

הרמת מסך

- עילת הרמת המסך היא **עילה שנשמתש בה בליט ברירה** (כיוון שהיא סותרת את עקרון האישיות הנפרדת). רוב המקרים שנתקלים בהם במובן של ייחוס חוב של חברה לבעלי המניות יהיה מדובר **בחברות פרטיות**. בחברה ציבורית בד"כ יש הפרדה בין מקבלי החלטות (הנהלה, דירקטוריון) לבעלי המניות. בחברה פרטית, זה עמום יותר.
- **ס' 6(א)** - סעיף זה מגדיר מתי ביהמ"ש יכול לייחס **חוב** של החברה לבעל המניות בשתי סטואציות:
 - 1) **"להונות אדם / לקפח נושה" - ס' 6(א)(1)**: ההסתברות תחת עיקרון האישיות הנפרדת אינה הגונה ונעשתה להשגת מטרה בלתי כשרה הכרוכה בפגיעה בזולת:
 - ◀ **פס"ד נהר השקעות** - מקרה של **הברחת נכסים** מאגודה שיתופית (בעלת מניות) לחברה. זה היה לפי ס' 6(ב), היום האן חושב שזה צריך להיכנס תחת ס' 6(ב).
 - ◀ **פס"ד ולקובסקי** - (מניות) פיצול של חברות מהווה ניצול של חברות בתכלית החברה, **תוך לקיחת סיכון בלתי סביר** - ס' 6(א)(1)(ב): כאשר ישנה פגיעה בתכלית החברה שהיא לשקול שיקולים עסקיים לטובת השאת רווחיה **ס' 11**, וכן נטילת סיכון בלתי סביר ביחס לסוגיית פריעת חובות עתידיים לנושים.
 - 2) **"התנהלות באופן הפוגע בתכלית החברה, תוך לקיחת סיכון בלתי סביר" - ס' 6(א)(1)(ב)**: כאשר ישנה פגיעה בתכלית החברה שהיא לשקול שיקולים עסקיים לטובת השאת רווחיה **ס' 11**, וכן נטילת סיכון בלתי סביר ביחס לסוגיית פריעת חובות עתידיים לנושים.
 - ◀ **פס"ד דלתות חמדיה** (לפי התיקון) - בני הזוג המשיכו לנהל עסקים עם דלתות חמדיה למרות הצטברות גדולה של חוב. נטען שכיוון שהם **לא גילו** את המידע על החוב הם צריכים לשאת בחבות אישית. **רובינשטיין** - מרים מסך דרך החוק - "צודק ונכון"; **ברק** - דרך עקרון תו"ל (ס' 12 לחוק החוזים);
 - ◀ **מימון דק**: ההון העצמי של החברה כפי שעיצבו אותו מייסדיה, היה בלתי מספק לנוכח ההתחייבויות הצפויות שלה מאופי הפעילות שלה. **אפרוחי הצפון** - היה מימון דק (190 ש"ח) + הייתה הלוואת בעלים. פרוקצ'יה (דעת הרוב) - די במימון דק כדי להרים מסך. רובינשטיין (מיעוט) - אין להסתפק במימון דק כגורם בלעדי להרמת מסך, מדרש גורם שלילי נוסף כדי להרים מסך. **ככל שאתה מעמיס על החברה יותר התחייבויות מצופה שתהיה פרופורציה גם ביחס לרמת ההשקעה**. (מקרה נוסף של הלוואת בעלים - **סלומון**). **ולקובסקי** - דעת הרוב קבעה שקרלטון פעל לפי חוק שעשה ביטוח מינ' לכל מונית. במקום שמדובר בנושים לא רצוניים, הנטייה תהיה יותר להתחשב גם בפקטור הזה יותר לכיוון הרמת המסך.
- **ס' 6(ב) "הרמת מסך מזדמנה"** - מייחסים **זכות או חובה** של בעל מניות לחברה. הרמת מסך מזדמנה מבקשת לאפיין את החברה במאפיינים אנושיים של האנשים שמרכיבים אותה. **בפס"ד דיימלר** - חברת Continental היא חברה לייצור צמיגים שסיפקה סחורה ל-Daimler (מרצדס) הגרמנית. מנהליה היו גרמנים. בעלי המניות היו גרמנים. ישנו חוק אנגלי שאוסר מסחר עם גרמניה. דיימלר התאגדה באנגליה. ביהמ"ש מרים מסך ומייחס לחברה תכונות של בעלי המניות שלה.
- **אחזקות בעל המניה בחברה** - ככל שלבעל המניות אחזקה בחלק גדול יותר ממניות החברה ושליטתו בה גדולה יותר, כך ייטה ביהמ"ש להיענות לבקשה להרמת מסך נגדו כיוון שיש בידו את כוח רב להשפיע על החלטות החברה (סלומון).
- **יכולת החברה לפרוע את חובותיה** - ביהמ"ש יבחן האם החברה יכולה לפרוע את חובותיה לנושים. ככל שיכולת הנושים להיפרע מהחברה גבוהה - כך יטה ביהמ"ש לא להרים מסך ולפגוע בעיקרון האישיות המשפטית של חברה, ולהפך.
- כאשר חברת אם מקימה חברת בת ומעבירה אליה את כל הנכסים, ואז הנושים דורשים את הכסף מחברת האם, ישנם שני צירים אפשריים כדי לקבל את הסעד מחברת האם: **ס' 6(א)** - הרמת מסך כלפי בעלי המניות של חברת האם. - בעצם עשו נכסים כמו בנהר השקעות ולכן ניקח מבעלי המניות. **ס' 6(ב)** - לייחס את החוב של חברת האם לחברת הבת (שהיא בעלת מניות בחברת הבת), ואז אני הופך לנושה של חברת הבת.
- **סעדים** - הסעד הקלאסי של הרמת מסך הוא **ייחוס חוב של החברה לבעל מניות (א6) + ייחוס חוב של בעל מניות לחברה (ב6)**. סעדים נוספים:
 - ☑ **6(ג)** - דחיית חובו של בעל מניות, אם הוא בעצמו נושה של החברה, מפני חובות של נושים אחרים. (**אפרוחי הצפון**).
 - ☑ **ס' 7** קובע סעד של הגבלת עיסוק של אותו בעל מניה כלפיו הייתה הרמת מסך, עד 5 שנים קדימה הוא לא יכול להיות מעורב ביסוד תאגידים חדשים, לא יכול להיות דירקטור בתאגידים אחרים. זו פגיעה קשה.

