



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

גיליון 117: 09 ינואר, 2013

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

תוכן עניינים

- בין יום הולדתו של חיים נחמן ביאליק ויום הבוחר**
יום יציאת גיליון זה הינו יום הולדתו ה-140 של המשורר הלאומי של ישראל, חיים נחמן ביאליק (9.1.1873-4.7.1934) אשר לכבודו עודכן לוגו המשרד לשבועיים הקרובים, תוך התייחסות (מחויבת המציאות) גם אל הבחירות לכנסת ה-19 אשר יחולו ביום 22.1.2013.
- 1. מאמר בנושא: על הפרילנסר, העובד וחשבונית המס**
מאמר מאת עו"ד שירה פורת, עורכת דין במשרד אפיק ושות', אשר מנסה להשיב על השאלה האם בנסיבות בהן הוסכם בין צדדים להעסיק "פרילנסר" כנגד חשבונית מס, עלול להיווצר מצב בו אותו פרילנסר יחשב עובד שכיר בחברה, עת התקיימו בפועל יחסי עובד-מעביד.
- 2. מידעוני המסים של BDO זיו האפט**
קישור למגזין חדשות הנדל"ן, והזירה הפיננסית של חודש דצמבר.
- 3. עדכוני תאגידיים, הגבלים עסקיים וניירות ערך:**
 - א. מי שמשמש איש קש לשם הקמת חברה יהיה חב אישית לחובות החברה**
שלום עפולה: הקמת חברה תחליפית לחברה שקרסה עשויה להוות תרמית; אנשי קש בחברה יהיו אחראים לחובותיה; עירייה רשאית לתבוע בעלי שליטה בחברה לחובות ארנונה של החברה.
 - ב. הודעת ביטול להסכם מצביעה על העובדה כי הסכם שנחתם בין צדדים נחתם כדין, ואינו למראית עין**
מחוזי תל אביב: הסכם למראית עין בטל מעיקרו; הודעה של צד על ביטול ההסכם מראה שההסכם שנחתם אינו למראית עין.
 - ג. רכש שליטה בחברה ציבורית מחויב בהצעת רכש אלא אם דווח לציבור על שליטה של אחר**
העליון: אין במבנה ההון של חברה, הסכם בדבר זכות סירוב ראשונה או הסכם שיתוף פעולה בין בעלי מניות היסוד כדי לפטור מחובה לבצע מכירה באמצעות הצעת רכש; נדרש למסור דיווח לציבור על קיום שליטה של אחר הפוטרת מהצעת רכש.
- 4. עדכוני משפט מסחרי, מקרקעין וזכויות יוצרים:**
 - א. זכות הקניין היא זכות יסוד חוקתית אך לעתים עמידה עליה תהווה שימוש לרעה בזכות**
העליון: לעתים לא יאפשר בית המשפט לעמוד על זכות קניינית בשל פגיעה מהותית בזכויות של אחרים.
 - ב. זכות ספק לבקש עדכון מחיר אינה מחייבת העדכון אך דורשת החלטה סבירה של המזמין**
מחוזי מרכז: זכות בחוזה לבקש עדכון מחיר אינה מחייבת העדכון; החלטה של צד לחוזה לסרב לעדכון מחיר כפופה למתחם הסבירות של החלטה.

רשימת התפוצה של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, מופצת אחת לשבועיים לקהל של כ-2,500 איש וכוללת פרסומים מקצועיים תמציתיים לקהל הרחב בנושאים משפטיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. על מנת להיות מוסר מרשימת התפוצה או על מנת להצטרף אליה יש לשלוח מייל לכתובת newsletter@afiklaw.com ובכותרת לכתוב "אנא הסירו אותי מרשימת התפוצה" או "אנא צרפו אותי לרשימת התפוצה". ניתן להעביר עדכון זה לכל אדם ובלבד שלא נעשה כל שינוי בטקסט. אין האמור בעדכון זה מהווה ייעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות למשרדנו על מנת שהעובדות תיבחנה היטב בטרם תתקבל החלטה כלשהי. למאגר פרסומים קודמים: <http://www.afiklaw.com>

מצ"ב מאמר הדין בנושא - האם בנסיבות בהן הוסכם בין צדדים להעסיק "פירילנסר" כנגד חשבונית מס, עלול להיווצר מצב בו אותו פירילנסר יחשב עובד שכיר בחברה, עת התקיימו בפועל יחסי עובד-מעביד. את המאמר ניתן למצוא גם בקישור:

<http://www.afiklaw.com/files/articles/a117.pdf>

את המאמר כתבה עו"ד שירה פורת, עורכת דין במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com).

