

הסדר תיחום פעילות וניצול הזדמנות עסקית של נושא משרה ועוד



לקוחות יקרים,

בפסק דין תקדימי קובעת כב' השופטת רונן כי נושאי משרה אינם רשאים לעסוק בפעילות המשיקה לפעילות החברה, אלא אם החברה אישרה הסדר של תיחום פעילות אשר קובע במפורש מהם תחומי הפעילות של החברה. לאור האמור מוצע כי בחברות, אשר נושאי משרה בהן מבצעים גם פעילות עסקית עצמאית, יתקיים דיון בנושא וישקלו משמעות פסק הדין. נשמח לסייע בעניין, וזאת גם בהתייחס לפסק דין ומאמר של כב' השופט כבוב שפורסמו לאחרונה, כמפורט בהמשך המזכר.

בנוסף עוסק המזכר בהצעה שגיבשה רשות ניירות ערך להרחבת תזכיר חוק ייעול אסדרה בניירות ערך. ניתן להעיר על ההצעה עד ליום 20 בפברואר 2022, נשמח לסייע בעניין.

חזקי נ' קבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ ("החברה") ואח' – ניצול הזדמנות עסקית

המבקש הגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת כנגד האחים חג'ג', שהינם בעלי שליטה ודירקטורים בחברה, וכנגד דירקטורים נוספים (להלן: "המשיבים") בטענה כי האחים חג'ג' ניצלו שלא כדין הזדמנויות עסקיות של החברה כיוון שעסקו באופן פרטי בהשקעות בנדל"ן מחוץ לישראל ובכך הפרו את חובת האמון שלהם כנושאי משרה כלפי החברה. המשיבים טענו כי ההזדמנויות העסקיות לא היו של החברה כיוון שתחום עיסוקה הוא נדל"ן בישראל.

בית המשפט הכלכלי (כב' השופטת רונן) מציין כי קיימים מבחנים שונים הבוחנים האם הזדמנות העסקית היא "של החברה":

¹ תנ"ג (כלכלית) 57806-05-19 חזקי נ' חג'ג' (נבו) 16.12.2021.

1. **מבחן ההסכמה** - כאשר תחום הפעילות של החברה הוגדר מראש בהסכמה, הסכמה זו תוחמת את ההזדמנויות העסקיות השייכות לחברה, פעולה שהיא פשוטה יותר בחברה פרטית ומורכבת יותר בחברה ציבורית. היא קובעת כי בחברה ציבורית יש לבחון את שאלת ההסכמה בשני מישורים:

א. ההסכמה מהו תחום הפעילות הנוכחי של החברה וזאת בהתאם לדיווחי החברה:

בית המשפט קובע כי ישנם שני מעגלי פעילות:

- **מעגל הליבה של פעילות החברה** - הפעילות הנוכחית והצפויה כפי שהחברה מדווחת אודותיה למשקיעים בתשקיף ובדוחות תקופתיים ומיידים.
- **מעגל הכולל פעילויות משיקות שיש להן זיקה לפעילות הליבה** -

בית המשפט קובע כי כאשר מדובר בנושאי משרה מרכזיים הם חייבים להביא לידיעת החברה גם הזדמנויות עסקיות שאינן בתחום הליבה של פעילות החברה אלא במעגל שני – פעילויות המשיקות לפעילות הליבה - עסקאות בתחום שלחברה יש אינטרס וציפייה לעסוק בו בעתיד.

עוד קובע בית המשפט כי העובדה שלחברה אין משאבים כספיים כדי לנצל הזדמנויות עסקיות מסוימות, היות העסקה לא כדאית עבור החברה או העובדה שלחברה אין מערך מתאים לניצול ההזדמנויות העסקיות אינם שוללים את האפשרות כי ההזדמנויות תיחשב להזדמנויות "של החברה" לעניין הפרת חובת האמון של נושאי המשרה בה.

הזדמנויות עסקיות בתחומים החורגים גם מהמעגל השני- כאלה ללא זיקה וקשר לפעילות הליבה של החברה - אינן שייכות לחברה ונושאי המשרה רשאים לנצלן באופן פרטי.

