

מחברת קורס

דיני חברות

מרצה: ד"ר דוד האן

- 4..... חלק א: התאגיד כאישיות משפטית
- 4..... מבוא
- 5..... החברה כישות משפטית
- 5..... מהי ישות משפטית?
- 6..... פקודת השותפויות
- 7..... התפתחות דיני החברות בישראל –
- 7..... בארה"ב
- 8..... כשרות משפטית
- 9..... כיצד כללי המשפט השונים מתייחסים לגוף שהוא "חברה"?
- 12..... פס"ד גרובר נגד תל יוסף
- 12..... תורת הידיעה הקונסטרוקטיבית
- 13..... כלל הניהול הפנימי
- 13..... בג"צ קמחי נ' בית הדין הארצי לעבודה
- 14..... פס"ד פנידר נגד קסטרו
- 15..... כיצד אם בכלל חברה יכולה להיות אחראית בנזיקין או אחראית בפלילים?
- 16..... תורת האורגניזם
- 17..... פס"ד חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מדינת ישראל
- 17..... מיהו אורגן?
- 18..... מדוע להעביר את האחריות לחברה בעיקר בעניין פלילי?
- 19..... פס"ד צוק אור בע"מ נגד קאר סקויריטי
- 19..... הרמת מסך
- 19..... פס"ד קיבוץ צרעה
- 20..... הגופים הפועלים בחברה
- 21..... מנכ"ל
- 22..... הדירקטוריון
- 23..... האסיפה הכללית
- 24..... הון המניות הרשום והמופק
- 26..... דירקטורים חיצוניים (דח"צ"ים)
- 29..... תפקוד הדירקטוריון עצמו
- 30..... תפקוד האסיפה הכללית ודרכי התנהלותה
- 32..... חובת הזהירות
- 33..... בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה
- 37..... פס"ד ואן-גורקום (VAN GORKOM) ממדינת דלוואר –
- 37..... כלל שיקול הדעת העסקי
- 39..... פסק דין וולט דיסני
- 41..... פרשת טכניקולור בדלוואר
- 41..... מבחן "ההגינות המלאה" - entire fairness
- 42..... מונעי סיכונים מול נושאי סיכונים - פטור שיפוי וביטוח: ס' 258 - ס' 264
- 44..... חובת האמונים
- 48..... פסק דין וולט דיסני
- 49..... דוקטרינת הגורם הדומיננטי –
- 49..... המודל הישראלי: בקרה מבנית - מסלול אישורים
- 49..... עסקה שאיננה חריגה:
- 50..... עסקה חריגה
- 50..... אישור תנאי העסקה של דירקטור
- 51..... פס"ד וינברגר
- 53..... עסקאות עם בעלי שליטה
- 53..... מערכת היחסים בין בעלי מניות הרוב לבין בעלי מניות המיעוט
- 57..... דירקטורים חיצוניים (דח"צ"ים)

59	הסכמי הצבעה בין בעלי מניות
60	פרשת עסקת איזנברג- ערד
61	חברות פרטיות
62	פס"ד בכר נגד תמ"מ (תעשיית מזון מטוסים)
65	דוגמא לקיפוח המיעוט הם פסק הדין בכר נגד תמ"מ (עמ' 62) ופסק הדין הבא:
65	פס"ד גליקמן נגד ברקאי
67	פס"ד קוסוי נגד בנק פויכטונגר
68	כיצד, מי, מתי תובעים כאשר יש זכות תביעה?
69	מהי עילת תביעה של היחיד (בעל המניות) –
69	מי יחליט על הגשת התביעה?

חלק א: התאגיד כאישיות משפטית

מבוא

חוזה הוא אחד משני הכלים הבלעדיים לקיום יחסים משפטיים בעולם. הדרך השניה היא על פי דין. מה מיוחד בחברה המצדיק פיתוח ענף מיוחד נפרד מדיני החוזים? יש עניינים מסוימים שדיני החוזים לא הצליחו לתת להם מענה.

החידוש העיקרי של דיני החברות, שהחל בפסיקה, היא הכרה של החברה כישות משפטית. חוק החברות מטפל בנושאים שונים וביניהם כינון החברה, הסדרת המבנה הארגוני של החברה והאנשת החברה.

הפעילות הטיפוסית בחברה:

דמויות רבות פועלות בחברה ולהן רצונות שונים, לכאורה אם נפעל לפי דיני החוזים כאשר יהיה מפגש רצונות – זו תהיה הפעילות של החברה. חלק מהדמויות בחברה קרובות יותר למעגל קבלת החלטות ואילו מצד שני יש דמויות שרחוקות מקבלת ההחלטות בחברה. החלטה שמתקבלת בחברה חלה על כולם ולכן נוצר כאן פער אינהרנטי. אם יש פער בלתי נסבל בדיני החוזים בין הצדדים, בית הדין לחוזים אחידים מתערב. במקום שיש פערי כוחות, ואחד הצדדים שמעורב במהלך איננו מצליח להביא את עצמו לידי ביטוי ולכן לא מתחשבים בהעדפותיו, יבוא המשפט ויאמר שלמרות שלדמות אין כוח השפעה, בית הדין יקבע כי על בעל הכוח לקחת בחשבון גם את העדפותיו של האחר. למשל פערי כוחות בין המנהלים, נושאי המשרה, ובין המשקיעים בחברה.

ביטוי שני לפערי הכוחות – המשקיעים בינם ולבין עצמם יכולים לנסח חוזה לפיו לכל אחד יש דעה אך אם יש מחלוקת ביניהם הרוב קובע. בית המשפט יתערב לטובת המיעוט במקרה שישנו חשש לעושה המיעוט.

החברה כישות משפטית

הקביעה המרכזית והמשמעותית ביותר בחוק החברות מצויה בס' 4 לחוק.

4. חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישרת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד.

האישיות המשפטית של החברה

הקביעה של ס' 4 היא בעצם היסוד לכל פעילותה של חברה. זאת ההכרה הרשמית של המדינה בכך שחברה לובשת צורה משפטית והופכת להיות דמות משפטית.

מהי ישות משפטית?

ישות משפטית היא בעצם דמות שיש לה את הפוטנציאל לשאת זכויות ולהיות חייבת בחובות. המשפט הוא מערכת של חוקים שיוצרים זכויות וחובות בין ישויות משפטיות שונות. רק ישות משפטית יכולה להיות בעלים של רכוש. החובה שלא להזיק לגורם אחר היא חובה שמוטלת על ישות משפטית בלבד. אנחנו לא מטילים חובה על בעלי חיים במובן שאומרים לכלב "אסור לך לנשוך ואם תינשך יהיה עליך לשלם פיצויים". כלב שנושך מוכנס להסגר ובכך שוללים את רכושו של בעליו של הכלב. המשמעות של חברה כישות משפטית היא שהחברה היא האחראית ולא אף דמות אחרת. חברה שמוקמת היא לא שליחה של האנשים שהקימו אותה – החברה היא לא דמות "מטעם". בדיוק כמו שבן הוא ישות משפטית והוא לא דמות משפטית מטעם אביו. תוצאה מרכזית של היות חברה ישות משפטית היא שבינה ולבין אלו שהקימו אותה יכולים להיות יחסים משפטיים – למשל הסכמי ניהול, הסכמי הלוואת בעלים וכד'.

פקודת השותפויות

ס' 14 וס' 20 לפקודת השותפויות.

14. כל שותף הוא שלוח של השותפות ושל שאר שותפיו לכל ענין של עסקי השותפות; ופעולותיו של כל שותף, כשהוא עושה בדרך הרגילה עסק מן הסוג שעושה השותפות שהוא חבר בה, יחייבו את השותפות ואת שותפיו, זולת אם למעשה אין לו הרשאה לפעול בשם השותפות באותו עסק, והאדם שעמו נשא ונתן יודע שאין לשותף הרשאה לכך, או שאינו יודע, או אינו מאמין, שהוא שותף.

כוחו של שותף לחייב את השותפות

20. (א) כל שותף חב, יחד עם שאר השותפים ולחוד, בכל החיובים שהשותפות חבה בהם בהיותו שותף, לרבות בכל דבר שהשותפות חבה בו לפי סעיפים 18 ו-19 בהיותו שותף, ואם נפטר השותף יהא עזבונו חב כאמור באותם חיובים במידה שעדיין לא סולקו. (ב) לא יינתן צו של הוצאה לפועל נגד שותף, מכוח היותו חב לחוד בחיובה של השותפות כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם פורקה השותפות, או אם הנושה בה קיבל פסק דין נגדה בשל החיוב ופסק הדין לא קויים במלואו; במקרה אחרון זה יהא השותף שפרע זכאי לסעד בשיעור יחסי מן השותפות ומשאר השותפים.

השותפים חבים יחד ולחוד

כל שותף חב יחד עם כל שותפיו ולחוד בכל החובות שהשותפות חבה בהן. כמו כן כל פעולה של שותף מחייבת את שאר השותפים ואת השותפות בכלל. אין הפרדה לטוב ולרע. לאור זאת קיימת שאלה מעניינת והיא האם השותפות נחשבת ישות משפטית או לא.

66. (א) שותפות רשומה לפי פקודה זו היא תאגיד, ויכולה לתבוע ולהיתבע בשמה הרשום. (ב) סעיף זה יחול על תובענות שבין השותפות לחבריה או שבין שותפויות שיש להן חבר משותף והן מנהלות עסקים בישראל; אולם בתובענות אלה לא יינתן צו הוצאה לפועל בלי רשות מבית המשפט שדן בתובענה, ואם הוגשה בקשת רשות כאמור, רשאי בית המשפט להורות על עריכת חשבונות וחקירות וכל הוראה אחרת שיראה לצודק.

שותפות רשומה היא תאגיד

ס' 66 לפקודה מציין ששותפות רשומה (נרשמה ברשם השותפויות) היא תאגיד והיא יכולה לתבוע ולהיתבע בשמה הרשום. על פניו, על פי החקיקה יש מעמד על פי החוק. אנחנו רואים שזו ישות משפטית חלשה יחסית – כל הזמן נסמכים על השותפים.

יש מחלוקת פילוסופית בין השופטת פורקצ'ה לשופט ברק – האם דמות נוסח שותפות היא דמות משפטית עצמאית? לפי **ברק** שותפות היא ישות משפטית במובן הזה: גוף שנושא בחובות ובזכויות זו משמעות של ישות משפטית לכן בס' 60 כתוב "לתבוע בשמה" - זה המשמעות של האישיות. מצד שני **פורקצ'ה** בא ואמר שזה שנכון שמבחינה פרוצדוראלית זו אישיות משפטית אבל זה לא מספיק. מבחינה מהותית - ממי גובים את הכסף או לאן זורם הכסף - לשותפים או מהשותפים אישית - ולכן זה בעיניו שותפות זו לא אישיות משפטית מהותית - הדיון הוא פילוסופי. גם להשקפתו של **ברק** מבחינה מהותית אין דין חברה כדין שותפות, גם אם נראה בה אישיות משפטית היא לא אישיות משפטית עצמאית אלא שלוחה.

החידוש של התאגידים בא לעולם במאה ה-19. היו עוד תאגידים לפני כן אך הם היו יותר בסגנון של שותפות בה האחראים היו בעלי החברה. החידוש הגיע מאנגליה במאה ה-19 בלב המהפכה התעשייתית. המהפכה התעשייתית אפשרה להגדיל את תחומי העיסוק והמסחר הלך והסתעף בהיקפיו וכך נוצר גם צורך במימון יותר אינטנסיבי, לכן היא צריכה לתת מענה משפטי שיהפוך את ההשקעה לאטרקטיבית ולכן המענה היה הפכית החברה לישות משפטית נפרדת מהמייסדים של החברה. המייסדים של החברה יהיו מוגבלים באחריותם כלפי החברה.

התפתחות דיני החברות בישראל –

לאחר מלחמת העולם הראשונה כאשר הבריטים קיבלו את המנדט, הם החלו לחוקק חוקים מקומיים. למעשה דיני החברות הראשונים שנחקקו בישראל היתה פקודת החברות משנת 1929. הפקודה שמשה את הבסיס המרכזי לדיני החברות בישראל למשך 70 שנה עד לשנת 1999. ככל שהתקדמו בשנים, התחושה היתה שהפקודה הינה מיושנת ואינה עונה על הצרכים המודרניים של עולם העסקים ושל שוק ההון. בשלבים מסוימים תיקנו את פקודת החברות במקומות מסוימים – למשל הפרק של אחריות נושא משרה. מאמצע שנות ה-80 עבדו במשרד המשפטים על גיבוש חוק מרכזי חדש – חוק החברות. בחוק יש כמה שינויים מהותיים לעומת הפקודה. ראוי לציין שבעוד שפקודת החברות הפכה את דיני החברות בישראל בעלי זיקה הדוקה לאנגליה, חוק החברות נטש את הזיקה האנגלית לטובת הזיקה האמריקאית. המושגים, המונחים והכללים הבסיסים הם מתוך התפיסה האמריקאית.

בארה"ב יש 50 דיני חברות – לכל מדינה יש חוקים משלה (יש 50 מדינות). יש דמיון רב מאוד בין דיני החברות של המדינות השונות. דיני ניירות הערך של ארה"ב הם פדראליים (אחידים לכל המדינות). חוק החברות הבולט ביותר הוא החוק של מדינת דלוואר – זהו החוק שנלמד על ידי כל האוניברסיטאות בארה"ב וכל המדינות לוקחות דוגמא ממדינת דלוואר. המקום בו חברה התאגדה, הוא הקובע אילו דינים יחולו על המדינה. אין צורך להיות תושב אותה מדינה (בארה"ב) כדי לייסד בה חברה. הקמת חברה יכול שיעשה בפקס או במייל. בארה"ב הבינו שההתאגדות של חברה היא בחירה של המייסדים שלה. המחוקקים הבינו שיש פה עסק פוטנציאלי, שהרי אם מדינה מתאגדת במדינה שלהם הם יקבלו לידיהם את ההכנסות מהאגרות וכו'. לכן, מתפתחת תפיסה של תחרות בין המדינות על ההתאגדות. מתוך התחרות הזו מדינת דלוואר רצה קדימה ויצרה דיני חברות אטרקטיביים. כדי למשוך את החברות להירשם שם הם נותנים שירותים משפטיים מהירים, כמו כן דיני החברות הם גמישים. בית המשפט שם עוסק ב-90% בתיקים של דיני חברות, בבתי המשפט יש תקדימים ופסיקה נרחבת. כל החברות הגדולות והמשמעותיות בארה"ב רשומות בדלוואר ואין קשר להיכן הנהלת החברה ממוקמת. לדוגמא: קוקה קולה, ג'נרל מוטורס.

כשרות משפטית

לצד המושג ישות משפטית יש להכיר מושג נוסף והוא כשרות משפטית. קטין נחשב כישות משפטית. אדם מוגדר כישות משפטית מיום היוולדו ועד ליום מותו. כשרות משפטית הכוונה – הפוטנציאל לזכות או חובה מסוימת. האם יש לי כשרות להיות בעלים של רכוש? האם יש לי כשרות לשאת אישה? חברה היא ישות משפטית אך "לשאת אישה" הוא לא רלוונטי מבחינתה. כשרות משפטית הכוונה היא היכולת להשיג תוצאה משפטית מסוימת.

לגבי ישויות משפטיות יתכנו אפשרויות שונות – נפגוש ישויות משפטיות שכשרותן המשפטית אינה מוגבלת ואילו לגבי תאגידים נראה שהיתה התפתחות עם השנים. הכירו בתאגיד כישות משפטית משל עצמה אבל תאגיד הינו בעל כשרות משפטית מוגבלת. לדוגמא - לוועד בית יש כשרות משפטית מוגבלת לבצע פעולות עבור דיירי הבית המשותף. ועד בית קיים לצרכים מאוד מסוימים ומוגדרים. אם אין כשרות משפטית ובוצעה פעולה משפטית – התוצאה המשפטית תהיה בטלות (void).

לגבי רובנו הכשרות המשפטית היא כללית. פוטנציאל התוצאות המשפטיות של כל אדם הוא בלתי מוגבל. העובדה שאדם הוא לא כשר לבצע פעולות מסוימות, הדבר אינו אומר שאין לו פוטנציאל ככל אדם אחר. למשל מוגבל בשכלו – יכול להיות בעלים של דירת מגורים, אך הוא אינו יכול לבצע את הרכישה בעצמו – הסיבה היא שרוצים להגן על אותו אדם. השאלה לגבי חברות היא האם כשרותן המשפטית היא כללית, או שכשרותן המשפטית היא מוגבלת לעניינים מסוימים בלבד?

נושא זה התפתח על רקע השאלה:

כיצד כללי המשפט השונים מתייחסים לגוף שהוא "חברה"?

(אחריות החברה בפלילים ובניזקין)

נתרכז בענף דיני החוזים – היכן ומתי יש גמירות דעת, הצעה וקיבול וכד' כאשר מדובר בחברה? כאשר יש יסודות מחשבתיים ומנטאליים כיצד מיישמים אותם כאשר הצד לחוזה הוא חברה? הבסיס להתקשרויות העסקיות של חברות הוא בסיס של דיני שליחות. חוזה עסקאות יכול להתבצע גם באמצעות שליחים.

ס' 2 לחוק השליחות –

2. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח.

דין השליחות

השלוח פועל את פעולתו עבור השולח, כל פעולה שיבצע השלוח תהיה תחת אחריותו של השולח, השלכותיה המשפטיות מיוחסות לשולח. גמירות הדעת של שלוח תיוחס משפטית לשולח. אם אנחנו אומרים שכריתת חוזים של חברה היא באמצעות שליחים, צריך לזכור שהשליחות עצמה היא חוזה.

ס' 1 לחוק השליחות –

1. (א) שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי.
(ב) כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית.

השליחות
ונושאה

על פי הסעיף, שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות מטעם השולח פעולה משפטית מול צד שלישי. מתעוררת כאן בעיה כי השולח צריך לגמור בדעתו לייפות את כוחו של השלוח. ברגע הקמת החברה נבחן מי הם הדומיות הראשוניות שמוסמכות מטעם החברה אשר ביכולתן להסמיך הלאה דמויות אחרות. צריך גורם אנושי שיקבע עבור חברה את השלוח המשפטי שלה. מי שיקבע את הדבר הוא המייסדים, הקביעה תהיה טרם לידתה של החברה.

אם כך, אנחנו מבינים שהתקשרויות חוזיות של חברה הן כל הזמן פרי של שליחות מטעמה. השאלה שמתעוררת היא, מה קורה כאשר השלוח איננו פועל בדיוק לפי גבולות הגזרה של השליחות שניתנה לו? מה קורה כאשר השלוח כורת חוזה בשם החברה כאשר הוא לא בדיוק מוסמך לפעול כך? השלוח איננו צד לחוזה לטוב ולרע – כאשר החוזה מופר מצד החברה – תהיה תביעה על הפרת חוזה כנגד

החברה בלבד. הכלל הוא שאין עילות תביעה כנגד השלוח – זה נכון כאשר השליחות היא במסגרת ההרשאה של השולח.

אם השליחות אינה במסגרת ההרשאה של השולח נפנה אל ס' 6 בחוק השליחות –

6. (א) פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו, יכול אותו אחר, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה, ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום-לב ובתמורה לפני האישור.

(ב) לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, הברירה בידו, כל עוד לא נודע לו על אישור הפעולה, לראות את השלוח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו.

(ג) תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו הוראות סעיף זה.

פעולה
ללא הרשאה

ס' 6(א) – אומר שאפשר לאשר את הפעולה של השלוח בדיעבד – הכוונה שבאים להגן על השולח. אלמלא סעיף 6(א) היה פוטנציאל שהצד השני לעסקה יברח מהעסקה – שהרי אם השלוח אינו מוסמך יש כאן דרך להימלט מהעסקה ולקבל הצעה טובה יותר, על אף שהצד השני גמר בדעתו לחתום על העסקה עם החברה. סעיף 6(א) בא להגן על החברה – שהרי כאשר הצד השני הסכים לעסקה הוא לא ידע שהשלוח לא מוסמך ובכל זאת הסכים לתנאי העסקה – לכן הסעיף חל לטובת החברה ובא להגן עליה. החידוש כאן שיש אפשרות חד צדדית של החברה לשכלל את העסקה במקרה מסוים זה.

מה קורה אם בסופו של דבר הצד השני לעסקה בכל זאת קיבל את ההצעה הטובה יותר? מפאת תקנות שוק מעדיפים במקרים מסוימים לתת עדיפות למי שהיה המאוחר יותר בעסקה. הדבר יתקיים תחת שני תנאים –

1. הצד המאוחר היה תם לב – לא היו לו סיבות לחשוב שהיתה כאן עסקה קודמת.
2. הצד המאוחר שילם את הערך עבור העסקה.

ס' 6(ב) – צד ג' לא יכול לפנות לשולח. הדמות האמיתית שמגנים עליה כאן הוא השולח. ס' 6(ב) מסדר את העניינים גם מצד צד ג'. אם א' לא מאשר את העסקה בדיעבד צד ג' עלול להיפגע. השלוח ישא באחריות כי הוא התיימר לייצג את החברה בעסקה, יחייבו את השלוח לאכוף את החוזה או לחלופין יתבעו את השלוח בתביעה נזיקית. לעיתים כל מה שנוכל לעשות זה לתבוע נזיקית, לא תהיה אופציה לקיום החוזה – כאשר השלוח טען שהוא מיופה כוח למכור נכס בשם חברה. צד ג' לא יוכל לאכוף את החוזה כי הרי הנכס אינו בבעלותו של השלוח – אי אפשר לאכוף מכירה של נכס שכלל אינו בבעלותו של השלוח.

יש הוראה ספציפית בשני סעיפים בחוק החברות – ס' 55 וס' 56 לחוק החברות.

יש לבדוק מה היחס בין סעיפים אלו ולבין ס' 6 לחוק השליחויות.

פעולה בחריגה

55. (א) חברה ומי שפועל מטעמה לא יבצעו פעולה שיש בה חריגה מן המטרות הקבועות בתקנון וכן לא יבצעו פעולה בלא הרשאה או פעולה בחריגה מן ההרשאה.
(ב) נעשית או שיש יסוד להניח שעומדת להיעשות פעולה כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, לבקשת החברה, בעל מניה, או נושה של החברה שיש חשש לפגיעה בזכויותיו, לתת צו להפסקתה או למניעתה של הפעולה.

פעולה בחריגה מהמטרות או בלא הרשאה (תיקון מס' 3 תשס"ה-2005)

56. (א) פעולה שנעשתה בעבור חברה בחריגה ממטרות החברה, או שנעשתה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה, אין לה תוקף כלפי החברה, 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 העדר ההרשאה.
(ב) אישור החברה בדיעבד לפעולה בחריגה ממטרות החברה יינתן בידי האסיפה הכללית בהחלטה שתתקבל ברוב הדרוש לשינוי מטרות החברה; אישור כאמור לענין פעולה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה יינתן בידי האורגן המוסמך לתת את ההרשאה.
(ג) אישור כאמור בסעיף קטן (ב), לא יפגע בזכות אדם אחר בתום לב ובתמורה לפני מתן האישור.

(תיקון מס' 3 תשס"ה-2005)

ס' 55 - כאשר יש איסור מפורש בחוק ברור שהפרה שלו תגרור סנקציה משפטית.

ס' 56 – ס' ההיפוך של ס' 6(ב) לחוק השליחות – כאשר בוצעה שליחות לשם חברה, אין תוקף

מבחינת החברה אלא אם כן:

1. החוזה אושר בדיעבד.

2. הצד שכלפיו נעשתה הפעולה, לא ידע ולא היה צריך לדעת שהיתה חריגה מהרשאה – כלומר

הצד השני לחוזה היה תם לב.

כיצד הוראה זו מסתדרת עם ס' 6(ב) לחוק השליחות?

התשובה היא שחוק ספציפי גובר על חוק כללי.

פס"ד גרובר נגד תל יוסף

השאלה שהתעוררה עוד בעידן פקודת החברות היתה ביחס לפרשנות של חריגה של שלוחים.

במקור פקודת החברות שמקורה בדין האנגלי הבחינה בין 2 סוגי חברות:

1. חריגה כפי שאנחנו מכירים אותה כיום – חריגה מסמכות ומהרשאה.
2. חריגה המכונה - **חריגה ממטרות החברה**. כל חברה כשהיא מתאגדת, במסגרת פעולות ההתאגדות שלה, המייסדים צריכים להגיש מספר טפסים ומסמכים לרשם החברות. אחד המסמכים הוא תקנון החברה. במסגרת התקנון חייבים שיופיעו 4 עניינים שהם חובה על פי החוק, כדי שרשם החברות יאגד את החברה. כל שאר הפרטים בתקנון החברה הם וולונטריים. ארבעת פריטי החובה מופיעים בס' 18 לחוק:
 - א. שם החברה
 - ב. מטרות החברה
 - ג. ההון הרשום של החברה
 - ד. פרטים בדבר הגבלת האחריות של החברה

על פי תפיסת המשפט הבריטי חריגה ממטרות החברה משמעותה **היעדר כשרות משפטיות**. כשנקבעות מטרות מסוימות לחברה זהו גבול הפעולות המשפטיות מבחינתה. כל פעולה שהיא מחוץ למסגרת המטרות, אין לה שום נפקות משפטית. כל פעולה משפטית שכזו דינה הינו בטלות (void). הדבר הביא לתוצאות קשות – צד המתקשר במקרה כזה עם החברה נקי מהתחייבותו. לכן המשפט האנגלי במקום לתקן את הכלל הנ"ל הוא יוצר קונסטרוקציה של יוצא מן הכלל.

תורת הידיעה הקונסטרוקטיבית

כל מי מתקשר עם חבה מוחזק כiodע מה תוכן התקנון שלה ומה תוכן המטרות שלה. אפשר לייחס את הידיעה הזו לכל אחד כיוון שהתקנון נמצא במקום פומבי – ברשם החברות. עוד בעידן חוק החברות בשנות ה-80 תוקנה פקודת החברות (כיום ס' 4 לחוק). התוצאה של התיקון הוא שהמטרות הם מקרה פרטי של הגדרת הרשאות כללית. כשקובעים בתקנון מטרות למעשה מגבילים את ההרשאה הניתנת למנהלים. כאשר רוצים לשנות את מטרות החברה יש לפנות לבעלי המניות – באסיפה הכללית של החברה. חריגה ממטרות החברה תיחשב כחריגה מהרשאה.

