

ששש חבורת סוד מוחלט בהחלט - סודיות בוועדות מיוחדות בעסקאות בעלי שליטה / גלעד בר-עמי, עו"ד*

חברה ציבורית, מעוניינת לבצע עסקה עם חברה נוספת, עניין פשוט שבדרך כלל מצריך אישור בדרגי ההנהלה של החברות השונות, אבל מה אם לשתי החברות יש בעל שליטה משותף? בניגוד למצב פשוט של ניגוד עניינים בעסקה המערבת בעל שליטה - מנהלי החברות עשויים למצוא את עצמם, באופן טבעי, פועלים לטובת בעל השליטה שמינה אותם או יכול להשפיע על המשך העסקתם, ולא לטובת החברה ובכך החברה ויתר בעלי המניות יפגעו.

חוק החברות הישראלי¹ מחייב במקרה כזה "אישור משולש", קרי, נדרש אישורם של שלושה אורגנים שאינם קשורים לבעל השליטה לאשר את העסקה - ועדת הביקורת; הדירקטוריון; והאסיפה הכללית. מדובר במנגנון פרוצדוראלי מחייב אשר בלעדיו לא יהא תוקף לעסקה ובנוסף קיים גם תנאי מהותי והוא שהעסקה "לטובת החברה". הוראות אלו נועדו כדי להתמודד עם הסיטואציה המורכבת (והבלתי אפשרית מבחינת מנהלי החברה), בה, הלכה למעשה, בעל השליטה מבצע עסקה עם עצמו (על גבם של החברה ויתר בעלי המניות). עם זאת, לא תמיד היה די ביישום המבחן המשולש בכדי לרפא את החששות הנובעים מעסקה שכזו ובפרט החשש שמא תנאי העסקה מוטים לרעת החברה ולטובת האינטרסים של בעל השליטה. פתרון וולנטרי שנבחר לעיתים היה הקמתה של וועדה בלתי תלויה (בנוסף לוועדת הביקורת) לפיקוח על ההליך. נתיב דומה בחר המחוקק גם בתיקון משנת 2014 לחוק לקידום התחרות² שהטיל על וועדת הביקורת חובה לקבוע הליך תחרותי בעסקאות מסוג זה. עם זאת, הקמת וועדה, בנוסף ומעבר לנדרש ומבלי הסדר חוקי מעלה את השאלה – מה הם חובותיהם של חברי הוועדה הבלתי תלויה?

בהליך שנדון בבית המשפט העליון ביולי, 2023,³ נדונה שאלת הדלפת חומרים מהוועדות המיוחדות שהקימה בזק בעסקאותיה עם יורוקום (באמצעות חברת הבת Yes) חלל תקשורת בע"מ – הדלפה שבוצעה, לכאורה, על ידי חברת הוועדה אל בעל השליטה המשותף, מר שאול אלוביץ'. בית המשפט העליון קבע שעל אף שאין מקור מפורש בחוק לחובת הסודיות בדיוני הוועדה הרי שקיומם של המנגנונים שנקבעו בדין לגבי התקשרות עם עסקאות בעלי עניין וטיבו של מוסד הוועדה המיוחדת בכללותו מגבשים הנמקה נורמטיבית לקיומה של חובת סודיות והפרתה של זו, במקרה זה, מהווה עבירה פלילית. מקרה זה שונה ממקרה אחר שנדון בבית המשפט העליון בשנת 2021⁴ ובו העברת המידע נעשתה על ידי הוועדה המיוחדת עצמה והשאלה שעמדה שם למבחן היתה בחינת טיב עבודת הוועדה המיוחדת ולא האם הופרו נורמות פליליות בהדלפת חומרים סודיים לבעל השליטה, ובו נפסק כי אין בהעברת החומרים לידי בעל השליטה בכדי להביא לביטול האישור שניתן לעסקה.

עסקאות בין חברות עם בעל שליטה משותף, ובפרט כאשר מדובר בחברה ציבורית, הינו עניין מורכב וניכר כי הן המחוקק והן בתי המשפט פועלים במגמה לסגור את ה"פרצות" והאזורים האפורים במטרה לנטרל את השפעתו של בעל השליטה. לכן, בכל מקרה של עסקה עם בעל עניין ולא כל שכן בעל שליטה בחברה ציבורית חובה להיוועץ בעורך דין העוסק בתחום גם לפני וגם באופן שוטף במהלך ביצוע העסקה וקבלת האישורים הנדרשים.

