|  |
| --- |
| **מחברת הקורס דיני חברות** |
| **מבוא** |
| **מושגי יסוד** |
| **בורסה** | * זירת מסחר ממוחשבת ומשוכללת, בה נסחרים סוגים שונים של ניירות ערך (מניות של חברות, איגרות חוב, קרנות סל ועוד). בבורסה ניירות הערך "מחליפים ידיים" בין קונים ומוכרים המסכימים בניהם על המחיר והכמות בכל עסקה.
* הבורסה קיימת כדי לתת מענה לשוק הקיים בניירות ערך.
 |
| **נייר ערך** | * מסמך המונפק על ידי חברה או ממשלה ומקנה למחזיק בו זכויות שונות. מה שחשוב לשים לב- הגופים שמנפיקים ניירות ערך הם או חברה או ממשלה. עולה השאלה מה טיב הזכויות המוענקות למי שמחזיק בנייר ערך? נדון על כך בהמשך.
 |
| **מניה** | * סוג של נייר ערך המקנה למחזיק בו מעמד של שותף בחברה.
* בעל הרעיון העסקי מקבל כסף מבעלי המניות וכנגד כך, הם מקבלים את הזכות להיות שותפים בעסק.
* מעמד כל שותף בחברה מתחזק ככל שיש בידו יותר מניות. התקבול מבעל המניות לא חייב להיות כסף, זה יכול להיות גם שירותים מסוגים שונים (שווה כסף).
* בעל המניה בעצם "מחזיק" בנכס לא מוחשי שמשמעותו הוא אחוזי שותפות בחברה.
* הגדרת מניה לפי הדין:
	+ ס'1 לחוק החברות: "מניה" – "אגד של זכויות בחברה הנקבעות בדין ובתקנון"; ההגדרה בחוק מצביעה על המקום בו ניתן ללמוד על הזכויות שהמניה מקנה (דין או תקנון). מניה, לפי הגדרת החוק, היא אגד של זכויות(ולא חובות) אבל לא מציגה באופן קונקרטי מה טיב הזכויות.
	+ ס' 188 לחוק החברות: "כל בעל מניה זכאי להשתתף באסיפה הכללית ולהצביע בה...", מצביע על זכות שמקבל מחזיק במניות- זכות הצבעה באספה הכללית של החברה.
	+ ס' 190 לחוק החברות: המקנה לבעלי מניות זכות לקבל דיבידנד אם הוחלט על חלוקת רווחים מצד החברה (חלוקת רווחים שקיימים בחברה לבעלי המניות). אלו שתי הזכויות הקלאסיות ביותר כאשר דנים על מניות. זכויות אלו הן לא בהכרח שתי הזכויות היחידות.
* תקנון החברה:
	+ תקנון החברה הוא דיספוזיטיבי אך אם התייחסות בתקנון למניות החברה, זכויות המניות יהיו אלו המצוינות בחוק כברירת מחדל.
	+ רוב החברות, כאשר הן מתייחסות למניותיהן בתקנון, ילכו במסלול דומה למה שנקבע בחוק. הדבר היחיד שמקנה למניה ערך כלכלי הוא ס' 190.
	+ עם זאת, אנשים עדיין קונים מניות של חברות שלא מחלקות דיבידנד בשל הפוטנציאל שביום מן הימים כן יחולקו רווחים. חשוב לשים לב שבס' 190 מצוין שבעל מניות זכאי לרווחים מהחברה אם הוחלט על חלוקת רווחים.
	+ למעשה מניה לא מקנה זכות משפטית להשתתף בחלוקת רווחים אם החברה לא מחלקת רווחים. בעלי מניות צריכים לקחת זאת בחשבון ולהבין שהם תלויים בהחלטה של החברה. למרות זאת, לחברה כדאי לחלק רווחים ע"מ שאנשים ירצו לקנות את המניות שלה.
 |
| **אגרת חוב/אג"ח** | * סוג של הלוואה או שטר חוב. כשחברה מנפיקה אגרות חוב היא בעמדת הלווה. ההבדל בין הלוואה לבין הנפקת אג"ח היא שכשחברה לווה מבנק יש לה מלווה אחד, בעוד שבהנפקת אג"ח היא לווה את אותו הסכום ממספר רב של מלווים. אגרת החוב מקנה למחזיק בה את הזכות לפרוע את החוב כעבור זמן מוגדר. לעיתים מצורף לסכום הנפרע ריבית. אגרת חוב היא דרך יותר שמרנית להשקיע (ההסתברות שתקבל כסף אם רכשת אג"ח גבוהה יותר מאשר קבלת רווחים על מניה). בנוסף לכך, פירעון חוב קודם לחלוקת רווחים למניות ובעל אג"ח רשאי לדרוש את פרעון האג"ח בניגוד לבעל מניה שלא יכול לדרוש את הדיבידנט. הנפקת אגרות חוב היא פעולה בשוק הראשוני. באג"ח ניתן לסחור בבורסה. מכירה של אג"ח בבורסה היא פעולה בשוק המשני.
 |
| **פעולה בשוק הראשוני/המשני :** | * + **שוק ראשוני:** כשחברה רוצה לגייס כסף מבלי לקחת הלוואה היא מנפיקה מניות דהיינו החברה מציעה פוטנציאל לקבלת רווחים מפעולות החברה. הנפקת מניה היא פעולה בשוק הראשוני.
		- השוק הראשוני עוסק בפעולה של גיוס כספים לחברות, בעוד שהפעולה בשוק המשני היא מסחר במוצר קיים.
	+ **שוק משני:** כאשר בעל מניה קיים מוכר את המניה שלו לאדם אחר זו פעולה בשוק המשני (מסחר).
		- פעולה בשוק המשני לא מייצרת כסף לחברה.
 |
| **חברה פרטית וציבורית** | * **חברה ציבורית:** ההגדרה בחוק החברות: "חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה או שהוצעו לציבור ע"פ תשקיף כמשמעותו בחוק ניירות ערך, או שהוצעו לציבור מחוץ לישראל ע"פ מסמך הצעה לציבור הנדרש לפי הדין מחוץ לישראל".
	+ - חברה שמתקיימים בה שני דברים במצטבר:
		- המניות שלה מוחזקות בידי הציבור (ציבור= קבוצה בלתי מסוימת של אנשים)
		- רשומה בבורסה\הוצעו לציבור ע"פ תשקיף לניירות ערך או לפי הדין מחוץ לישראל.
		- חברה ציבורית היא חברה שמצויה עדיין בסקטור הפרטי, חלים עליה הדינים של המשפט העסקי הפרטי. רק חברה ציבורית חייבת להוציא תשקיף מכיוון שהיא מוצעת לציבור.
* **חברה פרטית:** ההגדרה בחוק החברות: "חברה שאינה חברה ציבורית". חברה פרטית היא לא חברה שאין לה בעלי מניות. יש לה בעלי מניות בודדים.
* **חברה ממשלתית:** חברה שרוב מניותיה מוחזקות בידי מדינת ישראל.
 |
| **משקיעים במניות** | * **בעלי עניין** הם גורמים שונים שמשקיעים בחברות וקונים כמות גדולה של מניות מבלי תכנית למכור אותן מיד. הם מחזיקים במניות שלהם לאורך זמן.
* **כמות צפה** היא כמות מניות שנסחרת באופן קבוע ובעלי מניות אלו לא מחזיקים בהן לאורך זמן.

בכמות הצפה ישנם: * **המשקיעים המוסדיים:** (קופות גמל ופנסיה, חברות ביטוח, קרנות נאמנות). משקיעים מוסדיים מקבלים כסף רב מהציבור שמשלם להם עבור שירותים כאלו ואחרים, וע"מ לא לאבד את ערך הכסף הם משקיעים אותו במניות בבורסה. (הרחבה-בתי ההשקעות האלה לוקחים דמי ניהול מהציבור על הכסף שנשמר אצלם. זה הרווח שלהם. את הכסף הזה הם יכולים להשקיע במניות כדי למנף את ההכנסות שלהם. לכסף הזה שהם משקיעים עבור עצמם, להבדיל מהכספים שהם משקיעים עבור הציבור, קוראים "נוסטרו").
* **הציבור:** יתר המשקיעים בכמות הצפה הם הציבור בכללותו (אנשים פרטיים, בחו"ל ובארץ, שמשקיעים במניות ע"מ לסחור בהן באופן קבוע).
 |
| **המסגרת המשפטית של דיני החברות** |
| **רקע היסטורי, מקורות נורמטיביים, וגופים רלוונטים** | * **מקום המדינה ועד 1999:** נהגה פקודת החברות שהיא ירושה מהחוק המנדטורי- בעל אוריינטציה בריטית.
* **1968:** חקיקת חוק ניירות ערך
* **1999 והלאה:** חקיקת חוק החברות וביטול הפקודה- מעבר לאוריינטציה אמריקאית(לפי דלאור).
* **תיקון בתי משפט כלכליים:** ביהמ"ש המחוזי בעל מחלקה כלכלית(תל-אביב וחיפה) ומחוזי בכלל ידון בעניינים הנוגעים לתחום.(הבנה שמדובר בתחום ייחודי המצריך מומחיות)
* יצוין שלצד מחוקק ולצד ביהמ"ש יש גורמים נוספים הרלוונטיים לעיצוב הדין: רשות ניירות ערך - גוף ממשלתי משמעותי בעיצוב פני דיני החברות וניירות ערך. עמדת רשות לניירות ערך לא מחייבת אבל ביהמ"ש נותן לה משמעות.
 |
| **דרך ההתאגדות לחברה** |
| **מדוע יש צורך בדיני חברות ייעודיים ואין להסתפק בדיני חוזים:*** מדובר בהמון צדדים ולא בשניים כמו בחוזים
* מדובר בתוכן הסכם שאינו יכול להיות מדויק וספציפי, כי אם הוא לאורך זמן עלולים להיות הרבה שינויים בעולם העסקים שכל הזמן משתנה.
 |
| **תהליך הקמת חברה** | * הגשת טפסים
* טופס סטנדרטי לבקשה של רישום חברה.
* עותק של התקנון.
* הצהרה של מי שמוכנים לשמש בתור הדירקטורים הראשונים של החברה.
* יצירת תקנון חברה
* תשלומי אגרות
* הגשת הטפסים לרשם החברות.
* הרשם מוציא "תעודת התאגדות"
* ס' 5: קיומה חברה הוא מיום ההתאגדות המצוין בתעודת ההתאגדות ועד לפקיעת ההתאגדות כתוצאה מחיסול החברה.
* חיסול החברה-אירוע משפטי שיכול להתרחש במסגרת אחד משני אירועים: (1) פירוק; (2) מיזוג;
 |
| **תקנון החברה- ס' 18-20**  |
| **פרטים שחובה לכלול בתקנון-ס' 18** | * 1. **שם החברה:** כל חברה חייבת להיות בעלת שם, על השם להיות שונה משל חברות אחרות,
	2. **מטרות החברה:** לכל חברה צריך שיהיו מטרות מוכרזות- אך לרוב המטרה תהיה "לעסוק בכל עיסוק חוקי" כדי לא להגביל את פעילות החברה.
	3. **פרטים בדבר הון המניות הרשום כאמור בסעיפים 33 ו-34:**
* הון מניות רשום: מספר המניות שמשמעותו הוא "מה מספר הבעלים הפוטנציאליים המקסימליים האפשריים לחברה". דהיינו אם חברה הנפיקה 1M מניות, זה אומר שיש LIM של 1M מניות-יצוין שהדבר לא אומר שכולם מומשו כרגע.
* החשיבות של הון רשום הוא לתת גג למספר המניות המקסימלי שניתן להנפיק. הדבר רלוונטי גם לבעלי המניות הנוכחיים שידעו שניתן להנפיק עוד ו"לדלל" את אחוזי הבעלות שלהם בחברה ע"י הנפת מניות נוספות.
* ערך נקוב: לרוב הערך הנקוב של מניה יהיה באגורות (לרוב ערך נקוב יהיה באגורה 1) – בעיקר בשל סיבות היסטוריות.
	1. **פרטים בדבר הגבלת האחריות, כאמור בסעיף 35.-** פרטים אודות התחייבות בעלי המניות כלפי החברה- עד שהם שלמו את שווי המניה- מרגע ששולם אין להם כל התחייבות כלפי החברה וצד ג'.(ראו מטה פס"ד סולומון)
 |
| **פרטים שניתן לכלול בתקנון-ס' 19** | * חברה רשאית לכלול בתקנון נושאים הנוגעים לחברה או לבעלי מניותיה, ובכלל זה:
	1. הזכויות והחובות של בעלי המניות ושל החברה;
	2. הוראות לענין דרכי ניהול החברה ומספר הדירקטורים;

(2א) הוראות ממשל תאגידי מההוראות המומלצות המפורטות בתוספת הראשונה, כולן או חלקן; השר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לשנות את התוספת הראשונה, ובלבד ששינוי הנוגע לחברות ציבוריות או לחברות איגרות חוב, ייקבע בהתייעצות עם יושב ראש רשות ניירות ערך;* 1. כל נושא אחר שבעלי המניות ראו לנכון להסדירו בתקנון.
 |
| **שינוי התקנון-ס' 20** | * + 1. חברה רשאית לשנות את תקנונה בהחלטה שהתקבלה ברוב רגיל באסיפה הכללית של החברה, אלא אם כן נקבע בתקנון כי דרוש רוב אחר או אם נתקבלה החלטה כאמור בסעיף 22.
		2. נקבעה בחוק זה הוראה שניתן להתנות עליה, או נקבעה הוראה בתקנון לפיה דרוש רוב מסוים לשינוי הוראות התקנון, כולן או מקצתן, לא תהא החברה רשאית לשנות את ההוראה האמורה אלא בהחלטה שתתקבל באסיפה הכללית באותו רוב מסוים או ברוב המוצע, לפי הגבוה מבין השניים.- דהיינו שינוי מנגנון ההצבעה ניתן לשינוי אך הרוב צריך להיות לפי הרוב הגבוה לפי הרוב הקיים או הרוב הגובה המוצע.-**לפי הגבוה מבין השניים.**
		3. היו מניות החברה מחולקות לסוגים, לא ייעשה שינוי בתקנון שיפגע בזכויותיו של סוג מניות ללא אישור אסיפת אותו סוג, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון; לענין קבלת החלטות באסיפת סוג יחולו הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), בשינויים המחויבים.
		4. על אף הוראות סעיף זה, שינוי בתקנון המחייב בעל מניה לרכוש מניות נוספות או להגדיל את היקף אחריותו, לא יחייב את בעל המניה ללא הסכמתו.
 |
| **פס"ד הולנדר** |
| **רקע עובדתי** | * חברת "המימד החדש" בעלת שלוש קבוצות של בעלי מניות: הולנדר(34%), ענב(34%), ובעלי מניות מהציבור(32%). הדירקטוריון בחברה מורכב משמונה דירקטורים, ובין הולנדר לבין ענב נחתם חוזה בשם **הסכם בעלי מניות** (מעין הסכם קואליציוני) שקובע בין היתר שלכל צד יהיו ארבעה דירקטורים בדירקטוריון(מתוך שמונה).זאת מלבד סעיף בתקנון החברה בעל תוכן דומה. יודגש שמדובר בשני מסמכים שמגדירים את 4 הדירקטורים: א. התקנון ב. החוזה.
* לאור בעיית מיסויי, החליטו הולנדר ועינב לבטל את הס' בתקנון על הגדרת הדירקטורים (החוזה עדיין נשאר), ובנוסף החליטו על העלאת רף הרוב ל-60% מכלל בעלי המניות (כדי להבטיח את המשך שיתוף הפעולה בין הקבוצות-כי הציבור לא מגיע לאספה הכללית וההחלטות בפועל מתקבלות ע"י הקבוצות בלבד).
* בשלב מסוים התגלעה מחלוקת בין הקבוצות. הולנדר (המנכ"ל ויו"ר הדירקטוריון) החליט להתפטר מהדירקטוריון ולקחת אתו את הדירקטורים הנוספים שייצגו אותו בדירקטוריון. זאת מתוך כוונה להשתמש בס' בתקנון "סעיף קוורום" (מניין חוקי), שקבע שנדרשת נוכחות של לכל הפחות רוב חברי הדירקטוריון (במקרה זה חמישה). וברגע שקבוצת הולנדר התפטרה הרי שאין לדירקטוריון קוורום ובכך לדחוק את ענב לפינה, מאחר שהייתה עתידה להתכנס אסיפה של בעלי המניות, מה שיביא לשיתוק הדירקטוריון והוא ימשיך את פעילותו כמנכ"ל.
* בניגוד למה שהולנדר ציפה, קבוצת ענב כינסה ישיבת דירקטורים והפעילה "סעיף חירום" שקבע שניתן למנות דירקטורים ע"מ לעמוד בדרישת הקוורום עד אשר תתכנס אסיפה כללית של בעלי המניות. וברגע שהיה קוורום, הדירקטוריון קיבל החלטה לפטר את הולנדר מתפקידו כמנכ"ל.
* בהמשך התכנסה האספה הכללית של בעלי המניות כשעל סדר היום היה מינוי דירקטורים חדשים. בסוף כל תהליך הולנדר נשאר בלי יכולת השפעה משמעותית בחברה.
 |
| **טענות הצדדים** | * **הולנדר** פנה לבית המשפט וטען שהסכם בעלי המניות הוא חוזה ועל כן יש לפרש אותו לפי אומד דעת הצדדים(פרשנות אפרופימית לחוזה) דהיינו מבקש לאכוף את החוזה שנחתם במקביל לס' בתקנון ולתת צו מניעה לדירקטוריון של ענב ולמנות 4 דירקטורים של הולנדר. מאחר שבהסכם בעלי המניות נקבע שהדירקטוריון יורכב מארבעה דירקטורים מכל צד, צריך לפעול לפי זה. מכאן שלא יכול להיות שענב ימנו דירקטורים בניגוד לרצונו של הולנדר.
* **ענב** טוענים מצדם שהתקנון הוא ההסכם הרלוונטי, וברגע שנקבע בתקנון שכל מה שצריך זה הסכמה של 60% מבעלי המניות זה מספיק. וכל החלטותיהם התקבלו לפי התקנון.
 |
| **קביעת ביהמ"ש** | **נקבע אופן המינוי של הדירקטוריון ע"י עינב תקין:*** אמנם תקנון הוא סוג של חוזה אך סעיף התקנון הוא זה שקובע כיצד יש לפעול ולא המסמך החיצוני.
* יש מספר הבדלים בין תקנון להסכם בין בעלי מניות שהוביל את ביהמ"ש לקבל החלטה זו:
1. **מעמד ההסכם:** ההסכם בין הולנדר לעינב עולה לכדי חוזה המחייב את הצדדים לו, אך שאר בעלי המניות וכן החברה עצמה לא היו צד להסכם הזה. **ההסכם שכן כולל את כל הצדדים הוא התקנון.**
2. **אלמנט הפומביות**: בעוד שתקנון הוא מסמך פומבי הרשום אצל רשם החברות ופתוח לעיונו של כל אדם, ההסכם בין הולנדר וענב אינו פומבי, ואנשים שאינם צד לחוזה לא יודעים על קיומו או תנאיו.
3. **תחלופת של בעלי מניות:** בעלי המניות מהציבור אשר נכללים בכמות הצפה מתחלפים תדיר, וברגע שיש תחלופה של בעלי מניות הרי שההסכם המקורי לא מחייב את בעלי המניות החדשים.
* ביהמ"ש נצמד ללשון הברורה של התקנון, ולא הוסיף עליה רוח מסוימת שמופיעה בהסכם אחר שקיים בנפרד לתקנון. הולנדר ביקש לפרש את התקנון לפי הלכת אפרופים- התחשבות בנסיבות. ביהמ"ש דוחה טענה זו. ניתן להגיד ש**התקנון הוא מסמך בעל עליונות נורמטיבית במסגרת של חברה (בכפוף להוראות הדין הקוגנטי).**
* בשורה התחתונה, את התקנון מקיימים וכל הסכם אחר שהופר יכול להוביל לסעד חוזי אחר(אך לא אכיפה).
 |
| **חלוקת סמכויות** |
| 1. **הדירקטוריון-** סמכויות הדירקטוריון מפורטת **בסעיף 92 לחוק החברות**.
 | לדירקטוריון שתי משימות: א. **להתוות את מדיניות החברה (בשונה מהביצוע השוטף). ב. פיקוח על המנכ"ל.** * יש שתי סמכויות עיקריות שנועדו **לבצע את תפקיד הפיקוח על המנכ"ל**:
* **עריכת דו"חות כספיים של החברה**: מהווה תמונת מצב לביצועים של הדרג הביצועי, ובכך הדירקטוריון מפקח על המנכ"ל.
* **הסמכות למנות ולפטר את המנכ"ל**.
* **מינוי מבקר**: בחברה ציבורית יש למנות מבקר פנים שימונה ע"י הדירקטוריון.
* שאר הסמכויות נועדו להגשים את **תפקיד התווית המדיניות של החברה**:
* **מדיניות האשראי של החברה**: קביעת מדיניות האשראי עוסקת בשאלות כמו כמה אשראי ניתן שהחברה תיקח בכל רגע נתון. ולאו דווקא בהחלטות ביצועיות כגון האם לקחת הלוואה וממי(סמכות הנתונה למנכ"ל).
* **בקביעת מדיניות העסקה**: אם חברה רוצה להחליט שכמות מסוימת מעובדיה תורכב מתושבי הפריפריה צריך לקבל את ההחלטה בדירקטוריון.
* **אישור מיזוג:** מיזוג צריך לעבור גם את הדירקטוריון וגם את האספה הכללית.
* **הסמכות להנפיק מניות של החברה ומנגד הסמכות על חלוקת דיבידנדים.**
* **הנפקת מניות**: פעולה בעזרתה החברה מגייסת כסף, (יש לשים לב להון הרשום הנתון לאספה הכללית).
* **חלוקת דיבידנד**: הפעולה ההפוכה (מסירת כסף מהחברה לבעלי המניות).
* **ס' 92(ב):** לא ניתן להאציל את סמכות בדירקטוריון למנכ"ל- ומכלל לאו, הן, דהיינו ניתן למשוך סמכות מהנמוך לגבוה.
 |
| **האספה הכללית-ס' 57-59.** | סמכויות האספה הכללית הן(רובן בס' 57-59): הזכויות שמקנה מניה היא הצבעה באספה הכללית. * **מינוי דירקטורים (ס' 59)** +**מינוי דירקטורים חיצוניים (ס' 57 + 239):** למה סמכות זו מובדלת בסעיף נפרד? זו הסמכות היחידה שניתן להתנות עליה בתקנון. לעומת זאת, כל הסמכויות הרשומות בס' 57 אינן ניתנות להתניה **(לפי ס' 58).** בחברות פרטיות בד"כ מתנים בתקנון על ברירת המחדל של החוק, וקובעים שהדירקטורים לא ימונו ע"י האסיפה הכללית.
* דוג'- ישנם ארבעה בעלי מניות בחברה. כל אחד מחזיק ב-25% ממניות החברה. צריך להרכיב דירקטוריון. נקבע בתקנון החברה הסעיף הבא: "דירקטוריון יורכב מארבעה דירקטורים. כל מי שמחזיק ב-25% ממניות החברה זכאי למנות דירקטור אחד לדירקטוריון החברה". סעיף זה הוא התניה על ברירת המחדל של ס' 59.
* **שינוי תקנון החברה (ס' 20 + ס' 57):** הצדדים לתקנון הם בעלי המניות והחברה ולכן הגיוני שבעלי המניות הם אלו שיחליטו על השינויים בתקנון (ההסכם).כפי שראינו בהגדרת מניה, התקנון עצמו מעצב את המניה וקובע מה התוכן שלה. לא הגיוני שמישהו שהוא לא בעלי המניות יגדיר עבורם מה התוכן של הרכוש שלהם (המניות). עניין זה רלוונטי גם למיזוג ולפירוק, מאחר שפעולות אלו משנות את החברה עצמה. אנחנו רואים שהתקנון יכול להוסיף\להתנות על דברים שרשומים בחוק ואינם דיספוזיטייבים.
* **מינוי רואה חשבון מבקר של החברה, תנאי העסקתו והפסקת העסקתו (ס' 57):** בעצם רואה החשבון מבקר את פעולות הדירקטוריון ולכן ראוי שמי שימנה אותו היא האסיפה הכללית ולא הדירקטוריון עצמו.(יש להבדיל בין "מבקר פנים" של חברה ציבורית שהוא איש של החברה ו"רו"ח מבקר חברה" חיצוני לחברה ועוסק יותר בפן הכספי של החברה)**.**
* **הגדלת או הקטנת ההון הרשום של החברה: ס' 18** מגדיר דרישה לכתוב בתקנון סעיף שנוגע להון הרשום כך שבאופן אוטומטי יש סמכות שינוי לאסיפה הכללית. בכל זאת, **ס' 57** מציין שוב שמדובר בסמכות של האסיפה הכללית.האספה הכללית יכולה לבצע בקרה על הנפקת מניות בעזרת הסמכות שלה להגדיל או להקטין הון רשום. כשחברה עורכת תקנון, היא צריכה לציין בסעיף בתקנון מהו ההון הרשום של החברה. אם צוין בתקנון שההון הרשום של החברה הוא מיליון מניות, זה אומר שזו התקרה להנפקת מניות.
* **מיזוג:** בעסקת מיזוג יש ביטוי מסוים לשינוי ברכוש שמוחזק ע"י בעלי המניות. לפי עקרונות בסיסיים של דיני קניין, יש לבעל הקניין סמכות להכריע באשר לקניינו.כשחברות מתאחדות במסגרת עסקת מיזוג, הבעלות במניות גם משתנה. ברגע שמחליפים לאדם את רכושו, מן הראוי לקבל את הסכמתו.
* **אישור עסקאות עם בעלי עניין.**
* **פירוק החברה(ס' 57-58)**
 |
| **ישנם שני אלמנטים המיוצגים בסמכויות אלו**: 1. סמכויות של פיקוח ובקרה על בעלי תפקיד אחרים בחברה- האספה הכללית יכולה למנות ולפטר דירקטורים. היא יכולה למנות רו"ח מבקר (גורם חיצוני לחברה שעורך ביקורת על ביצועים הכספיים של החברה). בקרה על הדו"חות הכספיים היא במידה רבה בקרה על הדירקטוריון, מאחר שהדירקטוריון אחראי על עריכת הדו"חות הכספיים של החברה.
2. עניינים שמתייחסים לליבת האינטרסים של בעלי המניות: שינויים של התקנון, קביעה על מיזוג או פירוק ועוד. על הסמכויות המופיעות בסעיף 57 לא ניתן להתנות, אך על הסמכות למנות דירקטורים (ס' 59) ניתן להתנות.
 |
| **מנכ"ל-ס' 121** | * "כל סמכויות הניהול והביצוע". הסיבה לכך היא שיש כמות לא מבוטלת של דברים שנמצאים בסמכות המנכ"ל, ולא ניתן למנות הכול. אם רוצים ניתן לפרט בתקנון את הדברים החשובים שנמצאים בסמכויות המנכ"ל. מצד שני, טיב העבודה של המנכ"ל דורש גמישות בלתי פוסקת, לכן לא בהכרח נכון להכניס את סמכויות המנכ"ל לתקנון לאור הסרבול שזה יוצר.
* **סמכות שיורית:** לפי ס' 49, סמכות שלא נמצאת אצל אף אחד מגופים אלו ניתן שתהיה של הדירקטוריון. משמע, ברגע שיש סמכות שלא ברור אצל מי היא נמצאת, צריך להבין האם היא נכללת תחת רשימת הסמכויות של האספה הכללית או של הדירקטוריון. אם לא, צריך להבין האם מדובר בסמכות ניהול וביצוע (ואז היא תחת המנכ"ל). אם לא, ניתן לתת את הסמכות לדירקטוריון.
 |
| **האישיות המשפטית של חברה** |
| * **סע' 4:** מגדיר את מעמדה של החברה: לחברה מעמד של אישיות משפטית מלאה- "שחקן על המגרש משפטי"(כמו אדם לדוג').דהיינו בעלת זכויות וחובות משפטיות.
* **סע' 5:** קובע את זמן חייה של החברה כיישות משפטית: מיום ההתאגדות המצוין בתעודת ההתאגדות ועד לפקיעת ההתאגדות, כתוצאה מחיסולה של החברה או כתוצאה ממיזוג.
 |
| **נפקויות לחברה כישות משפטית** |
| **זכות קניינית:** | * **פס"ד זנדבנק:** אי עמידה בדרישת הכתב בעסקת מקרקעין (ס' 8 לחוק המקרקעין). שמגר קובע שאמנם העסקה התייחסה לעסק שסובב סביב מקרקעין, אולם בפועל הממכר הוא מניות בחברה שעיסוקה במקרקעין. ברור שלמניה יש אינטרסים כלכליים (ככל שהקרקע תהיה שווה יותר המניה תהיה שווה יותר), אך זו השפעה כלכלית בלבד. מבחינה משפטית הקרקע בבעלות החברה כל הזמן. לכן לא מדובר בעסקה במקרקעין, מדובר על עסקה חוזית על מניה.
* **פס"ד אחוזת רחמים נ' קריסטל:** קרקע נמכרה פעמיים (פעם אחת לחברה ופעם שניה מבעלי מניות של החברה לבעלי מניות חדשים), והשאלה למי הזכויות בקרקע? העותרים מעוניינים להפעיל את כללי תקנת השוק.

