ומצאה את היתרון שמקנה לה הנוכחות הישראלית כבעלת ערך רב (סינתיה: "המשפחה מאוד קרובה, ישראל מאוד קרובה ללבה... הנוכחות כאן היא חשובה גם מבחינה רגשית...") עמ' 314 משי' 28 עד עמ' 315 ש' 17).

תעיד גם העובדה שהקבוצה בחו"ל ראתה במערערת שותפה מלאה (בשיעור של 50%) להכנסותיה מהפעילות בישראל.

57. טענת המערערת כי תגמול בשיעור של 50% מהכנסות הקבוצה בחו"ל בגין הפעילות הישראלית משקף רק את הערך הכלכלי הגלום בהבאת הלקוח לקבוצה, אינה מתיישבת עם השכל הישר ועם היגיון החיים.

תגמול בשיעור של 50% מההכנסות מתאים למי שמקיים פעילות מהותית בישראל ולמי שמזוהה כשותף שווה-ערך בהליך הפקת ההכנסות מלקוחות ישראלים. לו הייתה פעילות המערערת בישראל מסתכמת במתן שירותי אדמיניסטרציה או שירותי מזכירות, היה ניתן לצפות לתגמול המקובל על בסיס החזר הוצאות ורווח קבוע (בשיטת ה-"cost+").

מחומר הראיות עולה כי המערערת מהווה את החוליה הראשונה בשרשרת הפקת ההכנסה מישראל, שתחילתה בגיוס הלקוח ושכנועו לקבל את שירותיה הפיננסיים של הקבוצה וסיומה במתן הייעוץ עצמו במסגרת הקבוצה בחו"ל. לולא חוליה זו, קרי, איתור וגיוס הלקוח הישראלי והשירות השוטף שניתן לו במסגרת פעילותו הפיננסית בקבוצה, לא הייתה הקבוצה מפיקה את הכנסתה מהלקוח הישראלי.

58. המערערת מדגישה כי 80% מהלקוחות הפרטיים של הבנק בשוויץ לא הופנו על ידה אלא גויסו במישרין על ידי הבנק, ללא מעורבותה.

לטעמי, דווקא בנתון זה יש כדי להעיד על החשיבות שמייחסת הקבוצה בחו"ל לנוכחותה של המערערת בישראל ועל הכרתה בעובדה שלא ניתן לגייס את הלקוח הישראלי ולשמור עליו לאורך זמן מבלי לתת לו שירות אישי ומספק של נציגות מקומית, אותה היא רואה כשותפה שוות-ערך להפקת הכנסותיה בישראל (אין חולק, שאם המערערת לא גייסה את הלקוח, ממילא לא קיבלה בגינו עמלה ואין לה חיוב על כך בשומה).

#### 2ד. שאלת קיומה של תחרות בין העוסק הישראלי לנותני שירותים זרים

59. המשיב טוען כי הרציונל המונח ביסוד סעיף 30(א)(5) לחוק הוא עידוד שירותי ייצוא מישראל בנסיבות בהן קיימת תחרות על מתן השירות לתושב החוץ בין העוסק הישראלי לבין עוסקים זרים. ברם, במקרה הנדון תושב החוץ ממילא יזדקק לשירותיה של המערערת הנהנית מיתרון מובהק של היותו גוף מקומי, המכיר את השוק המקומי, את הגופים הפועלים בו, את השפה העברית, את השפה העסקית והפיננסית, את המנטאליות, ובשל היותה זמינה ונגישה ללקוחות הישראליים בשעות הפעילות של המשק הישראלי. לאור זאת, המערערת אינה מצויה בתחרות אמיתית מול עוסקים זרים ולכן אין צורך לעודד אותה במתן שירותים אלו על ידי מתן הטבה של שיעור מס אפס.

60. המערערת טוענת שיש היגיון בעמדה זו כאשר רק העוסק הישראלי הוא זה המסוגל לספק את השירות הנדרש לתושב החוץ (המערערת מביאה דוגמה בה עוסק ישראלי מספק ללקוח ישראלי את אותו שירות שתושב החוץ התחייב לספק לו במסגרת עסקת הבסיס, כקבלן משנה מטעמו). אכן, במקרה זה נותני השירותים הזרים אינם יכולים להתחרות באופן אפקטיבי מול עוסקים ישראלים ולכן אין הצדקה רעיונית לפער בחבות המס בין עוסק ישראלי לעוסקים ישראלים אחרים, רק בשל העובדה שמקבל השירות הוא תושב חוץ.

אולם, במקרה שלפנינו, המערערת טוענת כי היא ניצבת בתחרות עזה מול גורמים הפועלים מחו"ל, הן בתחום שיווק הקרנות והן בתחום הבנקאות הפרטית, ובהינתן מצב של תחרות אפקטיבית ראוי להחיל עליה מע"מ בשיעור אפס. המערערת מבקשת כי בית המשפט יצוק תוכן פרשני לסעיף 30(א)(5) לחוק באופן שיאפשר לעוסקים ישראלים לפעול בסביבת תחרותית בינלאומית על ייצוא שירותים לחו"ל. המערערת מתריעה כי פרשנות מצמצמת מידי של הסעיף לא תאפשר לה להתחרות בזרים והיא לא תוכל להמשיך לפעול בישראל, ובמקרה זה ממילא לא יועסקו עובדים בישראל וממילא גם לא ייגבו מיסים.

61. במחלוקת זו, דעתי עם המשיב.

המערערת לא הוכיחה כי מתקיימת תחרות אפקטיבית בנוגע לאספקת השירותים שהיא נותנת בישראל באופן המחייב איזון בהסדר המע"מ שיאפשר את התחרות.

מעמדה הייחודי של המערערת כחברת בת בקבוצת רוטשילד, כמשווקת הבלעדית של קרנות רוטשילד בישראל, מלמד כי היא היחידה שיכולה לספק את השירות לקבוצה בחו"ל. לכן **מנקודת מבטו של תושב החוץ**, לו מסופק השירות, המערערת אינה בתחרות לעניין שיווק הקרנות.

אף לא מצאתי היגיון בטענת המערערת כי היא מצויה בתחרות מול נציגי חברת האם שלה, שאת הקרנות שלה היא משווקת באופן בלעדי, בפרט כאשר היא שותפה להכנסותיה בחלקים שווים.

62. מכל מקום, השוואת המערערת לגופים מקבילים לה המצויים במדינות אחרות, עימם היא עשויה להימצא במצב של תחרות, היא מוקשית, גם משום שלא הוכח כי אותם גופים זרים לא שילמו מע"מ (או שהמע"מ קוזז על ידי תושב החוץ) וגם משום שלא הוכח היחס בין גובה העמלה של אותם גופים זרים לעמלה שמקבלת המערערת מרוטשילד חו"ל (50% מההכנסות) והשפעת ייקור תוספת המע"מ עליה ועל המשך פעילותה בישראל.

63. כמו כן, אחת מתכליותיו של סעיף 30(א)(5) לחוק מע"מ היא לעודד עוסקים ישראלים להתחרות בזירה הבינלאומית ולהציע את שירותיהם לכלל משתתפי השוק הגלובלי. הסעיף מאפשר לנותן השירות הישראלי להזיל את השירות שניתן על ידו לתושב החוץ, כדי סכום המע"מ, ובכך משפר את יכולת התחרות של העוסק הישראלי אל מול מקביליו הזרים. אולם כאשר מדובר בשירותים הניתנים בישראל, ממילא צפוי שיינתנו על ידי עוסק ישראלי, בגלל היכרותו את השוק המקומי ומאפייניו, ולכן קטן החשש כי המערערת תימצא מאוימת על ידי מתחרים ממדינות אחרות (עניין **בי זד**, פס' 86).

יצוין כי לרוטשילד חו"ל קיימות נציגויות, סניפים וחברות בנות במדינות רבות בעולם (כ-150 סניפים, עמ' 271 ש' 6) וזאת בשל החשיבות והתועלת שהיא מייחסת לקיומן של נציגויות מקומיות במדינות השונות, ובמיוחד בישראל (כשנשאלה סינתיה מדוע קרנות הקבוצה לא נמכרות בישראל על ידי אנשי מכירות מצרפת, השיבה: **"בגלל**



**ההיסטוריה, המשפחה מאוד קרובה, ישראל מאוד קרובה ללבה... הנוכחות כאן היא חשובה גם מבחינה רגשית..."** עמ' 314 ש' 28 עד עמ' 315 ש' 17).

64. טענת המערערת, כי היא מצויה בתחרות מול חברות נוספות בישראל המשווקות קרנות של חברות זרות (דויטשה, קרדיט סוויס, יו.בי.אס, דף 3 ש' 5 להודעת עזי הראל נספח 2 לתצהיר המשיב, הבנק הגאורגי בעניין **טיביסי** ובעניין **בי זד**), אין בה להועיל שכן תכלית הפטור לא מתקיימת שעה שהמערערת מצויה בתחרות מול עוסקים **ישראלים**.

65. בסופו של דבר, בין אם המערערת נמצאת בתחרות מול עוסקים זרים ובין אם לא, מתן ההטבה לפי סעיף 30(א)5 לחוק מותנה בכך שלא ניתנו שירותים גם לתושבי ישראל בישראל. ככל שניתן שירות לתושבי ישראל בישראל, קיומה של תחרות לא יכשיר את מתן ההטבה, ולהיפך, העדר תחרות לא ימנע את מתן ההטבה, ככל שלא ניתן שירות בישראל. מאחר שהשתכנעתי כי המערערת נתנה שירותים גם לתושבי ישראל, הרי שאף אם הייתה מוכיחה כי עמדה בפני תחרות, לא היה בכך לסייע לה.

3ד. **שאלת זיהוי "עסקת הבסיס" והזיקה בינה לבין העוסק הישראלי**

66. המערערת טוענת בסיכומיה כי, בחוקקו את סעיף 30(א)5 לחוק, עמדו לנגד עיני המחוקק מצבים בהם תושב חוץ התקשר בעסקה עם תושב ישראל ("עסקת הבסיס") והוא מתקשר עם עוסק ישראלי על מנת שהלה יבצע עבורו את העסקה (כולה או חלקה) עבור תושבי ישראל כ"קבלן משנה".

לטענתה, במקרה בו העוסק הישראלי מבצע את עסקת הבסיס בישראל כידו הארוכה של תושב החוץ, אין מחלוקת כי "נושא ההסכם" כולל בחובו מתן שירות בישראל, ולכך בעצם מכוון הסעיף.

67. אין בידי להסכים לכך.

לא מצאתי בנוסחו של סעיף 30(א)5 לחוק ביסוס כלשהו לטענה כי השירות המדובר בו הוא זה המסופק על ידי העוסק הישראלי כ"קבלן משנה" עבור תושב החוץ לביצוע עסקת הבסיס בישראל. פרשנות זו מרוקנת את החרג מכל תוכן כאשר עסקת הבסיס היא למתן שירותים בישראל לתושבי ישראל.

עניינו של הסעיף הוא בשירות **אחר**, נפרד ועצמאי מעסקת הבסיס, הניתן על ידי העוסק הישראלי לתושב החוץ, שיעודו הוא הגשמה והוצאה לפועל של עסקת הבסיס בין תושב החוץ לתושבי ישראל.

68. ממשיכה וטוענת המערערת כי כאשר עסקת הבסיס היא מסוג "מכר", אין פעילות המשווק יכולה להיות חלק מעסקת הבסיס שכן פעולה מסוג מכר (שאין בצידה התחייבות למתן שירות לרוכש) מושלמת כבר בעת ביצוע העסקה. לכן, בפעילות השיווק של הקרנות הזרות לגופים המוסדיים, שהן במהותן "מוצר פיננסי", אין אפשרות ששירות, שהיה אמור להיות מסופק על ידי תושב החוץ לתושבי ישראל במסגרת עסקת הבסיס, יגלוש לביצוע בפועל על ידי העוסק הישראלי.

69. לא מצאתי ממש בטענה זו, בעיקר מהטעם שלא הוכח כי עסקת הבסיס בשיווק הקרנות הזרות היא מכר של מוצר מדף שאין בצדו מתן שירות. אדרבא, מחומר הראיות עולה כי הן הקבוצה בחו"ל והן המערערת העניקו שירותים בישראל בגין הקרנות הזרות.

אזכיר שוב, כי אין לקבל את הטענה כי הסעיף חל רק על מתן שירותי קבלנות משנה מעוסק ישראלי לתושב חוץ ביחס לעסקת הבסיס. קבלת טענה זו תרוקן מתוכן את הסייג בסעיף בנסיבות בהן עסקת הבסיס היא למתן שירותים בישראל לתושבי ישראל. כאמור, עניינו של הסעיף במתן שירות נפרד ועצמאי מעסקת הבסיס. המערערת נתנה לקבוצה בחו"ל שירותי שיווק של מוצרי ושירותי הקבוצה ללקוחות ישראלים בישראל וזו מהות השירות הנבחן בערעור.

#### 4ד. האם הפתרון הוא בפיצול התמורה ששולמה למערערת?

70. לחילופין, המערערת טוענת כי גם אם ייקבע, בניגוד לעמדתה, שניתן לייחס לשירות שניתן לקבוצה בחו"ל מרכיב של שירות שניתן בפועל גם לתושבי ישראל, אין חולק כי חלקו הארי של השירות, הן בכמות והן באיכות, ניתן לחברות הקבוצה בחו"ל. על כן, בנסיבות אלו יהיה זה נכון לפצל את התמורה שקיבלה כך, שרובה ככולה תיוחס לשירותי השיווק שנתנה לקבוצה בחו"ל ומיעוטה ייוחס לשירותים שניתנו לתושבי ישראל, שהם במהותם "שירותי מזכירות". המערערת טוענת כי יחס זה צריך להיקבע, לכל היותר, על יחס של 90%-10% באופן שרק שיעור של 10% מהעמלות יחויב במע"מ בשיעור מלא (סעיף 143 לסיכומי המערערת).

71. המערערת טוענת כי יש להעדיף פרשנות שאינה "שחור או לבן" אלא כזאת שצובעת את השירות בגוונים. פרשנות כזו תביא לטענתה לתוצאת מס הגיונית וצודקת יותר. כך, ערך השירות שניתן לתושב ישראל יכומת ויחויב במע"מ בשיעור מלא וערך השירות שניתן לתושב חוץ יכומת ויחויב בשיעור אפס. יהיה זה בלתי סביר לקבוע כי השירות יחויב במלואו במע"מ בשיעור מלא גם כאשר השירות לתושב ישראל מהווה חלק קטן ביותר מכלל השירות.

לטענת המערערת, לא הייתה מניעה בדיעבד לספק את השירות על ידי שני נישומים נפרדים, האחד היה משווק מול תושב החוץ לבדו וחייב במע"מ בשיעור אפס, והשני היה משווק מול תושבי ישראל וחייב במע"מ בשיעור מלא.

72. לאחר ששקלתי את הטענה על פיצול התמורה, הגעתי לכלל מסקנה כי, בכל הכבוד הראוי, לא ניתן לקבלה.

73. הצעת החוק במסגרתה תוקן סעיף 30(א)(5) לחוק בעקבות הלכת **קסוטו** (תיקון מס' 23) התייחסה לקושי העולה בקביעת "הנהנה העיקרי" מהשירות.

אין עוררין, כי תיקון החקיקה נועד לפטור את הצורך בזיהוי הנהנה העיקרי לאור הקושי שהיה כרוך בכך.

לא רק זאת, אלא נראה כי המחוקק ביקש למנוע תוצאה לפיה שירות של 40% לתושב ישראל, כנהנה משני, יחויב בשיעור מע"מ אפס רק משום שהוא משני ביחס לשירות הדומיננטי שניתן לתושב החוץ (60%).

המחוקק בחר לקבוע כלל חדש לפיו, לא עוד תוצאה המושגת על ידי יישום הכלל של "הולך הטפל אחר העיקר", אלא כי קיומו של מקבל שירות ישראלי, משני ככל שיהיה, יביא לחיוב של **מלוא התמורה** שהתקבלה מתושב החוץ במע"מ **בשיעור מלא**. במובן זה המחוקק בחר, בידועין ובמודע, לחייב בשיעור מס מלא שירות שניתן לתושב חוץ, ככל ובמסגרתו ניתן שירות גם לתושב ישראל בישראל (וראו, ע"א 8569/06 **מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי** (28.5.2008) שם נקבע כי הסדרים יעילים וברורים לחישוב המס מהווים תכלית ראויה התורמת ליציבות וודאות בערכי המשפט).

ניתן לומר, כי בעקבות תיקון החוק, נקודת האיזון למניעת העיוות שבצביעת **כל** השירות כחייב במע"מ בשיעור מלא, הועתקה למישור בחינת השאלה עד כמה השירות שניתן לתושב ישראל הוא זניח, טפל או אגבי.

74. זאת ועוד, אין זה הגיוני שהמחוקק ביקש להחליף את האבחנה שהייתה לפני תיקון מס' 23 לחוק, בין נהנה עיקרי לנהנה משני, לאור הקושי שהיה כרוך בה, בקושי **גדול יותר** הנובע לא רק מפיצול התמורה לחלקי שירות (עיקרי ומשני) אלא גם **בכימותו** של כל חלק וחלק וזאת מבלי לתת למנהל מע"מ את הכלים לכך, אף לא באמצעות קביעת חזקות שבחוק (וראו לשם השוואה תקנה 18(ב) לתקנות מס ערך מוסף, התשל"ו-1976, הקובעת נוסחה לניכוי תשומות מעורבות בנסיבות של שימוש בלתי מסוים).

כמו כן, במסגרת טענתה החלופית, המערערת לא הסבירה על פי אלו אמות מידה היא מבקשת לפצל את התמורה בין תושב החוץ לתושב ישראל. די במחדל זה כדי לדחות את טענתה, אף אם הייתה מתקבלת במישור העקרוני. טענה לפיה יש לייחס לשירות שניתן לתושב ישראל לכל היותר 10% מהתמורה, כמקובל לגבי שירותי מזכירות, אינה יכולה לעמוד (סעיף 143 לסיכומי המערערת).

75. המערערת טוענת כי לא היה קושי לספק את השירות על ידי שני נישומים נפרדים, האחד מול תושב החוץ והשני מול תושבי ישראל. לטענתה טיעון זה זכה לגיבוי בעניין **גלמן פינץ**.

אין בידי לקבל את הטענה.

לא רק שבעניין **גלמן פינץ** נדון נוסחו של סעיף 30(א) (5) לחוק **טרם** תיקון מס' 23 ולכן קשה ללמוד ממנו לענייננו, אלא שכב' הנשיא ברק קבע באותו עניין כי היה על המערערת להציב תשתית עובדתית ומשפטית לפיצול התמורה, ומשלא הוצגה, הטענה על פיצול התמורה נדחתה (שם, פס' 5).

גם בענייננו, המערערת לא הביאה ראיות לאופן פיצול התמורה, אפילו הייתה טענתה מתקבלת במישור העקרוני.

ועיקר, השירות שניתן על ידי המערער לקבוצה בחו"ל ולתושבי ישראל היה שירות **משולב** שניתן בעת ובעונה אחת לשני הצדדים. לא מדובר בשירות שניתן להפרידו לחלקיו שכן כל חלק וחלק ממנו ניתן, **בו זמנית**, גם לתושב החוץ וגם לתושבי ישראל. לכן, חלוקה ספציפית של השירות נראית כבלתי אפשרית.

ממילא, על תוצאת המס להיגזר מהאופן בו בוצעה העסקה בפועל ולא מהאופן בו יכולה הייתה להיעשות בדיעבד.

