

מי הזיז את השותף שלי? כשהחיים עושים Reboot והחברה ב-Standby / אסנת נתאי, עו"ד

בן 39, שותף מייסד בחברת סטארט-אפ, טס לסוף שבוע באתר סקי והחלקה אחת לא מוצלחת שלחה אותו לטיפול נמרץ ואת החברה למסלול התרסקות מהיר, כאשר העדרו של אותו אדם מנעה ממנה לשלם שכר לעובדים וספקים או לבצע דברים מהותיים ודחופים אחרים. ייפוי כוח מתמשך יכול היה למנוע את קריסת החברה, אבל גם ייפוי כוח מתמשך שלא נוסח נכון, או אי התאמה של תקנון החברה לשימוש בו, יכולים להוביל לקריסה.

אם בעבר אובדן כשירות נתפס כאירוע "פרטי-משפחתי" המטופל בחדרי חדרים, הרי שבעידן המודרני עשוי אירוע כזה להוות אירוע תאגידי לכל דבר ועניין.¹ לעתים, הבעיה שנוצרת אינה שאלת קיומו של ייפוי הכוח המתמשך (כלי רב עוצמה שהוכנס לשימוש בישראל בשנת 2016)², אלא היעדר הסנכרון התאגידי: מצב שבו קיים פער בין רצונו של הפרט לבין תקנון החברה.

בעוד שבמקרה של פטירה קיים מנגנון ירושה (או פקיעה אוטומטית של כהונה) מוסדר המאפשר "העברת מקל" יחסית מהירה בתאגיד שבו היה הנפטר בעל מניות או כיהן בתפקיד בכיר, הרי במצב של אובדן כשירות ללא תכנון מוקדם נוצר לעתים כאוס, מכיוון שבאין מנגנון קבוע בחוק, אין סמכות קבלת החלטות והעסק עשוי להיקלע לקיפאון. ייפוי כוח מתמשך הוא כלי שנועד להבטיח שליטה ותכנון מראש במצבים של העדר כשירות, תוך מעבר מהחלטות של המדינה (אפוטרופסות) לאוטונומיה של האדם.³ בעולם התאגידי, ייפוי הכוח המתמשך עשוי לסייע למנוע קריסה של העסק ברגע שבעליו מאבד כשירות (לעתים לתקופה מוגבלת). מעבר לבירוקרטיה, קיים מתח משפטי אמיתי: בעוד שמיופה הכוח מחויב לפעול בהתאם להוראות הממנה, נושא המשרה (דירקטור או מנכ"ל) מחויב על פי חוק לפעול לטובת החברה. כך, ככל שייפוי הכוח המתמשך ממנה אדם כנושא משרה בחברה במקום הממנה (שזמנית, או באופן קבוע, חסר כשרות), ניסוח לא נכון של המסמכים עשוי לגרום לניגודי עניינים.

בהתאם לחוק החברות, החובות החלות על נושא המשרה הן חובות אישיות כלפי התאגיד ואינן ניתנות להעברה או לעקיפה באמצעות ייפוי כוח חיצוני בלבד. החוק קובע מגבלות כשרות מהותיות לדירקטורים, לצד חובת הודעה מיידית על אובדן כשירות ואם אובדן הכשירות מונע מאדם לדווח, אין מנגנון פשוט להסיר את הדירקטור. בפסק דין של בית המשפט העליון משנת 2016,⁴ נקבע שדירקטור שמאבד כשרות נדרש לידע את החברה על כך (ולפי החוק כהונתו תפקע במועד מתן ההודעה) וככל שלא הודיע, הוא אחראי כלפי החברה, כאשר יכול שלא יהיה אחראי אם מדובר במצב של חוסר יכולת "להבין שאין הוא מסוגל עוד למלא תפקידו כראוי, כגון כאשר דירקטור נעשה סנילי או שהוא מאבד את שפיות דעתו". עם זאת, הפטור מאחריות אינו מסייע כדי למנוע את הנזק, כמובן. כאשר חוסר הכשירות היא של נושא משרה בכיר (למשל, מנכ"ל), ואותו אדם הוא גם בעל מניות מהותי ואולי גם דירקטור (כפי שקורה לעתים רבות בחברות משפחתיות או בסטרטאפים) עשוי הדבר, בהיעדר הערכות מראש לכך, לגרום לקיפאון שרק פניה לבית המשפט תוכל לאפשר יציאה ממנו וגם זאת בהליך שעשוי לא רק לעלות בזמן יקר ובעלויות גדולות, אלא גם להפוך את בית המשפט למי שמחליט, במקום האדם

