

**דיני חברות/דיני תאגידים – מבוא**

מבחן מסכם עם חומר פתוח + 4 עבודות, 2 בכל סמסטר.

חברה היא בת משפחה כאשר המשפחה נקראת משפחת התאגיד.

**מהי משפחת התאגיד?** תאגיד זה ייצור שהומצא ע"י החוק. המצאה גאונית שיש מאין, פתאום קם יצור חדש. היצור החדש מוקם ע"י בני אדם, ולמרות זאת ברגע שהייצור קם יש קו, מסך בין מי שהקים אותו לבינו. המסך גורם לכך שיש מרחק משפטי בין בני האדם שהקימו את התאגיד לבין התאגיד עצמו. מהו המרחק הזה? החובות של התאגיד הם לא החובות של בני האדם – וזה יתרון. כיוון שהתאגיד הוא אישיות משפטית נפרדת ולכן יש לו חובות וזכויות שונות מבני האדם שמקימים אותו. לכן, אם לתאגיד פתאום יש חובות כספיים – האם בני האדם יצטרכו לשלם את החוב של התאגיד? לא. זה הרעיון של תאגיד. הוא אישיות נפרדת.

הפער בין האישיות של התאגיד לבין האישיות של בני האדם שהקימו אותו הוא גדול – וזה היתרון הדרמטי שממריץ את האנשים להקים תאגיד.

**לסיכום, תאגיד הוא ייצור שקם ע"י החוק ויש לו אישיות משפטית משלו.**

החוק מקים כל מיני תאגידים. לדוגמא:

1. **חברה בע"מ** – מוקמת ע"י חוק החברות
2. **שותפות** – מוקמת ע"י פקודת השותפות
3. **אגודה שיתופית** – מוקמת ע"י פקודת האגודות השיתופיות (אגודה שיתופית הכוונה לכל הקיבוצים ושיתופים, העיקרון העיקרי הוא שיש בני אדם שמקימים את האגודה השיתופית הזו, את התאגיד, הם משקיעים בה כסף וגם עובדים באגודה השיתופית. בעוד מי שמקים את החברה, בעלי המניות לא חייבים לעבוד בחברה).

• **חריג:** בשותפות – גם השותפים אחראים לחובות השותפות – בניגוד לתאגידים אחרים שהם אישיות נפרדת.

מה שמאפיין את שלושת התאגידים האלה הוא שהם מחלקים רווחים (דיווידנדים) לבעלי המניות.

4. **עמותה** – מוקמת ע"י חוק העמותות (אנחנו רוצים להקים גוף שפועל לקידום עולים חדשים ממזרח אירופה, המטרה שלנו היא לא להפיק רווחים ולחלק אותם, המטרה היא לעזור לאנשים, המסגרת הפורמאלית היא הקמת עמותה (בין היתר כדי לקחת תרומות), חוק העמותות נותן לנו את האכסניה המשפטית. העמותה היא בעלת אישיות משפטית נפרדת).

5. **חברה לתועלת הציבור (חל"צ)** – מוקמת ע"י חוק החברות. חוק חברות נותן אפשרות להקים חברה שהיא לא מחלקת רווחים, במהות שלה היא כמו עמותה. חברה לתועלת הציבור היא צורת התאגדות לגופים שיודעים מההתחלה שהם יגדלו. (מפעל פיס)

מה שמאפיין את 2 הגופים האלה הוא שהם תאגידים שמוקמים שלא למטרה של חלוקת רווחים.

יש מייסדים שמעדיפים את הערפול של חוק העמותות, הם לא צריכים שהכל יהיה מפורש, יש הבדל בין חוק העמותות לחוק החברות, חוק החברות הוא ספציפי יותר, מורכב יותר.

6. **תאגיד סטטוטורי** – (המוסד לביטוח לאומי) – החוק מקים אותו (לדוגמא, חוק הביטוח הלאומי שקובע כי מוקם בזאת המוסד לביטוח לאומי).

**נשאלת השאלה:** האם התאגיד שיש לו אישיות משפטית נפרדת יש לו גם תכונות אנושיות למשל: האם ניתן לייחס לתאגיד חופש ביטוי?

בוודאי, זה נקבע בע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת – שם היה מדובר על חברה קבלנית שבנתה בניינים בנצרת ורצתה לשווק אותם, היא שמה מודעות שהיו כתובות בשפה הערבית, בעיריית נצרת היה חוק עזר שאמר שכל המודעות צריכות להיות בעברית וערבית. החברה אמרה שכל הקהל שלה דובר ערבית ולכן לא הייתה לה סיבה לפרסם בעברית, העירייה אמרה שהם מפרים חוק עזר.

בערכאה המשפטית העליונה נקבע שחוק העזר שמכריח חברה לפרסם בעברית ובערבית לא תקין ושהוא פוגע בחופש הביטוי של החברה. ניתן להסיק בכך שיש לחברה חופש ביטוי. בנוסף אנחנו למדים שלחברה יש חיים. כאשר אנחנו רואים האנשה של החברה, אנחנו מבינים שהמחשבה המשפטית עולה בדרגה – אנחנו רואים שחברה יכול שיהיה לה בעל מניות אחד ועדיין הם יהיו מופרדים מבחינה משפטית.

כאשר אנחנו מדברים על התאגיד אנחנו מבינים שהתאגיד הוא גוף שבא להקל על גיוס כספים ובא לקדם את המטרה המשותפת של כל הפרטים שהקימו אותו. (איך זה מקל? ניתן לקחת הרבה

הלוואות, ברגע שמקימים חברה ניתן לחלק את המניות שלה להרבה אנשים וכל בן אדם ישלם עבור המניה כסף וכך יהיה ניתן לגייס עוד כספים). סיבה נוספת להקלה בגיוס כספים היא שברגע שעושים הפרדה בין האישיות המשפטית של החברה לבין בעלי המניות שלה, בעלי מניות עשירים לא יפחדו להיות בחברה עם בעלי מניות לא עשירים.

בעלי המניות קונים מניות, משלמים עבורה – והסכום הזה נכנס לחברה והיא לא חייבת להחזיר להם חזרה, הרווח שלהם בא מ-2 מקומות :

1. חלוקת רווחים
2. לפי עליית ערך המניה .

### הבהרת מושגים

- **חברה בע"מ** - חוק החברות, התשנ"ט 1999, סעיף 1: " חברה שהתאגדה לפי חוק זה" – כלומר, חברה בע"מ זאת חברה שעונה על הקריטריונים של החוק, לאחר שנרשמה בחוק החברות היא מוכרת כחברה בע"מ – מה זה בע"מ? בעירבון מוגבל - limited. **בע"מ** - בעירבון מוגבל הוא מצב שבו אחריות בעלי המניות מוגבלת, המשמעות היא כאשר בעל המניות קונה מניה (כלומר, משקיע בחברה) המנייה שווה שקל- וזה מה שהוא משלם. החברה לוקחת את השקל ונתנה לו מנייה (נייר), מעתה והלאה אותו משקיע נחשב בעל מניה. האם הוא חייב לחברה עוד משהו? לא. הוא לא יהיה חייב בכסף לחברה כלום. אחריות בעלי המניות מוגבלת לסכום שהם התחייבו לשלם.
  - **מניות** – מנה, חלק ממשו. כל בעל מניה יש לו חלק מהחברה וכתוצאה מכך אנחנו רואים אותו כבעלים בעקיפין באופן יחסי של החברה, אבל לא בעלים ישירים. עפ"י החלק היחסי שלו. בעל המניה קונה מניה, תמורתה הוא משלם לחברה כסף – וברגע שהוא מסיים לשלם לה את סכום הכסף הזה הוא לא חייב לה שום דבר.
  - **אגרות חוב** – נייר שמעיד על הלוואה שהמחזיק בנייר הלוואה לחברה. כלומר, יש אנשים שרוצים לתת הלוואה לחברה כדי להסדיר את ההלוואה- החברה מוציאה מסמך שנקרא "אגרת חוב" והמסמך הזה משמש הסכם בין החברה לבין המלווה ובמסמך הזה כתוב מה יקבל המלווה בתמורה להלוואה שלו. ברוב המקרים תמורת ההלוואה הוא ריבית, יהיה כתוב גם מתי יקבל את הקרן בחזרה. כאשר חברה מגייסת כסף מהציבור באמצעות הלוואות היא מבטיחה לשלם ריבית וגם בסופו של דבר להחזיר את הקרן. למחזיקי אגרות החוב יש עוד הנאה מאגרת החוב שהם קיבלו מהחברה- כאשר הם רוצים, הם יכולים למכור את אגרת החוב בשוק, בבורסה ואם החברה מצליחה השווי של אגרת החוב עלה. (כמו מניה).
- ההבדל בין אגרת חוב למניות – שמניות מוחזקות ע"י בעלים שנתנו כסף לחברה כהשקעה והחברה לא הבטיחה להחזיר את הכסף חזרה וגם לא הבטיחה לחלק להם דיווידנדים (רווח), לעומת זאת אגרת חוב זאת הלוואה שבה החברה הבטיחה גם לתת ריבית קבועה וגם להחזיר בסופו של דבר את הקרן. אם אנחנו משוים בין מניה לאגרת חוב אז מי שמחזיק במניה הוא אוהב סיכון .
- **דירקטורים** – החברה היא יצור וירטואלי, למרות זאת היא נמצאת בשטח- ישות חיה וקיימת. כלומר, היא למעשה מתנהגת כמו בן אדם. אם היא מתנהגת כמו בן אדם היא צריכה מוח, היא פועלת באמצעות אורגנים (כל מיני גופים שנלמד בהמשך), אחד מהגופים האלה הם הדירקטורים. הדירקטורים הם חברים בגוף שנקרא דירקטוריון. הגוף הזה מקבל החלטות ניהוליות אסטרטגיות.

### הבחנה בין סוגי חברות :

1. חברה פרטית – חברה שמוקמת עפ"י חוק החברות והיא יכולה להיות גם עם בעל מניות אחד, היא חברה שהמניות שלה נמצאות רק בידי מי שהמנהלים/דירקטורים של החברה מכרו להם אותם.

2. חברה ציבורית – חברה שהמניות שלה כן נסחרות בבורסה, היא מגייסת הון מהציבור באמצעות הבורסה.
3. חברת איגרות חוב – חברה שמגייסת הלוואות מהציבור באמצעות אגרות חוב שאותם היא מציעה בבורסה, כלומר, זו חברה שאת המניות שלה היא לא מציעה בבורסה אבל אגרות חוב היא כן מציעה בבורסה ולכן היא נקראת חברת אגרות חוב.

מה ההבדל בין חברה ציבורית לחברת אגרות חוב? חברה ציבורית מגייסת הכל בבורסה, היא יכולה להציע מניות וגם אגרות חוב לציבור, לעומת זאת, חברת אגרות חוב לא מוכרת את המניות שלה בבורסה – היא חברה פרטית של אגרות החוב, את אגרות החוב היא כן מציעה בבורסה. המחוקק מתייחס לחברה הציבורית ולחברת אגרות חוב בהרבה מאוד מצבים כסוג אחד של חברות.

### האישיות המשפטית ואחריות המוגבלת

כשאנחנו מדברים על האישיות המשפטית אנחנו צריכים להסתכל על סעיפים 4-5 לחוק החברות שאומרים שברגע שהחברה מוקמת, ברגע שהיא נרשמת היא נהיית יצור נפרד, היא נהיית אישיות משפטית נפרדת.

בואו נראה איך התחילה המחשבה של חברה שהיא אישיות משפטית נפרדת:

**פס"ד סולומון** – מדובר בסנדלר שקראו לו סלומון והייתה לו אישה ו-5 ילדים. העסק שלו מאד הצליח ולכן הוא רצה להרחיב את העסק, הוא החליט שלשם כך הוא יקים חברה כשלב ראשון. הוא החליט שהוא מוכר את העסק שלו לחברה. כאשר מוכרים משהו צריך לקבל תמורה – היא נותנת לו 20 אלף מניות, 10 אלף אגרות חוב ו-9 אלף מזומן, בעבר לפי המשפט האנגלי היה צריך להיות 7 בעלי מניות – והם היו, הוא, אישתו ו-5 ילדיו. החברה נקלעה לקשיים ובתמורה לכסף שהיה צריך הוא מכר את אגרות החוב שלו לאדם שקראו לו ברודריף ואת הכסף שקיבל ממנו הוא השקיע בחברה – ולמרות זאת החברה התמוטטה ולכן לא יכולה הייתה להחזיר את החוב לנושים, מי הם הנושים? הספקים של החברה (אלה שמכרו להם שרוכים, קופסאות וכדומה), בדר"כ ספקים הם נושים לא מובטחים – הספקים לא מבקשים איזה נכס לשעבד אותו לטובת החוב שלהם (איזה ביטחון מסוים), ולכן מה שקרה לספקים זה שפתאום הם עמדו בפני מצב שהם לא קיבלו את הכסף שהיו צריכים לקבל תמורת הסחורה, אבל, דווקא ברודריף שקנה את אגרת החוב היה מובטח בבטוחה מסוימת של מגרש שהיה לו משכנתא. (ז"א שבמידה והחברה לא תוכל לעמוד בתשלומים כונס נכסים ימכור את השטח וייתן את הפרש לברודריף).

יצא שברודריף קיבל את הכסף והספקים לא. הספקים אומרים שזה לא הוגן כי בזכותם החברה תפקדה ולעומתם ברודריף שסה"כ נתן כסף ולא היה מעורב הוא מקבל את כל הכסף שלו בחזרה. ברודריף בא בנעליו של סלומון, וזה יצר מצב שסולומון אבטח את עצמו במצב של פשיטת רגל-זה עוד יותר לא הוגן. העניין הגיע לבית הלורדים ובית הלורדים אמרו שהכל בסדר, מדובר בחברה שהיא אישיות משפטית נפרדת, יש לה נושים, יכולים להיות לה אגרות חוב מובטחות ונושים לא מובטחים – אם הנושים לא מובטחים לרעתם הם יצטרכו לספוג את הנזק. ואילו ברודריף שמחזיק באגרות חוב מובטחות יכול ליהנות מהיתרון של אגרת החוב המובטחת. למה? כי יש לנו עיקרון של אישיות משפטית נפרדת ואחריות מוגבלת.

פס"ד זה הוא התשתית לכל העניין של האישיות המשפטית והאחריות המוגבלת של חברות בכל העולם המערבי.

בשורה התחתונה אנחנו רואים שיש לנו מבנה משפטי מצוין שיוצר מסך בין האישיות של בעל המניות, בעל השליטה לבין החברה – אז גם יש מסך בין בעל השליטה לבין הנושים שלה. זאת השורה התחתונה של פס"ד סולומון.

**פס"ד lee v lee** – מדובר בלי שהיה בעלים של חברה בע"מ, הוא היה גם המנהל של החברה ובנוסף היה גם העובד שלה – כלומר, היו לו כמה קובעים. כעובד בחברה הוא שימש כטייס. אישתו הייתה בעלת מניות קטנה. חברת LEE ביטחה את העובדים שלה כנגד תאונות בעבודה – אם קורה תאונת עבודה מי שפוצה בגין התאונה יהיה האלמנה שלו וגם החברה. (פוליסת ביטוח רגילה). הוא הטיס מטוס, נפל ונהרג. אלמנתו הגישה תביעה נ' חברת הביטוח כדי לקבל את כספי הפוליסה. חברת הביטוח אמרה שהם לא מוכנים לשלם מכיוון שיש סוג של רמאות. הרמאות מתבטאת בכך שמצד אחד מדובר במנכ"ל ובעל שליטה בחברה מסוימת והוא בכובע שלו כמנכ"ל ביטח את עצמו

כעובד – וזה לא היה מקובל עליהם ולכן לא היו מוכנים לשלם את הפוליסה, העניין הגיע לבית הלורדים באנגליה ושם נאמר שכל הטענות של חברת הביטוח לא נכונות. בית הלורדים התבסס בנימוקים שלו על העיקרון של האישיות המשפטית הנפרדת והאחריות המוגבלת. הם אמרו שנון leed היה גם בעל שליטה וגם מנכ"ל ובנוסף לזה היה עובד, אבל מותר לבן אדם להיות מישהו שיש לו כמה כובעים ובחברה וכל אחד מהכובעים האלה הוא לגיטימי ולכן הוא יכול לבטח את עצמו ואלמנתו תהיה זכאית לקבל את כספי הפוליסה.

אחריות מוגבלת משמעותה היא שבעל המניות אחראי לשלם את הסכום שהוא התחייב אליו כאשר קנה את המניה ולא יותר.

### האורגנים בחברה

האורגנים הם האנשים שפועלים בשם החברה. יש לנו 3 אורגנים בחברה, מי הם האורגנים הללו? 1. **אסיפת בעלי המניות/האסיפה הכללית** - מה ז"א אסיפת בעלי המניות? זה הגוף שמרכז את כל המשקיעים בחברה. כל המשקיעים הללו באים לאסיפה כשמזמנים אותם והם מצביעים. אבל מדובר על החלטות מסוימות – לא על הכל. מהם הסמכויות של אסיפת בעלי המניות? סעיף 57 לחוק מגדיר לנו ואומר שהחלטות החברה בעניינים הבאים יתקבלו באסיפה הכללית, מהם החלטות? שינויים בתקנון, הפעלת סמכויות הדירקטוריון, אישור עסקאות עם בעלי עניין, הגדלת הון מניות רשום- כל הסמכויות הללו הם בסמכות האסיפה הכללית. למה אנחנו נותנים לה את הסמכויות הללו? מכיוון שאלו הם דברים שלא דורשים מומחיות בניהול או שהם כ"כ קריטיים שאנחנו רוצים לתת לבעלי המניות להחליט בנוגע אליהם.

2. **הדירקטוריון** – בד"כ אסיפת בעלי המניות היא זאת שבחרת את הדירקטוריון כי יש להם אינטרס לרווח בחברה והדירקטוריון הוא הגוף שמבצע את הניהול האסטרטגי של החברה. מהם סמכויות הדירקטוריון? בסעיף 92 לחוק אנחנו מוצאים את סמכויות הדירקטוריון: להתנות על מדיניות החברה ופיקוח על תפקידי המנהל הכללי, הדירקטוריון קובע את תוכנית הפעולה של החברה, (נניח שמדובר בחברת נדל"ן הוא מחליט שרוכשים נדל"ן במזרח אירופה, שנה אחרי זה בארה"ב.. – הם מקבלים החלטות של תוכנית פעולה של אותה שנה), הדירקטוריון קובע את מדיניות השכר והתגמולים בחברה, הוא ממנה ומפטר את המנהל הכללי. (מנכ"ל- שאחראי על הנהלה הפעילה, והיא זאת שעושה את הניהול היום יומי של החברה). הדירקטוריון רשאי להחליט על חלוקת דייוידנדים. הוא מתכנס פעם בחודש ושומע דיווחים מהמנכ"ל ויש לו סדר יום ומקבל כל מיני החלטות. סוגי דירקטורים:

**דירקטורים פנימיים** – אנשי פנים בחברים לדוגמה המנכ"ל, סמנכ"ל. האנשים האלה נמצאים בדירקטוריון מכוח תפקידם (אקסאופיצו) – ז"א שבדירקטוריון בד"כ יש מקום שמור למנכ"ל החברה כי המנכ"ל מספר לדירקטוריון מה קורה בתוך החברה. (לא תמיד המנכ"ל הוא חבר דירקטוריון). יש למנכ"ל אינטרס להניע את החברה קדימה ולהפיק רווחים לכן לא מפריע לנו שיהיה חלק מהישיבה.

**דירקטורים עצמאיים** – חברה בד"כ רוצה שחלק מהדירקטורים שלה יהיו אנשים שהם בעלי מקצוע בתחום המקצועי של החברה. למשל, חברת נדל"ן הייתה רוצה ששר הבינוי והשיכון לשעבר יהיה בדירקטוריון שלה. למה הם נקראים ככה? כי לא צריך קישורים או תעודות, מספיק שהוא מייצג משהו או שאותו אדם הוא מומחה בתחום, הם לא צריכים לענות על שום קטריונים – הם בחברה כי רוצים שהם יהיו בחברה.

**דירקטורים חיצוניים** – סוג של דירקטורים שחוק החברות מדבר עליהם, חייבים להיות לפחות 2 בחברה ציבורית והם נקראים – דחצ"ים (דירקטורים חיצוניים), בחוק יש תנאי כשירות לדחצ"ים – כל זאת נמצא בסעיף 1, 219, 239 ואילך. יש לנו חובה שבכל חברה שהיא חברה ציבורית או חברת אגרות חוב למנות 2 דחצ"ים לפחות. תנאי הכשירות שלו: יחיד תושב ישראל שכשיר להתמנות לדירקטור לפי תנאי הכשירות בחוק ושהוא בעל כשירות מקצועית או בעל מומחיות חשבונאית או פיננסית כדי שיוכל לקרוא את הדוחות של החברה. עד כאן אנחנו רואים את תנאי הכשירות ואנחנו אומרים לעצמנו שגם הדירקטורים האחרים שדיברנו עליהם צריכה להיות להם

כשירות מסוימת- מה ההבדל? המיוחד בהם הוא דרך הבחירה שלהם, מי בוחר בהם? הרוב של המיעוט. אנחנו לוקחים באסיפת בעלי המניות רק את מי שהם לא בעלי שליטה ומתוכם צריך להיות רוב מסוים שיבחר באותם דירקטורים חיצוניים, משמעות הדבר היא שלפחות שניים מחברי הדירקטוריון הם אנשים שייצגו את הציבור ולא רק את בעלי השליטה. אופציה נוספת לבחירת הדחצ"ים היא שלא יתנגדו למינוי יותר מאחוז אחד מכלל המצביעים של המיעוט. כלומר, כאשר בוחרים בדחצ"ים הפריים שלנו הוא המיעוט וככה אנחנו לכאורה דואגים לכך שגם המיעוט יהיה מיוצג.

**דירקטורים בלתי תלויים –** סוג של דירקטור שחוק החברות מדבר עליהם. מה שמאפיין אותם זה שמבחינת התכונות שלהם הם כמו הדחצ"ים, הם צריכים להיות חסרי זיקה, כמו הדחצ"ים צריכים להיות חסרי זיקה משפחתית לחברה וחסרי זיקה עסקית לחברה (שלא יהיה ניגוד אינטרסים וניהול מוטעה), ההבדל בין הבלתי תלויים לבין הדחצ"ים הוא בדרך המינוי והפיטורים שלהם. בעוד שאמרנו שהמינויים של הדחצ"ים היא מיוחדת, את המינוי של הבלתי תלויים ממנים ברוב רגיל. למה אנחנו צריכים דירקטורים בלתי תלויים? חברה ציבורית או חברת אגרות חוב רוצה לגייס כסף מהציבור, כשהיא רוצה לגייס כסף מהציבור, היא רוצה למצוא חן בעיניה- איך היא עושה זאת? ע"י האורגנים שלה, אם נראה שרוב חברי הדירקטוריון שלה אין להם זיקה משפחתית לחברה אנחנו נאמין לה יותר, אנחנו נגיד שלמרות שהחברה נשלטת ע"י בעל שליטה מסוים לדירקטוריון שלה יושבים אנשים שהם דחצ"ים וגם דירקטורים בלתי תלויים- יוצא מזה שבחברות ציבוריות ואגרות חוב חובה למנות לפחות 2 דחצ"ים אבל אפשר למנות יותר, וניתן (לא חייב) למנות גם דירקטורים בלתי תלויים – נמצא בחוק בסעיף 249 ב – מכיוון שיותר חברות כן ממנות דירקטורים בלתי תלויים זה נהיה סוג של נורמה, ואז מי שלא ממנה כבר מרגיש לא נוח.

לסיכום,

בעולם הדירקטוריון אנחנו מוצאים כמה סוגים של דירקטורים. חובה בחברות ציבוריות ובחברות אגרות חוב למנות לפי חוק דחצ"ים.

3. **מנכ"ל** – מתמנה ע"י הדירקטוריון. הסמכות שלו הוא להיות אחראי על הניהול היום יומי של החברה ולהוציא לפועל את המדיניות של הדירקטוריון. הוא שולט על כל הכפופים לו שנקראים נושאי משרה, ובשם כללי נקראים "הנהלה פעילה". מתחת למנכ"ל נמצא את הסמנכ"ל ועוד.

תרגיל בכיתה - פס"ד ה"פ 15-11-45174 קראמן נ' קראמן ואח' – דף נפרד.

השאלה שהתעוררה היא האם ההחלטות שהתקבלו באסיפה הם החלטות חוקיות?

עולה מתוך העובדות שההודעה בעניין האסיפה השנייה לא נמסרה לסמי בהתאם לתקנון ולכן אין תוקף להחלטה בעניין חדילת כהונתו של סמי כמנהל כללי של החברה.

האם ההחלטות הם החלטות תקינות? אומר בית המשפט (9'X בדף) – גם בעניין שינוי זכויות החתימה יש בסיס לטענותיו של סמי, אחת ההחלטות שהתקבלו באסיפה זה שפאדי וסמיחה מונו לדירקטוריונים – נראה לבית המשפט שההחלטות האלה לוקות ביותר מפגם אחד. ראשית, בתזכיר ההתאגדות (המסמך שבו כתובים עקרונות החברה / תקנון) לא מצויין מהם הזכויות – ז"א מי שמחזיק במניות הנהלה זכאי יהיה גם להתמנות כמנהל החברה, לכן סמיחה יכולה אמנם למנות עצמה ואת פאדי כמנהלת אבל כיוון שנפל פגם בכינוס האסיפה הכללית הדבר משליך על התוקף של המנהלים.

שנית, גם ההחלטה לבטל את ההרשאה לסמי לחתום בשל החברה ולמנות את פאדי כמורשה חתימה אינה מתיישבת עם הוראות חוק החברות- במהלך עניינים רגיל החלטה בדבר מינוי מורשה חתימה היא נושא שהוא בסמכות הדירקטוריון ולא בסמכות האסיפה הכללית.

**מה למדנו מפס"ד זה?**

- לכל אורגן יש את הסמכות שלו, ולא ניתן לערבב בין הסמכויות
- הפרוצדורה חשובה ומשפיעה על תהליך קבלת ההחלטות.

## התורה האורגנית

חברה בע"מ היא גוף שאין לו חיות (אין לו חיים), אין לו מימד אנושי. אבל בכל זאת אנחנו רוצים שהוא יהיה פעיל, אז אנחנו ממנים אנשים ונראה בהם כמי שפועלים בשם החברה. התורה האורגנית לא מבוססת על העיקרון של אחריות שיוכית אלא על עיקרון אחריות ישירה. מה ההבדל ביניהם? באחריות שילוחית יש טווח מוגבל מאוד של אפשרות לקבלת החלטות או להטיל אחריות, צריך למצוא מתי האורגן היה שלוח ומתי לא – לא תמיד כל פעולה של שלוח מחייבת את השולח. אבל אנחנו רוצים שכל פעולה של אורגן תחייב את החברה – כדי שיהיה את מי לתבוע וגם שכאשר חברה חותמת על חוזה מי שחותם בשמה מחייב אותה – וזאת הגדולה של התורה האורגנית. מי שחותם בשם החברה מחייב אותה (אחריות ישירה). אחריות ישירה משמעות הדבר היא שהפעולות של האורגן מיוחסות ישירות לחברה. למה אחריות ישירה היא גדולה לתורה האורגנית?

התורה האורגנית לא עושה את ההבחנה בין המוסמך ללא מוסמך. **ברגע שאתה אורגן ועונה על הגדרת אורגן (ההגדרה ההיררכית או הפונקציונלית) ברגע הזה האורגן מחייב את החברה.**

הגדרת אורגן מתבצעת עפ"י אחד מ-2 האבחונים הבאים:

- המבחן ההיררכי – יש לנו בהיררכיה 3 סוגי אורגנים – אסיפה כללית, דירקטוריון, מנכ"ל ומתחתיו נושאי המשרה שכפופים לו.
- המבחן הפונקציונלי – אורגן הוא מי שממלא פונקציה של אורגן / ממלא תפקיד של אורגן, מי שנמצא בתפקיד שיכול לפעול בשם החברה. למשל- איש שיווק. כלומר, גם נושאי משרה שהם לא בדרג ניהולי- אם הם מוסמכים לפעול בשם החברה גם הם אורגנים.

פס"ד שבו נוצר הבסיס של העקרונות לתורה האורגנית: פס"ד לנרדס (מופיע בדף הוראה מס' 4): מדובר בבעלת אונייה שהובילה בנזין ובגלל התחזוקה הלקויה של דודי הקיטור באונייה קרתה תאונה, הדודים התפוצצו והבנזין הלך לאיבוד. בעלי הבנזין הגישו תביעה נ' בעלי האונייה בגין הנזק שנגרם. מה טענו להגנתם בעלי האונייה? הם טענו שחוק הספנות הבריטי מחייב בעלי אונייה להיטיב את הנזק רק אם הם ימצאו אחראים אישית והוא פותר אותם מאחריות לעוולות הזולת. עובדתית, הפיקוח על האונייה היה נתון בידי רב החובל שלא היה מבעלי האונייה ולכן, הוא לא יכול היה לחייב אותם. כשהגיע העניין לבית הלורדים הוא דחה את הטענה הזו וקבע שהועיל והחברה היא מושג מופשט שאין לו מוח משלו, יש לחפש את המוח הפעיל של החברה באישיות של אותו אדם שפועל בשם החברה- הוא בעצם האולטראיגו של החברה (האני האחר שלה) ולכן מאחר שהמפקח על האונייה, כלומר רב החובל שלה, היה למעשה המוח המנהל (האני האחר שלה) נתפסה הפעולה כפעולת החברה. (ביטוי למבחן הפונקציונלי).

בשורה התחתונה האחריות שמוטלת על החברה בגין ביצוע עוולה נזיקית היא אחריות ישירה שבאמצעותה מיוחסים לחברה מעשה האורגן. נשאלת השאלה האם במקביל לאחריות של החברה מתקיימת האופציה להטיל אחריות גם על האורגן עצמו ובכן, התשובה היא כן.

### **אחריותו של האורגן בנזיקין**

סעיף 54 לחוק החברות קובע שאין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן לחברה כדי לגרוע מאחריות אישית שיחיד האורגן היו נושאים בה אילולא אותו ייחוס.

כדי להבין את הנושא ניתן דוגמאות:

פס"ד צוק אור נ' קאר סקוירטי – מדובר בחברה שבבעלותה פטנט למניעת גניבת רכב. הפטנט נרשם ופיתחו לו יישום מסחרי. לאחר זמן מה חברה מתחרה התחילה לייצר ולשווק מערכת הגנה דומה- המערכת עבדה עפ"י עיקרון דומה לעיקרון של הפטנט של החברה הראשונה וזה הוביל להגשת תביעה. החברה המתחרה נמצאה אחראית בגין גניבת עין, זוהי בעצם אחריות שהוטלה על החברה. האחריות המוטלת על החברה בגין ביצוע עוולה נזיקית היא אחריות ישירה. התעוררה השאלה האם אפשר להטיל אחריות גם על האורגן שבפועל עשה את הרמאות הזו? כן, בית המשפט הטיל אחריות על האורגן מכוח 3 עקרונות:

- עקרון השוויון - קובע כי כל אדם אשר ביצע עוולה יישא בתוצאות הכרוכות באותה עוולה ולכן ראוי להטיל אחריות גם על המבצע בפועל ואין המעמד פוטר אותו מאחריות.
- עקרון ההרתעה - אם אורגן או כל גוף אחר בחברה ידע כי האחריות תוטל על החברה בלבד, הרי שהאפקטיביות של האחריות הנזיקית על הפרט תפחת.

• עקרון הצדק המתקן – יש להגדיש את הנסיבות הכפופות אליהן נקלע הניזוק לעומת הנושא החוזי – במילים אחרות ראוי גם להעניש את מי שבפועל עשה את העבירה/את הנזק.

**פס"ד עווד יצחק נ' לוטם** – פס"ד דומה, מדובר במנהל ובעל מניות עיקרי בחברה שעסקה בגינון. בעקבות פגישה בינו לבין עווד יצחק התחיל עווד יצחק לעבוד במשתלה שבבעלות החברה. הבעלים של החברה נתן לו הדרכה וגם סיפק לו כלי עבודה ופיקח גם על העבודה שלו. יום אחד ביקש המנהל מהעובד להתקין טפטפות. העובד לא הרכיב משקפי מגן, הטפטפות נכנסה לו לעין והוא נפצע, הוא הגיש תביעה נ' החברה ונגד בעל המניות שהיה גם המנהל והיה גם מנהל העבודה. השאלה המרכזית שלנו היא האם אפשר לתבוע גם את המנהל? התשובה היא כן, אפשר. מה אומר בית המשפט העליון? האם מתקיימת בעניינינו חובת זהירות מושגית של מנהל העבודה כלפי העובד שלו? אומר בית המשפט שכן, אומר בית המשפט העליון שהיותו של המשיב מנהל עבודה במקום יש בה כדי להקים חובת זהירות מושגית, מדוע? כי על מנהל העבודה לנקוט אמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע סכנות שצפויות לעובדים. האם ניתן גם להקים חובת זהירות קונקרטית? התשובה היא כן. אותו בעלי חברה היה אחראי יחיד למעשה מבחינתו של עווד יצחק על עבודתו. ממנו הוא קיבל את הוראות העבודה, ממנו הוא קיבל הסברים על העבודה והוא גם נתן לו את כלי העבודה, כלומר- הוא היה אחראי על הבטיחות שלו. העובד לא היה מודע לסכנות ומנהל העבודה יכול היה לצפות את הנזק שעלול להיגרם לעובד. ולכן יש מצב שבו נטיל אחריות אישית על מנהל העבודה שהיה גם מנהל החברה.

מנהל העבודה היה גם בעל מניות, היה גם מנהל והיה גם מנהל עבודה, הטלנו עליו אחריות אישית מכוח העובדה שהיה מנהל עבודה-כלומר, לא הטלנו עליו אחריות אישית כי הוא היה בעל מניות. כדי להטיל אחריות אישית על אורגן צריך דבר מה נוסף. אם יש לו משהו מיוחד בקשר שלו עם העובד/תובע ורק אז אנחנו נוכל להטיל עליו אחריות אישית.

כמו שאמרנו, **דרוש לנו דבר מה נוסף**. אצל עווד יצחק נ' לוטם מצאנו אותו בעובדה שהוא היה מנהל עבודה. לעומת זאת, יש מצבים שבהם אנחנו לא מוצאים דבר מה נוסף. **פס"ד נששיבי נ' רינראווי** – מדובר ברוכשים של דירה בפרויקט שכלל הקמת מגדל דירות. המערערים בפס"ד הם הבעלים והמנהלים של החברה. הפרויקט נבנה בלווי פיננסי של חברת ביטוח שהנפיקה לרוכשי הדירות פוליסת ביטוח בהתאם לקבוע בחוק המכר דירות. בעקבות קשיים כלכליים החברה קרסה ובניית הפרויקט נעצרה עד לאותו שלב שילמו רוכשי הדירות את רוב הכסף עבור הדירות ורוב הכסף היה מבוטח בפוליסת הביטוח אבל היו סכומים מסוימים שלא בוטחו ושולמו – את הסכומים הללו תבעו הרוכשים. הרוכשים הגישו תביעה נ' חברת הביטוח וגם נגד בעלי ומנהלי החברה באופן אישי. הם ביקשו לחייב את מנהלי החברה (שהיו גם הבעלים שלה) באופן אישי בסכומים שלא בוטחו. בבית המשפט המחוזי התביעה האישית התקבלה אמרו שניתן להטיל עליהם אחריות אישית, הבעלים ערערו לבית המשפט העליון ובבית המשפט העליון אמרו קודם כל שאי אפשר להטיל עליהם אחריות אישית לא מכוח דיני החוזים ולא מכוח דיני נזיקין. בהקשר לדיני הנזיקין נקבע שלצורך גיבוש חובת זהירות של אורגן או נושא משרה בחברה יש להצביע על כי בין האורגן או נושא המשרה לבין צד שלישי התקיימה מערכת יחסים החורגת מגדר פעילותו הרגילה של האורגן או של נושא המשרה. בעניינינו אומר בית המשפט העליון, לא ניתן לומר שבין המנהלים לבין רוכשי הדירות שררו יחסים מיוחדים שמעידים על כך שרוכשי הדירות האמינו דווקא ספציפית באותם מנהלים ושהם חשבו שהמנהלים לוקחים באופן אישי אחריות כלפיהם. לא הוכח שהם הסכימו לערוב באופן אישי ולקחת אחריות אישית כלפי רוכשי הדירות. הסכמי הרכישה נחתמו עם החברה ולא עם המנהלים באופן אישי.

**פס"ד שרמן** – מדובר בתביעה שהגישה חברת אל על נ' חברה שניהלה סוכנות נסיעות ובין השאר מכרה כרטיסים לחו"ל של חברה אל על. המנהל של החברה היה דוד שרמן, הוא היה מנהל ובעל המניות של החברה. החברה הייתה אמורה לקבל את הכספים עבור הכרטיסים מהרוכשים ובניכוי עמלה להעביר את היתרה לחברת אל על, **בחודש נובמבר סוכנות הנסיעות לא העבירה את התמורה** בגין כרטיסים ונשאר חוב של למעלה מ-300 אש"ח.

דוד שרמן היה הבעלים של החברה, הדירקטור שלה ומנהל העסקים – הוא היה הכל. החברה פשטה את הרגל ואל על הגישה תביעה נגד החברה ונגדו אישית. התעוררה השאלה האם ניתן לחייב את שרמן אישית בגין הפעולות שעשה. חברת אל על אמרה שהוא הפקיד אישית את הכספים שהיה

צריך להעביר לאל על לחשבון הבנק של החברה שהיתה בגירעון בגלל שהיה ערב אישית לחשבונות החברה הוא לקח את הכספים ורצה לגלגל את הכספים האלו וכאילו להציל את החברה. הסתבר שהוא השתמש בכספים לצרכיו שלא כדין ותוך מעילה באמון של אל על. ולכן אפשר להטיל עליו אחריות אישית גם מכוח דיני הנזיקין. האחריות האישית מכוח דיני הנזיקין היא שהיה פה דבר מה נוסף- בכך שהוא הפקיד את הכספים בחשבון הבנק שלו והקטין את הסיכון האישי שלו על חשבון אל על ולכן היה חייב חבות אישית.

### האחריות של התאגיד בחוזים:

מה הרעיון העיקרי של התורה האורגנית? שהאורגן עושה פעולה ואנחנו מייחסים את הפעולה לחברה.

ראינו לכך השלכות גם בנזיקין, עכשיו אנחנו נבדוק פסקי דין בחוזים. כאשר נושא משרה חותם על הסכם עם צד שלישי וההסכם הוא במסגרת סמכותו תחייב פעולתו את החברה ונושא המשרה יצא מהתמונה עפ"י כללי השליחות. כאשר מתגלה פגם בהתנהגות של נושא המשרה זכאי הצד השלישי לתבוע, השאלה היא את מי הוא יתבע.

בוא ניקח לדוגמא: ראובן הוא דירקטור בחברה קבלנית והוא ניהל משא ומתן בשם החברה לשם כריתת חוזה למכירת דירה. הרוכש המיועד שמו שמעון, הוא סמך על ראובן כאשר הצהיר בשם החברה שהקרקע שעליה הבניין אמור להיבנות רשומה על שם החברה. העסקה נחתמה ושמעון שילם את כל התשלומים שהיה עליו לשלם על חשבון הדירה. למעשה, החברה לא הייתה בעלת המקרקעין אשר לגביהם נעשתה העסקה מהסיבה הזו העסקה נכשלה והחברה נכנסה להליכי פירוק. שמעון ביקש לתבוע את ראובן, העובדות האלו הן עובדות פס"ד פנידר נ' קסטר. האם אפשר לתבוע את ראובן?

יש מס' מקורות חוקיים לתבוע את ראובן והמקור החוקי שאנחנו נתעכב עליו הוא דיני החוזים. ס' 12 לחוק החוזים קובע כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. כלומר, הסעיף הזה בעצם מבוסס על יחסי אמון בין שני הצדדים. והעובדה שראובן העלים עובדות עומדת בניגוד לחוזה ולכן האורגן יהיה חייב בפיצוי על הנזק שנגרם מכוחו של ס' 12 לחוק החוזים. אבל, יש כאן בעיה. למרות שהוא פעל בשם החברה אנחנו מטילים עליו אחריות אישית, יש כאן בעייתיות כי לחברה יש אישיות משפטית נפרדת ואנחנו הרי יודעים שאחד היתרונות של אישיות משפטית נפרדת הוא שאנחנו לא מתערבים במערכת היחסים שבין החברה לבין האורגן ואילו כאן אנחנו כן מתערבים. מאחר ויש פה התנהגות שלא בתום לב של אותו אורגן ומאחר ויש לנו סעיף ספציפי בחוק החוזים שמתייחס לנושא של תום הלב התוצאה היא שאנחנו יכולים מכוח הסעיף הזה להטיל על האורגן אחריות אישית, כלומר, אנחנו יוצרים קשר ישיר בין האורגן והנושה. הנתבעת הראשונה תהיה החברה- זו חובה – כי החוזה הוא מולה ולכן חייבים לתבוע את החברה ולאחר מכן נצרף גם תביעה לאורגן.

ראינו שיש לנו בחוזים בשלב משא ומתן לפני כריתת החוזה את ס' 12.

ניתן מכוח פס"ד פנידר נ' קסטר למצוא גם מסלול נזיקי, לדעתו של בית המשפט נרקמו יחסי רעות (בשביל לייצר עוולת רשלנות אחד מהתנאים הם שיהיו יחסי רעות בין המזיק לניזוק / יחסי שכנות) בין ראובן לשמעון. ראובן יצר מצב ושמעון הסתמך על המצב. ולכן, כתוצאה מכך אפשר לחייב אותו גם בנזיקין.

גם בחוזים ניתן להטיל אחריות על החברה וגם על האורגן שלה, ראינו דוגמא לאחריות על האורגן בשלבים של ניהול משא ומתן.

נניח שנכרת חוזה, ס' 39. לדוגמא: פס"ד עמר גבריאלה נ' אתרי נופש בינלאומיים ויצחק זוהר- חברת אתרי נופש בינלאומיים פרסמה הודעה שקראה לציבור לבוא ולהצטרף למועדון לרכישת זכויות ביחידת נופש. מועדון הנופש הזה שווק ע"י יצחק זוהר ששימש מנהל השיווק של החברה הנתבעת. התובעת, גבריאלה עמר, הגיעה לכנס שבו ניתנו הסברים ופרטים אודות השיטה של מכירת יחידות הנופש. לאחר חתימת החוזה היא חזרה בה ורצתה לבטל אותו ואז היא פנתה למר זוהר וביקשה ממנו לבטל את ההסכם. בשלב הזה הוא חתם לה על התחייבות אישית ובגלל שהוא חתם על התחייבות אישית היא חזרה בה מכוונתה לבטל את ההסכם, הוא התחייב שהגודל של יחידת הנופש לא יקטן מ-75-80 מטר רבוע ושהיא תקבל על היחידה זכויות של טאבו לכל החיים, חודשים אחדים לאחר חתימת ההסכם היא נסעה עם בעלה לאותה יחידת נופש בדרום ספרד וכשהגיעה להפתעתה גודל היחידה הוא 30 מטר רבוע וצמודה למרפסת בשטח של 5 מ' רבוע- היא חזרה לארץ והיא כתבה מכתב גם לחברה וגם לזוהר. החברה לא ענתה לה – היא הגישה תביעה ולאחר מכן היא הגישה

תביעה גם נ' זוהר. ניתן פס"ד נגד החברה (שלא היה שווה כלום כי החברה כבר נעלמה) ואז התעוררה השאלה האם ניתן לתבוע את זוהר. התשובה היא כן. ניתן לתבוע את זוהר בגלל ההתחייבות האישית שלו באותו מסמך הוא התחייב שאם ההתחייבות לא תקוים הוא יחזיר לה את הכסף – מאחר וחתם על המסמך הזה הוא לא יכול להתחייב ממנו. (דבר מה נוסף). גם בחוזים ברגע שאורגן מתחייב בשם החברה אזי עקרונית זה מחייב את החברה ולא אותו, אם רוצים לחייב גם אותו נוכל לחייב אותו כאשר יהיה דבר מה נוסף.

פס"ד נששיבי נ' רינראווי - גם שם נדונה השאלה של הטלת אחריות אישית על מנהלי החברה. כמו שאתם יודעים התשובה הייתה-לא. בית המשפט אמר שהפרת חוזה על ידי החברה אינה מובילה להטלת אחריות וחבות אישית על האורגן – ההתקשרות היא עם החברה ובמקרה שלנו אומר בית המשפט לא ניתן לומר שהמנהלים הפרו את חובת תום הלב, נדחתה הטענה שהמנהלים הסתירו את המצב של החברות לפני שנחתמו הסכמי הרכישה ולכן במקרה הזה הפרת החוזה ע"י החברה לא יכולה להוביל להטלת אחריות אישית על האורגן.

פס"ד מרכז העיר אשדוד נ' שמעון – התעוררה השאלה האם אפשר להטיל אחריות אישית על אורגן. אמר בית המשפט שכדי להטיל אחריות אישית על אורגן מכוח העיקרון של תום הלב יש להצביע על דבר מה נוסף, על אשם אישי ועל חוסר בתום לב סובייקטיבי – שיש בו סימנים של הטעיה, אדישות וחוסר מעש. בפס"ד זה נבנה פרויקט ומנהלי הפרויקט היו אמורים להוציא טופס 4 לפרויקט כדי שניתן יהיה להעביר את הדירות על שם הקונים והמנהלים לא הוציאו את הטופס הזה. כתוצאה מכך הקונים לא יכלו להעביר בטאבו את הדירות על שמם ולכן הם הגישו תביעה כנגד החברה וגם כנגד המנהלים. ואז התעוררה השאלה האם אפשר לתבוע אישית את המנהלים? דעת הרוב אמרה שהם לא מצאו בסיס להתנהגות שלא בתום לב, אמנם, מדובר בהפרת חוזה ע"י החברה ובהתנהגות שלא בתום לב ע"י החברה, לא היה די בכך כדי להטיל אחריות אישית- הם לא הציגו מצגים חסרי תום לב שעולים כדי אשם אישי. לא הצביעו על ראיות שהוכיחו מרמה ושקר. דעת המיעוט אמרה שכן ניתן להטיל אחריות אישית (מופיע בדף ההוראה).

### **אחריות של אורגן בפלילים :**

בנושא של פלילים יותר קל, כי מדובר על סעיף ספציפי בחוק. אנחנו לא מסיקים אחריות אורגנית מהתנהלות מסוימת. אנחנו מטילים אחריות רק כאשר יש אחריות ספציפית. לכן, לצורך זה ניתן דוגמאות:

חוק העונשין – סעיפים 22, 23 - סעיפים אלו אומרים שתאגיד יישא באחריות פלילית . במקביל, לאחריות הפלילית שמוטלת על החברה מוטלת גם אחריות פלילית על האורגן. כדי להבין את הנושא ניתן דוגמא מפס"ד נחושתי מעליות נ' מדינת ישראל- בפס"ד זה נחתם הסכם בשם חברת נחושתי ע"י נעמן שהוא מנהל סניפי נחושתי בירושלים ובת"א וההסכם הזה נחתם עם חברה אחרת "גימא" במסגרת ההסכם חברת נחושתי וחברת גימא היו אמורות להתחלק בשטחי השירות שהן נותנות, נחושתי נניח תציע את השירות בירושלים והחברה השניה תציע את השירות שלה בת"א. מכוח חוק ההגבלים העסקיים יש איסור לעשות "הסדרים כובלים" כיוון שאלה פוגעים בכלכלה, האיסור הזה לא רק שהוא מטיל אחריות פלילית על החברה, אלא גם על האורגנים שלה. סעיף 4 בחוק ההגבלים העסקיים אומר שלא יהיה אדם צד להסדר כובל . (הסדר כובל=הסדר שבו שני אנשי עסקים מחלקים ביניהם תחומי עיסוק כך שבכל אחד מהתחומים לא יתחרה הצד השני , בכך שהצד השני לא יתחרה אותו צד ששולט יכול להעלות את המחיר, העלאת המחיר מרע על הכלכלה- כי אין תחרות והמדינה רוצה למנוע את עליית המחירים). הוגש כתב אישום נ' החברה ונ' האורגן שלה. בא נעמן ואמר שהוא לא היה צד להסדר הכובל כי יש לחברה אישיות משפטית נפרדת והחברה הייתה צד להסכם-ולא נעמן. אומר בית המשפט שזה לא נכון, אומר בית המשפט שהוא מפרש את המילים " לא יהיה צד להסדר כובל" כמילים שחלות גם על האורגן ולכן מכוח הסעיף הזה בית המשפט מצא את האורגן אחראי.