* עו"ד גלעד בר-עמי הינו עו"ד בכיר במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועיקר התמקדותו בתחום החוזים, התקשורת ועסקאות בין לאומיות. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

¹ חוק החברות, תשנ"ט-1999, סעיף 275

² חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013, סעיף 117(ב)

³ עפ 5955/22 מדינת ישראל נ' שאול אלוביץ' (13.7.2023), בית המשפט העליון, כב' השופטים יצחק עמית, דוד מינץ, יעל וילנר - <https://he.afiklaw.com/caselaw/15537>

⁴ ע"א 8762/20 שרון עצמון נ' אסם השקעות בע"מ (09.12.2021), בית המשפט העליון, כב' השופטים ענת ברון, דוד מינץ, עופר גרוסקופף - <https://he.afiklaw.com/caselaw/13100>

Special Committees Confidentiality in Transaction With Controlling Shareholder/ Gilad Bar -Ami, Adv.*

A public company seeks to transact with another company, a simple matter that usually requires approval at the management levels of the various companies but what if both have a common controlling shareholder? Unlike a simple conflict of interest situation, in a transaction involving a controlling shareholder the managers may find themselves, naturally, acting for the benefit of the shareholder who appointed them, or may influence their continued employment, and not for the benefit of the company and thus the company and the other shareholders will be harmed.

The Israeli Companies Law ("**Law**") requires in such a case a "triple approval", i.e., the approval of three bodies unrelated to the controlling shareholders is required to approve the transaction - the audit committee; the board of directors; and the general meeting. This is a prerequisite procedural mechanism without which the transaction will not be valid but another material condition which is that the transaction that is "for the benefit of the company". These prerequisites are intended to deal with the complex situation (impossible from the point of view of the company managers), in which the controlling owner is actually transacting with himself (on the expense of company and the other shareholders). However, it was not always sufficient to apply the triple test to face the concerns arising from such a transaction and in particular the concern that the terms of the transaction are biased to the detriment of the company and to the benefit of the controlling shareholder. A voluntary solution that was sometimes chosen was the formation of an independent committee (in addition to the audit committee) to oversee the procedure. The legislator chose a similar path in a 2014 amendment to the law for the promotion of competition which imposed on the audit committee the obligation to establish a competitive procedure in transactions of this type. However, the establishment of a committee, in addition to and beyond what is required and without a legal arrangement, raises the question - what are the duties of the members of this committee?

In a case decided in the Supreme Court in July, 2023, the question of leaking materials from the special committees formed by Bezeq in its transactions (via a subsidiary -"Yes") with Eurocom and Space-Communication Ltd. - a "leak" allegedly made by a member of the committee to the controlling Shareholder, Mr. Shaul Elovitz. The Supreme Court found that although there is no explicit source in the law for the duty of confidentiality in the committee's hearings, the existence of the mechanisms established by law regarding contracting with interested parties and the nature of the institution of the special committee as a whole formulates a normative rationale for the existence of such a duty, breach of which, in that case, was decided to be a criminal offence. This case is different from a previous case heard by the Supreme Court in 2021 in which the transfer of the information was made by the special committee itself and the question was an examination of the quality of the special committee's work and not whether criminal norms were violated by leaking confidential materials to the controlling shareholder – in that case it was found that the transfer of the materials to the controlling shareholder does not invalidate the transaction.

Transactions between companies with a common controlling shareholder, and in particular when it comes to a public company, is a complex matter and it is obvious that both the legislature and the Courts work towards closing the "loopholes" and gray areas in order to neutralize the influence of the controlling shareholder. Therefore, in any case of a transaction with an interested party, and especially with a controlling shareholder of a public company, it is vital to consult a lawyer with expertise in the field both before and on an ongoing basis during the execution of the transaction and the receipt of the required approvals.

*Gilad Bar-Ami is senior lawyer at Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com), emphasizing on corporate law, telecommunication and international transactions. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com