



אפיק ושות' עורכי דין



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

גיליון 76, 25 מאי, 2011

הגיליון המקצועי הדו שבועי של אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון  
דניאל פריש 3 תל אביב, קומה 25, טלפון 03-609.3.609 פקס 03-609.5.609

### תוכן עניינים

1. **מאמר בנושא: מאמר: קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך**  
מאמר מאת עו"ד יפתח אבן-טל משרדנו: רשות ניירות ערך פרסמה אמות מידה לתכנית אכיפה פנימית בחברות ציבוריות. אמות המידה מבהירות מתי תקנה תכנית אכיפה פנימית הגנה לחברות ולמנהליהן מסנקציות בגין הפרת החוק על ידי התאגיד ועובדיו.
2. **פרסומים בעיתונות אודות משרדנו**  
כלכליסט, דה-מרקר, גלובס, ערוץ 7, כיכר השבת, השבוע בבית שמש: פרסומים אודות צו המניעה אשר הוציא בג"ץ לפי בקשת משרדנו בעתירה נגד החלטת שר הפנים לספח אזורי התעשייה של המועצה האזורית מטה יהודה לטובת העיר בית שמש.
3. **מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט – גליון 108**  
מצורף גליון 108 של מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט, אשר פורסם ביום 17 מאי, 2011, ועוסק בתיקוני חקיקת מיסוי המתקופה האחרונה במיסוי מקרקעין, מס תשומות ומיסוי ניירות ערך.
4. **מגזין HERRICK, FEINSTEIN: Corporate Alert, 19 May 2011**  
מצורף גליון מיום 19 מאי, 2011, של המגזין Corporate Alert של משרד עורכי הדין האמריקאי Herrick, Feinstein LLP.
5. **עדכוני תאגידים וניירות ערך:**
  - א. **בית המשפט לא יתערב בשיקול דעת מנהלים אשר הפעילו הליך החלטה נכון**  
מחוזי תל-אביב: בית המשפט לא יתערב בשיקול דעת מנהלי החברה, כל עוד בחנו את טיבו וטבעו של העניין שהיה נתון להכרעתם
  - ב. **חובת ההגנות של בעל שליטה כלפי החברה עשויה לחול כלפי בעלי המניות באופן ישיר**  
מחוזי תל אביב: במקרים מסוימים תחול חובת ההגנות של נושאי משרה ובעלי שליטה ישירות לטובת בעלי מניות אחרים ולא רק לטובת החברה.
6. **עדכוני משפט מסחרי וזכויות יוצרים:**
  - א. **אפשרות ביטול חוזה לאחר זמן רב מההפרה תלויה בנסיבות המקרה וסוג ההפרה**  
העליון: במקרה של הפרה יסודית של ההסכם גם הודעת ביטול אשר ניתנה כעבור שלוש שנים עשויה להיות סבירה.
  - ב. **דמיון בין מוצרים לא יחשב הפרת סימן מסחר אלא כשמכלול הרכיבים מצביעים על כך**  
מחוזי תל אביב: לא כל דמיון בין שני מוצרים מהווה הפרת סימן מסחר ויש לבחון את כלל הרכיבים לשם כך.
  - ג. **בין הגשת פטנט לרישום ועד אישורו אין זכות למנוע מאחרים להשתמש בהמצאה**  
העליון: לבעל פטנט שטרם אושר אין זכות למנוע מאחרים להשתמש בהמצאה וכל שיוכל הוא לתבוע פיצוי בדיעבד לאחר שיאושר הפטנט.
  - ד. **ועדת מכרזים אינה רשאית להכשיר ערבות בנקאית שלא עמדה בתנאי המכרז**  
מחוזי תל אביב: פגם בערבות בנקאית אינו ניתן להכשרה על ידי ועדת המכרזים גם אם מדובר בתיקון מאוחר לתנאי המכרז.

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

## 1. מאמר בנושא: האם בית המשפט העליון באמת סירב לקבל את תיקון חוק החוזים?

מצ"ב מאמר אשר פורסם ביום 15 מאי, 2011, ב-Economist ישראל, הוסיף את אמות המידה להכרה בתכנית אכיפה פנימית בניירות ערך, שהוצגו על ידי הרשות בחודש אפריל 2011. במאמרו עומד המחבר על חשיבות אימוצה של תכנית אכיפה פנימית בחברות ציבוריות, הואיל וזו עשויה, בנסיבות מסוימות, להקנות הגנה לנושאי המשרה מפני הטלת אחריות אישית בגין עבירות שביצעו עובדי התאגיד

את המאמר ניתן למצוא גם בקישור:

<http://www.economist.co.il/?CategoryID=1479&ArticleID=11540&Page=1>

את המאמר כתב עו"ג יפתח יאיר אבן-טל, עורך דין במחלקת הליטיגציה המסחרית של משרד אפיק תורג'מן ומתמקד בתחום התאגידים וניירות הערך.

## 2. פרסומים אודות משרדנו

מצורפת כתבה אשר פורסמה על ידי דותן לוי בעיתון כלכליסט ביום 12 מאי, 2011, תחת הכותרת "בג"ץ עצר את הסיפוח של אלי ישי בבית שמש" והסוקרת את החלטת כב' שופט בית המשפט העליון יורם דנציגר ליתן צו מניעה לפי בקשת משרדו המונע משר הפנים להורות על אזורי התעשייה של מטה יהודה לעיר בית שמש. העתירה, המשתרעת על פני מעל 400 עמודי טיעונים ונספחים, הוגשה באמצעות עורכי הדין שלומי תורג'מן, רינה לפידות ויאיר עלני ממשרד אפיק תורג'מן ועורכת הדין ורד כהן מהלשכה המשפטית של המועצה ומבקשת מבית המשפט לבטל החלטת שר הפנים באשר הינה שרירותית, אינה מידתית וחורגת ממתחם הסבירות, שכן ניתנה מבלי שנשמעה חוות דעתם של מומחים ואנשי מקצוע בדבר ההשלכות הקשות הצפויות למטה יהודה כתוצאה מסיפוח השטחים לעיר בית שמש.

את הכתבה ניתן למצוא גם בקישור:

[http://www.ifat.com/PersonalMail/images/Clips/ORG\\_12208803.pdf](http://www.ifat.com/PersonalMail/images/Clips/ORG_12208803.pdf)

פרסומים בנושא נעשו ביום 12 מאי, 2011, גם על ידי רנית נחום-הלוי מעיתון דה-מרקר, מיכל מרגלית מעיתון גלובס, שמעון כהן באתר ערוץ 7, מיכל מרגלית באתר כיכר השבת ומשה טיקוצ'ינסקי בעיתון השבוע בבית שמש.

את הפרסומים בנושא ניתן למצוא בקישורים:

[http://www.calcalist.co.il/real\\_estate/articles/0,7340,L-3517261,00.html](http://www.calcalist.co.il/real_estate/articles/0,7340,L-3517261,00.html)

<http://www.themarket.com/realestate/1.639560>

<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000644330>

<http://www.inn.co.il/News/News.aspx/219534>

<http://www.kikarhashabat.co.il/69869.html>

## 3. מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט – גליון 108

ביום, 17 מאי, 2011, התפרסם גליון 108 של מידעון אשכול המיסים של BDO זיו האפט. מידעון זה, המצורף במלואו לתפוצה זו, עוסק בהוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 5/2011: היקף תחולת חזקת התא המשפחתי, מס תשומות בגין דמי ניהול נכס שהוכח כי יפיק עסקה עתידית חייבת יותר בניכוי ודסיווג פעילות בניירות ערך סחירים כהונית.

