



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

גיליון 124: 17 אפריל, 2013

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

אפיק ושות' מאחלת ללקוחותיה ולכלל בית ישראל חג עצמאות שמח!

- מאמר בנושא: דרך המלך לקבלת פיצויים עקב התרשלות ועדת מכרזים**
מאמר בנושא דרך המלך לקבלת פיצויים עקב התרשלות ועדת מכרזים מאת עו"ד יאיר אלוני ממשרד אפיק ושות'.
- עדכוני תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך:**
 - א. ניכיון שיקים הוא במהותו הסכם הלוואה הכפוף לכללים החלים על הלוואות חוץ בנקאיות**
שלום תל אביב: ניכיון שיקים הוא במהותו הסכם הלוואה; על מנת לתבוע בגין הפרת הסכם כזה, יש לצרף הסכם הלוואה בנוסח המחויב לפי חוק הלוואות חוץ בנקאיות
 - ב. תאגיד אחראי כלפי צד שלישי שהוטעה להאמין כי מי שפועל בשם התאגיד עושה זאת בסמכות**
שלום פ"ת: תאגיד אחראי כלפי צד ג' שהוטעה להאמין כי מי שפועל בשם התאגיד עושה זאת בסמכות; התאגיד מחויב בחוזה אם איפשר לצד שלישי להבין שמדובר בשלוח הפועל בהרשאה.
 - ג. פטור מאחריות נושאי משרה דורש הליך נאות בחברה וגילוי מלא של מידע**
מחוזי מרכז: כדי להכיר בפטור לנושא משרה בחברה מתביעה נדרש כי פטור זה ניתן בהליך הקבוע בדיון, על פי מידע מלא שנמסר והוא לטובת החברה הצפויה להפיק ממנו תועלת.
- עדכוני משפט מסחרי, מקרקעין וזכויות יוצרים:**
 - א. מארגן קבוצת רכישה עשוי להיות מחויב במסי מקרקעין כקבלן ולא כמתווך**
העליון: בדיקת אופן מיסוי מארגן קבוצת רכישה תהיה על פי מבחני מהות כלכלית ולא על פי לשון החוזים; נטל ההוכחה בדבר אופן המיסוי חל על הנישום ולא על רשות המסים.
 - ב. נאמנות יכולה להיווצר בהסכם בעל פה או בהתנהגות אך נדרשת הוכחה**
מחוזי תל אביב: ניתן ליצור נאמנות גם בעל פה או בהתנהגות; יש להוכיח קיומה של נאמנות שאינה נתמכת בהסכם בכתב.
- עדכוני מכרזים ומשפט מנהלי:**
 - התבססות על נתונים חסרים והעדר שיקול דעת עצמאי בניסוח תנאי המכרז עלול להביא לביטול המכרז**
מינהלי תל אביב: ועדת מכרזים כפופה לכללים ועקרונות המשפט המינהלי גם בעת עיצוב עקרונות המכרז.

רשימת התפוצה של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, מופצת אחת לשבועיים לקהל של כ-3,200 איש וכוללת פרסומים מקצועיים תמציתיים 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 ובכותרת לכתוב "אנא הסירו 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.

למאגר פרסומים קודמים: <http://www.afiklaw.com>

1. מאמר בנושא: דרך המלך לקבלת פיצויים עקב התרשלות ועדת מכרזים

מצ"ב מאמר הדין בזכותו של מתמודד במכרז להגיש תובענה לקבלת סעד כספי עבור נזקים שנגרמו בעקבות ניהול מכרז שלא כדין.
את המאמר ניתן למצוא גם בקישור:

<http://www.afiklaw.com/files/articles/a124.pdf>

את המאמר ניתן למצוא גם בפורטל הפיננסי "טלנירי", פורטל פיננסי המציג נתונים פיננסיים בזמן אמת, חדשות שוק ההון עדכניות ובלעדיות, ובעל קהילת פורומים מהפעילות ביותר ברשת, בקישור:

<http://www.talniri.co.il/marketnews/article.asp?id=54124>

את המאמר כתב עו"ד יאיר אלוני ממשדד אפיק ושות' (www.afiklaw.com), העוסק בעיקר בתחום המכרזים והמשפט המנהלי.

2. תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך

א. ניכיון שיקים הוא במהותו הסכם הלוואה הכפוף לכללים החלים על הלוואות חוץ בנקאיות
[תאמ (ת"א) 53956-02-12 בן מרגי נ' נתיב מערכות מידע ותוכנה בע"מ, 27.03.2013, בית משפט השלום בתל אביב, כב' השופטת אושרי פרוסט-פרנקל]

מנהל בחברה מסר מספר שיקים לניכיון ובגינם קיבל סכומי כסף במזומן. לאחר שנתגלה כי לא היה כיסוי לשיקים, הוגשה התביעה.

