**דיני חברות- מושגי יסוד**

**נייר ערך**

מסמך המונפק על ידי חברה או ממשלה ומקנה למחזיק בו זכויות שונות.

**מניה**

היא סוג של נייר ערך המקנה למחזיק בו מעמד של שותף בחברה. מעמד על שותף בחברה מתחזק ככל שיש בידיו יותר מניות. אם יש הגדרה לנייר ערך, מניה היא מקרה ספציפי שבתוך הקבוצה הכללית של ניירות ערך- כלומר מניה היא סוג של נייר ערך. הגדרה נוספת למניה היא שמניה מבטאת בעלות של חלק מהחברה, כשקונים מניות מקבלים בעצם פיסה מעוגת בחברה שהנפיקה אותה וכן מעמד של שותפים בחברה. מי שמחזיק ברוב מניות החברה מכונה גם בעל השליטה בחברה. מניה זה דבר לא בהכרח מוחשי, בעוד שבעבר היה לה ביטוי מוחשי של שטר, היום הביטוי הוא אלקטרוני. חשוב להבין כי למניה יש ערך-שווי כלכלי וכשהיא בידי המחזיק, משום שהמניה מהווה נכס, המחזיק בה נחשב לבעליה.

מהי אותה בעלות? המניה מבטאת חלק מסוים בחברה, בעלות, חלק יחסי- שותף בחברה, הוא יכול להיות מעורב בקבלת ההחלטות, רווחים, סיכונים וכו. ההגדרה המשפטית מצויה בס' 1 לחוק החברות, והיא "אגד של זכויות של מחזיק המניה כלפי החברה". רשימת הזכויות קבועות בדין או בתקנון, אלו מקורות נורמטיביים שיגדירו ויבהירו מה זאת החבילה המכונה מניה?

1. דין- הזכויות אשר נקבעות בחקיקה- יכול להיות חוק או פסיקה,. יכול להיות כל חוק שהוא, אבל נדבר בהכללה איפה נמצא סעיפי חקיקה שמגדירים ומבהירים איזה אגד זכויות מגלמת מניה- בחוק החברות (שהחשובים ביותר הם ס' 188 ו190 לחוק).

* ס' 188- "כל בעל מניה זכאי להשתתף באספה הכללית ולהצביע בה"- זכות להצביע ולהשתתף בקבלת החלטות.
* ס' 190- זכות לחלוקת רווחים אם החברה תחליט על כך. אין זכות לקבל רווחים, תהיה זכות אם יוחלט בחברה לחלק דיבידנדים, ואם יוחלט שלא לא יחולקו דיבידנדים. זו לא זכות אבסולוטית. זו לא זכות בשלב הזה, אם זו התחייבות שלו אז זו זכות שלי. אין זכות כבעל מניה, אלא יש ציפייה ותקווה, היא לא מעוגנת כזכות משפטית. מבחינה משפטית, יש למניה את הפוטנציאל להשתתף בחלוקת רווחים, כשאר החברה תהיה רווחית ותחלק את רווחיה, חלוקת העושר תתקיים בין בעלי המניות, אך זה רק בכפוף לכך שאכן יוחלט בחברה לחלק רווחים.

אלה שני האלמנטים או הזכויות הקלאסיות לגבי מניה. הוא לא מדבר על בעלות אלא על זכויות.

1. תקנון- הזכויות אשר נקבעות בתקנון- המחוקק פותח פתח שהזכויות הגלומות במניה יגיעו ממקור נוסף חוץ מהדין וזה בתקנון. בכל חברה יש מסמך בסיסי שקובע את כללי המשחק הבסיסים בחברה, ושמו תקנון החברה. המושג תקנון כשלעצמו הוא לא מושג זר, כי בשאר גופים אחרים כתבו תקנון. החוק קובע כי יכול להיות שחלק מהזכויות שהמניה משקפת, שהמניה מקנה למחזיק המניה, יקבעו בתקנון גם אם הן לא נקבעו בדין- במובן הזה המחוקק פותח פתח שעיצוב המניה יהיה עיצוב דיספוזיטיבי, זו לא רק קביעה קוגנטית שלא ניתן לסטות ממנה. הצורה הקלאסית מצויה בחוק החברות, ניתן להתייחס אליה אך התקנון יכול כיד היוצר ניתן לקחת את המניה ולעצב את מגוון הזכויות שהיא נתנה- להרחיב או לצמצם. .

האלמנטים המרכזיים והשכיחים ביותר שנמצא אותם במניות שונות של חברות, אלו סעיפים 188, 190 לחוק- השתתפות ברווחים, והשתתפות בקבל החלטות. זה לא המסלול השגרתי- מאוד תלוי הקשר ונסיבות, נסיבות יותר מתוחמות ומוגדרות.

מניה מול אגרת חוב

מניה זו חבילת זכויות מוגדרת, נרצה להבחין אותה מנייר ערך אחר- מניה היא סוג מסוים של נייר ערך, למשל אגרות חוב- גם הוא נייר ערך, נייר ערך אחד ממניה- לא בעל אותו התוכן. אגרת חוב היא סוג של הלוואה או שטר חוב המושג מגולם במילה- אגרת חוב, נייר שמשקף חוב. נייר שמגלם התחייבות משפטית- מסמך שמגלם חוב. כך שבניגוד למניה, שמקנה זכות להשתתף ברווחים ובקבלת החלטות, אגרת חוב לא תקנה למחזיק את הזכויות האלו. לעומת זאת, אגרת חוב כן תקנה למחזיק את הזכות לתבוע, לדרוש לפרוע את מה שחייבים המועד שקבוע- בחוב יש גם מועד תשלום המגולם בו. זהו ההבדל הכי חשוב בין מניה לאגרת חוב- למניות יש נקודות תורפה מסוימות בהשוואה לניירות ערך אחרים אך יש לה גם נקודות חוזק. מניה נקודת התורפה היא זכות לקבל כסף- היא לא זכות מעוגנת מבחינה משפטית שניתן לתבוע בגינה. ברגע שתהיה החלטה על חלוקת רווחים כן תהיה הזכות לתבוע, אך במידה ולא הזכות לא עומדת. מול אגרת חוב שם כן יש את הזכות לתבוע כסף במועד הכתוב. המניה מקנה את הפוטנציאל להשתתף ברווחים, זה הצד השני של המטבע- זה יכול להיות פוטנציאל אינסופי- ככל שיהיו יותר ויותר רווחים, הנתח שיוכל לקבל באמצעות המניה ברווחים יהיה יותר גדול. לעומת זאת, המלווה ומחזיק אגרת החוב, החברה יכולה לגדול מבחינת רווחיה, אך זה לא משנה, כי החוב שיקבע הוא הרלוונטי בלי קשר לשאלת רווחיה של החברה.

תורפה- לא זכות מוקנית, תלוי בהחלטות של אחרים, אך ברגע שיזה יקרה הפוטנציאל הוא גדול. אך לעומת זאת, אגרת חוב- היא זכות מקונית, אך היא מוגבלת בסכום.

**בורסה**

הבורסה או בשמה המלא הבורסה לניירות ערך, המוסד הזה כשלעצמו הוא בעצמו חברה. דיני החברות חלים גם עליה, זו חברה שמחפשת כמו כל חברה עסקית אחרת- לקוחות. הבורסה היא זירת מסחר ממוחשבת ומשוכללת, בה נסחרים סוגים שונים של ניירות ערך- מניות, אגורת חוב וכו. בבורסה, ניירות הערך מחליפים ידיים בין קונים למוכרים המסכימים ביניהם על המחיר והכמות בכל עסקה. הרעיון של השוק הוא שיש ביקוש- כלומר אדם שקנה נכס מסוים יוכל בקלות גם למכור אותו. למשל שוק הרכב, אנשים קונים רכבים מסוימים לא רק הרצון וההנאה אלא השיקול המרכזי הוא השוק- האם יש ביקוש כך שבעל הרכב יוכל למכור אותו בקלות. השווי של המניה שווה לפי פוטנציאל הרווח- זה שמקנה למניה את התוכן והשווי הכלכלי שלה. הזכות המרכזית מבחינה כספית זה הפוטנציאל של הרווח.

באמצעות המניות החברות משיגות כסף. חברות מגייסות כסף מימון הפעילות שלהן- כי זה עולה כסף להקים עסק- גיוס עובדים, הוצאות שיווק וכו. אחת הדרכים שהחברות בהן מגייסות כסף זה באמצעות הנפקת מניות- להוציא יש מאין. היא מנפיקה מניות, ואלו שירצו לקבל מניה לא יקבלו את זה בחינם אלא כנגד ערך כלכלי שהם תורמים- כמו ידע, אך אצל רבים שזה משתקף בכסף מוחשי. שוק פעיל של מוכרים וקונים-מה שמביא לכך שקל "להיפטר" מהמניה. הבורסה ביסודה היא נקודת המפגש לצורך החלפת ידיים במניות. הפעולה הזו שבה אני קונה מניות, לא מייצרת לחברה רווח. הפעולה הזו נקראת פעולה בשוק המשני. כשחברה מייצרת חבילת זכויות יש מאין, ומציעה למי שרוצה לקנות את חבילת הזכויות, ואדם קונה את המניה, הוא משלם כסף לחברה- אז החברה מגייסת כסף. לפעולה הזו נקרא פעולה בשוק הראשוני.

פעולה בשוק הראשוני \ המשני

פעולה בשוק הראשוני היא יצירת המוצר- החברה מנפיקה מניות, כל מי שקונה מניה מן החברה משלם את הכסף לחברה שמציעה את חבילת הזכויות, בנקודה הזו היא מממנת ומגייסת כסף לפעילות שלה, לעומת זאת, מוכר שמחזיק את המניה, זו פעולה בשוק המשני. מי שמקבל את התמורה בעסקת מכר זה המוכר ולא החברה- במכירת מניות של המוכר לקונה אחר, הרווח נכנס לכיסו של המוכר. בעוד שהחברה עצמה לא מרוויחה מזה כסף, אלא רק בהנפקת המניות. אם הגלגל של השוק המשני ולא מסתובב יהיה קשה להפעיל את גלגל השיניים של השוק הראשוני- אם לא ניתן יהיה למכור את המניה, אדם לא יקנה את זה מראש. ואם אין מסחר, יכולת גיוס הכספים, הופכת להיות יותר קשה. וככל שיכולת גיוס הכסף הופכת להיות ליותר קשה, מקורות המימון של פעילות החברה מצטמצמים, יכולת ההתפתחות והצמיחה של החברות נהפכת ליותר מוגבלת, כל הכלכלה זזה בקצב יותר איטי. כלל שהמחסר ענף, פשוט וזמין, הנכונות להשקיע גדולה יותר ויכולת גיוס הכסף גדולה יותר, יש יותר מקורות לצמוח ולהתפתח. כך שיש קשר בין השוק הראשוני למשני, ולחברה למרות שאין לה רווחים ישירים מהשוק המשני- יהיה לה חשוב שהשוק המשני יהיה שוק פעיל, וזאת משום שזה גלגל שיניים השוק המשני יקל על הנעת השוק הראשוני, גיוס הכסף במקור. שוק משני קיים דרך הבורסה ורלוונטי לגבי חברות שנכנה אותן חברה ציבורית.

תפקידי הבורסה לניירות ערך

1. לאפשר לחברות לכייס כספים, הדורשים לפיתוח ולצמיחה
2. לאפשר לציבור לסחור בניירות הערך הנסחרים בבורסה
3. לאפשר לממשלה להפריט את החברות הממשלתיות
4. למשוך משקיעים בינלאומיים
5. לאפשר מסחר תקין והוגן.

המשקיעים בבורסה

ההתפלגות מחזיקי המניות בחברות הבורסאיות היא לבעלי עניין וכמות צפה:

* בעלי עניין- הם גורמים שונים שמשקיעים בחברות וקונים כמות גדולה של מניות מבלי תכנית למכור אותן מיד. הם מחזיקים במניות שלהם לאורך זמן. נתח גדול יותר ומבחינתם החברה הזו היא מוקד פעילות, מי שמחזיק בכמות נכבדה של מניות חברה, הוא ממלא תפקיד ניהולי בחברה ומעורב באופן קבוע- זו אינטנסיביות שונה מבחינת ההתעסקות היומיומית עם החברה. כאשר הם כבר מוכרים בשוק המשני זה אירוע שיש לו משמעותיות, אך לרוב, הם כמעט ולא נוגעים בפעילות השל השוק המשני.
* 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).כמות צפה- קרוב לשני שליש.

**חברה ציבורית\ פרטית**

חברה ציבורית- ההגדרה בחוק החברות:"חברה שמניותיה רשומות למסחר בבורסה או שהוצעו לציבור ע"פ תשקיף כמשמעותו בחוק ניירות ערך, או שהוצעו לציבור מחוץ לישראל ע"פ מסמך הצעה לציבור הנדרש לפי הדין מחוץ לישראל". היא חברה שממניותיה הוצאו לציבור, מוחזקות בידי הציבור או רשומות למסחר בבורסה. קרי הנפיקה מניות והציעה לכלל הסוחרים לרכוש את מניותיה. היא הנפקה לציבור בלתי מסוים, לציבור רחב של אנשים. חלק יחזיקו נתחים גדולים וחלק נתחים קטנים. זה מוחזק על ידי הרבה בני אדם חברה שמניותיה הוצעו לציבור רחב בלתי מסוים. חברה ציבורית זה לא אומר שהיא מהמשפט הציבורי, היא חלק מהמסחרי, ולא קשורה לתחום הציבורי של המשפט. זה משפט פרטי עסקי.

חברה פרטית- ההגדרה בחוק החברות: "חברה שאינה חברה ציבורית". היא הנפיקה מניות אך לא לציבור רחב- בצורה סלקטיבית ליחסית מעט אנשים. יכול להיות גם מצב שביום מן הימים חברה פרטית תהפוך לחברה ציבורית ונפנה לציבור הרחב ולא רק לקבוצה המסוימת שאליה היא פנתה כשהייתה חברה פרטית. צעד כזה של פנייה לציבור הרחב תהפוך את החברה הפרטית לחברה ציבורית.

בהערת אגב, במרוצת השנים נוצרה קטגוריה שלישית של חברות בהגדרת חוק החברות- בין חברה פרטית לציבורית, יש באמצע חברה פרטית-שהיא חברת אג"ח, כלומר חברה פרטית שהנפיקה אגרות חוב. שמו לזה קטגורית אמצע, שלצורך הדיון לא נזדקק לכך. אנחנו מדברות על חלוקה דיכוטומית בין ציבורית לפרטית- אך בהמשך, שנדון בחברת אג"ח נדון בה.

**המסגרת המשפטית של דיני החברות**

ההיסטוריה של דיני החברות זו התפתחות שהגיעה משני מקורות מרכזיים שמשלימים זה את זה:

1. בסיס מרכזי של חקיקה- עד לפני 20 שנה, הבסיס של דיני החברות בישראל היה פקודה מהמנדט, פקודה מנדטורית בשם "פקודת החברות". פקודת החברות נחקקה במקור בשנת 1929- בתקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל, פלשתינה, כשהיא מהווה שיקוף של חוק החברות שנהג אז באנגליה- לפי הפרלמנט האנגלי, שהוא היה חוק החברות בשנת 1920. חוק החברות האנגלי כבר לא זהה לאותו החוק משנת 1920, אלא עבר הרבה גלגולים והרבה החלפות בדרך- 1985 היה החוק הגדול, כשהחוק העדכני ביותר הוא משנת 2006.
2. בסיס של פסיקה- ההשלמה של פקודת החברות בישראל, הגיעה מפסיקת בתי המשפט. הפסיקה פיתחה הרבה מאוד דינים בדיני החברות, כפי שנראה בהמשך, חלקם גם ביצירתיות בהשלמת לקונות, שפקודת החברות לא בהכרח נתנה מענה מובהק. הפסיקה לנוכח סיטואציות קונקרטיות וצרכים קונקרטיים נתנה את ההשפעה שלה (פס"ד קוסוי- שם בית המשפט מכניס עניין שלא מופיע בפקודת החברות).

בהערת אגב, פקודת החברות עברה במהלך השנים נוסח חדש לפי ס' 16 לפקודת סדרי שלטון ומשפט.

**חקיקת חוק החברות ושינוי נקודת המבט**

ציון הדרך החשוב מבחינתו הוא שנת 1999- בשנה הזו, הכנסת מחוקקת חוק חברות חדש בישראל, שהוא החוק המרכזי שמלווה אותנו לאורך הקורס. החוק נחקק לאחר עבודת הכנה רבה, ועדה ציבורית שישבה וגיבשה אותו בצורה מאוד משמעותית, בהובלת פרופ' אהרן ברק ואוריאל פרוקצ'יה שאף כתב המלצות לחקיקה החדשה, שהרבה מהעקרונות שבו בוססו בחקיקה החדשה. מאז החוק עבר עוד הרבה תיקונים, בשל טבעו של המשפט שהולך ומתפתח ככל שעוברות השנים ומצאים את עצמו לצרכים המשתנים. אך בסך הכל, חוק החברות ותיקוניו, מהווה עמוד השדרה של דיני החברות בדין הישראלי. החקיקה של חוק החברות, זהו לא רק ציון דרך ושינוי טרמינולוגי מפקודת החברות לחוק. בחוק, הוסדרו נושאים רבים שבעידן של הפקודה הישנה לא היו מוסדרים, בשל התפתחות הכלכלה (למשל עסקת מיזוג חברות לא הייתה מוסדרת בפקודת החברות). לא רק ביחס לטרמינולוגיה ועמוד שדרה מובנה, הנקודה והשוני המרכזי הוא נקודת המבט- האוריינטציה הפכה להיות אמריקאית לאחר עשרות שנים בהן הייתה אוריינטציה בריטית. מטבע הדברים, כל עוד פקודת החברות הייתה אנגלית, הפסיקה שפזלה רבות למשפט המשווה לאנגליה- המקור השוואתי המתבקש ליציקת תוכן לדין, הייתה אנגליה. אך כשעברו לחוק הישראלי החדש, האוריינטציה, ומקור ההשראה, התפיסות של החוק הן הרבה יותר אמריקאיות מאשר אנגליות. הדבר בא לידי ביטוי בפסיקה ולאורך השנים יותר ויותר- יש כמעט סימביוזה בין הגישות בפסיקה הישראלי לעומת הגישה האמריקאית.

כשאומרים ארה"ב יש לבחון למה אנו פונים- האם לדין פדרלי (כולל) או למדינתי (סטייט לואו), לרוב יש דמיון ביניהם אך זה לא בהכרח, לכל מדינה יש הסתכלות ונקודת מבט משלה, כך למשל דיני החוזים, נזיקין הם דינים מדינתיים- אין דין חוזי אחד לכל מדינות ארצות הברית. בדומה לכך, דיני החברות הם סטייט לואו ולא דין פדרלי, ולכן כשאנו פונות לדיני החברות של ארה"ב נפנה לדין בדלאוור, שהיא בהגדרה המדינה המרכזית והחשובה מכולן בהקשר של דיני חברות. כמעט כל החברות בארצות הברית היו חברות שהתאגדו בדלאוור ולכן הדין שלה חל עליהן (על רוב החברות). כך שהתדיינות משפטית בסוגיה בדיני החברות, תידון בדלאוור ולא במדינה אחרת. היא הזירה שהמערכת המשפטית חל על רוב החברות, אך לא רק על רוב החברות בארה"ב, אלא גם בתאגידים ישראליים שבחרו להתאגד בדלאוור. ההסתכלות שלנו תהיה על הדין בדלאוור, משום שזאת ההסתכלות שנעשית בבתי המשפט בישראל, שבראשם ביהמ"ש העליון.

כאן חשוב לציין ולשנות את התפיסה השגויה שהמשפט מתחיל בבית המשפט העליון ללא הסתכלות על הערכאות הנמוכות יותר. יש להבין כי המשפט מתחיל בחקיקה ונגמר בחקיקה, לכן יש צורך בבקיאות בהוראות החוק תחילה. כמו כן, יש לזכור שעד שמגיעים לפסיקה בביהמ"ש העליון יש ערכאות נמוכות יותר שפוסקות לפני. רוב הסוגיות שנעסוק בדיני חברות, הן סוגיות שמבחינת הסמכות השיפוטית נידונים כערכאה ראשונה בבית המשפט המחוזי, ולא השלום (אם כן בית המשפט העליון בהתאמה הוא הערכאה השנייה- ערעור בזכות). אך בתוך בית המשפט המחוזי, ראוי לציין כי לפני יותר מעשור נוצר בדין הישראלי "ערכאה בתוך ערכאה". נקבע שעל פי החלטה של נשיא בית המשפט המחוזי, ניתן למסד בתוך ביהמ"ש המחוזי מחלקה כלכלית- שבתור שם תואר נקרא בית משפט כלכלי, מחלקה כלכלית שתתמקצע בתחום הכלכלי, שבה השופטים לא יעסקו בתחומים אחרים. מה שמוביל לכך שהשופטים ישמרו את הקשר והזמינות לעניינים הכלכליים והעסקיים, וייתן מענה יותר ודאי וזמין לעולם העסקי ולשוק. מחלקה כזו הוקמה בביהמ"ש המחוזי בת"א, שבהמשך נפתחה מחלקה כזו גם בחיפה. אם מגיע דיון כלכלי לביהמ"ש המחוזי הוא ידון על ידי שופט מחוזי כמו בכל דין אחר, אך במקום שיש מחלקה כלכלית הוא בהגדרה ידון במחלקה זו. בית המשפט המחוזי משפיע רבות על הדין הישראלי ולכן ההסתכלות לא תהיה רק על בית המשפט העליון. נכון שהלכה של בית המשפט העליון היא ההלכה המחייבת, אך עד שמגיעים תיקים לבית משפט העליון, לוקח זמן רב והרבה מאוד מהתיקים לא מגיעים לשם, ולכן פסיקה מחוזית חושבה מאוד וזוכה לתהודה על ידי כל שחקני השוק. כתוצאה מכך, לא נתחיל מבית המשפט העליון אלא נסיים שם.

1. **דרך התאגדותה של החברה**

אנו עוסקות בדיני חברות (ולא דיני מניות), לצידה של חברה יש עוד מיני סוגי התאגדויות- נתמקד בעיקר בהתאגדות עסקית, אך יש גם שותפות, עמותה וכו'. לא נאפיין את החברה משפטית כעת, אך נזכיר כי חברה היא מעין מסגרת ארגונית, שבמסגרתה תתנהל פעילות- שהפעילות הזו היא פעילות עסקית. לצורך ההשוואה נדבר על מסגרת ארגונית אחרת- מפלגה היא מסגרת ארגונית שתוכם הפעילות שלה היא פעילות פוליטית, בעוד שחברה היא מסגרת ארגונית שהתוכן שלה היא פעילות עסקית. אך כשמדברים על מסגרת, יש כללים, הוראות ופרוצדורות בשאלה איך מייצרים את המסגרת הזו. אנו נדבר על הטכניקה של הקמת המסגרת הזו ששמה חברה- אם אדם רוצה להקים חברה (שהיא מסגרת ארגונית טובה ואפקטיבית בעלת יתרונות רבים לצורך ניהול עסקים) מה עליו לעשות?

**דרישות ההתאגדות**

יש שלושה אלמנטים לצורך הקמת חברה לפי ס' 8:

1. טופס סטנדרטי הנמצא באתר של רשם החברות.
2. תשלום אגרה.
3. צירוף תקנון החברה והצהרת הדירקטורים הראשונים על נכונותם לכהן כדירקטורים.

- הצהרת הדירקטורים: כאשר חברה מתנהלת יש גורמים שונים שמקבלים בה את ההחלטות, יש גוף מרכזי ומשמעותי- שנקרא דירקטוריון/מועצת המנהלים, אשר מוסמך לקבל החלטות כבדות משקל בחברה, לכן חשוב מאוד שלכל חברה יהיו דירקטורים (הגורמים שמאיישים את הדירקטוריון), ושהם יצביעו על נכונותם לכהן ככאלה. ס' 8 קובע כי כשאדם רוצה להקים חברה ופונה לרשם החברות כדי להסדיר את הפרוצדורה של הקמת חברה, תצטרף לבקשה הצהרה של הדירקטורים הראשונים על נכונותם לכהן כדירקטורים. הם יהיו הראשונים, כשלאורך הדרך ניתן להחליפם. מי שקובע מי אלו הדירקטורים הראשונים הם עצמם, אלא שבאים לייסד את החברה, הם משבצים את הדמויות הראשונות לתפקידים הללו.

**-תקנון החברה:**

כל חברה, כמו כל מסגרת ארגונית אחרת, כאשר היא מתנהלת לאורך זמן עולות שאלות רבות לגבי דרך הפעולה וסמכות. לכל מסגרת ארגונית יש מסמך בסיסי ומכונן שלו נקרא תקנון (כמו שיש תקנון לבית משותף לגבי שאלות של מי מוסמך להחליט, כך גם לחברה), שהוא קובע את כללי המשחק. את התקנון צריך לצרף את הבקשה לרישום החברה. אחרי שהגדרנו מהו התקנון, יש לבחון מה הוא כולל ומה התוכן שלו. את התשובה לשאלת תוכן התקנון נמצא בסעיפים 18-19 לחוק החברות.

סעיף 18 כולל ארבעה רכיבים מסוימים שחייב שיהיו בתקנון החברה, בלעדיהם רשם החברות לא יאשר את הבקשה לרישום החברה. סעיף 19 מוסיף שהתקנון יכול להוסיף עוד עניינים שהוא יכול להחליט לגביהם ולטפל בהם- עפ"י החלטתם של קובעי ומנסחי התקנון, כלומר הדירקטורים. הם יעשו זאת, במסגרת חופש החוזים, ככל שיוסכם ביניהם. ארבעה דברים חובה והיתר רשות. זה נכון שיש הרבה סטנדרטיזציה ותקנונים זהים בין חברות (משום שמשפטית, מי שיצטרכו לקבוע את הוראותיהם אלו הם בעלי המניות באסיפה הכללית, אבל מי שמכין את זה עבורם אלו עורכי דין שמספקים שירות משפטי).

**מרכיבי התקנון**

ארבעת הפריטים שחובה שיהיו בתקנון לפי ס' 18: תקנון החברה יכלול את הפרטים האלה:

* שם חברה- שם רשמי, שצריך להיות שונה משם כל חברה אחרת. אצל הרשם יש מאגר של כל החברות, ותפקידו לבדוק האם השם חופף לחלוטין לחברה אחרת ושהשם אכן פנוי (יתאפשר שם דומה אך לא זהה).
* מטרות החברה- כל חברה חייבת שיהיו לה מטרות, כמו שלכל עמותה או מפלגה (שלה יש מצע). ברוב המקרים מטרות החברה הן די כלליות ולא מגבילות (כמו "לעסוק בכל עיסוק חוקי") וצריך לפעול על פיהן. למשל אם נכתוב כי מטרת חברת הנפט היא למצוא מאגרי נפט בים התיכון, היא לא תוכל לעשות זאת בכל מקום אחר כי היא הגבילה את עצמה לים התיכון. יהיו מקרים חריגים שהחברה תגביל את עצמה לעיסוק מסוים, כדי שלא להתפזר למגוון של פעילויות עסקיות. במקרה כזה, אם בהמשך ירצו להרחיב את הפעילות העסקית, ניתן יהיה לשנות את התקנון על מנת להרחיב את המטרות כדי לא להיות מוגבל.
* פרטים בדבר הון המניות הרשום של החברה- הון מניות רשום זהו מספר המניות המהווה את המסגרת המשפטית, ההרשאה הפוטנציאלית המקסימלית. המספר לא משקף את ההיקף הכלכלי- כמה כסף יש בחברה, אלא הוא בעצם מסגרת משפטית שקובעת גבולות גזרה מקסימליות- לא מדובר במספר המניות שהונפקו, על כמות המניות שהונפקו או מה ערכן, אלא פוטנציאל ומקסימום המניות. אם החברה תרצה בהמשך להגדיל את כמות המניות להנפקה היא תצטרך לבצע פרוצדורה של שינוי התקנון, להתייחס לס' ההון הרשום להגדילו. נסביר בהמשך מדוע להגביל כמות זו.

דוג': 5 בעלי מניות כתבו בתקנון שההון הרשום הוא מיליון מניות. כל אחד השקיע 20000 שקלים וקיבל 200 מניות. כך- שוויה של כל מנייה 100 שקלים, ובינתיים הונפקו 1000 מניות. כלומר- לא נוצלה הקיבולת המקסימלית. אם ירצו להנפיק יותר ממיליון מניות, יש לבצע פרוצדורה המגדילה את מספרן.  
המשך הדוגמה: החברה רוצה להנפיק מניות נוספות כדי לגייס הון. כנגד המניות ייתנו, כמובן, זכויות. יעד הגיוס הוא 100,000 שקלים. לכן- ינפיקו ל5 חברים נוספים עוד 1000 מניות סה"כ (200 לכל אחד) ונוספו לקופה 100,000 שקלים נוספים. תוצאה: אחוז ההחזקה לכל חבר קטן בחצי(דולל). בחישוב מתמטי: במקום 200:1000(20% החזקה בחברה), יש לי 200:2000 בחברה (10% החזקה בחברה). ייתכן שהנפקה של מניות תביא אחד מחבריה למצב בו הוא לא יהיה מוכן לוותר על החזקה עד גבול מסוים (נניח 5%). במצב כזה- הוא יקבע מראש הון רשום נמוך שתואם את המינימום שהוא מוכן לרדת אליו, כך שאם ירצו להנפיק עוד יצטרכו לשנות את ההון הרשום דרך התקנון. בתור בעל מניות, הוא ער לכך שבעתיד ידרשו לשנות את התקנון לצורך הגדלת ההון הרשום, מה שיקטין את שיעור ההחזקה היחסי. בעל המניות יכול לבקש לשים מספר על ההון הרשום- לשים גבול גזרה- ניתן לבקש לנקוב בסכום מניות להנפקה (ולא רק מקסימלי אופציונלי), בכך בעל המניות שומר על אחוז החזקתו בחברה. כי מעבר לכמות זו יש צורך בשינוי התקנון, לצורך שינוי התקנון יש צורך באישור האספה הכללית שבה מתאספים בעלי המניות- כך שומר בעל המניות על זכותו לפסול או לאשר את ההנפקה הנוספת שעלולה לפגוע בחלקו היחסי בחברה. לכן ההון הרשום הוא בשביל שתהיה חתימת גבולות, כדי שדילול פוטנציאלי של בעלי המניות וזכות ההצבעה שלהם מעבר לזה, לא יעשה מבלי שהם יביעו את דעתם קודם לכן, מה שכבר מרמז שבתוך גבולות הגזרה, לא בהכרח ישאלו את בעלי המניות.  
היסטורית- יחידת ההערכה למניות נעשית בסכומי כסף(רושמים X מניות בערך נקוב של שקל). לא בהכרח מדובר בשווי המנייה, אלא ביחידת מדידה. היסטורית- יחידות המידה נרשמו תמיד באגורות (X מניות בערך נקוב של 0.001 אגורות), כששווי המניה כמובן לא מוגדר ע"י הערב הנקוב. בפועל, לדבר השפעה על רישום ותיעוד מכירות בשוק הראשוני- אם מנייה נמכרה ב30 שקלים, העסקה תירשם כ3000 אגורות.

* פרטים בדבר הגבלת האחריות- מורחב בהמשך המחברת.

**שינוי התקנון**

אמרנו שתקנון הוא מסמך בסיסי של חברה, ושמי שמוסמכים להחליט על תוכן התקנון ושינויו, הם בעלי המניות. היכולת של בעלי המניות לשנות את התקנון קמה במסגרת האספה הכללית, שם יוכלו להידרש לסוגיה מהו תוכנו של התקנון והאם יש לשנות אותו. ס' 20 בחוק החברות הוא הס' שמעגן בחקיקה את היכולת לשנות את התקנון. אחרי סעיפי 18-19 שמסבירים את תוכן התקנון, ס' 20 קובע את הדרך לשנות את התוכן.

*ס' 20: "חברה רשאית לשנות את תקנונה בהחלטה שהתקבלה ברוב רגיל באסיפה הכללית של החברה"*

בעלי המניות מתאספים באספה הכללית, מצביעים וההחלטה תתקבל ברוב רגיל- רוב רגיל יקבע את התוכן של התקנון. כך למשל אם יש הצעה לסדר היום לשנות את ס' 4, מתכנסים בעלי המניות ומצביעים, הרוב הרגיל הוא הייתן את התוקף להחלטה- אם רוב רגיל יצביע נגד השינוי, השינוי לא יחול.

הרוב הנדרש לשינוי התקנון

* מהו הרוב הרגיל? 51% מתוך כמה? כלל בעלי המניות? או אלו שמתכנסים בפועל באספה? קבוצת הייחוס שמתוכה נחשב את הרוב, אלו אותם בעלי המניות שהגיעו והשתתפו בהליך ההצבעה.
* חישוב הרוב הרגיל- מצוין בס' 82 לחוק כי כשנאמר רוב מקרב בעלי המניות המצביעים, מחשבים את הרוב לפי המניות ולא לפי מספר הידיים. למשל- יכולים להיות ארבעה אנשים המשתתפים בהצבעה מתוך עשרה, אך אחד מהם מחזיק 10 מניות, השני 5 מניות, אז כל אחד שמרים יד שווה בכוח ההצבעה לשני? לא. זה לא הולך לפי כל יד פיזית, כל מניה = הצבעה. נראה את פס"ד פרי העמק שעוסק באגודה שיתופית, שגם שם יש אסיפה כללית- ששם יד שווה קול, ולא מספר היחידות שאותו אדם מחזיק- זה תלוי על איזה גוף אנחנו מדברות, שכן, בחברה, לפי ס' 82 ברירת המחדל של החוק היא שמניה מקנה קול באספה הכללית. יחד עם זאת אפשר לקבוע אחרת בתקנון החברה, במסגרת חופש החוזים שס' 19 עיגן. למשל ניתן לקבוע שכל אדם מחזיק בקול אחד, ולא לפי מספר המניות הוא אדם מחזיק.

כלומר, לפי ס' 20 הרוב הרגיל הוא: בעלי המניות שהגיעו לאספה, ומתוך ההצבעות של בעלי המניות, לפי ס' 82, נספור את הקולות שלהם לפי מספר המניות שבידיהם.

לפי הדין האנגלי המסורתי, כלומר לפי פקודת החברות שנהגה בארץ 50 שנה- כי לשנות תקנון לא היה די ברוב רגיל, וזאת משום שהתפיסה הרווחת הייתה כי שינוי התקנון מהווה החלטה כבדת משקל, שלא כל פעם ניתן לשנות את המסמך המכונן. ולכן כדי שלשינוי התקנון יהיה תוקף, יש צורך בפרוצדורה מיוחדת וייחודית- מה שהוביל לקביעה של שינוי על ידי רוב מיוחס- 75% מקרב הקולות המצביעים. יחד עם זאת, ההוראה השתנתה עם חקיקת חוק החברות- שעם הפזילה לשיטה הנוהגת בארצות הברית ולא באנגליה, נרצה להסתכל בגישה יותר מתקדמת-מודרנית. התפיסה הנוהגת בארצות הברית לא מקימה את הפרוצדורה המיוחדת ואת הדרישה של הרוב המיוחס. התפיסה היא שיש מסמך חי ונושם, ועם הזמן נוצרים שינויים והתפתחויות- שלא כל שינוי מהווה שינוי מהיסוד הנוגע לזהות ולבסיס החברה. לכן חוק החברות זנח את הגישה הישנה של הפקודה ואימץ קו חשיבה משותף שמתפרס ואחיד לאורך כל חוק החברות- כשצריך הצבעה של בעלי המניות, הרוב הדרוש כדי שההחלטה תתקבל באספה הכללית הוא רוב רגיל מקרב המשתתפים. יהיו עניינים מאוד מסוימים שהם החריגים, ולא נתספק בהם ברוב רגיל- הם לא הכלל אלא החריג שלא מעיד על הכלל.

שיריון ודוגמא לרוב הנדרש לשינוי התקנון- אם נניח קבענו בתקנון ששינוי תקנון החברה הספציפית טעון רוב באספה הכללית של 60% מקרב המניות המשתתפות והמצביעות (ההוראה תקפה כי החוק נותן ברירות מחדל אך מאפשר לקבוע אחרת). עכשיו, החברה רוצה לעבור לרוב רגיל, ולהתאים את זה לברירת המחדל של חוק החברות. ניתן לעשות את זה בשתי דרכים: או לשנות את הס' ולקבוע בתקנון רוב רגיל, או פשוט לבטל את הסעיף שמדבר על הרוב הנדרש לשינוי התקנון (כי אם נבטל ואין הוראה אחרת בתקנון, ברירת המחדל של חוק החברות). שינוי הסעיף שנוגע לכללי המשחק של החברה, ושינוי מנגנון ההצבעה עצמו, ניתן לשנות ברוב הקיים או ברוב המוצע, הגבוה מבין השניים- כלומר לא ניתן לרדת מ60% ל50% בהצבעה של 50%, אלא רק בהצבעה של 60%. ואם זה יהיה הפוך- כלומר ל50 ל60- את השינוי הזה עצמו נצטרך לעשות ב60%. שינוי מנגנון ההצבעה עצמו ניתן לשנות אותו כשהוא עצמו מופיע בתקנון, אך הוא נדרש ברוב הגבוה מבין הרוב הקיים נכון להיום, או הרוב החדש המוצע- הגבוה מבין השניים. כלומר אם נקבע שיש צורך ב60%, נרצה לרדת לגובה של 51%, ניתן לעשות זאת- אך את ההצבעה הזו עצמה צריך לקבל ברוב מינימום של 60%- כי 60 הוא הגבוה מבין השניים. אלא אם נרצה להגיבה את הרוב ל75%- צריך לעשות זאת ברוב של 75% ולא של 60, לפי הגבוה מבין השניים- הקיים או המוצע.

**פס"ד הולנדר**

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. פס"ד זה לא נוגע רק לרוב הנדרש בשינוי התקנון, אלא הוא חשוב בהבנת שאלת מהותו של התקנון מבחינה משפטית- מה מעמדו של התקנון- האם הוא חוזה? איך צריך לפרשו וכדומה.

רקע עובדתי:

היו שלוש קבוצות של בעלי מניות בחברת הממד 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- ארבע דירקטורים מטעם עינב, ומטעם הולנדר. הבסיס לקביעה של ארבע-ארבע מגיע משני מקורות- משני מסמכים משפטיים- גם בהסכם שביניהם וגם בתקנון החברה נקבע שיהיו ארבעה דירקטורים מטעמה של כל חברה. החברה שינתה את התקנון וביטלה מתוך התקנון את הס' שקבע שארבעה דירקטורים יהיו מטעם הולנדר ומטעם עינב. מכאן ואילך, הס' נמצא רק בהסכם המניות אך לא מעוגן בתקנון. בנוסף למחיקת הס', היה עוד שינוי בתקנון- שקבע מכאן ואילך יש צורך ב60% ממניות המשתתפות בהצבעה, ולא רוב רגיל כפי שהיה עד לנקודת הזמן הזו.

מה הקשר בין הס' של הרכב הדירקטורים לבין הצבעה באספה כללית? התשובה לכך נעוצה בשאלת חלוקת הסמכויות בין האספה הכללית לדירקטוריון- מי שקובע את הזהות וסמכות הדירקטוריון, מי שממנה את הדירקטוריון אלו בעלי המניות באספה הכללית. עכשיו שאין את הס' של 4-4, גם אם עינב או הולנדר ירצו לשים בהרכב 8 דירקטורים מטעמם, תרחיש כזה תיאורטית יכול לקרות, אך מעשית תרחיש כזה לא אפשרי- וזאת בשל הרוב הדרוש לשינוי התקנון- רוב של 60% (כי בפועל רוב בעלי המניות לא מגיעים פיזית לאספה הכללית). לכן הס' של רוב 60% הוא הס' השומר על היחס של 4-4. הרבה פעמים, כשיש כוח הצבעה, מעניין לא רק השאלה האם אני יכולה להעביר משהו, כי הרבה פעמים אני לא יכולה, אלא האם יש לי כוח וטו- כוח חסימה. זה בדיוק הרציונל בבסיס הוראת החוק שקובעת כי שינוי התקנון יבוצע ברוב הגבוה מבין השניים- הקיים או המוצע, משום שבהגדלה של הרוב, וגם בהקטנה של הרוב יש קבוצה פוטנציאלית שיכולה להיפגע ולכן הולך החוק תמיד לחומרה- לפי הרוב הגבוה יותר לחומרה.

בשלב מסוים התגלתה מחלוקת בין הקבוצות, ומאחר שיש לקבוצות חלקים שווים בחברה הם הגיעו למבוי סתום. הולנדר לא יכול לשנות את הרכב הדירקטורים באספה הכללית מכיוון שהוא חסום ברוב של 60%, מה שמוביל אותו להתפטר מהדירקטוריון ולקחת איתו את הדירקטורים הנוספים שייצגו אותו בדירקטוריון. בתקנון החברה הופיע סעיף קוורום שקבע שנדרשת נוכחות של לכל הפחות רוב חברי הדירקטוריון (במקרה זה חמישה). הסטדנרט הנוהג זה שישיבה יכולה להתקיים ממינימום של 5 דירקטורים, מתחת ל5 ההחלטה אינה חוקית, ולפורום אין כוח להתכנס- זה נקרא דרישת קוורום\ המניין החוקי. ולכן ברגע שקבוצת הולנדר התפטרה הרי שאין לדירקטוריון קוורום, ובכך הוא יביא לשיתוק הדירקטוריון- לא רק שהוא לא יכול להביא את האנשים שלו, גם עינב לא יכולים לעשות זאת. הולנדר מאמין שהוא מחולל משבר ובאמצעותו יגיע לתוצאה הרצוי- הוא חשב שהוא ידחק את ענב לפינה, מאחר שהייתה עתידה להתכנס אסיפה של בעלי המניות, מה שיביא לשיתוק הדירקטוריון. ארבעה לא יכולים לקבל החלטות בדירקטוריון, ולכן הם לא יוכלו לפעול- הדרך היחידה להחזיר את הפעילות שתו זה לפנות לאספה הכללית שתמנה דירקטורים חדשים. 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- כלומר מילוי החוסרים עד לאספה הכללית הבאה, שם יבחרו דירקטוריון מחדש. הסעיף נועד מתוך המחשבה שיש קושי לכנס את האספה הכללית, ולכן בשביל למלא את הפער יוכלו למלא ממלאי מקום, כדי שהדירקטוריון יוכל לפעול ויהיה רצף תפקודי עד לאספה הבאה. ברגע שהיה קוורום, ההחלטה הראשונה שהתקבלה לפני האספה הכללית הייתה לפטר את הולנדר מתפקידו כמנכ"ל. מהרגע הזה הולנדר מנושל מכל החברה- גם מהדירקטוריון וגם מהמנכ"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. ענב טוענים מצדם שהתקנון הוא ההסכם הרלוונטי, וברגע שנקבע בתקנון שכל מה שצריך זה הסכמה של 60% מבעלי המניות זה מספיק.

טענות הצדדים ועילת התביעה

מי הוא התובע במקור? הולנדר הוא התובע ולא הנתבע- עינב לא ירצו להגיש נגדו תביעה (משום שהיא בעמדת היתרון), זה שמרגיש לחץ הוא התובע- ולכן זהו הולנדר. השאלה השנייה- מה עילת התביעה? יש הסכם בין עינב להולנדר, ויש ביניהם הסכם שקובע לכל אורך הדרך, כל שלב וכל תקופה הדירקטוריון היה מחולק 4-4, שפתאום יש שינוי של ההסכם. ולכן עילת התביעה היא הפרת חוזה- והסעד המבוקש על בסיס עילת התביעה של הפרת חוזה היא אכיפה, לפי חוק התרופות. הולנדר מבקש במסגרת האכיפה- 1. הוצאת צו מניעה- לאכוף את החוזה ביניהם על בסיס הוצאת צו מניעה האוסר על עינב לנהל את החברה באמצעות דירקטוריון שלא מורכב מארבעת הנציגים של הולנדר. 2. עילת תביעה על הפרת חוזה בשל ההסכם שנקבע, וכל מה שנתנהל עכשיו בחברה זה בניגוד להסכם ולכן נבקש סעד של אכיפה- החזרת 4 הנציגים.  
טענת הנגד של עינב בביהמ"ש מתבססת על התקנון- אז מה אם יש הסכם? יש גם תקנון וכל הפעולות הן כשרות ונעשו לפי התקנון- יש ס' חירום בתקנון שמאפשר את הפעלת החברה, אך כבר אין ס' הקובע את יחסי הכוחות של 4-4 בתקנון משום שהוא בוטל, ולכן עינב טוענים שהם פעלו לפי התקנון.

*השאלה המשפטית*: יש פה התמודדות של בית המשפט עם שני מסמכים משפטיים שהשאלה היא מה היחס ביניהם- מצד אחד יש את תקנון החברה, ומצד השני יש הסכם בין שני בעלי המניות. מה קורה כשאין התאמה מלאה בין שני המסמכים האלה? בין התקנון להסכם- איך קובעים מה הדין?

* הולנדר: יכול לטעון כי המצב הוא לא שאין התאמה. משום שנכון שמבחינה עובדתית פעם התקנון קבע 4-4 והיום לא, אך התקנון שותק, זה לא שהוא קובע הסדר שלילי מפורש. פעם נקבע במפורש בתקנון, הוא בוטל כי היו שיקולים להורדת הס' אך היום התקנון שותק, אין משהו נוגד חזיתית למה שכתוב ההסכם. במקום שהוא שותק, ההסכם בין הצדדים מדבר מפורשות וכן צריך להפעיל אותו.   
  בנוסף לכך, הולנדר יכול לטעון לחיזוקו את פרשנות החוזה- לפי פס"ד אטרופים- שם נקבע כי כל הסכם יפורש על פי ההקשר, הנסיבות, התכלית ולא רק על פי הכתובים. הולנדר יטען כי נכון שלא כתוב בתקנון, אך הס' בוטל משיקולי מס ולא בשל כוונת הצדדים- הצדדים המשיכו לנהוג לפי הס' גם לאחר שהוא בוטל. כמו כן, החוזה ביניהם מעיד את כוונת הצדדים להתאמה של 4-4 ולכן יש לפרש את התקנון על פי רוחו של החוזה ועל פי תכלית, הכוונה האמיתית שנלמדת מהנסיבות (כולל החיצוניות- ההסכם). יש לקרוא לתקנון ולהשתמע מתוך היחסים בין הצדדים, והסכם המניות- שכוונת התקנון גם אם זה לא כתוב במפורש, להפעיל הרכב של 4-4 בדירקטוריון. מאחר והתקנון לא סותר אלא שותק, נמלא את הלקונה הקיימת היום מתוך מערכת היחסים שבין הולנדר לעינב. על בסיס זה הוא מבקש מבית המשפט לאכוף את החוזה.
* עינב: התקנון זה דבר נכבד יותר וחזק יותר מאשר הסכם בין הצדדים. ביחס בין השניים, עינב טוענים כי יש הבדל- בתקנון זה נוגע לכל בעלי המניות, הוא צד לו ובעל המניות יכול לפעול ולכלכל את פעילותיו וצעדיו לפיו, התקנון ידוע וגלוי לכולם. לעומת זאת, הסכם בעלי המניות הוא לא כך- יש הסכם בין הצדדים, ורק הם יודעים מה תוכנו, לא כל העולם יודע עליו- הוא לא מפורסם ולא פומבי לכולם. כמו כן, עינב והולנדר אינם הצדדים והשחקנים היחידים במגרש, זה שבעלי המניות הם שחקן פסיבי, לא מעיד על כך שהם לא חלק. אופן הרכבת הדירקטוריון משפיע בסופו של דבר על תפקוד החברה, ובעקיפין על הנכס של בעלי המניות- אז מה יכתיב איך בוחרים את הדירקטורים שישפיעו על תוצאות החברה- התקנון או איזשהו הסכם חיצוני לתקנון שאיננו ידוע לרוב בעלי המניות. עינב טוענים כי לא יכול להיות שהסכם בעלי המניות הוא זה שיחליט, התקנון צריך להכתיב, ושם לא כתוב על 4-4. עינב פעלו לפי התקנון כפי שהוא, והתקנון גובר על בעלי המניות.

ביהמ"ש:

ביהמ"ש קבע שאופן המינוי של הדירקטוריון היה תקין ובכך מכריע לטובת ענב, ודוחה את טענות הולנדר. ביהמ"ש עונה לשאלת מעמדו של התקנון, בכך שהוא קובע כי התקנון הוא מסמך חוזי, היום הדבר בא לידי ביטוי בס' 17 לחוק החברות שם נכתב בצורה מפורשת- "*דין תקנון כדין חוזה בין החברה לבעלי מניותיה ובינם לבין עצמם*". יש כאן בסיס חוזי שמחיל את דיני החוזים. הצדדים לחוזה- החברה עצמה היא צד לחוזה וכל אחד מבעלי המניות- זה חוזה רב צדדי.   
החשיבות בתקנון הוא הפומביות שבו ובכך שהוא פתוח לעיון כלל הציבור (ס' 8 קבע כי פניה לרשם ורישום כחברה מחייב צירוף תקנון). הסכם הולנדר ועינב, הוא הסכם פרטי שתקף רק לשני הצדדים האלה- ממסך זה אינו גלוי ולא ידוע לכלל הציבור- למה הציבור חייב להיות כפוף להסכם שהוא לא צד לו ולא מודע על קיומו?. בית המשפט העליון מקבל את הטענה הזאת ומוסיף לכך- הסכם מניות הוא קבוע בעוד שתקנון יכול להשתנות על ידי בעלי המניות. ולכן בית המשפט העליון מבלי שום קשר למחלוקת המשפטית בפרשנות חוזה- בין הגישה הקונטקסטיאלית לבין הגישה התכליתית, מבלי לקבוע קביעה כוללנית, בהקשר של תקנון של חברה, הוא עדיף על פני כל מסמך חיצוני גם כאשר הם לא סותרים ומבקשים לפרש ברוח ההסכם. נלך בגישה מאופקת- מינימליסטית-שמרנית-טקסטואלית, בהקשר של תקנון חברה נלך לפי הטקסט היבש של התקנון, כי זה מוסיף לו וודאות ושומר על הזכויות של הצדדים שלא יודעים על ההסכם.

מה המשמעות? מעבר לזה שהטענה של עינב התקבלה, האם אין להולנדר עילת תביעה כנגד עינב? יש לו על סמך הפרת ההסכם ביניהם, יש לו עילת תביעה של הפרת חוזה, אך הוא לא יוכל לקבל סעד של אכיפה (כי הוא יתנגש עם התקנון, והתקנון בהקשר הזה גובר). 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: (בהרחבה יותר מאשר למעלה)

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 הממד 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.
4. **המבנה הארגוני של החברה**

זה מודל שנבנה על פי אמות המידה הקלאסיות של חברה ציבורית, בחברה פרטית זה יכול לעבוד לפי המודל אך זה פחות פורמלי- יש לפעמים התלכדות בין התפקידים. חוק החברות התלבט ובסוף קבע כמו כל הארצות שקובעים חוק אחד לכל החברות באשר הן- פרטיות וציבוריות כאחד. אך בתוך החוק יהיו הוראות שיהיו רלוונטיות יותר רק לחברה פרטית ולהיפך.

היררכיה היא מלמעלה כלפי מטה, אך בחיים המציאותיים העוצמה היא הפוכה. הדמות הכי חזקה, חשובה ומרכזית בחברה היא המנכל, הרבה יותר מהדירקטוריון, מבחינת הסמכויות ביומיום. ובאותה הצורה לדירקטוריון יש הרבה סמכויות יותר חזקות ומשמעויות מהאספה הכללית.

מודל קבלת החלטות בחברה הוא מודל שמושתת על חלוקה בין שלושה דרגים:

1. **אסיפה כללית**

אסיפה כללית מורכבת מבעלי המניות. כאמור, אחת הזכויות שמקנה מניה היא הצבעה באספה הכללית. עולה השאלה מה הסמכויות של האספה הכללית ואילו החלטות היא יכולה לקבל. סמכויות האספה הכללית הן:

* שינוי תקנון החברה (ס' 20 + ס' 57);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.
* מינוי דירקטורים (ס' 59) ופיטוריהם;למה סמכות זו מובדלת בסעיף נפרד? זו הסמכות היחידה שניתן להתנות עליה בתקנון. לעומת זאת, כל הסמכויות הרשומות בס' 57 אינן ניתנות להתניה(לפי ס' 58).בחברות פרטיות בדר"כ מתנים בתקנון על ברירת המחדל של החוק, וקובעים שהדירקטורים לא ימונו ע"י האסיפה הכללית אלא אחרת.דוגמה – 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". סעיף זה הוא התניה על ברירת המחדל של ס' 59.
* מינוי דירקטורים חיצוניים (ס' 57)
* הגדלת או הקטנת ההון הרשום של החברה; ס' 18אומר שבתקנון חייבים לכתוב סעיף שנוגע להון הרשום כך שבאופן אוטומטי יש סמכות שינוי לאסיפה הכללית. בכל זאת, ס' 57מציין שוב שמדובר בסמכות של האסיפה הכללית.האספה הכללית יכולה לבצע בקרה על הנפקת מניות בעזרת הסמכות שלה להגדיל או להקטין הון רשום. כשחברה עורכת תקנון, היא צריכה לציין בסעיף בתקנון מהו ההון הרשום של החברה. אם צוין בתקנון שההון הרשום של החברה הוא מיליון מניות, זה אומר שזו התקרה להנפקת מניות.
* מינוי רואה חשבון מבקר של החברה, תנאי העסקתו והפסקת העסקתו (ס' 57);רואה החשבון מבקר את פעולות הדירקטוריון. בעוד שרק בחברה ציבורית יש צורך במבקר פנים, בכל סוגי החברות- גם ציבורית וגם פרטית יש צורך ברואה חשבון מבקר. זהו גורם חיצוני לחברה, ומכיוון שהוא בין השאר בוחן את הדוחות הכספיים שהחברה מספקת, ולתת את חותמת הכשרות המקצועית שלו, הוא צריך להיות חיצוני לחברה ולא תלוי בה, ולכן מי שממנה אותו זו האספה הכללית ולא הדירקטוריון עצמו (שכן מי שאחראי על הדוחות הכספיים זה הדירקטוריון), פה יש עין בוחנת ומשגיח הכשרות.
* מיזוג;בעסקת מיזוג יש ביטוי מסוים לשינוי ברכוש שמוחזק ע"י בעלי המניות. לפי עקרונות בסיסיים של דיני קניין, יש לבעל הקניין סמכות להכריע באשר לקניינו.כשחברות מתאחדות במסגרת עסקת מיזוג, הבעלות במניות גם משתנה. ברגע שמחליפים לאדם את רכושו, מן הראוי לקבל את הסכמתו.
* אישור עסקאות עם בעלי עניין;
* פירוק החברה**;** 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. על הסמכויות המופיעות בסעיף 57 לא ניתן להתנות, אך על הסמכות למנות דירקטורים (ס' 59) ניתן להתנות.
3. **דירקטוריון**

למרות שהמנכל הוא הגוף הביצועי היומיומי, הדירקטוריון הוא גוף מאוד חשוב בחברה. חשוב לחדד מה תפקידו של הדירקטוריון, סמכויות הדירקטוריון מפורטת בסעיף 92 לחוק החברות (יש עוד סעיפים בחוק שמדברים על סמכויות הדירקטוריון, אך זהו הס' המרכזי שמנקז אליו את רוב הסמכויות). לדירקטוריון שתי משימות:   
כלל הסמכויות שמצויות בס' 92(א) בסופו של דבר, כל אחת מהשורות והפריטים המופיעים שם, נוכל לאפיין אותו כפריט הנופל או לגדר התווית מדיניות החברה או פיקוח:

1. **פיקוח על המנכ"ל**

יש שתי סמכויות עיקריות שנועדו 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- המנכל צריך לתת דין וחשבון על תפקידו, והדירקטוריון יוכל לפטר אותו אם הוא לא עומד בדרישות.
* חשוב לציין שיש סמכות נוספת בפיקוח, הנמצאת מחוץ לס' 92- שקובע כי בחברה ציבורית חייב לכהן גם מבקר פנים לחברה, גורם ביקורת, שמי שממנה אותו הוא הדירקטוריון. מבקר הפנים בוחן את התפקוד השוטף של החברה ומעיר הערות, מצביע על ליקויים הדורשים שיפור וכן הלאה. הוא נותן דין וחשבון לדירקטוריון- הליקויים שמצא בתפקוד ההנהלה- המנכל. זה כלי פיקוח נוסף שיש לדירקטוריון על המנכל, ולכן מי שממנה אותו זה הדירקטוריון ולא המנכל עצמו.

1. **התווית מדיניות החברה (בשונה מהביצוע השוטף)**

הדירקטוריון לא אמון על הפעילות השוטפת של החברה, אלא רק לעסוק באסטרטגיה. 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, הדירקטוריון קובעים את מסגרת האשראי.
* סמכות נוספת עוסקת בקביעת מדיניות העסקה- אחראית על משאבי האנוש, כך למשל 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.

חשוב לציין כי לא מצוין תפקיד ניהולי שהדירקטוריון מחזיק בו, כלומר הדירקטוריון לא מנהל את החברה במקום המנכ"ל, הוא רק מפקח עליו, ויתווה מדיניות לחברה (יקבל החלטות תשתיתיות, אסטרטגיות, מערכתיות, ארוכות טווח- והמנכל יתרגם זאת לשוטף בפועל). ס' 92 מפרט גם את סל הסמכויות של הדירקטוריון.

סמכויות דירקטוריון לפי ס' 92 שחשוב לזכור :

* עריכת דוחות כספיים- החברה עורכת לעצמה דוחות כספיים, שזה בעצם סיכום הפעילות העסקית. הדירקטוריון הוא האחראי וחותם על הדוח, אך הוא יכול להסתייע ברואה חשבון חיצוני- שייתן את הסיוע המקצועי.
* סמכות להחליט על הנפקת מניות (השגת כסף פנימה לקופת החברה)- הפעילות בשוק הראשוני, גיוס הכסף והנפקת עוד מניות אלו במסכות הדירקטוריון, ולא שואלים את בעלי המניות, שכן מדובר בהחלטות קונקרטיות. אם כל החלטה קונקרטית לא תלויה ונתונה להשפעת בעלי המניות, כל פעולה כזאת מדללת את כוחו של בעלי המניות. אך בעלי המניות יכולים לקבוע גבול גזרה, את ההון הרשום, וזה יעשה רק ע"י אישורם ושינוי התקנון (שנתון לסמכות בעלי המניות). המשחק הוא בין פעולות גזרה של מספר מניות- זה בתקנון, בעוד שהחלטות קונקרטיות שהן בתוך גבול הגזרה הדירקטוריון מחליט. בדיוק מהרציונל הזה ניתן להבין למה מסגרת אשראי הדירקטוריון קובע, ובתוך מסגרת האשראי- החלטות קונקרטיות יקבעו על ידי המנכ"ל.
* חלוקת דיבידנדים (הוצאת כסף מהקופה של החברה)- ההחלטה האם לחלק דיבידנדים לבעלי מניות היא החלטה של הדירקטוריון. בשיעור הראשון הדגשנו כי מניה מאגדת בה זכות הצבעה (תקנון) והזכות להשתתף בחלוקת דיבידנדים אם יוחלט, שמי שמחליט הוא הדירקטוריון (בהערת אגב בעלי המניות יוכלו להחליף את הדירקטוריון, ולהביא אנשים שיהיו יותר נדיבים בדיבידנדים, אבל לא יוכלו לקבוע אם ומתי תהיה חלוקה). יש לזכור כי סעיף 92ב קובע שסמכויות הדירקטוריון אינן ניתנות להאצלה למנכ"ל, זה קוגנטי. אך אם בתקנון החברה יצוין שחלוקת דיבידנדים, תהיה בידי האספה הכללית, או החלטה על הנפקת מניות תהיה בידי האספה, אז כך תפעל החברה. ניתן למשוך סמכויות כלפי מטה אם כך נקבע בתקנון- כלומר לא ניתן להוריד למטה סמכויות כשלא נקבע על כך בתקנון.
* סמכות על עסקת מיזוג

1. **מנכ"ל**

המנכ"ל הוא הפנים של החברה, אפילו במימד התקשורתי- שישמו ידיעה על חברה, התמונה שתהיה היא של המנכל, ולא הדירקטורים או בעלי המניות- זו הדמות שהכי חיה ומזוהה עם החברה. המנכל לפי החוק, הוא ראש מערכת שלמה- כולם מתנקזים תחתיו. הוא השחקן עם הכי הרבה עוצמה וסמכות בשל רוחב תפקידו. 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. על מנת שנוכל להבין מה תפקידו של המנכל, יש להתבונן בשאר התפקידים והסמכויות שנמצאות אצל שאר השחקנים.

1. **האישיות המשפטית של החברה**

נדון מה מעמדה המשפטי של חברה- האם למסגרת הארגונית של חברה יש משמעות ונפקות משפטית- או שזאת מסגרת ארגונית ותו לא.

לפי ס' 4 לחוק החברות, בהתאגדות למסגרת ארגונית של חברה, יצרנו שחקן חדש בזירה המשפטית. אם נחשוב בהקשר של תורת המשפט- המשפט הוא בעצם מערכת של כללים- בין אם זה זכויות ובין אם חובות, בין גורמים שונים. התשובה הקלאסית לשאלה מיהם הגורמים והשחקנים שבשדה המשפטי, היא בני אדם. הדמויות המשפטיות שפועלות על המגרש המשפטי ולכן הן נושאות זכויות וחובות- אלו בני אדם- כלומר, כל אדם באשר הוא, הוא דמות משפטית, או אישיות משפטית. יש גם תיחום והגדרה של תקופת הזמן שבה האדם יחשב כאישיות משפטית- מגמר הלידה ועד רגע הפטירה וגמירתנו בעולם הזה, וזאת מכוח ס' 1 לחוק הכשרות והאפוטרופסות. אותו הדבר, אנחנו עושות לגבי מסגרת נוספת- אנחנו מעלות על המגרש המשפטי קבוצת דמויות חדשה מלבד בני אדם- גם את המסגרת הארגונית ששמה חברה, וגם לגביה נקבע שזאת דמות משפטית. וכמו בני אדם, גם לחברה יש תקופת זמן, וזאת מכוח ס' 5- לפיו החברה הופכת לשחקן משפטי מיום מתן תעודת ההתאגדות. כלומר מיום מתן תעודת ההתאגדות והילך, החברה תיחשב לאישיות משפטית. כשסיום חייה המשפטיים של החברה יהיו בהתקיימותם של שני אירועים בלבד:

1. פירוק החברה- לא נלמד בקורס זה.
2. מיזוג- מיזוג של חברה גם מביא לידי סיום של לפחות אחת מהחברות הקשורות בעניין.

אז תקופת החיים המשפטיים של הגוף שמכונה חברה, הוא מיום ההתאגדות- תעודת ההתאגדות שהוציא הרשם, ועד לפירוק או מיזוג החברה.

המשפט המודרני סובל ומקיים בקרבו את הימצאותם של דמויות משפטיות הן בני אדם והן מסגרות ארגוניות. במאמר מוסגר, בעוד שהיום כל כך ברור שכל בני האדם הם ישות משפטית, ועל זה הוספנו מסגרות ארגוניות, לאורך ההיסטוריה לא תמיד כל בני האדם נחשבו לאישיות משפטית- חלק כן בעוד שחלק לא. אבל, במדינות לפני פחות ממאתיים שנה, שבהם נהגו משטרים של עבדות- העבד היה בן אדם, אך הוא לא נחשב לאישיות משפטית, שכן הוא היה רכוש של הבעלים.

עצם הקביעה כי גם חברה נחשב לאישיות משפטית, מעלה שאלות רבות:

1. **איך אני יודעת איזו מסגרת ארגונית כן דמות משפטית ואילו לא- האם כל מסגרת ארגונית היא אישיות משפטית באשר היא**?

כדי לבחון איזו מסגרת ארגונית תיחשב כאישיות משפטית, יש לחפש הוראת חוק שמתייחסת לכך. נכון שאצל בני אדם, אין הוראת חוק מסוימת שקובעת כי האדם המדובר והספציפי הוא ישות משפטית- אלא יש הוראה שקובעת כי מעצם היותך בן אדם אתה ישות משפטית.   
במסגרות ארגוניות יש צורך במקור משפטי שיקבע כי גורם מסוים מוכר כאישיות משפטית, כשהמקור המשפטי הכי מובהק לכך הוא החקיקה. נחפש, בראש ובראשונה חוק שקובע כי שחברה היא דמות משפטית- שהס' שמתייחס לכך הוא ס' 4. יש הוראת חוק שעונה על השאלה האם כל חברה שמילאה את דרישות ההתאגדות, תיחשב כחברה? התשובה לכך חיובית מכוח ס' 4.   
כאמור יש גם הוראות חוק המתייחסות למסגרות ארגוניות מקבילות- כך למשל לגבי עמותה (שגם היא מסגרת ארגונית אך בשונה מחברה היא פועלת שלא למטרות רווח), בחוק העמותות יש הוראת חוק מקבילה שקובעת כי עמותה היא אישיות משפטית, וכך גם למפלגות, אגודות שיתופיות וכדומה.

אם כל אדם בפני עצמו הוא אישיות משפטית על המגרש, אז כשיש זכויות או לחילופין חובות של דמות משפטית אחת, זה לא משפיע על הדמות המשפטית שבקרבתה. כל עוד לא נוספו רכבים עובדתיים נוספים, חובות של דמות משפטית אחת לא תשפיע ותגדיר דמות משפטית אחרת. כך למשל, אישה היא בעלים של רכוש, האישה נשואה לזוגה, מה זה אומר לגביו? האם גם הוא הבעלים של הרכוש? יכול להיות שבתוך העולם של דיני משפחה חיבור משפטי של בני זוג יוצר בעלות משותפת, אך מעצם זה שהיא בעלים, האם זה היה מקרין על כך שכל אדם אחר הוא בעלים כשלעצמו? לא בהכרח, אלא אם נוסיף נדבך- למשל קשר משפטי של נישואין. עכשיו נוסיף לדוגמא עוד נתון- הרכב של האישה נקנס, ולכן נוצרה עליו חובה, החובה לא תיפול על הבן זוג, משום שהוא לא הבעלים- מי שלא הבעלים לא יחוב את הקנס, לטוב ולרע- כי כל דמות משפטית עומדת בפני עצמה.   
אותו דבר לגבי חברה- היא דמות משפטית על המגרש בפני עצמה, מה שיש לה- זכויות וחובות הם שלה, ללא קשר לדמויות משפטיות אחרות.

1. **כאשר יש מסגרת ארגונית, כזו או אחרת, שנחשבת לאישיות משפטית, מה משמעות הדבר? מה נפקות ההכרה של מסגרת ארגונית כאישיות משפטית?**

כדי להבין את המושג של אישיות משפטית, ושנוכל להבחין איזה גוף יחשב ככזה, לפי ההגדרה בחוק יש להבין לעומק מה המאפיינים וביטוי ההבחנה של אישיות משפטית: לדוגמא:

* פרוצדורה: יכולת תביעה- ביטוי של גורם\ גוף מסוים כאישיות משפטית, אחד מהם זה שאותו גורם יכול לתבוע אחרים- הוא שחקן במגרש המשפטי. שכן, לשחקן במגרש המשפטי יש חובות וזכויות, ולכן הוא יכול לתבוע אחרים על זכויותיו, ואחרים יכולים לתבוע אותו להבדיל על חובותיו. לצורך העניין לא נגיש תביעה כנגד בעל חיים- ברגעים אלו, בעל חיים הוא לא אישיות משפטית, לא נתבע את בעל החיים אלא את הבעלים של בעל החיים, שכן הוא לא דמות משפטית. אישיות משפטית יכולה לתבוע בשם עצמה ואחרים יכולים לתבוע אותה. כך למשל, אם נשאל האם ועד כיתה הוא אישיות משפטית, ניתן לבחון האם ביכולותיו כוועד כיתה לתבוע את האוניברסיטה. מבחינת דיני החברות, לחברה יש את הפוטנציאל, היכולת והכשרות המשפטית להגיש תביעה נגד מישהו אחר- וכנגד זה, גם אחרים יוכלו לתבוע את החברה, היא יכולה להיות תובע ונתבע.
* זכות הבעלות ברכוש (זכות קניינית)- מי שיכול להיות בעלים ולהחזיק בזכות הבעלות הוא רק מי שבגדר אישיות משפטית, שכן הוא נושא בזכויות וחובות.
* זכות חוזית- חברה יכולה להיות צד לחוזה- כמו שיכולה להיות התקשרות בין אדם לאדם, כך יכולה להיות בין אדם לחברה ולהיפך.
* חובות- כמו שחברה נושאת בזכויות היא יכולה לחוב חובות. כך למשל לקיחת הלוואה- שאז היא תהיה כפופה לחוזה הלוואה וחייבת לפרוע את החוב.

נפקויות לכך שהחברה עומדת בפני עצמה:

אם החברה היא אישיות משפטית, היא עומדת בפני עצמה. כלומר אישיות משפטית עומדת בזכות עצמה- מה שאומר שהיא לא הדמות המשפטית האחרת, כלומר היא מופרדת ומנותקת מכל דמות משפטית אחרת, גם אם יש איזושהי קרבה בין גורמים נוספים לבינה. לדוגמא: בעלי מניות- גם אם יש אינטימיות וקרבה עסקית בין בעלי מניות למסגרת שמה חברה, עדיין מבחינה משפטית, אם החברה היא אישיות משפטית, אז היא עומדת בפני עצמה. וכל בעל מניות שלעצמו עומד בפני עצמו- היא זה לא הוא, והוא זה לא היא- יש ניתוק ביניהם. זו אחת מהנקודות הכי מהותיות בשאלת אישיות משפטית.  
ברגע שמכירים בחברה כאישיות משפטית, אז בעלי המניות לא חייבים בחובות של החברה. הם אמנם מרוויחים מהרווחים של החברה אבל הם לא חייבים את חובותיה.

**פס"ד סלומון**

פס"ד מכונן בדיני חברות. סלומון מכניס רציונל כלכלי להכרה בחברה כאישיות משפטית.

רקע עובדתי: סלומון ניהל עסק שנים רבות, אך בשלב מסוים החליט לארגן אותו בצורה של חברה. החוק האנגלי קבע שבשביל להקים חברה יש צורך בלפחות 7 בעלי מניות- ולכן בעלי המניות היו הוא, אשתו וחמשת בנותיו. מניה אחת לאשתו ולכל ילדה, ו-994 מניות לו. המנהל של החברה הוא סלומון עצמו. אחרון העובדים של החברה הוא סלומון. החברה החלה להפסיד והעסק מתחיל לצבור חובות. סלומון מתחיל לפרק את החברה, ולכן צריך לפרוע חובות. לא נשאר בחברה מספיק כסף לפרוע את כל החובות. מפרק החברה מחפש להשיג עוד כסף שיוכל לשמש לפירעון החובות של החברה. הוא תובע את סלומון ע"מ שהוא יכסה את החובות. סלומון טוען שאין מה לפנות אליו ושעל המפרק לתבוע את החברה. לפי סלומון, הוא לא חייב לנושים כלום, זו החברה שחייבת להם.

ביהמ"ש: בשתי ערכאות המפרק זוכה, אך ברגע שהתביעה מגיעה לבית הלורדים המצב משתנה. בית הלורדים קובע שסלומון צודק, ושאכן סלומון האדם הוא לא החברה**,** מדובר בשתי אישיויות שונות. כלומר, ביהמ"ש קובע כי סלומון האיש זה לא סלומון החברה, וכך סלומון החברה זה לא סלומון האיש. כל אחד משני הדברים האלו, זאת דמות משפטית העומדת בפני עצמה. סלומון הוא אישיות משפטית העומדת בפני עצמה, ואדון סלומון עומד בפני עצמו- אך הוא זה אל החברה והחברה זה לא הוא. לכן, החובות הללו היו חובות של החברה במהלך פעילותה העסקית, כך שאם לחברה יש נושים, היא זו שצריכה לפרוע את החובות. היריב המשפטי של כל אחד מהנושים זו החברה, מטוב ועד רע. כך שאם החברה עצמה לא יכולה לפרוע, אין מקור אחר לכסף. יש חציצה בין בעלי המניות לבין החברה, ואיש בחובותיו יישא. אם מפנימים את ההפרדה וסלומון החברה היא אישיות משפטית בפני עצמה, ההבחנה הזאת תקפה גם בעתות משבר, ולכן בית הלורדים פוסק לטובתו.