76. לקראת סיום פרק זה אעיר, כי ניתן להבין את הקושי עליו מצביעה המערער בחיוב **מלוא** פעילותה בשיעור מס מלא, אולם פתרון קושי זה רובץ לפתחה של הרשות המחוקקת. במצב הקיים, נוסחו של הסעיף, ההיסטוריה החקיקתית שלו והגיונו אינם מאפשרים פרשנות משפטית התומכת בטענת המערער על פיצול התמורה.

בעניין הכלל הבינארי הקבוע בסעיף 30(א)(5) לחוק, כתבתי בעניין **טיביסי** :

"אם חל הסייג הקבוע בו (מתן שירות לתושב ישראל בישראל), תישלל ההטבה של מס אפס לחלוטין ולא תינתן כלל. הסעיף אינו מאפשר לייחס את התמורה, בין השירות הניתן לתושב החוץ לבין השירות הניתן לתושב ישראל, באופן שההטבה תיוחס לתמורה בגין השירות לתושב חוץ. לפי הסעיף, אם ניתן שירות לתושב ישראל בישראל, ושירות זה אינו טפל או נלווה, לא יראו שירות כניתן לתושב חוץ' ולא תינתן ההטבה כלל. זהו כלל בינארי המביא לתוצאה של 'שחור או לבן' וספק בעיניי אם הוא מייצג את התוצאה הראויה כאשר אין עסקינן בנסיבות של פיקציה או מלאכותיות (אינני מתכוונת למצבים בהם השירות לתושב החוץ הוא בעצם מתן השירות לתושבי ישראל בישראל)" (שם, פס' 34).

ה. משגדרנו את עיקרי הדיון, נותר לדון בשאלה, האם ניתן לראות בטיב ובהיקף הפעילות של המערער כלפי הגופים המוסדיים והלקוחות הפרטיים בישראל, במסגרת שיווק הקרנות הזרות והבנקאות הפרטית של קבוצת רוטשילד חו"ל, משום "שירות" המביא לתחולת הסייג ולשלילת ההטבה של שיעור מס אפס לפי סעיף 30(א)(5) לחוק, על מלוא התמורה ששולמה לה.

לכך אפנה כעת.

1. המחלוקת הראשונה - שיווק קרנות רוטשילד חו"ל לגופים המוסדיים בישראל

77. הצדדים נחלקו ביניהם בשאלה, האם במסגרת פעולות השיווק עבור הקבוצה בחו"ל, מעניקה המערער שירותים גם ללקוחות המוסדיים הישראליים, וככל שהתשובה לכך היא חיובית, האם שירותים אלו הם מהותיים באופן שנשללת ההטבה של שיעור אפס לפי סעיף 30(א)(5) לחוק.

78. במסגרת ההליך הציגו הצדדים אלפי תכתובות דואר אלקטרוני, התקיימו דיוני הוכחות ארוכים עם נציגים רבים מהארץ ומחו"ל ונפרסה תשתית עובדתית מקיפה

שהעמידה בפני בית המשפט יריעה מלאה ורחבה על מערכת היחסים שבין המערערת לגופים המוסדיים השונים וללקוחות הפרטיים בישראל.

79. מביקורת שערך המשיב הוא מצא כי המערערת נתנה מכלול של שירותי ייעוץ, שיווק, תיווך, סיוע ותמיכה שוטפים ללקוחות המוסדיים הישראלים (חברות ביטוח, קופות גמל, קרנות פנסיה ובתי השקעות) לגבי מוצרים פיננסיים המנוהלים על ידי חברות זרות מקבוצת רוטשילד העולמית. לפיכך, קבע המשיב כי עסקאות המערערת חייבות במס בשיעור מלא והוציא לה שומת עסקאות.

80. בתמצית, להלן עיקר טענות המערערת בהקשר זה:

שיווק קרנות רוטשילד למוסדיים בישראל הוא במהותו שיווק של "מוצר מדף", שאינו מלווה בהתחייבות של הקרנות הזרות לספק "שירות" ללקוחותיהם. מאחר שעסקת הבסיס היא "מכר", ומכירת הקרנות ממצה את ההתקשרות בין הקבוצה למוסדיים ואינה מחייבת מתן שירות כלשהו, לא ניתן לומר כי העשייה של המערערת ללקוחות בישראל היא מתן "שירות" ובכל מקרה לא שירות חיוני או מהותי המוציא מתחולת ההטבה שבחוק.

הגופים המוסדיים הם גופי השקעה מתוחכמים המחזיקים בידע רב, בצוותי עבודה מקצועיים, בניסיון רב ומנהלים הליך מקיף וזהיר לבחינת נאותות המוצר על בסיס חובתם להגן על האינטרסים של ציבור המשקיעים. ההחלטה על רכישת הקרן היא החלטה עסקית, שקולה וזהירה המתחשבת בציפיות לתשואה, בסיכון ובעלויות, כך שאיכות השירות של המשווק אינה נתון רלוונטי להחלטת ההשקעה.

כפועל יוצא, העשייה של המערערת היא שולית ואינה יכולה להשפיע על בחירת המוצר על ידי המוסדיים. המערערת צרפה חוות דעת של המומחה, מר גילי כהן, לתמיכה בטענתה זו.

המערערת טוענת בהסתמך על האמור, כי לא ניתן לייחס ערך או תועלת לפעולות השיווק שלה כלפי המוסדיים, לבד מקידום המוצרים עבור קבוצת רוטשילד חו"ל.

המערערת מוסיפה וטוענת כי היא עובדת בסביבת תחרות בינלאומית עזה מול משווקי קרנות זרים ולכן פעילותה נכנסת בגדר התכלית שביקשה ההטבה לעודד.

81. מנגד, טוען המשיב כי המערערת מספקת מכלול של שירותים ללקוחות מוסדיים בישראל הן לפני ההשקעה בקרנות הזרות, הן במהלך ביצוע ההשקעה והן לאחר ההשקעה. לטענתו, מדובר בשירותים משמעותיים כגון: ניהול משא ומתן מול הקבוצה בחו"ל עבור הלקוחות המוסדיים הישראליים להפחתת גובה דמי הניהול בו הם מחויבים, סיוע בביצוע פעולות ההשקעה בקרנות ואישור ביצוען כמבוקש, העברת מידע ספציפי, מענה וזמינות לכל פניה ואף טיפול בבקשות יזומות עבור הגוף המוסדי.

וביתר פירוט, כמפורט להלן.

11. **ההתקשרות בין המערערת לבין הקבוצה בחו"ל ("נושא ההסכם")**
82. סעיף 30(א)(5) לחוק מפנה אותנו לבדיקת "נושא ההסכם" שבין העוסק הישראלי (המערערת) לבין תושב החוץ (קבוצת רוטשילד חו"ל).
83. כאמור, המערערת החלה את פעילותה בחודש יולי 2010, לאחר שהוסבה לה התקשרות קודמת במסגרתה התחייבה א.ד.ר. ישראל לספק לקבוצת רוטשילד בחו"ל שירותי יעוץ וסיוע לשיווק מוצרי הקבוצה ושירותיה לגופים מוסדיים וללקוחות פרטיים בישראל. הסיוע לקבוצה בחו"ל התייחס גם להתאמת המוצרים והשירותים לקהל הישראלי, לניתוח השוק הישראלי ולסיוע אדמיניסטרטיבי (סעיף 4 להודעת הערעור).
84. מר אבי נפתלי, המשמש כסמנכ"ל הכספים של המערערת מיום הקמתה בשנת 2010, הצהיר כי למערערת הוסבה התקשרות משנת 2006 בין חברת אדמונד דה רוטשילד ניהול תיקי השקעות ישראל בע"מ לבין חברת אדמונד דה רוטשילד (צרפת) הרשומה בצרפת ועוסקת בניהול הקרנות. המערערת טענה כי על פי הסכם זה סופקו שירותי שיווק ומכירות, שירותי ייעוץ וסיוע לחברה הצרפתית (נספח א1 לתצהיר נפתלי).
- עוד טענה המערערת כי לצד הסכם זה היא פעלה בשנים 2012-2016 מכוח מספר התקשרויות בינה לבין חברות מקבוצת רוטשילד בחו"ל לשיווק קרנות זרות ולשיווק שירותי בנקאות פרטית לתושבי ישראל בישראל.
85. המערערת מאשרת כי התמורה שקיבלה משיווק הקרנות בישראל נגזרת מדמי הניהול שמשלמים הגופים המוסדיים לקבוצה בחו"ל. בהתאם לעדותו של מר נפתלי, המערערת קיבלה 50% מההכנסות מדמי הניהול שהתקבלו בקבוצה מהלקוחות המוסדיים הישראליים (סעיף 6 לתצהיר נפתלי, עמ' 29 ש' 27-30).
86. לטענת המשיב, מאחר שהמערערת אינה צד להסכמים שהוצגו משנת 2006 ומאחר שלא הוצג על ידה הסכם המלמד על הסבת ההתחייבויות אליה, יש לקבוע כי בכל הנוגע לפעילותה ביחס ללקוחות המוסדיים, לא ניתן ללמוד מ"נושא ההסכם" (כאמור בסעיף 30(א)(5) לחוק) על טיב ומהות ההתקשרות בינה לבין הקבוצה בחו"ל ועל אופן תגמולה.
- מר אבי נפתלי, שניסה להתמודד עם העדרו של הסכם ההסבה, השיב כי: **"הזכויות מוסבות לנו בפועל, במציאות. אנחנו מקבלים את אותם הכספים"** (עמ' 19 ש' 27-28) אך נמנע מלהבהיר האם קיים הסכם הסבה בכתב, אם לאו (עמ' 19 ש' 21, עמ' 20 ש' 7).
- גב' סינתיה טוביאנו, המשמשת כמנהלת ראשית של הקבוצה בחו"ל, העידה לעומת זאת, כי קיים הסכם בין המערערת לבין חברת האם שלה, וכן הסכם הסבה, אך לא ידעה להסביר מדוע הסכם ההסבה לא הוצג במסגרת ההליך (עמ' 309-310).
87. המשיב טוען כי יש ללמוד מהעובדה שהמערערת לא צרפה את הסכם ההסבה כי, לו היה מצורף, היה בו ללמד כי המערערת נותנת, בנוסף לשירותי השיווק לקבוצה, גם שירותים בישראל לתושבי ישראל, וביניהם שירותי תיווך, סיוע ותמיכה שוטפים.

המשיב מבקש להחיל את הכלל הראייתי לפיו, אי צירוף ההסכם על ידי המערערת יפעל לרעתה ויזקף לחובתה.

88. יש ממש בטענה זו של המשיב.

89. ראשית, העדות העמומה של מר אבי נפתלי, וכן עדותה של גב' סינתיה טוביאנו, מבססות את הטענה כי קיים הסכם המסדיר את הסבת הזכויות למערערת.

משלא הוצג ההסכם, יש מקום ליישום החזקה הפסיקתית לפיה, הימנעות צד מהצגת ראיה הנמצאת בשליטתו מקימה חזקה כי ראיה זו, לו הוצגה, לא הייתה פועלת לטובתו ולכן נמנע מהצגתה (ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ פס' 34 (26.8.2014)).

שנית, ההסכמים שצורפו בנספח א1, א5, א6 לתצהיר נפתלי הם בשפה הצרפתית ואינם מתורגמים ולכן לא ניתן ללמוד מהם דבר לעניינו.

מן הראוי היה שיוצג הסכם ההסבה בפני בית המשפט באופן שניתן יהיה להסיק ממנו מסקנות על "נושא ההסכם" (לפי סעיף 30(א)(5) לחוק) ועל טיבו של השירות שנתנה המערערת לקבוצה בחו"ל בנוגע למוסדיים הישראליים.

שלישית, ההסכמים שסומנו א3, א5, א7-א9 אינם מתקופת השומה. אף אם לפני משורת הדין הייתי נותנת להם את דעתי, בחינת ההסכמים שצורפו אינה תורמת תרומה של ממש להבנת ההתקשרות שבין המערערת לקבוצה בחו"ל בהקשר ללקוחות המוסדיים בישראל.

כך למשל, בהתאם להסכם שצורף בנספח א3, תפקיד המערערת (בהסכם שם, EdRPM) הוא לסייע לנציגי הקרן במערכת היחסים השוטפת שלהם עם המשקיעים המוסדיים:

"(d) "assisting ERES... in their relations with certain institutional investors" [...]

"1. EdRPM shall... continue to assist ERES Management... in terms of: ... (ii) its on-going relationships with the institutional investors of ERES".

אולם ההסכם אינו מגדיר מהו תוכן הסיוע, והאם הוא כולל בחובו שירותים ומתן תמיכה שוטפים לגופים המוסדיים עצמם.

מטרת ההתקשרות, כפי שנוסחה בהסכם שצורף בנספח א9, היא לקבוע את התנאים לתשלום בקשר עם נכסים שיירכשו על ידי "לקוחות המערערת" בקרן:

"The purpose of this agreement... is to determine the conditions for retrocession payments in relation to assets which your clients will invest in the Currency Overlay Fund"

המשיב סבור כי ניתן למצוא בביטוי "your clients" תמיכה לעמדתו כי הלקוחות המוסדיים הישראלים היו לקוחות ישירים של המערערת ולא של חברת האם שלה. אולם ספק בעיני אם ניתן לייחס לביטוי זה משקל רב בנסיבות העניין.

90. בסופו של יום, המערערת בחרה להותיר את המערכת ההסכמית הכוללת בינה לבין הקבוצה בחו"ל בערפל. עובדה זו מקשה על בירור "נושא ההסכם" בין המערערת לקבוצה. היות שמלוא הראיות הרלוונטיות מצויות בידיה, בחירתה שלא להציג במלואן במסגרת ההליך, נזקפת לחובתה.

91. כפועל יוצא מכך, אין לפנינו את תוכן "נושא ההסכם" שבין המערערת לקבוצה בחו"ל על מנת ללמוד ממנו על מהות פעילות השיווק שלה כלפי הגופים המוסדיים בישראל.

לאור זאת, אפנה לבחינת ההתנהלות בפועל בין המערערת לגופים המוסדיים על מנת ללמוד ממנה אם ניתנו במסגרתה "שירותים" לתושבי ישראל באופן השולל את מתן ההטבה לפי סעיף 30(א)(5) לחוק.

#### 21. גובה התמורה למערערת ואופן חישובה

92. המערערת טוענת כי לא נקשר בינה לבין הלקוחות המוסדיים כל הסכם למתן שירותים, דבר המלמד כי מכלול הפעולות שנעשו על ידה נועד לשרת רק את הקרנות של קבוצת רוטשילד בחו"ל. כאינדיקציה לכך מציינת המערערת כי היא אינה מקבלת תשלום מהלקוחות המוסדיים.

לטענתה, דמי הניהול המשולמים לקרן הם קבועים ואינם תלויים במתן שירות ללקוח המוסדי. כמו כן, היא זכאית לבלעדיות השיווק ומקבלת את התגמול מעצם ביצוע ההשקעה, אף ללא צורך בהוכחת קשר עם המשקיע.

93. טענה זו מוקשית.

העובדה שהמערערת קיבלה תגמול רק מהקבוצה בחו"ל, ולא מהלקוחות המוסדיים, אינה מחייבת כי היא לא נתנה שירות גם ללקוחות, בנוסף לקבוצה בחו"ל. יש להניח כי גובה דמי הניהול שגבתה הקבוצה בחו"ל מהלקוחות המוסדיים שיקלל את עלויות המערערת.

בעניין טיביסי כתבתי, כי אין הכרח כי יסוד "התמורה" ישולם לעוסק במישרין על ידי תושב ישראל כדי לקבוע שניתן לתושב ישראל "שירות": "אם העוסק עושה פעולות מסוימות למען תושב ישראל ואת התמורה המגיעה לו בעבור כך הוא מקבל מתושב החוץ, לדוגמה על ידי גילומה בתמורה שמשלם לו תושב החוץ עבור שרותיו, הרי שהתקיים יסוד התמורה שבהגדרת המונח 'שירות'" (עניין טיביסי פס' 28, עניין בי זד פס' 68).



94. בנוגע לסכום התגמול של המערערת, הסכום ששולם לה אינו מתיישב עם הטענה כי שירותיה הם טכניים בעיקרם ואין בהם משום תרומה גם ללקוח המוסדי עצמו.

התמורה שקיבלה המערערת מהקבוצה בחו"ל בגין רכישת הקרנות הזרות מחושבת על בסיס הכנסות הקבוצה מהחזקות המשקיעים המוסדיים הישראליים בקרנות. בהתאם לעדותו של מר אבי נפתלי, המערערת קיבלה 50% מהכנסות דמי הניהול שהתקבלו מהלקוחות המוסדיים לאורך כל תקופת החזקתם בקרנות הזרות (סעיף 6 לתצהיר נפתלי, עמ' 29 ש' 27-30). מחומר הראיות עולה כי סכום מסוים של עמלות שהתקבל בידי המערערת מקורו בהשקעות שבוצעו על ידי הלקוחות המוסדיים לפני תקופת השומה (נספחים ד1-2 לתצהיר אבי נפתלי, עמ' 46 ש' 5-7, עמ' 43 ש' 8-12).

95. לאור אופן חישוב התגמול של המערערת, ספק אם ניתן לתאר אותה כאדישה לאינטרסים של הלקוחות המוסדיים ברכישת הקרנות ולשביעות הרצון שלהם מהקרנות גם לאחר ביצוע הרכישה (עמ' 46 ש' 14-18).

לא רק זאת, יש בשיעור העמלה הגבוה ללמד כי המערערת נתנה שירותים של ממש ללקוחות, שחורגים מפעולת שיווק גרידא. הכנסת המערערת, בסך של כ-50 מיליון ש"ח בשנה ובשיעור של 50% מדמי הניהול של המוסדיים, מלמדת כשלעצמה כי המערערת הייתה שותפה לקבוצה בחו"ל להפקת ההכנסות בישראל ושפעילותה הייתה חוליה ראשונה ומהותית בשרשרת הפקת ההכנסות מהלקוחות המוסדיים.

### 31. פעילות המערערת כלפי הלקוחות המוסדיים

96. להלן אציג את המסכת העובדתית שעלתה ממכלול הראיות והעדויות שהובאו בפניי.

אקדים ואומר כי ממכלול הראיות והעדויות עולה כי המערערת נתנה שירותים גם לגופים המוסדיים הישראליים, ועיקרם תיווך, סיוע ותמיכה שוטפים. שירותים אלה שרתו הן את הגופים המוסדיים תושבי ישראל, והן את קבוצת רוטשילד חו"ל (ראו נספח 21 לתצהיר המשיב, תדפיס מאתר האינטרנט של המערערת, בו היא מציגה את עצמה כ"חוליה המקשרת בין לקוחותיה לשווקים הבינלאומיים").

97. נוכחותה של המערערת בישראל נדרשה על מנת לקיים קשר ישיר, נגיש וזמין עם לקוחות פוטנציאליים ולקוחות קיימים.

לא ניתן לומר כי שירותים אלה היו זניחים או שוליים מנקודת מבטם של הלקוחות הישראליים.

הרושם המתקבל מהתמונה הראייתית שנפרשה בפניי הוא כי לקבוצה בחו"ל היה עניין רב בקיומה של נציגות מקומית בישראל. הקבוצה בחו"ל חיפשה את היתרון של נציגות מקומית בישראל הבקיאיה בשפה העברית, שיכולה לתת מענה בשעות העבודה של המשק הישראלי (לאור הפרשי השעות מול חו"ל), הנהנית מהיכרות טובה עם צורכי המגזר המוסדי בישראל ובעיקר את היכולת לטפח קשרי עבודה הדוקים עם המוסדיים בישראל בעקבות יתרונות אלו.