בית המשפט קבע, כי ניכיון שיקים הינו במהותו הלוואה וכשכזה כפוף לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות ולמגבלות הקבועות בו. במסגרת עסקת ההלוואה, אדם המבקש לעשות ניכיון לשיק, פונה למי שעיסוקו בכך, מקבל ממנו סכום כסף ומוסר תמורתו שיק דחוי בסכום העולה על הסכום המתקבל. הפער בין הסכומים הינו למעשה סכום הריבית שגובה "המלווה".

לאור דרישות החוק, תנאי סף להגשת תביעה במקרה של הפרה הינו צירוף העתק של חוזה ההלוואה. חוזה זה, הוא אשר יוצר את חיוב הנתבע במסגרת עסקת היסוד, ובהיעדרו לא קמה עילת תביעה. יש לציין כי אין מדובר בדרישה טכנית בלבד, אלא בעניין מהותי החל על הסכמי הלוואה חוץ בנקאיים בלבד.

אשר על כן, ומכיוון שניכיון השיקים הוכר כהלוואה החוסה תחת חוק הלוואות חוץ בנקאיות, ומכיוון שלתביעה שהוגשה במקרה זו לא צורף הסכם הלוואה תקף הנדרש על פי החוק, נדחתה התביעה.

ב. תאגיד אחראי כלפי צד שלישי שהוטעה להאמין כי מי שפעל בשם התאגיד עשה זאת בסמכות
[תא (פ"ת) 13206-06-10 עיזבון המנוח אברהם נעים ז"ל נ' מכבי עצמאות פתח תקוה, 03.04.2013, בית משפט השלום בפתח-תקוה, כב' השופט אורן שוורץ]

בית המשפט נדרש לאחרונה למחלוקת בנוגע לאי תשלום דמי שכירות, לאור התנערות השוכרת מעצם היותה צד להסכם שכירות. השוכרת טענה כי לא נתנה הסכמתה לשלם דמי שכירות, היות ומי שחתמו על הסכם השכירות מטעמה אינם מורשיי חתימה. בית המשפט קבע, כי עת השוכרת שילמה במשך למעלה משנתיים דמי שכירות לא מדובר בתשלום בהיסח הדעת. זאת ועוד, השוכרת נטלה חלק פעיל בפעילות אשר התקיימה במושכר. לאור האמור, התנהלות השוכרת מקימה נגדה את דוקטרינת הסמכות הנחזית, אשר משמעה הטלת אחריות של תאגיד כלפי צד שלישי שהוטעה להאמין שהפועלים בשם התאגיד עושים כן בסמכות. השוכרת אינה יכולה להתנער מההסכם שעה שהחותם על ההסכם יצר מצג שהוא שליחה המוסמך וכשיר לחייבה בהסכם ולאור העובדה שהשוכרת פעלה על פי הוראות ההסכם במשך שנים.

ג. חברה רשאית לפטור נושאי משרה בה מאפשרות תביעה נגדם בגין נזקי עתיד ובגין מחדלי עבר
[תנ"ג 11266-07-08 יעקב שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ ואח', 08.04.2013, בית המשפט המחוזי מרכז, כב' שופט פרופ' עופר גרוסקופף]

בעלי מניות הגישו בקשה לאישור תביעה נגזרת בשם החברה נגד אורגנים שונים שלה אשר על פי הנטען התרשלו בעת אישור עסקאות רכישת מקרקעין עבור החברה שעיסוקה המרכזי היה בהובלת דלקים. האורגנים טענו כי החברה פטרה מראש את האורגנים מאחריותם - פטור שהתובעים טענו כי ניתן בחוסר סמכות.

חוק החברות קובע כי חברה רשאית להעניק פטורים לנושאי משרה בה במצבים בהם טובת החברה מצדיקה פטור, הן במטרה לגייס נושאי משרה מתאימים והן כדי שימלאו תפקידם ללא האפקט המצנן

העלול לנבוע מחשש התביעה האישית. בית המשפט קבע, כי חברה מוסמכת לשחרר נושא משרה בה מחבותו כלפיה גם בגין מעשי ומחדלי העבר. על מנת לאשר מנגנון כזה יש לעמוד בשלושה תנאי מצטברים: תנאי פרוצדוראלי - החלטה שהתקבלה בהליך הנדרש על פי הדין, דרישת גילוי - ההחלטה מתקבלת על בסיס גילוי מלא בתום לב מצד נושא המשרה, וכן הוכחה כי ההחלטה פועלת לטובת החברה הצפויה להפיק תועלת ממנה. לאחר שהוכח כי החברה לא עמדה בשלושת התנאים האמורים, קבע בית המשפט כי הפטור הניתן אינו בתוקף וכי דין הבקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת להתקבל.