בפס"ד ישנו דיון האם לאור ביטול דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית בוטל גם כלל הניהול הפנימי (בהמשך)?

מכיוון שאין בטלות אוטומטית, אין צורך להצדיק אותה באמצעות הידיעה הקונסטרוקטיבית. לא צריך לומר לצד המתקשר שהסכם בטל כי הוא לא ידע את המטרות שבתקנון.

כלל הניהול הפנימי

חריג להריג. צד המתקשר בחוזה מוחזק כיודע את מטרות החברה, אך אם כתוב במטרות כי החברה יכולה להלוות סה"כ 10 מיליון ₪. חברה פונה לצד ב' ללוות 2 מיליון ₪. צד ב' אינו יכול לדעת כמה החברה לוותה בסה"כ.

כלל הניהול הפנימי אומר שאתה מוחזק כיודע מידע שכלול בתקנון החברה, אבל אינך מוחזק כיודע מה קורה במסמכים הפנימיים של החברה. במקרה הזה צד ב' מוחזק כלא יודע ולכן העסקה תקפה. ברק אומר בפס"ד שכלל הניהול הפנימי עדיין חשוב, על אף שבוטלה תורת הידיעה הקונסטרוקטיבית – כי מה שצד בג' אינו יודע, לא יכול לפגוע בו.

בג"צ קמחי נ' בית הדין הארצי לעבודה

מדובר בתביעה חוזית על חוזה עבודה. קמחי היה מנכ"ל ויו"ר דירקטוריון של חברה שהיתה בשליטת הסוכנות היהודית. תקנון החברה קבע שכהונת נושאי המשרה הבכירים תוגבל בכל פעם לתקופה של שנתיים בלבד. ניתן כעבור שנתיים לחדש את הכהונה. קמחי כיהן מספר תקופות רצופות. בפועל קמחי היה סוגר את ההעסקה שלו כל פעם מול יו"ר הסוכנות – אריה דונצין. דונצין האריך לקמחי את ההסכם כל פעם ב- 4 שנים – תקנון לחוד ומציאות לחוד. בשלב מסוים דונצין שוב מעריך לקמחי בארבע שנים, אלא שתקופה קצרה לאחר מכן קמחי הועבר מתפקידו לאור החלטה של הדירקטוריון והאסיפה הכללית – כמנכ"ל וכיו"ר הדירקטוריון. קמחי פנה לחברה ותבע פיצוי כספי על הפרת חוזה.

עיקר הדיון בפס"ד התמקד בתקופה של חוזה העבודה. כעיקרון הדיון בפס"ד לא היה האם בכלל מגיעים לו פיצויים, אלא על איזו תקופה מגיעים לו פיצויים. בית הדין קובע שמגיע לו פיצויים רק על שנתיים מהיום שדונצין העריך לו את הסכם העבודה ולא על ארבע שנים. בעקבות החלטה זו קמחי פנה לבג"צ.

החברה טענה שהחוזה אינו תקף, וזאת כיוון שדונצין איננו מוסמך ופעל לבד ועל דעת עצמו – יש פה חריגה מהרשאה. קמחי התמודד עם טענה זו ואמר שנניח שהוא לא מוסמך על פי התקנון, אלא שבמשך שנים החברה שתקה כאשר דונצין האריך לו את הסכם העבודה בארבע שנים בכל פעם. השופט מצא דוחה את הטענה הזו של אישור בדיעבד. הוא אומר שצריך שיהיה אישור בפועל בדיעבד לא משתמע בדיעבד. כדי שיהיה אישור שבדיעבד צריך לראות הבעת הסכמה מפורשת. קמחי טוען טענה חלופית ואומר שגם אם אין הרשאה, עדיין הוא צד שלישי ודונצין הוא השלוח. אם

קמחי תם לב יש תוקף לפעולות של דונצין. זו טענה לא רצינית משום שמי שמשמש כמנכ"ל חברה לא יכול לטעון שאינו מכיר את תקנון החברה. גם אם אינו מכיר את התקנון יש נורמה משפטית שאומרת שהיה עליו להכיר את תקנון החברה. קמחי טען שכאשר דונצין נתן לו הסכם ל-4 שנים קדימה, והוא מייצג את בעלי המניות בחברה הרי שיש כאן אשרור בדיעבד בכל פעם מחדש.

חשוב לציין כי היה סעיף בתקנון החברה שכל הוראות תקנון הסוכנות היהודית חלות גם על החברה בה קמחי כיהן כמנהל. תקנון הסוכנות יגבר במקרה שיהיו סתירות בינו ולבין תקנון החברה עצמה. גם בתקנון הסוכנות היה סעיף שקבע גבולות כהונה של שנתיים. מצא אמר שכאשר דונצין האריך ב-4 שנים היתה כאן הרשאה בדיעבד – בעלי המניות של החברה דיברו מתוך פיו של דונצין ולכן אושרה בדיעבד חריגה. מצא אומר שהא לא מסכים לכך אך גם אם נאמין שזה נכון, במקרה של קמחי יש חריגה כפולה מהרשאה. דונצין בתור פיה של הסוכנות היהודית יכול לרפא פגם רק בתקנון החברה עצמה, אך יש גם חריגה מתקנון הסוכנות היהודית – כיצד יכול קמחי להתגבר על התקנון הזה? הסוכנות לא יכולה לרפא את הפגם של החריג בתקנון שלה, מי שיכול לרפא את הפגם בתקנון שלה הם בעלי המניות של סוכנות היהודית ואותם לא שאלו.

החלטת ביהמ"ש היתה שנתנו לקמחי פיצויים על שנתיים של הפרת חוזה ולא ארבע שנים של הפרת חוזה.

יש מקרה חריג שבו בכל זאת השלוח עצמו יחוב אישית כלפי הצד השני המתקשר בחוזה. ככלל היריבות החוזית של הצד המתקשר הוא תמיד מול החברה אך יש לכך חריג שבו קבע ביהמ"ש העליון שעל אף שהחוזה נכרת בין צד ג' ולבין החברה השולחת יש מקרה בו חברה יכולה לתבוע את השלוח –

פס"ד פנידר נגד קסטרו

נערך דיון נוסף בעניין השאלה את מי ניתן לתבוע? את החברה שלא קיימה את החוזה מול רוכשי הדירות או את המנהל? כעקרון לפי מה שלמדנו עד עכשיו ניתן לתבוע את החברה. בפס"ד זה ביהמ"ש קבע שהאחריות והחובה לנהל מו"מ בתום לב כאמור בס' 12 לחוק החוזים היא חובה המוטלת באופן אישי על מי שמנהל מו"מ בין אם הוא צד לחוזה ובין אם לאו. על אותו אדם חלה אישית נורמת תום הלב הקבועה בס' 12 לחוק החוזים. כל מי ששותף במהלך של ביטול החוזה חייב לנהוג בתום לב, לכן מנהל שלא גילה גילוי מספיק באופן שאי הגילוי נחשב בעיני ביהמ"ש כחוסר תום לב. זוהי לא תביעה חוזית מול החברה אלא תביעה נפרדת.

כיצד אם בכלל חברה יכולה להיות אחראית בנזיקין או אחראית בפלילים?

נניח שנגרם נזק במהלך פעילות של חברה ומישהו נפגע האם יש לו עילת תביעה בנזיקין כלפי החברה? נניח שבוצעה פעולה עבריינית במסגרת פעילותה של החברה האם ניתן להאשים את החברה בפלילים? דיני הנזיקין הם במסגרת המשפט האזרחי ומטרתם הוא פיצוי הנזוק. התביעה הכי קלאסית בנזיקין היא **עוולת הרשלנות**.

לדוגמא, אדם נכנס למפעל מסוים בו הרצפה רטובה, הוא מחליק ושובר את אגן הירכיים. יש עלויות אשפוז מעבר לכאב הפיזי ולנזק הפיזי. מי הוא זה שכנגדו יש לאותו אדם עילת תביעה בנזיקין? תשובה האינסטיטוטית היא שהחברה היא שאחראית לנזק. כדי לקבוע זאת הרי שעלינו לקבוע שהחברה כישות משפטית התרשלה כלפי הנזוק. כלומר, עלינו להראות שלמזיק היתה חובת זהירות כלפי הנזוק, והמשמעות שהמזיק צריך היה לצפות את אפשרות התרחשות הנזק, כמו כן צריך גם להראות שהמזיק הפר את חובת הזהירות ולא נקט אמצעים סבירים למניעת הנזק.

איפה בדיוק חברה צופה את התרחשות הנזק? לבני האדם שעובדים בחברה יש תודעה אנושית, והם יכולים לצפות את הנזק בשם החברה. אנו נשאב את התודעה האנושית של נושאי המשרה כתודעה של החברה. אולם, בניגוד להקשר החוזי שבו ייחסנו התנהגות אנושית לחברה מתוך דיני השליחות, בהקשר הנזיקי (כמו גם בהקשר הפלילי) יהיה קשה יותר לעשות זאת מאחר ואנו רוצים מצב בו אדם אחד יהיה הטועה והאחר יהיה האחראי.

אנו רואים זאת **בסעיף 13 לפקודת הנזיקין** –

חבות מעביד

13. (א) לענין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו —

(1) אם הרשה או אישר את המעשה;

(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;

אולם —

(א) מעביד לא יהא חב על מעשה שעשה מי שאיננו מעובדיו אלא אחד

מעובדיו העביר לו תפקידו בלא הרשאתו המפורשת או המשתמעת של

המעביד;

(ב) מי שהיה אנוס על פי דין להשתמש בשירותו של אדם שאין בחירתו

מסורה לו, לא יהיה חב על מעשה שעשה האדם תוך כדי עבודתו זו.

(ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא

מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של

העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן

מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לענין המעביד.

בהקשר שבין **עובד למעביד**, נקבע שנזק של עובד יחשב כנזק של המעביד. כלומר, מדבור על אחריות שילוחית של מעביד לנזק שנגרם ע"י עובד שלו. האחריות השילוחית של דיני הנזיקין היא קביעה של הדין שלא כמו בדיני החוזים. בשליחות בהקשר החוזי אנחנו אומרים שכל עוד השלוח פועל במסגרת שליחותו אז השולח נושא באחריות, כלומר לשלוח אין שום אחריות. באחריות שילוחית בדיני הנזיקין, בהקשר של מעביד עובד, אזי המעביד אחראי. כלומר, יש להוכיח שהעובד הזיק ואז האחריות מתגלגלת אל המעביד.

- הבדל נוסף הוא שבדיני חוזים יחסי שליחות יכולים להתקיים לכל דבר ועניין, ככל שהשולח מסמיך את השלוח הוא רשאי לפעול.
- דיני הנזיקין עצמם קובעים שיש עוולות מסוימות שביחס אליהן אין אחריות שילוחית אלא רק המזיק הישיר אחראי על עוולות אלו:
1. כליאת שווא
 2. נגישה – המצרים נגשו בבני ישראל.
 3. תקיפה – כל טיפול פולשני לגוף של אדם שנעשה ללא קבלת הסכמתו מראש נחשב לפי הדין לתקיפה.

תורת האורגנים

דיני החברות קבעו את תורת האורגנים, שהרעיון שלה לקבוע טכניקה משפטית שמטרתה להטיל אחריות משפטית בנזיקין על החברה כאשר התרחשה תוצאה נזיקית ע"י גורמים אנושיים במסגרתה. מתייחסים לבני אדם שפועלים במסגרת התאגיד כאילו הם איבר מאיברי התאגיד.

מה יקרה לגבי עוולות מורכבות שנמשכות על פני זמן, שבהם קשה להצביע על אדם מסוים, עובד, שהוא אחראי על הנזק. נזקי זיהום של איכות הסביבה, נזקים בריאותיים- נזקי סיגריות. מיהו הנתבע? קשה מאוד לזהות עובד ספציפי אחראי, המנהלים מתחלפים והנזק התרחש לאורך שנים. האחריות היא של החברה אבל זיהוי אדם מסוים כאחראי הוא קשה. הדבר שונה מעוולות קלאסיות כדוגמת שומר המוריד בטעות את המחסום על רכבו של אדם, שהרי במקרה זה ניתן להצביע עליו כאחראי.

תורת האורגנים קובעת בחוק כי האחריות במישרין תוטל על החברה והשאלה האם יש מישהו ספציפי אחראי היא לא רלוונטית. כלומר, מתאפשר מצב שלא יהיה אדם אחראי לנזק והחברה תואשם בכל זאת.

האם ניתן להאשים חברה בפלילים? מבחינת הדין התשובה היא כן, לא רק בני אדם אחראיים אלא גם חברות. עיקרון היסוד של המשפט הפלילי הוא שאיש בחטאו ישא, בפלילים אין אחריות שילוחית,

התנהגות עבריינית היא דבר פרסונאלי. לאור הטכניקה של תורת האורגנים ניתן להרשיע חברה בפלילים. לדוגמא בתחום איכות הסביבה- יכולים להיות חוקים שאוסרים על זיהום ברמה מסוימת וזו עבירה פלילית למי שעובר על החוק.

פס"ד חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מדינת ישראל

האם נשמע הגיוני שאנחנו נעמיד לדין חברה בגין הפרת תקנות תעבורה? השופט ברק אומר שזו לא אמירה נכונה, ברור לנו שמבחינה מציאותית בן אנוש נהג ברכב ולא חברה, אבל מבחינת מדיניות משפטית כאשר בן אנוש נהג ברכב של חברה אז המשפט מעוניין להטיל את התוצאה על החברה.

אם תורת האורגנים זוהי טכניקה משפטית להטלת אחריות ישירה על חברה אז מתעוררות שתי שאלות מרכזיות:

מיהם האורגנים בחברה – האם כל עובדיה או בעלי תפקידים ספציפיים בחברה?
והשאלה השנייה:

מדוע ראוי להטיל אחריות ישירות על חברה? האם זה לא מרחיק לכת להטיל אחריות פלילית על חברה?

מיהו אורגן?

סעיף 53 לחוק החברות:

סימן ג': אחריות החברה לפעולות האורגנים

53. (א) חברה חבה במישרין באחריות בנזיקין על עוולה שבוצעה בידי אורגן שלה.
(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה השלוחית של חברה בנזיקין על פי כל דין.

אחריות בנזיקין של חברה

סעיף 46 לחוק החברות:

46. האורגנים של החברה הם האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון רואים את פעולתו בענין פלוני כפעולת החברה לאותו ענין.

האורגנים

כלומר, ישנם אורגנים מוגדרים היטב וכן ישנם אורגנים שאינם מוגדרים.

האסיפה הכללית והדירקטוריון (כגוף לא דירקטור יחיד) מאוד פשוט להגיד עליהם שהם אורגן, משום שאין הם אנושיים ואין פעילות של שניהם אלא במסגרת החברה.

מנכ"ל החברה הוא אדם אחד ולא גוף ויש לו חיים גם מחוץ למסגרת של החברה. למשל נשאל האם מנכ"ל שגרם נזק בעת חופשה, נטיל עליו אחריות? במקרה זה הניזוק מגיש תביעה נזיקית אך כנגד אותו אדם ולא כנגד החברה. (אם זה היה נופש מטעם החברה אז כן יש מקום להטיל אחריות על החברה).

הפסיקה קבעה **מבחן כפול ומשולב** להגדרת אורגן: אורגן הוא מי שמתקיים בו גם **מבחן פונקציונאלי** וגם **מבחן היררכי**.

מבחן היררכי מלמד אותנו שכוונת הדין היא שלא כל אחד ואחד בחברה אוטומטית תוצאות פעולותיו תיוחסנה לחברה. אותו אדם צריך להיות מישהו מרמה היררכית מסוימת והלאה, מישהו שהוא חלק ממרכז העצבים של החברה.

המבחן הפונקציונאלי אומר שיש עניין בדין להטיל את האחריות על החברה. הדרישה היא ששני המבחנים יתקיימו בו זמנית.

מדוע להעביר את האחריות לחברה בעיקר בעניין פלילי?

1. הדבר ידרבן את החברה להתמודד עם העניין ולמנוע את העבירה.
2. המחשבה והמעשה לא נעשו על ידי אותו אדם, אלא החברה בכללה פעלה בניגוד לחוק.

סעיף 22 לחוק העונשין –

סימן ג': אחריות קפידה

22. (א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה.

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה.

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

(תיקון מס' 39)
תשנ"ד-1994
אחריות קפידה
והיקפה
(תיקון מס' 39)
תשנ"ד-1994
(תיקון מס' 39) (תיקון
מס' 1) תשנ"ה-1995

ס' 22 הוא המבחן הפונקציונאלי הדרוש

פס"ד צוק אור בע"מ נגד קאר סקויריטי

עומק הכיס של החברה רלוונטי לנושא הנזיקין. השופט שמגר קבע בפסק דין זה שהאחריות תהיה גם על החברה וגם על העברייני כדי להבטיח פיצוי לניזוק.

הרמת מסך

זהו תהליך שבו מתעלמים מההפרדה המשפטית בין חברה לבעליה. אנו נדון בהרמת מסך מדומה והכוונה אינה לבטל את ההפרדה בין החברה לבעליה, אלא ליחס תכונות אנושיות מסוימות קיימות אצל בעלי המניות לחברה. במובן זה הדבר דומה לתורת האורגניזם אלא שלא לוקחים התנהגות אלא תכונות.

פס"ד קיבוץ צרעה

החוק קובע כי יש ימים שהם ימי שבתון רשמי שבהם נאסר על אזרחים לעבוד ולא לקיים בהם פעילות מסחרית. החוק מבחין בין בני דת שונים. קיבוץ צרעה הינו יהודי ואסורה פעולה מסחרית שלו ביום שבת, ואם פועלים בשבת עוברים עבירה פלילית.

פקחים שהגיעו לקיבוץ צרעה מצאו שהעסקים פועלים בשבת והטילו עליהם קנס שנדון בבית הדין לעבודה. בית הדין האזורי טענת ההגנה של הקיבוץ היתה כי המדובר בתאגיד ואין הוא יהודי ולכן לא חל עליו החוק המגביל. בית הדין האזורי קיבל עמדה זו.

בית הדין הארצי לעבודה קבע כי ס' 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה מגדיר מנוחה וכדומה, קובע את יום השבת כיום מנוחה ליהודים, ולמי שאינו יהודי – שישי, שבת או ראשון הכל כפי המקובל עליו.

השופטת ברק שאלה האם יש לראות בתאגיד ככזה שלו תכונות אנושיות. בנובמבר 2007, התפרסם בכלי התקשורת שהקיבוץ החליט לקחת את המקרה לבג"צ (רק כך אפשר לערער על החלטת בית הדין הארצי לעבודה). פרקליטות המדינה החליטה בתגובתה לבג"צ לסגת מכתב האישום על אף שהם זכו בשתי ערכאות הראשונות ולמעשה התוצאה היא שהקיבוץ זוכה.

ביהמ"ש באנגליה נדרש לשאלה זו בפס"ד דיימלר, בו נקבע כי מסחר עם האויב הינו פלילי, כלומר לאזרח אנגלי אסור לסור עם גרמני. נשאלה השאלה מה קורה אם יש חברה שהתאגדה בארץ אחת ובעלי מניותיה כולם בארץ אחרת? לדוגמה חברה שנרשמה תחת הדין הגרמני וכל בעלי מניותיה אנגלים או ההיפך? האם זה נקרא מסחר עם האויב? על פניו ישנה הפרדה ולכן לאום החברה יהיה לפי מקום התאגדותה – במקרה זה ניתן לעקוף את המגבלה שבחוק.

כדי לאפיין מבחינת תכונות את החברה נסדוק את תכונות בעלי מניותיה ואם כולם גרמנים החברה תיחשב במהותה כחברה של האויב – זוהי הרמת מסך מדומה.

מאחר וישנה אפשרות כזו של הרמת מסך מדומה, ניתן לקבוע כך גם לגבי "דתו" של תאגיד עפ"י מרבית בעלי המניות.

כלומר, ניתן לשבש כל הוראות חוק באמצעות הקמת חברה וכדי למנוע זאת ישנה הרמת מסך מדומה. השופטת ברק הלכה בכיוון אחר והתבססה על סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה הקובע את האיסור:

(א) בימי המנוחה הקבועים ... לא יעבוד בעל בית מלאכה... ולא בעל מפעל תעשייתי ... ולא יסחור בחנותו.

(ג) מי שאינו יהודי רשאי לגבי עסקו המצוי בתחום רשות מקומית ומספר תושביה שאינם יהודים הינו רבע לפחות, יוכל לפעול בימי שבת וחג אם יש לו..."

לדברי השופטת תכלית האיסור היא סוציאלית פטרנליסטית שנועדה להגן על העובד.

באשר לעניין דתו של קיבוץ צרעה, אין לקבל את דעתו של בית הדין האזורי, ידיעה שיפוטית היא שקיבוץ הוא יהודי (לדברי השופטת, המערכת צמחה עם הקמת המדינה ולפי ההגדרה באנציקלופדיה קיבוץ מוגדר כיהודי), כלומר ישנה כאן הרמת מסך מדומה. מעבר לכך האיסור לעבוד בשבת חל, למעט האמור בסעיף 9א(ג) לחוק שעות העבודה והמנוחה.

הגופים הפועלים בחברה

בס' 46 לחוק החברות ראינו שהמחוקק הגדיר 3 אורגנים של החברה: **האסיפה הכללית הדירקטוריון והמנכ"ל.**

46. האורגנים של החברה הם האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון רואים את פעולתו בענין פלוני כפעולת החברה לאותו ענין.

האורגנים

האסיפה הכללית מורכבת על פי ההגדרה מורכבת מבעלי המניות של החברה.

קיים מבנה היררכי קונסטיטוציוני של החברה – בראש החברה האסיפה הכללית אחריה הדירקטוריון ומתחתיו המנכ"ל.

למרות התפיסה ההיררכית יש להבהיר 2 עניינים:

1. המודל שהחוק בונה ומפזר את הסמכויות בין הגופים הוא מודל שמתאים ונבנה לפי אמות המידה של חברה ציבורית. הוראות החוק אינן מבדילות בין חברה ציבורית ופרטית וחלות על שתיהן.

2. הפירמידה הזו יפה ברמה התיאורטית אך ברמה המעשית דווקא בחברות הציבוריות פירמידת הכוחות דווקא הפוכה. הרבה פעמים המנכ"ל מרגיש שמה שהוא יבקש ומה שהוא ינווט זה מה שיקרה בשטח, הוא מרגיש שהוא שולט בהחלטות הדרגים שמעליו. אחת הבעיות המרכזיות ביותר היא כיצד להפוך את התיאוריה בחוק לתיאוריה שגם פועלת בשטח. כל החקיקה בארה"ב מאז פרשת אנרון ותיקון החקיקה ב "סרבנס אוקסלי אקט" נובעת מתוך ניסיון זה של יישום התיאוריה בחוק לדרך בה פועלים באופן מעשי. הניסיון הוא לבנות מערכת במסגרת הניהול הפנימי של חברות שתוכל מצד אחד לא לסרס את שרשרת הניהול העסקי אך מצד שני להציב בלמים כדי שלא יהיה בעל כוח אחד שעושה ככל העולה על רוחו.

החוק לוקח 3 סעיפים מרכזיים שכל אחד מהם מגדיר סמכויות לכל אחד מ- 3 הגופים הנ"ל:

1. ס' 121 מטפל בסמכויות המנכ"ל.
2. ס' 92 מטפל בסמכויות הדירקטוריון.
3. ס' 57 וס' 59 מטפלים בסמכויות האסיפה הכללית.

קשה למחוקק להגדיר ולתחום את הסמכויות של כל אחד מהגופים הנ"ל. הפעולות של כל אחד מהם הן רבות ורחבות, עצם העובדה שתהיה הגדרה בחוק תעורר בעיות של פרשנות. עדיף ללכת על הגדרה כללית וגמישה במיוחד כאשר מדובר בתפקיד ביצועי כמו מנכ"ל. ככל שעולים למעלה לדירקטוריון ולאסיפה הכללית נמצא הגדרה מצומצמת יותר המכילה רשימה של סמכויות ותפקידים.

מנכ"ל

סעיף 121 לחוק –

121. (א) למנהל הכללי יהיו כל סמכויות הניהול והביצוע שלא הוקנו בחוק זה או בתקנון לאורגן אחר של החברה, והוא יהיה נתון לפיקוחו של הדירקטוריון. (ב) המנהל הכללי רשאי, באישור הדירקטוריון, לאצול לאחר, הכפוף לו, מסמכויותיו.	סמכויות המנהל
(ג) על אף הוראות סעיף 95, רשאית האסיפה הכללית של חברה ציבורית להחליט, כי לתקופות שכל אחת מהן לא תעלה על שלוש שנים ממועד קבלת ההחלטה ניתן להסמיך את יושב ראש הדירקטוריון למלא את תפקיד המנהל הכללי או להפעיל את סמכויותיו, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:	(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005 (תיקון מס' 3) תשס"ה-2005
(1) במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שני שלישים מקולות בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה או מי מטעמם, הנוכחים בהצבעה; במנין הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים; (2) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקה (1) לא עלה על אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.	(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005

ס' 121 קובע כי המנכ"ל יהיה נתון לפיקוחו של הדירקטוריון.

בפס"ד וולט דיסני היה סכסוך בין המנכ"ל ובין הנשיא, בארה"ב המנכ"ל מוגדר כמי שיש בידו את מירב הסמכויות העליונות.

