

דף סיכום בחינה

מזהה בחינה: [REDACTED] מזהה סטודנט: [REDACTED]

שם קורס: דיני חברות

מספר שאלה	ציון מירבי	ציון שאלה סופי	שאלת בונוס
1	100.00	92.00	0
2	1.00		1

ציון בחינה מקורי : 92.00

ציון בחינה מחושב : 92

תוספת ציון לבחינה : 1

ציון בחינה סופי : 93.00

הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים

***** לתשומת לבך, במידה וההערות מופיעות ב "ג'יבריש" יש להוריד את הקובץ למחשב ולפתוח ב - reader acrobat *****

אוניברסיטת בר-אילן
הפקולטה למשפטים

מבחן ב"דיני חברות"
מועד א

מרצה: פרופ' דוד האן

הנחיות כלליות:

1. משך הבחינה – שלוש שעות. אין הארכות. תכננו את הזמן בהתאם.
2. אורך המבחן לא יחרוג מ-1800 מילים.
3. ניתן להשתמש בכל חומר עזר.

בהצלחה!

שאלה 1

חברת שלבי אחזקות בע"מ (להלן: **שלבי**) הינה חברה ציבורית. תומאס שלבי, מייסד החברה, מחזיק 40% ממניותיה ומשמש כדירקטור בחברה. פולי, דודתו הקרובה ביותר של תומאס, משמשת גם כן כדירקטורית בחברה ומחזיקה ב-12% ממניותיה. יתר המניות מוחזקות בידי הציבור. בחברת שלבי מכהנים עוד שלושה דירקטורים חיצוניים: ארתור, איידה וג'ון. מנכ"לית החברה הינה גרייס שלבי, אשתו של תומאס. חברת שלבי מחזיקה 30% ממניות חברת גאריסון בע"מ (להלן: **גאריסון**), יבואנית הבירות הגדולה בישראל. יתר מניות גאריסון מוחזקות בידי הציבור. בנוסף, תומאס מחזיק ב-50% ממניות חברת המרקוויז בע"מ (להלן: **המרקוויז**), יבואנית הבירות השנייה בגודלה בארץ. יתר מניות חברת המרקוויז מוחזקות בידי הציבור. תומאס משמש כיו"ר הדירקטוריון בחברת המרקוויז. בשנת 2018 זכתה חברת גאריסון בזיכיון ליבוא בירה חדשה בשם "פני", שכלל התחזיות צופות כי היא עתידה להיות הבירה הנרכשת ביותר בישראל. תומאס, שפחד כי רווחיה של חברת המרקוויז ייפגעו משמעותית מהתחזקותה הצפויה של חברת גאריסון, כינס דיון חירום של חברי הדירקטוריון בחברת המרקוויז, בו הציע כי חברת מרקוויז תקנה את הזיכיון של חברת גאריסון לייבוא משקה הבירה "פני". זאת, על מנת להפוך את חברת המרקוויז לחברת יבוא הבירה הגדולה במדינה. במהלך דיון סוער בדירקטוריון, חלק מהדירקטורים הביעו חשש שההכנסות ממכירת בירה "פני" לא יכסו את ההשקעה. בסוף הדיון הוחלט ברוב קולות לאשר את הצעתו של תומאס לרכישת הזיכיון מידי חברת גאריסון. ואכן, בסוף שנת 2018 התבצעה העסקה, בה מכרה חברת גאריסון את הזיכיון שברשותה ליבוא משקה הבירה פני לחברת המרקוויז תמורת תשלום כספי בגובה מאה מיליון שקלים.

א. אילו אישורים נדרשים לצורך העסקה על-פי החוק, הפסיקה והספרות? בתשובתכם התייחסו לשתי החברות – חברת גאריסון וחברת המרקוויז.