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>

לאחרונה התפרסם גליון 19 מאי 2011 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 אפריל, המצורף במקור:

להלן בתמצית חלק מהסוגיות המפורטות במגזין של חודש מאי, המצורף במקור:

בית המשפט בדלוור נדרש לשאלה האם מיזוג משולש הופכי מהווה המחאת חיובים העשויה לגרום להפרת הסכם האוסר זאת

בית המשפט בדלוור סירב לאחרונה לדחות על הסף תביעה בגין הפרת חוזה, תוך שהוא קובע כי ייתכנו נסיבות בהן תנייה בחוזה האוסרת על המחאת זכויות תופעל על ידי מיזוג משולש הפוך. במסגרת מיזוג משולש הפוך, חברת בת בבעלות מלאה של החברה הקולטת מתמזגת לתוך חברת היעד, כאשר חברת היעד שורדת את המיזוג כחברת בת בבעלות מלאה של החברה הקולטת. במיזוג משולש הפוך שורדת חברת היעד את המיזוג מבלי שהמבנה התאגידי שלה משתנה או משתנות הזכויות והחובות שלה כלפי צדדים שלישיים, וזאת להבדיל ממיזוג רגיל בו חברת היעד נטמעת בתוך החברה הקולטת או מיזוג משולש רגיל בו חברת היעד נטמעת בחברת הבת של החברה הקולטת. בית המשפט שקל האם מיזוג משולש הופכי נגד סעיף בהסכם עליו חתומה היתה חברת היעד אשר אסר על המחאות חיובים, לרבות רכישת חברה או מיזוגים משולשים (אך לא התייחס למיזוג משולש הופכי). בית המשפט אמנם לא קבע האם מיזוג משולש הופכי מהווה המחאת חיובים, אולם קבע שקיימת אפשרות כזו ויש לבחון את פעולות החברה לאחר המיזוג. כמובחים בתחום המיזוגים והרכישות אנו רואים בפסק דין זה חשיבות גדולה, באשר מבנה עסקאות מסוג זה נבנה פעמים רבות כדי להימנע מהפרות חוזים שהיו מתרחשות ללא מבנה זה.

בית המשפט לערעורים במדינת ניו יורק מספק הנחיות בדבר השאלה מהו שידול פסול של לקוחות עסק אשר נמכר עם מוניטין

ההלכה של בתי המשפט בניו יורק היא, כי במכירת עסק הכוללת מוניטין יש להימנע משידול לקוחות לשעבר של העסק וזאת משום שלקונה ישנה זכות לצפות כי לקוחות העסק ימשיכו לפקוד את העסק אשר רכש. בית המשפט לערעורים של ניו יורק השיב לשאלתא אשר הופנתה עליו על ידי בית המשפט לערעורים הפדרלי (2<sup>nd</sup> Circuit) לגבי מהן הפעולות על פי החוק הניו-יורקי המהוות שידול פסול. בית המשפט קבע, כי בהעדר תניית איסור תחרות ספציפית מותר למוכר עסק לפרסם באופן כללי (אף אם ייחשפו לכך גם לקוחות העסק שמכר) אך אסור לו לפנות ללקוחות באופן ישיר, לרבות במשלוח דיוור ממוקד או ניהול שיחות אישיות עם לקוחות לשעבר. יחד עם זאת, המוכר רשאי לענות על שאלות עובדתיות ביוזמת לקוח לשעבר אם (i) תשובות המוכר מוגבלות למידע המבוקש על ידי הלקוח לשעבר (ii) המוכר לא מזלזל בקונה או בעסקו.

את המגזין המלא ניתן למצוא גם בקישור הבא:

<http://www.herrick.com/sitecontent.cfm?pageID=29&itemID=13114&redirect=1#q1>

5. עדכוני תאגידיים וניירות ערך

**א. בית המשפט לא יתערב בשיקול דעת מנהלים אשר הפעילו הליך החלטה נכון**  
[תנ"ג 54280-01-11 דניאל בן שטרית נ' ישראל בורוביץ' ואח', 22.5.11, בית המשפט המחוזי בתל אביב, כב' השופטת דניה קרת-מאיר]

בית המשפט המחוזי אישר השבוע פשרה בדרישתו של בעל מניות בחברת אל על, לתבוע בשמה את חברי הדירקטוריון בגין אישור נוסחת מענק המרצה שנתי למנכ"ל החברה בשנים 2005-2009.

בתביעה נטען, כי באישור המענק התרשלו חברי ההנהלה היות ובאותן שנים, שילמה החברה למנכ"ל מליון דולר כמענקים שנתיים, בעוד שבמהלך תקופה זו סבלה החברה מנזקים הנאמדים בכ- 88 מליון דולר. יתר על כן נטען, כי במשך למעלה מ- 3 שנים דיווחה החברה דיווחים כוזבים

לציבור המשקיעים אודות היקף תגמול המנכ"ל.

בית המשפט המחוזי חזר על ההלכה לפיה בית המשפט לא יתערב בשיקול דעת הנהלת החברה אפילו בעניינים עקרוניים וחשובים, ואפילו אם שיקולי ההנהלה לא היו תואמים את שיקולי בית המשפט או אף היו מוטעים, כל עוד היו אלה שיקולים שנשקלו בתום לב ולטובת החברה. בנסיבות מקרה זה, בהן ההחלטה בדבר היקף תגמולו של מנכ"ל החברה התקבלה פה אחד על ידי חברי וועדת הביקורת ובהתנגדות דירקטורית אחת בלבד בדירקטוריון, לאחר שהוזמן דוח חיצוני באשר לתנאי העסקה, ונשקלו שיקולים עסקיים בדבר אישור המענקים אשר שולמו בפועל למנכ"ל החברה, ימנע בית המשפט מלהתערב בשיקול דעתה של ההנהלה.

**ב. חובת ההגנות של בעל שליטה כלפי החברה עשויה לחול כלפי בעלי המניות באופן ישיר**  
[ת"צ (ת"א) 26809-01-11 דב כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות ע"מ, 15.05.2011, בית המשפט המחוזי, כב' השופטת דניה קרת מאיר]

בית המשפט המחוזי דן לאחרונה בבקשה להסרת ומניעת קיפוח של בעל מניות מיעוט בחברה ובבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית. הבקשות הוגשו על ידי בעל המניות בגין עסקת מיזוג במסגרתה נמכרו מניות החברה לחברה סינית, תוך שהיא יוצרת, לטענתו, העדפה ומקנה הטבה לבעל השליטה בחברה.

בית המשפט קבע, כי יש לאבחן בין עיסקאות בהן מצוי בעל השליטה בניגוד עניינים שמשמעותו אינה גורלית לבעלי המניות, שאז יחול כלל שיקול הדעת העיסקי, לבין עיסקאות בהן מצוי בעל השליטה בניגוד עניינים בו המיעוט נדרש לוותר על אחזקותיו בחברה, כאשר בכל מקרה באותן עיסקאות יישמר לבית משפט שיקול הדעת לבחון את הגינות העיסקה, גם אם היא עונה מבחינה פרוצדוראלית על כל דרישות החוק והפסיקה, במיוחד כאשר יש בה סימנים מחשידים, כגון אי שוויון בולט בין בעלי השליטה לבין בעלי המניות.

