



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

גיליון 277: 27 פברואר, 2019  
Issue 277: February 27, 2019

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  
103 Ha'Hashmonaim St., POB 20144, Tel Aviv 6120101, Israel, Telephone: +972-3-609.3.609

## תוכן עניינים

Afik & Co verweist auf das Datum der Gründung des deutschen Fußballclubs Bayern München, auch als "Judenclub" bekannt, am 27. Februar 1900

אפיק ושות' מצינת את יום ייסוד מועדון הכדורגל הגרמני באיין מינק (27 פברואר, 1900), המכונה לעתים בשם "המועדון היהודי".

Afik & Co. marks the date of founding of the German football club Fußball-Club Bayern München (27. February 1900), sometimes knows as the "Jew's club".

### 1. מאמר: לולא היו לו שלושה צדדים, לא היה זה הברוז שלי / עו"ד דורון אפיק, עו"ד איתמר האוזר Article: Had it not had three sides it wouldn't have been my duck! / Doron Afik, Esq., Itamar Hauser, Adv.

מאמר בנושא הפן הגלוי והסמוי של העסקאות, מאת עו"ד דורון אפיק ועו"ד איתמר האוזר, ממשרד אפיק ושות'. את המאמר בשפה העברית ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/articles/a277>

An article on the overt and covert aspects of transactions, by Doron Afik, Esq. and Itamar Hauser, Adv. of Afik & Co. The article in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/articles/a277>

### 2. עדכוני תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך Corporate, Antitrust and Securities Law Update

א. מנכ"ל חברה שחרג מסמכות עשוי לחייב את החברה אך לחוב אישית כלפי החברה  
שלום חיפה: שלוח שפעל ללא סמכות לא מחייב את השולח אלא אם השולח אימץ את הפעולה; שלוח שפעל בשם חברה והצד השלישי לא ידע ולא אמור היה לדעת על חריגה מסמכות או העדר סמכות יחייב את החברה אך יחוב כלפי החברה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8874>

**A CEO who acted without authority may obligate the company but be personally liable to the company**  
Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8875>

ב. במקרים מסוימים בעל מניות או דירקטור יכול להגיש תביעה בשם החברה  
העליון: לא ניתן לאפשר הגשת תביעה נגזרת הנוגעת לגבי הזכויות בקניין הרוחני של אודיו פיקסלס, הנסחרת כיום באוסטרליה, מכיוון שסיכויי התביעה נמוכים. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8876>

**In certain cases a shareholder or a director may file a claim on behalf of the company.** Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8877>

ג. גיוס הון מבעלי המניות נדרש להיות לטובת החברה ובאופן שוויוני והוגן לכל בעלי המניות  
מחוזי חיפה: חברה רשאית לקבל החלטה על גיוס הון אך הדבר נדרש להיות תוך שמירה על שוויון והגינות כלפי בעלי המניות, כך שלא ייווצר מצב בו בעל מניות מקופח. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8878>

**Raising of capital by a company from its shareholders need be for the benefit of the company, equal and fair to all shareholders.** Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8879>

### 3. עדכוני משפט מסחרי, קנין רוחני ודיני עבודה Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

#### א. התחייבות הסכמית לאי תחרות חייבת להיעשות בהסכם מפורש

כלכלית ת"א: אי תחרות אינה קיימת ככלל על פי דין והתחייבות צד שלא להתחרות באחר חייבת להיעשות בהסכם ברור ומפורש; לא כל מידע שנאסף על ידי חברה יוכר כסוד מסחרי אשר יזכה להגנה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8880>  
**A contractual obligation of non-compete must be made by an explicit agreement.** Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8881>

#### ב. מעסיק מחויב לפעול למניעת הטרדה מינית בעבודה

עבודה נצרת: מעסיק שלא מנע הטרדה מינית יהיה אחראי לפיצוי אך אם הוא גם המטריד עצמו לא ישלם כפל פיצוי. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8882>  
**An employer must act to prevent sexual harassment at the work place.** Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8883>