פה ניתן להתייחס את ההגדרה של בעלי מניות- אגד זכויות בחברה, לא נכתבה שום מילה הקשורה לחובות, רק זכויות.

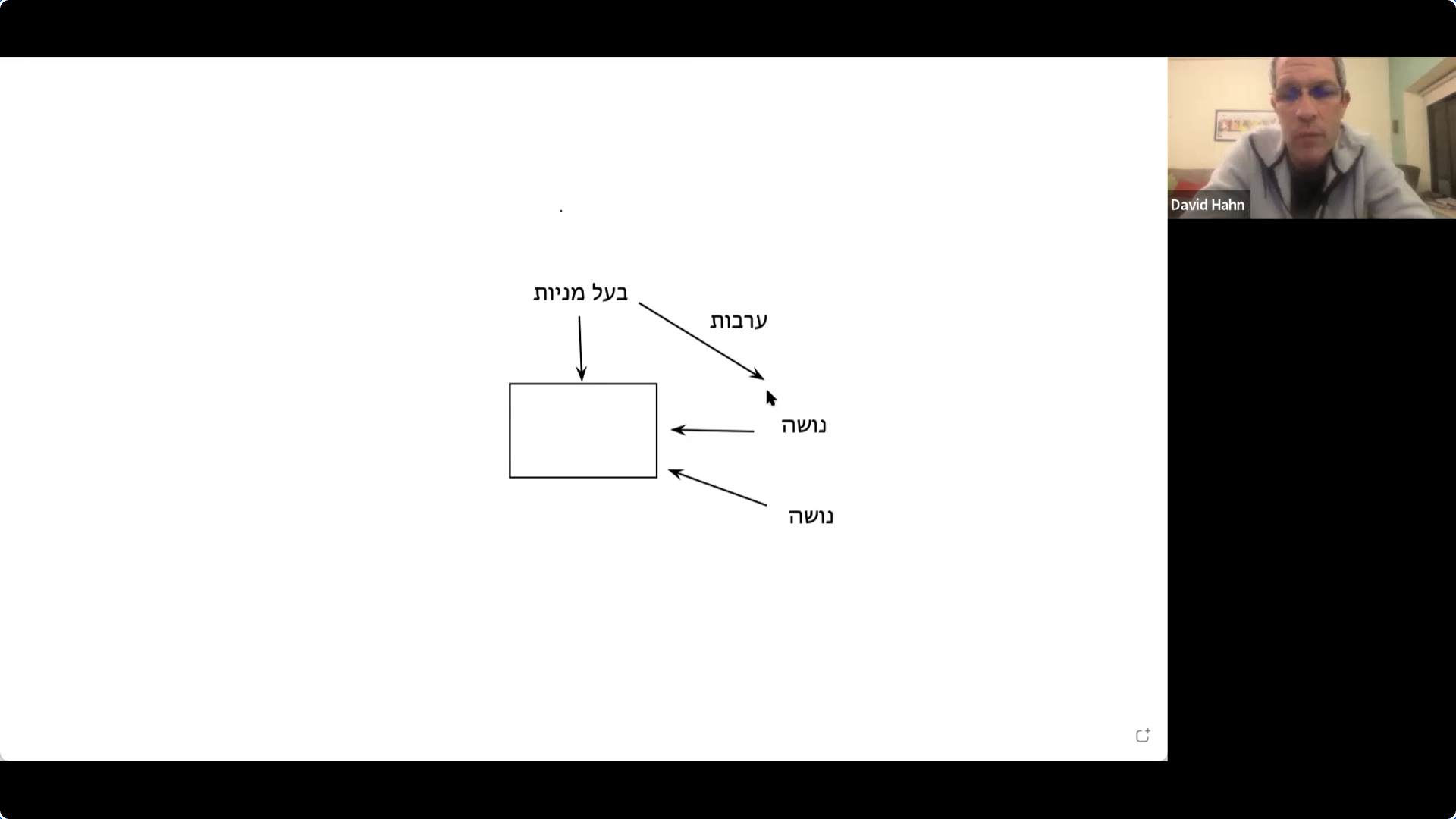
האם התוצאה המשפטית של פס"ד מניחה את הדעת? בדיני חברות הצורה גוברת ברובם של המקרים ככולם על המהות. ראינו זאת בהולנדר (שם ביהמ"ש שלל את האפשרות שרוח הסכם תשפיע על התקנון) ועכשיו בסלומון. אנחנו מזהות את החיבור בין האיש לחברה- ששכן, האיש עצמו הוא העסק. אך הפורמאליות אומרת אחרת, ואנחנו נלך לפי הפורמאליות ולא לפי המהות. הפורמאליות היא חשובה משום שהיא קובעת את הדין, אך האם זה משכנע? איך זה מניח את הדעת? כי האינטואיציה מושכת לכיוון אחר- שלא הגיוני שאת הטוב סלומון לוקח, אבל את הרע הוא זורק על ה"חברה".

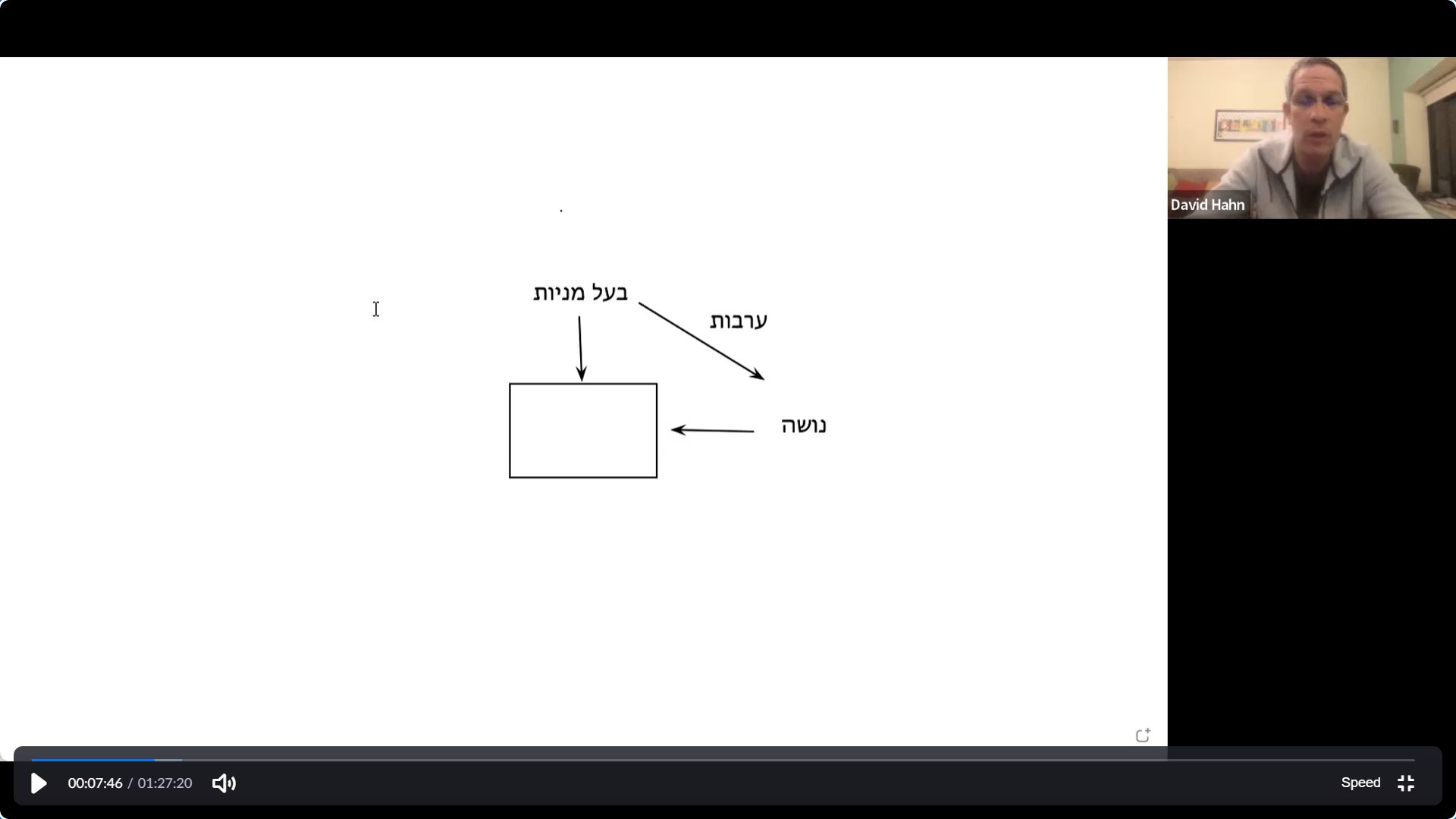
רקע היסטורי סביב פס"ד: פס"ד ניתן במאה ה 19- עידן המהפכה התעשייתית. שהזניקה קדימה את הטכנולוגיה וכל חיי המסחר בעולם במכפלות גדולות. ההתפתחות של מכשור תעשייתי, פטנטים שנוצרים וקידמה מדעית- מזניקים את יכולת הייצור והפיתוח בעולם בצורה משמעותית קדימה, והשגשוג הכלכלי יכול להתעצם, אך יש לזה גם עלויות. כשיש התפתחות כל כך משמעותית קדימה- אחד הדברים שנדרש כדי למצות את הפוטנציאל החדש שנגלה לנגד עינינו זאת השקעה כספית גדולה. כדי להתניע את הרעיון, בראשית הדרך צריך כוח דוחף- ואחרי זה, כבר תופס את המומנטום. אז אחד הדברים שהמהפכה התעשייתית זקוקה לו במסגרת ניצול הפוטנציאל הזה, זה השקעות כספיות- הרבה כסף בעסקים גדולים וקטנים כאחד (עד למימוש הפוטנציאל). ההכרעה בפס"ד סולומון למעשה נותנת את המצאת המאה ה-19, לפיה ניתן להמציא אישיות משפטית ולהוביל להפרדה בין הבעלים לבין החובות של החברה. רווחים של החברה מקנים רווחים לבעלי המניות, אך חובות של החברה הם חובות שלה ולא של בעלי המניות. אגד זכויות בחברה אך בלי חובות- מי לא ירצה להשתתף בזה? היכולת לגייס כסף ולמשוך השקעות זינקה- היתרון של הלכת סלומון הוא יתרון אדיר. הוא הופך את רוב השחקנים לשחקנים שיתעניינו ויגלו נכונות להשקיע בעסקים- מה שבעקיפין מזניק את הכלכלה והפיתוח. הנכונות של כולם להשתתף במימון, הולכת וגדלה, שכן הסיכונים בזה יורדים מהפרק. זה הרציונל הכלכלי מאחורי העיקרון המשפטי- של הכרה בגוף כאישיות משפטית. גוף שעומד בפני עצמו ויש לו חיים משפטים שלעצמו- לטוב ולרע. מאחורי הפורמליסטיות הזו יש מחשבה מהותית כלכלית, שכדי להגשים אותה חייבים לנקוט בקו פורמליסטי-משפטי, מאחר שלא לנקוט קו זה יהיה פספוס של עקרונות מהותיים כלכליים.

**האם באמת ההפרדה בין בעלי מניות לבין חברה גרועה עבור המלווה?**

נכון שהנושים סובלים מההפרדה בין החברה לבעל המניות, אך זה בעיני המתבונן. אם למשל לבעלי מניות יש חובות משלהם, אולי עדיף למלווה לחברה שתהיה הפרדה. כמו שהפרדה משפטית מצמצמת את מי שניתן לגבות ממנו (ניתן רק מהחברה ולא מבעלי המניות) כך היא גם עשויה לצמצם את כמות הנושים הנוספים שצריך להתמודד איתם. כך שהשאלה האם הפרדה בין החברה לבין בעלי המניות טובה או רעה לנושים תלויה בנסיבות והתשובה לה מורכבת. לעיתים זה לא נוח לנושה, אך לעיתים זה יכול לשחק לידיו. יכול להיות שגם לאדם פרטי יש נושים בחייו. יכול להיות שסלומון לא יוכל לתבוע את החברה ולנסות לגבות מהרכוש של החברה- כי סלומון זה לא החברה והחברה זה לא סלומון, אלו שני גופים שונים משפטית. הנושים יברכו על ההפרדה בין חברה לאיש פרטי, כי ביום שיהיו קשיים לאדם הפרטי, אולי החברה לא תוכל להגיע אליו, אך החשוב מכל הוא לא יוכל להגיע לחברה. רק הנושים יוכלו להגיע לקופת החברה.   
מה שחשוב זה לא כמה בעלי מניות יש ומה הזהות שלהם, אלא השאלה החשובה היא שהגוף שלעצמו, החברה מוגדרת כאישיות משפטית ומוכרת ככזו. ואם היא אישיות משפטית, ממילא כל דמות משפטית אחרת לא נושאים בחובותיה כפי שהם לא נושאים בזכויותיה. כך שסלומון לא חב בחובות החברה סלמון, אך יש לזכור גם שסלומון הוא לא בעלי הרכוש של החברה- כמו המכונות וכולי- הבעלות היא של החברה ולא שלו, הוא רק בעלי מניות החברה- שזה מקנה לו זכות הצבעה באספה הכללית ודיבידנדים. כך שאם סלומון עצמו נקלע לקשיים, הוא לא יוכל לקחת מרווחי החברה לפני הנושים.

לצד כל זאת קיימות גם אפשרויות נוספות להקטנת הסיכון מצד המלווה, למשל קבלת ערבות אישית מבעלי המניות. למשל, נסתכל על השרטוט- יש בעל מניות, יחיד או כמה, חברה ונושה. לפי העיקרון שלמדנו, של אישיות משפטית מכוח ס' 4 לחוק החברות- הביטוי הקלאסי בפס"ד סלומון, הנושה של החברה יכול לתבוע את החברה שתשלם לו את מה שהיא חייבת לו, הוא יכול אולי במסגרת הליכי תביעה ולעקל את הרכוש של החברה. אך הוא לא יכול לתבוע את בעל המניות. אבל מה יקרה אם בשעה שאותו נושה הפך להיות נושה החברה אך הוא דורש כתנאי להלוואה שבעל מניות של החברה יחתום ערבות לטובת הנושה, החוב כלפיו. כך, שאם לחברה לא יהיה את הכסף לשלם לנושה, אז בעל המניות יהיה ערב. האם הדבר אפשרי? לכאורה הערבות פוגעת בעקרון של דיני החברות של אישיות משפטית והפרדה בין בעלי המניות לחברה. הנושה בעצם מנסה לגרור את הבעל המניות ולחוב אותו על חוב שעל פי דין איננו מחויב לזה- שכן החברה היא אישיות בפני עצמה ורק היא חייבת את החוב כלפי הנושה. התשובה היא שדיני הבחרות לא יוצרים קשר\ יריבות משפטית בין בעל המניות לנושה החברה- ורק החברה חייבת לו. אך לצד דיני החברות יש ענפי משפט משלימים- כך במסגרת דיני החוזים, אותו נושה יכול לטעון כי התנאי לצורך יצירת הקשר החוזי, זה שבנוסף להתחייבות החברה יקום אדם נוסף, אישיות משפטית אחרת, ייתן ערבות כנגד החובות. הנושה יכול להכתיב את התנאי במסגרת חופש החוזים וזו אפילו פרקטיקה רווחת בישראל. כמעט כל חברה, יש פרקטיקה בנקאית כשהחברה באה לקבל אשראי מהמלווה, הבנק כביטחון לחוב מתנה ערבות לטובתו. כך כשהחברה כשחברה לא תוכל לפרוע את החוב, אדם שלישי כאישיות משפטית יכול להתחייב חוזית כערב כלפי הנושה. בסוף הכל עניין של כוח מיקוח, אם לבנק יש יותר כוח מיקוח הוא יוכל לדרוש ערבות.   
כך שהעיקרון של אישיות משפטית והפרדה בין אישיות שונות, לא מתקיים במציאות, התניה חוזית על העיקרון הזה של דיני החברות- שניתן להתנות עליו דיספוזיטיבית, באמצעות תניה חוזית על ערבות של בעל המניות, והגענו למציאות טרום דיני חברות, שכל מסגרת ארגונית בעל המניות חב גם חובות, בשונה מדיני החברות שקובע כי לא חלים עליו חובות.





דוגמא נוספת: נכנס עוד נושה לתמונה. בעוד שהנושה הראשון קיבל ערבות להלוואתו, הנושה השני לא. הנושה הזה לא יוכל לתבוע את בעל המניות לפרוע את החוב. הנושה הראשון כן יוכל כי יש ערבות לטובתו. כך שזאת שאלה עובדתית.

**אחריות בלתי מוגבלת**

להפרדה בין החברה לבעל המניות נוהגים לקרוא עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת- החברה הפכה להיות אישיות משפטית בפני עצמה. ניתן גם לקרוא לזה כאחריות מוגבלת של בעלי המניות. הרבה פעמים מדברים על היחס בין האישיות המשפטית הנפרדת לאחריות המוגבלת של בעל המניות. השאלה היא האם זה שני צדדים של אותם מטבע או שזה פן שונה? זאת שאלה שנענה עליה דרך פס"ד הישראלי פרי העמק.

כפי שציינו בהתחלה, ס' 18 קובע ארבעה פריטים שצריך לכלול אותם בתקנון חברה, ואם לא התקנון לא יחשב תקנון תקין והרשם לא יקבל אותו לצורך רישום החברה. הזכרנו שלושה: שם החברה, מטרות החברה, פרטים בדבר ההון הרשום, כשהרביעי הוא אחריות מוגבלת. הגבלת האחריות זה לקבוע, להצהיר בתקנון שבעלי המניות של החברה אינם חבים בחובותיה, זה נובע מכך שהחברה היא אישיות נפרדת. מכאן, שברמה העקרונית יכולה להיות חברה שבעלי המניות כן חבים בחובותיה, אך איך זה מתיישב עם כך שהחברה היא אישיות משפטית נפרדת- אם היא דמות העומדת בפני עצמה, דמויות אחרות לא חייבים בחובותיה. זאת נקודת המוצא הבסיסית, אך תיאורטית ניתן להתנות על כך- בעל המניות בעצם מוותר על הפריווילגיה הזאת, כך שברמה העקרונית בעלי המניות אכן יכולים להסיר את החסינות שלהם ולחוב, אם נכתב בתקנון שאחריות בעלי המניות היא בלתי מוגבלת. אבל זאת תשובה ברמה העקרונית, ברמה המעשית לא נמצא חברה שבה אחריות בעלי המניות היא בלתי מוגבלת. וזאת משום, שבדרך כלל השיקול שעומד בבסיס הקמת החברה כמסגרת משפטית מחייבת, במידה רבה זה בדיוק בשביל היתרון שיש לבעלי המניות- המשקיעים לא חבים בחובות החברה וחייבים רק במה שהם התחייבו להשקיע כנגד קבלת המניות. כך שהסטנדרט הנפוץ הוא שהאחריות של בעלי המניות מוגבלת ולא בלתי מוגבלת. כשהקוד המשפטי המפורסם שמקודד את האחריות המוגבלת הזאת- זה בע"מ- בערבון מוגבל. האחריות של בעלי המניות לחובות החברה היא מוגבלת לכדי שיעור השקעתם בחברה.

ס' 18 מפנה לס' 35 שם יש פרטים בדבר רישום הגבלת אחריות.

**פס"ד פרי העמק**

פס"ד ישראלי שגם הוא מביא לידי ביטוי את נושא האישיות הנפרדת והאחריות המוגבלת. דרך הניתוח של השופט ברק, מתחדדת לנו נקודה מעניינת בנושא שאנחנו עוסקות- אישיות משפטית של החברה ואחריות מוגבלת של בעלי מניות, האם אלו שני צדדים של אותו מטבע (שני ביטויים של אותו דבר) או פנים משלימים. זאת מחלוקת בעלת ניחוח אקדמי- של עיסוק בתורה לשמה.

רקע אגודה שיתופית: במקרה זה מדובר על פרי העמק שהיא אגודה שיתופית. אגודה שיתופית היא מסגרת תאגידית שונה, שבדומה לחברה, כשחוק החברות מסדיר את פעילות החברה, כך פקודת האגודות השיתופיות מסדירה את פעילות האגודה (עוד לא חוקקו חוק ישראלי חדש במקום החוק האנגלי). בדומה לבעלי המניות בחברה, גם לחברים באגודה יש אגד זכויות- לבעלי הזכויות באגודה שיתופית, השם של בעל הזכויות הוא חבר (חבר באגודה שיתופית מקביל לבעל מניות). החברים באגודה הם בעלי הזכויות ההוניות, ייהנו מהרווחים של האגודה והם יחולקו להם, קבלת החלטות (כמוש בעלי מניות מתכנסים לאספה כללית להצביע בענייניה של החברה). מה שמאפיין מבחינה היסטורית ארגונית את האגודות השיתופיות- זה שהן תאגידים, ובעלי הזכויות ההוניות הם גם בעלי הצווארון הכחול- הם בעלי התאגיד. מה שלא בהכרח נכון לגבי חברות- בעל מניות בחברה לא חייב להיות מעובדי החברה. האגודה השיתופית אחד ממאפייניה- החברים, בעלי הזכויות, הם גם העובדים של החברה, ולכן זה גם שמה- הם משתתפים בכל- גם בהון, זכויות וגם בכוח העבודה. בעלי הזכויות הם גם הגורם היצרני. חבר בקיבוץ הוא גם היצרן וגם מי שנהנה מהפירות, בעוד שבחברות זה לא הכרחי (הרבה פעמים בעל המניות רק נהנה מהפירות). אם אגודה שיתופית היא אישיות משפטית, כנראה שהיא יכולה להיות בעלת רכוש. הרכוש יכול להיות קרקע חקלאית של הקיבוץ והרכוש יכול להיות גם זכויות חברות באגודה שיתופית אחרת. פעילויות עסקית מעוגנות דרך אגודה שיתופית בדרך כלל זהו הסקטור החקלאי, מתוך סיבות היסטוריות. באופן מסורתי, המסגרות החקלאיות- מושבים, קיבוצים וכו, התארגנו במסגרות הללו של אגודות שיתופיות, כך שרובם של הקיבוצים והמושבים, מאוגדים כאגודה שיתופית. מכאן, אנחנו קוראים לזה חברי הקיבוץ- כי הם חברים באגודה השיתופית. עוד סקטור שהיו בו אגודות שיתופיות הוא סקטור התחבורה הציבורית- היו שני תאגידים בלבד שהסדירו את התחבורה הציבורית- אגד ודן. כל נהגי האוטובוסים היו גם החברים ובעלי הזכויות ברווחים.

עובדות המקרה: פרי העמק הייתה אגודה שיתופית מרכזית שחלשה והייתה בקשר עם אגודות שיתופיות נוספות. כל אחת משלושת האגודות היו חברות בפרי העמק- בדיוק כמו שחברה תהיה בעלת מניות של חברה אחרת. האגודות האלה הן אגודות שיתופיות של קיבוצים ומושבים באזור העמק, אך הם התאגדו לתאגיד משותף שכולם חברים בו מצרכים פרקטיים. כל אחד מהמשותפים, מייצר ומגדל לעצמו תוצר חקלאי שניתן לשיווק- כל אחד משלם הוצאות שיווק וכל הנוגע למכירת התבואה. במקום שכל אחת מהאוגדות יישאו בהוצאות, הן התייעלו והתאגדו לגוף מרכזי אחד (פרי העמק). כולם יספקו את הסחורות החקלאיות, אליו, הם יתמחו בגידול, בעוד שהגוף המרכזי בסמכותו כל עניין השיווק ואת הרווחים יחלקו בין שלושתן לפי חלק יחסי. הדברים השתבשו כשפרי העמק נקלעה לקשיים כלכליים- היו לה נושים ובשלב מסוים היא לא מצליחה לשלם את החובות, לא היה לה מספיק כסף לשלם חובות שלה. בדיוק כאן אנחנו נכנסות לסוגיית האישיות הנפרדת. במקרה הזה, לא באו הנושים ודרשו את הכסף מכל קיבוץ עצמו- הם יכלו לתבוע רק את התאגיד. הרקע היה אי תשלום בשל קשיים כספיים, בפועל מתעורר דיון פנימי בקבוצה של פרי עמק לבין החברים בתוכה- דיון בו חלק מהחברים יזמו שינוי תקנון בפרי העמק, בו יקבעו ס' שלרגל מצוקתה של פרי העמק וחוסר יכולתה להתמודד עם החובות של הנושים, כל אחד מחברי האגודה השיתופית יתרום ויוסיף השקעה נוספת ויחסית בתוך פרי העמק על מנת להגדיל את קופתה ובכך לצבור כסף לתשלום החובות. הבעיה הייתה שחלק מהחברים התנגדו- ערכו הצבעה באספת החברים והרוב היה בעד. המיעוט לא משלים עם התוצאה וטוען שההחלטה של הרוב לא מחייבת אותו. סוגיה זו מגיעה עד העליון כשהשאלה היא האם שינוי התקנון המוצע שדורש מכל אחד מחברי האגודה להוסיף סכום כסף נוסף תקף. האם ההחלטה של אספת החברים באגודה השיתופית מחייבת את כולם והם מחויבים לשלם את הכסף להצלת פרי העמק.

טענות: המתנגדים טוענים שאין בכוחו של הרוב לחייב את המיעוט להוסיף תשלום נוסף. הרוב מצד שני טוען שניתן, וזאת משום שבתאגידים יש משטר של רוב- הכרעות רוב, שינוי התקנון הוא ברוב ולא פה אחד, ואכן השינוי שנכנס ברוב תקף ומחייב את כולם.

השופט ברק מפנה לס' בפקודת החברות דאז, שהס' הזה מופיע היום כס' 20(ד) לחוק החברות. ס' 20 עוסק בשינוי תקנון: -ס' 20א אומר כי ניתן לשנות תקנון ברוב רגיל, -ב- מדבר מה קורה אם יש הוראה בתקנון שקובעת שהרוב בשינוי התקנון הוא רוב גבוה יותר. לא דיברנו על ס' 20ד שקובע כי כשיש נושא אחד שרוצים להכניס אותו בהמשך הדרך של החברה לתקנון (ולא היה במקור), כשינוי לתקנון. הוא יכול להתקבל אך ורק בהסכמת כל בעל המניה, וזה לא מחייב את בעל המניה שבמיעוט- הרוב לא יוכל לכפות על המיעוט. בכל דבר אחר הוא אחר, ניתן לכפות ולחייב את המיעוט בהצבעת רוב. נושא אחד לא יחייב בעל מניות בלי שהוא מסכם לכך- הנושא הוא הוספת כסף פרטי לקופת החברה. הרוב לא יכול לקבוע, גם אם הוא מוסיף כסף, לחייב את המיעוט להוסיף את הכסף לקופת החברה. ניתן להסכים מראש כי אז יש את כלל האחריות הבלתי מוגבלת, אך שינוי בהמשך לא אפשרי.

העניין שבפקודת האגודות השיתופיות אין סעיף כזה שמגבילה את כוחו של הרוב להצביע על הוספת עוד כסף שתתקבל רק בהסכמה של כולם, בעוד שבחוק החברות ובפקודת החברות דאז כן היה. אלה שטוענים שניתן לחייב את המיעוט, בפקודת האגודות השיתופיות אין איסור, משמע הסדר שלילי ולכן ניתן לחייב את המיעוט. ואילו המיעוט אומר שמדובר בלקונה שצריך להשלים אותה.

ביהמ"ש: ברק אכן פוסק לפי דעת המיעוט שהתנגד לשינוי שהתקבל. מדובר בלקונה ולא בהסדר שלילי- לא ניתן לראות את זה כהסדר שלילי, אלא לקונה הנדרשת להשלמה- שכן, מבחינה רעיונית אגודה שיתופית וחברה זה דומה (רעיון שכל אחת מהחברות עומדת בפני עצמה, השתתפות ואחריות החברים איננה לכסות חובות האגודה וכו). אלו שני חוקים שמתבססים על אותו הרעיון, ניתן להקיש מפקודת החברות ומיישם בפקודת האגודות השיתופיות. אם בחוק החברות יש הגבלה על כוחו של הרוב לחייב את המיעוט להוסיף על השקעתו, אז ניתן להקיש וליישם על פקודת האגודות השיתופיות. למה? וזאת משום שאלו מוסכמות יסוד של דיני קניין, בעל המניות הוא אישיות משפטית, והכסף שלו הוא רכוש פרטי וקניין אישי שלו, מה פתאום שאחרים יחייבו אותי מה לעשות עם הכסף שלי- רק הוא יחליט עבורו ולא אנשים אחרים. אם הוא היה מתחייב חוזית כלפי נושה של פרי העמק, במקרה כזה יהיה אפשר לדרוש ממני לשלם. כי הוא התחייב מעצמו, רצונו וחוזית להיות ערב- הכל תלוי בהחלטות אינדיבידואליות שלו.   
ברק עורך דיון משפטי-אקדמי, מה שקבענו כרגע שרוב לא יכול לכפות על מיעוט, להוסיף השקעה נוספת אל קופת החברה. הקביעה הזו, זו מהותה של הגבלת האחריות בעלי המניות / חבר באגודה השיתופית, אחריותם מוגבלת לסכום ההשקעה ולמה שהם עצמם הסכימו במקור ואין בכוחו של הרוב לדרוש, לחייב ולהתגבר על כוחה של האחריות הזו. השופט ברק קובע כי הגבלת האחריות היא ביחס בין בעלי מניות לבין עצמם או בין חברי אגודה שיתופית לבין עצמם, הנושים הם ברקע אבל זה לא קשור ישירות אל הנושים. ביחס הפנימי ביניהם- האם הרוב יכול לחייב את המיעוט להוסיף עוד כסף לתאגיד? התשובה היא לא, ולעיקרון זה הוא נותן את השם הגבלת אחריות. כלומר אחריותו של בעל המניות מוגבלת למה שהוא אישית הסכים ולא מעבר לזה, אף אחד לא יכול להחליט בשבילו היא מוגבלת למה שהוא הסכים להשקיע. לעומת זאת, האישיות המשפטית הנפרדת שאומרת שפרי העמק זה אישיות נפרדת שעומדת בפני עצמה- קובעת שהנושים שלה לא יכולים לתבוע את חברי האגודה, כי היא עצמה היריב של הנושים ולא האגודות השיתופיות עצמן.

נחזור רגע לדוגמא של הוועד כיתה, נניח שאספתם כסף לאיזושהי פעילות והוועד מרכז את הכסף אצלו אבל הוועד לא מוכר כאישיות משפטית, האם נושה של אחד מכם יכול לגבות מהוועד? (נושה שהלווה לכם ועכשיו בא לגבות מכם את החוב) האם הוא יכול לקחת את הכסף ששמת בוועד הכיתה? התשובה היא חד משמעית כן, כי אם וועד הכיתה הוא לא אישיות משפטית אז הוא לא הבעלים של הכסף הוא רק שליח שמחזיק מטעמכם את הכסף אבל אתה נשארת הבעלים של הכסף. הוא מוחזק ע"י הוועד אבל אתה עדיין הבעלים של הכסף ששמת שם. האישיות הנפרדת כאשר היא כן מוכרת אז מי שנושה בה לא נושה בך , מי שנושה בך לא נושה בה, יש את החציצה הזו על סלמון בין חברת סלמון לאדון סלמון, בין פרי העמק לכל חבר מפרי העמק. אומר השופט ברק בפס"ד פרי העמק, הנושים שיכולים לגבות רק מהתאגיד ולא מחברים התאגיד או מבעלי המניות בתאגיד, קוראים לעיקרון הזה שיש לנושים יריבות רק כאן ולא עם החברים האלה לזה קוראים אישיות נפרדת, זו המשמעות זאת התוצאה הנובעת מהכרה מהדמות הזו כאישיות משפטית שעומדת בפני עצמה, שזה מגביל את היריבות של כל יריב בגוף הזה אליו בלבד ולא לאלה שבעלי זכויות בו כי הם דמות משפטית אחרת, הם זה לא הוא והוא זה לא הם. זה שלנושים יש חץ רק לכיוון פרי העמק ולא כלפי חברי האגודה השיתופית, זה נובע מהאישיות המשפטית של פרי העמק. וזה שהחברים לא יכולים לחייב את החבר הנוסף שלא מוכן לכך להוסיף עוד כסף לקופה גם אם הרקע להוספת הכסף, הוא לסגור עניין עם הנושים (להרגיע אותם) לזה שהם לא יכולים לחייב אותו, לזה קוראים הגבלת אחריות.

ז"א השופט ברק רואה בהגבלת אחריות ובאישיות משפטית שני תפקידים שונים:

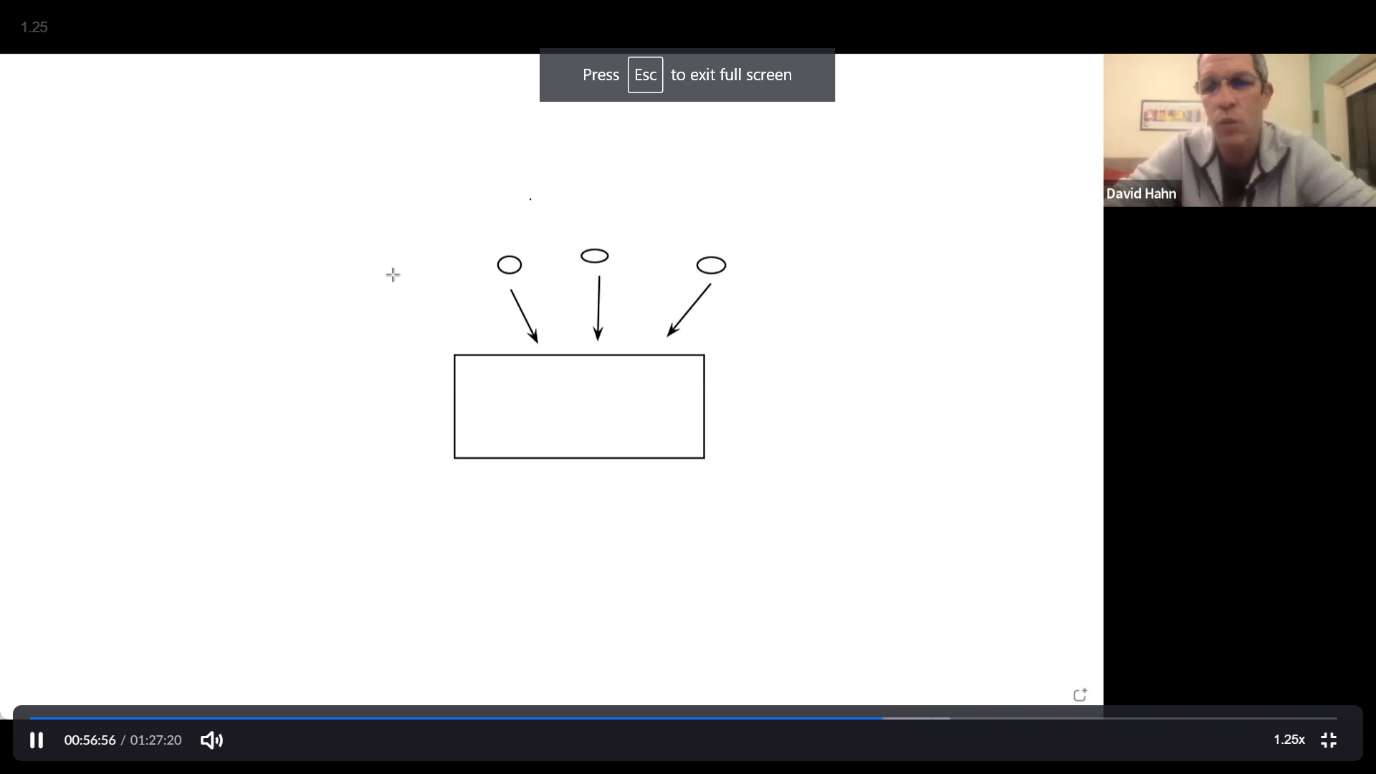
* אישיות משפטית עובדת כלפי חוץ כלומר כלפי הנושים
* הגבלת אחריות עובדת כלפי פנים, כלומר בין בעלי המניות לבין עצמם או בין חברי האגודה לבין עצמם.

הגבלת האחריות זה "שר הפנים" ואישיות משפטית זה "שר החוץ", זה שני צדדים של פנים שונים שמשלימים את אותה סוגיה. פרופ' אוריאל פורקצ'יה, תמיד אמר שזה ניתוח אקדמי ואבחנה יפה אבל זה שני פנים של אותו דבר, מאחורי שניהם מסתתר אותו דבר. איך מתמודדים עם הנושים כאן, זה התמודדות רק של התאגיד או גם של החברים (בעלי המניות)? האישיות המשפטית אומרת רק של התאגיד וגם האחריות המוגבלת אומרת רק של התאגיד. ירצו הנושים לדרוש, ירצו אחרים לדרוש אף אחד לא יכול לבוא לבעל המניות המסרב ולהגיד לו שלם עוד כסף. כי הוא לא אחראי משפטית והוא יכול לעמוד בסירובו.

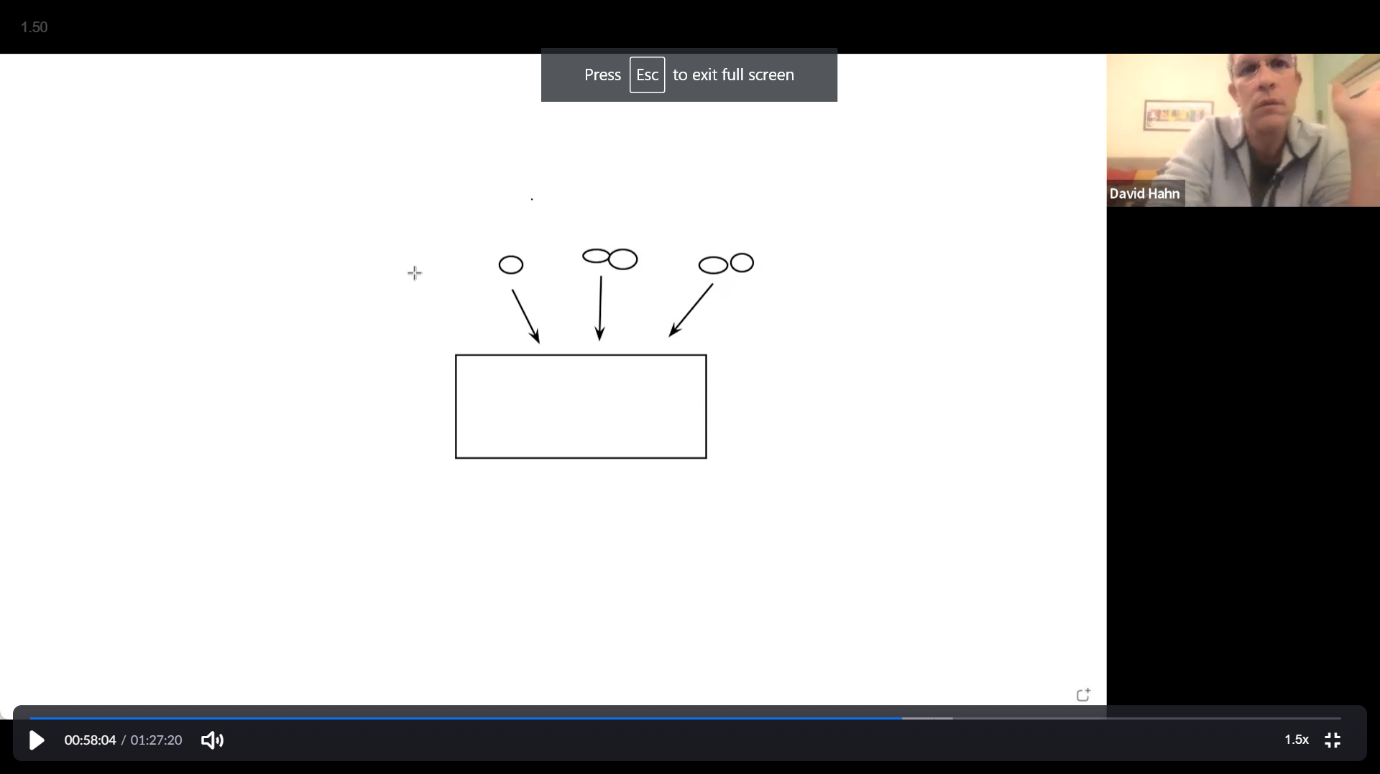
**תימרוץ בעל המניות המסרב לשלם**

אי אפשר לכפות על בעל המניות המתנגד לשלם, לא בעל המניות ולא הנושה אבל האם יש דרך פרקטית (כלכלית , עסקית) לתמרץ אותו לשלם? כן יש, מתרחשת הרבה פעמיים.

יש לנו בעלי חברה, בעלי מניות, הראשנים הקטנים זה בעלי המניות. עכשיו לחברה יש בעיות עם הנושים, יש רוצים להוסיף כסף, הם רוצים והוא לא רוצה אנחנו כבר יודעים שאי אפשר לחייב אותו מבחינה משפטית. האם ניתן לתמרץ אותו ? בעלי המניות יאמרו כי אנחנו נשקיע עוד כסף בחברה אתה אם אתה לא רוצה אתה לא חייב, אבל שאנחנו נשקיע עוד כסף בחברה זה השקעה הונית, זה בעצם שהחברה מגייסת עוד כסף (פעולה בשוק הראשוני). החברה תנפיק לנו עוד מניות כנגד הכסף הזה , כל אחד במקור שילם 100 ₪ קיבל מניה.



נניח ששום דבר לא השתנה ואף אחד לא לקח הלוואות נניח שנינו נשלם עוד 100 ₪ לחברה. נשקיע עוד 100 ₪ כנגד עוד מניה. אתה לא תקבל עוד מניה כי אתה לא הוספת כסף, אנחנו לא יכולים לחייב אותך, אתה לא רוצה אל תשקיע אבל שים לב שלכל אחד מאיתנו יש שתי מניות ולך תהיה רק מניה אחת. כזכור היה לך קודם 1/3 מכוח ההצבעה (כאמור דילול זכויות הצבעה כפי שדיברנו כבר), עכשיו יש חמש מניות בחברה יש לך רק 20% לעומת שאר חברי האגודה שיהיה לכל אחד מהם 40%. מצד אחד לא הוספת שקל אנחנו לא יכולים לחייב אותך להשקיע אבל מצד שני אתה לא יכול גם לתקוע מקלות בגלגלים, זה כללי המשחק בדיני חברות ז"א אתה אל יכול לאחוז בחבל משני קצותיו, אם אתה לא רוצה להוסיף אתה לא חייב (אי אפשר לחייב אותך, הרוב לא יכול לחייב אותך ס' 20(ד) ופס"ד פרי העמק, הנושה בטח לא יכול לתבוע אותך – פס"ד סלמון). אבל שאתה לא מוסיף אתה לא יכול למנוע מאיתנו להוסיף ולקבל עוד מניות, אתה לא יכול למנוע מהחברה לגייס עוד כסף כי לא בא לך שידללו אותך , גם את זה למדנו דירקטוריון מחליט על הנפקת מניות, בין אם בעלי המניות רוצים או לא וזה עד גבול ההון הרשום יכולים (כל עוד לא הגענו להון הרשום יכולים).



אם אתה רוצה תשקיע גם אתה עוד 100 ₪ תקבל עוד מניה ואז יהיו 6 מניות וזה יהיה 1/3 לכל בעל מניות אבל אם אתה לא תשקיע עוד 100 ₪ אז יהיה לך אתה תישאר עם המניה שהייתה לך ושאר בעלי המניות שהשקיעו עוד 100 ₪ יש לנו 2 מניות והצלנו את החברה וגייסנו עוד כסף. בנתיים מה שקרה ששאר בעלי המניות בעצם הגדילו את כוח ההצבעה שלהם ואתה עם מניה אחת אז בעצם הכוח ההצבעה שלך קטן. בעל מניה שלא מוכן להיות מדולל בזכויות הצבעה, יגיד אם זה המשחק אולי כן יהיה מוכן להשקיע עוד 100 ₪ כדי שיהיה לי עוד מניה שאני אשמור על 1/3 מחלקי מזכויות ההצבעה שלי בחברה. זה דרך לתמרץ אבל עדיין ירצה ישקיע לא ירצה לא ישקיע, תמריץ יש אבל חיוב משפטי אין.

הערה לפרי העמק- של המרצה:

מה שקרה בפועל (מבחינת עובדתית), אלה שרצו להציל אמרו כן נשקיע עוד כסף, בעוד שהן רצו לחייב את המיעוט שישים את חלקו ובא בית המשפט העליון ואמר שאי אפשר לחייב אותו. וכאן התוצאה, מבחינה משפטית הוא אותו רעיון כמו בחברות אבל מבחינת התמריצים הוא מעוות. להבדיל מחברה, איך אנחנו קובעים את כוח ההצבעה היחסי אצל בעלי המניות? כבר אמרנו לפי מס' המניות, כל מניה שווה קול. כלומר למי שיש יותר מניות יש יותר קולות (יותר כוח הצבעה) ואם יש פחות מניות אז פחות. בעוד שבאגודה שיתופית (סקטור קיבוצי, חקלאי, כל מה שאמרנו), יש שוויון בין החברים, זהו אתוס סוציאליסטי של שוויון. חבר הוא חבר, לא משנה מה מידת התרומה, זה לא משנה כי חבר הוא חבר. בזכויות ההצבעה, קול של זה וקול של זה הם זהים כלומר חבר אחד קול אחד. זה יוצר כאן עיוות, כי אם אני לא יכולה לחייב את החבר לשלם שאני כן משלם, ובמצב של חברה הייתי אומר לו אתה תדולל בכוח ההצבעה שלך, כאן הוא לא ידלול בכוח ההצבעה שלו גם אם אני אוסיף עוד כסף. זכויות ההצבעה שלנו נשארות, קול אחד לכל חבר. זה כבר פחות משכנע, זה נכון מבחינה משפטית כי זה הדין. אבל בפרשנות בהערת שוליים על פס"ד, הפכנו את החבר הקטן שמתנגד "לנבל ברשות החוק", טרמפיסט שתופס טרמפ על הגב של שני אלה. הרי אם הם ישקיעו ויצילו את פרי העמק שהיא תשלם לנושים ותוריד אותם מעל הפרק, והם לא יאיימו לפרק אותה ולהרוס אותה ולא כלום, והיא תמשיך להתקיים ולתת שירותים לכל העמק, שירותי תובלה ושינוע ושיווק. מי יהנו מכך? כולם יהנו מכך גם אלה שהשקיעו וגם זה שלא השקיע. האם זה שלא השקיע משלם מחיר על אי ההשקעתו מבחינת תמריצים? לא. וגם כוח ההצבעה שלו לא יורד בשונה מחברה שכוח ההצבעה שלו היה פוחת, היה נשאר עם מעט מניות לעומתם שהיו עם הרבה מניות, נשאר לו אותו קול בדיוק כמוהם. פה בלי לעשות כלום הוא נהנה, תופס טרמפ על הגב של ההשקעה של אלה, וזה מצב לא מניח את הדעת . האם יש לו פתרון במשפט הנוכחי? נכון לעכשיו אין פה פתרון אלגנטי, יש פתרון משפטי ברור, אך הפתרון המשפטי יוצר מצב שאחד יכול לתפוס טרמפ על הגב של האחרים בצורה לא הגונה באגודה שיתופית. בחברה לא יתפוס טרמפ כי כשהם ישקיעו הם יקבלו עוד מניות , הם יגדילו את קולותיהם באסיפה הכללית והוא לא.

**יתרונות האישיות הנפרדת לפי איסטרובוק ופישל**

ס' 4 לחוק החברות יוצר יתרון אדיר למשקיעים- זכויות בלי חובות- יש לי זכויות כבעל המניות אבל אני לא חבה את חובות החברה. רק זכויות כלפי אם היא תרוויח אני אהנה מזה, אם היא תפסיד כל הסיכון עליה. המקסימום הוא איבוד ההשקעה אך לא ידרשו עוד כסף. האישיות המשפטית והאחריות המוגבלת מתמרצים ומושכים השקעות, זה מנוע כספי נהדר של מהפכה תעשייתית של פיתוח משק, של השקעות. במקום שנבזבז את הכסף על צמיחה, נשקיע אותו בעסקים לעסקים יהיה להם יותר מקורות כספיים יוכלו לבצע מחקר, פיתוח, מוצרים חדשים, רעיונות חדשים ושירותים חדשים, והכלכלה תצמח. ככל שהכלכלה תצמח אנחנו נהיה מושקעים שם, אנחנו נהנה מהרווחה הכלכלית הזו לא רק כבעלי מניות. שכן, יהיה יותר מוצרים לשוק, יותר פיתוחים (בריאותיים, רפואיים, תקשורתיים) ואנחנו נהנה מזה כמין אנושי הנהנה מפיתוח של הכלכלה. זה תרומה של הכלכלה בזה שאנחנו מוכנים להשקיע בחברות ומה התמריץ שלנו להשקיע בחברות? אין לנו חשיפה לחובות, אישיות נפרדת החברה עומדת בפני עצמה, אני לא חבה את חובותיה אם יהיו הפסדים.

נציין הסבר נוסף על יתרונות של האישיות הנפרדת והאחריות המוגבלת מבחינת בעלי המניות. הסבר אותו פיתחו צמד פרופסורים בדיני חברות בארה"ב, פרנק איסטרובוק ודניאל פישל מביה"ס למשפטים – אוניבריסטת שיקגו. נניח לצורך העניין שלא היינו מכירים בחברה כאישיות נפרדת, לא היה דבר כזה בעולם. כל המסגרות הארגוניות שאנחנו מדברות- עליהם חברה, אגודה שיתופית, שותפות לא משנה לא מוכרים כאישיות משפטית. רק בני אדם אישיות משפטית, ז"א שגם לא תהיה הפרדה בין בעלי המניות לחברה. במצב היפותטי כזה, כשמשקיע פונה למשקיעים ומבקש שישקיעו בפרויקט שלו- אנו כמשקיעים נבדוק האם ברעיון העסקי יש בו ממש- נבדוק את התחזית והאם יש סיכוי שהעסק הזה יפרח או לא. אבל אומרים איסטרובוק ופישל, אילולא הכרנו בחברה כאישיות העומדת בפני עצמה, אנחנו היינו שואלות עוד שאלה אחת, לפני שאנחנו היינו מצטרפות למיזם- מי הן הדמויות הנוספות המשקיעות יחד איתנו, דהיינו מי שאר בעלי המניות? זה קשור שאם הנחת המוצא שלנו שיש הפרדה, שלא הכרנו בעסק כאישיות נפרדת, אין חוק חברות שקובע דבר כזה. זה אומר שאם הוא יתקדם מי שישא בחובות הללו הם המשקיעים, כי אין הפרדה\ חציצה בין החברה לבעלי המניות . וזה לא נגמר רק פה, אם שלושה משקיעים נושאים בחובות, מה קורה שיש כמה שחבים את אותו חוב במשותף? מי צריך לשלם את זה? ברירת המחדל שלנו בדין האזרחי היא, שלמשל דוד, ראובן ושמעון חבים את החוב ביחד ולחוד- חבות יחד ולחוד. מה זה אומר? שאותו ספק (הנושה) יוכל לבחור אם הוא רוצה לתבוע את דוד או ראובן או שמעו , אם אני רוצה אני תובע את שלושתם ביחד או רק אחד מהם, איך שהוא רוצה. אחרי זה שיסתדרו בניהם- הוא לא צריך לבחור אם הוא לוקח 1/3 מראובן , 1/3 שמעון ו 1/3 דוד. ואחר כך, אם הנושה בוחר באחד, אותו אחד יתבע משאר המשקיעים בתביעה נפרדת שישלמו את חלקם היחסי. לזה קוראים יחד ולחוד, הוא יכול לתבוע את כולם יחד או כל אחד לחוד לפי בחירתו של התובע (של בעל הזכות).   
אך מבחינתי כמשקיעה, אם אני העשירה ביותר והשאר במצב כלכלי ירוד, הסתברות, החשיפה שלי לתשלום החבות בפועל, ולא רק תיאורטית, היא הרבה יותר גדולה מהסתברות של שאר המשקיעים. כך שלמשל, החשיפה של שמעון, למרות שהוא חשוף, היא יותר נמוכה. כך שזהות המשקיעים, מגדיל לי את הסיכון, מגדיל את ההסתברות שיתבעו אותי. בגלל שהסיכון שלי יותר גדול , אני אדרוש שיפצו אותי על זה- נגיד אתה רוצה שאני אשקיע אצלך, אבל אני על כל מניה שאני מקבלת, אני לא אשלם אותו מחיר כמו של שמעון, אני אשלם עליה פחות. כלומר על אותה חבילת זכויות כפי שמקבל שמעון אני רוצה לשלם יותר ,למה אני מוכן לשלם פחות? כי יש לי סיכון יותר גדול , ההסתברות שיתבעו אותי יותר גדולה ולכן דיסטאון מכיוון שהסיכון שלי יותר גדול אני לא מוכן לשלם כמו שמעון אני מוכן לשלם פחות. כלומר בעולם כזה שלא הייתה אישיות נפרדת המחיר של כל חלק יחסי, התמחור ע"י כל משקיע היה תמחור שונה דיפרנציאלי על אותו העסק. ראובן היה מוכן לשים פחות כסף ושמעון יותר כסף כי שמעון מסתתר מאחורי ראובן הכיס העמוק הזה. והכיס העמוק (ראובן) אומר הפוך, יש את שמעון אין מה לגבות ממנו, כולם יבואו אליי אז אני מוכן לשלם רק פחות כי הסיכון שלי יותר גדול.

מכאן ממשיכים איסטרבוק ופישל ואומרים המשמעות של זה הייתה שבעולם שלא הייתה אישיות נפרדת והיעדר אחריות של בעלי מניות, כאן הם כן חבים אם החבות היא יחד ולחוד, וכל התמחור הנפרד- שבכל השקעה היינו צריכות לשאול מי הם השכנים? ולפי זה הייתי מתמחר את ההשקעה שלי. המניות היו שונות במחירם לפי זהות השכנים עשירים או עניים. ואף צעד הלאה- אמרנו שאני מוכן לקחת חלק בעסק אם יש לי דרך להיפטר ממנו אם יש לו שוק משני (כפי שלמדנו שיעור ראשון, שוק ראשוני ומשני) , בשעת מכירת המניות, במצב כזה לא ניתן לתמחר אותה, כי לא ידוע זהות שאר בעלי המניות. מלכתחילה מעולם לא היינו יכולים לפתח שוק משני. כדי לפתח שוק משני אתה חייב תמחור אחיד של המניה באותו עסק. ויש לזכור כי השוק המשני הוא גלגל השיניים האופקי שמניע לי את האטרקטיביות של גיוס הכסף בשוק הראשוני. זאת ההברקה של איסטרבוק ופישל- בזה שיצרנו את החיץ בין בעלי המניות לבין החברה, באותו רגע הפטנט היקר הזה מייתר את הצורך של המשקיעים לשאול מי השכנים. אני לא מתמחר בגין חבילת הזכויות לפי השאלה מי שאר בעלי המניות, אם הם עשירים או עניים כי זה לא מעניין. אם מראש אנחנו לא חבים את חובותיה, אז לא אכפת לי אם יש לידי כיס עמוק או כיס רזה זה לא מעניין כי מלכתחילה לא באים אליי. ואז הדבר היחיד שכן מעניין אותי זה העסק עצמו ולא התמחור וזהות המשקיעים- הם יכולים להיות אנונימיים, הם יכולים להתחלף בשוק המשני זה לא משפיע עליי לא לטוב ולא לרע. זה לא מגדיל לי חשיפה לאחריות כי מלכתחילה אין לי חשיפה לאחריות אז זה לא אכפת לי מי היו השכנים. ואז יכול להיות לי שוק משני אנונימי של מאות אלפי, מיליוני בעלי מניות שאני לא יודעת מיהם, אני לא צריכה להכיר אותם, אני יכולה לסחור, לתת פקודה בבורסה ולמכור ושמישהו יקנה, בלי שאני אכיר אותו אישית. אז היתרון לפי איסטרבוק ופישל של ההכרה של אישיות עומדת בפני עצמה והיעדר אחריות לבעלי המניות, שהם לא חבים בחובות החברה שזה מאפשר לתמחר, תמחור אחיד את המניות. התמחור האחיד מאפשר לפתח שוק משני לגבי המניות פעיל אנונימי. כזכור שוק משני היתרון הגדול שלו שהוא מגדיל את האטרקטיביות של השקעה ששמתי בשוק הראשוני זה עוד יותר מגדיל את האטרקטיביות . אותה אטרקטיביות של סלמון שאומר שיש לי רק זכויות בלי חובות זה, ולכן אני מוכן להשקיע זה נכון ולכן לא רק זה אני מאפשר לך להפוך את המניה לנכס עובר לסוחר בשוק משני, ז"א פעמיים כי טוב בטח שאני מוכן להשקיע בחברה כי קל לי גם להיפטר מהמניה.   
אז גם היתרון שהיעדר האחריות דרך ההכרה הנפרדת בחברה יוצר בעצם תמחור אחיד של המניות- התמחור הוא רק לפי טיב העסק ולא לפי זהות השכנים, זה מאפשר פיתוח שוק משני ,פעיל אנונימי בקרב משקיעים אינסופי. ואלה גם ההנפקות בשוק הראשוני יהיה יותר אטרקטיבי כי יש דרך קלה להיפטר מהם.

1. **תורת האורגנים**

**על האחריות וחבות משפטית של תאגידים**

תאגיד הוא פיקציה, המצאה של משפטנים ועל כך אין מחלוקת. כל זה מוביל אותנו לשאלת נושא השיעור. החלטנו כחברה להעניק לתאגידים זכויות וחובות אז איך הם מסוגלים לפעולות אם זו רק פיקציה.   
לתאגידים מעצם היום פיקציות אין יכולות, הם לא יכולים לפעול, לגבש כוונה פלילית, רשלנות, הם רק אישיות משפטיות מלאכותיות. הם משרתים מטרות חשובות אבם הדברים לא טריוויאליים. כשאנו דנים בזכויות וחובות של תאגידים זה לא מובן מאליו. עולם התאגיד הוא עולם ללא קיום גשמי, הוא קיים רק בזירה המשפטית.

**מטרת תורת האורגנים**

לייחס פעולה או מחשבה של נושאי משרה או עובדים לחברה עצמה. עד כה עסקנו בעקרונות יסוד ודברנו על זכויות משפטיות של חברה. היום נראה שהמשפט לא מעניק רק זכויות אלא גם מטיל חובות ויוצר אחריות.

ס' 47 לחוק החברות: מעשה אורגן כמעשה החברה (כבר רואים את פעולת השיוך) "פעולותיו של אורגן וכוונותיו הם פעולותיה של החברה וכוונותיה".

**מיהו אורגן**?

ממי ניתן ליטול את המרכיבים הנחוצים ולייחסם לחברה לשם הטלת אחריות? דין מורכב מחקיקה ופסיקה.

* חקיקה: ס' 46: האורגנים של החברה הם האספה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שע"פ דין או מכוח התקנון רואים את פעולתו בעניין פלוני כפעולת החברה באותו עניין".  
  ע"פ דין זו הטריטוריה של המחוקק או הרשות המחוקקת. הדין יכול לקבוע שנושא משרה מסוים הם אורגן לצורך פעולה מסוימת. אבל ישנה אופציה נוספת של הסדרה פרטית באמצעות התקנון, שם ניתן לייעד אורגנים. מדוע זה חשוב? כל פעם שרואים הוראה כזו בחוק זו הוראה שנותנת לנו כוח. הכוח לתת למישהו מעמד מסוים שיחד אתו כמובן מגיעה אחריות.
* פסיקה: אחד המקורות שמגדיר עבורנו אורגנים זה פסק דין מודיעים (3027/90):

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**שני מבחנים התפתחו בפסיקה:**

1. מבחן היררכי ארגוני: א. נדרשת דמות רלוונטית ובכירה. ב. ניתן לבחון גם לפי רמת שיקול הדעת שאותה הדמות מפעילה. ככל הנראה עובד זוטר בחברה לא יחשב אורגן לפי מבחן זה. ולכן לא ניתן לקחת מחשבות ופעולות שלהם ולייחסם לתאגיד על מנת להטיל אחריות על התאגיד.
2. מבחן פונקציונאלי: מבחן מרחיב יותר. האם נכון מבחינה נורמטיבית להטיל אחריות על החברה בגין אותו מעשה. נדרשת זיקה לפעילות החברה (לא סתם אדם קיים בתאגיד).

יש פה מרחב יצירתי יפה ופתוח, מאפשר לליטיגטורים לשכנע את ביהמ"ש שאדם מסוים (אף על פי שאינו עומד בראש התאגיד) הוא אורגן. יש כאן אופציה באמצעות המבחן הפונקציונלי לייחס את מעשיו/מחדליו של אותו עובד זוטר לתאגיד.

1. **תורת האורגנים במשפט הפלילי**

**היקף אחריותו הפלילית של תאגיד (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994**

23.  (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.

ס' 23 לחוק העונשין "היקף אחריותו הפלילית של תאגיד":

ניכר כי סעיף החקיקה דומה למבחן הפונקציונלי.

**פס"ד מודיעים** (3027/90)

מידע עובדתי: קיימת חברה המחזיקה בבעלותה כלי רכב. אחד מרכבי החברה חצה צומת באור אדום, צולם במצלמה ומוגש כתב אישום. החברה מתעוררת לאחר התוצאה ומגישה ערעור. כיצד ייתכן שמטילים חבות על החברה עצמה? הרי חברה היא פיקציה והיא כנראה לא נהגה. האם בראיית הדין ניתן להטיל עליה חבות?

השאלות המשפטיות:

1. מה היקף האחריות האישית (הישירה)שלה תאגיד בגין עבירה שנעברה ע"י רכב המצוי בבעלותה?
2. האם תאגיד מסוגל לבצע עבירה פלילית הדורשת יסוד נפשי לשם התגבשות האחריות?

**השופט ברק**: תאגיד כשאישיות משפטית שאינה טבעית, אינו מסוגל לגבש מחשבה פלילית או יסוד התנהגותי אקטיבי, לשם כך אנו נזקקים לתורת האורגנים.

* + - * תורת האורגנים היא זו שמגשרת ומחפה על היעדרו של ממד אנושי בתאגיד, והיא זו המאפשרת לו לקיים את דרישות החוק בנוגע לקיום תכונות אנושיות לשם הטלת אחריות או מתן הגנה וחסינות אזרחית/ פלילית/ אחרת מנגד. למשל הגנת הכורח או הגנה עצמית.
      * זאת ועוד, תורת האורגנים אינה מוגבלת למישור הפלילי והיא חלה כמובן בכל התחומים.
      * תורת האורגנים היא ייחודית לתאגיד.
      * ניתן לייחס מכוחה גם אחריות פלילית כאשר הסנקציה תהיה קנס.
      * במקרה דנן, האחריות האישית צומחת מס' 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 הפועלים בתאגיד בין אם הם אורגנים ובין אם לאו.
      * במקרה דנן, החברה אחראית בפלילים אישית- הן כנוהגת והן כבעלת הרכב. החברה פה נושאת באחריות כנהגת הרכב, למרות שכמובן היא לא נהגה. וגם כבעלת הרכב מכוח אותו סעיף בחוק העונשין שאומר שאם אנו לא יודעים מי נהג האחריות עולה גם לבעל הרכב. בית המשפט לא מסתפק רק בזה, החברה בעיניי המשפט ממש נהגה. אז היא מואשמת בשניהם.

**רציונליים- מדוע להטיל אחריות פלילית על תאגידים?**

1. סתימת "חורים" ברשת האכיפה פלילית- אם לא תהיה אחריות פלילית, אנשים ישתמשו בתאגידים ויבצעו באמצעותם פעולות אסורות.
2. ייעול האכיפה וחיסכון בעלויות, לפעמים משתלם דווקא לפעול נגד תאגידים.
3. שיקולי צדק- לפעמים לא נכון להטיל את האחריות על הגורמים האנושיים. צודק יותר להטיל זאת על התאגיד.
4. כיס עמוק- קנסות בסכומי עתק. תאגידים לא תמיד רוצים להתעמת עם רשויות האכיפה, הם מעדיפים לשלם את הקנסות ולהמשיך אלאה. רוב ההליכים נגמרים בהסדרים. הכיס העמוק הוא בהחלט מחשבה שמשפיעה. כמו כן, נשמע יותר טוב שמצליחים להרשיע תאגיד מאשר אלמוני.

**פס"ד לאומי** (5734/91)

מידע עובדתי: חברת אברהם רובינשטיין בע"מ יוצאת להנפקה ולקראתה מתקיימת פגישה בין נציגי רובינשטיין לבנק לאומי ונציגיו של בנק אחר. בסיום הפגישה נציג בנק לאומי מעלה על הכתב את תוכן הדברים. שם כתוב כי החברה רוצה שההנפקה שלה תצליח ולכן נרקם הסדר, שאנשים מתוך החברה יקנו מניות כדי לייצר את ההצלחה. אבל בתשקיף ההנפקה (שמפורסם לציבור) כתוב מפורשות שבעלי מניות בחברה לא יזמינו מניות. סתירה חזיתית. יש מסמך שאומר להם לרכוש ובתשקיף כתוב שהם לא רוכשים. ההסכמה שהושגה בפגישה הוסתרה מהציבור, הם לא קיבלו דיווח אמת, שזה כמובן עבירה על החוק. התשקיף אמור לייצג נאמנה את כל העובדות הקשורות לחברה ולהנפקה.

שאלה משפטית: האם ניתן לחייב את מנהלי החברה בגין הנזק שנגרם על אף שפעלו כאורגן של החברה? האם החברה אחראית? כן. האם המנהלים שרצו לפעול לטובת החברה שלא כדין? זו השאלה בפס"ד.

השופטת שטרסברג-כהן:

* + - * אורגן הוא אדם שבגין מעמדו או מהות פעולותיו הדין מתייחס אל פעולתו שלו כשאל פעילות התאגיד עצמו.
      * תורת האורגנים לא גורסת שלחברה קיים אדם אחד שהוא האורגן ומעשיו בלבד יחייבו את החברה. מקובל שיש יותר מאורגן אחד בדרגות שונות בחברה.
      * תורת האורגנים מאפשרת לייחס את היסוד הנפשי והרכיב ההתנהגותי האקטיבי המתקיימים אצל האורגן ככאלו המתקיימים אצל התאגיד.
      * יש שהתאגיד יימצא אחראי גם אם האורגן עצמו לא יהיה אחראי. אין דרישה לחפיפה. יכול להיות שהתאגיד יהיה אחראי והתאגיד לא, ולהפך.
      * עצם היותו של פלוני אורגן בחברה אינו מחסנו מפני אחריות פלילית אישית.

**הבחנה בין שלושת המצבים**

בית המשפט העליון מבחין בין שלושה מצבים:

1. פעילות האורגן מקדמת את האינטרס של התאגיד
2. פעילות האורגן פוגעת באינטרס של האורגן עצמו
3. פעילות האורגן מכוונת לטובו האישית בלבד, תוך פגיעה אגבית בנכסי התאגיד.

במקרה דנן, פעולותיו הבלתי חוקיות של אברהם נועדו לקדם לא רק את האינטרס שלו את גם את של התאגיד (שישגשג) ולכן אנו בקטגוריה הראשונה.

הדין לכל אחד מהמצבים:

1. כאשר אורגן עובר על החוק מתוך מטרה להיטיב עם התאגיד- מוטלת אחריות פלילית על החברה.
2. כאשר האורגן מבצע עבירה או הפרה שפוגעת בתאגיד עצמו לא תוטל אחריות על החברה וזה מכוח **פס"ד לאומי**. התאגיד לא רצה בזה בכלל ולכן לא נייחס לו.
3. כאשר האורגן מבצע עבירה/ הפרה תוך שימוש במשאבי התאגיד כדי לקדם את ענייניו האישי- מקרה מורכב ואין הלכה ברורה, שיקול דעת לבית המשפט.

**האם הטלת אחריות על אורגן היא תנאי להטלת אחריות על החברה?**

לפי תורת האורגנים: לא.

* עצם העובדה כי חברה ביצעה עוולה אינה מנביעה את המסקנה כי מוטלת אחריות על אורגן כלשהו (**פס"ד צוק אור** 407/89)
* אחריות התאגיד לפעולות האורגן אינה אחריות שילוחית, ולכן אינה מותנית האחריות האורגן (**פס"ד לאומי**, **פס"ד מודיעים**). כבר נגיע לדיני הנזיקין שם יש בסיס נוסף להטלת אחריות על החברה. הבסיס הזה נקרא "אחריות שילוחית". אחריות שילוחית- אם נניח יש עובד והמעביד מורה לו לבצע עוולה כלשהי, עצם זה שהעובד ביצע את העוולה, אפשר להטיל אחריות גם על המעביד וזו אחריות שנקראת "אחריות שילוחית", אך היא תלויה בעודה אם ניתן להטיל אחריות על העובד. רק אם ניתן להטיל אחריות על העובד אפשר להטיל אחריות גם על המעביד/ חברה. במשפט הפלילי אין אחריות שילוחית. ובגלל שאין אחריות שילוחית אנו לא תלויים באחריות האורגן.
* כמו כן, זכרו: ניתן להטיל אחריות הן על האורגן והן על החברה.

התנאים לעומת זאת לא יהיו אותם תנאים. במצבים מסוימים החוק יגדיר תנאים מסוימים לאחריות תאגיד ותנאים אחרים לאחריות נושאי משרה. אפשר להטיל על התאגיד בגין עבירה כאשר כל אחד מהתנאים התמלא ע"י אורגן אחר.

**פס"ד מליסרון** (99/14)

מידע עובדתי: מר גולן מדר עשה שימוש בכספים של חברות עופר השקעות ועופר פיתוח כדי לעלות בצורה מלאכותית את המחיר של אגרות החוב של חברת מלסירון (דבר האסור ע"פ החוק). המחוזי מרשיע את שלושת החברות וגם את מר גולם שהיה מנהל כספים בשלושת החברות בעבירות של מניפולציה בניירות ערך (אותה העלאה מלאכותית).

השאלה המשפטית:באילו נסיבות יש להטיל אחריות פלילית על החברה בשם עבירות שבוצעו ע"י אורגן בחברה?

ביהמ"ש: השופט רובינשטיין: בפסיקה ובספרות נוהגים 2 מבחנים לבחינת השאלה אם פלוני נחשב אורגן: מבחן אורני המתמקד במעמד פורמלי, ומבחן פונקציונלי. המבחנים הם לחלופין, לא מצטברים, אפשר לבחור איזה מבחן רוצים.

לשם הטלת אחריות על תאגיד מכוח תורת האורגנים יש לקבוע האם ראוי להטיל עליו אחריות בשאלה של מדיניות:

* + - * האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את אחריות התאגיד?
      * האם פעולת האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו כחלק מעבודתו בתאגיד?
      * האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד, או לכך הפחות ללא כוונה נגדו?

השופט עונה על השאלות:

* + - * מדר החזיק בתפקיד בכיר מאוד בכל החברות ומילא תפקיד מרכזי בהחלטה.
      * מדר פעל בכובעו התאגידי ולא בכובעו האישי.
      * מדר בפעולותיו שאף להיטיב הן עם חברת מליסרון והן עם חברות עופר פיתוח ועופר השקעות.

כך שיש את כל הבסיס הנחוץ על מנת להטיל אחריות. רובינשטיין מציג את השאלה כשאלה של מדיניות ועונה עליו באותה מסגרת של מדיינות שהוא הטווה.

1. **תורת האורגנים במישור הנזיקי**

ס' 53 לחוק החברות: **"**בתובענה שהוגשה על גזל תהא הגנה לנתבע, אם קנה את המיטלטלין בתום-לב בהתאם לסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-"1968.

1. חבה במישרין- אחריות ישירה מכוח ס' קטן א, כל אימת שאורגן החברה מבצע עוולה נזיקית, מעשי האורגן מיוחסים לחברה. ומעשי עובד שאינו אורגן אינם מיוחסי לחברה (שלילת אחריות מכוח ס' 53(א)).
2. אחריות שילוחית בהם הדין קובע אחריות שכזו. אחריות שכזו קמה אם מתקיימים תנאי ס' 13 לפקודת הנזיקין. בשונה מהמישור הפלילי שם אין אחריות שילוחית, במישור הנזיקי יש דוקטרינה של שליחות דרכה ניתן לחייב שולח (ס' 13 ו-14 לפקודה).