בית המשפט: תקנת השוק לא רלוונטית שכן לא הייתה רכישה במקרה הזה. הנכס הגזול היה ונשאר בידי החברה-הישות המשפטית שהייתה שותפה לפשע. המניות החליפו ידיים ולא החברה. נקבע שעל אחוזת רחמים להחזיר את החלק לקריסטל, החברה היא הבעלים של הנכסים שלה ולכן עליה להחזירם. אם החברה קנתה את הקרקע באופן פגום, זה שהתחלפו בעלי המניות שלה לא יוצר צד שלישי תם לב. הקרקע נשארה אצל החברה כל הזמן. |
| **בעלי המניות אינם חייבים בחובות החברה/****אחרויות מוגבלת של בעלי המניות(ס' 18)****פס"ד סולומון** | * **פס"ד סלומון:** סלומון מנהל עסק, בשלב מסוים החליט לארגן אותו בחברה. בעלי המניות היו הוא, אשתו וחמשת בנותיו. מניה אחת לאשתו ולכל ילדה, ו-994 מניות לו. סלומון הוא העובד היחיד בחברה. החברה מפסידה ומתחיל פירוק אך לא נשאר בחברה כסף לפרוע את החובות. מפרק החברה תובע את סלומון עצמו ע"מ שיכסה את החובות. סלומון טוען שאין מה לפנות אליו ושעל המפרק לתבוע את החברה בלבד. בשתי ערכאות המפרק זוכה, אך סולומון מגיש תביעה לבית הלורדים.
* **בית הלורדים**: קובע שסלומון צודק, וש**מדובר בשתי אישיויות שונות**. אם לחברה יש נושים, היא זו שצריכה לפרוע את החובות. אם היא לא יכולה לפרוע, אין מקור אחר לכסף. יש חציצה בין בעלי המניות לבין החברה, ואיש בחובותיו יישא. (להבדיל מהזכויות והרווחים שכן הולכים לבעלי המניות)
 |
| * האם הפסיקה מניחה את הדעת? מחד ניתן לטעון שסלומון נבל ברשות החוק. ויש בעיתיות בקו הפורמליסטי שהחל בסלומון והמשיך לאורך השנים, וניכר גם בהולנדר. גישה המעדיפה צורה על-פני מהות.
* עם זאת, מתברר שמאחורי הפורמליסטיות הזו יש מחשבה מהותית כלכלית, שכדי להגשים אותה חייבים לנקוט בקו פורמליסטי-משפטי, מאחר שלא לנקוט קו זה יהיה פספוס של עקרונות מהותיים כלכליים. נקודה נוספת היא להנגיד בין תורת האישיות המשפטית לבין דיני השליחות.
* יתרונות בהפרדה-לטובת הנושים: כגון מקרה בו בעלי המניות הם בעלי חובות משלהם, ייתכן ועדיף למלווה שתהיה הפרדה. שכן היא עשויה לצמצם את כמות הנושים שצריך להתמודד איתם. בנוסף יש לנושה קדימות לבעלי המניות בפירעון החובות. כך שהשאלה האם הפרדה בין החברה לבין בעלי המניות טובה או רעה לנושים תלויה בנסיבות והתשובה לה מורכבת.
* מנגנונים להקטנת סיכונים: קיימות אפשרויות להקטנת הסיכון מצד המלווה, כגון **קבלת ערבות אישית מבעלי המניות**. לכאורה ערבות פוגעת בעקרון של דיני החברות של עידוד היזמות באמצעות הפרדה בין בעלי מניות לבין החברה, אך היא מביאה לידי ביטוי את עקרון חופש החוזים. ישנם כלים נוספים להתמודדות עם ההפרדה בין חברה לבין בעלי מניות (שיעבוד נכסים, הרמת מסך במקרים של ניצול לרעה ועוד).
* **פתרון דרך התנאה חוזית:** הנושה יכול להתנות את ההלוואה בהגדרת בעל המניות כערב להלוואה.
 |
| **פס"ד פרי העמק** | * **רקע:** אגודה שיתופית היא מסגרת תאגידית הדומה לחברה ומוסדרת בפקודת האגודות השיתופיות. בעלי הזכויות כלפי האגודה השיתופית הם החברים (מקבילים לבעלי מניות). חבר בקיבוץ הוא חבר באגודה השיתופית. תפיסה ייחודית באגודה שיתופית היא שבעלי הזכויות הם גם הגורם היצרני. חבר בקיבוץ הוא גם היצרן וגם הנהנה מהפירות, בעוד שבחברות זה לא הכרחי. אגודה שיתופית היא אישיות משפטית ויכולה להיות בעלת רכוש.
* **עובדות המקרה:** שלושה קיבוצים המייצרים תנובה חקלאית, מתאחדים יחד לאגודה שיתופית שתעסוק בהובלה של הסחורה(פרי העמק). פרי העמק נקלעה לקשיים כלכליים ולא הצליחה לשלם את חובותיה. כונסה אספת חברים (נציגים מכל קיבוץ) והוחלט (ברוב דעות) שכל אחד יתרום חלק מסוים ע"מ לצבור כסף לתשלום החובות. חלק מהחברים התנגדו וטוענים שהחלטת הרוב לא מחייבת אותם.
* **השאלה המשפטית:** האם החלטה של אספת החברים באגודה השיתופית מחייבת את כולם והם מחויבים לשלם ?
* **השופט ברק:** קובע שמדובר בלקונה בפקודת האגודות השיתופיות, אותה הוא משלים בעזרת היקש מפקודת החברות- ניתן לשנות את התקנון בהצבעה של רוב. עם זאת, אי אפשר לחייב בעל מניות בלי הסכמתו להגדיל את השקעתו בחברה(ס' 20ד לחוק החברות). לפי ברק, המטריה היא אותה המטריה, ובסופו של דבר מדובר בהתאגדויות וניתן להשלים בהיקש ולקבוע שגם באגודות שיתופיות הרוב לא יכול לחייב את המיעוט להוסיף כסף.
* ברק דן בשאלה העקרונית מה היחס בין אישיות משפטית נפרדת לבין **עקרון האחריות המוגבלת = האחריות של בעלי מניות מגיעה רק עד כדי שיעור ההשקעה שלהם בחברה**. האישיות הנפרדת היא עקרון משפטי שעובד מהחברה כלפי חוץ (מהחברה למלווים). המשמעות מבחינתם היא שהם יכולים לגבות רק ממנה ולא מבעלי המניות. אחריות מוגבלת של בעלי מניות פועלת בתוך החברה, בין בעלי המניות לבין עצמם. זו הגבלת היכולת של הרוב לחייב את המיעוט להוסיף השקעה (ס' 20ד לחוק החברות). נובע מתפיסה קניינית אף אחד לא יכול לחייב אדם פרטי להוסיף כסף לחברה.
* **מה ההבדל העיקרי בסיטואציה זו בין חברה לאגודה שיתופית?** אם הישובים שמסכימים להוסיף כסף אכן יוסיפו כסף, גם אלו שלא הוסיפו כסף ייהנו מזה. כאן ניכר הבדל בין חברה לבין אגודה שיתופית: בחברה אנשים יסכימו להוסיף כסף כדי להציל את החברה, אך כנגד כסף זה הם יקבלו מניות (מה שיגדיל את כוח ההצבעה שלהם, ולכן מי שלא יסכים להוסיף כסף כוחו יקטן באופן יחסי). באגודה שיתופית זה לא כך, מאחר שכוח ההצבעה יחסי ואין מניות. אנשים שלא יוסיפו כסף כוחם לא יקטן, הם רק ייהנו מכך שמי שכן הוסיף כסף הציל את האגודה. זו סיטואציה של נבל ברשות הפסיקה. ס' 18 לחוק החברות אומר שכאשר חברה מתאגדת היא צריכה להסדיר בתקנון את אחריות בעלי המניות- האם האחריות היא מוגבלת, שאז הם לא חבים את חובות החברה או שאינה מוגבלת? בדר"כ חברות ייקבעו בתקנון שאחריות היא מוגבלת.
* **האם ניתן לתמרץ בעל מניות להוסיף התחייבויות בחברה?** אמנם לא ניתן לחייב בעל מניות להוסיף השקעה אולם ניתן לקבוע שמי שמשקיע יוכל לקבל עוד מניות שהחברה תנפיק(מה שיגרום ל"דילול" כוחו של בעל המניות הסרבן).
* **הערת המרצה:** פתרון התמריץ רלוונטי רק לחברות ולא לאגודות שיתופיות משום ששם אין מניות וכל חבר שווה רק קול אחד ולכן ההשוואה בין חברות לאגודה שיתופית יוצרת עיוות במשפט שהסרבן נהנה אגב האחרים שמשקיעים יותר.
 |
| **הרציונליים מאחורי הפורמליזם בהפרדת בעלי החברה והחברה עצמה** |
| **רציונל 1:** | * **עידוד יזמות עסקית:** אם לא הייתה הפרדה בין החברה לבין בעלי החברה, בעלי חברה שיש להם רעיון עסקי היו לוקחים פחות סיכונים, ובכך פחות מקדמים את הכלכלה. **לכן,** נטרול הסיכונים החלים על היזמים העסקיים יסייע בקידום השוק והגדלת הרווחה. כניסה למיזם עסקי לא תוביל את היזם לשעבוד של עצמו למלווים כאלו ואחרים.
* פס"ד סלומון(ניתן במהפכה התעשייתית) הניח את התשתית ליזמים לצבור הון רב שיאפשר להם לרכוש את הציוד החדשני הנחוץ עבור היוזמה שלהם. כל זה מהווה את הבסיס לרציונל הכלכלי שעומד מאחורי הפרדת חברה ובעלים.
 |
| **רציונל 2** | **איסטרברוק ופישל טוענים ש**אי הכרה בחברה כאישיות משפטית נפרדת תפגע בעולם החברות ובכלכלה בכלל.* כל פתיחת עסק או חברה מתחילה באדם בעל רעיון עסקי הזקוק לכסף שע"מ לקדמו פונה למשקיעים. המשקיעים בוחנים את הצעת היזם לפי שיקולים של הסיכוי לרווח, האמינות היזם ועוד. ולצד אלו המשקיע יבדוק **מי הם המשקיעים האחרים.** ברגע שלא נכיר בחברה כאישיות משפטית נפרדת, יוצר מצב שכל ההתחייבויות שיש לחברה הן התחייבויות של בעלי המניות (**חבות יחד ולחוד), ו**כאשר העסק יפסיד, מבחינה פרקטית התובע ירדוף אחרי **בעל הכיס העמוק**, ו בעל הכיס העמוק ירדוף אחרי השאר. לכן, אם משקיע רואה שמשקיעים אחרים יותר עשירים ממנו, הנכונות שלו להשקיע תעלה. אם משקיע יראה שהוא המשקיע העשיר ביותר הוא יבין שהחשיפה שלו יותר גדולה, ולכן הנכונות שלו תרד.
* **וכן לגבי משקיע הרוצה למכור את חלקו בחברה:** הקונה הפוטנציאלי ישאל מי הם בעלי המניות האחרים, והמחיר שאדם מוכן לשלם על מניה תלוי בזהות בעלי המניות האחרים. פעולה כזו בשוק המשני יכולה להתבצע **רק** **בשוק אינטימי** (בהנחה שכולם מכירים את כולם), אבל בשוק אנונימי הכולל אלפי בני אדם, לא יהיה ניתן לתמחר מניות. במציאות כזו אנשים פשוט לא יקנו מניות, והשוק המשני לא יהיה קיים.
* **מכאן מגיע ההבדל בין הסכם שותפות לבין חברה:** בעוד שבשותפות יש חבות יחד ולחוד(ס' 14,20 לפקודת השותפויות) ולכן מספר השותפים מוגבל ל-20 (ס' 3 לפקודת השותפויות), מכיוון שרלוונטי מי הם שאר השותפים. לכן יש להציב גבול על מספר האנשים שיכולים להתאגד יחד בשותפות. גבול זה יבטא את כמות האנשים שאפשר להכיר אותם בצורה מספקת ע"מ לדעת מי הם ואיפה הם נמצאים ביחס לכל משקיע. לעומת זאת, בחברה כשיש אחריות מוגבלת, אין שום צורך למחוקק לקבוע מהו מספר בעלי המניות המקסימלי בחברה.
 |
| **תורת האורגנים** |
| **רקע** | * לעיל הגדרנו את החברה כישות משפטית מלאכותית, דבר המעלה שאלות בנוגע לזכויות וחובות החברה. לכן פועלים לפי תורת האורגנים.
* **מטרת תורת האורגנים:** ייחוס פעולה או מחשבה של נושאי משרה או עובדים לחברה עצמה.
* **ס47:** מעשי אורגן כמעשי החברה: "פעולותיו של אורגן וכוונותיו, הן פעולותיה של החברה וכוונותיה."
* המשפט מקנה זכויות, ומטיל חובות ויוצר אחריות על החברה ע"י האורגן.
 |
| **מיו אורגן** | * **ס46:** "האורגנים של החברה הם **האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון** רואים את פעולתו בענין פלוני כפעולת החברה לאותו ענין."
* אורגן מוגדר לפי החוק, הפסיקה ותקנון החברה.
 |
| כיצד נדע להגדיר אורגן- **פס"ד מודיעים:** | * גם נושא משרה שאינו בכיר עשוי להיחשב כאורגן התאגיד, וזאת אם ע"פ מסמכי התאגיד (כנראה התקנון), או ע"פ מקור נורמטיבי אחר, רואים את פעולתם ומחשבתם כפעולת התאגיד עצמו.
* **ישנם שני מבחנים משולבים בפסיקה לגבי השאלה מתי נקבע שפעולה של נושא משרה מיוחסת לתאגיד:**
1. מבחן היררכי ארגוני: האם הגורם האנושי עונה על הגדרת האורגן?
* נדרשת דמות רלוונטית ובכירה.
* ניתן לבחון גם לפי רמת שק"ד שהדמות מפעילה.
1. מבחן פונקציונלי: האם נכון מבחינה נורמטיבית להטיל אחריות על החברה בגין אותו מעשה?
* מבחן מרחיב. המבחן מאפשר לכל צד להוכיח שאדם הוא אורגן ובכך להטיל עליו אחריות.
 |
| **תורת האורגנים במישור הפלילי** |
| * **ס23 לחוק העונשין – היקף אחריותו הפלילית של תאגיד:**

(א) תאגיד יישא באחריות פלילית:1. לפי סעיף 22, כשהעבירה נעברה על-ידי אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד;
2. לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, אם, בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד.

(ב) בעבירה שנעברה במחדל, כאשר חובת העשיה מוטלת במישרין על התאגיד, אין נפקה מינה אם ניתן לייחס את העבירה גם לבעל תפקיד פלוני בתאגיד, אם לאו.* הטלת אחריות פלילית נוגעת לתביעה נגזרת: תביעה נגזרת היא תביעה המוגשת על ידי בעל מניות או דירקטור בשמה של החברה בשל עילת תביעה שקמה לחברה נגד צד ג' (במקרים רבים נגד בעל השליטה בחברה).
 |
| **פס"ד מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדי** | * **עובדות:** חבר מודיעים מחזיקה בבעלותיה כלי רכב. אחד מרכבי החברה עובר באור אדום והחברה מועמדת לדין פלילי. החברה לא מגיעה לדיון, מורשעת ונקנסת. מכאן הערעור.
* **השאלות המשפטיות:** (1) מה היקף האחריות הישירה של תאגיד, בגין עבירה שנעברה ע"י רכב שבבעלותה? (2) האם תאגיד מסוגל לבצע עבירה פלילית הדורשת יס"נ לשם גיבוש האחריות?
* **פסיקת ביהמ"ש (ברק):**
* תאגיד, כאישיות משפטית שאינה טבעית, אינו מסוגל לגבש מחשבה פלילית או יסוד התנהגותי אקטיבי. לכן באה תורת האורגנים, הייחודית לתאגיד, כדי להתגבר על היעדר ממד אנושי בתאגיד, ולאפשר לו לקיים את דרישות החוק בכל הנוגע לקיום תכונות אנושיות לשם הטלת אחריות או מתן הגנה וחסינות (אזרחית, פלילית או אחרת).
* הסנקציה במקרה זה תהיה קנס, שהרי א"א להכניס תאגיד לכלא. אבל כסף ניתן לחלץ מתאגידים.
* במקרה דנן, האחריות האישית צומחת מס27(ב) לפקודת התעבורה, המטיל אחריות על בעל רכב, כאשר לא ניתן ניתן לזהות את הנהג ברכב שביצע את העבירה.
* בצד אחריות התאגיד, קיימת אחריות אישית גם לבני אדם הפועלים בתאגיד, בין אם הם אורגנים ובין אם לא. במקרה דנן, החברה אחרית בפלילים אישית – הן כנוהגת והן כבעלת הרכב.
 |
| **מדוע להטיל אחריות פלילית על תאגיד?** | 1. **סתימת "חורים" ברשת האכיפה הפלילית:** היכולת להטיל אחריות על כמה גורמים מטעם החברה, שלא בהכרח תיאמו ביניהם את העניין.
2. **ייעול האכיפה וחסכון בעלויות:** גורם אחד ממרכז במקום חיפוש גורמים שונים.
3. **צדק:** לא נכון להטיל אחריות על הגורמים האנושיים, צודק יותר להטיל זאת על התאגיד עצמו.
4. **כיס עמוק:** ניתן להטיל קנסות בסכומים גבוהים יותר, והחברות אף מעדיפות לקצר את ההליכים ולסגור את העניין.
 |
| **פס"ד מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ** | * **עובדות:** חברת אברהם רובינשטיין בע"מ יוצאת להנפקה בבורסה. לקראת ההנפקה, מתקיימת פגישה בין נציגי רובינשטיין לבין בנק לאומי ונציגיו של בנק אחר. בסיום הפגישה נציג בנק לאומי מעלה על הכתב את תוכן הדברים:
* "לדבר משפחת רובינשטיין, המשפחה והמקורבים לחברה, ירכשו מהנפקה זו... בגלל הרפיון בשוק המניות, קיימת סבירות כי האמסיה לא תימכר במלואה. לצורך הקליטה מבקשים הנ"ל באופן פרטי הלוואה של כ1.5 מיליון דולר."
* אומנם בתשקיף החברה נאמר במפורש ש"בעלי המניות בחברה לא יזמינו יחידות מהצעה זו".
* מטרת התשקיף הייתה להבטיח כי בנק לאומי לא ייטול סיכון כלכלי על עצמו. מטרה זו הוסתרה מהרשויות המוסמכות כדי לאשר את פרסום התשקיף ופרסום המניות בבורסה. כלומר הציבור לא קיבל את התשקיף כראוי, ומה שעשו חרג מדרישת החוק לגבי תשקיף.
* **השאלה המשפטית:** האם ניתן לחייב את מנהלי החברה בגין הנזק שנגרם, על אף שפעלו כאורגן של החברה?
* **ביהמ"ש העליון (שטרסברג-כהן):**
* אורגן הוא אדם, אשר בגין מעמדו או מהות פעולותיו, הדין מתייחס אל פעולתו שלו כאל פעולת התאגיד עצמו.
* תורת האורגנים לא גורסת שלחברה קיים מישהו אחד ויחיד שמעשיו שלו בלבד עשויים לחייבה, ומקובל שיש יותר מאוחר אחד בדרגות שונות בחברה.
* תורת האורגנים מאפשרת לייחס את היסוד הנפשי והרכיב ההתנהגותי האקטיבי המתקיימים אצל האורגן, ככאלו המתקיימים אצל התאגיד. יש שהתאגיד יימצא אחראי גם אם האורגן עצמו אינו אחראי.
* עצם היותו של פלוני אורגן בחברה, אינו מחסנו מפני אחריות פלילית אישית.
 |
| **יש הבחנה בין 3 מצבים:** | 1. **פעילות האורגן מקדמת את האינטרס של התאגיד:** תוטל אחריות פלילית על החברה. 🡨 המצב בפס"ד לאומי (אברהם פעל למען התאגיד).
2. **פעילות האורגת פוגעת באינטרס של התאגיד עצמו:** לא תוטל אחריות על החברה (פס"ד לאומי נ' בנק להשקעות).
3. **פעילות האורגן מכוונת לטובתו האישית בלבד, תוך פגיעה אגבית בנכסי התאגיד:** אין הלכה ברורה ויש שק"ד לביהמ"ש.
 |
| **האם הטלת אחריות על אורגן היא תנאי להטלת אחריות על חברה?** | * לפי תורת האורגנים, התשובה שלילית.
* ומהצד השני: עצם העובדה שחברה ביצעה עוולה, אינה מנביעה את המסקנה כי מוטלת אחריות על אורגן כלשהו **(שמגר בצוק אור).**
* אחריות התאגיד לפעולת האורגן, אינה אחריות שילוחית, ולכן אינה מותנית באחריות האורגן (ע"פ מודיעים, ע"פ לאומי).
* יתר על כן, יש לזכור:
* ניתן להטיל אחריות הן על החברה והן על האורגן.
* התנאים לא תמיד זהים. במצבים מסוימים, החוק מגדיר תנאים מסוימים לאחריות תאגיד, ותנאים אחרים לאחריות של נושאי משרה. 🡨 יתכן שאורגן ביצע עבירה מסוימת, ובאשר לתאגיד אפשר לכנס אלמנטים אחרים מאורגנים אחרים, ועל התאגיד להטיל אחריות בגין עבירה חמורה יותר.
 |
| **מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ מבחני עזר למבחן הפונקציונלי:** | * **עובדות:** גולן מדר המשמש כמנהל כספים בשלושה חברות(עופר השקעות, פיתוח ומליסרון), השתמש בכספי חברות "עופר השקעות ועופר פיתוח", כדי להעלות בצורה מלאכותית את מחיר האג"ח של חברת מליסרון. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את חברות מליסרון, עופר השקעות, עופר פיתוח, ואת גולן מדר בגין עבירות של מניפולציה בניירות ערך.
* **השאלה המשפטית:** באילו נסיבות יש להטיל אחריות פלילית על חברה בשל עבירות שבוצעו ע"י נושא משרה
* **ביהמ"ש העליון (רובינשטיין):** בפסיקה ובספרות נהוגים 2 מבחנים לבחינת השאלה האם פלוני ייחשב כאורגן: (מבחנים חלופיים אפשר לבחור מה שנוח ללקוח!)
1. מבחן ארגוני – מתמקד במעמד פורמלי.
2. מבחן פונקציונלי – האם ראוי להטיל אחריות🡨האם משיקולי מדיניות יש להטיל אחריות על התאגיד:
* האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד?
* האם פעולת האורגן נעשתה במילוי תפקידו?
* האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד, או לכל הפחות ללא כוונה נגדו? (כמו שראינו בפסה"ד הקודם).
* במקרה הקונקרטי:
	1. מדר החזיק בתפקיד בכיר מאוד בחברות המעורבות ומילא תפקיד מרכזי בהחלטה
	2. מדר פעל בכובעו התאגידי ולא בכובעו האישי
	3. מדר בפעולותיו שאף להטיב, הן עם חברת מליסרון והן עם חברות עופר פתוח ועופר השעות.
 |
| **תורת האורגנים במישור הנזיקי** |
| **אחריות ישירה:*** כל אימת שאורגן החברה מבצע עוולה בנזיקין.
* מעשי האורגן מיוחסים לחברה.
* מעשי עובד שאינו אורגן – אינם מיוחסים לחברה.

**אחריות שילוחית:*** אם מתקיימים תנאי ס13 לפקנז.
* בשונה מהמישור הפלילי, במישור הנזיקי יש דוקטרינה מקבילה של שליחות, דרכה ניתן לחייב שולחת (ס13-14 לפקודה).
 |
| **מה ההבדל בין שליחות לתורת האורגנים?** | * תורת האורגנים רחבה יותר במישור הפעולות🡨 תורת האורגנים מספקת אופציות קיבוץ שאין באחריות השילוחית.
* שליחות רחבה יותר במישור הנציגים🡨 באחריות שילוחית אפשר לרדת עד לדרגים הנמוכים ביותר, גם אם העובדים הללו לא נחשבים אורגן לפי אף קריטריון.
* ידוגש: לשם הטלת אחריות שילוחית, נדרשת הוראת חוק המאפשרת אחריות כזו.
 |
| **רציונלים להטלת אחריות נזיקית על חברות:** | 1. **כיס עמוק:**
* יכולת להפנים נזק בטווח רחב יותר.
* אנחנו רוצים שאנשים שניזוקו יפוצו ממעשיו של מישהו בחברה.
1. **המונע הזול**
* לחברה יש יותר אינפורמציה לגבי השלכות של מעשים, ולכן יכולה לבקר בצורה טובה יותר ולמנוע את התרחשות הנזק.
* לדוג', לדאוג שעובדים לא יעברו/לא יחשבו אפילו על לעבור על החוק. מנגנון לחץ יעיל מצד החברה, שיסייע למנוע עבירות.
* כמובן שאין זה תעודת ביטוח שהחמרת הסנקציות כנגד התאגיד תנטרל כל פעילות פסולה, אבל יש לזה אפקט מצמצם.
 |
| **תורת האורגנים במישור החוזי** |
| * **חוזה שנכרת בהרשאה:** מיוחס רק לחברה – הן מצד דיני החברות, הן מצד דיני השליחות.
* **חוזה שנכרת בחריגה מהרשאה** (ס56(א) לחוק החברות): חוזה שנכרת ללא הרשאה, חסר תוקף כלפי החברה🡨 החריגים לכלל: (1) החברה מכשירה את הפעולה בדיעבד (2) אי ידיעה בכוח ובפועל של הצד השני לחוזה, לגבי החריגה מהרשאה.
* אם אורגן חרג מהרשאה, אך המתקשר השני לא יודע ולא היה עליו לדעת על כך, מבחינתו החוזה לא מתבטל. הנחיה מהווה חריג לחוק השליחות.
 |
| **הצד התמים יכול לבחור בין 2 אופציות:** | * **לדרוש מהחברה לקיים את החוזה** (ס56(א) לחוק החברות).
* **לדרוש מהשלוח לקיים את החוזה או לבטל את החוזה ולדרוש פיצויים מהשלוח** (ס6(ב) לחוק השליחות).
* 🡨 ס56 למעשה קובע שחברה תישא באחריות על פעילות אורגן גם במצבים בהם פעל שלא על דעתה או בניגוד לדעתה.
 |
| **מתי ניתן לחייב אורגן של החברה באחריות אישית מכוח אחריות החברה?** |
| **פס"ד דיסנצ'יק** | * עובדות: בכתבה בעיתון מעריב פורסם שמה של קטינה בניגוד לחוק. המדינה האשימה את חברת מעריב, ואת מר עידו דיסנציק העורך הראשי של עיתון מעריב, ואת הכתב, בעבירה על חוק הנוער (טיפול והשגחה). העיתון (החברה, כל עיתון הוא חברה) הודה בעובדות והורשע
* בימ"ש השלום: הרשיע את דיסנציק, בקבעו שהלה התרשל בתור העורך, משום שלא עיין כלל בכתבה, ולא קבע הנחיות שימנעו את פרסומה.
* ביהמ"ש המחוזי: דחה את ערעורו של דיסנצ'יק. קבע שאחריותו שילוחית במהותה, ולכן משהורשע העיתון, די בכך להרשיע את העורך הראשי.
* השאלה המשפטית: האם העובדה שתאגיד נמצא אחראי תוביל להטלת אחריות גם על אורגן.
* ביהמ"ש העליון (ברק): אחריותו של אורגן הפועל בתאגיד, יכולה לנבוע מ2 מקורות עיקריים:
1. **אם האורגן מקיים ע"י התנהגות את מלוא היסודות העובדתיים והנפשיים של העבירה.**
2. **הוראת דין הקובעת כי האורגן יהיה אחראי בפלילים אם התאגיד אחראי בפלילים.** כלומר שמוריד את האחריות למטה. שהרי בשונה מהעלאת האחריות לחברה שנעשה אוטומטי, הטלת אחריות מהחברה לאורגן, זה לא אוטומטי.

יישום: * לא התקיימו בדיסנצ'יק יסודות העבירה (חסר יס"נ של מודעות) 🡨 אין להטיל אחריות על דיסנציק בגין הפרסום.
* לא נמצאה הוראת חוק המטילה עליו אחריות שילוחית 🡨 משכך לא תוטל אחריות שילוחית על דיסנצ'יק, אחרת תהיה פגיעה בחו"י כבוה"א וחירותו.
 |
| **פס"ד נשאשיבי נ' רינראוי** | * עובדות: המשיבים רכשו דירת נופש בפרויקט פנינת העם בעכו, אותו הקימו חברת בולוס גס וחברת בת שלה. בעקבות קשיים כלכליים קרסו שתי החברות ונעצרה בניית הפרויקט. המשיבים תבעו את המערערים בסכומים שלא כוסו, וכן בפיצויים בגין הפרת הסכמי הרכישה ועוגמת הנפש.
* ביהמ"ש העליון (דנציגר): הפרת חוזה ע"י החברה אינה מובילה להטלת אחריות וחבות אישית על אורגן או נושא משרה: כלומר, לחוזים קשה לרדת מהחברה אל נושאי המשרה שבה. המצבים בהם תוטל אחריות חוזית על אורגנים ונושאי משרה יהיו נדירים.

מתי זה כן יקרה? מה נדרש?1. **אורגן כלשהו קיים את כל יסודות העבירה/העוולה הרלוונטיים כי שהם מוגדרים ביחס לאנשים טבעיים.**
2. **קיים דבר חוק או פסיקה המחייבים אורגן כזה או אחר באחריות אישית כל אימת שדבק רבב בפעילות החברה.**
 |
| **מתי קיים דבר חקיקה כאמור?** | ס48 לחוק ההגבלים העסקיים: הכלל: כאשר מתבצעת עבירה על החוק בידי חברה, יואשם כל מי שתפקד כמנהל בזמן ביצוע העבירה.החריג: המנהל צ"ל שני דברים: (1) העבירה נעשתה ללא ידיעתו (2) נקט בכל האמצעים הסבירים למנוע את העבירה.ס31 לחוק ניירות ערךהכלל: מייחסים אחריות בגין פרט מטעה בתשקיף לכל דירקטור, מנכל או בעל שליטה של החברה המנפיקה (גם אם לא חתמו על התשקיף בפועל).החריג: נקט בכל האמצעים למנוע את הטעות ס254(ב) לחוק התכנון והבנייההכלל: מייחס עבירה על החוק שבוצעה ע"י החברה למנהלת החברה.החריג: צ"ל שעשתה כל אשר ביכולתה למונעה.ס224א לפקודת מס הכנסה:הכלל: כאשר תאגיד ביצע עבירת מס חמורה, יראו כל מנהל פעיל, מנהל חשבונות נאמן או בא כוח אחראי לעבירה.החריג: ביכולתם להוכיח שהעבירה נעברה ללא ידיעתם או שנקטו בכל האמצעים הסבירים למניעתה. |
| **פס"ד פנידר נ' קסטרו** | ההלכה: **ביהמ"ש העליון פסק שהחובה לפעול בתו"ל מחייבת כל נציג חברה משתתף במו"מ.**לא ניתן לטעון שאדם פעל כאורגן או כשלוח של חברה. זה לא יסייע. כאשר מנהלים מו"מ בשם חברה, יש להקפיד בצורה יתרה לעיקרון תוה"ל, משום שיש חשיפה לאחריות אישית. |
| **נפקויות להגדרת החברה כאישיות משפטית** |
| **בעיות שנוצרות עקב ההכרה כאישיות משפטית*** כעקרון, המשפט נוצר עבור בנ"א ולכן משתמש במושגים ותכונות של בני-אדם(כגון גמירות דעת). לכן פעמים רבות נוצרים התנגשויות בין החוקים ויישומם על חברות.
 |
| **במישור החוזי** | * בדיני חוזים נחפש את ה"שליח" של החברה לצורך קביעת גמירת דעת.
* אנו נייחס את תכונות השולח לחברה. יצוין שהחובות הן של החברה ולא של השלוח מטעמה.
* השלוח התמנה מכוח חוזה שנערך בין השליח ובין החברה- איך חברה יכולה להתקשר בחוזה עם אדם? לפי מסמך הדירקטורים הראשונים.
 |
| **המישור הפלילי** | * במישור הפלילי לא ניתן להשתמש בפתרון "שליח" ולכן פונים לתורת האורגנים
* לפי הגדרה זו, אנשים מסוימים פועלים כ"איבר" של החברה (להבדיל משלוחה) ולכן ניתן ליחס פעולות מסוימות לחברה כולה כאשר היא מבוצעת ע"י אורגן שלה.
* עם זאת, הרי שבשונה מדיני חוזים במקרה פלילי האורגן הוא גם אישות משפטית בפני עצמו ולכן הוא יכול להיות בעל אחריות פלילית בפני עצמו ללא קשר להיותו אורגן, לכן אחריות פלילית באה בנוסף ולא כבחירה בין החברה לאורגן.
 |
| **פס"ד מודיעים** | * עובדות: ראו לעיל
* פס"ד זה עסק בעבירת תנועה. רכב עבר באור אדום וצולם, אם היה מדובר ברכב פרטי- קנס ונקודות לנהג. אם מדובר ברכב חברה- אין נקודות; האלמנט ההרתעתי הזה מתמסמס. נוכל לומר, כיוון שמטילים אחריות פלילית גם על האורגן וגם על החברה, אז זה לא מחליש את ההרתעה. עד שמגיעים ליישומים מוקשים יותר. כשמגיעים לתביעות פליליות וכתבי אישום בגין עבירות שבעיקרן מהתחום הכלכלי/כספי, לפעמים מתעורר סימן שאלה, האם לא הרחקנו לכת קצת.
 |
|