### 4. עדכוני מקרקעין

#### Real Estate Law Updates

#### מתווך נדל"ן זכאי לעמלה רק אם החתים לקוח על הזמנה לביצוע פעולת תיווך

מחוזי ב"ש: כדי שמתווך נדל"ן יקבל עמלה הוא צריך גם להיות הגורם היעיל בתיווך לעסקה וגם להחתים את הלקוח על הזמנה בכתב למתן שירותי תיווך. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/8884>  
**A realtor is entitled to commission only if he had the client sign an order to perform an act of brokerage.** Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/8885>

---

אפיק משפטי הוא המגזין המקצועי של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, המופץ אחת לשבועיים לקהל של אלפי אנשים ברחבי העולם וכולל מידע מקצועי תמציתי בנושאים משפטיים-עסקיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. להסרה או הצטרפות יש לשלוח מייל לכתובת [newsletter@afiklaw.com](mailto:newsletter@afiklaw.com) ובכותרת לכתוב "אנא הסירו/צרפו אותי לרשימת התפוצה". מגזין זה כפוף לזכויות יוצרים אך ניתן להעבירו לכל אדם ובלבד שיועבר בשלמות וללא כל שינוי. אין באמור במגזין ייעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות לעורך דין 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)). Afik News is disseminated every second week to an audience of thousands of subscribers worldwide and includes concise professional data 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 an attorney for a specific advice with any legal issue you may have.

For previous Afik News publication see <http://www.afiklaw.com>

---

מאמר בנושא הפן הגלוי והסמוי של עסקאות וכיצד ניסוח לא זהיר של הסכם עשוי להוביל לפרשנות מאוחרת שאינה הכוונה המקורית של הצדדים, מאת עו"ד דורון אפיק ועו"ד איתמר האוזר, ממשרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות', המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיות, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. עו"ד איתמר האוזר הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועוסק בעיקר בתחום העסקאות הבינלאומיות, מיזוגים ורכישות, תאגידים וליטיגציה מסחרית. את המאמר ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/articles/a277>

An article on the overt and covert aspects of transactions and how uncaredful drafting of an agreement may lead to a later interpretation of the agreement that is different than what the original intent of the parties, by Doron Afik, Esq. and Itamar Hauser, Adv. of Afik & Co. ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). Doron Afik, Esq. is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries. Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. Advocate Itamar Hauser is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary, whose main practice areas are international transactions, mergers and acquisitions, corporate law and litigation. The article in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/articles/a277>

א. מנכ"ל חברה שחרג מסמכות עשוי לחייב את החברה אך לחוב אישית כלפי החברה

**A CEO who acted without authority may obligate the company but be personally liable to the company**

[ת.א. (חי') 19399-12-14 יוסף פייט ל' א. עמית ושות' חברה לבנין ופיתוח בע"מ, בית משפט השלום בחיפה, 13.01.2019, כב' השופט אורי גולדקורן]

מתווך סגר בעל פה עמלת תיווך מול מנכ"ל חברה בגין חיבור עסקי והמנכ"ל אף אישר לאחר מכן טלפונית שהוא פועל בשם החברה, אולם מאוחר יותר התכחשה החברה לסמכות המנכ"ל לחייב אותה בהסכם זה.

בית המשפט חייב את החברה לשלם למתווך את דמי התיווך ואת המנכ"ל לשפות את החברה. העיקרון הכללי בדיני השליחות הוא שמי שפעל בשם אחר ללא הרשאה אינו מחייב או מזכה את אותו אחר, אלא אם הוא אימץ לאחר מכן את הפעולה והשלוח המתחזה אחראי באופן אישי כלפי הצד השלישי. להבדיל, כשמדובר במי שפעל בשם חברה, פעולה שבוצעה תוך חריגה מסמכות או בהיעדר סמכות, כאשר הצד השלישי לא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה או על היעדר ההרשאה, תחייב את החברה כלפי הצד השלישי אך החברה תוכל לאחר מכן לדרוש שיפוי ממי שפעל מטעמה ללא סמכות. כאן לא הייתה למתווך סיבה לחשוד שהמנכ"ל פועל ללא סמכות ולכן פעולות המנכ"ל מחייבות את החברה, אך המנכ"ל אחראי אישית כלפי החברה לשלם את הכספים.