**מה ההבדל בין שליחות לתורת האורגנים?**

* + - * תורת האורגנים היא רחבה יותר במישור הפעולות ובאופציות הקיבוץ- אם אבי מבצע יסוד אחד, אריה יסוד אחר ועינב שלישי, ניתן לקבץ את כל היסודות ולייחס הכול לתאגיד. תורת האורגנים מאפשרת אופציית קיבוץ שלא קיימת מכוח האחריות השילוחית.
      * אחריות השילוחית רחבה יותר במישור הנזיקי- לפי תורת האוגנים רק העומדים בראש התאגיד נחשבים אורגנים שמהם ניתן לקבץ יודות, יש מספר בארות שמהן ניתן לשאוב מרכיבים. בכל מה שקשור לאחריות שילוחית ניתן לרדת עד למטה, גם לעובדים הזוטרים ביותר. גם אם מדובר שלא נחשב אורגן על פי אף אחד מהמבחנים. אבל אז זכרו שנדרשת הוראת חוק שמאפשרת אחריות כזו.

**רציונליים להטלת אחריות נזיקית על חברות**

* הכיס העמוק: חשוב לנו שהנפגע יקבל פיצוי כלשהו ולכן אנו רוצים לתבוע מישהו שיוכל לשלם.
* עיקרון המונע הזול: כאשר מטילים חבות על תאגידים, התאגידים ינסו לוודא שלא תבצענה עוולות. יש לתאגידים יכולות טובות יותר לעשותכן מאשר לחברה בכללותה. למשל תאגידים יכולים להכניס מנגנוני בקרה וניתוב. לדאוג שעובדים לא יעברו על החוק. מנגנון לחץ יעיל למדי בכל מה שקשור למניעת עוולות.

**(3) תורת האורגנים במישור החוזי**

חוזה שנכרת בהרשאה מיוחס רק לחברה. חברה הרי לא יכולה לחתום על חוזה ומישהו צריך לעשות כן במקומה. אז אם מישהו אחר חותם על חוזה במקומה, בהרשאה- החוזה מיוחס לחברה. והאדם שחתם לא אחראי לחוזה זה. כאשר עושים פעולות בשם תאגיד לא ניתן להטיל על אותו עושה פעולות אלא הדברים מיוחסים לתאגיד (הן מנקודת מבט של דיני החברות ושל דיני השליחות, שלוח שפועל בשם השלוחה לא עושה דבר בפני עצמו).

אם כך, מה דין חתימת חוזה שנעשה ללא הרשאת החברה? ס' 56 חוק החברות.

**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.

**(תיקון מס' 3) תשס"ה-2005**

          (ב)  אישור החברה בדיעבד לפעולה בחריגה ממטרות החברה יינתן בידי האסיפה הכללית בהחלטה שתתקבל ברוב הדרוש לשינוי מטרות החברה; אישור כאמור לענין פעולה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה יינתן בידי האורגן המוסמך לתת את ההרשאה.

          (ג)   אישור כאמור בסעיף קטן (ב), לא יפגע בזכות שרכש אדם אחר בתום לב ובתמורה לפני מתן

הכלל הוא: חריגה מהרשאה או בניגוד להרשאה אין תוקף כלפי החברה, אלא אם כן:

1. החברה מאשרת בדיעבד ע"פ כל המנגנונים הנחוצים.
2. אם הצד שכלפיו נעשתה הפעולה לא ידע על החריגה או היעדר ההרשאה. נניח אני חושבת שחתמתי על עסקה ומתברר שהנציג שהיה מולי חרג מהרשאה, לא הייתה לו הרשאה למכור לי את הדירה. אם לא ידעתי ולא היה עלי לדעת על החריגה או על היעדר ההרשאה, מבחינתי החוזה תקף. אבל שימו לב, זה אי ידיעה בכוח ובפועל! (לא ידע ולא היה עליו לדעת. אסור שתהיה עצימת עיניים וכו'). היא גוברת על חוק השליחות כי היא הוראת חוק ספציפית.

הצד התמים יכול לבחור באחת משתי חלופות:

1. אם ירצה הוא יכול לדרוש מהחברה לקיים את החוזה (ס' 56 לחוק החברות).
2. הוא יכול לדרוש מהשלוח לקיים את החוזה או לבטלו ולדרוש פיצויים מהשלוח (ס' 6ב לחוק השליחות). האופציה הזו קיימת במקרה שהחברה נהיית חדלת פירעון ולא יכולה לשלם.

ס' 56 קובע שהחברה תישא באחריות על פעילות האורגן גם במצבים בהם פעל שלא על דעתה או בניגוד לדעתה. מדוע? מונע הנזק הזול ביותר זו החברה שיכולה לפקח על העובדים ולבחון שהם לא פועלים בחריגה מהרשאה. ולכן, מונע הנזק היעיל ביותר זה התאגיד, לפיכך ס' 56 מאוד הגיוני, אין טעם להטיל סיכון על האנשים התמימים.

עד כה לקחנו את האורגנים פעילותיהם ומחשבותיהם וייחסנו אותם לחברה.

**מתי מכוח אחריות החברה נוכל לייחס אחריות לאורגנים של החברה?**

**פס"ד דיסנצ'יק** (7295/95)

מידע עובדתי: בכתבה של עיתון מעריב פורסם שמה של קטינה בניגוד לחוק. המדינה האשימה את חברת מעריב, את הכתב ואת העורך הראשי בעבירה על חוק הנוער שאוסרת על אזכור שמות קטינים. העיתון הודה בעובדות והורשע.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות על העורך?

נקבע:

* ביהמ"ש השלום: העורך יכול היה לבדוק את הכתבות שמופיעות בעיתון או לפחות לפרסם קווי מדיניות מנחים.
* בהמ"ש המחוזי: קובע שאחריות דיסנצ'יק שילוחית במהותה, ולכן כשהורשע העיתון די בכך כדי להרשיע את העורך הראשי.
* ביהמ"ש העליון: האם העובדה שתאגיד נמצא אחראי תוביל להטלת אחריות גם על אורגן?

השופט ברק: אחריותו של אורגן הפועל בתאגיד יכולה לנבוע מ2 מקורות עיקריים-

1. אם האורגן מקיים באמצעות התנהגותו שלו את מלוא היסודות העובדתיים והנפשיים של עבירה מסוימת (זירת המשפט הפלילי).
2. אם יש הוראת דין שקובעת כי האורגן יהיה אחראי בפלילים אם האורגן אחראי בפלילים. קודם שאבנו מבארות האורגנים, כעת ההסתכלות היא כלפי מטה. צריך הוראת דין שתאפשר לעשות כן. אם התאגיד אחראי ואנו רוצים להוריד אחריות לאורגן צריך הוראת חוק שתעשה כן.

במקרה דנן, אופציה 1 לא מתקיימת כי לא התקיים היסוד הנפשי בדיסנצ'יק, אין מודעות ולכן אין אחריות ישירה, ולכן אין להטיל עליו אחריות אישית.

לגבי אופציה 2 לא נמצאה הוראת חוק שתטיל עליו אחריות שילוחית, ומשכך, לא תוטל אחריות שילוחית אחרת תהיה כאן פגיעה בחוד יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבסוף, לא מוטלת אחריות פלילית על דיסנצ'יק, אבל כן על מעריב העיתון.

מעבר לזירה האזרחית- חוזית.

**פס"ד נשאשיבי** (313/08)

מידע עובדתי: משיבים רכשו דירות נופש בפרויקט פניני העם בעכו. אותו הקימו חברות בולוס גד וחברת בת שלה. בעקבות קשיים כלכליים קרסו שתי חברות ונעצרה בניית הפרויקט. המשיבים תבעו את המערערים בסכומים שלא כוסו, פיצויים בגין הפרת הסכמי הרכישה ועוגמת הנפש.   
אנו רואים מצב הפוך, ירידה מהחברה לאורגנים שלה- האנשים שחתמו על החוזים והתחייבו כלפי הרוכשים. החברה כרגע היא שוקת שבורה, אי אפשר להיפרע מהחברות, ומנסים להגיע מטה לאורגנים, אולי משם תבוא הישועה לרוכשים.

השופט דנציגר: הפרת חוזה ע"י החברה אינה מובילה להטלת אחריות וחבות אישית על אורגן או נושא משרה. החוזה מול החברה וקשה מאוד לרדת לאורגנים. המצבים בהם תוטל אחריות חוזית על האורגנים נושאי משרה יהיו נדירים.

מה נדרש: 1. האורגן קיים את כל יסודות העבירה/ עוולה הרלוונטיים כפי שהם מוגדרים ביחס לאנשים טבעיים. 2. קיים דבר חוק או פסיקה המחייבים אורגן כזה או אחר באחריות אישית כל אימת שדבק רבב בפעילות החברה.

מתי קיים דבר חקיקה כאמור, דוגמאות:

1. חוק ההגבלים העסקיים ס' 48- ברגע שמתבצעת עבירה על החוק ע"י חברה יואשם כל מי שתפקד כמנהל בזמן ביצוע העבירה, אלא אם כן, הוכיח כי העבירה נעשתה ללא ידעתו, ונקט בכל האמצעים הסבירים למניעתה.
2. חוק ניירות ערך ס' 31- מייחסים אחריות בגין פרט מטעה בתשקיף לכל דירקטור/ מנכ"ל או בעל שליטה על החברה המנפיקה אלא אם כן הוכיח כי נקט בכל האמצעים הנאותים כדי למנוע את הטעות. זה אומר שגם דירקטור שלא חתם על התשקיף תיוחס לו העבירה.
3. חוק התכנון והבנייה ס' 254(ב)- מייחס עבירה על החוק שבוצע ע"י חברה למנהלתה אלא אם תוכיח כי עשתה ככל שביכולתה כדי למנעה.
4. דיני מס ההכנסה ס' 224א- כאשר תאגיד ביצע עבירת מס חמורה, כל מנהל פעיל, מנהל חשבונות נאמן או בא כוח אחראי לעבירה אלא אם כן ביכולתו להוכיח כי העבירה נעברה ללא ידיעתו או שהוא נקט בכל האמצעים הסבירים למניעת העבירה.

חוק החוזים ס' 12(ב) תו"ל במשא ומתן:

**פס"ד קסטרו**

מידע עובדתי: אזרח ישראלי שחזר מחו"ל וביקש לרכוש דירה. פנה לחברו והחוזה נחתם מול חברת פנידר, אבל החוזה התנהל מול אותו חבר. לימים החברה נקלעה לחדלות פירעון, והקונה בא ורצה לתבוע אישית בגין חוסר תו"ל במשא ומתן. כיצד התבטא חוסר תו"ל: 1. בעת שכלול החוזה הקרקע עליה היה אמור להבנות הפרויקט לא הועברה על שם החברה. 2. החברה הייתה בקשיים כלכליים.

באמצעות אותו פס"ד הביאו להלכה: כל צד שמשתתף במשא ומתן חב באופן אישי. גם כשאתה שלוח ופועל מטעם חברה הכלל הוא שהאחריות אינה שלך. בית המשפט העליון פסק שהחובה לפעול בתום לב מחייבת כל נציג חברה המשתתף במשא ומתן. אי אפשר לטעון שהייתה שלוח של החברה! גם שלוח צריך תו"ל ויש לו סיכון לחשיפה אישית.

**הרחבה על תורת האורגנים**

תורת האורגנים היא תולדה של כל סוגית היותה של חברה\תאגיד אישיות משפטית. תולדה במובן שברגע שלקחנו את החברות והפכנו אותן לאישיות משפטית, אז מיד התעוררו השאלות- של האם הגופים הללו בעצם חלות עליהם כל הנורמות המשפטיות שחלות על בני אדם? על פניו התשובה הפשוטה היא כן- משום שבדיוק מהסיבה הזאת הפכנו את התאגיד לאישיות משפטית- חלות כל הזכויות והחובות בדיוק כמו בני האדם. זה קל לקבוע אמירה כוללנית ברמה התיאורטית, אך ברמה המעשית זה מעורר שאלות, כי כשחושבים על זה, עולם המשפט ככלל, מערכת המשפט והדין זה דבר שהתפתח לאורך ההיסטוריה האנושית על ידי בני אדם ועבור בני אדם. המשפט פותח והתפתח לאורך השנים והדורות על ידי בני אדם ועבורם. השחקנים על הלוח תמיד היו בני אדם. זה חשוב משום שברגע שהשחקנים היחידים שהיו הם בני עדם והמשפט עוצב עבורם, אז הוא עוצב על פי מידותיהם של בני האדם, בין אם ניתן על כך את דעתנו ובין אם לא. הרכיבים המרכזיים שמכוננים תוצאות משפטיות- זכות, חובה, אחריות וכן הלאה- הם אלמנטים משפטיים. לדוגמא- בחוזים, האלמנט הכי מרכזי לצורך כינון חוזה הוא גמירות דעת, שדעת זאת תכונה אנושית- השאלה האם נקשרו יחסים משפטיים בין שני צדדים, תלויה בתכונה אנושית שהיא הדעת, כך כמו מחשבה פלילית וכן הלאה.   
אך כשמוסיפים שחקן חדש על הלוח המשפטי- תאגידים- וגם הם כפופים לאחריות, חובות ובעלי זכויות, כשנגיע לצמתים שחלק מרכזי ביצירת החובה\אחריות היא תכונה אנושית, איך זה מתלבש על תאגידים שהם אישיות במובן המשפטי אך במובן הגשמי הם לא בני אדם- אין להם תכונות אנושיות. אז איך נייחס חוזה לחברה? איפה גמירות הדעת של החברה? איך תייחסי אחריות פלילית לחברה? אז באים במסגרת דיני החברות, כדי לגשר על הפער הזה ומפתחים דוקטרינות גישור שמחברות ומתווכות את הפער. למשל:

* בדיני חוזים- בשאלה איך החברה נהיית צד לחוזה? נשתמש בדוקטרינת השליחות- אנחנו רואות בבני אדם מסוימים, הפועלים במסגרת התאגיד, נראה בהם משום שלוחים של החברה, ומכיוון שיש דיני שליחות, שמשמעות השליחות היא כאשר אדם אחד פועל פעולה כזו או אחרת, אך הפעולה הוא פועל לא עבור עצמו אלא עבור השולח. לכן, אם נראה את העובד לא כפועל מצד עצמו אלא כשליח של החברה, אז לפי דיני שליחות פעולתו של השלוח, לזכות ולחובה, פעולת השלוח תוצאותיה מוטלות על השולח. בני אדם יפעלו בחברה, יקשרו מטעמה בחוזים, התוצאה המשפטית של כריתת החוזה תוטל לא על אותו בן אדם אלא על החברה שפעל מטעמה, ואז היא תהיה צד לחוזה. גמירות הדעת האנושית מצאנו אצל השלוח- גמירות הדעת של השלוח יוצרת תוצאה משפטית שמחייבת או מזכה את השולח על פי דיני השליחות, דינים שקיימים בעולם לפי דיני התאגידים.
* משפט פלילי- האתגר הוא לא פחות גדול משום שאם נחזור לקלאסיקה של דיני עונשין, לפי השתכללות מודרנית- בקלאסיקה יש הבדל בין משפט פלילי לבין דיני חוזים בהקשר של תורת האורגנים. הייחוד שבקלאסיקה שבמשפט הפלילי הוא שדיני שליחות אינם רלוונטיים (למעט ארגוני פשע). במשפט הפלילי העיקרון תמיד היה שאין שליח לדבר עבירה- אדם נושא באחריות במעשה הפלילי שלו, בהנחה שיש לו את המחשבה הפלילית, ולא יוכל להתחמק מהאחריות הפלילית בטענה כי הוא ביצע הוראה שלא שלו- אם אתה ירית אתה אחראי. אך אם נוכל להלביש משפט פלילי על חברה, איך מבחינת הטכניקה המשפטית איך עושים את זה? אם אנחנו רואות בעובדים של החברה למעשה שליחים שלה, אז במעשה שיש בו מעשה ומחשבה פלילית, נטיל את האחריות על החברה. אך יש לזכור כי לא ניתן לעשות זאת משום שאין שליחות במשפט פלילי. יש צורך לייצר מנגנון שיגשר על הפער- צריך לשכלל דוקטרינה אחרת- שלמעשה הדוקטרינה החדשה היא תורת האורגנים.

תורת האורגנים אומרת כי בני אדם וגורמים אנושיים מסוימים שפועלים בחברה בתור אורגנים של החברה ולא שליחיה. ברק מדגיש בפס"ד מודיעים שהעובדים הם לא השליחים של החברה, אלא הם אורגנים של החברה- הם האיברים של החברה. זאת אומרת, תורת האורגנים היא תפיסה שמקלה לנו על החשיבה האנושית, זה כאילו שממשילים את החברה לגוף חי, שהעובדים שפועלים בחברה נחשבים לאיברים בתוך אותו גוף. דרך המשל הזה, ברק אומר כי כשהאיבר פועל כל הגוף פועל, אחרי האיבר נמשך כל הגוף. כך לדוגמא- אם יד פועלת, לא נאמר שהיד גנבה אלא האדם גנב. יש בני אדם, תכונות אנושיות מסוימות בחברה נחשבות האיברים\אורגנים- ואז אם האיבר פעל, כל הגוף פעל- אם העובד פעל, כל החברה פעלה ולכן נטיל אחריות על החברה כולה. שכפי שלמדנו, השכבה הגבוהה יותר של החברה שיש לה מרחב שיקול דעת תחשב האורגן.

המשמעות של תורת האורגנים זה לצורך יצירת מנגנון התיווך שיכול לייחס את הפעולה האנושית לתוצאותיה המשפטיות לחברה כולה. תוצאותיה יכול להיות כאחריות חוזית, נזיקית ואף פלילית. בהערת אגב, לדעת האן יש קושי מהותי בשאלת ההצדקה להטלת אחריות פלילית על תאגידים. וזאת משום שבמסגרת אחריות פלילית נרצה להשיג גמול, הרתעה, וכו, אך האם באמצעות הטלת אחריות פלילית על תאגידים אנחנו מגבירות ומצליחות להגשים את מטרות המשפט הפלילי? חלק יטענו כי הטלת האחריות הפלילית על התאגיד יכול להגביר את ההרתעה מפני התנהגות עבריינית במסגרת הכלכלית-תאגידית, כי אם עובד אחר חשוף לאחריות פלילית, אז הוא יפתח עין יותר על הקולגה שלו ויזהיר מהתנהגות עבריינית, כי הוא יכול לשאת בעצמו באחריות הזאת. היישום בשטח מעורר שאלות וספקות האם באמת המטרות מוגשמות- שכן, אם על התאגיד מוטלת האחריות הפלילית ולא על האנשים שביצעו את העבירות הפליליות, אז האם מטרות כמו הרתעה, גמול יוגשמו? אותם אנשים יכולים להמשיך לבצע עבירות ולא תוטל עליהם אחריות, אז מה ירתיע אותם? יש להוסיף לכך שמה שגלום באחריות הפלילית זה גם היסוד המוסרי- היסוד של האשם, הפגם ההתנהגותי והסטייה מההתנהגות האנושית שהחברה המתוקנת מקבלת על עצמה ועל חבריה, ובסופו של דבר מי שסוטה מן הקו ודבק בו הרבב ההתנהגותי זה בני האדם, אז לקחת ולהחיל את זה על חברות- זה מעלה קושי משמעותי. המדיניות של יישום המשפט הפלילי על תאגידים נראית פחות משכנעת, וגם לשופטי בית המשפט העליון, זה שונה מהרעיון המקורי שרצו בהטלת אחריות הפלילית על תאגידים היה בהפחתת העול ואימת המשפט הפלילי על בני האדם.  
קושי נוסף הוא באתגרים בתחום יישום ואכיפה ולא עצם יכולת הטלת האחריות, זה מעורר שאלות נוספות שהתביעה צריכה להתמודד לא פעם- לענישה פלילית יש השלכות ארוכות טווח על המורשע. ההשלכות לא מסתיימות בעונש, הן מעבר לכך- כמו מוניטין, תנאים משפטיים (כמו שלא ניתן להשתתף במכרז למס' שנים) וכו. כך שאם החברה הורשעה בעבירה מסוימת, והיא כעת רוצה להשתתף במכרז ממשלתי או למשל קבלת רישיון, יכול להיות שכעבור חמש שנים- זאת אותה חברה אך הדמויות האנושיות שהיו קשורות לפרשה כבר לא שם, ומי שמצויים בחברה ממשיכים לשאת בתוצאה הנמשכת של ההרשעה הפלילית- כך שמהותית זאת כבר לא אותה חברה, אך פורמאלית כן.

**האנשת החברה – תחולת דינים שונים על חברות**

תורת האורגנים באה לבחון האם וכיצד ניתן להטיל תוצאות ואחריות משפטיות על תאגיד. מנגנוני התאמה להפעלת נורמות משפטיות כלליות על תאגיד שנכנס כשחקן משפטי חדש לעולם המשפטי. כעת נדבר על נורמות משפטיות, שאחד האלמנטים שיש בהם לצורך תחולת הנורמה זה עניין אחר- אזרחות, תושבות. נניח, שתהיה נורמה שתקבע כי אזרח ישראלי שמוסר ידיעות ביטחוניות לאויב של מדינה נושא באחריות לעבירה פלילית. זה אומר כי אזרח שאינו ישראל לא יוכל לשכלל את יסודות העבירה הפלילית. לכן נשאל האם ואיך ניתן לייחס תושבות\אזרחות לתאגיד?

ככל שהתקדמו עוד עשרות שנים והפנימו את עולם האישיות המשפטית מאז פס"ד סלומון, המחוקק יותר ויותר נותן את דעתו על הדבר הזה. ובחוקים יותר מודרניים בפרט חוקי מס, בדרך כלל המחוקק דואג בהגדרות לפרש האם תאגיד יחשב כזה או לא ולקבוע מבחנים. למשל אם הוא קובע שאדם תושב ישראל- חלה עליו מדרגת מס כזאת או מדרגת מס אחרת, בדר כלל יהיו הוראות חקיקה מפורשות שיקבעו לעניין זה, תאגיד יחשב כתושב ישראל אם כך וכך. אם המחוקק עשה את העבודה הזאת והגדיר במפורש לא מתעוררת בעיה משפטית- נלך לפי ההגדרות החקיקתיות. אך מידי פעם קורה שאין התייחסות חקיקתית מפורשת ואז השאלה עולה בצורה קלאסית.

פס"ד Daimler

רקע עובדתי: פס"ד בריטי מימי מלחמת העולם הראשונה. בתקופת מלחמתה עולם הראשונה הפרלמנט הבריטי חוקק חוקים שאסר על אזרחי הממלכה (בריטניה) לקיים קשרים מסחריים עם האויב הגרמני. הייתה חברת צמיגים שפעלה באנגליה והיא גם התאגדה באנגליה ונרשמה אצל רשם החברות האנגלי, אך התברר שבעלי המניות של החברה היו כולם גרמניים.

שאלה משפטית: התעוררה השאלה האם התקשרות עסקית זה מסחר עם האויב הגרמני? אם כן, זאת עבירה פלילית. השאלה הקלאסית שמתעוררת בעולם תאגידים היא הפורמאליות מול המהות. יש לזכור שהמוטיב הדומיננטי בדיני החברות זה דבקות בפורמאליות (הולנד, סלומון), לכן אם נלך פורמאלית אז התשובה היא שאין עבירה פלילית כי החברה היא חברה אנגלית- הזהות והאזרחות שלה תהיה אנגלית, אך אם נסתכל על המהות, בעלי המניות הם גרמנים ולכן כן נעברה עבירה פלילית. מכאן מתעוררת השאלה איך קובעים את הזהות האזרחית כאשר אין הוראה מפורשת בחקיקה.

בית המשפט: בית המשפט האנגלי קבע שיש בעיה- זה כן נחשב כמסחר עם האויב הגרמני, אבל החברה היא הרי אנגלית. בית המשפט מפעיל דוקטרינה משפטית המושכת לכיוון המהות מעבר לפורמאליות, ושמה הרמת המסך המדומה. הרעיון הוא שבכל במה יש איזשהו מסך שעולה ויורד. אותו דבר כאן, נדמיין כי יש חברה שהיא השחקן על הבמה, אך מאחוריה ומאחורי המסך יש דמויות שהן ההקשר והתוכן של החברה- שהן דמויות אנושיות. יש כאילו חציצה- המסך שבקדמת הבמה והדמויות האנושיות שמאחוריו זה לא אותו אחד, יש חציצה ביניהם. לפי דוקטרינת הרמת המסך המדומה, במקרים מסוימים בית המשפט מוכן להרים את המסך ולבחון מה קורה מאחוריו- להסתכל על המהות. בהקשר הזה של האזרחות, של החוק הפלילי אומר בית המשפט כי יפעיל הרמת מסך מדומה ויבחן את זהותם של בעלי המניות. בית המשפט אומר לעצמו כי הרעיון של החוק, יש פה פרשנות תכליתית של החוק, שאסר מסחר עם האויב הגרמני- יש מאחוריו תכלית כלכלית של לא לשמן את מכונת המלחמה הגרמנית. במלחמה יש עלויות, ופיתוח הכלכלה עוזר לצד הלוחם מול פגיעה בכלכלה שפוגעת בצד הלוחם. יש פה רצון של המחוקק האנגלי להחליש את היכולת של הגרמנים בציר כלכלי להילחם באנגליה, כל מי שיעקוף את זה ויתרום לצד הגרמני ולכלכלה שלו, זה נוגד את החוק. נכון שהחברה רשמית היא אנגלית, היא התאגדה באנגליה אך כל השחקנים שפועלים בה הם גרמניים- כך שכל הכספים שזורמים לחברה, עוברים לידיים גרמניות- מה שבדיוק החוק יצא נגדו. אם נדבק ברישום הפורמלי, זה יפספס את היישום הנכון והמהות של החוק. אם רוצים להשיג את התכלית לא ניתן להתעלם מזהות בעלי המניות ולקבוע שהחוק לא חל על אותה החברה. הגישה הנוגדת היא הגישה הפורמלית שאומצה בפס"ד סלומון- בעלי המניות הן אישיות אחת והחברה היא אישיות נפרדת.

מה קורה כאשר הנורמה מתייחסת לכך שהאדם יישא דת מסוימת? האם אפשר לייחס דת לחברה?

מקרה כזה עלה בקיבוץ צורעה. הקיבוץ פתח בשטחו מרכז מסחרי. המרכז המסחרי פתח את שעריו גם בשבת. באותה העת, בישראל, יש חוק בשם "חוק שעות עבודה ומנוחה" הוא מגדיר שבשבת "יהודים" אמורים לשבות מעבודתם. הגיעו פקחים של משרד הפנים שהיה אמון על אכיפת החוק ונתנו קנס לקיבוץ צורעה על פתיחת המרכז המסחרי בשבת. המקרה הזה מגיע לביה"ד לעבודה. הקיבוץ טוען בפני ביה"ד שהקיבוץ, התאגיד, הוא חסר דת ולכן הוא יכול לפתוח את המרכז המסחרי בשבת. ביה"ד מקבל את מקבל את טענת הקיבוץ. המדינה מערערת לביה"ד הארצי לעבודה והוא מקבל את עמדת המדינה. ביה"ד אומר שרוב חברי הקיבוץ הם יהודים, הסביבה והאתוס של הקיבוץ- כולם יהודים ולכן ההתאגדות נצבעת בצבעים דתיים "יהודיים". לאחר מתן פס"ד, המחוקק הגדיר במפורש ב"חוק שעות עבודה ומנוחה" מי הם יהודים לצורך החוק. לאחר מתן פס"ד הקיבוץ עתר לבג"צ והמדינה, כדי לא להתמודד עם בג"צ, משכה את כתב האישום וביטלה את הקנס.

האתגרים שתאגידים מעוררים לנו היום זה בטכניקה (שנפתר על ידי תורת האורגנים), אך לגבי זהות והאנשת חברה ניתן להתמודד דרך הרמת מסך מדומה ולבדוק כל חוק- אם נרוקן אותו מתוכן נפעיל הרמת מסך מדומה. בחקיקה יותר מודרנית, ככל שמוצאים יותר חוקים מתקופות יותר מאוחרות בדרך כלל השאלות האלו יקבלו תשובה מפורשת מצד המחוקק. כשהמחוקק נותן את דעתו, ברגע שזה נקבע בחוק לא מתעוררת שאלה ובעיה.

1. **דרך קבלת ההחלטות באספה הכללית**

זכויות בעלי המניות, דיברנו בראשית הקורס על כך שמניה מגלמת בתוכה באופן קלאסי שתי זכויות לפי הדין (שבנוסף לכך אם יעוגן בתקנון ניתן להוסיף או לגרוע מהזכויות של בעלי המניות):

1. זכות הצבעה באספה הכללית של החברה (ס' 188).
2. זכות השתתפות בחלוקת הרווחים-דיבידנדים, אם וכאשר יוכרז על כך (ס' 190).

**זכות ההצבעה של בעלי המניות**

נתבונן לעומק בזכות ההצבעה שהמניה מגלמת: בתחילת הקורס דנו כיצד בעלי המניות מצביעים במובן הטכני והפרוצדורלי, אך כעת נדון איזה כוח הצבעה יש לבעלי המניות מבחינת המהות- מה חלוקת כוחות ההצבעה בין בעלי המניות?

כבר ציינו כי כוח ההצבעה באספה הכללית הוא דבר שאנחנו מגדירות אותו בחוק, תוך אפשרות לקבוע תוצאה שונה מברירת המחדל של החוק. איך נקבע את כוח ההצבעה שיש לכל אחד מבעלי המניות? אם ניקח את הכנסת לדוגמא, במליאה כל חבר כנסת שווה קול אחד. אנחנו לא מפזרות את כוח ההצבעה לפי חשיבות או פופולריות המפלגה, כלומר לא אומרים שזה חבר כנסת מסיעה יותר חשובה ולכן הקול שלו שווה שני קולות בשונה מהסיעה הפחות חשובה שכל קול שלה שווה אחד. לא זה המצב, יש 120 חברי כנסת וכל אחד הוא שווה לקול. באספת בעלי המניות המצב הוא שונה- נקודת המוצא שלנו היא שחישוב הקולות בהצבעה נעשה מתוך אלו שהגיעו, מי שלא טרח לבוא, לא נספר.

ההסדרה הרשמית של חלוקת הקולות וזכויות ההצבעה תימצא בס' 82 לחוק החברות:

* 82ג'- ברירת המחדל הקבועה בחוק לפיה אדם אחד קול אחד.
* 82א'- ניתן לקבוע בתקנון הוראה אחרת הסותרת את ברירת המחדל של החוק- זכויות הצבעה שונות לסוגים שונים של מניות. ניתן לקבוע בתקנון את הרוב הנדרש באספה הכללית. כך למשל ניתן לקבוע כי הספירה מבוצעת לא לפי מס' האנשים המצביעים- כלומר אדם שווה קול, אלא לפי מס' המניות.

**א. זכות הצבעה בחברה פרטית**

כל מה שנלמד בהמשך הקורס על זכויות הצבעה שונות רלוונטי לגבי חברות פרטיות בישראל. בחברות פרטיות קורה לא פעם שתקנון החברה מבקש לקבוע זכויות הצבעה שונות לסוגים שונים של מניות או לבעלי מניות מסוימים.

למשל:

* דוגמא היסטורית- בעבר הייתה פרצה חקיקתית שבה ניתן היה להימנע משתלום מס שבח (מס רווח הון על מכירת מקרקעין). בבית משותף היו רושמים את כל הבניין בטאבו על שם חברה, בתקנון החברה נקבע כי ההון הרשום שלה הוא 8 מניות- ולכל מניה הייתה התייחסות בתקנה לזכויותיה. ואז יוצא שקניית הדירה היא בעצם קניית מניה בחברה, ובמכירת הנכס הבעלות לא משתנה, משום שמדובר במניה- מוכרים את מניות החברה, אך המניה היא עדיין תחת החברה. ומשום שאין שינוי בבעלים הרשומים, אין צורך לשלם מס שבח. בסופו של דבר תוקנה הפרצה ונקבע כי מכירה של מניות באיגוד מקרקעין (תאגיד שהנכס היחיד שלו הוא מקרקעין) ייחשב כפעולה בנכס שמחייבת מס שבח. ההבנה שאישיות משפטית יכולה לשחק עם חוק ואז החוק יכול להגיב לו. הדוגמא הזאת מראה כי ניתן להגדיר בתקנון החברה זכויות שונות למניות שונות. הוגדרה פה זכות שאין אותה ב82- כל מניה מגלמת זכות שונה, בעל מניה מס' 1 לא מחזיק בזכויות של דירה מס' 2, למרותש גם היא נכס של החברה.
* דוגמא עדכנית- ניקח לדוגמא חברת סטארט-אפ בהייטק שרוצה למשוך אליה משקיעים חדשים. אך היזמים של החברה, אלו שייסדו ובעלי הרעיון, רוצים לשמור את הדומיננטיות שלהם בקבלת ההחלטות בחברה (שכן, בכל הצטרפות של משקיעים, זה גורם לדילול כוח ההצבעה היחסי של המייסדים). ולכן בתקנון הם יכולים לקבוע כי למייסדים יש מניה סוג א' בעוד שלמניית המשקיעים תהיה סוג ב'- כך לדוגמא מניה סוג א' מגלמת בתוכה חמש מניות, בעוד שמניה סוג ב' מגלמת בה מניה אחת. זה מוביל לכך שלמייסדים יהיה כוח הצבעה גדול יותר ולא פרופורציונלי מול המשקיעים. כך שיהיה קשה להשיג רוב באספה הכללית ללא תמיכת המייסדים מה שמבצר במידה רבה את כוח השליטה, ההשפעה וקבלת ההחלטות בידי המייסדים. זה פוסל מצב בו המשקיעים החדשים יאספו רוב ויכלו לצמצם את כוח ההשפעה ואף להוציא את החברה מידי המייסדים.

השורה התחתונה היא שניתן לקבוע בתקנון את כל הנושא של זכויות הצבעה בלתי פרופורציונלית שכל סוג שונה מגלם בתוכו זכויות הצבעה שונות. זה קורה יותר בחברות שלפחות בראשית דרכן היו חברות משפחתיות- משפחות שהקימה עסק ועם השנים גדל לחברה גדולה (שם המשפחה שמרה לעצמה זכויות מייסדים חזקות יותר משאר בעלי המניות).

**ב. זכות הצבעה בחברה ציבורית**

בחברות ציבוריות יש שוויון בזכויות הצבעה. ס' 46ב' לחוק ניירות ערך (שהוא תיקון 11 לחוק ניירות ערך שנכנס ב1992), התיקון קבע וכפה באופן קוגנטי-מנדטורי זכויות הצבעה פרופורציונלית בין כל המניות בחברה ציבורית (ונדגיש לא בחברה פרטית).

ס' 82ב'- קובע כי אין בהוראת ס' 82א לגרוע מהוראת חיקוק אחרת. כלומר, במקרה שיש הוראה חקיקתית שקובעת אחרת, ס' 82א לא סותר אותה. כך לגבי חברה ציבורית בס' 46ב לחוק ניירות ערך, זאת הוראת חיקוק אחרת, שבה נקבע כי בחברה ציבורית לא נתיר זכויות הצבעה שונות לסוגי מניות שונים- זכות הצבעה שוויונית ופרופורציונלית ולא זכות הצבעה שונה כמו בחברות פרטיות.

בג"ץ אברהמזון

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. השאלה שהתעוררה בפס"ד היא האם נדרש שכל המניות יהיו בעלות זכויות הצבעה שוויוניות או זכויות הצבעה שונות בחברה ציבורית שמניותיה הונפקו ונסחרות בבורסה?

אנחנו מבינות את הרעיון הגלום בס' 82 לחוק שהוא חופש החוזים- כשיש הסכמה בין בעלי המניות, אז מכוח חופש החוזים ניתן לקבוע בתקנון כי סוגים שונים למניות. אך למה שהמחוקק יתערב קוגנטית ויקבע יהיו הזכויות בחברה- התיקון של חוק ניירות ערך וקובע גישה אחרת- לא מקבל את חופש החוזים וקובע שיוון קוגנטי בזכויות ההצבעה. את הדיון הזה אברהמזון מציף בעתירה.

הרציונליים לקביעתו הקוגנטית של המחוקק בזכויות הצבעה

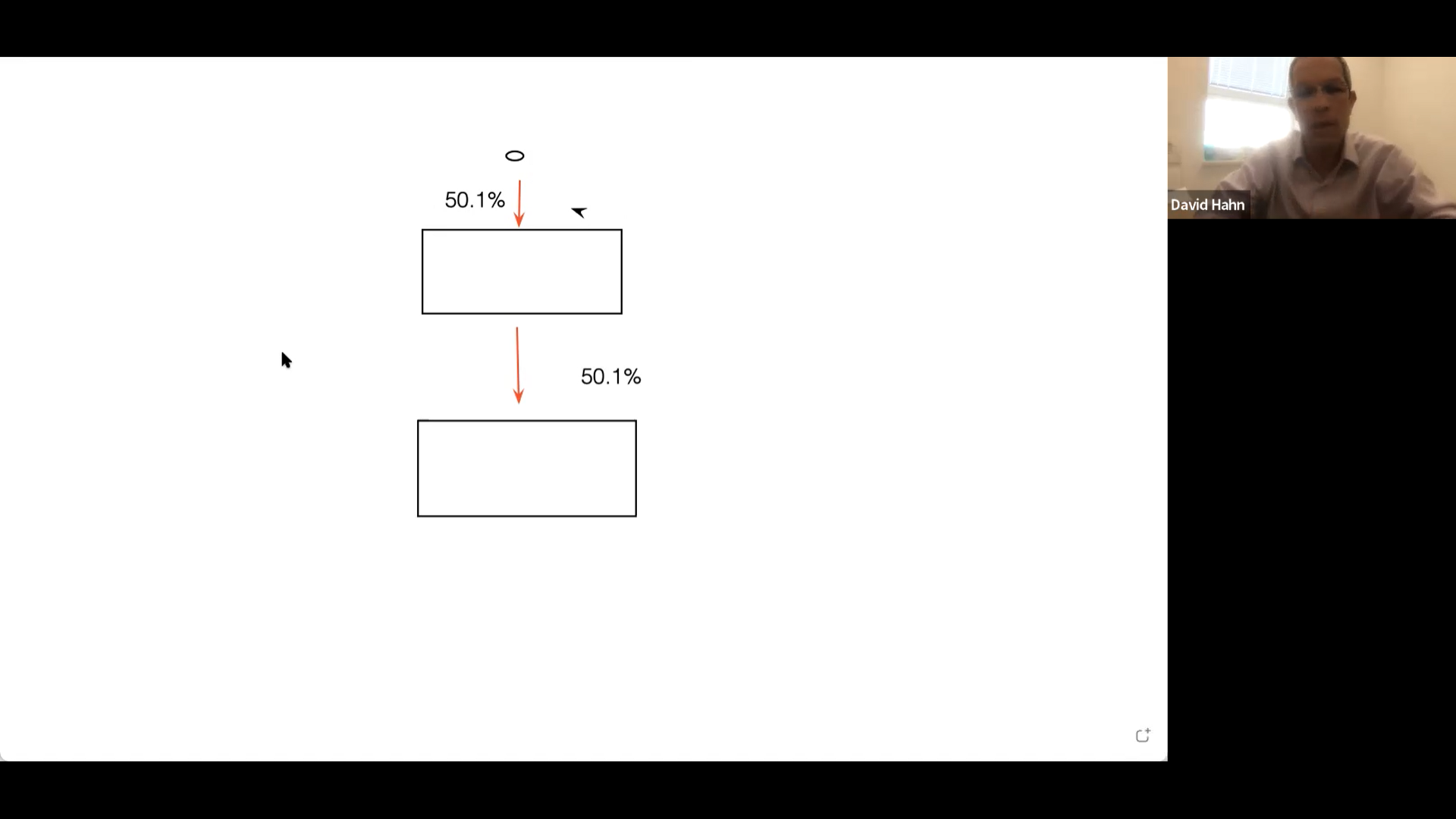
מהן הסיבות ומדוע שהמחוקק דרך חוק ניירות ערך, יקבע קוגנטית כי יש שוויון בין זכויות הצבעה ולא ניתן לייצר זכויות הצבעה שונות?

* + - 1. יעילות: בשביל להבין את שיקול היעילות ניקח דוגמא: יש לנו איזושהי קופה, פרויקט ומיזם משותף ששמו החברה- נקרא לה משותפת כי היא נוגעת וממנה ינבעו זכויות לכמה אנשים- לבעלי המניות. לכל אחד מבעל המניות יש אינטרס כלכלי במיזם- בהצלחתו ובסיכונים שגלומים בו. אך לאף אחד אין האינטרס הבלעדי- לכל אחד יש אינטרס כלכלי יחסי. בעל מניות שמחזיק ב10% יהיה לו אינטרס כלכלי של 10% וכן הלאה, אך מה יקרה לי שהשקעתי 10%, באמצעות קביעות בתקנון שהוקצו לי יש לי זכויות הצבעה חזקות יותר, ובעצם אני מחזיקה 60% מכלל זכויות ההצבעה בחברה- בסופו של דבר כל החלטה תהיה לפי רצוני ולא תתקבל החלטה שמנוגדת לי. אך כשאני מקבלת החלטות, עיקר האינטרס הכלכלי הוא של אחרים- משום שלמרות שאני מחזיקה ב60% מזכויות ההצבעה, אני מחזיקה רק ב10% מכלל המניות. כך נוצר מצב שלמרות שרוב האינטרס הכלכלי הוא של שאר המשקיעים, לעולם הם לא יוכלו שעמדתם תתקבל, כי אני בהגדרה מחזיקה מראש 60% על השקעה יחסית מעטה.

על השקעה יחסית קטנה התקבל כוח הצבעה עצום, כוח לא פרופורציונלי- אין התאמה בין האינטרס הכלכלי לבין יכולת ההשפעה לגבי המכלול כולו. והרציונל של היעילות הכלכלית טוען כי נכון ויעיל יותר שתהיה קורלציה, לכל אחד יהיה כוח השפעה על המכלול, פרופורציונלי לאינטרס הכלכלי שלו במכלול- מה שיוביל לקבלת החלטות רציונליות-כלכליות, לפיכך זה לא עניין של הגינות אלא של תועלת- מה יעיל כלכלית. ולכן, אם נייצר שוויון בזכויות הצבעה, בעצם נוצרת פרופורציונלית בין ההשקעה הכלכלית לכוח ההשפעה- ולא מצב שעם השקעה כלכלית קטנה יהיה כוח השפעה כמעט בלתי-מוגבל.

נתייחס לחוק שמתחבר לנקודה הזאת- חוק הריכוזיות. החוק נועד להתמודד בדרכים משפטיות שונות עם התפיסה שבמשק הישראלי יש יותר מידי ריכוזיות בידי קבוצות מאוד מצומצמות- משפחות ובגורמים מסוימים המחזיקים בכוח השפעה עצום על הפעילות-הכלכלית במשק. יש בחוק חלק אחד שמתייחס לתופעה הבאה-

* חשבנו שבאמצעות ס' 46ב שקובע שוויון בזכויות הצבעה אנחנו יוצרות התאמה בין האינטרס הכלכלי (ההשקעה) לבין כוח ההשפעה- שלא יצא שנחזיק ב60% כוח השפעה על 10% השקעה. נראה איך ניתן לעקוף את הקורלציה באמצעות תורת האישיות המשפטית- גם שפועל בחברות ציבוריות על פי ס' 46ב שכל המניות שוות בזכויות הצבעה ואין חוסר פרופורציה בין המניות, ניתן להשפיע באמצעות השקעה כלכלית יחסית מוגבלת, לזכות בהשפעה יותר גדולה מבחינת קבלת החלטות. דוגמא: אני מחזיקה ב50.1% בחברה ציבורית, כך ששאר המניות מוחזקות על ידי בעלי מניות אחרים. כל המניות הן שוות בזכויות ההצבעה משום שמדובר בחברה ציבורית. החברה קנתה 50.1% ממניות חברה אחרת. האינטרס הכלכלי שלי במכלול הפעילות הכלכלית של חברה ב' עומד על 25%. אך כוח ההשפעה, למרות המחשבה הראשונית לא עומד על 25% כמו האינטרס הכלכלי אלא עומד על 51%. וזאת משום שכל הדירקטוריון בחברה א' נתונים לדעתי (אני מחזיקה ברוב אז כל בחירה של אדם בדירקטוריון תהיה לפי דעתי- כך שזה כאילו אני שולטת 100%), עכשיו בחברה ב', הדירקטוריון מהווה 51%. בפועל יש לי 51% כוח הצבעה למרות שמבחינה כלכלית יש לי 25%. לכן חוק הריכוזיות הבין את המשחק והוא מאפשר את זה רק עד שתי שכבות ולא מעבר לכך. הוא לא מאפשר שלוש פעמים שרשור.



יעילות= השאיפה ליצור מתאם בין מידת האינטרס הכלכלי למידת ההשפעה שתהיה, ובזכויות הצבעה שונות, נוצר חוסר מתאים. אך אם זהו שיקול של יעילות, למה נאמר זאת זה רק לגבי חברה ציבורית? השיקול של חוסר קורלציה תיאורטית רלוונטי גם לחברה פרטית אז למה הקביעה על שיוויון כקביעה קוגנטית היא רק בחברה ציבורית? לכאן צריך להכניס את השיקול השני:

* + - 1. הגנת הצרכן- חוסר הסכמה אמיתית לדיפרנציאציה- נניח שיש חוסר יעילות, אבל אם כל הצדדים מוכנים לזה במסגרת חופש החוזים, למה שהמחוקק יתערב? לא צריך את המחוקק שיציל אותי מפני עצמי, זאת בחירה שלי להשקיע. אז בחברה פרטית נמנעו מלהתערב אבל חברה ציבורית יש נדבך נוסף- נדבך שגם אם מדברים על חופש חוזים, בעלי מניות רבים יש בחברה ציבורית ואין להם מלכתחילה את יכולת עיצוב התקנון, ולכן דיבור על הסכמה וקבלה לא אמיתי, כי לא באמת הייתה ברירה אחרת. זאת תפיסה של הגנת הצרכן, שהקטן מול הגדול, ניתן לדבר על הסמכה חוזית ואף אחד לא מחייב אותי להיכנס כבעלת מניות, אך אין באמת יכולת להתמודד עם זה, ולכן במקום שלא ניתן להתמודד, יש נטייה של המחוקק להתערב קוגנטית על מנת לדאוג לזכויות החלש- יש פה התערבות קוגנטית בתפיסה של הגנת הצרכן לטובת בעלי המניות הקטנים. לכן המחוקק בא לאזן את פני הקרקע לטובת הקטן והחלש. אז השילוב של חוסר היעילות התיאורטית עם חוסר היכולת המעשית בשטח של הסכמת הקטנים- זה ביחד מביא ל46ב בחוק ניירות ערך לקביעה קוגנטית שתחייב פרופורציונלית ושוויון בזכויות ההצבעה. על זה ניתן להוסיף את השיקול השלישי:

אנחנו מבינות שבחברה ציבורית להבדיל מחברה פרטית, יכולתו של בעל המניות מן השורה להשפיע ולו השפעה חלקית-יחסית בתוך החברה, היא הרבה יותר מוגבלת ופחות מעשית לעומת בעל מניות בחברה פרטית (משום שמבחינת שיעור המניות, בחברה פרטית השיעור הרבה יותר גבוה מאשר ציבורית- כל בעל מניות מחזיק שיעור מאוד נמוך של מניות). בעלי מניות מן הציבור הם מאוד פגיעים וחסרי יכולת השפעה אמיתית. בעלי מניות בחברה ציבורית מצד אחד יש להם הרבה זכויות אך מהצד השני מאוד פגיעים כי אין להם יכולת בחברה לעמוד על זכויותיהם ביומיום- בשל האחוז המאוד קטן של מניות, גם לאספה הכללית הם לא יגיעו.

תמרוץ בעלי המניות למעורבות בחברה

הניסיון לגשר ילווה אותנו במחשבה של איך ניתן לחזק את התמיכה של זכויות בעלי מניות שתנאי המגרש מושכים לכיוון פסיביות, חוסר מעורבות ואכפתיות כי אלו הם תנאי המגרש הראשוניים שלהם, כי במצטבר יש להם אינטרס כלכלי גדול- אך זה מתפרס לכל כך הרבה חלקיקים. איך אפשר לתמרץ מעורבות?   
המחוקק הבין שהדרך לתמרץ גורמים מפוזרים וקטנים להיות מעורבים זה לעיתים על ידי הנגשה- שיגיע אלייך אל סלון הבית. ההנגשה מעוגנת בס' 87-89 לחוק החברות, למשל:

* כתבי הצבעה- שליחת כתב הצבעה או הצבעה אלקטרונית. כשההנגשה הטכנולוגית וכשיכולות ההצבעה מתורגמות לא רק לנכוחות פיזית אלא להשתתפות באמצעים טכנולוגיים יש בזה פוטנציאל להגברת המעורבות של בעלי מניות קטנים בחברה בנעשה באספה הכללית.
* כל דיווח של חברה ציבורית מדווח אלקטרונית.

**(6) שינויים מבניים של תאגיד**

כמו 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- האחד, פירוק והשני, מיזוג.

**מהי עסקת מיזוג?**

מיזוג הוא צירוף של שני תאגידים או יותר והפיכתם לאישיות משפטית אחת- איחוד בין חברות. מיזוג הוא במקרה שבו יש שתי חברות, שתי אישיות משפטיות- כל אחת בפעילות העסקית שלה, אך מכל מיני סיבות ואינטרסים כלכליים, יש רצון לשלב את שתי החברות לחברה אחת. כשבמיזוג נרכשת הפעילות העסקית של חברה אחת והיא מתמזגת אל תוך החברה השנייה. בתיאור של שתי החברות, חברה א' היא זו שקולטת אליה ורוכשת את החברה ב' על פעילותה העסקית. והמתאר הזה- כל אחת משתי החברות מכונה ומוגדרת שונה, מכוח ס' 1 לחוק החברות:

* חברה א' נקראת החברה הקולטת- החברה שמקבלת לתוכה את הפעילות של חברת היעד.החברה הקולטת נשארת אותה אישיות משפטית. היא לא צריכה לשנות את עצמה לטובת המיזוג.
* חברה ב' מכונה חברת היעד- החברה הנבלעת, שבסוף שלב המיזוג חדלה מלהיות אישיות ומשפטית ומלהתקיים.

כל אחת משתי החברות נחשבת ונכנסות תחת שנקרא חברה מתמזגת.

**אופן ביצוע המיזוג**

מבחינה כלכלית, חברה (או אדם) מורכבת משני רכיבים, נכסים והתחייבויות. נכסים כמו מקרקעין, מיטלטלין, זכויות, הם השווי הכלכלי של החברה, וכנגדם יש את ההתחייבויות. הגדרת המיזוג קובעת שעסקת המיזוג היא העברה של כל הנכסים וההתחייבויות מחברת יעד לחברה קולטת. כתוצאה מהעברה זו מתחסלת חברת היעד, החברה מתרוקנת מתוכן, שכן כל התוכן הכלכלי של חברת היעד זורם לחברה הקולטת. מכוח החוק חברת היעד עם ביצוע עסקת המיזוג היא תימחק ותחדל מלהתקיים- כל הנכסים שלה יעברו לקולטת. מבחינת החברה הקולטת, היא נשארת אותה אישיות משפטית- נשארת אותה החברה, אך התוכן הכלכלי שלה פשוט גדל. בעצם חברת היעד מוכרת את התוכן הכלכלי שלה לחברה הקולטת- כל הנכסים והתחייבויות של החברה הקולטת נשארים תחתיה, אבל כעת לאחר עסקת המיזוג נוספת הפעילות הכלכלית והתוכן של חברת היעד. התוכן הכלכלי המעודכן של החברה הממוזגת זה נכסיה של החברה הקולטת ונכסיה של חברת היעד- איחדנו את כל הפעילויות האלה ובסוף מיזגנו את החברות- משתי חברות נשארת חברה אחת. הרכיב האחרון בעסקת המיזוג הוא התמורה- חשוב לשים לב כי זו לא עסקת מתנה, ולכן צריך למצוא את התמורה שהחברה הקולטת משלמת לחברת היעד. במהות, החברה הקולטת היא על תקן הקונה- היא הקונה את חברת היעד. מה שמיוחד בעסקת מיזוג זה שבד בבד עם במכירה וביצוע העסקה, המוכר נעלם מהעולם בדיוק ברגע המכירה. ואז אם כן לאן משולמת התמורה? התמורה הייתה אמורה לעבור לחברת היעד אך משום שהחברה לא נותרת כאישיות משפטית, התמורה תשולם לבעלי המניות. התמורה תשולם לבעלי המניות של החברה, שהם בעלי אגד זכויות כלפי החברה. אך ברגע שהחברה לא קיימת למניה אין שום משמעות. כנגד זה שהם נשארו בלי כלום, הם מקבלים את התמורה שהחברה הייתה אמורה לקבל. התמורה יכולה להיות כסף, מניות, אגרות חוב.

* 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 – התמורה מגיעה ישירות מהחברה הקולטת לבעלי המניות של חברת היעד. אופן תשלום התמורה הוא כפי שהוסכם בין הצדדים, כמו בכל חוזה. אך מבחינה מעשית, יש שני אופני תמורה מקובלים ושכיחים

- כסף- אם התמורה היא כסף, בעלי המניות כבר לא קשורים לחברה.

- מניות- אם לעומת זאת התמורה היא במניות של החברה הקולטת, בעלי המניות של חברת היעד הופכים לבעלי מניות של החברה הקולטת. במילים אחרות, התוצאה של המיזוג במקרה בו התמורה היא מניות של החברה הקולטת היא דילול המניות של חברי המניות המקוריים של החברה הקולטת (בדומה להנפקת מניות).

בסוף המיזוג תהיה רק חברה אחת שהתוכן הכלכלי שלה זה כל הנכסים והתחייבויות של החברה הקולטת והיעד- ובעלי המניות בחברה הזו יהיו כל בעלי המניות בחברת היעד וגם בעלי מניות נוספים שאלו בעלי מניות של החברה הקולטת. למרות שזה מדלדל את כוח ההצבעה בעלי המניות של החברה הקולטת, אך יש לזכור כי בעלי המניות עדיין נהנים מהמהלך- החברה גדולה פי וכמה מהחברה הקודמת. לפעמים עדיף להיות 20 אחוז מחברה גדולה מאשר מאה אחוז בחברה קטנה ואם בעלי המניות לא יעדיפו את המצב הזה, אז לא יהיה בכל מקרה מיזוג, שכן, עסקת מיזוג כדי לקבל תוקף משפטי טעונה רישום גם של הדירקטוריון וגם האספה הכללית של כל אחת מהחברות המתמזגות.

**סוגים ודרכים שונות לעסקת המיזוג**

**(1) מיזוג משולש**

נניח שאני חברה, אני פוזלת לחברה ב'- מאוד רוצה במידה עסקית להשתלט על חברה ב' אבל מבחינה משפטית לשמור עליה כאישיות משפטית נפרדת, שהיא לא תהיה בתוך החברה שלי. אך מה זה קשור למיזוג? כל הרעיון של מיזוג שהחברת היעד יורדת מעל הפרק. מיזוג שישאיר את החברה הקולטת שלמה. נדבר על מיזוג ששמו מיזוג משולש- שהוא פעמים רבות, נחשב למיזוג היותר פופולרי בשוק.   
במסגרת המהלך של המיזוג, חברה א' תקים חברת ב' (פעולה שלוקחת מס' ימים) תיצור אישיות משפטית חדשה והגשה למרשם החברות, שבעלי המניות ביחידה בחברה תהיה החברה א', כשחברת הב' תהיה החברה הקולטת. תהיה עסקת מיזוג בין חברת הבת לחברה ב'- כך שהנכסים והתחייבויות של חברה ב' תעבור לחברת הבת. התמורה של חברה ב' יכולה לעבור או במזומן או כמניות בחברת האם-משום שאין הכרח אינהרנטי שזה יהיה המניות של החברה קולטת, ואם הוסכם שהמניות יהיו של חברת האם- היא תנפיק מניות שלה כאמצעי תשלום על עסקת המיזוג בין חברת הבת לחברה ב', אז כך יהיה- אין שום בעיה. בסופו של דבר, בתום המיזוג התמונה תראה כך: חברה ב' תתחסל, ותהיה חברה א' ששולטת בחברת הבת, שהיא בעצם כל מה שהיה בחברה ב'- החברה הייתה רק מסגרת לקליטה של חברה ב', ובסוף חברת הבת היא בדיוק כמו חברה ב'. השגנו בכך עסקת מיזוג שהתוצאה הסופית שלה שבעלי המניות של חברה ב' הם בעלי המניות של חברה א'- כל התוכן הכלכלי נמצא תחת חברה א' אך לא בתוכה, אלא תחת חברה א' משום שהנסכים וההתחייבות נמצאות תחת חברת הב'.

מה הרציונל מאחורי מיזוג כזה, שמשאיר בסופו שתי חברות?

* הפרדה של התחייבויות- ההפרדה בין חברה א' לב' נשמרת, רק במקום חברה ב' זאת חברת הבת. כך שגם אפשרנו שחברה ב' שמשתקפת בחרת הבת, תהיה תחת ובבעלות חברה א', אך נשמרת ההפרדה של שתי אישיות משפטיות שונות. 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.
* הצבעה 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. 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.

עד עכשיו תיארנו מה זאת עסקת מיזוג משולש, אך היא כמעט אף פעם לא מתנהלת ככה, מאוד דומה אך לא ככה.

**(2) מיזוג משולש הפוך**

מהותית מבוצע אותו מהלך כמו מיזוג משולש, רק בשינוי התפקיד הפורמלי של השחקנים על המגרש. חברה ב' זאת החברה שעליה משתלטים, לצורך עסקת המיזוג יש היפוך תפקידים- אותה מהות כלכלית אך היפוך תפקידים פורמאלי. במיזוג משולש הפוך הופכים את התפקידים בין חברת הבת לחברה הנרכשת. החברה ב' היא חברת המטרה שעליה רוצים להשתלט, אבל לא נקרא לה חברת היעד במובן המשפטי רשמי של חוק החברות, היא תהיה החברה הקולטת, בעוד שחברת הבת תהיה חברת היעד. הקולטת היא החברה ששורדת את המיזוג ותישאר בסופו כאישיות משפטית, וחברת היעד תתחסל. במסגרת עסקת ממיזוג כל ההתחייבות והנכסים של חברת היעד יעברו לחברה הקולטת- כך שמזרימים את כל הנסכים וההתחייבויות של חברת הדת, חברת היעד לחברה הקולטת. אך לחברת הבת אין שום נכסים והתחייבויות, זה עתה היא נולדה. המשמעות היא שבסוף העסקה חברת הבת היא זו שתחוסל. מכאן שמה שעובר בפועל זה מה שחברת הבת קיבלה מחברת האם ואלו רק הנכסים. החברה הקולטת אמורה להעביר תמורה לבעלי המניות של חברת היעד (במקרה זה בעלי המניות של חברת היעד היא חברת האם). מכאן השאלה היא מה התמורה? בעסקת משולש הפוך התמורה בדרך כלל תהיה במניות של החברה הקולטת, שיגיעו לבעלת המניות של החברה המתחסלת, שהיא חברה א'.

**תרשים מהמחברת של נוי פלח**

על פניו, אמורים למצוא בתמונה שאחרי העסקה, את חברת האם כבעלת מניות בחברה הקולטת יחד עם בעלי המניות המקוריים. אבל זה לא מה שחברת האם רוצה. בעסקה זו המטרה של חברת האם היא להגיע למבנה זהה לעסקת משולש ישר בו היא מחזיקה ב-100% מחברה ב'. מתברר שבתוך עסקת המיזוג המשולש ההפוך יש רכיב פנימי נוסף שהוא חלק אינטגרלי מהעסקה שבו חברת המטרה פודה מידי בעלי המניות המקוריים שלה את מה שיש בידיהם. בעצם מגולם עוד רכיב פנימי של בעלי המניות של חברה קולטת, ומבצעים איתם עסקה של החלפת מניות- וותרו על המניות של חברה ב' ובמקום זה, ניתן מניות של חברה א'. במילים אחרות, התמורה שתעבור מחברה ב' לחברת הבת (או לחברת האם) תמיד תהיה מניות! כי חברת האם מעוניינת להשתלט על חברה ב'. בסוף עסקת מיזוג המשולש ההפוך נותרים עם חברת האם וחברה ב' (שכל השליטה בה היא של חברה א').

למה נעשה מיזוג משולש הפוך? פרקטית השיטה הזאת יעילה יותר, משלל סיבות:

1. הנכסים של חברת המטרה (חברה ב') לא ניתנים להעברה-אם במקרה לחברת המטרה היו נכסים שהיא לא יכולה להעביר לאישיות משפטית אחרת באופן חופשי (דוגמת רישיון או זיכיון מהמדינה שאינו בר העברה). במשולש הפוך חברת המטרה נשארת כמו שהיא, ולכן היא יכולה להמשיך להשתמש בנכסים אלו.
2. הימנעות מתשלום מיסים- ייתכן מצב בו לחברת המטרה נכסים שערכם עלה במהלך השנים, כך שאם היא תעביר אותם לחברת הבת יהיה צורך לשלם מס רווח הון. אך אם לא נשנה בעלות, לא מתעורר אירוע מס, וזאת משום שאירוע מס מתעורר רק בהעברת בעלות (מכירה). לכן, במיזוג הפוך שהחברה ב' נשארת ולא מתחסלת, הנכסים לא זזים ונשארים בבעלות חברה ב'. כך שפורמאלית הבעלות נשארת באותה חברה, אבל מהותית הבעלים עצמם השתנו. כמו כן, ברגע שמשאירים את הנכסים בחברת המטרה דוחים את תשלום המס עד ליום בו ימכרו סופית את הנכסים הללו (רוצים להרוויח את ערך הזמן של הכסף).

**ההבדל בין מיזוג להצעת רכש**

הצעת רכש היא עסקה בה קונה מציע ופונה אל בעלי המניות בחברה מסוימת לרכוש מהם את המניות שלהם. מי שמחליט על מכירת המניות מבעלי המניות בהצעת רכש זה כל בעל מניות בפני עצמו. מי שיסכים למכור ימכור את המניות שלו, כל אחד מהם הוא בעל מניות שעומד בפני עצמו. זו החלטה אינדיבידואלית של כל בעל מניות. כלומר, ההסתברות שהקונה יצליח לרכוש 100% ממניות החברה באמצעות הצעת רכש היא הסתברות יותר נמוכה, משום שצריך לשכנע כל אחד ואחד. היופי במיזוג שמבחינה רשמית משפטית זאת לא עסקה בין בעלי מניות, זאת עסקה שהצדדים לה הם החברות עצמן- בין א' לב', הן הצדדים והן אלו שיחתמו על הסכם המיזוג. ברגע שאלו חברות, החוק קובע כי מי שצריך לאשר את המהלך ועסקת המיזוג זה הדירקטוריון של אותה חברה, ולאחריו גם האספה הכללית של החברה. שפה יש לזכור כי ההחלטות מתקבלות באספה הכללית באמצעות רוב רגיל, כלומר, מספיק שרוב מקרב המצביעים מסכימים למיזוג וכל בעלי המניות ימכרו את המניות. לא צריך לפנות אישית לכל בעל מניות ולשכנע אותו למכור את המניה, כמו בהצעת רכש. יכולת ההשגה של מאה אחוז הופכת להיות הרבה יותר פשוטה ופרקטית באמצעות טכניקת המיזוג מטכניקת הרכש. חוק החברות נותן ומאפשר מגוון של טכניקות לריכוז מניות בידי גורם אחד, כשל אחד יבחר את הטכניקה שמתאימה לו לפי נסיבותיו. הפשטות שבמיזוג זה שהוא מאפשר לחברה א' להשיג מאה אחוז מהמניות של חברה ב' בהסכמה לדוגמא של 60% רוב בעלי המניות ולא כולם. הם לא מחליטים על כך מנקודת המבט האינדיבידואלית-אישית של ככל בעל מניות, אלא מנקודת מבט כחלק מהאספה הכללית של החברה שמצביעה ברוב.

אם הטכניקה של מיזוג פשוטה יותר, למה צריך הצעת רכש?

1. תשובה אחת יכולה להיות שבאמת לא צריך אך המחוקק אפשר מגוון טכניקות.
2. תשובה שנייה היא שבהצעת רכש מלאה יש אלמנט אחד נוסף שבא מהזווית של הגנה על דעת המיעוט: כפי שיורחב תחת הצעת רכש מלאה.

**הצעת רכש מלאה**

מיזוג רלוונטי לכל סוגי החברות- פרטיות וציבוריות, הצעת הרכש המלאה בהגדרה זה בחברות ציבוריות (שבה יש הרבה מניות שפרוסות אצל רבים) ולא רלוונטי לחברה פרטית. ייחוד שני הוא שבהצעת רכש מלאה בשונה ממיזוג, יש בה אלמנט מנדטורי ומחייב מבחינת החוק. יש נסיבות שבהן החוק מחייב אדם לעשות הצעת רכש מלאה, שאת זה אין במיזוג. מיזוג הוא שרוצים במסגרת חופש החוזים להתקשר בעסקה, אין דרישה בחוק שבנסיבות מסוימות חייב להתמזג, אלא זה רק טכניקה עסקית שנותנה לדעת החברה. לעומת זאת, הצעת רכש מלאה יש בה אלמנט מחייב:

כאשר מדובר בחברה ציבורית, ובעל מניות מסוים הולך ומתקרב לשיעור אחזקות של 90%, המחוקק שם קו גבול. עד 90% המחוקק לא מתערב, אך אם בעל המניות רוצה להגדיל את שיעור החזקת של המניות החברה שבבעלותו על ידי קניית מניות, באופן ששיעור האחזקות יגדל מעבר ל90%, המחוקק לא מאפשר זאת. הדרך היחידה שהוא יאפשר לעלות מעל 90% זה בפרסום הצעת רכש מלאה. הצעת רכש היא הצעה פומבית שמופנית לכולם- לכל בעלי המניות. בעוד שבשוק המשני ניתן לפנות ספציפית ואנונימית לאדם אחר, הצעת רכש זו פנייה\הצעה שמופנית באופן פומבי ושוויוני לכל שאר בעלי המניות באשר הם. מה הסיבה שהמחוקק פתאום מתעורר בשיעור של 90% ומחייב הצעת רכש מלאה? כדי לשמור על בעלי המניות. ככל שמספר המניות שנשארות בידי הציבור הולך וקטן- זאת אומרת שהיקף המסחר במניות האלה בשוק המשני בהתאמה הולך וקטן. ככל שהמשחק בשוק המשני מצומצם יותר, היכולת של בעל מניות שמחזיק במניות בנסיבות כאלה להתמודד עם המציאות, היא מגובלת יותר. תמיד תהיה לו יכולת למכור את המניה, אך יכולת המכירה שלו הופכת ונהיית יותר קשה- אין הרבה פעילות, היקף או שוק. ולא רק זה- כל תנודה קלה מעלה ומורידה עת המניה באופן הרבה יותר דרמטי, שההיצע מראש קטן כל שינוי מאוד מזיז.   
המחוקק בחר בנקודת מבט המגינה על בעלי המניות- המחוקק לא שולל את הבעלות על מניות, אלא קובע שכשהציבור יהיה בעל מניות, הוא יהיה בעל מניות בסביבה ובחברה בה יש היקף מינימלי של פעילות בשוק. מבחינת המחוקק הוא קבע רף והיקף מסוים שלכל הפחות 10% ממניות החברה יהיו הכמות הצפה של המניות (אלו שמחליפות ידיים כל הזמן). לא נרצה שכל המניות מקרב הציבור יהיה 5%, זה מעט מידי. ולכן המחוקק קבע שלפני שהוא חוצה את קו ה90% צריך לפנות לכולם.  
יש לזכור כי מדובר בהצעת רכש ולכן ההחלטה האם למכור את המניות היא החלטה של כל בעל מניות עצמו ולא האספה הכללית. כל אחד מחליט כשלעצמו אך הדין מתערב וקובע תוצאות קוגנטיות (ס' 333)- אם מספר בעלי המניות שמתנגדים להצעת הרכש המלאה מהווה פחות מ5% מכלל בעלי מניות החברה, אז כופים עליהם למכור בניגוד לרצונם, ואז הוא יוכל לרכוש מכולם ולהפוך להיות בעל החברה. למרות שזאת החלטה אינדיבידואלית, כל המתנגדים יאלצו למכור. לעומת זאת, אם קורה הפוך- שיותר מ5% מסך בעלי מניות החברה יתנגדו, אז לא כופים על המתנגדים למכור, אך התומכים במכירה יכפה עליהם לא למכור. אין אמצע בשיטה הזאת.

בסוף מהלך הצעת הרכש המלאה, בעל המניות יגיע להחזקה של 100% ממניות החברה ויהפוך את החברה הציבורית לחברה פרטית. נשארים אותם המאפיינים, רק הקטלוג הוא שונה- מחברה ציבורית לחברה פרטית. זאת אותה אישיות משפטית, אישיות החברה לא השתנתה. . חברה ציבורית היא חברה שמיניותיה יצאו לציבור ומוחזקות בציבור- בעוד שבפרטית המניות לא הוצאו לציבור.

הדרישה להצעת רכש- רצונית או מהמחוקק? אם אנחנו עוסקות בהצעת רכש מלאה, כלומר פונה אדם אל בעל בעלי המניות בחברה ומבקש לקנות את מניותיהם. בגלל זה, ההצעה נקראת הצעת רכש- הצעה לרכוש מהם את מניותיהם- הוא הקונה ובעלי המניות הם המוכרים הפוטנציאליים, הם הניצעים. האם הפניה הזאת רצונית מטעמו או שמא זו דרישה מצד המחוקק? יכול להיות שאדם מסוים ירצה לפנות אל כל בעלי המניות מרצונו החופשי, ולהציע להם למכור את המניות- זה יכול להיות אדם שהוא כבר עכשיו בעל המניות בחברה, או אדם חיצוני לחברה שרוצה לקנות בבת אחת, האופציה הזאת היא פחות מעשית מאחר ובדרך כלל לא יקנו את כלל המניות בבת אחת. יכולה להיות אפשרות שהיוזמה או המניע שעומד מאוחרי הפנייה הוא רצונו האישי של הקונה לקנות את המניות. אך יכול להיות כחלופה, שמה שהניע את אותו מציע שמתעקש לקנות את המניות, לפנות אל בעלי המניות באופן רוחבי זו דרישה חקיקתית. אילו זה היה תלוי בו, ספק אם היה פונה לכולם, יכול להיות שהיה פונה לחלק באופן סלקטיבי ולא היה רוצה לקנות במאה אחוז, אלא לעצור למשל בהחזקה של 92%. אך החוק דורש לפנות באופן שוויוני ופרופורציונלי לכל בעלי המניות הנותרים ולהציע להם הצעת רכש, במידה והוא רוצה לחצות את קו 90%. יש רק דרך אחת לחצות את קו ה90% ולהציע הצעת רכש מלאה, שהתוצאה היא תוצאה בינארית- או שתקנה את כל הנותר ותגיע ל100% או שתיעצר ב90%, אין ביניים. אין אפשרות במשפט הישראלי שמישהו יחזיק למעלה מ90% ממניות של חברה ציבורית, אבל פחות מ100%. קפיצת המדרגה הבאה מ90% מניות היא ל100%. ביהמ"ש מבהיר כי זה נובע מתוך הרצון להגן על המיעוט, במובן שיהיה להם שוק פעיל למניות. דיברנו בעבר, על חשיבות העבירות של המניות בשוק המשני- כמה שהשוק המשני בקיומו הפעיל והער הוא חשוב לבני אדם. אם יש שוק פעיל קל לאנשים להחליט להשקיע שם, אך כשקשה להיפטר ואין שוק פעיל, זה יותר בהיסוס. כדי להבטיח שוק פעיל מינימליסטי קבע המחוקק קו גבול- שלכל הפחות עשרה אחוזים ממנותיה המונפקות של החברה יהיו הכמות הצפה בשוק- שיש שוק פעיל שמחליף ידיים. שוק של פחות מ10% זה נשמע צר מידי ושוחק את יכולת השכירות וההיפטרות של המניה, ולא נרצה לשים את בעלי המניות במצב כזה.