ב. הסכמה בין החברה לבין נושאי המשרה (שבמקרה דנן הם גם בעלי שליטה בחברה) ל"תיחום פעילות" - ככל שקיימת הסכמה כזו שהתקבלה כדן, היא תוחמת ומגדירה את תחומי העיסוק של החברה בהתייחס להזדמנויות שיש לראותן כהזדמנויות שהן "שלה" במערכת היחסים שלה עם נושאי המשרה. מה שאינו בתחום הפעילות שהוגדר, אינו מהווה הזדמנויות עסקיות של החברה.

בית המשפט קובע כי נדרש אישור משולש להסדרי תיחום הפעילות, בפרט ככל שמדובר בהסדרי תיחום פעילות עם בעלי השליטה בחברה שבכוחם להשפיע על היקף תחום פעילותה של החברה.

בעובדות המקרה הספציפי – הסכמה על תיחום הפעילות נלמדה מכתב ההתחייבות שכלל התחייבות חד צדדית של האחים חגי' לרכז את כל פעילותם בישראל בחברה בלבד. בית המשפט קובע כי ניתן ללמוד מכתב ההתחייבות על הסכמה בין הצדדים ביחס לתיחום הפעילות מכיוון שהחברה דיווחה למשקיעים על כתב ההתחייבות ותיחום הפעילות הנזכר בו ולכן בעלי מניות בחברה היו מודעים לתיחום פעילות בין החברה לבין האחים חגי'.

בית המשפט מתייחס לשני מבחנים נוספים אשר נועדו לבחון האם פעולה של נושא משרה מהווה ניצול הזדמנויות עסקיות של החברה:

2. **מבחן התחרות** - כאשר ניצול ההזדמנויות על-ידי נושא המשרה מביא אותו לתחרות בחברה, בעיקר כשהרווחים שנובעים ממנה הם רווחים שאלמלא הפעילות המתחרה, החברה הייתה עשויה לזכות

בהם, פעילות עסקית תיחשב כפעילות שמתחרה עם עסקי החברה. בית המשפט קובע כי זהו מבחן עזר המסייע בעיקר בהגדרת מעגל הפעילות הראשוני של החברה (שבחברות ציבוריות ניתן להגדירו בהתאם לדיווחים הפומביים שלהן).

3. **המבחן הקנייני** - עסקה שלצורך ניצולה וקידומה נעשה שימוש במשאבים רבים של החברה, היא עסקה המצויה בתחום פעילותה. המשאבים של החברה כוללים נכסים מוחשיים ונכסים לא-מוחשיים כגון מוניטין החברה או ידע שלה, ובין היתר עצם המידע אודות קיומה של ההזדמנות העסקית.

הכרעה:

לא הייתה מניעה שהאחים חגי' ינצלו הזדמנויות עסקיות בחו"ל ובעשותם כן, הם לא הפרו את חובת האמון שלהם כלפי החברה. לאור קיומו של הסדר תיחום פעילות אין צורך לבחון את שאלת גזל ההזדמנות העסקית בהתאם למבחן התחרות והמבחן הקנייני מאחר שקיימת הסכמה מפורשת בהקשר זה.

לפסק הדין לחצו [כאן](#).

נציין כי לאחרונה ניתן פסק דין נוסף בנושא ניצול הזדמנות עסקית על ידי כב' השופט כבוב אשר התייחסנו אליו במזכר קודם² וכן התפרסם מאמר בנושא פרי עטו של השופט כבוב אשר נסקור אותם כאן בקצרה.

שאלתיאל נ' רני צים מרכזי קניות בע"מ

במקרה זה כב' השופט כבוב דחה בקשה לאישור תביעה נגזרת, וקבע כי נושא משרה (שהוא גם בעל השליטה) היה רשאי לנצל באופן פרטי הזדמנות עסקית, אשר צד שלישי הציע לחברה, אך החברה דחתה אותה. במקרה דנן, ההצעה להתקשר בעסקה הובאה לדיון בוועדת הביקורת ובדירקטוריון החברה, ואלו החליטו, לאחר ששקלו מגוון שיקולים, שמדובר בעסקה שאינה תואמת את האסטרטגיה העסקית שלה ולכן אינה חלק מתחום הפעילות שלה, וגם מסכנת את החברה ולכן אינה משרתת את טובתה.

