



אפיף ושות' אפיף



אפיף ושות', עורכי דין ונוטריון
AFIK & CO. ATTORNEYS AND NOTARY

גיליון 65, 22 דצמבר, 2010

הגיליון המקצועי הדו שבועי של [אפיף ושות', עורכי דין ונוטריון](#)
דניאל פריש 3 תל אביב, קומה 25, טלפון 03-609.3.609 פקס 03-609.5.609

תוכן עניינים

1. **ברכת שנה אזרחית טובה**
אנו מבקשים לנצל ההזדמנות ולאחר לכלל לקוחות המשרד ומנויי תפוצה זו שנה אזרחית טובה. גם השנה נשמח לעמוד לצידכם ולסייע לכם ככל שנוכל.
2. **מאמר בנושא: מי מאמין להבטחה שלטונית**
מאמר מאת עו"ד רינה לפידות, שותפה במשרד אפיף תורג'מן, העוסק ביכולתה של הרשות הציבורית להשתחרר מהבטחות.
3. **פרסום בעיתונות אודות הצטרפות עורכי הדין שלומי תורג'מן ודורון אפיף לנבחרת הבוררים של המשכן לבוררות וישוב סכסוכים**
בשבוע שעבר פורסם בעיתונות אודות הצטרפות עורכי הדין שלומי תורג'מן ודורון אפיף, מייסדי משרד אפיף תורג'מן, הצטרפו לנבחרת הבוררים והמגשרים של "המשכן לבוררות ופתרון סכסוכים", בראשותה של עוה"ד דליה רבין.
4. **עדכון חקיקה: תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה) תשס"ע-2010**
עדכון בנושא תקנות הגנת הצרכן החדשות אשר נועדו לשפר את מעמדו של הצרכן למול העוסקים בכל הנוגע למדיניות ביטול עסקאות רכישה והחזרת מוצרים.
5. **מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט – גיליון 103**
מצורף גיליון 103 של מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט, אשר פורסם היום ועוסק במספר סוגיות מיסים נבחרות.
6. **מגזין HERRICK, FEINSTEIN: Corporate Alert, December 2010**
מצורף גיליון דצמבר של המגזין Corporate Alert של משרד עורכי הדין האמריקאי Herrick, Feinstein LLP.
7. **עדכוני חקיקה ופסיקה מהתקופה האחרונה**
 - א. **סגירת חורף דורשת היתר בניה אך המדובר בהיתר לעבודות מצומצמות בלבד**
בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב קבע, כי אכן נדרש היתר בניה לצורך סגירת חורף במסעדות ובתי קפה, אולם המדובר בהיתר עבודות מצומצמות אשר לא דורש אחוזי בניה. בכך תיקן בית המשפט החלטה אשר פורסמה כאן לפני כחודשיים ואשר הכניסה לסחרור את הרשויות המקומיות ובעלי העסקים.
 - ב. **העברה במייל של תמונה אשר כבר פורסמה באינטרנט אינה מהווה לשון הרע**
בית משפט השלום בנתניה קבע, כי אין להטיל אחריות בגין לשון הרע על אדם אשר נחשף לתמונה הפוגעת בצנעת הפרט באינטרנט והעבירו לאחר באמצעות הדואר האלקטרוני.
 - ג. **במקרים מסוימים גם שנים רבות של עיכוב במימוש הפקעה לא יאפשרו ביטולה**
בית המשפט העליון סירב לבטל הפקעת מקרקעין גם לאחר 40 שנה בהן לא מומשה ההפקעה ואפשר לעירייה 10 שנים נוספות למימוש.
 - ד. **בית המשפט עשוי לעכב מימוש ערבות בנקאית עד תום הליכי משפט כאשר מימוש בעת זו יגרום לקריסת החברה**
בית המשפט העליון עיכב מימוש ערבות בנקאית אוטונומית עד תום הליכי המשפט לאור החשש מקריסת החברה ככל שימומשו הערבויות בעת זו.

רשימת התפוצה של משרד אפיק ושות' מופצת אחת לשבועיים לקהל של קרוב ל-1,500 איש וכוללת פרסומים מקצועיים לקהל הרחב בנושאים משפטיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. על מנת להצטרף לרשימת התפוצה יש לשלוח מייל לכתובת newsletter@afiklaw.com ובכותרת לכתוב "אנא צרפו אותי לרשימת התפוצה". ניתן להעביר מייל זה לכל אדם ובלבד שלא נעשה בו כל שינוי. אין האמור במייל זה מהווה ייעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות למשרדנו על מנת שהעובדות תיבחנה היטב בטרם תתקבל החלטה כלשהי.

1. ברכת שנה אזרחית טובה לכלל לקוחות המשרד ומנויי תפוצה זו

משרד אפיק ושות' מבקש לברך אתכם בברכת שנה אזרחית טובה ומוצלחת. שנת בריאות, הצלחה ושגשוג בכל תחום.
נשמח לעמוד לרשותכם גם בשנת 2011.

2. מאמר בנושא: מי מאמין להבטחה שלטונית

מצ"ב מאמר אשר פורסם ביום 20 דצמבר, 2010, במגזין "מכרזים" ועוסק ביכולתה של הרשות המינהלית להשתחרר מהתחייבויות שלטוניות – סוגייה מהותית ביותר לכל אדם המתקשר בהסכמים (בייחוד הסכמים ארוכי טווח) עם מי מרשויות המדינה, לרבות רשויות מקומיות.
המאמר פורסם במגזין "מכרזים" ובאתר האינטרנט של יפעת מכרזים, בו ניתן לראות גם מאמרים אחרים של משרדנו:

<http://www.iprojects.co.il/Tenders/new/expert.asp?Expertid=12>

את המאמר כתבה עו"ד רנה לפידות, שותפה במשרד העומדת בראש המחלקה המנהלית במשרדנו ובעלת ניסיון של למעלה מ-20 שנה בתחום הציבורי, לרבות דיני רשויות מקומיות ומכרזים.

