

בפני כבוד השופטת דניה קרת-מאיר

בעניין:

אישור חלוקה לפי סעיף 303 לחוק החברות, התשנ"ט - 1999;

ובעניין:

פרוטאולוג'יקס בע"מ, מ.ח. 6-278138-51

ע"י ב"כ עוה"ד גיל לברון ו/או צחי ברזילי

ממשרד עוה"ד זיסמן, אהרוני, גייר ושות'

בית ציון, שד' רוטשילד 45-41 תל אביב 65784

טל': 03-7955590 פקס: 03-7955591

ובעניין:

רשות ניירות ערך

ע"י ב"כ עו"ד ליאב וינבאום מפרקליטות מחוז תל אביב-אזרחי

מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת.ד. 33051, תל אביב 6133001

טל': 073-3736222 פקס: 073-3736491

עמדה מטעם רשות ניירות ערך

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22 באפריל 2015 (להלן - "ההחלטה"), מתכבדת רשות ניירות ערך ("הרשות") למסור את תגובתה לבקשה.

לאחר שהרשות עיינה בבקשה ובהחלטת בית המשפט הנכבד ולאור העובדה שלחברה אין במועד זה חוב המוחזק בידי הציבור (אגרות חוב), הרשות מבקשת להסב את תשומת לב בית המשפט הנכבד למספר מצומצם של סוגיות העולות מן הבקשה:

1. הרשות מבקשת להסב את תשומת לב בית המשפט הנכבד לעובדה כי החברה הינה חברת שכבה שלישית בתוך 'פירמידה', ויש לראותה כחברת "שכבה אחרת" כהגדרת מונח זה בחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן - "חוק הריכוזיות"). בהתאם לסעיף 25(ד)(1) לחוק הריכוזיות, על רוב חברי הדירקטוריון של החברה להיות דירקטורים בלתי תלויים. הוראה זו בתוקף וחלה על החברה החל מיום 11 בספטמבר 2014¹. למרות זאת, מהדיווח המידי של החברה על מצבת נושאי המשרה שלה מיום 20 באפריל 2015 (הדיווח האמור מצ"ב **כנספח א'** לעמדה זו), עולה כי החברה אינה מקיימת הוראה זו של חוק הריכוזיות. בנסיבות אלו עולה שאלה ביחס להיקף יכולת הדירקטוריון לפעול, בין אם באופן כללי, בעודו מיישם את הסמכויות הקבועות בדיון, בין אם בנסיבות קונקרטיות בהן הדירקטוריון מחליט על חלוקה.

2. מבלי להכריע בשאלת כשירות הדירקטוריון שלא מקיים את דרישת הרוב הבלתי תלוי של חוק הריכוזיות, חוק הריכוזיות שם דגש מיוחד בהקשר של קבלת החלטות חלוקה. דגש זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בסמכות לעניין ביטול החלטות חלוקה שהקנה המחוקק לנאמן שיתמנה בחברת "שכבה אחרת" לאחר תקופת המעבר בה נדרש "קיפול שכבות" במבנה חברות פירמידאלי. כך, סעיף 22(ה)(4) לחוק הריכוזיות קובע שהנאמן רשאי לבקש מבית המשפט להורות על ביטול חלוקת דיבידנד אם זו נעשתה שלא לטובת החברה. יצוין עוד כי החלטת החלוקה שבפנינו טעונה אישור בית המשפט מאחר שאינה עומדת במבחן הרווח. במסגרת זו בוחן בית המשפט את יכולת הפירעון כלפי הנושים, ולא את החלוקה בראי טובת החברה ובעלי מניותיה. לפיכך, ההגנות המבניות שהטיל חוק הריכוזיות בקשר עם מבנה הדירקטוריון בחברת שכבה הן העומדות כחיץ בין קבלת החלטות אלו והגנה על התכלית אותה ביקש חוק הריכוזיות להשיג.

3. במקרה זה החלטת החלוקה התקבלה על ידי דירקטוריון, בהרכב חברים שאינו תואם את הוראות חוק הריכוזיות, ומשכך קיים ספק אם החלטה זו תקפה. אמנם, חוק הריכוזיות אינו קובע באופן מפורש כי אי עמידה בהוראת סעיף 25(ד)(1) תוביל לתוצאה לפיה החלטות הדירקטוריון בעניין חלוקה הן חסרות תוקף, אך דומה כי תוצאה אחרת אינה מתיישבת עם התכלית לשמה נקבע ההרכב המיוחד של הדירקטוריון בתקופת המעבר.

4. שנית, בהמשך לאמור בסעיף 3 לבקשה, ולאור פס"ד בעניין בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נגד רשם החברות ואחר (ת"א 48067-01-11), מוצאת הרשות לנכון לציין, כי ככל שיעבור זמן בין אישור החלוקה - אם וככל שיינתן אישור כאמור - ובין ההחלטה על חלוקה בפועל, יש לשוב ולערוך את מבחן יכולת הפירעון במועד ההחלטה על חלוקה. עוד עולה מפסק הדין האמור כי מקום בו אין החברה עומדת במבחן הרווח, יהיה עליה לפנות לבית המשפט הנכבד ולקבל את אישורו לחלוקה במועד זה.

¹ ראו בעניין זה הודעת סגל הרשות מיום 6 באפריל 2014.

5. שלישית, בהתייחס לתחזית תזרים המזומנים החזוי אשר צורפה לבקשה, לפיה במהלך כל אחת מהשנים 2015 ו-2016 ינבעו לחברה מזומנים בהיקף של 1.9 מיליון ₪ כתוצאה מהכנסות מריבית בגין הלוואה שניתנה על ידי החברה לטובת פרויקט נדל"ן בברוקלין, ניו-יורק (להלן - "הפרויקט"), הרשות מוצאת לנכון להסב את תשומת לב בית-המשפט הנכבד לכך כי בקשר עם העסקה נשוא הפרוייקט, שני דירקטורים חיצוניים של החברה התפטרו מתפקידם במהלך הימים 30 ו-31 בדצמבר 2014 על רקע טענותיהם באשר לסיכון בלתי סביר הטמון במתן הלוואה למימון הפרוייקט (רצ"ב כנספח ב' לעמדה זו).

6. לסיום, הרשות מבקשת לעדכן את בית המשפט הנכבד כי ביום 1 במארס 2015 נשלחה לחברה הודעה בדבר כוונת הרשות להוציא דרישה לתשלום עיצום כספי בסך של 51,300 ₪ בגין העובדה כי בניגוד להוראת סעיף 94(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, במשך תקופה העולה על 60 יום לא כיהן בחברה יו"ר דירקטוריון. תגובת החברה להודעה זו נתקבלה ברשות ביום 13 באפריל 2015, ובשלב זה נמצאת בטיפול סגל הרשות. בהקשר זה, הרשות סבורה כי יש מקום להביא בחשבון במסגרת תחזית תזרים המזומנים החזוי אותה הכינה החברה גם את האפשרות כי בסופו של יום, יושת על החברה עיצום כספי בהיקף כלשהו.

7. אין באמור לעיל כדי להמעיט בסמכותה של הרשות לפעול מכוח סמכותה על פי כל דין. הרשות שומרת לעצמה את הזכות לפנות לבית המשפט הנכבד ככל שיעלה צורך בעניין זה בעתיד.



ליאב זינבאום, עו"ד

מנהל המחלקה המסחרית

פרקליטות מחוז (ת"א) אזרחי