קשרי עבודה אלו נכחו לכל אורך הדרך, לא רק לפני ביצוע ההשקעה אלא גם במהלכה וגם לאחר ביצועה.

ממכלול הראיות עולה כי המערערת הייתה חוליה בלתי זניחה בשרשרת מתן השירותים מהקבוצה בחו"ל ללקוחות הישראליים ומטרתה הייתה לאתר ולגייס משקיעים מוסדיים ולטפח עימם קשרי עבודה קבועים והדוקים כדי להבטיח את המשך השקעתם בקבוצה ואת ההשקעות הבאות.

שכרה של המערערת נגזר מדמי הניהול ששילמו הלקוחות המוסדיים וממשך ההשקעה והיקפה ולכן ההיגיון מחייב כי המערערת נקטה בפעולות אקטיביות לצורך שכנועם להתקשר עם הקבוצה בחו"ל.

העובדה שלמערערת לא הייתה הסמכות לתת שירותי ייעוץ בניהול תיקי ההשקעות של המוסדיים אינה אומרת כי היא לא נתנה להם שירותים עצמאיים ונפרדים אחרים.

יתירה מכך, יש אינדיקציות לכך שפעולות מסוימות נעשו כשירות ישיר עבור המוסדיים ועל פי דרישתם.

להן יפורטו שירותי המערערת לגופים המוסדיים בישראל.  
**משקלם המצטבר של שירותים אלו, טיבם, היקפם ותדירותם הובילו אותי למסקנה כי המערערת נתנה "שירות" ללקוחות המוסדיים, במשמעות הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק, באופן המוציא אותה מגדר ההטבה של שיעור מס אפס.**

31. **שירותי הנגשת מידע וסיוע באופן פרטני על פי בקשת הלקוח המוסדי**

98. כאמור, המערערת החלה את פעילותה בחודש יולי 2010, לאחר שהוסבה לה ההתקשרות במסגרתה התחייבה א.ד.ר ישראל לספק לקבוצת רוטשילד בחו"ל שירותי ייעוץ וסיוע לשיווק מוצרי הקבוצה ושירותיה לגופים מוסדיים וללקוחות פרטיים בישראל. הסיוע לקבוצה בחו"ל התייחס גם להתאמת המוצרים והשירותים לקהל הישראלי, לניתוח השוק הישראלי עבור הקבוצה בחו"ל ולסיוע אדמיניסטרטיבי לקבוצה בחו"ל (סעיף 4 להודעת הערעור).

99. אין חולק כי תפקידה של המערערת היה לחשוף את הלקוחות המוסדיים הישראליים לקרנות רוטשילד חו"ל כחלק מפעילות השיווק שלה בישראל.

השאלה היא, כאמור, האם במסגרת פעולות השיווק עבור הקבוצה בחו"ל, העניקה המערערת שירותים גם ללקוחות המוסדיים הישראליים, וככל שהתשובה לכך היא חיובית, יש לברר אם שירותים אלו היו זניחים ושוליים, באופן שאינו גורם להחלת הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק ואינו שולל את הטבת המס שבחוק.

100. המערערת העסיקה בתחום שיווק הקרנות ללקוחות המוסדיים עובד בשם עזי הראל (להלן: גם "עזי" או "אזי"). עזי העיד כי עבד בצמוד למר מיקי קליגר, ששימש כמנכ"ל

המערערת וכיו"ר קבוצת רוטשילד בארץ (להלן: "קליגר"). כן סייעו בדסק הלקוחות המוסדיים במערערת עובד בשם רפאל דנן (עמ' 143 ש' 10-1) ועובדת נוספת בשם קארין פיליפס (עמ' 126 ש' 9-15).

101. לפי עדותו של עזי, תפקידו היה להציע למשקיעים המוסדיים את מוצרי קבוצת רוטשילד המתאימים להם ולשכנע אותם להשקיע בהם. לשם כך, הוא נהג לבצע מחקרי שוק בנוגע לפעילות המשקיעים המוסדיים ולעקוב אחר מגמות ההשקעה שלהם (תצהיר עזי פס' 4, עמ' 102 ש' 28-33, עמ' 108 ש' 27-32). יצוין כי המערערת שלחה למוסדיים גם נתונים ומאמרים על השוק בכללותו ולא רק על קרנות רוטשילד (לדוגמא, מש/35-38, מש/102-103). לטענת המערערת, כאשר אופן תגמולה מבוסס על ההשקעות של המוסדיים בקרנות ועל משך השקעתם בהן, אך טבעי הוא שיהיה לה אינטרס לנקוט בפעולות אקטיביות ולמסור מידע מקיף יותר על מנת לשכנע את המוסדיים להשקיע בקרנות.

102. אכן, המחקר אודות העדפות הגופים המוסדיים תרם למערערת ושיפר את יכולתה לשווק את הקרנות הזרות באופן אפקטיבי. נציגי הקרנות מחו"ל הסבירו כי המחקר נועד "לא לבזבז זמן על אסטרטגיות שאינן מעניינות עבור הלקוחות בישראל" (עדות פיליפ אוזן, האחראי על תחום הקרנות בפריז, עמ' 324 ש' 3, עמ' 321 ש' 26 עד עמ' 322 ש' 16); "זה שיש נציגות בארץ יותר קל לקבוצה להפיץ ולשווק את מוצריה. יש איש קשר מקומי שבזמן אמת מעביר לה את המידע במה כדאי להיות ממוקד..." (הודעת עזי הראל, נספח 2 לתצהיר המשיב, דף 2 ש' 34-35).

אך לצד זאת, התמקדות המערערת בהעדפות המשקיעים המוסדיים והפנייתם למוצרים רלוונטיים עבורם, שמתאימים להם באופן פרטני, סייעה גם ללקוחות המוסדיים בהשקעה במוצרים המתאימים להם. המערערת השקיעה מאמץ בחשיפת הלקוחות המוסדיים למידע ספציפי וממוקד המתאים להעדפותיהם ובכך העניקה להם שירות.

103. המערערת חשפה את הלקוחות המוסדיים לסוגי קרנות, אשר לא היה באפשרותם ללמוד אודותן ללא המידע שהתקבל ממנה. בכך ייעלה המערערת את ההליך עבור המוסדיים ומנעה מהם בזבוז זמן והשקעת משאבים מיותרים. מהעדויות עולה כי קיים מספר גדול של קרנות רוטשילד כך שלמוסדיים לא הייתה דרך ללמוד על קיומן לולא חשיפתן על ידי המערערת: "יש כמות אינסופית של קרנות קיימות... ש: וחלק מהקרנות לא היית יודעת אם אזי לא היה בא ואומר לך עליהם? ת: נכון" (עדות גבי קטיה זבר, נציגת חברת כלל, עמ' 425 ש' 14-20; ראו גם עדות מר הרנן מילר, נציג חברת עמיתים, עמ' 476 ש' 29-33; עדות מר יוסי אפרתי, נציג חברת הכשרה ביטוח, עמ' 511 ש' 31-33). "אנו מבקשים מכל המשווקים שלנו שהם לא יחכו... אנחנו מבקשים מהן חוץ לעדכן אותנו במה שאנחנו צריכים לדעת בהתאם להחזקות שלנו גם שיעדכנו אותנו בדברים מעניינים מבחינת הזדמנויות להשקעה" (זבר, עמ' 426 ש' 21-24).

104. פעילות המערערת לא התמצתה בחשיפת המוסדיים למוצרי הקרנות. מהעדויות עולה כי גם נציגי הגופים המוסדיים פנו לעזי על מנת שיתווך להם מוצרים של הקבוצה **שמתאימים למאפיינים ספציפיים שהם מחפשים** :

תצהיר עזי פס' 12: **"לעיתים, להערכתי באופן פחות מצוי, פונים אלי המוסדיים לברר האם יש מוצר של רוטשילד בעל אפיונים ספציפיים שהוגדרו על ידיהם מראש"**.

הודעת ערן אלעד, נציג חברת הראל (נספח 6 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 12-16): **"אנחנו מחפשים קרן נאמנות באירופה, מתקשרים לעזי שואלים אותנו אם יש לו מה שאנחנו מחפשים..."** והתייחסותו בעמ' 432 ש' 28-31.

עדות אפרתי (עמ' 511 ש' 14-16, עמ' 498 ש' 22-23): **"לרוב זה תהליך שאנחנו מחפשים.. ואז אני פונה ואומר יש לך מוצר טוב במדינה הזאת..."** (כן ראו עדות מילר עמ' 478 ש' 30 עד עמ' 479 שורה 1).

105. תהליך העבודה היה כזה, שכאשר נעשתה פניה מטעם גוף מוסדי לעזי על מנת לברר נתונים אודות קרן מסוימת, עזי פנה למנהל הקרן בחו"ל והעביר את המידע שהתקבל מהקבוצה ללקוח: **"ש: ואם היא מבקשת ממך נתונים על איזו קרן אז אתה גם תעביר לה את הנתונים? ת: כמובן. אני אפנה למנהל הקרן בחו"ל, ששם זה מרכז הידע. אני אשאל אותו. הוא יענה לי ואני אעביר לה את זה"** (עמ' 105 ש' 25-27).  
במובן זה המערערת שימשה כתובת ישירה ונוחה לפניה יזומה של לקוחות מוסדיים לצורך בירורים שונים **עבורם** אודות מוצרי קבוצת רוטשילד. המערערת עשתה את הבדיקות הנדרשות ומסרה למוסדיים מידע חיוני שהיה נחוץ להם לצורך קבלת החלטה על השקעה בקרן כזו או אחרת (ראו הסברו של יוסי אפרתי לגבי קביעת מדיניות ההשקעה בגופים המוסדיים עמ' 495-496 וכן תצהירו של המומחה מטעם המערערת מר גילי כהן פס' 4-5).

106. המערערת טוענת כי לאור העובדה שקיימת ללקוחות המוסדיים מדיניות ברורה של השקעות ומאחר שהגופים המוסדיים הם מקצועיים בתחומם, לא ניתן לומר כי הם מפקים תועלת מהמידע שהיא מעבירה להם (חוות דעת המומחה, פס' 4). לכן, יש לראות את השירות כניתן לקבוצה בחו"ל, שכן אלמלא פעילות המערערת, קרנות הקבוצה לא היו מגיעות לאוזני המשקיע המוסדי.

107. אין בידי לקבל טענה זו.

ראשית, במקרים מסוימים עזי מסר לנציגי הלקוחות המוסדיים את עמדתו לגבי ההשקעה שנבחנה על ידם:

עדות מלר: **"והוא אומר לדעתי יש פה ערך ושווה השקעה, כלומר הוא היה נותן לך לפעמים גם מה מעמדות [צ"ל מעמדו] בדברים האלה? ת. כן"**, (עמ' 478 ש' 8-6; כן ראו מ/ש 93, מ/ש 95).

מהודעת עזי עולה כי, ככלל, כאשר הייתה ללקוח מוסדי בעיה, הוא פנה קודם כל למערערת כאשר הקשר שלו: "[...] זה שאנחנו נמצאים ומחוברים לשוק יש לזה ערך מוסף. אני חושב שמבחינת הקבוצה הכרחי שמישהו יהיה בארץ [...]" (נספח 2 לתצהיר המשיב דף 3 ש' 1-3).

שנית, המערערת ביצעה מחקרי שוק, בדקה וניתחה מגמות שונות בשווקים, חקרה ספציפית את העדפות הלקוחות המוסדיים והעבירה להם מידע בהתאם להעדפותיהם. בכך העניקה המערערת "שירות" לאותם גופים מוסדיים וסייעה למנהלי ההשקעות שלהם לאתר עבורם מוצרים ספציפיים המתאימים למדיניות שנקבעה בגוף המוסדי. העובדה כי פעילות זו שרתה גם את "מטרת העל", שהיא שיווק קרנות רוטשילד בחו"ל, אינה גורעת מהשירות שניתן גם לגוף המוסדי הישראלי ולא ניתן לומר כי שירות זה היה זניח.

שלישית, לעניין חוות דעת המומחה ועדותו בבית המשפט, בכל הכבוד הראוי, חוות דעת מומחה לגבי אופן תהליכי העבודה של הלקוחות המוסדיים, אינה יכולה להחליף את התמונה העובדתית הקונקרטית שעלתה מעדויות נציגי המוסדיים שעמדו בקשר ישיר עם המערערת (למשל, עמ' 241 ש' 14-23).

108. זאת ועוד, במסגרת פעילותה דאגה המערערת לתאם פגישות ישירות בישראל בין מנהלי הקרן למנהלי ההשקעות במוסדיים: "שיחות ועידה זה חלק מהארגון. תיאום שיחות ועידה, כמו תיאום מפגשים זה חלק מהתפקיד שלי וזה חלק שעשיתי אותנו" (נספח ו לתצהיר עזי, עמ' 153 ש' 4-5; אלעד, עמ' 447 ש' 2-3; קטיה זבר, עמ' 413 ש' 29).

נציגי הגופים המוסדיים הסבירו כי בדרך כלל קיבלו את ההחלטה להשקיע במוצר לאחר הפגישה עם מנהל הקרן הזרה (אלעד, עמ' 432 ש' 1-23; מלר, עמ' 474 ש' 17-19). מכאן שהפגישה בין נציגי הקרן לנציגי הלקוח המוסדי, אותה תיאמה והוציאה לפועל המערערת, אינה עניין של מה בכך והייתה בעלת משקל לשכלול עסקת ההשקעה.

109. עולה מחומר הראיות כי פעילות השיווק של המערערת, ובכלל זה מסירת המידע הרלוונטי ללקוחות המוסדיים, נעשתה עבור כל לקוח בהתאם לצרכיו הספציפיים ובהתאם לבקשותיו.

ראו למשל עדות עזי הראל (עמ' 108 ש' 19-24): "יש סיטואציות... שאחד הלקוחות המוסדיים רוצה איזו הבהרה לגבי המוצר... לברר למה הביצועים היו ככה לטובה או לרעה... אז הם פונים אליי ואני... מדבר עם מנהל הקרן, עם מנהל המוצר, לצורך העניין הספציפי ומספק להם את התשובות שהם צריכים. בין אם זה באופן ישיר או עקיף".

ראו גם את עדות מלר: "ש: [...] זה לא רק סקירות כלליות שהוא שולח לכל השוק זה הרבה פעמים זה גם לפי בקשות שלכם לשאלות ספציפיות לגבי קרנות ספציפיות לגבי מידע ספציפי זה יהיה נכון לומר? העד, מר מלר: הרבה פעמים הוא... ענה לנו

**על שאלות ספציפיות שלנו. ש: כן. ת: על הקרנות** (עמ' 478 ש' 20-15, ש' 21-33, עמ' 478 משי' 33 עד עמ' 479 ש' 1).

הנגשת המידע באופן זה מבוססת על קשר אישי בין נציגי המעוררת לנציגי המוסדיים.

110. מכלול הראיות מלמד כי המעוררת פעלה כגורם מתווך עבור שני צדי העסקה, הן הקבוצה בחו"ל והן הלקוחות המוסדיים בישראל, כאשר לצורך הגשמת המטרה של ביצוע רכישת הקרנות הזרות היא נתנה שירותים לשני הצדדים ושניהם יצאו נשכרים משירותיה.

111. המעוררת חזרה והדגישה כי ניהול הקרנות מתבצע בחו"ל ורק מנהלי הקרנות הם הכתובת המקצועית הרלוונטית לשאלות של המשקיעים המוסדיים. לטענתה, אין ברשותה לא את הידע הנדרש ולא את הסמכות לקבל החלטות על השקעות בקרן (סעיף 4 לתצהיר אוזן, פס' 51 לסיכומי המעוררת).

הגם שהמעוררת לא הייתה מוסמכת לקבל החלטה על ביצוע ההשקעה בקרן, העדויות מלמדות כי היא הייתה הכתובת הראשונה של הלקוח המוסדי ונתנה מענה לכל שאלה או בקשה ספציפית ופעלה כאשת הקשר שלו מול הקבוצה בחו"ל.

די בשירותים אלו שנתנה המעוררת כדי לענות על הדרישה למתן שירות לתושב ישראל על פי סעיף 30(א)(5) לחוק.

לדוגמא, עזי העיד כי שימש כתובת ראשונה של כל לקוח מוסדי: "ש: ככל שללקוח מוסדי תהייה בעיה, כפי שאמרת בהודעה שלך דבר ראשון הוא יפנה אליך? ת: כן" (עמ' 101 ש' 32-30, כן ראו גם את הודעת אלעד, נספח 6 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 23-37 ואת הודעת מלר נספח 7 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 25-33).

דוגמא נוספת, "ש: אם כן אתם בעצם לא פונים ישירות לבנק בחול, לקבוצה העולמית? ת: לא, תמיד דרך עזי או מיקי, יש אפשרות לעשות את זה, יש פרטי קשר, אבל זו לא דרך העבודה, זה התפקיד שלו ואנחנו מכבדים אותם" (הודעת מלר, נספח 7 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 38 עד דף 3 ש' 2);

דוגמא נוספת, "ש: אתה לא פונה ישירות לבנק בחו"ל, לקבוצה העולמית? ת: לא אני לא תמיד מכיר את מנהלי ההשקעות שם, ומבחינתי הוא האיש שלנו" (הודעת אפרתי, נספח 8 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 32-34);

דוגמא נוספת, "ש: אתם לא פונים ישירות לבנק בחו"ל, לקבוצה העולמית? ת: אני יכולה האמת אבל בד"כ יש הפרשי שעות בפגישות, אני לא רוצה לרדוף אחריהם, זה בדיוק תפקיד המשווק לעזור לי לקבל תשובות בצורה מהירה ויעילה" (הודעת זבר, נספח 9 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 33 עד דף 3 ש' 2).

112. עזי הבהיר בעדותו כי הפנה את שאלות המוסדיים לגורמים המתאימים בקבוצה בחו"ל ודאג להעביר להם את כל המידע והנתונים לשם ביצוע ההשקעה המתוכננת (עמ' 106 ש' 29-30, עמ' 127 ש' 19-20, עמ' 131 ש' 1-9).

בכלל זה נהג להעביר ללקוחות המוסדיים מידע, סקירות, דגשים ונתונים כלליים על השוק: "ש: ואם היא תרצה ממך איזה מחקר לגבי מצב השוק באסיה אז גם תעביר לה את זה? ת: ... אני אעביר להם כל מה שהם צריכים שיש ביכולת הקבוצה שלי בחו"ל לספק לי. כל דבר" (עזי עמ' 105 ש' 28-31, עמ' 155 ש' 27-33, עמ' 157 ש' 2-6, עמ' 159 ש' 8-14; מלר, עמ' 477 ש' 24-25).

יוצא אפוא שלא מדובר רק במידע כללי שנשלח באופן רוחבי לכלל המוסדיים, כטענת המערער, אלא גם במידע שסופק לבקשת לקוח מוסדי מסוים בהתאם לצרכיו ובהתאם לתוכניות העבודה שלו (אלעד, עמ' 446 ש' 26-30, מש/2; מלר, עמ' 478 ש' 14-20, עמ' 480 ש' 7-8).

113. המערער טוענת שעובדת היותם של הלקוחות המוסדיים גופים מתוחכמים, עתירי ידע וניסיון בתחומם, מחייבת שגם שירותי השיווק כלפיהם יהיו מתוחכמים יותר ומבוססים על יחס אישי והיכרות פרטנית.