פס"ד מדינת ישראל נ' דנקנר – העובדות היו פעילות מסחר אינטנסיבית במניה של חברת IDB בשלושת ימי המסחר שלה, הפעילות האינטנסיבית הזו הייתה עבירה על סעיף מסוים בחוק ניירות ערך. והתעוררה השאלה האם ניתן לחייב בעבירה הזאת לא רק את החברה אלא גם את נושא המשרה, את המנהל דנקנר שהיה בעל השליטה . התשובה היא כן, כי הפעילות של דנקנר נעשתה כדי לגרום לו לטובה אישית (רווח) ולכן אנחנו מטילים אחריות גם על IDB וגם על דנקנר שהיה יושב

ראש החברה. האחריות האישית שמוטלת על החברה מוטלת מכוח העובדה שהאורגן שביצע את המעשה היה ידו הארוכה של התאגיד, פעולתו של האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו והפעולה הייתה לטובת התאגיד, כל אלו ביחד גורמים לכך שנטיל אחריות אישית על מי שביצע את הפעולה, נוחי דנקנר אבל גם מכוח הפעולה האישית שלו – אנחנו מטילים אחריות אישית גם על התאגיד. (מכוח 22-23 לחוק העונשין). יש שלושה מבחני עזר האם ניתן להטיל אחריות אישית על החברה מכוח הפעולה של האורגן:

1. האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד
  2. האם פעולת האורגן נעשתה במילוי תפקידו
  3. האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד או לכל הפחות, לא כוונה נגד התאגיד
- אם אנחנו עונים על כל אלו (במצטבר) התוצאה היא שניתן להטיל אחריות על התאגיד מכוח הפעולות של האורגן.

### פתרון תרגיל התורה האורגנית :

אנחנו נתמקד בהחלטה של יותם לייצר את המוצר ולקנות אותו ללא היתר. אנחנו מדברים על אחריות החברה ועל האחריות האישית של האורגן, ובכך, מבחינת האחריות של החברה האם החברה אחראית לייצור של ההתקן ללא אישור? כן, כיוון שהדירקטוריון אישר לחברה לרכוש את המניות אז בתוך האישור הזה ניתן לומר שהיה אישור מכללא גם להתחיל לייצר אלא אם כן הם ציינו אחרת. המנכ"ל צריך להפעיל שיקול דעת מקצועי ולא הפעיל אותה. התוצאה היא שמכוח התורה האורגנית החברה אחראית לייצור לא חוקי של ההתקן בנפרד מזה גם המנכ"ל בעצמו אחראי. אנחנו מחפשים אצל המנכ"ל את ה"דבר מה נוסף" – כבעל מניות במדיקלי, יותם כמנכ"ל קיור החליט שהוא ישפר את מעמדה של מדיקלי ע"י זה שהוא ייצר התקן עיניים.

### הרמת מסך

הרמת מסך זה מנגנון שכאשר מתקיימים התנאים שלו לוקחים את החוב של החברה ומטילים אותו על בעלי המניות.

**למה זה נקרא הרמת מסך?** כי בין החברה לבעלי המניות יש הפרדה, כי החברה היא ישות משפטית נפרדת ומאחוריה עומדים בעלי המניות, ברגע שאנחנו מרימים את המסך אנחנו רואים את בעלי המניות. לעיתים, הנסיבות מזמנות מצבים שבהם אם נכבד את העיקרון של "האישיות המשפטית" הנפרדת אזי נזיק לכלכלת השוק. לכן, בנסיבות מסוימות אנחנו מרימים את המסך ויוצרים קשר ישיר בין הנושה של החברה לבין בעל המניות – זה מצב שהוא חריג כי בדרך"כ נושה החברה לא רואה את בעל המניות, הוא רואה רק את החברה.

**ס' 6 לחוק החברות** קובע ומגדיר מצבים חלופיים שבהם בית המשפט יהיה רשאי לייחס חוב של החברה לבעל המניה. אם מצא שבנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן **המצבים הם :**

1. השימוש באישיות המשפטית הנפרדת של החברה נעשה באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה
2. השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן שפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה של החברה לפרוע את חובותיה.

### הפעלת מנגנון הפעלת המסך יתרחש בהתקיים התנאים המצטברים הבאים :

1. שבעל המניות היה מודע לשימוש החריג באישיות המשפטית.
2. שניתן משקל לאחזקות של בעל המניות ולמילוי חובותיו של בעל המניה כלפי החברה.
3. ניתן משקל ליכולתה של החברה לפרוע את חובותיה

### כלומר, הרמת המסך היא תהליך שיש בו 2 שלבים :

- השלב הראשון עוסק באיתור נסיבות לשם הפעלת הסנקציה.
  - השלב השני נוגע להפעלת הסנקציה של יצירת הקשר בין בעלי המניות לבין הנושים.
- הרמת המסך יכולה להתבצע הן כלפי בן אדם שהוא בעל מניות והן כלפי חברה שהיא בעלת מניות.

פס"ד אמיר בוקס נ' קבוצת וילנאי לשיווק בע"מ – חברת פסיגים התקשרה בהסכם השקעה לשם שיווק משקה חדש. המשקה פותח ע"י שמואל שהיה במשך תקופה ארוכה מנהל ובעל מניות יחיד בפסיגים. לפי הסכם ההשקעה חברת פסיגים התחייבה להעביר לאמיר בוקס שלישי מהמניות שלה בהתקיים מס' תנאים עד שהתנאים האלה יתקיימו יוחזקו המניות בנאמנות בידי בא כוח של פסיגים,

בפועל המניות לא הועברו לאמיר בוקס. בחודש מאי התקשרה חברת פסיגים עם קבוצת וילנאי עפ"י ההסכם הייתה אמורה קבוצת וילנאי לתת לפסיגים שירותי ייעוץ ופרסום. השירותים של קבוצת וילנאי נשכרו לתקופה של שנה עם אפשרות להפסיק אותם בהודעה מוקדמת של שלושה חודשים. בחודש יולי הודיעה חברת פסיגים לוילנאי שהיא רוצה להפסיק איתה את ההתקשרות והיא שילמה לה את הכסף רק עבור חודש אחד. לפיכך, קבוצת וילנאי הגישה תביעה כנגד פסיגים שבה היא ביקשה לקבל את יתרת השכר אבל היא גם עתרה לחייב את אמיר בוקס באופן אישי. הן מכוח הרמת מסך והן מכוח התורה האורגנית. אמיר בוקס היה בעצם הרוח החיה בהתקשרות עם קבוצת וילנאי הוא ניהל את המשא ומתן עם וילנאי, הוא חתם על ההסכם והוא חתם על השיקים. כאשר הוא חתם על השיקים בשם החברה הוא כבר אז ידע שהשיקים יתכן ויחזרו מכיוון שהחברה בקשיים פיננסיים. במקביל, אמיר בוקס היה אמור הרי להשקיע בפסיגים והכספים של ההשקעה שלו היו אמורים לשמש חלק מההון שממנו ישלמו לוילנאי. אמיר בוקס אמנם ביצע חלק מההשקעה אבל הוא ביקש לעכב את העברת המניות אליו – המניות לא הועברו אליו והוחזקו בנאמנות. כשקבוצת וילנאי הגישה תביעה וכשהגיעה השאלה האם אמיר בוקס אחראי הוא טען שהוא לא בעל מניות. אמר בית המשפט- שבפועל הוא כן רואה באמיר כבעל מניות למרות שהמניות לא הועברו אליו בפועל, בכך שחתם על שיקים בשם חברת פסיגים כאשר ידעת שהשיקים האלה לא יכובדו הוא בעצם קיפח את קבוצת וילנאי ועשה שימוש לרעה במסך, בעיקרון של האישיות המשפטית הנפרדת ולכן הוא רואה בו אחראי אישית מכוח המנגנון של הרמת מסך.

היה ערעור לבית משפט עליון, והוא אישר את ההחלטה של בית משפט מחוזי. למה מדובר בדוגמא טובה? כי לא היו לו אפילו מניות שרשומות על שמו וזה עדיין לא מנע מבית המשפט לחייב אותו לשלם.

פס"ד שרמן – אדם שהייתה לו סוכנות נסיעות, שסוכנות הנסיעות לא העבירה את הכספים לא חברת אל על ובסופו של דבר הטלנו אחריות על מנהל החברה שהיה גם בעל השליטה שלה = הרמת מסך.

#### הבחנה בין הרמת מסך לבין הטלת אחריות אישית על אורגן:

פס"ד שיפרש לנו את זה, הוא פס"ד בן מעש נ' שולדר – מדובר במצב שבו מתווך עשה הסכם עם חברה למכור דירות. מכירת הדירות הייתה אמורה להביא לו כסף. במהלך מכירת הדירות הללו הוא בעצם הפסיק לקבל כסף מהחברה, הם טענו שרמת התפקוד שלו הייתה יותר נמוכה. הוא הגיש תביעה נגד החברה ונגד בעל השליטה כאשר בדקו וראו האם יש סיבה להגיש תביעה גם נגד בעל השליטה בית המשפט אמר שלא כיוון שבעלי השליטה לא ענו אחר הקריטריונים של הסיטואציות של ס' 6 לחוק החברות (הרמת מסך) ולכן לא הרימו כלפיו מסך.

אותו הדבר קרה בפס"ד ג'מבו, כאשר חברה הגיעה לסיטואציה של חדלות פירעון והתעוררה השאלה האם צריך להטיל אחריות או אפשר להטיל אחריות גם על בעלי השליטה אנחנו רואים שבית המשפט לא ממנה להטיל אחריות על בעלי השליטה כיוון שרק במצב שבו עושים ממש שימוש לרעה במסך של החברה, רק אז מבצעים הרמת מסך.

#### סוגים של הרמת מסך: הבחנה בין הרמת מסך אמיתית לבין הרמת מסך מדומה.

##### • הרמת מסך אמיתית:

הרמת מסך אמיתית בעצם מתקיימת כאשר נוצרת יריבות ישירה בין נושה החברה לבין בעלי מניותיה. המשמעות היא התעלמות מהאישיות המשפטית של החברה והטלת עול חובות החברה וגם זכויות החברה במישרין על בעלי המניות. המחוקק מסייג את השימוש בסנקציה הזו כאשר הוא קובע בס' 6א סיפא ואומר שהרמת מסך לשם ייחוס חובות החברה תיעשה בשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה. אלו הם התנאים של הרמת מסך ממשית.

הרמת מסך ממשית משמעתה ייחוס חוב של החברה לבעל המניה והוא יוכל להתבצע בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

1. במקרים שבהם נעשה שימוש לקוי באישיות המשפטית הנפרדת באחד מהמצבים האלה:
  - א. באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה
  - ב. באופן שפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה (זהו מצב שמתאר מימון דק – אין לחברה מספיק הון)
2. אם בעל המניה היה מודע לשימוש הפגום
3. בשים לב להיקף החזקותיו בחברה ולמילוי חובותיו כלפיה.

4. בשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה

5. בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן

כדי לתת דוגמא ניקח את פס"ד מרים פרידמן נ' יוניב : מדובר בעובדת שעבדה בחברה ובשלב מסוים בעל החברה סגר את החברה, העביר את כל הפעילות של החברה לחברה אחרת ולה הוא לא שילם פיצויי פיטורים וזכויות סוציאליות. אז, התעוררה השאלה, ממי נתבע את הכסף? עקרונית, החברה נסגרה ומאחר והחברה נסגרה אז אי אפשר לתבוע ממנה את הכסף. היא תבעה את הכסף מבעל השליטה והצליחה בתביעה שלה. בית המשפט אומר שבעל השליטה בחברה ניהל את החברה תוך ערבוב נכסים עם הנכסים הפרטיים שלו- ז"א שלמשל כאשר שילם לה כסף לפעמים השיק היה אישי שלו ולא של החברה- היא הוכיחה שהיה ערבוב נכסים ומכוח המצב הזה היה ניתן לומר שיש כאן נסיבות שמתאימות לבצע הרמת מסך.

• הרמת מסך מדומה : (לוקחים תכונות ומייחסים את זה לחברה, אין הטלת אחריות) המחוקק רוצה לתת לנו את כל הכלים האפשריים שבהם בעלי המניות לא יוכלו לעשות שימוש לרעה בעיקרון של האישיות המשפטית הנפרדת. ס' 6ב בית המשפט רשאי לייחס תכונה זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל המניה אם הוא מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם שחלים על העניין הנדון בפניו.

דוגמא להרמת מסך מדומה: פס"ד דימלר ורוסו קונטיננטל – חברת קונטיננטל הייתה חברה שרשומה באנגליה אבל כל בעלי מניותיה למעט אחד היו גרמנים, החברה ניהלה עסקים באנגליה ובמהלך תקופת ניהול העסקים היא הייתה אמורה לקבל כסף מחברת דמלר אבל לא קיבלה ולכן היא הגישה תביעה נגד חברת קונטיננטל. חברת דמלר הנתבעת טענה שהחברה התובעת היא בגדר אויב ותשלום לתובעת יהיה בגדר סחר עם אויב ולכן יש לבטל את התביעה על הסף – התביעה הגיע לבית הלורדים שפסק שיש להתעלם מהעובדה שהחברה התובעת רשומה באנגליה וצריך לברר היכן נמצאת השליטה של החברה שבמקרה הזה הייתה בגרמניה. בית הלורדים פסק שהאופי של בעלי המניות הבודדים אמנם משליך על השאלה האם הם בגדר אויב וחברה שרשומה באנגליה אבל מנהלת את העסקים שלה בארץ עוינת היא חברה עוינת. ולכן התביעה נדחתה. זה פס"ד שקשור להרמת מסך מדומה כי הם ייחסו את התכונות של בעלי המניות (גרמנים) לחברה עצמה.

**להרמת מסך לטובת בעלי המניות מה משמעותה?** הרמת המסך אמורה להתבצע כלפי צדדים חיצוניים, כלומר, כלפי בעלי המניות. אבל לפעמים הנושים של החברה הם אלו שמנצלים לרעה את המבנה המשפטי של החברה שאיתה התקשרו. במצבים הנדירים הללו ניתן להרים מסך, כיום, המחוקק מאפשר את ביצוע הפעולה הזו בס' 6ב כאשר הוא קובע שבית המשפט רשאי לייחס זכות של החברה לבעל המניה בה.

לדוגמא פס"ד דמתי נ' גנור – דמתי עבר בחברת שיווק, במסגרת עבודתו של דמתי הוא למד את סודות העסק, רכש ידע של ספקים ולקוחות וכתר הסכם עם החברה לאיסור תחרות במשך 4 שנים, לימים, הבעלים של חברת השיווק, הזוג גנור, הקימו את "חברת גנור" ודמתי עבר לעבוד גם עם חברת גנור. הוא גם חתם על הסכם אי תחרות עם חברת גנור, אחרי תקופה דמתי פרש מעבודתו, הקים חברה שלא היה לו בה מניות אבל הוא היה בעל השליטה והחברה הזאת התחרתה עם חברת השיווק וחברת השיווק וחברת גנור ביקשו להוציא צו מניעה נ' דמתי שיפסיק להתחרות ב2 החברות הללו. בית המשפט נעתר לבקשת הזוג גנור והוציא צו מניעה נ' דמתי שמקפל בתוכו גם הרמת מסך מדומה וגם הרמת מסך לטובת בעלי המניות. הטילו צו מניעה על חברת דמתי מכוח אי תחרות של חברת דנור, אבל ראו את זה לטובת הזוג גנור.

### תהליך הרמת מסך :

בהרמת מסך אמיתית בית המשפט מייחס את החוב של החברה לבעל המניה. לפעמים, יש עוד סנקציה אישית עפ"י ס' 7 לחוק החברות לפיה בית המשפט רשאי להורות כי במשך תקופה שיקבע ושלא תעלה על 5 שנים לא יוכל אדם להיות דירקטור או מנהל כללי של חברה או להיות מעורב במישרין או בעקיפין בניהול חברה או בייסודה.

יש סנקציה של דחיית הלוואות בעלים – אם בעל המניה נתן למשל לחברה הלוואת בעלים בהחלט ייתכן שההלוואה שלו לחברה תידחה לטווח התור (קודם הנושים האחרים והוא בסוף) . משמעות הדבר היא שכשבעל מניות למשל כמו בפס"ד ויטלי קריספי נ' אלקטרוניקה – בפס"ד זה היה מדובר ביזם שהקים חברה ובשלב מסוים הלך להנפיק אותה בבורסה ולפני כן הוא עשה הסכם עם החברה שמגיע לו שכר מנהל של מעל 100,000 בחודש הוא גם לקח הלוואה לחברה וכדי לקבל את ההלוואה הבנק ביקש ממנו ערבות אישית והוא נתן כערבות נכס שלו – החברה הונפקה בבורסה ואחרי כמה חודשים נכנסה לקשיים כלכליים, ואז הוא הגיש הוכחות חוב לנאמן – הוא תבע את הכסף שהחברה הייתה חייבת לו והתעוררה השאלה האם באמת צריך להחזיר לו את הכסף ומתי ואיך. בית המשפט אמר שהוא עשה שימוש לרעה בחברה, הוא החתים אותה על חוזה איתו של משכורת חודשים גבוהה מידי ולכן אמר בית המשפט שצריך לדחות את החוב של החברה אליו לטווח התור. בהרמת מסך מדומה הסנקציה יותר מצומצמת, היא רק ייחוס תכונה של בעל המניה לחברה.

### הרמת מסך באשכול חברות :

כאשר יש מס' חברות ואם נניח חברה אחת נקלעה בקשיים, האם אוטומטית חברת האם תהייה חייבת לחובות של חברת הבת? בית המשפט אומר בפס"ד קידרון שהרמת מסך מותנית בקיומם של יסודות עובדתיים. המבחן הוא האם החברה הבת מהווה מכשיר או צינור לפעולות של חברת האם. מכיוון שגם במבנה של אשכול חברות נשמרת האישיות המשפטית הנפרדת של כל חברה ולא די בעצם קיומו של אשכול חברות כדי להביא להרמת מסך בין החברות המעורבות

### תכלית החברה

ס' 11 לחוק החברות אומר שתכלית החברה היא לפעול עפ"י שיקולים עסקיים להשאת רווחיה (למקסום רווחיה) וניתן להביא בחשבון במסגרת השיקולים האלה גם את העניינים של הנושים, העובדים והציבור.

**צריך להבדיל בין תכלית החברה לבין המטרה שלה.** המטרה של החברה זה נניח להקים בית מלון, לקנות נדל"ן, להקים בית ספר- זו מטרה. תכלית החברה זה מה היעד שלה- כלומר, האם זה להפיק רווחים או להיות חברה לתועלת הציבור.

למה זה חשוב? כי ברגע שתכלית החברה זה להפיק רווחים אז כל השיקולים של המנהלים נפרש אותם ונתרגם אותם על רקע התכלית. כלומר, אם נראה שהמנהלים שקלו שיקולים של מקסום רווחים זה בסדר כי זו הייתה התכלית מההתחלה. המחוקק אומר שגם במסגרת הזאת זה בסדר גמור לקחת בחשבון גם את האינטרסים של הנושים והעובדים. כלומר, אם מנהל החברה לקח בחשבון את השיקולים של עובדי החברה ופגע קצת בסיכוי לרווחים עדיין זה בסדר. למה? כי ככה אומר הסעיף.

הדבר החשוב הוא שיש להבדיל בין התכלית לבין המטרות. תכלית החברה זה לחלק רווחים או לא לחלק רווחים. למה בכל זאת זה חשוב? ס' 11 מפריד בין התכליות. האם יש לקחת בחשבון את האינטרסים של העובדים והנושאים. זה חשוב כאשר נדבר על אחריות דירקטורים ונושאי משרה, כאשר אנחנו מדברים על אחריות נושאי משרה אנחנו רוצים לדעת מה היקף שיקול הדעת של נושא המשרה והאם למנכ"ל מותר לקחת בחשבון את האינטרסים של העובדים .

### תקנון חברה

לפי סעיף 15 לחוק החברות לכל חברה יהיה תקנון. סעיף 16 אומר שתקנונה של חברה תקף מעת התאגדותה. זה מזכיר לנו את תעודת הזהות של האדם או לחוקה, כי זה מטווה את המסגרת שבתוכה החברה פועלת. ס' 17 אומר שדין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם.

ברגע שאנחנו קובעים שזה חוזה אנחנו בעצם מכניסים פנימה את כל דיני החוזים ואז זה לא תחום בלתי ידוע, זה מוביל את החברה למקום מבטחים, כלומר, מערכת היחסים שבין החברה ובין בעלי המניות זו מערכת יחסים שנשלטת ע"י דיני החוזים שהוא גוף ידע שנותן לנו תשובות כמעט לכל השאלות.

שינוי התקנון יעשה בדרכים הקבועות בחוק זה בס' 17, לפני שנדון על שינוי תקנון נפנה את תשומת ליבנו ל-2 דברים :

### 1. ס' 18 לחוק החברות אומר מהם הפרטים שחובה לכלול בתקנון:

א. שם חברה

ב. מטרת חברה

ג. הון החברה

ד. הגבלת אחריות – בתקנון צריך להיות ס' שעל פיו האחריות של בעלי המניות היא מוגבלת. מה זאת אומרת אחריות של בעלי מניות מוגבלת? ז"א שאי אפשר לחייב בעל מניות להשקיע יותר בחברה מאשר הוא התחייב מראש.

בכל תקנון יש תבנית קבועה ותבנית משתנה. ס' א-ד חייבים להיות בכל תקנון, זו תבנית קבועה.

## 2. יש לי גם תבנית משתנה עפ"י סעיף 19 לחוק שאומר שחברה רשאית לכלול בתקנון

נושאים שנוגעים לחברה או לבעלי מניותיה ובכלל זה:

- הזכויות והחובות של בעלי המניות ושל החברה
- הוראות לעניין דרכי ניהול החברה ומספר הדירקטורים
- א. הוראות ממשל תאגידי מההוראות המומלצות המפורטות בתוספת הראשונה כולן או חלקן
- כל נושא אחר שבעלי המניות ראו לנכון להסדירו בתקנון.

מדובר על סעיף שאומר שבעצם אנחנו יכולים להכניס לתקנון הוראות שמעגנות זכויות מסוימות והזכויות הללו ברגע שהן נכנסות לתוך התקנון הופכות להיות חלק מהתקנון.

לדוגמא: פס"ד קידרון נ' בורסת היהלומים הישראלית – בתקנון הבורסה הכניסו הוראה שאמרה שבמסגרת הליך בורות בין חברי הבורסה זכותו של חבר להיות מיוצג ע"י חבר אחר מוגבלת כך שהוא יוכל להיות מיוצג ע"י חבר אחר רק בתנאי שהוא לא יהיה עו"ד העוסק בעריכת דין בפועל. מדובר על סעיף בתבנית משתנה בתקנון החברה, הרקע של הסעיף הוא שקידרון היה חבר בבורסת היהלומים והוא היה גם עו"ד, העסקאות נסגרות בבורסה בלחיצת יד ולפעמים יש אי הבנות, חברי הבורסה מסתכסכים אחד עם השני ובמקרים שאלה צריך לעשות בורות. חלק מחברי הבורסה ראו שקידרון הוא עו"ד מצליח והחליטו לקחת אותו לבוררות- הוא הכניס משפטיזציה לתהליך. הוא עלה על הנישה הזאת והתפרנס מזה, הייתה אווירת נגד מכיוון שחברי הבורסה הללו ראו שזה מכניס אווירה משפטית מידי ופורמלית מידי להליכי הבוררות, שגרמו גם לתהליך ארוך יותר ולכן הכניסו את הסעיף הזה לתקנון. קידרון התרגז כי זה פגע לו בפרנסה, הוא טען שההוראה הזו מנוגדת לתקנת הציבור כי היא מקפחת את הפרנסה שלו. בבית המשפט נקבע שתנאי מקדמי לדיון בשאלה אם התקנון או תקנה מסוימת בו סותרים את תקנת הציבור הוא כי הזכות או החובה שמוטלת על החברה יהיו קשורות למעמדו כן חבר בחברה. במקרה דנן, לא הייתה כל יריבות משפטית בין הבורסה ובין קידרון בכשירותו כעורך דין, ולכן מותר היה לבורסה להכניס את הסעיף הזה, זו הוראה וולנטרית והוא לא יכול היה לטעון שהיא מקפחת אותו. **דוגמא נוספת** זה יו"ר דירקטוריון שהוא גם בעל שליטה בחברה, הוא רוצה לגרום לכך שהוא ימשיך לכהן כיו"ר לנצח, הוא מכניס הוראה לתקנון שאומרת שיו"ר לוי יהיה יו"ר דירקטוריון לכל ימי חייו- הוא יכול, מותר לו. אם מכניסים הוראה וולנטרית היא יכולה לשמור על זכות מסוימת שקיימת לך. אבל כל זה רק בתנאי שלהוראה הוולנטרית יש קשר לחברה.

## הוראה וולנטרית זו הוראה רצונית = התבנית המשתנה.

- הממשל התאגידי:

אמרנו שבתבנית המשתנה ניתן להכניס הוראות של ממשל תאגידי. יש הוראות ששם אומרים שאנחנו יכולים להכניס לתוך התקנון גם "הוראות כאלה" – כאן יש לנו דוגמא מה זה ההוראות האלה שגם ניתן להכניס לתקנון – מתייחסות לממשל תאגידי: ( מופיע בסוף החוק של דיני חברות )

תקנה 1: נאמר שבחברה ציבורית ובחירת איגרות חוב מס' הדירקטורים הבלתי תלויים יהיה כמפורט להלן: בחברה שאין בה בעל שליטה יהיו רוב חברי הדירקטוריון דירקטורים בלתי תלויים, בחברה שיש בה בעל שליטה יהיה שלישי מבין חברי הדירקטוריון לפחות דירקטורים בלתי תלויים.

תקנה 2: במינוי דירקטור בחברה ציבורית ובחברת אגרות חוב יגוון הרכב הדירקטוריון בהתחשב במין של המועמד, נוסף על החובה לגוון בהתחשב בידע ובניסיון של המועמד בהתאם לצרכיה המיוחדים של החברה.

אמרנו שתקנון חברה בנוי מתבנית קבועה ומשתנה. במסגרת התבנית המשתנה אומר המחוקק שניתן להכניס הוראות שמופיעות בתוספת הראשונה של החוק- ההוראות הללו קשורות לממשל תאגידי.

המחוקק לא מחייב את החברה לקבוע שרוב הדירקטוריונים יהיו בלתי תלויים – הוא ממליץ להם, ולכן אם חברה החליטה לאמץ את ההוראה של החוק היא עושה טובה לעצמה כי כל הסביבה מינה שזו חברה אמינה. למה זה נקרא הוראות של ממשל תאגידי? כי זה קשור לממשל-לאופן ההתנהלות של החברה. לדוגמא, שאומרים שבמדינה המשילות נמוכה-מז"א שאין משילות? המדינה מחוקקת חוקים ולא אוכפים אותם – מאותו מקור הממשל התאגידי-איך החברה מתנהלת?

• איך משנים את התקנון?

סעיף 20(א) אומר שברירת המחדל היא שינוי ברוב רגיל של האסיפה הכללית. "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 ההחלטה כאמור בס' 22", במילים אחרות, ברירת המחדל לשינוי התקנון היא רוב רגיל, 51% מכלל המשתתפים והמצביעים שנמצאים בישיבה הספציפית הזו. השינוי צריך להיעשות בתום לב.

• מגבלות לשינוי תקנון:

א. ברירת המחדל הוא רוב רגיל (ככלל)

ב. ניתן להתנות על הכלל של רוב רגיל – איך? לפי ס' 20 לחוק – "אלא אם כן נקבע אחרת".

ג. ניתן לקבל החלטה באסיפה הכללית כי החברה תהיה מוסמכת להגביל בתקנון או בחוזה אחר את סמכותה לשנות את התקנות. (צריכה להיות החלטה מפורשת)

ד. כל הוראה בחוק החברות שניתן להתנות עליה אבל החברה לא התנתה עליה חלה על החברה וניתן יהיה לשנותה בהחלטה שנתקבלה באסיפה הכללית ברוב הקבוע בתקנון לשינויו. (ס' 20ב) דוגמא להתניה- ס' 59 לחוק החברות קובע כי האסיפה הכללית תמנה את הדירקטורים אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון. נניח שתקנון של חברה לא קובע את אופן מינוי הדירקטורים התוצאה היא שהדירקטורים יתמנו ע"י האסיפה הכללית השנתית. לימים, השתנתה הבעלות בחברה ובעלי השליטה החדשים החליטו שהם רוצים להעניק את מינוי הדירקטורים למחזיקים בעמדות הניהול, נניח עוד שתקנון החברה קובע שכל שינוי בתקנון יתבצע ברוב של 60% מהמשתתפים והמצביעים האסיפה הכללית אשר מתכנסת ועל סדר יומה שינוי תקנון – יוצא מזה שלשם הכללת הוראה שקובעת שבחברה יתמנו הדירקטורים ע"י בעלי מניות המחזיקים במניות ניהול יש לכנס אסיפה שנתית ובה לקבל החלטה ברוב של 60% כדי לכלול את ההוראה החדשה בתקנון.

ה. הוראה בתקנון שלפיה דרוש רוב מסוים לשינוי הוראות התקנון ניתנת לשינוי כדלקמן:

לדוגמא: אם אנחנו רוצים להציע רוב קטן יותר לשינוי התקנון מהרוב הנקוב בהוראה הקיימת אזי הרוב שדרוש לשינוי הוראה זו בתקנון הוא הרוב שנקוב בתקנה – כך קובע ס' 20(ב) לחוק. אם התקנון קובע שכל שינוי בתקנון מצריך רוב של 75% והחברה רוצה לשנות את ההוראה הזאת, ולקבוע שהרוב שידרש הוא 51% הרי שהצבעת השינוי צריך להתבצע ברוב של 75% - תמיד צריך את הרוב הגבוה יותר.

ו. ס' 20(ג) – מדבר על שינוי זכויות ביחס למניות - אם הון המניות של החברה מחולק לסוגים שונים לכל סוג מניות מקנות זכויות שמפורטות בתקנון – לפעמים הון המניות של החברה מחולק לסוגים שונים של מניות. מה זאת אומרת סוגים שונים של מניות? כשמשיקעים משקיעים בחברה יש להם כל מיני העדפות, יש משקיעים שרוצים רק להשקיע בחברה ולקבל דיבידנדים – הם לא רוצים זכויות הצבעה בחברה, הם לא מעוניינים לדעת את רמת הניהול, הם רק רוצים להיות משקיעים דיבידנדים (פאסיביים), איך יראה הון המניות של חברה כזו? יהיו לה מניות שיקראו מניות רגילות א' ויהיו לה מניות הצבעה – במילים אחרות, מניות רגילות א' תהיינה מניות אקויטי ומשמעות הדבר שהמניות הללו מקנות רק זכות לקבלת דיבידנד ולא זכות הצבעה. מניות הצבעה הן מניות שמקנות זכות הצבעה. במקרה כזה יוצא שמשקיע שרוצה גם לקבל דיבידנד וגם להצביע צריך להיות בעלים גם של מניות רגילות א' וגם של מניות הצבעה. ישנן עוד סוג מניות – "מניות בכורה" – כאשר מחלקים דיבידנדים לבעלי מניות בכורה יש זכות קדימה בקבלת דיבידנד, לדוגמא "מנית בכורה דיבידנד של 5%" - הסבר: נניח ששווי מניות בכורה הוא 1 ₪ - כמה זה 5% מ-1 ₪ - 0.05 ₪, כלומר 5 אגורות – יצא שכל פעם שמחלקים דיבידנד מחזיקי מניות הבכורה יקבלו דיבידנד של 5 אגורות על כל מניה שהם מחזיקים.

אנחנו רואים שיש לנו 3 סוגי מניות: מניות רגילות א', מניות הצבעה ומניות בכורה.

נניח שאנחנו רוצים לשנות את הזכויות של מניות הבכורה. נניח שאנחנו רוצים לקבוע שמניות הבכורה תהייה בדיבידנד של 3% במקום 5%, בפועל, אנחנו הולכים לפגוע בזכויות של מניות הבכורה, אנחנו עומדים להקטין להם את הרווח. האם האסיפה הכללית תוכל לפגוע בו? החוק עונה על שינוי זכויות סוגי מניות בס' 20(ג) אומר – "היו מניות החברה מחולקות לסוגים שונים לא יעשה שינוי בתקנון שיפגע בזכויותיו של סוג מניות ללא אישור אסיפת אותו סוג, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון". **אנחנו רואים שמתקבלת החלטה בשני שלבים :**

1. אסיפת סוג של מניות בכורה וכאן הם יצרכו לאשר ברוב שכתוב בתקנון מ-5% ל-3%, למה שהם יאשרו פגיעה ברווחים שלהם? אולי בגלל שהציעו להם משהו יותר טוב.
2. אסיפה כללית – במידה ואסיפת הסוג מאשרת את הפגיעה בהם האסיפה הכללית צריכה לדון בשינוי. היא יכולה לאשר והיא יכולה לדחות את ההצעה. לשיקולה.

ז. הזכות לשנות את התקנון אינה מקנה לחברה חסינות מפני התחייבויות קודמות. ז"א :

- החברה יכולה לשנות את התקנון בכל מקרה, גם אם שינוי התקנון יהיה בניגוד לחוזה חיצוני אם בעל מניות, או עם צד שלישי. הכוונה היא שהחוק אומר שהחברה תמיד ובכל מצב יכולה לשנות את התקנון, גם אם נניח שהחברה קבעה או חתמה חוזה חיצוני שנוגד משהו שנאמר בתקנון, ויכול להיות מצב שהשינוי של התקנון יהווה הפרה של ההתחייבות הזאת.
- פס"ד קמחי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים – מדובר בחברה שבה קמחי שימש כמנכ"ל וכיו"ר דירקטוריון, בתקנון החברה נאמר שהחברה פעם בשלוש שנים תבחר מחדש את יו"ר הדירקטוריון, בחוזה חיצוני שנכרת עם קמחי נאמר שהוא יישמש כמנכ"ל כל זמן שיהיה יו"ר דירקטוריון ושתקופת החוזה שלו להיות מנכ"ל הוא לשנתיים. באו בעלי שליטה חדשים לחברה ובאסיפה כללית לא בחרו בו כיו"ר דירקטוריון וכתוצאה מכך הוא פוטר מתפקידו כמנכ"ל. הוא טען שיש הפרת חוזה לתקופה קצובה כי החוזה שלו כמנכ"ל הוא לשנתיים, החברה טענה שמותר לה לשנות את התקנון והרי הכהונה שלו כמנכ"ל מותנית בכך שהוא יהיה יו"ר דירקטוריון לטענתם הוא היה אמור לצפות שאם לא יבחר כיו"ר הוא לא יוכל לשמש כמנכ"ל. העניין הגיע לבית הדין לעבודה באזורי ובארצי ולאחר מכן גם לבג"ץ והם אמרו שמותר לחברה לבחור יו"ר מי שהיא רוצה- מותר לה כתוצאה מכך לכאורה להפר את החוזה, אבל זה לא אומר שהיא לא צריכה לשלם פיצויים על הפרת החוזה, ובגלל שהיה לו חוזה לתקופה קצובה אזי, חייבים לפצות אותו פיצויים על הפרת חוזה למשך התקופה שבה הוא חשב שהוא יהיה מנכ"ל אבל פוטר.

- האם נוהג משנה את התקנון? נוהג יכול לשנות את התקנון, כדי להמחיש את העניין נשתמש בפס"ד בסנינו נ' צון אליה – מדובר בחברה שנעשה בה הקצאת מניות לבעל מניות מסוים ללא הסכמה של האסיפה הכללית וללא הסכמה של בעל מניות אחר למרות שבתקנון נדרשה הסכמתם של בעלי מניות לבצע הקצאת מניות (מכירת מניות). איך זה בא לידי ביטוי? מדובר בחברה שבה היו 2 בעלי מניות, 1 בעל מניות פעיל ואחד פאסיבי, בעל המניות הפסיבי לא הפגין נוכחות חזקה- במהלך התקופה הזאת נעשתה הקצאת מניות לבעל המניות הפעיל, בעל המניות הפסיבי לא אמר כלום. אחרי כמה שנים הוא נזכר בזה, הגיש תביעה לבטל את הקצאת המניות אבל בסופו של דבר ביטל את התביעה. עברו עוד כמה שנים והוא הגיש שוב תביעה לבטל את הקצאת המניות הראשונה, בית המשפט העליון אמר שהוא הציג מצג שהוא מקבל את ההקצאה הזו והוא לא יכול במשך 10 שנים לנהוג כאילו לפעיל יש כבר 50 מניות והפעיל גם כתוצאה מכך שהיה פעיל של הרבה יותר מניות השקיע יותר בחברה ואף נתן לה הלוואות בעלים, ופתאום הוא נזכר שההקצאה הייתה לא חוקית והוא רוצה לבטל אותה – זה מצב של נוהג שמשנה את התקנון. פס"ד זה מדגים את נכונותו של בית המשפט ללמוד מהתנהגות הצדדים מצבים שבהם מתאפשרים שינויים מהותיים בחברה למרות שהשינויים לא מעוגנים פורמאלית במסמכים הכתובים.

- ח. למרות כל הכללים האמורים בשום מקרה לא יהיה ניתן לשנות את התקנון ולחייב בעל מניה לרכוש מניות נוספות או להגדיל את היקף אחריותו ללא הסכמתו. .

ערעור אזרחי 6041/15- האמה בע"מ נ' אורנה מולר - אורנה מולר הייתה שייכת למשפחה שהייתה בעלים של קבוצת חברות, קבוצת חברות הללו שנקראה "חברות האמה" הגיעו לפירוק בגלל קשיים כלכליים והושג הסדר הבראה בין החברות הללו לבין חברת האמה ועפ"י הסדר ההבראה הזו חברת האמה תרכוש את הפעילות של החברות הללו. (כאשר חברה נתקלת לקשיים כלכליים יש 2 אופציות-

להביא אותה לפירוק וכאשר מפרקים אותה מכנסים את כל הנכסים שלה ואת כל החובות שלה ורואים כמה אפשר לחלק לנושים וסוגרים את החברה. לעומת זאת, הדרך השניה היא הבראה, מה זאת הבראה? נותנים לו תרופה ומקווים שהיא תבריא, מה זאת אומרת להבריא את החברה? להביא אותה שום לפסים של חברה רווחית, איך עושים זאת? בכל מיני צורות ( נכרת הסכם מייסדים בין משפחת מולר שהייתה מעורבת בחברות הללו לבין חברת האמה ועל פיו תוקם חברה חדשה שתרכוש ללא תמורה את הפעילות של החברות, בהסכם הזה היה ס' שאומר "שהאמה תעמיד את ההון החוזר הדרוש להפעלת החברה בהתאם לצורכי החברה ... מובהר כי למשפחת מולר אין יכולת להעמיד מימון והיא לא תידרש לכך". החברה החדשה שקמה נראה חברת מוליתן, בשלב מסוים נערכה אסיפת בעלי מניות במוליתן והתקבלו שם מספר החלטות ואחת מהן הייתה שבעלי המניות בחברה יזרימו כסף נוסף לחברה תמורת מניות חדשות לשיפור היחסים הפיננסיים. משפחת מולר התנגדה להחלטה הזאת ואז כיוון שהחלטה בכל זאת התקבלה משפחת מולר הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בבקשה להורות כי החלטות האסיפה הכללית שעניינם השקעת כספים במוליתן סותרת את הסעיף בהסכם ובבית המשפט העליון נדונה השאלה האם באמת מותר לאסיפה הכללית של חברה לקבל החלטות בנגוד להסכם עם משפחת מולר שמשמעותם לכאורה דילול החלק של בעלי המניות? ( דילול של חלק בעלי המניות = הקטנת החלק של בעלי המניות, אם פעם למשפחת מולר היה 25% מחברת מוליתן הרי ברגע שאנחנו מגדילים את הון המניות ונותנים לעוד משקיעים לקנות מניות בהכרח החלק של משפחת מולר קטן )

בית המשפט העליון אומר שאחד מצינורות המימון המקובלים לפעילות השוטפת של החברה הוא השקעת הון של בעלי המניות שלה או על ידי משקיעים חדשים שמעוניינים להיות בעלי מניות, נכון שמבחינת בעלי המניות הקיימים הקצאת מניות חדשות מקטינה את ההחזקה שלהם בחברה ואת כוח השליטה שלהם בחברה, הזכאות של בעל מניות בחברה פרטית להשתתף בהקצאות עתידיות מוסדרת בסעיף 290(א) לחוק החברות, סעיף זה מזכה את בעל המניות לזכות סירוב ראשונה.

בית המשפט רוצה לבדוק איזה דרכים יש להגן על בעל מניות קיים מפני דילול :

1. תקנון החברה

2. חוזה שהחברה צד לו – ניתן לחייב חברה פרטית באמצעות חוזה חיצוני של החברה שבה היא מקשה על הדילול של בעל המניות. כלומר, שניח יהיה צריך להביא את הדילול להחלטה של האסיפה הכללית.

3. חוזה חיצוני במסגרת הסכמי יזמים שהחברה אישרה – סעיף אנטי דילול שמטרתו מניעת דילול יכול להיכלל במסגרת הסכמי יזמים שנכרתים עוד לפני שהחברה התאגדה. סעיף שמעגן הגנה מפני דילול בהסכם מייסדים מבטא את רצונם של מייסדי החברה לשמור על שיעור מינימלי של בעלות עתידית בהון המניות של החברה וכאשר החברה מאשרת בדיעבד הסכם מייסדים חלה על החברה החובה לכבד אותו. ככל שהחברה תשנה את התקנון שלה או תקבל החלטות בניגוד לחוזה החיצוני שאותו היא אישרה היא עלולה להיחשב כמפרת חוזה והצד הנפגע יהיו לו הגנות עפ"י דיני החוזים . לדוגמא : פס"ד קימחי נ' בית הדין הארצי לעבודה.

4. חוזה שהחברה אינה צד לו ושהיא גם לא אישרה אותו. מדובר על הסכמים עם בעלי המניות. כלומר, יכול להיות שסעיף הגנה מפני דילול יעוגן בהסכמים שהחברה אינה צד להם. מצב זה יכול להתרחש למשל כאשר מדובר בהסכמי מייסדים או בהסכמים שנוצרו לאחר הקמת החברה הדגש הוא שהחברה לא אישרה את ההסכמים האלה בדיעבד והחברה לא צד להם.

במקרה שלנו, אומר בית המשפט שלמרות כל ההסכמים הללו ולמרות כל הדרכים הללו הגנה על בעל המניות מפני דילול בשיעור החזקותיו אמנם מחריגה אותו מיתר בעלי המניות אבל כוחה של הזכות הזאת מוגבל. הזכות הזו אינה יכולה לחתור תחת טובת החברה ותכליות דיני החברות. חובה על בעלי המניות לפעול בתום לב כלפי החברה וגם על בעלי השליטה ועל בעלי כוח ההכרעה לפעול בהגינות כלפי החברה.

בהסכם שלנו הפטור מהשקעות לא מקנה לגברת מולר הגנה בלתי מוגבלת בזמן מפני דילול, ההגנה הזאת לא יכולה להיות לרעת החברה. ולכן, הסעיף של הסכם המייסדים ששם אנחנו מדברים על הגנה מפני דילול נכנס למסגרת הקטגוריה הרביעית- במסגרתה דיברנו על הסכם שהחברה לא צד לו ולא אישרה אותו. ולכן, תוקפו של הסעיף הזה אמנם הוא טוב במסגרת מערכת היחסים החוזית בין גברת מולר לבין המייסדים אבל הוא לא מחייב את החברה עצמה שרוצה לדלל את המניות, לכן , בהתחשב בעובדה שהחברה אינה צד להסכם , היא לא אישרה אותו וההוראה הזאת לא עוגנה בתקנון החברה- ולכן היא לא מחייבת את החברה, והיא לא יכולה להביא לבטלות הפעולות. ככל

שישנה הפרה של ההסכם ההפרה הזאת יכולה להקים עילת תביעה חוזית במערכת היחסים שבין גברת מולר לבין המייסדים האחרים- אבל לא במערכת היחסים המשפטית שבין גברת מולר לחברה שרוצה להגן על המניות שלה.

### פריטים שחובה לכלול בתקנון :

1. **שם החברה** – מצוי בסעיפים 25-31 לחוק. ס' 25 לחוק החברות אומר שהחברה רשאית להירשם בכל שם, מס' 27 יש הוראות באיזה שם החברה לא תירשם ההוראות הן שאין לרשום חברה בשם של תאגיד רשום בישראל או הדומה לו כדי להטעות, אין לרשום חברה בשם שהוא סימן מסחר רשום- אלא אם כן הוכח שבעל סימן המסחר הסכים לכך בכתב, אין לרשום חברה בשם שהרשם סבור שיש בו משום הטעיה או תרמית.

פס"ד מלון הנסיכה נ' לקסן ישראל בע"מ – מדובר בחברה שהייתה בעלים של מלון ברמה של 3 כוכבים בנתניה שנקרא "מלון הנסיכה", החל משנה מסוימת המלון התחיל להשכיר את החדרים שלו לעולים חדשים והוא לא סיפק שירותי הארחה לציבור הרחב. החברה המשיבה הייתה הבעלים של מלון הנסיכה באילת שהוא מלון 5 כוכבים הם נתנו למלון שלהם את השם "מלון הנסיכה", הם אמרו שהם משתמשים בשם "הנסיכה אילת" אבל בפועל, השם של המלון היה "מלון הנסיכה" ולכן הבעלים של מלון הנסיכה בנתניה ביקשו להוציא צו מניעה שאוסר על הבעלים של מלון הנסיכה באילת לעשות שימוש בשם "מלון הנסיכה". על מנת לראות אם באמת יש בלבול או הטעיה בין 2 המלונות בית המשפט הפעיל מבחן שנקרא "**מבחן המשולש**" – המבחן המשולש הוא מבחן שבנוי מ3 קריטריונים :

- המראה והצליל
- סוג הסחורה וחוג הלקוחות
- שאר הנסיבות

בית המשפט בדק וראה האם המראה והצליל דומה? כן, חוג הלקוחות – בית המשפט אומר שחוג הלקוחות של שני בתי המלון אינו דומה כלל, למה הוא לא דומה? כי בנתניה זה עולים חדשים ובאילת זה מלון 5 כוכבים, קהל היעד העיקרי של קהל היעד באילת הוא תיירים מחו"ל שמעוניינים ביוקרה- אין בסעיף זה הטעיה, בנקודת שאר הנסיבות נאמר שלא הוכיחו שמלון הנסיכה רכש מוניטין בשם של הנסיכה וגם אין ספק שמלון הנסיכה באילת לא רצה להיבנות מהשם של מלון הנסיכה בנתניה. ולכן, על הבסיס הזה התביעה והערעור נדחו.

2. **מטרות החברה** – החוק קובע שתקנון החברה יפרט את מטרותיה, סעיף 32 לחוק קובע שהחברה יכולה לבחור את אחת משלושת האפשרויות הבאות כדי להגדיר את מטרות החברה :

- לעסוק בכל עיסוק חוקי – האפשרות הכי רחבה. הרציונל שלה הוא שמנהלי החברה לא יהיו כבולים כי ס' המטרות כובל את המנהלים, אנחנו רוצים שיהיה להם חופש ולכן אנחנו אומרים שהם יכולים להתעסק בכל מטרה שהיא. יש בכך בעיה מסוימת- יש יותר מידי חופש פעולה וזה יכול לגרום להם "להתפזר" ולא דווקא מתאים לחברה עצמה, יכולים להיות מצבים שבהם אנחנו נרצה להגביל את הבעלים ולכן נבחר באפשרות השלישית .
- לעסוק בכל עיסוק חוקי למעט בסוגי עיסוקים שפורטו בתקנון- משמשת למצב שבו יש לנו קונצרט של חברות (אשכול חברות), אחת החברות עוסקת ביצור והשניה בשיווק, השלישית בניהול- כדי שלא תהייה התנגשות בתפקוד של כל החברות הללו אנחנו אומרים שחברה א' עוסקת ב.. חוץ מ.. חברה ב עוסקת ב.. חוץ מ.. – מונע התנגשות בין החברות.
- לעסוק בסוגי עיסוקים שפורטו בתקנון – האפשרות הכי צרה – ממתן את המנהלים, בנוסף מאפשר פיזור של ההון של החברה בהתאם ובבטחה.

### דוקטרינת המטרות – דוקטרינת חריגה מהמטרות - "אולטרה וירס מטרות" – ULTRA-VIRES

בזמנו, היה חשוב לבתי המשפט האנגליים שהחברה תפעל לפי המטרות בתזכיר. התזכיר היה מסמך יסודי. (בזמנו היו 2 מסמכי יסוד, היה תזכיר ותקנון. בתזכיר היו שם, מטרות, הון והגבלת אחריות ובתקנון היה את כל דרכי התנהלות החברה), התזכיר היה הרבה יותר קשה לשינוי כי היה מאוד חשוב למשפט האנגלי שהחברה תתנהל לפי המטרות שהמשקיעים ידעו כאשר הם השקיעו בחברה. איך אנחנו יכולים להגן על הכלל הזה? ההגנה על הכלל הייתה שברגע שהחברה או האורגנים שלה סוטים מהמטרות הפעולה היא בטלה מעיקרה – (ויט אבי ניציו) הפעולה הייתה בטלה גם כלפי החברה וגם כלפי צדדים שלישיים. זה בטל מעיקרו כי לאורגנים אין כשרות לעשות פעולות שהן בניגוד למטרות .

כדי להסתמך על הסעיף הזה צריך היה לדעת מה המטרות, הם עשו חזקה ואמרו שחזקה על כולם שיודעים מה סעיף המטרות - כלומר, מכל הפינות חסמו את הצדדים השלישיים.

