

# חג חנוכה שמח Happy Hanukkah



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

גיליון 193: 9 דצמבר, 2015  
Issue 193: December 25, 2015

אפיק נאטיו  
Afik News

הגיליון המקצועי הדו שבועי של [אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון](#)

The Bi-Weekly Professional Magazine of Afik & Co, Attorneys and Notary

החשמונאים 103, ת.ד. 20144 תל אביב- יפו 6120101, טלפון 03-609.3.609 פקס 03-609.5.609

## תוכן עניינים

אפיק ושות' מברכת את כולם בברכת חג חנוכה שמח  
Afik & Co. Wishes all a Happy Hanukkah

### 1. מאמר: זכאות עובד לתשלום בגין שעות טיסה במהלך נסיעת עבודה

מאמר בנושא שעות טיסה של העובד בשליחות המעסיק וזכאותו לתשלום בגין בהתאם לחוקי העבודה בישראל מאת עו"ד יניב פרידהוף, ממשרד אפיק ושות'

An Article by Yaniv Friedhof, Adv. of Afik & Co. on an employee entitlement to payment for business trip flight hours according to the Israeli labor law.

### 2. משרדנו בתקשורת: פרסום כתבה אודות תיק שבו ייצג משרדנו וניצח בבית המשפט העליון

**Our office in the Media:** Newspaper publications regarding a Supreme Court legal case in which a client of Afik & Co. won

### 3. עדכון Warshaw Burstein, LLP לגבי רגולציה אמריקאית בתחום מימון המונים (Crowdfunding)

עדכון של משרד עורכי הדין האמריקאי Warshaw Burstein, LLP, החבר אף הוא ברשת [EALG](#), בנוגע להחלטת הרשות לניירות הערך האמריקאית לאמץ תקנות וכללים בתחום מימון המונים (Crowdfunding).

Update of the law office of Warshaw Burstein, LLP, an American member of the EALG, as to the United States of America Securities and Exchange Commission ("SEC") resolution to adopt regulations regarding crowdfunding.

### 4. עדכוני תאגידיים, הגבלים עסקיים וניירות ערך:

#### Corporate, Antitrust and Securities Law Updates

##### א. חלוקת דיבידנד שלא עומד במבחן הרווח תתאפשר אם סביר שהחברה תעמוד בחובותיה

מחוזי מרכז: חלוקה שלא עומדת במבחן הרווח דורשת סבירות, ולא בטחון מוחלט, של עמידה בחובות החברה.

Distribution of dividends beyond the profits test will be allowed if it is reasonably foreseeable that the company will be able to pay its debts when due.

##### ב. עדכון בדיעבד של מחיר עסקת מכר מניות כשנתנו שירותי יעוץ עשוי להיחשב הכנסת עבודה

מחוזי מרכז: כוונת הנישום בזמן אמת תשפיע על סיווג עסקה; כל הכנסה של עובד בגין עבודתו היא הכנסת עבודה.

Retroactive of the price for a sale purchase transaction when consulting services were given may be considered labor income

## 5. עדכוני משפט מסחרי, קנין מסחרי ודיני עבודה:

### Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

#### א. רעיון שנחשף במסגרת מו"מ עשוי לא להיות מוגן אם לא נדרשה חתימת הסכם סודיות

מחוזי מרכז: מוצר שאינו נחשב קנין רוחני ניתן להעתיקה אלא בנסיבות של פגיעה ביחסי אמון או סוד מסחרי; אי החתמה על הסכם סודיות מראה שלא הייתה התחייבות לסודיות ואי תחרות.

An idea disclosed within negotiations may not be protected if a non-disclosure agreement was not demanded.

#### ב. הסכם ההעסקה הינו רק אחד המרכיבים בבחינה האם מתקיימים יחסי עובד מעביד

עבודה חיפה: בקביעה האם מתקיימים יחסי עובד מעביד יש לשקול לא רק את קביעת הצדדים ביניהם בהסכם אלא גם בהסתמך על מבחן ההשתלבות וגובה השכר ששולם.

Determining whether employer-employee relationship exist will not be based not only based on the language of the engagement agreement.

#### ג. ביטוח סחר מאפשר נהיגה ברכב רק כשמורשה נהיגה נמצא בתוך הרכב ולמטרות עסקיות

מחוזי ת-א: ביטוח סחר מגביל היכולת לנהיגה ברכב למטרות עסקיות וכשמורשה נהיגה פיזית בתוך הרכב.

A trade insurance allows driving only when an approved person is in the vehicle and for business purposes.

## 6. עדכוני מקרקעין:

### Real Estate Updates

#### אחד משני שוכרים שעוזב נכס ומודיע לבעל הנכס אשר לא תובע אותו עשוי להיחשב כמי שהופטר

שלום י-ם: אי פעולת בעל נכס כנגד שוכר שיוצא מהנכס עשויה להעיד על הסכמה ביניהם על פטור.

One to two tenants leaving the property and notifying the landlord who doesn't sue such leaving tenant may be deemed exempt from the lease

רשימת התפוצה של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, מופצת אחת לשבועיים לקהל של כ 5,300 איש וכוללת פרסומים מקצועיים תמציתיים בנושאים משפטיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. להסרה מהתפוצה או הצטרפות יש לשלוח מייל לכתובת [newsletter@afiklaw.com](mailto:newsletter@afiklaw.com) ובכותרת לכתוב "אנא הסירו/צרפו אותי לרשימת התפוצה". ניתן להעביר עדכון זה לכל אדם ובלבד שיועבר בשלמות וללא כל שינוי. אין האמור בעדכון ייעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות למשרדנו על מנת שהעובדות תיבחנה היטב בטרם תתקבל החלטה כלשהי. למאגר פרסומים קודמים: <http://www.afiklaw.com>

Afik News is the biweekly legal and business Israel news bulletin published by Afik & Co. ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). Regretfully, at this stage, only some of it is translated to English.

Afik News is disseminated every second week to an audience of approximately 5,300 subscribers and includes concise professional publications on legal and business Israeli related issues of interest to the business community in areas in which the Afik & Co. firm deals. For removal (or joining) the mailing list please send an email to [newsletter@afiklaw.com](mailto:newsletter@afiklaw.com) with the title "Please remove from mailing list" or "Please add me to the mailing list." The Afik News bulletin is copyrighted but may be freely transferred provided it is sent as a whole and without any changes. Nothing contained in the Afik News may be treated as a legal advice. Please contact Afik & Co. for a specific advise with any legal issue you may have. For previous Afik News publication see <http://www.afiklaw.com> .

מאמר אשר עוסק בשאלה האם שעות טיסה של העובד בשליחות המעסיק נחשבות לשעות עליהן זכאי העובד לתשלום בהתאם לחוקי העבודה בישראל.

An article on whether an employee is entitled to payment for flight hours made by the employee for its employer according the Israeli labor law.

את המאמר בשפה האנגלית והעברית ניתן למצוא בקישור:

The article may be found in the following link:

<http://www.afiklaw.com/files/articles/a193.pdf>

המאמר הוא מאת עו"ד יניב פרידהוף, עורך דין במשרד אפיק ושות', ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) העוסק בין היתר במשפט המסחרי, דיני חברות והגירה.

The article is by attorney Yaniv Friedhof, of the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) whose main practice areas are commercial law, corporate law and immigration.

## 2. משרדנו בתקשורת

מצ"ב כתבה שפורסמה על ידי הכתבת אלה לוי-וינריב ביום 25 נובמבר, 2015, בעיתון גלובס וכן באתר NRG אודות הליך משפטי בו ייצג משרדנו בבית המשפט העליון.

