



אוניברסיטת בר-אילן

תואר שני, MA
הפקולטה למשפטים

מחברת הקורס:

דיני חברות

המרצה:

דר' דוד האן

תוכן עניינים

4	מבוא
4	הבעיות
4	כינון חברה
4	הסדרת המבנה הארגוני
4	האנשת החברה
5	פערי הכוחות בחברה
6	אינטרסים זרים
7	התאגיד כאישיות משפטית
7	מהותה של אישיות משפטית
7	סעיף 4 – האישיות המשפטית של החברה
7	מהי אישיות משפטית?
8	פס"ד Lee vs. Lee
9	פקודת השותפויות – סעיף 14
9	פקודת השותפויות – סעיף 20
10	פקודת השותפויות – סעיף 66
12	כשרות משפטית
13	האנשת החברה – דיני השליחות ותורת האורגנים
13	סעיף 2 לחוק השליחות – דין השליחות
13	סעיף 1 לחוק השליחות – השליחות ונושאה
14	סעיף 6 לחוק השליחות – פעולה ללא הרשאה
16	התקשרות חוזית של נושאי משרה בשם החברה
16	סעיף 55 – פעולה בחריגה מהרשאה
16	סעיף 56 – פעולה בחריגה מהמטרות או בלא הרשאה
18	תורת הידיעה הקונסטרוקטיבית
20	אחריות החברה בפלילים ובניזקין
21	סעיף 13 לפקודת הניזקין – חבות מעביד
22	תורת האורגנים
24	מיהו אורגן
24	המדיניות המשפטית
25	הרמת מסך מדומה
26	פרשת קיבוץ צרעה
26	פרשת דיימלה
28	חלוקת הסמכויות בחברה
29	סמכויות המנכ"ל וסמכויות הדירקטוריון
29	סעיף 121 – סמכויות המנהל הכללי
30	סעיף 92 – סמכויות הדירקטוריון ותפקידיו
30	סעיף 49 – סמכות שיווית
31	סמכויות האסיפה הכללית
31	סעיף 57 – הסמכויות המוקנות לאסיפה הכללית
32	סעיף 58 – איסור התניה
32	סעיף 59 – מינוי דירקטורים
32	סעיף 239 – חובת מינוי
33	סעיף 240 – כשירות למינוי
34	תקנה 1 לתקנות החברות
34	תקנה 2 לתקנות החברות
34	סעיף 245 – משך כהונה
35	תקנה 3 לתקנות החברות
35	סעיף 92(ב) – סמכויות הדירקטוריון ותפקידיו
35	סעיף 50 – העברת סמכויות בין האורגנים לפי התקנון
35	סעיף 93 – דירקטוריון המונה אדם אחד
36	סעיף 106 – הסכמי הצבעה
38	בעיית נציג בעלי שליטה
38	תיאור בעיית פער האינטרסים
38	מנגנון בקרה מבני בחברה ציבורית – ועדת ביקורת וועדות אחרות
38	סעיף 112 – סייג לאצילת סמכויות
39	נושאי המשרה הטיפוסיים
39	ביטוי בעיית הנציג
40	חובת הזהירות – פיקוח הדירקטוריון על ההנהלה
40	פרשת בנק צפון אמריקה
40	סעיף 252 – חובת הזהירות
41	סעיף 35 לפקודת הניזקין – רשלנות
41	סעיף 36 לפקודת הניזקין – חובה כלפי כל אדם
41	ועקנין נ' המועצה הלאומית בית שמש
43	פרשת Caremark
44	פרשת Francis
44	סעיף 253 – אמצעי הזהירות ורמת מיומנות
44	סעיף 253(א) רבתי – חובת זהירות של דירקטור בעל מומחיות או כשירות
45	חובת הזהירות – קבלת החלטות בדירקטוריון
45	Smith v. Van Gorkom

49	פרשת נצבא
----------	-----------

מבוא

ישנן שתי דרכים המאפשרות לכונן יחסים משפטיים; דרך אחת היא באמצעות החוזה והשנייה היא על פי דין. אך נראה כי אם נפתח ענף כזה של דיני חברות, נראה כי ישנם עניינים מסוימים שדיני החוזים לא הצליחו לתת להם מענה. והיות שדיני החוזים מוגבלים ולא נתנו פתרון הולם לנושא, נולד ענף חדש עם מענה קונקרטי לאותן בעיות. נשאלת השאלה מהן אותן בעיות ספציפיות שדיני החוזים לא נתנו להן מענה, ולצורך פתירתן היה מקום ליצירת ענף חדש והוא ענף דיני החברות.

הבעיות

כינון חברה

עצם ייסוד החברה, הולדתה, הכרה בה כשחקן במשפט המצריך הבהרה משפטית. העניין הוא, ששני בני אדם אינם יכולים ליצור אישיות משפטית חדשה, אלא בדרך ההולדה הטבעית. ולכן, לא ניתן לבוא ולומר כי כאשר שני בני אדם התאגדו ויצרו גורם שאיננו ילוד אישה, ניתן להכריז עליו כעל אדם שיש לו חובות והוא בר זכויות.

כינון החברה הוא עניין ייחודי לחברה, ולכן אין הוא טעון טיפול אלא בחוק החברות. חברה נולדת ונגזרת כל כולה עקב כינון החברה. בהמשך נרחיב את הדיון על נושא האישיות המשפטית ומשמעותה, אך נראה כי על פניו אין כל סיבה שלא יוסדר אופן פעילות החברה מיום כינונה באמצעות דיני החוזים. ונראה כי הטענה היא נכונה, למעט עניין אחד שיוצר קושי; מתי מתקיימת גמירות דעת בחברה? למדנו בעבר כי כדי שיכרת חוזה בר תוקף, יש הכרח בגמירות דעת. אם כן, אצל אדם בשר ודם ניתן להבין מהי אותה גמירות דעת ומתי היא מתקיימת. אלא שאצל החברה, שהיא חסרת ראש, חסרת פרצוף, שכל, דעת ורצון, כיצד ניתן לתרגם את כללי המשפט הללו נוסח גמירות דעת, רצון, כוונה וכן הלאה לכללים משפטיים אחרים, ולהלבישם על החברה. לשאלה פתרונות, שאינם מורכבים במיוחד, אך הם ייחודיים לחברות ועל כן מוסדרים בדיני החברות.

הסדרת המבנה הארגוני

אין הוא דבר שיש בו כשל בדיני החוזים, ואין זה אומר שהם לא יכלו לספק לו מענה הולם. אך בכל זאת, בחרו להגדיר הרבה מן המבנה הארגוני במסגרת דיני החברות, וזאת למטרת חלוקת הכוחות הפנימיים.

האנשת החברה

המשפט הוא מערכת שכללים, שמחייבים ומסדירים את היחסים בין בני אדם שונים בעולם והנקודה החשובה היא שהמשפט פותח ועוצב לאורך הדורות השונים, על פי מידותיהם של בני האדם. כלומר, כל אותם כללים משפטיים, חוקים ופסקי דין, משתמשים אותנו לצורך קביעת נורמות המפורטות בתכונות האנוש שלנו כבני אדם; פיזיות ומנטאליות. כך למשל, עבירת הגניבה בחוק העונשין מנוסחת כנטילת דבר ממישהו. וההנחה היא שיש לנו איזה איבר שמאפשר לנו ליטול את אותו חפץ, כך שנראה בפעולה זו גניבה.

הרעיון בדיני החברות, להפוך את החברה לצורך המשפט, למעין דמות אנושית וזהו חלק אינטגרלי בדיני החברות. במקרה כזה, ענפי המשפט האחרים אינם יכולים לעזור.

פערי הכוחות בחברה

נססה להשוות בין אב-הטיפוס של פעילות חברה, ובין חוזה טיפוסי; חוזה טיפוסי שנמצא לנגד עינינו הוא חוזה בין שני צדדים, שאת מידותיו עוצבו דיני החוזים, במסגרתו כל צד מנסה להביא לידי ביטוי את האינטרסים וההטבות שלו, וככל שהוא מצליח הוא איננו חושב על האינטרס של הצד השני, שכן על אינטרס זה יחשוב הצד השני עצמו. וכאשר ייווצר מפגש של רצונות, תהיה זו גמירות הדעת, הנקודה בה נכרת החוזה, על פי התנאים שבהליך המוביל את הכריתה דאג כל צד לשקף.

הפעילות הטיפוסית בחברה, כוללת פעמים רבות דמויות אנושיות רבות, גורמים רבים, המעורבים בה ופועלים במסגרתה. ולאולם דמויות יש העדפות ורצונות שונים. כך שלכאורה, אם אנו פועלים לפי דיני החוזים כפשוטם, הרי שבמקום בו נמצא את מפגש הרצונות ביניהם, תהיה הסכמה כללית וזו הפעילות והנה שביעות רצון לכל. אך בפועל הדבר איננו מתנהל כך. בחברות יש מבנה פנימי מעצם טבעם של הדברים, שמשקף פעילות מסוימת, אך רק חלק מהדמויות האנושיות מקורבים אל מעגל קבלת ההחלטות, ומאידך ישנם גורמים אחרים שרחוקים מרחק רב ממנו ואף כלל איננו נוגעים בו. ומכיוון שההחלטה המתקבלת, משפיעה וחלה על כולם, הרי שנוצר כאן פער אינהרנטי שאיננו קיים בחוזה של אחד על אחד.

בחוזה ההנחה היא שיש שני צדדים שעיצבו בפועל את רצונותיהם, וכאשר יש פער בלתי נסבל בית המשפט נוטה להתערב, כמו דוגמת חוזים אחידים. אלא שבחברה יש חשש מפני פער בין צדדים שוני שקשורים בעסקה משותפת, בהחלטה, בפעולה, בעוד שיש את אלו שהעדפותיהם באו לידי ביטוי וכאלו שלא זכו להזדמנות להציג אותן. אבל גם אלו, וגם אלו, יזכו בהחלטות הללו – לטוב ולרע.

ומקום בו יש כל כך הרבה פערי כוחות, ואחד מהצדדים שמושפע מן המהלך, איננו מצליח להביא עצמו לידי ביטוי, מבקש המשפט לתת אמצעי הגנה ואומר; למרות שאין לך כוח העדפה, אין זה אומר שאין לאחר מגבלות. כלומר, המשפט הוא זה שבא להגביל ולזן את כוחו של בעל ההעדפות.

אחד הפערים הוא בין המשקיעים בחברה, שהם בעלי המניות בחברה, ובין נושאי המשרה בה. מי שמקבל את ההחלטות בחברה, הם כל אותם נושאי המשרה, בעוד שתוצאת ההחלטה, קרי העסקה – אם תהיה משגשגת המשקיעים יזכו בפירותיה, אך אם היא פיזיה, איננה טובה ומוצלחת הרי שאלו יפגעו. וכנגד פגיעה פוטנציאלית זו, באים דיני החברות וקובעים כללים של מה מותר ומה אסור, לאותם נושאי משרה, המחליט ועשוי לגרום לנושא בתוצאה להיפגע.

ושב נשאלת השאלה הבסיסית, האם לא ניתן להסדיר את הדברים במסגרת דיני החוזים? דיני החוזים עצמם כאן, ובניתוח אקדמי של דיני החברות, יש מחלוקת חריפה אם נושא פערי הכוחות צריך להיות מוסדר במסגרת מערכת של דיני חברות או שמא ישחקו הנערים לבד, ומדוע להתערב בעניינם.

אינטרסים זרים

המשקיעים יכולים כל אחד לשחק ביניהם ולומר מי החליט, מי זכאי ומי איננו זכאי לומר את דברו. כולם משקיעים ולכולם זכות הבעת דעה. ומה קורה כאשר יש מחלקות? הרוב הוא זה שקובע. אך כיצד ניתן לוודא שהמיעוט שנמצא בעמדת נחיתות, לא מושפע מהחלטות שנתקבלו תוך התחשבות באינטרסים זרים? במצב כזה, הלגיטימיות של הרוב לקבל החלטות שמחייבות את הכל מתחילה להתערער.

דיני החברות באים להתערב גם בנושא הזה, ולוודא מצב בו הרוב איננו מקבל החלטות שמחייבות את הכל, תוך ניצול כוחו לדריסת ועושה המיעוט, כאשר הוא מפעיל אינטרסים שאינם עניינים.

לסיכום;

הרעיון המשפטי העיקרי הנובע מכינונה של חברה כאישיות משפטית הוא לקדם את העולם העסקי. ומרגע בו עשינו כן, נוצרו צרכים חדשים, אחד מהם לדוגמא, וכפי שמנינו לעיל הוא האנשת החברה. וברגע בו החברה מסתעפת ומתפתחת, ויש בה גורמים אנושיים נוספים בתוך פקעת אנושית אחת רחבה, המשפט לא בא רק כדי לקדם את העסקים, כאמור, אלא גם כדי לקדם תוך הגנה על שכבות חלשות.

שאלת ה"למה" גלומה בהגנה על המיעוט – גורם שהוא חלק מהמיזם, מציבור המשקיעים, אבל בשונה מחוזים אחד-על-אחד, הוא איננו מצליח, מכוח הנסיבות, להביא לידי ביטוי את האינטרסים שלו ברמה מעשית בכל החלטה והחלטה.

התאגיד כאישיות משפטית

מהותה של אישיות משפטית

סעיף 4 – האישיות המשפטית של החברה

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

סעיף 4 לחוק החברות הוא היסוד לכל פעילותה של החברה. הוא ההכרה הרשמית של הריבון / המדינה, בכך שהחברה לובשת צורה משפטית והופכת להיות דמות משפטית לכל דבר ועניין. ואם החברה היא אישיות משפטית, הרי היא כאדם לצורכי המשפט, שכן גם אנחנו, ככל אדם, אישיות משפטית.

מהי אישיות משפטית?

אישיות משפטית, היא **דמות שיש לה את הפוטנציאל לשאת זכויות ולהיות חייבת בחובות**. אישיות משפטית היא הנושא של המשפט.

אנחנו כל הזמן דנים על כך שהמשפט כולו הוא מערכת מסועפת של כללים, שיוצרים חובות מצד אחד וקובעים זכויות מצד שני. זכויות וחובות בין מי למי? בין אותן אישיות משפטיות שונות. האישיות המשפטיות, הן הדמות שאליה מייחס המשפט את הזכות או החובה בהתאמה.

כך למשל, בעלי חיים אינם יכולים להיות אישיות משפטית, שכן הם אינם נושאי זכויות וחובות. ייתכן מאוד, שקיימות אגודות מסוימות שבאות להגן על אותם בעלי חיים, אך עדיין איזה אומר שבעל החיים עצמו יכול לתבוע זכות מסוימת. יכול בעליו של אותו בעל חיים לתבוע שלא יזיקו לו משום שהוא הרכוש שלו. כך, יכולתו של בעליו של בעל החיים להיות בעליו של רכוש וקניין, מהווה ביטוי קלאסי של אישיות משפטית. **רק אישיות משפטית יכולה להיות בעליה של רכוש**. וכך החובה לדוגמא שלא להזיק לגורם אחר, היא חובה שתוטל על אישיות משפטית בלבד. אי אפשר להטיל חובה על בעל-חיים, במובן בו אנו אומרים לו: "אסור לנשוך, ואם תעשה כך תיאלץ לשאת בעונש".

וכך, בא המשפט והוסיף גורם חדש שלא היה בעבר, ולקח את אותה דמות המכונה חברה וקבע כי גם היא תיחשב דמות משפט. ולכן, לחברה זכויות אך היא נתונה גם לחובות. ולכן, החברה היא דמות העומדת על רגליה העצמאיות.

יש כאן מעין משחק שהוא איננו הכי טבעי; אנחנו רגילים שבמסגרת הפעילות העסקית לכל צד יש פוטנציאל רווח, סיכוי לרווח, אך גם הסיכוי שמא הפעילות לא תעלה יפה והוא יאלץ לשאת בתוצאות, ובמקרה זה בהפסדים. וכאן אנו מרכיבים משחק, בו מוקמת דמות, והיא לא אתה. הדמות הזו, היא זו שתשא בתוצאות – לרע. אם זה לא ילך, מה איכפת לך? החברה היא זו שתשא בהפסד, ולא אתה האדם הפרטי בעליה של החברה. ומה קורה כאשר הפעילות העסקית עולה יפה, והחברה מצליחה? היא זו שנהנית מהתוצאות, אבל את ההנאה הזו היא מעבירה אל בעליה.

המציאות השגרתית יצרה מצב בו **החברה היא האחראית ואין זולתה**. וכאשר אנו הופכים את החברה לברייה אמיתית, ולא למשהו שהוא "כאילו", זה כשלעצמו מהווה **תמריץ ההשקעה**.

הרעיון של אישיות משפטית, הוא **לשנות את התפישה המסורתית של המשפט**, על פיה מערכת הפעילות נעשית באמצעות **שליחים**, ולהפוך את המקרה למצב בו המערכת שבה פועלת החברה היא **אישיות שפועלת באופן עצמאי ולא מטעם מישהו**¹. **חברה היא איננה שליח של מי שהקים אותה**. כאשר פועל אדם תחת שליחותו של אדם אחר, אזי תוצאות השליחות ופעולות שמבצע השלוח חלות במישרין על השולח, בעוד שהשולח הוא מהווה הזרוע הארוכה, תחת התפישה הכללית **ששלוחו של אדם כמותו**.

אלא שחברה המוקמת היא איננה שליח של מי שהקים אותה. יכול להיות שהם השולטים בה, הם המשפיעים עליה, אבל מבחינת מעמדה המשפטי, היא עומדת על רגליה העצמאיות, בדיוק כשם שבן הוא אישיות משפטית בפני עצמו ואין הוא שלוח מטעם אביו.

אין זיקה משפטית בין החברה ובין מי שהקים אותה, אלא בין שני אלו מתקיימת **זיקה עסקית** והשפעות והשלכות שונות. כל הזכויות והחובות מתועלות אל החברה, ואליה בלבד. והדבר פועל לשני הכיוונים – רק היא נשאת בחובות ומאידך רק היא נושאת בזכויות. כלומר, אם לחברה נכס מקרקעין בבעלותה, ומישהו חפר בקרקע הסמוכה, ומעצם חפירתו גרם נזק בקרקע, מכיוון שהקרקע היא בבעלות החברה היא, והיא בלבד, זו שיכולה להגיש תביעה כנגד הפוגע. לאלו שהקימו את החברה, אין כל זכות לתביעה. הם לא בעליהם של הרכוש, והם לא אלו שנפגעו. ובאותה מידה, לא ניתן לגשת את בעלי החברה, אלו שהקימו אותה, בתביעות כנגד, שכן החוב הוא חוב החברה, ולא שלהם.

היות שהחברה היא דמות נפרדת מבעלי מניותיה ומקימיה, היא יכולה לעמוד מולם ולכרות עמם הסכמים; היא יכולה להעסיק את אחד מאלו שהקימו אותה, היא יכולה לקבוע שהוא עובד שכיר אך גם בעל מניה, היא יכולה ללוות ממנו כסף והוא יהיה הנושה שלה והיא יכולה להלוות לו כסף והיא תהיה הנושה שלו.

והעובדה שמישהו פעם הקים חברה, לא הופכת אותו להיות האיש הכל יכול בה, מקבל ההחלטות האולטימטיבי. הוא יכול לחבוש על ראשו כובעים שונים, ובו זמנית להיות עובד שכיר של החברה, בעל מניות בה וכן מנהלה העיקרי. ולהן דוגמת פסק דין הממחיש את הנושא מקרוב;

פס"ד Lee vs. Lee²

פסק דין אמריקאי משנות ה-60, חשוב מאין כמוהו, שתרם רבות להתפתחות החשיבה האידיאולוגית על דיני החברות, בעלי המניות והחברה. בפרשה שלפנינו דובר על חברה עוסקת במתן שירותי ריסוס לחקלאות לצורכי הדברה, באמצעות מטוס קל. בבעלות החברה מטוס קל אחד וטייס ריסוס אחד שהוא גם בעל המניות היחיד בה – אדון לי. כמו כן, לחברה עובד אחד שהוא הטייס בחברה – אדון לי. יום בהיר אחד, קורה הנורא מכל והטייס מתרסק עם המטוס הקל ונהרג במקום. החברה איבדה את הנכס היחיד שהיה לה והותירה נושים רבים שדרשו את הכספים שהחברה חייבת להם; החברה שמכרה דלק לצורך הנעת המטוס הקל, לקוחות ששלמו מקדמות וכעת אין מי שיבצע את העבודה ועוד.