בית המשפט קבע כי לחברה ניתנה סירוב ראשון ביחס להזדמנות עסקית שלה, והיא זכאית לבחור שלא לעשות בה שימוש, כפי שעשתה במקרה זה. **משהחליטה החברה באופן אקטיבי שלא לנצל הזדמנות עסקית וזאת לאחר דיון ושקילה, על בסיס גילוי מלא כשכל המידע הרלוונטי היה מונח בפניה (בשונה ממקרים קודמים שהובאו לבית המשפט), בעל השליטה רשאי לנצל את ההזדמנות העסקית ואין זו עוד הזדמנות עסקית של החברה.**

לפרטים נוספים אודות פסק הדין, ראו מזכרנו בנושא מחודש נובמבר 21 - [כאן](#).

² תני"ג (כלכלית) 31523-06-20 שאלתיאל נ' רני צים מרכזי קניות בע"מ (14.10.2021).

מאמר - נטילת הזדמנות עסקית - ינואר 2022

המאמר שנכתב בידי כב' השופט כבוב מבית המשפט הכלכלי³ דן באופן בו יישמו בתי המשפט בישראל עד היום את דוקטרינת האיסור על נטילת הזדמנות עסקית, תוך הבחנה בין חברה פרטית לחברה ציבורית ועל הרציונלים בהסדרים המשפטיים המקבילים בארה"ב ובבריטניה, וזאת כדי להציע מודל לפיו יוכל בית המשפט בעתיד לבחון את השאלה האם עסקה מסוימת הינה הזדמנות עסקית של החברה. המאמר מנסה לאזן בין שני אינטרסים – הרצון שלא להגביל נושאי משרה מעיסוק בפעילות נוספת, מה שעלול ליצור אפקט מצנן הן בתפקודם השוטף והן באיוש משרות אלו לבין הזכות של תובעים נגזרים פוטנציאליים שלא להפגע מהפרת חובת אמונים של נושאי המשרה. המודל המוצע כולל שני שלבים לבחינה האם נושא המשרה ניצל הזדמנות עסקית של החברה. בשלב ראשון על בית המשפט לבחון האם מדובר בהזדמנות עסקית של החברה. רק אם המסקנה היא חיובית, יש לבחון האם נושא המשרה נטל את ההזדמנות העסקית מן החברה ומשכך הפר את חובות האמון שלו.

המאמר מציע לבחון שלוש חלופות על מנת לקבוע האם הזדמנות עסקית היא אכן של החברה:

- 1. הכובע תחתיו התוודע נושא המשרה להזדמנות העסקית** – המאמר קובע כי לקביעה לפיה כל הזדמנות עסקית שמובאת לנושא המשרה, גם בכובעו כאדם פרטי, שייכת לחברה יהיה אפקט מצנן על רצונו של אדם להיות נושא משרה ולפיכך אין לקבוע זאת. לכלל זה חריג אחד – שכאשר נושא המשרה הוא האמון על איתור הזדמנויות עסקיות של החברה, גם אם ההזדמנות העסקית הובאה לידיעתו תחת כובעו הפרטי, יש לראותה כהזדמנות של החברה.
- 2. אם ניצול ההזדמנות על ידי נושא המשרה כרוך בשימוש אקטיבי ומאסיבי במשאבי החברה**, יש לראותה כהזדמנות של החברה. השימוש יכול להיות הן בנכסים מוחשיים והן בנכסים בלתי מוחשיים, לרבות מידע אודות קיומה של אותה הזדמנות עסקית.
- 3. נבצרות או העדר יכולת מעשית לניצול ההזדמנות על ידי החברה בראי משאביה עשויה להביא למסקנה לפיה ההזדמנות העסקית אינה שייכת לחברה. אולם, זאת רק לאחר שהתקיים דיון בדירקטוריון (אם מי שרוצה לנצל את ההזדמנות הוא בעל השליטה) על בסיס מידע מלא.** עוד קובע בית המשפט כי אם העדר היכולת לממש את ההזדמנות העסקית נובע מזכויות וטו שיש לנושא המשרה, אין בכך כדי לגרוע מסיווגה כהזדמנות עסקית של החברה.

