

דף סיכום בחינה

מזהה בחינה: 001000270367 מזהה סטודנט: 250990

שם קורס: דיני חברות

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון
1	100.00	95.00
2	1.00	

ציון בחינה סופי : 95.00

הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים

אוניברסיטת בר-אילן
הפקולטה למשפטים
99205-01
מבחן ב"דיני חברות"
מועד ב
מרצה: פרופ' דוד האן

הנחיות כלליות:

1. משך הבחינה – שעתיים. אין הארכות. תכננו את הזמן בהתאם.
2. אורך כל התשובות המבחן יחדיו לא יחרוג מארבעה (4) עמודים/1800 מילים. כל חריגה ממכסה זו לא תיקרא. תכננו את חלוקת המקום בהתאם לשאלות השונות.
3. ניתן להשתמש בכל חומר עזר.

חברת "מים מלוחים" (להלן: "החברה") היא חברה ציבורית העוסקת בתחומי האנרגיה ולה מספר מפעלים ברחבי הארץ. מניות חברת "מים מלוחים" מוחזקות באופן הבא: מר דני מרקר (להלן: "דני") מחזיק ב-27%, בנק "ברכה" מחזיק ב-10%, "רפאל" ביטוח מחזיקה ב-12%, "הנץ" מחזיקה ב-8%, ויתר מניותיה מחוזקות בידי הציבור. דני מכהן גם כיו"ר הדירקטוריון. אחיו של דני, גוני מרקר (להלן: "גוני") מכהן כמנכ"ל החברה. בפתיחת שנת 2017 אחד מהיעדים שקבעה החברה הוא להרחיב את תחום פעילותה ולהקים מפעלים גם באזורים נוספים בארץ. במהלך שנת 2017, נודע לדני וגוני מרקר כי עתיד להתפרסם לראשונה מכרז להקמת מפעל בים המלח בשווי של כמיליארד ש"ח. בעקבות כך, העלו דני וגוני מרקר לאישורה של החברה את ההצעה לגשת למכרז האמור.

ישיבת הדירקטוריון התנהלה כדלקמן:

בפתח הישיבה, ביקשו דני וגוני מרקר לחדד כי אם החברה אכן תזכה במכרז, שניהם יהיו זכאים לבונוס אישי מן החברה בגין מאמציהם ופעילותם לקידום הצעת החברה במכרז. במהלך הדיון, אחד הדחצ"ים בחברה, ירון פיילוט (להלן: "ירון"), אמר שהוא אומנם בעד שהחברה תיגש למכרז בתנאים האמורים, אך ביקש לציין כי נודע לו שלאחרונה נכנס דני כמשקיע במפעל מתקן התפלה שנמצא מול חופי נהריה וביקש את התייחסותו לכך. דני השיב לו ולכל המשתתפים: "זה אינו מעניינכם כאן, ולא קשור כלל למכרז הנדון". לאחר דיון ממושך בדירקטוריון החברה, הוחלט לאשר את ההגשה למכרז וכן את הבונוס האישי עבור דני וגוני אם וכאשר החברה תזכה במכרז. בחודש דצמבר 2017 נמסרה לחברה הודעה על זכייתה במכרז. בהתאם, דני וגוני ביקשו לממש את זכאותם לבונוס.

א. דונו בדרישתם של דני וגוני.