עבר זמן וראו שהדוקטרינות רעות לצדדים השלישיים - יש ניצול לרעה, ולאט לאט שוב המצב השתנה. לדוקטרינת המטרות היה עוד סניף - אולטרה וירס מנהלים:

ז"א שהיו בתקנון של החברה הוראות מה מנהלים מוסמכים לעשות, לפעמים המנהלים חרגו מסמכותם וגם פה באה הפסיקה האנגלית ואמרה שהם לא רוצים שהמנהלים יעשו פעולות שחורגות מסמכות המנהלים, אבל אם הפעולה החורגת הזאת של המנהלים הייתה במסגרת המטרות אז התוצאה של החריגה הייתה קצת שונה כי התוצאה של הפעולה הייתה תלויה במצבו הנפשי של הצד השלישי, כלומר, אם הצד השלישי שכלפיו נעשתה פעולה, ידע או היה עליו לדעת שהמנהל חרג מסמכותו הפעולה הייתה בטלה- אם הצד השלישי לא ידע ולא היה עליו לדעת הפעולה הייתה תקפה. כלומר, בעוד כאשר חרגו מהמטרות הפעולה הייתה VOID- בטלה מעיקרה, אולטרה וירס מנהלים הפעולה הייתה ניתנת לביטול (רק אם ידע או היה עליו לדעת- הפעולה בטלה. אבל אם הפעולה היא כלפי צד שלישי ספק קטן שלא ידע ולא היה עליו הפעולה תקפה).

בגלל כל מיני בעיות המצב השתנה ובכלל, חוק החברות שינה את כל המצב:

55' ס' בחוק החברות נותן הוראה קוגנטית ואומר "חברה ומי שפועל מטעמה לא יבצעו פעולה שיש בה חריגה מן המטרות הקבועות בתקנון וכן לא יבצעו פעולה בלא הרשאה או בחריגה מההרשאה" - במילים אחרות, הסעיף מדבר על חריגה של מטרות וחריגה של מנהלים. הסעיף ממשיך ל56(א) ואומר "פעולה שנעשתה בעבור חברה בחריגה ממטרות החברה או שנעשתה בלא הרשאה או בחריגה מההרשאה אין לה תוקף כלפי חברה". אלא אם כן אישרה החברה את הפעולה בדרכים הקבועות בסעיף קטן ב או אם הצד שכלפיו נעשתה הפעולה לא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה או על היעדר הרשאה". נ.ב. נניח שהחברה נקלעה לנסיבות שהיא חייבת לאשר את זה מה היא עושה? היא מאשרת את העסקה אבל תובעת את האורגן באופן אישי (לשם כך קיים סעיף המטרות) - הכל ניתן לביטול. מה האופציות שלנו? מה הפתרונות?

**דרך ראשונה** היא שהחברה יכולה לאשר את הפעולה בדרכים הקבועות בס' קטן ב' - מתי היא תאשר את הפעולה? כאשר הצד השלישי ידע או היה עליו לדעת.

סעיף 56(א) אומר שהתוקף של פעולה שחורגת ממטרות, חורגת מההרשאה או ללא הרשאה כלל מותנה במצבו הנפשי של הצד השלישי- אם הצד השלישי לא ידע או לא היה עליו לדעת אזי הפעולה תקפה.

לעומת זאת, אם הצד השלישי ידע או היה עליו לדעת אז הפעולה בטלה אבל החברה יכולה לאשר אותה.

סעיף 56(ב) אומר "שאישור החברה בדיעבד לפעולה בחריגה ממטרות יינתן בידי האסיפה הכללית ובהחלטה שתתקבל ברוב הדרוש לשינוי מטרות החברה", כלומר, המחוקק אומר לנו שהאישור של הפעולה בדיעבד שווה לשינוי תקנון - כי נעשתה פעולה שהיא בניגוד למטרות.

"אישור כאמור לעניין פעולה בלא הרשאה ובחריגה מההרשאה יינתן בידי האורגן המוסמך לתת את ההרשאה" - למי יש את הסמכות? האישור הוא בהתאם לאופי של החריגה- אם מדובר בפעולה של מנכ"ל מי שמאפשר לאשר לו זאת יהיה הדיקטוריון ולפעמים האסיפה הכללית - אם למשל מדובר בפעולה של סמנכ"ל אולי המנכ"ל יהיה מוסמך לאשר את זה- זה תלוי לפי המדרג ואופי הפעולה.

**התרופה הנוספת** היא ס' 55(ב) שאומר: "אם נעשית או שיש יסוד להניח שעומדת להיעשות פעולה כאמור בס' קטן א' רשאי בית המשפט לבקשת החברה, בעל המניה או נושה של החברה שיש חשש לפגיעה בזכויותיו לתת צו להפסקת הפעולה או למניעתה. נותנים מעמד בבית משפט אפילו לנושה.

#### ביטול הידיעה הקונסטרוקטיבית:

בעבר הייתה חזקה שכל מי שבא במגע עם חברה יודע מה מסמכי היסוד שלה אומרים, האבסורד של הדבר ברור - מאיפה לצד שלישי לדעת דבר שכזה?

ס' 42 אומר "רישום או קיומו של מסמך בחברה או אצל הרשם אין בו כשלעצמו משום ראייה לידיעת תוכנו" - כלומר, ביטול את הידיעה הקונסטרוקטיבית.

פס"ד בכור ניהול ואחזקות בע"מ נ' ממשל ירושלים בע"מ - מדובר בחברה שנקראת "חברת ממשל ירושלים". גברת לין הייתה בעלת מניות ונושאת משרה, יתר בעלי המניות בחברה היו בני משפחת

בעלה של גברת לין, חברת ממשל ירושלים רכשה מחברת ג'רוזלם בע"מ בפירוק 2 חנויות במלון פנינת דן. גברת לין טיפלה מטעם חברת ממשל ירושלים ברכישת הנכסים ואח"כ בהשכרתם. לחברת ממשל ירושלים לא היו נכסים נוספים, היו לה רק 2 החנויות האלה. חברת גולד שנוסדה לאחר חברת ממשל ירושלים, נוסדה ע"י עורך דין ריבלין ביוזמתה של גברת לין, עו"ד ריבלין החזיק בנאמנות את מניות חברת גולד עבור גברת לין והיא מונתה כמנהלת יחידה. נערך הסכם שנעשה בין חברת ממשל ירושלים לבין חברת גולד, במסגרת ההסכם הועברו לחברת גולד הזכויות של חברת ממשל ירושלים תמורת 330 אלף דולר. על ההסכם חתמה גברת לין הן בשם חברת ממשל ירושלים והן בשם חברת גולד. הערת האזהרה נרשמה רק שנה לאחר חתימת החוזה. מס' ימים אחרי שנרשמה ההערה נערך הסכם להעברת הזכויות בין חברת גולד לבין חברת בכור שבו הזכויות בנכסים האלו הועברו לחברת בכור תמורת סך 110 אלף דולר, התמורה הורכבה מתשלומים ששילמה המערערת לרשויות המס על חשבון חוב של חברת גולד לרשויות אלו וכן מקיזוז חובות של גברת לין או מי ממעסיקיה חוו כלפי חברת בכור. בחודש יוני באותה שנה הגישה חברת בכור תביעה לבטלות ההסכם שנערך בינה לבין חברת גולד – היא ביקשה לבטל את ההסכם מהנימוקים הבאים:

1. נטען שמדובר בהסכם למראית עין בלבד
2. נטען שבכריתת ההסכם פעלה גברת לין במרמה ותוך חריגה מסמכותה כלפי החברה המשיבה.
3. נטען כי העסקה בין החברה המשיבה לבין חברת גולד הייתה כרוכה בעניין אישי של גברת לין ומשום כך הייתה טעונה אישור בהליך הקבוע לכך בדיני החברות שלא קיים.
4. נטען כי ההסכם מהווה למעשה עסקה שעשתה גברת לין עם עצמה בתוך שלוחת החברה המשיבה ומשום כך הוא פסול עפ"י דיני שליחות.

נתמקד בנימוק השני, חריגה מסמכות. בבית המשפט המחוזי התקבלה התביעה וחברת בכור ערערה לבית המשפט העליון, הנימוק העיקרי של בית המשפט המחוזי לקבלת התביעה של בכור היה שגברת לין חרגה מסמכותה שהוקנתה לה כנושאת משרה בחברת הממשל. ככלל, לגברת לין הייתה זכות חתימה בחברת הממשל, הזכות הזאת אפשרה לה לחייב את החברה בכל עניין, אולם, כפי שעולה ממסמך מסוים אשר נחזה כפרוטוקול אסיפת בעלי המניות, גברת לין ביקשה לקבל את אישורם של בעלי המניות למכירת הנכסים לחברת גולד ועל פי האמור באותו מסמך האישור הנדרש אכן ניתן באותה אסיפה. בית המשפט קבע כי ככל הנראה ישיבה כזו לא התקיימה בפועל וגברת לין פעלה בעסקה עם חברת גולד על דעת עצמה ותוך חריגה מההרשאה. בית המשפט מצא עוד כי חברת גולד ידעה שהעסקה עמה נעשית בלא הרשאה. בחברת הממשל היו קיימים רק שני הנכסים, ברגע שלין מכרה את הנכסים לגולד היא בעצם רוקנה את החברה מנכסים – החלטה כזאת טעונה אישור של מועצת המנהלים.

זה עלה לבית משפט העליון והוא דן בסוגיה של חריגה מסמכות. תקפותה של העברת הנכסים מחברת הממשל לידי חברת גולד נבחנת על רקע כללי החריגה מסמכות והשאלה שיש לבחון היא האם העסקה של העברת הנכסים מחברת הממשל לחברת גולד הייתה כרוכה בחריגה מסמכות, לצורך כך בית המשפט נדרש לסעיף 55 לחוק החברות שאומר שכאשר הסעיף מגביל את הפעולות של האורגן אזי האורגן צריך להתנהג לפי הוראות הסעיף ובשורה התחתונה, אומר בית המשפט העליון – תהיה אשר תהיה ההגדרה המיוחדת של תפקידה של גברת לין בחברת הממשל ברור כי מעולם חברת הממשל לא הוסמכה ע"י האורגנים של חברת הממשל למכור את כל נכסים החברה לגורם חיצוני לחברה באמצעות זכות החתימה שנתונה לה בחברה. לדבריה היא הביאה בתאריך מסוים את העסקה בין חברת הממשל לבין חברת גולד לאישור אסיפת בעלי המניות של חברת ממשל. בית המשפט בחן את המסמכים הקשורים והגיע למסקנה שהיא לא הצליחה לשכנע שאכן הייתה האסיפה הכללית של בעלי המניות שבמסגרתה הוחלט להסמיך את גברת לין למכור את כל נכסי חברת הממשל לחברת גולד. מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי עולה בבירור (אומר בית המשפט העליון) כי התקיימו בעניינינו הוראות ס' 56 לחוק החברות, כלומר, פעולת העברת נכסי חברת הממשל מידי לידי חברת גולד נעשתה ע"י גברת לין בחריגה מההרשאה ולכן אין לה פעולה הזו תוקף כלפי חברת הממשל. כן עולה מנסיבות העניין כי לא נתקיים אף אחד מן החריגים שמנויים בחוק, שבהתקיים אחד מהם הופך את הפעולה של חריגה מההרשאה לבעלת תוקף כלפי החברה:

1. החברה מעולם לא אישרה לפני מעשה או בדיעבד את פעולת המכירה של נכסיה לחברת גולד. ואף ההפך מכך, היא דרשה את ביטולה של העברה מיד כשנודע לה על ביצועה.

2. לא נתקיים גם החריג השני הנזכר בחוק שכן הצד שכלפיו נעשתה פעולת המכירה הלוא היא חברת גולד ידעה על החריגה, כי חברת גולד הוקמה ביוזמתה של גברת לין ולצורך קידום מטרתיה כשהיא בעלת המניות היחידה שמניותיה מוחזקות בנאמנות עבורה. אין צריך לומר כי חברת גולד שנוהלה ע"י גברת לין מוחזקת כמי שידעה באמצעות גברת לין עצמה על היותן של פעולות מכירת הנכסים מחברת הממשל לחברת גולד חורגות מגדר ההרשאה שחברת הממשל נתנה בידיה של גברת לין.

לאור כל אלה, המסקנה המתבקשת היא כי הפעולה הראשונה שנוגעת להעברת הנכסים מחברת הממשל לחברת גולד באמצעות גברת לין נגועה בחריגה מההרשאה שלא נתפא ע"י אישור החברה לפעולה החורגת וכי הצד שכלפיו נעשתה הפעולה החורגת ידע אודות החריגה. לפיכך העסקה בין חברת הממשל לבין חברת גולד הינה חסרת תוקף כלפי חברת הממשל עפ"י 56' לחוק החברות.

3. **הון חברה – מה זה הון?** סך כל התשלומים שבעלי המניות השקיעו בחברה. אבל, המונח "הון" יש לו כל מיני סוגים, סוגי הון המניות:

- הון מניות רשום – הסכום שנזכר בתקנון החברה המחולק למניות בנות סכום קבוע שבו נרשמה החברה ועליו משלמים אגרת רישום ואגרת הון. הוא משמש בעצם מסגרת פורמלית לפעילות.

(נמצא בתקנון ס' שאומר הון החברה הוא אלף שקלים מחולק ל- אלף מניות בנות 1 שקל ערך נקוב כל אחת. האם אתם חושבים שיש בקופת החברה 1000 ₪? לא! אין בקופת החברה 1000 ₪ בגלל שזה נכתב בתקנון, הסכום הזה הוא מספר שנותן לנו גם את המסגרת שמתוכה אנחנו יכולים למכור מניות ובהכרח גם מגביל את הסמכות של הדירקטורים להנפיק מניות-אפשר ללכת לאסיפה הכללית ולבקש להגדיל את הון המניות הראשית.)

- הון מניות מונפק – חלק מההון הרשום שנמכר, הוקצה לבעלי המניות. (נניח שיש לנו הון רשום של 1000 ₪ מחולק לאלף מניות אנחנו רוצים למכור 300 מניות – ההון המונפק הוא 300 ₪, ההון הלא מונפק הוא 700 ₪.)

- הון מניות לא מונפק – חלק של ההון הרשום שלא נמכר ושאותו אפשר לבטל לפי ס' 287 לחוק החברות.

(יש לנו הון לא מונפק של 700 מניות, ההון המונפק הוא 300 מניות. אני ואת בעלי מניות בחברה וטוב לנו ביחד, מננו דירקטוריון ויש לנו עסק מצליח, לא תמיד אנחנו יכולות לפקח על המנכ"ל ועל הדירקטורים, אנחנו מפחדות שהם יעשו עלינו השתלטות וינפיקו מניות וימכרו אותם- אנחנו מקבלות החלטה לפי ס' 287 לבטל את ה-700 מניות ואז הון המניות הרשום יהיה רק 300.)

- הון נדרש – חלק מהון המניות המונפק שתשלומם נדרש מבעלי המניות. (אנחנו הנפקנו מניה ונניח שכל מניה מכרנו ב-10 ₪, נניח שמכרנו 10 אלף מניות- אני צריכה לשלם 100 אלף, אין לי 100 אלף מזומן, אני אומרת לחברה, אל תבקשי ממני הכל עכשיו- והחברה מסכימה- החברה דרשה ממני 50 אלף, יכול להיות מצב שאני אקנה מניות ולא יבקשו ממני כלום- אקנה מיליון מניות ועדיין לא ידרשו ממני תשלום. ההון הלא נדרש הוא אותו חלק מהון המניות המונפק שטרם הוצאו דרישות תשלום בגינן.)

- הון נפרע- חלק מהון המניות המונפק שתשלומם נדרש ונפרע למעשה.
- הון לא נפרע – חלק של הון המניות שטרם שולם למרות שתשלומם נדרש.

- הון נפרע+ הון לא נפרע = הון נדרש  
 - הון נדרש+ הון לא נדרש = הון מונפק  
 - הון מונפק+ הון לא מונפק = הון מניות רשום

### עקרון שמירת ההון/ שימור ההון :

עקרון שימור ההון זה עיקרון שנמצא בחוק החברות אבל אנחנו לא רואים אותו במפורש במילים שלו, אנחנו מסיקים אותו. חוק החברות רוצה לדאוג לכל ה"שחקנים" שקשורים לחברה – בעלי המניות והנושים. איך נדאג להם? אנחנו רוצים לגרום לכך שכאשר גם הנושים וגם בעלי המניות משקיעים בחברה אנחנו רוצים לדאוג לכם ששניהם יהיו בטוחים שהכסף שהם משקיעים לא יבזבז – לכן הומצא עיקרון שמירת ההון. מה אומר העיקרון?

שעל החברה לשמור על ההון שלה מפני הפחתתו כדי שישמש "כרית ביטחון", כהגנה לנושי החברה ולבעלי המניות. עיקרון שימור ההון מבוסס על שמירת הונה של החברה בשני שלבים קריטיים:

א. שלב גיוס ההון- בשלב הזה חובה על החברה להקפיד על תשלום תמורה שוות ערך בגין המניות המונפקות.

ב. בשלבי פעילותה השוטפת של החברה – החברה מנועה מלהעביר עושר לבעלי המניות באופן שמאיים על יכולת הפירעון של החברה.

עקרון שימור ההון שלעצמו מופיע **בסעיף 301 לחוק החברות** אבל לחוק הזה יש נגזרות שבאות לבסס אותו ועל כל הנגזרות הללו אנחנו נדבר.

בשביל מה יש לנו את העיקרון הזה? בעלי מניות משקיעים כסף בחברה, והרי לא כולם מנהלים את הכסף אז אנחנו שוכחים וממשיכים בחיים הרגילים שלנו אבל החברה, המנהלים של החברה בעצם עובדים עם הכסף, יש חשש שכאשר הם עובדים עם הכסף הם יעבדו איתו ככה שזה יהיה לטובתם האישית ולרעת מנהלי המניות, שינצלו לרעה. כדי למנוע את התוצאה הזאת יש לנו את עיקרון שימור ההון. כאשר אנחנו מראים את העיקרון הזה בצורה הזאת אנחנו יכולים להבין מה הרציונל של המחוקק כשהוא חוקק זאת. ס' 301 לחוק לא אומר לנו זאת במפורש.

### מה זאת מניה?

מניה זה אגד של זכויות (קבוצת זכויות).

מאיפה אני שואבת את הזכויות של המניה? מהחוק וגם מהתקנון.

בתקנון של החברה יהיו כתובים ההוראות הספציפיות של המניות, אבל מניה מייצגת גם נכס עבור בעל המניה. כלומר, כאשר אנחנו מסתכלים על המניה היא מהווה קשר בין בעל המניה לחברה, אבל גם קשר בין בעל המניה לבין המניה. ז"א מערכת היחסים הראשונה היא בין בעל המניה לחברה- כלומר המניה מקבלת משמעות רק בגלל שהיא מהווה חלק מתוך השלם שנקרא "חברה" ורק כאשר היא מהווה חלק מהשלם אז יש לה את התוכן שלה את השווי שלה, ניתן למכור אותה וכו'. המערכת היחסים השניה היא המערכת יחסים שבין בעל המניה לבין המניה עצמה- בשביל בעל המניה מדובר בנכס, למשל אם כאשר אתם עושים הצהרת הון אתם מצהירים שיש לכם בית, יאכטה ומניה – מניה היא נכס. זה חלק ממצבת הנכסים שלי.

### השלבים של עקרון שימור ההון:

א. שלב גיוס ההון – אנחנו נראה איך עיקרון שימור ההון בא לידי ביטוי. ישנם כמה מקרים שמאיימים על שימור ההון ולכן יש לנו כמה מנגנוני שמירה:

הנפקת מניות בפרמיה – כאשר אנחנו מקימים חברה, בשביל שתהיה אישיות משפטית נפרדת אנחנו צריכים בעלי מניות, יכולה להיות חברה עם בעלת מניות אחד, במועד ההקמה של החברה אנחנו מנפיקים את המניות ומוכרים את המניות בערך נקוב – השווי שלהם כפי שהוא כתוב בתקנון, למה? כי החברה עוד לא הרוויחה. אחרי שהחברה מתחילה את פעילותה ונניח שהחברה מצליחה בשלב הזה יכול להיות ששווי המניה עולה, כאשר שווי המניה עולה אז כמובן שכאשר אנחנו נמכור עוד מניות אנחנו נמכור מניות לפי השווי החדש הגבוה, השווי החדש הגבוה הוא גבוה יותר מהערך הנקוב – ההפרש בין הערך הנקוב לבין הערך החדש הוא הפרמיה. כלומר, אם הערך הנקוב של המניה הוא 1 ש"ח ואם אנחנו מכרנו את המניה ב-1.56 ש"ח ה-0.56 הפרמיה.

נשאלת השאלה מה דין פרמיה ששולמה על הון המניות? האם אפשר לראות בפרמיה הזו חלק מהון המניות ולכן היא אסורה לחלוקה כדיבידנד או לחלוקה בדרך אחרת? התשובה היא שאת הפרמיה אי אפשר לחלק כדיבידנד אבל אפשר לעשות בה שימוש לצרכים אחרים.

רווח זה הכנסות – הוצאות חלקי מספר המניות. לא ניתן לחלק את זה כדיבידנד כחלק מעיקרון שימור ההון – כי ברגע שנוציא את הכסף החוצה אנחנו נפחית את ההון.

הנפקת מניות בניכיון – הנפקת מניות במחיר שנופל מהערך הנקוב. למה זה קורה? לפעמים החברה נמצאת בקשיים או שהשווי שלה יורד מכל מיני סיבות שונות ואז החברה אומרת שנכון שהמנה בירידה אבל היא בכל זאת רוצה לגייס עוד כסף, איפה אני יכולה לגייס הון? בבנק, הבנק אולי לא רוצה לתת לי כסף או שיכול להיות שגובה הריבית שהוא ייקח לי מאוד גבוהה ולא אוכל לעמוד בזה- ואז היא רוצה לגייס כסף מהציבור ואז הגיוס מהציבור יהיה יותר בזול, איך אני יכולה לפתות את הציבור להשקיע בי אם המניה יורדת? אני אתן "מחירי מבצע" – אני אנפיק להם מניה שהערך הנקוב

שלה שקל ב-80 אגורות והם לא יצטרכו לשלם יותר. צריך לבקש אישור לבית המשפט. **סעיף 304(ב)** – " בית משפט רשאי לבקשת החברה לאשר לה לבצע הקצאת מניות בתמורה נמוכה מערך הנקוב שלא כאמור בסעיף קטן א בתנאים שיקבע."

**הקצאת מניות שלא תמורת מזומנים – סעיף 291 לחוק החברות** – "חברה לא תקצה מניה שתמורתה במלואה או בחלקה לא תפרע במזומן אלא אם כן פורטה התמורה בעבור המניה במסמך בכתב" – במילים אחרות, לפעמים בעלי מניות רוצים לשלם עבור המניות לא בכסף אלא בשווי כסף, נניח במחשבים, מכוניות, מגרשים וכל מיני דברים – ואז מתעוררת השאלה איך אנחנו נחשב את זה? כי יכול להיות שאנחנו נגיד שאנחנו נותנים שירות עבור המניות וערך השירות שווה פחות מערך המניה. אז אומר המחוקק שמצד אחד הוא רוצה לבוא לקראתנו, הוא רוצה לעודד קניית מניות אבל לא ברמאות וללא פגיעה בהון – איך אנחנו נעשה את זה? שיהיה שמאי, יעשו חוזה בכתב – שיהיה חוזה כל בעלי המניות יוכלו לפקח על זה.

**הנפקת מניות הטבה** – מניית הטבה היא לא עוד סוג של מניה, אלא היא מוענקת רק לבעלי מניות קיימים בחברה והשם "הטבה" ניתן לה מהסיבה שמקבל המניה אינו משלם עבורה תמורה והיא מוקצת לו כדיבדנד. ההקצאה נעשית מתוך רווחיה שלא במזומנים של החברה מבלי להעביר לבעלי המניות בפועל במזומנים חלק מנכסי החברה ובדרך של תעודת מניה נוספת בהון החברה. מאחר שהקצאת מניות הטבה נעשית ללא תמורה יש לאתר מקור ממנו ניתן לשלם עבור המניות שהוקצו – זאת מאחר שבעבור כל הקצאת מניות צריכה להשתלם תמורה לחברה, בין במזומנים ובין בדרך אחרת, אם לא- מדובר בפגיעה בהון העצמי של החברה. מקורות המימון עבור המניות הם: רווחים- כאמור **בסעיף 302(ב)** או מקור אחר, בהונה העצמי של החברה לרבות(גם) חשבון הפרמיה. המחוקק הסדיר את הנושא **בסעיף 304(א) לחוק** – שמסדיר את כל הנושא של הקצאת מניות הטבה.

המניה מייצגת את החלק של בעל המניה בחברה. ככל שיש לו חלק יותר גדול בחברה אז יש לו השפעה יותר גדולה. המניה עקרונית היא מסמך שבו מצוין השם של הבעלים שרשום במרשמי החברה בציון מס' המניות שבבעלותו כפי שאמור בסעיף 178 לחוק. אבל הערך הראייתי של המניה או של תעודת המניה נמוך יותר מהערך של מרשם בעלי המניות. כלומר, כפי שנקבע בסעיף 133(ב) לחוק. כי במקרה של סתירה בין הרשום במרשם בעלי המניות לבין תעודת המניה, ערכו הראייתי של מרשם בעלי המניות עדיף על ערכו הראייתי של תעודת המניה.

יש מסמך שנקרא מניה למוכ"ז (מוסר כתב זה), ומשמעות הדבר היא שחברה רשאית אם נקבעה לכך הוראה בתקנון להוציא שטר מניה למניה ששולמה במלואה. לפעמים רוצים שיהיה לנו מצב שבו אנשים יוכלו להשתמש במניות כמו בכסף. כלומר שלא יהיה השם של בעל המניה על המניה אלא שזה יעבור מאחד לשני. אם החברה מאפשרת את זה, זה אפשרי אבל בתנאי שיש לזה רישום בתקנון.

יש מגבלות על המניות, מגבלות מסוג אחד הם מכוח מערכת החקיקה הכללית ומכוח חוק החברות וחור ניירות ערך. סוג שני של מגבלות היא מהתקנון. מגבלה מכוח חוק שבעל מניות צריך לנהוג בתום לב. מגבלה מכוח תקנון – אם מניות בכורה אין לי זכות הצבעה. למניות יש גם זכויות. הזכויות של המניות הם: סוג אחד – זכויות כלליות וסוג שני – זכויות ספציפיות לפי כל מניה.

**זכויות כלליות** – מדברות על זכות השתתפות באסיפה הכללית, זכות עיון בפרוטוקולים של האסיפה הכללית, זכות לדעת את בעלי השכר הגבוה ביותר, לבעל המניות על פי סעיף 184 יש זכות לעיין במסמכי החברה, על פי סעיף 185 לבעל המניה יש זכות לדרוש מהחברה לעיין במסמכים ספציפים שעוסקים באסיפות כלליות, עפ"י ס' 186 לבעלי מניות יש זכות לקבל מידע על גמול לדירקטורים, עפ"י סעיף 187 כל בעל מניה זכאי לקבל מהחברה את התקנון שלה.

זכויות ספציפיות- בשביל להבין זכויות אלה נצטרך לדבר על סוגי מניות:

אין כל הוראה בחוק שמחייבת את החברה להנפיק סוגים שונים של מניות אבל אין גם מניעה לכך. כל חברה חופשית לבחור לעצמה את מבנה ההון שמתאים לצרכים שלה (סעיפים 285,286,288 לחוק) עקרונות כללים בסיסיים שעל פי הם אנחנו מנתחים ומפרשים את סוגי המניות:

1. עיקרון השוויון – זה עיקרון שמקובל בפרשנות של דיני החברות שאומר כל סוגי המניות שווים בזכויות ובחובות אלא אם כן נאמר אחרת.
2. עיקרון היחסיות בחלוקת דיבידנדים – המשמעות היא שכל אחד מקבל דיבידנדים יחסית לחלק שלו. כאשר מכריזים על סכום מסוים לחלוקת דיבידנדים, ואם לי יש 50% מהמניות אני אקבל 50% מהדיבידנד. זהו עיקרון היחסיות.
3. עיקרון המיציא – כאשר יש למניות זכויות מסוימות, רואים את הזכויות הללו כממצות את כל אגד הזכויות הצמודות למניות הללו. נניח שיש לי מניית בכורה, והיא נותנת לי דיבידנד בכורה של 10%, המשמעות היא שזהו, אלא אם כן נאמר אחרת, זה הזכות היחידה שיש למניה הזאת. למשל, אין לה זכות הצבעה.
4. חברה שהנפיקה סוג מניות אחד, זכאית להנפיק מניות מסוגים שונים אלא אם כן יש הוראה מפורשת בתקנון שאוסרת על הנפקת מניות מסוג אחר. למה זה חשוב? יש בעלי מניות רגילים להם מחלקים את הרווחים, ואם הנפיקו מניות בכורה אז עכשיו קודם להם יחלקו רווחים ואז לבעלי המניות הרגילים. לכן אפשר להגביל את זה בתקנון.

### שאלה אמריקאית:

חברה רוצה לגייס הון. התקנון שלה קובע שניתן להנפיק מניות רגילות בלבד וכדי להנפיק סוגים נוספים של מניות, צריך לקבל את אישורם של בעלי המניות הרגילות. את הסעיף הזה אפשר לשנות ברוב של 70%. החברה החליטה להנפיק מניות בכורה ולצורך כך היא כינסה את האסיפה הכללית שבה התקבלה ההחלטה להוסיף עוד סוג של מניות בתקנון והוא מניות בכורה. החברה הנפיקה את מניות הבכורה לשרית. בסוף השנה שושנה שהיא מנכ"לית החברה החליטה להמליץ לדירקטוריון על חלוקת דיבידנדים והוא קיבל החלטה לחלק את הדיבידנדים. הדיבידנדים שחולקו היו קודם לשרית ואחר כך לבעלי המניות הרגילות. האם חלוקת הדיבידנדים היא תקינה?

1. החלוקה תקינה כי פעלו על פי הזכויות של המניות.
  2. החלוקה תקינה כי פעלו על פי החלטת הדירקטוריון.
  3. החלוקה לא תקינה כי לא שילמו לשרית את מלוא דיבידנד הבכורה.
  4. החלוקה לא תקינה כי לא פעלו על פי התקנון.
- ההסבר הוא שהחלטה לא התקבלה ברוב של 70% (שאלה מטומטמת....)

### **סוגי מניות**

1. **מניות רגילות**- המניות הרגילות הם עיקר הון החברה. כל התוכן והזכויות של בעלי המניות הם וולונטרים. זה תלוי בחברה עצמה. בדרך כלל המניות הרגילות מעניקות את הזכויות כדלקמן:
  - א) זכות הצבעה באסיפה הכללית.
  - ב) זכות להשתתף ברווחי החברה העומדים לחלוקה – הזכות לקבל דיבידנדים, בעלי המניות משקיעים בחברה, קונים מניה משלמים עבורה וכאילו תרמו את הכסף. אבל הם רוצים לראות מזה משהו. אז איך יראו משהו מזה? דיבידנדים. הם יקבלו דיבידנדים רק אחרי שתקבל החלטה לחלק דיבידנדים.
  - ג) זכות לקבל עודפי הון ולהשתתף בחלוקת עודפי נכסים בפירוק- אם החברה מתפרקת מרצון, אז את הכסף שבעלי המניות שילמו בשביל לקנות מניה, יוחזר לבעל המניה עפ"י ערך נקוב ששילמו ביום הקניה. זוהי הזכות לקבל עודפי הון. עכשיו אם נשאר עוד כסף יחולק למשקיעים לפי אחוזי החזקת המניות שיש להם, זוהי הזכות להשתתף בחלוקת עודפי נכסים בפירוק (דיבידנד בפירוק).
2. **מניות בכורה** – מניות שמעניקות לבעלים שלהם זכות בכורה כלשהי לפני שאר סוגי המניות בחברה. בייחוד לפני המניות הרגילות. בדרך כלל, למניות בכורה אין זכות הצבעה. במה מתבטאת זכות הבכורה למניות? זכות הבכורה של בעלי המניות יכולה להתבטא בכל אחד מהתחומים הבאים:
  - א) זכות בכורה לקבל דיבידנדים – זכות הבכורה לקבלת דיבידנד משמעותה אחרי שיוכרז דיבידנד, למניות הבכורה תהיה זכות עדיפות בקבלת דיבידנד לפני בעלי המניות האחרים. זכות זו מתבטאת באחוז מסוים מהערך הנקוב של המניות, כמו לדוגמה דיבידנד בשיעור של 8%, אם ערך המניה הוא 1 ₪ אז ערכו של הדיבידנד הוא 8 אגורות. אם החברה לא צברה רווחים באותה שנה, או לא הכריזה על חלוקת דיבידנד, בעל המניה לא יהיה זכאי לדיבידנד באותה שנה.
  - ב) השתתפות נוספת ברווחים- מניית בכורה עשויה להעניק בנוסף לדיבידנד הבכורה גם זכות להשתתף גם ביתרת רווחי החברה העומדים לחלוקה לאחר תשלום הדיבידנד לבעלי מניות הבכורה.

אם קיבלו מניות הבכורה זכות זו הם נקראות מניות בכורה משתתפות. את הזכות הזאת צריך לקבל באופן ספציפי בתקנון. כלומר הם יקבלו רווחים גם בחלוקת הדיבידנד למניות הבכורה וגם בחלוקת הדיבידנד לבעלי המניות הרגילים.

ג) צבירה

ד) דין קדימה להחזרת הון בפירוק – מתי שקובעים בתקנון

ה) השתתפות בעודפי נכסים בפירוק

יש 2 סוגי מניות בכורה – מניות צוברות ומניות משתתפות.

מניות בכורה עקרונית אלו הן מניות שמעניקות זכות בכורה מסוימת. הבכורה בדר"כ היא בכורה של קבלת דיבידנד – ז"א נניח שכתוב לנו שמנית הבכורה היא מניית בכורה של 10% - הכוונה היא שהיא מעניקה זכות בכורה בקבלת דיבידנד כאשר הדיבידנד הבכורה שהם יקבלו הוא 10% מהערך הנקוב ולכן אם הערך הנקוב הוא שקל 10% מזה זה 10 אגורות – ז"א שכל מניית בכורה תקבל 10 אגורות כדיבידנד והם יקבלו את ה-10 אגורות האלה לפני בעלי המניות האחרים.

נניח שיש לנו 100 מניות בכורה שהערך הנקוב שלהם הוא 1 שקל. כל מניית בכורה היא מניית בכורה של 10% משמעות הדבר היא שזה דיבידנד בכורה של 10% מהערך הנקוב. נניח שכל מניות הבכורה מוחזקות ע"י עדי, הערך של מניות הבכורה הוא 10 ₪. נניח שיש לנו 110 ₪ דיבידנד העומד לחלוקה, 10 ₪ הולך לבעלי מניות הבכורה.

#### מניות בכורה צוברות –

זכות הצבירה אמורה לקבוע את מעמדו של הדיבידנד שמוענק ביחס לדיבידנדים הקודמים – ז"א אם בשנה כלשהי או במשך מספר שנים לא חילקו דיבידנד נשמרת הזכות לקבלת דיבידנד לשנה הראשונה שבה יחלקו דיבידנד, ואז בשנה הראשונה שבה יחלקו דיבידנד בעלי מניות הבכורה יקבלו רטרואקטיבית את כל דיבידנד הבכורה שלא חילקו להם ושנצבר ורק אחרי זה ישלמו לבעלי המניות הרגילות. החזקה היא שאם לא נאמר שום דבר בתקנון אזי מניות הבכורה הן מניות בכורה צוברות- זה כלל של היגיון כי אחרת המנהלים יחליטו שהם לא יחלקו דיבידנדים בכלל כמה שנים ואז הם יגרמו לקיפוח של בעלי מניות הבכורה ובעלי מניות הבכורה ימכרו את המניות שלהם מרוב ייאוש. ולכן החזקה היא שאם לא נאמר בתקנון כלום מניות הבכורה הם צוברות. דיבידנד מצטבר כל שנה גם אם לא היה רווח בפועל בחברה – וזה נצבר.

#### מניות בכורה משתתפות – מתי שקובעים את זה בתקנון

מניית הבכורה עשויה להעניק בנוסף לדיבידנד הבכורה גם זכות להשתתף ביתרת רווחי החברה שעומדים לחלוקה לאחר תשלום הדיבידנד לבעלי המניות הרגילות. אם מניות בכורה קיבלו את הזכות הזאת הן תיקראנה "מניות בכורה משתתפות".

כאשר אנחנו מדברים על מניות בכורה ראינו שיש לנו מניות בכורה צוברות ומניות בכורה משתתפות.

3. **מניות יסוד** – מונפקות בדר"כ למייסדים, הן מעניקות זכויות מיוחדות כמו למשל זכות לקבל חלק מסוים ברווח והחלק יוגדר בצורה מיוחדת כדי להראות שלמי שמחזיק במניה יש יתרון. לפעמים לבעלי מניות יסוד יש קול מכריע בדירקטוריון, זכות הכרעה באסיפה הכללית. "מניית כבוד".

4. **מניות הנהלה** – למניות הנהלה מוענקת על פי רוב זכות ייחודית לבחור דירקטורים ולהיבחר לדירקטוריון

5. **מניות הטבה**- הוסבר למעלה. העיקרון העיקרי של מניית הטבה זה שהיא לא נקראת מניית הטבה, לא נמצא בדו"ח הכספי של החברה מניה שנקראת ככה, נמצא מניות רגילות, בכורה, אבל יכול להיות שחלק מהמניות הללו חולקו כהטבה. הן חולקו לעובדים ומי ששילם עבורן זה לא המחזיק בניה אלא החברה בעצמה. לכן למעשה מדובר במניה שהיא מחולקת כהטבה לבעלי המניות אבל משלמים עליה כסף כי אם לא נשלם עליה יהיה פגיעה בעיקרון שימור ההון- בפנקסי החברה צריך כן להראות ששילמנו עליה כי אם לא נראה ששילמנו עבור המניה יהיה "חור" בתקציב.

שאלה לדוגמא:

שי הוא מנכ"ל של חברה. הוא צריך להגדיל את הון החברה ולצורך זה הוא רוצה להכניס כסף לחברה בדרך המשתלמת ביותר. נשאלת השאלה מהי הדרך המשתלמת ביותר? יש בפניו מס' אופציות:

- א. לקחת הלוואה מהבנק, ריבית 10 אחוז
- ב. להנפיק אגרות חוב כאשר הריבית היא 10 אחוז
- ג. להנפיק מניות בכורה
- ד. **להנפיק מניות לפדיון** – הלוואה מהבנק ואגרות חוב משלמים ריבית קבועה מוגדרת מראש, לעומת זאת מניות בכורה יש להם חזקת צבירה ולכן הדיבידנד שלהם יהיה יקר יותר בין אם יחלקו דיבידנד באותה שנה ובין אם לאו – לעומת זאת, מניות פדיון מכניסות כסף, אפשר יהיה לחלק להם דיבידנד אבל לא חובה – ובשלב מסוים הם גם יצאו מהחברה כך שלא נהייה חייבים להתחשב בהם.

**\*\*מניות פדיון**- החברה יכולה לקנות את זה בחזרה.

שאלה לדוגמא:

שי הוא מנכ"ל של חברה והוא רוצה להטיב עם בעלי המניות הרגילות. האופציות שעומדות לפניו הן אלו:

- א. חלוקת דיבידנד במזומן
- ב. חלוקת מניות הטבה
- ג. **חלוקת אופציות למניות (אופציות למניות זה נייר ערך שכדי להפוך את הנייר למניה מי שמחזיק בה צריך לשלם עליה)**
- ד. הנפקת מניות לפדיון

מה האופציה הטובה ביותר בשביל החברה כדי לתגמל את בעלי המניות? גם תשובה ב' וגם תשובה ג' הם נכונות.

**דילול החלק היחסי בחברה ודילול שווי המניה**

כאשר לבעל המניה יש 51% בחברה יש לו שליטה. יש לו רוב. אם החברה מנפיקה או מבקשת להנפיק מניות נוספות ובעל השליטה לא יקנה את הרוב היחסי שמתוך ההנפקה החדשה הוא יאבד את הרוב שלו. החלק היחסי שלו מדלדל.

אותו הדבר גם לבעלי המיעוט. נניח שיש מיעוט שיש לו בחברה 25%, ונניח שמנהלי החברה החליטו להנפיק מניות חדשות ונניח שהחברה אף פעם לא מחלקת דיבידנדים והרווחים מחולקים לבעלי המניות בצורה של משכורות ולכן בעלי המיעוט לא מקבלים דיבידנדים אף פעם (הם לא עובדים בחברה) – יצא שבעלי המיעוט לא מקבלים כלום ולכן בהנפקה החדשה לא בא להם להשתתף- למה שהם יקנו עוד מניות במילא הם לא מקבלים דיבידנדים. מה התוצאה? 25% הם עלולים לרדת ל-10%.

לא רק שהחלק שלהם עלול לרדת אלא גם שווי המניה שלהן עלולה לרדת. למה?  
בהנפקה חדשה יש לנו אפשרות לבצע את ההנפקה באחת מ-2 הדרכים הבאות:

- להנפיק את המניות בשווי הערך הנקוב שלהן.
  - להנפיק את המניות בשווי הריאלי שלהן, כלומר, ערך נקוב + פרמיה.
- אם הם מנפיקים את הערך הנקוב + פרמיה אז הם שומרים על השווי היחסי של המניה (על ערך המניה). לעומת זאת, אם הם ינפיקו רק בערך נקוב אז הם יורידו את השווי הריאלי של המניה- זה מה שקרא בגליקמן נ' ברקאי.

הסבר מופשט: נניח שהשווי של הנכסים בחברה הוא 400 ₪, נניח שיש 200 מניות – נניח שהשווי הריאלי של כל מניה הוא 2 ₪. אם אני מנפיקה עוד 100 מניות כאשר ההנפקה היא בערך נקוב יש לי 300 מניות סך הכל – ערך נקוב הוא שקל. יהיה לי עוד 100 ₪ להון- סך הכל 500 ₪ הון חברה.

פס"ד גליקמן נ' ברקאי – מדגים את נושא הדילול של החלק היחסי של המניה. לחברת ברקאי היו מספר סוגי מניות, המחזיקים בהן נחלקו לקבוצת רוב שמשמשת גם בתפקידי ניהול וגם לקבוצת מיעוט. הדירקטוריון החליט כי ההון הרשום יוגדל ויונפק בערכו הנקוב. קבוצת המיעוט הגישה תביעה שמטרתה למנוע מהחברה את הגדלת ההון בערך הנקוב וטענה כי החברה לא הייתה זקוקה להגדלת הון וכי בהחלטת החברה יש משום עושק מיעוט שכן מאחר שלחברה יש רווחים עצומים שאינה

מחלקת הרי קבוצת הרוב נהנית מרווחים אלו בעקיפין באמצעות משכורות. בית המשפט קבע כי הכלל הוא שבד"כ בית המשפט לא מתערב בהחלטת אסיפה כללית של חברה ולא בהחלטות דירקטוריון אבל, בית המשפט אמר שלכלל הזה יש מספר סייגים: כאשר החלטת הדירקטוריון מתקבלת לא בתום לב במהלך העסקים הרגיל של עסקי החברה אלא כדי להטיב עם מקצת בעלי מניות על חשבון האחרים אז בית המשפט יתערב. דירקטורים של חברה המשמשים כעושי דברה חייבים לפעול רק לטובתה וההנחה היא שהם פועלים כך. על הטוען ההפך חובת הראייה. ואולם, אם כמו שקרה כאן החלטת הדירקטוריון על הגדלת הון מעוררת חשד ממשי שהפעולה הזו היא לא בתום לב ולטובת החברה הדירקטוריון צריך להוכיח את ההפך. הרושם שהתקבל אצל בית המשפט היה כי עמדות בעלי מניות הרוב תואמו עם עמדות הדירקטוריון כדי לגרום נזק מכון ולא לצד את המיעוט לפעול בצורה שאינה משתלמת מבחינה כלכלית. בית המשפט אמר כי לשם השגת מטרת הגדלת ההון היה אפשר לנהוג בדרכים חלופיות להקצאת המניות החדשות שלא בפחות מערכן הריאלי ולא ע"י דילול ההון שבידי המיעוט. התוצאה הסופית הייתה פסילת החלטת הגדלת הון.

דוגמא מספרית לחשש של הדילול:

אם הון המניות הרשום המונפק והנפרע של חברה פרטית הוא 100 ושווי נכסי החברה הוא 200 כל מניה שווה 2 ₪. אם הוגדר הון המניות הרשום והמונפק והנפרע בעוד 100 מניות וכל המניות החדשות הוקצו בערכן הנקוב הרי ששווי נכסי החברה יהיה 300 לחלק ל-200 מניות- התוצאה היא 1.5 ₪ וזה מסמל דילול שיש להתמודד איתו בעזרת הנפקה בערך הממשי (הריאלי).

### דילול החלק היחסי של בעל המניה :

מתמודדים עם זה בצורה של סעיף בתקנון שמעניק לבעלי המניות זכות קדימה בהנפקה חדשה. חוק החברות מתייחס לסוגייה הזו בסעיף 290 וקובע כי בחברה פרטית שהונה המונפק כולל סוג אחד של מניות יוצעו לכל בעל מניה מניות בשיעור חלקו בהון המניות המונפק. אם סרב בעל המניה לרכוש אותם או לא נענה להצעה לרכוש אותם עד המועד האחרון שנקבע לכך בהצעה רשאי הדירקטוריון להציע אותם לאדם אחר. אולם, כל זאת בכפוף להוראה אחרת בתקנון שיכולה לשלול את זכות הקדימה או לקבוע כי לאסיפה הכללית סמכות לשלול את זכות הקדימה הזאת, על פי צרכיהם ורצונם של המתאגדים. בהעדרה של הוראה אחרת בתקנון מקנה ההסדר של סעיף 290 לבעלי המניות הקיימים זכות קדימה לרכישת מניות ובכך הוא מגן על כוחם היחסי בחברה. נציין שהחוק מכיל את הוראת זכות הקדימה רק על חברה פרטית ולא על חברה ציבורית.

### חלוקת דיבידנדים :

אמרנו שעיקרון שימור ההון רלוונטי ב-2 נקודות זמן – הראשון הוא גיוס הון ואז ראינו כל מיני סיטואציות שבהן יכולות להתעורר בעיות ( הנפקת מניות בפרמיה, הנפקת מניות בניכיון). השלב השני שבו נכיל את עקרון שימור ההון זה שלב החלוקה. חלוקה משמעות הדבר- חלוקת עושר או העברת עושר מהחברה לבעלי המניות שלה בכל מיני צורות. יש מצד אחד העברת עושר בצורה של חלוקת דיבידנדים, אבל יש עוד צורות של חלוקה כמו למשל – רכישה או סיוע לרכישה. (גם ברכישה וגם בסיוע לרכישה יש בעיה של חלוקה שעליה צריך להכיל את הכללים של עקרון שימור ההון).

#### • מהי רכישה?

רכישה זה שהחברה רוכשת מידי בעלי המניות את המניות שלה. כלומר, אני החברה ואת בעלת המניות שלי את רוצה לכור את המניות ואני קונה ממך את המניות של עצמי. מה אני עושה כשאני קונה ממך את המניות של עצמי? אני צריכה לתת לך כסף. יש פה חלוקה.

#### • מה זה סיוע לרכישה?

סיוע לרכישה זה כאשר החברה עוזרת לבעל המניות לקנות את המניות שלה עצמה. החברה מלווה לבעל המניות כסף כדי שהוא יקנה ממנה את המניות. ברגע שהחברה עוזרת למישהו לקנות את המניות היא שוב נותנת כסף ולכן זה שוב נחשב לחלוקה.

איך בא לידי ביטוי סעיף 302 לחוק החברות שמייצג את עיקרון שימור ההון?

**סעיף 301** אומר שחברה רשאית לבצע חלוקה לפי הוראות פרק זה בלבד, ואולם חברה רשאית להתחייב בתקנונה או בחוזה שלא לבצע חלוקה במגבלות נוספות על הוראות פרק זה.

**סעיף 301(ב)** אומר שחלוקה בניגוד להוראות פרק זה היא חלוקה אסורה. משמעות הדבר היא שזו פעולה בלתי חוקית.

ראינו שחלוקה הכוונה היא חלוקת דיבידנדים או רכישה או סיוע לרכישה- לפי ס' 1 + 301. עקרון שימור ההון חל בשלב שבו מחלקים כסף, החברה מעבירה כסף מקופתה לבעלי המניות בכל אחת מהסיטואציות שדיברנו עליהם. כאשר זה קורה צריך לנהוג לפי קריטריונים מסוימים וההתנהגות על פי קריטריונים מסוימים היא התנהגות שהחוק מכתב אותה. כאשר הדרה קוראת את הסעיפים שמגדירים את החלוקה היא אומרת שכל התהליך של החלוקה וכל הקריטריונים שהחוק מכתב לנו מנסחים נוסחה של התנהגות במהלך פעולת חלוקה. את הנוסחה הזאת אפשר לחלק ל-4 שלבים: **בשלב הראשון** אנחנו שואלים את עצמנו בעצם מה משמעותה של חלוקה – אנחנו אומרים שחלוקה היא כל פעולה שהתוצאה הממשית שלה היא הקטנת ההון העצמי של החברה. לפעולה הזו יש כל מיני צורות- חלוקת דיבידנדים, רכישה וסיוע לרכישה. בפעולה של רכישה וסיוע לרכישה יש לנו מצב שבו אנחנו גם מעדיפים קבוצת משקיעים אחת על פני קבוצת משקיעים אחרת, בא לידי ביטוי בכך שהחברה בוחרת ממי לקנות את המניות, כך יוצא שמשמעותה הממשית של חלוקה היא העברת עושר והיא מתייחסת למספר סוגים של פעולות שהתוצאה שלהן היא החזר השקעה למשקיעים.