2. מידעוני המסים של BDO זיו האפט

מאז הגיליון האחרון של מגזין זה התפרסמו שני גיליונות מקצועיים של BDO זיו האפט:

מידעון "חדשות הנדל"ן של BDO זיו האפט, העוסק בנושאים: חברת החזקות בתחום הנדל"ן - מכשולי המע"מ הנסתרים, עיוותים חשבונאיים בהצגת הלוואות NON RECOURSE על נכסי נדל"ן, שליטה מרחוק על חברות נדל"ן בחו"ל, סקר BDO העולמית בנושא הזדמנויות עסקיות בינלאומיות. את הגיליון המלא ניתן למצוא בקישור:

http://replay2.bdo.co.il/fb_web/fb/CFEB83BBA594E4668B9EE9AF667BE42CC7DE8BAC6C940DE8C522343523228D54/show.aspx

מידעון "הזירה הפיננסית" של BDO זיו האפט, העוסק בנושאים: הפרשה קבוצתית להפסדי אשראי, אבולוציה בעולם ניהול הסיכומים, שינויים בדיווח הכספי של קופות גמל וקרנות פנסיה, פתרונות ממוכנים לניתוח תרחישים ותקצוב הון אפקטיבי. את הגיליון המלא ניתן למצוא בקישור:

http://replay2.bdo.co.il/fb_web/fb/B622D515BE26CD27C01B71E6D3BB639BFDA52751D1CF1370EFFC999EB97821F1/show.aspx

BDO זיו האפט, עימה משרדנו מצוי בקשרי שיתוף פעולה הדוקים, הינה פירמת רואי חשבון המהווה חלק מהרשת הבינלאומית BDO הפרושה בלמעלה מ-110 מדינות ומדורגת בין חמש הפירמות הגדולות בישראל.

3. תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך

א. מי שמשמש איש קש לשם הקמת חברה יהיה חב אישית לחובות החברה
[ת"א 3872-01-08 עיריית בית שאן נ' רשת לייבוביץ בע"מ ואח', 20.12.2012, בית משפט השלום עפולה, כב' השופטת שאדן נאשף-אבו אחמד]

במשך שנים הקים אדם חברות אחת אחרי השנייה, כאשר בכל פעם שהעסק נקלע לקשיים וצבר חובות, נזנחה החברה המפעילה והוקמה חברה אחרת שהמשיכה בתפעול העסק. הדבר נעשה בשיתוף פעולה עם יתר בני משפחתו, שעל שמותיהם נרשמו חלק מהחברות, ולמרות שאותו אדם המשיך לשמש בפועל כבעלים, מנהל ובעל השליטה על פעילותן של החברות.

העירייה, לה חבה אחת החברות חוב ארנונה, טענה כי יש לייחס את חוב החברות ישירות לבעל המניות בגין "הרמת מסך" וגם בשל היות בעלי המניות השונים מעוולים ביחד בעוולת תרמית. זאת, בנוסף להוראות החוק המאפשרות לעירייה לתבוע חוב ארנונה ישירות מבעלי מניות של חברה.

בית המשפט קבע כי הכללים אשר חלים על הרמת מסך בחברה על פי תיקון 3 לחוק החברות (מיום 7.3.2005) יחולו גם על פעולות שנעשו לפני אותו מועד. בית המשפט קבע עוד, כי כדי לתבוע אישית דירקטור בגין חבויות החברה נדרש להוכיח כי הדירקטור פעל בכוונת מרמה (התנהגות עם דופי מוסרי והמגלה אי יושר ממשי לפי המושגים המקובלים במסחר הגון) ולא מספיק להוכיח שניהל החברה באופן רשלני או אף בחוסר תום לב.

בית המשפט קבע, כי במקרה זה היה שימוש לרעה בפרגוד ההתאגדות המצדיק את הרמת המסך מעל חברה החדשה, ולראות את נכסיה וחובותיה כשייכים לבעלים שהעבירו אליה את הפעילות, וכי יש גם אחריות אישית לבעלי המניות בחברות החדשות, כמי שהסכימו לשמש כאנשי קש לעסקים ולחברות השונות שהוקמו.

ב. הודעת ביטול להסכם מצביעה על העובדה כי הסכם שנחתם בין צדדים נחתם כדון, ואינו למראית עין
[רע תאח (ת"א) 20006-01-10 אבק סרטים הפקות בע"מ נ' יונייטד קינג וידאו (1990) בע"מ,
14.12.2012, בית המשפט המחוזי בתל אביב, כב' השופט איתן אורנשטיין]

