



Mabo v Queensland [1992] HCA 23 (03 June 1992)
 מאבו נ' קווינסלנד [1992] HCA 23 (03 יוני 1992)



This page and the preceding pages comprise my reasons for judgment in *Mabo v. State of Queensland (Mabo)*.

אפיק נשות
 Afik News



גיליון 310: 03 יוני, 2020 עורכי דין ונוטריון
 Issue 310: June 03, 2020 AFIK & CO. ATTORNEYS AND NOTARY

הגיליון המקצועי הדו שבועי של **אפיק נשות', עורכי דין ונוטריון**

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

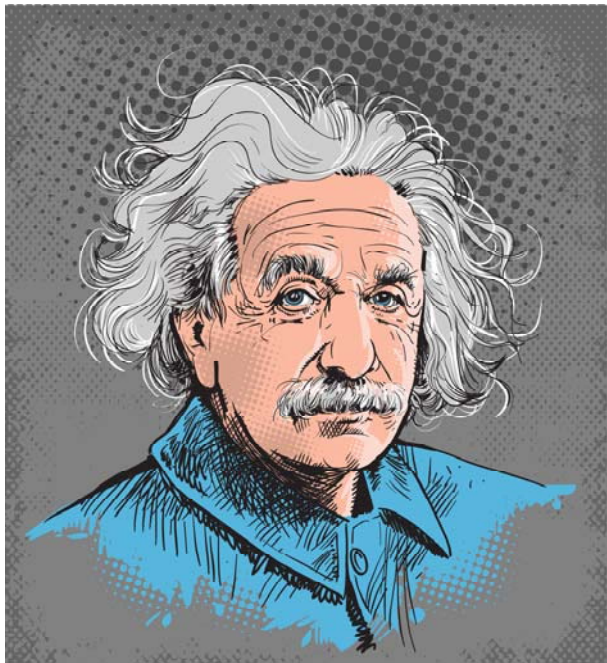
החשמונאים 103, ת.ד. 20144 תל אביב-יפו 6120101, טלפון 03-609.3.609 פקס 03-609.5.609
 103 Ha'Hashmonaim St., POB 20144, Tel Aviv 6120101, Israel, Telephone: +972-3-609.3.609

אפיק נשות' מציינת את פסק הדין ההיסטורי של בית המשפט העליון האוסטרלי בעניין מאבו נ' קווינסלנד (03 יוני, 1992) בו נקבע כי החוק מכיר במושג "קניין ילידי" וכי קניינם הילידי של האבוריג'ינים באדמה בה החזיקו באופן רציף לא התבטל.

Afik & Co. marks the landmark High Court of Australia verdict in the case of *Mabo v Queensland (03 June 1992)* holding that the law acknowledges and recognises Aboriginal "native title" to land continuously occupied by them and not otherwise specifically revoked by subsequent legislation.

1. כאשר דרך ארץ וחוסר שפיות עומדים למכר / עו"ד דורון אפיק, עו"ד שלי וילנר

When tendering morality and insanity/ Doron Afik, Esq, Shelly Wilner, Adv.



מאמר בנושא הזכות של וועדת מכרזים, או אולי החובה של וועדת המכרזים, להתחשב בניסיון עבר רע שיש לה עם מציע במכרז או עם מנהל במציע, שלפני זה היה מנהל בחברה אחרת והיה איתו ניסיון רע. למשל, נמל חיפה מגלה שמי שזכה במכרז להפעלת שירות בנמל רימה את הנמל ומסר לו מידע שקרי. אחרי מספר שנים, כשהנמל יוצא במכרז חדש, האם הוא לא נדרש לפסול השתתפות חברה שהרוח החיה מאחוריה היא אותו מנהל שרימה אותו? המאמר נכתב על ידי עו"ד דורון אפיק ועו"ד שלי וילנר ממשרד אפיק נשות'. את המאמר בשפה העברית ניתן למצוא בקישור:

<http://he.afiklaw.com/articles/a310>

An article on the right of the tender committee, or perhaps the obligation of the tender committee, to take into account past bad experience that it has with a tender bidder or a bidder manager, with whom bad experience exists from the time such was a manager in another company. For example, the Port of Haifa reveals that the person who won the tender to operate a service in the Port cheated the Port and gave it false information. After several years, when the Port issues a new tender, is it not required to disqualify the participation of a company which living spirit behind it is the same manager who cheated the Port? The article was written by Doron Afik, Esq. and Shelly Wilner, Adv. of the Afik & Co law firm. The article in English may be found at the link: <https://www.afiklaw.com/articles/a310>

2. משרדנו בתקשורת: פרסום כתבות אודות פעילות משרדנו

Media Publications Regarding Afik & Co. Activity

כלכליסט: מייסד חברת הסייבר שפורקה ביו נקסוס מקים קרן השקעות חדשה. את הפרסום בשפה העברית ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/press/p310>

Calcalist: Founder of Cyber startup Bio-Nexus is setting up a new investment fund. The publication in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/press/p310>

Corporate, Antitrust and Securities Law Update

א. הקצאת מניות שמביאה לדילול המיעוט לא בהכרח תחשב למקפחת

מחזי חיפה: הקצאת מניות שגורמת לעליית ערך ונעשתה תוך שמירה על עקרונות השוויון וההגנות, כאשר לבעלי המניות האפשרות להגביל את דילולם, לא תיחשב למקפחת גם אם המיעוט דולל בעקבותיה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/10734>