בחלוף שנתיים לאחר שזכתה במכרז, השלימה החברה את הקמת המפעל בים המלח. בין השנים 2020-2022 התקבלו תלונות רבות מהעסקים הסמוכים למפעל, על מטרדי ריח ורעש בעוצמה חזקה שנגרמים כתוצאה מפעילות המפעל. לפי התלונות, מטרדי הריח והרעש גרמו לבעלי העסקים הסמוכים למפעל תופעות לווי שכללו בין היתר כאבי ראש, מטרד בלתי פוסק ואף קשיי נשימה. בעקבות זאת, בתחילת שנת 2022 שלח המשרד להגנת הסביבה צוותים מטעמו לביקורת. וכן לאימות התלונות. בסופה של הביקורת הוחלט כי יש להוציא צווים מנהליים המורים לחברה לסלק את המפגע. ממצאי הביקורת נמסרו ישירות למנכ"ל החברה, גוני (ולו בלבד). מבירור שערך גוני, התברר לו כי החלפת המכונות אשר כתוצאה מהן ישנה חריגה בריח וברעש תצריך סגירה של המפעל לשבועיים שלמים. לאחר שהגיע למסקנה הפעילות הגורמת לחריגה בריח וברעש תורמת באופן משמעותי לרווחיות החברה וכי סגירת המפעל על מנת להחליף את המכונות עשויה לפגוע ברווחיות זו, החליט גוני שלא לעשות דבר. לאחר מספר חודשים ולמרות תוצאות הביקורת שערכה הרשות, בסיוור נוסף שנערך על ידה ביוני 2023 הורגש ריח חריף וכן זוהתה חריגה בעוצמת הרעש המותרת.

ביום 1.8.2023 הוגש נגד חברת "מים מלוחים" ונגד נושאי משרה בה כתב אישום. זאת בגין גרימת מפגעי ריחות ורעשים ומתמשכים, וכן בגין הפרת התנאים הסביבתיים שקבע המשרד להגנת הסביבה ברישיון העסק של המפעל. הידיעה אודות הגשת כתב האישום כנגד החברה ונושאי המשרה המכהנים התפרסמה בעיתונות הכלכלית, מה שהוביל לירידה בת 5% בשער מניית החברה.

ב. רוני, בעל מניות מקרב הציבור, שוקל לנקוט בצעדים משפטיים בכדי למצות את זכויותיו. נתחו את אפשרויות התביעה שעומדות בפניו.

ג. הניחו כעת, כי החברה נוהגת להעניק לכל נושאי המשרה בה כתבי פטור – וכך נעשה גם בעניינם של נושאי המשרה המכהנים. בהתחשב במידע החדש, האם תשובתכם לסעיף ב' תשתנה?

במהלך פעולות החקירה כנגד החברה הציעה הפרקליטות לגוני להפוך לעד מדינה. בהסכם עד המדינה נקבע כי גוני יעיד כנגד החברה במסגרת ההליך הפלילי ובתמורה לא יינקטו הליכים פליליים כנגדו. גוני הסכים וחתם על ההסכם.

ד. חוו את דעתכם על הסכם עד המדינה שנחתם עם גוני.

א. חברת מים מלוחים היא חברה ציבורית 43% ממניותיה מוחזקות בידי הציבור. דני בעל השליטה בחברה לפי **ס' 1 לחוק ניירות ערך**: מבחן איכותי מהותי- היכולת לכוון את פעילות התאגיד, נראה כי דני יכול בשל היותו יו"ר דירקטוריון ובעל שליטה, לפיכך יש לו זכות הצבעה והוא יכול לכוון את פעילות התאגיד. מבחן כמותי- **לפי ס' 268** מי שמחזיק מעל 25% ממניות החברה כאשר אין בחברה מישהו אחר המחזיק בלמעלה מ-50%, לדני יש כאמור 27% ועל כן עומד במבחן. אמנם יש את מניות הציבור אך סביר להניח כי הן בזרות ואין מישהו שמחזיק יותר ממנו.

האם העסקה היא לטובת החברה-מחד נראה כי עסקה זו היא לטובת החברה, באותה שנה נקבע כמטרה שהחברה תרחיב את תחום פעילותה ותקים מפעלים גם באזורים נוספים בארץ. המכרז להקמת מפעל בים המלח בשווי של כמיליארד ש"ח מתאים למטרה זו וכך החברה תגדיל משמעותית את פעילותה העסקית. מאידך מיליארד שקלים זהו סכום מאוד גדול לחברה ויש בכך סיכון רציני במיוחד כאשר לא ברור שמי שהעלה את ההצעה פועל מאינטרסים כשרים לחלוטין.

האם העסקה חריגה-העסקה אינה במהלך העסקים הרגיל- נראה כי עסקה בשווי מיליארד היא חריגה ולא במהלך עסקים רגיל של חברה. אינה בתנאי השוק-לא נתון מידע על כמה שווים מכרזים אחרים. משפיעה על רווחיות החברה- עסקה בשווי מיליארד משפיעה מאוד על רווחיות החברה. אלגור-ההשפעה צריכה להיות ניכרת (מקובל להשתמש ברף של 5%) מתקיים. על-כן העסקה חריגה.