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **פס"ד סימנס** | * שוחד של בכירים בחברת חשמל לצורך זכייה של החברה בפרויקטים שונים.
* בשלב מסוים המדינה החליטה להגיש כתב אישום כנגד החברה על עבירת השוחד, ולהשתמש בבכירים שניהלו את השוחד כעדים.
 | * **קשה להבין זאת, האחריות הפלילית כוללת פגם מוסרי בהתנהגות, ומי שפגם זה בני האדם. השימוש בהם כעדים משבש את היסוד, ופוגע בהרתעה.**
 |
| **פס"ד דיסנצ'יק**  | * נניח שיש מנכ"ל שעובר עבירה, ולפי תורת האורגנים ניתן להרשיע גם את החברה וגם את האורגן עצמו ככל שהתקיימו יסודות העבירה.
* ס48 לחוק ההגבלים קבע שהעבירה תחול על החברה, ועל כל נושא משרה בה. לא רק האורגן שביצע את יסודות העבירה.
 | * **הרציונל:** הרתעה, לתמרץ גורמים בחברה לדווח על התנהגות לא ראויה של חבריהם (רלוונטי רק כאשר זה מוסמך בחוק, כמו ס48).
* **האן:** אם העבירה מטילה אח"פ על גורמים נוספים בחברה, סימן שרוצים להרתיע את בנה"א בחברה, ומה זה יועיל להפליל גם את החברה עצמה?
 |

 |
| **נורמות הדורשות הגדרות פרטיקולריות*** לעיל ראינו כי ניתן להטיל אחריות משפטית באמצעות תורת האורגנים. כעת נדון בנורמות משפטיות הדורשות תנאים פרטיקולרים לצורך השתכללות העבירה.
* לדוג' עבירות הדורשות דרישה לאזרחות או תושבות: האם ניתן להגדיר את התאגיד כאזרח לצורך תשלום מיסים או העברת מידע לאויב?
* במקרים בהם המחוקק הגדיר את מעמד התאגיד בהקשר לחוק לא תהיה בעיה, אולם מה עושים כאשר אין הסדרה?
 |
| **פס"ד דיימלר(חברת מרצדס): - הגדרת סעיף לאום ביחס לחברה** | * פס"ד מאנגליה ממלחמת העולם הראשונה:
* העובדות: בימי מלהעה"ר, הפרלנט הבריטי חוקק חוק שאוסר על אזרחי בריטניה לסחור עם הגרמנים. חברת דיימלר היא חברה אנגלית (התאגדה באנגליה) העוסקת בצמיגים אולם בעלי המניות הם גרמנים.
* השאלה משפטית: האם מסחר עם החברה הוא מסחר עם האויב או לא? שכן אין הגדרה מדויקת ל"חברה גרמנית"?
* פסיקת ביהמ"ש: מפעיל את דוקטורינת – **"הרמת מסך מדומה".** דהיינו, "צובע" את החברה עפ"י מאפיינים פרסונאליים של בעלי המניות. **מכירים בחברה אבל מתייחסים לזהות בעלי המניות**.
* דוקטרינה זו ננקטת בקו של פרשנות תכליתית. בית הלורדים בחן את חוק איסור סחר עם האויב הגרמני ושאל את עצמו מה התכלית שלו, מה ניסו להשיג בחקיקת החוק.
* הרעיון של החוק היה שבמסגרת מלחמה צריך להימנע מתדלוק הכלכלה הגרמנית וחיזוקה. לכן, מבחינה מהותית לא ניתן להתעלם מזהות בעלי המניות ולקבוע שהחוק לא חל על אותה החברה.
* הגישה הנוגדת היא הגישה הפורמלית שאומצה **בסלומון**- בעלי המניות הן אישיות אחת והחברה היא אישיות נפרדת.
 |
| **פס"ד קיבוץ צרעה –** **הגדרת סעיף דת ביחס לחברה** | * עובדות: הקיבוץ פתח בשטחו מרכז מסחרי שפתח את שעריו גם בשבת. בישראל, קיים "חוק שעות עבודה ומנוחה" שמגדיר שבשבת "יהודים" אמורים לשבות מעבודתם. הגיעו פקחים של משרד הפנים שהיו אמונים על אכיפת החוק ונתנו קנס לקיבוץ צרעה על פתיחת המרכז המסחרי בשבת.
* השתלשלות התיק: המקרה מגיע לביה"ד לעבודה. הקיבוץ טוען שהקיבוץ, הוא חסר דת ולכן יכול לפתוח את המרכז בשבת. ביה"ד מקבל את מקבל את טענת הקיבוץ. המדינה מערערת לביה"ד הארצי לעבודה והוא מקבל את עמדת המדינה.
* פסיקת ביה"ד: רוב חברי הקיבוץ הם יהודים, הסביבה והאתוס של הקיבוץ- כולם יהודים ולכן ההתאגדות נצבעת בצבעים דתיים "יהודיים".
* לאחר מתן פס"ד, המחוקק הגדיר במפורש ב"חוק שעות עבודה ומנוחה" מי הם יהודים לצורך החוק. לאחר מתן פס"ד הקיבוץ עתר לבג"צ והמדינה, כדי לא להתמודד עם בג"צ, משכה את כתב האישום וביטלה את הקנס.
 |
| **דרך קבלת ההחלטות באסיפה הכללית-ס' 82,85** |

|  |
| --- |
| * המניה מגלמת בתוכה באופן קלאסי שתי זכויות: **(1)** זכות להשתתף בחלוקת רווחים (דיבידנדים) ככל שהחברה מחליטה **(2)** זכות להצביע באסיפה הכללית 🡨 בזה נתמקד.
* ניתן להרחיב/לצמצם זכויות אלה ע"פ התקנון.
* **החלטות מתקבלות בד"כ בהכרעת הרוב (ס85). מהו אותו רוב? כיצד מחשבים אותו?**
 |
| **כיצד מחשבים את זכויות ההצבעה?** | * **ס85 הכרעת הרוב-** החלטות האספה הכללית יקבעו ברוב רגיל, אלא אם נקבע רוב אחר בחוק/בתקנון.
* **ס82(ג) ברירת המחדל-** כל מניה שווה קול אחד.
 |
| **חישוב הרוב בחברה פרטית** | * **ס82(ג) ברירת המחדל-** כל עוד לא נקבע בתקנון זכויות הצבעה שונות, יהיה לכל מניה קול אחד.
* **ס82(א) החריג-** חברה פרטית רשאית לקבוע בתקנון זכויות הצבעה שונות לסוגים שונים של מניות.
* **ס285-** כנ"ל, גם לגבי אג"ח/ניי"ע אחרים.
* **ס82(ב)-** אין בהוראות ס"ק א' כדי לגרוע מהוראת חיקוק אחרת.
* הרציונל של החריג: למי שרוצה להיות מעורב מאוד בחברה גם מבלי שמחזיק הרבה מניות.
 |
| **חישוב הרוב בחברה ציבורית** | **לפני תיקון חוק ניי"ע****פס"ד אברהמזון** | **השאלה:** האם ח"צ שמניותיה נסחרות בבורסה יהיו שוות בזכויות ההצבעה שלהן, או שניתן לייצר זכויות הצבעה דיפרנציאליות?* **ח"צ מחייבת שוויון בזכויות ההצבעה:**
* נימוק מוסרי- דמוקרטיה.
* נימוק תועלתי- יכולת פיקוח מיטבית.
 |
| **התיקון לחוק ניירות ערך** | * **ס46ב לחוק ניירות ערך שוויון בזכויות הצבעה:** הסעיף קובע בצורה קוגנטית שזכויות ההצבעה נדרשות להיות שוויוניות ופרופורציונליות להשקעה, בניגוד לחופש החוזים.
* **ס82(ב)** כפי שראינו לעיל, קובע שלמרות היכולת העקרונית לשנות תקנון, ניתן לקבוע הסדר ספציפי שיגבר (כפי שקובע ס46).
 |
| **הרציונלים לס46 –****השיקולים להגבלת השינויים בזכויות ההצבעה בחברה ציבורית** | **1) שיקול היעילות** * "טרגדיית המאגר המשותף"- בעלי המניות הם בעלי אינטרס כלכלי יחסי בלבד מהאינטרס הכללי של הפעילות העסקית, ונדרשת קורלציה בין האינטרס היחסי שלו, לבין יכולת ההשפעה שלו לגבי המכלול כולו באופן שיגן על האינטרס הכללי.
* עקיפת ס46: לכאורה, בכל פעם שבעל מניות מחזיק מניות בחברה אחרת, הוא מכווין את הפעילות שלה כבעלת מניות בחברה אחרת, ולמרות שהאינטרס הכלכלי שלו בחברה האחרת קטן, יכולת ההשפעה גדולה.
* המענה בחוק הריכוזיות: החוק נועד למנוע ריכוזיות ולפזר את הפעילות הכלכלית ולייצר תחרות. קבע הגבלה קוגנטית להשפיע עד 2 דורות קדימה.
* השיקול הזה רלוונטי גם לח"צ וגם לח"פ, ועדיין בח"פ מתאפשר. כלומר נדרש שיקול נוסף.

**2) שיקול הגנת הצרכן*** חרף חופש החוזים וחזקת המודעות, בח"צ מי שמחזיק במניות הוא הציבור עצמו, והוא בד"כ מוחזק כשחקן חלש שזקוק להגנה, גם כי מחזיק בחלק קטן והאינטרס שלו להתעמק לא גדול, וגם כי הוא חסר מידע.
* לכן לא נרצה לאפשר למישהו להחזיר מעט מניות עם אחוז השפעה גדול, שיוכל לפגוע בשאר בעלי המניות שלא מבינים מספיק.

**3) השיקול המשולב: הגנת הצרכן 🡨 יעילות*** הגנת הצרכן יוצרת אחידות, שמובילה ליעילות בכך שהצרכן יוכל להגיע לאספת המניות ולקחת חלק, כי לא מרגיש חסר השפעה.
* וזה מתקשר לשאלה כללית יותר: כיצד נתמרץ את בעלי המניות להתעניין בנעשה בחברה, ובהליך קבלת ההחלטות?
 |
| **כיצד לתמרץ את בעלי המניות בחברה הציבורית להיות מעורבים?****[ס87-89]** | * הציבור כבעלי מניות הם גורמים קטנים ומפוזרים, ולכן פסיביים.
* **ס87-89 לחוק החברות, נועדו להנגיש את המהלך העסקי של החברה:**
* קיום מערכות דיגיטליות שמפרטות אילו מהלכים החברה מתכננת ומתי ההצבעה,
* קיום הצבעה בכתב ולא להגיע פיזית.
* דוק: הסעיפים לא מחייבים הצבעה, אבל מייצרים מצע נוח.
 |
| **שינויים מבניים בתאגיד** |
| ישנם שני אירועים שמבחינה משפטית מסיימים את קיומה המשפטי של החברה: (1) פירוק (2) מיזוג. |
| **מיזוג []** |
| * **מיזוג: צירוף של שני תאגידים או יותר והפיכתם לאישיות משפטית אחת (איחוד בין חברות).**
* ס1 לחוק החברות – הגדרות משפטיות:
* מיזוג: העברה של כלל הנכסים וההתחייבויות.. של חברת יעד לחברה קולטת, אשר כתוצאה ממנה מתחסלת חברת היעד.
* חברה קולטת: חברה, שכל נכסיה והתחייבויותיה של חברת היעד, עוברים אליה במיזוג.
* חברת יעד: חברה, אחת או יותר, האמורה להתמזג עם חברה קולטת, באופן שיביא לחיסולה של החברה.
 |
| **אופן ביצוע המיזוג** | * **עסקת מיזוג הינה העברת כל הנכסים וההתחייבות (התוכן הכלכלי) מחברת יעד לחברה קולטת, אשר כתוצאה מהעברה זו מתחסלת חברת היעד.**
* מבחינה כלכלית , חברה מורכבת משני רכיבים:
1. **התחייבויות**
* כל התחייבות שיש לחברה: כלפי נושים, עובדים, חוזים וכו'.
* העובדים עוברים לחברה הקולטת, או מקבלים פיצויי פיטורין.
1. **נכסים (תמורה)**
* התמורה מגיעה ישירות מהחברה הקולטת לבעלי המניות של חברת היעד.
* התמורה נקבעת ע"י הצדדים בחופש החוזים (מקרקרעין, מיטלטלין, זכויות) 🡨 אך בד"כ הדרכים הנפוצות לתמורה:
1. כסף- שאז זה כמו פיצוי, ובעלי המניות כבר לא קשורים לחברה.
2. מניות- בעלי המניות של חברת היעד, הופכים לבעלי המניות של החברה הקולטת, באופן יחסי ובשינוים המתחייבים לפי שווי מניות החברה הקולטת.
* מבחינה מעשית יש להם דילול במניות (בדומה להנפקה) 🡨 אומנם היתרון הוא שלמרות שזכות ההצבעה קטנה, השווי הכלכלי עולה כי מחזיקים מניות בחברה גדולה.
* אלמלא כך לא היו מאשרים את עסקת המיזוג (ס314 דורשת את הסכמת האספה הכללית בשתי החברות), או שממילא היו בוחרים תמורה אחרת בחופש החוזים.
* מבחינה מהותית, זו מעין עסקת מכר, חברת היעד מוכרת את התחייבויותיה ונכסיה לחברה הקולטת הקונה, ומקבלת תמורה. אך בשל כך שאין יותר חברת יעד ואין למי לשלם תמורה, בעלי המניות מקבלים אותה.
 |
| **אישור עסקת מיזוג** | * **ס314 אישור עסקת מיזוג- מיזוג טעון אישור בכל אחת מן החברות המתמזגות של (1) דירקטוריון (2) האספה הכללית.**
* **ס320 האספה הכללית-** נדרש אישור אספה כללית (ברוב רגיל, ברירת מחדל (ס85), המיעוט מחויב ולא יכול לשנות).
* חריגים: הסעיף קובע חריגים לאספה הכללית, כמו אם החברה הקולטת בעלת שליטה בחברת היעד, לא נדרוש אישור בחברת היעד.
* **ס315 דירקטוריון-** הדירקטוריון צריך לבחון כלכלית האם כתוצאה מהמיזוג החברה הקולטת לא תצליח לשלם את התחייבויותיה לנושיה, שאז אין לאשר את המיזוג.
* **ס319 נושים(?)-** עקרונית, ס6 לחוק המחאת חיובים קובע שהמחאת חובות דורשת את אישור הנושים, אומנם חוק החברות מחריג ולא מחייב את הסכמתם, אך יכולים לעתור וביהמ"ש יקבע אם יש חשש סביר שיפגעו ולא יקבלו את חובם.
 |
| **מיזוג משולש** |
| * **כאשר חברות רוצות להתמזג, אומנם רוצות להישאר אישיויות משפטיות נפרדות.**
* שתי דרכים: (**1**) מיזוג משולש ישר (**2**) מיזוג משולש הפוך, עדיף ונפוץ.
 |
| **(1) מיזוג משולש ישר** |
|  |
| * **מיזוג משולש ישר: חברה א' מקימה חברת בת (ובעלת השליטה בה) שתהיה החברה הקולטת, וחברת היעד ב' מתמזגת לתוך חברת הבת הקולטת.**
* התוצאה הסופית היא 2 חברות: (א) חברת האם (ב) חברת הבת שקלטה את חברת יעד.
 |
| **התמורה** | 1. **כסף**- כרגיל, ומי שתשלם כנראה תהיה חברת האם כי בסוף בפועל הם אלה שירוויחו כלכלית כתוצאה מהמיזוג, כי הם בעלי השליטה בחברת הקולטת.
2. **מניות**- בשתי דרכים:

(**א)** מניות בחברת הבת- פחות נפוץ, בד"כ חסרת שווי כלכלי, וגם בד"כ רוצים להשאיר אותה חברה פרטית**(ב)** מניות בחברת האם- הנפוץ, כי לחברת הבת בד"כ אין נכסים, וחברת האם ממילא גם זו שמרוויחה.שאלה: אם מבחינה כלכלית המצב זהה למיזוג רגיל, חברת האם משלמת תמורה והיא זו שגם מרוויחה מחברת הבת, מה הועילו חכמים בתקנתם? |
| **הרציונלים במיזוג המשולש** | * מענה לשאלה לעיל – מה מועיל מיזוג משולש אם מבחינה כלכלית זה אותה תוצאה:

**1) אישיות משפטית נפרדת 🡨 הפרדה בין התחייבויות*** חברת האם לא רוצה להתחייב לעוד נושים, אלה של חברת היעד. יש משמעות לשווי שלך כחברה אם אתה בעל חובות.
* היא לא רוצה שיתבעו ממנה ישירות את החוב, כמו שנעשה במיזוג רגיל

**2) הצבעה על מיזוג 🡨 עקיפת האספה הכללית*** הצבעה על מיזוג דורשת את הסכמת האספה הכללית והדירקטוריון של חברת היעד והחברה הקולטת.
* כשהחברה הקולטת היא חברת בת, ההחלטות המתבצעות לגביה נעשות ע"י הדירקטוריון של חברת האם, שהוא גם הדירקטוריון של חברת הבת, וגם בעל המניות היחיד בחברת הבת.
* בכך לא נדרשים לאישור האספה הכללית של חברת האם, שבד"כ מהווה הליך מורכב, בייחוד בח"צ.
* לסיכום:
* מיזוג משולש מאפשר להנות מכל העולמות: **(1)** הסכמת רוב 51% בלבד **(2)** חברה א' לא צריכה לבלוע את חברה ב' על כל התחייבויותיה.
 |
| **(2) מיזוג משולש הפוך** |
|  |
| * **מיזוג משולש הפוך: חברה א' מקימה חברת בת שתהיה חברת היעד, וחברת הבת היא זו שמתמזגת לתוך חברה ב' הקולטת (חברת הבת מתחסלת).**
 |
| **אופן המיזוג** | **1) התחייבויות-** * לחברת הבת אין התחייבויות, שהרי קמה במטרה להתמזג, אז החברה הקולטת חפה מהתחייבויות.

**2) נכסים (תמורה)-** * בעסקת משולש הפוך, התמורה לעולם תהיה במניות של החברה הקולטת, שהרי חברת האם רוצה להשתלט על החברה הקולטת.
* המטרה של חברת האם זה להגיע למבנה זהה לעסקת משולש ישר, בו היא מחזיקה ב100% מניות בחברה ב', הקולטת, בעלת השליטה בה, 🡨 ולכן יש בעסקה זו תמיד פדיון של מניות החברה הקולטת מידיהם של שאר בעלי המניות בה.
 |
| אז מדוע לא לבצע משולש ישר, ולחסל את חברה ב'? | * מקרים בהם **הנכסים של חברת המטרה (חברה ב') לא ניתנים להעברה:** אם במקרה לחברת המטרה היו נכסים שהיא לא יכולה להעביר לאישיות משפטית אחרת באופן חופשי (דוגמת רישיון או זיכיון מהמדינה שאינו בר העברה). במשולש הפוך חברת המטרה נשארת כמו שהיא, ולכן היא יכולה להמשיך להשתמש בנכסים אלו.
* **הימנעות מתשלום מיסים:** ייתכן מצב בו לחברת המטרה(החברה הנרכשת בסופו של דבר) נכסים שערכם עלה במהלך השנים, כך שאם היא תעביר אותם לחברת הבת יהיה צורך לשלם מס רווח הון. ברגע שמשאירים את הנכסים בחברת המטרה דוחים את תשלום המס עד ליום בו ימכרו סופית את הנכסים הללו (רוצים להרוויח את ערך הזמן של הכסף).
 |
| **פס"ד שני נ' מלם מערכות**  | * פס"ד זה מלמד על עצם המושג של מיזוג משולש הפוך ועל ההתייחסות של ביהמ"ש למהלך כזה (האם ביהמ"ש מקבל שמבנה עסקי כזה אפשרי בישראל או לא). חלק מהטענות של שני היו שמהלך זה בלתי אפשרי בישראל. נקבע בסוף שמהלך זה אפשרי, עם כוכבית של אתגר מסוים. נשאלת השאלה מדוע נותנים לגיטימציה למבנה עסקה שכזה, אם בחוק ישנה התייחסות ספציפית לרכש מניות (הצעת רכש). שאלה זו תתבהר לאחר העיסוק בהצעת רכש מלאה.
 |
| **הצעת רכש מלאה [ס336-ס338]** |
| * **הצעת רכש: פניה לבעלי מניות, והצעה לרכוש מהם את המניות שלהם (עסקת מכירה).**
* דוק: ההצעה היא פומבית, מופנית לכל בעלי המניות באופן שוויוני ולא סלקטיבי.
* דוק: בפועל, הצעת רכש מלאה רלוונטית רק למי שמחזיק קרוב ל90% ממילא, כי אלמלא כך השגת הסכמה של כ"כ הרבה בעלי מניות לא מאוד הגיונית, ואז עדיף לו מיזוג.
* **התוצאה המעשית: החברה הופכת מחברה ציבורית לחברה פרטית.**
* שהרי הצעת רכש מלאה רלוונטית רק בח"צ, וכעת בעל המניות הוא אדם אחד ולא ציבור. אין לכך משמעות גדולה.
* הצעת רכש VS מיזוג:
* בהצעת רכש, כל אחד מבעלי המניות נדרש לאשר את המכירה של המניות שבבעלותו וקשה להשיג 100% בעלות; בשונה ממיזוג, שם נדרש רוב רגיל של האספה הכללית בשביל לרכוש 100% של המניות.
* הצעת רכש מלאה רלוונטית רק בח"צ, ומיזוג בכל חברה.
* הצעת רכש מלאה לעתים תתחייב מנדטורית, ואילו מיזוג נעשה רק ע"פ רצון הצדדים וחופש החוזים.
 |
| **הצעת רכש מלאה****[ס336]** | * **ס336- בנסיבות מסוימות חובה לקיים הצעת רכש מלאה.**
* כלומר, לפנות לכל בעלי המניות בצורה פומבית ולא סלקטיבית, ולהציע לרכוש מכולם.
* הנסיבות: **(1)** חברה ציבורית **(2)** בעל מניות מסוים מתקרב להחזקה של 90% מהמניות 🡨 כלומר לא ניתן להחזיק מעל 90% בח"צ בלי הצעת רכש מלאה.
* הסיבות: הגנה על שאר בעלי המניות, שככל שנותרים בידם היקף מצומצם:
* **(1)** הסחר בשוק המשני יהיה מצומצם, ויהיה קשה למכור. **(2)** כאשר ההיצע קטן, כל תנודה קלה מעלה ומוריד את השווי בצורה משמעותית.
* המחוקק קבע כמות צפה בהיקף מסוים, שיוכל לאפשר לבעלי המניות סחר סביר.
 |
| **מכירה כפויה****[ס337]** | * **ס337- אם מספר בעלי המניות המתנגדים להצעת הרכש המלאה, מהווה בסה"כ פחות מ5% מכלל מניות החברה, ניתן לכפות עליהם למכור ללא רצונם.**
* אומנם אם המתנגדים הם מעל 5%, לא ניתן לבצע את הרכישה כלל, גם מהאחוזים הקטנים שהסכימו.
* כלומר, אין אפשרות במשפט הישראלי שמישהו יחזיק ב90% ומעלה ממניות של ח"צ, ופחות מ100%. אין ביניים.
* לסיכום:
* ס336 מגן על בעלי המניות, וס337 מגן על המציע.
* מבחינה מעשית: **(1)** או להחזיק מתחת ל90% **(2)** או לקבל את הסכמת ה10% בשביל לכפות על השאר (בפועל, נדרש הסכמה של 6% (ס337).
* אלמנט כפוי על ב' הצדדים: (**1**) חיוב המציע לפנות לכולם, ולרכוש מכולם (לפחות 6%) (**2**) חיוב הניצעים המתנגדים מתחת 5%.
 |
| **סעד לבעלי המניות הנכפים – סעד הערכה****[ס338]** | * **חיוב בעלי המניות המתנגדים למכור פוגע בזכויות הקניין שלהם, האם יש הגנה/סעד/פיצוי שישמור על זכויותיהם?**
* בפס"ד כבירי מקבילים את העניין להפקעות, יש צורך ציבורי ומקבלים בתמורה פיצוי. וכאן לכאורה יש פיצוי, תשלום על המכירה. אומנם הדין בכ"ז קובע סעד מיוחד:
* **ס338 לחוק החברות – סעד הערכה**
* ניצע בהצעת רכש מלאה יכול לפנות לביהמ"ש בטענה שנפגע, וביהמ"ש רשאי להעריך את שווי המניה והאם הסכום שהוצע נמוך מאותו שווי, שאז ידרוש להשלים לשווי הריאלי.
* לכאורה זה ראוי, גם בהפקעות בקניין נרצה לוודא שמי שלוקחים ממנו ללא רשותו מקבל סעד ראוי; וגם במקרים אחרים כמו נזיקין בימ"ש מעריך שווי ע"פ נסיבות מסוימות וכו'. אומנם עדיין יש קשיים:
* **ביקורות על סעד הערכה:**
* חופש חוזים: בהתאם ללשון החוק, ביהמ"ש רשאי לקבוע שהשווי נמוך לבקשת כל מי שהיה ניצע, כולל מי שהסכים להצעה הראשונית 🡨 הקושי הוא שפעל בחופש החוזים, הוא בחר להסכים.
* שק"ד לביהמ"ש רק כשהשווי הריאלי נמוך ממה ששולם: והרי ייתכן מצב הפוך, ששולם שווי גבוה יותר, ואז אין קבלת הפרש למציע.
* סיכום: סעד הערכה יוצר אופציה כלכלית לבעלי המניות הניצעים לקבל עוד, בלי שום סיכון, גם אם הסכימו לכתחילה להצעה.
 |
| **פס"ד כבירי** | * האם סעד הערכה, שהוא סעד כספי, הוא אחד הסעדים הקיימים ויכול לכלול לצדו סעד נוסף, כמו ביטול או שזה סעד בלעדי? (בכבירי רצו ביטול הצעת הרכש).
 | * **סעד הערכה הוא סעד בלעדי, אין סעד של ביטול.**
* אם הצעת הרכש התקבלה, בעלי המניות לא יכולים להחזיר הכל אחורה.
* אומנם, ככל שזהו מקרה שלא פנו לקבלת הסכמת חלק מבעלי המניות, 🡨 לצד סעד ההערכה, ניתן לתבוע עוד סעד כספי לפי ס63 לפקנ"ז על הפח"ח.
 |
| **פס"ד מלם לערכות:** | * פס"ד זה דן בשאלה האם ניתן לבצע מיזוג משולש הופכי בחוק הישראלי.
* לכאורה שאלה פשוטה, כי מאי שנא מיזוג הופכי ממיזוג רגיל? אלא שהעסקה בה בעלי המניות של החברת היעד עוברים להיות בעלי מניות של החברה הקולטת? ולכאורה חברת היעד נשארת במקומה ובעלי המניות היו אמורים להישאר עימה.
* בפס"ד נקבע בסוף שמהלך זה אפשרי, עם כוכבית של אתגר מסוים.
* שאלה נוספת היא מדוע נותנים לגיטימציה למבנה עסקה שכזה, אם בחוק ישנה התייחסות ספציפית לרכש מניות (הצעת רכש).
* לדעת ביהמ"ש הצעת רכש ומיזוג הם אמצעיים חלופיים ולא מצטברים.
* שאלה זו תתבהר לאחר העיסוק בהצעת רכש מלאה.
* הערה משלימה בנוגע להצעת רכש: ראינו את הביקורת על הצעת הרכש המלאה ועל סעד הערכה שניתן לבעלי המניות האחרונים. אולם, לפי ס"ק ג' ניתן לפתור את הבעיה שהעלנו על הסעיף בכך שניתן להתנות את הסעד הערכה רק לבעלי המניות שהתנגדו (מתוך ה-10% האחרונים).
 |
| **חלק ב' בעיית נציג של נושאי המשרה** |
| * מקבלי ההחלטות בחברה: אספה כללית 🡨 דירקטוריון 🡨 מנכ"ל.
* נתמקד בתפקוד נושאי המשרה, דירקטוריון ומנכ"ל.
 |
| **בעיית הנציג** | * נציג: גורם שפועל עבור הזולת (אדם, מדינה, חברה) ולא עבור עצמו.
* בעיית הנציג:בד"כ נציג הוא בעל סמכויות רבות עם כוח והשפעה, ומתעורר חשש שהנציג לא יפעיל את אותן הסמכויות עבור הזולת בצורה המיטבית, אלא עבור טובתו האישית.
1. **חוסר אכפתיות-** החברה היא לא העיסוק העיקרי של הנציג; לא מזוהים מבחינת מוניטין; משכורת קבועה וכו'. הללו מובילים לאדישות ולחוסר השקעה בחברה 🡨 ס252 מתמודד באמצעות חובת זהירות.
2. **אג'נדה אישית-** לנציג אינטרסים משלו, ועשוי להפעיל סמכויותיו לטובתו 🡨 ס254 מתמודד באמצעות חובת אמונים.
 |
| **דרכי התמודדות** | * **פונקציית המטרה שלנו: תפקודה של החברה בצורה המיטבית אפקטיבית ורווחית להגשמת יעדיה** 🡨 לשם אנו שואפים, ונבחן האם נושאי המשרה פועלים בצורה שמסייעת לכך, ואילו מענים משפטיים ניתן להפעיל אם הם לא.
* דוק: מסכת התמריצים הכלכלית נמצאת מחוץ לעולם המשפט, והיא עשויה להספיק בהחלט, נבחן האם יש חוסר באותם תמריצים כדי להכניס את המשפט כמשלים.

**דרכי התמודדות אפשריות:*** שיטת הגזר: תגמול/תמריץ לנציג כדי שידאג לאינטרסים של מי שהסמיכו אותו.
* שיטת המקל: שימוש במשפט כאמצעי ענישה כלפי אותו נציג שלא יעמוד בדרישות שהחוק מציב.

**דרכי התמודדות במשפט:*** ס252 מתמודד עם חוסר אכפתיות 🡨 באמצעות חובת זהירות.
* ס254 מתמודד עם אג'נדה אישית 🡨 באמצעות חובת אמונים.
 |
| **מבוא לבעיית הנציג מצד המנכ"ל** | * **חוסר אכפתיות?** המנכ"ל צריך לקדם את טובת החברה, אומנם יש לו חיים מחוץ לחברה, וזה יוצר בעיית אדישות מסוימת.
* **תמריצים:** יש תמריצים כלכליים שמאזנים זאת. (**1**) המנכ"ל הכי מזוהה עם החברה, ככל שהיא תצליח המוניטין יגדל, ויש לו אינטרס לקדם זאת. (**2**) כסף/שווה כסף- אחוזים מהרווחים, אופציות למניות וכו'.
* לכאורה אצל המנכ"ל ישנה מסכת תמריצים ולא מתחייב לפנות למשפט. אומנם אצל הדירקטוריון המצב שונה:
 |
| **מבוא לבעיית הנציג מצד הדירקטוריון**  | * **חוסר אכפתיות:** הדירקטוריון חיצוני לחברה. החברה היא לא העבודה היחידה שלו ואיננה יומיומית, והצלחה לא תשפר לו מוניטין, והמשכורת בד"כ קבועה.התמריץ הכספי רופף יותר.
* **תמריצים:** הכלכליים לא גדולים, ולכן נדרש להכניס משפט 🡨 חובת זהירות בפקנ"ז שחלה על נושאי משרה.
 |
| **1) חובת הזהירות של נושאי משרה** |
| * **ס252 חובת זהירות:** מטיל חו"ז על נושאי משרה ביחס לחברה או לכל אדם אחר, ומפנה לס35-36 לפקנ"ז (חו"ז נושא משרה היא מקרה פרטי שנגזר מעוולת הרשלנות הכללית).
* **ס253 אמצעי זהירות ורמת מיומנות:** "נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור."
 |
| * **בבחינת יסודות עוולת הרשלנות, ס252-253 קובעים שהיסוד הראשון מתקיים, ושקיימת חו"ז, והיסוד הבא הוא לבחון האם היא הופרה:**
 |
| **(א) הפרת חובת זהירות של דירקטוריון** |
| * ראינו לעיל שישנה מסכת תמריצים די טובה למנכ"ל, ולכן בפרקטיקה, השימוש בחו"ז יהיה מופנה כלפי הדירקטוריון בד"כ.
* **חובת הזהירות של הדירקטורים תיבחן ביחס לשני הקשרים (ס92): (1) פיקוח על ההנהלה (2) התוויית מדיניות.**
 |
| **(1) הפרת חובת זהירות של דירקטוריון כמפקח על ההנהלה** |
| **פס"ד בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי** **(בנק צפון אמריקה)** | * הנהלת בנק צפון אמריקה ביצעה את התקלות: (**1**) גניבה ומעילה בכספי הבנק לכיסם הפרטי

(**2**) מתן אשראי לא מבוקר, ללא ביטחונות וגבייה, לעצמם ולמקורביהם (**3**) תקלה בוויסות המניות הבנקאיות, בעיה שהייתה רוחבית בבנקים באותה תק' 🡨 **הללו הובילו לנפילת הבנק. קשיים כלכליים וכניסה להליכי פירוק מול כונס נכסים.*** התביעה הוגשה ע"י המפרק של הבנק כלפי הדירקטורים (היה הליך אחר פלילי מול המנהלים שפשעו בכך בפועל), בתק' של הפקודה, טרם הסדרת חובות לגביהם בחוק.
* התביעה הייתה על הפרת חו"ז שלהם כלפי הבנק (שהרי ידם לא הייתה במעל בפועל) – אומנם הטענה כלפי אי התפקוד שלהם.
* דוק: לא כל פעם שיש תקלה יישאו באחריות, שאז היינו מטילים אחריות מוחלטת – אלא כאשר ישנה התרשלות, ביצוע/הימנעות ממעשה סביר שהיה על אדם סביר לעשות.
* **ולכן עוברים לעובדות ונסיבות המקרה, האם הופרה חו"ז, מהן הפעולות הסבירות שדירקטוריון סביר צריך לעשות ע"מ לפקח?**
 | * **במקרה דנן לא קשה לטעון לחוסר פיקוח והתרשלות:**
1. הדירקטורים כלל לא הגיעו לישיבת הדירקטוריון
2. מינו ממלאי מקום שיפקחו, פעולה סבירה לכאורה, אך מטעם ההנהלה – נתנו לחתול לשמור על השמנת, נדרשים לפקח על אותה הנהלה.
3. המינוי הזמני של הדירקטורים החליפיים בפועל הפך קבוע.
4. לא היו מעודכנים במידע הרלוונטי לצורך תפקודם, לא עמדו בקשר עם החברה וההנהלה ולא ביקשו דוחות תקופתיים. (בפס"ד קרמארק נבחן מה רמת המעורבות הנדרשת).
* **ההכרעה (המתבקשת) בפס"ד הייתה הפרת חו"ז (עוד בטרם הוטלה חובה חקיקתית, לפני חוק החברות).**
* **האתגר היה להוכיח את הנסיבות ואת הממצאים העובדתיים.**
* **השאלה היא מתי פיקוח של דירקטוריון על המתנהל בחברה הוא מספק. שאלה זו נתונה לפרשנות, שתמיד תהיה בדיעבד ע"י ביהמ"ש.**
* זהו פס"ד מכונן למרות שלא קשה משפטית, המקרים הקשים הם מקרי הביניים של הפרה:
 |
| **פס"ד קרמארק****(אמריקאי)** | * פס"ד בדלאוור, משמעותי ומאוזכר, מאתגר מפני שהדירקטוריון פעיל, ועדיין נרצה לבחון הפרה.
* קרמארק היא חברה בתחום תעשיית הבריאות והקליניקות הרפואיות (אספקת שירותי תרופות לקליניקות).
* הכשל בקרמארק הוא הפרת הרגולציה והחקיקה הקיימת עליהם כספקי שירותי בריאות (ע"מ לוודא שטיפול יינתן ברמה מקצועית ולא בגלל הטיות כספיות).
* בקרמארק ההנהלה לא הבינה בבירור שהיא עושה משהו לא תקין, היועמ"ש לא אמרו להם בצורה חדמ"ש, עד שפשוט קיבלו קנסות.
* אז זהו לא מצב של התפרקות החברה, אלא קנסות, שאומנם משפיעות על השווי הכלכלי של החברה ושל המניות.
* ואז תובעים את הדירקטורים, כי אותם תמיד אפשר להאשים.
* קרמארק הסכימו לשלם משהו כדי לסיים את התיק מבלי להודות באחריות, זהו פס"ד של אישור פשרה.
 | * השופט שמאשר את הפשרה, מפרט גם את הציפייה של ביהמ"ש מדירקטוריון לגבי הפיקוח על החברה:
* **לא מצופה מדירקטוריון לרגל אחר התנהלות החברה** 🡨 הנזק יעלה על התועלת כי זה יגרום להתגוננות יתר ופחות תעוזה.
* **הנדרש הוא לייצר מנגנון זרימת מידע מתמדת בכל צינורות החברה.** 🡨 לא רק מול הדירקטוריון, אלא ביזור סמכויות, ומה שרלוונטי יגיע אליהם, הם יפקחו על כך.
* מנגנוני הדיווח והמידע יהיו בהתאם לסיכוני החברה- סיכונים כלליים, לכל חברה באותו התחום; וסיכונים ספציפיים לחברה המסוימת.