Dilution of minority shareholders by issuance of shares will not necessarily be deemed oppressive. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/10735>

ב. אי תשלום ארנונה על ידי חברה עלול לחייב את בעל השליטה שלה באופן אישי

שלום ת"א: בעל השליטה בחברה שקרסה עשוי להיות מחויב בתשלום חובות ארנונה; בעל שליטה שמבקש לא לשאת בנטל התשלום צריך להראות כי אחזקות החברה הועברו מידי. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/10736>

Non-payment of city taxes by a company personally obligate its controlling shareholder. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/10737>

Commercial Law Updates

א. כשאונייה טובעת במים הטריטוריאליים הישראליים רשאים גם זרים לקבל מידע מהרשויות בישראל

מחזי חיפה: גם למי שאינו אזרח או תושב ישראל הזכות לבקש מידע מהרשויות בנוגע לזכויותיו בישראל לרבות זכויות תביעה בישראל; בעלי מטען שטבע במים טריטוריאליים ישראלים רשאים לקבל מידע מרשות הספנות לגבי חקירת אירוע שביצעה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/10738>

When a vessel sinks in the Israeli territorial water a non-Israeli may also receive data from the Israeli authorities. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/10739>

ב. צירוף העתק ערבות בנקאית להצעה במכרז במקום לצרף המקור מצדיק פסילת ההצעה

העליון: קיימת החמרה ביחס להתייחסות לפגמים בערבות בנקאית המצורפת להצעות במכרז; צירוף העתק של הערבות הבנקאית נחשב לפגם שיש בו כדי לפסול את ההצעה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/10740>

The attachment of a bank's guarantee to a tender offer amounts to a flaw justifying its disqualification. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/10741>

ג. הבחינה האם עובד נחשב למשרת אמון היא בהתאם לנסיבות ולא בהתאם לשם שניתן למשרה

עבודה ת"א: משרת אמון אינה נקבעת לפי שמה אלא מהות התפקיד כגון מיקום בהיררכיה האירגונית, התווית מדיניות ושיקול דעת עצמאי, שעות עבודה נדרשות, גישה למידע רגיש ועוד. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/10742>

Review of whether an employee position is a trust position not encompassing payment for overtime is pursuant to the circumstances and not the name given to the job. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/10743>

Real Estate Law Updates

א. משכיר רשאי לממש ערבות בתקופת משבר הקורונה למרות טענות להעדר זכות לקבלת דמי שכירות

השלום ת"א: טענות שוכר כי אין למשכיר זכות לקבל שכירות בתקופת הקורונה הן טענות כבדות משקל הראויות להתברר; מחלוקת חוזית אינה יכולה למנוע מימוש הערבות וכלל שיתברר בעתיד כי הערבות מומשה שלא בצדק ניתן לדרוש השבת הסכומים. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/10744>

A lessor may exercise a bank guarantee during the Coronavirus crisis despite lessee's claims for lack of a right to receive rent. Read more at: <http://www.afiklaw.com/updates/10745>

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 ובכותרת לכתוב "אגא 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). Afik News is sent 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 advises. For removal (or joining) the mailing list please send an email to 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>

1. כאשר דרך ארץ וחוסר שפיות עומדים למכר / עו"ד דורון אפיק, עו"ד שלי וילנר

When tendering morality and insanity/ Doron Afik, Esq, Shelly Wilner, Adv.

מאמר בנושא הזכות של וועדת מכרזים, או אולי החובה של וועדת המכרזים, להתחשב בניסיון עבר רע שיש לה עם מציע במכרז או עם מנהל במציע, שלפני זה היה מנהל בחברה אחרת והיה איתו ניסיון רע. למשל, נמל חיפה מגלה שמי שזכה במכרז להפעלת שירות בנמל רימה את הנמל ומסר לו מידע שקרי. אחרי מספר שנים, כשהנמל יוצא במכרז חדש, האם הוא לא נדרש לפסול השתתפות חברה שהרוח החיה מאחוריה היא אותו מנהל שרימה אותו? המאמר נכתב על ידי עו"ד דורון אפיק ועו"ד שלי וילנר ממשרד אפיק ושות'. עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בהנפקות באוסטרליה, דיני חברות, מכרזים, 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 וקורס בחברות ממשלתיות ועירוניות במרכז האקדמי למשפט ועסקים. 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 שלי וילנר הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' המתמקדת בדיני חברות, בליטיגציה מסחרית ובדיני מקרקעין. עו"ד וילנר בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. את המאמר ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/articles/a310>

An article on the right of the tender committee, or perhaps the obligation of the tender committee, to take into account past bad experience that it has with a tender bidder or a bidder manager, with whom bad experience exists from the time such was a manager in another company. For example, the Port of Haifa reveals that the person who won the tender to operate a service in the Port cheated the Port and gave it false information. After several years, when the Port issues a new tender, is it not required to disqualify the participation of a company which living spirit behind it is the same manager who cheated the Port? The article was written by Doron Afik, Esq. and Shelly Wilner, Adv. of the Afik & Co law firm. 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). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program and a class on public and municipal corporations in the College of Law and Business. 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. Shelly Wilner, Adv. is an attorney in the office of Afik & Co.. Her practice focuses primarily on the commercial and corporate law, litigation and real-estate. Advocate Wilner holds a major in law from the Tel Aviv University. The article in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/articles/a310>

2. משרדנו בתקשורת: פרסום כתבות אודות פעילות משרדנו

Media Publications Regarding Afik & Co. Activity

כתבה שפורסמה ב-25.05.2020 בעיתון כלכליסט, הכתב גולן חזני, בנושא קרן השקעות הייטק חדשה שהקים היזם ואיש העסקים הישראלי ציקי קורלנד-פוקס בליווי משרד אפיק ושות'.