כך, רצוי להיערך מראש, ביחוד בחברה משפחתית או בחברה בה מדובר בבעל השליטה שהוא גם בעל תפקיד, ולבנות מערך מעבר בין-דורי⁵ מסודר שיכלול לא רק ייפוי כוח מתמשך וצוואה, אלא גם את השינוי הנדרש לתקנון החברה ואולי להסכם בעלי המניות וכל מערך הסכמי אחר הקיים בחברה, תוך התאמה משפטית בין המסמכים, על מנת להבטיח רציפות תפקודית של התאגיד. חשוב שהמסמכים לא יוכנו על ידי עורך דין מתחיל שעבר הכשרה בסיסית, אלא על ידי משרד עורכי דין בעל מומחיות בדיני חברות יחד עם הבנה בייפוי כוח מתמשכים.

¹ עו"ד אסנת נתאי הינה חלק מצוות משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com), שהינו חלק מרשת המשרדים (www.boks-international.com) אסנת בוגרת הפקולטה למדעי החברה באוניברסיטה העברית בירושלים ובוגרת תואר במשפטים, בעלת תעודת גישור במשפחה מטעם מרכז גבים. אסנת מוסמכת מטעם משרד המשפטים בישראל להפקת ייפוי כוח מתמשך והיא בוגרת הכשרה של משרד המשפטים בנושא הגנה על הפרטיות. 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.
² ראו: קינת החברות - שבכל דור ודור עומדים עלינו לבלותנו / עו"ד דורון אפיק, פורסם באפיק משפטי 313 - 15.07.2020 <https://he.afiklaw.com/articles/a313>
³ ראו: על ייפוי כוח מתמשך במקום טלנובלה טורקית בנטפליקס / עו"ד שלי וילנר, פורסם באפיק משפטי 341, 11.08.2021 - <https://he.afiklaw.com/articles/a341>
⁴ ראו: ייפוי כוח מתמשך - לא רק לדור השלישי אלא גם לזימי סטרט-אפ צעירים / יאיר אלוני, עו"ד, פורסם באפיק משפטי 301 - 15.07.2020 <https://he.afiklaw.com/articles/a301>
⁵ עי"א 4024/13 תקס"ה - כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ נ' אריה פינקוביץ (29.08.2016) בית המשפט העליון, כבוד השופטים יצחק עמית, צבי זילברטל, מני מוזז - <https://he.afiklaw.com/caselaw/2272>
⁵ ראו: <https://he.afiklaw.com/business>

Who Moved My Partner? When Life Reboots and the Company is on Standby / Osnat Nitay, Adv. *

A 39-year-old, founding partner in a startup company, flew for a weekend to a ski resort and one unfortunate slip sent him to intensive care and the company to a rapid crash course, as his absence prevented it from paying employees and suppliers or performing other material and urgent tasks. A lasting power of attorney could have prevented the company's collapse, but even a lasting power of attorney that was not duly drafted, or incompatibility of the company's articles of association for its use, can lead to a collapse.

If in the past a loss of capacity was perceived as a private/family event handled behind closed doors, in the modern era such an event may constitute a corporate event for all intents and purposes.¹ Sometimes, the issue that arises is not the question of the existence of the lasting power of attorney (a powerful tool introduced into use in Israel in 2016)², but the lack of corporate synchronization: a gap between the individual's wishes and the company's articles of association.