בפרשת ב"ש 298/86 בן ציון ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 קבע בית המשפט העליון כי למרות שהחוק הישראלי לא כולל חיסיון זה, קיים חיסיון עיתונאי, המתיר לעד-עיתונאי שלא לחשוף את מקורותיו וזאת מכוח העקרונות העל החוקתיים של חופש הביטוי וחופש העיתונות.

כ-25 שנה לאחר מכן, אותו בן ציון ציטרין, המשמש כיום כדובר ויועץ תקשורת, שימש כדוברו של מועמד לבחירות. במסגרת מסע בחירות פורסמה כתבה בעיתון אודות מועמד אחר ואותו מועמד תבע, בין היתר, את בן ציון ציטרין בשל היותו דוברו של המועמד השני בתביעת לשון הרע בשל ידיעה שפורסמה בעיתון. הדובר הכחיש את מעורבותו אך בית המשפט המחוזי קבע, כי מכיוון שהוא דובר קיימת חזקה שהוא שהדליף ובכל מקרה בחר הדובר שלא להביא את העיתונאית לעדות למרות שיכול היה להביאה ולוותר על החיסיון העיתונאי שלו כמקור וכך להוכיח חפותו. בן ציון ציטרין ערער לבית המשפט העליון באמצעות משרד אפיק ושות' כדי להגן על החיסיון הקרוי על שמו. במקביל ערערו צדדים אחרים להליך על קביעות אחרות של בית המשפט

בית המשפט העליון קיבל באופן מלא את עמדת הלקוח של משרד אפיק ושות' והבהיר באופן תקדימי כי אין בפסק הדין המחוזי כל כרוסום בהלכת ציטרין וגם לא קיימת בו חזקה לפיה אי זימון העיתונאי כעד הופכת את נטל ההוכחה או חזקה אחרת כנגד דוברים ויועצי תקשורת. את שני הערעורים האחרים דחה בית המשפט העליון וחייב, בין היתר, בתשלום הוצאות משפט לטובת בן ציון ציטרין.

את המערער, הדובר ויועץ התקשורת בן ציון ציטרין, ייצגו עורכי הדין דורון אפיק ושירה זקן פורת ממשרד אפיק ושות'.

Attached is an article published by the reporter Ela Levi-Weinrib on November 25, 2015, in the Globes newspaper and also on the NRG news website regarding legal proceedings in which our firm has represented a client in the Supreme Court.

In the Supreme Court case 298/86 Ben Zion Citrin v Disciplinary Court of the Tel Aviv Bar Association, PD 41(2) 337 the Court held that although Israeli law does not include this privilege, journalistic-source privilege exists, enabling a journalist to refuse to reveal sources under the constitutional principle of freedom of expression and freedom of the press.

About 25 years later, the same Ben Zion Citrin, currently practicing as a speaker and media consultant, served as spokesman of a candidate in elections. As part of a campaign a newspaper article was published regarding the other candidate and that other candidate sued, among other defendants, Ben Zion Citrin. The spokesperson denied involvement but the District Court held that being a spokesperson it is assumed that he was the source and

held against him the fact that he chose not to bring the journalist to testify that he was not her source. The Court noted that he could have brought her and waive any privilege he may have as a source. Ben Zion Citrin appealed to the Supreme Court with the representation of Afik & Co. law office, to protect the privilege. At the same time two other parties challenged the verdict.

The Supreme Court fully accepted the position of the client of Afik & Co. and clarified that the District Court decision does not mitigate the journalist-source privilege and does not create any presumption against a party not bringing forth a journalist as a witness or any other presumption against spokespersons and media consultants. The other two appeals were rejected by the Supreme Court and the Supreme Court also ordered costs in favor of Ben Zion Citrin.

The appellant, speaker and media consultant Ben Zion Citrin, was represented by attorneys Doron Afik and Shira Porat of Afik & Co., attorneys and notary.

את הכתבה בעיתון גלובס ניתן למצוא בקישור:

The article in the Globes newspaper (in Hebrew only) can be found at:

<http://www.afiklaw.com/files/press/p193.pdf>

את הכתבה באתר גלובס ניתן למצוא בקישור:

<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001083791>

את הכתבה באתר NRG ניתן למצוא בקישור:

<http://www.nrg.co.il/online/16/ART2/739/700.html?hp=16&cat=168&loc=4>

### 3. עדכון Warshaw Burstein, LLP בנושא רגולציה אמריקאית בתחום מימון המונים

מצורף עדכון של משרד עורכי הדין האמריקאי Warshaw Burstein, LLP בנוגע להחלטת הרשות לניירות הערך האמריקאית ("SEC") לאמץ תקנות וכללים בתחום מימון המונים (Crowdfunding).

משרד Warshaw Burstein, LLP הינו משרד עורכי דין ניו יורקי עימו אנו עובדים ואשר אף הוא חבר בארגון ה Euro-American Lawyers Group בו חבר גם משרד אפיק ושות' ([www.ealg.com](http://www.ealg.com)).

Attached is an update of the law office of Warshaw Burstein, LLP as to the American Securities and Exchange Commission ("SEC") and its resolution to adopt regulations regarding Crowdfunding.

Warshaw Burstein, LLP is a New York based law firm with whom our office works and who is also a member of the Euro American lawyers Group ([www.ealg.com](http://www.ealg.com)) of which Afik & Co. is the Israeli member.

## Corporate, Antitrust and Securities Law Updates

**א. חלוקת דיבידנד שלא עומד במבחן הרווח תתאפשר אם סביר שהחברה תעמוד בחובותיה**  
**Distribution of dividends beyond the profits test will be allowed if it is reasonably foreseeable that the company will be able to pay its debts when due**  
 [פר"ק 54442-06-15 י.ד. אגוד מקרקעין בע"מ נ' רשם החברות ואח', 03.11.2015, בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, כב' השופט בנימין ארנון]

חברה ביקשה לבצע חלוקת דיבידנד במזומן בדרך של חלוקת כספים בקופה וקיצוז חובות אליה של חברת האם, וזאת תוך הפחתת הון מעבר ליתרת הרווח הקיימת והניתנת לחלוקה על פי החוק. בית המשפט דרש מהחברה למסור חוות דעת של מומחה בתחום הכלכלה המנתחת את מצבה הכלכלי והפיננסי של החברה וכושרה לפרוע כל חובותיה ולקיים כל התחייבויותיה אף לאחר ביצוע החלוקה המבוקשת ואישורים של הנושים המובטחים של החברה (שני בנקים), כתב ערבות של הדירקטורים לנכונות המצגים בבקשה ותגובות של רשות המסים וכונס הנכסים הרשמי. החברה גם פרסמה בעיתון מודעה לנושים בדבר כוונתה. בית המשפט קבע, כי ניתן לאשר חלוקה למרות אי עמידה במבחן הרווח אם לא קיים חשש סביר שמא הפחתת ההון תמנע מהחברה את היכולת לקיים התחייבויותיה הקיימות והצפויות בהגיע המועדים לקיומן, כלומר בחינה של מצב הנזילות של החברה. המבחן הוא מבחן של סבירות שלא דורש וודאות מוחלטת. לכן איפשר בית המשפט לחברה חודשיים לבצע את החלוקה, אשר אם לא תבוצע במועד יידרש אישור מחדש של בית המשפט.

