דרישות הקורס: ציון הקורס מורכב מ100% בחינה.

**שיעור 1: 02/03/22**

**חלק א: התאגיד כאישיות משפטית**

**מושגי יסוד בחברות ובשוק ההון:**

בפשטות, ניתן לומר כי **חברה היא התאגדות של מספר חברים לפעילות משותפת**. לצורך אותה פעילות, **הדבר הבסיסי ביותר שנדרש הוא** **כסף**. לשם כך, החברים השונים יכולים להשתמש בהון עצמי / לקחת הלוואה מבנק כזה או אחר / לפנות לתורמים כאלה ואחרים, דוגמת בני משפחה / לחבור לבעלי הון עצמי, קרי משקיעים. לכל אחת מהאפשרויות השונות יתרונות וחסרונות. למשל, כאשר נשווה הלוואה למול פנייה למשקיעים, הרי שבפוטנציאל החיובי (רווח) לקיחת הלוואה עדיפה, שכן על הלווה לפרוע את חובו ותו לא, לעומת לקיחת הלוואה, שכן על המושקע להתחלק ברווחיו עם אחרים. מנגד, בפוטנציאל השלילי (הפסד), הרי שפנייה למשקיעים עדיפה, שכן המושקע לא יישא בכל הנטל לבדו, אלא ההפסד יתחלק בין מספר גורמים, לעומת לקיחת הלוואה, כאשר על הלווה להחזיר את ההלוואה כך או אחרת, ובתוספת ריבית. חשוב להדגיש, שאותן האפשרויות יכולות להופיע גם במעבר של **שווה כסף** בין הצדדים, קרי ביצוע עסקאות חליפין לצורך אותה פעילות משותפת. במסגרת כל זאת, **בשפה עסקית**, ניתן להצביע על מספר **מושגי יסוד**:

* **מהי בורסה?** הבורסה היא זירת מסחר ממוחשבת ומשוכללת, בה נסחרים סוגים שונים של ניירות ערך (להלן: **"ני"ע"**), דוגמת מניות של חברות, איגרות חוב, קרנות סל ועוד. בבורסה, ניירות הערך "מחליפים ידיים" בין קונים ומוכרים המסכימים ביניהם על המחיר והכמות בכל עסקה. מטרות הבורסה הן לאפשר לחברות לגייס כספים, הדרושים לפיתוח וצמיחה; לאפשר לציבור להשקיע במניות (ובני"ע אחרים) ולסחור בהן; לאפשר לממשלה להפריט את החברות הממשלתיות; למשוך משקיעים מחוץ לארץ; ולהגביר את השקיפות של המגזר העסקי. כיצד הבורסה תורמת להשגת מטרות אלו בכלל, ולהשגת שתי המטרות הראשונות בפרט? **הבורסה מהווה נקודת מפגש יעילה לכל השחקנים בזירה**. רוצה לומר, במקום מסוים, במועד מסוים, מצויים הקונים והמוכרים, ושם מתבצעות העסקאות. **למה חשוב שתהייה בורסה?** אני רוצה ביטחון שאם אני קונה משהו, למשל מניות, אגח"ים ואני לא רוצה אותן יותר, אני יכולה להשתחרר מהם ולמכור אותם בבורסה. כשאני קונה מניה של חברת אוסם למשל, היא שווה לי במובן הזה שאני יודע שאם אוסם תהייה רווחית וגורם כלשהו בחברה יקבל החלטה לחלק את הרווחים לבעלי המניות, אזי שהפעולה הזו תגרום לבעלי המניות לקבל הרבה כסף, אני ארוויח נתח וזהו השווי הכלכלי של המניה. **קרי, השווי של המניה נקבע לפי פוטנציאל הרווח. הוא זה שמקנה למניה את התוכן והשווי הכלכלי שלה. הנכס שיש בידי, הזכות המרכזית מבחינה כספית זה בעצם הפוטנציאל של הרווח.** מה יקרה אם אוסם תחלק רווחים רק בעוד 7 שנים ולי יש שני בנים לחתן? מאיפה אני אממן את ההוצאות דנן? אני יכול לפנות לבנק ולבקש הלוואה, או אולי אני אמכור נכסים שיש לי. **בדנן, אני אמכור את המניות של אוסם ויהיה לי כסף. לכן חשוב היכולת למכור, יכולת העבירות. זה לא שאלמלא המכירה לא היה שווי, אבל אם אני רוצה לתרגם אותו לכסף מזומן כאן ועכשיו, יכול להיות שרק עוד 7 שנים אני אקבל רווחים שאני צריכה עכשיו, קרי אני צריכה את הכסף עכשיו!** השוק=הבורסה, נותן לכך מענה.

באמצעות מניות חברות מגייסות כסף. הכסף שקיבלה החברה ממכירת המניות מיועד למימון הפעילות שלה: למשל, פיתוח מוצר חדש, רכישת ציוד נוסף, הקמת מפעל או גיוס עובדים. מחירי המניות מושפעים מגורמים נוספים כגון המצב הכלכלי והביטחוני במשק, תחרות בשוק בו היא פועלת, תוצאות החברה ביחס לציפיות המשקיעים ומידת הסחירות של המניה.

* **מהו נייר ערך?** נייר ערך הוא מסמך המונפק על ידי חברה או ממשלה ומקנה למחזיק בו **זכויות שונות**. בסעיף 1 לחוק ניירות ערך יש הגדרה אחת לכך.
* **מהן אגרות חוב** (להלן: **"אג"ח"**)**?** אג"ח הן מסמך המעיד על חוב שחב האחד כלפי זולתו, קרי **הלוואה**. החברה שמנפיקה את האג"ח היא הלווה, ואילו הקונה של האג"ח הוא המלווה. החברה מחויבת לפרוע את אגה"ח במועד הפירעון שייקבע מראש. אגרת חוב היא סוג של הלוואה או שטר חוב. החברה המנפיקה לווה מקוני שטר החוב כסף (קרן ההלוואה), ומתחייבת להחזירו בתוספת ריבית והצמדה. החזרי הקרן והריבית מתבצעים במועדים ובתנאים הנקבעים מראש ובתשקיף. זאת, בדומה להלוואה שנוטלים מבנק.

**בבורסה בתל אביב נסחרות:** אג"ח ממשלתיות (שהונפקו על ידי מדינת ישראל) , אג"ח קונצרניות (שהונפקו ע"י חברה ציבורית).

**ההבדל הכי חשוב בין מניה לאג"ח:** למניה יש חולשות מסוימות ונקודות טורפה מסוימות אך בד בבד גם נקודות חוזק. נקודת הטורפה במניה זה שאין לך זכות לדרוש את הרווחים, להבדיל, מחזיק אגרת חוב יש לו זכות לדרוש מהחברה כסף במועדים קבועים ומוסכמים! אם החברה לא מקיימת זאת, אזי שנוכל לתבוע אותה בהפרת חוזה (חוק החוזים תרופות). הצד השני של המטבע הוא שמניה מקנה לך את היכולת להשתתף ברווחים. כמה? זה יכול להיות הרבה מאוד, פוטנציאל אין סופי – ככל שיהיו יותר רווחים, החברה תשגשג, תרוויח והנתח שאוכל לקבל באמצעות המניה מהרווחים יהיה יותר גדול. לעומת זאת, המלווה, קרי מחזיק האג"ח, החברה יכולה לגדול פי 100 ממה שהיה לה אתמול אבל מחזיק האג"ח יקבל בדיוק מה שנקבע מראש.

* **מהי מניה?** מניה היא סוג של נייר ערך המקנה למחזיק בה מעמד של שותף בחברה. **מעמד כל שותף בחברה מתחזק ככל שיש בידיו יותר מניות.** מנייה היא מקרה ספציפי בתוך המקרה הכללי (=ניירות ערך), דהיינו, אחד הפריטים הנמצאים בתוך ניירות ערך הוא מנייה.

**מניה מבטאת בעלות על חלק מחברה.** זהו לא דבר מוחשי. כשקונים מניות, מקבלים בעצם "פיסה מעוגת החברה" שמנפיקה אותן וכן מעמד של שותפים בחברה. **בעלות ושותפות לא מהוות אותו מושג מבחינה משפטית**. מי שמחזיק ברוב המניות בחברה מכונה גם בעל השליטה בחברה. מניה זה לאו דווקא משהו מוחשי, כיום הביטוי של מניה הוא יותר אלקטרוני ולא נייר מוחשי. יש למניה שווי/ערך כלכלי והמניה הזו היא נכס של מי שמחזיק בה, כמו יש נכסים מוחשיים אז מניה זה נכס לא מוחשי. כשאני מחזיק במניה אני בעליה. **הכסף שקיבלה החברה ממכירת המניות מיועד למימון הפעילות שלה:** למשל – פיתוח מוצר חדש, רכישת ציוד נוסף, הקמת מפעל או גיוס עובדים. מחיר המניות מושפעים מגורמים נוספים כגון המצב הבטחוני והכלכלי במשק, תחרות בשוק בו היא פועלת, תוצאות החברה ביחס לציפיות המשקיעים ומידת הסחירות של המניה.

**מבחינה משפטית**, מניה מוגדרת בסעיף 1 **לחוק החברות** (להלן: "**החוק**") במילים ***"אגד של זכויות בחברה הנקבעת בדין ובתקנון"*.** רוצה לומר, **משמעות המניה נקבעת על פי דין, קרי על פי חקיקה ופסיקה, אך גם בהתאם לתקנון של כל חברה וחברה**. יוצא, כי מניה בלשון החוק היא חבילה של זכויות בחברה, אילו זכויות? הגדרה זו כשלעצמה אינה מגדירה את טיב הזכויות הללו. אם כן, **מהי משמעותה של מניה על פי דין? דין=חוק או פסיקה.** אילו סעיפים בחוק מגדירים לי מה כוללת מניה?

* **סעיף 188** לחוק החברות קובע כי *"כל בעל מניה זכאי להשתתף באסיפה הכללית ולהצביע בה, בכפוף להוראות התקנון באשר לזכויות ההצבעה הצמודות לכל מניה"*. רוצה לומר, המניה מקנה על פי דין את **זכות ההשתתפות בהצבעה** (באספה הכללית של החברה) **לגיבוש החלטה בחברה**. עולה השאלה, האם אותה זכות הצבעה בפני עצמה אכן משתלמת לבעל המניה?
* **סעיף 190** קובע כי *"כל בעל מניה זכאי לקבל דיבידנד, בהתאם לזכויות הצמודות לכל מניה, אם הוחלט על חלוקת דיבידנד כאמור בסעיף 306".* רוצה לומר, מניה מקנה לבעליה את **הזכות להתחלק ברווחים** (אם יוחלט!!! אם יוחלט שלא-לא) עם בעלי המניות האחרים. אין לי זכות כבעל מניה. יש לי ציפייה, תקווה אך היא אינה מעוגנת כזכות משפטית. האם זוהי ציפייה בעלמה או שיש מאחוריה כוחות שיפעלו להגשים אותה? נדע בהמשך, אבל יש. יש למנייה את הפוטנציאל להשתתף בחלוקת רווחים כאשר החברה תהייה רווחית ותחלק את רווחיה, חלוקת הרווחים תתקיים בין בעלי המניות. זה כפוף לכך שאכן יוחלט בחברה לחלק רווחים, במועד שיוחלט וכו'.

**אם כן, שותפות היא צורת השקעה שהופכת את המשקיע לשחקן רלוונטי בחלוקת הרווחים, להבדיל מהלוואה.**

**מניין שואפת מניה את ערכה הכלכלי?** מניה משקפת שווי יחסי בחברה, כאשר שוויה משקף את **ההסתברות והציפייה להתממשות רווחי החברה שיתהוו**. רוצה לומר, ככל שעולה **הפוטנציאל להתממשות הרווחים** המתהווים, עולה שוויה של המניה. בנוסף, ככל שמתקצר **פרק הזמן עד להגעה אל התממשות הרווחים**, עולה שוויה של המניה. עם זאת, מדובר בשני רכיבים עצמאיים. למשל, אף אם לא הייתה עלייה בהסתברות להתממשות הרווחים, אך פרק הזמן עד להגעה לרווחים התקצר, ייתכן ששוויה של המניה יעלה.

**משמעותה של המניה בתקנון החברה:**

**תקנון בחברה=**מסמך בסיסי שקובע את ההוראות בחברה.מחליטים על התקנון ביסודה של החברה, בהקמתה.

אנו נעמוד כעת על טיבו של התקנון בחברה. **יכול להיות שחלק מהזכויות שהמניה מקנה למי שמחזיק בה, יקבעו בתקנון גם אם לא נקבעו בדין.** במובן הזה המחוקק פותח פתח, שעיצוב המניה יהיה עיצוב דיספוזיטיבי ולא רק קביעה קוגנטית שלא ניתן לסטות ממנה. דהיינו, אני יכול לקחת את המניה ולהרחיב את מגוון הזכויות שהיא נותנת לי או לחלופין, לצמצם. למשל, אני אקבע בתקנון החברה שמניה של פלוני היא ללא זכות הצבעה. למה? ככה! אפשר לקבוע דבר כזה בתקנון! האם זה הגיוני? זו כבר שאלה אחרת שיש לבדוק ע"פ מבחן הגיון.

אם למשל נקבע בתקנון שכל מניה שמחזיק פלוני יקנה לו קול אחד. קרי, כל מניה מקנה לו קול אחד. סעיף אחר קובע שאצל אלמוני כל מנייה מקנה 5 קולות. דבר זה אפשרי! **אני יכולה להרחיב זכויות ולצמצם זכויות וככל שעולה על דעתי המופרעת לעשות כך, הדבר אפשרי!** האלמנטים המרכזיים הקלאסיים והשכיחים ביותר שנמצא במניות שונות של חברות זה השניים שמנינו- הצבעה באספה הכללית והשתתפות ברווחים.

**פעולה בשוק הראשוני ופעולה בשוק המשני מהוות מושגי יסוד בדיני חברות**. **כאשר חברה רוצה לגייס כספים, היא מנפיקה מניות חדשות, פעולה המכונה פעולה בשוק הראשוני= יצירת המוצר, הנפקת המניה**. השאלות שישאל משקיע פוטנציאלי באותו שלב הן האם החברה בעלת ניסיון? כמה משקיעים פוטנציאלים ישנם? מהי הסקירה של השוק? מהו טיב הזכויות הניתנות בעד ההשקעה? וכדומה. ככל והמשקיע סובר שהוא יוכל למכור את מניותיו בשוק המשני, עולים הסיכויים שהוא ישקיע במניות בשוק הראשוני. אם כן, **מכירת מניה קיימת היא פעולה המכונה פעולה בשוק המשני**. תפקידה המרכזי של הבורסה הוא להפוך את השוק המשני לזמין ויעיל ככל הניתן. כאשר הקונה קונה מניה, הרי שמדובר בפעולה מעל לראשה של החברה, קרי אין לחברה רווחים כלשהם מהעסקה. עם זאת, ככל שיהיו יותר פעולות בשוק המשני במניות החברה, יעלו רווחיה של האחרונה בשוק הראשוני. רוצה לומר, כאשר החברה תנפיק מניות בשוק הראשוני, העובדה שיש סחר במניותיה בשוק המשני, תמשוך משקיעים. כלומר - פעולה בשוק המשני לא מייצרת כסף לחברה כלל, היא מקבלת כסף ממשקיעים רק בפעולה בשוק הראשוני.

**שיעור 2: 07/03/2022**

**מבוא קצר לשיעור:** מאז שנוסדה המדינה ועד 1999 החקיקה המרכזית שהסדירה את תחום החברות בישראל הייתה פקודת החברות – פקודה מנדטורית משנת 1929. ההיסטוריה של דיני החברות היא התפתחות שהגיעה בשני מקומות מרכזיים: האחד – חקיקה, קרי פקודה מנדטורית בשם פקודת החברות. הפקודה נחקקה בשנת 1929, כשהיא בעצם מהווה שיקוף של חוק החברות שנהג אז באנגליה לפי הפרלמנט האנגלי. ההשלמה של פקודת החברות הגיעה מפסיקת בתי המשפט. השני - הפסיקה פתחה הרבה דינים, חלקם גם ביצירתיות של השלמת לקונות שפקודת החברות לאו דווקא נתנה להם מענה מובהק ולנוכח סיטואציות מסוימות פסיקת בתי המשפט נתנה את הפרשנות ואת הפתרונות שלה. פקודת החברות עברה ברבות השנים נוסח חדש, **ב-1989 פקודת החברות עברה נוסח חדש**. בפקודת סדרי שלטון ומשפט נקבע שעד שיהיה חוק מוסדר ישתמשו בפקודות המנדטוריות. אם וכאשר המחוקק יחוקק חוק חדש שעוסק בתחום מסוים ומבטל את הפקודה באותו התחום אז יפסיקו להשתמש באותה הפקודה. **חוק עסקי לא יכול להיות נוהג לאורך עשרות שנים, כי עולם העסקים משתנה כיוון שהכלכלה, התקשורת והטכנולוגיה משתנות**. אז הוקמה ועדה של משרד המשפטים בראשות אהרון ברק, והם גיבשו מצע לבנות חוק חברות ישראלי מקורי שיחליף את פקודת החברות הבריטית.

**ציון הדרך החשוב לנו זוהי שנת תשנ"ט 1999 השנה בה הכנסת מחוקקת חוק חברות חדש** . החוק נחקק לאחר עבודה מרובה של ועדה שישבה וגיבשה אותו בצורה מאוד משמעותית, בהובלה של פרופ' אהרון ברק ואריאל פורקצ'ה, יחד עם משרד המשפטים.

בחקיקה של חוק החברות, זה לא רק ציון דרך במובן ששינינו את הפקודה, אלא חשוב לציין שבחוק הסדירו הרבה נושאים ועניינים שבפקודת החברות הקודמת עוד לא היו מוסדרים כי העולם הכלכלי לא היה מפותח מספיק עדיין. למשל – עסקת מיזוג חברות לא הייתה מוסדרת בפקודת החברות אבל היא כן מוסדרת בחוק החברות. **הנקודה הכי חשובה היא שהאוריינטציה הפכה להיות אוריינטציה אמריקאית לאחר עשרות שנים שהיא הייתה בריטית.** הפסיקה שהשלימה ונתנה נופך לפקודת החברות היא פסיקה שהתייחסה ופזלה רבות כמשפט משווה לאנגליה – למשפט האנגלי. מקור ההשראה והתפיסות של החוק הם הרבה יותר אמריקאיות מאשר אנגליות, ככל שמתקדמים בשנים יש כמעט סימביוזה בין הגישות בין השיטה הישראלית לבין השיטה האמריקאית בדיני החברות. בארה"ב – יש דין פדרלי ודין מדינתי (50 שיטות משפט), ברוב הדברים הם דומות זו לזו אך לכל אחת יש את החקיקה הפנימית שלה – למשל אין דין חוזי אחד לכל המדינות (יש דין שונה לניו יורק ודין שונה למונטנה למשל). דיני חברות בארה"ב הם דין מדינתי, החוק המדינתי הרלוונטי עבורנו הוא של מדינת דוולאר. **מדינה זו היא המדינה המרכזית החשובה מכל 50 המדינות בהקשר של דיני חברות, כמעט כל החברות הרציניות בארה"ב- התאגדו בדלוואר וחלים עליהם דיני החברות של דלוואר ולכן דיון בסוגיה בדיני חברות תדון בבית המשפט בדלוואר (המדינה כמעט הכי קטנה בארה"ב).** מלבד ארה"ב, גם בישראל יש חברות שמתאגדות בדלוואר, היא מדינת מפתח. כשנשווה למדינה בארה"ב- נדבר רק על דלוואר וזאת כי כך עושים בתי המשפט הישראלים.

**דיני החברות בחקיקה, בפסיקה, ובמבנה הארגוני:**

* **מבחינה חקיקתית,** החוק המרכזי ביותר בדיני חברות הוא **חוק החברות**. חוק זה בא במקום פקודת החברות. אך יש חוק נוסף שחשוב לעניין, **חוק ניירות ערך**. חוק ניירות ערך נחקק ב-1968, וגם הוא מתייחס לחברות מה שמעלה את השאלה במה עוסק כל חוק ומה ההבדל ביניהם. חוק ניירות ערך עוסק בעיקר בשאלות כמו כיצד צריך להתנהל עם ניירות ערך (איזה מידע רלוונטי כאשר רוצים למכור מניה וכדו'). מכאן שהחוק מתמקד בעיקר בעניין המידע הרלוונטי לניירות ערך. החוק לניירות ערך דואג שיהיה מספיק מידע מבוסס לרוכשי המניות. הגוף המנהלי הרשות לניירות ערך ממונה על יישום החוק. רשות ניירות ערך יכולה להוציא עמדת מדיניות והחלטות הרשות מאוד משפיעות על השוק.
* **מבחינה פסיקתית,** עם השנים, האוריינטציה בדיני חברות נעה מהמקור האנגלי שלה, הוא פקודת החברות, אל **המשפט האמריקאי**. אם כן, המקור ההשוואתי העיקרי לפסיקה בדיני החברות בישראל הוא דיני החברות בארה"ב. עם זאת, דיני החברות בארה"ב אינם דין פדרלי, כי אם דין מדינתי, הנקבע בהתאם לכל מדינה ומדינה. **מדינת דלאוור** (Delaware) זוהי המדינה המרכזית החשובה ביותר בעולם בהקשר של דיני החברות. כל החברות הרציניות בארה"ב יהיו חברות שהתאגדו במדינה זו וחלים עליהם דיני החברות של דלאוור. לכן, התדיינות משפטית בסוגיה בדיני חברות ביחס לאותה חברה, תדון בבתי המשפט בדלאוור. **המדינה דנן קנתה לעצמה דומיננטיות בדיני החברות, ולרוב דיני החברות בישראל מבקשים להידמות לה.** מה מיוחד בדיני החברות של דלאוור? דלאוור פיתחה לעצמה מיומנויות בדיני חברות, ותאגידים רבים רשומים בה. כשאנו נשווה לפסיקה שמגעיה מארה"ב, זה תמיד יהיה בהשוואה לדלאוור. למה? כי ככה עושים בתי המשפט הישראלים, הן העליון, והן בתי המשפט המחוזיים.
* **מבחינה מוסדית,** רוב הסוגיות בדיני חברות נידונות בביהמ"ש המחוזיים כערכאה ראשונה. כאשר, בהתאם לרפורמה להתמקצעות בהימ"ש בתחום הכלכלי, הוקמו בביהמ"ש המחוזיים בתל אביב וחיפה מחלקות כלכליות, להן סמכות בלעדית לדון בסכסוכים בדיני חברות. לצד ביהמ"ש, רשות ניירות הערך היא הגוף האמון על אכיפת דיני החברות.

{המשפט לא מתחיל ונגמר בבית המשפט העליון, המשפט מתחיל בחקיקה קודם כל ונגמר בפסק דין, חשוב להיות בקיא ולהבין מה החוק אומר. עד שמגיעים לבית המשפט העליון יש ערכאות קודמות, בתחום דיני החברות (למעט סוגיה שנקראת הרמת מסך) הסמכות השיפוטית היא מחוזי בערכאה הראשונה. לפני קצת יותר מעשור, נוצר בדין הישראלי ערכאה בתוך ערכאה- נקבע שבכל בית משפט מחוזי ע"פ החלטת נשיא בית המשפט המחוזי יחד עם נשיא ביהמ"ש העליון ושר המשפטים להקים מחלקה כלכלית בתוך בית משפט מחוזי שתתמקצע בתחום דיני החברות ואז התמחות שופטים אלו תהיה לעניינים אלו בלבד וזה ישפר את העולם העסקי (יש צורך במינוי לשיפוט בבית משפט כלכלי)}.

**ההפעלה הארגונית של החברה:**

חברה היא **מסגרת ארגונית**, שבמסגרתה תתנהל פעילות עסקית, המתנהלת בהתאם לדיני החברות. **מדוע יש צורך בענף משפטי המסדיר התנהלות של חברות, כאשר ההנחה היא שניהול עסקים אינו דבר כופה?** האם דיני חוזים הוא לא הענף המשפטי המסדיר יחסים עסקיים מרצון בין שני צדדים? **אומנם במערכת היחסים אותה מסדירים דיני החברות, הבסיס הסכמי, אולם דיני החוזים לא מספיקים בכדי להסדירה**. ראשית, באופן כללי, אב הטיפוס הקלאסי של דיני חוזים הוא חוזה דו-צדדי. לעומת זאת, בדיני חברות, לרוב מדובר **בעסקאות רב-צדדיות**. שנית, תוכן העסקה בדיני חברות **יחסי ולא צפוי**, לעומת חוזה אד הוק. שלישית, לרוב ישנם **פערי כוחות** ביחסים בין השחקנים השונים בחברה, והרי שמטרת המשפט היא לדאוג לצד החלש יותר. אם כן, דיני חוזים לא ממצים את כלל היחסים והזכויות הקיימים במסגרת חברה, ומתעורר הצורך במנגנון חלופי, הוא דיני החברות. **דיני החברות הם כללים הקובעים מי מוסמך לקבל החלטות בתוך החברה, ולא את תוכן ההחלטות**.

בעולם החברות בישראל נהוג להבחין בין **שני סוגי חברות**:

1. **חברה המסווגת כחברה ציבורית**, היא *"חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה או שהוצעו לציבור על פי תשקיף כמשמעותו בחוק ניירות ערך, או שהוצעו לציבור מחוץ לישראל על פי מסמך הצעה לציבור הנדרש לפי הדין מחוץ לישראל, ומוחזקות בידי הציבור"*.כלומר, **חברה ציבורית היא חברה שמתקיימים בה** **שני רכיבים** **מצטברים**. **ראשית, מניותיה רשומות למסחר בבורסה או לחלופין הוצעו לציבור, ושנית מניותיה מוחזקות בידי הציבור, קרי בידי קבוצה בלתי מסוימת של אנשים**. אם כן, אין הכרח שמניות החברה הציבורית יהיו רשומות למסחר בבורסה, אך יש הכרח שהן יהיו מוחזקות בידי הציבור. כלומר, מבחינה משפטית, חברה ציבורית יכולה להציע מניות לציבור שלא דרך הבורסה. עם זאת, מבחינה פרקטית, אין בנמצא חברה ציבורית שלא רושמת את מניותיה בבורסה, בארץ או בעולם, טרם הצעתן לציבור. זאת משום שאם החברה לא תיצור עבור הקונים הפוטנציאלים נקודת מפגש, רוב הקונים יהססו לקנות את מניותיה. במילים אחרות, רישום בבורסה משיא את שם החברה בשוק הראשוני.
2. **חברה המסווגת כחברה פרטית**, היא חברה *"חברה שאינה חברה ציבורית"*. מונפקת למגדר ספציפי מוגדר, מנפיקים אותם למספר אנשים מועט. יכול להיות שחברה זו תהפוך לציבורית (וגם להפך- חברה ציבורית שתהפוך לפרטית ע"י אדם אחד שיהיה מעוניין להיות בעל השליטה , הוא יוכל לעשות זאת ע"י קניית כל המניות מהציבור שהמניות כעת בבעלותם- פרוצדורה אפשרית אך לא פשוטה).

**חברה ממשלתית=** חברה שרוב מניותיה מוחזקות בידי מדינת ישראל

**יחד עם זאת, חברה ציבורית, בדיוק כמו חברה פרטית, היא חברה שמצויה בסקטור הפרטי, ואין חל עליה המשפט הציבורי.** להבדיל, **חברה ממשלתית**, היא חברה שחל עליה המשפט הציבורי, ובנוסף לחוק החברות, היא חייבת גם בחוק החברות הממשלתיות. **כך או אחרת, מבחינה משפטית בכל חברה חייבים להיות בעלי מניות כלשהם, וחוק החברות חל על כולן כאחת.**

**מהו הפרופיל הפרסונאלי של בעלי מניות בחברות ציבוריות?** ציבור המשקיעים מתחלק לשליש **בעלי עניין** ושני שליש **כמות צפה**. בעלי עניין הם משקיעים שמחזיקים במספר רב של מניות, בכמה חברות שונות, לאורך זמן, הם בד"כ מחזיקים נתח נכבד של המניות לאורך תקופת זמן ארוכה. לעומתם, הכמות הצפה מייצגת את הן את הציבור שסוחר בשוק המשני בתדירות גבוהה, והן את המשקיעים המוסדיים. למעשה, המשקיעים המוסדיים משקיעים את החסכונות של לקוחותיהם.

התפלגות מחזיקי המניות בחברה הבורסאיות ב2020-

**64% כמות צפה-** אנשים שמחזיקים מניות לא רבות ומחליפים מניות באופן תדיר. מתוכם- 18% ציבור ישראלי+ 20% ציבור ומוסדיים זרים+ 14% קופ"ג ופנסיה+ 6% חברות ביטוח+ 6% קרנות נאמנות.

**36% בעלי עניין-** מחזיקים במספר מניות רב, הם לא ימכרו לרוב את המניות בתדירות גבוהה כי הם מחזיקי הנתח הנכבד ולכן מחזיקים את המניות לאורך זמן וכאשר הם מוכרים בשוק המשני זה ייחשב "אירוע חשוב" (למשל יצחק תשובה לא מוכר כל חודשיים מניות של חברת דלק). מתוכם- 28% בעלי עניין ישראלים+8% תושבי חוץ.

* **בעלי עניין** הם גורמים שונים שמשקיעים בחברות וקונים כמות גדולה של מניות מבלי תכנית למכור אותן מיד. הם מחזיקים במניות שלהם לאורך זמן.
* **כמות צפה** היא כמות מניות שנסחרת באופן קבוע ובעלי מניות אלו לא מחזיקים בהן לאורך זמן. בכמות הצפה ישנם המשקיעים המוסדיים (קופות גמל ופנסיה, חברות ביטוח, קרנות נאמנות). משקיעים מוסדיים מקבלים כסף רב מהציבור שמשלם להם עבור שירותים כאלו ואחרים, וע"מ לא לאבד את ערך הכסף הם משקיעים אותו במניות בבורסה. (הרחבה-בתי ההשקעות האלה לוקחים דמי ניהול מהציבור על הכסף שנשמר אצלהם. זה הרווח שלהם. את הכסף הזה הם יכולים להשקיע במניות כדי למנף את ההכנסות שלהם. לכסף הזה שהם משקיעים עבור עצמם, להבדיל מהכספים שהם משקיעים עבור הציבור, קוראים "נוסטרו"). יתר המשקיעים הנמנים עם הכמות הצפה הם הציבור בכללותו (אנשים פרטיים, בחו"ל ובארץ, שמשקיעים במניות ע"מ לסחור בהן באופן קבוע).



ה18% זה הציבור הישראלי, הציבור הרגיל. ציבור זר=גורמים זרים שקונים מניות דרך הבורסה בת"א. משקיעים מוסדיים=אלצ'ולר שחם, הפניקס, פסגות, כלל ביטוח, מנורה מבטחים. שוק משני קיים ורלוונטי לגבי חברות שאנו נכנה=חברות ציבוריות.

כאמור, דיני חברות הם כללים הקובעים מי מוסמך לקבל החלטות בתוך החברה. **מהו המקור הנורמטיבי לקביעת כללי קבלת ההחלטות** **בחברה?** **חוק החברות, בסעיפים 92, 119-122, מכיר** **בשלושה דרגים לקבלת החלטות** **בסדר היררכי עולה, הם מנכ"ל / הנהלה מעשית, דירקטוריון ואסיפה כללית.** החוק קבע מודל של חלוקת סמכויות בשלוש רמות, כאשר המודל מושתת על דגם החברה הציבורית. במילים אחרות, החלוקה המשולשת של קבלת ההחלטות הוא מבנה ארגוני שעוצב לפי המידות של חברה ציבורית. אם כן, **ההבחנה הפרסונאלית בין בעלי התפקידים בחברה הפרטית פחותה בהרבה מבחינה מעשית, אך לא מבחינה משפטית.** כבודה של הפירמידה ההיררכית במקומה מונח, אולם **מבחינה מעשית, ברי כי העוצמה גדלה יותר ויותר ככל שיורדים ברמות**. יוצא, כי **העוצמה הכי גדולה בחברה מצויה בידי המנכ"ל ביומיום**. זאת, משום שהביצוע השוטף וקבלת ההחלטות השוטפות מופקדים באחריות המנכ"ל במסגרת ניהול החברה. לראיה, מנכ"ל פייזר הוא שהחליט להעביר את החיסונים לישראל, ולא האסיפה הכללית של החברה. עוצמה זו באה לידי ביטוי בחוק בכך שהאחרון לא פורט לפרוטות את תפקידיו של המנכ"ל, אלא שמם תחת תווית כללית של "סמכויות הביצוע והניהול". אז המבנה הוא אסיפה כללית = בעלי מניות, דירקטוריון ומנכ"ל. אבל בחיים לפעמים המדרג קצת שונה - הדמות הכי חזקה בכל חברה הוא המנכל מבחינת סמכויות היום יום, הרבה יותר מהדירקטור. המנכל הוא הפנים של החברה. אפילו בממד התקשורתי היום יומי, כשישמו ידיעה על חברה ישמו תמונה של המנכ"ל ולא של הדירקטור או בעל המניות. קרי, זו הדמות שהכי מזוהה עם החברה. המנכ"ל מגלם את הצוות הניהולי, הביצועי. הדירקטוריון הוא יותר הגוף האסטרטגי שעוסק בתכנון הוא לא עוסק בניהול שוטף והגוף המבצע באופן שוטף הוא המנכ"ל והצוות הביצועי. החוק עם החלוקה הזו, חל גם על חברה פרטית. בחברה פרטית, מבחינה מעשית, ההבחנות האלה פחות באות לידי ביטוי ולפעמים כלל לא. **מהו היחס בין הסמכויות השונות?**

**סמכויות המנכ"ל מול סמכויות הדירקטוריון:**

**הדירקטוריון:**

**סעיף 92** א' לחוק החברות קובע את שני תחומי הסמכות של **הדירקטוריון**, הם **(1)** **התווית מדיניות החברה (בשונה מהביצוע השוטף); (2) פיקוח על ביצוע תפקידי המנכ"ל**. כל היתר זה פירוט והמחשה. לא נאמר שהדירקטוריון ינהל את החברה במקום המנכ"ל, אלא הוא רק מפקח עליו. הדירקטוריון יפקח את תפקיד המנכל, הוא יתווה מדיניות לחברה ויקבל החלטות שהן יותר תשתיתיות, אסטרטגיות, מערכתיות, ארוכות טווח, גדולות. בהתאם, **סעיף 121** קובע את תחום הסמכות של המנכ"ל, הוא *"****כל סמכויות הניהול והביצוע שלא הוקנו בחוק זה או בתקנון לאורגן אחר של החברה******והוא יהיה נתון לפיקוחו של הדירקטוריון"*.** **חשוב לציין שישנה הבחנה בין התווית מדיניות החברה, שהיא קבלת החלטות לטווח הארוך, לעומת ניהול החברה, שהוא קבלת החלטות לטווח הקצר**. למשל, נניח שחברה רוצה לגייס כספים לצורך השקעה בפרויקט חדש, והיא מתלבטת בשאלה כיצד לגייס את הכסף, אם על ידי הנפקת מניות, אם על ידי הנפקת אג"ח ואם על ידי לקיחת הלוואה פיננסית. הדיון בשאלה זו יערך בשולחן הדירקטוריון, שכן מדובר בדיון עקרוני. לעומת זאת, תרגום ההחלטה שתתקבל על ידי הדירקטוריון למעשים, תהיה במסגרת סמכותו של המנכ"ל. כאמור, סעיף 92(א) לחוק קובע את שני תחומי הסמכות של הדירקטוריון, ובהרחבה:

***לבצע את תפקיד הפיקוח על המנכ"ל***: **עריכת דו"חות כספיים של החברה**- מהווה תמונת מצב לביצועים של הדרג הביצועי, ובכך הדירקטוריון יכול לפקח על המנכ"ל; **הסמכות למנות ולפטר את המנכ"ל**. שאר הסמכויות נועדו להגשים את ***תפקיד התווית המדיניות של החברה***: אחת מהן עוסקת בקביעת **מדיניות האשראי של החברה**. זה אומר שהדירקטוריון לא בהכרח מחליט האם החברה תיקח הלוואה מבנק כזה או אחר, וכמה הסכום שלה יהיה ובאיזו ריבית. אלו ההחלטות הביצועיות שיקבל מנכ"ל החברה. קביעת מדיניות האשראי עוסקת בשאלות כמו כמה אשראי ניתן שהחברה תיקח בכל רגע נתון. סמכות נוספת עוסקת **בקביעת מדיניות העסקה**. אם חברה רוצה להחליט שכמות מסוימת מעובדיה תורכב מתושבי הפריפריה צריך לקבל את ההחלטה בדירקטוריון. סמכות נוספת של הדירקטוריון היא **אישור מיזוג.** מיזוג צריך לעבור גם את הדירקטוריון וגם את האספה הכללית. בקביעת הסמכויות של הדירקטוריון ישנם שני ווקטורים הפוכים: **הסמכות להנפיק מניות של החברה ומנגד הסמכות על חלוקת דיבידנדים.** הנפקת מניות היא פעולה בעזרתה החברה מגייסת כסף, בעוד שחלוקת דיבידנד היא בדיוק הפעולה ההפוכה (מסירת כסף שנמסר בחברה לבעלי המניות). ההחלטה כמה כסף החברה צריכה, איזה היקף של מימון החברה צריכה כדי להתחיל פרויקט כזה או אחר, היא החלטה מקצועית. לכן הגיוני שהחלטות כאלו יתקבלו בדירקטוריון. המנכ"ל גם מעורב בהחלטה ומשתף את דעתו, אך זו לא החלטה יום יומית, היא החלטה תשתיתית שצריכה לשבת אצל הדירקטוריון.

בנוסף, סעיף 49 לחוק קובע לדירקטוריון **סמכות שיורית** לפיה *"סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה".* **סמכות שלא נמצאת אצל אף אחד מגופים אלו ניתן שתהיה של הדירקטוריון.** משמע, ברגע שיש סמכות שלא ברור אצל מי היא נמצאת, צריך להבין האם היא נכללת תחת רשימת הסמכויות של האספה הכללית או של הדירקטוריון. אם לא, צריך להבין האם מדובר בסמכות ניהול וביצוע (ואז היא תחת המנכ"ל). אם לא, ניתן לתת את הסמכות לדירקטוריון.

**הסמכות להחליט על הנפקת מניות היא סמכות של הדירקטוריון ולא של האספה הכללית.** דווקא בגלל זה שבהחלטות הקונקרטיות על הנפקת מניות לא שואלים את בעלי המניות, אז צריך לקבוע גבולות גזרה.

המסכות של חלוקת דיבידנדים היא החלטה של הדירקטוריון, סעיף 92 (ב)' כותב שסמכויות הדירקטוריון אינן ניתנת להאצלה למנכ"ל, אך כלפי מעלה לאספה הכללית כן ניתן להאציל. ז"א ניתן למשוך סמכויות של הדירקטוריון לאספה הכללית אבל זה ס' ברירת מחדל, ואפשר לשנות אותו בתקנון ולקבוע משהו אחר בתקנון. לגבי הסמכות כלפי האצלה למנכ"ל (כלפי מטה) לא ניתן לשנות בתקנון זה סעיף קוגנטי).

**סמכויות המנכ"ל:**

סמכויות המנכ"ל מנויות **בס' 121** באופן מאוד תמציתי: "כל סמכויות הניהול והביצוע". הסיבה לכך היא שיש כמות לא מבוטלת של דברים שנמצאים בסמכות המנכ"ל, ולא ניתן למנות הכול. אם רוצים ניתן לפרט בתקנון את הדברים החשובים שנמצאים בסמכויות המנכ"ל. מצד שני, טיב העבודה של המנכ"ל דורש גמישות בלתי פוסקת, לכן לא בהכרח נכון להכניס את סמכויות המנכ"ל לתקנון לאור הסרבול שזה יוצר.

**סמכויות האספה הכללית:**

**סעיף 1** מגדיר את האסיפה כללית כ *"****אסיפה שנתית או אסיפה מיוחדת של בעלי המניות****"*, **וסעיף 57** קובע **רשימה סגורה של** **עניינים בהם מוסמכת** **האסיפה לקבל החלטות**. מה מאפיין את אותם עניינים, ומדוע הוסמכה האסיפה הכללית לקבל החלטות דווקא בהם?

* למשל לעניין **שינוי תקנון**, הרי שבעלי המניות הם צד לתקנון, וכל שינוי בו צריך להיעשות בהסכמתם. הצדדים לתקנון הם בעלי המניות והחברה ולכן הגיוני שבעלי המניות הם אלו שיחליטו על השינויים בתקנון (ההסכם).כפי שראינו בהגדרת מניה, התקנון עצמו מעצב את המניה וקובע מה התוכן שלה. לא הגיוני שמישהו שהוא לא בעלי המניות יגדיר עבורם מה התוכן של הרכוש שלהם (המניות). עניין זה רלוונטי גם למיזוג ולפירוק, מאחר שפעולות אלו משנות את החברה עצמה. אנחנו רואים שהתקנון יכול להוסיף\להתנות על דברים שרשומים בחוק ואינם דיספוזיטייבים.
* למשל לעניין **הגדלה של הון מניות רשום**, הוא נושא שחייב להיות מוסדר בתקנון החברה, והאסיפה היא צד לו. רוצה לומר, הון מניות הוא מספר שרירותי של מניות בעל משמעות משפטית, ונעדר משמעות כלכלית. מספר זה הוא תקרה של הרשאה משפטית להנפקת מניות, אם כי בפועל אם החברה מנצלת את התקרה או פחות ממנה, הן החלטות שמעבר לתקנון. כלומר, יתכן פער בין הון המניות הרשום להון המניות המונפק. מעייניהם של בעלי המניות הם בהון המונפק, כאשר מספר המניות של כל בעל מניות חלקי סך המניות המונפקות, מהווה את כוח ההצבעה של כל בעל מניות. ההחלטה על הנפקת מניות היא החלטה של הדירקטוריון, ולא של האסיפה הכללית. **מכיוון שכל מניה חדשה שמונפקת, מקטינה את כוח ההצבעה הקיים של כל בעל מניה, הרי שהסמכות להגדלת הון מניות רשום נתונה להם, במסגרת שינוי התקנון.**
* למשל לעניין **מיזוג**, מכיוון שבעסקת מיזוג ישנו ביטוי לשינוי מסוים בנכס של בעל המניות, על פי עקרונות קלאסיים של דיני קניין, יש לקבל את הסכמתם של בעלי המניות.
* למשל לעניין **מינוי רואה החשבון של החברה**, הוא הגורם שבוחן פעולות שבסמכות הדירקטוריון, לא ראוי שהאחרון ימנה אותו, כי אם גורם שמעליו, הוא האסיפה הכללית.
* אישור עסקאות עם בעלי עניין
* פירוק החברה.

**משמע, ישנם שני אלמנטים המיוצגים בסמכויות אלו**:

1. סמכויות של פיקוח ובקרה על בעלי תפקיד אחרים בחברה- האספה הכללית יכולה למנות ולפטר דירקטורים. היא יכולה למנות רו"ח מבקר (גורם חיצוני לחברה שעורך ביקורת על ביצועים הכספיים של החברה). בקרה על הדו"חות הכספיים היא במידה רבה בקרה על הדירקטוריון, מאחר שהדירקטוריון אחראי על עריכת הדו"חות הכספיים של החברה.
2. עניינים שמתייחסים לליבת האינטרסים של בעלי המניות: שינויים של התקנון, קביעה על מיזוג או פירוק ועוד.

**סמכויות האסיפה המנויות בסעיף 57 הן סמכויות קוגנטיות, קרי לא ניתן להתנותן, וכמו כן לא ניתן להאצילן לגורם אחר**, בהתאם לסעיף 58.לעומת זאת, **הסמכות היחידה של האסיפה שניתן להתנותה, היא הסמכות למנות דירקטורים בחברה**, ולכן היא מנויה בסעיף נפרד, הוא סעיף 59. אכן, התניה על סמכות זו שכיחה במסגרת חברות פרטיות. **למשל,** ישנם ארבעה בעלי מניות בחברה. כל אחד מחזיק ב-25% ממניות החברה. צריך להרכיב דירקטוריון. נקבע בתקנון החברה הסעיף הבא: "דירקטוריון יורכב מארבעה דירקטורים. כל מי שמחזיק ב-25% ממניות החברה זכאי למנות דירקטור אחד לדירקטוריון החברה". לכאורה, אין התניה על סמכות האסיפה, שכן ישנם חמישה חברי אסיפה המחזיקים ב20% ממניות החברה, וכל אחד מהם רשאי למנות דירקטוריון אחד. **אלא, שתניה זו משמעותה שלכל בעל מניה כזה יש זכות אינדיווידואלית למנות דירקטור, ללא צורך בקבלת רוב בהצבעה של האסיפה.** אם כן מדובר בהתניה על החוק הקובע ברירת מחדל של **מינוי דירקטור על פי רוב בהצבעה של האסיפה הכללית**.

**תקנון החברה:**

סעיף 15 לחוק קובע כי *"לכל חברה יהיה תקנון כמפורט בסימן זה".* סעיף 17 מוסיף וקובע כי *"(א****) דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם****. (ב) שינוי התקנון ייעשה בדרכים הקבועות בחוק זה"*. **אילו פרטים חובה לכלול בתקנון?** *"תקנון החברה יכלול את הפרטים האלה: (1) שם החברה; (2) מטרות החברה; (3) פרטים בדבר הון המניות הרשום כאמור בסעיפים 33 ו-34; (4) פרטים בדבר הגבלת האחריות, כאמור בסעיף 35"*. **סעיף 19** מוסיף וקובע כי *"חברה* ***רשאית*** *לכלול בתקנון נושאים הנוגעים לחברה או לבעלי מניותיה, ובכלל זה: (1) הזכויות והחובות של בעלי המניות ושל החברה; (2) הוראות לעניין דרכי ניהול החברה ומספר הדירקטורים; (2א) הוראות ממשל תאגידי מההוראות המומלצות המפורטות בתוספת הראשונה, כולן או חלקן... (3) כל נושא אחר שבעלי המניות ראו לנכון להסדירו בתקנון"*. אם כן, **בנקודות מסוימות ישנה סמכות לתקנון החברה לקבוע סעיפים המשלימים את החוק במקום בו הוא שותק, או להתנות על החוק במקום בו הוא קובע הוראות דיספוזיטיביות**. זאת, מעורר את השאלה **מהי משמעותו המשפטית של התקנון, ומהו אופן הפרשנות הראוי של התקנון?**

**בפס"ד הולנדר** עלתה טענה **למתח מסוים בין תקנון החברה לבין הסכם אחר ששמו הסכם בעלי המניות**. במקרה זה ניכר שיש פורמט נוסף להסדרת היחסים בין בעלי מניות שלא בתקנון הנקרא 'הסכם בעלי מניות'. עולה השאלה מה היחס בין תקנון לבין הסכם בעלי מניות.

**רקע עובדתי** – היו שלוש קבוצות של בעלי מניות בחברת המימד החדש: הולנדר, ענב, ובעלי מניות נוספים מהציבור. בעלי המניות היו צריכים להחליט על מינוי הדירקטורים בדירקטוריון. הדירקטוריון בחברה היה מורכב משמונה דירקטורים. בין הולנדר לבין ענב נחתם חוזה בשם **הסכם בעלי מניות** (מעין הסכם קואליציוני) שקובע בין היתר איך מתבצעת הצבעה על דירקטורים לדירקטוריון. במסגרת כך נקבע שלכל צד יהיו ארבעה דירקטורים בדירקטוריון. בשלב מסוים התגלעה מחלוקת בין הקבוצות, ומאחר שיש לקבוצות חלקים שווים בחברה הם הגיעו למבוי סתום. הולנדר החליט להתפטר מהדירקטוריון ולקחת אתו את הדירקטורים הנוספים שייצגו אותו בדירקטוריון. בתקנון החברה הופיע סעיף קוורום שקבע שנדרשת נוכחות של לכל הפחות רוב חברי הדירקטוריון (במקרה זה חמישה). ברגע שקבוצת הולנדר התפטרה הרי שאין לדירקטוריון קוורום. הולנדר חשב שהוא ידחק את ענב לפינה, מאחר שהייתה עתידה להתכנס אסיפה של בעלי המניות, מה שיביא לשיתוק הדירקטוריון. [תקנון החברה תוקן ושונה, כך שההוראה בדבר מינוי דירקטוריון פריטטי הושמטה מטעמי שיקולי מדיניות, ונוספה ההוראה בדבר דרישת רוב של 60% מבעלי המניות בכדי למנות דירקטור. מאחר שאת הקולות בהצבעת האסיפה מחשבים לפי מספר המצביעים הנוכחים, הרי שלא קבוצת הולנדר ולא קבוצת ענב היו מצליחות לזכות באותו רוב כנדרש. רוצה לומר, קבוצת הולנדר מחזיקה ב34% ממניות החברה, קבוצת ענב מחזיקה ב34% ממניות החברה, ושאר המניות מוחזקות בידי הציבור. לרוב, בעלי המניות שבידי הציבור לא נוכחים באסיפות הכלליות, למעט המשקיעים המוסדיים, ולכן נניח שרק בעלי 12% ממניות החברה שבידי הציבור ינכחו באסיפה. אם כן, בכדי לקבל רוב בהצבעה יש צורך שיצביעו רוב של 60% מבעלי מניות מתוך ה80% ממניות הנוכחים, הוא רוב של 48% מבעלי המניות. הולנדר לא היה מצליח להשיג זאת בין כה וכה, כי יחד עם 12% של בעלי המניות שבידי הציבור הוא זוכה במקסימום ברוב של 46% מבעלי מניות, וכן לגבי קבוצת ענב. לכן, הולנדר היה סמוך כי באסיפה הכללית הוא יוכל להפעיל לחץ על קבוצת ענב, אלא שהאחרונה הפעילה את סמכות החירום בתקנון, והביאה להמשך פעילות הדירקטוריון בלעדי הולנדר]. **בניגוד למה שהולנדר ציפה, קבוצת ענב כינסה ישיבת דירקטורים והפעילה סעיף מתקנון החברה (סעיף החירום) שקבע שניתן למנות דירקטורים ע"מ לעמוד בדרישת הקוורום עד אשר תתכנס אסיפה כללית של בעלי המניות.** ברגע שהיה קוורום, הדירקטוריון קיבל החלטה לפטר את הולנדר מתפקידו כמנכ"ל. בהמשך התכנסה האספה הכללית של בעלי המניות כשעל סדר היום היה מינוי דירקטורים חדשים. בסוף כל תהליך זה הולנדר נשאר בלי יכולת השפעה משמעותית בחברה. **הולנדר פנה לבית המשפט וטען** שהסכם בעלי המניות הוא חוזה ועל כן יש לפרש אותו לפי אומד דעת הצדדים. מאחר שבהסכם בעלי המניות נקבע שהדירקטוריון יורכב מארבעה דירקטורים מכל צד, צריך לפעול לפי זה. מכאן שלא יכול להיות שענב ימנו דירקטורים בניגוד לרצונו של הולנדר. כמו כן טען שאמנם התקנון לא קובע זאת אך הוא שותק ולא קובע הסדר פוזיטיבי אחר ולכן אין כאן משהו נוגד חזיתית למה שכתוב בהסכם וההסכם מדבר מפורשות ולכן צריך להפעיל אותו וללכת על פיו. עוד. טען לטענת חוסר תו"ל - על כך שמיד קובעים דירקטורים חדשים (אך עינב טוענים שהחברה חייבת לתפקד ולכן מינו במהירות דירקטורים חדשים). **ענב טוענים מצדם** שהתקנון הוא ההסכם הרלוונטי, וברגע שנקבע בתקנון שכל מה שצריך זה הסכמה של 60% מבעלי המניות זה מספיק. אומנם מצב זה סותר את הסכם בעלי המניות, אך בעניי ביהמ"ש ידו של התקנון על העליונה. במילים אחרות, **התקנון הוא המסמך המשפטי המחייב את החברה, וככל שישנה סתירה בינו לבין מסמך חוזי אחר, הרי שהתקנון גובר**. חברה ציבורית אמורה לשקף לציבור את הנעשה בחברה, התקנון נגיש לציבור וכך הציבור יכול לדעת על המתקיים בחברה ויוכל לפעול לפיו לעומת ההסכם שהוא בין שתי הצדדים בלבד ורק הם יודעים על תוכנו. אופן הרכבת הדירקטוריון משפיע בסופו של דבר על תפקוד החברה וגם בעקיפין על המניות שלהם (הנכס שלהם) ולכן אומרים עינב שלא יכול להיות שההסכם יכתיב אלא התקנון. הם פעלו לפיו ויתרה מזו, אין סתירה בין התקנון להסכם.

**בית המשפט קבע שאופן המינוי של הדירקטוריון היה תקין ובכך מכריע לטובת ענב.** מבחינת בית המשפט, סעיף התקנון הוא זה שקובע כיצד יש לפעול. בתקנון אין שום הגבלה של 4-4, יש רק את ההגבלה של ה-60%. **יש מספר הבדלים בין תקנון להסכם בין בעלי מניות שהוביל את ביהמ"ש לקבל החלטה זו:**

1. בית המשפט לא אומר שהסכם בעלי מניות לא מעניין, הוא אכן מהווה חוזה בין הצדדים לו. במקרה זה הצדדים לחוזה היו הולנדר וענב, אך שאר בעלי המניות וכן החברה עצמה לא היו צד להסכם הזה. **ההסכם שכן כולל את כל הצדדים הוא התקנון.**
2. הבדל נוסף בין המסמכים הוא **אלמנט הפומביות.** תקנון הוא מסמך שיש לו ביטוי של פומביות, במובן הזה שתקנון של כל חברה נמצא אצל רשם החברות והוא פתוח לעיונו של כל אדם. מכאן שבעלי המניות מהציבור יכולים בקלות ללמוד מה תנאי התקנון של חברת המימד החדש. הסכם בעלי המניות בין הולנדר לבין ענב אינו פומבי, ולכן אנשים שאינם צד לחוזה לא בטוח יודעים על קיומו, וגם אם כן לא בטוח שהם יכולים לראות אותו ולדעת מה התנאים שלו. לכן, לא הגיוני שהולנדר יפסול הצבעה של ציבור בעלי המניות על בסיס כך שהן לא תואמות הסכם בינו לבין ענב.
3. מעבר לכך, הרי **שיש תחלופה של בעלי מניות** (כל מי שנכלל בכמות הצפה), וברגע שיש תחלופה של בעלי מניות הרי שההסכם המקורי לא מחייב את בעלי המניות החדשים.

כל זה הוביל לכך שבית המשפט נצמד ללשון הברורה של התקנון, ולא הוסיף עליה רוח מסוימת שמופיעה בהסכם אחר שקיים בנפרד לתקנון. הולנדר ביקש לפרש את התקנון לפי הלכת אפרופים- גם בהתחשב בנסיבות, פרשנות תכליתית המתייחסת לנסיבות המקרה. למרות זאת, ביהמ"ש דוחה טענה זו **ונקבע כי יש לפרש את התקנון בפרשנות טקסטואלית**. ניתן להגיד ש**התקנון הוא מסמך בעל עליונות נורמטיבית במסגרת של חברה (בכפוף להוראות הדין הקוגנטי).** בשורה התחתונה, את התקנון מקיימים וכל הסכם אחר שהופר יכול להוביל לסעד חוזי כלשהו.

**דרישות ההתאגדות:**

חברה היא מסגרת ארגונית שבמסגרתה תתנהל פעילות עסקית. לשם ההשוואה וההבנה – נציין כי יש מסגרת ארגונית שנקראת מפלגה – מסגרת ארגונית שתוכן הפעילות שלה היא פוליטית. אולם המסגרת הארגונית שאנו מדברים עליה היא מסגרת שהפעילות הארגונית שלה היא עסקית. ישנן הוראות איך בונים ומארגנים את החברה, איך אנו מייצרים את עמותת בית הכנסת, או בית החולים או המפלגה וכד, קרי יש לבצע אי אילו פעולות. לדבר נפקניות משפטיות משמעותיות. אנו נדבר על הטכניקה של הקמת המסגרת הארגונית ששמה חברה. השאלה היא – אם אני רוצה להקים חברה, מה עליי לעשות.

**כיצד חברה מתאגדת, קרי נוצרת?** חברה מתאגדת בהליך פרוצדורלי שאיננו מורכב, בהתאם לסעיפים 8-10 לחוק. סעיף 8 קובע כי *"המבקש לרשום חברה יגיש לרשם בקשה לפי* ***טופס*** *שקבע השר ולה יצורפו: (1)* ***עותק של התקנון****; (2****) הצהרה של הדירקטורים*** *הראשונים על נכונותם לכהן כדירקטורים, כפי שקבע השר"*, כאשר הגשת אלו מותנית בתשלום **אגרה**. ברגע שמסמכים אלו מוגשים לרשם החברות, האחרון מעניק לחברה **מספר רישום** ומוציא לה מסמך ששמו **תעודת התאגדות**. **כלומר, יש שלושה אלמנטים כדי להקים חברה.** 1. מילוי טופס 2. תשלום אגרה 3. צירוף שני מסמכים – תקנון + הצהרת דירקטורים.

הסעיף אומר שכשאתה בא להקים חברה ופונה לרשם החברות, תצרף לבקשה הצהרה של הדירקטורים הראשונים, על נכונותם לכהן כדירקטורים. **מי קובע מי יהיו הדירקטורים הראשונים?** אלה שבאים עם היוזמה לייסד את החברה, הם גם אלו שישבצו את הדמויות הראשונות לתפקידים הללו. למה? כי זה דרך יסוד הדברים. הם באים עם הרעיון ואומרים הראשונים שהביעו נכונות לשמש בתפקיד ולכהן כדירקטורים בחברה, הם אלו שיקבעו. התהליך אינו מורכב.

**הרישום מתחיל בקידומת ח"פ (חברה פרטית) / ח"צ (חברה ציבורית), ומהווה את מספר הזהות של החברה.**

* תעודת ההתאגדות, בהתאם לסעיף 10, מהווה *"ראיה חלוטה לכך כי נתמלאו כל הדרישות לפי חוק זה לענין הרישום ולכל ענין שהוא תנאי לכך"*.
* לכל מסגרת ארגונית תמיד יהיה מסמך מכונן, קרי **תקנון**. כמו שיש תקנון של בית משותף, כך חובה שתהייה לחברה תקנון. זהו מסמך מאוד חשוב, משמעותי ומרכזי. את התקנון יש לצרף לבקשה לרישום לחברה. אולם, מה כולל התקנון?

**סעיפים 18-19 לחוק החברות**: כדי להכיר בתוכן התקנון, נסתכל על הסעיפים דנן. **סעיף 18 מונה 4 פריטים מסומים, רכיבים מסוימים שחייב שיהיו בתקנון החברה, חובה! מבלי הרכיבים דנן זה לא תקנון תקין, אם הם יחסרו מהתקנון, רשם החברות בודק האם הקריטריונים של הסעיף מתמלאים ואם לאו, הוא יחזיר הבקשה**. **סעיף 19** מוסיף ואומר, מלבד אותם 4 קריטריונים שמופיעים בסעיף 18, התקנון יכול להוסיף עוד נושאים ופרטים שהוא מטפל בהם, לפי החלטתם של אלו שקובעים את התקנון. כלומר, מנסחי התקנון יכולים להוסיף עוד קריטריונים כראות עיניהם, מכוח חופש החוזים. ככל שיראה להם הם יכולים להוסיף ל4 הקריטריונים שהם חובה, עוד דברים.

**מהם ארבעת הדברים שנדרשים בחובה בתקנון:**

1. **שם החברה** – לכל חברה חובה שתהייה שם. השם צריך להיות שונה מכל חברה אחרת. לא בטוח שאני אדע אם קיים שם כזה או לא, אך זהו בדיוק תפקידו של הרשם. אם הרשם רואה שם חופף לחברה אחרת עליו להודיע לי שהשם "תפוס".
2. **מטרות החברה** – כל חברה חייבת שיהיו לה מטרות. לפעמים מטרות החברה יכולים לעסוק נגיד בקידוחי נפט בים המלח, ואז בקידוחי נפט בים התיכון למשל היא לא תוכל לעסוק. למה? כי היא הגבילה עצמה למקום מסוים. ברוב המקרים מטרת החברה לעסוק בכל עיסוק חוקי ומעטים המקרים של ההגבלות דנן. תקנון הוא דבר ניתן לשנות, לכן אם בהתחלה למשל הגבלתי את עצמי בתקנון אז אני יכולה בהמשך לשנות אותו. כדי לשנות את התקנון אני צריכה את האספה הכללית.
3. **פרטים בדבר הון רשום (מפנה לסעיף 33-34) –** הון מניות רשום זה מספר מניות שמשמעותו מספר בעלי המניות הפוטנציאלי מקסימלי לחברה, המספר לא משקף משהו כלכלי אלא מסגרת משפטית שקובעת גבולות גזרה מקסימליים.אם קובעים 1,000,000 מניות, אז נקבע שיש לחברה פוטנציאל בשלב זה של הפעילות שלה פוטנציאל לעד מיליון מניות- המקסימום שהיא יכולה להנפיק אך אם היא תרצה להנפיק מניה נוספת אז היא תצטרך לשנות את התקנון ולהגדיל את ההון הרשום לכמה שהיא רוצה (לא מלמד אותי כמה גויס בפועל).למשל יש 100,000 ₪ שניתנו ע"י 5 משקיעים (כל אחד 20,000 ₪) אך החברה הנפיקה 1,000 מניות, אז למעשה כל מניה שווה 1,000 ₪ .לאחר מספר שנים החברה זקוקה לכסף נוסף ולכן החברה רוצה להנפיק עוד מניות למשקיעים נוספים (לא אלו שהשקיעו בהתחלה). נפקות הנפקת המניות החדשהמקטינה את אחוז ההחזקה של בעלי המניות שהשקיעו בהתחלה. כאשר קונים מניות לוקחים בחשבון שהנפקת מניות נוספת עלולה להקטין את שווי אחזקת המניות שלי- דילול אחוזי ההחזקה שלי. יש גבול לדילול אחוזי ההחזקה, אם רוצים להגדיל מעבר לגבול, אז יש צורך בשינוי התקנון שדורש הצבעה באספה הכללית וכך לבעלי המניות יהיה דרך להביע את דעתם.בתוך גבולות הגזרה (מה שנקבע בתקנון) לא ישאלו את בעלי המניות. באופן היסטורי, מציינים יחידת מדידה למניות בסכום כסף, שכל אחת מהמניות שווה לשקל אחד בערך נקוב- לאו דווקא זה שווי המניה אלא זו יחידת מדידה (המניה יכולה להיות גם 10 ₪) . כשמסתכלים על שערי מניות כיום בבורסה בשוק המשני אז נראה ששער המניה תמיד במכפלה של 100, אם המניה שווה 30 ₪ אז הרישום יהיה לפי שער של 3,000 כי זה 3,000 אגורות.
4. **פרטים בדבר הגבלת האחריות, כאמור בסעיף 35-** פריט שחובה שיהיה בתקנון. תנאי זה הוא קביעה בתקנון שבעלי המניות של החברה אינם חבים בחובותיה, חובה לציין זאת בתקנון. מכאן נובע שיכולה להיות חברה שבעלי המניות כן יחובו בחובותיה ויוותרו על החסינות שלהם אם יצוין בתקנון שהאחריות של בעלי המניות היא בלתי מוגבלת. ברמה הפרקטית לא נמצא חברה שאחריות בעלי המניות היא לא מוגבלת, כי אז אין טעם להקמת חברה, זו הסיבה למה מקימים חברה- על מנת להקים אישיות משפטית נפרדת שלא תחת אחריותם כי זהו בדיוק היתרון של בעלי מניות בחברה. ולכן נמצא כסטנדרט בפריט החובה בתקנון שאחריות בעלי המניות מוגבלת לשיעור השקעתם החברה. משמעות "בע"מ"- בעירבון מוגבל, ז"א אחריות בעלי המניות לחובות החברה היא מוגבלת לכדי שיעור השקעתם בחברה, הכסף שהם התחייבו להשקיע כנגד המניות הם יצטרכו לשלם בלבד.

**סעיף 5** קובע כי *"קיומה של חברה הוא מיום ההתאגדות המצוין בתעודת ההתאגדות ועד לפקיעת ההתאגדות, כתוצאה מחיסולה של החברה"*. תאריך לידת החברה הוא מועד בעל משמעות משפטית, וכן תאריך חיסול החברה, כאשר האחרון יכול להתקיים בשני אירועים משפטיים שונים, פירוק החברה או מיזוג. **אילו משמעויות משפטיות יש למועד יצירת החברה?** לפי סעיף 4 *"חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופייה וטבעה כגוף מואגד"*, מיום התאגדותה בהתאם לסעיף 5. במילים אחרות, **מרגע התאגדותה חברה היא אישיות כשרה לאינטראקציה משפטית**.

**סעיף 20 -** אמרנו שתקנון זה מסמך בסיסי, והזכרנו שמי שמוסמכים להחליט על תוכן התקנון הם בעלי המניות – אסיפה כללית. הם נדרשים לסוגיה של מהו תוכן התקנון וכו'. **אומרים לנו שבעלי מניות יכולים לשנות תקנון. אבל כיצד?** סעיף 20 לחוק. הסעיף אומר כיצד משנים את התקנון. איך? **בעלי המניות מתכנסים באספה כללית ומצביעים**. ההחלטה תתקבל ברוב רגיל. קרי, רוב רגיל יקבע את התוכן. למשל אם תהייה הצעה לשנות את סעיף 4 בתקנון שמהיום אמר א' וממחר יומר ב', מתכנסים בעלי המניות ורוב רגיל ייתן תוקף להחלטה. אם רוב רגיל יצביע בעד, אזי שסעיף 4 יהיה בנוסחו החדש והמעודכן. **כשאנו אומרים רוב רגיל – הכוונה ל51% אחוז מתוך אותם בעלי מניות שהגיעו ומשתתפים בהליך ההצבעה.**

**כינוס האספה הכללית המצביעה לשינוי התקנון כוללת רק את בעלי המניות שהגיעו**, מקרב אלו שהגיעו סופרים את קולותיהם לפי מספר המניות שבידיהם. בעבר פקודת החברות דרשה רוב של 75% (רוב מיוחס), אך חוק החברות שינה את הרוב לרוב רגיל- 51% שזו דרישה יותר מודרנית. כמעט בכל ס' בחוק החברות שיש צורך לשינוי החלטה באספה הכללית נדרש רוב רגיל- 51% (למעט מקרים חריגים).

אנו נראה בהמשך דבר המצוין **בסעיף 82 לחוק**, והוא שרוב מקרב בעלי המניות המצביעים, הרוב יחושב לפי מנגנון של מניות, לא לפי ידיים. כלומר, יכול להיות שאדם אחד מחזיק 10 מניות והשני מחזיק 5, אז זה לא הולך לפי כל יד פיזית, כלומר לא כל יד שווה קול, אלא, כל מניה מהווה קול. 10 מניות = 10 קולות. **זו ברירת המחדל, אולם אפשר לקבוע בתקנון שכל מניה שווה יותר מקול אחד.** כלומר אפשר להגיד שכל מניה מהווה 2 קולות, ואז 10 מניות מהווים 20 קולות בהצבעה. יכולות להיות מניות באותה חברה שאני אגיד שמניה מסוג א' שווה קול אחד ואילו מנייה מסוג אחר, שהיא טובה יותר, תקנה יותר קולות.

אם נכתוב בתקנון שבשביל לשנות החלטה נדרש רוב של 61%, ולאחר מכן רוצים לשנות לרוב רגיל של 51% (ברירת המחדל), כיצד מצביעים על שינוי זה? לפי **סעיף 20 ב'** הדרך לשנות את הסעיף בתקנון, קרי, שינוי מנגנון ההצבעה עצמו, הוא דרך הרוב הקיים (61%), צריך לשנות לפי הרוב הגדול הקיים היום או הרוב החדש אם הוא גבוה יותר, ז"א אם רוצים לשנות לרוב של 75% אז צריך להצביע ולקבל את ההחלטה ברוב של 75% ואם אני רוצה לשנות את התקנון ל51% אז הולכים לפי הרוב שקיים כעת בתקנון- 61%. לפי הרוב הקיים מבין השתיים- הקיים או המוצע. **אני יכול לשנות אותו אבל אני אשנה אותו ברוב הגבוה מבין הרוב הקיים/המוצע נכון להיום או הרוב החדש שאני רוצה להגיע אליו.**

**שיעור 5:**

**היום ננסה להבין מבחינה מהותית, ולא פרוצדורלית, מה המשמעות של הקמת חברה.**

**האישיות המשפטית של תאגיד והגבלת אחריות של בעלי מניות:**

המשפט הוא בעצם מערכת של זכויות וחובות בין גורמים שונים, קרי, כנגד כל זכות יש חובה. בני האדם הם הדמויות המשפטיות שפועלות על המגרש המשפטי, ולכן הן נושאות חובות וזכויות. כל אדם באשר הוא, הוא דמות משפטית, אישיות משפטית. יש גם תיחום והגדרה של תקופת הזמן שבה האדם הוא אישיות משפטית. תקופת הזמן שבה אנו משמשים כאישיות משפטית היא מגמר לידתנו ועד פטירתנו מהעולם הזה (חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסיות). האישיות המשפטית שניתנת לחברה היא מיום שהרשם נותן לחברה מסמך – תעודת התאגדות (אם קיימה החברה את כל הדרישות). **מהתאריך של תעודת ההתאגדות הזו ואילך, החברה היא אישיות משפטית – סעיף 4.** **מהו סיום חייה של החברה? כשקורה אחד משני אירועים אלו:**

1. פירוק החברה – החברה תחדל מלהתקיים, לא נלמד זאת בקורס הזה.
2. מיזוג של חברה – מביא לידי סיום את חייה של לפחות אחת מהחברות הקשורות בעניין, נלמד בהמשך.

**מדוע מכירים בחברה כאישיות משפטית?** כל קבוצה של בני אדם יכולים להחליט שהם מתאגדים לכדי קבוצה ע"מ להשיג תועלות ארגוניות פרקטיות שלא ניתן להשיג בפעולה לבד. השאלה היא למה מסגרת כזו צריכה להיות אישיות משפטית. **החברה היא אישיות משפטית כדי שניתן יהיה להתנהל מולה במישור המשפטי ושלא יהיה צורך לחפש מי בחברה הוא האחראי ולוודא שהוא יישאר בחברה לאורך כל ההליך**. יהיה קשה למצות את כל הטענות המשפטיות שיכולות לעלות במהלך הליך משפטי מול חברה אם מנסים להעלות אותן נגד אנשים פרטיים העובדים בחברה. ברגע שהחברה היא מסגרת קבועה עם קיום משפטי ניתן לנהל מולה הליכים (והיא יכולה לנהל הליכים מול אנשים וגופים אחרים) בצורה בטוחה ומספקת. בנוסף, בעלי המניות עצמם עלולים להתחלף. ברגע שהחברה עצמה היא ישות משפטית היא גורם קבוע שניתן לנהל מולו את הליכים. נקודה נוספת חשובה היא שברגע שמכירים בחברה כאישיות משפטית, אז **בעלי המניות לא חייבים בחובות של החברה**. הם אמנם מרוויחים מהרווחים של החברה אבל הם לא חייבים את חובותיה.

אם ככה, אנו מבינים שמהמשפט כיום סובל ומקיים בקרבו את הימצאותן של דמויות משפטיות, הן אנושיות והן מסגרות ארגוניות שיכולות להיות דמויות על המגרש. לאורך ההיסטוריה, כל בנ"א נחשבו אישיות משפטית. היום, התפיסה הרבה יותר מתקדמת, אבל במדינות לפני פחות מ200 שנה, שבהן נהגו מנהגים של עבדות, העבד אמנם היה בן אדם אבל הוא לא היה אישיות משפטית אלא רכוש של הבעלים. **אז איך אני יודע איזה מסגרת ארוגנית היא כן דמות משפטית? האם כל מסגרת ארגונית היא בהכרח דמות משפטית? כאשר יש לי מסגרת ארגונית כזו או אחרת, שנחשבת אישיות משפטית, מה המשמעות של זה? מה ההבדל הגדול בין להכיר בה כשאיות משפטית או לאו?**

1. **איך גורם מסוים יודע אם הוא אישיות משפטית או לא**? תפתח את החוק ותראה. אז נכון, אמנם אין חוק שמגדיר באופן חד משמעי אבל אם נדבר על מסגרת אחרת מלבד בני אדם, אזי שצריך מקור משפטי שיבוא ויקבע שגורם כזה וכזה מוגדר כאישיות משפטית. המקור המשפטי הכי מובהק הוא החקיקה. קרי, אני אחפש בראש ובראשונה חוק שבא וקובע, נניח לגבי חברה, **זה נמצא בסעיף 4 לחוק החברות שקובע שחברה היא אישיות משפטית מוסיף סעיף 5 ואומר ממתי? ממועד ההתאגדות.** דוגמא נוספת- עמותה, זה לא גוף שנועד למטרות רווח ולכן בחוק העמותות נקבע שעמותה ברגע שקיימה את הדרישות, היא אישיות משפטית. כנ"ל לגבי מפלגה, אגודות שיתופיות ועוד. האם ועד כיתה הוא אישיות משפטית? אולי צריך להבין מהי בעצם אישיות משפטית. חברה, אנו יודעים שהיא אישיות משפטית לפי סעיף 4. אזי, אנו צריכים לפתח את ההבנה מה זה אומר, אילו נפקויות יש לזה וכן הלאה. קודם לכן הזכרנו שביטוי של אישיות משפטית הוא שאותו גורם יכול לתבוע אחרים, קרי יש לו זכויות וחובות, הוא יכול לתבוע אחרים על זכויותיו ואחרים יכולים לתבוע אותו על חובותיו. **אז הנה ביטוי=אישיות משפטית יכולה לתבוע ואחרים יכולים לתבוע אותה.** במובן הזה מעניין לשאול האם ועד כיתה הוא אישיות משפטית או לא? האם ועד כיתה יכול לגשת לביהמ"ש ולהגיש תביעה?
2. **למה חשוב או משנה להכיר בחברה כאישיות משפטית?** אני מבין מזה שאם החוק מכיר בחברה כאישיות משפטית, המשמעות היא שלחברה יש את הכוח, את היכולת והכשרות המשפטית-הפוטנציאל, להגיש תביעה נגד מישהו אחר כי יש לו זכויות. כנגד זה גם האחרים יוכלו לתבוע את החברה. **מה החשיבות של הדבר והנפקויות לכך?**

* **עניין פרוצדורלי: יכול לתבוע ויכול להיתבע** – למה זה חשוב? אם אני יכול לתבוע ואני כנתבע אצליח לשכנע את ביהמ"ש שהתובע כלל לא אישיות משפטית, לדוגמא ועד הכיתה, ובשל כך יש לסלק את התביעה. כלומר יכול להיות שכל הטענות מוצדקות אך אין להן זכות עמידה מול ביהמ"ש, אז יש למחוק את התביעה! (אמנם כל אחד מאנשי הועד הוא אישיות משפטית כי הוא אדם, אבל ביחד כועד הם לא אישיות משפטית ולכן לא יכולים לעמוד מול ביהמ"ש). **אז אם הם אישיות משפטית התביעה לא תמחק, אבל אם הם לא, יכול להיות שהתביעה תמחק.**
* **בעלים של רכוש**- זכות בעלות, או זכות משכון למשל, חברה יכולה להיות בעלת זכות קניין בנכס כלשהו. אילו נפקויות יש לכך שנכס כלשהו הוא בבעלות החברה, ולא בבעלות בעלי מניותיה? הנכס יהיה רשום על שם החברה, ורק לה תהיה הסמכות לעשות בו עסקאות כאלו ואחרות.
* **לחוב חובות** – כלומר יש גם את הצד השני, היא יכולה לחוב חובות, לתבוע אותה שהיא הפרה חוזה, או למשל כשחברה לוקחת הלוואה היא חייבת לפרוע את ההלוואה וניתן לתבוע אותה במידה ולא תחזיר.