חלוקה אסורה

- בפעולת חלוקת הדיבידנד מה שהחברה עושה זה ל"הקדים" את התשלום לאחרונים בתור (בעלי המניות) על פני הראשונים בתור (הנושים). ממצבים כאלו רוצים להימנע ולכן מגבילים את היכולת לחלק דיבידנד.
- **מי התובע?** בדרך"כ מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה, לפי **ס' 194**, הוא **בעל מניות או דירקטור**. **ס' 204** אומר שאם התביעה נגד דירקטורים בשם החברה היא תביעה שטוענת שהדירקטורים הפרו חובה כלשהי **בהחלטה על חלוקת דיבידנד** - יש עילת תביעה **גם לנושה**.
- הכלל הוא כי החלטת החברה על חלוקת דיבידנד תתקבל בדירקטוריון החברה **ס' 307**, אולם, חברה יכולה לקבוע בתקנון אחרת. **ס' 301** - מגדיר את הוראות הפרק כקוגנטיות (זולת 307). תקנון יכול להחמיר ולא להקל.
- **שלב א' - האם המורה מדבר על "חלוקה"?** **ס' 1** מגדירים חלוקה כמתן דיבידנד. החוק מגדיר דיבידנד כ: "כל נכס הניתן ע"י החברה לבעל מניה **בהיותו בעל מניה**, בין מוזמן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה **ללא תמורה שוות ערך** ולמעט מניות הטבה".
- **שלב ב' - כדי לבצע חלוקה יש לעמוד ב-2 מבחנים מצטברים כתנאי לחלוקה כשרה (ס' 302):**
 - 1) **מבחן הרווח** - ניתן לחלק דיבידנדים רק מתוך רווחי החברה. החוק מגדיר רווח כ: "יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות שמקורם ברווח". מבחן טכני חשבונאי הצופה פני עבר (**פס"ד קליר**). בחינת רכיב העודפים בהון העצמי בדו"ח המאזן האחרון. מה שיש שם ניתן לחלק כדיבידנד לבעלי המניות כיוון שאלו הרווחים.
 - 2) **מבחן יכולת פירעון** - מבחן יכולת הפירעון קובע שניתן לחלק דיבידנד רק אם אין **חשש סביר** שבעקבות החלוקה החברה לא תוכל לפרוע חובות לנושה **במועד קיומם**. זה מבחן צופה פני עתיד והוא מבוסס על הערכות הגיוניות (**פס"ד קליר**).
- הראיה הטובה ביותר לצורך הכרעה בשאלה האם הדירקטורים דנו במבחן יכולת הפירעון היא דרך הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון. כאמור, ביהמ"ש צריך להימנע מ"חכמה שבדיעבד", **ויש לבחון את המידע ברגע קבלת החלטה**.
- **מה הדירקטורים צריכים לבדוק במבחן יכולת הפירעון? פס"ד קליר**
 - ✓ ניתוח תזרים המזומנים לזמן רב קדימה כדי לראות האם החברה יכולה לעמוד בפירעון החובות הקרובים, לא ניתן להסתפק בבדיקת התזרים לתקופה של שנתיים בלבד.
 - ✓ על הדירקטורים לגלות בקיאות נכסי החברה ומצבה הפיננסי, ולראות שהמידע שמגיע אליהם אמין.
 - ✓ **פס"ד עלאן** - אינדיקציות נוספות: בנו 3 תרחישים והוכיחה שבכל התרחישים בזק שומרת על יציבות, הבנקים (הנושים) הביעו את עמדתם התומכת בחלוקה.
- במידה ונטען בבימה"ש כי הדירקטורים לא קיימו את מבחן יכולת הפירעון - העברת נטל הוכחה לדירקטורים שהחלוקה (למרות היעדרו של המבחן) הייתה סבירה+ לא הסבה נזק לחברה.
- **ס' 303** מאפשר לחברה לחלק דיבידנד גם כשמבחן הרווח לא מתקיים, בתנאי שהתקבל אישור ביהמ"ש. אם ביהמ"ש נתן אישור לחלוקת דיבידנד שמתפרסת על כמה מועדים, האם יש לבחון בכל מועד את מבחן יכולת הפירעון? **פס"ד עלאן; אלוביץ'** - כיוון שנסיונות יכולות להשתנות, יש לבחון את יכולת הפירעון בכל חלוקה באופן עדיני.
- **פס"ד ורדיקוב נ' אלוביץ'** - אלוביץ' קנה את מניות השליטה בבזק באמצעות הלוואה וכעת הוא לוחץ על הדירקטוריון שיחליטו על חלוקת דיבידנדים כדי שהוא יוכל לפרוע את ההלוואה. ביהמ"ש קובע שהחלוקה לא הייתה אסורה כי קבלו אישור ביהמ"ש ועמדו במבחן יכולת הפירעון. בכל זאת ביהמ"ש בוחן הפרה של הדירקטוריון את חובותיהם לפי **ס' 106** - שיקול דעת עצמאי בקבלת החלטה - הפרת חובות אמונים בסטנדרט של 'בחינה מוגברת'.
- **סעדים במקרה של חלוקה אסורה:**
 - ☑ **ס' 310** - קובע סעד של **השבה**, מי שקיבל את הדיבידנד - שישב. החריג לסעד: הגנה לבעל מניות שלא ידע ולא צריך היה לדעת שהחלוקה אסורה. רציונל - תקנת שוק. למשל, בעלי מניות מהציבור, שלא נמצאים בלב העניינים.
 - ☑ **ס' 311** - כל מי שהיה דירקטור בזמן קבלת החלטה יישא באחריות כמי שהפר את חובותו כלפי החברה (אלא אם כן הוכיח אחד מהתנאים המופיעים בסעיף). הסעיף לא מצייץ איזו חובה זו, אלא שזה לפי נסיבות העניין - הפרת חובת זהירות או חובת אמונים.
- **גם אם נקבע שהחלוקה מותרת, הדירקטוריון יכול לעמוד בפני בחינה (פס"ד אלוביץ')** - ביהמ"ש העליון **באלוביץ'** - יעמוד להם כלל שק"ד העסקי; ביהמ"ש המחוזיים (**חורב ו קליר**) - לא יעמוד כלל שק"ד העסקי. האן מציע להפריד בין מצב שהטענה היא על אי קיום גזרת הרווח - אין שק"ד עסקי (החריג לכלל - **פס"ד חורב** כי שם הבחינה הייתה האם בכלל יש רווח או אין); לבין מצב שהטענה היא על אי קיום מבחן יכולת הפירעון שאז יעמוד כלל שק"ד העסקי. אם היו הרבה אזהרות משמעותיות לגבי הסכנה שבחלוקת הדיבידנדים ובכל זאת הדירקטורים התעלמו מכך, הם יישאבו כחסרי תום לב ולכן לא יחול עליהם כלל שיקול הדעת העסקי.
- **ביטוח/פטור** - לא ניתן לפטור דירקטור מהפרת חובת זהירות (וכמובן אמונים) ב"חלוקת דיבידנד" **259(ב)**. ביטוח ניתן לעשות.