A company wanted to distribute a cash dividend by way of distribution of funds in its treasury and offset debts of the parent company, all while reducing its capital beyond the existing retained earnings distributable by law. The Court required the company to provide an opinion by an expert in the field of economics analyzing the economic situation and the company's financial position, as well as its ability to repay all its debts and fulfill all its obligations even after the requested distribution, approval of the secured creditors of the company (two banks), written guarantee of the directors as to the correctness of the representations and position of the Tax Authority and the Official Receiver. The company also published a newspaper ad to creditors of its intention.

The Court held that distribution despite failure to meet the profit test requires review whether it is reasonable to believe that the capital reduction will not prevent the company's ability to duly pay its existing and expected obligations - a liquidity test. The test is one of reasonableness and does not require absolute certainty. Therefore, the Court allowed the company to carry out the distribution within two months, after which, if distribution is not made within such time, re-approval of the court will be required.

**ב. עדכון בדיעבד של מחיר עסקת מכר מניות כשנתנו שירותי יעוץ עשוי להיחשב כהכנסת עבודה**  
**Retroactive of the price for a sale purchase transaction when consulting services were given may be considered labor income**

[עמ (מרכז) 31238-01-12 ישעיהו שני נ' פקיד שומה כפר סבא, 09.11.2015, בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, ד"ר אחיקם סטולר]

אדם מכר מניותיו בחברה והמשיך לספק לה יעוץ תמורת תשלום. מאוחר יותר נחתם הסכם נוסף הקובע כי סכום של 400,000 דולר בונוס שקיבל אותו אדם תמורת הארכת הסכם שירותים של החברה לצד שלישי היא עדכון למחיר מכירת המניות בשל עליית שווי. רשויות המס סירבו להכיר בכך וקבעו כי מדובר בתשלום בגין שכר עבודה ולא רווח הון.

בית המשפט קבע, כי כל הכנסה של עובד באופן ישיר או עקיף תיחשב כהכנסת עבודה אם לא הייתה מתקבלת אצל העובד לולא עבד אצל מעבידו. ההכנסה הנוספת הינה בגין העבודה ולא בגין מכירת המניות מכיוון שההסכמים המקוריים שנחתמו מעידים על הכוונה האמיתית של הצדדים וכשניתן לאתר באופן מובהק את כוונת הצדדים רשויות המס יסווגו את העסקה בהתאם לה.

A person sold his shares in a company and continued to provide it with consulting for a fee. Later, an agreement was signed which states that the amount of US \$ 400,000 bonus he received for the extension of the company's service agreement with a third party is in fact an update of the share sale price due to rise in value. The tax authorities refused to

recognize that and determined that the payment was on account of work income and not capital gains.

The Court held that any direct or indirect income of an employee will be considered earned income if the employee would not have received it unless worked for the employer. The extra income is due to the work and not due to the sale of shares because the original agreements signed reflect the true intent of the parties and when the intent is clear the classification of the transaction by the tax authorities will be in accordance with such intent.

## 5. עדכוני משפט מסחרי, זכויות יוצרים ועבודה

### Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

#### א. רעיון שנחשף במסגרת מו"מ עשוי לא להיות מוגן אם לא נדרשה חתימת הסכם סודיות

An idea disclosed within negotiations may not be protected if a non-disclosure agreement was not demanded

[תא (מרכז) 16556-12-12 אבידר שיר בע"מ נ' חברת מוסטנג אחזקות (1997) בע"מ, 15.11.2015, בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, כב' השופט אורן שוורץ]

אדם הציג רעיון עסקי לצד השני במהלך משא ומתן לשיתוף פעולה למימוש הרעיון, כשלטענתו התחייב הצד השני שלא לממש הרעיון בעצמו. בסופו של דבר המשא ומתן נכשל והצד השני מימש הרעיון בעצמו. בית המשפט קבע, כי חיקוי או העתקה של מוצר שאינו נחשב לקניין רוחני על-פי הדין ובלא שההעתקה תהווה עוולה או פגיעה ביחסי אמון או בסוד מסחרי, אינה מעניקה זכות תביעה על-פי חוק עשיית עושר ולא במשפט. למרות זאת, העתקת רעיון אשר נמסר לצד שכנגד בגדר משא ומתן, עלולה להקים עילת תביעה. בית המשפט דחה את התביעה לאחר שקבע, כי הרעיון לא היה חדשני וייחודי ולא יוצר קניין רוחני. בנוסף לא הוכח שנעשה ניסיון כלשהו להחתיים על הסכם סודיות או בלעדיות, לא נעשה כל תיעוד להתחייבות של הצד השני לסודיות וההתחייבות שניתנה לכאורה בעל פה לא הוכחה.

A person disclosed a business idea to the other side during negotiations for cooperation to realize such idea and later claimed that the counterparty has undertaken not to implement the idea by itself. The negotiations failed and the counterparty realized the idea by itself. The Court held that imitation or copying of a product that is not considered intellectual property under the law does not create a right under the unjust enrichment law unless the copying constitutes a tort or is a violation of trust relationship or a trade secret. Nevertheless, copying an idea disclosed during negotiation may establish a cause of action.

The Court dismissed the case after determining that the idea was not unique or innovative and did not constitute an intellectual property. In addition, it was not proven that any attempt was made to demand execution of a confidentiality agreement or exclusivity, no record was made of the counterparty's alleged commitment to confidentiality and it was not proven that a commitment was made orally.

#### ב. הסכם ההעסקה הינו רק אחד המרכיבים בבחינה האם מתקיימים יחסי עובד מעביד

Determining whether employer-employee relationship exist will not be based not only based on the language of the engagement agreement

[סעש (חי') 19072-04-13 רון נח נ' רכבת ישראל בע"מ, 12.11.2015, בית הדין האזורי לעבודה בחיפה, כב' השופטת אילת שומרני ברנשטיין, גב' גאולה שמעיה (נציגת עובדים), מר שלמה יהודאי (נציג מעסיקים)]

עובד תבע זכויות סוציאליות למרות שהסכם ההתקשרות קבע מפורשות כי בין הצדדים אין מערכת יחסים של עובד-מעביד.

בית הדין לעבודה קבע, כי האופן בו הגדירו צדדים את יחסיהם אינה מכריעה לעניין השאלה האם התקיימו יחסי עובד מעביד. לצורך כך יש לבחון את מבחן ההשתלבות של ה"עובד" במקום העבודה שבאותו המקרה לא התקיים באשר לאחר סיום ההתקשרות בין הצדדים כלל לא מונה ל"עובד"



מחליף, וכן לאור משכורתו הגבוהה משמעותית מהמקובל. עוד, מכיוון שדובר במכרז בו נקבע במפורש כי בין הצדדים לא יתקיימו יחסי עובד מעביד, כל שינוי או קביעה אחרת של בית המשפט עשויה לפגוע בשוויון שבין המציעים למכרז, ובפועל לשנות את תנאי המכרז. אשר על כן וממכלול הנסיבות (לרבות, אך לא רק, האופן בו הגדירו הצדדים מפורשות את יחסיהם) לא התקיימו יחסי עובד מעביד.

An employee claimed social benefits despite the fact that the engagement agreements specifically stated that no employer-employee relationship exists.

The Labor Court held that the manner in which the parties defined their relationship is not the only indicator regarding whether employer-employee relationship existed.

In order to decide whether employer-employee relationship exist the Court will apply the "integration test" – whether the person was integrated in the company. In this case such test was not fulfilled because the company did not appointed another employee instead of such "employee" after the termination of the relationship and because the remuneration paid was significantly higher than the norm. Additionally, in this case there was the tender which explicitly stated that no employer-employee relationship will exist and any other determination of the Court may harm the equality between the tender offerors and actually change the conditions of the tender. Thus, under all circumstances (including, but not only, the manner in which the parties expressly defined their relationship) no employer-employee relationship existed.