אין בטענה זו לשנות את העובדה שהמערער נתנה שירות של העברת מידע רלוונטי לכל לקוח מוסדי בהתאם להעדפותיו.

אין ספק שיש אלמנט של "שירות" בהנגשת המידע ללקוח, בנוחות מסירתו, באופן הצגתו וכמובן במתן הסברים עליו (השוו עניין טיביסי פס' 43). ממילא ברור כי מסירת מידע על פי בקשת הלקוח מהווה "קפיצת מדרגה" מבחינת מהות השירות שניתן, כך ביתר שאת נוכח אישור המערער כי המידע על הקרנות פומבי ומפורסם לכל באינטרנט (ראו תצהיר עזי פס' 11; כהן, פס' 4 לחוות דעתו).

114. המערערת מקשה וטוענת כי מסירת המידע ללקוחות המוסדיים, אף אם נעשתה באופן פרטני, נדרשה לצורך שיווק יעיל ואפקטיבי לטובת הקבוצה בחו"ל ואין לראות בשיווק זה משום "שירות לרוכש". לטענתה, מדובר בפעילות שיווקית במובן הגרעיני שלה, כאשר מי שמפיק את התועלת מחשיפת המידע ללקוחות המוסדיים לפי העדפתם היא קבוצת רוטשילד חו"ל.

אני מסכימה עם המערערת כי שיווק פרטני ומתוחכם עשוי להיות אפקטיבי יותר לקבוצה בחו"ל, אולם אין זה אומר שאין בו להועיל ולהוות מתן שירות גם למושא השיווק. גם אם השיווק הפרטני שירת בראש ובראשונה את האינטרס של רוטשילד העולמית במכירת הקרנות, אין זה אומר שהעברת המידע, באופן שיתאים לצרכיו של המשקיע המוסדי, לא שרתה גם את האינטרס של הלקוח וחסכה לו זמן ומשאבים.

115. המערערת שבה והדגישה כי פעילותה בתחום הקרנות נסובה על מכירת "מוצר" ולא על מתן "שירות" ולכן גם אם היה אלמנט של שירות, הרי שהיה שולי וזניח. הלקוחות

המוסדיים קיבלו את החלטת ההשקעה על פי שיקולים מקצועיים גרידא ובראשם איכות הביצועים של הקרן ולא טיב השירות של המערערת.

כפי שצוין לעיל, ומבלי להטיל ספק במקצועיות הגופים המוסדיים, ברי כי לצורך ביצוע הערכה נאותה של איכות הביצועים של הקרן המיועדת, הן לפני הרכישה והן במהלך ההשקעה, נדרש הגוף המוסדי לשכלול אינפורמציה רבה אותה קיבל מהקרן הזרה באמצעות המערערת. המידע הועבר באמצעות המערערת, שגם דאגה למתן מענה זמין ויעיל לשאלות ולבקשות פרטניות. בכל אלה היה כדי לסייע למשקיע המוסדי לקבל החלטה מושכלת אם ומתי להשקיע בקרן.

קשה לומר כי בנסיבות אלו לא ניתן שירות שהוא בעל ערך עצמאי ממשי עבור הלקוח המוסדי הישראלי.

116. טענת המערערת כי, הקשר עם הלקוחות המוסדיים נותק לאחר עריכת המפגש בינם לבין נציגי הקבוצה בחו"ל, אינה נתמכת בחומר הראיות. אדרבא, כפי שיפורט להלן, מהראיות עולה כי המערערת סייעה למוסדיים גם בביצוע הרכישה עצמה וגם לאחר הרכישה. למשל, סיוע בעדכון הלקוח בעת הרכישה כי הקרן פתוחה וניתן להעביר אליה כספים, מעקב אחר ביצוע התשלומים ובדיקה כי הוראות הקניה הועברו כשורה, סיוע במילוי הטפסים הנדרשים לצורך ביצוע ההשקעה והפניית שאלון מטעם הלקוח המוסדי לקרן הזרה ועוד.

### 31. הענקת שירותי תמיכה וסיוע בביצוע ההשקעה עצמה ובמימושה

117. המשיב טוען כי המערערת העניקה ללקוחות המוסדיים סיוע בביצוע ההשקעה עצמה ובמימושה.

118. מכלול הראיות והעדויות תומך בטענת המשיב.

119. מהעדויות עולה כי, למרות שהלקוחות המוסדיים טענו כי אינם חייבים ליידע את המערערת על עסקאות המכירה או הקניה שביצעו (זבר, עמ' 412 ש' 29-32; אלעד, עמ' 437 ש' 33 עד עמ' 438 ש' 1; אפרתי עמ' 518 ש' 17-22; גילי כהן, עמ' 255 ש' 18-21; עזי, עמ' 143 ש' 27-28), בפועל, הם דאגו ליידע אותה על מנת שתוודא כי ביצוע ההשקעה התנהל כשורה (זבר, עמ' 412 ש' 333 עד עמ' 413 ש' 1; אפרתי, עמ' 519 ש' 10-13; גילי עמ' 256 ש' 1-3).

כך הסבירו נציגי הלקוחות המוסדיים:

זבר: "ש: אז למה בעצם את מיידעת אותנו? ת. כי אני רוצה שהוא יעקב שכל הסכומים עברו כמו שצריך ושההוראות כובדו" (עמ' 412 ש' 33 עד עמ' 413 ש' 1). אפרתי: "העברנו לו רק שיוודא שהכל עובר חלק ואין בעיות וזהו והוא עושה את התהליכים שלו" (עמ' 514 ש' 29-31).

גם עזי אישר כי הם מעודכנים מהלקוחות "כדי שההוראה תעבור בלי בעיות ושהלקוח יקבל את מה שהתחייבנו" (עדות עזי, עמ' 148 ש' 5-6). כן הסביר עזי כי "לפעמים לקוח



מוסדי מעביר הוראה למכור קרן ופה זה יום עבודה רגיל אבל שם יש bank holiday... רצייתי לברר שזה אפשרי שהוא יעביר את ההוראה היום... שלא יהיו לו הפתעות והוא יקבל את הביצוע למחרת" (עמ' 147 ש' 14-7).

120. המשיב הצביע על דוגמאות נוספות למעורבות של ממש של המערערת בביצוע העסקה.

למשל, ההתכתבות שסומנה מש/4 מלמדת כי באחת הפעמים נגרמה טעות על ידי בנק ישראלי בביצוע השקעה של לקוח מוסדי מסוים שרכש קרן של הקבוצה בחו"ל. בתגובה לכך הודיע נציג המערערת, מר מיקי קליגר, ללקוח המוסדי כי "בהמשך לשיחתך עם עזי, הבנתי שעקב הטעות דלעיל נגרם נזק של כ-6,000 דולר (בקרוב). למען הסר ספק וכחלק מהמחויבות שלנו אליכם - במידה והבנק יתכחש לאחריותו, נקח את הנזק על עצמנו". נציג המערערת העיד כי מדובר באירוע "ספוראדי של ספוראדיה" (עמ' 41 ש' 14).

עדיין, היכולת והרצון של המערערת לקחת על עצמה אחריות אישית כלפי לקוח שנגרם לו נזק, מלמדים על מחויבותה כלפיו, כלקוח שלה ממש.

121. עולה מהראיות כי המערערת סייעה ללקוחות המוסדיים בהעברה ובמילוי של טפסים שנדרשו להם לצורך ביצוע ההשקעה בקרן (מש/75 והסברו של אלעד בעמ' 449 ש' 11-29).

עדות זבר, נציגת כלל ביטוח, שהגדירה את הסיוע שקיבלה מהמערערת כ"תמיכה תפעולית": "העזרה כאן זה פשוט שהדברים לא יפלו בין הכיסאות ושנאנחנו נבצע את ההחלפה כמו שצריך... פשוט להקל על התהליך הוא מסביר בעצם ועוזר פה עם איזה שהוא טופס שאנחנו נעשה את זה בצורה מסודרת" (עמ' 424 ש' 19-23).

122. הוסכם בין הצדדים כי המערערת שימשה "צינור" עבור הקבוצה להחזר עמלות למוסדיים ששולמו על ידם ביתר בסך של 1,246,906 ש"ח (ראו הודעה מתאריך 20.3.2019, סעיף 23 לתצהיר נפתלי). לצורך חישוב סכומי החזר סייעו נציגי המערערת למשקיעים המוסדיים בקבלת המידע הרלוונטי (אפרתי, עמ' 493 ש' 10-22; נפתלי, עמ' 79 ש' 26-31).

123. זאת ועוד, עולה מחומר הראיות כי המערערת הייתה נכונה, בנסיבות מסוימות, לתת יתרון לגוף מוסדי מסוים על פני מתחריו באופן ששרת את האינטרסים של אותו גוף. עזי אמנם העיד כי הוא מציע את הקרנות באופן רוחבי לכל השוק המוסדי, ואין סיבה לפקפק בדבריו, אך הראיות מלמדות כי המערערת לא היססה לתת שירות לפי בקשתו של לקוח פרטני. לדוגמא, עזי קיבל פניה ממשקיע מוסדי, שהתעניין בקרן מסוימת, ועל מנת לעודד אותו לרכוש את אותה קרן הוא נמנע מלשווק אותה למשקיעים מוסדיים אחרים: "הם פנו אליי עם בקשה. מבחינתי זה היה משהו שהם עלו עליו ואני לא יודע, יכול להיות שזה ייתן להם איזה יתרון תחרותי על פני משקיעים אחרים... בגלל שהם גילו את זה והם הפנו לי את הזרקור על ההשקעה הזאת... אני לא אשווק באופן פעיל" (עמ' 104 ש' 17-25).

124. עיננו הרואות כי ההשקעה בקרנות, שהמערערת מתייחסת אליהן כאל "מוצר מוגמר", מלווה במתן שירותים רבים של סיוע ומתן מענה לשאלות ובקשות.

**יש מקום לתהייה, מי אמור היה, לשיטת המערערת, לתת שירותים אלו אם לא היא עצמה בתוקף תפקידה כנציגות השיווקית של הקבוצה הזרה בישראל!?**

שורת ההיגיון מחייבת כי שירותים אלו היו צריכים להינתן על ידי נציגי הקבוצה הזרה, אלמלא ניתנו על ידי המערערת. בפועל, המערערת היא שסייעה במתן שירותים אלו בישראל וזה היה למעשה לוז פועלה.

125. אף אם אצמד כברת דרך עם המערערת ואקבל את טענתה כי הדוגמאות לעיל משקפות אירועים נדירים במהלך תקופת חמש שנות השומה (סעיף 59 לסיכומי המערערת), לא ניתן להתעלם מכך **שהמשקל המצטבר** של הדברים, לרבות הקשר הישיר והשוטף והנגשת המידע על פי בקשה ספציפית של המוסדיים, מלמדים על מתן שירות בישראל. גם אם אחוז ההתכתבויות הפרטני היה מזערי לעומת אחוז ההתכתבויות הכללי, בשורה התחתונה עולה בבירור מחומר הראיות כי המערערת הייתה זמינה ועמדה לשירותו של כל לקוח מוסדי וסייעה לו בכל דבר שביקש. אין ספק כי מערכת היחסים הישירה וההדוקה בין המערערת ללקוחות המוסדיים נסכה ביטחון אצל הלקוחות וציידה אותם בתחושה כי הם "בידיים טובות" באופן ששירת אותם בהחלטה על ביצוע ההתקשרות עם הקרן הזרה. הזמינות והיחס הישיר היו בלב העשייה של המערערת, זה היה היתרון היחסי שלה במגרש הביתי וזה היה לוז פועלה בישראל.

ג.31. **הענקת שירותי תמיכה וסיוע גם לאחר ביצוע ההשקעה**

126. התמונה המצטיירת מהראיות היא שפעילות המערערת השתרעה גם על השלב **שלאחר ההשקעה**.

עמד על כך עזי בתצהירו: **"אני משמש 'איש קשר'... לצורך שימור ההשקעות שבוצעו בעבר על ידי המוסדיים לזמן ממושך ככל האפשר"** (תצהיר עזי, ס' 19).

127. ההתכתבות הענפה בין המערערת לנציגי הלקוחות המוסדיים, לאחר ביצוע ההשקעה, אינה עולה בקנה אחד עם טענת המערערת כי לא נדרשת ממנה כל עשייה בנוגע להשקעה **לאחר** העברת הפקודה לבנק.

המערערת סייעה ללקוחות המוסדיים במעקב שוטף אחרי ביצועי הקרנות לאחר ההשקעה בהן (הודעת עזי, דף 2 ש' 29-33; עדות עזי, עמ' 109 ש' 1-5, עמ' 128 ש' 8-12, עמ' 153 ש' 19-22; עדות זבר, עמ' 413 ש' 29, מש/69).

המערערת נפגשה עם נציגי הלקוחות המוסדיים באופן פרטני, ניהלה עימם שיחות טלפון, העבירה להם מידע, סייעה בתיאום מפגשים פרטניים בינם לבין נציגי הקרנות (אלעד, עמ' 447 ש' 2-3), סייעה בארגון שיחות ועידה (עזי, עמ' 152 ש' 26-33), סייעה בפתרון בעיות שוטפות שהתעוררו לאחר ההשקעה (מלר, עמ' 476 ש' 16-28; הודעת אלעד, נספח 6 לתצהיר המשיב דף 2 ש' 32-37), העבירה אישורים על ביצוע ההשקעות לרבות כאשר התעוררה תקלה בציטוטים (מלר, עמ' 484 ש' 10-12) והעבירה דוחות

ועדכונים שוטפים אחת לחודש לגבי מצב ההשקעה בקרנות (מלר, עמ' 471 ש' 16-19 ; זבר, עמ' 421 ש' 6-7 ; אפרתי, עמ' 509 ש' 16-21 ; עזי, עמ' 126 ש' 6-7).

128. גם מנקודת מבטם של הנציגים של הגופים המוסדיים, מעקב אחר ביצועי הקרן וקבלת עדכונים שוטפים מהמערערת, לאחר שלב ההשקעה בקרן, היה חלק בלתי נפרד מהשירותים שקיבלו ממנה: "כל חודש אני בודקת את התשואה שלה ואני צריכה לדעת במה היא משקיעה ובעצם להכיר פחות או יותר את פיזור ההשקעות שלה" (קטיה, עמ' 421 ש' 22-23).

"... חלק ממעקב זה גם לבחון אם נכון בשבילי להמשיך להחזיק את הקרן הזאת... זה כל הזמן בחינה מחודשת של כדאיות ההשקעה בקרן" (קטיה, עמ' 411 ש' 27-30).

"המעקב הוא כל הזמן" (אלעד, עמ' 436 ש' 22).

"אנחנו עוקבים באופן קבוע אחר הקרן ושמוצאים שאו שינינו מדיניות או שאנחנו חושבים שהשוק הספציפי פחות טוב אז מוכרים" (אפרתי, עמ' 501 ש' 13-14).

עולה מהעדויות כי המערערת הייתה "איש קשר" עבור המוסדיים לביצוע בדיקות תשואות הקרן לאחר ההשקעה: "ש: ומה אתם צריכים לדעת בהקשר לדברים הקיימים? ת: ... אנחנו צריכים לדעת מה הם משקיעות ואיך הם מתפקדות ואם יש איזה שהם שינויים משמעותיים בקרן... ש: ואת זה עושה עם רוטשילד מול אזי בעצם? ת: כן אזי בעצם הוא הצינור, נכון" (קטיה, עמ' 426 ש' 25-32, עמ' 421 ש' 6-7 ו-22-26 ; אפרתי, עמ' 512 ש' 31-33).

129. כפועל יוצא, אין רלוונטיות לטענת המערערת, כי תדירות פעולות הרכישה והמכירה בקרנות הייתה שולית ברמה שנתית, משום שפעילותה השתרעה גם על התקופה שלאחר ביצוע ההשקעה. מאותו טעם לא רלוונטית טענתה כי חלק מההשקעות בוצעו לפני תקופת השומה, שכן זכאותה לתגמולים נקבעה בזיקה למשך ההשקעה בקרן (עדות עזי לפיה המערערת נתנה מידע ושירותים בלי קשר למועד ההשקעה בקרן, עמ' 22-26 131. ראו גם עדות מלר עמ' 471 ש' 16-19).

130. המערערת מאשרת כי אינה מתעלמת מפניות של הלקוחות המוסדיים גם לאחר ביצוע ההשקעה אולם טוענת כי מדובר בפעילות של "שימור לקוחות" שיש לראותה כנלווית לפעילותה השיווקית. לשיטתה, היא רק מבקשת להבטיח את הרכישה הבאה כחלק מפעילות שיווק אפקטיבית וכדי "להיות במודעות של המוסדיים" (נפתלי, עמ' 36 ש' 1-3).

לא ניתן לקבל זאת. העובדה שהמערערת נותנת שירותים גם לאחר ביצוע ההשקעה מלמדת כי פעילותה בישראל אינה מתמצית במכירת המוצר וביציאתה מהתמונה. מכל מקום, כפי שאין סיבה למעט פעילות שיווקית מגדר שירות שניתן לתושב ישראל, במסגרת הסייג שבסעיף 30(א)(5) לחוק, כך אין סיבה למעט פעילות הנלווית לה או כרוכה בה כגון פעילות לשימור הלקוחות.

71. **קרנות ייחודיות (Dedicated funds)**

131. המשיב טוען כי המערערת סייעה בבניית מוצרים ייחודיים ללקוחות המוסדיים ובכך נתנה להם שירות מיוחד המותאם לצורכיהם.

מדובר בקרנות ששילבו אפיקי השקעות שונים בהתאם לצרכי המוסד וכונו בשם Dedicated funds. בעוד שהקרנות "הפתוחות" בקבוצה הן מוצרים סחירים שנסלקים במסלקת הקרנות הבינלאומית ומלוא המידע הרלוונטי לגביהן הוא ציבורי ופומבי, ה-Dedicated funds אינן פומביות והמשקיע המוסדי נחשף לאפשרות להשקיע בקרן זו רק באמצעות המערערת: **"סביר להניח שלא תמצאי אותן... אנחנו נגיד לכם שהקרן הזו קיימת"** (עדות עזי, עמ' 114 ש' 28-30).

132. המערערת טוענת כי הרוב המכריע של השקעות המוסדיים הישראלים בקרנות רוטשילד נעשה ב"קרנות פתוחות", דהיינו, בקרנות של הקבוצה הפתוחות לציבור הרחב ואינן מיועדות ללקוח ספציפי (תצהיר עזי, פס' 6-7; אוזן, עמ' 331 ש' 15).

המערערת מאשרת כי קבוצת רוטשילד בחו"ל בנתה בכמה מקרים קרנות המהוות תמהיל של קרנות פתוחות עבור משקיע מוסדי ספציפי, אולם קרנות אלה נוסדו בשנים שקדמו לתקופת השומה והקמתן נעשתה על ידי הקבוצה בחו"ל ולא על ידה (פס' 6 לתצהיר אוזן).

כן הדגישה המערערת כי מעולם לא נמכרו קרנות Tailor-Made למשקיעים מוסדיים ישראלים (עדות סינתיה, עמ' 293 ש' 5, ש' 16-19 שהסבירה כי מדובר בעיקר בקרנות שנבנו למשקיעים מוסדיים צרפתיים שהכניסו לקרן סכומים מהותיים (חצי מיליארד-מיליארד יורו); עדות אוזן, עמ' 335 ש' 6: **"משהו שלא עשינו פה מעולם, בישראל"**).