**לסיכום, הנדרש מהדירקטורים:**1. **מנגנוני זרימת מידע** (כמפורט לעיל).
2. **ביקורת סיכונים ומעקב ביצוע** לוודא שזה מיושם גם לאורך שנים.
3. **הטמעת נהלים** של מנגנוני זרימת המידע, ושל הפיקוח מצד הגורמים השונים, שהרי הם במאקרו.
* **ככל שקיימים מנגנונים כאלה, גם אם תקרה תקלה היא אינה באחריות הדירקטורים, כי קיימו את חוה"ז מצדם.**
 |
| **פס"ד סטון****(אמריקאי)** | ביהמ"ש האמריקאי, בשונה מישראל, אפילו מרחיב את פס"ד קרמארק, ומוסיף לו נקודה מעניינת:* **באמריקה: ביהמ"ש עוקר את נושא המחדל בחובת הפיקוח על ההנהלה מהמגרש של חו"ז, ומציג אותו במגרש של חובת אמונים**.
* היתרון לדירקטוריון: חובת אמונים היא סטנדרט גבוה יותר, ונדרש לבחון כוונה ויס"נ, ולכן קשה לבסס מחדל בפיקוח כל עוד זה לא חוסר אכפתיות מודעת מצדם.
* היתרון הכללי: יש יתרון בצמצום האחריות שלהם, כיוון שאלמלא כך הם יתגוננו ולא יקחו סיכונים עסקים יעילים.
* **דוק: בישראל, השפה שנדבר בהקשר של פיקוח על הדירקטורים, תהיה של חו"ז ולא חובת אמונים 🡨 אומנם אפשר להזכיר את סטון ולומר שלא נבקר אותם על כל כשל, אלא כאשר יש כשל מנטלי.**
 |
| **פס"ד כפר תקווה** | * בשונה מפס"ד צפון אמריקה, פה זה אחרי חוק החברות.
* המאתגר בפס"ד: (**1**) גם בכפר תקווה ידי הדירקטורים לא היו במעל, האחריות היא באופן כללי על חוסר פיקוח, ולא ספציפית במקרה הזה. (**2**) באופן כללי לא מדובר בדירקטוריון שלא עשה כלום כלל (**3**) מדובר בכפר לאנשים עם מוגבלויות.
* המנכ"ל של כפר תקווה הקים חברת בת, והעביר לה נכסים. לא ברור האם זה נעשה מתחת לאף של הדירקטורים, או שיידעו את הדירקטורים בצורה שקרית.
* המעניין בפס"ד זה שהדירקטורים היו בני משפחה של בעלי המוגבלויות בכפר, כך שממילא לא עשו את זה למטרת חברה אלא כעניין חברתי ומתוך אכפתיות למשפחתם.
* **ביהמ"ש קובע שישנה אכפתיות מסוימת מצד הדירקטורים כבני המשפחה 🡨 אומנם נדרש סטנדרט גבוה יותר לפיקוח מנושאי משרה של תאגידים, ובכך לא עמדו.**
* בפס"ד נראה שגם בנסיבות רגישות, ביהמש מעביר מסר ברור מבחינה משפטית, נושאי משרה בעלי מחדל בפיקוח חשופים לאחריות משפטית.
 |
| **(ב) הפרת חובת זהירות בתפקיד הדירקטוריון כמתווה מדיניות**[קבלת החלטות בדירקטוריון: בקרה שיפוטית – חובת הזהירות וכלל שיקול הדעת העסקי] |
| * בהקשר זה הדירקטוריון אינו הגורם המשני (ההנהלה פועלת והדירקטוריון מפקח), אלא הגורם הראשוני (קבלת החלטות במסגרת תפקידו כדירקטוריון).
* **גם כאן נשאלת השאלה, מהו הסטנדרט של חובת הזהירות על החלטות היוצאות מטעם הדירקטוריון?** מתי הוא מתרשל וחשוף לאחריות?
* בגלל שהדירקטוריון יותר אקטיבי ומקבל ההחלטות ממש: (**1**) יש החמרה בסטנדרט המצופה ממנו (**2**) יהיו יותר תביעות וטענות, ובד"כ לא יעתרו רק בתוצאה דרמטית, אסונות כלכליים כמו צפון אמריקה, אלא נתמקד בהתנהגות הלא ראויה.
 |
| **כלל שיקול הדעת העסקי** |
| * כלל שממזער את הביקורת השיפוטית שביהמ"ש יפעיל על החלטות שהתקבלו אצל נושאי המשרה בחברה, ולפיו:
* **הכלל: ביהמ"ש לא מתערב בתוכן השק"ד העסקי ובטיב ההחלטה שהתקבלה, אלא בפרוצדורה העובדתית של קבלת ההחלטה.**

רכיבי הכלל שנדרש לבחון, נקבעו בפס"ד ונגורקום, ואומצו בישראל בורדניקוב: * (**1) תו"ל**
* **(2) היעדר ניגוד עניינים**
* **(3) החלטה מיודעת 🡨 זהו התנאי שנדרש למוטט בשביל להוכיח הפרת חו"ז, השאר מתמקד בהפרת חובת אמונים.**
* הסיבה לתנאי השלישי: ביהמ"ש אימץ בורדניקוב את הכלל מדלאוור, ששם אין הבחנה בין חו"ז לחובת אמונים ותמיד תובעים לשניהם יחד, ואצלנו יש – אז נדרש לדעת גם להבחין בהגנות**.**
* חשוב: רוב העיסוק בהפרת חו"ז, תהיה סביב השאלה האם כלל שקה"ד העסקי חל או לא.אם הוא חל, לרוב לא יצליחו לבסס הפרה.
* ניתן לראות ביטוי לכלל שקה"ד העסקי בס253 לחוק:
* **253.** נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור.
 |
| **הרציונל לכלל שקה"ד העסקי** |
| * **מניעת קיפאון יוזמות וחשש מהטלת אחריות-** לא נרצה לצמצם את מעוף המחשבה העסקי ושקה"ד של נושאי המשרה, נרצה מרחב פעולה ויוזמה.חשש מהרתעת יתר.
* **הטיית החוכמה בדיעבד:** ביהמ"ש בוחן בדיעבד, ויכול להבין את הסיכונים כי הוא כבר רואה את התוצאה, אז צריך להיכנס לנעליים.
* **מקצועיות:** מקבלי ההחלטות בד"כ מקצוענים בתחומם, וביהמ"ש איננו (גם אם כמו בכל תחום אחר הוא חווה דעה באמצעות מומחים). נרצה לתת חרות עסקית למי שמבין בכך. 🡨 זה שונה מנושאים של המשפט הציבורי, שם ביהמ"ש אקטיביסט; בעניין כלכליים הוא יותר שמרן, ומתערב רק כשההליך לא היה ראוי.
 |
| **פס"ד סמית נ' ונגורקום****(אמריקה)** | **רקע**: שנות ה80 היו שגשוג כלכלי בארה"ב. שוק חופשי ועסקאות גדולות.* **עובדות**: חברת טראנס יוניון רוצה לבצע עסקת מיזוג לשם הטבת מס המוגבלת בזמן.
* ונגורקום הוא מנכ"ל החברה ויו"ר הדירקטוריון מעל 10 שנים. הוא פונה לפריצקר (אדם עשיר), ומבקש ממנו למצוא חברה שתסכים למיזוג האמור, בעבור 55$ למניה (תשלום לבעלי מניות של חברת היעד).
* פריצקר מוצא, ונדרש לכנס אספה כללית ודירקטוריון לאשר את עסקת המיזוג.
* ונגורקום מכנס את הדירקטוריון יומיים לפני המועד למיזוג, ומציג את הדברים בצורה חפוזה. הדירקטוריון מאשר.
* סמית, בתביעה נגזרת, עותר בטענה להפרת חו"ז של הדירקטוריון באישור עסקת המיזוג.
* וזה מעניין, כי בעסקת מיזוג נדרש אישור גם של הדירקטוריון וגם של האספה הכללית. כלומר יכלו לשלול זאת. ואם רוב בעלי המניות הסכימו, למה הוא עותר.

ביהמ"ש הולך לכיוון שהופרה חו"ז, למרות שהאספה הכללית אישרה זאת ולכאורה יכלה למנוע אם יש כשל בדירקטוריון, ולמרות כלל שקה"ד העסקי.* ביהמ"ש בוחן האם חל כלל שקה"ד העסקי, שיוצר חזקת תקינות לטובת הנתבעים.

**ביהמ"ש קובע את התנאים המצטברים לכלל שקה"ד העסקי (שאומצו בישראל):**1. **ההחלטה התקבלה בתו"ל סובייקטיבי.**
2. **ההחלטה התקבלה בהיעדר ניגוד עניינים.**
3. **ההחלטה הייתה מיודעת-** מושכלת, ע"ב מידע מספק רלוונטי לצורך קבלת ההחלטה. לאחר עיון בנתונים ושקילת השיקולים הרלוונטיים.
 |
| * **בעניין ההחלטה המיודעת:**
* **רוב:** ביהמ"ש טוען ששתי הנקודות הראשונות התקיימו (עד ונגורקום בד"כ היו פוסלים על חוסר תו"ל בנוסף למיודע, וזה חידוש).
* ביהמ"ש מתמקד בנקודה השלישית, וטוען שההחלטה לא הייתה מיודעת משום שהדירקטוריון לא קיבל מידע מקדים, אלא התכנס בהתראה קצרה ולישיבה קצרה, וקיבל מידע כללי בלבד, לא מספיק מקצועי.
* **עקרונית, ניתן לקבל החלטות בזמן קצר ולא לפספס הזדמנויות עסקיות** 🡨 יש לבחון לפי נסיבות העניין האם הושג המידע המספק לקבלת החלטה.
* במקרה דנן נקבע שלא קיבלו מצע ראוי לקבלת ההחלטה, בלי קשר למשך הזמן, ובלי קשר גם למחיר המניה 🡨 הללו רק אינדיקציה.
* **המיעוט:** סברו שהדירקטוריון כלכלנים מקצועניים, ולכן יכלו לקבל החלטה במהירות, ואין להטיל אחריות.
* **בעניין הנזק:**
* בערכאה הקודמת לא בחנו את הליך קבלת ההחלטה כי אין נזק, המחיר למניה היה מחיר שגבוה ממחיר השוק (55$ לעומת 38$), והעסקה הייתה רווחית לחברה.
* **העליון מדגיש שחוה"ז היא עניין שייבחן בפני עצמו, שלא כרוך בהכרח בקיום נזק.** הדיון השיפוטי צריך להתחיל בשאלה האם הופרה חו"ז, ורק אז לבחון את הנזק.
* הקושי: מה העניין לבחון הכל אם לבסוף התביעה תיפול על נזק.
* הסיבה: ביהמ"ש בכובעו כמחנך, רוצה להעביר מסר בתקופת השגשוג הכלכלי – מעולה שאתם על הגל ומקבלים החלטות, אבל אתם צריכים לבסס אותן, לא למהר לקבלן.
* בפועל: המסר באמת עבר, עד כדי הרתעה לדירקטורים לקבל החלטות.
* **בעניין האספה הכללית:**
* עקרונית כאשר האספה הכללית מאשרת החלטה בעלת פגם, נרפא הפגם.
* אומנם במקרה הזה הפגם הוא לא בהחלטה עצמה, אלא בהליך קבלת ההחלטה. 🡨 והאספה הכללית לא יכולה לדעת שהדירקטורים לא קיבלו מספיק מידע לפני שאישרו.
* **ניתן לראות ביטוי לפס"ד ונגורקום בס253.**
 |
| **פס"ד ורדניקוב****החלת הכלל בישראל** | הקשר של חלוקת דיבידנדים.* **ביהמ"ש מסביר כי כלל שיקול הדעת העסקי חל בישראל**.
* המשמעות: לא מתערבים בתוכן ההחלטה של הדירקטוריון אם התהליך היה תקין. 🡨 אך אם ההליך לא היה תקין, ביהמ"ש יבחן את ההחלטה ביתר קפדנות (עדיין לא אומר שהופרה חו"ז).
* **השופט עמית:** כלל שקה"ד היא כלל בסד"א ובדיני הראיות, שקובע חזקת תקינות לטובת הדירקטורים. הנטל על התובע להפוך את נטל השכנוע.
* ברגע שהנתבעים מצליחים לבסס את כלל שקה"ד, הסיכוי להפרת חוה"ז נמוכה מאוד.
* עיקר הדיון בחו"ז כיום בביהמ"ש מתמקד בשאלה האם הכלל חל או שניתן למוטט את החזקה.
* **בשביל למוטט את כלל שקה"ד העסקי וחזקת התקינות, נדרש למוטט אחת משלוש רגליים:**
1. **תו"ל**
2. **היעדר ניגוד עניינים**
3. **החלטה מיודעת ומבוססת 🡨 זו הרגל שנדרש למוטט כדי להפריך את הטענה ולהוכיח הפרת חו"ז. השאר מתמקד בחובת אמונים.**

לסיכום: בשביל להוכיח הפרת חו"ז, נדרש להוכיח שההגנה לא קיימת, שכלל שקה"ד העסקי לא קיים, ע"י הוכחת החלטה לא מיודעת. |
| **פס"ד בטר פלייס****כאשר כלל שקה"ד העסקי חל, ולא הצליחו לערער אותו.** | * פס"ד חדש מהעליון (2022). קבוצת חברות בתחום המכוניות החשמליות, שבראשם שי אגסי, גייסו המון כספים למחקר ופיתוח.
* זה לא הצליח, החברה נקלעה לקשיים, וכל קבוצת החברות הלכה והדרדרה עד שנכנסו לפירעון.
* המפרקים תובעים את נושאי המשרה, לא עמדו בסטנדרט ראוי והפרו חו"ז.
 | * **המחוזי (גרוסקופף) (דיון מקדמי):**
* **ביהמ"ש דוחה את התביעה על הסף (דחיה בהיעדר עילה, לפני ראיות ועדים).**
* גרוסקופף טוען שהנתבעים לא הוכיחו שכלל שקה"ד העסקי לא חל, לא הוכיחו שההחלטה לא מיודעת, ולכן יש חזקת תקינות.
* זאת, לפני שהנתבעים בכלל העלו את שקה"ד העסקי כטענת הגנה.
* התובעים מערערים לעליון, (**1**) לשיטתם התובעים צריכים להעלות את הטענה לכלל שקה"ד העסקי ולא ביהמ"ש, (**2**) וא"א לדחות על הסף אלא בסוף ההליך.

**העליון (עמית):*** **עמית קובע בצורה מפורשת ופוזיטיבית שכלל שקה"ד העסקי עשוי להוביל לדחייה על הסף בנסיבות מסוימות:**
* כל עוד לא הפריכו את כלל שקה"ד העסקי, לא הוכיחו בפן הפרוצדורלי האם היו כשלים בקבלת החלטה, הכלל חל ואין מה להיכנס לתוכן ההחלטה.
* עם זאת, לצד הקביעה העקרונית – במקרה דנן ביהמ"ש מחזיר את התיק למחוזי להמשך דיון, והשאיר פתח לתובעים (המפרקים) לטעון בחלק מראשי התביעה לגבי סטנדרט הביקורת:
* אם סטנדרט הביקורת השיפוטית במקרה הזה או כלל שקה"ד העסקי, או שמא בחינה מוגברת (בגלל שהחברה בחדל"פ).
* **ההלכה: כשעוסקים בכלל שקה"ד העסקי בהפרת חו"ז, אם הכלל עומד, יש אפשרות אפקטיבית שהתביעה תימחק על הסף.**
 |
| **פס"ד פיננסיטק****כאשר כלל שקה"ד העסקי נפרץ****[מחוזי]** | פיננסיטק 🡨 מלווה 🡨 כסףחניון+מלון 🡪 לווה 🡪 מאריס* **עובדות:** עסקאות הלוואה בהן פיננסיטק המלווה, ומאריס הלווה. פיננסיטק דורשת שעבוד נכסים כבטוחה, חניון ומלון.
* ההלוואות לא נפרעות במועד, והדירקטוריון של פיננסיטק צריכים להחליט מה לעשות: (**1**) אם לממש את השעבוד, להעמיד נכסים למכירה (**2**) אם לנהל מו"מ ולגבש הסכמות.
* לגבי החניון, למלווה יש שתי זכויות מקבילות: (**1**) לממש כאמור (**2**) לרכוש את הנכס, ולנכות מהמחיר את יתרת ההלוואה 🡨 הייתה שאלה באיזו זכות פיננסיטק יבחרו, ולבסוף לא מימשו כלום, הדירקטוריון השתהה בהחלטה.
* **טענות התובע:** בהחלטה "לא להחליט", הדירקטוריון התרשל, והפר את חוה"ז. הדירקטוריון החליט שלא לפעול למימוש השעבוד לטובת החברה.
* ההשתהות הובילה לירידת ערך הנכס, וזה הוביל לכך שבמימוש השעבוד לא יכסו את ההלוואה ויצאו מופסדים.
* **מנגד, עומד כלל שקה"ד העסקי.** התובע צריך להחליט שאחת הרגליים נופלות. במקרה הזה התובעים מתמקדים ברגל ההחלטה המיודעת.
* **השאלה: האם ההחלטה עומדת בסטנדרט הזהירות הנדרש?**
 | * **רונן:** רונן מבחינה בין המלון שלגביו באמת לא היה דיון; לבין החניון שלגביו היה דיון מסוים והשאלה אם הוא מספיק לצורך ההחלטה המיודעת.
* **ביהמ"ש מדבר על התנאי המקדמי לגבי תחולת חזקת התקינות של כלל שקה"ד העסקי:**
* **החלטה-** עוד בטרם בחינת הרגליים, יש להוכיח החלטה, מטרת הכלל להגן על החלטות הדירקטוריון. 🡨 **אם אין החלטה פוזיטיבית, אין תחולה של כלל שקה"ד העסקי.**
* **התמקדות ברגל ההחלטה המיודעת:**
* ביהמ"ש קובע שבבחינת הליך קבלת ההחלטה, **ביהמ"ש יכול להחליט מהו המידע המהותי הדרוש לצורך קבלת ההחלטה.**
* מקור מרכזי שייבחן הוא פרוטוקול הדיון, למרות שבתכלס הם יכולים סתם לזרוק ("לפרוטוקול") כדי להגיד שבחנו, למרות שלא נכנסו לפרטים.
* **איך יודעים שהמידע מספיק להחלטה מיודעת?**
* **רונן קובעת שמדובר בבחינה אובייקטיבית של ביהמ"ש ע"י כלים אובייקטיבים 🡨 אומנם זה תלוי מקרה:**
* **מה הצורה הסבירה להשגת מידע בנסיבות העניין (בהתאם לזמן, היכולת וכו').** ביהמ"ש יבחן אמצעים סבירים להחלטה מודעת.
* **רונן מפרידה בין מצב בו הדירקטוריון מוותר על מידע מסוים באופן מודע, מאחר שסבור שיש לו מידע מספק (מה שייחשב כתקין וחוסה תחת הכלל) 🡨 לבין מצב בו לדירקטוריון חסר מידע, שלא מתוך החלטה מודעת ומיודעת.**
* למשל נדרש להתייעץ עם יועמ"ש החברה שיחליט אם זה מידע מספיק.
* הדירקטוריון צריך להוכיח שבנסיבות העניין, המידע שהושג הוא מספק מבחינה מעשית. אם לא שקל אמצעים שונים מנימוקים מקצועיים, ההחלטה מיודעת.
* כאן קצת מיטשטש הגבול בין הליך קבלת ההחלטה לבין תוכל ההחלטה- לבחון מה סביר, ביחס לקבלת מידע מהותי, למעשה קצת זולג ומשיק לתוכן ההחלטה.
* **האם כאשר נופל כלל שקה"ד העסקי זה אומר שאוטומטית הדירקטוריון חב באחריות? לא בהכרח.**
* רונן קובעת שלגבי המלון לא היה דיון ואין החלטה כתנאי מקדמי, ולכן הכלל לא חל; ולגבי החניון ההחלטה לא הייתה מיודעת. 🡨 כלומר הכלל נפל בשני המקרים.
* בדלאוור: לפי פס"ד ונגורקום, בהיעדר הכלל, בוחנים את תוכן ההחלטה, והדירקטורים צריכים להראות שהעסקה הייתה הגונה למרות התקלה (ביהמ"ש בוחן את התוכן לפי "הגינות מלאה", חזקה הפוכה משקה"ד העסקי, חזקה שהדירקטוריון אשם אלא אם הוכח אחרת).
* בישראל, הקביעה החשובה של רונן: **כשאין שק"ד עסקי, זה לא אומר שהופרה חו"ז, אלא בוחנים את טיב ותוכן ההחלטה, האם היא במתחם הסבירות של עוולת הרשלנות**.רונן מגיעה למסקנה מההפניה של ס252 לעוולת הרשלנות בנזיקין.
* ובמקרה דנן, רונן קובעת שההחלטה הייתה סבירה. מימוש נכסים ב2008 במשבר הכלכלי לא היה משתלם, אז גם אם ההחלטה לא הייתה מיודעת, הייתה סבירה.

**לסיכום:*** לפני שקה"ד העסקי נבחן שיש החלטה, ואז את הרכיב של החלטה מיודעת נבחן במבחן אובייקטיבי.
* אם הכלל נופל, יש לבחון את התוצאה בשיקולים של סבירות**.**
 |
| **מי התובע?*** בצפון אמריקה + בטר פלייס – התובע הוא המפרק.
* בורדניקוב, ונגורקום, פיננסיטק וכו' – התובע הוא בעל מניות, בתביעה נגזרת. .
 |
| **סד"פ:*** **ראשית חלה חזקת התקינות של כלל שקה"ד העסקי** שמגנה על הדירקטורים, ומונעת התערבות שיפוטית בתוכן ההחלטה.
* **התובעים נדרשים להוכיח שהחריגים לכלל מתקיימים,** שאחת הרגליים לא מתקיימות. **(1)** בעניין חו"ז, יידרשו להוכיח שההחלטה לא הייתה מיודעת. בוחנים את הליך קבלת ההחלטה הפרוצדורלי. זוהי בחינה סובייקטיבית של ההליך מצד נושאי המשרה. **(2)** בעניין חובת אמונים, יידרשו להוכיח שההחלטה נעשתה מתוך ניגוד עניינים/בחוסר תו"ל.
* ככל שלא הוכח, הכלל חל, וסביר שהם לא יצליחו לבסס תביעה כי ההגנה חזקה, ולעתים אפילו התביעה תימחק על הסף (בטר פלייס).
* ככל שמצליחים להוכיח (ע"י הוכחה שההחלטה לא הייתה מיודעת), ההגנה נופלת. אבל עדיין לא הופרה חו"ז.
* **בוחנים את טיב ההחלטה, את שאלת הסבירות.** מתמקדים בתוכן ההחלטה, האם ההחלטה הייתה סבירה בנסיבות העניין (פיננסיטק). זוהי בחינה אובייקטיבית של ביהמ"ש ע"פ שיקולים של סבירות.
* רק ככל שמחליטים שגם תוכן ההחלטה הייתה שלא כדין, שהופרה חו"ז גם בפן הפרוצדורלי (החלטה לא מיודעת) וגם בפן המהותי (החלטה לא סבירה) – אפשר לומר שהייתה התרשלות.
* **כעת, נדרש לבחון את שאר יסודות עוולת הרשלנות** (נזק, קש"ס וכו'), בשביל להטיל אחריות על נושאי המשרה.
 |
| **לסיכום:** * אז בעצם כשמפריכים את הכלל ומוכיחים שכלל שיקול הדעת העסקי לא חל, זה לא אומר שהופרה חו"ז, זה אומר שניתן להתחיל להוכיח שהיא הופרה. ולמעשה בחינת תוכן וסבירות ההחלטה, היא שקובעת האם הופרה חובת הזהירות.
* מבחינה הסתברותית: (**1**) אם לא מצליחים לסתור את כלל שק"ד העסקי, בד"כ לא מצליחים להוכיח הפרת חו"ז ורשלנות (**2**) אם מצליחים לסתור את כלל שק"ד העסקי, בד"כ גם יצליחו להוכיח הפרת חו"ז.
* הבדל בין דלאוור לישראל: **בדלאוור**, בנפילתו של כלל שק"ד העסקי, נטל ההוכחה עובר לנתבעים, מדוע לא להטיל עליהם אחריות 🡨 ואילו **בישראל**, גם בנפילתו של הכלל, הנטל נותר על התובעים, והם עוברים מהוכחת הליך קבלת ההחלטה הפורצדורלי שהיה לא תקין, להוכחת חוסר סבירות של תוכן ההחלטה.
 |
| **הבקרה השיפוטית ועלויותיה העסקיות: מונעי סיכונים מול נושאי סיכונים** |
| **חוק החברות קובע טכניקות שהחברה יכולה להפעיל תקנות (ככל שקבעה זאת), המסדירות את נושא ההתמודדות הכספית בפועל, לגבי נטל האחריות הכספית שחל על נושאי משרה.*** בהנחה שנושא משרה אחראי בגין הפרת חו"ז/חובת אמונים, ואם התביעה התפתחה לכדי הוכחת עוולת הרשלנות (נזק וקש"ס).
* המחוקק בא להתמודד עם המיצוי הכספי עקב הפרת חו"ז בשני היבטים:
1. **יכולת התשלום בפועל-** פער בין עצם קיומה של הזכות, לבין עצם היכולת להפעיל את הזכות. ייתכן שיש זכות נורמטיבית לקבל כסף, אבל אם אין לדירקטור כסף, יכולים לצעוק עד מחר.
2. **שיקול מדיניות של חשיבה לכתחילה (אקס-אנטה)-** כיצד הקביעה המשפטית תשפיע לכתחילה על הצדדים. האם הטלת אחריות כספית תגרום להרתעת יתר מהמשרות, או מהחלטות מסוימות במשרה. דוק: האן אומר שיהיה מי שיכהן, אבל זה יהיה הרובד הפחות חזק, שמוכן לקחת סיכון ביחס לרווח.
* אחרי ונגורקום, אנשים הסתייגו מכהונה כדירקטורים, ולכן המחוקק בדלאוור הסדיר פטור 🡨 **וגם זה אומץ בישראל: חוק החברות קובע פטור, שיפוי או ביטוח, כאמצעי התמודדות מול החבות הכספית כנושא משרה (ס258).**
 |
| **המסגרת החקיקתית בחוק החברות** | **🡨 ס258 סעיף כללי:*** **ס258(א) שלילת פטור בחובת אמונים-** חברה לא רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת האמונים כלפיה.
* **ס258(ב) פטור בחובת זהירות-** חברה רשאית **לפטור** נושא משרה מאחריות בשל הפרת חובת הזהירות.
* **ס258(ג) ביטוח/שיפוי-** חברה רשאית **לבטח** את האחריות של נושא משרה, או **לשפותו**.

**🡨 סעיפים ספציפיים:*** **ס259(א) פטור-** חברה רשאית **לפטור מראש** נושא משרה בה מאחריות, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות, אם נקבע כך בתקנון.
* **ס260 שיפוי-** חברה רשאית **לשפות** נושא משרה בשל חבות או הוצאה שהוטלה עליואו שהוציא לטובת אדם אחר ע"פ פס"ד, הוצאות התדיינות סבירות. 🡨 את השיפוי יפעילו לגבי:

(**1**) הוצאות משפטיות נלוות, ולא לגבי החבות עצמה כי זה בעצם המשמעות של פטור (**2**) אחריות נושאי המשרה כלפי צד ג', אם מישהו נשא באחריות אישית דרך תורת האורגנים, ניתן לשפותו.* **ס261 ביטוח-** חברה רשאית להתקשר בחוזה **לביטוח** אחריות נושא משרה בשל חבות שתוטל עליובעקבות פעולה שעשה בתוקף היותו נושא משרה במקרים הבאים:

(**1**) הפרת חו"ז (**2**) הפרת חובת אמונים, ובלבד שנושא המשרה פעל בתו"ל, והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה (**3**) חבות כספית שתוטל עליו לטובת אדם אחר. |
| **תנאים לתחולת פטור/שיפוי/ביטוח** | * בפן הפרוצדורלי: בכל אחת מהחלופות, העוגן הראשי לתוקף המשפטי הוא **סעיף בתקנון החברה**, ובהיעדר כך אין תוקף. זה מצוין במפורש בסעיפים.
* מעבר לכך: נדרשת גם **החלטה קונקרטית פוזיטיבית** בעניין. החלטה שמתקבלת ע" האספה הכללית, בעל האינטרס הכלכלי, ותקבע שפוטרים/מפעילים ביטוח.
 |
| **מבחינה מהותית:****מדוע צריך את ההגנות?** | * אם לכתחילה הטלנו חו"ז ע"מ להרתיע את נושאי המשרה ולגרום לתפקוד תקין, ההתניות החוזיות הללו מחזירות את בעיית הנציג. מה טיבה של חוה"ז?
* האן אומר שזה לא לגמרי שולל, אך כן מקליל את חוה"ז, וזה לא רע. נדרש למצוא **איזון** בין הרתעת חסר (חוסר אכפתיות, בעיית נציג), לבין הרתעת יתר (חשש לקחת סיכונים עסקיים).
 |
| **מה היחס בין פטור לביטוח?** | * יש חברות שמשתמשות בשתי החלופות במקביל, גם בפטור וגם ביטוח. והרי לכאורה זה זהה, בפטור נושא המשרה לא ישלם כי החברה פטרה אותו; ובביטוח חברת הביטוח שילמה במקומו. השאלה היא למה?
1. **חברות שונאות סיכון-**

מוכנות לשלם כל שנה ע"מ שאם מתישהו יקרה דבר מה, יהיה כיסוי של ביטוח 🡨 אומנם גם אם כך, עדיין לא ברור למה צריך את השילוב ולא מסתפקים בביטוח, שממילא מוגנים מסיכון.1. **הפטור לא חל על צד ג' (ס259)-**

החברה יכולה לפטור מצדה, אבל זה לא פוטר את החובות של דירקטורים שחשופים לתביעות על אחריות אישית כלפי צד ג'; פוליסת ביטוח לעומת זאת כן תכסה את התשלום. 🡨 יש צורך בהתקיימות המקבילה.1. **היעדר הליך משפטי-**

הפטור שולל הליך משפטי, וכך המוניטין לא נפגע, מה שמרתיע כשלעצמו; ואילו הביטוח רק משלם את האחריות הכספית. 🡨 יש צורך בהתקיימות המקבילה. |
| **גבולות הגזרה של הגיבוי הכספי** **ס253****(פטור/ביטוח)** | **ס263 – הוראות חסרות תוקף****263**. לא יהיה תוקף להוראה בתקנון, המתירה לחברה להתקשר בחוזה לביטוח אחריותו של נושא משרה בה, להוראה בתקנון או להחלטת דירקטוריון המתירה לשפות נושא משרה, או להוראה בתקנון הפוטרת נושא משרה מאחריותו כלפי החברה, בשל כל אחד מאלה:(**1**)  הפרת חובת אמונים, למעט לענין שיפוי וביטוח בשל הפרת חובת אמונים כאמור בסעיף 261(2);(**2**)  הפרת חובת זהירות שנעשתה בכוונה או בפזיזות, למעט אם נעשתה ברשלנות בלבד;(**3**)  פעולה מתוך כוונה להפיק רווח אישי שלא כדין;(**4**)  קנס, קנס אזרחי, עיצום כספי או כופר שהוטל עליו.* **ס259+ס261 מקנים אפשרות לפטור/לבטח** בגין הפרת חו"ז.
* **ס263 תוחם זאת:** יש נסיבות של הפרת חו"ז שלא נחיל פטור/ביטוח, אם זה קרה בפזיזות ועד כוונה (לא כולל רשלנות (אשש)).
* **האן:** ההבחנה בין יס"נ שונה רלוונטית במשפט הפלילי, ולא בנזיקין, שם משנה התוצאה (נזק), והשאלה היא של פיצוי כספי**.** בחינת פזיזות/כוונה וכו' מעיד על חוסר תו"ל, מה שקשור לחובת אמונים. זה שגיאה של המחוקק להחיל זאת בחו"ז. כך גם טוענת השופטת באשש.
 |
| **פס"ד אשש** | * התובעים ניסו להרחיב את ס263, ולומר שאין פטור וביטוח גם ברשלנות. ואז מה המשמעות של ס259 שמחיל את הפטור והביטוח?
* התובע מנסה לומר שככל שכלל שקה"ד העסקי לא חל, לא חלים גם הפטור והביטוח.
* **השופטת אומרת שהשילוב של ס259+263 מראים שברשלנות הפטור והביטוח כן חלים.**
* מעבר לזה, סתירת כלל שקה"ד לא אומרת אפילו שיש התרשלות, ק"ו שלא מוכחת רשלנות.
 |
| **פס"ד אוסטרובסקי****מחוזי** | * קבוצת איי.די.בי באמצעות דיסקונט השקעות, רכשו את השליטה בעיתון מעריב במחיר גבוה (למרות שמעריב היו במצב כלכלי נמוך ונכנסו להליכי פירוק אחרי הרכש).
* הטענה הייתה שאיידיבי עשו זאת בשביל לרצות את דנקנר, בעל השליטה, מהלך תקשורתי שיסייע לעסקיו (ביהמ"ש הסיק זאת אינטואיטיבית, ללא ממצאים).
* **הדירקטורים טענו שיש להם סעיף פטור 🡨 ולכן התובעים טוענים שמתקיימים החריגים לפטור, שזו חו"ז שהופרה מתוך פזיזות/כוונה.**
* הקושי בתביעת התובעים: אם לא חל פטור, לא חל גם ביטוח, ואין לדירקטורים מאיפה לשלם את התביעה. אין נפקות להמשיך בהליך, אין סעד.
* אומנם הדירקטורים עדיין טוענים לרשלנות, כדי שלא תהיה תביעה נגדם (מבחינת מוניטין, גם אם חל ביטוח והם לא משלמים).
* **בעליון** הצדדים התפשרו על סכום לא גבוה, וסגרו את העניין מבלי לשאת באחריות.
* המעניין הוא שמי ששילם את סכום הפשרה הוא הביטוח, למרות שאין פס"ד שמחייב את אחד הצדדים.
* פשוט רצו לסיים את הסכסוך בלי פס"ד של העליון.
 |
|