¹ הנשיא בדימוס א. ברק

² איננו מופיע ברשימת הקריאה

וכעת הנושים מגיעים ומבקשים לקחת מעט כסף מן הכספים שנותרו בחשבון הבנק של החברה. אלא שעל פי חוק, כאשר החברה היא חדלת פירעון ישנה עדיפות לתשלום חובות לעובדים שלה. העובדים באים לפני נושים אחרים ויש להם עדיפות מסוימת. וכאשר מגיעים הנושים לבקש לידיהם את הכסף שנותר בחשבון הבנק של החברה, מתייצבת אלמנתו של אדון לי, וטוענת כי החברה לא שילמה לאדון לי כמה וכמה משכורות וכן פיצויי פיטורין, והיא בתור אלמנתו היורשת החוקית, כל מה שמגיע לו מגיע לה מכוח צו הירשה. ומשום שהחוב כלפי בעלה עולה על הכספים שקיימים בפיקדון הבנק של החברה היא מבקשת לא להידחק, היא זו שתקבל את הכסף. הנושים מתגברים על אי הנוחות שבמריבה עם אלמנה, ואומרים – אדון לי איננו עובד שמצא עבודה זו בלשכת העבודה, הרי שהוא בעל המניות היחיד בחברה. איך יתכן גם בעל מניות וגם עובד שטוען כי מגיעות לו זכויות בתור עובד? העובדה שהוא בעל מניות בחברה היא דומיננטית יותר, היא צובעת ומכסה על היותו עובד. ולכן לא מגיעות לו זכויות של עובד. בית המשפט טען, עם כל הכבוד (מכוח העיקרון שנקבע בפס"ד סלומון), החברה מהווה אישיות משפטית נפרדת מבעל המניות שלה, ולכן כאשר היא מעסיקה אותו אצלה, שוב אין זה אומר אדם הסוחר עם עצמו, ולכן אדם יכול לכהן גם בכובע של בעל מניות בחברה וגם בכובע של עובד בחברה ואין בכך כל פגם. ביחסיו כעובד ידונו כאילו היה עובד וביחסיו כבעל המניות ידונו כאילו היה בעל מניות.

וזהו המהפך של סוף המאה ה-19, כאשר עד לתקופה זו היו חברות בעולם, העסקים באירופה התפתחו, היו אגודות מקצועיות, אגודות סוחרים ואגודות שונות בהן פועלים שונים פעלו במשותף, אך מבחינה משפטית הם לא הוגדרו כאישיות משפטית. ולכן, כאשר קרתה תקלה, כל חברי האגודה היו חשופים לתביעות ונשיה בתשלומים. כך מתקיים הדבר עד עצם היום הזה, בסוג התאגיד המכונה שותפות.

פקודת השותפויות – סעיף 14

כל שותף הוא שלוח של השותפות של שאר שותפיו לכל עניין של עסקי השותפות. פעולותיו של כל שותף, כאשר הוא עושה בדרך הרגילה עסק מן הסוג שהוא עושה בשותפות שהוא חבר בה, יחייבו את השותפות ואת שותפיו.

פקודת השותפויות – סעיף 20

כל שותף חב יחד עם שאר השותפים ולחוד, בכל החיובים שהשותפות חבה בהם בהיותו שותף. לרבות כל דבר שהשותפות חבה בסעיפים 18, 19 שהם חבות של שותפות בנזק ופגיעה בנכסים של הזולת.

ניתן לזהות בהגדרת השותפות שוני רב לעומת החברה, כאשר אמרנו כי אישיות משפטית מנותקת מעולם השותפויות ועומדת ופועלת כשלעצמה. בעוד שכך בנושא החברה, בעניין השותפות נראה על-פי סעיפים אלו כי **על תוצאה עסקית חלה על השותפות עצמה ועל השותפים בה גם יחד, ואין הפרדה עסקית – לטוב או לרע.**

פקודת השותפויות – סעיף 66

שותפות רשומה, היא תאגיד, יכולה לתבוע ולהיתבע בשמה הרשום.

שאלה מעניינת היא האם שותפות נחשבת אישיות משפטית או לא. נראה כי סעיף 66 לפקודה, מציין ששותפות רשומה, קרי שותפות שנרשמה ברשם השותפויות יכולה לתבוע. כלומר, על פניו לפי פקודת השותפויות יש לשותפות מעין מעמד של תאגיד ואישיות משפטית. אך נראה, לפי סעיפים 14 ו-20, כי במידה מסוימת היא אישיות משפטית חלשה יחסית, ואיננה עומדת בפני עצמה, כלומר – לא מנתקים ממנה את החברים בה. אם כן, באיזה מובן היא כן נחשבת אישיות משפטית?

לדעתו של הנשיא בדימוס א. ברק, **שותפות היא עדיין בחזקת אישיות משפטית**. מבחינת ברק, לאישיות משפטית סממנים שונים, ביניהם – גוף שיכול לשאת בזכויות וחובות, וזו משמעותו. ואם כתוב, וכך כתוב, בסעיף 66, ששותפות כזו יכולה **לתבוע או להיתבע, כלומר יש כאן מימוש של זכות**. ועוד מצוין **בשמה, כלומר בשם עצמה – צד לתביעה משפטית**, הרי שהיא חייבת להיות אישיות משפטית.

מאידך בא השופט אוריאל פורקצ'יה וטוען לעניין זה, נכון הוא שמבחינה פרוצדוראלית היא אישיות משפטית, אבל ברמה **המהותית** התחנה הסופית היא הבדיקה **ממי גובים את הכסף**. וזה מה שמעניין והוא המבחן לפיו מחליטים האם מדובר באישיות משפטית או לא. כאשר תובעת השותפות, הכסף זורם לשותפות, וכאשר היא נתבעת, ממי ניתן להוציא את הכסף? מהשותפים בעצמם, וזה כשלעצמו איננו נחשב בעיניו כאישיות משפטית אמיתית. המחוקק יכול להחליט מה שהוא רוצה ומבחינה משפטית יהיה זה נכון, אך מבחינה מהותית לא.

אם כן, נקודה ראשונה בה יש להבחין בנושא האישיות המשפטית, היא האם הדמות היא צד לתביעה משפטית, יכולה לתבוע ולהיתבע בשם עצמה, ולא כנציג של אחרים. מולה יצטרכו להתדיין ולטובתה או לחובתה יצטרכו להכריע. וזו התפישה לפי שיטתו של ברק. אך ברמה המהותית, אין שום שאלה, ואנחנו רואים שעדיין מתקיים פער בין סוגי אישיות משפטיות שונות. והתוצאה הסופית היא שאין הרי דין שותפות כהרי דין חברה.

החידוש מבחינה היסטורית, הוא חידוש שבא לעולם במחצית השנייה של המאה ה-19. עד אז היו תאגידים בעולם, אך כאשר הייתה תקלה משפטית, לא ראו בתאגידים אלו גורם עצמאי שרק הוא נושא בתוצאות. המאגדים בו הם אלו שהיה נושאים בתוצאה, אם היה נגרם נזק. וחידוש זה של החציצה בין התאגיד ובין הגורמים המעורבים בה, הוא פרי המחצית השנייה של המאה ה-19, באנגליה, ומשם הוסיף והתפשט לשאר העולם. אין זה מקרי, מבחינה היסטורית, שהדבר החל באנגליה, והרי שהיה זה מתבקש לאור המהפכה התעשייתית שאפשרה לפרוץ גבולות כלכליים חדשים ולהגדיל את תחומי הפעילות, משום שהטכנולוגיה השתכללה ואפשרה ייצור המוני. וכאשר המסחר הלך והסתעף בהיקפיו, נוצר גם צורך במימון אינטנסיבי הרבה יותר, כדי לגלגל את גלגל המסחר; יש צורך במקורות מימוניים להניע את הפעילות, ופעמים רבות לא יספיק מקור מימון אחד בלבד. וכאשר הולכים על היקפים גדולים של מימון עולה השאלה מה יקרה אם התאגיד יקרוס.

נשליך את המהלך ההיסטורי שקרה על ישראל;

בישראל נולד הצורך בדיני החברות, כדי להכיר באישיות המשפטית. בארץ, לאחר מלחמת העולם השנייה, כאשר הבריטים קיבלו את המנדט על ארץ ישראל ופלשתינה, הם חוקקו את החוקים שלהם. ולכן דיני החברות שחוקקו כחיקה בישראל, היוו חיקה מנדטורית, וכונן פקודת החברות. פקודת החברות נחקקה בשנת 1929, כ-12 שנה לאחר הצהרת בלפור וכ-11 שנה לאחר החלת המנדט בפועל. בפקודה זו שמשה הבסיס המרכזי לדיני החברות בישראל למשך 70 שנה, עד לשנת 1999. במהלך התקופה, תיקנו את הפקודה תיקונים מקומיים, חלקם קטנים וחלקם משמעותיים יותר, כמו הפרק החדש שהתווסף ועסק באחריות נושאי משרה, אך עדיין המסגרת הכללית של הפקודה הייתה נותרה מיושנת יחסית. ובמשך 15 שנה, החל מאמצע שנות ה-80 ועד לשנת 1999, עסקה הוועדה הממונה במשרד המשפטים על גיבוש חוק מקורי חדש בישראל בתחום דיני החברות. הוועדה, בראשותו של הנשיא בדימוס א. ברק, גיבשה את טיוטת החוק, והיא עברה בהצלחה והפכה לחוק מחייב בשנת 1999. וזה החוק שיש בידנו כיום, הוא החוק העיקרי המסדיר את נושא דיני החברות.

באמירה כללית ביחס לחוק, ראוי לציין כי בעוד שפקודת החברות מעצם טיבה הפכה את דיני החברות בישראל לדינים בעלי זיקה מובהקת לאנגליה, וההשוואה מאז ומעולם הייתה לפי חוקי ופסיקת אנגליה, חוק החברות החדש נטש כמעט לגמרי את הזיקה האנגלית לטובת הזיקה לחקיקה האמריקאית. החוק עוצב בפזילה מובהקת ומכוונת לעבר הדין האמריקאי וכיום בסיס ההשראה בנושא זה הוא המשפט האמריקאי.

העניין הוא, שאין דין חברות אמריקאי אחד, אלא 50 דיני חברות אמריקאיים – דין לכל מדינה. כל מדינה היא ריבונית בפני עצמה, ולכן היא רשאית לחוקק את החוקים החלים ביחס אליה באותה מדינה. כך הדבר גם בדיני החוזים ובדין הפלילי. ברור הוא שיש דמיון חזק מאוד בין דיני החברות השונים, אך הם עדיין מציגים גם לא מעט שינויים זה מזה.

אך כאשר אנו מדברים על דיני החברות האמריקאים, אנו מכוונים לדין החברות של מדינת דלוור, והוא החשוב מבין כל 50 דיני החברות הפזורים ברחבי ארה"ב.

בראשית ימיה של ארה"ב, הייתה זו ניו-ג'רסי בעלת דין הברות החשוב ביותר. אך במהלך הזמן, נוצר תהליך מעניין, שאנחנו בישראל לא חווים אותו, אך בכל העולם כן. ונראה היה כי האזרחות, התושבות וההגדרה המקומית שחלה על חברה היא הרבה יותר דינאמית מאשר אצל בני אדם. כך, אזרח ישראלי, נולד בישראל, אזרח ותושב ישראל, כדי להעתיק את אזרחותו ולהמיר אותה באזרחות אמריקאית, עליו לחיות שם כמה שנים תחת היתר, ללמוד את חוקי המדינה, להיבחן עליהם ואולי בסופו של דבר הוא יקבל אזרחות אמריקאית. כלומר, התהליך הוא ארוך ומורכב מאוד.

אדם שנולד במקום מסוים, אוטומטית מקבל מעמד של אזרח במקום בו נולד. אך לגבי החברות העסק הוא מעט שונה – **הדין שיחול על החברה הוא דין מקום התאגדותה.** ובשונה מבני אדם, כדי להקים חברה בדלוור, אין צורך להגיע לשם פיזית. בעבר היה אפשר למלא מסמכים, להעבירם בפקס, היום באי-מייל, והנה רשם החברות בדלוור נותן את ההיתר, ואני יכול לשבת במשרד בישראל או בכל מקום אחר בעולם, לקיים את פעילותי העסקית לא משנה היכן, ובכל זאת יחולו עלי דיני החברות של מדינת דלוור.

באמריקה הבינו, שהתאגדות של חברה היא בחירה של מייסדיה, והמחוקקים הבינו שיש כאן עסק פוטנציאלי וביזנס טוב. כך, אם חברה מתאגדת אצלי במדינה, מדובר בדמי רישום, אגרות שנתיות, הטילים וכיו"ב, שאת כל אלו על החברה לשלם למדינה בה התאגדה. ומקור הכנסה זה הוא מעניין וטוב למדינה. ופתאום החלה להתפתח התפישה שיכולה להיות תחרות בין מדינות על משיכת יזמים לאגד את החברות שהם מקימים אצלן בבית ולא אצל אחר. ומתוך תחרות זו, דווקא דלוור הקטנה, שאין בה הרבה בסיס עסקי, שאין לה הרבה מה להציע, שאין בה הרבה קרקעות, או פעילות אחרת שעשויה להניב הכנסות יפות לשלטון המקומי המדינתי, חשבה לעצמה שכדאי לה ליצור דיני חברות שהם יחסית אטרקטיביים, כך שמכל רחבי ארה"ב (ומתברר מאוחר יותר, שגם מכל רחבי העולם), יבואו להתאגד אצלה. וגם השירות המשפטי שמקנה מדינת דלוור הוא הטוב ביותר בנושא דיני החברות, שכן 90% מזמנם עוסקים בתי המשפט שם בדיני החברות, מה שהפך אותם למומחים בתחום זה. במצב זה, בין 12% ל-15% מהכנסות המדינה באים נטו מאגרות של החברות המתאגדות, מבלי לעשות כל דבר אחר. דלוור, כאמור, זיהתה את הנישה והחלה לנצל אותה. ונכון להיום כל החברות הגדולות והמשמעותיות במשק האמריקאי, מאוגדות בדלוור והוא הדין שחל עליהן, ללא התעסקות בשאלה היכן הן ממוקמות פיזית.

כשרות משפטית

לצד המושג אישיות משפטית יש צורך לדון גם במושג הכשרות המשפטית.

כשרות משפטית היא הפוטנציאל לזכות או לחובה מסוימת. הכשרות המשפטית היא **הפוטנציאל להשיג או להוציא פעולה מסוימת.** חשוב להבין עם זאת, כי היא **מוגבלת הכוונה**, כלומר – פוטנציאל הפעולות המשפטיות שחלות על אדם שהוא כשר משפטית הוא מוגבל. בעוד שלא כל פעולה משפטית שאנחנו מכירים יכולה להיות רלוונטית לתאגיד. כך לדוגמא, נציגות של ועד בית משותף, שהוא גוף בעל כשרות משפטית, מוגבלת לעניינים מוגדרים מראש – מלכתחילה אין פוטנציאל לוועד הבית לבצע עסקאות במניות בבורסה עבור דיירי הבניין המשותף, על עוד לא קיבל לכך הרשאה מפורשת. לא לשם כך נועד ועד הבית, אלא כדי לנהל את רשות הבית המשותף, ותו לא.

אדם, בשר ודם, הוא גוף משפטי שפוטנציאל האפשרויות המשפטיות שלו הוא בלתי מוגבל. נכון שלא תמיד יש לו הכושר לכך, אך הפוטנציאל עצמו – איננו מוגבל. במצב בו לאדם אין את הכושר לבצע פעולה משפטית מסוימת, אנו מבקשים להגביל את יכולתו לביצועה ודורשים כי מישו אחר יבצע את הפעולה בעבורו, אך מצב שכזה איננו מגביל אדם להיות בעליו של רכוש, לדוגמא.

השאלה הגדולה לגבי החברות ואישיותן המשפטית, היא האם יש לה הכשרות המשפטית הכללית, קרי אישיות משפטית שפוטנציאל החובות והזכויות עברה הוא רחב ובלתי מוגבל, או שמא היא מוגבלת לעניינים מסוימים.

האנשת החברה – דיני השליחות ותורת האורגנים

עד כה, אמרנו שחברה היא אישיות משפטית, ולצורך כך יש לנו את כינון החברה, הקמתה כאישיות משפטית, וזה עניין שנמצא בפני עצמו כמצריך את דיני החברות. אך ברגע שהקמנו את החברה, יצרנו מכשיר מסוים שיש לו מענה מסוים לצרכים מימוניים במשק, הוא מניע את גלגלי הכלכלה והכל טוב ויפה. אך יחד עם זאת, יצרנו שאלות משפטיות עמוקות שלא היו קיימות במשפט עד אז, וחלקן עוסקות בשאלה כיצד ענפי המשפט השונים מתייחסים לגוף המכונה חברה. וכאן יש לנו בעיה – המשפט התפתח לאורך מאות ואלפי שנים, על פי מידותיהן האנושיות של בני האדם. והשאלה היא כיצד ניתן לקחת משפט שהוא אנושי כל כך, ולייחס אותו ולהפעיל אותו על גורם אחר, חדש, שנכנס למשחק, שאיננו בן אנוש. כך למשל, מאה אחוז מפעילות החברה מושתתת על דיני החוזים ודיני השליחות, שהם הביסוס לפעולות חוזים של חברות ופעולות משפטיות שיכולות להתבצע ע"י שליח.

סעיף 2 לחוק השליחות – דין השליחות

שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח. כלומר, כל פעולה שיבצע השלוח – תוצאתה המשפטית מתייחסת לשולח עצמו. השלוח הוא דמות ביניים שאיננה חלק מהחברה. ואם נאמר שכריתת חוזים של חברה מתבצעת באמצעות שלוחים הרי שיש לזכור כי השליחות עצמה גם היא חוזה;

סעיף 1 לחוק השליחות – השליחות ונושאה

שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי. השליחות שיוצרת החברה, היא פעולה משפטית – חוזה. אלו הפועלים לצורך התאגדותה של החברה, יגדירו מראש מי יהיו השלוחים הראשונים שלה. ומכאן ואילך, כל עולם דיני החברות עוסק בחוזים באמצעות שלוחים. "מוסמך" הוא מיופה כוח, ונשאלת השאלה האם הוא מונה כשלוח, האם הוא קיבל הרשאה לשמש כשלוחה של החברה. כמובן, שאצל פרטים בחברה אנחנו לא שואלים את זה – אדם מוסמך לפעול בשם עצמו, ואין כאן צורך בשליחות, שכן בבסיס עומד רעיון האוטונומיה של הפרט. אך כאשר **חברה** פועלת בהכרח באמצעות בני אדם, הרי שהיא **תמיד תפעל באמצעות שלוח**. מה שמעלה את הסוגיה המשפטית; **כיצד ניתן לדעת שהתקשרות חזית של חברה היא פרי מהלך שליחות מטעמה**. כמובן, שכאשר הכל טוב ויפה, הרי שהשאלה המשפטית איננה מתעוררת ואיננה אמיתית או רלוונטית לעניין – השלוח פועל והתוצאה המשפטית היא חוזה בין השולח ובין צד שלישי. אבל כאשר קרה שהשלוח איננו פעל בדיוק על פי גבולות הגזרה של השליחות שהותוו לו, תתעורר השאלה ועמה הבעייתיות.

מי שקובע את גבולות הגזרה הוא השולח. נניח לדוגמא, שהשולח הסמיך את השלוח לפעול לעניין אחד, ופועל זה האחרון פעל בעניין אחר – הסמיך אותו לפעול בעסקאות של עד מיליון שקלים, וזה פעל במסגרת עסקה בהיקף של 3 מיליון שקלים. מה קורה במצב כזה? כאשר השלוח כרת חוזה בשם החברה כאשר אין הוא מוסמך לכך? במצב כזה, לא יהיה הוא נתבע רלוונטי – הפרת החוזה היא של החברה ולא של האיש שפועל בה.

המקרה של שליחות במסגרת הרשאה, החוזה נכרת בין השולח (החברה) ובין צד שלישי בעוד שהשולח איננו מעורב, ולכן כאשר מתקיימת הפרה של החוזה לצד שלישי, התביעה איננה נגד השולח אלא נגד השולח – החברה בלבד.

סעיף 6 לחוק השליחות – פעולה ללא הרשאה

(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 שהשולח 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.

קובע סעיף קטן (א) לחוק, שניתן לאשר בדיעבד. כלומר – אנחנו רוצים להגן על השולח, ולכן, אם בכל זאת מצאה חן בעיניו פעילות השלוח, על אף שהיא חריגה מסמכותו, ניתן לאפשר לו לקבל את תוצאתה בכל זאת.

לדוגמא, בשלב ההתקשרות עם הצד השלישי, זה לא ידע שמדובר כאן בחריגה מהרשאה. ואילו כעבור זמן מגיע השולח ומתפלא על השלוח שסגר עסקה בסך 3 מיליון שקלים, שכן הוא מורשה לסגור בשמו עסקאות של עד מיליון שקלים בלבד. כמובן שמבחינת הצד השלישי לא הייתה כל בעיה להתקשר בחוזה, והוא כלל לא היה מודע להרשאה של השלוח לסגור עסקאות בשם השולח. הבעיה מתעוררת כאשר העסק מתפוצץ. במצב כזה, יאמר השולח כי לא היה זה כפי שהורה. וכעת יאמר הצד השלישי שאם כך הדבר, לא נורא, קורה, הוא לא כועס, אלא שהיו לו לקוחות אחרים שחיכו לקנות במחיר כזה ואף במחיר גבוהה ממנו, וכעת הוא ללקוחות הקודמים וימכור את הנכס בארבעה מיליון שקלים. במצב כזה יעדיף השולח לאשר את העסקה בדיעבד, אבל הצד השלישי ישמח על ההזדמנות לצאת מהחוזה ויכיר במקרה כמצב של חוזה חדש – הוא במקור רצה לגמור עם השלוח בחוזה, אבל אז השולח לא גמר בדעתו, וכעת כשהוא כן מעוניין, הצד השלישי עצמו איננו רוצה בכך, שכן בפניו הצעה טובה יותר והוא מעדיף אותה. לולא קיומו של סעיף קטן (א) לחוק, היה חשש שהצד השלישי אכן יפעל כך, וינצל לרעה את המצב כדי לברוח מהעסקה ולנצל עסקה אלטרנטיבית טובה יותר.