בית המשפט קבע, כי אמנם חובות הנאמנות וההגנות של נושאי משרה מכוונות כלפי החברה ולא כלפי בעלי המניות באופן ישיר, אך יש מקום להכיר בחובות אמון והגנות ישירות הן של נושאי המשרה והן של בעל השליטה כלפי בעלי מניות מיעוט בעיסקאות מיזוג. על יסוד דברים אלה, קמה האפשרות להחיל על נושא משרה ובעל שליטה חובת זהירות וחובת הגינות כלפי בעלי מניות - כאשר פעולותיו במסגרת עסקת מיזוג פוגעות בבעלי מניות אחרים.

חוק החברות קובע, כי אם התנהל ענין מעניינה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, רשאי בית המשפט לתת הוראות לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו. עילה זו היא עילה גמישה אשר מקנה לבית משפט שיקול דעת רחב. עם זאת, אפשרה הפסיקה, בדרך כלל, בידי מניות מקרב הציבור את האפשרות לתבוע בגין קיפוח רק מקום שבעל השליטה מבקש לפגוע בזכויותיהם באופן ישיר. יחד עם זאת, קובע בית המשפט, יש מקום להרחיב את חובת ההגנות של בעל השליטה במקרה של מיזוג המפקיע את מניות הציבור, ולראות בה חובה החלה כלפי בעלי המניות באופן ישיר ולאור זאת, ברי כי לבית משפט סמכות לפעול על מנת להעניק לאותם בעלי המניות סעד בגין הנזק הנגרם להם כתוצאה מהפרת חובה זו.

## 6. עדכוני משפט מסחרי וזכויות יוצרים

**א. אפשרות ביטול חוזה לאחר זמן רב מההפרה תלויה בנסיבות המקרה וסוג ההפרה**  
[ע"א 512/08 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ, 16.05.2011, בית המשפט העליון, כב' השופטים אליעזר ריבלין, סלים ג'ובראן, ניל הנדל]

בית המשפט העליון נדרש לאחרונה לשאלה האם ניתן לבטל חוזה בגין הפרתו עת הודעת ביטול ניתנה בחלוף שלוש שנים ממועד ההפרה. בית המשפט קבע, כי זכות הביטול מגינה הן על האינטרסים של צד לחוזה אשר נפגע מהפרה שביצע הצד שכנגד והן על האינטרס הציבורי בהרתעה יעילה, שכן הרתעה וודאות משפטית יתקיימו רק אם צדדים לחוזים יהיו סמוכים ובטוחים כי במקום בו זכותם החוזית תופר באופן יסודי יוכלו לבטל את החוזה ולזכות בהשבה. ברם, הדין קובע דרישה מהותית לפיה שימוש בזכות הביטול כפוף למגבלת הזמן הסביר. מגבלת הזמן הסביר נועדה להגן על אינטרס ההסתמכות והציפיות הלגיטימיות של המפר בכפוף לנסיבות הספציפיות של המקרה.

בית המשפט קבע, כי בנסיבות המקרה לא היתה חריגה ממגבלת הזמן הסביר היות ודובר בהפרה יסודית של חוזה וזאת להבדיל מהפרה רגילה של חוזה.

**ב. דמיון בין מוצרים לא ייחשב הפרת סימן מסחר אלא כשמכלול הרכיבים מצביעים על כך**  
[ת"א 54101-01-11 יקב רימון בע"מ נ' טעמי הגליל בע"מ, 21.3.2011, בית המשפט המחוזי בתל אביב, כבוד השופט יהודה זפט]

משווקת יינות ביקשה למנוע ממתחרה ייצור או שיווק של יינות דומים בשל טענה להפרת סימן מסחר וכן תבעה פיצויים בגין הפרת זכויות יוצרים וגניבת עין (היינו, שימוש במוניטין של אחר). בית המשפט המחוזי דחה את התביעה כאשר קבע לעניין סימן המסחר, כי הדימיון בין המוצרים אינו עולה כדי הפרת סימן מסחר באשר השוואה בין המוצרים צריכה להיעשות בהתחשב במכלול הרכיבים שעל התווית של המוצר ולא די בדימיון סתם. לעניין גניבת העין קבע בית המשפט, כי הוכח כי קיים מוניטין במוצרים אך לא הוכח, כי קיים חשש שציבור הלקוחות הרלוונטי יטעה לחשוב שמוצרי הנתבעת הם של התובעת או קשורים אליה. אמנם, צורת בקבוקי היין דומה, אולם צורה זו של הבקבוק אינה ייחודית רק לתובעת (ואפילו אם זו היתה רושמת על צורת הבקבוק סימן המסחר לא היתה זוכה להגנה בעניין זה). כך גם ביחס לתווית שעל הבקבוקים אשר שונה באופן מהותי בכל אחד מהמוצרים של הצדדים ואינה מטעה.

**ג. בין הגשת פטנט לרישום ועד אישורו אין זכות למנוע מאחרים להשתמש בהמצאה לבעל**  
[רע"א 6025/05 Merck & co. Inc. נ' טבע תעשיות פרצמבטיות בע"מ, 19.5.11, בית המשפט העליון, כבוד השופט (בדימ') איילה פרוקצ'יה, כב' השופטת עדנה ארבל, כב' השופט סלים ג'ובראן].

חברת תרופות הגישה בקשה לרישום פטנט בישראל עוד בשנת 2004 וזו עדיין תלויה ועומדת. בעוד הליכי ההתנגדות לרישום פטנט תלויים ועומדים, הוגשה תביעה בטענה של העתקת התרופה. בית המשפט העליון פסק, כי בתקופה שבין פרסום דבר ההמצאה והגשת התנגדויות ועד להכרעה בהתנגדויות אלה, אין בידי בעל ההמצאה זכות קניינית מכח דיני הפטנטים. זאת מן הטעם כי אם בקשת הפטנט תדחה בסופו של יום, הרי שבעל ההמצאה כלל לא יהיה זכאי להגנה. בתקופת הביניים המתחרה אינו מנוע מלהשתמש בהמצאה (וכך לא יינתנו צווי מניעה נגדו) אך עלול להיות מחויב לשלם פיצוי ככל שהפטנט יתקבל. נציין, כי נראה מפסק הדין כי בית המשפט מעדיף את התחרות החופשית על פני זכות הקניין של הממציא. נראה לנו, על אף שמדובר בפסיקה ראויה ומאוזנת, כי בפועל ההגנה המוגבלת על זכויות בעל פטנט במהלך תקופת הביניים תגרום דווקא לתמריץ שלילית לתחרות באשר היא מקטינה את הרצון של חברות להשקיע בפיתוח מכיוון שאם בסופו של יום יאושר הרישום ותוכר זכותו הקניינית של הממציא, ספק אם תביעה למפרע תוכל לפצותו על הנזקים המלאים שנגרמו, בפרט בשוק כה דינמי של פטנטים ובפרט אם בעל הפטנט אינו גוף גדול ובעל אורך נשימה..

**ד. ועדת מכרזים אינה רשאית להכשיר ערבות בנקאית שלא עמדה בתנאי המכרז**  
[עת"מ 11990-04-11 הדס חברת עורכי דין נ' עיריית רמת השרון, 11.05.2011, בית המשפט המחוזי בתל אביב, סגנית הנשיא- כבוד השופטת שרה גדות]

תנאי מכרז תוקנו, לרבות התנאי לגבי מועד תוקפה של הערבות הבנקאית אותה על המשיבים לצרף להצעתם. מתחרה במכרז צרפה ערבות בנקאית אשר הייתה בתוקף נכון למועד הקבוע במכרז המקורי, אך איננה בתוקף לפי המועד המתוקן במכרז המתוקן. ועדת המכרזים בחרה שלא לפסול את הערבות, באשר סברה כי ממילא תתקבל על ידה החלטה בנוגע לזהות הזוכה במכרז בטרם יפוג תוקפה של הערבות המקורית וכי פסילת ההצעה תיתן יתרון למתחרים האחרים. בית המשפט ביטל החלטת ועדת המכרזים שכן פגם בערבות בנקאית הינו מהותי ופוסל את ההצעה.