רק בחברה ציבורית

1. אישור עסקאות עם בעל שליטה

- ציר התקיפה מראש- נתקוף פעולות מסוימת שבהן יש פוטנציאל מנוגד לטובתה של החברה, עוד לפני שהעסקה נקשרת דרך הליך אישור מיוחד לפי ס' 275.
- **תנאים מקדמיים: להראות שמדובר בבעל שליטה + להראות שמדובר בחברה ציבורית + עסקה חריגה (ראה דיון בהפרת חובת אמונים).** – ס' 270(4).
- הדרך היחידה המשפטית הקיימת להתמודד עם בעל השליטה במצב של חברה פרטית זה רק בדיעבד, דרך חובת ההגנות של בעל שליטה בס' 193 ולדרוש פיצוי.
- **מיהו בעל שליטה?** חוק החברות ס' 1 מפנה להגדרה **בחוק לניירות ערך (ס' 1)** שנותן שני מבחנים:
 - (1) **המבחן האיכותי-מהותי:** היכולת לכוון את פעילותו של התאגיד (בלי קשר לכמות המניות שיש ברשותך).
 - (2) **מבחן כמותי:** החזקה של 50% או יותר של אמצעי שליטה בתאגיד (זכות ההצבעה באסיפה הכללית או הזכות למנות דירקטור של חברה). זו חזקה שניתן לסתור אותה אבל בפועל, לא היה אדם מסוים שמחזיק ב-50% מאמצעי השליטה והצליח לסתור את החזקה הזו.
 - (3) מי שמחזיק מעל 25% ממניות החברה, כאשר אין בחברה מישהו אחר שמחזיק ב-50% (ס' 268) – **מיוחד רק לעניין אישור עסקאות.**
- **עניין אישי של בעל השליטה:** מקרה של **חלוקת דיבידנדים – פס"ד אלוביץ'**: עמית – אף פעם אין עניין אישי בחלוקת דיבידנדים כי הציפיה לרווח היא שוויונית בין בעלי המניות. סולבורג- יהיו מקרים שבהם כן יהיה עניין אישי כמו במקרה של אלוביץ'; או מצב שבעל מניות לוקח הלוואה מהחברה והיא פורעת בשעת חלוקה.
- **אישור העסקה:** ברגע שהגדרנו בעל שליטה, בהנחה שיש עסקה שיש לו בה עניין אישי, צריך לעבור אישורים הקבועים בפרק זה:
 - ◀ **תום לב/ טובת החברה** – יש לבדוק את נורמת העל היא ס' 270 "ובלבד שהעסקה לטובת החברה" – להראות האם העסקה לטובת החברה או לא.
 - ◀ **גילוי** – (ס' 269), בעל העניין האישי צריך לגלות את העניין האישי שלו. ס' 283 קובע שמי שלא גילה את עניינו האישי הפר את חובת ההגנות שלו.
 - ◀ **אישור מורכב** – שלבי האישור הם **ועדת ביקורת, דירקטוריון, אספה כללית (ס' 275).**
 - ◀ **הדרה** – בכל אחת מן השיבות נדרשת הדרה של בעל השליטה או מי שיש לו עניין אישי. **לגבי ההצבעה באספה:**
 1. **ס' 275(א3)** יש דרישת **רוב** ממי שאינם בעלי עניין אישי בעסקה (במנעים לא נחשבים).
 2. **ס' 275(א3ב)** אם כלל המתנגדים מהווים פחות מ-2% מכלל מניות החברה העסקה מאושרת. זה נחשב זוטי דברים ולכן לא צריך להתחשב בהתנגדות הזו.
- **מתן בעל מניות, שאינו בעל שליטה, ייחשב בעל "עניין אישי" כדי שלא נחשב אותו בהצבעה באסיפה הכללית?**
 - ✓ **פס"ד אייזנברג- הסכם הצבעה + אופציית פוט** בין האחים יסלזון ואייזנברג. ביהמ"ש: יש צורך **זיקה מהותית** המשפיעה על שיקול-דעתו של מקבל ההחלטה, ושכתוצאה ממנה הוא אינו רואה לנגד עיניו את טובתה של החברה כולה.
 - ✓ **יחסים עסקיים מתמשכים** (החלטת הרשות לני"ע) – כמו יחסים מנהל ועובד, שהוא תלוי בו במשכורת. ואפילו בנק שיש לו קשרים עסקיים מתמשכים עם בעל מניות שליטה בחברה מסוימת והוא גם מחזיק גם במניות החברה – גם לבנק עצמו יכול להיות עניין אישי.
 - ✓ **מערכת יחסים של בעל מניות עם בעל השליטה** – אשר יוצרת לו עניין אישי בכל עסקה שבעל השליטה מבקש לבצע באשר היא- לדוג': יחסים משפחתיים.
 - ✓ **עניין אישי שלילי:** **פס"ד נפקוטאר** – בעל מניות מצביע נגד כי הוא רוצה לסגור חשבון עם בעל השליטה. הש' רונן אינה שוללת את קיומו של עניין אישי עקיף- קרי, ניסיון סחיטה, נקמנות- אבל אומרת שיש להתייחס לטענות אלה בזהירות רבה ויש לקחת אותם בעירובן מוגבל. **פס"ד ב. יאיר** – לא שולל את קיומו של עניין אישי שלילי. אולם, הש' סולברג חושש שבעל השליטה יתחיל לעורר 'טענות סרק' (שבעל המניות רוצה להתנקם בו ולכן הוא אסור לו להצביע) רק כדי להקל את אופן אישור העסקה. לכן, **על בעל השליטה יקום הנטל לפנות לבית המשפט ולבקש בדיעבד לפסול את ספירת קולו.**
- **האם יש בעמידה במנגנון כדי לרפא כל עניין אישי של בעל השליטה? פס"ד מכתשים-אגן ("עסקת חבילה"):** CC מבצעת עסקת מיזוג עם חברת מכתשים אגן, במקביל היא נותנת הלוואת נון-ריקורס לבעלי השליטה בחברה, חברת כור, בשווי המניות שהם מחזיקים אחרי המיזוג בחברה (40%). העסקה אושרה לפי המנגנון בחוק. עמידה במנגנון של ס' 257 יהווה אינדיקציה טובה לחזקת תקינות, ואף כמעט מוחלטת כמעט בכל העסקאות, למעט עסקאות מיזוג (שם צריך לאמץ דרישה למו"מ בלתי תלוי כדי להימנע מעסקאות חבילה). בעסקאות שמשמעותן גורלית לבעלי-המניות, יישמר לבית-משפט ש"ק"ד לבחון לפי **מבחן ההגנות המלאה**.
- **סטנדרט הביקורת בדלאור:** **מבחן ההגנות המלאה:** שני מרכיבים: הדרישה להליך הוגן והדרישה למחיר הוגן. הביקורת השיפוטית תהיה מאופקת אם היה: 1. הצבעה בקרב בעלי המניות הנקיים; 2. ניהול מו"מ בלתי תלוי דרך ועדה בלתי תלויה (ד"חצים);
- **סעדים: סעיפים 280-282**
 - ☑ **דפדפי לחובת אמונים כפרה**
 - ☑ **האחריות האישית:** (לדוג': אם לא הדיר את עצמו מהישיבה, או לא גילה את עניינו האישי), בעל שליטה בחברה ציבורית **מפר חובת הגינות** לפי ס' 193.