הדירקטוריון

סעיף 92 לחוק החברות -

- 92. (א) הדירקטוריון יתווה את מדיניות החברה ויפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי ופעולותיו, ובכלל זה –**
- (1) יקבע את תכניות הפעולה של החברה, עקרונות למימון וסדרי עדיפויות ביניהן;
 - (2) יבדוק את מצבה הכספי של החברה, ויקבע את מסגרת האשראי שהחברה רשאית ליטול;
 - (3) יקבע את המבנה הארגוני ואת מדיניות השכר;
 - (4) רשאי להחליט על הנפקה של סדרת איגרות חוב;
 - (5) אחראי לעריכת הדוחות הכספיים ולאישורם, כאמור בסעיף 171;
 - (6) ידווח לאסיפה השנתית על מצב עניני החברה ועל התוצאות העסקיות כאמור בסעיף 173;
 - (7) ימנה ויפטר את המנהל הכללי כאמור בסעיף 250;
 - (8) יחליט בפעולות ובעסקאות הטעונות אישורו לפי התקנון או לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275;
 - (9) רשאי להקצות מניות וניירות ערך המירים למניות עד גבול הון המניות הרשום של החברה, לפי הוראות סעיף 288;
 - (10) רשאי להחליט על חלוקה כאמור בסעיפים 307 ו-308;
 - (11) יחווה דעתו על הצעת רכש מיוחדת כאמור בסעיף 329;
 - (12) בחברה ציבורית – יקבע את המספר המזערי הנדרש של דירקטורים בדירקטוריון, שעליהם להיות בעלי מומחיות חשבונאית ופיננסית, כמשמעותה לפי סעיף 240 (בחוק זה – דירקטורים בעלי מומחיות חשבונאית ופיננסית); הדירקטוריון יקבע את המספר המזערי כאמור בהתחשב, בין השאר, בסוג החברה, גודלה, היקף פעילות החברה ומורכבות פעילותה, ובכפוף למספר הדירקטורים שנקבע בתקנון לפי סעיף 219.
- (ב) סמכויות הדירקטוריון לפי סעיף זה אינן ניתנות לאצילה למנהל הכללי למעט כמפורט בסעיף 288(ב)(2).**

סמכויות הדירקטוריון ותפקידיו

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

לדירקטוריון יש 2 תפקידי מפתח המוגדרים ברישא של **ס' 92 לחוק**.

1. לקבוע ולהתוות את מדיניות החברה – זוהי הפונקציה בה הדירקטוריון אמור להפעיל שיקול דעת ולקבל החלטות.

2. לפקח על ביצועי ותפקוד המנכ"ל

הרשימה של תפקידי וסמכויות הדירקטוריון אינה רשימה סגורה, נאמר - "ובכלל זה".

ס' 49 לחוק קובע ברירת מחזל חשובה בחוק החברות – כל סמכות בחברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר של החברה מסורה באופן אוטומטי לדירקטוריון החברה. סעיף זה סותר את האמור בסעיף

121 לחוק – והתשובה היא שאם מדובר בביצוע שוטף, האחריות היא של המנכ"ל ואם מדובר בחריג נפעל לפי **סעיף 49** והאחראי יהיה הדירקטוריון.

בשום מקום בחוק לא נמצא במפורש מי מוסמך בחברה להחליט אם חברה רוצה להגיש תביעה אזרחית בביהמ"ש. במקרה זה לפי **סעיף 49** ברירת המחדל תהיה שמקבל ההחלטה יהיה הדירקטוריון – שהרי לא מדובר בהחלטה ביצועית.

49. סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה.

סמכות שיורית

כמה קווים מאפיינים ברשימה שבס' 92 לחוק:

1. כל נושא הבקרה הפיננסית והמימון של החברה הוא בסמכות הדירקטוריון ולא בסמכות המנכ"ל או האסיפה הכללית. למשל הדירקטוריון יחליט מהי רמת האשראי שחברה רשאית ליטול, הדירקטוריון אחראי וחותר על הדוחות הכספיים של החברה. לשם כך הדירקטוריון מסתייע ברואי חשבון שיערכו את הדוחות הכספיים, אך עדיין הדירקטוריון הוא שנושא באחריות על הדוחות הכספיים.
2. הפן השני ההפוך למימון הוא באחריות הדירקטוריון – חלוקת הדיבידנד.
3. הסכמות הקלאסית היא מינוי ופיטורי המנכ"ל. בקרה שוטפת על תפקודו של המנכ"ל.
4. סמכויות קונקרטיות מסוימות - למשל החלטות על מיזוג, חברה שרוצה להתפרק – האם לפנות לביהמ"ש ולהגיש בקשת פירוק.

פס"ד בלסיוס ממדינת דלוואר – פס"ד מפורסם על חיכוכים בין דירקטוריון החברה ומנכ"ל החברה – היכן מצויה הסמכות?

האסיפה הכללית

יש לה סמכויות מצומצמות המופיעות ברשימה סגורה בס' **57 לחוק החברות**.

- 57.** החלטות החברה בענינים האלה יתקבלו באסיפה הכללית:
- (1) שינויים בתקנון כאמור בסעיף 20 ;
 - (2) הפעלת סמכויות הדירקטוריון בהתאם להוראות סעיף 52(א) ;
 - (3) מינוי רואה החשבון המבקר של החברה, תנאי העסקתו והפסקת העסקתו בהתאם להוראות סעיפים 154 עד 167 ;
 - (4) מינוי דירקטורים חיצוניים בהתאם להוראות סעיף 239 ;
 - (5) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275 ;
 - (6) הגדלת הון המניות הרשום והפחתתו בהתאם להוראות סעיפים 286 ו-287 ;
 - (7) מיזוג כאמור בסעיף 320(א).

הסמכויות המוקנות לאסיפה הכללית

חברה ציבורית חייבת שיהיה לה **מבקר פנים** – והוא ימונה על ידי הדירקטוריון – כך קובע ס' 146 לחוק החברות.

האסיפה הכללית ממנה את רואי החשבון **המבקרים החיצוניים**.

חובת מינוי מבקר פנים

146. (א) דירקטוריון של חברה ציבורית ימנה מבקר פנים; המבקר הפנימי ימונה לפי הצעת ועדת הביקורת.

(ב) לא יכהן כמבקר פנים בחברה מי שהוא בעל ענין בחברה, נושא משרה בחברה, קרוב של כל אחד מאלה, וכן רואה החשבון המבקר או מי מטעמו.

הון המניות הרשום והמונפק

זהו סעיף שחובה לכלול אותו בתקנון חברה כאשר היא מתאגדת. כל חברה יכולה לקבוע תקנון כפי שהיא רוצה, אך יחד עם כך החוק דורש מספר פרטים מסוימים שיופיעו בתקנון – מופיעים בס' **18 לחוק**. אחד מהם הוא הון המניות הרשום בחברה. הון המניות הרשום הוא המספר הפוטנציאלי של מניות שחברה יכולה להנפיק.

מספר המניות שקיים בפועל בחברה נקרא **הון המניות המונפק**. אם כך למה צריך את הון המניות הרשום? התשובה היא שכל הנפקה של מניה נוספת, בהנחה שכל המניות שוות, מפחיתה (מדלדלת) בכוחה היחסי של כל מניה קיימת. הנפקת מניות היא בסמכות הדירקטוריון כפי שמופיע בס' **92 לחוק**, אך יש מגבלה – רק עד לגובה הון המניות הרשום. אם רוצים להגדיל את הון המניות הרשום צריך לפנות לאסיפה הכללית, שם הסמכות להגדלת ההון הרשום. יש דבר בולט בחסרונו כאן ומשלים אותו ס' **59** – האסיפה הכללית השנתית תמנה את הדירקטורים אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון, והיא גם אחראית על פיטוריהם (מופיע בס' 230).

מינוי דירקטורים

59. האסיפה הכללית השנתית תמנה את הדירקטורים, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.

ס' 58(א) לחוק קובע כי חברה אינה רשאית להתנות על האמור בס' **57 לחוק**. כלומר הסמכויות המוקנות לאסיפה הכללית הן קוגנטיות.

איסור התניה

58. (א) חברה אינה רשאית להתנות על הוראות סעיף 57.

(ב) חברה רשאית להוסיף בתקנון נושאים שהחלטות בהם יתקבלו באסיפה הכללית; ואולם, העברת סמכויות בתקנון לאסיפה הכללית, בנושאים שבהם הוקנתה הסמכות בחוק זה לאורגן אחר בלא אפשרות להתנאה על כך בתקנון, תיעשה לפי הוראות סעיף 50.

ס' 59 לחוק אומר שהאסיפה הכללית השנתית תמנה את הדירקטורים אלא אם כן נאמר אחרת בתקנון החברה, כלומר כאן כן ניתן לקבוע אחרת, זה בעיקר רלוונטי לחברה פרטית.

ס' 60 לחוק קובע שחברה חייבת לקיים אסיפה כללית לפחות פעם בשנה.

ס' 61 לחוק אומר שחברה פרטית אינה חייבת לקיים אסיפה כללית פעם בשנה, אלא יכולה להחליט אחרת.

60. (א) חברה תקיים אסיפה שנתית בכל שנה ולא יאוחר מתום חמישה עשר חודשים לאחר האסיפה השנתית האחרונה.
(ב) סדר היום באסיפה השנתית יכלול דיון בדוחות הכספיים ובדיווח הדירקטוריון; סדר היום יכול שיכלול מינוי דירקטורים, מינוי רואה חשבון מבקר וכן נושא שנקבע בתקנון שיידון באסיפה שנתית, או כל נושא אחר שנקבע על סדר היום כאמור בסעיף 66.

כינוס אסיפה שנתית

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

61. (א) חברה פרטית רשאית לקבוע בתקנונה הוראה, לפיה אינה חייבת לקיים אסיפה שנתית כאמור בסעיף 60, אלא ככל שהדבר נחוץ למינוי רואה חשבון מבקר; נקבעה הוראה כאמור, רשאית החברה שלא לקיים אסיפה שנתית אלא אם כן אחד מבעלי המניות או הדירקטורים דרש מהחברה לקיימה.
(ב) לא התקיימה אסיפה שנתית, תשלח החברה לבעלי המניות הרשומים במרשם בעלי המניות, פעם בשנה, דוחות כספיים כאמור בסעיף 172 לא יאוחר מן המועד האחרון שבו היה עליה לקיים אסיפה שנתית אלמלא קבעה בתקנונה הוראה כאמור בסעיף קטן (א).

אי קיום אסיפה
שנתית

התניה אחרת שניתן בתקנון היא שלא האסיפה כללית תמנה דירקטורים אלא גורם אחר ימנה את הדירקטורים. **ס' 230** מתאים את עצמו למקרה בו נקבעה תקנה בתקנון שגוף אחר ממנה את הדירקטורים, אזי גם סמכות הפטורים תהיה בידי אותו גוף אחר.

230. (א) האסיפה הכללית רשאית בכל עת לפטר דירקטור, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון, ובלבד שתינתן לדירקטור הזדמנות סבירה להביא את עמדתו בפני האסיפה הכללית.
(ב) נקבעה הוראה בתקנון שלפיה ימונה דירקטור לתפקידו שלא בידי האסיפה הכללית, אין להעבירו מכהונתו אלא בידי מי שזכאי למנותו ובדרך שנקבעה לכך בתקנון, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.

פיטורי דירקטור

דירקטורים חיצוניים (דחצ"ים)

ס' 57(4) – הסמכות למנות דירקטורים חיצוניים בהתאם ל**ס' 239**. למרות שמינוי דירקטורים ניתן להתנות עליו לפי **ס' 59**, הרי שבמינוי דחצ"ים לא ניתן להתנות זאת כי **ס' 58(א)** חל על **ס' 57**. לפי **ס' 239** כל חברה ציבורית חייבת למנות לדירקטוריון שלה לכל הפחות 2 דירקטורים חיצוניים.

דירקטור חיצוני במעמדו המשפטי הוא דירקטור לכל דבר ועניין.

239. (א) בחברה ציבורית יכהנו לפחות שני דירקטורים חיצוניים. (ב) הדירקטורים החיצוניים ימונו על ידי האסיפה הכללית, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:	חובת מינוי (תיקון מס' 3) תשס"ה-2005
(1) במנין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה או מי מטעמם, המשתתפים בהצבעה; במנין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים; (2) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקה (1) לא עלה על שיעור של אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה. (ג) השר רשאי לקבוע שיעורים שונים מן השיעור האמור בסעיף קטן (ב)(2). (ד) בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני.	(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005

ההבדלים בין דירקטור חיצוני ובין דירקטור רגיל:

- בתנאי הכשירות שלו לתפקיד ומשך הכהונה שלו.
כדירקטור רגיל רשאי לכהן גם מי שאיננו תושב ישראל. **ס' 240** קובע כדח"צ יכול לכהן רק מי שהינו תושב ישראל.
- כדח"צ לא יכול לכהן מי שהיה לו שנתיים לפניכן זיקה לחברה (קשר עסקי, כלכלי לבד מהיותו דירקטור). מנכ"ל יכול לכהן כדירקטור רגיל אבל לא כדח"צ.

במסגרת **תיקון 3 לחוק החברות**, לפני שנתיים, המחוקק הוסיף עוד רובד לעניין כשרות הדירקטורים החיצוניים – הדח"צ יהיה ככל האפשר עצמאי, נטל תלות בחברה, ולכן יוכל לחוות דעה אובייקטיבית. הוסיפו דרישות שישפרו גם את תפקודו של הדח"צ מבחינה חיצונית ולכן קובע **סעיף 240 לחוק** שכדח"צ יוכל לכהן רק מי שהוא בעל מיומנות פיננסית חשבונאית או לחלופין בעל כשירות מקצועית. בעבר, לפני התיקון לא היתה דרישה לאיזשהו רקע מקצועי מוגדר שנדרש מדירקטורים כלשהם. גם כיום לגבי דירקטורים רגילים אין דרישה מוגדרת בחוק של מקצועיות שנדרשת מהם כתנאי לכהונתם.

כשירות למינוי
(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

240. (א) כדירקטור חיצוני ימונה יחיד תושב ישראל הכשיר להתמנות לדירקטור; ואולם חברה ציבורית שמניותיה או חלק מהן הוצעו לציבור מחוץ לישראל או שהן רשומות בבורסה מחוץ לישראל, רשאית למנות דירקטור חיצוני שאינו תושב ישראל.

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

(1א)(1) כדירקטור חיצוני ימונה מי שהוא בעל כשירות מקצועית או מי שהוא בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית, ובלבד שלפחות אחד הדירקטורים החיצוניים יהיה בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית.

(2) השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, יקבע תנאים ומבחנים לדירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית ולדירקטור בעל כשירות מקצועית.

(ב) לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל השליטה בחברה במועד המינוי, או לתאגיד אחר; לענין סעיף קטן זה –

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

"זיקה" - קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה, למעט כהונה של דירקטור שמונה כדי לכהן כדירקטור חיצוני בחברה שעומדת להציע לראשונה מניות לציבור; השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, רשאי לקבוע כי ענינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהיו זיקה;

"תאגיד אחר" - תאגיד שבעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא החברה או בעל השליטה בה.

(ג) לא ימונה יחיד כדירקטור חיצוני אם תפקידו או עיסוקיו האחרים יוצרים או עלולים ליצור ניגוד ענינים עם תפקידו כדירקטור, או אם יש בהם כדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור.

(ד) לא ימונה דירקטור בחברה פלונית כדירקטור חיצוני בחברה אחרת אם אותה שעה מכהן דירקטור בחברה האחרת כדירקטור חיצוני בחברה הפלונית.

(ה) לא ימונה יחיד כדירקטור חיצוני בחברה ציבורית, אם הוא עובד של רשות ניירות ערך או עובד של בורסה בישראל.

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

תקנות החברות (תנאים ומבחנים לדירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית ולדירקטור בעל

כשירות מקצועית), התשס"ו-2005

בתוקף סמכותי לפי סעיפים 240(א)(1), 241(ג) ו-366 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן - החוק), בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה:

דירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית

1. דירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית הוא מי שבשל השכלתו, ניסיונו וכישוריו הוא בעל מיומנות גבוהה והבנה בנושאים עסקיים-חשבונאיים ודוחות כספיים באופן המאפשר לו להבין לעומקם את הדוחות הכספיים של החברה ולעורר דיון בקשר לאופן הצגתם של הנתונים הכספיים; הערכת מיומנותו החשבונאית והפיננסית של דירקטור תיעשה בידי הדירקטוריון, ויובאו במכלול השיקולים, בין השאר, השכלתו, ניסיונו, וידעיותו בנושאים אלה:

- (1) סוגיות חשבונאיות וסוגיות בקרה חשבונאית האופייניות לענף שבו פועלת החברה ולחברות בסדר הגודל והמורכבות של החברה; (2) תפקידיו של רואה החשבון המבקר והחובות המוטלות עליו;
- (3) הכנת דוחות כספיים ואישורם לפי החוק ולפי חוק ניירות ערך.

דירקטור בעל כשירות מקצועית

2. (א) דירקטור בעל כשירות מקצועית הוא מי שמתקיים בו אחד מהתנאים האלה:

- (1) בעל תואר אקדמאי באחד מן המקצועות האלה: כלכלה, מינהל עסקים, ראיית חשבון, משפטים, מינהל ציבורי;

- (2) בעל תואר אקדמאי אחר או שהוא השלים לימודי השכלה גבוהה אחרת, הכל בתחום עיסוקה העיקרי של החברה או בתחום הרלוונטי לתפקיד; (3) הוא בעל ניסיון של חמש שנים לפחות באחד מאלה, או שהוא בעל ניסיון מצטבר של חמש שנים לפחות בשניים או יותר מאלה:

(א)	בתפקיד בכיר בתחום הניהול העסקי של תאגיד בעל היקף עסקים משמעותי;
(ב)	בכהונה ציבורית בכירה או בתפקיד בכיר בשירות הציבורי;
(ג)	בתפקיד בכיר בתחום עיסוקיה העיקריים של החברה.
(ב)	הערכת הכשירות המקצועית של מועמד לכהן כדירקטור כאמור בתקנת משנה (א), תיעשה בידי הדירקטוריון.
הצהרה	
3.	(א) בהצהרה לפי סעיף 241 לחוק יצהיר המועמד גם לגבי השכלתו וניסיונו, ככל שהם רלוונטיים, לשם בחינה האם מתקיימים בו התנאים והמבחנים לפי תקנות אלה וכן יצרף מסמכים ותעודות התומכים בהצהרתו. (ב) דירקטור שהדירקטוריון נדרש להעריך את מומחיותו החשבונאית והפיננסית לצורך עמידה במספר המזערי שנקבע לפי סעיף 92(א)(12) לחוק, יצהיר כמפורט בתקנת משנה (א). תחילה
4.	תחילתן של תקנות אלה שלושים ימים מיום פרסומן.
ד' בכסלו התשס"ו (5 בדצמבר 2005) ציפי לבני שרת המשפטים	

מהרגע שדחצ"ים התמנו, בשונה מדירקטור רגיל, האסיפה הכללית שמינתה אותם איננה יכולה לפטר אותם כנאמר בס' 230 לחוק. לגבי דח"צ קובע ס' 245 לחוק שתקופת כהונתו של דח"צ תהיה 3 שנים ושרשאת החברה למנותו לתקופת כהונה נוספת אחת של 3 שנים.

245.	(א) תקופת כהונתו של דירקטור חיצוני תהא שלוש שנים, ורשאית החברה, על אף הוראות סעיף 240, למנותו לתקופה אחת נוספת של שלוש שנים.
	(ב) דירקטור חיצוני לא יפוטר וכהונתו לא תופסק אלא בהתאם להוראות סעיפים 233, 246 ו-247.

משך כהונה

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

שכר הדח"צ יקבע על בסיס מגננון הקבוע בס' 244 לחוק וכן בתקנות החברות (כללים בדבר גמול והוצאות לדירקטור חיצוני). (התקנות ארוכות מדי לכן לא אספו לסיכום השיעור)

244.	(א) דירקטור חיצוני זכאי לגמול ולהחזר הוצאות, כפי שיקבע השר בהתייעצות עם רשות ניירות ערך.
	(ב) דירקטור חיצוני לא יקבל, נוסף על הגמול שלו הוא זכאי ולהחזר ההוצאות, כל תמורה, במישרין או בעקיפין, בשל כהונתו כדירקטור בחברה; לענין סעיף קטן זה לא יראו כתמורה מתן פטור, התחייבות לשיפוי, שיפוי או ביטוח לפי הוראות סימן ג' לפרק השלישי.

גמול והחזר הוצאות

האם האסיפה הכללית יכולה לשאוב סמכויות מהדירקטוריון?

התשובה העקרונית היא כן. ס' 92(ב) לחוק קובע במפורש כי סמכויות הדירקטוריון אינן ניתנות להאצלה למנכ"ל. משתמע מכאן שכן שניתן לשאוב סמכויות למעלה לדירקטוריון. גם קודם לכן נאמר במפורש בס' 50 לחוק כי בתקנון החברה בהחלט ניתן לקבוע שהאסיפה הכללית שואבת למעלה סמכויות של המנכ"ל וכן כי יועברו לדירקטוריון, או שסמכויות דירקטוריון ישאבו למעלה לאסיפה הכללית. בכל מקרה יש לקבוע זאת לעניין מסוים ולפרק זמן מסוים.

העברת סמכויות בין האורגנים לפי התקנון

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

50. (א) חברה רשאית לקבוע בתקנונה הוראות לפיהן רשאית האסיפה הכללית ליטול סמכויות הנתונות לאורגן אחר וכן כי סמכויות הנתונות למנהל הכללי יועברו לסמכות הדירקטוריון, הכל לענין מסוים, או לפרק זמן מסוים.
(ב) נטלה האסיפה הכללית סמכויות הנתונות לפי חוק זה לדירקטוריון, יחולו על בעלי המניות הזכויות, החובות והאחריות החלות על דירקטורים לענין הפעלת אותן סמכויות, בשינויים המחויבים, ובכלל זה יחולו עליהם, בשים לב להחזקותיהם בחברה, להשתתפותם באסיפה ולאופן הצבעתם, הוראות הפרקים השלישי, הרביעי והחמישי של החלק השישי.

נקודה נוספת במערך בין המנכ"ל לדירקטוריון:

האם המנכ"ל כפוף במסגרת הנחיות אופרטיביות לדירקטוריון או שמה הדירקטוריון אמור להנחותו באופן כללי בלבד. **סעיף 51 לחוק** דן בחלוקת הכוחות.

נטילת סמכויות המנהל הכללי

51. דירקטוריון רשאי להורות למנהל הכללי כיצד לפעול לענין מסוים; לא קיים המנהל הכללי את ההוראה, רשאי הדירקטוריון להפעיל את הסמכות הנדרשת לביצוע ההוראה במקומו, אף אם לא נקבעה לכך הוראה בתקנון.

תפקוד הדירקטוריון עצמו

אין מספר מוגדר בחוק למספר החברים בדירקטוריון.

ס' 93 לחוק קובע שבחברה פרטית שיכול שדירקטוריון ימנה אדם אחד.

בחברה ציבורית המספר המינימאלי של הדירקטורים צריך להיות לפחות 4 – אין סעיף בחוק קובע זאת.

בחברה ציבורית, על פי החוק, חייבת להיות ועדה ביקורת מקרב הדירקטוריון כך קובע – ס' 114 לחוק.

עפ"י סעיף 115 לחוק חייבים להיות לפחות 3 חברים בוועדת הביקורת, והסעיף קובע כי יו"ר

הדירקטוריון אינו יכול להיות חבר בוועדת הביקורת – מכאן שיש לפחות 4 חברים בדירקטוריון. בנוסף

נקבע כי כל מי שדח"צ חייב להיות חבר בוועדת הביקורת.

המסקנה היא שיו"ר הדירקטוריון בהגדרה איננו יכול להיות דח"צ.

דירקטוריון המונה אדם אחד

93. (א) בחברה פרטית יכול שיהיה דירקטוריון המונה אדם אחד.
(ב) על דירקטוריון המונה אדם אחד יחולו הוראות סימן זה; על החלטות דירקטוריון כאמור יחולו הוראות סימן ו', בשינויים המחויבים; יתר הוראות פרק זה לא יחולו על דירקטוריון המונה אדם אחד.

מינוי הוועדה

114. דירקטוריון חברה ציבורית ימנה מבין חבריו ועדת ביקורת, והוראות סימן ח' יחולו עליה, בשינויים המחויבים.

חברי הועדה

115. (א) מספר חבריה של ועדת ביקורת לא יפחת משלושה וכל הדירקטורים החיצוניים יהיו חברים בה.
 (ב) יושב ראש הדירקטוריון וכל דירקטור שמועסק על ידי החברה או נותן לה שירותים דרך קבע לא יהיו חברים בוועדת ביקורת.
 (ג) בעל השליטה או קרובו לא יהיו חברים בוועדת הביקורת.

מה קורה כשיש שוויון קולות בדירקטוריון?

תלוי בתקנון החברה – יכול לקבוע כי קולו של היו"ר מכריע.

ס' 106 לחוק קובע שאסור בשום אופן לערוך הסכמי הצבעה בין דירקטורים. יראו בכך הפרת אמונים.

הסכמי הצבעה

106. דירקטור, בכשירותו ככזה, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים.

באסיפה הכללית של בעלי המניות, הסכמי הצבעה הם מותרים.

תפקוד האסיפה הכללית ודרכי התנהלותה

האסיפה הכללית היא הגורם העליון וראינו מקודם את הסמכויות הפעולה שלה.

מה הופך את בעלי המניות כחברים באורגן העליון בחברה?

מדוע שלא יוחלט כי נושי החברה יהיו החברים באסיפה הכללית? ההסבר הוא כי נושה מוגבל מראש בסכום מסוים והוא דואג רק לאינטרס שלו - להחזיר את החוב. מכאן כי, החלטותיו באסיפה הכללית יהיו מניפולטיביות, העיקר שיקבל בחזרה את כספו.

בעל מניה יהיה בעל זכות לרווח ככל שיהיה רווח בחברה ולכן יש לו אינטרס לקבל החלטות שמטיבות עם החברה וממקסמות את הערך שלה.

בנוסף, בעל מניות יפרע אחרון מכולם כאשר החברה תפורק – העניין מצדיק את היותו של בעלי המניות חבר באסיפה הכללית. הרי האחרון בזכאות יהיה הכי רגיש למה שקורה עם החברה. מי שרגיש יותר לרווח האינסופי ומצד שני להפסד האינסופי הוא שינתב הכי טוב את החברה.

ככל שיורדים במדרג הפירעון, זכות ההצבעה גבוהה יותר.

מניות בכורה מול מניות רגילות – למניות רגילות יהיו זכויות הצבעה טובות יותר מאשר של מניות הבכורה. מניות בכורה מקבלות פחות קולות פר מניה, או שזכות ההצבעה שלהן תוגבל לנושאים מסוימים, או שכלל לא יוכלו להצביע.