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **פטור** | **שיפוי** | **ביטוח** |
| סעיף החוק | **ס' 258** | **ס' 260** | **ס' 261** |
| רציונל | **להבטיח במישרין את ביטחונם הכלכלי של מקבלי ההחלטות ובעקיפין את שגשוגה של החברה** **(הימנעות מקבלת החלטות שמרניות)** |
| בגין מה יינתן | בגין הפרה של **חובת זהירות** בלבד כלפי החברה (**ס' 258(ב)**), למעט כאשר נעשתה בכוונה/פזיזות (**ס' 263(2))** אוסטורובסקי. | בגין הפרה של **חובת זהירות** בלבד ברשלנות (**ס' 258(ג)**), למעט כאשר נעשתה בכוונה/פזיזות (**ס' 263(2))** אוסטורובוסקי. | בגין הפרה של **חובת זהירות** בלבד ברשלנות (**ס' 258(ג)**), למעט כאשר נעשתה בכוונה/פזיזות. אוסטורובסקי (**ס' 263(2))**, ניתן לבטח גם כלפי צד ג' (**ס' 261(1))**.  |
| בגין הפרת **חובת אמונים בתום לב** (**ס' 261(2)**) | בגין הפרת **חובת אמונים בתום לב** (**ס' 261(2)**)+שנעשתה לטובת החברה. |
| סייגים | 1. לא ניתן לפטור נ"מ מאחריות על הפרת אמונים כלפי החברה. ס258(א)
2. לא ניתן לפטור מחובת זהירות **כלפי צד ג'** (בעל מניות/נושה).
3. לא ניתן לפטור בגין הפרת חובת זהירות בחלוקה (**ס' 259(ב)**).
 | 1. יש צורך שיהיה כסף בקופת החברה.
2. הדירקטוריון אישר את מסגרת השיפוי (**ס' 260(ב)(1)**).
 | 1. **לא ניתן** לבטח הפרת חובת אמונים כלפי צד ג' (**ס' 261(2))**.
 |
| פרוצדורה | נדרש לקבוע סעיף הפטור בתקנון (**ס' 259(א)**) | נדרש לקבוע סעיף השיפוי בתקנון (**ס' 260(ב)**) | נדרש לקבוע סעיף הביטוח בתקנון (**ס' 261**) |
| תזמון | חברה רשאית לפטור מראש/לאחר מעשה נושא משרה מאחריותו(עטיה) | חברה רשאית להתחייב לשיפוי הן מראש (ס' 260(ב)(1)) והן בדיעבד (ס' 260(ב)(2)).  |  |
| אחריות לתשלום הנזק | החברה | החברה | חברת הביטוח |

 |

|  |
| --- |
| **2) חובת אמונים [ס254-256]** |
| **המסגרת החקיקתית:*** **ס254-** הכלל.חובת אמונים.
* **ס255-**החריג לכלל, גישור בין הציפייה למציאות.
* **256-** סעד.
 |
| **הכלל: ס254 חובת אמונים** |
| **ס254 לחוק החברות - חובת אמונים****254. (א)** נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה –**(1)**   יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;**(2)** יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;**(3)**   יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;**(4)**   יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידיו בתוקף מעמדו בחברה.          **(ב)**  אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר.* בעיית הנציג היא כפולה: (**1**) חוסר אכפתיות (**2**) אינטרס אישי 🡨 כנגד האינטרס האישי באה חובת האמונים.
* חובת האמונים מצווה על פעולות בתו"ל- חובות "לא תעשה", לא להתמקד באינטרס האישי שלך.
* דוק**:** ניגוד העניינים נוצר גם בהגשמת האינטרס לטובתו של אדם אחר, ככל שאין פעולה לטובת החברה בלבד (אוטו-חן).
* בין תו"ל לחובת אמונים: תו"ל מציב סטנדרט של אדם לאדם אדם, אדם שוקל אינטרסים אישיים, אבל צריך לעשות זאת בצורה ראויה; ואילו **חובת האמונים מציבה סטנדרט של אדם לאדם מלאך – למלאך אין אישיות ואין אינטרסים, צריך לפעול לטובת החברה בלבד.**
 |
| **מהו ניגוד עניינים?** | * אימתי נושא משרה מצוי בניגוד עניינים (קלארק):
1. **מצוי בעמדה של קבלת ההחלטות בחברה.**
2. **יש לו עניין/אינטרס בנושא העומד על הפרק, והוא מצוי בצד השני של המתרס.**
3. **האינטרס האישי שלו גדול מהאינטרס שיש לו בחברה (2>1) ייבחן לחומרא.**
* תנאי 3 הוא התנאי החשוב ביותר, משום שייתכן שלאדם יש אינטרס אישי כלשהו, ועדיין פועל לטובת החברה.
* זהו התנאי שגם הכי קשה להוכיח מבחינה פרקטית 🡨 כיוון שלעתים האינטרס ה"אישי" הוא לא אינטרס פרטי, אלא אינטרס שיש לו בחברה נוספת שמנהל, וקשה להוכיח איזו חברה יקדם יותר.
* **תנאי 3 נבחן לחומרא, כשיש ספק לנושא המשרה עצמו, או לבית המשפט – נכריע שזה ניגוד עניינים. שהרי הסטנדרט גבוה, להיות מלאך.**
* האן טוען ש"ניגוד עניינים", ו"עניין אישי" ע"פ הגדרתו בס1, חד הם: "ענין אישי של אדם בפעולה או בעסקה של חברה, לרבות ענין אישי של קרובו ושל תאגיד אחר שהוא או קרובו הם בעלי ענין בו, ולמעט ענין אישי הנובע מעצם החזקת מניות בחברה..."
 |
| **פס"ד אוטו-חן****האם כל פעם שאדם מכהן כנושא משרה בשתי חברות שונות יש בעיה של חובת אמונים?**  | * **עובדות**: שתי חברות פרטיות העוסקות בהפצת רכבי מרצדס בישראל, התקשרו בהסכם לפיו מכרה אוטו חן מחצית מזכויותיה בשני מוסכים לכל מוביל, והוקמה חברה משותפת לניהולם.
* המנכ"ל שמונה לשותפות שימש במקביל גם כמנהל חטיבת המוסכים של כל מוביל, וכתוצאה מכך נטען שמצוי בניגוד עניינים.
* **השאלה המשפטית**: האם האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים מתחום דיני החברות חל גם על שותפויות.
 | * **עצם זה שאדם נושא משרה בשתי חברות שונות, איננו מעיד על ניגוד עניינים בהכרח, ויש לבחון ע"פ הנסיבות:**
* במקרה דנן, זה לא לכהן בסתם שני מוסכים, אלא בשני מוסכים מתחרים של היבואן הרשמי של מרצדס, כך שיש תחרות גדולה ביניהם שאומנם טובה לצרכנים, אך מבחינת החברות, פניה לאחד תמנע פניה לאחר.
* השופטת קובעת שהעובד כשלעצמו פועל בתו"ל, אומנם מעצם העובדה שהוא פועל כמנהל בשתי החברות, הוא מצוי בניגוד עניינים – הוא לא יכול לפעול לטובת כל אחת מהן כנדרש, שהרי קידום האינטרס של אחת יפגע בהכרח באינטרס של האחרת.
* הסעד הוא להתפטר מהניהול באחת המשרות.
* **האן:** אם פעולה לטובת חברה אחרת בתו"ל מהווה הפרת חובת אמונים, ק"ו שלפי ס254 לא ניתן לפעול לטובת האינטרסים שלך.
 |
| **פס"ד גאט נ' לופט****הידוע כ-"פפסי"****ניצול הזדמנות עסקית של חברה****(משפט משווה)** | * **עובדות**: גאט הוא מנהל שעבד בחברת לופט המפיצה משקאות מוגזים, כולל של קוקה קולה במשך שנים.

שותף פנה אליו בהצעה שיתחילו לייצר יחד קולה, ואילו המחיר של חברת קוקה קולה לנוסחה היה יקר מדי.בשלב מסוים פפסי המתחרים נכנסו לפשיטת רגל, וגאט רכש את הנוסחה שלהם בזול והקים חברה חדשה שמייצרת קולה.* **הבעיה:** (**1**) חלק מהמימון מגיע מכספי חברת לופט אותה מנהל (**2**) והוא לא הציע את ההזדמנות העסקית ללופט בתחילה.

**טענת גאט:** (**1**) לופט חברה משווקת ולא יצרנית, זו לא הזדמנות עסקית שנוגעת לה (**2**) השותף שפנה אליו, פנה אליו אישית, ולא כנושא משרה בחברה. הזדמנויות אישיות. נקודה עמומה. | * **שני המבחנים:**
1. **האם ההזדמנות העסקית הייתה ב"ליין אוף ביזנס" של החברה.**
* זוהי שאלה עובדתית פרשנית מה יכנס בתחום העיסוק של החברה.
* **הבידול של נושא המשרה וההזדמנות מהחברה, הוא נטל שמוטל על הנתבע, ובעת ספק, נלך לחומרא.**
* במקרה דנן: יש ללופט קו ייצור עצמי קטן, כך שנוצר ספק האם זה בליין אוף ביזנס שלה, ולכן נלך לחומרא.
1. **גם אם זו אכן הזדמנות שבליין אוף ביזנס של החברה 🡨 האם לחברה יש יכולת כלכלית לממש את ההזדמנות העסקית הזו?**
* במקרה דנן, ללופט אכן הייתה יכולת כלכלית, שהרי גאט השתמש בכספיה לרכישה.
 |
| **פס"ד שאלתיאל נ' רני-צים** **ניצול הזדמנות עסקית****(ישראלי)** | * מתי הזדמנות עסקית חוסה תחת הזדמנות עסקית של החברה, שאז היא כחלק מחובת אמונים ולנושא המשרה אין יכולת לנצלה, ומתי לא.
* כאמור, בעת ספק נלך לחומרא.
* **כבוב:**
1. **ראשית, קובע שלושה רכיבים אפשריים להזדמנות עסקית של החברה** (מבוסס על רונן בפס"ד דהן):
2. **כאשר ניצול ההזדמנות** **העסקית כרוך בשימוש במשאבי החברה.**
3. **כאשר נודע לנושא המשרה על אודות ההזדמנות העסקית מתוקף תפקידו בחברה.**
* שאלה עובדתית. רונן מנמקת שאם זה הגיע מתוקף תפקידו בחברה, זהו נכס מהותי בדמות המידע של החברה, וקמה חובת גילוי (ס254).
1. **כאשר ההזדמנות העסקית הובאה לידיעת נושא המשרה שלא במסגרת כובעו כבעל תפקיד בחברה 🡨 אולם ההזדמנות כאמור נוגעת לתחום פעילות החברה, וכחלק מתפקידו נושא המשרה אמון על איתור הזדמנויות עסקיות עבור החברה.**
* הליין אוף ביזנס של החברה- פה רונן אומרת שלעתים הפניה היא אישית, אבל מבחינה מהותית קשורה בחברה.
* **לסיכום, יש פה שתי חלופות:** (**1**) פנו אליך כנושא המשרה בחברה (**2**) פנו אליך אישית, אבל זו הזדמנות עסקית של החברה.
1. **שנית,** **האם כאשר לחברה אין יכולת כלכלית, זו עדיין הזדמנות עסקית של החברה או לא?**
* פסה"ד של כבוב סותר בעניין הזה:
	+ מחד, אומר שכאשר אין יכולת כלכלית, זה שונה ממצב בו אינה מעוניינת, ולכן ההזדמנות העסקית עדיין שלה.
	+ מאידך אומר שבין אם אינה יכולה ובין אם אינה מעוניינת, ההזדמנות העסקית לא שלה.
	+ **אין הכרעה ברורה בנושא מפסה"ד, והתשובה תינתן בפס"ד חג'ג':**
 |
| **פס"ד חזקי נ' האחים חג'ג'****חוסר יכולת כלכלית לא שוללת הזדמנות עסקית** | * **עובדות:** האחים חג'ג' ערכו הסכם תיחום פעילות בין החברה, לבין נושאי המשרה, שתחום הפעילות של החברה (הליין אוף ביזנס שלה), יהיה נדל"ן בעיקר בישראל.
* בעלי השליטה בחברה ביצעו פעילות נדלני"ת בחו"ל.
 | * **רונן:** השאלה האם זה בליין אוף ביזנס או לא, תתברר כאשר אין הסכם, ובמקרה דנן יש הסכם מפורש.
* בהסכם כתוב שתחום הפעילות בעיקר בישראל, ואכן נראה לפי הדיווחים התקופתיים, ולפי זה שהם מצליחים מאוד – זה שבהחלט ישראל היא המוקד.
* עוד נקבע: **חוסר יכולת כלכלית של החברה, עדיין לא שוללת הזדמנות עסקית של החברה, ככל שזה בליין אוף ביזנס שלה.**
* קשור לכך שהולכים לחומרא אם יש ספק.
* בפס"ד הוזכר ס255- מתי ניצול הזדמנות עסקית תיתכן (להלן).
 |
| **לסיכום:*** **האם זו הזדמנות עסקית של החברה?** אם כן, יש להציג בפניה.
* **האם החברה שקלה ושללה פוזיטיבית את ההזדמנות העסקית אחרי שנושא המשרה הציע לה?** אם כן, נושא המשרה יכול להשתמש בהזדמנות העסקית **(רני צים).**
* **האם החברה נעדרת יכולת כלכלית, ולכן לא מנצלת את ההזדמנות העסקית?** אם כן, לנושא המשרה עדיין אין רשאות לנצל את ההזדמנות העסקית של החברה, והיא נותרת הזדמנותה של החברה **(האחים חג'ג').**
* אם יש מניעה משפטית, ולא מניעה כלכלית, נושא המשרה צריך לדון על כך אם החברה, ולהגיע להסכמה מפורשת שהיא אינה יכולה ולכן ההזדמנות שלו.
 |
| **סעדים ס256** |
| * **ס256(א)** **סעד-** הסעד על הפרת חובת אמונים הוא סעד של הפרת חוזה (ביטול, ביטול והשבה, פיצויי צפיות, הסתמכות, אכיפה).
* עשיי"ע: כל רווח שנוצר לנושא המשרה מהפרת חובת האמונים יישלל ממנו, גם אם לא גרם נזק לחברה, ויעבור לחברה (אדרס).
* דוק: הסעד הוא רשות, והחברה תבחר מה מתאים לה. אם אדם מכהן כנושא משרה בשתי חברות, לא בטוח שהיא תבקש סעד פיטורין אם אלה שני מגרשים שונים ככלל, ורק ספציפית במקרה מסוים הייתה עסקה ביניהן (שטראוס ומייקרוסופט).
* **ס256(ב)** **חוזה התקשרות-** הפרת חובת אמונים כמוה כהפרת חוזה ההתקשרות של עובד מול החברה.
* המשמעות: ככל שאין נזק ולא ניתן לתבוע פיצויים מנושא המשרה, עדיין יש עילה לפטרו או להפעיל סעד חוזי שקשור להפרת חוזה ההתקשרות.
* **ס256(ג)** **צד ג'-** חברה רשאית לשתי חלופות:
* (**1**) לבטל פעולה שעשה נושא משרה בשם החברה כלפי צד ג' (**2**) או לתבוע פיצויים מצד ג' גם ללא ביטול הפעולה
* החלופות אפשריות בשני תנאים מצטברים: (**א**) צד ג' ידע על הפרת חובת האמונים (**ב**) וידע או היה עליו לדעת על היעדר האישור לפעולה.
* **ס256(ד)-** חזקה על צד ג' שלא היה עליו לדעת על היעדר האישור לפעולה, אם קיבל את אישור הדירקטוריון לפני שאר האישורים הנדרשים.
 |
| **החריג: ס255 היתר להפרת חובת אמונים** |
| * **ס255- חברה רשאית לאשר את הפעולות שנאסרו בס254(א), ובלבד שהתקיימו התנאים המצטברים:**
1. **נושא המשרה פועל בתו"ל**
2. **החברה נתנה לזה אישור ע"פ התנאים הקבועים בפרק החמישי "עסקאות עם בעלי עניין", הבנוי מאישור מורכב + הדרה (ס255(ב))-**
* **הערה:** ס' 255 לחוק מדבר על **פעולות**. הפרק של "עסקאות עם בעלי עניין" מדבר על **עסקאות**. מה ההבדל בין פעולה לעסקה?
* עסקה היא יצירת יחסיים משפטיים חוזים בהסכמת הצדדים.
* פעולה לעומת זאת, היא מהלך משפטי גם אם הוא לא בהכרח התקשרות רצונית עם גורם אחר.

אישור מורכב:1. **גילה לחברה מראש את עניינו האישי (ס269)**

לגלות במפורט ומסודר את העניין האישי לרבות כל מסמך ועובדה, מבעוד מועד, ולכל המאוחר לפני ישיבת הדירקטוריון הראשונה.1. **הפעולה לא פוגעת בטובת החברה/הפעולה לטובת החברה**

בשונה מהפרק החמישי, שם נדרש שהמהלך יהיה לטובת החברה (הפרק החמישי תוקן, ולדעת האן בטעות לא תיקנו את ס255 לטובת החברה).* דוק: הסעיף בא להתמודד עם הפער, הציפייה מהאדם להיות מלאך, לזה שאנחנו בני אדם. לעתים דווקא טוב לנהל עסקה על בעלי משרה. אומנם, כל נקודת ספק תלך לחומרא לרעת נושא המשרה, ונהיה דווקניים עם התנאים.
 |
| נקודה נוספת:ס278(ג) זהו הס' של ס278(א) שמי שיש לו עניין אישי שיצא החוצה. הסעיף אומר שאם רוב מי שמחליט בעניין הוא בעל עניין אישי, לא נדיר אותם מההחלטה. קובע חריג להדרת בעל העניין האישי. מדוע? * יש דרישת קוורום לקבלת החלטות, דרישת סף מינימלית בהחלטות מסוימות. החלטת דירקטוריון שמתקיים בה מניין חוקי זה אם נוכחים בה רוב הדירקטוריון. אם לכולם יש עניין אישי והם יוצאים החוצה לא ניתן לקיים את דרישת הקוורום. במתח הזה המחוקק מצודד בדרישת הקוורום הנדרשת.
 |
| **סעדים [ס280-282]** |
| * ככל שאחד התנאים לא מתקיים, גילוי, הדרה וכו' – החריג לא מתעורר, וזוהי הפרת חובת אמונים. הסעדים הם בשני מישורים:
1. **סעד כספי על הפרת חובת אמונים** (ס256, הפרת חוזה, עשיי"ע).
2. **סעד של ביטול והשבה** (ס280-282).
* עקרונית, עסקה בין נושא משרה לבין החברה, שלא קיבלה את האישורים הנדרשים – בטלה.
* אך בעסקה בין נושא המשרה בשם החברה ובין צד ג', ס281 קובע שהעסקה אינה בטלה אלא בת ביטול – לא תבוטל אם צד ג' היה תם לב, כדי לשמור על אינטרס ההסתמכות שלו:

**(1)** צד ג' חיצוני לחברה, ולא יודע אם נושא המשרה פועל בעניין אישי ושלא קיבל אישור – חוסר ידיעה שיתקבל **(2)** צד ג' חיצוני לחברה, אך לכאורה, בעל קרבה לנושא המשרה, שאז ברור שיש עניין אישי – חוסר ידיעה שלא יתקבל.* אם העסקה איננה מתבטלת ונותרת בתוקף כאמור, החברה רשאית לתבוע סעדים כספיים על הנזק וההפסד שנגרם לה (ס283).
* השוני מס256: מדבר על עסקה, ולא על פעולה; קובע שהעסקה איננה בטלה אלא ברת ביטול; מתייחס גם לבעלי שליטה וכו'.
 |
| **התנאי השני: אישור מורכב [ס270-273]** |
| * לאחר הגילוי החברה יודעת שיש לנושא המשרה עניין אישי בעסקה/פעולה, ויש חשש שמא בכ"ז זה לא יקדם את טובת החברה (למרות שנדרש שפשוט זה לא יפגע בה). 🡨 לכן נדרש לעבור מסכת אישורים, במקום האישור הקלאסי שנדרש באישור אותה עסקה/פעולה. לוודא שהעניין נבחן מזוויות שונות, ושההחלטה עניינית.
* מבנה הפרק הוא מבנה של מפה, כאשר: ס270 קובע **אילו** עסקאות צריכות אישורים 🡨 ומנתב לס271-273 שמפרטים לגבי כל עסקה, **כיצד** האישור יינתן.

טיפ:* ס270(2) מוביל 🡨 לס272, שם יש 2 רמות אישור.
* ס270(3) מוביל 🡨 לס273, שם יש 3 רמות אישור.
* ס270(1) מוביל 🡨 (**א**) לס271, שם יש רמת אישור אחת (**ב**) לס272, שם יש שתי רמות אישור.
 |
| **270****עסקאות הטעונות אישורים מיוחדים**+ **ס271-273****רמות האישור השונות** | * **ס270-** עסקאות של חברה המפורטות להלן, טעונות אישורים כקבוע בפרק זה, ובלבד שהעסקה היא לטובת החברה:
* דוק: אלו אישורים שנוספים על האישורים הקבועים בתקנון.
1. **ס270(1)-** **עסקה של חברה עם נושא משרה בה, וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה יש בה עניין אישי**.
* זהו סעיף הסל שכולל בתוכו כמעט את כל המקרים.
* חריגים:
* ס270(1)(א)- נושא משרה בחברת אם, שהיא בעלת השליטה בחברה בת, לא נחשב בעל עניין אישי בעת עסקה בין שתיהן.
* ס270(1)(ב)- נושא משרה במספר חברות בנות, שנמצאות בבעלותו ובשליטתו, לא יהיה בעל עניין אישי בעסקה ביניהן.
* **רמת האישור – חשוב לדעת שכאן ניתן לקבוע הסדרי אישור שונים בתקנון!!!** יש להבחין בין עסקה חריגה לעסקה שאינה חריגה:
* **עסקה שאינה חריגה**- דירקטוריון בלבד (ס271).
* **עסקה חריגה-** 2 רמות אישור, והבחנה בין ח"צ לח"פ:
* חברה ציבורית: **(1)** ועדת ביקורת **(2)** דירקטוריון (ס272).
* חברה פרטית: **(1)** דירקטוריון- בד"כ לא נצטרך אישור נוסף, כיוון שח"פ לא מחויבת למנות ועדת ביקורת וכו'. אך אם כן(הניגוד עניינים הוא של דירקטור): **(2)** אספה כללית (ס272(ב).
1. **ס270(2)-** **התקשרות של חברה עם נושא משרה בה שאינו דירקטור, באשר לתנאי כהונתו והעסקתו**.
* **רמת האישור:** 2 רמות אישור, והבחנה בין ח"צ לח"פ:
* חברה ציבורית: **(1)** ועדת ביקורת **(2)** דירקטוריון (ס272).
* חברה פרטית: **(1)** דירקטוריון- בד"כ לא נצטרך אישור נוסף, כיוון שח"פ לא מחויבת למנות ועדת ביקורת וכו'. אך אם כן: **(2)** אספה כללית (ס272(ב).
1. **ס270(3)-** **התקשרותו של חברה עם דירקטור בה, באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, בין בתור הדירקטור ובין כנושא משרה אחר.**
* דוק: בגלל שהעסקה היא מול דירקטור, תמיד נצרף את האספה הכללית ולא נותיר רק בידי הדירקטוריון (למרות ההדרה, חברים שלו).
* **רמת האישור:** שלוש רמות אישור לפי ס273, הבחנה בין ח"צ לח"פ.
* חברה ציבורית: **(1)** ועדת תגמול- רלוונטית רק לתנאי כהונה והעסקה **(2)** דירקטוריון **(3)** אספה כללית.
* חברה פרטית: **(1)** דירקטוריון **(2)** אספה כללית **(3)** אופציונלי: וועדת תגמול ככל שישנה (לא מתחייב).
* **נק' נוספות:**
* מדוע יש את ס271-272, אם ס270 הוא סעיף סל? משום שקביעת תנאי העסקה כמו שכר, זה האינטרס האישי החזק ביותר, בו נושא המשרה חושב במובהק על כיסו בלבד.
* פטור מאחריות, ביטוח, שיפוי = חלק מתנאי הכהונה וההעסקה. זה הוצאות של החברה להגנת נושא המשרה, ולא נרצה שיחליט על כך בעצמו.
 |
| **מהי עסקה חריגה?** | * אחת משלוש חלופות:
1. **עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה.**
2. **עסקה שאינה בתנאי שוק.**
3. **עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה.**
* דוק: רוב העסקות בהן נושא העניין האישי מתעורר, הן עסקאות "חריגות".
* ברגע שהעסקה מוגדרת כחריגה: נדרשים האישורים המופעים בס272.
* הנ"ל, כפי שנדרש בס255 בפעולה מהותית (פעולה רגילה ס271; פעולה מהותית ס272). 🡨 משמע: פעולה מהותית תהיה פעולה שמתקיימים בה אחד מתנאי העסקה החריגה.
 |
| **שק"ד עצמאי והסכמי הצבעה****[ס106]** | * **ס106(א)-** דירקטור בתפקידו נדרש:
* **(1) להפעיל שק"ד עצמאי בהצבעה בדירקטוריון**
* **(2) לא להיות צד להסכם הצבעה, בשונה מבעלי מניות באספה כללית**
* בהיעדר אחד מן התנאים, זוהי הפרת חובת אמונים.
* החוק מחייב דירקטורים להפעיל שק"ד עצמאי, כאשר טובת החברה היא המוטו.
* **ס106(ב)-** אדם לא יכול למלא את תפקיד הדירקטור ללא שהוסמך, ולא יכול לפגוע בשק"ד עצמאי של דירקטור (ומי שעושה כן, חב את חובותיו של הדירקטור (ס106(ג)).
 |
|

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **הגורם** | **סעיף**  | **העסקה** | **האישורים הנדרשים** |
| **נושא משרה** | 270(1) | **עסקה של נושא משרה (או קרובו) עם החברה** עסקה של חברה עם נושא משרה או עסקה של החברה עם אדם אחר שלנושא המשרה יש בה עניין אישי.**חריגים:**270(1)(א): נו"מ בחברת אם ובחברת בת בבעלות מלאה לא נכלל בסעיף. | **עסקה לא חריגה** ס' 271 | **עסקה חריגה** ס'272(א) |
| אישור דירקטוריון (אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון) | 1. **עסקה חריגה בחברה ציבורית (או פרטית שיש בה ועדת ביקורת)** ס' 272(א) טעונה אישור:
	* + - 1. ועדת ביקורת.
				2. דירקטוריון.

\***הערה**: בחברה ציבורית חובה שתהיה ועדת ביקורת.1. **עסקה חריגה בחברה פרטית ללא ועדת ביקורת** ס' 272(ב) טעונה אישור דירקטוריון בלבד.
2. **עסקה חריגה עם דירקטור בחברה פרטית ללא ועדת ביקורת** ס' 272(ב) טעונה אישור של דירקטוריון + אסיפה כללית.
 |
| 270(2) | **תנאי כהונה והעסקה:** נושא משרה שאינו דירקטור.עסקה (התקשרות) של החברה עם נושא משרה בה שאינו דירקטור באשר לתנאי כהונתו והעסקתו (ס'1) לרבות, מתן פטור, ביטוח או שיפוי לנושא משרה שאינו דירקטור.  | 1. **חברה פרטית**
	1. **בחברה שיש בה ועדת ביקורת** ס' 272(א) טעונה אישור:
		1. ועדת ביקורת.
		2. דירקטוריון.
	2. **בחברה ללא ועדת ביקורת** ס' 272(ב)
		1. דירקטוריון בלבד
		2. אסיפה כללית(?)- אם נו"מ הוא דירקטור ס' 270(3)).
2. **חברה ציבורית / חפאג"ח**
	* 1. ועדת תגמול.
		2. דירקטוריון.
		3. אסיפה כללית(?)- אם זה עם המנכ"ל (ס272(ג1(1)).
 |
| 270(3) | **תנאי כהונה והעסקה של דירקטור (כדירקטור או תפקידים אחרים):** נו"מ דירקטור:(**א**) התקשרות חברה עם דירקטור בה, באשר לתנאי כהונתו, לרבות מתן פטור, ביטוח, התחייבות לשיפוי או שיפוי לפי היתר לשיפוי.(**ב**) התקשרות חברה עם דירקטור בה, באשר לתנאי העסקתו בתפקידים אחרים. | **חברה פרטית** | **חברה ציבורית/****חפאג"ח** |
|  (**1**)אישור הדירקטוריון; (**2**)אישור האסיפה הכללית (ס' (א)273). | (**1**) אישור וועדת התגמול;(**2**) אישור הדירקטוריון;(**3**)אישור האסיפה הכללית (ס' (א)273) |
| **במידה ונושא המשרה לא עבר את האישורים הנדרשים, יישא באחריות להפרת חובת האמונים- לחזור לסעדים**  |

 |
|

|  |
| --- |
| **ס' 270(1)** עסקה של החברה עם נושא משרה בה או עסקה של החברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה בה יש עניין אישי |
| **השלבים** | **הפעולה** |
| **שלב 1 – בחינת מהות העסקה** | ס' 270(1): האם מדובר בעסקה של חברה עם נושא משרה או עסקה של חברה עם אחר, כאשר לנושא המשרה יש עניין אישי בה. |
| **שלב 2 – מנגנון האישור** | * + - 1. **עסקה שאינה חריגה** (ס' 271): טעונה אישור הדירקטוריון אלא אם החברה התנתה על כך בתקנון החברה.
			2. **עסקה חריגה בחברה שיש בה ועדת ביקורת** ס' 272(א) טעונה אישור:
				1. ועדת ביקורת.
				2. דירקטוריון.