**חברה היא אישיות משפטית אשר עומדת בפני עצמה, כאשר לכך ישנן נפקויות משפטיות רבות**.

אם למשל אישה פלונית היא בעלים של מכונית. לאישה הזו יש בן זוג, היא נשואה, האם גם הוא הבעלים של הרכב? יכול להיות שבתוך העולם של דיני משפחה, חיבור משפטי בין בני זוג, יוצר בעלות משותפת, קרי שיתוף ברכוש. אולם, מעצם זה שהיא הבעלים, האם זה היה מקרין שכל אדם אחר הוא בעלים? לא. נניח שהם לא נשואים, אלא חברים טובים, האם בגלל שהם חברים טובים אז גם הוא הבעלים של המכונית? ברור שלא. עכשיו נניח שהמכונית היא גם מקור לחובות כי כשהיא חונה באדום לבן היא מקבלת קנס. אז האם החבר הטוב שלי גם צריך לשלם את הקנס? לא. כי הקנס נוחת על הבעלים, מי שיאננו הבעלים גם לא יחוב את הקנס, לטוב ולרע. קרי, כל אישיות משפטית עומדת בפני עצמה. אותו דבר גם במקרה שלנו. **חברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, מה שיש לה זה שלה בפני עצמה! זה לא קשור לדמויות אחרות.**

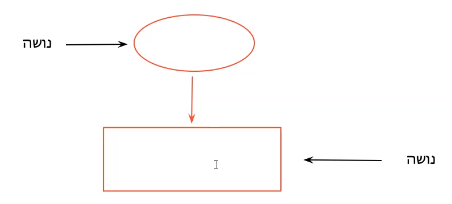
**בפס"ד זנדבנק נ' דנציגר,** דובר על מכירת מניות בחברה שמחזיקה נכסי מקרקעין, בין בעל מניות בחברה לאדם אחר, שעלתה על שרטון. הטענה העיקרית הייתה כי מכיוון שמדובר במכירת מניות של חברה שכל עיסוקה הוא במקרקעין, על העסקה למלא את דרישת הכתב. בדנן, מאחר והמכירה לא נעשתה בהתאם לדרישת הכתב, הרי שהיא בטלה. הנשיא שמגר דחה את הטענה על הסף, וקבע כי בדנן לא התקיימה עסקה במקרקעין, כי אם במניות. בעל המניות לא מוכר את המקרקעין, הוא מוכר את זכויותיו בחברה. החברה היא אישיות משפטית העומדת בפני עצמה. ככזו היא יכולה להיות בעלים של נכסים, ובמקרה זה היא הבעלים החוקיים של המקרקעין. **לפני עסקת מכירת המניות המקרקעין היו בבעלות החברה, וכן לאחר עסקת מכירת המניות המקרקעין נותרו בבעלות החברה**. **עולה מכך שהחברה היא אישיות משפטית העומדת בפני עצמה. מדוע חשוב להעניק לארגון ככל ויהיה מעמד של חברה מבחינה משפטית?**

1. **מבחינה ארגונית**, הרי שחברה בעלת מעמד עצמאי יכולה להתנהל ביתר קלות. למשל, במקום שכל אחד ואחד מבעלי המניות יצטרך לחתום על הסכם רכש עם חברה אחרת, הרי שנדרשת רק חתימתה של החברה.
2. חברה היא **דמות משפטית קבועה המוכרת לזכויות וחובות**, שעה שבעלי המניות מתחלפים כל עת.
3. כאשר **בעלי המניות** מתאגדים כחברה, הרי שהם **מנתקים את הנכסים הפרטיים** **שלהם מהחברה**.

**פס"ד אחוזת רחמים נגד קריסטל**: קרקע נמכרה פעמיים (פעם אחת לחברה ופעם שניה מבעלי מניות של החברה לבעלי מניות חדשים), והשאלה הייתה למי הזכויות בקרקע? העותרים מעוניינים להפעיל את כללי תקנת השוק. בית המשפט טען שתקנת השוק לא תופסת כאן שכן לא הייתה רכישה במקרה הזה. תקנת השוק מדברת על גזלן שמכר את הנכס הגזול. כאן מדובר על מקרה שהנכס הגזול היה ונשאר בידי הישות המשפטית שהייתה שותפה לפשע. החברה לא החליפה ידיים, המניות החליפו ידיים ולכן תקנת השוק לא רלוונטית. נקבע שעל אחוזת רחמים להחזיר את החלק לקריסטל, החברה היא הבעלים של הנכסים שלה ולכן עליה להחזירם. זה שבעלי המניות מתחלפים לא משפיע על זהות החברה. אם החברה קנתה את הקרקע באופן פגום, זה שהתחלפו בעלי המניות שלה לא יוצר צד שלישי תם לב. הקרקע נשארה אצל החברה כל הזמן.

**פס"ד סלומון** (Salomon v. Salomon & Co. Ltd, A.C. 22 (H.L. [1897]), הוא פס"ד יסודי בתורת האישיות המשפטית, שניתן על ידי בית הלורדים בסוף המאה ה19. שם, החברה של סלומון נכנסה לקשיים כלכליים, ומפרק החברה תבע מסלומון עצמו את החובות, בהיותו של האחרון בעל רוב המניות בחברה. חוק החברות האנגלי דאז קבע שחברה היא ישות משפטית, אם כן נשאלת השאלה היכן מתעורר הספק בעניין זה. בהקשר זה, חשוב להבין שלעיתים חקיקה משפטית מופנמת בהדרגתיות. פסקי הדין המכוננים הם שמוציאים מן הכוח אל הפועל את החקיקה המשפטית, וכזה הוא פס"ד סלומון לעניין הגדרת חברה כישות משפטית. **פס"ד סלומון קבע שחברה היא אישות משפטית בפני עצמה, המנותקת מבעלי המניות המחזיקים בה, לכל דבר ועניין**. קביעה זו מתחזקת לנוכח העובדה שפס"ד ניתן בתקופת המהפכה התעשייתית. רוצה לומר, יש זיקה הדוקה בין תורת האישיות המשפטית הנפרדת לבין המהפכה התעשייתית והצרכים הפיננסיים שהיא העלתה. כאמור, בפס"ד נקבע כי החברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, וכן בעל המניות הוא אישות משפטית בפני עצמו. ממילא, כל חוב שהחברה התחייבה בו הוא חוב שלה, ולא של בעל המניות בחברה, ובעניינו מר סלומון. **אומנם אין ספק שסלומון הוא הדמות הדומיננטית בפעילות החברה, אך לא ניתן לחייבו בחובות החברה.** נראה**, כי בדיני חברות הפורמליזם שולט, ונעדרת כל התייחסות למהות.**

**מה קורה אם בעל המניות חתום כערב של החברה? בעל המניות יהיה חייב כלפי הנושים שהוא חתם עליהם ערבות, ולא כלפי כל בעלי המניות.**

**האם קביעה זו ראויה?** מחד, נראה כי בעלי המניות בחברה יכולים להבריח נכסים בחסות החוק, אולם מאידך, החוק מאפשר פעילות עסקית מבלי סיכון נכסיהם של בעלי המניות. נראה, כי **ההסדר המשפטי של חברה כאישיות נפרדת מטיב מבחינה כלכלית עם בעלי המניות, אך חושף את נושי החברה לסיכון מוגדל**. הבנה זו נכונה, אולם לא בהכרח. כלומר, הבנה זו נכונה בנסיבות מסוימות. **ההפרדה בין החברה לבעלי המניות, בהסתכלות יותר רחבה, יוצרת** **הפרדה בין קבוצות שונות של נושים**. נושי בעל המניות יגבו את חובם מנכסי בעל המניות, ונושי החברה יגבו את חובם מנכסי החברה.

חברה

בעל מניות

**מהו הקשר הרעיוני בין הלכת סלומון למהפכה התעשייתית?** המהפכה התעשייתית האיצה את התפתחות הכלכלה. יחד עם זאת, צמיחה זאת דרשה הון ראשוני מעבר ליוזמה, המושג בדרך כלל על ידי לקיחת הלוואות או פעולות בשוק ההון. פס"ד סלומון הניח את התשתית ליזמים לצבור הון רב שיאפשר להם לרכוש את הציוד החדשני הנחוץ עבור היוזמה שלהם. זאת, על ידי העמדת החברה כאישיות משפטית נפרדת, מבלי לחשוף את המשקיעים לסיכון נכסיהם במקרה של הפסד, מעבר לסכום אותו השקיעו. **פס"ד מעודד את ציבור המשקיעים להשקיע, אף כי הוא מעורר חששות בציבור הנושים**. **הפתרון לחשש זה הוא חיוב המשקיעים באחריות מוגבלת במסגרת היחסים החוזיים, או שיעבוד נכסי החברה על ידי הנושה**. לא כל שכן, כאמור לעיל נוצרת הפרדה רצויה בין קבוצות שונות של נושים. עצם השרידות של תורת הישות המשפטית הנפרדת מוכיח כי ההסדר יעיל על אף שהוא רווי בעיות.

בשתי הערכאות המפרק זכה. סלמון לא ויתר, הוא הגיע עד הלורד, ושם ורק שם מתהפכת התוצאה לטובתו של סלמון. פסק דין זה הוא פסק דין מכונן בדיני חברות. ביהמ"ש העליון, בית הלורדים אומר -סלומון האיש זה לא סלומון החברה! כל אחד משני הדברים הללו זו דמות משפטית העומדת בפני עצמה! אדון סלומון זה אדון סלומון העומד בפני עצמו. הוא זה לא החברה והחברה זה לא הוא!

**שיעור מוקלט שדוד שלח: שיעור 6 -**

בשיעור הקודם הבנו את ההשלכות של החברה כאישיות ממשלתית, דמות משפטית. דיברנו גם על החובות של החברה, על כך שאפשר לתבוע אותה וכן למדנו דרך פס"ד סלמון שברגע שנכיר בחברה כאישיות, כדמות משפטית, אזי בעצם שהיא עומדת וקיימת בזכות עצמה ולא קשורה לאדון סלמון, כי אדון סלמון הוא לא החברה. לחברה אישיות וזהות משפטית משל עצמה לטוב ולרע. בדנן, נושה של החברה יש זכות תביעה מהחברה ולכן הוא יכול לדרוש רק ממנה ולא מבעל המניות, קרי מסלמון. היריב המשפטי של הנושה הוא החברה לא בעל המניות. האם זה טוב או רע? אולי רע ואולי טוב. אם לבעל המניות יש נושים משל עצמו אז בעצם ההפרדה הזו יוצרת הפרדה בין הנושים של החברה ולבין הנושים של בעל המניות ואז זה טוב כי אז אין תחרות על אותה קופת רכוש. אבל אין ספק שיש גם יתרון למשקיעים ולבעלי המניות ובשיעור היום נמחיש את הרציונל הזה יותר.

**הערה: מה יקרה אם למשל החברה כשהיא הופכת להיות חייבת של נושה מסוים, ולצד זה גם בעל המניות מתחייב כערב להבטחת חיובי החברה. האם דבר זה אפשרי?**

נניח שיש לנו חברה, יש בעל מניות של החברה (יכול להיות יחיד ויכול להיות שלא), ויש נושה לחברה. לפי סעיף 4 לחוק החברות – למדנו שהנושה של החברה יכול לתבוע את החברה שתשלם לו את חובו, או לעקל את החברה אולם הוא לא יכול לתבוע את בעל המניות. אבל, מה יקרה אם בשעה שאותו נושה הפך להיות נושה של החברה, למשל הוא מעמיד הלוואה לחברה אבל אומר שכאשר אני מלווה לך אני דורש כתנאי להלוואה שבעל מניות אצלך יחתום ערבות לטובתו, קרי לחוב של החברה כלפיי. במקרה שאני לא אוכל לגבות מן הלווה, בעל המניות יהיה מחויב לשלם לי, מדין ערב, האם הדבר אפשרי? יבוא בעל המניות ויגיד לא, כי אני כבעל מניות לא חב בחובות החברה אני אישיות משפטית נפרדת! מכיוון שכך, מה פתאום שאחתום ערבות? אני לא אתחייב בהתחייבות החברה כלפיך כי רק החברה חייבת בזה אני לא חלק ממנה, החברה עומדת מכוח עצמה! התשובה היא שנכון, רק החברה חייבת בחובות הנושה ולא בעלה. אבל לצד דיני החברות יש לנו עוד ענפי משפט, כמו למשל דיני החוזים. במסגרת דיני החוזים – אותו נושה (נניח בנק), באה החברה ומבקשת הלוואה, ואומר לה הבנק במסגרת דיני החוזים, אני לא מחויב להלוות לך, אבל אני אלווה לך אם נגיע לעמק השווה. מבחינת הבנק נניח, הוא אומר שבנוסף להתחייבות יבוא אדם נוסף שיחתום ערבות לחוב שלך כלפיי! אם את מעוניינת בזה, אלווה, ואם לא יהיה ערב, אני לא אלווה לך. האם הבנק יכול לדרוש זאת? כן! במסגרת חופש החוזים! הרבה פעמים בנק מבקש שבעל מניות של חברה יחתום ערבות כבטוחה להלוואה. **הדבר אפשרי מדין ערב! הרעיון הוא שהדבר אפשרי מכוח חופש דיני החוזים ודין ערב**.

**אז, לסיכום:** **העיקרון הזה של דיני החברות שבעל המניות הוא אישיות נפרדת מהחברה, כפי שראינו בפס"ד סלמון ובסעיף 4 לחוק, הוא יפה אבל ניתן להתנות עליו! במציאות יש לנו התנאה חוזית על העיקרון הזה, ניתן באופן דיספוזיטיבי להתנות עליו חוזית דרך הערבות של בעל המניות.**

אם לצורך העניין, יכנס עוד גורם, עוד נושה ולחברה יש כמה נושים. הנושה הראשון קיבל ערבות והנושה השני לא, הוא לא קיבל ערבות של בעל המניות. אז האם הנושה השני יוכל לתבוע את בעל המניות? לא! זה העיקרון של פס"ד סלמון. האם הנושה הראשון יוכל? כן! כי יש ערבות לטובתו. נושה שגיבה את עצמו יוכל לתבוע, ואילו נושים אחרים שאין כלפיהם ערבות, היריב המשפטי היחיד שלהם היא החברה. **להפרדה הזו בין החברה לבין בעל המניות נוהגים לקרוא "עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת", או "האחריות המוגבלת של בעלי המניות".**

נעיין בסעיף 18 לחוק שקובע 4 פרטים שחובה לכלול אותם בתקנון החברה, כי אם לא התקנון לא תקף, לא כדין והרשם לא יקבל אותו לצורך רישום החברה. שלושה הזכרנו שבוע שעבר ועל הרביעי דילגנו. נגיע אליו כעת. הפרטי הרביעי אומר שחייב להופיע **דברים בדבר הגבלת האחריות של בעלי המניות** – קרי להצהיר שבעלי המניות של החברה אינם חייבים בחובותיה! חייב לציין את זה בתקנון. מכאן נובע, שברמה העקרונית התאורטית יכולה להיות חברה שבעלי המניות כן יחובו בחובותיה. אבל איך זה יתכן? תאורטית אפשר להתנות על זה. אם אני בעל מניות ואני לא חב בחובות החברה אבל מוותר על זה ואומר אני מוכן לחוב בחובותיה, אף אחד לא יגיד לי לא! זה אפשרי. **בעלי מניות יכולים לוותר על החסינות שלהם וכן להיות חבים בחובות החברה. ברמה הפרקטית לא נמצא חברה שבה אחריות בעלי המניות היא בלתי מוגבלת, אבל אם כתוב בתקנון החברה שאחריות בעלי המניות היא בלתי מוגבלת אזי שבעלי המניות חבים בחובות החברה.**

**פס"ד פרי העמק - סוגיית הישות המשפטית נכונה הן לחברות והן לכל תאגיד משפטי**, דוגמת אגודה שיתופית או מדינת ישראל. **בפס"ד פרי העמק** של ביהמ"ש העליון, האגודה השיתופית פרי העמק נקלעה לקשיים כלכליים, ודרשה מחבריה, על פי הכרעת הרוב באסיפת חברים, לשלם סכום מסוים למען סגירת חובותיה. אגודה שיתופית היא מסגרת תאגידית בדומה לחברה, כאשר החוק שמסדיר את פעילותה הוא פקודת אגודות השיתופיות. אם כן, חבר באגודה שיתופית מקביל לבעל מניות בחברה, חבר באגודה זכאי להצביע, זכאי לרווחים, החברים מתכנסים ומצביעים ועוד. מה שמאפיין את האגודות השיתופיות זה שאלו תאגידים שבעלי החברים הם גם בעלי עובדי התאגיד, מה שלא בהכרח נכון לגבי חברות. באגודה שיתופית החברים, הם גם העובדים של "החברה", הם משתתפים בהכול, הם בעלי הון. יש לנו אגודה מרכזית ושמה פרי העמק, ויש גם אגודות שיתופיות נוספות שהן חברות בפרי העמק הם כמו "בעלי המניות" בפרי העמק. קרי, קיבוצים ומושבים מאזור העמק שכל אחד אגודה שיתופית משל עצמה. כל קיבוץ או מושב מייצר לעצמו תוצר חקלאי שהוא יכול לשווק, להוביל ולפרסם. אז בעצם הקימו גוף מרכזי, קראו לו פרי העמק, אגודה, שהם כולם חברים בה וכל הזכויות ההוניות הן שלהן. הגוף הזה נותן לכולם את השירות ואת השיווק אל הלקוחות. פרי העמק נכנסת לקשיים ולא מצליחה לשלם לנושים. במקרה דנן, לא באו הנושים ואמרו שהם הולכים נגד החברים בה, (כלומר, לא הולכים נגד "אדון סלמון" בדומה לפס"ד סלמון), אלא מודעים לכך שיש אישיות משפטית נפרדת. בפועל מה שעשו זה שמתעורר דיון פנימי בין פרי העמק לבין החברים בפרי העמק – בדיון, חלק מהחברים יזמו שינוי תקנון, קרי שתהייה אספת חברים ויהיה שינוי תקנון ושבו יהיה סעיף שיקבע שכל אחד מחברי האגודה של פרי העמק, יוסיף עוד סכום כסף אל תוך פרי העמק כדי להגדיל את הקופה שלה וככה תוכל לשלם לנושים. כל אחד ישלם עוד סכום כסף וכך האיזון הכספי של פרי העמק ישמר.

ברי כי הנושה לא יכול לגבות את חובו מחברי האגודה השיתופית, בהתאם להלכת סלומון. אלא, השאלה הנידונה בפס"ד היא **האם החלטת הרוב באספת החברים יכולה לחייב את כל חברי האגודה להשתתף במימון של האגודה השיתופית?** **האם שינוי תקנון כזה תקף??**

**שינוי התקנון התקבל! אבל אז באו דעת המיעוט שהצביעו נגד שינוי התקנון ואמרו שהשינוי אינו תקף מבחינה משפטית!** למה? כי אין בכוחו של הרוב לחייב את המיעוט להוסיף סכום כסף. אם אני כשלעצמי מוכן לזה, סבבה, אבל אי אפשר לחייב אותי – לפי טענתם. **הרוב מנגד אומר, ברור שכן!** בתאגידים יש משטר של הכרעת הרוב! שינוי תקנון הוא ע"פ הרוב ולכן גם פה זה יעשה לפי הרוב.

באותו עידן לא היה קיים חוק החברות אלא רק פקודת החברות. השופט ברק מפנה לסעיף בפקודת החברות שהיום הוא סעיף 20(ד) לחוק החברות. בסעיף 20(ד) נקבע כי *"****שינוי בתקנון המחייב בעל מניה לרכוש מניות נוספות או להגדיל את היקף אחריותו, לא יחייב את בעל המניה ללא הסכמתו****"*. קרי, שינוי כזה חייב להתקבל בהסכמת כל בעל המניה, הרוב לא יכול לכפות את זה! נושא אחד לא יחייב בעל מניות ספציפי ללא הסכמתו האישית, מה הנושא? הוספת כסף אישי שלו לחברה.

**אולם, אין סעיף מקביל לזה בפקודת האגודות השיתופיות.** **אין סעיף בפקודת האגודות השיתופיות שבא ואומר שרוב החברים לא יכולים להכניס הוראה לתקנון לשינוי התקנון שממחייבת מיעוט חברים להוסיף עוד השקעה באגודה השיתופית מעבר למה שהשקיעו במקור. משמע אומרים דעת הרוב, אם לא קיים סעיף בפקודת האגודות השיתופיות שאוסר לחייב זהו הסדר שלילי בחברות הגבילו באגודה שיתופית לא הגבילו, זה הסדר שלילי ולכן אנו הרוב יכולים לחייב את המיעוט! אין אף חוק שאומר שאסור. ואילו המיעוט אומר זו לקונה שיש להשלים אותה. ברק פוסק כדעת המיעוט של חברה העמותה וקובע שזוהי לקונה שטעונה השלמה כי מבחינה רעיונית האגודה השיתופית והחברה הן דומות! הוא עושה היקש ואומר מה שטוב שם טוב גם פה, אם יש הגבלה על כוחו של הרוב לחייב את המיעוט להוסיף על השקעתו בתאגיד, אני מחיל דבר דומה גם על אגודה שיתופית!** למה בעצם?ע"פ ברק הרי שהרוב לא יכול לחייב את המיעוט להוסיף עוד כסף וזאת כי זה מוסכמות יסוד של דיני קניין- הכסף של בעל המניות הוא קניין פרטי של בעל המניות ולכן אנשים אחרים לא יכולים לחייב אחרים מה לעשות עם כספם. רק במידה ובעל המניות היה מתחייב כלפי נושה של פרי העמק שיהיה ערב שלה אז בעל המניות/החבר יהיה חייב אבל זאת כי החבר התחייב ולא כפו זאת עליו כנגד רצונו.

**השופט ברק** בחן האם מדובר בהסדר שלילי או שמא בלקונה שיש להשלימה. השופט הגיע למסקנה כי **המדובר** **בלקונה, והשלים אותה בהיקש מדיני החברות לאור הדמיון בין חברה לאגודה שיתופית**. **יוצא, כי ההפרדה בין החברה לבעלי מניותיה, גם מונעת מהנושה לגבות את חובו מבעל המניות, וגם מונעת מבעל מניות לדרוש מבעל מניות אחר לשלם מעבר לשיעור הכספי שהוא התחייב לו בעת רכישת המניות**. מסקנה זו מכונה **עקרון האחריות המוגבלת של בעלי המניות**. במה הדברים אמורים? החברה המסחרית השגרתית מוקמת כחברה בע"מ, ביטוי אשר משמעו "בערבון מוגבל". **המשמעות המשפטית של הדברים הינה שבין החברה לבעלי מניותיה ישנו מסך ההתאגדות של החברה, אשר** **מגביל את אחריותם של בעלי המניות לערכן של המניות שרכשו**. זאת להבדיל משותפות שמייסדים שותפים, אשר כעיקרון לא מקימה אחריות מוגבלת לשותפים, כך שהשותפים חבים את חובותיה של השותפות ביחד ולחוד.

**המשמעות המעשית של הדברים היא שכשנוצרת עילת תביעה כנגד החברה, תוגש התביעה כנגד החברה בלבד ולא כנגד בעלי המניות, בכפוף לחריגים שיפורטו בהמשך**. **כאן מקשים ושואלים** – הבנו אחריות מוגבלת ואישיות נפרדת, אבל, השאלה היא – אם אי אפשר לכפות לשלם, האם יש דרך פרקטית כלכלית עסקית שלא נחייב אותו לשלם אבל נתמרץ אותו לשלם? התשובה היא כן! אומנם, תוצאה זו יוצרת נבל ברשות המשפט לעניין אגודות שיתופיות. כלומר, לעניין חברה, הרי שבעלי המניות יסכימו להוסיף סכום כסף בכדי להציל את החברה, שעה שבעד התוספת הם יקבלו מניות נוספות וכוח ההצבעה שלהם יגדל; ואילו, בעלי המניות שלא יוסיפו סכום כסף, יאבדו מכוח ההצבעה שלהם (כי אז בעלי מניות אחרים ישימו כסף במקומם ומעמדם ירד וכך גם כוח ההצבעה שלהם). לעומת זאת, באגודה שיתופית כוח ההצבעה של כל חבר קבוע, ללא תלות בגורמים חיצוניים. אם כן, הפסיקה יוצרת תמריץ שלילי לחברים באגודה לא להוסיף כסף בכדי להציל את האגודה, "ולרכב" על גבם של החברים שהוסיפו כסף. **אז תמריץ יש אולם חיוב משפטי אין – אי אפשר לכפות.** (נזכור גם שמבחינת הצבעה בחברה זה ע"פ מספר הקולות של בעלי המניות לפי הכוח שלהם אז יהיה להם יותר כוח בהצבעה מאשר בעלי המניות האחרים ולכן יש להם יותר תמריץ)**.**

**הניתוח של השופט ברק מבחין בין אישיות משפטית נפרדת לאחריות מוגבלת**. מחד, עיקרון האישות הנפרדת פועל כלפי חוץ, כאשר הוא מתאר את מערכת היחסים בין החברה לבין נושיה. מאידך, עיקרון האחריות המוגבלת פועל כלפי פנים, כאשר הוא מתאר את מערכת היחסים בין בעלי המניות לבין עצמם. כך או כך, **גם חברה שאחריות בעלי מניותיה בלתי מוגבלת, היא אישיות משפטית נפרדת.** כלומר, כאשר האישיות המשפטית מוגדר כדמות בפני עצמה נוצרת החציצה בין פרי העמק לכל חבר בפרי העמק. הנושים יוכלו לגבות רק מפרי העמק וזהו התוצאה שנובע מעיקרון "האישיות המשפטית הנפרדת"- כלפי חוץ. שאר החברים בפרי העמק לא יכולים לחייב אחרים להוסיף עוד כסף מעבר להתחייבותם הראשונית זהו "עקרון הגבלת אחריות בעל המניות"- כלפי פנים. **בהרחבה:** ברק אומר, שיש חציצה בין פרי העמק לבין כל חבר, בין סלמון לבין החברה. אומר ברק, הנושים, שיכולים לגבות רק מהתאגיד ולא מהחברים או בעלי המניות בתאגיד, הם בעלי יתרון שנקרא – "אישיות נפרדת", זו המשמעות וזו התוצאה הנובעת מהכרה כאישיות משפטית העומדת בפני עצמה. ולעובדה שהנושים קשורים רק לחברה עצמה, רק לפרי העמק ולא לשאר האגודות השיתופיות שחבורת בה, נובע "מהאישיות המשפטית" של פרי העמק. הגבלת אחריות ואישיות משפטית הם דברים שונים. הגבלת אחריות זה הפנים ואישיות משפטית זה החוץ.

**מדוע תורת הישות המשפטית הנפרדת יעילה מעבר לעידוד משקיעים ויצירת הפרדה בין ציבור נושים אחד לשני?**

* **מעודד לנקוט יוזמות עסקיות:** אם שיטת המשפט הייתה אחרת ולא הייתה הפרדה בין החברה לבעלי החברה, בעלי חברה כמו סלומון שיש להם רעיון עסקי היו לוקחים פחות סיכונים, וכך פחות מקדמים את הכלכלה. **הרווחה הכוללת של החברה גדלה כאשר יש בעולם נכונות לקחת סיכונים**. צריך לעודד יזמות, מחשבות פורצות דרך, חדשנות וכדו'. נטרול הסיכונים החלים על היזמים העסקיים יסייע בקידום השוק והגדלת הרווחה. כניסה למיזם עסקי לא תוביל את היזם לשעבוד של עצמו למלווים כאלו ואחרים. לא מקרי שפס"ד סלומון ניתן במהפכה התעשייתית, אז הליכי ייצור שבעבר קרו באמצעות הידיים עברו לאמצעים מכאניים. פס"ד סלומון הניח את התשתית ליזמים לצבור הון רב שיאפשר להם לרכוש את הציוד החדשני הנחוץ עבור היוזמה שלהם. כל זה מהווה את הבסיס לרציונל הכלכלי שעומד מאחורי הפרדת חברה ובעלים.
* **הרעיון של המלומדים איסטרברוק ודניאל פישל מאונ' שיקאגו:** מציגים יתרון נוסף, אילולא הכירו בחברה כאישיות העומדת בפני עצמה, היינו שואלים – "הנעים השכנים בעינייך", כלומר מי השכנים- מי הדמויות הנוספות שמשקיעות יחד איתנו? שואלים שאלה זו מאחר ואם משקיע אחר עשיר או עני יותר כי אם הנחת המוצא שלנו היא שאין הפרדה בין בעלי המניות לחברה אז במידה והחברה תצבור חובות אז בעלי המניות יצטרכו לשאת בחובות אלו ואז יש כמה בעלי מניות שחייבים באותו חוב- ברירת המחדל בדין האזרחי היא שכל בעלי המניות חייבים יחד ולחוד, ז"א הנושה יוכל לבחור מאיזה בעל מניות הוא תובע את החוב או שיתבע מכולם (הנושה בוחר כפי שרוצה) ואז בעל המניות הנתבע יוכל לתבוע בתביעה נפרדת מבעלי המניות האחרים שישלמו את חלקם היחסי. ואז אם אחד מבעלי המניות הוא עני ואחד עשיר, אז ברור שהנושה יבחר בעשיר כי ממנו יוכל לגבות הכי בקלות ואז שהעשיר יתבע את העני. ככה שיש הסתברות מבחינה פרקטית שהעני יפגע פחות, כי התביעה לשיפוי היא רחוקה. מאחר וסיכון העשיר גדול יותר אז הוא ידרוש מהחברה תנאים מסוימים כך שזה ישתלם לו- למשל יגיד לחברה שהוא מוכן להשקיע רק אם על כל מניה ישלם פחות ממה שהעני משלם וזאת כי סיכונו של העשיר גדול יותר אז תנאי העסקה צריכים להשתלם לו יותר. וכך בעולם שבו אין אישיות משפטית נפרדת אז המחיר של כל חלק יחסי בחברה שונה כי על אותן זכויות כל בעל מניות ישלם סכום אחר. וכך בכל פעם שאדם רוצה להשקיע בחברה, הוא צריך לברר מי הם המשקיעים האחרים ולרוב מדובר במספר גדול של משקיעים ואם המניות יהיו שונות לפי זהות המשקיעים אז כיצד ימכרו מניות בשוק המשני? לא יהיה אפשרי מבחינה מעשית ומלכתחילה מעולם לא היה ניתן לפתח שוק משני כי חייבים סכום אחיד למניה למכירה בשוק המשני כי כך אנשים שרוצים למכור בבורסה בשוק המשני לא יוכלו לאתר ולבדוק אחר מספר גדול של אנשים לגבי מצבם הכלכלי וכו'. וכך הפטנט של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת פותר זאת, כי כך זה לא רלוונטי מי הם שאר המשקיעים כי מראש בעלי המניות לא חייבים בחובות החברה והדבר היחיד שמעניין משקיע זה אופי החברה וכו'. היתרון של אישיות משפטית נפרדת מאפשר לתמחר תמחור אחיד את המניות וכך לפתח שוק משני פעיל אנונימי לגבי המניות והיתרון הגדול של שוק המניות המשני מגדיל את האטרקטיביות של המניה בשוק הראשוני כי המשקיעים יודעים שבמידה וירצו יוכלו למכור את מנייתם בשוק המשני.

שותפות היא מסגרת עסקית שמוסדרת בפקודת השותפויות**. בס' 14+20 לפקודת השותפות נקבע שלשותפים יש חבות יחד ולחוד (אחריות בלתי מוגבלת)**. כלומר, השותפים כן חבים בחובות השותפות.מספר השותפים שיכולים להיות בשותפות הוא עד 20 (ס' 3). לפי איסטרברוק ופישל, מכיוון שהם כן נושאים באחריות תמיד יהיה רלוונטי מי הם שאר השותפים, לכן הגיוני להציב גבול על מספר האנשים שיכולים להתאגד יחד בשותפות. גבול זה יבטא את כמות האנשים שאפשר להכיר אותם בצורה מספקת ע"מ לדעת מי הם ואיפה הם נמצאים ביחס לכל משקיע. לעומת זאת, בחברה כשיש אחריות מוגבלת, אין שום צורך למחוקק לקבוע מהו מספר בעלי המניות המקסימלי בחברה.

**הרצאה של גדעון – תורת הארגונים** : שיעור 7 -

על אחריות וחובות משפטיות של תאגידים -

למעשה התאגיד הוא פיקציה משפטית. מה הכוונה? הוא לא ישות ממשית, אין לו קיום בעולם הגשמי. לתאגידים, מעצם היותם פיקציות, לא יכולים לפעול או לגבש מחשבה פלילית, כוונה או רשלנות, כי הם יצרים של אנשים.

יובל נוח הררי שואל מה הסיבה ליכולתם של בני האדם לשתף פעולה, ועונה שזהו הדמיון. הלה טוען שהפיקציה הגדולה מכולן היא כסף. **אותו דבר קורה בדיני תאגידים, תאגידים הוא פיקציה של עורכי דין.**

**אז מהי תורת האורגנים?** מטרת תורת האורגנים היא לייחס פעולה או מחשבה של נושאי משרה או עובדים, **לחברה עצמה**. עד כה עסקנו בעקרונות יסוד ודיברנו על זכויות משפטיות של חברה. כעת, נראה שהמשפט לא רק מקנה זכויות, אלא גם מטיל חובות ויוצר אחריות.

**איך תאגידים מסוגלים לפעולות אם אמרנו שתאגיד הוא פיקציה?** לתאגידים, מעצם היותם פיקציות, הם לא יכולים לפעול או לגבש מחשבה פלילית, כוונה, או רשלנות, הם יצירים שנוצרו ע"י אנשים. הם משרתים מטרות חשובות. כשאנו מדברים על זכויות וחובות של תאגידים הדברים הללו לא מובנים מאליהם. על כך נדון היום בשיעור, איך זה מתרחש, מהם המנגנונים המשפטיים? לעולם התאגידים אין קיום גשמי.

אחריותו של התאגיד לפעילות האורגן היא **אישית**, תוך שבאמצעות הפעולות והמחשבות של האורגן עולה בידי התאגיד לקיים את יסודות הנורמה המשפטית אותה מבקשים להחיל עליו. בכך מתבלט שוני מהותי בין תורת האורגנים לבין האחריות השילוחית. תורת האורגנים מיוחדת לתאגיד, והיא באה להעניק לו מימד אנושי החסר לו. אחריות שילוחית אינה מיוחדת לתאגיד והיא באה להטיל אחריות על אדם בגין אחריותו של אחר, עמו יש לו יחס משפטי (כגון יחסי מעביד - עובד). אחריות שילוחית של התאגיד תלויה בכך שלאורגן אחריות אישית בעוד שלפי תורת האורגנים הטלת אחריות אישית על תאגיד לא תלויה באחריותו האישית של האורגן. במשפט פלילי האתגר שונה מהמשפט האזרחי כי הייחוד של משפט פלילי הוא שדיני שלחיות לא רלוונטיים אליהם. "אין שליח לדבר עבירה" אדם נושא באחריות פלילית בעצמו והוא האחראי היחיד. ולכן אם דיני השליחות היה חלים במשפט הפלילי אז שלוחי החברה ביצעו מעשה פלילי אז הטלת האחריות צריכה להיות עליהם ולא על החברה, אך אין שליחות במשפט פלילי. תורת האורגנים פותרת בעיה זו- **מזהים גורמים מסוימים שפועלים בחברה בתור אורגנים של החברה, הם לא שליחים אלא אורגן (=מלשון המילה איבר באנגלית). כאשר ממשילים את החברה והאנשים הפועלים בה כ"איברים" בתוכה. כאשר האיבר פועל אז פועל כל הגוף, אחרי האיבר נמשך כל הגוף.** דהיינו, דמויות מסוימות בחברה נחשבות האיברים/האורגנים ולכן אם הם פעלו שלא כדין נטיל את האחריות על החברה. האורגנים הם הדרך כלל השכבה הגבוהה בחברה שיש לה מרחב שיקול דעת. הביטוי אורגן בחברה הוא ביטוי לועזי ומשתמשים בו בחברות גם בהקשרים שאינם קשורים לביטוי "אורגן". המשמעות של תורת האורגנים היא לצורך פעולת התיווך- על מנת שנוכל לייחס פעולות משפטיות לחברה וזאת ניתן לעשות דרך האורגנים שלה. פרופ' האן טוען שכיום הוא פחות משוכנע שיש טעם בהטלת אחריות פלילית על חברה וזאת כי במשפט פלילי המטרה היא להשיג הרתעה וגמול וזאת לא ניתן להשיג ע"י הטלת אחריות פלילית על תאגיד.

**סעיף 47 לחוק החברות** – **מעשי אורגן כמעשי החברה** – *פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה.*

**מיהו אורגן? מי נחשב לאורגן ומי לא?**

* **ס' 46** קובע שהאורגנים הם *"..האספה הכללית, הדירקטוריון, המנכ"ל וכן כל מי שעפ"י דין או עפ"י תקנון החברה רואים את פעולתו כפעולת החברה באותו העניין."* מכאן שבתקנון יהיה למשל ניסוח שקובע "ראובן הוא האחראי על תחום הבטיחות בחברה". בעקבות ניסוח זה ניתן להסיק שאם ראובן יבצע תקלה בתחום הבטיחות האחריות הנזיקית על תקלה זו תחול על החברה. גם השלישייה הקלאסית של אספה כללית, דירקטוריון ומנכ"ל מהווים אורגנים כברירת מחדל. במילים אחרות, **ככל שלאורגן בחברה יותר סמכויות ושק"ד, עוולה שתבוצע על ידו תגרור אחריות נזיקית שתוטל על החברה**. לא מקרי שגם הפסיקה טרם חוק החברות, תיחמה את תורת האורגנים לבעלי סמכויות. יחד עם זאת, בהתאם לסיפא, יכולים להיות גורמים נוספים המוגדרים כאורגן של החברה, הם כל מי שלעניין מסוים נכון וראוי לראות את פעולתו כפעולת החברה. זאת, משאיר פתח לפרשנות ביהמ"ש בהתאם לנסיבות, ולמבחנים שפותחו טרם חוק החברות. ברגע שהדירקטוריון ביצע פעולה מסוימת עבור החברה והיא גרמה לנזק, ניתן להטיל אחריות על החברה בגין פעולה זו אם היא אכן פעולה של הדירקטוריון כגוף.
* **ס' 53** מוסיף וקובע שאין בהוראת סעיף קטן א' כדי לגרוע מאחריות של החברה בנזיקין עפ"י כל דין. ז"א תורת האורגנים באה להוסיף לאחריות השילוחית ולא להחליף אותה. אם למשל יש עובד של החברה שהוא גם בגדר אורגן (למשל מנכ"ל החברה) והוא מבצע עוולה, הניזוק יכול לתבוע את החברה על בסיס אחריות שילוחית וכן על בסיס תורת האורגנים. לכל זאת מוסיפים את ס' 54, שאומר שאין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן לחברה כדי לשלול את האחריות האישית שיחידי האורגן היו נושאים בה אילולא אותו הייחוס.
* **ס' 54**- "*אומר שאין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן לחברה כדי לשלול את האחריות האישית שיחידי האורגן היו נושאים בה אילולא אותו הייחוס."* העובדה שניתן להטיל אחריות משפטית על החברה דרך תורת האורגנים **לא באה לשלול את האחריות האישית של בני האדם שביצעו את העוולה, אלא להוסיף עליה.** זה לא כמו אחריות שילוחית שבה האחריות של העובד מובילה לאחריות של המעביד. המטרה היא הרתעה של האורגנים עצמם. לא רוצים לגרום לבני אדם להיות פחות זהירים בכך שמטילים אחריות על החברה בלבד. – **זה מה שנאמר בפס"ד צוק אור!**

זה מתקשר לסיפור **בפס"ד צוק אור נגד קאר סקיוריטי -** (בו הנשיא שמגר קבע שהטלת אחריות על חברה לא שוללת את האפשרות להטיל את האחריות על בני האדם). העובדה שניתן להטיל אחריות משפטית על החברה דרך תורת האורגנים לא באה לשלול את האחריות האישית של בני האדם שביצעו את העוולה, אלא להוסיף עליה. זה לא כמו אחריות שילוחית (שבה האחריות של העובד מובילה לאחריות של המעביד), אלא במקרה זה גם חברי האורגן וגם החברה נושאים באחריות (זאת במקרה בו אכן בני אדם מסוימים היו נושאים בעוולה כולה בלי קשר לחברה). המטרה בכך היא הרתעה של בני האדם המהווים חלק מהאורגן. לא רוצים לגרום לבני אדם להיות פחות זהירים בכך שמטילים אחריות על החברה בלבד. מבחינת מי שרואים את פעולותיו כפעולת החברה, לכאורה ניתן להטיל על החברה אחריות בשל מעשים של כל אדם בתאגיד. עם זאת, צריך לעשות איזון מסוים; מצד אחד לא רוצים שעובדי התאגיד יוכלו לעשות כל דבר בלי שתחול עליהם אחריות אך מצד שני לא רוצים שעל כל דבר שעובדי התאגיד עושים החברה תחוב (אין לזה סוף). בשל כך הקביעה הסטנדרטית היא שמקבלי החלטות בחברה הם אלו שמעשיהם יחשבו מעשי החברה בהתבסס על חלק זה של הסעיף.

***פס"ד חברת מודיעים פיתוח ובינוי בע"מ נגד מד"י*** עונה לנו על התשובה מי נחשב אורגן. **ברק אומר**: "גוף או נושא משרה בכיר בתאגיד, אסיפה כללית של בעלי המניות, דירקטוריון, מנהל כללי, מנהל עסקי, יהיו בוודאי אורגן של התאגיד, אך גם נושא משרה שאינו בכיר, עשוי להיחשב כאורגן התאגיד, וזאת אם על פי מסמכי התאגיד או על פי מקור נורמטיבי אחר רואים את פעולתם ומחשבתם כפעולת התאגיד עצמו".

בפס"ד מודיעים מוגדרים שני מבחנים לקביעה מי נחשב אורגן, ההיררכי והפונקציונאלי:

* **לפי המבחן הפונקציונלי, אורגן הוא מי שממלא פונקציה שהיא משמעותית דיה כדי שביצוע תקלה במילוי התפקיד תיחשב תקלה של החברה**. למעשה נדרשת זיקה בין התרחשות העוולה לבין היותו של אדם בעל תפקיד בחברה. רק כשיש קשר בין העוולה לבין ביצוע התפקיד ניתן להגיד שמתמלאים תנאי המבחן הפונקציונאלי.
* **לפי המבחן ההיררכי, מי שבכיר בהיררכיה יכול להיחשב אורגן, ולא כל עובד זוטר**.

שני המבחנים בעקרון מצטברים, אבל עדיין יש מרחב שיקול דעת של בית המשפט כך שאם מבחן אחד בקושי מתקיים אבל השני מתקיים באופן מובהק עדיין יהיה ניתן להגדיר מישהו כאורגן. אמנם לא בקלות משכנעים את ביהמ"ש שפלוני הוא אורגן, אך הדבר אפשרי.

**אחריות בנזיקין:**

**האם חברה אחראית בנזיקין?** לכאורה, בדיני נזיקין במרבית העוולות האחריות בנזיקין איננה נקבעת על סמך מבחן התוצאה בלבד, כי אם על רכיבים התנהגותיים, דוגמת התרשלות. שעה שאלו גורמים אנושיים, כיצד ניתן להחיל אותן על חברות? מבחינת **מטרות דיני הנזיקין**, הרי שיש טעם לחיוב החברה בנזיקין. ראשית, בהתאם לשיקולי השבת המצב לקדמותו ופיצוי הניזוק, הרי שיש להטיל אחריות נזיקית על החברה, היא **כיס עמוק**. שנית, בהתאם לשיקולי הרתעה, הרי שהחברה היא **מונע הנזק הזול ביותר**, ואם כן יש להטיל עליה את האחריות הנזיקית.

**הטלת אחריות על חברה לא שוללת את הטלת אחריות על אורגן החברה**, בהתאם **לנקבע בפס"ד צוק אור נ' קאר סקיוריטי.** שם, עלתה השאלה **האם יש מקום לחייב את מנהלי החברה יחד עם החברה באחריות לביצוע עוולת גניבת עין**? [עוולה נזיקית המתבצעת כאשר אדם מנסה להיבנות מהמוניטין של בעל מוצר או שירות כלשהו באמצעות הטעיית הציבור לחשוב שמקור המוצר או השירות של המתחזה הוא בעל המוניטין.] **נקבע שהחבות הנזיקית הינה חבותה של החברה כאישיות משפטית, ולא של מנהליה או של בעלי מניותיה.** **אולם, עצם העובדה שאדם ביצע עוולה ולא למען עצמו, אלא כעובד או כשלוח של אחר, אין בה כדי לשחרר את המבצע עצמו מאחריות בנזיקין.**

בנזיקין, בדר"כ, בבסיס האחריות קיימת התנהגות מסוימת (במעשה או במחדל) שקוראים לה **התרשלות**, עולה השאלה איך מייחסים זאת לחברה? הרי חברה לא מתנהגת. ניתן לענות זאת בשני מישורים:

* **אחריות שילוחית ביחסי עובד ומעביד**- כשמדובר על אחריות שילוחית של מעביד על עוולה שנגרמה בהתנהגות של עובד לא מדובר על מצב בו המעביד הנחה את העובד לגרום נזק מטעמו, ולכן יש לו אחריות שילוחית. הוא כן נתן לו הרשאה לפעול מטעמו כעובד וקיווה שהעובד יפעל בצורה זהירה ותקינה. עם זאת, העובד פעל לא כשורה וגרם לנזק. במקרה כזה, לפי פקודת הנזיקין, אדם יוכל לתבוע את המעביד בשל הנזק שהעובד גרם לו. מכאן עולה שהיסוד הראשון באחריות השילוחית של המעביד והוא **אחריות ישירה של המעביד על העובד**. ברגע שיש אחריות ישירה של העובד על העוולה, ניתן לקבוע שיש אחריות שילוחית של המעביד. ברגע שהעובד לא אחראי באחריות ישירה על העוולה לא ניתן לקבוע שלמעביד יש אחריות. בשביל אחריות שילוחית צריכים להתקיים ס׳ 13 לפקודת הנזיקין.
* **תורת האורגנים- ס' 53 לחוק החברות** קובע: **שחברה חבה במישרין באחריות בנזיקין על עוולה שבוצעה בידי אורגן שלה**. ס' 46 לחוק החברות קובע שהדירקטוריון הוא אורגן של החברה. מכאן שאם הדירקטוריון פועל בצורה שעולה כדי עוולה שגרמה לנזק, הניזוק יכול לתבוע את החברה. הטקטיקה להטלת אחריות במישור ס' 53 נקראת תורת האורגנים. **ס' 53** מוסיף וקובע שאין בהוראת סעיף קטן א' כדי לגרוע מאחריותה השילוחית של החברה בנזיקין עפ"י כל דין (לפי יחסי עובד מעביד). ז"א תורת האורגנים באה להוסיף לאחריות השילוחית ולא להחליף אותה. אם למשל יש עובד של החברה שהוא גם בגדר אורגן (למשל מנכ"ל החברה) והוא מבצע עוולה, הניזוק יכול לתבוע את החברה על בסיס אחריות שילוחית וכן על בסיס תורת האורגנים.

**מה ההבדל בין שליחות לתורת האורגנים?-** (1) תורת האורגנים רחבה יותר במישור הפעולות ולא צריך שכל יסודות העוולה יתקיימו אצל אדם אחד. (2) שליחות רחבה יותר במישור הנציגים- לא צריך שעושה ,המעשה ייחשב אורגן.

* לשם הטלת אחריות שילוחית נדרשת הוראת חוק המאפשרת אחריות כזו.

**מה הרציונל מאחורי הטלת האחריות הנזיקית על חברה?**

1. **לעיתים יסודות עוולה מסוימת עלולים להתפרס על פני מספר עובדים**, **ולא ניתן יהיה לייחס את העוולה לעובד אחד בלבד**. במקרה כזה התביעה עלולה ליפול בין הכיסאות, וניתן לפתור זאת בהטלת אחריות על החברה. יש עוולות בהן פשוט להצביע על האשם, אך יש מקרים פחות ברורים, כמו למשל תביעה ייצוגית של כל מי שעישן ונגרמו לו נזקים בריאותיים. הרבה יותר קשה ופחות מעשי להצביע בפינצטה ממוקדת על בני אדם מסוימים מאשר על תאגיד.
2. **הכוונת התנהגות**. יכול להיות שניתן להצביע על האדם המסוים שביצע את העוולה, אבל יש עניין כן להטיל אחריות על החברה ע"מ שהחברה תהיה מונע הנזק הזול. רוצים להטיל את האחריות על מי שמסוגל לצמצם את ההסתברות להתרחשות התקלה באופן האפקטיבי ביותר. הטלת האחריות על החברה יוצרת תמריץ עבורה לפעול ע"מ לצמצם את ההסתברות לתקלות. אם לא היו מטילים אחריות משפטית על חברה היא הייתה יותר אדישה להסתברות קרות נזק.
3. **שיקול של כיס עמוק**. בסופו של דבר דיני הנזיקין באים לשרת את הניזוק. אם יש גוף שיכול לשאת בנזק בצורה טובה יותר ולהוביל לפיצוי הנאות ביותר של הניזוק עליו יטילו את האחריות (במקרה זה החברה היא כיס עמוק יותר מאשר העובדים שלה).
4. מונע הנזק הזול – כאשר אנו מטילים חבות על תאגידים, התאגידים ינסו לוודא שלא מתבצעים עוולות. לחברה יש יותר אינפורמציה לגבי השלכות של מעשים ולכן יכולה לבקר בצורה טובה יותר ולמנוע את התרחשות הנזק.

**תורת האורגנים במישור הפלילי** – **עונשין** :

עולה השאלה, אם ניתן להטיל על חברה אחריות במישור המשפטי האזרחי, האם גם בפלילים ניתן להטיל על חברה חובות משפטיות. משפט פלילי נועד להכוונת ההתנהגות, אולי באופן החזק ביותר, מבחינת גבולות המותר והאסור. מצד שני, זה אולי התחום בו נדרשים לגלות את הזהירות הרבה מכל והאיפוק הרב מכל בטרם הטלת אחריות. זו לא אחריות שמתמצה במתן פיצוי כספי, לאחריות פלילית משקל כבד. לכן תמיד ישנה השאלה עד כמה מדקדקים בטרם הטלת אחריות (עקרונות על המנחים את השיטה, יסודות עבירה שצריכים להתקיים וכו'). אם זהירים באופן כזה, עולה השאלה האם כמו שמטילים אחריות על תאגיד באזרחי כך ניתן להטיל בפלילי.

**מרכיבי המשפט הפלילי**

* 1. ענישה-גם בפלילי כנראה ידברו יותר על הממד הכספי, מאחר שלא ניתן להכניס תאגיד לכלא. הרצון להוקיע אדם מהחברה נראה לא רלוונטי כשמדברים על מי שאינו אדם. לצד זאת, חשוב להבין **שהקנס הכספי** (עם כמה שהוא יכול להגיע לסכומים עצומים) הוא לא תמיד העונש החמור ביותר שמוטל על התאגיד. העונש החמור ביותר הוא **הפגיעה במוניטין**. ברגע שתאגיד מורשע בפלילים, זה יכול להשפיע על עסקיו בעתיד ואף בהווה (יכול לאבד מכרזים או רישוי), מה שהופך אותו לחמור בהרבה.
  2. אחריות שילוחית – במקור לא הייתה אחריות שילוחית בפלילי (כל אחד היה אחראי למעשיו. אם אדם ציווה עליך לבצע עבירה עליך לא להקשיב לו). כיום, לאחר התפתחות מערכת המשפט, יודעים להכיר באחריות שילוחית במשפט הפלילי.
  3. יסוד נפשי – לחברה אין יסוד נפשי. גם יסוד פיסי קשה למצוא בפעילות של חברה.

**עולה השאלה מה ניתן להשיג בהטלת אחריות פלילית על תאגיד**. ניתן להשיג באמצעות הטלת אחריות על חברה הקטנת הסתברות של התרחשות עבירה פלילית (זו תושג באמצעות שינוי הנוהל בחברה שיגיע בעקבות הטלת האחריות. הטלת האחריות מהווה תמריץ לחברה לשנות את דרכיה ע"מ שהיא לא תישא באחריות בעתיד). רוצים שהתאגיד ינחה את העובדים שלו לא לעבור עבירות שונות ע"מ שהאחריות לא תיפול עליו.

**פס"ד מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מד"י** : – **ברק מדגיש את שיקול הכוונת ההתנהגות והרתעה באמצעות הטלת אחריות על חברה**. מדובר על השגת יעדי המשפט הפלילי הקלאסי, ולא רק הטלת אחריות על תאגיד בשל היותו אישיות משפטית. במקרה זה הרכב של החברה עבר באור אדום. מדובר בעבירה לפי פקודת התעבורה. הוחלט להעמיד לדין את החברה, מאחר שהרכב בבעלות החברה. **ברגע שיטילו אחריות על התאגידים, יהיה להם תמריץ להזהיר את הנהגים לא לעבור עבירות**. **מצד שני**, הבעיה בדרך פעולה זו היא שבסוף הטלת אחריות על התאגיד מובילה לקנס כספי על החברה, ועולה השאלה האם זה כלי יעיל להכוונת התנהגות. אפשר לטעון שהטלת אחריות על תאגיד תגרום לאדישות מצד בני אדם בעיקר בעבירות שבהן העונש הוא קנס כספי ופחות מאסר ואז התוצאה תהיה הפוכה ממה שניסינו להשיג (פחות הכוונת התנהגות) כי החברה תשא בקנס בשביל העובדים*.* אם למשל אדם חוצה באור אדום ומטילים אחריות על החברה, החברה תקבל קנס ויבקשו ממנה למצוא את הנהג האחראי. החברה תשקול את השיקולים שלה ותבין שאם הנהג יישא באחריות הוא יקבל נקודות ואולי יצטרך לעשות קורסי נהיגה מונעת וכדו'. בשל כך החברה תחליט לספוג את הקנס ולהגן על הנהג. מכאן השאלה היא **האם הטלת האחריות על החברה אכן מובילה להתנהלות נכונה נורמטיבית של החברה והכוונה של החברה את העובדים שלה להתנהלות נכונה, או שמא זה הופך את החברה לחומת הגנה של העובד מהחוק (עובדים ידעו שהחברה תעדיף לשאת באחריות ולכן לא יתרגשו מביצוע עבירה באמצעות החברה)**? הכוונת ההתנהגות במשפט הפלילי מכוונת לבני אדם שיכולים לכלכל את צעדיהם. אם אין חופש מחשבה ובחירה אין טעם להטיל אחריות ולקבוע עונשים. לצד זאת ניתן להסתכל על עבירות בעלות אופי יותר כלכלי (דוגמת שוחד או העלמת מס) עליהן נראה שיותר הגיוני להטיל אחריות על תאגיד, מאחר שהתאגיד ניסה להפיק רווח ע"י עבירה ולכן מענישים אותו. (בהיבט הזה יש לבחון את האווירה האופפת את המקרה. האם האווירה בתאגיד עוררה הפרות דין? מכאן שיש להטיל ספק בגישה שהוצגה בפס"ד מודיעים ואולי להפריד בין העבירות השונות).

**ברק:** "תאגיד, כאישות משפטית שאינו טבעית, אינו מסוגל לגבש מחשבה פלילית או יסוד התנהגותי אקטיבי".

* תורת האורגנים נועדה להתגבר על היעדר של מימד אנושי בתאגיד והיא זו שמאפשרת לו לקיים את דרישות החוק בנוגע לקיום תכונות אנושיות לשם הטלת אחריות או מתן הגנה וחסינות אזרחית, פלילית או אחרת מנגד.
* תורת האורגנים אינה מוגבלת לתחום הפלילי אלא חלה בכל התחומים.

תורת האורגנים היא ייחודית לתאגיד. ניתן לייחס מכוחה גם אחריות פלילית, הסנקציה במקרה זה תהייה קנס. במקרה דנן, האחריות האישית צומחת **מסעיף 27 (ב) לפקודת התעבורה**, המטיל אחריות על בעל רכב, כל אימת שהרכב ביצע עבירה ולא ניתן לזהות את הנהג. בצד האחריות האישית של התאגיד, קיימת אחריות אישית גם לבני אדם המופעלים בתאגיד, **בין אם הם אורגנים ובין אם לא**.

במקרה שלנו, פוסק כבוד השופט ברק שהחברה אחראית בפלילים אישית – **הן כנוהגת והן כבעלת הרכב**. קרי, החברה נושאת באחריות כנהגת הרכב למרות שבעולם האמיתי החברה לא נהגה, וגם כבעלת הרכב מכוח אותו סעיף בחוק העונשין שאומר שאם אנו לא יודעים מי נהג האחריות עולה לבעלים של הרכב. ואם אנו יודעים מי הנהג נאשים את הנהג בלבד או את הנהג והחברה יחד? שניהם!

בדיעבד, לחברות אין כוח פעולה עצמי, אלא עובדיה הם אלו שסוטים מהנורמה. אכן, דעתם של השופטים בישראל אינה נוחה מעניין הטלת אחריות רק על התאגיד, ואי מיצוי הדין עם העובד. **כשקיימת האפשרות להעמיד לדין הן את החברה והן את עובדיה, בידי רשויות התביעה שק"ד.**

**איך מטילים אחריות בפלילים על תאגיד**? את אותה טכניקה שמפעילים במסגרת דיני החברות במישור הנזיקי- "תורת האורגנים", מפעילים במשפט גם בהקשר הפלילי. גם כאן נמצא מי הם 'האורגנים', והטלת האחריות הפלילית האישית של החברה תבוא לידי ביטוי דרך פעולת האורגנים שלה (יסוד נפשי + פיזי). להחלת תורת האורגנים במישור הפלילי ביטוי גם בחקיקה: **סעיפי החוק** – ס' 23 לחוק העונשין קובע שתאגיד יישא באחריות פלילית לפי ס' 22 (אחריות קפידה, ללא מחשבה פלילית) כשהעבירה נעברה ע"י אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד. ס' 23(א)(2) קובע שתאגיד יישא באחריות לעבירה הדורשת מחשבה פלילית אם ניתן לראות ביסודות העבירה (מעשה, מחדל, מחשבה פלילית) של העובד כיסודות העבירה של התאגיד. השאלה מתי ניתן לייחס ומתי לא היא שאלת מדיניות שבית המשפט צריך לדון בה בהתאם למקרה. זה חוזר לדיון האורגנים, אולם בפלילי צריך להיזהר יותר בהטלת אחריות מאשר בנזיקין.

* **ס' 23 לחוק העונשין** קובע שתאגיד יישא באחריות פלילית לפי ס' 22 (אחריות קפידה, ללא מחשבה פלילית) כשהעבירה נעברה ע"י אדם **במהלך מילוי תפקידו בתאגיד.**
* **ס' 23(א)(2) לחוק העונשין** קובע שתאגיד יישא באחריות לעבירה הדורשת מחשבה פלילית אם ניתן לראות ביסודות העבירה (מעשה, מחדל, מחשבה פלילית) של העובד כיסודות העבירה 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.*

במישור הפלילי יש עבירות שהן עבירות של אחריות קפידה (ללא נסיבות; הטלת האחריות תלויה בתוצאה), ויש עבירות שדורשות יסוד התנהגותי לכל הפחות של התרשלות לפי מבחן אובייקטיבי. יש עבירות שדורשות אף יותר מכך- יסוד נפשי של מחשבה פלילית.

**למה, מבחינת מדיניות משפטית, להטיל אחריות על תאגיד בפלילים?** באמצעות הטלת אחריות על חברה נקטין הסתברות של התרחשות עבירות פליליות. הטלת האחריות מהווה תמריץ לחברה לשנות את דרכיה ע"מ שהיא לא תישא באחריות בעתיד. רוצים שהתאגיד ינחה את העובדים שלו לא לעבור עבירות שונות ע"מ שהאחריות לא תיפול עליו. שיקולי צדק – צודק יותר להטיל על התאגיד מאשר על גורם אנושי. סתימת חורים ברשת האכיפה הפלילית – אם זה ככה, אז אנשים בעצם ישתמשו בתאגידים ויבצעו באמצעותם פעולות אסורות.

1. ייעול האכיפה וחסכון בעלויות
2. שיקולי צדק – צודק יותר להטיל על התאגיד מאשר על גורם אנושי.
3. כיס עמוק – משהו שתמיד משפיע. יותר קל להוציא כסף מחברה גדולה שיש לה המון כסף מאשר מאדם אחד.

**בפס"ד נמלי ישראל:** במקרה זה מעמידים את התאגיד לדין ולא מעמידים לדין את נושא המשרה. מדובר במקרה בו עובד השליך פסולת לים. עבירה זו היא עבירה של **אחריות קפידה** [ציפייה של החוק מאדם או ישות משפטית אחרת להתנהל בזהירות יתרה, כך אם עבר על החוק מניחים שנהג בחוסר אחריות. במקרה כזה עליו להוכיח שלא נהג ברשלנות, בשונה מהמצב הרגיל בו התובעת צריכה להוכיח רשלנות]. אפילו בעבירה מסוג זה, רואים שדעתם של שופטי בית המשפט איננה נוחה מהפלת האחריות על התאגיד מבלי להתעסק עם בני האדם במסגרת התאגיד שמבחינה אנושית היו מעורבים בהתנהלות שעולה כדי עבירה פלילית. מכאן עולה תפיסה לפיה עיקר האחריות בפלילים צריכה להיות על בני אדם ולא על התאגיד, ושאין להשתמש בקונספציה של אחריות פלילית של תאגיד בקלות רבה. השופט עמית מעלה נקודה למחשבה בבחינת צ"ע והוא מעורר את השאלה של הטלת אחריות על תאגיד בעבירות של אחריות קפידה- אחריות מוחלטת. **השופט עמית** **מציע שבעבירות הללו האחריות תהיה בדמות 'קנס מנהלי' ואז הטלת אחריות בעבירות כאלה על חברה ולא על אדם 'תעבור חלק יותר בגרון'. קנס מנהלי הוא קנס יותר 'רך' שניתן מבלי שהחברה תתויג כמי שעברה עבירה פלילית.** שהרי, לא רק שהטלת אחריות על החברה לא תורמת להרתעה, היא מפחיתה אותה, כאמור. לעומת זאת, בעניין עבירות פליליות בהן יש צורך ביסוד נפשי, יש לבחון את הרשעת העובד לצד הרשעת החברה, אלא אם לא מתקיים אחד מרכיבי העבירה.

**הנחיות פרקליט המדינה**

מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד – מצטט את ס' 23 לחוק העונשין. הדין מכיר בכך שקיימת חשיבות מיוחדת בהתייחסות לתאגיד כישות עצמאית שניתן להאשים אותה בפלילים ממספר סיבות. הטלת אחריות בפלילים מרתיעה את התאגיד. בחלק גדול מהמקרים התאגיד הוא זה שנהנה מן העבירה. בישראל מוטלת אחריות על תאגיד מכוח תורת האורגנים (אורגן הוא מי שממלא את תפקידו כפונקציה בחברה, ללא תלות בהיררכיה). ככל שעולה חשד לאחריות פלילית של תאגיד, יש להוסיפו כחשוד פורמלי בתיק התביעה. העמדתו של התאגיד אינה תחליף להעמדה לדין של האורגנים שמעשיהם מבססים את אחריותו של תאגיד. בתי המשפט ביקרו מקרים בהם לא הועמדו האורגנים לדין ללא הצדקה. בעניין נמלי ישראל מתח בית המשפט ביקורת על הסדרי טיעון הפוטרים את נושאי המשרה מאחריות פלילית. הטלת אחריות על נושאי משרה תורמת למטרת הכוונת ההתנהגות של המשפט הפלילי. לפיכך, ככלל, יפעלו גופי התביעה לוודא כי לא יתאפשר לאורגן להתחמק מאחריות עקב העמדתו לדין של התאגיד.

התווית מדיניות התביעה בנוגע למידת העניין הציבורי שיש בהעמדת תאגיד לדין פלילי – נקודת המוצא היא שככל שקיימת תשתית משפטית וראייתית להעמיד תאגיד לדין, וקיים אינטרס ציבורי בהמעדת התאגיד לדין, יש להעמיד את התאגיד לדין. במובן זה, אין הבדל בין היחיד לבין התאגיד. מטרת העמדת התאגיד לדין פלילי היא הכוונת התנהגותו ויצירת מנגנונים שימנעו ביצוע של עבירות נוספות. לכן, יש להעמיד לדין תאגיד אלא אם מכלול הנסיבות בעניין מצדיקות אי העמדה שלו לדין. ישנם מספר שיקולים שיש לשקול: חומרת העבירה ונסיבותיה (ככל שיותר חמור כך גובר אינטרס הציבור להעמדת התאגיד לדין); מידת הנזק שנגרם; טובת ההנאה שהפיק התאגיד מביצוע העבירה; משך העבירה; האם העמדתו לדין של התאגיד נדרשת לצורך חילוט טובת ההנאה שהפיק; מאפייניו של התאגיד החשוד (ככל שהוא יותר מרכזי במשק כך יגבר האינטרס הציבורי להעמדתו לדין); מידת הכשל בתרבות הציות לחוק בתאגיד (עד כמה היו מנגנוני אכיפה פנימיים וכדו'); מספר העובדים המעורבים בביצוע העבירה; מידת המעורבות של נושאי משרה בכירים בביצוע העבירה; מידת שיתוף הפעולה של התאגיד עם החקירה או מידת תרומתו לחקירה (תרומה לחקירה לא מקנה חסינות של התאגיד אך יש לתת לזה משקל בשאלה האם להעמיד לדין ובשאלת הענישה); הפגיעה שתיווצר כתוצאה מהעמדתו לדין של התאגיד (ככלל, התחשבות בפגיעה בגורמים בתאגיד שאינם מעורבים בעבירה כתוצאה מנקיטת הליכים מול התאגיד מקומה בענישה ולא בשלב ההעמדה לדין, אך יש מקרים בהם ניתן לשקול זאת בשלב ההעמדה לדין); חילופי שליטה בתאגיד או שינוי מהותי באופי פעילותו של התאגיד (החוק בישראל מכיר במספר שינויים שיכולים להיות בשליטה בתאגיד. חילופי שליטה בתאגיד עשויים להישקל במסגרת השיקול להעמיד לדין תאגיד בהתאם לנסיבות העניין. עם זאת, יבחן האם היה על הקונים של החברה לדעת על מצב החברה בעת מכירתה. אם הקונים היו צריכים לדעת על מצב החברה אז שינוי השליטה לא יילקח בחשבון); חברה נמצאת בהליכי פירוק (ככלל, הליך של פירוק אינו שיקול להימנע מהעמדה לדין של תאגיד, והמקום לקחת זאת בחשבון הוא בשלב הענישה. עם זאת, אם תאגיד נמצא במצב גרעוני ונעדר נכסים זה יכול להשפיע על אינטרס הציבור להעמדה לדין).

ס' 48 לחוק התחרות אומר שאם נעברה עבירה ע"י תאגיד, יישאו באחריות גם בני אדם מסוימים שהם מנהלים פעילים שם אלא אם כן הוכיחו שעשו כל שניתן על-מנת למנוע זאת. משמע, יש את אלו שממש ביצעו את העבירה ויש מנהלים פעילים אחרים שלא לקחו חלק בעבירה (ויתכן שאף לא ידעו על כך). משמע, ביחס לעבירות מסוימות, גם מנהלים פעילים בחברה שלא היו מעורבים בחברה, משהחברה אחראית בפלילים גם הם אחראים. **הרחבה זו, שמטרתה להגדיל את כמות האחראים ע"מ שהפיקוח יגבר, היא דבר שלא מתרחש באופן מכני בכל עבירה ועבירה, אלא רק במקום בו יש סעיף חוק מפורש שקובע כך.** בית המשפט העליון הדגיש (בפרשת דיסנצ'יק) שלא ניתן לערב גורמים לא מעורבים על דעת עצמו. מדובר במשפט פלילי, ולא ניתן ליצור דוקטרינות להרשעה פלילית בפסיקה. נדרש בסיס חקיקתי. רק כאשר המחוקק מאפשר זאת ניתן להרחיב את האחריות לבלתי מעורבים

**ס' 56** קובע שחברה תישא באחריות על פעילות אורגן גם במצבים שהוא פעל שלא על דעתה או בניגוד לדעתה. הרציונל לכך הוא שהחברה היא מונע הנזק הזול, ולכן הגיוני להטיל עליה את האחריות ולא על הצד התמים.

**מתי ניתן לחייב אורגן של חברה באחריות אישית מכוח אחריות החברה?**

**פסק דין דיסנצ'יק** :

עובדות המקרה – בכתבה בעיתון מעריב פורסם שמה של קטינה בניגוד לחוק. המדינה האשימה את חברת מעריב ואת מר עידו דיסנצ'יק העורך הראשי של עיתון מעריב ואת הכתב, בעבירה על חוק הנוער (טיפול והשגחה). העיתון הודה בעובדות והורשע.

ביהמ"ש השלום הרשיע את עידון דיסנצ'יק בטענה שהלה התרשל משום שלא הסתכל כלל בכתבה ולא קבע הנחיות שימנעו את פרסומה.

ביהמ"ש המחוזי דוחה את ערעורו של דיסנצ'יק וקבע שאחריותו שילוחית במהותה ולכן משהורשע העיתון, די בכך כדי להרשיע את העורך הראשי.

השאלה המשפטית – האם העובדה שתאגיד נמצא אחראי תוביל להטלת אחריות גם על אורגן? **ההכרעה בכל הפרשה ניתנת לנו מפי כבוד השופט אהרון ברק:**

הלה מסביר: **אחריותו של אורגן הפועל כתאגיד יכולה לנבוע מ2 מקורות עיקריים:**

1. אם האורגן מקיים באמצעות התנהגותו שלו את היסודות העובדתיים והנפשיים של העבירה.
2. אם יש לנו הוראת דין שקובעת כי האורגן יהיה אחראי בפלילים אם התאגיד אחראי בפלילים.

הכרעה: ברק – במקרה דנן, לא התקיימו בדיסונצ'יק יסודות העבירה (חסר יס"נ של מודעות) ולכן לא ניתן להאשים אותו.

אין להטיל אחריות אישית על דיסנצ'יק בגין הפרסום. לא נמצאה הוראת חוק המטילה עליו אחריות שילוחית. משכך, לא תוטל אחריות שילוחית אחרת תהא פגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

**פס"ד נשאשיבי נ' רינראוי:**

המשיבים רכשו דירות נופש בפרויקט "פנינת העם" בעכו, אותו הקימו חברת בולוס גד וחברת הבת שלה. בעקבות קשיים כלכליים שתי החברות קורסות והפרויקט נעצר. המשיבים תבעו את המערערים בסכומים של כוסו וכן בפיצויים בגין הפרת הסכמי הרכישה ועוגמת הנפש.

גם מעניין אותנו לרדת מהחברה אל האורגנים שלה, אל האנשים שחתמו על החוזים, אל האנשים שהתחייבו כלפי הרוכשות והרוכשים כי החברה כרגע היא שוקט שבורה.

**השופט דנציגר:**

* הפרת חוזה ע"י החברה אינה מובילה להטלת אחריות וחבות אישית על אורגן או נושא משרה בחברה.
* המצבים בהם תוטל אחריות חוזית על אורגנים ונושאי משרה יהיו נדירים. מתי בכל זאת כן? מה נדרש כדי שזה יקרה? נדרש שאורגן קיים את כל יסודות העוולה הרלוונטיים כפי שמוגדרים ביחס לאנשים טבעיים **או** שיש לנו דבר חוק או פסיקה המחייבים אורגן כזה או אחר באחריות אישית כל אימת שדבק רבב בפעילות החברה.

**מתי קיים דבר חקיקה כאמור?**

1. **סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים**: מורה שכאשר מתבצעת עבירה על החוק ע"י חברה, יואשם כל מי שתפקד כמנהל בזמן ביצוע העבירה, אלא אם כן, יוכיח שהעבירה נעשתה ללא ידיעתו וכי נקט בכל האמצעים הסבירם למניעתה.
2. **דיני ניירות ערך סעיף 31 לחוק ניירות ערך** – מייחסים אחריות בגין פרט מטעה בתשקיף לכל דירקטור, מנכל או בעל או בעלת שליטה של החברה המנפיקה אלא אם כן הוכיח שנקט שבכל האמצעים הנאותים למנוע את הטעות.
3. **חוק התכנון והבנייה** – מייחס עבירה על החוק שבוצעה ע"י חברה למנהלתה (מנהלת החברה), אלא אם תוכי שעשתה כל שביכולתה למנעה.
4. **דיני מס הכנסה** – סעיף 244א' לפקודת מס הכנסה קובע שכשאר תאגיד ביצע עבירת מס חמורה, יראו כל מנהל פעיל, מנהל חשבונות נאמן, או בא כוח אחראי לעבירה, אלא אם כן, ביכולותיו להוכיח שהעבירה נעברה ללא ידיעתו או שהוא נקט בכל האמצעים הסבירים למניעת העבירה.
5. **סעיף 12ב' לחוק החוזים** – תום לב במו"מ + פס"ד פינדר נגד קסטרו

**בפס"ד מעליות נחושתן**, רשות ההגבלים העסקיים ביקשה להעמיד לדין את חברת מעליות נחושתן בגין שקבעה הסדר כובל בשוק המעליות בישראל. ביהמ"ש מגיע למסקנה שהיה הסדר כובל שהוא בניגוד לחוק וכעת מעוניינים להעמיד לדין את חברת המעליות. בחוק עצמו היה כתוב שאסור ל"**אדם** להיות צד להסכם כובל". ביהמ"ש מחיל את תורת האורגנים ובעצם מחיל את האחריות הפלילית דרך פעולת האורגן. אבל מה לגבי אחריות המנהל? לחברת המעליות נחושתן היה מנהל מאוד דומיננטי שכל המגעים מול החברות האחרות עברו דרכו. ביהמ"ש הבין שמבחינה חוזית-משפטית המנהל לא היה צד להסדר הכובל. המנהל ייצג שם את החברה, ולכן ביהמ"ש מתייחס למנהל כמעיין **אדם-תאגיד.** כשביהמ"ש בחן האם החברה הפרה את האיסור בדבר הסדר כובל, עלתה השאלה כיצד חברה יכולה להפר איסור שעה שבמשפט הפלילי העקרון הבסיסי הוא שאין שליח לדבר עבירה. לצורך כך, **ביהמ"ש קבע** **שהמנהל והתאגיד הם היינו אך**. מחד, מבחינה חוזית המנהל אינו צד להסדר הכובל, שכן המדובר היה בהסכם בין החברות. מאידך, בחברה לא יכול להתקיים יסוד של מחשבה פלילית. **אלא, מאחר שמדובר באדם-תאגיד, מתקיים היסוד הנסיבתי על ידי ההסכם שנעשה בין החברות, וכן מתקיים היסוד הנפשי על ידי המחשבה הפלילית של המנהל. במצב דברים זה, החברה היא שתישא באחריות בהתקיים שני היסודות, שעה שהמנהל לא יישא באחריות מאחר שלא מתקיים בו היסוד הנסיבתי**. ביחס לאחריותו של המנהל אומר **השופט קדמי:** "תורת האורגנים" המסדירה אצלנו, מכוח ההלכה הפסוקה את אחריותם של תאגידים, מכתיבה באותה עת את אחריותם האישית של האורגנים לביצועה של אותה עבירה, שבמעשיהם עבר אותה התאגיד, שכן הדעת אינה סובלת, ש"האדם" שביצע בפועל את מעשה העבירה יימצא פטור מאחריות למעשהו, רק בשל כך שהמעשה נעשה תחת ה"כותרת" של התאגיד. אורגן של תאגיד, כמו כל בן אנוש, אחראי למעשיו בפלילים, גם כאשר הוא פועל **כ"אדם-תאגיד"**.