While in the event of death there is a regulated inheritance mechanism (or automatic expiration of office) that allows for a relatively quick "passing of the baton" in a corporation in which the deceased was a shareholder or held a senior position, in a situation of loss of capacity without prior planning, chaos sometimes ensues, because in the absence of a mechanism fixed in law, there is no decision-making authority and the business may fall into a standstill. A lasting power of attorney is a tool designed to ensure control and advance planning in situations of lack of capacity, while transitioning from state decisions (guardianship) to human autonomy.³ In the corporate world, the lasting power of attorney can help prevent the collapse of the business the moment its owner loses capacity (sometimes for a limited period). Beyond bureaucracy, there is a real legal tension: while the attorney-in-fact is obligated to act in accordance with the appointor's instructions, the office holder (director or CEO) is obligated by law to act in the best interests of the company. Thus, insofar as the lasting power of attorney appoints a person as an office holder in the company instead of the appointor (who temporarily, or permanently, lacks capacity), incorrect drafting of the documents may cause conflicts of interest.

Under the Israeli Companies Law, the duties applying to the office holder are personal duties towards the corporation and cannot be transferred or bypassed through an external power of attorney alone. The law establishes substantive capacity limitations for directors, alongside a duty of immediate notification upon loss of capacity, and if the loss of capacity prevents a person from reporting, there is no simple mechanism to remove the director. In a Supreme Court verdict from 2016⁴, it was held that a director who loses capacity is required to inform the company of this (and under law his tenure will expire on the date the notice is given) and as long as he did not inform, he is liable to the company, where he might not be liable if it is a situation of inability "to understand that he is no longer capable of properly fulfilling his role, such as when a director becomes senile or loses his sanity". However, the exemption from liability does not assist to prevent the damage, of course. When the lack of capacity is of a senior office holder (for example, a CEO), and that person is also a material shareholder and perhaps also a director (as often happens in family corporations or startups), this may, in the absence of advance preparation, cause a standstill that only an appeal to the Court will be able to allow an exit from, and even this in a proceeding that may not only cost precious time and great costs, but also make the Court the one who decides, instead of the person.

Thus, it is advisable to prepare in advance, especially in a family company or in a company where there is a controlling shareholder who is also an office holder, and to build an orderly intergenerational transition system⁵ that will include not only a lasting power of attorney and a will, but also the necessary changes to the company's articles of association and perhaps to the shareholders' agreement and any other contractual infrastructure, with legal alignment between the documents, in order to ensure the functional continuity of the corporation. It is important that the documents are not prepared by an inexperienced lawyer who has only undergone basic training in lasting powers of attorney, but by a law firm with expertise in corporate law along with an understanding of such tools.

* **Osnat Nitay, Adv.** is part of the legal team of Afik & Co. (www.afiklaw.com), which is part of BOKS International (www.boks-international.com). Osnat is a graduate of the Faculty of Social Sciences at the Hebrew University of Jerusalem and has a degree in law. She holds a family mediation certificate from the Gevim Center. Osnat is certified by the Israeli Ministry of Justice to create lasting powers of attorneys and graduated a training of the Ministry of Justice on privacy protection. This overview does not constitute any legal advice and it is recommended to consult a lawyer who specializes in this field before making any decision on the issues described in this overview. For more details: 03-6093609, or by e-mail: afiklaw@afiklaw.com

¹ See: [A Dirge for the Companies – In Every Generation they Rise up to Destroy Us /Doron Afik, Esq. published in Afik News 313, 15.07.2020 - https://www.afiklaw.com/articles/a313](https://www.afiklaw.com/articles/a313)

² See: [On lasting power of attorney instead of a Turkish telenovela on Netflix/Shelly Wilner, Adv., published in Afik News 341, 11.08.2021 - https://www.afiklaw.com/articles/a341](https://www.afiklaw.com/articles/a341)

³ See: [Lasting Power of Attorney - Not Just for the Third Age but also for Young Start-Up Entrepreneurs / Yair Aloni, Adv., published in Afik New 301, 15.07.2020 - https://www.afiklaw.com/articles/a301](https://www.afiklaw.com/articles/a301)

⁴ Civil Appeal 4024/13 Tikva - Kfar Lehachshara miktzoit beGvaot Zaid Ltd. v. Arieh Finkovitz (29.08.2016) Supreme Court, Honorable Justices Yitzhak Amit, Zvi Zylbertal, Meni Mazuz - <https://www.afiklaw.com/caselaw/22324>

⁵ See: <https://www.afiklaw.com/business>

¿Quién movió a mi socio? Cuando la vida hace un Reboot y la empresa está en Standby/ Osnat Nitay, Abg.