אסיפה כללית תמיד תורכב על ידי אלא שיש להם רגישות למה שקורה עם החברה, אין כאן בהכרח קשר לבעלות. המניה היא התוצאה של ההבנה הזו. מי שמוגבל באינטרס הכספי עלול למנוע מהחברה לפעול בצורה אופטימאלית.

כאשר הופכים עובדים לבעלי אינטרס כספי שרגיש לחברה – מנפיקים להם מניות/אופציות ועל ידי כך הופכים אותם לבעלי זכות הצבעה בחברה.

מי שמזמן כינוס של אסיפות כלליות הוא הדירקטוריון. אם בעל מניה קטן מרגיש שהדירקטוריון פוגע בו והוא רוצה שיוזמן כינוס של האסיפה הכללית – האם הוא יכול?
על פי ס' 63 לחוק הדבר כן אפשרי תחת מגבלות מסוימות –
בעל מניות בחברה פרטית שלו לפחות 10% מהון המניות מונפק או 10% מזכויות ההצבעה בחברה.
בחברה ציבורית הסף הוא 5%.

כינוס אסיפה מיוחדת

63. (א) דירקטוריון חברה פרטית יכנס אסיפה מיוחדת על פי החלטתו וכן לדרישת כל אחד מאלה:
(1) דירקטור אחד;
(2) בעל מניה, אחד או יותר, שלו לפחות עשרה אחוזים מההון המונפק ואחוז אחד לפחות מזכויות ההצבעה בחברה, או בעל מניה, אחד או יותר, שלו לפחות עשרה אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה.
(ב) דירקטוריון חברה ציבורית יכנס אסיפה מיוחדת על פי החלטתו, וכן לדרישת כל אחד מאלה:
(1) שני דירקטורים או רבע מן הדירקטורים המכהנים;
(2) בעל מניה, אחד או יותר, שלו לפחות חמישה אחוזים מההון המונפק ואחוז אחד לפחות מזכויות ההצבעה בחברה או בעל מניה, אחד או יותר, שלו לפחות חמישה אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה.
(ג) דירקטוריון שנדרש לזמן אסיפה מיוחדת, יזמנה בתוך עשרים ואחד ימים מיום שהוגשה לו הדרישה, למועד שיקבע בהזמנה לפי סעיף 67 או בהודעה לפי סעיף 69, ובלבד שלגבי חברה ציבורית, מועד הכינוס יהיה לא יאוחר משלושים וחמישה ימים ממועד פרסום ההודעה אלא אם כן נקבע אחרת לענין אסיפה שחל לגביה סימן ז', ולגבי חברה פרטית יחולו הוראות סעיף 67.

חובת הזהירות

הבעיה המרכזית בדיני החברות – לאחר שקובעים ומרכיבים את הגופים הפועלים בחברה וקובעים את ההיררכיה ביניהם עדיין קיימת בעיה כי מי שמקבל את ההחלטות אינו פועל בהכרח לטובת החברה. הבעיה המרכזית הקיימת בעולם בו ההחלטות והפעולות לא מבוצעות במישרים על ידי בעל הזכות היא בעיה של שליחות שמשמעותה היא שמצד אחד יש אינטרס לפעול בולם שהפעולות המשפטיות יקבלו תוקף לא רק שפועלים לבד, הדבר חוסך עלויות וזמן. יתרונות של פעולה באמצעות שליח ברורות. מצד שני החשש הוא שלצד היתרון מתעורר סיכון שמא אותו שלוח לא יפעל בהכרח לטובת בעל הזכות. הסיבה היא משום חולשתו הטבעית של המין האנושי שבה טובתו האישית של אדם עצמו קודמת לפני טובת הזולת. המשפט יפעיל סנקציות ותמריצים כדי להוביל את מקבל ההחלטות כפי שמצפים ממנו – לפועל לטובת החברה.

האם נושא משרה בחברה שמהוא מתמנה לתפקיד אכן חושב לקיים את טובת החברה כמיטב יכולתו? בעולם של אינטרסים האינטרס האישי הוא החשוב ביותר. הבעיה יכולה לצוץ בשני אופנים:

1. נושא משרה המאופיין בחוסר אכפתיות – קיימת לא רק בשירות הציבורי אלא גם במגזר הפרטי.
2. נושא משרה שאיכפת לו מטובתו האישית והוא מתאמץ מאוד לקדם את טובתו האישית גם אם זה בא על חשבון החברה. כל מה שחושב לו לשפר את עמדתו תוך כדי כהונתו.

יש שני עמודי יסוד בדיני החברות:

1. חובת הזהירות של נושא משרה
2. חובת האמונים של נושא משרה

חובת הזהירות מתמודדת עם חוסר האכפתיות וחובת האמונים מתמודדת עם קידום האינטרסים הפרטיים על חשבון טובת החברה.

החוק מתייחס בשתי החובות הללו לנושאי משרה. ההגדרה של נושא משרה היא רחבה בס' 1 לחוק. הגורם מהראשון שהמשפט מעיין ובוחר א פעולותיו, האם קיים את חובת הזהירות או לא הוא הדירקטוריון. אם כך יש לזכור שני דברים: "יתווה את מדיניות החברה" ו- "יפקח על תפקוד המנכ"ל" – חובת הזהירות תתייחס לכל אחת משתי הפונקציות האלה. בתפקידו השני הדירקטוריון לא פועל כמקבל החלטות מטעם עצמו אלא פועל כבוחר פעילות של אחר. ואילו בתפקידו הראשון כמקבל החלטות נבחן את חובת הזהירות במובן הזה כל קבלת החלטות.

בישראל חובת הזהירות של דירקטוריון באה לידי ביטוי בפסיקה המועטה שקיימת, בעיקר לגבי התפקיד של הדירקטוריון כמפקח על תפקוד המנכ"ל.

בארה"ב הנושא המרכזי שנבחן בפסיקה הוא דווקא תפקיד הדירקטוריון כמקבל החלטות.

לאחר התפוצצות פרשת אנרון, הנושא של הפיקוח על האחר פתאום נתפס כאקוטי. בעקבות הפרשה נחקק "סרבנס אוקסלי אקט" אשר מתייחס לחובת הזהירות.

בוכינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה.

פסק דין בנק צפון אמריקה, משנות ה-80, נושאי המרשה נכנסו לכלא בעוברם עבירות פליליות בניהול בנק צפון אמריקה – הם מעלו בכספי החברה. עו"ד שפעל מטעם הכנ"ר, לא הסתפק בתביעה כספית כנגד מנהלי החברה על מנת שיחזרו את הכסף שלקחו, אלא אמר שיש גם הדירקטוריון של הבנק צריך לעמוד לדין באמצעות תביעה כספית.

כיום הכנ"ר באמצעות עורך דין אחר הגיש תביעה נגד דירקטוריון הבנק למסחר. אי אפשר לגבות את כל הכסף מאתי אלון והשאלה האם משפטית אפשר לגבות מהדירקטורים את הכסף? העובדה שמישהו ניזוק עוד לא אומר כשלעצמה שמישהו אחראי. יכול להיות שאדם סבל נזק והפסיד כספים רבים ואין מי שאחראי כלפיו מבחינה משפטית.

ס' 252 הינו נקודת פתיחה חשובה בכל נושא חובת הזהירות –

252. (א) נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].
(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת זהירות של נושא משרה כלפי אדם אחר.

חובת זהירות

פקודת הנזיקין היא החוק העיקרי שקובע מהן העוולות המרכזיות ומי הנשוא באחריות על כל עוולה ועוולה.

העוולה המרכזית והעיקרית בכל דיני הנזיקין היא עוולת הרשלנות. עוולת הרשלנות היא הבסיס המרכזי לתביעות בביהמ"ש בדיני הנזיקין. עוול הרשלנות מורכבת **מסעיפים 35 ו-36** לפקודת הנזיקין.

רשלנות

35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות — הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

36. החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

חובה כלפי כל אדם

כדי שתהיה עוולה בתביעה צריך התובע להראות מספר אלמנטים:

1. **קיומה של חובת זהירות** - התובע צריך להראות שהמזיק שעובדתי הזיק חייב כלפי הניזוק

בחובת זהירות. ביהמ"ש קבע את מבחן הצפיות – המזיק היה צריך לצפות את אפשרות

התרחשות הנזק לניזוק.

פס"ד עיריית בית שמש –

ילד קפץ אש לבריקה בה היו מים רדודים ונפגע בראשו. ההורים תובעים את העירייה. המשפחה זכתה בפיצוי כספי בגין עוולת הרשלנות. ביהמ"ש שאל האם מי שמפעיל את הבריקה צריך לצפות את הנזק שכאשר מישהו יבקר בבריקה ויקפוץ ראש למים כאשר המים רדודים – ואין שלט המסמן זאת בברור?

במקרה בו פורצים בלילה לדירה והפורץ מחליק על הרצפה הרטובה ואין שלט המסמן כי הרצפה רטובה, האם במקרה הזה ביהמ"ש יצפה מבעל הדירה שהוא יצפה שעלול להיכנס גנב ויחליק – כנראה שלא.

שם המשחק ברשלנות הוא משחק של סבירות – האם אדם סביר צריך לצפות נזק מהסוג שהתרחש.

2. על התובע להראות שמהזיק הפר את חובת הזהירות. להראות שהתנהלות הקונקרטית של המזיק

היתה התרשלות. הנתבע צריך להראות כי ננקטו כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את הנזק

3. אם יש צפיות להתרחשות הנזק, קרי קמה חובת זהירות, ולא ננקטו האמצעים הסבירים על

התובע להוכיח כי יש קשר סיבתי בין הסכנה הצפויה, קרי הפרת חובת הזהירות, ולבין הנזק

שקרה לתובע בפועל.

לפי ס' 252 נושא משרה חב בחובת זהירות בחברה כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין. מבין

המרכיבים השונים של עוולת הרשלנות עברנו רק את המרכיב הראשון בדרך לתביעה.

ס' 252 אומר כי הדירקטוריון חייב בחובת הזהירות. נניח שחברה תגיש תביעה כנגד הדירקטוריון על נזק שנגרם לחברה והם אחראים בעוולת הרשלנות. ביהמ"ש יבקש כי יוכחו כל רכיבי עוולת הרשלנות. ס' 252 תורם דבר אחד בלבד – האם קיימת חובת זהירות? והתשובה היא שכן כי כך קובע ס' 252 לחוק. השאלה היא האם חובת הזהירות הופרה, האם ננקטו אמצעי הזהירות הדרושים והאם יש קשר סיבתי? כל האלמנטים האלה הם עדיין אלמנטים שהתובע יצטרך להוכיח. בבוכנר עולה חובת הזהירות כלפי כל דירקטור ודירקטור בדירקטוריון? האם חובת הזהירות מוטלת על הדירקטוריון כגוף אחד או כמורכב מכמה פרטים?

בחברה גדולה, בבנק, מה צריכים הדירקטורים לעשות כדי לדעת שכאשר יעמדו מול תביעה הם יצאו מכך בשלום? שיוכלו להוכיח שהם עמדו בחובת הזהירות?

בפס"ד בנק צפון אמריקה מה עשה הדירקטוריון? הדירקטוריון פשוט לא עשה. טענת ההגנה שלהם היתה – שהם לא היו צד למעילה. ביהמ"ש קבע שהבעיה היתה שהדירקטוריון לא עשה דבר. במקרה שהדירקטוריון בדק את ההנהלה כדי שלא תהיה מעילה אך ההנהלה עבדה על הדירקטור במקרה הזה לא תהיה עילה לתביעה.

בארה"ב שאלו את השאלה – נניח שדירקטוריון כן פועל, אך יש הפרת חוק שהיא באחריות ישירה של ההנהלה. משהתגלתה הפרשה, האם גם פה הדירקטורים יהיו אחראים? השאלה היכן שמים את קו הגבול? אין פה תשובה פשוטה. נניח שמנהלים של מפעל מזון מכניסים למזון מסוים תוספים אסורים שכעבור זמן מתגלים. כל ההנהלה היתה בסוד הדברים ויש כעת תביעה פלילית, ערך המניות יורד וכו'. הדירקטוריון טוען שלא ידע על כך כל השנים.

פס"ד קרמרק במדינת דלוואר – בערכאה ראשונה קבע ביהמ"ש שהשאלה האם הדירקטוריון פעל די היא שאלה של מידה וסבירות. הוא אמר שמצפים מכל דירקטוריון לפעול בצורה של כבדהו וחשדהו. לא צריך להשליט אווירת טרור בחברה כי זה משתק את הפיתוח של החברה. דירקטוריון צריך להשליט בחברה מנגנון זרימת מידע מתמדת בין כל הדרגים בחברה ללא יוצא מן הכלל מהזוטרים ועד לבכירים כמובן בדרגת סינון ועיבוד מידע. יש לדאוג שיש דיווח של כל רמה לרמה מעליה ושיש מנגנון ביקורת – כך קובע פסק הדין. צריך לוודא קיומו של מנגנון שיאפשר חשיפה של מידע במידה סבירה.

דיברנו על חובת הזהירות של נושאי משרה בקנטקסט של פיקוח על ההנהלה.

פס"ד פרנסיס בארה"ב - דירטור איננו יכול לטעון כי הוא ואמנם דירקטור אך אין לו את המיומנות והכישורים המקצועיים לבחון את תפקוד ההנהלה ולכן לא גילה את הכשלים של ההנהלה.

בפס"ד פרנסיס דובר בחברה משפחתית מונו דירקטורים בחברה, אחד הבנים בחר את החברה והגישו תביעות כלפי הדירקטורים בחברה שהם לא מנעו את ההתדרדרות. האם שהיתה דירקטורית טענה שהיא סה"כ אשתו של המייסד ואין לה את הכישורים המתאימים לפיקוח על המנהל – בנה. ביהמ"ש קבע שאם היא לא פיקחה כמו שצריך היא אחראית ואם אין לה את היכולת להיות מפקחת עליה להתפטר מהדירקטוריון.

ס' 252 מדבר על חובת הפרת זהירות של נושא משרה ובעקבותיו יש 2 סעיפים – ס' 253 וס' 253א'.

253. 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 ידי בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור.

253א. מינוי דירקטור שהוא בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית או שהוא בעל כשירות מקצועית לפי סעיפים 219(ד) או 240(א1), אין בו כדי לשנות מן האחריות המוטלת עליו ועל שאר הדירקטורים בחברה, על פי כל דין.

אמצעי זהירות ורמת מיומנות

חובת זהירות של דירקטור בעל מומחיות או כשירות (תיקון מס' 3 תשס"ה-2005)

ס' 253א' בוחן את הכשרות המקצועית של דירקטור וקובע שכאשר דירקטור הוא בעל מיומנות מקצועית אין בכך לשנות את כללי המשחק. העובדה שהדירקטור הוא בעל מיומנות מקצועית לא מטילה עליו אחריות מיוחדת וכן ההיפך דירקטור שאינו בעל כישורים מקצועיים חב באותה חובת זהירות.

ברק בפס"ד בוכניר שואל האם רמת הזהירות של דירקטור בבנק שונה מרמת הזהירות שמצפים מדירקטור בחברה רגילה? ברק אומר שהתשובה היא לא. מבחינה משפטית סטנדרט הזהירות שנדרש מדירקטור בכל חברה הוא זהה. יחד עם זאת ברק מוכן לשקול במסגרת המשקל של הנסיבות השונות את היותו של דירקטור, דירקטור בבנק. יש לכך משקל מסוים בשקלול הפנימי.

העובדה שיש לדירקטורים מיומנות מקצועית לא מבחינה בינו ובין דירקטורים אחרים אך בקונטקסט של פיקוח האם נצפה מדירקטור בעל מיומנות מקצועית לשאול שאלות נוקבות יותר? כנראה שהתשובה היא כן.

הקונטקסט השני בו הדירקטוריון מתפקד בחברה הוא הקונטקסט של קבלת החלטות בדירקטוריון – דיבדנד, אשראי, מינוי מנכ"ל ותגמול נושאי משרה. והשאלה היא כיצד דירקטורים מקיימים את חובת הזהירות כאשר הם בעצמם מקבלים את ההחלטות?

בישראל אין כמעט פסקי דין אך בארה"ב קיימת פסיקה שהיא פסיקה מובילה.

פס"ד ואן-גורקום (van gorkom) ממדינת דלוואר –

כלל שיקול הדעת העסקי

פס"ד המשמעותי ביותר מבחינת נורמות הזהירות המצופה מדירקטורים בעניין קבלת החלטות. דובר בחברה ציבורית בשם טרנס-יוניון. החברה היא חברה משגשגת שמר ואן-גורקום כיהן כמנכ"ל הברה ויו"ר הדירקטוריון שלה בשמך שנים רבות. בשלב מסוים בלי שם קשר אליו אישית היתה התלבטו כספית בחברה. לחובת החברה עמדו בפוטנציה הטבות מס מסוימות. לאורך שנים ספורות החברה לא מימשה בפועל את הטבות המס ועל פי הדין בארה"ב התקופה לניצול הטבות המס עמדה לפקוע. החברה לא רצתה לפספס את ההזדמנות וחשבו מה לעשות? הם הבינו שצריך לעשות מימוש או מכירה כדי לנצל את הטבת המס. יועצים בחברה הגיעו למסקנה שאם החברה תתמזג עם חברה אחרת כאשר החברה האחרת תרכוש את השליטה בה ולכן החברה תיחשב כמי שנמכרה לחברה אחרת וכך ינצלו את הטבת המס. התחילו דיונים פנימיים האם להתקשר בעסקת מיזוג ולפי איזה מחיר, מהי הערכת השווי של העסקה. בשלב מסוים מנהלי הכספים בחברה דיברו על אפשרות של להתמזג בשווי מוערך של בין 50 ל- 60 דולר למניה. היתה דעה מקובלת בין המנהלים בחברה שזהו התווך הנכון למכירת החברה אך שזהו הטווח הנמוך ביותר. היו כמה דיונים אך לא קרה שום דבר קונקרטי בחברה. מר ואן-גורקום פנה באופן פרטי לאיש עסקים שהכיר בשם פריצקר ואמר שהחברה מעוניינת להתמזג עם חברה אחרת וביקש ממנו שיתווך וימצא חברה שתהיה מעוניינת לרכוש את חברת טרנס יוניון והמחיר היא 55 דולר למניה. פריצקר הביא הצעה של חברה שמעוניינת למזג לתוכה את חברת טרנס יוניון במחיר של 55 דולר למניה. פריצקר הוסיף תנאים ואמר שההצעה שעומדת על הפרק היא לזמן קצר וביקש תשובה עד יום שני בבוקר שזהו תחילת יום עסקים בשבוע. נקודה נוספת היא שהיות שאם הולכים לעסקת מיזוג יש צורך באישור דירקטוריון ואישור אסיפה כללית והדבר עורך זמן, פריצקר הודיע בשם החברה הרוכשת החברה הנרכשת מתחייבת שבמשך 90 הימים הבאים לא מחפשים עסקאות נוגדות. ואן-גורקום קיבל את ההצעה וכינס שתי ישיבות במסגרת החברה – ישיבת הנהלה בכירה וישיבת דירקטוריון. שתי הישיבות זומנו לשבת בבוקר אצלו בבית – ב- 10 ישיבת הנהלה וב- 11 ישיבת דירקטוריון. כשהוא מזמן את הישיבות הוא אמר שש נושא שלא סובל דיחוי ומבקש שיגיעו. הוא לא אמר מה נושא הישיבה הדחופה. בשעה 10 בבוקר בישיבת הנהלה הוא הציג את העסקה המוצעת. סמנכ"ל הכספים אמר ש- 55 דולר למניה הם לא מחיר מציאה ולמעשה אין שם החלטה דמוקרטית. בשעה 11 הישיבה של הדירקטוריון. חלק מהדירקטוריון הם גם מנהלים בחברה. ואן-גורקום מציג את העסקה ואומר שיש עד יום שני לתת תשובה לחברה הרוכשת. לדעתו המחיר הוא טוב. הוא מוסיף ואומר "בוא ניתן אור ירוק עקרוני, לא נשכח שבכל מקרה עדיין זה יעלה לרמה של האסיפה הכללית, כרגע אני מבקש אישור עקרוני לנוע קדימה, אם יגידו לא אין טעם לפנות לבעלי המניות". הדירקטוריון הצביע בעד העסקה. ביום שני בבוקר ניתנה תשובה חיובית לחברה הרוכשת. באסיפה הכללית של בעלי המניות גם ניתן אישור לעסקת המיזוג. מר סמית שהוא בעל מניות בחברה (לא גדול) ובעלי מניות אחרים שהצביעו נגד החברה באסיפה הכללית, מבקשים לתבוע בשם החברה בבית המשפט את דירקטוריון בחברה ואת ואן-גורקום ואת יתר

הדירקטורים בטענה שהחלטתם לאשר את המיזוג (בשבת בבוקר) היתה החלטה שהתקבלה תוך הפרת חובת הזהירות.

הרוב קבע שהדירקטורים הפרו את חובת הזהירות ופס"ד היה להפתעה גדולה.

הרוב אמרו שתהליך קבלת ההחלטות כפי שתיארנו אותו באות השבת בבוקר הוא תהליך קבלת החלטות לא מספק לצורך סטנדרט קבלת החלטות בדירקטוריון. הדגש של ביהמ"ש העליון בדלוואר שחובת הזהירות של דירקטוריון בקבלת החלטות נבחנת בעיקר בדרך קבלת ההחלטה – אופן קבלת ההחלטה הוא מה שקובע ולא ההחלטה עצמה.

3 מילות הקסם בפס"ד היו informed business judgment שיקול דעת עסקי מושכל – על פי מידע. דירקטוריון אחרי שהפעיל שיקול דעת עסקי ומושכל יצא מידי חובה. ואם בכל זאת קרה נזק הם לא ישאו באחריות אישית ולא הפרו את חובת הזהירות.

כלל שאמור לפעול הדירקטורים הוא "כלל שיקול הדעת העסקי" – אנחנו מניחים הנחה שהדירקטורים הפעילו שיקול דעת לטובת החברה.

בפס"ד זה התובע הצליח לבסס את הטענה שההחלטה התקבלה שלא לפי שיקול דעת עסקי. הם זומנו לישיבה מבלי שנאמר להם מה נושא הישיבה ולא היתה להם האפשרות להתכונן לישיבה. נכון שלטובת עומדת העובדה שכבר הרבה זמן דובר על מיזוג אך הם לא יכלו להתכונן לקראת העסקה הספציפית כל תהליך למידת החומר מתבצע בישיבה עצמה. זה כשלעצמו לא מפר את חובת הזהירות אך זה מחייב אותם לבדיקות מסוימות בזמן הישיבה. ביהמ"ש בדק את הפרוטוקולים של הישיבה עצמה וראה שבמהלך הישיבה ההתנהלות של הדירקטורים היתה אמנית לחלוטין. לא נכנסו שם למספרים רק נקבו את המחיר למניה, כמו כן ואן-גורקום לא אמר להם שהוא פנה והציע מחיר של 55 דולר. ראו שלא בחנו את המחיר בשום ניתוח כלכלי וגם לא בחנו הצעות אלטרנטיביות. הטענה כלפי ואן גורקום שהוא לא פיתח תנאים לבחון את ההצעה כמו שצריך. הטענה כלפי הדירקטוריון היתה שלא היתה כאן בדיקה ביקורתית מבחינתם.

שופט המיעוט טען מצידו שייתכן מצב שאם לא היו מקבלים את ההחלטה שבו היו רוצים לתבוע את הדירקטוריון על כך שלא קפצו על ההצעה העסקית וכתוצאה מכך בעלי המניות הפסידו. טענה נוספת היא שמחיר המניה שבה המניה נסחרה היה נמוך מהמחיר שהציעו לרכוש את החברה. בנוסף שופט המיעוט טוען שהדירקטורים בחברה הם אנשים מוכשרים ומיומנים במקצועם ולכן אין לקבוע שכיוון שקיבלו את ההצעה במהירות הם הפרו את חובת הזהירות.

דעת הרוב מתמודדת עם כך שאומרת שיש להעביר מסר לדירקטורים – שיש כללים לקבלת החלטות.

היתה טענה משפטית לטובת הדירקטורים – מדובר בעסקת מיזוג כלומר הדירקטוריון הוא לא התחנה הסופית, עובדתית לאחר האישור העקרוני של הדירקטוריון כונסה האסיפה הכללית שבה הצביעו לאשר את העסקה.

ביהמ"ש התמודד עם הטענה הזו ואמר נכון שבעיקרון כשהאסיפה הכללית מאשר מבחינה משפטית זה היכול לשמש כאשרור של השלוח. אשרור יכול להיות אפקטיבי כשהשולח מה הוא מאשרר. הבסיס הוא

"מידע". אבל, כשתהליך קבלת ההחלטות אצל הדירקטוריון היה פגום כדי שתהליך האשרור יהיה האפקטיבי האסיפה הכללית צריכה לדעת שתהליך קבלת ההחלטות היה פגום. כשאומרים לאסיפה כללית שהדירקטוריון אישר את ההצעה הם לוקחים בחשבון שההצעה נבדקה כפי שצריך, אך אם לא נאמר לאסיפה הכללית שהדירקטוריון לא בדק כפי שצריך אין הוא יכול לקחת את העובדה הזו בחשבון.

בישראל יש פס"ד מהשנה האחרונה בעניין חברת נצבא (נכסי צאן ברזל אגד), חברה שהוקמה על ידי אגד. בנצבא היה סיפור שבו די ברור לביהמ"ש שתהליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון החברה היה בלתי ראוי והיו בו הפרת חובות של נושאי המשרה. אבל העסקה אושרה אחר כך באסיפה הכללית. בעליון הנימוק המרכזי היה שהאסיפה הכללית אישרה את העסקה והישרור בדיעבד מרפא כל פגם. לא ברור מאה אחוז מפס"ד אצלנו האם הליקויים כפי שהיו הובאו במפורש והוצגו בפני האסיפה הכללית של נצבא או לא.