סוג 1 = חלוקת דיבידנדים, אני לוקחת כסף מהכיס ונותנת לבעלי המניות.  
 סוג 2 = רכישה על ידי החברה של ניירות הערך של החברה מידי המשקיעים או סיוע לפעולה כזו.  
 סוג 3 = סיוע של החברה למימון רכישת מניות שלה עצמה, במקרה הזה לכאורה ההון שלה גדל. אבל, אם יקרה מצב שבו בעל המניות, הלווה, לא יוכל לשלם ולהחזיר את ההלוואה התוצאה היא שהחברה תצטרך לחלט את המניות (לקחת אותן לעצמה) ואז יצא שהוא לא תקבל את הכסף עבור המניות והיא תהיה בעלת המניות של עצמה.

**בשלב השני** אנחנו רואים שהחלוקה מוגדרת בחוק כמתן דיבידנד או התחייבות לתת אותו, סיוע לרכישה ורכישה. כל פעם שאנחנו מדברים על חלוקה צריך לראות על מה היא חלה, אנחנו מבינים לפי ההגדרה של החוק שלא רק שהיא משתרעת על מתן דיבידנד אלא גם על התחייבות לתת דיבידנד, כלומר, יש מצב שבו החברה מחליטה כבר בגופים המתאימים (דירקטוריון) לחלק דיבידנד- ההחלטה הזו כבר מחייבת את החברה וכבר בשלב הזה חייבים להחיל את המבחנים של חלוקה מותרת וחלוקה אסורה – **סעיפים 301 + 302**.

חלוקת דיבידנד היא בעצם חלוקה של נכס שניתן על ידי החברה לבעל המניה מכוח זכותו כבעל מניה, בין אם זה מזומן ובין שאינו מזומן. משמעות הדבר היא שכל ערך שהחברה מוציאה מקופתה ומעבירה אותו לבעל המניה הוא נכלל במסגרת חלוקה. איך מתבצעת חלוקת הדיבידנד? במזומן או בכל דרך אחרת לרבות העברה או התחייבות להעברה של מזומן או של נכסים ולמעט מניות הטבה. רכישה מוגדרת בחוק כרכישה או מתן מימון לרכישה במישרין או בעקיפין בידי חברה או בידי חברה בת שלה או בידי תאגיד אחד בשליטתה. במילים אחרות, גם אם חברה בת רוכשת מניות של חברת אם – גם כאן אם החברה האם מסייעת לחברת הבת לרכוש את המניות יש כאן סיוע לרכישה.

**השלב השלישי** בנוסחה מגדיר לנו מהי חלוקה מותרת. חלוקה מותרת מוגדרת **בסעיף 302 לחוק** סעיף א'- "חברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה (להלן - מבחן הרווח), ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן (להלן - מבחן יכולת הפרעון)".

מבחני חלוקה :

**מבחן הרווח**- אומר שחברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה .

**מבחן יכולת הפרעון** – שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות כשיגיע מועד הפירעון.

**חלוקה תהייה חלוקה מותרת רק אם היא עונה על 2 המבחנים!!** לפעמים במקרים מאוד חריגים על פי **סעיף 303** בית המשפט רשאי לבקשת חברה לאשר לה לבצע חלוקה שלא מקיימת את מבחן הרווח ובלבד ששוכנע שמתקיים מבחן יכולת הפירעון. כלומר, מבחן יכולת הפירעון הוא מבחן הכרחי, בלעדיו אי אפשר לבצע חלוקה. במקרים נדירים אפשר לבקש מבית המשפט לבצע חלוקה רק בהתקיים מבחן יכולת הפירעון ללא התקיימות מבחן הרווח.

משמעות מבחני החלוקה :

**מבחן הרווח** – מבחן הרווח הוא מבחן שמדגיש הצטברות של יתרת עודפים או קיום עודפים בשנתיים האחרונות. המרצה אומרת את זה כיוון שבסעיף 302 (ב) יש לנו הגדרה של רווחים לעניין מבחן הרווח. איך מוגדרים רווחים לעניין מבחן הרווח? "רווחים לעניין מבחן הרווח הם יתרת עודפים או עודפים שנצטברו בשנתיים האחרונות לפי הגבוה מבין השניים והכל על פי הדוחות הכספיים של החברה".

מהם עודפים? המחוקק אומר "שעודפים זה סכומים שכלולים בהון העצמי של חברה ושמקורם ברווח הנקי שלה כפי שנקבע לפי כללי חשבונאות מקובלים וכן סכומים אחרים שכלולים בהון העצמי לפי כללי חשבונאות מקובלים ושאין הון עצמי או פרמיה". מה אנחנו למדים מההגדרה הזאת? פרמיה זה לא עודפים, רווח זה יתרת עודפים או עודפים שנצברו.

מבחן העודפים מתנה את קיומם של עודפים בדיווח על פי דוחות כספיים מותאמים שמראה על יתרת עודפים, לכן, החברות צריכות לערוך דוח שנתי ובו יבואו לידי ביטוי יתרת העודפים- שם נראה שיש יתרת עודפים.

עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות – לפעמים החברה נמצאת בקשיים, היא עוברת תקופה קשה ובמהלכה היא לא מחלקת דיבידנד ומפסידה כספים. נניח שבאה הנהלה חדשה ועצרה את ההידרדרות והחברה עולה על דרך המלך, יש התאוששות. כתוצאה מההתאוששות אנחנו רואים שהחברה מתחילה לצבור רווחים. בשורה התחתונה היא עדיין מופסדת, אבל בשנתיים האחרונות היו לה רווחים. אם בשנתיים האחרונות היו לה רווחים אזי היא אומרת שהיא רוצה לעודד את האנשים לרכוש את המניות שלה, אבל היא לא תוכל לעמוד במבחן הרווח כיוון שאין לה יתרת עודפים, יתרת העודפים היא שלילית-היא עדיין מופסדת, ובכל זאת יש לה עודפים בשנתיים האחרונות. ואז מה שהיא צריכה לעשות זה לפנות לבית המשפט לפי סעיף 303א ולומר לבית המשפט שהיא מוכנה להצהיר שהיא עומדת במבחן יכולת הפירעון בשנתיים האחרונות יש לה רווחים והיא צריכה לבקש לאפשר לבצע חלוקה.

חלוקה כזאת של דיבידנד רק על סמך מבחן יכולת הפירעון נקראת "חלוקת דיבידנד מזורז".

**מבחן יכולת הפירעון**- מבחן חובה. על פי מבחן זה חברה לא תוכל לבצע חלוקה אם בעקבות החלוקה היא תהפוך לחדלת פירעון. במילים אחרות, יש לבחון את יכולת הפירעון של החברה כאשר אנחנו מבינים מהמבחן של יכולת הפירעון שעל פי ניסוחו הוא מחיל את הבחינה של יכולת החברה לעמוד בחביוותיה על פני כל המצבים של דרישות הפירעון. כלומר, לא רק במצבים של מהלך העסקים הרגיל אלא גם במצבים של מהלך עסקים לא רגיל. מבחן יכולת הפירעון כולל גם את המושג "העדרו של חשד סביר", עולה מכך שכל פעם שיש חשש סביר של פגיעה ביכולת הפירעון אזי לא תתאפשר חלוקה. המבחן הזה משקף את יסוד הסבירות האובייקטיבית שאמור לשמש קנה מידה התנהגותי לדיריקטורים כך שלא יצא שהתנהגותה תבחן רק על פי מבחן בדיעבד, אלא תמיד צריך לבחון האם עכשיו. – מבחן קשוח לבחון האם לחברה יש יכולת פירעון. מי שנותן את האישור למבחן הזה הוא רואה החשבון, יש לו את הכלים המקצועיים כדי לבחון האם לחברה יש באמת יכולת פירעון.

המשך השלב השלישי – מה זה חלוקת דיבידנד באחוזים? חלוקה זו כוללת מצבים שבהם החברה מעבירה ערך לבעל המניות בצורה לא ישירה. למשל, אם החברה רוכשת מבעל המניות נכס בתמורה שהיא גבוהה מערכו של הנכס. (יש מגרש ששווה מיליון שקל- החברה שילמה לבעל המניות 1.2 מיליון, 200, ההפרש של 200 אלף זו חלוקה וחייבים להכיל עליה את נוסחת החלוקה).

מהם התוצאות של חלוקה מותרת? חלוקה מותרת משמעותה היא העברת עושר לבעלי המניות. לפעמים החלוקה המותרת הזאת מתבצעת באמצעות רכישת מניות. השאלה היא מה קורה למניות שנרכשו? התשובה בסעיף 308א לחוק- "רכשה חברה מניה ממניותיה, רשאית היא לבטלה. לא ביטלה החברה את המניה האמורה, לא תקנה המניה זכויות כלשהן (להלן מניה רדומה) כל עוד המניה הרדומה היא בבעלות החברה)". כלומר, ברגע שחברה רוכשת את המניות שלה עצמה אזי היא יכולה לנקוט באחת מ2 האופציות- לבטל אותה, או להפוך את המניה לרדומה.

מה המשמעות של להפוך את המניה לרדומה? משמעות הדבר היא שהמניה לא תקנה שום זכות כל עוד היא בבעלותה של החברה, היא הופכת לרדומה באופן אוטומטי.

להוראה הזו יש 2 מטרות – אחת היא לאפשר לחברה ציבורית שמבצעת רכישה חוזרת למכור את המניות ללא צורך בפרסום תשקיף. לו המניה הייתה מתבטלת עם רכישתה ע"י החברה לא היה ניתן

לבצע זאת. לעומת זאת במניה רדומה מכירתה לצד שלישי מפעילה מנגנון שמעודד את זכויותיה מחדש.

המטרה השניה היא לשלול אפשרות שמתוכה החברה תצביע כבעלת מניותיה או תחלק לעצמה דיבידנדים. אפשרות זו עלולה להמריץ את בעלי השליטה בחברה או את הרובד הניהולי ואת סיכוייהם לרווחים ואת השפעתם בחברה באמצעות רכישה חוזרת של מניות. הפיכת המניות לרדומות שוללת את האפשרות הזאת.

מה קורה אם המניות נרכשות על ידי חברת בת? את התשובה אנחנו מקבלים **בסעיף 309א** שאומר "שחברת בת או תאגיד אחר בשליטת החברה האם רשאים לרכוש מניות של החברה האם או ניירות ערך שניתן להמירם או לממשם במניות החברה האם..." **סעיף 309ב** אומר "שאם נרכשה מניה של חברה אם בידי חברת בת או בידי התאגיד הרוכש לא תקנה המניה זכויות הצבעה כל עוד המניה היא בבעלות החברה הבת או התאגיד הרוכש" (מניה רדומה, אין לה זכות הצבעה ואין לה דיבידנדים).

מהן השלכות של החלוקה כאשר מדובר על חלוקת דיבידנדים?

על פי **סעיף 306א** לבעל מניה הזכות לקבל דיבידנד או מניות הטבה אם החליטה על כך החברה. **סעיף 306ב** – "היו בהון החברה מניות שלהן ערכים נקובים שונים יחולקו דיבידנד או מניות הטבה באופן יחסי לערך הנקוב של ערך המניה אלא אם נקבע אחרת בתקנון".

ראינו מה התוצאות של חלוקה מותרת – חלוקת דיבידנד ורכישה. כאשר אנחנו מדברים על חלוקת דיבידנד, היא צריכה להתרחש על ידי האורגן הראוי. ואז **סעיף 307** לחוק אומר – "החלטת החברה על חלוקת דיבידנד תתקבל בדירקטוריון החברה ואולם חברה רשאית לקבוע בתקנונה כי ההחלטה תתקבל באחת מהדרכים האלה:

1. באסיפה הכללית לאחר שתובא בפניה המלצת הדירקטוריון ואז האסיפה רשאית לקבל את ההמלצה או להקטין או להגדיל את הסכום

2. בדירקטוריון החברה לאחר שהאסיפה קבעה את סכום החלוקה המירבי

3. בדרך אחרת שנקבעה בתקנון ובלבד שנתנה הזדמנות נאותה לדירקטוריון לקבוע בטרם תבוצע החלוקה כי החלוקה איננה חלוקה אסורה"

למעשה הסעיף הזה אומר לנו מי האורגנים שמוסמכים להחליט – הדירקטוריון. אולם אנחנו יכולים לתת כוח גם לאסיפה הכללית, אנחנו ראינו שהאסיפה הכללית מקבלת כוח ועדיין הדירקטוריון יתן את המילה האחרונה.

### חלוקה אסורה:

חלוקה אסורה זה בעצם השלב הרביעי בנוסחה. לביצועה של חלוקה אסורה יש השלכות על מבנה ההון של החברה ועל זכויותיהם של הנושים ובעלי המניות. כדי להתמודד עם החלוקה האסורה ניתן לפעול במספר מישורים:

1. מישור מניעתי – באמצעות נקיטת אמצעים למניעת הפעולה.
2. פעולה בדיעבד- נקיטת אמצעים לתיקון הנזק על ידי חובת השבה ופיצוי.

מה הכוונה במניעת הפעולה מראש?

חלוקה אסורה שמבוצעת על ידי הדירקטורים בא לידי ביטוי **בסעיף 310 לחוק** החברות ולכן היא פעולה שחורגת ממטרות החברה וממסגרת הרשאתם של הדירקטורים. **סעיף 55 לחוק** החברות בעצם אוסר לעשות פעולה שחורגת מהמטרות או ההרשאה, ואם מדובר בפעולה שחורגת מהמטרות או ההרשאה אפשר להוציא צו מניעה.

מה הכוונה בדיעבד?

אם למרות כל ההוראות בוצעה חלוקה אסורה אזי יש לנו אפשרות גם לתקן את הנזק. האפשרות לתקן את הנזק היא באה לידי ביטוי **בסעיף 310**.

(א) ביצעה חברה חלוקה אסורה, יהיה על בעל מניה להשיב לחברה את שקיבל, זולת אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה אסורה.

(ב) חזקה על בעל מניה בחברה ציבורית, שלא היה דירקטור, מנהל כללי או בעל השליטה בחברה במועד החלוקה, שלא ידע ולא היה עליו לדעת, כי חלוקה שבוצעה היא חלוקה אסורה.

**אחריות דירקטורים בחלוקה אסורה -** החלוקה האסורה מבצעות בדר"כ ע"י הדירקטוריון, הוא נותן את האישור של החלוקה האסורה. המחוקק צריך לטפל בו. המחוקק אומר בסעיף 311 שאם בוצעה בחברה חלוקה אסורה יראו כל מי שהיה דירקטור במועד החלוקה כמי שהפר בכך את חובותיו לפי **סעיפים 252, 253 או 254** לפי העניין אלא אם הוכיח את אחד מאלה:

1. שהתנגד לחלוקה האסורה ונקט בכל האמצעים
2. שהסתמך בתום לב הסתמכות סבירה על מידע שאילולא היה מטעה החלוקה הייתה מותרת
3. שבנסיבות העניין לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה.

חלוקה מותרת זה מצב שבו המחוקק אומר שמותר לחברה לבצע חלוקה בתנאי שיתקיימו 2 מבחנים מצטברים (מבחנים החלוקה). השאלה הראשונה היא מהי חלוקה – ענינו על כך שחלוקה זה חלוקת דיבידנדים, רכישה או סיוע לרכישה.

כאשר זה קורה, החברה צריכה לעמוד ב-2 מבחנים מצטברים: מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון. כדי ששני המבחנים האלה יתקיימו אנחנו צריכים את הדוחות הכספיים של החברה וכאשר נבדוק אותם נראה אם הם מקיימים את המבחנים – שני המבחנים צריכים להתקיים ביחד.

### שאלה:

חברת פסח בע"מ היא חברה שמייצרת כלים חד פעמיים. לקראת חג הפסח החברה החליטה לקנות ליין חדש של כלים חד פעמיים. לצורך זה היא צריכה מימון. המצב הכספי של החברה הוא כדלקמן: בתמונה הכללית 5 השנים האחרונות מצבה הכספי של החברה הוא לא טוב. החברה מראה הפסדים אבל, בשנתיים האחרונות רואים אצלה התאוששות. החברה שוקלת איך לתמרץ את גיוס הכספים שלה. עומדות בפניה כמה אפשרויות שהטובה ביותר היא "חלוקת דיבידנד מזורז".

**המשך השלב הרביעי:** הנושא של חלוקה אסורה מדבר על כך שבעצם כאשר בעלי המניות מקבלים דיבידנד שלא כדין החלוקה הזו נקראת "חלוקה אסורה". המחוקק התייחס לנושא במספר מסלולים:

מסלול מס' 1: חבות בעלי מניות

מסלול מס' 2: חבות דירקטורים

במישור של **חבות בלי מניות** המחוקק אומר שאם בוצעה חלוקה אסורה בעל מניה יהיה חייב להשיב לחברה. יש לו הגנה – המחוקק מתייחס להגנת בעל מניות בחברה פרטית והגנת בעל מניות בחברה ציבורית.

הגנת בעל מניות בחברה פרטית – אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה היא חלוקה אסורה הוא לא צריך להחזיר.

בחברה ציבורית יש אפילו חזקה על בעל המניות שהוא לא ידע – כי זו חברה ציבורית. נניח שבעל המניות שלנו נמצא בפלורידה והוא בעל בית מלון, הוא יהודי וקונה בארץ מניות בישראל, הוא קיבל דיבידנד על המניות- חודשיים אחרי זה נודע לו שהייתה בעיה עם החלוקה, האם הוא אמור לדעת על זה במצבו? לא. למה המחוקק מגן עליו? כדי לעודד השקעות, כדי ששוק ההון בעולם יהיה שוק דינמי וידידותי, כדי שאנשים לא ישבו במקום אחר (פיזית) ויפחדו להשקיע.

בחברה ציבורית יוצאים מנקודת הנחה שהוא לא ידע ומי שרוצה להזין את החזקה (לסתור אותה) צריך להוכיח אחרת. בחברה הפרטית אין חזקה אבל גם בחברה הפרטית כאשר מדובר בבעל מניות מיעוט שלא השתתף בישיבות כנראה שלא היה עליו לדעת.

**חבות דירקטורים בחלוקה אסורה –** האחריות של מי שנותן את החלוקה. המחוקק מטיל את חובת הזהירות ומיומנות ואת חובת האמונים. למה חשוב לנו לומר שהדירקטורים צריכים להיות מקצועיים? הייתה תרבות בעולם התאגידי שדירקטורים לא צריכים להבין כלום- התרבות הזאת השתנתה. חובת האמונים היא חובה שהולכת על המסלול של ההוגנות, של היושר. כלומר, הדירקטורים ונושאי המשרה צריכים להיות הגונים ולא להיות בניגוד עניינים. שני היסודות העיקריים של חובת הדירקטורים זה – מקצועי וישר. יש לנו מצב שבו המחוקק אומר שבמצב של חלוקה אסורה אני מחיל על הדירקטורים את הסעיפים של חובת הזהירות והמיומנות וחובת האמונים – אני לא יודע מה קרה, לפעמים יכול להיות שהדירקטורים החליטו על חלוקה אסורה כי הם לא היו מקצועיים מספיק – ואז הסעדים יהיו סעדים של הפרת חובות זהירות ומיומנות – נמצא אותם בסעיפים 35+36 לפקודת הנזיקין (נלמד בהמשך). אם הדירקטורים נמצאו רמאים או כמי שהפרו את חובת האמונים אזי הסעד שלהם יהיה לפי סעיף 256 לחוק החברות שאומר " על הפרת חובת אמונים של נושאי משרה כלפי

החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה בשינויים המחויבים " – כלומר, בעוד שהפרת חובת זהירות ומימנות הסעד הוא סעיפים 35+36 לפקודת הנזיקין, כשיש לנו הפרת חובת אמונים – הסעד הוא לפי סעיף של הפרת חוזה. בשני הסעדים יש לנו הגנות שמתאימות כל אחד למקרה הספציפי:

1. שהתנגד לחלוקה האסורה ונקט בכל האמצעים
2. שהסתמך בתום לב הסתמכות סבירה על מידע שאילולא היה מטעה החלוקה הייתה מותרת
3. שבנסיבות העניין לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה.

פס"ד קליר נ' כונס הנכסים הרשמי – פס"ד של בית המשפט המחוזי, הם הגישו בקשת ערעור לעליון אבל לבסוף פס"ד של המחוזי הוא הסופי, הבקשה לערער לעליון נדחתה. מדובר בבקשה במסגרת הליכים של הקפאת הליכים של בעל התפקיד שמונה ע"י נושה החברה למצות את זכויות התביעה של החברה ונושיה. הבקשה הייתה להשבת כספי הדיבידנד שחולקו וגם להטלת חיוב אישי בגובה מלוא החובות של החברה בנימוק שהחלוקות האסורות הביאו לקריסת החברה.

מדובר בחברה ציבורית שעסקה בביצוע פרויקטים של תשתיות תחבורה. החברה עבדה גם עם גופים ציבוריים גדולים כמו-חברת נתיבי איילון ורכבת ישראל. בשנת 2005 היא הנפיקה ניירות ערך לציבור וכתוצאה מכך הפכה להיות חברה ציבורית. בשנת 2010 היא נקלעה למצב של חדלות פירעון תזרימית, יש לה נכסים ואם ימכרו אותם יהיה לה כסף- אבל כרגע אין לה תזרים מזומנים. החברה הגישה בקשה להקפאת הליכים ובמסגרת הבקשה היא הציגה מצג שעל פיו היא תוכל להשתקם תוך זמן קצר מכיוון שהחובות של הלקוחות שלה אליה עולים על החובות שלה לנושים. בסופו של דבר התברר שהיא לא יכולה לגבות את החובות שלה מהלקוחות שלה ולאחר משא ומתן של פשרה שולמו לה בכל זאת כספים על ידי חלק מהלקוחות. נוכח העובדה שנוטר עדיין חוב גדול לנושי החברה בלא מקורות כספיים לפירעונו, אזי, הוגשה בקשה במסגרת ההליך של הקפאת ההליכים לחייב את הדיירקטורים שקיבלו החלטות לחלק דיבידנדים בטענה שהחלטות שהתקבלו היו החלטות של חלוקה אסורה. חברת מלרג גייסה גם הון באמצעות 2 הנפקות של אגרות חוב והיא הספיקה לפרוע רק חלק מהחובות שלה בקשר לאגרות החוב.

הקשיים של החברה התחילו כבר בשנת 2007 עוד לפני החלוקה הראשונה. אז גם התעוררו ספקות לגבי אמינות הנתונים שמופיעים בדוחות הכספיים. בעיקר בסעיף הלקוחות במאזן. בשנת 2006 פרץ סכסוך בין בעלי השליטה בחברה וכתוצאה מכך היו כשלים בהעברת מידע וחלק מהדיירקטורים לא ידעו בכלל אם הנתונים שהתפרסמו בדוחות הכספיים היו נתונים נאמנים. כתוצאה מהסכסוך החברה גם לא פרסמה את הדוחות השנתיים לשנת 2006- וזאת תוך הפרה של חוק ניירות ערך. למרות המצב הקשה החליטה החברה לחלק 3 פעמים דיבידנדים; במסגרת החלוקה הראשונה הוחלט לחלק סכום שהדיירקטורים חשבו בטעות שהוא 40% מהרווח שמופיע בדוחות הכספיים של שנת 2006. אותו סיפור התרחש גם בשאר ההנפקות. בעל התפקיד טוען שהחלטה בדבר שלושת החלוקות התקבלה מבלי שהם בדקו האם החלוקה עמדה במבחן יכולת הפירעון כפי שנדרש לפי סעיף 302 לחוק החברות, למעשה הם הסתפקו בבדיקה אחת ויחידה – הבדיקה הייתה האם יש כסף בקופת החברה. מכיוון שאנשים קנו את אגרות החוב היה כסף, גרם לנזק של 28 מיליון שקל.

בית המשפט אומר שחלוקה של דיבידנדים היא לא תופעה פסולה, חלוקת דיבידנדים מגשימה את **התכלית העסקית של החברה; שהיא למקסם את הרווחים של בעלי המניות.** חלוקת הדיבידנד צריכה לעמוד בשני מבחנים – מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון. במקרה שלנו, אין ספק שהחלוקה עמדה במבחן הרווח, המחלוקת היא לגבי מבחן יכולת הפירעון. בשביל לבדוק את מבחן יכולת הפירעון קודם כל מגדיר בית המשפט את תפקידם של הדיירקטורים. הוא אומר שהדיירקטורים הם "שומרי הסף" שתפקידם להגן על הנושים מפני רצונה הטבעי של בעלי המניות לקבל דיבידנד גם כאשר הדבר עלול לפגוע בסופו של דבר בנושים – יש קונפליקט בין הנושים לבין בעלי המניות, בעלי המניות תמיד רוצה לקבל כסף והנושים תמיד רוצים שיישאר כסף בחברה. אם נחשוב רק על הנושים אף פעם לא נחלק דיבידנדים לבעלי המניות- ואנחנו תמיד רוצים לחלק דיבידנדים כדי לתמרץ אותם. מצד שני, צריך לזכור שהדיירקטורים מונו לתפקיד שלהם על ידי בעלי המניות וקיים חשש שהם ירצו דווקא להטיב עם בעלי המניות ולכן מוטלת עליהם חבות אישית במקרה שהם לא ביצעו כהלכה את התפקיד שלהם כשומרי סף.

בית המשפט אומר שמבחן יכולת הפירעון הוא מבחן הסתברותי שאינו דורש וודאות או חשש ברמה של "קרוב לוודאי" ודי בקיומו של חשש סביר. בדבר יכולת העמידה בחביות כדי שהחלוקה תהייה חלוקה אסורה, כלומר, השאלה שצריך לשאול היא האם החברה עלולה להגיע למצב של היעדר

יכולת לשלם את חבויותיה בהגיע מועד פירעון. בית המשפט בודק את השאלה הזו לגבי כל אחת מהחלוקות.

חלוקה מס' 1: לגביה אומר בית המשפט שהוא רוצה ללכת לפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון, הם פחדו ולא רצו שהם ייגשו לפרוטוקול כי הוא מצומצם, בית המשפט אומר שהפרוטוקול צריך לשקף את כל מה שאמר בישיבה ואומר בית המשפט שהוא לומד מהפרוטוקולים שהדירקטורים עשו צחוק ממבחן יכולת הפירעון ולכן בית המשפט הגיע למסקנה שהדירקטורים הפרו את חובת הזהירות התהליכית, כלומר, את החובה לדרוש ולקבל מידע מספק ומהותי לפני שמתקבלת החלטה כלשהי ואז הנטל להוכיח שתוכן ההחלטה היה סביר עובר אל שכמו של הדירקטור.

האם חלוקת הדיבידנדים הייתה בהתאם לכללים?

**תשובה:** אומר בבית המשפט שחלוקת הדיבידנדים זו תופעה טובה, זה בסדר לחלק את הדיבידנדים, זה מגשים את התכלית העסקית של החברה, יחד עם זאת חלוקת הדיבידנדים כפופה לשני מבחנים: למבחן הרווח ולמבחן יכולת הפירעון.

עוד אומר בית המשפט- הדירקטורים הם שומרי הסף, התפקיד שלהם להגן על הנושים מפני רצונם הטבעי של בעלי המניות לקבל דיבידנד. גם אם חלוקת הדיבידנד תפגע בסופו של דבר בנושים. כדי לחלק דיבידנד החברה לוקחת סיכון, אם החברה תיקח סיכון – הסיכון הוא סיכון או סיכוי, אם היא תיקח סיכון יהיה לה רווחים והיא תוכל לחלק דיבידנד, אבל יכול להיות שהיא תיקח סיכון והסיכון יתברר כמסוכן והיא תיפול ולא יהיה כסף להחזיר לנושים. מתח קיים ותמידי בין הנושים לבעלי המניות. בית המשפט אומר שמבחן יכולת הפירעון הוא מבחן הסתברותי, הוא לא דורש וודאות או חשש ברמה של קרוב לוודאי, די בקיומו של חשש סביר בדבר יכולת העמידה בחבויות כדי שהחלוקה תהיה אסורה.

כלומר, מבחן יכולת הפירעון משמעו – האם החברה עלולה להימצא במצב של חדלות פירעון תזרימית (היא לא תהיה נזילה), קרי, היעדר יכולת לשלם את חבויותיה בהגיע מועד פירעון.

**גם אם לחברה יש עודף נכסים על פני התחייבויות אסור לה לחלק דיבידנד אם יש חשש שהיא תקלע עקב כך למצב של חדלות פירעון תזרימית שלא תאפשר לה לפרוע את חובותיה השוטפים בהגיע מועד פירעונם.**

כאשר בית המשפט בא לבחון האם חלוקה מסוימת מקיימת את מבחן יכולת הפירעון הוא צריך להימנע מלהפעיל חוכמה בדיעבד וצריך לבחון את צדקת ההחלטה בהתאם למידע שעמד לרשותם של הדירקטורים בזמן קבלת ההחלטה. דירקטור חייב לנקוט באמצעים סבירים לשם קבלת מידע בנוגע לכדאיות הפעולה שמובאת לאישורו, חלוקה אסורה עלולה להביא לחיובו של הדירקטור בתשלום פיצויים לחברה בגין הנזק שנגרם לה עקב כך הן מכוח דיני הנזיקין (עוולת הרשלנות בגין הפרת חובת הזהירות) והן מכוח דיני חוזים (הפרת חובת אמונים). **הנזק הישיר לחברה במקרה כזה הוא הסכום של החלוקה האסורה, נזק אפשרי נוסף הוא נזק תוצאתי – נזק בגובה כלל חובותיה של החברה ככל שקיים קשר סיבתי בין החלוקה האסורה לבין קריסתה של החברה.**

היו 3 חלוקות של דיבידנדים, בית המשפט רצה לבדוק האם הדירקטורים התחשבו ביכולת הפירעון של החברה (כבר בחלוקה הראשונה), ואז אומר בית המשפט שמתוך הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון לגבי החלוקה הראשונה אנחנו רואים שבעצם הדירקטורים צחקו וגיחכו על מבחן יכולת הפירעון ולכן הם גם לא בחנו את ההתחייבויות של החברה- האם תהיה לה יכולת פירעון אחרי חלוקת הדיבידנד. התוצאה היא שהם הפרו את החובה ליישם את מבחן יכולת הפירעון וכתוצאה מכך הם הפרו את חובת הזהירות התהליכית(מושגית), כלומר, הם הפרו את החובה לדרוש ולקבל מידע מהותי לפני קבלת החלטה כלשהי. הנטל להוכיח שתוכן ההחלטה היה סביר ושהוא לא הסב לחברה נזק עובר לדירקטורים.

סיכומו של דבר, למרות שלפני החלוקה הראשונה הדירקטורים לא בחנו את שאלת יכולת הפירעון בהתאם למבחנים המקובלים הרי שלגופו של עניין בעת קבלת ההחלטה על החלוקה הראשונה לא היה חשש סביר שהחברה לא תעמוד בפירעון חובותיה ולכן לגבי החלוקה הראשונה הם לא הפרו שום חובה, אבל, לגבי החלוקה השנייה הוא מגיע למסקנה שמצבה של החברה הדרדר ושם הם כן הפרו חובה. בית המשפט הגיע למסקנה שהם באמת הפרו את חובת הזהירות התהליכית ושהם צריכים לפצות את החברה בעשרות מיליוני שקלים.

מדוע מדובר בהפרת חובת אמונים? לפעמים כאשר הדירקטור מתרשל, לא מתכוון לרמות אבל גם לא מבצע את המוטל עליו- בשורה התחתונה הוא מתרשל (חובת זהירות ומיומנות), אולם לעומת

זאת, יכול להיות שהוא כן עושה מה שצריך אבל הוא מתכוון לרמות- ברגע שהוא עושה את זה כוונה ומתכוון לרמות אז הוא מפר את חובת האמונים.

### **הקניין במניות**

#### **איך אנחנו מגדירים בעל מניה?**

לפי סעיף 176 לחוק החברות, בעל מניה בחברה פרטית הוא מי שרשום ככזה במרשם בעלי מניות. לפי סעיף 177 לחוק החברות מגדיר מי זה בעל מניות בחברה ציבורית ובין היתר יש לנו 2 הגדרות: 177(1) – מי שלזכותו רשומה מניה 177(2) – מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי מניות.

#### **מה זה מרשם בעלי המניות?**

סעיף 127 לחוק החברות אומר שחברה תנהל מרשם בעלי מניות, ז"א חברה צריכה לנהל רישום של כל בעלי המניות שלה. כשהנייר היה באופנה זה היה בפנקס, היום- הכל ממוחשב במאגרים אלקטרוניים, צריך להיות מסמך שבו החברה רושמת את כל בעלי המניות. מזכיר החברה הוא זה שאחראי על כך.

#### **מה רושמים ברשם בעלי המניות?**

סעיף 130 לחוק החברות אומר שלגבי כל המניות צריך את השם, מספר תעודת הזהות ואת הכתובת של כל בעל מניה- הכל כפי שנמסר לחברה. צריך לרשום את כמות המניות וסוג המניות בבעלותו של כל בעל מניה. צריך לציין את התאריך שבו הוקצו המניות או המועד שבו הם הועברו. רושמים את הערך הנקוב של המניה כי חלוקת הדיבידנדים מתחלקת לפי הערך הנקוב של כל אחד מהמניות.

#### **מה הערך הראייתי של מרשם בעלי המניות?**

מרשם בעלי המניות הוא ראיה לכאורה, על פי סעיף 133(א), מרשם בעלי מניות יהיה ראיה לכאורה לנכונות הרשום בו. סעיף 133(ב)- במקרה של סתירה בין הרשום במרשם בעלי המניות לבין תעודת מניה, ערכו הראייתי של מרשם בעלי המניות עדיף על ערכו הראייתי של תעודת המניה.

#### **בעלות במניה – איך אנחנו רוכשים בעלות במניה? הבעלות במניה נקנית במספר דרכים:**

א.רכישה רצונית – לדוגמא, בחתימה על התקנון ורכישת מניות במהלך הקמת החברה, רכישה רצונית מן החברה באמצעות הקצאת המניות, באמצעות מימוש ניירות ערך מסוג אופציה לרכישת מניות.

ב.העברה – רכישת מניות שלא מן החברה עצמה אלא מבעל מניות אחר שמוכר את מנייתו, המכירה הזאת יכולה להתבצע גם באמצעות השוק המשוני בבורסה. (רק בחברה ציבורית)  
ג.פעולה בהתאם לחוק – לפעמים, הבעלות במניה נרכשת בדרך של קבלת זכות על פי דין מכוח ירושה או מכוח פשיטת רגל של המעביר או למשל בדרך של מתנה, מיזוג וכדומה.

#### **הקצאת מניות**

בידי מי הכוח להקצות מניות? סעיף 92(9) אומר שהדירקטוריון רשאי להקצות מניות וניירות ערך המיירים (שניתן להמיר אותם) עד גבול הון המניות הרשום. כמו שאנחנו רואים, הכוח של החברה להקצות מניות נתון לדירקטוריון וזאת סמכות קוגנטית- אי אפשר להתנות עליה. אי אפשר להעביר אותה לאורגן אחר. הדירקטורים צריכים להפעיל את הכוח הזה ביעילות, במקצועיות, בתום לב ולטובת החברה כי מדובר בכוח שניתן להם על ידי החברה ולכן הם צריכים להפעיל את הכוח לטובת החברה. כל פעם שהדירקטורים לא הפעילו את הכוח שלהם לטובת החברה, הפסיקה הטילה עליהם סנקציות.

**פס"ד הווארד סמית נ' אמפול** – מדובר בחברה שמשקיעים חיצוניים רצו להשתלט עליה [ החברה היא לא חברה מצליחה אבל יש לה פוטנציאל, הם מבינים שהמחיר שלה נמוך אבל שווה להם לקנות אותה ובניהול ראוי יש לה פוטנציאל רוחי גדול ולכן שווה להם להשתלט עליה, לדוגמא חברה שיש לה נכס עם מקרקעין מאוד גבוה אבל החברה לא מצליחה, שווה לקנות אותה בשביל הקרקע ולמכור אותה] הדירקטורים הבינו שאם הקבוצה הזאת תשתלט על החברה היא תעיף אותם, אז הם החליטו שהם יקצו מניות נוספות לקבוצה אחרת שהיא אוהדת אותם ולא תעיף אותם. החברה שרצתה להשתלט אמרה שהקצאת המניות לא הייתה בתום לב, כי זה לא היה למען טובת החברה,

הדירקטורים חשבה על טובתם האישית. בית המשפט האנגלי הסכים עם כך שהקצאת המניות נעשתה שלא בתום לב ולא לטובת החברה ולכן היא מבטלת.

פס"ד גליקמן נ' ברקאי – הדירקטורים החליטו להקצות מניות בערכן הנקוב ולא בערכן הריאלי. ההחלטה הזאת להקצות מניות בערכן הנקוב ולא בערכן הריאלי הייתה לטובת בעלי השליטה שמינו אותם אבל לא לטובת המיעוט. בית המשפט אמר שההחלטה שלהם לא נעשתה בתום לב ולטובת החברה. בית המשפט אמר שמנהלי החברה חייבים לפעול בתום לב ולטובת החברה, אבל כאן השימוש בכוח ההקצאה לא נעשה בתום לב ולטובת החברה אלא לטובת אלה שמינו אותם ולכן הם השתמשו לא נכון בכוח ובסמכות שלהם ולכן הפעולה בוטלה.

פס"ד שכטר – שכטר ביקש להשקיע בחברה. מדובר בחברת אירונטיקס מערכות הגנה שהיא חברה פרטית שעוסקת בייצור ושיווק של מערכות הגנה. החברה הזאת הייתה זקוקה לכסף, מכיוון שהסכם השקעה עם התעשייה האווירית לא צלח החליט דירקטוריון החברה להקצות את המניות שהיו אמורות להיות מוקצות לתעשייה האווירית לבעלי מניות פרטיים. הדירקטוריון קבע מחיר לצורך הקצאה, מספר שבועות לאחר החלטת הדירקטוריון החברה שיגרה מכתב לבעלי המניות שמזמין אותם להשתתף בהקצאה (לקנות את המניות), במכתב כתבו שכל אחד מבעלי המניות יוכל לקנות את המניות באופן יחסי לשיעור ההחזקות שלו. בעלי המניות התבקשו להודיע תוך 10 ימים אם ברצונם להשתתף בהקצאה, כמו כן, כל בעל מניות שמעוניין להשתתף בהקצאה יתבקש לצרף להודעה שלו את התשלום הנדרש ולהודיע אפילו אם ברצונו לרכוש חלק מהמניות העולה על השיעור היחסי של ההחזקות, במידה ולא תהייה היענות מצד כל בעלי המניות. בנוסף, הודגש במכתב שבעל מניות שלא ימסור הודעה עד לתאריך מסוים יראו בו כמי שסרב להשתתף בהקצאה. אחרי הפעולה הזאת החברה גם זימנה את בעלי המניות לפגישה במשרדים. שכטר לא התייצב לפגישה למרות שזמן אליה, אין מחלוקת שבמהלך הפגישה הסכימו בעלי המניות שנכחו בפגישה לשנות את תנאי ההקצאה. ראשית הוחלט לאפשר את רכישת המניות בתשלומים, שנית, שהחברה תהייה רשאית להקצות מניות גם לגורמים חיצוניים. חלפו מספר שבועות והדירקטוריון החליט לעשות עוד הנפקת מניות והחליט לקצות מניות נוספות לבעלי המניות של החברה, הם ציינו בהחלטתם שההקצאה נעשתה כדי לעמוד ביעד של גיוס הון. בהקצאה הזאת הדירקטוריון קבע ששווי המניה יהיה \$47.8 ( בהקצאה הקודמת שווי \$26.2), החברה דיווחה לבעלי המניות על החלטת הדירקטוריון ובעלי המניות התבקשו להודיע האם בכוונתם להשתתף בהקצאה זו. גם הפעם החברה הדגישה כי כל בעל מניות יוכל להשתתף בהקצאה באופן יחסי לשיעור החזקותיו בהון המניות המונפק, הפעם החברה ציינה שאם היא לא תוכל לגייס את מלוא ההשקעה הנדרשת בכוונתה לפנות למשקיעים חיצוניים. מיד אחרי ההודעה הודיע שכטר לחברה שהוא מעוניין שיוקצו לו 4% מתוך הון המניות המונפק של החברה. אבל, הוא אמר שהוא רוצה שיקצו לו את המניות לפי שווי מניה של \$26.2 דולר למניה, הוא ראה שהחברה מסרבת להקצות לו את המניות לפי השווי הקודם ואז הוא הגיש תובענה לבית המשפט המחוזי ששם ביקש לחייב את החברה להקצות לו 4% מהון המניות של החברה במחיר הקודם. בית המשפט המחוזי דחה את התובענה שלו והוא הגיש ערעור. השאלה שהתעוררה בערעור הייתה האם זה יהיה מוצדק לחייב את החברה להקצות לו מניות על פי התנאים שנקבעו בהקצאה הראשונה? זאת לאור העובדה שהוא לא השתתף בהקצאת המניות הראשונה. בית המשפט בחן את השאלה ואמר שאי אפשר להיענות לבקשתו מכל מיני סיבות:

1. בית המשפט דוחה את הטענה של שכטר על פיו החברה הפרה את חובתה למסור לבעלי המניות מידע מלא ומדויק אודות מצבה וזאת מכיוון שהמידע הגיע אליו והוא לא פנה לחברה כדי להמשיך ולשאול אותה שאלות רלוונטיות.
2. החברה בעצם הקצתה את המניות גם בהקצאה הראשונה וגם בהקצאה השנייה בצורה הוגנת. הבעיה הייתה אצלו שהוא לא הגיב לפנייה של ההקצאה הראשונה, הוא לא עשה כלום. אם הוא היה רוצה באמת לזכות במניות בהקצאה הראשונה, אזי, הוא היה פונה לחברה ושואל אותה על פי מה הם קבעו את המחיר של ההקצאה הראשונה- או מערער על המחיר של ההקצאה הראשונה. " המערער לא עמד בנטל להוכיח שההקצאה הראשונה התבצעה בשווי מניה לא הוגן."

לכן בסופו של דבר הטענות שלו נדחו והוא חויב לשלם שכר טרחה של העו"ד בסך 50,000 ₪.

**העברת מניות** - מניות מגיעות לידי בעלים בכמה צורות –

1. הקצאת מניות – הדירקטורים מודיעים על הקצאת מניות והקצאת המניות מעבירה בעלות אצל מי שמקבל את המניה. הדירקטורים צריכים להודיע על ההקצאה בתוך פרק זמן של 14 ימים על פי סעיף 292 לחוק החברות, ובו מפורטים פרטי ההקצאה.
2. העברת המניות – העברה מבעל מניות אחד לשני, כאשר בעל מניות אחד רוצה להעביר מניות לבעל מניות אחר העברה מתבצעת בלי שום מגבלה בחברה ציבורית על פי סעיף 293 חזקה על כל נייר ערך שהוא ניתן להעברה. בחברה פרטית צריכה להיות הגבלה על העבירות (על זה שניתן להעביר) כי הגבלת העבירות בעצם היא משהו שמייחד את החברה הפרטית.
- יש לנו צורות שונות של הגבלת עבירות – הן נמצאות בסעיף 5.3 – בדף הוראה מס' 12:
- א. הגבלת עבירות על חלק של מניה שבדרך כלל אי אפשר להעביר חלק ממניה.
- ב. הענקת זכות סירוב ראשונה לשם מניעת דילול. (אי אפשר להעביר מניות לפני שהצעת אותם לבעלי המניות הקיימים).
- פס"ד בן חור – חברת גן אורנים נקלעה לקשיים כלכליים ומצויה בהקפאת הליכים. מונה לה מפרק זמני ומנהל מיוחד. החברה הזאת מחזיקה ב-99% ממניותיה של חברת "גן אורנים שירותי אירוח" והחברה הזאת מחזיקה ב-2/3 מהון המניות המונפק של חברת "טסים". בתאריך מסוים במסגרת פשיטת הרגל של גן אורנים שבפירוק, אישר בית המשפט המחוזי בת"א הסדר נושים. במסגרת ההסדר אישר בית המשפט המחוזי 2 הסכמים שנכרתו בין פלג לבין שירותי אירוח. על פי ההסכם הראשון פלג ירכוש את הפעילות של גן אורנים שירותי אירוח ובתמורה הוא ישלם סכומים שונים לנושים של גן אורנים. בהסכם השני פלג ירכוש את המניות של שירותי אירוח ב"טסים" בסכום של 147 שקל. בחברת "טסים" היה תקנון התאגדות ובתקנון היה סעיף שמקנה לבעלי המניות של טסים זכות קדימה לרכוש את ההחזקות של שירותי אירוח בטסים. המנהל המיוחד בכונס הנכסים של חברת גן אורנים הציג עמדה ובית המשפט דחה את הבקשה של בעלי המניות של טסים בנימוק שנכון בתקנון ההתאגדות של טסים יש סעיף של זכות קדימה, אבל, בית המשפט אמר שאותו בעל מניות בטסים יצר איזשהו מצג ועל פי המצג שבית המשפט האמין לו אותו בעל מניות ידע שפלג עומד לפרוע את החובות של שירותי אירוח בתמורה לקבלת המניות של טסים והוא לא התנגד ולא הבהיר שבכוונתו לנצל את זכות הקדימה שמסורה לו מכוח התקנון של ההתאגדות. (בן חור הוא בעל מניות בחברת טסים). הייתה בעצם זכות קדימה- זכות סירוב ראשונה, אבל היה פה מצב ספציפי שבגללו החליטו לדלג על הזכות סירוב הראשונה.
- ג. זכות מצרנות כתוצאה ממכירה כפויה – סעיף 300 (א) – יש מצבים שבהם החברה עלולה לאבד שליטה על הזהות של בעלי המניות בגלל החוק, למשל- כאשר מתבצעת הנפקת מניות אחד מבעלי המניות הקיימים הוא מנהל עיזבון או נאמן מכוח פשיטת רגל, יש אפשרות שמכוח זכות מצרנות על פי ס' 290 המניות יעברו, מצב אחר הוא כאשר המניות של בעל המניות עוברות לאדם אחר מכוח הדין- למשל כמו מכוח ירושה, או מכוח צוואה. ואז סעיף 300(א) מאפשר התקנת הוראה בתקנון שעל פיה חברה פרטית תוכל לקבוע בתקנונה כי מי שזכאי למניות בה לפי דין ובכלל זה מבצע צוואה או מנהל עיזבון יהיה חייב להציע לחברה או לבעלי המניות האחרים לרכוש את המניות שהוא זכאי להם.
- ד. מכירה כפויה במסגרת הצעת רכש – לא נדבר על זה במבחן
- ה. מגבלות עבירות מכוח חוקים שונים – עקרונית יש הוראה שאומרת שהמניות הן עבירות (ניתן להעביר אותן) אבל, יש מצבים שלמרות ההוראה הכללית המניות לא כל כך עבירות, יש מגבלות – מכוח חוק החברות, יש מגבלות עבירות מכוח חוקים שונים כמו לדוגמה חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות סעיפים 20 ו-47 שמדברים על הגבלות על העברת מניות של קטין ופסול דין – זאת אומרת שאם יש ילד או בן אדם שהוא פסול דין וליד ולפסול דין יש אפוטרופוס נוכל, הוא עלול לקחת את המניות ולהעביר אותם חנם לעצמו- זה לא אפשרי, כדי למנוע מצב כזה מחוקקים חוק שאומר שצריך להגביל את העברה של קטין/ פסול דין על ידי כך שצריך לבקש את אישורו של בית המשפט.
- ו. מגבלות שמוטנות בשיקול דעתם של הדירקטורים – פס"ד אונגר נ' עופר – חברה נוסדה והיא הייתה בעלת נכס מקרקעין. הון המניות שלה היה בין 11 מניות כאשר מהן היו 10 מניות שהוקצו לאונגר שהיה מייסד החברה והבעלים העיקרי ומניה אחת הוקצתה לרזומוביץ'. לחברה היו 2 דירקטורים: כהן ועופר. עופר היה גם האחין של אונגר. המינוי של כהן כדירקטור נועד לשמור על האינטרסים של אשתו של כהן שהייתה האחיינית של אונגר. אונגר נפטר בלונדון והוא הותיר אחריו 2 בנים שהם היורשים שלו מכוח צוואה. הבנים שהם המעוררים בפסק הדין ביקשו להעביר את המניות של אביהם על שמם והתברר כי חודשיים אחרי פטירתו של אונגר התקבלה

הודעה במשרד רשם החברות שהמניות הועברו על שמו של עופר. ההודעה נחתמה בידי עופר והיום החתימה היה יום פטירתו של אונגר. ההודעה לרשם החברות הסתמכה על צילום של כתב העברת מניות ששם כאילו אונגר חתם על העברת מניותיו לעופר במתנה וללא תמורה. ברור לנו שהייתה בעיה עם העברת כתב המניות, עופר כינס אסיפה שלא מן המניין של בעלי המניות של החברה שבה הוא החליט בשם החברה למכור את הנכס שהיה לחברה. האסיפה הזו נערכה בלי שכהן הדירקטור השני בכלל נכח באסיפה ומבלי שהוא ידע בכלל שיש אסיפה כזו. עופר אחרי שהוא קיבל במסגרת החברה החלטה כזאת למכור את המקרקעין מכר את הנכס וקיבל לידי אישית 80% מהתמורה והיתרה עוד לא שולמה. שבוע אחרי שכונסה אסיפה הכללית שלא מן המניין הראשונה כונסה עוד אסיפה ובאסיפה השנייה שגם היא כונסה בלי ידיעתו של כהן שם הוחלט לפטר את כהן- אחרי שכל זה נודע הגישו 2 הבנים של אונגר תובענה לבית המשפט להצהיר על בטלות הסכמי המכר שנחרטו עם הנושים, בית המשפט המחוזי דחה את התובענה. הבנים של אונגר ערערו על ההחלטה של בית המשפט וגם על ההחלטה לאשר את הליך העברת המניות לעופר. הערעור התקבל. בית המשפט העליון אמר בנושא של העברת המניות – שהליך העברת המניות בחברה היה פגום כי סעיף 19 בתקנון החברה קובע שהמנהלים רשאים לסרב לרשום כל העברת מניות לאדם שאין הם רוצים בו. עופר פנה במישרין אל רשם החברות וביקש לרשום העברת מניות שבכלל לא התבצעה בחברה וממילא הדירקטורים גם לא נדרשו לשאלה האם הם יכולים לסרב להעביר את המניות או לא. בית המשפט המחוזי קבע שאין באותו פגם כדי לפגוע בתוקף של מעשה העברה אבל אומר בית המשפט העליון שהמחוזי טעה כי אי כינוסו של הדירקטוריון מהווה פגם שפוסל את העברה מכיוון שעל פי התקנון השלמת הרישום בפנקס החברים הוא תנאי מוקדם להקניית מעמד של בעל מניות לפלוני. כל עוד לא נרשמה העברה החברה מוסיפה לראות במעביר את בעל המניה החוקי ולכן בעת האספות הכלליות עופר כלל לא היה בעל מניות שמכוחן הוא התיימר להחליט את ההחלטות שהחליט ועל כן ההחלטות היו בטלות מעיקרן לכן המערערים שהם הבנים של אונגר זכאים להצהרה שהעברת המניות לעופר בטלה. על פי דיני החברות כאשר יש הגבלה על העברת מניות ההגבלה כמות קניינית ולכן אם המניות עוברות לא לפי הסדר זה מבטל.