נושא נוסף שנדון במאמר הוא למי שיקול הדעת להחליט האם מדובר בהזדמנות עסקית של החברה – לנושא המשרה או לחברה. המאמר קובע כי אם הזדמנות עסקית מובאת לנושא משרה בכובעו הפרטי, הרי ששיקול הדעת להחליט האם זו הזדמנות עסקית שלו או של החברה ייותר בידיו של נושא המשרה. לעמדת כותבי המאמר, לאור הסיכון שטמון בהטלת אחריות אישית על נושא המשרה בשל ניצול הזדמנות עסקית, ניתן להניח כי במקרים המורכבים נושא המשרה יביא את ההזדמנות לדיון בחברה ובכך ייוצר איזון ראוי. חריג לכך הוא כאשר נושא המשרה הוא גם בעל שליטה, שאז קובע המאמר כי יש להטיל חובות גילוי מוגברות.

³ כב' השופט חאלד כבוב, רעות אברהם – גדליה, אלון לוקסנבורג. פורסם ב- 3 בינואר 2022 באתר ממשל תאגידי של אוניברסיטת תל אביב.

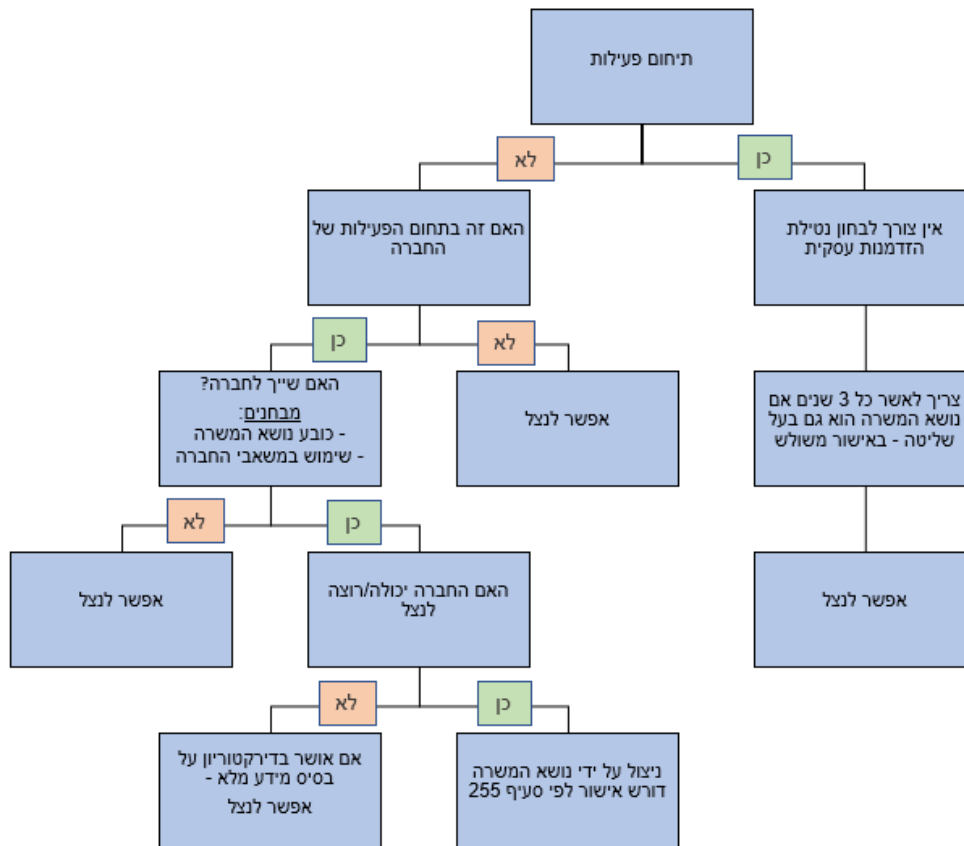
ההחלטה על יכולתה או העדר יכולתה של החברה לממש את ההזדמנויות לעומת זאת, היא החלטה של דירקטוריון החברה ולא של נושא המשרה.