החידוש של ואן גורקום העיקרי היה שכמעט פעם ראשונה בפסיקה המהותית בארה"ב שהיטלו על לדירקטורים הפרה של חובת זהירות בגין קבלת החלטות, כמו כן במקרה הזה קבעו שלדירקטורים קבעו בתום לב. כלומר הם הפרו את חובת הזהירות בכך שהם לא קיימו מספיק את חובת הזהירות כלומר הם התרשלו.

פסק דין וולט דיסני

מנכ"ל החברה מייקל אייזנר חשב יחד עם צוותו איך להגביר את המכירות. מייקל הוביץ ששימש כמנכ"ל אולפני יונברסל היה מוכר ומחוזר על יד התעשייה. אייזנר ביקש לצרף את הוביץ לחברת דיסני כמשנה למנכ"ל. כדי להבטיח את כדאיות המעבר קבעו להוביץ חבילת שכר משמעותית הכוללת מניות, שמועד ה – "ווסטינג" שלהם הוא 7 שנים. היו כמה סעיפים בחוזה אשר מהם ניתן היה להבין, בפרשנות מסוימת, שזכותו של הוביץ לממש את האופציות המובטחות לו תתקיים אפילו אם לא יהיה באותה השעה בחברה. ההתחלה היתה זוהרת אך תוך חודשים אחדים השידוך עלה על שרטון, האגו לא נתן לשניהם להסתדר ביניהם. הם הבינו שצריך להפסיק את ההתקשרות, וכשנה אחרי שהוביץ צורף לחברה הוא עזב. כל הדיון עוסק בסבירות ההחלטה של הדירקטוריון ביחס לחבילת השכר של הוביץ, כלומר האם דירקטוריון החברה קיים את חובת הזהירות ביחס לחבילת השכר של הוביץ. הדירקטוריון היה מעורב בשתי פאזות: האחת לקראת העסקתו בחברה, במקרה זה ההחלטה היתה ברמה של הדירקטוריון כיוון שמדובר בתפקיד בכיר בחברה. כבר אז דנו ברכיבי החוזה כולל האופציות. השניה, כעבור שנה כאשר דנו בדירקטוריון על הכספים המגיעים לו עם עזיבתו. החישוב הוביל לכך שעל הוביץ לקבל חבילה בסך של למעלה 100 מיליון דולר – כולל האופציות. בעלי המניות בשלב הזה החליטו שהסכום אינו סביר. היות שסבירות היא מילת המפתח בקונטקסט של חובת הזהירות של נושאי המשרה, תבעו את הדירקטוריון של חברת וולט דיסני על הפרת חובת הזהירות. על ביהמ"ש היה לבחון האם ההחלטה היא סבירה או בלתי סבירה.

ביהמ"ש בדלוואר התמקד בתהליך קבלת ההחלטות. ביהמ"ש נוקט באמירה שמזכירה את האמירה של חז"ל: "דין פרטה כדין מאה". העובדה שמדובר בסכום של למעלה מ-100 מיליון דולר לא משפיעה על הדיון בביהמ"ש.

ביהמ"ש התרשם לאור הראיות שהובאו בפניו, שההחלטות לעניין חבילת השכר היו במסגרת דיון ממושך בדירקטוריון בליווי יעוץ משפטי וכלכלי. ביהמ"ש קובע שעל פניו תהליך קבלת ההחלטות נראה נורמאלי. ביהמ"ש אומר שיש לבחון את המקרה של וולט דיסני מול **הלכת ואן-גורקום** ואומר ששם היה מדובר בעסקת מיזוג שמשנה את מהותה של החברה. במקרה של וולט דיסני לא רק ששקלו את ההחלטות היטב ולא מדובר בשינוי מהותה ועתידה של חברת וולט דיסני. ביהמ"ש לא התבייש לומר ש-100 מיליון דולר הם לא סכום שבשמיים ביחס למחזור הכללי של חברת וולט דיסני. מסתבר שבתהליך קבלת ההחלטות הדירקטוריון שקלו את העובדה שמייקל הוביץ היה כוכב באולפני יוניברסל והרוויח שם כ-20 – 25 מיליון דולר לשנה, ולכן כדי למשוך אותו לחברת וולט דיסני הרי שיש לשלם לו לפחות את הסכום שהרוויח שם. לכן ביהמ"ש אומר שלא ניתן להגיד שהדירקטוריון הפר את חובת הזהירות שכן ההחלטות נבדקו ביסודיות והיו סבירות.

המסקנה **מפס"ד ואן-גורקום ומפס"ד וולט דיסני** היא, שביהמ"ש מבין שהוא אינו יכול להכניס אל תוך החלטות עסקיות. לעומת זאת את הליך קבלת ההחלטות הוא כן יכול לבדוק – את המעטפת אך לא את התוכן. ביהמ"ש יכול לערוך בדיקות של סבירות על ידי השוואות לחברות אחרות, אך עניין זה הוא קשה לשופטים. לכן ביהמ"ש יבחן יותר את תהליך קבלת ההחלטות.

מה קורה בקבלת החלטות עם דעות חלוקות?

נושא זה **עלה בפס"ד בנק צפון אמריקה (בערעור)**. טענה ראשונה גורסת כי על דירקטור שמרגיש כי מתקבלת החלטה שלדעתו אינה רואיה, להתפטר. ישנה טענה שניה שאומרת כי במקרה כנ"ל דירקטור שמתנגד להחלטה מסוימת – כאשר האחריות היא אינדיבידואלית הדירקטור לא יתאמץ ויצביע נגד ההחלטה. במקרה שהאחריות להחלטה הינה קולקטיבית, הדירקטור ינסה לשכנע עד הרגע האחרון את שאר חברי הדירקטוריון לשנות החלטה. לכן אולי ראוי להטיל אחריות קולקטיבית שכן אז הדירקטור ינסה להילחם יותר וכמוצא אחרון הדירקטור יבחר להתפטר מתפקידו. עדיין אין הכרעה האם האחריות היא אינדיבידואלית או קולקטיבית, הנושא הושאר ב"צריך עיון" בפס"ד בנק צפון אמריקה.

לפי מה נקבעת אחריות של דירקטורים? ממה שלמדנו בפסקי הדין – לפי תהליך קבלת ההחלטות. אם דירקטור מבין שמוקד הבחינה של ביהמ"ש הוא תהליך קבלת ההחלטות, הרי שהטלת אחריות אינדיבידואלית לא משחררת אוטומטית את הדירקטור המתנגד.

בחברה ציבורית חייבים לכהן בדירקטוריון לפחות 2 דירקטורים חיצוניים. בתיקון לחוק לפני שנתיים הוספה דרישה שלדח"צ תהיה כשירות מסוימת מכוח המומחיות המקצועית שלו. העובדה הזו עוררה את

השאלה האם יש להבדיל במישור העקרוני בין חובת הזהירות המוטלת בין דירקטור מן השורה ולבין דירקטור בעל מומחיות מקצועית מסוימת. המחוק קבע בסעיף 253א' כי מינוי דירקטור כנ"ל אין בכך הטלת רמת זהירות שונה.

בפס"ד בוכנינדר (בנק צפון אמריקה) עלתה טענה מטעם התובעים שמכיוון שהתאגיד הנדון היה בנק הרי האחריות המוטלת על דירקטורים של בנק היא באופן עקרוני גבוהה יותר מאחריות המוטלת על דירקטורים בחברה רגילה. השופט ברק קבע בפס"ד שהוא לא מבדיל ברמה העקרונית והוא דן בדירקטורים של בנק כבדירקטורים של כל חברה אחרת. יחד עם זאת ברק אומר שבמסגרת שקילת הנסיבות הקונקרטיות העובדה שמדובר בנק שהוא מוסד פיננסית, תהווה משקל מסוים.

נניח שתהליך קבלת ההחלטות לא היה רציני אך החלטה שהתקבלה בסופו של יום היתה מצוינת. למרות זאת אדם, שהטריד אותו תהליך קבלת ההחלטות, מחליט לתבוע את החברה. **בישראל** רואים לפי החוק במפורש שחובת הזהירות היא חובת הזהירות המוכרת לנו מעולות הרשלנות הכללית של דיני הנזיקין. **סעיף 252** – חובת זהירות של נושאי משרה קובע כי זהו מקרה פרטי של עוולת הרשלנות שבדיני הנזיקין. אם ההחלטה יצאה מצוינת ואין שום נזק, וניתן להוכיח מראש שאף אחד לא סבל נזק, הרי שיש למחוק את התביעה.

פרשת טכניקולור בדלוואר

מבחן "ההגינות המלאה" - entire fairness

האיזון הראשון המסורתי בארה"ב שנקלט גם בישראל היה **כלל: "שיקול הדעת העסקי"**. יש הנחה לטובת הדירקטורים, כאשר תובעים אותם על הפרת חובת הזהירות, כשכאשר הם קיבלו החלטה הם קיבלו החלטה לאחר שהם הפעילו שיקול דעת עסקי. ואם הם הפעילו שיקול דעת עסקי ביהמ"ש ימנע מלהחליף את שיקול דעתם בשיקול דעתו של ביהמ"ש. מכאן שהתביעה תדחה. כלל שיקול הדעת העסקי פועל בעיקר במישור דיני הראיות, הוא חזקה בעד הדירקטורים שהם הפעילו שיקול דעת עסקי ולכן כל הטוען אחרת יהיה עליו להוכיח אחרת. משקל הראיות שיהיה על התובע להביא כדי לשכנע את ביהמ"ש יהיה רב, וזאת מהסיבה שביהמ"ש יוצא מתוך נקודת הנחה שהדירקטורים פעלו כשורה.

לפני **ואן-גורקום** כמעט בכל תיק שהתביעה כנגד הדירקטורים התבססה אך ורק על הפרת חובת הזהירות, כמעט תמיד התביעה נדחתה.

פרשת טכניקולור היתה 10 שנים אחרי ואן-גורקום.

בפרשה זו גם היתה עסקת מיזוג שבושלה לא מעט זמן. בשונה מואן-גורקום הדירקטוריון של החברה היה בתמונה במגעים למיזוג במשך זמן רב, הם קיבלו ניתוחים כלכליים מחברה גדולה, הם קיבלו יעוץ מקצועי, הכל היה גלוי בפני הדירקטורים, בעלי עניין נמנעו מהחלטה – על פניו הכל כשורה. יש מיזוג במחיר של 21 דולר למניה ולאחר מכן אחד מבעלי המניות תובע וטוען שהדירקטורים הפרו את חובת

הזהירות. מביאים חו"ד כלכליות ומראים שהמחיר של 21 דולר למניה היה מחיר מעולה. לא היה פה שום נזק. הערכאה הראשונה מחקה את התביעה.

ביהמ"ש העליון דן בתיק ומחליט להפוך את ההחלטה ולהחזיר את התיק חזרה אל הערכאה הראשונה להמשך דיון.

ביהמ"ש אומר למעשה כי לא מעניין כרגע אם היה נזק או לא, לנושא זה יש להתייחס בסוף הדיון וכך הוא הופך את ההחלטה של הערכאה הראשונה ומבקש לדון בתיק. תהליך קבלת ההחלטות צריך להיבחן באופן מנותק מהתוצאה (הפוך מבישראל – אם אין נזק אין תביעה).

הם קובעים איך יש לדון בתביעה שכזו: כלל שיקול הדעת העסקי עובד לטובת הדירקטורים ולכן אם תובע לא מצליח להוכיח אחרת התביעה תידחה. אך אם התובע יצליח להפריך את חזקת שיקול הדעת העסקי עוברים לשלב אחר שבו יש להחמיר עם הדירקטורים. אז ביהמ"ש יבדוק את תהליך קבלת ההחלטות: באמצעות כלל "סטנדרט ההגיונות המלאה" **entire fairness**. אם היא הוגנת במלואה תידחה התביעה ואם לא תוטל עליהם הפרת חובת זהירות או הפרת חובת אמונים לפי העניין. הסטנדרט הנ"ל פותח במקור על ביקורת שיפוטית על דירקטורים שהפרו חובת אמונים, בפס"ד טכניקולור מכילים את הכלל אף על חובת זהירות.

מהו מבחן ה- **entire fairness ?** אנחנו נבדוק את תפקוד הדירקטוריון לפי 2 פרמטרים:

1. **הגיונות של ההליך – **fair dealing**** – החלק המהותי. בטכניקולור ביהמ"ש מגיע למסקנה כי תהליך קבלת ההחלטות היה ראוי.
2. **מחיר הוגן – **fair price**** – פה בודקים את הנזק. בטכניקולור ביהמ"ש החליט שהמחיר היה הוגן.

השורה התחתונה היא שהדירקטורים נמצאו כמי שקיימו את חובותיהם. מה שביהמ"ש מנסה לומר שעל אף שאין נזק אין זה אומר שלא יתקיים דיון. מה שיקרה בפועל הוא שיתנהל דיון כאשר רק בסופו יילקח בחשבון שלא היה נזק.

מונעי סיכונים מול נושאי סיכונים - פטור שיפוי וביטוח: ס' 258 - ס' 264

בעקבות פס"ד ואן-גורקום תוקן החוק במדינת דלוואר והוסף סעיף (7B 102) שעוסק בהגנה וביטוח של דירקטורים.

הסעיף למעשה קבע כי גם אם דירקטור ימצא כמי שהפר את חובת הזהירות ישנם כמה מגנונים שיכולים להגן על הכיס שלו.

בישראל, בעידן פקודת החברות הכניסו 2 אמצעים שיגנו על נושאי משרה:

1. שיפוי

2. ביטוח

ב- 1999 כאשר נחקק חוק החברות הוסיפו אמצעי שלישי והוא הפטור.

ביטוח – ס' 261 - רוכשים פוליסת ביטוח בגין האחריות. הביטוח בא לכסות על נושאי המשרה של החברה. הכוונה היא שלא שנושאי המשרה רוכשים לעצמם את הפוליסה (למרות שאם הם רוצים בכל זאת הם יכולים). מקבול בשוק הניהול והדירקטורים שחלק מן התנאים לכהונה שהחברה תרכוש עבור הדירקטור את הביטוח. החוק מתערב כי מדובר כאן בעסקה של בעל עניין. נקודה נוספת היא הניזוק שעליו רוצים להגן היא החברה. חובת הזהירות של נושאי המשרה לפי ס' 252 היא כלפי החברה.

ביטוח אחריות

261. חברה רשאית, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון, להתקשר בחוזה לביטוח אחריות 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.

פטור – ס' 259 - חידוש של חוק החברות. מצד אחד אפשר לבטח ומצד שני ניתן לפטור מראש מאחריות.

על פניו כל מה שלמדנו על חובת זהירות הוא לא רלוונטי, השאלה היא למה שבעלי מניות יסכימו לכך? ההבדל המשפטי הוא ברור – כשיש פטור זה אומר כי חובת הזהירות אינה רלוונטית. כשיש ביטוח החובה קיימת ואם כ' יש גם עילת תביעה פוטנציאלית כלפי הדירקטורים. אם התביעה תתקבל יש ביטוח שיגן על הדירקטורים. השאלה מדוע החוק התיר את הענק הפטור? המחוקק אומר כי הפטור הוא ביטוח עצמי וכך נחסכת הפרמיה לחברת ביטוח. מה שמעניין הוא שלמרות קיום הפטור, עדיין חברות רוכשות את הביטוח עבור חברי הדירקטוריון. הסיבה היא שנושאי משרה חוששים מתביעה מצד צדדים שלישיים ולכן הביטוח שנרכש הוא ביטוח כללי שחל בכל תביעה – אם מצד שלישי או מצד ג'. לעומת זאת פטור חל רק בין החברה ולבין נושאי המשרה. במקרה של פטור נושא המשרה יהיה עדיין חשוף לתביעות מצד צדדים שלישיים.

הסמכה למתן פטור
(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

259. (א) חברה רשאית לפטור, מראש, נושא משרה בה מאחריותו, כולה או מקצתה, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה, אם נקבעה הוראה לכך בתקנון.
(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), חברה אינה רשאית לפטור מראש דירקטור מאחריותו כלפיה עקב הפרת חובת הזהירות בחלוקה.

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

שיפוי – ס' 260. שיפוי משמעותו החזר הוצאות כספיות. בעידן פקודת החברות, החברה יכולה לשפות את נושא המשרה במסגרת הגנתו – למשל הוצאות שכר טרחה עורך הדין. גם שיפוי על נזק כלפי צד ג' היה אפשרי. כיום נושא השיפוי, כיוון שקיים הפטור, הפך לבלתי חיוני.
(הסעיף ארוך ולכן לא צורף).

החובה השניה של נושא המשרה הינה:

חובת האמונים

הדין מצפה מנושא משרה לפעול לטובת החברה. חובת הנאמנות אינה נושא ייחודי ובלעדי דווקא לדיני חברות, למעשה זוהי חובה רחבת היקף שחלה על בעלי תפקידים רבים בחברה. כל מי שיש לו השפעה על רכוש זולתו חלה עליו אחריות לגביו.

סמכות וכוח מולידים בצילם אחריות. רואים זאת יומיום בעסקאות ש לבעלי מקצועות חופשיים שבעיסוקם משפיעים על רכושם של אחרים: עורכי דין, רואי חשבון וכו'. כללי האתיקה מניחים ודואגים מראש שכל פעולה שלהם היא לקידום טובת הלקוח. רואים זאת גם אצל אפטרופוס כלפי מי שהוא מופקד על גורלו. יש מוסד משפטי שנקרא נאמנות ויש חוק שנקרא חוק הנאמנות, הדבר דומה לשליחות, אך נאמנות היא מעט יותר כי אפדר להפקיד כסף, מסמכים או רכוש בנאמנות אצל נאמן.

כדי שבעולם העסקי המודרני ניתן יהיה לתפקד יחד עם חובת הנאמנות, המחוקק ריכך אותה בתחום דיני החברות עם איזונים.

סעיף 254 לחוק מדבר דן בחובת האמונים.

254. (א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה –	חובת אמונים
(1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;	
(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;	
(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;	
(4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה.	
(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר.	

ברישא של הסעיף המחוקק מגדיר מהי חובת האמונים ולאחר מכן מגדיר באמצעות ארבע דוגמאות טיפוסיות. הדוגמא הראשונה היא המקרה השכיח ביותר: לפעול לטובת החברה. כל סיטואציה בה נתקל נושא משרה במסגרת תפקידו עליו תמיד להפעיל שיקול דעת בתום לב ובטובת החברה. חובות 1-3 הם חובות "לא תעשה" וחובה 4 היא חובת "תעשה" – זוהי חובת הגילוי. במסגרת חובת הגילוי על נושא המשרה לגלות כל ידיעה וכל מסמך הנוגעים לעניניה של החברה ובאו לידי בתוקף תפקידו בחברה. זוהי אינה אותה חובת גילוי כמו בדיני ני"ע, בדיני חברות מחמירים יותר. בדיני ני"ע מתמקד הגילוי במהותיות ואילו בדיני החברות מדובר על כל ידיעה ואין הנחה שיש מידע שאינה מהותי. בדיני ני"ע הנמען של החובה היא החברה, היא אשר צריכה לגלות. בדיני החברות חברה היא המוטב של המידע ואילו נושא

המשרה הוא המחויב בגילוי. תפקידו של נושא המשרה אינו לבדוק האם המידע חשוב או לא כי הוא רק שלוח של החברה.

ס' 254(א)(1) – האיסור המרכזי ביותר – הימנעות ממצב ל ניגוד עניינים.

רוב התקנות והמנגנונים מטרתם לשמש מנגנון הקטנת ההסתברות לכשל מסוג ניגוד עניינים, של נושא משרה המופקדים על רכוש בשווי עתק. החוק הישראלי יודע לאזן את החובה כדי לאפשר תפקוד יעיל. המשק הישראלי מתאפיין בהיותו משק קטן, ובאופן טבעי כמשק ככזה השליטה וההשקעה בחברות אינה נחלת הכלל. התפלגות ההון וההשקעות מראה על מספר קבוצות עסקיות ששולטות בעסקים רבים. ענפי התעשייה השונים מנהלים עסקים ביניהם ולכן ניתן למצוא את אותם הדמויות בשני צידי המתרס ומכאן כי קשה מאוד להימנע מניגוד עניינים.

סעיפים 270 וסעיפים 255 הם השלמה לסעיף 254.

255. (א) חברה רשאית לאשר פעולה מהפעולות המנויות בסעיף 254(א) ובלבד שנתקיימו כל התנאים האלה:

(1) נושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה;

(2) נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.

(ב) אישור החברה לפעולות שאינן פעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לענין אישור עסקאות, ואישור החברה לפעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לענין אישור עסקאות חריגות; הוראות הפרק החמישי לגבי תוקפן של עסקאות, יחולו, בשינויים המחויבים, לגבי תוקפן של פעולות.

אישור פעולות

סעיף 254 קובע את האיסורים ואילו סעיפים 255 ו- 270 מהווים איזונים וקובעים שבנסיבות מסוימות מותר כדי לאפשר עסקאות מסוימות:

1. נושא המשרה מבעוד מועד גילה את מהות האינטרס הפרטי.

2. נושא המשרה שפועל את הפעולה שבסעיף 254, פועל בתום לב.

הפרק החמישי (עסקאות עם בעלי עניין) הוא המפרש את מהות האיזונים. הפרק הזה נחשב לפרק המרכזי והמשמעותי מכול בחוק החברות, פרק זה מעסיק את רשויות אכיפת דיני החברות יותר מכל. השאלה מה לפרק 5 ולסעיף 255? ס' 255(ב) קובע שאם נושא משרה מעוניין לפעול באחת מהפעולות המנויות בסעיף 254 עליו לגלות מראש ולנהוג בתום לב ולטובת החברה. הסעיף מפנה לפרק החמישי אשר עוסק בעסקאות, בשונה מסעיפים 255 ו- 254 אשר עוסקות בפעולות.

מה ההבדל בין עסקאות לפעולות?
המונח **עסקה**, מוגדר **בסעיף 1** לחוק:

"עסקה" - חוזה או התקשרות וכן החלטה חד צדדית של חברה בדבר הענקת זכות או טובת הנאה אחרת;

הסיטואציה הטיפוסית שמבחינה משפטית מוגדרת כעסקה זה חוזה. עבור מהלך של חוזה צריך לפחות 2 צדדים.

הגדרת **פעולה בסעיף 1** לחוק:

"פעולה" - פעולה משפטית, בין במעשה ובין במחדל;

אולי הכוונה שפעולה היא מהלך, אקטיבי או פאסיבי, של צד אחד.

הבעיה המרכזית שהפרק החמישי מטפל בה היא עסקה/חוזה שיש בה סיטואציה של ניגוד עניינים של גורם מעורב בחברה. (גורם מעורב יכול להיות נושא משרה או בעל שליטה). המונח ניגוד עניינים בחוק החברות הוא "עניין אישי". הפרק מכשיר את המצב הזה בתנאים מסוימים.

עפ"י קלארק: ניגוד עניינים הוא סיטואציה שמתקיימים בה 3 רכיבים במצטבר: 1. כאשר יש דמות המעורבת בקבלת החלטות בחברה 2. לאותה הדמות יש אינטרס (כלכלי) בצד השני (הרי מדובר בעסקה) 3. אותו אינטרס בצד השני גדול מהאינטרס בטובת החברה.

מצב שבו יש אינטרסים כפולים הוא לאו דווקא בעייתי, רק אם האינטרס השני גדול מאינטרס החברה צומחת בעיה של ניגוד עניינים.

אחת הבעיות שיש נטייה לתהליך של שכנוע עצמי שהמצב הוא win-win, ולכן הגבולות אצל נושאי המשרה נוטים להיטשטש.

ס' 254(א) מגדיר מהי חובת אמונים – על נושא משרה להימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או עניינים אישיים אחרים.

המחוקק **בסעיף 270** ואילך מנסה לקבוע כללי משחק ספציפיים קונקרטיים להחלטות בנושא עסקאות בהן לנושא משרה יש עניין אישי. הסעיף מתאר 3 אבות טיפוס של עסקאות שלגביהן יש חשש של ניגוד עניינים ולגביהם קובעים **בסעיפים 271-273** כללי משחק.

270. עסקאות של חברה המפורטות להלן, טעונות אישורים כקבוע בפרק זה, ובלבד שהעסקה אינה פוגעת בטובת החברה:

(1) עסקה של חברה עם נושא משרה בה וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה יש בה ענין אישי; ואולם לא יראו

(א) נושא משרה בחברה אם וגם בחברה בת הנמצאת בשליטה ובבעלותה המלאות, כבעל ענין אישי בעסקה בין החברה האם לבין החברה הבת, בשל עצם היותו נושא משרה בשתייהן או בשל היותו בעל מניה או בעל נייר ערך שניתן לממשו במניות בחברה האם;

(ב) נושא משרה במספר חברות בנות הנמצאות בשליטה ובבעלות מלאה של אותו אדם, כבעל ענין אישי בעסקה בין חברות בנות כאמור, בשל עצם היותו נושא משרה בחברות המתקשרות;

(2) מתן פטור, ביטוח, התחייבות לשיפוי או שיפוי לפי היתר לשיפוי, לנושא משרה שאינו דירקטור;

(3) התקשרות של חברה עם דירקטור בה באשר לתנאי כהונתו, לרבות מתן פטור, ביטוח, התחייבות לשיפוי או שיפוי לפי היתר לשיפוי, וכן התקשרות של חברה עם דירקטור בה באשר לתנאי העסקתו בתפקידים אחרים (להלן - תנאי כהונה והעסקה);

(4) עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה ענין אישי, לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה ענין אישי; וכן התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עם קרובו, אם הוא גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, ואם הוא עובד החברה ואינו נושא משרה בה - באשר להעסקתו בחברה;

(5) (א) הצעה פרטית אשר מתקיים בה אחד מאלה:

(1) הצעה המקנה עשרים אחוזים או יותר מסך זכויות ההצבעה בחברה בפועל לפני ההנפקה שהתמורה, כולה או חלקה, אינה במזומן או בניירות ערך הרשומים למסחר בבורסה או שאינה בתנאי שוק, ואשר כתוצאה ממנה יגדלו החזקותיו של בעל מניה מהותי בניירות הערך של החברה, או שכתוצאה ממנה יהפוך אדם לבעל מניה מהותי לאחר ההנפקה (בחוק זה - צד מעוניין);

(2) כתוצאה ממנה יהפוך אדם לבעל שליטה בחברה;

(ב) לענין פסקה זו יראו את סך כל ההצעות הפרטיות שמתקיים בהן אחד מאלה, כהצעה פרטית אחת:

(1) הן נעשו במהלך תקופה בת 12 חודשים רצופים לאותו ניצע או למי מטעמו, לקרובו, לתאגיד בשליטתו או בשליטת קרובו, וכשהניצע הוא תאגיד - גם לבעלי השליטה בניצע, לקרובו של בעל השליטה ולתאגיד בשליטת בעל השליטה או בשליטת קרובו;

(2) הן נעשו במהלך תקופה בת 12 חודשים רצופים ונקבעה בהם תמורה באותו נכס ויראו ניירות ערך שונים של חברה אחת כאותו נכס;

(3) הן מהוות חלק מעסקה אחת או שהן מותנו זו בזו;

(ג) לענין תנאי שוק לפי פסקה זו, יראו הצעה כהצעה בתנאי שוק אם הדירקטוריון קבע על יסוד נימוקים מפורטים כי ההצעה היא בתנאי שוק, אלא אם כן הוכח אחרת, ולענין החזקה לפי פסקה זו, יראו ניירות ערך הניתנים להמרה או למימוש מניות, שאותו אדם מחזיק או שיופקו לו לפי ההצעה הפרטית, כאילו הומרו או מומשו.