3. פרסום בעיתונות אודות הצטרפות עורכי הדין שלומי תורג'מן ודורון אפיק לנבחרת הבוררים של המשכן לבוררות וישוב סכסוכים

עורכי הדין שלומי תורג'מן ודורון אפיק, מייסדי משרד אפיק תורג'מן, מצטרפים לנבחרת הבוררים והמגשרים של "המשכן לבוררות ופתרון סכסוכים", בראשותה של עו"ד דליה רבין. נבחרת הבוררים כוללת את נשיא בית המשפט המחוזי תל אביב בדימוס, אורי גורן, בעז אוקון, יהודית צור, ורדי זיילר, מנחם בן דוד, ניסים ממון, גבריאלה (דה ליאו) לוי, יונתן עדיאל, מנחם נאמן, ד"ר בלהה כהנא, אביטל בית נר, שלי טימן ורבים נוספים.

עוה"ד שלומי תורג'מן מומחה במשפט אזרחי, הסכמים מסחריים, ניירות ערך, הגבלים עסקיים וחברות, בדגש על סכסוכים בין בעלי מניות וגיטור בסכסוכים אלה. עו"ד תורג'מן גם מרצה במכללת שערי משפט בקורס ייחודי העוסק בנושא סכסוכים בין בעלי מניות ובקורס בתחום ההגבלים העסקיים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ובאוניברסיטת בר אילן.

תחומי התמחותו המרכזיים של עו"ד דורון אפיק הינם חברות, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, הסכמים מסחריים ומימון. עו"ד אפיק אף מעביר קורס אקדמי במיזוגים ורכישות במסגרת התואר למשפטים. עו"ד אפיק מוסמך גם לעריכת דין בניו יורק והינו בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות).
כתבה בנושא התפרסמה בעיתון ידיעות אחרונות ומצורפת בזאת.

4. עדכון חקיקה: תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה) תשס"ע-2010

כשלושה חודשים חלפו מאז אישרה ועדת הכלכלה של הכנסת את תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה) תשס"ע-2010. התקנות החדשות, אשר נכנסו לתוקפן ביום 14 דצמבר, 2010, נושאות על דגלן את סמל

החקיקה הצרכנית המהפכנית ביותר, שכן אלה נועדו להסדיר את קשת המקרים בהם זכאי צרכן לבטל עסקה עם עוסק ובכך להשיב את המצב לקדמותו. מעבר לאי התאמה או פגם במוצר, לעיתים צרכנים נקשרים בעסקאות בלתי נוחות אובייקטיבית. כך למשל, בשל חוסר שוויוניות אינהרנטית ליחסי צרכן-עוסק, צרכנים רבים נותרים עם מוצר או שירות שאינם זקוקים לו, תוך כבילתם לעסקה ארוכת טווח ממנה לא ניתן להשתחרר. טרם התקנת התקנות אפשרו עוסקים ביטול עסקה, תוך הענקת זיכוי, ברם אין בזיכוי משום זכות ביטול ממשית, שכן הצרכן מחויב לחזור לאותו עוסק במגבלת זמן מסוימת ורכישת נכס במחיר זהה, אחרת יאבד חלק מהזיכוי או יאלץ להגדיל את סכום הרכישה. התקנות החדשות יחולו על מגוון מוצרים שהוחזרו באריזתם המקורית, להוציא מוצרי מכר מרחוק, כאשר נקבע כי ניתן להחזיר את מרבית המוצרים עד 14 יום מיום הקנייה וזאת למעט ביגוד והנעלה. לעניין החזר מתנה, בין אם נרכשה במזומן ובין אם נרכשה באמצעות כרטיס אשראי, נראה כי מקבל המתנה נכנס בנעלי הרוכש ובאפשרותו לדרוש את החזרת הסכום במזומן. חשוב להדגיש, כי הסנקציה היחידה נגד בעלי עסקים אשר לא יישמו את התקנות הינה סנקציה אזרחית בלבד.

5. מידעון אשכול המיסים של BDO – גליון 103

ביום 19 דצמבר, 2010, התפרסם גליון 103 של מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט. מידעון זה, המצורף במלואו לתפוצה זו, עוסק בסוגיות הבאות: סיווג "דיבידנד" לצורכי מס ממניות בכורה וחישוב ר"ל בגין רווחי אקוויטי, החל מיום 1.1.2011 לא ניתן יהיה להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים, הלוואה מההורים לרכישת דירה, לא תיחשב כמתנה לעניין הפטור ממס שבח והודעה על כך ששיעור מס ערך מוסף ייוותר 16% בשנות המס 2011 ו 2012.

BDO זיו האפט, עימה משרדנו מצוי בקשרי שיתוף פעולה הדוקים, הינה פירמת רואי חשבון המהווה חלק מהרשת הבינלאומית BDO הפרושה בלמעלה מ-110 מדינות ומדורגת בין חמש הפירמות הגדולות בישראל.

להלן קישור לכלל החוזרים המקצועיים של אשכול המיסים של BDO זיו האפט:

<http://www.bdo.co.il/?CategoryID=171>

6. מגזין HERRICK, FEINSTEIN: Corporate Alert, December 2010

ביום 20 דצמבר, 2010, התפרסם גליון דצמבר של המגזין Corporate Alert של משרד עורכי הדין האמריקאי Herrick, Feinstein LLP - משרד אשר הוקם בשנת 1928 והינו מהמובילים בארצות הברית עם 3 משרדים (וכ 175 עורכי דין), עימו אנו מצויים בקשרי שיתוף פעולה.

להלן בתמצית חלק מהסוגיות המפורטות במגזין של חודש דצמבר, המצורף במקור.

א. בית המשפט קבע כי הסכם מיזוג מחייב בעלי מניות אשר לא חתמו עליו

בית המשפט בדלוור בחן לאחרונה את השאלה האם הוראות מסוימות אשר נקבעו במסגרת הסכם המיזוג, דוגמת שיפוי, מחייבות גם בעלי מניות מיעוט אשר לא חתמו על הסכם המיזוג ואף לא אישרו את המיזוג עצמו. באותו מקרה נקבע כי בעלי מניות המיעוט מחויבים בהסכם.