מה שמעניין בהצעת רכש מלאה שבעצם יש כאן אלמנט מחייב כפוי, בעצם על שני צדדים: מצד אחד המחוקק דורש ומחייב מהמציע (בעל המניות הגדול שמגיע ל90%), לפנות אל כולם ואם הם יענו לכך, גם לרכוש מכולם. החוק מאלץ אותו או לקנות את שאר המניות או לוותר ולהישאר בלי יכולת לקנות את המניות, אין אפשרות ביניים- או 90% או 100%. אך זה לא רק שלחוק יש אלמנט כופה על הרוכש, אלא יש גם אלמנט כופה על הצד המוכר- בעלי המניות הניצעים, על הניצעים שמהווים פחות מ5% מסך מניות החברה. כי אמרנו שאותו רוכש פונה אל הניצעים, כשההחלטה האם למכור כן או לא היא בעצם החלטה אישית, להבדיל ממיזוג, בהצעת רכש רגילה כל בעל המניות מחליט כשלעצמו. יחד עם זאת, בהצעת רכש מלאה מה שקורה שאם עוברים אחוז מסוים של נענים, כל מי שמתנגד חייב למכור. וכך ההיפך- אם יש אחוז מסוים של מתנגדים, לא ניתן למכור את המניות. לכאורה בהצעת רכש היינו אומרות שכל אחד מחליט לעצמו- זו פנייה קבוצתית אבל כל החלטה היא אישית. בהצעת רכש מלאה יש בכל זאת אלמנט כופה-קולקטיבי במובן שברגע שהרוכש פנה אל הקבוצה בהצעת רכש מלאה שחלק נענים אך כמה מתנגדים, ואלו שמתנגדים מהווים פחות מחמישה אחוזים- ס' 367 מחייב אותם למכור, חרף התנגדותם. והם יצטרכו להצטרף לכל היתר, וירכשו גם מהם, ולכן המציע יגיע ל100%- הוא יקנה גם מהמסכימים וגם מהמתנגדים. אז יש פה אלמנט כפוי על שני הצדדים- על המציע, במובן שכופים אותו להגיע למאה, ומהצד שני על הניצעים על מתנגדים שפחות מחמישה אחוזים. כי אם לא יכפו עליהם, יצא מצב שהחמישה האחוזים מאלצים את המציע להיתקע ב90 מאחר והחוק לא מאפשר להתקדם. יוצא שאף פעם הוא לא יוכל להפוך את החברה לפרטית ותקוע ב90 בגלל מיעוט קטן שמסרב למכור, כשהרוב מוכן לכך. נכון שהצעת רכש רגילה היא אינדיבידואלית, ולא הרוב קובע למיעוט מה לעשות- מי שרוצה מוכר ומי שלא רוצה לא מוכר, אך זה לא בהצעת רכש מלאה.

הבהרה עם מספרים: נניח שבמקרה הזה נענו 15% מכלל מניות החברה ואחרים לא. אין כפייה- מי שרוצה מוכר ומי שלא לא מוכר. כל עוד הוא לא חוצה 90%. במסגרת הצעת הרכש מגיע לשלב ה90% עוצרים אותו- ולכן אלמלא הכפייה על ה3% האחרונים, למרות ש9% מוכנים למכור, הוא לא יכול כי הוא לא יכול לחצות את קו ה90% בגלל ההוראה הקוגנטית של החוק, אלא אם כן הוא מגיע למאה. בשלב הזה המחוקק יכול לכפות על ה3%.

בדרך כלל, מציעים לא יפרסמו הצעת רכש מלאה אלמלא הם בקו של ה90%. כדי להפוך את החברה הציבורית לחברה פרטית ולהגיע ל100%, ניתן לפנות בהצעת רכש מלאה, אך כדי שזה יתרחש נדרש לשכנע ולהשיג היענות גבוהה של 95%. במקום זה, מבחינה מעשית, יעשו את זה בדרך של מיזוג ולא בדרך של הצעת רכש מלאה מאחר והרוב הנדרש הוא קטן הרבה יותר- במקום 95% צריך רוב רגיל. בדרך של מיזוג, כל בעלי המניות יצטרכו למכור את המניות, ולקבל במקום או מניות חדשות או מזומן. פרקטית נפרסם הצעת רכש מלאה כשבעל המניות קרוב ל90%, שם משחק הכפייה של ה5% אחרונים הוא משחק של רוב. במצב של 90% מניות בידי המציע, הרוב הנדרש הוא רוב רגיל (מאחר שחמישה אחוזים זה חצי ממאה). המעבר מ90 ל100 הוא מנגנון שעובד מבחינה מהותית על משחק של רוב מול מיעוט- אם הרוב יגיד לא, הוא לא יצליח, אך אם הרוב יגיד כן, מול התנגדות של מיעוט של 5% ומטה, בעל המניות יצליח לקנות.

**סעד הערכה- ס' 338**

אם החוק מחייב את המתנגדים למכור על מנת שהמציע יוכל להשלים את המהלך של החזקת 100% ממניות החברה והפיכתה לפרטית, המשמעות היא שהחוק מחייב אדם למכור למציע נכס בבעלותו, במחיר שהוא לא הסכים לו, חרף התנגדותו. זאת המשמעות המשפטית של המהלך של הצעת רכש מלאה. אך האם יש איזשהו הגנה\סעד\ פיצוי שישמור על זכויותיו של אותו אדם? זאת שאלה שיורדת לשורשיה של תפיסת הקניין- הבעלות הפרטית ומהותה- הכרה וכיבוד בקניין הפרט, ולא בהלמאה כללית.

המשמעות של בעלות לכל רכוש באשר הוא, זה שהבעלים הוא האדון לקביעה מה יעשה ברכוש ומתי יעשה בו שימוש\ העברת זכויות וכו, כל מי שקשור לרכוש הזה, זה בהחלטה אוטונומית של הבעלים ולא מישהו אחר. ואין לפרט אחר\לאישיות משפטית אחרת יכולת לקבוע עבור הבעלים מה יעשה ברכוש הזה. ובעצם, פה בא המחוקק וכופה על בעל המניות שבקבוצת המיעוט של המתנגדים- הוא ייפרד מהבעלות שלו על המניה. זאת החלטה בסופו של דבר של בעל המניות, זה המהות של בעלות בדיני קניין. האם אין מנגנון משפטי נגדי שמקנה לבעלים שכופים עליו את מכירת הרכוש שלו, מנגנון פיצוי כנגד זה?

אם נשתמש באנלוגיה ודוגמא שנזכרת על ידי השופט עמית בפס"ד כבירי של הפקעת רכוש. כפיית מכירת הרכוש דומה במהותה להפקת רכוש. גם שם בא הדין ומפקיע מידי הפרט את בעלותו הפרטית בנכס, אבל כנגד זה, לאותו פרט יש אפשרות לקבל פיצוי. כנגד המנגנון הכפוי- יש מענה משפטי שאומר כי אומנם בעל המניות לא יישאר בעלי הרכוש, אך יש לו זכאות לקבל סעד כספי כנגד.

ס' 338 לחוק קובע מפורשות את מנגנון הפיצוי- של סעד הערכה. המחוקק קובע כי מכיוון שיש אלמנט כופה, הוא כן מאפשר לבעל המניות לדרוש סעד הערכה- לפיו בית המשפט ויקבע מה שווי המניה תוך הבנה שהסכום שבו היא נרכשה בהצעת הרכש הוא פחות משוויה ההוגן. בית המשפט יכול לבצע הערכה כלכלית של החברה ובסוף יגיע לקביעה שיפוטית- אך אם הוא יגיע לקביעה שאכן המחיר שהוצע בהצעת הרכש הוא פחות מהשווי ההוגן של המניה, בעל המניות יוכל לקבל פיצוי שמאזן את המחיר. למשל הוא באמת זכאי לקבל 43% במקום 40%, קוראים לזה סעד הערכה . זה סעד הערכה במובן של הערכה מחדש- אם המחיר נמוך מידי לטעם בעל המניות, אז הוא פונה לבית המשפט שיפעיל את סמכותו לפי 338 ויעריך מה שווי ההוגן של המניה, יבצע הערכת שווי. ביהמ"ש מבצע פונקציה כלכלית כדי לבחון את שווי המניה, אך זאת לא הפעם היחידה שבית המשפט מעריך דברים כלכליים- גם בהערכת פיצוי על רשלנות רפואית צריך להעריך, זה חלק מעבודתו של בית המשפט. אומנם, זה לא נקי לגמרי מביקורת בגלל האופן שבו הוא נבנה משיטה הישראלית.

ביקורת על סעד הערכה

ניתן להבין את הערכה כקונספט- אנחנו כופות על מישהו למכור את הנכס שלו, ולכן צריך לאפשר לו סביבה שבה הוא יכול לטעון את טענותיו על זה שלקחו ממנו ללא הסכמתו, והכתיבו לו את המחיר. כיבוד זכויותיו מבחינת הקניין זה לא שיכתיבו לבעלים, ואם כבר מכתיבים לו אז צריכה להיות אפשרות לערער על זה ולא לקבל את זה כתכתיב. בית המשפט הוא זה שמאזין ושומע את וטענותיו של בעל המניות- למה למשל, 40 שקל למניה זה פחות מידי. יכול להיות שבית המשפט לאחר בחינה, ידחה את הטענה, אך גם יכול להיות שהוא יקבל את טענות הנפגע- השווי שהוצע הוא נמוך מידי מהשווי ההוגן, לא יכולים להכתיב 40 מבלי שזה יבחן.   
אך האופן שזה זה מבוצע בישראל לא נקי מביקורת: מה החשש? נניח שלא היה סעד הערכה, החשש כמו בהפקעת מקרקעין, שאם מישהו אחר מכתיב ולוקח ממני בכוח את הנכס, קובע כמה אקבל עליו, החשש הגדול זה לעושק- אם זה תלוי רק בו, הוא קיבע מחיר נמוך ככל שיהיה. כדי למנוע שייסחטו ויעשקו את בעל המניות מבלי שתהיה לו אמירה בעניין. בית המשפט עם מנגנון הערכה יכול לתקן ולפצות פוטנציאלית את הנעשק על ידי כך שיקבע שווי הוגן.

איפה השיבוש מבחינת היישום?

* + - 1. כל ניצע- בסמכות בית המשפט לקבוע פיצוי לכל מי שהיה ניצע- יכול להיות שא' הסכים להצעת הרכש וב' התנגד. א' הסכים ומכר- אך ב' מכר כי הוא נאלץ למכור. עדיין לפי הס' א' יכול לפנות אל בית המשפט ולתבוע סעד הערכה. אך למה? מילא שב' יגיש את הבקשה כי הוא זה שהתנגד למכירה ונאלץ למכור בגלל המכירה הכפויה, אבל א' הסכים למכור- אחרי שהסכמת פתאום אתה פונה לבית המשפט בטענה שעשקו אותו? זה נוגד את היסודות של דיני חוזים- הייתה הצעה, היה קיבול ופתאום בעל המניות פונה לבית המשפט בטענה לעושק. ההיגיון היה טוב יותר שאילו הס' היה פותח את הפתח לסעד הערכה לא לכל מי שהיה ניצע, אלא לכל מי שהיה ניצע והתנגד להצעת הרכש. למה לפתוח את הסעד למי שהסכים, למי שלא נפגע מהכפייה?
      2. מי הקבוצה שיכולה להיות מפוצה? כל מי שהיה ניצע, יכול לקבל את סעד ההערכה, ולא רק האחוזים המתנגדים.
      3. שווי הוגן- שיקול הדעת שניתן לבית המשפט הוא לקבוע ששווי ההוגן הוא גבוה יותר- שמחיר ההצעת הרכש היה פחות מהשווי ההוגן. האם אין תרחיש בעולם ששווי המניה היה פחות מהמחיר של הצעת הרכש? בחינה אובייקטיבית, תגלה שהשווי ההוגן נמוך ממה שהוצע. האם יש סמכות לבית המשפט לקבוע סעד הערכה לשווי הוגן שנמוך יותר? התשובה שלילית, המחוקק קבע סעד שהוא חד כיווני. אם ביהמ"ש יגיע למסקנה שהמחיר בהצעת הרכש גבוה יותר מהשווי ההוגן של המניה, אין אפשרות לביהמ"ש לקבוע להקטנת הפיצוי כשערך המניה נמוך יותר. סעד הערכה בתוצרה שלו בס' 338 נותן אופציה כלכלית לכל ניצעים, אופציה לקבל עוד בלי שום סיכון. זה מוביל לכך שכל ניצע יוכל להגיש לסעד הערכה- כי אין לו מה להפסיד. מקסימום בית המשפט ידחה את התביעה אך לא יגרע מהפיצוי. זה אופציה לתוספת כספית חסרת סיכון. זה מעודד לא רק הגשת תביעות אלא גם סחטנות- כי הרבה לפני כן, בעלי המניות ילחצו על המציע להעלות את מחיר המניה, ואם הוא לא יענה לבקשתם, הם יגישו תביעה לסעד הערכה. בתוך המנעד, יש לבעלי המניות יכולת להתחיל לשחק כי אין להם סיכוי להפסד רק לרווח. אם הרעיון הוא הגנת מיעוט שכפו עליו, אז למה רק אופציית ניצחון ולא הפסד?

בפס"ד כביר, ניתן לשמוע תמיהות וסימני שאלה שגם השופטים מעלים ביחס לתצורה של ס' 338.

פס"ד כביר

השאלה המשפטית שעלתה בפס"ד, האם סעד הערכה הוא סעד בלעדי או שהוא סעד אחד ממגוון סעדים? למשל האם יש סעד של ביטול הצעת הרכש?   
האם סעד הערכה שהוא סעד כספי הוא אחת מהאפשרויות, אחד מהסעדים הקיימים, אך לצידו יש גם סעד ביטול? או שבהקשר הזה זה סעד בלעדי?

התשובה היא שסעד הערכה הוא סעד בלעדי, אין סעד של ביטול. בית המשפט העליון פוסק כי בהקשר הזה של הצעת רכש מלאה שהתקיימה ובוצעה, לא ניתן לבטל. לא ניתן יהיה להחזיר את הגלגל לאחור ולהחזיר את החברה מחברה פרטית לציבור. ביהמ"ש שולל את אופציית סעד הביטול. זו הוראה ספציפית שמוציאה את תחולת הסעדים הכללים שלא דיני החוזים, היא מייחדת הסעדים לסעד הערכה בלבד.

**סעד הפרת חובה חקוקה- ס' 340(ב)**

עם זאת, יש לשים לב לס' 340(ב)- "הפרת הוראות פרק זה היא הפרת חובה חקוקה כלפי בעלי המניות בחברה".  
לצד סעד הערכה יש גם אפשרות לתבוע תביעה כספית (ולא תביעה של ביטול) על פי עילה של הפרת חובה חקוקה (ס' 33 לפקודת הנזיקין). אפשר לקבל סעד כספי דרך ראש תביעה שיקרא הפרת חובה חקוקה, דרך דיני הנזיקין. אך על מה מקבלים את הסעד? לא על עצם שווי לא הוגן של מניה (שזה סעד הערכה), הסעד של הפרת חובה חקוקה הוא על הפרת הוראות פרק זה בדיני החברות. למשל: נניח שאדם מחזיק 88% לבעלי המניות, פנה לבעל מניות ספציפי לקניית 4% שלו ממניות החברה, ולא פנה בהצעת רכש, אופן שוויוני ואחיד לכלל בעלי המניות. הדין קבע כי אסור לעבור את סף ה90% בלי הצעת רכש מלאה. על המקרה הזה, ניתן יהיה לתבוע מעבר לסנקציה שקבועה בדיני החברות, מכוח פקודת הנזיקין.

**מיזוג מול הצעת רכש מלאה**

הרי אם בהצעת רכש מלאה, כופים על המיעוט למכור את מניותיו חרף התנגדותו למדנו עוד מנגנון בעולם החברות שהאפקט שלו הוא לחייב בעל המניות להיפרד מהמניה שלו ללא הסכמתו- שזה מיזוג. במיזוג נניח שהחברה א' מציעה בתמורה לחברה ב' שהולכת להיבלע בתוכה, תשלום מזומן ולא מניות, שהכסף הזה מגיע לבעלי המניות של חברה ב'. אז יש הצבעה באספה הכללית של חברה ב' והרוב הצביעו בעד לעסקת המיזוג, אך היו חלק שהתנגדו. אותם בעלי מניות שיתנגדו, יצטרכו להיפרד מהמניות שלהם.   
מתעוררת השאלה מה ההבדל ומה זה שונה מהצעת הרכש המלאה? למה בהצעת הרכש המלאה על אילו שהתנגדו וכפו עליהם למכור, מקבלים סעד הערכה, ואילו במיזוג לא נתנו להם את האפשרות הזאת.

טענה אחת שיכולה להיות היא במשטר של הרוב- מיזוג זאת עסקה שבין חברות. החלטה של אספה כללית כגוף של החברה, וכבעל מניות אתה יודע שאתה חלק מקולקטיב ואתה לא מכתיב בעצמך. מראש שקנית מניה, אתה מקבל על עצמך שאתה חלק מהחלטה של רוב. אך בהצעת רכש, ההצעה היא אישית-אינדיבידואלית, שלבסוף מסרסים את יכולת ההחלטה האישית של בעל המניות במידה והוא נשאר במיעוט.   
אך עדיין חוסר הסימטריות בקיומו של סעד הערכה בהצעת רכש מלאה לבין בהיעדרו של סעד במיזוג, מעלה קושי. יש דמיון שבמהות זה מרגיש דומה, כי אומנם פורמלית, פרוצדורלית בהצעת רכש מלאה אין הצבעה כמו במיזוג, אך מהותית זה דומה להצבעה אם להצבעה- אם הרוב יהיה בעד נכפה על המיעוט וכך להיפך. זה דומה במהות שיש אספה כללית- או לכולם קורה או לכולם לא קורה, וכך גם בהצעת רכש מלאה. יש פה שאלה הקשורה למשטר הקנייני של הרוב- בחברות הדגשנו כי בעל מניות, יודע שהוא חלק מקבוצה של בעלי מניות. עכשיו השאלה היא לגבי זכויותיו כפרט-בודד אל מול הרוב, האם הוא זכאי להגנות נוספות או שהוא פשוט כפוף לרוב? יהיו מי שיגידו שהחלטת הרוב בתוך קבוצה הומוגנית, עמדת הרוב משקפת את טובת כולם, ובכך מוגן גם המיעוט שהצביע נגד. אולי ההשקפה של המיעוט שונה אך לא כופים עליך משהו ורק עלייך- לא מאלצים רק את בעל מניות א' אלא מאלצים את כולם- כולם יישאו את אותו הגורל- או שהוא טוב או לא טוב לכולם. בדיוק כמו בהצעת רכש מלאה- או שכולם נפרדים או שאף אחד. ולכן, אם החלטת רוב בעצם משקפת את טובת כולם ולא צריך הגנות מיוחדות על הפרט המתנגד, אז כשם שזה טוב מיזוג ניתן היה לטעון אותו הדבר גם בהצעת רכש מלאה. או לחילופין להגיד הפוך- נכון שברוב המקרים ועניינים הצבעת הרוב מחייבת את כולם, כמו בחירת דירקטורים, אך חוץ מדברים שנוגעים לרכוש האישי של בעל המניות. כבר אמרנו בס' 20ד שהרוב לא יכול לחייב את המיעוט להוסיף עוד השקעה (פס"ד פרי העמק). יש נקודות שהרוב לא יכול לקבוע, וזה מגיע ברמת הפרט, שזה מגיע ישירות לכיס ולרכוש לו. אך ניתן גם לטעון שבהצעת רכש מלאה זה מגיע לכיס שלו- למניה שלו. תן לו את זכות בירור עמדתו בסעד הערכה, מעבר להחלטה של הרב. אך לפי קו הטיעון הזה חוזרת השאלה למה אין במיזוג סעד הערכה? המיזוג יוצא לפועל כי הרוב החליטו להיפרד מהמניות, אם אתה לא מסתפק בזה תעתור לבית המשפט- מאחר ומאלצים להיפרד מהמניה, זה לא שונה. התשובה היותר משכנעת אמורה להיות או שבשניהם יש מקום לסעד הערכה אחו שבשניהם אין מקום. העובדה שבאחד יש ובשני לא, היא לגמרי משכנעת. אנחנו כן רואות קווי דמיון מהותיים בין הסיטואציות.

מאחר שראינו כי יש הצעת רכש מלאה עם סעד הערכה בעוד שמיזוג חסר סעד הערכה. כך שיתרון נוסף למיזוג זה לא רק כמות האנשים לשכנוע, אלא היעדרו של סעד הערכה. במיזוג אין תוספת שתצטרך לשלם אחר כך- אין סעד הערכה, ולכן זה עוד שיקול למה להשתמש במיזוג.

**פס"ד שני נ' מלם מערכות**

השאלה המתעוררת בפס"ד היא האם מיזוג משולש הפוך בכלל אפשרי בחוק הישראלי? איפה הבסיס המשפטי המכשיר את הצעד? יש בחוק את ההגדרות של חברה קולטת, יעד ואישור בדירקטוריון ואספה כללית, אך מי אמר שמיזוג משולש הפוך אפשרי וכתוב בחוק? שהרי החוק לא דיבר על מיזוג משלוש הפוך.

* + - 1. האם חוק החברות מאפשר מיזוג משולש הפוך?

אם חוק החברות מתייחס למיזוג של חברה קולטת ויעד, למה שהוא לא מתייחס למיזוג משולש הפוך? אם אפשר מיזוג של שתי חברות, אז אין מה שיסתור מיזוג משולש הפוך, אלא אם כן יש אלמנט במיזוג המשולש ההפוך שלא קיים במיזוג הרגיל, שעליו אפשר לשים סימן שאלה שחוק החברות לא מתייחס לכך.

החוק קובע כי יש מיזוג שכתוצאתו חברת היעד מתחסלת, עוברת לחברה הקולטת, ובעלי המניות של חברת היעד לא נותרת להם חברה ולכן הם מקבלים תמורה- מזומנים או מניות. אך במיזוג משולש הפוך, היה היפוך תפקידים- החברה הקולטת במובן הפורמאלי היא חברה ב'- היא שורדת את המיזוג. עכשיו למדנו שבמיזוג רגיל בעלי המניות של החברה המתחסלת מקבלת תמורה, אך בהפוך בעלי המניות של החברה המתחסלת לא משתנה אצלה כלום- במיזוג המשולש ההפוך החברה המשחקת את תפקיד החברה הקולטת, היא השורדת, אז תיאורטית בעלי המניות שלה צריכים להישאר במקומם. אך במקום זה בעלי המניות ייפרדו ממניותיהם ויקבלו משהו אחר. החוק לא אומר כן והוא לא אומר לא- אך ההנחה היא שכדי שזה יהיה כן צריך אמירה פוזיטיבית, ולכן יש מקום לעורר כסימן שאלה.

השופטת אגמון גונן לא מזכירה במפורש את חילופי המניות, אך היא כן שואלת את השאלה ככלל האם מיזוג משולש הפוך אפשרי לפי המשפט ישראלי או לא? תשובתה היא שהדבר אפשרי. היום, המיזוג המשולש ההפוך עוד יותר שכיח ושמיש מהמיזוג הרגיל- ואחרי שהוא קיבל את גושפנקא זה בכלל רץ קדימה. מאז בית המשפט הכלכלי הכיר בזה עוד כמה פעמים.

* + - 1. האם זה לגיטימי לבצע מיזוג משולש הפוך- גם אם הדבר אפשרי מחינת הדין?

גם אם זה אפשרי, האם זה לגיטימי להשיג את התוצאה של מאה אחוזים מחברת המטרה, האם זה לגיטימי לעשות את זה בדרך של מיזוג משלוש הפוך- שהרי אם החברה היא חברה ציבורית ורוצה להפוך לפרטית, יש שיטה של הצעת רכש מלאה. אם נאפשר זאת, מיזוג משולש הפוך מרוקן מתוכן את הצעת רכש מלא. בהצעת רכש מלאה כופים על 5% ופחות מכך למכור בניגוד להסכמתם, בעוד שמיזוג ניתן לכפות על 49% נותרים. דרך מיזוג משולש הפוך, מוציאים את האוויר מהצעת רכש מלאה- זה להתחכם ולעקוף את הצעת הרכש המלאה. אם בעל מניות רוצה לכפות על בעל מניות למכור יש דרך לעשות זאת בחברה ציבורית דרך הצעת רכש מלאה- כך שקבוצת הייחוס שמתייחסים אליה נוגעת ל5%.

בית משפט קובע כי אלו אמצעים חלופיים- מיזוג משולש הפוך לא רק שחל אלא זה גם בסדר, ואפשר להשתמש בזה גם לצורך עקיפת הצעת רכש מלאה. זאת נקודה שעלתה לא פעם בספרות- אם יש דינמיקות ודרכים שונות להשיג את אותה התוצאה, האם אחת מוציאה מידי תחולה את השנייה? האם זה לגיטימי שמתכנן העסקה יוכל ללכת בדרך כזו או אחרת? בית המשפט קובע שזה לגיטימי, מאחר ויש חופש עיצוב העסקה בפרוצדורה אחרת, גם אם יש פרוצדורות אחרות עם כללי משחק שונים. חוק החברות מציע תפריט של טכניקות- שכל פעם החברה רשאית לבחור את הטכניקה לפי הנסיבות והשיקולים שלה. ודיברנו מה היתרונות של מיזוג על הצעת רכש מלאה. אך יש גם מגבלות- כמו אשור של דירקטוריון החברה, בעוד הצעת רכש היא מעל האספה הכללית ופונה אל בעלי המניות עצמם. לפעמים יש כלים שחלקם נחשבים ליתרון או מגבלה- ולכל חברה יש את מאזן השיקולים שלה בתוך כללי המשחק שלה. זה לגיטימי, הם עומדים זה לצד זה ולא זה במקום זה- וכל עוד חברה דרך עסקה שמוכרת ומעוגנת בדיני החברות וקיימה את כללי המשחק של אותה דרך, גם אם אין בזה את כללי המשחק של הדרך האחרת, זה לגיטימי ותקין. למשל אם זה מיזוג, מבחינת הדין הנוהג אם אין סעד הערכה אז אין, והרוב הנדרש הוא רוב רגיל וכדומה. יש חלופות שדרות זו לצד זו- ניתן לבחור את מתווה העסקה, כל עוד עומדים בכללי המשחק שלו- ובית המשפט לא ישלול את זה.

ראוי לציין כי בנושא של הצעת רכש- ס' 388ג מסייג את היכולת של המסכימים להצעה לקבל גם סעד הערכה- בכך שהמציע רשאי להתנות מלכתחילה כי אם וכאשר יהיה סעד הערכה, הוא יופנה רק למי שלא הסכים להצעה מראש. כך שאם זה הותנה בראש בהתניה בהצעת הרכש, אז השגת את זכאות סעד הערכה כלפי הניצעים שהתנגדו להצעה. כך שהשארנו את ס' 388א' שמדבר על סעד הערכה כלפי כולם- כסעד ברירת מחדל של החוק שניתן להתנות עליה בתוך הצעת הרכש המלאה. על זה יש להוסיף את הקושי- מדוע המחוקק משאיר את זה לצדדים להתנות, שהרי זה לא סעד שניתן מכוח חופש החוזים והסכמה של הצדדים, אלא שזה סעד פוטנציאלי בשל הכתבה קבוצתית. סעד כזה או שהמחוקק נותן אותו או שהוא לא נותן אותו- ולכן מה פתאום נותנים לצדדים להתנות עליו? הסכמה חוזית ביניהם זה מחיר המניה ולא על אפשרות קבלת סעד הארכה.

**בעיית הנציג בדיני חברות**

הזכרנו בעבר בחלוקת סמכויות, שהמבנה שמוכר לנו בחוק החברות של מערכת קבלת החלטות בחברה, הוא מבנה של שלוש רמות היררכיות- האספה הכללית של בעלי המניות, דירקטוריון, מנכל. נלמד ונתמקד להכיר טוב יותר את התפקוד של הגורמים הללו- ניכנס לסוגיה לא רק מבחינת בקיאות לחלוקת הסמכויות בין הגורמים, אנחנו נשים זרקור על מקבלי ההחלטות בחברה ונתחיל לחשוב על אופן תפקודם- האם הוא מושלם כן או לא, ואם הוא לא מושלם איך ניתן לשפר אותו.

**מה זה נציג?**

נציג הכוונה לאדם, גורם כלשהו שפועל עבור הזולת ולא עבור עצמו. הזולת יכול להיות אדם אחר, המדינה, אך הוא פועל בשם ועבור מישהו אחר. פגשנו את זה כבר בתורת האורגנים- יש בני אדם שהם שליחים מטעם החברה, כך למשל גמירת הדעת של השליח מייצרת תוצאה של חוזה שהחברה היא צד לו.

**מהי בעיית נציג?**

יש בידי הנציג סמכויות רבות, אך מתעורר חשש שהסמכויות המופקדות בידיו של הנציג, שעבור החברה הוא אמור להפעיל, הוא לא בהכרח יפעיל אותן עבור הזולת ולא באופן האופטימלי שריצנו שיפעיל. יש חשש שהנציג במקום להיות הפתרון יהפוך לבעיה- פעם חשבנו שלהיעזר באחרים מייעל את העבודה (לא ניתן לעשות הכל לבד ולכן נשתמש בנציג שיעשה את הדברים לטובתי). אך יש בזה בעיה- אדם חושב בראש ובראשונה על עצמו. כחלק מהתכונות האנושיות- האדם חושב קודם כל האינטרסים של עצמו, ויש חשש מובנה שכשאתה מוסר למישהו סמכויות שיפעל לזולת, לא בטוח שהוא יפעיל את הסמכויות האלה באופן אופטימלי. ביחידה זו, נעמוד על אופן התפקוד של הגורמים המרכזיים שבחברה (מנכל, דירקטוריון ואספה כללית), ונבחן האם התנאים הסביבתיים בהם הם פועלים, הם תנאים שבהם אנחנו רגועות יותר ופחות חוששות מאיזשהו כשל ותפקוד תת אופטימלי של הנציג, או שאולי בנסיבות מסוימות שהתפקוד באמת יכול להיות תת אופטימלי ואם כן נצטרך לחשוב איזה מענה משפטי ניתן לתת לכך. כאשר השאיפה היא לקדם את פעילותה ותפקודה של החברה בצורה הכי טובה ויעילה שניתן לקדם את החברה לעבר תפקידיה. האם מקבלי ההחלטות המרכזיים אכן פועלים בתנאים סביבתיים שאנחנו רגועות שיקדמו באופן אפקטיבי את טובתה של החברה, ואם לא, איזה מענים משפטיים ניתן להשתמש בכדי לשפר את המצב.

**היחס בין המשפט לתמריצים**

אנחנו מדברות על הדירקטוריון והמנכל כי שניהם רלוונטיים לקבלת החלטות בחברה- כל אחד בתחומי סמכותו. יחד עם זאת, מסכת התמריצים שפועלת על כל אחד מהגורמים הללו, היא שונה אחד מהשני. הדבר הכי חשוב להבין הוא שאם נשאל האם הנציג הוא פתרון או שאולי יש בו בעיה שצריך להתמודד איתה- ניתן להתמודד עם כל הבעייתיות, באמצעות מנגנון של תמריצים- תמריצים יכול לתמרץ לפעול בדרך אחת או אחרת. תמריצים מסוימים מאוד נמוכים ומעודדים אותנו לפעול בדרך מסוימת ומרחיקים מלפעול בדרך אחרת. אז צריך לחשוב מה מסכת התמריצים לפני שמגיעים לעולם המשפט. חשוב להבין שהמשפט הוא אמצעי משלים- הוא לא צריך להשתלט ולהיות מוקד עולם העסקים. העולם הכלכלי הוא עולם שיש לו את הדינמיקה שלו עם תמריצים משלו. יצירת ערך כלכלי שמקדם את כל החברה- המין האנושי, בעולם העסקי יש יצירת ערך כלכלי- המיזמים העסקיים מייצרים ערך לחברה ולרווחה האנושית. המשפט במובן הזה הוא כלי ומערכת תומכת ונותנת שירותים, הוא לא ליבת התעשייה. ואם היא תיתן בצורה מדודה אפקטיבית היא יכולה לתרום המון לעולם העסקי ושלכלל אותו, אך אם היא תתערב יותר על המידה היא תימצא מזיקה מאשר יעילה. בדומה לתרופה= אם ניקח מנת יתר זה יפגע. ולכן לפני שניכנס למסכת המשפטית נחשוב על מסכת התמריצים שעובדת: אם מסכת התמריצים לא טובה המשפט צריך להתערב וליצור מערכת תמריצים משלו, במקומות שהתמריצים לא מספיקים.

לדוגמא: מנכל הוא הדמות הכי מזוהה עם החברה, כלל שהחברה תצליח לאותה מנכלית המוניטין ישתפר, השם המקצועי יגדל. הסיכוי שלה להשיג את התפקיד הבא גדל. הביקוש ושירותיה בהקשרים שונים- המעגלים והקשרים שהיא תיצור ינבע מהצלחת החברה. היא מבינה שהצלחה שלה קשורה בהצלחת החברה. ככל שהחברה מצליחה היא תצליח, ואם החברה תיכשל זה ייוחס וידבק בה. לכן יש לה תמריץ עצמי שהחברה תצליח- כי השם והמוניטין שלה ומי שהיא מבחינה מקצועית כרוך בחברה לטוב ולרע. זה תמריץ אישי חזק דיו כדי שהיא תתאמץ.

ניתן לייצר, ועושים את זה ביומיום- תמריץ נוסף של כסף\שווה כסף. ניתן לתת למנכ"לית וגם אגב לדרג הניהולי או עובדים חיוניים, לייצר תמריצים כספיים- ככל שתתאמצו כך החברה תתגמל- בונוס, אחוזים מהרווחים, מניות וכו. כעת יש לעובדים רצון להתאמץ, כי כל עלייה בתוספת החברה גם העובד ייהנה ממנו בכיסו- כסף הוא תמריץ משמעותי, ולכן עדיין אין צורך להגיע למערכת המשפט. יש תמריצים למאמץ- אז חוסר מאמץ מספק אצל ההנהלה זה עד גבול מסוים, זה יותר מתאים לעשורים קודמים שהיה משק הסתדרותי- שם השכר לא השתנה לפי מאמץ. חוסר מאמץ ניתן במשק הסתדרותי, לגבי היום בחברה עסקית בדרג ההנהלה ל

מבחינת סביבת עבודה- הדירקטוריון הם לא בהכרח כמו המנכל. הם לא נמצאים יומיום בחברה זה עבודתם היומיומית שאינם נקשרים לחברה. הכישרון או ההצלחה לא מיד נדבק אליהם, והבעיה השנייה סביבת העבודה שלהם אינה סביבת יומיומית- אדם שמאוד מזוהה עם מקום שבו עסוק יומיום שעה שעה. דווקא ביומיום שעה -שעה החיבורים יותר חזקים, בניגוד לדירקטור שמגיע פעם בשבועיים וזה לא עיסוק היד שלו זאת לא תשומת הלב היחידה הקשב הולך למקום אחר, והתגבול מבחינה כספית הוא לא בהכרח על פי התוצאות של החברה. רוב הדירקטורים זה תגמול קבוע- בדומה שלכר של עובד. במובן הזה התמרוץ כספי שונה ורופף מבחינת המאמץ והקשר לחברה- אלה תנאי מגרש שונים. הקשב יותר מחולק, הוא קשה בתקופתי ולא יומי, זיהוי רופף יותר עם החברה לעומת המנהלים האחרים ואין מנגנוני תגמול. אז בדרג הדירקטוריון יש חשש מסוים עם חוסר קשב ותשובת לב מספקת לחברה- חשש כזה יכול לקרות. כנגד החשש הזה יש איזשהו מענה משפטי- כי אם מנגנוני התמרוץ האחרים לא עובדים אולי צריך תמריץ משפטי- חובת הזהירות. נושא משרה חייב חובת זהירות. זה מענה משפטי כנגד חוסר הקשב המספק.

1. **הפתרון לאדישות- חובת הזהירות של נושאי משרה**

**בעיית הנציג במובנה כאדישות**

חובת הזהירות באה כפתרון לבעיית חוסר אכפתיות מספקת\ אדישות לנעשה בחברה.מתוך הבנה שמי שאמור לפעול בחברה (השגחה, קבלת החלטות וכו) יש לו העדפות פרטיות או שזה לא בהכרח העיסוק המרכזי והיומיומי שלו. בידלנו בין ההנהלה הביצועית שמצויה בחברה יומיום שעה-שעה ומאוד מזוהה עם ענייני החברה, ולכן יש תמריצים בנויים מעצם תפקידים בהנהלה להשתדל מאוד לקדם את ענייני החברה ולא להישאר עדיף (אלא אם יש קביעות שאז אין לנציג אינטרס לפעול לקידום החברה). אנחנו נמצא אינטרס במערכת התנהלות החברה (מבחינת מערכת התמריצים והתפקוד שהוא שונה) בדירקטוריון. בידלנו בין ההנהלה לדירקטוריון לא מבחינת הגדלת הסמכויות והתפקידים, אלא במובן של אופן התפקוד הפרקטי, שבו הדירקטור לא נמצא יומיום בחברה וחלוקת הקשב שלו מתפזרת, מידת המעורבות , ההיכרות וההזדהות עם החברה- הכל יותר מוגבל. ציינו כי אחד מהפתרונות המוצעים לבעיה של אדישות הדירקטוריון הוא בונוס. אך בפועל זה פתרון שמעשית לא מתבצע בשטח. בדרך כלל מי שמקבלים תגמולים גבוהים (בונוסים, מניות וכו) מעבר להנהלה זה יו"ר דירקטוריון (אך לא כלל הדירקטוריון). ואז מתעורר אתגר שמה הדירקטוריון לא יתפקד בצורה אופטימלית.

**מסגרת חקיקתית**

ס' 252-253 לחוק החברות שאמורים לשמש כמענה משפטי לבעיית הנציג הזו. שנחדד כי אם תמריצים אחרים עסקיים, חוזיים לא עובדים רק אז צריכה לבוא מערכת המשפט כמערכת משלימה. את המענה המשפטי נמצא בס' 252-253 תחת הכותרת "חובת זהירות".

מבחינה חקיקתית ס' 252 מטיל חובה (חובת זהירות) על גורם המוגדר כנושא משרה, והמושא הנהנה של החובה, בעל הזכות שכלפיו החובה הזאת קיימת היא החברה (נושא המשרה הוא החב בחובה בעוד שהחברה היא הזכאי). נושא המשרה מוגדר כ"כל מי שכפוף במישרין למנכל", כלומר אם יש יועץ משפטי בחברה שכפיפותו הארגונית היא ישירות כלפי המנכל לפי החוק זה נושא משרה. יש מספר תפקידים שקבועים ואין מחלוקת האם הם נושאי משרה- תפקידים כמו:

* מנכל
* מנהל הכפוף ישירות למנכל- כל הסמנכ"לים הכפופים למנכל.
* דירקטור
* וכן כל מי שנושא בתפקידים כאלה גם אם כותרתו ושמו שונה- כדי שלא נתחיל במשחקי תארים ושיכלו לעקוף את הוראת החוק, אלא בשביל לאכוף נוסף מבחן מהותי לתפקיד- לא מה כותרתו הפורמאלית, אלא מה העיסוקים שבפועל נושא המשרה עוסק בהם.

זה נותן את כל ההנהלה והדרג הביצועי הבכיר וגם את הדירקטורים. המעניין הוא כי הנורמה שחוק החברות קובע לנו היא שחובת הזהירות חלה על נושאי המשרה- קרי גם ההנהלה הבכירה וגם הדירקטוריון.   
בפועל הדגש של חובת הזהירות לא במובן שזה לא חל על ההנהלה, אלא שאם נסתכל במצבור הפסיקה והתביעות המוגשות בחיי המעשה- המוקד המרכזי זה הדירקטוריון. הסיבה לכך יכולה להיות גם משום שהם מטרה יותר נוחה, או כי שבאמת אם אנחנו מפנימות שמסכת התמריצים הפנימית שעובדת על ההנהלה הבכירה (לפני שמגיעים לחובת הזהירות והזירה המשפטית) שממריצה אותם לפעול כראוי, אז התרומה הסגולית של חובת הזהירות בהקשר הזה היא שולית ואם בכלל. ולכן זה פחות חשוב ופחות מביאים את זה לידי ביטוי. אך בקשר לדירקטוריון, מאחר והגענו למסקנה כי סביבת התפקוד של הדירקטוריון היא שונה מההנהלה והיא מסכת תמריצים חלשה יותר, אז זהו משחק של כלים שלובים. אם מצד אחד מסכת התמריצים האחרת היא חלשה יותר, אז יש צורך להשלים אותה מכיוון של תמריצים משפטיים כמו חובת זהירות. וזה מה שיביא אותנו למצב בו יש יותר תביעות המופנות לדירקטוריון מאשר להנהלה הבכירה. ככל שהתמריצים הלא משפטיים חזקים יותר לא צריך לקחת את התמריצים המשפטיים כמו חובת הזהירות- וזה מה שנכון לגבי ההנהלה. כלל שזה הפוך, אצל הדירקטוריון צריך יותר את חובת הזהירות.  
בהערת אגב, לא בטוח שכל תובע המגיש את התביעה, כל כך ער לדקות של בעיית הנציג והיחלשות התמריצים מול הדירקטוריון מאשר ההנהלה הבכירה. כך שבכל זאת, הסיבה המשמעותית יותר כנראה תהיה הנוחות של הדירקטוריון כמטרה.

ס' 252 מפנה לס' 35,36 לפקודת הנזיקין העוסקים בעוולת הרשלנות. חובת הזהירות של נושאי משרה היא מקרה פרטי של עוולת הרשלנות הכללית בדיני הנזיקין- היא בעצם מקרה פרטי של עוולת הרשלנות הנזיקית, תוך ביטוי קונקרטי בזירה התאגידית- במערכת היחסים בין נושאי משרה לחברה. השאלה הראשונה שיש לשאול היא האם חובת הזהירות הופרה? מתי היא מקוימת ומתי אינה מקוימת?

כלומר, ס' 252 קיצר את המבחן בנזיקין של ארבעה יסודות (התרשלות, חובת זהירות, נזק וקשר סיבתי)- לשתי שאלות: 1. האם קיימת חובת זהירות (ס' 252 עונה כי קיימת) 2. האם חובת הזהירות הופרה- מתי היא מקוימת ומתי היא הופרה. לאחר שנכריע בשאלה הזאת, אם וכאשר הכרענו שהיא הופרה יש לחזור לקשר הסיבתי והנזק- בסופו של דבר זו תביעה נזיקית, הדורשת פיצויים כספיים בגין טענת הפרת חובת הזהירות של נושאי משרה.

**מסגרת פסיקתית-** **הפרת חובת הזהירות של הדירקטוריון**

נזכיר כי לדירקטוריון יש שני תפקידי מאקרו - 1. קביעת ועיצוב מדיניות החברה 2. פיקוח על ההנהלה.

1. ***הפרת חובת הזהירות של הדירקטוריון כמפקח על ההנהלה***

בהפרת חובת הזהירות כפיקוח על ההנהלה, מה שמצופה מהדירקטוריון זה פיקוח על ההנהלה, והפרה תתעורר השאלה האם הם מקיימים את הפיקוח הנדרש מהם באופן שעולה בקנה אחד עם הדרישה המשפטית של חובת הזהירות.

**בנק צפון אמריקה**

מידע עובדתי- 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 התעוררה על כך שמנהלי הבנק הובילו למספר תקלות: 1. הם מעלו בכספי הבנק בחשבונות לקוחות והכספים תועלו לכיסים הפרטיים של המנהלים. 2. המנהלים הוסיפו על כך במתן אשראי לעצמם ומקורביהם באופנים לא רציונליים ונכונים מבחינת תנאי האשראי של הבנק המלווה. 3. תקלה בוויסות המניות הבנקאיות תוך מהלך מחושב של מנהלי הבנק. בסופו של דבר התקלות האלו הביאו להתמוטטות הבנק, ולא הייתה לו יותר יכולת להתנייד. מהרגע הזה הבנק נכנס להליכי פירוק.  
הנשיאה באחריות של הליך הפירוק היא על המפרק (כונס), אך את התביעה הזאת קידם בשביל המפרק כזרוע ארוכה משרד עורכי דין מסוים. משרד עורכי הדין הוביל מטעם המפרק של בנק צפון אמריקה את התביעה כנגד הדירקטוריון. כשהטענה היא שהדירקטוריון הפר את חובת הזהירות כנגד בנק צפון אמריקה. למפרק יש את זכויות התביעה של החברה, הוא מייצג אותה, ולכן אם נגיד חובת זהירות כלפי החברה, בפועל מי שתובע הוא המפרק.

השאלה המשפטית שהייתה בתביעה היא מה האחריות הדירקטורים? בעוד שהמנהלים במקרה זה התנהלו באופן פלילי והורשעו על כך בהמשך, הדירקטורים לא היו מעורבים במהלכים הפליליים הללו, ולכן לא ננקט נגדם הליך פלילי. אז ממה כן ניתן לגזור את אחריות הדירקטורים? הטענה של המפרק הייתה שחלק מתפקיד הדירקטוריון הוא לפקח על הנהלת החברה, ולכן ברגע שהדירקטוריון לא התנהל כמו דירקטוריון הוא הפר את חובת הזהירות. הטענה הזאת מעוררת אתגר גדול בשאלה שהאם המשמעות של הדבר היא שכשתתרחש תקלה במשמרת של הדירקטורים, גם אם לא היו שותפים בה, יינשאו באחריות מכוח תפקידם כמפקח? התשובה היא שלא בהכרח, אז מה כן? הכל תלוי בנסיבות- לא עצם זה שקרתה תקלה תעמיד אחריות, שכן אם זה היה כך לא היינו קוראות לבסיס האחריות שנטיל עליהם חובת זהירות. חובת זהירות זאת עוולת רשלנות, רשלנות זאת לא אחריות מוחלטת- לפיה מרגע שיש תוצאה מישהו אחראי. אך לא כך זה בעוולת הרשלנות- לפיה הכל תלוי בהתנהלות של המתרשל, אם הייתה תקלה חמורה אך לא התרשל ועשית מה שאדם סביר היה עושה בנסיבות הללו, הוא לא יישא באחריות. ולכן הכל תלוי בנסיבות העובדתיות- כיצד הם פעלו והאם הם פעלו. בקריאת פס"ד בית המשפט הדגיש בניתוח של השתלשלות העובדתית שהדירקטורים לא פעלו כפי שמצופה מהדירקטוריון הסביר. כי אם התפקיד של הדירקטור זה לפקח על ההנהלה, אז נניח שהוא אמור לבצע פעולות מסוימות של פיקוח, ועל זה נשאל מה הן אותן פעולות. אך כשמסתכלים על פס"ד צפון אמריקה, הדירקטורים בכלל לא הגיעו לישיבות, לא התייצבו, לא ביקשו מידע, מבחינתם הם רק היו רשומים כדירקטורים ולכן יש קושי לקרוא לזה פיקוח. דירקטוריון סביר מתעניין בנעשה בחברה, בוחן את הנעשה בחברה ומבקש להתמודד עם זה. התנהלות כזו מאפשרת למנהלים להתנהל בכל אופן העולה על רוחם. אי-פיקוח הדירקטורים הוביל ואפשר להנהלה לעשות את המעשים שהיא עשתה.   
הדירקטורים כן עשו דבר אחד מעניין, הם מינו ממלאי מקום (דירקטור חליף). בד"כ כשממנים דירקטור חליף זה לפרק זמן מוגבל ולא לצמיתות. בנוסף, הדירקטורים החליפיים היו המנהלים (נתנו לחתול לשמור על השמנת).   
אחד הדברים הכי חשובים בעבודתו של הדירקטוריון לצורך תפקודו זה מידע. הצורך שלנו להתעדכן להצטייד במידע שרלוונטי לתחום האחריות שלנו- מידע על מה ואיך נעשה בחברה. בשאלה עד כמה- קרמארק יענה על כך. אך יש לדעת כי מצופה מהדירקטורים להתעדכן בנעשה בחברה, עוד לפני שמגיעים לחובות המשפטיות. כדי לעשות זאת, הדירקטור צריך להיות בקשר עם ההנהלה, לשאול שאלות ולפנות אליהם לקבלת מידע. אל לדירקטור להישאר אדיש וחסר התעניינות בנעשה בחברה. באווירה כזאת כמו בבנק צפון אמריקה, המסקנה המשפטית של בית המשפט של הפרת חובת זהירות וההתרשלות של הדירקטורים בחוסר פיקוח מספק על ההנהלה, המסקנה הזאת קלה מאוד. עד אז לא היו פסקי דין משמעותיים וכבדים שבנושא של חובת זהירות בנושאי משרה.

הקושי הגדול של ביהמ"ש היה קושי של גיבוש העובדות, אך ברגע שהוא קבע את המידע העובדתי של הנתק והאדישות של הדירקטוריון, המסקנה המשפטית לגבי אחריות הדירקטוריון הייתה קלה ולא היה ספק. זה מקרה מובהק של התרשלות הדירקטוריון.  
ככל שהמקרה יותר קרוב למצב בו לא נעשה כלום ההכרעה שחובת הזהירות הופרה היא הכרעה פשוטה. הקושי המשפטי מתעורר כאשר התקלה מתרחשת והפיקוח של הדירקטוריון הוא לא אפס, אומנם הוא לא אחד אך הוא גם לא אפס- הוא אי שם באמצע. כלומר המקרים הקשים הם מקרי הביניים, בהם צריך לקבוע האם נעשה מספיק על מנת לקיים את חובת הזהירות. המרחק בין אפס לאחד הוא מאוד ברור, אך בין לבין הוא יותר קטן ולכן הקושי יותר גדול.

בנק צפון אמריקה הוא פס"ד מכונן במשפט הישראלי, בהקשר של הפרת חובת זהירות של דירקטורים בתפקיד הפיקוח שלהם על ההנהלה.

**פס"ד קרמארק**

האתגר בקרמארק הוא במובן שבפס"ד הדירקטוריון לא עשה כלום בדומה לבנק צפון אמריקה, הדירקטוריון בעצם קיים רק על גבי נייר. קרמארק מדבר על סיטואציה אחרת- יש תקלה אצל ההנהלה, ועכשיו יש לבדוק האם הדירקטוריון אמור לשאת באחריות לכך כן או לא.

סיכום מהחברת של נוי פלח: פס"ד משנת 1996 ועדיין כוחו במותניו. הכשל בקרמארק היה ברמת עובדים/מנהלים בחברה שמפרים הוראות חקיקה בתחום פעילות של החברה. במקרה הזה מדובר בתחום תעשיית הבריאות (אספקת שירותי תרופות ורפואה שונים לקליניקות). פה מדובר על מנהלים שבראייה שלהם מנסים דווקא לקדם את רווחיותה של החברה, אבל הם עושים זאת באופן בלתי תקין. לא היה ברור לדירקטורים אם הפעולות חוקיות או לא חוקיות. בסופו של דבר, הדירקטוריון נתבע על זה שהתגלה שהפעילות של המנהלים הייתה לא חוקית. ברגע שפעולה היא לא חוקית מוטלים על החברה קנסות, מה שמהווה נזק לחברה. אז מתעוררות התביעות האזרחיות שמנסות להצביע על האשמים וגם לגבות מהם פיצוי. בקרמארק הוחלט שמטילים אחריות במידה- צריך להיות מנגנון פיקוח על ההנהלה אבל לא מצפים מהדירקטוריון לדעת כל פעולה הכי קטנה שההנהלה עושה. בקרמארק המקרה נסגר בפשרה, אבל האמירות העקרוניות של ביהמ"ש היו שצריך להבין מתי מטילים אחריות ומתי לא.

קל מאוד להטיל אחריות על הדירקטורים בכל מקרה מכוח טענה של חוסר פיקוח, אבל יש לזה גם מחירים. זהו פס"ד מהחושבים ביותר, שעד היום כשעולות טענות במחדל בפיקוח מצד הדירקטורים, תמיד יאזכרו את קרמארק. גישת בית המשפט הייתה כי לא נדרש ומעבר לציפיות של בית המשפט "לרגל"- המפקח לא חייב לבלוש ותמיד לחפש מה לא תקין, משום שיש לזה גם מחיר- שיכול להיות גבוה מהתועלת. כמו התגוננות ושיתוק היצירתיות של העובדים. לא צריך אווירת חשדנות מתמדת, אלא אמון בסיסי. תפקידו של הדירקטוריון זה לעצב מנגנון של זרימה מתמדת של מידע, כלומר בית המשפט רוצה שתהיה דרישה ראויה שלא מקלה יתר על המידה ולא מחמירה יתר על המידה. ביהמ"ש קובע שעל הדירקטורים לוודא שיש מנגנון העברת מידע נאות מהחברה לדירקטוריון. בשורה התחתונה, דירקטור צריך לדאוג לשני אלמנטים ע"מ לקיים את חובת הזהירות שלו לפי קרמארק:

1. קיום מערכת לדיווח מידע- להטמיע מנגנוני זרימת מידע.
2. וידוא שמערכת הדיווח עובדת בפועל.

מה שנדרש מהדירקטוריון שהחברה תאמץ מנגנוני ניהול סיכונים, זרימת מידע כדי להתמודד עם תקלות שונות, ומעקב ביצוע שאכן הדברים מוטמעים ומעודכנים. אבל זה לא אומר שהדירקטור חייב לדעת הכל ושהמנגנון יהיה המשוכלל ביותר. וזאת משום שתמיד ניתן יהיה לאתר את התקלות, יכול להיות שיש את המערכת המשוכללת ביותר ועדיין תהיה תקלה שעוברת לדירקטוריון מתחת לאף. האמירה של קרמארק היא אמירה ריאלית ושפויה המדברת על הטעמת מנגנונים שיתמודדו באופן הגיוני, סביר לנוכח הסיכונים וזרימת מידע באופן שמאפשר על הדירקטוריון לפקח על הנעשה מלמעלה ולא כל פרט. אם בכל זאת, למרות הטמעת המנגנון, ברגע שהדירקטוריון מוודא שישנן המערכות הללו ושהן פועלות כראוי הוא לא יישא באחריות. לכן גם אם יש נזק הדירקטוריון לא יישא באחריות. אלו הקריטריונים שהדירקטוריון צריך לעמוד בהם כדי שלא תוטל עליו אחריות ברמת הפיקוח. ביהמ"ש יהיה מוכן להטיל אחריות גם בהתקיים קיום מערכת לדיווח מידע רק בשעה שהדירקטוריון לא עשה כלום בעניין, כלומר רק במצב של איזשהו כשל מוחלט.

פס"ד סטון האמריקאי

כעבור עשר שנים יש התייחסות לקרמארק בפס"ד סטון של העליון של דלאוור. במקרה זה מקבעים סופית את מה נדרש מהדירקטוריון ע"מ לקיים את חובת הזהירות שלהם. בגישה האמריקאית הלכו צעד אחד יותר רחוק- בית המשפט בדלאוור חושף בעצם את פרשנותו והרחבתו לתוך קרמארק נקודה מרתקת. הם מתקפים את קרמארק ולוקחים את נושא חובת הפיקוח של הדירקטוריון על ההנהלה ומתייחס למחדל הפיקוח שיוביל לתוצאה של אחריות בדירקטוריון במקרה של הפרת חובה, ומציגים אותו במגרש של חובה אחרת לגמרי- חובת אמונים. בעצם בית המשפט עוקר את נושא רשלנות לפיקוח, את סוגיית מחדל הדירקטוריון בחוסר פיקוח ראוי על ההנהלה, עוקר במגרש חובת הזהירות ושם אותו במגרש אחר לגמרי, במגרש של חובה אחרת- חובת אמונים. שהסטנדרטים שלה יותר גבוהים אך צריך חוסר תום לב, כוונות ולא די ברשלנות עובדתית. זה מגרש יותר חמור מבחינת היסודות המנטליים של הדירקטור, אך מצד שני מבחינה פרקטית זה אומר כי הרבה יותר קשה לבסס תיק נגד הדירקטוריון במחדל בפיקוח בבית המשפט בדלאוור. כדי לבסס את האחריות במחדל בפיקוח צריך להראות כשל של חוסר אכפתיות מוחלט (כמו המקרה של בנק צפון אמריקה). ובדיבור בחובת אמונים ולא חובת זהירות- מצד אחד זה סטנדרט חמור אך מצד שני ברמה הפרטית הדירקטור יכול להרגיש פחות מאוים כי הטלת אחריות בגין מחדל בפיקוח יעשה במרחב תמרון צר לטובת ולהגנת הדירקטורים. כדי להטיל על הדירקטוריון אחריות על מחדל בפיקוח צריך להראות כישלון משמעותי ביישום מערכות פיקוח. כל עוד אין כשל מערכתי טוטאלי ביהמ"ש לא ימהר להטיל אחריות.  
אך אין זה אומר שזה דבר רע- 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). בפס"ד סטון ביהמ"ש ער לכך שהוא מציב סטנדרט גבוה יותר כך שרק בקשת מקרים מצומצמת יותר תוטל אחריות על דירקטוריון. הוא מצדיק את זה בכך שבהקשר של פיקוח זה חיוני מפני שזה לטובת בעלי המניות של החברה. כשאחריות היא כבדה מדי גורמים איכותיים וטובים שיכולים לקדם חברה ידירו את רגליהם משם. בנוסף, אם הדירקטוריון יעמוד בצורה דווקנית על הפיקוח כך שלא יוותר מרחב תמרון למנהלים בחברה. כשיש חשדנות תמידית ואחריות תמידית, אנחנו על כל דבר נדרוש אישורים ובדיקות חוזרות ובינתיים החברה עלולה לפספס עסקאות טובות.

המצב בישראל- מאמצים את הסטנדרט מפס"ד קרמארק אך לא בטוח שמאמצים את הסטנדרט היותר מחמיר שהובא בפס"ד סטון (הטלת אחריות רק במצב של חוסר תו"ל). הגישה של דלאוור שמחלחלת עם הזמן גם לתובנות הפסיקה בישראל, בצמצום ומתינות בהטלת האחריות על מחדלי פיקוח- ורק כאשר יש כשל סיסטמתי בהטעמה של מנגנוני בקרה ודיווח של העברת מידע, אז דירקטוריון עלול לשאת באחריות. ראינו כי בדלאוור להבדיל מישראל, כל כך רוצים להגביל ולהיזהר בהטלתך האחריות, שהטלת האחריות בגין כשל בפיקוח תהיה רק באלמנטים של חוסר תום-לב שעולה עד לכדי הפרת אמונים.

**פס"ד כפר תקווה**

בית המשפט חוזר ומבסס את האפשרות להטיל אחריות על דירקטורים בשל חוסר פיקוח מספק של ההנהלה. יש לשים לב כי בשונה מבנק צפון אמריקה שם בית המשפט המחוזי והעליון היו תמימי דעים לגבי שאלת הטלת האחריות על הדירקטורים, בכפר תקווה המחוזי כלל לא הטיל אחריות על הדירקטורים בעוד שהעליון הופך את ההחלטה ואף מבקר את בית המשפט המחוזי.

ניתן ללמוד מפס"ד את הרגישות המיוחדת של בית המשפט, שמתוכה ניתן גם להסיק עד כמה בית המשפט בהחלט מקפיד על נושא תפקוד נושא המשרה, ובוחן בזכוכית מגדלת את אופן התפקוד עד לכדי הטלת אחריות.

במקרה הנדון, פעולות המנכ"ל (פינקוביץ') הביאו לקריסה כלכלית של החברה- המנכ"ל הקים חברת בת והעביר את הנכסים של החברה המקורית לחברת הבת. הטענה היא שהדירקטורים הפרו את חובת הזהירות שלהם כנושאי משרה- מחדל הדירקטורים בחוסר פיקוח מספק על ההנהלה.

יש שני הבדלים ואתגרים שעלו בפס"ד כפר תקווה אל מול פס"ד צפון אמריקה:

1. לא מדובר על חברה רגילה\ סטנדרטית- עסקית בתחום מסוים. אלא מדובר בעסק שלא למטרות רווח- כפר לבעלי צרכים מיוחדים. החברה מעניקה לבעלי לקות שכלית מסגרת מגורים, תעסוקה ופיקוח.
2. לא מדובר בדירקטוריון שלא עשה כלום בכלל כמו בצפון אמריקה- הרבה מהדירקטורים היו מבוגרים וכיוצא מזה הם תפקדו פחות טוב.

יש להוסיף על זה כי הדירקטורים לא נכנסו לתפקיד מתוך קריירה, אלא ממקום רגשי- הם היו בני משפחה של חלק מהשוהים בכפר, ולכן הם ביקשו להיות מעורבים בתפקידים במסגרת התאגידית של הכפר מתוך אכפתיות לבני המשפחה שלהם שחיים ומתאכסנים שם. הם עשו זאת לא למטרות פרנסה אלא מתוך רצון לחוש את הקשר לבני משפחתם. אם נרצה להסתכל על המקרה מזווית אנושית, התפקוד ועצם הכהונה של אותם בני משפחה בדירקטוריון היא כשלעצמה כבר טעונה ומלאה באמוציות ולא ממקום תפקודי-עסקי קר.   
יחד עם זאת, זה עדיין לא מנתק ומשחרר את אותם בני משפחה בכובעם כדירקטורים מלהידרש לתפקד על פי סטנדרטים ואמות מידה שהמשפט דורש מנושאי משרה בתאגידים. ואם הם לא מגיעים ומתפקדים כנדרש (גם אם הם בעשורים המתקדמים של חייהם, וממשיכים לתפקד לא משום שהם ברי-תפקוד אלא מתוך החיבור המשפחתי). בית המשפט קובע כי כאשר נושא משרה נושא בתפקיד רשמי, זה נושא בצידו חובות מסוימות ודרגה מסוימת של אחריות משפטית. ועל אף כל הקושי הרגשי לא ניתן להתעלם מכך. ואם הדירקטור לא תפקד באופן הנדרש כמפקח על ההנהלה, בית המשפט לא יוכל בנסיבות כאלה לשלול את הטלת האחריות.

המסקנה המשפטית היא שחוסר תפקוד זה מחדל של חוסר פיקוח הנושא בחובו אחריות אישית. אפילו בנסיבות יוצאות דופן מבחינת הרגישות האנושית, בית המשפט מעביר מסר ברור מבחינה משפטית- המסקנה היא שנושאי משרה שיש אצלם מחדל בחוסר פיקוח, חשופים לאחריות.  
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). בבוכבינדר היה קל לקבוע שהייתה הפרה של חובת הזהירות מאחר שלא נעשה דבר ע"י הדירקטוריון. בכפר תקווה הקביעה יותר מורכבת.

1. ***הפרת חובת הזהירות של הדירקטוריון כמעצב מדיניות***

נחזור כי נבחן את תפקוד נושא המשרה תוך התמקדות בדירקטוריון בהקשר של חובת זהירות בתפקיד הדירקטוריון כמעצב מדיניות. בשונה מתפקוד הדירקטוריון כמפקח על ההנהלה, פה כבר אין רק השגחה ושימוש מערכת בקרה, אלא בהתווית מדיניות הדירקטוריון הוא זה המקבל את ההחלטות בנושאים שתחת סמכותו. ראינו כי יש נושאים רבים והחלטות כבדות משקל שהם בסמכות החלטת הדירקטוריון: חלוקת דיבנדים, הנפקת מניות, מיזוג וכו.   
כלומר, בהקשר זה הדירקטוריון אינו הגורם המשני (ההנהלה פועלת והדירקטוריון צריך לפקח) אלא הגורם הראשוני שפועל (נושאים שמגיעים לשולחנו לטובת קבלת החלטות במסגרת תפקידיו של הדירקטוריון).

בחלק זה נשאל מתי הדירקטוריון כמעצב מדיניות, ייחשף לאחריות בגין הפרת חובת זהירות? אימתי הדירקטוריון המקבל החלטות מתפקד כנדרש וכראוי מבחינה משפטית ולכן נאמר שהוא מקיים את חובת הזהירות שלו, ומתי נקבע כי הדירקטוריון התרשל והפר את חובת הזהירות מה שחושף אותו לאחריות.   
יש לציין כי בשאלה של הפרת חובת זהירות של דירקטוריון כמעצב מדיניות, נמצא יותר פסיקה ויותר שאלות משפטיות המתעוררות. נמצא יותר מבחינה כמותית, תביעות העוסקות בהקשר הזה- טענות שהדירקטוריון הפר את חובת הזהירות בשל קבלת החלטה, לעומת ההקשר של טענות כי הדירקטוריון הפר את חובת הזהירות בחוסר הפיקוח.   
כשנעסוק בשאלה הזאת, לא נעסוק במקרה של אסון כלכלי-קולוסאלי נוסח בנק צפון אמריקה- מה שנראה מול העיניים מבחינה תוצאתית היא לא קטסטרופה.

**פס"ד סמית נ' ונגורקום**

ציון הדרך המרכזי בנושא של חובת זהירות בקבלת החלטות הדירקטוריון.

רקע עובדתי- 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. 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. בסופו של דבר הדירקטוריון חותם על עסקת המיזוג. לא מדובר בתוצאה רעה עבור החברה בהתבוננות ראשונית. הטענה היא שהדירקטוריון הפר את חובת הזהירות שלו בקבלת ההחלטה לאשר את עסקת המיזוג הזו. נשאלת השאלה איפה בדיוק הייתה הפרה של חובת הזהירות.

השאלה של חובת זהירות בקבלת החלטות הדירקטוריון מתעוררת דרך עסקת מיזוג. אחד הדברים המיוחדים בעסקת המיזוג הוא שמי שמאשר את העסקה זה לא רק הדירקטוריון אלא גם האספה הכללית. ולכן ברגע שהאספה הכללית הצביעה בעד ונתנה אור ירוק- זה מעורר סימני שאלה על התביעה, שכן בעלי המניות אישרו את המהלך. על פניו הצעד של האספה הכללית ודירקטוריון נראה הגיוני, אך בית המשפט הולך למקום אחר- הטלת אחריות בגין הפרת חובת הזהירות מצד הדירקטורים. זה מוביל לכך שמתעוררת השאלה מה בדיוק האלמנט בו מופרת חובת הזהירות, מה נדרש מדירקטוריון.

בית המשפט החליט כי כאשר ישנה טענה של הפרת חובת הזהירות**,** דרך בחינת העניין תתבצע לפני בחינת תהליך קבלת ההחלטות ולא על פי תוכן ההחלטות. ישנו כלל שיקול הדעת העסקי (Business judgment rule) (שאותו נפגוש לאורך הדרך בדיוני חובת הזהירות). כלומר, על טענת התובעים כי בדיון לאישור עסקת המיזוג נעשה דבר פסול, קמה טענת הגנה של הפעלת שיקול דעת עסקי. זהו כלל הבא למתן ולמזער מאוד את הביקורת השיפוטית שבית המשפט יפעיל על החלטות שיתקבלו אצל נושאי המשרה בחברה (לא ביטול היכולת אלא צמצום יכולתו ומידת כניסתו והתערבותו של בית המשפט בהחלטות החברה). כלומר לפי כלל שיקול הדעת העסקי- הדירקטוריון הפעיל את שיקול דעתו המקצועי ובית המשפט לא יבצע דיון ומחשבה מחודשת לשיקול דעתו- בין אם הוא מוצלח ובין אם לא. בית המשפט יתמקד בתנאי קבלת ההחלטה והפרוצדורה, אך לגבי תוכן ההחלטה ומוצלחותה בית המשפט יזהר מאוד שלא לפסוע בשביל הזה ולהיכנס בעובי הקורה. הנתבעים עשו שימוש בכלל משפטי ודוקטרינה הפועלת לטובת הנתבעים. כלל זה קובע כי בתי המשפט יוצאים מנקודת הנחה כי הדירקטוריון פעל בשיקול דעת לגיטימי. כלומר, בית המשפט בפס"ד קובע ממצא עובדתי בהקשר של קבלת החלטת דירקטוריון של החברה הזו, קיבל את ההחלטה בעניין המיזוג בתום לב- יש קביעה פוזיטיבית בפס"ד.

המעניין בפס"ד הוא שמצד אחד בית המשפט קובע כי מקובל עליו כממצא שהדירקטוריון פעל וקיבל את החלטתו בתום לב, אך בא בעת בית המשפט קובע כי הדירקטוריון הפר את חובת הזהירות שלו. באופן תקדימי בית המשפט קבע כי הדירקטוריון פעל בתום לב, ואף על פי כן ניתן לקבוע כי הוא הפר את חובת הזהירות. זאת אומרת שתום לב לבד איננו מספיק מבחינת הנתבעים על מנת לעמוד בחובת הזהירות הנדרשת מהם- זה רכיב חשוב אך לא הבלעדי. רק כאשר כל האלמנטים מתקיימים אז נוכל לקבוע כי הדירקטוריון לא הפר את חובת הזהירות, ואם לא התקיימו הוא חשוף להטלת אחריות.

על זה בית המשפט קובע את השילוש הקדוש: על מנת להנות מהיתרון הזה של כלל שיקול הדעת העסקי, לטובת הדירקטוריון, צריך לקיים מספר תנאים מקדימים מצטברים:

1. ההחלטה התקבלה בתום לב (סובייקטיבי)
2. ההחלטה התקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים
3. ההחלטה הייתה "מיודעת", קרי לאחר עיון בנתונים ושקילת השיקולים הרלוונטיים

אם מקבלים החלטה מושכלת על בסיס מידע מספק, רלוונטי לצורך קבלת ההחלטה, אז בית המשפט לא יתערב. אז יעמוד להגנת הנתבעים כלל שיקול הדעת העסקי ובית המשפט לא יערער על ההחלטה. אבל כדי שזה יהיה צריך שיתקיימו שלושת האלמנטים האלה במצטבר.

הנקודה שעמדה לדיון ופותחה בפס"ד שעד אז הנקודה הזאת לא בלטה- informed. בית המשפט קובע כי בשביל לקבל החלטה מקצועית צריך רקע, מידע רלוונטי ובסיס לצורך קבלת ההחלטה. החידוש של ביהמ"ש הוא התנאי השלישי- לפי ביהמ"ש הדירקטורים פעלו בתו"ל, לא היו בניגוד עניינים אך הפגם היה שההחלטה העסקית לא הייתה מיודעת (Informed), היא לא הייתה מבוססת על מידע עסקי מספק. על פניו בית המשפט בוחן את המעטפת- בודק את תנאי קבלת ההחלטה ולא את תוכנה- בית המשפט רק שואל מה היה המידע שעמד לרשות הדירקטוריון כדי לקבל את ההחלטה הנדונה, האם תנאי קבלת ההחלטה היו ראויים או "חפיפניקים"- החלטה חפוזה וחסרה מבחינת הבסיס שלה: התכנסות בשבת בבוקר מהרגע להרגע, לפגישה קצרה וחפוזה, דיון קצר, החלטה משמעותית וכבדת משקל, אין התכוננות ולמידה של הדירקטוריון, אין חוות דעת, וכו. כל התהליך כולו כשעל הפרק יש הצעה קונקרטית לעסקה על תנאיה ועד שמשארים- עברו שעתיים. בית המשפט טוען שלא יכול להיות מצב בו מקבלים החלטה בסוף של ישיבה קצרה שעוסקת בנושא כה רציני וללא שחברי הדירקטוריון מקבלים סקירה מקצועית וכלכלית של המיזוג. בית המשפט לא הסכים עם כללי המשחק האלה וקבע כי הדירקטורים היו צריכים לקיים בדיקות מעמיקות יותר. בית המשפט מכוון לכך שהדירקטוריון עוסק בעסקה בעלת השלכות כלכליות גדולות, ולכן תשומת הלב צריכה להיות בהתאמה, כך שבית המשפט לא בא להכתיב את כמות הזמן שיש לשבת לפי גודל העסקה, אבל כן לא ניתן לאפשר מצב בו החלטות, גם אם בתום לב וללא ניגוד עניינים, מתקבלות כלאחר יד ויש להבין את הדברים לעמוק. קבלת החלטות שאין ביסודה בסיס מספק של מידע, בית המשפט טוען כי זה לב חובת הזהירות של דירקטוריון- מוקד הדיון על השאלה האם קוימה חובת הזהירות או הופרה, היא השאלה מה היו תנאי קבלת החלטה מבחינת הדירקטוריון (על בסיס מידע מספק או לא).  
בהערת אגב, דעת המיעוט שסברה שאין מקום להטיל התחילה לפרט את קורות החיים של דירקטוריון, על מנת להראות שמדובר בדירקטורים בעלי ניסיון עשיר, שכנראה יודעים לקרוא את התמונה בצורה אפקטיבית, מה שמייתר את הצורך לשבת בצורה מעמיקה ולאורך שעות רבות.