2. קיפוח המיעוט- ס' 191

- **תמיד דרך תובענה ייצוגית. ס' 191** – קיפוח המיעוט הוא מקרה בו הפגיעה היא בין בעלי המניות ובין עצמם, והחברה לא הצד הנפגע (**פס"ד תמם**).
- **דוגמאות למקרים של קיפוח:**
 - (1) **הנפקת מניות במחיר מוזל.** במקרה כזה, הערך הכלכלי של בעלי המניות הנוכחיים נשחק וזה עלול לעלות כדי קיפוח; הנפקה בפחות מהשווי הריאלי + אי חלוקת דיבידנד מצטברת יוצרים קיפוח. (**פס"ד גליקמן**).
 - (2) **פס"ד תעשיות מתכת** – אי חלוקת דיבידנד, אך נושאי משרה בכירים שהם בעצמם בעלי מניות מתוגמלים דרך שכרם מרווחי החברה- "דיבידנד סמוי" (במבחן: לדון האם אפשר להגדיר את זה כדיבידנד ולראות האם זה עומד במבחני החלוקה).
 - (3) **מכתשים-אגן:** הקיפוח הוא בכך שעסקת המיזוג + הלוואת הון ריקורס הוגשו להצבעה ככריכה אחת, וזה היה מעין "אולטימטום" לבעלי המניות.
- **סעדים: ס' 191(א)** – יש **שק"ד רחב** לביהמ"ש לבחון כיצד ניתן להסיר את הקיפוח. לדוג': מכירה כפויה של מניות (BMBY); החלטה על חלוקת דיבידנדים;(תעשיות