ב. בית המשפט קבע כי מנהלים לא ישופו בגין כספים שהיו צריכים להחזירים על פי סעיף 304 לחוק

Sarbanes-Oxley משנת 2002

בית המשפט לערעורים של Second Circuit קבע, כי חברה ציבורית אינה רשאית לשפות את מנהל הכספים או מנכ"ל החברה בגין רווחים שנצמחו שלא כדין ואשר היה עליהם להחזיר לחברה לפי סעיף 304 לחוק Sarbanes-Oxley משנת 2002.

ג. בית המשפט אפשר חשיפת זהות שותפים מוגבלים בשותפות

בית המשפט העליון של דלוור הורה לשותפות מוגבלת לספק רשימת שותפים מוגבלים לאחד מהשותפים מוגבלים בהתאם להסכם השותפות ודחה טענת הגנה על פרטיות.

ד. בית המשפט קבע כללים לאכיפות מכתב כוונות (Letter of Intent)

בית המשפט בדלוור סיפק לאחרונה הנחיות לקביעה אימתי מכתב כוונות יהפוך להסכם בר אכיפה, לרבות תוך בחינת כוונת הצדדים ותוכן המסמך.

את המגזין המלא ניתן למצוא גם בקישור הבא:

<http://www.herrick.com/sitecontent.cfm?pageID=29&itemID=13067&redirect=1#q3>

א. סגירת חורף דורשת היתר בניה אך המדובר בהיתר לעבודות מצומצמות בלבד

[עת"מ 1304-09 מסעדות ורעיונות נ' הועדה המקומית לתו"ב הרצליה, בית המשפט המחוזי בתל אביב בשבתו כבית המשפט לעיניינים מנהליים, 21.12.2010, כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון - גונן]

בהחלטה אשר ניתנה השבוע על ידי כב' השופטת דר' מיכל אגמון גונן הסדיר בית המשפט את הבעיה אשר נוצרה בעקבות פסיקה קודמת של בית המשפט מלפני חודשיים (עניין עת"מ 1712-08 פרידה נמיר ואח' נ' ראש עיריית תל אביב ואח' עליו עמדנו בגליון 62 מיום 11 נובמבר, 2010).

באותו מקרה קבעה כב' השופטת ברוש, כי לצורך סגירת חורף נדרש היתר בניה. כעת הבהיר כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון גונן את המצב המשפטי ואפשרה שוב הוצאת היתרים על ידי הרשויות. במקרה דנן, מסעדה בקניון הגישה בקשה לאישור בניית סוכך חורף אשר יגן על הסועדים היושבים מחוץ ובצמוד למסעדה. הועדה המקומית והועדה המחוזית סירבו לאשר בעיקר מכיוון שאין אפשרות לאשר את בניית הסוכך מפני שמדובר באזור ציבורי אשר בניה מסוג זה תבטל את המעבר החופשי של הציבור ומכיוון שמכח חוק התכנון והבניה תשכ"ה - 1965 לשם בניית סוכך כאמור לעיל יש לקבל היתר בניה המחייב אחוזי בניה מכח תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתוכניות והיתרים), תשנ"ב - 1992.

בית המשפט קבע, כי המחוקק התקין את תקנה תכנון והבניה (היתר לעבודה מצומצמת) תשס"ג - 2003 בדיוק למקרים שבהם יש צורך להקים מבנים זמניים כגון סוכך עונתי. מכח התקנה יכולה העותרת לבקש בהליך מזורז מהועדה לתכנון ובניה היתר מצומצם לבניית הסוכך ואין זה רלוונטי אם נשארו אחוזי בניה עיקריים בכנס האמור. בית המשפט קבע כי פרשנו אחרת תשאיר בתי קפה ומסעדות ללא אפשרות חוקית להקים סוככים, דבר אשר אינו רצוי מבחינה ציבורית, כלכלית וחברתית וגם פוגעת בעסקים באופן שאינו מידתי לאור העובדה שעד לאחרונה הורשו עסקים לבנות סגירות חורף מכח חוק עזק עירוני וביססו על כך את עסקם.

נציין, כי לשם קבלת היתר מכח התקנות לתכנון והבניה (היתר לעבודה מצומצמת) תשס"ג - 2003 על העסקים לפנות לוועדה לתכנון ובניה ולמלא את המסמכים הנדרשים בהתאם למצויין בתקנות לתכנון והבניה (היתר לעבודה מצומצמת) תשס"ג - 2003, פרוצדורה אשר הינה יחסית קלה ומהירה בהרבה מהפרוצדורה הרגילה, ביחוד כאשר מלווה בליווי משפטי ושל אנשי מקצוע בתחום.

ב. העברה במייל של תמונה שפורסמה באינטרנט אינה מהווה לשון הרע

[ת.א 7920/07 פלונית נ' אסטרון, ת.א. 2341/08 פלונית נ' אסטרון, ת.א. 4392/08 פלונית נ' רבין ואח', ת.א. 5549/08 פלונית נ' גרסריו 29.11.10, בית משפט השלום בנתניה, כב' השופטת סמדר קולדנר-אברמוביץ']

בית המשפט דן לאחרונה בשאלה האם העברת תמונה, אשר פורסמה ברשת האינטרנט בעבר, בה תועדה אישה כשפלג גופה העליון חשוף, בדואר האלקטרוני לידי נמענים נוספים, עולה בכדי פרסום אסור לפי חוק איסור לשון הרע ופגיעה בפרטיות.

בית המשפט דחה את התביעה וקבע, כי כאשר מדובר בחומר המצוי באתרי שיתוף קבצים המאפשרים הורדתם בחינם והעברתם לאחרים, אין הדבר עולה כדי לשון הרע ופגיעה בפרטיות, שכן החומר ממילא פומבי. בית המשפט ציין, כי אמנם תוכנו של הפרסום מהווה לשון הרע וכי שליחת דואר אלקטרוני לכשעצמה נכנסת להגדרת "פרסום", אך במקרה דנן מדובר בפרסום משני, שכן אין זה הפרסום הראשוני כי אם פרסום עקיף המתבצע על ידי צד ג' אשר לא הוא היוזם המקורי שלו.