שאלת רכיב הנזק- פס"ד ונגורקום זהו פס"ד של בית המשפט העליון, ערכאת הערעור על המחוזי. בערכאה הראשונה, לא הטילו אחריות ולאחר שהתובע ערער בית המשפט העליון קבעו שכן. בערכאה הראשונה שאלו האם יש בכלל נזק? התשובה שלילית- המחיר שהוצע גבוה יותר ממה שהמניה שווה בפועל ולכן אין למה להיכנס לדיון. ואכן זאת הייתה אחת מטענות ההגנה של הדירקטוריון. שכן, למרות שמחיר המניה היה 38$ למשך תקופה ארוכה לפני העסקה, הוצעה להם תמורה בעסקה של 55$ (למעלה מפי 1.5). ועדיין ביהמ"ש אומר שהייתה הפרה של חובת הזהירות בעליון החלו את הבחינה בתהליך קבלת ההחלטות ולא בתוצאה הסופית של העסקה. העליון טען כי השאלה האם יש נזק או לא, היא שאלה רלוונטית כשלעצמה אך אותה יש להשאיר לסוף הדיון המשפטי. לא מתחילים את הדיון השיפוטי האם נגרם או לא נגרם נזק, קודם כל יש לשאול האם יש חובת זהירות שהוטלה על הדירקטורים והאם הם קיימו אותה.ביהמ"ש בדלאוור מדגיש שחובת הזהירות בחברות היא סיפור בפני עצמו ולא כרוך בהכרח בקיום נזק. ועל זה הוא אומר שלא בהכרח שלא היה נזק- ביהמ"ש קובע ש-38$ הם אינדיקציה אבל זה לאו דווקא המחיר שהיה נקבע עבור העסקה, יכול להיות שהיו מוכרים את המניה במחיר יותר גבוה.  
לכאורה התהליך של שאלת חובת הזהירות לפני הנזק הוא לא רלוונטי- מאחר שאם אין נזק אין רשלנות, ולכן אולי ניתן להבין את העמדה הזאת כעמדה עקרונית לפיה קודם דנים ברכיב האחריות שלעצמו ואחר מכן דנים ברכיב הנזק. אך ניתן גם לפרש את זה בקונטקסט ההיסטורי:   
פס"ד ניתן בשנת 1985, בשנות ה-80 בארה"ב אלו שנים של פריחה כלכלית בעולם התאגידי האמריקאי. ממשל רפובליקני אפשר קיומו של שוק חופשי המוביל לצמיחת הכלכלה ועסקאות רצות בהיקפים גדולים מאי פעם. חברות חדשות מתמזגות ומתפרקות, ואלי על רקע זה בית המשפט העליון מנסה לצנן את ה"חגיגה". עם כל השמחה והחגיגות עם העסקאות והמיזוגים הגדולים, בית המשפט מנסה להרגיע ולהעביר לשוק הדירקטורים את המסר כי על הדירקטורים יש תפקיד משמעותי שמכוחו הם מקבלים החלטות כבדות משקל. בית המשפט אולי לא ירצה להתערב בתוכן ההחלטות אך הוא כן דורש מהם לקבל החלטות ראויות על בסיס מידע רלוונטי. בית המשפט מנסה להעמיד תמרור אזהרה, ששגם אם זה לא המקרה המובהק ביותר לנזק ושערוריה, בית המשפט מצא את ההזדמנות להעביר את המסר המשפטי שלו לשוק החברות והדירקטורים כיצד יש לפעול בעידן של גל צומח של עסקאות ומיזוגים. בית המשפט נכנס לתפקידו כמחנך, לשעת חינוך שבה בית המשפט מעביר דרך פסק הדין מסר לכל הדירקטורים, ואכן הוא העביר את המסר מצוין- עד כדי כך שגורמים רבים חששו ונרתעו מלשמש כדירקטורים בשל חשיפה לאחריות. המסר הועבר כל כך טוב עד שהוא הוביל לריאקציה חקיקתית. המחוקק יצר מענה מסוים בריאקציה דרך החוק, למסר של פס"ד ונגורקום.

שורה תחתונה- החידוש הגדול של פס"ד ונגורקום הוא להגיד שגם במקום בו הדירקטוריון פועל בתו"ל וגם במקום בו הדירקטוריון 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.

פס"ד ורדניקוב נ' אלוביץ'

לאחר פסיקה מחוזית רבה בעניין הפרת חובת הזהירות של הדירקטוריון כמקבל החלטות, מגיע פס"ד אלוביץ, שם ביהמ"ש העליון מפי השופט עמית- קובע כי כלל שיקול הדעת העסקי הוא חלק משיטתנו. בית המשפט העליון מכריז שכלל שיקול הדעת העסקי חל בישראל והוא כחלק מדיני החברות. אם קודם לא הייתה פסיקה מפורשת של ביהמ"ש העליון ועיקר הפסיקה הייתה מערכאות נמוכות, כעת ביהמ"ש העליון שם את החותמת שלו ומעגן את כלל שיקול הדעת העסקי. בהערת אגב, עם כל שמחת השוק לגבי עיגון הכלל, בית המשפט לצד החלת שיקול הדעת העסקי הוא החל לכרסם בו- יצירת חריגים לכלל., כאשר בהמ"ש מפעיל את חובת התקינות לטובת הדירקטורים בישראל, הוא גם קובע ממה מורכב כלל שיקול הדעת העסקי, מה יסודותיו ועל מה הוא נשען. קיבלו את הכלל מהארצות הברית ומחילים אותו כמו שהחילו ששם- אותן שלוש רגליים.

אם מסתכלים על פסק דינו של השופט עמית בעניין של חובת זהירות של דירקטוריון, ניתן ללמוד על פועלו של כלל שיקול הדעת העסקי: 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. זהו כלל של נטל שכנוע בין הצדדים שאומר שמקימים חזקת תקינות לטובת הדירקטורים.  
ניתן לטעון כי שיקול הדעת העסקי הוא כלל של סדר דין אזרחי: הוא כלל פרוצדורלי בדין האזרחי על דיני החברות. במובן שמגישים תביעה נגד הדירקטורים וטוענים כנגדם- קיבלו החלטה שבאופן קבלתה הופרה חובת הזהירות שמוטלת על הדירקטורים. עכשיו מתחיל הפינג-פונג של הדיון האזרחי- זאת הטענה בכתב התביעה, וכעת הדירקטורים משיבים לכך בכלל שעומד לרשותם- כלל שיקול הדעת העסקי, או בלשונו של השופט עמית- חזקת התקינות. במובן שחזקה לטובתם של הדירקטורים שהם פעלו באופן תקין ובאופן הנדרש מהם. וכאשר מתקיימים רכיבי של הכלל הוא מייצר חזקת תקינות לטובת הדירקטורים הנתבעים, שעכשיו התובע נדרש להפריך את חזקת התקינות. מבחינת הפינג פונג בין הנתבע-תובע המשמעות האופרטיבית תהיה שפני התובע תעמוד משוכה מאוד גבוהה.   
מה החידוש? בכל דיון אזרחי המוציא מחברו עליו הראיה- נטל ההוכחה הוא על התובע. אבל כשנוצרת חזקה לטובת הנתבעים אז הנטל שנצטרך להרים אותו כדי להצליח בתביעה הוא הרבה יותר גבוה. כשם שלהבדיל בדיני הנזיקין, לפעמים יש חזקה לטובת התובע ולא הנתבע (הדבר מעיד בעד עצמו) שאז הנטל הוא על הנתבע. כאן אין היפוך של נטל ההוכחה- כאן הנטל הוא על התובע, כמו תמיד. כשיש את חזקת התקינות של שיקול הדעת העסקי, היכולת של התובע לעמוד בנטל הזה קיימת, אך היא הולכת ונהפכת ליותר קשה, המצריכה מסכת עובדתית חזקה ומובהקת. היום, עיקר הדיון בתביעות שעילתן היא טענה להפרת חובת זהירות של דירקטורים בקבלת החלטות סובב סביב השאלה של שיקול הדעת העסקי- האם הנתבעים מצליחים לשמור על קיומו של חזקת התקינות לטובתם? או שאולי התובע מצליח לחדור בעד שיקול הדעת העסקי ולמוטט אותו ואז להתקדם עם תביעתו בצורה אפקטיבית יותר.

בית המשפט מלמד גם בונגורקום וגם בורדניקוב שעל מנת להפריך את שיקול הדעת העסקי, הנטל מוטל על התובע למוטט את אחת משלוש הרגליים שעליהן נשענת החזקה. אם התובע יצליח לפרק את אחת או יותר, משלוש הרגליים הללו אז כלל שיקול הדעת העסקי בנסיבות של אותו התיק ירד מעל הפרק ואז ניתן יהיה לפרוץ את חומת ההגנה. לכן, עיקר המשחק הוא שיקול הדעת העסקי. רכיבים אלו זהים לרכיבים של דלאוור. מתוך שלושת רכיבים אלו, הרכיב היחיד הרלוונטי לחובת זהירות הוא החלטה מיודעת. משום שאם 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. כלומר הרגל הרלוונטית והיחידה לתביעות חובת הזהירות זו ההחלטה המיודעת, בעוד ששתי הרגליים האחרות של תו"ל וניגוד עניינים- הן אומנם נדרשות לצורך כלל שיקול הדעת העסקי אך הן לא יתעוררו והתובעים לא יתעסקו איתן בתביעות חובת זהירות. וזאת משום שהסיפור של תו"ל וניגוד עניינים הוא של חובת האמונים ולא חובת הזהירות.

סיכום קצר על חזקת התקינות: חזקת התקינות באה לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי והביקורת השיפוטית ביחס לחברה. ובית המשפט קובע כי אם כלל שיקול הדעת העסקי חל, בית המשפט לא יתערב בתוכן ההחלטה ובחינה מחודשת שלה, אלא בית המשפט יכבד אותה גם אם מתברר במבחן התוצאה שהיא לא ההחלטה המוצלחת ביותר, משום שלחברה מותר לטעות. כשיש מרחב שיקול דעת מקצועי למקבל ההחלטות (בענייננו הדירקטוריון), חלק מזה זה קבלת החלטות שגויות, מאחר ואין ערובה ל-0 טעויות. זה גם לא נכון מבחינת מדיניות משפטית להטיל אחריות משפטית על כל טעות, אפשר לעשות זאת אך זה לא נכון ולכן לא דיברנו מעולם על אחריות מוחלטת- אחריות בגין התוצאה. גם בנזיקין דיברנו כי ברוב הקשרי הנזק צריך להוכיח יסודות של עוולה- התנהלות ומחדל מסוים בדרך אל האחריות ולא רק עצם גרימת הנזק. אז קל וחומר במקום שיש מרחב של שיקול דעת. ברגע שנטיל אחריות משפטית על כל טעות, נצא מופסדים יותר מאשר נשכרים- זה יהפוך את כולם למקבלי החלטות רובוטיים הנצמדים לכתוב ללא הפעלת שיקול דעת, וללא אומץ לקחת את הסיכון הנדרש ליצירתיות- מה שמצמצם מאוד את יכולת ההתפתחות, בין אם זה המגזר העסקי, הרפואי וכו. חוסר הנכונות להפעיל שיקול דעת ולנסות משהו שעוד לא ניסו ועוד לא מוכח לגמרי- יוביל לסיום היצירתיות ופריצות דרך. יש חשיבות לריסון השיפוטי שבית המשפט גוזר על עצמו הגבלות ביחס לביקורת של מקבלי החלטות של חברות.

כפי שבדלאוור יש חובת זהירות וחובת אמונים, גם בשיטת המשפט הישראלית יש את שתי החובות בהתאמה. שתי החובות האלה באחד, ארוזות תחת שם עצם קיבוצי ששמו חובות האמונים- אך זהו הקאץ בישראל, בחובת האמונים נחשוב על חובת הנאמנות כי זאת הכותרת שנתנו לה בחוק החברות, להבדיל מחובת הזהירות. בפסיקה של דלאוור- ששתי החובות הן תוצר של פסיקה, ביחס לחובות של דירקטורים לחברה, הפסיקה קובעת כי יש דוקטרינת הגנה לטובת הדירקטורים הנתבעים כנגד תביעות של חובות אמונים שפועלות כנגדם. אם זאת דוקטרינה המתמודדת עם תביעות כנגד נושאי משרה בשתי החובות שלהם כאחד- אז ניתן להבין למה חלק מהרגליים של שיקול הדעת העסקי הם תו"ל ניגוד עניינים שהם רכיבים של חובת הנאמנות. כלומר, משום שזאת דוקטרינה שמראש עוצבה בהתייחס לתביעות ביחס לשתי התביעות, אז חלק מהרגליים הן יותר מגזרת חובת הנאמנות וחלק מגזרת חובת הזהירות- כי זה מראש עוצב על תביעות שני הדברים כאחד. המשפט הישראל שיש בו ס' על חובת הזהירות- 252-253, מתפתחות בו תביעות על חובת הזהירות (ופחות על חובת הנאמנות), ובמסגרת התביעות על חובת הזהירות מנסים הדירקטורים להתגונן בטענה שהפעילו שיקול דעת מקצועי ולכן על ביהמ"ש להימנע מלהתערב משיקול הדעת. לכך יש אסמכתאות מארצות הברית- ששם הכירו בו. בא בית המשפט העליון לאט לאט וקובע כי אכן מפעילים את שיקול הדעת העסקי אז גם יסבירו לקורא מה זה אומר כלל שיקול הדעת העסקי- מה צריך לבסס על מנת שהוא יחול, וזה על שלושת הרגליים.

**הצדקת כלל שיקול הדעת העסקי**

יש שאלה מה עומד מאחורי כלל שיקול הדעת העסקי- קודם העלנו את הרציונל של אי-הטלת אחריות מוחלטת- לא להפוך את מקבלי החלטות למפוחדים וכאלה שמצמצמים לעצמם את שיקול הדעת. זה נכון בכלל לגבי שלילת אחריות תוצאתית והעברתה לאחריות התנהגותית. אך עדיין יש שאלה האם בית המשפט יבחן את שיקול הדעת לפי התוצאה? אפשר לחשוב על אפשרות שבית המשפט לא יטיל אחריות על כל תוצאה רעה, אבל הוא כן יבדוק בהתנהגות את סבירות החלטת הדירקטוריון. בהפעלת כלל שיקול הדעת העסקי בעצם מה שבית המשפט עושה- זה צמצום ביקורת השיפוטית רק לתהליך קבלת ההחלטה ולא את תוכנה. הוא נמנע מלהתעסק ולבחון את תוכן ההחלטה. בית המשפט נמנע לגמרי מבדיקת סבירות ההחלטה, ומתרכז רק בפרוצדורה של הליך קבלת ההחלטות. זה לא רק עניין של תוצאה, כשבודקים התנהלות ניתן לבחון במושגי סבירות, וזה מה שהמשפט לא עושה. עמית מעלה מס' נימוקים בדבר ההצדקה של חוסר המעורבות של בית המשפט בתוכן ההחלטה והתמקדותו בפרוצדורה, כלומר בריסון הביקורת השיפוטית:

* הרתעה ביתר
* הערכה בדיעבד- בית המשפט תמיד יזהיר את עצמו שאסור לו לבדוק את החלטת הדירקטוריון בראי התוצאה, אלא לבדוק את ההחלטה נכון לשעת קבלת ההחלטה. בית המשפט מבין את ההטיה שבכל מקרה הוא תמיד ייתן משקל, גם בצורה לא מודעת, לתוצאה ולא רק לתהליך. ולכן עדיף לרסן את הביקורת שעניינה ביקורת בדיעבד מתוך הבנה שיש הטיה מסוימת.
* מקצוענות- אם נרצה לבחון את תוכן ההחלטה, יש צורך לבחון החלטות מורכבות מבחינה מקצועית כלכלית, אך זוהי לא המיומנות של בית המשפט, בית המשפט הוא לא הגורם המקצועי לבחינת החלטות כאלו. יש לשים לב שהשופט עמית מעלה את הטיעון אך גם משיב לעצמו- הוא שומע את הטיעונים האלה אך הוא לא שלם איתם, משום שזה לא שונה מכל החלטה אחרת המגיעה לפתחו של ביהמ"ש- כך למשל בתיק רשלנות רפואית, משפחה, וכו. השופט אולי לא מקצוען בתחום אך הוא יודע להחיל ביקורת שיפוטית כללית. לדעת האן, תפיסת ההתמקצעות היא רווחת יותר ויותר ואף תופסת מקום גם בבתי המשפט המחוזיים- שם למשל יש התמקצעות של שופטים במחלקה המסחרית-כלכלית.

ננסה להבין את כלל שיקול הדעת העסקי דרך שני פסקי דין שכל אחד מהם יובילו לכיוון ההפוך- better place ננסה לבדוק לאן זה מוביל אותנו כאשר כלל שיקול הדעת העסקי חל, בעוד שבפיננסיטק זה הפוך- מה קורה כששיקול הדעת העסקי כן נפרץ.

**Better place**

פס"ד חדש של ביהמ"ש העליון מהשנה הנוכחית. זה עוד לא פס"ד שסוגר את כל הפרשה. חברת Better place הקדימה את זמנה, הייתה קבוצת חברות שעסקו במסגרת הפרויקט של מכוניות חשמליות, גייסה הרבה מאוד כסף לצורכי המסחר והפיתוח אבל בסופו של דבר הפרויקט נכשל והחברה נקלעה לקשיים והפסדים. כל קבוצת החברות הלכה והתדרדרה עד שנכנסה לפירוק. בין שלל הפעולות שעשו המפרקים לפירוק החברה, הם ביצעו פעולה מסוימת שמאוד פופולרית בקרב מפרקים- וזה לתבוע את נושאי המשרה שכיהנו בחברה- בטענה שהם פעלו בניגוד לחובות שנקבעו בדיני החברות ולכן עליהם שלאת באחריות להפרה. זה אותו מהלך של בנק צפון אמריקה- שם הטענה הייתה להיעדר פיקוח, ופה הטענה היא כנגד המנכל והדירקטורים לא רק מבחינת היעדר פיקוח אלא על קבלת החלטות לא מוצלחת, שאיננה עומדת בסטנדרט של נושא משרה סביר.

בית משפט מחוזי

התיק התנהל בבית המשפט המחוזי-מרכז בפני השופט עופר גרוסקוף טרם מיניו לעליון, הרבה פעמים בתביעות תאגידיות, כשמתחילה תביעה אזרחית ככל שהיא גדולה יותר, במסגרת התדיינות נקבע בבית המשפט דיון מקדמי- שזהו דיון שבתי המשפט קובעים על מנת לייעל את תהליך התדיינות בתביעה לאורך הדרך. במהלך הדיון הקדם-משפטי, השופט גרוסקו, שואל האם כלל שיקול הדעת העסקי חל במקרה? מבחינת הנתבעים זה היה כמוצא שלל- משום שדיון הקדם זה עוד לפני שהוגש כתב ההגנה. בית המשפט שולח את הצדדים להתייחס לנקודה הזאת. השופט מנתח בצורה מפורטת ומתמודד עם השאלה הזאת בצורה אנליטית. המפרקים התמקדו בתוכן ההחלטה ולא בשאלה האם כלל שיקול הדעת העסקי חל. בחת המשפט בוחן את התביעה בבחינת מחיקה על הסף- שם בית המשפט אומר כי גם אם הוא מקבל את כל טענות התובע בלי לשמוע את סתירות ההגנה, זה עדיין לא מגלם עילת תביעה. בנימוק של שיקול הדעת העסקי- הוא מבטל את התביעה. זאת אמירה שיפוטית מאוד חזקה וזה מלמד אותנו את משמעות שיקול הדעת העסקי. אם הנטל על התובע זה קעקוע ושבירת רגלי שיקול הדעת העסקי, והוא לא הצליח לעשות זאת- המשמעות היא שאין עילת תביעה וזהו סוף הסיפור.

ערעור לעליון

עם זאת, המפרקים מערערים לעליון בטענה כי התיק נמחק על הסף ביוזמת בית המשפט ולא בטענת הנתבעים. הם שיחקו על פרוצדורה דיונית אזרחית, אך תוך כדי זה עוררו את השאלה האם כלל שיקול הדעת העסקי אמור לפעול עד כדי כך שמאפשר פסילה על הסף? הערעור נסוב סביב השאלה האם ניתן למחוק על הסף תביעה בטענה להפרת חובת זהירות מכוח דוקטרינת כלל שיקול הדעת העסקי? האם זה כשלעצמו יספיק לדחיית התביעה על הסף?

בית המשפט קובע בצורה פוזיטיבית-מפורשת כמו שקבע השופט במחוזי, כלל שיקול הדעת העסקי עלול להוביל למחיקה על הסף- לחתוך את התביעה כבר בשלב המוקדם. כי אם לא הפרכנו את שיקול הדעת העסקי בית המשפט לא יכנס לתוכן ההחלטה ולא יבחן אותה בכלל. אם בית המשפט לא הולך להכניס לתוכן ההחלטה, אין שום משמעות לטענות התביעה על מחדלים וכשלים בסבירות ההחלטה. אם התובע לא הצךלילח להרים את הנטל ולהוכיח כי כלל שיקול הדעת העסקי לא תקף, אין לבית המשפט לאיפה להיכנס. עם זאת יש לשים לב שהשופט עמית לצד הקביעה העקרונית שאכן ניתן למחוק על הסף מכוח כלל שיקול הדעת, בבחינה האופרטיבית בית המשפט העליון מחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לדיון נוסף והשאיר פתח למפרקים לגבי חלק מראשי התביעה לטעון האם חל החריג לכלל שיקול הדעת- בחינה מוגברת.

אנחנו לומדות מפס"ד כי ביחס לכלל שיקול הדעת העסקי בתהליך קבלת החלטות, יש אפשרות אפקטיבית לטובת הדירקטורים שהתביעה תיעצר בעודה התחילה וזה דחייה על הסף.

**פס"ד פיננסיטק**

**שאלת זהות התובע:** יש נקודה אחת שונה בין פסקי הדין בהבדל בזהות התובעים: בנק צפון אמריקה זהות התובע היא פשוטה- מפרק החברה, אך מי התובע בוונגורקום, פיננסיטק וכו? לכאורה התשובה פשוטה והיא לפי השם הכתוב בפס"ד. נושאי המשרה חבים את חובותיהם כלפי החברה. כנגד כל חובה יש זכות- וזה כלפי מישהו שהם בעלי זכויות\חובות. אז אם נושא משרה חב חובה נשאלת השאלה, מיהו הזכאי הזה שנושא המשרה חב כלפיו? שכן הוא גם יהיה בעל זכות התביעה לאכוף את זכותו. התשובה המשפטית הברורה היא החברה כאישיות משפטית- נושא המשרה חב את חובת האמונים כלפי החברה. כלומר, בעלת זכות התביעה במקרה שהחובה הופרה זו החברה כחזות. אם החברה נמצאת בפירוק אז הגורם שמייצג את החברה ויש לו את כל הסמכויות מטעם החברה זה המפרק. זכות התביעה המהותית היא של החברה, אך בשונה מסיטואציה של פירוק שם יש מי שירים את דגל התביעה ויפעיל אותו, בסיטואציה רגילה מי שמפעיל כל זכות של החברה הם נושאי המשרה המוסמכים, שמבין מוסדות החברה הגוף הזה הוא הדירקטוריון עצמו (אפילו במפורש ס' 49). בסוף סמכות הפעלתז זכות התביעה זה הדירקטוריון, אך במקרה בו הדירקטוריון ירצה להפעיל בשם החברה את זכות התביעה כנגד עצמו אין לכך סיכוי מעשי- יש פה כשל אכיפה שאומנם הזכות קיימת לטובת החברה אבל אין מי שיפעיל אותה בפועל ואז יוצא שזכויות שעומדות מבחינה משפטית לחברה, לא יבוצעו ויאכפו (כי הדירקטוריון שהוא אמור להפעיל, ימנע מלעשות כלפי עצמו). התשובה של דיני החברות, הם פיתחו דוקטרינה קונקרטית כדי להתמודד עם כשל האכיפה (ס' 194)- תביעה נגזרת. יש פרוצדורה משפטית ייחודית בידני חברות ששמה תביעה נגזרת. זאת תביעה המוסמך להביא דירקטור בודד (כמעט לא קורה) או בעל מניות (שקורה הרבה) בשם החברה- זכותו של אותו בעל מניות לקדם את התביעה לא מזכות ומכוח עצמו אלא נגזרת מכוחה של החברה- הוא משמש זרוע קדומנית לפעול בשם החברה שהתוצאות הן לטוב או לרע- הן תוצאות לחברה. אם תהיה זכייה- הפיצוי ישולם לקופת החברה ולא לכיס בעל המניות (אם החברה מפוצה בעקיפין זה טוב לכל בעלי המניות ולכן זה טוב יחסי גם בשבילו).  
אם בבטר פלייס עיקר כובד המשקל היה על שיקול דעת עסקי- בתביעת מפרק החברה. זה חשוב משום שבתביעה נגזרת להבדיל מתביעה של מפרק, אין צורך בתביעה נגזרת, יש בתוך הפרק של תביעה נגזרת מנגנון איזון שבנה המחוקק על מנת שלא יצא שכל בעל מניות שיתעורר בבוקר ידמיין דברים וזה ייצור מצב שבעלי מניות מסתערים על כל פרט שולי בתביעות נגזרות. על מנת לאזן את זה קבע המחוקק כי התביעה לא מוגשת כתביעה בזכות-אוטומטית, אלא בעל מניות שסבור כי יש לו סיפור שהוא מבקש בגינו לנהל תביעה נגזרת, הוא מגיש בקשה לביהמ"ש שהוא יאפשר לו להגיש בתביעה נגזרת בשם החברה- יש תהליך פרוצדורלי מוקדם של הגשת בקשה לבית המשפט על מנת שייתן אור ירוק לנהל תביעה נגזרת. כשיש מפרק שלא צריך לבקש בקשה לתביעה נגזרת, אז שלב ההתנצחות בא כניסיון של נתבעים למחוק על הסף ולגמור את זה, אך כשבעל מניות מגיש בקשה לניהול תביעה נגזרת, מגיע שלב ההתנצחות בהתייחסות לבקשה- הנתבעים מגיבים לבקשה בטענת שיקול הדעת העסקי, שבגינו אין טעם ועילת תביעה.

עובדות המקרה (מהמחברת של נוי פלח): מדובר בעסקאות הלוואה בהן פיננסיטק היא המלווה והחברה הלווה היא מאריס. במסגרת האשראי שפיננסיטק נותנת היא דורשת כבטחון שעבוד של נכסים מסוימים. הנכסים המשועבדים הם חניון ומלון בסירקיוז ניו יורק. ההלוואות לא נפרעות במועד והדירקטוריון של פיננסיטק צריכים לחשוב מה לעשות. ישנן מספר אפשרויות- 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.

כלומר, יש כאן החלטה של דירקטוריון- הדירקטוריון היה צריך לקבל החלטה, ובכך שהוא לא קיבל, למעשה הוא קיבל החלטה של לא להחליט ולא לבצע צעד מסוים- לא לפעול למימוש השעבוד שעומד לטובתה של החברה. אם הלווה איננו פורע את ההלוואה בעת מועד הפירעון ההסכמי, אז מלווה שגיבה את עצמו בשעבוד יש לו זכות על פי דין לפעול לגביית החוב שלו מתוך תמורת הנכס המשועבד. יש ללווה זכות לפעול בהליכים ואמצעים במשפטיים מסוימים- לנקוט בפעולת מכירת הנכס המשועבד שמסכום המכירה יפרע חובו של הנושה. בסופו של דבר, בגלל עיכוב החלטת המימוש, נוצרה שרשרת אירועים שהיכולת לגבות את החוב הצטמצמה מאוד והצליחו לגבות רק חלק מסוים של החוב.

התביעה נגד הדירקטוריון טוענת שבהחלטה "לא להחליט" הופרה חובת הזהירות. לטענת התובע, הדירקטוריון התרשל בהחלטתו לא לממש את השעבוד והם פגעו בחברה. 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. אם לא היו משתהים, יכולת הפירעון הייתה יותר אפקטיבית. יש לשים לב שהתובעים מצביעים על נזק, אך האם הם מצביעים על התרשלות? בלי התרשלות אין אחריות על הנזק.

בית המשפט בודק האם החלטת הדירקטוריון ביחס לנכסים שלא לממש את השעבוד הייתה החלטה שעומדת בסטנדרט ההתנהגות הנדרש- חובת הזהירות, כן או לא. בית המשפט קודם כל מחדד ועורך הבחנה: לגבי אחד מהנכסים הייתה החלטה פוזיטיבית שהדירקטוריון בחנו וקיבלו החלטה לא לממש. ולגבי הנכס האחר לא הייתה החלטה- זה חשוב משום שהשופטת רונן מדגישה כי הדירקטורים שמבקשים להתגונן כנגד התביעה מכוח כלל שישקול הדעת העסקי- אז יש לדעת להדגיש. כלל שיקול הדעת העסקי בא להגן על דירקטורים ולהחיל חזקת תקינות ביחס להחלטה שהם קיבלו. אך כל זה נכון כשיש תנאי בסיסי- תנאי ראשון לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי (עוד לפני בחינת המרכיבים שלו) הוא שהייתה החלטה. כלל שיקול הדעת העסקי מטרתו להגן על החלטות שקיבל הדירקטוריון. אם אין החלטה פוזיטיבית אין תחולה של כלל שיקול הדעת העסקי כל עוד לא התקבלה החלטה אין מה לדבר על שיקול דעת עסקי. היא מבחינה ולא קובעת באופן גורף שיקול דעת עסקי או לא, היא עומדת בפינצטה ביחס לכל רכיב בפני עצמו ולכל עניין כשלעצמו- על נכס אחד לא הוחל כלל שיקול הדעת העסקי. יש להדגיש כי זה עוד לא אומר כי הייתה הפרה של חובת הזהירות, אך יש לבחון האם קודם כל יש את החזקה של שיקול הדעת העסקי על כל ההחלטות. לעומת זאת, לגבי אחד מהנכסים הייתה החלטה שלא לממש- החלטה כזו יש לה את הפוטנציאל לחסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי, בכפוף לכך שחלות הרגליים. הרגל שעליה מתבססים התובעים היא החלטה מיודעת.   
ביהמ"ש קובע שההחלטה הייתה מיודעת וחל שיקול הדעת העסקי. השופטת בוחנת את הליך קבלת ההחלטה, ותוך כדי היא מדגישה כי מקור מרכזי של בית המשפט לבחינת הליך קבלת החלטות, זה הפרוטוקול של דיוני הדירקטוריון. אין זה בהכרח המקור היחיד, אך זהו מסמך מאוד מרכזי שמתוכו בית המשפט לומד את התנהגות והליך קבלת ההחלטות של הדירקטוריון. (בהערת אגב החשש הוא שהדירקטוריון ידון לא לעומק הדברים אלא מתוך הכיסתוח- כדי שזה יופיע בפרוטוקול וככה הוא יוכל להגן על עצמו ולא באמת לדון לעומק ההחלטה).   
השופטת רונן לא מסיימת בזאת ואומרת כי כאשר ביהמ"ש בוחן את תהליך קבלת ההחלטה, הוא יכול לבחון מהו המידע המהותי הדרוש לצורך קבלת ההחלטה. מכאן עולה השאלה לפי מה בוחנים את זה, איך יודעים שהמידע מספיק?עבור מקבלי החלטות בסיפור הקונקרטי. השופטת רונן קובעת שלא מדובר בצ'קליסט עיוור, אלא זה מושפע מנסיבות העניין- מה משקל ההחלטה, מה היקפה וכו, כולל שאלות של זמן. מדובר בבחינה אובייקטיבית של ביהמ"ש מילת הקוד סבירות היא מקבל החלטות אולטימטיבי שלשם נכנס ביהמ"ש. הדגשנו כי בית המשפט נמנע מלהיכנס לעובי הקורה, לתוכן ההחלטה כאשר כלל שיקול הדעת עומד- הוא בוחן רק את אופן הליך קבלת ההחלטה ולא לסבירות ההחלטה. אך בתוך בחינת תהליך קבלת ההחלטה, להתחיל לעמוד ולבדוק בפינצטה אילו פרטי מידע עמדו בפני הדירקטוריון, על מה הם הסתמכו ומה לא, על איזה חומרים כתובים, אילו נשאלות נשאלו, זו בחינה של מעטפת תבליך קבלת ההחלטה, אבל לא ניתן לומר באופן חד שזה נמנע לחלוטין מכניסה לתוכן ההחלטה. בהליך קבלת החלטה יש הקרנה מסוימת על תוכן ההחלטה, קו הגבול בין תהליך קבלת ההחלטה לבין תוכן ההחלטה מיטשטש ואין קו גבול מוגדר וחד לחלוטין. מצד אחד בית המשפט נמנע מלהיכנס לתוכן ההחלטה, אך בשאלה מהו מידע מספק זו בחינה ששביהמ"ש יקבע מהי ולא הצדדים על פי אמות מידה של סבירות- במידה מסוימת חדירה עד גבול מסוים של שיקול הדעת השיפוטי לתוך ההחלטה.

ככל שיקול הדעת העסקי בפס"ד לא חל, בית המשפט הגיע למסקנה אחרי שבחן את הליך קבלת ההחלטות- שזה לא היה מספק כדי להפוך להחלטה מיודעת ולכן שיקול הדעת העסקי נסתר. אך זה לא מוביל בהכרח לכך שהתובע זוכה. אחת האמירות החשובות בפס"ד זה היא ההבחנה הברורה שהשופטת רונן עורכת: אנחנו צריכות לבחון האם ההחלטה למרות חוסר שיקול הדעת העסקי, האם ההחלטה במתחם הסבירות. אנחנו חוזרות לתוך עוולת הרשלנות- הפרת חובת הזהירות היא שאלה של סבירות, איך היה פועל נושא משרה סביר. יכול להיות שהליך קבלת ההחלטות לא היה אופטימלי, אך האם זה ישר מוביל לאשמה של הפרת חובת הזהירות? עדיין צריך לבחון לגופו של עניין, במדדים אובייקטיבים של תוכן ההחלטה, עכשיו בית המשפט יכנס לתוכן ההחלטה עצמה לא רק לדרך- ויקבע האם ההחלטה היא סבירה. בפס"ד בית המשפט קבע כי למרות היעדר חזקת התקינות, ההחלטה במתחם הסבירות ולכן נפסק לטובת הדירקטורים שהם לא הפרו את חובת הזהירות. לאחר שהפקענו את שיקול הדעת העסקי- יש בחינה של החלטה לתוכן גופה ע"י בית המשפט האם היא סבירה.

בית המשפט קובע שהיא עדיין סבירה משום שמי שמבין אולי לא הצטיידו במספיק מידע ולכן דרך קבלת ההחלטה לא שכנעה את בית המשפט, אך לגופו של עניין בהחלטה בדצמבר 2008 לא לממש נדלן (שלושה חודשים לאחר שפרץ המשבר הכלכלי), כל השוק והנדלן בארצות הברית מת, והכל התפוצץ כבועה- לא היה ביקוש לנכסים, ערך הנדל"ן ירד, אז להחליט כן לממש לא היה בטוח שהיה נותן כזאת תמורה כפי שהתובעים טוענים. לכן חוסר המימוש הוא לא בלתי סביר- נכון שדרך קבלת ההחלטה לא הייתה אופטימלית אך ההחלטה שלהם נשארה במתחם הסבירות.

בית המשפט הישראלי קובע שלאחר שנפרץ שיקול הדעת העסקי, בוחנים את תוכן ההחלטה לגופה על פי אמות מידה של סבירות- כי חובת הזהירות, ס' 252 היא בס' 35-36 בפקודת הנזיקין. היא מקרה קונקרטי של עוולת הרשלנות- שבעוולה שם המשחק הוא סבירות. זה שונה מארצות הברית- בדלאוור כשמופר כלל שיקול הדעת העסקי אנחנו במגרש אחר.

לסיכום- לפני שמגיעים לתוצאה יש לנו את כלל שיקול הדעת העסקי. את הרכיב של "החלטה מיודעת" בוחנים לפי מבחן אובייקטיבי. כאשר נגיע למסקנה שכלל שיקול הדעת נופל, נבחן את התוצאה בהתחשב בשיקולים של סבירות.

בקיצור: במשפט הישראלי גם כשכלל שיקול הדעת העסקי נסתר, אנחנו עדיין בזירה ובמרחב של חובת זהירות שנמדדת לפי אמת מידה של סבירות, ולכן בית המשפט יבחן את ההחלטה במשקפיים אובייקטיביות שלו על פי אמות מידה של סבירות. ההבדל הוא שכל עוד יש את כלל שיקול הדעת העסקי בית משפט בכלל לא בוחן את תוכן ההחלטה אלא רק את הנסיבות האופפות את הליך קבלת ההחלטה. ברגע שכלל שיקול הדעת העסקי נסתר בית המשפט בוחן את ההחלטה לגופה, אבל ביחס לתוכן ההחלטה הוא בוחן אותה על פי סבירות- שזהו מתחם הסבירות, שבתוכו אולי ההחלטה לא טובה אך היא לא זלגה מגובלות הגזרה של ההחלטות הסבירות. ההבחנה הזאת חשובה כי השופטת מאבחנת את דרך הבחינה של בית המשפט את ההחלטה של הפרת חובת הזהירות לעומת דלאוור- בדלאוור, כשכלל שיקול הדעת העסקי נסתר יש היפוך ב180 מעלות והעברת הנטל בצורה קשה מאוד לכתפי הדירקטורים שעכשיו צריכים להוכיח שלמרות שאין שיקול דעת עסקי, ההחלטה עדיין טובה. אך כעת הנטל עליהם להוכיח- הם צריכים לשכנע את בית המשפט למה לא להטיל עליהם אחריות. זה מה שלא קורה בארץ בבחינת הפרת חובת הזהירות וזה בדיוק מה שמדגישה השופטת רונן. היא לא עוברת לסטנדרט מכיבוד הדירקטורים להטלת ספק וחשד בהם, אולי אין לרשות הדירקטורים את הגנת כלל שיקול הדעת, אך עדיין יש על התובע את נטיל השכנוע שתוכן ההחלטה (ולא הליך קבלת ההחלטה) הוא בלתי סביר. כל עוד הוא לא ישכנע שההחלטה עדיין במתחם הסבירות התובע יפסיד את תביעתו.

**על ס' 258-263- פטור, שיפוי וביטוח**

בפסקי הדין הבאים, מה שעולה מהם בהקשר של חובת הזהירות, זה התייחסות לס' 258-263 לחוק החברות שהם מגיעים אחרי הסעיפים שקובעים את החובות של נושאי המשרה.   
אותם סעיפים מדברים על חובות נושאי המשרה אך מזווית מבט נוספת- יש טכניקות מסוימות שביכולת החברה להפעיל אותן אם הן יוסדרו, ושהטכניקות הללו יוכלו להסדיר את נושא ההתמודדות הכספית בפועל אם נטל האחריות שמוטל הוא על נושא המשרה. כלומר, בהנחה שנושא משרה אחראי בגין הפרת חובת הזהירות, יישא באחריות ויצטרך לשלם פיצוי, אחריות כספית בהיקף גדול. יחד עם זאת יש להבין שיש פער בין הזכות לקבלת הפיצוי, לבין היכולת לממש אותה. המחוקק בא להתמודד עם שאלת הפיצוי הכספי עקב זכויות התביעה כמו חובת זהירות, דרך הסעיפים הללו. לקבוצת הסעיפים הללו יש שני היבטים:

1. נושא המיצוי הכספי מבחינה פרקטית ופועל.
2. שיקולי מדיניות של חשיבה מלכתחילה- מה המשמעות של קביעה משפטית ואיך היא תשפיע מלכתחילה על הצדדים. במובן של האם החלטות שבהן ימצאו נושאי משרה חבים בסכומי כסף ניכרים בגין הפרת חובה, איך זה ישפיע על נשוא המשרה במובן ואילך- האם זה יוביל להרתעת יתר? או לחילופין אם לא ירתיע לכהן אך ירתיע בקבלת החלטות מפוחדת וזהירה שלא תאפשר פריצות דרך? אזכרנו את זה בשיקולי מדיניות ביסוד שיקול הדעת העסקי אצל השופט עמית. כלומר אם נרחיב יותר מידי את האחריות ולא נצמצם אותה מכוח חזקת התקינות, אז יש חשש להרתעה ביתר של מקבלי החלטות, ולהוביל להחלטות שמרניות במיוחד. זה לא רק חשש והרתעה מקבלת החלטות, אלא מעצם הכהונה- שלא ירצו לשאת במשרה.

החשש הזה התעורר כריקושט לאחר פס"ד ונגורקום בארצות הברית- באמצע שנות השמונים שזה נחת ועשה רעש בשוק למרות שהדירקטוריון פעל בתום לב, פתאום רבים מאנשי עסקים שהיו מורגלים לכהן בדירקטוריון נרתעו מהמשך מילוי המשרה. עד כדי כך שהמחוקק בחוק החברות של דלאוור, תיקן את ס' 102 לחוק והוסיף לתוכו ס' קטן כריאקציה לחשש שנוצא בשוק בעקבות ונגורקום וקבע כי חברה תוכל בנסיבות מסוימות לפתור את נושא המשרה לחובת לפי חובת הזהירות. זאת אומרת, יש פה היפוך מוחלט מהרעיון הבסיסי של עם הסמכות באה והאחריות ולא ניתן לברוח מנשיאה באחריות, ופתאום הס' נותן פתח הפוטר את נושא המשרה מאותה אחריות.   
בעצם על הבסיס הזה כמו האחריות והדוקטרינה של החובה וכלל שיקול העסקי כפי שהם הגיעו מארצות הברית, גם הקונטרה הזאת הגיעה מחוק החברות בהשפעה אמריקאית וגם מוסיפים לס' האלה שלושה מרכיבים- פטור, שיפוי, ביטוח. יש פוטנציאל ביחסים בין נושאי משרה לבין החברה בה הם מכהנים כנושאי משרה, להגיע להסדרה של אחריות פוטנציאלית של נושא המשרה בשילוב של חלק מהאמצעים הללו- פטור מאחריות ס' 259, שיפוי ס' 260, ביטוח ס'261.

מה בין פטור לשיפוי לביטוח?

* פטור- אי נשיאה באחריות.
* שיפוי- ס' 260 ביחס לשיפוי מסמיך אתה חברה לשפות (להחזיר תשלום) את נושא המשרה בגין הוצאות, לא החובה עצמה, הוצאות משפטיות נלוות. יש לזכור כי העלות הכספית בתביעה היא לא רק עצם הפיצוי שהנתבע יצטרך לשלם אם יפסק לחובתו, אלא יש לשכור שירותי עריכת דין, שכירת חוות דעת מומחה וכו. בגין הדברים הללו החברה יכולה לשפות את נושא המשרה. בגין החובה עצמה כלפי החברה ס' 260 לא אומר מילה וקובע בצורה מפורשת שהחברה יכול לשפות בגין החובה לפיצוי. זה לא נאמר כי זה מופרך מבחינת החוק ולא מקובל, אלא שלא צריך את זה כי זאת המשמעות של הפטור- האמירה כי הדירקטור לא צריך לשלם לחברה היא משמעות הפטור. מפעילים את השיפוי או על ההוצאות הנלוות או אחריות של נושא המשרה לא כלפי החברה.   
  אנחנו כל הזמן מדגישות שחובת הזהירות היא כלפי החברה, אבל אם אנחנו עוסקות בהסדרים כספיים מבחינת נושאי משרה בחברה, נכון שהטריגר לדיון היה חובת הזהרות, אך אם נסתכל על הקורס כולו דיברנו על נסיבות שבהן נושא המשרה לא יצטרך לשלם פיצויים לחברה אלא למישהו אחר באופן אישי. דיברנו על נסיבות של נזק שיגרם לצד שלישי מחות לחברה, שיכול להיות שגם החברה תישא באחריות לנזק, מי שישא באחריות זה יכול להיות גם בחברה דרך תורת האורגנים, אך זה לא שולל את האחריות האישית של המעוול. יכול להיות שנושא משרה יהיה חשוף לעוולה, ועל זה מדבר השיפוי בס' 260 שקובע כי יש גם אפשרות שהחברה תשפה את נושא המשרה באחריות אישית שהוא עצמו נושא בה, לא כלפיה אלא כלפי אדם אחר- אותו תובע נזיקי. החברה תהיה הכיס העמוק של נושא המשרה והיא תגבה אותו.
* ביטוח- חברת הביטוח תשלם את הפיצוי שנפסק במקום נושא המשרה. החברה היא הכיס העמוק ואמצעי תשלום. אם יפסק כי הדירקטורים הפרו את חובת הזהירות ולכן צריכים לשאת באחריות, שמתורגם בפיצוי- מי שישלם את זה בפועל היא חברת הביטוח שביטחה את האחריות הזאת. היום זה כל כך מקובל עד שאין היום חברה בשוק שבה נושאי המשרה לא מבקשים ומקבלים פוליסת ביטוח אחריות מהרגע שהם מתמנים ועד גמר כהונתם. הנקודה הייחודית שבגללה זה מוסדר בחוק, מכיוון שאנחנו מדברות על כך שהחברה עצמה רוכשת את הביטוח. אדם יכול לרכוש באופן פרטי את פוליסת הביטוח, אבל הפרקטיקה הנוהגת היא שהאדם לא רוכש את זה מכספו הפרטי, אלא החברה ממנת ורוכשת מבחינת תנאי העסקה את פוליסת הביטוח.

חשוב להבין שיש נקודה פרוצדורלית המשותפת לכל השלושה- גם פטור, שיפוי וביטוח. כדי שנדבר בשפה הזאת, צריך על כך הוראה בתקנון. הבסיס המאפשר לחברה בהסדר עם נושאי המשרה לפעול בדרך של פטור, ביטוח וכו צריך קודם כל הרשאה בתקנון. זה צריך להיות מעוגן במפורש בתקנון.

למה צריך גם פטור וגם ביטוח?

הנקודה היותר מאתגרת היא ביחס בין פטור לביטוח- אם יש פטור למה צריך ביטוח? ואם יש ביטוח למה צריך פטור? לא פעם נמצא בחברות שיש גם וגם- גם הסדרה של פטור וגם ביטוח. אך לכאורה זה מגיע לאותה תוצאה כספית, שבשורה התחתונה גם אם נושא המשרה אמור לשלם פיצוי לחברה הוא לא ישלם. בפטור הוא לא ישלם כי החברה פטרה אותו מלשלם, ובביטוח הוא לא ישלם כי חברת הביטוח תשלם מתוך כיס עמוק.   
מבחינת האפקט הכספי על נושא המשרה, פטור וביטוח הוא אותו אפקט כספי, ולכן מתעוררת השאלה למה צריך את שניהם ולא מסתפקים באחד?

1. התשובה הפשוטה היא גיוון- מתן כמה דרכים, ושכל אחד יבחר את הדרך המועדפת עליו.
2. לא אותו אפקט כספי- בפטור אין עלות, זה לא עולה כסף לחברה, היא לא צריכה לשלם עוד על העניין הזה, בעוד שמבחינת הביטוח יש לה עלות מצד החברה, עלות של רכישת הביטוח. היחס בין שניהם וזאת הייתה המחשבה של המחוקק ביסוד הדברים, היא לכאורה תמיד דיברו על אלמנטים של ביטוח, דרך שכיחה שכולם מכירים, אך מהצד השני זה עולה כסף. המחשבה למה לבטח למשל את הבית ולמה לא לבטח מתארת בדיוק את היחס בין פטור וביטוח- פטור זה כשהחברה לא משלמת לחברת הביטוח מתוך הרצון לחסוך ולא לשלם סכומים כאלו גבוהים ובעצם להסתכן במקרה שיהיה אירוע ונזק, שם אף אחד לא מפצה את החברה- החברה בעצם סופגת את ההפסד של הפיצוי, אך היא חוסכת לעצמה את עלויות הביטוח. לכאורה הדירקטורים אמורים לפצות את החברה אך בשל תנאי העסקתם ופטור מאחריות לא מהם זוכה החברה בכסף והייתה אמורה לזכות מהביטוח במידה והייתה מבוטחת. לעומת זאת אם רוכשים פוליסת ביטוח, החברה משלמת כל שנה אך אם יגרם אירוע של נזק הכיס העמוק של בחרת הביטוח יפצה את קופת החברה.
3. לא מכסה אחריות של ניזוק המהווה צד ג'- בפועל, מאז חוק החברות עמדו יותר על ציר הביטוח מאשר ציר הפטור, באופן מפתיע, אך בעת האחרונה נכנסים יותר גם לפטור. בפטור לפי התיאוריה של המחוקק אין צורך בביטוח, כי החברה תספוג את ההפסד. מה שקורה בפועל שזה גם וגם, גם פטור וגם ביטוח. אם זה אפקטיבי כחברה לספוג את ההפסד ולפטור מחובת זהירות, אז למה צריך גם לשלם ביטוח? כי הדירקטורים לא מסתפקים בפטור בשל החשש מהתביעה של צד ג', לא התביעה שהחברה תובעת את דירקטורים על הפרת חובת זהירות, אלא אותם ניזוקים שיתבעו את הדירקטורים, שם הפטור לא יכסה. כי צריך שבעל הזכות יפטור ויוותר על האחריות, כל עוד הם לא פטור מאחריות, הפטור של החברה יכול להיות אפקטיבי רק לגבי חובה שהדירקטור חב לחברה עצמה. ומכיוון שהחברה לא יכולה לתת פטור על נזק של צד ג', כי זה לא קיים מבחינה משפטית, אז החברה צריכה לסגור פוליסת ביטוח, שבעצם כבר מכילה את כל האירועים, גם מצד החברה עצמה ולא רק צד ג'.
4. מבחינה פרקטית יש הבדל מאוד גדול לנושא המשרה בין פטור לביטוח. ביטוח הוא טוב, אך פטור זה הדרך האולטימטיבית, משום שפטור אומר כי נושא המשרה פטור מחובת הזהירות, ולכן בשאלת היכולת לתבוע, אין לביהמ"ש יכולת לנהל את התביעה, בלי דיון בכלל בשיקול הדעת העסקי. מהרגע הראשון, אומרים כי גם במקרה של עילת תביעה, אין יכולת להגיש אותה, אין בזבוז זמן שיפוטי וייתרנו את כל מהות התביעה מטבעה. בביטוח, אם כאשר תוטל על נושא המשרה אחריות, אז הביטוח ישלם, אך קודם צריך לבדוק האם תוטל על נושא המשרה אחריות. כלומר בפוליסת ביטוח ניהול התביעה לא מתייתר, וניהול התביעה עצמה יש אפקט תודעתי על נושא המשרה- לא נעים להיות נתבע ויש לכך השלכות על מוניטין. זה נכון שאם וכאשר תוטל האחריות יש כיס עמוק, אך לעבור את הדרך הזאת בבית המשפט כבר משפיע על נושא המשרה, מה שפטור מייתר.

פטור וביטוח- ריקון תוכנה ומשמעותה של חובת הזהירות?

נקודה נוספת שעולה היא נקודה מאתגרת חשיבתית, אם כבר נותן ביטח ופטור, מה עוד נותר מחובת הזהירות? מבחינה מהותית הרעיון של הטלת חובת זהירות על נושאי משרה, נבע מבעיית הנציג- אדישות, חוסר אכפתיות מספיק- יש פה כשל שוק שמצריך תמריצים משפטיים כדי לעודד אכפתיות של הדירקטוריון לחברה. הפתרון המשפטי היה הטלת אחריות וחובת הזהירות על נושאי המשרה, עם זאת, עכשיו ראינו כי החברה מספקת פטור וביטוח שמורידים מהדירקטורים את האחריות, והם כבר לא נושאים בה. אז לא חזרה בעיית הנציג למקומה הראשון? זה לכאורה לרוקן את חובת הזהירות מתוכן מבחינה אפקטיבית.   
אם נודה באמת, הפטור מבחינה אפקטיבית התניה חוזית על חובת הזהירות. במובן מסוים, האפשרות לקבוע פטור בתקנון החברה, פטור מן החובה, היא הפיכת חובת הזהירות מבחינה מעשית לחובה דיס-פוזיטיבית, עד עכשיו הבנו כי זאת חובה קוגנטית- אך בפטור וביטוח, לקחנו את החובה ואפשרנו להתנות עליה, עד לכדי הפיכת חובת הזהירות לחסרת משמעות. אנחנו נעות במטוטלת- מאז פס"ד ונגורקום שהרחיב את חובת הזהירות, מאוד חששו ממנה, מה שיצר ריאקציה לצד השני- של מתן פטור וביטוח, וכעת נשאל מה נותר מחובת הזהירות? חובת הזהירות לא התבטלה אבל אכן זה הפחית משמעותית מכוחה. אך זה לא בהכרח גרוע, כי כבר בעצם הטלת החובה, יש לה משמעויות. תמיד הדילמה היא ריכוך יתר- חוסר החובה המציפה את בעיית הנציג, מהצד השני זה הרתעת יתר, אנחנו כל הזמן מחפשות את שביל האמצע בין שתי הגישות.

**ס' 263- גבולות הגזרה של הפטור והביטוח**

נתמקד באחריות כלפי החברה בגין הפרת חובת זהירות. נדבר על מה גבולות הגזרה של הפיצוי הכספי?

גם 259,וגם 261 מדברים על אפשרות לפטור או לבטח בהתאמה, בגין הפר חובת הזהירות. אבל אז מגיע ס' 263 ותוחם את זה הוא אומר כי ניתן לפטור ולבטח, אבל הגבול הוא לא בגין הפרת חובת זהירות בכוונה או פזיזות. כלומר יש נסיבות של הפרת חובת זהירות שיהיו מגובות בפטור וביטוח, אך יהיו נסיבות אחרות שלא יהיו מגובות- שם המחוקק שם גבול ולא מאשר כיסוי ביטוחי או פטור. וזה תלוי האם הפרת חובת הזהירות היא בבחינת רשלנות גרידא, או שהיא הייתה בנסיבות של מעבר לרשלנות, בנסיבות של פזיזות עד לכדי כוונה.

פס"ד אשש נ' עטיה

בשאלת גבולות הגזרה של תחולת החלופות עוסקת השופטת רונן בפס"ד אשש נ' עטיה. זה נובע מכך שאחת הטענות של התובעים והניסיון שלהם לפרש את ס' 263 בהרחבה, הייתה כי ס' 263 בעצם מהווה חסם ומונע פטור או ביטוח לכסות, מתי וכל אימת שמדובר בהפרת חובת זהירות של רשלנות- הם ניסו להכניס אלמנט שהמחוקק לא מדבר עליו והוא כלל שיקול הדעת העסקי. כל עוד שיקול הדעת העסקי עומד לטובת התובעים לא ניתן לדבר על אחריות, אך אם שיקול הדעת העסקי נסתר אז לא יכול להיות שיעמוד לחובתם פטור. התובעים ניסו להתחכם ולהגיד כי אם הצלחנו להתגבר על שיקול הדעת העסקי, "הלך" על הדירקטורים, אבל בית המשפט קורא את הסעיף הקובע במפורש כי הפטור והביטוח לא יחולו כאשר הפרת הזהירות הייתה בנסיבות של רשלנות בפזיזות או כוונה. כלומר, אם הפרת חובת הזהירות הייתה בנסיבות של רשלנות בלבד, כן יחול. ויכול להיות ששיקול הדעת העסקי כן ייסתר, אך בית השפט יקבע שמדובר ברשלנות בלבד- זה ששיקול הדעת העסקי נסתר לא אומר מה התוצאה הסופית, ואף לא אומר כי יש רשלנות (פיננסיטק). השאלה האם זה רשלנות גרידא או פזיזות זאת שאלה עובדתית, הס' לא חוסם את הפטור בהפרת חובת זהירות באופן גורף, אלא להפך- השילוב של 259 שמסדיר פטור על הפרת חובת זהירות, עם 263 שקובע את גבולות הגזרה ומוציא את הפזיזות והכוונה וכן השארת הרשלנות, לכן הטענה של התובעים לא מחזיקה מים. כל מה שס' 263 עושה זה להזיז הצידה את הפזיזות והכוונה ממתחם שהפטור והביטוח מכסה.

**מה זה פזיזות וכוונה?**

לצורך כך שווה לעסוק בפס"ד אוסטרובסקי.

פס"ד אוסטרובסקי

רקע עובדתי (מהמחברת של נוי פלח): המקרה עסק בקניית עיתון מעריב ע"י חברת דיסקונט השקעות (IDB). בעקבות שינוי בעולם התקשורת, היום אותה החברה נותנת גם את שירות הטלפון, גם אינטרנט וגם תכנים. 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, הם מעוניינים לרכוש קבוצה אחרת שמספקת תוכן (קבוצת מעריב, אמנם זו עיתונות מודפסת אבל היא כבר לא רק מודפסת). 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. לגבי התהליך, לפי התובעים, תהליך קבלת ההחלטה היה חפוז ביותר. מבחינת תהליך קבלת החלטה נשמע מאוד דומה לונגורקום, אז למה בית המשפט לומד על פזיזות או כוונה?

השופט גרוסקופף מתחיל לדון בשאלה האם הפרת חובת הזהירות הייתה בגדר רשלנות גרידא או שהיא משהו מעבר לרשלנות העולה כדי פזיזות. תוך כדי הניתוח בפס"ד, יש ניתוח למה ההבדל בין רשלנות גרידא, לבין רשלנות בפזיזות, לבין רשלנות בכוונה, תוך הסתמכות על ההבחנה הנעשית בין כוונה לפזיזות ביסוד הנפשי של דיני עונשין.

קשיים בפסק הדין:

* שאלת הפזיזות רלוונטית למשפט הפלילי, אך לא בדיני נזיקין. כל הניתוח של רשלנות, פזיזות כוונה זה ניתוח ואנליזה משפטית מתחום המשפט הפלילי. במשפט הפלילי יש הבדל גדול בין ענייני רשלנות לפזיזות וכוונה, וזאת בשל הכתם והקלון הכל כך גדול שמודבק לעבריין. רשלנות היא בתחום העוון מול פזיזות וכוונה שבתחום הפשע, זאת אחריות אחרת עם תפיסות ענישה אחרות. בנזיקין לא עסקנו בכך, משום שהמטרה בדיני נזיקין היא לבחון האם יש אחריות על הנזק, ולא לקבוע את שאלת האשם והעונש. נזיקין עוסק בשאלה אזרחית של פיצוי כספי בלבד. יש לזכור כי חובת הזהירות בה אנחנו עוסקות בשאלת הפטור, היא מקרה פרטי של עוולת הרשלנות, חובת הזהירות היא בס' 35-36 בפקודת הנזיקין. אז למה בס' 263 נעשית הבחנה בין חובת זהירות מתוך רשלנות לבין חובת זהירות מתוך פזיזות או כוונה- מי הכניס לשיח על חובת הזהירות אלמנטים של המשפט הפלילי, של פזיזות\ כוונה? ס' 263 מהווה עירוב מין בשאינו מינו.
* אם המעשים נעשו תוך פזיזות או כוונה, תוך חוסר שישקול דעת עצמאי, כל זה תחת חובת האמונים שהיא דבר נפרד מחובת הזהירות. ובהערת אגב, נראה בהמשך כי בחובת האמונים אין יכולת לייתר את נשיאת האחריות בפטור או בביטוח. אגב, השופטת רונן בעטיה, טוענת כי ס' 263 מקרב את חובת הזהירות לחובת האמונים ויותר רלוונטי לחובת האמונים.

יש ניתוח שלם של רשלנות, פזיזות וכוונה. שם נקבע כי אם נושא המשרה אדיש לגמרי זה לא סתם רשלנות, אלא אדיש שלא אכפת לו מהתוצאה שתקרה יש לקרוא לזה אדישות עד כדי פזיזות. 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 (מהמחברת של נוי פלח). אך למה השופט בכלל מעלה את הניתוח הזה- ופה נראה את הפרדוקס של פס"ד אוסטרובסקי. התשובה לדיון המבחין בין חובת זהירות מתוך רשלנות לבין חובת זהירות מתוך פזיזות היא בשל הטענה שהתובעים העלו- אין לנהל את התביעה כי יש לצד הדירקטורים ס' פטור, אז איך התובע יכול להתקדם בתביעתו אם עומד פטור? יש רק דרך אחת- חובת זהירות שלא מתוך רשלנות אלא פזיזות וכוונה שם הפטור לא חל וניתן להתקדם בתביעה.

ועכשיו הפרדוקס של אוסטרובסקי- אם זה מתוך פזיזות וכוונה הפטור לא חל וגם לא ביטוח, הדרך היחידה לגבות את הכסף היא מהדירקטורים, אך אין להם את הסכום הנדרש לפיצוי. אם אתה בא להתגבר דרך טענת הפזיזות והכוונה על חסם הפטור, אך באותו הרגע של פזיזות וכוונה אתה לא רק משליך את חסם הפטור אלא גם את עניין הביטוח- הגבייה תהיה יותר קשה. השופט מבין שהוא מנתח את כל זה כדי להתגבר על הפטור- כשפטור אל חל בפזיזות או כוונה ולכן אפשר להתקדם בתביעה, אך אפשר להתקדם אבל בלי ביטוח.   
אחת התופעות המעניינות הן, שבתביעות על נושאי משרה בבסיס דיני החברות, שהתובעים ועורכי הדין משתדלים כל הזמן לתחם את התביעה לחובת זהירות יותר מאשר חובת אמונים, גם במקרים קיצוניים, וזאת מהסיבה הפשוטה שעל חובת האמונים אין ביטוח ובסוף התובעים מחפשים את הכיס העמוק של בחרת הביטוח שמשם הם יגבו את הפיצוי. אם אין ביטוח אז אומנם החובה חריפה, אך מבחינה פרקטית היא אל חובה אטרקטיבית לגביית כסף. וחובת הזהירות דווקא כן.   
בסיפור של אוסטרובסקי, לא נטען לחובת האמונים- דווקא בנסיבות של אי הפעלת שיקול דעת עצמאי, שפוטים של דקנר וכו, כל האלמנטים האלה נלמד בחובת האמונים, אז למה לא תביעה על פסיס הפרת חובת אמונים- כי זה מחוץ לגזרה של ביטוח, אך בחובת זהירות יש עוד מהמורה בדרך- של פטור, ואת זה הם מנסים לעבור על בסיס פזיזות. אך באותו הרגע שהם טוענים לפזיזות, זה לא רק מבטל את הפטור אלא גם את הביטוח, ואז חזרנו לנקודה הראשונית. הסיפור המרתק שאחרי פס"ד המחוזי, הדירקטורים ערערו לעליון על הנושא של כוונה ופזיזות כי הם הבינו שרק אם הם יחזירו את זה על חובת הזהירות על דרך הרשלנות, ס' הפטור יחזור אך בית המשפט לא אישר את זה.  
 אבל לפני הפסיקה של העליון בסוף הצדדים הגיעו לפשרה לפיה הדירקטורים ישלמו את הפיצויים- כשמי שישלם את הסכום תהיה חברת הביטוח של הדירקטורים. לכאורה אם זה כוונה או פזיזות חברת הביטוח לא צריכה לשלם כלום, אך אם זה רשלנות יש את הפטור וגם אז חברת הביטוח לא צריכה לשלם- כלומר שבכל מקרה, בשני המקרים חברת הביטוח לא הייתה אמורה לשלם את הפיצוי. ככל הנראה זה היה נוח לכולם לסגור את העניין בתשלום כלשהו של פשרה שחברת הביטוח הסכימה לשלם.

1. **פתרון לאינטרס אישי- חובת האמונים של נושאי משרה**

דיברנו עד עכשיו על חובת הזהירות של נושאי משרה, כולל ההתמודדות הכספית- פטור, ביטוח וכדומה. בפרק זה נעסוק בחובת האמונים של נושאי המשרה המעוגנת בס' 254 לחוק החברות. חובת הזהירות וחובת הנאמנות זאת קבוצה שיחד מצויה תחת הכותרת של נאמנות. נדון בחובה שנקראת בלשון הישראלית כחובת האמונים.

**חובת אמונים**

254. (א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה –

(1)   יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;

(2)   יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;

(3)   יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;

(4)   יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניניה, שבאו לידיו בתוקף מעמדו בחברה.

          (ב)  אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר.

**בעיית הנציג כהעדפת אינטרסים אישיים**

הבעיה שבחברה פועלים באמצעות בני האדם, ובני האדם פועלים ברכוש ומשאבי החברה עבור החברה, עבור המסגרת העסקית הזאת כולה. אבל שלבני האדם יש את העדפות הפרטיות שלהם- וזה נכון בכל מסגרת ארגונית וכל מערכת היחסים של אדם וזולתו. מצד אחד בעיית הנציג היא גם פתרון- עבודה באמצעות נציגים, סוכנים זה סיוע ומהווה פתרון, אך בפתרון יש קושי שאולי הנציג לא יפעל בצורה האופטימלית לטובת העניין שהוא הופקד עליו- וזה קידום החברה.   
הבעיה שמי שמקבל סמכויות לידיו, כמו סמכויות קבלת החלטות, ואמור לפעול עבור הזולת, החברה. ישנם גורמים רבים שאמורים לפעול לטובת החברה, אך גם מייצר בעיות פוטנציאליות. בעיה אחת שדנו בחובת הזהירות זה חוסר אכפתיות מספק, אך בעיה אחרת היא שאולי יש בהחלט אכפתיות אך לכיוון אינטרס אישי- אכפתיות לעצמך יותר מאשר שולחך, מזה שהנציג אמור לפעול לטובתו. כנגד זה באה חובת האמונים- להרתיע לנושא המשרה כי כחלק מהתפקיד כנושא משרה, הוא צריך לפעול בתום לב לטובת החברה.

**סעיף 254**

ס' 254 מלמד איך נושא משרה מקיים את חובת האמונים לחברה- "נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, יפעל בתו"ל ולטובתה". לפעול בתום לב לטובת החברה היא הדרך לקיים את חובת האמונים.

**מהי החובה המוטלת מכוח חובת האמונים?**

מה זה אומר לפעול לטובת החברה? או ליתר דיוק, המחוקק בעיקר מגדיר לנו מה נושא המשרה צריך לא לעשות. ההגדרה של חובת האמונים להבדיל מחובת הזהירות, עיקרה של חובת האמונים הוא על "לא תעשה", בעוד שחובת הזהירות מתמקדת מה עליך לעשות וכיצד עלייך לפעול. חובת האמונים בהתייחס לבעיה שבעיית הנציג מעוררת ואיתה היא מתמודדת, בעיית האינטרס האישי, באה ומתריעה בעיקר לנושא המשרה שעליו להיזהר ולהימנע מפעולות מסוימות, כי הן לא תקינות ולא עולות בקנה אחד עם חובת האמונים. זה נכון שבפירוט הקיים ב254(א) יש גם איזשהו חיוב פוזיטיבי- "מצוות עשה". אך יחד עם זאת, עיקרו של ס' 254 מתרכז ב"אל תעשה", כמו עלייך להימנע מניגוד עניינים, להימנע עם תחרות עם עסקי החברה וכו. אבל בסופו של דבר כל שלושת חובות אל תעשה, הן בעצם חובה אחת- משום שתחרות עם עסקי החברה, ניצול הזדמנות עסקית של החברה הם בעצם ניצול האינטרס האישי של נושא המשרה, וזה בעצם ביטוי קונקרטי ופרטי של ניגוד עניינים.

אנחנו מדברות על סיטואציות שבהן נושא משרה מציב את האינטרסים וטובתו הפרטית, לפני טובתה של החברה- שוקל את שיקוליו ולא בהכרח את שיקולי טובת החברה, וכנגד זה יוצא ס' 254 בקביעה כי נושא המשרה צריך לפעול בתום לב לטובת החברה שהמשמעות היא לא לפעול בסיטואציה של ניגוד עניינים.

**מהו תום לב הנדרש מנושאי משרה?**

אנחנו מדברות על פעולה בתום לב לטובת החברה, אז מוגשמת חובת האמונים. ניתן לשאול מה הס' מחדש? הציווי המשפטי לפעול בתום לב אנחנו מכירות אותו כציווי הפונה ביחס לכל אדם הפועל בזירה המשפטית. שכן, פגשנו את זה בס' 12, 39 לחוק החוזים, ודרך 61 חולש עיקרון תום הלב על כל תחומי המשפט. בהדגשה ובאזכור המפורש של חובת תום הלב ושנושא משרה חייב לפעול לפיה, ניתן להסיק כי יש כאן בעיה או דבר משמעותי נוסף שבמכוון החוק מתייחס אליו. אולי משתמשים באותו ביטוי אך החשיבה היא אחרת:

בספרו של השופט ברק "שיקול דעת שיפוטי, במהלך הדיון בו הוא דן מהי חובה בסטנדרט ההתנהגות המצופה מכל אדם בהקשרים שונים, שם הוא מדבר על חובת תום הלב וחשיבתו המרכזית. בהתייחסותו למהי חובת תום הלב אל מול מהי חובת האמונים, בהקשר של נושאי משרה בחברות:

* תו"ל- השופט ברק מגדיר את חובת תו"ל כבאה להציג נורמת התנהגות בחברה האנושית של חובה לנהוג לאדם כאדם ולא כאדם לאדם זאב. חובת תול באה להציג חובת הגינות אנושית בסיסית בין בני אדם- זו לב תפיסת תום הלב, של התנהגות באינטראקציה אנושית בין בני אדם, תהיה לא לצאת לגדרי עבורך, אבל לא להיות כזה שמכרסם בציפיות לגיטימיות של הצד השני.
* חובת האמונים- לעומת תו"ל, בחובת האמונים של נושאי משרה, ברק מגדיר את החובה כשונה. זה כבר רמה לא רק של אדם לאדם, אלא הדרישה היא של אדם לאדם מלאך. כשמבחינים בין חובת תום לב לחובת אמונים, במובן של הבחנה בין בני אדם למלאכים, הכוונה היא שמלאך מאופיין בחוסר אינטרס אישי, אגו או אישיות- כל מהותו של מלאך זה להיות שליח- אין לו משל עצמו כלום והוא לא מתיימר לכך. ברק מבקש לחלחל לתודעה שזה מה שמצופה נורמטיבית מנושאי משרה בחברה, מצופה נורמת התנהגות גבוהה יותר מאשר חובת תו"ל הרגילה- כמו שנדרש באינטראקציה אנושית בין בני אדם. במובן, שעל נושא משרה לשקול את טובתה של החברה וטובתה של החברה בלבד, ולא את טובתך האישית-עליהם להתרוקן מאינטרסים אישיים, השאלה של מה יוצא לי בסיפור, היא שאלה לא תקינה לנושא משרה. כלומר, אמת המידה היחידה שצריכה לעמוד לנגד עיניים של נושאי המשרה היא טובת החברה, וברגע שנושאי המשרה שוקלים אינטרסים אישיים שלהם הם סוטים מסטנדרט ההתנהגות הראוי.

בחובת האמונים יש מאבק סמוי פנימי בין הנורמה, לפחות בתיאוריה הקלאסי על ידי ברק, לבין המציאות. הנורמה של חובת האמונים הוא כלל בני אדם- אך זה להתעלם מהמציאות, בני אדם הם לא מלאכים אלא בני אדם, וכאלה יש להם אינטרסים. אז לקבוע את זה כנורמה ומצפן להכוונת דרך היא נכונה, אך לצפות שזה יתגשם באופן מלא, זה לא מציאותי. השאלה איך להתמודד עם הפער בין דרישת המלאך למציאות, היא השאלה שאיתה נתמודד לאורך הפרק.

**ביטויה של חובת האמונים**

ארבע דוגמאות קונקרטיות לביטויים של חובת אמונים להימנע מפעולה שיש בה ניגוד עניינים.

1. להימנע מפעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה.
2. להימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר.
3. לגלות לחברה כל ידיעה ולמסור לה כל מסמך הנוגע לענייני החברה.
4. 1-3 אלו דברים שנושא המשרה צריך להימנע מלעשות בעוד שסעיף 4 הוא צווי "עשה" אקטיבי על נושא המשרה.

**איסור ניגוד העניינים**

כשלמדנו חובת תו"ל לא דיברנו על כך שכדי לקיים את חובת תום הלב אסור להימצא במצב של ניגוד עניינים, ניגוד אינטרסים- ושאסור לשקול את שיקולי האישיים. אלא הפוך- כשיש למשל מו"מ במסגרת חוזה, החובה הנדרשת ממני היא לא לרוקן את כלל האינטרסים האישיים שלי ולחשוב על הצד השני. בסוף הייתי מוצאת את עצמי בהיפוך תפקידים- אני הייתי חושבת על הצד השני והצד השני חושב על הצד שלי, מה שמביא לפרדוקס, שכן מדובר באותה תוצאה רק מהכיוון השני. זה לגיטימי לחלוטין לשקול את טובתך האישית ולנסות לקדם אותה, רק תוך הגינות בסיסית- אם יש מידע רלוונטי לצורך שיקוליו של הצד השני, צריך לגלות על כך. לעומת זאת כנושא משרה, נאמר במפורש את מה שלא נאמר בחובת תום הלב- על נושא משרה להימנע מניגוד עניינים ולשקול את שיקוליו האישיים בעת מילוי תפקידו כנושא המשרה.