בהתאם למודל הקרן, כפי שפורסם, הקרן תבחר השקעות בכל התחומים בהתאמה אישית לפרופיל המשקיעים בקרן. מטרת הקרן לייצר ערך למשקיע כך שבכל זמן שבו הוא מחליט לצאת מההשקעה, הסיכוי שיוכל למכור את המניות ולהשיג סכום מזיל באופן מהיר גבוהה הרבה יותר בהשוואה לקרנות ההשקעה המתנהלות במודלים המיושנים. את הפרסום ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/press/p310>

An article published on 25.05.2020 in the Calcalist newspaper, correspondent Golan Hazani, on a new high-tech investment fund founded by entrepreneur and Israeli businessman Ziki Kurland-Fuch accompanied by the Afik & Co. law office. Under the fund's model, as published, the fund will choose investment opportunities customize to the fund's investor's profile. The fund aims to generate value for the investors so that whenever an investor decides to exit the investment, there is higher likelihood of selling the shares and obtaining a much faster liquidity compared to other investment funds working in the old-fashioned models. The publication in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/press/p310>

3. עדכוני תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך

Corporate, Antitrust and Securities Law Updates

א. הקצאת מניות שמביאה לדילול המיעוט לא בהכרח תחשב למקפחת

Dilution of minority shareholders by issuance of shares will not necessarily be deemed oppressive

[ת"צ' 44398-09-18 מירוז נ' מסיאס ואח', 08.05.2020, בית המשפט המחוזי בחיפה, כב' סגן הנשיא רון סוקול]

בעלי מניות בחברה ציבורית טענו כי בעלי השליטה בחברה ביצעו גיוסי הון במטרה להשתלט על החברה, ובתוך כך דיללו את אחזקותיהם בה, מה שגרם לכניסת החברה לרשימת השימור של הבורסה שמשמעותה פגיעה בסחירות המניות, ולבסוף לפירוק החברה.

בית המשפט קבע כי מדובר בחברת סטרטאפ בה בעלי השליטה השקיעו כספים רבים שדיללו אחרים אך אין הדבר מהווה קיפוח. לא כל הקצאת מניות שמביאה לדילול חלקם של בעלי המניות תיחשב להחלטה מקפחת אלא רק כאשר הדבר גורם לחלוקת משאבי החברה באופן בלתי הוגן בין בעלי המניות ופגיעה בציפיות הציפיות הציפיות של בעלי המניות נבחנות בהתאם לנסיבות כמו למשל צרכי החברה ומצבה הכלכלי, כאשר המבחן הוא אובייקטיבי ותוצאתי. הקצאת מניות חייבת להיעשות באופן שוויוני והוגן, שכן היא עלולה להביא לדילול בעלי מניות שלא משתתפים בה אך לא כל הקצאה תיחשב למקפחת. אם ההנחה היא שכתוצאה מההקצאה יעלה שווי החברה, וכך גם ערכן של מניות המיעוט וכאשר ההקצאה משרתת את

תכלית החברה, ומאפשרת לחברה להמשיך לפעול, היא תחשב למוצדקת כל עוד נעשתה באופן שוויוני והוגן. כאן, החברה בחנה אפשרויות שונות להגדלת היקף החזקת המניות בידי הציבור כאשר גיוס הון הייתה הטובה ביותר. השתתפות בעלי השליטה בהנפקה לא נועדה להגבלת חלקם של בעלי המניות האחרים ולהשתלטות על החברה, אלא לעודד את הציבור הרחב להשתתף בהנפקה ולהשקיע בחברה, ולכן לא מדובר בקיפוח גם אם במבחן התוצאה החברה לבסוף נסגרה.

Shareholders of a publicly traded company contended that the controlling shareholders raised capital in order to take over the company by diluting their holdings in the company, resulting in the company entering the stock exchange's conservation list, limiting share trade and finally resulting in the company entering liquidation.

The Court held that this is a start-up company in which the control holders invested large sums that diluted others, but this is not an oppression of the minority. Not every share allocation that results in diluting the minority would be considered oppression but only when this creates unfair allocation of company resources among its shareholders and impairing the legitimate expectations of the shareholders. The legitimate expectations of the shareholders are reviewed under the circumstances such as the needs of the company and its economic status, and the test is objective and consequential. Issuance of shares must be made in an equitable and fair manner, as it may result in the dilution of non-participating shareholders, but not every issuance is deemed oppressive. If the assumption is that as a result of the issuance the value of the company will increase, as well as the value of the minority shares and when the issuance serves the purpose of the company and enable the company to continue operating it will be deemed justified as long as it has been done fairly and equally. Here, the company considered various options to increase the amount of shares held by the public and found that raising capital is the best of the lot. Participation of the controlling shareholders in the offering was not intended to dilute the minority or take over the company, but to encourage the public to invest in the company, hence there was no oppression even if the result was that the company entered into liquidation.