בין צדדים נחתם הסכם "למראית עין" שנועד להציגו בפני הבנק לצורך קבלת אשראי. לאחר חתימת ההסכם ביקש אחד הצדדים לבטלו בטענה כי חוזה למראית עין, בטל מעיקרו. בית המשפט קבע, כי לרמת ההוכחה הנדרשת לביסוס טענת חוזה למראית עין יש להוסיף, כי בעל דין המייחס לצד שכנגד עריכת חוזה פיקטיבי מעלה כנגדו טענה קשה, העשויה להגיע אף כדי ייחוס מרמה או מצג כזב. ככלל, טענות מסוג זה, שנילווה להן, על פי רוב סממן של חוסר ניקיון כפיים, טעונות בשל טיבן רמת הוכחה נכבדה לצורך ביסוסן. נקבע כי באותו מקרה כאשר התובעים שלחו הודעה על ביטול ההסכם, הם כמו ביצעו אקט המצביע על כך כי אין מדובר בהסכם למראית עין כיוון שאם סברו התובעים שעסקינן בהסכם למראית עין, כגרסתם, לא היו אמורים לשלוח הודעת ביטול. משלוחה של הודעת הביטול, שומט איפוא את הקרקע תחת טענתם לפיה מדובר בהסכם למראית עין.

ג. רוכש שליטה בחברה ציבורית מחויב בהצעת רכש אלא אם דווח לציבור על שליטה של אחר
[דנא 6149/12 Dexia Credit Local נ' אדיר שפירא, בית המשפט העליון, 03.01.2013, כב' השופטת מרים נאור]

מחזיקי המניות הרגילות בחברה ציבורית בה שני סוגי מניות הגישו בקשה לאישור תובענה ייצוגית במסגרתה טענו כי היה על החברה לבצע מכירת מניות בדרך של "הצעת רכש מיוחדת" ולא בדרך של מכירה רגילה (כפי שקבוע בחוק החברות). יצוין, כי מנגנון הצעת הרכש המיוחדת הולך ופוחת בכל הקשור לחברות ציבוריות בהן מספר סוגי מניות, כיוון שמאז 1990 ניתן לרשום למסחר בבורסה רק חברות בעלות סוג מניות אחד. בית המשפט העליון קבע, כי רוכש שליטה מחויב בהצעת רכש, אלא אם החברה דיווחה לציבור במפורש על כך שאדם מסוים או קבוצה מסוימת מחזיקים ביותר מ-25% או 45% מזכויות ההצבעה בחברה. דיווח לציבור שלא מודיע במפורש כי הסכם שיתוף פעולה הופך בעלי מניות למחזיקים במשותף, אינו יכול לשמש בסיס להחלטת רוכש שליטה לרכוש מניות שלא בהצעת רכש מיוחדת. עוד נקבע כי אין במבנה ההון של החברה, בהסכם בדבר זכות סירוב ראשונה או בהסכם שיתוף הפעולה בין בעלי מניות היסוד כדי לפטור אותה מחובה זו. משלא עשתה כן, הפרה חובתה כלפי יתר בעלי המניות.

4. עדכוני משפט מסחרי, מקרקעין וזכויות יוצרים

א. זכות הקניין היא זכות יסוד חוקתית אך לעתים עמידה עליה תהווה שימוש לרעה בזכות
[רעא 8834/12 מ.ע.ג.ן ייעוץ וניהול נכסים בע"מ נ' מיכאל מרסה, 31.12.2012, בית המשפט העליון, כב' השופט יורם דנציגר]

בין הצדדים התגלע סכסוך בדבר זכותו של דייר להקים סוכה בחג הסוכות על גג הבנין או בחצר, למרות ששטחים אלה אינם חלק מהנכס המושכר. בית המשפט העליון פסק לטובת הדייר ואימץ את קביעותיהם של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי כי זכות הקניין הוכרה כזכות יסוד אך אינה עומדת בחלל ריק. בית המשפט קבע, כי יש מקום לכפות על הבעלים לאפשר את בניית הסוכה, בין היתר מכוח העיקרון השולל שימוש לרעה בזכות הקניין ומכוח עיקרון תום הלב - בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר. במקרה זה, הפגיעה מהקמת הסוכה מינורית לעומת הפגיעה המהותית בדיירים.

ב. זכות ספק לבקש עדכון מחיר אינה מחייבת העדכון אך דורשת החלטה סבירה של המזמין
[תא (מרכז) 2266-05-08 קל בניין בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, בית המשפט המחוזי מרכז, 02.01.2013, כב' השופט בנימין ארנון]

בין צדדים לחוזה, אשר נכרת בעקבות מכרז, התעורר ויכוח בשאלה האם על מזמין הסחורה לפצות את הספק בגין התייקרות מחירי חומרי הגלם כאשר בהסכם נרשם כי לספק הזכות לבקש תוספת כאשר קיים שינוי תנאים שלא ניתן היה לצפותם מראש. בית המשפט חזר על ההלכה כי פרשנות חוזה תהיה על פי נסיבותיו ולא רק על פי לשון החוזה וכי תיקון החוק בנושא לפני כשנתיים לא שינה את ההלכה הנוהגת בתחום זה. בית המשפט קבע, תוך בחינת סעיפים דומים אחרים בהסכם ובחינת נסיבות כריתתו, כי ההסכם מאפשר לספק לבקש לקבל תשלום נוסף אך מותר שיקול דעת למזמין ולכן לא נוצרת זכאות לתשלום נוסף אלא רק זכות לבקש. אם סורבה הבקשה ניתן לפנות לסעד שיפוטי בטענה של חוסר סבירות ההחלטה.