ומה קורה כאשר הצד השלישי אכן הבין שהשולח לא נתן הרשאה לשלוח, ואותו ד' בא לרכוש והוא אכן מוכר לו וכורת עמו חוזה חדש וכעת מגיע השולח ואכן נותן הרשאה בדיעבד. כעת נראה כי כבר מאוחר מדי, מכיוון שהצד השלישי מכר את הנכס לד'. אומר השולח, אישור בדיעבד היא פעולה חד-סטריית, ואם הוא מאשר עכשיו, זה נחשב כאילו הסכים מלכתחילה. מה קורה במצב כזה?

בדיני הקניין, מתקיימת תפישה שלמה שבאה להתמודד עם מצבים רגישים כאלו, של עסקאות נוגדות – מה קורה כאשר נכס מסוים נמכר פעמיים. ברור שמתקיים כאן חוסר ישר של משהו – הולך לוי ומוכר מגרש מקרקעין לראובן, שמשלם לו מקדמה על החשבון, ואח"כ הולך שוב ומחזיק את שמעון על חוזה מכר עבור המגרש, שמשלם לו את כל הכסף עבור הרכישה. ממהמרים השניים ורושמים את הנכס בטאבו על שם שמעון, אבל כאשר העסק מתפוצץ, מגיע

ראובן דורש להעביר את הנכס לבעלותו. שמעון מתפלא ושואל לקיומו, והוא מסביר שקנה מלוי. רצים ומחפשים את לוי, ואין לוי. לכו חפשו אותו בחו"ל.

יש חשש בדין, שאנשים לא יבצעו עסקאות מתוך חשש כזה, כפי שמתואר בסיפור שלעיל, ועל כן, במקרה שכזה הדין יזכה את ראובן וישלם לו את מלוא הערך ששילם, וזאת מפאת תקנת השוק – **לאפשר לשוק העסקי לפעול בודאות יחסית**, כך שידע הקונה שמה שחתם עליו ומה שקנה, זה מה שיקבל בתמורה, ולא ייתכן שיבוא ביום מן הימים מישהו, ויתבע כי מתקיימים כאן ענייני היסטוריים שונים.

התוצאה משתנה מחוק לחוק, אך המכנה המשותף הוא שני אלמנטים מרכזיים; האחד, הכרח שאותו צד מאוחר היה תם לב, כלומר – לא היו שום סיבות לחשוד על קיומה של תקלה קודמת. השני, שהוא שילם בפועל את כל הערך או לפחות את רובו.

הסיפא של סעיף 6(א) לחוק השליחות, הוא מקרה פרטי של העדפת אותו גורם שהגיע מאוחר לתמונה, אבל שילם והיה תם לב ולכן מעדיפים אותו. **השולח יכול לאשר בדיעבד את העסקה, וכמוהו כהרשאה מלכתחילה ולכן הוא הראשון**. אלא אם כן, טרם האישור המעשי שלו, נכנס ד' לתמונה, קנה בתום לב את הנכס, שילם את מלוא הסכום, לא ידע על קיומו של השולח. במצב כזה יתאפשר אישור העסקה בדיעבד בכפוף לאותו צד רביעי, בהתאם לסעיף 6(ב);

לפי סעיף 6(ב), כל עוד השולח מצידו לא אישר את הפעולה בדיעבד, אין לצד השלישי יריבות משפטית נגדו. כלומר, גם בסעיף זה נראה כי הדמות האמיתית עליה בוחרים להגן הוא השולח. מעבר לכך, בא סעיף קטן (ב) ומסדיר את העניינים גם מבחינת הצד השלישי, לאחר שדאג לשמור את הצד השולח ללא פגע. מה קורה אם השולח מחליט שלא לאשר? הצד השלישי עשוי להיפגע.

חשוב להבין כי השלוח הוא בעל דברו של השולח והדבר בא לידי ביטוי בתביעה ממנו במסגרת סעיף זה. כרת השלוח חוזה, התיימר לייצג מישהו אחר ולא את עצמו, אך מאחר ולא היה מורשה לכך, הרי שלפי הסעיף הוא צד לחוזה למול הצד השלישי. כלומר, יש לחייב את השלוח לרכוש את הנכס מהצד השלישי, או לחילופין לא לחייב אותו לרכוש, אלא לתבוע אותו בתביעה מזיקת על הנזק שנגרם – היה אמור למכור ב-3 מיליון, וכעת ההצעה הבאה לאחר ביטול העסקה ע"י השולח היא רק של 2 מיליון – יפצה השלוח במסגרת תביעה מזיקת על ההפרש, כלומר – 1 מיליון. פעמים רבות כל שנוכל הוא לנקוט במסגרת תביעה מזיקת וכלל לא תהיה אופציה לאכוף את החוזה, כדוגמת המקרה הבא;

מגיע השלוח לצד שלישי, ומסביר בפניו הוא מייצג שולח מסוים כמייפה כוחו למכור את נכסיו, בעוד שבפועל הוא כלל איננו מוסמך לייצגו. במצב כזה, לאחר שביצע עסקת מכירה של נכס כלשהו, אין אפשרות לצד שלישי לחייב את השלוח למכור לו את הנכס, שכן הנכס כלל איננו בבעלותו, אלא בבעלות השולח – שאיננו מעוניין למכרו. ועל כן, במקרה כזה, כל שתאפשר היא תביעה מזיקת מידי השלוח.

התקשרות חוזית של נושאי משרה בשם החברה

דיני השליחות הם רלוונטיים ביותר מבחינת החברה, שכן כל פעילותה מתבצעת באמצעות שלוחים, ולצורך כך גם בחוק החברות ישנן הוראות ספציפיות המתמודדות עם סיטואציות מעין אלו, וכדי להבין את המשמעות יש לבחון את היחס של הוראות אלו למול סעיף 6 לחוק השליחות;

סעיף 55 – פעולה בחריגה מהרשאה

(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.

סעיף זה, בא בבחינת אזהרה כללית וקובע עבור שלוח או שלוח לכאורה, שפועל במסגרת החברה – היזהר ואל תפעל במסגרת חריגה מהרשאה. חשוב היה להציג איוסר מפורש שכזה בחוק, משום שכאשר הוא ישנו וכתוב, הרי שברור כי הפרתו תגרור סנקציה שיפוטית. כלומר, אם מישהו פועל מטעם החברה וחורג מההרשאה שניתנה לו הרי שהפר את הוראת החוק, ועל כך ניתן לתבוע אותו במסגרת תביעה אזרחית (ע"י החברה).

סעיף 56 – פעולה בחריגה מהמטרות או בלא הרשאה

(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.

פעולה שלא אישרה החברה לביצוע, אין לה תוקף כלפי החברה, אלא אם;

1. אישרה זאת החברה – בדרכים הקבועות בסעיף קטן (ב) שדומה מאוד לסעיף 6(א)

לחוק השליחות, וקובע אישור בדיעבד.

2. הצד שכלפיו נעשתה הפעולה פעל בתום לב – תנאי שאיננו מתיישב עם סעיף 6(ב)

לחוק השליחות, שכן מהווה ההיפוך הגמור שלו. במקרה זה, אם הצד השלישי לחוזה

היה תם לב, הרי שלחוזה יש תוקף והוא מחייב את החברה. ואם השולח הוא חברה ולא

אדם פרטי, מה שיחול הוא חוק החברות ולא חוק השליחות, בבחינת חוק כללי וחוק

ספציפי (הספציפי גובר).

החברה פועלת באמצעות שלוחים, ואלו הפועלים בשמה אינם פועלים בשמה באופן חד-פעמי, אלא פעם אחר פעמים, פעמים רבות. ולכן, ההנחה היא שאם יסטו מההרשאה פעם אחת, בפעם הבאה זה לא יקרה משום שהחברה לא תחזיק בהם יותר. ולכן, יש כאן תמריץ לאזן מראש – לא תהיו בסדר? אע"פ אתכם ואביא אחרים במקומכם. ואין אמצעי שליטה טוב מזה.

ואילו ביחס בין השולח, השלוח וצד שלישי, מי שנתקל באופן חד פעמי בשלוח הוא הצד השלישי. ולכן, פוטנציאל הקטנת הנזק מצוי אצל החברה – השולח, ולא אצל הצד השלישי.

ומה בין חריגה מהרשאה ובין חריגה ממטרות החברה?

במקור, פקודת החברות מימי המנדט הבריטי, הבחינה בין שני סוגים של חריגות; האחת, הייתה חריגה מהרשאה כפי שהכרנו אותה כאן. כלומר, כאשר מישהו פועל בשם חברה וחרג מהסמכות שניתנה לו. השנייה, חריגה ממטרות החברה.

כאשר חברה מתאגדת, במסגרת פעילות ההתאגדות שלה, צריכים המייסדים להגיש מספר מסמכים וטפסים לצורך ההתאגדות. המסמך העיקרי שעליהם למסור הוא תקנון החברה, והוא מהווה מסמך הבסיס, היסודי והמרכזי המגדיר את תפקוד החברה ומסדיר אותה. במסגרת התקנון, המוגש לצורך ההתאגדות, חייבים להופיע ארבעה פרטי תקנון, שהם עניין של חובה על פי החוק (מנויים ומפורטים בסעיף 18 לחוק); שם החברה, מטרות החברה, פרטים בדבר הון המניות הרשום של החברה, פרטים בדבר הגבלת האחריות של החברה. ומתוך ארבעת פרטים אלו, נעסוק כרגע במטרות החברה;

המשפט הבריטי המנדטורי ששלט בארץ, הבחין הבחנה מהותית בין חריגה מהרשאה ובין חריגה ממטרות החברה – כאשר מי שהתיימר לפעול בשם חברה חרג מהרשאתה, כללי המשחק מאז ומעולם היו דומים לאלו שאנו מכירים היום. השאלה האם נכרתה עסקה או חוזה בר תוקף, בין החברה שמהשראתה חרגו ובין צד שלישי, הייתה תלויה במידה רבה בשאלה מה מצבו של צד זה – האם הוא ידע על כך שהייתה חריגה בהרשאה, או לפחות היה עליו לדעת, מקרה במסגרתו אין לו להלין אלא על עצמו ועל כן לא תתקיים העסקה, או אם היה תם לב ולא ידע, לא היה ער לסיבוך, ואם כך הדבר, הרי שבדרך כלל נכרתה עסקה תקפה בין הצד השלישי ובין החברה. אלא שכאשר הייתה חריגה ממטרות החברה, כל העסק היה נראה אחרת. חריגה כזו, בתפישת המשפט הבריטי, משמעותה כהיעדר כשרות משטית. כאשר נקבעות מטרות לחברה, הן גבול פוטנציאל הפעילות שלה, ועל כן, כל פעולה שהיא מחוץ למטרות אלו, אין כשרות משפטית להוציא אותה לפועל וממילא תוצאה של פעולה כזו היא בטלות. כל חריגה שכזו, הייתה פסולה ובטלה ואין זה משנה מה סטאטוס הידיעה של הצד השלישי לחוזה. מעצם היותה של החברה, אין לה כוח לחוב או לזכות בפעולה כזו – אם הייתה היא מחוץ למטרותיה. העניין הוביל לתוצאות אבסורדיות, קשות מאוד. וכמיטב מסורת המשפט האנגלי, כאשר הוא נתקבל בתוצאות כאלו, הוא לא מתקן את הכלל, אלא יוצר קונסטרוקציה חדשה שתיצור **חריג כללי**, שיוצא שהוא לא פחות אבסורדי.

תורת הידיעה הקונסטרוקטיבית

פיקציה בריטית, שקבעה כי כל צד שלישי, כלומר – כל אדם בעולם המתקשר עם החברה **מוחזק כידוע, מיוחדת לו ידיעה על מה תוכן התקנון של החברה** ובאופן ספציפי מה תוכן **מטרות החברה**. הידיעה הזו מיוחסת לו משום שתקנון החברה מופיע במקום פומבי, הוא נמסר לרשם החברות, וברגע שהוא נמסר לשם, הוא פתוח לעיונו של כל אדם בעולם. והיות שכך הדבר, הרי שממילא כל צד שלישי שהתקשר עם השלוח שחרג ממטרות החברה, איננו מוחזק כתם לב. אך כאמור, התוצאה של בטלות מוחלטות הייתה תוצאה קשה, ותורת הידיעה כפי שהיא מובאת כעת, לא הביאה לתוצאות שהן אבסורדיות פחות.

בתיקון מספר 17 לפקודת החברות, שנעשה בראשית שנות ה-80, נקבע לראשונה סעיף שגלגולו הנוכחי בחוק החברות הוא סעיף 4, וקבע כי **כל חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל פעולה, זכות או חבה המתיישים עם עצם טבעה כתאגיד**. כלומר, המחוקק קבע משהו שלא היה בעבר – כאשר יש חברה בעלת כשרות משפטית כוללת, אפילו שלא הוסכמה לעניין מסוים במסגרת מטרותיה, היא בעלת כושר משפטי, כלומר – **פוטנציאל לפעול במקום מסוים שלא הוגדר תחת המטרות**. כך למשל, אם הגדירה החברה כי מטרותיה הן לפעול בתחום הנדל"ן, וכעת היא מעוניינת לפעול בתחום החלל, הרי שי שלה פוטנציאל לכך. המטרות הן מקרה ספציפי לפוטנציאל הכשרות המשפטית של החברה. ולכן, בתפישה משנות ה-80 ועד היום, היחס המשפטי לחריגה מהרשאה ולחריגה ממטרות, הוא זהה.

ומדוע כותבים בכל זאת בתקנון את מטרות החברה? כאשר עושים כן, אומר הדבר שמוסמכת החברה לפעול בתחום הנדל"ן ולא בתחום החלל. ומי המוסמך? החברה וכל מי שפועל מטעמה. ומי שקובע את התקנון הם המייסדים, והוא ניתן לשינוי ע"י האסיפה הכללית של בעלי המניות באמצעות הצבעה. ולכן, אם החברה רוצה לעבור מתחום של נדל"ן לתחום החלל, יהיה עליה לעשות זאת בצורה מסודרת ע"י אישור בעלי המניות. המנהלים לא יוכלו לעשות זאת על דעת עצמם אלא יהיה עליהם ליזום שינוי בתקנון. ואולי לשם כך הוגדרו מטרות החברה, כדי לתת למנהלים גבולות גזרה, וזהו למעשה ביטוי נוסף של הרשאה. אין זה אומר שלא ניתן לפעול שלא לפי המטרות, אך יהיה כאן הכרח לאישור בעלי המניות.

גרבר נ' תל יוסף

בפרשה זו, נדונה שאלה פנימית ונסב דיון שלם בין השופט דב לין ובין הנשיא בדימוס אהרן ברק. והשאלה היא, האם לאור ביטול דוקטרינת הידיעה קונסטרוקטיבית, בוטל גם כלל הניהול הפנימי. כלומר, בהתקיים כשרות משפטית וחריגה ממטרות החברה, התוצאה היא איננה אוטומאטית בטלות מוחלטת. בעיני החברה, פעולה בלא הרשאה תהיה תקפה בכפוף לסטאטוס של צד ג' וזה המשחק.

אומר ברק לעניין זה, כי כלל הניהול הפנימי עדיין קיים – מה שאתה לא יודע, לא יפגע לרעה בצד ג'. ואם צד ג' היה תם לב, הרי שהחזקה תקף. בעוד שלעומתו אומר השופט לין לעניין זה, כי כלל הניהול הפנימי איננו קיים עוד.

חוק החברות פתר עניין זה בקובעו כי חריגה ממטרות החברה ופעולה שאיננה במסגרת ההרשאה, הן פעולות זהות לפי האמור בסעיף 56 לחוק.

קמחי נ' בית הדין לעבודה

תביעה חוזית של אדון קמחי, שהיה מנכל ויו"ר דירקטוריון של חברה שהייתה בשליטת הסוכנות היהודית. כהונתו כמנכל ויו"ר הייתה למשך תקופה שאיננה מובטלת, בעוד שתקנון החברה קבע כי כהונת נושאי המשרה הבכירים תוגבל בכל פעם לתקופה של שנתיים בלבד, וכעבור שנתיים ניתן יהיה לחדש את התקופה. אלא שבכל פעם רצף ההעסקה והחזרה, יהיה לתקופה זו. בפועל, היה סוגר קמחי על הארכת החוזה שלו מול אדון דולצ'ין, שהיה יו"ר הסוכנות דאז. אלא שבכל פעם שהיה מאריך דולצ'ין את תקופת הכהונה היה עושה זאת לתקופה של 4 שנים בכל פעם, ולא שנתיים כפי שמצוין בתקנון החברה – תקנון לחדוד ומציאות לחדוד. שוב עשה כפי שעשה, אלא שתקופה קצרה לאחר מכן, הועבר קמחי מתפקידו ובעקבות כך תובע כי היה אמור להיות בתפקיד משך 4 שנים ודורש פיצויים. בית הדין קבע כי הוא זכאי לפיצויים על תקופה של שנתיים בלבד, משום שבתקנון מצוין כי זו התקופה המרבית לכהונה. ערער קמחי לבג"ץ בטענה שמגיעים לו פיצויים על תקופה של 4 שנים.

אומרת החברה – חריגה מסמכות ולחזרה אין תוקף. אומר קמחי – אישור בדיעבד דוחה את הנושא. השופט מצא, בדעת רוב, דוחה את טענת האישור בדיעבד וטוען כי אין הוא משתמע ממקרה זה, והעובדה שכך נהגו בפועל אין היא קובעת אישור בדיעבד, אלא יש להראות עמדה מפורשת.

אומר קמחי לעניין, הוא עצמו כצד ג' לחוזה, היה תם לב, אך בכל זאת נפגע, ועל כן מגיע לו פיצוי למשך התקופה אותה הוא דורש. ביהמ"ש לא קיבל את טענת המערער לעניין זה, שכן הוא עצמו כמנכל החברה ויו"ר הדירקטוריון, לא ייתכן שלא ידע ולא הכיר את תקנון החברה ולמעשה היה עליו לדעת כי תקופת העסקתו היא לשנתיים, כקבוע בתקנון. ועל פוסק ביהמ"ש כי הפיצויים יינתנו על תקופה של שנתיים בלבד.

פנידר ואח' נ' דוד קסטרו

קסטרו הוא תושב חוזר שהגיע לארץ לאחר כמה שנים של שהייה בחו"ל, והוא מעוניין לרכוש דירת מגורים. לקסטרו חבר, פניני, שעסק בעסקי הבנייה באמצעות חברת פנידר. חתם קסטרו חוזה לרכישת דירה באמצעות חברת פנידר, ושילם את הכסף. כעבור זמן הפכה החברה חדלת פירעון, מונה לה מפרק, וקסטרו נותר בלי כסף ובלי דירה. מאוחר יותר הסתבר לו לקסטרו, שהעלימו ממנו מידע חשוב מעבר לעובדה שכבר אז הייתה נתונה החברה תחת קשיים, והוא שהקרקע עליה נרכשה דירת המגורים אינה בבעלות החברה. שתי עובדות חשובות שאילו היה יודע אותן ספק אם היה מתקשר בחוזה.

קובע ביהמ"ש העליון בפרשה זו, כי **אחריות לניהול משא ומתן בתום לב היא חובה שחלה אישית על כל מי שהוא צד למשא ומתן בין אם הוא צד לחוזה ובין אם לאו.**

השאלה הנשאלת היא את מי ניתן לתבוע – את החברה או את מנהל החברה. על פניו, נראה כי התשובה היא ברורה – את החברה. אלא שקובע ביהמ"ש לעניין זה, כי האחריות לנהוג בתום לב חלה על כמי שמשתתף במו"מ לכריתתו של חוזה, והוא מהווה חלק מהחוזה, ומכאן **גם על השלוח**. כלומר, **נורמת תום הלב חלה גם על השלוח**, ואם לא ינהג בתום לב, ניתן יהיה **לתבוע אותו אישית על הפרת חובת תום הלב**. בתפר בין תום הלב במשא ומתן ובין חובת הנאמנות לחברה – כשם שהחברה כפופה לתום הלב, כך גם מי שחב לה חובת נאמנות. והעובדה שהחברה איננה מעוניינת לנהוג בתום לב, לא פוטרת את השלוח לנהוג כך. וביהמ"ש הכריע מפורשת לטובת הגילוי החיצוני ואף הבטיח כי אם יפר השלוח את חובת הנאמנות שחב לחברה, לטובת חובת תום הלב, הוא יגן עליו מפני תביעה שיהיה חשוף אליה מצד החברה.