133. לטענת המערערת מעורבותה הסתכמה בחשיפת הלקוחות המוסדיים לאפשרות הקמת Dedicated funds, ותו לא (עמ' 125 ש' 25-32, עמ' 175 ש' 33 עד עמ' 176 ש' 1-5), וכך הסביר את הדברים עזי הראל בעדותו: **"איך אנחנו סייענו? אנחנו אלה שאמרנו שאנחנו יכולים להקים כזה דבר... אנחנו אלה שיצרנו קשר עם המנהל בחו"ל... אנחנו סיפקנו חומר למשקיע המוסדי על היסטוריית ניהול של המנהל, על איזה תמהיל של קרנות הוא הולך לשים [...]"** (עמ' 124 ש' 28, עמ' 125 ש' 1-4).

134. בניגוד לטענת המשיב, לא השתכנעתי כי בפעילות זו חרגה המערערת ממתן השירותים השגרתיים שניתנו על ידה ביחס לקרנות הרגילות של הקבוצה. המערערת לא הייתה מעורבת בבניית הקרנות המיועדות ולא הייתה לה הסמכות לקבל החלטות בקשר להשקעה בהן ולכן לא ניתן לומר כי נתנה למוסדיים שירות מיוחד בהקשר של קרנות מותאמות אישית. לכל היותר ניתן לומר, בהקשר זה, שהמערערת שיווקה ללקוחות המוסדיים גם את הקרנות המותאמות אישית, בדומה למוצרים ולקרנות אחרות של הקבוצה. השירות שנתנה המערערת ביחס לקרנות הייעודיות דומה אפוא לשירות שנתנה ביחס לקרנות הרגילות כגון הנגשת מידע, העברת אינפורמציה, סיוע ביצירת קשר, זמינות לפניות ולבקשות, מתן מענה לשאלות וכיו"ב.

שירותים אלו יצטרפו אף הם לרשימת השירותים הרגילים שנתנה המערערת למוסדיים בנוגע להשקעה בקרנות הזרות.

### 31ה. הפחתת דמי הניהול

135. מהעדויות עולה כי, במקרים מסוימים, הותאמו הקרנות ללקוח מוסדי מסוים במטרה להפחית את דמי הניהול בהם חויב.

מדובר בקרן המכונה feeder או mandate שהיא קרן פתוחה אשר דמי הניהול בה מותאמים להיקפי השקעה גדולים. באמצעות מנגנון זה סייעה המערערת לגופים מוסדיים ליהנות מדמי ניהול נמוכים יותר (עדותו של עזי בעמ' 160 ש' 5-30, עמ' 161 ש' 1-16): **"זה המצאה... זה משהו שהוא קיים ורוטשילד סיפקו את זה והשתמשנו בזה"** (עדותה של סינתיה, עמ' 295 ש' 22-30; פיליפ אוזן, עמ' 334 ש' 23-28).

136. מהעדויות עולה כי, במקרים מסוימים, המערערת סייעה ללקוחות מוסדיים להפחית את דמי הניהול בהם חויבו, על ידי תיווך עמדתם והצגת האינטרס שלהם במסגרת המשא ומתן שניהלה מול הקבוצה הזרה, וכך הסביר עזי הראל בעדותו:

**"ש: היו מקרים, מר הראל, שאתה זוכר ששכנעת את המנהלים ברוטשילד חו"ל לבוא יותר לקראת לקוח ישראלי... ת: רוב המוצרים שלנו זה מוצרים שהם כבר As is... מה שכן, כשהיה צריך, כשהיה ויכוח האם היינו מחוץ לתמחור של המוצר, לצורך העניין דמי הניהול שגבינו עבור מוצר היו יותר מדי גבוהים יחסית... והלקוח המוסדי אמר 'אני לא מוכן לשלם ככה' אז הייתי צריך לדבר... עם פריז כדי להגיד להם... אם אנחנו רוצים להגדיל את הסיכוי לקבל את העסקה צריך להוריד בדמי ניהול"** (עמ' 117 ש' 14-27).

סינתיה אישרה בעדותה כי היו מקרים בהם בנו קרן מסוג "מנדט" לבקשת לקוח מוסדי בהתחשב בצרכיו השונים (עדות סינתיה, עמ' 303 ש' 21-25 ועדות פיליפ אוזן, עמ' 335 ש' 7-22).

נפתלי העיד כי, למרות שאין לנציגי המערערת סמכות לתת הנחה כלשהי לגבי מוצר שנבנה על ידי הקבוצה בחו"ל, עדיין הם רשאים להעביר לידיעת הקבוצה מסר מהלקוח שהוא מבקש לקבל הנחה בדמי הניהול (נפתלי, עמ' 80 ש' 10-15).

יוצא, אפוא, שהמערערת לא רק תיווכה לקבוצה בחו"ל את בקשת הלקוח להפחית דמי הניהול, אלא נקטה בפעולות פוזיטיביות של שכנוע הקבוצה לתת את ההנחה למוסד המסוים. יובהר כי הלקוחות הם אלו שפנו וביקשו מהמערערת להפחית עבורם את דמי הניהול (מלר, עמ' 483 ש' 2-9, מ/ש-10/מ-11).

כמו כן, המשא ומתן שניהלה המערערת מול הקבוצה בחו"ל לטובת המוסדיים בעניין גובה דמי הניהול התקיים גם לפני ההשקעה בקרן וגם לאחר שהקרן כבר הייתה מוחזקת בידי המוסד (מלר, עמ' 483 ש' 2-9; עזי, עמ' 117 ש' 22-27, מש/100).

137. מנקודת מבטם של נציגי הלקוחות המוסדיים, המערערת הייתה זו שתיווכה את עמדתם לקבוצה בחו"ל בעניין גובה דמי הניהול: "אם אנחנו רצינו לבקש הנחה בדמי ניהול עשינו את זה דרך אזי את כל הפרוצדורה... פנינו אליו ואמרנו אנחנו רוצים לקבל הנחה מה אפשר לעשות (מלר, עמ' 475 ש' 6-13, עמ' 483 ש' 6-9; מש/100 התכתבות דוא"ל מעזי לאפרתי: "אני עובד על עניין העלויות", ועדותו של אפרתי "יכול להיות שהוא מנסה להוזיל בדרך מסוימת את הדמי ניהול" עמ' 517 ש' 2).

138. המערערת טוענת כי לולא התגבשה הסכמה על דמי הניהול, הלקוח המוסדי היה רוכש מוצר בעל מאפיינים זהים אצל משווק אחר. לכן, התועלת והאינטרס שקידמה המערערת היו בראש וראשונה לטובת הקבוצה בחו"ל. כן מדגישה המערערת כי הובהר לנציגי הלקוחות המוסדיים כי היא מייצגת את האינטרס של הקרנות בחו"ל (אלעד, עמ' 434 ש' 2-4; אפרתי, עמ' 498 ש' 20-22; מלר, עמ' 458 ש' 14-19).

139. אין בידי לקבל את הטענה.

אין חולק כי המערערת ייצגה את האינטרס של קרנות רוטשילד חו"ל, והדבר היה ידוע וברור לנציגי הלקוחות המוסדיים. אולם בהפחתת דמי הניהול, התועלת הישירה והראשונית הייתה של הלקוחות המוסדיים ובכך שרתה המערערת את האינטרסים שלהם באופן מובהק.

פעילות המערערת בהפחתת דמי הניהול נועדה, בסופו של דבר, להוציא את כל הצדדים נשכרים: את הקרנות הזרות שההשקעה בהן התאפשרה ואת הלקוחות המוסדיים שחויבו בדמי ניהול מופחתים.

40. **מדיניות רשות המיסים בעניין קרנות הון סיכון**

140. המערערת האירה זרקור על מדיניות רשות המיסים המעניקה שיעור מע"מ אפס מכוח סעיף 30(א)(5) לחוק לגופים מנהלים ישראלים של קרנות הון סיכון זרות המשקיעות בחברות מטרה ישראליות.

המערערת אינה טוענת לאפליה, אך מבקשת כי אותו היגיון, שהניע את רשות המיסים לאשר שיעור מס אפס לחברות ניהול של קרנות הון סיכון המאתרות חברות מטרה בישראל עבור הקרן הזרה, יחול גם בעניינה.

141. בכל הכבוד, לא מצאתי בטענה זו ממש.

142. בקצרה, קרנות הון סיכון מגייסות כספים ממשקיעים במטרה להשקיע בחברות הפועלות בעיקר בתחום הטכנולוגיה בשלבי הפיתוח הראשוניים. מדובר בקרנות המאוגדות כשותפויות זרות המשקיעות בחברות הייטק ("חברות מטרה"), מתוך כוונה

לאחר השקעות מוצלחות ולהפיק מהן רווחים. המשקיעים בקרן הזרה עשויים להיות תושבי חוץ ו/או תושבי ישראל, כאשר הקרן עצמה היא שותפות זרה המאוגדת מחוץ לישראל ונחשבת תושבת חוץ. לרוב יהיה לקרן שותף כללי שמנהל את עסקי השותפות ולעיתים הוא יתקשר עם חברת ניהול.

143. המערכת מתייחסת לעמדת רשות המיסים בחוזרים מקצועיים ובהחלטות מיסוי בנוגע לקרנות הון סיכון תושבות חוץ, שהתקשרו עם חברת ניהול תושבת ישראל, שהיא "עוסק" לעניין חוק מס ערך מוסף, במטרה שתאחר עבורן השקעות בחברות מטרה ישראליות. בתמורה לתשלום דמי ניהול קבועים, חברת הניהול נותנת לקרן הזרה שירותים של איתור ובחינת הזדמנויות השקעה בישראל, ניהול מו"מ ביחס להשקעות בישראל, ניהול ההשקעות ובחינת אפשרויות למימושן. בנוסף לדמי הניהול, חברת הניהול זכאית לדמי הצלחה המחושבים כחלק מרווחי הקרן.

לפי עמדת הרשות, השירותים שתעניק חברת הניהול לקרן ו/או לשותף הכללי של הקרן הינם שירותים הניתנים לתושב חוץ, ועל כן, בהתאם להוראות סעיף 30(א)(5) לחוק מע"מ, חל עליהם מע"מ בשיעור אפס (ה"ב 24/01 "קריטריונים למתן אישור מקדמי למשקיעים תושבי חוץ בקרנות הון סיכון").

144. המערכת טוענת כי הגוף הישראלי (חברת הניהול) פועל לאתר השקעות, ללוות אותן, לפקח על פעילות חברות המטרה ולסייע במכירתן. לטענתה, לא יכולה להיות מחלוקת כי חברת המטרה נהנית ומקבלת תועלת מהחלטת הקרן להשקיע בה ועדין, למרות מכלול שירותים אלה, רשות המיסים מסווגת את השירות שחברת הניהול נותנת לקרן הזרה כשירות הניתן לתושב חוץ בלבד ולא כשירות הניתן גם לחברת המטרה הישראלית, ומאשרת לה מע"מ בשיעור אפס. המערכת טוענת כי נציג המשיב אישר בחקירתו, כי כאשר הקרן הזרה מוחזקת 100% בידי זרים, יחול מע"מ בשיעור אפס על כלל פעילות חברת הניהול תושבת ישראל (עמ' 663 ש' 4).

במקרים בהם מחזיקים בקרן הון סיכון גם תושבי ישראל, לא נשלל שיעור מס אפס ממלוא התמורה של חברת הניהול הישראלית והחלטות המיסוי קובעות פיצול בחבות המע"מ שלה, לפי היחס שבין המשקיעים הישראלים למשקיעים הזרים בקרן.

145. המשיב טוען כי ההקבלה שעושה המערכת בין חברות המטרה הישראליות, בהן משקיעות קרנות הון סיכון, לבין המשקיעים המוסדיים הישראלים בענייננו, המשקיעים בקרנות רוטשילד, היא שגויה ואין ללמוד ממנה דבר.

146. דעתי עם המשיב.

חוששני כי לא ניתן לקבל את ההיקש שמבקשת המערכת לעשות לענייננו מעמדת רשות המיסים בתחום קרנות הון סיכון. אסביר.

147. השירות הניתן על ידי חברת הניהול (המקבילה למערכת בענייננו) לקרן הון סיכון נחשב כשירות ל"תושב חוץ" כאשר הקרן, המאוגדת כשותפות זרה, מוחזקת על ידי 100% תושבי חוץ. כאשר הקרן מוחזקת גם על ידי תושבי ישראל וגם על ידי תושבי

חוץ, הרי שלאור צורת ההתאגדות המיוחדת של הקרן כשותפות מוגבלת זרה, יש **"להשקיף"** את הקרן ולראות את שירותי חברת הניהול כניתנים **לשותפים בקרן**. לכן, כאשר יש בקרן גם משקיעים תושבי ישראל, השירותים של חברת הניהול ייחשבו כניתנים להם והם יחויבו במס בשיעור מלא בהתאם לחלקם היחסי של הישראלים בקרן. במקרה זה ברי כי לא ניתן לומר שחברת הניהול נתנה שירות ל"תושב חוץ", וזאת אף מבלי להיזקק לבדיקת השירות שניתן לחברות המטרה, שכן לא מתקיים התנאי **שברישה** של סעיף 30(א)(5) לחוק, קרי, "מתן שירות **לתושב חוץ**". לגבי השותפים הזרים שבקרן, אין חולק כי מתקיים התנאי שברישה של "מתן שירות לתושב חוץ" אולם עדיין יש לברר **לגביהם** האם חל הסייג, דהיינו, האם ניתן "שירות" גם לחברות המטרה, תושבות ישראל.

(אעיר, כי אם היינו מחילים הסדר זה על המערערת, התוצאה הייתה חיובה מינה וביה בשיעור מס מלא בגין החלק של תושבי ישראל המחזיקים בקרנות רוטשילד הזרות, לרבות הגופים המוסדיים הישראלים. די היה בכך כדי לשלול ממנה את הטבת שיעור מס אפס, אף מבלי לבדוק את תחולת הסייג בעניינה).

148. זאת ועוד, ההקבלה שעושה המערערת בין חברות המטרה הישראליות, בהן משקיעות קרנות הון סיכון, לבין המשקיעים המוסדיים, שמשקיעים בקרנות רוטשילד, היא, בכל הכבוד, שגויה.

כאשר חברת הניהול הישראלית מאתרת חברות מטרה ישראליות להשקעה עבור קרן הון סיכון, היא לא נותנת "שירות" לחברות המטרה הישראליות. לא ניתן לראות באיתור חברת המטרה וברכישת מניותיה משום שירות לחברה עצמה כי אם לבעל המניות המשקיע בה, היא הקרן הזרה. התועלת שעשויה לצמוח לחברה מההשקעה, במובדל מהתועלת לבעלי מניותיה, היא עקיפה. לעומת זאת, כאשר המערערת פועלת לאיתור משקיעים ישראלים שישקיעו בקרן הזרה היא פועלת עבור אותם משקיעים ונותנת להם סיוע ושירות.

אילו חברת הניהול הייתה פועלת כדי שחברות המטרה ישקיעו בקרן כי אז ניתן היה להקביל את חברות המטרה לגופים המוסדיים בענייננו. אולם כאמור אין זה המצב.

לכן ההיקש שמבקשת המערערת לעשות מתחום חברות הניהול של קרנות הון סיכון, אינה רלוונטית, וממילא אין מקום לטענת אפליה.

149. נקודה נוספת שהעלתה המערערת בהקשר זה היא, כי המדיניות של הרשות בעניין קרנות הון סיכון תומכת באפשרות **לפצל את התמורה**.

בהתאם לעמדת הרשות, במקרה בו הקרן, המאוגדת כשותפות זרה, מוחזקת הן על ידי תושבי חוץ והן על ידי תושבי ישראל, נעשית "השקפה" שלה ופיצולה בין המשקיעים הזרים למשקיעים הישראלים, לעניין החבות במע"מ של חברת הניהול הישראלית.



לשיטת המערערת, יש לאמץ את הפיצול גם בהקשר שלפנינו, כך שהיא תמוסה רק על החלק היחסי של השירות שהעניקה לתושבי ישראל, שהוא לטענתה חלק זניח, ולגבי יתר השירות תיהנה משיעור מס אפס.

150. כפי שפורט לעיל, הכלל הקבוע בסעיף 30(א)5 לחוק הוא כלל בינארי, דהיינו, אם ניתן שירות לתושב חוץ, המהווה בפועל מתן שירות לתושב ישראל בישראל והשירות אינו טפל או זניח, "לא יראו את השירות כניתן לתושב חוץ" ולא תינתן ההטבה כלל. כלל זה מביא לתוצאה של "שחור או לבן", ולכן קשה לראות איך ניתן לפצל את התמורה כמבוקש על ידי המערערת.

151. כאשר רשות המיסים מסתכלת על קרן הון סיכון זרה ב"שקיפות" ומפצלת בין אחוז ההחזקה של תושבי ישראל לבין אחוז ההחזקה של תושבי החוץ בקרן, היא עושה זאת במסגרת בחינת התנאי שברישא של סעיף 30(א)5 לחוק, כלומר במסגרת הבירור הראשוני למי ניתן השירות העיקרי על ידי העוסק הישראלי. ככל שהשירות ניתן לתושבי חוץ המשקיעים בקרן, יינתן שיעור מס אפס רק אם לא ניתן בנוסף לכך שירות לתושבי ישראל בישראל. בהקשר לקרנות הון סיכון, הרשות אינה רואה בהשקעות בחברות המטרה הישראליות משום מתן שירות לתושבי ישראל ולכן מאפשרת את ההטבה במלואה.

לעומת זאת, כאשר ניתן שירות למשקיעים בקרן שהם תושבי ישראל, ברי כי לא ניתן להיכנס בגדר ההטבה שמאפשר סעיף 30(א)5 לחוק, אף לפני בחינת יישום החריג.

בנסיבות אלו, הפיצול בין ישראלים לזרים נעשה ברמת המשקיעים בקרן, בעקבות השקפת הקרן הזרה המאוגדת כשותפות. לא ניתן לומר כי נעשה פיצול בין השירות שניתן לתושב ישראל לבין השירות שניתן לתושב החוץ, ולכן ההיקש שמנסה המערערת לעשות לא יכול לסייע בידה.

152. למעלה מן הצורך, אף אם היה הצדק עם המערערת, ואינני סבורה כך, ספק אם היה בכך להקנות לה את הסעד המבוקש.

לפי ההלכה הפסוקה, רשאית הרשות המינהלית, בתנאים מסוימים, לשנות או לבטל מדיניות קודמת שלה. קשה לקבל גישה לפיה הרשות תחויב להמשיך לנקוט במדיניות שגויה רק כדי למנוע טענת אפליה.

התייחס לכך כב' השופט קירש בעניין ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 1742-09-13 חכ"ל בניה ופיקוח בע"מ נ' פקיד שומה למפעלי גדולים פס' 118 (11.10.2018):

"[...] העובדה שמבני תעשייה ודרבן 'זכו מן ההפקר', אולי בשל מחדל מצד המשיב, איננה מעלה ומורידה וודאי איננה מובילה למסקנה כי יש להגדיל את הפגיעה בקופה הציבורית".

מכל מקום, המערערת לא טענה, וממילא לא הוכיחה, טענת הסתמכות על החלטות המיסוי האמורות.

51. התייחסות לטענות נוספות של המערערת בעניין הלקוחות המוסדיים

153. המערערת שבה ומדגישה בסיכומיה את הטענה, כי המידע והפרסומים שמעביר עזי ללקוחות המוסדיים בישראל לא נערכו על ידה אלא על ידי הגופים המקצועיים של הקרנות בחו"ל ותפקידה התמצה ב**דיוור** ("Forward") של המידע בלבד.