לאחרונה, עקב ביקורות רבות על נזקי הבריאות שיוצרים המשקאות האלכוהוליים לתושבי המדינה, מינה שר האוצר ועדה לבחינת ההתנהלות של חברות המייבאות משקאות החריפים לארץ. במסגרת מסקנותיה, המליצה הוועדה כי יש להגביל את מספר הבירות שחברות יוכלו לייבא לישראל. שר האוצר אימץ את מסקנות הוועדה, ופרסם בשנת 2019 רגולציה חדשה, במסגרתה נקבעו הוראות שונות המגבילות את אפשרותם של החברות השונות לייבא משקאות אלכוהוליים לארץ (להלן: **הרפורמה**). יישום הוראות הרפורמה, עשוי לפגוע באופן משמעותי ברווחיה העתידיים של חברת שלבי. עם פרסום הרפורמה וכניסתה לתוקף, ובידיעת הדירקטוריון, פעלה מנכ"לית חברת שלבי ועובדים נוספים בחברה ליישום הוראות הרפורמה באופן שונה ביחס למתחרותיה, אשר אינו מסתדר עם הפרשנות המסתברת של ההוראות. פעילות זו הניבה לחברת שלבי רווחים משמעותיים. לקראת סוף שנת 2019, התקבלו בידי שר האוצר תלונות מעמיתת חברת שלבי, על חוסר הלימה בין הוראות הרפורמה, לבין מימושן בפועל על-ידי חברת שלבי. לאחר חקירה מקיפה, הודיע שר האוצר לחברת שלבי על החלטתו להטיל עליה קנס בסך של 130 מיליון ש"ח, עקב הפרת הוראות הרפורמה. למחרת בבוקר, געשה העיתונות הכלכלית בדיווחים על אי עמידתה של חברת שלבי בהוראות הרפורמה, והקנס שהוטל עליה בשל כך.

ב. מר אלפי סולומונס, בעל מניות בחברת שלבי, הזדעזע מהדיווחים שהתפרסמו בעיתונות הכלכלית, ומבקש לקדם תביעה משפטית כנגד המנכ"לית וחברי הדירקטוריון של חברת שלבי בשל התנהלותם בחברה. האם הוא יכול לקדם תביעה משפטית מולם? אם כן, מה הן עילות התביעה כלפי הנתבעים השונים? מה יידרש התובע להוכיח בבית המשפט כדי לבסס את עילות תביעה אלה?

דגש: עניין הזיכיון אינו רלוונטי לשאלה זו.

בניסיון להתאושש מהקנס הכבד שהוטל על החברה, גרייס התייעצה עם תומאס בעניין יוזמה חדשה לרכישת בקבוקי בירה מוזהבים. לאחר שהשניים הסכימו כי רכישה זו עשויה למשוך קונים נוספים ולהגדיל את רווחי החברה, פנתה גרייס לבילי קימבר, עובד זוטרי בחברה הידוע בעברו המפוקפק, וביקשה ממנו להיפגש באופן חשאי. בפגישה זיפו השניים שטרות במטרה לממן את רכישת בקבוקי הבירה המוזהבים. יום למחרת נפגש בילי קימבר עם הספק המקומי ורכש 5,000 יחידות של בקבוקים מוזהבים בשטרות שזיפו השניים ערב קודם לכן – עבירה שדינה 7 שנות מאסר. בעודו סופר את השטרות, הבחין הספק המקומי כי השטרות מזויפים, הזעיק את המשטרה אשר עצרה את בילי קימבר בו במקום.

ג. דונו בשאלת האחריות הפלילית בגין הזיוף – כיצד ועל מי יש להטיל אחריות זו?

שאלה 2

לאחרונה פרסם משרד המשפטים טיוטת תזכיר לתיקון חוק החברות, התשנ"ט-1999, שעניינו התאמת כללי הממשל התאגידי לחברות ללא גרעין שליטה, והמציע, בין היתר את התיקון הבא:

תזכיר חוק החברות (ממשל תאגידי בחברות ציבוריות שאין בהן בעל שליטה), התשפ"א-2021:

"בהגדרת המונח "שליטה" (סעיף 1 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968), בסופה יבוא "וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק עשרים וחמישה אחוזים או יותר מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד, ואין אדם אחר המחזיק מחצית או יותר מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד".

א. כיצד הצעת החוק משנה את הדין הקיים?

ב. מה לדעתך היתרונות והחסרונות הטמונים בהצעת החוק? יש לפרט ולנמק תוך הסתמכות על החומר שנלמד במהלך הקורס.