A middleman orally agreed with the CEO of a company on a commission for a business connection and the CEO later confirmed by phone that he acted on behalf of the company. However, later the company contended that the CEO did not have authority to obligate it and repudiated the agreement.

The Court obligated the company to pay the middleman and the CEO to reimburse the company. The general principle of agency law is that an agent acting for another without authority does not obligate or benefit the other unless the other later adopted the actions and the agent acting without authority is personally liable to the third party. However, in the case of a person acting for a company, an action taken out of authority, if the third party did not know, and need not have known of the lack of authority, obligates the company vis-à-vis the third party but the company can later on demand reimbursement from the person who acted out of authority. Here the middleman had no reason to suspect that the CEO acted without authority and, thus, the CEO's actions obligate the company but the CEO is personally liable to the company for the funds to be paid.

## ב. במקרים מסוימים בעל מניות או דירקטור יכול להגיש תביעה בשם החברה

### In certain cases a shareholder or a director may file a claim on behalf of the company

[ע"א 2988/17 בי-4 בע"מ (בפירוק מרצון) נ' אודיו פיקסלס בע"מ, בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, 12.02.2019, כב' השופטים מני מזוז, עופר גרוסקופף, אלכס שטיין]

אחד ממייסדי חברה ובעל מניות מיעוט בה ביקשו להגיש בשם החברה תביעה נגד בעלי השליטה בחברה בטענה כי בעלי השליטה נטלו מהחברה רעיון פיתוח חדשני לרמקול דיגיטלי והעבירו אותו לחברה אחרת שהוקמה על ידם, חברת אודיו פיקסלס בע"מ, אשר בינתיים נרשמה למסחר (באמצעות חברת אם המחזיקה אותה בבעלות מלאה) בבורסה האוסטרלית.

בית המשפט העליון דחה את הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. תביעה נגזרת נועדה למנוע מצב של כשל בממשל התאגידי הגורם לכך שזכות תביעה טובה העומדת לחברה לא תמומש וזאת על ידי אישור בית המשפט לבעל מניות או דירקטור לפעול בשם החברה. יש לוודא כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה והתובע אינו פועל בחוסר תום לב. לשם כך בית המשפט בודק כבר בשלב הראשון האם קיימת כדאיות בהגשת התביעה, וזאת בראיית סיכוייה, סיכוייה ועלויותיה, וכי המבקש הוא גורם אשר ראוי להפקיד בידיו את ניהול ההליך בשם החברה. כאן אין ספק שהתביעה היא נגד בעלי השליטה ולכן קיים כשל תאגידי המצדיק ניהול הליך תביעה נגזרת, אולם נראה שסיכויי התביעה נמוכים ולכן במבחן הסיכון-סיכוי ניהול התביעה אינו פועל לטובת החברה, מאחר שעלויות התביעה עולות על תוחלת התועלת הצפויה מניהולה.

One of the founders and a minority shareholder in a company sought to file on its behalf a claim against the control holders contending that they took from the company a novel idea for the development of a digital loudspeaker and transferred it to a company newly incorporated by them – Audio Pixels Ltd. – which in the meanwhile was registered for trade (by a mother company wholly owning it) on the Australian Stock Exchange (ASX).