אחריות החברה בפלילים ובניזקין

נשאלת השאלה, כיצד ואם בכלל, חברה אחראית בניזקין? נניח שנגרם נזק כלשהו במסגרת פעילות של חברה. האם מי שניזוק ונפגע בגופו או ברכושו, יש לו עילת תביעה בניזקין כלפי החברה? ונניח שבוצעה פעולה עבריינית, במסגרת פעילותה של החברה, האם ניתן להאשים את החברה בפלילים ולהעמידה לדין פלילי?

העיקרון הראשון של דיני הניזקין הוא **פיצוי הניזוק**. כך, אם פלוני הזיק לאלמוני, דיני הניזקין יספקו לניזוק עילת תביעה כלפי המזיק, שהסעד האופרטיבי, אם וכאשר הוא יזכה בעילת התביעה שלו, בדרך כלל יהיה סעד של פיצויים בגין הנזק שנגרם לו. ואילו באשר לעוולות, הרי שהעוולה המרכזית והעיקרית בדיני הניזקין היא **עוולת הרשלנות**, אך אין היא העוולה היחידה.

ומה קורה אם הנזק נגרם מפעילותו של תאגיד? נכנס אדם למפעל של חברה מסוימת, הרצפה רטובה, הוא מחליק ושובר את האגן. והתוצאות; אובדן כושר עבודה, השבתה מעבודה בפועל, עלויות אשפוז, עלויות שיקום ועוד. ברור שהניזוק יכול לתבוע וברור שמישהו הזיק לו ויהיה אחראי לכך במסגרת דיני הניזקין. אך השאלה הנשאלת היא, מי הוא זה שכנגדו יש לנו עילת תביעה מזיקית?

לקבוע שחברה אחראית בניזקין, אומר לקבוע, שהחברה כאישיות משפטית, התרשלה (נניח בעוולת הרשלנות), כלפי הניזוק. וכדי לקבוע שמישהו אחראי כלפי מישהו אחר ברשלנות, יש לקבוע ולהראות, שבין המזיק והניזוק הייתה למזיק חובת זהירות כלפי הניזוק. ומשמעות חובת הזהירות היא שהמזיק צריך היה לצפות את אפשרות התרחשות הנזק והפר את חובת הזהירות משום שלא נקט אמצעים סבירים, או לא נקט את כל האמצעים למניעת הנזק. ואם נצליח להוכיח את הקשר הסיבתי, שאכן ההתרשלות היא זו שהובילה בסופו של עניין לתוצאה הניזקית, אזי קיימת כאן עוולת רשלנות.

השאלה היא, איפה חברה צופה התרחשות של נזק. **איפה היסוד התודעתי האנושי של החברה?** באמצעות אותם בני האדם הפועלים במסגרת החברה, להם תודעה אנושית, והם אמורים לצפות את הנזק ובהתאמה לעורר את החברה לנקוט אמצעי זהירות. אם כן, יש כאן למעשה ייחוס של תודעה אנושית כלפי החברה, והמהלך הוא דומה מאוד למהלך אותו עשינו במפגשנו הקודם בהקשר החוזי.

הכיוון הכללי וקווי הדמיון בין החוזים ובין האחריות בניזיקין, הוא כמעט זהה, אלא שי שכאן שינוי אחד מבחינת הפורמאליות המשפטית; בהקשר החוזים, המהלך באמצעותו ייחסנו תוצאות משפטיות של ההתנהגות האנושית של בני האדם לחברה בדיני החוזים, היה מהלך משפטי המכונה דיני שליחות – ראינו באיש שלוח של חברה. בעוד שבהקשר הניזיקין, ויתרה מכך בהמשך כאשר נדון בהקשר הפלילי, ישנה בעיה לעשות זאת.

בדיני הניזיקין ישנה תפישה כללית של הדין, על פיה בהחלט יכול להיות שאדם אחד בעולם יבצע מהלך ניזיקי כלשהו, כלומר – יבצע פעולה ניזיקית או לחילופין יחדל מלבצע משהו במחדל שהיה עליו לבצע כדי למנוע את הנזק, ובסופו של דבר האחריות המשפטית לתוצאה המשפטית תתלבש על אדם אחר.

מצב בו האחד מבצע והשני אחראי באופן שילוחי לתוצאתו של הראשון, מתואר בסעיף 13 לפקודת הניזיקין הדין באחריות שילוחית של מעביד לנזק שאירע ע"י העובד שלו.

סעיף 13 לפקודת הניזיקין – חבות מעביד

(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.

(ג) לענין סעיף זה, מעשה – לרבות מחדל.

על פניו, יש כאן תפישה של שליחות ונראה כי קל יהיה להלביש אותה על חברה במקרים שונים. אלא שיש כאן נקודה בסיסית בה האחריות של השליחות בדיני הניזיקין שונה במשהו מיחסי השליחות שהכרנו במסגרת דיני השליחות.

במקרה המובא כאן, בדיני הניזיקין, **השליחות לא נוצרה מרצון**. נכון, מתקיימים כאן יחסי עובד ומעביד, אך האחריות והשליחות כאן היא בעיה של בית הדין. אומר המחוקק – ישא אדם בתוצאות של מעשה שעשה אדם אחר. וכאן מתקיימים שני הבדלים עיקריים;

בשליחות בהקשר החוזי, הטענה היא שכל עוד השלוח פועל במסגרת הרשאתו, תוצאות אחריותה שליחות יחולו אך ורק על השולח. כלומר, השלוח איננו צד למעט הקשר החוזי. לעומת זאת, בהקשר דיני הנזיקין, אחריות השליחות דנה באחריות שליחות המעביד, רק כאשר העובד עצמו בראש ובראשונה אחראי באופן אישי. המעביד יחוב באחריות שילוחית בניזקין לנזק, רק לאחר שנקבע משפטית כי העובד באופן ישיר אחראי לנזק שנגרם. כלומר, בדוגמא שהבאנו – שהעובד היה עליו לצפות את הרטיבות על רצפת מפעל החברה, בהיותו האחראי על מערך הניקיון בה. ולכן, ניתן להטיל אחריות אישית ואחריות נזיקית על אותו עובד, ואם כך, ניתן יהיה להוסיף אחראי נוסף והוא המעביד, זאת בעוד בדיני החוזים ודיני השליחות יש לנו רק נתבע אחד.

הבדל נוסף בין דיני החוזים ובין דיני הנזיקין, מתבטא בכך שבמסגרת דיני החוזים, יחסי שליחות יכולים להתקיים לכל דבר ועניין ואין הגבלות על היקף ופריסת השליחות ששולח יכול להסמך לשלוח. בדיני חוזים פוטנציאל ההסמכה הוא רחב. בעוד בהקשר הנזיקי, ישנן מגבלות – דיני הנזיקין עצמם קובעים כי ישנן עוולות מסוימות ביחס אליהן אין אחריות שליחות. בעוולות מעין אלו, רק המזיק הישיר אחראי בניזקין על העוולה שנעשתה והאחריות לנזק תוטל על המעוול הישיר – מי שביצע את הנזק בפועל. שלוש עוולות אלו הן כליאת שווא, נגישה ותקיפה.

תורת האורגנים

דיני החברות מפתחים את תורת האורגנים שהרעיון הבסיסי שלה הוא לקבוע טכניקה משפטית, שתטיל אחריות בניזקין על החברה ככזו, על האישיות המשפטית של החברה. כלומר, כאשר התרחשה תוצאה נזיקית ע"י גורם אנושי במסגרת החברה (לא כל גורם אנושי), ניתן יהיה להטיל אחריות על החברה.

ומדוע יש לפתח טכניקה חדשה, בעוד שמתקיימת טכניקת השליחות? תשובה אחת לשאלה זו, היא משום שטכניקת השליחות יכולה להוביל לאחריות רק ביחס לעוולות מסוימות וללא קשר לעוולות אחרות, והסיבה לכך היא משום שהעוולות האחרות הן אישיות יותר (למשל תקיפה) והן נקבעו עוד לפני עידן החברות, ביחס לבני אדם. רק מאוחר יותר הגיעו למסקנה כי יש להחיל את העוולות הללו גם על תאגידים.

החברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, ואנו מתייחסים לאורגנים שבה כאילו הם חלק ממנה, איבר מאבריה, והפעילות עצמה מיוחסת למעשה לגוף כולו – לתאגיד עצמו.

תורת האורגנים יכולה לשחק תפקיד מאוד חשוב, גם לגבי אותן עוולות שיש לגביהן אחריות שילוחית, כאלו שניתן היה לכאורה להגיע אל המעביד באמצעות העובד. אלא שבאחריות שילוחית ציינו, כי התנאי הוא קודם כל למצוא עובד שהזיק, ורק לאחר מכן ללכת למעביד. למעשה תורת האורגנים באה לפתור את אותן עוולות מודרניות (נזקי זיהום, נזקים בריאותיים, נזקים שנמשכים על פני זמן), בהן קשה יהיה לזהות אדם מסוים במסגרת התאגיד שעליו ניתן לומר כי הוא זה שאחראי אישית לנזק. ובמקרה של אחריות שילוחית, נאמר כי אם לא נמצא עובד שאחראי אישית, לא נוכל להאשים את החברה.

תורת האורגנים קובעת, כי **האחריות בניקין תוטל במישרין על החברה**, ולא באופן שילוחי או עקיף. ואפילו אם ברור הוא שהנזק נגרם בעקבות התנהגות אנושית של בני אדם, האחריות תהיה על החברה ואין זה משנה לתורת האורגנים, אם אפשר או אי אפשר, לזהות מישהו שהוא אחראי בעצמו. השאלה האם בני האדם, בשר ודם, אחראים כן או לא, היא איננה רלוונטית לצורך הטלת האחריות על החברה.

עיקרון היסוד של המשפט הפלילי עומד על כך שאיש בחטאו ישא, ואין אחריות שילוחית בפלילים. התנהגות פלילית היא עניין פרסונאלי, ולכן אם אני מבקש מאדם לבצע עבירה, אם יבצעה הוא זה שיוכח כעבריין, ולא השולח. כמובן שאת השולח ניתן להאשים בקשירת קשר או בסיוע לביצוע עבירה, אבל מי שפרץ את הכספת הוא יהיה השודד, והוא האחראי לעבירת השוד ולא זה שהזמין את העבודה.

השאלה היא, האם ניתן להאשים ולהרשיע בפלילים את החברה, שאין לה זרועות, אין לה ראש, אין לה מוח או כושר החלטה כיצד לפעול. אם כן, על פי הטכניקה של פלילים לא ניתן. אלא שעל פי תורת האורגניים, תחת נסיבות מסוימות מאוד, ניתן יהיה.

נכון, חברות אינן שודדות (במובן הקלאסי של המונח שוד), אבל אם לדוגמא חברה מזהמת וע"י כך פוגמת באיכות הסביבה, הרי שיש כאן נזק ועילה לתביעה אזרחית בניקין, בעוד שייתכן וישנם חוקי זיהום מסוימים שעל פיהם אסור לזהם מעל לרמה מסוימת, ומי שחורג מרמה זו הרי שהוא עובר עבירה פלילית. אז מה, לא ניתן יהיה להאשים את החברה בפלילים?

דוגמא נוספת היא תקנות התעבורה הקובעות עבירות פליליות על אי ציות לתמרור, על נסיעה ברמזור אדום ועוד. האם נשמע הגיוני שנאשים את החברה בגין עבירה על תקנות התעבורה? הרי שהחברה איננה נוהגת, אבל היא בהחלט יכולה לשאת בתוצאות משפטיות שונות על עבירות שעבר נהג, בעודו נוהג ברכב של החברה.

תורת האורגנים באשר היא, מעלה שתי שאלות מרכזיות עליהן נענה במהלך דיוננו להלן; השאלה האחת היא מי בחברה נחשב לאורגן. האם לומר שהאורגנים של החברה הם חלק ממנה, הכוונה לומר בכך שכל אלף העובדים של החברה נחשבים אורגנים בה? כלומר, איך קובעים מתי סף התנהגות אנושית מסוימת בחברה מוטלת על החברה כתוצאה משפטית ומתי לא.

השאלה השנייה, עוסקת במדיניות המשפטית, ובסוגיה מדוע ראוי מלכתחילה להטיל אחריות ישירות על החברה. בהקשר הנזיקי, נתנו לשאלה זו כמה תשובות אפשריות, כמו למשל נזק מתמשך שקשה לזהותו, מגבלות האחריות השילוחים ועוד. אבל במקרה שלהלן, נשמע מעט מרחיק לכת, מבחינת ההתנהגות הרצויה, להטיל אחריות פלילית על החברה. שהרי בסופו של עניין יש בני אדם בחברה, והם אלו שביצעו את המעשה הפלילי – אין סיבה שלא נטיל את האחריות עליהם.

מיהו אורגן

סעיף 53 – אחריות בנזיקין של החברה

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

סעיף קטן (ב) בא כדי להבהיר, שכאשר קובע חוק החברות את תורת האורגנים, ואת העובדה שהחברה חבה במישרין על עוולת האורגן שלה, הוא קובע זאת ובא להוסיף על מה שהיה קיים עוד מתקופת פקודת הנזיקין.

סעיף 46 – האורגנים

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.

בעידן פקודת החברות, לא הייתה הגדרה סטטוטורית למי נחשב אורגן ומי אינו נחשב כזה. הפיתוח המובא להלן בסעיף 46, הוא פיתוח של הפסיקה תוך התמודדות עם מקרים שונים שקרו. משנחקק חוק החברות בשנת 1999, הוא איגד את אותם מבחנים שפותחו במסגרת הפסיקה, וקבע אותם בצורה מפורשת בחוק.

ברישא של הסעיף, ישנה הצבעה על גופים מסוימים שהם האורגנים בחברה, בעוד שהסיפא של הסעיף באה להוסיף על ההתייחסות לאורגן עצמו.

אין ספק ואין חולק על היות **האסיפה הכללית והדירקטוריון אורגנים בחברה**, שכן שני גופים אלו **אין להם חיים מחוץ למסגרת החברה**, ולכן טבעי הוא שהתוצאות המשפטיות של תפקוד שני הגופים הללו יוטלו על החברה עצמה. אלא שבשונה משני הגופים הללו, המנכ"ל הוא אדם אחד ויחיד, שי שלו חיים וקיום מחוץ למסגרת החברה. והשאלה המתעוררת מעצם הגדרתו כאורגן בחברה, היא האם בכל נשימה של המנכ"ל עצמו, התוצאות המשפטיות ממנה יחולו על החברה.

בעידן הפקודה, פתחה הפיקה מבחן משולב כדי להבחין מהי אורגן בחברה, והוחלט כי כאורגן החברה יחשב מי שמתקיים בו מבחן היררכי ומבחן פונקציונאלי;

המבחן **ההיררכי**, מלמד אותנו שכוונת הדין היא שלא כל אחד ואחד מעובדי החברה תוצאות פעולותיו תהיינה מיוחסות לחברה. אלא עליו להיות פונקציה **מרכזית מספיק, מכוונת דיה את פעילות החברה וחלק ממרכז העצבים של פעילותה**.

המבחן **הפונקציונאלי**, הוא זה המובא ומנוסח בסיפא של הסעיף; **שרואים את פעילותו בעניין מסוים לפעולה שהחברה אחראית**.

המדיניות המשפטית

לאחר שהגדרנו מיהו אורגן בחברה, נשוב לשאלה מדוע חשוב כל כך להטיל את האחריות במישרין על החברה, ומדוע אין אנו מסתפקים באותם בני האדם האחראים על התוצאה. נכון שבנזיקין, עם השלכה מסוימת על פלילים, יש את הנושא של ההתנהגות המתמשכת, האפקטיביות והמעשיות, אך פעמים רבות בהחלט ניתן לקבוע באופן חד-משמעי שאין אחריות של שליחות, והנה בכל זאת אנו מטילים אותה על החברה, ועושים זאת מראש.

אחת התשובות העיקריות לנושא זה היא **הפיכת החברה למנגנון פיקוח** – אנו מטילים אחריות פלילית על החברה, משום שלעתים עצם הטלת האחריות הפלילית, תדרבן ותמרץ את החברה עצמה לפקח מקרוב יותר ובצורה רצינית יותר על פעולות האורגנים והפונקציות המתפקדות במסגרתה. שכן אם יגרמו בהתנהגותם לתוצאות מזיקות ופליליות, האחריות תוטל עליה. למעשה אנו הופכים את החברה למנגנון פיקוח על קיום הדין, **מנגנון אכיפה פנימי הממוער את הסתברות התוצאה הנזיקית ו/או הפלילית**. כמובן שכל זאת נובע מתוך ההנחה שמנגנון האכיפה כלפי בני האדם הפרטיים, איננו מספיק טוב כשלעצמו.

סעיף 23 לחוק העונשין – היקף אחריותו הפלילית של התאגיד

(א) תאגיד יישא באחריות פלילית –

- (1) לפי סעיף 22, כשהעבירה נעברה על-ידי אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד;
- (2) לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, אם, בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד.
- (ב) בעבירה שנעברה במחדל, כאשר חובת העשיה מוטלת במישרין על התאגיד, אין נפקה מינה אם ניתן לייחס את העבירה גם לבעל תפקיד פלוני בתאגיד, אם לאו.

לשון סעיף זה, דומה מאוד ללשון הסיפא של סעיף 46 לחוק החברות. ביהמ"ש קובע כי הטלת האחריות על התאגיד ככזה, במסגרת תורת האורגנים, לא בה במקום האחריות המוטלת על המעוול עצמו.

ואם לבחון את הסיבה להטלת אחריות משפטית גם על החברה, בנושא הנזיקין, הרי שניתן לקחת בחשבון את **שיקולי הכיס העמוק** – תביעת הכספים ממי שיש לו האפשרות לשלם, כלומר, מן התאגיד. אם כי עדיין יש להטיל גם על האדם הפרטי שביצע את הנזק ולא רק על התאגיד, שכן הוא פעל שלא כשורה ואין זה נכון לשחרר אותו לגמרי מאחריות.

הרמת מסך מדומה

ישנן נסיבות מסוימות, בהן אנו מתעלמים בין הפרדה שנעשית בין האישיות המשפטית המכונה חברה ובין שאר האישיות המשפטיות המתפקדות בה. התעלמות זו מכונת הרמת מסך, במובן בו כאילו יש מעין מסך דמיוני שחוצה ומפריד בין השניים (החברה והאורגנים שבה), ובנסיבות קיצוניות, חריגות, בלתי תקינות, אנו מרימים את המסך הזה וחושפים שהחברה ובעלי המניות בה הם חבורה אחת שמחה, ואין כל הפרדה ביניהם. הרמת מסך מדומה, אין בה הכוונה לבטל את המסך בין בעלי המניות ובין החברה במובן הכלכלי-משפטי, אלא **לייחס תכונות אנושיות מסוימות, שטבועות בבעלי המניות לחברה עצמה**.

פרשת קיבוץ צרעה

במדינת ישראל מתקיים חוק המכונה חוק שעות עבודה ומנוחה, והוא החוק הקובע את הימים המסוימים בלוח השנה, השם ימי שבתון רשמיים בהם נאסר על האזרחים במדינה לעבוד ולקיים פעילות מסחרית. החוק מבחין בין הדתות השונות, וקובע יום מנוחה שבועי אחר לכל דת ודת. קיבוץ צרעה בפרשה הנדונה, מתייחס לדת היהודית ועל פי החוק יום השבתון לדת זו הוא שבת. משרד העבודה, ששלח פקחים (שאינם יהודים, כמובן), ביום השבתון לבחון האם הקיבוץ מקיים את הוראות סעיפי החוק, מצא כי חנויות המסחר מופעלות בקיבוץ צרעה ומשגשגות גם בשבת. הקיבוץ הואשם האשמה פלילית על הפרת חוק שעות עבודה ומנוחה, והפרשה הגיעה לכדי דיון בבית הדין לעבודה, כערכאה השיפוטית האמונה על פרשנות חוק זה.

טענת ההגנה של הקיבוץ הייתה פשוטה – "אני לא יהודי". הקיבוץ הוא תאגיד, כיצד הוא יכול להיות יהודי? ובית הדין לעבודה, לא ידע כיצד להתמודד עם טענה זו, ואכן אמר – הטענה היא רלוונטית. תאגיד לא יכול להיות יהודי, ייחוס תכונה שכזו לתאגיד לא יכולה להיות רלוונטית מבחינתו. וקיבוץ צרעה, בערכאה השיפוטית הנמוכה יצא זכאי. משרד העבודה הגיש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, ושם נקבע;

סעיף 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה קובע ומגדיר מנוחה שבועית של לפחות 36 שעות בשבוע. יום המנוחה יהיה; לגבי יהודי – יום השבת, לגבי מי שאיננו יהודי – יום השבת או יום הראשון, או יום השישי בשבוע, הכל לפי המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו.

נשאלת השאלה, האם על תאגיד אמורות לחול נורמות משפטיות הנובעות מקיומה של דת לגבי בני אנוש מסוימים הקשורים בה. וכמו שטען לעניין זה במסגרת תורת האורגנים הנשיא בדימוס א' ברק; לא ניתן לקבוע כי התאגיד חצה את הרמזור באור אדום, אך עם זאת כן נשאל **האם ראוי כמדיניות משפטית להחיל נורמות ותוצאות משפטיות, הנובעות מאישות אנושית בתאגיד.**

ובמקרה דנן, האם ראוי להטיל על התאגיד עקרונות משפטיים או דינים כלשהם, הנובעים מתכונות המיוחסות לבני אנוש? קיומה של דת היא רלוונטית אצל בני האנוש הקשורים בתאגיד, ולא אצל התאגיד עצמו.