עמוד הבית < מאמרים < חוק ומשפט

## חוק ומשפט

# קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך

עו"ד יפתח אבן-טל

15/05/2011



מגמה ברורה בחקיקה היא הטלת אחריות אישית על דירקטורים ונושאי משרה בעבירות שבוצעו על ידי התאגיד ועובדיו. כך, כללי האכיפה המנהלית החדשים של הרשות לניירות ערך ("הרשות") קובעים אחריות אישית גבוהה של נושאי משרה בתחום זה, ורבים מלקוחותינו פנו אלינו, כמי שעוסקים בגיבוש תכניות אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך ובתחום ההגבלים העסקיים, זאת על ידי בחינת אופן פעילות התאגיד ומאפייניו הייחודיים, בבקשה להבהרות בנושא תכנית אכיפה פנימית כתופת נגד מפני אחריות אישית זו. אמות המידה אשר הוצגו על ידי הרשות בחדש אפריל, 2011, מסייעות להבין מתי תכיר הרשות בתכנית אכיפה פנים תאגידית.

תכנית אכיפה פנימית היא מנגנון וולנטארי, אותו מאמץ ומיישם תאגיד באופן שוטף כדי לוודא ציות של התאגיד ושל היחידים בו להוראות דיני ניירות ערך. משמעה של תכנית אכיפה יעילה, המקנה הגנה או התחשבות בקיומה, היא כי התאגיד מחויב למנוע הפרות חוק ולטפל בהפרות ובמפרים באמצעים מתאימים, והרשות עשויה להימנע מנקיטת אמצעי אכיפה מנהליים או פליליים כנגד התאגיד ונושאי המשרה בו, במידה ובמסגרתה של תכנית אכיפה פנימית נקבע מערך תמריצים של יחידים בתאגיד, אשר יש בהם כדי להפחית את הסיכון להפרות בתחום דיני ניירות ערך.

אמות המידה אשר יבחנו על ידי הרשות בבואה לדון ולהחליט אם קיימת בתאגיד תכנית אכיפה יעילה, המשתלבת במשטר חברות תקין, מורכבות ממספר שלבים. בשלב הראשון, על דירקטוריון התאגיד, המשמש כגורם האחראי לוודא שהתאגיד יגבש, יאמץ ויישם תכנית אכיפה פנימית, לוודא כי התכנית נותנת מענה לסיכונים האפשריים להפרת דיני ניירות ערך, בהתחשב בסביבת פעילותו והשוק בו הוא פועל, וכן במבנה הארגוני שלו, וזאת בהתבסס על ניסיון תאגידים בתחום, הנחיות הרשות ולקחים מכשלים שאירעו בעבר – קרי, על הדירקטוריון להתייעץ עם מומחים בתחום התאגידים וניירות הערך כדי לגבש תוכנית כאמור. בשלב השני, על התאגיד לגבש נוהל פנימי המתאים למבנה החברה ולמאפייניה הייחודיים, ובייחוד לטיבם, סוגם ודרגתם של הסיכונים בתחום דיני ניירות ערך אשר אליהם הוא חשוף. כך, נהלים אלו נועדו להסדיר את הנושאים הרלוונטיים לתאגיד בתחום דיני ניירות ערך, כפי שהעלו היועצים במשפטיים בתהליך איתור הסיכונים בתאגיד, ויעסקו בין היתר, בהסדרת תפקידי הדירקטוריון, ההנהלה, הממונה על האכיפה הפנימית בתאגיד, סמכויותיו ודרכי פעילותו, וכן את הביקורת על ביצוע התכנית והטיפול בכשלים ובהפרות. בנוסף, נהלים אלה נועדו למנוע שימוש במידע פנים ועבירות תרמית ומינפולציה, וכן להבטיח כי דיווח שוטף, מדויק ומלא ימסר לרשות ולציבור.

בהמשך, על התאגיד לנקוט צעדים להבטיח כי נותני שירותים חיצוניים, כמו גם השחקנים הפנימיים בתאגיד - כבעלי השליטה, נושאי המשרה והעובדים - יכירו את התכנית ויהיו מחויבים לה, לרבות בעיגון התכנית בהסכמי ספקים, תקנון המשמעת או הסכמי ההעסקה. עוד, יש לפקח על הפעלת התכנית ולבדוק תקופתית אם יש לעדכנה ולהתאימה לשינויים הפנימיים והחיצוניים לתאגיד.

חשוב לחזור ולהדגיש, כי תכנית אכיפה שאינה מקצועית, תפורה היטב למידות התאגיד ונאכפת ומעודכנת באופן שוטף בהתאם ליעוץ משפטי של מומחים בתחום לא תשיג את מטרתה, לא בהיבט של מניעת עבירות לא בהיבט של הגנה מפני אחריות אישית של דירקטורים ונושאי משרה.

**הכותב הוא עורך דין במחלקת הליטיגציה המסחרית של משרד אפיק תורג'מן ומתמקד בתחום התאגידים וניירות הערך.** אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

מחפש קורס מסחר יומי בבורסה?

|                              |   |         |                  |            |            |
|------------------------------|---|---------|------------------|------------|------------|
| 25.93x9.03                   | 2 | עמוד 32 | כותרת - כלכלי סט | 12/05/2011 | 27201054-1 |
| עורך דין שלומי תורגם - 29490 |   |         |                  |            |            |

# בג"ץ עצר את הסיפוח של אלי ישי בבית שמש

## ביהמ"ש הקפיא את החלטת השר ישי לספח 3,000 דונם של שטחי תעשייה מהמועצה האזורית מטה יהודה לטובת בית שמש, עד למתן החלטה אחרת

דעתו לוי

**ב**ג"ץ הוציא השבוע צו מניעה נגד החלטתו של שר הפנים אלי ישי לספח 3,000 דונם של שטחי תעשייה מהמועצה האזורית מטה יהודה לטובת העיר בית שמש. בג"ץ קיבל את עמדת התושבים והמועצה האזורית מטה יהודה נגד הסיפוח, וקבע שמשרד הפנים ועיריית בית שמש יידרשו להגיש את

תגובתם עד לאמצע חודש יוני הקרוב. בהחלטתו כתב שופט בית המשפט העליון ד"ר יורם דנציגר: "אני מורה על מתן צו על תנאי שלפיו לא ייעשה שינוי בגבולין המשותף של העותרת (מטה יהודה) והמ" שיבה (בית שמש ומשרד הפנים), וזאת עד למתן החלטה אחרת". המהלך לסיפוח השטחים החל כבר במאי 2008, כאשר ישי מינה ועדה שהוגדרה בתחילה כוועדת הכנסות.

ביולי 2008 הרחיב מנכ"ל משרד הפנים את סמכות הוועדה לוועדת גבולות, ומאז במשך כשלוש שנים התקיימו כחמישה דיונים בין נציגי שתי הרשויות לאנשי משרד הפנים. לפני כחודש הודיע השר כי חתם על ההחלטה על סיפוח הקרקעות לעיר בית שמש.