ב. אי תשלום ארנונה על ידי חברה עלול לחייב את בעל השליטה שלה באופן אישי

Non-payment of city taxes by a company personally obligate its controlling shareholder

[ת"א 45271-12-17 עיריית תל אביב יפו נ' שאשועה אחזקות בע"מ ואח', 04.05.2020, בית משפט השלום בתל אביב, כב' סגן הנשיא אילן דפדי]

חברת אחזקות שהחזיקה במספר נכסים בתל אביב הגיעה למצב של פירוק ולא יכלה לשלם את חובות הארנונה שלה לעירייה. העירייה ביקשה לחייב את בעלת השליטה של החברה בתשלום החוב.

בית המשפט קבע כי בעלת המניות של החברה מחויבת אישית בחוב הארנונה של החברה. אי תשלום ארנונה על ידי חברה עלול לחייב את בעל השליטה שלה, מקום בו רשות מקומית נתקלת בקשיים לגבות את החוב. החוק מאפשר לרשות לגבות את חוב הארנונה של חברה שהתפרקה או הפסיקה את פעילותה מבלי לשלם, בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: הנכס בגינו נוצר החוב אינו משמש למגורים, החברה היא פרטית ואינה נחשבת לדייר מוגן, והחוב הוא חוב סופי. על בעל שליטה שמבקש לא לשאת בנטל התשלום להראות שנכסי החברה לא הועברו אליו או ששילם תמורה מלאה עבור נכסי החברה וכי כלל הנכסים של החברה שימשו לתשלום חובותיה. כאן, בעלת השליטה מחזיקה ב-100% ממניותיה ולא הראתה שכל נכסי החברה שימשו לתשלום חובותיה ולכן חויבה אישית בתשלום החוב לעירייה.

A holding company that held a number of properties in Tel Aviv went into liquidation and was unable to pay the municipality its debt for city taxes. The municipality sought to hold the controlling shareholder liable for the payment of the company's debt.

The Court held that the shareholder of the company is personally liable for the city debts of the company. Failure to pay city taxes by a company may hold its controlling shareholder personally liable, when a local authority encounters difficulties in collecting the debt. The law empowers authorities to collect city tax debt in case a company went into liquidation or terminated its operations without settling its debt, if the following accumulative conditions are met: The property was not used for residence, the company is a private one and does not fall under the legal status of a 'protected tenant', and the debt is not contested. A controlling shareholder who wishes to avoid such liability must demonstrate that the assets of the company were not transferred to him or that he paid full consideration for such and that all the assets of the company were used to pay its debts. Here, the controlling shareholder holds all its shares and did not demonstrate that all the assets of the company were used to pay its debts and was thus held personally liable for the company's city tax debts.

4. עדכוני משפט מסחרי, זכויות יוצרים ועבודה

Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

א. כשאונייה טובעת במים הטריטוריאליים הישראליים רשאים גם זרים לקבל מידע מהרשויות בישראל

When a vessel sinks in the Israeli territorial water a non-Israeli may also receive data from the Israeli authorities

[עת"מ 67484-03-19 HDI GLOBAL ANTWERP ואח' נ' מדינת ישראל ואח', 17.05.2020, בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, כב' סגן הנשיא רון סוקול]

אונייה נקלעה לסערה וטבעה במים הטריטוריאליים של ישראל. בעקבות האירוע הוגשה בישראל תביעה לפיצויים על ידי בעלי מטענים שאינם אזרחים או תושבים של ישראל והם ביקשו מרשות הספנות והנמלים הישראלית, שחקרה את האירוע, להעביר לידיהם מסמכים שקשורים לחקירה, לצורך ניהול ההליך.

בית המשפט קבע כי גם למי שאינו אזרח או תושב ישראל קיימת הזכות לבקש מידע מהרשויות בהקשר לתביעה שמקורה בישראל. חוק חופש המידע קובע כי לכל אזרחי או תושבי זכות לקבל מידע מרשות ציבורית. זכות זו כוללת גם קבלת מידע ציבורי, ולא רק מידע הנוגע לעניין אישי של המבקש, כאשר שיקול הדעת של הרשות לסרב למסור מידע משתנה בשים לב לסוג המידע המבוקש ולסייגים הקבועים בחוק, כאשר קיימים סוגי מידע שאסור למסור. כאשר מי שאינו תושב או אזרחי ישראל מבקש לקבל מידע, החוק מקנה זכות רק ביחס למידע פרטי המוגדר כמידע בדבר זכויותיו בישראל. ואולם, "זכויותיו בישראל" הן מונח רחב, הכולל מידע אודות המבקש עצמו, שנאסף על ידי הרשויות בנוגע למעשיו בישראל, על נכסיו המחוזקים או שהיו מוחזקים על ידו בישראל, לרבות מידע הנוגע לזכויות תביעה שנולדו בישראל או מידע שנאסף בקשר עם תביעה שכזו. כאן, בעלי המטענים דורשים מידע בנוגע לאירוע ימי שהתרחש במים הטריטוריאליים של ישראל, הנוגע לזכויות התביעה שלהם שקמו בישראל בשל אירוע שהתרחש בישראל, ולפיכך יש להם זכות לקבל אותו.

A ship got caught a storm and sank in the Israeli territorial waters. Following the incident, a damages claim was filed by the cargo owners, whom are neither citizens nor residents of Israel, and requested the Israeli Administration of Shipping and Ports (ASP) which investigated the incident, to disclose data related to the investigation for the purpose of conducting the legal proceedings.