#### ג. ביטוח סחר מאפשר נהיגה ברכב רק כשמורשה נהיגה נמצא בתוך הרכב ולמטרות עסקיות

A trade insurance allows driving only when an approved person is in the vehicle and for business purposes

[עא (ת"א) 64310-03-15 א.א. קאר סנטר מוטורס בע"מ נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ, 10.11.2015, בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו, כב' השופטת רות לבהר שרון]

סוחר רכב ביטח את הרכבים שלו ב"ביטוח סחר" – פוליסה שנועדה לאפשר כיסוי ביטוחי לעוסקים בסחר כלי רכב, למוסכים, למכוני בדיקה או מבחן של כלי רכב ובמקרה זה על פי תנאי הפוליסה מאפשרת נהיגה ברכב רק למי שבמפורש מצוין בפוליסה ומי שנוהג ברכב ברשות המבוטח והוא מלווה באחד מאלה. עובד של הסוחר לא נהג ברכב אלא נסע ברכב אחר לצד הרכב בעת שהתרחשה תאונה וחברת הביטוח סירבה לספק כיסוי ביטוחי.

בית המשפט קבע, כי ביטוח סחר צמוד נהג ולא צמוד רכב ומטרתו לאפשר נהיגה בכל אחד מהרכבים שבמאגר העסקי ובלבד שהנהיגה היא למטרת העסק ובמסגרת העסק ולא למטרות של נסיעה פרטית, אלא אם נקבע אחרת במפורש בפוליסה. לכן הפוליסה תחול במקרה של מי שנוהג באישור סוחר הרכב רק כאשר ברכב עצמו נמצא מורשה נהיגה תחת הפוליסה.

A car dealer insured its vehicles in a "trade insurance"- an insurance policy designed to allow coverage for those involved in the trade of vehicles, garages, car inspection or test institutes and in the case at hand the policy allowed driving only to those who are explicitly indicated in the policy and those driving with the permission of the car trader and is accompanied by one of the above. An employee of the car trader did not drive the car but drove another car alongside it when an accident took place and the insurance company denied coverage.

The Court held that a trade insurance is linked to the driver and not linked to the vehicle and its purpose is to enable driving of the vehicles in the business inventory for the purpose of the business and as part of the business and not for private uses, unless specifically otherwise stated in the policy. Therefore, the policy will apply in the case of a person driving a car with the trader's approval only if a person authorized to drive under the policy is physically in the vehicle.

## Real Estate Updates

אחד משני שוכרים שעוזב נכס ומודיע לבעל הנכס אשר לא תבע אותו עשוי להיחשב כמי שהופטר  
 One to two tenants leaving the property and notifying the landlord who doesn't sue such leaving  
 tenant may be deemed exempt from the lease  
 [תא (י-ם) 60080-10-10 מרום צעירי נ' ראובן המבורגר, 16.11.2015, בית משפט השלום בירושלים, כב'  
 השופט מוחמד חאג' יחיא]

זוג שכרו דירה. לאחר תקופה נפרדו ובת הזוג הודיעה לבעל הבית כי היא עזבה את הדירה ולטענתה סיכמה איתו כי היא פטורה מהשכירות. כששיקים של שכירות חזרו תבע בעל הבית את שני בני הזוג הן בגין דמי שכירות והן בגין נזקים לכאורה לדירה. בית המשפט דחה את רוב התביעה לאחר שלא הוכח שנגרמו נזקים לדירה והוכח שחלק מהתמורה שולמה. לגבי התביעה נגד בת הזוג, העובדה שבעל הבית לא תבע אותה כשפינתה את הדירה או פנה אליה כאשר השיקים חזרו מוכיחה כי בעל הבית הסכים לוותר על ההתחייבות של בת הזוג.

A couple rented an apartment. After a period the couple separated and the leaving spouse informed the landlord that she left the apartment and later claimed that she agreed with him that she is exempt from the rent. When lease payments checks bounced the landlord sued both spouses for rent and for alleged damage to the apartment.

The Court dismissed most of the lawsuit due to lack of proof of the damage and proof that most of the claimed lease payments were in fact paid. As to the claim against the spouse that left the apartment, the Court held that the fact that the landlord did not file a claim upon the spouse leaving the apartment prematurely despite the agreement and the fact that the landlord did not approach her when the checks of the other spouse bounced show that the landlord indeed agreed to waive such spouse obligations under the lease.



## זכאות עובד לתשלום בגין שעות טיסה במהלך נסיעת עבודה / יניב פרידהוף, עו"ד\*

המציאות העסקית הגלובאלית של היום מחייבת חברות רבות להטיס את עובדיהם ברחבי העולם לפגישות, השתלמויות, כנסים ומתן שירותים ללקוחות. האם שעות טיסה של העובד בשליחות המעסיק נחשבות לשעות עליהן זכאי העובד לתשלום?

חוק שעות עבודה ומנוחה הישראלי, אשר נחקק בשנות ה-50 המוקדמות לא הכיר במציאות גלובאלית זו והגדיר כי שעות עבודה הן השעות בהן עמד העובד לרשות העבודה ולרשות המעסיק שלו. על פי גישה זו נקבע כי אין לכלול את הזמן בו נסע העובד ממעונו למקום עבודתו ובחזרה ממנו כשעות עבודה המזכות בשכר. זאת, כאמור, מן הטעם הפשוט שהעובד אינו עומד לרשות העבודה בעת נסיעתו. עד לאחרונה היו קיימות פסיקות שונות בנושא שעות עבודה בהקשר של זמן טיסה, כשלעתים היתה הבחנה בין זמן נסיעת העובד אל שדה התעופה לבין הזמן בו שהה העובד בהמתנה לטיסה או בטיסה, כשהנסיעה לשדה התעופה לא חושבה כשעות עבודה ואילו המתנה לטיסה וטיסה חושבה כשעות עבודה. במקרים מסוימים היתה הבחנה בין טיסה בימי מנוחה וטיסה בימי עבודה ובין טיסות קצרות וטיסות ארוכות. מעסיקים רבים הכניסו הוראות בנושא להסכמי ההעסקה, אך הואיל ודיני העבודה נחשבים לחקיקה שלא ניתן להתנות עליה לא ברור אם הוראות אלה תיאכפנה בבית הדין לעבודה.

ב-5 נובמבר, 2015, ניתן בבית הדין הארצי לעבודה פסק דין אשר עשוי להסדיר אחת ולתמיד את הסוגיה. באותו המקרה דובר בעובד אשר דרש לקבל תשלום נוסף בגין הזמן שהעביר בנסיעות אל מעבר לים. אותו העובד חתם על הסכם העסקה שכלל סעיף לפיו ידרש לבצע את עבודתו בכל מקום בו מנהלת החברה את עסקיה ובית הדין קבע, כי העובד היה מודע לכך שהעסקתו כללה נסיעות מחוץ לישראל וכי העובד השתכר שכר גבוה משמעותית מהשכר הממוצע בתחום העסקתו. בית הדין קבע באותו מקרה, כי באופן עקרוני שעות בהן עשה העובד את דרכו ללקוחות מעבר לים אינן שעות בהן עמד העובד לרשות העבודה כלשון החוק ועל כן העובד אינו זכאי בתשלום עליהן כשעות עבודה.