שאלה 1:

כאמור, שלבי היא חברה ציבורית. תומאס שלבי הוא בעל השליטה לפי ס' 1 לחוק נ"ע, מי שביכולתו לכוון את פעילות התאגיד, מדובר אפוא בבחינה מהותית וכמותית ולא איכותית. פולי, דודתו של תומאס משמשת כדירקטורית בחברה ומחזיקה ב-12% לכאורה ניתן לומר שדודתו של תומאס לא נכללת בהגדרת הקרבה הנדרשת, אך מאידך נוכל להסיק שתוצאה בהצלחה של האחין שלה, בנוסף נרמז לנו על כך בביטוי "הקרובה ביותר". יחד עם פולי עונה תומאס על ההגדרה של בעל שליטה (268). בנוסף נאמר, כי גרייס עשויה לחזק את היכולת של תומאס להכווין את פעילות התאגיד. בחינת אמצעי השליטה נבחנים בשני היבטים: זכות הצבעה והיכולת למנות דירקטורים (ריכרט). כאמור, שלבי ודודתו מחזיקים ברוב זכויות ההצבעה, ושניהם מכהנים כדירקטורים. מכאן אנו מסיקים כי תומאס הינו בעל השליטה בחברה. שלבי מחזיקה 30% ממניות גאריסון ותומאס לבד מחזיק 50% ממניות המרקוויז, שתיהן חברות ציבוריות המתחרות על שוק הבריות.

א.

כידוע, הדירקטוריון, כנושא משרה בחברה חב חו"ז (ואן גורקום) כלפי החברה (252, מכוח עוולת הרשלנות בפקנ"ז). מעבר לכך, חב הדירקטור בחובת האמונים (254). שתי החובות הללו יוצרות שלוש רגליים המובילות לBJR (נבחן לפי ורדניקוב) - על הרגל הראשונה עומד informed, היינו שההחלטה הייתה מיועדת. על רגל שנייה עומדת החובה לנהוג בתו"ל, בבחינת אדם לאדם מלאך. על רגל שלישית עומדת החובה להיעדר מניגוד עניינים.

במקרה דנן, לכאורה עלינו לפנות לפרק אישור עסקאות עם בעלי עניין מחוק החברות. מדוע? בעל עניין מוגדר (ס' 1) כמי שיש לו עניין אישי באישור העסקה. כאמור, במקרה זה תומאס, גם מחזיק בעצמו ב-50% ממניות חברת המרקוויז. מכאן, קיים לתומאס עניין אישי בטובת חברת המרקוויז, משום שיעדיף להפסיד מהרווחים של גאריסון, אך להרוויח יותר מהעסקה משום החזקותיו בהמרקוויז. כידוע, העניין הוא אחוז ההחזקה. משום שמדובר בפרק עסקאות עם בעלי עניין, תחול הגדרה שונה ל"בעל שליטה", כך שהחזקת מעל 25% מתקיימת גם היא. לכך יטען תומאס כי לא מתקיים כאן עניין אישי, שכן דווקא משום שהוא מחזיק 50% ממניות המרקוויז, הוא רואה את טובת החברה ועל כן מחפש להשיא רווחיה (פס"ד צמיחה). השיקול העומד לנגד עיניו הינו השאת הרווחים של המרקוויז, יותר מאשר רווחי גאריסון. תנאי הסף שהעסקה צריכה להיות בהם: 1. על העסקה להיות לטובת החברה (270) 2. על נושא המשרה לפעול בתו"ל (255). על מנת שהעסקה תאושר באופן "חלק" נאמר כי תומאס היה צריך להיות גלוי בעניינו האישי ולגלותו ללא דיחוי (269). מעבר לכך, היה על תומאס להדיר עצמו מן הישיבה, שכן קולותיו נגועים.