**פס"ד זכרון שושנה בת מרדכי נ' דוד יטח - נכרתו 2 הסכמים למכירת מניות, בהסכם אחד ניסן התחייב למכור מניות בחברת מקרקעין, התמורה המוסכמת שולמה במלואה ובמעמד כריתת ההסכם נתנו לתובעים שהם הקונים הראשונים שטר העברת מניות וייפוי כוח בלתי חוזר לביצוע העסקה. לא נתקבל אישור החברה להעברת המניות והמניות לא נרשמו על שם התובעים. מאוחר יותר נכרת עוד הסכם למכירת אותן מניות, בהסכם השני המניות לא נרשמו על שם הקונים השניים אבל נחתמו שטרי העברת מניות על שם הרוכשים השניים וכן ניתן אישור החברה להעברת המניות. המניות לא נרשמו על שם הקונים השניים. הקונים הראשונים שהם התובעים פנו לבית משפט ושם הוחלט לחייב את החברה לרשום בפנקסים שלה העברת מניות על שם קבוצה א'. נקבע כי העסקה הראשונה עדיפה. המערערים שהם הקונים השניים מתלוננים על כך ומתעוררת השאלה של העדפת הקונים. בית המשפט העליון דן במחלוקת שנובעת מקיומן עסקאות נוגדות והמסגרת הנאותה היא חוק המיטלטלין על פי סעיף 12 לחוק אם התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במטלטלין ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת זכותו של הראשון עדיפה. אבל, אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין זכותו של השני עדיפה. ולכן השאלה שעמדה בפני בית המשפט העליון הייתה זכותם של מי עדיפה – קבוצה א' או קבוצה ב'? בית המשפט העליון בדק את הנושא והגיע למסקנה שגדר סמכותם ושיקול דעתם של מנהלים לשקול בקשה להעברת מניות מצויה בתקנון החברה. מה אומר התקנון? תקנון החברה אומר שכאשר מנהלי החברה מסרבים להעביר מניות בהסתמכם על הוראה שבתקנון פונים קודם אל התקנון כדי לברר במה מדובר, אבל, כאן תקנון החברה לא הוצג בפני בית המשפט ולכן אומר בית המשפט שההחלטה של בית המשפט המחוזי היא בעצם החלטה שבה הגיעו למסקנה שמקרה הזה העברת מניה בחברה מיועדת להקנות לנעבר את הזכות להיות חבר בה ע"י רישומו בפנקס החברים, כל עוד לא נרשם בעל המניות בפנקס החברים שהיום הוא נקרא "מרשם בעלי מניות" אין לראותו כבעל מניות וממילא ברור שהעברת הזכות לא הושלמה. ולכן יש לקיים את קביעתו של בית המשפט המחוזי על דבר עדיפותה של העסקה עם התובעים (העסקה הראשונה). **בהקשר של העברת מניות אנחנו משתמשים בחוק המיטלטלין, כאשר יש לנו עסקאות נוגדות בהקשר של העברת המניות אנחנו משתמשים בחוק המיטלטלין סעיף 12 – זכותו של הראשון עדיפה.****

**חובות נושאי משרה**

על נושא משרה שעובד בחברה מוטלות חובות, מתעוררת השאלה מי הוא נושא משרה? לפי הגדרת ס' 1 לחוק החברות- "נושא משרה הוא מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן למנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אם תוארו שונה וכן דירקטור או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי". **במילים אחרות**, נושא משרה זה גם מי שחבר בהנהלה הפעילה וגם דירקטור. החובות שחלות על נושאי המשרה הם חובות משני סוגים. סוג אחד אלו הן חובות לפעול במקצועיות, חובה זו מוגדרת בחוק בסעיף 252 ו- 253 בחוק החברות.

סעיף 252(א) – "נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת זהירות של נושא משרה כלפי אדם אחר – **במילים אחרות**, כלפי החברה או בעלי המניות.

הסעיף מנוסח בצורה מעניינת, הוא לא אומר שיש חובה, הוא אומר שזה "לא מונע". כלומר, החובה הראשונית של נושא המשרה מופנית לחברה באופן טבעי כי נושא המשרה עובד בחברה ובהיותו עובד בחברה החובה מופנית כלפי החברה. מצד שני, במצבים מסוימים ישנה אפשרות שאנחנו נקבע שבכל זאת יש חובה של נושאי המשרה כלפי בעלי המניות או כלפי עובדים או כלפי נושים או כלפי הציבור בעניין איכות סביבה וכדומה.

מה האופי של חובת הזהירות?

האופי של חובת הזהירות הוא מוגדר בסעיף 253 לחוק החברות שקובע "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" - הסעיף מתחיל כאובייקטיבי וממשיך כסובייקטיבי.

סעיף נוסף הוא סעיף 253א שאומר "מינוי דירקטור שהוא בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית או שהוא בעל כשירות מקצועית לפי סעיפים 219(ד) או 240(א), אין בו כדי לשנות מן האחריות המוטלת עליו ועל שאר הדירקטורים בחברה, על פי כל דין" – הסעיף הזה נוסף אחר כך כי אנשים חשבו שברגע שיש בדירקטוריון בן אדם שהוא מומחה במשהו (חשבונאות) אז השאר כבר לא אחראים לאותו נושא- כי יש מומחה בדירקטוריון, זה לא נכון אבל אלא הטענות שעלו ולכן הכניסו את הסעיף הזה.

זה התעורר כי בדירקטוריון של חברה ציבורית חייבים להיות דירקטורים חיצוניים ולפחות אחד מהם צריך להיות בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית ומכוח המומחיות שלו השאר סמכו עליו – המחוקק אומר שזה לא נכון.

אנחנו רואים שעל הדירקטורים ונושאי המשרה מוטלת החובה לפעול במקצועיות. השלב הראשון של פעילות במקצועיות זה נוכחות- אם הוא לא נוכח כמובן שהוא לא עושה את המינימום כי ברגע שהפקידים של החברה רואים שהמפקחים שלהם לא נמצאים הם "חוגגים" ואף יכולים לגנוב- לדוגמא **בבנק צפון אמריקה** – היה מנכ"ל, סמנכ"לית ודירקטוריון. הדירקטוריון היה מורכב מאנשים מאוד מכובדים (למשל נקש שהיה בעל בחברת גינס בארה"ב וכדומה). האנשים הללו לא הגיעו לשיבות כי הם היו עסוקים בחיי היום יום שלהם, הסתבר שבבנק צפון אמריקה הדירקטוריון לא התכנס, המנכ"ל והסמנכ"לית ראו זאת – וחגגו, כלומר, גנבו כסף עד שזה הוצא לאור ומונה לבנק מפרק שהגיש תביעה נגד חברי הדירקטוריון. התביעה הייתה על כך שהם לא הגיעו כי אם הם היו באים ומתכנסים הם היו רואים שיש זליגה בדוחות הכספיים ומזהים את הבעיה מבעוד מועד, אבל הם לא באו. התוצאה היא שנגנב הרבה כסף מהבנק והבנק התמוטט. זה היה שוק במדינה כי מדובר באנשים נורמטיביים ומכובדים, לא מדובר בגנבים אלא באנשים נורמטיביים מאוד. הדירקטורים נמצאו אחראים בהפרת חובת זהירות על כך שהם לא הגיעו. זה לא מצב שהם עשו פעולה והפעולה לא הייתה מקצועית, הם לא עשו את הדבר הכי בסיסי, הם לא היו נוכחים בישיבות, הם לא התכנסו בכלל. מצאו אותם אחראים להפרת חובת הזהירות והמיומנות שעלתה להם עשרות מיליוני שקלים. (מצאו אותם גם אשמים בהפרת חובת אמונים.)

**תרגיל לדוגמא:**

שי ושושנה הם דירקטורים בחברת אירוויזיון, הם גם מעריצים של מדונה והם רוצים להביא את מדונה להופעה. בחברת האירוויזיון יש עוד דירקטורים, הם יודעים ששי ושושנה הם המעריצים של מדונה ולכן הם סומכים עליהם. שי ושושנה הם גם בעלי שליטה בחברת האירוויזיון – בחברה יש עוד בעל מניות שקוראים לו דוד, הוא בעל מניות מיעוט. לחברת האירוויזיון הציעו שיצלמו את הקליפ של ההופעה של מדונה וימכרו את זה. ההבאה של מדונה לארץ הייתה אמורה לעלות 2 מיליון דולר, אבל חברת האירוויזיון אמרה לעצמה שהיא תוכל לקזז את זה ע"י מכירת הקליפים. שי ושושנה כינסו ישיבת דירקטוריון שם היו צריכים לאשר את ההבאה של מדונה לארץ תמורת הסכם לתשלום של 2 מיליון דולר. במאמר מוסגר, שי ושושנה שמעו שבועיים לפני הישיבה שמדונה הופיעה באוקראינה והיא זייפה שם, הם שמעו זאת אבל הם חשבו שאולי השמועות לא נכונות. הדירקטוריון אישר את ההסכם בהסתמך על שי ושושנה. ההופעה התקיימה והסתבר בהופעה שמדונה זייפה והסתבר שלא ניתן למכור את הקליפ כי הוא מלא בזיופים ונגרם הפסד גדול לחברה. דוד רוצה מהחברה שתתבע את שי ושושנה. השאלה היא על בסיס מה דוד יכול לבקש מהחברה לתבוע את שי ושושנה ומה יקרה אם החברה תסרב לתבוע את שי ושושנה? מה התרופה של דוד?

**תשובה:** חובת אמונים, חובת זהירות – הם חשבו על טובתם האישית ולא על טובת החברה, ידוע לנו שהם מעריצים של מדונה, חובת זהירות הופרה כיוון שהגיעה אליהם ידיעה שמדונה כבר זייפה בהופעה באוקראינה והם נמנעו מלבדוק זאת.

הסעד של דוד:

- א. תביעה ייצוגית
- ב. למכור את המניות שלו בחברה
- ג. לתבוע אישית את שי ושושנה
- ד. תביעה נגזרת – התשובה הנכונה.

**חובת אמונים**

חובת הזהירות וחובת האמונים הם שתי חובות שמתייחסות לאופן התפקוד של נושאי המשרה בחברה.

חובת הזהירות והמיומנות מתייחסת לפן המקצועי, במסגרת הפן המקצועי ניתן לחלק את חובת הזהירות לפן פרוצדורלי ופן מהותי.

פן פרוצדורלי – דירקטור צריך להגיע לישיבות, לשאול שאלות מהותיות

פן מהותי – הוא צריך לאסוף ידע ומידע, המנכ"ל נניח צריך לקבל החלטות נכונות על סמך ידע נכון כל הדברים הללו עוסקים בחובת המקצועיות של אותו נושא משרה.

מצד שני, נושא המשרה צריך להיות איש הגון, אסור לו להתנהג בצורה לא הוגנת, מושחתת או בניגודי עניינים. כיוון שיש מצב שבו אותם דירקטורים עשו משהו לטובת האינטרס שלהם אז היה פה טובה אישית. את חובת האמונים אנחנו מסיקים מסעיף 254 לחוק החברות שאומר "נושא משרה חב חובת אמונים לחברה ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה "במילים אחרות, יש לנו הוראה כללית שאומרת שנושא משרה צריך לנהוג בחובת אמונים. פסקה לאחר מכן אומר המחוקק "ינהג בתום לב ויפעל לטובתה" כאילו שהתוכן של חובת האמונים זה לנהוג בתום לב ולפעול לטובתה, אבל לא רק זה אלא שהמחוקק גם טרח לפרט מה המשמעות של התנהגות בחובת אמונים – יש לנו כמה קריטריונים:

1. ימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין ענייניו האישיים
2. ימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה
3. ימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר
4. יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה (סעיף 254(א))

סעיף 254(ב) אומר שאין בהוראת סעיף קטן א' כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושאי משרה כלפי אדם אחר. משמעות הדבר היא שיש מצבים שבהם בסיטואציות מאוד מיוחדות נושאי המשרה יוכלו לפעול או שבעל המניות יוכל לתבוע ספציפית את בעל החברה. הסיטואציות המיוחדות הללו

מתייחסות נניח בדוגמא ממיקודם, אם דוד היה בא לשי ושושנה והיה אומר שהוא שמע שמדונה מזייפת ושי ושושנה היו אומרים לו שהם מבטיחים שהסיפור של הזיפופים לא נכון – פה אם אחר כך יתברר שהיא זייפה אז דוד יוכל לתבוע כי יש פה שיח אישי, סיטואציה מיוחדת. אבל במקרה רגיל נושא המשרה חב חובת אמונים כלפי החברה והחברה היא זאת שיכולה לתבוע אותו.

החובות של חובת האמונים כוללים התנהגות בתום לב ולטובת החברה, ואין לפעול במסגרת הפעלת הסמכות למטרה אחרת, מגבילה או משנית. אין גם להשתמש בתפקיד כדי לצבור רווחים לטובתו הפרטית של הדירקטור, אם כך קרה הוא צריך להשיב את הרווחים. בסיטואציה של ניגוד עניינים בין חובתו לחברה לאינטרס הפרטי שלו ניתן לבטל את החוזה. במילים אחרות, הם אלו החובות שמתייחסות לחובת אמונים.

#### כאשר אנחנו מדברים על חובת אמונים המרצה רוצה להדגיש מס' דברים :

1. חייבים להדגיש שאת החובות של הדירקטורים הם חבים בנפרד, בעוד שאת החלטותיהם הדירקטורים הם מקבלים במשותף. כאשר הם מתפקדים כדירקטורים דירקטור אחד לא יכול לחייב את החברה כשלוח בגין מעשיו אולם הוא יחוב את חובותיו כלפיה. במובן זה, דירקטורים דומים לנאמנים אשר חייבים לפעול ביחד אולם כל אחד מהם חב לבד את חובות החברה.
2. הדירקטורים חבים את חובתם לחברה דבר ראשון. כלומר, המנהלים חבים את חובתם לחברה ולא לבעלי מניות אינדיבידואלים. כמובן שדירקטורים יכולים להתמנות ספציפית ע"י בעלי המניות ואז הם יחויבו חובת נאמנות רגילה שעולה מיחסי השליחות, אבל, במקרה רגיל הדירקטורים לא מתמנים ספציפית ע"י בעלי המניות ולכן הם חבים את החובה שלהם רק לחברה.
3. החובות של הדירקטורים מתחילות בעת המינוי אך לא מסתיימות בהכרח בעת סיום המינוי. מנהל עשוי להיות מנוע ולהשתמש במידע סודי כאשר הוא מפעיל את סמכותו כדירקטור.

#### כאשר מחילים חובות אלו יש להתייחס ל- 4 כללים :

- א. הדירקטורים צריכים לפעול בתום לב ולפי מה שהם מאמינים היא טובת החברה.
- ב. אסור להם להפעיל את סמכויותיהם למטרות שונות מאילו שלשמן הם מונו
- ג. אסור להם לכבול את שיקול דעתם באשר לאופן הפעולה שלהם- כל אחד צריך להיות עצמאי בקשר להחלטה שלו.
- ד. ללא הסמכה מודעת של החברה אסור להם להעמיד את עצמם בניגוד עניינים או בניגוד חובות לאנשים אחרים אשר עלולים להתאמת עם חובתם לחברה.

מה משמעות החובה " לפעול בתום לב ולטובת החברה " ?  
המבחן הזה מודד האם הוכח כי הדירקטורים לא עשו את מה שהאמינו בתום לב שנכון היה לעשות, הדירקטורים נדרשים לנהוג בתום לב על פי מה שהם חושבים שהוא לטובת החברה. לכאורה, החובה הזאת היא חובת סובייקטיבית אבל למרות שעל הדירקטורים לשקול מהם האינטרסים של החברה הם עלולים להפר את טובת החברה למרות שהם לא פעלו במודע או בחוסר הגינות כאשר הם לא התכוונו האם העסקה הייתה לטובת החברה.

מה משמעות הדבר "לפעול לטובת החברה"?  
על הדירקטורים לפעול לפי מה שלדעתם הם האינטרסים של החברה. מדובר בדעתם. כמובן שהם צריכים להסתמך על סמך ידע מסוים, הם צריכים להיות מקצועיים ולהסתמך על משהו.

בפס"ד בנק צפון אמריקה – יש לנו סיטואציה בה הדירקטורים לא הגיעו לשיבות הדירקטוריון ואז לא התקיימו ישיבות. מצד אחד זו הפרת חובת זהירות ומצד שני זו הפרת חובת אמונים כי הם היו אמורים לדעת שאם הם לא יגיעו לשיבות הדירקטוריון והם הגוף המפקח – כאשר אין מי שיפקח הם משאירים את החברה, את הבנק עצמו עם עשרות מיליוני שקלים שהציבור הפקיד ללא פיקוח. ברור שהמנכ"ל והסמנכ"לית שהיו נושאי משרה- ברור שיש הפרת חובת אמונים כי הם גנבו מהחברה.

#### מהם התרופות להפרת חובת זהירות ולהפרת חובת אמונים ?

יש מצבים שבהם יש בעיה של הפרת חובות וכאשר יש הפרת חובת זהירות ומיומנות אמור להיגרם גם נזק לחברה. כאשר נגרם נזק לחברה התרופה של החברה או בעל מניות שמגיש תביעה נגזרת היא להגיש תביעה נגד נושא המשרה או הדירקטור. כאשר מגישים תביעה כזאת במישור של הפרת חובת זהירות צריך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות לבין הנזק שנגרם. רק אם הוכחנו

זאת אפשר להתחיל לבדוק האם אפשר לחייב את נושא המשרה בהפרת חובת זהירות ובפיצוי בגין הנזק שנגרם.

גם אם הייתה הפרת חובת זהירות והוכח הקשר הסיבתי, עדיין יש לנו את פס"ד אלוביץ' ושם אמרנו שכאשר נושא המשרה קיבל החלטה ברשלנות בית המשפט יפעיל את הקריטריון של שיקול הדעת העסקי והוא יגרום לכך שבית המשפט יגיד שהוא לא שופט את נושא המשרה בדיעבד ואם הפרת חובת זהירות שלו נעשתה מתוך רשלנות במצב הזה הוא לא מתערב- כי מותר לו לקבל החלטה שגויה. בפס"ד ורדניקוב נ' אלוביץ' מה שקרה הוא שאלוביץ' רכש את חברת בזק והרכישה של חברת בזק נעשתה כרכישה ממונפת, מהי רכישה ממונפת? רכישה שבה בעל השליטה שרוכש את החברה לוקח הלוואה לצורך רכישת השליטה ואז ברגע שהוא לוקח הלוואה הוא הרי רוצה גם להחזיר לעצמו את הלוואה, באופן טבעי הוא יחלק דיבידנד וחלוקת הדיבידנד תגרום לכך שהוא יוכל לקבל את הלוואה בחזרה- וזה מה שקרה בפס"ד אלוביץ', הוא קיבל החלטה לחלק דיבידנד, כיוון שלחברת בזק לא היה לכאורה מספיק מזומנים לטעמו של אחד מבעלי המניות, אמר בעל המניות שהוא רוצה להגיש תביעה נגזרת והתביעה הנגזרת תהייה תביעה כנגד הדירקטוריון של החברה על כך שחילקו דיבידנד כשבפועל לא הייתה סיבה לחלק דיבידנד. בית המשפט צריך לבדוק ולראות האם באמת יש לו מקום להתערב, כדי לבדוק זאת בית המשפט מפעיל סטנדרט ביקורת מסוים - סטנדרט הביקורת בהחלטות עסקיות, בית המשפט העליון אימץ את הסטנדרט הזה והוא גם זה שמכריע וקובע לגבי איך בית המשפט מנהל.(מבחנים).

בית המשפט העליון אומר שיש שלושה סטנדרטים שונים של ביקורת שיפוטית על החלטות עסקיות שהתקבלו בחברה :

- א. בקצה האחד ניצב כלל שיקול הדעת העסקי – הכלל הזה מקנה מעין חסינות למקבלי ההחלטה מפני הטלת חבות בגין הפרת חובת זהירות .
- ב. בקצה השני יש לנו את כלל ההגינות המלאה – הכלל הזה מהווה סטנדרט ביקורת מחמיר שעל פיו נבחנת ההגינות של העסקה או הפעולה הרלוונטית.
- ג. סטנדרט ביניים נקרא בחינה מוגברת .

**עקרון שיקול הדעת העסקי (חובה של חובת זהירות)** הכלל הזה בעצם מקנה לנושאי המשרה מעין חסינות מפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן ההחלטה העסקית שהתקבלה. מקנה חסינות רק כאשר מתקיימים 3 תנאים:

- \* ההחלטה התקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים  
 \* ההחלטה התקבלה בתום לב  
 \* ההחלטה הייתה מיודעת – כלומר – INFORMED והוא אסף מידע.
- חזקת תקינות** {

לאחר שהוא עיין בנתונים ושקל את השיקולים הרלוונטיים יש לו חסינות, מדובר בתנאים מצטברים. כלומר, נושא משרה שקיבל החלטה תוך עמידה בשלושת התנאים האלה יהנה מחזקת התקינות, ובית המשפט לא יבחן את הפעולה העסקית . אחת ההצדקות לכלל הזה היא שלבית המשפט אין את הכישורים המתאימים להפעיל ביקורת מהותית על הסבירות של ההחלטות העסקיות, וגם כדי לאפשר מרחב פעולה לנושאי המשרות ( ביקורת קשה מידי על הפעולות נקראת אפקט מצנן ). בית המשפט אומר שכלל שיקול הדעת העסקי הוא כלל שיוצר חזקה שניתנת לסתירה ומי שרוצה לסתור את חזקת התקינות צריך להראות :

1. שההחלטה התקבלה בחוסר תום לב סובייקטיבי, כלומר, מתוך רצון לפגוע בחברה או מתוך חוסר אכפתיות של מקבל ההחלטה בנוגע לחובתו לדאוג לחברה
2. שההחלטה התקבלה מתוך ניגוד עניינים, כאשר מקבל ההחלטה הוא בעל אינטרס אישי מנוגד בהקשר הרלוונטי ויכול להתעורר החשש שהוא מפר את חובת האמונים
3. ההחלטה שהתקבלה הייתה בלתי מיודעת – מבלי שנבחנו הנסיבות והעובדות המרכזיות שנוגעות לגופו של עניין .

ככל שלא יעלה בידי התובע לעשות כן, יוסיפו נושאי המשרה ליהנות מהחזקה כי ההחלטה שקיבלו הייתה סבירה והתביעה נגדם תחסם. במסגרת הדיון בשאלה אם באפשרות התובע לסתור את חזקת התקינות בית המשפט לא נדרש לתוכן ההחלטה לגופה, אלא בית המשפט בוחן את ההליך של קבלת ההחלטה ובכך טמון הכוח של כלל שיקול הדעת העסקי שמקנה לנושאי המשרה הגנה מפני ביקורת מהותית על סבירות ההחלטות העסקיות כל עוד ההליך היה תקין. לכן, הבחינה של תוכן ההחלטה תעשה רק לאחר שהתובע הצליח לסתור את חזקת התקינות.

**כלל ההגיונות המוחלטת/מלאה** כלל זה מאפשר הכשרה של החלטות שמתקבלות במצב של ניגוד עניינים לרבות עסקאות שבהן יש לבעל השליטה עניין אישי. כלומר, מדובר בנסיבות שמעצם מהותן יש בהן כדי לסתור את חזקת שיקול הדעת העסקי לאור ניגודי העניינים הטבעיים בהם. לכן, לפי כלל ההגיונות המלאה כאשר מדובר בעסקה שבה בעל השליטה עומד משני צדדי המתרס העסקה תעמוד בתוקפה ובית המשפט לא יתערב בה ובלבד שיעלה בידי הנתבעים להוכיח שני אספקטים לגבי העסקה:

1. הגיונות פרוצדורלית- שההליך של אישור העסקה היה הוגן. לשם כך צריך לבחון את התזמון של העסקה (מתי היא נעשתה), מי יזם אותה, איך היא נבנתה, אופן ניהול משא ומתן, אופן גילוייה לדירקטורים ואופן קבלת האישור ע"י הדירקטורים ובעלי המניות.
  2. הגיונות מהותית – עניינה בשיקולים כלכליים ופיננסיים, במסגרתה צריך להראות שהתנאים המהותיים של העסקה היו הוגנים.
- כאן אנחנו רואים שבניגוד לכלל שיקול הדעת העסקי במסגרת כלל ההגיונות המוחלטת בית המשפט נדרש לתוכן ההחלטה העסקית.

לסיכום, אנחנו ראינו שכלל ההגיונות המלאה מוזכר או מתייחסים אליו במצבים שבהם נבחנות עסקאות של בעל שליטה שמצוי בניגוד עניינים אך התוצאה הסופית היא לטובת החברה. בית המשפט שדן בכלל ההגיונות המלאה בעצם אומר שהוא מאמץ את הכלל הזה במצבים בהם מדובר בעסקאות שהן בעלות משמעות חריגה כלפי בעלי המניות או במצבים בהם מדובר בניגוד עניינים ישיר שאינהרנטי (אינהרנטי – שייך, חלק ממעמדו של בעל העניין) למעמדו של בעל העניין בפרט בעל השליטה.

פעולה בניגוד עניינים משמעותה היא שבין היתר שיש בה עסקאות עם בעלי עניין – כאשר נושא משרה כורת הסכם עם החברה אפילו הסכם העסקה, ההסכם הזה נכנס למסגרת עסקה עם בעלי עניין והוא צריך לקבל את אישור הגופים המתאימים – לצורך זה אנחנו צריכים ללכת לסעיף 270(2) שאומר התקשרות באשר לתנאי כהונתו והעסקתו טעונה אישור מיוחד. מהו האישור המיוחד שהיא טעונה? ובכן, יש התייחסות לזה בסעיף 272(ג)(1) שאומר "עסקה של חברה ציבורית/חברת אג"ח המתקיים בה האמור בסעיף 270(2) טעונה אישור של ועדת תגמול ולאחר מכן אישור הדירקטוריון. סעיף 272(א) אומר " עסקה של חברה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(2) טעונה אישור ועדת הביקורת וגם אישור דירקטוריון, ז"א כאן החברה היא חברה פרטית.

בסעיפים 268 – 284 יש לנו הוראות שמתייחסות לכל הקריטריונים הנדרשים לגבי עסקאות בעלי עניין – זה קוגנטי. זה קוגנטי מכיוון שמאוד חשוב למחוקק שהדברים הללו יתקיימו ויהיו ברורים, כי סה"כ מדובר באנשים שמשקיעים כספים בחברה. אפשר להביא עוד דוגמאות לגבי עסקאות עם בעלי עניין, כל מיני דוגמאות- למשל: עסקה עם בעל שליטה, מופיע בסעיף 270(4) – מדובר על עסקה חריגה של חברה עם בעל שליטה, מהי עסקה חריגה? אנחנו הולכים לסעיף ההגדרות – " עסקה שאיננה במהלך העסקים הרגיל של החברה או עסקה שאינה בתנאי שוק, או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה או רכושה או התחייבויותיה ", כאשר נעשית עסקה כזו עם בעל שליטה בחברה – מהם הגופים שצריכים לאשר את זה? התשובה לכך מצויה בסעיף 275 (א) – הגופים הם (מצטברים) :

1. ועדת ביקורת ובעסקה כאשר לתנאי כהונה והעסקה ועדת התגמול – כאשר יש לנו בעל שליטה שרוצה להיות מנכ"ל אז הגופים שצריכים לאשר הם ועדת הביקורת ואם זה בקשר לתנאי העסקה ועדת התגמול.
2. הדירקטוריון
3. האסיפה הכללית – היא צריכה להיות גם במבנה מיוחד, מבנה ספציפי – 3(א) במניין קולות הרוב צריך להיות רוב מסוים, רוב מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה המשתתפים בהצבעה.

ראינו שיש לנו כל מיני עסקאות שנושאי המשרה כורתים למרות שלכאורה הן עסקאות בניגוד עניינים.

ראינו שאסור לנושא משרה לפעול בצורה של ניגוד עניינים, אבל אנחנו רואים גם שהמחוקק מבין שיש כל מיני אפשרויות שלמרות ניגוד עניינים זה יסתדר. איך?

ראינו את הסעיפים 268-284 ובכלל, אנחנו רואים שסעיף 255 אומר "חברה רשאית לאשר פעולות שמפורטות בסעיף 254 ובלבד שיתקיימו כל התנאים האלה :

1. נושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה
2. נושא המשרה גילה זמן סביר לפני המועד לדיון באישור את מהות עניינו האישי בפעולה לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.

כלומר, יש לנו הוראה כללית שגם אם יש לנו פעולה שלכאורה היא פעולה של ניגוד עניינים עדיין אנחנו מתבוננים על הפעולה הזאת כפעולה שניתן לאשר אותה. וגם אם הפעולה יש בה תחרות עם עסקי החברה או שיש לה ניצול הזדמנות עסקי עדיין יש אפשרות לאשר אותה בשני התנאים של 255(א). כאשר התנאי הראשון הוא שנושא המשרה פועל בתום לב ושהפעולה או אישורה לא פוגעות בטובת החברה והתנאי השני הוא שנושא המשרה גילה לחברה את מהות עניינו האישי. במילים אחרות, למשל אם נושא המשרה רוצה למכור נכס לחברה ויכול להיות שהחברה צריכה את הנכס הזה – זאת פעולה שהיא בניגוד עניינים, היא הולכת לסעיפים 270 ואילך. אבל, יכול להיות שיש לנו פעולה שהיא "תחרות עם עסקי החברה" והתחרות היא פוטנציאלית, אבל בפועל זה לא תחרות, אפשר להביא את הפעולה הזאת לאישור. אבל נוכיח שהפעולה נעשית בתום לב ושזה לא פוגע בחברה הקיימת.

יש מצבים שבהם לא מביאים אישור – יש הפרה, מה עושים אז?

### מהם התרופות והסעדים במקרים של הפרת חובת האמונים ?

סעיף 256 לחוק החברות אומר לנו את הדבר הבא :

- (א) על הפרת חובת אמונים של נושא המשרה כלפי החברה יחולו הדינים שחלים על הפרת חוזה. – במילים אחרות, כאשר יש לנו בעיה של הפרת חובת אמונים שמצויה בסעיף 254(א) על ההפרה הזו נחיל את הדינים שחלים על הפרת חוזה. הדינים הם – ביטול, פיצוי, השבה.
- (ב) רואים נושא משרה שהפר חובת אמונים כלפי החברה כמי שהפר את התקשרותו עם החברה – המחוקק מפנה אצבע מאשימה לנושא המשרה ומעמיד אותו בעמדה לא טובה כמי שהפר את ההתקשרות.
- (ג) חברה רשאית לבטל פעולה שעשה נושא משרה בשם החברה כלפי אדם אחר או לתבוע מאותו אדם את הפיצויים המגיעים לה מנושא המשרה גם בלא ביטול הפעולה, אם אותו אדם ידע על הפרת חובת האמונים של נושא המשרה וידע או היה עליו לדעת על העדר אישור לפעולה – צד שלישי שכלפיו נעשתה הפעולה והוא ידע על אותה הפרת חובת אמונים או היה עליו לדעת, אפשר לבטל את הפעולה.
- (ד) חזקה על אדם שלא היה עליו לדעת על היעדר אישור לפעולה אם קיבל את אישור הדירקטוריון לכך שנתקבלו כל האישורים הנדרשים לפעולה.

לנושאי המשרה יש כל מיני חובות, החובות הללו הם חובות כבדים, אנחנו לא רוצים לעשות לנושאי המשרה חיים בלתי אפשריים ולכן יש לנו מספר מסלולים שיכולים לעזור לאותם נושאי המשרה :

1. מסלול פטור
2. מסלול שיפוי
3. מסלול ביטוח

### פטור

פוטרים את נושא המשרה מאחריות. אפשר לפטור בתנאים מסוימים מחובת זהירות, אבל אי אפשר לפטור מחובת אמונים.

סעיף 258 א הסמכות הכללית אומר – "חברה אינה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת האמונים כלפיה.

(ב) אומר שחברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת הזהירות כלפיה בתנאים מסוימים.

(ג) – חברה רשאית לבטח את אחריותו של נושא משרה בה או לשפותו בהתאם לקבוע בפרק זה בלבד. כלומר, אי אפשר לפטור מחובת אמונים.

סעיף 259 מדבר על הסמכות למתן פטור - חברה רשאית לפטור מראש נושא משרה בה מאחריותו כולה או מקצתה בשל נזק עקב הפרת חובת זהירות כלפיה, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון, כלומר, צריכה להיות בתקנון הוראה ספציפית.

(ב) על אף הוראת סעיף קטן א, חברה אינה רשאית לפטור מראש דירקטור מאחריותו כלפיה עקב הפרת חובת הזהירות בחלוקה. יש לנו מגבלה כי בחלוקה אי אפשר לפטור מחובת זהירות. המחוקק נותן את דעתו שחלוקה כ"כ חשובה שפה אי אפשר לפטור, לא יעזור כלום (סעיף קוגנטי) אם המרצה מכניסה הוראה בתקנון בבחינה שפוטרים דירקטור מאחריות בחלוקה כותבים שזה סעיף בלתי חוקי.

### שיפוי

ביטוח עצמי, ז"א אנחנו נשפה (נפצה) את נושא המשרה אם הוא נדרש לשלם משהו. סעיף 260(א) אומר שחברה רשאית אם נקבעה בתקנונה הוראה לשפות נושא משרה בה בשל חבות או הוצאה שהוטלה עליו או שהוציא עקב פעולה שעשה בתוקף היותו נושא משרה בה. מתי זה מתעורר? כאשר למשל תבעו את נושא המשרה כאורגן (חבות אורגנים זה תמיד כלפי אדם שלישי, אדם חיצוני) סעיף 260(ב) "הוראה בתקנון לעניין שיפוי יכול שתהייה כל אחת מאלה:

1. הוראה שמתירה לחברה התחייבות מראש לשפות
2. הוראה בתקנון שמתירה לחברה לשפות נושא משרה בה בדיעבד – הם דנים ומגיעים למסקנה שבמקרה הזה אנחנו נשפה אותו.

### ביטוח

אנחנו נקנה פוליסות ביטוח שנקראות "די אנד או" O&D, הפוליסות האלה מבטחות נושאי משרה בדרגות מסוימות. סעיף 261 – חברה רשאית אם נקבעה לכך הוראה בתקנון להתקשר בחוזה לביטוח אחריותו של נושא משרה בה בשל חבות שתוטל עליו עקב פעולה שעשה בתוקף היותו נושא משרה בה בכל אחד מאלה:

1. הפרת חובת זהירות כלפי החברה או כלפי אדם אחר
2. הפרת חובת אמונים כלפי החברה ובלבד שנושא המשרה פעל בתום לב והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה.
3. חבות כספית שתוטל עליו לטובת אדם אחר

### בנוגע לשיפוי ולביטוח – הסתייגויות ליכולת של החברה לאפשר את הפעולה של ביטוח/שיפוי :

סעיף 263 אומר – "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.

**בכל המקרים האלה אי אפשר לבטח או לשפות.**

סעיף 264(א) - לא יהיה תוקף להוראה בתקנון או בחוזה או הניתנת בכל דרך אחרת, המתנה על האמור בסימן זה, במישרין או בעקיפין.

נחשפנו לחובת אמונים שמוטלת על נושאי משרה, לחובת הגינות שמוטלת על בעלי שליטה ונחשפנו לחובת תום הלב שמוטלת על בעלי מניות.

חובת אמונים היא החובה הכי גבוהה – לנושאי המשרה אסור להתחייב למישהו, הם צריכים לפעול בתום לב לטובת החברה בלבד!

גם על בעלי שליטה בחברה יש חובה – חובת הגינות סעיף 193 – ההבדל בין חובת ההגינות לחובת האמונים הוא גדול, לנושאי משרה אסור בכלל לחשוב על מישהו אחר, לעומת זאת, בעלי שליטה הם בעלי מניות, וכבעלי מניות מותר להם לחשוב גם על האינטרסים שלהם, זה לגיטימי, בשביל זה הם

בעלי השליטה והם שילמו הרבה כסף על זה- לכן אנחנו נותנים להם לחשוב גם על טובתם, אנחנו אומרים להם שמותר להם לחשוב על עצמם אבל שיהיו הוגנים. הם נמצאים בעמדה רגישה, זו עמדה שמטילה עליהם חובה והחובה הזאת היא חובת ההגינות שרואים אותה למשל בפס"ד קוסוי שהיא מוזכרת גם בפס"ד אלוביץ'.

בעלי השליטה צריכים להתחשב גם בחברה עצמה, אבל מותר להם גם לקחת בחשבון את האינטרסים שלהם.

אם יש אינטרס לבעל השליטה בית המשפט מכניס את המבחן של " ההגינות המוחלטת ", הוא בודק האם הם לקחו בחשבון דברים מסוימים, עד כמה מוטלת עליהם החובה כי בכל זאת הם השקיעו כסף בחברה, יש כל מיני שיקולים.

#### **חובת תום הלב**

אומרת שבעלי המניות יש עליהם חובה. אם הם באים לאסיפה כללית להצביע, אסור להם להצביע בכוונה כדי להתנקם. הם צריכים לקחת בחשבון גם את האינטרסים של בעלי מניות אחרים וגם את האינטרסים של החברה.

הם רק בעלי מניות, אין להם שליטה. בעלי מניות יכולים לכרות הסכמי הצבעה בינם לבין עצמם.

#### **נקודות למבחן**

המבחן יהיה מורכב מקיים עם שאלות. חוץ מזה יהיו כמה שאלות אמריקאיות בכל מיני נושאים.

**פס"ד אלוביץ ע"א 7735/14 – ללמוד לאורך לרוחב ומכל הכיוונים – גם הערעור וגם הדין הנוסף .**

## \*\*\*\* מחברת תרגול – רונן \*\*\*\*

### דיני תאגידים – מבוא

- ישויות טבעיות – בני אדם, בשר ודם.
- בחוק הפרשנות סעיף 4, אדם = זה גם בני אדם וגם תאגידים.
- יזם – מישהו בעל רעיון למוצר, שירות, אפליקציה וכדומה.
- משקיע – מי שיש לו הון שהוא רוצה להשקיע אותו כדי להגדיל את הרווח.

בעולם נטול תאגידים אנחנו ניגע בפתרון של חוזה בין הצדדים.

### תאגיד:

1. חברה (חל"צ)
2. שותפות
3. עמותה (מלכ"ר – מוסר ללא כוונת רווח)
4. אגודה שיתופית (אגו"ש)
5. תאגיד סטטוטורי
6. חברה ממשלתית

כאשר אני אומר שלגוף מסוים יש אישיות משפטית הכוונה היא שהוא יכול לתבוע ולהיתבע, יש לו חובות וזכויות משלו. ההגדרה הכללית אומרת שכאשר לגוף מסוים קיימת אישיות משפטית אותו גוף יכול לשאת בזכויות, לחוב בחובות ולבצע פעולות משפטיות.

אישיות משפטית לגבי בני אדם קיימת מיום הלידה ועד יום הפטירה (מכוח חוק הכשרות). לעומת זאת, לגבי הכשרות המשפטית עד גיל 18 אנחנו נקראים "קטינים", כלומר, הכשרות שלנו מוגבלת. זה אומר, שכל פעולה משפטית אמורה להיעשות לטובתנו ע"י האפוטרופוס. לעומת זאת, מגיל 18 החוק כבר מכנה אותנו "בגירים", וזה אומר שמגיל 18 אנחנו יכולים לעשות כל פעולה משפטית בעצמנו.

### חברה:

מוקם ע"י חוק החברות.

מתי אנשים מקימים חברות? ס' 11 (א) מגדיר כי התכלית העיקרית של החברה העסקית אומרת שאם המשקיעים מעוניינים להקים עסק או לנהל מיזם - על מנת למקסם רווחים ושאת הרווחים האלה הם יוכלו לחלק לעצמם (דיווידנדים) – הקמת חברה מתאימה לכך. לפי ס' 4 לחוק החברות, לכל חברה יש אישיות משפטית. ס' 5 אומר שכדי להקים חברה צריך לפנות לרשם החברות ולרשום את החברה - זהו יום הרישום של החברה. קץ חיי החברה הוא ביום פירוקה.

### שותפות:

פקודת השותפויות. התכלית של שותפות - לפי ס' 1 כאשר 2 שותפים או יותר רוצים לקיים ביניהם קשרי שותפות (קשרים עסקיים) לצורך מקסום רווחים ושכל שותף יוכל לקבל רווחים לפי חלקו. אין הבדל בין התכלית של חברה לבין התכלית של שותפות. האם שותפות היא בעלת אישיות משפטית? כן, התשובה מצויה בס' 6 וס' 66 לפקודה. לפי סעיפים אלו אפשר להירשם ברשם השותפויות אבל אין חובה וגם אם לא נרשמת עדיין השותפות קיימת. יום יצירת השותפות הוא יום חתימת ההסכם בין השותפים ומעתה ואילך השותפות קיימת. נשאלת השאלה למה שותפויות נרשמות ברשם השותפויות אם ממילא אין חובת רישום? סיבה אחת היא יתרונות מס וסיבה שנייה היא לא לאבד לקוחות וספקים. קץ חיי שותפות הוא ביום פירוק השותפות.

### אגודה שיתופית (אגו"ש/קואופרטיב):

בכל סוגיה משפטית אנחנו פונים לפקודת אגודות שיתופיות. הבעלים של חברה שיתופית נקראים חברים. השוויון הוא ערך משותף בין החברים באגודה השיתופית, לכל חבר באגודה שיתופית יש קול אחד שווה לכולם, משקל זהה. ישנה ערבות הדדית/עזרה הדדית בין החברים - כל אחד תורם לפי יכולתו ומקבל לפי הצורך, מקסום רווח זה לא הדבר הכי חשוב - בסולם היא בשלב השני הם רוצים

להיות מקבלי החלטות, הם רוצים להיות גם הבעלים. הדוגמא הכי מוכרת היא בתחום התיישבות (מושב) דוגמא נוספת היא בתחום התחבורה- אגד, החברים בה הם גם העובדים וגם הבעלים. עד 2007 תנובה הייתה אגודה שיתופית בתחום היצרנות- החברים בה היו קיבוצים, מושבים ורפתנים, לאחר מכן תנובה נמכרה לידיים פרטיות. האם יש ישות משפטית לאגודות שיתופיות? ממתי שנרשמים אצל רשם האגודות השיתופיות עד לפירוק.

### עמותה (מלכ"ר- מוסד ללא כוונת רווח):

חוק העמותות התש"מ 1980. התכלית של עמותה- לעמותה מותר למקסם רווחים אבל אסור לה לחלק אותם למייסדיה. עמותות נועדו לקדם מטרה ציבורית. מהי מטרה ציבורית? אקדמיה, מחקר, מדע, הגנת הסביבה, הגנת בעלי חיים, זכויות אדם, ספורט, דת, סיוע לנזקקים וכו'. (לפי רשם העמותות). למה כדאי לי לקדם מטרה ציבורית דרך עמותה ולא דרך אדם פרטי? הטבות מס- עמותה לא תשלם על הרווחים שלה מס כי היא משקיעה אותם בתוך העמותה. כמו כן גם התורמים מקבלים הטבות מס. הכנסות העמותה- תרומה, תקציב מהמדינה, דמי שירות (למשל שכר לימוד). משכורת זו הוצאה ובגין המשכורת הזו אין פטור ממס, אבל מה צורב? שיש מקבלי שכר גבוה בתוך עמותות, במשך שנים לא היה פיתרון לדבר הזה אבל בשנים האחרונות המחוקק הבין שהוא חייב להתערב ואז נוצר הפיתרון החלקי- לקחו את כל העמותות וחילקו אותן ל-2 קבוצות: מתוקצבות ולא מתוקצבות. לגבי העמותות המתוקצבות המדינה אמרה שמי שרוצה לקבל תקציב נקבע משכורת מקסימלית לשכר-לכל היותר משכורת שמקבל מנכ"ל במשרד ממשלתי (בערך 40 אלף), למה בלא מתוקצבות אין פיתרון? כי פיתרון מצריך תיקון בחוק העמותות הבעיה היא שיש לחץ של לוביסטים שלוחצים על חברי הכנסת לא להצביע. האם לעמותה יש ישות משפטית? כמו בחברה ישנה חוברת רישום גם בעמותה (רשם העמותות) – יום הרישום הוא יום הקיום עד יום הפירוק.

### תאגיד סטטוטורי:

סטטוטורי – תאגיד עפ"י חוק.

חוק החברות וחוק העמותות הם חוקים כללים, הם נותנים לי את המסגרת- אבל בסופו של דבר אתה מי שממלא תוכן. בחוק של התאגיד הסטטורי מדובר בחוק ספציפי/מיוחד. דוגמאות: בנק ישראל, המוסד לביטוח לאומי, עיריות, רשויות מקומיות, רשות שדות התעופה, רשות מקרקעי ישראל, רשות ניירות ערך וכדומה- המכנה המשותף הוא שאם רוצים ללמוד על תאגיד מסויים יש חוק ספציפי לתאגיד, חוק בנק ישראל, חוק המוסד לביטוח לאומי וכדומה. איך מזהים תאגיד סטטוטורי- בדר"כ כתוב רשות בהתחלה (לא תמיד). הרשויות מפקחת, לדוגמא- הרשות השניה לרדיו ולטלוויזיה מפקחת על הטלוויזיות. יש ישות משפטית- מיום פרסום החוק ברשומות עד יום הפירוק.

### חברה ממשלתית:

ישנם 2 דברים חקיקה, אחד ספציפי ואחד כללי.

הספציפי נקרא חוק החברות הממשלתיות – נועד לחברות ממשלתיות, תמיד כל שאלה שעולה לגבי חברות ממשלתיות אנחנו פונים תחילה לחוק החברות הממשלתיות, במידה ולא מצאנו תשובה שם פונים לחוק השני- חוק החברות. כי בבסיס יש לנו חברה. (הולכים לחוק זה רק במידה ולא מוצאים בחוק חברות ממשלתיות).

מהי חברה ממשלתית? חברה ממשלתית מכונה כך כאשר המדינה/ ממשלה בעלת השליטה. מה זה בעלת שליטה? אם המדינה מחזיקה מעל 50% מהזכויות בחברה (בדר"כ זכויות ההצבעה, כי אני מחליט הכל). מה המטרה של חברות ממשלתיות כאלה? מדובר על שיקול עסקי, המטרה היא למכור לנו שירות, מוצרים – סעיף 4 אומר לנו שחברה ממשלתית מונעת מכוח שיקולים עסקיים. לדוגמא: חברת חשמל, מקורות, חברת הנמלים, עמידר, דואר ישראל דוגמאות לחברות שהופרטו: בזק, כימיקלים לישראל, ים המלח, אל על, צים – מה המטרה? פתיחת תחרות בשוק, יעילות.