העניין האישי-ס' 1 לחוק החברות קובע הגדרה עמומה ולכן אעזר במבחני פרופ' קלארק:

האדם נמצא בעמדת קבלת החלטות בחברה-מתקיים, דני הוא יו"ר דירקטוריון ולפיכך יש לו השפעה

לאותו אדם יש עניין בצד השני-העניין האישי במקרה זה הוא מורכב ולא בטוח לחלוטין שמתקיים- נתון שלאחרונה נכנס דני כמשקיע במפעל מתקן התפלה שנמצא מול חופי נהריה. יכול להיות שלדני שווה להיות בעל מניות של עוד מפעל מים מלוחים ואז אולי הוא יצליח לשכנע את החברה לעבוד עם מפעל ההתפלה שהוא נכנס אליו ולהרוויח יותר כסף. לא ברור האם דבר זה יוצר עניין ישר. בנוסף, דני וגוני אחיו יהיו זכאים לבונוס אישי מן החברה בגין מאמציהם ופעילותם לקידום המכרז. לא ברור עד כמה הבונוס הוא גדול וכמה זה משפיע על שיקול הדעת שלהם אבל כמובן שזה יוצר איזשהו תמריץ שלא בהכרח לטובת החברה. לפי **ס' 1 לחוק החברות והחלטת הרשות לניירות ערך, יחסים משפחתיים של אחים יוצרים עניין אישי ולכן ייתכן שגם לגוני וגם לדני יש עניין אישי.**

האינטרס בצד השני גדול יותר-כפי שניתחתי לעיל לא ברור האם האינטרס בצד השני גדול יותר. לפי פרשת צמיחה ולפי המרצה "נקי יהיה מביתו", ייתכן כי עדיין האחים מעדיפים את טובת החברה ולא את טובתם האישית אבל קשה להתעלם מכך שיש פה גם את מפעל ההתפלה (שדני הסתיר מה שמעורר עוד יותר חשד) וגם את הבונוס ולכן ייתכן כי יקבע כי היה להם עניין אישי.

איזנברג- נראה כי ישנה זיקה עודפת על הזיקה האישית של שאר בעלי המניות בגלל הבונוס והמפעל האחר. ייתכן כי זיקה זו מהותית. דה לנגה-הבונוס יכול להוות תמורה לנושא המשרה המייצרת תלות שיכולה להוות עניין אישי. ורדניקוב-השופט עמית קובע כי עניין אישי מקום בו אתה נבדל משאר בעלי המניות כפי שקורה אצל דני.

אמשיך לבחון בהתאם שיש עניין אישי-

בגלל שזו עסקה חריגה בחברה ציבורית עם אחר, כאשר לבעל השליטה יש "עניין אישי" אז לפי ס' 275 יש לבחון את האישורים לפי ס' 270(4): 3 רמות- ועדת ביקורת, דירקטוריון, אסכ"ל.

ועדת ביקורת-לא ברור אם התקיים

דירקטוריון-לפי ס' 278 על נושא משרה שהוא בעל עניין להדיר עצמו מן ההצבעה. לא התקיים משום שדני היה בהצבעה.

אסכ"ל-לא ברור אם התקיים, אם כן, יש לוודא כי התקבל רוב מכלל הקולות שאינם בעלי עניין אישי/ כאשר אחוז המתנגדים לא עלה על 2% לפי ס' 275(א)(3)(ב).

גילוי-לפי ס' 269 נושא משרה בחברה ציבורית צריך לגלות את מהות העניין האישי שלו, לרבות כל עובדה מהותית לחברה לפני השיבה בה ידונו בעסקה. דני אמנם גילה על הבונוס שלו ושל אחיו אך לא גילה על מפעל ההתפלה שלו וירון הוא זה שגילה על כך.

לכן, נראה כי לא התקבלו כלל האישורים הנדרשים משום שלא הייתה ועדת ביקורת ואסכ"ל, לא היה גילוי ולא הייתה הדרה.