מסתבר שביהמ"ש האנגלי, נדרש לשאלה זו כבר בראשית המאה ה-20, בתקופת מלחמת העולם השנייה, בפסק הדין הבא;

פרשת דיימלר

במסגרת המלחמה בין אנגליה ובין גרמניה, האנגלים חוקקו חוק בפרלמנט האנגלי, הקובע איסור שיתוף פעולה ומסחר עם האויב הגרמני. זאת ועוד הפך איסור זה לעבירה פלילית, כל עוד נמשכה מהלחמה.

ומה קורה אם החברה אוגדה לצורך העניין בארץ אחת, אך בעלי מניותיה כולם מן הארץ האחרת? וגם בכיוון ההפוך – מה קורה אם החברה אוגדה בגרמניה, אך כל בעלי מניותיה הם אנגלים. האם במצב כזה, כאשר ג'נטלמן אנגלי סוחר עם החברה, הוא מפר את החוק או לא? האם החברה נחשבת אויב?

על פניו, נראה כי החברה היא אישיות משפטית, ולכן אם החברה נרשמה באנגליה הרי שהיא אנגלית, ואם נרשמה בגרמניה היא גרמנית. הזהות הלאומית שחלה על החברה היא על פי מקום התאגדותה. אך ברור שיש כאן פתח להתחכמות, כמו במקרה המובא לעיל. אם כן, קבע ביהמ"ש לעניין זה, כי ישנם מקרים בהם יבחנו תכונות הקיימות אצל בעלי המניות של החברה, בהתייחסו לפעולות של החברה ככזו, מה שמכונה כיום אצלנו – הרמת מסך מדומה.

נשוב לפרשת קיבוץ צרעה;

אפשר לנסות ולחשוב בכיוון דומה, גם ביחס לדתו של תאגיד, בדיוק כמו עניין הלאום. ולומר כך, אם כל בעלי המניות הם יהודים, אז אל תספר לי שהתאגיד הוא בן בלי דת. ואם כל בני המניות הם יהודים, אז לצורך חוק שעות עבודה ומנוחה, יש להתייחס לתאגיד כאל יהודי, ולכן, כל פעילות שהוא רוצה לעשות, יש להחיל אותה תוך אכיפה שחלה על היהודי. אומרת השופטת ברק לעניין זה, למעט הסעיף שקובע את הצורך בשבתון וביום השבת או כל יום אחר, מתקיים בחוק שעות עבודה ומנוחה, סעיף 9(א) רבתי, שקובע את האיסור ואת העבירה הפלילית בצידו, אם כן מתקיימת פעילות שלא על פי החוק. והוא קובע את תכלית האיסור, כתכלית סוציאליסטית פטרנליסטית – הגנה על העובד, יש לאפשר לעובד יום אחד לפחות בשבוע בו הוא יוכל לנפוש, להפחית את הלחץ ולנוח. אך האם זה רלוונטי מבחינת התאגיד? האם גם התאגיד צריך לנוח? על פניו נראה כי התשובה לכך היא שלילית. אלא שמשום שמרבית תושבי הקיבוץ הם יהודים, קבעה השופטת כי אסור להפעיל בו מסחר בשבת.

חלוקת הסמכויות בחברה

במפגשנו הנוכחי, נתבונן על החברה פנימה ונבחן כיצד היא פועלת במסגרת המרחב המשפטי. נכיר את גורמי הכוח הפנימיים בחברה, מי מסומך לפעול ובאילו תחומים ומדוע נקבע הסדר כזה ולא אחר עבור הסמכויות השונות בחברה.

כאשר דיברנו ל תורת האורגנים, ראינו שבסעיף 46 לחוק, מגדיר המחוקק שלושה גופים המהווים האורגנים של החברה; האסיפה הכללית, הדירקטוריון ומנכ"ל החברה. שלושת גופים אלו, הם הגופים שחוזרים על עצמם לאורך כל הוראות החוק, והם המוסדות המוסכמים ומקבלי ההחלטות המוסמכים בכל חברה וחברה.

החוק מכיר במבנה המשפטי של החברה, המכיל בתוכו שלוש רמות של מקבלי החלטות, והם אלו שנזכרו לעיל. אין זה אומר שכל החלטה צריכה לעבור את אישור שלוש הרמות, ולמעשה מתקיימת ביניהן חלוקת סמכויות.

המנכ"ל, הוא העומד בראש הפירמידה, כאשר כל יתר מנהלי המחלקות, סמנכ"לים, מנהלי ביניים וכיו"ב מהווים ת"פ שלו, והוא חולש על כל המערך הניהולי. מעל למנכ"ל ממוקם הדירקטוריון הלא מועצת המנהלים, ומעל גוף זה יושבת האסיפה הכללית של החברה שעל-פי ההגדרה מורכבת מבעלי המניות של החברה.

למעשה, יש כאן איזושהי תפישה היררכית שבמידה מסוימת מזכירה בקווי השוואה גסים מאוד מבנה היררכי קונסטיטוציוני של מדינה; ניתן להשוות את הדירקטוריון לזרוע המבצעת – הממשלה, ואת האסיפה הכללית לכנסת כרשות המחוקקת שהממשלה כפופה להחלטותיה, או לחילופין את הדירקטוריון לכנסת ואת האסיפה הכללית לעם, שהוא הריבון השולט הכללי והדירקטוריון הוא למעשה נציגו.

התפישה הכללית היא **שהאחד אמור לפעול לקידום ענייניו של זה שמעליו**, כאשר בסופו של עניין יש איזושהי נקודת קצה, והעם במובן זה של החברה הוא למעשה ציבור המשקיעים. ובכוונה נשתמש בשלב זה במובן המעורפל "ציבור המשקיעים", כדי שמאוחר יותר נוכל לנהל ויכוח שלם, על מי כלול בקרב אותם משקיעים שאנו רוצים לפעול לטובתם ולמענם; האם אלו רק בעלי המניות, או גם מחזיקי האג"ח. בשלב זה כאמור, נקרא לציבור המשקיעים בעלי המניות, ועל השאלה האם ראוי שנרחיב את היריעה גם למשקיעים אחרים, נענה מאוחר יותר. ולמרות התפישה ההיררכית, יש להודות על האמת;

המודל שבנה החוק, ופיזר את הסמכויות כפי שמיד נראה בסעיפי החוק השונים, הוא **מודל שמתאים** ונבנה לפי אמות המידה של **חברה ציבורית**. הוא אמנם חל לגבי כל חברה – ציבורית ופרטית, כאשר הוראות החוק אינן מבדילות בין השתיים (אלא במקומות שכך צוין) והן מחילות את עצמן על שתיהן באופן שווה. וככלל זה, פיזור הסמכויות של הגופים הללו מתאים לכל החברות. למעשה האסיפה הכללית והדירקטוריון בחברה פרטית, הם אמנם גופים שונים, אלא שבפועל האנשים המכהנים ונושאי משרה כאן וכאן, הם אותם אנשים. ובמקרה גם המנכ"ל הוא חלק מהדירקטוריון, בסוג חברה כזו. ולכן ניתן לומר שהמודל מתאים דווקא לחברה ציבורית, שכן רק כאשר ישנה שונות פרסונאלית יש משמעות למבנה זה, וכאשר יושב אדם אחד בשני כיסאות שונים, הרי שאין שונות אמיתית.

נקודה נוספת שראוי להזכיר לעניין זה, מתייחסת למבנה הפירמידה; הדירקטוריון מעל למנכ"ל והאסיפה הכללית מעל לדירקטוריון, אבל ברמה המעשית, דווקא **בחברות ציבוריות, פירמידת הכוח היא הפוכה וניצבת על קודקודה הפוך**. אם נדבר על שרשרת המזון, בצורה בוטה, נמצא כי המנכ"ל פעמים רבות חש שהוא "אוכל את הדירקטוריון בלי מלח". כמובן שאין זה מדויק תמיד – אבל הוא יכול בהחלט להוביל אותם באף, שלא לדבר על הדירקטוריון שחש שהאסיפה הכללית היא מריונטה שניתן לשחק בה כרצונו. ופעמים רבות, יש לכך ביטוי חזק בשטח, כאשר הגורמים שמעל אמנם מכפיפים את אלו שלמטה מבחינה משפטית, אך פעמים רבות, מה שמבקשים אלו שבתחתית הפירמידה, יוביל וינווט את אשר קורה בשטח. ואילו אחת הבעיות המרכזיות ביותר בתפישה המודרנית משפטית של דיני החברות הציבוריות, היא כיצד להפוך את התיאוריה של בלמים ואיזונים בין גורמים שונים בחברה, גם לתיאוריה שבאמת עובדת בשטח, אפקטיבית ולא רק ברמת הוראה וחוק.

נראה שככל שאנו יורדים בפירמידה ועולים בסעיפים, כך מתקשה החוק להגדיר ולתחום את סמכויות הגוף. כך למשל, המנכ"ל ממונה על כל-כך הרבה תפקידים, שקשה מאוד לתחום אותם במסגרת סעיף אחד בחוק. בעוד ששני הגופים האחרים, הדירקטוריון והאסיפה הכללית, מתפקידים בקשה דברים מצומצמת יחסית למנכ"ל ומתכנסים אחת לתקופה מסוימת לדון בעניינים מסוימים.

סמכויות המנכ"ל וסמכויות הדירקטוריון

סעיף 121 – סמכויות המנהל הכללי

- (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.
- (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:
- (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.

סעיף 92 – סמכויות הדירקטוריון ותפקידי

- (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 ענייני 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).

לדירקטוריון שני תפקידי מפתח;

האחד, הוא **לקבוע ולהתוות את מדיניות החברה** – התפקיד הוא עצמאי כשלעצמו, וזו הפונקציה שבה הדירקטוריון אמור **להפעיל שיקול דעת ולהחליט החלטות**. באילו עניינים הוא זה המקבל החלטות ולא המנכ"ל, כפי שמיד נגדיר תפקידי? בעניינים השייכים **לאסטרטגית החברה, מדיניות החברה, הכיוון העסקי של החברה** וכיו"ב. השני, הוא **לפקח על ביצועי המנכ"ל ותפקודו** – תפקידו הוא למעשה לפקוח עין על האחר, לא להחליט ולנווט אלא לבדוק כיצד האחר מתפקד, והנה הוכחה למדרג הנורמטיבי. הדירקטוריון יושב מעל למנכ"ל ועל כן אחד מתפקידי הוא לבקר את ביצועיו. **'ובכלל זה'**, ביטוי זה מעיד על כך, שרשימת תפקידי הדירקטוריון איננה מהווה רשימה סגורה אלא **רשימה פתוחה שניתן להוסיף עליה**.

סעיף 49 – סמכות שיוטית

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

בהקשר תפקידי הדירקטוריון מזכיר את סעיף 49, הקובע ברירת מחדל חשוב מאוד בחוק החברות, והיא **הסמכות השיוטית המסורה אוטומטית לדירקטוריון החברה**, לפעול בכל עניין שלא הוסמך לו גוף אחר במסגרת הוראות החוק או תקנון החברה.

נראה כי לכאורה, כי מתקיימת סתירה בין סעיף 49 המקנה לדירקטוריון סמכות שיוטית ובין סעיף 121 הקובע את תפקידי המנכ"ל, בו נאמר כי **סמכויות שלא ניתנו לאורגן אחר של החברה בחוק או בתקנון יהיו מסורות למנכ"ל**. אם כי סתירה זו ניתנת ליישוב בקלות במסגרת בחינת השאלה **באיזו סמכות מדובר**. אם מדובר על **סמכות ניהול וביצוע – סמכות המנכ"ל**, בעוד שאם מדובר על **סמכות שאיננה בבחינת ביצוע שוטף** תהיה זו סמכות הנתונה לדירקטוריון החברה.

הבעיה היא, שבשום מקום בחוק, לא נמצא בצורה מפורשת את התשובה לשאלה מהי סמכות ניהול וביצוע ומהי סמכות שאיננה בבחינה ביצוע שוטף. נניח שהחברה מעוניינת להגיש תביעה בטעמה כלפי מיישור בעניין עילה לתביעה חוזית או נזיקית. במקרה כזה, מי מתוך האורגנים של החברה הוא זה המוסמך לקבוע אם תתבע החברה או לא. הרי שיש כאן עניין של עלויות, משמעויות, אנרגיה, עורכי דין ועוד. מי יקבע? המנכ"ל או הדירקטוריון? סעיף 49 יקבע כי החלטה על הגשת תביעה היא איננה מחיי היום-יום של החברה, ועל כן הגוף שיחליט על עניין זה יהיה הדירקטוריון. אלא שאם מדובר בתביעה של מה בכך, יכול להיות מאוד שלא נטריח את הדירקטוריון בעניין, ונותיר את ההחלטה בידי המנכ"ל.

סמכויות האסיפה הכללית

סעיף 57 – הסמכויות המוקנות לאסיפה הכללית

- החלטות החברה בעניינים האלה יתקבלו באסיפה הכללית:
- (1) מינויים 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).

לעומת הדירקטוריון, לאסיפה הכללית יש סמכויות ביצוע מצומצמות, המהוות רשימה סגורה של סמכויות.

סעיף קטן (3) דן במינוי הרו"ח המבקר של החברה. יש לשים לב ולהבחין שאין מדובר כאן במבקר פנים, הממונה ע"י הדירקטוריון כקבוע בסעיף 146 במקרה של חברה ציבורית. סעיף קטן (6) דן בהון המניות הרשום של החברה וקובע כי אך ורק האסיפה הכללית היא זו הרשאית להחליט על הגדלתו או הפחתתו. כאשר חברה מתאגדת, היא מחויבת לכתוב את תקנון החברה, בו עליה לכלול ארבעה פרטים עיקריים ביניהם הון המניות הרשום של החברה. אם כי המונח 'הון מניות רשום' הוא מעט מטעה, שכן בפועל מדובר על מספר המניות הרשום, ולא 'הון'. למעשה הון המניות הרשום מהווה פוטנציאל המניות המונפקות. יש להבין כי כל מניה המונפקת ע"י החברה, בהכרח מדללת את כוח ההצבעה בחברה, עבור מניות קיימות אחרות. אלא שזכות ההחלטה על הנפקת מניות נוספות, היא בלעדית לדירקטוריון ואין צורך להיוועץ לעניין זה עם האסיפה הכללית של בעלי המניות. ההנחה היא שבעל המניה, כאשר קנה אותה, ודאי לקח בחשבון שאם ימכרו מניות נוספות לציבור, הרי שכוחו ידלל. אלא שלעניין יש גבול, והגבול הוא הון המניות הרשום – הוא תקרת הזכוכית שיכולה החברה להנפיק. ואם יש רצון להגדיל תקרה זו, יש הכרח באישור בעלי המניות, כלומר האסיפה הכללית.

סעיף 58 – איסור התניה

(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.

סעיף זה הוא סעיף קוגנטי, הקובע כי החברה אינה רשאית להתנות על כל הוראות החוק המצוינות בסעיף 57 שלעיל.

סעיף 59 – מינוי דירקטורים

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

האסיפה הכללית היא האמונה על מינוי הדירקטוריון, אלא אם נקבע אחרת בתקנון. חשוב להבין, כי כממנה אותם היא גם האחראית לפיטוריהם.

על סעיף זה, שלא כמו על סעיף 57 לחוק, ניתן להתנות, וחברות פרטיות נוהגות לבצע התניה תקנונית על סעיף זה, שקובעת את הזכות למינוי דירקטורים ומותירה אותה לא רק בידי האסיפה הכללית.

נשוב לסעיף 57 לחוק הדן בסמכויות האסיפה הכללית;
סעיף קטן (4) דן בסמכות האסיפה למנות דירקטורים חיצוניים, וחשוב להבין, כי משום הוראת סעיף 58 ואיסור ההתניה, לא ניתן לקחת סמכות זו מידי האסיפה הכללית. אם כן, לאסיפה הכללית הסמכות הבלעדית למנות דירקטורים חיצוניים בהתאם להוראות סעיף 239. וחשוב להבין כי הכלל המנוי להלן בסעיף 59 העוסק במינוי דירקטורים (שאינם חיצוניים) מופרד בכוונה מסעיף 57 העוסק בדירקטורים חיצוניים בלבד, כדי לאפשר את הגמישות עבור הדירקטורים הרגילים, ולא יאפשר התניה על כאלו שהם חיצוניים.

סעיף 239 – חובת מינוי

(א) בחברה ציבורית יכהנו לפחות שני דירקטורים חיצוניים.

בסעיף 239 לחוק החברות נקבע כי כל חברה ציבורית חייבת למנות לדירקטוריון שלה לכל הפחות שני דירקטורים חיצוניים.

ומה ההבדל בין אותו דירקטור חיצוני ובין דירקטור רגיל? הוא לא טוב ממנו או פחות טוב ממנו, והוא מהווה דירקטור לכל דבר ועניין. ההבדל היחיד בינו ובין דירקטור רגיל, הוא בתנאי הכשירות והכהונה שלו המנויים בסעיף 240 לחוק החברות. סעיף זה קובע שתי דרישות מגבילות ומציין מי כשיר פוטנציאלית לכהן כדח"צ בחברה;

סעיף 240 – כשירות למינוי

(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 –

”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 פלוגית כדירקטור חיצוני בחברה אחרת אם אותה שעה מכהן דירקטור בחברה האחרת כדירקטור חיצוני בחברה הפלוגית.

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

ראשית, חייב הדירקטור החיצוני להיות תושב ישראל.

שנית, לא יוכל לכהן כדח"צ מי שהיו לו שנתיים קודם למינוי זיקה כלשהי לחברה, כפי המוגדרת בסעיף – קשר עסקי, כלכלי כזה או אחר, לבד מהיותו דירקטור בחברה. לדוגמא, מנכ"ל לשעבר של החברה לא יוכל לכהן כדח"צ, כנ"ל בנוגע לבעל שליטה, וזיקות נוספות כפי אלו המפורטות בהגדרה.

יש כאן איזשהו ניסיון לשתול בתוך הקבוצה הכללית של הדירקטורים שניים לפחות, אם לא יותר, שהם נקיים, נטולי יחסים מיוחדים, נטולי קשרים מיוחדים, רגישויות ותלות למה שקורה בחברה בפועל. החברה היא איננה מקור פרנסתם והם אינם נהנים מהטבות מיוחדות. כך ניתן לצפות ששיקול דעת בתוך הדירקטוריון יהיה נקי יותר ונטול אינטרסים זרים.

בתיקון מספר 8 לחוק, הוסיף המחוקק שהדירקטור החיצוני עליו לעמוד בשלוש דרישות נוספות שיאפשרו את תפקודו ככזה מבחינה מקצועית, ולכן קובע סעיף 240 לחוק, שכדח"צ יוכל לכהן רק מי שהוא בעל מיומנות או ממוחיות חשבונאית פיננסית, או לחלופין בעל שירות מקצועי. בעבר, טרם התיקון, לא הייתה כל דרישה לרקע מקצועי מוגדר או סף מקצועיות מסוימת שנדרשה מדירקטורים בכלל ומדירקטורים חיצוניים בפרט.

סעיף (1א), סעיף קטן (1) קובע כי דירקטור חיצוני, בהגדרתו חייב להיות בעל אחת משתי הכשירויות המצוינות – בעל מומחיות פיננסית או בעל כשירות מקצועית. ובכל מקרה, מינימום

אחד מן השניים חייב שיהיה בעל מומחיות פיננסית.

עוד נקבע, כי השר, כלומר **שר המשפטים**, יקבע בהתייעצות עם הרשות לני"ע את המבחנים לדירקטורים שכאלו, וכך אכן נמצא בתקנות החברות – תנאים ומבחנים לדירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית ולדירקטור בעל כשירות מקצועית, תשס"ה, 2005.

תקנה 1 לתקנות החברות

דירקטור בעל מומחיות חשבונית ופיננסית הוא מי שבשל השכלתו, ניסיונו וכישוריו, הוא בעל מיומנות גבוהה והבנה בנושאים חשבוניים ודו"חות כספיים באופן המאפשר לו להבין לעומק את הדו"חות הכספיים של החברה ולעורר דיון בהקשר לאופן הצגתם של הנתונים הכספיים. הערכת מיומנותו החשבונית והפיננסית של דירקטור, תעשה בידי הדירקטוריון ויובאו במכלול השיקולים, בין השאר השכלתו, ניסיונו וידיעותיו בנושאים הבאים: סוגיות חשבוניות וסוגיות בקרה חשבוניות האופייניות לענף שבו פועלת החברה ולחברות בסדר הגודל והמורכבות של החברה, בנושא תפקידיו של ר"ח המבקר והחובות המוטלות עליו ובנושא הכנסת הדו"חות הכספיים בנושא זה.