The Supreme Court rejected the motion to approve the derivative claim. A derivative claim is a tool meant to prevent a situation under which due to a corporate governance failure, a proper right of claim of the company is not consummated, and this is by way of a right given by the Court to a shareholder or a director to act on behalf of the company. One need to ensure that the claim and its management are for the benefit of the company and the movant does not act in bad faith. For this, the Court checks at the early stage already whether it is worthwhile to file the claim, checking the chances, risk and costs, and that the movant is the correct entity to manage the proceedings on behalf of the company. Here it is undoubtful that the claim is against the control holders and thus there is a corporate governance failure that justifies the derivative claim, but it seems that the chances of the claim are slim and thus, under the chances vs. risks test, managing the proceedings is not for the benefit of the company because the costs weigh against the benefits from the proceedings.

## ג. גיוס הון מבעלי המניות נדרש להיות לטובת החברה ובאופן שוויוני והוגן לכל בעלי המניות

### Raising of capital by a company from its shareholders need be for the benefit of the company, equal and fair to all shareholders

[הפ (חי') 62790-11-18 יחזקאל עזר נ' יאיר צדיק, המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בחיפה, 13.01.2019, כב' סגן הנשיא, השופט רון סוקול]

לשם מימון הליך נגד בעל מניות מיעוט בחברה הועברה החלטה בחברה כי בעלי המניות ישקיעו כסף למימון ההליך. בית המשפט קיבל את דרישת בעל מניות המיעוט להצהיר כי ההחלטה לגיוס ההון בטלה. כאשר חברה זקוקה למקורות מימון, ההחלטה מאיזה מקור לקבל את המימון הדרוש היא החלטה של החברה, שמתקבלת באמצעות האורגנים שלה אך עשויה להיחשב כמקפחת אם גיוס ההון לא נדרש לצרכיה של החברה או לא נעשה באופן שוויוני והוגן לכל בעלי המניות. כאן הסכסוך הוא בין בעלי המניות ולא בין החברה לבעל מניות המיעוט ולכן אין מקום למימון ההליכים בכספי החברה ובוודאי שאין מקום לגיוס הון מבעלי המניות לשם כך.

To finance a procedure against a minority shareholder of a company, a decision was passed to obligate the shareholders to invest funds.

The Court accepted the motion of the minority shareholder and declared the decision to raise capital invalid. When a company requires funding, the decision from which source to receive the funding is a decision of the company, made by its organs but may be deemed oppressive if the raising is not required for the needs of the company or is not made equally and in a manner fair to all shareholders. Here the dispute was between the shareholders and not between the company and

the minority shareholder and thus company funds cannot be used to finance the proceedings and there is certainly no place to raise funds from the shareholders to that end.

3. עדכוני משפט מסחרי, זכויות יוצרים ועבודה

## Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

### א. התחייבות הסכמית לאי תחרות חייבת להיעשות בהסכם מפורש

#### A contractual obligation of non-compete must be made by an explicit agreement

[ת.א. (ת"א) 22152-12-16 איקס וואן ניהול נתונים בע"מ נ' אריה בן נון, המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, 06.02.2019, כב' השופטת רות רונן]

צדדים התקשרו בהסכם לשיתוף פעולה במסגרתו אחד הצדדים התחייב להפנות את לקוחותיו אל השני כחלק משיתוף הפעולה. בהמשך הקים אותו צד חברה העוסקת בתחום דומה.

בית המשפט דחה את התביעה שהוגשה בגין הפרת חובת אי תחרות וקבע כי אין בדין איסור כללי להימנע מתחרות, וכדי שיהיה תוקף לאיסור כזה הוא צריך להיעשות בצורה ברורה וחד משמעית בהסכם אי תחרות בין הצדדים. בנוסף, לא כל מידע עסקי בעל ערך כלכלי הוא בגדר "סוד מסחרי" הראוי להגנה. ככל שמדובר במידע הניתן לגילוי בידי אחרים, גם תוך מאמץ סביר, לא יראו בו סוד מסחרי. כאן אין התחייבות על אי תחרות בהסכם ולכן לא ניתן לקבוע שמי מהצדדים התחרה תחרות אסורה.