Un hombre de 39 años, socio fundador de una empresa emergente, voló a una estación de esquí para pasar el fin de semana y un desafortunado resbalón lo envió a cuidados intensivos y a la empresa a un curso de colisión rápida, ya que su ausencia le impidió pagar a los empleados y proveedores o realizar otras tareas urgentes y materiales. Un poder notarial duradero podría haber evitado el colapso de la empresa, pero incluso un poder notarial duradero que no fue redactado debidamente, o la incompatibilidad de los estatutos de la empresa para su uso, puede conducir a un colapso.

Si en el pasado la pérdida de capacidad se percibía como un evento privado/familiar manejado a puerta cerrada, en la era moderna tal evento puede constituir un evento corporativo para todos los efectos y propósitos.¹ A veces, el problema que surge no es la cuestión de la existencia del poder notarial duradero (una poderosa herramienta introducida para su uso en Israel en 2016)², sino la falta de sincronización corporativa: una brecha entre los deseos del individuo y los estatutos de la empresa.

Mientras que en caso de fallecimiento existe un mecanismo de herencia regulado (o la expiración automática del cargo) que permite un "paso de testigo" relativamente rápido en una corporación en la que el fallecido era accionista o ocupaba un cargo directivo, en una situación de pérdida de capacidad sin planificación previa, a veces se produce el caos, porque a falta de un mecanismo fijado por la ley, no hay autoridad para la toma de decisiones y el negocio puede paralizarse. Un poder notarial duradero es una herramienta diseñada para asegurar el control y la planificación anticipada en situaciones de falta de capacidad, pasando de las decisiones del estado (tutela) a la autonomía humana.³ En el mundo corporativo, el poder notarial duradero puede ayudar a prevenir el colapso del negocio en el momento en que su propietario pierde la capacidad (a veces por un período limitado). Más allá de la burocracia, existe una verdadera tensión legal: mientras que el apoderado está obligado a actuar de acuerdo con las instrucciones del poderdante, el titular del cargo (director o director ejecutivo) está obligado por ley a actuar en el mejor interés de la empresa. Por lo tanto, en la medida en que el poder notarial duradero designa a una persona como titular de un cargo en la empresa en lugar del poderdante (que temporal o permanentemente carece de capacidad), la redacción incorrecta de los documentos puede causar conflictos de intereses.

Bajo la Ley de Sociedades de Israel, los deberes que se aplican al titular del cargo son deberes personales hacia la corporación y no pueden ser transferidos o eludidos a través de un poder notarial externo por sí solo. La ley establece limitaciones sustanciales de capacidad para los directores, junto con el deber de notificación inmediata tras la pérdida de capacidad, y si la pérdida de capacidad impide a una persona informar, no hay un mecanismo simple para destituir al director. En un veredicto de la Corte Suprema de 2016⁴, se sostuvo que un director que pierde la capacidad está obligado a informar a la empresa de esto (y según la ley su mandato expirará en la fecha en que se dé el aviso) y mientras no informe, es responsable ante la empresa, donde podría no ser responsable si es una situación de incapacidad "para comprender que ya no es capaz de cumplir adecuadamente con su papel, como cuando un director se vuelve senil o pierde la cordura". Sin embargo, la exención de responsabilidad no ayuda a prevenir el daño, por supuesto. Cuando la falta de capacidad es de un alto directivo (por ejemplo, un director ejecutivo), y esa persona es también un accionista material y tal vez también un director (como sucede a menudo en corporaciones familiares o startups), esto puede, en ausencia de preparación anticipada, causar un estancamiento del que solo una apelación a la Corte podrá permitir una salida, e incluso esto en un procedimiento que puede no solo costar un tiempo precioso y grandes costos, sino también convertir a la Corte en quien decide, en lugar de la persona.