סעדים-לפי ס' 280(א) עסקה ללא האישורים הנדרשים חסרת תוקף.

ס' 281- חברה רשאית לבטל עסקה וכן רשאית לתבוע פיצויים אם נגרם לה נזק אבל לא נראה שהצד השני ידע על העניין האישי.

ס' 283- נושא משרה ובעל השליטה(דני וגוני) שלא גילו את עניינם האישי יראו אותם כמי שהפרו את חובת האמונים ו/או חובת ההגינות והחברה רשאית לתבוע מהם פיצויים על הנזק שנגרם לה בשל היעדר הגילוי.

אציין כי גם גוני וגם דני הם נושאי משרה ולכן היה ניתן לבחון את האישור לפי ס' 270(1) אבל לפי ס' 277 מספיק לבחון חלופה אחת. קביעת מבנה ארגוני-מדיניות שכר ותגמול-סמכות דירקטוריון ס' 92(א)(3), אולי ניסו בונוס בשביל לעקוף חלוקת-דיבידנדים.

ב. רוני יכול להגיש תביעה נגזרת בתור בעל מניות בגין פגיעה בחברה, על בסיס הפרת חובת זהירות/ חובת אמונים/ תורת האורגנים לפי ס' 194.

* **ס' 1+2 לחוק השליחות** קובעים כי "שלוחו של אדם כמותו" כך שמעשי הנציג מחייבים את החברה, כך פעולותיו של גוני מחייבות את החברה. אך, דיני השליחות חלים על פעולות משפטיות רצוניות בלבד והחברה תגיד שהיא לא רצתה בכך ולכן אדון בתורת האורגנים.

* **תורת האורגנים - ס' 46** קובע כי בין האורגנים של החברה גם המנכ"ל. יש צורך בשילוב **ס' 23 לחוק העונשין**. בפס"ד **מודיעים** נקבע-

מבחן היררכי-פעולה שבוצעה ע"י גורם בראש הפירמידה- מתקיים הוא מנכ"ל.

מבחן פונקציונאלי- הוא פעל במסדרת תפקידו בחברה.

ס' 47 מאפשר ייחוס פעולות ומחשבות של האורגנים לתאגיד (**פס"ד קוסיו**).

ס' 54(א)- אין אחריות החברה מוציאה את אחריות האורגן וניתן להעמיד את גוני לדין כי מקיים את יסודות העוולה (**צוק אור**). החברה תטען כי הפעולה נעשתה בלא הרשאה (**ס' 55-56**) ולכן אין לתבוע בגינה. גם בגלל שיקולי מדיניות לא ראוי להעמיד לדין את החברה שהרי מישוהו ביצע את העבירה ולכן העמדה לגין שלה שקולה להעמדה לדין של קורבן העבירה כי היא זו שנפגעה.

בנוסף, רוני הוא בעל מניות בחברה ולכן לא בטוח כי הוא ירצה לתבוע אותה והוא יחפש אשמים אחרים-

* ניתן לתבוע בתביעה נגזרת את הדירקטורים בגין **הפרת חובת הזהירות לפי ס' 252-253**. מתמודד עם חוסר האכפתיות של נושא משרה. הדירקטוריון לא פעל ברמת מיומנות של "נושא משרה סביר". יש פה היעדר פיקוח על המנכ"ל. **ס' 252(א)** מעגן את חובת הזהירות של נושא משרה לפי **ס' 35,36 לפקנ"ז**. יש פה נזק (**בוכבינדר**) - ירידה בת 5% בשער מניית החברה, התרשלות- שלא פיקחו כמו שצריך וקש"ס (**אוסטרובסקי**)- אם היו מפקחים, לא היו אישומים והמניה לא הייתה יורדת. המקרה דומה ל**קרמארק**- מנהלים שרוצים לקדם את החברה אבל באופן לא תקין תוך הפרת החוק. **ואן גורקום**- ניתן להפר את החובה גם ללא קיום נזק. **אפריקה ישראל**- הטלת אחריות אישית ולא קולקטיבית על הדירקטורים.