בסעיף 270 יש פירוט של עסקאות הטעונות אישור כדי שיצאו אל הפועל:

1. עסקה של חברה עם נושא משרה בה וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא המשרה בה יש עניין אישי באישור העסקה.

עניין אישי מוגדר בסעיף 1 לחוק –

“ענין אישי” - ענין אישי של אדם בפעולה או בעסקה של חברה, לרבות ענין אישי של קרובו ושל תאגיד אחר שהוא או קרובו הם בעלי ענין בו, ולמעט ענין אישי הנובע מעצם החזקת מניות בחברה;

בעניין אישי הכוונה גם לדמויות הסובבות את נושא המשרה – קרובי משפחה, תאגיד, חברה אחרת בשליטתו או שהוא בעל שליטה בו.

קרוב ובעל עניין מוגדרים בסעיף 1 לחוק -

“קרוב” - בן זוג, אח או אחות, הורה, הורי הורה, צאצא או צאצא של בן הזוג או בן זוגו של כל אחד מאלה;

“בעל ענין” - בעל מניות מהותי, מי שיש לו הסמכות למנות דירקטור אחד או יותר או את המנהל הכללי, ומי שמכהן בחברה כדירקטור או כמנהל כללי;

הגדרת בעל עניין יובאה מתוך חוק ניירות ערך

“בעל מניה מהותי” - מי שמחזיק בחמישה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של החברה או מזכויות ההצבעה בה;

כלומר מי שמחזיק מעל 5 אחוזים ממניות חברה הוא בעל עניין בחברה.

מהו בדיוק עניין אישי? מקובל לראות עניין אישי כעניין שיש בו טובת הנאה, שיש לו שווי כלכלי שיכול עוות את קבלת ההחלטות הנקיה.

פסק דין וולט דיסני

בפרשת וולט דיסני בעניין התגמול של מייקל הוביץ עלו 2 טענות משפטיות כאשר תבעו את הדירקטוריון על אישור חבילת השכר המפליגה: חובת הזהירות וחובת הנאמנות (שלדירקטור היה עניין אישי). בדיון ביהמ"ש ניתח כל דירקטור באופן אישי (כיוון שלא ניתן לבדוק באופן קולקטיבי כמו בחובת הזהירות). כאשר למייקל איזנר – יש לו עניין אישי כיוון שהם היו חברים עוד לפני הצעת השכר. ביהמ"ש קובע שהעובדה שהם חברים אינה פוגעת בשיקול הדעת לטובת החברה של איזנר. דחו את הטענה שחברות כשלעצמה יוצרת עניין אישי.

לדעת המרצה בישראל יש מקום כן לשקול חברות כעניין אישי.

תלות כספית או תלות כלכלית היא נושא מובהק לעניין אישי. בוולט דיסני טענת התובעים לגבי הפרת חובת הנאמנות היתה בשני רבדים: למייקל איזנר יש עניין אישי בגלל שהם חברים וכן לשאר הדירקטורים, שלא העזו להמרות את פיו של היו"ר, יש עניין אישי כי הם הלכו אחריו ואין להם שיקול

דעת עצמאי לטובת החברה וזה המוטיב של עניין אישי. ברגע שבית המשפט קבע שהרובד הראשון לא מתקיים נפל גם ברובד השני. באוביטר בפס"ד בית המשפט הניח שאם למייקל איזנר היה עניין אישי, הם הלכו ובדקו אם כל אחד מהדירקטורים תלוי במייקל איזנר עד כדי כך שההשפעה של התלות מנטרלת את שיקול הדעת בעצמאי שלהם.

דוקטרינת הגורם הדומיננטי –

אם לגורם הדומיננטי יש עניין אישי הדבר גורם לכך שלגורמים אחרים, שתלויים בו, אין שיקול דעת עצמאי ומכאן כי גם להם יש עניין אישי. בפרשת וולט דיסני אחד מהדירקטורים היה עורך הדין של מייקל איזנר, אשר 80% מהכנסותיו נבעו ממייקל איזנר ולכן טענו שהוא בעל עניין אישי. טענה אחרת היה לגבי רוי דיסני (אח של), אשר לגביו טענו שהוא לע יעזז להמרות את פיו של מייקל איזנר. ביהמ"ש טען שלגבי רוי דיסני, העניין הוא לא רלוונטי, כי הוא מחזיק חבילת מניות בחברה ולכן אם העסקה עם הוביץ עלולה לפגוע בשווי החברה, הרי שערך מניותיו ירד ולכן יש לו אינטרס חזק יותר לשמור על החברה מאשר להסתכסך עם מייקל איזנר. המקרה הזה שונה מהמקרה של ערוך דינו של מייקל איזנר.

2. מתן פטור, ביטוח, התחייבות לשיפוי לנושא משרה שאיננו דירקטור (מנכ"ל, סמנכ"ל)

אם חברה מתקשרת בעסקה או חוזה שתוכן החוזה בין השאר, דן במתן פטור או רכישת ביטוח לנושא משרה, העניין מחייב אישור יוון שמדבור בנושא רגיש.

3. התקשרות של חברה עם דירקטור בה לגבי תנאי כהונה והעסקה וכן מתן פטור, ביטוח או שפוי

לדירקטור

ברגע שכותרים חוזה עם דירקטור לגבי העסקתו, החוזה עצמו טעון אישור מיוחד. העסקתו של דירקטור בתפקיד נוסף בחברה (למשל מנכ"ל) מגבירה את יכולת ההשפעה שלו ולכן נדרש אישור דקדקני יותר.

המודל הישראלי: בקרה מבנית - מסלול אישורים

כדי להתמודד עם ניגודי עניינים בעסקאות קבעו מסלול אישורים:

עסקה – נבחין בין עסקה חריגה (שיש בה עניין אישי) לבין עסקה שאיננה חריגה (מקביל להבחנה בין פעולה מהותית ופעולה שאינה מהותית)

עסקה שאיננה חריגה:

מנגנון האישור מופיע בסעיף 271 לחוק -

271. עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1), שאינה עסקה חריגה, טעונה אישור הדירקטוריון, אלא אם כן נקבעה דרך אישור אחרת בתקנון.

עסקאות שאינן חריגות

עסקה חריגה

זוהי עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, נכסיה או התחייבויותיה.
מנגנון האישור מופיע בסעיף 272 לחוק -

272. (א) עסקה של חברה, שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1) והיא עסקה חריגה, או שמתקיים בה האמור בסעיף 270(2), טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון.
(ב) לא היתה לחברה פרטית ועדת ביקורת, טעונה העסקה אישור הדירקטוריון בלבד אם נושא המשרה אינו דירקטור, ואם נושא המשרה הוא דירקטור גם אישור של האסיפה הכללית.

עסקאות חריגות עם נושא משרה

האישור של עסקה חריגה חייב להיות בשתי רמות בחברה – קודם כל ועדת הביקורת ולאחר מכן הדירקטוריון בחברה ציבורית. המחוקק מפריד בין חברה פרטית לחברה ציבורית, ולכן קבע שבחברה פרטית אשר אין לה ועדת ביקורת – אם נושא המשרה אינו דירקטור יסתפקו באישור הדירקטוריון ואם נושא המשרה הוא דירקטור בנוסף על הדירקטוריון יש לקבל את אישור האסיפה הכללית.

סעיף 270(1)(א) – חריג – כאשר חברה או אדם אשר בבעלותם המלאה חברה אחרת. אדם הקים את החברה והוא בעל המניות היחיד בה. אותו אדם מעוניין למכור נכס פרטי לאותה החברה, נראה זאת כמו עסקה חריגה ולכן יש צורך במסלול אישורים, דרישה זו היא מיותרת שהרי אף אחד לא נפגע ולכן קבעו את החריג. מטרת החוק ככלל היא להגן על בעלי המניות, לכן אם אדם הוא בעל מניות יחיד, אין צורך במנגנון הגנה.

אישור תנאי העסקה של דירקטור

כאן ניגוד העניינים החריף ביותר.

המנגנון קבעו בסעיף 273 לחוק –

273. עסקה של חברה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(3), טעונה אישורו של הדירקטוריון ולאחריו אישורה של האסיפה הכללית, ובחברה ציבורית, טעונה העסקה אישור ועדת הביקורת, קודם לאישור הדירקטוריון.

תנאי כהונה והעסקה

המשך חובת האמונים...

בחקיקה הישראלית והיום יותר ויותר גם במדינות אחרות, הטיפול בסוגיית ניגוד העניינים ממקד את עצמו במניעת היווצרות הבעיה ולא כיבוי שריפות בעקבות. הטיפול הוא מראש שמנסה לנטרל את הבעיות שחובת האמונים מציפה. בשיטות משפטיות אחרות קיימת עדיין גישה בה אין כללים מוגדרים מראש. בשיטות משפט האחרות, הטיפול הוא ויודא, לאחר מעשה שבקבלת החלטה או פעולה מסוימת של הדירקטורים כאשר הם פעלו בניגוד עניינים, שיתבעו אותם בתביעה אזרחית על הפרת חובת האמונים כלפי החברה. בישראל לא מגיעים לתביעות רבות בבתי המשפט כי עיקר הטיפול נעשה מראש. במדינות אחרות אין שום הוראה סטטוטורית שאם החלטה התקבלה כשלדירקטור יש ניגוד עניינים, ההוראה אינה תקפה. בישראל הדבר כן קיים. יחד עם זאת הפסיקה בארה"ב הלכה בכיוון שהיא מעודדת את נושאי המשרה בחברות שונות להקפיד על כללי משחק הוגנים שאכן ימזערו את ההסתברות שמתקבלות החלטות שהן לא לטובת החברה. הדבר נעשה באופן הדומה לישראל, רק שבארה"ב זו המלצה בלבד. ההמלצה ניתנה בשורה של פסקי דין, הראשון בהם במדינת דלוואר בשנת 1983 –

פס"ד וינברגר

כיצד מבצעים התנהלות הגונה? ביהמ"ש אמר שבמקרה של ניגודי עניינים, הדירקטור יחשב כאחראי אלא אם כן הוכיח אחרת. נקודת הפתיחה של כל דיון היא הנחת שיקול הדעת העסקי עד שהתובע מצליח לסדוק את ההנחה, ולאחר מכן הנטל מיד מתהפך לצד השני וביהמ"ש יכניס את הדיון לכללי המשחק ההוגנים.

ביהמ"ש בוינברגר אומר שברגע שיש סדק הוא מכניס את כולם לבחינת ההגינות המוחלטת. ההחלטות טוב שיתקבלו תוך נטרול ניגודי עניינים. כלומר, בהחלטות בהם גורם שלו עניין אישי, טוב יעשה אם הוא יעזוב וירחק את עצמו מקבלת ההחלטות באותו נושא בו יש ניגוד עניינים. לא בודקים את ההצבעה בלבד אלא בודקים את תהליך קבלת ההחלטה כולו.

בישראל קובע חוק החברות בסי' 280 שעסקה כזו, שבה יש ניגוד עניינים, אין לה תוקף.

280. (א) לעסקה של חברה עם נושא משרה בה או לעסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל שליטה בה לא יהיה תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה או בעל השליטה, אם העסקה לא אושרה בהתאם לקבוצה בפרק זה לרבות אם נפל בהליך האישור פגם מהותי, או אם העסקה נעשתה בחריגה מהותית מן האישור.

(ב) לעסקה כאמור בסעיף קטן (א) לא יהיה תוקף גם כלפי אדם אחר אם אותו אדם ידע על ענינו האישי של נושא המשרה או של בעל השליטה באישור העסקה, וידע או היה עליו לדעת על העדר אישור לעסקה כנדרש לפי פרק זה.

עסקה חסרת תוקף

בישראל כאמור הכל נעשה מראש – אם מזוהה ניגוד עניינים – למשל על הפרק עומדת החלטה של חידוש העסקת הדירקטור – על הדירקטור לתת גילוי לעניין האישי בהחלטה לפי **סעיף 269**, ההוראה השניה שחלה על דירקטור היא **סעיף 278** – הדירקטור לא ישתתף בישיבות של ועדת ביקורת ודירקטוריון

שבהן עוסקים בעניינים בהם יש לדירקטור עניין אישי. הדרישה השלישית כדי שעסקה תהיה כשרה היא שהדירקטורים שנותרים לקבל את ההחלטה צריכים לקבל אותה על פי הכללים הרגילים. אם התקיימו 3 הדרישות אז העסקה כשרה.

סעיף 278 קובע גם **חריג** בסעיף קטן ג' – מה יקרה בנסיבות שבהן למרבית חברי וועדת הביקורת או למרבית הדירקטוריון יש עניין אישי. יש כלל שקובע שכדי ששייבה תיחשב ישיבה תקפה של אותו גוף והחלטות בה יחשבו החלטות מחייבות צריך שיהיה מניין חוקי – "קוורום". יש ברירת מחדל בחוק שקובעת שמניין חוקי הוא רוב חברי הדירקטוריון, זוהי נקודה שניתן להתנות עליה בתקנון. לכן מה קורה עם לרוב החברים יש עניין אישי? לכן אומר החוק שכיוון שאין מניין חוקי, גם בעלי העניין האישי יכולים להישאר ולהצביע, כאשר בכל מקרה העניין יעבור לאסיפה הכללית. כאשר מעלים את העניין באסיפה הכללית יש לתת גילוי מלא שההחלטה שעברה בדירקטוריון נגועה עניין אישי.

חובת גילוי

269. (א) נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה ציבורית היודע שיש לו עניין אישי בעסקה קיימת או מוצעת של החברה, יגלה לחברה, בלא דיחוי, ולא יאחר משיבת הדירקטוריון שבה נדונה העסקה לראשונה, את מהות ענינו האישי, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.

(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול כאשר העניין האישי נובע רק מקיום עניין אישי של קרוב בעסקה שאינה חריגה.

(ג) צד מעונין, כמשמעותו בסעיף 270(5), או מי שיהפוך לבעל שליטה כתוצאה מהצעה פרטית, היודע שיש לו עניין אישי בהצעה הפרטית המהותית, יגלה בלא דיחוי לחברה הציבורית את מהות ענינו האישי, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

הימנעות דירקטורים

278. (א) דירקטור שיש לו עניין אישי באישור עסקה, למעט עסקה כאמור בסעיף 271, המובאת לאישור ועדת הביקורת או הדירקטוריון, לא יהיה נוכח בדיון ולא ישתתף בהצבעה בוועדת הביקורת ובדירקטוריון.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי דירקטור להיות נוכח בדיון בוועדת ביקורת ולהשתתף בהצבעה, אם לרוב חברי ועדת הביקורת יש עניין אישי באישור העסקה, וכן רשאי דירקטור להיות נוכח בדיון בדירקטוריון ולהשתתף בהצבעה, אם לרוב הדירקטורים בחברה יש עניין אישי באישור העסקה.

(ג) היה לרוב הדירקטורים בדירקטוריון החברה עניין אישי באישור עסקה כאמור בסעיף קטן (א), טעונה העסקה גם אישור האסיפה הכללית.

סעיף 272 שעוסק בעסקה חריגה אומר שאישור של עסקה בה יש לנושא משרה עניין אישי, צריכה לעבור ועדת ביקורת או דירקטוריון. הסעיף אומר שצריך שתי רמות אישור – אם יש ועדת ביקורת אזי צריך דירקטוריון וועדת ביקורת – גם אם מדובר בדירקטור. אם זו חברה פרטית – נושא משרה שהוא גם דירקטור – נבקש שתי רמות ביקורת – דירקטוריון ואסיפה כללית. אם נושא המשרה אינו דירקטור – מספיקה רמה אחת – הדירקטוריון בלבד.

עדיין יכולה להיות בעיה - על אף שהדירקטורים בעלי העניין האישי נמנעו מההצבעה, חברי הדירקטוריון שכן מצביעים יקבלו החלטה שהיא לא כשרה לחלוטין – "שמור לי ואשמור לך".

הרישא של סעיף 270 – "עסקאות של חברה המפורטות להלן, טעונות אישורים כקבוע בפרק זה, ובלבד שהעסקה אינה פוגעת בטובת החברה". המחוקק יוצא מנקודת הנחה שייתכן שעסקה תעבור את כל השלבים ויחד עם זאת תהיה עסקה שפוגעת בטובת החברה. קבלת החלטה שפוגעת בטובת החברה שווה הפרת אמונים של נושאי המשרה בחברה. המחוקק השאיר פתח לבוא לאחר מעשה ולהגיש תביעה על החלטה שהתקבלה, ולומר שזו החלטה שהתקבלה שלא לטובת החברה תוך הפרת האמונים של נושא המשרה. עד היום אין פסיקה בארץ בנושא והדבר מראה שכנראה מקרים כ"ל הם מועטים.

עסקאות עם בעלי שליטה

מערכת היחסים בין בעלי מניות הרוב לבין בעלי מניות המיעוט

עד כה טיפלנו בחובות האמונים של נושא המשרה. מלבד זאת ישנה בעיה גדולה נוספת והיא מערכת היחסים בין בעלי מניות הרוב ובעלי מניות המיעוט בחברה. לצורך העניין, בינתיים, אנחנו מנטרלים את נושא המשרה. נקודת המוצא היא שונה לגמרי מאשר אצל נושאי המשרה. כאשר נושא מתמנה לתפקידו הוא מתמנה כדי לקדם אינטרסים של אחרים – האינטרסים של החברה ושל המשקיעים. חובת האמונים של נושא המשרה מעמידה את נושא המשרה מול המשקיעים כאחד אשר אין לו אינטרסים פרטיים. אצל בעלי המניות נקודת המוצא היא שונה – בעל מניות רשאי לפעול לטובת האינטרסים הפרטיים שלו. המשקיע השקיע כספים בחברה ולכן השקיע למען קידום האינטרסים האישיים שלו. ההנחה שבעל מניות באסיפה הכללית יפעל כדי לקדם את האינטרס הפרטי שלו. פרט המחליט לגבי גורלו שלו הרי שהוא לא יפגע בעצמו. יחד עם זאת ברגע שהפרט מקבל החלטות בנוגע לרכוש שלו הדבר עלול לפגוע באחרים. בעלי מניות מחליטים יחד והרוב קובע. מה קורה עם הרוב לא רואה עין בעין עניין מסוים עם המיעוט – ייתכן ומדובר בחלוקי דעות רגילים ויתכן כי בעל מניות מסוים מקבל טובת הנאה מסוימת ואילו בעל מניות אחר כלל לא ייהנה באותה טובת הנאה. למה אנחנו מקבלים את העובדה שהרוב קובע? – כי ההנחה שכולם יחד בגורל משותף אך יש חילוקי דעות על הדרך.

מה קורה בעסקה המתוארת להלן?

יש כמה בעלי מניות לחברה ואחד מבעלי המניות רוצה למכור נכס שבבעלותו הפרטית לחברה. יש כאן בעיה כי בעל המניה כאשר הוא מצביע הוא מעצב את גורלו ואת גורלם של אחרים. כל מקום שהחלטה שלו משפיעה על אחרים – המשפט אומר שתגבל חופש הפעילות שלו. מצד אחד בעלי מניות סבורים שעליהם לפעול לפי האינטרס הפרטי שלהם וזה לגיטימי אך מצד שני הניצול של הרכוש של בעל המניות משפיע גם על אחרים. ברגע שמתגלים פערי אינטרסים בין בעלי

המניות באשר לרכישת אותו נכס, ייתכן ויצטרכו להגביל את בעל המניות. השאלה האם כל בעלי המניות יכולים להשתתף באופן חופשי בכל בצבעה.

ניקה לדוגמא שעל הפרק עומד מינוי יו"ר דירקטוריון חדש לחברה ממשלתית. המועמד הוא קבלן קולות חבר מרכז של המפלגה שהשר הממונה מטעם ישראל באותו תחום. מצד אחד ניתן לומר שבעלי המניות יצביעו בעד האדם המתאים ביותר, מצד שני ניתן לטעון שאותו אדם שהוא קבלן קולות הוא הכי טוב לשר. האם יהיה לגיטימי מבחינת דיני החברות שמדינת ישראל כבעלת מניות באותה חברה ציבורית, תצביע באופן רגיל באותה הצבעה או שמה כדאי להחליף את אותו השר שיצביע בשמה של מדינת ישראל?

בחברה פרטית בה בעל מניות רוצה למכור נכס לחברה, הרי שהחברה לא אמורה לשלם יותר משווי השוק ואילו בעל המניות המוכר רוצה למקסם את הרווח שלו. בחוק החברות בתיקון 4 החליטו להתייחס לסיטואציה הזו לפחות בחברות ציבוריות:

סעיף 270(4) – "עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה ענין אישי, לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה ענין אישי; וכן התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עם קרובו, אם הוא גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, ואם הוא עובד החברה ואינו נושא משרה בה - באשר להעסקתו בחברה;"

מדובר בעסקה חריגה שמצד אחד עומדת חברה ציבורית והצד השני לעסקה הוא בעל השליטה עצמו או אדם אחר שהנסיבות מובילות לכך שיש לבעל שליטה עניין אישי בעסקה.

הפתרון:

סעיף 275 הוא הסעיף אשר נושאי המשרה מנסים להתחמק ממנו, זהו הסעיף הכי חם בדיני החברות.

275. (א) עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(4) טעונה אישורם של אלה בסדר הזה:

(1) ועדת הביקורת;

(2) הדירקטוריון;

(3) האסיפה הכללית, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:

(א) במנין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה, המשתתפים בהצבעה; במנין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;

(ב) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקת משנה (א) לא עלה על שיעור של אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

(ב) השר רשאי לקבוע שיעורים שונים מן השיעור האמור בסעיף קטן (א)(3)(ב).

עסקה עם בעל שליטה

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

הסעיף מדבר על דרכי הפתרון – דרך אחת היא לאסור על העסקאות, אך זהו לא הפתרון הטוב ביותר. ההחלטות מתקבלות בדירקטוריון, אך בעל השליטה הוא לא בהכרח נושא משרה בחברה. למשל שרי אריסון היא בעלת שליטה בבנק הפועלים אך אינה נושאת משרה בבנק הפועלים. נניח ששרי אריסון מעוניינת למכור אחד מנכסיה לחברה – זוהי בדיוק הנקודה בה אנחנו דנים.

ס' 275 מציע מנגנון מחמיר יותר – הסעיף מציין את סדר האישורים הדרוש לאישור העסקה: כמובן שהתנאי הראשון הוא גילוי,

1. ועדת הביקורת

2. הדירקטוריון

3. החידוש – האסיפה הכללית – בתנאים מסוימים.

כמובן שכל נושא משרה שיש לו עניין אישי באישור עסקה כזו צריך להימנע. כעת השאלה אילו דירקטורים יש להם עניין אישי? – הקרובים ברור, ומה קורה עם חבר דירקטוריון שאינו קרוב של בעל השליטה אך מונה על ידו? ברירת המחדל מצויה בסעיף 85 – קבלת החלטות באסיפה הכללית – יתקבלו ברוב רגיל אלא אם נקבע רוב אחר בחוק או בתקנון.

85. החלטות האסיפה הכללית יתקבלו ברוב רגיל, אלא אם כן נקבע רוב אחר בחוק או בתקנון.

רוב באסיפה כללית

בסעיף 275 נקבע רוב אחר הדרוש באסיפה הכללית – יש להראות שבמניין קולות הרוב נכלל לפחות שליש מקרב המניות המשתתפות בהצבעה שלבעליהן אין עניין אישי באישור העסקה. כלומר, כל בעלי המניות שמתתפים, אלו שלא הגיעו לא נספרים. ההצבעה היא לפי מספר מניות שכל אדם מחזיק.

דוגמא: מיוצגות בהצבעה 100 מניות, על הפרק עומדת אישור עסקה עם בעל השליטה : 70 מניות מצביעות בעד 30 מניות הצביעו נגד. ברוב רגיל העסקה עברה. נניח שמתוך 70 המניות 60 מניות הן בידי בעל השליטה, החוק מבקש להראות שלפחות שליש מתוך אלה שאין להם עניין הצביעו יחד עם בעל השליטה – בדוגמא שלנו יש 40 מניות שאין להם עניין בעסקה ולכן כיוון שרק 10 הצביעו עם בעל השליטה, הרי שיש רק רבע ולכן אין אישור לעסקה.

איגוד החברות הציבוריות בדיוני החקיקה אמר שאף אחד לא הולך לקיצוניות שלא יאשרו עסקאות אלה כלל ולכן הם אמרו שאם רוצים לאשר עסקאות כאלה צריך למצוא מנגנון שיאפשר זאת. למעשה הקלו עם בעל השליטה כי הוא צריך לשכנע רק שליש משאר בעלי המניות להצביע עבורו. באחד התיקונים הציעה ועדת גושן להפוך את השליש לחצי מבעלי המניות אשר אין להם עניין אישי בעסקה.