לדעת פרופ' האן אדם ותאגיד הן שתי אישיויות נפרדות. כאן אוחדו כדי לאפשר את ההאשמה. הטכניקה הנכונה: להרשיע את התאגיד בלבד. התנהגות האורגן כאן פלילית, אך הרכיב הנסיבתי חסר בו (לא היה 'צד' להסכם כפי שהחוק דורש). האחריות החוזית של ההסדר חלה על החברה, ועל המנהל מוטלת רק אחריות מוסרית, וזאת לא נסיבה להרשעה. גם במישור הפלילי נשאל את אותן שתי שאלות ששאלנו בנזיקין: האם ראוי שתישא אחריות בפלילים? ואם כן, כיצד היא תישא באחריות? משפט פלילי נועד להכוונת ההתנהגות, אולי באופן החזק ביותר, מבחינת גבולות המותר והאסור. זו לא אחריות שמתמצה במתן פיצוי כספי, לאחריות פלילית משקל כבד והטלת אחריות פלילית על תאגיד יש לה השלכות על העתיד הכלכלי של אותו תאגיד.

**פס"ד מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות**:

**עובדות המקרה:** חברת אברהם רובינשטיין יוצאת להנפקה בבורסה, לקראת ההנפקה מתקיימת פגישה בין נציגי רובינשטיין לבין בנק לאומי ונציגיו של בנק אחר. ביום הפגישה נציג בנק לאומי מעלה על הכתב את תוכן הדברים: ״ ... לדברי משפחת רובינשטיין, המשפחה והמקורבים לחברה ירכשו מהנפקה זו.. בגלל הרפיון בשוק המניות, קיימת סבירות כי האמסיה לא תימכר במלואה. לצורך הקליטה מבקשים הנ״ל באופן פרטי הלוואה של כ- 1.5 מיליארד דולר..״. בתשקיף ההנפקה נאמר מפורשות שבעלי המניות בחברה לא יזמינו יחידות מהצעה זו, ובעצם נוצרת כאן סתירה כי יש מסמך שאומר שהיחידים של החברה ירכשו את המניות. התשקיף אמור לשקף נאמנה את כל העובדות שנוגעות לחברה ולהנפקה ובמקרה דנן הדבר לא קרה. מטרת התשקיף הייתה להבטיח כי בנק לאומי לא ייטול סיכון כלכלי על עצמו. מטרה זו הוסתרה מהרשויות המוסכמות כדי לאשר את פרסום התשקיף ופרסום המניות בבורסה.

בתשקיף ההנפקה נאמר במפורש שבעלי מניות בחברה לא יזמינו יחידות מהצעה זו ובעצם נוצרת כאן סתירה כי יש מסמך שאומר שהיחידים של החברה ירכשו את המניות. התשקיף אמור לשקף נאמנה את כל העובדות שנוגעות לחברה ולהנפקה ובמקרה דנן הדבר לא קרה.

**שאלה משפטית:** האם ניתן לחייב את מנהלי החברה בגין הנזק שנגרם, על אף שפעלו כאורגן של החברה? האם החברה אחראית? כן, בוודאי. האם המנהלים שפעלו לטובת החברה (אך שלא כדין), נחייב גם אותם?

**ביהמ"ש העליון מפי השופטת שטרסברג כהן אומר**:

* אורגן הוא אדם אשר בגין מעמדו או מהות פעולותיו, הדין מתייחס לפעולתו שלו כאל פעולת התאגיד עצמו.
* תורת האורגנים לא גורסת שלחברה קיים אלטר אגו אחד ויחיד שמעשיו שלו בלבד עשויים לחייבה, ומקובל שיש יותר מאורגן אחר בדרגות שונות בחברה.
* תורת האורגנים מאפשרת לייחס את היסוד הנשפי והרכיב ההתנהגותי האקטיבי המתקיים אצל האורגן ככאלו המתקיימים אצל התאגיד.
* יש שהתאגיד ימצא אחראי גם אם האורגן עצמו אינו אחראי, קרי, יכול להיות שהתאגיד יהיה אחראי והאורגן לא, או להפך, ואפשרי גם ששניהם יהיו אחראים גם יחד.
* חשוב - עצם היותו של פלוני אורגן בחברה אינו מחסנו מפני אחריות מפלילית אישית.

**נבחין בין שלושה מצבים**:

1. פעילות האורגן מקדמת את האינטרס של התאגיד – נושא משרה פועל לא כדי להטיב עם עצמה אלא כדי להטיב עם התאגיד, במקרה כזה תוטל אחריות פלילית על החברה.
2. פעילו האורגן פוגעת באינטרס של התאגיד עצמו – מצב הפוך, למשל עובד בתאגיד בנקאי שמועל בכספים. במקרה כזה לא תוטל אחריות על החברה, כי לא נכון לייחס את פעולת האורגן לתאגיד אם התאגיד לא ביקש אותה ואף נפגע ממנה.
3. פעילות האורגן מכוונת לטובתו האישית בלבד, תוך פגיעה אגבית בנכסי התאגיד – התאגיד לא נהנה באופן מובהק וגם לא נפגע באופן מובהק. במקרה כזה לביהמ"ש שיקול דעת אם להטיל אחריות או לא.

במקרה שלנו, פעולותיו הבלתי חוקיות של המנהל נועדו לקדם לא רק את הפעולות האישית שלו אלא גם את הפעולות של התאגיד. אנו נמצאים תחת הקטגוריה הראשונה.

**עמדת הדין:** כאשר אורגן עובר על החוק מתוך מטרה להיטיב עם התאגיד, עמדת הדין היא שתוטל אחריות פלילית על החברה. כאשר אנו במצב ההפוך, קרי קטגוריה 2, האורגן מבצע עבירה או הפרה שפוגעת בתאגיד עצמו, לא תוטל אחריות על החברה, וזאת מכוח פסקי הדין מדינת ישראל נגד לאומי ושות. מדוע לא נטיל אחריות? כי כל סוגית הייחוס זו שאלה משפטית. אם התאגיד לא נהנה מזה, אזי שלא נכון לייחס את פעולת האורגן לתאגיד, התאגיד לא רצה את זה בכלל אז למה שנייחס?

כאשר האורגן מבצע עבירה או הפרה תוך שימוש במשאבי התאגיד אך כדי לקדם את עניינו האישי אין הלכה ברורה ויש שק"ד לביהמ"ש.

**האם הטלת אחריות על אורגן היא תנאי להטלת אחריות על חברה**? לפי תורת האורגנים, התשובה **שלילית**.

* עצם העובדה כי חברה ביצעה עוולה אינה מנביעה את המסקנה כי מוטלת אחריות על אורגן כלשהו (הנשיא שמגר בע"א צוק אור)
* אחריות התאגיד לפעולות האורגן אינה אחריות שילוחית ולכן אינה מותנה באחריות האורגן (ע"פ מודיעים, ופס"ד לאומי).

**לסיכום:** ניתן להטיל אחריות הן על החברה והן על האורגן. התנאים לא תמיד יהיו אותם תנאים. במצבים מסוימים, החוק מגדיר תנאים מסוימים לאריות תאגיד ותנאים אחרים לאחריות של נושאי משרה.

**פס"ד מדינת ישראל נגד מליסרון בע"מ** –מר גולן מדר עשה שימוש בכספים של חברות עופר השקעות ועופר פיתוח כדי להעלות בצורה מלאכתותי את המחיר של אגרות החוב של חברת מליסרון. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את חברות מליסרון בע"מ, עופר השקעות בע"מ ועופר פיתוח בע"מ, וכן את מר גולן מדר, ששימש מנהל כספים בשלוש החברות בגין עבירות של מניפולציה בניירות ערך.

**השאלה המשפטית:** באילו נסיבות יש להטיל אחריות פלילית על חברה בשל עבירות שבוצעו ע"י נושא משרה הנחשב אורגן בחברה?

**השופט רובינשטיין:** בפסיקה ובספרות נהוגים 2 מבחנים לבחינת השאלה האם פלוני ייחשב כאורגן:

1. מבחן ארגוני - מתמקד במעמד פורמאלי
2. מבחן פונקציונאלי – מתמקד בשאלה האם מעשיו של נושא משרה ספציפי מצדיקים ייחוס לתאגיד

**מדובר במבחנים חלופיים ולא מצטברים**! לשם הטלת אחריות על תאגיד מכוח תורת האורגנים יש לקבוע כי **ראוי** להטיל עליו אחריות בשאלה של מדיניות:

* האם דבר החקיקה לא המתכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד?
* האם פעולת האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו?
* האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד, או לכל הפחות ללא כוונה נגדו?

בענייננו, גולן מדר מחזיר בתפקיד בכיר, פועל בכובעו התאגידי ולא האישי, ושאף להטיב הן עם חברת מליסרון והן עם חברות עופר השקעות ועופר פיתוח. יש את כל הבסיס הנדרש מבחינת שיקולי מדיניות כדי להטיל אחריות על גולן מדר.

בתביעות פליליות בגין עבירות מהתחום הכלכלי או עבירות שיש להן היבט כספי, מגיעים למצבי קצה שמעלה את השאלה האם הרקחנו לכת. חלק ממטרות המשפט הפלילי הן הרתעה, אך לעיתים המדינה כמאשימה סוגרת עסקת טיעון עם החברה כדי שהם יזכו לחסינות מהרשעה, ולא בטוח שזה מגביר את ההרתעה. בנוסף, להרשעה פלילית יש השלכות ארוכות טווח על המורשע. אם חברה הורשעה בעבירה, היא לא תוכל לגשת למכרז ממשלתי לתקופה מסוימת, אך יכול להיות ש-5 אחרי ההרשעה החברה היא אותה חברה, אך הדמויות שקשורות לפרשה הפלילית כבר לא בחברה, ויש מנהלים חדשים ודמויות חדשות, אך הם ימשיכו לשאת בתוצאה הנמשכת של ההרשעה הפלילית.

**תורת האורגנים במישור החוזי**:

חוזה שנכרת בהרשאה, מיוחס רק לחברה והחברה אחראית לאכיפתו, כלומר השליח לא נושא באחריות.

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

56.  (א) פעולה שנעשתה בעבור חברה בחריגה ממטרות החברה, או שנעשתה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה, אין לה תוקף כלפי החברה, אלא אם כן אישרה החברה את הפעולה בדרכים הקבועות בסעיף קטן (ב), או אם הצד שכלפיו נעשתה הפעולה לא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה או על העדר ההרשאה.

**ס' 56** לחוק קובע שחוזה שנכרת בחריגה מההרשאה או בחריגה ממטרות החברה חסר תוקף, אך יש שני חריגים, קרי שני מקרים שבהם למרות החריגה החוזה יהא תקף:

1. החברה אישרה את החוזה בדיעבד.
2. הצד שמולו נכרת החוזה לא ידע ולא היה צריך לדעת על החריגה או היעדר הרשאה.

**אז, אם אורגן חרג מהרשאה אך המתקשר השני לא יודע ולא היה עליו לדעת על כך – מבחינתו החוזה לא מתבטל!**

**במקרה ונכרת חוזה בחריגה מהרשאה והצד התמים לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, הוא יכול לבחור בין שתי אופציות:**

1. לדרוש מהחברה לקיים את החוזה (ס' 56 לחוק).
2. לדרוש מהשלוח לקיים את החוזה או לבטל את החוזה ולדרוש פיצויים מהשלוח (ס' 6(ב) לחוק השליחות).

**ס' 56 קובע שחברה תישא באחריות על פעילות אורגן גם במצבים שהוא פעל שלא על דעתה או בניגוד לדעתה. הרציונל לכך הוא שהחברה היא מונע הנזק הזול, ולכן הגיוני להטיל עליה את האחריות ולא על הצד התמים.**

**מתי ניתן לחייב אורגן של חברה באחריות אישית מכוח אחריות החברה?**

**פס"ד דיסנצ'קי:** פורסם בכתבה בעיתון "מעריב" שמה של קטינה בניגוד לחוק. המדינה האשימה את חברת מעריב, העורך הראשי-דיסנצ'קי והכתב, בעבירה על חוק הנוער. בימה"ש השלום האשים את דיסנצ'קי בטענה שהתרשל משום שלא הסתכל בכתבה ולא קבע הנחיות שימנעו את פרסומה. במחוזי דחו את הערעור וקבעו שאחריותו שילוחית במהותה, ולכן משהורע העיתון די בכך כדי להרשיע את העורך הראשי.

השאלה המשפטית: האם העובדה שתאגיד נמצא אחראי תוביל להטלת אחריות גם על אורגן?

נקבע: אחריותו של **אורגן** הפועל בתאגיד יכול לנבוע משני מקורות עיקריים:

1. האורגן מקיים באמצעות התנהגותו את יסודות העבירה.
2. הוראת דין מפורשת הקובעת שהאורגן יהיה אחראי בפלילים אם התאגיד אחראי בפלילי.

במקרה דנן, לא התקיימו בדיסנצ'קי יסודות העבירה כי חסר יסוד נפשי של מודעות, ולא נמצאה חוק המטיל עליו אחריות שילוחית. לכן אין להטיל עליו אחריות אחרת תהא פגיעה בחו"י כבוד האדם וחירותו.

**נשאשיבי נ' רינראוי:** המשיבים רכשו דירות נופש בפרויקט "פנינת העם" בעכו, אותו הקימו חברת בולוס גד וחברת הבת שלה. בעקבות קשיים כלכליים החברות קורסות והפרויקט נעצר. המשיבים תבעו את המערערים (האורגנים שבחברות שקרסו) בסכומים שלא כוסו ובפיצויים בגין הפרת הסכמי הרכישה ועוגמת נפש.

נקבע: הפרת חוזה ע"י החברה אינה מובילה להטלת אחריות וחבות אישית על אורגן או נושא משרה בחברה. המצבים בהם תוטל אחריות על אורגנים ונשאי משרה יהיו נדירים. לשם כך נדרש שאורגן יקיים את כל יסודות העוולה הרלוונטיים כפי שמוגדרים ביחס לאנשים טבעיים **או** שקיים דבר חקיקה או פסיקה המחייבים אורגן כזה או אחר באחריות אישית כל אימת שדבק רבב בפעילות החברה.

**שיעור 8:**

המשפט פותח במשך הדורות על ידי בני האדם, "השחקנים" תמיד היו בני האדם וניתן דגש לזכויות וחובות שבין בני האדם. משכך, ולאור העובדה שהמשפט עוצב לבני אדם, אזי שאיפה שלא ניגע במשפט, האלמנטים המרכזיים שמכוננים תוצאות מרכזיות שונות, הם אלמנטים אנושיים. השאלה האם נקשרו יחסים משפטיים הסכמיים, האם הייתה הצעה וקיבול וכן הלאה, תלויה בתכונה אנושית, קרי גמירות דעת. האלמנט המרכזי למשל במשפט פלילי, הוא המחשבה הפלילית.

**אולם, תאגידים, אינם אישיות אנושית, אז איך ניתן לייחס חוזה לחברה, או אחריות פלילית לחברה?** איפה גמירות הדעת של החברה? דיני החברות באים על מנת לגשר על הפער דנן: בהקשר הסכמי, למשל דיני חוזים, הדוקטרינה הרלוונטית תהא "שליחות" – **אני רואה בבני אדם הפועלים במסגרת התאגיד, משום שלוחים של החברה**. כשאדם אחד פועל פעולה כזו או אחרת, אך את הפעולה הוא פועל שלא לשם עצמו אלא עבור הזולת, אז אם בן אדם מסוים פועל, הם יחתמו על מסמך, יתחייבו, יש גמירות דעת אנושית שלהם, אבל אם אנו רואים בהם לא כפועלים מטעם עצמם אלא כפועלים מטעמה של החברה, כשליחים של החברה, **אזי שעל פי דיני שליחות, פעולת השלוח, תוצאותיה מיוחסות לשולח.** בני אדם יפעלו בחברה והתוצאה המשפטית של כריתת החוזה והכפיפות לחוזה תוטל על החברה שהוא פעל מטעמה ואז היא תהא צד לחוזה ואם החוזה לא יקוים היא תחשב כמפרה ולא הוא.

**איך נוצרת שליחות?** שליחות נוצרת בחוזה. ז"א שגם להפוך את ראובן להיות שליח של החברה אני צריך חוזה. בני האדם הראשונים שיהיו מוסמכים להיות השלוחים הראשונים של החברה, יהיו בעצם כאלה שאף אחד לא הסמיך אותם, דהיינו הדירקטורים, מקימי החברה. "ברגע המפץ", קרי ברגע שהוקמה החברה הם מנויים מעצמם. **זה בהקשר החוזי.** גמירות הדעת נעשית על ידי שליחות ולכן פעולת השליח מזכה או מחייב את השלוח.

**יש הבדל בין משפט פלילי לבין דיני חוזים בהקשר דנן:**

היחוד הקלאסי במשפט פלילי הוא שבקלאסיקה של משפט פלילי, דיני שליחות לא רלוונטיים, לא חלים. היתרון במשפט הפלילי תמיד היה שאין שליח בדבר עבירה! אדם נושא באחריות על המעשה הפלילי שלו והוא לא יכול להגיד שהוא עשה את זה כי מישהו נתן לו את ההוראה. **אז מה נגיד לגבי חברה? הרי שבני האדם הפועלים בחברה הם מעין שליחים שלה!** יש צורך ליצור דוקטרינה מקבילה אחרת, שהיא תורת האורגנים. הביטוי דנן אומר שאנו מזהים בני אדם מסוימים, גורמים אנושיים שפועלים בחברה, בתור אורגן של החברה, הם לא שליחים (למרות שזה דומה, ברק בפס"ד מודיעים). מרגע שפתחו את העניין של תורת האורגנים, את הביטוי אורגן בחברה, משתמשים בו רבות בעניינים רבים בדיני החברות. כשמגיעים לתביעות פליליות בגין עבירות מהתחום הכלכלי או שיש להם היבט כספי, לפעמים מגיעים למצבי קצה שמעלה את השאלה אם לא הרחקנו לכת. מגיעים לשלב שמדינת ישראל כמאשימה סוגרת עסקת טיעון עם המנהלים של החברה בו הם ישמשו עדים מטעם המדינה נגד החברה על מנת להרשיע את החברה, וכנגד זה הם יזכו לחסינות מהרשעה.

בתורת האורגנים בדקנו כיצד ניתן להטיל אחריות, חובה, תוצאות משפטיות על חברה. כעת נדבר על נורמות משפטיות שאחד האלמנטים שיש בהם לצורך תחולת הנורמה, זה עניין אחר, אזרחות, תושבות.

נניח שתהייה נורמה במשפט הפלילי שתקבע שאזרח ישראלי שמוסר ידיעות ביטחוניות לאויב של המדינה, נושא באחריות פלילית של דיני המאסר. זה אומר שמי שאיננו אזרח ישראל לא נופל לגדר העבירה הזו. אם פלוני נחשב אזרח ישראלי זה קל לבירור, אולם מה לגבי חברה? איך אני קובע אם תאגיד שבמסגרתו נמסרו ידיעות לאויב הוא אזרח ישראלי? או לחלופין, אם יקבע שעל תושב ישראל חלה חובת תשלום מיסים בשיעור של איקס אחוזים, אבל תושב שהוא לא אזרח מחויב לפחות מס, איך אני קובע על תאגיד האם הוא נחשב אזרח או לאו? נניח לדוגמה חברה ישראלית שנרשמה ברשם החברות בקפריסין, אך הפעילות והתושבות שלה היא בבולגריה. האם חברה זו חייבת באיסור מסחר עם אירן? מה שהמשפט בחר לעשות זה **לשמר את הדינים כפי שהם, תוך יצירת מנגנוני גישור והתאמה על מנת להחיל את הנורמה המשפטית גם על דמויות משפטיות שאינן בני אדם**. מאחר שבתהליך שארך עשרות שנים, תורת האישיות המשפטית הופנמה במשפט, המחוקק נותן את דעתו לעניין דמויות משפטיות נוספות בבואו לחוקק חוקים שונים. אם כן, בעניינינו קבע המחוקק כי לצורך פקודת מס הכנסה, כתושב ישראל ייחשב גם כל תאגיד שעומד באי אלו דרישות. בעצם, **המחוקק יצר מנגנון התאמה**, אולם לא תמיד, ולא בכל הקשר ישנו מנגנון מפורש בחוק. **המפתח לתשובה מצוי בשאלה מה טיבה של החברה**. ניתן לענות על שאלה זו בעזרת **פס"ד דיימלר**.

ככל שהתקדמנו עשרות שנים, המחוקק יותר ויותר נותן את דעתו על הדבר. בד"כ המחוקק דואג בהגדרותיו לפרש ברחל ביתו הקטנה, האם תאגיד יחשב תאגיד כזה או לא, או שיקבע מבחנים. דהיינו, בד"כ יהיו הוראות חקיקה מפורשות שלעניין זה תאגיד יחשב כתושב ישראל אם כך וכך וכתושב זר אם כך וכך. מה קורה אם המחוקק לא קבע זאת בחוק? נפנה לפסק דין מאנגליה, מימי מלחמת העולם הראשונה, **פס"ד DAIMLER:** הפרלמנט הבריטי חוקק חוק שאסר על אזרחי הממלכה, אזרחי בריטניה, לקיים קשרים מסחריים עם האויב הגרמני. הייתה חברה שפעלה באנגליה, היא גם התאגדה באנגליה ונרשמה אצל רשם החברות האנגלי, שעסקה בצמיגים. התברר כי בעלי המניות של החברה היו כולם גרמנים. החברה התאגדה באנגליה ופעלה באנגליה אבל בעלי המניות היו גרמניים ואז התעוררה השאלה, **האם התקשרות עסקית של תושבי אנגליה ועשיית חוזה מסחר עם החברה דנן, זה מסחר עם האויב** **הגרמני?** שהרי אם כן, זו עבירה פלילית! מתעוררת שוב השאלה הקלאסית, הפורמליסטיקה למול המהות. מבחינה פורמאלית: אין עבירה פלילית כי החברה היא חברה אנגלית, הזהות שלה היא אנגלית. אבל אם נסתכל על בעלי המניות הגרמנים, אולי כן יש בעיה. אז איך נקבע את הזהות של החברה כשאין הוראה מפורשת בחקיקה?**ביהמ"ש האנגלי הבין שיש פה בעיה. הוא מפעיל דוקטרינה משפטית שמושכת יותר לכיוון המהות מעבר לפורמאליות ושמה – הרמת מסך מדומה! (הרמת מסך מלאה נלמד בהמשך).**

**הרמת מסך מדומה:**

הרעיון הוא מטאפורה – מאחורי השחקנים על הבמה תמיד יש מסך. יש חברה, היא השחקנים, ומאחוריה יש מסך. לעיתים, ביהמ"ש מוכן להרים את המסך ולהבין מה עומד מאחור. **בהקשר הזה של פסק הדין, ביהמ"ש בוחר לבחור בזהות של בעלי המניות.** ביהמ"ש אומר שהרעיון של החוק הוא מציאת תכלית כלכלית. קרי, "לא לשמן את מכונת הכלכלה הגרמנית", שכן כך מסייעים להם להילחם. **יש רצון של המחוקק האנגלי להחליש את היכולת של הגרמנים בציר כלכלי להילחם בנו. כל מי שיעקוף את זה ויתרום לצד הגמרני ולכלכלה שלו, זה נוגד את החוק.**

**בפס"ד דיימלר**, תכלית החוק הייתה לפגוע כלכלית באויב. **עלתה השאלה, לפי איזה גישה יש לילך, פורמליזם או מהות**? מחד, מבחינה פורמאליסטית החברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, ועל כן כל עוד שהיא נרשמה באנגליה ומבצעת מסחר עם גורמים אנגליים, אין הפרה של החוק. מאידך, מבחינה מהותית, תכלית החוק היא לצמצם את הכלכלה של האויב, שעה שכל מסחר עם החברה דנן משלשלת כסף אל כיסו של האויב הגרמני. בהקשר הקונקרטי הזה, על רקע תכליתו של החוק, קבע ביהמ"ש כי מאחר שפעילות החברה נוגדת את תכלית החוק, הרי שהיא בבחינת הפרת החוק. במילים אחרות, **ביהמ"ש הרים את המסך שבין החברה לבעלי מניותיה**, על מנת למנוע עוולות העלולות לנבוע כתוצאה מניצול לרעה או מהפעלה לא ראויה של עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת.

**פס"ד קיבוץ צרעה נגד מד"י:** האם נורמה משפטית שאחד מיסודותיה הוא דת מסוימת, תחול על תאגיד? למשל, מה נפסק במקרה בו קיבוץ צרעה, הוא אגודה שיתופית, קיבל קנס בגין פתיחת מרכז מסחרי בשבת, שעה שבחוק שעות עבודה ומנוחה, פעילות כזו נאסרה? הקיבוץ טען כי אומנם בני הדת היהודית צריכים שלא לפעול בשבת, אך מה לתאגיד ולדת היהודית? ביה"ד האזורי לעבודה קיבל את טענת הקיבוץ, וקבע שאין יסוד להחיל את הנורמה הדתית על הקיבוץ. בביה"ד הארצי, התוצאה התהפכה ונקבע שמאחר שרוב חברי הקיבוץ הם יהודים, וכמו כן הסביבה האנושית הסובבת את הקיבוץ היא יהודית, הרי שיש להחיל על הקיבוץ את הנורמה המשפטית הדתית. לבסוף בעליון, התוצאה התהפכה שוב, **ונקבע שאין להחיל על הקיבוץ את הנורמה הדתית**.

**יוצא, כי אם חוק יגדיר במפורש החלה של נורמות על תאגיד משפטי, אין עוררין על כך. השאלה מתעוררת כאשר אין החלה מפורשת כזו.** **או אז, השאלה המנחה תהיה** **כיצד ניתן לשלב את החברה כאישיות משפטית בעולם המשפטי?** התשובה היא דיני שליחות + תורת האורגנים לעיל.

**האנשת החברה - דיני שליחות ותורת האורגנים: התקשרויות חוזיות של נושאי משרה בשם החברה:**

מטרת העל של אגודות בכלל, ושל חברות בפרט, היא ניהול עסק כלשהו. ניהול עסק משמעו התקשרויות בלתי פוסקות עם גורמים חיצוניים, קרי כריתת הסכמים. שעה **שיסוד דיני החוזים בישראל הוא גמירת דעת ליצירת יחסים משפטיים מחייבים**, ברי כי תאגיד נעדר דעת אנושית. אם כן, מתעוררת השאלה כיצד חברה יכולה להיות בעלת גמירת דעת לכריתת הסכם מחייב, או במילים אחרות **מהו מנגנון ההתאמה בהקשר זה במסגרת דיני חברות?** מנגנון ההתאמה מכונה **דיני השליחות**, כאשר במסגרתו פעולתו האנושית של השליח מיוחסת לשולחו, לטוב ולרע. זאת, **קבוע בסעיף 2 לחוק השליחות** במילים *"שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח"*. לעניין חברות, **כל פעולה אנושית של מורשה בחברה מיוחסת לחברה בפני עצמה**. אם כן, גמירת הדעת האנושית של אותו מורשה בחברה תשכלל מבחינה משפטית קשר חוזי מחייב בין המתקשר לחברה, ולא בין המתקשר אליו. במילים אחרות, **הקשר המשפטי החוזי חל על החברה באמצעות גמירת הדעת של השליח, הוא אותו מורשה בחברה**. מתעוררת השאלה **מי הסמיך את המורשה לכזה**, שעה שגם יחסי השליחות נעשים בהסכם הדורש גמירת דעת של החברה? **הדירקטורים** **הראשונים**, אשר משמשים כשליחים ראשוניים של החברה ומסמיכים את הבאים בתור, אם כי הם בעצמם לא הוסמכו על ידי החברה. במילים אחרות, ברגע יצירת החברה, **הצהרת** **הדירקטורים הראשונים** ממנה אותם כשליחים ראשוניים של החברה, בחסות סעיף 8 לחוק הקובע כי *"המבקש לרשום חברה יגיש לרשם בקשה לפי טופס שקבע השר ולה יצורפו... הצהרה של הדירקטורים הראשונים על נכונותם לכהן כדירקטורים, כפי שקבע השר"*.

**מכל מקום, מנגנון דיני השליחות יפה כל עוד המורשה בחברה פועל מטעמה במסגרת ההרשאה שניתנה לו על ידיה**. זאת, קבוע בסעיף 55(א) לחוק במילים *"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"*. **לעיתים, ייתכן כי המורשה יחרוג בפעולתו מההרשאה שניתנה לו, או אז מה יהיה הדין?** למשל, חברה הסמיכה מי מטעמה להתקשר בעסקאות שהיקפן לא עולה על 10 מיליון שקלים, שעה שאותו אחד התקשר בשם החברה בעסקה שהיקפה 12 מיליון שקלים. האם החברה מחויבת בהסכם שנעשה בשמה, או שמא אינה מחויבת בו משום שמעולם לא הסכימה לו? **סעיף 56 לחוק קובע** כי *"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 לעניין פעולה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה יינתן בידי האורגן המוסמך לתת את ההרשאה".* כלומר, **ככל והצד השלישי שהתקשר בחוזה עם החברה לא ידע או לא היה עליו לדעת על בעיית ההרשאה של הגורם שמייצג את החברה, הרי שהחברה מחויבת בחוזה שנכרת ביניהם. מתי הצד השלישי נחשב כמי שידע או שהיה עליו לדעת על החריגה מההרשאה? זו שאלה של נסיבות**. ישנן נסיבות במסגרתן מצופה מהצד השלישי שיברר את ההרשאה, ואם לא עשה כן, הרי שההתקשרות עימו תהיה חסרת תוקף, וישנן נסיבות במסגרתן לא מצופה מהצד השלישי שיברר את ההרשאה, ולכן גם את הייתה תקלה בהרשאה, הרי שהחברה תישא בתוצאות ההתקשרות. למשל, יש לבחון האם מדובר בהתקשרות עם לקוח ממוצע, או שמא בהתקשרות תשתית, הנבחנות בדרך כלל לפי סכום ההתקשרות. **בפס"ד גרובר נ' תל יוסף**, המערער תבע מאגודה שיתופית תל יוסף שכר טרחה עבור תוכנית רעיונית ששרטט בעבורה, אם כי לא נערך חוזה בין הצדדים. **נקבע כי צד ג' לא ייחשב תם לב אם גבולות הגזרה של ההרשאה קבועים בתקנון החברה**. בהתאם, הואיל ומזכיר הקיבוץ חרג מהרשאתו האמורה בתקנון האגודה, במסגרת המו"מ שניהל עם המערער, החברה לא חייבת בשכר טרחה למערער.

מתעוררת השאלה, **כיצד מתיישבות הוראת חוק החברות בעניין זה עם סעיף 6(ב) לחוק השליחות** הקובע כי *"לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, הברירה בידו, כל עוד לא נודע לו על אישור הפעולה, לראות את השלוח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו"*? אכן, הסעיפים אינם מתיישבים זה עם זה, והוראתם הפוכה זו לזו. **לפי חוק השליחות השולח לא מחויב מקום שהשליח חרג מהרשאתו, ואילו לפי חוק חברות החברה קשורה בהסכם אף מקום שהשליח חרג מהרשאתו, בהנחה שהצד השלישי תם לב**. מה הרציונל בהטלת הנטל על החברה? **החברה היא מונע הנזק הזול ביותר**. רוצה לומר, היכולת של חברה לשלוט באנשיה אפקטיבית יותר, כאשר הדרך להמריץ אותה לעשות כן, היא להטיל עליה מחויבות בהתאם לסעיף 56. לעומת זאת, סעיף 6 לחוק השליחות מדבר על דיני שליחות באופן כללי, כאשר לרוב המדובר ביחסי שליחות חד פעמיים. במצב כזה, אין לשולח בקרה על השליח, ולכן מטרת החוק היא להגן על השולח דווקא. מאחר **שדין ספציפי גובר על דין כללי,** הרי **שחוק החברות גובר על חוק השליחות**.

**שיעור 9: 30/03/2022**

אמרנו שמנייה כוללת 2 זכויות –

1. זכות להצביע באספה הכללית של החברה – סעיף 188
2. זכות להשתתף בחלוקת הרווחים אם וכאשר יוחלט על חלוקה – סעיף 190.

**הצבעת בעלי מניות:**

עולה השאלה איך בעלי מניות מקבלים החלטה. איך מצביעים, האם כולם שווים זה לזה. כאשר מצביעים לכנסת יש עקרון של שוויון שעוגן בחוק יסוד הכנסת, לפיו כל אזרח שווה קול אחד בקלפי. לא נותנים לאזרחים מסוימים בעלי ותק גדול יותר, ניסיון צבאי רב יותר, יכולות אינטלקטואליות גבוהות יותר משקל גבוה יותר בקלפי. זהו עקרון חשוב שמגלם אמירה ערכית לפיה כל בני האדם שווים זה לזה. עולה השאלה האם עקרון זה אמור לפעול באותה צורה בקרב קבוצת ייחוס של בעלי מניות. יש אספה של בעלי מניות, ולכאורה ניתן לקבוע שכל אחד שווה קול אחד. זה לא כך במציאות, מאחר שבמציאות כל מניה שווה קול אחד. לכן אדם שמחזיק מאה מניות שווה יותר מאדם שמחזיק במניה אחת באספה הכללית.

**רציונאלים למתן כוח בהתאם למספר המניות** :

* 1. אדם לו יותר מניות יותר מושפע מפעילות החברה. הוא מרוויח יותר כשהיא מרוויחה ומפסיד יותר כשהיא מפסידה מאשר אדם לו פחות מניות. בשל כך הגיוני לתת לאדם בעל מניות רבות יותר כוח רב יותר.
  2. רוצים ליצור תמריץ למשקיעים לקנות יותר מניות מאשר שאר בעלי המניות. ברגע שנותנים כוח הצבעה בהתאם למניות משקיעים ירצו להגביר את כוח ההשפעה שלהם ולכן הם ישקיעו יותר בחברה. אם כוח ההצבעה שווה ללא תלות במידת ההשקעה, עולה השאלה כמה תהיה נכונות של משקיעים פוטנציאליים להצטרף למיזמים עסקיים. לא ניתן להגיד שלא תהיה נכונות, אך ניתן לשער שתהיה פחות נכונות מאשר המצב הנוכחי בו כוח ההצבעה נקבע לפי מספר המניות.
  3. להיות חלק מהמדינה ולקבל זכות הצבעה הם עניינים שאזרחי המדינה נולדים אליהם. אין זכות בחירה במקרה זה. השקעה בחברה היא עניין וולונטארי, ולכן רוצים לאפשר למשקיעים את החופש והגמישות בקביעת משקל ההצבעה של כל אחד מבעלי המניות. הדרך הבסיסית ביותר להשיג זאת היא באמצעות מניות שוות ערך (כל מניה שווה לכל מניה אחרת). בנוסף לכך, לפי דיני החברות ניתן לקבוע שיש מניות ששוות יותר ממניות אחרות (סוגי מניות שונים, כשכל סוג בעל ערך אחר), כל זאת בהתאם לרצון בעלי המניות.

**סוגי מניות** – כאמור, ניתן לקבוע סוגים שונים של מניות בתקנון החברה. ניתן למשל לקבוע שמניה סוג א' מקנה שני קולות באספה הכללית, בעוד שמניה סוג ב' מקנה קול אחד באספה הכללית. ניתן לקבוע שכל סוג מקנה קול אחד באספה הכללית, אבל רק לצורך מסוים (למשל מינוי דירקטורים) ישנו משקל רב יותר למניה סוג א'. ההיגיון העומד מאחורי אפשרות זו הוא חופש החוזים. רוצים לאפשר לבעלי המניות את מירב הגמישות בפעילות במסגרת הוולונטרית של החברה. **יחד עם זאת, ברבות השנים משהו השתנה. ב-1992 בתיקון חקיקה נוסף לחוק ניירות ערך סעיף 46ב. הוא הולך בקו שונה מס' 82 לחוק החברות.**

סעיף 82(ג) קובע: *"****לא קבעה החברה בתקנונה זכויות הצבעה שונות, יהיה לכל מניה קול אחד****"*. עם זאת, סעיף 82(א) מאפשר את אפשרות נוספת, וקובע כי *"****חברה רשאית לקבוע בתקנונה זכויות הצבעה שונות לסוגים שונים של מניות****"*. מתעוררת השאלה כיצד מתיישב סעיף 82(א), עם סעיף 46ב לחוק ניירות ערך הקובע את העיקרון של "מניה אחת, קול אחד"? לפי האחרון *"לעניין חברה שמניותיה נרשמות לראשונה למסחר - בהון החברה יהיה סוג מניות אחד בלבד, המקנה זכויות הצבעה שוות ביחס לערכן הנקוב"*, כאשר המדובר בהוראה קוגנטית ספציפית לעניין חברות ציבוריות. אם כן, **בחברה ציבורית בהכרח כל מניה בחברה שווה לקול אחד באספה, שעה שבחברה פרטית ברירת המחדל היא שוויון כזה, אך ניתן לקבוע גיוון בזכויות הצבעה בתקנון החברה**.

חוק ניירות ערך מתייחס לחברות ציבוריות, מה שיוצר הבחנה בין חברה ציבורית לחברה פרטית. בחברה ציבורית יש נורמה קוגנטית (בהתבסס על 46ב) לפיה מניות בחברה ציבורית חייבות להיות עם זכות הצבעה שווה. בחברה פרטית ניתן לפעול לפי ס' 82 לחוק החברות, עליו ניתן להתנות. ס' 82 גם קובע שהוראותיו לא גורעות מהוראות חיקוק אחר, לכן לא ניתן להתנות באמצעות ס' 82 לחוק החברות על ס' 46ב בחוק ניירות ערך. לאור כל זאת, עולה השאלה מדוע מצא לנכון המחוקק לקבוע נורמה קוגנטית בחוק ניירות ערך.

לגבי חברות פרטיות, קורה לא פעם, שתקנון החברה מבקש לקבוע זכויות הצבעה שונות לסוגים שונים של מניות, או לבעלי מניות. לדוגמא: בעבר (שנות ה60), הייתה דרך שבה ניתן היה להימנע מתשלום מס שבח (=מס שמשלמים כשמוכרים נכס מקרקעין, קרי מס רווח הון על רווח ההון שנוצר כתוצאה מן הדירה). בשנות ה60 היו מקימים בית משותף, בניין, ונניח שהיו בו 8 דירות, והיו רושמים את כל הבניין בטאבו על שם חברה, דהיינו את כל הנכס כולו על שם החברה. בתקנון החברה נקבע שהחברה ההון הרשום שלה הוא 8 מניות והיא גם מנפיקה 8 מניות. מניה מספר 1 – מקנה את הזכות לגור להשתמש ולהנות מדירה מספר 1 וגם להצביע באספת הדיירים. מניה מספר 2 – כך וכך.. ואז יוצא שאני קונה דירה, אולם בשפה משפטית בעצם קניתי מניה בחרה. ואז כשאני מוכר למישהו את הדירה אני מוכר מניה. למה? כי אני לא רוצה למכור נכס מקרקעין כדי לא לשלם מס שבח. כשמכרתי למישהו עדיין החברה היא הבעלים.

דוגמא עדכנית: מקימים חברת הייטק. לאט לאט מצרפים משקיעים. בעלי הרעיון רוצים איכשהוא לשמור את הדומיננטיות שלנו בקבלת ההחלטות בחברה, ולמה? כי הם מאמינים שאנחנו בעלי היצירתיות והתפיסה לגבי הטכנולוגיה וכו'. להם יש את הויז'ן, למשקיעים האחרים לא. אבל כל פעם שיצורפו אנשים, יצומצם לבעלים כח ההצבעה היחסי. אז הם יגדירו את המניות שלהם כמניות מסוג מסוים, ולשאר המשקיעים יוקצו מניות מסוג אחר. להם, מניה תהיה שווה קול. אבל במניות של הבעלים, כל מניה תהיה שווה 5 קולות, וכך גדל כח ההצבעה באופן משמעותי. **הדבר אפשרי רק בחברה ציבורית!**

הרעיון שלכל סוג של מניה יש מספר אחר של קולות, זה "צ'ופר" לסוג א', זה עניין שניתן לקבוע בתקנון ואם הוא נקבע כך תפעל החברה. זה קורה יותר בחברות שבראשית דרכן הן חברות משפחתיות קרי זה לא רק חברות הייטק אלא חברה של נניח 2-3 אחים שהקימו עסק, שטראוס שהקימו את המחלבה שלה מכמה אחים בצפון. שמה בתקנון בראשית הדרך המשפחה שמרה לה מניות מייסדים ובהמשך הדרך כנראה שהדברים ישתנו והתקנון השתנה. כל זה נכון לגבי חברות פרטיות, **אולם כאמור, בחברה ציבורית יש שוויון בזכויות הצבעה – סעיף 46 ב רבתי לחוק ניירות ערך, הוא תיקון שנכנס לחוק ניירות ערך.** הוא קבע באופן קוגנטי מנדטורי זכויות הצבעה פרופרוציונליות בין כל המניות בחברה ציבורית, לא בפרטית.

**מהי ההצדקה הנורמטיבית לסעיף 46ב' לחוק ניירות ערך, קרי להצדקה בשוויון זכויות ההצבעה?**

* לכאורה מדובר בקביעה פטרנליסטית לעניין חברות ציבוריות, המגבילה את חופש ההתקשרות של הצדדים. אולם, ההנחה הבסיסית היא שהוראות החוק מעניקות **הגנה לציבור המשקיעים**, שפחות מעורה בהוראות התקנון. רוצה לומר, על ידי קביעת שוויון בזכויות ההצבעה, בעלי המניות המייסדים לא יוכלו להחליש את כוחו היחסי של ציבור המשקיעים על ידי קביעת זכויות הצבעה עדיפות.
* מעבר לכך, מבחינת **יעילות**, גיוון בזכויות הצבעה מעוות את הקורלציה בין מידת ההשקעה הכלכלית למידת ההשפעה שבאה לידי ביטוי בזכות ההצבעה. כלומר, האינטרס האישי הכלכלי של בעל המניה בחברה מגולם בהיקף השקעתו הכספית בחברה, שעה שבמצב דברים זה שהיקף השקעה נמוך יחסית יכול להעניק כוח השפעה גבוה יחסית. זאת, מעוות את הפרופורציות ועלול לגרום לניצול לרעה של בעל מניות בעל כוח השפעה מוגדל. אם כן, **שוויון זכויות הצבעה שומר על המתאם בין מידת ההשקעה הכספית של בעל המניה לבין כוח ההצבעה שלו**.

**בפס"ד אברמזון נ' הבורסה לנירות ערך בע"מ:** פס"ד זה קדם לתיקון של חוק ניירות ערך, לכן גם בחברות ציבוריות היה ניתן לקבוע בתקנון מניות מסוג שונה עם זכויות הצבעה שונות. אברהמזון עותר ועתירתו נדחית, אך ניתן ללמוד ממנו על השיקולים בעד ונגד מתן זכות הצבעה שונה. האם נדרש שכל המניות יהיו בעלות שוויון או שלא בהכרח? העתירה נסבה על טענת העותר, הוא בעל מניות הנסחרות בבורסה לניירות ערך, שאין לרשום למסחר בבורסה מניות של חברות שאינן מעניקות זכויות הצבעה שוות לכל בעלי המניות. זאת, בניגוד למצב הקיים עד כה, לפיו נסחרות בבורסה מניות בעלות זכויות הצבעה שאינן שוות ואף מניות ללא כל זכות הצבעה. לטענת העותר, מהווה המצב הקיים ניהול בלתי הוגן ובלתי תקין של הבורסה. השאלה שנשאלה היא **האם ראוי להגביל את המסחר בבורסה באופן בו רק מניות המקנות זכות הצבעה יסחרו בה ושיובטח שוויון מלא בזכויות ההצבעה בין בעלי המניות הנסחרות בבורסה?** השופט הציג מספר נימוקים בעד זכות שוויון בהצבעה בין בעלי המניות:

* **יסוד מוסרי עקרוני**: יש לשמור על עקרון השוויון הדמוקרטי בניהול חברות ולאפשר זכויות הצבעה ביחס ישיר להון המושקע. אין זה הוגן כי השליטה תרוכז בידי קומץ בעלי מניות שהשקעתם בחברה מועטה יחסית בעוד שהציבור שהשקיע את מירב ההון יהיה נטול השפעה.
* **יסוד כלכלי תועלתי**: שוויון מאפשר פיקוח יעיל יותר על פעילות ההנהלה. כאשר, אפליה בזכויות מאפשרת למיעוט להמשיך ולשלוט בחברה גם אם אינו מנהל אותה ביעילות. כמו כן, נניח ואדם משקיע סכום כספי נמוך יחסית ומקבל כנגד זאת מניה בעלת זכות הצבעה חזקה מאוד, מבחינה כלכלית ישנו חוסר מתאם בין האינטרס הכלכלי של אותו האדם בחברה לבין יכולת ההשפעה שלו. יש לשאוף שכוח ההצבעה יהיה בהתאמה לאינטרס הכלכלי של אותו משקיע.

בהמשך השופט מונה גם מספר שיקולים כנגד כפיית שוויון בזכות ההצבעה בין בעלי המניות:

* חופש ההתקשרות: יש לראות בחוזים בין החברה לבין בעלי מניותיה הסדר חוזי בין בעלי המניות ובהתאם לעקרון חופש החוזים יש להשאיר לצדדים לקבוע את תוכן החוזה.
* שיקולי יעילות כלכלית ומדיניות חברתית: אכיפת שוויון תרתיע חברות משפחתיות פרטיות מגיוס הון מן הציבור, תמנע מהן לממש את הפוטנציאל הכלכלי שלהן ותקטין את הגיוון האפשרי במכשירים הפיננסיים העומדים לרשות הציבור.
* כמו כן, את מרבית המטרות שמבקשים התומכים בעקרון השוויון להשיג באמצעות השוויון ניתן להשיג בדרכים חלופיות כמו חקיקה שתמנע ניצול לרעה של בעלי השליטה.

**שינויים בתאגיד:**

**שינויים מבניים - מיזוג:**

כשם ששואלים מתי אישיות משפטית נוצרת, ניתן לשאול מתי אישיות משפטית חדלה מלהתקיים. איזה אירוע מוביל לסיום קיומה המשפטי של החברה. יש שני אירועים שמבחינה משפטית מסיימים את קיומה המשפטי של החברה, פירוק ומיזוג.

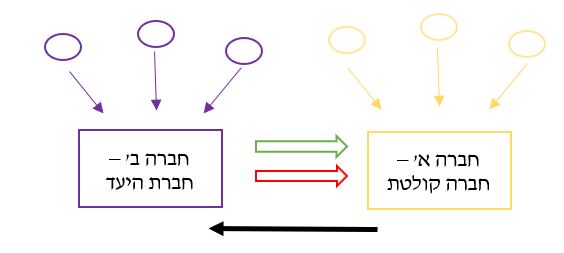
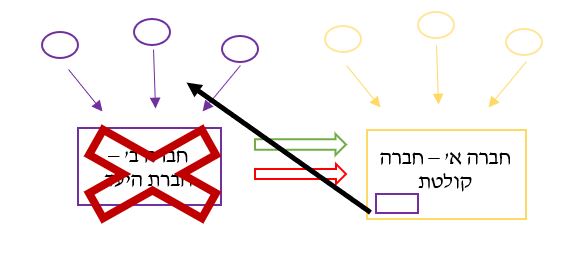
**מיזוג הוא צירוף של שני תאגידים או יותר והפיכתם לאישיות משפטית אחת**. זה אומר שלכל הפחות אחת יורדת מעל הפרק, הייתה ולא קיימת. המונח מיזוג לפי סעיף ההגדרות הוא "העברה של כלל הנכסים וההתחייבויות... של חברת יעד לחברה קולטת, אשר כתוצאה ממנה מתחסלת חברת היעד". זה חלק אינטגרלי ממיזוג, חיסול אישיות משפטית. מיזוג הוא איחוד בין חברות, באופן הסכמי ולא בכפייה.

מבחינה כלכלית, חברה (או אדם) מורכבת משני רכיבים, **נכסים והתחייבויות**. נכסים הם השווי הכלכלי של החברה, וכנגדם יש את ההתחייבויות. **השווי הכללי הוא ההפרש בין הנכסים לבין ההתחייבויות.** הגדרת המיזוג קובעת שעסקת המיזוג היא העברה של כל הנכסים וההתחייבויות מחברת יעד לחברה קולטת. כתוצאה מהעברה זו מתחסלת חברת היעד. משמע, כל התוכן הכלכלי של חברת היעד זורם לחברה הקולטת. החברה הקולטת נשארת אותה החברה, היא פשוט גדלה. זאת מאחר שהתוכן שלה הוא כל מה שהיה בה לפני המיזוג **ובנוסף** מה שהיא קיבלה מחברת היעד. חברת היעד תחדל מלהתקיים כאישיות משפטית. זו לא עסקת מתנה, ולכן צריך למצוא את התמורה שהחברה הקולטת משלמת לחברת היעד. החברה הקולטת היא על תקן הקונה. התמורה שהיא משלמת יכולה להיות כסף, מניות, אגרות חוב. ככל שהצדדים יסכימו (בהתאם לחופש החוזים). עולה מכך נקודה מעניינת, מאחר שחברת היעד מפסיקה להתקיים, ולכן נשאלת השאלה למי מגיעה התמורה. התשובה היא שהתמורה מגיעה ליורשים (בעלי המניות בחברת היעד). לכאורה התמורה מגיעה לחברת היעד ואז מרגע שהיא מפסיקה להתקיים היא עוברת לבעלי המניות. בפעול, התמורה מגיעה ישירות מהחברה הקולטת לבעלי המניות של חברת היעד.

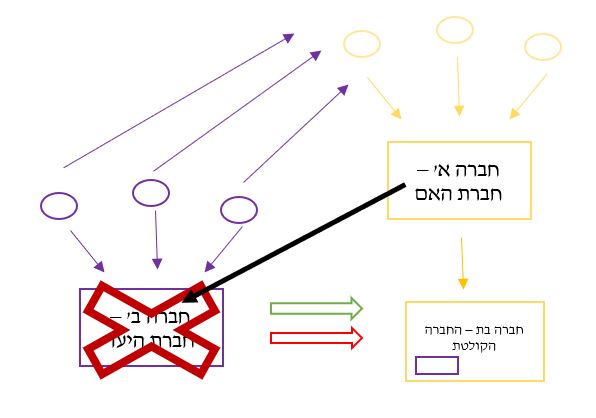
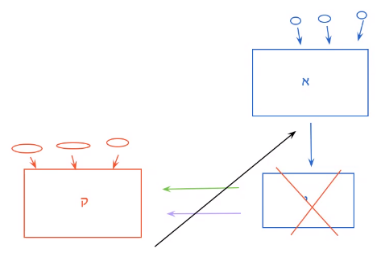
* התחייבויות – חשוב לזכור שהתחייבויות כוללות את הנושים של חברת היעד, את החוזים שהיו לה מול עובדים שלה ועוד. אם החברה הקולטת רוצה לפטר את העובדים של חברת היעד היא תצטרך לשלם להם פיצויים. **בעקרון, עובד שהיה אתמול עובד של חברת היעד יהיה היום עובד של החברה הקולטת.**
* התמורה – כאמור, התמורה מגיעה ישירות מהחברה הקולטת לבעלי המניות של חברת היעד. אם התמורה היא כסף, בעלי המניות כבר לא קשורים לחברה. אם לעומת זאת התמורה היא במניות של החברה הקולטת, בעלי המניות של חברת היעד הופכים לבעלי מניות של החברה הקולטת. כלומר התוצאה של המיזוג במקרה בו התמורה היא מניות של החברה הקולטת היא דילול המניות של חברי המניות המקוריים של החברה הקולטת (בדומה להנפקת מניות).

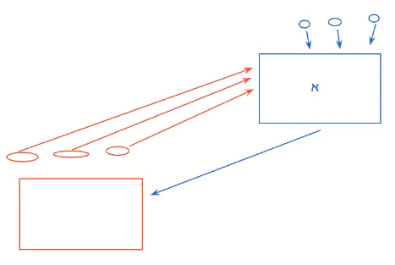
**מהו המבנה העסקי והמשפטי של עסקת מיזוג?** בעסקת מיזוג שותפות שתי חברות, כאשר החברה האחת מכונה **החברה הקולטת**, היא *"חברה שכל נכסיה והתחייבויותיה של חברת היעד עוברים אליה במיזוג"*, והחברה השנייה מכונה **חברת היעד**, (סעיף 1 לחוק החברות מגדיר את ההגדרות הללו) היא *"חברה, אחת או יותר, האמורה להתמזג עם חברה קולטת באופן שיביא לחיסולה של החברה"*. **תוצאותיה** של העסקה הן כדלקמן:

1. כל הנכסים וההתחייבויות של חברת היעד עוברים אל החברה הקולטת.
2. חברת היעד חדלה מלהתקיים ואישיותה המשפטית מתחסלת.

חברה א' וחברה ב' מתקשרות בעסקת מיזוג. במסגרת העסקה, מן הצד האחד, כלל הנכסים של חברה ב' יעברו לחברה א', ובמקביל כל ההתחייבויות של חברה ב' יעברו גם הן לחברה א'. במילים אחרות, **חברה א' יורשת את כל התוכן הכלכלי של חברה ב', הן נכסיה והן התחייבויותיה.** מן הצד השני, **חברה א' תשלם תמורה לבעלי המניות של חברה ב'**. בעסקאות מיזוג רווחים שני אמצעי תמורה, הם **כסף מזומן או הנפקת מניות חדשות**. במידה וחברה א' משלמת לבעלי המניות כסף מזומן או בשווה כסף, בעלי המניות אינם עוד בעלי מניות. לעומת זאת, במידה והחברה משלמת לבעלי המניות בהנפקת מניות חדשות, בעלי המניות יהיו בעלי מניות בחברה א'. לעניין בעלי המניות הקיימים בחברה א', אומנם הקטינו להם את כוח ההצבעה, אך שווי החברה גדל.

**כדי לקבל תוקף משפטי לעסקת מיזוג, העסקה טעונה אישור כפול - גם של הדירקטוריון וגם של האספה הכללית, בכל אחת מהחברות, הקולטת והיעד. בס' 92** צוין שדירקטוריון מוסמך לקבל החלטה על מיזוג בחברה, אבל גם **בס' 57** לחוק צוין שלאספה הכללית סמכות לקבל החלטה על מיזוג. מכאן שמיזוג טעון אישור הן של האספה הכללית והן של הדירקטוריון. לכן אם בעלי מניות לא רוצים שיהיה מיזוג הם יכולים להצביע נגד. עם זאת, חשוב לזכור שכל עוד החלטה על מיזוג התקבלה ברוב, גם המיעוט כפוף אליה.

* 1. **מיזוג משולש**, זהו מיזוג שישאיר את החברות כשתי אישיות משפטיות נפרדות. זהו ניסיון לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה. היא עסקת מיזוג בה חברה א' שמה עין על חברה ב' ומחליטה לבצע מהלך באמצעות אישיות משפטית נוספת (חברה א' המקורית מחזיקה ב100% מהמניות). לכן, היא מקימה חברת בת כאן ועכשיו, וחברה ב' מתמזגת אל חברת הבת בהתאם לאמור לעיל. במילים אחרות, **החברה הקולטת היא חברת הבת, וחברת היעד היא חברה ב'**. מי משלם את התמורה לחברת היעד? חברת הבת. עולה השאלה מאיפה לחברת הבת תמורה לשלם לחברה היעד? הרי היא הרגע הוקמה. התשובה היא שמה שעבר מחברת האם לחברת הבת זה מה שיש לה לשלם. הכסף המזומן שחברת האם העבירה כנגד מניות חברת הבת הוא יהיה הכסף שיעבור לחברת היעד בתמורה לעסקת המיזוג. יכול להיות גם שחברת האם תעביר את הכסף ישירות לחברת היעד. **במידה והתמורה מתבצעת על ידי הנפקת מניות, בעלי המניות יהיו בעלי מניות בחברה א', ולא בחברת הבת** (אפשר להקצות להם גם מניות של חברת הבת ואז גם לא צריך להעביר כסף לחברת הבת אבל פחות נוהגים לעשות זאת). התוצאה הסופית היא שיש את חברת האם (חברה א'), מתחתיה יש את חברת הבת שקלטה לתוכה את חברת היעד (חברה ב'), חברת האם תמשיך להחזיק 100% ממניות חברת הבת ובעלי המניות בחברת האם יהיו בעלי המניות שהיו לפני המיזוג ובנוסף מקבלי התמורה מעסקת המיזוג. **אם כן, שעה שהחברה המתמזגת איננה חברה א', מה מטרת המיזוג המשולש**? **תשובה אחת היא הפרדה של התחייבויות**. במיזוג רגיל נושים של חברת היעד יכולים לתבוע את החברה הקולטת לאחר המיזוג. במיזוג משולש נשמרת ההפרדה בין הנושים של חברת האם לבין הנושים של חברת הבת הקולטת, מאחר שחברת האם היא בעלת מניות בחברת הבת הקולטת ולא ניתן להגיע אליה. ניתן לטעון לכאורה שיש כאן פגיעה בנושים, אבל לא כך המצב. לפני המיזוג הנושים של חברת היעד היו בעלי זכות חזרה לחברת היעד, ואחרי המיזוג הם בעלי זכות חזרה לחברת הבת הקולטת, כך שאין באמת הבדל. **תשובה שנייה נוגעת להצבעה על מיזוג**. במיזוג משולש חברת היעד תזדקק לאישור של האספה הכללית והדירקטוריון (בדומה למיזוג רגיל), אך בחברה הקולטת בפועל נדרש רק אישור של דירקטוריון (בעלת המניות היחידה בחברה הקולטת היא חברת האם, והדירקטוריון הוא זה שמקבל החלטות בשם חברת האם). חברת האם היא לא חברה שמשתתפת במיזוג, חברת הבת שלה היא זו שמתמזגת. בכך חוסכים את הצורך לכנס אספה כללית של חברת האם (למרות שמבחינה מהותית חברת האם באה להשתלט על חברת היעד). זה נשמע טכני, אבל אם חברת האם היא חברה ציבורית אז המהלך לכנס אספה כללית הוא מורכב, ועדיף לחסוך אותו. לא מדובר במהלך פסול אלא בתכנון עסקי לגיטימי. **תשובה שלישית היא השארת יכולת ההכרעה אצל הדירקטוריון**. יכול להיות שהדירקטוריון לא רוצה לקבל את האישור של האספה הכללית והוא מעוניין לבצע מהלך זה על דעת עצמו, והדרך לעשות זאת היא באמצעות מיזוג משולש. זה נשמע כאילו הדירקטוריון מתחכם על האספה הכללית, אבל בפועל יש לאספה הכללית מה לעשות בתגובה לזה (לא לחדש את המינויים של הדירקטורים או שינוי התקנון).

לרוב, חברות מבצעות **מיזוג משולש הפוך**, היא עסקה בה **חברה א' מקימה חברת בת, וזו האחרונה מתמזגת בהתאם לאמור לעיל אל חברה ב', ומתחסלת**. במילים אחרות, חברה ב' היא החברה הקולטת, וחברת הבת של חברה א' היא חברת היעד, כאשר **מטרת המיזוג היא להפוך את חברה ב' לחברה פרטית בבעלות חברה א'**. לעניין מעבר ההתחייבויות והזכויות של חברת הבת אל חברה ב', הרי **שלחברת הבת אין התחייבויות קודמת מאחר והיא קמה ביום המיזוג, והזכויות שיעברו הן הזכויות שהועברו לה מחברה א' עם הקמתה**. התמורה בעד מיזוג זה משולמת לבעלי המניות של חברה א', וכפועל יוצא הם יהיו בעלי המניות היחידים בחברה ב'. **בעסקת משולש הפוך התמורה תמיד תהיה במניות של החברה הקולטת, שהרי חברת האם רצתה להשתלט על החברה הקולטת.** רוצה לומר, **בעלי המניות בחברה ב' מוותרים על החזקת המניות ובתמורה הם מקבלים את הזכויות של חברת הבת, בין אם הזכויות הן כסף מזומן ובין אם הזכויות הן מניות בחברה א'**. **תוצאתה הסופית של עסקת המיזוג המשולש ההפוך זהה לתוצאתה הסופית של עסקת המיזוג המשולש**, ואם כן עולה השאלה **מהי הנפקות בין השתיים**. ראשית, ייתכן שישנה מגבלה משפטית על נכסיה של חברה ב', המונעת אותה מלהעביר אותם לחברה אחרת, דוגמת רישיון. שנית, אף אם נניח שאין כל מגבלה משפטית על נכסיה של חברה ב', כאשר היא תעביר את הנכסים לכאורה, המדובר באירוע מס שבח. אם כן, בכוחו של מיזוג משולש הפוך להתגבר הן על בירוקרטיה כזו או אחרת והן להתחמק מתשלום מס. יתרה מכך, המיזוג המשולש ההפוך מאפשר לשמור על המוניטין והפעילות של חברה ב'.

ב

ב

**בפס"ד שני נ' מלם מערכות בע"מ**, המשיבה הינה חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל אביב, כאשר רובן מוחזקות בידי חברת תים. האחרונה וחברת מלם מערכות, אשר עוסקות בתחום של אינפורמציה טכנולוגית, החליטו על מיזוג משולש הפוך אשר אושר כנדרש. המבקש, הוא בעל מניות במלם, עתר לצו מניעה זמני אשר ימנע מהמשיבה לממש את עסקת המיזוג. **האם מיזוג והצעת רכש הם הסדרים מצטברים או חלופיים**? נפסק כי **מיזוג והצעת רכש על פי חוק החברות הם הליכים חליפיים**. מרגע שנבחרה דרך אחת, יחולו ההוראות הרלוונטיות לאותה עסקה, והן בלבד. כמו כן, האם חוק החברות מאפשר לבצע מיזוג משולש הופכי? נקבע כי **ניתן לבצע מיזוג משולש הפוך על פי חוק החברות**, ובלבד שהוראות החוק לגבי חברת היעד יתקיימו בחברה הנרכשת בפועל.

פס"ד זה מלמד על עצם המושג של מיזוג משולש הפוך ועל ההתייחסות של ביהמ"ש למהלך כזה (האם ביהמ"ש מקבל שמבנה עסקי כזה אפשרי בישראל או לא). חלק מהטענות של שני היו שמהלך זה בלתי אפשרי בישראל. **נקבע בסוף שמהלך זה אפשרי, עם כוכבית של אתגר מסוים**. נשאלת השאלה מדוע נותנים לגיטימציה למבנה עסקה שכזה, אם בחוק ישנה התייחסות ספציפית לרכש מניות (הצעת רכש). שאלה זו תתבהר לאחר העיסוק בהצעת רכש מלאה.

**שינויים בשליטה - הצעת רכש מלאה:**

בדומה למיזוג, מטרת הצעת רכש מלאה היא לקבל שליטה מלאה, קרי את מכלול המניות, בחברת היעד. הצעת הרכש מוצעת לבעלי המניות בחברת היעד, כאשר **בנסיבות מסוימות החוק קובע כללים פרוצדורליים שיש לפעול לפיהם**. בהצעת רכש מלאה אין העברת נכסים והתחייבויות, זו בסה"כ פעולה בה גורם כלשהו רוכש מניות מידי בעלי מניות קיימים. מדובר בפעולה בשוק המשני של שינוי בהחזקת מניות שהחוק מתייחס אליו. החוק מתייחס אליו מאחר שיש לו השלכות משמעותיות. עד עתה דיברנו על עסקת מכר של מניות כעסקה חוזית פשוטה, וכל זה נכון, אבל במצבים מסוימים, בנסיבות מסוימות בהן לתוצאה של השינוי בהחזקת המניות יכולה להיות חשיבות מבחינת ההשפעה ואופן הפעלת החברה, אז לדיני החברות יש מה לומר בעניין. כמו כן, יתכן שלעיתים הנסיבות בהן אדם רוכש מניות מאחר יוצרות פערים בין הצדדים (פערי כוחות, פערי מידע) ולכן יש מקום לגשר על פערים אלו באמצעות הסדרה משפטית כזו או אחרת.

**סעיף 336(א)** קובע כי *"לא ירכוש אדם מניות של* ***חברה ציבורית*** *או זכויות הצבעה בחברה כאמור (בפרק זה – מניות) או סוג של מניות של חברה ציבורית, כך שלאחר הרכישה תהיה לו החזקה של למעלה מתשעים אחוזים ממניות החברה הציבורית או מסוג המניות, אלא בדרך של הצעת רכש לכלל המניות או לסוג המניות (להלן - הצעת רכש מלאה), אשר תתקבל לפי הוראות פרק זה"*. במילים אחרות, **הצעת רכש מטרתה להפוך חברה ציבורית לחברה פרטית, והיא דורשת הסכמה של כל אחד ואחד מבעלי המניות**. **הנסיבות בהן החוק מחייב עסקה בדרך של הצעת רכש מלאה הן כאשר המציע מעוניין לרכוש למעלה מ90% ממניות החברה**. עסקה זו היא פעולה בשוק המשני, ולה השלכות משמעותיות. רוצה לומר, לרוב המעוניין בלמעלה מ90% ממניות החברה יהיה בעל מניות מהותי בחברה. זה האחרון יחל לקנות מניות בחברה, וברגע שיגיע להחזקה של 90% ממניות החברה, חובה עליו להציע הצעת רכש מלאה. מטרת ההצעה היא להגן על המסחר בשוק המשני, כאשר הכמות הצפה של 10% אינה אפקטיבית למסחר. **עם זאת, בעלי המניות הנותרים יכולים לסרב להצעת הרכש ולהישאר בעלי מניות בחברה, בניגוד לעסקת מיזוג הכופה את דעת הרוב על המיעוט**.

החוק **מנסה לאזן בין האינטרס של בעל מניות הרוב לבין הגנה על בעלי מניות המיעוט**. במה הדברים אמורים? המחוקק מכיר באינטרס העסקי של בעל מניות הרוב להפוך חברה ציבורית לחברה פרטית, וכן בעובדה שלא ייתכן שבעל למעלה מ90% ממניות בחברה ימשיך להתנהל כחברה ציבורית ולא כחברה פרטית, ולכן קובע סעיף 337 כי *"התקבלה הצעת רכש מלאה על ידי הניצעים, באופן ששיעור ההחזקות של הניצעים שלא נענו להצעה* ***מהווה פחות מחמישה אחוזים*** *מהון המניות המונפק או מההון המונפק מסוג המניות שלגביהן הוצעה ההצעה ויותר ממחצית הניצעים שאין להם עניין אישי בקבלת ההצעה נענו לה, יעברו כלל המניות שביקש המציע לרכוש לבעלותו והרישומים של הבעלויות במניות ישונו בהתאם לכך; על מי שיש לו עניין אישי יחולו הוראות סעיף 276, בשינויים המחויבים".* כלומר, **בתנאים מסוימים הצעת הרכש תיכפה** **על המיעוט המתנגד לה**. מן הצד השני, סעיף 338 קובע **סעד הערכה**, לפיו *"בית המשפט רשאי, לבקשתו של כל מי שהיה ניצע בהצעת רכש מלאה שהתקבלה כאמור בסעיפים 336(ג) ו-337(א) או (א1), לקבוע, כי התמורה בעבור המניות הייתה פחות משוויין ההוגן, וכי יש לשלם את השווי ההוגן, כפי שיקבע בית המשפט".* **בפס"ד כבירי** השופט עמית דן בשאלה האם סעד הערכה הוא הסעד הבלעדי שיינתן לניצעים או שמא פתוחה בפניהם הדרך גם לסעדים אחרים, דוגמת סעד הביטול כפי שנתבע באותו מקרה. **השופט קבע כי ישנו ייחוד עילה שיוצר ייחוד סעד, ואם כן הסעד היחיד העומד לרשות מי שקורא תיגר על מחיר הצעת הרכש הוא סעד הערכה**. מלשון הסעיף עולה כי **סעד הערכה יכול שינתן גם לניצעים שהסכימו להצעת הרכש**, אומנם בהתאם לסעיף 338(ג) *"המציע רשאי לקבוע בתנאי הצעת הרכש המלאה, כי ניצע שנענה להצעת הרכש המלאה שהתקבלה כאמור בסעיף 337(א) או (א1), לא יהיה זכאי לסעד לפי סעיף זה"*.

לסיכום, **ההבדל בין מיזוג להצעת רכש מלאה** הוא שבעסקת מיזוג נדרשת הצבעת רוב, הניתנת לכפייה על המיעוט, ואילו בעסקת הצעת רכש מלאה כל בעל מניות יכול להחליט האם הוא מוכר את מניותיו, אם לאו, ורק במצב בו נשארו פחות מ5% של מתנגדים ניתן לכפות עליהם את העסקה.

**חלק ב: בעיית נציג של נושאי המשרה**

**מה זה נציג? אנו מתכוונים לאדם, גורם כלשהו, שפועל עבור הזולת ולא עבור עצמו. הזולת יכול להיות אדם אחר, הזולת יכול להיות המדינה, אבל הוא פועל בשם עבור מישהו אחר.** לנציג יש כוח והוא בעל סמכויות, ולכן מתעורר חשש שהוא לא יפעיל את הסמכויות שמופקדות בידיו עבור הזולת אלא עבור עצמו, שכן האדם חושב בראשונה על עצמו. במקום להיות הפתרון, הנציג הופך להיות הבעיה. המטרה היא לקדם את פעילותה של החברה בצורה הכי טובה ויעילה שניתן. יש לבחון האם מקבלי ההחלטות המרכזיים- הדירקטוריון והמנכ"ל, פועלים בתנאים סביבתיים שיקדמו את טובת החברה, או שמא יש חשש שלא יקדמו את טובת החברה. במידה וקיימת החשש, אלו מענים משפטיים יש כדי לכוון אותם. הבעיות הן למשל –

**חוסר אכפתיות** – לבעלי המשרה לא איכפת ממה שקורה בחברה. הכסף בחברה הוא כסף של אנשים אחרים, מה שעלול להוביל לאדישות של בעלי המשרה ולחוסר השקעה שלהם בעבודה בחברה. בעבר האב-טיפוס שמגלם את הבעיה הזו היה הפקיד ההסתדרותי, שלא משנה מה העומס ומה הדחיפות בשעה 15:00 העט נופל והוא הולך הביתה.

**אג'נדה אישית** – לנציג יש אינטרסים משלו, והוא עלול להפעיל את הסמכויות שהוא קיבל לאו דווקא לטובת עניין מי שהעניק לו את הסמכות אלא לפי טובתו שלו. יש כללים שונים שמנסים להתמודד עם החשש הזה (דוגמת כללי אתיקה של עו"ד).

השאלה היא **כיצד ניתן להגדיר את גבולות שק"ד והסמכות הניתנים לאורגן?** לכאורה ישנו קונפליקט תמידי בו מחד יעיל שיהיו מקבלי החלטות מוסמכים מטעם החברה, ומאידך קיים חשש כי החלטותיהם לא יעלו בקנה אחד עם מטרות החברה. ניתן לפתור קונפליקט זה על ידי הצרת שק"ד של מקבלי ההחלטות, אולם יצא שכרה של החברה בהפסדה. **פער זה בין שק"ד ואופן התפקוד של מקבלי ההחלטות המוסמכים מצד אחד, ובין טובת הגורמים המסמיכים מצד שני, נקרא בעיית הנציג**. הנחת המוצא היא כי הגורם המוסמך בחברה מטרתו לקדם את טובה של החברה, היא שם קוד לטובתם של בעלי המניות. מבחינה משפטית, **הגורמים המוסמכים בחברה מכונים נושאי משרה**, אלו הם *"מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי"*. עם זאת, מבחינה מעשית, נושאי המשרה העיקריים לגביהם מתעוררת בעיית הנציג הם **הדירקטורים של החברה**. משום שכך, **ניתן לבחון את בעיית הנציג בשני מישורים, הן במישור תפקידו כדירקטוריון והן במישור תפקידו של הדירקטוריון כמפקח על פעילות ההנהלה.**

**נציין כי** להגיד שהמנכ"ל יהיה אדיש לא מחובר למציאות. החברה מעסיקה אותו ואכפת לו, כי הביצועים של החברה מיוחסים לו לטובה ולרעה. החברה גם משלמת לו תשלום רציני ע"מ שייתן את המיטב לחברה. לעומת זאת, אצל דירקטורים חשש זה כן יכול לבוא לידי ביטוי. ניתן להסתכל על סביבת העבודה בחברה. ככל שמעשיו של נושא משרה יותר מזוהים עם החברה, כך יהיה לו יותר אכפת ממה שקורה בחברה. כך גם ביחס לתגמול, ככל שהתגמול יותר גבוה כך יהיה לנושא המשרה אכפת יותר. המשפט צריך להתערב כשהדברים לא עובדים כמו שהם. במקרה של מנכ"ל, יש לו מספיק תמריצים עצמיים כדי שהוא יפעל באופן אכפתי ולא אדיש. במקרה של דירקטור, הוא לא מצוי בחברה 24/7 (יש מקרים בהם אדם הוא דירקטור במספר חברות למשל). הקשר שלו עם החברה הוא תחום ומוגבל, ומתמצה בעיקר בישיבת דירקטוריון. גם התגמול שלו הוא לא בהכרח כזה שמניע לגלות אכפתיות. התגמול של הדירקטור גם לא תלוי ביצועים. לכן המשפט יכול להתערב ע"מ להתמודד עם בעיה זו. על מנת לעודד בעלי תפקידים לנהוג בצורה כזו או אחרת, ניתן לפעול לכתחילה בשיטת הגזר, קרי על ידי תמריצים כלכליים, וכמוצא אחרון בשיטת המקל, קרי באמצעות נורמות משפטיות מכווינות התנהגות. הנורמות הללו כוללות שתי חובות, הן **חובת הזהירות וחובת האמונים**, המוטלות על נושאי המשרה לאורך כל כהונתם. חובות אלו אינן חופפות לחלוטין, ונועדו כל אחת בדרכה להתמודד עם סיטואציות שונות. ס' 252 מתמודד עם הבעיה של חוסר אכפתיות באמצעות חובת זהירות וס' 254 מתמודד עם הבעיה של אג'נדה אישית באמצעות חובת האמונים.