הפרת חובת זהירות מהווה הפרת זהירות במחדל כאשר הדירקטוריון נמנע מלבקר ולבחון את הנעשה בחברה. **בוכבינדר** הדירקטוריון לא עשה כלום. **בכפר תקווה** נעשה יותר אך עדיין לא מספיק. **בקרמק** קבעו מבחנים-

1. בחברה מתנהלות מערכות בקרה ושליטה להעברת מידע

2. המערכות אפקטיביות ועובדות בפועל

ביהמ"ש יטה שלא להתערב ביישום ובלבד שהמערכת הופעלה בתו"ל. המבחן הוא התרשלות ולא התוצאה. לפי **סטון**- כדי להטיל אחריות נדרוש כישלון משמעותי ביישום מערכת הפיקוח שנעשה בחוסר תו"ל וזה יגרור הפרת חובת אמונים. מצד אחד נתון כי ממצאי הביקורת נמסרו ישירות למנכ"ל החברה, גוני (ולו בלבד) ולכן כנראה שהדירקטוריון באמת לא ידע על זה. מצד שני, מדובר בריח ורעש חזקים, איך הם לא נמצאים במקום בשביל לשים לב לדבר חריג כזה? בנוסף, מדובר בשנה שלמה, כלומר מחדל מתמשך, איך במשך כל הזמן הזה לא עשו בדיקה? היו אמורים להיות דגלים אדומים במהלך השנה הזו, ומערכת הבקרה לא פעלה באופן ראוי. יו"ר הדירקטוריון הוא אח של גוני, אולי הוא אפילו שיתף אותו ואז הפר גם- חובת-הגינות.

אי פיקוח על המנכ"ל- נושאים שכלל לא הובאו לידיעת הדירקטוריון והוסדרו ע"י ההנהלה בלבד (**ס' 253** מיומנות של דירקטור סביר, **כפר תקווה**).

בנוסף, גוני הפר את חובת הזהירות כי לא פעל ברמת מיומנות שבה יפעל "נושא משרה סביר". הייתה לו היעדר אחריות מינימלית. הוא גרם לנזק לחברה כאשר התרשל ובחר להמשיך במטרד הסביבתי. קש"ס- אם לא היה פועל כך לא היה נגרם הירידה בשווי המניות. פעל כפי שהיה בקראמק- רצה לקדם את החברה אבל באופן לא תקין תוך הפרת החוק. לכן גם הוא הפר את חובת הזהירות.

סעדים-זוהי עוולה נזיקית, ולכן הסעדים יהיו פיצויים מגוני ומהדירקטוריון בעד הנזק שנגרם.

* **חובת אמונים-בהתאם לס' 1 לחוק** חלה על כל שכבת הניהול העליונה- המנכ"ל גוני וגם הדירקטוריון (**תחנה מרכזית, ס' 106**). כלל שיקול הדעת העסקי לא חל על חובת אמונים ולכן אין חזקת תקינות לנושא המשרה. למרות שהוכחתי את הפרת חובת הזהירות של הדירקטוריון והמנכ"ל, עדיין ניתן לקבוע כי הפרו גם חובת אמונים (**בנק צפון אמריקה**). השופט ברק מגדיר את חובת האמונים כ"אדם לאדם מלאך"- מצופה נורמטיבית לא להכניס שיקולים אישיים בעת קבלת החלטה. לפי **ס' 254(א)** יש חובה כללית לפעול בתו"ל- גוני יטען כי פעל לטובת החברה כאשר לא רצה לעצור את הרווחים שלה. מנגד, שום הפרת חוק היא לא לטובת החברה!! ולכן טענה זו לא תקבל. גוני הפר גם את חובת הגילוי לפי **ס' 254(א)(4)** כאשר לא גילה לחברה את המידע שהביאו לא בביקורת ובכך מנע מנושאי המשרה לפעול לטובתה ולהפסיק את המטרד.

ייתכן כי גם הדירקטוריון פעל בחוסר תו"ל כאשר במשך שנה שלמה, לא בדק מה קורה עם המנכ"ל ומדוע יש ריח ורעש כה חריג מהחברה שהם עובדים בה. משום שגוני לא גילה להם על הדוח יהיה יותר קשה להוכיח זאת, הם יטענו כי לא היו פועלים כך לו היו יודעים.