בית המשפט קבע, כי לא ראוי להטיל אחריות על האדם המצוי, העושה שימוש ברשת האינטרנט ונחשף באקראי לפרסום כאמור, שכן הטלת אחריות כגון דא, עלולה ליצור הרתעת יתר באופן

ג. במקרים מסוימים גם שנים רבות של עיכוב במימוש הפקעה לא יאפשרו ביטולה
[עעמ 10087/08 הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' יוסף סרי, 14.12.2010, בית המשפט העליון, כב' השופטים אסתר חיות, יורם דנציגר ויצחק עמית]

בית המשפט העליון אפשר לעירייה תקופת זמן של 10 שנים לממש הפקעת קרקע, אשר הפקעתה לא בוצע במשך למעלה מארבעים שנה, תוך נימוק הדבר בכך שהצורך הציבורי (המצב הנוכחי לפיו קיימת בכביש עקומה חדה היוצרת סיכון תעבורתי מתמשך לנוסעים בדרך) עדיין קיים ולאור העובדה שבמשך שנים רבות מתנהל הליך משפטי בו המערער פעל לעיכוב ההפקעה.

ד. בית המשפט עשוי לעכב מימוש ערבות בנקאית עד תום הליכי משפט כאשר מימוש בעת זו יגרום לקריסת החברה
[רע"א 1221/10 א.ארנסון בע"מ נ' מע"צ- חברה לאומית לדרכים בישראל ואח', 12.12.2010, בית המשפט העליון, כב' השופט אשר גרוניס]

הצדדים התקשרו בחוזה במסגרתו נמסרו ערבויות בנקאיות אוטונומיות בסכום כולל של 13 מליון ש"ח. עקב מחלוקת נדרש חילוט של הערבויות ומן הצד השני בקשה לעכב את החילוט עד לתום ההליכים. בית המשפט העליון חזר על ההלכה לפיה ערבויות אוטונומיות ניתנות למימוש ללא תלות בעסקת היסוד ולכן עיכוב המימוש יעשה רק בשני חריגים עיקריים: חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט העליון לא ראה במקרה זה התקיימות איזה מהחריגים. עם זאת, מכיוון שמצבה הכלכלי של מוסרת הערבות הינו כזה אשר אינו מאפשר את מימוש הערבויות מבלי לסכן באופן ממשי את המשך פעילות החברה, בית המשפט העליון נעתר לבקשה לעיכוב מימוש הערבות בלי קבוע קביעה עקרונית באשר לחריגים לעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית. בית המשפט העליון קבע כי שינוי במצב החברה עשוי לאפשר מימוש עוד בטרם סיום ההליך.

מי מאמין להבטחה שלטונית

אף אם ניתנה לכם הבטחה כלשהי מגוף שלטוני, המילה האחרונה טרם נאמרה ובנסיבות מסוימות עלולה הרשות לחזור בה מההסכמות אף אם אלו עוגנו בחוזה חתום, מצב המעורר תסכול ואי אמון. אם כך, מה כוחה של הבטחה שלטונית ומהי יכולת ההסתמכות על הבטחות אלו?

לאחרונה התקבלה החלטה של בית משפט העליון בעניין חברת החשמל נ' מועצה אזורית גולן. שם נדונה השאלה, האם רשאית הרשות המקומית להשתחרר מחוזה בו הסכימה הרשות לחיוב מופחת של ארנונה בנימוק, כי חל שינוי בצו הארנונה בכל הקשור לסיווג הנכסים ובוצעו שינויים בהוראות חוק הארנונה הכללית לשנת 2002, לפיו נקבע כי השיעור המינימאלי הנו גבוה באופן משמעותי מהשיעור בחוזה. בפסק הדין היו דעות השופטים חלוקות ביחס לזכות ההשתחררות של הרשות המקומית מחוזה כאשר דעת המיעוט סברה כי יש לכבד התחייבות חוזית וכי מאחר ומדובר בסכום יחסית נמוך המהווה את הפער בין החיוב המינימאלי לחיוב העדכני, אין בכך משום הצדקה להיאחז בנימוק של פגיעה באינטרס הציבור. עמדת הרוב קבעה, כי הרשות רשאית להשתחרר מהבטחתה במיקרים בהם אינטרס הציבורי גובר וכן במיקרים בהם הבטחה השלטונית מנוגדת לחוק או חורגת מסמכות.

מהאמור לעיל אנו למדים, כי זכותה של הרשות המקומית להשתחרר מהבטחות שלטוניות על אף שעוגנו בחוזים, כאשר נמצא כי נפלו פגמים מהותיים בהתנהלות הרשות הנוגדים את החוק והפוגעים בכלל הציבור, כאשר נראה כי דעת הרוב הינה כי גובה סכום החיוב אינו מהותי. אשר על כן, בבואנו לחתום על חוזה שעולה ממנו נימה של הבטחה שלטונית המיטיבה עם האזרח, יש לבחון תחילה אם ההבטחה ניתנה על ידי בעל סמכות לתיתה, האם יש בה תוקף משפטי, האם יש ביכולתה של הרשות למלא אחר הבטחתה וכן אם קיים צידוק חוקי להבטחה.

להבדיל מהתקשרות מול גוף פרטית, ברשות ציבורית (לרבות חברות עירוניות) אין די בפרוטוקול זכויות חתימה או בהחלטת דירקטוריון או אסיפה כלשהי, אלא נדרש כי החלטות אלה תהיינה במסגרת סמכויות הרשות על פי חוק – סמכויות אשר 20 שנות הנסיון שלי בתחום לימדו אותי כי הן סבוכות ושונות מגוף לגוף. יתרה מכך, אף אם בוצעו המהלכים הנכונים לאישור ההתקשרות והחתימה על החוזה בצד הרשות, נדרשת בחינה של יכולתה הציבורית של הרשות להתקשר בחוזה בהיבט הציבורי וגם לכך חשוב להיוועץ בעורך דין בעל מומחיות רבת שנים בתחום המינהלי. לבסוף, פסקי הדין אשר ניתנו בנושא במהלך השנים מלמדים אותנו, כי גם אם הודיעה הרשות על ביטול הבטחה מנהלית, במקרים מסוימים ניתן לתקוף החלטה זו, ובלבד שנעשים הצעדים הנכונים ובמועד.