The Court held that a non-citizen or resident of Israel is also entitled to receive data from the Israeli authorities regarding a claim arising in Israel. Israeli Freedom of Information Law stipulates that any Israeli citizen or resident has the right to receive data from any public authority. This right includes obtaining public information and is not limited to information pertaining to one's personal interest and the authority's discretion to object to disclosure of data varies based upon the type of information requested and constraints set by the law, with certain types of information that may not be disclosed. When requested by an entity that neither a resident nor an Israeli citizen, the right to data is limited to private information regarding such entity's rights in Israel. However, "rights in Israel" is broadly construed to include information about the entity itself, collected by the authorities regarding its actions in Israel, its assets in Israel, as well as data relating to rights of claim originated in Israel or data collected in connection with such. Here, the cargo owners requested information regarding a maritime event that took place in the Israeli territorial waters, related to a right of claim arising in Israel, due to an event that took place in Israel, and are thus entitled to such data.

ב. צירוף העתק ערבות בנקאית להצעה במכרז במקום לצרף המקור מצדיק פסילת ההצעה

The attachment of a bank's guarantee to a tender offer amounts to a flaw justifying its disqualification

[ענמ 7230/19 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' בן ארי תל רם פרויקטים בע"מ, 26.05.2020, בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים, כב' המשנה לנשיאה חנן מלצר, כב' השופטת דפנה ברק-ארז, כב' השופט יוסף אלרון]

משתתף במכרז צירף להצעתו העתק צילומי של כתב הערבות הבנקאית, כאשר תנאי המכרז דרשו צירוף כתב הערבות המקורית. ועדת המכרזים החליטה לפסול את הצעתו בשל כך.

בית המשפט העליון, קבע כי ההצעה פסולה מכיוון שצורף העתק של הערבות הבנקאית ולא המקור. קיימת מגמת החמרה בהתייחסות לפגמים שנפלו בערבויות שצורפו להצעות במכרזים ועל פי רוב יהיה בפגם בערבות כדי להביא לפסילת ההצעה וזאת ללא תלות במהות הפגם או בכוונתו של המציע. גישה זו נובעת מהקשר ההדוק שמתקיים בין דרישת הערבות לבין תכליותיהן של דיני המכרזים: קידום השוויון בין המשתתפים מחד, וקידום היעילות של המציע מאידך. חשיבות המצאת ערבות מקורית נשענת על שלושה אדנים: ראשית, היא תנאי מחייב לשמירה על השוויון עקב החשש כי החזקה בכתב המקורי יכולה להקל על ביטול חד-צדדי שלה על ידי המציע. אמנם מדובר בפגם זניח יחסית לפגמים ביחס לסכומים, תאריכים וכיוצ"ב, ואולם גם במקרה כגון זה עיקרון השוויון מצדיק הקפדה על צירוף ערבות מקורית. שנית, לשונו של המכרז אינה תמיד נקודת הסיום של הדיון, אבל היא ללא ספק נקודת פתיחה חשובה לא ניתן לצרף העתק אלא אם נרשם כך במפורש בתנאי המכרז. שלישית, הגשת העתקים כמדיניות צפויה להכביד על עבודתה של ועדת המכרזים. כאן, לשון המכרז דרשה במפורש ערבות מקורית ועל כן קבלת העתק מהווה פגיעה בשוויון בין המציעים ועל כן ההצעה שהוגשה פסולה.

A tender participant attached to the bid a copy of the bank guarantee, while the tender terms required the attaching the original guarantee. The tender committee disqualified the bid.

The Supreme Court held that the bid is disqualified because a copy, and not the original, was attached to the bid. Flaws in guarantees attached to tender bids are reviewed under strict scrutiny, and thus will usually result in disqualification of the bid, regardless of the nature of the flaw or the participant's intent. This approach stems from the close link between the guarantee requirement and the rationales behind the tender law: promoting equality among participants on the one hand and promoting efficiency of the tender publisher on the other. The importance of attaching an original guarantee rests on three cornerstones: First, it is a requirement for preserving equality among participants due to the concern that the possession of the original guarantee may enable its unilateral cancellation by the participant. Although this is a relatively negligible flaw in comparison the flaws of amounts, dates etc., the principle of equality requires insistence on furnishing original guarantee. Thirdly, submitting a copy of a guarantee as a policy may burden the tender committee's work. Here, especially in light of the tenders' unambiguous wording, requiring an original guarantee to be submitted, allowing the submission of a copy would hinder the equality among the participants.

ג. הבחינה האם עובד נחשב למשרת אמון היא בהתאם לנסיבות ולא בהתאם לשם שניתן למשרה

Review of whether an employee position is a trust position not encompassing payment for overtime is pursuant to the circumstances and not the name given to the job

[סעש (ת"א) 43960-04-17 מני מרום - נוה מרום חברה קבלנית לבנין בע"מ, 23.04.2020, בית הדין האזורי לעבודה תל אביב, כב' השופטת שרה מאירי, נציג ציבור (עובדים) מר' הונתן דקל, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' רונית ירדן]

בחברה משפחתית ותיקה, המוחזקת על ידי שני אחים בני מעל 70 שנה, פרץ סכסוך בין האחים. בנם של אחד מהאחים, ששימש כמנהל בחברה, דרש מהחברה תשלום של כ-725 אלף ש"ח בגין שעות נוספות.