עם כן, על המרקוויז לאשר מספר דברים לצורך העסקה. משום שמדובר בעסקה חריגה הדורשת אישור מורכב (272): (1) אישור וועדת הביקורת של החברה - לא נראה שבוצעה. (2) אישור הדירקטוריון - נראה שאושר, אם כי כנראה שלא כדין משום שלא בוצע גילוי עניין אישי והדרה של הנגועים. לכל הפחות נראה שתומאס היה נוכח בישיבה ודחף לקבלת החלטה מסוימת (או לכל הפחות לא ידוע לנו על כך). חוץ מזה, משום שתומאס הוא היו"ר, היה עליו למנות מחליף לצורך הישיבות הנוגעות לעסקה בה יש לו עניין אישי ולהדיר עצמו ממנה באופן מלא. (3) אישור האספה הכללית - נראה שלא בוצע.

אם הייתה מצביעה האספה הכללית: א. היה עליה לכלול רוב קולות של בעלי מניות שאינם בעלי עניין אישי בהתקשרות (איזנברג). כדי שעסקה עם בעל שליטה בעל עניין אישי תוגדר כהוגנת יש צורך בהתקיימותם של רכיבים מצטברים: 1. ניהול מו"מ בלתי נגוע. 2. הצבעה בלתי נגועה באסכ"ל. ב. ההחלטה הייתה מתקבלת אם סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי בהתקשרות לא עולה על 2% מכלל בעלי זכויות ההצבעה בחברה (275א). ג. אישור כל 3 שנים (275א1) לכל הפחות אישור של וועדת הביקורת אחת ל-3 שנים (275א2).

בנוגע לגאריסון, התנאים זהים ברובם. עם זאת, כאשר נבחן לפי פס"ד צמיחה נגיע למסקנה שלבי וכיסו של תומאס נוטים ללכת להמרקוויז. לכן, כאן לא תעמוד לו הטענה כי הוא מבקש להשיא את רווחי החברה, כי זה יהיה שקר, שכן הוא נמצא בניגוד עניינים ברור בין שני העסקים המהווים מתחרים גדולים באותו השוק (אוטו-חן) והוא דווקא חותר תחת רווחי החברה. למעלה מכך, עצם כהונתו בשני המקומות בו זמנית, על אף שבגאריסון שליטתו נמוכה יותר ובאמצעות חברה, עדיין יוצרים בעייתיות מסוימת על אף שאינו נושא משרה בניגוד עניינים ונגיעה אישית, שכן לקוח הבוחר באחת בעצם הביא להפסד לאחרת.

במידה ולא יגלה על העניין, יראו את תומאס תומאס כמפר את חובת ההגיונות (283).

ב.

ראשית, אלפי יוכל לתבוע באמצעות תביעה נגזרת את דירקטוריון החברה והמנכ"לית. הדוקטוריונה נעוצה בכך שהחברה לא תיזום תביעה כנגד בעלי השליטה/נושאי המשרה בה. התנאים להגשת התביעה: ראשית, יש לפנות לתביעה בטרם הגשת התביעה לצורך בירור האם זו מתכוונת לתבוע את בעלי השליטה/נושאי המשרה, ורק אם תשובתה שלילית, אזי ניתן להגיש את התביעה (194-197). שנית, תוגש בקשה לאישור ניהול תביעה נגזרת (198), זאת תוך בחינה האם ניהול התביעה הוא לטובת החברה והאם נעשה בתו"ל. שלישית, על התובע לנהל את התביעה בתו"ל, וניתן להגיש ללא ותק מסוים באחזקת המניות (ורדניקוב ואוסטרובסקי).

במסגרת התביעה, היא תתחלק לשתי יישויות נפרדות: ראשית, המנכ"לית, שיישמה רפורמה באופן שונה ביחס למתחרתיה אשר אינו מסתדר עם הפרשנות המסתברת של ההוראות. תפקיד המנכ"לית הוא ניהול שוטף של החברה תחת הנחיות ומדיניות הדירקטוריון (120). לכאורה, המנכ"לית ביצעה באופן ישיר את המעשים האסורים, תוך שדיווחה על כך לדירקטוריון (נרחיב על חובת הדירקטוריון במסגרת זו בהמשך). על כן, בהיותה חוסה תחת הגדרת נושא משרה ("לרבות מנהל כללי"), חבה היא חובת זהירות כלפי החברה. ניתן לומר שישום מנוגד לרפורמה עלול להוביל לפגיעה כלכלית בחברה. מאידך אולי תוכל המנכ"לית לטעון שאולי הרווח המשמעותי של החברה הביא בסופו של דבר לרווח כלשהו ביחס למתחרים גם לאחר הטלת הקנס, ולולא פעולתה היו מתקשים להמשיך (טענה חלשה..).