3. הפרת חובת ההגנות

- **ס' 193** מחיל את חובת ההגנות ביחס לבעל שליטה בלבד (ולא ביחס לשאר בעלי המניות). זו חובת הגינות כלפי החברה כחזות ולא כלפי שאר בעלי המניות.
- **מיהו בעל שליטה?** חוק החברות ס' 1 מפנה להגדרה **בחוק לניירות ערך (ס' 1)** שנותן שני מבחנים:
 - (1) **המבחן המהותי:** היכולת לכוון את פעילותו של התאגיד (בלי קשר לכמות המניות שיש ברשותך). **פס"ד שמש** – בעל מניות שהחזיק רק 8% טען כי לא ניתן להלביש עליו חובות של בעל שליטה. נקבע כי בעלי מניות שהצטרפו כקואליציה, גם אם לכל אחד בנפרד אין מספיק מניות כדי להיחשב בעל שליטה.
 - (2) **מבחן כמותי:** החזקה של 50% או יותר של אמצעי שליטה בתאגיד (זכות ההצבעה באסיפה הכללית או הזכות למנות דירקטור של חברה). זו חזקה שניתן לסתור אותה אבל בפועל, לא היה אדם מסוים שמחזיק ב-50% מאמצעי השליטה והצליח לסתור את החזקה הזו.
- **לשים לב!! הסכם הצבעה בין בעלי מניות יכול להקים קבוצת שליטה!!!**
- **בחינה האם הופרה חובת ההגנות – פס"ד ורדניקוב:** חובת ההגנות כממוקמת בטווח בין חובת תום הלב, המוטלת על כל בעל מניה באשר הוא, לבין חובת האמונים המוטלת על נושאי משרה. מתוקף חובת ההגנות, עליו לקחת בחשבון את ההשלכות הפוטנציאליות של פעולותיו על טובתה של החברה. אין הוא רשאי לעשות שימוש בכוחו על מנת לפגוע בה. עניין אישי של בעל השליטה- בפחות אחוזי אחזקה החשש לניצול לרעה גבוה יותר.
- **סיטואציות בהן נגיד שהופרה חובת ההגנות:**
 - (1) **פס"ד קוסוי- קוסוי,** יו"ר הדירקטוריון, נוכח בישיבת הדירקטוריון ואף מאשר הלוואה לאפשטיין כדי שאפשטיין ירכוש את מניותיו, ויודע כי מתן הלוואה יגרום לקריסת הבנק (הייתה אזרהה מרואי החשבון). **חובת הגינות חלה אם בעל השליטה יצו שהמכירה תפגע בחברה.** – "מכירה חובלת" = קריסת חברה אחרי מכירת מניות!!!!
 - (2) **פס"ד תמם** – ת.ש.ת בעלת השליטה בת.מ.מ, והיא מספקת שירותי ניהול לת.מ.מ במחיר גבוה (כיוון שהיא מחזיקה ברוב המניות היא אישרה את המחיר הגבוה וההתקשרות עימה). הטענה הייתה לקיפוח המיעוט (**ס' 191**), אולם, יש להתייחס לסיטואציה כהפרת חובת הגינות כנגד החברה.
 - (3) **פס"ד מכתשים אגן** – יש מקום להכיר בחובת הגינות של בעל מניות שליטה בהקשר של עסקאות מיזוג לא רק כלפי החברה, אלא גם כלפי בעלי מניות המיעוט.
- **סעדים:** יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה **ס' 193(ב)** – כמו חובת האמונים.

חברה ציבורית +

שלב א' - עסקאות עם בעלי עניין (החריג לכלל)

פעולות שמעורב בהן עניין אישי של נושא משרה

- **ס' 255:** ניתן לאשר פעולות בניגוד לס' 254 בהתקיים התנאים:
 - ✓ הפעולה נעשית לטובת החברה (ס' 255(א)(1)).
 - ✓ נושא המשרה פועל בתו"ל (ס' 255(א)(1)).
 - ✓ נושא המשרה מגלה את עניינו האישי זמן סביר לפני מועד הדיון לאישור (ס' 255(א)(2)).
 - ✓ אישור הפעולה בידי החברה (ס' 255(ב)) + הדרה (מפנים לפרק על עסקאות עם בעלי עניין ראה'י להלן).
- מדבר על פעולות והפרק של עסקאות עם בעלי עניין מדבר על **עסקאות**.
- פעולה "מהותית" מול פעולה "רגילה" - להסתכל על מנגנון אישור של עסקה חריגה מול עסקה שאינה חריגה בהתאמה (ס' 271-273).

עסקאות שמעורב בהן עניין אישי של נושא משרה - הפרק החמישי

- מהו עניין אישי? ס' 1 - יחס אנשים\משפחה. עניין אישי לפי פרופ' קלרק:
 - (1) הימצאות בעמדת קבלת החלטה בחברה;
 - (2) בעניין ההחלטה הרלוונטית, יש לאדם העדפות/אינטרס בעניינה מחוץ לחברה (אינטרס אישי);
 - (3) האינטרס האישי, גדול בעוצמתו מאשר על רצונו לקדם את טובת החברה.
- **פס"ד אייזנברג** - "עניין אישי ממשי", "זיקה עודפת" וכו'; החלטת הרשות לני"ע - יחסים משפטיים\משפחתיים\עסקיים יוצרים עניין אישי.
 - ארבעה תנאים מצטברים שיש לעמוד בהם ע"מ שנוכל לקבל עסקה שיש בה משום ניגוד עניינים:
 - (1) המהלך חייב להיות לטובת החברה - ס' 270; ולעשות בתו"ל מצד נושא המשרה (ס' 255). אם העסקה עברה את כל האישורים, יהיה קשה להוכיח שהיא לא לטובת החברה (פס"ד ורדינקוב). ס' 11 - טובת החברה = השאת רווחיה.
 - (2) גילוי - ס' 269; להציג לראווה את מהות העניין האישי, כל מסמך רלוונטי. עיתוי: לפני שדנים בסוגיה.
 - (3) הדרה מהעסקה הרלוונטית - ס' 278 הדרה פיזית; ס' 278(ג) אם לרוב הדירקטורים יש עניין אישי אתה בבעיה מכיוון שיש דרישת קוורום. במקרה כזה, העסקה טעונה גם אישור האסיפה הכללית והדירקטורים רשאים להיות נוכחים בדירקטוריון.
 - (4) עמידה במנגנוני האישור המורכב - ס' 270 + 271 ואילך; עסקאות שטעונות אישורים מיוחדים (ס' 270):
- א. עסקה של חברה עם נושא משרה בה וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה יש בה עניין אישי; רמת האישור - כאן יש להבחין בין עסקה חריגה לעסקה שאינה חריגה: עסקה שאינה חריגה - דירקטוריון בלבד (ס' 271); עסקה חריגה - 2 רמות אישור (ס' 272). רוב העסקאות בהן נושא העניין האישי מתעורר הן עסקאות חריגות. עסקה חריגה היא כפי שמוגדר בס' 1 לחוק (לא מצטברים):
 - i. עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה - קוקול קולה רוצה לבנות מפעל נוסף והקבלן הוא אח של נושא המשרה.
 - ii. עסקה שאינה בתנאי שוק - עסקה במחיר גבוה מהרגיל.
 - iii. עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רוחות החברה, רכוש או התחייבויותיה - פס"ד אלגור - ההשפעה צריכה להיות ניכרת (לפחות 5%).
- ב. התקשרות של חברה עם נושא משרה בה שאינו דירקטור, באשר לתנאי כהונתו והעסקתו; שתי רמות אישור לפי ס' 272.
- ג. התקשרות של חברה עם דירקטור בה באשר לתנאי כהונתו והעסקתו...; שלוש רמות של אישור לפי ס' 273.