לא מצאתי כי לטענה זו בסיס בחומר הראיות. כפי שפורט בהרחבה לעיל, תפקידה של המערערת חרג מתפקיד של "דיוור מידע" גרידא.

אך גם לשיטת המערערת, לא ניתן להתעלם מכך שזמינותה והמענה המידי והשוטף שנתנה בהעברת המידע המקצועי ללקוח המוסדי על פי דרישתו, מהווים כשלעצמם "מתן שירות". וכפי שנאמר על ידי כב' השופט קירש בעניין **אוסקר גרופ: "משנוכחנו לדעת כי השירות שניתן על ידי המערערת... לא היה פעוט-ערך, אזי העובדה כי אספקתו של אותו שירות לא הייתה כרוכה בהפעלת שיקול דעת רב, אם בכלל, איננה מובילה למסקנה כי ניתן להתעלם מן השירות האמור בבואנו ליישם את הוראת סעיף 30(א)(5) לחוק"** (שם, פס' 48).

154. המערערת טוענת כי הלקוחות המוסדיים הם גופים מתוחכמים בעלי ניסיון וידע רב ואינם זקוקים ממנה לשירות, וככל שניתן שירות הריהו זניח ואינו קשור לעצם ההחלטה להשקיע בקרן (מלר, עמ' 454 ש' 25-28; גילי כהן, פס' 4 לחוות דעתו).

לעניין טענה זו של המערערת, דומה כי גם המשיב אינו חולק על מקצועיות הגופים המוסדיים. גם ניתן להסכים כי "איכות השירות" מהמערערת לא היה נתון מכריע במערך השיקולים של הלקוח המוסדי אם להשקיע בקרנות הזרות או לא (אפרתי, עמ' 495 עד עמ' 496 ש' 6-7; מלר, עמ' 456 ש' 5-20; גילי כהן עמ' 252 ש' 22-20) ושמוכז הכובד של החלטת ההשקעה היה בטיב הקרן ובשיקולים עסקיים של תשואה מול סיכון ודמי ניהול, ולא באיכות המשווק (עזי, עמ' 118 ש' 12-22; אלעד, עמ' 430 ש' 26-33; זבר, עמ' 406 ש' 6 עד עמ' 407 ש' 33).

עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שלשירות שנתנה המערערת למוסדיים, בדמות מענה אפקטיבי, נגיש וזמין, ומעטפת מידע רחבה על פי דרישה אישית, הייתה חשיבות וערך גם מנקודת המבט של משקיע מוסדי מתוחכם. כפי שצוין לעיל, השירות מושא סעיף 30(א)(5) לחוק אינו חייב להיות כרוך בהפעלת שיקול דעת רב.

התמונה המצטיירת היא שהמערערת פעלה בישראל ליצירת מעטפת שירות שאפשרה את ביצוע ההשקעה בקרן הזרה בקלות ובנוחות יחסית. המערערת העמידה את שירותיה ללקוחות המוסדיים בישראל תוך מתן יחס אישי, ישיר, מזמין ונוח (עזי, עמ' 119 ש' 9-5, עמ' 166 ש' 25-21; אפרתי, "זה קשר ישיר יותר נוח" עמ' 523 ש' 14).

כך שגם אם נאמר, כי נגישות וזמינות המערערת לצורכי הלקוחות המוסדיים לא הייתה הסיבה העיקרית להתקשרותם עם הקבוצה בחו"ל, אין ספק כי היה בכך כדי לשרת את צרכיהם.

155. לטענת המערערת, אין התקשרות חוזית בין הקבוצה בחו"ל לבין המשקיעים המוסדיים, וודאי לא התקשרות שעניינה מתן שירות מהקבוצה בחו"ל.

הקבוצה בחו"ל סיפקה לגופים המוסדיים בישראל מוצר פיננסי מוגמר שלא כלל מימד של מתן שירות כלשהו, "כשם שחברת אינטל איננה מספקת שירות למוסדי שרכש את מניותיה" (סעיף 70 לסיכומי המערערת). המערערת טוענת כי אם לא הייתה כוונה לתת שירות בישראל על ידי תושב החוץ, ממילא לא יכול היה להינתן שירות על ידה.

חוששני כי אין בידי לקבל את הטענה.

המערערת לא הציגה בהליך כל מסמך המלמד על אופי ההתקשרות בין הקרנות הזרות לבין המשקיע המוסדי הישראלי כך שלא ניתן לקבוע בוודאות כי לא הייתה התחייבות למתן שירות.

מעדויות נציגי הלקוחות המוסדיים עולה כי הלקוח המוסדי ציפה לקבל עדכונים שוטפים ושירותים מהקרן בנוגע להשקעותיו ושירותים אלו ניתנו לו בפועל הן על ידי הקרן והן על ידי המערערת לאורך תקופת ההשקעה, וגם לאחריה. לכן לא ניתן לומר כי לא היה מימד של "שירות" בהתנהלות שבין הקרנות בחו"ל לבין הלקוחות המוסדיים ובין המערערת למוסדיים. ממילא יש לראות בשירותי הדיוור, העדכון השוטף והמענה הפרטני לשאלות ובקשות של המוסדיים כחלק אינטגרלי מהמוצר הפיננסי שסופק.

156. המערערת הציגה פילוח של ההתכתבויות בינה לבין המוסדיים, ממנו עלה כי מתוך כלל ההתכתבויות 1% התייחס לבירורי עמלות והחזרים לבקשת הקרן, 22% מההתכתבויות היו תיאומי פגישות עם נציגים מחו"ל או עם עזי או עם מיקי, 15% היו פעילות שיווק ומכירות חדשות, 20% היו העברת נתונים על מצב הקרן, ו-42% היו העברת עדכון ומסמכים מהקבוצה בחו"ל (תצהיר עזי, נספח ח).

המערערת ביקשה להסתייע בפילוח שערכה על מנת להוכיח כי אחוז "השירות" שניתן ללקוחות המוסדיים היה שולי וטפל.

157. קשה להיבנות מהפילוח כפי שהוצג על ידי המערערת.

ראשית, עזי הראל העיד כי קיבל לידי את הממצאים שבבסיס הפילוח מהצוות המשפטי ואינו יכול להעיד "לגבי הניתוח" (עמ' 149 ש' 25 עד עמ' 150 ש' 12). די בכך כדי להקשות על קבלת ממצאי הפילוח כאמת עובדתית.

שנית, הפילוח אינו מלמד איזה חלק יחסי מהפעולות של "העברת עדכון ומסמכים מהקבוצה בחו"ל" נעשה לבקשת הלקוח המוסדי ואיזה חלק נעשה עבור הקבוצה בחו"ל.

אמנם, בטבלה שבנספח ט לתצהיר עזי צוין כי לעיתים העברת המידע נעשתה על פי בקשת הלקוח, אך עיון מדגמי בהתכתבויות שצורפו לתצהיר מלמד כי פעמים רבות לא

צוינה האמירה "לבקשת הלקוח" על גבי הטבלה **למרות** שמההתכתבויות עצמן עלה כי הלקוח היה זה שביקש את המידע באמצעות המערכת או ביקש להעביר מסר לנציגי הקרן (ראו למשל נספח ט חלק 1 דוא"ל שמספרו 116, 245, 260, 267, 290, 293, 295, 296, 355; נספח ט חלק 9 דוא"ל שמספרו 3467, 3519, 3536, 3549, 3553, 3560, 3693, 3636, 3652; נספח ט חלק 10 דוא"ל שמספרו 3974, 3988, 3864).

(במאמר מוסגר אעיר, כי בהליך החקירות הובהר כי הפילוח לא נעשה לגבי מלוא ההתכתבויות שבין הלקוחות המוסדיים לבין המערכת (ראו דברי הפרקליטים בעמ' 157)).

#### 61. **סיכום בעניין השירותים ללקוחות המוסדיים הישראלים**

158. התשתית הראייתית הענפה שנפרסה בפניי וכמות המיילים שצורפה לתצהירי שני הצדדים מלמדים על התנהלות שוטפת וקבועה ועל קשר ישיר והדוק בין המערכת למוסדיים לאורך כל שדרת הטיפול בביצוע ההשקעות בקרנות הזרות ובשימורן.

במסגרת התנהלות זו ניתנו ללקוחות המוסדיים בישראל "שירותים" ולא ניתן לומר עליהם כי היו זניחים או פעוטי ערך.

שירותים אלו לא נועדו להגשים רק את האינטרסים של קבוצת רוטשילד בחו"ל אלא גם את האינטרסים הישירים והממשיים של הלקוחות הישראלים.

די שאזכיר, בהקשר זה, את התועלת הישירה שהפיקו הלקוחות המוסדיים משירותי המערכת בהפחתת דמי הניהול ששילמו לקרנות הזרות. גם גובה התמורה של המערכת, בסך של כ-50 מיליון ש"ח לשנה, ואופן חישובה כנגזרת מהיקף ההשקעות בישראל (50%), מלמדים על מהות פעילותה.

159. טענת המערכת כי הסיוע ללקוחות בישראל ניתן במסגרת שירותי שיווק עבור ולמען הקבוצה בחו"ל וכי הלקוחות בישראל לא היו אלא "יעד להגשמת פעולות השיווק", אינה יכולה להתקבל. המערכת מבקשת לתת לסייג הקבוע בסעיף 30(א)(5) סיפא פרשנות מצמצמת המוציאה מגדר "מתן שירות לתושב בישראל" שירות שנחשב כ"פעילות שיווקית" או "נלווה לפעילות שיווקית" או "שימור לקוחות", וזאת מבלי שיש לפרשנות זו כל עיגון בלשון הסעיף או בתכליתו.

אין כל מניעה שבפעילות שיווקית יינתנו שירותים המגשימים את האינטרסים של שני הצדדים המערבים, הן של המשווק, שיוזם את השיווק, והן של יעד השיווק, כלפיו מופעל השיווק.

160. **בהסתמך על כל האמור והמפורט לעיל, על השירותים שנתנה המערכת ללקוחות המוסדיים יחול הסייג הקבוע בסיפא של סעיף 30(א)(5) לחוק ומלוא העמלות שקיבלה מהקבוצה בחו"ל בגין שירותים אלו יחויבו בשיעור מע"מ מלא.**

ז. **המחלוקת השנייה: פעילות שיווק שירותי הבנקאות הפרטית**

161. המשיב מצא כי המערערת מעניקה ללקוחות פרטיים תושבי ישראל מכלול של שירותי תיווך, תמיכה וסיוע בקשר עם השקעתם בחשבונות של בנקים זרים מקבוצת רוטשילד בחו"ל.

לפיכך, המשיב קבע כי עסקאות המערערת במתן שירותים אלו חייבות במס בשיעור מלא והוציא לה שומת עסקאות בהתאם.

162. המערערת טוענת כי היא משווקת שירותי בנקאות פרטית של קבוצת רוטשילד בחו"ל. על מנת לממש את ייעודה היא מקיימת מאות פגישות היכרות מדי שנה עם לקוחות פוטנציאליים. במסגרת זו היא משרתת את אינטרס הבנק בחו"ל שכן היא עורכת בדיקת רקע של הלקוח הפוטנציאלי וכן מאפשרת ללקוחות לחתום על טפסים לצורך פתיחת חשבון בבנק בחו"ל.

163. המערערת מדגישה כי אין כל קושי כי הלקוח יחתום על הטפסים בעצמו ללא כל סיוע שלה וכן כי היא אינה נותנת, ואף אינה יכולה לתת על פי דין, שירותי בנקאות ללקוחות הפרטיים. השירותים הבנקאיים ניתנים אך ורק על ידי נציגי הבנק בחו"ל, כאשר המערערת נדרשת למעורבות בעניינים טכניים ושוליים במקרים חריגים בלבד, באופן אשר מקיים את דרישות סעיף 30(א)(5) לחוק.

164. גם כאן, אפתח בבחינת "עסקת הבסיס" בין הבנקים בחו"ל ללקוחות בישראל, ולאחר מכן אעבור לסקירת מכלול הראיות בנוגע למערכת היחסים שבין המערערת לבין הלקוחות הפרטיים תושבי ישראל.

#### 1ז. "נושא ההסכם" בין המערערת לקבוצה בחו"ל

165. על מנת לבחון את "נושא ההסכם" שבין המערערת לבין הקבוצה בחו"ל, לעניין תחולת הסייג שסעיף 30(א)(5) לחוק, יש לבחון את מהות ההתקשרות ביניהם.

166. גב' סינתיה טוביאנו העידה, כי בכל הנוגע לשירותי הבנקאות הפרטית, יש לפחות שלושה הסכמים שנערכו בין המערערת לבין צרפת, שוויץ ולוקסמבורג (עמ' 307 ש' 1-7).

167. מעניין לציין כי המערערת בחרה לצרף הסכם רלוונטי אחד, בינה לבין בנק שוויצרי משנת 2015, ואף לגביו התברר במסגרת החקירות בבית המשפט כי ייתכן שהיה הסכם שקדם לו בזמן אך לא הוצג (עמ' 383 ש' 23-29, עמ' 384 ש' 1-17, נספח 2 לתצהירו של אבי נפתלי).

הימנעות המערערת מלהציג את מלוא המערכת ההסכמית הרלוונטית בינה לבין הקבוצה בחו"ל, הקשתה על חקר מהות ההתקשרות ביניהן ותיזקף לחובתה על סמך הכלל הראייתי הקובע, כי לו היו מוגשים המסמכים, היו כנראה פועלים לרעתה.

168. על אף שרוב הנסתר על הגלוי, אפנה לבחינת ההסכמים שהוצגו על ידי המערערת.

ההסכם הרלוונטי ביותר בנוגע לשיווק שירותי בנקאות פרטית הוא ההסכם שצורף  
בנספח א2 לתצהיר נפתלי. מדובר בהסכם שנערך בין המערערת לבנק שוויצרי מחודש  
פברואר 2015.

בהתאם להסכם, המערערת התחייבה להפנות ("to refer") לבנק בחו"ל לקוחות בעלי  
מוניטין טוב. כן צוין כי באופן כללי ההיכרות בין הבנק ללקוח תיעשה לאחר שהלקוח  
יביע את רצונו לפתוח חשבון בבנק.

מכאן, שהיה על המערערת לספק ללקוח הפוטנציאלי מידע מספק לצורך פתיחת חשבון  
בנק ולמייין עבור הקבוצה את הלקוחות המתאימים.

"EDR AM IL undertakes to refer to EDR SUISSE only those prospects whose  
assets and business and reputation are to its knowledge of good reputation.  
Generally speaking, EDR AM IL shall introduce the prospects to EDR  
SUISSE when they are desirous to open an account..." (3.1)

לפי ההסכם, הבנק השוויצרי האציל למערערת את הסמכות לזהות לקוחות כפי  
שמחייב החוק השוויצרי :

EDR SUISSE, hereby delegates to EDR AM IL the obligation to identify the  
prospect or client..." (3.2)

הסכם זה תומך גם בטענת המערערת לפיו היא זכאית ל-50% מכלל ההכנסות השנתיות  
של הבנק שמקורן מהלקוחות שהופנו על ידה (סעיף 5.1 לסכם).  
בהסכם אחר שצורף, אמנם משנת 2007, הנושא את הכותרת BUSINESS  
CONTRIBUTOR AGREEMENT (נספח א7 לתצהיר נפתלי), הוגדר סוג התגמול  
למערערת כ-"Introduction Fee", הגדרה העשויה ללמד על פעילות המערערת בתכנון  
מפגש היכרות בין הצדדים. במסגרת הגדרת תחום פעילותה של המערערת ( Scope of  
Activities), צוין כי המערערת מתחייבת לעמוד בדרישות הרגולציה והחקיקה  
הרלוונטית וכן לוודא שהלקוחות שיופנו על ידה לקבוצה יעמדו בדרישות האמורות.

169. לא מצאתי כי ההסכמים שהוצגו מאפשרים מסקנה חותכת בנוגע למהות ההתקשרות  
בין המערערת לבין הקבוצה בחו"ל, במסגרת בחינת "נושא ההסכם" לפי סעיף 30(א)(5)  
לחוק.

אפנה אפוא לבחינת ההתנהלות בפועל של המערערת בפעילותה מול הלקוחות הפרטיים  
בישראל.

## 2ז. מערכת היחסים בין המערערת לבין הלקוחות הפרטיים

170. המערערת משווקת שירותי בנקאות פרטית של קבוצת רוטשילד בחו"ל ללקוחות  
פרטיים בישראל.

לפי טענתה העיקרית של המערערת, היא פועלת לגיוס לקוחות פרטיים על מנת שיפתחו חשבון בנק בחו"ל כאשר תפקידה העיקרי הוא ביצירת המפגש הראשוני בין הלקוח לבין הבנק בחו"ל (תצהיר צוקר, פס' 5). בפעילות זו היא משווקת שירותי בנקאות פרטית בישראל **עבור** הקבוצה בחו"ל וככל שניתן על ידה "שירות" לתושב ישראל, הוא נועד להגשים את האינטרס של הקבוצה בחו"ל ובכל מקרה לא מדובר בשירות ישיר וממשי לתועלת הלקוחות.

171. המערערת טוענת כי לצורך שיווק שירותי הבנקאות הפרטית, היא מקיימת פגישות היכרות מדי שנה עם הלקוחות הפוטנציאליים, בודקת את הרקע שלהם ומסייעת להם לחתום על טפסים לצורך פתיחת חשבון הבנק בחו"ל. פעולות אלו נועדו לשווק בישראל את הפעילות הבנקאית של הקבוצה בחו"ל ואין בהם לשרת את האינטרס של הלקוח הישראלי שיש לראות בו "יעד שיווקי", ותו לא.

172. המשיב טוען כי המערערת קיימה קשר ישיר ובלתי אמצעי עם לקוחות פרטיים בישראל, הן פוטנציאליים והן קיימים, וסיפקה להם מכלול של שירותים שנועדו לסייע להם לפתוח חשבון בנק בחו"ל במסגרת קבוצת רוטשילד ולאחר מכן לשמר אותם כלקוחות הבנק (ראו נספח ד' לתצהיר צוקר, נוהל פנימי של פעילות המחלקה הבינלאומית במערערת, ובעיקר: נוהל פגישה עם הלקוח (סעיף 5.2, סעיף 5.2.4: "על מנת לתת ללקוח הפוטנציאלי את השירות הטוב ביותר, על העובד המוסמך לערוך היכרות מעמיקה עם הלקוח ומאפייניו כדי לקבוע את סוג השירות המתאים עבורו. באחריות העובד המוסמך לברר את סוגי השירותים שהלקוח מעוניין לקבל..."), נוהל הליך היכרות הלקוח (KYC, סעיף 6.3), נוהל מילוי טפסי פתיחת חשבון בנק (סעיף 6.4), נוהל שירותים אדמיניסטרטיביים (סעיף 7.3) ועוד).

173. לאחר שנתתי דעתי למכלול חומר הראיות שהונח בפניי, נחה דעתי כי לא עלה בידי המערערת לשכנע כי היא זכאית להטבה של שיעור אפס לפי סעיף 30(א)(5) לחוק בגין פעילותה בישראל בתחום שיווק שירותי הבנקאות הפרטית.

אסביר ואפרט.

174. יש מקום להסביר תחילה את פעילותה של המערערת בישראל בתחום שירותי הבנקאות הפרטית.