Por lo tanto, es aconsejable prepararse con anticipación, especialmente en una empresa familiar o en una empresa donde hay un accionista controlador que también ocupa un cargo, y construir un sistema ordenado de transición intergeneracional⁵ que incluirá no solo un poder notarial duradero y un testamento, sino también los cambios necesarios a los estatutos de la empresa y tal vez al acuerdo de accionistas y cualquier otra infraestructura contractual, con alineación legal entre los documentos, a fin de garantizar la continuidad funcional de la corporación. Es importante que los documentos no sean preparados por un abogado sin experiencia que solo ha recibido capacitación básica en poderes notariales duraderos, sino por un bufete de abogados con experiencia en derecho corporativo junto con una comprensión de dichas herramientas.

*Osnat Nitay forma parte del equipo jurídico de Afik & Co. (www.afiklaw.com), que forma parte de BOKS International (www.boks-international.com). Osnat es licenciada en Derecho por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Hebrea de Jerusalén y posee un certificado de mediación familiar del Centro Gevim. Osnat está certificada por el Ministerio de Justicia de Israel para crear poderes notariales duraderos y se graduó de una capacitación del Ministerio de Justicia sobre protección de la privacidad. Esta descripción general no constituye asesoramiento legal y se recomienda consultar a un abogado especializado en este campo antes de tomar cualquier decisión sobre los temas descritos en esta descripción general. Para más detalles: 03-6093609, o por correo electrónico: afiklaw@afiklaw.com

¹ Ver: [Un Canto Fúnebre para las Empresas - En Cada Generación se Levantan para Destruirnos/ Doron Afik, Esq. publicado en Afik News 313, 15.07.2020 - https://es.afiklaw.com/articles/a313](https://es.afiklaw.com/articles/a313)

² Ver: [Sobre poderes preventivos en lugar de una telenovela turca en Netflix/ Abogada Shelly Wilner, publicado en Afik News 341, 11.08.2021 - https://es.afiklaw.com/articles/a341](https://es.afiklaw.com/articles/a341)

³ Ver: [Poder notarial duradero: no sólo para la tercera edad, sino también para jóvenes emprendedores / Abogado Yair Aloni, publicado en Afik News 301, 15.07.2020 - https://es.afiklaw.com/articles/a301](https://es.afiklaw.com/articles/a301)

⁴ Apelación Civil 4024/13 Tikva - Kfar Lehachshara miktzoit beGvaot Zaid Ltd. v. Arieh Finkovitz (29.08.2016) Corte Suprema, Honorables Jueces Yitzhak Amit, Zvi Zylbertal, Meni Mazuz - <https://es.afiklaw.com/caselaw/22325>

⁵ Ver: <https://es.afiklaw.com/business>

Quem moveu meu sócio? Quando a vida faz um Reboot e a empresa está em Standby/ Osnat Nitay, Abg.*

Um homem de 39 anos, sócio fundador de uma empresa startup, voou para um fim de semana em uma estação de esqui e um escorregão infeliz o mandou para a terapia intensiva e a empresa para uma rápida rota de colisão, já que sua ausência a impediu de pagar funcionários e fornecedores ou realizar outras tarefas urgentes e materiais. Uma procuração duradoura poderia ter evitado o colapso da empresa, mas mesmo uma procuração duradoura que não foi devidamente redigida, ou a incompatibilidade do contrato social da empresa para o seu uso, pode levar a um colapso.

Se no passado a perda de capacidade era percebida como um evento privado/familiar tratado a portas fechadas, na era moderna tal evento pode constituir um evento corporativo para todos os fins e efeitos.¹ Às vezes, o problema que surge não é a questão da existência da procuração duradoura (uma ferramenta poderosa introduzida para uso em Israel em 2016)², mas a falta de sincronização corporativa: uma lacuna entre os desejos do indivíduo e o contrato social da empresa.