ס' 252 ו-254 מתחילים במילים "נושא משרה חב..". לפי הגדרת החוק, נושא משרה יכול להיות מנכ"ל, דירקטור, משנה למנכ"ל ועוד. כאמור, כאשר יש תמריצים פנימיים אין צורך בנורמה משפטית, לכן עולה השאלה מדוע החוק כופף מנכ"לים לנורמה זו. בפרקטיקה, רוב ההתמודדות בחובת זהירות היא מול דירקטורים, אך בחובת אמונים ישנם גם לא מעט מקרים של התמודדות עם מנכ"ל. נורמות אלו חלות באופן רחב על כלל נושאי המשרה אך הם יכנסו לפעולה רק כאשר יהיה צורך בכך (כאמור, כאשר אין תמריצים שמונעים מצבים כאלו).

**סעיף 252** מטיל חובת זהירות על גורם שמוגדר נושא משרה. הזכאי זוהי החברה – חובת הזהירות היא בין החברה לבין נושא המשרה. מי שמוגדר נושא משרה הוא : דירקטור, נושאי משרה בכירים וכל מי שכפוף במישרין למנכ"ל. אם הוא לא כפוף ישירות למנכל אני אתחיל לשאול האם הוא נושא משרה או לא ויתכן ואצטרך חוות דעת משפטית כדי לענות על שאלה זו. **הנורמה שחוק החברות קובע היא חובת זהירות שחלה על נושאי המשרה, קרי, גם ההנהלה הבכירה וגם הדירקטוריון.** בפועל – הדגש של חובת הזהירות בא לידי ביטוי בעיקר אצל דירקטורים. לא במובן שזה לא חל על ההנהלה, אלא במצבור של הפסיקה של התביעות המוגשות בהקשרים הללו בחיי המעשה, המוקד המרכזי זה דירקטורים. מה שמצופה מהדירקטוריון זה פיקוח על ההנהלה, והשאלה היא האם הם עומדים בכך באופן שעולה בקנה אחד עם החובה לחובת הזהירות? כאמור, בעיית הנציג מתעוררת בעיקר בנוגע לחברי הדירקטוריון, במסגרת שני תפקידיהם, **פיקוח על ההנהלה והתווית מדיניות החברה:**

**דירקטוריון פסיבי - בקרה שיפוטית / חובת הזהירות:**

**סעיף 252** לחוק קובע כי *"(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".* במילים אחרות, הפרתה של חובת הזהירות משמעה הפרתה של **עוולת הרשלנות**. בחינת הפרתה של עוולת הרשלנות תיבחן על פי השאלות הבאות:

1. האם קיימת חובת זהירות?
2. האם הופרה חובת הזהירות? במילים אחרות מתי נושאי המשרה מקיימים את חובת הזהירות ומתי אינם?
3. האם קיים נזק?
4. האם קיים קשר סיבתי בין ההפרה לנזק?

**הסעד המבוקש במקרה של הפרת חובת הזהירות הוא פיצויים כספיים בעד הנזק שנגרם.**

**הערה למבחן: סעיף 252 קיצר לנו את "הדרך", מכיוון שכשאני בונה את היסודות של עוולת הרשלנות, השאלה הראשונה היא האם קיימת חובת זהירות והשנייה היא האם חובת הזהירות הופרה? אז על השאלה הראשונה, בא המחוקק בסעיף 252 אומר "קיימת חובה, דפדף הלאה". אני המחוקק אומר לך שקיימת חובת זהירות אז תתמקד בשאלה רק האם היא הופרה! לאחר שתכריע בשאלה הזו, אם וכאשר תכריע שהיא הופרה, חייב להוכיח קש"ס ונזק.**

**פס"ד בוכבינדר נ' מפרק בנק צפון אמריקה**, בנק צפון אמריקה היה בנק ישראלי, לא מהגדולים במדינה אולם עם נוכחות בעיקר באזור ירושלים. **במקרה זה הוגשה תביעת רשלנות נגד הדירקטורים של בנק צפון אמריקה בעקבות תביעה פלילית שהוגשה נגד המנהלים על הפרת אמונים.** מי שתבע את הדירקטורים היה המפרק (הכנ"ר דאז), והפירוק לקח יותר משלושים שנים. התביעה הוגשה ב-1987 משמע זה היה בעידן פקודת החברות, לכן עוד אין סעיפים שמגדירים חובות של דירקטורים. לכן מקרה זה היה מאוד תקדימי וחולל הרבה רעש. המנהלים במקרה זה התנהלו באופן פלילי לחלוטין. **הדירקטורים לא היו מעורבים במהלכים הפליליים הללו, ולכן לא ננקט נגדם הליך פלילי.** כשהבנק קרס מונה לו מפרק, **שהגיש תביעה נגד הדירקטורים בטענה שהם הפרו חובת זהירות ועל כן עליהם לפצות את החברה בגין הנזק שהתנהלותם קשורה אליו**. אם הוא יזכה בתביעתו והם ידרשו לשלם את הפיצוי הכסף ישולם לחברה (ומשם לנושים). נכון שמבחינה מעשית, גם בסיפור הזה וגם בסיפור קריסת הבנק למסחר, בנק ישראל נחלץ ושילם ללקוחות את הכסף שחייבים להם. בכך בנק ישראל נכנס בנעלי הלקוחות והפך לנושה העיקרי של הבנק המפורק. התביעה פלילית שהוגשה כנגד מנהלי בנק צפון אמריקה נבעה בגין מספר עבירות מעילה בכספי הבנק, בחשבונות לקוחות והכספים תועלו לכיסיהם הפרטי. כמו כן, הם הוסיפו על כך אשראי באופנים לא רציונאליים ונכונים מבחינה עסקית, לא דאגו להגן על זה בביטחונות, לא דאגו לסיכויי הבנק להלוות את הכסף חזרה וחשפו את הבנק לסיכונים מיותרים. בנוסף, הייתה גם תקלה של הויסות של המניות הבנקאיות – דבר שסיבך גם הוא את הבנק במהלך שהיה מחושב שקיבלו בו החלטות המנהלים הבכירים בבנק. האן מסביר שמהלך הויסות הוא דבר מאוד מורכב, הוא לא היה דבר ייחודי ובלעדי בבנק צפון אמריקה. כלומר, הייתה בעיה, אבל היא הייתה בעיה רוחבית בכל מערכת הבנקים בישראל. בסוף הבנק נפל מבחינה כלכלית ולא הייתה לו יותר יכולת להתנהל.

הכונס הרשמי, אשר שימש כמפרק החברה, תבע את נזקם של לקוחות הבנק. הנתבעים הראשונים היו אלו שידם הייתה במעל, ובנוסף להם, נתבעו גם חברי דירקטוריון הבנק. **האחרונים נתבעו בגין שהפרו את חובת הזהירות ולא תפקדו כדירקטורים סבירים**. **אומנם הדירקטורים לא היו מעורבים במעילה, ואף לא היו מודעים אליה, אך אין בכך כדי לפטור אותם מאחריות. למעלה מכך, אף העובדה ששימשו באותה עת דירקטורים חלופיים אין בה כדי לפטור את הדירקטורים מאחריות**. **על דירקטוריון סביר להתעניין ולבחון את הנעשה בחברה, ולא, מופרת חובת הזהירות**. בדנן, חברי הדירקטוריון לא הגיעו לישיבות ולא ביקשו מידע על התנהלות החברה, ובכך הפרו את חובת הזהירות.

אם הייתה תקלה חמורה ואתה לא התרשלת-אתה לא תישא באחריות. לכן זו שאלה עובדתית מאוד רגישה, כיצד הם פעלו אם הם פעלו וכמה הם פעלו. **השאלה היא מהן אותן פעולות שעל הדירקטורים לעשות על מנת לעמוד בחובת הזהירות**. בפס"ד זה, הדירקטורים פעלו במחדל. הם לא הגיעו לישיבות, המושג ישיבה דירקטוריונים היה מושג מופשט וספק אם ניתן לקרוא לזה תפקוד של דירקטוריון שמפקח. זה לא רק שהם לא הגיעו אלא הם לא פקחו עיון על ההנהלה ועוד. **אחד הדברים החשובים ביותר בעבודתו של דירקטור זה מידע.** קרי, הצורך שלנו להצטייד במידע רלוונטי לתחום העיסוק והפעילות שלנו – מידע כספי, ארגוני, ניהולי או שיווקי, אבל חשוב שדירקטור לא יתהלך כסומא באפלה, אלא שיהיה מעודכן במידע רלוונטי לצורך תפקודו. עד כמה? תכף נגיע לפס"ד הבא ונראה. **המסקנה – ההפרה שלהם היא בחוסר פיקוח מספק.**

**הקושי הוא שכשהתקלה מתרחשת והפיקוח של הדירקטוריון הוא לא פיקוח של 0, הוא אולי לא 1 אבל הוא איפשהו באמצע, אז הם עשו משהו אבל האם מה שהם עשו זה מספיק, זה מה שביהמ"ש רוצה לקבוע מבחינת סטנדרט שזה מספק?**

**פס"ד קרמאק** – מדבר על סיטואציה אחרת. החברה עסקה בתחום של שירותים רפואיים, והתקלה הייתה שמטעם משרד הבריאות היו מספר מגבלות, והעובדים ומנהלי החברה הפרו את המגבלות. זה לא כמו בוכבינדר או כפר תקווה, פה מדובר על מנהלים שבראייה שלהם מנסים דווקא לקדם את רווחיותה של החברה, אבל הם עושים זאת באופן בלתי תקין. יש תקלה אצל ההנהלה, עכשיו בו נבדוק האם הדירקטוריון אמור לשאת באחריות לכך, או לא? ונבדוק מה עשה הדירקטוריון. אנו לא מדברים בסיטואציה של תקלה שממותתת את החברה עד תום, זהו סיפור יותר צנוע בהשוואה לבנק צפון אמריקה. **מהו קו הגבול בין הטלת אחריות בגין תקלה על חברי הדירקטוריון, לבין אי הטלתה? פס"ד קרמאק** של ביהמ"ש בדלאוור עוסק בשאלה זו. שם, עובדי ומנהלי החברה הפרו חקיקה פרטית של החברה, אם כי במטרה להגדיל את רווחיה. השאלה שעלתה היא, האם יש להטיל אחריות על חברי דירקטוריון החברה, שלכאורה לא מילאו את תפקידם לפקח על ההנהלה? **תפקידו של הדירקטוריון כמפקח הוא לוודא שמיושמת מערכת של מידע ודיווח**, תוך התחשבות בסיכונים צפויים. ביהמ"ש לא נכנס לשאלה של יעילות המערכת, מאחר שהמדובר בשיקול עסקי הנתון לשק"ד של חברי הדירקטוריון. **כל עוד שמיושמת מערכת מידע ודיווח כזו או אחרת, גם במקרה של תקלה, חברי הדירקטוריון יוצאים ידי חובתם**. **ביהמ"ש יהיה מוכן להטיל אחריות על חברי הדירקטוריון רק במקרים קיצוניים של אי יישום מערכת מידע ודיווח כלל וכלל.** הוחלט שמטילים אחריות במידה. צריך להיות מנגנון פיקוח על ההנהלה אבל לא מצפים מהדירקטוריון לדעת כל פעולה הכי קטנה שההנהלה עושה, **לא מצופה מהדירקטוריון לרגל אחר ההנהלה**. המחיר של ריגול יכול להיות גבוה מהתועלת- לזרוע אווירת טרור ופחד בתוך החברה, דבר שהופך את מקבלי ההחלטות להיות מפוחדים וזה פוגע בפעילות החברה. בקרמארק המקרה נסגר בפשרה, אבל האמירות העקרוניות של ביהמ"ש היו שצריך להבין מתי אכן מטילים אחריות ומתי לא. קל מאוד להטיל אחריות על הדירקטורים בכל מקרה, אבל יש לזה גם מחירים. דרישת יתר מהדירקטוריון תוביל לכך שההנהלה לא תוכל לתפקד כראוי. רוצים שתהיה דרישה ראויה שלא מקלה יתר על המידה ולא מחמירה יתר על המידה.

**בשורה התחתונה, דירקטור צריך לדאוג לשני אלמנטים ע"מ לקיים את חובת הזהירות שלו לפי קרמארק:** 1. קיום מערכת לדיווח מידע; 2. וידוא שמערכת הדיווח עובדת בפועל. זרימת המידע משמשת לאיתור תקלות. זה לא אומר שתמיד ניתן יהיה לאתר את התקלות, יכול להיות שיש את המערכת המשוכללת ביותר ועדיין תהיה תקלה שעוברת לדירקטוריון מתחת לאף. למרות זאת, ברגע שהדירקטוריון מוודא שישנן המערכות הללו ושהן פועלות כראוי הוא לא יישא באחריות. גם אם הנזק קורה, אפשר לתבוע את הדירקטוריון עד מחר וזה לא יעזור. הדירקטוריון הוא לא תעודת ביטוח לאפס תקלות, תפקידו רק לוודא שדיווח המידע מתאפשר וקורה. השאלה האם המערכת שאומצה מתאימה או לא תיבחן לפי שיקול דעתם העסקי של הדירקטוריון. זהו עניין של קבלת החלטה אקטיבית הנוגע לנושא של התוויית מדיניות.

**בפס"ד סטון**, **נקבע כי ניתן להטיל אחריות על דירקטוריון, בהקשר של פיקוח על ההנהלה, רק במקרה של כישלון קולוסאלי, הנבחן על פי תום הלב של המפר**. בעצם, **ביהמ"ש מצמצם את האחריות המוטלת על חברי הדירקטוריון במסגרת תפקידו כמפקח על ההנהלה**. הרציונל הוא לגרום לכך **שנושאי המשרה לא ימנעו מלשמש ככאלה בחברות**, אזי תיפגע היעילות הכלכלית של השוק. שיטת משפט שרוצה לקדם יעילות כלכלית צריכה **לאזן בין הפיקוח הראוי לבין הטלת אחריות בגין תקלה**. במקרה זה מקבעים סופית את מה נדרש מהדירקטוריון ע"מ לקיים את חובת הזהירות שלהם. כשהטענה היא חוסר אכפתיות של הדירקטוריון, לא מספיק להראות שלא היה פיקוח אופטימלי של הדירקטוריון. כדי להטיל על הדירקטוריון אחריות על מחדל בפיקוח צריך להראות כשלון משמעותי ביישום מערכות פיקוח. זו הצבה של ביהמ"ש את הקו של הטלת אחריות במקום שמאוד מקל על הדירקטוריון. לכאורה הקלה על הנתבעים היא דבר לא טוב, אבל בפועל זה דבר טוב מאחר שזה מאפשר לבעלי מניות למנות דירקטורים רציניים בחברות (כאמור, הטלת אחריות יתר תוביל לכך שהטובים לא יהיו מוכנים לשמש דירקטורים). בסטון ביהמ"ש חושף את הקלפים בצורה המפורשת ביותר. נאמר שהמינוח שהשתמש בו ביהמ"ש בקרמארק בו קבעו שחוסר תו"ל נדרש ע"מ להראות אחריות הוא מינוח מכוון. המטרה של מינוח זה היא להעביר מסר לפיו מטילים אחריות על דירקטורים בהקשר של פיקוח על ההנהלה רק כשמתחילים לראות מאפיינים של הפרת חובת אמונים. חובת זהירות כשלעצמה לא מספיקה לטובת הטלת אחריות על דירקטוריון בהקשר של פיקוח על ההנהלה. עולה השאלה איך מבססים את התביעה לפי הרף החדש. הביסוס מתבצע באמצעות הצבעה על כשל מערכתי טוטאלי. כל עוד אין כשל מערכתי טוטאלי ביהמ"ש לא ימהר להטיל אחריות.

**פס"ד כפר תקווה** - מדובר בפס"ד של העליון בעידן בו חוק החברות כן חל, לכן מתבצע שימוש בס' 252 (קביעת חובת זהירות) ו-253 (מה נדרש לטובת קיום חובת זהירות). במקרה זה, פעולות של המנכ"ל (פינקוביץ') הביאו לקריסה כלכלית של החברה. המנכ"ל הקים חברת בת והעביר את הנכסים של החברה המקורית לחברת הבת. להתמודד עם הדירקטורים בכפר תקווה זה מעשה קורע לב. לא מדובר בדירקטורים שהתמנו משיקולים מקצועיים לבנק או לחברת מזון. כפר תקווה הוא כפר שמיועד לאנשים עם מוגבלויות. רובם של הדירקטורים קשורים בקשר משפחתי לחוסים בכפר. ז"א, הם כבר מצויים עם מטען נפשי לא קל, הם מחוברים למקום באופן אמיתי. הם עשו זאת לאורך שנים וזה היה חלק מאורך חייהם. דירקטורים אלו שימשו כדירקטורים שנים רבות. לבוא ולהגיד להם שהם הפרו חובת זהירות יכול להיות נכון משפטית, אבל מבחינה אנושית זה לא קל.

ביהמ"ש מבסס את האפשרות להטיל אחריות על דירקטורים בשל חוסר פיקוח מספק על ההנהלה. קרי בגלל שלא היו באירוע. בכפר תקווה מעניינים שני דברים:

1. להבדיל מצפון אמריקה, ששם גם במחוזי וגם בעליון ההחלטה הייתה חד משמעית, בכפר תקווה המחוזי קבע שהדירקטורים לא הפרו חובה והעליון הופך את החלטת המחוזי ב180 מעלות ונותן הערות נוקבות למחוזי בחיפה שניתחו את נושא תפקוד הדירקטורים ע"פ דיני החברות כשגיאה!
2. נק' חשובה – הרגישות המיוחדת שעולה. **מתוך הרגישות ניתן להפנים ולהסיק עד כמה ביהמ"ש כן מקפיד על נושא תפקוד נושא המשרה, ובוחן בזכוכית מגדלת על תפקוד נושא המשרה.** ההבדל בין כפר תקווה לבנק צפון אמריקה בהקשר הזה הוא שזה עסק שהוא לא כ"כ למטרות רווח, אלא יותר עניין חברתי. הדירקטורים, שרבים מהם היו אנשים מבוגרים ולכן פחות בפוקוס, נבחרו לתפקיד הדירקטור ממקום מאוד רגשי ואנושי, הם היו בני משפחה ולכן ביקשו להיות מעורבים בתפקידים כאלה ואחרים מתוך אכפתיות לבני המשפחה שלהם שחיים שם. קרי, הם רק רצו לחוש את הקשר והחיבור אל בני משפחתם שמבלים את חייהם ומבלים שם, ולא למטרות רווח ! אם נסתכל על זה בהסתכלות אנושית, לפני הפן המשפטי, לא קל לאף אדם שיש סביבו אנשים שהם בני משפחה ושאתה אוהב אותם, ויש להם מגבלות תפקוד עד כדי כך שאתה לא מסוגל להמשיך לתפקד איתם ביומיום שעה שעה במסגרת הביתית, בא ביהמ"ש אומר "אני ער לזה שזו נקודה רגישה", אך יחד עם זאת, זה עדיין לא מנתק ולא משחרר את אותם בני משפחה ואת כובעם כדירקטורים מלהידרש לתפקד ע"פ סטנדרטים, ע"פ אמות מידה שהמשפט דורש מנושאי משרה בתאגידים.

מהתיאור העובדתי של מעשי המנכ"ל, לא ברור עד הסוף האם המנכ"ל עשה זאת באופן מוחלט מתחת לאף של שאר הדירקטורים (בדומה למקרה של בנק צפון אמריקה), או שהוא מיידע את הדירקטוריון אבל בסיפורים שלא מציגים את המציאות באופן מוחלט. אם המעשים של המנכ"ל בוצעו מתחת לאף של הדירקטוריון, זהו למעשה מקרה נוסף של מחדל בתפקיד הדירקטוריון כמפקח על ההנהלה (בהמשך לבוכבינדר). אך אם זה המקרה, אז הניתוח בפס"ד שמתייחס לס' 253 לחוק החברות הוא ניתוח שאינו נדרש בהקשר זה. ס' 253 נוגע להתמצאות של הדירקטוריון בביצוע עסקה, משמע לא עוסק במחדל בפיקוח אלא בהתוויית מדיניות. **לסיכום, אם הם לא מתפקדים כנדרש, גם אם הם כבר בעשורים מתקדמים בחייהם, אומר ביהמ"ש כאשר אתה נושא תפקיד רשמי, זה נושא בצידו חובות מסוימים**. אם לא תפקדתם באופן שנדרש מדירקטוריון, לא נוכל כביהמ"ש להגיד – טוב זה משפחה אז בנסיבות אלו אין אחריות. לא! **לא תפקדתם זה מחדל של חוסר פיקוח!**

**ההלכה היא כי חובת הזהירות של דירקטור כלפי החברה מטילה על הדירקטור את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע נזק לחברה**. עם כל הקושי שבדבר**, חברי הדירקטוריון לא עמדו בחובה זו, כאשר הדירקטורים כלל לא היו מודעים לעסקאות אותן אישרו**, **המידע שהיה ברשותם היה חלקי ביותר ולעתים מוטעה, ולמעשה הם כלל לא היו כשירים ומיומנים לכהן כדירקטורים בשנים הרלוונטיות לתביעה.**

**קבלת החלטות בדירקטוריון - בקרה שיפוטית / חובת הזהירות וכלל שיקול הדעת העסקי:**

**תפקיד העל השני של הדירקטוריון הוא להתוות את מדיניות החברה.** זה לא אומר שאני רק צריך להסתכל ולפקח ואתה ההנהלה מחליט, אלא בהתוויית מדיניות, הדירקטוריון מקבל את ההחלטות בנושאים שתחת סמכותו. ראינו שיש נושאים רבים שהם בסמכות החלטת הדירקטוריון, כגון חלוקת דיבידנדים, החלטה האם להתקשר בעסקת מיזוג ועוד, והשאלה היא – כאשר הדירקטוריון מקבל החלטות, מתי הוא ייחשף לאחריות בגין הפרת חובת זהירות? **כלומר מתי דירקטוריון שמקבל החלטות מתפקד כנדרש ונגיד שהוא מקיים את חובת הזהירות שלו ומתי נגיד – הוא פספס והתרשל והפר את חובת הזהירות ולכן חשוף לאחריות?**

**בהקשר זה הדירקטוריון אינו הגורם המשני, כמו במסגרת תפקידו לפקח על פעילות ההנהלה, אלא הגורם הראשוני, כאשר הוא מקבל החלטות במסגרת תפקידו כמתווה מדיניות החברה**.

**בפס"ד סמית נ' ונגורקום**, שניתן בתקופה של צמיחת הכלכלה בשנות השמונים, נטען כי חברי הדירקטוריון הפרו את חובת הזהירות בקבלתם החלטה על עסקת מיזוג תמורת מזומנים. במקרה זה מדובר על חברה (טראנס יוניון) שפונה לכיוון מיזוג לטובת הטבת מס פוטנציאלית שהייתה לחברה שלא ניתן היה לנצל עד שהיא תעשה עסקה כלשהי של העברת זכויות. הטבת המס הזו הייתה בעלת תאריך תפוגה. ונגורקום הוא מנכ"ל החברה ויו"ר הדירקטוריון למעלה מעשר שנים. ונגורקום פונה לפריצקר (משפחה עשירה משיקגו) ומדבר אתו על אפשרות לערב את חברת טראנס יוניון בעסקת מיזוג מזומנים. זה אומר שבעלי המניות של חברת היעד יקבלו כסף תמורת המניות. ונגורקום מבקש מפריצקר להביא חברה שתהיה מוכנה לבצע מיזוג שכזה בעבור 55$ למניה. זה אומר שהמחיר בעסקת המיזוג לא יהיה יותר מ-55$. פריצקר אכן מביא הצעה במחיר הזה ועכשיו צריך לאשר את עסקת המיזוג בדירקטוריון ובאסיפה הכללית של טראנס יוניון. ונגורקום מכנס את הדירקטוריון בשבת בבוקר אצלו בבית ומציג להם את העסקה בצורה חפוזה. המציעים הציבו דד-ליין של יום שני בבוקר. בסופו של דבר הדירקטוריון חותם על עסקת המיזוג. **לא מדובר בתוצאה רעה עבור החברה בהתבוננות ראשונית. עם זאת, אדון סמית לא מרוצה והוא מגיש תביעה נגד ונגורקום ויתר הדירקטורים.** הטענה היא שהדירקטוריון הפר את חובת הזהירות שלו בקבלת ההחלטה לאשר את עסקת המיזוג הזו. **נשאלת השאלה איפה בדיוק הייתה הפרה של חובת הזהירות.** המוקד השיפוטי בבחינת סיפור חובת זהירות של דירקטוריון בהקשר של קבלת החלטות של דירקטוריון הוא **תהליך קבלת ההחלטה ולא תוכן ההחלטה**. האם תהליך קבלת ההחלטה היה תהליך ראוי וסביר או לא. אם הוא היה סביר וראוי, ביהמ"ש לא ימשיך אל בחינת תוכן ההחלטה. אם התהליך לא תקין אז יש בעיה. **במקרה זה הדירקטוריון הסתמך כמעט באופן בלעדי על דבריו של ונגורקום, והישיבה הייתה קצרה. ונגורקום גם לא מבהיר שהוא זה שקבע את מחיר העסקה ושזו לא הצעה שהגיעה באופן עצמאי מהמציעים.**

ביהמ"ש העליון של דלאוור קובע נקודה חשובה. לפי ביהמ"ש הדירקטורים פעלו בתו"ל והאמינו בכנות שהם מקדמים את טובת החברה. הם לא היו בניגוד עניינים. **הפגם היה שההחלטה העסקית לא הייתה מיודעת** (Informed), היא לא הייתה מבוססת על מידע עסקי מספק. כאשר ההחלטה מיודעת הכל בסדר, אבל אם לא זו בעיה. אם לא אז לא פועל כלל שיקול הדעת העסקי (BJR). החידוש הגדול של פס"ד ונגורקום הוא להגיד שגם כשהדירקטוריון פועל בתו"ל וגם כשהדירקטוריון לא נמצא בבעיה של ניגוד עניינים, אם הדירקטוריון **פועל על בסיס מידע חסר והוא לא דואג להצטייד בכל המידע הדרוש והרלוונטי לצורך קבלת ההחלטה זו תקלה מצד הדירקטוריון שמפוררת את כלל שיקול הדעת העסקי שעובד לטובתו וחושפת אותו לפוטנציאל של הטלת אחריות בגין הפרת חובת הזהירות**.

אם אתם מקבלים החלטה מושכלת על בסיס מידע מספק רלוונטי לצורך קבלת ההחלטה, אנו ביהמ"ש לא נתערב, אז עומדת להגנתכם דוק' הביזנס ג'גמנט רול=כלל שיקול הדעת העסקי, ואנו ביהמ"ש לא ניכנס לעובי הקורה ולא נשאל שאלות, בין אם היא הייתה הכי מוצלחת ובין אם לאו. אבל, כדי שזה יהיה נדרשים להתקיים 3 האלמנטים דנן במצטבר!! **ביהמ"ש קבע שהדירקטורים הפרו את חובת הזהירות בקבלתם את ההחלטה, בהתאם** **לכלל שיקול הדעת העסקי**. **כלל שק"ד העסקי מעניק הגנה לחברי דירקטוריון מפני ביקורת שיפוטית על תוכן ההחלטה שהתקבלה, ולמעשה מנחה את ביהמ״ש שלא להתערב בשק"ד של נושאי המשרה בחברה, אפילו אם היה מוטעה, כל עוד מתקיימים מספר תנאים מקדימים מצטברים:**

1. **הדירקטורים פעלו בתו"ל – ההחלטה התקבלה בתו"ל.**
2. **הדירקטורים לא פעלו תוך ניגוד עניינים – קיבלו את ההחלטה כשהם לא מצויים בניגוד עניינים.**
3. **החלטת הדירקטורים התקבלה על בסיס מידע מספק, קרי המדובר בהחלטה מיודעת**.

בדנן, אומנם הדירקטורים פעלו בתו"ל ולא היו במצב של ניגוד עניינים, אך ההחלטה לא התקבלה על בסיס מידע מספק. ישיבת הדירקטוריון התאספה מהרגע להרגע, וקיבלה החלטתה בחיפזון על בסיס חצאי דבריו של ונגורקום. משום שכך, נקבע כי חברי הדירקטוריון הפרו את חובת הזהירות. יש לתת את הדעת על כך שבדנן ביהמ"ש **הפריד בין שאלת קיומה של הפרת חובת הזהירות לשאלת קיומו של נזק**. אף כי לכאורה נראה שלא התקיים נזק, נקבע כי הייתה הפרה של חובת הזהירות. עם זאת, **בישראל הפרדה זו אינה תקפה, משום** **שחובת הזהירות קשורה בעוולת הרשלנות הדורשת קיומו של נזק**. בכל אופן, **כלל שק"ד העסקי התקבל בפסיקה הישראלית, בהתאם** **לפס"ד ורדניקוב**.

מפס"ד ונגורקום עולה, כי **הפרתה של חובת הזהירות בהקשר של קבלת ההחלטות על ידי הדירקטוריון נבחנת ברמת הליך קבלת ההחלטה, ולא ברמת תוכן ההחלטה.**

**עסקת המיזוג צריכה לקבל אישור מהאספה הכללית, קרי בעלי המניות, ולכן אם העסקה איננה טובה הם יכולים להצביע נגד העסקה. מדוע הטענות הן רק כלפי הדירקטוריון**? ביהמ"ש אומר שהטענות הן רק כלפי הדירקטוריון מכיוון שהדירקטוריון לא סיפר לבעלי המניות את הליך קבל האישור. בעלי המניות סוברים שהדירקטוריון שקל את השיקולים השונים ובחן את הדברים לעומק, ולכן גם הם אישרו את העסקה. כדי להתבסס על אישור בעלי המניות כדי לרפא את הפגם, צריך לספר להם את הליך קבלת האישור.

עוד עולה, כי ל**כלל שק"ד העסקי תפקיד דיוני קריטי**. רוצה לומר, כאשר התובע רוצה לבסס תביעה בגין הפרת חובת הזהירות, עליו הנטל להוכיח כי אחד מרכיבי כלל שק"ד העסקי לא התקיים. למשל, **בפס"ד בטר פלייס**, שעה שנטען כי נושאי המשרה בחברה התרשלו בניהול ענייני של החברה, התביעה נדחתה על הסף מאחר והתובעים לא הרימו את הנטל לסתור את קיומו של כלל שק"ד העסקי. כמו כן, **אין נפקות לעובדה שההחלטה הנבחנת אושרה על ידי האסיפה הכללית**, שכן הדגש הוא על ההתנהלות הדירקטוריון.

שאלה נוספת שעלתה במקרה זה היא לגבי אישור עסקת המיזוג. ע"מ לאשר את העסקה נדרש אישור הן של הדירקטוריון והן של בעלי המניות. באישור העסקה בדירקטוריון ונגורקום ביקש אור ירוק להעברת ההחלטה לאספה הכללית. זה הגיע לאספה הכללית ואושר באספה הכללית. כזכור, הרוב קובע בהצבעת האספה הכללית. אדון סמית הוא אחד מאותם בעלי מניות שכנראה הצביע נגד והפסיד בהצבעה, והשאלה היא מדוע הוא יכול להגיע לביהמ"ש בגין אותו המקרה. כזכור, אם הייתה חריגה מהרשאה אבל העסקה אושרה בדיעבד אז ההליך תקין. האשרור בדיעבד מאשרר כל פגם שהיה לכתחילה. לכן גם אם מניחים שהופרה חובת הזהירות האספה הכללית אישרה את עסקת המיזוג ובכך היא ריפאה כל פגם בדרך. כנגד טענה מתחכמת זו ביהמ"ש השיב בתשובה מתחכמת. בעלי המניות, ברגע שהם מקבלים החלטה, מתבססים על כך שנעשה תהליך נאות בקרב הדירקטוריון. אפשר להסכים לתנאים אלו ואפשר לא, אבל יוצאים מנקודת הנחה שהעסקה נבחנה באופן רציני. מכאן שהאספה יכולה באישורה לתקן כל פגם בתהליך בהינתן שנודע לה שקיים פגם כזה.

**לסיכום**, **כדי לבחון אם הופרה חובת הזהירות, יש לבחון את הדרך בה התקבלה ההחלטה. ככל והליך קבלת ההחלטה היה תקין, במובן שהוא מקיים את כלל שיקול הדעת העסקי, הרי שלא הופרה חובת הזהירות, אף אם נגרם נזק.**

**שיעור 16:**

ראינו שנושא קבלת ההחלטות והפרתה של חובת הזהירות מתמקד בעיקרו, בנושא השאלה של **דרך קבלת ההחלטה** עם דגש בשאלה האם קבלת ההחלטה ע"י הדירקטוריון נעשתה בתנאים מיודעים. בתוך העולם של חובת הזהירות, השאלה האם קוימה חובת הזהירות או הופרה, תבוא לידי ביטוי ותעלה על הפרק במסגרת תביעה שהוגש נ' הדירקטוריון כפי שהיה, ובתוך התביעה ראינו שמתחיל משחק פינג-פונג דיוני, כבכל תביעה, אשר בתוכו בהקשר של תביעות נגד נושאי משרה, המשחק עובד סביב הדוקטרינה שנקראת "כלל שיקול הדעת העסקי" שתפקידו לשמש נק' חוזקה ויתרון לדירקטורים הנתבעים. בפס"ד ורדניקוב, השופט עמית מתייחס לכלל שיקול הדעת העסקי ומדבר על חזקת תקינות, שכאשר הם קיבלו החלטה בדירקטוריון החלטתם היא עסקית מקצועית, והמשמעות של חזקת התקינות, באה לצמצם את מרחב שיקול הדעת השיפוטי, את הביקורת השיפוטית ביחס להחלטתם. ביהמ"ש אומר שאם כלל שיקול הדעת העסקי חל, אנו ביהמ"ש לא נתערב בתוכן ההחלטה, אלא נכבדה גם אם מתברר במבחן התוצאה שהיא לא החלטה הכי מוצלחת שיש, משום שמותר לטעות. כשיש מרחב שיקול דעת כמקבל החלטות, מותר לטעות! אין לעולם ערובה ל0 טעויות ולא נכון כמדיניות להטיל אחריות משפטית על כל טעות ופספוס. אפשר כן, אבל האם זה נכון? לא.

אם כלל שיקול הדעת עובד, חזקת התקינות הזו מצמצת את הביקורת השיפוטי, ומבחינת הפינג פונג בין נתבע לתובע, המשמעות תהייה שבפני התובע ניצבת מסוכה מאוד גדולה. זה לא שבהגדרה הוא כבר הפסיד, אבל על מנת לבסס את תביעתו בדבר הפרת חובת הזהירות הנטענת, הוא יידרש להוכיח לביהמ"ש שהדברים היו כ"כ לא תקינים, על מנת שיצליח לטפס מעל המשוכה הזו.

אם אתה **כתובע** רוצה בסיס של הפרת חובת זהירות **עליך להראות את אחד מהדברים** הבאים ואז דרכך כתובע נסללת:

1. **הדירקטורים פעלו לא בתו"ל.**
2. **הדירקטורים פעלו תוך ניגוד עניינים – קיבלו את ההחלטה כשהם מצויים בניגוד עניינים.**
3. **החלטת הדירקטורים לא התקבלה על בסיס מידע מספק, קרי המדובר בהחלטה לא מיודעת**.

מתוך שלושת רכיבים אלו, הרכיב היחיד הרלוונטי לחובת זהירות הוא החלטה מיודעת. אם החלטה היא בחוסר תו"ל או מניגוד עניינים אנחנו במגרש של חובת אמונים. אם תובע טוען לחוסר תו"ל אז עילת התביעה היא לא רק חובת זהירות, ניתן לתבוע גם על הפרת חובת אמונים. **עולה השאלה מדוע בדיון על חובת זהירות, כשאומרים שכלל שיקול הדעת העסקי הוא כלל דיוני שמאזן את חובת הזהירות, לא אומרים שברגע שיש החלטה מיודעת הכלל חל**. התשובה היא שהמשפט הישראלי העתיק את הכלל מדלאוור בלי לבחון אותו. בדלאוור לדירקטורים יש חובת זהירות וחובת אמונים. כשביהמ"ש בא לבדוק האם הדירקטורים הפרו את חובותיהם כלפי החברה (מבלי לצמצם עצמו רק לחובת זהירות) אז המשחק הדיוני בביהמ"ש מתנהל כדלקמן: הוא יוצא מתוך חזקת התקינות של כלל שיקול הדעת העסקי. **אם התובע פורץ את חומות חזקת התקינות תהיה חזקה לטובתו. כדי לפרוץ את החומות צריך להפיל את אחת הרגליים.** **אם הוא מפיל את הרגל של מיודע הוא מתקדם עם טענת חובת זהירות, ואם הוא מפיל את הרגליים של תו"ל או ניגוד עניינים הוא מתקדם עם טענת חובת אמונים**. התהליך זהה והטענה משתנה. בארץ לקחו את כלל שיקול הדעת העסקי וקבעו שהוא מהווה הגנה מפני חובת זהירות, כשבפועל הוא מהווה הגנה מפני כלל החובות. יש לבעייתיות זו התייחסות מסוימת של השופט עמית במקרה זה וכן של השופטת רונן בפס"ד פיננסיטק.

נזכור מאיפה מגיע כלל שיקול הדעת העסקי – הוא מגיע בדלוואר, מארה"ב ואם נעיין בורדניקוב, נראה שביהמ"ש בישראל ביחס לשיקול הדעת העסקי עושה את הדבר הבא: מגיע ורדיניקוב, פס"ד שניתן ב2014, **ושם ביהמ"ש העליון מפי השופט עמית אומר לנו בואו נסיר את הלוט ונכריז שכלל שיקול הדעת העסקי הוא חלק ממשפטנו**. ביהמ"ש העליון מכריז שכלל שיקול הדעת העסקי חל בישראל הוא חלק מדיני החברות. **כאשר ביהמ"ש בורדניקוב מפעיל את כלל שקול הדעת הוא גם קובע על מה הכלל נשען – הוא נשען על 3 הרגליים, הקריטריונים שאמרנו לעיל.** הוא אומר שכלל שיקול הדעת העסקי הזה יובא לארץ, כהשראה מהמשפט האמריקאי, וזה חלחל למדינתנו כמו שמחילים את זה שם. באמריקה, להבדיל מישראל, חובות של נושאי המשרה אינן מעוגנות בחקיקה. החובות של נושאי המשרה לא מופיעות בחוקים אלא הן פיתוח של פסיקה. {גם אצלנו זה היה ככה בעבר, טרם חקיקת תיקון 34 לחוק החברות}. בדלוואר, זה בפסיקה. יש חובת זהירות וחובת אמונים, וגם בדלוואר יש מבחינה מינוחית: DUTY OF CARE + DUTY OF LOYALTY שתי החובות הללו הן תחת FIDUCIARY DUTIES . בפסיקה בדלוואר, ביחס לחובות של דירקטורים ונושאי משרה, באה הפסיקה ואומרת שיש דוק' הגנה לטובת הדירקטורים המוגנים כנגד תביעות של FD שפועלות כנגדן. כדי שכלל שיקול הדעת העסקי יתקיים, צריך את שלושת הקריטריונים. **המשמעות של כלל שיקול הדעת העסקי היא שלא מתערבים בתוכן ההחלטה של הדירקטוריון אם התהליך היה תקין**. אם הוא לא היה תקין ביהמ"ש ימשיך לבחון ביתר קפדנות את ההחלטה. כלל שיקול הדעת העסקי נלמד בדיני חברות אבל הוא בעצם כלל בסדר הדין האזרחי ובדיני הראיות. הוא כלל של נטל שכנוע בין הצדדים שאומר שמקימים חזקת תקינות לטובת הדירקטורים. חזקה, כל עוד היא לא חזקה חלוטה, היא מושג מעולם דיני הראיות. ברגע שיש חזקה לטובת הדירקטוריון הנטל עובר לתובע להוכיח שההליך לא היה תקין. בתביעה נטל השכנוע הוא מראש על התובע, אבל חזקה מקשה עוד יותר את המשימה של התובע. כלל שיקול הדעת העסקי שם משוכה גבוהה שחוצצת בין התובע לנתבעים ומהווה מכשול בפני התובע בדרך להטלת אחריות על הנתבע. **צריך לזכור שלגבי השאלה האם מתקיים כלל שיקול הדעת או לא, הנטל הוא על התובע!**

ננסה להבין את כלל שיקול הדעת העסקי דרך שני פסקי דין: **בטר פלייס ופיננסיטק**:

**פס"ד בטר פלייס –** פס"ד חדש מ2022 של ביהמ"ש העליון. זהו עוד לא פס"ד שסוגר את כל הפרשה עד הסוף, אלא זה עדיין תהליך של התדיינות משפטית נמשכת. **עובדות המקרה:** חברת בטר פלייס גייסה הרבה מאוד כסף לצרכי מחקר ופיתוח, בסכומים מאוד גדולים כשלבסוף, לא צלחה והחברה נקלעה לקשיים, הפסדים וחובות, עד שנכנסה לפירוק. המפרקים של החברה, תבעו את נושאי המשרה שכיהנו בחברה קודם לכן בטענה שהם בקדמותם התנהלו בניגוד לחובות שהוטלו עליהם, לא עמדו בחובות ולכן עליהם לעמוד בחובות. זה אותו מהלך כמו שראינו בבנק צפון אמריקה, שבא המפרק ותבע את הקודמים, כאן באים המפרקים וטוענים כנגד המנכ"ל שהם קיבלו החלטות מסוימות באופן לא מוצלח ובאופן שלא עומד בסטנדרט הנדרש מהם באופן סביר ובמידת זהירות של נושא משרה סביר.

התיק התנהל בביהמ"ש המחוזי בפני השופט עופר גרוסקו. כשמתחילה תביעה אזרחית הרבה פעמים נקבע בביהמ"ש דיון מקדמי, דיון קדם משפט שבו ביהמ"ש קובעים איך לייעל את תהליך התדיינות התביעה לכל אורך הדרך. כלומר, השופט מזמין את הצדדים לדיון קדם ומעיר להם הערות לגבי התביעה, אולי מצליח לשכנע אותם לרדת מנושאים מסוימים בתביעה וכד'. בדנן, יש טיעון קדם מקדמי כאשר המפרקים יושבים בצד אחד ובאי כוח הדירקטורים בצד השני, **השופט פונה לאולם כולו, תוך הסתכלות על המפרקים ואומר – האם כלל שיקול הדעת העסקי לא חל פה?** עולה השאלה-איך המפרקים עומדים למול כלל שיקול הדעת העסקי? ביהמ"ש יורה את זה ולא הנתבעים! ישנה משוכה שלא קל להתגבר עליה, איך תעשו את זה? השופט שולח את הצדדים להתייחס לנק' הזו.

השופט גרוסקו כותב פסק דין מנומק ומנתח בצורה מדויקת טענה אחר טענה של המפרקים כפי שעולה מכתב התביעה, מתמודד איתה באנליזה משפטית שבשורה התחתונה דוחה להם את התביעה. הנקודה שעוררה הרבה רעש היא שביהמ"ש דוחה את התביעה בבחינת מחיקה על הסף! **כלומר, מחיקה על הסף בדיון אזרחי היא מצב שהדבר לא קיים! שגם אם ביהמ"ש מקבל את כל הטענות של התובע אחד לאחד, ללא סתירות, זה עדיין לא עילה לתביעה! בא השופט גרוסקו ומוחק למפרקים את התביעה על הסף בנימוק של כלל שיקול הדעת העסקי! הוא אומר שכל מה שהם סיפרו נהדר אך זה לא חודר לכלל שיקול הדעת העסקי ואין מה להתעסק עם התביעה הזו.האמירה דנן היא חשובה ביותר, זה מלמד אותנו מה נותן לנו כלל שיקול הדעת העסקי. אם ביהמ"ש מגיע למסקנה שלא קיימו את כלל שיקול הדעת העסקי, זהו סוף הסיפור.**

המפרקים, מבחינתם, זו הייתה תוצאה מאוד קשה, מדובר פה בפגיעה שהרי הם עובדים מאוד קשה, עושים בדיקות, מבררים את העובדות בצורה יסודית ואומרים להם שאין קייס. **הם לא אמרו נואש, אלא ערערו לעליון בטענה שהתיק נמחק על הסף ביוזמה של ביהמ"ש ולא בטענה של הנתבעים! כלומר, המפרקים שיחקו על הפרוצדורה הדיונית – מה פתאום שביהמ"ש יעלה טענה שכזו?** הרי זו טענה שעל הנתבעים להעלות! על זה נעשה הערעור לביהמ"ש העליון **– האם ניתן למחוק על הסף תביעה בטענה להפרת חובת זהירות מכוח דוק' כלל שיקול הדעת העסקי?** נקבע: **השופט עמית קובע שכלל שיקול הדעת העסקי עשוי להוביל למחיקה על הסף.** אם לא הפריכו את כלל שיקול הדעת העסקי, ביהמ"ש לא יכנס לתוכן ההחלטה. עם זאת, לצד הקביעה העקרונית, ביהמ"ש העליון מחזיר את התיק למחוזי, ומשאיר פתח למפרקים לגבי חלק מראשי התביעה לטעון האם מבחינת הדין אמור לחול על רכיבי עילות תביעה מסוימות סטנדרט ביקורת שיפוטית של כלל שק"ד העסקי, או שמא ביקורת שיפוטית של בחינה מוגברת.

**בפס"ד פיננסיטק,** דובר על חברה, פיננסיטק, שברקע הדברים נתנה מימון לגורמים אחרים, לחברת מאריס, וקיבלה בעבורו שעבודים מסויימים, הם מלון וחניון. משהגיע מועד הפירעון והלווים לא השיבו את חובם, דירקטוריון החברה החליט שלא לממש את השעבודים האמורים. השאלה המשפטית הייתה האם הדירקטוריון הפעיל את שיקול דעתו כראוי ביחס לקבלת ההחלטה על אי פירעון החוב? בעצם התביעה הייתה של החברה כנגד הדירקטורים על זה שהם החליטו לא לממש את השעבודים על אף שידעו שהחברה חדלת פירעון. **ישנן מספר אפשרויות מה לעשות במקרה כזה.** אפשרות אחת היא לממש את השעבוד (העמדת הנכסים המשועבדים למכירה). אפשרות שניה היא לנהל מו"מ ולגבש הסכמות. על החניון היו למלווה שתי זכויות מקבילות, אחת היא שעבוד של החניון והשנייה היא אופציה לרכישת הנכס (וכאשר הוא רוכש את הנכס הוא יוכל לנכות מהמחיר את יתרת ההלוואה). הייתה שאלה באיזו זכות פיננסיטק תשתמש. בסופו של דבר האופציה לא מומשה. גם מכירת הנכסים לא מומשה מאחר שהדירקטוריון השתהה בהחלטה. התביעה נגד הדירקטוריון טוענת שבהחלטה לא להחליט הופרה חובת הזהירות. לטענת התובע הפגם הוביל לירידת ערך הנכס, מה שהוביל לכך שכאשר יממשו את השעבוד יקבלו סכומים יותר נמוכים שלא יכסו את כל פירעון ההלוואה והחברה יוצאת מופסדת מכך. **מה שעומד לפני טענה זו הוא כלל שיקול הדעת העסקי. התובע צריך להראות שכלל שיקול הדעת העסקי לא מתקיים במקרה זה. התובעים במקרה זה מתלבשים על החלטה מיודעת.** **השופטת רונן קובעת**: **ביחס למלון** - נקבע כי אומנם היה דיון בדירקטוריון סביב פריעתו, אולם לבסוף לא הוחלט דבר. **תנאי בסיסי להפעלת כלל שק"ד העסקי הוא קבלת החלטה**. משלא נתקבלה כל החלטה, הרי שכלל שק"ד העסקי לא תקף לעניין זה. **לגבי החניון** – היה דיון בדירקטוריון ולכן אולי אפשר להגיד שההחלטה הייתה מיודעת, אולם, ביהמ"ש קובע שהייתה החלטה מודעת אך לא מודעת מספיק! **ההחלטה שקיבל הדירקטוריון נבחנה ביחס לכלל שק"ד העסקי, ונקבע כי ההחלטה לא הייתה מיודעת כנדרש.** יש אינפורמציה בפני הדירקטוריון והם קיבלו החלטה על סמך אינפורמציה זו אבל ביהמ"ש מגיע וקובע שהייתה אינפורמציה אבל לא מספיק בנסיבות העניין. זה מוביל לכך שמקבל ההחלטות לא יהיה שקט בפעם הבאה מאחר שגם שאלת היקף המידע היא שאלה שתיבחן. **מכאן עולה השאלה לפי מה בוחנים את זה,** **איך יודעים שהמידע מספיק**. **השופטת אומרת שמדובר בבחינה אובייקטיבית של ביהמ"ש – ביהמ"ש קובע מה כמות המידע הסבירה.**

**כל דירקטוריון של כל חברה מלווה ע"י ייעוץ משפטי, והם יכולים לברר מול הנציגים המשפטיים האם היקף המידע מספק.** השופטת רונן כותבת שאמנם מדובר במבחנים אובייקטיביים אולם זה עדיין תלוי מקרה. אם למשל הדירקטוריון יקבל החלטה פוזיטיבית שלו שכמות המידע שהובאה בפניו בנסיבות העניין היא מספקת מבחינה מעשית, הגם שיש כמות מידע נוספת שניתן להשיג (שהשגתו תוביל לדחיית קבלת ההחלטה מה שעלול להשפיע על העסקה לרעה), זה יכול לחסות בצל כלל שיקול הדעת העסקי. **ביהמ"ש ייתן משקל להחלטה של הדירקטוריון לגבי המיודעות של ההחלטות שלו עצמו.** השופטת רונן למעשה מפרידה בין מצב בו הדירקטוריון מוותר על מידע מסוים באופן מודע מאחר שהוא סבור שיש לו מידע מספק (מה שייחשב כתקין וכחוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי) לבין מצב בו לדירקטוריון חסר מידע שלא מתוך החלטה מודעת ומיודעת. בפרוטוקול הדירקטוריון נמצאה החלטה פוזיטיבית שלא לממש את החניון. לצורך קבלת החלטה זו עמדו בפני הדירקטוריון נתונים שונים (השווי המוערך של החניון, גובה החוב לבנק וגובה חוב הלווה למלווה). צוין כי החברה איננה הבעלים של החניון מאחר שלא מימשו את האופציה. השופטת רונן מנתחת את ההחלטה וקובעת שהיא נבעה לאור העובדה שאין בטחון במימוש החניון. השופטת רונן קובעת שאין די בנתונים אלו כדי שהיא תחסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, **חסרים בה נתונים נוספים** (איזה חלק מהחוב תוכל החברה לקבל, מה הן עלויות המימוש, מה הצפי שערך החניון יעלה, מה ניתן לקבל מהפעלת החניון עד המימוש ועוד).

התוצאה היא שגם לגבי המלון וגם לגבי החניון לא חל כלל שיקול הדעת העסקי. משמע, ביהמ"ש יכול לדון בתוכן ההחלטה. אחת האמירות החשובות בפס"ד זה היא ההבחנה הברורה שהשופטת רונן עורכת בין דלאוור לבין ישראל. בדלאוור ברגע שאין את כלל שיקול הדעת העסקי בוחנים את תוכן ההחלטה והדירקטורים צריכים להראות שהעסקה הייתה הגונה למרות התקלה. **בישראל הדירקטורים צריכים להראות שההחלטה הייתה סבירה**. רונן מגיעה למסקנה הזו מהחוק, ס' 252 לחוק קובע שחובת הזהירות בחברות היא מקרה פרטי של עוולת הרשלנות בנזיקין, עוולה המתבססת על סבירות ולא על הגינות מלאה. **מכאן השאלה היא מה זה אומר סבירות**. בשורה התחתונה נקבע שההחלטה לגבי החניון הייתה סבירה. נקבע שההחלטה סבירה על בסיס גורמים שונים (פס' 112 לפס"ד). אחד הגורמים המרכזיים הוא התקופה בה אירע המקרה (סוף 2008, לאחר המשבר הכלכלי). לא היה ביקוש לנכסים, ערך הנדל"ן ירד, וכנראה לא היה חכם להחליט לממש את השעבוד באותה העת.

**למרות זאת, מאחר והמדובר בהחלטה סבירה, הרי שהדירקטוריון לא הפר את חובת הזהירות**. *"העולה מהאמור לעיל, הוא כי בית-המשפט מוסמך לבחון בכלים אובייקטיבים מהו המידע המהותי הנדרש לקבלת החלטה מהסוג האמור בתנאים בה היא התקבלה, לבחון מהו המידע שהיה נגיש לדירקטורים באופן סביר, ולוודא שמידע זה אכן עמד לנגד עיני הדירקטורים לצורך קבלת ההחלטה. בחינת כמות המידע שעמד לרשות הדירקטורים לצורך קבלת החלטתם, והשאלה האם די היה במידע זה לצורך קבלת ההחלטה, צריכות להיבחן לאור מכלול הנסיבות הרלוונטיות. בין היתר יש לבחון בהקשר זה את הקושי היחסי בקבלת מידע נוסף, העלות של תהליך הבירור לצורך קבלת מידע נוסף, ההשלכה האפשרית של המידע הנוסף על ההחלטה, מהותיות הנושא שאליו מתייחסת ההחלטה (כך, ככל שמדובר בנושא בעל משמעות כלכלית קטנה יותר, יפחת הצורך בקבלת מידע יקר נוסף ולהיפך), לוחות הזמנים לקבלת החלטה וכיוצא בזה שיקולים".* במילים אחרות, **קיים קו גבול בין בחינת הליך קבלת ההחלטה לבחינת תוכן ההחלטה, אם כי קו גבול זה לעיתים אינו ברור**. **המסקנות העולות מפס"ד זה הן**: ראשית, **ביהמ"ש לא מתערב בשקלול המידע שעשה הדירקטוריון לשם קבלת ההחלטה, אך כן מתערב בשאלת המידע הרלוונטי לקבלת ההחלטה, בעזרת** **בחינה אובייקטיבית**. שנית, בהתאם לנקבע **בפס"ד ונגורקום**, **ככל ומופעל כלל שק"ד העסקי, ואחד משלושת תנאיו לא מתקיים, ביהמ"ש יבחן את תוכן ההחלטה**. יחד עם זאת, שעה שביהמ"ש בדלוואר, יבחן את תוכן ההחלטה בהתאם לסטנדרט ההגינות, **ביהמ"ש בישראל יבחן את תוכן ההחלטה בהתאם לסטנדרט הסבירות**. במילים אחרות, **בהתאם לדין הישראלי, ככל והחלטת הדירקטוריון סבירה, אף כי היא לא התקבלה בהתאם לכלל שק"ד העסקי, לא הופרה חובת הזהירות על ידי הדירקטוריון**. זאת, בהתאם לסעיף 252 לחוק החברות הקובע כי חובת הזהירות תיבחן ביחס להפרת עוולת הרשלנות, כאשר האחרונה נבחנת לפי סטנדרט הסבירות.

**פס"ד אוסטרובסקי**, המקרה עסק בקניית עיתון מעריב ע"י חברת דיסקונט השקעות (IDB), שעה שעיתון מעריב כבר לא היה שם דבר. בשנים ההן עולם התקשורת עמד בפני שינוי. בעולם התקשורת המסורתי הייתה הבחנה מאוד ברורה בין מדיומים שונים של פרסום מידע. היה מדיום מודפס, היו שידורי רדיו, היו שידורי טלוויזיה. עם הזמן נכנס גם האינטרנט, מה ששינה את הכל. פתאום המדיומים השונים מתחילים לחלוק תכנים משותפים וגם פלטפורמות משולבות. פעם כשהיית פונה לחברה ומבקש תשתית תקשורת, חברת טלפונים הייתה נותנת שירותי טלפוניה. היום אותה החברה נותנת גם את שירות הטלפון, גם אינטרנט וגם תכנים. כאן זה אמנם לפני כל החבילות הללו, אבל יש חבילות תקשורת שמספקות שירותי תוכן ולא טלפוניה (הוט ויס). לעומת זאת, בקבוצת איי.די.בי, יש חברות תקשורת שהן לא בתחום של תוכן ויזואלי אבל כן היו בתחום של ספק תשתיות תקשורת טלפוניה (סלקום). מכיוון שיש חברות תקשורת שמספקות שירותי טלפוניה אבל לא מדיום תוכן ומתחרים שמספקים תוכן, אולי ניתן לרכוש קבוצה אחרת שמספקת תוכן (קבוצת מעריב, אמנם זו עיתונות מודפסת אבל היא כבר לא רק מודפסת) ואז להתחרות. **זה על פניו הרציונל לעסקה של רכישת קבוצת מעריב ולהכניס אותה תחת קבוצת איי.די.בי. התובעים טוענים שזה רק מעטה ושזה לא הרציונל האמיתי של העסקה, אך זה עוסק בתוכן ההחלטה.** הטענה הייתה כי המדבר בעסקה שאינה כדאית מבחינה כלכלית, ובחתימתה יש משום הפרת חובת הזהירות על ידי חברי הדירקטוריון. נטען, שמה שהנחה את הדירקטוריון לא היה שיקולים עסקיים, כי אם הרצון לרצות את הבוס, נוחי דנקנר. כמו כן, הם טענו שאופן קבלת ההחלטה היה חפוז ביותר. מנגד, הנתבעים טענו לקיומו של רציונל עסקי לעסקה, ולהחלת כלל שק"ד העסקי.

**מבחינת תהליך קבלת החלטה נשמע מאוד דומה לונגורקום.** זה אולי אחד המקרים הבולטים בישראל שניתן להקביל לונגורקום מבחינת זה שתהליך קבלת ההחלטה מאוד לא משכנע (מאוד מהיר על כסף מאוד גדול). בונגורקום למדנו שזה לא קבלת החלטה מיודעת ולכן כלל שיקול הדעת העסקי לא מגן על הדירקטורים. בשל כך צריך לבחון את סבירות תוכן ההחלטה. אם היא לא סבירה אז יש הפרת חובת זהירות שעולה כדי עוולת רשלנות ועל כן יש לפצות על הנזק. **עם זאת, יש תפנית בעלילה באוסטרובסקי, ובפס"ד מוצאים הפניה לפרופ' פלר.** הטענה של התובעים היא הפרת חובת הזהירות מצד הדירקטורים של דיסקונט השקעות. הדירקטורים מיד טוענים לכלל שיקול הדעת העסקי ולכן ביהמ"ש צריך לבחון האם תהליך קבלת ההחלטה אכן מספק את ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי. על פניו, מספיק היה לומר שבהתאם לונגורקום ניתן להגיד שכך לא מוכרים חברה ולכן גם פה אין החלטה מיודעת. במקום לעשות הקבלה זו פונים למונחים של פזיזות בעולם הפלילי. **השופט גרוסקופף מתחיל לדון בשאלה האם הפרת חובת הזהירות הייתה בגדר רשלנות גרידא או שהיא משהו מעבר לרשלנות העולה כדי פזיזות**. המבחן להבחנה בין רשלנות לפזיזות הוא לא זר במשפט הישראלי, הוא קיים במשפט הפלילי. משם השופט מסיק שפזיזות, להבדיל מרשלנות, היא כאשר באופן אישי סובייקטיבי הנתבע מודע לדברים והוא מגלה אדישות לעניין (זאת לעומת הרשלן שלא היה מודע ורק היה צריך לדעת). השופט מגיע למסקנה שהדירקטורים כאן פזיזים במובן זה שהם ערים לכך שיש משהו לא בסדר אך הם אדישים לכך. לא מעניינת אותם טובת התאגיד והם מתקדמים עם ההחלטה הזו.

שאלת הפזיזות רלוונטית כאמור למשפט הפלילי, בו צריך לקבוע אשם וכדו'. זה לא רלוונטי בנזיקין, שם המטרה היא לפצות את הניזוק. בין פזיזות לרשלנות אין הבדל לשאלת הנזק שנגרם ולכן זה לא רלוונטי. ס' 252 לחוק החברות מפנה לפקודת הנזיקין ולא לחוק העונשין. **לכן השאלה היא מה הקשר של פזיזות לפי חוק העונשין לחובת הזהירות בחוק החברות המסתמכת על פקודת הנזיקין**. טענה זו לא באה נגד השופט גרוסקופף, אלא כנגד ס' 263 לחוק החברות. יש אפשרות בתנאים מסוימים לקבל פטור מחובת הזהירות, אך תנאי מפורש בחוק בהקשר זה קבוע בס' 263(2) הקובע שהפרת חובת זהירות שנעשתה בכוונה או בפזיזות לא ניתן לפטור. בשעה שחוקקו את חוק החברות, מישהו הוסיף בס' 263 הבחנה בין הפרה ברשלנות לבין הפרה בפזיזות או בכוונה. מישהו לקח את הדוקטרינות של המשפט הפלילי ושתל אותן בהקשר נזיקי בחוק החברות. ניתן לבקר מהלך זה מאחר שהוא יוצר מלכוד 22 בעייתי.

במקרה זה, עובדתית בתקנון החברה היה סעיף פטור מחובת זהירות לדירקטורים. כאמור, יש אפשרות כזו אך לפטור זה יש גבולות גזרה. **הפטור חל רק כאשר הפרת חובת הזהירות הייתה מרשלנות ולא כאשר הייתה מפזיזות או כוונה.** אוסטרובסקי מגיש תביעה נגד הדירקטורים של דיסקונט השקעות על כך שהפרו את חובת הזהירות בקבלת ההחלטה לרכוש את מעריב. הדירקטורים מצדם יכולים לטעון שיש סעיף פטור ולכן אין יכולת לתבוע. אם לא נכנסים להבחנה המופיעה בס' 263 אז אין לתובעים בסיס לתביעה. האפשרות לקבוע סעיף פטור בתקנון למעשה הופכת את חובת הזהירות לחובה דיספוזיטיבית שניתן להתנות עליה. **עם זאת, התביעה מפנה לס' 263 וטוענת שההחלטה התקבלה בפזיזות, ולכן הפטור לא חל.** השופט גרוסקופף במקרה זה דן בשאלה האם ההחלטה אכן התקבלה בפזיזות. אם יתברר שההחלטה התקבלה ברשלנות הפטור יחול. אם יתברר שההחלטה התקבלה בפזיזות אז יש על מה לדבר. **כדי להוכיח את הפזיזות במקרה זה השופט מסתמך על כך שההחלטה התקבלה בחוסר תו"ל.** **השופט מסיק חוסר תו"ל מכך שהדירקטורים לא הפעילו שיקול דעת עצמאי (רצו לרצות את הבוס).** הדירקטורים ערים להחלטה שלהם אך מגלים לכך אדישות (מעדיפים את ריצוי הבוס על פני טובת החברה). מכאן השאלה היא למה צריך לדון בס' 263 על הפרת חובת זהירות בפזיזות. אם מדברים על חוסר תו"ל אז נמצאים במקום של הפרת חובת אמונים ולא בהפרת חובת זהירות. באופן פרקטי, הסיפור הוא אצל התובע. מתבקשת שאלה אחרת והיא למה התובע תובע על חובת זהירות ולא על חובת אמונים. אם התובע טוען שהדירקטורים התנהלו בחוסר תו"ל למה הכותרת היא הפרת חובת זהירות ולא הפרת חובת אמונים. **התשובה היא שהכיס העמוק מכסה רק על חובת זהירות ולא על חובת אמונים.** אם התובע מצליח לבסס שמדובר בהפרת חובת זהירות חברת הביטוח תשלם. פה ניכר המלכוד: התובע תובע חובת זהירות כי הוא רואה את חברת הביטוח. הדירקטורים שולפים פטור וטוענים שהם מכוסים. התובע בתגובה מציג את ס' 263 וטוען שלא מדובר ברשלנות אלא בפזיזות הנובעת מחוסר תו"ל. עם זאת, לפי ס' 263 לא יהיה תוקף לביטוח אם הפרת חובת הזהירות היא מפזיזות. **המלכוד הוא שאם זה ברשלנות יש פטור ולכן אין קייס, ואם זה בפזיזות אז יש קייס אבל הביטוח לא תקף.** עדיף כבר לבסס את הטיעון על הפרת חובת אמונים. מלכוד זה קיים במקום בו יש גם פטור וגם ביטוח. אם היה רק ביטוח לא היו מתפלפלים על האם ההפרה הייתה ברשלנות או בפזיזות וברגע שהיו קובעים שיש הפרה היה ניתן להגיע לביטוח.

הדירקטורים ערערו לעליון אבל לפני הפסיקה של העליון הצדדים הגיעו לפשרה לפיה הדירקטורים ישלמו את הפיצויים. כמו כן סוכם שאת הסכום שישולם תשלם חברת הביטוח של הדירקטורים. לכאורה זה משונה מאחר שחברת הביטוח מכוסה. ככה"נ ההחלטה הזו התקבלה בשל חוסר הוודאות לגבי מה שיכול היה לקרות בעליון, למרות שבפועל ככה"נ חברת הביטוח הייתה מכוסה בכל מקרה (גם אם היה נקבע שזה מרשלנות היה את סעיף הפטור). **לסיכום:**

בביהמ"ש נקבע כי ראשית, **המבחן להחלטה ראויה של נושא משרה צריך להתייחס למועד בו התקבלה ההחלטה, ולא למועד שבו התממשו הסיכונים**. שנית, **בשעת בחינת הפרת חובת הזהירות,** **יש לבחון האם החובה הופרה מתוך רשלנות גרידא, או שמא מתוך פזיזות או כוונה**. בדנן, קבלת ההחלטה על ידי הדירקטוריון נעשתה מתוך פזיזות של ממש, ומשכך הופרה חובת הזהירות, על אף הפטור האמור בסעיף 259. בעקבות כך, ניתן להעלות **מספר הערות ביקורתיות על פס"ד:**

1. האם נכון לבחון במשפט האזרחי את עוולת הרשלנות בהתאם למדרג של המשפט הפלילי? רוצה לומר, בעוולת הרשלנות לא קיימת הבחנה בין יסוד נפשי של רשלנות ליסוד נפשי של פזיזות וכוונה, כשם שישנה בעבירות הפליליות, כפי שמתבקש מההבדל בין שני ענפי משפט אלו. בהתאם לסעיף 259, *"חברה רשאית לפטור, מראש, נושא משרה בה מאחריותו, כולה או מקצתה, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה, אם נקבעה הוראה לכך בתקנון"*. בהמשך, סעיף 263(2) קובע כי לא יחול פטור מקום בו *"הפרת חובת זהירות נעשתה בכוונה או בפזיזות, למעט אם נעשתה ברשלנות בלבד".* במילים אחרות, **מתן פטור לדירקטורים היא חובה דיספוזיטיבית, הקיימת אך ורק ביחס להפרת חובת הזהירות מתוך רשלנות**. כיצד ייתכן כי שעה שהפרת חובת הזהירות מוצמדת לעוולת הרשלנות הנזיקית, ישנו שימוש באלמנטים של המשפט הפלילי, הם יסוד נפשי של פזיזות וכוונה.
2. נוסף לכך, ישנו טשטוש בין הפרת חובת הזהירות להפרת חובת האמונים. רוצה לומר, נראה שאי עמידתו של הדירקטוריון בתפקידו מתוך פזיזות או כוונה, הינה בבחינת הפרת אמונים ולא בבחינת הפרת חובת הזהירות.
3. מבחינה מעשית, מטרת התביעה באוסטרובסקי, כמו גם מטרת כל התביעות בגין הפרת חובת הזהירות, היא להגיע לחברת הביטוח, היא "כיס עמוק", המבטחת את אחריותו של נושא משרה בשל חבות שתוטל עליו עקב הפרת חובת הזהירות. יחד עם זאת, חברת הביטוח לא מבטחת במקרה בו הופרה חובת האמונים, ובמקרה בו הופרה חובת הזהירות שלא ברשלנות, בהתאם לסעיף 261. מחד, ככל והמדובר בהפרת חובת הזהירות ברשלנות, חל הפטור מהפרה והתביעה נדחית, מאידך, ככל והמדובר בהפרת חובת הזהירות בפזיזות או בכוונה, אין היא מבוטחת על ידי הביטוח. אם כן, ישאל התובע ממה נפשך?! במקרה הטוב התובע יגיע לתביעה בלי ביטוח.

**פס"ד אפריקה ישראל** דן **באחריות אישית והקולקטיבית של חבר דירקטוריון.** עלתה השאלה האם הדירקטוריון חב ביחד או לחוד? השופט עמית קבע כי **כל דירקטור ונושא משרה באשמו שלו יישא, ואין לייחס אשם לדירקטוריון כולו בבחינת חייבים ביחד ולחוד**. חובת הזהירות והמיומנות של כל דירקטור היא אינדיבידואלית, **כאשר הדברים נכונים ביתר שאת לגבי חובת האמונים**. קשה להלום כי תביעה כנגד דירקטוריון, במיוחד בעילה של תרמית והפרה של חובת אמונים, תוגש כמקשה אחת מבלי להבחין בין המנהלים השונים, **אם על פי סוג ואם על פי דרך פעילותם**. יחד עם זאת, הדירקטוריון כקולקטיב מהווה נסיבה שניתן להתחשב בה לצורך הטלת אחריות. קרי, היותו של הדירקטור חלק מקבוצת דירקטורים עשויה לפעול לעיתים לזכותו ולעיתים לחובתו במקרים של הפרת חובת הזהירות.

**הבקרה השיפוטית ועלויותיה העסקיות - מונעי סיכונים מול נושאי סיכונים:**

לאחר הקביעה כי נושאי המשרה הפרו את חובתם לחברה, ישנה התמודדות עם החובה הכספית. בהנחה ונושא המשרה הפרה את חובתו, נגרם נזק ויש קש"ס, יידרש ממנו לשלם פיצוי. היקפה של האחריות הכספית גדולה מאוד, ולעיתים יש פער בין קיומה של הזכות המשפטית לבין היכולת להגשים את הזכות. ס' 258 לחוק בא להתמודד עם שאלת המיצוי הכספי של פיצויים עקב זכויות התביעה, ולכך יש שני הביטים:

1. אקס פוסט- הנושא של מיצוי הכספי מבחינה כספית בפועל. יש בחינה בדיעבד.
2. אקס אנטה- ישנה בחינה מלכתחילה, מתי נרצה להחיל אחריות על נושאי משרה בקבלת החלטות. ישנם שיקולי מדיניות שונים, שכן הטלת אחריות יכולה להשפיע ולהרתיע ביתר את נושאי המשרה בקבלת ההחלטות.

**ס' 259-260 קובעים שישנם שלושה אמצעים להתמודדות עם הטלת אחריות על נושאי משרה בגין הפרת חובותיהם**:

**קיימים שלושה אמצעים להתמודדות עם הטלת אחריות על נושאי משרה בגין הפרת חובותיהם: פטור, שיפוי וביטוח-ס' 258.**

**פטור (ס' 259)** ניתן בחובת זהירות {רשלנות} אך לא בחובת אמונים, זה נובע משילוב של ס' 258, 259 ו-263(2). חברה רשאית, **אם נקבע בתקנונה**, להעניק **פטור לנושא המשרה מהפרה של חובת הזהירות ברשלנות, אם כי לא מהפרה של חובת האמונים שלא בתו"ל**. **חשוב לזכור שהפטור הוא רק כלפי החברה! אין לנושא משרה פטור אם ביצע רשלנות כלפי אדם שלישי**. במילים אחרות, פטור הוא התניה דיספוזיטיבית על קיומה של חובת הזהירות כלפי החברה. פטור זה נוצר על ידי המחוקק של דלאוור, כתגובת נגד **לפס"ד ונגורקום**, מתוך הרציונל שנושאי משרה טובים ימלאו משרות מבלי שירחף מעל ראשם החשש מתביעה. **(**בעקבות פס"ד זה, בו נקבע שדירקטורים פעלו בתו"ל אבל שההחלטה לא הייתה מספיק מיודעת ועל כן חבים, היה רעש גדול בעולם הדירקטורים. אף אחד לא ידע איפה הגבול של החלטה מיודעת והדירקטורים נלחצו שביהמ"ש ימתח ביקורת על הליך קבלת ההחלטות. הרעש הציבורי הזה יצר תחושה שהריאקציה תהיה מאוד קיצונית. חששו שאנשים לא ירצו להיות דירקטורים, וכמענה לרעש הזה בא המחוקק בדלאוור ותיקן את החוק (שילב את ס' 102(B)(7)) כך שניתן להעניק פטור לנושאי משרה מאחריות לפי חובת זהירות).רעיון זה של לפטור הופך את החובה לדיספוזיטיבית, עד כדי כך שזה מעורר שאלה תפיסתית של האם בכך שאנחנו מאפשרים לחברות לפטור את נושאי המשרה מאחריות להפרת חובת זהירות האם לא מרוקנים את החובה הזו מתוכן מבחינה פרקטית. **מי שמעלה את הדיון הזה הוא השופט עמית בפס"ד ורדינקוב.** האם בזה שמאפשרים לצאת מחובת הזהירות המטרות שביקשו להשיג באמצעות חובת הזהירות (ללכוד את תשומת הלב של נושאי המשרה ולהרתיע אותם מקבלת החלטות בקלות דעת) לא מתפספסות. האם לא בכך חוזרים לבעיה הקודמת שהיא נושאי משרה מתרשלים.נכון שעקרונית ניסינו להגיע לנקודת איזון שפויה- שמצד אחד תהיה הרתעה אבל מצד שני לא להבריח את הדירקטורים. לנקודה זו קראנו כלל שיקול הדעת העסקי (חזקת תקינות לטובת הדירקטורים). הפסימיסטים סבורים שכלל שיקול הדעת העסקי לא מספיק כי זה אומר שהדירקטורים יוכלו בסופו של דבר לדחות את התביעה. עם זאת, הדחייה תהיה בסופו של דבר, משמע בסוף התהליך. התהליך עצמו גם הוא מהווה גורם מרתיע, מה שעלול לבדו להביא להרתעת יתר. לכן פטור שחוסך את ההליך המשפטי הוא גלולת הרתעה הרבה יותר אפקטיבי מבחינת הדירקטורים. אין הכרעה בוויכוח העקרוני לגבי פטור (האם ביטוח מספיק או לא), אבל בחקיקה ובפסיקה נקבע שאכן ניתן לאפשר את קיומו של הפטור. אחת המחשבות שמופיעה בדברי ההסבר לחוק החברות בהקשר של סעיף הפטור היא שהרעיון של הפטור בא כחלופה לביטוח ומטרתו לייצר חלופה פרקטית לחברות ולדירקטורים שלהן לצורך ההתמודדות עם החשיפה הכספית הפוטנציאלית.חברה יכולה לפטור את נושאי המשרה מחובת זהירות. המשמעות היא שאם לצורך קבלת כיסוי ביטוחי החברה תצטרך לשלם כסף, הרי שבפטור היא לא צריכה לשלם כסף לאף אחד. היא יכולה לחסוך לעצמה את עלויות הפרמיה. הצד השני של המטבע הוא שאם וכאשר יהיה אירוע של הפרת חובת זהירות ונזק לחברה לא יהיה את הכיס העמוק של חברת הביטוח. אם יש רק פטור, משאירע הנזק ניתן לחייב רק את הדירקטורים. עדיין רואים שחברות רבות רוכשות ביטוח, והשאלה היא האם מלבד ביטוח הן גם מכניסות הוראות של פטור. **עולה השאלה למה משתמשים בשתי החלופות**? תשובה אחת היא שהן לא אוהבות סיכון (מוכנים לשלם כל שנה משהו ע"מ שאם מתישהו יקרה דבר מה יהיה כיסוי של ביטוח). תשובה שנייה היא שחברה תרצה לבטח את הדירקטורים כי הם ידרשו את זה כחלק מתנאי העסקתם גם אם יהיה לטובתם פטור. הסיבה היא שהפטור לא חל על צד ג' (ס' 259). החברה יכולה לפטור נושא משרה מהפרת חובת זהירות שלו כלפיה. זה הגיוני כי בעל זכות יכול לוותר על זכותו (במקרה זה החברה מוותרת על זכותה מול נושא המשרה). עם זאת, הוויתור על הזכות רלוונטית רק לבעל הזכות. דירקטורים חשופים לתביעות על אחריות אישית גם כלפי צד ג'. על דבר כזה כדאי מאוד שתהיה גם פוליסת ביטוח אחריות שתכסה אותם. כשרוכשים פוליסת ביטוח אחריות רוכשים אותה על אחריות בין אם כלפי החברה או כלפי צד ג'. לכן דירקטורים לא יוותרו על ביטוח גם כאשר יש פטור. לכן יצא מבחינה פרקטית (בניגוד למחשבה של המחוקק לפיה מדובר על שתי חלופות נפרדות) ששני הדברים מתקיימים במקביל. **בכל אופן, פטור יכול שינתן מראש או שינתן בדיעבד, והוא יכול לחול על התנהגויות מסויימות בלבד**, בהתאם לנקבע **בפס"ד אשש.**

**שיפוי (ס'260):** חברה רשאית, **אם נקבע בתקנונה**, לשפות נושא משרה בה בשל חבות או הוצאה שהוטלה עליו עקב פעולה שעשה בתוקף היותו נושא משרה בה, בהתאם לסעיף 260 לחוק. שיפוי, יכול שיהיה הן במקרה של הפרת חובת הזהירות ברשלנות, והן במקרה של הפרת חובת האמונים בתו"ל. **נובע משילוב של ס' 260 ו-263(2).**

**ביטוח:** **(ס'261)** *"חברה רשאית,* ***אם נקבעה לכך הוראה בתקנון****, להתקשר בחוזה לביטוח אחריותו של נושא משרה בה בשל חבות שתוטל עליו עקב פעולה שעשה בתוקף היותו נושא משרה בה, בכל אחד מאלה: (1) הפרת חובת זהירות כלפי החברה או כלפי אדם אחר; (2) הפרת חובת אמונים כלפי החברה, ובלבד שנושא המשרה פעל בתום לב והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה; (3) חבות כספית שתוטל עליו לטובת אדם אחר".* יש לציין, כי אף החלטת הדירקטוריון לרכוש ביטוח תיבחן בהתאם לכלל שק"ד העסקי.