3. עדכוני משפט מסחרי, מקרקעין וזכויות יוצרים

א. מארגן קבוצת רכישה עשוי להיות מחויב במסי מקרקעין כקבלן ולא כמתווך
[עא 4378/11 מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' תפוח פז פיתוח נדל"ן, 02.04.2013, בית משפט העליון, כב' השופטים חנן מלצר, ניל הנדל ודפנה ברק-ארז]

חברה ארגנה קבוצת רכישה שהתמודדה במכרז לרכישת קרקע. מנהל מיסוי מקרקעין החליט למסות את המשיבה במס רכישה, מס מכירה ומס שבח כאילו היתה קבלן ולא מתווך. בית המשפט העליון קבע כי נטל ההוכחה חל על הנישום ולא על רשות המסים, להראות כי הוא מתווך ולא רוכש ומוכר מקרקעין. בית המשפט קבע, כי ההגדרה של עסקת רכישה לעומת עסקת תיווך תיקבע על פי מבחן כלכלי-מהותי ולא דווקא על פי לשון החוזים, כינוי העסקאות בפי הצדדים או האופן בו חושב שכרו של מארגן קבוצת הרכישה (גם אם, למשל, זכה רק לעמלה בשיעור הנגזר מעלות הקרקע). בית המשפט ציין מספר מבחני עזר כגון מבחן הרווח והסיכון הכלכלי, מידת מעורבותו של המארגן בהקמת הדירות והפרויקט, ההסכמים עליהם חתמו המשתכנים, אופן הצגת הפרויקט למשתכנים וכיצד נתפס בעיניהם ומבחינים נוספים. במקרה זה נקבע שיש להשיב את התיק לוועדת הערר כדי שתבחן את המבחינים השונים.

ב. נאמנות יכולה להיווצר בהסכם בעל פה או בהתנהגות אך נדרשת הוכחה
[ת"א 1416/08 תא (ת"א) 1416-08 בית לוי יצחק ישיבת חב"ד ליובאוויטש נ' רקפת מפעלי פתוח בע"מ, 14.03.2013, בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, כב' השופטת ענת ברון]

בעל נכס דרש פינויו על ידי השוכר, אשר טען כי הנכס מלכתחילה נרכש עבורו בנאמנות (באמצעות רכישת מניות בחברה בעלת הנכס – מניות שנמכרו מאוחר יותר לצד שלישי), או לחלופין הינו בעל רשות בלתי הדירה לעשות שימוש בנכס או לחלופין כי הנכס הוקנה לו במתנה. יצוין, כי מזה כ-13 שנים השוכר לא שילם תמורה כלשהו בגין השכירות. בית המשפט דחה את טענות השוכר וקבע, כי אף שאין הכרח כי חוזה נאמנות ייעשה בכתב – לא ניתן לטעון לקיומה של נאמנות בעל-פה בעלמא, ויש להוכיחה. במקרה דנן קבע בית המשפט שלא מתקיימת נאמנות מכיוון שאין זכר לקיומה של נאמנות באף אחד מן ההסכמים שהוצגו; ויותר מכך – שורה של התכתבויות וכן דיווחים של התובעת לרשויות, עומדים בסתירה לטענת הנאמנות. בית המשפט בחן (ודחה) גם קיומה של נאמנות משתמעת – מצב בו עולה מהתנהגות הצדדים כי הם התכוונו ליצור יחסי נאמנות, אך מסיבה כלשהי כוונתם זו לא הובעה במפורש; ונאמנות קונסטרוקטיבית - נאמנות המוטלת על-ידי בית המשפט, והמשמשת כלי בידיו להגיע לתוצאות צודקות.

4. עדכוני מכרזים ומשפט מינהלי

התבססות על נתונים חסרים והעדר שיקול דעת עצמאי בניסוח תנאי המכרז עלול להביא לביטול המכרז
[עתמ 54981-02-13 אירוהולדינג בע"מ נ' רשות שדות התעופה, 27.03.2013, בית המשפט לעניינים מינהליים תל אביב, כב' השופט ד"ר עודד מודריק]