***מאת: עו"ד רנה לפידות**

* **הכותבת הינה שותפה במשרד עורכי הדין אפיק תורג'מן**, בעלת מעל 20 שנות ניסיון בתחום (ואשר שימשה עד לפני כשלוש שנים מנכ"ל מועצה האזורית), מומחית בין היתר בתחום המשפט המנהלי, רשויות המקומיות (בין באשר מדובר בייעוץ לרשויות ובין בייעוץ כנגד רשויות) ובתחום המכרזים. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המומחה בתחום בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

* ניתן להפנות שאלות בתחום באמצעות פניה לטל' 03-5635061. השרות ניתן ללא תשלום ללקוחות יפעת מכרזים בלבד.

גליון מס' 4171
20/12/2010

מה בגליון?

מידע בלעדי

מכרזים

עורכת: אילת אלוני-כהן 03-5635069

מחלקת שירות לקוחות: סימה אסביה 03-5635073

מחלקת מכירות: 03-5635000

מען: דרך פתח תקוה 98-96 תל אביב 67138

פקס: 03-5635075

מובהר בזאת כי המערכת אינה אחראית, במישרין או בעקיפין, לתוכן הפרסום ו/או לאמיתות מצגיו, לרבות כל מצג שיש בו להעיד על תכונות המפרסם או המוצר או השרות המוצע, והאחריות הבלעדית אפוא לתוכן הפרסום ולכל עניין המשתמע ממנו היא על המפרסמים בלבד.



מסי	25309270-8	15.12.2010	ידיעות אחרונות - ממון	עמוד	10	53	4.84x4.36
-----	------------	------------	-----------------------	------	----	----	-----------

מחוץ לפרוטוקול

הבוררים: עורכי הדין 
דורון אפיק ושלומי תורג'מן
ממשרד אפיק תורג'מן מצטרפים
לקבוצת הבוררים של המשכן
לבוררות ופתרון סכסוכים, בראשות
הנשיאה עו"ד דליה רבין.

ליטל דוברוביץקי



19 בדצמבר 2010

מידעון אשכול המסים - גיליון מס' 103

קוראים נכבדים,

במידעון 103 כלולה התייחסות לנושאים המפורטים להלן:

חוזר 1- סיווג "דיבידנד" לצורכי מס ממניות בכורה וחישוב רר"ל בגין רווחי אקוויטי

בע"מ 9607/07 בעניין ד"ר עלי ברנע סווג דיבידנד ששולם לעובדים בגין מניות בכורה כהכנסת עבודה. במסגרת פסק הדין ציין ביהמ"ש, כי לצורך דיני המס חייבים להיות לחברה רווחים בפועל כדי שהחלוקה תסווג כ"דיבידנד" ולא רק רווחים חשבונאיים.

בנוסף התייחס בית המשפט לסוגיית אופן חישוב הרווחים הראויים לחלוקה וקבע כי, בשונה מהחלופה החשבונאית, בחלופה המיטוית אין להביא בחשבון את רווחי האקוויטי שנצברו ולא חולקו לחברה הנמכרת.

חוזר 2- החל מיום 1.1.2011 לא ניתן יהיה להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים

החל מיום 1.1.2011 לא ניתן יהיה להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים. לפיכך, מעסיקים יוכלו להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים עד ליום 31.12.2010 ובלבד שהפקדת הכספים תבוצע בידי מעסיק שהיה עמית-מעביד בקופה בחודש דצמבר 2007. יש לציין, כי תותר ההפקדה רק בגין עובדים, אשר הופקדו עבורם כספים בקופה בעבור חודש דצמבר 2007.

חוזר 3- הלוואה מההורים לרכישת דירה, לא תיחשב כמתנה לעניין הפטור ממס שבח

בו"ע 16810-04-10 בעניין נדב מועלם נפסק, כי ביחסים בין המשפחה המבוססים על אמון אין מקום לצפות לאותה רמת פירוט כמו ביחסים עסקיים בעת מתן הלוואה. קרי, אי עריכת חוזה הלוואה עם ההורים ואי קביעת זמן לפירעון יתרת הלוואה אינם פוסלים את המסקנה כי המדובר בהלוואה אמיתית, להבדיל ממתנה, שנתן האב לבנו למימון רכישת דירה.

הודעה- שיעור מס ערך מוסף ייוותר 16% בשנות המס 2011 ו-2012

ביום 14.12.2010 פורסם צו מס ערך מוסף (שיעור המס על עסקה ועל יבוא טובין) (הוראת שעה), התשע"א-2010, ובו נקבע, כי בתקופה מיום 1.1.2011 עד ליום 31.12.2012 ייוותר שיעור מס ערך מוסף 16%.

סוגיות המס הנזכרות במידעון מובאות באופן כללי ותמציתי, ונועדו להפניית תשומת לב בלבד. אין לראות במידעון משום תחליף לחוות דעת ואין להסתמך על תוכנו ללא קבלת ייעוץ ספציפי.



חוזר 1- סיווג "דיבידנד" לצורכי מס ממניות בכורה וחישוב ר"ל בגין רווחי אקוויטי

בע"מ 9067/07 בעניין ד"ר עלי ברנע התגלעה מחלוקת בנוגע לסיווג תשלומים ששולמו על ידי חברת בייטמן הנדסה בע"מ (להלן- החברה) לד"ר ברנע, שהועסק על ידה והיה מנכ"ל החברה. בשנת 1991 החל ד"ר ברנע עבודתו כמנכ"ל בחברה. אולם, מכיוון שלחברה היה גרעון בהון העצמי, התנה ד"ר ברנע הסכמתו לנהל את החברה בהקצאת מניות בכורה לו ולבכירים נוספים בחברה אותם גייס לעבודה, וזאת על מנת שיניבו להם "דיבידנד בכורה" מרווחי החברה ומרווחי שתי חברות אחיות ישראליות.