\*\*\***הערה**: בחברה ציבורית חובה שתהיה ועדת ביקורת.* + - 1. **עסקה חריגה בחברה פרטית ללא ועדת ביקורת** ס' 272(ב) טעונה אישור דירקטוריון בלבד.
			2. **עסקה חריגה עם דירקטור בחברה פרטית ללא ועדת ביקורת** ס' 272(ב) טעונה אישור של דירקטוריון + אסיפה כללית.
 |
| **ס' 270(2)** עסקה (התקשרות) של החברה עם נושא משרה בה שאינו דירקטור באשר לתנאי כהונתו והעסקתו (ס' 1) לרבות, מתן פטור, ביטוח או שיפוי לנושא משרה שאינו דירקטור. |
| **שלב 1 – בחינת מהות העסקה** | ס' 270(2): האם מדובר בעסקה של חברה עם נושא משרה בה שאינו דירקטור באשר לתנאי כהונתו והעסקתו? |
| **שלב 2 – מנגנון האישור** | 1. **חברה פרטית**
	1. בחברה שיש בה ועדת ביקורת ס' 272(א) טעונה אישור:
		1. ועדת ביקורת.
		2. דירקטוריון.
	2. בחברה ללא ועדת ביקורת ס' 272(ב) טעונה אישור דירקטוריון בלבד (אם מדובר בעסקה עם דירקטור, ס' 270(3)).
2. **חברה ציבורית**
	1. מי שאינו מנכ"ל ס' 272(ג)(1)
		1. ועדת תגמול.
		2. דירקטוריון.
	2. העסקה של מנכ"ל ס' 272 (ג1)(1)
		1. ועדת תגמול.
		2. דירקטוריון.
			1. אסיפה כללית.
 |
| **ס' 270(3)** אישור תנאי כהונה והעסקה של דירקטור (באשר לתנאי כהונתו כדירקטור או להעסקתו בתפקידים אחרים) |
| **שלב 1 – בחינת מהות העסקה** | ס' 270(3): האם מדובר בעסקה של חברה בדבר תנאי העסקתו וכהונתו של דירקטור? |
| **שלב 2 – מנגנון האישור** | **1.בחברה פרטית** העסקה טעונה אישור: ס' 273(א)* + - 1. דירקטריון
			2. אסיפה כללית

**2.בחברה ציבורית**/ חברה פרטית שהיא חברת אג"ח,העסקה טעונה אישור: ס' 273(א)* + - 1. וועדת תגמול
			2. דירקטריון
			3. אסיפה כללית
 |

 |
| **התנאי הרביעי: כיצד יודעים מתי עסקה פוגעת בחברה?** |
| * **בתיאוריה:** ניתנת רשות עקרונית לבעלי המניות לתקוף את המהלך המבוצע, גם אם עבר את שאר התנאים כמו גילוי ואישור. להגיש תביעה נגזרת ולהגיד, זה עדיין לא לטובת החברה (למרות שזה לא מה שנדרש), עדיין יש פה שמץ של ניגוד עניינים.
* **בפרקטיקה:** בישראל, יש תנאים שנועדו להבטיח את טיב העסקה, ולכן הטענה לגבי הפגיעה תגיע בסופם.
* **ורדניקוב:** **ביהמ"ש קבע שחרף היכולת העקרונית שלו לבקר את העסקה מבחינה אובייקטיבית, נטל השכנוע יהיה על התובע להוכיח שהעסקה פוגעת בחברה, כי ביהמ"ש מסתמך על הדרגים שאישרו ועל מנגנון ההכשרה שהעסקה עברה.**
* לכאורה, ביהמ"ש אומר: ככל שמנגנון ההכשרה נעשה כהוגן, כעת חל על העסקה כלל שיקול הדעת העסקי (מנגנון ההכשרה הציב את הרגל של היעדר ניגוד ענינים) – ולכן ביהמ"ש לא ממהר להתערב, והנטל על התובע יהיה מאוד קשה. ההסתברות להצליח נמוכה.
* אומנם התובע יכול להגיד סבבה, לכאורה ישנם האישורים הנדרשים, אומנם אני רוצה לטעון שהאישורים עצמם אינם חפים מקשיים, מקבלי ההחלטות גם הם בעלי עניין אישי, חברים של נושא המשרה וכד'. פס"ד ממחיש זה פס"ד דיסני:
 |
| **פס"ד וולט דיסני** | * **עובדות:** אייזנר מנכ"ל החברה ויו"ר הדירקטוריון, מביא את אוביץ לחברה כי האמין שיסייע לתעשיית הסרטים. הצוות משתכנעים שיש היגיון. נקבע הסכם העסקה עם תנאים מעולים פלוס.
* אחרי שנה התגלו מחלוקות בין אייזנר לאוביץ, אוביץ יעזוב, ובהסכם נקבע שאם העזיבה תהיה לפני 7 שנים, הוא ימשיך לקבל שכר. בפרישה הדירקטורים התכנסו והחליטו לתת לו, ואוביץ עזב עם 140 מיליון דולר.
* **תביעה מטעם בעלי מניות:**

(1) על החוזה הראשוני- על הפעלת שק"ד גם בשלב כריתת ההסכם (איך אישרו לכתחילה, ועדת תגמול ודירקטוריון) (2) על קיום החוזה- גם אם אושר, איך כל האופציות ניתנות רק אחרי שנה של עבודה אצלם.* התובעים טענו מעבר לחו"ז, שיש פה בעיה של חובת אמונים ועניין אישי מצד הדירקטורים ביחס לשכר שנקבע.
* התובעים טענו שמעבר לאייזנר שברור שהוא בעל עניין אישי, בגלל שהוא יו"ר הדירקטורים, שאר הדירקטורים יצביעו על מה שרוצה.
 | * **בנוגע לחו"ז,** ביהמ"ש טען שהיא קוימה, מתקיים כלל שקה"ד העסקי, ההחלטה הייתה מיודעת ושקלו בצורה הגיונית סכום כזה גבוה כי רצו לשכנעו לעבור. מהלך עסקי לגיטימי.
* **בנוגע לחובת אמונים, ביהמ"ש קובע שנדרש לבחון לפי הנסיבות בכל מקרה, ועובר בין כל אחד מהדירקטורים בשאלה האם ישנו עניין אישי.**
* ביהמ"ש מנתח אחד לאחד כל אחד מן הדירקטורים ובוחן האם הוא "שפוט" של אייזנר. ביהמ"ש לא מנתח לעומק את אייזנר, אבל ברור שככל שלאייזנר אין עניין אישי אז גם להם אין. אבל לצורך הניתוח והלימוד איך צריך לפעול ביהמ"ש יוצא מנק' הנחה שיש לו עניין אישי. האם בהנחה שיש עניין אישי גם להם יש.
* **וולט דיסני.** אם דירקטור מושפע מדירקטור אחר (כפיפות, ידידות), הוא יוגדר כבעל עניין אישי.
 |
| **בעיית נציג של בעלי שליטה** |
| הקדמה:1. **מניה, להבדיל מנושא משרה, מקנה זכויות למחזיק בה באופן כמעט מוחלט.**
* מניה היא אגד זכויות בחברה ע"פ דין או תקנון, ולא חובות. בעל מניות הוא בעל אחריות מוגבלת. בשונה מנושא משרה שמגשים את אינטרס החברה, בעל מניות חותר לרווח אישי.
1. **בתוך קבוצת בעלי המניות שעד כה הסתכלנו עליה כגוף אחד, ישנו גורם משמעותי, בעל השליטה**
* עד כה ראינו קבוצה הומוגנית, עכשיו נראה שיש זכויות וחובות שונים לבעל שליטה.
* המשמעות של בעל שליטה: החוק מטיל חובות, ולא רק זכויות, על בעל שליטה. חובת ההגינות.
 |
| **מהי שליטה ומיהו בעל השליטה****[פס"ד שמש]** | * **ס1 לחוק החברות: "שליטה"** כמשמעותה בחוק ניי"ע.
* הסעיף למעשה מחיל את האמור בחוק ניי"ע שבד"כ מוסב על ח"צ, גם על ח"פ.
* **ס1 לחוק ניירות ערך: "שליטה"**
* **(1)** **מבחן מהותי איכותי-** היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד (לא משנה מה כמות ההחזקה), למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד
* מבחן עובדתי נסיבתי.
* **(2)** **מבחן כמותי-** חזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד.
* דוק: המבחן הכמותי לא מכריע, ובכ"מ ההחזקה צריכה להיות באמצעי שליטה, כמו כוח הצבעה. 🡨 אם אדם מחזיק 60% מניות, אבל לאותם מניות נקבעו זכויות הצבעה מוחלשים, הוא לא בעל יכולת לכוון את התאגיד, והחזקה תיסתר (אפשרי רק בח"פ לקבוע כוח הצבעה שונה (ס46(ב)).
* ובאופן כללי, המבחן הכמותי לא מכריע, הוא קובע רק חזקה כלשהי, אבל ייתכן שמחזיקים פחות ועדיין בעלי שליטה, וייתכן שמחזיקים יותר ולא בעלי שליטה.
 |
| **פס"ד בנק הפועלים** | * שרי אריסון החזיקה 17% מהמניות בחברה.
* נקבע ששרי אריסון בעלת שליטה.
 |
| **פס"ד נכסים ובניין נ גב ים** | נכסים ובניין החזיקה במניותיה של גב ים (ח"צ). האם היא בעלת שליטה?ביהמ"ש בחן אינדיקציות:* **היסטוריית הצבעות באספה כללית-** האם בד"כ מקבלת מה שרוצה בהצבעות?
* **כמה דירקטורים מונו עקב רצונה?** במקרה דנן, פחות מ50%.
* **שאר בעלי המניות**- מחזיקים בנפרד, אבל במצטבר הם אותה כמות. אומנם נקבע שהם מפוצלים ללא הסכמי הצבעה.
 |
| **חובת ההגינות של בעל שליטה [ס193]** |
| * **ס' 193: חובת הגינות על בעל שליטה**
1. על המפורטים להלן מוטלת החובה לפעול בהגינות כלפי החברה:

(**1**)   בעל השליטה בחברה;(**2**)   בעל מניה היודע שאופן הצבעתו יכריע בענין החלטת אסיפה כללית או אסיפת סוג של החברה;(**3**)   בעל מניה שלפי הוראות התקנון יש לו כוח למנות או למנוע מינוי של נושא משרה בחברה או כוח אחר כלפי החברה.1. על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, בשים לב למעמדם בחברה של המנויים בסעיף קטן (א).
* נראה את ההתגלגלות של החובה, מ"חובת אמונים" בפסיקה, ל"חובת הגינות" בחוק.
* לכאורה, בעל מניות הוא אדם שמושקע כלכלית בחברה, וקושר את גורלו בתוצאותיה. לכן האינטרס שלו לטובת החברה גדול. בייחוד אם מחזיק הרבה מניות. **אם כך, אז למה להטיל עליו חובה?**
 |
| **פס"ד קוסוי****חובות בעל השליטה במכירת מניות השליטה****(לפני חוק החברות)** | * **עובדות**: קוסוי הוא בעל השליטה ויו"ר הדירקטוריון בבנק פויכטונגר. אפשטיין הוא לקוח של הבנק שלווה באופן קבוע ולא החזיר את ההלוואות.
* קוסוי רצה למכור לאפשטיין את מניות השליטה שלו, ולטובת כך, מאשר לאפשטיין הלוואה נוספת מהבנק.
* על הפרק עסקת מכר:
* הממכר: קוסוי 🡨 מוכר מניות שליטה 🡨 לאפשטיין.
* התמורה: אפשטיין 🡨 משלם כסף 🡨 לקוסוי 🡨 באמצעות הלוואה נוספת שיקח מהבנק; וישעבד את המניות שיקנה כבטוחה.
1. גורמים מקצועיים וביניהם רו"ח של הבנק, התריאו בפני הדירקטוריון לגבי ההלוואה, שזה עשוי למוטט את הבנק כלכלית.
2. ולמרות זאת, הדירקטוריון, וביניהם קוסוי עצמו, מאשרים את ההלוואה. עסקת המכר מבוצעת, ואפשטיין הופך לבעל המניות בחברה. וכצפוי, לא משיב את החוב. הבנק בהליכי פירוק.
3. המפרק מגיש תביעה נגד נושאי המשרה (פסיקה) ונגד בעל השליטה (חדשני) בגין הנזקים.
4. דוק: עוד בטרם הוסדר בחוק חו"ז וחובת אמונים 🡨 הפסיקה החילה רק על נושאי משרה, וכלל לא על בעלי שליטה.
 | ברק:* **הפרת חו"ז נושאי המשרה:** ברק קובע שמתן האשראי לאפשטיין חרף ההיסטוריה וחרף חוו"ד רו"ח, לא תקינה.
* **הפרת חובת אמונים נושאי משרה:** קוסוי שניהל את הליך קבלת ההחלטה, הוא בעל עניין אישי במתן ההלוואה לאפשטיין, מה שיפגע בחברה, וזה חוסר תו"ל.
* **הפרת חובת אמונים בעל שליטה (=חובת הגינות): ברק קובע בפס"ד חדשני, שגם בעלי השליטה חבים חובות כלפי החברה, ויפצו את החברה בגין נזקים שנגרמו מההפרה.** (בפס"ד בעת כינון החובה זה נקרא גם חובת אמונים, ולימים נקבע בחקיקה כחובת הגינות).

**נקודות חשובות בפס"ד:*** **מה המשמעות של הטלת חובת האמונים מכוחו כבעל השליטה, אם הטלנו כנושא משרה?**
1. לעתים ביהמ"ש רק מנצל הזדמנות לחדש הלכות 🡨 אומנם זו טענה שעלתה מטעם המפרק, ומה הסיבה שלו?
2. קוסוי הוא בעל השליטה בבנק יחד עם חברת פילקו, והוא גם בעל מניות השליטה והיחיד בחברת פילקו 🡨 הפרת חובת האמונים כבעל שליטה תסייע שגם פילקו תשא באחריות, ולגבות גם ממנה פיצוי
* דוק: הפרת חובת ההגינות דורשת ידיעה. פילקו יודעת ע"י תורת האורגנים, קוסוי הוא בעל השליטה בה, ונייחס את ידיעתו אליה.
1. **הפרת חובת האמונים(=ההגינות) נעשית רק במכירת מניות השליטה?**
* ברק קבוע שמכירת מניות השליטה בנסיבות בהן יודע שהקונה יפגע בחברה, מפרה את חובת האמונים (=הגינות).
* **לא כל מכירת מניות מפרה את חובת ההגינות; אומנם הפרת חובת הגינות נעשית רק במכירת מניות.**
* הסיבות: **(1)** דרכו של ברק להנחיל לאט לאט **(2)** במכירה מתעוררת בעיית הנציג, בד"כ האינטרס שלו זהה לאינטרס החברה, אבל כאשר מוכר – "אחריי המבול".
 |
| **פס"ד ברדיצ'ב** |
| **חובות בעל השליטה****מכירת מניות****(אחרי חוק החברות)** | * **עובדות**: מקרה דומה עובדתית לקוסוי. קבוצת אנשי עסקים רכשו אחזקות בכמה חברות ציבוריות, וביניהן בחברת פויכטינגר בע"מ. ולצורך הרכישה, נטלו אנשי העסקים הלוואות בהיקף של עשרות מיליונים באמצעות חברות פרטיות שהיו בשליטתם. עם רכישת האחזקות, אנשי העסקים העבירו כספים רבים מהחברות הציבוריות, מבלי לקבל את האישורים הנדרשים, מה שגרם לקריסתן של אותן חברות.
* **השאלה:** האם בעל השליטה שמכר את מניותיו, קיים/הפר את חובת ההגינות.
 |
| **1. פרשנות הלכת קוסוי: האם הידיעה הנדרשת מבעל השליטה שמוכר מניותיו לאחר (ידיעה שהאחר יפגע בחברה) – היא ידיעה דייקא או שניתן להרחיב למבחן אובייקטיבי, של היה עליו לדעת?** * בד"כ ידיעה אובייקטיבית מיוחסת לחו"ז, וידיעה סובייקטיבית מיוחסת לחובת אמונים.
* במקרה דנן: ממילא אין מקום לדון, לא הוכחה הפרה, והשופטים דנים בצורה תיאורטית.

**וילנר:** תלוי על מה מדברים:* **(1) ברכיב הראשון, ידיעה על נסיבות שמעוררות את החשש שהחברה תיפגע 🡨 נדרוש ידיעה סובייקטיבית (כולל עצימת עיניים).**
* **(2) ברכיב השני, היסק ופרשנות הנסיבות** 🡨 **נדרוש ידיעה אובייקטיבית.**
* משמע, אם יש נסיבות שהמוכר שם לב אליהן, אבל לא נתן את הדעת, נבחן לפי המוכר הסביר:
* האם המוכר הסביר היה מפרש את הנסיבות ברמת וודאות גבוהה, מעל 50% של פגיעה בחברה?

**ברק ארז:*** תיאורטית, רוצה להרחיב עוד קצת את הידיעה, וטוענת **שבידיעה הסובייקטיבית נדרוש מעבר לעצימת עיניים, גם פזיזות** – שווין נפש לגבי התוצאה.
* אומנם במקרה דנן, ממילא הנסיבות לא קיצוניות כמו בקוסוי, ונקבע שפויכטינגר לא ידע.

**אלרום**1. הולך לכיוון וילנר, מעדיף לצמצם אחריות, כיוון שזכותו הקניינית של בעל המניות היא "עבירות".
* האן טוען שזה מוצדק: הגבלת תכונת העבירות, תגרום לקושי במכירת מניות השליטה, מה שיפגע בריסון בעלי השליטה (ככלל בעלה"ש יודע שאם ישתולל, הדירקטוריון יעיף אותו)
 |
| **2.שאלה פרשנית: האם מכירה חובלת, בנטרול רכיב הידיעה, מהווה בסיס אחריות על בעל שליטה רק כאשר החברה בחדל"פ ומתמוטטת מכך, או בכלל?** * שהרי הנסיבות בקוסוי ובברדיצ'ב שאכן הייתה התמוטטות.

**וילנר**:* מכירה חובלת מדברת רק על נזק של חדל"פ, ובנזקים אחרים לא תחול אחריות.

**ברק ארז**:* גם נזקים משמעותיים, שלא מובילים לחדל"פ, יהוו בסיס להטלת אחריות בגין מכירה חובלת.

**אלרום**:* לא עוסק, אומנם גישתו מצמצמת אחריות – ולכן הגיוני שיקבע שרק בחדל"פ
 |
| **3.מה המשמעות של התנהגות הרוכש לגבי אחריות על בעל השליטה?*** האם נדרש זדון מצד הרוכש לפגוע בחברה, או כל התנהגות רשלנית של הרוכש (שהמוכר יודע שהיא עשויה לפגוע) תטיל אחריות על בעל השליטה?
* **וילנר**: לא דנה.
* **ברק ארז**: גם רשלנות.
* **אלרום**: רק בזדון של המוכר.
 |
| **4.האם נחיל על בעל שליטה גם חובת זהירות (מעבר לחובת הגינות, כמו שיש לנושאי משרה)*** **וילנר**: מביאה מידע אקדמי, אך משאירה בצ"ע.
* **ברק ארז**: כנ"ל, וצ"ע.
* **האן**: סבור שלא, כי אין כשל קונקרטי לגביו, מעורבות בחברה נדרשת מנושאי המשרה, התערבותו זה האינטרס שלו בלבד.
 |
| **5.כהמשך לשאלה 4 🡨 אילו נטיל חו"ז, האם בהקשר הקונקרטי של מכירת מניות נטיל גם?*** **וילנר:** לא, כמו שצידדה בחובת אמונים סובייקטיבית, לא רצתה להחריב את הסטנדרט.
* בשונה מנושא משרה, שם יש חשש לעשי"ע על חשבון החברה, פה זו התעשרות ממכירה לגיטימית לכאורה.
* **ברק ארז:** חולקת על וילנר, מכירה חובלת זו הדוג' הקלאסית.
* קושי: דיברה במונחים של פזיזות, ופה עוברת ממש לסבירות.
* **האן**: בלוגיקה ברק ארז יותר מדויקת מוילנר, אם כבר חו"ז, מכירה חובלת זה הכי משקף.
 |
| **הבחנה נורמטיבית:****מה בין "חובת האמונים" של בעל השליטה שנוצרה בפסיקה🡨לבין "חובת ההגינות" כלפי החברה שנקבעה בחקיקה(ס193).** | * האם החובות זהות, או שמא שינוי השם מעיד על שינוי (לחומרא/קולא)? אין הכרעה קונקרטית:
1. **נורמות התנהגות שונות:**
2. חובת תו"ל- אדם לאדם, אדם. מותר לשקול שיקולים אישיים, אינטרס עצמי.
3. חובת אמונים של נושא משרה- אדם לאדם, מלאך. אין לחשוב על אינטרס אישי, רק על טובת החברה.
4. חובת הגינות של בעלי שליטה- בין חובת תו"ל לחובת אמונים (אדם פלוס, או מלאך מינוס)
* הסבר: מניה היא אגד זכויות, ולכן גם אם לבעל השליטה יש יכולת לכוון פעילות ויש בעיית נציג לפעמים, עדיין נדרש לכבד את זכותו.
1. **לדעת האן, יש הבחנה בין הנורמה שבפסיקה לנורמה שבחקיקה, אבל אין הבחנה בין הנורמות השונות שבס"ק 1.**
* ס193 קובע חובת הגינות על בעל שליטה, ולא תוחם למצבים מסוימים, כמו שקוסוי תוחם את "חובת האמונים" רק למכירה חובלת. ייתכנו מצבים שבעל השליטה מחורר את הספינה שהוא עליה גם בלי המכירה (פס"ד תמ"מ ואייזנברג).
 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **פס"ד בכר נ' תמ"מ****פגיעה בחברה שלא במכירה חובלת****+****קיפוח בעלי מניות** | * **עובדות:** אלעל בעלת מניות בתש"ת, ותש"ת בעלת מניות ושליטה (77%) בתמ"מ יחד עם בכר(בע"מ).
* תש"ת ותמ"מ עשו הסכם, שתש"ת תיתן שירותי ניהול בתמורה לכסף שתמ"מ משלמת.
* **טענת התובע:** הסכום שתמ"מ משלמת לתש"ת גבוה מדי ביחס לשווי הריאלי של השירות, וזה פוגע בחברה. אם תמ"מ משלמת מחיר מופקע היא בעצם מפסידה בהסכם ההתקשרות הזה.
* האינטרס של תש"ת הוא שהם מחזיקים ב-77% - כל שקל שתמ"מ תשלם, תש"ת תריווח את כולו ולא רק את ה-77%.
* הסכם ההתקשרות עם תש"ת מוביל לשחיקת ערכה הכלכלי של תמ"מ. לבסוף, ביהמ"ש מקבל את התביעה של בכר.
* יש פה בעיית ניגוד עניינים של תש"ת, בין טובתה האישית (כאשר תש"ת רוצה לקבל סכום גבוה כמספקת שירות), ובין טובת החברה (תמ"מ, שהיא בע"ש בה, צריכה לשלם סכום נמוך).
* מחד, יש פה פגיעה של בעלי מניות גם בלי מכירה; מאידך, ניתן לטעון שעצם זה שהיא בעלת השליטה מעיד שהעסקה לטובת החברה.
* אומנם, תש"ת מרוויחה, יותר מההפסד שהיא מפסידה כאשר תמ"מ מפסידה.
* בכר עותר לקיפוח (האן אומר שזה מצב של חובת הגינות).
 | ביהמ"ש מקבל את התביעה של בכר: * **הוא אומר שבכר צריך להוכיח פוטנציאל קיפוח, ולא קיפוח בפועל.**
* **פוטנציאל הקיפוח יוכח באמצעות אלמנטים אובייקטיבים**:
* למשל, תש"ת גם בעלת השליטה, וגם מפיקה את התמורה.
* **אם מוכיחים פוטנציאל קיפוח, הנטל יעבור לנתבעים:**
* להראות שלמרות שיש אלמנטים אובייקטיביים של קיפוח, מבחינה סובייקטיבית העסקה כשרה.
* **ביקורת:** האן טוען שקיפוח לא מדויק משפטית, זהו מצב של פגיעה בחברה באופן ישיר, ולכן אמור להיכנס בגדר חובת הגינות.
 |
| **הסעד** | * **ס193 חובת הגינות:** יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, כולל עשיית עושר (כמו בחובת אמונים 🡨 **הסעד יהיה כלפי החברה**.
 |
| **קיפוח המיעוט בבעלי מניות [ס191]** |
| * **ס191**: "התנהל עניין מענייניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי ביהמ"ש, לפי בקשת בעל המניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, או הוראות להתנהלות החברה או להתנהלות בעלי המניות בעתיד."
 |
| **פס"ד גליקמן נ' ברקאי****(לפני החוק)** | * **עובדות:** חברה פרטיות, שבעלי המניות הם בני משפחה. ישנם שתי קבוצות של בעלי מניות:

(**1**) ברקאי (**2**) שאר בעלי מניות, שהם גם נושאי משרה.* בשלב מסוים מחליטים על הנפקת מניות כדי לגייס עוד כספים לחברה.
* לא רוצים להפוך את החברה לציבורית ולוותר על האינטימיות בחברה, ולכן מציעים לאנשים מסוימים לרכוש.
* בתקנון החברה נקבע זכות סירוב ראשונה לבעלי המניות הנוכחיים.
* ואכן עשו כך, הצעה לרכוש מניות באופן פרופורציונלי לשיעור ההחזקה כדי שאחוז השליטה יישאר זהה.
* המניות החדשות הונפקו במחיר הנמוך מהשווי הריאלי של כל מניה, וכל בעלי המניות קונים חוץ מברקאי.
* ברקאי טוענת לקיפוח 🡨 מדוע אם הציעו לה לרכוש כמו כולם, בזול?
* **ביהמ"ש מקבל את טענות הקיפוח של ברקאי:**
1. **נשארת קירחת משני הכיוונים-** עצם הנפקת המניות פוגעת בברקאי, כי אם תקנה לא תרוויח כי אין חלוקת דיבידנדים; ואם לא תקנה חלקה ידולל.
2. **שאר בעלי המניות הם נושאי משרה-** ולכן לכאורה נהנים מרווחי החברה באופן כלשהו לעומתה, מה שמתמרץ יותר לאי חלוקה.
3. **ירידת ערך שווי המניה-** הנפקה בזול מובילה לירידת שווי המניות המקוריות, שפוגעת במי שלא קונה (מי שקונה מרוויח, כי גם אם הערך ירד זה למעלה ממחיר הקניה).
 |
| **בכר נ' תמ"מ** | * לעיל.
* בכר עותר לקיפוח, למרות שלדעת האן זהו מצב קלאסי של חובת הגינות.
* **ביהמ"ש קובע שצריך להוכיח פוטנציאל אובייקטיבי של קיפוח 🡨 הנטל יעבור לנתבע 🡨 הנתבע צ"ל אלמנטים סובייקטיביים לכשרות העסקה.**
 |
| **ההבדל בין תמ"מ לגליקמן** | * בשני המקרים הטענה הייתה קיפוח, וביהמ"ש קיבל. אומנם האן טוען שבתמ"מ זו חובת הגינות (193), ובגליקמן קיפוח (191).
* **ההבדל**: בגליקמן לא הייתה פגיעה בחברה עצמה כנדרש בחובת הגינות, וערך החברה דווקא עלה (ולכן זהו קיפוח מיעוט, עילת תביעה של בעלי מניות) 🡨 בעוד שבתמ"מ החברה שילמה יותר משצריכה, וזה פגע בחברה, ורק באופן ישיר פגע בבעלי המניות (ולכן זוהי חובת הגינות, עילת תביעה של החברה).
 |
| **הסעד** | * **ס191 קיפוח המיעוט:** שק"ד רחב לביהמ"ש לנתינת כל סעד לשם הסרת קיפוח קיים, או לשם מניעת קיפוח שעתיד לקרות (צו מניעה) 🡨 **הסעד יהיה כלפי בעלי המניות**.
 |
| * **סיכום – השוואה בין החובות, והשוואה בין הסעדים:**
* לדעת האן, בעיקרון, אין הבחנה מהותית בין חובת הגינות, לחובת אמונים, לתו"ל, לקיפוח המיעוט. הכל אותו סיפור, למרות שאתה בעל זכויות, תהיה תם לב בשימוש בהם (כמו בפס"ד רוקר) – וניתן לראות זאת גם בסעדים.
* היחס בין חובת הגינות לבין קיפוח המיעוט:
* **ס193 חובת הגינות:** בעל מניות שליטה חב חובת הגינות כלפי החברה, ולא כלפי בעל מניות אחר, למרות שבעקיפין גם בעלי המניות נפגעים 🡨 **נבחן את הפגיעה בחברה.**
* **ס191 קיפוח מיעוט:** מצב בו החברה מתנהלת באופן שיש בו כדי לקפח את בעלי המניות 🡨 **נבחן את הפגיעה בבעלי המניות.**
* **הסעדים:**
* **ס193 חובת הגינות:** יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, כולל עשיית עושר (כמו בחובת אמונים 🡨 **הסעד יהיה כלפי החברה**.
* **ס191 קיפוח המיעוט:** שק"ד רחב לביהמ"ש לנתינת כל סעד לשם הסרת קיפוח קיים, או לשם מניעת קיפוח שעתיד לקרות (צו מניעה) 🡨 **הסעד יהיה כלפי בעלי המניות**.
* האן טוען שאם זה לא הספיק לנו, ההוכחה החזקה ביותר שיש דימיון בין חובת הגינות לחובת אמונים, זה הפרק של עסקאות עם בעלי עניין, מול בעל השליטה:
 |

|  |
| --- |
| **עסקאות בעלי מניות שליטה בחברה ציבורית [פרק עסקאות עם בעלי עניין]** |
| * ס275 הוא מנגנון מקביל להתמודדות עם בעיית הנציג (מעבר לחובת ההגינות):
* **ס275 מהווה מניעה לכתחילה, בקרה מראש 🡨 לעומת ס193 חובת הגינות שמהווה סעד בדיעבד.**
* ס275 הוא הסעיף החשוב ביותר מבחינה פרקטית בחברות ציבוריות, והוא ממוקם בפרק עסקאות עם בעלי עניין של נושאי משרה. הוא שמעיד שאין הבדל מעשי בין חובת הגינות לבין חובת אמונים של נושאי משרה, כיוון שמגיעים אליו דרך ס270, אישורים בעסקאות של נושאי המשרה:
 |
| **המסגרת החקיקתית לאישור העסקה**  | * **ס270 עסקאות הטעונות אישורים מיוחדים** (בעיקרון של נושאי משרה): הסעיף קובע סוגי עסקאות שדורשות אישורים מיוחדים, ומפנה לסעיפים הרלוונטיים להליך האישור.
* **ס270(4) עסקה עם בעל השליטה:** עסקה חריגה בין חברה ציבורית לבין בעל השליטה בה; **או** בין החברה הציבורית לבין מישהו אחר, שלבעל השליטה יש עניין אישי בהתקשרות עמו.
* **ס275 אישור עסקה עם בעל השליטה:** הליך האישור מבחינה פרוצדורלית כדי להכשיר את העסקה בס270(4).
* **ס269+ס283 גילוי:** עוד בטרם קבלת האישורים, בעל השליטה נדרש בראשית לגלות את עניינו האישי בעסקה.
 |
| **שלב א:****מיהו בעל שליטה?** | * **ס268** בעל שליטה לצורך פרק זה:
1. **מבחן איכותי (ס1)-** מבחן עובדתי, בעל היכולת לכוון את פעילות התאגיד (מינוי דירקטור או מנכ"ל).
2. **מבחן כמותי (ס1)-** החזקה מעל 50% מזכויות ההצבעה באספה הכללית; או החזקה מעל 25% מזכויות ההצבעה באספה הכללית ככל שאין אחר שמחזיק מעל 50% (לצורך פרק זה בלבד), יוצרים חזקה של שליטה.
* החזקה יחד: "לענין החזקה, יראו שניים או יותר, המחזיקים בזכויות הצבעה בחברה ואשר לכל אחד מהם יש ענין אישי באישור אותה עסקה המובאת לאישור החברה, כמחזיקים יחד."
 |
| **אישור העסקה** | * ברגע שהגדרנו בעל שליטה, בהנחה שיש עסקה שיש לו בה עניין אישי, צריך לעבור אישורים הקבועים בפרק זה.
* **גילוי –** (ס' 269), בעל העניין האישי צריך לגלות את העניין האישי שלו. ס' 283 קובע שמי שלא גילה את עניינו האישי הפר את חובת ההגינות שלו.
* **הדרה –** שלבי האישור הם ועדת ביקורת, דירקטוריון, אספה כללית. (נפגשנו בעבר במנגנון של שלוש רמות אישור בעסקה של נושא משרה שהוא דירקטור לגבי תנאי העסקה שלו (ס' 273). )
* במקרה של בעל שליטה יש חידוש **בס' 275** בדרגה של האספה הכללית. יש לכך שתי חלופות:
1. צריך שבקולות הרוב לא יכללו בעלי העניין האישי באישור העסקה. כלומר, יש דרישת רוב ממי שאינם בעלי עניין אישי בעסקה (נמנעים לא נחשבים). המחוקק למעשה מבקש **להדיר את הקולות של בעלי השליטה להם עניין אישי באישור העסקה.** הסעיף מנסה להתמודד עם מצב של משחק מכור, בו בעל השליטה מאשר לעצמו את העסקה בה יש לו עניין אישי. ברור שאי אפשר להסתפק ברוב כפשוטו באספה הכללית כי בעל השליטה לבדו יוביל את המהלך לאשר את מה שיש לו נגיעה אישית לגביו.
2. **אם כלל המתנגדים מהווים פחות מ-2% מכלל מניות החברה העסקה מאושרת**. זה נחשב זוטי דברים ולא צריך להתחשב בהתנגדות הזו.