נראה כי בתקנה זו אין פרמטרים והגדרות נוקשות לדירקטור בעל מומחיות חשבונית ופיננסית אלא הבנה רחבה את התפקיד, איתה אפשר לשחק ולפנות ימינה ושמאלה.

תקנה 2 לתקנות החברות

דירקטור בעל כשירות מקצועית הוא מי שמתקיים בו אחד מן התנאים הבאים –

(1) בעל תואר אקדמאי באחד מן המקצועות האלה – כלכלה, מנהל עסקים, ראיית חשבון, משפטים או מנהל ציבורי.

(2) בעל תואר אקדמאי אחר או שהשלים לימודי השכלה גבוהה אחרת, הכל בתחום עיסוקה העיקרי של החברה או בתחום עיסוקיה העיקריים של החברה.

(3) הוא בעל ניסיון של חמש שנים לפחות באחד מאלה, או שהוא בעל ניסיון מצטבר של חמש שנים לפחות בשניים מאלה – תפקיד בכיר בתחום הניהול העסקי של תאגיד בעל היקף עסקים משמעותי, ככהונה ציבורית בכירה או בתפקיד בכיר בשירות הציבורי, בתפקיד בכיר בתחום עיסוקיה העיקריים של החברה.

נראה כי זהו הניסיון הנדרש מבחינה מקצועית, אך יש לזכור כי הייחוד במינוי הדח"צים הוא בכך שעליהם להיות גם מיומנים מקצועית, כפי האמור בתקנות, אך גם לשמור את חוסר התלות בכך שאין להם זיקה לחברה, כפי האמור בסעיף 240 לחוק החברות.

אחד הדברים המוכיחים את אובייקטיביות הדירקטורים החיצוניים לחברה הוא העובדה שהם מתמנים ע"י האסיפה הכללית, אך מרגע בו הם התמנו, בשונה מדירקטורים רגילים – **האסיפה הכללית איננה רשאית לפטרם**, כפי האמור בסעיף 230 לחוק החברות.

סעיף 245 – משך כהונה

(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.

כאמור, האסיפה הכללית איננה רשאית לפטר את הדירקטורים החיצוניים, ולמעשה חוק החברות הוא זה הקובע את תקופת כהונתם. סעיף 245 לחוק קובע שתקופת כהונת הדירקטור החיצוני היא למשך **שלוש שנים והחברה רשאית למנותו למשך תקופה נוספת של שלוש שנים**. כלומר, לדח"צ יש קדנציה הקבועה בחוק, ובמהלכה האסיפה הכללית איננה יכולה לפטר. הדרך היחידה "להיפטר" מדירקטור חיצוני, היא במידה ואיבד את כשירותו. כאמור, עניין זה, מאפשר לדירקטור החיצוני שלא להיות תלוי באסיפה הכללית ועל כן להיות אובייקטיבי יותר בתפקודו.

תקנה 3 לתקנות החברות

הגמול השנתי וגמול ההשתתפות שדירקטור חיצוני זכאי מהחברה, יהיו בהתאם לדרגה שבה מסווגת החברה אלא אם כן נקבע אחרת בתקנות אלה.

תקנה זו קובעת את שכר הדירקטורים החיצוניים – הבטחת שכר קבועה בחוק שלא ניתן לגרוע ממנה. תקנה זו מהווה הוכחה נוספת שיעשו הדירקטורים מלאכתם כפי שצריך מבלי להיות תלויים בגורם המשלם את שכרם. התקנה קובעת את גמול ההשתתפות פר שיביה שבה משתתף הד"צ וכן את הגמול השנתי, כלומר – משכורתו השנתית בגין תפקודו ככזה. בנוסף, מגדירות התקנות ארבע דרגות של חברות, כך שכל חברה ציבורית באשר היא משתייכת לאחת הדרגות שנקבעו על-פי שנת כספים מסוימת, לפי ההון העצמי של החברה – כפי שהוא מופיע במאזן המבוקר שלה לשנה הקודמת.

סעיף 92(ב) – סמכויות הדירקטוריון ותפקידיו

(ב) סמכויות הדירקטוריון לפי סעיף זה אינן ניתנות לאצילה למנהל הכללי למעט כמפורט בסעיף 288(ב)(2). לפי סעיף זה נקבע, כי סמכויות הדירקטוריון אינן ניתנות להאצלה למנהל הכללי של החברה. אלא שלפי האמור מפורשות בסעיף 50 לחוק, משתמע כי סמכויותיו כן ניתנות להאצלה לאסיפה הכללית.

סעיף 50 – העברת סמכויות בין האורגנים לפי התקנון

(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.

סעיף זה קובע מפורשות כי **לאסיפה הכללית האפשרות ליטול סמכויות מאורגן אחר בארגון** – דירקטוריון או מנכ"ל. כמו כן, **רשאית האסיפה להעביר סמכויות ניהול מסוימות מן המנכ"ל לדירקטוריון**, באם נקבעה זאת במסגרת התקנון. עם זאת, חשוב לזכור כי הנושא מוגבל לעניין מסוים או לפרק זמן מסוים.

סעיף 93 – דירקטוריון המונה אדם אחד

(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.

בחוק לא קבוע מספר מוגדר לצורך הקמת דירקטוריון, ועל כן, ולפי האמור בסעיף זה, הדירקטוריון יכול **למנות גם אדם אחד**.

אלא שבחברה **ציבורית** המספר המינימאלי של דירקטורים הוא **ארבעה**. אם כי הדבר איננו נאמר מפורשות בחוק, ניתן להסיק זאת מן החישוב הפשוט שלהלן; שני דירקטורים חיצוניים,

לפי סעיף 114 לחוק נקבע כי בחברה ציבורית חייבת להתקיים ועדת ביקורת מקרב הדירקטוריון, ועל פי האמור בסעיף 115(א) לחוק מספר חברה של ועדת הביקורת אסור שיפחת משלוש. כל חברי ועדת הביקורת בהגדרתם הם דירקטורים, וכל הדירקטורים החיצוניים מחויבים להיות חברים בוועדת הביקורת. ולכן אנחנו מחויבים להחזיק שלושה דירקטורים בדירקטוריון (שהם חלק מועדת הביקורת), מקרבם שניים חיצוניים. עוד נאמר כי יו"ר הדירקטוריון איננו יכול להיות חבר ועדת הביקורת. ועל כן – 2 דירקטורים חיצוניים, 1 נוסף כדי להשלים לצורך ועדת הביקורת, ויו"ר אחד שאיננו יכול להיות חבר בוועדה = 4 דירקטורים בחברה ציבורית.

החוק איננו קובע מהו מקסימום הדירקטורים שיש להחזיק בחברה.

סעיף 106 – הסכמי הצבעה

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

סעיף זה קובע כי אסור בשום אופן לערוך הסכמי הצבעה בין דירקטורים שונים.

נשאלת השאלה, מה נשתנה בין סעיף 57 המקנה את הסמכויות לאסיפה הכללית ודווקא לה את הסמכויות האמורות בסעיף בעיקר בנושא של כיוון פעילות החברה והצבעה באסיפות, ולא לדירקטוריון.

כדי לענות על שאלה זו, ננסה להשוות את הדירקטוריון לנושה הטיפוסי ונשאל – במה שונה בעל המניה מהנושה הטיפוסי? נראה כי, פוטנציאל הרווח של בעל המניה הוא אינסופי, בעוד שהאינטרס הכללי של הנושה הוא מוגבל, בסכום מדויק – קרן + ריבית, ומעבר לזה? שתלך החברה כיבינימט [או במילותיו של ירון פרידמן: "ידה ידה ידה"].

ובנוסף לכך, לפי הגישה הכלכלית אליבא דעפר אור, בעלי המניות הם האחרונים לקבל את ההחזר, כלומר – אם במקרה תנחל החברה הפסד, הם יהיו האחרונים שיקבלו בתמורה את חלקם. הסיכון שהם לוקחים הוא גדול הרבה יותר מאשר הנושים של החברה, ולכן יש להם הזכות לרצות לכוון את החברה, באופן אותו הם חושבים כטוב ביותר, עבור החברה ויותר מכל – עבורם. למעשה, ככל שנמצא אדם כלשהו נמוך יותר במדרג הפירעון, בשרשרת המזון, זהות ההצבעה שלו הולכת וגדלה בהתאמה. וככל שהוא נמצא גבוה יותר בשרשרת המזון, זכות ההצבעה שלו תלך ותפחת.

כל מקום שאנו יוצרים מנגנון בו מישהו רגיש לביצועי החברה, נרצה לתת לו השפעה לכוון את דרכה של החברה.

סעיף 63 – כינוס אסיפה מיוחדת

(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.

כל חברה מחויבת לכנס אסיפה לפחות פעם אחת בשנה. אלא שסעיף זה קובע כי ניתן לכנס בנוסף לאסיפה השנתית אסיפה מיוחדת לפי החלטת הדירקטוריון, או לפי דרישות דירקטוריון אחד, או בעל מניה כלשהו.

סעיף קטן (א) קובע דרישת החזקה של 10% בחברה פרטית, אלא שסעיף קטן (ב) מסייג את הדברים ואומר כי בחברה ציבורית, יכול לדרוש בעל מניה כינוס אסיפה הכללית אם הוא מחזיק לפחות ב-5% לפחות מהון המניות המונפק. למעשה, כאן מסתפקים בהחזקה נמוכה יותר לצורך כינוס האסיפה, וזאת משום שבחברה ציבורית קשה מאוד להגיע להחזקה של 10%, משום שרוב מניות החברה מפוזרות בידי הציבור בכללותו ולא בהכרח בידי בעלי המניות המשפיעים.

בעיית נציג בעלי שליטה

תיאור בעיית פער האינטרסים

החשש הוא, שאותו מקבל החלטות בארגון, איננו פועל בהכרח לטובתה של החברה. כמובן שסביר להניח שבנסיבות מסוימת הוא כן יפעל לטובת החברה, וברור שלא כולם מושחתים, אבל עדיין מתעוררים חששות אלו. הבעיה המרכזית שקיימת בעולם שבו עסקאות ופעולות משפטיות מבוצעות לא במישרין ע"י בעל הזכות, היא **בעיית השליחות, בעיית הנציג** שמשמעותה היא כזו;

מחד, נוח לנו לפעול בעולם ויש לנו לפעול בעולם, באופן כזה שהפעולות המשפטיות יקבלו תוקף לא רק כאשר אנו פועלים לבדנו, אלא גם כאשר אנו פועלים בעצמנו. זה חוסך זמן, עלויות, מגדיל את הנגישות לאזורים גיאוגרפיים שונים שאנו לא מצויים בהם פיזית. יתרונות של פעולה באמצעות שליח, הם ברורים לכל. אך מאידך, החשש והבעיה לצד הפעילות והיתרון של עבודה באמצעות שליח, הוא הסיכון, **שלא אותו שלוח לא יפעל בהכרח לטובת השולח**, או מספיק לטובתו. וזאת משום שחולשתו הטבעית של המין האנושי, היא **שאדם קרוב אצל עצמו יותר מאשר אצל כל אדם אחר בעולם**, והוא חושב על טובתו טרם הוא חושב על טובת הכול. וכל הרעיון של המשפט, הוא להילחם ביצר הרע הזה, הנתון לו לאדם מטבעו. קל וחומר, כאשר הוא שלוח והוא אמור לפעול עבור מישהו אחר.

החשש כאשר ממנים מנהל, והוא אמור לקבל החלטות לטובת החברה, משום שזהו תפקידו, שהוא לא באמת יעשה זאת, והמשפט אכן מבין, שאין הכרח שיעשה זאת. ולכן מנסה לייצר כללים משפטיים שיובילו את אותו מנהל, בטוב או שלא בטוב, לזכור את תפקידו בחברה ולקיים אותו. המשפט **יפעיל סנקציות** במקום שיש להפעיל סנקציות, **יפעיל תמריצים** במקום בו יש להפעיל תמריצים, והמטרה היא אחת ויחידה – **להוביל את מקבל ההחלטות לפעול כפי שמצופה ממנו מעיקרה - לפעול לטובת החברה**.

מנגנון בקרה מבני בחברה ציבורית – ועדת ביקורת וועדות אחרות

סעיף 112 – סייג לאצילת סמכויות

(א) דירקטוריון לא רשאי להאציל מסמכויותיו לוועדת דירקטוריון בנושאים שלהלן:

- (1) קביעת מדיניות כללית לחברה;
 - (2) חלוקה, אלא אם כן מדובר ברכישה של מניות החברה בהתאם למסגרת שהותוותה מראש בידי הדירקטוריון;
 - (3) קביעת עמדת הדירקטוריון בענין הטעון אישור האסיפה הכללית או מתן חוות דעת כאמור בסעיף 329;
 - (4) מינוי דירקטורים, אם הדירקטוריון רשאי למנותם;
 - (5) הנפקה או הקצאה של מניות או של ניירות ערך המיירים למניות או הניתנים למימוש למניות, או של סדרת איגרות חוב, למעט כמפורט בסעיף 288(ב);
 - (6) אישור דוחות כספיים;
 - (7) אישור דירקטוריון לעסקאות ופעולות הטעונות אישור הדירקטוריון לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275.
- (ב) חברה אינה רשאית להתנות בתקנונה על הוראות סעיף קטן (א), ואולם רשאית היא לקבוע בתקנונה נושאים נוספים שבהם יתקבלו החלטות בידי הדירקטוריון בלבד.
- (ג) הדירקטוריון רשאי להקים ועדות בנושאים המנויים בסעיף קטן (א) לשם המלצה בלבד.

נשאלת השאלה, מה דינה של החלטה מפי ועדת דירקטוריון, שהיא ועדה מקרב הדירקטוריון, כלומר שכל חבריה הם חברי הדירקטוריון. נראה כי העמדה המשפטית היא שתלוי מהו הנושא. ישנם נושאים לגביהם יש כוח משפטי לדירקטוריון לאצול מסמכיותו לוועדה מוועדותיו, וישנם נושאים לגביהם החלטת הוועדה תהווה רק המלצה בעבור הדירקטוריון ויש להעבירה את אישורו. חשוב להבין, כי מדובר כאן על כל סוג של ועדה ולא בהכרח ועדת ביקורת.

במציאות נראה כי הדברים הם אינם טריוויאליים כפי שאנו חושבים, ואין זה הכרחי שבועדה מטעם הדירקטוריון ישבו רק דירקטורים. כנראה שלעקב גלברד, שכיהן בוועדת התגמול, שהיא וועדה מטעם הדירקטוריון, לא היה ברור שמי שמכהן כמנכ"ל החברה (בזק) וכלל איננו חבר בדירקטוריון שלה, לא יוכל לכהן בוועדה מקרבו.

נושאי המשרה הטיפוסיים

נשאלת השאלה מיהם נושאי המשרה הטיפוסיים. האם מי שנתמנה לכהן בתפקיד כלשהו בחברה אכן חשוב שיקיים את טובת החברה כמיטב יכולתו? האם ראש הממשלה, נשיא המדינה, ח"כ מן השורה, שר מן הממשלה, לאחר שנשבע את שבועת האמונים הטקסית למלא באמונה את תפקידו כ... אכן מתכוון למלא באמונה את תפקידו? ואם כן, לטובת מי? לטובת המדינה? לטובת העם? או שמא הוא חושב על טובתו שלו.

למעשה הוא אמור לחשוב על טובת הציבור, המדינה והעם, שכן הוא שליח הציבור. אבל בפועל נראה כי אין הוא עושה זאת. המין האנושי, מביא אותנו לעולם של אינטרסים אישיים, שהם טובים מכל דבר אחר. הבעיה עשויה לצוץ בכמה מובנים שונים, והפתרון האופטימאלי הוא שכולנו נהייה צדיקים. אך זה כמובן, לא קורה. ולכן, ההתמודדות המשפטית היא שונה לאותם ביטויים של כשלים ובעיות המוצאות ביטוי בכך שלא פעלו נושאי המשרה לטובת הגוף העליון עליו הם מופקדים.

ביטויי בעיית הנציג

לבעיית הנציג שני ביטויים עיקריים, והיא יכולה לצוץ בשני אופנים אלו;

1. **בעיית ה"מה איכפת לי?!"** – ביטוי אחד הוא **חוסר אכפתיות**. אנחנו נוטים לומר זאת בעיקר על המשרות בשירות הציבורי, אבל נראה כי אותו סיפור בדיוק מתקיים גם במגזר פרטי והמשפט צריך להתמודד גם עם נושא המשרה האדיש.
2. **אכפתיות לטובתו האישית** – נושא משרה זה הוא לא מה"זורקים", דווקא מאוד איכפת לו, אבל לטובתו האישית בלבד. הוא מאוד פעיל, מאוד מתאמץ, כל זאת לצורך קידום טובתו האישית, וגם אם זה בא על חשבון טובת החברה. ומה יוצא לו מזה? הוא משפר את עמדתו הכלכלית, מנסה להגיע לקדנציה הבאה, לפנסיה, לעמדת הכוח. ואם זה משפר תוך כדי את החברה, אחלה, אבל אם לא – מה לעשות? קורה... ובעיקר כנגד בעיה זו אנו יוצאים באמצעות הכללים המשפטיים השונים.

ישנם שני עמודי בניין שהם היסוד לדיני החברות המקבלים ביטויים בבעיית הנציג, והם; חובת הזהירות של נושאי המשרה וחובת האמונים של נושא המשרה בחברה. **חובת הזהירות מתמודדת בעיקר עם חוסר האכפתיות והאדישות היחסית, בעוד שחובת האמונים מתמודדת בעיקר עם קידום האינטרסים הפרטיים ע"ח טובת החברה.** תוך שכך, לשתי חובות אלו אינטרס אחד כללי והוא **קידום טובת החברה.**

מבחינה משפטית, חובות אלו, מוטלות על כל נושאי המשרה בחברה, אבל הלכה למעשה נראה כי **הגורם מספר אחד שנתון לבחינה לפי אמות המידה של זהירות הוא הדירקטוריון.** למעשה, על הדירקטוריון חלים שני תפקידים עיקריים והם; להתוות את מדיניות החברה ולפקח על תפקוד המנכ"ל. ולכן חובת הזהירות באופן טבעי תתייחס לכל אחת משתי הפונקציות הללו. נראה כי תפקידו הראשון של הדירקטוריון הוא אקטיבי ועצמאי יותר מאשר התפקיד השני, בעוד במסגרתו הוא מקבל את ההחלטות שלו בעצמו. אך עם זאת, מתקיים סטנדרט של חובת זהירות, גם כאשר הוא מפקח על האחרים כמקבלי החלטות בארגון.

חובת הזהירות – פיקוח הדירקטוריון על ההנהלה

הפסיקה בארץ בעיקר מסתכמת בנושא של פיקוח על ההנהלה, בעוד שבארה"ב נראה כי הקונטקסט העיקרי הוא דווקא בעניין קבלת ההחלטות בדירקטוריון.

פרשת בנק צפון אמריקה

פרשה שהתרחשה בשלהי שנות ה-70 המתארת קבוצה של מנהלים בבנק צפון אמריקה, שנכנסו לכלא בעוברם עבירות פליליות על ניהול הבנק; מעלו בכספי הלקוחות, עבירת גניבה הגדרתה בחוק העונשין.

עו"ד יוסי שגב, שפעל מטעם הכנ"ר, ששימש כמפרק הבנק שקרס כלכלית לחלוטין, לא הסתפק בתביעה כספית כנגד המנהלים, ועילת תביעה שכזו ברור שתתקיים, אלא טען את הטענה המתבקשת, והיא מה קורה אם לא שילמו מספיק? הרי שאף פעם אין מספיק. ובניגוד לאנרגיה בפיזיקה, אין חוק שימור הכסף. מה שהחזירו החזירו, ואין יותר מזה. ומה שאי אפשר להחזיר? הרי שיש חברה שניזוקו ואין איך לדאוג להם. ממי יש לגבות? מהדירקטורים? נקודת המוצא למענה היא שאין אחריות אבסולוטית. ייתכן שמישהו ספג נזק ואין בהכרח אחראי מבחינה משפטית. או לעתים כן יש אחראי, אך הדבר תלוי במי שמחליט לתבוע אותו.

סעיף 252 – חובת הזהירות

- (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.

קובע כי נושא משרה חב חובת זהירות כלפי החברה לפי הסעיפים המרכזיים בפקודת הנזיקין;

סעיף 35 לפקודת הנזיקין – רשלנות

עשה אדם מעשה שאדם סביר ונכון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונכון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונכון 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.

סעיף 36 לפקודת הנזיקין – חובה כלפי כל אדם

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.

סעיפים אלו קובעים מהן הנסיבות בקיום עוולות בגין נוצרת אחריות בנזיקין של אדם אחד כלפי השני. הפקודה קובעת עוולות שונות, אך למעשה העוולה המרכזית והעיקרית בכל דיני הנזיקין היא עוולת הרשלנות והיא הבסיס המשמעותי ביותר לתביעות בבתי משפט בענייני נזיקין. העוולה קבועה בסעיפים לפקודה כאמור לעיל, וקובע חוק החברות בהקשר זה, כי הוא מטיל חובת זהירות של נושאי משרה, מאמות מידה המוכרות לנו מחוק אחר, על פי המבחנים המשפטיים שפותחו בפסיקה ביחס לעוולת הרשלנות בדיני הנזיקין.