בית הדין לעבודה דחה את התביעה מכיוון שהעובד עבד במשרת אמון ולכן לא זכאי לתגמול שעות נוספות ואף חייב את העובד התובע בהוצאות משפט של עשרות אלפי שקלים. החוק העוסק בשעות עבודה של עובדים לא חל על עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי או כאלה שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם. כינוי תפקיד מסוים בחברה (מנהל בכיר/מנהל מקצועי/מנהל אזורי) אינו הקובע אלא טיבו ומהותו האמיתי של התפקיד (על רקע הנתונים המיוחדים לחברה), למשל, מיקום בהיררכיה האירגונית, האם במסגרת התפקיד קיימת מעורבות בהתווית מדיניות תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי שאינו מוכתב, שכר ותנאי עבודה, האם נדרש העובד לעמוד לרשות המעסיק בשעות לא שיגרתיות או לעבוד בלא מסגרת קבועה של שעות עבודה, האם העובד שותף למידע רגיש של החברה, שהוא נחלתם של מעטים בה, ועוד. כאן העובד ניהל פרויקטים באופן עצמאי, ביצע הזמנות, נכח בישיבות הנהלה, היה מורשה חתימה בחברה, ניהל משאים ומתנים עם ספקים ואף טיפל בשכירות עובדים ופטרוריהם ולכן הוא מנהל במשרת אמון ולא זכאי לתשלום בגין שעות נוספות.

In a family company, held by two brothers both over 70 years old, a conflict broke out between the brothers. The son of one of the brothers, who served as a manager in the company, demanded that the company pay him about ILS 725,000 for overtime.

The Labor Court dismissed the claim because the employee worked in a trust position and was therefore not entitled to overtime compensation and even required the claimant employee to pay legal expenses of dozens of thousands of shekels. The law dealing with employee working hours does not apply to employees in managerial positions or positions that require a special degree of personal trust or those whose working conditions and circumstances do not allow the employer any supervision over their working hours and rest. The name given to a particular role in the company (senior/professional manager/regional manager) is not the determining factor but the true nature of the role (based on the company's special circumstances). For example, location in the organizational hierarchy, does the role consist of involvement in setting policies and application of independent discretion, wages and working terms, whether the employee is required to be available to the employer during non-routine hours or work without a fixed working time frame, does the employee have access to sensitive company information which is shared by few, and more. Here the employee managed projects independently, made orders, attended management meetings, was a signatory of the company, negotiated with suppliers and even handled employee hiring and dismissal and is thus a manager in a position of trust and is not entitled to payment for overtime.

5. עדכוני מקרקעין

Real Estate Law Updates

משכיר רשאי לממש ערבות בתקופת משבר הקורונה למרות טענות להעדר זכות לקבלת דמי שכירות

A lessor may exercise a bank guarantee during the Coronavirus crisis despite lessee's claims for lack of a right to receive rent

ת"א 8831-04-20 בוטיק יעקב בע"מ נ' אנקום גרופ בע"מ ואח', 07.05.2020, בית משפט השלום בתל אביב - יפו, כב' השופט אריאל צימרמן

בעלים של מלון חדל לשלם שכירות בתקופת הקורונה והתנגד למימוש הערבות הבנקאית על ידי המשכיר. בית המשפט קבע שאין מניעה משפטית למימוש הערבות למרות שאלות העולות במישור המוסרי. הערבות הבנקאית היא מכשיר פיננסי בעל חשיבות רבה המעניק ודאות בחיי המסחר. מימוש הערבות אינו מלמד על כל זכות מהותית של מוטב הערבות להחזיק בכספים שישלם לו הבנק הערב, אלא רק מבטיח שבמקרה של חילוקי דעות בין הצדדים יוחזקו כספי הערבות אצל מוטב הערבות. קיומה של מחלוקת חוזית אינה יכולה למנוע מימוש הערבות וככל שיתברר בעתיד כי הערבות מומשה שלא בצדק ניתן לדרוש השבת הסכומים. כאן, השוכרת טענה כי אין למשכיר זכות לקבל שכירות בתקופת הקורונה שכן נמנע מממנה האפשרות לעשות שימוש במושכר והחוק מקנה לה את הזכות שלא לשלם דמי שכירות וניהול מעת שנאלצה להפסיק את פעילות המלון ועד שתשוב ותפתח אותו לציבור הרחב. מדובר במחלוקת חוזית לגיטימית אך זו אינה יכולה למנוע מימוש הערבות הבנקאית, גם אם עולה שאלה מוסרית האם מן הראוי לממשה.

A hotel owner ceased to pay rent during the Coronavirus crisis and opposed the cashing of the bank guarantee by the lessor.

The Court held that there is no legal impediment to cash the bank guarantee even though questions arise on the moral level. The bank guarantee is a financial instrument of great importance that gives certainty in trade. Cashing of the bank guarantee does not teach of any fundamental right of the guarantor to hold the funds paid by the bank, but merely guarantees that in the event of disagreement between the parties, the guarantor's money will be held by the recipient of the guarantee. The existence of a contractual dispute cannot prevent the cashing of the guarantee and if it later turns out that the guarantee was unjustly cashed, the funds will be reimbursed. Here, the lessee contended that the lessor does not have the right to rent during the Coronavirus crisis because it was precluded from using the leased property and the law enables it not to pay rent and management fees commencing the date in which it had to stop the hotel operation until it reopens to the general public. Although it is a legitimate contractual dispute, this cannot prevent the exercise of the bank guarantee even if there is a moral question whether this is the correct thing to do.