**בפס"ד אוסטרובסקי** נקבע כי מתן פטור ושיפוי לנושאי משרה בגין הפרות עתידיות של חובת הזהירות, אפשרי ביחס לאותן פעולות שלגביהן נושא המשרה ביקש לעמוד בחובתו לחברה, אולם פעל באופן בלתי מספק מבחינה אובייקטיבית. לעומת זאת, מתן פטור ושיפוי אינו אפשרי ביחס לאותן פעולות אשר נושא המשרה ביקש להביא באמצעותן להפרה של חובתו לחברה (או ידע שכך יקרה), או כשגילה אדישות לאפשרות שפעולתו מהווה הפרה של חובתו לחברה. (כלומר אם הדברים נעשו מכוונה או אדישות=פזיזות, אז לא יהיה פטור. הפטור והשיפוי הוא רק אם הדבר נעשה ברשלנות). תכלית הסדר הפטור והשיפוי, מצדיקה לקבוע את גבולות הסדר הפטור בהתאם ליחס הנפשי של נושא המשרה לחובתו לעמוד בחובת הזהירות שלו לחברה. רוצה לומר, דירקטור המבקש לעמוד בחובת הזהירות, אך נכשל, ייהנה מהפטור. לעומתו, דירקטור שבאופן מכוון פועל בניגוד לחובת הזהירות או פועל תוך גילוי אדישות לקיומה של חובה זו, אינו יכול ליהנות מהפטור.

**פס"ד עטיה נגד עשש**: האפשרות של חברה להעניק פטור **מראש** לנושא משרה בגין הפרתו את חובת הזהירות כלפי החברה, **איננה מהווה הסדר שלילי ביחס לאפשרות לפטור נושא משרה מאחריות בדיעבד**. ס' 259 קובע שפטור ניתן מראש. השופטת רונן צריכה להתמודד עם זה במקרה הנוכחי. השופטת רונן קובעת שפטור מראש הוא החריג ולכן הוא מצוין בחוק. פטור בדיעבד אינו חריג ולכן לא צריך חוק שיגיד שניתן לעשות זאת. לכאורה כשקוראים את הסעיף עולה שאלה פרשנית לגבי הסדר שלילי שמונע מחברות מלהעביר החלטה על פטור בדיעבד. השופטת רונן קובעת שהיא לא רואה בזה הסדר שלילי, ובהשוואה בין פטור מראש לפטור בדיעבד המקרה שיותר קל לעכל מבחינה משפטית הוא לתת את הפטור בדיעבד. זאת מאחר שיודעים עם מה מתמודדים, ולא נותנים פטור מופשט שמשחרר מכל מעשה שיקרה. **בפרשנות של השופטת רונן, המחוקק טרח לציין את המראש מאחר שזה החידוש. אם לא היה כתוב כלום אולי היו מאפשרים לתת פטור רק בדיעבד.** (ניתן להקשות ולהגיד שהמחוקק היה כותב מראש או בדיעבד אך בסופו של דבר הפרשנות של רונן מתקבלת על הדעת). בשורה התחתונה גם בדיעבד החלטה על פטור תקפה והמחוקק לא שלל זאת. לגבי ביטוח דיון זה לא רלוונטי, מאחר שאין דבר כזה לרכוש ביטוח לאחר תקלה. ההחלטה על מתן פטור כולה נמצאת בתוך החברה.

**בפס"ד וולט דיסני**-חברה יכולה לפטור כל עוד זו לא חובת אמונים או תו"ל. רונן סבורה שאת סעיפי החוק בישראל יש לפרש בצורה דומה. בחוק הישראלי מצוין שלא ניתן לפטור מהפרת חובת זהירות כאשר המקרה היה בכוונה או בפזיזות, משמע כאשר למקרה נלווה יסוד נפשי סובייקטיבי. פרשנות כזו מצמצת מאוד את ההבחנה בין סעיף זה לבין האיסור על מתן פטור לנושא משרה שהפר חובת אמון כלפי החברה, אך זו הפרשנות המתבקשת של הסעיף. לצד הפטור, חשוב לזכור שניתן לבטח על הפרת חובת אמונים שנעשית בתו"ל. הבעיה העולה מכך היא שחובת אמונים היא פעולה שלא בתו"ל, משמע כל עוד פועלים בתו"ל לא מפרים חובת אמונים. עם זאת, עדיין איכשהו נקבע שניתן להפר חובת אמונים בתו"ל ושניתן לבטח על כך.

**עולה השאלה, מדוע במקום בו החברה יכולה להעמיד פטור לנושא המשרה, ישנו צורך לרכוש בנוסף לכך ביטוח**? ראשית, לא בכל החברות ניתן פטור לחברי הדירקטוריון. שנית, אף אם ניתן פטור לחברי הדירקטוריון, ישנן נסיבות בהן הפטור לא יעמוד לחברי הדירקטוריון, דוגמת מצב בו החברה נמצאת במצב של חדלות פירעון. כמו כן, ייתכן מצב בו נושא המשרה יתבע על ידי צד שלישי, מצב בו לפטור אין משמעות, מאחר **והפטור פוטר את נושא המשרה מאחריות כלפי החברה**.

**חובת אמונים:**

עד עכשיו דיברנו על חובת הזהירות, כעת ניכנס לחובה השנייה – חובת האמונים שמצויה בס' 254 לחוק. חובת האמונים נקראת דיוטי אוף לוילטי. **מה סעיף 254 מלמד אותנו**? הבעיה היא בעיית נציג, בעיה של מי שמקבל סמכויות לידיו, סמכויות כגון קבלת החלטות ואמור לפעול עבור הזולת. בעיה אחרת שקמה היא שאולי יש אכפתיות אבל לכיוון של אינטרס אישי – אכפתיות מעצמך יותר מאשר זה שאתה אמור לפעול לטובתו. כנגד זה באה חובת האמונים. יש דרישה שאתה בתור נושא משרה מחויב לפעול בתום לב לטובת החברה! **מה זה אומר לפעול לטובת החברה?** המחוקק בעיקר מגדיר לנו מה לא לעשות, כלומר עיקרה של חובת האמונים, להבדיל מחובת הזהירות, ממוקד על הלא תעשה. חובת הזהירות מתמקדת במה עליך לעשות וכיצד לפעול ואילו חובת המאונים, בהתייחס לבעיה של בעיית הנציג שהיא מעוררת, באה ומתריעה בעיקר שעליך להיזהר ולהימנע מכך וכך, כי אלו פעולות שלא יעלו בקנה אחד עם החברה.

סעיף 106 לחוק קובע כי *"* *דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים****". בהמשך,* סעיף 254 לחוק** קובע כי *"(א)* ***נושא משרה חב חובת אמונים לחברה,******ינהג בתום לב ויפעל לטובתה****, ובכלל זה - (1) יימנע מכל פעולה שיש בה* ***ניגוד עניינים*** *בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין ענייניו האישיים; (2) יימנע מכל פעולה שיש בה* ***תחרות******עם******עסקי******החברה****; (3) יימנע* ***מניצול הזדמנות עסקית של החברה*** *במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר; (4)*  ***יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה****, שבאו לידיו בתוקף מעמדו בחברה".*

לכאורה, חובת האמונים של נושא המשרה איננה חידוש גדול, מאחר וכל אדם באשר הוא, כפוף לחובת תום הלב במסגרת התנהלותו המשפטית. **אם כן, מה מחדשת חובת האמונים של חוק החברות?** אומר השופט ברק כי חובת תום הלב באה להשליט בין בני האדם נורמת ההתנהגות של אדם לאדם, אדם. למעלה ממנה, **חובת האמונים של נושא משרה, באה להשליט** **נורמת התנהגות גבוהה יותר, של אדם לאדם, מלאך**. במילים אחרות, **במסגרת בעיית הנציג, אמת המידה המנחה את התנהלות נושא המשרה היא טובת החברה, והיא בלבד**. **אל לנושא המשרה לפעול מתוך אינטרס אישי, כי אם מתוך אינטרס החברה בלבד**. **מה זה בא להגיד שיהיה אדם לאדם מלאך?** לדברי ברק: "מה מאפיין מלאכים? שאין אינטרס, אין אגו, אין אישיות אין כלום. כל מהותו של מלאך זה להיות שליח, שרף, אבל אין לו משל עצמו כלום והוא לא מתיימר שיהיה לו". בתוך כך, **איסור ניגוד עניינים הוא לב ליבה של חובת האמונים, ונראה כי שני האיסורים המופיעים אחריו בהוראת החוק הם מופעים פרטניים של איסור זה**. **לצד זאת, על נושא המשרה לגלות כל מידע הרלוונטי לענייני החברה**. יש כאן מאבק סמוי פנימי בין הנורמה לבין המציאות. הנורמה של חובת האמונים שמתאר ברק הוא כלל בני האדם. לומר לבני האדם "אדם לאדם מלאך" זו אמירה נהדרת אבל זה להתעלם מהמציאות כי אנו לא מלאכים אנו בני אדם ויש לנו מהוויים ויש לנו אגו וכו'. אז לקבוע את זה כהכוונת דרך זה נכון, אולם לצפות שזה יתגשם ב100% זה קצת לא מציאותי. הציפייה היא שאתה כנושא משרה מרוקן עצמיך לחלוטין משיקולים אישיים ומתמקד נטו בטובת החברה, זו ההכוונה המשפטית של חובת האמונים.

**לפי סעיף 254(א)(1)**: מה זה ניגוד עניינים? ממה אומר לי המחוקק להימנע? על נושא משרה להימנע מניגוד עניינים שלו ושל החברה וכן ניגוד עניינים בין מילוי תפקיד בחברה למילוי תפקיד אחר של נושא המשרה. ניגוד עניינים בין תפקיד בחברה לתפקיד נוסף בא לידי ביטוי **בפס"ד כל מוביל**. במקרה זה צוין לחיוב יושרו של אותו המנהל, אבל הסיטואציה היא סיטואציה בלתי אפשרית מבחינת קיום החובות שלו כנושא משרה. אם הוא מנהל בחברה אחת ובו זמנית מנהל בחברה אחרת, כשפעילות שתי החברות מתחרות זו בזו, לא ניתן לקדם כפי המצווה את טובת שתי החברות. ככל שהמנהל מקדם את האינטרסים של אחת החברות הוא פוגע באינטרסים של החברה השנייה. לכן הסעד בסופו של דבר הוא שהוא חייב להתפטר מאחת המשרות.

**בפס"ד אוטו חן נ' כל מוביל**, מנכ"ל בחברה העוסקת בהפצה של רכבי מרצדס, שימש במקביל גם כמנהל חטיבת המוסכים בחברה המשמשת כיבואן של רכבי מרצדס. שני המוסכים פעלו באזור מרכז הארץ. היה ביניהם הסכם שאם חברה אחת מקימה עוד מוסך במרכז הארץ היא חייבת לשתף את השנייה. הטענה היא שהוא נמצא בניגוד עניינים אינהרנטי וקבוע. ישנה בעיה של התנגשות תפקידית, לאו דווקא התנגשות בין כהונתו של המנהל כנושא משרה לבין התועלת הפרטית שלו, אלא התנגשות בין התנהלותו בחברה האחת למול כהונתו ותפקידו בחברה האחרת. שאלה – האם כל פעם שאדם מכהן כנושא משרה בשתי חברות שונות יש בעייתיות של ניגוד עניינים? חייב להבין שהדבר לא בהכרח גורף, כלומר כל אימת שאדם מתפקד בשתי חברות זה לאו דווקא ניגוד עניינים כי יש צורך לבחון האם החברות מנוגדות אחת לשנייה, האם יש ביניהם התנגשות / תחרות / התמודדות על אותו פלח שוק? באוטו חן, דובר על מצב בו אדם שירת כמנהל של שתי חברות שונות, אשר מתחרות ביניהן. ברי כי קיים ניגוד עניינים מובהק, כאשר ככל והוא מקדם את טובתה של חברה אחת, הוא פוגע בטובתה של החברה השנייה. אף אם הוא פעל בתו"ל גמור, אין הוא יכול להמשיך לכהן כמנהל בשתי החברות גם יחד. **הלכה היא, כי אין צורך להוכיח קיומו של ניגוד עניינים הלכה למעשה, אלא די בכך שהוא עלול להתרחש**. משום שכך, נדרשה התפטרות מלאה מאחת מהחברות. בנוסף, יש לציין כי בהתאם **לפס"ד בנק צפון אמריקה**, ***"אין מניעה כי אותה התנהגות עצמה תהא בה גם הפרת חובת זהירות וגם הפרת חובת אמונים"***.

**אנו צריכים לזקק לעצמנו את התשובה – מה יחשב ניגוד עניינים ומה לא? האם ניתן לתת לזה הגדרה?** כיבסעיף אנו לא מוצאים הגדרה של הביטוי ניגוד עניינים. **הצעתו של האן היא ביטוי אחר שמתחבר לניגוד עניינים מבחינתו הוא אותו דבר – "הגדרת המושג עניין אישי", כפי שהוא מוגדר בסעיף 1 לחוק**. אולי מתוך ס' 1 נוכל להבין למה מכוון המחוקק כשהוא אומר שעלינו להימנע מניגוד עניינים. המחוקק לא בדיוק מסביר לנו מהו ניגוד עניינים ולפיכך נחזור לניסיונו של פרופ' קלארק, לנסות לאפיין אימתי נושא משרה נמצא בניגוד עניינים: **אומר רוברט קלארק –** לאדם יש ניגוד עניינים אם מתקיימים הרכיבים הבאים:

1. הוא מצוי בעמדת קבלת החלטה בחברה – ואז הוא אמור להגשים את טובת החברה.
2. יש לו עניין / אינטרס בנושא העולה על הפרק
3. האינטרס שלו גדול מהאינטרס שלו לקבל את ההחלטה שהיא לטובת החברה.

קלארק מניח שכשאתה נושא משרה בחברה, זה לא אומר שבהכרח אתה אוטומטית ללא אכפתיות לחברה. הוא מוכן לקבל את העובדה שאתה אדם אכפתי, כן אכפת לך מהחברה ואתה מבקש לקדם את טובתה ולשקול את שיקוליה, **אבל, זה משפיע עליך יותר ולכן מסיט אותך מהיכולת לקבל את ההחלטה הראויה!** כלומר אתה אפילו לא מודע לזה וזה בתת הכרה שלך, אתה משכנע את עצמיך שזה הכי טוב לחברה, שזה WIN WIN וזה לא בא ממקום רע. לרוב נושא המשרה כלל אינו מודע לכך שהוא מקדם את האינטרס שלו, והוא מנסה לשכנע שטובתו האישית היא גם טובת החברה. ההגדרה של קלארק טובה כדי להסביר מהי בעיית ניגוד עניינים, אך מבחינה יישומית זה כמעט בלתי אפשרי. מעבר לכך, כשאדם מכהן בשתי חברות הרבה יותר קשה להגיד מתי האינטרס שלו גדול מהאינטרס לקדם את החברה. לכן במצבים של ספק יש להחמיר, והדרישה מנושא המשרה היא להתקרב למעלה של מלאך.

**מפס"ד התחנה המרכזית החדשה**, עולה כי ראשית כל, **יש לקבוע האם עומד לבוחן נושא משרה עליו חלה חובת האמונים**. ייתכן, כי אף שמלכתחילה העומד לדין אינו נכלל בהגדרת החוק לנושא משרה, הוא ייחשב לנושא משרה עקב התנהגותו, קרי **נושא משרה דה פקטו**. זאת, בהתאם לסעיף 106 לחוק הקובע כי *"יראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים"*, ובהמשך כי *"לא ימלא אדם תפקיד מתפקידיו של דירקטור אלא אם כן מונה כדין לתפקיד דירקטור ולא יפגע אדם בשיקול הדעת העצמאי של דירקטור"*, וככל שיעשה כן, *"בלי לגרוע מהוראות כל דין, על מי שהפר את הוראת סעיף קטן (ב) יחולו החובות והאחריות החלות על דירקטורים לפי כל דין"*. בדנן, מאחר וחברת ניצבא, היא חברה בעלת השליטה אך לא חברה המכהנת בדירקטוריון, התערבה בהפעלת שק"ד של הדירקטוריון, **היא נחשפה לאחריות כנושא המשרה עצמו**, ויכולה שתחשב כמי שהפרה את חובת האמונים. **הרציונל, הוא למתן את מכבש הלחצים החיצוני הפועל על הדירקטוריון, ולאפשר לזה האחרון לשקול באופן מושכל את שעליו לשקול**.

**{לא לומד בכיתה אבל ליתר ביטחון שיהיה} - פס"ד לנגה** דובר על נושא משרה בחברה שקיבל כסף במישרין מבעל השליטה בחברה כדי שיפעל לפיצול החברה כרצונו של האחרון. השופטת רונן קבעה כי **ברגע שנושא משרה מקבל תגמול ישירות מבעל השליטה בחברה, נוצרת תלות של זה הראשון באחרון, ושיקול דעתו של נושא המשרה בהכרח כבר לא עצמאי.** כמו גם, נושא משרה שלא מקבל שכר מהחברה בלבד, **חשוד שמקבל החלטות בעבור טובתו של משלם שכרו, ולא בעבור טובת החברה.** כך או כך, יכול שיתבע אותו נושא משרה בגין הפרת חובת האמונים בה הוא חב לחברה.

**הסעד** על הפרת חובת אמונים הוא כמו הסעדים על הפרת חוזה (256(א)). המחוקק אומר שכשנמצאים בסיטואציה של חובת אמונים, הסעדים הם סעדים מעולם החוזים ולא מעולם הנזיקין. יש הרחבה מסוימת ב-256(ג) בכך שחברה יכולה לתבוע אדם שידע על הפרת חובת האמונים או שהיה עליו לדעת שהחברה לא התירה את הפעולה. אם יש הפרת חובת אמונים שני הצדדים הקלאסיים הם החברה מול נושא המשרה. השאלה היא מה קורה אם במסגרת אותה ההתנהלות של נושא המשרה שעולה כדי הפרת חובת אמונים יש פעולה כלפי צד ג'. כנראה שההתקשרות עם צד ג' הייתה בפעולה של נושא המשרה שלא כדין. באופן טבעי מזדהים עם צד ג' כצד תם לב, **ולכן החוק קובע שניתן לתבוע צד ג' רק אם הוא ידע על הפרת חובת האמונים.** זה מזכיר את עוולת גרם הפרת חוזה בדיני הנזיקין, לכן נקבע **בפס"ד אינטגריטי** שצד ג' שידע על הפרת חובת אמונים חשוף לתביעה בין אם מתוקף ס' 256(ג) ובין אם מתוקף עוולת גרם הפרת חוזה.

**בפס"ד פפסי**= פס"ד מ1939. גות' היה עסקן בתחום המשקאות הממותקים והייתה לו חברה משלו לצד העבודה שלו בחברת לופט. הוא טען שהמחיר שקוקה-קולה גובים הוא גבוה מדי עבור חברת לופת. גות' מקבל הצעה מאדם נוסף לפתוח חברה ולהשתלט על הנוסחה של פפסי שהיו בקשיים כלכליים באותה העת. גות' לוקח את ההצעה והוא מתחיל להשתמש במשאבים של לופת לטובת המאמצים עם פפסי. הבעיה הייתה שהוא קיבל הצעה שהוא היה מחויב להעביר ללופט אך הוא נמנע מכך. בכך גות' ניצל הזדמנות עסקית של החברה לטובתו האישית (254(א)(4)). חברת לופט עוסקת במוצרים ממותקים, ולא במשקאות בלבד. במסגרת סל המוצרים שלופט מספקת יש גם מוצרים ממותקים תוססים. גות' מנסה להתמקח עם חברת קוקה-קולה אבל הם לא מוכנים להוריד את המחיר. בשל כך גות' מחפש מסלולים חלופיים. עד כאן נשמע שמדובר על מנהל טוב של החברה, רוצה להוזיל עלויות לחברה. בשלב זה מתחיל השיבוש. גות' התחיל לפזול למוצרי פפסי, אבל אז מתברר שאותה החברה ששיווקה את המוצר המתחרה לקוקה-קולה נקלעה לקשיים כספיים גדולים והחלה הליך של פשיטת רגל. חברה זו מתמוטטת כשיש לה ביד דבר שיכול להיות שווה הרבה כסף. הנוסחה של ייצור פפסי שווה הרבה כסף בניהול הנכון. אותו אדם שיצר קשר עם גות' הבין את הפוטנציאל. הבעיה הייתה שלאדם זה לא היה כסף משלו כדי לרכוש את זה. המפרק של החברה הקורסת ניסה למכור את הנוסחה של פפסי. גות' קיבל הצעה לרכוש את הנוסחה של פפסי והסכים לקחת חלק בזה. השניים מקימים חברה שהיא זו שתרכוש את הנוסחה של פפסי קולה (זה הגלגול הנוכחי של פפסי קולה). המניות בחברה הזו מוחזקות בידי גות' ושותפו. **חלק מהתשלום הוא רושם בצ'ק של חברת לופט.** הוא מחזיר את הכסף לחברה אבל בסופו של דבר החברה ביצעה את התשלום הראשוני. הוא גם השתמש במשאבים של לופט לאחר מכן, מאחר שהיו לה משאבים לייצור משקאות. הוא השתמש בציוד של לופט לפיתוח משקאות פפסי, בעוד שמי ששיווק את פפסי הייתה החברה שגות' הקים. אז מגיעה התביעה והטענה של חברת לופט הייתה שגות' מנהל אצלם ומפיק רווחים אישיים. מדוע כשהנוסחה עמדה למכירה הוא לא הביא את ההצעה לשולחנה של לופט**. מכאן עולה השאלה למי שייכת ההזדמנות העסקית של רכישת הנוסחה.** חברת לופט טוענת שההזדמנות העסקית שלה הואיל והיא הגיעה לגות' שהוא נושא משרה אצלה. **הפרת חובת האמונים באה לידי ביטוי בכך שגות' לקח את ההזדמנות העסקית לעצמו.**

**עולה השאלה איפה עובר הגבול בין הזדמנות עסקית שנוגעת לחייו הפרטיים של נושא המשרה לבין הזדמנות עסקית שהוא חייב להציג לחברה בה הוא נושא במשרה.** התשובה מופיעה בפס' 52 לפס"ד פפסי, שם נאמר **שברגע שההזדמנות העסקית היא בתחום הפעילות של החברה נושא המשרה צריך להעביר אותה לידיה**. גות' ניסה לטעון שהנוסחה של פפסי לא נוגעת לעסקיה של החברה מאחר שהיא לא עסקה בייצור משקאות מוגזים עד אותה העת. ביהמ"ש קובע שגות' מיתמם מאחר שכשבוחנים האם זה בתחום הפעילות של החברה יש לבחון האם החברה יכולה לעסוק בנושא זה והאם זה יכול לייצר יתרון לחברה. בסופו של דבר החברה מתעסקת במתוקים, היא תלויה בנושא המשקאות בספקים חיצוניים. אפשרות חלופית לספק שמפקיע מחיר היא לפתוח קו ייצור עצמאי, לכן ברגע שיש הזדמנות כזו זה לא מופרך להגיד שזה יכול לייצר יתרון לחברה. גות' לא יכול להתעלם מהיתרון שהזדמנות זו יכולה ליצר ולהחליט שהוא לוקח אותה לעצמו. עצם התפקוד שלו כנושא משרה בחברה מייצר עליו מגבלות. כל חוזה יוצר מגבלות על החירות, ועל אחת כמה וכמה חוזה של נושא משרה בחברה מול החברה, בו הוא צריך לנהוג כמלאך. בכל המאפיינים של חובת אמונים זה בדיוק מסוג המקומות בהם כל אימת שיש ספק לך לחומרה. אם לא בטוחים האם הנושא נוגע לענייניה של החברה, יש להחמיר ע"מ להטיב עם החברה.

**בפסקה 52 אומר ביהמ"ש משהו חשוב**: אם ההזדמנות היא "אין דה ליין אוף ביזנס", זה טעון כי הרבה פעמים עולות טענות של נושאי משרה בהקשרים כאלו שאומרים שהם לא נוגעים בתחום העיסוק של החברה. נניח שאין מחלוקת וברור ללא דיון שההזדמנות שנושא המשרה נטל על עצמו היא לחלוטין בתחום העסקים של החברה ואין על כך מחלוקת. הדיון עוסק בשאלה האם לחברה יש יכולת כלכלית ללכת על הזדמנות כזו ואז חבל להפנות זאת אליה. **כשביהמ"ש מציג מהי הזדמנות עסקית הם מדגישים שזה במצב שיש לחברה יכולת כלכלית כספית למצות את ההזדמנות הזו.** לפי האן – אין לייחס לזה נופך כה חשוב, מכיוון שלא זו הייתה הטענה בפס"ד, כי לא היה על זה ניתוח יותר מדיי גדול מעבר להזכרת הנושא.

**אם כן, מהו הסעד הנדרש במקרה של הפרת חובת אמונים? חובת האמונים מוצמדת לדיני החוזים, בהתאם לסעיף 256 לחוק, ובכלל זה לסעדים של דיני החוזים**. אם כן, הסעד אינו רק **השבה**, אלא גם שלילת כל רווח שהופק עקב הפרת חובת האמונים, קרי סעד של **עשיית עושר ולא במשפט**. **כלל שק"ד העסקי לא חל במקרים של הפרת חובת אמונים**, מאחר ואחד מתנאיו מתקיים, הוא קיומו של ניגוד עניינים. כמו כן, **אין צורך לבחון האומנם נגרם נזק לחברה, בשונה מהפרת חובת הזהירות**. נקבע שגות' הפר את חובת האמונים.

**פס"ד רני צים של השופט כבוב:** מה שיפה בפס"ד הדין זה שאנו זוכים לקבל דרך פסק הדין של השופט כבוב התייחסות לפסיקה קודמת שהייתה בנושא. **השאלה המאתגרת ששואל כבוב, היא מתי הזדמנות נחשבת כהזדמנות עסקית של החברה ומתי לא?** אם היא של החברה אז לנושא המשרה אין אפשרות לנצל אותה לעצמו – חובת אמונים, אם היא לא של החברה זה משהו אחר לגמרי. הסברנו לפי פס"ד האמריקאי שקו הגבול הוא לא תמיד ברור ואם יש ספק זה תמיד יהיה לחומרת נושא המשרה אבל עד לגבול מסוים. **בא ביהמ"ש ומנסה לאפיין לנו דרך 3 רכיבים שיובילו הזדמנות עסקית כהזדמנות עסקית של החברה.** את זה הוא אומר בהסתמך על פסיקה מוקדמת יותר של השופטת רונן בעניין דהאן. **שלושת הרכיבים אם כן שהופכים הזדמנות עסקית להזדמנות עסקית של החברה:**

1. משתמש במשאבי החברה – שימוש של נושא המשרה במשאבי החברה לצורך מיצוי ההזדמנות.
2. המידע הגיע אליו מתוקף תפקידו בחברה – בניתוח של השופטת רונן שמוזכר ע"י כבוב היא מנמקת ואומרת שאם המידע הגיע אליו מתוקף תפקידו בחברה, אזי שבמהות המידע הזה הוא מידע של החברה. המידע עצמו הוא נכס של החברה ואז בעצם אתה מנצל נכס של החברה לטובתך האישית. המידע הגיע אליך מבחוץ מתוקף תפקידך בחברה וזה בעצם מידע של החברה. נקדים ונומר שזה אחלה ברמה העיונית אבל ברמה הפרקטית ליישם את זה, זה קושי גדול. נושא המשרה יגיד הרבה פעמים שזה לא הגיע אליו מתוקף תפקידו בחברה. זו שאלה עובדתית והרבה פעמים זה לא ייפתר בפשטות.
3. ההזדמנות העסקית הגיעה אליו שלא במסגרת כובעו אבל מבחינה עניינית זה במסגרת הפעילות של החברה– מעלה השופטת רונן מצב שבו אתה מקבל פנייה אליך וכשרותך האישית ולא מתוקף תפקידך. מי שפנה אליך פנה אליך כי הוא מכיר אותך אישית, אבל מבחינה עניינית, עובדתית ואובייקטיבית, התוכן של הפנייה, של ההזדמנות העסקית שמוצגת אליך באה מהתוכן של החברה. זה בליין אוף ביזנס של החברה.

מעבר לשלושת הרכיבים הללו, השופט מעלה שאלה אחרת. הרכיב הנוסף שהשופט מבקש להעלות הוא רכיב שאם אנו כבר מנתחים הזדמנות עסקית, עלינו לחשוב האם במציאות שבה אין לחברה את היכולת הכספית למצות את ההזדמנות העסקית, אז האם זה משהו שנושא המשרה יכול לנצל לעצמו או שזו עדיין הזדמנות עסקית של החברה? הגישה של השופט כבוב היא ש"יש להכיל הגדרה רחבה באשר לקיומה של הזדמנות עסקית ודי בהיות העסקה קרובה... כדי להוות הזדמנות עסקית.. **ללא כל קשר ליכולתה או אי יכולתה לבצע את העסקה**" – משמע, אם זה בליין אוף ביזנס, גם אם אין לחברה יכולת כלכלית לנצל את ההזדמנות זו עדיין הזדמנות כלכלית של החברה. **בפסקה 92**: מציין השופט כבוב – מקובלת עליי עמדת המשיבים וסיווגה של עסקה שכזו מותנה במספר מאפיינים, לרבות התאמתה לתחום העסקה... קביעה זו עולה לגישתי בקנה אחד עם עמדתה של השופטת בעניין פנגאיה בדבר העדר הנפקות בדבר העדר יכולתה של חברה לנצל הזדמנות עסקית". **משמע-** **העדר יכולת כלכלית של חברה לא שוללת את היות הדבר הזדמנות עסקית של החברה!**

בהמשך הפיסקה אומרת השופטת : משכך, נכון וראוי להבחין בין מקרה שהחברה לא אומרת שזה לא מעניין אותה אלא שפשוט אין לה משאבים, לבין מקרה שהיא מחליטה שזה לא מעניין אותה. אם מבחינים בין השניים מבלי להגיד מה משתמע מכל זה, אז אם אין לי יכולת כספית לא איבדת את ההזדמנות!

מסקנתי זו עולה עם עמדתו של עידו לכובסקי, "לדעתי כאשר ברור שהחברה לא תנצל את ההזדמנות העסקית, בין מכיון שאינה יכולה ובין מכיוון שאינה רוצה, אין מקום לאסור על נושא המשרה לנצל את ההזדמנות האמורה". כלומר מהציטוט של עידו לכובסקי היא מסיקה שזו כבר לא הזדמנות עסקית של החברה, גם היא לא רוצה וגם אם היא לא יכולה! הציטוט שלו הולך לכיוון אחר ככה שזה לא לגמרי ברור. אבל מכיוון שהאחים חג'אג' נפסק חודשיים לאחר מכן, אצל השופטת רונן, **היא חוזרת ומציינת במפורש שחוסר יכולת כלכלית כשלעצמה, עדיין לא שוללת היותה של הזדמנות כהזדמנות עסקית של החברה אם זה בליין אוף ביזנס!** השופט כבוב אומר שיש לתת להזדמנות עסקית הגדרה רחבה. אין כל קשר לשאלת יכולת כלכלית, ולכן אם מדובר בתחום העיסוק של החברה זאת עדיין הזדמנות עסקית של החברה. יש להבחין בין מקרה שהחברה מחליטה שההזדמנות העסקית לא מעניינת אותה, לבין מציאות שאין לה את היכולת הכלכלית למצות את ההזדמנות. לפי פרופ' לחובסקי, שאומר שכאשר ברור שהחברה לא תנצל את ההזדמנות העסקית בין מכיוון שהיא אינה יכולה ובין מכיוון שהיא לא רוצה, אין לאסור על נושא המשרה לנצל את ההזדמנות העסקית.

**פס"ד האחים חג'ג':** האחים חג'ג' ערכו בחברה שבבעלותם הסכם תיחום פעילות, שבה הוסכם שתחום הפעילות של החברה יהיה נדל"ן בישראל. התביעה הייתה נגד נושאי המשרה בכך שהם קנו נדל"ן בחו"ל. מנגד טענו שאין ניגוד להסכם וההזדמנות העסקית של החברה, כי החברה הגדירה את גבולות העסקה וההזדמנות העסקית שלה לנדל"ן בישראל. נקבע: לא מדובר בהזדמנות עסקית של החברה כי כך הוסכם בין הצדדים, שכן החברה הגדירה את גבולות העסקה שלה.

**סעיף 255**: חברה רשאית לאשר פעולה מהפעולות שס' 254(א) אוסר עליהן בהתקיים מספר תנאים מצטברים: 1. נושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה; 2. נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים. ס' קטן (ב) מוסיף "אישור החברה לפעולות שאינן פעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לעניין אישור עסקאות, ואישור החברה לפעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לעניין אישור עסקאות חריגות; הוראות הפרק החמישי לגבי תוקפן של עסקאות, יחולו, בשינויים המחויבים, לגבי תוקפן של פעולות".

ביצוע פעולה מפעולות 254(א) מותנה למעשה בתנאים המצטברים הבאים:

* + 1. הפעולה נעשית לטובת החברה.
    2. נושא המשרה פועל בתו"ל.
    3. נושא המשרה מגלה את עניינו האישי זמן סביר לפני מועד הדיון לאישור.
    4. אישור הפעולה בידי החברה (המפנה לפרק העוסק בעסקאות עם בעלי עניין).

**עניין אישי של נושא משרה בעסקה:**

מצד אחד אדם לאדם מלאך היא הנורמה המיוחלת בתחום חובת האמונים, אבל בסופו של דבר יש פער בין הנורמה הערכית שמציבים לבין המצב במציאות שהיא פחות מושלמת. השאלה היא איך חיים עם זה ביום יום, בעיקר כשהסיטואציות בחיים כל-כך מגוונות כך שקשה להתנזר לחלוטין מכל התנסות שנכרית בדרכך ולהסתכל על טובת החברה באופן אקסקלוסיבי. **יכול להיות שמישהו המנהל המסור ביותר בחברה והוא לא מחפש לעצמו הזדמנויות.** החברה שוקלת האם לקנות נכס מקרקעין מחברה אחרת ופתאום המנהל מבין שהחברה ממנה רוצים לקנות היא חברה בה סמנכ"ל הכספים הוא אחיו של המנהל. בין מוכר וקונה יש ניגוד עניינים מובנה (הקונה רוצה לשלם כמה שפחות והמוכר רוצה לשלם כמה שיותר). **המנהל עלול להגיע למצב בו הוא יסכים למחיר מעבר למה שדרוש כדי שאחיו יצליח. בכך הוא לא מגשים את טובת החברה**. לכן צריך לקבוע נורמות שניתן להתמודד איתן בצורה פרקטית. בגלל קושי זה מגיע ס' 255 לחוק. מכאן פונים לפרק הנקרא עסקאות עם בעלי עניין, שמתחיל בס' 268 ומסתיים בס' 283 לחוק. מנסים ליישב בין האיסור ב-254 לבין הסיטואציות שיכולות לעלות במציאות. יש שתי אפשרויות כשנתקלים במצב כזה, אפשרות אחת היא להגיד שיש בעיה של ניגוד עניינים ולכן זונחים את העסקה. מצד שני, יכול להיות שזה מחיר כבד מדי עבור החברה. בסוף רוצים לקדם את טובתה של החברה ויכול להיות שבדיוק העסקה בה טמון ניגוד העניינים היא זו שתשיג את המטרה. לכן האופציה השנייה היא לפעול תחת הוראות הדין.

משום שכך, נקבע בסעיף 255(א) לחוק, כי **בתנאים כאלה ואחרים ניתן יהיה להתקשר בעסקאות הנגועות בניגוד עניינים, מבלי להפר את חובת האמונים**, ובלשון החוק: *"חברה רשאית לאשר פעולה מהפעולות המנויות בסעיף 254(א) ובלבד שנתקיימו כל התנאים האלה: (1) נושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה; (2) נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים".* במילים אחרות, **נקודת המוצא היא כי פעולה תוך ניגוד עניינים, אסורה, אולם בתנאים מסויימים מצטברים, הפעולה תהיה מותרת**. הוראות הפרק החמישי האמור עוסקות בעסקאות עם בעלי עניין, כאשר בעצם **עסקאות עם בעלי עניין** **הם תולדה של סוגיית חובת האמונים**. **שורש הבעיה בעסקאות עם בעלי עניין הוא ניגוד העניינים בו מצוי נושא המשרה**. **משום שכך, אין הכרח לשלול את העסקה מלכתחילה, אלא אל לנושא המשרה לפעול בעסקה הספציפית בה הוא בעל עניין.** **המטרה היא לנטרל את הגורם בעל ניגוד העניינים, בכדי לקדם את טובת החברה**.

בהמשך, סעיף 255(ב) קובע *"אישור החברה לפעולות שאינן פעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לעניין אישור עסקאות, ואישור החברה לפעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לעניין אישור עסקאות חריגות; הוראות הפרק החמישי לגבי תוקפן של עסקאות, יחולו, בשינויים המחויבים, לגבי תוקפן של פעולות"*. מבחינה לשונית סעיף 255 מדבר על פעולות בהן מתעוררת בעיית הנציג, ואילו הפרק החמישי לחוק מדבר על עסקאות של בעל עניין.

**מהו ההבדל בין פעולה לעסקה?** פעולה היא *"פעולה משפטית, בין במעשה ובין במחדל",* ועסקה: *"חוזה או התקשרות וכן החלטה חד צדדית של חברה בדבר הענקת זכות או טובת הנאה אחרת"*. **עסקה היא לרוב יצירת יחסיים משפטיים רצוניים, ולעומתה פעולה היא כל מהלך משפטי, ואינה בהכרח התקשרות רצונית עם גורם אחר**. עניין אישי מתעורר לרוב בהקשר של עסקאות, אבל זה יכול להתעורר גם בהקשר של פעולה משפטית שאינה עסקה. דוגמה לפעולה משפטית היא למשל שאלה המגיעה לדיון לגבי הגשת תביעה משפטית נגד גורם אחר בשל נזק שנגרם לחברה. אם לנושא המשרה עניין אישי בנושא (למשל אחיו עובד בחברה אותה רוצים לתבוע) הרי שמדובר בפעולה בה יש לנושא המשרה עניין אישי.

**מתי עסקה נחשבת לעסקה של בעל עניין?** סעיף 270 מפרט עסקאות בהן מתקיים **עניין אישי של נושא המשרה**. מהו עניין אישי? *"עניין אישי של אדם בפעולה או בעסקה של חברה, לרבות ענין אישי של קרובו ושל תאגיד אחר שהוא או קרובו הם בעלי ענין בו, ולמעט ענין אישי הנובע מעצם החזקת מניות בחברה, לרבות עניין אישי של אדם המצביע על פי ייפוי כוח שניתן לו מאת אדם אחר אף אם אין לאחר עניין אישי, וכן יראו הצבעה של מי שקיבל ייפוי כוח להצביע בשם מי שיש לו עניין אישי כהצבעה של בעל העניין אישי, והכל בין אם שיקול הדעת בהצבעה הוא בידי המצביע ובין אם לאו".* **בתוך כך, קרוב הוא** *"בן זוג, אח או אחות, הורה, הורי הורה, צאצא, וכן צאצא, אח, אחות או הורה של בן הזוג או בן זוגו של כל אחד מאלה"*, **ובעל עניין הוא** *"בעל מניות מהותי, מי שיש לו הסמכות למנות דירקטור אחד או יותר או את המנהל הכללי, ומי שמכהן בחברה כדירקטור או כמנהל כללי".* בהתאם להגדרתו של הפילוסוף קלארק, **עניין אישי קיים מקום בו מתקיימים שלושה רכיבים מצטברים:** ראשית, **נושא המשרה נמצא בעמדת קבלת החלטות בחברה** (ולפיכך עליו לפעול לטובת החברה); שנית, **בעניין ההחלטה הרלוונטית יש לנושא המשרה אינטרס מסוים מן הצד השני של המתרס**, קרי מחוץ לחברה; שלישית, **האינטרס מחוץ לחברה גדול בהשפעתו על נושא המשרה מאשר השפעתו של אינטרס טובת החברה**. לרוב, קשה לאפיין את הרכיב השלישי, אך יחד עם זאת כשיש ספק, אין ספק, מאחר שנק' המוצא היא שקיים איסור על פעולה תוך ניגוד עניינים.

**סעיף 270:** מפרט עסקאות של החברה הטעונות אישורים, בהינתן שהן אכן לטובת החברה. סעיף קטן (1) קובע "עסקה של חברה עם נושא משרה בה וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה יש בה ענין אישי". עסקה מסוג זה היא מקרה קלאסי של ניגוד עניינים. בניגוד לס' 254, לא אומרים שאסור אלא שזה מתאפשר בתנאים מסוימים. משמע, נקודת המוצא היא שאסור אך יחד עם זאת בהתקיים אישורים מסוימים זה מותר.תנאי אחד שעולה מס' 270 הוא שהעסקה היא לטובת החברה. תנאי נוסף שעולה הוא שיהיה אישור של החברה. **סעיף 269** – קובע את חובת הגילוי של נושא משרה על עניין אישי שיש לו בעסקה שבאה לאישור בדיון של החברה. **תו"ל** – לא ברור למה אין סעיף שנוגע לתו"ל בפרק החמישי. הגיוני ליישם את תו"ל בהיקש בעסקאות עם בעלי עניין ולא להניח שמדובר בהסדר שלילי.

|  |  |
| --- | --- |
| **סעיף 255** | **עסקאות עם בעלי עניין** |
| טובת החברה | טובת החברה (270) |
| בתום לב |  |
| גילוי עניין אישי | גילוי עניין אישי (269) |
| אישור הפעולה בידי החברה | אישור לפי הוראות הפרק (270) |

**למהלך של עסקאות עם בעלי עניין יש שני רכיבים מעשיים (גילוי עניין אישי ואישור לפי הוראות הפרק) ורכיב אחד פרשני (לטובת החברה).** על נושא המשרה לגלות באופן אקטיבי את האינטרס האישי שלו לפני שדנים בחברה בעניין. את התנאי של אישור לפי הוראות הפרק נפצל לשניים, הדרה ואישור מורכב. הלב של ביצוע מהלך כזה של אישור עסקה עם בעל עניין נמצא בשני הרכיבים גילוי והדרה. **על נושא המשרה בעל העניין לגלות ולהוציא עצמו ממהלך קבלת ההחלטה**. רק כך ניתן להפוך מהלך זה לכשר ולמנוע את הפגיעה הפוטנציאלית של נושא המשרה באינטרס של החברה (הרכיבים הנדרשים הם מצטברים וחייבים שכולם יתקיימו ע"מ להכשיר המהלך).

* **גילוי** – זה מתקשר לחובת הזהירות של נושא המשרה. בחובת הזהירות דורשים שההחלטה תהיה מיודעת, וכאן דורשים שהעניין האישי ייחשף ע"י נושא המשרה בפני הדירקטוריון. לא בכדי טורח המחוקק להבהיר מה קורה אם נושא המשרה לא יגלה כנדרש. בס' 283 **נקבע "נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 269 יראו אותו כמי שהפר את חובת האמונים"**. אם מניחים שנושא משרה גילה את עניינו האישי אבל לא הוציא עצמו החוצה, לא ניתן להגיד שבכך שהוא קיים את חובת הגילוי. **הרכיבים הנדרשים הם מצטברים,** **ולכן יש להראות שכולם מתקיימים ע"מ להראות שלא הופרה חובת האמונים. חשוב לזכור את ההקשר, כל הפרק עוסק בהכשרה של דבר אסור לפי ס' 254. רק בהתקיים כל התנאים המנויים בפרק ניתן להגיד שהמהלך כשר ושלא הייתה הפרה של חובת האמונים.**
* **הדרה** – מבקשים להדיר את בעל העניין האישי ממעורבות בקבלת החלטה בחברה באותו הנושא בו יש לו עניין אישי. הדרה זו נמצאת בס' 278(א) האוסרת על בעל העניין לנכוח בדיון ובהצבעה. לא סומכים על נושא המשרה בעל העניין שיצליח לנטרל את העניין שלו בנושא, מאחר שבסוף כולם בני אדם.
* **אישור מורכב** - בגלל העניין האישי דורשים אישור של יותר מגורם אחד. דורשים את האישור בשתי רמות החלטה, לפעמים בשלוש.ס' 271 קובע "עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1), שאינה עסקה חריגה, טעונה אישור הדירקטוריון, אלא אם כן נקבעה דרך אישור אחרת בתקנון". אישור זה הוא אישור סטנדרטי. עם זאת, ס' 272 קובע שאם מדובר בעסקה חריגה היא טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון. אם לחברה פרטית אין ועדת ביקורת נדרש אישור של הדירקטוריון כאשר נושא המשרה אינו דירקטור. אם נושא המשרה הוא דירקטור נדרש בנוסף אישור של האספה הכללית.

רוב העסקאות בהן נושא העניין האישי מתעורר הן עסקאות חריגות. **עסקה חריגה היא כפי שמוגדר בחוק "עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה".** מספיק שתנאי אחד מאלו מתקיים ע"מ להגדיר את העסקה כעסקה חריגה. ברגע שהעסקה מוגדרת כחריגה, נדרשים האישורים המופיעים בס' 272. בחברה ציבורית כאמור נדרש אישור של ועדת הביקורת לצד אישור הדירקטוריון. אם זו חברה פרטית ייתכן מצב בו לא תהיה לה ועדת ביקורת. אם נושא המשרה אינו דירקטור ניתן לקבל אישור מהדירקטוריון בלבד במצב זה. אם נושא המשרה הוא דירקטור, נדרש אישור הן מהדירקטוריון והן מהאספה הכללית. האישור בשני שלבים נדרש מאחר שגם כאשר נושא המשרה הדירקטור מוציא עצמו מההחלטה בעניין חוששים ממצב בו שאר הדירקטורים יקבלו את ההחלטה שלהם במחשבה על אותו הדירקטור ועל האינטרסים שלו (לא יהיה להם נעים ממנו), ולכן רוצים להעלות את ההחלטה לגורם נוסף. יחד עם זאת, אם מסתכלים על המציאות מגלים שהרבה פעמים הרכב הדירקטוריון לא שונה בהרבה מהרכב האספה הכללית, מה שמוביל למקומות מורכבים.

נניח פעולה של עסקה שבה לנושא משרה יש עניין אישי: באה חברה ודנה האם להגיש תביעה בביהמ"ש נגד חברה מתחרה שלה. במסגרת הדיון משתתף נושא המשרה והוא בכל תוקף מתנגד להגשת התביעה. אשתו היא המנכלית של הגורם שאנו רוצים לתבוע. האם נגוע מהלך אישי בעניין הזה? כן. האם זה תקין שהוא ישתתף במהלך? לא. יש חשש שהוא לא יקדם את טובת החברה כדי לא לפגוע באשתו שנמצאת בצד השני של המתרס. אבל אומרים לו שבכדי לצאת תקין מבחינה משפטית, הוא יכול לבוא ולהגיד לחברה שלתבוע את הצד השני זו פעולה ולא עסקה, זו לא התקשרות חוזית, ובפעולה זו אני בא ומספר מראש שיש לי נגיעה אישית כי אשתי מנכ"לית של הגורם שרוצים לתבוע ולכן אני מבין שלא תקין שאני אהיה מעורב בקבלת ההחלטה ואני יוצא. אני משאיר לשאר הגורמים הרלוונטיים לדון, כי להם אין עניין אישי. כשידונו בזה בחברה, מי שיצטרך לדון הוא מי שנוגע לרכיב של האישור המורכב. זה בעצם המהלך. אם עשיתי כך והחברה בסופו של דבר קיבלה החלטה לא לתבוע את הצד השני, האם אח"כ ניתן יהיה לבוא אליי בטענות? לא! כי לא אני הובלתי את זה ולא הסתרתי מהחברה, מנעתי מעצמי להיות מעורב ואחרים קיבלו את ההחלטה. קו ההבחנה בין פעולה לעסקה הוא נחמד אבל הוא פחות חשוב מבחינת הבנת הדינמיקה. מבחינת זווית המבט של שטראוס: האם אני נמצא כרגע בעמדת קבלת החלטות? כן, לפי קלארק. האם יש לי אינטרס בצד השני של המתרס? כן זו עסקה שיש לי בה נגיעה אישית. האם יש ניגוד עניינים? כן. האם יש תרופה לכך? כן! הפרק של בעלי עניין.

ס' 270 שמדבר על עסקאות שטעונות אישור, מציג אבות טיפוס של עסקאות בהן לנושא משרה יש עניין אישי. כשקוראים את ס"ק 1 נראה שהוא כולל את הכל ("כאשר לנושא המשרה יש עניין אישי"), אז מה הנפקות של ס"ק (2) (3). כאשר אומרים שלנושא משרה יש עניין אישי עולה שאלה מעניינת והיא "עד כמה עניין אישי"? **האם ניתן למדוד את זה, מה מידת העניין האישי שלו. אלו דברים שקשה למדוד אותם, ולכן מספק נלך לחומרא**.

**מהו תהליך ההכשרה של פעולות או עסקאות בהן על פניו מתעוררת בעיית הנציג ביחס לחובת האמונים בה הוא חב?**

1. ראשית כל, הנחת המוצא היא **שהעסקה היא לטובת החברה**, לפי סעיף 270 לחוק. **כיצד בוחנים האם העסקה לטובת החברה?** בהתאם **לפס"ד ורדניקוב** , ככל ועסקה עם בעל עניין אושרה כנדרש בפרק החמישי לחוק, חזקה כי המדובר בעסקה לטובת החברה. משום שכך, ומאחר וקיימת הקפדה בעולם העסקי על קיום הוראות הפרק החמישי, ברוב המקרים לא תתגבש עילת תביעה. – המהלך הרלוונטי איננו פוגע בטובת החברה. נדייק: אם אנו מסתכלים על זה כהקבלה עם ס' 255, אמרנו שמבחינת הדיוק המשפטי, אני פונה ל255 כשמדובר בפעולה, ואילו לפרק של עסקאות עם בעלי עניין זוהי פעולה שהיא לטובת החברה. "לטובת החברה" – צריך להוכיח שיש בה משהו חיובי, ואילו "לא פוגעת בטובת החברה" –

בתיקון מס' 16 לחוק החברות, נכנס תיקון ששיניה את הלשון בפרק של עסקאות עם בעלי עניין, בסעיף 270, "ובלבד שהעסקה היא לטובת החברה". תיקון 16 בא והבהיר מסר שאמר שיש לשנות מ"העסקה לא פוגעת בטובת החברה" ל"העסקה היא לטובת החברה", כנראה ולא שמו לב ולא תיקנו ב255 ולכן זה אותו ביטוי.

1. על בעל העניין בעסקה חלה **חובת גילוי מראש**, בהתאם לסעיף 269(א) לחוק הקובע כי *"נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה*
2. **הדרה.**
3. **אישור מורכב** לעסקה עם בעל העניין, שאלמלא העניין האישי בעסקה הוא לא היה נדרש. החברה מודעת לכך שהנושא הנדון הוא בעל נגיעה אישית שלה עם נושא משרה. הם יוצאים החוצה, אבל עדיין הנקודה הזו בעיני המחוקק מעוררת רגישות מעצם העובדה שיש מישהו שיש לו נגיעה אישית. מכיוון שזה רגיש אומר המחוקק, בואו ננסה לנקות את הכתם, לשחרר את החברה ממנו, איך? אילו ההחלטה הרלוונטית שמשתרבבת, הייתה עולה על הפרק בחברה ללא הנגיעה האישית, כלומר בסיטואציה מקבילה שבה אין נגיעה אישית לאף אחד, אזי שעל פי דיני החברות הגורם שאמור היה לקבל את ההחלטה אם לבצע את אותו המהלך הוא גורם X נניח המנכ"ל בלבד או הדיריקטוריון. מכיוון שיש אותו מהלך אבל עם השתרבבות של מי מנושאי המשרה, נדרוש אישור מורכב יותר. לא של רמת החלטה אחת אלא אפילו מעבר לכך 2-3 כשההנחה היא ש"אם נעביר את זה ב2 כביסות הכתם יתנכה טוב יותר". מהי דרישת האישור המורכב, קרי **עבור אילו עסקאות נדרשים אילו אישורים בחברה?** קיים **מדרג** מסוים, כך **ככל שרמת ניגוד העניינים עולה, מסכת האישורים שתידרש לה העסקה מורכבת יותר**.סעיף 270 קובע אילו עסקאות טעונות אישורים, וסעיפים 271-273 קובעים אילו אישורים נדרשים:

ס' 270(2) עוסק בעסקת התקשרות של חברה עם נושא משרה שאינו דירקטור באשר לתנאי כהונתו והעסקתו (למשל מנכ"ל), ומפנה לס' 272. ס' 272 קובע שבחברה ציבורית יש חובה ע"פ החוק שיתקיימו וועדות משנה של דירקטוריון- ועדת ביקורת וועדת תגמול. וועדת ביקורת עוסקת בבקרה, ואחד מתפקידיה המרכזיים הוא להיות שחקן פעיל בכל מקום שמתעורר עניין של אינטרס אישי. בחברה פרטית לא נדרש וועדת ביקורת, ולכן אם מדובר בחברה פרטית נדרש אישור רק של הדירקטוריון אם אין לחברה וועדת ביקורת. - ***טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון***

ס' 270(1)(א) קובע שאם יש נושא משרה בחברה, וחברת הבת נמצאת בבעלותו ושליטתו המלאה, ויש עסקה בין שתי החברות, אין צורך באישור ע"פ פרק עסקאות עם בעלי עניין.

ס' 270(3) מדבר על עסקה שנושא משרה הוא גם דירקטור באשר לכהונתו והעסקתו, ומנתב לס' 273. ס' 273 קובע שנדרשים 3 רמות של אישור- ועדת תגמול, אישור הדירקטוריון ואישור האספה הכללית. אם מדובר בחברה פרטית אין צורך באישור ועדת תגמול.

|  |  |
| --- | --- |
| **עסקאות הטעונות אישור** | **האישורים הנדרשים** |
| בהתאם לסעיף 270(1), *"****עסקה*** *של חברה עם נושא משרה בה וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה יש בה* ***ענין אישי****"*, כאשר קיימת הבחנה בין עסקה חריגה לעסקה שאינה חריגה. מסעיף זה אפשר ללכת לסעיף 271 שזה רמת אישור של דריקטוריון אלא אם נקבע אחרת, משמע שהאישור הזה הוא דיספוזיטיבי. **אבל זה יכול להוביל אותנו גם ל272, אז איך אחליט לפי איזה סעיף ללכת? השאלה היא האם העסקה שאנו מדברים עליה היא עסקה חריגה.** אומר המחוקק אם זה לא חריג – 271 זה מנגנון האישור שלך, אולם אם זוהי עסקה חריגה– סעיף 272 זה המכוון. **מהי עסקה חריגה?** עסקה חריגה היא עסקה שמתקיים בה לפחות אחד משלושת המצבים המנויים בחוק, הם ***"עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה".***כלומר זה או זה או זה או זה. **בכדי שהיא לא תהייה חריגה, אתה צריך לשלול כל אחד מהרכיבים.** *כמו כן,* קיימת הבחנה בין **פעולה רגילה לפעולה מהותית**, אם כי ההבדל בין השתיים לא ברור. יש התייחסות של הרשות לניירות ערך, אשר מפרסמת עמדת רשות בפומבי או עמדה בה התייחסה לשאלה כמו מה ייחשב בעיני הרשויות המהלך שהיא עושה, האם זה חריג? האם זה נחשב בתנאי שוק? מה שנחשב בעיני הרשות לא אומר שזה סוף פסוק בעיני ביהמ"ש. מבחינה פרקטית רוב העסקאות הן עסקאות חריגות, **כדי להיות עסקה לא חריגה זה לא פשוט.**  **תנאי שוק זה אומר שתנאי העסקה תואמים, לא זולגים אל התנאים הקיימים באותו הקשר בשוק בהנחה שיש באמת שוק זמין נוח וברור להשוואה,** אך לא תמיד יש שוק כזה, למשל - עסקה שבה נושא המשרה רוצה למכור נכס שבבעלותו לחברה, נשאל האם זו עסקה חריגה או לא ונתמקד ברכיב תנאי השוק;  נניח שבעסקה נושא משרה רוצה למכור נכס שבבעלותו לחברה. אנו שואלים האם זו עסקה חריגה ואנו רוצים להתמודד עם השאלה האם זה בתנאי שוק? נניח שנושא המשרה, הנכס שהוא עומד למכור לחברה הוא מגרש, נכס מקרקעין. קובעים מחיר מסוים ומחכים לאישור החברה. אומר מישהו, זה בתנאי שוק. מה השוק אבל? איך אתה יודע? לעומת זאת נניח שהנכס זה מניות שבבעלותו. **יש לו מניות שהוא קנה בחברה מסוימת, חברה ציבורית, והמניות נסחרות בבורסה אז יש שער בבורסה של מניות.** הוא מוכר באותו מחיר שהוא סחר ולכן זה בתנאי שוק, יש יותר מדד לדעת. ע"פ סעיף 272 בחברה ציבורית יש חובה ע"פ חוק שיתקיימו ועדות משנה של דריקטוריון. ועדה אחת שחובה שתתקיים היא ועדה ששמה ועדת הביקורת, והשנייה היא ועדת תגמול. ועדת ביקורת עוסקת בבקרה כולל עבודה רבה עם גורמי הביקורת ואחד תפקידיה המרכזיים הוא להיות שחקן פעיל בהקשר שאנו מדברים עליו כיום, שמתעוררת נגיעה אישית, ועדת הביקורת תגיע כגורם סינון לפני הדירקטוריון – אלו הן 2 רמות אישור. אם זה לא חברה ציבורית אלא פרטית, הדירקטוריון בלבד יאשר, לפעמים. אבל אם הוא הדירקטור צריך 2 רמות אישור. | בהתאם לסעיף 271, לעניין **פעולה רגילה**, וכן *"עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף* ***270(1)****,* ***שאינה עסקה חריגה****, טעונה* ***אישור הדירקטוריון****, אלא אם כן נקבעה דרך אישור אחרת בתקנון".* |
| בהתאם לסעיף 272(א), לעניין **פעולה מהותית**, וכן *"עסקה של חברה, שמתקיים בה האמור בסעיף* ***270(1)*** *והיא* ***עסקה******חריגה****, או עסקה של חברה פרטית שאינה חברת איגרות חוב שמתקיים בה האמור בסעיף 270(2), טעונה* ***אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון****".* בהתאם לסעיף 272(ב), *"לא הייתה לחברה פרטית שאינה חברת איגרות חוב ועדת ביקורת, טעונה העסקה אישור הדירקטוריון בלבד אם נושא המשרה אינו דירקטור, ואם נושא המשרה הוא דירקטור גם אישור של האסיפה הכללית"*. |
| בהתאם לסעיף 270(2), *"התקשרות של חברה עם נושא משרה בה* ***שאינו דירקטור, באשר לתנאי כהונתו והעסקתו****"*, לרבות משך העסקה, רכישת פוליסת ביטוח ופטור מאחריות. תנאי כהונה והעסקה של נושא משרה שאינו דירקטור. למשל סמנכל, או מנכל אם הם לא דירקטורים.  **אבל אם זו חברה ציבורית – נלך לפי 272(ג)(1) – ונצטרך אישור של ועדת תגמול ולאחר מכן אישור דירקטוריון!** | בהתאם לסעיף 272(א), *"עסקה של חברה, שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1) והיא עסקה חריגה, או עסקה של חברה פרטית שאינה חברת איגרות חוב שמתקיים בה האמור בסעיף* ***270(2)****,* ***טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון****".* |
| בהתאם לסעיף 270(3), **בחברה ציבורית ובחברה פרטית שלה ועדת תגמול**, *"התקשרות של חברה* ***עם דירקטור*** *בה באשר* ***לתנאי כהונתו והעסקתו****, לעניין* ***כהונתו כדירקטור****, וכן לעניין העסקתו* ***בתפקידים אחרים****, אם הוא מועסק כאמור"*, לרבות משך העסקה, רכישת פוליסת ביטוח ופטור מאחריות. בכל תנאי קיומו כדירקטור, או שמקשרים איתו בהסכם כמנכל החברה. | בהתאם לסעיף 273(א), *"עסקה של חברה שמתקיים בה האמור בסעיף* ***270(3)****, טעונה* ***אישורו של הדירקטוריון ולאחריו אישורה של האסיפה הכללית****, ובחברה ציבורית וכן בחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב, טעונה העסקה* ***אישור ועדת התגמול****, קודם לאישור הדירקטוריון.* |

בסעיף 270(1)(א), עסקה של חברה עם נושא משרה וכן עסקה עם אדם אחר שלנושא המשרה יש עניין אישי, טעונים אישור, אולם לא יראו נושא משרה בחברת אם וגם בחברת בת הנמצאת בשליטתה המלאה כבעל עניין אישי בין חברת האם לחברת הבת. אומר הסעיף – אני קובע חריג אחד. נניח שיש חברת אם שמחזיקה 100% מניות ואדם מסוים שהוא דירקטור גם בחברת האם וגם בחברת הבת, ויש עסקה ביניהם. בא הסעיף ואומר סיטואציה כזו אנו מחריגים החוצה, מעצם זה שאתה דירקטור בשני המקומות לא יצור נגיעה אישית, כלומר אין צורך לאשר עסקה שכזו.

**תנאי כהונה והעסקה כוללים שכר, בונוסים, תגמול, משך הכהונה, אפשרות הארכה, וכן פטור מאחריות, ביטוח ושיפוי**.

אנו לא צריכים להסיק שרשימת המכולת של סעיף 270 מעלה דברים שהם פגומים או פסולים, אלא זה יכול להיות לגיטימי. הבעייתיות היא שאנו לא בטוחים כשהוא מעורב בקבלת החלטה הוא לא מערבב את האינטרס האישי שלו. לא בגלל שזה פגום מוסרית אלא משום שזה מועד שלא להגשים את טובת החברה.

**אומר המחוקק אני מבחין בין נושא משרה שהוא דירקטור לבין שאינו. אם הוא דירקטור אני אדרוש שלוש רמות כולל ועדת תגמול אם יש (במקום ועדת ביקורת), דירקטוריון ואספה כללית. ואם זה חברה פרטית לא תהייה ועדת תגמול, אך תמיד יצטרכו להגיע עד לוועדה הכללית.**

**הרחבה לעניין רכישת הביטוח -** בד"כ כשרוכשים ביטוח לא מבצעים משא ומתן בנוגע לרכישת פוליסת ביטוח לכל דירקטור כשלעצמו, אלא רוכשים פוליסת ביטוח אחת לכל קבוצת נושאי המשרה בחברה, יחד. אם כך, זה אומר שזה תמיד יהיה לפי סעיף 273, אך לתוך זה משתרבב אלמנט נוסף 🡨 במקרה כזה, מתברר שזה לא נושא משרה אחד שיש לו עניין אישי, **אלא מדובר בעניין שעולה בחברה שבו לכל נושאי המשרה יש עניין אישי כי כולם עומדים להיות מבוטחים, זה ביטוח עבור כולם.** לכן, לכל הדירקטוריון יש עניין אישי והשאלה היא איך מתמודדים עם הדבר.

לפי האן, מפעילים את סעיף 273 בלבד, וזאת תוך כדי הסתכלות על סעיף 278(ג) 🡨 "היה לרוב הדירקטורים בדירקטוריון החברה ענין אישי באישור עסקה כאמור בסעיף קטן (א), טעונה העסקה גם אישור האסיפה הכללית".

סעיף 278(א) קובע שנושא משרה שיש לו עניין אישי בנושא יצא החוצה ולא ישתתף בדיונים ויצביע, וסעיף 278(ג) קובע שאם בוועדת הביקורת/ התגמול/ הדירקטוריון שדנים בעניין יש עניין אישי בנושא הנדון לרוב הפונקציונרים שיושבים שם, ולא לאחד או לכמה בודדים מתוכם - אז בהגדרה, **נדרשת גם האסיפה הכללית, אך הדירקטוריונים כבר יכולים להישאר ולהשתתף בדיונים ולא צריכים לצאת החוצה** 🡨 המחוקק נתלה ברמה שמעל הדירקטוריונים, שזו האסיפה הכללית שתהווה בקרה, וזאת משום שיש מתח בין שתי נקודות:

1. מצד אחד, אנו תמיד רוצים שמי שיש לו נגיעה אישית יצא החוצה ולא ישתתף בדיונים.
2. מצד שני, בקבלת החלטות במסגרת קבוצתית כמו הדירקטוריון, יש את דרישת המניין החוקי - אנו רוצים שהחלטות יתקבלו ע"י מספר מינימלי של אנשים, ולא באופן אקראי. ברירת המחדל לפי החוק שניתן להתנות עליה בתקנון היא שמתקיים מניין חוקי בישיבת דירקטוריון כאשר נוכחים בה רוב הדירקטורים. לא נרצה שתתקיים ישיבת דירקטוריון כאשר רוב הדירקטורים לא נמצאים, ודרישת המניין החוקי קובעת שישיבה שלא עומדת בדרישה זו היא איננה אפקטיבית, וכל החלטה שתתקבל בה לא תקבל תוקף משפטי.

אם לרוב הדירקטורים יש יגיעה אישית והם יצטרכו לצאת החוצה - לא נוכל לייצר את הפורום המינימלי למניין חוקי ולקיים ישיבת דירקטוריון בעניין זה. לכן, המחוקק מבין את הבעיה והוא מתמודד איתה דרך סעיף 278(ג) וקובע שניתן להשאיר את הדירקטורים בדיון בכדי שיתקיים מניין חוקי, וברור לו שהאישור שלהם הוא אישור חשוד מלכתחילה כי הם בעלי נגיעה אישית וזה לא באמת נותן לו משהו, ולכן הוא מעלה את הכדור למעלה לאסיפה הכללית, שבעלי המניות יחליטו, גם אם לפני כן לא נדרשנו לאסיפה הכללית.

**כשמדובר בתנאי ההעסקה והכהונה של הדירקטורים בהיבט של רכישת הביטוח** - סעיף 273 ממילא דורש את האסיפה הכללית, כך שאנו נמצאים באותו המקום. אך לפני שזה יעלה לאסיפה הכללית, הדירקטוריון ידון בתנאי ועלות הביטוח ויאשר את ההחלטה למרות שיש לו עניין אישי, וזאת בשל דרישת המניין החוקי.

**העיקרון לפיו "העסקה היא לטובת החברה" או "לא פוגעת בטובת החברה" (סעיף 255):**

**הדנים בעסקה מודעים לעניין האישי ולוקחים אותו בחשבון, וצריכים גם לשאול עצמם האם העסקה הזו היא לטובת החברה או שלא?**

לפי המרצה, תמיד הם צריכים לשאול על כל עניין שמובא לפניהם לקבלת החלטה האם זה לטובת החברה או שלא, כי זהו תפקידם גם אם לא היה עניין אישי, אך כאן בעצם אומרים להם שעליהם לחשוב על זה היטב - לאחר שהגורם בעל העניין האישי יוצא מהחדר הם דנים בנושא ובודקים האם העסקה היא לטובת החברה או שלא, ישמעו חוות דעת ועוד. **אך מה פועלו הפרקטי של סעיף זה?**

פועלו הפרקטי של סעיף זה, הוא לפתוח פתח (לפחות מבחינה עקרונית) לתקוף את המהלך/ הפעולה/ העסקה שמקודמים פה, חרף קיום כל יתר התנאים - כלומר, נושא המשרה גילה את עניינו האישי, יצא מהחדר, היה אישור מורכב כנדרש, ולמרות כל זאת 🡨 יכול לבוא מישהו ולהגיד שהעסקה היא לא לטובת החברה ולכן היא לא אמורה לקבל אישור. **מי זה הגורם שיתקוף את הנושא אחר כך?**

אלו סמית, ורדניקוב - אותם האנשים שביקשו להגיש תביעה נגזרת בבית המשפט יטענו שחרף כל תהליך האישור, העסקה היא לא לטובת החברה. **סעיף זה פותח את הפתח העקרוני לבחינה ולביקורת שיפוטית של העסקה גם לאחר האישור שלה** 🡨 רכיב זה בעצם מותיר פתח לעין בוחנת ולביקורת שיפוטית של ביהמ"ש על המהלכים האלו שיש בהם סוגיית חובת אמונים, נגיעה אישית של נושא משרה כזה או אחר - למרות כל תהליך ההכשרה עדיין ביהמ"ש יכול לאחר מכן לבחון זאת ברמה העקרונית.

המחוקק הישראלי בנה קונסטרוקציה שונה מארה"ב - **המחוקק שאב השראה מדלאוור, אך בנה הסדר אחר:**

מה קורה אם משהו השתבש בתהליך האישור, **כך שאחת משלושת החוליות לא הוגשמה במלואה?** למשל, נושא המשרה לא יצא מהחדר בעת קבלת ההחלטה, או שהוא לא גילה את עניינו האישי בכלל או בצורה הראויה.

**לאן פגמים בהליך האישור מובילים אותנו מבחינה משפטית?**

נקודת המוצא שלנו היא שאם ישנה נגיעה אישית אז יש בעיית חובת אמונים, אך המחוקק פתח לנו פתח שיש לעשותו בדקדקנות מצטברת וזאת בכדי להתיר את הפעולה. לכן, **במידה וזה לא נעשה לפי התנאים, אנו חוזרים לנקודת הבעייתיות הפותחת –** כך שנושא המשרה יהיה חשוף לתביעה בגין הפרת חובת האמונים.

**מהו הדין לעניין עסקאות עם בעל עניין במדינת דלוואר? בפס"ד טקניקולור (Technicolor)**, נטען נגד עסקת מיזוג כי במהלכה הופרה חובת האמונים. ביהמ"ש קבע כי לא כל עסקה עם בעל עניין תיפסל על הסף, כי אם על העסקה לעמוד במספר קריטריונים. קריטריונים אלו כוללים את **הנחת המוצא כי העסקה הוגנת וטובה לחברה**. **בכדי לבחון האם העסקה הוגנת וטובה לחברה, יש לבחון את הגינות ההליך, בהתאם לפרוצדורה של המשפט המקובל, והגינות המחיר**. ככל והליך קבלת העסקה לא היה הוגן, יהיה קשה יותר להוכיח את הגינות המחיר, ולהפך. מהי הפרוצדורה של המשפט המקובל לעניין הגינות ההליך? **קיומה של חובת גילוי והדרה של בעל העניין האישי מהעסקה**. ברבות השנים, נוספה **דרישה** **להקמת ועדה בלתי תלויה לבחינת העסקה, וכן דרישה לאישור הדירקטוריון**. על הנתבעים מוטל הנטל להוכיח כי קריטריונים אלו מתקיימים. בדנן, חברת טקניקולור הוכיחה קיומם של קריטריונים אלו, ועסקת המיזוג נותרה בעינה. עולה, כי **רב הדמיון מן השוני** בין הדין בישראל לדין בדלוואר. אומנם, שעה שהדין בישראל הוא דין סטטוטורי, הדין בדלוואר הוא משפט מקובל. כמו כן, מבחינה תיאורטית, **הדין הישראלי מהווה בלם יותר חזק לעסקאות עם בעלי עניין**. בעקבות האמור, ניתן להבחין **בגישה הדיכוטומית של הדין בדלוואר**. רוצה לומר, כאשר ביהמ"ש בדלוואר בוחן את בעיית הנציג, תחילה הוא יבחן את קיומו של כלל שק"ד העסקי, כאשר נטל ההוכחה מוטל על התובע. ככל והאחרון לא מתקיים, הוא יבחן האם הופרה חובת הזהירות או שמא חובת האמונים, ביחס לסטנדרט ההגינות המוחלטת, כאשר נטל ההוכחה מוטל על הנתבע. לעומת זאת, כאשר ביהמ"ש בישראל בוחן את בעיית הנציג, תחילה הוא יבחן האם הופרה חובת הזהירות, בהתאם לכלל שק"ד העסקי ובהמשך ביחס לסטנדרט הסבירות לפי הצורך, או שמא חובת האמונים.