דוגמאות לחברות שהולכות להיות מופרטות: דואר ישראל, חברת חשמל.

האם יש אישיות משפטית לחברה ממשלתית? כן, ממתי שרשמו אותה ברשם החברות עד יום הפירוק.

- כאשר לגוף מסוים קיימת ישות משפטית, אותו גוף יכול לשאת בזכויות, לחוב בחובות לשאת בזכויות ולבצע פעולות משפטיות. אישיות משפטית לגבי בני אדם קיימת מיום הלידה עד יום הפטירה מכוח חוק הכשרות לעומת זאת, לגבי הכשרות המשפטית עד גיל 18 אנחנו נקראים קטינים כלומר הכשרות שלנו מוגבלת. זה אומר שכל פעולה משפטית אמורה להיעשות לטובתנו ע"י האפוטרופוס שלנו. מגיל 18 החוק כבר מכנה אותנו בגירים וזה אומר שמגיל 18 אנחנו יכולים לעשות כל פעולה משפטית בעצמנו אלא אם כן גם אחרי גיל 18 אנחנו נחשבים לפסולי דין.

### מה זה המושג בע"מ?

בע"מ = בעירבון מוגבל, אחריות מוגבלת, LTD .  
 סעיף 35 לחוק החברות מציע לנו 2 אפשרויות: כשאתם באים להקים חברה יש לכם אפשרות לבחור או להקים חברה בע"מ או חברה לא בע"מ (צריך לבחור במועד הרישום) .  
 נגיד שא' וב' הקימו חברה בע"מ . א' הביא מיליון וב' הביא מיליון – יש לנו ספק . הספק שלנו מספק מלאי לחברה נגיד ברזל ב500,000 ₪ נשלם לו בשוטף+90 . עברו 90 יום, הוא בא לקבל את כספו, החברה נותנת לו 300,000 ₪ ואומרים לו ש-200 אש"ח כבר לא יהיה. עכשיו הספק שואל אותנו 2 שאלות- האם החברה שקרויה חברה בע"מ מגן על החברה? האם הבע"מ מגן על החברה? האם הבע"מ מגן גם על הבעלים? במידה וכן, איך?  
**האם המילה בע"מ מגנה על חברה בע"מ?** התשובה היא חד משמעית לא. אנשים חושבים שהמילה בע"מ (בעירבון מוגבל) זה אומר שזה מגן על החוב. בדוגמא שלנו מותר לספק לקחת את כל החוב שלו. כל חוב שיש לחברה עד המסמך האחרון היא תשלם אותו .  
**האם המילה בע"מ מגנה על הבעלים?** הבע"מ יוצר את ההגנה לכל הבעלים. זה סוג של פוליסת ביטוח- בעצם מאפשר לכל משקיע להחליט כמה הוא מסכן . הנושים לא יוכלו להגיע לבעלים – זה נכון ב99% מהמקרים, כלומר, חומת הגנה לא מוחלטת. יש מקרה אחד שהוא חריג – "הרמת מסך" כלומר, מקרים חריגים שאנחנו נראה בהמשך מה התנאים להוכיח אותם, אבל אם הם מתקיימים רק אז יהיה ניתן לספק להגיע לבעלים – אבל מדובר באחוז שולי. בעיקרון אם החריג הזה לא מתקיים הבעלים מוגן.  
 בדוגמא שלנו, האחריות המוגבלת שלנו הוא המיליון . נניח בדוגמא שלנו שלחברה יש פטנט והפטנט לא יהיה רשום על שם החברה הספק שחייבים לו יוכל לפנות לבעלים ולבקש ממנו להעביר את הפטנט על שם החברה כדי שהרווחים ממנו יועברו לספק.

למה כל חנות מכולת היא לא חברה בע"מ כי יש עלויות .  
 לסיכום, הבע"מ הוא יתרון ענק למשקיעים במובן הזה שהוא נותן להם אפשרות להגביל את האחריות, להגביל את הסיכון .

- מה הבעיה עם הספק? הוא כביכול נתקע עם החוב . מה נייעץ לספק?  
 1. ביטחונות / ערבויות – לבקש מהבעלים שיעבוד מסוים או ערבות בנקאית. (משהו שיהיה ליום סגריר, שאם החברה קורסת יהיה לו ערבות אישית).  
 2. לבדוק את החברה – BDI , מידע על החברה .  
 3. ביטוח אשראי – לעשות ביטוח אשראי אבל הבעיה היא שהביטוח מאוד יקר כי מי שעושה ביטוח לחברה סימן שהיא בסיכון .

חוק החברות מציע לנו בסעיף 35 הקמת חברה לא בע"מ.  
 גם חברה לא בע"מ מרגע רישומה יש לה אישיות משפטית – עקרון האישיות המשפטית נשמר. ניקח את הדוגמא עם הספק, חייבים לו 500 , נתנו לו 300 ונשאר 200. ההנחה היא שהוא הנושה היחיד. אנחנו אומרים לו ללכת לחברה לרוקן את הכל, מבחינתנו לאחר שנתנו לו 300 החברה מרוקנת. האם ניתן לתבוע את 200 מהבעלים בחברה לא בע"מ? הספק לא יכול לתבוע את הבעלים בגלל עקרון האישיות הנפרדת. אבל, הספק יכול לדרוש מהחברה שהיא תתבע את הבעלים לקבל את הכסף- כי אין את הבע"מ- בעירבון מוגבל.  
 למה שנפתח חברה שהיא לא בע"מ ?

1. חברות בתחילת הדרך שאין להן מוניטין, אין להם רווחים- איך אני יכול לשכנע ספקים להתקשר איתם? אני כביכול משכנע אותם להתקשר איתי בכל שאני מבטיח להם את

היכולת להגיע אליי, הכוונה היא שאני מעמיד את הכיס שלי בפני צרות עתידיות, זה נותן להם ביטוח. בעתיד אפשר להפוך את החברה לבע"מ – אבל הנושים לא יאהבו את השינוי. החוק אומר שבמקרה כזה יתקיים הליך משפטי, כי לא סומכים על החברה, בית המשפט צריך להשתכנע שהנושים קיבלו פיצוי הולם ורק לאחר מכן ניתן ללכת לרשם החברות ולעשות את השינוי שם השם. במצב שרוצים להפוך חברה מבע"מ לחברה לא בע"מ – צריך אישור של כל המנהלים פה אחד.

2. בעלי מקצוע מסוימים שאם הם רוצים להקים חברה היא חייבת להיות חברה לא בע"מ. עו"ד, רופאים (קליניקות פרטיות), פסיכולוגים, רואי חשבון, פסיכיאטרים. למה? כי הם יכולים לעשות נזק בריאותי- דיני נפשות.

### שותפויות:

המטרה היא למקסם רווחים, האם יש הבדל בנוגע לאחריות של השותפים בשותפויות? יש לנו 2 סוגי שותפויות. האם השותפים בשותפויות נהנים מאחריות מוגבלת? כן או לא?

1. **שותפות כללית** – יש ישות משפטית נפרדת מרגע ההסכם. סעיף 20 לפקודת השותפויות אומר שהשותפות הכללית והשותפים חווים יחד ולחוד בכל חובותיה של השותפות. אין אחריות מוגבלת!! מה זה ביחד ולחוד? זה מאפשר לספק לבחור איזה מבין השותפים הוא רוצה לתבוע (במקרה שלשותף אחד אין כסף ולשותף השני יש) – גן עדן לספקים. ואז השותפים יתנהלו ביניהם בנוגע לחוב ששולם ע"י אחד מהם.

מה ההבדל בין חברה לא בע"מ לשותפות כללית? בשותפות כללית אומר המחוקק שאפשר להגיש תביעה ישירה נגד השותפים אבל יש סייג אחד- שאני חייב קודם כל לתבוע את החוב מהשותפות- למצות את הגבייה של החוב מהשותפות. לא כמו בחברה לא בע"מ שצריך לפנות לחברה כדי שתפנה לבעלים. איך מזהים אותם? תמיד בסוף כתוב ושות'.

2. **שותפות מוגבלת** – שותפות שבה רוב השותפים יכולים להיות שותפים מוגבלים (מוגבל=הוא יכול להגביל את הסיכון שלו) **לפחות** שותף אחד חייב להיות שותף בלתי מוגבל / שותף כללי. המשמעות היא שיהיה ניתן לתבוע אותו על כל סכום, על כל חוב שיהיה לשותפות יהיה ניתן לתבוע אותו. השותף הבלתי מוגבל לא יוכל לבקש לאחר תשלום לספק את חצי מהחוב מהשותף הבלתי מוגבל. מי מוכן להיות השותף הבלתי מוגבל? מה יכול לקבל השותף הכללי?

א. השותף הבלתי מוגבל ייקח עליו את הסיכון, אבל ייקח גם את הרווחים.  
ב. בעל הרעיון, בעל הפטנט תמיד יאלץ להיות השותף הכללי. הגופים שמשיקים כספים בדרכי רוצים לפזר את הסיכון, יש להם הרבה כסף אבל הם לא ישימו את הכל בסל אחד. בעל הפטנט מוכן להיות השותף הבלתי מוגבל כי הוא לא מאמין שהוא ייפול, הוא מאמין ברעיון.

ג. מישהו שאין לו נכסים והון עצמי – לכאורה אין לו מה לסכן, כי אם יפנו אליו לגבות את החוב – לא יהיה ממה לקחת. אם קוראים את פקודת השותפויות אין דרישה למנות מישהו ללא הון כשותף כללי, אז לכאורה לא עברנו עבירה. אבל, האם זה יתפוס? הבנק ירצה לבדוק את השותף הכללי ויבקש ממנו להביא את הנכסים שיש לו – וגם נעשה פה הליך שלא בתום לב, אז ההליך לא יתפוס.

ד. הפקודה אומרת בס' 63 – שותף שבחר להיות שותף מוגבל אסור לו לקחת חלק בניהול של השותפות- אסור לו לקחת חלק בקבלת החלטות. (שותף שקט). מי לוקח את החלטות? השותף הבלתי מוגבל כי הוא זה שלוקח את הסיכון. המחוקק אומר שהוא לא סומך על השותף המוגבל כי יש לו מוטיבציה לקחת סיכונים כי הוא לא מסכן כלום, השותף הכללי יגיד לעצמו שהוא צריך להיות יותר זהיר, ולכן אומר המחוקק שרק מי שמוכן לקחת אחריות גם יוכל לקבל החלטות. אם יתברר ששותף מוגבל כן ניהל יתייחסו אליו כאילו היה כללי. מתי בודקים את זה? כשהשותפות נפלה. איך מזהים שותפות מוגבלת? בסוף השם יהיה רשום בסוגריים שותפות מוגבלת.

### **פתרון תרגיל בכיתה:**

א. מכיוון שמדובר בחברה בע"מ הספקים לא יכולים לפנות אל הבעלים, הם יתקשרו רק עם החברה.

- ב. כל הספקים יכולים לחזור רק אל עמית מכוח הערבות האישית שהיא חתמה עליה. אם היא חתמה רק לטובת חלק מהספקים אז רק אותם הספקים יוכלו לחזור.
- ג. בהנחה שהיא לא השקיעה את כל מה שהיא התחייבה להשקיע, 300 אש"ח מתוך 500 אש"ח אז החברה בלבד תוכל לדרוש ממנה להזרים עוד 200 אש"ח – כי זה גבול האחריות, לסכום של 500 אש"ח היא התחייבה.
- ד. ההלוואה לא תעזור לספקים, היא חלק מהתחייבויות החברה.
- ה. בחברה לא בע"מ עדיין הספקים לא יוכלו לתבוע במישרין את הבעלים, לאור עקרון הישות המשפטית הנפרדת. אבל, החברה עצמה תוכל לדרוש מהבעלים לדרוש עוד כסף לאור עקרון אי האחריות המוגבלת.
- ו. הרצון שלהם זה שהחברה לא תקרוס והנושים לא יברחו, על עיקרון האישיות המשפטית אין השפעה. הדבר היחיד שזה ישנה זה שהחברה תדרוש מהבעלים עוד כסף אם היא לא תוכל להחזיר את החובות.

### הבחנות בין שותפות בחברה:

#### מס' בעלים –

בחברות הדין הישן, בעידן הפקודה של החברות, אם רצו להקים חברה היה צריך להביא עוד מישהו, בן אדם יחיד לא יכל להקים חברה, המינימום הוא 2 אנשים כדי להקים חברה. החוק החדש של דיני החברות בסעיפים 3,4 הביא לנו שינוי בעניין, המחוקק מאפשר היום לכל אחד להקים חברה לבד בבעלותו.

**חוק החברות מגדיר 2 סוגי חברות: חברות פרטיות וחברות ציבוריות. (סעיף הגדרות: ס'1)**  
**חברות ציבוריות** – חברה ציבורית היא חברה שהציעה לציבור הרחב את המניות שלה, בד"כ החברות האלה נסחרות בבורסה. יכולה להיות חברה שהציעה את המניות והיא לא בהכרח נסחרת (אין חובה).

**חברות פרטיות** – אומר המחוקק, כל מי שהיא לא ציבורית היא פרטית. בחברה בורסאית (חברה ציבורית) אין הגבלה במספר המניות. אין הגבלה של בעלי המניות בחברה. בחברה פרטית גם אין הגבלה של מספר בעלי המניות בחברה, אבל, במציאות רוב מוחלט של החברות הפרטיות אין בהם יותר מ-50 בעלי מניות בכל רגע נתון. לא כולל עובדים שקיבלו מניות בחברה. אם אין חובה להיות מוגבל ל-50 למה בפועל יש רק 50 בעלי מניות? התשובה בסעיף 175 לחוק החברות שפונה לחברות פרטיות בלבד ואומר שאם הן לא רוצות לגלות לציבור הרחב את הדוחות הכספיים שלהם הוא יאפשר להם את זה אבל בתנאי שלא יהיו יותר מ-50 מבעלי מניות. למה החברות לא רוצות לפרסם את הדוחות הכספיים שלהם? הסודות הגדולים של החברה מופיעים בדוחות שלה- הם לא רוצים שהמתחרים יראו את הדוחות שלה. ה-50 בעלי המניות הראשוניים הם בד"כ לא שיודעים לקבל את כל המידע שהם רוצים לפני שהם ישימו כסף, ה-50 הראשוניים הם המומחים בעלי המקצוע בד"כ. ולכן אומר המחוקק שעד ה-50 הראשוניים הוא לא מחייב לפרסם את הדוחות, אבל בבעל המניות ה-51 הם יצטרכו לחשוף אותו.

#### **בשותפויות – יש לנו 2 סוגים: שותפות כללית ושותפות מוגבלת.**

שותפות כללית המינימום הוא 2 אנשים, אדם לא עושה שותפות עם עצמו. בס'3 לפקודת השותפויות אומר המחוקק שמספר השותפים לא יעלה על 20 שותפים! הסעיף הוא קוגנטי למעט 2 חריגים. למה המחוקק בוחר 20 שותפים? המחוקק דאג לשותפים עצמם, המחוקק אומר לשותפים שזה שהוא בחר מס' קטן זה לטובתם כי החבות היא יחד ולחוד- כל שותף שעשה טעות יבוא לשותף עם הכיס העמוק. ולכן המחוקק אומר שהמס' הקטן הוא כדי שיהיה אמון מלא בין השותפים ושתכיר אותם. גם 20

בשותפות שותפים זה הרבה- בפרקטיקה מס' השותפים הוא מתחת ל-20. החריגים הם: בשותפויות של עורכי

**המחוקק קבע 2 חריגים בס' 3א' – שותפויות כלליות של עורכי דין ורואה חשבון (שותפויות מקצועיות)**- כיוון שבשנים האחרונות יש המון מיזוגים בין שותפויות.

השותפות המוגבלת – המינימום הוא-2 שותפים שאחד מהם חייב להיות כללי ואחד מוגבל. המקסימום של מס' השותפים הוא תלוי באיזה סוג שותף מדובר, אם מדובר בכמות של השותפים המוגבלים אז אין סוף שותפים כי שותפים מוגבלים לא לוקחים חלק בהחלטות, הם לא חבים יחד ולחוד- הם סך הכל הביאו כסף. לעומת זאת, מס' השותפים הכללים שיכולים להיות מקסימום הוא-20, מאותן סיבות כמו קודם.

עבירות –

בחברה אנחנו בודקים את הבעלים. נניח שאני רוצה למכור את המניות שלי בחברה, אני פונה לחברה ואומר לה שיש לי קונה ושסגרתי איתו כמעט את הכל, האם הוא צריך אישור שלה?

**חוק החברות מגדיר 2 סוגי חברות : חברות פרטיות וחברות ציבוריות. (סעיף הגדרות: ס'1)**

בחברה בורסאית (חברה ציבורית) המחוקק אוסר לחלוטין שהחברה תצטרך לאשר מכירת מניות, זה תלוי במסחר- אם תצטרך לקבל אישור על עסקאות מכירה אתה לא תמכור.

בחברה פרטית אין חובה (החוק לא רשם שחייב להיות הגבלה) לקבלת אישור, אבל, ברוב החברות הפרטיות אנחנו רואים שבתקנון יש מגבלה מסוימת, דרישה כלשהי לאישור- מהסיבות : ס' 175 שבה הדרישה השנייה היא שתהיה מגבלה שלא יהיה קל לקנות מניות, הסיבה השנייה היא שלחברה פרטית חשוב לבעלים להכיר את המשקיעים, שהם גם מנהלים.

דוגמא למגבלות : אישור ההנהלה וזכות סירוב ראשונה – מצאתי קונה, סגרנו סכום ואני אומר לה שאני לא יכול להשלים את העסקה כי אני מחויב להציע את העסקה לבעלי המניות בחברה, אומר להם את הסכום שסגרתי ומציע להם לקנות במחיר שקבעתי עם הקונה.

**בשותפיות – יש לנו 2 סוגים : שותפות כללית ושותפות מוגבלת.**

שותפות כללית - אני אחד מחמישה שותפים, כל שותף מחזיק 20%, אני רוצה למכור. האם ראוי לקבל אישור מהשותפים? ברור שכאן אנחנו נרצה לקבל אישור של יתר השותפים כי החבות היא יחד ולחוד. לאור זה אומר המחוקק בס' 34 לפקודת השותפיות "נדרשת הסכמה של כולם" – לא רוב, אלא פה אחד. יש חשש שישתמשו בזה לרעה ותמיד לא יסכימו או שיסחטו כספים עבור הסכמה ולכן הסעיף הוא בר התנייה, יש שותפיות שקובעים 70% הסכמה.

בשותפות מוגבלת – תלוי באיזה שותף מבקש לצאת. יש 2 סוגי שותפים : כללים ומוגבלים. אם המוגבל רוצה לצאת אין לנו שום בעיה ושום תנאי הרי שהוא לא חב ביחד ולחוד, אם זה שותף כללי שרוצה לצאת נדרשת הסכמה. אם הוא השותף הכללי היחיד שרוצה לצאת – אין בעיה, כי הוא זה שמחליט, סעיף דיספוזיטיבי – אלא אם כן נכתב אחרת בהסכם שותפות.

**יזמות**

חוק החברות – ס' 1 : הגדרת יזם.  
סעיפים מהותיים שנדון בהם : ס' 12-14

**מה זה יזמות במובן המשפטי ?** יזם הוא זה שמכין "תופר" לי את כל התשתית, את כל מה שצריך לחברה שתוקם ותצא לדרך. לדוגמא: נניח שהיזם מאתר פטנט שאפשר ממנו לייצר מוצר שיימכר ויניב רווחים גדולים, היזם יודע לתפור את הכל עד לרגע הייצור. הוא דואג לרכוש את הפטנט, הוא קונה את המכונות, את הציוד, את המגרש שהמפעל יהיה מוקם בו- אבל מרגע שביצעתי את כל הפעולות המשפטיות האלה אז החברה מוקמת, אני לא אהפוך להיות הבעלים – אלא אני מוכרת את זה למישהו שמקים את החברה. הוא מרוויח על העסקה "דמי יזמות", הוא ממשיך ליזמות הבאה ומכאן החברה יכולה להתחיל לייצר. היזם הוא המשלח יד שלו- זה העיסוק שלו.

נבדוק 2 מערכות יחסים מרכזיות : בין היזם לחברה ובין היזם לצד ג' (מי שקניתי ממנו)

- הגדרת יזם לפי החוק: " יזם הוא מי שמבצע פעולות משפטיות בשם או למען חברה שטרם נוסדה" (טרם נוסדה= אמורה להירשם, כרגע היא לא נרשמה). החוק מכיר באפשרות שמישהו יפעל למען מישהו שלא קיים.

נניח אני היזם, אני בא ליועצים ואומר שבשנת 2018 חתמתי על 40 חוזים – חלק מהחוזים הם חוזים יזמיים (חוזים שחתמתי למען חברה בייסוד –טרם הוקמה), וחלק מהם חוזים פרטיים עבור עצמי. היזם רוצה שנעזור לו להבחין איזה חוזים מתוך ה-40 הם יזמיים ואיזה חוזים הם פרטיים. בתי המשפט הגו מבחן לאיך לעשות את ההבחנה – "**מבחן הכוונה והשלמתה**". איך נתחקה אחר הכוונה שלך הרי מדובר במשהו שהוא בינך לבין עצמך? דרך השלמתה – ההתנהגות. איך הבאת לידי ביטוי חיצוני את כוונתך? את זה היזם צריך להוכיח. דרכים להוכיח את השלמתה :

- דרך חתימה – יש 2 חוזים שעל פניו הם זהים לחלוטין, אבל על החוזה הפרטי השני חתמתי את השם הפרטי שלי, כיזם אוכל לחתום עם ציון המילה "יזם" בחתימה – זו דוגמא לראיה.

- דרך תשלום – היזם צריך לדאוג לחשבון עסקי, הוא יכול להראות שהוא שילם על עסקה בחשבון העסקי ולא בחשבון האישי שלו.
- איך הצגתי את עצמי כלפי המוכר
- נניח שהפעלנו את המבחן הזה וגילינו 30 חוזים יזמיים ו10 פרטיים. כעת נשאלת מתי התחילה היזמות ומתי היא נגמרה, איך נבדוק זאת? (נניח שה-30 חוזים עבור יזמות אחת):
- מתי היא התחילה? ממתי שהחוזה הראשון נחתם / טיוטת ההסכם הראשון
- מתי היא הסתיימה? הפסיקה התלבטה לא מעט, המועד שנוטים לאמץ אותו הוא המועד שבו כבר החברה מינתה מישהו שמוסמך לנהל ולחתום בשמה.
- למה היזם שאל אותנו את 2 השאלות האלה? חשוב לי לדעת איזה חובות משפטיות חלות על היזם כלפי החברה רק ביחס לחוזים שהיא אימצה. יש לנו 3 אופציות:
- 1. תום לב – דיני חוזים ס' 12,39 לחוק החוזים- יכול להיות שנגיד ליזם שלגבי כל אחד מהחוזים שהוא חתם והחברה אימצה חלה עליו חובת תום לב כלפי החברה (יורחב בהמשך) – אם זו החובה היחידה שנאמץ, אם היזם הפר את חובת תום הלב החברה תוכל לתבוע אותו.
- 2. חובת זהירות כללית מכוח הפקנ"ז כי יש מערכת יחסים של שכנות/רעות. כלומר, יכול להיות שאנחנו נגיד ליזם שלגבי אותם פעולות משפטיות שעשה למען החברה הוא היה חייב לפעול בחובת זהירות ולא להתרשל. אם אתה קנית מבנה לחברה היית צריך לבדוק שהמבנה נבנה לפי היתר בנייה. אם חלה חובת זהירות והתרשלת – נוכל לתבוע אותו.
- 3. חובת אמונים – הבעיה שאנחנו חוששים ממנה: אותו אדם שהופקד לעשות משהו מכוח אמון הוא יכניס את השיקולים האישיים שלו, את האינטרסים שלו- אסור בשום פנים באופן. חובת אמון כשמה היא, אתה חייב לשיקול רק את טובת זה שאתה פועל לטובתו (ל-"נהנה"), אם אתה תפר את חובת האמון ועשית זאת במודע זה נחשב לחמור ביותר, כי ידעת שאתה עושה משהו שאסור. (אתה מקבל על זה טובת הנאה- כסף, הטבות) – מדובר על הרף העליון של החובות המשפטיות!!!!

### מבין החובות האלה מה ראוי להכיל על היזם?????????

פס"ד קוסוי למעשה היה פס"ד הראשון החשוב שדן בין היתר בשאלה הזו, מה ראוי להכיל על יזם מול חברה? השופט ברק אמר – פניתי לפקודת החברות, אין תשובה, והכריע בכך ואמר שהמחוקק לא הכריע אנחנו צריכים לבדוק איזה מערכת יחסים יש לפנינו, הוא מאתר מערכת יחסים של צד אחד שיש לו כוח מאוד גדול וצד שני כפוף לכוח הזה, צד אחד חזק וצד אחד חלש. במקרה שלנו הנאמן, היזם הוא הצד החזק – כי הוא החליט לעשות הכל לטובת חברה שלא הייתה קיימת בכלל, הוא החליט שהוא יזם והוא יעשה את כל ההסכמים ויעשה את כל הדברים ולכן זו מערכת יחסים שצד אחד הוא בעל כוח והצד השני הוא חלש. ובמערכות כאלה ראוי להחמיר במקסימום. ז"א להכיל את שלושת החובות ולא להסתפק באחת מהם – תום לב, חובת זהירות וגם חובת אמונים. נניח בחובת אמונים נוכל לתבוע מהיזם את מה שהוא קיבל מהצד השלישי, גם אם בפועל לא נגרם נזק עדיין ניתן לתבוע את היזם- כי הוא לא גילה לי. בחובת זהירות חובת להוכיח שנגרם נזק.

### האם בכלל מישהו, לא רק היזם, יכול לבצע פעולה משפטית (נגיד חתימה על חוזה) לטובת מישהו או בשם מישהו שעדיין לא קיים?

כשהיו מגיעים המקרים האלה לבתי המשפט הם היו פונים ליזם בטענה שהם לא מכירים דבר חקיקה שבו המחוקק מכיר באפשרות שמישהו פועל למען משהו שלא קיים – היזם חיפש ולא מצא. בית המשפט במקרים כאלה פסל את העסקאות האלה. כיום, בעידן החוק יש לנו תשובה כי רצו להציל את היזמות. סעיף 12(א) לחוק החברות אומר את הדבר הבא – המחוקק היום מכיר באפשרות של יזם לעשות פעולה משפטית בשם או למען חברה שטרם נוסדה/קמה. המחוקק הבין שאם הוא לא יאפשר את זה לא תהייה יזמות ולכן יצר חריג שיהיה ניתן לבצע עסקאות למען מישהו אחר. (היזם יחתום בשמו וליד יציין את השם "יזם"-כדי שיהיה ניתן להבחין).

### נניח שהחברה קמה ואימצה את כל ההסכמים שחתם בשמה היזם. שואל היזם – האם החברה מאמצת את ההסכם מיום האימוץ או מיום חתימת ההסכם?

ההבחנה חשובה בגלל שאם היזם קנה קרקע הוא שילם מס שבח, רכישה וכדומה, אם החברה מאמצת את העסקה מהיום רשויות המס למעשה מחשיבות את זה כ2 עסקאות וצריך לשלם מס

כפול, בנוסף- היזם ירצה שהעסקה תאמץ מיום חתימת ההסכם כי הוא רוצה להיות שקט ולהסיר מעליו תביעות אפשריות – שאחריות החברה תהייה מרגע חתימת ההסכם. כלומר, היזם יעדיף שהחברה תאמץ רטרואקטיבית את ההסכם.  
אומר המחוקק בסעיף 12(ב) – כאשר חברה אימצה הסכמים שעשה היזם לטובתה אימוץ בדיעבד כמוהו כהרשאה מלכתחילה. כלומר, האימוץ יהיה רטרואקטיבי.

### מה קורה עם החברה לא מאמצת את ההסכמים של היזם?

המחוקק אומר שאם החברה לא תאמץ הבעיה היא של היזם – "סיכון יזמי".

- מערכת היחסים של יזם מול צד ג' :  
הצדדים השלישיים זה כל אלה שמולם נעשו ההסכמים. מתעוררות שאלות מעניינות, מה קורה כאשר יש הפרה של הסכם ומי ששואל את השאלות הוא צד ג'?  
בסיטואציות מסוימות נקודת המוצא היא שהיזמות היא יזמות גלויה מול צד ג' – צד ג' יודע שזה מיועד לחברה.  
סיטואציה שניה היא שהיזמות היא יזמות נסתרת – מבחינת החברה היא מכרה משהו לאדם פרטי ולא יזם.

### יזמות גלויה

היזם אומר לצד ג' שהוא יזם, קונה ממנו שולחן. העסקה נכשלת במובן הזה שהחברה בסוף לא קמה או קמה והחליטה לא להתקשר בהסכם (סיכון יזמי). צד ג' נודע לו שהחברה לא קמה או לא רוצה את ההסכם, צד ג' רוצה לבטל את ההסכם – האם אני אחשב כמפר הסכם או שיהיה ניתן לבטל אותו? מותר לבטל את ההסכם מבלי שהיזם יחשב כמפר – מדוע? מכיוון שהציפיה וההסתמכות של צד ג' הופרה ולי מתאים לבטל את ההסכם. במצג שבו היזמות הייתה גלויה אבל החברה לא אימצה את ההסכם הכוח אצל צד ג', הוא יכול או לבטל את החוזה מכיוון שהופר כלפיו עקרון הציפיות הסבירות (עיקרון ההסתמכות), לחילופין הוא יכול גם לדרוש אכיפה של ההסכם מול היזם.

נניח שהחברה אימצה את היזמות, נחתם הסכם והחברה אימצה את ההסכם גם. צד ג' רוצה להגיש תביעה על ההסכם, לפני שהחברה אימצה ואחרי שהחברה אימצה. הוא טוען שהיה לו הפרות של ההסכם, צד ג' שואל לגבי הפרות- את מי ניתן לתבוע? מכיוון שהאימוץ של ההסכם חל רטרואקטיבית לפי ס'12(ב) אז הכתובת היחידה של צד ג' היא החברה ולא משנה אם ההפרה הייתה לפני שהיא אימצה או לפני שהיא אימצה.

### יזמות נסתרת

נקודת המוצא היא שהיזם לא מגלה שהוא יזם. מבחינת צד ג' הוא מוכר לבן אדם פרטי.  
נניח שיש לנו יזמות נסתרת והחברה קמה ולא אימצה את ההסכם – צד ג' רוצה ביטול חוזה, האם הוא יכול? לא, כי לא הייתה לו הסתמכות.  
נניח שהחברה קמה ואימצה את ההסכם, צד ג' טוען שהיו לו 2 הפרות, את מי הוא יתבע? המחוקק אומר שמול צד ג' היזם הפעם ישאר בתמונה, הוא לא יצא כי הוא לא גילה לצד ג' שהוא יזם ולכן הפעם הוא לא יכול להשאיר במשחק רק את החברה, אבל אם החברה אימצה את ההסכם מבחינת צד ג' יש לו עוד חייב, ההנמקה היא שגייד צד ג'- אני מכרתי לאדם פרטי ומבחינתי אותו אדם ישלם את הכל, אם מישהי נוספת רוצה להיות בעלת החוב זה לא במקום, זה בנוסף. צד ג' יתבע גם את היזם וגם את החברה. (14'0)

עבודה להגשה -

1. מיזם, אשכול חברות – לקרוא בספר של הדרה ולכתוב מה הדרישות לתנאים ולמבחינים לחוות את דעתנו על פס"ד בפרשה – אנחנו נראה שהדיון העיקרי זה סביב ההילה של אשכול חברות, יש כמה אמירות של השופטת אלשך של ההילה – מתי כדאי להפעיל אותה, על סמך מה שהיא מנמקת לכתוב ביקורת קצרה אם אנחנו מסכימים איתה או לחילופין לא להסכים איתה ולמה.

(הילת המיזם)

הילת אשכול חברות – פס"ד ההסתדרות

2. פרשת יהושע בן ציון – הבנק שהוא המוקד זה חברה אחת מבין הרבה חברות קשורות ולמעלה מי ששולט בחברת האם זה משפחת ויליאמס. יש לעשות הבחנה בין החברות לבין האנשים – משפחת ויליאמס ועוד שחקן – יהושע בן ציון שהוא מנכ"ל הבנק. צריך להניח שהיינו לקוחות של הבנק, היה לנו תוכנית חיסכון 50 אש"ח, ברור שמהבנק לא נראה את הכסף, האם יש אפשרות (רק בהרמת מסך מותר לעשות שימוש) להגיע לקונצר- החברות האחרות שאולי לא כולם קרסו כלכלית או להגיע למשפחה או להגיע למנכ"ל.

### הרמת מסך

סעיפים רלוונטיים בחוק החברות – סעיפים 6+7

כשמדברים על הרמת מסך נהוג לעשות בספרות הבחנה בין 3 סוגים:

**1. הרמת מסך ממשית/אמיתית (מלמטה למעלה)** – להעביר את החובות הבלתי משולמים של החברה אל בעלי המניות. הבעתיות של הרמת המסך – כרסום בעיקרון האישיות הנפרדת וכרסום בעיקרון האחריות המוגבלת – במקרים מסוימים יש הצדקות להתעלם מהעקרונות האלה ולהטיל את האחריות.

**2. הרמת מסך מדומה/הזזת מסך/הצצה (מלמעלה למטה)** – לוקחים את התכונות/זכות/חוב של הבעלים אל החברה. לפעמים בעל החברה רוצה שהחברה תהנה מהטבה שמגיע לבעל החברה ולכן הוא רוצה שבית המשפט יקבע שהחברה יכולה ליהנות מההטבה שאני נהנה ממנה באופן אישי.

**3. הרמת מסך רחבה** - (כבר לא קיים) – אפשרה לבצע הרמת מסך אבל כלפי אורגנים, סעיף 54(ב),

בשנת 2005 סעיף זה בוטל כי יש את תורת האורגנים – רואים את האורגן והחברה כאחד, בהרמת מסך זה סותר את האמירה הזאת כי עוברים מישות א' לישות ב' ואז 2 התיאוריות לא הסתדרו. בנוסף סעיף זה בוטל בגלל הפחד שאנשים לא ירצו להיות מנהלים בגלל האפשרות שיכולים להרים מסך נגדם כל רגע נתון.

סעיף 6 בדיני תאגידים מכיר ב2 האפשרויות הראשונות בלבד- הרמת מסך ממשית והרמת מסך מדומה.

**מה אני צריך להוכיח כדי להרים הרמת מסך אמיתית?** חובת ההוכחה היא על הנושה.

סעיף 6(א) מפרט את התנאים והדרישות כדי שנוכל ליהנות מהסעד של הרמת מסך אמיתית. יש תנאים שבדרך כלל קוראים להם בספרות "תנאים כללים" ויש את ה"עילות". בתנאים הכלליים צריך להתייחס לכולם ובעילות מספיק שאוכיח עילה אחת ולא את כולן.

התנאים הכלליים: (תנאים מצטברים)

1. החברה חדלת פירעון – נניח שאני העובד ואני מבקש להרים מסך אל מול הבעלים של החברה שהייתה המעסיקה שלי והיא קרסה. צריך להראות שהחברה שהעסיקה אותי חדלת פירעון, החוק אומר שהכתובת הישירה היא החברה שהעסיקה אותך- ולכן אם היא מתפקדת יש לפנות אליה ראשונה כי החוזה העסקה שלי הוא מול החברה. חדלות פירעון זה עניין ראייתי עובדתי- אם היא בפירוק מראים שהיא בפירוק, אם היא לא בפירוק זה לא אומר שהיא לא חדלת פירעון (אבל יהיה יותר קשה להוכיח את זה), חדלות פירעון זה מצב שבו נושה מוכיח שהגיע מועד לשלם לו חוב אישי שלו ולאחר זמן סביר (21 יום לפי המחוקק) אם החברה לא שילמה החברה היא חדלת פירעון= היא לא חייבת להיות בפירוק!! בית המשפט יבדוק את המקרה.

2. שיעור ההחזקה של בעל המניות שנגדו אנחנו מבקשים הרמת מסך – ס'6(א) לא מציין מה סף המניות של אותו בעל מניות שרוצים להרים נגדו את המסך (גם מישהו בעל מניה אחת אפשר להרים נגדו מסך). למה שיעור ההחזקה חשוב? למה התנאי רלוונטי למרות שאין דרישה להחזקה מינימלית? כדי להזכיר לנושים שהרמת מסך היא לא אוטומטית כלפי כל הבעלים- בהרמת מסך צריך לציין מול מי אתה רוצה הרמת מסך, יכול להיות אחד ויכול להיות כולם, אנחנו לא יורים באפלה אלא אנחנו מתמקדים במישהו ואומרים שהוא עשה מעשה. ההנחה היא שכל שיעור ההחזקה הוא נמוך יותר יהיה לך מאוד קשה להוכיח שהוא עשה מעשה – מדובר באינדיקטור לבית המשפט להמשך הדרך.

**\*\*אין איסור להרים מסך נגד מישהו שהוא לא בע"מ**

3. הפרת חובות משפטיות שחלות על בעלי מניות – יש 2 חובות: תום לב(192'ס) והגינות (193'ס). אומרים בתנאי הזה שצריך להראות שבעל המניות שאנחנו מבקשים להרים נגדו מסך עשה פעולות שהם בגדר הפרת החובה המשפטית שחלה עליו. איזה חובה משפטית חלה עליו?

תו"ל – על בעלי מניות מיעוט, למה צריך לרסן? כי אין להם מההתחלה שליטה, אין להם כוח, על בעלי השליטה חלה חובת ההגיונות – הרבה יותר מחמירה כי לבעל השליטה יש כוח שהוא עלול להשתמש בו לרעה. צריך להוכיח שאותה פעולה שנעשתה הייתה בגדר הפרת חובה מסוימת.

4. הוכחת יסוד נפשי – צריך להוכיח שבעל המניות היה מודע והתכוון או עצם את עיניו כנגד המעשה. לא מספיקה רק רשלנות של בעל המניות.

העילות להרמת מסך: עד שנת 2000 נושא הרמת המסך לא היה מוסדר בדיני החברות, לקחו את העילות העיקריות שבית המשפט העליון פיתח עד אז וניסו למצוא ביטוי הולם בחוק. במצב של החוק היום יש 2 עילות מפורשות:

1. הונאה של אדם/קיפוח נושה – בעל מניות (לרוב בעל השליטה) גנב, הבריח נכסים, לקח משהו מהחברה שלא מגיע לו לקבל. אם נושה מגלה שהחברה קרסה כי בעל השליטה לקח לכיסו כספים ניתן להרים מסך רק נגדו. (רק נגד מי שעשה שימוש לרעה במסך ההתאגדות) – פרשת חפצובה, התיקון הוא שמי שקונה דירה מקבלן מקבלים פנקס שוברים שכל תשלום שאתה עושה העברה בנקאית לבנק רק דרכו אתה יכול לשלם.

עירוב נכסים: בית המשפט הגיע למסקנה שהבעלים לא שמרו על הבדלה (הבחנה) לבין מה ששלחם לבין מה ששייך לעסק. למה זה בעייתי? כי כשהחברה תקרוס הבעלים לא ירצה שיגעו ברכוש הפרטי שלו – ניתן לטעון שהם בעצמם הרימו מסך כי כשהחברה הייתה במצב טוב הם לא דאגו להפריד בין הכספים. (עירוב נכסים הוא עילה להרמת מסך אמיתית).

2. מימון דק – יש 2 משמעויות:

א. המימון הדק בודק מה הכסף שהביאו הבעלים לחברה. מה הם השקיעו בחברה? אם הבאת מעט מאוד אתה עלול להיתפס ברשת של המימון הדק כאשר החברה קורסת.

ב. החברה מבוססת גם על הכסף של הבעלים (הון עצמי) וגם על הלוואות (הון זר) – אין בעיה עם זה, מותר לחברה לקחת הלוואות- אבל צריך לבדוק את היחס בין שניהם, כמה הלוואות לקחת וכמה כסף הבאת. נניח אם הבאתי שקל מהבית ולקחתי מיליון שקל הלוואה – יגידו לי שיש בעיה כי אתה מבסס את החברה על כסף של אחרים ואם תקרה תקלה אתה לא מסוגל להחזיר להם, אין לך מאיפה- הכל הלוואות.

הבעיה מתחילה שהחוק לא אומר לי מה בסדר ומה לא בסדר, אין הגדרה לזה במפורש לכמה אתה צריך לתת, לא מציינים מה היחס – אי אפשר לכתוב את הכלל הזה כי לכל חברה יש את הסיכונים שלה ואת המספרים שלה, אבל בית המשפט זהיר (אפרוחי הצפון) בעניין המימון הדק כי זה לא פייר עד הסוף לבוא למישהו בטענות בדיעבד. בתי המשפט הוגנים בטענה הזאת כי יש משהו בכך שמענישים מישהו למרות שלא הזהירו מראש. בתי המשפט גם כשהם כבר מרימים מסך בגין מימון דק הם מרימים הרמת מסך חלקית – "הדחיית חוב" / "השהיית חוב" ס'6(ג) – יש חברה עם 2 בעלים א' השקיע וגם נתן הלוואה וב' רק השקיע, נניח שהחברה קרסה וטוענים נגד א' להרמת מסך והוא אומר שהוא מימן מימון דק את החברה- הבאת מעט מאוד (הלוואות בעלים), בית המשפט מרים נגדו מסך, אבל הסעד שבית המשפט יסתפק בו- הדחיית החוב- א' הפיל את החברה, הוא יכול לבוא גם כנושה לחברה ולדרוש את הכסף, זה לא הוגן כי בגללו החברה נפלה, לכן אומר ס'6(ג) שבית המשפט יכול לקבוע הדחיית חוב, כלומר, במקום שא' יהיה ראשון בתור בין הנושים הוא עובר לסוף התור. נניח שב' גם נתן הלוואות בעלים ונגדו אין טענה – הוא יכול להיות ראשון בתור של הנושים? כן.

### הדחיית חוב

מצב שבו הבעלים גם נתן הלוואה לחברה וגם הוא מושקע בהון העצמי שלה. העלילה מסתבכת כשהחברה קורסת ונניח שנושה מבקש הרמת מסך נגד אותו בעלים בעילת מימון דק, הוכחנו מימון דק, (מיליון שקל הלוואה ומאה שקל מימון עצמי), בית המשפט מקבל את העילה להרמת מסך ומה שהוא יכול לקבוע במסגרת הסעדים הוא ההפעלה של ס'6(ג) שמאפשר לבית המשפט להפוך את אותו בעלים מהיותו ראשון בתור בין הנושים לאחרון בתור- מכאן המושג הדחייה, מלשון לדחות אותו.

עילת המימון הדק היא קשה להפעלה כי היא יוצרת חוסר צדק, חוסר הגיונות מכיוון שהמחוקק לא מנחה אותנו מה בסדר ומה לא. אין איסור להביא כמה שקלים מהבית ולהתחיל להתגלגל.

**תרופות בהרמת מסך :** ירידה לנכסים הפרטיים שלו, הדחיית חוב או ס'7. (ניתן לתת הדחיית חוב וירידה לנכסים הפרטיים יחד).

חידוש בחוק, סעיף 7 מדבר על צו הגבלה. מה המטרה? גילו שלא מעט אנשים הם שיטתיים, רמאים סדרתיים- המטרה היא למנוע ממנו לפגוע בנושים אחרים. התנאי להציב את הסעד הזה הוא הרמת מסך אמיתית. הצו אוסר על אותו בעל מניות להיות מעורב בהקמה, בניהול או בייסוד של חברות חדשות עד 5 שנים. למה לא לנצח? כי אנחנו פוגעים בחוק יסוד, חופש העיסוק- כל חוק שחוקק לאחר חוקי היסוד הפגיעות חייבות להיות מידתיות לכן המחוקק קבע 5 שנים. למה זה לא יעיל? כי אתה יכול לא לרשום את עצמך, שימוש באיש קש – מדובר ברישום כוזב, אבל אם החברה החדשה תיפול אותו אדם שמינית אותו ייפול, מן הסתם שמינית משפחה.

### דיני שעבודים

שלוש חוקים את הון החברה אנחנו מחלקים למעשה ל-2 קבוצות: הון עצמי והון זר. החיבור של ההון העצמי וההון הזר נקרא הון החברה.

**מהו הון עצמי?** כל מה שהמשקיעים מכניסים לחברה וכתוצאה מכך הם הופכים להיות בעלי מניות.

**מהו הון זר?** התחייבויות (של החברה, מה היא חייבת ולמי) כשמדובר על הלוואות לדוגמה מדובר על הון זר כי זה התחייבות של החברה, היא יכולה לקחת הלוואה מבנק או מהציבור ולפעמים יש הלוואות בעלים – הבעלים עצמו הוא בעל שני כובעים; בעל מניות והלוואה.

כאשר החברה לוקחת הלוואה היא צריכה לתת לי משהו – **אגרת חוב**. מושג העל נקרא "ניירות ערך", חברות יכולות להנפיק ניירות ערך משני סוגים: אם זה הון עצמי ניתן לתת מניה. אם מדובר בהון זר- אג"ח (אגרת חוב)- המסמך שהחברה מפיקה לי שאני נותן לה הלוואה.

**מהי אגרת חוב?** אגרת חוב מבחינה משפטית הוא חוזה הלוואה (הסכם), וכמו בכל הסכם הלוואה יהיו רשומים בו פרטי הלוואה- סכום, מועדי תשלום, ריבית, תאריך החזרה. היתרון של הסכם הלוואה – אני לא תקוע עם הלוואה הזו לנצח, ניתן לפדות את האג"ח בבורסה/ משקיע אחר. הנייר הוא סחיר – ניתן להעביר אותו תמורת מזומן. סוגי אגרות חוב שנעסוק בהם:

1. אג"ח לא מובטח לעומת אג"ח כן מובטח – כאשר אנחנו מדברים על אגרת חוב לא מובטחת הכוונה היא "אנחנו לא נותנים לך שום גיבוי להלוואה, אם החברה קורסת הכסף הלך כי אין שום נכס שמבטיח את הלוואה הזאת ביום רע(שהחברה קורסת)" – ברור שאם אני אהיה מוכן לקבל אג"ח לא מובטח הריבית תהיה גבוהה כי יש לי סיכון יותר גדול. אם קניתי אג"ח מובטח יובטח גם נכס שנועד לפרוע לך את החוב שאנחנו חייבים במידה ולא נעמוד בהסכם- הלוואה תהיה בריבית נמוכה יותר.
2. אג"ח ממשלתי לעומת אג"ח קונצרני – באג"ח ממשלתי המדינה מבקשת את הלוואה, למה היא צריכה הלוואה? כל שנה המדינה מכינה תקציב ועושה אומדנים הכנסות מול הוצאות, יש לה צפי מסוים ואם ההוצאות עולות על ההכנסות היא יכולה להנפיק אגרות חוב, הריבית שנקבל מהממשלה היא הכי נמוכה כי הסיכון הוא אפסי. אג"ח קונצרני זה כל מי שהוא לא הממשלה, לדוגמה חברה בורסאית- היא מפיקה אג"ח קונצרני. אג"ח קונצרני הוא בעל סיכון גבוה יותר מאשר אג"ח ממשלתי; הסיכוי שתתפרק גדול יותר ולכן הריבית תהיה גבוהה יותר. אג"ח ממשלתי אף פעם לא יהיה מובטח. אג"ח קונצרני יכול להיות מובטח או לא מובטח.
3. אג"ח רגיל לעומת אג"ח להמרה – אג"ח רגיל הוא אג"ח שאני נותן הלוואה ונותן ריבית. אג"ח להמרה הוא מצב שאני לוקח 100 ₪ ונותן אג"ח להמרה; ניתן להמיר אותו למניה. אנחנו מתחילים ביחסי לווה מלווה אבל החברה מוסיפה לי עוד אפשרות שאני יכולה להחליט אם לממש אותה או לא (הכוח אצלי) – הכל יהיה רשום מראש, "בעוד שנה מהיום שנתתי את הלוואה, אם אתה רוצה אתה יכול להחזיר לי את האג"ח ואני אתן לך מניה, אבל דע לך שאם החלפת אין חזרה אחורה, אתה הופך להיות בעל מניות ולי לא יהיה חוב". יש לי אפשרות בחירה. נקודת המוצא היא שאני צריך לחשוב קדימה, אם אני צופה שבשנתיים הבאות החברה הולכת להיכנס לתקופה טובה מאוד אז כדאי לי להמיר את זה למניה כי יהיה

לי דיבידנד יותר גבוה, אבל אם אני צופה שבשנתיים הקרובות המשק יכנס למיתון עדיף לי להמשיך לקבל לי את הריבית- לא ארוויח הרבה אבל לא אפסיד.

אנחנו מדברים על דיני שעבודים, אג"ח וכו'. נדבר על בטחונות- בטוחות- אילו בטוחות עיקריות משמשות אותנו? שלושה סוגים:

1. ערבויות- ערבות אישית – אני הולך נגיד לבנק לקבל הלוואה הבנק אומר לי תביא שני חברים ותחתים אותם כלפי על ערבות שזה אומר שאם אתה בורח פשוט רגל או לא משלם אני יכול לפנות אליהם. פה יש לנו את חוק הערבות שמסדיר משפטית את כל הנושא של הבטוחה הזאת. פחות ניגע בה.