אמרו שפרקטית קשה לאשר עסקאות כאלה כי רוב יתר בעלי המניות כלל לא הגיעו להצבעה ולכן אומר סעיף קטן ב' – כלל דמינימיס – המשפט איננו עוסק בזוטות. ס' 275(א)(3)(ב). יכול להיות שתבוא עסקה לאישור שלבעל העניין יש עניין עסקי בה, באסיפה הכללית 4040 מניות הצביעו – 4000 בעד ו-

40 נגד. בעל מניות השליטה מחזיק 4000 מניות – בדוגמא כל היתר הם נגד ולכן אין שליט. בכל זאת תהיה עסקה כי נניח שסך המניות של החברה הוא 5000 – 40 מתוך 5000 הם פחות מאחוז – מודדים אלו שהצביעו נגד מול כלל זכויות ההצבעה בחברה.

צריך לשאול מספר שאלות: מתי צריך להגיע למנגנון שתיארנו כרגע? מי נחשב בעל שליטה? מהו עניין איש?

ס' 270(4) אינו רלוונטי אלא אם בעל העניין האישי הוא בעל שליטה. יש הגדרה בסעיף 268 לבעל שליטה.

268. בפרק זה, "בעל שליטה" - בעל השליטה כמשמעותה בסעיף 1, לרבות מי שמחזיק בעשרים וחמישה אחוזים או יותר מזכויות ההצבעה באסיפה הכללית של החברה אם אין אדם אחר המחזיק בלמעלה מחמישים אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה; לענין החזקה, יראו שניים או יותר, המחזיקים בזכויות הצבעה בחברה ואשר לכל אחד מהם יש ענין אישי באישור אותה עסקה המובאת לאישור החברה, כמחזיקים יחד.

הגדרת בעל שליטה

הסעיף אומר שבעל שליטה הוא בעל שליטה כמשמעות המילה שליטה כמוגדר בסעיף 1 בחוק ניירות ערך. ס' 1 לחוק ני"ע הגדרת שליטה – מונח שמוגדר על בסיס מהותי, איכותי ולא כמותי. ההגדרה הבסיסית של שליטה בני"ע היא איכותית – "היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד". כהשלמה מוסיף חוק ני"ע חזקה וקובע שחזקה שכל מי שמחזיק 50% ממניות החברה הוא בעל שליטה.

"שליטה" – היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים של אמצעי השליטה בתאגיד;

(תיקון מס' 9)
תשמ"ח-1988

סעיף 286 נותן הגדרה רק לצורך פרק "עסקאות עם בעלי עניין" – קיים בעל מניות שמחזיק מעל 25% ממניות החברה ואין בעל מניות אחר המחזיק מעל 50% ממניות החברה, אזי אוטומטית אותו בעל מניות יחשב כבעל שליטה. מכאן שייתכן שבחברה ציבורית לצורך בחינת עסקאות עם בעלי עניין יהיה בה יותר מבעל שליטה אחד.

יש אדם שמחזיק 20% ממניות חברה, כל שאר המניות מפוזרות. השאלה האם אותו אדם הוא בעל שליטה. ייתכן שכן – יבדקו האם לאותו אדם יש את היכולת לכוון את פעולותיה של החברה. יבדקו את ההצעות שהתקבלו בהצבעות השונות, יבדקו את היכולת שלו למנות דירקטורים – אם יוכח שכן אזי הוא יחשב כבעל שליטה.

יש הנחה ריאליסטית שכשיש בעל שליטה, מין הסתם יש לו השפעה בחברה, נוכחותו מורגשת ורצונותיו ברורים וקשה להתעלם מהם. גם אם הוא אינו משמש בעמדה רשמית במוסדות החברה, סביר להניח שרוחו נמצאת שם.

דירקטורים חיצוניים (דח"צים)

דירקטוריון של חברה ציבורית כולל את הדירקטורים החיצוניים. הדח"צים על פני תנאי הכהונה שלהם בחוק, אמורים להיות דירקטורים שיש להם עצמאות בעיקר מול בעל השליטה. הנושא של עצמאותם של הדח"צים בא לידי ביטוי בשלושה מובנים, במובן מסוים העניין הוא דומה לעצמאות הרשות השופטת:

1. תקופת הכהונה – אי אפשר להעביר שופט מתפקידו אלא אם כן עבר עבירה פלילית. בישראל גיל הפרישה של שופט הוא גיל 70.
2. שכר – שכרם של שופטים מוגן בחקיקה כולל קביעה שבכל תנאי לא ניתן להפחית להם משכרם.
3. בישראל – ולא בארצות רבות אחרות, ניסיון ליצור מנגנון של רשות שופטת עצמאית היא בדרך מינוי השופטים – תמהיל הועדה הבוחרת את השופטים.

עצמאותם של הדח"צים באה לידי ביטוי בארבע מובנים:

1. הליך המינוי
2. תקופת הכהונה
3. שכרם
4. תנאי כשירות.

תנאי הכשירות של דירקטור חיצוני –

לפי סעיף 240 הנקודה החשובה ביותר היא, שמי שרוצה להתמנות כדירקטור חיצוני אסור שתהיה לו כל זיקה לחברה, לא בשעת מינויו, כהונתו ולא בשנתיים שקדמו למינויו. כל מי שהיתה לו זיקה לחברה בשנתיים שקדמו אוטומטית מעבד את האפשרות למינוי.

מה היא זיקה? – ההגדרה המפורשת היא בסעיף 240 לחוק:

240. (א) כדירקטור חיצוני ימונה יחיד תושב ישראל הכשיר להתמנות לדירקטור; ואולם חברה ציבורית שמניותיה או חלק מהן הוצעו לציבור מחוץ לישראל או שהן רשומות בבורסה מחוץ לישראל, רשאית למנות דירקטור חיצוני שאינו תושב ישראל.

(1א) (1) כדירקטור חיצוני ימונה מי שהוא בעל כשירות מקצועית או מי שהוא בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית, ובלבד שלפחות אחד הדירקטורים החיצוניים יהיה בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית.

(2) השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, יקבע תנאים ומבחנים לדירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית ולדירקטור בעל כשירות מקצועית.

(ב) לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל השליטה בחברה במועד המינוי, או לתאגיד אחר; לענין סעיף קטן זה –

כשירות למינוי
(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

"זיקה" - קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה, למעט כהונה של דירקטור שמונה כדי לכהן כדירקטור חיצוני בחברה שעומדת להציע לראשונה מניות לציבור; השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, רשאי לקבוע כי ענינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהיו זיקה;

"תאגיד אחר" - תאגיד שבעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא החברה או בעל השליטה בה.

(ג) לא ימונה יחיד כדירקטור חיצוני אם תפקידו או עיסוקיו האחרים יוצרים או עלולים ליצור ניגוד ענינים עם תפקידו כדירקטור, או אם יש בהם כדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור.

(ד) לא ימונה דירקטור בחברה פלונית כדירקטור חיצוני בחברה אחרת אם אותה שעה מכהן דירקטור בחברה האחרת כדירקטור חיצוני בחברה הפלונית.

(ה) לא ימונה יחיד כדירקטור חיצוני בחברה ציבורית, אם הוא עובד של רשות ניירות ערך או עובד של בורסה בישראל.

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

הזיקה היא לא רק לחברה אלא גם לחברות שולטות או חברות בשליטה.

אופן המינוי של דירקטור חיצוני

אופן המנוי נועד לנטרל את תלותו בבעל השליטה כמאור בס' 239(ב) בבחירה באסיפה הכללית. אבל באסיפה הכללית שמצביעה על מינויים של דח"צים צריך שיתמכו במינוי שליש מקרב בעלי המניות שאינם בעלי שליטה ושהיו נוכחו בישיבה (דומה למנגנון שבס' 275).

חובת מינוי
(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

239. (א) בחברה ציבורית יכהנו לפחות שני דירקטורים חיצוניים.

(ב) הדירקטורים החיצוניים ימונו על ידי האסיפה הכללית, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:

(1) במנין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה או מי מטעמם, המשתתפים בהצבעה; במנין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;

(2) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקה (1) לא עלה על שיעור של אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

(ג) השר רשאי לקבוע שיעורים שונים מן השיעור האמור בסעיף קטן (ב)(2).

(ד) בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני.

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

בס' 275 המחוקק דייק ואמר שצריך שליש מקרב אלה שאין להם עניין ואילו בס' 239 מדובר על בעלי שליטה בלבד. צריך לזכור שהגשת המועמדות של דח"צ מגיעה מכיוונו של בעל השליטה. בסמכויות של האסיפה הכללית הסמכות למנות דירקטורים מופיעה בסעיף 57 לחוק שאומר שמינוי הדירקטורים יהיה בסמכות האסיפה הכללית אלא אם כן נקבע אחרת בחוק. אבל הסמכות למנות דח"צים קבועה בס' 57 לחוק. ס' 58 לחוק קובע שלא ניתן להתנות על הוראות ס' 57. כלומר הסמכות למנות דח"צים תמיד נתונה בידי האסיפה הכללית.

משך כהונה של דירקטור חיצוני

על פי החוק המינוי הוא ל-3 שנים.

245. (א) תקופת כהונתו של דירקטור חיצוני תהא שלוש שנים, ורשאית החברה, על אף הוראות סעיף 240, למנותו לתקופה אחת נוספת של שלוש שנים.
(ב) דירקטור חיצוני לא יפוטר וכהונתו לא תופסק אלא בהתאם להוראות סעיפים 233, 246 ו-247.

משך כהונה

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005**שכר**

שכרם נקבע עלפי חוק ולא ניתן לחרוג ממנו. התקנות מדרגות את כל החברות הציבוריות ב-4 רמות לפי היקף המחזור של כל חברה. התקנות קובעות את השכר השנתי. מדובר בכ-2000 ₪ לחודש.

גם ברמת הדירקטורים הרגילים אין זה נכון לומר קטגורית שדירקטור מצוי לעולמי עד בכיסו בעל השליטה. וודאי שיש דירקטורים רגילים שהם בכיסו של בעל השליטה ויש אחרים שלו. יש דירקטורים רגילים המתפקדים מכוח המוניטין שלהם. בעל השליטה מעוניין בהם כי יש להם ניסיון, סומכים על שיקול דעתם וכן שמם הולך לפנייהם.

הסכמי הצבעה בין בעלי מניות

באסיפה הכללית יש מי שיחשב שבעל עניין אישי באישור העסקה ויש מי שיחשב כמי שאין לו עניין איש בעסקה כאמור בס' 275 לחוק.

פעמים רבות נקבעים הסכמי הצבעה בין בעלי המניות, השאלה האם יש בכך בכדי להצביע על עניין אישי? נניח שמגיעים לאסיפה הכללית כל בעלי המניות של החברה. מוציאים את בעל העניין. האם השותף של בעל העניין להסכם ההצבעה נחשב גם כבעל עניין? התשובה היא בפירוש כן, כי הרי אין לו שיקול דעת עצמאי אלא יש שני בעלי מניות שביניהם הסכם אשר מצביעים כגוש אחד. גם מבחינה משפטית ניתן להראות שדרך ההגדרות של בעל שליטה ושליטה בחוק ניירות ערך, כאשר יש הסכם הצבעה, יש עניין אישי גם לשותף שאינו בעל שליטה.

יש הסכמי הצבעה שאומרים שעל כל דבר ועניין שיגיע לאסיפה הכללית יצביעו יחד. לדברי המרצה הוא מסכים עם דברי הרשות לני"ע שבהסכם מסוג זה גם לכל אחד מהשותפים להסכם ההצבעה יש עניין אישי. בהסכמי הצבעה שהם לא גורפים בצורה זו אלא רק לעניין זה או אחר מצביעים יחד, לא בהכרח שכל השותפים להסכם הם בעל עניין אישי.

בהנחה שהסכמי הצבעה לעיתים יוצרים עניין אישי, ניתן לגשת לפרשת אייזנברג. זהו התקדים בישראל שבו משחק בס' 275 הוביל להרשעה פלילית בביהמ"ש. סעיף זה הוא סעיף אזרחי שבא לקבוע מי רשאי ולמי לא רשאי להצביע באסיפה הכללית.

פרשת עסקת אייזנברג- ערד

אייזנברג, בעל השליטה, מעוניין למכור נכס בבעלותו לחברה בשליטתו. הוא מעוניין למכור חבילת מניות שבבעלות שותפות בה הוא שותף לחברה ציבורית שבשליטתו- חברת ערד. כל המשחק הוא משחק על המחיר. הוא טוען שהמחיר הוא מחיר ריאלי ויש גורמים שסבורים שמחיר חבילת המניות הוא מחיר מופקע. אלה שסבורים כך הם המשקיעים המוסדיים. אייזנברג יודע שהוא צריך להגיע לרמה של האסיפה הכללית והוא יודע שיוציאו אותו מההצבעה. הוא יוצר לובי בעד העסקה עוד לפני האסיפה הכללית. המשקיעים המוסדיים לא משתכנעים מהמחיר שהוא דורש. אייזנברג מתחיל להרגיש שהם הולכים להצביע נגד. הוא פונה אל זוג אחים, אנשי עסקים, משפחת יסלזון ומעניין אותם בהצעה עסקית: הצטרפו לחברת ערד, תרכשו מניות שלה ממני (אייזנברג), הוא מסביר להם שבקרב יש הצבעה חשובה באסיפה הכללית. הוא מבקש כי יצביעו בעד העסקה באסיפה הכללית. הוא אומר להם שאחרי שתתרחש העסקה הראשונה תתבצע הנפקת זכויות לבעלי המניות הקיימים בערד וכולם ירוויחו. יסלזון הסכימו והצביעו בעד העסקה ולאחר מכן העסק מתפוצץ. באסיפה הכללית שנוהלה על ידי אייזנברג, הוא הודיע כי הוא בעל עניין ולכן לא משתתף. יסלזון הצביעו בעד (היה להם 7%), והיה שליש בעד אישור העסקה. כשבודקים את חישוב הקולות רואים שאם מורידים את יסלזון אין שליש לאישור העסקה. אייזנברג הכריז על אישור העסקה ולא מסביר מי הם האחים יסלזון. אחרי כן איכשהו דלף העניין ונודעה העסקה בין אייזנברג ויסלזון. רשות ני"ע נכנסה לתמונה כי למעשה אייזנברג לא עשה גילוי כמו שנדרש. בחקירות אייזנברג היתמם. רשויות החקירה החליטו להגיש כתב אישום, כאשר אייזנברג מאשם בסעיף קבלת דבר במרמה בחוק העונשין. רשות ני"ע אמרו שאייזנברג קיבל את הכסף בעבור העסקה במרמה- עקף את סעיף 275. התהליך הוא שאם הוא הפר את סעיף 275, רק אז ניתן לדבר על אישום בסעיף פלילי – קבלת דבר במרמה. כלומר צריך לקבוע האם ליסלזון היה או לא היה עניין אישי בעסקה. בביהמ"ש המחוזי יסלזון ואייזנברג הורשעו. בערעור בעליון ההרשעה של אייזנברג נותרה ויסלזון זוכה.

האם ליסלזון יש עניין אישי? – יש מספר טענות כאשר שתי טענות הראשונות דומות זו לזו:

1. זוהי עסקה מלאכותית – זו היתה מכירה רק לצורך ההצבעה באסיפה הכללית – קוראים למכירה

כזו בשם - PARKING OF SHARES. ביהמ"ש דחה את הטענה הזו, כי לא הוכח

שהמכירה של המניות היתה מכירה פיקטיבית.

2. בין אייזנברג ליסלזון נכרת הסכם הצבעה ולכן ברור שהיה עניין אישי. אייזנברג ידע שאסור

לספור את שהמניות של יסלזון ובכל זאת כלל אותם. בכל מקרה יש חובת גילוי על הסכמי

הצבעה. הטענה הזו התקבלה בביהמ"ש המחוזי וזהו אחד הנימוקים לכך שאייזנברג עקף את

סעיף 275. המרצה לא שלם עם הטענה ואומר כי הוא היה היועץ לאייזנברג בערעור בביהמ"ש העליון. הטענה של המרצה היתה שיש הסכם הצבעה ועדיין זה לא יוצר עניין אישי. זה נכון לגבי הסכם הצבעה שאדם קשור בו מימים ימימה. זה לא המקרה שלפנינו שהרי כאשר אייזנברג מכר את המניות של ערד ליסלזון כבר היה ברור מראש מה העסקה שעומדת על הפרק ואם יסלזון היו אומרים שהם מצביעים נגד הרי שאייזנברג לא היה מוכר להם. כלומר לא ניתן לומר שלא היה ליסלזון שוקל דעת עצמאי שהרי בזמן שהם רכשו את המניות בערד כבר הם שקלו את העסקה. 3. היתה פה אופציית PUT. יסלזון אמרו שהם רוצים לשקול עוד זמן מה את העסקה השניה אשר תבוא בעתיד. אייזנברג אמר להם שבינתיים יכנסו לעסקה הראשונה ובכל מקרה אם הם רוצים לצאת הוא ירכוש את המניות מהם במחיר שקנו, כלומר בכל מקרה אין מצב שהם יפסידו את כספם. לכן קבעו שהיה פה עניין אישי.

חברות פרטיות

עד כה דיברנו על חברות ציבוריות, הבעיות בין בעלי מניות הרוב לבין בעלי מניות המיעוט יכולות לצוץ גם בחברות פרטיות. לעיתים הבעיות אף חמורות וחריפות יותר בחברה פרטית. כאשר פוגעים בחברה פרטית, העניין חמור יותר. הרי בחברה ציבורית בעל מניות שמרגיש שהוא ניזוק יכול בכל רגע נתון למכור את המניות שהוא מחזיק בהן. בחברה פרטית אין לבעל מניות מנגנון יציאה זמין. פעמים רבות בעל מניות מוכן להיפרד מבעל מניות אחר בחברה אך אין שוק מפותח למניות של חברה פרטית ולכן על בעל המניות למצוא מישהו שמתעניין. בנוסף הרבה פעמים בתקנונים של חברות פרטיות יש מה שנקרא "זכות סירוב ראשונה". לכן, כאשר בעל מניות מנסה לצאת הוא חייב להציע את המניות קודם כל לבעל המניות האחר, שהוא פוגע בחברה. בעל המניות השני יציע מחיר נמוך ולכן על בעל המניות שרוצה לצאת למצוא קונה בחוץ שלא תמיד קיים. בחברה פרטית העושה שבעל השליטה עלול לעשוק הוא גבוה. בעלי מניות שנמצאים בחברה פרטית חתומים ערכות אישית כלפי חלק מהנושים של החברה ולכן כאשר המצב מתדרדר הסיכון שיגבו מהם את הכסף גבוה.

בחברה פרטית אין סעיף דומה לסעיף 275. גם אם לבעל שליטה יש עניין אישי במהלך מסוים בחברה אין הוראת חוק פורמאלית שדורשת איזשהו מנגנון הצבעה או אישור מיוחד כמו שקיים בחברה ציבורית בס' 275.

בואו נניח לצורך העניין הנחה, שלא מתקיימת ברוב החברות הפרטיות – מדובר על בעל שליטה שאינו משמש כנושא משרה בחברה. ההנחה הזו לגבי רוב החברות הפרטיות אינה מציאותית. בעל השליטה בדרך כלל מכהן כמנכ"ל, יו"ר או דירקטור. לכן אם הוא משמש כנושא משרה הרי שההוראות של נושא המשרה חלות עליו. לגבי בעל מניות שליטה שאיננו נושא משרה יש הבחנה בין חברה ציבורית לחברה

פרטית. לגבי נושאי משרה ההוראות חלות באותה המידה גם שכמדובר בחברה פרטית וגם כשמדובר בחברה ציבורית.

בחברה פרטית בעל העניין משתתף עם כולם בהצבעה באסיפה הכללית. בחברה פרטית המחוקק קבע שאם היה מהלך כזה או אחר שפוגע בחברה אזי ניתן לתבוע בתביעה נזיקית את בעל העניין. כאשר יש פגיעה במיעוט יש כמה דרכים לתקוף את הדבר מבחינה משפטית. אם מדובר בבעל שליטה שהוא גם נושא משרה, כמו שאמרנו, יש מסכת אישורים מיוחדת. יש לזכור שעל נושאי המשרה חלה תמיד חובת האמונים לפעול לטובת החברה כמכלול ולכן אם יש יד מנווטת שפוגעת במיעוט, יש סיכון מבחינת נושאי המשרה שיתבעו אותם על הפרת חובת האמונים. יותר מכך, בארה"ב קיימת הגישה של **מבחן ההגיונות המלאה**. במידה מסוימת ביחס לחברות פרטיות בישראל כאשר ביהמ"ש מזהה קונפליקט בין בעלי מניות השליטה ולבין בעלי מניות המיעוט, הוא מפעיל את מבחן ההגיונות המוחלטת. גם אם ביהמ"ש לא קורא לכך באופן מפורש בשם זה. הכוונה שהעסקה עם בעל המניות חשודה כל עוד לא הוכח שהיא הגונה.

פס"ד בכר נגד תמ"מ (תעשיית מזון מטוסים)

חברת תמ"מ היתה בבעלות חברת תש"ת (הרוב) ובידי בכר. חברת תש"ת (תיירות שרותי תעופה) היתה בבעלותה של חברת אל-על. בשלב מסוים נכרת הסכם בין חברת אל-על לבין חברת תמ"מ, החוזה היה על מתן שירותי ניהול. אל-על תספק שירותי ניהול לחברת תמ"מ, התמורה נקבעה באחוזים לא רעים מתוך המחזור של חברת תמ"מ. אדון בכר כבעל מניות מיעוט בחברת תמ"מ ביקש לטעון שההסכם בין אל על לתמ"מ פוגע בחברת תמ"מ. לבעל השליטה יש עניין אישי בהחלטה, ואל-על בעצמה היא בעלת השליטה (בשרשור) בחברת תמ"מ. כיוון שחברת תמ"מ היא חברה פרטית אין שום מנגנון הצבעה באסיפה הכללית. ההסכם עבר בלי בעיות. בכר טען שהוא נפגע כבעל מניות ותובע בתביעה משפטית וטוען שאל-על, בעלת השליטה פוגעת בחברה, ומכאן גם בבעלי מניות המיעוט ולכן המיעוט זכאי לפיצוי. התביעה היא על פי דוקטרינה שנקראה בעבר **"עושק המיעוט"** והיום היא מעוגנת בחוק בשם **"קיפוח" בס'** 191 לחוק.

191. (א) התנהל ענין מעניניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה.

(ב) הורה בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א), יובאו בתקנון החברה ובהחלטותיה השינויים המתחייבים מכך, כפי שיקבע בית המשפט, ויראו שינויים אלה כאילו נתקבלו כדין בידי החברה; עותק מן ההחלטה יישלח לרשם החברות, ואם החברה היא חברה ציבורית - לרשות ניירות ערך.

הזכות במקרה של קיפוח

השאלה שנשאלת היא האם מנקודת ההסתכלות על עסקאות של בעל שליטה בחברה פרטית, החוק יוצא מנקודת הנחה שהן לגיטימיות כל עוד אין בהם אלמנט פוגע או שהפוך – הן נחשבות חשודות אינהרנטית וכל עוד לא הוכח הפוך הן חשודות? בכך ניסה להוכיח לביהמ"ש שהאחוזים מחבילת התגמול שהיתה לאל-על גבוהים מהמקובל. בביהמ"ש קיבלו את תביעתו של בכר ופסלו את הסכם הניהול בתנאיו הנוכחיים. ביהמ"ש אומר שסיפור שכזה הוא חשוד אינהרנטית, ויש פה טעם נפגם. ולכן נקודת המוצא פעולת לרעת בעלי השליטה והם צריכים להוכיח בביהמ"ש שהעסקה היא הגונה - למעשה זהו מבחן ההגינות המוחלטת של מדינת דלוואר.

מחינה פרקטית בישראל כאשר בעל שליטה בחברה פרטית יבקש יעוץ מעורך דין, – זה יאמר לו שהדרכים הן:

1. במהלך בישול המו"מ עליו למדר את עצמו וכשיביאו את העסקה באסיפה הכללית להימנע מההצבעה – אותו מהלך כמו בחברה ציבורית. ואם הוא יעשה את כל זה ועסקה תעבור גם אם המיעוט יבכה בבית המשפט לא היה קיים למיעוט.
2. החוק לא דורש שום דרישות פורמאליות, ולכן בעל השליטה יכול להיות מעורב ולהעביר את העסקה. כנושא משרה בעל העניין חייב לצאת החוצה. אחרי זה ירצו להעלות את ההצבעה לאסיפה הכללית כי מדובר בעסקה חריגה. גם באסיפה הכללית בעל השליטה יכול להשתתף. אך מישו יכול להגיש תביעה על קיפוח של המיעוט.

בחברות פרטיות קטנות בהן אין דירקטוריון – בעל שליטה רוצה למכור קרקע לחברה או לקחת הלוואה מהחברה – יש פה קונפליקט פנימי. המנגנונים הפורמאליים לא עובדים בחברה כזו. אך מבחינה משפטית צריך לפעול על פי כל אותן הוראות החוק שלמדנו.

סעיף 191 שקובע סעד של קיפוח לא מייחד את עצמו דווקא לחברות פרטיות. מצד שני לפי **סעיף 275** יש מהלך מסוים שבא לטובת בעלי מניות המיעוט. האם הסעיפים הם חלופה או שאחד מהם מיותר? ס' 191 הוא סעיף כללי ועוסק בכל חברה – ציבורית או פרטית. הוא מקנה סעד במקרה של קיפוח בין אם מדובר בעסקה או בפעולה. ס' 275 ממוקד יותר ומטפל בקונטקסט של אישור עסקאות בחברה ציבורית. ברור שתאורטית כשיש עסקה בחברה ציבורית שלבעל השליטה יש עניין אישי בה, ניתן לאחר שהעסקה אושרה, שהמיעוט יתבע ויטען שהעסקה הזו קיפחה אותו. מעשית אם העסקה שלבעל השליטה יש בה עניין אישי עברה את הליכי האישור של ס' 275, סביר להניח שאם יתקפו אותה בביהמ"ש לפי ס' 191 או לפי הרישא של ס' 270 שמדבר על כל העסקאות שטעונות אישור – לא לפגע בטובת החברה, לעילת התביעה הזו אין הרבה סיכוי. כי אם העסקה עברה את המסננת של ס' 275 אין הרבה מה לעשות.