עד היום נהג משרד הפנים לביצע שינויי גבולות בעיקר בשטחים לא מפותחים ובהתאם לנהלי משרד הפנים. מפרוטוקולים של הוועדה אשר צ"ר רפו לעתירה

ישי מחויב להגיב עד אמצע יוני



עולה כי ראש עיריית בית שמש, משה אבוטבול, סירב להצעה לקבל שטחים לפיתוח. אל הוועדה הגיעו שתי הרשויות, מטה יהודה ובית שמש, מתוך רצון להגיע להסכמת. במטה יהודה העריכו כי ייאלצו לוותר על כ-200 דונם משטחם, אך בפועל הופתעו מהיקף הקרקעות הגדול שעליו החליט משרד הפנים.

בעתירה לבג"ץ שהוגשה בשבוע שעבר באמצעות עורכי הדין שלומי תורג'מן, רינה לפידות ויאיר עלני ממשרד עורכי הדין אפיף תורג'מן, ועורכת הדין ורד כהן מהלשכה המ"שפטית של המועצה, צוין כי החלטת שר הפנים

יוצרת תקדים מסוכן, שלפיו רשויות מקומיות מקושרות פוליטית אינן נדרשות להשקיע תקציבי פיתוח, ויכולות להפעיל את קשריהן כדי להעביר לבעלותן אזורים מיושבים אשר רשויות שכנות עמלו שנים רבות לפתחם. לפי מטה יהודה, השטחים המיועדים לסיפוח מניבים מיליוני שקלים בשנה ומהווים את כל אזורי התעשייה של המועצה, כך שוויתור על היטלי הארנונה העסקיים משמעותו פגיעה קשה במועצה. משה רדון, ראש המועצה האזורית מטה יהודה, מסר: "החלטת בית המשפט מאשרת למעשה את עמדתנו בדבר חוסר הסבירות של החלטת שר הפנים".



17 במאי 2011

## מידעון אשכול המסים – גיליון מס' 108

קוראים נכבדים,

במידעון 108 כלולה התייחסות לנושאים המפורטים להלן:

### **חוזר 1 – הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 5/2011: היקף תחולת חזקת התא המשפחתי**

הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 5/2011 דנה בהיקף תחולת חזקת התא המשפחתי ביחס למיסוי דירות מגורים, הן לעניין מס הרכישה והן לעניין הפטורים ממס שבח.

### **חוזר 2 – מס תשומות בגין דמי ניהול נכס שהוכח כי יפיק עסקה עתידית חייבת יותר בניכוי**

בפרשת **לפריס** (ע"מ 1176/08) קבע ביהמ"ש כי המערערת זכאית לנכות את מס התשומות בגין תשלום דמי ניהול על ידה לחברת הניהול של נכס, בתקופה בה לא הושכר, וזאת מאחר והוכח כי יפיק בעתיד הכנסות חייבות.

### **חוזר 3 – סיווג פעילות בניירות ערך סחירים כהונית**

בשורה של פסקי דין שניתנו לאחרונה, חידדו בתי המשפט את האבחנה בין מכירת ניירות ערך שתסווג כעסקה פירותית לבין מכירה שתסווג כהונית. בפסקי הדין הנסקרים עולה המגמה החדשה בפסיקה, לפיה הדגש בסיווג המיסוי של העסקה יוסט ממבחן צר של מסחר בניירות ערך למבחן רחב הבודק את השתלבות הפעילות במניות במכלול פעילותו של נישום ואת ביצוען של פעולות אקטיביות מצד הנישום להשבחת ניירות הערך הנמכרים.

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 – הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין מס' 5/2011: היקף תחולת חזקת התא המשפחתי

ב- 12.4.2011 פורסמה הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין מס' 5/2011 שעניינה היקף תחולת חזקת התא המשפחתי. חזקת התא המשפחתי קבועה בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) התשכ"ג-1963 (להלן- **החוק**) הן לעניין שיעורי מס הרכישה המופחתים ברכישת דירת מגורים יחידה והן לעניין הפטור ממס שבח במכירת דירת מגורים. בהתאם לחזקת התא המשפחתי, רואים בבני זוג ובילדיהם עד גיל 18 כאדם אחד.

נזכיר, כי בעניין **פלים** (ע"א 3185/03) נקבע כי את חזקת התא המשפחתי הקבועה לעניין מס רכישה יש להחיל רק ממועד יצירת התא המשפחתי וביחס לרכישות שבוצעו במהלך הנישואין ולא לפני כן. לעומת זאת, בעניין **אן מרי עברי** (ע"א 3489/99) נקבע כי מכירת דירה על ידי מי מבני הזוג במהלך הנישואין תוך ניצול פטור לפי פרק חמישי 1 לחוק, באה במניין הפטורים של בן הזוג השני גם אם הדירה הנמכרת היא דירתו של בן הזוג האחר לפי הסכם ממון.

ההוראה מבהירה את עמדת רשות המיסים בסוגיות הקשורות לחזקת התא המשפחתי, לאור הפסיקות בנושא, כלהלן:

יישום הלכת פלים בהעדר הסכם ממון וביחס לנכסים חיצוניים – הלכת פלים חלה בין אם קיים הסכם ממון ובין אם לאו. כלומר, גם בהיעדר הסכם ממון לא תחול החזקה על נכסים חיצוניים (דירות שנרכשו לפני יצירת התא המשפחתי וכן דירות שהתקבלו בירושה או במתנה במהלך קיומו של התא המשפחתי), אלא במקרים חריגים, כגון: מגורים משותפים, מימון משותף, תשלום משכנתא משותף ודמי שכירות המשתלמים לחשבון בנק משותף.

יישום הלכת פלים מקום בו לאחר יצירת התא המשפחתי נרכשה דירת מגורים שנרשמה על שם אחד מבני הזוג – במקרה בו נרכשה דירה במהלך הנישואין הנרשמת על שם בן זוג אחד בלבד בעוד לבן הזוג האחר דירה שנרכשה על שמו לפני הנישואין, יש לראות את האחרון כמי שרכש, יחד עם בן הזוג, דירה נוספת במהלך הנישואין, על אף העובדה שלא נרשמה על שמו. בהתאם, יחולו על חלקו בדירה מדרגות מס רכישה המתחייבות בשל דירה שאינה יחידה, ועל חלקו של בן הזוג האחר יחולו מדרגות מס רכישה המתחייבות בשל דירה יחידה.

יישום הלכת פלים לעניין הפטור ממס שבח במכירת דירת מגורים – כאשר אחד מבני הזוג ניצל פטור ממס שבח לפני יצירת התא המשפחתי ולאחר נישואי בני הזוג נרכשה על ידם דירה משותפת או שנרכשה דירה על ידי אחד מבני הזוג שיש לראותה כמשותפת, הרי שבמכירת דירה שכזו יש להבחין בין בן הזוג שניצל פטור לפני הנישואין לבין בן הזוג שלא ניצל פטור כאמור. רק ביחס למכירת חלקו של הראשון – ולא ביחס למכירת חלקו של השני – יבוא במניין הפטורים הפטור שנוצל על ידו טרם הנישואין, ומשכך, לא יינתן פטור על חלק זה בלבד.

בהקשר זה נציין, כי בעניין **דינה מור** (ע"ש 2979/97) נקבע כי יינתן פטור ממס שבח במכירת דירה שנרכשה לפני הנישואין על ידי אחד מבני הזוג ונמכרת במהלך הנישואין על ידו, אף אם בן הזוג האחר ניצל פטור לפני שנוצר התא המשפחתי.