ועקנין נ' המועצה הלאומית בית שמש

פסק דין קלאסי בו מפתח הנשיא בדימוס א' ברק את עוולת הרשלנות. בפרשה זו נקבע כי עוולת הרשלנות היא תרכובת של מספר יסודות עיקריים, וכאשר מתקיימים יסודות אלו במצטבר, הרי שמתקיימת עוולת הרשלנות וממילא יש בסיס לתביעה כנגד המזיק. וכדי שתהיה עילה לתביעה, צריך התובע להוכיח בביהמ"ש כמה אלמנטים;

1. **קיומה של חובת זהירות** – כלומר, התובע צריך להראות לביהמ"ש **שמבחינה**

נורמטיבית משפטית אותו מזיק שעובדתית הזיק לו חב כלפיו, הניזוק, חובת זהירות. המשמעות של חובת הזהירות היא מבחן של צפיות. התובע יצטרך להראות לביהמ"ש **שהמזיק צריך היה לצפות את אפשרות התרחשות הנזק לניזוק**. ושלא היה זה נזק בלתי צפוי. לצורך ההמחשה של אלמנט זה נשתמש בפס"ד ועקנין עצמו; בפרשה דובר על ילד שטבע בבריכה העירונית. הילד קפץ ראש לבריכת מים רדודים, התנגש ברצפה ומת. המשפחה תבעה פיצויים מהמועצה המקומית בטענה שלא היה בבריכה כל שילוט המעיד על היות המים רדודים. המשפחה כמובן זכתה בתביעה נזיקית לפיצויים בגין הפרת עוולת הרשלנות. קבע ביהמ"ש לעניין זה, כי מי שמפעיל בריכה ציבורית צריך לצפות אפשרות התרחשות נזק מן הסוג שקרה. היה עליו לצפות את הסכנה של קפיצה במים רדודים של מי שבא לבריכה, אם הוא לא ער לכך שאלו מים רדודים, לא מסומן לו, והעין מטעה. מי שמפעיל את המקום, צריך להיות ער שזה חלק מהסיכונים המתבקשים של הפעילות הטבעית של אותו מקום. בדיוק כפי שעלינו לצפות החלקה על רצפה רטובה במקום ציבורי.

2. **יש להראות שהמזיק הפר את חובת הזהירות** – דבר אחד הוא להראות שבכלל התקיימו נסיבות של חובת זהירות, ודבר אחר, הוא להראות שהתנהגותו הקונקרטית של המזיק היא הפרה של חובת הזהירות. ובלשון פשוטה – **התרשל**. כיצד מוכיחים? יש להראות שלא נקט את האמצעים הסבירים להרחקת הסכנה ולמניעת הנזק. לא את כל האמצעים שבעולם אלא את האמצעים הסבירים.
3. **הוכחת קשר סיבתי** – אם יש ציפיות, קרי יש חובת זהירות, ולא נקטת את אמצעי הזהירות, יש להוכיח שיש קשר סיבתי בין חובת הזהירות והסכנה הצפויה, או בין ההתרשלות שנעשתה ובין הנזק שנגרם בפועל. כמוכן שכאן כבר ברור שמדובר על מצב שמישהו ניזוק, אחרת לא תהיה כלל עילת תביעה.

בא סעיף 252 ואומר;

חובת הזהירות כלפי החברה כאמור בפקודת הנזיקין, מדברת על עוולת הרשלנות שהסטנדרטים שלה הם רלוונטיים ביחס לנושאי המשרה בחברה. כך, אם קם אדם בטענה שנגרם נזק לחברה, ובהמשך נדון מיהו אותו אדם שיכול לחשוב שנגרם נזק כזה (במסגרת נושא של תביעה נגזרת), הרי שהוא מבקש שהחברה תתבע את הדירקטוריון על הפרת חובת הזהירות וגרימת נזק לחברה. אם כן, פוטנציאלית ניתן לעשות זאת, ואם היינו פונים לפקודת הנזיקין, הרי שהיה עלינו להוכיח את עוולת הרשלנות כלפי הדירקטוריון כפי שאנו מוכיחים אותה כלפי כל אדם בעולם; הוכחת שלושת האלמנטים של חובת זהירות, שהופרה ושיש קשר סיבתי בין הנזק שנגרם ובין חובת הזהירות שהופרה. ואז נדון בנושא הפיצויים.

אלא שלמעשה, סעיף 252 תורם לנו רבות, כך שבפועל מבין כל המרכיבים השונים של עוולת הרשלנות, **עברנו את המשוכה הראשונה** בדרך לתביעה. כלומר, **בהגדרה קיימת לדירקטוריון חובת זהירות כלפי החברה**, ולכן אין צורך לבדוק זאת במסגרת האלמנט הראשון, כפי שקובעת פקודת הנזיקין. השאלות הבאות שיהיה עלינו לשאול במסגרת התביעה, הן האם חובת הזהירות אכן הופרה והאם קיים קשר סיבתי בין הנזק שנגרם ובין ההפרה. קובע ברק לעניין זה, שהעובדה שקיימת הוראה ספציפית בחוק החברות המטילה מפורשות את חובת הזהירות כלפי נושאי המשרה, איננה אומרת שאין צורך להוכיח שהחובה הופרה. שהרי החוק בעצמו אומר, ומפנה אותנו לסעיפים בפקודת הנזיקין המתייחסים לעוולת הרשלנות. ולכן, ברור הוא שלצד האמירה שיש כאן חובת זהירות, עדיין יש להוכיח שהייתה כאן הפרה, התרשלות, ושיש קשר סיבתי לנזק. בהמשך, ניוכח כי אין זה כל כך רלוונטי.

במדינת דלוור שבארה"ב, עוולת הרשלנות בדיני החברות היא שונה מעוולת הרשלנות בדיני הנזיקין, והיא מחמירה הרבה יותר. הנטל על נושאי המשרה להתמודדות עם הרשלנות הוא כבד הרבה יותר, בעוד שבישראל העסק הוא מאוזן יחסית.

שאלה חשובה שמעלה ברק בפס"ד בוכבינדר (בנק צפון אמריקה), היא האם חובת הזהירות חלה על כל אחד מהדירקטורים בפני עצמו, כאשר חלק הפרו והאחרים לא, או שמא הקביעה היא קטגורית ועוסק בדירקטוריון כגוף. כלומר, האם על כולם כקולקטיב או על כל אחד מהפרטים. ברק מותיר שאלה זו בצריך עיון ולא עונה עליה במסגרת פס"ד זה.

נשאלת השאלה מה דירקטור צריך לעשות, נניח בחברה גדולה כלשהי, בנק לצורך העניין, כדי שבסופו של יום ידע שאם מישהו יתעצבן ויתבע אותו הוא יוכל לצאת מזה בשלום כיוון שקיים את חובת הזהירות שלו. נראה, כי אין רשימה המונה מספר סעיפים שאם קיים אותם הדירקטור הרי הוא מכוסה.

ובפרשת **בנק צפון אמריקה**, נראה כי פסק הדין, על אף היותו ארוך מאוד היה קל מאוד להכרעה מבחינת הדילמה המשפטית. ובלשון קצרה נקבע כי הדירקטוריון לא עשה דבר ומשום כך הפר את חובת הזהירות שלו. נכון, הם לא יצרו את הנסיבות למעילה, והם לא אלו שביצעו את המעילה, ההנהלה היא זו שעבדה עליהם. אבל – הם לא בדקו. הדירקטוריון אחראי משום שלא עשה כלום – כחלק מתפקידיו הוא אחראי לפקח. הדירקטוריון הוא לא תואר למטרות כבוד, אלא תואר עם אחריות. אם ניתן היה לקבוע שהדירקטוריון כן בדק ובחן, ובכל זאת ההנהלה הצליחה להערים עליו, אז נאמר שאין כאן הפרה של חובת הזהירות, אולם במקרה זה לא כך היה. הדירקטוריון פשוט לא פעל – דירקטורים ישבו בניו-יורק, דירקטורים בג'נבה – לא כינסו ישיבות דירקטוריון, לא נפגשו, לא אסיפות, לא בדיקות – זהו אבי אבות הפרת חובת הזהירות ולא כך פועל דירקטור סביר.

פרשת Caremark

נשאלת השאלה מה קורה כאשר הדירקטוריון כן פועל כראוי, שלא כמו בפרשת בנק צפון אמריקה, ובכל זאת יש איזושהי תקלה רצינית בחברה – הפרת חוק, שהיא באחריות ישירה ביצועית של ההנהלה, המנכ"ל והסמנכ"לים. והדירקטוריון לא היה בסוד העניין עצמו. מה קורה כאשר מתגלה הפרשה ומתפוצצת? האם הדירקטוריון יהיה אחראי? שאלה זו היא באשר לגבול. הדירקטוריון עשה – השאלה האם עשה מספיק. וכאמור לעיל, התשובה לשאלה זו איננה ברורה משום שאין רשימה סגורה הקובעת מה יש לעשות במסגרת הפיקוח.

בפסק דין זה שניתן בביהמ"ש בדלוור מפי השופט אלן, נקבע כי נצפה מהדירקטוריון לפעול על פי אמת המידה הקלאסית של כבדהו וחשדהו, כלפי ההנהלה. ולא חשדהו וחשדהו – כדי שלא להשליט רמת טרור בחברה, לא לשתק את הפיתוח של החברה כאשר האווירה עכורה ולא להשליט אווירת טרור מתמדת, שכן כל אלו כשלעצמם מהווים פגיעה בטובת החברה.

מה שבעיקר צריך הדירקטוריון לעשות הוא להשליט בחברה מנגנון זרימת מידע מתמיד בין כל הדרגים בחברה, ללא יוצא מן הכלל – מן הזוטרים ועד הגבוהים, כמובן תוך סינונים מתאימים. בפירמידת של עיבוד המידע יש לדאוג לדיווח של כל רמה בחברה לרמה שמעליה, לדאוג למנגנוני ביקורת כך שכל משרד בכל אגף יהיו פתוחים בפני מבקרי הפנים. הדירקטוריון צריך להנחיל מתודות דיווח בחברה ולפקח שהן מתקיימות. ככל שאתה מפקח שמנגנון זרימת המידע בחברה מתקיים, הסבירות שיתרחשו דברים שלא ידעו עליהם מלמעלה, הולכת ומצטמצמת. לא נעלמת, אך בהחלט מצטמצמת.

פרשת Francis

בפס"ד זה שניתן גם הוא בארה"ב, נדונה הנקודה כי **דירקטור איננו יכול לטעון להגנתו כי הוא אדם פשוט ואין לו את המיומנות והכישורים המקצועיים העסקיים** לבחון את מה שקורה בחברה, תפקוד ההנהלה וכיו"ב.

בפרשה זו דובר על חברה משפטית היסטורית, כאשר אשת הבעלים שנפטר הייתה דירקטורית בחברה, ומשמת האב המייסד ירש את מקומו אחד מבניו. אלא שהבן לא פעל בחברה בצורה כשרה, ותוך כך דרדר את החברה ופגע בערכה. בסופו של עניין הגישו תביעות כנגד הדירקטורים על כך שברשלנותם אפשרו למנהל החברה לפגוע בה בצורה שכזו. טענה האם, הדירקטורית בחברה להגנה, כי היא אמנם אשתו של המייסד, אמו של המנהל, אך מעולם לא הייתה אשת העסקים בבית, היא לא מבינה בעסק, אין לה את המיומנות והכישורים העסקיים לבחון את אשר ביצע בנה והוא למעשה מכיר ויודע ועל הצליח להערים עליה. אומר ביהמ"ש בעניין זה, אם אין לאדם את יכולת הפיקוח ואין לו את הכישורים המתאימים – שלא יכהן כדירקטור בחברה. מי שמכהן ככזה, הרי שתפקידו מחייב ומטיל עליו אחריות, ואם לא פיקח כראוי – יהיה הוא אחראי, מבין או לא מבין ואין זה משנה.

סעיף 253 – אמצעי הזהירות ורמת מיומנות

נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות העניין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לעניין פעולתו כאמור.

סעיף 253(א) רבתי – חובת זהירות של דירקטור בעל מומחיות או כשירות

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

סעיף זה מתייחס לרמת המיומנות של נושאי המשרה כדירקטורים. כאשר דיברנו על דח"צים דנו במיומנותם המקצועית והפיננסית והשאלה היא, מה קורה עם דירקטור שהצטרף ככזה, שיש לו מיומנויות אלו? האם אנו מצפים מהם לסטנדרט התנהגות גבוה יותר משאר הדירקטורים בדירקטוריון? קובע סעיף 253(א) רבתי את העמדה הערכית כי מינוי דירקטור כזה איננה משנה את כללי המשחק. העובדה שאתה דירקטור בעל מיומנויות מיוחדות איננה מטילה עלייך, ובוודאי שאיננה **מפחיתה מהאחרים** שאינם בעלי מיומנויות אלו. גם אתה, בעל המומחיות, וגם הדירקטור האחר – שאיננו בעל המומחיות, שניכם חבים רמת זהירות זהה. אך יחד עם זאת, הנשיא בדימוס א' ברק בפרשת בוכבינדר שואל את השאלה צורה מעט שונה – האם נצפה לרמת זהירות זהה בין דירקטור בבנק ובין דירקטור בחברה כלשהי רגילה? הרי בנק הוא חברה בעלת רגישות מיוחדת, הוא מוסד פיננסי שכספי רבים קשורים בו. וקובע ברק לעניין – לא. **מבחינה משפטית סטנדרט הזהירות הנדרש מדירקטור בכל חברה הוא זהה, גם בחתן המיומנות וגם בחתן השוני בין החברות**. אך יחד עם זאת, קובע ברק, כי הוא מוכן לשקול במסגרת המשקל של הנסיבות השונות המשתכללות בכל תיק ותיק, את היות הדירקטור בעל משרה בבנק. שיקול כזה יהיה רלוונטי לקביעה הסופית האם הפר הדירקטור את חובת הזהירות או לא.

ומה באשר לדירקטור חיצוני? האם בנסיבות מסוימת, בקונטקסט של פיקוח, אתה מצפה מדירקטור חיצוני לשאול שאלות נוקבות יותר מדירקטור אחר? יכול להיות שכן, משיב ברק לעניין זה, אך עם זאת לא נצפה שהוא יהווה תחליף לדירקטורים האחרים. התפקוד או אי התפקוד, מוביל לאחריות. אך אין זה עניין קטגורי נבדל, שנמצא בסף אחר של אחריות. ברור שהנסיבות הקונקרטיות הן רלוונטיות לתפקודו ולבחירת תפקודו, אך קטגורית מדובר על **אותה רמת אחריות**. וכאשר אנו בודקים את האחריות, אנו בודקים אותה לפי הנסיבות.

חובת הזהירות – קבלת החלטות בדירקטוריון

הקונטקסט השני בו הדירקטוריון צריך לנקוט בחובת הזהירות, הוא קבלת ההחלטות אצלו. ההחלטות הקרדינאליות בחברה מתקבלות אצל הדירקטוריון והוא האמון על התווית מדיניות החברה; מינוי מנכ"ל ונושאי משרה אחרים, חלוקת או אי חלוקה של דיבידנדים, הנפקת מניות וכיו"ב.

השאלה הנשאלת היא כיצד מקיים הדירקטוריון את חובת הזהירות בעת שהוא מקבל החלטות המתוות את מדיניות הארגון. כאמור בישראל, אין פסקי דין מעלפים בנושא, שכן עיקר הפסיקה מתמקדת בתפקיד הדירקטוריון כמפקח על ההנהלה, אולם בדלוור יש כמה כאלו המצוטטים בעולם כולו.

Smith v. Van Gorkom

אחד מפסקי הדין שניתנו בדלוור, שמשך 22 שנה משפיע על האולם כולו בנושא חובת הזהירות של חברי הדירקטוריון בעניין קבלת ההחלטות בו. פסק דין זה עסק רבות בעניין קביעת נורמת הזהירות המצופה מדירקטורים בעת קבלת ההחלטות.

פרשה זו עסקה בחברה ציבורית משגשגת בשם Trance Union, שאדון ואן-גורקום כיהן בה כמנכ"ל החברה ויו"ר הדירקטוריון, משך למעלה מ-10 שנים.

בשלב מסוים, ובלי שום קשר למנכ"ל החברה באופן אישית, הייתה התלבטות כספית רבה בהנהלת החברה ובדירקטוריון שלה. מה שקרה הוא, שהתברר כי לטובת החברה עמדו בפוטנציה הטבות מס מסוימות, ומשך שנים רבות היא החליטה שלא לממש בפועל הטבות אלו. על פי הדין התקופה לניצול הטבות עמדה לפקוע, ובחברה חיפשו את הדרך לנצל את הטבת המס טרם פקיעתה. נמצא כי מה שיש לעשות הוא לממש את החברה, כלומר לבצע איזושהי מכירה במסגרתה ניתן יהיה לנצל את הטבת המס.

באו יועצים בחברה והגיעו למסקנה כי אם החברה תתקשר בעסקת מיזוג, ותתמזג עם חברה אחרת, כלומר – חברה אחרת תרכוש את השליטה בה, ותבלע אותה לתוכה, אזי תיחשב החברה כמי שמעבירה נכסיה לאחר, והיות שכך ניתן יהיה לנצל את הטבת המס. כך הגיעו נושאי המשרה בחברה למסקנה כי עסקת מיזוג עשויה להועיל ולאפשר לחברה לנצל את הטבת המס בטרם זו תתפוגג. וכך החלו דיונים פנימיים – התקשרות עם חברה אחרת בעסקת מיזוג, לפי איזה מחיר? ונמצא כי השווי המוערך הוא בין \$50-60 למנייה. הדעה הרווחת הייתה שזהו הטווח הנמוך, אבל הוא סביר בהחלט. זה אמנם הגבול התחתון, אך אם מישהו יהיה מוכן לשלם סדר גודל של סכום זה, הרי שזה הגיוני. אולי לא האופטימאלי, אבל סביר בהחלט.

ומאז, לא קרה דבר. כמה דיונים פנימיים שגררו אחריהם תקופת שקט, ונראה שהכל נדון ברמת התכנון התיאורטי, בעוד ששום הצעה קונקרטית לא עמדה על השולחן, למעט מחשבותיה הפנימיות של החברה.

אדון ואן-גורקום בעצמו, החליט לפנות באופן פרטי לאיש עסקים שהכיר, ועדכן אותו כי החברה כעיקרון מעוניינת להתמזג עם חברה אחרת, שכן הדבר יועיל לה רבות. ביקש ממנו ואן-גורקום למצוא לחברה חתן, בעוד שהמחיר יהיה \$55 למניה. עם זאת הוסיף ואמר כי ההצעה עומדת על הפרק לזמן קצר בלבד, וביקש תשובה כן או לא עד ליום שני בשעה 8.30 בבוקר.

אך מכיוון שעסקת מיזוג דורשת אישור האסיפה הכללית זמן מסוים לאחר אישור הדירקטוריון, הרי שבתקופה זו יכולים שני הצדדים למצוא עסקאות נוגדות ומשתלמות יותר. ולכן נקבע ביניהם, כי אם ניתנת תשובה עקרונית עד ליום שני בשעה 8.30 בבוקר, אף אחד מהצדדים לא יחפש מטרות אחרות עד שיתקבל אישור סופי באסיפה הכללית (עם זאת ואן-גורקום דיבר על כך שהוא לא יחפש מטרות אחרות, אך מעולם לא התחייב שלא לקבל על עצמו הצעה אחרת שעשויה ליפול עליו מן השמיים).

ואן-גורקום מכנס ישיבת הנהלה בכירה וישיבת דירקטוריון. שתי הישיבות מזומנות לשבת בשבת בבוקר, בביתו. בשעה 10.00 ישיבת הנהלה, ובשעה 11.00 ישיבת דירקטוריון. כאשר הוא מזמן את הישיבות, הוא מציין כי העניין דחוף ואיננו סובל דיחוי, ודורש את החברים בכל אחת מהאסיפות להגיע, מבלי לומר מהו הנושא שעל הפרק.

ואכן כולם מגיעים. ואן-גורקום מספר את הסיפור, אומר את המחיר, מסביר לכולם את התניות. סמנכ"ל הכספים מתעורר ואומר, \$55 למנייה... אה... חבל... אפשר יותר... הבין ואן-גורקום, שמע, ממשיך הלאה. אין כאן עניין של החלטה דמוקרטית, הוא המנכ"ל והוא זה שקובע. ואן-גורקום דיווח, שמע את דעת ההנהלה, הודה להם מקרב לב על שהגיעו. לא שמע שום דבר שהפיל אותו מהכיסא ושום טיעון משכנע מדוע העסקה איננה כדאית.