רמות האישור בחוק:

- ✓ **רמה 1:** ס' 271: עסקה שאינה חריגה - אישור בדירקטוריון בלבד. אפשר להתנות עליו בתקנון.
- ✓ **רמה 2:** ס' 272 בעסקה חריגה + תנאי העסקה של מי שאינו דירקטור:
 - חברה ציבורית: אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון.
 - בחברה פרטית: אם אין ועדת ביקורת נדרש אישור של הדירקטוריון כאשר נושא המשרה אינו דירקטור. אם נושא המשרה הוא דירקטור, נדרש בנוסף אישור של האסיפה הכללית.
- ✓ **רמה 3:** ס' 273 3 רמות אישור: ועדת ביקורת; דירקטוריון; אסיפה כללית; סעיף 270(3) מדבר על תנאי העסקה של דירקטור:
 - חברה ציבורית: נאשר ע"י ועדת תגמול, דירקטוריון ואסיפה כללית
 - חברה פרטית: יהיה ע"י דירקטוריון ואסיפה כללית בלבד.
- **פס"ד טכניקולור** - ביהמ"ש בוחן הפרת אמונים לפי מבחן ההגינות המלאה. בוחנים לפי - מחיר הוגן ומהלך עסקי הוגן. ככל שביהמ"ש מוצא שבבחינה הזו, העסקה נולה בצורה הגונה, הוא יטה להגיד שהיה גם מחיר הוגן. **fair dealing** - נושא המשרה צריך להיעדר מהלך קבלת ההחלטות ולגלות על העניין האישי שלו. הפסיקה הוסיפה שהדירקטוריון יקים גוף אד הוק (וועדה בלתי תלויה) שיבדוק את הדברים וינהל אותם. דומה לאישורים מורכבים שיש לנו בישראל. דרך הבחינה של ביהמ"ש בדלאור - האם מדובר בחובת זהירות או אמונים < תחילה צריך להפיל את אחת משלוש הרגלים של כלל שק"ד העסקי < אם הרגל נופלת, עוברים לבחון להגינות המוחלטת תוך הטלת נטל כבד על הנתבע < לבסוף, בוחנים איזו חובה הופרה - אמונים או זהירות.
- **סעדים: סעיפים 280-282**
 - ☑ כשהצד לעסקה הוא נושא משרה עם עניין אישי - בטלות מוחלטת (ס' 280א) - העסקה חסרת תוקף.
 - ☑ כשהצד לעסקה הוא צד ג' שלנושא משרה בחברה יש עמו עניין אישי (ס' 280ב) - עסקה חסרת תוקף כלפיו אם ידע או היה עליו לדעת שהעסקה לא עברה אישור או על העניין האישי. (ס' 281) - החברה רשאית לתבוע פיצויים מצד ג' אם ידע או היה עליו לדעת על העדר האישור כנדרש לפי פרק זה. צד ג' צריך לפנות לדירקטוריון ולעשות בדיקה. ברגע שפנה לדירקטוריון הוא מוגן (ס' 282).
 - ☑ ניתן להטיל גם אחריות אישית על נושא המשרה בגין הפרת אמונים ס' 283.