יישום הלכת פלים לאחר פירוק התא המשפחתי – העיקרון שנקבע בעניין פלים בקשר ליצירת התא המשפחתי יחול אף לאחר פירוקו. כלומר, את חזקת התא המשפחתי יש להחיל אך ורק בעת קיומו של התא המשפחתי. משכך, בבחינת זכאותו של בן זוג אחד לאחר פירוק התא המשפחתי אין להביא במניין הפטורים לפי פרק חמישי 1 לחוק פטורים אותם ניצל בן הזוג האחר במהלך קיומו של התא המשפחתי.

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 – מס תשומות בגין דמי ניהול נכס שהוכח כי יפיק עסקה עתידית חייבת יותר בניכוי

אחד העקרונות עליהם מושתת חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 הינו "עקרון ההקבלה" בין החיוב במס עסקאות לבין ניכוי מס התשומות. לעניין זה קובע סעיף 41 לחוק, כי אין לנכות מס על תשומות אלא אם הן לשימוש בעסקה החייבת במס, דהיינו העוסק רשאי לנכות את מס התשומות רק כאשר קיים קשר סיבתי בין התשומה לבין העסקה החייבת במס.

בפרשת **לפריס אחזקות** (ע"מ 1176/08) נדון עניינה של חברה אשר רכשה מקומות חניה, מחסנים ומספר קומות משרדים באותו בניין לשם השכרתם. נכסים אלו היו הרכוש היחיד בבעלות החברה והשכרתם היו פעילותה היחידה. בעוד שמקומות החניה והמחסנים הושכרו לאחר תקופה קצרה מיום קבלת החזקה עליהם, קומות המשרדים לא הושכרו במשך תקופה של כארבע שנים. החברה שילמה דמי ניהול לחברת הניהול של הבניין וניכטה את מס התשומות ששילמה עבורם גם במשך התקופה בהן קומות המשרדים לא הושכרו. מנהל מע"מ והחברה נחלקו בשאלת זכאותה של האחרונה לנכות את מס התשומות גם בתקופה זו.

ביהמ"ש התבסס בפסק דינו על הלכת **צביון** (ע"א 1651/08) וקבע כי המבחן לניכוי מס התשומות הוא קיומה של הסתברות גבוהה להנבת עסקה עתידית חייבת. לשם התקיימותה של הסתברות זו נקבעו מספר קריטריונים וביניהם: תכנית עסקית סבירה; מהות העסק או אופי העיסוק; רכיב הזמן; מידת מקצועיותו ובקיאיותו של מבקש הניכוי; ומבחן כלל הנסיבות.

בית המשפט קבע כי לחברה הייתה תכנית להשכרת הנכס; עיסוקה הינו השכרת שטחי מסחר; פרק הזמן שחלף עד להפקת הכנסה חייבת לא היה ארוך – כארבע שנים בלבד; ניהול הנכס נמסר לחברה בקיאה ומקצועית בענף הנדל"ן. בנוסף, הוכח כי משיקולי מחירי שוק נמוכים בחרה החברה שלא להשכיר את המשרדים בשנים הרלוונטיות בציפייה שדמי השכירות יעלו, וזאת בשים לב לתקופת השכירות הממושכת. לאור כל האמור, שוכנע בית המשפט כי החברה בחרה מבחינה עסקית שלא להשכיר את המשרדים, אך ורק מתוך ציפייה לקבלת דמי שכירות גבוהים יותר (דבר שהתממש הלכה למעשה).

לבסוף, ציין בית המשפט כי במבחן כלל הנסיבות, המערערת הינה חברה עסקית שבחרה מבחינה אובייקטיבית שלא להשכיר את המשרדים. בנוסף, הוצאות דמי הניהול הינן בגדר הכרח שחובה על המערערת לשאת בהן כבעלת נכס בבניין ללא כל שיקול דעת מצידה וללא כל קשר לשאלת השכרתם של הקומות בפועל. לפיכך יש להתיר לה בניכוי את מס התשומות בגין דמי הניהול כאמור.

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 – סיווג פעילות בניירות ערך סחירים כהונית

בפרשת **ליאת דרור** (ע"מ 870/08) נדון סיווגה של פעילות בניירות ערך שבוצעה בחברה משפחתית, שעסקה בשיווק ופרסום, ובגינה נוצרו הפסדים. הפעילות כללה כ-100 פעולות רכישה וכ-50 פעולות מכירה, כאשר כל אחת מהן הסתכמה בעשרות אלפי שקלים ויותר. מקור המימון היו כספים פרטיים של בעלת המניות ובן זוגה שניתנו לחברה כהלוואת בעלים. בן הזוג, שלא שימש כעובד החברה, ניהל את הפעילות ללא כל תמורה וללא מעורבות של בת זוגתו. בבעלות בני הזוג היה גם תיק השקעות פרטי בעל היקף השקעה גבוה שסווג על ידם כהוני. הצדדים נחלקו בשאלת סיווג של ההפסד כפירותי או כהוני.

בית המשפט קבע כי מדובר בפעילות הונית ולא פירותית, שכן הפעילות לא היוותה חלק ממהלך עסקיה הרגיל של החברה, ואין כל הבדל בינה לבין הפעילות בתיק ההשקעות הפרטי, פרט לניהולן בחשבונות בנק נפרדים. אף יישום מבחני הפסיקה מוביל למסקנה דומה. הפעילות לא כללה השקעה במניות ספקולטיביות, ומקור המימון הינו מהון עצמי ולא זר. ההיקף הכספי של הפעילות אומנם עומד על 3.8 מיליון ₪, סכום משמעותי בפני עצמו, אך ביחס להון הכולל של בני הזוג אין מדובר בהיקף כספי חריג. תדירות העסקאות אף היא רבה, אך לאור נסיבות המקרה אין בה, לכשעצמה, כדי לסווג את הפעילות כפירותית.

ביחס למבחן הבקיאיות נקבע כי לבני הזוג, על אף השכלתם הכלכלית, אין ידע ומיומנות בתחום ההשקעות כיוון שאינם עוסקים בכך, אך אף אם קיימת בקיאיות בתחום זה מצידו של בן הזוג לא ניתן לייחסה לחברה. בן הזוג ביצע את הפעילות שלא בתמורה ולא כעובד של החברה, ממקום עבודתו או מביתם הפרטי של הזוג, בשעות פעילות שונות מאלו של החברה וללא מעורבות כלשהי של עובדי החברה והמנגנון העסקי שלה.

פרשה נוספת שעסקה בסיווג פעילות בניירות ערך הינה פרשת **בגס** (ע"מ 1166/04). בפרשה זו נרכשו מניות של חברה נסחרת (להלן – **החברה**) לצורך שליטה בה ע"י קבוצת חברות, וזאת במספר פעימות. תחומי הפעילות של הרוכשת והנרכשת היו זהים. כ-40% מהמניות נמכרו לאחר פרק זמן קצר ממועד רכישת הפעימה האחרונה ברווח ניכר, תוך שהקבוצה נותרה בעלת שליטה בחברה.

פקיד השומה טען כי מכירת המניות מהווה עסקת אקראי בעלת אופי מסחרי, מהטעם שרכישת המניות נעשתה במטרה למכור אותן תוך זמן קצר ברווח ניכר. מנגד, טענה הקבוצה כי מכירת המניות הינה אירוע הוני, שכן רכישת המניות ומכירתן נעשו במטרה לרכוש שליטה בחברה ולהכניס שותף אסטרטגי בהפעלתה ובניהולה.