שנית, יתבע אלפי את הדירקטוריון, על כך שבידועין, גם אם לא באישורו הישיר, לא מנע מהמנכ"לית ועובדיה לנהוג בניגוד לרפורמה. כפי שכבר הוזכר, דירקטור, כנושא משרה בחברה חב חובת זהירות כלפיה. בעניין זה נקבע בפסיקה כי על דירקטור ליידע עצמו במתרחש, גם כאשר אין חשש לגבי התנהלות שאינה תקינה של הדרג שמתחתיו (כפר תקווה). בפסיקה האמריקאית נקבע שקמה לדירקטוריון חובה ליצור מערכת פיקוח על ההנהלה ולוודא יישומה בפועל, שם נקבע גם כי אם לא צצו דגלים אדומים למיניהם, הדירקטוריון לא יואשם בהפרת חובת הזהירות שלו (**celmark**, לא אומץ בישראל באופן מוחלט). לכאורה ניתן לומר שהיעדר הפיקוח היה בחוסר תו"ל, משום שהדברים קרו בידועין, לכן יש סיכוי לטענה בדבר הפרת חובת אמונים (**stone**). המקרה דנן אולי אפילו יותר קיצוני **מבוכינדר (צפון אמריקה)**, שכן שם הדברים קרו במחדל (אמנם אדיר) של פיקוח, ואילו כאן הדברים קרו בידועין, על כן העילה של היעדר הפיקוח מאוד חזקה כאן.

בנוסף, אלפי יעלה טענת ניגוד עניינים בפיקוח של הדירקטוריון של שליבי כלפי גרייס, שכן תומאס ופולי הינם דירקטורים בחברה והם בני משפחה (ותומאס הוא בעלה!). על כן לא יכול הדירקטוריון לפקח על גרייס באופן אפקטיבי, משום היות בני משפחתה דירקטורים ובנוסף בעלי מניות (ושליטה) בחברה (**פיננסיטק, ורדניקוב**). אם יטענו הדירקטורים כי האסיפה הכללית אישרה את הדברים האסורים, לא קם חיסון לדירקטורים (**ורדניקוב**).

האינטרס של התובע יהיה להביא לכל הפחות לייחוס הפרת חו"ז על מנת שיופעל הביטוח. הסעד שהתובע יבקש הוא פיצויים בגין נזקים שנגרמו עקב היעדר גילוי עניינו האישי עם המנכ"לית. מצד שני, ניתן לטעון כי משקיע סביר יודע/ אמור לדעת לגבי קשרים שכאלה בין המנכ"לית לאחד הדירקטורים.

ג.