254(א)1- מהו ניגוד העניינים?

המחוקק מבהיר שגם התנגשות בין התפקיד בחברה, ושיקולי התפקיד בחברה, לבין תפקיד אחר של נושא המשרה, גם זה ניגוד עניינים. שלא נבין בטעות שניגוד עניינים הכוונה היא רק הפעלת של שיקולים של תועלת אישית של נושא החברה בעת קבלת החלטות לחברה. כלומר, גם במקרה שזה לא טובתי הפרטית, אלא מתוקף מתפקידי- יש תפקיד אחר שאני פועל בו, וזה לא מקדם אותי אישית, אלא רק עניין אחר של גורם אחר שגם אליו אני אמורה להיות מסורה- לפי המחוקק גם זה יחשב כניגוד עניינים. גם התנגשות בין תפקוד בחברה הזו, לבין תפקיד אחר, ולא רק העניינים הפרטיים, גם זה נכלל בעיית ניגוד העניינים המעוררת בעיה של הגשמת חובת האמונים. את הנקודה הזאת נוכל למעשה לפגוש בפס"ד אוטו חן.

ניגוד עניינים של שתי משרות- אוטו חן נ' כל מוביל

ניגוד עניינים בין תפקיד בחברה לתפקיד נוסף בא לידי ביטוי בפס"ד כל מוביל. בסיפור הזה יש למעשה בעיה של התנגשות תפקודית, התנגשות תפקידים ולא דווקא בעיה של התנגשות של מנהל כנושא משרה בחברה לבין התועלת האישית שלו. האם כל פעם שנושא משרה מכהן בשני תפקידים בחברות שונות, יש בזה לכדי ניגוד עניינים? זה לא כלל גורף לפיו כל פעם שמכהן בשני תפקידים זה אוטומט נחשב לניגוד עניינים, כי יכול להיות שאין קשר והתנגשות בין השנים, זאת שאלה עובדתית שצריך לבחון אותה.

כמתחילים לבדוק ניגוד עניינים לא רצים בצורה גורפת לחלוטין אלא לבחון את הדברים בהקשר קונקרטי. בית המשפט לא אמר שמעצם זה שיש שני מוסכים זה אוטומטית יחשב כהתנגשות. המרתק הוא שבמקרה זה צוין לחיוב יושרו של אותו המנהל, עם זאת, הסיטואציה בלתי אפשרית מבחינת קיום החובות שלו כנושא משרה, שהרי שני המוסכים מתמודדים על אותו פלח שוק- היו השניים היחידים שפעלו באותו אזור, וככל שזה מצמצם את פלח השוק זה מגדיל את התחרות בין השניים. יש פה התנגשות של אחד מול השני- ככל שהמנהל מקדם את האינטרסים של אחת החברות הוא פוגע באינטרסים של החברה השנייה. למרות שהמנהל קיבל את הציון שפעל בתום לב ובצורה טובה, לא ניתן לומר שזאת פעולה שיכולה להיות ואין לה תנאים להיות פעולה לטובת החברה- כי זה מאוד מובהק שבין שני המוסכים זה משחק סכום אפס, הוא לא יכול לקיים את הניהול בתו"ל וללא ניגוד עניינים, הסיטואציה האובייקטיבית מונעת את היכולת מנושא המשרהלהתנהל כראוי ולקדם את טובת החברה. ולכן הסעד בסופו של דבר הוא שהוא חייב להתפטר מאחת המשרות, שכן התפקיד שלו מתנגש במילוי תפקיד אחר שלו. הפיטורים שלו מביאים לכך שנושא המשרה יכול לזקק כל כולו על שיקוליו וקבלת החלטות שלו אל אותה חברה בה הוא מכהן. זה נכון על כמה וכמה אם מה שהתנגש עם טובת החברה זה לא תפקיד בחברה אחרת, אלא האינטרסים האישיים שלו. נושא המשרה לא יכול להתיימר לחשוב על טובת החברה כאשר האינטרסים האישיים שלו מעורבים ומתנגשים בטובת החברה.

חשוב להבין כי אנחנו לא מדברות כלל בהקשר של חובת אמונים בהקשר הפלילי, אלא באזרחי בלבד.

הגדרתו של ניגוד עניינים

כשאנחנו מדברות על כך שניגוד עניינים או שקילת אינטרסים אישיים זו הפרה של חובת האמונים אז צריך לזקק לנו עוד מה יחשב ניגוד עניינים ומה לא. בס' 261 אנחנו לא מוצאות הגדרה לניגוד עניינים, למרות שהמילה ניגוד עניינים מופיעה במפורש בס'. לצורך כך יש להתייחס לביטוי אחר המחליף את ניגוד העניינים ולו הגדרה ברורה.

יש בס' 1 לחוק החברות, ס' ההגדרות, הגדרה של הביטוי עניין אישי. עכשיו אם יש לנושא משרה עניין אישי זאת בדיוק הבעיה- נושא המשרה יכול לחשוב רק על טובת וענייני החברה ולא ענייניו האישיים. מתוך ס' 1 נוכל להבין למה מכוון המחוקק בהוראה שעל נושא המשרה להימנע מניגוד ענייני.   
המחוקק נותן הגדרה לעניין אישי שלא מצליחה ללמד אותנו כלום לניגוד עניינים. חוץ מכך שאנחנו למדות על זה שההגדרה מרחיבה את עניין אישי גם לבני משפחה, זה לא באמת מלמד מהו ניגוד עניינים. יש פה כשל בהגדרה, או הגדרה שמשמשת במונח הטעון הגדרה בתוך ההגדרה. אז המחוקק לא מסביר לנו מה זה עניין אישי ומה זה ניגוד עניינים.

ננסה לחזור לניסיונו של פרופ' קלארק, לנסות לאפיין ולהגדיר מתי נושא משרה נתון בניגוד עניינים. קלארק אומר כי חל ניגוד עניינים, אם מתקיימים התנאים הבאים:

1. הוא מצוי בעמדת קבלת החלטה בעמדה.
2. לנושא המשרה יש אינטרס\עניין בנושא בצד השני של המתרס.
3. האינטרס של נושא המשרה בצד השני של המתרס, גדול מהאינטרס שלו לקבל את ההחלטה לטובת החברה.

קלארק מניח כי נושא משרה בחברה לא בהכרח ניתן להניח כי אוטומטית לא אכפת לו מהחברה באותו רגע, הוא מוכן לקבל הנחה ריאליסטית- כן אכפת לו מחברה, וכן מבקש לשקול שיקולים לטובת החברה, אך יש גם אינטרס אישי והאינטרס גדול בעוצמתו מהחברה, מה שמסיט את נושא המשרה מהיכולת לקבל את ההחלטה הראויה לטובת החברה לכיוונים אחרים. כשהוא מדגיש כי אחת הנקודות הכי מאפיינות זה שבמתח בין האינטרס האישי לטובת החברה, הכל נמצא בתת הכרה והאדם אפילו לא מודע לכך. הוא תמיד ישכנע שזה הכי טוב לחברה, וזה לא בא ממקום רע. מדובר באנשים שהם ביסודם טובים וישרים, אך יש משהו שמכרסם בלי משים, ההגדרה הזאת ששמה דגש על הצד השני של המתרס היא הגדרה מדויקת וריאלית. לא כל פעם שנושא משרה מכהן בשני תפקידים, זה מעיד על ניגוד עניינים- אלא אם הוא האינטרס של תפקיד אחד עולה על השני. ההגדרה הזאת של קלארק טובה מבחינה אקדמית להסביר מהו ניגוד עניינים, אך מבחינה יישומית פרקטית זה הרבה יותר ואולי אפילו כמעט בלתי אפשרי. יהיה קשה לבחון ומנתח את רכיב 3 בכל מקרה ומקרה.

חשוב לציין כי במקום של ספק בקונטקס של ניגוד עניינים, הכף אמורה לנטות לעבר החמרה מאשר הקלה- אל עבר האיסור מאשר אל עבר ההיתר.

מהו הסעד האופרטיבי בגין הפרת חובת האמונים?

נניח שנושא משרה פעל תוך הימצאות בניגוד עניינים, תוך הפרת חובת האמונים- מה הסעד שינתן לנפגעת, החברה? מה הסעד של נושא המשרה כלפי החברה? החברה היא בעלת זכות התביעה והסעד, ולכן מה הסעד שהיא תהיה רשאית לו? הסעד על הפרת חובת אמונים הוא כמו הסעדים על הפרת חוזה **(ס' 256(א)).** על הפרת חובת אמונים יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה. בהפרת חובת זהירות שדיברנו עד כה, הסעדים הם פיצויים על פי דיני הנזיקין, כי חובת הזהירות היא כחלק מעוולת הרשלנות בדיני הנזיקין, אז הפיצויים הם פיצויים נזיקיים. בסיפור של חובת האמונים, הסעד הוא סעד כספי של דיני החוזים. כלומר, הסעדים העומדים לרשות החברה כנגד אותו נושא משרה- יכול להיות פיצוי על כל שיטת חישוב הפיצויים (פיצויי צפיות, פיצויי הסתמכות, פיצויי השבה), ביטול והשבה, אכיפה בהקשרים מסוימים.

ס' 256 קובע כי בהפרת חובת האמונים נראה כהפרה של חוזה ההתקשרות של נושא המשרה עם החברה. מלבד זה שיש סעדים על הפרת חוזה ככלל, אומר המחוקק באופן קונקרטי כי עצם הפרת חובת אמונים נחשבת הפרת חוזה ההתקשרות, העסקה בין החברה לנושא משרה- זה סעד שכן החברה תוכל להפעיל נגדו, גם אם לא נגרם לה הפסד, יש לה עילה לפטר אותו.

אם מדברים על סעדים חוזיים, ניתן ללמוד בפס"ד ג'ונס שבדיני החוזים נקודה חשובה- אפשר לקבל כסעד בדיני חוזים, במסגרת עולם ההשבה ועשיית עושר ולא במשפט, שענף של עשיית עושר ולא במשפט, משתלב באופן אינהרטי בתוך דיני החוזים במשפט הישראלי, והסעד של עשיית עושר ולא במשפט הוא למסור ולהשיב לידי הנפגע כל מה שהפוגע התעשר ממנו שלא כדין. כלומר, גם שלא היה לו בהכרח הפסד קונקרטי, אין זה משפיע על שאלת ההשבה- אנחנו כבר לא בעולם של דיני נזיקין שבשביל פיצוי צריך להתקיים נזק. גם אם החברה לא נפגעה מכך שנושא המשרה הפיק טובת הנאה, הסעד שהחברה תהיה זכאית בו ברגע שתבסס הפרת חובת אמונים, שזה שנושא המשרה ישיב כל רווח שהפיק מהחברה. ברגע שנקבע שאדם הפר את חובת האמונים כל רווח שמפיק האדם לעצמו עקב הפרת חובת האמונים, הינו רווח שיישלל ממנו, ויש להעבירו לחברה בה האדם היה כפוף לחובת האמונים כלפיה.  
בנוסף בחוזים יש גם סעד של שלילת כל רווח שהפיק מפר החוזה. ביהמ"ש ישלול את הרווח מנושא המשרה וישאיר אותו ללא רווח כלל. כלומר אם מהפרת חובת האמונים נושא המשרה הרוויח, החברה זכאית לדרוש לקבל מידיו את מלוא הרווח- כל רווח שהופק מהפרת חובת האמונים זאת התעשרות שלא כדין, עשיית עושר שהחברה זכאית לו- ס' 256 מכוח דיני החוזים. זו כל מהותה של חובת אמונים- הנציג הוא של החברה ולא מטעם עצמו, ולכן הוא לא יכול להפיק מזה איזושהי טובת הנאה פרטית, גם אם לא נגרם נזק בכלל.

1. **ניצול הזדמנות עסקית במטרה לממש אינטרס אישי**

Guth v. Loft

עובדות המקרה (מנוי פלח): פס"ד בשנת 1939 אך רלוונטי עד היום. מסופר צמיחתו של המותג האמריקאי "פפסי קולה" כקונטרה ל"קוקה קולה".   
מדובר על מנהל שעבד בחברת לופט שיצרה ושיווקה בין היתר משקאות ממותקים ומוגזים לשוק. כדי לשווק ללקוחותיה משקאות מוגזים, היא רוכשת מחברת קוקה קולה את הנוסחה לייצור המשקאות.   
חברת לופט הייתה בעצם לקוחה של קוקה קולה במשך שנים. היא הזמינה בסיטונאות את הנוזל של קוקה קולה ע"מ לשלב אותה במכירות ללקוחות שלה. המנהל התלונן על כך שחברת לופט נאלצת לשלם מחיר גבוה מדי עבור הנוזל של קוקה קולה והוא היה רוצה להוריד את המחיר. עד כה המנהל פועל בצורה תקינה ולטובת החברה. באיזשהו שלב, החברה המתחרה של קוקה קולה- פפסי, נכנסה להליך פשיטת רגל ומנהל לופט ניצל הזדמנות לרכוש את הנוסחה של פפסי בזול. הוא רואה שהדברים לא מסתדרים ואז הוא מזהה הזדמנות לקנות מוצר מקביל (את הנוסחה של פפסי). הוא רוכש מפפסי סירופ מתחרה אך החברה נכנסת להליך של פשיטת רגל. המנהל ידע על המהלך של רכישת הנוסחה חדשה אך זה עוד לא נודע ברבים. המפרק מעמיד את נכסי החברה למכירה, והמנהל שהוא נושא משרה בה ויודע על המהלך, יוצר קבוצה עם עוד כמה אנשים ומציע הצעה למפרק לרכוש את הנוסחה במחיר זול. הוא מקים עם חבר את החברה החדשה ומתחיל לייצר את המוצר החדש.   
הבעיה היא שחלק מהמימון מגיע מכספי החברה אותה הוא מנהל- הוא לוקח הלוואה לקניית הנוסחה מהחברה לטובת אינטרס אישי והפקת רווחים שהייתה אמורה להיות שם החברה, בעצם מגיעים לכיסו. את הנוסחה של פפסי המנהל רכש ולא החברה. אם היה רוכש לחברה, החברה הייתה מרוויחה את הרווחים. המנהל ידע שיש בעיות- שקוקה קולה לא מוכנים להתפשר, והוא מזהה שיש גורם אחר, חברה אחרת שגם לה יש נוסחה לסירופ, הוא רוכש את זה בעצמו, קונה את זה כשהחברה נכנסת לקשיים, ואחרי שהוא לוקחת את ההלוואה מחברה כדי לקנות את הסירופ, הוא זה שמשווק לחברה והופך להיות הספק שלה.

הוא רוכש את הדבר למען חברה חדשה שהוא מקים בעצמו עם אחר, הוא לא מציג את ההזדמנות העסקית לחברת לופט על אף שהוא נושא משרה בה. החברה טענה כי היכולת להניב ערך כלכלי מן הנוסחה החלופית לקוקה קולה, זאת הייתה הזדמנות עסקית של החברה- מה פתאום הוא לקח את זה לעצמו ולא אפשר לחברה לקבל את זה. הוא ניצל את ההזדמנות העסקית שהייתה שייכת לחברה, הוא לקח אותה לעצמו ולא אפשר לחברה לנצל אותה, מה שמהווה הפרת חובת אמונים. מנגד, המנהל טוען שזה מעולם לא הייתה הזדמנות עסקית של החברה, שכן לחברה לא הייתה יכולת לנצל את ההזדמנות שהרי הייתה על סף משבר ופשיטת רגל. הוא זה שדווקא מציל את החברה- בכך שהוא משווק לה הוא זה שאפשר לה לצמוח מחדש, אך מעולם לא הייתה לה הזדמנות לרכוש את זה בעצמה. כמו כן טענה נוספת היא שאין טעם להציג לחברה את העסקה מכיוון שחברת לופט לא מייצרת משקאות מתוקים אלא רק משווקת אותם, הביזנס שלה הוא לא ייצור אלא שיווק ולכן העסקה לא נוגעת לה.

מדובר בשאלה רגישה: היכן עובר קו הגבול העדין בין הזדמנות עסקית שנקרית בדרכו שבה נגיד שזו הזדמנות עסקית לחברה שמנע אותה, לבין הזדמנות עסקית שלו? זאת שאלה חשובה- האם כשלחברה יש קשיים וחוסר ניצול פוטנציאלית, בעוד שלנושא המשרה אין קשיים, האם זה שולל את היות המהלך הזה הזדמנות עסקית של החברה- זה לא של החברה כי אין לה יכולת לנצל את זה ולכן נושא המשרה יכול לנצל בעצמו, או שמא הזדמנות בתנאים כאלה זה נחשב הזדמנות עסקית של החברה וזה יחשב כניצול עצמי של נושא המשרה מה שנחשב כהפרת חובת אמונים?

ביהמ"ש מנסה להתמודד עם הטענה של הנתבע כי לא מדובר בניצול הזדמנות עסקית של החברה, שכן החברה עוסקת בתחום אחר- החברה עוסקת בשיווק ולא ייצור מתוקים. התברר עובדתית כי חברת לופט היא לא יצרן של משקאות ממותקים, היא עוסקת בשיווק, אך היא כן מייצרת בהיקף קטן לשוק לקוחות קטן. היא בעיקר רוכשת משקאות שיוצרו על ידי אחרם, אבל היה לה ליין פנימי של ייצור עצמי.   
ביהמ"ש קובע כי המבחן לשאלה האם יש הזדמנות עסקית בפני החברה ונושא המשרה ניצל אותה היא שאלה האם אותה ההזדמנות העסקית רלוונטית לחברה, האם זה בליין אוף ביזנס שלה**?** האם ההזדמנות היא בתחום עיסוקה של החברה. זאת שאלה שטעונה פרשנות- מה ייכנס לתחום העיסוק ומה לא, איפה קובעים את גבולות הגזרה של עיסוקה של החברה. זאת שאלה עובדתית, אך מידת ההתייחסות של בית המשפט לכך היא שבית המשפט הולך על גישה של- אם יש ספק, אז צריך להחמיר, ולא להוביל למצב בו הנושא המשרה שופט לעצמו את הסיטואציה והוא העושה רציונליזציה וקובע לעצמו את ההבחנות ומבחן התיחום. בית המשפט מסכים כי לא הכל מהווה הזדמנות עסקית של החברה, אך במקום שיש ספק או לא, וזה לא חד משמעית בחוץ- הנטל יהיה על נושא המשרה להסביר כנתבע למה זאת לא הזדמנות עסקית של החברה, מאשר התובע יצטרך לשכנע. במקרים נחרצים יהיה קל לנושא המשרה, אך במקרי הגבול ובמקרים שיש ספק- כלומר יש נקודה חשודה, הנטל יהיה על נושא המשרה. ביהמ"ש מפעיל גישה דווקנית כלפי נושא המשרה ובעצם היא מציבה רף מחמיר שאומר שאם יש ספק אז אין ספק. בת המשפט מדגיש בפס"ד כי לנושא המשרה יש חובת נאמנות ולכן האינטרס שלו צריך להיות האינטרס של החברה- "מלאך". אלא אם כן יש נסיבות אחרות מקלות, יש לנושא המשרה את האחריות והנטל לשכנע את בית המשפט. מה זה אומר 'ליין אוף ביזנס'? ביהמ"ש אומר שלופט אכן הייתה יצרנית- אולי קטנה אך נוסחה כזאת יכלה לייצר לחברה תועלת כלכלית. בנוסף זה שהחברה רק משווקת משקאות מתוקים לא אומר שהיא לא יכולה לייצר בעתיד, במקום להיות תלויה בספק חיצוני. כמו כן ברגע שהחברה אכן מייצרת אפילו בהיקפים קטנים- אם יש ספק אז אין ספק. בחובת האמונים כשיש נגיעה אישית של נושא המשרה הגישה השיפוטית תמיד תהיה גישה מחמירה, ונושא המשרה יצטרך להסביר לביהמ"ש את תום ליבו.

הרבה פעמים עולות טענות של נושאי משרה שלא נוגעים בשאלה האם זה חלק מתחום העיסוק של החברה אלא באים מזווית אחרת וטוענים כי לחברה אין את היכולת הכספית לנצל את ההזדמנות הזאת, לכן זה לא רלוונטי מבחינת החברה ונושא המשרה חופשי לנצל את ההזדמנות. זו שאלה טעונה- נניח שאין מחלוקת וזה ברור כי ההזדמנות שנושא המשרה נתן לעצמו היא לחלוטין בתחום העסקים של החברה, אך הדיון עוסק בשאלה שנכון וזה כחלק מתחום הפעילות אבל לחברה אין את האמצעים הכלכליים ללכת על ההזדמנות הזאת. כשבית המשפט בפס"ד מציג את הנוסחה ש"בליין אוף ביזנס" הוא מוסיף את המילים שלחברה יש יכולת כלכלית כספית למצות את ההזדמנות הזאת. לא היינו מייחסות לזה חשיבות, מצד אחד זה נאמר אך מהצד השני לא עלתה הטענה שללופט אין את היכולת הכספית. לפני שנושא המשרה לוקח את ההזדמנות העסקית לעצמו, הוא צריך להציג את זה חברה. התוצאה הייתה שביהמ"ש קבע שהופרה כאן חובת האמונים בכך שהמנהל לא נתן לחברה להנות מההזדמנות העסקית. יש לציין כי ביהמ"ש הסתמך והגיע להכרעה גם על בסיס הנתון העובדתי כי הנתבע השתמש בכספי החברה על מנת לקנות את הנוסחה.

פס"ד שאלתיאל נ' רני צים

אנחנו זוכות לקבל דרך פסק דינו של השופט כבוב התייחסות לספיקה קודמת שהייתה בנושא. השאלה המאתגרת היא הניסיון לאפיין מתי הזדמנות נחשבת להזדמנות עסקית של החברה ומתי היא לא נחשבת של החברה? אם היא של החברה אז לנושא המשרה אין יכולת לנצל אותה לעצמו בגין חובת האמונים הקבועה בס' 254, ואם היא לא של החברה נושא המשרה יכול לנצל אותה מאחר ולא חלה עליו חובת האמונים.

הסברנו לפי פס"ד האמריקאי כי קו הגבול לא תמיד ברור ואם יש ספק אז לחומרת הנתבע אך עד גבול מסוים- מה יחשב לפי נוסחת בליין אוף ביזנס. אך בית המשפט בא ומנסה לאפיין שלושה רכיבים שיובילו הזדמנות עסקית להיחשב כהזמנות עסקית של החברה, ואת זה הוא קובע בהסתמך על פסיקה מוקדמת יותר של השופטת רונן. שלושת הרכיבים של השופט כבוב כדי לומר כי הם הופכים הזדמנות עסקית להזדמנות עסקית של החברה:

1. שימוש במשאבי החברה- אם יש שימוש של נושא החברה במשאבי החברה לצורך מיצוי ההזדמנות, ולא עושה את זה מתוך רכושו האישי בלבד אלא משתמש במשאבי החברה כפי שעשה הנתבע בפס"ד לופט, זה כבר יוצר חיבור אל החברה.
2. המידע הגיע אליו מתוקף תפקידו בחברה- בניתוח של השופטת רונן המוזכר על ידי השופט כבוב, היא מנמקת וקובעת כי אם המידע הגיע אליו מתוקף תפקידו בחברה ואל בכשירותו האישית, אז במהות המידע הזה של ההחברה, הוא נכס של החברה ואז בעצם נושא המשרה מנצל את נכסי החברה לטובתו האישית. מה שדומה לס' הראשון, גם כשהמידע מגיע מבחוץ אך מתוקף תפקידו בתאגיד, המידע עדיין נחשב לנכס של החברה. זה מתחבר בדיוק לחובה המוטלת מכוח ס' 254, אם המידע מגיע לנושא המשרה מתוקף המשרה אז המידע שייך לחברה, ואם הוא מפיק ממנו הזדמנות לעצמו, זה בעצם הזדמנות עסקית של החברה. נקדים את המאוחר ונדגיש כי ברמה הפרקטית והמעשית קשה ליישם את רכיב זה, ועל זה בדרך כלל יהיה הויכוח- האם זה הגיע מכוח התפקיד או לא.
3. תוכן ההזדמנות העסקית היא בליין אוף ביזנס של החברה- פה בית המשפט מתחבר לנוסחה של פס"ד האמריקאי. נושא המשרה מבחינת תפקידו אמור להציג לחברה הזדמנויות עסקית, ואם לא תציג לה ותנצל את זה לעצמך, זה גם כן ניצול הזדמנות עסקית. יש פה שתי חלופות- או שמלכתחילה זה הופנה מתוקף תפקידך בחברה, או לחלופין שפנו אל נושא המשרה באופן אישי אך בצורה עניינית ההזדמנות העסקית היא בתחום פעילותה של החברה, ולכן גם אם הציגו לנושא המשרה באופן אישי, זה יחשב לניצול הזדמנות עסקית.

אבל מעבר לשלושת הרכיבים האלה השופטת מבקש להתחבט עם רכיב נוסף, הזדמנות לחוות את דעתו על מקרה והמציאות שבהם לחברה אין את היכולת הכלכלית לנצל את ההזדמנות העסקית. מה שנזכר בפסיקה קודם, פה כבוב מנסה לענות על השאלה. האם במקרה כזה, זה כן יחשב להזדמנות עסקית של החברה או שנושא המשרה יוכל לנצל אותה מבלי שתקום חובת האמונים?

תחילה השופט כבוב מצטט מפס"ד פאנגאיה, אם זה בליין אוף ביזנס, גם אם אין לחברה את היכולת הכלכלית לנצל את ההזדמנות, עדיין זה יחשב כהזדמנות עסקית של החברה ונושא המשרה לא יוכל לנצל אותה מבלי להפר את חובת האמונים. בהיעדר יכולת כלכלית בשלב הזה של החברה לנצל את ההזדמנות, לא שוללת היות הדבר הזדמנות העסקית של החברה בליין אוף ביזנס, ונושא המשרה לא יהיה חופשי לנצל אותה. יש להבחין בין מקרה בו ההזדמנות לא מעניינת את החברה לבין מקרה בו אין לה את המשאבים לנצל אותה. אם נבחין בכך- משתמע כי אם אין יכולת כספית לא ניתן יהיה לנצל את ההזדמנות, בניגוד למקרה בו החברה דוחה את ההזדמנות. דעה נוספת בפס"ד סוברת כי הזדמנות עסקית של החברה שלא יכולה לממש אותה בגלל חוסר אמצעים כלכליים, גם היא לא יכולה להיחשב כהזדמנות עסקית לס' 254 כמו במקרה בו החברה דוחה אותה. בקריאה מלאה של פס"ד לא מספקת תשובה ברורה, בעוד שכבוב סובר כי חוסר אמצעים לא שולל הזדמנות עסקית, אך הציטוט שכבוב מציין של פרופ' לחובסקי שמבטא הסכמה עם דבריו הולך לכיוון אחר שזה לא נחשב להזדמנות עסקית. פס"ד האחים חגג' שנפסק חודשיים לאחר מכן, בו השופטת רונן חוזרת ומצטטת במפורש שחובר יכולת כלכלית כשלעצמה ובלבד, כל עוד זה בתוך הליין אוף ביזנס של החברה, עדיין לא שולל את היותה של הזדמנות כהזדמנות עסקית של החברה.

למרות שלא ניתן להבין אמירה ברורה של השופט כבוב על מקרה של חוסר אמצעים כלכליים, כן ניתן להסיק אמירה חותכת לגבי דחיית ההזדמנות, כלומר אם החברה מקבלת החלטה פוזיטיבית בה היא דוחה את ההזדמנות העסקית, מבחינת נושא המשרה אותו רגע נותן לו אור ירוק- ברגע שהחברה נתנה החלטה פוזיטיבית שהיא דוחה את ההצעה, את זה השופט כבוב מדגיש כי מאותו רגע גם אם ההזדמנות העסקית הייתה של החברה היא חדלה להיות. מרגע שהיא שחררה אותה מתחת ידיה, לנושא המשרה תהיה החירות לנצל את ההזדמנות במישור האישי. כך בית המשפט מנסה לתמרץ את נושא המשרה במקום לעשות חושבים עם עצמו ולשכנע את עצמו שזאת לא הזדמנות עסקית של החברה, אלא מתמרץ להציג במפורש את ההצעה לחברה, שכן ברגע שהיא תדחה אותה, נושא המשרה משוחרר מחובת האמונים.

שאלתיאל נ' האחים חגג'

באחים חגג יש סיפור המלמד אותנו איך לפעמים כן אפשר מבחינה פרקטית, בחוכמה של לפני מעשה, להתמודד עם סיטואציות כאלה.

האחים חגג' שהיו מנושאי המשרה הבכירים בחברה ערכו עם החברה הסכם "תיחום פעילות". כלומר הייתה הסכמה מפורשת בין החברה וביניהם כבני אדם לפי נושאי משרה לפיה תחום הפעילות של החברה יהיה נדל"ן בישראל. חגג' היא חברה גדולה בתחום הנדלן בישראל, אבל שם ניסו לטעון כי נושאי המשרה הפרו חובת אמונים לחברה משום שהשקיעו בנדל"ן בחו"ל ולא בישראל. טענת הנגד שלהם הייתה כי יש הסכמה מפורשת בין החברה לנושאי המשרה, שהחברה תוחמת את עצמה לנדל"ן בישראל ולא למקומות אחרים בעולם, ולכן אם נושאי משרה השקיעו בנדל"ן בחול הם לא ניצלו הזדמנות עסקית של החברה. כלומר ברגע שהחברה תחמה את עצמה לנדל"ן בישראל היא הגבילה את גבולות הגזרה של ההזדמנויות העסקיות שלה, שהן בישראל, ולכן השקעה בנדל"ן בחול לא מהווה הזדמנות עסקית של החברה. עד כה העלו מקרים בהם אין הסכמה ברורה עם נושאי המשרה והחברה למהו ליין אוף ביזנס, אך במקרה הזה יש הסכם מפורש. ולכן במקרה בו הסכם קיים זה מבהיר הרבה מהספקות. ואכן זאת השורה התחתונה של פס"ד- אחרי הניתוח העובדתי והמשפטי, בית המשפט מוצא שהם לא הפרו חובה משום שזאת לא הזדמנות עסקית של החברה, שכן כך נקבע בהסכם- שתחום פעילות העסקה בישראל ולא בחול.

1. **עסקאות עם בעלי עניין**

**ס' 255 לחוק החברות**

בפס"ד רני צים, מזכיר בית המשפט כי יש אפשרות להתמודד עם שאלת ההזדמנות העסקית דרך ס' 255 לחוק החברות. ס' 255 עוסק בסעדים של הפרת חובת אמונים. נראה כי הדין בישראל מנסה להתמודד עם הנורמה הערכית של אדם לאדם מלאך הגלומה בחובת האמונים לבין המציאות הריאלית שאנחנו כבני אדם אינם מלאכים. ס' 255 מנסה לגשר על הפער הזה.

1. נושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה; נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.
2. 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.

ס' 255 קובע כי על אף האמור בס' 254, כלומר ס' 255 קובע סייג לחובת האמונים הקבועה בס' 254. ס' 254 מדבר על איסור מוחלט, חד משמעי ונחרץ- אסור להתחרות, לנצל הזדמנות עסקית וכו. בא 255 וקובע כי 254 זאת הנורמה ונקודת המוצא, היא הערך המוגן המתמודדת עם בעיית נציג של אינטרס אישי, אבל על אף האמור, חברה רשאית לאשר פעולה מהפעולות שס' 254(א) אוסר עליהן בהתקיים מספר תנאים מצטברים.

ס' 255 יוצר חיבור לפרק נוסף ששמו עסקאות עם בעלי עניין. הסעיף בא ליצור איזשהו חריג והיתר לעומת האיסור המוחלט הקבוע בס' 254, לביצוע פעולה שבה לנושא המשרה יש אינטרס אישי. פעולה שעל פניו, לפי ס' 254 אסור היה לנושא המשרה לבצע אותה. בנסיבות מאוד מסוימות נאפשר מהלך שיוצא כנגד 254- מהלך המאפשר לנושא המשרה לבצע פעולה בה יש נגיעה ואינטרס אישי, יש נוסחת קלארק וכו.

ביצוע פעולה מפעולות 255(א) מותנה למעשה בתנאים המצטברים הבאים- יש הרפיה והתרת הריסון מאיסור 254 כש:

1. נושא המשרה פועל בתו"ל.
2. הפעולה אינה פוגעת בטובת החברה.
3. נושא המשרה גילה את עניינו האישי זמן סביר לפני מועד הדיון לאישור.
4. אישור הפעולה בידי החברה (המפנה לפרק העוסק בעסקאות עם בעלי עניין)- על פי התנאים הקבועים בפרק.

משום שנקודת המוצא היא שחובת אמונים אוסרת על נושאי משרה פעולות שמעורבות באינטרס אישי, אז גם אם בס' 255 יש ספק כלשהו, הוא תמיד ילך לחומרה- כל פספוס במרכיבי ס' 255 יהיה לחובת נושא המשרה.

מתעוררת השאלה, למה יש נקודת מפנה? ברמה המעשית קשה ליישם את הנורמה של 254 באופן מוחלט ועל כל נסיבות החיים. לדוגמא- מה קורה כשאדם מכהן כדירקטור בשתי חברות שונות, אך פתאום נוצרת עסקה בין אותן שתי החברות? האם זה יוצר ניגוד עניינים? על פי 254 התשובה חיובית משום שזה שעל פי מילוי אחר שלך. אך האם חוק החברות שואף למצב בו כשאדם ממלא משרה כדירקטור בחברה אחת הוא לעולם לא יוכל למלא את תפקיד הדירקטור בשום חברה אחרת, וזאת מהחשש שאולי החברות הללו יתקשרו אחד עם שניה? זה מאוד מגביל את החיים אפילו החיים הפרטיים ולא רק חיי המסחר והשוק. ועל זה יש להוסיף כי המשק הישראלי הוא יחסית משק מצומצם, המעגלים חוזרים ומשתלבים ולכן איסור מוחלט הוא טוב ברמה התפיסתית אך מאוד מקשה גם על חברות עצמן בחיים המעשיים. אילו היינו דבקות בס' 254 בלבד, מלכתחילה זה היה מצמצם את מרחב הפעילות של החברות עצמן מבחינת פוטנציאל הפעילות שלהן. לכן המחוקק לצד האיסור הנורמטיבי פותח פתח בתנאים מאוד מסוימים.   
לב כל העניין בשביל לאפשר את הפתח של ס' 255 הוא שיח גלוי וענייני מלכתחילה ולא אחרי שהדברים קרו- לפני שנושא המשרה או החברה פועלת. על נושא המשרה לשים דברים על השולחן ולגלות את כלל העניינים לחברה מראש. נושא המשרה צריך לגלות לחברה על המהלך, ועליה להגיב לכך ותקבל החלטה. השאלה המעניינת שמפנה אותנו לפרק בעלי העניין היא מי בדיוק מחליט- מי את החברה ואיזה גורם בחברה מחליט. כאן נכנס לנקודה בולטת בפרק עסקאות עם בעלי עניין ומורכבת משני אלמנטים מרכזיים.

**רכיב 4- אישור הפעולה בידי החברה**

שני אלמנטים\תנאים של רכיב אישור הפעולה בידי החברה:

1. אישור מורכב- אלמלא היה אינטרס אישי האישור היה של גורם מסוים בחברה (מנכל, דירקטוריון וכו). אבל מכיוון שכן יש לנושא המשרה מעורבות, טובת הנאה או אינטרס אישי אז לא נסתפק באישור כפי שהיה ניתן לפני, אלא נדרוש פרק החלטות ואישור נוסף בדרגי החברה. זה שיש אינטרס אישי הוא מעורר רגישות, ולכן לפני שהחברה תיתן אור ירוק למהלך זה יצטרך לעבור בתוך החברה אישור נכבד יותר ומורכב יותר מאשר שגרה ללא אינטרס.
2. הדרה- הדרה של מי שיש לו את העניין האישי. יחליטו על זה בחברה אך בלעדי נושא המשרה עם העניין האישי- הוא לא חייב להתפטר אך בהחלטה הקונקרטית הזאת, לצורך ההחלטה הזאת נושא המשרה עוין משום שיש לו אינטרסים אחרים ולכן אסור לו להשתתף בדיון וקבלת ההחלטה.

זהו לב הפתרון הקלאסי לבעיית חובת האמונים, שבאה להתמודד עם ניגוד העניינים. ניגוד עניינים בהגדרתו של קלארק- קבלת החלטות, יש אינטרס כלשהו בצד השני של המתרס, והשלישי זה שהאינטרס האישי גדול יותר. האלמנט השני של ההדרה שולל בעצם את רכיב מספר אחד- שנושא המשרה נמצא ביכולת קבלת החלטות. שהרי ניגוד עניינים מתחיל כאשר אדם נמצא בדרג קבלת ההחלטות, ולכן לצורך המקרה הספציפי אותו אדם מודר מלב קבלת ההחלטות, מה שמאפשר לרוקן את הבעיה מתוכן.

על פעולה מול עסקה

ס' 255 מפנה לעסקאות בעלי עניין. יש לשים לב לשתי מילות מפתח שלפעמים עורכים לגביהן פרשנויות- מילת המפתח שבס' 255 ומילת המפתח בפרק של עסקאות בעלי עניין. 255 מדבר על פעולה, בעוד שבפרק שאליו ס' 255 מפנה, מדברים בלשון עסקה. ודוק: ס' 255 לחוק מדבר על פעולות. הפרק של "עסקאות עם בעלי עניין" מדבר על עסקאות. ס' 255 משוה בין פעולה לעסקה ובין פעולה מהותית לעסקה חריגה.

מה ההבדל בין פעולה לעסקה? בעוד שההגדרה לעסקה היא שעסקה זה יצירת יחסיים משפטיים חוזים בהסכמת הצדדים. פעולה היא מהלך משפטי גם אם הוא לא בהכרח התקשרות רצונית עם גורם אחר- לא ידוע מה זה פעולה משפטית אך לפחות המחוקק לא מתכוון לחוזה.   
דוגמא לפעולה שהיא לא עסקה זה למשל הגשת תביעה ובמסגרת הדיון השתתף נושא המשרה שהוא בכל תוקף מתנגד להגשת התביעה (אך לא מספר שהוא בניגוד עניינים- למשל שהנתבעת היא אשתו), האם זה תקין שהוא ישתתף במהלך וישפיע בקבלת החלטות? התשובה שלילית משום שזאת בעיית חובת האמונים בשל החשש שהוא לא פועל לטובת החברה אלא לאינטרס אישי. הגשת תביעה זו דוגמא קלאסית של פעולה משפטית, אך הפעולה הפוטנציאלית הזאת יש לנושא המשרה יגיעה אישית. אם לנושא המשרה עניין אישי בנושא (למשל אחיו עובד בחברה אותה רוצים לתבוע) הרי שמדובר בפעולה בה יש לנושא המשרה עניין אישי. המסלול יהיה אותו מסלול לא משנה אם זו פעולה או עסקה מכיוון שס' 255 מפנה לפרק של עסקאות עם בעלי עניין. כשידנו בזה בחברה מי שיצטרך להחליט יהיה לפי פרק עסקאות עם בעלי עניין.   
ברוב המקרים הסיטואציות של הדברים הללו יקרו יותר מעסקאות מאשר פעולות. בשניהם המנגנונים עובדים אותו הדבר אז ההבחנה בין פעולה לעסקה אולי קיימת אך היא פחות חשובה בדינמיקה. לעסקה יש המון דוגמאות, למשל אדם שמתפקד כדירקטור בשתי חברות- במצב כזה לפי נוסחת קלארק נושא המשרה מצוי בלב קבלת החלטות, יש אינטרס כלשהו בצד השני של המתרס כי הוא דירקטור גם בחברה השנייה שהיא צד שני לעסקה הפוטנציאלית, וזו עסקה שיש בה נגיעה אישית, לכן במצב כזה לפי ס' 254 נושא המשרה נמצא בניגוד עניינים אך יש פתרון ודרך להתמודד עם העסקה וזה הפרק של עסקאות בעלי עניין.

ודוק: כאשר מדובר בפעולה פונים לס' 255, וכאשר מדובר בעסקה פונים אל פרק עסקאות עם בעלי עניין.

תזכורת מהו עניין אישי- לפי פרופ' קלארק, עניין אישי הוא כאשר ומתקיימים רכיבים מצטברים של:

* הימצאות בעמדת קבלת החלטה בחברה.
* בעניין ההחלטה הרלוונטית, יש לאדם העדפות/אינטרס בעניינה מחוץ לחברה (אינטרס אישי).
* האינטרס האישי, גדול בעוצמתו מאשר על רצונו לקדם את טובת החברה.

**התנאים לאישור העסקה למרות ניגוד העניינים**

לסיכום, ישנם ארבעה תנאים מצטברים שיש לעמוד בהם כדי שנוכל לקבל עסקה שיש בה משום ניגוד עניינים:

1. **גילוי**

סעיף 269– קובע את חובת הגילוי של נושא משרה על מהות העניין אישי שיש לו בעסקה. זו פעולה אקטיבית שחובה על נושא המשרה לקיים.בגילוי העניין האישי מתחילה להתגשם דרישת תום הלב- אם נושא המשרה לא מגלה על העניין האישי נגמר הדיון והוא לא פועל בתום לב, אל מול מקרה בו נושא המשרה כן גילה אז כנראה שהוא פועל בתום לב.

1. **הדרה מהעסקה הרלוונטית**

סעיף 278-הגורם שאצלו יש את העניין האישי באותה עסקה, לא צריך להתפטר מהחברה אך עליו **להעדר** מהליך קבלת ההחלטות בנוגע לאותה עסקה. את דרישת ההדרה אנחנו מוצאות בס' 278 (א) המבקש להדיר את בעל העניין האישי ממעורבות בקבלת החלטה בחברה באותו הנושא בו יש לו עניין אישי, הדרה האוסרת על בעל העניין לנכוח בדיון ובהצבעה.

1. **עמידה במנגנוני האישור לפי החוק**

סעיף 270-273- זהו הסיפור של אישור מורכב. אלו הס' שידריכו אותי כי במקרה בו לנושא המשרה יש עניין אישי ובעיית נציג פוטנציאלית, הוא גילה את עניינו ומודר מהדיון, אך השאלה היחידה שנשאלת היא מי צריך לתת את האור הירוק כדי שההתקשרות הזאת תהיה תקינה ולא יחשב כמי שלא קיים את חובת האמונים.

בשל ההשתרבבות של הנגיעה האישית של מי מנושאי המשרה אז לא נסתפק בקבלת ההחלטה ובאישור של הגורם הקלאסי שאמור להחליט, אלא נדרוש אישור מורכב יותר. שההנחה היא שככל שנעשה ברמה כך ההחלטה תהיה יותר עניינית ולא נגוע באינטרס אישי.

אישור מורכב

ס' 270 סוגי עסקאות הטעונות אישורים מיוחדים

לגבי אילו מיני עסקאות צריך אישור כזה או אחר יש לנו את הפירוט בס' 270, הס' לא קובע כמה רמות אישור צריך לעבור אלא איזה אישור צריך לקטגוריות השונות.

* 270(1)- עסקה בה הצדדים לעסקה הם מצד אחד החברה ומהצד השני נושא המשרה עצמו, או לחלופין שהצדדים לעסקה היא החברה מצד אחד או אדם שלישי אך כשלנושא המשרה יש עניין אישי באישור העסקה עם אותו צד שלישי (למשל מקרה בו זה לא הנושא המשרה אלא אחיו). הרמה הנדרשת קבועה בס' 271 אך ניתן גם שזה יוביל לס' 272.

בשביל שנוכל לקבוע לאיזה ס' לפנות- האם ל271 או 272, מנגנון ההכוונה היא השאלה האם העסקה שמדברים עליה היא עסקה חריגה- יש עסקאות שהמחוקק מתייחס אליהם תחת כותרת כעסקת חריגה ויש כאלה שלא. אם זאת עסקה שאינה חריגה אז 271 זה מנגנון האישור- רמה 1. אבל אם העסקה היא עסקה חריגה שהיא הכבדה והמשמעותית יותר אז יש לפנות ל272- רמה 2.

* 270(2)- תנאי כהונה והעסקה של נושא משרה שאינו דירקטור, כגון המנכל. מוביל ל272.
* 270(3)- תנאי כהונה והעסקה של נושא משרה שהוא דירקטור- יכול להיות שמדובר על מנכל אך מכיוון שהוא מכהן גם כדירקטור אז הוא יכנס ל3 ולא ל2. מוביל לס' 273.

בסעיף קטן (1) אפשר להכניס כמעט את כל המקרים של עניין אישי של בעל משרה, ס"ק (2) ו-(3) הם דומים. הם מדברים על סיטואציה של נושא משרה שכבר מכהן כך שהתקשרות איתו הקשורה לתנאי כהונתו בצורות שונות, מעלה שוב את נושא ניגוד העניינים מפני שהוא בסופו של דבר חלק ממעגל ההחלטות של אותם תנאי העסקה. בהקשר הספציפי הזה (המו"מ על תנאי ההעסקה) אין התחשבות בחברה, אלא רק בטובה האישית של נושא המשרה. לכן עוצמת העניין האישי היא חזקה, ולכן ההשפעה הפוטנציאלית שיש בתוך החברה היא חזקה, יש לנטרל את זה בצורה הכי נחרצת. אך לא צריך להסיק שרשימת המכולת של ס' 270 מעלה דברים שהם אינהרנטית ובהכרח פסולים, כי אם זה היה פסול מראש המחוקק לא היה בנוי מסלול הכשרה. הבעייתיות היא שאנחנו לא בטוחות כשהוא מעורב בקבלת ההחלטה זה מקודם בנתיב המקדם את טובת החברה על פני טובתו האישית, ולכן נחפש דרך שמנטרלת את אלמנט העניין האישי. כלומר זה בסדר שהדירקטור או המנכל קיבל תגמול מהחברה, אך שאחרים יחליטו מה התגמול ולא נושא המשרה עצמו. הבעיה בקביעת המנגנון ותנאי העסקה, בקביעה הזאת כשלעצמה לא שזה פסול לתת אלא שנושא המשרה יקבל את ההחלטה מהם תנאי העסקה והתגמול. בין המשלם למקבל תשלום יש קונפליקט, ולכן מאחר והחברה היא זאת שמשלמת ונושא המשרה מקבל את התשלום, יש מתח.

המחוקק מבחין בין נושא משרה שהוא דירקטור ובין כזה שלא, אם הוא דירקטור המחוקק דורש שלוש רמות- וועדת תגמול, דירקטוריון ואספה כללית. ואם זו חברה פרטית שאין וועדת תגמול זה יהיה דירקטוריון ואספה כללית. אם זה תנאי העסקה, תמיד נצטרך להגיע עד לאספה כללית כולל. ההבדל בין הס' הוא שלדירקטור יש מידת השפעה פוטנציאלית של נגיעתו האישית על שאר הדירקטוריון היא יותר גבוהה מנושא משרה אחר שהוא לא דירקטור. אם נשווה אחד מול השני המחוקק רגיש יותר כאשר תנאי העסקה הם של הדירקטוריון.

* חשוב לזכור כי פטור מאחריות, ביטוח, שיפוי הם חלק מתנאי כהונה וההעסקה שהחברה מספקת לנושא המשרה.

יחד עם זאת ביטוח פטור ושיפוי הם תנאי העסקה של כל הדירקטורים, ולכן מתעורר קושי. מכוח ס' 278 שמדבר גם על הדרה, ס' 278ג קובע כי אם בוועדת הביקורת, תגמול, הדירקטוריון הדנים בעניין יש עניין אישי לרוב נושאי המשרה היושבים בוועדה, אז צריך בהגדרה גם אספה כללית אך הוא לא מדיר את הדירקטורים מקבלת ההחלטה. המחוקק שם את יהבו על הדרגה שמעל- האספה הכללית. יש פה מתח בין שתי נקודות, מצד אחד תמיד רוצים שלמי שיש נגיעה אישית יודר, אך מהצד השני בקבלת החלטות במסגרת קבוצתי, אם יש דרישת מניין חוקי או קוורום- נרצה שההחלטות יתקבלו על ידי מספר מינימלי ומזערי של אנשים ולא באופן אקראי. למשל ברירת מחדל לפי החוק, ישיבה של דירקטוריון מתקיים בה מניין חוקי אם נוכחים בה רוב הדירקטורים. כך שאם הדירקטוריון שמונה 8 נוכחות של ארבע יוצר מניין חוקי- בפחות מזה הישיבה איננה אפקטיבית וכל החלטה לא תקבל תוקף חוקי. זה חשוב משום שאם כלל הדירקטורים יודרו מההחלטה לא יווצר מניין חוקי שייתן תוקף להחלטה. במתח בין הדרה למניין חוקי המחוקק קבע כי במקרה כזה הוא נצטרך להשאיר את הדירקטורים כדי שיהיה מניין חוקי, אך משום שהאישור שלהם הוא אישור חשוד נעלה את זה למעלה לבעלי המניות.

עסקה חריגה ושאינה חריגה

לפי ס' 270 יש שלושה סוגי עסקאות שטעונות אישורים מיוחדים:

1. עסקה שאינה חריגה- דירקטוריון בלבד (ס' 271).
2. עסקה חריגה- 2 רמות אישור (ס' 272): רוב העסקאות בהן נושא העניין האישי מתעורר הן עסקאות חריגות והמיעוט הן עסקאות לא חריגות.

רכיבי העסקה החריגה:

כפי שציינו לעיל, המבחן הקובע איזו עסקה תוביל לאיזו רמת אישור הוא האם העסקה חריגה או שאינה חריגה. כדי לקבוע האם העסקה חריגה, יש שלושה רכיבים שצריך לבחון, מספיק שאחד מהם יתקיים כדי שהעסקה תיחשב חריגה:

* *עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה*
* *עסקה שאינה בתנאי שוק-* תנאי העסקה (מחיר וכן הלאה) תואמים ולא זולגים את התנאים הקיימים באותו הקשר בשוק, בהנחה ויש שוק זמין נוח וברור להשוואה (ולא תמיד יש)?
* *עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה.*

די ואחד משלושת התנאים יתקיים, ניתן יהיה להגדיר את העסקה כעסקה חריגה. ברגע שהעסקה מוגדרת כחריגה, נדרשים האישורים המופיעים בס' 272. על כל תנאי ניתן לעשות דיון פרשני שלם, יש אגב על כך התייחסויות לא מעטות של רשות ניירות ערך. בהתייחס לחברות ציבוריות שרשות ניירות ערך מפקחת עליהן, היא גם מפרסמת עמדה לפיה שהחברה תוכל לדעת מה הפרשנות של כל רכיב. אך יש לזכור כי ה רשות ניירות הערך היא רשות מנהלית, היא לא הפרשן המוסמך (שהם בתי המשפט). נכון שבית המשפט נותן משקל ומכבד עמדות של הרשות, ומבחינת החברה הפועלת בשטח עמדה כזו של הרשות יכולה לספק ביטחון יחסי למקבלי ההחלטות בחברה. האינטרס של החברה הוא לשלם כמה שפחות עבור השירות של נושא המשרה, האינטרס של נושא המשרה בתור מקבל השכר הוא שישלמו לו כמה שיותר. כל מה שמשדרים לנו שמגיעים לנושא של תנאי כהונה ותגמול של מקבלי החלטות, יש להם את הנגיעה האישית הכי חריפה ולכן זה גם מופרד מס' קטן 1 (למרות וזה יכל להיכנס לגדר הס').

ס' 271-273- רמות האישור

לגבי איך צריך לאשר יש לנו את הסעיפים 271-273 – קובעים באיזו דרך של אישור צריך לנקוט, יפרטו לגבי כל סוג עסקה איזה אישור צריך. בגלל העניין האישי דורשים אישור של יותר מגורם אחד. דורשים את האישור בשתי רמות החלטה, לפעמים בשלוש. שלושת רמות האישור:

* רמה 1: ס' 271: *"עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1), שאינה עסקה חריגה,* טעונה אישור הדירקטוריון*, אלא אם כן נקבעה דרך אישור אחרת בתקנון".* האישור הוא דיס-פוזיטיבי, ברירת המחדל הוא הדירקטוריון, אך ניתן להתנות עליו, רק אם קבוע בתקנון לגבי עסקאות כאלה שניתן לפנות לגורם ברמה יותר נמוכה (לדוגמא המנכ"ל). כלומר הסעיף קובע אישור בדירקטוריון בלבד, אבל אפשר להתנות עליו בתקנון.
* רמה 2: אם מדובר בעסקה חריגה היא טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון. ס' 272 קובע שתי רמות של אישור, אך זה תלוי האם מדובר בחברה ציבורית או חברה פרטית:
* חברה ציבורית- כפי שנראה בחברה ציבורית (ולא בחברה פרטית) יש חובה על פי חוק שיתקיימו ויקומו שתי וועדות משנה של הדירקטוריון: וועדת ביקורת וועדת תגמול. וועדת ביקורת היא וועדה העוסקת בבקרה ועבודה עם גורמי הביקורת, ובעיקר משמשת כשחקן פעיל בעסקאות עם בעלי עניין כגורם סינון לפני הדירקטוריון. כלומר עסקה בה לנושא המשרה יש עניין אישי, היא תצטרך לבוא לאישור בגורמי סינון: 1. וועדת ביקורת 2. לאחר מכן הדירקטוריון כולו. נראה בהמשך כי לוועדת הביקורת יש עמדה עצמאית מעבר לדירקטוריון כולו.
* חברה פרטית- אין חובה להקמת וועדות משנה. אך אם חברה פרטית תקבע בדירקטוריון ותרצה להקים וועדת ביקורת או תגמול מכוח הדירקטוריון הרשות בידה- יחד עם זאת בפועל זה כמעט אף פעם לא קורה. אך אם אין הכרח להקמת וועדת ביקורת, מה הן שתי רמות האישור? 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.
* רמה 3: ס' 273 קובע 3 רמות אישור: ועדת ביקורת; דירקטוריון; אסיפה כללית.  
  סעיף 270 (3) מדבר על תנאי העסקה של דירקטור. נאשר ע"י ועדת תגמול (רלוונטית רק לתנאי כהונה והעסקה), דירקטוריון ואספה כללית כאשר מדובר בחברה ציבורית. אם זו חברה פרטית, אין ועדת תגמול בד"כ, אז זה יהיה ע"י דירקטוריון ואספה כללית בלבד.

**סעדים**

זו נקודה ייחודית של המחוקק הישראלי בשונה מארצות הברית. נניח כי יש פגמים בתהליך האישור, זה מוביל מבחינה משפטית לכך שיש איסור ויש פגיעה בחובת האמונים. אם הדרישות לא נעשו במלואן אז חזרנו לנקודת האסור הפותחת, וכך נושא המשרה יהיה חשוף לתביעה בגין הפרת חובת אמונים, אך הנקודה הייחודית היא שלא רק- העסקה תהיה בטלה, וזאת לפי ס' 280-281.

מבחינת קשת הסעדים למקרה שמשהו לא עובד והשתבש, לא הקפידו על מה שנדרש לפי חובת האמונים, הסעדים הם בשני מישורים:

סעד כספי- במובן של תביעה כנגד נושא המשרה על הפרת חובת האמונים שהוא נושא באחריות עליה.

ביטול והשבה- המפורש בחוק בפרק של עסקאות בעלי עניין. בעסקה בין החברה לבין נושא המשרה אם זה לא אושר כנדרש בפרק זה (גילוי, אישור מורכב וכו), העסקה בטלה. סעד שבא להגן על החברה, משום שכל החשש הוא שזה לא לטובה כי לא עבר את מנגנון הניקוי, כדי להגן נגיד כי העסקה לא מחייבת אותה. 281 מדבר על סיטואציה מקבילה שהעסקה היא בין החברה ולא לנושא המשרה עצמו, אלא שהצד קשור ויש לנושא המשרה נגיעה בו. כלומר הצד הישיר לעסקה הוא נושא המשרה עצמו אז העסקה בטלה וזה סוף פסוק, אך אם העסקה היא צד ג ולנושא המשרה יש עניין אישי בו, אז העסקה היא בת-ביטול אך לא בהכרח בטלה, כי יש אינטרס בר הגנה גם לצד האחר, אינטרס הסתמכות (נניח שהוא בכלל לא ידע ולכן אם נבטל את העסקה יפגע אינטרס ההסתמכות שלו, שהוא בתום לב סמך על העסקה). כך למשל מקרה בו צד ג' לא מודע לפגמים באישור העסקה, כך שיש כמה אלמנטים של ידיעה או חוסר ידיעה שבוחנים את צד ג. די שבאחד מהם הוא יהיה תם לב כדי שהעסקה תוסיף להיות בת תוקף כלפיו ולא תבטל אותה. ואז אם כך היה שיבוש באישור, לא מבטלים את העסקה בשל צד ג, הסעד שינתן לחברה זה תביעות בגין הפרת חובת אמונים של נושא המשרה.

1. **המהלך חייב להיות לטובת החברה**

בדרך כלל אם נעמוד במנגנוני האישור לפי פרק עסקאות עם בעלי עניין תהיה חזקה שהמהלך היה לטובת החברה. הנטל להפרכת החזקה הוא על התובע.

איך נקבע האם העסקה היא לטובת החברה ולא פוגעת בה? כל גורמי קבלת ההחלטות צריכים לשקול האם העסקה הזאת היא לטובת החברה כן או לא. האמת היא שהם בכל עניין המובא להחלטתם, תמיד צריכים לשאול את עצמם האם ההחלטה היא לטובת החברה או לרעתה? אך כאן מדגישים את זה עוד יותר. מה פועלו הפרקטי של רכיב 2- העסקה היא לטובת החברה?

תפקידו לפתוח פתח לתקוף את הפעולה או העסקה שקודמה חרף קיום התנאים האחרים- הוא גילה את עניינו האישי, הוא הודר- יצא מהחדר, היה אישור מורכב כנדרש ולאחר כל זאת, יבוא ויטענו כי למרות זאת העסקה לא לטובת החברה ולכן העסקה לא אמורה לקבל את האישור. מה שיתקוף את זה אחר כך אלו החברים שיבקשו להגיש תביעה נדרשת ויטענו שם כי חרף כל האישור זה לפתוח פתח עקרוני לביקורת שיפוטית של העסקה גם לאחר כל האישור. הרכיב פותח פתח לעין בוחנת של בית המשפט שיש בנושאים האלה סוגיית חובת האמונים, למרות כל תהליך ההכשרה- וזאת ברמה העקרונית.

הנושא הזה שצריך את שלושת הרכיבים עוד לפני בחינת טובת החברה כתנאי בכלל שהעסקה תצא לפועל- כי לולא זה העסקה תהיה בטלה או בת- ביטול לפי 281, זה ייחודיות של חוק החברות הישראלי. זאת אומרת התנאים של גילוי, הדרה ומגנוני אישור קיימים במשפט אמריקאי אך כהמלצות של הפסיקה ולא כקביעה קוגנטית שאם לא תתממש העסקה בטלה. אין אמירה משפטית וודאי אל של מחוקק, שללא זה העסקה בטלה.   
כל הנושא הזה של מה נדרש כדי שלא תופר חובת אמונים זה המלצות של פסיקה במשפט האמריקאי, אך בישראל אם לא נעשה תתבטל העסקה, זו דרישה קוגנטית- והוא מבצע את ההליך של ניקוי ושקיפות במסדרונות החברה עצמה- בוועדת הביקורת, דירקטוריון, אספה כללית וכו. ולכן לבוא ולטעון בבית משפט כי כל הדרישות התקיימו אך זה לא עבר את טובת החברה, זה יגיע בסוף הדרך, מה שהוביל לפסיקה צודקת של בית המשפט למשל בורניקוב שאם זה עבר את הליך האישור הנדרש ואז יבוא ורניקוב הבא ויבקש במסגרת תביעה נגזרת לטעון שהייתה תקלה שאושרה עסקה שלא לטובת החברה ובית המשפט יצטרך לבדוק במשקפיים שלו, בית המשפט קבע כי אכן יש לו את הסמכות והיכולת לבדוק זאת אך נקודת המוצא היא שהעסקה לטובת החברה- וטענה אחרת, שהעסקה לא לטובת החברה, זה נטל ההוכחה של התובע, שבמקרים רבים מאוד לא תתקבל. מנגנון ההכשרה פועל פרקטית ואפקטיבית, למרות שזה פותח פתח לביקורת שיפוטית, עצם זה שזה עבר את כל האישורים המורכבים זה נותן לבית המשפט את הביטחון שעל פניו העסקה היא כן לטובת החברה כי אחרת היא לא הייתה עוברת את כלל השלבים של מנגנון האישור, שתנאי קבלת ההחלטה היו טובים. ובית המשפט לא ממהר לשים את שיקול דעתו ולהחליף את שיקול דעתם של ממלאי מנגנון האישור בשיקול דעתו של בית המשפט. בשפה של ביקורת שיפוטית, בית המשפט במקרה בו נושא המשרה יצא החוצה ולא היה מעורב וכו, ואז התובע יטען כי למרות זאת זה לא לטובת החברה, בית המשפט ישיב שיקול דעת עסקי- והתובע יצטרך להפריך אותו. פה הוא לא מכוון על הרגל של החלטה מיודעת אלא ניגוד עניינים- שרגלי שיקול הדעת העסקי זה תום לב, היעדר ניגוד עניינים, החלטה מיודעת-התובע בא לטעון כי לנושא המשרה הייתה נגיעה אישית ולכן בית המשפט צריך לבחון, אך בית המשפט יכול לקבוע כי אכן הייתה בעיה של עניין אישי אך החברה במילוי דרישות החוק תיקנה אותה, היא תיקנה את ניגוד העניינים, ולכן אין סיבה שלא לתת לזה את הכבוד הראוי דרך משקפי שיקול הדעת העסקי, תנאי קבלת ההחלטה לא היו תנאי קבלת ההחלטה בניגוד עניינים. כן ניתן לטעון כי למרות שנושא המשרה יצא מהחדר, ההדרה הייתה פורמלית בלבד ובאופן המעשי רוחו נשארה בחדר והשפיעה על ההחלטה, כך היה בפס"ד דיסני. אם בית המשפט אכן ירגיש שהליך האישור לא היה מושלם כמו בטענה הזו, אז יתכן שהוא יתערב ברכיב של טובת החברה אבל אומר בית המשפט בישראל שזה לא יקרה הרבה, והנטל לשכנע את בית המשפט הוא על התובע, זה נטל כבד- חזקת התקינות היא קשה כי המחוקק יצר מנגנון קוגנטי שיכול להביא לחזקת תקינות, ובית המשפט נותן משקל למנגנון שבנה המחוקק.

טענת הליך אישור לא נקי המשפיע על רכיב טובת החברה

התובע יכול לטעון כי מהותית יש עניין אישי- זאת אומרת תהליך האישור שעל פניו הוא תקין לפי החקיקה, אם מקלפים מבינים שההליך לא תקין כמו שהוא. למשל במקרה בו נושא המשרה יצא החוצה כי יש לו עניין אישי, אך דירקטוריון הם חבריו ולא יכולים לחשוב נקי לחלוטין, או למשל יש שני דירקטורים לעומת האחרים- זה שיצא וזה שלא, ושניהם מונו על ידי אותה קבוצת בעלי המניות, ולכן אין פה באמת ניקיון. שאלות מהסוג הזה עלו בפרשת וולט דיסני:

*פרשת וולט דיסני- להשלים עצמאית, יכניס למבחן!!!*

בפרשה בית המשפט העליון בדלאוור עשה עבודה יסודית בשאלת חובת הזהירות. אנחנו נפנה להחלטה בשלבים היותר מוקדמים של התיק. הפרשה נסובה סביב תשלום חבילת פרישה בהיקף עצום (140 מיליון דולר) למנכ"ל אחרי שעבד רק שנה בחברה. התשלום הזה ניתן מכוח חוזה שנקבע בין הצדדים- חוזה שנקרא חוזה טאלנט, סגן המנכל היה מבוקש מאוד, יש לו יכולת שיווקית מוצלחת שהוכחה כמניבת תוצאות, ולכן נקבעו בחוזה הטבות דרקוניות לטובתו. יחד עם זאת, היחסים בינו ולבין המנכל עלו על שרטון ואחרי שנה פיטרו את הסמנכ"ל. חלק מטענות שעלו בתביעה היא איך בכלל התאפשר חוזה כזה? איפה היה שיקול הדעת של הדירקטוריון שהסכים לכך מלכתחילה?

על רקע זה מוגשת תביעה כנגד הדירקטוריון על הפעלת שיקול הדעת שלהם גם בקליטת ההסכם (שבישראל מי שצריך לאשר זה ועדת תגמול, דירקטוריון ואספה כללית), ושיקול הדעת לגבי אישור מענק פרישה בגודל כזה. הדירקטוריון יכל לטעון נגד לגבי שיקול הדעת השני, שמאחר ויש הסכם אין לו ברירה אלא לשלם את מענק הפרישה, ולכן תקיפת שיקול הדעת יכולה להיות רק בשלב אישור ההסכם. ההחלטה שנוגעת אלינו היא החלטה מוקדמת בשרשרת השתלשלות התביעה, שם ניסה התובע לטעון בין השאר שהדירקטורים לא הפרו את חובת הזהירות שלהם, אלא גם בעיות של חובת אמונים בשל נגיעה אישית. אם הם השתתפו וקיבלו החלטות ביחס להסכם ותשלום לסמנכ"ל, כשיש להם נגיעה אישית זה לא תקין- לא תקין שדירקטור בעל נגיעה אישית יהיה כחלק מתהליך קבלת ההחלטה.

בית המשפט מנסה לנתח האם לדירקטורים יש נגיעה אישית. בחלטה בית המשפט מלמד כי כשמתמודדים עם טענה כזאת קודם כל צריך לבדוק בבחינה מדוקדקת על פי עובדות ולא טענות, ובטח שלא בצורה גורפת. אם למשל הטענה כי הדירקטוריון יש נגיעה אישית- כל הדירקטורים היו חברים שלו, יש צורך קודם כל לבדוק את הדברים בפינצטה ולהתמודד דירקטור, דירקטור. בבדיקה מתחיל מדירקטור אחד שהוא יו"ר הדירקטוריון (מייקל אייזנר). בית המשפט מניח לצורך הדיון כי יש נגיעה אישית בשעת הבאת המועמד לסמנכ"ל- הנחה המבוססת על היכרות ומערכת יחסים ארוכת שנים. הטענה של התובע הייתה כי מייקל אייזנר היה לו עניין אישי במישור ההסכם, שאר הדירקטורים גם להם יש עניין אישי משום שמייקל אייזנר הוא מנכל ויו"ר דירקטוריון כל כך דומיננטי ששאר הדירקטוריון הולך אחריו בעיניים עיוורות ולא יפעילו שיקול דעת עצמאי, אז אם לאייזנר יש נגיעה אישית לכל האחרים בהתאמה יש נגיעה אישית. זה דומה לטענות שטענו קודם- אומנם הוא יוצא מהחדר אבל רוחו נשאר בחדר. לצורך הדיון המשפטי בית המשפט יוצא מנקודת הנחה שלאייזנר יש עניין אישי כדי לבדוק האם זה בהכרח יוצר עניין אישי לאחרים.

**ס' 106- שיקול דעת עצמאי**

ס' 106 לחוק החברות קובע קביעה חשובה לנושא של חובת אמונים. ס' 106 קובע הפעלת שיקול דעת עצמאי כחובה, החוק מחייב דירקטור בכהונתו כדירקטור תמיד להפעיל שיקול דעת עצמאי האם העניין הנדון הוא לטובת החברה או שלא ולא להפעיל את שיקול דעתו בעקבות מישהו אחר או לנוכח השפעות אחרות, כפי שהמחוקק קובע במפורש- אסור לדירקטור להיות קשור בהסכם הצבעה עם דירקטור אחר. הסכם כזה הוא חד משמעית מנוגד לחוק החברות והוא כשלעצמו יוצר הפרה של חובת אמונים. החוק אומר במפורש כי אם הדירקטור לא מקיים את מה שנאמר בס' 106 זה כשלעצמו בעיה של חובת אמונים.

הסכם הצבעה, הסכם קואליציוני- דבר לא תקין מבחינה משפטית. במקרה כזה בית המשפט ישלול את התקוף של הסכם כזה ויגיד כי כל מי שיתקשר בהסכם כזה לא נאמן לתפקידו ובעצם מפר את חובת האמונים שלו.

חייבת להיות הפעלת שיקול דעת עצמאי ולכן כאשר דירקטור אחד כבול וכפוף לנושא משרה אחר, זו בעיה ולא תפקוד שעולה לחובת אמונים. נראה בהמשך כי בין בעלי מניות בכובעם של בעלי מניות, בהקשר של אספה כללית בהחלט יכול להיות הסכם הצבעה. אך בין דירקטורים הסכם כזה לא לגיטימי ולא כשר.

**בעיית הנציג של בעלי שליטה**

**נקודת המוצא ומערכת היחסים עם בעלי המניות**

שתי נקודות המוצא כשאנחנו מדברות על מניות ובעלי מניות:

1. מניה מקנה זכויות ולא חובות- המונח מניה כשלעצמו כפי שהוא מוגדר בחוק החברות מדבר על אגד זכויות בחברה המאוגדים בדין או לפי הסכם. מניה בעצם מקנה זכויות, בעוד שהמילה חובות לא מוזכרת. כלומר בניגוד לנושאי משרה שמראש הוא לא בא כבעל זכות לחברה אלא כנותן שירות ולשמש נציג מטעם החברה ועבורה- הוא מקבל סמכויות שהוא אמור להפעיל אותן עבור החברה ולא כלפי עצמו. שאת כל האינטרסים ובעיית הציג באנו לאזן את זה עם חובות אחרות- חובת זהירות וחובת אמונים. אבל נקודת המוצא שאנחנו מסתכלות על בעלי מניות היא אחרת מנושאי משרה, בעל מניות מלכתחילה בא בתפיסה והבנה מוצדקת שהוא בעל זכויות כלפי החברה ולא חובות. לבעל המניות יש אחריות מוגבלת- לא ניתן לדרוש ממנו לשלם כספים ולא מדברים איתו על דרישות התנהגות. הוא זה שהשקיע כסף בחברה והוא מצפה לתשואה, אבל הוא בצד של הזכאות הפוטנציאלית.
2. הסתכלות הומוגנית על זהות בעלי המניות- עד עכשיו דיברנו בהכללה על המושג המשתמע ממניות, על בעלי מניות. הראינו כי יכולים להיות סוגים של פרופילים שונים של בעלי המניות, אך לא הבחנו בין בעלי המניות לבין עצמם במובן משפטי. הסתכלנו על כל בעלי המניות כאל קבוצה הומוגנית שכולם בעלי זכויות מסוימות כלפי החברה, וכולם נושאים בגורל משותף. בעולם של בעלי המניות נתחיל לשים זרקור ולהכיר בתוך כלל בעלי המניות איזשהו בעל מניות מיוחד, הוא יהיה אותו בעל מניות שהוא בעל מניות השליטה בחברה.

**מהי שליטה?**

שליטה זה מונח טעון וחשוב מבחינה משפטית. בחוק החברות בס' ההגדרות שליטה מוגדרת כשליטה כמשמעותה בחוק ניירות ערך. והמשמעות בחוק ניירות ערך היא מוגדרת כ" *- 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 מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד;"*   
כפי שנראה בהמשך יכול להיות שניתקל במקרה של שליטה גם בחברה פרטית, למרות שחוק ניירות ערך מתייחס לחברות ציבוריות. אז נלקח מונח שמוגדר בחוק ניירות ערך חוק שמלכתחילה מטפל בחברות ציבוריות ולא פרטיות, אך כשחוק החברות מפנה באופן כללי, זה אומר שההגדרה הזאת תהיה רלוונטית גם עבור חברה פרטית. בהוראות של חוק החברות שמתייחסות לשליטה ההגדרה הזאת עשויה להיות רלוונטית גם במקרים של חברות פרטיות.