על הפרילנסר, העובד וחשבונית המס/ שירה פורת, עו"ד¹

חברה משלמת שכר לפרילנסר כנגד חשבונית מס כאשר בחוזה אשר נחתם בין הצדדים מצוין מפורשות כי לא יתקיימו יחסי עובד מעביד בין הצדדים. האם בנסיבות אלה פרילנסר עשוי להיחשב כעובד שכיר בחברה אשר זכאי למלוא זכויותיו הסוציאליות בסיום ההעסקה?

בתי הדין לעבודה נדרשו לשאלה לא אחת. שאלה זו גוררת, דרך קבע, שאלות בסיסיות אחרות ובהן האם קיימים בין הצדדים יחסי עובד-מעביד למרות שהצדדים להתקשרות קבעו במפורש כי מערכת היחסים ביניהם הינה קבלנית, ומהו קו הגבול המבחין בין עובד לבין פרילנסר.

בית המשפט העליון קבע לפני מספר שנים, כי מבין המבחנים המקובלים במשפט העבודה בכל הנוגע ליחסי עובד-מעביד, המבחן העיקרי לבחינת היחסים הוא מבחן המכונה "המבחן המעורב", הבודק, בין היתר, את השתלבות המועסק אצל המעסיק. "מבחן ההשתלבות" נבחן הן מהצד החיובי והן מהצד השלילי. כך, למשל, ייבחן אופיו האישי של העיסוק (בפן החיובי, האם מדובר במבצע עבודה המהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל או גורם חיצוני; בפן השלילי, האם מבצע העבודה בעל עסק משלו), עד כמה מבצע העבודה כפוף למרותו של אחר במקום העבודה, הכוח לשכור ולפטור עובדים, מי מספק את כלי העבודה ומי השקיע בהם, סדירות העבודה, רציפות ותדירות הקשר, מקום ביצוע העבודה, האם התמורה ששולמה למבצע העבודה ניתנה בדרך שמשלמים שכר עבודה, צורת ניכוי מס הכנסה ותשלומים בגין תנאים סוציאליים. השאלה כיצד הצדדים ראו את היחסים ביניהם היא אחת השאלות הנבדקות, אך אינה היחידה או המכריעה.

המשקל שבית הדין לעבודה ייתן לכל אחד ממבחני העזר הינו יחסי, כאשר ההכרעה אם התקיימו במקרה ספציפי יחסי עובד-מעביד תעשה על פי משקלם המצטבר של מכלול הסממנים והמבחנים. נוסף על כך, היות ולהגדרה "עובד" עשויה להיות משמעות שונה בהקשרים שונים, יש ליתן להגדרה פרשנות תכליתית, היינו פרשנות אשר תגשים את תכלית החיקוקים הרלוונטיים אותם יש לקחת בחשבון בעת יישום מבחני העזר השונים.

ככל שנקבע כי פרילנסר הינו עובד וכאשר התשלום ששולם בפועל היה גבוה באופן ניכר מזה שהפרילנסר היה מקבל כעובד, קמה למעביד זכאות לדרוש השבה של הכספים העודפים שקיבל העובד כפרילנסר מהכספים המגיעים לו בשל יחסי עובד-מעביד ופעמים רבות צדדים מעגנים הסדר זה במסגרת תנייה חוזית הידועה בכינויה "סעיף גדרון". עם זאת, בשנת 2010 בית הדין הארצי לעבודה כרסם בסעיף גדרון בקובעו כי כאשר נכפה על העובד לחתום על חוזה קבלנות ולעבוד כעצמאי לא ייושם סעיף גדרון.

כך, העסקת עובד כנגד חשבונית מס משיקולי מיסוי, או שיקולים אחרים, ולא מתוך כוונה אמיתית לקבל שירותים חיצוניים מפרילנסר, עשויה להוביל לקביעה כי חלים יחסי עובד-מעביד בין הצדדים. כך, חשוב ביותר לבחון את מערכת היחסים באופן מוסדר על ידי עורך דין המתמחה בתחום ולנסח את המסמכים באופן המשקף את מערכת היחסים האמיתית בין הצדדים.

¹ עו"ד שירה פורת הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועוסקת בעיקר בתחום העסקאות הבינלאומיות, מיוזגים 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.