175. מר עודד צוקר הוא נציג המערערת המרכז את פעילותה בתחום שיווק שירותי בנקאות פרטית בחו"ל. עבדו לצדו בתקופה הרלוונטית לשומה בין שישה לתשעה עובדים נוספים (נספח 17 לתצהיר נציג המשיב, עדות צוקר עמ' 180 ש' 25-23).

לדיון ההוכחות הגיע מחו"ל למתן עדות מר תנאסיס גונטיקאס המשמש כסגן נשיא של הקבוצה בחו"ל ומי שאחראי על תחום לקוחות פרטיים במדינות שונות בעולם.

176. במסגרת המפגש עם הלקוח הפוטנציאלי, נציג המערערת הציג בפניו את שירותי הבנקאות הניתנים בחו"ל ואת שירותי ניהול הנכסים של הקבוצה ("מציגים את היכולות" עדות צוקר, עמ' 182 ש' 4, עמ' 183 ש' 28-23, עדות תנאסיס עמ' 364 ש' 23).

בנוסף, נציג המערערת הציג בפני הלקוח הפוטנציאלי את מלוא המידע לצורך פתיחת חשבון בנק בחו"ל. לעיתים הצגת המידע נערכת במסגרת סדרת פגישות ולעיתים הפגישה התקיימה בבית הלקוח (עדות צוקר עמ' 185 ש' 2-7).

**יצוין כבר כעת, כי במסירת המידע באופן פרטני, ולעיתים בביתו הפרטי של הלקוח הפוטנציאלי, יש משום "מתן שירות" ללקוח אינדיבידואלי.**

177. לפי מסמכים שהציגה המערערת, היא ארגנה כנסים שיווקיים ללקוחות פוטנציאליים, הרצאות, ושליחה חומרים פרסומיים שונים. כן ארגנה טיולים ומשלוחי מתנות (עדות צוקר עמ' 221 ש' 20-25; מחקר מחירי העברה, נספח 20 לתצהיר המשיב עמ' 17; עדות נציג המשיב עמ' 585 ש' 19-21).

צוקר הסביר כי "משלמים לי להביא לקוחות לקבוצה ולשמר אותם. אני מתעסק בדברים חוקיים - אירועים, שליחת מתנות וכו'" (הודעה צוקר נספח 3 לתצהיר המשיב דף 3 שורה 21; דף 2 ש' 11-12, ש' 21-22).

בעדותו הבהיר צוקר כי "רוב האנשים זה אנשים שבאים אלינו מפה לאוזן או שמפנים אותם ויש חלק... שאני הולך באופן אקטיבי ומשווק את הקבוצה" (עמ' 182 ש' 27-29).

178. המערערת אישרה בסיכומיה (בסעיף 100) כי סיעה בבדיקת הרקע של הלקוח הפוטנציאלי (בדיקה בסיסית ובמידת הצורך בדיקה מעמיקה יותר, תצהיר צוקר סעיף 6, תצהיר תנאסיס סעיף 5), במתן אפשרות לחתום על טפסים, בביצוע זיהוי פיסי של הלקוח ובאישור מסמכי מקור בישראל.

179. עולה מהאמור, ומנוסח הסכם ההתקשרות בין המערערת לקבוצה בחו"ל, שצוטט לעיל, כי על המערערת הוטל התפקיד לוודא כי רק לקוחות מתאימים יגיעו לבנק ולכן היה עליה לבצע פעולות בדיקה, מיון וסינון של הלקוחות.

בפעולות מיון וסינון אלו שערכה המערערת היא שרתה, מטבע הדברים, לא רק את האינטרס של הקבוצה בחו"ל, שמעוניינת שיגיעו אליה לקוחות אמינים ובעלי יכולת כלכלית מוכחת, אלא גם את האינטרסים של הלקוחות הפוטנציאליים שחסכו בעקבות כך זמן, טרחה ומשאבים (עניין בי זד, פס' 59).

180. אף לא ניתן להתעלם משירותי הסיוע שהעניקה המערערת ללקוחות במילוי טפסי פתיחת החשבון, בחתימה על הטפסים מול הנציג הישראלי, בזיהוי פיסי של הלקוח ובאישור מסמכי מקור. כל אלו הם בגדר "שירותים" שנתנה המערערת ללקוחות ולא ניתן לומר עליהם כי היו זניחים או כי לא היו גם לתועלת הלקוחות בישראל.

למשל, זיהוי הלקוח בטפסי פתיחת החשבון, באמצעות המערערת, אפשר לו להתנהל בחשבון לתקופת ביניים של חצי שנה (עד לחתימה מול נציג הבנק בחו"ל) ולבצע בינתיים השקעות (עמ' 187 ש' 7-32, עמ' 188 ש' 1-2, 14-21, נספח י"ב לתצהיר נפתלי).



181. כאמור, נציגי המערכת (צוקר וקליגר) הוסמכו על ידי הבנק בחו"ל להחתיים את הלקוחות, המעוניינים בכך, על מסמכי פתיחת חשבון בישראל (עמ' 188 ש' 19-21). כך העיד אחד הלקוחות: **"הם סייעו לי במסמכי החתימה על פתיחת החשבון. מאחר והחשבון הוא על שמי ועל שם רעייתי... באה אלינו הביתה בחורה צעירה והחתימה אותנו על מסמכי פתיחת החשבון"** (נספח 13 לתצהיר המשיב, הודעה מתאריך 24.12.2017, עמ' 1 ש' 8-10).

סינתזה אישרה כי מתן האפשרות לחתום על טפסי פתיחת חשבון בישראל נעשתה **"בשביל לבוא לקראת הלקוח, כמובן"** (עמ' 287 ש' 5).

המערכת סייעה לעיתים ללקוחות במילוי הטפסים לפתיחת החשבון ושלחה את הטפסים לחו"ל (עמוד 183 ש' 8-12).

182. לאחר יצירת הקשר הראשוני בין הלקוח למערכת, התקיים מפגש בין הלקוח הישראלי לנציג הבנק מחו"ל, וכך העיד מר תנאסיס: **"אנחנו פגשנו באופן אישי כל לקוח שמגיע לישראל"** (עמ' 365 ש' 18). לעיתים, המפגש התקיים בישראל עוד לפני שהלקוח פתח את החשבון (עמ' 365 ש' 26-30).

לצורך כך, המערכת דאגה לתיאום פגישות בישראל בין הלקוחות הפרטיים לבין נציגי הבנק מחו"ל (עמ' 365 ש' 18, נספח 14 לתצהיר נציג המשיב, הודעה מתאריך 26.12.2017 עמ' 1 שורה 10 **"הקשר תמיד מתנהל דרך הנציג בישראל, הם תמיד מארגנים את הפגישות"**).

183. מהראיות עולה כי המערכת העניקה ללקוחות הפרטיים בישראל שירותים אדמיניסטרטיביים של העברת מידע ונתונים.

המערכת טענה כי פעילות זו הייתה שולית ומנותקת באופן מובהק מעסקת הבסיס שעיקרה הענקת שירותים בנקאיים מהקבוצה בחו"ל ללקוחות (עדות תנאסיס, עמ' 370 ש' 17-23).

לטעמי, אין מקום להמעיט בחשיבות הפעילות האדמיניסטרטיבית של המערכת ואין בעובדה כי מדובר בסיוע טכני שאינו כרוך בהפעלת שיקול דעת רב כדי להוריד מחשיבותו בעבור הלקוח הישראלי.

מהראיות עולה כי חלק משירותי המידע הועברו ללקוח על ידי המערכת ללא מעורבות של נציגי הבנק בחו"ל. למשל, במקרים בהם הלקוח אישר למערכת, במעמד פתיחת החשבון, גישה לצפות בחשבון שלו, המערכת עשתה שימוש בגישה לחשבון ושלפה עבורו, במנגנון של "read only", דוחות של הבנק (עמ' 195 ש' 4-7). מהעדויות עולה כי המערכת גם עשתה שימוש בגישה לחשבון כדי לתת ללקוחות מענה לשאלות במידת הצורך (עמ' 202 ש' 13-18). בנוסף, המערכת העבירה ללקוחות אישורים על העברת כספים ללא מעורבות של נציגי הבנק בחו"ל (עמ' 203 ש' 9-30) וכן מענה לפניית של הלקוח אל הבנק בנושא השקעות (עמ' 369 ש' 17-18).

184. עוד עולה מחומר הראיות כי פניות הלקוחות למערערת היו רבות ומגוונות: החל מבקשות להעברת כספים, עבור דרך התייעצות לגבי השקעות ושינוי מוטבים בחשבון וכלה בתלונות לגבי תשואות נמוכות (ראו עדות צוקר עמ' 186 ש' 33-30, עמ' 196 ש' 5-19, עמ' 196 ש' 24-29, עמ' 198 ש' 10-2, עמ' 199 ש' 15-12).

במילותיו של צוקר: **"אני לא יכול לשלוט על מה שהלקוח פונה. הוא פונה..."** (צוקר עמ' 205 ש' 33, עמ' 208 ש' 29-32).

הנה כי כן, לא דובר בפעילות הנוגעת רק ל"שולי התהליכים האדמיניסטרטיביים", כלשון המערערת, אלא לנושאים הקשורים בליבת ההתקשרות שבין הבנק לבין הלקוחות.

185. הלקוחות פנו למערערת במגוון רחב של נושאים (עדות צוקר עמ' 234 ש' 5-4). המערערת מצידה דאגה שפניות אלה לא "יפלו בין הכיסאות", ודאגה לתת מענה ללקוח, בין אם על ידי הפניית הלקוח לגורם הרלוונטי בבנק ובין אם על ידי הפניית הגורם הרלוונטי אליו.

עודד צוקר ציין בעדותו, כי מאחר שאינו מוסמך לתת מענה על פניות של לקוחות בנושאי שירותי בנקאות וייעוץ, הוא הפנה את הלקוחות לגורם הרלוונטי בבנק או כתב לבנק וביקש מהם ליצור קשר עם הלקוח (צוקר, עמ' 206 ש' 2-1; תנאסיס אישר זאת בעדותו, עמ' 369 ש' 18-1. כן ראו, תנאסיס, עמ' 380 ש' 7, עמ' 381 ש' 16).

186. יתירה מכך, ההתכתבות הענפה שצורפה בנספח ח' לתצהירו של עודד צוקר מלמדת כי פניות רבות למערערת מקורן ב**יוזמה של הלקוח ועל פי בקשתו**.

פעילות שביצעה המערערת במענה לפניה יזומה של הלקוח עשויה ללמד על תפקיד של גורם מתווך, הפועל לטובת שני הצדדים (עניין **בי זד**, פס' 73).

187. זאת ועוד, עולה מהראיות כי המערערת שמרה על קשר עם הלקוח גם **לאחר פתיחת החשבון**. המערערת הצדיקה זאת ברצונה לשמור על רמת שירות גבוהה וכדי לשמר את הלקוח לעסקת השיווק הבאה **"זה חלק מהקטע של השיווק, אם הם לא יהיו מבסוטים הם יעזבו אותנו..."** (צוקר, עמ' 194 ש' 28-27, עמ' 199 ש' 21-19).

188. כמו כן, המערערת הייתה מעורבת **בהפחתת העמלות של הלקוחות ובמובן זה פעלה באופן ישיר וממשי עבור האינטרסים שלהם**.

באחד המקרים המערערת פנתה לקבוצה בחו"ל על מנת להפחית את שיעור העמלה של הלקוח לשיעור של 0.5%. המלצתה של המערערת התקבלה על ידי הקבוצה בחו"ל והעמלה אכן הופחתה (מיילים בעמ' 47-48, נספח ח חלק 1 לתצהיר צוקר). בנוסף, המערערת הייתה מעורבת בסיוע בהפקדת הכספים בחשבון, באישור על הפקדתם בחשבון, באישור על ביצוע פעולות קניה ומכירה וכיו"ב. גם כשהמערערת הייתה אך מכותבת למייל של הלקוח לבנק, היא סייעה לו במתן שירות (לדוגמא, מייל בעמ' 60, נספח ח חלק 1 לתצהיר צוקר).

189. המערערת טענה כי אינה מחויבת מבחינה חוזית לתת שירותים ללקוח הישראלי. אולם, הראיות מלמדות כי, כדבר שבשגרה, נציגי המערערת עמדו לרשות הלקוח הפרטי בישראל ותווכו בינו לבין הבנק בחו"ל.

190. גם לשיטת המערערת עצמה, על פי פילוח שערכה לגבי אופי פעילותה, כ-40% מהתכתובות שהוצגו בהליך התייחסו לשירותים שנתנה ישירות ללקוח (העברת מסמכים/מידע מחו"ל ללקוח (19%), העברת מסמכים או מידע מהלקוח לחו"ל (9%), מתן סיוע אדמיניסטרטיבי (10%)), זאת לעומת 34% מההתכתובות שהתייחסו לשירות של חו"ל ישירות ללקוח (ראו פילוח בנספח ו לתצהיר עודד צוקר).

191. למען שלמות התמונה יצוין, כי היו לקוחות שהעידו כי התנהלו מול נציגי הבנק בחו"ל בלבד: **"כל ההוראות נמסרות בפקס או במייל לאותו בנקאי שפגשתי בעבר"** (עמ' 530 ש' 4-6, נספח 13 לתצהיר המשיב עמ' 1 ש' 15).

אחד הלקוחות העיד כי נציג הבנק בחו"ל היה זמין עבורו באופן קבוע ושהם התכתבו בשפה האנגלית (עמ' 530 ש' 18-24) ולעומת זאת הקשר שלו עם נציגי המערערת התמצה בקבלת דוחות והזמנות לאירועים (עמ' 534 ש' 21-26); אותו לקוח העיד כי לא מצא את פעילות המערערת מועילה עבורו: **"האמת היא שאני אף פעם לא הבנתי בדיוק מה התפקיד שלו בכוח..."** (עמ' 534 ש' 22). וכן: **"אני מחבב את עודד מאד, אבל פשוט לא ראיתי אותו אף פעם בתור מישהו שיכול לתרום לי מקצועית"** (עמ' 535 ש' 26-28).

לקוח נוסף העיד כי עמד בקשר רציף וישיר עם נציגי הבנק בחו"ל (עמ' 560 ש' 23-28) אך בהמשך אישר כי נהג מעת לעת לפנות לנציגי מערערת, עודד צוקר, לצורך טיפול בבקשה או בתלונה לאור **"קשרי החברות"** ביניהם (עמ' 565 ש' 9-16).

היו לקוחות שהעידו כי **"תקשורת אדמיניסטרטיבית"** התנהלה גם מול נציגי המערערת: **"לפעמים גם מול החבר'ה פה בישראל, יותר נושא של טופסולוגיה. זה מגיע, אם לא קיבלתי משהו. אז אני, כאילו הם גם אנשי קשר שלי..."** (עמ' 537 ש' 33 עד עמ' 538 ש' 2). לקוח אחד העיד כי פנה לנציגי המערערת בבקשות לקבלת מידע (עמ' 541 ש' 13-21) למרות שהתנהל ישירות מול נציגי הבנק בחו"ל בנוגע לחשבון (עמ' 538 ש' 19-21). לקוח אחר הסביר כי פנה לעודד צוקר **"כי הוא איש הקשר המקומי והוא יודע למי להפנות את זה לבנק בשוויץ"** (עמ' 546 ש' 21, וראו עדות לקוחה שהתנהלה רק מול עודד בנספח 15 לתצהיר המשיב דף 1 ש' 12-17). לדברי אחד הלקוחות: **"הדבר הנוח שיש לך גם את המשרד בישראל, שאם אתה צריך אתה מרים טלפון, מדבר עברית"** (עמ' 542 ש' 6-7).

ממקבץ העדויות לעיל ניתן ללמוד כי, גם ללקוחות שהעידו כי התנהלו במישרין מול נציגי הבנק בחו"ל, הייתה הנאה ותועלת מנוכחותה הזמינה והיעילה של המערערת בישראל. גם אם המערערת לא הייתה כתובת מקצועית להתייעצות בנושאי השקעות עבור לקוח מסוים, היא הייתה גורם מסייע עבורו לצורך העברת דוחות ותיאום פגישות.

192. **לסיכום הדברים עד כה**, המערערת גייסה לקוחות תושבי ישראל עבור קבוצת רוטשילד חו"ל ונתנה להם שירותים לצורך פתיחת חשבון בנק בחו"ל. גם לאחר פתיחת החשבון, המערערת דאגה לשימור הלקוחות והעניקה להם שירותים מגוונים.

העובדה שהמערערת סיפקה מכלול של שירותים ללקוחות הפרטיים גם לאחר פתיחת החשבון עולה מעדויותיהם של הלקוחות הפרטיים שהעידו בבית המשפט ויש לכך דוגמאות לא מעטות (נספחים 12-16 לתצהיר המשיב; סעיפים 99-103 לסיכומי המשיב).

ממכלול חומר הראיות עולה תמונה ברורה לפיה המערערת תפקדה כגוף מתווך בין הלקוחות הישראלים לקבוצה בחו"ל. המערערת הכירה את הלקוחות בשוק הישראלי ואת טעמי השקעתם, מחד גיסא, והכירה את המוצרים הפיננסיים של שירותי הבנקאות של קבוצת רוטשילד חו"ל, מאידך גיסא, ופעלה כגורם מתווך באופן ששני הצדדים יצאו נשכרים.

אף הלקוחות שהעידו כי היו בקשר ישיר עם נציגי הבנק בחו"ל, אישרו כי קיבלו שירותים גם מהמערערת כגון, החתמה על טפסים, נתונים, מידע ושירותי תמיכה וסיוע שוטפים. שירותים אלו סייעו בידיהם להשקיע באפיקי ההשקעה השונים ולהפיק מהם רווחים ולכן הייתה בהם תועלת והנאה ממשיים עבורם (עניין **טיביסי**, פס' 44).

פעילות המערערת השתרעה אל מעבר לאיתור הלקוח והפנייתו אל הבנק. בפעילות המערערת הייתה מידה לא מבוטלת של שכנוע הלקוח לפתוח את החשבון ולאחר מכן דאגה לשביעות רצונו כדי לשמר אותו כלקוח הבנק. התמורה שקיבלה המערערת (50%) הייתה בזיקה ישירה לכך.

המערערת פעלה באופן ישיר עבור הלקוח להפחתת העמלות בהן חויב. בכך פעלה המערערת באופן מובהק להגשמת האינטרס של הלקוח, על אף הפגיעה (הזמנית) ברווחי הקבוצה בחו"ל. לא ניתן לומר על פעילות זו של המערערת כי הייתה זניחה או טכנית.

טענת המערערת כי מרבית הפגישות של עודד צוקר לא הניבו קשר עם לקוח, אין בה לשנות. המערערת לא תוגמלה במקרה בו הלקוח לא פתח חשבון וממילא לא חויבה על כך בשומה (עמ' 190 ש' 24-28, צוקר מאשר כי השומה אינה כוללת פעילות שהמערערת אינה מעורבת בה).

טענת המערערת כי היא מקבלת עמלות גם בגין לקוחות שאין לה קשר עימם לא הוכחה ובכל מקרה לא הוכח שיעור העמלה שקיבלה בגינם. אף לא יהיה זה מופרך להניח כי עמלות אלו שהתקבלו אצל המערערת מקורן בהתנהלות הראשונית שלה עם אותם לקוחות ומהשירות שנתנה להם בתחילת הדרך.

בסופו של דבר לא יכולה להיות מחלוקת כי למנגנון העסקי של המערערת, שכלל בין 6 ל-9 עובדים, היה ערך מוסף משמעותי, לא רק עבור הבנק אלא גם עבור הלקוחות

בישראל, ושהשירותים שקיבלו מהמערערת סייעו להם בהחלטתם לבצע את ההשקעה. למעשה, בדיוק לשם כך הוקמה המערערת וזה היה הערך המוסף שלה בישראל.