בית המשפט קבע כי יש לתת משקל עודף לכוונת הנישום בסיווגה של עסקה כפירותית, הונית או פרטית. מטרתם של מבחני הפסיקה היא איתור כוונה זו. מקום שאותרה הכוונה, כאמור, ייחוס לה ולמבחן הנסיבות האופפות את העסקה, משקל רב בסיווג העסקה.

עובדתית נקבע כי מסחר במניות אינו מהווה חלק מעסקן הרגיל של חברות הקבוצה, תדירות הפעולות ביחס למניות היתה נמוכה ולאורגנים השונים בקבוצה לא היתה כל בקיאות במסחר במניות בשוק ההון. כמו כן, כוונת הקבוצה

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.



ברכישת המניות היתה רכישת שליטה בחברה תוך צירופו של שותף אסטרטגי, ולא הפקת רווח מהיר. מטעמים אלו, סווגה מכירת המניות כאירוע הוני.

ביחס למבחן ההשבחה קבע בית המשפט כי התעניינות של רוכש במניות חברה אשר פועלת באותו תחום הפעילות בו הוא עוסק, איננה יכולה, בדרך כלל, להיחשב להשבחה אקטיבית של המניות. אולם, כאשר הרוכש בטוח כי לאחר רכישתן של המניות על ידו מחירן יעלה משום זהותו והמוניטין שלו, אפשר שיראו בכך השבחה הקרובה להשבחה אקטיבית. בהקשר זה, התייחס בית המשפט לפרשת **טריידינג פלייס** (עמ"ה 1276/01) ולמבחן שנדון בה, לפיו בסיווגה של הכנסה כהונית או כפירותית יש לבחון האם הנישום סמך על גורמים חיצוניים שיעלו את ערך הנכס הנמכר או שהפעיל גורמים פנימיים לשם עלייה זו. בית המשפט קבע כי המוניטין של הקבוצה, שנוצר בשל "גורמים פנימיים", העלה את ערך המניות מיום רכישתן, ובכך גרם להשבחתן, אולם הותר בצריך עיון את השאלה האם עובדה זו מעניקה גוון פירוטי להכנסה ממכירתן, אם לאו.

לבסוף נציין גם את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **א.מ.בי.א.ס.** (ע"מ 1257/05) שבו נפסק כי מכירת מניות של חברה בת שניהלה פרויקט בנייה של 1,500 יחידות דיור על ידי חברה אם קבלנית שביצעה מספר פרויקטים בתחום הקבלנות והחזיקה פרויקטים נוספים באמצעות חברות שבבעלותה, אינה מהווה הכנסה מעסק ואף לא רווח הון בעסק. פסק הדין ניתן בהיעדר הוכחה כלשהי מצד המוכרת לאופי ומהות עסקת מכירת המניות, ואף לא לסממנים האופייניים לעסקת אקראי, כגון הבאתם לידי ביטוי של המיומנות והכישורים של המוכרת בניהול עסקי החברה הנמכרת ("הגורמים הפנימיים").

לסיכום, נראה כי יש בפסקי דין אלה כדי לשפוך אור על סוגיית הסיווג של עסקאות בניירות ערך. ככלל, ניתן לומר כי משלושת פסקי הדין שנסקרו לעיל עולה המגמה החדשה בפסיקה, לפיה הדגש בסיווג המיסוי של העסקה יוסט ממבחן צר של מסחר בניירות ערך למבחן רחב הבודק את השתלבות הפעילות במניות במכלול פעילותו של נישום ואת ביצוען של פעולות אקטיביות מצד הנישום להשבחת ניירות הערך הנמכרים. למותר לציין כי לסיווג כאמור ישנה השלכה, לא רק על אפשרות קיזוז ההפסדים, אלא גם על שיעורי המס, מועד החבות וחישוב הרווח. תכנון נכון של העסקה עשוי לסייע במניעת תאונות מס שעלולות להעלות את החבות במס בלי הצדקה כלכלית.

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.

#### THE HERRICK ADVANTAGE

Is investing in energy right for you? Herrick can help you decide. On May 19, Herrick will host a “Renewable Energy Investments: Opportunities and Pitfalls for Private Equity Investors” event with a panel of seasoned investors that will offer diverse perspectives and key considerations to private equity investors seeking opportunities in the renewable energy space. We’ll shed light on the distinctions among the various asset classes within the renewable energy space; the concept of creating climate wealth; obstacles to achieving returns; and risks and other factors that impact renewable energy business models. For more information on this event, please click [here](#).

## CORPORATE ALERT

### MAY 2011

#### Delaware Chancery Court Considers Whether a Reverse Triangular Merger Constitutes an Assignment “by Operation of Law”

The Delaware Chancery Court has denied a motion to dismiss a breach of contract claim, finding that there may be circumstances in which a contract provision prohibiting an assignment “by operation of law” could be triggered by a reverse triangular merger. In a reverse triangular merger, a wholly owned subsidiary of the acquiring entity merges into the target entity, with the target entity surviving the merger as a wholly owned subsidiary of the acquiring entity. The target entity does not incur a change in its corporate existence and, as a result, the rights and obligations of the target entity are not transferred, assumed or affected.

The court reviewed the current state of Delaware law applicable to various transaction structures in considering whether the reverse triangular merger triggered the target corporation’s contractual anti-assignment clause, which included a prohibition against stock acquisitions and forward triangular mergers. While the court agreed that there are similarities between a stock acquisition and a reverse triangular merger, the court concluded that stock acquisition cases, where a “mere change of ownership, without more, does not constitute an assignment as a matter of law,” were not controlling. Further, the court stated that the forward triangular merger cases, which Delaware courts have found to constitute an assignment by operation of law, were not binding for purposes of reverse triangular mergers. The court noted that after the merger in question was consummated, the target corporation “was gutted and converted into a shell corporation for the [acquiring corporation’s] benefit.” This was sufficient for the court to deny the motion to dismiss and require a hearing on the merits to determine whether the merger “resulted in more than a mere change of control.”

While the ruling leaves open whether a reverse triangular merger constitutes an assignment of a target corporation’s contracts “by operation of law,” the court did indicate that an acquirer’s post-closing actions with respect to the target corporation’s assets could be relevant in making the determination.

*Meso Scale Diagnostics, LLC v. Roche Diagnostics GMBH, C.A. No. 5589-VCP (Del. Ch. Apr. 8, 2011)*

The logo for Herrick, consisting of the word "HERRICK" in a serif font, with the letters spaced out. It is positioned on a dark green horizontal bar.

#### 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



## **Delaware Chancery Court Sets Out Test for Aggregating a Series of Transactions for Purposes of Determining Whether a Sale of Substantially All Assets Occurred**

The Delaware Chancery Court has set out a three-part test to determine when a series of transactions should be aggregated for the purpose of determining whether a sale of “substantially all assets” has occurred.

Various bondholders claimed that the bond issuer violated a successor obligor provision in its bond indenture, which prohibits the bond issuer from selling, transferring or otherwise disposing of substantially all of its assets unless the entity to which the assets are transferred assumes the bond issuer’s obligations under the indenture. The bondholders argued that two split-offs completed in 2004, a split-off completed in 2009 and a proposed split-off for 2011—which collectively would involve assets constituting approximately 67% of the bond issuer’s book value—should be aggregated, thereby resulting in a sale of substantially all of the assets of the bond issuer.