אשר על כן, ולאורה של פסיקה זו, ככל שבכוונת המעסיק להעסיק עובדים אשר במסגרת תפקידם (אך לא במרכזו) יהיו מעבר לים ויקדישו לשם כך זמן, והכל לצורך הענקת שירותים ללקוחות המעסיק, אנו ממליצים כי המעסיק יציין זאת במפורש במסגרת הסכמי ההעסקה עליהם הוא מחתים את עובדיו. כמו כן מומלץ לציין בהסכם כי שכר העובד מגלם גם תוספת עבור שעות הטיסה. ככל שסעיף כזה אשר מציין מפורשות את הדרישה לנסיעות מטעם העבודה יובהר מפורשות בהסכם ההעסקה, וככל ששכרו של העובד עליו הוסכם טרם קבלתו לעבודה מגלם בתוכו את שעות הנסיעה, כך יתקשה עד מאוד העובד לטעון לימים כי לא ידע על כך ומתקוף כך זכאי לתוספת עבור שעות נוספות אלה אשר הקדיש לנסיעות. כמובן שמומלץ שכל הסכמי עבודה ייערכו על ידי עורך דין הבקיא בתחום, אף אם בידי המעסיק תבנית בה הוא משתמש, משלעתים שינוי קל בתבנית עשויה להיות לו משמעות גדולה.

---

\* עו"ד יניב פרידהוף הינו עורך דין במשרד אפיק ושות', העוסק בין היתר במשפט המסחרי, דיני חברות והגירה. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

## Entitlement of an employee to payment for business trip flight hours / Yaniv Friedhof, Adv.†

Today's reality requires many companies to fly their employees around the globe for meetings, seminars, conferences and for providing services to clients. Is an employee entitled to payment for flight hours made by the employee for its employer?

The Israeli Hours of Work and Rest Law enacted in the early 50s did not anticipate this global reality and defines working hours as the hours during which the employee is available for the employee's work and the employee's employer. Under this approach it was held that the employee's working hours do not include the time spent commuting to the work place. This, as mentioned above, for the simple reason that the employee is not available to work during such travel time. Until recently, there were contradictory rulings on the subject of flight hours, and sometimes there was a distinction between the time spent traveling to the airport and the time that the employee spent waiting for the flight or flying. Traveling to the airport has not been calculated as work hours while waiting for the flight and flight was. In some cases the Courts distinguished between flights on weekends and holidays and flight during working and between short and long flights. Many employers set provisions as to such topic into the employment agreements, but because labor laws are considered non-dispositive legislation is unclear whether such provisions will be enforced by the Labor Courts.

On November 5, 2015, the National Labor Court issued a ruling that may settle once and for all this issue. The case concerned an employee who demanded additional payment in respect of overseas travel time. The employee signed an employment agreement that included a clause whereby the employee committed to work wherever the company conducts business and the Court held that the employee was aware that the employment includes trips abroad and that the employee's salary was significantly higher than the average wage in such field of employment. The Court held that in principle hours spent by the employee traveling overseas to customers are hours in which the employee was not available to work and therefore do not qualify for payment as work hours.

Accordingly, and in light of such ruling, if the intention of employer is to hire employees who will be required to spend some (but not most) of their working hours overseas in order to supply services to customers, we recommend that the employment agreement will specifically state so. It is also advisable to state in the employment agreement that the employee's salary includes payment for flight time. A paragraph that explicitly stating the requirement for travel and including compensation for such hours in the employee's salary will make it very difficult for the employee to later claim a right to additional payments for flight time. Naturally, it is advisable that all employment agreement be prepared by an attorney acquainted with this topic, even if the employer has a template used for employment agreement, because sometimes a slight change to the template may have material consequences.

---

† Advocate Yaniv Friedhof is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) whose main practice areas are commercial law, corporate law and immigration. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: [afiklaw@afiklaw.com](mailto:afiklaw@afiklaw.com)

## בית המשפט העליון: יועצים אסטרטגיים אחראים למהימנות המידע בקמפינים נגטיביים

אלה לויזינריב, "חדשות", עמ' 15

הלכה חדשה של ביהמ"ש העליון המטילה על יועצים אסטרטגיים אחריות למידע המפורסם בקמפינים נגטיביים

# בית המשפט העליון: יועץ תקשורת חייב לוודא שהלקוח מסר לו מידע אמיתי ומהימן

**ב**ראשית 2014, בפסק דין עקרוני ותקדימי, שרשט שופט המחוזי בת"א, עופר גרוסקופף, לראשונה, את גבולות האחריות של יועצי התקשורת לתכנים שהם מעבירים במסגרת קמפינים נגטיביים עבור אחרים. בין היתר, נקבע, כי יועץ אסטרטגי – בפעולתו כמסייע או כמייצע ללקוח בפרסום מידע – צריך לוודא שהלקוח מסר לו מידע אמיתי ומהימן, ושהוא מאמין בו בתום לב, ולא להסתמך על אמירה כללית של הלקוח בעניין זה.

הלכה זו הובילה לסערה בקרב יועצי התקשורת, שטענו כי מדובר בהטלת אחריות כבדה מדי של חקירה וברדיקה, ובעלי הדין בתיק הגישו ערעור לבית המשפט העליון על הקביעה העקרונית. השבוע דחה העליון את הערעור, ואישר את ההלכה שיצאה מביהמ"ש המחוזי, לפיה יועצי התקשורת צריכים לוודא כי מידע שהם מפרסמים בשם לקוחותיהם אינו מופרך. "הטעם לכך הוא שיועצים אלו הם אנשי מקצוע, אשר יכולתם לנתח בזמן אמת את המידע, ולהעריך את אמינותו ואת חשיבותו באופן אובייקטיבי ושקול, עולה בהרבה על זו של מועמד המצוי בסערת המרוץ. הטלת אחריות מסוג זה מועילה הן למועמד שאותם יועצים משרתים, והן לאינטרס הציבורי, המבקש למנוע ניצול לרעה של מכשיר הקמפיין הנגטיבי",



ארד. אחריות מוגברת

קבע השופט גרוסקופף בהלכה שהפכה למחייבת עם חותמת האישור של העליון.

### הכפשות החדדות

ההלכה התקדימית נקבעה בעקבות מערכת הבחירות הסוערת ורוויות האמוציות וההכפשות ההדדיות לנשיאות לשכת רואי החשבון בשנת 2009, במסגרת תביעת לשון הרע שהגיש אחד המתמודדים, ר"ח עופר מנירב, בסך 5 מיליון שקל, נגד חברת ארד תקשורת שבבעלות יובל ואייל ארד וליאור חורב, משרד רואי החשבון BDO זיר האפט ויועץ התקשורת בן ציון ציטרין (בהמלצת ביהמ"ש, הופחת סכום הפיצוי הנתבע ל-2.5 מיליון שקל). בתביעה נטען כי במהלך ניהול הקמפיין של נשיא לשכת ר"ח לשעבר, יגאל גוזמן ז"ל, נשלחו לחברי הלשכה מיילים המכפישים את מנירב מכתובת מייל לא מוזהה, וכי שולחי המיילים ביקשו להישאר אנונימיים והסתייעו



מנירב. "מטרתו הושגה"