כאשר דרך ארץ וחוסר שפיות עומדים למכרז / עו"ד דורון אפיק, עו"ד שלי וילנר

אמירה מפורסמת המשויכת לאלברט איינשטיין אומרת, כי אי שפיות היא לעשות את אותו דבר שוב ושוב ולצפות לתוצאות שונות – האם אמירה זו חלה במכרזים? אם מרכז קניות מגלה ששוכר המשלם שכירות בהתאם לגובה המחזור שלו מסר נתונים שקריים, בעל מרכז הקניות צריך להיות לא שפוי כדי להשכיר אי פעם חנות לכל עסק שמנוהל על ידי המנהל שרימה אותו. אבל מה קורה אם הצד הנפגע הוא המדינה? למשל, נמל חיפה מגלה שמי שזכה במכרז להפעלת שירות בנמל רימה את הנמל ומסר לו מידע שקרי. אחרי מספר שנים, כשהנמל יוצא במכרז חדש, האם הוא לא נדרש לפסול השתתפות חברה שהרוח החיה מאחוריה היא אותו מנהל שרימה אותו?

להבדיל מעסק פרטי, כשמדובר במדינה חשוב לוודא שהליכי ההתקשרות שלה נעשים באופן שממקסם את התועלת הציבורית ומונע שחיתות וזו אחת הסיבות המרכזיות לחובת המכרז של גוף ציבורי. החוק קובע אמות מידה לבחירת ההצעה המעניקה את מירב היתרונות לעורך המכרז תוך שמירה על השוויון, כאשר אחת מאמות המידה הן אמיתות של המציע. בהתאם, בתי המשפט קבעו, כי לעורך המכרז שיקול דעת ביחס להתקשרות עם מציע שפעל כלפיו במרמה וכי וועדת המכרזים רשאית, ואף חייבת, לשקול את הניסיון הרע עם המציע, גם אם הדבר עלול להעלות חשש להפליה. חובה זו מתחזקת כשמדובר בחשדות חמורים לפגיעה בטוהר המידות על ידי מציע. כך, במקרה שנדון בבית המשפט המחוזי בירושלים במאי, 2020, דובר במציע שנטען לגביו שרימה בהתקשרות קודמת, כאשר אף נפתחה ועדת חקירה בנושא. בית המשפט קבע כי ראוי ואף חובה כי הנושא יישקל, ביחוד כאשר מדובר במכרז באותו תחום של ההתקשרות הקודמת ובפרט כאשר קיים חשש לאלמנט של מרמה חמורה.

ומה לגבי מנהל שניהל פעילות תרמיתית אך כעת עובד בחברה אחרת? תורת האורגניזם מייחסת לתאגיד את מחשבותיהם ופעולותיהם של נושאי המשרה בו, שהם בפועל ה"מוח" ו"מרכז העצבים" של התאגיד. כך, כאשר מנהל חברה הוא אחד שניהל עסק תרמיתי מול רשות ציבורית וכעת הוא מנהל של חברה אחרת הניגשת למכרז, רק סביר הוא שוועדת המכרזים תראה עובדה זו מול עיניה עת היא מקבלת החלטה לגבי המכרז.

לבסוף, חשוב לציין, כי גם לחלוף הזמן יש משמעות. במקרה שנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה במאי, 2010, דובר במכרז של חברת חשמל להקמת ארובה בתחנת כוח, כאשר מציע נפסל בשל התרשלות 12 שנים קודם לכן שגרמה למותם של עובדים. בית המשפט קבע, כי חשד בפלילים עשוי לאפשר פסילת מציע, כמו גם ניסיון רע שהיה למפרסם המכרז עם מציע, אולם על ניסיון רע לעמוד במבחני הענייניות, הסבירות והמידתיות, ולעתים הוא יגרום לפסילת מציע ולעתים יהווה הדבר רק אחד מהשיקולים בבחירת הזוכה. באותו מקרה לא היה מקום לפסול את המציע, גם בשל הזמן הרב שחלף וגם בשל פעולות שנעשו על ידו כדי למנוע הישנות המקרה.

לאור האמור, מכיוון שכל דבר תלוי נסיבות ומכיוון שבתקיפת מכרז קיימת חשיבות גדולה למועד בו מעלים טענה, בין כשמדובר בכוונה לגשת למכרז לאחר ניסיון עבר בעייתי מול המדינה ובין כשמדובר במתחרה במכרז שקיים לאחד ממנהליו ניסיון רע, חשוב להיוועץ מוקדם ככל הניתן בעורך דין בעל ניסיון בתחום המכרזים.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בהנפקות באוסטרליה, דיני חברות, מכרזים, 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 וקורס בחברות ממשלתיות ועירוניות במרכז האקדמי למשפט ועסקים. 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 שלי וילנר הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' המתמקדת בדיני חברות, בליטיגציה מסחרית ובדיני מקרקעין. עו"ד וילנר בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com

When tendering morality and insanity/ Doron Afik, Esq, Shelly Wilner, Adv.*

A famous saying attributed to Albert Einstein states that insanity is doing the same thing over and over again and expecting different results - does this apply also to public tenders? If a shopping mall discovers that a tenant with a turnover-linked rent provided false data, the owner would be insane to ever lease to any business managed by the defrauding manager. But what if the injured party is the State? For example, the Port of Haifa reveals that the winner of the tender to operate a service in the Port defrauded the Port and provided it with false information. After a few years, when the Port publishes a new tender, is the Port not required to disqualify a company which driving force is the same manager who defrauded it?