Enquanto no caso de morte existe um mecanismo de herança regulamentado (ou expiração automática do cargo) que permite uma "passagem de bastão" relativamente rápida em uma corporação na qual o falecido era acionista ou ocupava um cargo sênior, em uma situação de perda de capacidade sem planejamento prévio, às vezes o caos se instala, porque na ausência de um mecanismo fixado em lei, não há autoridade para tomada de decisões e o negócio pode ficar paralisado. Uma procuração duradoura é uma ferramenta projetada para garantir o controle e o planejamento antecipado em situações de falta de capacidade, mudando das decisões do estado (tutela) para a autonomia humana.³ No mundo corporativo, a procuração duradoura pode ajudar a evitar o colapso do negócio no momento em que seu proprietário perde a capacidade (às vezes por um período limitado). Além da burocracia, existe uma verdadeira tensão jurídica: enquanto o procurador é obrigado a agir de acordo com as instruções do outorgante, o titular do cargo (diretor ou CEO) é obrigado por lei a agir no melhor interesse da empresa. Assim, na medida em que a procuração duradoura nomeia uma pessoa como titular de um cargo na empresa em vez do outorgante (que temporária ou permanentemente não tem capacidade), a redação incorreta dos documentos pode causar conflitos de interesse.

Sob a Lei de Sociedades de Israel, os deveres aplicáveis ao titular do cargo são deveres pessoais para com a corporação e não podem ser transferidos ou contornados apenas por meio de uma procuração externa. A lei estabelece limitações substanciais de capacidade para diretores, juntamente com o dever de notificação imediata após a perda de capacidade, e se a perda de capacidade impedir uma pessoa de relatar, não há um mecanismo simples para remover o diretor. Em um veredito da Suprema Corte de 2016⁴, foi decidido que um diretor que perde a capacidade é obrigado a informar a empresa sobre isso (e por lei seu mandato expirará na data em que o aviso for dado) e enquanto ele não informar, ele é responsável perante a empresa, onde pode não ser responsável se for uma situação de incapacidade "para entender que ele não é mais capaz de cumprir adequadamente seu papel, como quando um diretor se torna senil ou perde a sanidade". No entanto, a isenção de responsabilidade não ajuda a evitar o dano, é claro. Quando a falta de capacidade é de um titular de cargo sênior (por exemplo, um CEO), e essa pessoa também é um acionista material e talvez também um diretor (como costuma acontecer em corporações familiares ou startups), isso pode, na ausência de preparação antecipada, causar um impasse do qual apenas um recurso ao Tribunal poderá permitir uma saída, e mesmo isso em um processo que pode não apenas custar um tempo precioso e grandes custos, mas também tornar o Tribunal aquele que decide, em vez da pessoa.

Assim, é aconselhável preparar-se com antecedência, especialmente em uma empresa familiar ou em uma empresa onde há um acionista controlador que também ocupa um cargo, e construir um sistema ordenado de transição intergeracional⁵ que incluirá não apenas uma procuração duradoura e um testamento, mas também as mudanças necessárias no contrato social da empresa e talvez no acordo de acionistas e qualquer outra infraestrutura contratual, com alinhamento jurídico entre os documentos, a fim de garantir a continuidade funcional da corporação. É importante que os documentos não sejam preparados por um advogado inexperiente que tenha passado apenas por treinamento básico em procurações duradouras, mas por um escritório de advocacia com experiência em direito societário, juntamente com a compreensão de tais ferramentas.

*Osnat Nitay faz parte da equipe jurídica da Afik & Co. (www.afiklaw.com), que faz parte da BOKS Internacional (www.boks-international.com). Osnat possui diploma em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Hebraica de Jerusalém e certificado em mediação familiar pelo Centro Gevim. Osnat é certificado pelo Ministério da Justiça de Israel para criar procurações duradouras e formou-se em um treinamento em proteção de privacidade por um Ministério da Justiça. Esta visão geral não constitui aconselhamento jurídico e recomenda-se que você consulte um advogado especializado nesta área antes de tomar qualquer decisão sobre as questões descritas neste resumo. Para mais detalhes: 03-6093609, ou por e-mail: afiklaw@afiklaw.com