בפרשת שמש, בית המשפט מדגיש כי ההגדרה של שליטה לא מתמקדת באופן בלעדי באיזשהו מבחן מספרי-כמותי. הקביעה האם בעל מניות מסוים הוא בעל שליטה, לא מתחילה ונגמרת בשאלה כמה אחוזים מכלל המניות הוא מחזיק בידיו. המבחן זה היכולת לכוון את פעילות התאגיד, שכפי שאומר בית המשפט, השאלה האם יש בידי בעל המניות יכולת לכוון את התאגיד היא שאלה עובדתית. המבחן הוא מבחן עובדתי-מהותי-איכותי, ולא כמותי. יכול להיות שיוחזק אחוז מסוים ותהיה יכולת לכוון אתה פעילות, ויכול להיות שעם אותה כמות מניות בנסיבות אחרות לא תהיה היכולת. זאת שאלה עובדתית, ואין כאן מספר קסם חד משמעי.

מהם אמצעי שליטה?

בלשון ההגדרה לא רשום כ-50% או יותר ממניות החברה אלא מאמצעי השליטה. כך שניתן לראות שיש הגדרה פנימית של אמצעי שליטה- שלה יש הגדרה מפורשת בחוק ניירות ערך. באותו סע' ההגדרות יש את המונח הפנימי לצורך שליטה- אמצעי שליטה. על פי ההגדרה אמצעי שליטה נחשבים:

1. זכות ההצבעה באספה כללית של חברה או בגוף מקביל של תאגיד אחר- הזכות הקלאסית של בעל מניות.
2. הזכות למנות דירקטורים של התאגיד או את מנהלו הכללי.

אלו אמצעים הנחשבים ככוח שיכול לכוון את פעילות התאגיד, עם זה מנווטים את החברה כך או אחרת. ולכן המחוקק אומר בהגדרת אמצעי שליטה, שאם מחזיקים ב50% או יותר מכוח ההצבעה באספה הכללית, או מהזכות למנות דירקטורים, אזי זוהי חזקה שאותו בעל הזכות הוא בעל שליטה. חשוב להבהיר שזוהי חזקה הניתנת לסתירה, אך מבחינה פרקטית היא מעולם לא נסתרה.   
דוגמא תיאורטית: מקרה בו אני מחזיקה ב60% ממניות החברה, אך עם זכויות הצבעה נמוכות יותר ולהיפך. אם יש זכויות הצבעה שונות למניות שונות אז אני מחזיקה מסך הכל. במקרה כזה מי שמחזיק מ60% ממניות אין לו 60% בהצבעה. במקרה כזה אין חמישים אחוז או יותר מאחוזי ההצבעה אלא יש לו מסך כל המניות. פה למשל אין לו אמצעי שליטה. חשוב לזכור כי המקרה התיאורטי יכול לקרות רק בחברה פרטית, כי בחברה ציבורית לא יכול להיות סוגי זכויות הצבעה שונות למניות.

החזקה היא שמעל ל50% מאמצעי השליטה, המחזיק הוא בעל שליטה. אבל למה פיצלו בין הדירקטורים לאספה הכללית? אם ממנים דירקטורים באספה הכללית, וברגע שנקבע כי 50% ויותר מזכויות ההצבעה זה כבר מובלע מינוי דירקטורים, אז למה זה עומד בפני עצמו? לי ס' 59 לחוק נקבע כי בתקנון חברה ניתן לקבוע דרך אחרת למינוי דירקטורים ולאו דווקא באספה. אם יש מנגנון אחר של דירקטורים אז שם מי שמחזיק הוא בעל שליטה.

ודוק: יש שני מבחנים לבחינת בעל שליטה:

1. המבחן האיכותי-מהותי: בוחנים בבחינה עובדתית את היכולת לכוון את פעילותו של התאגיד. יכול להיות שאחזיק פחות מ50% מזכויות ההצבעה ואף על פי כן מבחינת הנסיבות והכוח של החברה, אני בעלת היכולת לכוון את פעילות החברה. המבחן המהותי הוא היכולת לכוון את פעילות התאגיד.
2. מבחן כמותי: מבחן עזרה של החזקה של 50% או יותר של אמצעי שליטה בתאגיד (זכות ההצבעה באסיפה הכללית או הזכות למנות דירקטור של חברה). מבחינה מציאותית, לא היה אדם מסוים שמחזיק ב-50% מאמצעי השליטה והצליח לסתור את החזקה הזו.

(מנוי פלח) קורה לא פעם, בעיקר בחברות הציבוריות, שיהיה בעל מניות בחברה שלא יחזיק 50% מאמצעי השליטה, ועדיין תהיה לו יכולת מעשית לכוון את פעולות התאגיד, הוא יכול להיחשב כבעל שליטה בהתבסס על נסיבות ונתונים שצריכים לשלול אותם. דוגמא לכך, אם ברמה התיאורטית יש מישהו שמחזיק ב-30% אז הכוח שלו ביחס ל-70% הוא קטן ונראה שהוא לא יכול להכווין את פעילות התאגיד. ברמה המעשית כל החלטה שבעל מניות זה יעשה תעבור, כי 70% האחרים הם לא קואליציה מאוחדת, ויכול להיות שבכלל לא יגיעו. ולכן מי שכן יגיע ויש לו 30% כשלא כולם מגיעים להצבעה ומכל בעלי המניות הגיעו רק 50%, אז ה-30% שלו הם 60% ולכן יש בידו לכוון את הפעילות.

**מה משמעות השליטה?**

אחרי שהגדרנו מהי שליטה, כעת נבחן מה משמעותה. למה זה משנה האם בעל מניות הוא סתם בעל מניות, אלא הוא בעל שליטה? מתוך סך בעל המניות יכול להיות שיחשב לפי ההגדרה המשפטית כבעל מניות שליטה, אם יש לו יכולת לכוון את פעילות התאגיד על ידי הצבעה באספה הכללית או מינוי דירקטורים. באיזה הקשר זה בא לידי ביטוי או בכלל?

החוק מטיל את חובת ההגינות על בעל השליטה, אך למה צריך להטיל עליו? עד היום למדנו בעל מניות הוא בעל זכויות אז איך פתאום נוסף רכיב שמטיל חובה על בעל המניות? למה יש חובה משפטית המוטלת על בעל מניות שליטה? שהרי בעלי מניות נהנים מזכויות אז למה שישרבבו חובת התנהגות מסוימת? אנחנו מבינות שאצל נושאי משרה יש חובה כי מנהלים כסף של אחרים, כשיש סמכות קבלת החלטות לא על עניינים שלי אלא על רכושו של הזולת יכול להיות שאחשוב על האינטרסים שלי ומפה מתעוררת בעיית נציג. אבל כשמדובר בבעל מניות זה לא כך כי הוא השקיע כסף בחברה בשונה מנושא המשרה, והוא מחכה שהחברה תהפוך לרווחית כדי שיהנה מהרווחים, הוא עצם קושר את גורלו הכלכלי לחברה- אם החברה תהיה טובה הוא ירוויח, ואם תהיה הפסדית הוא יפסיד- השקעתו יורדת. אז עושה רושם שכל בעל מניות מעצם זה שיש לו השקעה כספית בחברה בעצם אמור לשאוף לכך שטובת החברה תוגשם כי הוא יהנה מזה, בשונה מנושא משרה. אז למה נטיל חובה? בדרך כלל נטיל חובה כי יש כשל שוק ומשהו לא עובד, אך במקום שהעסק מתפקד בעצמו ויש לו אינטרס ממילא למה צריך את המשפט? לא צריך לדחוף את המשפט אלא אם יש דבר מקולקל.

בחוק החברות אנחנו נראה יותר את חובת ההגינות, אך מבחינה היסטורית התפתחות החוק ביחס לבעלי מניות שליטה, מתחילה בפרשת קוסוי.

1. **חובת ההגינות של בעל שליטה**

**ערב חקיקת חוק החברות- חובת האמונים**

1. **פס"ד קוסוי**

עובדות (נוי פלח): קוסוי היה בעל מניות ונושא משרה (יו"ר הדירקטוריון) בבנק פויכטונגר. אפשטיין היה לקוח של הבנק שלקח הלוואות מהבנק באופן קבוע (והוא לרוב לא החזיר אותן). קוסוי רוצה למכור לאפשטיין את המניות שלו, ולטובת כך הוא נותן לאפשטיין הלוואה מהבנק. העניין הוא שיש לו כבר היסטוריה עם הבנק (לא מחזיר הלוואות בהיקפים גדולים). מסתבר שכבר היו על הדבר התראות בעבר של רו"ח הבנק. התחזית של הרו"ח התגשמה, מאחר שאפשטיין אכן לקח הלוואה ע"מ לממן את רכש המניות. הבנק מאשר את ההלוואה לאחר דיונים בהנהלת הבנק. כעבור זמן מה הבנק קורס. המפרק מגיש תביעה נגד הגורמים בבנק שלטעמו גרמו לנזקים של הבנק. התביעה נגד נושאי המשרה במקרה זה הייתה על הפרת חובת אמונים, חובת זהירות- קיבלו התרעות והוזהרו אבל בכל זאת נתנו אשראי לאפשטיין ובנוסף, אישור האשראי לאפשטיין לא היה רק רשלנות נטולת אינטרס, היה לקוסוי אינטרס אישי שיינתן אשראי לאפשטיין (מאחר שכל הכסף שמגיע לאפשטיין זורם לכיס האישי שלו). כלומר עוד לפני מתן האשראי לאפשטיין, גורמים מקצועיים התריעו בפני הדירקטוריון כי בהתסכלות על המצב הכספי של החברה, יש אשראי בהיקף צבור גבוה שניתן לאורך זמן לאפשטיין והוא לא פורע את החוב. מדובר בסכומים כל כך משמעותיים שזה עלול למוטט את הבנק כלכלית.   
למרות שהורם דגל אדום, כשאפשטיין פנה וביקש עוד אשראי על המניות שקונה מקוסוי, זה מגיע לדירקטוריון, קוסוי משתתף ומוביל את ההחלטה לאשר לאפשטיין את האשראי. לכן לכאורה מדובר בקייס קלאסי של הפרת חובת אמונים של נושא משרה.

נכון לאותה עת, מבחינה חקיקתית הייתה רק פקודת החברות ואז לא הייתה שום הוראת חוק לגבי חובות נושאי משרה, הכל היה פרי הפסיקה. החובות של נושאי משרה היו מוכרים בפסיקה, אך מה שייחודי הוא שבפס"ד שהגיע גם לדיון נוסף בעליון, המפרק תובע את נושאי המשרה אך לא רק אותם אלא גם בעלי מניות השליטה. עד פרשת קוסוי הסיפור של בעלי מניות שליטה הכפופים לחובה ואחריות לא היה מוכר בפסיקה הישראלית. עד אז אחריות של בעל שליטה לא הוכרה, מה שכיום חובה זו נקראת חובת הגינות של בעל שליטה (ס' 193 לחוק החברות).

בית המשפט:

בית המשפט מבין כי הסיפור הזה שמתן האשראי לאפשטיין האיץ מאוד את הנפילה הסופית של החברה ושקבלת החלטה אקטיבית בנק לתת את האשראי, זה דבר לא תקין, זו לא יכולה להיות החלטה שהתקבלה בתנאים שעולים לידי קיום החובות של נושאי המשרה. הנושא עוד יותר בעייתי במיוחד שקוסוי הוא שהוביל את ההחלטה ויש לו נגיעה אישית בהחלטה לתת אשראי לאפשטיין, שהרי האשראי הזה נועד לעצמו. ברור שזאת הפרת חובת אמונים של נושאי משרה- אם אתה משתתף אקטיבי בהחלטות של נושא משרה שחב אמונים לפעול בתום לב ולטובת החברה, ומשתף את עצמו בקבלת החלטה שמטיבה איתו במקום שמתריעים שזה לא רק ספק אלא ברור שזה מזיק לחברה, אין הפרת חובת אמונים מובהקת מזה. אך אם זה היה כל פס"ד זה לא היה מצריך דיון נוסף. החידוש הוא שהמפרק מבין את לא רק הופרה חובת אמונים כנושא משרה, אלא קוסוי הפר גם כבעל שליטה. קוסוי כבעל מניות השליטה ם הוא הפר את חובתו כלפי החברה- יש לו חובה מסוימת כלפי החברה ובאופן שהוא התנהל כאן הוא הפר את חובתו כלפי החברה.

השופט ברק בשורה התחתונה מקבל את הטענה הזאת ולכן קובע כהלכה כי גם בעל מניות שליטה חב חובה כלפי החברה ששמה בלשון פס"ד חובת האמונים (ורק ב1999 משתנה השם מאמונים להגינות), ובנסיבות האלה קוסוי כבעל מניות שליטה הפר את חובת אמונים כלפי החברה ולכן הוא נושא באחריות כספית על כך, כפי שנושאי משרה חבים בהפרת חובת אמונים. ברק מחדש בפס"ד כי לא רק נושא משרה אלא גם בעלי מניות שליטה מוטלת עליהם חובה שאם לא יקיימו אותה חייבים סעד כספי כלפי הנזק שגרמו לחברה.

ברק קובע בצורה חדה כי בעל מניות שליטה שמוכר את מניותיו למישהו אחר, חב חובת אמונים כלפי החברה כבעל שליטה ואם הוא מוכר את המניות לאותו אדם בנסיבות שהוא יודע שהקונה שיקנה את המניות יפגע בחברה ואף על פי כן הוא מוכר לו, בכך הוא מפר את חובת האומנים. כלומר מוטלת על המוכר חובה, והיא מופרת כשהוא יודע שהקונה יפגע בחברה לאחר השלמת המכירה. השאלה מתעוררת במקום בו ברק מציין ואומר כי אין בכך כדי לקבוע באופן כללי וגורף בכל הקשר שבעל מניות המחזיק במניות שליטה שהוא חב חובת אמונים כלפי החברה. ברק בעצם קובע כהלכה שבעל מניות שליטה שמוכר את המניות, פעולה ועסקה של מכירה אז יש סוגיה של חובת אמונים שלו ואם נסיבות המכירה היא שקונה יזיק לחברה, מופרת חובת האמונים, אך זה לא אומר שבכל הקשר שהוא יש לבעל שליטה חובת אמונים. אך למה? למה שהוא יקבע כי הפרת חובת אמונים היא בהקשר של מכירה ולא בהקשרים אחרים.   
ברק מטיל חובה במקום שמלכתחילה נוצרת סיטואציה בעייתית- במקום שמשהו עלול להשתבש ולא לקדם את טובתה של החברה ולבעל המניות יש השפעה על זה. כלומר יש בעיית נציג גם ברמת בעלי המניות שליטה. הלך המחשבה של בעל מניות שליטה בעת מכירת המניות הוא "אחרי המבול", בעת המכירה היחס של בעל השליטה לגורלה ולהמשך דרכה של החברה הוא אדישות וחוסר אכפתיות, מאחר שאת הכסף שלו הוא קיבל ושיהיה לכל היתר בהצלחה. בעת המכירה בעצם בעל המניות מקבל את הכסף ולא יפגע מכל מהלך שיעשה אחר כך. וזאת הנקודה שברק מדייק- ההנחה היא שלא בכל מקום יש חובת אמונים משום שהיא נכונה בהקשר של מכירה, בעוד שבהקשרים רבים לא צריך להטיל כל חובה שהיא על בעל מניות שליטה כי אין חשש שיקדח חור בספינה שהוא נמצא בה- שהרי אם הוא יקדח הוא יטבע יחד איתה, אם החברה תתפרק כל ההשקעה שלו תרד לטמיון. אך אם הוא רוצה למנף את עצמו ושאר האחרים יפגעו- נוצר בעת המכירה פער אינטרסים בין הפרספקטיבה של בעל המניות המוכר לבין יתר בעלי המניות שנשארים לטבוע עם החברה. יש פה פער אינטרסים שברוב המקרים אין, גורלם של בעלי המניות שותף לבעל מניות השליטה. ההשפעה של החלטות בחברה כשבעל מניות השליטה בחברה, ישפיע על כלל בעלי המניות באותו אופן.

השופט ברק מסביר מאיפה חובת האמונים על בעלי שליטה מגיעה, שהרי עד לפני פס"ד לא היה כזה דבר. ברק מסביר כי חובת האמונים לא נוצרה מתוך חלל, אלא ברק רק חשוף אותה- החובה מבוססת על עקרונות היסוד של השיטה המשפטית- שבשיטה הזאת בעל כוח וסמכות החלטה, נגדו יש גורם מאזן הנדרש ומשתלב עם כוח ההחלטה שלו, וזה חובות המוטלות שאמורות לרסן את מידת השימוש בכוח. עקרונות היסוד השיטה ברמה הכי בסיסית הוא "אהבת לרעך כמוך"- חובת תום לב, אך ברמות שיש סמכות החלטה במקום שזה משפיע גם על אחרים נעלה את נורמת ההתנהגות למקום יותר גבוה שזו חובת האמונים, השופט ברק מוסיף כי חובת האמונים של נושאי משרה מתאימה גם לבעלי שליטה. שהרי בעיית הנציג מתעוררת במקום בו אדם יש לו יכולת קבלת החלטות שנוגעות לרבים, אך בעת ההחלטה מקבל ההחלטה לא חושב עליהם אלא על עצמו.

מתעוררת שאלה נוספת גם בקשר לסעדים- שהרי אם המטרה של המפרק היא להגיע לכיסו של קוסוי שישלם פיצוי על הנזק שנגרם במהלך הזה לחברה, הוא מגיע לזה דרך דוקטרינת חובת האמונים של נושאי משרה, אז למה ברק היה צריך להוסיף בעל השליטה? לפעמים בית המשפט מנצל הזדמנות ומחדש חידוש הלכתי שההשפעה לא קריטית באותו מקרה קונקרטי אך זה חידוש שישפיע על העתיד לבוא.

לאחר שהוגדרה חובת הגינות של בעל שליטה צריך להגדיר מתי הוא מפר אותה. ההפרה היא כשבעל השליטה **יודע** שהמכירה פוגעת בחברה. כלומר לא כשהיה עליו לדעת, אלא ידע בפועל שהרוכש יזיק לחברה. בפס"ד הוכח שקוסוי יודע שהעסקה מזיקה לחברה. עולה השאלה איך הוא יודע שמכירת המניות שבבעלותה פוגעת בבנק? התשובה היא שידיעה האנושית של נושא המשרה תוצאתה המשפטית מיוחסת לחברה (על פי תורת האורגנים). קוסוי יודע שיש פגיעה בבנק ואת הידיעה הזו מייחסים לחברה. השופט ברק מסביר את דרך הפעלת חובת ההגינות- דרך תורת האורגנים.

בשורה התחתונה: בית המשפט גם חידש את חובת האמונים של בעלי מניות שליטה ובד בבד גם קבע לה גבולות גזרה- לא תמיד ולא בכל הקשר יש חובת אמונים של בעל שליטה, ברק ייחד את זה רק לנסיבות של מכירת מניות השליטה.

1. **פס"ד ברדיצ'ב נ' פויכטונגר**

כפי שמלמדת השופטת וילנר בפס"ד ברדיצ'ב, הסיטואציה הזו לא עלתה יותר מידי בפסיקה בישראל ולכן פס"ד ברדיצ'במראה את בחינת הסיטואציה העובדתית הפוטנציאלית ולא המשפטית. פס"ד סבב סביב מכירת מניות שליטה בידי רוכש, שלאחר מכן החברה שמניות השליטה שנרכשו בה מתמוטטת ומגיעה לפירוק. והשאלה שעולה האם בעל מניות השליטה שמכר את המניות קיים את חובת האמונים נוסח קוסוי? ברדיצ'ב מנתחים את חובת האמונים בשם חובת ההגינות- הפער הוא בשל חקיקת חוק החברות. קוסוי הוא לפי חקיקת החוק בעוד שברדיצ'ב הוא אחרי חקיקת החוק, שעיגן בו את חובת האמונים. לכן התעוררה גם שאלה נוספת שהאם חובת האמונים של ברק וחובת ההגינות של חוק החברות אותו דבר או שיש שינוי בעוצמת הנורמה?

יש לשים לב כי גם בקוסוי וגם ברדיצ'ב התובע הוא המפרק, בעוד שהנתבע הוא המשתנה. לדוגמא, הנתבע בפרשה זה בעל השליטה שמכר את מניות השליטה, והיו תביעות נוספות- למשל היו תביעות גם מול הרוכשים עצמם שניהלו לא טוב והובילו להתמוטטות החברה. המפרק מנסה לתבוע גורמים שונים על פי העילות האפשרויות.

השופטת משתמשת בשם מכירה חובלת- מכירה שחובלת ופוגעת בחברה. מתעוררת השאלה מתי בעל מניות השליטה לא מקיים את חובת ההגינות המוטלת עליו? השופטת וילנר מנתחת באריכות ובהרחבה ומפתחת בדיון שלה את השאלה, בראש ובראשונה נקודה אחת- לנסות לפרש את קוסוי, האם כוונת קוסוי ששם נקבע שבעל מניות השליטה מפר את חובת האמונים במכירת המניות רק כאשר הוא יודע שבעקבות הרכישה הרוכש יפגע ויזיק החברה- האם זאת ידיעה דווקא? או שמא ניתן להרחיב גם יותר- זאת לא רק ידיעה או מבחן אובייקטיבי כמו היה עליו לדעת?   
בעוד שמבחן אובייקטיבי מזכיר את חובת הזהירות- עוולת הרשלנות, מבחן סובייקטיבי של ידיעה בפועל מזכיר את חובת האמונים.

1. על איזו ידיעה מדובר- אובייקטיבית או סובייקטיבית?

לדעת השופטת וילנר התשובה תלויה בנסיבות ועל מה מדברים- לגבי רכיב אחד היא תרחיב מבחן סובייקטיבי של ידיעה בפועל ולא האדם הסביר, אבל לגבי הרכיב השני היא כן תפעיל מבחן סבירות אובייקטיבי:

בעוד שהרכיב הראשון זה מבחן סובייקטיבי, לגבי הנסיבות- האם יש כאן נסיבות המובילות לחשש שאצל הרוכש החברה תפגע האם קיימות נסיבות שמעוררות את החשש הזה- האם יש פה משהו שמדליק נורה אדומה. לגבי זה היא אומרת האם הוא ידע על נסיבות שמדליקות נורות אדומות ולא האם היית צריך לדעת שבפועל לא ידעת. היא שומרת על גבולות הגזרה הסובייקטיביים של קוסוי בשאלה האם ידעת, אבל המבחן האובייקטיבי מגיע בהמשך לגבי הפרשנות שפירשת את הנסיבות האלה. יש דעה של עובדות והמסקנה, הפרשנות לאן העובדות לוקחות אותך- לגבי המסקנה שלך. האם ראית נורה אדומה, לא חשב שהיא תתממש ולכן מכר, במקרה כזה אם הוא ראה את הנורה האדומה ולא הסקת מזה כל מה שאדם סביר היה מסיק- שיש הסתברות גבוה שהמכירה תביא לפגיעה בחברה, אז היא תטיל אחריות. וילנר משחקת במשחק סובייקטיבי-אובייקטיבי:

נראה פה שלוש גישות:

1. השופטת וילנר- קו מרכזי
2. ברק ארז- מרחיבה
3. אלרון- מצמצם

* סובייקטיבי- ידיעת נסיבות רלוונטיות
* אובייקטיבי- פירוש ומסקנה מן העובדות- חשוב להדגיש שהיא תטיל אחריות רק כאשר אדם סביר צופה שיש הסתברות גבוהה לכך שהחברה תפגע, ולא במצב של 50% ומטה. הלשון היא ברמת הסתברות קרובה לוודאות.

בנסיבות שאדם סביר היה מסיק מהן שההתרחשות של הנזק לחברה היא הסתברות גבוהה עד גבוהה מאוד, לא הסתברות כלשהי של 50%, אלא הסתברות גבוהה, רק אז תוטל אחריות.

חשוב להבין כי עורכים את הבחינה בדיעבד- בית המשפט בוחן את הדברים בדיעבד לאחר קרות הנזק. אפילו בית המשפט הסכים לכך בורניקוב שהחשש בכלל שיקול הדעת שבית המשפט יהיו מוטה בדיעבד, ולכן כלל שיקול הדעת מונע את ההטיה.

השופטת ברק ארז חולקת על השופטת וילנר ולשיטתה יש מקום להרחיב עוד יותר את גזרת האחריות במובן של מה שאתה יודע ואמור לדעת, ולא הולך עד למבחן האדם הסביר, אך קובעת כי גם אם לא מדובר על ידיעה בפועל, אפילו אם זה לא עצימת עיינים אלא רק פזיזות- לטמון את הראש בחול לא מובן של עצימת עיניים (שבה יש כבר נסיבה שקולט ואז משחק את עצמך לא קולט, ופה האדם עוד לא יודע כלום ומעדיף לא לדעת), במקום של פזיזות היא גם הייתה מטילה אחריות. ולכן פה יש מחלוקת בין השתיים- שתיהן מגיעות מנקודת מוצא שאומרות כי נכון שבקוסוי נאמרה ידיעה, אך בית המשפט יכול לסטות ולפרש את קוסוי בצורה אחרת. השופטות מנסות לפרש את הידיעה- בקוסוי נפסק על פי הנסיבות של קוסוי, שהיו נסיבות קיצוניות מה שהופך את ההכרעה להכרעה קלה- ברור היה שקוסוי אשם. כך למשל בנק צפון אמריקה זה מקרה כל כך מוקצן של הפרת חובת זהירות אך מה קורה במקרה הבא זה אל מובהק- לכן מאחר ולא כל המקרים כל כך מוקצנים, הן שואלות האם במקרה לא מוקצן בקביעת האחריות הן שואלות מה גבולות הגזרה?

בעוד שוילנר שמה את גבולות הגזרה על סובייקטיבי-אובייקטיבי, השופטת ברק ארז הולכת צעד אחד מרחיב ממנה על הטלת אחריות, כבר בפזיזות ביחס לנסיבות- גם אם לא ידעת בפועל אבל העדפת לא לדעת, אז היא הייתה מטילה אחריות. במקרה הז אין מחלוקת כי השופטת ברק ארז בשורה התחתונה אומרת שבנסיבות שלא הוכחו, אפילו אלמנט הפזיזות לא הכוח. בשורה התחתונה לא נמצא כמי שהפר את חובת ההגינות, ולא נמצא אשם.

השופט אלרון הולך בכיוון של וילנר ועוד לצמצם- השופטת ברק ארז לוקחת מוילנר ולהרחבה בעוד שאלרון לקוח מברק ארז לצמצום. מבחינתו לקרוא את קוסוי ולא לפרש מחדש- אם נאמר רק ידיעה אז נדרשת ידיעה, ולכן לא נשאל סובייקטיבי-אובייקטיבי ולא פזיזות, לא נרצה להרחיב בכלל אלא לצמצם את האחריות בשל שיקולים- זה יפגע ביכולת למכור מניות שליטה, יש חופש מאחר וזה הקניין של בעל השליטה, לא לפגוע בתכונת העבירות של הקניין וכו. יש כתיבה שלמה שמראה שמכירה של שליטה ושינוי השליטה- מכירה בין אדם לאדם והעברות, היכולת הקלה לרכוש שליטה ולא להטיל הגבלות, כמה שיותר זרימה חופשית של העסקאות, יהיה קל למי שירצה לרכוש שליטה אולי מצד אחד יש סיכונים אך מצד שני המון תועלת, כי זה אחד האמצעים הכי אפקטיביים לרסן התנהגות בלתי ראויה ומשתוללת של נושאי המשרה. אחת הדרכים לצמצם בעיית הנציג לפני חובות משפטיות, זה הידיעה של נושאי משרה כי אם הוא יעשה "בעיות" מחר יכול להגיע בעל בית חדש ויחליף את ההנהלה. יש הסתברות יותר גבוה שיבוא בעל בית חדש כאשר החברה בקרשים משום שאז המניות יותר זולות ולכן אומר השופט שבצדק צריך לווסת ולא להטיל מגבלות קשות מידי על יכולת רכישת שליטה, כי יצא שכרך מסיפור מכירה חובלת, מהפסד כללי בשוק של ריסון רכישות שליטה- זה לא טוב, אלא דווקא דינמיקה של עסקאות שליטה כאפקט מרתיע של נושאי משרה.

בשורה תחתונה, כל השופטים ואפילו השופטת המרחיבה ביותר מסכימים כי במקרה הזה אין להטיל אחריות, משום שהמפרק לא הרים את נטל ההוכחה להראות כי הנתבע הפר את חובת ההגינות.

יש לשים לב לעוד שתי נקודות שעולות מבחינת פרשנות:

1. האם הסיפור של מכירה חובלת, כנורמה וכבסיס אחריות של בעל שליטה, האם זה בסיס אחרות שמתעורר רק במקרה שהתוצאה היא שהחברה מגיעה להתמוטטות טוטאלית, או שמא גם אם נגרם לה נזק שלא עולה עד לכדי חדלות פירעון?

גם בקוסוי וגם בברדיצק שתי החברות נכנסו לחדלות פירעון, אבל עדיין עוסקים בשאלה הזאת בפס"ד. השופטת ברק ארז יודעת שמדובר באוביטר, אבל לשיטתה היות והשופטת וילנר גם מתייחסת לכך, היא לא הייתה תוחמת את הסיפור רק למקרים של חדלות פירעון אלא גם נזקים אחרים, שהם משמעותיים וחמורים אך לא נפילת החברה. גם נזק חמור פחות מפירוק יכול להוביל להפרת חובת ההגינות.

השופטת וילנר אומרת במפורש כי לתפיסתה מכירה חובלת זה אך ורק על תוצאה של חדלות פירעון ממש, נפילה מוחלטת של החברה.

השופט אלרון לא מתייחס לנקודה הזאת במפורש, אך כן ניתן להסיק מדבריו כי כמדיניות, הוא רוצה לצמצם ככל האפשר את האחריות של בעל מנות שליטה בגין מכירה חובלת. לא קשה לפרש מתוך שיקולי המדיניות שלו שהוא יסכים עם וילנר, ולא עם ברק ארז שבפעם השנייה היא מרחיבה יותר את האחריות. ברק ארז מרחיבה יותר ווילנר מצמצמת, ולכן אם המגמה הכללית שלו הוא צמצום אז גם אם הוא לא אמר במפורש הוא בדעת ברק ארז.

1. איך משפיע רכיב התנהגות הרוכש- האם לצורך הטלת האחריות, בעל מניות צריך להיות מודע לכך שהרוכש פעול בזדון כדי לפגוע בחברה, או גם אם הוא לא יודע זאת- גם אם הרוכש בשל התנהלות לא מתנהל הכי טוב והחברה תתמוטט, אך הוא מבין שהתוצאות האלה אמורות להגיע בהסתברות גבוהה אז גם יש בעיה של מכירה חובלת. כלומר האם נדרש אלמנט של זדון של הרוכש לצורך הטלת אחריות?

וילנר פונה לתוצאה, ולא נדרשת האם יש זדון של הרוכש או שלא.

השופטת ברק ארז מסכימה כי ככלל היא מרחיבה אחריות, אך דווקא מנקודה הזאת היא לא מרחיבה. ניתן לשער אם היא כלל מרחיבה אחריות אז היא תרחיב כמו השופטת וילנר.

השופט אלרון כן נוגע במפורש ואומר כי רק כשיש זדון, על רשלנות של הרוכש הוא לא מוכן להטיל אחריות, וכאן הוא שוב מצמצם אחריות.

1. האם יש להטיל על בעל מניות שליטה גם חובת זהירות?

נקודה אחרונה שגם היא אוביטר, היא הנקודה שמעלה השופטת וילנר וברק ארז מתייחסת אליה. השופטת וילנר מעלה דיון אגבי- האם מטילים על בעל מניות שליטה גם חובת זהירות (ולא רק אמונים)? וילנר לא עונה לתשובה בחיוב וגם לא בשלילה, היא מותירה פתח לפסיקה עתידית. גם השופטת ברק ארז בוחרת שלא לדון בכך ומשאירה את השאלה בצריך עיון- ניתן לפרש שברק ארז מסתכלת על חובת הזהירות בצורה יותר זהירה וסקפטית. לדעת האן, אין לפנות אל חובת הזהירות כשלא הוכחה הבעיה והכשל שאיתה היא מתמודדות, ואף המשפט הישראלי לא הספיק לפתח את חובת אמונים על בעלי מניות שליטה, ולכן אין לפנות בטרם עת לפיתוח חובת הזהירות.

בדיון האגבי הזה מתעורר גם דיון פילוסופי- השופטת וילנר אחרי הדיון האגבי שהיא מותירה בצריך עיון, אחרי הצריך עיון הכללי היא אומרת שכשהיא לוקחת את הצריך עיון ושואלת אילו הייתה מוטלת חובת זהירות- אילו היו מגיעים למסקנה כי יש להטיל חובת זהירות על בעל מניות שליטה, האם בהקשר הקונקרטי של מכירת מניות שליטה, היא הייתה מטילה באותו הקשר חובת זהירות? כלומר יש שאלה גדולה של הטלת חובת זהירות בכל הקשר שהוא (מכירה, מיזוג וכו), אך נניח שהיו מגיעים למסקנה כי ככלל ולא בקשרה מסוים, באופן תפיסתי מוטלת חובת זהירות על בעל מניות שליטה- האם היא הייתה מפעילה אותה קונקרטית על מכירת מניות שליטה. תשובתה שלילית, משום שחובת זהירות זה סטנדרט אובייקטיבי של סבירות, אך הרציו שלה בפס"ד הוא סובייקטיבי על ידיעת הנסיבות ואובייקטיבי על פרשנותן, אז היא לא יכולה להחיל בקונטקסט הזה את חובת הזהירות כי זה סותר מה שהיא קבעה לפני. אך לא רק זה, האמירה הכי חשובה שלה בפס"ד בשאלה למה היא מחילה סטנדרט סובייקטיבי ולא אובייקטיבי, משום שהיא לא רוצה להחליש מידי את הסטנדרט אותו וזאת מפני שבשונה מהפעלת שליטה בחברה והפעלת השפעת בעל המניות בחברה ואז יש חשש של התעשרות על חשבון אחרים- עשיית עושר (שזה מתקשר לחובת אמונים), אבל הסיפור של מכירת מניות שליטה זה לא התעשרות כמו החשש מפני נזק תוצאתי לחברה- שזה יותר תחום של דיני נזיקין, ולכן מכיוון שאין כל כך חריפות בהתנהלות, ולא בא לפגוע ולעשות עושר, לא נרצה לקחת את זה לנורמה שמרחיבה מידי את האחריות, ובשל כך אין להטיל חובת זהירות.

השופטת ברק ארז לא הבינה זאת, לטעמה אילו בכללי היו מחילים חובת זהירות אז בהקשר הזה, בשונה מוילנר, היו צריכים להטיל חובת זהירות. מבחינת הלוגיקה, אילו הייתה מוטלת חובת זהירות דווקא במכירה חובלת זה ההקשר שצריך להטיל בו חובת זהירות, בשונה מוילנר שתופסת כי יש להחיל בהקשרים אחרים. זה חוזר לאותה נקודה לפיה ברק החיל את חובת האמונים דווקא במכירה- משום שברגע הזה, ברגע המכירה מתנקז כלל בעיות הנציג. זאת הסיטואציה הכי חריפה, משום שבעל השליטה כבר לא נשאר בחברה, מה שקורה בחברה כבר לא יפגע בו בניגוד למצב בו הוא נמצא בחברה, ולכן בעיית הנציג חריפה במיוחד כשהוא בורח. וזה בדיוק מה שברק ארז אומרת, זה בסדר להטיל חובת זהירות אבל לא הגיוני להחיל בהקשרים אחרים ודווקא בהקשר הכי קריטי שהוא בורח אז לא- אז או שמחילים על הכל או שלא בכלל.

**לאחר חקיקת חוק החברות- חובת ההגינות**

זה התחיל בקוסוי (שברדיצב זה השלמה לקוסוי) אך התגלגל לחקיקת חוק החברות. כעבור שנים אחרי שנחקק חוק החברות ב1999, הוסיף המחוקק הוראה חקיקתית מפורשת (מה שלא היה קודם) וקבע בס' 193 לחוק חובה שמטלת על בעל מניות שליטה, ששמה חובת ההגינות. החובה היא כלפי החברה, כפי שנושא המשרה חב את חובותיו כלפי החברה, כך בעל מניות השליטה. אז מתעורר פולמוס שלם האם חובת ההגינות שקבע המחוקק, האם היא שווה מבחינת רמתה הנורמטיבית ומקבילה לחובת האמונים של קוסוי?, או בכך שהמחוקק שינה את המונח בחובת אמונים לחובת הגינות, זה משקף רמת התנהגות אחרת? אולי קלה יותר.

נושא משרה צריך לדאוג לחברה ולא לחשוב על עצמו, האינטרס האישי שלו לא אמור להשתרבב לסיפור, אך בעל מניות שליטה הוא דואג לעצמו, המניות הן רכושו- אגד זכויות כלפי החברה, זכויות שיש בהן אינטרס כלכלי ולא נדרש להתנער מזכויותיו ולחשוב רק על מה שטוב לחברה. לגיטימי מבחינתו לחשוב מה טוב לו- ולכן הוא קנה את המניות. יש צורך לאזן מכך שמצד אחד יש לו יכולת השפעה ויכולת לכוון את פעילות החברה שמשפיע גם על גורלם של אחרים (וזאת בעיית נציג פוטנציאלית), ומצד שני לכבד את האינטרס האישי שלו כבעל רכוש, קניין ובעל זכויות.

בחלוקה הנורמטיבית, יש נורמות התנהגות שונות:

1. חובת תום לב- אדם לאדם אדם, מותר לשקול שיקולים אישיים אך תהיה בן אדם ותגלה פרטים חשובים.
2. חובת אמונים לנושא משרה- אדם לאדם מלאך, היעדר שיקולים אישיים ורק התייחסות לאינטרס וטובת החברה.
3. חובת הגינות לבעלי שליטה- בין חובת האמונים לחובת תום הלב, באים ומעגנים החוק החברות חובת הגינות של בעל מניות שליטה כלפי החברה שזה פחות מחובת האמונים של נושא המשרה, שכן מותר לבעלי מניות השליטה לשקול אינטרסים ושיקולים אישיים (אך לא בלבד).

האן לא משוכנע שההבחנה הזאת נדרשת- לצורך כך נבחן מהי חובת ההגינות ואז נשאל מה ההבדל.

ס' 193- חובת הגינות על בעל מניות השליטה

בס' 193 מוטלת חובת הגינות על בעל מניות שליטה, אך השאלה שמתעוררת היא מתי ובאילו הקשרים החובה תוחל? אלא שהמחוקק לא קבע, לכאורה היינו חושבות שהמחוקק יקח את ההלכה הפסוקה ויתרגם אותה לשפת החקיקה- יעגן אותה כתובים בחקיקה, לא במובן של המינוח- האם אמונים או הגינות, אלא במובן שבית המשפט העליון צמצם את החובה רק להקשר של מכירת המניות על ידי בעל מניות השליטה, אך המחוקק לא צמצם. המחוקק החיל את חובת ההגינות ככלל, ללא הקשרים קונקרטיים. בעצם, המחוקק בס' 193 מרחיב את הדוקטרינה של חובת ההגינות. אילו זה היה רק בהקשר של מכירה, המחוקק היה אומר זאת ברחל בתך הקטנה, כי זה כבר נאמר מפורשות על ידי בית המשפט העליון, ואכן הס' הקטן הבא יוכיח כי המחוקק מחיל חובת הגינות בנסיבות שהוא יודע שהחלטתו תכריע, משמע שבנסיבות אחרות לא. כשהמחוקק רוצה לתחום הוא יודע לעשות זאת, אך במקרה הזה הוא לא עשה זאת- מה שמוכיח לנו כי המחוקק לא צמצם את חובת ההגינות להקשר אחד.

**קיפוח בעלי מניות**

כפי שצוין לעיל, סעיף 193 המטיל חובת הגינות על בעל שליטה כלפי החברה, לא מגביל את החובה לפעולת המכירה. המחוקק הבין שייתכנו מצבים אחרים בהם מתעוררת בעייתיות, וזאת יש לבחון בהתבסס על הנסיבות של כל מקרה ומקרה- דוגמא לכך היא קיפוח בעלי מניות.

אנחנו נכנסות לסיטואציות אפילו די רווחות, שבהן בעל מניות שליטה עלול לבצע ולהוביל מהלכים פוגעניים- חובלים בחברה גם כשבעל המניות נשאר בחברה ולא בורח ממנה על ידי מכירת המניות. אך איזה היגיון יש לבעל המניות שפוגע בחברה בזמן שהוא שולט בה? שהרי פגיעה בחברה שווה פגיעה בהשקעתו ומכאן שפגיעה בו. בעל המניות נשאר ונמצא בחברה כבעל מניות שליטה אך עדיין מבצע מהלך נקודתי מסוים שפוגע בחברה.

פס"ד בכר נ' ת.מ.מ

רקע עובדתי– תמ"מ היא חברת בת של תש"ת. בעלי המניות בתמ"מ הם תש"ת ובכר. היה הסכם ניהול בין תש"ת לתמ"מ לפיו תש"ת נותנת שירותי ניהול לתמ"מ ומקבלת על כך בתמורה סכום כספי, זה בעצם הסכם בין חברה לבין בעלת המניות שלה. טענתו של בכר הייתה כי בהסכם הניהול תמ"מ משלמת יותר מידי- כלומר התמורה לא משקפת את השווי הריאלי של השירות, את אותם שירותי ניהול יכלו לקבל במחיר זול יותר, זו תמורה גבוהה מידי. מכאן שהערך של החברה נפגע- היא הייתה יכולה לחסוך כסף ולהשאיר אצלה, במקום כסף מופסד, ההפסד הזה בסופו של דבר פוגע במניות החברה. בכר טען שהוא מקופח מאחר שהסכום לא פרופורציונאלי. כלומר יכול להיות שבעלי מניות שליטה לעיתים יובילו מהלך (היא לא עוזבת את תמ"מ, אך תוך כדי שהיא יושבת שם בלי מכירה לאדם אחר, היא מקבלת מתמ"מ תמורה עודפת שזה פוגע בתמ"מ ובבעלי מניותיה). מאחר ותמ"מ משלמת יותר מדי יחסית לתוכן הכלכלי שהיא מקבלת, היא בעצם מפסידה בהסכם ההתקשרות הזה, הסכם ההתקשרות עם תש"ת מוביל לשחיקת ערכה הכלכלי של תמ"מ. יש לציין שככל שתנאי העסקה יותר מוגזמים, כך החברה שמשלמים לה מרוויחה יותר.

מהצד השני ניתן לטעון כי מעצם זה שהיא בעלת המניות, אז הסכם הניהול עם התמורה "המוגזמת" הוא הגיוני, אולי אתה טוען שהתמורה מוגזמת, אך התמורה לחלוטין הולמת את שירותי הניהול. שהרי למה שהם ייקחו תמורה עודפת? אם זה בסופו של דבר פוגע בתמ"מ וגורמים לה נזק, מה שפוגע בחברת תש"ת עצמה. הם לא יעשו זאת אלא אם זה הגיוני. מכיוון שלתש"ת יש הכי הרבה מה להפסיד, מאחר שרוב המניות בידיה (70%), אז היא לא הייתה עושה את זה אם זה גורם לבעלי המניות נזק כי היא הראשונה שתפגע. היא עשתה זאת משום שהיא באמת סבורה כי הסכום שמשלמים לשירותי הניהול הוא הגון לחלוטין.

מכיוון שיש יכולת לבעל מניות שליטה להשפיע על מהלך העניינים, אז אם יש לו יכולת להשפיע גם אם לא במישרין, כאשר יש לו את היכולת הזאת, וליכולת הזאת יש נסיבות מסוימות (האינטרס הכלכלי הגדול של החברה) כמו שיש לבעל השליטה אינטרס כלכלי בצד השני, והוא גדול יותר משל חברת הבת זה יכול להעיב ולמשוך את העסקה לתנאים שאינם טובים לחברה. מתברר שלא רק בהקשר של מכירת מניות אלא גם שאתה נמצא בחברה ולא מתכוון לעזוב, גם בשלב שליטת החברה יש מקרים שבהם בעל השליטה יכול למשוך את החבה למקום שטוב לו אך לא טוב לחברה. כמו בבכר, מצב בו שהחברה משלמת כמה שיותר- ככל שהיא משלמת יותר כך הוא מרוויח יותר, לעומת זאת חברת הבת לא שואפת שלם מחיר מוגזם אלא מחיר ראוי. לכן יש פה ציר התנגשות בין טובתו האישית לטובת החברה- כמענה לחשש שזה יפגע בחברה, מטיל עליו חוק החברות את חובת ההגינות. להטיל חובת הגינות על בעל מניות שליטה כדי לווסת את יכולת קבלת ההחלטות בחברה בנסיבות שבהן מתעורר חשש שהוא יפעיל את כוחו שלא לטובת החברה. ברוב המקרים בעל המניות יפעל לטובת החברה כי יש לו אינטרס אמיתי וחזק שהחברה תצליח, אך זה עד שהוא מגיע לחיבור נוגד, התקשרות בה יש לו אינטרסים בצד השני הגדולים יותר בעוצמתם, אז יש בעיה שעליה צריך מענה- שזו חובת ההגינות.

לבסוף, ביהמ"ש מקבל את התביעה של בכר. ביהמ"ש קובע שבכר צריך, בתור תובע, להרים נטל ראשוני ולהראות שיש כאן אלמנט מקפח. לאחר שהוא יבסס את זה, יעבור נטל השכנוע אל הנתבעים לשכנע שתנאי העסקה היו בסדר. למרות שמדובר בחובת ההגינות, בית המשפט מדבר בלשון קיפוח. חשוב לציין כי עוד אין את המונח של חובת הגינות כי החוק חוקק רק ב1999. בית המשפט מדבר על קיפוח מס' 191 המדבר על קיפוח של בעלי מניות והסעד בשל הקיפוח, בעוד ש193 מדבר על חובת הגינות. ולכן נשאל האם בכר זה קיפוח או חובת הגינות? למרות שיש דמיון בין המונחים זה לא אותו דבר, במיוחד שהמחוקק התכוון והשתמש בשני מונחים שונים.

פס"ד גליקמן נ' ברקאי

רקע עובדתי– חברה שהתחילה מדור ראשון של משפחה, וככל שעובר הזמן והחברה מצליחה נכנס הדור השני לחברה. הקשרים הם כבר פחות חזקים מאשר היו בדור המייסד, וההסכמות פחות חלקות מאשר בעבר ואז מתחילים חילוקי דעות שמובילים למהלכים כאלה ואחרים. זה הרקע של התנהלות החברה. ברקאי הייתה בת הדודה של היתר אך התרחקה מהאחרים. אבל היה מהלך בחברה שברקאי באה בטענה שהמהלך הזה גרם לה לעוול. החברה ביקשה לגייס עוד כסף וגיוס הכסף נעשה בדרך של פנייה של החברה אל בעלי המניות הקיימים להשקיע עוד כסף ולא אל דמויות חדשות. בחברה פרטית מקובל בצורה פרקטית שתקנונים של חברות פרטיות רבות, קובעים כל מיני הסדרים שנועדו להתייחס לבעלי המניות הקיימים ואל מקומם בחברה. למשל- אם וכאשר החברה תרצה לגייס עוד מניות, המשמעות היא דילול זכויות ההצבעה ונושא ההיכרות. אם בעבר יש דור ראשון, פה לא נרצה שיגיע שחקן חדש שהמשפחה לא מכירה ולכן מאוד מקובל בתקנונים של חברות פרטיות שיעוגן בתקנון שאם החברה רוצה לגייס עוד בעלי מניות, עליה לפנות תחילה לבעלי המניות הקיימים ולהשקיע עוד כסף, ורק אם לא ירצו להציע לבעלי מניות חדשים= זכות קדימה\ סירוב ראשוני. על פניו המהלך בסיפור של גליקמן דומה- החברה מבקשת לגייס עוד כסף בדרך של הנפקת מניות חדשות, ולכן היא פונה אל בעלי המניות הקיימים ומזמינה אותם להשקיע עוד כסף בחברה כנגד קבלת מניות חדשות. יש לזכור כי כשחברה מבקשת להנפיק מניות חדשות, היא לא יכולה לחייב את בעלי המניות הקיימים- אין בכוחו של הרוב לחייב בעל מניות בודד להשקיע כסף נוסף. החברה על פניו עושה זאת בצורה ראויה ולא פונה באופן סלקטיבי- פונה לחלק מבעלי המניות, אלא פונה באופן שוויוני לכלל בעלי המניות. היא פונה לכולם ובמקביל, ומציעה להשקיע כסף באופן פרופורציונלי. מהצד השני בעל המניות לא יכול למנוע מהחברה לגייס כסף. המעניין הוא שכמעט כולם מסכימים להשקיע בתמורה למניות חדשות, ורק ברקאי מסרבת, ולא רק מסרבת אלא תובעת את החברה. ברקאי טוענת לקיפוח ומכאן עולה השאלה למה ברקאי טוענת לקיפוח אם אפשרו לה לקנות מניות?

ניתן לטעון שטענת הקיפוח לא תלויה במחיר המניה, ועצם הנפקת המניות פוגעת בברקאי. מאחר שהחברה לא מחלקת דיבידנדים אין לברקאי אופציה טובה. אם היא לא תקנה מניות חלקה ידולל ביחס לאחרים, ואם היא כן תקנה מניות זה יהיה בזבוז כסף הואיל והיא לא תקבל אותו בחזרה. בחברה פרטית ברקאי די "תקועה", נניח שהיא לא מרוצה מההחלטה וגם לא מסתדרת עם האחרים, אז בחברה פרטית אין לה מוצא פשוט. שהרי במקרה פשוט אפשר למכור את המניות, לקבל את הכסף ולעזוב. אך בחברה פרטית, במיוחד שיש זכות קדימה, השוק הפוטנציאלי לממש את המניות ולמכור אותן הוא גם מוגבל, משום שזכות הקדימה פונה גם לצדדים אחרים ולא רק אלייך- שהרי היא תצטרך קודם להציע לשאר בעלי המניות את החלק שלה. יש רכיב נוסף לטענה של ברקאי הוא עצם המחיר המוזל כשלעצמו. החברה הציעה לבעלי המניות לקנות מניות חדשות, היא דורשת מהם תשלום מוזל, לא את הערך הריאלי והשווי הכלכלי כפי שהוא מוערך, שבאינטואיציה הראשונית אם הוצע משהו בזול איך זה לא טוב? אך לפי ההיגיון הכלכלי הנפקה בזול מובילה לירידה של שווי המניות המקוריות. מי שרוכש מניות חדשות מרוויח מאחר שהוא רוכש מניה בזול ומקבל מניה ששוויה שווה למניה שעלתה יותר. הנפקה בזול היא למעשה העברת עושר מכיסיהם של בעלי המניות הקיימים לכיסיהם של בעלי המניות החדשים. יש בעצם העברת שווי- לקחו מברקאי ונתנו לאחרים, כי הנפקת מניות בזול- מכיוון שכל המניות שוות אז אתה בעצם מפזר אחרי זה את השווי הכלכלי על כולם, על אלו שהיו שם בשווי של 100 ואלו בשווי של 50. יש להם את כל ה150 שלהם ועוד משהו, כלומר לכולם בעצם נגרע אך קיבלו בחזרה עם ההשקעה, אך שברקאי שלא קנתה היא נשארה עם פחות. נניח שהחברה הייתה מנפיקה ומציעה מניות חדשות וגובה לפי השווי הכלכלי של המניות הקיימות, שום דבר לא משתנה, זה לא ישבש את השווי של המניות הקיימות. אך אם ננפיק את המניות החדשות במחיר מוזל, בעצם זה משפר את אלו שקונים במחיר המוזל אך פוגע בקיימים, כי הערך פר מניה יהיה בסך הכל נמוך יותר. ואז מי שיקנה עוד מניה זה יתאזן לו- כי אולי המניה הקיימת שלו נפגעה בערכה אך הוא קיבל במקום מניה בזול- מוסיפים לו ערך על זה כי זה מתפזר בשווה בין כולם. אבל מי שנשאר רק עם המניה הקיימת הוא נפגע. כלומר לא רק שזכות ההצבעה שלה נפגעת אלא השווי הכלכלי של מניותיה.

טענת הנגד היא שניתנה לברקאי הזדמנות לקנות את המניות, זה היה שוויוני כלפי כולם אך היא בחרה שלא להשתתף. ברקאי עונה כנגד זה כי יכול להיות שבנסיבות אחרות שהן יותר תקינות זה מהלך לגיטימי, אך כאן הנסיבות הן לרעתה. כי בעצם העמידו אותה בפני ברירה בין שתי רעות, ואין לה אופציה טובה- אם היא לא קונה מניות ערך המניה שלה ישחק, ואם היא כן קונה כדי לשמור על ערך המניה, היא צריכה להוציא כסף ללא תמורה. ההיגיון להשקיע עוד כסף בחברה זה כדי שהיא תתחזק וניתן יהיה להניב מזה פירות, אף ברקאי רואה שכבר שנים רבות החברה רווחית והיא לא מחלקת דיבידנדים. נכון שאין לה זכות משפטית לקבל דיבידנדים, אך כשהיא שנים לא רואה דיבידנד ועכשיו מבקשים ממנה עוד כסף איזה היגיון כלכלי יש בזה? למה לשלם עוד כשהיא לעולם לא ראתה מזה רווחים, בעוד ששאר בעלי המניות מקבלים רווחים מזה שהם עובדים בחברה ומגלמים את הדיבידנד בשכר. אז למה שהיא תשים עוד כסף כדי ששאר בעלי המניות ימשיכו לגזור רווחים, אך אם היא לא תשקיע אז היא תפגע. כל בחירה שלה לא טובה לנוכח התנהלות לא שוויונית.

בית המשפט העליון מקבל את טענת ברקאי בכך ששילוב הנסיבות הזה היא פגיעה בה משום שהם מרוויחים על חשבונה, ולכן צעד כזה הוא מקפח את ברקאי. בית המשפט רואה בזה כקיפוח המיעוט, וזה עוד לפני חקיקת חוק החברות. היום, זה מעוגן בס' 191 בחוק. הסעד שיכול להינתן הוא צו מניעה של הפעולה, אך אם הפעולה כבר קרתה אז הסעד יכול להיות של פיצוי כספי.

היחס וההבדל בין ת.מ.מ לגליקמן

בשני המקרים הטענה הייתה קיפוח. בגליקמן נקבע שישנו קיפוח וכך גם בת.מ.מ, אך זה לא מדויק מבחינה משפטית. הסיפור של גליקמן הוא אכן קיפוח (ס' 191) אך הסיפור של ת.מ.מ הוא חובת הגינות (ס' 193). ההבדל הוא שבגליקמן לא הייתה פגיעה בחברה עצמה (ערך החברה עלה) בעוד שבת.מ.מ החברה שילמה יותר ממה שהיא הייתה צריכה לשלם.   
בגליקמן החברה מרוויחה כסף ואין מקום שרכוש החברה נפגע, אלא הפוך- יש תהליך שהחברה צוברת עוד כסף באופן לא פרופורציונלי ובאופן שבו בעל מניות אחד נפגע והאחרים לא- יש פה פגיעה בין בעלי המניות לעצמם, ביחס הפנימי ביניהם, אך החברה עצמו לא נפגעת. בהנפקת מניות קשה לדבר במובנים של פגיעה בחברה אלא ניתן רק לדבר על פגיעה בבעל המניות עצמו וביחסים שבינו לבין בעלי מניות אחרים. חובת הגינות זו חובת הגינות של בעל השליטה כלפי החברה ולא כלפי בעל המניות. ברור שבעקיפין יש פגיעה בבעלי המניות, אך במובן המשפטי הישיר- כל שקל שתמ"מ משלמת מיותר לתש"ת, תש"ת נהנית מזה. אך במישרין מי שנפגע זה תמ"מ שמשלמת שקל מיותר, הערך שלה נפגע ונשאר לה פחות רכוש. הפגיעה המשפטית הישירה היא בתמ"מ והעקיפה בבעליה מניות האחרים. מאחר והפגיעה היא בחברה, אז חובת ההגינות מופנית כלפיה על מנת להגן על החברה. ברור שבמקום שמפצים את החברה, אז בעקיפין מפוצים גם שאר בעלי המניות.

דוק: במקום שהחברה עצמה נפגעת- זו חובת הגינות, ובמקרים של פגיעה בבעלי המניות- קיפוח.

**מהו הסעד?**

מה יהיה הסעד כאשר הופרה חובת הגינות? **הסעד מצוי בס' 193 לחוק**- על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה. זה דומה לסעדים שניתן לקבל על הפרת חובת אמונים של נושא משרה (כולל עשיית עושר).

**חזרה למדרג הנורמטיבי**

נחזור למדרג הנורמטיבי:

1. תום לב
2. חובת אמונים
3. חובת הגינות

חובת ההגינות זה בעצם חובת האמונים. נכון שבעל מניות שליטה רשאי לשקול את האינטרסים הפרטיים שלו, הוא בעל זכויות, אך כל עוד אין פגיעה באחרים. הוא יכול להפעיל כל אינטרס כל עוד אין פגיעה באחרים. וכשיש פגיעה באחרים, אין הוא יכול לחשוב רק על עצמו, אלא לחשוב על טובת החברה במקום. במקרה כזה, טובת החברה תופסת את מקומה כשיקול מרכזי. זה לא שונה רעיונית מחובת האמונים. ברגע שיש ממשק עם הרבים, החירות המוחלטת והזכויות המוחלטות נפגשות עם זכויות אחרות, ולכן האבסולוטיות נמחקת.

דמיון נוסף בין חובת ההגינות לאמונים הוא בשאלה מה הסעד על הפרת חובת ההגינות. על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, שזה בעצם הסעד על הפרת חובת אמונים של נושא משרה. זו המחשה שאין באמת הבדל בין חובת האמונים לחובת ההגינות מבחינה מעשית.

**ס' 275- עסקאות חריגות בחברה ציבורית**

עוד המחשה מובהקת הוא ס' 275 לחוק. בחברות ציבוריות זה הסעיף החד משמעי הכי חשוב והכי פרקטי מבחינה יישומית. ס' 275 ממוקם בפרק עסקאות עם בעלי עניין, שנחשפנו אליו בבעיית ניגוד העניינים עם נושאי משרה. הדרך להגיע לס' 275 היא דרך ס' 270(4). יש פה הצלבה בין הס'. נזכיר כי ס' 270 הוא אותו ס' בעסקאות עם בעלי עניין שאומר כי עסקאות הנתונות בס' זה טעונות אישר כקבוע בפרק זה- בס' האופרטיביים בהמשך הפרק. הוא מצרף רשימה של מקרים שכאשר הם מתרחשים, דרך האישור הנדרשת עבורם נמצאת בס' בהמשך. ס' 270-273 כבר דיברנו וכעת נחשף לב275.

275(ד) מדבר על עסקאות חריגות בחברה ציבורית. חשוב לציין שעד כה לא הבחנו את המקרים לפי סוג החברה- פרטית או ציבורית. כשדיברנו על עסקאות עם בעלי עסקה זה היה בנוגע לכל חברה. אך כעת מדבר המחוקק על עסקה ציבורית בין בעל השליטה בה או לאדם אחר שבעל השליטה יש עניין אישי בעסקה איתו.

מיהו בעל השליטה?

דוגמא- לצורך נוחיות העניין נצא מנקודת הנחה שעסקת המכר היא עסקה חריגה בחברה ציבורית. הצד השני לעסקה זה לא עם בעל שליטה אלא עם חברה אחרת, אך לבעל השליטה יש עניין אישי עם אותה חברה ולכן זה נופל לגדר ס' 270(ד), ואז זה טעון אישור הקבוע בפרק זה, וזה מוביל ל275(ד). האופן שבו נדרש לאשר עסקאות מן הקטגוריה של 270- אופן האישור מופיע ב275. אך יש לזכור שצריך לעבור עוד משהו בדרך- ס' 269 שחל על כל הפרק, קודם כל צריך להיות גילוי של הצד האישי, שהפעם זה מצד בעל השליטה. אך קודם יש לבחון מי הוא בעל שליטה, ולזה ההגדרה בניירות ערך, היכולת לכוון את פעילות החברה. יחד עם זאת, בעסקאות בעלי עניין יש את ס' 268 שקובע מי הוא בעל השליטה.

מה קורה אם בעל מניות מחזיק ב20%, האם הוא בעל שליטה?   
ס' זה קובע כי *"בעל השליטה כמשמעותה בסעיף 1, לרבות מי שמחזיק בעשרים וחמישה אחוזים או יותר מזכויות ההצבעה באסיפה הכללית של החברה אם אין אדם אחר המחזיק בלמעלה מחמישים אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה;"* כלומר, בעל השליטה יחשב או לפי ס' 1- כמכוון פעילות החברה, או לפי ס' 268- בעל עשרים וחמישה אחוזים או יותר מזכויות ההצבעה, אם אין בעל שליטה המחזיק ב50%. ס'' 268 לא בא לגרוע מההגדרה אלא להוסיף עליה- ולכן גם ההגדרה הכללית רלוונטית, וגם המספר הכמותי המוגדר- 25% ואם אף אחד אחר לא מחזיק ב50%. לכן בעל השליטה לא יכול לטעון שהוא איננו בעל שליטה, לצורך הפרק הזה, אם יש לו למעלה מ25% ומעלה. אך המבחן הכמותי לא שולל מהצד השני שאם בעל המניות מחזיק מתחת ל25% אחוזים אך מצליח בפועל לכוון את פעילות החברה, שהוא יחשב כבעל שליטה. גם המבחן הכמותי וגם המספרי יהיו תקפים לצורך הפרק של עסקאות עם בעלי עניין. חשוב לציין כי לצורך הפרק הזה יכול להיות שיהיו בחברה ציבורית שני בעל שליטה.

תהליך האישור

נחזור לדוגמא- העסקה צריכה לעבור בחברה אישור, גילוי של העניין לפי 269, וב275 נקבעת דרך האישור. פה יש שלוש רמות- ועדת הביקורת, דירקטוריון ואספה כללית. אישור העסקה באספה הכללית צריך לקבל אישור של רוב מקרב כלל המניות המשתתפות בהצבעה ושאינן בעלי עניין אישי בעסקה. יש פה מנגנון הצבעה חדש שלא הכרנו, ומבחינה מהותית הוא בעצם מדיר את בעל העניין האישי, ולא הוא יכריע את אישור העסקה. ברור שבעל העניין האישי יאשר את העסקה ולכן צריך לפנות לבעלי המניות האחרים שלא נגועים בעניין האישי ולשמוע את דעתם. שהרי אם לא היה את הס' ודרך האישור, בעל השליטה שהיה נוכח באספה הכללית פשוט היה מרים את ידו ובעצם כך העסקה מאושרת- הוא מטה את הכף לגמרי, ולא ברור האם הוא יצביע לפי מה שטוב לחברה ולא לענייננו האישי. אז אם לא היינו מייצרות את המנגנון של 275, לבעל השליטה היה כוח וטו. יש לזכור כי ההחלטה מופנית לבעלי המניות משום שהם מנווטים את החברה ומקבלים את ההחלטות באופן אופטימלי- בשל האינטרס האישי שלהם שהחברה תשגשג. המניעים והשיקולים שלהם בקבלת החלטות בחברה, הם לטובת החברה.

חובת הגינות בהיעדר מנגנון מיוחד

אך מתעוררת השאלה למה זה רק לחברה ציבורית? המחוקק נתן את דעתו לנגישות של בעלי מניות בחברה ציבורית, כי אלו בעלי מניות מאוד קטנים. המחוקק נכנס מתוך הרצון להביא לפגיעה יותר חלשה, ולכן הוא נותן מענה לבעלי המניות האחרים בנוגע לכוח של בעל השליטה שיכול להטות את הכף, ולכן הם מקבלים את כוח ההכרעה. זו הגנה מאוד חזקה שלא נמצאת בחברה פרטית- שם אין מנגנון אישור מיוחד באספה הכללית. בחברה פרטית מנגנון האישור הוא רגיל, ורק בקרב הדירקטוריון בעל העניין האישי יודר מהאישור. הפתרון לחשש שבחברה פרטית בעל מניות השליטה יטה את הכף ללא ההגנה המיוחדת, הוא חובת הגינות- בכר נ' תמם. אין מנגנון מיוחד לבעל מניות שליטה באספה הכללית, זו הצבעה רגילה והוא לא יוצא החוצה. הענה הוא ביקורת שיפוטית וקבלת סעד על כך. כשמדובר בחברה ציבורית אז יש את מנגנון ההתמודדות שקובע ס' 275. בכל מקום שיש מנגנון התמודדות, וזה נכון גם לנושאי המשרה, כפי שקבע המחוקק להליכי אישור הנצרכים מראש, מספר הטענות שלאחר המעשה הוא נמוך מאוד, כי עיקר הבקרה האם יש הם משהו פוגעני בחברה או לא, עקר הבקרה היה מראש, אז כבר לא צריך את המטריה של בית המשפט לשמור עליהם, משום שהם יכולים לשמור על עצמם. אך במקום שלא נתנו להם את הכוח הזה כמו התמודדות עם בעל לשיטה בעניין אישי בחברה פרטית, היחיד שיכול לעזור זה בית המשפט- אם זה על ידי צו מניעה מראש ואם זה סעד לאחר המעשה. המנגנון המיוחד זה תחליף לצורך בהפעלת חובת ההגינות, ולכן התדיינויות משפטיות בחובת הגינות נמצא יותר בחברה פרטית מאשר חברה ציבורית. נמצא התנצחויות האם היה צריך את ס' 275 או לא, כמו פס"ד אייזנברג, אך לא אחרי שנעשה האירוע.

כשלמדנו פרק עסקאות עם בעלי עניין ביחס לנושאי משרה אמרנו שזה מנגנון מקביל בהתמודדות עם בעיית הנציג שמנגנון נוסף הוא חובת אמונים. חובות משפטיות זה מנגנון התמודדות, שעיקר ההתמודדות היא בדיעבד, באמצעות ביקורת שיפוטית. הפרת חובת אמונים תתברר בבית המשפט. לחלופין יש מנגנוני בקרה שבאים לפני קבלת ההחלטה ונועדו לנטרל לפני התרחשות התקלה ונטרול עניין אישי, על ידי שחקנים פעילים בחברה ולא על ידי בית המשפט. ס' 275 הוא דומה לנושאי המשרה אך הוא חל באספה הכללית שם יש את הכוח לבעל השליטה באספה הכללית. זו הוכחה לכך שהמחוקק רואה את אותה הבעיה- של בעיית נציג- אינטרסים ובעל כוח עלול לפגוע בעקבות העניין האישי. שתי הדרכים להתמודד עם זה- 1. חובות משפטיות, 2. בקרה מראש, הבקרה מראש מקבילה לפי עוצמתו של בעל העניין- אם זה דירקטורים אז בדירקטוריון ואם זה בעל שליטה אז באספה הכללית. הדברים מחוברים וקשורים- חובת האמונים וחובת ההגינות- פעם במופע של נשא משרה ופעם במופע של בעל שליטה.

בעל שליטה שגם נושא משרה

הרבה פעמים בעל מניות השליטה הוא גם נושא משרה, זה לא תמיד אך קורה. למשל ורניקוב נ' אלוביץ- פס"ד שעוסק בשאול אלוביץ ומעמדו בחברת בזק שהיה בעל מניות השליטה אך גם נושא משרה-דירקטוריון. אם באותה שעה הייתה עסקה של בזק בה לשאול אלוביץ יש עניין אישי, יחולו לגבי אשור העסקה ולגבי כניסתה לתוקף, כללים החלים על אישור עסקה שלנושא משרה יש עניין אישי וגם כללים החלים על בעל השליטה שיש בה עניין אישי- כלומר זה מצטבר. הוא יצטרך לצאת גם מהדירקטוריון וגם מהאספה הכללית. אך אם לעומת זאת מדובר בעל מניות שליטה שלא משמש כנושא משרה, הוא לא יצטרך לצאת מהדירקטוריון כי הוא מלכתחילה לא משמש כדירקטור, ולכן כל הסיפור איתו זה באספה הכללית.

דוגמא- נניח לצורך העניין שחברה אחת שווה מאה מיליון, ואז נאמר שגם היא חברה ציבורית, ולכן יש את בעל מניות השליטה שמחזיק בשתי חברות ציבוריות, ולכן האם בהליך האישור הוא יצטרך לעבור את המנגנון המיוחד של 275- ועדת ביקורת, דירקטוריון, אספה כללית בכל חברה מאחר ויש לו עניין אישי בעסקה. נכון שהוא בעל שליטה בכל אחת אך האם בכל אחת מהחברות יש לו עניין אישי באישור העסקה? לא. בחברה שהוא מחזיק יותר מניות אין לו עניין אישי, אך בחברה שהוא מחזיק פחות יש לו. במקום שהוא מחזיק יותר ליבו שם בחברה והוא מעוניין שהוא יפיק הכל, שם אין בעיית נציג, ולכן לא צריך את 275. הטענה הזאת הולמת עם העמדה של השופטת רונן בפס"ד צמיחה. אם מישהו יבקש חוות דעת משפטית בנסיבות האלה, אין בעיית נציג בחברה עם היותר מניות. יש מקום לחצות ביניהם באספה הכללית כאשר האינטרסים שונים ולא חושב על החברה הזאת, ולכן במקרה בו הוא מחזיק ביותר מניות בחברה הלב שלו עם שאר האספה הכללית וחושב על טובת החברה, בניגוד לחברה השנייה. אז נכון שהוא בעל שליטה, אך אין לו עניין אישי. שכן, בשביל להגיע ל275 הוא צריך שני אלמנטים: 1. האם הוא בעל שליטה 2. האם יש לו עניין אישי באישור העסקה?   
זה כמעט בניגוד לאינטואיציה האומרת שהכי נפחד מבעל מניות שליטה ככל שיש לו כוח יותר גדול ויש לו נתח יותר גדול, אך זה לא מדויק. שי לו יותר כוח אך יש לו פחות תמרץ לפגוע בחברה- שכן הוא יפסיד את השקעתו. בעיית הנציג דווקא הולכת ומחריפה יותר כאשר יש לבעל השליטה פחות מניות. כל עוד לבעל המניות יש לו יכולת לכוון את פעילות החברה, עוצמת בעיית הנציג הולכת וגדלה כאשר שיעור ההחזקה במניות הולך וקטן.

אישור העסקה (מנוי פלח)

ברגע שהגדרנו בעל שליטה, בהנחה שיש עסקה שיש לו בה עניין אישי, צריך לעבור אישורים הקבועים בפרק זה.

* גילוי – דבר ראשון שצריך הוא גילוי (ס' 269), בעל העניין האישי צריך לגלות את העניין האישי שלו. ס' 283 קובע שמי שלא גילה את עניינו האישי הפר את חובת ההגינות שלו.
* הדרה – שלבי האישור הם ועדת ביקורת, דירקטוריון, אספה כללית. כבר נפגשנו במנגנון של שלוש רמות אישור בעסקה של נושא משרה שהוא דירקטור לגבי תנאי העסקה שלו (ס' 273). במקרה של בעל שליטה יש חידוש בס' 275 בדרגה של האספה הכללית. יש לכך שתי חלופות:

1. צריך שבקולות הרוב לא יכללו בעלי העניין האישי באישור העסקה. כלומר, יש דרישת רוב ממי שאינם בעלי עניין אישי בעסקה (נמנעים לא נחשבים). המחוקק למעשה מבקש להדיר את הקולות של בעלי השליטה להם עניין אישי באישור העסקה. הסעיף מנסה להתמודד עם מצב של משחק מכור, בו בעל השליטה מאשר לעצמו את העסקה בה יש לו עניין אישי. ברור שאי אפשר להסתפק ברוב כפשוטו באספה הכללית כי בעל השליטה לבדו יוביל את המהלך לאשר את מה שיש לו נגיעה אישית לגביו.
2. אם כלל המתנגדים מהווים פחות מ-2% מכלל מניות החברה העסקה מאושרת. זה נחשב זוטי דברים ולכן לא צריך להתחשב בהתנגדות הזו.

במקור, כשנחקק חוק החברות, ס' 275 קבע שע"מ לאשר עסקה צריך לראות שבקרב בעלי המניות ה"נקיים" שליש הצביע בעד. אם שליש הצביע בעד העסקה מאושרת. עולה השאלה למה קבעו שליש. זו הייתה פשרה פוליטית של אותה העת, ומבחינת הלוגיקה אין בכך היגיון (מאחר שהרוב שהם שני שליש יהיו נגד). באיזשהו שלב הבינו שזה לא הגיוני, ובתיקון 16 לחוק החברות קבעו שבמקום שליש נדרש רוב.