לצורך כך בחברת "אימיליון" להפצת מיילים, המחזיקה בשרת בארה"ב. בנוסף, נטען כי אחד המיילים המכפישים פורסם בעיתון "כלכליסט". במהלך הדיונים המוקדמים בתביעה נחשף כי "ארד תקשורת" היא זו שהזמינה את משלוח המיילים. בפברואר 2014 קבע ביהמ"ש המחוזי מרכז, כי חברת אייל יובל ארד תקשורת, היועץ האסטרטגי ליאור חורב (שבעבר היה שותף בחברה) ואיש יחסי הציבור בן ציון ציטרין, ישלמו יחד 80 אלף שקל פיצוי למנירב, בעקבות הקמפיין הנגטיבי שניהלו נגדו עבור גוזמן. תחילה ציין השופט, כי הגורם המרכזי האחראי לפרסום המכפיש את מנירב הוא גוזמן בעצמו, כיוון שהיה זה שאישר והורה על הפרסום. ואולם, ציין מנירב בה, בצדק, שלא לתבוע את עובדו של גוזמן. כאשר לכלל הראוי ביחס לאחריותם של יועצים אסטרטגיים ויועצי תקשורת לנאמר במסגרת קמפיין בחירות

נגטיבי, ציין השופט כי "לקמפיין מסוג זה יש ערך חברתי, ועל כן, למרות הסלידה שהוא עלול לעורר לעתים, יש לאפשר את קיומו. לא זו אף זו, כאשר המידע המוצג במסגרת הקמפיין מקבל נופך התואם את חשיבותו הציבורית, הרי שראוי להכיר בהגנה למפרסם, גם במצבים בהם מתברר כי למרות בדיקות נאותות שקיימו הגורמים האחראים לפרסום, המידע היה שגוי". ואולם, קבע המחוזי כי "שונים פני הדברים אם מדובר במידע שאמינותו הייתה מופרכת מלכתחילה, או שאמינותו כלל לא נבדקה, או שהוצג בצורה מנופחת וחסרת פרופורציה לחשיבותו". כלל זה, קבע השופט, מן הראוי להחיל לא רק על המועמד שבשמו פורסם המידע, אלא גם על היועצים המנסחים את המסר ועושים את הפעולות המביאות לפרסומו. בכך, קיבל השופט את תביעתו של מנירב באופן חלקי. ואולם, קבע כי לא ניתן להיעתר לבקשותיו בנוגע להיקף הפיצוי המגיע לו. בין היתר ציין השופט, כי "הקמפיין הנגטיבי נגד מנירב היה חלק ממערכת בחירות סוערת, שמנירב נושא באחריות לה לא פחות מגוזמן".

### מידע מקורי ואמין

מנירב לא ויתר והגיש ערעור לעליון על פסק הדין, במסגרתו טען כי סכום הפיצוי שנפסק לזכותו "הינו בלתי סביר בעליל, לנוכח חומרת ההכפשות ואופן

## הפסד הכפול של מנירב

# מנירב פוצה ב-80 אלף ש', אך ישלם לנתבעים הוצאות בסך 100 אלף ש'

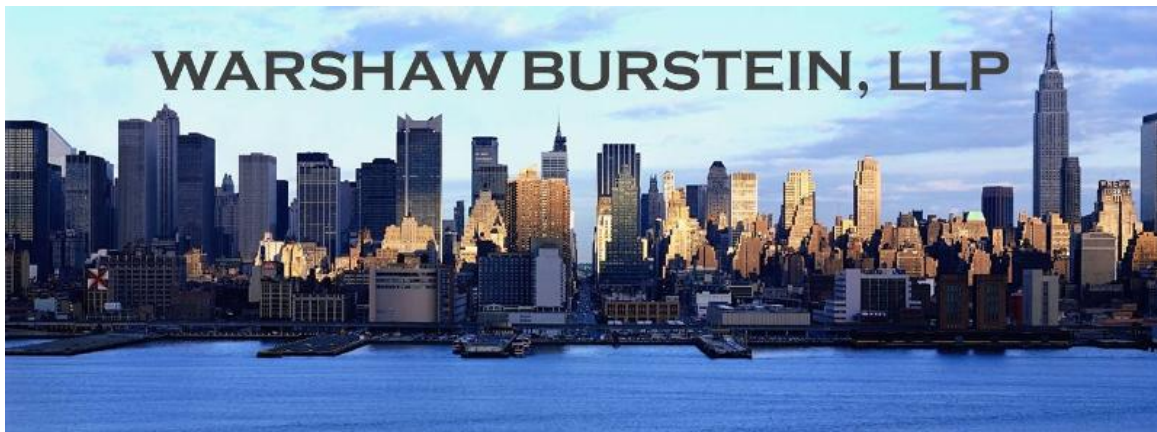
ש שנים חלפו עד שהסתיימה "פרשת הקמפיין הנגטיבי" של בחירות 2009 לראשות לשכת רואי החשבון. ר"ח עופר מנירב ניהל מאבק עיקש וממושך, החל במכתבי התראה לפני תביעה, דרך ניהול תביעה בבית המשפט המחוזי וכלה בערעור לעליון, שנדחה השבוע. מנירב לכאורה זכה במחוז, כשזה הכיר בכך שפגעו בו. ואולם, השופט קיבל את תביעתו באופן חלקי ופסק לו פיצוי בגין פגיעה זו, אך בפועל, יצא מנירב נפסד כלכלית מההליך. כעת, ערעורו עליון העצים את ההפסד והפך אותו להפסד כפול. במסגרת בחלטת המחוזי נדחתה במלואה תביעתו של מנירב נגד משרד רואי החשבון BDO ונגד ר"ח קובי נבון (היה אחד הגורמים הפעילים במטה גוזמן, ולטענת מנירב עמד מאחורי ההחלטה האסטרטגית של מטה גוזמן לנקוט נגדו בקמפיין הנגטיבי), ומנירב חויב בהוצאות בהיקף 40 אלף שקל לכל אחד מהם. חישוב פשוט של סכום הפיצוי שנפסק לטובת מנירב בתיק – 80 אלף שקלי בהפחתת סכום הפיצוי שהוא נדרש לשלם לנתבעים שתיבעתם נגדו נדחתה – 40 אלף שקל לכל אחד, ובסך הכול 80 אלף שקל, מוביל את מנירב לסכום פיצוי אפס מהפרשה. לזאת, צריך להוסיף את הוצאות המשפט שמנירב נדרש להוציא, שכר טרחת עורכי דינו, ימי עבודה שאבדו בעת

שנדרש להתייצב בביהמ"ש ועוד – ואנו מגיעים לכך שעלות התיק עבור מנירב, עלתה על התועלת. מנירב כמוכן הבין את זה. הוא ערער לביהמ"ש העליון. בין היתר, טען, באמצעות עו"ד סביר רבין, כי העובדה שביהמ"ש המחוזי פסק לטובתו 50 אלף שקל פיצוי בלבד בגין המייל הפוגע ו-30 אלף שקל בלבד בגין הכתבה ב"כלכליסט" תעודד מעוולים בכלל ובקמפיין בחירות בפרט, שכן התועלת שתצמח למעוול גבוהה, בוודאות, מהסכום המינימליסטי שיפסק לחובתם. בנוסף, ערער מנירב על החיית התביעה נגד משרד BDO ונגד ר"ח נבון, ועל סכום הפיצוי שבו חויב לטובתם.

מנירב מסר בתגובה: "השיקול הכלכלי אף פעם לא עניין אותי בתביעה ולראיה יש לי תביעה אחרת נגד ר"ח קובי נבון, שבמסגרתה בכלל הגשתי קובלנה פלילית נגדו, שם אין כלל פיצוי כספי. זו תביעה שמתבררת כיום בביהמ"ש. ערעורתי לעליון משתי סיבות: האחת, בגלל הסכום הכספי וכדי לצרף את נבון, שלדעתי היה חלק בפגיעה בי; והשנייה היא כדי שתהיה הלכה בעליון בכל הנושא של אחריות היועצים ואנשי התקשורת – וברגע שהעליון אימץ את החלטת המחוזי, השגתי מטרה זו. "עוד 100-200 אלף שקל לא היו מחזירים את השם הטוב שנפגע לי. השם שלי שווה יותר מכסף".