חברה עתרה כנגד תנאי מכרז שפורסמו. בית המשפט קבע כי קביעת תנאי המכרז היא סמכותו הייחודית של בעל המכרז, כאשר רק חוסר סבירות קיצוני עשוי לשמש תשתית להתערבות בית המשפט. עם זאת, ועדת המכרזים המקבלת החלטה לקיים מכרז כפופה לכללים ועקרונות המשפט המינהלי גם בעת עיצוב עקרונותיו של המכרז. בתוך כך, בעת ניסוח תנאי המכרז על ועדת המכרזים להתבסס על תשתית ראייתית מהימנה ומקיפה, להפעיל שיקול דעתה באופן עצמאי, ולפעול בסבירות ומידתיות. במקרה דנן, ממצאי חוות דעת מקצועית אשר היוותה בסיס לגיבוש תנאי המכרז לא הוצגו בפני ועדת המכרזים, אשר הסתפקה בהמלצות הגורמים המקצועיים בארגון בלבד וכן הייתה חסרה בנתונים מהותיים. הועדה גם לא שקלה את הנתונים שנאספו בחוות הדעת ולא ניתחה את משמעויותיהם, מסקנות חוות הדעת והמלצתה ולא גיבשה עמדה עצמאית באשר לתנאי המכרז. לאור פגמים שנפלו בעת ניסוח תנאי המכרז קבע בית המשפט כי המכרז יבוטל.

דרך המלך לקבלת פיצויים עקב התרשלות ועדת מכרזים/ יאיר אלוני, עו"ד¹

חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, מכיר לא רק בזכות להגיש עתירה כדי לשנות את תוצאות המכרז אלא גם בזכות להגיש תובענה לקבלת סעד כספי עבור נזקים שנגרמו בעקבות ניהול מכרז שלא כדון. אולם, התנהלות משפטית לא נכונה, במקרים מסוימים, כגון ויתור על שלב העתירה והגשה של תובענה כספית בלבד, עשויה לעתים לגרום לדחייתה של התובענה.

בדיני המכרזים קיימת חשיבות למועד הפנייה לקבלת סעד על ידי בית המשפט אך גם למיצוי כל ההליכים המשפטיים בטרם הגשת תביעה כספית. כך למשל, במקרה של בחירה במועמד אשר אינו עונה על תנאי הסף שנקבעו במכרז, רשאי משתתף, אשר היה אמור לזכות במכרז, להגיש תביעה לקבלת פיצוי בגובה הרווח אשר היה צפוי לו מהזכייה במכרז או בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהשתתפותו במכרז.

עם זאת, בית המשפט עשוי במקרים מסוימים לראות במשתתף במכרז אשר נמנע מלנקוט תחילה בהליך משפטי לצורך מימוש זכייתו במכרז כמי שהשלים עם החלטת ועדת המכרזים ולמעשה "ויתר" על תביעתו, אף על פי שבחירה להגיש תביעה לקבלת סעד כספי בלבד יכולה לנבוע משיקולי עלות-תועלת מסחריים.

לאחרונה דחה בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב תביעת פיצויים, אשר הוגשה על ידי חברה שהתמודדה על ביצוע עבודות קבלניות במסגרת פרויקט הרכבת הקלה בתל אביב. באותו מקרה ניתנה לחברה הודעה על הזכייה וכתוצאה מכך ביטלה החברה התקשרות אחרת שהיתה לה. רק לאחר מכן חזרה בה ועדת המכרזים מהודעת הזכייה בטענה שהחברה אינה עומדת בתנאי הסף אשר נקבעו במכרז. החברה לא עתרה לשינוי תוצאת המכרז אלא הסתפקה בהגשת תביעה כספית בגין ההפסדים והנזקים שנגרמו לגישתה כתוצאה מהתנהלות ועדת המכרזים כגון: הפסד הרווח מהמכרז או לחלופין – הנזק שנגרם כתוצאה מביטול הסכם עם לקוח קיים עקב הסתמכותה על הודעת הזכייה שקיבלה.

עקרונית זכאי מתמודד במכרז לפיצוי אם בשל כשל של ועדת מכרזים נתקבלה החלטה שגויה ונגרם לו נזק. אולם, באותו מקרה דחה בית המשפט את התביעה תוך ביסוס החלטתו, בין היתר, על כך שלא הוגשה תחילה עתירה לשינוי תוצאת המכרז. כמו כן, נדחתה טענת החברה כי ביטול העסקה עם לקוח קיים מהווה עילה לקבלת פיצויים בשווי של אבדן הרווחים מהלקוח הקיים, בין היתר מאחר והחברה לא הצליחה להוכיח נזקיה וכי מדובר בפעולה מסחרית סבירה, אשר ניתן לצפותה.

מאחר ונטל ההוכחה ביחס לנזקים אשר נגרמים מוטל על התובע והשאלה האם יש מקום לפסוק פיצויים בגין התרשלות ועדת המכרזים תלויה בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, חשוב מאוד לקבל ליווי שוטף של מומחה משפטי בדיני מכרזים לא רק כאשר מגיעים לשלב ההליך המשפטי. מומלץ להיוועץ עם עורך דין המתמחה בדיני מכרזים הן בשלב הגשת ההצעה במכרז ובוודאי בטרם כל פעולה מסחרית המסתמכת על תוצאת מכרז.

¹ עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועיקר התמקדותו בתחום המכרזים והמשפט המינהלי. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.