**מהם הסעדים במקרה בו אחד מהתנאים לעסקה עם בעל עניין לא התקיים?**

מבחינת קשת הסעדים למקרה שמשהו לא עובד, לא הקפידו על הנדרש, הסעדים הם בשני מישורים שלא סותרים אחד את השני. מישור אחד – סעד כספי במובן של תביעה נגד נושא המשרה על הפרת חובת האמונים כמו שראינו בסעיף 256. מישור שני – ביטול והשבה שמפורש בחוק בסעיפים 280-281.

* ככל והעסקה נערכה בין נושא משרה בעל עניין אישי **לחברה**, בהתאם לסעיף 280 תהיה **בטלות מוחלטת של העסקה**.
* ככל והעסקה נערכה בין החברה, שאיתה נמנה נושא משרה בעל עניין אישי, **לאדם אחר**, בהתאם לסעיף 281, **העסקה** **בת** **בטלות**. ובלשון הסעיף, *"חברה רשאית לבטל עסקה עם אדם אחר, הטעונה אישור כאמור בפרק זה, למעט עסקה כאמור בסעיף 271, וכן רשאית היא לתבוע ממנו* ***פיצויים*** *בשל הנזק שנגרם לה אף בלא ביטול העסקה,* ***אם אותו אדם ידע*** *על ענינו האישי של נושא המשרה בחברה באישור העסקה או על ענינו האישי של בעל השליטה בחברה הציבורית או בחברה הפרטית שהיא חברת איגרות חוב באישור העסקה,* ***וידע או היה עליו לדעת******על העדר אישור******לעסקה*** *כנדרש לפי פרק זה".* בעסקה עם אדם אחר החברה רשאית לתבוע ממנו פיצויים בשל הנזק גם בלי ביטול העסקה אם אותו אדם ידע על עניינו האישי של נושא המשרה בחברה באישור העסקה או ידע או היה עליו לדעת על היעדר אישור לעסקה כנדרש לפי פרק זה (עסקה בין החברה לבין אדם אחר).
* בנוסף לסעד הבטלות, קיים **סעד הפיצוי הכספי**, אשר **אינו מותנה בסעד הביטול**, ויתכן האחרון בלי הראשון. זאת, בהתאם לסעיף 283 הקובע כי *"נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 269 יראו אותו כמי* ***שהפר את חובת האמונים****"*, וכי *"צד מעונין שהפר את* ***חובת הגילוי*** *כאמור בסעיף 269...* *רשאית החברה לתבוע ממנו פיצויים על הנזקים שנגרמו לה עקב העדר הגילוי".*

הנחת המוצא היא כי **סעד הבטלות ניתן לטובת החברה**, במטרה להגן על החברה מפני עסקה הפוגעת בטובתה. זאת, מסביר את ההבדל בין שני הסעדים בשני המצבים השונים, כאשר ברי שבמצב הראשון ניגוד העניינים מובהק. כמו כן, סעד הבטלות האפשרית, מאזן בין טובת החברה לבין ההסתמכות של צד שלישי תם לב על העסקה. בהתאם, סעיף 282 קובע כי "**חזקה** על אדם שלא היה עליו לדעת על העדר אישור לעסקה כנדרש לפי פרק זה, **אם קיבל את אישור הדירקטוריון לכך שנתקבלו כל האישורים הנדרשים לעסקה**".

**פס"ד וולט דיסני:** פס"ד מסוף שנות ה90, בו ביהמ"ש בדלאוור ביצע עבודה מאוד יסודית, ואנו מתמקדים בהחלטה שהתקבלה באחד מהשלבים המתקדמים של הדיון. **עובדות המקרה -** נשיא וולט דיסני, מייקל הורביץ, פוטר בהסכמה והוא ניסה לקבל פיצויי פרישה בגין הסכם שנחתם בינו לבין החברה. היה מדובר בתשלום חבילת פרישה בהיקף עצום של 140 מיליון דולר, לאחר שנה שהוא עבד בחברה. אין ספק שמדובר בסכום עצום, קל וחומר כשמבינים שמדובר באירוע שהתרחש לפני כ25 שנים, שהסכומים האלו היו נחשבים עצומים יותר מהיום, ולכן זה מעצים את הדבר פי כמה וכמה. אנו לא נדון בשיקול הדעת של הדירקטוריון מבחינת האם זה סביר או לא, אלא נדון בעניין האישי - אך זאת למרות שהטענה בפסק הדין הייתה שזו קביעה לא סבירה, ונשאל היכן שיקול הדעת של הדירקטוריונים שאישרו הסכם כזה. בהסכם נקבע שלא כל הסכום ישולם במזומן, אלא חלק ממנו התבטא באופציות למשל, וזאת כי ההנחה הייתה שהוא יכהן למשך שנים, **אך היו סעיפים בהסכם שקבעו שגם אם במקרה ייפרדו דרכיהם הוא עדיין זכאי לתשלום**, וזו אכן טענתו. **הסיבה לכך שדווקא מייקל הורביץ נבחר להיות נשיא, היא משום שהוא היה כוכב -** הביאו אותו מאחד מבתי ההפקות הגדולים האחרים בהוליווד, הוא היה איש תעשיה מאוד בכיר וכוכב כשלעצמו, והביאו אותו כחוזה "טאלנט" - הסכם שנותנים לאחד שרוצים את שירותו משום שהוא מבוקש מאוד, יש לו יכולת שיווקית מוכחת ומוצלחת, והוא מן הסתם יניב הכנסות לחברה. אך השידוך בינו לבין המנכ"ל מייקל אייזנר לא עלה יפה, וזאת למרות שהוא זה שהביא אותו לחברה. משום שנוצרו ביניהם חיכוכים, הם הסכימו להיפרד למרות שמייקל בתפקידו רק כשנה, וזאת משום שהחיכוך ביניהם לא עולה טוב מבחינת החברה.

**כחלק מהתביעה כנגד הדירקטוריון -** היו השגות על כך שהם בכלל אישרו את החוזה, ואישרו סעיף שמאפשר את הפיצויים העצומים האלו גם לאחר שנה בחברה 🡨 **איפה היה שיקול הדעת שלהם כשהם אישרו דבר כזה מלכתחילה?**

**יש תשובות לכך -** למשל, לפעמים כשרוצים למשוך טלאנט ויש לו כוח מיקוח כי הוא מאוד מבוקש והם רוצים אותו מאוד, המחיר עולה 🡨 בכדי למשוך ולהביא את מייקל הורביץ, שהשתכר הרבה במקום הקודם, צריך לשלם יותר וזה מה שהם עשו פה - פתחו את הארנק של החברה.

לכן, **הוגשה תביעה כנגד הדירקטוריון;**

1. על הפעלת שיקול הדעת שלו גם בשלב כריתת החוזה- מה הם חשבו לעצמם שאישרו דבר כזה מלכתחילה?
2. על איך שהם אחרי שנה ישר התמסרו לדרישתו לקבלת חבילה בהיקף של 140 מיליון דולר עם כל האופציות והתנאים.

**כנגד הטענה השנייה -** הדירקטוריון יטען שאין לו מה לעשות, כי יש הסכם וצריך לכבד אותו. כלומר, מילא שיתקפו אותו כנגד העובדה שהוא בכלל אישר את ההסכם, אך מהרגע שההסכם אושר צריך לעבוד לפיו. **ניתן להתווכח גם עם טענה זו -** יש שיגידו ניתן לטעון האם בכלל הייתה כוונה מלכתחילה לכך? איך צריך לפרש את החוזה? האם כשחוזה מכיל נסיבות כל כך קיצוניות לרעת החברה, גם אז צריך לשלם את הכל? הם היו צריכים לסרב, ואז מייקל הורביץ היה תובע להפרת ההסכם והם היו פונים לליטיגציה, שם לא בטוח שהוא באמת יקבל את הכל. לכן, היו עוד אפשרויות, אז למה הדירקטוריון ישר התמסר לכיבוד ההסכם ולמתן הפיצוי?

**אנו נתמקד בהחלטה שניתנה בשלב מוקדם יותר בתביעה -** שם מר ברנד התובע ניסה לטעון, בין השאר, שהדירקטורים לא הפרו רק את חובת הזהירות שלהם, אלא שהיה שם גם בעיות של חובת אמונים בשל נגיעה אישית 🡨 והרי, אם הם השתתפו בהצבעות וקיבלו החלטות מסוימות ביחס להסכם עם מייקל הורביץ, זה לא תקין לשלם על פי ההסכם בנסיבות כאלו שיש להם נגיעה אישית. כלומר, זה לא תקין שדירקטור שיש לו נגיעה אישית יהיה חלק מתהליך קבלת ההחלטה, זו בעיה של חובת אמונים. **תזכורת -** בישראל, ועדת התגמול והדירקטוריון מאשרים הסכם מסוג זה, ואם נושא המשרה הוא גם דירקטור, אז גם האסיפה הכללית מצטרפת (סעיפים 272-273).

**כתגובה לטענה זו, ביהמ"ש התחיל לנתח האם לדירקטורים יש נגיעה אישית בעניין:** כמובן שמייקל הורביץ לא היה חלק מקבלת ההחלטה בעניינו - זאת משום שהוא כבר פרש מהדירקטוריון, וזה ברור שיש לו נגיעה אישית ביחס לתשלום שעתיד להינתן לו. בפסק הדין, ביהמ"ש לימד אותנו שכשמתמודדים עם טענה כזו ומנתחים אותה, קודם כל צריך לעשות זאת בצורה מדוקדקת - **על פי עובדות ולא על פי טענות, ובטח שלא בצורה גורפת.** כלומר, הטענה הבסיסית היא שכל הדירקטורים היו חברים של מייקל הורביץ, אך ביהמ"ש רצה לבדוק את הדברים האלו ב"פינצטה", אחד לאחד 🡨 **הוא קבע שיש להתמודד עם כל דירקטור בנפרד, לבדוק את מערכת וטיב היחסים בינו לבין מייקל הורביץ, וכך לזהות אם מתעוררת אצל דירקטור נוסף בעייתיות כזו כך שהוא לא מסוגל לחשוב נקי על טובת החברה כי יש לו אינטרס בצד השני, קרי, בצד של הורביץ** (חברות, או אינטרס אחר).

**ביהמ"ש קבע שלצורך הדיון הוא מניח שלמייקל אייזנר הייתה נגיעה אישית -** כעת אין לו נגיעה אישית כי בשלב ההיפרדות הם כבר לא היו חברים, אך מייקל אייזנר הוא זה שהביא את מייקל הורביץ במקור וחתם איתו על הסכם, ולכן ביהמ"ש מוכן להניח שהייתה לו נגיעה אישית מסוימת, כי הוא הביא אותו לחברה כי הוא חשב שזה יהיה טוב לחב' וולט דיסני, ובנוסף הייתה ביניהם מערכת היכרות ארוכת שנים וחברות קרובה קודם לכן. לאור כל אלו, ביהמ"ש הניח שהיה לו עניין אישי, והוא הפך להיות פחות רלוונטי בהמשך. **ביהמ"ש מניח זאת בכדי לבחון את טענתו של התובע -** התובע טען שלמייקל אייזנר היה עניין אישי באישור ההסכם גם משום שהם חברים וגם משום שהוא רצה אותו לחברה, ומשכך גם לשאר הדירקטורים יש עניין אישי, וזאת משום שמייקל אייזנר הוא מנכ"ל ויו"ר הדירקטוריון הדומיננטי ביותר, שיתר הדירקטורים תמיד הולכים אחריו בעיניים עצומות, והם לעולם לא יפעילו שיקול דעת עצמאי ויבחנו באופן אובייקטיבי ואמיתי האם ההחלטה טובה לחברה או שלא, אלא הם יעשו מה שהם חושבים שמייקל אייזנר חושב שנכון, ויצביעו כפי שהוא מצפה מהם להצביע. לכן, אם למייקל אייזנר יש נגיעה אישית, כל האחרים בהתאמה יחד איתו 🡨 אם הם עושים את מה שמייקל אומר, ואין להם חשיבה והסתכלות עצמאית, אי אפשר לומר שאין להם נגיעה אישית. לפי המרצה, ביהמ"ש בצורה נהדרת ניתח כל דירקטור ובדק האם כל אחד כשלעצמו הוא "מריונטה" של מייקל אייזנר, ולכן לצורך הדיון ביהמ"ש הניח שלמייקל אייזנר יש עניין אישי, והוא לא ניתח את החברות בין מייקל אייזנר למייקל הורביץ לגופה, וטרם הכריע בשלב זה. ההנחה היא שאם יש למייקל אייזנר עניין אישי זה בהכרח יוצר עניין אישי לאחרים, וברור שאם לאייזנר אין נגיעה אישית אז גם לכל האחרים אין - כי כל הטענה היא שהעניין האישי של יתר הדירקטורים נובע מכך שהם נגררים אחר מייקל אייזנר ולא מסוגלים להפעיל שיקול דעת עצמאי, וזה נדבך על גבי נדבך.

**סעיף 106** **אומר :** *דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים****"*** **החוק מחייב דירקטור תמיד להפעיל שיקול דעת עצמאי האם העניין הנדון טוב לחברה או לאו, ולא להפעיל את שיקול דעתו לנוכח החלטות אחרות**. למשל – כפי שהמחוקק מציין, אסור לדירקטור להיות קשור בהסכם הצבעה עם דירקטור אחר. הסכם כזה הוא מנוגד לחוק החברות והוא כשלעצמו יוצר הפרה. הסכם הצבעה בין שני דירקטורים או יותר, הוא דבר לא תקין מבחינה משפטית. הדבר פוגע באמונת תפקידו, חובת הנאמנות שלו. לכן, אם נושא משרה אחד כבול לנושא משרה אחר, זו בעיה. לעומת זאת, בין בעלי מניות יכול להיות הסכם הצבעה.

כלומר, הסכם הצבעה בין שני דירקטורים או יותר, הסכם קואליציוני כזה - הוא דבר לא תקין מבחינה משפטית. ביהמ"ש ישלול את התוקף של הסכם כזה ויגיד שכל מי שקשר בהסכם כזה לא נאמן לתפקידו, והפר את חובת האמונים המוטלת עליו. הסכם ההצבעה פסול בין היתר כי הפעלת שיקול הדעת חייבת להיות עצמאית, ואם נושא משרה אחד קשור או כבול לנושא משרה אחר, נוהג אחריו ועושה כרצונו - זו בעיה, וזה לא תפקוד שעולה לכדי קיום חובת האמונים שלו.

**בעלי מניות:**

* המונח מניה כפי שהוא מוגדר בחוק החברות מדבר על אגד זכויות בחברה. מניה מקנה חבילת זכויות בחברה. אי אפשר לדרוש מבעל המניות לשלם כספים, הוא זה שהשקיע כסף או שווה כסף בחברה, וכרגע מצפה לתשואה, מצפה לזה שיחלקו לו רווח, מצפה לישועה, אבל הוא בצד של הזכאות הפוטנציאלית. **מניה מקנה זכויות!**
* עד כה דיברנו בהכללה על קבוצת בעלי המניות כאל קבוצה הומוגנית, בעלת זכויות כלפי החברה שנושאים בגורל משותף עם החברה, בין אם טוב כי היא רווחית ובין אם פחות טוב. הם כולם נמצאים באותו מקום פחות או יותר.

עכשיו ניכנס לעומק הדברים בסיפור זהותם של בעלי המניות. אנו נשים דגש על בעל מניות שהוא בעל שליטה. כדי להבין את זה נתחיל מהמקום המוסרי – מה זו שליטה? הגדרת בעל שליטה:

**חלק ג: בעיית נציג של בעלי שליטה- תיאור בעיית פער האינטרסים:**

עולה השאלה, האם על בעלי המניות, בדומה לנושאי המשרה, חלות חובת הזהירות וחובת האמונים לחברה**? על פניו, בשונה מנושאי משרה, נראה כי אין פער אינטרסים בין החברה לבעלי מניותיה**. הסיבה לכך היא **הנחת המוצא כי טובת החברה היא טובת בעלי המניות.** כלומר, ככל והחברה רווחית יותר, ערך מניותיה עולה, קרי תשואת בעלי המניות עולה. עם זאת, הנחת המוצא נכונה כל עוד מדובר בקבוצת בעלי מניות הומוגנית. ככל והנחת המוצא נסדקת, **לרוב בהקשר של בעלי שליטה בחברה**, נראה כי יתכנו פערי אינטרסים.

**הגדרת "בעל שליטה":**

חוק החברות קובע כי שליטה היא *"כמשמעותה בחוק ניירות ערך".* יש לציין, כי אף שחוק ניירות ערך חל על חברות ציבוריות בלבד, הגדרת שליטה לצורך חוק החברות חלה הן על חברה ציבורית והן על חברה פרטית. אם כן, בהתאם לחוק ניירות ערך, שליטה היא *"****היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד****, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד,* ***וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים של אמצעי השליטה בתאגיד****".* ביהמ"ש מדגיש שההגדרה של שליטה לא מתמקדת במבחן מספרי כמותי. כלומר הקביעה האם בעל מניות מסוים הוא בעל שליטה לא מתחילה בשאלה כמה מניות הוא מחזיק, זה לא המבחן הבלעדי, אלא **המבחן, זה היכולת לכוון את פעילות התאגיד**, שכמו שאומר ביהמ"ש, השאלה אם יש בידי יכולת לכוון היא שאלה עובדתית, מהותית ואיכותית. לא כמותי. יכול להיות שאני אחזיק אחוז כזה או אחר, ותהייה לי את היכולת לכוון פעילת, ויכול להיות שעם אותה כמות מניות בנסיבות אחרות בסיפור אחר, לא יהיה לי. זו שאלה עובדתית, אין כאן מספר חד משמעי. יחד עם זו מוסיף המחוקק, ואומר – **חזקה אם מחזיקים 50% או יותר מסך המניות**, שיהיו בידיך את היכולת לכוון את פעילות התאגיד. **אמצעי שליטה "הם: זכות ההצבעה באסיפה כללית של חברה; הזכות למנות דירקטור של חברה".**

**מתי בעל מניות יכול להחזיק 60% מהמניות אבל לא להיות בעל שליטה**? זה יהיה אפשרי רק בחברה פרטית, שבה בתקנון כתוב שיש כפל בהצבעות. שכל קול הוא כפול. כמו כן, שרי הרינסון החזיקה 17% מהמניות ועדיין נחשבה כבעלת שליטה. זה אפשרי! גם במקרה שאתה מחזיק פחות מ50% זה לא אומר שאתה לא בעל שליטה, זו בסוף שאלה עובדתית, שאלה של נסיבות.

**אדם שמחזיק ב60% ממניות החברה אך הוא לא בעל השליטה בה** (וזאת בכפוף לכל ההגדרות לעיל) - זה הגיוני אם ישנו כוח הצבעה שונה לסוגי מניות שונות, כך שהוא מחזיק פחות מניות מסך כל המניות 🡨 למשל, נניח והוא מחזיק 60% שמהווים רק 20% מהקולות, בעוד יתר ה40% מהווים 80% מהקולות, משום שהתקנון קבע שזכות ההצבעה של מניה מסוימת שווה פי כמה מהמניות האחרות. במקרה כזה, מי שמחזיק ב60% מהמניות לא בעל 60% מזכויות ההצבעה או מכוח מינוי הדירקטורים/מנכ"ל 🡨 לכן, החזקה לא מתקיימת כי אין לו 50% או יותר מאמצעי השליטה, אלא רק 50% או יותר מהמניות.

* **זה אפשרי כמובן רק בחברה פרטית -** כי בחברה ציבורית לא יכולים להיות סוגי מניות שונים וזכויות הצבעה עם כוח שונה (סעיף 46(ב) לתיקון מס' 1 לחוק לניירות ערך).

**נקודה נוספת -** ניתן להבין מהסעיף שישנה חזקה שאם אדם מחזיק במעל 50% מאמצעי השליטה (זכות ההצבעה/מינוי דירקטורים ומנכ"ל) הוא בעל שליטה. **אך האם הכוח למנות דירקטורים לא כלול בזכות ההצבעה?** ניתן להגיד שאלו שני דברים שהולכים יחד - כי הרי ממנים דירקטור בהצבעה באסיפה הכללית. לכן, ברגע שקובעים 50% מזכויות ההצבעה, היה ניתן להגיד לחלופין כוח למנות דירקטורים. לכן, אולי הסעיף השני הוא מיותר כי הוא מובלע כבר בראשון.

**אך זה נקבע באופן עצמאי בשל סעיף 59 לחוק החברות -** סעיף זה קובע ש"האסיפה הכללית השנתית תמנה את הדירקטורים, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון" 🡨 כלומר, יכול להיות מנגנון מינוי אחר של הדירקטורים, ולכן חשוב לציין שאם יש מי שמחזיק במעל 50% בכוח שיש במנגנון המינוי, יהיה בעל השליטה בחברה.

במילים אחרות, בהגדרת שליטה לצורך דיני חברות ישנם **שני מבחנים**:

1. **המבחן האיכותי**, הקובע כי ככל ולאדם **יכולת לכוון את פעילות החברה**, הוא בעל שליטה בה. **בפס"ד שמש** נקבע כי מבחן זה הוא **מבחן עובדתי**, הנבחן לפי מספר פרמטרים, דוגמת היחס בין שיעור האחזקות של בעל השליטה לשיעור האחזקות של אחרים; זהות בעלי המניות האחרים, כאשר ככל והמדובר בבעלי מניות מהציבור, שלרוב לא משתתפים באסיפה הכללית, היכולת של בעל שליטה לכוון את פעילות החברה גדלה; ומספר ההצבעות בהן על פי בעל השליטה נשק דבר. עולה, כי **לפי מבחן זה אין הכרח שבעל השליטה יחזיק למעלה ממחצית מאחד מאמצעי השליטה**. אם כן, **החזקה באמצעי השליטה על פי החוק הינה גם החזקה ביחד עם אחרים**. לכן, לצורך בחינת אחריותו המשנית, ייחשב כבעל שליטה כל אחד מחבריה של קבוצת השליטה.
2. **המבחן הכמותי**, הקובע כי ככל ולאדם **מחצית או יותר מאחד מאמצעי השליטה**, **חזקה** (הניתנת לסתירה) כי הוא בעל שליטה בחברה.

**חובות ההגינות של בעל שליטה:**

**לצורך מה נדרשת הגדרתו של בעל השליטה בחברה?** סעיפים 192 ו193 לחוק דורשים סטנדרט התנהגות מסוים מבעלי המניות בחברה, תוך הבחנה בין בעל מניות לבעל שליטה. סעיף 192 קובע כי **בעל מניה חייב לפעול בתום לב ובדרך מקובלת כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים**, ואילו סעיף 193 קובע כי **בעל שליטה חייב לפעול לפי חובת ההגינות כלפי החברה**. שעה שסעיף 192 לא מחדש דבר ומעלה על הכתב חובה שקיימת זה מכבר במשפט האזרחי, סעיף 193 מחדש חובה חדשה ביחס לבעל שליטה, היא **חובת ההגינות**. ברי כי סטנדרט חובת ההגינות מחמיר יותר מסטנדרט חובת תו"ל, אם כן **מה טיבה של חובת ההגינות?** **בפס"ד ורדניקוב**, השופט עמית מציג סקאלת התנהגות ראויה בדיני חברות, כאשר היא מתחילה בחובת תו"ל ונגמרת בחובת האמונים. חובת ההגינות ממוקמת בין שתי חובות אלו, כאשר בשונה מנושא משרה בחברה, **לבעל שליטה** **מותר לשקול את שיקוליו האישיים, שעה שהדבר מוגבל על ידי חובת ההגינות**. עם זאת, המדובר **בהגדרה עמומה**, וקשה ההבחנה בין החובות השונות.

**מתי קם הצורך בחובת ההגינות?** נניח שלבעל השליטה בחברה יש נכס מקרקעין בבעלותו, ובינו לבין החברה מתנהל מו"מ לרכישתו. ברי שבעל השליטה ירצה למכור את הקרקע במחיר הגבוה ביותר, שעה שהחברה תרצה לקנות את הקרקע במחיר הנמוך ביותר. כמו כן, בינו לבין שאר בעלי המניות בחברה קיים פער אינטרסים. עם זאת, **פער האינטרסים תלוי בשיעור ההחזקה של בעל השליטה בחברה**.

**פס"ד קוסוי** ממחיש את הצורך בחובת ההגינות של בעל שליטה בחברה. שם, דובר על עסקת רכש מניות בבנק פויכטונגר, שנעשתה בין קוסוי, הוא בעל מניות ונושא משרה (יו"ר הדירקטוריון) בבנק, לאפשטיין, הוא לקוח של הבנק. האחרון היה לוקח הלוואות בהיקף נרחב מהבנק חדשות לבקרים, ואף לצורך העסקה דנן ביקש הלוואה. הלוואה זו אושרה על ידי הדירקטוריון, אם כי רואי החשבון של הבנק התריעו מפני כניסה לגירעון, שעה שאפשטיין טרם פרע את הלוואותיו הקודמות. תחזיתם של רואי החשבון התממשה, והבנק קרס. בהליך הפירוק, על המפרק לבחון בין היתר את התנהלות החברה במטרה לזהות גורמים בחברה אשר אחראים מבחינה משפטית לקריסת החברה, ולתבוע אותם בשל כך. בהתאם, בדנן המפרק הגיש תביעה בשם החברה נגד קוסוי ופילקו, היא חברה בעלת מניות בבנק, בגין הפרת חובת הזהירות וחובת האמונים. אילו הנתבע היחיד היה קוסוי, ניתן היה לתבוע אותו בגין אחריותו כנושא משרה בחברה. אומנם, **חברת פילקו, בה קוסוי הוא בעל המניות ונושא המשרה היחיד, יחד עם קוסוי, היו** **בגדר בעלי השליטה בחברה**. אם כן, החידוש של השופט ברק היה הטלת אחריות על בעל שליטה בחברה, בדנן אלו היו קוסוי ופילקו. **נקבע, כי שעה שבעל שליטה בחברה מוכר את מניותיו לאחר, הוא חב בחובת ההגינות כלפי החברה. ככל והוא מוכר ביודעין את מניותיו במכירה חובלת, קרי מכירה הפוגעת בטובת החברה, אזי שהוא הפר את חובת ההגינות.** נשאלת השאלה, שעה שניתן ליחס ידיעה לקוסוי, כיצד ניתן ליחס ידיעה לחברת פילקו? בהתאם **לתורת האורגנים**, הידיעה של נושא המשרה בחברה, בדנן המדובר בקוסוי, כמוהה כידיעה של החברה עצמה. יש לציין, כי נכון לאותה עת, נושא אחריות בעלי המשרה בחברה היה הלכה פסוקה וטרם נחקק בחוק החברות, ולפיכך מתעוררות שתי שאלות:

* מדוע השופט ברק מכנה את חובת בעל השליטה בשם חובת אמונים ולא בשם חובת ההגינות? המדובר בעניין של אבולוציה משפטית. רוצה לומר, תחילה השופט השתמש במינוח חובת אמונים, וכעבור שנים מספר, המחוקק בחר לתבוע את המינוח חובת ההגינות, **על מנת לבדל בין שתי החובות**. יחד עם זאת, **מבחינת המהות המדובר בחובות מאוד זהות**.
* **מדוע השופט ברק מצמצם את חובת ההגינות לנסיבות של מכירת מניות?** לרוב, לא מתעורר פער אינטרסים בין החברה לבעל השליטה בה, שהרי כאמור טובת החברה היא טובת בעל השליטה. **פער זה מתעורר במצב של מכירת מניות השליטה, שעה שבעל השליטה נפרד ממנה לצמיתות, או אז יש להטיל מגבלה משפטית**. יחד עם זאת, **שעה שהלכת קוסוי צמצמה את חובת ההגינות לנסיבות של מכירת מניות השליטה, המחוקק הרחיב את חובת ההגינות לנסיבות נוספות (סעיף 193 לחוק)**.

**לסיכום הלכת קוסוי, השופט ברק מחדש את חובת ההגינות של בעל השליטה בחברה, תוך שניתן ליחסה גם לישות משפטית בעזרת תורת האורגנים.**

**מה יהיה הסעד אם וכאשר הופרה חובת הגינות?** על הפרת חובת ההגינות יחולו **הדינים החלים על הפרת חוזה**, בהתאם לסעיף 193, ובדומה לסעד בגין הפרת חובת האמונים. זאת, **ממחיש את הקרבה הרבה בין חובת האמונים לחובת ההגינות**.

**לדעת האן:** בפס"ד קוסוי השופט ברק צמצם את עצמו רק להקשר של מכירת המניות ולא להקשרים אחרים, כי זה ההקשר שבו מתעוררת בעיית הנציג, פער אינטרסים, כשל שוק, בין החברה לבין יתר בעלי הזכויות בחברה. למה? כי כל עוד הוא נמצא בחברה ולא עוזב אותה, פגיעה בחברה היא פגיעה בעצמו. ככל שחברה ניזוקה גם הוא ניזוק בהתאם. שווי המניות שלה יורד כשהיא ניזוקה כשהיא פחות רווחית ואז יש לו נזק כלכלי משלו. לעומת זאת כשאתה מוכר את המניות בנפרד, באותו רגע מה שיקרה לחברה רגע אחרי כבר לא מעניין אותך. מבחינת האינטרס הכלכלי זה נכון.

**מבחינת המרצה, ברדיצ'ב זו מערכה נוספת וחדשה על אותו הקשר נוסח קוסוי** - מכירת מניות השליטה, שלאחר מכן החברה נופלת ומתמוטטת. **מכירה זו מכונה כמכירה חובלת -** ביהמ"ש השתמש בכותרת זו בברדיצ'וב אך לא השתמש בה בקוסוי, אך זהו שם הקוד להקשר 🡨 הכוונה במכירה חובלת היא למכירה שבסופו של דבר מתברר שהיא חובלת, מזיקה ופוגעת בחברה.

**ע"א 7657/17 ברדיצ'ב נגד פויכטונגר -** הד**יון סובב סביב השאלה האם בעל מניות שליטה שמכר את מניותיו ואח"כ החברה התמוטטה קיים את חובת ההגינות? כמו כן, מתעוררת שאלה פנימית האם חובת ההגינות וחובת האמונים הן אותו הדבר. התעוררה השאלה אימתי בעל מניות השליטה לא קיים את החובה המוטלת עליו (חובת ההגינות) ועל כן אחראי לנזק שנגרם בגינה וניתן יהיה לגבות ממנו פיצוי ומתי לא.** ברור שהתביעה מול בעל מנית השליטה היא לא חזית התביעות האזרחיות היחידה שיש למפרק החברה 🡨 חן ברדיצ'ב הוא מפרק חברת פויכטונגר תעשיות שמעליה פויכטונגר אחזקות שנפלו, וזו אותה המשפחה שהייתה בעלת בנק פויכטוונגר מפרשת קוסוי. בפרשה זו, בעל השליטה עזריאל פויכטוונגר מכר את השליטה לקבוצת פלג גבעוני, וכתוצאה מפירוק פויכטוונגר יצאה חברת אפקון תעשיות (מעז יצא מתוק).הנתבע שאנו מדברים עליו הוא בעל השליטה שמכר את מניותיו (מר עזריאל פויכטוונגר), והיו תביעות נוספות מול הרוכשים עצמם, הרוכשים שניהלו לא טוב והובילו להתמוטטותה של החברה והיו נושאי משרה בחברה לאחר רכישת השליטה, בכובעם כנושאי משרה שדרדרו את החברה ניתן לתבוע אותם מכוח הפרת חובת הזהירות והאמונים. כלומר, **המפרק ניסה לתבוע גורמים שונים לפי העילות האפשריות** - ויכול להיות שמול נתבעים מסוימים, כמו המנהלים מטעם קבוצת הרוכשים הוא יזכה בתביעתו (וזה אכן קרה), ומול בעל מניות השליטה התוצאה תהיה שונה 🡨 זה שהוא זוכה מול נתבע אחד לא אומר שהוא יזכה גם באחר, זה תלוי בסיפור הספציפי של כל אחד מהם ובעילות התביעה. **חשוב לדעת שבברדיצ'ב יש את הקונטקסט של קוסוי והשאלה היא האם הוא קיים את חובת ההגינות. בקוסוי זה נקרא חובת אמונים ובורדיצב זה נקרא חובת הגינות.** למה? כי קוסוי קדם לחוק החברות, שם בס' 193 לחוק יש על בעל שליטה בחברה חובת הגינות ולכן ביהמ"ש משתמש בטרמינולוגיה הזו. האם חובת הגינות וחובת אמונים זה אותו דבר? נראה בהמשך.

**השופטת וילנר מנסה לפרש פירוש "רש"י" את קוסוי 🡨 האם כוונת קוסוי, שם נקבע שבעל מניות שליטה מפר את חובת האמונים במכירה החובלת רק כאשר הוא יודע שבעקבות הרכישה, הרוכש יפגע ויזיק לחברה. האם זו ידיעה דווקא או שמא ניתן להרחיב זאת קצת יותר? כך שזו לא רק ידיעה, אלא זה גם מבחן אובייקטיבי לפיו "היה עליו לדעת".**

**וילנר:** היא אומרת שתלוי על מה מדברים. ידיעה בפועל כולל עצימת עיניים. אבל לגבי הרכיב השני יש להפעיל מבחן סבירות אובייקטיבי. וילנר מגיעה למסקנה שיש לעשות **מבחן משולב-** **ביחס לנסיבות העניין המבחן הוא סובייקטיבי**, כלומר ידיעת הנסיבות או עצימת עיניים לנסיבות לפיהן המכירה עלולה לגרום לקריסת החברה. **ביחס לפרשנות הנסיבות המבחן הוא אובייקטיבי**, כלומר האם האדם הסביר היה מסיק כי בנסיבות הללו המכירה תוביל לפגיעה בחברה. תוטל אחריות אם האדם הסביר היה מסיק מהנסיבות שיש הסתברות גבוהה שתתרחש נזק לחברה. (**הרכיב הראשון זה הנסיבות** – האם ישנן נסיבות שמובילות לחשש אצל הרוכש שהחברה תיפגע. האם יש משהו שמדליק לך נורה אדומה? האם ידעת על נסיבות שמדליקות נורות אדומות? **הרכיב השני הוא פרשנות שפירשת את הנסיבות הללו**. כלומר, המסקנה, הפרשנות לאן העובדות לוקחות אותך. אם כל בר דעת סביר היה מסיק שיש הסתברות גבוהה שזה יגיע למצב שהחברה תיפגע – אז נטיל עליך אחריות). **נדרשת רמת הסתברות גבוהה -** שאדם סביר שמודע לנסיבות כאלו היה מפרש אותן כך שיש בהן הסתברות גבוהה להתרחשות התוצאה השלילית 🡨 הסתברות של 50% לא תטיל אחריות, אלא רק הסתברות גבוהה.

**ברק ארז:** מרחיבה את המבחן של וילנר, ולשיטתה יש מקום להרחיב את גזרת האחריות **ולהוסיף יסוד של פזיזות**- לא רק ידיעה בפועל אלא גם "מעדיף לא לדעת". לשיטתה, יש מקום להרחיב עוד יותר את גזרת האחריות במובן של מה אתה יודע או אמור לדעת. היא לא הולכת עד לאדם הסביר – "היית צריך לדעת", **אבל היא אומרת שגם אם זו לא ידיעה בפועל, אפילו אם זו לא עצימת עיניים אלא פזיזות ומעדיף לא לדעת ולא לשאול שאלות, אזי שהיא גם הייתה מטילה אחריות.** הדגש החשוב - **היא קובעת בנוגע לרכיב הסובייקטיבי של ידיעת הנסיבות -** שגם אם זו לא ידיעה בפועל, ואפילו אם זו לא עצימת עיניים אלא רק פזיזות, יש להטיל אחריות.

* עצימת עיניים - כשאדם קולט נסיבה מסוימת אך עושה עצמו כאילו לא קלט אותה.
* פזיזות - האדם עוד לא קלט את הנסיבה, אך הוא טומן את ראשו בחול ולא שואל שאלות, מעדיף שלא לדעת. זה צעד אחד לפני עצימת העיניים.

שתי השופטות אומרות שבימה"ש בקוסוי פסק על פי הנסיבות. נסיבות קיצוניות מה שהופך את ההכרעה להכרעה קלה. הן אומרות שלא כל פעם המקרים הם מוקצנים ולכן צריך לשאול מה גבולות הגזרה. **אז וילנר אומרת שהיא שמה דגש על אוב'+סוב', ואילו ברק ארז הולכת צעד אחד מרחיב יותר וכבר בפזיזות, שאתה מעדיף לא לדעת, יש להטיל אחריות**. השופטת ברק אומרת שבנסיבות אלו כפי שהוכחו, אפילו אלמנט הפזיזות לא הוכח. לשיטתה המחמירה של ברק ארז לא הוכח, הוא היה בסדר בהתנהלותו.

**השופט אלרון:** הוא הולך לכיוון מצמצם יותר. מבחינתו לקרוא את קוסוי, לשים נקודה ולא להתחיל לפרש. לא צריך להטיל הגבלות רבות מדיי על יכולת בעלי שליטה כי יצא סחרך בהפסדך. הוא מצמצם את המבחן של וילנר, **ולדידו מטילים אחריות רק במצב שלבעל השליטה הייתה ידיעה בפועל (סובייקטיבי) שלרוכש הכוונה לבזוז את נכסי החברה**. מדובר בקניינו הפרטי של בעל המניות, ולכן חשוב לאפשר לו למכור את המניות שלו, שכן עבירות היא זכות קניינית מרכזית. הקלה ביכולת המכירה הוא אמצעי אפקטיבי לרסן התנהגות לא אחראית, ולכן לא רוצים להטיל מגבלות חמורות מידי, שכן זה גם יכול לשפר את מצבן של חברות מתקשות.

לסיכום: אנו רואים פה שלוש גישות. השופטת וילנר היא בקו מרכזי, ברק ארז מרחיבה ואלרון מצמצם קצת יותר. בשורה התחתונה מבחינה תוצאתית כולם מסכימים שאין מקום להטיל אחריות.

**האם הסיפור של מכירה חובלת, כשננטרל לרגע את שאלת רכיב הידיעה ורמת הידיעה, האם כנורמה וכבסיס אחריות של בעל שליטה, זה בסיס אחריות שמתעורר רק כשהחבלה היא תוצאה שהחברה מגיעה להתמוטטות טוטאלית וחדלות פירעון או שמא גם אם זה נזק אחר? עמדת ביהמ"ש היא רק במכירה חובלת או לאו דווקא?**

**ברק ארז** אפשר להטיל אחריות גם בנזקים חמורים ולא רק במקרה של חדלות פירעון. "לא הייתי תוחמת את הסיפור ואת האחריות הזו רק לאחריות של חדלות פירעון אלא גם נזקים אחרים משמעותיים אבל שאינם עולים כדי נפילה והתמוטטות טוטאלית של החברה, אלא נזק חמור אחר, עדיין יכול להיות בסיס לאחריות בגין מכירה חובלת".

**וילנר** לעומת זאת אומרת שלדעתה מכירה חובלת זה אך ורק על תוצאה של חדלות פירעון ממש, נפילה חותכת של החברה ונזקים אחרים לא.

**אלרון** אלרון לא מתייחס במפורש לעניין. אולם, לא קשה לנחש מתוך שיקולי המדיניות שלו הוא יסכים יותר עם השופטת וילנר. **מתוך דבריו עולה שהוא רוצה לצמצם את האחריות ככל האפשר, ולכן כנראה מסכים עם וילנר שהאחריות תוטל רק במצב של חדלות פירעון**.

**האם לצורך הטלת אחריות, בעל מניות השליטה צריך להיות מודע לכך שהרוכש יפעל בזדון לפגוע בחברה או גם אם הוא לא יודע את זה, גם יש לנו בעיה של מכירה חובלת? קרי, האם נדרש אלמנט של זדון של הרוכש לשם הטלת אחריות או שלא נדרש?**

**וילנר:** לא מסתכלת על היסוד הנפשי, הולכת לכיוון התוצאתי, לא אכפת לה אם יש זדון או לא.

**ברק ארז:** היא לא ממש מרחיבה פה. ניתן לשער שאולי הייתה מסכימה עם וילנר שזדון לא חשוב כי אז הזדון הוא אלמנט מצמצם של אחריות אבל היא לא נוגעת בזה מפורש.

**אלרון:** הולך בקו עקבי לצמצום. רק כאשר זה זדון נטיל אחריות.

**אנו אומרים שיש חובת הגינות \ אמונים, אבל האם מטילים על בעל מניות שליטה גם חובת זהירות? על נושא משרה אמרנו שיש גם חובת זהירות וגם חובת אמונים, אז האם גם על בעל מניות שליטה?**

**וילנר: משאירה בצריך עיון** - היא לא אמרה שכן אך גם לא אמרה שלא, אלא הותירה פתח בנדון. בנוסף, היא סיפקה נימוקים ועמדות אקדמאיות וספרותיות למה אולי כן צריך להטיל חובה כזו גם על בעל מנית השליטה.

**ברק ארז: לא רצתה לדון בנושא בכלל -** אך ציינה כי "לכאורה הדרך המתאימה להטלת חובות על בעלי שליטה היא במתכונת של הסדרה חקיקתית קונקרטית, להבדיל משימוש במודל של חובת זהירות שאינו מתאים לחול כפשוטו על מצבים של החזקה במניות שליטה, בין השאר בשל הגיוון הרב הקיים בין סוגים של בעלי מניות שליטה (פעילים ולא פעילים) וסוגי ההחלטות שהם מקבלים" 🡨 לפי דפנה ברק ארז הנושא צריך עיון רב, אנו מקבלים תחושה שהיא מסתכלת על הטלת חובת הזהירות ביותר זהירות, וזאת עוד יותר מהשופטת וילנר - השופטת וילנר קצת חותרת לכך שאולי זה יהיה אפשרי בהזדמנות אחרת ולכן משאירה זאת בחצי עיון, אך השופטת ברק ארז אומרת שזה לא כזה פשוט וזה מצב שונה.

**לפי האן** **אין צורך להטיל חובת זהירות ביחס לבעלי מניות השליטה וזה כלל לא רלוונטי** - וזאת משום שהוא לא מצא את הכשל שחובת הזהירות באה להתמודד עמו 🡨 הוא לא מטיל חובה עד שלא מבין היכן הבעיה ועם איזה כשל החובה צריכה להתמודד. האם הכשל הוא שהוא התרשל? שלא יהיה אכפת לו מהנעשה בחברה ולא יהיה מעורב? זה לא כ"כ משנה - כי ראשית יש את נושאי המשרה שיעשו זאת, ושנית, לא ניתן להאמין שבעל מניית השליטה יהיה כל כך אדיש כי אם הוא יחליט באופן חפוז ולא מיודע (כפי שלמדנו לגבי נושא משרה), הוא יפגע בראש ובראשונה בעצמו. אנו לא אפוטרופוסים ואנו לא צריכים להטיל חובה משפטית בכדי להציל את האדם מפני עצמו. לפי המרצה, תמיד עלינו לשאול לצורך מה צריך את הדבר? האם יש בעיה ואם כן נתמודד עמה משפטית, ואם אין בעיה אין צורך להטיל נורמות משפטיות.

**אגב הדיון בחובת הזהירות, התעוררה נקודה מרתקת בפילוסופיה המשפטית של השופטות בעניין:** לאחר הדיון האגבי אודות קביעת חובת זהירות כלפי בעלי מניות שליטה, אותו היא השאירה בצריך עיון - השופטת וילנר אמרה שכשהיא לוקחת את הצריך עיון הזה ושואלת אילו היינו מגיעים למסקנה שגם על בעל מניות שליטה מוטלת חובת זהירות, **האם בהקשר הקונקרטי של מכירת מניות שליטה יש להטיל חובת זהירות?** כלומר, קודם עלתה השאלה הכללית בנוגע לחובת הזהירות על בעל מניית שליטה בכל הקשר שהוא - למשל עסקאות מסוימות, עסקאות מיזוג, מכירת מניות. לאחר מכן, היא אמרה שהיא משאירה את השאלה הזו בצריך עיון, אך נניח והם היו מגיעים למסקנה שככלל, באופן תפיסתי מוטלת חובת זהירות על מניות שליטה - **האם ניתן לקחת את הדוקטרינה הזו ולהפעיל אותה באופן קונקרטי על סיפור מכירת המניות בידי בעל מניות השליטה**? **השופטת וילנר אמרה שגם אם הייתה באופן כללי חובת זהירות, אין להפעילה בהקשר של מכירת מניות -** וזאת משום שחובת הזהירות היא בעלת סטנדרט אובייקטיבי של סבירות, אך היא קבעה שבנוגע למכירה החובלת הסטנדרט הוא סובייקטיבי על ידיעת הנסיבות ואובייקטיבי על פרשנותן 🡨 לכן, לא ניתן להחיל בהקשר הזה חובת זהירות כי זה סותר את הנורמה שהיא קבעה ולא עולה עמה בקנה אחד. **אמירתה החשובה ביותר של וילנר -** וילנר אומרת שאין לשכוח את אחד השיקולים לפיו היא מחילה נורמה סובייקטיבית ולא אובייקטיבית, והוא משום שהיא לא רוצה להחריף יותר מידי את הסטנדרט הזה. זאת משום שבשונה מהפעלת השליטה בחברה 🡨 כשבעל מניות שליטה מפעיל את שליטתו והשפעתו בחברה ואז ישנו חשש של התעשרות על חשבון אחרים (עשיית עושר), וזה גם מוכר לנו בהקשר של נושא המשרה בעניין חובת האמונים, הסיפור של מכירת מניות השליטה הוא לא כ"כ עניין של התעשרות, כמו החשש מפני נזק תוצאתי לחברה, ונזק הוא יותר תחום של דיני הנזיקין, ומכיוון שאין כאן כל כך חריפות בהתנהלות, וזה לא שבעל מנית השליטה ממש בא לפגוע בחברה ולהתעשר מכך, אלא הוא קצת אדיש ולכן עלול להיגרם נזק לחברה, השופטת וילנר לא רוצה לקחת את זה לנורמה שמרחיבה מידי את האחריות - וסטנדרט אובייקטיבי של סבירות מרחיב מאוד את האחריות, לכן היא מעדיפה לבחור בסטנדרט סובייקטיבי, ולא הייתה מטילה כאן חובת זהירות. **השופטת ברק ארז חולקת על השופטת וילנר -** "בשונה מחברתי אני מבקשת שלא לדון בכך כלל. שאלה זו לא נדונה בפנינו והצדדים לא הציגו טענות סדורות ביחס אליה (ובפועל התמקדו בחובות הנכללות בגדריה של חובת ההגינות). עם זאת, אוסיף, כי לשיטתי אילו הייתה מוכרת חובת זהירות על בעל מניות שליטה הרי שמצב של מכירה חובלת היה אמור להיות אחת הדוגמאות המובהקות לכך". **המרצה בעד לצמצם את האחריות בגין מכירה חובלת והוא נוטה לכיוונו של אלרון**, **אך טוען שהשופטת ברק ארז מדייקת יותר בלוגיקה מאשר השופטת וילנר** - היא בעצם אמרה שאילו הייתה מוטלת חובת זהירות (אנו לא יודעים אם כן או לא כי זה בצריך עיון), דווקא מכירה חובלת זו אחת הדוגמאות המובהקות (וזה הפוך מוילנר שאומרת שיש להחיל בהקשרים אחרים ובהקשר זה לא). **זה חוזר לאותה הנקודה שדנו בה -** הסיבה לכך שהשופט ברק החיל חובת אמונים דווקא בהקשר של מכירה ולא בהקשרים אחרים, משום שזו בעיית הנציג הקיימת, וזו הסיטואציה הכי חריפה 🡨 בעל השליטה כבר לא נשאר בחברה וכל מה שיקרה בה כבר לא יפגע בו. זאת בשונה ממקרה בו הוא נשאר בחברה והוא יפגע יחד עמה, אך אם הוא נמלט הוא לא יפגע - ולכן בעיית הנציג חריפה במיוחד כאשר בעל השליטה בורח. לכן, דפנה ברק ארז חולקת על השופטת וילנר, והיא אמרה שלא הגיוני להפעיל חובת זהירות בהקשרים אחרים אבל דווקא בהקשר הכי קריטי שבו האדם נמלט, לא להחיל 🡨 זה או שמחילים על כל המקרים או שלא מחילים בכלל, וזאת לעומת השופטת וילנר שאמרה שיכול להיות שנחיל בהקשרים אחרים ולא בהקשר הזה - וזה פחות הגיוני לטעם המרצה. **השופטת וילנר יצרה לוגיקה שלא לגמרי ברורה בנקודה הזו,** ולפי המרצה זה דומה לפרק העסקאות עם בעלי עניין - שם הפרידו בין הסעיפים משום שנושא תנאי כהונה והעסקה והתגמול של נושא משרה זו בעיית נציג הכי חזקה, כי שם הוא בצד המקבל בלבד אז החברה כבר לא מעניינת אותם אלא מה שהם יקבלו. אם הם דירקטורים במקומות אחרים, אז זה לא שהחברה לא מעניינת אותם לחלוטין, אלא מעניין אותם שהם גם דירקטורים במקום אחר והם נמצאים בקונפליקט עם עצמם. אך במקום בו הם מקבלים את הכסף בעקבות תנאי העסקתם, זה בטוח שהוא לא חושב על טובת החברה באותו הרגע אלא חושב 100% על עצמו וזו בעיית הנציג הכי חזקה - המרצה יוצר אנאלוגיה למקרה שלפנינו ואומר שזה בדיוק אותו המקרה 🡨 כשהוא יוצא החוצה מהחברה זה הכי קריטי, לכן זה לא הגיוני להגיד שדווקא אז לא נחמיר את הסטנדרט אך כן נחמיר אותו בהקשרים אחרים.

סעיף 193 לחוק אומר שבעל מניות השליטה, חלה עליו חובת ההגינות, מתי? המחוקק לא עונה. כלומר, בסעיף 193 לכאורה חשבנו שיבוא המחוקק, יקח את ההלכה הפסוקה ויתרגם אותה לשפת החקיקה. אולם, זה לא מה שנעשה. ביהמ"ש העליון צמצם את עצם ההקשר, את עצם קיומה של החובה רק להקשר של מכירת המניות על ידי בעל מניות השליטה. משמע, המחוקק מרחיב את הדוקטרינה, הוא לא מדבר על עוצמת ההתנהגות הנדרשת, הוא אומר בעל מניות שליטה נקודה. בניתוח של יצירת החוק, לא באו ואמרו יש בעיה ואני בא להציב מענה לבעיה, אלא המחוקק מרחיב ולא נראה שיש סיבה. מדוע זה נובע? בעל מניות שליטה עלול להוביל מהלכים פוגעניים בחברה גם כשהוא לא מוכר שליטה ונשאר שם. איזה הגיון יש בזה? הרי בזה הוא פוגע גם בעצמו. בחר נגד תמם יוכיח, פס"ד אייזנברג יוכיח. בעל המניות נמצא כבעל שליטה, נשאר בחברה כבעל מניות שליטה ועדיין מבצע מהלך נקודתי מסוים שיפגע בחברה והוא אף מודע לזה שזה יפגע בחברה. למה? כי בסופו של דבר זה יועיל. סעיף 193 אומר: אתה בעל מניות שליטה הרי שחלה עליך חובת הגינות. בקוסוי: במכירה מתעוררת בעיה של פער אינטרסים, אבל למה אם כך בא המחוקק ולא בוחן את זה רק למכירה אלא בא ואומר חובת הגינות באשר היא, באשר אתה בעל שליטה, ולא תוחם את זה. על פניו, אם אני בא לפגוע בחברה אני בראש ובראשונה מזיק לעצמי. חיפשנו תשובה משכנעת והתשובה היא פס"ד ב.כ.ר נגד ת.מ.מ

ב-1999 עם חקיקת חוק החברות, המחוקק הוסיף בס' 193 את חובת ההגינות שמוטלת על בעל מניות שליטה כלפי החברה. האם חובת ההגינות מקבילה לחובת האמונים שברק הגדיר בעניין קוסוי, או שמא בשל שינוי המינוח רמת ההתנהגות הנדרשת היא אחרת?

**לפי השופט עמית בפס"ד ורדניקוב, חובת האמונים מתייחסת לנושא משרה שמתעסק בכספים של אחרים. לעומת זאת, בעל מניות עוסק בכספים של עצמו ויש לו אינטרס אישי כבעל הרכוש. למעשה יש שלוש נורמות התנהגות שונות:**

1. חובת תום הלב- מותר לשקול עניינים אישיים. "אדם לאדם- אדם".
2. חובת האמונים של נושא משרה- אסור לשקול עניינים אישיים. "אדם לאדם- מלאך".
3. חובת ההגינות- מותר לשקול עניינים אישיים, אך יש לשקול גם את טובת החברה.

ס' 193 אינו מבאר באלו הקשרים מטילים את חובת ההגינות על בעל מניות שליטה. **ביהמ"ש בעניין קוסוי צמצם את קיומה של חובת ההגינות רק בהקשר של מכירת מניות. המחוקק לא צמצם את החובה למקרה ספציפי, ומכאן לומדים שחובת ההגינות חלה גם בהקשרים נוספים.**

**ניצול כוח השליטה בחברה להימנעות מפעולות - בקרה שיפוטית / בין חובת ההגינות לאיסור קיפוח המיעוט:**

כל שקל שת.מ.מ תשלם, "מבחינה כלככלית", כל שקל מיותר כזה שתמם מוציאה מכיסה, תשת מפסיקה בשקל הזה 79 אגורות. אז אמנם ת.ש.ת מקריבה 97 אגורות אבל השקל המיותר הזה מגיע ב100% לכיס שלה.

**פס"ד בכר נגד ת.מ.מ שימש לנו כהמחשה ראשונה למקרים בהם חובת ההגינות נדרשת גם לא בעת מכירה;**

תמונה שמכילה טקסט, לוח ציור

התיאור נוצר באופן אוטומטיבפסק הדין, הייתה התקשרות עסקית בין ת.מ.מ לתש"ת 🡨 תש"ת סיפקה לת.מ.מ שירותי ניהול בעבור תמורה כספית. בכר טען בביהמ"ש שההסכם בין השתיים הוא לא לעניין מבחינתה של חב' ת.מ.מ משום שחישוב התמורה על שירותי הניהול הוא מוגזם - החב' משלמת סכום מסוים באחוז מסוים מהמחזור ולא מן הרווח 🡨 כלומר, מעצם הווליום של הפעילות ללא קשר לשאלה האם הניהול תקין או לא יעיל - אם התמורה הייתה מן הרווח זה היה מהווה פונקציה של מידת יעילות השירות, כי אם הוא לא רווחי לא יקבל הרבה, ואם כן יקבל הרבה והרווחיות נובעת מאיכות הניהול. בהסכם שהם קבעו, **הסכום היה קבוע ללא קשר ליעילות ונטען שהוא מוגזם.**

**השאלה -** איזה הגיון יש מבחינת תש"ת לדרוש מת.מ.מ במסגרת ההסכם ביניהם תמורה "מוגזמת" (לפי בכר)?

**טענתה של תש"ת -** ההיגיון אומר שבהיותך בעל מניות לא תרצה לפגוע בחברה, ולכן מן הסתם תקבל תמורה נורמלית. תש"ת טוענת שהיא גם בעלת מניות בחברה, ומשכך היא לא באה לפגוע בחברה כי אין היגיון כי זה בסופו של דבר יפגע בה ולכן היא לא תעשה זאת. הסכום שנקבע עבור דמי הניהול הוא הסכום הנורמלי - התמורה הראויה עבור השירותים שהיא מספקת.

**המחלוקת -** היא בעצם על האם התמורה היא ראויה או לא? והשיקול שמאחורי זה הוא האם תש"ת באה לפגוע בחברה - ונטען שאין הגיון שתש"ת תפגע בחברה.

**האינטרס של תש"ת לפגוע בת.מ.מ בהתקשרות ביניהם -** שווה לתש"ת "להיפגע" מכך שת.מ.מ מפסידה כספים, משום שהיא מרוויחה יותר ממה שהיא מפסידה 🡨 כלומר, תש"ת בכלל לא נפגעת מכך, אלא היא מרוויחה מהמצב. תש"ת לכאורה מקריבה משהו בעל ערך נמוך יותר על מנת להנות במקום השני מדבר בעל ערך גבוה יותר 🡨 כלומר, לטענתו של בכר הסכום הוא מוגזם, יש סכום מסוים שראוי לשלם עבור שירותי הניהול, אך מעבר לכך מדובר בבזבוז שמהווה הפסד ופגיעה עבור תמ.מ. **אך בפרספקטיבה של תש"ת** - מבחינת האינטרס הכלכלי שלה (ולא המשפטי), על כל שקל מיותר שת.מ.מ מוציאה מכיסה, תש"ת מפסידה רק 77 אגורות. כלומר, כל שקל מיותר מורכב מ77 אגורות כלכליות של תש"ת ו23 אגורות כלכליות של בכר 🡨 לכן, זה נכון שתש"ת מקריבה 77 אגורות מכספה על כל שקל מיותר שתמ"מ משלמת, אך השקל המיותר הזה מגיע ב100% לכיסה. תש"ת הוציאה 77 אגורות על מנת לקבל את ה100% בחזרה 🡨 כלומר, את 77 האגורות שלה ואת 23 האגורות של בכר (על חשבונו). לכן, זה רווח טוב עבור תש"ת אך מבחינת ת.מ.מ מדובר בהפסד.

כאן, **עולה ניגוד העניינים של תש"ת כבעלת השליטה בחברת תמ"מ.**

דוגמה: אדם בעל 40% מהמניות בחברה גדולה ובעל 60% מהמניות בחברה קטנה. החברה הגדולה עושה עסקת מכר עם החברה הקטנה. האינטרס של בעל המניות מצוי במקום שבו יש לו יותר מניות, גם אם החברה יותר קטנה. ככל שהחברה הגדולה תשלם מחיר יותר מוגזם, הוא ירוויח מכך. על כל שקל שהוא משלם מהחברה הגדולה הוא מפסיד 40 אגורות, אך מרוויח בצד השני 60 אגורות, ולכן בסוף הוא מרוויח 20 אגורות.

בסיטואציה של בעל מניות שליטה ניתן להשתמש בנוסחה של קלארק על מנת להבין היכן מצוי האינטרס שלו. לפי קלארק מצב של ניגוד עניינים הוא כאשר אינטרס אחד גובר על השני 🡨 60>40. ניתן ללבן מה טיב עניינו של בעל מניות שליטה בקונטקסט של חובת ההגינות לפי שיעור האחזקות שלו.

לבעל מניות שליטה היכולת לכוון את פעילות התאגיד. בנסיבות קונקרטיות יש לבעל המניות אינטרס גדול יותר מהחברה הנידונה, וזה עלול להוביל למהלך שאינו לטובת החברה, אלא לטובתו האישית. יש ניגוד אינטרסים כי לבעל המניות יש אינטרס שהחברה הגדולה תשלם מחיר מוגזם, ואילו טובתה של החברה הקטנה היא לשלם מחיר ראוי.

כמענה לחשש זה, חוק החברות מטיל על בלע מניות שליטה חובת הגינות כדי לווסת את פעילותו בנסיבות שמתעורר חשש שהוא יפעיל את כוחו שלא לטובת החברה.

**פס"ד גליקמן נ' ברקאי** ממחיש הבדל זה. שם, דובר על מצב בו הונפקו מניות בחברה אשר לא חילקה דיבידנדים במשך שנים רבות. כל בעלי המניות בחברה, למעט ברקאי, היו נושאי משרה בחברה, ורובם ככולם, למעט ברקאי, הסכימו להנפקת המניות. אותן מניות הונפקו במחיר נמוך משווין הריאלי, במטרה להגדיל את רווחיה. בהתאם לתקנון החברה, המניות שהונפקו הוצעו למכירה קודם לבעלי המניות בחברה, לפי שיעור ההחזקות הנוכחי שלהם, ורובם ככולם רכשו את המניות, למעט ברקאי, אשר פנתה לביהמ"ש בטענת קיפוח. מעבר לכך שהנפקת מניות בזול מקטינה את השליטה של בעלי המניות בחברה, היא גוררת ירידה בשווי המניות המקוריות. לפיכך, הנפקת המניות מהווה הלכה למעשה העברת עושר מכיסם של בעלי המניות הקיימים בחברה לבעלי המניות החדשים בחברה. אם כן, **לא רק ששליטתה של בקראי בחברה קטנה, בעלי המניות הרוויחו את מה שהיא הפסידה**. עולה, כי הפגיעה היחידה בדנן הייתה בברקאי, היא בעלת מניות מיעוט בחברה, ולא בחברה, ששוויה עלה אף שהונפקו מניות בזול. לפיכך, ברקאי זכאית לסעד בהתאם לסעיף 191. לסיכום, שעה שבפס"ד ת.מ.מ החברה נפגעה במישרין (ובעלי מניות המיעוט בעקיפין), בפס"ד גליקמן בעל מניות המיעוט נפגע במישרין**. ניתן להסיק, כי במקום בו החברה נפגעת, חלה חובת ההגינות, ואילו במקום בו בעל מניות מיעוט נפגע, חלה טענת הקיפוח.** יחד עם זאת, יתכן מצב בו החברה תתבע בגין הפרת חובת הגינות, ובמקביל בעל מניות מיעוט יתבע בגין קיפוח. חובת הגינות היא חובת הגינות של בעל שליטה כלפי החברה, ברור שבעקיפין יש בזה השפעה על בעל מניות אבל במובן המשפטי הישיר, מי שנפגע זה ת.מ.מ שמשלמת מכיסה כסף מיותר, נשאר לה פחות רכוש, הפגיעה המשפטית הישירה היא בת.מ.מ.

**אז מה ההבדל בין חובת האמונים כפי שברק הגדיר אותה בפס"ד קוסוי לבין חובת ההגינות?** לפי האן אין הבדל. הוא מסכים שבעל מניות שליטה מותר לו לשקול אינטרסים אישיים, הוא בעל זכויות, כל עוד אין פגיעה באחרים. כשיש פגיעה באחרים, יהיו שיגידו אל תחשוב על עצמיך בלבד ויהיו שיגידו תחשוב על החברה וטובתך האישית נסוגה. זה לא שונה רעיונית מרוקר נ' סלמון. זה גם לא שונה מהלל הזקן, כל הזכויות שבעולם מגיעות לכל אחד מאיתנו וברגע שיש לי ממשק עם רשות הרבים, עם הזולת, החירות המחולטת שלי מתנגשות עם זכויות של מישהו אחר וצריך לקחת צעד לאחור. האבסולוטיות שלי נסוגה כי אני לא לבד בעולם. זה מה שאומרים לבעל שליטה, יש לך עוצמה אדירה אבל זה משפיע על אחרים.

**לפי מלומדים, חובת ההגינות כוללת שקילת אינטרס החברה ביחד עם האינטרס האישי. לעומת זאת, חובת האמונים דורשת שקילה בלעדית של אינטרס החברה.**

לפי פרופסור האן אין הבדל פרקטי ביניהם, ומביא הוכחות מכמה בחינות:

* הוכחה פורמלית- החברה זכאית לסעדים בחובת ההגינות הן אותם סעדים הניתנים בחובת האמונים.
* הוכחה מהותית- ס' 275 לחוק עוסק בעסקאות עם בעלי עניין. ההגעה לס' 275 היא דרך ס' 270(4), העוסק בעסקאות חריגות שבין חברה ציבורית לבין בעל השליטה, או בין החברה לאדם שלבעל השליטה יש אינטרס אישי אתו. אופן האישור הוא לפי ס' 275, אך ראשית בעל השליטה צריך לגלות את עניינו האישי לפי ס' 269. **האישור הנדרש בחובת ההגינות הוא אותו רמת אישור הנדרש בחובת האמונים**.

השופטים אומרים אחרת – הם סוברים שיש הבדל. קודם כל בצורה הפורמאליסטית: אם פונים להמשכו של סעיף 193, החברה זכאית לסעדים כלפיו, כמו הסעדים של נושא משרה. ההוכחה הכי מהותית זה הפרק של עסקאות עם בעלי עניין, עם סעיף 275. זו ההוכחה שאנו בסופו של דבר באותו משחק לכל דבר ועניין.

בחברות ציבוריות סעיף 275 הוא הסעיף הכי פרקטי. הסעיף דנן ממוקם באמצע פרק שכבר נחשפנו אליו, פרק עסקאות עם בעלי עניין.

**מה יהיה הסעד אם וכאשר בעל מניות מיעוט קופח?** סעיף 191קובע כי *"התנהל ענין מעניניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה****, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו****, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה בכפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה"*. עולה, כי לביהמ"ש **שק"ד רחב מאוד בפסיקת הסעד המתאים**. למשל, **בפס"ד תעשיות מתכת**, נפסק כי אי חלוקת דיבידנדים במשך למעלה מ20 שנה, שעה שחלק מבעלי המניות בחברה משמשים במקביל כנושאי משרה ומקבלים דיבידנדים בדמות שכר, עולה כדי קיפוח בעלי שאר המניות. לפיכך, ביהמ"ש קבע **סעד של חלוקת שיעור מסוים מתוך הדיבידנדים שהצטברו במשך השנים**. סעד אפשרי נוסף הוא סעד של **רכישה כפויה**, לפיו ביהמ"ש יורה לנתבעים לקנות את מניות הצד המקופח.

**עניין אישי של בעל שליטה בעסקה עם חברה ציבורית:**

יודגש, כי **פרק זה חל אך לעניין חברות ציבוריות**, **ועוסק בכלי משפטי נוסף, מלבד חובת ההגינות, לקעקוע עניין אישי של בעל מניות שליטה בחברה ציבורית**. עם זאת, שעה שחובת ההגינות חלה בדיעבד ומהווה כלל אחריות, כלי זה חל לכתחילה ומהווה כלל קניין. במה הדברים אמורים? סעיף 270(4), אשר נמצא תחת הפרק החמישי העוסק בעסקאות עם בעלי עניין, קובע כי *"****עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה*** *בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה ענין אישי, לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה ענין אישי; וכן התקשרות של חברה ציבורי ת עם בעל השליטה בה או עם קרובו, במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות חברה שבשליטתו, לעניין קבלת שירותים בידי החברה וכן אם הוא גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, ואם הוא עובד החברה ואינו נושא משרה בה - באשר להעסקתו בחברה"*, **טעונה אישור מיוחד** כמפורט בסעיף 275:

1. *"ועדת הביקורת, ובעסקה באשר לתנאי כהונה והעסקה, ועדת התגמול;*
2. *הדירקטוריון;*
3. *האסיפה הכללית, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:*
4. *במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו* ***רוב מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה****, המשתתפים בהצבעה; במניין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;*
5. ***סך******קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקת משנה (א)******לא עלה על שיעור של שני אחוזים*** *מכלל זכויות ההצבעה בחברה"*.

הרבה פעמים בעל מניות השליטה שלנו הוא גם נושא המשרה בה. למשל – ורדניקוב נגד אנולביץ, זהו פס"ד שעוסק בשאול הלוביץ ומעמדו בחברת בזק, שהיה בעל מניות השליטה בה והיה גם יושב ראש הדירקטוריון. אם במקרה יש עסקה של בזק שבה לשאול יש עניין אישי, יחולו לגבי אישור עסקה כזו כללים שחלים על אישור עסקה שלנושא משרה יש בה עניין אישי וכן הכללים שלבעל השליטה יש בה עניין אישי, קרי זה מצטבר ולא לחלופין.

במילים אחרות, על עסקה בין חברה ציבורית לבעל מניות שליטה להיות מאושרת הן בועדת הביקורת / הגמול, הן בדירקטוריון והן באסיפה הכללית על ידי רוב בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה. אומנם, ככל וסך המתנגדים לעסקה לא עלה על שני אחוז מכלל זכויות ההצבעה בחברה, העסקה תהיה תקפה אף אם לא היה רוב מקרב בעלי מניות להם אין עניין אישי. כאמור לעיל, קודמת לכך **חובת הגילוי** המוטלת על בעל העניין האישי, בהתאם לסעיף 269.

**מיהו בעל שליטה לעניין זה?** כאמור, שליטה היא *"היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים של אמצעי השליטה בתאגיד"*. על כך, **מוסיף** סעיף 268, וקובע כי *"****בפרק זה****, "בעל שליטה" - בעל השליטה כמשמעותו בסעיף 1,* ***לרבות*** *מי שמחזיק בעשרים וחמישה אחוזים או יותר מזכויות ההצבעה באסיפה הכללית של החברה אם אין אדם אחר המחזיק בלמעלה מחמישים אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה; לענין החזקה, יראו שניים או יותר, המחזיקים בזכויות הצבעה בחברה ואשר לכל אחד מהם יש ענין אישי באישור אותה עסקה המובאת לאישור החברה, כמחזיקים יחד"*. אם כן, עולה כי לעניין בעיית הנציג, ראשית, יתכן יותר מבעל מניות שליטה אחד בחברה ציבורית. שנית, יכול שיהיה בעל מניות שליטה בחברה ציבורית, אף אם הוא מחזיק בפחות מ25% ממניות החברה, ככל ואין בעל מניות אחר המחזיק ב50% או יותר ממניות החברה, בהתאם להגדרת השליטה בחוק ניירות ערך כאמור. בהגדרה הכללית זה היכולת לכוון פעילות תאגיד. כלומר, גם ההגדרה הכללית של שליטה רלוונטי וגם מבחן כמותי שאם אתה מחזיק מעל 25% ואין אף אחד אחר שמחזיק למעלה מ50% אתה נחשב לבעל שליטה.

**מהו עניין אישי?**

ראשית כל, בהתאם לסעיף 275, **עניין אישי בעסקה עם חברה ציבורית יכול להופיע הן אצל בעל מניות שליטה והן אצל בעל מניות שאינו בעל שליטה. לפיכך, שניהם יהיו מנועים מלהצביע באסיפה הכללית בעניין אישור העסקה**. חשוב להדגיש, כי **עניין אישי של בעל שליטה תלוי במשקל האינטרס הכלכלי של העסקה העומדת על הפרק**. נניח כי בעל שליטה בחברה א', מחזיק במניות בחברה ב'. שעה שחברה א' מוערכת בכמיליארד שקלים, חברה ב' מוערכת בכעשרה מיליון שקלים. חברה א' קונה מחברה ב' נכס כלשהו, ונשאלת השאלה האם לבעל השליטה יש עניין אישי באישור העסקה מצד מי משתי החברות? ברי כי חברה א' תבקש מינימום תשלום, וחברה ב' תבקש מקסימום תמורה. נוסיף ונניח כי בעל השליטה מחזיק ב20% בחברה א', קרי 200 מיליון שקלים, וב50% בחברה ב', קרי 5 מיליון שקלים. על פניו, הערך הכספי של ההשקעה בחברה א' גדול פי כמה מהערך הכספי של ההשקעה בחברה ב'. אף כל פי כן, בהתאם לאינטרס הכלכלי של בעל השליטה בעסקה, על כל שקל שחברה א' משלמת לחברה ב', בעל השליטה מפסיד 20 אגורות, ואילו על כל שקל שחברה ב' מקבלת מחברה א', בעל השליטה מרוויח 50 אגורות. אם כן, לבעל השליטה יש אינטרס כלכלי שחברה א' תשלם מקסימום תמורה, דבר הנוגד את האינטואיציה הראשונית. ניתן לומר, **כי עניין אישי של בעל שליטה המחזיק במניות בכמה חברות שונות, יקום לעניין החברה בה אחוז ההחזקה שלו בה הוא הגבוה ביותר**.

**שיעור 30/05/2022**

**סעיף 275:** כאמור, חובת ההגינות חלה על חברה פרטית ועל חברה ציבורית. אבל בחברה ציבורית צריך לעבור הליכים שונים, אישור כאמור בסעיף 275, שזה אומר ועדת ביקורות, דירקטוריון ואספה כללית, כאשר החידוש הוא שבאספה הכללית אנו צריכים רוב מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי. האם אפשר לאשר את העסקה מבלי רוב כזה? כן. איך? לפי החלופה השנייה – אם סך כל אלו שהצביעו נגד העסקה לא מהווים אפילו 2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה. צריך רוב מקרב היתר שמשתתפים. שכולם יחד יחזיקו היקף של מניות שהוא פחות מ2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה. בהנחה שכל המתנגדים מהווים יחד יותר מ2% מסך זכויות ההצבעה בחברה, אז צריך לבדוק האם המתנגדים האלה נותרים בקרב מיעוט בקרב היתר או רוב. אם מיעוט – יש עסקה, אם המתנגדים הם רוב, אזי שאין עסקה.

כיום החוק דורש רוב. בעבר לפני תיקון 16 לחוק החברות שנחקק קצת למעלה מ10 שנים, סעיף 275 קבע שכדי להעביר את העסקה צריך שליש מקרב היתר. בא תיקון 16 והעלה את הדרישה משליש לרוב. למה במקור קבעו שליש? היו פשרות היסטוריות כשזה נחקק ואמרו שכל המהלך הזה נותן כוח ותו ויכולים לסחוט את בעל מניות השליטה, היה לחץ נתנו פשרה ואמרו נעשה שליש. רוב זה מאוד גבוה אז רק שליש. אבל בתיקון 16 חזר בו המחוקק ואמר מה ההגיום בשליש? הרי כל מנגנון ההצבעה בא להגיד שאתה בעל שליטה עם נגיעה אישית וזה שאתה תצביע בעד זה ברור כי זה טוב לך! האספה הכללית באה לבדוק אם זה טוב לחברה אז בואו ניצור את קבוצת הייחוס הרלוונטית לשם בדיקה האם זה טוב לחברה או לא! אז שב אתה בצד ובוא נשמע מה האחרים אומרים. הסעיף לפני התיקון אומר שאם שליש בעד הרי ששני שליש נגד, ומה ההיגיון ששליש ייתן את האור הירוק אם שני שליש אומרים נגד? זה קצת מוזר. בתיקון 16 אמרו שזה באמת לא הגיוני וההיגיון אומר שמכל קבוצת יחוס אתה מכריע לפי הרוב.

בפס"ד אייזנברג הדיון היה על שליש. הסיפור בפרשה התרחש לפני תיקון 16 אבל אם הוא היה קורה היום היינו מדברים על רוב, אולם זה לא מה שמהותי בסיפור. הסיפור המהותי הוא אחר. מה האתגר שהתעורר בסיפור של אייזנברג ביחס לסעיף 275?

**3891/04 אייזנברג נגד מדינת ישראל -** מר אייזנברג היה בעל מניות בחברות הציבוריות ישרס וערד, והוא רצה למכור את מניותיו בחברת ישרס לחברת ערד בתמורה לעוד מניות בחברת ערד 🡨 כלומר, ערד תנפיק לו מניות נוספות בה כתשלום למניותיו בחברת ישרס. לכן, **ברור שהיה למר אייזנברג עניין אישי בעסקה זו -** הרי העסקה היא בין אייזנברג לחב' ערד וברור שזה נכנס לגדרי סעיף 270(4) ומכאן נדרש אישור לפי סעיף 275. בנוסף, מר אייזנברג היה יו"ר הדירקטוריון של חברת ערד.