אלה לויזינריב





December 1, 2015

## CLIENT ALERT

### SEC Adopts Final Crowdfunding Rules

On October 30, 2015, the Securities and Exchange Commission ("SEC") voted to adopt final rules - Regulation Crowdfunding<sup>1</sup> - to implement the crowdfunding provisions of Title III of the Jumpstart our Business Startups Act of 2012 (the "JOBS Act"). Regulation Crowdfunding relates to new section 4(a)(6) of the Securities Act of 1933, as amended (the "Securities Act"), which was adopted pursuant to the JOBS Act and which sets forth the crowdfunding exemption from the registration requirements of the Securities Act.<sup>2</sup>

Crowdfunding as contemplated by the JOBS Act refers to *securities* crowdfunding as a method for raising limited amounts of capital from a potentially large pool of investors over the Internet. Regulation Crowdfunding permits securities crowdfunding and is intended to help startups and small businesses raise capital by making low dollar offers of securities less costly and enabling smaller ("non-accredited") investors to invest in such offerings of securities.

Regulation Crowdfunding follows, in most significant respects, the crowdfunding rules proposed by the SEC in October 2013 (the "Proposed Rules") and permits small businesses to raise a maximum aggregate amount of \$1 million in any 12-month period by offering securities in crowdfunding transactions on the Internet through SEC-registered intermediaries called funding portals.

Regulation Crowdfunding will become effective May 16, 2016, except that the forms enabling funding portals to register with the SEC will become effective January 29, 2016.

#### Overview of Regulation Crowdfunding

Regulation Crowdfunding sets forth certain specified requirements regarding the dollar amount an issuer can raise and the dollar amount a person can invest. Under Regulation Crowdfunding:

- an issuer is permitted to raise a maximum aggregate amount of \$1 million through

crowdfunding offerings in a 12-month period

- individual investors, over the course of a 12-month period, are permitted to invest in the aggregate across all crowdfunding offerings up to:
  - if *either* their annual income *or* net worth is less than \$100,000, then the greater of:
    - \$2,000 or
    - 5 percent of the lesser of their annual income or net worth
  - if *both* their annual income *and* net worth are equal to or more than \$100,000, then 10 percent of the lesser of their annual income or net worth
- during the 12-month period, the aggregate amount of securities sold to an investor through all crowdfunding offerings may not exceed \$100,000.

In addition, Regulation Crowdfunding sets forth rules regarding use of intermediaries (brokers or funding portals) through which crowdfunding offerings must be conducted, disclosure requirements, holding periods for the securities offered and who may rely on the exemption, including the following:

- an issuer must use only one intermediary to conduct an offering and the offering must occur over the Internet
- issuers are required to provide disclosures, including financial information, to the SEC, investors and intermediaries
- purchasers of securities sold in crowdfunding offerings generally will be required to hold such securities for one year and may not resell them (except to the issuer, an "accredited investor," as part of an SEC registered offering, or to a family member of the purchaser in connection with certain events, such as death or divorce)
- only U.S. companies are eligible to rely on the crowdfunding exemption. Ineligible companies include non-U.S. companies, reporting companies under the Securities Exchange Act of 1934, as amended ("Exchange Act"), certain investment companies, companies that are disqualified under Regulation Crowdfunding's disqualification rules ("bad actor" disqualification), companies that have failed to comply with the annual reporting requirements under Regulation Crowdfunding during the two years immediately preceding the filing of the offering statement, and companies that have no specific business plan or have indicated that their business plan is to engage in a merger or acquisition with an unidentified company or companies.

Also, holders of securities offered pursuant to the crowdfunding rules do not count toward the threshold number of holders that would require a company to register under the SEC under Section 12 (g) of the Exchange Act, provided certain conditions are met.

#### Requirements for Issuers

Issuers offering or selling securities under Regulation Crowdfunding must file certain information with the SEC and provide the information to investors and relevant intermediaries. The disclosures include:

- name, legal status, physical address and website address of the issuer;
- names of the directors and officers and each person holding more than 20% of the shares of the issuer;
- description of the business of the issuer and its anticipated business plan;
- description of the financial condition of the issuer;
- description of the stated purpose and intended use of the proceeds of the offering;
- target offering amount, the deadline to reach the target and regular updates about the issuer's progress in meeting the target;
- price to the public of the securities or the method for determining price; and
- description of the ownership and capital structure of the issuer.

These disclosures, and any additional disclosures the SEC requires for the protection of investors and in the public interest, are required to be filed with the SEC via EDGAR on Form C. An issuer must amend its disclosures to reflect any material changes in the offer terms or in disclosures previously provided to investors. The amended disclosures also must be filed with the SEC on Form C.

Financial statements are to be prepared in accordance with the U.S. GAAP for the shorter of the issuer's two most recent fiscal years or the period since the issuer's inception. The level of financial statement review is based on the amount offered within the preceding 12-month period:

- for issuers offering \$100,000 or less: financial statements must be certified by the principal executive officer to be true and complete in all material respects
- for issuers offering more than \$100,000 but not more than \$500,000: financial statements must be reviewed by an independent public accountant
- for issuers offering more than \$500,000 but not more than \$1 million relying on Regulation Crowdfunding for the first time: financial statements must be reviewed by an independent public accountant<sup>3</sup>
- for issuers that previously sold securities in reliance on Regulation Crowdfunding: financial statements must be audited by an independent public accountant.

In each of the above cases, if audited financial statements of the issuer are available, they must be provided.

Issuers of securities under Regulation Crowdfunding would be required to file an annual report with the SEC no later than 120 days after the end of the fiscal year covered by the report.

An issuer's ability to advertise is limited. An issuer may not advertise the terms of the offering except that it may provide a notice that can include no more than (i) a statement that the issuer is conducting an offering, the name of the intermediary through which the offering is being conducted and a link directing the investor to the intermediary's platform; (ii) terms of the offering; and (iii) certain limited factual information about its business.



The permitted notice will be similar to "tombstone ads" under Rule 134 under the Securities Act.

### Requirements for Intermediaries

Crowdfunding transactions must be conducted through an intermediary, meaning a broker, as defined in the Exchange Act, or a new limited type of entity, called a "funding portal." An issuer relying on Regulation Crowdfunding would be required to conduct its offering through one intermediary at a time. The overall regulatory burdens for a funding portal will be somewhat less than those of a broker. Nevertheless, funding portals will be required to register with the SEC and a national securities association (such as FINRA). Directors and officers of a funding portal may *not* have a financial interest in the issuer using its services. However, the intermediary, itself, *may* receive compensation for services provided to the issuer, including shares of the securities being offered under the crowdfunding offering.<sup>4</sup>

Under Regulation Crowdfunding, intermediaries are required to:

- provide disclosures related to risk and other investor education materials (these include, among other things, the process, types of securities being offered, restrictions on resale, limits on investment amount, manner of intermediary compensation and circumstances for cancellation of investment)
- take measures to reduce the risk of fraud (this requires the intermediary to have a "reasonable basis" for believing the issuer is complying with the crowdfunding rules and Regulation Crowdfunding, although the intermediary may reasonably rely on the representations of the issuer, unless the intermediary has reason to question the reliability of those representations)
- make available information required to be provided by the issuer not later than 21 days prior to sale of securities
- take measures to ensure that investors do not exceed their investment limitations
- take measures to ensure that investors understand the risks associated with an investment
- provide on its platforms channels through which investors can communicate with one another and with the issuer about the offerings (the intermediary that is a funding portal would be prohibited from participating in these communications).