סעדים חוזיים בגין הפרת חובת אמונים לפי **ס' 256-**

נושא המשרה כמפר חוזה-הדירקטורים וגוני הפרו את חובת האמונים ויראו אותם כמי שהפרו את התקשרותם עם החברה. קשה לבטל כאן את הפעולה אך ניתן לבקש פיצויים. אולי ניתן גם לשלול את הרווח שלהם לפי פפסי כי הם הרוויחו משכורות בזמן זה. בנוסף ניתן לפטר לפי **ס' 256(ב)** כי הם הפרו התקשרות עם החברה. כאשר נושא משרה מפר חובת אמונים מדעת הוא נחשף לפוטנציאל של כל נזק העלול להתרחש ממעשיו גם תביעה חוזית, נזיקית (**כפר תקווה**).

ג. פטור חל על הפרת חובת זהירות בלבד **ס' 258(ב)**, למעט כאשר נעשתה בכוונה/בפזיזות (**ס' 263(2)**) או **טרובסקי**- לא חל הפטור אם נעבר בכוונה/פזיזות. נדרש לקבוע את סעיף הפטור בתקנון לפי **ס' 259(א)**, החברה מעניקה. לגבי גוני מובן כי עבר את העבירה בפזיזות או אף בכוונה כי ידע לגבי ממצאי הביקורת ולכן הפטור לא תקף כלפיו ועדיין ניתן לתבוע ממנו פיצויים. **פס"ד דיסני**- חוסר תן"ל יכול להתבטא בכך שנושא משרה פועל במודע בניגוד לחוק. הוא עלול לחשוב שהוא עוזר לקדם את טובת החברה אבל ביהמ"ש יקבע שמדובר בחוסר תו"ל. לגבי שאר הדירקטוריון נראה מצד אחד כי ניתן להגיד שהם התרשלו משום שלא היה ידוע להם על הממצאים ולכן הפטור תקף והם לא צריכים לשלם פיצויים אך אולי אפשר להגיד שמדובר בפזיזות משום שבמשך שנה שלמה לא שמו לב למטרדים החזקים. אולי החברה תפטור אותם בדיעבד לפי **פס"ד אשש**.

ד. אם יהיה הסכם גוני יהיה פטור מעונש והתאגיד יואשן בפלילים לכן ייצטרך לשלם קנס. כפי שהסברתי בס' ב-לדעתי זה לא ראוי לשחרר את גוני מהעונש שלו ולהעניש במקום את החברה. גם **משיקולי הרתעה-וגמול** לא ראוי שהרי הדיעה אינה סובלת שאדם ימצא פטור מאחריות רק בשל כך המעשה נעשה במסגרת תאגיד (**נחשתן, מודיעים**). גם לפי **הנחיות פרקליט המדינה**- לא בטוח שהעבירה היא ברף הגבוה, הנזק שנגרם הוא הפיך, התאגיד לא עודד את גוני למעשיו, זהו עובד יחיד שהיה מעורב. גם לדעת **המרצה**- אין מקום להטלת אחריות פלילית על התאגיד משום שהמטרה היא למנוע התנהגות בלתי תקינה ולא להפוך את התאגיד למטרה קלה זמינה, במיוחד שכאמור **התאגיד הוא הקורבן** במקרה זה והוא חווה את הנזק!! גוני עשה את כל פעולותיו במודע ולדעתי זה לא צודק לפטור אותו מכך (**נמלי-ישראל, צוק-אור**).

95

(1)

-5

(1)

סעיף א' - חסר: דיון בשאלת הפרת חובת האמונים.

האם העובדה שבעל השליטה וי"ר הדירקטוריון בחברה משקיע במקביל בחברה אחרת תוך שהוא מסתיר זאת מהדירקטוריון עולה לכדי הפרת חובת אמונים? (ניצול הזדמנות עסקית) הדיון צריך להיעשות תוך יישום והתייחסות לדבריו של הדח"צ (ירון).

שאלה מס' 2 (1 נק')

טיוטה

7 / 8