Unlike a private business, when the State is involved, it is important to ensure that its contracts are entered into in a manner that maximizes the public benefit and prevents corruption and this is one of the key reasons for public entities' tender requirement. The law sets the criteria for choosing the offer that gives the highest benefit to the tender publisher while maintaining equality, with one of the criteria being the bidder's credibility. Accordingly, caselaw teaches that the tender publisher has discretion in re-contracting with a bidder who defrauded it and the tender committee may, and is actually obligated to, consider past bad experience with a bidder, even if this may cause discrimination. This obligation is reinforced when there are serious suspicions of the bidder's moral integrity. Thus, in a case decided by the Jerusalem District Court in May, 2020, a bidder was accused of fraudulent behavior in a previous engagement and an inquiry committee was initiated on such issue. The Court held that it was appropriate, and even required, that the matter be considered, especially when it was a tender in the same field as the previous, and when there was a concern of a serious fraud.

What about a manager who ran a fraudulent activity but now works for another company? The *Organs Theory* attributes a corporation the thoughts and actions of its officers, as they are its "brain" and "nerve center" of the corporation. Thus, when a manager of a company previously managed an activity that defrauded a public entity and is now the manager of another company bidding in a tender, it is more than reasonable to demand that the tender committee will take a note of this.

Finally, it is important to note that the passage of time is also of significance. In a case that decided by the Haifa District Court in May, 2010, regarding an electricity company tender for the construction of a chimney at a power plant, one of the bidders was disqualified for acting negligently 12 years earlier, resulting in the death of construction workers. The Court held that criminal suspicions may enable disqualification, as well as bad past experience with the bidder, however bad experience must be reviewed through tests of relevance, reasonableness and proportionality and may thus sometimes lead to disqualification but sometimes will only be one of the considerations. In that case there was no reason to disqualify the bidder, both due to the passage of time and due to actions taken by the bidder to prevent the recurrence of such an incident.

In light of the above, because everything depends on circumstances and because when attacking a tender timing of raising a contention is of the essence, whether one wishes to bid in a tender after a bad past experience with the State or when it is a competitor in a tender, one of the managers of which was involved in such 'bad experience', it is vital to urgently consult an attorney with expertise in the field.

***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). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program and a class on public and municipal corporations in the College of Law and Business. 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. **Shelly Wilner, Adv.** is an attorney in the office of Afik & Co.. Her practice focuses primarily on the commercial and corporate law, litigation and real-estate. Advocate Wilner holds a major in law from the Tel Aviv University. 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

3768

מייסד חברת הסייבר שפורקה ביו נקסוס מקים קרן השקעות חדשה

גולן חזני

היזם ואיש העסקים הישראלי ציקי קורלנד-פוקס מגייס 20 מיליון דולר ממשקיעים אירופים וישראלים להקמת קרן השקעות שתפעל במודל חריג. הקרן תהיה מבוססת על מודל של "מועדון משקיעים סגור" המאפשר גיוון תמהיל ההשקעה בכל עת, באמצעות החלפת מניות של חברות הפורטפוליו בין המשקיעים עצמם ללא פגיעה בחברות המושקעות.

פוקס ייסד בעבר את חברת חברת הסייבר הישראלית למוסדות רפואיים ביו נקסוס שהגיעה להליך פירוק. בינואר האחרון הוגשה נגדו תביעה של 17 מיליון שקל ע"י קרן ההשקעות הגדולה בצ'יה. הקרן מאשימה את קורלנד-פוקס בגניבה של עשרות מיליוני שקלים, דוחות כספיים מזויפים שהנתונים בהם נופחו באלפי אחוזים וחשבוניות פיקטיביות. התביעה הוגשה ע"י ספרינגטייד (Springtide), הזרוע הבינלאומית של קרן ההשקעות הגדולה בצ'יה KKCG, ביו נקסוס וקורלנד-פוקס. הקרן טוענת כי שוכנעה להשקיע 35 מיליון שקל בקרן על בסיס מצגים שקריים. פוקס דחה את הטענות על הסף וטען כי היא נובעת מרצונה של הקרן למכור אחזקתה.

על פי מדיניות הקרן שמקים פוקס, היא תכלול פורטפוליו רחב של השקעות ומהפחתת סיכון ההשקעה גם יחד.

"אנו פועלים בימים אלה לייצר קבוצת משקיעים בעלי אוריינטציה למגוון רחב של תחומי השקעה בהם רכב, טכנולוגיה, בריאות ועוד. המודל של הקרן מאפשר לכל אחד מהמשקיעים לבחור איך יורכב תיק ההשקעה האישי שלו. כשאחד המשקיעים מעוניין לצאת מההשקעה שבה הוא נמצא בכל רגע נתון, הוא יוכל לפנות לשאר המשקיעים בקרן לבארטר מניות שיתבצע ללא פגיעה בחברות המושקעות עצמן" אמר פוקס והוסיף, "עיקר הייחודיות היא שיש הפחתת סיכון משמעותית בכך שיש אפשרות להחליף ביתר קלות מניות עם שאר השותפים בקרן, ולעשות זאת ללא פגיעה בכלל בהשקעות".

לפי המודל, הקרן תבחר השקעות בכל התחומים בהתאמה אישית לפרופיל המשקיעים בקרן. מטרת הקרן לייצר ערך למשקיע כך שבכל זמן שבו הוא מחליט לצאת מההשקעה, הסיכוי שיוכל למכור את המניות ולהשיג סכום נזיל באופן מהיר גבוהה הרבה יותר בהשוואה לקרנות ההשקעה המתנהלות במודלים המיושנים.