Pursuant to Regulation Crowdfunding, a funding portal may not:

- offer investment advice or recommendations
- solicit purchases, sales or offers to buy the securities offered or displayed on its portal
- compensate persons for such solicitation or based on the sale of securities on its portal
- hold or manage investor funds or securities.

Despite the foregoing restrictions, Regulation Crowdfunding provides a non-exclusive safe harbor under which funding portals could engage in certain limited actions

consistent with the foregoing restrictions. A funding portal, among other things, may highlight offerings on its platform, provide communication channels, advise issuers on the structure or content of its offerings, compensate others for referring (*not soliciting*) persons to the funding portal, pay compensation to or receive compensation from a registered broker-dealer (provided such compensation is permitted under Regulation Crowdfunding and otherwise is not prohibited), and advertise the existence of the funding portal and the offering. Most importantly, under Regulation Crowdfunding, a funding portal may determine whether and under what terms to allow an issuer to offer or sell securities through its platform.

### Liability

An issuer will be liable to a purchaser in a crowdfunding transaction if, in connection with the offer or sale of securities, it makes an untrue statement of a material fact or omits to state a material fact, provided the purchaser did not know of the untruth or omission, and the issuer does not sustain the burden of proof that such issuer did not know, and in the exercise of reasonable care could not have known, of the untruth or omission. For purposes of liability, the issuer includes "any person who offers or sells the security in such offering." The SEC recognized that based on that definition, an intermediary *would* be considered an issuer for purposes of liability and specifically declined to preclude investors from bringing a private right of action against funding portals. The SEC stated that the determination of "issuer" liability for an intermediary would turn on the facts and circumstances of the particular matter.

### Conclusion

Regulation Crowdfunding clearly reflects an attempt by the SEC to strike a balance between facilitating capital formation (making securities crowdfunding accessible to smaller investors and smaller issuers), while at the same time protecting investors from fraud. Regulation Crowdfunding imposes substantial requirements on issuers and intermediaries to maintain an appropriate balance while providing new opportunities to smaller investors. Notwithstanding, or perhaps because of the attempt at reaching a balance, concerns persist:

- On the one hand, crowdfunding will provide a boost to startup companies and small businesses looking to raise small amounts of capital; on the other hand, the smaller investors from whom they will raise the capital likely are unsophisticated, and therefore more vulnerable.
- On the one hand, investment limitations likely will have a negative impact on capital formation, making it more difficult for issuers to reach their funding target; on the other hand, the limitations will reduce the inherent risk of loss for investors that accompanies the high failure rates associated with investments in startup companies and small businesses.
- On the one hand, access to high risk/reward investments now will be open to smaller investors; on the other hand, it is not clear that these smaller investors will be able to sustain losses in the full amount of their investments, albeit as low as \$2,000.
- On the one hand, crowdfunding will provide a potential source of funding to startup companies and small businesses that lack the business experience necessary to obtain conventional financing; on the other hand; this very lack of business experience suggests that many of these potential issuers are likely to fail after receiving funding.<sup>5</sup>

- On the one hand, crowdfunding will enable small issuers to raise small amounts of capital in a relatively short period of time; on the other hand, investors generally will not be able to sell the securities purchased in a crowdfunding offering for a period of one year and perhaps even longer than that, as there may not be a reliable secondary market, which would leave smaller investors holding illiquid investments in securities.
- On the one hand, some of the restrictions placed on issuers, such as requiring them to provide reviewed or audited financial statements and to retain and pay an intermediary will offer protection to smaller investors; on the other hand, those requirements make the limited capital raising process (maximum of \$1 million in any 12-month period) disproportionately expensive, which and could deter issuers from the crowdfunding process.
- On the one hand, an issuer raising \$1 million at the rate of \$2,000 per investor allows 500 new smaller investors to participate in a crowdfunding offering; on the other hand, 500 shareholders is a lot of shareholders for an issuer with a relatively small capital structure to manage.
- On the one hand, crowdfunding provides issuers that cannot get bank loans or venture capital with an avenue to raise capital; on the other hand, that leaves smaller investors prey to the most risky of opportunities.
- On the one hand, intermediaries will be able to deny issuers access to use their platforms; on the other hand, intermediaries will be liable to investors as "issuers" for material misstatements and omissions of fact, although it remains unclear as to what degree they will be liable for an issuer's misstatements and omissions.

It remains to be seen whether the SEC has struck the right balance and whether Regulation Crowdfunding will prove to be a useful tool to enable smaller issuers to raise capital and at the same time to protect smaller investors. We continue to monitor the situation.

\*\*\*\*\*

Please contact Meryl Wiener, the undersigned or your regular Warsaw Burstein attorney for assistance in connection with any issues you may have concerning crowdfunding. We can assist you in your capacity as an issuer, an intermediary or an investor.

Frederick R. Cummings, Jr.	<a href="mailto:FCummings@wbcsk.com">FCummings@wbcsk.com</a>	(212) 984-7807
Thomas Filardo	<a href="mailto:TFilardo@wbcsk.com">TFilardo@wbcsk.com</a>	(212) 984-7806
Marshall N. Lester	<a href="mailto:MLester@wbcsk.com">MLester@wbcsk.com</a>	(212) 984-7849
Murray D. Schwartz	<a href="mailto:MSchwartz@wbcsk.com">MSchwartz@wbcsk.com</a>	(212) 984-7701
Stephen W. Semian	<a href="mailto:SSemian@wbcsk.com">SSemian@wbcsk.com</a>	(212) 984-7764
Kyle A. Taylor	<a href="mailto:KTaylor@wbcsk.com">KTaylor@wbcsk.com</a>	(212) 984-7797
Meryl E. Wiener	<a href="mailto:MWiener@wbcsk.com">MWiener@wbcsk.com</a>	(212) 984-7731

<sup>1</sup> The full text of Regulation Crowdfunding is available at <https://www.sec.gov/rules/final/2015/33-9974.pdf>.

<sup>2</sup> Regulation Crowdfunding does not apply in situations in which securities are not being offered.

<sup>3</sup> This represents a significant change from the Proposed Rules, which required that companies offering \$500,000 or more provide audited financial statements.

<sup>4</sup> Permitting intermediaries to receive a financial interest in the issuer is a departure from the Proposed Rules, which prohibited intermediaries from receiving stock or other financial interest in the issuer as compensation.

<sup>5</sup> Failure rates documented in various studies of startup companies and small businesses that cover the period 1980 through 2010 are high, despite involvement of sophisticated investors, such as venture capital investors. Because issuers engaging in securities crowdfunding will be in an even earlier stage of development than of the studies conducted, it would appear that issuers relying on Regulation Crowdfunding will have an even higher failure rate.



© Warshaw Burstein, LLP, 2015. All rights reserved. This memorandum was prepared as a service to clients and other friends of Warshaw Burstein to report on recent developments that may be of interest to them. The information in it is therefore general, and should not be considered or relied on as legal advice. Throughout this memorandum, "Warshaw Burstein" and the "firm" refer to Warshaw Burstein, LLP.

Warshaw Burstein represents clients in the tri-state area of New York, New Jersey and Connecticut, across the United States and around the world.

Warshaw Burstein, LLP |  
[warshaw.burstein.llp@wbcsk.com](mailto:warshaw.burstein.llp@wbcsk.com)  
| 555 Fifth Avenue | New York |  
NY | 10017