2. בטוחה שטרית – שטר חוב, צ'ק לביטחון, המשמעות של השטר הזה זה שאם נגיד השוכר בורח באמצע השכירות או גורם נזק לדירה ונעלם השטר מהווה כאילו יש לי פסק דין ואני יכול ישר לגשת להוצאה לפועל לא צריך לרדוף אחריו אני ישר בהוצאה לפועל אז זה בטוחה שטרית – שטר. פה יש את פקודת השטרות שמסדיר את כל הנושא הזה של שטרות.

3. דבר הבטוחה היא נכס – בטוחה נכסית – אני מעמיד נכס כבטוחה. מה זה אומר נכס? כל דבר שניתן להעריך את שווי הכלכלי לתת לו ערך ששני הצדדים מסכימים עליו – שווי ולכן זה יכול להיות נכס מוחשי – שולחן כיסא דירה וזה יכול להיות זכויות נכס מופשט – קניין רוחני פטנט וכו' כלומר יש פה קשת רחבה של בטוחות נכסיות. הנפוץ יותר אצלנו.

למה הנושא של הבטוחות נחשב מסובך או מורכב? כי הוא לא מסודר משפטית ולמה? אין לנו חוק אחד שניתן לומר שהכל נמצא שם יש לו תלאים על גבי תלאים חלק מההסדר נמצא בחוק אחד וחלק נמצא בחוק אחר והטלאים האלה יוצרים התנגשויות, סתירות.

### דברי חקיקה חשובים בנושא הזה שמסדירים את נושא הבטוחות:

1. חוק המשכון.
2. חוק המקרקעין מכאן המונח משכנתא לגבי נכסי נדל"ן.
3. פקודת החברות – לא חוק החברות אלא פקודת החברות – שיעבוד

המחוקק השאיר שני נושאים בפקודה:

- א. שעבודים
- ב. ב. פירוקים

שני אלה נשארו בפקודה ולא נמצאים בחוק החברות- המחוקק רוצה ליצור בעתיד חוק אחד חדש לבטחונות – שעבודים ולפירוקים וכשהיו דברי חקיקה לאלו ניתן יהיה לבטל את הפקודה. למונח בטוחה יש 3 שמות בחוק המשכון הבטוחה נקראת משכון במקרקעין – משכנתא ובפקודת החברות – שיעבוד, מהותית זה אותו דבר אבל כבר פה נראה את חוסר האחידות כל אחד מהחוקים קורא לזה במילה אחרת. נעשה סדר וניתן כללים מתי כל אחד רלוונטי.

דוגמא שתלווה אותנו ופה יש לנו חברה מצד אחד שהיא לוקחת הלוואה – הלווה – ונניח ניקח מלווה יחיד – בנק ולכן החברה פונה לבנק ומבקשת לקחת הלוואה של מיליון שקל, בנק כמו בנק מה אומר מנהל הבנק – אני לא נותן שום הלוואה ללא בטוחה – הוא אומר לחברה להציע לו בטוחות ואם הן יספיקו תקבלי את הלוואה אומרת החברה יש אצלי ציוד חדש בוא תבדוק מה השווי שלה נניח הבנק שולח מישהו להעריך את הציוד והוא ראה שיש מכונה שהיא שווה מיליון וחצי והבנק מבקש שיעבוד על המכונה מהחברה אומרת החברה אני אפנה לעורכי הדין שלי – יינתן שיעבוד על מכונה שלי בתמורה להלוואה תסבירו לי איך יוצרים שיעבוד?

השלב הראשון תמיד ביצירת השעבוד אנחנו נכנה אותו **השלב החוזי** האובליגטורי אבל השאיפה של כל נושה תהיה גם להגיע לשלב השני שאנחנו נקרא לו **השלב הקנייני**.

**נסביר את השלב הראשון – השלב החוזי** – להכין חוזה מכיוון שיש לנו כאן שיעבוד אז זה אג"ח מובטחת – כי יש בטוחה אז אני צריך להכין חוזה הלוואה שבמסגרתו נרשום את כל תנאי הלוואה אבל מכיוון שיש פה שיעבוד אנחנו צריכים לכתוב עוד שני התייחסויות חשובות נוספות בחוזה:

**א.** לפרט את מהות הנכס לתת לו את המאפיינים שלו נניח מכונה יש לה בדר"כ מספר סידורי שלה ועל כן זה פשוט לאפיין אותה, במקרקעין מוסדרים זה הכי פשוט לפי גוש וחלקה לפעמים זה יהיה יותר קשה כמו מחשב נייד, זה חשוב לאפיין את הנכס ולהגדיר אותו במפורט.

**ב.** לפרט מהם האירועים או התנאים בהתקיים לפחות אחד מהם יוכל הנושה לממש את הבטוחה. יש את המקרים הטריטוריאליים – " אם ניתן לחברה צו פירוק או צו עיקול או צו פשיטת רגל " – מה זה אומר לגבי החברה? שאין לה כסף והבנק יגיד גם אם לא הפרת כלפי שום תשלום יש פה הפרה צפויה חודש הבא זה יקרה והחברה תגיד שאם אכן יקרו אחד האירועים הללו אז אכן יוכל הבנק לממש את השעבוד. מה שחשוב זה לקרוא ולהבין מה הם האירועים שעלולים לסכן אותי כלווה אז חשוב לשים לב לאיזה אירועים נתנו את הבטוחה שלנו.

יש לנו חוזה יש לנו את הגדרת הנכס בשלב הזה, ברגע הזה נוצר שעבוד חוזי יש שעבוד לטובת הבנק ברמת החוזה. שואל הבנק האם עכשיו אני יכול להיות רגוע אחרי שהתבצע השלב החוזי? נכון שיש חוזה אבל הבעיה שהוא מחייב רק את הצדדים שחתמו על החוזה. הרי מה הבנק שואל- ביום שהחברה תיפול ולא תשלם לי סביר להניח שיהיו עוד נושים שהיא לא תשלם להם ואני רץ מהר למפעל לתפוס את המכונה, אבל אני רואה עוד ידיים על המכונה של הנושים האחרים מה שואל אותנו למעשה הבנק? האם הוא הראשון שזכאי לגעת במכונה? ולכן הבנק אומר אני רוצה לדעת שאני מקבל ראשון את המכונה אני לא רוצה לחלוק את זה.

התשובה היא – לא – כי ביום שאתה תנופף עם החוזה שלך מול הנושים האחרים הם יגידו גם לנו יש חוזה והחוזה הזה לא מחייב אותנו ועל כן הוא נושה רגיל (הבנק) ואין לו שום יתרון על נושים אחרים והוא לא נושה קנייני ועל כן הבנק ממש נזהר ושואל האם ניתן לתקן את העניין הזה ולהפוך להיות נושה קנייני (חוזה אישי זה זכות מול מי שעשה אתך את החוזה, אבל זכות קניינית היא מול כל העולם) ופה בא המחוקק ואומר יש מה לעשות וניתן לעבור לשלב הקנייני,

**יש לדאוג שיהיה לך שעבוד קנייני** ואז אתה משדרג מאוד את עצמך ושואל הבנק מה צריך לעשות? שתי אופציות:

1. **רישומים**- המחוקק אומר רק אני קובע מרשמים שאני מכיר בהם ורק במקומות האלה אתם תרשמו, המצב האידיאלי יהיה שיהיה רק מרשם אחד אבל לא תמיד זה כך ועל כן נוצרת בעיה שלא יודעים לאן להגיע לרשום, כאן אומר המחוקק אני הקמתי כמה מרשמים והשלווה החשובים זה מכוח שלושת דברי החקיקה שהזכרנו:

א. מרשם המשכונות- משכון – כלל האצבע הוא- אם מדובר ביחיד + נכס מיטלטלין כלומר הבטוחה היא הנכס מיטלטלין (לרבות זכויות) צריך לרשום ברשום המשכונות לדוגמא: רכב כשקונים רכב מאדם פרטי צריך לבדוק ברשם המשכונות. הבטוחה במקרים האלה צמודה לנכס ולא לבן אדם כלומר זה בטוחה קניינית ולכן אני קנייתי רכב עם משכון ולא בדקתי זאת כלומר שיש משכון והבנק יבוא לבקש את הרכב אז אני הפסדתי כי לא בדקתי. המרשמים הם שהופכים את הנכס לקנייני ולמה זה כך? כי המרשמים האלה פתוחים לעיון של כל אנשי הציבור כל אחד מאתנו יכול לקבל פלט מידע באותו רגע.

ב. חוק המקרקעין – לשכת רישום מקרקעין – טאבו- משכנתא, כל נכסי הנדל"ן נכנסים תחת חוק זה – זהו כלל האצבע, נניח אני רוצה לקנות דירה שעוד לא נבנתה ואני צריך משכנתא אבל אין עדיין נכס אז הבנק ישלח אותי קודם לרשם המשכונות כי יש לי זכות בדירה כלומר אני מבצעת משכון על הזכות שלי ואז כשיש דירה אני פונה לטאבו ומשנים את זה למשכנתא, הדבר הראשון שעושים כשקונים דירה זה להוציא נסח טאבו.

הערת אזהרה זה רק בקשר לנכסי מקרקעין – זה משהו שהוא יותר מחוזה אבל פחות מקניין למה זה לא קניין טהור? הדבר שזה נועד למנוע שהמוכר יקום בבוקר וימכור לעוד מישהו- איך פותרים את הבעיה? באמצעות הערת אזהרה שהיא מונעת מהמוכר למכור את הדירה פעם נוספת ואם הוא יעשה מי שמנצח הוא הראשון לרוב כי הקונה השני היה צריך להוציא נסח טאבו ולבדוק האם יש שם הערת אזהרה, והיא חשובה לתקופת הביניים.

ג. מרשם החברות - שעבוד. בוא נראה מהם כללי האצבע? מתי צריך לפנות לכל רשם? המחוקק אומר שיש כללים(מצוינים תחת כל אחד). השעבוד הקנייני יהיה ברשם החברות.

למה הרישום משדרג את מעמדי? כי זה פומבי, זה מאפיין של זכות קניין, עקרון הפומביות בא לידי ביטוי במרשם כי הוא בא לידי ביטוי ברישום.

אומר לי המחוקק שמכיוון שזה פומבי ויכולת לבדוק את מצב הנכס- אם לא בדקת זו בעיה שלך. **הפקדה**= מסירה פיזית של החזקה, הבעלות לא תעבור. ( אני אביא את השעון שלי לפיקדון בתמורה להלוואה, אם אעמוד בתנאים השעון עדיין יהיה בבעלותי, אם לא השעון יהיה שלך ).

למה אנחנו לא משתמשים באופציית ההפקדה? כי יש דברים שאני לא יוכל לשעבד – מקרקעין אי אפשר לנייד, הפקדה זה להעביר משהו מנקודה א' לנקודה ב', 3 מגרעות לאופציית הפקדה :

1. הפקדה היא מסירה פיזית של הנכס, אם מדובר בנדל"ן זה לא מעשי, אי אפשר להעביר נדל"ן. קניין רוחני – נגיד שאני רוצה לשעבד פטנט רק דרך הרישום תהייה יעילה. נשארנו רק עם אופצייה של מטלטלין מוחשי. הפקדה סותרת את החזקה בזה שאני מוציא את הנכס מרשותי, מוציא אותו פיזית.
2. זכות השימוש נמנעת ממני, אם אני נותנת למישהו אחר אני לא יכולה להשתמש.
3. עלויות עסקה הם יקרות, ברישום 200 ₪ זה הסיפור, נגיד שאני רוצה להפקיד מכונה אצלכם יהיו עלויות גדולות יותר: ביטוח, שמירה. זה יכול לעלות הרבה כסף. (המחוקק לא אומר במפורש מי צריך לשאת בעלויות, אבל בדר"כ הצד החלש נושא בעלויות).

### מתי דרך ההפקדה תוכל להיות טובה?

כשמדובר בתכשיטים – קל לאחסון, הרבה בעלי עסקים נותנים שיקים לפיקדון (בטוחה), בנקים לגבי שיקים של עסק שניתנו לעתיד זה מעולה מבחינתו להפעיל את השעבוד על דרך ההפקדה.

### הכרת הנושים: מי הם בעלי הזיקה לחברה?

1. בעלי המניות בחברה – אנשים שהשקיעו כסף וקיבלו מניות.
2. נושים רגילים (לא מובטחים)
3. נושים מובטחים (קנייניים) – הם קיבלו שיעבוד, החוב שלהם מובטח בצורה כלשהי. (בדר"כ בנק)

**1. בעלי מניות –** בעל מניות קנה מניות בחברה והשקיע חצי מיליון שקל הוא לא קיבל דיבידנד והוא שמע בחדשות שהחברה קרסה, מה התור שלו בקבלת הכסף? בעלי המניות צריכים לדעת שאין להם מה לחכות בתור, הם לא נושים – גם לא נושים רגילים – כי אין להם מעמד משפטי של בעלי חוב, כל הכסף שלהם ירד לטמיון. אם החברה קלטה כסף להון העצמי- אין לה שום חובה להחזיר אותו. בעלי המניות הם לא נושים, הם בעלי זיקה לחברה, לחברה אין חוב כלפיהם- הם אחרונים בתור אבל זה תיאורית כי סביר להניח שכבר לא ישאר כסף לתת להם.

**2. נושים רגילים (לא מובטחים) –** לדוגמא: ספק- מקרה קלאסי, כי בדר"כ הוא נמצא בשוק תחרותי מאוד ויש ספקים שמספקים אותו דבר ולכן הכוח הוא נמצא אצל החברה; אם אני יודע שאני הספק היחיד הספק יודע שהוא יכול לדרוש שעבודים. דוגמא נוספת – לקוחות, אם זה מלאי שקיים אז לא תהייה בעיה, אבל אם זה מוצר שצריך להזמין אותו ולחכות שיגיע (חדר ילדים, מטבחים) אני הרבה פעמים משלם מראש ואם אני לא חכם אני משלם גם הכל- ואחרי חודשיים מתברר שאין מטבח, כסף ולא שעבוד- החוכמה היא לא לשלם הכל, אלא לשלם חלק קטן. מה קורה עם החוב שלהם? יש הרבה פעמים נושים רבים שהחוב שלהם יחד הוא מאוד גדול – לעיתים הם בעצמם מגלים שבקופה נשאר מעט מאוד. הפיתרון הוא מאוד פשוט – אין התחשבות בתאריך יצירת החוב, מה כן רלוונטי? גודל החוב. החלוקה שמתבצעת בין הנושים הרגילים – חלוקה שוויונית יחסית (יחסית לגודל החוב). נניח שיש בקופה 10 ₪ - ספק אחד עם חוב של 70% וספק שני עם חוב של 30% - סה"כ חוב 100 ₪ - איך מחלקים? 7% ל-70, 3% לחוב של 30 ₪.

\*המונח "תספורת" = לאורך שנים ארוכות מה שקרה הוא שכל אחד שעובד חייב להפריש לו פנסיה, את הכסף של הפנסיה שלנו נתנו לטייקונים, חברות הפנסיה קרסו והם לא יכלו לשלם את הפנסיה למי שזכאי, מה עושים? הפיתרון היה תספורת- במקום אלף שקל שהיית אמור לקבל אביא לך 400 ₪ בעוד הרבה זמן. לכן השתרש המושג "תספורת". הם נושים "הנחותים".

**3. נושים מובטחים (קנייניים) –** מתחלקים ל-2 קבוצות: נושים מובטחים בעלי שעבוד, נושים בדין קדימה.

ש לנו שני סוגים של נושים מובטחים:

1. נושים רישומיים – הקלאסיים – ס' 169 לפקודה (פה אין לנו חוק יש פקודה) – מה זה הקבוצה הראשונה? יש אפשרות לכמה נושים מובטחים בקבוצה הראשונה נכיר את השניים הראשונים:

**א. שעבוד קבוע (ספציפי) - נגיד** בנק אומר לי אני נושה מובטח בעל שעבוד קבוע הוא קיבל שעבוד על נכס מסוים או ספציפי, נניח חברה רוצה לשעבד מכונה כלומר החברה מעוניינת רוצה לתת שעבוד קבוע למכונה לטובת הבנק כלומר אני יגדיר את המכונה וכל מי שיקרא את התיאור יוכל לבוא ולהצביע על המכונה.

מקרקעין מוסדרים - אני ירשום את הנ"צ גוש וחלקה. כלומר אני צריך להגדיר בהסכם את הנכס בצורה מדויקת, כלומר צד ג' יוכל לזהות אותו, ברשם החברות לגבי הנושים האלה צריך לרשום את סוג השעבוד לא מספיק לרשום שניתן שעבוד לבנק, לדוגמא חייב לרשום את סוג השעבוד. כלומר לרשום שעבוד קבוע ועל איזה נכס הוא קיבל למה זה חשוב? ברמה המשפטית עקרונית ניתן לשעבד את אותו נכס יותר מפעם אחת כלומר אני יכול בדוגמא שלי - אני החברה לקחתי הלוואה מבנק א רשמתי לו שעבוד קבוע על המכונה המחוקק אומר לי שמחר אני החברה יכולה לקחת הלוואה מבנק ב' ולרשום שעבוד קבוע על אותה מכונה אפשר לרשום כמה שרוצים עוד מעט נראה מה קורה בתחרות ביניהם. ההנחה שלנו תהיה שהמכונה לא מכסה את כל ההלוואה. המוטיבציה תמיד תהיה להיות ראשון ולבד אך המצוי הוא לא תמיד הרצוי. נניח נושה מוכן להיות שני - מבחינה משפטית זה אפשרי. קבוע = הנכס מוגדר סוג השעבוד יהיה רשום כך אצל הרשם ואני יכול לתת יותר מפעם אחת שעבוד קבוע על אותו נכס. זה כרגע קבוע.

**ב. שעבוד צף (שוטף) -** בנק אומר לי אני נושה מובטח אבל קיבלתי שעבוד צף זה שינוי פאזה של 180 מעלות מהקבוע - בעוד שבקבוע הנכס מוגדר בשעבוד צף אומרים לי אתה לא מגדיר נכס ספציפי אז מה אני כן מגדיר איך אני יוצר אותו? מה פה אני רושם? אם אני מכין רשימה של נכסים צריך להיזהר לא להגדיר באופן ספציפי נכסים. אומר המחוקק כך - שעבוד צף הוא שעבוד על כל נכסי החברה בלי שמגדירים משהו ספציפי שיהיו בכל רגע ורגע המשמעיות של המשפט הזה היא שלהבדיל משעבוד קבוע שעבוד צף הוא דינאמי הוא משתנה הוא חי.

לדוגמא: אם נתתי לכם שעבוד קבוע על שולחן זה תמיד יהיה שולחן לא משתנה גם בעוד 10 שנים, בשעבוד צף יכול להיות שהיום זה יהיה שולחן ומחר כיסא כלומר בשעבוד צף בכל רגע ורגע מסת הנכסים יכולה להשתנות ולהתחלף מה שהיה לי אתמול לא בהכרח יהיה לי היום, בפסיקה מדמים את השעבוד הצף כענן שמרחף מעל כל הנכסים של החברה. ברשם החברות רושמים "שעבוד צף" ואני יכול לציין את הסכום עד מיליון שקל לדוגמא.

למה המציאו שעבוד צף? בתחילה היה רק שעבוד קבוע - הרבה חברות שקמו ולקחו הלוואה כדי לבנות את העסק עיקר הנכסים שלהם היה מלאי חברות קמעונאיות ואמרו לבנק אני רוצה הלוואה הבנק שאל למה? החברה אמרה בשביל לקנות מלאי ואז הבנק ביקש שעבוד החברה אמרה בסדר אין בעיה, והיא יכולה לתת שעבוד קבוע וזה היה על המלאי שלה ואז היא לא הייתה יכולה למכור שום דבר כי בשעבוד קבוע אסור לי למכור שום דבר אני חייב את אישור הבנק והבנק לא יאשר לי למכור וגם אם יאשר לי הוא יבקש בטוחה חלופית, עסקים לא היו יכולים להתנהל בצורה כזאת. חברות הבינו שאי אפשר לנהל ככה עסק שהנכסים העיקריים הם מלאי ואי אפשר להתנהל בצורה כזאת ואז המחוקק פתר את הבעיה באמצעות ההמצאה של השעבוד הצף - כשבנק מקבל שעבוד צף למעשה במועד יצירת השעבוד הצף הוא נותן מעין רישיון או רשות לחברה לבצע עסקאות שוטפות ללא צורך בקבלת האישור שלו המהות של שעבוד צף היא שכשנושה היה מוכן לקבל את השעבוד הצף הוא למעשה העניק בו בזמן לחברה רשות אישור שאם היא מבצעת עסקאות שוטפות כלומר עם המלאי שלה היא לא צריכה לקבל אישור מהבנק תמכרי יש לך אישור אבל אם את רוצה למכור את הנכס שלך נכס הוני שלך את עדיין צריכה אישור אבל מלאי את יכולה למכור.

כל עוד החברה לא הפרה את ההסכם הענן עדיין צף, כאשר החברה הפרה תנאי שהוגדר כמאפשר את מימוש השעבוד אז בדימוי שלנו הענן רק ברגע הזה נוחת ותופס באותו רגע את מה שיש כלומר הוא הופך ברגע הזה לשעבוד קבוע עד היום לא ידעתי מה אני אתפוס עכשיו תפסתי אנחנו מכנים את המועד הזה, "מועד התגבשות השעבוד הצף". עד אז הענן מלמעלה לא מתערב. מבחינת החברה ברור לנו כי נפתרה הבעיה אבל האם אתם מוכנים כבנק לקבל את השעבוד הצף הזה? בהגדרה זה כולל את כל הנכסים כלומר יש נכסים קבועים הוניים שצריך בהם אישור. שעבוד צף זה שעבוד על כל נכסי החברה בכל רגע ואז אנחנו נבוא לבנק ונגיד לו אל תדאג אם היא מכרה מכונה מה נכנס באותו רגע? תשלום כלומר השעבוד הצף הזה יתפוס גם את המזומן.

הבטוחה יכולה להשתבח. במקרים כאלה אתה מנחה את בעל השעבוד הצף שיעשה פעם בחודש חודשיים ביקורת יבקש מהחברה את דוח המכירות שלה ויוודא שהיא מוכרת משהו תחת תמורה. הוא רוצה לבדוק שאין פה מרמה ואם יש מרמה הוא יכול לממש את הבטוחה תמורת השעבוד. בואו נבדוק עד כמה הוא מעולה כשנדבר על התחרות? יש לנו כמה נושים והם עצמם יגלו שמה שנשאר

בחברה לא מכסה את החובות שלהם גם המובטחים מגלים שאין מספיק. לנושה מובטח יש סיכון. יכול להיות שתגלה שהנכסים שלך לא שווים כלום באותו יום יש פחת ובלאי וכ"ו.

### כללי התחרות בין נושים מובטחים:

**כלל תחרות מספר 1** כלל ברירת המחדל – אם אין כלל ספציפי שאומר אחרת הולכים לכלל הזה, הוא אומר כי בתחרות שבין שני נושים מובטחים ראשון בזמן ושני בזמן- הראשון בזמן מנצח (בנושים רגילים אמרנו כי הזמן לא משנה לי רק גודל החוב) פה ברוב המקרים הזמן הוא שזה שקובע. המועד שאנחנו נחפש אותו אני יכול לזמן שבו נוצר התוקף הקנייני כי במועד הזה כולם יכולו לראות אותו!! לדוגמא- שני בנקים שונים נתנו שתי הלוואות שונות לאותה חברה ושתייהן קיבלו שעבוד קבוע על אותה מכונה- החברה קרסה באים שני הבנקים הם מגלים ששווי השולחן לא מכסה את שווי ההלוואות שניתנו איך מחלקים? (בנושים רגילים היינו מחלקים לפי האחוזים שלהם) פה נחלק לפי הזמן – בנק א נוצר לו התוקף הקנייני הראשון הוא מקבל ראשון את כל החוב שלו הבנק השני, השני בזמן יקבל את כל החוב שלו ואם נשאר זה יחזור לקופה של החברה לנושה הבא בתור, מה קורה כשהשני מגלה שמה שנשאר לא מכסה? אין לו יותר בטוחות ונשאר עוד חוב מה עושים עם החוב הזה? החוב לא נעלם זה חוב שקיים הבעיה שאין לו בטוחה ועל כן הוא יעבור לחדר של הנושים הרגילים על מה שנתר.

נושים מובטחים יכולים לגלות שהנכס שלהם לא שווה את כל החוב יש פחת ובלאי. זה סיכון שקיים ואי אפשר לבטל אותו. דוגמא נוספת – שני בנקים נתנו שתי הלוואות וקיבלו שניהם הפעם שעבודים צפים – לבנק א ולבנק ב החברה נפלה מה עושים? צף ראשון בזמן מנצח צף שני בזמן מחילים עדיין את כלל ברירת המחדל ראשון מקבל ראשון את כל חובו מה שיישאר עוברים לשני וכן הלאה. (במידה ואין הוא הופך לנושה רגיל). דוגמא שלישית – קבוע מול צף – הקבוע מקבל ראשון מה שנשאר לצף- יש לך צף על הכל על המלאי וגם על המכונה של הקבוע – זה במצב שהקבוע ראשון בזמן והצף שני בזמן.

**כלל תחרות מס 2 דוגמא הבאה-** מה היה קורה אם יש צף ראשון בזמן לבין קבוע שני? אומר המחוקק כי פה יש כלל מס' 2 - בתחרות בין צף ראשון בזמן לבין קבוע שני בזמן מי שמנצח הוא הקבוע המחוקק מעדיף את השעבוד הקבוע גם אם הוא מאוחר בזמן. הרציונל הוא שבגלל שבשעבוד קבוע אני יודע בדיוק מה משועבד לי ביום השעבוד אבל בשעבוד צף אני יודע מה השעבוד שלי רק במועד המימוש (קריסת החברה), ואז בעצם הקבוע הופך להיות ראשון. אז בעצם בתור בנק אני יעדיף תמיד את הקבוע. – בנקודת הזמן הזו הבנקים לא העדיפו להיות נושים צפים. מה שקרה בפרקטיקה שרוב מוחלט של הנושים באו ואמרו רק קבוע לא רוצה צף. היה צריך למצוא פתרון וזה נולד בדמות השעבוד השלישי

**ג. שעבוד צף + מגבלה –** בבסיס הוא שעבוד צף אבל יש מגבלה – ללא אישורו של הצף עם המגבלה, החברה לא תוכל לתת שעבוד קבוע עתידי חדש! ואז כלל תחרות מס' 3- בתחרות בין צף עם מגבלה ראשון בזמן מנצח את השעבוד קבוע המאוחר.

**כלל תחרות מס' 3-** בתחרות שתהיה הפעם בין צף עם מגבלה ראשון בזמן לבין קבוע שני הצף עם המגבלה מנצח! הרי אמרנו שללא אישורו והסכמתו של הצף עם המגבלה אי אפשר לתת קבוע – יש לדייק – רשם החברות הוא סוג של טכנאי הוא לא יתחיל לברר עם הקבוע אם יש לו אישור או לא, ונניח החברה קרסה הצף עם המגבלה ניגש לקבוע ואומר לו אני רוצה לראות אישור שאני נתתי לך במידה ואין לקבוע אישור להראות לו הצף עם המגבלה מנצח אבל אם יש לו אישור מהצף עם המגבלה מי שינצח הוא הקבוע. ברוב המקרים הצף עם המגבלה לא יוותר אך הוא כן יוותר כאשר מצב החברה קשה מאוד והוא מגלה שהשווי של מה שיש לו לא שווה כלום ועדיף שהיא תצליח לקבל הלוואה ממישהו אחר תמורת שעבוד קבוע ואולי תצליח להשתקם והמצב שלי בתור צף עם מגבלה ישתקם.

**ד. שסל"ן = שעבוד ספציפי למימון נכס –** מה ההבדל בין השסל"ן לבין השעבוד הקבוע שהכרנו (ספציפי) כאשר החברה רושמת שעבוד קבוע לטובת הנושה על הנכס החדש שהיא רכשה באמצעות ההלוואה. מי נתן את ההלוואה? אותו נושה. במקרה הזה זה לא סתם שעבוד ספציפי אלא שסל"ן. נניח אני החברה ואני רוצה לקנות שולחן חדש, השולחן שווה 100, אם אני רושם לטובת הבנק שעבוד קבוע על השולחן החדש ולא על שולחן ישן בחברה- זה יקרא שסל"ן. למה היא חשובה? כי המחוקק אומר לחברה – **כלל תחרות מס' 4 –** אם יש לך שעבוד צף עם מגבלה והפעם את תצרי

שסל"ן, השסל"ן ינצח למרות שהוא מאוחר בזמן. לשסל"ן לא צריך אישור. ההיגיון הוא ששסל"ן הוא על נכס חדש וגם הכסף הוא כסף זר.

חילקנו את הנושים המובטחים ל-2 קבוצות – בעלי שעבודים ונושים בדין קדימה. עד כה דיברנו על בעלי שעבודים – כתבנו 4 סוגי שעבודים ולצידם 4 כללי תחרות.

**נושים בדין קדימה** – נושים שלמעשה לא צריכים לעשות כלום. לא רישום, לא הפקדה – המחוקק עושה להם את העבודה. אנחנו למדים על הנושים האלה **מסעיף 354 לפקודה**. יש כמה קבוצות:

1. עובדים – מדברים על מצב שבו החברה היא המעסיקה והעובד אמור לקבל ממנה משכורות ופיצויי פיטורים; ולא קיבלה. המחוקק אומר שמכיוון לעובדים יש שיקולים סוציאליים המחוקק משדרג את מעמדם. האיזון הוא שאם מדובר רק בחוב של שכר שלא שולם התקרה היא השכר הממוצע במשק (נניח 10 אלף ₪), זה לא לכל שכר של חודש, זה פעם אחת 10 לגבי כל החוב שלא שילמו לך. יש לנו עוד מקור לקבל הרבה יותר (ביטוח לאומי – ממנו ניתן לקבל עד 110 אלף ₪). אם החוב לעובד הוא שכר וגם פיצויי פיטורים הוא יכול לראות בערך 22 אלף ₪.
  2. רשויות המס לגבי ניכוי מס במקור ממשכורות ששולמו – (זה לא המשכורות ששילמתי עכשיו, מדובר על משכורות שכבר שילמו לי). ניכוי מס במקור זה שהמעסיק משלם מס במקום העובד-מדובר על מס הכנסה. יכול להיות שמעסיק שנקלע לקשיים ניכה את המס מהמשכורות ולא שילם אותם לרשויות-פה אין תקרה, אין הגבלה כי זה חוב ששייך למעשה לעובדים – במקרה הזה רשויות המס לא יכולות לפנות לעובד ולדרוש ממנו למעט אם העובד ידע מכך.
  3. (א) תשלומי חובה (חובות לרשויות מקומיות) – כמו ארנונה, ביוב וחוב לרשם החברות (אגרה שנתית) – יש הגבלת זמן, רק החוב שהתגבש בשנה האחרונה כדין קדימה-אם יש שנים אחרות שלא שולמו זה יהיה כנושים רגילים.
- (ב) ניכוי מס שהחברה לא שילמה בפעילות שלה – מס חברות, מע"מ, מס קנייה – ההגבלה לשנה אחרונה כדין קדימה.
- (ג) 12 חודשים שכירות שהחברה לא שילמה למשכיר. דין קדימה רק לשנה האחרונה.
- מה קורה אם לא נשאר לי כסף לשלושת תתי הקבוצות? אין פה עדיפות לאף אחד (א, ב או ג), כל אחד יקבל חלק יחסי.

## יש 2 כללי תחרות:

1. אם התחרות הוא בין חוב בדין קדימה כלשהו לבין שעבוד קבוע או שסל"ן – במקרה הזה הקבוע או השסל"ן הם שמנצחים.
2. אם יש תחרות בין חוב בדין קדימה כלשהו מול שעבוד צף או צף עם מגבלה החוב עם דין קדימה גובר.

דיברנו על הקבוצה של בעלי שעבודים וראינו שיש לנו תחרויות בזמנים- הראשון בזמן. מה הם הזמנים? איך קובעים את התוקף של השעבוד? האם הוא מיום חתימת ההסכם (אובליגטורי) או ביום שרשמתי את זה אצל הרשם (קנייני)? יש לנו כלל ושלושה יוצאים מן הכלל.

**הכלל:** היום הקובע הוא יום חתימת ההסכם (אובליגטורי) ובתנאי שגם התבצע רישום אצל רשם החברות תוך 21 יום.

לדוגמא- ב1/1 חתמנו על הסכם שעבוד קבוע על שולחן וב- 15/1 רשמנו אצל רשם החברות את השעבוד. המועד הקובע הוא 1/1. התחולה היא אחורה כל עוד עמדת ב21 ימים.

## חריגים:

1. בשעבוד צף עם מגבלה המועד הקובע הוא יום הרישום אצל רשם החברות.
2. שעבוד קבוע על מקרקעין – אם חברה רוצה לשעבד מגרש אומר המחוקק שצריך 2 רישומים, הרישום הראשון בלשכת רישום המקרקעין, בטאבו, תוך 21 יום מהרישום בטאבו רישום שני אצל רשם החברות. מה המועד הקובע? הרישום בטאבו רטרואקטיבי.
3. מה קורה אם פספסנו את ה21 יום? המחוקק אומר שאם פספסנו את ה21 יום אפשר להגיש בקשה לרשם החברות ובבקשה הזאת אני צריך לנסות לשכנע את הרשם להאריך לי את מועד הרישום. נניח שהייתה לי הנמקה טובה והרשם נענה לבקשה המועד הקובע יהיה מועד הרישום המאוחר.

**שאלה :**

יש לנו חברה שב 1/1 היא לקחה הלוואה ראשונה מבנק א' ורשמה לטובתו שעבוד צף עם מגבלה (גם ההסכם וגם השעבוד נרשמו). לאחר חודש ב 1/2 החברה לקחה הלוואה שניה מבנק ב', רשמה לטובתו שעבוד קבוע על מכונה קיימת ולא קיבלה אישור מהצף למגבלה וגם הוא נרשם. ב 1/3 החברה קרסה ובאים עובדים וטוענים שהם לא קיבלו משכורת אחת שהגובה שלה 15,000 ₪. מה צריך לעשות?

**תשובה:**

זו דוגמה לבעיה שלא ניתן לסדר את הנושים לפי סדר של מי שזכאי. לדוגמה זו נקרא "מעגל שוטה" – כל אחד מאלה מנצח אחד אבל מפסיד לשני.

נניח שהש.צף הוא הראשון, את השעבוד קבוע השני הוא מנצח כי הקבוע לא קיבל אישור, מול חובות בדין קדימה הם מנצחים צף עם מגבלה. נניח שהחובות בדין קדימה הוא הראשון, הוא מפסיד לשעבוד הקבוע ללא אישור כי יש לו קנייני – הקבוע מנצח. אבל הוא מפסיד לצף עם המגבלה. נניח שצף עם מגבלה, מנצח את הקבוע אבל הוא מפסיד לצף עם מגבלה.

**טיפ:**

תמיד שיש לכם אירוע עם נושים מובטחים- הכי קל זה תמיד לקחת כל פעם שניים לעמת אותם ביניהם ולהמשיך עם זה שניצח. אם קיבלתם תוצאה לא אפשרית בית המשפט יצטרך לתת מענה – כל מקרה לגופו, לפי נסיבות העניין. זה לא יהיה לפי כללי התחרות כי הם לא נותנים לנו פיתרון במקרים כאלה.

הסיבה שלפעמים "מעגל שוטה" קורה היא שלפעמים שהייתה בעיה, פתרו את הבעיה ספציפית מבלי להסתכל על המעגל הרחב יותר.

**שאלה : סדרו את הנושים , תניחו שבאותו תאריך נחתם ההסכם ונחתם**

שעבוד צף עם מגבלה 1.2

קבוע ללא אישור 1.2

שסל"ן 1.3

החברה קורסת 1.4

**תשובה :**

צף מתעמת עם הקבוע, אם הוא מאוחר הוא היה צריך לקבל אישור – שלא קיבל, הצף מנצח. צף עם מגבלה ושסל"ן מאוחר – שסל"ן למרות שהוא מאוחר הוא מנצח את הצף, הקבוע מנצח את השסל"ן כי הוא מנצח בזמן – קיבלנו שוב מעגל שוטה.

**שאלה: סדרו את הנושים**

שעבוד צף עם מגבלה 1.2

קבוע עם אישור 1.2

שסל"ן 1.3

החברה קורסת 1.4

**תשובה**

קבוע עם אישור

שסל"ן

שעבוד צף+ מגבלה

**תובענות ייצוגיות ותביעות נגזרות**

אנחנו נדבר על הדרך להגיש תביעה, מה הנוהל להגיש תביעות? רוב התביעות שלנו הם "תביעות אישיות" – מישהו הפר כלפיי חוזה וגרם לעוולה נזיקית – חל בין 2 צדדים. בנושא שלנו אנחנו נתמקד ב2 סוגי תביעה נוספים – תובענות ייצוגיות ותביעות נגזרות. תביעות ייצוגיות נראה שניתן לפעיל אותם מחוץ לחוק החברות.

**תביעה ייצוגית:**

עד שנת 2006 כל הנושא של תביעות ייצוגיות לא מוסדר בחוק אחד, אלא היה מפוזר – אז הבינו שזה לא יעיל ולכן סידרו את הכל בחוק אחד- "חוק התובענות הייצוגיות 2006" – זה החוק שמסדיר את כל הנושא, בסוף החוק יש כמה תוספות, התוספת השנייה מפרטת רשימה של מהם החוקים או המקורות שמהם ניתן להגיש תביעות ייצוגיות- יש רשימה סגורה, לא בכל מקרה יהיה ניתן להגיש. מה זה תביעה ייצוגית? תביעה ייצוגית זו תביעה שמכנסת תחתה קבוצה של אנשים שלכולם יש מכנה משותף ואני (הנציג) מנהל בשם כל הקבוצה את התביעה הזו. הקבוצה לא מופיעה בתיק, לא צריכה לבוא לבית משפט, הרבה אנשים לא ידעו שהם היו חלק מהקבוצה עד שיזכו אותם. מה שיינתן בפסק דין יחול על כל חברי הקבוצה. מי ששייך לקבוצה לא יוכל להגיש גם תביעה אישית. במשך שנים ארוכות לא היה ניתן להגיש תביעות ייצוגיות, היה ניתן להגיש תביעה אישית, המחוקק הבין שלמרות שהרבה פעמים יש לי אפשרות להגיש תביעה אישית זה לא יעיל. היתרונות של תביעה ייצוגית הם:

1. הגנה על הפרט – (הגנה על האינטרס הפרטי) הרבה פעמים הנזק האישי של כל אחד הוא מאוד קטן, יש עילת תביעה מצוינת, רוב האנשים אומרים שעל הסכום הקטן הזה הם לא ינהלו תיק תביעה. המחוקק אמר שזה לא הוגן כי לא מדובר במקרה אחד ולכן הוא היה חייב לייצר לפרט תביעה יעילה שכן יהיה כדאי לו לנהל אותה ושתחזיר לכולם את הנזק שנגרם להם מבלי שיתאמצו (חוץ מהנציג).
2. הרתעה – החברות ידעו שרוב האנשים לא יגישו ומי שיגיש נוכל לסגור איתו פשרה. תביעות ייצוגיות הם הרתעה מעולה. עד לפני כמה חודשים בממוצע בשנה 1000 תביעות ייצוגיות.
3. עומס על בתי משפט – אותו עניין בדיוק נדון בבית המשפט, לכן הוחלט לכנס את כל התביעות יחד בפסק דין אחד. שני פסקי דין על אותו עניין עם שני שופטים- יכול להיות שהשופטים יתנו הכרעה אחרת.
4. הצד החלש כבר לא כ"כ חלש – אדם אחד מול חברה גדולה, בתביעות ייצוגיות המאזן האימה משתנה.

#### באיזה מקרים ניתן להפעיל תביעות ייצוגיות?

"חוק התובענות הייצוגיות 2006" – בסוף החוק יש כמה תוספות, התוספת השנייה מפרטת רשימה של מהם החוקים או המקורות שמהם ניתן להגיש תביעות ייצוגיות- רשימה סגורה. לענייני עילות שנוגעות לדיני חברות – לדוגמא נגיד חברה בורסאית שפנתה לציבור והציעה לנו לקנות את המניות שלה. מכוח התשקיף קנינו מניות ומסתבר שהתשקיף לא היה נכון והחברה למעשה בהפסד. דוגמא נוספת, חוק הגנת הצרכן – לא רושמים את המרכיבים הנכונים, פרשה מוכרת – פרשת תנובה, דוגמא נוספת – חוק ההגבלים העסקיים. בתביעות נזיקיות (פגיעות גוף) תביעה ייצוגית היא לא טובה, כי צריך להוכיח את הנזק הגופני של כל אדם ולכן זה לא יעיל.

#### ניתן להגיש תביעות ייצוגיות גם במקרים שמדובר בכסף גדול:

בתביעות של עובדים נגד המעביד יעיל להגיש תביעות ייצוגיות – נניח שהמעביד סגר את העסק והשאיר דברים פתוחים, יכול להיות שמדובר בסכומים גבוהים עבור העובדים- פיצויים ומשכורות, המחוקק פתח את הדלת לתביעות הייצוגיות כי יש להם מכנה משותף, ההרתעה היא גדולה – למרות שמדובר בנזק גדול עדיין ניתן להגיש תביעה ייצוגית. דוגמא נוספת – החוק למניעת מפגעים סביבתיים – נניח שאנחנו גרים ליד מפעל מזהם, אפשר להגיש תביעה אישית אבל המחוקק פתח את הדלת של התביעה הייצוגית, אנחנו נרצה לקבל צו מניעה, כל אחד מהדיירים יחשוב שהאחר יגיש תביעה ולכן ימנעו מלהגיש, ולכן קבעו שיהיה ניתן להגיש תביעה ייצוגית.

הנציג תמיד יקבל משהו שאחרים לא מקבלים.

את התביעה הייצוגית מנהלים בשני שלבים:

- 1) שלב הבקשה לאישור התביעה כתביעה ייצוגית.
- 2) אם עוברים את השלב הראשון: ניהול התביעה גופה.

סביר להניח שחלק גדול מחברי הקבוצה לא יודעים שהנציג הולך לייצג אותם. הנציג לא צריך הסכמה לייצוג, הוא מגיש את הבקשה ובשלב הזה הוא נקרא המבקש. [אם יאשרו הוא הופך להיות המייצג].

מה בהמ"ש מבקש בשביל לנהל את התביעה הייצוגית:

4-8 סע' **שלב הבקשה :**

- 1) עילת תביעה אישית [ של הנציג]. אם אין עילה אישית אתה לא מורשה להיות חלק מעילה ייצוגית . המחוקק מחפש מישהו אותנטי . לפעמים ארגונים שמתעסקים בתחום הזה הופכים להיות הנציגים (הרשות להגנת הצרכן) .
  - 2) שעולה שאלה משותפת גם משפטית וגם עובדתית לכל חברי הקבוצה .
  - 3) בהמ"ש בודק האם ראוי ומתאים לנהל את התביעה בניהול של התביעה הייצוגית . (אפשר אישית ונגזרת מאוחדת בסד"א). אך : גודל הנזק (נזקים קטנים) . עובדים (כמה עובדים). גודל הקבוצה (אי אפשר לדעת כמותית כמה כל מקרה לגופו). בהמ"ש בודק את המאפיין ועל פי כך יקבע את כמות האנשים לתביעה הייצוגית .
  - 4) האם הנציג הוא זה שינהל בצורה ראויה את התביעה הייצוגית. שהנציג מנהל את התביעה הייצוגית אף אחד לא יכול להגיד לו שהוא לא יכול אבל הנציג מייצג עוד אנשים ולכן מה שיקבע בפס"ד הוא מעשה בית דין ותיק שכזה צריך להיות מיוצג ע"י בא כוח . היו מקרים שבתני המשפט פסלו עורכי דין שלא היו כששרים. הניסיון בליטיגציה. נניח אני המבקש והצטיידתי בעו"ד הוא יהיה בא כוח המבקש ובשלב השני הוא יקרא בא כוח המייצג. לעיתים המבקש והמייצג יהיו אנשים שונים ולעיתים לא זה תלוי בניסיון ללגטימציה.
  - 5) האם המבקש הוא תם לב . בהמ"ש מפרש את תום הלב לתביעות ייצוגיות כמתחרה שמגיש תביעה כנגד הנתבע ומפרסם זאת דבר שמביא לפגיעה בנתבע. על פניו למבקש יש מרץ לפגוע במתחרה והאפקט הושג בבקשת הבקשה ופרסומה ואין ממש כבר מוטיבציה לנהל את התיק כי המטרה הושגה. פגיעה בשמו הטוב. דוג' נוספת : נקמנות לעיתים גילו שעובד בחברה קנה מניות והוא פוטר והוא רוצה לנקום הוא מגיש תביעה ייצוגית .
- במידה ונפלו ב 4 ו 5 הבקשה לא נמחקת אומרים אתה לא מתאים נחפש מישהו במקומך ובו יבדקו את 4 ו 5 רק. כי עילה כבר יש . מחיקה לא מונעת את האפשרות להגיש שוב . יש דחייה של תביעה ויש מחיקה . שדוחים תביעה (התיישנות) אי אפשר להגיש יותר. מחיקה כל עוד לא חלה התיישנות ניתן להגיש.**

עברנו את השלב הראשון בהמ"ש נותן החלטה שמדייקת את התביעה הייצוגית או : אישרתי את התביעה הייצוגית נגד ... חברי הקבוצה מי שנגבתה עמלה מתאריך ... לתאריך ... הנציג הוא ... בא כוח הנציג הוא.... כדי להבין מה אושר ומי אושר .

**מגיע שלב הבינים : אומר לנציג כך את ההחלטה הזו ותפרסם בשני עיתונים ידועים ונפוצים.**

חשוב מאוד מכון שחלק מחברי הקבוצה בוודאי לא מודעים לפנקס התביעות הייצוגיות והמחוקק אומר חובת היידוע. לכל אחד מחברי הקבוצה יש חלון זמן של 45 יום מיום הפרסום כי כל אחד יכול להודיע אם הוא לא רוצה להיות . מי שלא הודיע בפנים . מי שלא רוצה להיות בפנים שומר לעצמו את הזכות להגיש תביעה אישית. מה שיפסק בתביעה הייצוגית הוא לא מעשה בית דין עליך . הפואנטה להודיע רק אם אתה רוצה לצאת? הכלי של הייצוגיות נועד עבורנו שלא נגיש תביעה אישית אלו לרוב תביעות קטנות אז גם ככה לא הייתם מגישים . הוצאות בית משפט וכו' יעלו כבר יותר. החרג שיוציא את עצמו : מקרים שבהם הנזק הוא שונה :

**דוג' 1 :** בעלי מניות בחברה , אחד שמחזיק בהרבה מניות שמביאות סכום גדול ואז ההעדפה היא לנהל תביעה אישית כי הנזק משמעותי.

**דוג' 2 :** נוספת אני תובע חברה על גילוי לא נאות ומי שהיה אחראי לכך הוא מנכ"ל או דירקטור , במקרה כזה המנכ"ל שהוא גם בעל מניות יצא כי המטרה שלו להוכיח שזה לא נכון . כי הוא אנטי הקייס הזה . הוא לא יגיש תביעה נגד עצמו.

**שלב שני : ניהול התביעה**

אנחנו רוצים להדגיש את הנקודה הבעייתית – הנושא של הנזק והפיצוי. על מה אני תובע? איך קובעים את הנזק ואיך מחלקים את הפיצוי? סע' 20 לחוק התובעות הייצוגיות משנת 2006. יש 2 סוגי מקרים, 2 סוגי תביעות – קלים וקשים.

**המקרים הקלים :** קל מאוד לחשב את הנזק שנגרם לכל אחד וגם קל לי להגיע אל כולם (קל לזכות כל אחד), אם המסלול הזה אפשרי זה המסלול האידיאלי. לדוגמא : עמלות של בנקים, אני טוען שעמלה של 10 ש"ח נלקחה במשך 13 חודשים ל100 לקוחות – מדובר על 120 ש"ח זיכוי עבור 100 לקוחות, איך אגיע לאנשים עצמם שצריכים לקבל את הזיכוי? בית המשפט יטיל חיוב על הבנק לפנות למאגר

המידע שלו ולבדוק את מי הוא חייב באותו תקופת זמן מהלקוחות שלו ולזכות אותם. דוגמה נוספת – הרבה פעמים תביעות ייצוגיות הם בקשר למניות, נניח שחברה הנפיקה מניות ורוצה למכור אותם, מתברר שחלק מהדברים שהיא הציגה היה מצג שווא, לאור זה שילמנו על המניה יותר ממה שהיא שווה, יום אחד זה התגלה ואז מחיר המניה מ500 ש"ח ירד ל450 ש"ח - באירוע הזה שהיא מכרה את המניות נמכרו מיליון מניות. יש לנו נזק של 50 מיליון ש"ח - בית המשפט השתכנע והוא מחייב את החברה לשלם פיצויים של 50 מיליון ש"ח בסך הכל לכולם- איך אני מגיעה לבעלי המניות כדי לזכות אותם? הבנקים ובתי ההשקעות בבורסה הם בלי הגישה למידע הזה והם יכולים לאתר באמצעות מאגרי המידע שלהם ולכן בית המשפט כופה על כל הבנקים ובתי ההשקעות לבדוק במועד של הנזק מי החזיק במניות- ולזכות אותם בהתאם למספר המניות שיש לו.