The court adopted the “step-transaction doctrine,” which allows for the steps in a series of separate but related transactions to be treated as a single transaction if it is determined that the steps are substantially linked. Steps will be deemed to be “substantially linked” if three tests are satisfied. The “end result test” is satisfied if it appears that a series of separate transactions were prearranged parts of what was a single transaction, cast from the outset to achieve the ultimate result. The “interdependence test” is satisfied if the steps are so interdependent that the legal relations created by one transaction would have been fruitless without a completion of the series. The “binding alternative test” is satisfied if, at the time the first step is entered into, there was a binding commitment to undertake the later steps.

After examining the facts, the court refused to aggregate the transactions, finding that the interdependence test was not met because each transaction was a distinct corporate event separated from the others by a number of years and each stood on its own merits. The court also found that the binding commitment test was not met because none of the transactions were contractually connected and that the end result test was not met because although the transactions were part of a larger corporate strategy, the bond issuer had not pursued a unified disaggregation strategy with a sufficiently well-defined starting point or a sufficiently definitive end result.

*Liberty Media Corp. v. The Bank of New York Mellon Trust Company, C.A. No. 5702-VCL, 2011 WL 1632333 (Del. Ch. Apr. 29, 2011)*

## **Court of Appeals of New York Provides Guidance Regarding to What Extent a Seller of Good Will May Participate in Soliciting Former Customers**

New York courts have historically held that a seller of a business that includes the sale of good will must refrain from soliciting the customers of the business as the buyer has the right to expect that the business’ customers will continue to



HERRICK

patronize the acquired business. The Court of Appeals of New York answered a certified question from the United States Court of Appeals for the Second Circuit regarding what actions under New York law constitute improper solicitation. In the case at hand, the plaintiff alleged that the defendant had breached his duty of loyalty to the plaintiff by improperly soliciting his former clients to join him at his new place of employment, thereby impairing the good will that the defendant sold to the plaintiff in connection with the plaintiff's purchase of the defendant's business.

According to the Court of Appeals of New York, in determining whether improper solicitation has occurred, courts should consider whether, following the sale of the business, the seller initiated contact with the business' customers or clients. A seller is prohibited from taking affirmative steps to contact such customers or clients and may not send targeted mailings or make individualized business-related phone calls to his former customers. However, unless prohibited by a separate non-compete provision, the seller may advertise to the general public. In addition, a seller may answer factual inquiries initiated by a former client if the seller's responses (i) are limited to the information requested by the former client and (ii) do not disparage the buyer or its business. The court explains that "a seller loses his right to explain... why he believes his products or services are superior." The seller may provide certain information about former clients to a new employer, help such new employer prepare for sales pitch meetings requested by the seller's former clients, and even be present at such meetings with the former client provided that the seller's role in such meetings is largely passive and limited to factual responses to specific client questions.

*Bessemer Trust Company, N.A. v. Francis S. Branin, Jr.*, No. 63, 2011 NY Slip Op. 3307, 2011 N.Y. LEXIS 602 (Apr. 28, 2011).

### **Delaware Chancery Court Reaffirms Preferred Stockholder Rights are Contractual in Nature**

The Delaware Chancery Court has reaffirmed that a preferred stockholder's rights under a certificate of incorporation are contractual in nature and, where clear and unambiguous, the certificate of incorporation and the preferred stockholder's rights therein are to be strictly construed.

At issue before the court was a preferred stockholder's right to consent to the sale of stock by a corporation's subsidiary. The preferred stockholder alleged that the issuing corporation must obtain the preferred stockholder's consent prior to authorizing the sale of the stock of the corporation's subsidiary. The court focused its analysis on the clear and unambiguous nature of the provisions of the certificate of incorporation that governs the preferred stockholder's voting rights. The court also made note of the level of sophistication of the preferred stockholder and its role in negotiating its rights under the certificate of incorporation. The court held that the preferred stockholder's bargained-for consent rights under the corporation's certificate of incorporation were clear and unambiguous and could not be rewritten by the court. It further reiterated that in Delaware, a preferred stockholder's rights are contractual in nature and where the



HERRICK

language governing such rights is clear and unambiguous, such language must be given its plain meaning.

*Fletcher International, Ltd. v. ION Geophysical Corp., C.A. No. 5109-VCS (Del. Ch. Mar. 29, 2011)*

### **SEC Considers Extending July 21, 2011, Compliance Deadline for Private Fund Adviser Registration**

In a recent letter to the North American Securities Administrators Association (NASAA), the SEC indicated that it is considering extending the deadline for investment advisers to register as a result of the repeal of the “private adviser” exemption by the Dodd-Frank Act. As a result of the repeal of the “private adviser” exemption, many advisers to private funds (including hedge funds, private equity funds and real estate funds) who were previously exempt from the registration requirements of the Advisers Act of 1940 will be required to register with the SEC.

Currently, the deadline for registration is July 21, 2011. The SEC has indicated that, given the time needed for advisers to register and fully comply with the obligations applicable to them once they are registered, it is contemplating extending the registration deadline to the first quarter of 2012.

### **Delaware Court of Chancery Enjoins Shareholder Vote Until Company Makes Additional Disclosures**

The Delaware Court of Chancery has preliminarily enjoined Atheros Communications Inc. from holding a meeting of its stockholders to vote on its proposed merger with Qualcomm Inc. Plaintiffs brought a class action alleging that the board of directors of Atheros breached its fiduciary duties by implementing an inadequate sales process and omitting material facts in the proxy statement seeking shareholder approval.

In its analysis, the court found that there was no basis to question the board’s good faith desire to maximize shareholder value as the board took an active role in the sales process; engaged in deliberations regarding the company’s strategic alternatives— including the potential for other suitors to offer a higher price; demonstrated willingness to discuss a sale with other acquirers; and engaged in a robust negotiation process resulting in a significantly higher offer.

In the court’s analysis of the plaintiffs’ claim of inadequate disclosure, the court found that Atheros was required to disclose the fact that 98% of its financial adviser’s fee was contingent upon the closing of the transaction. Although there is no bright-line rule as to what ratio requires disclosure, the court stated that it was clear that a contingency fee of this nature requires disclosure to generate an informed judgment by the shareholders. The court stated that shareholders have the right to disclosure of material facts that might provide reason to question the reliability of the financial adviser’s opinion. In addition, the court found that the





HERRICK

board of directors failed to provide sufficient disclosure relating to the CEO's post-merger employment with Qualcomm.

*In re Atheros Communications, Inc. Shareholders Litigation*, C.A. No. 6124-VCN (Del. Ch. Mar. 4, 2011)

### **Massachusetts Proposes Regulation on Use of Expert Networks by Hedge Fund Managers**

The Massachusetts Securities Division has made a proposal to expand the “non-exhaustive” list of practices that constitute unethical conduct for investment advisers that is set forth in the Code of Massachusetts Regulations. The list of prohibited practices may now include the payment by an investment adviser for consulting services, whether directly to the consultant or indirectly to an expert network service, unless the investment adviser obtains certain written certifications from the consultant. This proposed regulation, as well as the other practices listed in the Code of Massachusetts Regulations, would extend to any investment adviser registered in Massachusetts or operating in Massachusetts under an exemption from registration.

In light of this proposed regulation, fund managers registered or operating in Massachusetts should reassess their policies regarding payment to consultants for information.

For more information on the issues in this alert, or corporate matters generally, please contact:

NY [Irwin Kishner](mailto:Irwin.Kishner@herrick.com) at 212.592.1435 or [ikishner@herrick.com](mailto:ikishner@herrick.com)  
NJ [Edward Stevenson](mailto:Edward.Stevenson@herrick.com) at 973.274.2025 or [estevenson@herrick.com](mailto:estevenson@herrick.com)

*Copyright © 2011 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.*