¹ Veja: Um Canto Fúnebre para as Empresas – Em Cada Geração Eles se Levantam para Nos Destruir /Doron Afik, Esq., publicado em Afik News 313, 15.07.2020 - <https://pt.afiklaw.com/articles/a313>

² Veja: Sobre poderes preventivos em lugar de uma telenovela turca em Netflix/ Shelly Wilner, Adv., publicado em Afik News 341, 11.08.2021 - <https://pt.afiklaw.com/articles/a341>

³ Veja: Procuração Duradoura – Não Apenas para a Terceira Idade, mas também para Jovens Empreendedores de Startups /Yair Aloni, Adv. publicado em Afik News 301, 15.07.2020 - <https://pt.afiklaw.com/articles/a301>

⁴ Recurso Civil 4024/13 Tikva – Uma vila para treinamento profissional em Giv'ot Zaid Ltd. vs. Arie Pinkovich (29.08.2016) Suprema Corte, Excelentíssimos Juizes Yitzhak Amit, Zvi Zylbertal, Meni Mazuz - <https://pt.afiklaw.com/caselaw/22326>

⁵ Veja: <https://pt.afiklaw.com/business>

Qui a déplacé mon associé ? Quand la vie fait un Reboot et que l'entreprise est en Standby/ Osnat Nitay, Abg.*

Un homme de 39 ans, associé fondateur d'une start-up, s'est envolé pour un week-end dans une station de ski et une malheureuse glissade l'a envoyé aux soins intensifs et l'entreprise sur une voie de collision rapide, car son absence l'a empêchée de payer les employés et les fournisseurs ou d'effectuer d'autres tâches matérielles et urgentes. Une procuration durable aurait pu empêcher l'effondrement de l'entreprise, mais même une procuration durable qui n'a pas été dûment rédigée, ou une incompatibilité des statuts de l'entreprise pour son utilisation, peut conduire à un effondrement.

Si par le passé la perte de capacité était perçue comme un événement privé/familial géré à huis clos, à l'ère moderne, un tel événement peut constituer un événement d'entreprise à part entière.¹ Parfois, le problème qui se pose n'est pas la question de l'existence de la procuration durable (un outil puissant introduit pour utilisation en Israël en 2016)², mais le manque de synchronisation au sein de l'entreprise : un décalage entre les souhaits de l'individu et les statuts de l'entreprise.

Alors qu'en cas de décès, il existe un mécanisme de succession réglementé (ou l'expiration automatique du mandat) qui permet un "passage de relais" relativement rapide dans une société dans laquelle le défunt était actionnaire ou occupait un poste de direction, dans une situation de perte de capacité sans planification préalable, le chaos s'ensuit parfois, car en l'absence d'un mécanisme fixé par la loi, il n'y a pas d'autorité décisionnelle et l'entreprise peut se retrouver paralysée. Une procuration durable est un outil conçu pour assurer le contrôle et la planification préalable dans les situations d'incapacité, en passant des décisions de l'État (tutelle) à l'autonomie humaine.³ Dans le monde de l'entreprise, la procuration durable peut aider à prévenir l'effondrement de l'entreprise au moment où son propriétaire perd sa capacité (parfois pour une période limitée). Au-delà de la bureaucratie, il y a une véritable tension juridique : alors que le mandataire est tenu d'agir conformément aux instructions du mandant, le titulaire de la fonction (administrateur ou PDG) est tenu par la loi d'agir dans le meilleur intérêt de la société. Ainsi, dans la mesure où la procuration durable nomme une personne en tant que titulaire d'une fonction dans l'entreprise à la place du mandant (qui manque temporairement ou définitivement de capacité), une rédaction incorrecte des documents peut entraîner des conflits d'intérêts.