**המקרים הקשים:** יהיה קשה לחשב את הנזק הכולל והאישי וקשה להגיע לניזוקים ולפצות אותם. הפרשה המוכרת ביותר בנושא שניתן בתביעה ייצוגית הוא פרשת תנובה, מדובר על תנובה שייצרה ושיווקה חלב עמיד 1% שומן, נוצרה בעיה כימית שהחלב היה מותסס מידי. היו 2 אפשרויות איך לפתור את הבעיה – טכנולוגית, להחליף את המכונות. האפשרות השנייה הייתה להזריק פי 10 סיליקון ממה שהותר לפי התקן. תנובה בחרה להזריק סיליקון ושכחה לרשום על המוצר שהיא עשתה את זה. היא השאירה את הכמות סיליקון לפי מה שהתקן מתיר לה. עובד שפוטר וידע על זה רצה להתנגדם ופוצץ את הסיפור הזה ומישהו תבע תביעה ייצוגית על כך. היה מאוד קשה לקבוע מה היה ראש הנזק, אף אחד לא היה חולה בנקודת הזמן הזו, אין נזק גופני, ראש הנזק שנבחר הוא עוגמת נפש, במקרה הזה נוכל לטעון שכשאתה קונה מוצר אני בודק את הרכיבים ואני בודק במוצר, אולי גם את הרגשת הגועל שאנשים הרגישו כששתו את המשקה. איך ממירים את עוגמת הנפש לסכום? זה גם שונה מאדם לאדם, הנטל להוכיח את עוגמת הנפש הוא על התובע. המחוקק אומר לבית המשפט שהוא יאמוד את הנזק לפי שיקול דעתך (נקרא אומדנה), בית המשפט אומר שיש קושי לאמוד את הסכום, אז הוא אמר שאכן הוכח שהיה מצג שווא וחרגו מהתקן, אבל מבחינת כימות הנזק בית המשפט המחוזי פסק 50 מיליון ש"ח תנובה ערערה ובית המשפט העליון קבע פיצוי בסך 39 מיליון ש"ח. – מדובר בקושי ראשון איך לקבוע את הפיצוי ולאמוד אותו- שיקול דעת רחב לבית המשפט. הקושי השני, איך אני מאתר את האנשים? כמה אתן לכל אחד? בלתי אפשרי להגיע לכל האנשים, הרי שאף אחד לא שומר את הקבלה מהסופר שלו, אז מה עושים? בית המשפט אמר שבגלל שאין אפשרות להחזיר לאותם אנשים שרכשו את הכסף ולכן בית המשפט מוצא פיתרון יצירתי שכל הציבור נהנה ממנו – חלק מהפיצוי ילך להורדת מחירי מוצרי החלב לתקופה מסוימת, חלק מהכסף תנובה תרמה לעמותות וחלק מהכסף הלך לקרנות מחקר (בדר"כ המחקר עוסק באותו ענף של התביעה – במקרה הזה, המחקר עסק בתזונה נכונה).

### הנציג של התביעה הייצוגית :

המחוקק אומר שבנציג צריך לטפל באופן אישי ולתגמל אותך במשהו שהאחרים לא קיבלו. **נושא הוצאות:** ההוצאות יכולות להיות מאוד גבוהות (אגרות), עד לפני חצי שנה לא הייתה אגרה- ניתן היה להגיש תביעות בחינם ואז הייתה הצפה של בתי המשפט, משרד המשפטים החליט לחייב אגרה, לא גבוהה יחסית. לבית משפט שלום 8,000 ש"ח, למחוזי 16,000 ש"ח - סכומי האגרות קבועות. ברגע שאנשים צריכים לשלם הם חושבים פעמיים בנוגע להגשת תביעה סתמית. בתביעות ייצוגיות הנציג לא צריך לשלם שכר טרחה של עו"ד, בנוגע לחוות דעת שהנציג צריך להביא יש קרן ומימון של החוות דעת – אם ניצחת בתביעה יש החזר כספי.

**הגמול האישי למייצג:** סכום שבית המשפט פוסק אותו בנפרד מהפיצוי הכולל. (נניח הפיצוי הכולל 50 מיליון לכולם ובנוסף לזה לנציג מגיע 200 אש"ח שיגבו מהחברה וזה לא יורד מהפיצוי הכולל) – זה התמריץ שמוביל אנשים להגיש תביעות ייצוגיות.

סעיף 22 לחוק התובענות מפרט את כל הקריטריונים שבית המשפט חייב לנמק את הסכום – נניח כמה התביעה הייתה ארוכה ותרמה לציבור. הנמקה היא חשובה אם אני רוצה לערער.

### עורך הדין של התביעה הייצוגית :

את עיקר הכסף מקבל העו"ד, הוא זה שעומל כ"כ קשה. הוא לוקח סיכון גדול כי מצד אחד הוא לא מקבל שכר טרחה מהנציג ולכן הוא לוקח סיכון כי אם התביעה תסתיים ללא כסף- הוא לא מקבל כלום, אבל אם התביעה ניצחה בית המשפט פוסק לי עפ"י קריטריונים שונים את שכר הטרחה – והוא ישולם ע"י החברה. העו"ד חי מתוצאת התיק הזה ומפסיקתו של בית המשפט, ביה"מ צריך לקחת בחשבון את הקריטריון שמופיע בשכר הטרחה של עו"ד ולא של הנציג – הפער בין מה שעורך הדין כתב את הסכום בתביעה בעת ההגשה לבין הסכום שהתקבל בפועל. ככל שהפער יהיה גדול שכר

הטרחת יהיה נמוך יותר כי עו"ד ניסה לתחמן או אולי התרשל. בעקבות השינוי הזה, התחילו לשים לב סכומי התביעה ירדו פלאים.

רוב התיקים נגמרים בהסדרי פשרה, אף אחד לא רוצה לקחת את הסיכון ולמשוך את זה עד הסוף. הבעיה היא שהחברה יכולה לבוא לנציג ולעו"ד – החברה יכולה להציע להם כסף גבוה וסכום פיצוי לכולם נמוך יחסית. החוק מחייב שכל הסדר פשרה צריך לעבור בדיקה של בית המשפט והוא צריך לבחון את הסכום שמגיע לכולם – צריך לפרסם את זה ב2 העיתונים וניתן להתנגד להסדר הפשרה – לצאת מהתביעה ולתבוע באופן אישי.

### **תביעות נגזרות :**

פחות מוכרות לציבור הרחב כי הן רלוונטיות רק לתחום החברות, מוסדר בסעיפים 294 – 206 בחוק החברות. מה זה תביעה נגזרת? נניח יש לנו חברה ולחברה יש הסכם עם ספק, נניח שהחברה טוענת שהספק הפר כלפיה הסכם, הפרה יסודית ואנחנו מצפים שהחברה תתבע את הספק. בהנחה שהיא תובעת את הספק מדובר בתביעה אישית – כי היא מתנהלת בין החברה לבין הספק. אבל, מה קורה בהקשר שלנו כשאנחנו מדברים על תביעות נגזרות, מסיבה כלשהי החברה לא מקבלת החלטה להגיש תביעה – במילים אחרות, לא מוגשת תביעה למרות שיש עילה להגשת התביעה כי נגרם נזק לחברה. במקרה הזה, אם אנחנו נאפשר למישהו אחר ב' להגיש את התביעה שעילת התביעה שייכת לחברה כנגד הספק – למקרה הזה נקרא תביעה נגזרת. – ב' הוא לא החברה, הוא מישהו חיצוני שמגיש תביעה בשם החברה. ב' גוזר את הזכות שלו מכוח זה שהוא לוקח בשם החברה את התביעה, אם הוא יתבע בשם החברה נניח בסך מיליון ₪ - והתביעה תזכה – הכסף ילך לחברה. לפני שנבדוק מי הוא ב', נראה למה המחוקק יצר את התביעה הנגזרת – בדוגמא שנתנו מעלה אי אפשר להבין זאת במדויק. **דוגמא לתביעות נגזרות :**

נניח שיש ראיות נגד בעל השליטה בחברה (נניח הוא מושך לעצמו שיקים), נגרם לחברה נזק – אבל החברה משום מה לא מקבלת החלטה להגיש תביעה, למה? מי שאמור לקבל את ההחלטה אם להגיש תביעה הוא הדירקטוריון (אלא אם נקבע אחרת בתקנון) – מי הם בדרך כלל הדירקטוריון? אנשים שקרובים לבעל השליטה, בני זוג שלהם, משפחה – אם הם יגישו תביעה נגד מישהו קרוב אליהם הם נמצאים במצב של ניגוד עניינים, מדובר בשיקולים זרים, לכן המחוקק רוצה שתוגש תביעה מן המתבונן מהצד.

דוגמא נוספת שממחישה מדוע המציאו את התביעה הנגזרת: נניח אחד מהדירקטורים סרח, הדירקטורים צריכים להתכנס ולקבל החלטה לתבוע אותו – אבל הם לא עושים זאת כי הם בחברות, החשש הוא שההחלטה לא לתבוע נובעת משיקולים זרים.

אלא שתי דוגמאות שמבהירות לנו את הסיבה למדוע המחוקק אמר שיש צורך בתביעה נגזרת. מי הוא הב' ? למעט חריג אחד, המחוקק אומר שב' הוא או בעל מניות כלשהו (נגיד בחברה בורסאית לצד בעל השליטה נמצאים המיעוט, הציבור) – למה לבעל מניות יש תמריץ להגיש תביעה? כי אם מישהו גונב מהחברה, הוא גונב מהרווחים של החברה – ובכך בעצם גונב ממך, ב' יכול להיות גם דירקטור, אנחנו לא בונים על הדירקטורים הפנימיים, אנחנו בונים על הדחצי"ם – בהרכב של הדירקטוריון הם בהרכב של מיעוט – בעל השליטה לא יכול להפחיד דחצי"ם – הם בלתי תלויים. בחברה פרטית לא יהיה דחצי"ם אבל נבנה על בעלי המניות שיגישו את התביעה (בחברת אג"ח). המחוקק מבהיר איך מתנהלת תביעה נגזרת – יש 2 שלבים נפרדים של ניהול התביעה :

**השלב הראשון** נקרא שלב האישור של לנהל תביעה בדרך של תביעה נגזרת, (שלב ההכשרה) – אם נעבור בשלום את השלב הראשון **השלב השני** יהיה השלב של ניהול התביעה – הצדדים הם התובע הנגזר נ' בעל השליטה.

### **שלב ראשון :**

בית המשפט בודק כמה דברים, חלק מהם נוגעים להאם מתאים לנהל תביעה, האם אני מתאים להיות התובע הנגזר.

הוא בודק האם אני מיציתי (אני זה המבקש להיות התובע הנגזר) את הפניה לחברה, אני לא רוצה ליצור מצב של עומס על בתי משפט. אם יש טענה מסוימת שבעל השליטה גונב כספים, אתה צריך לברר אולי המידע לא הגיע לחברה, אולי זה מטופל, לכן אומר המחוקק אומר שבית המשפט יבדוק האם אתה מיצית את הפניה לחברה- ליושב ראש הדירקטוריון, ב' צריך לפנות לחברה עם הראיות

שבעל השליטה גונב. יכול להיות שלא יתייחסו למכתב שלי, יכול להיות שיתנו לי תשובה לא מספקת, יכול להיות שיגידו שזה בבדיקה ושיגישו תביעה אישית – כדי שלא יהיה התמזמזות עם הזמן, המחוקק דייק – אם פנית לחברה והיא לא הגיבה בכלל תמתין 45 יום, אם קיבלתי תשובה שלא מניחה את דעתי זה גם בסדר, אם החברה השיבה שהיא תגיש את התביעה בעצמה אומר המחוקק שיש לחכות 75 יום, נניח שלא הגישו את התביעה אחרי 75 יום- פונים לבית המשפט. תביעה נגזרת זה למעשה התערבות בניהול החברה, וזה משהו שאנחנו רוצים שיקרה כמה שפחות ולכן המחוקק אומר שצריך לגשת לחברה קודם.

בית המשפט בודק האם ניהול התביעה יעשה במסלול המתאים כתביעה נגזרת. יכול להיות שתביעה ייצוגית מתאימה יותר. הרבה פעמים יש דילמה של מה מתאים יותר – איזה סוג תביעה, ייצוגית או נגזרת?

נגיד בעל השליטה גנב מהחברה 10 מיליון ש"ח, החברה נפגעת, גם בעלי המניות נפגעו – כי אם הון החברה נפגע אוטומטית בעלי המניות ירגישו שערך המניה ירד. יכול להיות שהב' שלנו ירוץ להגיש תביעה ייצוגית- פה הדילמה שאנחנו רוצים לחדד, מצד אחד יכול להתאים פה תביעה נגזרת, אבל יש פה גם מקום לתביעה ייצוגית. מה מתאים? צריך להכריע. פס"ד מגן וקשת – ההתלבטות הייתה בין תביעה נגזרת לבין תביעה ייצוגית, בית המשפט אומר שהתביעה המתאימה היא תביעה נגזרת ולא ייצוגית, שניהם נפגעו- אין מחלוקת שגם החברה וגם בעלי המניות נפגעו. תביעה נגזרת מתאימה כי ההכרעה תהייה למי נגרם הנזק הישיר. אנחנו עושים הבחנה בין נזק ישיר לנזק עקיף – **עקרון השרשור**. למה החברה היא הנפגעת הישירה? כי ממנה נגנב 10 מיליון ש"ח, אם התביעה תנצח בעלי המניות יראו אוטומטית את התיקון, כי המניה תחזור לשווי שלה. אם הייתי מאפשר תביעה ייצוגית- בעלי המניות היו מקבלים כסף אבל החברה הייתה בחסר של 10 מיליון ש"ח, זה לא היה מתקן את הנזק הישיר שנגרם לחברה, ולכן התביעה הנכונה היחידה זה תביעה נגזרת – גם הדבר הזה ייבדק בשלב הראשון.

מתי תהיה תביעה ייצוגית? כשבעלי המניות נפגעים באופן ישיר. נניח שחברה מחליטה מראש שהיא מחלקת דיבידנד של 10 מיליון. בעל השליטה הוא בעל 80% מהמניות והציבור הם בעלי 20% במניות. בעל השליטה לקח את כל ה-10 מיליון, מגיע לו בפועל רק 8 מיליון ולציבור מגיע 2 מיליון- אם הוא לקח את כל ה-10 מיליון זה פוגע בבעלי המניות במיעוט – הנזק הישיר נגרם לבעלי המניות ולכן גיש תביעה ייצוגית.

בשלב הראשון בדקנו האם מיצית את הפניה לחברה, בדקנו האם סוג התביעה הנגזרת מתאימה. הדבר הבא שבודקים- האם אני מתאים להיות תובע נגזר-בודקים האם אני בא בתום לב. בודקים מה המניע שלי? חשוב לנו המניע כי אם אני המתחרה של החברה הגשתי את המטרה שלי בעצם ההגשה של התביעה.

יש מקרה חריג אחד שבו אנחנו מאפשרים לעוד שחקן להגיש תביעה נגזרת (2 השחקנים העיקריים הם בעלי מניות או דירקטור), המקרה החריג הוא בס' 204 – נושה. למה במקרה אחד גם הנושה יכול להגיש תביעה נגזרת? במקרה של חלוקת דיבידנד אומר המחוקק שגם הנושים יכולים להגיש תביעה נגזרת. במקרה של חלוקה אסורה של דיבידנדים המחוקק לא סומך על הדירקטורים כי הרי הם אלה שקיבלו את ההחלטה לבצע את החלוקה. במילים אחרות, באירוע של חלוקה אסורה, מכיוון שגם הפעם בעלי המניות והדירקטורים הם בניגוד עניינים והם אמורים לתבוע את עצמם- הגורם הנוסף שנפגע ואפשר לסמוך עליו שיתבע הם הנושים.

### **עסקאות בעלי עניין**

סעיפים 24-268 לחוק החברות.

מהם עסקאות בעלי עניין? עסקאות שיש בהם פוטנציאל לניגוד עניינים/ניגוד אינטרסים.

לדוגמא – אני מנכ"ל בחברה שבעיקרון ביום יום אני מוסמך לחתום על עסקאות בשם החברה, נניח אני רוצה למכור את המכונת שלי לחברה, הבעיה היא שיש לי אינטרס אישי, אני אחשוב על טובתי מאשר על טובת החברה. דוגמא נוספת – אני רוצה להכניס לחברה את בן דוד שלי, יכול להיות שאתעלם מזה שהוא לא מקצועי, יש לי אינטרס אישי להכניס אותו לחברה.

המחוקק יכל לפתור את הבעיה בקלות בכך שהיה אומר לנו שאסור שיהיה עסקאות בעלי עניין בחברה, הפתרון נראה פשוט אבל בכל זאת המחוקק לא בחר לעשות זאת כי לפעמים יכול להיות שבכל זאת מדובר בעסקה טובה לחברה, במקרה נגיד שמדובר במכונת שלי- אבל זו המכונת שהחברה זקוקה לה. הפתרון הפשוט יכול לפספס על הדרך עסקאות שיכולות להיות טובות.

המחוקק אומר שהוא לא יבחר בפתרון הפשוט אבל לא יעיל, אלא הוא אומר איך צריך לאשר עסקאות בעלי עניין, ההסדר הוא הסדר קוגנטי (שלא ניתן להתנות עליו) שכאשר אנחנו נפענח עסקה שהיא בעלת עניין אז המחוקק יכול להיות שהאישור צריך לעבור דרך אדם נוסף שיהיה אובייקטיבי, ואם העסקה תעבור את האישורים המיוחדים שהחוק קובע רק אז היא מאושרת. אם היא לא עוברת את המבחנים סביר להניח שהעסקה לא טובה לחברה.

העוגן, הסעיף המרכזי שאתו מתחילים לעבוד הוא סעיף 270 – הוא מפרט לנו רשימה מאוד מפורשת של מה הם בעיני החוק עסקאות בעלי עניין ולאחר מכן נראה איך צריך לעבור כל עסקה כי האישורים שונים.

קודם כל נאתר מהם עסקאות בעלי עניין, המסר הוא שאם מזהים עסקה שיכולה להיות עסקה בעלת עניין ישר הולכים לסעיף 270 לחפש אותו.

### דוגמאות לעסקאות בעלי עניין בסעיף 270 :

1. עסקה, חברה, נושאי משרה, אדם אחר, עניין אישי – המחוקק אומר שעסקה חשודה ראשונה היא עסקה בין חברה (כל סוג של חברה, פרטית או ציבורית) לבין נושאי משרה, או גם אם העסקה היא בין אדם אחר לנושאי המשרה יש עניין אישי בעסקה. האדם האחר יכול להיות קרוב משפחה של המנכ"ל. לכן המחוקק מרחיב את הקטגוריה הראשונה לעניין "אדם אחר" – קרוב משפחה, חבר קרוב, חברה אחרת שבשליטתי.
2. התקשרות (חוזה) בין חברה לבין נושאי משרה למעט דירקטורים בנוגע לתנאי כהונה והעסקה שלהם בחברה – תתארו שאני מנכ"ל וביום יום הסמכות שלי היא לקבוע שכר ולשנות שכר תתארו שאני אמור להחליט על עצמי ברור שיש ניגוד עניינים. מישהו אובייקטיבי צריך לבדוק את זה.
3. התקשרות (חוזה) בין חברה לבין דירקטורים בנוגע לתנאי כהונה והעסקה – האישורים שונים (יוסבר בהמשך).
4. עסקה חריגה (סוג מסוים של עסקה, אם אתם מזהים עסקה שתקיים את כל התנאים של 4 אבל היא לא חריגה אז 4 ייפול כי אני חייב להראות שזו עסקה חריגה) בין חברה ציבורית לבין בעל שליטה או אדם אחר שלבעל השליטה יש עניין אישי / התקשרות בין החברה הציבורית לבין בעל השליטה או קרוב שלו בנוגע לתנאי כהונה והעסקה – בתנאי זה אם אני מזהה עסקה חריגה בין חברה ציבורית לבעל שליטה או קרוב שלו ובין אם אני מזהה התקשרות בין חברה ציבורית לבעל שליטה או קרוב שלו לגבי העסקה בחברה או שיפור תנאים בחברה המחוקק אומר שזו נורה אדומה והוא מחליט על דרך לאשר.
- 4(א) עסקה חריגה (סוג מסוים של עסקה, אם אתם מזהים עסקה שתקיים את כל התנאים של 4 אבל היא לא חריגה אז 4 ייפול כי אני חייב להראות שזו עסקה חריגה) בין חברה אג"ח פרטית לבין בעל שליטה או אדם אחר שלבעל השליטה יש עניין אישי / התקשרות בין חברה האג"ח פרטית לבין בעל השליטה או קרוב שלו בנוגע לתנאי כהונה והעסקה.

### אנחנו עושים הבחנה בין 3 סוגי חברות לפי סעיף 1 לחוק החברות :

חברה ציבורית – חברה בורסאית, פנתה לציבור אבל הנפיקה לו מניות בלבד.  
חברה אג"ח פרטית – החברה פנתה לציבור, אבל הנפיקה לו אגרות חוב, היא גייסה הלוואה ולא הנפיקה מניות. זה נקרא פרטי בהקשר של המניות – לציבור אין מניה בחברה, יש לה אג"ח.  
חברה פרטית – לפי ס' 1 לחוק, פרטית כשמה היא.  
יש 3 אופציות להגדרת עסקה חריגה לפי ס' 1 לחוק – מספיק שתקיים אחת מההגדרות לעניין זה :

1. עסקה שאיננה במהלך העסקים הרגיל של החברה – נניח שחברה מוכרת מכוניות ופתאום היא מוכרת לך בית.
2. עסקה שאיננה בתנאי שוק – לדוגמה מחיר, נגיד אני רוצה למכור את המכונית שלי במחיר כפול ואני בעל שליטה בחברה, אתה מנצל את הכוח שלך כדי לשאוב מהחברה תשלום כפול.
3. עסקה חריגה זו עסקה שעלולה להשפיע מהותית על רווחי החברה (מן הסתם לפגוע בהם) או על התחייבויות החברה (אולי יאלץ את החברה לקחת הלוואה כדי לממן את העסקה) או לפגוע בשווי הנכסים של החברה (אולי השווי ירד) – כל אחד מאלה ישפיע על החברה.

\*\* למה המחוקק לא מתערב בחברה פרטית? כי כספי הציבור לא מעורבים. בחברה ציבורית/אג"ח פרטית הציבור יכול להיפגע מכך.

מיהו בעל שליטה? מי שיש לו מעל 50% מניות בעלות זכות הצבעה. המחוקק אומר שלעניין של בעל שליטה בפרק של עסקאות בעלי עניין בלבד המחוקק מרחיב את ההגדרה של בעל שליטה - גם מי שיחזיק 25% או יותר מזכויות ההצבעה יחשב בעל שליטה בתנאי שאין בו זמנית מישהו אחר שמחזיק מעל 50% מניות הצבעה. אם לי 25% מניות הצבעה ולמישהו יש 40% מניות הצבעה - יש לי 2 בעלי שליטה.

### איך צריך לאשר כל אופציה?

1. הפתרונות נמצאים בסעיף 271-עסקה לא חריגה - דירקטוריון = מה שקבעתם בתקנון. וחלק מ-272 מדבר על עסקה חריגה - 2 אישורים מצטברים, ועדת ביקורת + דירקטוריון - שני אישורים מצטברים.

ועדת ביקורת וגם ועדת תגמול אלו 2 ועדות שיש חובה למנותן רק בחברות ציבוריות ואג"ח פרטיות, הם מורכבות מדירקטורים חיצוניים + דחצים בלתי תלויים - בא להגן על הציבור. למה בעסקאות חריגה צריך את האישור של ועדת הביקורת לפני הדירקטוריון - כי הוא סומך על ועדת הביקורת כדי שתבדוק את זה לעומק. אם אין את שני האישורים המצטברים - לא אושר העסקה החריגה. בחברה פרטית אין חובה למנות את הוועדה הזו, אבל חברה פרטית נכנסת ל-1 - אז מי צריך לאשר? אם אין חובה ולא מינו אז נשארים עם הדירקטוריון, אבל אם העסקה היא לגבי דירקטור נדרש אישור של האסיפה הכללית.

**מה זה ועדת ביקורת?** זו ועדת דירקטורים שיש חובה למנותה בשני סוגי חברות: ציבורית ואג"ח פרטית מה זה ועדת ביקורת? זה ועדה שכל הדירקטורים החיצוניים צריך להיות חברים בה ויש בה רוב לדירקטורים החיצוניים והבלתי תלויים כלומר זה דירקטורים שלא מפחדים מבעל השליטה והמטרה שלהם היא להגן על הציבור אי אפשר לפטר אותם והשכר שלהם לא תלוי בבעל השליטה ואני המחוקק מצפה ממכם שאתם רואים עסקה אתם רואים רק את טובת החברה כלומר המחוקק סומך עליה על ועדת הביקורת זה שומר סף טוב! ולכן גם שמו את ועדת הביקורת ראשונה כי הדירקטוריון הוא כבר יותר נגוע. לאחר שעברנו את ועדת הביקורת נעבור לאישור הדירקטוריון. בחברה פרטית אין חובה למנות ועדת ביקורת ולכן אומר המחוקק כי אם העסקה היא עסקה חריגה בחברה פרטית נטו ולא אגח פרטית ולא כן לא ניתקל שם בוועדת ביקורת נסתפק באישור של הדירקטוריון בלבד בחברה פרטית נטו!! - הכסף של הציבור לא נמצא בחברה פרטית ועל כן זה כסף שלך תעשה איתו כרצונך. הפרק הזה פחות מדבר על חברה פרטית עיקר ההגנה פה זה על הכסף של הציבור.

עסקאות בעלי עניין זה אותן עסקאות חשודות שיש להן פוטנציאל לניגוד עניינים שהמחוקק בה ואומר אני לא אפסול אותן אבל יש לנו הגבלות מיוחדות. נכניס את אותה עסקה לס' 270 - הכנו רשימה של העסקאות הנוגדות שמהחוק אומר אם זיהית שאתה נכנס לאחת מהן צריך לאשר אותה בצורה ממש מיוחדת.

**סעיף 270(1) -** בין החברה לבין נושא משרה בחברה או בין החברה לבין אדם אחר שלנושא המשרה יש עניין אישי בה אומר המחוקק אם זיהינו את הסיטואציה הזאת בסעיף 271, 272 המחוקק אומר איך צריך לאשר אותה - ועדת ביקורת + אישור דירקטוריון בחברה פרטית אין ועד ביקורת אז נסתפק באישור דירקטוריון.

270 (2) - תנאי כהונה והעסקה של נושאי משרה בחברה למעט דירקטורים, נושא משרה יש הגדרה בסעיף 1 לחוק ההגדרה כוללת דירקטורים מנכלים וכו', ולכן המחוקק ממעט את הדירקטורים ולכן מי שנשאר לנו זה בגדול מנכלים וסמנכ"לים. אלה נושאי המשרה המהותיים - נניח המנכל רוצה להעלות את שכרו ב-10%. יש פה פוטנציאל לניגוד עניינים באו נראה אם מגיע לך את העלה הזאת אם כן תקבל אם לא אז לא אבל בטח שלא אתה תחליט על כך.

272 יש את מנגנון האישור - ועדת תגמול - יש לנו בחברות ציבוריות ואגח פרטיות יש חובה למנות שתי ועדות אחת זה ועדת הביקורת והשנייה זה ועדת תגמול שהיא רובה ככולה מורכבת מהדחצים ודירקטורים הבלתי תלויים כלומר זו ועדה עצמאית שלא תלויה באף אחד, אז למה ב(1) זה ועדת ביקורת ופה זה ועדת תגמול - ועדת תגמול המשימה העיקרית שלה זה להמליץ על שכר של נושאי משרה קבועים לכן הוועדה המומחית שתטפל בעניין של העלאת שכר נפנה לוועדת התגמול, האישור הראשון יהיה דווקא על ידי ועדת התגמול יש לה שני יתרונות חשובים:

1. מורכבת מדירקטורים שהם לא בעלי השליטה.
2. התכלית שלשמה הוקמה היא המלצה על תגמול.

ועל כן מנגנון האישור מורכב מועדת התגמול ומהדירקטוריון, בחברה פרטית מספיק אישור הדירקטוריון כי אין חובה למנות את ועדת תגמול. אבל יש החרגה בחברה ציבורית – אם מדובר בתנאי כהונה והעסקה של המנכ"ל אז המחוקק עוד יותר מחמיר ודורש ועדת תגמול + דירקטוריון + אישור אסיפה כללית ובחברה ציבורית באסיפה הכללית נדרש רוב מקרב בעלי המניות (מנטרלים את בעל המניות) שאין להם עניין אישי בהתקשרות (מנטרלים את אחוזי בעל השליטה ומאחוז זה בודקים את הרוב). המחוקק עושה ב**270(2)** בין סמנכלים לבין המנכ"ל לומר לגבי המנכ"ל צריך את האישור המחמיר ביותר ולמה? המנכ"ל הוא זה שלוחש על אוזנו של בעל השליטה ובעל השליטה מינה את המנכ"ל הדירקטורים יודעים שהם יותר תלויים במנכ"ל מאשר הוא תלוי בהם לכן המחוקק אומר אני רוצה אישור משולש פה לכן יהיה אישור ועדת תגמול + דירקטוריון + א. כללית ואם מדובר בחברה ציבורית אזי שמכנסים את האסיפה הכללית לא מספיק סתם רוב כי אם זה סתם רוב אז בעל השליטה יצביע בעד ויעביר את זה ולכן נדרש רוב מקרב אלה שאין להם עניין אישי בהתקשרות ולכן מכוונים פה לבעלי המניות מקרב הציבור הרחב לומר הם יסתכלו קודם על טובת החברה!!!

**270(3)-** פה נתמקד בדירקטורים כי ב**(2)** החרגנו אותם – ולכן פה אם צריך לאשר תנאי כהונה והעסקה של דירקטורים אזי האישורים הם בהתאם למה שרשום בסעיף 273 אך צריך לאשר העלאת שכר של דירקטור? האישור שנדרש הוא ועדת תגמול + דירקטוריון(סביר להניח שפה הוא יאשר כי הוא מאשר לעצמו ולכן נדרש אישור נוסף) + אסיפה כללית אבל ברוב רגיל אין דרישה לרוב מיוחד(כלומר בהתאם לרוב שנקבע בתקנון ואם לא נקבע אז ברוב רגיל). למה הכניסו את האסיפה הכללית? המחוקק אומר פה אני יודע שכל בעלי המניות וגם בעל השליטה ידע שכל העלאת שכר שהוא מאשר לדירקטורים יישאר פחות רווחים פחות דיבידנדים כלומר אם באמת מגיע לדירקטור אני יתן אבל אם בעלי המניות כולם יגיעו למסקנה כי לא מגיע לו אז שלא ימשיך אז אני לא אתן לו אם אני אתן לו זה יבוא על חשבוני.

לכן אומר המחוקק כי הבעיה אם האישור של הדירקטוריון תיפטר לי כשאני יכניס את האסיפה הכללית. כל דירקטור שבא להצביע ואם הסתבר שהוא לא שקל את חובת החברה אלא רק את טובתו האישית יש עוד דרך לטפל בזה!!! כלומר גם הדירקטור שיאשר שלא לטובת החברה אלא משיקולים אישיים יהיה חשוף לתביעות אישיות. פה לגבי חברה פרטית זה אותו דבר – חוץ מעניין ועדת התגמול אם יש אז יש אם אין אז ממשיכים בשרשרת האישורים.

**270(4)-** בתקשורת בעיקר נחשפים לזה, נחלק את זה לשניים: אם אתה מזהה עסקה חריגה בין חברה צבורית בלבד לבין בעל השליטה בלבד (אלא גם אדם אחר שיש לו לבעל השליטה עניין אישי) אז יש לנו פה גם תנאי העסקה וכהונה או של בעל השליטה או של קרוב של בעל השליטה – עסקה חריגה מוגדרת בסעיף 1 לחוק היא אחת משלוש האופציות הבאות:

1. עסקה שאיננה במהלך העסקים הרגיל זה לא התחום שהחברה מתמחה בה.
2. עסקה שאיננה בתנאי שוק – במחיר שוק בעל השליטה רוצה למכור מכוני משומשת במחיר כפול ממחיר השוק.
3. פעולה שעשויה להשפיע באופן מהותי על הרווחים של החברה היקף התחייבויות החברה או שווי הנכסים שלה.

כלומר זה עסקאות שעלולות לזעזע את החברה אז בה המחוקק ואומר אני עוד יותר מחמיר – פה המחוקק מדבר רק על עסקאות חריגות כלומר אני לא רוצה להתערב יותר מידי אלא רק בעסקה חריגה אז תמיד המחוקק בא ואומר אני צריך לדאוג למיעוט ולחלשים מצד שני אם אני יותר מידי אדאג לא יהיה למיעוט גם כלום כי בעל השליטה לא ירצה את החברה יסגור את העסק וזהו. בואו נראה עד כמה המחוקק מחמיר פה? ב**270(4)** הוא מפנה אותנו ל**275 רישא-** והאישורים שצריך הם: ועדת ביקורת \ תגמול – מכיוון שפה יש לנו שתי אופציות או עסקאות חריגות או תנאי העסקה אז אומר המחוקק האישור הראשון זה או ועדת הביקורת או ועדת התגמול בתלות מה יתרת כלומר אם היתרת תנאי העסקה וכהונה

אז נלך לוועדת התגמול ואם התרת עסקה חריגה אז נלך לוועדה הביקורת אישור שני הוא של הדירקטוריון והאישור השלישי הוא של האסיפה הכללית ופה זה יהיה רוב מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי בעסקה החריגה(לא בעלי שליטה, אין להם עסקים עם בעל השליטה וכ"ו ואם רוב מביניהם הצביע בעד אז נחה דעתו של המחוקק כי כנראה שהם שוקלים באמת את טובת החברה). **270(4)** נדרש שזו תהיה חברה ציבורית בלבד המחוקק לא מתייחס לחברה הפרטית!!

**270(4א)-** זה בדיוק כמו 4 אבל בכל מקום שכתוב חברה ציבורית אנחנו כותבים אג"ח פרטית, החברה הפעם הנפיקה לציבור אגרות חוב לכן במובן של מניות היא פרטית ובמובן של אג"ח המחוקק מכניס אותה למניות החריגות (פה החברה לא הנפיקה מניות לציבור ועל כן היא פרטית אבל היא הנפיקה אגח לציבור ולכן היא נקראת אגח פרטית!!!), ברגע שיש מצב כזה פונים לס' 275 סיפא – אישורים: ועדת ביקורת/תגמול (צריך לזהות במה מדובר כמו ב4א) + אישור דירקטוריון ורק אם מדובר בתנאי כהונה והעסקה אז פונים לאסיפה הכללית!!! פה אי אפשר לומר שזה יהיה מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי כי לכולם יש עניין אישי כי אין פה מניות לציבור אז כל מי שהוא בעל מניה הוא בעל עניין אישי ואין פה ציבור!!!!

איך אני יודע למי יש עניין אישי או לא? כאשר אני מגיע לאסיפה אני צריך למלא טופס הצהרה ובו אני מצהיר האם שי לי עניין אישי או אין לי עניין אישי אבל המחוקק מתייחס גם לנושא של מצג שווא, הונאה אם הצהרתי שקר אני חשוף לתביעה החברה יכולה לתבוע אותי אגב אם זה נושא משרה שלא הצהיר אמת אז אומר המחוקק זה הפרת חובת אמון שזה הכי חמור אפשר לפטר אותו לתבוע אותו!! לעומת זה אם בעל מניות לא הצהיר אמת אז הוא מפר את החובה שלו כבעל מניות זה או חובת תום לב או חובת הגינות וגם אז הוא חשוף לתביעה כספית על הנזק שנגרם לחברה. מה קורה אם בכל זאת עסקה מהעסקאות שעברנו עליהן כאן אבל לא בדרך שהמחוקק התווה? יש פה שתי אופציות:

1. **ס' 280-** אומר המחוקק כי אם מדובר באמת בעסקה או התקשרות שהצדדים לה זה מצד אחד החברה ומצד שני נושאי המשרה או בעל השליטה כלומר כאן הייתה עסקה ישירה בין החברה לבין המנכל או בין החברה לבין בעל השליטה או היה מדובר בתנאי כהונה של המנכל או הסמנכל"ל או של בעל השליטה כלומר לא אדם אחר שיש להם עניין אישי איתו אומר המחוקק כי זה הכי חמור הם יודעים שהם נושאי משרה, בעל השליטה ובכל זאת העבירו אותה שלא במסגרת המחוקק קבע ולכן המחוקק אומר עסקה כזאת כאילו לא הייתה!!!
2. **ס' 281-** עסקה \ התקשרות בין החברה אבל הפעם מול צד ג' – צד ג' זה אותו אדם אחר כמו ב(1) וב(4) הייתה לנו עסקה לבין נושאי המשרה או בין החברה לבין אדם אחר שיש לנושאי המשרה עניין אישי איתו כלומר יש לו עניין אישי אבל לא הוא חתום הפעם על ההתקשרות אלא האדם האחר. נניח קרוב משפחה של בעלה השליטה. אז כאן התמונה היא קצת שונה כי אומר המחוקק כי לא בהכרח דבק פגם בצד ג' ולכן המחוקק אומר שההתקשרות לא בטלה אוטומטית אלא ניתן לבטל אותה או אגב אפשר להשאיר את העסקה או החוזה על קינו אבל לתבוע מצד ג' פיצויים בהתקיים שני התנאים הבאים(מצטברים):

א. צד ג' ידע על העניין האישי כלומר נניח ידעתי שהמנכל הוא קרוב משפחה שלי.  
 ב. אותו צד ג' ידע או היה עליו לדעת כלומר פה אני דורש או ידיעה בפועל או ידיעה בכוח על היעדר האישור המתאים כלומר שלא התקבלו האישורים המתאימים המחוקק פה רוצה להיות זהיר מול צדדים שלישיים.

גם אם 281 לא מתקיים עדיין לחברה יש את נושאי המשרה שאותם אפשר לתבוע הם הפרו את חובת האמון אולי. מול צד ג' אני יאפשר לך לבטל את העסקה או לתבוע פיצויים אבל פה צריך להיות יותר זהיר אגב המחוקק מסייע לצד ג', נניח שצד ג' יודע שמדובר במנכל שהוא קרוב משפחה שלו אומר המחוקק לאותו צד ג' אם אתה תפנה לפני החתימה לחברה וליתר דיוק לדירקטוריון ותבקש מהדירקטוריון שיתן לך אישור שההתקשרות אושרה בהתאם לתנאים הדרושים וקיבלת אישור כזה אי אפשר יהיה לטעון כלפיך שלא ידעת שלא התקבלו האישורים המתאימים. במידה והונפק לו אישור כזה הוא מגן על עצמו ואל יהיה ניתן לפנות אליו בטענות!!!! אם יש לכן טענות תפנו לנושאי המשרה איתי אין לכם שום דין ודברים.

\*\*\*חשוב לציין כי האישור הוא נגרר אם הועדה ביקורת/תגמול לא מאשרת אין סיבה לעבור לדירקטוריון!!!! (זה נכון ל2+1).  
 לקרוא לשיעור הבא 292-293

**חובות בעלי מניות – סעיפים 191-193**

**סעיף 192 – חובת תום לב**, חל על כל בעלי המניות בחברה. כלפי מי חלה החובה? כלפי החברה וכלפי בעלי מניות אחרים. מתי זה יבוא לידי ביטוי? כלומר מה המשמעות? זה יבוא לידי ביטוי כשאגיע לאסיפה הכללית, ונגיד לוקח חלק בהצבעות. בעל המניה הוא צד לחוזה בעת החזקת המניות ולכן אפשר לגזור את חובת תום הלב מכוח התקנון. התרומה העיקרית של הסעיף שהוא מפרט לנו 4 סוגי הצבעות (או החלטות) שבהם צריך להקפיד הקפדה יתרה על חובת תום הלב: ( לא רשימה סגורה)

א. שינוי תקנון (57'ס)

ב. מיזוג

ג. אישור עסקאות בעלי עניין

ד. הגדלת ההון הרשום – סמכות האסיפה הכללית ( החלטה על כמה מניות יהיו לחברה ).

אם הפרתי את חובת תום הלב אני חשוף לתביעה מכוח חוק החוזים תרופות כאשר הסעד העיקרי יהיה פיצויים.

**סעיף 193 – חובת הגינות**, חל על בעלי שליטה- אם אני מחזיק מעל מחצית מזכויות ההצבעה קיימת חזקה שאני בעל שליטה בחברה, חל על מי שאופן ההצבעה שלו מכריע, חל על מי שמכוח התקנון יש לו זכות יתר. (בעלי כוח הכרעה) חובת ההגינות היא חובה יותר מחמירה מחובת תום הלב, כשמנסים ללכת לחוק ולראות מהי החובה ומה המשמעות שלה – מגלים שאין הגדרה, במקרים כאלה הולכים לפסיקה, פס"ד קוסי – פס"ד חשוב (בעבר היה נקרא חובות אמון בעלי שליטה), השופט ברק נדרש להסביר מתי הפרתי את חובת הגינות, מדובר בבנק מסחרי שנקרא בנק פויכטנגר, היה בו בעל שליטה שקראו לו קוסי, קוסי היה גם דירקטור. קוסי יום אחד מחליט למכור את השליטה, הוא ימכור את המניות שלו – המציע שנותן את ההצעה הטובה ביותר הוא אדם בשם אפשטיין. הבעיה היא שאפשטיין מוכר כלקוח בעייתי של הבנק, הוא פשט רגל ובקיצור הוא אדם שלא כדאי להסתבך איתו כלכלית, הוא נותן את ההצעה הכי יפה וקוסי שואל מאיפה יש לו את הכסף לקנות את המניות, אפשטיין מבקש הלוואה ממנו שבאמצעותה הוא יקנה ממנו את המניות, קוסי אומר שזה רעיון מעולה, והוא מצליח בהיותו נושא משרה בבנק לדאוג שהבנק יאפשר לאפשטיין הלוואה, אפשטיין נותן את כספי הלוואה לקוסי ומקבל את השליטה בבנק.. למחרת היום אפשטיין מתחיל לבזבז, תוך 4 חודשים הבנק נופל. הועלו טענות כנגד קוסי, נתמקד בטענה שאמר לקוסי שעצם המכירה של השליטה לאפשטיין הוא הפר את חובת הגינות. קוסי אומר שהוא לא הפר שום חובת הגינות, הוא מכר נכס שלו וכמו כל אחד אחר הוא חשב על טובתו ונתן למציע הגבוה ביותר, אומרים שהוא דאג שהמחיר יינתן באמצעות הלוואה שהוא קידם, קוסי אומר שאת הלוואה הוא קידם כדירקטור ולא כבעל מניות. השופט ברק אומר שהמשמעות של חובת הגינות – חובת ההגינות עדיין מאפשרת לך כנקודת מוצא לדאוג לאינטרס האישי שלך, למקסם את התועלת האישית שלך, אבל במקרה הזה בגלל שיש לך כוח גדול אתה צריך לתת משקל גדול לטובת החברה, אומר השופט ברק שמכיוון שפה הייתה לך ידיעה סבירה (מספיקה ידיעה סבירה) מי עומד מולך ואתה בעצמך ידעת שאין לו את היכולת לשלם וידעת או היית צריך להניח את הסיבה שהוא רוצה להיות בעל שליטה בבנק ולכן השופט ברק שבמקרה כזה הטובה האישית שלך נסוגה לטובת הבנק. במילים אחרות, במקרה הזה אסור היה לך למכור את השליטה באפשטיין ובעצם המכירה הפרת את חובת הגינות.

אם כן, ההבדל בין חובת ההגינות לחובת תום הלב – חובת ההגינות היא מחמירה יותר. מה היה קורה אם קוסי היה מחזיק 1% בבנק, ( העובדות אותם עובדות) – עם 1% החובה שיש לו היא תום הלב- גם אם יש לי ידיעה סבירה לגבי מה הוא עומד לעשות מחר כן מותר למכור לו – למה? כי אני יודע להגיד שעם ה-1% הוא לא יוכל לממש את התוכניות הזדוניות שלו ולכן מותר לי להסתכל על טובתי ולא על טובת החברה.

במקרה שנגיד לאותו אדם היה כבר 49% מניות בחברה ואני מוכר לו 1% מניה – המניה הזו משפיעה עליו והוא יהפוך להיות בעל שליטה- אז המכירה תהייה הפרה של חובת תום הלב.

התרופות שניתן לקבל הם התרופות החוזיות.

**סעיף 191 – עילת הקיפוח** – בעל המניות למעשה מבקש לקבל סעד, תרופה.

תום הלב וההגינות היו נורמות שקובעות איך אני צריך להתנהג. 191 הוא סעד- זה שבעל השליטה הפך חובת הגינות פגע בזכות שלי. רלוונטית רק לבעלי מניות שיטענו את הטענה של הקיפוח- רק בעלי מניות יוכלו לפנות לבית המשפט ולטעון לקיפוח. אני כבעל מניות יכול לטעון נגד החברה, בעל שליטה, או נגד נושאי משרה – החלטה שהתקבלה על ידי אחד מאלה, בא בעל מניות וטוען שנגרם לו נזק – המחוקק קורא לזה קיפוח. בפסיקה זה עולה הרבה פעמים במערכת יחסים בין בעלי מניות מיעוט לבעל שליטה. מהו קיפוח? איזה פגיעה נעשתה לי ואיזה סעד אוכל לקבל?

במרבית פסקי הדין טענת הקיפוח נוגעת בדילול. כאשר אנחנו מדברים על דילול של בעלי מניות – מדברים על דילול בשיעור ההחזקה (שהחברה הנפיקה מניות, אני לא קניתי והחלק היחסי שלי בחברה קטן), או דילול בשווי ההחזקה. זה רוב המקרים שבהם בעלי המניות לרוב המיעוט, פונה לבית המשפט וטוען שהוא קופח. המקרה הראשון שבו בא לידי ביטוי ההתייחסות המשפטית – גליקמן נ' ברקאי – מדובר בחברה פרטית, יש 2 בעלי מניות שאחד מהם החזיק ב-75% ומיעוט שהחזיק ב-25% מניות. החברה הזאת משך 12 שנה למרות שהיו והצטברו אצלה המון רווחים לא חילקה דיבידנדים – בתום 12 השנים החברה מחליטה לצאת בהנפקה חדשה ולגייס עוד הון עצמי, היא פועלת בהגינות ופונה לבעלי המניות הקיימים (לכולם) ומציעה להם לקנות קודם את המניות לפי החלק היחסי שלהם, היא גם מציעה להם את המניה במחיר יותר זול. על פניו מדובר בהצעה הוגנת, אבל בעל השליטה של 75% מממש את ההצעה, המיעוט לא מעוניין. כתוצאה מזה המיעוט דולל. המיעוט למחרת מגישה תביעה ואומר שקיפחו אותו ונשען על סעיף 191. בית המשפט לא מבין למה הוא טוען לקיפוח- כי הוא בעצמו אמר שהוא לא מעוניין בהצעה שהציעו לו, אם כך מה הקיפוח? המיעוט מסביר שהחברה היא חברה פרטית ש-12 שנה לא מחלקת דיבידנדים, הם השקיעו הרבה כסף בחברה ו-12 שנה לא קיבלתי אגורה, לא מספיק שלא קיבלתי דיבידנד הם גם רוצים לחייב אותי להשקיע עוד בחברה, בחברה פרטית הטענה היא הרבה יותר חזקה כי אין לי אפשרות למכור את המניות בבורסה, מי ירצה לקנות חברה שלא מחלקים בה דיבידנד? אז למה בעלי השליטה קונים? הרי הם לא מעוניינים לחלק דיבידנדים, מצד שני אם יחלקו הם יהיו הנהנים העיקריים. בעלי השליטה לא רוצים לחלק למיעוט 25%, הם רוצים הכל לעצמם, הם לוקחים את הכל בדרך של משכורות. בעל שליטה עובד בחברה, הוא עושה עסקאות בחברה – ולכן בעלי השליטה למעשה ידעו שהמיעוט לא יקנו את המניות וכך למעשה ניצלו את המומנט לקנות מניות במחיר נמוך. בית המשפט אומר שיש קיפוח.

המבחן שבית המשפט מביא: מתי יהיה קיפוח? לפי מבחן "הסיבה המכרעת" – איך אני אדע מתי הנפקה היא בגדר קיפוח או לא – מה הייתה הסיבה העיקרית להנפקה. האם באמת החברה הייתה לגייס הון או עיקר ההנפקה הייתה לדחוק את המיעוט הצידה. במקרה הזה ברור שהם רצו לדחוק את המיעוט הצידה ולכן זה קיפוח.

מה הסעד? פיצוי, ביטול.

191 נותן שיקול דעת מאוד רחב בנוגע להענקת הסעדים לבית המשפט, זה יתרון, במקרה הזה היה ניתן לבטל את ההנפקה המדללת – להחזיר את המצב לקדמותו, היה אפשר לדאוג שהם יקבלו את ההפרש בין המחיר כרגע לבין המחיר לפני הדילול או הפרדת כוחות בגלל חוסר אמון- בית המשפט יכול לכפות על החברה או על בעל השליטה בחברה לקנות את המיעוט החוצה במחיר לפני הדילול.

הוראה תקנונית שאפשר לרשום – לאפשר למיעוט למנות דירקטור מטעמם.