בשל העניין האישי של מר אייזנברג, העסקה עברה הליך אישור כנדרש בחוק - ולאחר שאושרה בוועדת הביקורת והדירקטוריון הגיעה לדיון באסיפה הכללית, **ושם התעוררה הבעיה;**

מבחינה מעשית, מי שמבקש לדין ומנהל את ישיבת האסיפה הכללית הוא בד"כ יו"ר הדירקטוריון - כלומר, בין אם הוא בעל מניות ובין אם לא, זו פונקציה של תפקידו כיו"ר דירקטוריון. כאמור, יו"ר הדירקטוריון של חברת ערד הוא אייזנברג, וכשהעסקה עלתה להצבעה באסיפה הכללית הוא לא הצביע שם בשל עניינו האישי. **בתום הישיבה אייזנברג ספר את הקולות והכריז שהעסקה מאושרת משום שקיבלה את השליש הדרוש.**

לאחר שהעסקה כבר יצאה לפועל, הרשות לניירות ערך החלה לבחון האם כל גילוי המידע ביחס לאופן האישור ולדרכי ההצבעה נעשה כראוי. כלומר, האמנם הדיווחים בעניין קבלת האישור מהימנים? עלתה טענה שלבסוף התגלגלה לביהמ"ש, **לפיה העסקה בעצם לא קיבלה את האישור הנדרש** - וזאת משום שספרו את הקולות של בעלי המניות השונים שהצביעו, וביניהם את קולות האחים יסלזון שהיו בעד לעסקה, אך נטען שהיה אסור לספור את קולותיהם משום שיש להם עניין אישי באישור העסקה.

כאמור, הטריגר להפעלת סעיף 275 הוא כאשר ישנה עסקה של חברה ציבורית עם בעל שליטה או שלבעל השליטה יש עניין אישי 🡨 **כך שלכאורה אם יש בעל מניות אחר שהוא לא בעל השליטה ויש לו עניין אישי אנו לא צריכים להפעיל את סעיף 275.**

**אך לפי סעיף 275, מי שרשאי להצביע כחלק מהרוב הבלתי נגוע הוא -** "שליש או רוב מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי באישור העסקה " 🡨 זה לא שכתוב שם "למעט בעל השליטה", אלא הכוונה היא למעט כל מי שיש לו עניין אישי. משמע, בעל השליטה בטח יוצא החוצה אך יכול להיות שיש עוד בעלי מניות שהם לא בעלי השליטה, אך יש להם עניין אישי באישור העסקה ולכן גם הם צריכים לשבת בצד ואין לספור אותם 🡨 **רק בעלי מניות שנקיים מהעניין האישי יכולים לשבת באסיפה.**

**השאלה המשפטית -** האם האחים יסלזון הם בעלי עניין אישי באישור עסקת המכר של מניות יסרש שנמצאות בבעלותו של אייזנברג לחברת ערד? **האם יש להם עניין אישי באישור העסקה הזו או לא?** **הנפקות -** בחישוב הקולות התברר שהקולות של האחים יסלזון היו הקולות המכריעים 🡨 אם כוללים אותם בספירת הקולות אז יש את השליש הדרוש לאישור העסקה, ואם לא אז אין.

**טענות הפרקליטות: מי שטען כנגד אייזנברג בביהמ"ש היא מדינת ישראל** - זהו הליך פלילי שהתגלגל לכתב אישום פלילי על עבירות צווארון לבן, קבלת דבר במרמה ועוד 🡨 הוא קיבל טובת הנאה כלכלית בגין עסקה שהניבה לו תועלת מרובה במרמה - הרי, אייזנברג ביודעין סיבב את האירועים כך שניתן יהיה להכניס את יסלזון לאסיפה הכללית ולספור את קולותיהם למרות שהם לא היו אמורים להיספר, וכך הוא קיבל את טובת ההנאה הכלכלית שעולה לו מהעסקה הזו שאחרת הוא לא היה מקבל. כלומר, על בסיס הפרה נטענה של סעיף 275 לחוק החברות, שהוא סעיף אזרחי לחלוטין עם סעדים אזרחיים, לעיתים המדינה לוקחת את זה עד לכדי הליך פלילי - וזאת בעיקר אם המרמה גורמת לאחר מכן גם למרמה בדיווח על פי דיני ניירות הערך, ואז מחמירים ולוקחים זאת לגרסאות הפליליות של הפרת דיני ניירות ערך וקבלת דבר במרמה לפי חוק העונשין, אך המרמה היא בהפרת סעיף 275 🡨 כלומר, שאלת המפתח לצורך האישום הפלילי היא האם סעיף 275 התקיים כהלכתו או שלא, ואם הוא לא התקיים כהלכתו והייתה הפרה ביודעין, יש חשש שהייתה כאן קבלת דבר במרמה.

* זה לא אומר שכל פעם שסעיף 275 יופר נעבור לגזרה הפלילית, אך יש פוטנציאל כזה.

1. **טענה שנדחתה בביהמ"ש המחוזי משום שלא בוססה מבחינה עובדתית -** נטען שכל המניות של חברת ערד שהיו בבעלות האחים יסלזון לא באמת היו שלהם, אלא של אייזנברג והן רק "חנו חניית לילה" אצלם. כלומר, הם היו אצלם באופן זמני בכדי לחזור לאייזנברג. אך ביהמ"ש לא קיבל טענה זו 🡨 זו כמו הטענה בדיני המיסים בנוגע לעסקה מלאכותית, אך היא לא בוססה כראוי מבחינה ראייתית.

2. **הפרקליטות טענה שליסלזון היה עניין אישי באישור העסקה ומשום שאייזנברג ידע זאת היה אסור לו להביא אותם להצבעה כי הם היו צריכים להיות מחוץ למשחק בדיוק כמוהו.**

**למה שלאחים יסלזון יהיה עניין אישי?** יסלזון הם שני אחים שהיו אנשי עסקים, והם נהיו בעלי מניות בחברת ערד רק כשבועיים לפני האסיפה הכללית המדוברת. לעומתם, אייזנברג מחזיק במניות חב' ערד הרבה זמן לפניהם. מדובר בחברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה, אך האחים יסלזון אינם בעלי מניות מהציבור שקנו אותן דרך הבורסה - אלא זמן קצר לפני האסיפה הכללית הם קנו חבילת מניות גדולה, שבד"כ לא קונים היקפים כאלו ככה סתם מהבורסהף **אלא הם קנו מניותיהם מאייזנברג -** אייזנברג מכר לאחים יסלזון 7% מהמניות שיש לו בחברת ערד.

* **אך** **למה אייזנברג מוכר את מניותיו בחברת ערד?** הרי עכשיו הוא ראה בערד פוטנציאל עסקי מאוד משמעותי והוא אף רוצה לצרף לשם את ישרס.

**הרקע - מה קרה לפני שאייזנברג יצר קשר עם האחים יסלזון?** לקראת האסיפה הכללית אייזנברג בדק איך חלק מבעלי המניות הגדולים עומדים להצביע, והוא גילה שהגופים המוסדיים עומדים להצביע כנגד עסקת מכר מניות ישרס לחב' ערד כי לטענתם המחיר גבוה מידי 🡨 כלומר, אין להם התנגדות עקרונית אך המחיר שאייזנברג כמוכר מקבל הוא גדול מידי והם לא חושבים שערד צריכה לשלם לו מחיר כזה מופקע בעד מניות יסרש, אך הוא לא היה מוכן להוריד את המחיר. לכן, **אייזנברג החל להילחץ שמא העסקה לא תקבל את השליש הדרוש לאישורה**, **ולכן הוא פנה לאחים יסלזון בהצעה למכור להם 7% ממניותיו. האחים יסלזון הם אנשי עסקים מוצלחים, ומדובר בסכום כסף גדול ונתח גדול בחברה וזה לא עניין של מה בכך ובד"כ אלו לא החלטות שנעשות ככה במהירות. לקראת עסקה כזו גדולה בד"כ מתחילים לבצע בדיקות - למשל, כמה צריך לשלם? מה המשמעות? באיזו חברה מדובר? מהם שווי מניותיה? וזה אמור לקחת זמן.** אייזנברג אמר להם שאין לו זמן לכך שהם ילמדו את העניין ויחזרו אליו, והם צריכים להחליט עכשיו. **בכדי לשכנע אותם הוא הציג להם את החזון שלו אשר מורכב משני שלבים:**

1. **החזון היותר קטן וצנוע** (אורנים קטן) - כיום אייזנברג מחזיק במניות בחב' ערד ובעוד כמה חברות וביניהן חברת ישרס, אך הוא מעוניין לשנות את המצב 🡨 הוא רוצה להחזיק את כל ההחזקות הכספיות שלו דרך חברה מרכזית אחת שהיא תחזיק בכמה חברות בעצמה - כלומר, לא הוא יחזיק בכמה חברות, אלא הוא יחזיק בחברת ערד בלבד שהיא בעצמה תחזיק במניות של חברות אחרות, ואז בעקיפין יהיו לו אינטרסים כלכליים בחברות אחרות, בעוד שהוא מחזיק רק בחברה אחת. בכדי להשיג זאת, הוא צריך לקחת את אחת החברות שיש לו ולהכניס אותה לחברה הגדולה 🡨 הוא צריך לקחת את המניות שהוא מחזיק בחב' ישרס ולמכור אותן לערד כך שהיא זו שתחזיק במניות ולא הוא.

2. **החזון הגדול יותר שממשיך את הקטן** (אורנים גדול) - לאחר שהוא יארגן את הדברים בצורה האפקטיבית כאמור מעלה, הוא ישתמש בחב' ערד על מנת לגייס עוד הרבה כסף מכל מיני משקיעים, וינפיק המון הנפקות ציבוריות בחברת ערד כך שהיא תרוויח עוד המון כסף שאותו הוא (והאחים במידה ויחליטו להצטרף אליו) ישקיע דרך ערד בחברות למטה - כולל ישרס והחברות האחרות, ותהיה הרבה פעילות עסקית בווליום הרבה יותר גדול כך שהרווחים יצמחו והם ירוויחו מכך המון.

**אייזנברג הציע לאחים יסלזון להצטרף לחזון שלו ולהיות שותפים עסקיים שלו -** אייזנברג אמר לאחים יסלזון שאם הם יקנו ממנו את המניות, ויצביעו בעד עסקת מכירת המניות של ישרס לחברת ארד כשזה יעלה לדיון באסיפה הכללית - זה יהיה הצעד הראשון והקטן בדרך הנכונה אל היעד הגדול. **בתגובה,** האחים יסלזון אמרו שהם רוצים לבדוק את שווי המניות ואת כדאיות העסקה, ואייזנברג אמר להם שאין זמן כי האסיפה הכללית קרבה, ואם עסקת המכר לא תאושר כל החזונות האלו ירדו לטמיון ולא יצאו לפועל. משום שאנשי עסקים מדופלמים כדמותם לא יקנו את המניות ככה באופן עיוור מבלי לבדוק את כל הנתונים, **אייזנברג אמר להם שאין להם מה להיות לחוצים -** אם העסקה לא תהיה טובה והם יחשבו שהם לקחו החלטה לא נכונה/שווה/טובה עבורם, הוא יקנה מהם בחזרה את המניות באותו המחיר בו הוא מכר להם. לכן, אין להם מה לחשוש כי הוא מנטרל כל סיכון עסקי. הם הסכימו לדבריו ובנוסף גם קבעו שהם יצביעו בעד לעסקת המכר הזו באסיפה הכללית.

לכן, **שתי הטענות שהתקבלו בביהמ"ש המחוזי ועליהם אייזנברג ערער לעליון:**

1. **היה בין האחים יסלזון לאייזנברג הסכם הצבעה קואליציוני -** לכן, יסלזון כצד להסכם עם בעל מניות נוסף לא יכולים להצביע איך שהם רוצים ולפי מיטב שיקול דעתם ביחס לעסקה הנוכחית, אלא עליהם להצביע לפי מה שהם התחייבו במסגרת ההסכם, לכן, אם יש להם הסכם הצבעה עם אייזנברג במסגרתו הם התחייבו להצביע כרצונו - אז כמו שלאייזנברג יש עניין אישי, אז גם לאחים יסלזון נוצר עניין אישי.

**המרצה מדגיש שניגוד עניינים לא מהווה פגם מוסרי -** ליסלזון אין ניגוד עניינים כי הם לא מרוויחים מהעסקה כמו אייזנברג שמקבל מחיר מופקע על המניות. הם לא מקבלים תמורה בעבור העסקה, אלא העניין האישי פשוט נוגע לשאלה - האם אתה יכול לחשוב באופן נקי ואובייקטיבי מהי טובת החברה? אם אתה יכול אז אין עניין אישי, ואם אתה לא יכול כי משהו כובל ומושך אותך לצד השני אז יש בעיה ואתה לא יכול להיות בקבוצת הייחוס הרלוונטית לבחינת טיב העסקה. **לכן, מה שכובל את האחים יסלזון לצד השני של אייזנברג הוא ההסכם ביניהם לפיו עליהם להצביע כפי שהם סיכמו עמו, וזה כשלעצמו יוצר עניין אישי.**

2. **עסקה חסרת סיכון -** הם הסכימו על גיבוי כספי כך שבמידה ויתברר שהשקעתם של יסלזון לא הייתה טובה אייזנברג יקנה מהם את המניות בחזרה. זה הופך את העסקה לחסרת סיכון מבחינתם וזה יוצר להם עניין אישי.

**הכרעת ביהמ"ש המחוזי -** שתי הטענות האלו התקבלו ונקבע שלאחים יסלזון היה עניין אישי, ועל כן היה אסור לכלול את קולותיהם. משום שאייזנברג ידע על כך ובמכוון ספר את קולותיהם, הוא הורשע על קבלת דבר למרמה.

**דעת המרצה -** הסכם ההצבעה לא אמור לרגש אותנו כי בנסיבות העניין הוא כלל לא יצר עניין אישי ליסלזון, וזה כשלעצמו לא היה אמור לפסול אותם מלהיכלל בקולות, אך הסיפור של קניית המניות בחזרה דווקא כן יצר את העניין האישי (עורך הדין של אייזנברג לא רצה לטעון זאת מחשש שזה יעצבן את השופטים). המרצה אמר שהוא משוכנע שביהמ"ש העליון לא יקבל את טענתם וישאיר את ההרשעה כפי שהיא על בסיס כל אחד משני האלמנטים האלו כשלעצמם, בדיוק כמו שהמחוזי קבע, וכך היה.

**המרצה משוכנע עד היום שעל האלמנט השני הכלכלי של קניית המניות בחזרה היה עניין אישי, ועל האלמנט הראשון של הסכם ההצבעה לא היה עניין אישי** 🡨 ככלל, הסכם הצבעה כן יוצר עניין אישי כי הוא כובל את האדם כך שהוא לא יכול להצביע אחרת ולפי טובת החברה. אך לא בנסיבות המקרה שלפנינו.

לפי המרצה, הסכם הצבעה יוצר עניין אישי במקרה בו אדם בעל מניות בחברה כבר 3 שנים ועם כניסתו לחברה הוא התקשר בהסכם הצבעה קואליציוני שלא משנה איזה נושא יעלה על הפרק באסיפה הכללית הוא מחוי בלהצביע אותו הדבר כמו הצד השני להסכם. נניח והגיעה עסקה כזו שלבעל השליטה יש עניין אישי ובעל מניות אחר כבול אליו ולא יכול להצביעה כנגדה גם אם הוא חושב שהיא לא טובה לחברה, וזה יוצר עניין אישי כי הוא לא יכול להביע את דעתו באופן נקי באסיפה הכללית מבחינת טובתה של החברה, אלא הוא בצד של בעל השליטה. אך לענייננו, יסלזון הם בעלי מניות חדשים והסכם ההצבעה נוצר ביום בו הם קנו את מניותיהם, שם הם התחייבו לאייזנברג שהם יצביעו בעד עסקת המכר, **אך לפי המרצה זה לא אומר כלום -** הרי, אם הם לא היו מתחייבים על כך אך בכל זאת מצביעים בעד העסקה באסיפה הכללית, לא היינו טוענים שיש להם עניין אישי על האלמנט הזה כשלעצמו.

**לעומת זאת המרצה טוען שיש עניין אישי באלמנט השני -** זהו האלמנט שמאפשר לקונים להתחרט ואז המוכר ירכוש מהם את מניותיו בחזרה 🡨 האלמנט הזה של אופציית מכירה בחזרה המוסכם מראש באותו המחיר בו הם קנו הופך את יסלזון לכאלו שמצטרפים לחזון הגדול של אייזנברג, ואם זה ילך ויהיה טוב הם יהיו עמו לאורך כל הדרך, אבל אם יתברר שזה לא כ"כ טוב לחברה ערד האחים תמיד יוכלו להתחרט וזאת מבלי להיות ניזוקים אפילו לא בשקל אחד. כלומר, אם זה ילך טוב הם ירוויחו ואם לא הם ימכרו בחזרה את המניות האלו באותו המחיר 🡨 **זו אופציה חד סטרית שיוצרת רק פוטנציאל לרווח אין סיכון הפסד בכלל.**

* פס"ד בעניין אביב אלגור שניתן ע"י השופט כבוב עסק באותו מקרה, וגם שם זה נגמר בפלילי.
* לפי המרצה, גם אם הסיפור לא נגמר בהרשעה פלילית ונשאר רק ברמה האזרחית, זה לא ראוי להתנהל כך ולא זה הרעיון של הסעיף.

בנוסף לאמור, פס"ד העלה את **מבחן הזיקה** לבחינת עניין אישי:

1. **האם ישנה זיקה עודפת?** זיקה עודפת היא כל זיקה אישית שיש לבעל מניות לעסקה בנוסף לזיקה האישית שיש לבעל מניות בחברה בתור כזה. כמו כן הזיקה יכולה, אך אינה חייבת, להיות טובת הנאה כלכלית לכיסו הפרטי של בעל המניות.
2. **מהו משקלה של הזיקה?** יש לבחון האם הזיקה עודפת או זניחה.

**החלטת הרשות לניירות ערך** קובעת שעניין אישי קם מקום בו מתקיימת **מערכת יחסים מיוחדת עם בעל השליטה**, למשל אדם שלבעל השליטה יחסים פיננסים / משפחתיים איתו; אדם שלבעל השליטה מערכת יחסים מתמשכת איתו; אדם שקונה מבעל השליטה מניות מחוץ לבורסה. **מנגנון הדירקטורים החיצוניים:**

ישנו מנגנון נוסף שלא נוגע ביחס לעסקה מסוימת אלא הוא יותר מנגנון נמשך בהתנהלות של החברה, **וזהו מנגנון הדירקטורים החיצוניים:** בסעיפים 239 ו-240, חוק החברות דורש כדרישה קוגנטית ומחייבת שיכהנו בדירקטוריון של כל חברה ציבורית לכל הפחות שתי דירקטורים חיצוניים. כמובן שחברה יכולה למנות יותר דירקטורים חיצוניים (וזה מבורך), אך מבחינת החוק המינימום ההכרחי הוא 2, ואכן אין חברה ציבורית בישראל שלא מקיימת דרישה זו (אחרת הרשות לניירות ערך וגורמי האכיפה יכנסו לתמונה).

סעיף 239 לחוק קובע: **בחברה ציבורית** **יכהנו לכל הפחות** **שני** **דירקטורים חיצוניים**. בהתאם, מגדיר סעיף 240 כי *"לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שהוא קרוב של בעל השליטה, וכן מי שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל השליטה בחברה או לקרוב של בעל השליטה, במועד המינוי, או לתאגיד אחר, ובחברה שאין בה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה, גם זיקה למי שהוא, במועד המינוי, יושב ראש הדירקטוריון, המנהל הכללי, בעל מניות מהותי או נושא המשרה הבכיר ביותר בתחום הכספים"*. **מאפייניו של דח"צ:**

1. **מבחינת הכשירות**, נדרשת שתהיה לדח"צ מומחיות חשבונאית ופיננסית / כשירות מקצועית. כמו כן, רק אדם פרטי יכול לכהן כדח"צ, ואילו תאגיד לא יכול: **נקבע שעל מנת להיות דח"צ על האדם לעמוד באחד משני קריטריונים** 🡨 או שיש לאדם מומחיות חשבונאית פיננסית (בגדול, רו"ח), או שיש לאדם מומחיות וכשירות מקצועית אחרת המוגדרת בתקנות. זה תלוי באיזו חברה מדובר - אם זו חברת ביו-טכנולוגיה, נניח שתואר בביולוגיה הוא רלוונטי כך שזו תהיה כשירות מקצועית התואמת את העניין, אך אם זו חברה בתחום התקשורת זה יהיה פחות רלוונטי. תארים במשפטים, כלכלה ומנהל עסקים הם גנריים ותקפים לכל סוגי החברות באשר הן - כי תארים אלו הם אמנם לא בזווית של התחום המקצועי, אך הם בזווית של הבנה בניהול תאגידי וכן הלאה. מתוך שני הדח"צים אחד מהם בהכרח חייב להיות בעל מומחיות חשבונאית פיננסית, והשני יכול להיות כזה אך הוא לא חייב בהכרח אלא הוא יכול להיות בעל כשירות מקצועית אחרת.
2. על הדח"צ להיות **נטול "זיקה" לחברה או לבעל השליטה**, החל בשנתיים שקדמו למינוי וכלה במשך כהונתו - ע"פ החוק, אם אדם רוצה להתמנות לדירקטור חיצוני עליו להראות שאין לו זיקה אל החברה או לבעל השליטה לא בעת המינוי ולא בשנתיים שקדמו למינוי. זאת משום שזיקה אל בעל השליטה יוצרת תלות אליו - וכל הרעיון הוא שהדירקטור החיצוני לא יהיה חייב לבעל השליטה דבר ויהיה חסר תלות בו. גם זיקה אל החברה יוצרת תלות מסוימת בבעל השליטה - יכול להיות שאדם מכהן גם כסמנכ"ל הכספים כך שיש לו זיקה אל החברה, ומקור הפרנסה שלו הוא החברה ולכן אולי בעל השליטה חסום מלפטר אותו מתפקידו כדח"צ אך הוא יכול להכאיב לו בכך שילחץ על המנכ"ל שיפטר אותו מתפקידו, וזה יוצר תלות מסוימת כלפי בעל השליטה מבחינה פרקטית.

**הגדרת הזיקה לפי חוק החברות** - "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 עניינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהוו זיקה".

1. **תקופת כהונתו של דח"צ מבוצרת** לשלוש שנים, אם כי היא ניתנת להארכה של עד תשע שנים, בהתאם לסעיף 245.
2. התגמול של דח"צ הוא **תגמול סטטוטורי** בהתאם לתקנות, ולא בהתאם לרצון החברה, לפי סעיף 244.
3. **מינויו של דח"צ** יעשה על ידי האסיפה הכללית ברוב של בעלי מניות שאינם בעלי שליטה או בעלי עניין אישי, בהתאם לסעיף 239(ב). בשונה מפרק עסקאות עם בעלי עניין, בעל שליטה לעניין זה הוא כהגדרת סעיף ההגדרות בחוק. יחד עם זאת, **המדובר במנגנון זהה למנגנון אישור עסקה בין חברה ציבורית לבעל מניות שליטה**.
4. **בשונה מדירקטור מן השורה, דירקטור חיצוני חייב להיות תושב ישראל -** זו לא דרישה ברמה המקצועית אך מדובר בעניין של חיבור יומיומי למדינת ישראל. אנו מייעדים לדירקטור החיצוני תפקיד מסוים מבחינת המשקל וכובד הראש שהוא ייתן והביקורות שהוא יבצע, ונדרש שהוא יהיה תושב ישראל. עם השנים תיקנו את דרישה זו וקצת הקלו בה, וקבעו חריג שבנסיבותיו הדירקטור החיצוני יכול שלא להיות תושב ישראל.

**שני המאפיינים הראשונים מבטיחים את מקצועיותו של דח"צ, ושאר המאפיינים מבטיחים את שיקול דעתו העצמאי**. יחד עם זאת, יש לזכור כי לרוב בעל השליטה יהיה זה שיציע מינוי דח"צ כזה או אחר, אם כי הוא לא יוכל להבטיח את מינויו, הואיל והוא לא ישתתף בהצבעה בדבר המינוי.

**מהם תפקידיו של דח"צ?** ככלל, בהתאם לסעיף 110, *"הדירקטוריון רשאי להקים ועדות דירקטוריון, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון"*. עם זאת, ישנן שתי וועדות שקיומן לא נתון לשק"ד של הדירקטוריון, אלו הן **ועדת ביקורת** (סעיף 114) **וועדת תגמול** (סעיף 118א). בוועדות אלו, דח"צים בהכרח יהיו חברים בהן, וכן אחד מהם ישמש כיו"ר הוועדה. **בעלי שליטה וכן יו"ר הדירקטוריון לא יכולים להיות חברים בוועדה, דבר המחזק את עצמאות הועדות.** הרציונל הוא להבטיח שיכהנו בוועדות השונות דירקטורים **נטולי זיקה לחברה או לבעל השליטה**, במטרה להבטיח את טובת החברה לאורך כל הדרך. הנושאים הנדונים בוועדות הללו למשל, הן עסקאות בין בעל שליטה לחברה ציבורית הטעונות אישור בהתאם לסעיף 275.

**מה מיוחד בדירקטור החיצוני לעומת הדירקטור הרגיל?** הרי מדובר בדירקטור מהדירקטוריון לכל דבר ועניין - גם הוא נושא באחריות כמוהם, אותם התפקידים והתפקוד.

דירקטור חיצוני מכונה שומר הסף של הארגון וכלב השמירה של בעלי המניות. דח"צ (המכונה לעיתים גם דירקטור עצמאי) הוא דירקטור שממלא תפקיד דומה לדירקטור פנימי מבחינת התוויית מדיניות החברה, הובלת תהליכים, פיקוח ובקרה פיננסית בהבדל מהותי  – **הוא לא קשור להנהלה העסקית ואין לו זיקה כלכלית לחברה.** אי התלות שלו בהנהלה אמורה לאפשר לו להגיע להחלטות שאינן מבוססות על אינטרסים של בעל השליטה, שלא בהכרח עולים בקנה אחד עם טובת בעלי המניות.

בהשוואה לדירקטורים הרגילים, נתוני הפתיחה בסביבה שבה הדירקטורים החיצוניים פועלים הם כאלו שאמורים לייצר להם יכולת פעולה במסגרת הדירקטוריון שהיא עצמאית הרבה יותר מהדירקטורים מן השורה. מדובר בעצמאות במובן של חוסר תלות - הדחצ"ים לא יחששו מעוצמתו של בעל השליטה ולא בהכרח יתקפלו בפניו, **וזאת בגין הדברים הבאים;**

1. **אופן המינוי -** סעיף 239(ב) 🡨 הדירקטורים החיצוניים ממונים על ידי האסיפה הכללית ברוב של קולות בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה. כאן לא מצוין העניין האישי, כי אין עניין אישי של עסקה מסוימת, אך אנו רוצים שבעלי המניות לא יהיו תלויים בחסדיו של בעל השליטה וירגישו שהם חייבים לו, לכן ההצבעה היא ברוב כזה. לפי המרצה, מנגנון זה בעל אותו הרעיון שבסעיף 275 - ומנגנונים אלו נועדו בכדי לנטרל את בעל הכוח ואת השפעתו, שלבעלי המניות לא תהיה תלות חזקה מידי בבעל השליטה, כך שהם יוכלו לתפקד בצורה יותר טובה ועצמאית. זאת בשונה מדירקטור רגיל שנבחר ברוב רגיל הכולל את הצבעתו של בעל השליטה, והוא יכול גם שלא להתמנות ע"י האסיפה הכללית אם נקבע אחרת בתקנון (סעיף 59 לחוק החברות מאפשר זאת). אך סעיפים 239 ו57 הקובע את סמכויות האסיפה הכללית לעניין מינוי הדחצ"ים הינם סעיפים קוגנטיים.

2. **שכר -** בד"כ מי שקובע את תנאי התגמול של הדירקטורים הם וועדת התגמול, הדירקטוריון והאסיפה הכללית. אך ניתן לשער שאם בעל השליטה יראה שהדירקטורים החיצוניים עצמאים מידי ומקבלים החלטות שלא מוצאות חן בעיניו, הוא לא יאפשר להם עדכוני שכר - לכן, השכר שלהם לא תלוי בהחלטותיו של בעל מניות מסוים (ובטח לא בבעל מניות השליטה), אלא אמנם השכר לבסוף יאושר באסיפה הכללית 🡨 אך חישוב השכר קבוע בתקנות שחוקקו ע"י מחוקק המשנה הקובעות רמות שכר בהתאם לגודל החברה ומעניקות טווח תגמול אפשרי לדירקטורים החיצוניים שלא ניתן לחרוג ממנו לא למעלה ולא למטה, כך שבעל השליטה לא יכול לפגוע להם בתגמול אם הוא חושב שהם לא פועלים בצורה טובה (וזה יכול לייצר תלות). לפי המרצה, הוא יכול לשחק בזה באופן מזערי שכנראה לא ישפיע בצורה רצינית על התפקוד שלהם.

3. **חסינות קדנציה -** בעל השליטה לא יכול לפטר את הדחצ"ים כרצונו החופשי רק משום שהוא זה שמחזיק ברוב המניות ובד"כ מכריע באסיפה הכללית, משום שמהרגע שהתמנה הדירקטור החיצוני כהונתו משוריינת לשלוש שנים, וניתן להעביר דירקטור חיצוני מכהונתו רק ברוב של בעלי מניות שהם לא בעלי השליטה בחברה (אותו הרוב הנדרש למינוי) ורק אם יש להם עילה מיוחדת לעשות כן (כמו הפרת חובת האמונים). אך ככלל, לא ניתן להעביר דירקטור חיצוני מתפקידו בהצבעה רגילה באסיפה הכללית. בנוסף, לאחר 3 שנות כהונה ניתן לחדש להם את הכהונה לעוד 3 שנים, וזה מוגבל לעד 9 חידושים. זה נקבע בכדי לייצר לדירקטורים החיצוניים תחושת ביטחון לפעול באופן ענייני מבלי לחשוש מהצל המאיים של בעל השליטה. לכן, כשצריך להאריך את הקדנציה של הדירקטור החיצוני כן יש תלות מסוימת בבעל השליטה. היא לא גדולה מידי אך עדיין קיימת.

לפי המרצה, זה נכון שבעל מניות השליטה הוא לא זה שמכריע מי יהיו הדירקטורים החיצוניים, **אך עלינו לזכור שיש עוד אלמנט שהוא לא פחות חשוב מהמינוי וזהו אלמנט הצעת המועמדות -** מי שמעלה כמועמד את הדירקטור החיצוני הוא בד"כ בעל השליטה. לכן, לפי המרצה לא ניתן להגיד שלגמרי אין תלות בבעל השליטה, אך גם לא ניתן להגיד שלגמרי יש תלות בבעל השליטה - **כי מהרגע שהדירקטורים החיצונים מתמנים הם באמת פועלים באופן עצמאי, ורואים בתפקודם בשטח שהם יודעים להתייצב כנגד בעלי השליטה ולהעמיד את טובת החברה לנגד עיניהם ולא נותנים לעניין האישי של בעל השליטה לקפח אותם כדירקטורים, ואת טובת החברה.**

4. **חברי ועדות הביקורת והתגמול -** על פי החוק, כל מי שמכהן כדירקטור חיצוני הוא בהגדרה חבר בוועדת הביקורת ובוועדת התגמול. כאמור, כל פעם שישנו עניין אישי בעסקה מסוימת, היא עוברת קודם כל לאישור באחת מהוועדות האלו לפי העניין, וזאת התחנה הראשונה עוד לפני הבחינה אצל הדירקטוריון והאסיפה הכללית. **כך מתחילים לשמוע את קולם של הדירקטורים החיצוניים ביותר עוצמה -**  למשל, נניח והם 2 דירקטורים חיצוניים מתוך 9 דירקטורים - הקול היחסי שלהם הוא 2/9. בהנחה שוועדת הביקורת כוללת חמישה דירקטורים, הדירקטורים החיצוניים מהווים 2/5 וזה כבר 40% - זה קול יותר חזק גם מבחינת העוצמה (שומעים אותם יותר), וגם משום שהם בהגדרה חברים בוועדות האלו, בעוד שיו"ר הדירקטוריון בהגדרה לא יכול להיות חבר בוועדות המשנות האלו - ולכן הדירקטורים החיצוניים ירגישו יחסית יותר בנוח וחופשי לדבר על הדברים בצורה יותר פתוחה ועניינית.

לסיכום, אלו חלק מהמנגנונים שהמחוקק מנסה לשלב בתוך עולם קבלת ההחלטות בחברות ציבוריות, על מנת להתמודד עם רוחו המאיימת של בעל מניות השליטה ולאזן אותו. בחברה פרטית זה פחות ככה, אלא הכל סובב סביב חובת ההגינות.

**דירקטור בלתי תלוי -** בתיקון נוסף לחוק המחוקק הוסיף מעמד מעניין נוסף של דירקטוריון בשם דב"ת, שהוא קצת פחות עצמאי מהדח"צ וקצת יותר עצמאי מהדירקטור הרגיל - עמדת ביניים מבניהם. המחוקק יצר מוסד זה בכדי לא להטריח חברות להוסיף עוד דחצ"ים לדירקטוריונים שלהם, וקבע זאת כאפשרות מומלצת אך לא כחובה משפטית. המחוקק יצר תמריצים לחברות שימנו דבת"ים לדירקטוריונים שלהם, וקבע שחברות שימנו יקבלו הקלות מסוימות. כך, כל חברה תשקול האם להוסיף דירקטורים בלתי תלויים לדירקטוריון שלה או שלא. לפי המרצה זה לא כל כך נפוץ בחברות אך יש כאלו שדווקא כן ממנות דב"ת לכהונה בדירקטוריון שלהן.

**המודל הישראלי לעומת המודל של** **Delaware ומידת ישימותו בישראל - אישור עסקאות מראש על ידי גורמים בלתי מעוניינים (בקרה מבנית) לעומת מבחן "ההגינות המוחלטת" (בקרה שיפוטית):**

**בישראל כשלבעל מניות עניין אישי בעסקה, אף אם הוא אינו בעל שליטה, הוא לא יוכל לקחת חלק בהחלטה לפי ס' 275. המנגנון הוא טרם העסקה. בדלאוור אין הוראות חקיקתיות שמתעסקות באישור הנדרש כשיש עניין אישי, אולם בימ"ש פיתחו מנגנון משלהם**-**זה התפתח רק ע"י הפסיקה** 🡨 בתי המשפט פיתחו את הדבר כאשר התעוררו תביעות בעניינים אלו, ומפסקי הדין חברות לומדות את הכיוון והמגמה ומתאימות עצמן. אם נושא משרה או בעל שליטה בחברה רוצים למנוע את הסיכוי שיתבעו אותם על מעשיהם בגין הפרת חובת האמונים כנושאי משרה או חובת ההגינות כבעלי שליטה, **אז הם לא מחויבים לכך, אך בתי המשפט ממליצים להם -** לדאוג שאותה העסקה שיש להם נגיעה אישית בה תאושר בחברה ע"י גורמים שאינם נגועים בדבר, וזאת בראשית הדרך. אם כך זה ייעשה, נושא המשרה או בעל השליטה ישפר את הסיכוי שבו אם הוא יתבע על הדבר לאחר מכן הוא יצא מכך בשלום. במצב כזה, **כלל שיקול הדעת העסקי לא יוכל להגן על הנתבע -** כי כאמור, כלל זה חל כשהדברים נעשו בהיעדר ניגוד עניינים, אך אם נושא המשרה או בעל השליטה הנגוע היה מעורב בנדון, ניגוד העניינים זועק והכלל האמור לא רלוונטי. **ביהמ"ש בדלוואר מחיל סטנדרט ביקורת שיפוטית מחמיר יותר של entire fairness.** בימה"ש יבחן את ההחלטה ורק אם יגיע למסקנה שהייתה **הגינות מלאה**, התביעה תידחה. זו לא חובה משפטית, למרות שהיא מתייחסת לסיטואציות שבהן חובת ההגינות מתעוררת, **אלא זהו סטנדרט ביקורתי שיפוטי במסגרתו ביהמ"ש נכנס לעובי הקורה.** זאת בשונה מהפעלתו של כלל שיקול הדעת העסקי, שם ביהמ"ש לא נכנס לעובי הקורה אלא רק בודק האם תהליך קבלת ההחלטות היה תקין, ולא בוחן את טיב ההחלטה. **טנדרט הביקורת לפי ה-Entire Fairness הוא הפוך מכלל שיקול הדעת העסקי** - לפי כלל זה, ביהמ"ש הולך לבחון כל נסיבה ונסיבה, ורק אם הוא יגיע למסקנה שהייתה הגינות מלאה במסגרת המהלך שבוצע, הוא ישחרר את הנתבעים מחבות כספית. אם לא, הם חשופים לאחריות כספית וזה סיכון גדול שצריך לקחת מראש בחשבון. בהתאם לאמור **בפס"ד ורדניקוב**, בדלוואר זה נעשה בדיעבד ואילו בישראל לכתחילה.

**ביהמ"ש בפס"ד MFW** בוחן הגינות מלאה באמצעות שני רכיבים מצטברים:

1. **Fair dealing**- ביהמ"ש בוחן האם דרך קידום ההתקשרות/העסקה/המהלך והאישור בחברה היה הוגן. כלומר, **האם היה גילוי מלא במסגרתו בעל הנגיעה האישית יצא מקבלת ההחלטות.** כל אלו, הופכים את ההתנהלות לכזו שדרך קבלת ההחלטות הייתה הוגנת.

כאן, יש דמיון לפרק העסקאות עם בעלי העניין הישראלי למרות שנקודת המוצא היא לא זהה - **כי בישראל אומרים שאם לא ייעשה ככה מראש אז העסקה לא תתקבל, אך בדלאוור אומרים שאם לא ייעשה ככה יכול להיות שזה יתקבל, אך ישנו סיכון לתביעה**. **בישראל, אלמנטים אלו מהווים רשימת עשה מחייבת, אך בדלאוור ביהמ"ש בוחן אותם בבחינה שיפוטית, אך מהרגע שביהמ"ש קבע כך פעם או פעמיים - ברור שבעסקה הבאה רוב האנשים שהינם שונאי סיכון ייקחו את הקביעה הזו בחשבון ויתנהלו לפיה**, אלא אם כן מדובר ב"מהמר פרוע" שמוכן לקחת את הסיכון ויתנהל כרצונו, כי אף אחד לא יעצור אותו מבחינה משפטית, אך אח"כ הוא יהיה חשוף לתביעה, ועליו להבין שהסיכויים שלו להצליח בביהמ"ש הולכים וקטנים.

1. **Fair price** - ביהמ"ש בוחן באופן אובייקטיבי תוך בחינה עצמאית לגופו של עניין האם בשורה התחתונה המחיר ששולם בעבור העסקה הוא הוגן או לא. עלינו לשים לב שלא מדובר במינוח של סבירות אלא של הוגנות - וזו אמת מידה גבוהה יותר מסבירות - לא מספיק שהסכום יהיה סביר אלא צריך שהוא יהיה הוגן, שביהמ"ש יהיה שקט ושלם עם המחיר שנקבע במסגרת העסקה.

לפי המרצה, למרות שמבחינה רשמית אלו שני מבחנים שונים וכל אחד מהם עומד לפני עצמו כך שרק הקיום של שניהם יחד מוכיח הגינות מלאה - **מבחינה מעשית פעמים רבות ישנו יחס בין שני המבחנים האלו** 🡨 מקבילית כוחות/כלים שלובים, כך שככל שביהמ"ש מחליט ושלם עם כך שהייתה התמודדות הוגנת כפי שצריך לפי הספר, הנכונות שלו להגיע למסקנה שהיה מחיר הוגן היא הרבה יותר גבוהה - לכן, הוא לא יתחיל להשתולל ולהיכנס לכך ברצינות ולבקש עוד חוות דעת כלכליות והערכות שווי באופן מופרז, אלא יעשה זאת בצורה מאוד מתונה, כי אם הייתה התמודדות הוגנת מן הסתם דובר גם במחיר השוק - מחיר שקונים מרצון ומוכרים מרצון ללא השפעות זרות. לעומת זאת, אם אין התמודדות הוגנת ישנו חשש להשפעה של בעל השליטה ואז צריך לבחון את המחיר ההוגן בצורה רצינית. ביהמ"ש בעניין MFW קובע שאם הוכח שהעסקה עברה את הליך אישור פרוצדורלי כפי שצריך ובנוסף אלמנט של וועדה בלתי תלויה, ביהמ"ש יחזיר את כלל שיקול הדעת העסקי, וכך לא נכנס לתוכן ההחלטה.

**כמובן שביהמ"ש יכול לבחון את הפייר פרייס גם במנותק מהנקבע בהתמודדות ההוגנת** - על פי חוות דעת כלכליות, חקירות הצדדים ועוד. בחינת המחיר ההוגן זו ההמחשה שביהמ"ש כן נכנס לתוכן ולעובי הקורה, בדיוק הפוך מכלל שיקול הדעת העסקי. ההתמודדות ההוגנת זו לא בהכרח האינדיקציה היחידה לקיומו של המחיר ההוגן, אך זו בהכרח אינדיקציה בולטת.

**לפי המרצה,** מבחינה תיאורטית יכול להיות שביהמ"ש יקבע שלא הייתה התמודדות הוגנת וכל המהלך היה קלוקל, אך שהמחיר היה הוגן - במצב כזה הוא עדיין לא יקבע שכלל ההגינות המלאה התקיים כי יש פגם באחד מתנאיו המצטברים. אבל זה לא יקרה יותר מידי פעמים כי תנאי ההתמודדות ההוגנת מהווה אינדיקציה חזקה לתנאי המחיר ההוגן, לכן תקדימים כאלו פחות קורים.

* **תמיד נתחיל במבחן ההתמודדות ההוגנת ואם הוא ייפול, הנתבעים די אכלו אותה.**

בנוסף, לפי המרצה - אין בדלאוור בהכרח הליך של אישור מורכב כמו שנקבע בישראל. במקום בו נדרש אישור, בתי המשפט לא מחייבים שזה יעבור קודם וועדת ביקורת, דירקטוריון ואספה כללית, אך עלינו לזכור שזה לעולם לא יגיע לאישור באסיפה הכללית לפני הדירקטוריון כי מדובר בהחלטות עסקיות (בשונה משינוי תקנון שמגיע רק לאסיפה הכללית). כשזה מגיע לדיון בדירקטוריון - כל מי שיש לו נגיעה אישית צריך לצאת מהליך קבלת ההחלטות בכדי להבטיח ככלי משחק שביהמ"ש יקבע שעלו לכדי התמודדות הוגנת. לאחר מכן, אין חיוב מבחינה חקיקתית למעבר לאישור באסיפה הכללית, אך אם זה לא יעלה לאסיפה הכללית באופן וולונטרי, ביהמ"ש יתקשה לקבוע שהשפעתו המגית של בעל השליטה המעוניין בעסקה הזו נעלמה. השפעתו של בעל השליטה מרחפת מעל קבלת ההחלטות ובכדי שהם ישכנעו שהיא לא נמצאת, ביהמ"ש מציע להם להעלות את הנושא לאישור גם באסיפה הכללית, שם יש לדאוג להזיז הצידה את בעל השליטה ושיהיה רוב מקרב היתר. בכך, הם יצאו מסכנה משפטית, **ולפי המרצה כל החברות מתיישרות עם עצות ביהמ"ש בסוף.**

בפסד MFW – דובר על רון פרלמן שהוא איש עסקים יהודי שרוכש חברות באופן מקצועי בארה"ב שביצע המון עסקאות, ולפי המרצה רוב התקדימים בדלאוור הם על עסקאות שונות שהוא ביצע (הוא מעשיר את הדין). בפסק הדין, ביהמ"ש קבע שאם עסקה בה לבעל שליטה יש עניין אישי עוברת התמודדות הוגנת כנדרש (גילוי מלא, מעבר בכל רמות האישור עד לאסיפה הכללית למרות שאין חיוב, קביעה ברוב בלתי תלוי מקרב היתר ובהיעדר בעל השליטה בקבלת ההחלטות וועדה בלתי תלויה) - **לא רק שנצליח לשכנע שכלל ההוגנות המלאה התקיים, אלא ברגע שיוכח שאלו הם כללי המשחק בתי המשפט פותחים בחזרה בפני הנתבעים את סטנדרט שיקול הדעת העסקי** 🡨 כלומר, התמקדנו בהוכחת התנאי הראשון של ההתמודדות המקצועית ומהרגע שהוכח שהוא התקיים בצורה הכי טובה ושאלו היו כללי המשחק, ביהמ"ש יחזור ויבחן את העסקה הזו לפי כלל שיקול הדעת העסקי, וזה אומר שביהמ"ש כנראה שלא יגיע לבחינת המחיר ההוגן (שכאמור, הוא מהווה הכניסה לעובי הקורה), כי כאשר מפעילים את כלל שיקול הדעת לא נכנסים לתוכן. לכן, אם יוכח שהתנאים בוצעו באופן מעולה ותיקנו את הכשלים כך שבעיית ניגוד העניינים רופאה - הרגל הזו בכלל שיקול הדעת העסקי תוקנה ולכן ניתן להפעיל אותו. **בעצם, לאחר שמוכחת התמודדות הוגנת ובנוסף אלמנט של וועדה בלתי תלויה** **מוציאים את הסטנדרט של הוגנות מלאה ומחזיקים במקומו את הסטנדרט של שיקול הדעת העסקי, ומבחינה פרקטית זה אומר שכמעט ולא מגיעים לבחון את המחיר ההוגן ונכנסים לעובי הקורה. אך בשביל זה ההתמודדות צריכה להיות נקיה עד הסוף ולא ב90% -** לכן, נדרש אלמנט נוסף שנכיר בפס"ד כהנא. **במידה וזה היה רק ב90%, נישאר בכלל ההוגנות המלאה ונבחן גם את המחיר ההוגן.**

**בפס"ד כהנא נ' מכתשים אגן** עסקינן בעסקת מיזוג משולש הפוך שנטען לגביה כי הינה מקפחת ומפרה את חובת ההגינות של בעל השליטה. חברת מכתשים אגן הייתה חברה ציבורית שהפכה לחברה פרטית בעסקת מיזוג משולש הפוך, במטרה לשלב אותה בחברה הסינית איתה נעשתה העסקה. בתום העסקה, הסינים החזיקו ב60% ממניותיה של חברת מכתשים אגן, וחברת כור, שטרם העסקה החזיקה ב47% ממניות החברה, החזיקה בשאר המניות הנותרות. התמורה בעסקה זו הייתה במזומנים לבעלי המניות, ביניהם התובע דב כהנא, למעט חברת כור, שהחזיקה לאחר העסקה ב40% ממניות החברה כאמור. **לעסקה זו נספחה עסקת הלוואה בין החברה הסינית לחברת כור, כאשר העסקה היוותה חלק בלתי נפרד מעסקת המיזוג.** ההלוואה הייתה **הלוואה ללא זכות חזרה** (הלוואת נונ-ריקורס), קרי הלוואה בה המלווה מקבל על עצמו לפרוע את חובו אך ורק מתוך הנכס המשועבד, אפילו הנכס שווה פחות מסכום החוב. בדנן, חברת כור שיעבדה כנגד הלוואה בסך 960,000$ את המניות בהן תחזיק בחברת מכתשים אגן לאחר עסקת המיזוג. שעה שעסקת המיזוג הוערכה בשווי של 2,400,000$ (כלומר שווי החברה לאחר המיזוג הוא זה), יוצא כי סכום ההלוואה שלוותה חברת כור שווה בדיוק לשווי של המניות שהחזיקה בחברת מכתשים אגן לאחר העסקה (40% מערך העסקה הם 960,000$). אם כן, ככל ושווי המניות יעלה מעל שווי ההלוואה, חברת כור תהיה זכאית לפרוע את מלוא חובה מכל מקור שהוא וכן תוכל לשלם במזומן. ככל ושווי המניות ירד מתחת לשווי ההלוואה, חברת כור תהיה זכאית לפרוע את חובה ממניותיה בחברת מכתשים אגן, אולם ההלוואה לא תיפרע במלואה, שכן לעיתים הנכס המשועבד אינו מכסה את כל ההלוואה. מכאן שלחברת כור עניין אישי בעסקה שכן היא רק מרוויחה מהעסקה, במילים אחרות, **המדובר בטובת הנאה כלכלית לכל דבר ועניין** ולכן העסקה צריכה לעבור אישור לפי ס' 275 ו320(ג). **דב כהנא, אחד מבעלי המניות בחברת מכתשים אגן, טען שהעסקה מקפחת לפי ס' 193, שכן ההטבה ניתנה רק לחברת כור.** כמו כן, הוא טוען להפרת חובת הגינות של בעל שליטה. מנגד, חברת כור טענה שהעסקה עברה את האישור המשולש הנדרש, וכן היא לא לקחה חלק בקבלת ההחלטה ומשכך אין מקום לביקורת על ההחלטה. כמו כן, יש הצדקה כלכלית שכן הם מוכרים את השליטה, ולכן הם זכאים להנות מהערך המוסף שלשאר אין. **נזכור, כי** דב כהנא, הצביע בכבודו ובעצמו בעד אישור העסקה. מאחר **וההצבעה על העסקה הייתה על המכלול**, קרי הן על עסקת המיזוג והן על עסקת ההלוואה, **לא הייתה לבעלי המניות אפשרות להצביע נגד העסקה שעה שהעסקה עם החברה הסינית משתלמת**. **עסקה כזו מכונה עסקת אריזה, ונשאלת השאלה לגביה האם ככל והיא עברה את האישורים הנדרשים, ניתן לתבוע בגינה בביהמ"ש?** בעסקת מיזוג כזו, יש עניין המקלקל את השורה. רוצה לומר, **בכל שאר העסקאות, עניין אישי גורר פגיעה ישירה בחברה, ופגיעה עקיפה בבעלי המניות. ואילו בעסקת מיזוג, עניין אישי גורר פגיעה ישירה בבעלי המניות, מאחר והם מקבלים ישירות לכיסם את התמורה בגין העסקה**. **לפיכך, אישור עסקת מיזוג בהתאם לסעיף 275 אינו רלוונטי, שהרי הוא רלוונטי כאשר טובת החברה נפגעת**. אם כן, ברוב המקרים, הצבעה בעד העסקה חוסמת את דרכם של המצבעים לביהמ"ש, למעט בעסקת מיזוג. **בדנן, אומנם העסקה על תנאיה טובה לחברה, אך התמורה לא התחלקה באופן שוויוני בין כלל בעלי המניות, ולפיכך טען דב כהנא לקיפוח, ולחילופין להפרת חובת ההגינות של חברת כור.** **אומנם חובת ההגינות של בעל השליטה היא כלפי החברה, אך בעסקת מיזוג קמה חובת הגינות של בעל השליטה כלפי בעלי המניות האחרים, לאור האמור לעיל.** טענת כור הייתה כי מבחינה פרוצדוראלית, העסקה עברה את האישורים הנדרשים בהתאם לחוק החברות. כמו כן, מבחינה מהותית, ההטבה הכלכלית שניתנה להם ניתנה כדין, שעה שטרם העסקה חברת כור הייתה בעלת שליטה בחברת מכתשים אגן. במילים אחרות, ההטבה הכלכלית שניתנה לחברת כור היא התמורה בגין העברת שליטתה בחברת מכתשים אגן לחברה הסינית, תמורה המכונה פרמיית השליטה. **ביהמ"ש קבע כי:**

* **מבחינה פרוצדוראלית**, בנוסף לאישור העסקה כנדרש בחוק, על החברה לקיים טרם אישור העסקה **מו"מ עצמאי ובלתי תלוי, וועדה בלתי תלוייה שמורכבת מדחצ"ים שתנהל את המשא ומתן ותייצג את האינטרס של כל בעלי המניות**. תנאי זה יבחן לפי **מבחן ההגינות המלאה**, השאוב מהשיטה המשפטית בדלאוור, לפיו יש לבחון **האם טרם אישור העסקה התנהל מו"מ עצמאי ובלתי תלוי**. בדנן, על אף שהעסקה אושרה כנדרש, לא התקיים מו"מ עצמאי ובלתי תלוי, ולפיכך העסקה לא התקבלה באופן תקין מבחינה פרוצדוראלית. בעקבות תקדים זה, ככל ועומדת עסקה על הפרק, **חברות מקימות ועדה בלתי תלויה שתנהל את המו"מ בכדי להגן על העסקה מפני תביעה משפטית עתידה**. כלומר אם נראה שההחלטה עברה גם בוועדה בלתי תלויה זה טוב! זה לא חוק, אבל החלטות מעין אלו שיעברו גם בוועדה בלתי תלוי לפי מבחן ההגינות המלאה, הרי שיהיה מאוד קשה לתבוע אחר כך.
* **מבחינה מהותית**, מתקבלת טענתו של כהנא שהעלה את השאלה האם הזכאות לפרמיית השליטה תלויה בשאלה מי היה בעל השליטה ערב העסקה, או שמא בשאלה מי מוכר את המניות המקנות לרוכש שליטה עובר לעסקה, כאשר התוצאה לא בהכרח זהה. בדנן, החברה הסינית מקבלת את כוח השליטה מקניית מניותיהם של כהנא וחבריו. לפיכך, הם אלו אשר זכאים לפרמיית השליטה, ולא חברת כור.

כלומר, השופטת קרת מאיר הכניסה אלמנט חשוב נוסף שהוא ועדה בלתי תלויה. זו נקודה שהשופטת החדירה לדיון ולא הייתה קודם, והיא אמרה שאילו בעלי השליטה היו עושים זאת בגלגול עסקת המיזוג אז היא הייתה יותר נינוחה ונוטה לכיוונם, אך משהם לא עשו זאת הכף נוטה לחובתם. **מדובר בהקמת ועדה בלתי תלויה בשלב ניהול משא ומתן -** השופטת אמרה לבעלי השליטה שאילו היו מקימים ועדה בלתי תלויה המורכבת ממס' דירקטורים שהם בלתי תלויים וקשורים לבעל השליטה (דחצ"ים למשל), אשר הייתה מסורה לידה הסמכות לנהל את כל המשא ומתן לגיבוש תנאי העסקה (כך שהיו בודקים האם כור יקבלו גם הלוואת אי חזרה מהצד, למה רק הם ולא אחרים). כלומר, אילו מי שהיה מנהל את המשא ומתן מטעם החברה מול חב' קמצ'יינה הייתה ועדה בלתי תלויה מטעם הדירקטורים - זה היה מכשיר את ההליך. **אילו חב' כור הייתה מקימה ועדה בלתי תלויה, למרות שאין דרישה כזו בחוק** (בדומה לדלאוור - המלצה טובה של ביהמ"ש שהיא מעבר לחוק), אשר הייתה מנהלת את המשא ומתן ותנאיו ואומרת לקמצ'יינה או לכור שהתנאים לא נראים לה כי הם מטיבים יתר על המידה עם כור, או שאולי אפילו לא הייתה מתערבת אלא שוקלת הכל ועדיין הייתה מגיעה להחלטה כזו, זה היה עובר את סעיף 275 בוודאות ויכול להיות שהיא לא הייתה מתערבת ופוסקת לחובתם. ועדה בלתי תלויה הייתה מנקה כל קורטוב של הנגיעות האישיות וההטיה של חלוקת התמורה לטובת חב' כור, אך משום שחברת כור לא מינתה ועדה כזו, השופטת בוחנת את תנאי העסקה על כל רכיביה, כולל ההלוואה וההטבה, במשקפיים של הוגנות מלאה (Entire Fairness) 🡨 לפי המרצה השופטת קצת ערבבה בין המינים, כי בכלל ההוגנות המלאה הכוונה לבדוק אם זה בעיקר הוגן לחברה, בעוד שהשאלה לענייננו היא האם ההחלטה טובה והוכנת עם בעלי המניות. אך לא נורא שהיא ערבבה כי זה נורא דומה. **שורה תחתונה -** הנקודה המעניינת היא שהשופטת הכניסה אלמנט שלא היה מוכר קודם לכן בפסיקה. זהו אלמנט שהוא פרי הפסיקה ולא פרי החקיקה, אשר נוסף לדרישות החקיקתיות המנדטוריות ומוסיף אותן למערכת עוד יותר מלאה אשר מנקה את בעיית הנציג והנגיעה האישית של בעל השליטה. לפיו, עוד לפני האישור המשולש יש להוסיף וועדה בלתי תלויה שתנהל את המשא ומתן ואז זה יכשיר את ההליך מהנגיעה האישית שלו, וביהמ"ש לא יתערב בכך. אם זה לא נעשה, לביהמ"ש יש מקום לבדוק האם הכל היה שפיר ותקין.

**השופט עמית בפס"ד ורדניקוב** מזכיר את כלל הגינות המלאה כמחמיר מאוד עם הנתבעים, לעומת כלל שיקול הדעת העסקי שמקל עם הנתבעים. כשעסקה עוברת את הליך האישור לפי ס' 275 לאור עניין אישי, ניתן ליישם את כלל שיקול הדעת העסקי, ומאוד קשה להפריך אותו. לעומת זאת, בפס"ד מכתשים אגן ביהמ"ש קובע שנדרש וועדה בלתי תלויה. בפס"ד עצמון השופטת ברון קובעת שאף שוועדה בלתי תלויה היא לא תנאי מחייב, אך אישור לפי הוועדה וס' 275 מקים חזקה שהעסקה הוגנת. כך וועדה בלתי תלויה הפכה להיות חלק בלתי נפרד בפרקטיקה.

**יש תחומים בהם הוועדות הבלתי תלויות נדרשות רק בעסקת מיזוג, אך השוק החיל את פועלן גם למקרים אחרים.**

לימים, השופט עמית **בפס"ד ורדניקוב** ביקר את החלת כלל ההגינות המלאה, תוך שהוא תהה מדוע נדרש ביהמ"ש לבקר את תוכן ההחלטה ככל שהעסקה קיבלה את כל האישורים הנדרשים. מכל מקום, השופט קבע כי למקרה דנן כלל ההגינות המלאה לא רלוונטי. במצב של חלוקת דיבידנדים תוך כדי רכישה ממונפת, תחול **"בחינה מוגברת"** שהיא בין כלל שיקול הדעת העסקי לבין מבחן ההגינות המלאה.

**עניין אישי שלילי:**

עניין אישי שלילי הוא כאשר אדם מצביע נגד העסקה אף אם היא לטובת החברה, מכיוון שהוא רוצה לפגוע בבעל מניות שליטה. הפעולה היא לא משיקולים רציונליים, אלא מתוך שנאה או נקמה כנגד בעל העניין האישי. יש לאדם יכולת סחטנות חזקה, כי בעל העניין האישי לא יכול לקחת חלק בהצבעה באספה הכללית. בבימ"ש המחוזי מקבלים את הרעיון שבמידה ויש בעל עניין אישי שלילי, תישלל ממנו יכולת ההצבעה. עם זאת, יישום הרעיון קשה, שכן בעל השליטה יבקש שבעל מניות מסוים לא ישתתף בהצבעה, והבעל מניות ינסה לטעון שאין לו דבר כנגדו, ולכן אין לדבר סוף. לרוב**,** עניין אישי קיים מקום בו בעל שליטה בחברה מעוניין לאשר עסקה כזו או אחרת (עניין אישי חיובי), ולא מקום בו **בעל השליטה בחברה מעוניין להימנע מעסקה** כזו או אחרת (עניין אישי שלילי). אף על פי כן, יתכן מצב בו לבעל שליטה יהיה עניין אישי שלילי, והוא יצביע נגד העסקה אף שטובת החברה משמעה הצבעה בעד העסקה. מצב זה יבחן **בדיעבד** על ידי ביהמ"ש, ככל ויהיו ראיות חד משמעיות, **והסעד יהיה** **פסילת קולו של בעל העניין האישי השלילי**. **בפס"ד גולדפון**, נקבע כי סעיף 275 נועד למנוע מבעלי עניין אישי להשפיע על אישור הסכם בין החברה לבין בעלי השליטה בה. לפי פרשנות זו, **אין הבחנה בין בעלי העניין המצביעים בעד ההסכם לבין אלו המצביעים נגדו**. אם כן, בעל מניות שהצבעתו איננה נובעת ממניעים של טובת החברה, הצבעתו לא תימנה. לצד זאת, **הקביעה בדבר קיומו של עניין אישי שלילי מסורה לבעל המניות עצמו**, ובאפשרותו להודיע מראש שלא ישתתף בהצבעה.

**בפס"ד נפקו סטאר**, נקבע כי עצם קיומן של מערכות יחסים אחרות בין בעלי מניות המיעוט לבין בעלי השליטה בחברה, אינו הופך את המיעוט לבעל עניין אישי שלילי בכל הקשור להצבעה באסיפות כלליות של החברה. נדרש אלמנט נוסף כדי להוכיח כי המיעוט הוא במצב כזה שלא ניתן לסמוך על שיקול דעתו, ויש לשלול ממנו את הזכות להצביע בהתייחס לעסקה בה לרוב יש עניין אישי.

**חלק ד: בעיית נציג מול הנושים**

אחת ממטרותיהם הבסיסיות של דיני החברות היא מתן הגנה משפטית לבעלי זכויות בחברה כזו או אחרת מקום בו קמים אי אלו כשלי שוק. ניתן לומר, כי הלכה למעשה **טובת החברה היא טובת בעלי המניות**. אם כן, ככל שההגנות על השקעותיהם של בעלי המניות תהיה אפקטיבית יותר, נכונותם להשקיע בחברה כזו או אחרת תהיה גדולה יותר. נשאלת השאלה, האם בעלי המניות הם בעלי הזכויות היחידים בחברה? לצד בעלי המניות, ישנם בעלי אי אלו זכויות תביעה כספיות, קרי **נושים**. **נושי החברה יכולים להיות שונים ומגוונים**, החל מעובד שכיר בחברה לו זכות תביעה למשכורתו, דרך רשות שלטונית לה זכות תביעה למס, רשות מקומית לה זכות תביעה לארנונה, גורם עסקי לו זכות תביעה לחיובי חוזה, וכלה בלווה לו זכות תביעה לחובו. **המשותף לכל הנושים היא זכותם המשפטית לתביעה כספית מהחברה**, כאשר ככל והחברה לא ממלאת את חובה יעמדו לרשותם כלים משפטיים שונים לאכיפת זכותם, דוגמת תביעה משפטית או תביעה להוצאה לפועל. כמו כן, **הנושים נבדלים מבעלי המניות בעיקר בשני דברים**:

1. **לנושים זכות משפטית מוכרת בדין אשר ניתנת לאכיפה, ואילו לבעלי המניות זכות= מניה, שאיננה ניתנת לאכיפה, למעט במקרים חריגים.**
2. **לנושים זכות המוגדרת בסכום כספי מסוים לכאורה, ואילו לבעלי המניות זכות, קרי מניה, אשר איננה כפופה לסכום כספי מסוים.**

נניח וישנו נושה לו עומדת זכות תביעה כספית מול חברה כזו או אחרת. נשאלת השאלה, **האם קיימות אצל הנושה אי אלו נקודות תורפה באינטראקציה מול החברה?**

* **נחיתות במידע**, קרי הואיל והנושה הוא גורם חיצוני לחברה, הוא לא מצוי בכל העניינים בחברה אשר עשויים להיות רלוונטיים לזכות התביעה הכספית שלו. יש לציין, כי נחיתות במידע יותר מובהקת ככל והמדובר בחברה פרטית.
* **זכות תביעה מוגבלת**, קרי הנושה יכול לתבוע את זכותו המשפטית אך ורק מנכסים שבבעלות החברה (**פס"ד סלומון**).

ביחס לשתי נקודות התורפה הפוטנציאליות הללו, נשאלת השאלה **האם הן ייחודיות למערכת היחסים שבין נושה לחברה, או שמא הן קיימות בכל מערכת יחסים שבין נושה לחייב פרטי?** הנחת המוצא היא שחברה יכולה לחדול מלהתקיים, אזי לנושה לא תהיה כלל אפשרות להיפרע, ואילו חובו של האדם הפרטי ימשיך לרבוץ על עזבונו אף לאחר מותו. יחד עם זאת, יתכן שאדם פרטי יפשוט רגל וחובותיו יחתכו, בדומה לחובות הנושה בחברה שאין ביכולתה לפרוע חובותיה. אומנם, שעה שבמערכת היחסים שבין נושה לכל חייב פרטי, כל רכושו של האחרון עומד לראשון לפירעון; **הייחודיות במערכת היחסים שבין נושה לחברה היא שישנם בחברה גורמים אנושיים, אשר אינם החברה אך מעורבים בהכוונתה, ואשר ביכולתם לעצב את גודל קופת החברה אשר חשופה לתביעת הנושה**. אומנם קיימים אי אלו מנגנונים בחוק להבטחת חובו של הנושה, דוגמת ערבות, אך אלו לא תמיד אפשריים במערכת יחסים בין נושה לחברה. ייחודיות זו באה לידי ביטוי ביתר שאת ככל ולנושה יש נחיתות במידע וככל וזכותו לתביעה מוגבלת, עד כי הנושה יכול למצוא עצמו מול שוקת שבורה.

נשאלות השאלות, **האם יש להתמודד עם הייחודיות האמורה בכלים משפטיים?** **וכן, ככל ואכן ישנו צורך במענה משפטי, מהו אותו מענה?** מחד, על הנושה לקחת בחשבון את הסיכון ככל והוא מתקשר בעסקת הלוואה עם חברה. מאידך, הואיל וכאמור לא כל הנושים עשויים מקשה אחת, הרי שאין ביכולתם של כל הנושים לתמחר את הסיכון בעסקה כאמור. למעלה מכך, חלק מהנושים הינם נושים בעל כורחם, דוגמת נושה נזיקי התובע פיצוי וכן רשות המסים. כמו כן, תמחור הסיכון אפשרי ככל ולנושה אין נחיתות במידע כלל או באופן חלקי בלבד. אם כן, עולה כי ישנו צורך במענה משפטי, אם כי על המענה להיות תלוי נסיבות. רוצה לומר, ההפרדה בין בעל המניות לחברה יוצרת לראשון תמריץ להגביל את זכות התביעה של הנושה ככל האפשר, כאשר הנושה לא יוכל להיפרע מנכסיו של בעל המניות כלל וכלל. משום שכך, **כנגד התנהלות מניפולטיבית של בעלי המניות בחברה, אשר עלולה לבוא על חשבון זכויותיהם של נושי החברה, תעמוד הגנה משפטית לאחרונים. אך, כנגד התנהלות עסקית לגיטימית של החברה, לא תעמוד כל הגנה משפטית לנושיה, וככל והם לא יצליחו לפרוע את חובם, בדין הדבר.**

**חלוקת דיבידנדים:**

**סעיף 190** לחוק קובע כי *"****כל בעל מניה זכאי לקבל דיבידנד, בהתאם לזכויות הצמודות לכל מניה,******אם הוחלט על חלוקת דיבידנד*** *כאמור בסעיף 306"*. עולה השאלה, ככל והוחלט על חלוקת דיבידנד, **כיצד יש לחלקו בין בעלי המניות?** ההוראות בדבר חלוקת דיבידנד קבועות בסעיפים 301 עד 311, כאשר **כעיקרון, הדיבידנד יחולק באופן שוויוני בין בעלי המניות, בהנחה שערך המניות שווה, אלא אם נקבע אחרת בתקנון**. למשל, ככל וחברה בה 100 מניות, מחלקת דיבידנד בסך כולל של 100 ₪ לבעלי המניות, על כל מניה שבעל מניות בחברה מחזיק הוא יקבל דיבידנד בסך 1 ₪. כותרת הפרק היא חלוקה, ולכן צריך להגדיר את המונח חלוקה. בס' 1 מגדירים חלוקה כמתן דיבידנד או רכישה.

* 1. **רכישה** –רכישה עצמית של מניות החברה על ידי החברה עצמה או על ידי חברת הבת שלה, מבעלי המניות. רכישה עצמית היא תהליך הפוך להנפקה, ולכן רכישה עצמית מובילה להגדלת כוח ההצבעה של בעלי המניות שנשארים לאחר הרכישה.
  2. **דיבידנד** – המחוקק מגדיר דיבידנד ככל נכס הניתן ע"י החברה לבעל מניה בהיותו בעל מניה, בין במזומן בין בדרך אחרת. הדגש העיקרי הוא שהנכס ניתן לבעל המניות בהיותו בעל מניות. בהגדרה מצוין "לרבות העברה ללא תמורה", אך זה הלב של ההגדרה. מדובר בפעולה חד-סטרית. יכול להיות שבעל המניה מקבל מהחברה נכס והוא משלם לה על זה, וזה לא יהיה דיבידנד אלא עסקת מכר. דיבידנד הוא חד-סטרי מאחר שהחברה מעבירה דבר מה לבעל המניות ללא תמורה. זה משנה מאחר שבפעולה דו-סטרית המצב של החברה (ובכך של הנושים ושל שאר בעלי המניות) לא משתנה, בעוד שבפעולה חד-סטרית מצב החברה משתנה (יש בה פחות כסף ממה שהיה בה לפני כן). בדיבידנד יוצא כסף החוצה ואין משהו כנגד, ולכן קופת החברה קטנה. הקופה יכולה לקטון ושהחברה עדיין תשרוד עד גבול מסוים, אבל יתכנו מקרים בהם אין בחברה מספיק כסף לכולם. ממצבים כאלו רוצים להימנע ולכן מגבילים את היכולת לחלק דיבידנד.
  3. ס' 301 – מגדיר את הוראות הפרק כקוגנטיות (זולת 307). תקנון יכול להחמיר ולא להקל.
  4. ס' 307 – מי שמוסמך לקבל החלטה על חלוקת דיבידנד הוא הדירקטוריון, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.

**מועד חלוקת דיבידנד** – ישנם **שני מבחנים מצטברים** שאם הם מתקיימים ניתן לחלק דיבידנד (ס' 302+303). ס' 302 מגדיר את מבחן הרווח ואת מבחן יכולת הפירעון, וקובע שאם הם מתקיימים ניתן לחלק. **ס' 303 קובע שאם מבחן הרווח לא מתקיים אבל מבחן יכולת הפירעון כן מתקיים ניתן לחלק באישור ביהמ"ש.** בלשון הסעיף, *"חברה רשאית לבצע חלוקה מתוך רווחיה (להלן מבחן הרווח), ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מן החברה את היכולת לעמוד בחבויותיה הקיימות והצפויות, בהגיע מועד קיומן (להלן מבחן יכולת הפירעון)"*. בהתאם, לפי סעיף 301(ב) *"חלוקה בניגוד להראות פרק זה היא* ***חלוקה אסורה****"*, כאשר הוראות פרק זה, למעט סעיף 307, הן **הוראות קוגנטיות**.

**מדוע דיני החברות קובעים תנאים לחלוקת דיבידנד?**

1. הנחת המוצא, היא כי בכל חברה יש בעלי זכויות כלפיה אשר שייכים לאחת משתי קבוצות, **בעלי מניות בחברה או נושי החברה**. זכותם של בעלי המניות לכסף אינה זכות מוקנית הניתנת לתביעה, כי אם זכות שהינה בבחינת פוטנציאל. לעומת זאת, זכותם של נושי החברה היא זכות אשר המוגנת בדין. כמו גם, זכות אשר מוגדרת במועד פירעון ובסכום מסוים, להבדיל מזכותם של בעלי המניות אשר כעיקרון היא בבחינת בור ללא תחתית. **מאחר ומחד זכות הנושים קשיחה אך מוגבלת, ומאידך זכות בעלי המניות היא פוטנציאל שאין לו סוף,** **זכות הנושים קודמת לזכות בעלי המניות**. אם כן, קודם כל על החברה לשלם לנושים את זכותם, ומן הנותר בלבד ביכולתה להעניק לבעלי המניות דיבידנד. באופן לא מקרי, בעלי המניות הם שמקבלים את זכות ההצבעה באסיפה הכללית של החברה ולא הנושים, שעה שלבעלי המניות יש אינטרס שהחברה תרוויח כמה שיותר. לעומתם, מעייניהם של נושי החברה הם בסכום המוגדר בו התחייבה החברה, ללא תלות בשאלת רווחיותה.
2. דיבידנד הוא *"כל נכס הניתן על ידי החברה לבעל מניה מכוח זכותו כבעל מניה, בין במזומן ובין בכל דרך אחרת, לרבות העברה ללא תמורה שוות ערך ולמעט מניות הטבה"*. כלומר, **חלוקת דיבידנד היא העברה חד כיוונית של כסף או שווה כסף מן החברה לבעלי המניות**. הואיל וכאשר החברה מעניקה לבעלי המניות דיבידנד באופן חד סטרי, קופת החברה קטנה, **חלוקת הדיבידנד עלולה לפגוע בנושי החברה**.

הנושה משקיע כסף כחוב, כך שגם אם החברה מרוויחה מיליונים מה שהנושה זכאי אליו הוא מה שהוא נתן בתוספת הריבית. הסיכוי של הנושה זהה גם אם החברה מרוויחה וגם אם היא מפסידה. הנושה מוכן לקבל פחות מבעלי מניות כשהמצב טוב בתנאי שהוא מקבל לפניהם כשהמצב פחות טוב. הכללים בס' 302+303 באים לשמור על כללי המשחק של נושים תחילה.