בפועל, חושב "דיבידנד הבכורה" לא לפי הנוסחה שנקבעה בהסכם, כלומר לא רק מרווחי החברה (שהייתה בחלק מהשנים בהפסדים) ומרווחי שתי החברות האחיות, אלא נכללו בו גם רווחי חברות אחיות נוספות בחו"ל, וזאת בגין פרויקטים שהעובדים הבכירים השתתפו בניהולם. בהסכם נקבע, כי עם הפסקת העבודה יש למכור את המניות לחברה.

ד"ר ברנע דווח על התשלומים כדיבידנדים מכוח היותו בעל מניות בכורה בחברה ששולם בגינם מס מוגבל בשיעור של 25%. פקיד השומה טען, כי מדובר בסכומים ששולמו למערער מכוח היותו עובד, לפיכך יש לראותם כהכנסת עבודה.

ביהמ"ש קבע, כי את העסקה יש למסות על פי תוכנה הכלכלי ועל פי מהותה האמיתית. אין בעובדה שחברה כינתה חלוקת רווחים בשם "דיבידנד" והקפידה על הפרוצדורה הקבועה בדיני חברות, כדי לקבוע את מהות התשלום. לפיכך, כאשר חלוקת הרווחים הינה בגין שכר או הטבה במסגרת יחסי עובד-מעביד, אזי אין התשלום בגדר דיבידנד.

כמו כן, קבע ביהמ"ש, כי לצורכי מס רק "רווחי חברה בפועל", להבדיל מרווחים שהם תוצאה של כללים חשבונאיים, ניתנים לחלוקה כ"דיבידנד" המזכה את המקבל בשיעור מס מוגבל, מתוך הנחה שדיבידנד זה חולק מתוך רווח שכבר התחייב במס חברות.

ביהמ"ש הגיע למסקנה, כי התשלומים ניתנו כפועל יוצא מהשקעת עבודה ומרווחים שנוצרו אצל כלל החברות בהן בוצעה העבודה ונהלו הפרויקטים (לרבות חברות זרות), מבלי שהרווחים של אותן חברות נכללו בדוחות החברה, ומבלי שהמערער החזיק במניות אותן חברות. לפיכך, מאחר וישנו קשר בין התשלומים לתרומה של המערער בהצלחת פרויקטים ולרווחיהן של אותן חברות, ומאחר ולא נקבע במקביל מנגנון לחלוקת רווחים לבעלי המניות הרגילות, הרי לא ניתן לראות בתשלומים כדיבידנד לצורכי מס.

מחלוקת נוספת שעלתה במסגרת פסק הדין נגעה לחישוב הרווחים הראויים לחלוקה החייבים במס מופחת של 10%. בשנת 2002 פוטר ד"ר ברנע ובעקבות זאת מכר את מניותיו. הרווחים הראויים לחלוקה שהובאו בחשבון בעת הדיווח על רווח ההון בידי ד"ר ברנע כללו רווחי אקוויטי שרשמה החברה הנמכרת בגין החזקת חברה בת. פקיד השומה לא הכיר בחישוב שנעשה. לגישתו, בחלופה המיסויית אין לכלול רווחי אקוויטי בחישוב הרווחים הראויים לחלוקה.

בסוגיה זו נפסק, כי בשונה מהחלופה החשבונאית, בחלופה המיסויית לא נלקחים רווחי האקוויטי בחשבון. ביהמ"ש הדגיש, כי מאחר ולא נעשתה חלוקת רווחים בפועל, אלא רווחי חברת הבת נרשמו חשבונאית בלבד (רווחי אקוויטי), אין הם מהווים הכנסה בידי החברה הנמכרת. בהתאם לפסק הדין, רק רווחי אקוויטי שחולקו בפועל כדיבידנד יחשבו כהכנסה לצורכי מס לעניין חישוב הרווחים הראויים לחלוקה, הגם שהם לא מחויבים במס ברמת החברה המקבלת.

סוגיות המס הנזכרות במידעון מובאות באופן כללי ותמציתי, ונועדו להפניית תשומת לב בלבד. אין לראות במידעון משום תחליף לחוות דעת ואין להסתמך על תוכנו ללא קבלת ייעוץ ספציפי.



חוזר 2- החל מיום 1.1.2011 לא ניתן יהיה להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים

כזכור, בשנת 2008 נכנס לתוקפו תיקון 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005. במסגרת התיקון נקבע, כי לא ניתן יהיה להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים החל מיום 1 בינואר 2011. לפיכך, מעסיקים יוכלו להפקיד כספים בקופות גמל מרכזיות לפיצויים עד ליום 31 בדצמבר 2010, ובלבד שהפקדת הכספים תבוצע בידי מעסיק שהיה עמית-מעביד בקופה בחודש דצמבר 2007. כמו כן, תותר ההפקדה רק בגין עובדים, אשר הופקדו עבורם כספים בקופה בעבור חודש דצמבר 2007. לפיכך ועל מנת להקדים הכרה בהוצאות הפיצויים, מומלץ לשקול ביצוע הפקדות כדלקמן עד ליום 31 בדצמבר 2010, בכפוף לתנאים המפורטים לעיל:

1. הפקדת התשלומים הסדירים בגין העובדים: תשלומים אלו יותרו בניכוי מההכנסה בשנת המס שבה שולמו במזומן לקופת-הגמל. תשלום ששילם מעביד לקופת-גמל בגין משכורת החודש האחרון של שנת-המס, עד ליום 30.1.2011, ניתן לנכותו בשנת המס 2010.
2. הפקדת תשלומי השלמה בגין העובדים: מדובר בתשלומים הנעשים על ידי מעביד, על מנת לכסות את הפער בין הסכומים שנצטברו בקופה (לרבות ריבית, הפרשי-הצמדה ורווחים אחרים) לבין ההתחייבות הכוללת לפיצויים על פי המשכורת האחרונה. תשלומים אלה מתחלקים לשני סוגים:
 - 2.1. תשלומים קבועים מדי שנה, לכיסוי הפער שנוצר כתוצאה מעליית השכר באותה שנה- תשלומים קבועים שמתייחסים לשנת 2010 ששולמו עד ליום 31.12.2010 ניתן לנכותם בשנת המס 2010, ללא צורך באישור מיוחד מרשות המיסים.
 - 2.2. תשלומי השלמה שאינם קבועים מדי שנה בשנה, אלא נעשים אחת לכמה שנים- רשות המיסים קבעה כי תשלומים שאינם קבועים לקופות גמל לפיצויים יותרו בניכוי במשך 3 שנים או על פי שיעור של 20% מסכום הצבירה בקופה, לפי הגבוה מבין השניים, וזאת בכפוף לפנייה מראש לרשות המיסים לקבלת אישור על כך.
3. הפקדת תשלומי פיגורים בגין העובדים: תשלומים הנעשים על ידי מעביד המצטרף לקופת גמל על מנת לכסות את ההתחייבות המצטברת לפיצויים עד למועד הצטרפותו. יצוין, כי תשלומים המכסים את הגירעון משנים קודמות שנוצרו כתוצאה מפיגור בהעברת התשלומים השוטפים, במלואם או בחלקם, מהווים גם הם תשלומי פיגורים. רשות המיסים קבעה, כי תשלומי פיגורים לקופות גמל לפיצויים יותרו בניכוי במשך 3 שנים או על פי שיעור של 20% מסכום הצבירה בקופה, לפי הגבוה מבין השניים. גם בחלופה זו, נדרשת פנייה מראש לרשות המיסים לקבלת אישור על כך.

סוגיות המס הנזכרות במידעון מובאות באופן כללי ותמציתי, ונועדו להפניית תשומת לב בלבד. אין לראות במידעון משום תחליף לחוות דעת ואין להסתמך על תוכנו ללא קבלת ייעוץ ספציפי.



חוזר 3- הלוואה מההורים לרכישת דירה, לא תיחשב כמתנה לעניין הפטור ממס שבח

סעיף 49ו(א)(1) לחוק מיסוי מקרקעין קובע, כי הפטור ממס שבח לא יחול במכירת דירת מגורים שהתקבלה במתנה מההורים ושלא שימשה דרך קבע למגוריו של המוכר, אלא לאחר "תקופת צינון" בת שלוש שנים מיום שהמוכר נעשה בעליה. אם דירת המגורים שהתקבלה במתנה שימשה דרך קבע למגוריו של המוכר תקוצר תקופת הצינון לשנתיים, ואם הוא נשוי או הורה-יחיד - לשנה אחת בלבד.

בו"ע 16810-04-10 בעניין **נדב מועלם** נדונה מכירה של דירת מגורים שנרכשה בפברואר 2009. מימון רכישת הדירה נעשה הן על ידי הון עצמי של המוכר והן על ידי הלוואה שקיבל מאביו. המוכר לא המציא מסמך כלשהו המעיד על קבלת ההלוואה ותנאי החזקתה ולא ערך חוזה הלוואה עם אביו.

ביוני 2009 מכר את הדירה וביקש פטור ממס שבח בהתאם להוראות סעיף 49ב לחוק מיסוי מקרקעין. כעבור שלושה חודשים מהמכירה החזיר המוכר לאביו חלק מההלוואה כפירעון חלקי.

מנהל מיסוי מקרקעין טען, כי מימון רכישת הדירה על ידי האב מקורו במתנה שהעניק האב למוכר, לפיכך הדירה תיחשב כדירה שהתקבלה במתנה שמחייבת תקופת צינון לפי סעיף 49 לחוק.

ועדת הערר פסקה, בתמציתיות, כי מנהל מיסוי מקרקעין לא ביסס את טענתו כי המדובר במתנה. כמו כן, הוסיפה ועדת הערר וקבעה, כי ביחסים בין המשפחה המבוססים על אמון אין מקום לצפות לאותה רמת פירוט כמו ביחסים עסקיים בעת מתן הלוואה. כלומר, אי עריכת חוזה הלוואה עם האב ואי קביעת זמן לפירעון יתרת הלוואה אינם פוסלים את המסקנה כי המדובר בהלוואה אמיתית ולא במתנה.

סוגיות המס הנזכרות במידעון מובאות באופן כללי ותמציתי, ונועדו להפניית תשומת לב בלבד. אין לראות במידעון משום תחליף לחוות דעת ואין להסתמך על תוכנו ללא קבלת ייעוץ ספציפי.



CORPORATE ALERT

DECEMBER 2010

THE HERRICK ADVANTAGE

Whether you are trying to get a hedge fund off the ground or have an established fund, Herrick can help you reach your full potential. On January 11, 2011, Herrick will host a panel discussion on current trends and perspectives on capital raising for startup and emerging hedge fund managers, including current views of investors on best practices for structuring, compliance and marketing techniques to help maximize capital raising during this critical period of their life cycle. For more information on this event, click [here](#). For more information on our Hedge Funds Practice, click [here](#).

HERRICK

New York Office

2 Park Avenue
New York, New York 10016
Phone: (212) 592-1400
Fax: (212) 592-1500

Princeton Office

210 Carnegie Center
Princeton, New Jersey 08540
Phone: (609) 452-3800
Fax: (609) 520-9095

Newark Office

One Gateway Center
Newark, New Jersey 07102
Phone: (973) 274-2000
Fax: (973) 274-2500

Attorney Advertising

www.herrick.com

Delaware Supreme Courts Reverses Chancery Court Ruling on Bylaw Accelerating Annual Meeting of Stockholders

The Delaware Supreme Court has reversed the Delaware Chancery Court's ruling that upheld the validity of an amendment to a dissident stockholder-proposed bylaw, which would have resulted in a target company holding its annual meeting in January rather than August (the month in which the target company's annual meeting has historically been held). The bylaw amendment, which was proposed in a takeover battle, was designed to enable the dissident stockholder to add directors (in addition to those elected at the August 2010 annual meeting) to the target company's staggered board of directors in a relatively short period of time.