מבחינה פרקטית מסלול זה מתאים יותר לחברות פרטיות, מבחינה משפטית ניתן להשתמש במסלול זה גם לגבי חברות ציבוריות. אומנם, לגבי חברות ציבוריות קיים המסלול הראשון כפי שראינו ב**סעיף 275** לחוק, ולכן נשתמש בו קודם כל. המסלול בסעיף 191 הוא תביעה בבית משפט בדיעבד, במקרה ומישו

מהמיעוט חש שהוא נפגע – או בשם אחר: "קיפוח המיעוט". המחוקק משאיר בידועין שיקול דעת רחב לבית המשפט בנוגע לסעדים, אך הסעיף נותן דוגמאות: בית המשפט יכול לתת הוראות ניהול לחברה כדי שלא יחזור על עצמו קיפוח המיעוט – זה מקרה חריג בדיני החוזים בהם נותנים סמכות מסוג זה לבית המשפט. דוגמא נוספת היא שבית המשפט יכול לצוות לבעלי מניות מסוימים לרכוש מניות ממניות החברה כדי להסיר את קיפוח המיעוט. אם בית המשפט יראה שנכון יהיה שבעלי המניות ייפרדו, הוא יכול לתת הוראות לצד אחד לרכוש את מניותיו אל האחר.

בדרך כלל מי מקופח הוא המיעוט, איך המיעוט יכול לדעת בכלל שהוא מקופח? בחברות פרטיות הפיזור של המניות הוא בדרך כלל לא רב ולכן המיעוט בדרך כלל אינו מנותק לחלוטין ממה שקורה בחברה. בחברות ציבוריות גדולות בדרך כלל זולג משהו כי התקשורת מתערבת והדוחות מתפרסמים.

סעיף 185 לחוק – בעל מניה יכול לעיין במסמכי החברה:

185. (א) בעל מניה זכאי לדרוש מהחברה, תוך ציון מטרת הדרישה, לעיין בכל מסמך הנמצא ברשות החברה בכל אחד מאלה:

(1) המסמך נוגע לפעולה או לעסקה הטעונה אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275;

(2) בחברה פרטית - אם הדבר נדרש לצורך קבלת החלטה בנושא שעל סדר יומה של האסיפה הכללית של החברה.

(ב) החברה רשאית לסרב לבקשתו של בעל מניה אם לדעתה הבקשה הוגשה שלא בתום לב או שיש במסמכים הנדרשים סוד מסחרי או פטנט, או שגילוי המסמכים עלול לפגוע בדרך אחרת בטובת החברה.

עיון במסמכי החברה

סעיף 184 – גם זכות לעיין במסמכים:

184. לבעלי מניות זכות עיון במסמכי החברה המפורטים להלן:

(1) פרוטוקולים של האסיפות הכלליות, כאמור בסעיף 90;

(2) מרשם בעלי המניות ומרשם בעלי המניות המהותיים כאמור בסעיף 129;

(3) מסמך שברשות החברה, כאמור בסעיף 185;

(4) תקנון ודוחות כספיים כאמור בסעיף 187;

(5) כל מסמך שעל החברה להגיש לפי חוק זה ולפי כל דין לרשם החברות או לרשות לניירות ערך, העומד לעיון הציבור ברשם החברות או ברשות ניירות ערך, לפי הענין.

הזכות למידע

דוגמא לקיפוח המיעוט הם פסק הדין בכר נגד תמ"מ (עמ' 62) ופסק הדין הבא:

פס"ד גליקמן נגד ברקאי

פסק הדין עוסק בחברה פרטית אשר בה חלק מבעלי המניות משמשים כנושאי משרה. המדובר בדור שני של המשפחה המייסדת, שניהל את החברה. מיעוט מבעלי המניות אינם נושאי משרה בחברה. לאורך שנים החברה היא רווחית מאוד אבל מעולם לא חילקה דיבידנד לבעלי מניותיה.

סעיף 190 דן בחלוקת דיבידנד –

190. כל בעל מניה זכאי לקבל דיבידנד, בהתאם לזכויות הצמודות לכל מניה, אם הוחלט על חלוקת דיבידנד כאמור בסעיף 306.

זכות לדיבידנד

סעיף 306 –

306. (א) לבעל מניה הזכות לקבל דיבידנד או מניות הטבה, אם החליטה על כך החברה.
(ב) היו בהון החברה מניות שלהן ערכים נקובים שונים, יחולקו דיבידנד או מניות הטבה באופן יחסי לערך הנקוב של כל מניה, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.

זכות לדיבידנד או למניות הטבה

בשלב מסוים יוזמים נושאי המשרה מהלך מימוני עבור החברה. הם רצו לגייס עוד כסף מעצמם – בהון עצמי – בעצם הנפקת זכויות לבעלי המניות הקיימים. ההצעה הוצעה לכולם בצורה שווה והם מנפיקים מניות בזול – בפחות מהמחיר הריאלי של המניות. רוב בעלי המניות קנו ואילו בעלת מניות המיעוט לא רצתה לקנות. היא טענה שהמהלך הזה מקפח אותה ויש כאן עושק של המיעוט כי יש לה פחות מניות והיא מדוללת באחוז האחזקה שלה. הנקודה השניה היא שהשווי פר מניה אצלה דולל ולכן סך ערך המניות שלה ירד. המניות החדשות שהונפקו הונפקו בזול וזאת כיוון שחבילת הזכויות שהיא מקנה לבעל המניה שווה לחבילת הזכויות של המניות שהיו כבר קיימות. התשובה של בעל מניות הרוב היתה שהציעו לה לרכוש כמו כולם את המניות בזול. היא טענה שאם היא לא קונה מניות בהנפקה מוזלת היא מדוללת פעמיים – אם היו קודם לכן 5 מניות והשווי היה 50 אזי השווי של כל מניה היה 10. לאחר ההנפקה יש בחברה 9 מניות – כי 4 קנו עוד מניה – אבל הקופה של החברה היא $70 = (4 \cdot 20 + 50)$ – כל מניה שווה כעת 7.8 $(70/9)$. הטענה של הרוב היתה שניתנה לה ההזדמנות לרכוש את מניות בזול וגם היא יכולה לרכוש ב-5 ₪ למניה. מה שנכון שבכל מקרה גם אם היא היתה קונה השווי של כל מניה היה מדולל אך כולם מדוללים בצורה שווה.

ברוב של 2 נגד אחד ביהמ"ש העליון פסק לטובתה. בעלת המניות דוללה בעקבות כך שלא היתה לה הזדמנות אמיתית, שהרי היא לא מקבלת מרווחי החברה. מה שהכריע את הכף הוא שהיא הצליחה

להראות לביהמ"ש שהמהלך של גיוס הממון מקפח אותה. היא הראתה שהחברה היתה רווחית לאורך שנים ומעולם לא חילקה דיבידנד לבעלי מניות. בעלת מניות המיעוט לא היתה נושאת משרה והיא הוכיחה שנושאי המשרה משכו את הרווחים באמצעות משיכת משכורות. למעשה היא טענה שבכל מקרה היא נפגעת - אם היא לא משתתף בהנפקה היא מדוללת ואם היא גם תשתתף כדי לא להיות מדוללת היא משקיעה עוד כסף כאשר היא לעולם לא רואה את התמורה כי הרי נושאי המשרה מושכים את הרווחים באמצעות משכורות. לכן ביהמ"ש קבע שמדובר פה בקיפוח.

הערה חשובה – אף אחד לא יטען ברצינות כי דילול מניות הצבעה הוא קיפוח. למשל אם באמת היו מחלקים רווחים וניתנה לה הזדמנות לרכוש את המניות כמו כולם לא היתה מתקבל טענת הקיפוח.

בפס"ד פרי העמק נקבע כי אי אפשר לכפות על בעל המניה הבודד להשקיע כסף בחברה מעבר להתחייבות שלו כאשר הוא רכש את המניות שלו. מצד שני בעל מניה שלא רצה להשקיע לא יוכל לטעון כי הוא מקופח כי כל האחרים רכשו בהנפקה שהוצעה לכולם. לגבי דילול בשווי נכסי יש סימן שאלה. בפס"ד גליקמן בית המשפט הגיע למסקנה שיש קיפוח אחרי שהוא צרף כמה גומרים יחד – לא חולק דיבידנד ובעלי המניות מושכים את כל רווחי החברה באמצעות משכורות. נכון להיום אין הכרעה חד משמעית בפסיקה בנושא של דילול שווי נכסי כאשר לא מעורבת הסוגיה של אי חלוקת דיבידנד. לדעת המרצה אין לו עמדה נחרצת והוא עדיין מתלבט.

הטיפול העיקרי בבעיות מיעוט בחברה ציבורית הוא באמצעות מסלול "הטיפול מראש". לגבי הנפקת מניות בחברה ציבורית, חשוב לזכור שהסמכות להחליט אם לגייס הון, ממי לגייס וכמה לגייס הוא של הדירקטוריון. לא מבקשים את הסכמת בעלי המניות לאשר את ההנפקה.

ישנן שני מגבלות בנושא דילול:

1. רלוונטי בכל חברה – ההון הרשום בחברה. בתקנון נרשם מספר מניות שאיתו חברה בוחרת להירשם ברשם החברות. הון המניות הרשום מהווה תקרה. חברה יכולה להנפיק מניות עד גובה הון המניות הרשום בתקנון החברה. ברגע שהונפקו כל המניות עד גובה הון המניות הרשום, הדבר מצריך שינוי בתקנון החברה ולכן יש לפנות אל אסיפת בעלי המניות בכדי לשנות את התקנון – קרי להגדיל את הון המניות הרשום.
2. רלוונטי רק לחברה ציבורית – לעיתים כאשר הדירקטוריון רוצה לגייס עוד כסף הוא יצטרך לפנות אל אסיפת בעלי המניות כדי לקבל אישור את דילול אחזקותיהם – המנגנון נמצא בס'

270(5) יחד עם ס' 274. כאשר רוצים לפנות לרוכשים סלקטיביים – כלומר הנפקה/הצעה פרטית של מניות – מוגדר בס' 1 לחוק.

"הצעה פרטית" - הצעה להנפקת ניירות ערך של חברה ציבורית שאינה הצעה לציבור או הצעה של חברה ציבורית למכירה של ניירות ערך שלה אשר נרכשו על ידה לפי סעיף 308, שאינה הצעה לציבור ;
"הצעה פרטית מהותית" - הצעה פרטית שמתקיים בה האמור בסעיף 270(5) ;

(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

מדובר בהצעה פרטית לרכוש מניות בחברה ציבורית. ס' 270(5) מטפל בהנפקה פרטית בחברה ציבורית כאשר היקף ההנפקה הוא הגדלת המניות הקיימות בחברה ביותר מ- 20% . במקרה כזה ייתכן (יש תנאים מסוימים בס') והדירקטוריון לא יהיה מוסמך להנפיק את המניות ללא רשות האסיפה הכללית. אם ההצעה פתוחה לכולם לא צריך אישור.

פס"ד קוסי נגד בנק פויכטונגר

פסק דין נוסף שעוסק במתח בין בעלי המניות המיעוט והרוב בחברה פרטית – פסק הדין ניתן עוד בעידן פקודת החברות . הבנק במשך שנים הראשונות התנהל על ידי בעלי משפחת פויכטונגר. במהלך השנים בעלי המניות התחלפו, במהלך השנים בהם דן פסק הדין יו"ר הבנק היה אדוארד קוסי. לבנק היה לקוח בשם אפשטיין, הוא היה לקוח בעייתי, הוא לקח אשראי בסכומים יפים אך לעולם לא פרע את חובו. בשלב מסוים היה מדובר על סכומים כל גבוהים ביחס למחזור הבנק שרואי החשבון העירו כי לא ניתן להמשיך כך עם הלקוח כי ישנה סכנה לאיתנות הפיננסית של הבנק. יו"ר הדירקטוריון אדוארד קוסי היה גם בעל מניות רוב המניות בבנק, כלומר בעל שליטה. בשלב מסוים נוצרו מגעים בין קוסי ולבין אפשטיין על אפשרות שאפשטיין ירכוש את מניותיו של קוסי בבנק פויכטונגר. העסקה יצאה אל הפועל ואפשטיין רכש את מניותיו של קוסי. בפסק הדין יש פירוט נרחב למהלך המו"מ. חשוב לציין כי אפשטיין פנה לבנק ושוב אושר לו אשראי. האשראי החדש שאפשטיין צרך שימש אותו לרכוש את מניותיו של קוסי, עניין זה אושר בדירקטוריון. אפשטיין לא פרע את האשראים הקודמים ולא את האשראים הקודמים שניתנו לו והבנק קרס ונכנס לפירוק. המפרק נכנס לתמונה וטען כי היו אי סדרים ושמישהו לא קיים חובות כאלה או אחרות ועליו לתת את הדין ולכן יש מקום לתביעה דיני החברות. המפרק חשב לתבוע את הדירקטוריון של הבנק על העסקה שבעקבותיה בסוף קרס הבנק. עילות התביעה היו הפרת חובת הזהירות – רואי החשבון כבר התריעו ולכן הדירקטוריון הפר את חובת הזהירות. גם חובת האמונים הופרה – לקוסי יש עניין אישי לאשר את האשראי והוא לא יצאה מן ההצבעה. עד כאן אין שום חידוש בפסק הדין. החידוש הוא שהשופט ברק בבית המשפט העליון מטיל אחריות אישית על בעלי מניות השליטה ככאלה, הוא אומר שבעל מניות השליטה הפר את חובת האמונים שלו כלפי החברה וכלפי המיעוט. המקור של חובת האמונים הזו, שלא הופיע בפקודת החברות בשום מקום ולא בפסיקה, האישות המשפטית של בעל מניות השליטה הוא כמה אישיות משפטיות הם קוסי וחברות מסוימות שהם בשליטה מלאה של קוסי. לפי עקרון הישות המשפטית הנפרדת אדוארד קוסי הפר את חובתו ולכן ניתן לתבוע

אותו, השאלה האם ניתן לתבוע את החברות שבבעלות קוסוי אשר מחזיקות במניות הבנק? הרי החברות אינן נושאי משרה בבנק. על יד הטלת חובת אמונים על בעלי מניות שליטה הרחיבו את מעגל הנתבעים שיכול המפרק לתבוע מהם את הכסף. כדי לומר שבעלי מנות שליטה הפרו חובת אמונים כלפי המיעוט וכלפי החברה צריך לבוא ולהראות שהם הפרו את חובת האמונים ביודעין. לומר שאדוארד קוסוי היה ער לכך ולהתעלם זה קל, אך כדי לתפוס את החברות ברק אומר שנושא המשרה היחיד בחברות אף הוא אדוארד קוסוי, ולכן ידיעתו מיוחסת גם לחברות מכוח תורת האורגנים או מכוח דיני השליחות ועל כן משפטית ניתן להטיל את התוצאות המשפטיות גם על החברות. על ידי פסיקה זו המפרק יכול לגבות כספים גם מהחברות בשליטתו של אדוארד קוסוי.

הפרת חובת האמונים הופרה ברגע שאישרו את האשראי שאדוארד קוסוי נהנה ממנו אישית. המיעוט נפגע כי הבנק קרס ואילו אדוארד קוסוי יצא עם הכסף. גם אפשטיין לא נפגע כי הוא הרי לא הוא מעולם כספים מכיסו. הנפגעים הנוספים הם הנושים של הבנק ולכן כאשר המפרק מצליח לקבל את הכסף מקוסוי קודם כל בעלי הנושים מקבלים את כספם ורק אחר כך בעלי המניות.

בכל פעם שי שהפרה של אחת מהחובות כלפי החברה, והוא לא מקיים אותה ההפרה מולידה עילת תביעה נגדו.

כיצד, מי, מתי תובעים כאשר יש זכות תביעה?

לצורך העניין יש להבדיל בין שתי מושגים:

1. **תביעה נגזרת** – זהו מושג פרוצדוראלי ייחודי בדיני החברות. זוהי פרוצדורה שבאה לסייע להגשים את דיני החברות.
2. **תובענה ייצוגית** – זו פרוצדורת תביעה שרלוונטית לדיני החברות אך היא לא בלעדית לדיני החברות, אלא גם בתחומים אחרים רבים. בראשית ימיה של התביעה הייצוגית היה סעיף אחד מתקנות סדר הדין האזרחי – **תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי**. בעולם החברות ראשיתה של התובענה הייצוגית היא ב**פרק בתוך חוק ניירות ערך**. בעידן פקודת החברות ההתפתחות החקיקתית היתה בחוק ניירות ערך. כאשר נחקק חוק החברות בשנת 99 בנו פרק על תובענה ייצוגית בחוק החברות והוא החליף את פרק תובענות ייצוגיות בחוק ניירות ערך. בחוק ניירות ערך פרק זה בוטל. התחנה נכון להיום לתובענות ייצוגיות היא בחוק נפרד. הפרק בחוק החברות בוטל כי לפני קצת פחות משנתיים נחקק חוק התובענות הייצוגיות. מהות התביעה היא עדיין בקונטקסט של דיני חברות.

הנקודה החשובה היא שתביעה נגזרת היא פרוצדורה שתשמש אותנו כאשר מהות התביעה היא שעילת התביעה שייכת לחברה – כאשר הזכות שנפגעה או החובה שהופרה היא כלפי החברה. אם הנפגע היא

החברה, אזי עילת התביעה שייכת לחברה ולכן כדי להפעיל את העילה מבחינה פרוצדוראלית נזדקק לפרוצדורה של תביעה נגזרת .

תביעה ייצוגית נשתמש בה כאשר יחיד שנפגעו זכויותיו רואה שיש עוד יחידים רבים שפגעו באותה הדרך. זוהי עילת תביעה אישית נגד החברה.

ההבדל הגדול שעילת התביעה בתובענה ייצוגית היא של היחיד (בעל המניות) ואילו בתביעה נגזרת עילת התביעה היא של החברה.

מהי עילת תביעה של היחיד (בעל המניות) –

על פי סעיף 191 לחוק נראה כי מדובר בעניין אישי של בעל המניה – קיפוח בעל המניות. דוגמא: פס"ד גליקמן נגד ברקאי – האם ההנפקה המוזלת פוגעת בחברה? – התשובה היא לא – ההיפך היא מגייסת עוד הון. הנפגעת היא בעלת המניות שנחלשו זכויותיה. ולכן יש לה עילת תביעה אישית . אם יש אלפים רבים של בעלי מניות שנפגעו בצורה דומה אזי האמצעי הוא תובענה ייצוגית.

דוגמא לעילת התביעה של החברה: החברה שבה ראובן הוא נושא משרה עומדת להתקשר בחוזה לרכוש נכס מקרקעין , פתאום מסתבר שראובן הוא קרוב משפחה של בעל הנכס המדובר. ראובן לא יצא מן ההצבעה, מכאן יש פה הפרת אמונים קלאסית של ראובן – ס' 275.

בנסיבות אחרות ראובן הוא בעל שליטה בחברה פרטית. מה החשש הבסיסי בעסקה כזו? – שהחברה נפגעה בעסקה מבחינת המחיר. השווי הכלכלי והנכסי של החברה נפגע. ברור שכלכלית בעקיפין בעלי המניות נפגעו. מבחינה משפטית הזכות של בעל מניות לא שונתה , הכל נגזר מהפגיעה הישירה כלפי החברה. עילת התביעה היא כלפי החברה – ס' 252 חובת הזהירות ו- ס' 274 – חובת האמונים, מדברים על חובת בעל המשרה כלפי החברה. עילת התביעה היא של החברה כי היא זו שנפגעת ולכן החברה צריכה להגיש את התביעה.

חברה יכולה להיפגע לאו דווקא בתחום דיני החברות – למשל הפרת חוזים.

מי יחליט על הגשת התביעה?

נשואי המשרה המתאמים בחברה יפעילו בשם החברה את המנגנון המתאים להגשת התביעה – ישכרו עורכי דין וכו'.

כשהמפר הוא נושא המשרה עצמו והוא זה שבשוטף ביום יפעיל את זכויות התביעה מתעוררת בעיה כי הוא הרי ישתיק את הכל. כדי להתגבר על הכשל הזה המציאו בדיני החברות את הכלי שנקרא **תביעה נגזרת**. בכל מקום שקיימת עילת תביעה בה נפגעה החברה, ויש חשש שמי שאמור להפעיל את מנגנון

התביעה לא יגיש את התביעה כנגד עצמו, יוכל בעל מניות בודד ליזום מהלך של הנעת גלגלי התביעה בשם החברה. היוזמה הזאת נקראת **תביעה נגזרת**.

נגזרת כי הדמות שמופיעה כאן ותגיע לביהמ"ש ותשכור את עורכי הדין הוא בעל המניה הבודד, אך התובעת בתביעה היא החברה. לבעל המניות היחיד אין עילת תביעה אישית, כוח התביעה שלו נגזר מכוח התביעה של החברה. אם וכאשר יזכו בתביעה הזו, הפיצויים ישולמו לחברה עצמה. יש כאן מתח שצריך לווסת אותו – מן הצד השני יש את החשש שיהיו בעלי מניות שיש להם מזג חם ועל כל שטות יגישו תביעה. לא בהכרח בעל מניות בודד צריך להניע את עניין התביעה. לכן צריך לווסת את הנושא. לכן תביעה נגזרת זו לא תביעה שבעל מניות מגיש כשבא לו, אלא בעל המניות יכול לפנות אל בית המשפט שזה יאשר לו להגיש תביעה נגזרת. בשלב הזה צריך למסור לביהמ"ש את מהות התביעה ומדוע נושאי המשרה אינם מתכוונים להגיש את התביעה. רק אחרי שביהמ"ש יתרשם הוא יאשר לבעל המניות לנהל את התביעה. גם כדי להגיע לביהמ"ש יש תחנה בדרך - **סעיף 194 לחוק** –

194. (א) כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה (בפרק זה - תובע) רשאים להגיש תביעה נגזרת אם התקיימו הוראות סימן זה.
(ב) המעוניין להגיש תביעה נגזרת יפנה לחברה בכתב וידרוש ממנה כי תמצא את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה (בפרק זה - דרישה).
(ג) דרישה תופנה ליושב ראש דירקטוריון החברה, ויפורטו בה העובדות היוצרות את עילת התביעה והנימוקים להגשתה.

תנאים מוקדמים
להגשת תביעה

בעל המניות יפנה אל החברה בכתב, כי קודם כל על בעל המניות למצות הליכים. לאחר שבעל המניות יקבל תגובה מהחברה כי הם לא מגישים או תביעה או שהגיעו למסקנה שאין פה עילת תביעה רק אז בעל המניות יוכל לפנות אל ביהמ"ש. אם הנימוק של הדירקטוריון הוא שהם דנו והתייעצו עם היועצים המשפטיים והגיעו למסקנה שאין עילת תביעה אזי יש סיכוי שביהמ"ש לא יאשר את התביעה. ברגע שביהמ"ש אישר את הגשת התביעה מנהלים את התביעה ככל תביעה אחרת. בשלב ההחלטה, מתן פס"ד, אם החברה זוכה הפיצויים הולכים לקופת החברה. חשבו גם על בעל המניות וההוצאות שנשא בהן – **לפי סעיף 201 לחוק**:

201. פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, שטרח בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה.

גמול
(תיקון מס' 3)
תשס"ה-2005

לביהמ"ש הזכות לפסוק לבעל המניות שטרח לתבוע גמול כספי. כדי לתמרץ את האכיפה מסמיכים את ביהמ"ש לפסוק את הגמול.

בעניין האגרות מטפל סעיף 199 -

199. (א) בעת הגשת תביעה נגזרת, ישלם התובע רק חלק מאגרת בית משפט בשיעור שקבע השר.	אגרה והוצאות (תיקון מס' 3) תשס"ה-2005
(ב) אישר בית המשפט תביעה נגזרת, תשיב החברה לתובע את האגרה ששילם ותשלם את יתרת אגרת בית המשפט בשל התביעה הנגזרת באופן ובשיעור שקבע השר, ועל אף האמור בכל דין אי תשלום יתרת אגרת בית המשפט לא יעכב את הדיון בתביעה; בית המשפט רשאי –	(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005
(2) להורות לחברה לשלם לתובע סכומים שיקבע לכיסוי הוצאותיו או להפקיד ערובה לתשלומם;	(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005
(3) להטיל על החברה להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע.	(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005

ס' 199(א) – אומר שהיחיד יצטרך לשלם אגרת בית משפט בתעריפים מיוחדים. אם וכאשר לאחר הגשת התביעה וביהמ"ש מאשר את הבקשה לניהול התביעה כתביעה נגזרת, גם אותו חלק הראשוני של האגרה ששילם היחיד החברה תחזיר לאותו בעל המניה.

בעניין הוצאות מטפל סעיף 200 לחוק-

200. פסק בית המשפט בתביעה הנגזרת, ופסק הוצאות לטובת הנתבע, תשלם החברה את ההוצאות שנפסקו כאמור, אלא אם כן קבע מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי ההוצאות ישולמו בידי התובע ורשאי הוא להטיל על החברה את תשלום הוצאותיו של התובע וכן רשאי הוא להטיל על התובע תשלום הוצאות שנגרמו לחברה, כולן או מקצתן, בשים לב לפסק הדין וליתר נסיבות הענין.	הוצאות (תיקון מס' 3) תשס"ה-2005
--	--

בשיטת המשפט שלנו נהוג שהמפסיד משלם גם את הוצאות המשפט של הזוכה, ולכן קובע הסעיף שאם החברה מפסידה החברה תשלם - זוהי ברירת המחדל של החוק, אך אם מסתבר שיש מקום להשית חלק מההוצאות על בעל המניות המוביל את התביעה ביהמ"ש יכול להחליט כך.

בתביעה נגזרת אי אפשר לסגור פשרה ללא אישור בית המשפט.

אם יש אישור תביעה נגזרת האם זה מצמיח גם בסיס לתובענה ייצוגית מצד בעלי המניות? התשובה היא לא, כי אם הם נפגעים בצורה עקיפה כתוצאה מפגיעה ישירה בחברה – עילת התביעה היא של החברה ולא של בעלי המניות.

ההליך הפרוצדוראלי של תובענה ייצוגית הוא דומה. אך כאשר יש זכייה, הפיצויים הולכים לידי בעלי המניות שתובעים בצורה פרופורציונאלית בהתאם לנזק שנגרם להם. גם במקרה הזה בית המשפט יכול לפסוק גמול למי שהניע את התובענה הייצוגית.