שלב ב' - הפרת חובת אמונים

- מיהו נושא משרה? לפי ס' 1 - הנהלה ודירקטוריון. הרחבה בפס"ד התחנה המרכזית - נושא משרה דה פקטו" מכוח ס' 106(ב)+(ג) יישא באחריות כמו נושא המשרה עצמו - מי שהשפיע על הדירקטור מבחון.
- **ס' 254:** חובת אמונים היא אינה רק כלפי החברה, אלא גם כלפי אנשים אחרים - לדוג': בעלי מניות ס' 254(ב) על נושא המשרה 'לפעול בתו"ל ולטובת החברה':
 - (1) להימנע מפעולה שיש בה ניגוד עניינים: ההגדרה בס' 1 "לעניין אישי" + פרופ' קלארק (ראה לעיל).
 - < **פס"ד דה לנגה** - מתן תגמול ישיר מבעל השליטה לידיהם של נושאי המשרה בחברה, גורם לכך שנושאי המשרה שלהם הובטח תגמול עתידי מותנה מצויים במצב של ניגוד עניינים בין רצונם לקבל את טובת ההנאה המתנית שהובטחה להם (מוצרה תלות בין בעל השליטה לבין נושא המשרה), לבין חובתם לפעול בהתאם למדיניותה של החברה. יש כאן פגיעה בעל השליטה (מוצרה תלות בין בעל השליטה לבין נושא המשרה), לבין חובתם לפעול בהתאם.
 - < **ס' 106** - ישנו איסור על דירקטור להיות צד להסכם הצבוע כיוון שאין לו במצב כזה שיקול דעת עצמאי והוא מחויב לצדדים אחרים - ויראו במקרה של הסכם הצבוע כהפרת חובת האמונים.
 - (2) להימנע מפעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה. פס"ד כל-מוביל: עצם כהונתו של נושא משרה בשני גופים שיש ביניהם תחרות יש בה משום הפרת חובת אמונים. ולכן, עליו לעזוב את אחד מהם. אסור לו להימצא אפילו במצב פוטנציאלי של ניגוד עניינים. פה היה ניגוד עניינים מתמיד! יתכן שההחלטה תהיה שונה אם זו תחרות חד פעמית.
 - (3) להימנע מניצול ההזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת האדם לעצמו או לאחר. פס"ד גוט נ' לופט - קניית הנוסחה של פפסי. ביהמ"ש קובע שהסטנדרט הוא בהתאם לשאלה האם ההזדמנות העסקית רלוונטית לחברה, האם זה בליין אופ ביזנס שלה - ביהמ"ש נותן פרשנות רחבה של 'פוטנציאל' לעסוק. גישה דווקנית ברגע שנכנסים להפרת אמונים. כשיש הזדמנות עסקית חובה עליך להציג אותה לחברה! אם הצגת ולא מעוניינים, תוכל לפעול בעצמך.
 - (4) לגלות לחברה כל ידיעה ולמסור לה כל מסמך הנוגע לענייני החברה.
 - **סעדים: ס' 256(א)** - כל רווח שמפיק האדם לעצמו עקב הפרת חובת האמונים, יישלל ממנו, ויועבר לחברה ס' 256ג - כל צד ג' שידע על הפרת האמונים עלול לשאת גם באחריות לנזק שגרם (למשל - הטלת אחריות על חברה שידעה דרך תורת האורגניזם).

1. הפרת חובת הזהירות בתפקיד פיקוח על ההנהלה

בדרש דיון האם הדירקטורים בקיים ישמו את חובת הפיקוח או לא?

- פס"ד אפריקה + בובינדר - אחריות הדירקטור היא אישית והחובות מוטלות על כל דירקטור בנפרד. מתחשבים בהתנהלות הקולקטיב כנסיבה. אם אחד הדירקטורים התנגד לעסקה מפוקפקת- זה יכול לעמוד לזכותו! במקרים חריגים מתחשבים בקולקטיב ואז כל דירקטור צריך להוכיח שאינו אשם.
- ככל שהמקרה יותר קרוב למצב בו לא נעשה כלום, מחדל, ההכרעה שחובת הזהירות הופרה היא הכרעה פשוטה (פס"ד בובינדר - הטלת האחריות על הדירקטוריון בשל היעדר פיקוח. המנהלים לקחו הלוואות לצורכיהם האישיים ללא ערבויות, וכן היו גניבות מחשבונות של לקוחות. הבנק קרס בסופו של דבר).
- הדירקטור הפר את חובת הזהירות שלו כאשר העביר את בחינת העסקה כולה לדירקטור חליף (בובינדר).
- השאלה מתי פיקוח של דירקטוריון על המתנהל בחברה הוא מספק נתונה לפרשנות, שתמיד תהיה בדיעבד ע"י ביהמ"ש (פס"ד כפר תקווה - זה לא שלגמרי לא פיקוח אבל האם זה מספיק?).
- פס"ד קארמרק - פעלו לקידום החברה בדרך לא חוקית ולא היה וודאות אם הדירקטוריון ידע או לא. אם נטיל דרישות יתר של פיקוח, ההנהלה לא תוכל לתפקד כראוי. נקבע שדירקטור צריך לדאוג לשני אלמנטים ע"מ לקיים את חובת הזהירות:
 1. קיום מערכת לדיווח מידע.
 2. וידוא שמערכת הדיווח עובדת בפועל.
- כל עוד הדירקטוריון ניהל מערכת פיקוח סבירה - הוא לא ייחשב כמפר חובת זהירות. בדלאור מדברים במונחים של תו"ל - ביהמ"ש יהיה מוכן להטיל אחריות גם בהתקיים מערכת לדיווח מידע רק בשעה שהדירקטוריון לא עשה כלום בעניין, כלומר רק במצב של איזשהו כשל\מחדל מוחלט\התנהגות שלא בתו"ל.
- סטנדרט מחמיר בפס"ד טסון - מטילים אחריות על דירקטורים בהקשר של פיקוח על ההנהלה רק כשמתיחלים לראות מאפיינים של הפרת חובת אמונים (לא אומץ בישראל) - כשאחריות היא כבדה מדי גורמים איכותיים וטובים שיכולים לקדם חברה ידירו את רגליהם משם. בנוסף, אם הדירקטוריון יעמוד בצורה דווקנית על הפיקוח כך שלא יוותר מרחב תמרון למנהלים בחברה.