כותבי המאמר מתייחסים גם לפרקטיקה הקיימת של הסדרי תיחום פעילות. הם קובעים כי מדובר באפיק נפרד החורג מהניתוח במאמר, שקיומו מיתר את הצורך לבחון את אומד דעת החברה באשר להזדמנויות העסקיות השייכות לה. גישת המאמר היא כי הסדר תיחום פעילות כפוף לכללים הקבועים בחוק החברות בקשר לאישורים הנדרשים לכריתת הסכם בין החברה לבין נושא המשרה. וכאשר מדובר בבעל שליטה הדין הקיים מחייב, לגישת כותבי המאמר, לחדש את הסכם תיחום הפעילות – אחת לשלוש שנים.

בנושא זה נבקש לציין כי דעתנו שונה. תיחום פעילות קובע את תחום הפעילות של החברה ואת תחום הפעילות המותר לבעל השליטה מחוץ לחברה, בין אם באופן פרטי ובין אם בחברה ציבורית אחרת. פרשנות כמוצעת במאמר מייצרת חוסר וודאות וזאת כיוון שבמקרים רבים החברה הציבורית קמה על בסיס ההסכמה שתחום פעילותה יהיה תחום מסוים והיא מותירה לבעל השליטה לפתח פעילות אחרת במסגרת שונה. הצורך לאשר בחדש כל שלוש שנים את הסדר תיחום הפעילות יאפשר למעשה לבעלי המניות בחברה הציבורית לפגוע בפעילות שפיתח בעל שליטה במסגרת אחרת. ייתכן ואפשר לפתור קושי זה, דרך הסדרים בתקנון בחברה, ששינויים ידרוש רוב מיוחד ולא בדרך של הסדר של תיחום פעילות.

לקריאת המאמר לחצו [כאן](#).

לנוחותכם תרשים זרימה לאופן בחינת עסקה כניצול הזדמנות עסקית בהתאם למאמר:



הצעת חוק - ייעול אסדרה בניירות ערך

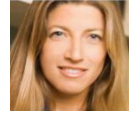
רשות ניירות ערך מבקשת לתקן את החקיקה בתחום ניירות הערך כך שיתאפשר לה לקבוע כללים, ללא צורך באישור הכנסת, בנושאים שנכון להיום דורשים את אישור הכנסת, שכן הם מחייבים תיקון תקנות, כמו לדוגמא הוספת דרישות גילוי בתחומים שונים, סמכויות לפטור ועוד. הרשות מסבירה שתחום ניירות הערך מתאפיין בדינמיות רבה ובדרישות טכניות מקצועיות המצריכות גמישות וקשב להתפתחויות השוק. לנוכח כך ולנוכח המצב בו חולף זמן רב בין המועד בו עולה הצורך בעדכון הוראה ועד התקנתה בפועל, מוצע לאפשר לרשות לקבוע כללים, חלף תיקוני חקיקה. יצויין כי הצעה זו הינה הרחבה של הצעה לתיקון חוק שהתפרסמה בחודש יולי 2020.

ניתן להעיר על ההצעה עד ליום 20 בפברואר 2022. יצויין כי התיקון לחוק יאפשר לרשות לקבוע דרישות נוספות בלא שנקבעו לכך מנגנוני בקרה ולטעמנו נכון היה לקבוע מנגנון כזה. נשמח לסייע בהגשת הערות להצעת החוק.

למעבר להצעה לתיקון לחצו [כאן](#).

מזכר לקוחות זה אינו מהווה יעוץ משפטי ומוגש כשירות לקהל לקוחותינו.
נשמח לסייע ולייעץ בכל שאלה שמתעוררת.

שיראל גוטמן עמירה, שותפה, ראשת מחלקת תאגידים, ניירות ערך ושוק ההון,
shirel@agmon-law.co.il



איריס ציבולסקי-חביליון, יועצת, תאגידים, ניירות ערך ושוק ההון,
irisc@agmon-law.co.il