במקור, כשנחקק חוק החברות, ס' 275 קבע שע"מ לאשר עסקה צריך לראות שבקרב בעלי המניות ה"נקיים" שליש הצביע בעד. אם שליש הצביע בעד העסקה מאושרת. עולה השאלה למה קבעו שליש. זו הייתה פשרה פוליטית של אותה העת, ומבחינת הלוגיקה אין בכך היגיון (מאחר שהרוב שהם שני שליש יהיו נגד). באיזשהו שלב הבינו שזה לא הגיוני, ובתיקון 16 לחוק החברות קבעו שבמקום שליש נדרש רוב.* **בעיית הנציג גדולה ככל ששיעור האחזקות של בעל השליטה קטן יותר!**(כמובן עד הגבול בו הוא כבר לא יכול להשפיע על פעולות החברה).
 |
| **שלב ב:****מהו עניין אישי?****פס"ד אייזנברג** | * **עובדות:** אייזנברג הוא בעל השליטה ויו"ר הדירקטוריון בחברת ערד. מתהווה עסקת מכר בין ערד לאייזנברג: אייזנברג מוכר לערד את המניות שמחזיק בחברת ישרס. ברור שלאייזנברג עניין אישי, ולכן נדרש אישור משולש של ס275 (לפני תיקון 16, 1/3 מקרב היתר).
* **השאלה:** **האם לבעלי המניות האחים יסלזון, יש גם עניין אישי.**
* המשמעות היא שאם גם הם בעלי עניין אישי, מלבד בעל השליטה, גם הם לא יימנו בספירת הקולות באספ"כ.
* בזמן האספ"כ, אייזנברג החשיב את הקולות שלהם כאילו נעדרי עניין אישי, והם היו הגורם המכריע באישור העסקה.
* **המחוזי:** דוחה את הטענה לפיה החזקת יסלזון פיקטיבית, כיוון שמהותית הן של אייזנברג.
* **העליון:** בוחן את העובדות, וקובע שליסלזון עניין אישי:
* יסלזון הם זוג אחים, שקנו שבועיים לפני מועד העסקה 7% מניות מאייזנברג + אופציית פוט(אפשרות למכור לו חזרה את המניות באותו השווי) 🡨 כאשר אייזנברג מכר לשם אישור העסקה (נעשה הסכם הצבעה בין אייזנברג לקונים, שיצביעו בעדו).
* כלומר: (**1**) הצביעו בהיעדר שק"ד לגבי טיב העסקה, אלא לפי הסכם הצבעה (**2**) אם העסקה תיכשל, יש להם אופציית פוט, לא חוששים.
* **עניין אישי: כאשר האפקט של העסקה על כל בעל מניות שונה, הפרספקטיבה והשיקולים ששוקלים שונה.**
* נדרש הבדל משמעותי בין בעלי המניות, כי סתם כך נניח שכולם רוצים בטובת החברה שהיא טובתם.
* במקרה זה ביהמ"ש מצא שלאחים יסלזון יש עניין אישי בכך שיש הסכם הצבעה בינם לבין אייזנברג וכן שיש להם אופציית פוט. כל אחד מאלו מספיק כדי להוות עניין אישי ושניהם יחד על אחת כמה וכמה. כאמור, בעלי מניות צריכים להפעיל שיקול דעת עצמאי ולכן הסכם הצבעה הוא דבר בעייתי.
* **האן:**
* ניתן לטעון שהסכם ההצבעה לא יצר עניין אישי של יסלזון.
* יסלזון הפכו לבעלי מניות סמוך לכינוס האספה הכללית לטובת ההצבעה באספה. אייזנברג הוא זה שמכר ליסלזון את המניות, והוא נתן להם אופציית פוט ע"מ שהם יסכימו לקניית המניות. אם העסקה של קניית מניות ישרס לא נראית להם הם יכולים מראש לא לקנות את המניות של ערד. אם המהלך העסקי נראה להם טוב הם יכנסו, ואם לא אז לא.
* לכן לדעת האן, קשה לטעון שעצם העובדה שהם הסכימו לעסקה שבועיים מראש יוצר עניין אישי, עניין אישי קם רק כאשר בעל המניות לא שוקל את העסקה ואת כדאיותה ולכן פועל ללא שיקול דעת עצמאי. פה יסנזון שקלו את העסקה, הם קנו את המניות לאחר שהוסברה להם העסקה במלואה. מה שיוצר עניין אישי היא אופציית הפוט, כי המשמעות הכלכלית של יסלזון היא משמעות כלכלית אחרת מיתר בעלי המניות. כשהם באים להצביע על העסקה, גם אם הם חושבים שהמחיר מופקע, הם מסוגלים להצביע בעד. זאת מאחר שגם אם יתברר שהעסקה הזיקה לחברה הם יכולים למכור את המניות באותו המחיר חזרה לאייזנברג ואין להם נזק. בכך נוצר פער כלכלי באפקט של אישור העסקה בין יסלזון לבין שאר בעלי המניות. שאר בעלי המניות עשויים להפסיד, ואצל יסלזון אין שום סיכוי להפסיד.
* **הסכם הצבעה:** **ככלל, הסכם הצבעה לא יוצר עניין אישי, אלא זה תלוי בנסיבות:**
* למשל, אם ההסכם נעשה לגבי עסקה שיש לבעל השליטה עניין אישי בה, שאז לא שוקלים בטובת החברה כהוגן.
* מאידך, במקרה של יסלזון, ניתן לומר שהפעילו שק"ד לגבי העסקה לפני ההתקשרות בהסכם, ולכן נכנסו אליו, בהנחה שייטיב עם החברה ויפיק להם רווחים בעקיפין.
* **אופציית הפוט:** הזכות להחזיר את המניות יוצרת עניין אישי, כיוון שניקח יותר סיכונים לא מושכלים אם יש יכולת להיפטר מהמניות בעת הפסד 🡨 זאת לעומת שאר בעלי המניות, שהם עשויים להפסיד. הפער הכלכלי הזה בין בעלי המניות יוצר עניין אישי.
 |
| * **האן והשופטת רונן:** במידה ויש עסקה בין שתי חברות, העניין האישי יקום בחברה בה בעל המניות מחזיק באחוזים קטנים יותר – שהרי בחברה בה מחזיק יותר אחוזים, האינטרס שלו הוא להוביל להצלחתה כי כך יפיק יותר רווח **🡨 בעסקה כזו, אין אפילו מה להשתמש בס275 בחברה בה הוא מחזיק אחוזים גדולים יותר, למרות שזו לכאורה עסקה עם בעל השליטה.**
* בעיית הנציג הולכת וגדלה ככל ששיעור ההחזקות במניות הולך וקטן.
 |
| **עניין אישי שלילי (לא לגבי בעל השליטה!!!)*** כאשר לבעל המניות יש עניין להצביע **נגד** עסקה של החברה, שלא משיקולים רציונליים, אלא כיוון שהוא נגד בעל השליטה ורוצה לשבש מהלכים.
* החוק דורש שכל בעלי העניין האישי ביחס לעסקה שיש בה בעיית ניגוד עניינים של ב"ש יישב בצד, השאלה האם גם בעלי העניין האישי השלילי?
* האן אומר שמבחינה מעשית, ברור שבעל השליטה ירצה לנטרל בעלי מניות שמתנגדים לעסקה בטענה שיש פה עניין אישי שלילי שדורש הסכמה, שהרי זכות הצבעה זה בסיסי לבעל מניות 🡨 אך ככל שנצליח לבסס זאת, ניתן יהיה לפסול אותו.
 |
| **שלב ג:****הליך אישור העסקה** | 1. **עסקה לטובת החברה (ס270)-** גם אם נוכיח את כל הליכי האישור, ומו"מ וגילוי וכו', עדיין תהיה מחלוקת בשאלת טובת החברה.
2. **מו"מ בלתי תלוי (אסם)** וועדה בלתי תלויה של דח"צים/דב"תים, יהוו אינדיקציות בעסקאות בהן ניגוד העניינים היה חריף.
* מחלוקת האם רק בעסקת מיזוג (שם הפגיעה בבעלי המניות תהיה ישירה) או בכל עסקה (בפרקטיקה עושים בכל עסקה).
* כך מכתסחים את העסקה, שטובה גם לחברה וגם לבעלי המניות.
1. **גילוי (ס269)-** בעל העניין האישי צריך לגלותו, ואלמלא כך מפר את חובת ההגינות (ס283).
2. **תו"ל-** יש צורך, אך לא מופיע בפרק. לדעת האן, צריך לעשות היקש מס' 255. על בעל השליטה לפעול בתו"ל (ס' 192+193); חובה על נושא משרה לפעול בתו"ל (ס' 254).
3. **אישור משולש (ס275)**
4. **וועדת ביקורת**
5. **דירקטוריון**
6. **אספה כללית**
7. **הדרה (ס275)-** מנגנוני האישור הם ועדת ביקורת, דירקטוריון והאספה הכללית 🡨 בסעיף נדרשת הדרה מהאספה הכללית (אך יש חלופה):
8. **הדרת בעלי השליטה:** בקולות הרוב של האספ"כ ממי שהשתתף בהצבעה, לא יכללו את בעלי העניין האישי (בעל השליטה או בעל מניות אחר עם עניין אישי בעסקה כזו), רוב מקרב היתר.
* בחברה פרטית: אין את ההגנה הזו ובע"ש בעל עניין אישי לא מודר מהאספ"כ, אך ביהמ"ש יבחן בדיעבד האם הופרה חובת הגינות (עקרונית יש צווי מניעה לכתחילה, אך לרוב לא מתקבל).
1. **זוטי דברים:** אם בע"ש בעל העניין האישי לא הודר, יש אלטרנטיבה – אם כלל המתנגדים (כולל מי שלא הגיע להצבעה בפועל) מהווים פחות מ2% מכלל מניות החברה, זה זוטי דברים ולא נתחשב, העסקה תאושר.
* לפני תיקון 16: נדרש 1/3 מקרב היתר (ולא רב) או 1% מתנגדים מסך בעלי המניות (כך היה באייזנברג).
 |
| **האישור המשולש**  |

|  |  |
| --- | --- |
| **משפט משווה****[דלאוור]****פס"ד NFW****Technicolor** | * בדלאוור אין דרישות חקיקתיות באישור עסקאות מראש, אומנם הפסיקה פיתחה (פס"ד NFW):
* **בעסקאות שאושרו ע"י גורמים מסוימים יחול כלל שקה"ד העסקי; ובעסקאות שלא אושרו, יחול סטנדרט ההגינות המלאה.**
* "סטנדרט הגינות מלאה" הוא ההפך של כלל שקה"ד העסקי, יוצאים מנק' הנחה שלא היית בסדר, והנטל עליך להוכיח שהעסקה הייתה בהגינות מלאה.
* **סטנדרט ההגינות המלאה מורכב משני רכיבים:**
	1. עסקה הוגנת- ההתקשרות בעסקה הייתה הוגנת (גילוי מלא, הדרת בעל העניין אישי וכו').
	2. מחיר הוגן- בחינה אובייקטיבית של ביהמ"ש האם המחיר ששולם בפועל היה הוגן (יותר מסביר).
* ככל שהעסקה הוגנת זה מעיד על המחיר כהוגן (ולהפך אם העסקה לא הוגנת); אך גם אם המחיר הוגן עדיין יבחנו את הוגנות העסקה.
 |
| **ישראל****פסד מכתשים אגן****וועדה בלתי תלויה בניהול מו"מ בלתי תלוי** | * **רקע:** בדיני שעבודים, נק' המוצא היא שזכויות הנושה בפירעון הן (**1**) או לפרוע במישרין את החוב (**2**) או לשעבד נכס לטובתו ולפרוע ממנו, ולתבוע את היתרה במישרין (אלא אם זו הלוואת נון-ריקורס, שלא ניתן לתבוע את ההפרש).

**עובדות:** * בעלי המניות בחברת מכתשים אגן השייכת לIDB הם חברת כור ומניות ציבוריות ביניהם דוב כהנה.
* חברת CC מתמזגת עם חברת מכתשים אגן כדי שתצליח בשוק העולמי באמצעותה (ע"י מיזוג משולש הופכי בו CC יקימו חברת בת וכו'). בסוף התהליך, חברת CC מחזיקה ב-60% וחברת כור מחזיקה ב-40%.
* התמורה לעסקה הייתה כסף מזומן, 60% מבעלי המניות שאינם כור מקבלים כסף על העזיבה.
* CC נתנה הלוואה לכור בשווי המניות שחברת כור מחזיקה לאחר המיזוג (960 מיליון דולר, 40% משווי החברה).
* תנאי ההלוואה היו 7 שנים לפירעון, ושעבוד המניות של כור כביטחון. ההלוואה נקבעה כנונ-ריקורס, ללא זכות חזרה לפרוע את החוב אם הנכס המשועבד לא יספיק.
* ההלוואה הזו היא אופציית פוט טובה לטובת כור, והנונ-ריקורס הוא תנאי מהותי לעסקה.
* העסקה אושרה לפי מנגנון ס275, וכור הודרה מהצבעה.
* **טענות:** דב כהנא: (בעל מניות עם כור), טוען שהתמורה לא שוויונית בין בעלי המניות, ולכן טוען לקיפוח (בתכלס יש פה גם חובת הגינות). מחד כור לוו 960 מ', אם המניות יעלו הם יפרעו את ההלואה וישארו עם המניות, ואם המניות ירדו, הם ישלמו רק את השווי הנוכחי של המניות!.
* כור: טענו שהעסקה עברה את האישורים בס275, ושההטבה הכלכלית הייחודית היא "פרמיית שליטה", מותרת.
* **השאלה:** האם מסתכלים על השליטה מנקודת המבט של המוכר שמוותר על השליטה שלו (כור); או מנקודת המבט של מי שמכר לבעל השליטה החדש את רוב המניות שהפכו אותו לבעל השליטה(הציבור וכעת CC).
 | **ביהמ"ש:** * **פרמיית השליטה צריכה להינתן למי שהעניק בפועל לבעל השליטה החדש את השליטה, מי שרכשו ממנו את רוב המניות; ולא למי שמכר את השליטה.**
* לכן, ביהמ"ש קובע שכור לא זכאית להטבה הכלכלית הזו לבדה, וזה צריך להיות מפוזר על כל בעלי המניות.

**האם אישור העסקה (ס275) הופך אותה לחסינה מביקורת?*** לכאורה, ההליך אושר כהוגן. אומנם הטענה פה היא לא לגבי הגינות העסקה, מה שס275 בא לוודא. העסקה היא הוגנת וטובה לחברה.
* הטענה של כהנא היא תביעה ייצוגית לקיפוח בעלי המניות, חרף כך שהעסקה הוגנת ועברה אישורים נדרשים.
* **השופטת קובעת שבמצבים בהם יש ניגוד עניינים חריף, אישור העסקה כשלעצמו לא מספיק, וידרש רכיב נוסף של וועדה בלתי תלויה לניהול מו"מ בלתי תלוי**.
* השופטת קובעת שאם הדירקטורים הם דירקטורים של בעלי השליטה זה בעייתי, נדרשים דח"צים/דב"תים, ואז הנטל על התובע גדול מאוד.
* מכתשים אגן מכניס דרישה פסיקתית.
* שורה תחתונה: ככל שההתנהלות בהליך לפני אישור העסקה היה תקין (מו"מ בלתי תלוי, טובת החברה, ס275), ביהמ"ש יהיה מרוסן והנטל על התובע. אך ככל שלא, ביהמ"ש ייטה להתערב, וייבחן את העסקה בסטנדרט ההגינות המלאה.
 |
| **עיגון הדרישה לוועדה בלתי תלויה במו"מ שבפס"ד מכתשים** | * **ורדניקוב (עמית באוביטר):** המחוזי אומר שהאישור המשולש הוא טוב, אך לא מושלם לגבי בחינת כל רכיבי העסקה כמו בעלי המניות, ורצוי להקים וועדה בלתי תלויה – אך גם אם לא, עדיין נשארים בכלל שקה"ד העסקי.
* **שרון עצמון נ' אסם השקעות בע"מ (רציו):** השופטת בראון קובעת במישרין, **שלמרות האישורים הנדרשים בס275, נדרש לעמוד בתנאי של וועדה בלתי תלויה + יועצים בלתי תלויים – ורק אז יחול כלל שקה"ד העסקי**
* **בפס"ד מעגנים פרקטיקה שתצמצם סיכונים, למרות שלא מתחייבת ע"פ חוק: וועדה בלתי תלויה, בנוסף לאישורים בס275.**
* מחלוקת: מחלוקת האם הדרישה לוועדה בלתי תלויה היא רק בעסקאות מיזוג, או בכל עסקה (קורה בפרקטיקה).
* כך מכסתחים את העסקה, שטובה גם לחברה וגם לבעלי המניות.
 |
| **ועדה בלתי תלויה** | * מהי הועדה הזו? וממה היא מורכבת? למשל דח"צים וכדומה. אנשים שאין להם השפעה ותלות בבעלי השליטה. מי שהוביל את התנאים במשא והמתן היה אנשים תלויים יחסית. למרות שקוים ס275, זה לא מספיק.
 |
|

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| הגורם | סעיף | העסקה | האישורים הנדרשים |
| **בעל שליטה** | 270(4) | **עסקה חריגה** (סיווג בפרק עניין אישי עמ' 20) **של בעל שליטה שיש בה עניין אישי** (עם חברה ציבורית)עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל שליטה או עסקה חריגה עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי, לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה עניין אישי (ס' 270(4)).  | **אישור משולש** ס' 275(א) –* 1. 275(א)(1) אישור וועדת הביקורת/ תגמול בתנאי כהונה והעסקה.
	2. 275(א)(2) אישור הדירקטוריון;
	3. 275(א)(3) אישור האסיפה הכללית (בחב"צ תמיד ובאג"ח לגבי כהונה והעסקה), ובלבד שיתקיים אחד מאלה:
1. 275(א)(3)(א) **במניין קולות הרוב של האסיפה הכללית ייכללו**: רוב קולות של בעלי מניות שאינם בעלי עניין אישי בהתקשרות (נמנעים לא נספרים).**אייזנברג- (1)** זיקה אישית עודפתכלפי בעל מניות אחר יכולה לעלות כדי עניין אישי. **(2)** כאשר בעל מנייה מיוצג באופן בלעדי ע"י מיופה כוחו, בדיקת העניין האישי תתמקד במיופה הכוח.**עניין אישי נגטיבי:**

**בית יאיר**- עניין אישי שלילי גלוי – פוסל. סמוי- תביעה לאחר ההצבעה (הפרת תו"ל+הגינות). **חובת ההדרה המהותית חלה על בעל השליטה בלבד לפי ס' 275, ולכן עניין אישי של בר השפעה שאינו בעל שליטה- מחייב בגילוי והגינות אך לא בהדרה.****נפקוסטאר**. מחלוקת בין בעלי מניות לא מספיקה כדי להוות עניין אישי שלילי.  **MF**- בכדי שעסקה עם בעל שליטה בעל עניין אישי תוגדר כהוגנת יש צורך בהתקיימותם של רכיבים מצטברים אלו: 1. ניהול משא ומתן בלתי נגוע 2. הצבעה בלתי נגועה באסכ"ל; 1. 275(א)(3)(ב) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי בהתקשרות אינו עולה על 2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה
	1. אישור כול 3 שנים ס' (275(א1)(1))**,** לכול הפחות אישור של וועדת הביקורת אחת 3 שנים (ס' 275 (א1)(2)).

**צמיחה** – (בבחינה בדיעבד) אם הסיכון שנטל על עצמו בעל השליטה גבוה משמעותית מהתועלת, הוא לא יחשב כבעל עניין אישי (לכתחילה צריך להדיר עצמו).  |
| **תנאי כהונה והעסקה לבעל שליטה שהוא נושא משרה או עובד בחברה**התקשרות חברה ציבורית עם בעל השליטה בה שהוא גם נושא משרה בה או עם קרובו אם הוא גם נושא משרה בה – באשר לתנאי כהונתו והעסקתו; אם הוא עובד החברה ואינו נושא משרה בה – התקשרות באשר להעסקתו בחברה (ס' 270(4))  |
| **בעל מניות מהותי – עסקה פרטית** | 270(5) | **הצעה פרטית מהותית**הצעה פרטית[[1]](#footnote-1) המתקיים בה אחד מאלה:(1) *מקנה 20% או יותר מסך זכויות ההצבעה בחברה בפועל לפני ההנפקה* שהתמורה, כולה או חלקה, אינה במזומן או בני"ע הרשומים למסחר בבורסה או שאינה בתנאי השוק, *וכתוצאה ממנה יגדלו החזקותיו של בעל מניה מהותי בני"ע החברה או שכתוצאה ממנה יהפוך אדם לבעל מניה מהותי לאחר ההנפקה* (2) הצעה פרטית שכתוצאה ממנה יהפוך אדם לבעל שליטה בחברה. | (1) אישור דירקטוריון;(2) אישור האסיפה הכללית (ס' 274). |

 |

|  |
| --- |
| ס' 270(4) עסקה בין החברה לבין בעל השליטה בה |
| השלבים | הפעולה |
| שלב 1- מהות העסקה: 270(4) | 270(4)- האם מדובר **באחד מאלה:**1. **עסקה חריגה של חברה ציבורית** עם בעל השליטה בה.
2. עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אחר, כאשר לבעל השליטה יש **"עניין אישי"** בה.
3. **בתנאי כהונה והעסקה של אותו בעל שליטה שהוא גם נושא משרה.**
 |
| שלב 2- מנגנון האישור: 275 | ס' 275(א)- עסקה **בחברה ציבורית** עם בעלי שליטה, טעונה אישור:1. 275(א)(1) ועדת ביקורת, ובעסקה באשר לתנאי כהונה והעסקה ועדת תגמול.
2. 275(א)(2) דירקטוריון.
3. 275(א)(3) אסיפה כללית:
	1. 275(א)(3)(א) **בתנאי שאישרה את העסקה** כאשר התקבל רוב מכלל הקולות שאינם בעלי שליטה/עניין אישי (הדרה).
	2. 275(א)(3)(ב) אחוז המתנגדים לא עלה על 2%.
4. **ניהול מו"מ ע"י גורם בלתי תלוי** – לדוגמה דח"צ, דירקטור בלתי תלוי (**מכתשים-אגן**). ביהמ"ש יכול לבדוק עסקה שאושרה, וככל שתהליך אישור העסקה יותר תקין (275 + מו"מ בלתי תלוי) הביקורת השיפוטית תהיה יותר מרוסנת והנטל יהיה על התובע.
 |
| שלב 3- עסקה העולה על 3 שנים | ס' 275(א1)(1)- עסקה בחברה ציבורית 270(4) העולה על 3 שנים, טעונה אישור מחודש אחת ל-3 שנים.**חריג:** ס' 275(א1)(2)- עסקה העולה על 3 שנים יכולה להיות מאושרת במידה וועדת הביקורת אישרה כי התקשרות לתקופה כזו סבירה בנסיבות העניין.**הערה:** בחברה שהפכה לחברה ציבורית, הוראות אלו יחולו ביחס לתקופה שלאחר הפיכתה לחברה ציבורית. |

|  |
| --- |
| **גורמי בקרה על בעלי שליטה** |
| **דירקטורים חיצוניים/דירקטורים בלתי תלויים** |
| * **ס239(א)-** **בחברה ציבורית, חובה למנות לפחות שני דירקטורים חיצוניים.**
* **מנגנון התמודדות נוסף שיש לחברות ציבוריות מול בעל שליטה שיש לו עניין אישי וניגוד עניינים, מעבר לחובת ההגינות (שיש גם לח"פ), ומעבר לאישור המשולש בס275 🡨 זה דירקטור חיצוני.**
* עד עכשיו לא עסקנו בשאלה מהן וועדות ביקורת/תגמול, מה הסמכויות וממי מורכבות. עכשיו נכיר.
* חשוב: כאן המבחן לקביעת מיהו בעל שליטה הוא רק המבחן בס1 לחוק ניי"ע.
 |
| **מאפייני דח"צים** | 1. **כשירות (ס240):** לדח"צ יש תנאי סף שונים מדירקטור רגיל:
2. חובה להיות אדם פרטי תושב ישראל, ולא תאגיד.
3. לפחות לאחד משני הדח"צים נדרשת רמת מקצועיות מסוימת 🡨 אחת משתי חלופות: (**1**) מומחיות חשבונאית ופיננסית (**2**) כשירות מקצועית אחרת, שמשתנה לפי החברה בה עוסקים.
4. **היעדר "זיקה" לחברה או לבעל השליטה (ס240(ב)).** תנאי סף ייחודי נוסף לדח"צ:
5. איסור על זיקה לבעל השליטה או לחברה, בעת המינוי, בשנתיים לפני המינוי, ותו"כ הכהונה.
* "זיקה"- קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה.
1. **ביצור תקופת הכהונה (ס245)**
2. שריון של שלוש שנים, ניתן להארכה (מקסימום תשע שנים).
* לא ניתן להדיחם בהצבעה רגילה של אספ"כ, אבל ניתן להאריך, ובמובן הזה יש תלות מסוימת בבעל השליטה כחלק מהאספה הכללית.
1. **תגמול סטטוטורי (ס244)**
2. ישנן תקנות שקובעות מראש את טווח התגמול לדח"צים ולא ניתן לחרוג, למרות שמאושר ע"י האספ"כ, וכך בעל השליטה לא יכול להתנכל.
3. **אופן מינוי (ס239(ב))**
4. מינוי באספ"ב נעשה ברוב מקרב היתר, שאינם בעלי השליטה או בעלי עניין אישי.
* מקביל לס275, רוצים לנטרל את השפעת בעל השליטה ואת התלות בו.
1. **חברים בוועדת הביקורת + וועדת התגמול (האן)**
2. הדח"צים מהווים 2/9 מהוועדות, וליו"ר הדירקטוריון אסור להיות שם.
* הסיבה: לדבר על הדברים בצורה פתוחה ועניינית וללא חשש, לנטרל גורמים סביבתיים.
 |
| **דירקטורים בלתי תלויים** | * החוק לא מחייב מינוי דב"ת כמו מינוי דח"צ, אלא רק ממליץ, ויוצר תמריץ למקיים זאת.
* גם דח"צ וגם דב"ת מקבלים תוקף חזק בחברות הקשורות ברשויות מנהליות רגולטוריות, כמו הרשות לניי"ע.
 |
| * **לסיכום – השוואה בין מנגנוני ההתמודדות בניגודי עניינים של בעלי שליטה בחברות ציבוריות ובחברות פרטיות:**
* מנגנונים בחברה ציבורית: (**1**) חובת הגינות לכתחילה (**2**) מינוי דח"צים, (**3**) אישור עסקאות מראש, תביעה פוטנציאלית בדיעבד.
* מנגנונים בחברה פרטית: רק חובת הגינות.
* הסיבה להבדל: בעלי המניות בציבור נתפסים כלא מתוחכמים, אחוז קטן ולא מעורב. פגיעים יותר.
* ביקורת: דווקא בח"צ יש אפשרות לקום ולמכור את המניות בבורסה ונזקים יהיו זעירים; ובבעל מניות בח"פ יכול להיות פגיעה ממושכת יותר עם כל הזכויות סירוב וכו', נזק גדול יותר.
 |

|  |
| --- |
| **חלק ד' :בעיית נציג מול נושים** |
| **חלוקה (חלוקת דיבידנדים/רכישה) [301-313]**  |
| * **רקע:** בתחילת הקורס למדנו שלפי ס'-190 לחוק החברות אם הוחלט על חלוקת דיבידנדים, יש לבעל המניות זכות בדיבידנדים אלו. מהמילים "אם הוחלט" משמע שאין באופן אוטומטי זכות זו, ולכן היא מתעוררת רק כאשר הוחלט על חלוקה ולא באופן מיידי.
* הזכות לדיבידנד היא לא מוקנית. החברה היא שמחליטה על חלוקת דיבידנד. כדי שתתאפשר חלוקת דיבידנד, על החברה לקיים תנאים מסוימים: **מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון (ס' 302):**
 |
| * מניה היא אגד זכויות הקבועות בדין/בתקנון: **(1)** זכות הצבעה באספ"כ (ס188) **(2) זכות להשתתף בחלוקת רווחי החברה, אם וכאשר הוחלט על חלוקתם (ס190).** 🡨 בזה נתמקד:
* **"חלוקה" (ס1):** אחת משתי פעולות: **(1)** רכישה, בהמשך **(2)** מתן דיבידנד, או התחייבות לתיתו, במישרין או בעקיפין.
* **"דיבידנד" (ס1):** "כל נכס הניתן ע"י החברה לבעל מניה בהיותו בעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה".
* דוק: המקום היחיד שמופיעה בו המילה "דיבידנד", זה בס306, ושאר הסעיפים עוסקים גם בדיבידנד וגם ברכישה כאחד.
* להלן נראה אילו מבחנים נדרשים ע"מ לחלק את רווחי החברה.
* הפרק של חלוקה הוא קוגנטי (ס301), ובשונה משאר הפעולות/עסקאות שראינו, הפרק לא קובע רק הליכי אישור, אלא קובע ממש הוראות ותוכן, האם וכיצד לחלק את רווחי החברה.
* הסיבה: נושים קודמים לבעלי מניות, ובחלוקה יש פה חלוקת רווח לבעלי המניות, ונדרש לוודא שהיא לא פוגעת בכלל היסוד הזה.
* חלוקת דיבידנדים זה אירוע חיובי בחיי החברה, בשביל בעלי המניות אך גם לחברה עצמה, זה סימן לשוק שהיא משגשגת וכדאי להשקיע בה.
* מי התובע? **(1)** נושה (ס204)- בד"כ נושה לא תובע מטעם החברה הנפגעת, אלא קיבל יכולת בחלוקה אסורה לנהל תביעה נגזרת **(2)** מפרק (מלרג). 🡨 פה בע"מ לא יכול!!
 |
| **חלוקה מותרת** |
| **המבחנים המצטברים לחלוקה (ס302):**1. **מבחן הרווח**
2. **מבחן יכולת הפירעון(המשמעותי יותר)**
 |
| 1. **מבחן הרווח**
 | * **ניתן לחלק דיבידנדים רק מתוך רווחי החברה**.
* חריג: ניתן לקבל אישור ביהמ"ש לוותר על מבחן הרווח, ולהישאר רק עם מבחן יכולת הפירעון.
1. **מהו רווח?**
* "**רווח**"- יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, שמקורם ברווח הנקי לפי הדו"חות הכספיים העדכניים, לפי כללי החשבונאות המקובלים של החברה.
* דו"ח כספי עדכני- גג מחצי השנה האחרונה:
* חברה ציבורית: חברה מחויבת לפרסם דו"ח כספי כל שלושה חודשים (ריבעון) + דו"ח שנתי (תקנות ניי"ע).
* חברה פרטית: חברה צריכה לערוך דו"ח כספיים אחת לתקופה כלשהי, אחת לשנה. ולכן, אם אין לה אחד מעודכן, תידרש לערוך אחד בשביל החלוקה.
1. **מהם עודפים?**
* "**עודפים**": סכומים הכלולים בהון העצמי של החברה, שמקורם ברווח הנקי שלה. רווח שנוצר במאזן של שנה מסוימת, ייחשב עודף בחישוב המאזן של השנה הבאה, ייכלל ברכיב ההון העצמי.
* מדוע מאפשרים חלוקה מיתרת עודפים/עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות לפי הגבוה מבניהם(למרות שכרגע בחברה יש פחות כסף ממה שהיא מחלקת בפועל): יש רצון לעודד חברות שהיו חשופות להפסדים לשמר את בעלי המניות. דהיינו, מקרים בהם חברות היו בהפסדים וכעת החברה עולה על פסי רווחיות ורוצים לאותת לשוק שהחברה בעליה רווחית. רווחי השנתיים האחרונות לא נבלעים בגירעון, רוצים לתגמל בעלי מניות שנשארו נאמנים לחברה.
1. **פירוט עניין הרווח והעודפים – דו"חות החברה:**
* כל רבעון ישנם שלושה דו"חות (נתמקד בשניים):
1. **דו"ח תזרים מזומנים**- לא נתמקד.
2. **דו"ח רווח והפסד-** סיכום פעולות החברה בתקופה נתונה: הכנסות מצטברות בהפחתת הוצאות = רווח נקי. נותן אינדיקציה לחלוקה.
3. **מאזן-** דו"ח המקביל לרווח וההפסד, אך מתאר את מצבה של החברה מקום החברה ועד היום, ולא בתקופה נתונה (דו"ח 2 יתאר את שנת 2021, ודו"ח 3 יתאר את כל השנים עד 2021). מורכב משלושה רכיבים:
4. **רווחים-** תמונת מצב של כלל השווי הכלכלי, סך הנכסים של החברה, מעין מלאי (נכסי החברה, נכסים שוטפים, קבועים, ניי"ע).
5. **התחייבויות-** חישוב שווי כלכלי דורש לדעת מה ההתחייבויות, אג"ח וכו'.
6. **הון עצמי, מאזן-** הון עצמי = מאזן = נכסים מינוס ההתחייבויות. ההון העצמי בוחן את ההפרש בין הנכסים להתחייבויות. לעתים נחשב הפוך, הון עצמי פלוס התחייבויות שווה נכסים. 🡨 מאיפה לחברה יש הון עצמי כדי לחשב הפוך?
7. **מניות-** הנפקת מניות מפיקה רווח, כי לא מתחייבת מנגד (אין חובה לחלק).
8. **עודפים-** רווח משנים קודמות. אם במאזן של שנה מסוימת נוצר רווח לחברה, הנכסים עלו על ההתחייבויות, אותו מאזן ייחשב עודף בחישוב המאזן של השנה הבאה, ייכלל ברכיב ההון העצמי.
 |
| 1. **מבחן יכולת הפירעון**
 | * **ניתן לחלק דיבידנד רק אם אין חשש סביר שבעקבות החלוקה החברה לא תוכל לפרוע חובות לנושה במועד קיומם**.
1. **מבחן יכולת הפירעון הוא תזרימי (תלוי זמן):** לבחון שאין חשש סביר שחברה לא תוכל לקיים התחייבויות צפויות בעקבות החלוקה, בהגיע מועד קיומן של ההתחייבויות.
2. **בחינת ההתחייבויות כוללת**: (**א**) כמות התחייבויות (**ב**) מועד פירעון (**ג**) הערכה לא מדויקת (בשונה ממבחן הרווח) לגבי יכולת הפירעון 🡨 היחס בין הנכסים וההתחייבויות זה האינדיקציה העיקרית לגבי יכולת הפירעון, וייבחן ע"פ חוו"ד מומחים ונתוני החברה משנים קודמות.
* מבחן יכולת הפירעון בוחן האם נשמר הכלל שנושים קודמים לבעלי מניות: חלוקה היא אירוע חריג של מתן רווח לבעלי המניות כשיש נושים, ויש לוודא שתהיה אפשרות לפרוע את חובות הנושים הללו בשביל לחלק.
* דוק: הגדרת דיבידנד זה העברה ללא תמורה, כלומר, ככל שיש תמורה זה לא נחשב חלוקה, כיוון שיהיה נכס לפרוע ממנו את חובות הנושים (מכונית בשווי הכסף שהחברה נתנה).
* להבדיל ממבחן הרווח, מבחן יכולת הפירעון איננו נקבע ע"פ כללי חשבונות ודו"חות כספיים, אלא הוא יותר מהותי.