**עולה, כי מטרת החוק היא להגן על נושי החברה במובן שהחברה תוכל לפרוע את חובותיה במועד הפירעון. בהתאם, נושי החברה קודמים לבעלי המניות בחברה, כאמור.**

**מה קובעים מבחני הדיבידנד? ניתן לחלק דיבידנדים רק מתוך רווחי החברה**. כדי לדעת אם לחברה יש רווחים, יש להסתכל בדו"חות הכספיים העדכניים של החברה. לא כל חברה מפרסמת באותה תדירות את הדו"חות. בחברה ציבורית, החברה צריכה לפרסם את הדו"חות התקופתיים בתום כל רבעון. לעומת זאת, חברה פרטית אינה צריכה לפרסם באותה תדירות, ולכן לרוב תפרסם אחת לשנה. המחוקק קבע כי הדו"חות חייבים להיות עדכניים, ולכן במועד החלוקה יש להסתכל על הדו"חות שנערכו עד לשישה חודשים לפני מועד החלוקה. אם בחברה פרטית אין דו"ח עדכני, יש לערוך דו"ח ורק לאחר מכן ניתן לחלק דיבידנד.

|  |  |
| --- | --- |
| **מאזן** | |
| **נכסים A**  מזומנים-  המלאי-  שואלים מה יש: דירה, נכס, מכונית. | **התחייבויות** L |
| **הון עצמי :**E כמה אני שווה נטו.   1. הון המניות 2. עודפים |
| A-L=E | |

* **מבחן הרווח הוא מבחן חשבונאי, לפיו חברה רשאית לחלק דיבידנד מתוך *"יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים****, והכל על פי הדוחות הכספיים המותאמים האחרונים, המבוקרים או הסקורים, שערכה החברה, תוך הפחתת חלוקות קודמות אם לא הופחתו כבר מן העודפים, ובלבד שהמועד שלגביו נערכו הדוחות אינו מוקדם ביותר משישה חודשים ממועד החלוקה"*.כלומר, **המחוקק מפנה לדוחות החשבונאיים של החברה**, אשר ממילא נערכים, במטרה לבחון האם לחברה יש רווח ממנו ניתן לחלק דיבידנד לבעלי המניות. ישנם שני סוגים של דוחות חשבונאיים, הם **מאזן ודוח רווח והפסד**. **דוח המאזן** כולל את נכסי החברה, התחייבויות החברה וההון העצמי של החברה. **נכסי החברה פחות התחייבויות החברה, שווה להון העצמי של החברה**. תחת ההון העצמי של החברה מצויים הון המניות לצד **העודפים אשר מקורם ברווח הנקי כפי שמצוין בדוח רווח והפסד של החברה**. **דוח רווח והפסד**: רווח והפסד נכון לתקופה מסוימת (חודש, שלושה חודשים, שנה), מאחר שהוא מאגד את כל הנכסים וההתחייבויות שהיו באותה התקופה ומתרגם אותם לרווח או הפסד. **למשל,** אם בשנה מסוימת לחברה נכסים בשווי 2 מיליון ₪ והתחייבויות בשווי מיליון ₪, הרי שההון העצמי של החברה יהיה מיליון ₪. אם בשנה הבאה התחייבויות החברה נותרות על כנם, אך מתווספים לחברה נכסים בשווי מיליון ₪, הרי שההון העצמי של החברה יהיה 2 מיליון ₪. **תוספת זו של מיליון ₪ להון העצמי של החברה היא העודפים מהם ניתן לחלק דיבידנד לבעלי המניות.** אם כן, **ערך המקסימום של הדיבידנד הוא כערכו של העודפים**. **כיצד מבחן זה עונה לקדימות הנושים?** חלוקת הדיבידנד תהיה מתוך העודפים, כאשר **העודפים מבטאים את העודף לאחר ניקוי התחייבויות החברה לנושים**. אך, **מבחן זה לא מספיק לבדו**, ולא בכדי הוא מבחן פחות מהותי מאשר מבחן יכולת הפירעון. באמצעות חלוקת הדיבידנדים החברה יכולה לשדר לשוק סימן חיובי. לכן המחוקק מאפשר לחברה לחלק רווחים אם יש לו יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות, לפי הגבוה מבין השניים. כך אם יש בעודפים בשנתיים האחרונות 10 מיליון, ועכשיו יש לחברה 8 מיליון, ניתן לחלק 10 מיליון כי הוא הגבוה מבין השניים. החוק מציע אפשרות לחלק מתוך עודפים שאינם קיימים על מנת לאותת לשוק מגמה חיובית. **מכיוון שחלק מההון העצמי הוא ע"י גיוס כסף והנפקת מניות, במידה ויבוצע דו"ח מאזן באותו יום של הנפקת המניות זה יבוא לידי ביטוי גם בנכסים וגם בהון העצמי.** כמו כן, ניתן לעדכן את דו"ח המאזן לפי דו"ח רווח והפסד. נניח שהרווח הנקי של החברה הוא מיליון, הנכסים של החברה גדלים במיליון, ובהתאמה ההון העצמי גם גדל במיליון.
* **מבחן יכולת הפירעון הוא מבחן מהותי, לפיו חלוקת דיבידנד אפשרית כל אימת שאין חשש סביר שהחברה לא תוכל לפרוע את חובותיה במועד פירעונם.** במילים אחרות, יש להבטיח שהחברה תוכל לעמוד בהתחייבויותיה במועד הפירעון ולא במועד חלוקת הדיבידנד, כאשר הדבר ייבחן בהתאם **לנסיבות**, לרבות מבחן הרווח. הואיל ומבחן זה צופה פני עתיד, הוא מבוסס על **הסתברות**, אם כי הוא המבחן המהותי מבין השניים. לראיה, סעיף 303 קובע כי *"בית המשפט רשאי, לבקשת חברה,* ***לאשר לה לבצע חלוקה שלא מקיימת את מבחן הרווח****, ובלבד ששוכנע שמתקיים מבחן יכולת הפירעון"*. לצד זאת, *"נושה רשאי לפנות לבית המשפט ולהתנגד לבקשת החברה להתיר לה ביצוע חלוקה".*

**לא למדנו: בפס"ד בזקה**  נקבע כי מבחן יכולת הפירעון, הן לעניין חלוקה מותרת והן לעניין חלוקה אשר לא מקיימת את מבחן הרווח באישור ביהמ"ש, צריך להתקיים הן במועד ההתחייבות למתן הדיבידנד והן במועד מתן הדיבידנד עצמו. בהתאם, **בפס"ד קליר** נקבע כי על ביהמ"ש להימנע מהפעלתה של חוכמה בדיעבד. כלומר, על ביהמ"ש לבחון את צדקתה של ההחלטה בהתאם למידע שעמד לרשות הדירקטורים ערב קבלת ההחלטה. הראיה הטובה ביותר לצורך ההכרעה מצויה בפרוטוקולים של ישיבת הדירקטוריון.

**חלוקה אסורה:**

1. אם החברה תחלק דיבידנד ללא מבחן הרווח, אלא רק ע"פ מבחן יכולת הפירעון, הרי שהיא חייבת אישור מביהמ"ש. בלי אישור ביהמ"ש זו חלוקה אסורה
2. אם החברה תחלק דיבידנד עם או בלי אישור ביהמ"ש ללא מבחן יכולת הפירעון זו חלוקה אסורה. קר מבחן יכולת הפירעון הוא חובה!!!
3. אם החלוקה לא עומדת בשני המבחנים – היא אסורה.

**עולה, כי מבחן הרווח הוא מבחן צופה פני עבר, כאשר הוא בוחן את המצב הכלכלי של החברה עד לנקודה מסוימת, ואילו מבחן יכולת הפירעון הוא מבחן צופה פני עתיד, כאשר הוא מלמד על מה צפוי מכאן ואילך. מהו הסעד במקרה של חלוקה אסורה?**

* **השבה**, בהתאם לסעיף 310 אשר קובע כי *"ביצעה חברה חלוקה אסורה, יהיה על בעל מניה להשיב לחברה את שקיבל,* ***זולת*** *אם לא ידע ולא היה עליו לדעת כי החלוקה שבוצעה אסורה"*. כמו כן, *"****חזקה*** *על בעל מניה בחברה ציבורית, שלא היה דירקטור, מנהל כללי או בעל השליטה בחברה במועד החלוקה, שלא ידע ולא היה עליו לדעת, כי חלוקה שבוצעה היא חלוקה אסורה".* הרציונל לסעד זה הוא תקנת השוק, קרי **הגנה על הצד תם הלב תוך שמירה על מסחר תקין**.
* **אחריות דירקטורים לחלוקה אסורה**, בהתאם לסעיף 311 אשר קובע כי *"בוצעה בחברה חלוקה אסורה יראו כל מי שהיה דירקטור במועד החלוקה כמי שהפר בכך את חובותיו לפי סעיפים 252, 253 או 254, לפי הענין, לחברה****, אלא אם כן הוכיח אחד מאלה****: (1) שהתנגד לחלוקה האסורה ונקט את כל האמצעים הסבירים כדי למנעה; (2) שהסתמך בתום לב הסתמכות סבירה על מידע שאלולא היה מטעה היתה החלוקה מותרת; (3) שבנסיבות הענין, לא ידע ולא היה עליו לדעת על החלוקה".* במילים אחרות, יש מקום להטיל אחריות בגין **הפרת חובת הזהירות או הפרת חובת האמונים** על הדירקטורים שהחליטו על חלוקה אסורה לפי נסיבות העניין. יש לציין, כי כאמור לעיל, פוטנציאל הגבייה בגין הפרת חובת הזהירות גבוה יותר משום כספי הביטוח. **האם מדובר בתביעה על חובת אמונים או זהירות?** תלוי נסיבות, נתון לשק"ד ביהמ"ש. בעבר זה היה יותר תביעות על חובת אמונים, אולם ריככו והיום זה או חובת זהירות או חובת אמונים, צריך קביעה קונקרטית של ביהמ"ש. **זו נקודה חשובה כי על חובת זהירות יש ביטוח ועל חובת אמונים אין. כמו כן, על חובת זהירות יש פטור ועל חובת אמונים אין.**

**בסעיף 259(ב):** סעיף הפטור – במקרה הזה אם נפלנו לסעיף 31 לחוק החברות, אז גם אין מה לדבר על פטור. זה לא מעניין אותי בהקשר של חלוקה אם זו חובת אמונים או זהירות כי פטור לא יהיה, ביטוח כן! מי שהולך לבנות על פטור אין מה לבנות על זה אם העילה שבגינה תובעים אותך על הפרת חובה היא עילה של חלוקה אסורה.

**למה?** **מה קרה שפתאום המחוקק החריג?** מי שמחליט על מתן הפטורים אלו בעלי המניות, זו החלטה של האספה הכללית. האם בעלי המניות יסכימו לתת פטור לנושא משרה בגין שאישר חלוקה? כן! כי הם נהנים מהחלוקה וזה בדיוק הכשל! אני אשמח לתת לך פטור אם תביא לי כסף על חשבון הנושים. אולם, אנו באים להגן על הנושים! כשהנפגע האולטימטיביים הם הנושים, מה פתאום שבלעי המניות ישחררו מאחריות נפגעים אולטימטיביים שהם הנושים? לכם הסעיף שולל את הפטור במקרה כזה. לעומת זאת ביטוח, זה בסדר, מדובר בכיס עמוק, צד שלישי, חישובי סיכונים שחברת הביטוח עורכת ובמקרה זה יהיה מקור פיצוי לחברה שעשתה חלוקה אסורה ונפגעה ובעקיפין מי שיפוצו זה הנושים. **לכן ביטוח יש ופטור אין.**

על אף שברוב המקרים בהפרת חובת זהירות ניתן לתת פטור מאחריות לנושא המשרה, ס' 259(ב) קובע **שבמקרה הקונקרטי של חלוקה לא תהיה פטור מאחריות.** הסיבה לכך היא שההחלטה על מתן פטור היא ע"י האספה הכללית- בעלי המניות. הם אלו שמעוניינים בחלוקה האסורה כי הם נהנים ממנה, ולכן יסכימו לתת פטור. המטרה היא להגן על הנושים, ומתן פטור פוגע בנושים. לעומת זאת, נתינת ביטוח בגין הפרת חובה לא פוגעת בנושים, שכן חברת הביטוח תהיה מקור הפיצוי לנושים. לכן אין בעיה של נתינת ביטוח כי אין פגיעה באינטרס של הנושים.

במידה והייתה חלוקה אסורה, משפטית החברה היא זו שנפגעה, ולכן תהיה תביעה נגזרת. לפי ס' 194, לרוב מי שרשאי להגיש את התביעה הנגזרת הוא בעל מניות או דירקטור. אולם בחלוקה אסורה, ברור שבעל מניות לא יגיש תביעה, שכן הוא קיבל כסף בעקבות החלוקה. לכן, **ס' 204 קובע שאם עילת התביעה היא חלוקה אסורה של דיבידנד, הנושה הוא זה שרשאי להגיש בשם החברה את התביעה. דמות נוספת שיכולה לנהל את התביעה היא המפרק.** אם החברה התדרדרה לפירוק, המפרק יכול לטעון שכאשר חילקו דיבידנדים, זו הייתה חלוקה אסורה והדירקטורים הפרו את חובתם. **מס' 311 לחוק משתמע שברגע שנקבע שהחלוקה אסורה מכיוון שלא מקיימים או את מבחן הרווח או את מבחן יכולת הפירעון, התוצאה המשפטית היא שהדירקטורים נושאים באחריות בשל הפרת חובה.**

אם הייתה חלוקה אסורה המשמעות היא שהדירקטורים הפרו את חובתם. **מי מגיש את התביעה על החלוקה האסורה? הנושים.** בד"כ תביעה נגזרת יכולה להיות רק על ידי דירקטור או על ידי בעל מניות. בסעיף 204 בא המחוקק ופירש שאם מדובר בחלוקה, אם הטענה היא לחלוקה אסורה, אזי שהנושה יכול לערוך תביעה נגזרת מטעמה, כי ברור שבעל מניות לא יעשה את זה. האינטרס שניפגע הוא של הנושים. אפשרות נוספת – **מי עוד יכול לנהל תביעה כזו? המפרק, כפי שאנו רואים בפס"ד מלרג.**

נניח שהתובע משכנע את ביהמ"ש שאכן החלוקה היא אסורה. למה? כי זה לא קיים את מבחן הרווח או לחלופין, לא קיים את מבחן יכולת הפירעון. מה התוצאה המשפטית? שהדירקטורים נושאים באחריות! אין פה שאלה (סעיף 311), השאלה היא רק האם זה חובת זהירות או חובת אמונים? התוצאה חלוקה אסורה היא הפרת חובתם של הדירקטורים וכל שנותר הוא להבין איזו חובה.

**פס"ד קליר (עניין מלרג):** **עוסק במבחן יכולת הפירעון**. מלרג חברה שנקלעה לחדלות פירעון. הבקשה לתביעה נגזרת עוסקת בשלוש חלוקות דיבידנד שהחברה ביצעה לפני שנכנסה להליך חדל"פ. החלוקה הראשונה בוצעה כפי שנדרש, קרי, מבחן יכולת הפירעון קוים, אולם שתי החלוקות האחרונות לא מקיימות את מבחן יכולת הפירעון. הטענה של המפרק הייתה שהחלוקות האסורות הובילו לקריסת החברה.

מה זה אומר על הדירקטורים? שהם נושאים בחובת אחריות, או חובת זהירות או בחובת אמונים? זהירות. **למפרקים לא כדאי לטעון להפרת חובת אמונים, למה? עדיף חובת זהירות כי יש כיס של הביטוח לתבוע ממנו.**

**השאלה המשפטית:** האם השופט קובע קביעה חד משמעית שבהכרח בכל תנאי, חלוקה אסורה מובילה לאחריות דירקטורים או שמא יש אפשרות **שנגיע למסקנה שהחלוקה הייתה אסורה אולם הדירקטורים לא יישאו באחריות? האם יש פתח כזה בפסק הדין?**

המשיבים=הדירקטורים: **הדירקטורים טוענים שגם אם ייקבע בסופו של יום, ובניגוד לעמדתם, שבוצעו חלוקות אסורות, עדיין עומדת להם הגנת ההסתמכות הסבירה בתום לב לפי** [**ס' 311(2)**](http://www.nevo.co.il/law/71858/311.2) **ל**[**חוק החברות**](http://www.nevo.co.il/law/71858), **וכן הגנת שיקול הדעת העסקי.** בהקשר זה נטען כי גם לאחר החלוקה הראשונה והשניה, לא קם גורם חיצוני כלשהו שקרא שלא לבצע חלוקות נוספות. המשיבים הסתמכו על בעלי התפקיד במלרג, ובהם רואי החשבון, המנכ"לים וסמנכ"ל הכספים, ולא מצופה מחברי הדירקטוריון לחשוד בנתונים שהוצגו להם או לסבור שהם אינם נכונים או אינם מדוייקים.

**פסקה 157**: *כשלעצמי,* ***אינני משוכנע שכלל פסיקתי זה יכול להוות הגנה מפני אחריות בגין חלוקה אסורה.*** *טעמו של דבר הוא שס' 311 משמיע לנו כי במקרה של חלוקה אסורה, רואים את הדירקטורים כמי שהפרו את החובה הקבועה* [*בס' 253*](http://www.nevo.co.il/law/71858/253) *לחוק החברות לפעול ברמת מיומנות של נושא משרה סביר ולנקוט באמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של הפעולה המובאת לאישורו. קשה איפוא להלום מצב שבו קביעה נורמטיבית זו של המחוקק, לפיה רואים דירקטור שהתיר חלוקה אסורה כמי שלא פעל באופן סביר וכמי שלא נקט באמצעים סבירים לשם קבלת מידע, תרוקן מתוכן באמצעות החלת הכלל הפסיקתי של הגנת שיקול הדעת העסקי, המותנה מלכתחילה בתנאי מוקדם והוא שהדירקטור פעל באופן סביר.*

**נקבע**: **כלל שק"ד העסקי לא יחול במקרים של חלוקה אסורה.** ס' 311 לחוק קובע שבמקרה של חלוקה אסורה רואים את הדירקטורים כמי שהפרו את חובת הזהירות. חובת הזהירות דורשת מהדירקטור לנקוט באמצעים סבירים ולקבל מידע הנוגע לכדאיות העסקה של הפעולה המובאת לאישורו. רואים דירקטור שהתיר חלוקה אסורה כמי שלא פעל באופן סביר, ולכן **נתינת הגנה לדירקטור תרוקן מתוכן את כלל שק"ד העסקי** המותנה מלכתחילה בכך שהדירקטור פעל באופן סביר.

**בעניין החלוקה הראשונה**-יש לדחות את הבקשה. **באשר לחלוקה השנייה**, יש לקבוע כי היא לא עמדה במבחן יכולת הפירעון ולכן מדובר בחלוקה אסורה. כך גם יש לקבוע כי לא עומדת למשיבים הגנה מפני הטלת חבות אישית בגינה. ממילא יש לחייבם לשלם לקופת ההסדר את סכום החלוקה השנייה בשלמותו, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום החלוקה. **התחייבות תשקיפית היא התחייבות חוזית לכל דבר. על כן, האחריות בגין הפרתה היא אחריות מוחלטת, והמפר חב בגינה גם אם לא נפל אשם בהתנהגותו**. גם אם התקבלה המסקנה שהחלוקה השנייה עומדת במבחן יכולת הפירעון, עדיין היה מקום להטיל על המשיבים חבות אישית בגין הפרת ההתחייבות התשקיפית שנעשתה במסגרת החלוקה השנייה. **בנוגע לחלוקה השלישית**, מעבר לכך שהמשיבים לא בחנו את שאלת יכולת הפירעון בהתאם למבחנים המקובלים בבואם להחליט על החלוקה השלישית, הרי שלגופו של עניין, מתוך כלל הנסיבות והנתונים ועל יסוד המידע שעמד בשעתו בפני המשיבים, יש לקבוע כי באותה עת היה חשש סביר שהחברה לא תעמוד בפירעון חבויותיה בהגיע מועד קיומן. מכל מקום, המשיבים לא הוכיחו ההיפך. לפיכך יש לחייבם לשלם לקופת ההסדר את סכום החלוקה השלישית בשלמותו, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום החלוקה.

**פרשת חורב נגד בי-קום**: **עוסק יותר במבחן הרווח ולא במבחן יכולת הפירעון**. שם, להבדיל ממלרג, לא הייתה טענה שהחלוקה לא מקיימת את מבחםן יכולת הפירעון אלא החלוקה לא קיימה את מבחן הרווח. ביקום החזיקה גרעין שליטה בחברת בזק (25% ועוד 5% מעל גרעין השליטה). ביקום החליטה למכור 4% ממניותיה בבזק שהיו עודפות מעל גרעין השליטה (יישארו לה כ-26%). ביקום מכרה את המניות לצד ג', קיבלה תמורה במזומנים, שילמה מס ואת היתרה חילקה כדיבידנד לחברת האם (אינטרנט זהב, מעליה יורוקום, מעליה אלוביץ'). כללי ה-IFRS (החשבונאות המקובלים לחברות ציבוריות) קבעו שחברה המוכרת מניות בחברה נשלטת מבלי שהיא מאבדת שליטה לא תרשום את הרווח בדו"ח רווח והפסד אלא תוכל לצרף את הרווח לקרן או לעודפים עד שתממש את השליטה. כך החברה נהגה. סכום הרווח שנוצר מהטיפול החשבונאי היה כ-113 מיליון שקלים שהיא חילקה במזומן. ביקום נתמכה בשתי חוות דעת משפטיות מראש (פרופ' פורקצה וחודק). חוות הדעת סברו שבמקרה זה אפשר לחלק את הסכום הזה כדיבידנד. זאת מאחר שפה יש רווח כלכלי אמיתי, לקחו את הנכס (מניות), מכרו אותו, הורידו את ההוצאות של המכירה, הורידו את תשלום המיסים ונשאר רווח נקי ביד. מכיוון שמותר להעביר את זה לעודפים בהתאם ל-IFRS ניתן לחלק את זה, במיוחד משום שזה רווח כלכלי אמיתי.

**טענות המבקש** – 1. חלוקת הדיבידנד איננה מקיימת את מבחן הרווח מכיוון שזה לא בא מרווח. לכן החלוקה אסורה. 2. הרווח שממנו ניתן לחלק דיבידנד חייב לנבוע מרווח נקי, כפי שנרשם בדוח רווח והפסד של החברה. במקרה דנן, הרווח מקורו בעסק מסוג אחר, שהעודף הכלכלי עבר ישירות לעודפים. 3. ניתן לחלק דיבידנד מרווח שמקורו בדוח מאוחד ולא בדוח "סולו". 4. הדרקטורים הפרו חובת זהירות ואמונים והם חייבים להשיב את הדיבנדנד לחברה.

**טענות המשיבים** – 1. החלוקה עומדת במבחן הרווח. 2. ניתן לחלק רווח כלכלי ותזרימי כדיבידנד שנכלל בעודפים גם אם הוא לא עבר דרך דוח רווח והפסד. 3. ניתן לחלק רווח מרווחי "סולו" (חלים כללי חשבונאות ישראליים ולא IFRS) ולא מדוח מאוחד. בדוח סולו הרווח הכלכלי מהעסקה עובר דרך דו"ח רווח והפסד (לפי תקנות חשבונאות ישראליות). 4. ההחלטה על חלוקת דיבידנד חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי. 5. הסתמכו על שתי חוות דעת משפטיות שניתנו מראש! לא החלטנו על החלוקה כ"לאחר יד", אלא בחנו, התייעצנו עם מומחים לשם הבדיקה וקיבלנו חוות דעת של פרופ' פרוקצ'יה, התייעצנו עם משרד עורכי דין וקיבלנו חוות דעתו ושתי חוות הדעת כאחד, קבעו שניתן לחלק.

האם זה שביהמ"ש קובע אחרת לאחר שאנו שקלנו את הדבר, אמור להוביל לתוצאה שאנו נושאים באחריות, או שמא אנו יכולים לטעון להגנתנו – הפעלנו את שיקול הדעת העסקי, פעלנו בתום לב, ההחלטה הייתה מיודעת, התייעצות ובחינו וכו', אז זה שהגעת לחלוקה אסורה אוקיי, אבל בנושא של אחריות דירקטורים אנו רוצים לטעון לשיקול דעת עסקי להגנתנו!

**קביעת השופטת רונן** – 1. החברה ביצעה חלוקה אסורה. 2. הדירקטורים בביקום לא יתבעו בתביעה נגזרת מכיוון שלא נוצר נזק לחברת ביקום ולא נוצרה תועלת מיוחדת לדירקטורים. 3. התביעה נגד בעלת השליטה בביקום (אינטרנט זהב) תימשך, ובעל השליטה צריך להחזיר את חלקו בדיבידנד לחברה (ס' 310). **אומרת רונן מדובר בחלוקה אסורה על פי דין, היא מנוגדת להוראות החוק! איך יכול דירקטור לטעון, מבחינתי הכל בסדר לאחר שאני לא קיימתי את החוק? אין דבר כזה! אל תביאו לי בכלל כלל שיקול דעת עסקי במקום בו התוצאה מנוגדת לדין! המחוקק אומר שאם זה לא מקיים את המבחן הזה או האחר, וחלוקה אסורה! מי שנותן ידו ומחליט חלוקה אסורה יכול לבוא ולהגיד אני לא אחראי. אל תדברו איתי על שיקול דעת עסקי מקום בו החלוקה אסורה!**

**החלטות ביהמ"ש** – 1. טענת המשיבים אינה מתיישבת עם לשון החוק בס' 302 המגדיר **עודפים כ"סכומים הכלולים בהון העצמי של החברה ושמקורם ברווח הנקי שלה, כפי שנקבע בכללי חשבונאות מקובלים". משמע, אי אפשר להשתמש ברווחים שלא עברו בדו"ח רווח והפסד**. מקור הרווחים ברווח הנקי של החברה רק אם הם עברו דרך הדו"ח. 2. לא מקבל את הצורך בפרשנות תכליתית. לשון החוק ברורה. 3. מקור הרווחים חשוב. צריך לבוא מהרווח הנקי. 4. הרווח שנבע מהעסקה אינו רווח כלל. כללי החשבונאות של ה-IFRS מדמים את זה לעסקת מימון, עד אשר ימכרו את גרעין השליטה. 5. מבחן הרווח הוא מבחן טכני פשוט של בדיקת הדו"ח הכספי והמאזן. גרסת המשיבים הופכת אותו מורכב יותר. 6. חוות הדעת המשפטיות היו מסויגות, בכך שקבעו שהנושא טרם נבדק בפסיקה ויכול בית משפט לסבור אחרת. 7. **כלל שק"ד העסקי אינו חל (בניגוד למה שנאמר בורדניקוב בעליון, שם נאמר שהוא כן חל במקרים של חלוקת דיבידנד). זו אינה החלטה עסקית. זו הפרת חוק**. וזו החלטה שיכולה לפגוע בצדדים שלישיים (נושים) ובבעלי המניות. 8. התובע לא הוכיח נזק לחברה. לדירקטורים לא צמחה טובת הנאה או רווח. לכן לא יתבעו.

**פס"ד ברוט:** מאוחר יותר לחורב. **המדובר במבחן הרווח.** הטענה הייתה כנגד חברת דיסקונט בטענה שביצעו חלוקה אסורה, מכיוון שדירקטוריון החברה ידע שלאחר פרסום הדו"חות הכספיים הרבעוניים, החברה לא תעמוד במבחן הרווח.

**נקבע:** ע"פ מבחן הרווח **ניתן לחלק לבעלי המניות רק כשזה מתוך רווחי החברה בלבד.** מבחן הרווח הוא טכני וקל ליישום, ואינו מחייב הפעלה של שק"ד מטעם הדירקטוריון. הדירקטוריון אינו חייב לבצע חקירות ודרישות בדו"חות הכספיים של החברה. אם לא ידוע לו על שינוי נסיבות שיש להן השלכות על הדו"חות, הוא יכול להניח שהדו"חות האחרונים משקפים את מצב החברה. **נדרש אירוע מהותי על מנת לבחון את הדו"חות מחדש**. במקרה דנן, הונחו נתונים לפני הדירקטוריון לפיהם ברביעון הבא החברה לא תעמוד במבחן הרווח, אולם לפי הנתונים לא היה מדובר בהפסד מהותי. הסיבה היחידה שלא עמדו במבחן הרווח היא חלוף הזמן, והוא כשלעצמו אינו מהווה אירוע מהותי המצדיק בחינה מחדש. כמו כן, החלטת החלוקה הייתה בתו"ל, שכן הדירקטוריון בחן את הדו"חות הכספיים העתידיים.

**פס"ד סאני: המדובר במבחן יכולת הפירעון.** הטענה היא שמדובר בחלוקה אסורה וכן הערכות שווי שגויות ביחס לפעילותה. נטען שהנתבעים פעלו ברשלנות בקשר לאירועים אלו ובכך הובילו לפגיעה בחברה. פס"ד מתמקד במבחן יכולת הפירעון. **נקבע**: בקבלת החלטת החלוקה הדירקטוריון עבד בצורה רצינית ומעמיקה, ולא הוכח שהם פעלו באופן שמצדיק להטיל עליהם אחריות בגין החלטת החלוקה. **השופט כבוב אומר שאם בעת ההחלטה על החלוקה היה ברור או חייב להיות ברור שהחברה לא עומדת במבחן יכולת הפירעון, אין מה לנסות להיאחז בטענת הגנה**. אולם **אם הדבר לא היה כ"כ ברור, וההחלטה התקבלה בתו"ל, יש אפשרות שיופעל כלל שק"ד להגנתם.**

**פס"ד חבס השקעות:** מפרק החברה תובע את הדירקטורים להפרת חובת הזהירות של ענייני החברה, שכן הייתה חלוקה אסורה שלא עמדה **במבחן יכולת הפירעון**. נקבע: **השופט כבוב - אין להחיל את כלל שק"ד העסקי על חלוקה אסורה שהפרה את מבחן יכולת הפירעון.** חלוקה אסורה כשלעצמה מקימה חזקה לפיה הדירקטורים הפרו את חובותיהם.

בין חבס לסאני יש כנראה תמורה פנימית בתוך הגישה של השופט כבוב. יש פה תמורה להלך החשיבה השיפוטית לנקודה המאוד רגישה הזו. בחבס אנו רואים את הגישה היותר מסורתית של בתי המשפט, אם החלוקה אל קיימה אתא מבחן יכולת הפירעון היא אסורה ואין מה להזכיר את כלל שק"ד העסקי. בסאני, הכיוון הוא כבר מעודן יותר: נכון שהשופט כבוב קובע שם שאם היותה של החלוקה, חלוקה אסורה, היה ברור או היה חייב להיות ברור ואין שאלה על זה וזה היה מובהק כבר בעת ההחלטה, אז אין להם מה לאחוז בכלל שיקול הדעת העסקי. אבל אם זה לא היה כ"כ ברור, יש אפשרות שעדיין כן יופעל כלל שיקול הדעת העסקי. השופט כבוב מצטט מאמר של המרצה - אסף אקשטיין ודוד האן "אחריות דירקטורים בגין החלטה על חלוקה". – בו הוא דן אודות אחריותם של דירקטורים בגין הפרה חמורה. **במקרה שהחלוקה היא אסורה, לפי האן, קרי, לא קוים מבחן יכולת הפירעון, יש עדיין מקום לאפשר לדירקטורים להתגונן, כולל טענת חזקת התקינות וכולל טענת כלל שיקול הדעת העסקי.** זה שהחלוקה נקבעת ע"י ביהמ"ש בסופו של דבר כחלוקה אסורה, זה עוד לא אומר אוטומטית שהדירקטורים הפרו חובה. הפוטנציאל מתעורר ודאי, אבל יש מקום לתת להם להתגונן מתוך כלל שיקול הדעת העסקי. **בסאני, להבדיל מחבס, כבוב אומר אני כן אפתח את הפתח אבל רק בנסיבות המתאימות ואני אאפשר לדירקטורים להתגונן כנגד טענה של חלוקה אסורה.**

**אם זה הכיוון לגבי קביעה שיפוטית באשר לחלוקה אסורה בשל אי קיום מבחן יכולת הפירעון, מה באשר לקביעה שיפוטית באשר לחלוקה אסורה בגין אי עמידה במבחן הרווח?** מקל וחומר אנו יכולים להבין שאם זה הדין על יכולת הפירעון, אז קל וחומר שגם באי עמידה במבחן הרווח ניתן לדירקטורים הגנה של עמידה בכלל שיקול הדעת העסקי. משום שמבחן יכולת הפירעון הוא קשה יותר ולכן על פניו קל וחומר שגם במבחן הרווח. **הטענה של האן במאמר היא להסתכל תמיד על חלוקה מותרת או חלוקה אסורה ושואלים האם הדירקטורים אחראיים או לא. אנו לא שואלים מספיק את השאלה – רגע אסורה למה? אילו משני המבחנים הופר?** לטעמנו, {האן והד"ר שאיתו כתב}, **זה לא אותו דבר וזה לא עניין של קל וחומר!** **אין ספק שמבחן יכולת הפירעון הוא קשה יותר אבל אלו מבחנים שהמשמעות שלהם שונה, משום שמבחן הרווח צופה פני עבר ומבחן יכולת הפירעון צופה פני עתיד.** דווקא המבחן החמור, הוא גם מורכב וקשה כי כשאתה צופה פני עתיד אין וודאות! האם אנו רוצים ליצור מצב שיהפוך את נושא מבחן יכולת הפירעון לבסיס אחריות לדירקטורים על בסיס מבחן התוצאה? נכון יותר לבחון איזה שיקול דעת הוא הפעיל, עד כמה זה היה ראוי, האם הוא קיבל את כל המידע ושיקלל אותו, ואז אם עשו את כל זה ואף על פי כן התברר שזה לא קיים את מבחן יכולת הפירעון, אז אוטומטית נישא באחריות? לא בהכרח! ולכן אנו ניתן את האפשרות להטיל כלל שיקול דעת עסקי. קרי, זה עניין של תחזיות, אם זה לא היה ברור – נותיר, אבל אם הנסיבות מלמדות שע"פ הנתונים זו לא שאלה של אולי אלא התשובה מובהקת, אזי שהם יישאו באחריות. אבל זו שאלה של בחינה עובדתית של כל מקרה.

**במבחן יכולת הפירעון נאמר "ובלבד שלא קיים חשש סביר שהחלוקה תמנע מהחברה את היכולת לעמוד בחובותיה הקיימות"** – כלומר יש הכרח לבדוק את סבירות ההערכות שלהם. **אם זה סביר**-במידה רבה אני יכול לעכל את זה בדרך מקדמית ולהגיד שאפילו לא הייתה חלוקה אסורה.

**הצד הנוסף לתמונה הוא – מקום שבו בשורה התחתונה מוצא שהחלוקה מותרת, לא אסורה :**

ביהמ"ש מגיע בבחינה שלו שהחלוקה מותרת ע"פ החוק והשאלה שמתעוררת האם בנסיבות כאלה, **המסקנה הנלווית לכך היא שאם החלוקה מותרת אז אין מה לדבר על אחריות של דירקטורים או שבכל זאת נשמור על נתיב של תביעות נגד דירקטורים?** לכאורה, אם החלוקה מותרת אז הכל בא על מקומו בשלום. אז האם ניתן לתבוע אותם על אף שהחלוקה מותרת?

**פס"ד ורדניקוב נ' אלוביץ'**: האם תביעה כזו אפשרית או לא רלוונטית? **אפשרית!** קרי, **גם אם תוצאתית לא נראה שיש נזק משמעותי או בכלל, לחברה, עדיין יש מקום אולי להותיר את הפתח לתבוע את נושא המשרה על כך שדרך קבלת ההחלטות שלהם לא מוצלחת.** ביהמ"ש משאיר את זה כאפשרות. אם זה ככה, אז מתעוררת גם שאלה נוספת והיא – האם במקרה כזה מתייחס להחלטת החלוקה כהחלטה שבה לפחות לחלק מהדירקטורים, יש עניין אישי בהחלטה? אם זה עניין אישי – אנו נמצאים בחובת אמונים ויהיה קל להגיד שעל בסיסי ההתנהגות הם הפרו את חובת האמונים.

**עובדות המקרה:** אלוביץ' רכש את המניות של בזק ולכן הוא בעל שליטה. כדי לשלם את התמורה עבור המניות אלוביץ' לוקח הלוואה גדולה. הוא ידע שברגע שירכוש את מניות השליטה ניתן יהיה להפיק מתוכן דיבידנדים, וכך הוא יוכל לפרוע את ההלוואה. **הופעל לחץ של בעל השליטה על הדירקטוריון באשר לחלוקת דיבידנד**. הדירקטוריון החליט על החלוקה באישור ביהמ"ש, ובזק מחלקים דיבידנדים מרווח קיים וגם מרווח שלא קיים. **ורדניקוב הגיש תביעה נגזרת לבחינת התנהלות הדירקטורים, בטענה שהפרו את חובותיהם כנושאי משרה.**

נקבע: גם אם תוצאתית אין נזק משמעותי לחברה, עדיין יש מקום להותיר פתח לתבוע את נושאי המשרה בכך שדרך קבלת ההחלטה לא הייתה מוצלחת. מתעוררת שאלה נוספת האם בהחלטה על חלוקה יש לדירקטורים עניין אישי? הרי אלוביץ' הוא גם דירקטור וגם בעל מניות, ולכן יש כאן עניין אישי. השופט עמית קובע **שבעניין חלוקת דיבידנד אין עניין אישי.** מהותו של עניין אישי הוא שבעל מניות מסוים נהנה מהמהלך באופן שונה משאר בעלי המניות. דיבידנד בהגדרה מחולק באופן שוויוני לכל בעלי המניות ולכולם אותה השפעה, ולכן לא מדובר בעניין אישי. השופט סולברג חולק על השופט עמית ומשאיר פתח לקבוע שבנסיבות מסוימות יש עניין אישי בחלוקת דיבידנד. **האן נוטה להסכים יותר עם עמית.**

**לפי פרופסור האן, אין מקום להותיר מרחב תביעה כאשר החלוקה מותרת.** מדוע נותנים לבעל מניות שהרגע קיבל כסף זכות תביעה? בעיני האן, הדבר נראה כחוסר תו"ל של התובע. בפס"ד ורדניקוב התביעה הייתה בטענה שהדירקטורים הפרו את חובותיהם היחס להחלטות שקיבלו על חלוקת הדיבידנדים. השופט עמית מגדיר חלוקה אחת כ"חלוקה", ואילו לשנייה כ"הפחתת הון". מדוע השופט עמית מגדיר אותם אחרת? כשהשופט עמית למד משפטית זה היה בעידן של פקודת החברות, והמנוח המשפטי היה **הפחתת הון ולא חלוקה. השימוש בביטוי הפחתת הון מתייחס לחלוקה שלא מקיימת את מבחן הרווח**, אך נערכה לפי ס' 303 באישור ביהמ"ש.

הסיפור העובדתי של חלוקת הדיבידנדים בורדניקוב לא נעשתה סתם בעלמא, אלא על רקע העובדה שבעל מניות השליטה היה זקוק להרבה כסף על מנת לפרוע את חובותיו. **אלוביץ' מנסה לשכנע שיחלקו דיבידנד, ולכן החלוקה לא שגרתית.** ביהמ"ש שולל את ההלבשה של עולם העניין אישי מכיוון שהמהלך הוא שוויוני בין כל בעלי המניות ולא ייחודי רק לאלוביץ' אולם ביהמ"ש מכניס סטנדרט ביקורת חדש בין הגינות מלאה לבין כלל שק"ד העסקי- **בחינה מוגברת.** ביהמ"ש בישראל לוקח את הרעיון של בחינה מוגברת מבימ"ש בדלאוור, אולם בדלאוור פיתחו את הסטנדרט בקונטקסט ספציפי של הצעות רכש. בפס"ד בטר-פלייס ביהמ"ש מעלה שוב את רעיון בחינה מוגברת ביחס לקבלת החלטות בדירקטוריון, אך מחזיר את התיק למחוזי על מנת שיכריע האם בסיטואציה של התנהלות דירקטורים יש לבחון ע"פ בחינה מוגברת או לא.

בדנן, מבחינה עובדתית, אלוביץ' קנה את השליטה בחברת בזק, תוך שהוא לקח הלוואות וביקש למלא התחייבויותיו בעזרת הדיבידנדים שיקבל, קרי "**רכישה ממונפת**". **המדובר במהלך לגיטימי לחלוטין, אם כי יש בכוחו להשפיע על קבלת החלטה לחלוקת דיבידנד בחברה**. **ביהמ"ש בחן לפי אילו אמות מידה עליו לבחון את קבלת החלטת הדירקטורים על חלוקת דיבידנד**. מחד, ניתן לבחון את ההחלטה בהתאם לכלל שק"ד העסקי, הוא סטנדרט מאופק, ומאידך ניתן לבחון את ההחלטה בהתאם לכלל ההגינות המלאה, הוא סטנדרט דווקני.

**בפס"ד ורדניקוב,** **נקבע מפי השופט עמית כי במקום שחלוקת הדיבידנד עומדת בכללי החלוקה, אך נעשית על רקע רכישה ממונפת (כלומר כשבעל השליטה מלחיץ את הדירקטוריון לחלוקת דיבידנדים כי הוא צריך כסף על מנת להחזיר את ההלוואה שלקח לשם רכישת המניות), אין להסתפק בכלל שק"ד העסקי, אלא יש לבחון את החלוקה בבחינה שיפוטית מוגברת של נושא המשרה**. אף שהחלוקה בדנן הייתה מותרת, יש לבחון אותה בהתאם לבחינה שיפוטית מוגברת. הבחינה המוגברת תהא ככל והתובע הוכיח **שני אלמנטים מצטברים לפיהם לבעל השליטה השפעה ניכרת על קבלת ההחלטה על חלוקת הדיבידנד (כי נניח הוא גם דירקטוריון או הלחיץ והשפיע אכשהו על החלטת הדירקטוריון לחלק דיבידנדים), וכן חלוקת הדיבידנד שינתה את מבנה ההון של החברה**. אלמנטים אלו מעידים כי חלוקת הדיבידנד נבעה מהלחץ התזרימי בו היה מצוי בעל השליטה. **מנגד**, ככל ובעל השליטה יוכיח כי **לא היו לו קשיי נזילות, וכן ההחלטה על חלוקת הדיבידנד הייתה סבירה**, **לרבות על דרך בחינת דעת בעלי מניות המיעוט באסיפה**, אין מקום להטיל אחריות על הדירקטורים שקיבלו את ההחלטה. בדנן, נקבע כי ההחלטה על חלוקת הדיבידנד הייתה סבירה.

**לדעת פרופ' האן, לצורך הפעלת כלל שק"ד העסקי על חלוקה אסורה, יש לבחון האם המדובר בחלוקה אסורה שאינה עומדת במבחן הרווח, או שמא בחלוקה אסורה שאינה עומדת במבחן יכולת הפירעון.** ככל והמדובר בחלוקה אסורה שאינה עומדת במבחן הרווח, הוא מבחן עובדתי צופה פני עבר, הרי שיש מקום להטיל אחריות על הדירקטורים מבלי להידרש לכלל שק"ד העסקי. לעומת זאת, כלל והמדובר בחלוקה אסורה שאינה עומדת במבחן יכולת הפירעון, הוא מבחן מהותי צופה פני עתיד, יש מקום להידרש לכלל שק"ד העסקי. רוצה לומר, על ביהמ"ש לבחון האם נכון ליום קבלת ההחלטה על החלוקה כלל שק"ד העסקי מתקיים, מבלי לבחון את תוכן ההחלטה. **גישה זו, אשר מהווה בחינה מציאותית לאור חוסר הוודאות של מבחן יכולת הפירעון, התקבלה בפס"ד סאני**.

נקבע **בפס"ד בזק** כי כאשר מבחן הרווח מתקיים, ומאושרת חלוקת דיבידנד במנות על פני תקופה, **אין חובה לקבל אישור מחדש לפני כל חלוקת מנה, אך יש להתכנס לבדיקה מידי תקופה ולבחון האם החלוקה מתאפשרת.**

**רכישה**

המחוקק הגדיר חלוקה כמתן דיבידנד או כרכישה. ע"פ ההגדרה, רכישה לעניין זה היא מצב שחברה רוכשת את המניות של עצמה. עד שנת 1999 הדבר לא היה אפשרי, מכיוון שהתבססו על פס"ד אנגלי (פס"ד טרוור). ההיגיון היה שאם החברה קונה את המניה של עצמה, היא תחזיק באגד זכויות כלפי עצמה, והרי ככלל אדם לא יכול להיות בעל זכויות כלפי עצמו. **בעת חקיקת חוק החברות ב-1999, המחוקק קבע שאם חברה רוכשת מניות של עצמה, פעולה זו מוגדרת כחלוקה ולכן עליה לעמוד במבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון.** ס' 308 קובע שאם חברה רוכשת מניות של עצמה, המניה הופכת להיות "מניה רדומה"- היא לא פעילה ולא מקנה זכויות אקטיביות. ניתן "להחזיר אותה לחיים" ע"י מכירתה לאדם אחר. המשמעות של קניית מניה בחזרה היא שזכויות ההצבעה של שאר בעלי המניות מתחזק (פעולה הפוכה מהנפקת מניות).

המחוקק מגדיר את הפעולה הזאת כחלוקה, מכיוון שאין לחברה ערך כלכלי לגבי הנושים בעקבות הרכישה. כל העניין בחלוקה הוא שמדובר בפעולה חד סטרית. על אף שהחברה מקבלת מניה, למניה אין שווי כלכלי מהפרספקטיבה של הנושים. כשהחברה בחדלות פירעון, היא מוכרת את נכסיה כדי להביא כסף לנושים אולם אף אחד לא יקנה את המניה, מכיוון שהחברה בחדלות פירעון ולכן היא לא שווה לכלום. מבחינת נושי החברה, אין למניה ערך כי במצב של חדלות פירעון לא ניתן למכור אותה, ולכן במובן המהותי פעולת הרכישה היא פעולה חד סטרית.

**האינטרס של חברה לבצע רכישה עצמית היא שלעיתים בחברה פרטית בעל מניות לא מעוניין להזיק במניות בחברה יותר. יכולתו לפנות לצד שלישי מוגבלת בשל העובדה שהחברה פרטית.** לכן במקום שבעלי המניות יקנו את מניותיו, החברה קונה אותם ובעקיפין הם מרוויחים מכיוון שהכסף לא יוצא מכיסם האישי, אך זכויות ההצבעה שלהם גדלות.

**שיעור 26:**

בשיעור הקודם דיברנו על פס"ד ורדינקוב: מה שהיה בפס"ד ברקע העובדתי היא שהקביעה שם הייתה קביעה בטענה שדירקטורים הפרו את חובותיהם, בהתייחס להחלטות שהם קיבלו על חלוקת דיבידנדים. למען הדיוק, על מספר חלוקת הדיבידנדים. היו שם כמה נקודות זמן ען חלוקות בהיקפים נכבדים של מילארדי שקלים, וכאשר אחת מהחלוקות, השופט עמית מתייחס אליה בביטוי של חלוקת דיבידנדים ולחלוקה אחרת הוא מתייחס בביטוי של "הפחתת הון". מהי הפחתת הון הרי כל חלוקה שהיא הוצאה כספית חד סטרית היא הפחתת הון. הרי אם אחרי החלוקה החברה תערוך מאזן, הרי שהוציאה כסף ויש פחות נכסים, הרכיב של מזומנים קטן. הרכיב של ההתחייבויות לא משתנה כי אין שום שינוי. אם השתנה בנכסים ולא בהתחייבויות אז בהתאמה ההון העצמי צריך להשתנות, כי אם הקטנתי את הA אז גם הE צריך. כל חלוקה מקטינה הון עצמי. אז למה השופט עמית מתייחס לחלוקה מסוימת כהפחתת הון ולשנייה לא? לדעת האן, משום שהשכלתו המשפטית של השופט עמית הייתה עדיין בעידן פקודת החברות ולא חוק החברות, ואז הביטוי של דיבידנדים לא היה מונח של חלוקה אלא הם דיברו במונח שהגיע מאנגליה שנקרא "הפחתת הון". קרי, הוא היה רגיל לביטוי הזה. הסיפור של בזק, כלל גם את זה וגם את זה, גם חלוקה כשיש רווח וגם חלוקה כשאין רווח ומבקשים אישור מביהמ"ש. בכל אופן, כשהוא מנתח את הדברים, הוא מלמד אותנו שהסיפור העובדתי של החלוקה שנערכה בבזק, הסיפור הזה נעשה כאשר התובעים מוסיפים לו צבע ואומרים לביהמ"ש רגע תשים לב, והיא לא נעשתה סתם בעלמא. קרי, התכנסו הדירקטורים בבזק, בחנו את מצבה הכספי של החברה ואמרו הכל נהדר ומשגשג ורווחי, הגיע הזמן לחלק דיבידנדים לבעלי המניות. אבל הם הוסיפו רקע – יש לנו בעל שליטה, שמו שאול אלוביץ' שלחוץ על כסף. הוא זקוק בדחיפות יחסית לכסף והרבה כסף. למה? כי הוא עצמו יש לו התחייבויות כספיות כלפי נושים שלו. הוא צריך לפרוע אותם. הדיבידנד יהיה מקור הפירעון שלו, אם וכאשר יחלקו דיבידנדים למעלה בבזק וזה יהיה מקור כספי לשלם את ההתחייבויות שלו. ולמה יש לו התחייבויות? אז יש פה משהו שמעבר לחלוקת דיבידנדים שגרתית. מצד אחד, זה נשמע שיש פה מהלך של עניין אישי, שיש אינטרס ספציפי של אותו בעל מניות שהוא גם בעל שליטה וכו', זה עניין אישי. עכשיו עניין אישי זה משמעות של תהליכי גישור וכו', אבל לפני כמה פסקאות בפסק הדין, ביהמ"ש אומר שאין פה עניין אישי, הוא שולל את ההלבשה שעולה מהעניין האישי על הסיפור הזה, למה? כי בסופו של דבר מהלך חלוקת הכסף בין בעלי המניות הוא פרופורציונאלי וייחודי לכל בעלי המניות. לכן, יכול להיות שיש פה רקע ייחודי לבעלי המניות לעומת האחרים. **הוא אומר זה לא עניין אישי כי הרקע שוויוני, אבל יש בעל מניות אחד שהסיפור שלו כן מעניין, וזה בעל מניות השליטה כי הדומיננטיות שלו חזקה**. אם הדומיננטיות הזו משתלבת לסיפור ההחלטה כך או אחרת, אז מצד אחד לא אגיד עניין אישי ומצד שני לא אתעלם לחלוטין אז אני אשים את זה על מדרגת אצבע שנקרא בחינה מוגברת . האם זה נדרש? לא בטוח אבל לא נרחיב.

**הרמת מסך מלאה:**

ההגנה המשפטית הרלוונטית היא **הרמת מסך**, לפיה **בנסיבות מסוימות וחריגות ניתן יהיה לייחס חובות של החברה לבעלי המניות**, בהתאם לסעיף 6 לחוק החברות. **הגנת הרמת המסך היא בבחינת אנטי תזה לדוקטרינה העומדת בבסיס דיני החברות, היא דוקטרינת האישיות המשפטית העצמאית של החברה**. הווה אומר, **שעה שלפי דוקטרינת האישיות המשפטית העצמאית חובותיה של החברה הם שלה בלבד, לפי דוקטרינת הרמת המסך, חובותיה של החברה מיוחסים לבעלי המניות בחברה**. כשאנו מוצאים את הביטוי דנן בחוק, בכותרת סעיף 6 לחוק המילים לא מופיעות כלומר זה רק הכותרת של הסעיף, המילים פותחו בפסיקה, הדוקטרינה פותחה בפסיקה וישראל אימצה את זה.

**הרמת מסך היא משל** לחברה שעומדת בחזית הבמה, ומאחוריה יש מסך אך רואים רק את מה שקורה בקדמת הבמה ולא את המתרחש מאחורי הקלעים. הרמת המסך מחברת בין החברה לבעלי המניות שהיו "מאחורי הקלעים". **הרמת מסך מלאה נועדה לחבר בין החברה לבעלי המניות מבחינה כספית, בניגוד להרמת מסך מדומה שם הגדרות כמו לאום ודת מחברות בין החברה לבעלי המניות**. הרמת מסך מלאה מאפשרת לנושים לגבות את כספם מבעלי המניות. **לרוב רק כשהחברה חדלת פירעון יטענו להרמת מסך על מנת שהנושים יוכלו לגבות כסף מבעלי המניות, מכיוון שלחברה אין מספיק כסף לשלם את החוב.** בסיטואציה כזאת תחושת הצדק מתעוררת מכיוון שהרבה אנשים זקוקים לכספם, ולכן דווקא אז יש להיצמד ללשון החוק ולא לשחוק את עקרון האישיות המשפטית. **הרמת מסך לרוב עולה בחברות פרטיות, מכיוון שבחברות ציבוריות לרוב יש הפרדה בין מקבלי ההחלטות לבין בעלי הזכויות**. בחברה פרטית ההבחנה בין נושא משרה לבעל מניות מטושטשת יותר, ולכן הרמת המסך רלוונטית יותר. אם ביהמ"ש מגיע למסקנה שאפשר להרים מסך, הוא לא בהכריח חייב לייחס את החוב לכל בעלי המניות, אלא יכול ליצור הבחנה בין בעלי המניות השונים לפי מידת המעורבות שלהם. **בנקים לא צריכים להשתמש בדוקטרינת האמת המסך כי הם מחתימים את בעל המניות כערב להתחייבות.**

**באילו נסיבות יש לסגת מהכלל אל עבר החריג=הרמת מסך מלאה?** **הכלל הוא עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, והרמת מסך היא חריג**. בשל חשיבות הכלל ותועלתו הכלכלית, ביהמ"ש לא ימהר להרים את המסך. לעיתים תחושת הצדק האנושית תוביל את השופט להשתמש בדוקטרינה של הרמת מסך, אולם ככל שמשמשים בחריג מרוקנים מתוכן את הכלל ושוחקים את עקרונות היסוד שעולם הכלכלה מבוסס עליהם.

**סעיף 6(א)(1)** לחוק קובע כי *"בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה, אם מצא כי* ***בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן****, במקרים החריגים שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באחד מאלה: (א)* ***באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה****; (ב)* ***באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה****; ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו-193 ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה".*

הרמת מסך מופיע בס' 6 לחוק החברות, בקדמת החוק. עקרון אישיות משפטית נפרדת נמצאת בס' 4 לחוק, ולכן הגיוני שישימו את החריג לכלל ישר אחריו. **במקור, הסעיף נחקק בלשון גורפת- ניתן להרים מסך כאשר צודק ונכון לעשות כן. אין כללים מנחים והכוונה קונקרטית לביהמ"ש, אלא ביהמ"ש פועל לפי תחושותיו. בעבר, ביהמ"ש היה מרים מסך אם החברה הבריחה נכסים, או שהיה עירוב נכסים, כלומר החברה התנהלה לאורך זמן בכך שנכסי החברה ובעלי המניות התערבבו, ולא היה בין הנכסים הפרדה.** לא פעם בחוק החברות יש סעיפים שבהם נזכר המונח "בית **ה**משפט", ותמיד מדובר בביהמ"ש המחוזי בדיני חברות. לעומת זאת, בהרמת מסך המחוקק השתמש במונח "בית משפט" ללא ה' הידיעה, ולכן הסעד של הרמת מסך יכול להיות מופעל ע"י כל בימ"ש. מכאן פוטנציאל לחוסר אחידות, שכן אין גבולות מתי יש להפעיל את הסעד וכן כל בימ"ש יכול לעשות זאת. היכולת לנהל עסקים הופכת לקשה יותר, והייתה הרבה ביקורת בשוק הכלכלי. לכן בתיקון 3 לחוק המחוקק מתקן את הסעיף וקובע דברים בצורה יותר קונקרטית.

* **מה הכוונה לתנאי "כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן"?**

דוקטרינת הרמת המסך לא הייתה קיימת בחקיקה עד לחיקוקו של חוק החברות, אם כי הייתה קיימת בפסיקה. משנחקק חוק החברות, תחילה נקבע כי לביהמ"ש סמכות להרים מסך כל אימת שמצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן. ברי כי המדובר בדוקטרינה אשר מהווה מקל בגלגלי עולם העסקים, ובהתאם הייתה כנגדה ביקורת רבה. בהמשך, החוק תוקן **ודוקטרינת הרמת המסך צומצמה לשני מקרים ספציפיים**. נראה, כי **אין טעם של ממש בתנאי "כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן", וניתן לומר כי הוא בבחינת אות מתה**.

1. החברה התנהלה באופן שיש בו להונות אדם או לקפח נושה.
2. החברה התנהלה באופן הפוגע בתכלית החברה תוך נטילת סיכון בלתי סביר ביחס ליכולתה לפרוע את חובותיה.

יש לציין, כי את סעיף 6(ב) המחוקק לא צמצם בהתאם לצמצום האמור של סעיף 6(א)(1), ולפיכך ישנו **חוסר קוהרנטיות בין שני חלקיו של סעיף 6**. לפי **סעיף 6(ב)** לחוק *"בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות העניין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על העניין הנדון לפניו".* במילים אחרות, **ניתן לייחס זכות, חובה או תכונה (הרמת מסך מדומה) של בעלי מניות לחברה; וההפך, קרי זכות של החברה לבעל המניות, וחובה של החברה לבעלי המניות בהתאם לסעיף 6(א).** יש לציין, כיאומנם סעיף 6 לוקה בחוסר סימטריה, כאשר בהתאם לסעיף 6(א) ניתן לייחס חובותיה של חברה לבעלי מניותיה, ואילו בהתאם לסעיף 6(ב) ניתן לייחס חובותיהם, זכויותיהם או תכונותיהם של בעלי מניות לחברה. אך, לדעתו של פרופ' האן, מאחר וסעיף 6(ב) מאפשר ייחוס של תכונה של בעל המניות לחברה, דבר שלא אפשרי בכיוון ההפוך, המחוקק נקט בלשון כללית אשר מאפשרת שק"ד רחב לביהמ"ש. לפיכך, ביחס לייחוס זכויות של החברה לבעלי מניותיה, אף כי ייחוס זה לא כתוב מפורשות בחוק, ניתן לגזור אותו מסעיף 6(ב).

* **מה הכוונה בתנאי "באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה"?**

ישנם כמה אבות טיפוס לסיטואציה של הונאת או קיפוח נושה, בהם ביהמ"ש עשוי להרים את המסך. **פס"ד נהר השקעות נ' מדינת ישראל** הוא אב הטיפוס הקלאסי. באותו מקרה, ביקשה עריית נהריה להפקיע קרקע שעליה מגדל מים מבעלותה של האגודה השיתופית. בתגובה, האגודה השיתופית, אשר הייתה בעלת מניות בחברת נהר השקעות, הבריחה את כל נכסיה אל חברת נהר השקעות. יצא, כי שעה שצו ההפקעה היה כנגד האגודה השיתופית, עריית נהריה לא יכלה להפקיע את הנכס המבוקש מידיה של חברת נהר השקעות. במקום לפתוח בהליך הפקעה חדש, דבר אשר אורך זמן רב, תבעה עריית נהריה את חברת נהר השקעות בגין הברחת נכסים מאישיות משפטית אחת לאחרת. בימה"ש קבע כי צו ההפקעה תקף נגד האגודה השיתופית, כמו גם נגד חברת נהר השקעות. במילים אחרות, **ביהמ"ש הרים את המסך וייחס את חובותיהם של בעלי המניות בחברת נהר השקעות, לחברה. עולה, כי** **הברחת נכסים על ידי בעלי המניות מאישיות משפטית אחת לאחרת עולה כנגד הונאה או קיפוח של נושי החברה**. יש לציין, כי יש להחיל את סעיף 6(ב) על סיטואציה מעין זו, קרי לייחס את חובותיהם של בעלי המניות לחברה, ולא את סעיף 6(א) אשר מייחס את חובותיה של החברה לבעלי מניותיה.

ס' 6(א)(1)(א) היא פעולה מן החברה למעלה לבעלי המניות, אולם המקרה של נהר השקעות נופל כיום לס' 6(ב) מכיוון שהוא מחייב חובה של בעל מניה לחברה, כלומר הפעולה היא כלפי מטה. ביחסים של חברת אם מול חברת בת, חברת האם היא בעלת המניות של חברת הבת. לוקחים את החובות של האגודה השיתופית ומייחסים אותה לחברה. ס' 6(ב) קובע שבמידה ולחברת האם יש התחייבויות כלפי נושים והיא מעבירה את נכסיה לחברת הבת ללא תמורה, ניתן להלביש את החובות של חברת האם על חברת הבת, וכך הנושים יוכלו לפרוע את החוב מחברת הבת.

**פס"ד וולקובסקי:** קרלטון היה בעל מניות ב-10 חברות מוניות וניהל אותן ברחבי ניו יורק, ולכל חברה שתי מוניות ופוליסת ביטוח חובה. אחת המוניות נקלעה לתאונה והחברה הייתה צריכה לשלם פיצויים לניזוק-ולוקבסקי. הבעיה היא שבכל חברה יש מעט מאוד רכוש ולכן היא לא יכולה לשלם פיצוי שיכסה את כל הנזק. הניזוק טוען שהפיצול בין החברות הוא מלאכותי, ובפועל כל החברות הן אחת ולכן יש מקום להרים מסך ולגבות מבעל המניות. ברגע שמפצלים את החברות, מקצים לניזוק פיצוי בשווי של שתי מוניות ולא יותר. השאלה היא האם פעולה כזאת היא לגיטימית.

השאלה המשפטית: האם ניתן לחייב את בעל המניות שכן כל החברות בבעלותו והוא מנהל אותן, או שניתן לגבות את הפיצוי רק מהחברה של המונית שדרסה את הניזוק?

דעת הרוב: אין מקום להרים מסך, מכיוון שהמהלך של קרלטון היה מהלך עסקי סביר וחכם. תאגיד עם סכום מינימלי של נכסים הוא דבר חוקי. אף אם פיצול החברות הוא מלאכותי, הדבר עלול להוביל לכך שיגבו רכוש מהחברות האחרות ולא מבעל המניות עצמו. בנוסף, הדבר בסמכות המחוקק והוא קבע את גבולות הגזרה בעניין הביטוח, ולכן אין להתערב.

דעת מיעוט: יש לחייב את קרלטון, שכן הוא עשה את המהלך הביטוחי כדי לתחם את הנזק. הוא ידע שייתכן ויקרה תאונה ולא רצה לסכן את הרכוש שלו.

נדגיש כי בעולם העסקים, ישנה התנהלות רווחת של הקמת מספר חברות תוך ייחוד כל אחת מהן לפעילות מסוימת, במקום הקמת חברה אחת הכוללת את מכלול הפעילויות. לכך מספר יתרונות, ובין היתר סדר וארגון וכן הפרדה בין אי אלו נושים רצוניים. **כשתוכן החברות השונות זהה לחלוטין, המדובר בהכרח בפיצול מלאכותי של החברה האחת**. אומנם התנהלות מעין זו מקטינה את מכלול הנכסים החשוף לסיכון. אך, בד בבד **יש לבחון האם הפיצול המלאכותי של החברה האחת למספר חברות לוקה בניצול לרעה של האישיות המשפטית הנפרדת, והאם לא בשביל כך נבראה דוקטרינת הרמת המסך**. **ביהמ"ש קבע בדעת רוב כי בדנן אין להרים את המסך**, **מאחר והפיצול נעשה לטובת החברה**. נניח שהתובע היה נפצע על ידי מונית השייכת לחברה שהמונית הפוגעת היא כל רכושה. ברי כי אין מקום לטעון להרמת מסך, והניזוק יפוצה אך מהמונית היחידה אף אם אין בה כדי נזקו. עולה, כי אין ולקובסקי שונה מזה האחרון. כל שכן, כבר קיימת התייחסות לפוטנציאל הסיכון, היא ביטוח החובה אשר מפצה נזקי גוף של נפגעי תאונות דרכים. המונית בעלותו של קרלטון הייתה מבוטחת בהתאם, ומאחר שהמחוקק נתן את דעתו על היקף הביטוח, אף אין די בהיקף זה כדי לפצות כל נזק באשר הוא, אין מקום להתערבות שיפוטית. כלומר**,** במקרה של וולקובסקי לא ראוי להרים מסך כי המחוקק הטיל על בעלי הרכב לשלם ביטוח חובה שיכסה מקרים של נזקי גוף. מכיוון שהמחוקק נתן את דעתו בעניין, אין לאלץ להגשים צדק דרך סירוס דיני החברות. עולה, כי יתכן שככל ואין מענה בדין אחר, מקום בו היה פיצול מלאכותי, תהיה נטייה להרמת מסך בהתאם לדיני החברות.

לפי פרופסור האן, בעייתי לקבל הרמת מסך במצב כזה, שכן הופכים את העניין למשחק של מזל, שכן עדיף להידרס ע"י אדם עשיר ולא עני מכיוון שלעני אין עוד נכסים שממנו אפשר לקחת פיצוי. **פיצול מלאכותי יכול להוביל למצב של הרמת מסך, אך יש לבחון כל מקרה לגופו. עד גבול מסוים אפשר לפצל את העולם העסקי ליחידות משנה, ותיחום האחריות ע"י תופעת ההתאגדות היא בהתאם לשיקול דעתו של החברה.** בשלב מסוים התיחום הופך לבוטה מידי, וזה בהתאם לנסיבות.

ביהמ"ש קובע שאפילו אם יקבעו שהפיצול מלאכותי, אולי זה יוביל לכך שיטילו אחריות על שאר החברות, אך לא על בעל המניות עצמו. בימה"ש אומר שנניח ומלכתחילה קרלטון היה לוקח את כל 20 המוניות ושם אותם בחברה אחת, גם אם הייתה מתרחשת אותה תאונה, סביר להניח שהתובע לא היה מבקש להגיע לבעל המניות לקבל פיצוי. אין מקום להגיע לבעל המניות, אלא מקסימום לאחד את החברות ובכך לפצות את הניזוק. ביהמ"ש מקבל את הטענה של קרלטון ומוחק על הסף את התביעה.

**כדי להגיע לכיס של בעל המניות, יש להראות שהוא בעצמו מפיק טובות הנאה כלכליות אישיות מעבר לחברות, שאין בהם הגיון עסקי כלכלי, ומנצל את המסך התאגידי.**

* **מה הכוונה בתנאי החליפי "באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה"?**

**בפשטות, תכלית החברה היא לפעול להשאת רווחיה, וככל והתנהלות כזו או אחרת פוגעת בתכלית זו תוך נטילת סיכון בלתי סביר, יש מקום להרים את המסך בין בעלי המניות לחברה.**

הסיטואציה מתעוררת במצב של "מימון דק"- רוב מקורות החברה מגיעים ממקורות חיצוניים, וההון העצמי מאוד נמוך ולא פרופורציונאלי לשיעור ההתחייבויות. לאדם יש רעיון, אך אין לו את הכסף לפתח אותו ולכן הוא מקים חברה. כדי לנהל את החברה הוא מבקש שהחברה תיקח הלוואות, ולכן יוצא שהבסיס וההון העצמי של החברה הוא מאוד נמוך, וההתחייבויות מאוד גבוהות. מתעוררת השאלה המשפטית האם זה כשלעצמו זו סיבה מספקת להרים מסך.

**פס"ד אפרוחי הצפון** עסק **בסוגיית המימון הדק** ("thin capital"), או במילים אחרות **סוגיית הון עצמי בלתי הולם**. נקבע, כי **ככל שלחברה הון עצמי בלתי הולם, המדובר בנטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה**. יוצא כי שעה שאין דרישה במישרין בחוק למינימום הון עצמי של חברה, סעיף 6(א)(1)(ב) קובע בעקיפין **שישנו הכרח ביחס פרופורציונאלי בין היקף התחייבויות החברה להון העצמי שלה**. ניתן לומר, כי הלכה למעשה סעיף 6(א)(1)(ב) קובע מעין **כלל אחריות**. מבחינה עובדתית, בדנן **שעה שהיקף הפעילות של חברת אפרוחי הצפון היה בסדר גודל של 15 מיליון ₪, ההון העצמי של החברה היה 190 ₪**. לצד זאת, הייתה **הלוואת בעלים** בסך 900,000 ₪, היא הלוואה הניתנת מאחד או יותר מבעלי מניות החברה לחברה, בנפרד מהשקעותיהם הרגילות בחברה. הלוואת בעלים הינה הלוואה לכל דבר ועניין שהחברה לוקחת, ועל כן עליה גם להחזירה. אך, מאחר והיא ניתנת על ידי מי מבעלי החברה, לרוב היא הלוואה ללא ריבית וללא תאריך פירעון. היתרון העיקרי של הלוואת בעלים הצומח לחברה הינו בפן הכלכלי, כאשר ראשית, הלוואת בעלים מייתרת את הצורך להכניס גורם נוסף לתוך מניות החברה או מנגד להגדיל את ערך המניות של אחד הבעלים; ושנית, החזר קרן ההלוואה פטור ממיסוי, בניגוד לחלוקת רווחי החברה. ברי שאין המדובר בעסקה שאינה אפשרית מבחינה משפטית, כאשר המדובר בשתי ישויות נפרדות, החברה מחד ובעל המניות מאידך. כמו כן, היתרון של הלוואת בעלים הצומח לבעלי המניות המלווים, הינו בפן הפרוצדורלי, כאשר את **הדיבידנד** המגיע להם הם יקבלו בדמות החזר ההלוואה, יחד עם שאר נושי החברה, וטרם חלוקת הדיבידנד לבעלי המניות. כל שכן, הם מקטינים את הסיכון אליו הם חשופים ככל שהחברה נקלעת לקשיים.

בהתאם למודל העסקי של החברה, החברה הייתה משלמת לספקים בשוטף פלוס 120, ומקבלת תשלום בעד העופות שהיא משווקת בשוטף פלוס 90. **מפאת שהתגלה פגם גנטי בעופות, החברה לא הצליחה למכור את העופות ומשכך גם לא להחזיר תמורה לספקים, ולכן החברה נכנסת להליך של חדלות פירעון.** המפרק טוען שאין עדיפות לנושה שהוא בעל מניות, ואף הם יהיו האחרונים שהלוואתם תיפרע, מתוך הסתמכות על טענת מימון הדק. **השאלה המשפטית: האם העובדה שיש פער כל כך גדול בין ההתחייבויות לבין ההון העצמי מצדיק שימוש בהרמת מסך?**

נשאלת השאלה, האם חברת אפרוחי הצפון נטלה סיכון בלתי סביר?

**פרוקצ'יה (דעת רוב):** לא פרופורציונאלי להשקיע רק 190 ₪ בהון העצמי, לעומת ההתחייבויות בהיקפים עצומים שיש לחברה. יש להגביר בצורה פרופורציונאלית את הנכסים כך שיהיה ממה לפרוע. **מדובר במימון דק, וזה מהווה בסיס כשלעצמו להרמת מסך**. רוב הסכום שהושקע ע"י בעלי המניות בחברה היה בדרך של הלוואה. יש נטילת סיכון באופן לא סביר, שכן הבסיס שעליה החברה נבנית היא כ"כ קטנה, ואין תשתית להישען עליה. כמו כן, הלוואת הבעלים הוא משחק מסוכן, שכן בעלי המניות משחקים "משחק כפול"- מצד אחד מקבלים רווחים, אך מצד שני מכיוון שהם נתנו הלוואה הם נחשבים כנושים ,ולכן זכאים לפרוע את חובם ביחד עם שאר הנושים ולא לעמוד "בסוף התור".

רובינשטיין (מיעוט): נדרש אלמנט שלילי נוסף (כמו חוסר תו"ל) מלבד המימון הדק על מנת להרים מסך, ולכן יש להחזיר את התיק למחוזי. יש לבחון האם הפגם הגנטי שהתגלה הוא פגם שניתן היה לחזותו, אזי ניתן לקבוע כי החברה התנהלה באופן בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה.

**לדעת האן, ניתן להעלות מספר טענות ביקורתיות כלפי פסיקת הרוב:**

1. הון עצמי לרוב מושקע בתחילת דרכה של החברה, ולכן לא בלתי סביר כי סכום זה יהיה אבסורדי במשך חייה של החברה. לפיכך, יש לבחון האם החברה פעלה באופן לא הולם ביחס להון העצמי שלה במהלך חייה, ולא ביחס להון העצמי שלה בראשית דרכה. בבחינה זו, ככל והחברה צברה רווחים במהלך חייה, יש לכלול אותם יחד עם ההון העצמי.

בהרחבה: השקעה של 190 ₪- ביהמ"ש בוחן את ההון העצמי של החברה בראשית דרכה, אולם **יש לבחון לאורך זמן כיצד החברה פעלה**. החברה לאורך פעילותה הייתה רווחית ואף הרוויחה מיליון וחצי ₪ תוך שנה וחצי. יש להסתכל כל הסיפור הכולל של החברה. כמו כן, מבחינה כלכלית הושקע 190 ₪ בהון מניות, אולם הקיבוצים העבירו מכשירים שונים על מנת לתפעל את החברה, וכלן בפועל ההון העצמי של החברה גדולה יותר מ-190 ₪.

1. נדמה שנשאלו השאלות הלא נכונות, כאשר השאלה שהייתה צריכה להישאל היא האם חלוקת הדיבידנד לבעלי המניות הייתה תקינה. הלכה למעשה אין המדובר בהלוואת בעלים קלאסית, כי אם ברווחיהם של בעלי המניות שטרם נפרעו על ידי בעלי המניות.
2. בהתאם לדעת המיעוט של רובינשטיין, עולה כי התשתית העובדתית לוקה בחסר על מנת לקבוע האם החברה נטלה סיכון בלתי סביר. כאמור, היה מקום לבחון האם הפגם הגנטי היה צפוי, אם לאו. נראה כי ככל ופגם זה לא היה צפוי, פעולתה של חברת אפרוחי הצפון בדין היא.

בעקרון, הסמכות שנתונה לביהמ"ש להרים מסך קיימת באופן שיטיב עם הנושים השונים באשר הם, קרי מבלי כל הבחנה ביניהם. יחד עם זאת, כאשר השופטים נדרשים לשאלת הרמת המסך, **זהות הנושים** מהווה משקל מסוים להפעלת שק"ד, לצד התקיימות העילות הקבועות בחוק. רוצה לומר, **ככל ואחת העילות להרמת המסך מתקיימת, הנטייה להרים מסך תגבר ככל והמדובר בנושים שאינם רצוניים. לעומתם, נושים רצוניים ככל הנראה לקחו את הסיכון בחשבון, ולפיכך הנטייה להרים את המסך תקטן**.

יש לציין, כי הרמת מסך יכולה שתהיה גם בגין **עירוב נכסים**. כלומר, **ככל והתנהלות החברה מוכיחה כי לא הייתה הקפדה על הפרדה בין נכסי החברה לנכסי בעלי המניות, יכול שיתרומם המסך שלא הפריד ביניהם בין כה וכה**. כשם שבעלי המניות לא הקפידו על ההפרדה בינם לבין החברה, ביהמ"ש לא יקפיד עליה גם הוא. אף כי נסיבה זו לא מופיעה בחוק החברות כעילה להרמת מסך, היא שרירה מכוח הפסיקה טרם חוק החברות.

**מהו הסעד ככל וביהמ"ש קובע כי יש להרים את המסך בנסיבות הנדונות?**

* בהתאם לסעיפים 6(א) ו6(ב), *"בית משפט רשאי* ***לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה****"* או *"****לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה****"*.
* **הדחיית חוב** בהתאם לסעיף 6(ג) אשר קובע כי *"בית משפט רשאי* ***להשעות זכותו של בעל מניה לפירעון חובו מאת החברה*** *עד לאחר שהחברה פרעה במלואן את כל התחייבויותיה כלפי נושים אחרים של החברה, אם מצא כי התקיימו התנאים לייחוס חוב של החברה לבעל המניה כאמור בסעיף קטן (א)"*.
* בהתאם לסעיף 7, *"הורה בית משפט כי יש לייחס חובות של חברה לבעל מניה בה, לפי הוראות סעיף 6(א), רשאי הוא להורות, כי במשך תקופה שיקבע ושלא תעלה על חמש שנים (בסעיף זה תקופת ההגבלה),* ***לא יוכל אותו בעל מניה להיות דירקטור או מנהל כללי של חברה או להיות מעורב, במישרין או בעקיפין, בייסוד חברה או בניהולה*** *(בסעיף זה צו הגבלה)".*

**בעזרת ה' נעשה ונצליח !!!!!!!!!**