ראשית, נבחן הטלת אחריות פלילית על תאגיד. מבחינת ענישה, ניתן להעניש את התאגיד בשתי דרכים, על מנת לכוון את התנהגותו כדי שימנע מעובדיו לעבור עבירות: 1. הטלת קנס כספי, זה מה שקורה לרוב. 2. רישום פלילי (מונע מחברה לגשת למכרזים למיניהם, ועל ידי כך מקדם הרתעה, כי מוניטין החברה לעסקים נפגע). מבחינת האחריות השילוחית ניתן להטיל כזו על החברה, אך קשה לזהות בחברה יסוד נפשי. **בפס"ד מודיעים** נקבע הטלת קנס כדי לגרום לתאגיד להכווין התנהגות, בנוסף נאמר כי ניתן להסתכל על עבירות בעלות אופי כלכלי אשר בהקשרן יותר הגיוני להטיל אחריות על החברה. **ס' 23(א) (2) לחוק העונשין** קובע כי חברה תישא באחריות פלילית אם ניתן לראות ביסודות העבירה של העובד כיסודות העבירה של התאגיד. במקרה דנן, אנו יכולים לראות כי ההחלטה על ביצוע הפעולה הפלילית עלתה עד לתומאס, שהוא דירקטור, בעל שליטה בחברה ובעלה. עם זאת, נראה כי על אף ההתייעצות - תומאס לא קיבל מידע הנוגע לעבירה פלילית, אלא לרעיון שניתן לראותו בגדר יוזמה חדשה עבור החברה. בנוגע לגרייס עצמה, היא מכהנת כמנכ"לית החברה. באמצעות מימוש תורת האורגן (אותה החלנו במסגרת דיני הנזיקין **בפס"ד מודיעים**), נבחן לפי המבחנים לקביעת אורגן: א. ההיררכי - גרייס היא הדרג הניהולי הבכיר ביותר בחברה. ב. הפונקציונלי - אם בפעולת הזיוף עסקינן, הרי שהיא ביצעה את העבירה בדיוק כמו בילי קימבר, ואף הייתה המוח מאחורי היוזמה, ויצרה קשר עם בילי שידוע בעברו המפוקפק. על כן, נוכל לייחס לחברה את פעולותיה של גרייס כפעולות החברה. מלבד זאת, הפעולות נועדו לעסקה של החברה לצורך השאת רווחים. בנוסף לגרייס, אולי נוכל להטיל פיקוח מחדלי רשלני מצד תומאס, שלא ביקש מידע נוסף מגרייס ולא העביר את היוזמה של גרייס דרך הדירקטוריון לעיון נוסף טרם האישור (**הבנק למסחר**). בנוגע לבילי קימבר, משום היותו עובד זוט, לא נייחס את מעשיו לחברה, שכן לא רציונאלי/מעשי שהחברה תיקח אחריות על כל עובד שלה כאילו הוא מייצג אותה כאורגן. מלבד הטלת אחריות על התאגיד כשלעצמו, נראה כי הפסיקה לא נוחה עם העמדה לדיון של התאגיד בלבד (והפיכת האורגנים לעדי מדינה בתמורה לזיכוי), משום היותו כיס עמוק (**נמלי ישראל**). **הנחיות פרקליטה המדינה** בנושא זה - נקבע כי ככל שעולה חשד לאחריות פלילית של תאגיד יש לצרפו לתיק כנתבע, אולם, אין הדבר מהווה תחליף להעמדת האורגנים לדיון, וככלל תפעל התביעה בישראל על מנת שהאורגנים אשר ביצעו את העבירה יועמדו לדיון. על כן, בנוסף לתאגיד עצמו, נראה כי גם גרייס וגם בילי יועמדו לדיון בגין עבירת הזיוף, שכן קיימו את יסודות העבירה.

שאלה 2:

א. כפי שנראה, הצעת החוק מרחיבה את האמור בסעיף 268 שכן היא משתמשת בנוסח זהה. הנפקא מינה של הצעת החוק היא שההגדרה לא תחול רק על עסקאות עם בעלי עניין אלא גם באופן כללי על חברות ציבוריות בשאר המקרים. לדעת הצעת החוק אינה משנה את הדין הקיים באופן מהותי, אלא אך מוסיפה משקל נוסף ואחריות לבעל מניות, תוך התווית התנהגות בזמן "שגרת" ולא רק במסגרת פרק עסקאות עם בעלי עניין.

ב.

יתרונות:

- בעלי שליטה (כאמור בסעיף) יהיו בעלי מוטיבציה גבוהה יותר לנהוג כפי שנקבע בדיון ובפסיקה. להימנע מלנהוג בצורה מפוקפקת או בחוסר תו"ל או הפרת חובת ההגיונות והימנעות מקיפוח המיעוט (לדוג' **קוסוי, מכתשים אגן וכו'**)
- יכולים להיווצר מספר בעלי שליטה, ועל ידי כך לאזן בין רצונות/שיקולי אחד לאחר. על ידי כך למנוע ריכוזיות.

חסרונות:

- משקל נוסף ואחריות קמה לבעל מניות המוגדר כבעל שליטה.
- משקיעים עשויים להימנע מלהשקיע עד כדי 25% כדי לא להגיע להגדרת "בעל שליטה", על מנת שלא לחשוף עצמם לאחריות המיוחסת לבעל שליטה מכוח חוק החברות.

שאלה מס' 2 (1 נק' - שאלת בונוס)

טיוטה (ללא ניקוד)