2. הפרת חובת הזהירות בתפקיד קבלת החלטות

- תנאי מקדמי: כלל שיקול הדעת העסקי!!! אם רואים לטעון להפרת חובת זהירות יש להפיל את אחת הרגליים, ונטל ההוכחה על התובע:
 1. ההחלטה התקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים;
 2. ההחלטה התקבלה בתום לב (סובייקטיבי);
 3. ההחלטה הייתה "מידעת", קרי לאחר עיון בנתונים ושקילת השיקולים הרלוונטיים;
 - כלל שק"ד העסקי אומץ בס' 253 לחוק + השופט עמית בפס"ד ורינקוב נ' אלוביץ אימץ לראשונה בישראל ודן ב-3 התנאים.
 - פס"ד אוסטרובסקי - עסקה "מוכנה מראש" ארוזה מראש ורק מאשרים = החלטה שאינה מידעת.
 - פס"ד בטר פלס - ייתכן וכלל שיקול הדעת העסקי מאפשרת דחיית תביעה על הסף.
 - פס"ד ונגורקום - החלטה חפוזה על עסקת מיזוג. האינדיקציות לכך שהליך קבלת החלטה על המיזוג היה לא ראוי: הסקירה על המיזוג ארכה רק 20 דק', הדירקטורים לא קראו חומרים כי לא ידעו על מה מטרת הישיבה ולכן לא יכלו לשאול שאלות נוקבות, הישיבה הייתה בשבת בבוקר והדד-ליין להחלטה היה כבר בראשון בערב, הדירקטורים לא ידעו שהיה אפשר לקבל מחיר טוב יותר ועל השיחה עם פריצק. הפגם היה שההחלטה העסקית לא הייתה מידעת (Informed), היא לא הייתה מבוססת על מידע עסקי מספק - התנאי השלישי הוא היחיד של ונגורקום. בדלאור, לעומת ישראל, הפרת חובת זהירות לא תלויה בקיום נוק (מחיר המניה הטיב עם החברה).
 - פס"ד אפריקה + בובינדר - אחריות הדירקטור היא אישית והחובות מוטלות על כל דירקטור בנפרד. מתחשבים בהתנהלות הקולקטיב כנסיבה. אם אחד הדירקטורים התנגד לעסקה מפוקפקת- זה יכול לעמוד לזכותו! במקרים חריגים מתחשבים בקולקטיב ואז כל דירקטור צריך להוכיח שאינו אשם.
 - פס"ד פיננסיטק - החלטה האם לממש אופציות מימוש שיעבוד. הטענה - לא לקחו החלטה פוזיטיבית ולכן הפרו את חובת הזהירות. השופט רונן - כשאין החלטה לא עומד כלל שיקול הדעת העסקי! עכשיו יש לבחון האם החלטה נעשתה באופן סביר (כי חובת הזהירות היא מקרה פרטי של עוולת הרשלנות - ס' 252) - מדובר בבחינה אובייקטיבית של ביהמ"ש.
 - בבחינת הסבירות מבחינים בין: מצב בו הדירקטוריון מותר על מידע מסוים באופן מודע מאחר שהוא סבור שיש לו מידע מספק (מה שייחשב כתקין) לבין מצב בו לדירקטוריון חסר מידע שלא מתוך החלטה מודעת ומידעת. הש' רונן אומרת כי הדירקטוריון צריך לתעד את הליך קבלת החלטה בפרוטוקול וכך לבטח את עצמו מתיביות עתידיות. מנגד, הש' עמית מפני התופעה של דירקטורים הפועלים בשיטת "דיבורים לפרוטוקול כדי לצאת ידי חובה".
 - פטור מחובת זהירות: פס"ד אוסטרובסקי - נקבע כי הדירקטורים של דיסקונט פעלו בפזיזות באישור עסקת 'מעריב', כיוון שלא הונח לפניהם אפילו בסיס עובדתי מינימלי המאפשר דיון ענייני בעסקה אותה התבקשו לאשר, וכן מתוך רצון לרצות את בעל השליטה [נוחי דנקנר], תוך גילוי אדישות לטובתה של החברה. העסקה הייתה מוכנה מראש ולא נעשתה בדיקה לעומקם של דברים = פזיזות. הדירקטורים נשענים עם הפטור מחובת הזהירות. בס' 263(2) נקבע שהפרת חובת זהירות שנעשתה בכוונה או בפזיזות לא ניתן לפטור. השופט: פזיזות, להבדיל מרשלנות, היא כאשר באופן אישי סובייקטיבי הנתבע מודע לדברים והוא מגלה אדישות לעניין (זאת לעומת הרשלן שלא היה מודע ורק היה צריך לדעת).
 - סעדים - נדיקיים מכוח ס' 252.
- כלל שיקול דעת העסקי ← אם נופל, בחינת סבירות החלטה.
- **בדלאור - אם נפל כלל שק"ד העסקי עוברים לחזקת ההגיונות המלאה ואחר"כ בוחנים איזו חובה הופרה (טכניקולור).

פטור\שיפוי\ ביטוח בחובת זהירות, הפרת אמונים וחובת הגינות

- פטור - רק בחובת זהירות ברשלנות ולא בכוונה או פזיזות ס' 263(2). שילוב של ס' 258, 259 ו-263(2).
 - הפטור לא חל על צד ג' אלא רק ביחס לחברה שביטחה ואליה בלבד (ס' 259). פטור מגן גם בפני החלטת דירקטוריון שלא עומדת בכלל שק"ד העסקי.
 - פס"ד אשש - ניתן לפטור גם בדיעבד וגם מראש (מראש לפי ס' 259(א)).
 - לא ניתן לפטור דירקטור מהפרת חובת זהירות (וכמובן אמונים) ב"חלוקת דיבידנד" 259(ב).
- שיפוי - בחובת זהירות ברשלנות ולא בכוונה או פזיזות ס' 263(2) + הפרת חובת אמונים בתו"ל. זה נובע משילוב של ס' 260 ו-263(2). השיפוי יהיה כל עוד הליכים אלו לא הסתיימו בהרשעה/ הגשת כתב אישום פלילי + מדובר בעבירה הדורשת מחשבה פלילית. בכל מצב, לא יהיה שיפוי על קנס 263(ב). ניתן לתת מראש וגם בדיעבד ס' 260(ב)2, אך כדי לשפוט בדיעבד צריך הוראה בתקנון שמשמכה לעשות זאת+ החלטה לגופו של עניין.
- ביטוח - בחובת זהירות ברשלנות ולא בכוונה או פזיזות (פס"ד אוסטרובסקי) ובהפרת חובת אמונים בתו"ל. זה נובע משילוב של ס' 261 ו-263(2). חברה יכולה לעשות ביטוח רק לנושא משרה בה - ס' 261.