### 3ז. טענת המערערת על לקוחות פרטיים "מנותקי קשר"

193. במסגרת הליכי השומה מסרה המערערת למשיב רשימה של לקוחות פרטיים שכונו על ידה "בלתי מזוהים" או "מנותקי קשר". מדובר לטענתה בלקוחות העונים על אחת מהקטגוריות הבאות:

- (1) לקוחות שהופנו על ידי המערערת לקבלת שירותי בנקאות מבנקים של הקבוצה בחו"ל אך ביקשו לנתק קשר עם המערערת.
- (2) לקוחות שהתקשרו ישירות עם הבנק בחו"ל, בעקבות הפניית המערערת, אך ללא מעורבותה (עמ' 49 ש' 17-21).
- (3) חשבון הבנק נפתח ישירות בחו"ל על ידי מפיץ מטעם המערערת.
- (4) בן משפחה של לקוח, שהופנה על ידי המערערת, פתח חשבון ישירות בבנק בחו"ל ללא מעורבות המערערת.

194. יובהר כי בכל החלופות לעיל נמנים לקוחות שלכל הפחות הופנו על ידי המערערת או על ידי מי מטעמה, בין עובד ובין מפיץ. מאחר שהמערערת קיבלה עמלות בגין לקוחות אלו, וחויבה עליהן בשומה, יש להניח כי היא הייתה זו שחשפה אותם לבנק בחו"ל וסייעה להם במתן שירותי מידע, החתמה, מילוי טפסים וזיהוי פסי כמקובל עם שאר הלקוחות (עדות נפתלי, עמ' 50 ש' 3-33, עמ' 51 ש' 1-33).

195. המערערת טוענת כי לא יכלה לתת שירות ללקוחות אלה, במהלך תקופת התקשרותם עם הבנק בחו"ל, משום שאין לה את פרטי ההתקשרות עם הלקוחות. המערערת טוענת כי בנסיבות בהן אין לה פרטים על הלקוחות, לא ידוע לה ולא יכול להיות ידוע לה מי מאותם לקוחות היו עמה בקשר בעבר, לא ניתן לומר כי נתנה להם "שירות" באופן השולל ממנה את הזכאות לשיעור מס אפס בגינם.

יצוין כי התגמול בגין לקוחות אלה הסתכם בשנות השומה לסך של 7,588,118 ש"ח (במונחי קרן מס 1,135,559 ש"ח).

196. בעניין **בי זד יזמות** התייחס בית המשפט לטענת העוסק הישראלי כי לא שמר את פרטי הלקוחות הישראליים. כבי' השופט בורנשטיין מצא כי אין בכך לשנות מהמסקנה שניתן שירות על ידי העוסק לתושב הישראלי: **"העובדה שהמערערת אינה מקבלת מידע על אודות זהותם של המשקיעים הסופיים, אין פירושה שהיא אינה מעניקה להם (כמו גם לאחרים שהתעניינו באפשרות ההשקעה בבנק אך בחרו בסופו של יום שלא להשקיע) שירותים בשלב שקדם להשקעתם בפועל...יש להניח כי לכל הפחות המערערת 'עוקבת' אחר הלקוחות המתקשרים עם הבנק כתוצאה משירותיה והפנייתם אל הבנק ולו לצורך קבלת התמורה המגיעה לה בשל כך בהתאם להסכם עם הבנק..."** (שם, פס' 67).

197. המערערת טוענת כי אין זה סביר לגרוס כי רק בשל הקשר הראשוני של גיוס הלקוח, לפני שנים רבות, יחויב כל תקבול ותקבול שתקבל מכאן ואילך מהבנק הזר בשיעור מע"מ מלא. לשיטתה, זו פרשנות קיצונית למונח "שירות" שהרי בלתי אפשרי לתת שירות ללקוח שאיננו רשום ואיננו מזוהה על ידה כלל.

במישור העקרוני, אני מסכימה עם טענה זו של המערערת אולם ספק בעיני אם היא משקפת את המצב העובדתי.

באופן כללי, הרי שמעבר ליצירת הקשר הראשוני, המערערת שימשה כאשת הקשר של הלקוחות בישראל מול הקבוצה בחו"ל: היא מסרה ללקוחות הפרטיים מידע, העניקה להם שירותי חתימה על מסמכי פתיחת חשבון, לעיתים בביתם, שימשה כתובת זמינה ויעילה לפניית ומענה לפתרון בעיות, הפנתה לבנק בקשות ושאלות מהלקוח, ועשתה זאת לאורך כל תקופת ההתקשרות של הלקוחות עם הבנק.

אלא שהמערערת לא הוכיחה - לגבי הלקוחות הבלתי מזוהים - באיזה שלב נותק עימם הקשר ומה היה השירות שניתן להם עד אותו שלב. כך למשל, לא ברור האם המערערת הייתה זו שהחתימה את הלקוחות "מנותקי קשר" על טפסי פתיחת חשבון לבנק או מה הייתה מידת מעורבותה בקשר שבין הבנק ללקוחות אלה לאחר פתיחת החשבון ועד לשלב ניתוק הקשר (עדות נפתלי, עמ' 49 ש' 17-23).

כאשר נטל ההוכחה מוטל על כתפי המערערת, אין די בהעלאת טענה כי "בחלק מהמקרים" לא היה קשר כלל. היה על המערערת להבהיר מה המשמעות המעשית של טענה זו ולהוכיח אותה. לכל הפחות היה עליה להצביע על המועדים בהם נותק הקשר עם לקוחות אלה באופן המאפשר קביעה ברורה ואבחנה בין שנות המס בהן ניתן שירות לבין שנות המס בהן הקשר נותק ולכאורה לא ניתן בהן שירות. מאחר שאין מלבד המערערת מי שיכול לברר פרטים אלה לאשורם, מחדל זה רובץ לפתחה.

198. בהקשר זה יש לציין כי מעדותו של עודד צוקר עולה כי מדובר במצב הפיך. כלומר, לקוח יכול לבחור לנתק קשר עם המערערת ולא לאפשר לה גישה למידע בנוגע לחשבון הבנק שלו בחו"ל אך גם לחזור לקשר עמה במידת הצורך (עמ' 216 ש' 7-21).

העובדה שניתוק הקשר הוא מצב הפיך, מחייב את המערערת להציג את המערכת העובדתית במלואה, באופן מפורט ומדויק.

199. לעניין כימות התמורה בגין "מנותקי הקשר", הדעת נותנת כי לקוחות אלה צריכים להיות מזוהים באופן כלשהו על ידי המערערת, שכן חישוב סכום התמורה המגיע לה מבוסס על הכנסות הבנק בחו"ל מלקוחות שהופנו על ידה (ראו עניין **בי זד**, פס' 67). לכן קשה לקבל את הטענה כי למערערת לא ידוע ולא יכול להיות ידוע מי מאותם לקוחות היו עמה בקשר בעבר.

בכל מקרה, המערערת לא הסבירה מדוע לא יכלה לאמוד את התמורה בגין "מנותקי הקשר" על דרך האלימינציה.

200. בסופו של יום, היה זה תפקידה של המערערת להציג תמונה שלמה ביחס לקשריה עם הלקוחות הפרטיים תושבי ישראל ולהבהיר מתי נותק הקשר עם כל לקוח, באופן שלא יכלה לתת לו שירות, ומה היחס בין לקוחות אלו לכלל הלקוחות לעניין כימות התמורה.

ככל שהמערערת הייתה מצליחה להוכיח לגבי שנת מס מסוימת, כי המשיכה לקבל עמלות מהבנק בגין לקוח אותו הפנתה ונתנה לו שירותים בשנים עברו, ושאותו לקוח הפך להיות "מנותק קשר" בשנת המס, ניתן היה להחיל עליה את ההטבה שבסעיף 30(א)(5) בגין אותה שנה.

201. **בהסתמך על כל האמור לעיל, אין בידי לקבל את טענת המערערת כי היא זכאית לשיעור מס אפס בגין הלקוחות הישראלים מנותקי הקשר.**

אזכיר שוב כי המידע הרלוונטי בנוגע ללקוחות אלה מצוי בידי המערערת או בשליטתה ומכאן גם החובה המוטלת עליה להרים את הנטל להוכחת זכאותה להטבת שיעור מס אפס בגינם.

4ז. **טענת המערערת על לקוחות פרטיים תושבי חוץ**

202. המערערת טענה כי חלק מהעמלות שקיבלה בקשר עם שיווק שירותי הבנקאות הפרטית בחו"ל הן בגין חשבונות של יחידים או חברות שהיו **תושבי חוץ**. מאחר שאינם תושבי ישראל אין מקום לשלול מהעמלות ששולמו בגינם את ההטבה של שיעור מס אפס.

203. במסגרת הליכי הערעור הושגה הסכמה עובדתית בין הצדדים כי סך של 573,833 ש"ח מבטא את קרן המס בגין מתן שירות לתושבי חוץ מזוהים (למעט שניים) אשר פתחו חשבונות בנק **בז'נבה**.

ברם, הצדדים לא הגיעו להסכמה לגבי לקוחות הבנק **בלוקסמבורג** בשאלה העובדתית אם לקוחות בנק זה היו תושבי חוץ, אם לאו. סכום המס שיוחס על ידי המערערת ללקוחות שפתחו חשבון בנק בלוקסמבורג עמד על סך של 458,388 ש"ח קרן (נספח 1ט המתוקן).

עם זאת, הן לגבי לקוחות ז'נבה והן לגבי לקוחות לוקסמבורג נותרה בעינה המחלוקת בשאלת **מיקום מתן השירות ללקוח**, האם בישראל או מחוצה לה, כך שהמחלוקת בעניין הזכאות להטבה לא התייתרה ונותרה בעינה.

204. המערערת טוענת כי, כבר במסגרת הליכי השומה, משנדרשה על ידי נציג המשיב להציג אסמכתאות על תושבות החוץ של הלקוחות, העבירה לו דיסק עם אסמכתאות מתאימות (נספח יב לתצהיר נפתלי). למרות זאת, בהחלטת המשיב בהשגה נטען כי לא הוכחה בפניו שאלת תושבות החוץ של הלקוחות (סעיף 26 להשגה). קצפה של המערערת יצא על כך שבשיחה טלפונית עם נציג המשיב, ערב דחיית ההשגה, לא התעוררה כל שאלה מצדו בעניין התושבות של הלקוחות. לאור זאת, המערערת טוענת כי יש לתלות

בצווארו של המשיב את הקושי הראייתי שנוצר בהיבט זה ולאמץ את הצהרתה כפי שהיא.

205. לא יכולה להיות מחלוקת כי למערערת ניתנה ההזדמנות להציג במסגרת הליך הערעור את מלוא ראיותיה בעניין תושבות החוץ של הלקוחות ואכן המערערת צרפה את האסמכתאות בנספח יב לתצהיר נפתלי.

דא עקא, שבאסמכתאות אלה אין כדי להועיל משום שהן מתייחסות ל"אזרחות" הלקוחות בעוד שהמבחן הרלוונטי לפי סעיף 30(א)(5) לחוק הוא "תושבות" הלקוחות. כמו כן, המסמכים שצורפו הם חלקיים בלבד ואינם נושאים תאריך (ניתן להשוותם למסמכי פתיחת חשבון שצורפו בנספח ב לתצהיר צוקר).

מכאן, שהמערערת לא השכילה להוכיח את טענתה כי לקוחות הבנק בלוקסמבורג היו תושבי חוץ.

206. זאת ועוד, אף אם הייתה מוכחת התושבות הזרה של לקוחות הבנק, ספק אם היה בכך לסייע לאור הוראת סעיף 30(ג) לחוק המגדיר "תושב חוץ" כמי "[...] שנמצא מחוץ לישראל ואין לו עסקים או פעילות בישראל...]."

גם לפי תקנה 12א(ג) לתקנות מס ערך מוסף, לא יראו שירות כניתן לתושב חוץ כאשר נושא ההסכם הוא מתן השירות לתושב חוץ אחר "בעת שהותו בישראל" (לשון התקנה: "לענין סעיף 30(א)(5) לחוק לא יחול שיעור אפס על שירות שניתן לתושב חוץ כאשר נושא ההסכם הוא מתן שירות לתושב חוץ אחר בעת שהותו בישראל"). מטרת הוראות סעיף 30(ג) לחוק ותקנה 12א(ג) לתקנות היא ברורה: סעיף 30(א)(5) לחוק נועד לעודד ייצוא של שירותים, תוך שהוא מאפשר לעוסק הישראלי להתחרות באופן שווה בשוק הגלובלי. אם בגדר השירות שהעניק העוסק הישראלי לתושב חוץ ניתן שירות לתושב חוץ אחר, בעודו בישראל, אין "ייצוא" של השירותים והתכלית שעומדת בבסיס ההטבה אינה מתממשת.

207. כפועל יוצא, אין די בהוכחת התושבות הזרה של הלקוח אלא יש להוכיח, בנוסף לכך, כי השירות ניתן לו בעת ששהה מחוץ לישראל.

הראיות שהוגשו על ידי המערערת אינן מרימות את הנטל להוכיח כי אותם לקוחות, אף בהנחה שהיו תושבי חוץ, לא קיבלו את השירות בעת ששהו בישראל וכי אין להם עסקים בישראל.

יובהר כי אף בעניין לקוחות הבנק בז'נבה, עליהם הסכימו הצדדים כי הם תושבי חוץ (למעט שניים), המערערת לא הוכיחה כי הם קיבלו ממנה את השירות מחוץ לישראל.

טעם זה מצטרף לקושי בקבלת טענת המערערת כי היא זכאית בגין אותם לקוחות להטבת שיעור מס אפס.



208. טענות המערערת בדבר הפצה וגיוס של לקוחות פרטיים בחו"ל על ידי נציגיה, לא הוכחו ולא נתמכו באסמכתאות (סעיף 16 לתצהיר נפתלי, עמ' 50 ש' 8, עמ' 52 ש' 29-30, עמ' 53 ש' 12-17). המערערת לא הציגה את שמות המפיצים איתם עבדה בחו"ל ולא פרטה את שמות הלקוחות שהתקשרו עם הקבוצה בחו"ל באמצעות מפיצים אלו: "ש: חלק מהפעמים זה בכלל הגיע דרך חו"ל. חלק מהפעמים עודד החתים אנשים בלונדון... היה לנו בן אדם שפעל מחו"ל.. ש: ואז צוות שהגיע לארץ וגייס תושבי חוץ בארץ? היו גם כאלה מקרים? ת: כן. היו מקרים" (נפתלי עמ' 53 ש' 12-19). עודד צוקר לעומת זאת העיד כי הוא החתים אנשים בגרמניה ובשוויץ פעמים ספורות בלבד (עמ' 219 ש' 15-33, עמ' 220 ש' 1-3). המערערת לא הוכיחה כי אותם לקוחות לא קיבלו ממנה שירות בישראל לפני או אחרי החתימה על טפסי פתיחת החשבון.

209. מה גם, שהמערערת לא סיפקה נתונים בנוגע ליחס בין תושבי חוץ שגויסו על ידה מחוץ לישראל לבין תושבי החוץ שגויסו על ידה בישראל באופן המאפשר לכמת את סכום המס ביחס למיקום השירות. מאחר שהמערערת לא הניחה תשתית עובדתית מתאימה, לא ניתן לקבל את טענתה כי היא זכאית למע"מ בשיעור אפס בגין הלקוחות הפרטיים תושבי חוץ (למעט שניים) שפתחו חשבונות בנק בז'נבה.

לגבי לקוחות הבנק בלוקסמבורג, אף לא הונחה הדעת כי הם עונים לתנאי המקדמי לפיו הם בגדר תושבי חוץ (במובחן מאזרחי חוץ).

בעניין בי זד נאמר בהקשר זה (פס' 77-78): "המערערת טענה כי חלק משירותיה ניתנו בחו"ל אך טענה זו לא הוכחה כדבעי....אף לא הוכיחה כי התשלום שהיא מקבלת מהבנק מכוח ההסכם כוללת אף מרכיב של הפניית לקוחות זרים ובאיזה היקף המדובר מתוך כלל התשלום".

ובעניין טיביסי (פס' 48): "המערערת לא הוכיחה כי הלקוחות שאינם אזרחי ישראל קיבלו את השירות מחוץ לישראל....המערערת לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח כי היא נתנה את השירותים מחוץ לישראל ובמיוחד את היקפם של שירותים אלו".

210. מכלל האמור לעיל עולה כי המערערת לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי קיבלה את העמלות מהקבוצה בחו"ל בגין תושבי חוץ, בעת ששהו מחוץ לישראל, או בגין לקוחות בלתי מזוהים או מנותקי קשר שלא ניתן להם שירות. כך ביתר שאת, כאשר שורת ההיגיון תומכת בכך שיש צורך במערערת דווקא לגבי לקוחות תושבי ישראל.

התוצאה היא שהעמלות בגין לקוחות אלו חייבות בשיעור מע"מ מלא.

ח. הערה לפני חתימה

התוצאה אליה הגעתי מתחייבת לטעמי מיישום של הדין במתכונתו הקיימת המחייב הכרעה בינארית הצובעת את מלוא התגמול הניתן לעוסק הישראלי בהתאם לפרמטרים שהוצגו לעיל. משקבעתי כי במסגרת פעילותה השיווקית של המערערת בישראל ניתן שירות גם ללקוחות תושבי ישראל, ושירות זה לא היה זניח או טפל, אין מנוס מחיוב מלוא התמורה שקיבלה המערערת בשיעור מע"מ מלא.

עם זאת, אבקש להעיר כי התוצאה של חיוב מלוא התגמול במע"מ בשיעור מלא, גם כאשר השירות שניתן לתושבי ישראל אינו השירות העיקרי, אינה מניחה את הדעת. המציאות במתן שירותי שיווק בישראל עבור תושב חוץ היא מורכבת יותר. כך במיוחד בעת האחרונה שבה מתרחבת הפעילות העסקית הבינלאומית תוך שילוב של ישראלים בפעילות זו. נראה כי בתחומים אחרים ידע המחוקק לתת מענה למורכבות דומה באמצעות קביעת נוסחה המאפשרת הכרה בחלק הפטור ממס במצב בו מתקיימת פעילות מעורבת (ראו לדוגמא תקנה 18(ב) לתקנות מע"מ בעניין תשומות מעורבות).

נוכח המורכבות הבלתי אפשרית של הפרדת השירות, בין זה שניתן לתושב חוץ לבין זה שניתן לתושב ישראל, נדמה לי כי יש מקום לחשיבה על גיבוש נוסחה שתיתן מענה קל לתפעול ותמנע את התוצאה הבעייתית של הכול או לא כלום. נראה לי כי יישום פתרון מעין זה ישיג תוצאת מס ראויה יותר.

הפתרון בנושא זה מונח לפתחו של המחוקק ויש לקוות כי ייתן דעתו לסוגיה.

**ט. סוף דבר**

על סמך כל המפורט לעיל, הערעור נדחה.

פסיקת ההוצאות בהליך אמורה לשקף את המורכבות הדיונית והמשפטית שנלוותה לכתיבת פסק הדין. עם זאת, בשים לב להערתי בסעיף 8 לעיל, אעמיד את סכום ההוצאות בו תחויב המערערת על סך של 35,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ח חשוון תש"פ, 26 נובמבר 2019, בהעדר הצדדים.

**( - ) שופטת**