The Delaware Chancery Court found that the bylaw amendment was not inconsistent with the staggered board provision in the target company's charter, which provides that directors' terms expire at the annual meeting held in the third year following the year of their election. The Delaware Supreme Court found (as did the Delaware Chancery Court) that the provision at issue was ambiguous as to whether directors are required to serve three-year terms or whether their terms may expire at the annual meeting in the third year whenever scheduled. The Delaware Supreme Court concluded that the shortened meeting period created by the bylaw amendment did not qualify as "annual" under any construction of the term, and held that the bylaw amendment impermissibly truncated the relevant directors' terms and amounted to a *de facto* removal of those directors without cause without the 67% supermajority vote required by the target company's charter.

The Delaware Chancery Court's decision was previously reported in the October 2010 *Corporate Alert*.

Airgas, Inc. v. Air Products and Chemicals, Inc., C.A. No. 649,2010 (Del. Sup. Nov. 23, 2010).

Delaware Chancery Court Rules Merger Agreement Binds Non-Signatory Stockholders

The Delaware Court of Chancery has addressed whether certain contractual provisions in a merger agreement, such as post-closing adjustments and indemnity claims, were binding upon minority stockholders who neither signed the merger

www.afiklaw.com



agreement nor voted upon the merger. The provisions were negotiated on behalf of the minority stockholders by a stockholders' representative appointed in the merger agreement. The Delaware Chancery Court ruled that the provisions at issue were binding upon the minority stockholders.

Aventi v. Cavallieri, C.A. No. 5074-VCL (Del. Ch. Sept. 20, 2010).

SEC Brings Regulation FD Enforcement Action on Basis of Implied Disclosures

The SEC has brought Regulation FD enforcement actions against a publicly-traded company and its CEO and CFO, claiming that selective disclosure was made to analysts and certain shareholders that implied that the company would not meet analysts' quarterly earnings estimates. Regulation FD prohibits publicly-traded companies (and their officers and other agents) from disseminating material non-public information on a selective basis, rather than to the public at large. The SEC brought the enforcement action even though no material non-public information was expressly provided to analysts and no specific references were made to the company or its prospects. Instead, recent public statements of comparable companies regarding the impact of the slowing economy upon their earnings were used, according to the SEC, to "signal" that analysts' expectations would not be met. The company and its CEO and CFO settled the enforcement action without any admission or denial of liability.

SEC Exch. Act Rel. No. 63152 (Oct. 21, 2010).

Second Circuit Rules Executives May Not Be Indemnified for SOX "Clawback" Liability

The U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, in a case of first impression, has ruled that a public company may not agree to indemnify its CEO or CFO for any incentive compensation or stock sale profits that they are required to disgorge under Section 304 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002. Section 304 requires CEOs and CFOs of public companies to reimburse their companies for any incentive compensation received or stock sale profits recognized during the 12-month period following the filing of financial statements that are subsequently required to be restated as a result of misconduct.

Cohen v. Viray, Docket No. 08-3860-cv (U.S. Ct. of App. (2nd Cir.) Sept. 30, 2010).

Delaware Supreme Court Recognizes Right to Obtain Identities of Limited Partners

The Delaware Supreme Court has upheld a lower court ruling that ordered a limited partnership to provide a list of its limited partners to one of those limited partners. The limited partner who sought the list complied with the procedures in the partnership agreement. The limited partner wanted to use the list to contact other limited partners to investigate potential claims against the limited partnership's general partner. The general partner, in resisting the request, relied on a privacy policy in a private placement memorandum issued to prospective investors advising that the general partner does not disclose non-public personal



HERRICK

information about investors in the limited partnership. The Delaware Supreme Court ruled that the non-disclosure restrictions in the private placement memorandum did not override the right expressly afforded to limited partners under the partnership agreement.

Parkcentral Global, L.P. v. Brown Investment Mgmt., L.P., C.A. No. 5248 (Del. Sup. Aug. 12, 2010).

Delaware Chancery Court Provides Guidance on Enforceability of Letter of Intent

The Delaware Chancery Court has provided guidance in determining when a letter of intent becomes an enforceable agreement. The court ruled that a letter of intent (which, in this case, covered a licensing arrangement) will be deemed a binding agreement if the parties intended to be bound by the document and if the document contained all of the essential terms of an agreement. With respect to the essential terms, the Delaware Chancery Court noted that it must determine whether a reasonable negotiator would have concluded that the agreement was reached on the terms “that the parties themselves regarded as essential.”

Pharmathene Inc. v. SIGA Technologies Inc., C.A. No. 2627 VCP (Del. Ch. Nov. 23, 2010).

Delaware Chancery Court Addresses Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing

The Delaware Chancery Court, through its interpretation of a limited partnership agreement, has provided guidance regarding the application of the implied covenant of good faith and fair dealing. The claimant alleged that a publicly-traded master limited partnership and its board of directors breached the implied covenant of good faith and fair dealing in approving a merger. The court, finding that the merger complied with the conflict of interest provision in the partnership agreement, ruled that the implied covenant of good faith and fair dealing cannot be invoked to override express partnership agreement provisions.

Lonergan v. EPE Holdings LLC, C.A. No. 5856-VCL (Del. Ch. Oct. 11, 2010).

For more information please contact [Irwin A. Kishner](mailto:Irwin.A.Kishner@herrick.com) at (212) 592-1435 or ikishner@herrick.com or [Daniel A. Etna](mailto:Daniel.A.Etna@herrick.com) at (212) 592-1557 or detna@herrick.com.

Copyright © 2010 Herrick, Feinstein LLP. Corporate Alert is published by Herrick, Feinstein LLP for information purposes only. Nothing contained herein is intended to serve as legal advice or counsel or as an opinion of the firm.