Parties entered into a joint venture agreement under which one of the parties committed to bring its customers to the other. Later, that one established a new company dealing in a similar field.

The Court rejected the claim filed for breach of non-compete obligation and held that there is no general limitation on competition under law and such a limitation must be made clearly and unequivocally in a non-competition agreement between the parties. Additionally, not all business information with financial value is a "trade secret" that will be protected under law. Insofar as it relates to information that can be disclosed by others, even with reasonable effort, it will not be considered a trade secret. Here there is no contractual non-compete obligation and thus it may not be held that any of the parties conducted illegal competition.

### ב. מעסיק מחויב לפעול למניעת הטרדה מינית בעבודה

#### An employer must act to prevent sexual harassment at the work place

[סעש (נצ') 2597-01-15 פלונית נ' אלמוני, בית הדין האזורי לעבודה בנצרת, 26.12.2018, כב' השופטת ורד שפר, נציגי הציבור מר עזמי תחאוחו ודוד אביב]

ילדה בת 18 שעבדה בפיצרייה הוטרדה מינית על ידי המעסיק, לרבות באמצעות ביצוע מעשים מגונים, כאשר לאחר שהאירוע חזר על עצמו פעם שניה לא שבה עוד לעבודתה וסבלה ממצב נפשי קשה שאילץ אותה לקבל טיפול נפשי. בית הדין לעבודה חייב את המעסיק לשלם לעובדת פיצוי בסך 180,000 ש"ח ללא הוכחת נזק אך דחה תביעה שלה לפיצויים על עוגמת נפש מכיוון שאלה כלולים בפיצוי ללא הוכחת נזק הקבוע בחוק. חוק איסור הטרדה מינית מחייב מעסיק לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות במסגרת יחסי עבודה על ידי עובד שלו או ממונה מטעמו, אף אם אינו עובד והמעסיק אף מחויב לטפל בכל תלונה בנושא. מעסיק שאינו פועל כך מחויב בפיצוי לפי החוק אך אם המעסיק הוא גם המטריד לא יהיה כפל פיצוי.

An 18 years old kid who worked at a pizza place was sexually harassed by her employer, including by obscene acts, after the second of which she did not return to work and suffered severe emotional distress that required mental treatment.

The Labor Court held that the employer is to compensate the employee by ILS 180,000 without requirement to prove damage but rejected her claim for compensation for mental distress as these are included in compensation without proof of damage prescribed by law. The Sexual Harassment Law requires an employer to take reasonable measures to prevent sexual harassment or other harassment in the framework of labor relations by an employee or a representative, even if such representative is not an employee, and the employer is even obliged to handle any complaint on the subject. An employer who does not do so is liable for compensation under the law, but if the employer is also harassing, there will be no double compensation.

**מתווך נדל"ן זכאי לעמלה רק אם החתים לקוח על הזמנה לביצוע פעולת תיווך****A realtor is entitled to commission only if he had the client sign an order to perform an act of brokerage**

[רתק (ב"ש) 24666-10-18 יפה טזזו נ' רונית כהן, בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, 06.01.2019, כב' השופט אלון אינפלד]

מתווכת תיווכה בין מוכרת לבין רוכש דירה פוטנציאלי ונחתם הסכם מכר. הסיכום בין המתווכת למוכרת היה בעל פה וקבע זכאות לעמלה כמקובל בשוק. לימים, המוכרת התכחשה לסיכום.

בית המשפט דחה את תביעת המתווכת לעמלה. על פי החוק הישראלי, מתווך במקרקעין לא זכאי לדמי תיווך, אלא אם הלקוח חתם על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין. רק בנסיבות קיצוניות ניתן להצדיק ויתור על דרישת הכתב בנושא דמי תיווך נדל"ן. כאן, המתווכת הייתה הגורם היעיל בתיווך ומשכך לכאורה זכאית לעמלה. אלא שזהו בדיוק סוג המקרים בהם רצה המחוקק "לקנוס" את המתווכים, על כך שלא דאגו לקיומה של הזמנה בכתב ולכן, למרות שהתוצאה מתסכלת, אין המתווכת זכאית לתמורה כספית כלשהי.