השעה 11.00, מגיע הדירקטוריון. חלק ממנו מהווה גם מנהלים בחברה, ולכן חלק כבר נכחו בישיבה הקודמת. ואן-גורקום חוזר על הנאום, מציג את הפתרון שמצא, אומר כי זו הזדמנות מצוינת, הפתרון שחיפשנו, המחיר הוא טוב, כדאי ללכת על זה. ובסוף מוסיף משפט מעניין – בואו ניתן "אור ירוק עקרוני". שהרי אסור לשכוח כי בכל מקרה יש להעלות את הסוגיה לדיון ברמת האסיפה הכללית של בעלי המניות, לצורך קבל אישור סופי מהם על העסקה. ולכן, האישור יהיה רק אישור עקרוני לנוע קדימה. אם תגידו לא – בכלל לא תהיה עסקה, אפילו לא נדון בנושא מול בעלי המניות. ואם תגידו כן – אין זה אומר שזהו התשובה הסופית, שכן ייתכן ובעלי המניות יתנגדו. הדירקטוריון מצביע בעד העסקה ומאשר את הצעת המיזוג.

ביום שני בשעה 8.30 בבוקר, נותן ואן-גורקום תשובה עקרונית חיובית לפריסקר וכעת הכדור מתגלגל אל בעלי המניות. עבור זמן מכונסת האסיפה הכללית של בעלי המניות, זו נותנת אישור כך שעסקת המיזוג תצא לדרך.

מר סמית', בעל מניות קטן בחברה, הוא ואחרים, שמן הסתם באסיפה הכללית הצביעו נגד העסקה, בהיותם מתוסכלים מכך שהעסקה לא יצאה לפועל, מבקשים לתבוע בשם החברה בביהמ"ש, את דירקטוריון החברה – ואן-גורקום ויתר הדירקטורים, בטענה שהחלטתם לאשר את המיזוג הייתה החלטה שהתקבלה תוך הפרה של סטנדרט חובת הזהירות המוטל על הדירקטורים בחברה.

שופטי הרוב בביהמ"ש, קבעו שהדירקטורים אכן הפרו את חובת הזהירות ונקבע כי תהליך קבלת ההחלטות כפי שתואר באותה שבת בבוקר היה תהליך קבלת החלטות שאיננו מספק לצורך סטנדרט חובת הזהירות של הדירקטוריון כלפי החברה.

האמירה כשלעצמה, יש בה מסר חשוב מאוד. הדגש של ביהמ"ש העליון בדלוור היה בצורה מפורשת, על כך שחובת הזהירות של הדירקטוריון בקבלת ההחלטות נבחנת בעיקר על פי הדרך, על פי אופן קבלת ההחלטה, ולא בהכרח לפי תוכנה.

מותר לטעות, העבודה שהדירקטוריון העריך את החברה בשווי x ובפועל אפשר היה לקבל עליה 2x, היא כשלעצמה, אינה מטילה אחריות על הדירקטוריון. **הכל תלוי בדרך שהולידה אותם לקבל את ההחלטה.**

שלוש מילות הקסם שנדונו בעניין זה הן – Informed Business Judgment – **שיקול דעת עסקי מידע** על בסיס מידע מפסק. דירקטוריון משקבל החלטה לאחר שהוא דאג לצייד את עצמו במידע מספיק רלוונטי לעניין ולאחר שהפעיל שיקול דעת עסקי, יוצא ידי חובת הזהירות. דירקטוריון כזה קיים את המוטל עליו על פי דין. ואם בסופו של דבר, למרות כך, נגרם נזק כלשהו והוחלט כחוכמה שבדיעבד, הרי שהם לא ישאו באחריות אישית, שכן לא הפרו את חובת הזהירות ולמעשה קיימו אותה בצורה האופטימאלית. יתרה מכך, נראה שדיני החברות פיתחו כלל שאמור לפעול לטובת הדירקטורים והוא כלל שיקול הדעת העסקי. כל עוד לא הוכח שלא הופעל שיקול דעת עסקי, ההנחה היא שכן שהם כן הפעילו אותו.

וכאן, הצליח התובע לבסס את העובדה שהדירקטורים לא קיבלו החלטה כזו על סמך שיקול דעת עסקי. שיקול הדעת שהופעל כאן היה שיקול דעת של ניחוש בעלמא. לא זו המתכונת של קבלת החלטות בחברה. זימון לישיבה מיוחדת, מבלי לומר מהו נושא הישיבה ומהו סדר היום, מונע מן הבאים להתכונן לישיבה מראש. וברור שיכולת בדיקה קונקרטית של הדברים, לא הייתה בפניהם. נכון שיש כאן נסיבות מקלות על פיהן כבר עלה הסיפור של מכירת החברה ע"י מיזוג במסגרת דיון בהטבת המס שאיננה מנוצלת, אך עם זאת לא נבדקו תנאי העסקה בצורה מעמיקה. כל תהליך למידת החומר לקבלת ההחלטה, התמצה במסגרת הישיבה עצמה ונאומו של ואן-גורקום. וזה כשלעצמו איננו מצב אופטימאלי, גם אם איננו מפר את חובת הזהירות. ומעבר לכך שלא פורט להם העניין הנדון טרם הזימון, נטען כי גם במהלך הישיבה התנהגות הדירקטורים הייתה אנמית לחלוטין. ואן-גורקום הוא היחיד שמדבר, איננו מציב נתונים בסיסיים מוצרים ואפילו לא חושף בפני שאר הדירקטורים כי היוזמה למחיר הייתה בישול שלו, שכן אולי הוא טועה במחשבה, אולי לא בדק את עצמו או את השוק. וכאשר ואן-גורקום אומר כי בעיניו המחיר הוא טוב, אף אחד מהדירקטורים דורש אנליזה או חוות דעת פיננסית של בית השקעות. אף אחד מהם גם לא שאלו שאלות מטעם עצמם – הבא עוד הצעה, אולי נחשוב עוד קצת, אולי בחנת הצעות אחרות... הדירקטורים היו צריכים להתנהג באגרסיביות – הם לא עובדים תחת איום. מי שרוצה באמת לקנות, לא יקרה לו כלום אם ימתין עד יום חמישי. כפי שהכלה רוצה להשתדך גם החתן רוצה **["אה... לא תמיד... (ר.ר.)"]**. אם הוא באמת רוצה, הוא יחכה.

שופטי המיעוט טענו כמה טענות; ראשית בעניין מחיר המנייה, נבדק ונמצא כי משך השנים האחרונות נסחרה המנייה בבורסה בלא יותר מ-\$38 למנייה, ואילו כעת ההצעה הייתה של \$55 למנייה. זו הפרת חובת זהירות? שנית בעניין ההמתנה, כולם יודעים שבארה"ב זמן שווה כסף (Time is Money), אילו היו מחכים עוד קצת, אולי המחיר בהצעה היה יורד. שלישית, בעניין תחכומם של החברים בדירקטוריון, כולם היו אנשים מתוחכמים מאוד, האחד דיקן באוניברסיטת שיקאגו שבארה"ב, האחרים כולם דירקטורים גם בחברות אחרות. כל אחד מהדירקטורים הביא עמו את הידע הדרוש, ואם כך הדבר, אז לשם מה יועצים חיצוניים? יש לתת כבוד למיומנות העולם העסקי. ואם מדובר על דירקטורים מיומנים, הרי שיש לסמוך עליהם, שאם היו חשים שהשבת בה כונסו איננה מספיקה להם, הם לא היו מתביישים לקום ולומר. ואם לא אמרו, כנראה שידעו במה מדובר.

דעת הרוב לתגובת המיעוט מבקשת להרחיב מתודות של קבלת אחריות – לא מעניין מיומן יותר או מיומן פחות. צריך להבהיר מסר אחד לדירקטורים – החיפזון מן השטן "[פזיזות איננה גבורה]" (רפי קרצ'מר). והמחיר, מי אמר שהוא משקף את השווי האמיתי של המנייה? נכון, למחיר הבורסה משקל רב, אבל ברור לכל שישנם אלמנטים נוספים, וכאשר אתה מוכר את כל החברה הרי שיש לכך ערך גבוה הרבה יותר, והרי עובדה שגם בדיונים קודמים לדיון זה העריכו את שווי המנייה בין \$50-60, וגם שם אמרו סמנכ"לים רבים – נשמע סביר, לא הכי טוב, אבל בהחלט סביר.

נשוב לדעת המיעוט שם נקבע כי השולח האולטימטיבי, קרי בעלי המניות עצמם, אישרו את העסקה. נכון שתפקידם של נושאי המשרה בחברה הוא לשמש שלוחים עבור החברה. החברה היא השולח, והם שולחיה, ועל כן הם צריכים לפעול לטובתה. אבל נניח שגם אם הייתה כאן החלטה לקויה, הרי שהגורם שעבורו ניהלו את כל העסק, בסופו של דבר אמר "מקובל עליי". האסיפה הכללית היא בעצמה אישרה! איך יכול לבוא גורם שהיה מיעוט בהצבעה וכעת לטעון שהוא לא מוכן לעסקה. הרי במקרה שלפנינו יש אשרור של השולח לפעולות השלוח, אם כן איזו אחריות ניתן להטיל על השלוח?

ביהמ"ש העליון מתמודד עם הטענה המשפטית הזו בדרך מתוחכמת מאוד וקובע; נכון שבעיקרון, כאשר האסיפה הכללית מאשרת, מבחינה משפטית יכול האישור לשמש אשרור מבחינת השלוח. אבל, אשרור יכול להיות אפקטיבי כאשר השולח המאשרר יודע בוודאות מה הוא מאשרר. והבסיס הוא המילה Informed. כאשר השולח יודע מה היה אצל השלוח, ומה התנאים שהיו בידיו וכן הלאה, כלומר – רק במצב בו הוא מכיר את כל הסיפור כולו, ולמרות הכל הוא מציין כי מקובל עליו, רק אז יהיה זה אשרור אפקטיבי. אלא שכאשר תהליך ההתקשרות וקבלת ההחלטה אצל אותו שלוח, אצל הדירקטוריון, הוא תהליך פגום, זריז, חפז, שאיננו ממצה, לא רציני ולא ביקורתי, לא יהיה האשרור אפקטיבי. לא מספיק ששמע השולח את תנאי העסקה אלא הוא צריך לדעת שברמה שלפניו, קרי הדירקטוריון, האישור התקבל בתנאים אופטימאליים. וזאת משום שלשולח כוח האשרור כאשר בשיקול דעתו הוא סומך על העמדה המקצועית של השלוח. הוא מסתמך על הדירקטוריון כעל מישהו מקצועי יותר.

כאשר האסיפה הכללית שומעת שהדירקטוריון אישר, היא בדרך כלל לוקחת את אישורו כמשקל משמעותי מאוד בעד ההצעה. האסיפה הכללית מניחה שהדירקטוריון דן בסוגיה בכובד ראש. ואילו הייתה יודעת האסיפה הכללית שמראש חיפף הדירקטוריון, אין זה אומר בהכרח שהיא תבקש לדחות את העסקה, אבל היא הייתה שוקלת את הדבר ברצינות יתרה פעם נוספת.

וביהמ"ש קובע בעניין זה, כי האישור התקבל בתנאים פגומים, חפזים, שאינם רציניים, ועל כן האשרור של האסיפה הכללית איננו אפקטיבי משום שהוא לא מתבסס על מידע מחייב. התוצאה היא שאישור הדירקטוריון בבסיסו פגום, ולכן אין אפשרות שאישור האסיפה הכללית יהיה אפקטיבי, אלא אם ידעה על כל התנאים מראש, ומסתבר שלא ידעה.

הפרשה הסתכמה בעליון, שם נקבע כי הייתה הפרה בוטה של חובת הזהירות מצד דירקטוריון החברה, והתיק הוחזר למחוזי על מנת לקבוע את שיעור הנזק. במחוזי נקבע שיעור הנזק של \$1 למנייה, כלומר – שווי המנייה עלה לסך של \$56 פר מנייה.

החידוש בפסק דין זה, הוא בכך שהייתה זו בין הפעמים הראשונות בפסיקה שהטילו על דירקטורים אחריות בגין הפרת חובת זהירות בקבלת החלטות בנסיבות בהן הם פעלו בתום לב וללא אינטרס אישי, ובכך אפילו ביהמ"ש מכיר. בפרשות דומות לפרשה זו, כמעט תמיד היה רגע של טובת הנאה פרטית לאותו דירקטור שנטען לגביו שהפר את חובת הזהירות. בפרשה זו כל שנדרש הוא תהליך קבלת החלטות שקול יותר, זהיר יותר ומחושב יותר, מצד נושאי המשרה כחלק מחובת הזהירות שלהם כלפי החברה.

פרשת נצבא

בפרשה זו דובר על חברת נכסים פרטית, שהיסטורית שירתה כלכלי את הקואופרטיב של אגד וחבריו.

בעלי המניות בחברה, הם חברי אגד והגמלאים באופן כזה בו כל מי שהפך להיות חבר באגד קיבל מניות בנצבא וגם כגמלאי החברה נותר בעל מניות שם. והמטרה הייתה שלא כל מי שהוא חבר בציבור יוכל להשקיע במניות החברה. והעובדה שישנם מאות או אפילו אלפים של בעלי מניות בחברה, לא הופכת את החברה לחברה ציבורית בהנחה שאין פוטנציאל לאחרים לסחור במניותיה. וכדי לאכוף מטרה זו, נקבע בתקנון החברה האיסור על העברת מניות החברה, כלומר בעלי המניות לא יוכלו למכור מניותיהם לציבור הרחב, אלא לחברים אחרים באגד, כדי שהמניות יישארו בתוך המשפחה המורחבת. ההנחה הייתה שיש כאן איזשהו משחק בין דורי, כמו בנושא הפנסיה ומימון גיל הפרישה – כאשר הדור הצעיר שנכנס למעגל העבודה ומפריש הפרשות לפנסיה, יש להן נזילות והן משלמות מפירות היום-יום לאלו שפשוו ממעגל העבודה, לפנסיונרים של היום. ומחר, כאשר אותם צעירים יהפכו הם לפנסיונרים, הדור הצעיר יותר ישלם להם.

המציאות הייתה, שדווקא מי שרצה למכור את מניותיהם הם הגמלאים. כל זאת תחת ההנחה, שהחברים החדשים, הצעירים באגד, יהיה להם עניין לרכוש מניות נוספות של נצבא והם ירכשו אותן מהגמלאים שירצו לממשן. אלא שבשלב מסוים, מספר המצטרפים החדשים לאגד הלך וקטן בעוד שיותר ויותר מהוותיקים ביקשו לממש את זכויותיהם במניות. ומכיוון שלא היו קונים

בתוך המשפחה, לפי התקנון הם נתקעו עם המניות ולא יכלו למכור החוצה. כדי לסייע להם, לקחה נצבא הלוואות שונות, ושם החלה כל התסבוכת עם קרנות הפנסיה.

ולנצבא חברות בנות – האחת בשליטה של 100% והאחרת בקצת פחות, והן לקחו עבודה את ההלוואות, באמצעותן קנו את המניות של הגמלאים שרצו להיפטר מהחזקותיהן. ועדיין – בתוך המשפחה. הבנקים החלו ללחוץ, ובשלב מסוים הבינה נצבא כי אין באפשרותה לשלם את ההלוואות שלקחה. היא ניסתה למצוא דרך, וכדי להתמודד עם המצב התמנתה וועדה שהציעה הצעות עסקיות לצורך מתן פתרון יצירתי. אחת ההצעות הייתה; לא רק חברות הבנות יקנו את המניות, אלא גם נצבא עצמה. טענה נצבא כנגד הצעה זו שאין זה אפשרי משום שיש יותר מדי מוכרים.

ולכן בלית ברירה, השתמשה נצבא בהצעה השנייה שהציעה הוועדה – שינוי כללי המשחק. פתיחת המניות למכירה החוצה. אלא שהמכירה החוצה תיעשה בצורה אינדיבידואלית, כדי לממש את הרעיון של אגד כמועדון אקסקלוסיבי ולא לתת לגורמים חיצוניים לחדור פנימה. או שכולם בפנים או שכולם בחוץ. והוחלט – כולם בחוץ. יש להביא משקיע חיצוני שיציע לכל בעלי מניות נצבא לרכוש מהם את מניותיהם, מבלי לערב תאגיד נוסף.

והקונה החיצוני, סוגר חוזה מול נצבא שהוא יקבל את השליטה בה, ובמסגרת כך את כל ההתחייבויות שלה, שסיבכו אותה פיננסית. ואיך הוא יקבל שליטה? דרך המניות של בעלי המניות. סעיף 341 – הוא יציע לקנות מכל בעלי המניות הנוכחיים בנצבא את מניותיהם, ותהיה זו הצעת רכש בחברה פרטית.

היו עוד כמה פרטים רלוונטיים ותנאי עסקה שנקבעו בין נצבא ובין הקונה הפרטי, אך כל אלו אינם רלוונטיים לצורך דיוננו. המחיר לחבילת המניות נקבע, נקבעו שערי ריבית והצמדה, ופרק זמן של מכירה על פי התוכנית שנקבעה.

ועדת הביקורת בנצבא בדקה את התנאים ואישרה אותם. לאחריה אישר הדירקטוריון את התנאים, בזמן שהדירקטורים מטעם אגד (המשותפים לחברה הרוכשת ולנצבא) יצאו מההצבעה. לאחר אישורים אלו, הגיעה ההצעה להצבעה באסיפה הכללית של בעלי המניות. באסיפה הכללית הצביעו 96% בעד ההצעה, המחיר, החישוב, הפרישה לשנים וכנראה שכולם הבינו שזו הדרך היחידה, אחרת הם נשארים תקועים עם המניות. ואילו 4% הנותרים פנו לביהמ"ש בבקשה לעצור את העסקה.

הפרשה התגלגלה לידיה של השופטת הילה גרסטל בביהמ"ש המחוזי, שפסלה את העסקה, חרף האישור הסוחף ע"י הרוב באסיפה. השופטת טענה כי העסקה היא בלתי ראויה, בלתי הגונה ומקפחת את המיעוט מכל כיוון שהוא. היא מצאה פגמים רבים בעסקה ואחד מהפגמים המרכזיים בה היה ניגוד העניינים של הדירקטורים (דירקטורים משותפים בין שתי החברות) – העסקה נרקמה והתבשלה, והמו"מ שנעשה במסגרתה לא היה באמת מו"מ בין שני צדדים מתדיינים. והעובדה ש-96% אמרו "מתאים לנו", איננה סיבה חזקה מספיק לכפות על המיעוט בתנאים שמראש ברור שהם אינם הגונים.

לבד מניגוד העניינים הציגה השופטת נקודה נוספת, והיא העובדה שלא נעשה כאן גילוי מלא ונאות לבעלי המניות על המשחקים שנעשו כאן – אגד החזיקה 40% ממניות החברה הרוכשת, היו דירקטורים משותפים בשתי החברות ועוד עניינים שלא נחשפו בפני בעלי המניות.

נקודה שלישית בעייתית שמעלה במסגרת טיעונה, היא שיש כאן קיפוח פנימי וחוסר שוויון בין בעלי המניות השונים – הוותיקים והצעירים. אלה קודם ואלה אחר-כך, וגם אם תנסה החברה לתקן זאת בכך שיש כאן הגיון בגלל סדר הפרישה, הרי שאותם 2.5% שנקבעו כריבית, הם פחות מערך הריבית במשק, ולכן ערך המניות של האחרונים נשחק. מחיר הזמן כאן איננו מתגמל כראוי וזה כשלעצמו מהווה פגיעה חמורה.

ערעור נצבא ביחד עם הקבוצה הרוכשת, לביהמ"ש העליון על פסילת העסקה ושם ברוב קולות התהפכה דעת המחוזי ואושרה העסקה;

השופט מרים נאור, בדעת רוב, הסבירה כי אין היא מתעלמת מכך שהיו כאן בעיות בסיסיות בתפירת העסקה, והיא ערה לגמרי שמדובר כאן בניגוד עניינים, דירקטורים פה שהם דירקטורים שם, אך יש כאן, היא סבורה – תהליך של אישור. ובתהליך אישור זה מספרים שהדירקטורים המשותפים נקטו באמצעי זהירות ויצאו מהחדר בזמן ההצבעה. כלומר, השפעתם פחתה. ומעבר לכל זאת, בסופו של עניין הכדור התגלגל למגרשם של בעלי המניות עצמם לצורך ההחלטה. ושם היא התקבלה בדעת רוב, ולא סתם רוב – רוב סוחף. ולכן, אם היה חשש לניגוד עניינים, מדוע לא הצביעו נגד? רוב מוצק סבר כי ההסדר מתאים, טוב, ואין אלטרנטיבות טובות יותר. השופט נאור מציגה מצב בו אם התגלגל הכדור לבעלי המניות והם הסכימו, הרי שזה מפיל את כל ההתנגדויות. ולכן, גם אם היו פגמים בדרך, ברגע בו האסיפה הכללית אישרה, הרי שיש כאן טיהור של כל טומאה.

פס"ד זה הוא אחד החשובים שניתן בישראל, בנקודה אחת עיקרית והיא תהליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון החברה היה בלתי ראוי. דעת הרוב בביהמ"ש העליון קבעה כי אותו אשרור באסיפת בעלי המניות המהווה הרשאה מלכתחילה מרפא כל פגם, וזאת על אף שהיו ליקויים ברמת הדירקטוריון. אם השולח מאשרר את אישור השלוח, חרף אותם ליקויים קיימים, אין סיבה שביהמ"ש לא יאשר גם הוא.