En vertu de la loi israélienne sur les sociétés, les devoirs incombant au titulaire de la fonction sont des devoirs personnels envers la société et ne peuvent être transférés ou contournés par le seul biais d'une procuration externe. La loi établit des limites de capacité substantielles pour les administrateurs, ainsi qu'une obligation de notification immédiate en cas de perte de capacité, et si la perte de capacité empêche une personne de faire une déclaration, il n'y a pas de mécanisme simple pour révoquer l'administrateur. Dans un verdict de la Cour suprême de 2016⁴, il a été jugé qu'un administrateur qui perd sa capacité est tenu d'en informer l'entreprise (et selon la loi, son mandat expirera à la date à laquelle l'avis est donné) et tant qu'il n'a pas informé, il est responsable envers l'entreprise, où il pourrait ne pas être responsable s'il s'agit d'une situation d'incapacité "à comprendre qu'il n'est plus en mesure de remplir correctement son rôle, comme lorsqu'un administrateur devient sénile ou perd la raison". Cependant, l'exonération de responsabilité n'aide évidemment pas à prévenir les dommages. Lorsque l'incapacité concerne un titulaire de fonction supérieur (par exemple, un PDG), et que cette personne est également un actionnaire important et peut-être aussi un administrateur (comme cela arrive souvent dans les entreprises familiales ou les start-ups), cela peut, en l'absence de préparation préalable, provoquer une impasse dont seul un recours au Tribunal pourra permettre de sortir, et même cela dans une procédure qui peut non seulement coûter un temps précieux et des frais importants, mais aussi faire du Tribunal celui qui décide, à la place de la personne.

Il est donc conseillé de se préparer à l'avance, en particulier dans une entreprise familiale ou dans une entreprise où il y a un actionnaire majoritaire qui occupe également une fonction, et de mettre en place un système de transition intergénérationnelle ordonné⁵ qui comprendra non seulement une procuration durable et un testament, mais aussi les modifications nécessaires des statuts de l'entreprise et peut-être de la convention d'actionnaires et de toute autre infrastructure contractuelle, avec un alignement juridique entre les documents, afin d'assurer la continuité fonctionnelle de l'entreprise. Il est important que les documents ne soient pas préparés par un avocat inexpérimenté qui n'a suivi qu'une formation de base sur les procurations durables, mais par un cabinet d'avocats ayant une expertise en droit des sociétés ainsi qu'une compréhension de ces outils.

*Osnat Nitay fait partie de l'équipe juridique d'Afik & Co. (www.afiklaw.com), qui fait partie de BOKS International (www.boks-international.com). Osnat est titulaire d'un diplôme de droit de la Faculté des sciences sociales de l'Université hébraïque de Jérusalem et d'un certificat en médiation familiale du Centre Gevim. Osnat est certifié par le ministère israélien de la Justice pour créer des procurations durables et a obtenu une formation en protection de la vie privée dispensée par un ministère de la Justice. Ce résumé ne constitue pas un conseil juridique et il est recommandé de consulter un avocat spécialisé dans ce domaine avant de prendre toute décision sur les questions exposées dans ce résumé. Pour plus de détails : 03-6093609, ou par email : afiklaw@afiklaw.com

¹ Voir: La plainte des sociétés – À chaque génération, ils se lèvent pour nous détruire / Doron Afik, Esq., publié dans Afik News 313, 15.07.2020 - <https://fr.afiklaw.com/articles/a313>

² Voir: Sur les mandats de protection future au lieu d'une telenovela turque sur Netflix / Me Shelly Wilner, publié dans Afik News 341, 11.08.2021 - <https://fr.afiklaw.com/articles/a341>

³ Voir: Mandat de Protection Future - Pas Seulement pour le Troisième Âge, mais aussi pour les Jeunes Entrepreneurs de Start-ups / Me Yair Aloni, publié dans Afik News 301, 15.07.2020 - <https://fr.afiklaw.com/articles/a301>

⁴ Apelación Civil 4024/13 Tikva – Un pueblo para formación profesional en Giv'ot Zaid Ltd. vs. Arie Pinkovich (29.08.2016) Cour Suprême, Honorables Juges Yitzhak Amit, Zvi Zylbertal, Meni Mazuz - <https://pt.afiklaw.com/caselaw/22326>

⁵ Voir: <https://fr.afiklaw.com/business>