A realtor introduced a seller to a potential apartment purchaser and a sale purchase agreement was signed. The agreement between the realtor and the seller was oral and set that she is entitled to a commission as customary in the market. Later, the seller denied such an agreement.

The Court rejected the realtor's claim for fees. Under Israeli law, a realtor is not entitled to commission unless the client signed a written order to perform an act of real estate brokerage. Only extreme circumstances may justify ignoring the writing requirement. Here, the realtor was the effective party in the act of real estate brokerage and is therefore prima facie entitled to a commission. However, this is precisely the type of cases in which the legislator wished to "punish" realtors for failing to have the client sign an order in writing and thus, despite the frustrating outcome, the realtor is not entitled to any monetary compensation.

## לוא היו לו שלושה צדדים, לא היה זה הברווז שלי/ עו"ד דורון אפיק, עו"ד איתמר האוזר

אומרים שלכל סיפור יש שלושה צדדים: הצד שלך, הצד שלי, והאמת. לעתים גם לעסקאות יש שלושה צדדים/סיפורים שונים, הסיפור שנכתב בהסכם, הסיפור שהצדדים התכוונו אליו באמת, והסיפור שבית המשפט מאוחר יותר קובע שהוא הסיפור האמיתי. כמו ברומן ספרותי טוב (וביחוד כאשר ההסכם לא נכתב בצורה הנכונה וגרם לכך שדווקא כוונת הצדדים האמיתית תפורש באופן שונה על ידי בית משפט בעתיד), כל קשר בין הסיפורים עשוי להיות מקרי בהחלט וכך, כמו ברומן ספרותי טוב, סוף הסיפור עשוי להגיע בהפתעה מוחלטת לצדדים...

לעתים מכונה הדבר "מבחן הברווז". אם זה הולך כמו ברווז, נשמע כמו ברווז, זה ברווז. אם הסכם נראה כמו עסקת מכר של דירה, למשל, אבל למוכר יש אפשרות לרכוש את הדירה במחיר גבוה יותר תוך זמן מסוים, בפועל עשוי בית המשפט מאוחר יותר להחליט שכוונת הצדדים כנראה הייתה לייצר עסקת משכון. אדם נדרש להלוואה. המלווה סירב להסתפק ברישום משכנתא על הנכס שאמור לשמש כבטוחה ודרש העברת הנכס על שמו, אבל אם הלווה יחזיר את הקרן עם ריבית, יוכל לקבל את הנכס חזרה. אם הצדדים, אבל, לא רשמו את המשכון כפי שנדרש על מנת לתת לו תוקף מחייב, יכול להיות שהמלווה/רוכש יישאר ללא בטוחה, ביחוד אם הלווה/מוכר נכנס להליכי פשיטת רגל.

כך, למשל, במקרה שהוכרע בבית המשפט העליון בנובמבר, 2018, דובר ברכישה של נכס בגרמניה שמומנה על ידי מכירת הנכס לאחר והשכרתו חזרה (sell-leaseback) כאשר עם תשלום מלוא השכירות לתקופה שהוסכמה, יחזור הנכס למוכר. העסקה גם נבנתה בפורמט מורכב שעירב מניית של חברות, אולי כדי להקשות על הבנת המטרה האמיתית של ההסכם, אולי למטרות מס, ואולי למטרה אחרת. עצם היות העסקה עסקת "מכר חוזר" (repo transaction), עסקה כלכלית לגיטימית הנעשית לעתים, אך יחד עם עסקת המכר חיה גם עסקת שכירות חוזרת, עסקה כלכלית לגיטימית אחרת לכשעצמה, עורר חשד שמדובר במסווה לעסקה אחרת ונקבע שבעצם מדובר בעסקת הלוואה כשהנכס שימש כבטוחה. האם לכך אכן התכוונו הצדדים? אולי.