**ס303(א)-** **למרות שהמבחנים מצטברים, ניתן להסתפק רק במבחן יכולת הפירעון באישור ביהמ"ש.** |
| **היחס בין המבחנים** |
| * **מבחן יכולת הפירעון גובר:**
 | * ס303- **חריג לפיו באישור ביהמ"ש ניתן לחלק דיבידנד בהסתמך על מבחן יכולת הפירעון בלבד, ללא מבחן הרווח**.
* למשל, מקרים בהם החברה מכניסה כספים שלא משתקפים ברווח והפסד של החברה, ולא ייראו בעודפים (בהנפקת מניות רכיב ההון העצמי גדל, אבל העודפים נשאר זהה, ההשקעה לא תיכנס לדוח רווח והפסד.
* פס"ד חורב: מדובר על שאלה של חלוקת רווחים שלא מנויים בעודפים, אלא בתוך ההון העצמי. לא קיימו את מבחן הרווח, ורוצים לדעת האם ניתן להסתמך על מבחן יכולת הפירעון **ללא אישור בימ"ש**. נקבע שלא.
 |
| **ההבדל בין המבחנים:** | * **מבחן הרווח**: **מבחן צופה פני עבר**, סיכום המצב הכלכלי עד לנק' הנוכחית, הסתמכות על דו"חות כספיים שנערכים גם בלי קשר לחלוקה.
* **מבחן יכולת הפירעון:** **מבחן צופה פני עתיד**, לפי הסתברויות וללא וודאות. האם לחברה יכולת פירעון בעתיד בהגיע מועד פירעון. מבחן תזרימי תלוי זמן, בוחן את מצב החברה העתידי אם תהיה חלוקה.
* חשוב: למרות שמבחן יכולת הפירעון חשוב יותר, גובר ומכריע ואפשר לחלק בלי מבחן הרווח, ביהמ"ש יבקר חלוקות שעברו גם את מבחן יכולת הפירעון (אלוביץ').
 |
| **חלוקה אסורה** |
| **פס"ד ורדניקוב** | * **עובדות:** אלוביץ רצה לקנות ממניות בזק כדי להפוך לבעל השליטה, ולקח הלוואה לשם כך. רכישה ממונפת. הוא תיכנן להחזיר את החוב באמצעות דיבידנדים כשיחולקו.
* הדירקטוריון החליט על חלוקה, והדיבידנד (הפחתת ההון) עמד על 3 מיליארד שפוזרו על תקופה ארוכה, גם מרווח וגם שלא מרווח. הכל עמד במבחן יכולת הרווח ומבחן יכולת הפירעון, **ולכן אין פה חלוקה אסורה.**
* **טענת התובע:** ורדניקוב, בעל מניות מיעוט, מגיש בקשה לתביעה נגזרת, וטען לבחינת התנהלות הדירקטורים, אלוביץ' הפעיל לחץ לחלוקה. **הוא טוען לעניין אישי גם של בעל השליטה, וגם של הדירקטורים.**
* **האם ניתן לעתור לאחריות הדירקטורים גם בביצוע חלוקה מותרת?**
* **באופן עקרוני, ניתן לעתור לגבי התנהלות הדירקטורים בהליך קבלת ההחלטה, גם אם אין נזק תוצאתי לחברה (מנגד הדירקטורים יטענו לכלל שקה"ד העסקי**).
* דיוק מושגי: לדעת האן השימוש במושג "הפחתת הון" ולא במושג "חלוקה" מדבר על חלוקה מותרת שנעשתה ללא קיום מבחן הרווח באישור בימ"ש, ואילו חלוקה זה עמידה בשני המבחנים כרגיל.
* **עניין אישי (גם של בעל השליטה וגם של נושאי המשרה):**
* עמית: **עניין אישי מתגבש כאשר האפקט של הפעולה שונה בין בעלי המניות, בלי קשר למניע והרצון לפעולה 🡨 ואילו בדיבידנד ההשפעה זהה, רווח לכולם באופן יחסי להשקעה.**
* לכן, לא ניתן לטעון שלדירקטורים שהם בעלי מניות היה עניין אישי בהחלטה; ולא ניתן לטעון שלאלוביץ יש עניין אישי, כי לא משנה למה רצה חלוקה, זה משתלם לכל בעלי המניות.
* האן: **באופן כללי, אין לאשר תביעות נגזרות במצבים כאלה של חלוקה, כי "תובע ושרץ בידו", בעל המניות גם נהנה מהחלוקה. הוא לא באמת לטובת החברה ואלטרואיסט.**

אומנם:* **סטנדרט הבחינה שיחול:**
* ביחס לבעל השליטה, א"א להתעלם מכך שהרקע לרצון לחלוקה בשילוב עם המעמד הגבוה ייחודי, ולכן הליך קבלת ההחלטה יבחן בסטנדרט הבחינה המוגברת (שזה סטנדרט קצת פחות חמור מהגינות מלאה, כי הרי אמרנו שאין לו עניין אישי במפורש, אלא פשוט לכסתח).
* ביחס לנושאי המשרה, יחול כלל שיקול הדעת העסקי.
* הערת אגב: עד ורדניקוב סטנדרט הבחינה המוגברת חל רק ברכישה ממונפת כמו במקרה דנן 🡨 ובפס"ד בטר פלייס (2022) זה היה בהקשר נוסף. אז לא ידוע האם זה יתפוס כסטנדרט ביניים בישראל.
 |
| **סעדים- חלוקה שלא עומדת במבחנים דלעיל היא חלוקה אסורה.** |
| 1. **סעד השבה (ס310)-**
 | * **הכלל (ס310):** בעלי מניות שקיבלו את הדיבידנדים שלא כדין (על חשבון הנושים), וידעו או היו צריכים לדעת שמדובר בחלוקה שלא כדין, יצטרכו להשיב את הדיבידנד שחולק.
* **חריג (ס310(א)):** במקרה שבעל המניות היה תם לב, לא ידע או לא היה צריך לדעת שמדובר בדיבידנד שחולק שלא כדין, ישוחרר מההשבה. הרציונל: תקנת השוק, הגנה על צד תם לב, לא לפגוע בוודאות ובחיי המסחר התקינים.
* חזקה על תום לב בחברה ציבורית: חזקה לטובת בעל מניה בחב"צ, שאיננו נושא משרה או בעל שליטה, שלא ידע ולא יכול היה לדעת שהחלוקה אסורה. ולכן לא יתחייב בהשבה.
 |
| 1. **אחריות על דירקטורים (ס311)-**
 | * **הכלל:** דירקטורים שכיהנו כדירקטורים בעת קבלת ההחלטה על החלוקה האסורה, ייראו כמי שהפרו את חובותיהם כלפי החברה: חובת זהירות (ס253) או חובת אמונים (ס254), לפי נסיבות העניין (חוסר זהירות מספקת או ניגוד עניינים).
* דוק: לא מתחילים לבחון הפרת חובת אמונים/חו"ז, אלא ככל שהוכרע שהייתה חלוקה אסורה, האחריות על הדירקטורים היא מוחלטת, והשאלה היחידה היא רק איזו חובה מן החובות (להלן נראה פסיקה לגבי איזו חובה).
* הנפקות: (**א**) לחו"ז יש ביטוח ולחובת אמונים אין (**ב**) בד"כ רק לחו"ז יש פטור, אך ס259(ב) מחריג, כיוון שהמחליטים על מתן פטור הם בעלי המניות שהרוויחו ממילא מהחלוקה.
* מי התובע? **(1)** נושה (ס204)- בד"כ נושה לא תובע מטעם החברה הנפגעת, אלא קיבל יכולת בחלוקה אסורה לנהל תביעה נגזרת **(2)** מפרק (מלרג).
* **החריגים:**
	1. אלא אם התנגד לחלוקה האסורה ונקט כל האמצעים הסבירים כדי למנעה
	2. אלא אם הסתמך בתו"ל הסתמכות סבירה על מידע שאילולא היה מטעה הייתה החלוקה מותרת
	3. שבנסיבות העניין, לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה.
 |
| **חלוקה אסורה וכלל שיקול הדעת העסקי** |
| **פס"ד מלרג**הפרת מבחן יכולת הפירעון | * הפרת מבחן יכולת הפירעון. הדירקטורים נושאים באחריות אוטומטית, ונדרש להכריע בין החובות. נטען לחו"ז שהרי חובת אמונים לא מקנה פיצוי.
* השאלה: האם כל חלוקה אסורה מובילה לאחריות דירקטורים, או שמא ניתן שע"א החלוקה האסורה לא יישאו באחריות?
 | * במקרה זה ביהמ"ש מצא שהייתה חלוקה אסורה **וקבע שחלוקה אסורה שווה הפרת חובה**, לכן אין מה להפעיל כלל שיקול דעת עסקי.
 |
| **פס"ד חורב**הפרת מבחן הרווח וכלל שקה"ד העסקי | * הפרת מבחן הרווח, ולא יכולת הפירעון. חלוקה אסורה.
* הדירקטורים טוענים לכלל שקה"ד העסקי, ההחלטה הייתה מיודעת והתבססו על חוו"ד מומחים כשפעלו.
 | * **רונן: מדובר בחלוקה אסורה ע"פ דין, הפרת מבחן הרווח 🡨 לכן לא ניתן לטעון לכלל שקה"ד העסקי.**
* טענות הגנה לא יכולות לעמוד כאשר פעלו בניגוד לדין.
* **חלוקה אסורה = חשיפה לאחריות.**
 |
| **פס"ד רוט** | * אי עמידה במבחן הרווח. עומד מול פס"ד חורב. מה היחס של השופט כבוב ביחס לקביעת רונן? **להשלים**
 |
| **פס"ד סאני** | **אי קיום מבחן יכולת הפירעון.** * **כבוב: כלל שקה"ד העסקי יכול לעמוד בחלוקה אסורה שקשורה בהפרת מבחן יכולת הפירעון.**
* **ומה לגבי מבחן הרווח?** לכאורה ניתן לטעון מק"ו, שאם בהפרת מבחן יכולת הפירעון המהותי ניתן להעמיד את הכלל, כנ"ל במבחן הרווח. אומנם, לא כך נקבע.
* **השופט מתבסס על המאמר של האן:**
* להבדיל מהפרת מבחן הרווח, שהוא מבחן טכני שנותן תשובה חד משמעית לגבי היכולת לחלק 🡨 מבחן יכולת הפירעון הוא ספוקלטיבי וצופה פני עתיד.
* **לכן, ככל שייקבע שההליך היה כהוגן והנסיבות העובדתיות מלמדות שהמבחן נבחן בצורה המיטבית – טעות בגין יישום המבחן, תעמיד את חזקת התקינות וכלל שקה"ד העסקי**.
* חריג: אם הנסיבות מלמדות שההחלטה לא בבירור לא עמדה במבחן יכולת הפירעון, הדירקטורים יישאו באחריות.
 |
| **פס"ד חב"ס** | * אי עמידה במבחן יכולת הפירעון.
 | * **כלל שקה"ד העסקי לנושא משרה לא רלוונטי בחלוקה אסורה.**
 |
| **פס"ד ורדניקוב** | * לעיל, עמידה בשני המבחנים – חלוקה מותרת.
 | * **שק"ד עסקי חל (אמנם הוכרע לגבי חלוקה מותרת).**
 |
| **חלוקה אסורה וכלל שיקול הדעת העסקי –****סיכום הדעות** | * בהנחה שלא עמדו באחד המבחנים – האם כלל שקה"ד העסקי יחול \_סיכום הפסיקה דלעיל)?
1. **לגבי מבחן הרווח-**
2. אי קיום מבחן הרווח ללא אישור בימ"ש, נחשב הפרת הדין, **ולא** יכול לעמוד כך כלל שקה"ד העסקי(חורב).
3. **לגבי מבחן יכולת הפירעון-**
4. אי קיום מבחן יכולת הפירעון מפר את הדין, ולא יכול לעמוד כך כלל שקה"ד העסקי(חבס)
5. אי עמידה במבחן יכולת הפירעון, ככל שהוא נבחן כהוגן בנסיבות העניין, עדיין **מאפשרת** להחיל את כלל שקה"ד העסקי (סאני).
* הסיבה להבחנה: בפס"ד חורב אי עמידה במבחן הרווח, זה כמו אי קיום מבחן הרווח, כיוון שהמבחן הוא ברור לגבי תוצאתו 🡨 ואילו, בפס"ד סאני הובהר אי עמידה במבחן הפירעון לא זהה לאי קיום כלל של מבחן הפירעון, שהרי המבחן צופה עתיד, אז ככל שזה נבחן כהוגן, חל הכלל.
 |
| **פטור שיפוי וביטוח** | * **ביטוח:** ניתן להחיל רק בהפרת חובת זהירות.
* **פטור:** לא ניתן להחיל על אף אחת מההפרות. חל רק בחו"ז ככלל, אך בחלוקה אסורה לא חל פטור גם בחו"ז (ס259(ב).
 |
| **התובע**  | **ס' 204:** מאפשר **לנושים** לתבוע בתביעה נגזרת(שכן לדירקטורים ולבעלי המניות אין אינטרס לתבוע על החלוקה האסורה) |
| **רכישה** |
| * **"חלוקה" (ס1)- (1)** מתן דיבידנדים (**2) רכישה:** "ולעניין זה רכישה היא כאשר חברה רוכשת את המניות של עצמה"**.**
* **מדוע רכישה נחשבת לחלוקה?** מפני שקניית המניה היא הוצאת כסף, ללא קבלת תמורה. למרות שיש נכס, יש מניה בתמורה, אך אין לה ערך כלכלי לנושים ביום חדל"פ (זהו המבחן לתמורה, ערך ביום חדל"פ), כי מניה היא זכות לקבל רווחים מהחברה אם תחליט לחלק, וביום חדל"פ החברה לא תהיה שווה כלום ולא יהיה לה מה לחלק, וגם אם יהיה, זה הוא שייך לנושים קודם 🡨 ולכן, רכישה היא פעולה חד סטרית כמו חלוקה, שדורשת לעמוד במבחני החלוקה דלעיל (ס302).
* **ס308- רכישת מניות של החברה ע"י עצמה, הופכת את המניות לרדומות, לא מקנה זכויות אקטיביות לחברה, עד מכירתה לצד ג' 🡨** ולכן יש פה חיזוק לזכויות ההצבעה של שאר בעלי המניות, **אנטי דילול.**
* **מה הסיבה לבצע רכישה עצמית?** כל מיני, למשל חשש להנפיק מניות נוספות בבורסה בגלל תנאי השוק; או ח"פ לא רוצה להפוך עצמה לח"צ כדי לשמור על אינטימיות, והניצעים בעלי זכות הסירוב הראשונה נעדרי יכולת כלכלית, אז רוכשים באמצעות החברה בינתיים. וכו'.
 |

|  |
| --- |
| **הרמת מסך- ס' 6** |
| **רקע** | * שני מאפיינים ייחודים לנושה של חברה:
	+ - 1. הנושה יכול לגבות רק מהחברה בעקבות דוקטרינת האישיות המשפטית הנפרדת;
			2. הנושה יכול לגבות רק מסל נכסי החברה ולא מנכסים אחרים;
* ההבדל בין נושה של אדם פרטי לנושה של חברה- בחברה, לכאורה ברגע שהחברה בחדל"פ אין כתובת לקבלת החוב ואילו באדם פרטי החוב ישאר על האדם ועל צאציו(אם כי גם פה אדם יכול להכריז עם פשיטת רגל)
* הסיכון המיוחד בחברה הוא שיש גורמים אנושיים שאינם החברה מבחינה משפטית אך כן מעורבים בהכוונתה, והם יכולים מראש לעצב ולהגדיר את גודל קופת החברה. אותם אנשים לא חבים בחובות החברה ולכן הנושה לא יכול לפנות אליהם. כך, שבתיאוריה יש לו זכות משפטית מוגנת, אבל פרקטית אין לו ממי לגבות את הכסף.
 |
| **הרמת מסך** | * הרמת מסך: תמונה נוגדת לנקודת המוצא בה החברה היא אישיות נפרדת ומנותקת מבעלי המניות(ס' 4).
* **ס' 6-** במקרים חריגים נתעלם מההפרדה בין החברה לבין בעלי המניות. (נדרש לאזן בין צדק ורגש כמו במקרי חדל"פ).
* רוב המקרים בהם עולה השאלה של הרמת מסך במובן של ייחוס חוב של חברה לבעלי המניות יהיה מדובר בחברות פרטיות. בחברה ציבורית בד"כ יש הפרדה בין מקבלי ההחלטות לבין בעלי הזכויות. בעלי המניות לא מעורבים ביום-יום של החברה ולכן גם בנסיבות מוקצנות שמשהו לא תקין יפנו לאנשים שהם נושאי משרה.
* בחברה פרטית ההבחנה הפרסונאלית בין מי שהוא נושא משרה לבין מי שהוא בעל מניות היא מטושטשת יותר. הרבה פעמים אותו אדם שהוא נושא משרה הוא גם בעל מניות. (לדוג' סלומון לעיל, שהיה מנכ"ל, דירקטור, אחרון העובדים ובעל המניות).
* **לשים לב:** אם מדובר במקרה של קיפוח נושה, ניתן להשתמש בעילה ייעודית לכך (חלוקה אסורה) תמיד צריך הרמת מסך. לכן הרמת מסך הרבה יותר רלוונטית בחברות פרטיות.
* ס' 193 מתייחס להפרת חובת הגינות: יש לפנות להרמת מסך רק כשכל הסעדים האחרים לא פיצו על החובות של הנושים.
 |
| **המסגרת הנורמטיבית** | * **ס' 6(א)-** שני סעיפים קטנים (א)+(ב). סעיף זה מגדיר מתי ביהמ"ש יכול לייחס חוב של החברה לבעל המניות.
* אירוע א: **שימוש באישיות המשפטית באופן שיש בו להונות אדם או לקפח נושה**.
* אירוע ב: **כאשר החברה מתנהלת באופן הפוגע בתכלית החברה, תוך נטילת סיכון בלתי סביר לפירעון חובותיה.**
* כתוב בס' שירימו מסך **"כשצודק ונכון לעשות כן**" בנסיבות ס"ק (א)+(ב). המונח "צודק ונכון" השתרבב פנימה לס' 6(א) אחרי תיקוני פסיקה למיניהם, כשלא ברור מדוע המחוקק השאיר את המונח "צודק ונכון" גם ביחס לס' 6(ב).
* **ס' 6(ב)** מאפשר הורדת מסך של זכות או חובה. **מייחסים זכות או חובה של בעל מניות לחברה**. זה קיים גם בציר ההפוך, וזכות של חברה ניתן לייחס לבעל המניה.
* כאשר ביהמ"ש מגיע למסקנה שיש מקום ליחס חוב של חברה לבעלי המניות הוא יכול **לבצע הבחנה** בתוך בעלי המניות וליחס את החובות לחלק מבעלי המניות לפי מידת המעורבות של אותם בעלי המניות בהתנהלות הלא תקינה של החברה.
* **חשוב! אם חברה מבריחה נכסים כלפי מעלה (לבעלי המניות), אין צורך בהרמת מסך שכן נפעל לפי "חלוקה אסורה" ס' 310. רק בהברחה כלפי מטה נפעל לפי ס' 6.**
 |
| **"להונות אדם / לקפח נושה" – ס' 6(א)(1)(א)** |
| **עירוב/הברחת נכסים** | * נסיבה שהשתרשה בפסיקה עוד מלפני חוק החברות.
* **ערוב נכסים:** מקרים בהם יש ערבוב רישומי או התנהלותי בין בעל המניות לחברה (בעל המניות פועל לעיתים כחברה ופעם כבעל מניות)
* ביהמ"ש יטיל על בעל מניות את חובות החברה כאשר מתברר שלא נעשתה הפרדה בהתנהלות בין בעל המניות והחברה. מצד אחד בעל המניות ערבב נכסים ועכשיו כשלחברה יש משבר טוען בעל המניות שיש הפרדה.
* יתכן שביהמ"ש יקבע שסכום חד פעמי משמעותי מספיק, אבל אם זה סכום זעום דורשים פעילות חוזרת ונשנית.
 |
| **פס"ד נהר השקעות:** | * **עובדות:** אגודה שיתופית נהריה שהינה בעלת מניות בחברת "נהר השקעות" האגודה קיימת לפני הקמת עריית נהריה. לאחר הקמת העירייה, עיריית נהריה מעוניינת להפקיע את הנכסים של האגודה השיתופית (קרקע עליה מגדל מים). במקור התשתיות היו בידיים פרטיות.
* הרשות המקומית מבקשת לקבל לידיה את התשתיות, וכדי להפקיע מוציאים צו על פי סמכות.
* **בתגובה, האגודה השיתופית מחליטה להעביר את כל נכסיה לנהר השקעות**. וכשמגיעים לאגודה בדרישה לקבלת הנכסים האגודה אומרת שזה לא שלה , אלא בבעלות החברה.
* לא ניתן לפנות לחברה מאחר שההליך השלטוני שבוצע התייחס לנכסי אגודות שיתופיות. וכדי להניע מחדש תהליך שלטוני שלם נדרשים משאבים זמן ובירוקרטיה.
* טענת המועצה המקומית: הנכסים עברו לנ"ה כשמהלך ההפקעה כבר היה ידוע. והאגודה עשתה זאת על רקע ההחלטה וביצעה **הברחת נכסים**.
 | * **קביעת ביהמ"ש:** מזהים בין האגודה השיתופית לבין החברה. מדובר במצב של מרמה, לכן המהלך החקיקתי שנוגע לנכסים של האגודה נוגע גם לנכסי החברה שהאגודה הבריחה לתוכה.
* הסיטואציה העובדתית של נהר השקעות נופלת כיום ל**ס'6(ב),** מאחר שהוא מחייב חובה של בעל מניה לחברה (מוריד חובה). ביחסים של חברת אם מול חברת בת, חברת האם היא בעלת המניות של חברת הבת. לוקחים חובה של האגודה השיתופית (החובה למסור את הנכסים שלה) ומייחסים אותה לחברה שמתחתיה.
* בס' 6(ב) המחוקק מדבר על שלושה דברים שניתן לייחס מבעל המניה לחברה: (א) חובות; (ב) זכויות; (ג) תכונה;
* ייחוס תכונה🡨 "הרמת מסך מדומה" (ס'-6(ב)). ייתכן שבשל "ייחוס תכונה" ניתן להבין מדוע המחוקק לא מתבנת את הסיטואציה לתבניות. ייתכן שהיה נכון יותר לקחת את הנושא של תכונה ולייחס לה סעיף נפרד.
* בשורה תחתונה, אין באמת הסבר שמניח את הדעת לשוני בין ס' 6(א) לס' 6(ב).
 |
| **פס"ד ולקובסקי** | * עובדות: בעל מניות ב-10 חברות מוניות כשהוא מפעיל ברחבי ניו-יורק 20 מוניות🡨יש עשר חברות, בכל חברה שתי מוניות, לכל מונית פוליסת ביטוח חובה.
* אחת המוניות דורסת את ולקובסקי והחברה צריכה לשלם פיצויים. הבעיה, בכל תאגיד יש מעט מאוד רכוש. הוא ביטח כל מונית בביטוח הכי נמוך.
* השאלה המשפטית: האם ניתן לחייב את קרלטון כבעל מניות על כל הרכוש של כל החברות שלו או שהתביעה היא רק על הרכוש של החברה המסוימת בה המונית שדרסה.
* ולקובסקי טוען שקרלטון הוא בעל המניות היחיד והוא מנהל את כל החברות ומדובר בפיצול מלאכותי (משפחה אחת גדולה). לכן, טוען שיש מקום להרים מסך ולקבוע שכולם חייבים לו כאחד. כל הפיצוי הזה נועד ע"מ לתחם את חשיפת קרלטון לאחריות.
* השאלה האם זה לגיטימי לקחת פעילות מסוימת ולפצל אותה לתאגידים שונים (s.p.c). מחד, תכנון עסקי, מנגד ייתכן שזה פיצול מלאכותי ומדובר כאן **במימון דק** מכוון (מתחמים את החברה לרכוש מוגבל כדי שביום שיתבעו אותה לא יהיה מאיפה לשלם).
 | * דעת מיעוט: צריך לחייב את קרלטון. הוא עשה את המהלך הביטוחי כדי לתחם את הנזק. הוא ידע שזה יכול לקרות והוא לא רצה לסכן את הרכוש שלו.
* דעת הרוב: לא רואה במהלך של קרלטון בעיה, אלא מהלך עסקי סביר וחכם, אין בכך עילה להרים מסך. תאגיד עם סכום מינימלי של נכסים הוא חוקי.
 |
| * **לדעת האן:** יש בעיה לקבל את הרמת המסך במצב כזה. אם נקבל את הרמת המסך יצא שעדיף להידרס ע"י אדם עשיר ולא ע"י אדם עני כי לעני אין עוד חברות שנוכל לקחת מהן את פיצויי הנזקים.
* נקודה שניה, המחוקק הטיל על בעלים של רכב לשלם ביטוח חובה שהוא ביטוח שיכסה על מקרים של נזקי גוף. המחוקק נתן את דעתו ולכן אין לאלץ להגשים צדק תוך סירוס דיני החברות בגלל שהשיעור החקיקתי לא מתאים.
* מאחר שניתן להשתמש בדיני הנזיקין, יכולים לפעול כאן מעבר לכיסוי הביטוחי ואין לאלץ שימוש בדיני החברות באופן לא טבעי לצורך הרמת מסך.
* פיצול חברה הוא שיקול כלכלי לגיטימי. פיצול מלאכותי יכול להביא להרמת מסך אך יש לבחון כל מקרה לגופו.
 |
| **באופן הפוגע בתכלית החברה, סיכון בלתי סביר- ס' 6(א)(1)(ב)** |
| **פס"ד בן אבו נ' דלתות חמדיה**: | * **עובדות:** חברת "בן אבו" היא חברה משפחתית של בעל ואישה ודלתות חמדיה סיפקו להם סחורות. בן אבו נכנסו לקשיים כספיים אולם לא דיווחו על כך "לדלתות חמדיה" והמשיכו לצרוך מהם דברים. הסדרי התשלום היו בצ'קים דחויים. כשהסחורה סופקה דלתות חמדיה לא יכלו לדעת שהצ'קים לא יפדו. הם ביקשו להרים מסך ולהגיע לבן אבו עצמו כי החברה לא מצליחה לשלם.
	+ - * ההבדל בין הן אבו לסולומון הוא שבן אבו הסתיר מידע ולא סיפר שהוא בקשיים.
* **ביהמ"ש–**מחלוקת בדרך לתוצאה בין רובינשטיין לבין ברק.
	+ - * **רובינשטיין:** יש להרים מסך. ההנמקה של רובינשטיין לכך היא **בסיס של חוסר תו"ל** בצירוף של נטילת סיכון בלתי סביר. הסיכון הבלתי סביר הוא בכך שבן אבו לוקח על עצמו עוד חובות כשהחברה בקשיים כספיים.
			* **ברק**: אין להרמת מסך, מאחר שניתן להתבסס על תו"ל בלבד (ס' 12 לחוק החוזים). מי שהתנהל בחוסר תו"ל יישא באחריות על התנהלות זו.
			* למעשה אין הבדל בין ברק לרובינשטיין, אך דוקטרינרית רובינשטיין מגיע לבן אבו בהיותו בעל מניות וברק מגיע אליו בהיותו אדם שהתנהל בחוסר תו"ל.
* הביקורת של האן: השופטים לא מבינים מספיק את המצוקה ואת הרגישות שיש בשוק הפרטי. בן אבו לא ניסה להונות את הספקים, הוא פעל מתוך מצוקה ובסוג של חוסר אונים. הוא רוצה לייצב את העסק ועל מנת לעשות זאת, הא חייב להמשיך לעבוד, הוא חייב להמשיך לספק סחורה ולקיים חיי מסחר על אף הקשיים הכלכליים.
	+ - * ישנה גישה יותר מציאותית שמציג **השופט מצא בפס"ד אחר, שם נאמר שאם הנושים רוצים להטיל אחריות על בעל המניות הם היו צריכים להחתים אותו על ערבות אישית**.
 |
| **מימון דק** ("הון עצמי בלתי הולם") | * **מימון דק-** מתחמים את החברה לרכוש מוגבל כדי שביום שיתבעו אותה לא יהיה מאיפה לשלם.
* מתורגם מהביטוי "Thin Capital", (המימון יכול להיות ענק אבל הערכים של ההון העצמי יכולים להיות מזעריים).
* **ס' 6(א)(1)(ב)** מגדיר את הפעילות האסורה כפגיעה בתכלית החברה תוך נטילת סיכון בלתי סביר. הטענה היא שכשלחברה הון עצמי רזה במיוחד מקצינים את הסיכונים, זה הופך להיות יותר בלתי סביר. לכאורה, בחוק אין דרישה לסכום מינימלי של הון עצמי כדי להקים חברה.
 |
| **אפרוחי הצפון**: |
| **עובדות** | * קיבוצים הקימו את חברת "אפרוחי הצפון" יחד כדי שתיתן שירות של תוצר חקלאי לקיבוצים האחרים, ובעצם מאחדים משאבים. החברה תשווק את התוצר והרווחים, ככל שיהיו, יגיעו לקיבוצים כדיבידנד. ההשקעה בחברה הייתה 190 ₪ בלבד בעוד שהפעילות בחברה היא בהיקף של מיליונים, החשיפה של התחייבויות במיליונים. הנושים השונים היו בין היתר בנקים וספקים (בין אם מהקיבוצים ובין אם מגורמים אחרים).
* מלבד ההשקעה של 190 שקלים כהון עצמי, הייתה השקעה נוספת של 900 אלף כהלוואת בעלים.
* את ה-900 אלף בעלי המניות סימנו כהתחייבות של 900 אלף, (השקיעו את זה כהלוואה). את החלוקה מה מתוך הסכום המושקע משקיעים כנגד מניות (ואז מקבלים את זה אחרי נושים- 190ש"ח ) לעומת איזה חלק מלווים לחברה (ואז נמצאים באותו מקום של שאר הנושים של החברה) מחליטים בעלי המניות בעצמם. בעלי המניות זוכים בטוב בשני העולמות.
* תחילה החברה הצליחה והגיע למחזור כספי של 1.5M אך בעקבות פגם גנטי שנמצא בעופות, החברה נקלעה לקשיים והגיעה בסופו של דבר לחדל"פ.
* המפרק של החברה החליט להשעות את פירעון החוב של בעלי המניות בכובעם כנושים בשל אותו מימון דק ונטילת סיכון בלתי סביר, על החלטה זו מערערים בעלי המניות בפסה"ד.
* **השאלה המשפטית:** האם **המימון הדק** כשלעצמו מהווה עילה לדחיית הפירעון של בעלי המניות ואף עילה להרמת מסך בנסיבות מסוימות או שנדרש דבר מה נוסף כגון חתו"ל?
 |
| **ביהמ"ש:** | * **פרוקצ'יה(רוב)**: המהלך של הקיבוצים אינו פרופורציונלי (השקעה של 190 ₪ לעומת התחייבויות בסך מיליוני שקלים). ככל שיש על החברה יותר התחייבויות מצופה שתהיה פרופורציה גם ביחס לרמת ההשקעה. קובעת שזה מימון דק ולכן זה בסיס לחייב את חובות החברה לבעל המניות.
* **רובינשטיין (מיעוט**): מחזיר את התיק למחוזי להמשך בירור. לדעת רובינשטיין צריך אלמנט שלילי כלשהו נוסף מלבד עצם המימון הדק, והיות שהדברים לא התבררו עד תום צריך להחזיר למחוזי.
* **הסעד שפוסק ביהמ"ש:** דחיית החוב של בעלי המניות, דהיינו, קודם משלמים לשאר הנושים ורק אז פורעים את ההתחייבות כלפי החוב של בעלי המניות.
 |
| **ביקורות של האן** | * + - * **נקודה ראשונה:** קשה להסתכל רק על ה-190 כה"כסף של החברה" משום שלאורך הזמן עבר בה כסף רב ויש לבחון האם במהלך כל השנים החברה פעלה באופן לא הולם ביחס להון העצמי שלה .
* **נקודה שניה:** השאלה הרלוונטית היא לא האם יש פה הלוואה מוגזמת, אלא האם הסכום שהוחלט על חלוקתו עומד במבחני החלוקה. ואם לא, יש לתקוף כחלוקה אסורה.
* **נקודה שלישית:** היה נכון לבחון האם אכן החברה לקחה סיכון בלתי סביר לפי המודל העסקי שהיא אמצה. לכאורה, המודל העסקי של החברה היה תקין. הכישלון החל שגילו פגם גנטי בעופות. אם היה צפוי וידעו שיש סיכון מובנה שעלול להתפרץ זו אכן בעיה. אך אם זה היה בלתי צפוי (למשל זן חדש שלא ניתן לצפייה) אז לא ניתן לשמור עתודות על כל דבר ואז אין בעיה בהתנהלות שלהם. לדעת האן היה צריך להעלות מומחה וטרינריה ולהבין האם הפגם הזה היה צפוי שאז היה צריך להיערך להתרחשותו או שלא ואז אין בעיה בהתנהלות בעלי המניות.
 |
| **סעדים** |
| **קיימים שני סעדים עקריים בהרמת מסך:** | * ס' 6: **ייחוס חוב של החברה לבעל מניות**(מעבר קש"ס לנזק).
* ס"ק (ג): **דחיית חובו של בעל מניות מפני חובות של אחרים**. גם אם בעל המניות הוא בעצמו נושה של החברה אומרים לו שהוא בסוף התור, ושאר הנושים לפניו.
* ס' 7 קובע סעד צופה פני עתיד מעבר לסעד המיידי. סעד זה הוא הגבלת עיסוק של אותו בעל מניה כלפיו הייתה הרמת מסך, עד 5 שנים קדימה, בהם הוא אינו יכול להיות מעורב ביסוד תאגידים חדשים, ולא יכול להיות דירקטור בתאגידים אחרים.
 |

1. [↑](#footnote-ref-1)