בכל מקרה, חוק המשכון הישראלי מאפשר לרשום משכון גם כאשר העסקה אינה עסקת משכון, תוך רישום הערה שאין בכך כדי להעיד על האופי האמיתי של העסקה. לעתים עדיף לבצע זאת, ולו רק למקרה שבית המשפט בעתיד יפרש את כוונת הצדדים באופן שונה ממה שהם התכוונו.

מכיוון שלעתים עסקאות הופכות להיות מורכבות בשל שיקולים כלכליים אמיתיים (למשל מצוקה כספית נקודתית אך אמונה שבעתיד ניתן יהיה לרכוש נכס חזרה – עסקת מכר חוזר אמיתית, תכנוני מס לגיטימיים או שיקולים אחרים), חשוב שההסכמים בין הצדדים ינוסחו בידי עורכי דין המנוסים בתחום כדי להקטין את החשיפה העתידים לפרשנות שאינה דווקא תואמת את כוונת הצדדים.

---

<sup>1</sup> עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) המתמקד בהנפקות באוסטרליה, דיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיותו, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. עו"ד איתמר האוזר הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועוסק בעיקר בעסקאות הבינלאומיות, מיזוגים ורכישות, תאגידים וליטיגציה מסחרית. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

Had it not had three sides it wouldn't have been my duck! / Doron Afik, Esq., Itamar Hauser, Adv.\*

It is said that every story has three sides: your side, my side, and the truth. Sometimes transactions also have three different sides/stories: the story written in the agreement, the story the parties actually intended to write, and the story that the Court later decides to be the real story. Like any good novel (especially when the agreement is not well drafted and caused the intent of the parties to be construed differently by the Court in the future), any relation between the stories is completely coincidental. Like any good novel, the ending may come as a complete surprise to the parties...

The concept is sometimes referred to as the “duck test.” If it walks like a duck, it quacks like a duck, it is a duck. If an agreement looks like a sale of an apartment, for example, but the seller has the right to repurchase the apartment at a higher price and at a set time, the Court may later decide that, in fact, the parties intended to create a mortgage agreement. A person needed a loan. The lender refused to settle for a mortgage on the asset and demanded it to be transferred to its name, but if the borrower repays the loan with interest, the borrower can receive back the asset. If the parties, however, did not register the mortgage as required under law in order to effect it, the lender/purchaser might find itself without a security, especially if the borrower/seller goes bankrupt.

Similarly, in a case decided by the Israeli Supreme Court in November, 2018, a property in Germany was financed by selling the asset and then leasing it back (a sell-leaseback transaction) when upon payment of full rent on time, the asset will revert to the lessee. The transaction was also structured in a complex manner involving corporate shares, maybe to make it harder to understand the real intent, maybe for tax purposes, and maybe for other reasons. The fact that the transaction was a repurchase agreement (“repo”), a legitimate economic transaction, but with a sell-leaseback transaction, another legitimate economic transaction, raised suspicion that it is in fact concealing a different economic transaction and it was held that in fact it was a loan transaction with the asset used as security. Was this indeed the original intent of the parties? Maybe...

In any case, Israeli law enables recording of a pledge even when the transaction is in fact not a pledge, while adding a note that the recording does not attest the real character of the transaction. Sometimes it is better to do so, just in case the Court will later construe the intent of the parties differently from their original intent.

Because transactions can sometimes become complex due to real economic grounds (e.g. ad hoc financial distress with the belief that in the future the asset may be repurchased – a real repo transaction, legitimate tax considerations or other reasons), it is important that the agreement will be drafted by lawyers experienced in the field, in order to minimize the potential exposure to future construction that is not necessarily fitting the original intent of the parties.

---

**Doron Afik, Esq.** is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on Australian IPO's, international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. **Advocate Itamar Hauser** is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary, whose main practice areas are international transactions, mergers and acquisitions, corporate law and litigation. 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)