האם אפשר לאשר את העסקה החריגה בלי רוב?

החידוש בס' 275 זה שצריך רוב מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי באישור העסקה. אם סך כל כאלה שהצביעו נגד העסקה לא מהווים 2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה, ולא מקרב המשתתפים בהצבעה. נגיד שכל אלו שהשתתפו בהחלטה, מחזיקים ביחד 2% מכלל זכויות ההצבעה, זאת הפעם היחידה שמתייחסים גם לאלו שאינם משתתפים בפועל בהצעה. בהצבעה בתוך האספה רואים האם יש רוב מקרב המצביעים בפועל- אז יש אישור, אך אם אין רוב צריך להסתכל מי אלו המתנגדים וכמה הם. אם כל המתנגדים הם מתחת ל2% מזכויות ההצבעה בחברה, ההצבעה עוברת ובעצם לא מתחשבים בהתנגדותם. בהנחה שכל המתנגדים מהווים יחד יותר מ2% מסך זכויות ההצבעה החברה, אך צריך לבדוק האם המתנגדים האלה נותרים מיעוט מקרב היתר או שהם מהווים הרוב מקרב היתר. אם הם הרוב אז אין עסקה, אך אם הם המיעוט יש עסקה.

כיום החוק דורש רוב מקרב היתר, אך בעבר תיקון 16 לחוק החברות שנחקק מעל ל10 שנים, ס' 275 קבע שכדי להעביר את העסקה צריך וועדת ביקורת, דירקטוריון, ובמסגרת האספה הכללית שליש מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי- לא דרשו רוב אלא שליש. תיקון 16 העלה את הדרישה משליש לרוב, אם שליש מקרב היתר אם הם בעד יש עסקה, ולחילופין אם סך המתנגדים לא מהווים 1% מקרב בעל הזכויות לא מתייחסים אליהם. תיקון 16 תיקן את שני הרכיבים- העלו את הדרישה של שליש לרוב מקרב היתר, ומהצד השני העלו את קו החיתוך שמשם לא מתייחסים. למה שליש? אלו היו פשרות היסטוריות, חששו שמצד אחד יהיה כוח וטוף והמצד השני זה ידרוס את דעתם של השאר. אבל בתיקון 16 חזר בו המחוקק וקבע שאין היגיון בשליש- כל מנגנון ההצבעה בא להגיד שבעל השליטה נגוע, ולכן זה שהוא יצביע בעד זה ברור מכיוון שזה טוב לו ולא לחברה, באספה הכללית לא באים לברר האם זה טוב לבעל המניות השליטה אלא האם זה טוב לחברה, ולכן צריך ליצור קבוצת ייחוס רלוונטית שתקבע האם זה טוב לחברה. קבוצת הייחוס לא כוללת את בעל השליטה כי לו יש אינטרסים אחרים, ויש לשמוע את האחרים. הס' לפני תיקון 16 אמר כי יש לשמוע האם יש שליש מקרב האחרים אומרים בעד- כלומר שליש בעד שווה שני שליש נגד, אז למה ששליש יקבע? ולכן תיקון 16 קובע כי בכל קבוצת ייחוס יש להכריע לפי הרוב של החברה, ואין קשר לשליש. כל זה רקע לדיון שיבוא באייזנברג, שהפסיקה הייתה לפני תיקון 16.

כלומר החוק יכול לא רק מקרב בעל השליטה עצמו, אלא יתכנו בעלי מניות נוספים שהם לא בעלי השליטה, אך שגם להם בנסיבות העניין יש עניין אישי באישור העסקה שלבעל מניות השליטה יש עניין אייש, ולכן הם יודרו מההצבעה וישבו בצד. וזאת משום שצריך רוב מקרב בעלי המניות המשתתפים בהצבעה שאין לה עניין אישי בהצעה, כלומר לא רק בעל השליטה שוודאי יש לו עניין אישי, אבל אם כבר הגענו ל275 וברור שבעל השליטה לא צריך להיחשב בהצבעה, אז מסביר הסעיף כי לא רק בעל השליטה. ככל שיש בעלי מניות נוספים שבנסיבות הספציפיות יש להם עניין אישי, גם הם צריכים לשבת בצד. דוגמא לעניין אישי של אדם נוסף שלא בעל שליטה- הסכם הצבעה עם בעל השליטה ולא חופשי להצביע לפי דעתו. גם אם בעל המנות רואה את טובת החברה ורוצה להצביע הפוך ממה שהסכם ההצבעה מחייב אותו, הוא עלול להיתבע על ידי בעל השליטה על ידי הפרת חוזה.

**עניין אישי של המצביעים באספה הכללית**

פס"ד אייזנברג

האתגר שהתעורר באייזנברג ביחס לס' 275.

רקע עובדתי-במקרה זה דובר על חברת ערד בה אייזנברג היה בעל שליטה. מתהווה עסקה בה ערד היא הקונה והמוכר הוא אייזנברג, בתמורה למניות של אייזנברג (בחברת ישרס) חברת ערד תנפיק לו עוד מניות. ברור שלאייזנברג עניין אישי בעסקה זו. זה אומר שצריך לאשר את זה דרך ס' 275 (לפני תיקון 16 ולכן נדרש שליש מקרב בעלי המניות להם אין עניין אישי). בהצבעה שבאספה הכללית העסקה עברה. באספה הכללית הצביעו בעוד שאייזנברג לא הצביע, אייזנברג כבעל שליטה חייב לשבת בצד ולהיות מודר מההחלטה. בהצבעה, התקבל השליש הדרוש ולכן יש אור ירוק לביצוע העסקה. לאחר מכן הכל מתחיל להתפורר, ומתחילה להישמע טענה כי לא היה את האישור הנדרש, וזאת משום שספרו את הקולות של בעלי מניות שונים וביניהם האחים ליסלזון שגם החזיקו במניות של ערד, השתתפו באספה הכללית ונספרו גם הקולות שלהם. הבעיה היא בשאלה האם יסלזון (בעלי מניות נוספים) יש עניין אישי. מאחר ולפי הסעיף, כל מי שיש לו עניין אישי באישור העסקה צריך לשבת בצד, לא רק בעל השליטה לו עניין אישי. בלי הקולות של יסלזון לא היה שליש, לכן זה הגורם המכריע בעסקה.

כפי שאמרנו הטריגר לס' 275 הוא שיש עסקה עם חברה ציבורית עם בעל שליטה או שלבעל השליטה יש עניין אישי, אך אם יש בעלי מניות אחרים שאינם שליטה ויש להם עניין אישי לא נגיע לס' 275. ההגדרה לבעל שליטה או היכולת לכוון את פעילות החברה או מי שמחזיק מעל 20% ממניות החברה. אך כשמגיעים לס' 275 בשאלה מי רשאי או לא רשאי להצביע- הס' קובע כי מי שיכול אלו בעלי המניות שאין להם עניין אישי באישור העסקה. לא רשום רוב למעט בעל השליטה, אלא למעט כל מי שיש לו עניין אישי- גם בעל השליטה אך יכול להיות שיהיו עוד בעלי מניות שהם לא בעלי שליטה אבל יש הלם עניין אישי בעסקה. השאלה הייתה האם האחרים יסלזון הם בעלי עניין אישי באישור עסקת המכר? אם יש להם עניין אישי אסור לספור את הקולות שלהם ולכן ההחלטה לא עברה, אך אם לא היה להם עניין אישי ניתן לספור את הקולות שלהם ולכן ההצבעה תעבור. בחישוב הקולות, הקולות של יסלזון הם קריטיים להעברת ההחלטה.

כמה טענות שעלו בדיונים:

1. הסכם הצבעה מעיד על עניין אישי
2. כל המניות שהיו ליסלזון לא באמת היו שלהם אלא של אייזנברג- הן רק חנו אצל יסלזון אבל בפועל אלו מניות של אייזנברג- בית המשפט לא קיבל את הטענה.

מי שהעלתה את הטענות הייתה מדינת ישראל, הפרשה הזאת התגלגלה על כתב אישום פלילי בגין עבירות צווארון לבן. הוא קיבל עסקה שהניבה לו תועלת ורווח מרובה- זה הקבלת דבר, במרמה- הטענה היא שזה נעשה במרמה, הוא סובב את האירועים כל שהיה ניתן לספור את יסלזון לנרות שלא היו אמורים לספור אותם, ולכן כך הוא הצליח להעביר את העסקה. על בסיס הפרה נטענת של ס' 275 לחוק החברות, שהוא ס' אזרחי לחלוטין עם סעדים אזרחיים, אבל יש מקרים שהמדינה לוקחת את זה לכיוון פלילי. המרמה היא בהפרת 275- שאלת המפתח לצורך האישום הפלילי היא האם התקיים ס' 275 כהלכתו כן או לא- אם הוא כן, אין אישום, אך אם הוא לא התקיים- יש אישום.

היסלזון הם צמד אחים שקנו את המניות בחברה זמן קצר לפני האספה הכללית- חבילת מניות שלא קונים בכזאת מהירות בבורסה- 7% ממניות החברה. והם קנו אותן מאייזנברג מתוך חבילת המניות שהוא מחזיק. אייזנברג רואה בערד פוטנציאל עסקי מאוד משמעותי, והוא מוכר את המניות למישהו שיצביע לטובתו. לפני שאייזנברג יצר קשר עם האחים יסלזון הוא ניסה לעשות סבב בקרב בעלי המניות הגדולים כדי לראותה אם הם מתכוונים להצביע כן או לא. רובם ענו שהם מתכוונים להצביע נגד משום שהמחיר למניות גבוה מיד. ואז אייזנברג מתחיל להילחץ שמא הוא לא יקבל את השליש הדרוש. מיד לאחר מכן הוא פונה לאחים יסלזון ומציע להם לקנות את חבילת המניות שלו. יסלזון רצו לקנות את המניות של אייזנברג כחלק מהחזון שלו לפעילות העסקית המתמשכת, בשביל להגשים אותה הם צריכים להצביע בעד לעסקה שתעלה לאספה הכללית. מאחר וההצבעה הייתה קרובה מאוד, יסלזון היו צריכים לבצע החלטה מהירה האם לקנות את המניות, בלי ביצוע בדיקת רקע. הלחץ של יסלזון מביצוע החלטה נמהרת הוביל את אייזנברג להציע להם כי אם הם לא ירצו יותר את המניות, הוא יקנה מהם את המניות חזרה באותו מחיר שהוא מכר להם. יסלזון הסכימו לקנות את המניות עם הסיכום הזה- מצד אחד הם יצביעו בעד באספה, ומהצד השני יש להם יכולת להחזיר את המניות.

בשאלה העניין האישי, גם הסכם ההצבעה וגם הסכם מכירת המניות יכולים להצביע על קיומו של עניין אישי של יסלזון. בהסכם הצבעה הצדדים לא יכולים להצביע איך שהם רוצים, אלא לפי איך שהם הסכימו והתחייבו, ולכן לשני הצדדים יש עניין אישי. אולי יסלזון לא מרוויחים מההצבעה ולכן אין להם ניגוד עניינים, אך עניין אישי זה השאלה האם אותו גורם יכול לחשוב באופן נקי על טובת החברה- אם לא ניתן כי משהו שמושך וכובל אותו לצד השני, יש בעיה והוא לא יכול להיות בקבוצת הייחוס הרלוונטית. הסכם ההצבעה כובל את יסלזון לאייזנברג. בנוסף לכך ההסכם עם אייזנברג לגבי מכירת המניות הופך את העסקה לחסרת סיכון עבורם ולכן יש להם עניין אישי.

בית המשפט- שתי הטענות נתקבלו בבית המשפט המחוזי והוא קבע כי ליסלזון היה עניין אישי ועל כן לא ניתן לספור את הקולות שלהם, אייזנברג ידע על זה והייתה לו כוונת מכוון ולכן הוא גם הורשע על קבלת דבר במרמה. על זה הוא ערער לבית המשפט העליון.

לדעת האן, ניתן לטעון שהסכם ההצבעה לא יצר עניין אישי של יסלזון. לדעתו, כלל הסכם הצבעה יוצר עניין אישי מאחר והוא כובל את הצדדים להסכם בעת ההצבעה באספה הכללית, הם לא יכולים להצביע לטובת החברה, אלא מחויבים להציע לפי ההסכם. יחד עם זאת, הסכם ההצבעה בנסיבות האלה לא יצרו עניין אישי. בהסכם הצבעה לא ניתן להביע את דעתי מבחינת טובתה של החברה, והוא יותר בצד של בעל השליטה. אך כאן יסלזון הם חברה חדשים, עכשיו נוצר הסכם הצבעה- ביום קניית המניות. נניח שילסזון לא היו מתחייבים בהסכם והיו מצביעים שבוע אחרי בעד, לא היינו אומרות שיש עניין אישי, אז מה שקרה זה שהם הקדימו והפעילו את דעתם לא באספה הכללית אלא שבוע קודם. אם הם היו סוברים באותו הרגע שההחלטה לא לטובת החברה, זה לא שהם לא היו כרותים הסכם אלא לא קונים בכלל את המניות. אם הם היו חושבים שאייזנברג הולך להרוס את החברה בחלטה הזו, הם מלכתחילה לא היו קונים את המניות. זה כשלעצמו לא כובל אותם לבעל השליטה, הם התחייבו להצביע בעד כי הם שקלו לפני כן שזה טוב, זה שהם נתנו לו את המחויבות לא אומר שהם מחויבים לו. כלומר אם העסקה של קניית מניות ישרס לא נראית להם הם יכולים מראש לא לקנות את המניות של ערד. אם המהלך העסקי נראה להם טוב הם יכנסו, ואם לא אז לא. לכן קשה לטעון שעצם העובדה שהם הסכימו לעסקה שבועיים מראש יוצר עניין אישי, עניין אישי קם רק כאשר בעל המניות לא שוקל את העסקה ואת כדאיותה ולכן פועל ללא שיקול דעת עצמאי. פה ליסנזון שקל את העסקה, הם קנו את המניות לאחר שהוסברה להם העסקה במלואה. מה שיוצר עניין אישי היא אופציית הפוט.

לעומת זאת, האלמנט השני של אופציית פוט (אפשרות למכור לו חזרה את המניות באותו השווי, במחיר מוסכם מראש), כן נוגע בעניין אישי. האלמנט הזה מבחינה כלכלית בעצם מנטרל את המחשבה על טובת החברה- כי אם זה ילך טוב הם ירוויחו, ואם לא הם יכולים למכור בחזרה באותו מחיר. זו אופציה חד-סטרית, יש רק פוטנציאל רווח ואין סיכון הפסד. שאר בעלי המניות אם העסקה טובה ירוויחו כמוהם, והמידה העסקה לא טובה, בעלי המניות יפסידו בעוד שיסלזון לא. כלומר המשמעות הכלכלית היא משמעות כלכלית אחרת מיתר בעלי המניות. ליסלזון לא נתחים את זה באותה רגישות כלכלית כמו שאר בעלי המניות- כך שכשהם באים להצביע על העסקה, גם אם הם חושבים שהמחיר מופקע, הם מסוגלים להצביע בעד זאת מאחר שגם אם יתברר שהעסקה הזיקה לחברה הם יכולים למכור את המניות באותו המחיר חזרה לאייזנברג ואין להם נזק.. הפרספקטיבה הכלכלית שונה לחלוטין משאר בעלי המניות בגלל אופציית הפוט, וזה מה שיצר את העניין האישי. בכך נוצר פער כלכלי באפקט של אישור העסקה בין יסלזון לבין שאר בעלי המניות. שאר בעלי המניות עשויים להפסיד, ואצל יסלזון אין שום סיכוי להפסיד. לסיכום, העניין האישי נבחן בכך שהאפקט שלו שונה מבין בעלי השליטה.

**דירקטור חיצוני**

275 הוא לא סתם ס' טכני, ביסודו יש רעיון להתמודד עם בעיית הציג של בעל השליטה. ואם אנחנו מדברות על מנגנוני התמודדות עם בעיית הנציג של בעל שליטה (בחברות פרטיות זו רק חובת ההגינות), המנגנון הקלאסי ביותר הוא ס' 275 אך יש מגנון נוסף שהוא לטווח הארוך ונמשך בפעילות של החברה הציבורית, שהוא דח"צ. דח"צ- דירקטור חיצוני, חוק החברות דורש כדרישה קוגנטית לחייב שבכל חברה ציבורית יכהנו בה בדירקטוריון לפחות 2 דח"צים. אין חברה ציבורית בישראל שלא מקיימת את הדרישה הזאת. הדירקטור החיצוני הוא בדיוק כמו שאר הדירקטורים מבחינת ההתנהלות בחברה, אך מה הייחוד בו עד לכדי שהחוק מחייב 2 כמותו?

דירקטורים חיצוניים בהשוואה לדירקטור רגיל, התנאים והסביבה שהם פועלים בה, נתוני הפתיחה הם כאלה שאמורים לייצר להם יכולת פעולה עצמאית במסגרת הדירקטוריון יותר מאשר דירקטור מהשורה. עצמאית שהם לא יחששו מעוצמתו של בעל השליטה, הם לא בהכרח יתקפלו בפניו, מאחר והמינוי לא הוא מאשר אלא יתר בעלי המניות- שזה מקביל ל275, זה בא לנטרל את בעל הכוח.

ניתן להבטיח את עצמאותו של הדירקטור החיצוני באמצעות שלוש דרכים:

1. חסינות- גם אם ההחלטות לא נראות בעיננו, לא ניתן להדיח אותם. כהונה שלוש שנים משוריינת, ואי אפשר להעביר אותם בהצבעה רגילה באספה הכללית. רק כשצריך להאריך את הקדנציה יש תלות מסוימת, משום שבאספה הכללית נקבע האם להאריך את הכהונה או לא. צריך להבין כי מי שמעלה את המועמד זה בדרך כלל בעל השליטה, ולכן זה לא באמת שיש עצמאות מלאה וחוסר תלות.
2. שכר- אם ניתן לשחק את השכר ניתן להשפיע על המשך הכהונה, ולכן שכר קבוע מאפשר עצמאות. מי שקובע את השכר זה ועדת תגמול, דירקטוריון, אספה כללית, אך השכר שלהם לא תלוי בהחלטותיו של בעל השליטה, חישוב השכר קבוע בתקנות- שהן קובעות רמות שכר. המשחק הוא לא משחק משמעותי שבעל השליטה יכול לפגוע להם בתגמול.
3. אופן המינוי- עצמאיים וחיצוניים לבעל השליטה, ולכן נקבעים ברוב של בעלי המניות שהם לא בעל השליטה, כלומר יש פה מנגנון דומה לס' 275, על מנת לא ליצור תלות חזקה מידי בבעל השליטה.

יש לציין כי בהיותו דח"צ הוא חבר בוועדת הביקורת. כל פעם שיש עניין אישי, הוא עובר דרך וועדת ביקורת ותגמול, ולכן שם ניתן לשמוע את קולם יותר בעוצמה- גם מבחינת הרכב הועד (2 מתוך 9) וגם מבחינת כמות הועדות שהם נוכחים בהם. יותר מזה, הם בהגדרה חברי ועדת ביקורת ותגמול, ויו"ר הדירקטוריון בהגדרה נאסר עליו להיות חבר בוועדות המשנה האלה, מה שאומר שהם ירגישו יותר נוח וחופשי לדון בצורה פתוחה ועניינית. זה חלק מהמנגנונים שהמחוקק מנסה לשלב בתוך עולם קבלת ההחלטות בחברות ציבוריות על מנת להתמודד עם רוחו המאיימת של בעל מניות השליטה. בחברה פרטית הכל סובב סביב חובת ההגינות.

רוחו המאיימת של בעל מניות השליטה זה בהקשרים מסוימים ולא תמיד, הוא לא האיש הרע בתמונה, מאחר וברוב המקרים האינטרס שלו מתלכד עם אינטרס החברה. הוא המשקיע הגדול ביותר, ולכן שגשוגה של החברה זה גם האינטרס שלו. הוא יכול לתרום תרומה מאוד חיובית ולרוב זה קורה, במקום שיש ניגוד עניינים וקונפליקטים אז בא המחוקק ומתמודד עם זה.

**חברה ציבורית מול פרטית**

הערה נוספת זה בהשוואה בין חברה ציבורית ופרטית. בחברה ציבורית התמודדות עם בעיות ניגודי עניינים של בעלי מניות שליטה, זה גם חובת הגינות מצד אחד כפוטנציאל תביעה, ומהצד השני ס' 275 אישור עסקאות מראש. ואילו בחברה פרטית זה רק הגינות. מתעוררת השאלה למה? למה ההבדל?

יש רגישות גדולה יותר לחברה הציבורית כי בחברה הציבורית בעלי המניות שעלול להיפגע זה הציבור הרחב, שמחזיק מעט מניות ולא באמת מודע למה שקורה בחברה, הוא יותר פגיע ולכן צריך להגן עליו באמצעי הגנה נוספים, ולא רק שיבוא בדיעבד ויתבעו. בעלי המניות בחברה פרטית הם אנשים שיותר מבינים ומדעים למעשיהם, ולכן הם גם יותר מודעים לזכויותיהם, ובמקרה שבאמת פוגעים בהם- בין אם זה קיפוח בין אם זה חובת הגינות, הם יודעים להתמודד עם זה, וכתוצאה מכך אין צורך לבנות מעטפת הגנה שלמה. נקודה למחשבה היא שבין בעל מניות בחברה ציבורית לפרטית, לפעמים בעל המניות בחברה פרטית הוא יותר פגיע. וזאת משום שבעל מניות בחברה ציבורית הוא יסבול ויפגע, הוא יכול לקום ולעזוב- למכור את המניות בשוק המשני אך יש לו יכולת להמשיך הלאה. דווקא בעל מניות בחברה פרטית הוא הרבה פעמים לכוד בחברה ויכולת היציאה יותר מצומצמת. החוויה של פגיעה בה, הוא עלול לחוות אותה לפרק זמן יותר ארוך בין בעל מניות בציבור.

**המתח בין הנורמה למציאות**

יש מתח בין הנורמה המשפטית הצרופה לבין התקנה והפנמה גם של המשפט במציאות. תיאורטית אם נלך לפי נורמה צרופה, לא צריך דירקטור חיצוני. הרי כל דירקטור באשר הוא אסור לו לשקול מה טוב לבעל השליטה, או מה טוב בכלל לבעל מניות מסוים. התפקיד של הדירקטור הוא לשקול מה טוב לחברה בכללותה, זו הנורמה המדריכה אותו. חובת האמונים של הדירקטור מטילה עליו חובה לחשוב על טובת החברה. גם ס' 106 לחוק שדירקטור חייב להפעיל שיקול דעת עצמאי ולא להכפיף את שיקול דעתו לדעתו של מישהו אחר- בין אם זה בהסכם הצבעה וכו. תיאורטית אז מה צריך את הדח"צ? כל הדירקטור באשר הוא צריך לתחום עצמאית ולחשוב לגופו של עניין. אך זה רק בתיאוריה, המציאות לא כך- לאחר שחזרת את הדירקטורים, תנאי הסביבה לא מאפשרים להתעלם לגמרי מבעל השליטה. זאת משימה מאוד קשה לדירקטור להתעלם מבעל השליטה. זו מציאות יותר מורכבת ממה שהנורמה המשפטית רוצה לכוון. ולכן כשמכירים את המציאות המחוקק מנסה לחזק יותר את יכולת התפקוד העצמאית של הדירקטוריון, וזה באמצעות מוסד הדח"צ. המחוקק הוסיף מלבד הדירקטור החיצוני, עוד מעמד שיצר המחוקק זה דירקטור בלתי תלוי, שהוא בין דירקטור רגיל לחיצוני. דב"ת- רצו להבטיח אך החוק לא מחייב כהונה של דב"ת אלא ממליץ. החוק יצר תמריצים לכך שהחברה תמנה דב"ת- אולי היא לא חייבת, אבל אם היא תמנה היא תהנה מכמה הטבות. הדב"ת נפוצים יותר כאשר יש רשות מנהלית שמסדירה לוועד את תפקודם השוטף וקובעת להם כללים- רגולטור\מאסדר. למשל בבנק ישראל יש חטיבה המלווה ומפקחת על פעילות הבנקים וקובעת להם כללים בדבר מבנה הדירקטוריון הנדרש כשמדובר בדירקטוריון של בנק- ושם קובעים תנאים מחמירים יותר מחוק החברות.

**תנאי כשירות**

מהי הכשירות הנדרשת על מנת לשמש כדח"צ? שגם פה הדרישה חמורה יותר מאשר תנאי הכשירות של הדירקטור הרגיל. הוא חמור לא במובן המפחיד אלא דווקני- יש דרישות יותר דווקניות. לא כל אחד יכול לשמש כדח"צ, גם אם הוא יכול לשמש כדירקטור רגיל:

1. תנאי הכשירות הוא היעדר זיקה לחברה או לבעל השליטה- זאת אומרת, מדובר באדם שרוצה לפעול כדח"צ הוא צריך להראות שאין לו לא עכשיו בעת המינוי ולא בשנתיים שקדמו למינוי, זיקה אל החברה או לבעל השליטה. כי זיקה לבעל השליטה יוצרת תלות, וכל הרעיון הוא שדח"צ עצמאי מבעל החברה. ההנחה היא שגם זיקה לחברה יוצרת תלות מסוימת בבעל השליטה- זיקה יכול להיות יחסי עבודה, קשרים עסקיים, כהונה כנושא משרה- כמו סמנכ"ל הכספים. סמנכ"ל החברה למשל יש לו זיקה מאחר וזה מקור הפרנסה שלו ולכן יש לו תלות בחברה. יכול להיות שמכל הכספים לא יוכל להיות דירקטור חיצוני אך הוא יכול להיות דירקטור רגיל מאחר וזה יוצר תלות מסוימת כלפי בעל השליטה. תנאי הסף כדי להיות כשיר למינוי דח"צ היא היעדר זיקה לחברה ובעל השליטה על מנת להביא אותו כנקי- נקי מקשרים עסקיים וכו. יש הרבה שאלות פרשניות על שאלת הזיקה- מהי זיקה ומתי זה לא יחשב זיקה.

חשוב להבין כי החומרים והמקורות המשפטיים שמלווים את הקורס הם לא רק חקיקה ופסיקה, אלא גם הרבה חומר והסדרה מנהלית- עמדות של רשות מנהלית אולי לא מהווה הפרשן המסמך אך תהיה לה עמדה והתייחסות נכבדה כגורם מקצועי ורציני בתחום, ותהיה התייחסות רצינית של בתי המשפט. ולכן החברות בשוק מתייחסות לכך ולוקחות את זה בחשבון.

1. רמת מקצועיות מסוימת- מבחינת הדירקטור אין דרישה כזאת, לדירקטור אין תנאי סף כמו תואר אקדמי, או אפילו תושבות בישראל. על מנת להיות דירקטור חיצוני חובה לעמוד באחד משני קטגוריות:
2. מומחיות חשבונאית פיננסית- מכסה את רואי החשבון בישראל.
3. מומחיות אחרת המוגדרת בתקנון- יש גם תקנון מכוח חוק החברות שבא לתת הבהרה מי נחשב בעל חשבונאית פיננסית ומומחיות וכשירות מקצועית נוספת- כמו תואר אקדמי בתחומים מסוימים- תואר משפטים, כלכלה, מנהל עסקים, או תואר בהנדסה (תלוי לאיזה נושאים). למשל בחברה העוסקת בביו טכנולוגיה, תואר בביולוגיה יכול להיות רלוונטי.

מתוך שני הדירקטורים, אחד מהם לפחות חייב להיות בעל מומחיות חשבונאית פיננסית. השני, גם הוא יכול להיות, אבל הוא לא חייב להיות בעל מומחיות חשבונאית אלא בעל מומחיות חיצונית.

**משפט משווה- מנגנוני התמודדות עם בעיית הנציג**

בישראל יש את הדרישה של ס' 275, שקוראים לה האישור המשולש- וועדת ביקורת, דירקטוריון, אספה כללית. וזה בא להתמודד עם בעיית הנציג של יגיעה אישית שלא מקדמת את טובת החברה. אך מה קורה בשאר שיטות המשפט? הבעיות הן אותן בעיות אך השאלה היא האם מנגנוני התמודדות הם דומים?

למשל האם בדלאוור יש הוראת חוק שדומה ל275? שם אין בכלל הוראות חקיקתיות בחוק החברות, הנוגעות ומתעסקות עם אישור עסקאות מראש עם גורמים בעלי יגיעה אישית. יחד עם זאת, זה כן פותח בפסיקה- בתי המשפט פיתחו כאשר התעוררו תביעות בעניינים האלה, ומפסקי הדין ניתן ללמוד את המגמה. השורה התחתונה של כל פסקי הדין, שלפחות ברמה העקרונית והרשמית אין דרישה לאישור העסקאות בצורה מסוימת ואם זה לא קורה, העסקה לא מקבלת תוקף. אלא שבתי המשפט נותנים דרישות שימנעו את קבלת התביעות המשפטיות. החברה לא חייבת לפעול לפי הדרישות ולקחת את הסיכון במידה ותובעים אותה, אך אם תדאג שהנושא שעולה על הפרק- איזושהי עסקה עם יגיעה אישית, תאושר בחברה לפני שהיא יוצאת לדרך- תהליך אישור שיבוצע על ידי גורמים שאינם נוגעים בדבר ובלעדי בעל העניין האישי, אז הסיכוי שאם הוא יתבע מאוחר יותר, התביעה לא תתקבל. אך לא רק שזה לא יהיה פשוט, בתי המשפט מציינים כי אם לא בוצע מנגנון אישור, בנסיבות כאלה בתי המשפט יבחנו את מהלך הדברים על ידי מבחן אחר, סטנדרט בחינה אחר. לא מדובר בחובת האמונים ולא חובת הגינות- למרות שזה מתייחס לסיטואציות שבהן מתעורר. מדובר על סטנדרט הביקורת השיפוטית, כלומר בית המשפט שואל את עצמו עד כמה הוא נכנס לעובי הקורה, בשיקול הדעת העסקי הוא אל נכנס ובודק את הליך קבלת ההחלטות. בביקורת שיפוטית, בית המשפט הולך לבחון כל החלטה, ורק אם הוא מגיע למסקנה כי הייתה הגינות מלאה, הוא ישחרר את הנתבעים מחובתם הכספית. אך רק אם בית המשפט יגיע למסקנה של הגינות מלאה, אחרת הם חשופים לחובה כספית.

בית המשפט קבע כי הגינות מלאה מורכבת משני רכיבים: בית המשפט בוחן שני מרכיבים כדי להבין האם הייתה הגינות מלאה.

1. דרך קבלת החלטה הוגנת- התהליך דרך קידום\ אישור העסקה בחברה היה הוגן. המשמעות היא גילוי מלא של מידע, בעל העניין האישי מודר, כל הדברים האלה הופכים את ההתנהלות שדרך קבלת ההחלטה היא דרך הוגנת. אצלינו המחוקק הסתכל על רשימת האלמנטים ושם אותם בחוק- גילוי, הדרה וכו. בדלאוור בית המשפט עושה זאת בבחינה שיפוטית, אך רוב האנשים ייקחו את זה בחשבון ויפעלו לפי זה.
2. מחיר הוגן- בית המשפט בוחן באופן אובייקטיבי, בבחינה עצמאית שלו האם בשורה התחתונה המחיר ששולם בעסקה הוגן או לא. השאלה היא לא האם המחיר סביר אלא הוגן. כלומר יש פה סטנדרט יותר גבוה מסבירות, הוגנות. לא מספיק שזה יהיה סביר אלא זה צריך להיות הוגן.

נכון שמבחינה פורמלית שני המבחנים הם שונים, אף על פי כן מבחינה מעשית, פעמים רבות יש יחס ביניהם- מקבילית הכוחות\ כלים שלובים. ככל שבית המשפט שלם יותר לאחר שהוא בוחן, שהייתה דרך קבלת החלטות הוגנת וכמו שצריך, הנכונות שלו להגיע למסקנה שהיה מחיר הוגן, יותר גבוהה. הוא לא מתחיל להתעמק ולשבור את הראש להגיע למה המחיר ההוגן, הוא יעשה את זה בדרך יותר עדינה מאחר ודרך קבלת ההחלטות מוביל אותו למחיר שוק. כלומר אם דרך קבלת ההחלטות הייתה הוגנת, זה יגיע למחיר הוגן. ואם הרכיב הראשון לא מתגשם, אז יש חשש להשפעה של בעל השליטה, ונגזר מכך מחיר לא הוגן. זה לא תמיד שאם המבחן הראשון נסגר זה יוביל גם לשני, אך זה מאוד מוביל לשם מבחינה מעשית- זה אינדיקטור חזק גם לכיוון של מחיר הוגן, ולא החלטה פוזיטיבית. בדיוק הפוך מכלל שיקול הדעת, כן נכנסים לעובי הקורה.

בניגוד לישראל, בפסיקה בדלאוור לא מחייבת בכמה רמות של אישור, אך זה כן מגיע לדירקטוריון. אין חיוב מבחינה חקיקתית שזה יגיע לאספה הכללית, אך השפעתו של בעל השליטה קיימת, ולכן אם זה לא יעלה לאספה הכללית ולא יעשה וולונטרית בית המשפט יתקשה להשלים עם כך שהשפעתו של בעל השליטה לא קיימת. אם הוא רוצה לשכנע שההשפעה לא קיימת, אז למרות שאין חובה ביהמ"ש מייעץ להעביר את ההחלטה גם לאספה הכללית. אם אחרי החלטת דירקטוריון, מעלים לאספה הכללית, וכי בעל השליטה מודר, אז זה ישכנע את בית המשפט שאין השפעה של בעל השליטה. בNFW קבע בית המשפט שאם בעסקה של בעל שליטה יש עניין אישי, זה עובר דרך החלטה הוגנת- גילוי מלא, עובר כל הרמות עד לאספה הכללית ומקבל רוב בלתי תלוי שבעל השליטה לא מעורב בהחלטה ועוד אלמנט אחד נוסף- לא רק שיצליחו לשכנע את בית המשפט שזה הוגן לגמרי, ברגע שיראו שאלו כללי המשחק אז בתי המשפט יחזרו ויפתחו בפניהם את כלל שיקול הדעת- הם יבחנו את העסקה לפי כלל שיקול הדעת העסקי. זה אומר שלא יגיעו למבחן השני של מחיר הוגן. התנאים תיקנו את הכשלים וריפדו את הבעיה של ניגוד עניינים, ולכן החברה יכולה להנות מכלל שיקול הדעת. אך אם זה לא קיים, צריך להוכיח כי העסקה הוגנת לגמרי.

**פס"ד מכתשים-אגן**

רקע עובדתי (מנוי פלח)-בחברת מכתשים-אגן בעלי המניות הם חברת כור השייכת לקבוצת IDB ובעלי מניות נוספים (זוהי חברה ציבורית), ביניהם דב כהנא. רצו לבצע עסקת מיזוג בה החברה המשתלטת היא Chem China, חברה ממשלתית סינית. מכתשים-אגן עוסקת בתחום של כימיקלים וחקלאות, ובשוק העולמי ספק אם היא תצליח לשרוד כגוף עצמאי לכן ייתכן שמיזוג עם גורם ענק בתחום העולמי ימצב אותם בתחום. המטרה היא לבצע מיזוג משולש הפוך, ולכן CC תקים חברת בת (יעד) שתיבלע לתוך מכתשים-אגן (קולטת). לאחר העסקה, CC תחזיק ב-60% ממכתשים-אגן וכור יחזיקו ב-40%.  
CC נתנה הלוואה לכור בשווי המניות שחברת כוח מחזיקה לאחר המיזוג (960,000,000 דולר). התמורה בעסקת המיזוג הייתה כסף מזומן, משמע בעלי המניות האחרים, שאינם כור, מקבלים כסף ומוסרים את המניות שלהם. מתוך 100% של מניות מכתשים-אגן שהיו לפני העסקה, רק 60% מקבלים כסף. 40% מקוריים נשארים בידי כור ולא מקבלים תמורה. ההלוואה שנתנה לכור הייתה שווה 40% מהשווי הכללי של החברה ממש כמו קניית מניותיהם. תנאי ההלוואה היו- 7 שנים לפירעון, המניות שבבעלות כור (40%) ישועבדו כבטחון להלוואה. הלוואה זו נקבעה כנונ-ריקורס, כלומר ללא זכות חזרה. המלווה מצמצם את עצמו ומגביל את עצמו לנכס המשועבד גם אם הנכס לא ישקף את סכום ההלוואה. הלוואת הנונ-ריקורס היא תנאי הכרחי לעסקה, לכן אם היא לא מתקיימת אין עסקת מיזוג. ההלוואה הזו, במהותה, מבחינה כלכלית היא אופציית פוט לטובת כור. העסקה הזו אושרה לפי המנגנון של ס' 275- עברה בועדת הביקורת, מואשר בדירקטוריון, עולה לאספה הכללית ומבקשים להצביע על פי כללי 275 לחוק החברות. קרי בעלת השליטה- חברת כור, לפני המיזוג מודרת מההצבעה. האחרים מחליטים להצביע בעד, והעסקה אושרה.

טענות הצדדים (נוי פלח): דב כהנא מגיש תביעה לבית המשפט בטענה לקיפוח. אבל לכאורה הכל בסדר, הבקשה אושרה בכלל מנגנוני ס' 275. מכתשים אגן מדווחת כי לצד עסקת המיזוג, בעלי המניות אצלה- חברת כור התקשרו בעסקת הלוואה, כששתי העסקאות- מיזוג וההלוואה כרוכות זו בזו.

ס' 275 הוא לעניין אישי, אך איזה עניין אישי יש לכור במיזוג? לפי איזה שווי ומה השווי הכולל שמייחסת החברה הסינית? 40% מהמניות ששוות לכור הוא 960,000,000, כלומר במסגרת ההלוואה כור משעבדת לחברה הסינית את 40% מהמניות שלה, שבמקרה שווי ההלוואה שהיא מקבלת הוא אותו סכום כאילו היא הייתה מוכרת להם את המניות האלה. המשמעות היא אופציית פוט- ההלוואה הייתה ל7 שנים, וכור עושה את החשבון כי אם היא לקחה הלוואה ובעוד כמה שנים היא צריכה לפרוע, בעוד כמה שנים המניות יעלו בערך שלהן, אז כור יכולה לפרוע את ההלוואה והמניות יישארו בידיה. היא פרעה אתה הלוואה ומחזיקה ביד את המניות, אך אם זה מקרה הפוך שהמניה יורדת בערכה, אז אומרים לחברה הסינית לקחת את המניות ולמכור אותן. כלומר אם המניות יורדות הוא לא מפסיד ואם הן עולות הוא מרוויח. אם הן יעלו בערכן החברה תרוויח כי היא פשוט משלמת לחברה הסינית בכסף, אך אם הן ירדו הוא יכול למכור את המניות.

* מגיע דב כהנא ואומר שחלוקת התמורה מהעסקה היא לא שוויונית בין בעלי המניות. כהנא מלין על כך שכור מקבלים הטבה כלכלית ושאר בעלי המניות לא. דב כהנא טוען לעילת קיפוח אם כי ניתן לדון כאן בשתי עילות: עילה אחת היא קיפוח (ס' 191) ועילה נוספת היא הפרת חובת הגינות של בעל שליטה.

דב כהנא גם הוא רוצה- הם מקבלים הזדמנות שאם החברה הסינית תעלה את ערכה אז הם יקבלו אופציה להנות מעליית הערך שלה בהמשך, הם מקבלים הזדמנות אם זה משתפר. אך כל שאר המניות, מה שהם קיבלו זה מה שהם יקבלו, ואם בעתיד הולך להיות יותר טוב, הם לא יהנו בחלק היותר טוב, הם לא יהנו מעליית הערך כי הם היום מוכרים את המניות. חברת כור בעצם משחקת משחק כפול- מוכרים חלק מהמניות ומאפשרים את רכישת השליטה של החברה הסינית, אך חלק נוסף נשאר איתם שאם יהיה טוב מחר תהיה להם עליית ערך. דב כהנא רוצה גם להשתתף בדיל שהם סגרו לעצם- למכור חלק מהמניות, ולהשאיר אופציה של המניות הקיימות להנות מעליית הערך. חברת כור, עונה כי יש הבדל- הם מסרו לידי החברה הסינית את השליטה בחברה. מעכשיו הם יהיו- כלומר מעבר לערך פר מניה, היכולת לכוון את פעילות התאגיד כשלעצמה זה ערך נוסף עבור מקבל השליטה. ולכן הם משלמים דבר מה נוסף- הם מוכנים לתת את ההטבה הכלכלית שהשאר לא מקבלים.

* כור טענו כאמור טענה פרוצדוראלית לפיה הכל עבר את ס' 275. לצד זאת הייתה טענה מהותית לפיה יש הצדקה כלכלית לביצוע העסקה באופן כזה ולכן אין קיפוח: כור מוכרים את השליטה (לאחר המיזוג הם לא יהיו בעלי השליטה), וכשאדם מוכר שליטה הוא זכאי להנות מהערך המוסף שלבעלי המניות האחרים אין. זה נקרא פרמיית שליטה, כור מקבלים ערך מוסף בגין מכירת השליטה לצד מכירת המניות.

על מה התביעה? הנקודה המאתגרת פה, היא שההצעה עברה את כל הליך ס' 275. מה שמאתגר ומיוחד שמדובר בעסקת מיזוג, כי במיזוג יש משהו ייחודי לעומת עסקה אחרת שהיא בגזרת ס' 273. העסקה הטיפוסית שיש לחברה היא: העסקה הקלאסית של 275 היא שבעל השליטה מוכר נכס לחברה, כלומר יש לבעל השליטה עניין אישי, וליבו נמצא בעסקת המכר. מי שיפסיד מהעסקה הזאת היא החברה. החברה תשלם כסף מיותר ויישאר לה פחות שווי- ולכן בעלי המניות יינזקו באופן עקיף, אך הנזק הוא נזק של החברה. זה לא הכיס האישי של בעלי המניות לפחות במישרין. ס' 275 בא לומר כי ניתן למי שיש לו אינטרס בעקיפין, וזה מוביל לכך שיש לו אינטרס שטובת החברה תבוא לידי ביטוי, ניתן לו לבדוק האם טובת החברה באה לידי ביטוי. עסקת מיזוג, זו עסקה בין שתי חברות, אבל שבשורה התחתונה התמורה המשולמת אישית לכיס בעלי המניות. ס' 275 בא להגן על טובת החברה, אך העסקה פה מדובר על טובת בעלי המניות. במקרה הזה, דב כהנא הסכים כי העסקה המדוברת היא טובה לעתידה של החברה, אך כשמדובר על בעלי המניות- למה שהם לא יקבלו את התוספת? הטענה שלו היא לא שהחברה נפגעת ושהיא מקבלת תמורה לא ראויה, אלא שאופן קבלת התמורה שמגיעה לכיס של בעלי המניות הוא לא פרופורציונלי ביניהם- הוא תובע על קיפוח מניות ולא תובע על טובת החברה, חובת הגינות- ס' 275. הוא טוען כי קופח בין בעלי המניות לבין עצמם- אופן חלוקת הכסף בין בעלי המניות לבין עצמם שם יש אלמנט לא שוויוני. ולכן במקרה הזה, ס' 275 לא עוזר. התביעה פה היא תביעה של קיפוח. הטענה מתבססת על 275 היא טענת הגנה טובה.

יש לציין כי תביעתו של כהנא היא תביעה ייצוגית. לא מדובר בתביעה נגזרת שהיא תביעה בשם החברה- לריב את ריבה של החברה ולתת סעד לחברה. פה הדיון והוויכוח הוא לא על טובת החברה, אלא איך הכסף שמתחלק בין בעלי המניות מגיע אליה- זה עניין של הכיס האישי וקיפוח ולכן זה לא קשור לתביעה נגזרת אלא לתביעה ייצוגיות. דב כהנא תובע בשם עצמו ובשם שאר בעלי המניות ולא בשם החברה.

ביהמ"ש: השופטת לא מקבלת את הטענה של פרמיית שליטה והיא מקבלת את הטענה של דב כהנא ביחס לזה. ביהמ"ש פעם אחת עובר לס' 275 לבין קיפוח ולא מכריע בצורה חדה. יש נקודה אחת שעליה מתלבשת השופטת ומחדירה אותה לדיון- היא מרה כי אילו היו עושים גם את זה בגלגול העסקה של המיזוג, היא הייתה יותר נינוחה לכיוון של חברת כור. אך ברגע הצעד הזה לא נעשה, הכף נוטה לחובתכם. אילו היו מקימים וועדה בלתי תלויה, קרי וועדה של מספר דירקטורים שהם בלתי תלויים ולא קשורים לבעלי השליטה (כמו דח"צ) ונמסר לידיהם הסמכות לניהול כל שלב המשא ומתן לגיבוש תנאי העסקה (ולא בשלב הסופי של ההצבעה), אילו מי שניהל את המו"מ בשם החברה הייתה וועדה בלתי תלויה ולא אנשים שהתמנו על ידי בעל השליטה והדירקטוריון המוחזק בידי בעל השליטה.

כאן יש אלמנט חדש שפעם ראשונה שנכנס למשפט הישראלי- אפילו אם נלך לגישת הנתבעים, המנגנון שם את כל יהבו על שלב האישור של המוגמר. כלומר יש מו"מ, בסופו מתגבשים התנאים ומובאים לאישור. נכון שיש יכולת לסרב אך אין באמת יכולת לעצב את העסקה, ואין ביטוי של בעלי המניות בעיצוב המו"מ. אילו היו מקימים וועדה בלתי תלויה שאחראית על המשא ומתן, למרות שאין כזאת דרישה בחוק, יכול להיות שהשופטת לא הייתה פוסקת לחובת בעל השליטה. הוועדה הבלתי תלויה הייתה מנקה כל חשד לעניין אישי ותמורה לו, אך כשלא נעשתה וועדה בלתי תלויה, השופטת בוחנת את העסקה במשקפיים של הגינות מלאה. השופטת קצת ערבבה חובת ההגינות לקיפוח בעלי המניות, משום שהגינות המלאה היא באה לבחון את העסקה לטובת החברה ולא לטובת בעלי המניות. אבל הנקודה המעניינת היא שהיא הכניסה אלמנט שלא היה בפסיקה. עוד לפני האישור המשולש, צריך להוסיף וועדה בלתי תלויה ואז זה יהיה כשר למהדרין וימנע את ההתערבות של בית המשפט. מאחר וזה לא נעשה עדיין יש לבית המשפט מקום להתערב.

ורדניקוב: השופט עמית בורדניקוב עושה סקירה מקיפה על דיני החברות מבחינת חובות נושאי משרה, בעלי שליטה, סטנדרט ביקורת שיפוטית לבחון כאשר יש תביעות נגדם וכו. השופט עמית מזכיר את חובת ההגינות כקונטרה לשיקול הדעת העסקי. כלל שיקול הדעת העסקי בתור סטנדרט ביקורת שיפוטית הקל ביותר והמקל ביותר לטובת הנתבעים, לעומת חובת ההגינות שבאה לרעת הנתבעים. בית המשפט אומר כי כשעסקה עוברת את האישור הנדרש ממנה לפי פרק עסקאות עם בעלי עניין, שזה עובר את זה- נכון שיש את הסיפא שפותחת את האפשרות לביקורת שיפוטית, אך אם יביאו לביהמ"ש בתביעה למרות שעברו את כל מנגנוני האישור, ביהמ"ש יטה לשיקול הדעת העסקי. כי האישורים נועדו לנקות את הכשלים של הנגיעה האישית, ולכן אם מישהו רוצה לטעון שעדיין מדובר בעניין אישי הנטל הוא על התובע ולא על הנתבעים. לעומת זאת, במכתשים ביהמ"ש אומר כי אישור מורכב עוד לא מושלם ועדיף להכניס עוד מנגנון, כי השפעתו של בעל השליטה היא חזקה מאוד.

מהי עמדת ביהמ"ש העליון? יש פה יצירה ותוספת של רכיב משפטי של פסיקה, המוסיפה נדבך נוסף לצורך תיקון בעיית הנציג של בעל השליטה, האם ביהמ"ש מתחבר לתופסת הזו? האם ביהמ"ש יבחן לפי שיקול של הגינות מלאה או יקל לכיוון של שיקול דעת עסקי? מדגיש שעצם העובדה שיש סמכות לביהמ"ש להיכנס לא אומר בהכרח שהוא יפעיל את הסמכות ולא אומר בהכרח שהוא יעשה זאת באופן פולש. מה שיקבע את התנהלות ביהמ"ש זה תהליכי האישור. אם ביהמ"ש ישתכנע שהיה מו"מ עצמאי ובלתי תלוי וכן אישורים של 275 אז הוא יקבע שלתובע יש זכות תביעה אבל הנטל הוא עליו לשכנע שלמרות כל תהליכי ההכשר עדיין יש בעיה.  
יחד עם זאת, הגישה המהותית של ביהמ"ש היא ברציו של אסם נ' נסטלה, מתייחסת במישרין לסיפור הוועדה הבלתי תלויה שהחל במחוזי. בהזדמנות הזאת ביהמ"ש אומר את דברו שוועדה בלתי תלויה היא לא תנאי הכרחי שקבוע בחוק, שבלעדיו לא תהיה עסקה. אם לא העבירו את זה קודם כעסקה בלתי תלויה היא לא תבוטל, אך יש פוטנציאל שביהמ"ש בכל זאת, גם אחרי האישורים, יסתכל על זה בצורה חשדנית. אם בעל השליטה רוצה לבטח את עצמו הוא צריך להקים וועדה בלתי תלויה שתקום אד הוק לצורך העסקה, ותלווה ביועצים בלתי תלויים. כל עוד יבצעו את המנגנון הזה בנוסף לס' 275 ביהמ"ש יטה להחיל את שיקול הדעת העסקי. אסם נסטלה מעגן את וועדה בלתי תלויה כתפיסה שביהמ"ש מתחבר עליה- לעגן לא במובן שזה חובה, אלא המלצה טובה שניתן לדלג עליה אך להיחשף לסיכונים, לכן ההמלצה מבטלת את הסיכון שביהמ"ש יפעיל ביקורת שיפוטית. ואכן, וועדת בלתי תלויה הפכה לפרקטיקה נפוצה- היום שמגלגלים עסקאות שיש לבעלי שליטה עניין אישי, מוקמת וועדה בלתי תלויה במסגרת ניהול משא ומתן- מה שמפחית את הסיכונים לתביעות.

וועדה בלתי תלויה במבחן ההגינות המלאה הגישה הזאת מזכירה את גישת בית המשפט בדלאוור בעניין ההגינות המלאה. בכל מקרה שזה יגיע לדירקטוריון, כל בעלי העניין האישי יצאו החוצה, אך מכיוון שיש עניין אישי, והדירקטוריון מיוזמתכם מעלה את זה לאספה הכללית, ויסביר שיש פה עניין אישי של בעל השליטה ואחרים יכריעו- עם אלמנט אחד נוסף אז ביהמ"ש מעביר לשיקול דעת העסקי. ההבנה היא שהאלמנט הנוסף היא וועדה בלתי תלויה- קודם תנהלו משא ומתן עם וועדה בלתי תלויה, עם גילוי ואישור בהצעה של הלא מעורבים בדבר, יחול כלל שיקול הדעת העסקי. שני האלמנטים שהתפתחו בדלאוור שניתן לנקוט בהם במצטבר כדי להפוך את הביקורת השיפוטית ליותר מאופקת הם: 1. אישור של בעלי מניות שאין להם עניין אישי; 2. ניהול מו"מ בלתי תלוי.

פס"ד מכתשים אגן מכניס אלמנט חדש שהוא לא פרי חקיקה אלא פסיקה ושנוסף לדרישות המנדטוריות ומשלים אותן למערכת עוד יותר מלאה שמנקה את בעיית הנגיעה האישית של בעל השליטה. **האלמנט הזה נוסף בעסקאות מיזוג**. אך השוק בעצמו לא החיל את זה רק בגזרה של מיזוג, ומשתמשים בוועדה בלתי תלויה גם בעסקאות גדולות אחרות.

שורה תחתונה– ביהמ"ש יכול לבדוק עסקה שאושרה, והכל תלוי בהליך שהיה לפני אישור העסקה. ככל שההתנהלות הייתה יותר תקינה (עברו אישור של 275, היה מו"מ בלתי תלוי) הביקורת השיפוטית תהיה יותר מרוסנת והנטל יהיה על התובע. ככל שההליך היה חסר, כך ביהמ"ש ייטה יותר להתערב.

**עניין אישי שלילי**

עניין אישי שלילי זה כאשר בעל מניות רוצה לפגוע וחושב כנגד טובת החברה. הוא חושב בצורה לעומתית- האינטרס בחברה לא רלוונטי העיקר להזיק. כלומר הוא לא פועל משיקולים רציונליים לטובת החברה, אלא בהגדרה ומתנתק מזה לכיוונים אחרים לגמרי. זוהי חשיבה שאומרת שאולי גם בעל מניות כזה צריך לנטרל מההצבעה. הרי החוק מדבר כי כל מי שיש לו עניין אישי באישור העסקה צריך להיות מודר מההצבעה. פה יש לו עניין אישי בחוסר אישור העסקה- יש לו עניין אישי שלא לאשר את העסקה, אך אין לו עניין עוד בטובת החברה. סוגיית העניין האישי רלוונטית בעיקר למקרה של עניין אישי חיובי (מקרה בו בעל השליטה רוצה לאשר עסקה) ופחות למקרים של עניין אישי שלילי (מקרים בהם בעל מניות רוצה למנוע את ביצוע העסקה). עניין אישי שלילי יכול להתבטא בהצבעת נגד.

מבחינה קונספטואלית, את הרעיון של האם יכול להיות שעניין אישי שלילי יפסול בעל מניות מלהצביע במסגרת הפרשנות של 275? מבחינה עקרונית זה אפשרי אך ברמת המעשה, זה כמעט ולא יקרה. להבדיל מבעל מניות השליטה שם העניין האישי הוא מובהק ויש רצון להדיר אותו מהדיון, במקרה של עניין אישי שלילי מי שרוצה להדיר את בעל המניות הוא בעל השליטה- הוא ינסה לבקש לא לכלול את הבעל המניות בהצבעה. עכשיו בעל השליטה יש חשש שהוא ינסה להפיל כל בעל מניות שמתנגד לו. ביהמ"ש אומר שזה כן יכול להיות עניין רלוונטי ויכול להביא לעניין אישי שיוביל לפסול את בעל המניות מההצבעה. אך כדי שבית המשפט ייתן תוקף לשלילת זכות הצבעה, שגלומה במניה, זה צריך להיות דבר מאוד ברור ומאוד נוקב, צריך להוכיח בראיות ממשיות שההצבעה נובעת מזה. אם ניתן יהיה לשכנע ולהביא ראיות מבוססות אז יפסלו אותו כבעל עניין שלישי. כלומר העניין אישי שלילי לא נשלל על ידי ביהמ"ש, אבל הוא יבחן בדיעבד ורק אם תהיינה הוכחות חד משמעיות שבעל מניות הצביע בכוונה בניגוד לטובת החברה כדי לשלול את העסקה (על רקע חיסול חשבונות עם בעל שליטה למשל) אז יתכן ויפסלו את הקול שלו. כל עוד זה לא מבוסס בית המשפט ימנע מלפסול את זכות ההצבעה שלו.  
אחרת לא יפסלו הצבעה של בעל מניות שהצביע נגד ביצוע עסקה כי אז יהיה קשה לבצע עסקאות. יש סל אינטרסים רחב בהצבעות של אספה כללית וקשה לדעת בדיוק מה מניע הצבעה של כל בעל מניות. אם חלק מהסיבה שבעל מניות מצביע נגד זה בשל סיבות אישיות זה יכול להיות כשר כי אי אפשר לדעת מה בליבו של אדם וניסיון לברר זאת לגבי כל עסקה ישתק את השוק. ההפעלה בפועל של פסילה כזו, תהיה הרבה יותר זהירה ומרוסנת.

**חלוקת דיבידנדים**

עד כה דיברנו על אתגר דיני החברות עם בעיית הנציג, אך כעת נעבור לנושא חדש והוא סוגיית חלוקת הדיבידנדים. עד היום הכרנו את נושא הדיבידנדים בעצם דרך ס' אחד ספציפי בחוק החברות- ס' 190 לחוק. כשהגדרנו לעצמינו מה זאת מניה כמושג ומה היא אוצרת בתוכה, דיברנו על חבילת זכויות מסוימות וניסינו להבין איפה זה קבוע בדין כברירות מחדל. הצבענו על ס' 188,190 לחוק בתור שתי הזכויות השגרתיות והקלאסיות ביותר. 188 שמדבר על זכות ההשתתפות באספה הכללית, 190 הזכות להשתתף בחלוקת רווחים בחברה אם וכאשר הוחלט על חלוקתה. כל הזמן הדגשנו כי שזאת לא זכות מוקנית. אם לא יוחלט על חלוקת רווחים, לא יכול לבוא בעל מניה ולתבוע לזכות, כי אין לו זכות מלכתחילה על חלוקת רווחים, היא לא זכות ממש אלא יותר ציפייה ותקווה שהוא יהיה זכאי לדיבידנדים. זאת לא זכות מוקנית שמותר לתבוע מכוחה כי בעל המניות קופח בשל אי מתן דיבידנד, זאת לא עילת תביעה. כל מה שהכרנו זה את ס' 191- יש לך כבעל מניה פוטנציאל להשתתף ברווחים אם הוחלט על חלוקתם.

היום ניכנס לפרק בחוק הבחרות שבא ומגדיר כללי משחק למקרה שהולכים לחלק. לא נדבר מה יקרה אם לא מחלקים אלא הפוך- על מקרה קונקרטי פוזיטיבי על חלוקת דיבידנדים, וכיצד יש לפעול. לכאורה הכל בסדר ואם הוחלט אז חלוקה אז שיחלקו, אז מה הבעיה? חלוקת דיבידנדים זה בדיוק כמו כל החלטה אחרת שלא צריך לקבוע לה כללי משחק ברורים, לא צריך להחליט מבחינת תוכן ההחלטה שיקבעו כי תוכן ההחלטה כפוף לכך שמתקיימים תנאים מסוימים. דווקא בפרק הזה של דיבידנדים יש, המקרה הראשון והיחיד שאנחנו פוגשות בחוק החברות שבו בא המחוקק ואומר כי כאשר יש לכם מחשבה וכוונה לבצע מהלך מסוים, ששמו חלוקת דיבידנדים, אז הוא כן מכתיב תנאים מסוימים וקובע כי הם צריכים להראות שהם ביצעו את תנאי הקדם לצורך פעולת חלוקת הדיבידנד.

צריך לזכור כי פעולה של חלוקת דיבידנד זה אחד האירועים היותר משמחים בחייה של חברה, שכן היא מגיעה לשלב בו היא מצליחה מבחינה עסקית, משגשגת ולא נמצאת בקשיים, ועל כן היא צריכה לחלוק להישגיה ועושרה היחסי עם המשקיעים שלה. היא תחלק להם מעושרה- דיבידנד, זה אירוע שבעלי המניות כשהם השקיעו בראשית הדרך בביצוע ההנפקה, על כך הם חשבו. מה ההיגיון הכלכלי לרכוש ממניה? אולי זה למכור בשוק המשני, אך בסופו של דבר בקצה המזלג יש נקודה כספית שכולם מתייחסים אליה ושואפים אליה וזו חלוקת הדיבידנדים. יש פה איתות חיובי כלפי השוק, אך זה לא רק איתות מילולי בלבד אלא גם מעשי- יש פה המחשה אמיתית של המצב הכלכלי של החברה.

**כללי המשחק בחלוקת דיבידנדים**

סעיפי החוק

הסעיפים שעוסקים בעניין חלוקת דיבידנדים הם 301-313.

* ס' 301 – מגדיר את הוראות הפרק כקוגנטיות (זולת 307). תקנון יכול להחמיר ולא להקל.
* ס' 307 – מי שמוסמך לקבל החלטה על חלוקת דיבידנד הוא הדירקטוריון, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון.
* ס' 302מגדיר את מבחן הרווח ואת מבחן יכולת הפירעון, וקובע שאם הם מתקיימים ניתן לחלק.
* ס' 303קובע שאם מבחן הרווח לא מתקיים אבל מבחן יכולת הפירעון כן מתקיים ניתן לחלק באישור ביהמ"ש.

פרק חלוקת הדיבידנדים הוא קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו בתקנון. יש פה מבחנים שהם דרישה נחרצת של החוק.   
אנחנו כל הזמן מדברות על חלוקת דיבידנדים, אך בפועל, המונח הקריטי הוא חלוקה ולא נאמר דיבידנד בחוק. אם החברה רוצה לבצע חלוקה היא צריכה לעמוד בסעיפי החוק, אך לא נאמרת המילה דיבידנד.

מהי חלוקה? כותרת הפרק היא חלוקה, ולכן צריך להגדיר את המונח חלוקה. בס' 1 מגדירים חלוקה כמתארת שתי פעולות:

1. דיבידנד- העברה של כסף ושווה כסף מן החברה אל בעל המניות בשל השקעתו. זאת אומרת ההגדרה של דיבידנד היא העברה של כסף או נכס, החברה מעבירה לבעלי המניות בשל כובעם וכשירותו כבעל מניות. זה לא מונח אינטואיטיבי אלא הגדרה מאוד ברורה. על זה כאשר החברה שוקלת לבצע פעולה כאמור, בא המחוקק ואומר בס' 302 כי אם החברה רוצה לבצע את הפעולה הזאת היא צריכה לעמוד בשני מבחנים מצטברים- 1. מבחן רווח 2. מבחן רווח הון.
2. רכישה

**מבחנים לחלוקת דיבידנדים**

ס' 302 מגדיר את מבחן הרווח ואת מבחן יכולת הפירעון, וקובע שאם הם מתקיימים ניתן לבצע חלוקת דיבדנדים.

1. **מבחן הרווח**

לפי מבחן הרווח, ניתן לחלק דיבידנדים רק מתוך רווחי החברה**.** החוק מגדיר רווח כ: *"יתרת עודפים או עודפים שנצברו בשנתיים האחרונות שמקורם ברווח".* החוק מפנה אותנו לדוחות הכספיים של החברה שערוכים לפי כללי החשבונאות. אם יש רווחים זה עובר לפי מסמך שהחברה מפרסמת ושמו דוחות הכספיים של החברה. לא כל חברה מפרסמת באותה תדירות דוחות כספיים. אם זאת חברה ציבורית אז מפרסמים דוחות לפי דין- חוק ניירות ערך, שמחייב אותה לפרסם דוחות כספיים אחת לשלושה חודשים- בתום כל רבעון כספי מהשנה (קיו 1). החברה צריכה לפרסם בכל רבעון דוח, אבל תצטרך גם לפרסם דוח על כל השנה שעברה. חברה פרטית לא מחויבת לחוק ניירות ערך ולכן היא לא מחויבת לפרסם, היא לא צריכה לפרסם ולערוך באותה אינטנסיביות כמו חברה ציבורית, אך היא כן תפרסם לצורך סיכום פעילותה- בדרך כלל אחת לשנה. המחוקק בא ואומר כי במבחן הרווח ניתן לחלק דיבידנדים מתוך הרווחים של החברה, כאשר אם רוצים לדעת כמה רווחים יש לחברה צריך להסתכל בדוחות הכספיים שלה. כמובן שמדובר על דוחות כספיים עדכניים, בני לא יותר מ6 חודשים קודם לכן, כי אחרת דברים כבר השתנו בחברה ולא יהיה נכון להסתמך על כך. אך אם החברה היא פרטית ולא פרסמה דוח, היא לא תוכל לחלק דיבידנדים, היא תצטרך לעשות צעד קודם לחלוקה וזה עריכה ופרסום דוח כספי. יש לשים לב שנאמר דוחות כספיים ברבים מה שמלמד כי צריך להסתמך על כמה ולא רק אחד. זה מבחן נוח כי ממילא חברה עורכת דו"חות כספיים, ואפשר להתייחס למידע שמופיע בדו"חות ולהסתמך עליו. העודפים זה המקום ממנו ניתן לחלק את הדיבידנד. יש פה שתי הגדרות:

* רווח- יתרת עודפים בשנתיים האחרונות כפי שהם באים לידי ביטוי בדוחות הכספיים.

לצורך ההגדרה הזאת מוסיף המחוקק תת הגדרה- רווח זה יתרת עודפים, ולכן יש צורך להגדיר מה זה עודפים.

* הגדרת עודפים – ישנה הגדרה בסעיף והיא סכומים הכלולים בהון העצמי של החברה ושמקורם ברווח הנקי. בשביל להבין מה זה עודפים צריך קודם להבין מה זה הון עצמי ורווח נקי ומה היחס ביניהם? כשנבין את זה. אם מסתכלים בלשון הסעיף בהגדרה, רואים בהגדרה של רווחים ועודפים שכל הזמן הסעיף מפנה לדו"חות הכספיים של החברה, עפ"י כללי חשבונאות מקובלים.

יש לשים לב שבשתי ההגדרות המחוקק משתמש במונח חשבונאות, כלומר יש פה אמירה של המחוקק שבהקשר של מבחן הרווח נעבוד לפי הפרקטיקה החשבונאית, לפי כללי החשבונאות המקובלים לצורך זה יגזרו התוצאות המשפטיות.

**דוחות חשבונאיים–** חברה מפרסמת מספר דו"חות. יש שני דוחים מרכזיים שחברה עורכת:

1. רווח והפסד: את הרווח הנקי נוכל למצוא בדוח רווח והפסד- הדוח בא לסכם את הפעילות מבחינת ההכנסות וההוצאות של החברה, כשהוא מחושב על ידי הפחתת ההוצאות מההכנסות. את כל ההוצאות החברה מפחיתים מההכנסות של הפעילות העסקית של החברה, שהתוצאה של החישוב הזה היא *הרווח הנקי*. דוח רווח נערך בכל תקופה, והוא מסכם את התקופה הזאת. כלומר דוח רווח והפסד נכון לתקופה המסוימת (חודש, שלושה חודשים, שנה) שהוא בא לסכם. וזאת מאחר שהוא מאגד את כל הנכסים וההתחייבויות שהיו באותה התקופה ומתרגם אותם לרווח או הפסד. הרווח מתורגם לסעיף עודפים שיהיה בחלק ההון העצמי של המאזן, והוא ייתן אינדיקציה מתי וכמה אפשר לחלק דיבידנדים.

|  |  |
| --- | --- |
| * **דו"ח מאזן** | |
| * נכסים | * התחייבויות |
|  | * הון עצמי |
| * סה"כ – X | * סה"כ – X |

1. מאזן: במקביל לדוח רווח והפסד, נערך דוח נוסף ושמו מאזן. דוח המאזן עורך איזון והשוואה בין שני אלמנטים מרכזיים: נכסים מול התחייבויות. דוח המאזן מציג תמונת מצב של כל מה שיש בחברה- נכסים (זה כל דבר שיש לו שווי כלכלי- נכסים קבועים, מזומן, וכו), התחייבויות ותחת הטור של ההתחייבויות ישנה עוד רובריקה והיא הרובריקה של ההון העצמי. נכסים פחות התחייבויות = *הון עצמי* של החברה. ההון העצמי הוא ההפרש של הנכסים וההתחייבויות, שבעצם ההון העצמי הוא כמה החברה שווה נטו. החברה שווה סך הרכוש שיש לה אחרי הפחתת כל ההתחייבויות שמשפטית מחויבת לשלם. היתרה היא הנטו של החברה ולכן זה כמה החברה שווה.  
   מה מרכיב את ההון העצמי? גם בתוך ההון העצמי יש מספר סעיפי\יחידות משנה: אחד מהם נקרא הון המניות (ההון שהושקע ע"י בעלי המניות כנגד קבלת המניות). ההון העצמי של החברה בא מהנפקת המניות שביצעה בעבר. כל פעם שמנפיקים מניות נכנס עוד רכוש לחברה, אך לא נכנסו התחייבויות (מאחר והיא לא מתחייבת להחזיר את הכסף אף פעם). מניות הוא הון עצמי של החברה שהוא בעצמו מחולק לשני חלקים.   
   כל פעם שמבצעים פעולה חשבונאית\ כלכלית הביטוי החשבונאי שלה הוא תמיד כפול- הפעולה יכולה לבוא לידי ביטוי בשני מקומות- מצד נכסים לחברה ומצד הכנסות לחברה. למשל הפעולה של גיוס כסף באמצעות הנפקת המניות תהיה בצד הנכסים, אך אין לה התחייבויות.   
   מאזן הוא צילום מצב רגעי הנכון לרגע מסוים. בעוד שדוח רווח והפסד הוא "סרט וידאו נמשך, הוא נותן סיכום וסיפור מעשה של שנה שלמה למרות שהוא תקף לאותו הרגע. דוח רווח והפסד סוקר תקופה שלמה, בעוד שמאזן מראה את התמונה הכללית- לא רק מה היה מהשנה האחרונה אלא אי פעם.

אז מה זה עודפים? ס' החוק מתייחס לרווח ועודפים בדוחות הכספיים אך לא מתייחס לאיזה דוח. המחוקק מגדיר את העודפים כסכומים הכלולים בהון העצמי (=במאזן) שמקורם ברווח הנקי (=דוח רווח והפסד). כלומר, סכומים הכלולים בהון העצמי שהם במאזן, מקורם ברווח הנקי שבא מתוך דוח רווח והפסד. עודפים מקורם ברווח הנקי שעשתה החברה, זאת אומרת עודפים מקורם בדוח רווח והפסד בשורת 'הרווח הנקי'. העודפים הם הרווחים הנצברים לאורך זמן, ולכן ברגע החלוקה ניתן לחלק את כל מה שנצבר (אך לא מה שיצבר). העודפים הם מקור פוטנציאלי לחלוקת דיבידנדים. זה יהיה הרכיב שימדוד את מבחן הרווח, שלפיו ניתן\לא ניתן לחלק דיבידנד. מבחן הרווח מבקש לחלק דיבידנד מתוך העודפים בלבד. סעיף העודפים מתעדכן מתקופה לתקופה בהתאם לרווח וההפסד של החברה.

סך עודפים או בשנתיים האחרונות

המחוקק מדבר על חלוקת דיבינדנים או מסך העודפים או העודפים שבשנתיים האחרונות. על מנת לחשב עודפים של שנתיים צריך לפנות ל8 רבעונים קודמים ולסכם אותם, וכך נדע מה יתרת העודפים הצבורה בשנתיים האחרונות. השאלה למה בכלל המחוקק משחק את המשחק של שתי חלופות- למה צריך או סך עודפים או בשנתיים האחרונות? הדרך לקבוע מה סך העודפים שיחולקו זה לפי סך הגבוה ביותר- זה מאפשר גמישות מסוימת לחברה, לפי הגובה מביניהם. שההיגיון הוא שיכולות להיות גם שנים הפסדיות. בדוח רווח והפסד יש שנים שאין רווח והיו יותר הוצאות מאשר הכנסות, לכן בעדכון המאזן הוא מקטין את הנכסים ואת ההון העצמי של החברה. המחוקק פותח חלון זמן נפרד ומוגדר שהוא יכול להיות גבוה יותר ממכסת העודפים הכללית. אך זה בעצם איתות לשוק- איתות לשוק שהחברה במגמה חיובית, נכון שהיא הייתה בעבר בהפסדים אך הדברים השתנו והחברה עלתה על גל חיובי. באמצעות הכסף המחולק, הוא יכול לשדר שדר חיובי לשוק והמחוקק מקבל ומאפשר את זה לחברה. מצד שני, כדי שלא על כל שינוי רגעי החברה תוכל לחלק את העודפים, המחוקק לא קבע טווח זמנים של שנה אחת אלא שנתיים. שנה אחת יכולה להיות תפנית אקראית, אך שנתיים זה כבר יותר עקבי.

בשורה התחתונה: מבחן הרווח נמצא ברכיב של אחד מהדוחות הכספיים- דוח רווח והפסד. בעוד שרכיב ההון העצמי נמצא במאזן.

1. **מבחן יכולת פירעון**

אין לעמוד רק במבחן הרווח וצריך לעמוד במבחן נוסף שהוא מבחן יכולת הפירעון. לפי מבחן יכולת הפירעון צריך להגיע למסקנה שאין חשש סביר כי חלוקת הדיבידנדים תפגע ביכולת החברה לעמוד בהתחייבויות הצפויות בהגיע מועד קיומן. להבדיל ממבחן הרווח, מבחן יכולת הפירעון לא נבחן לפי כללי החשבונאות המקובלים- זה לא מבחן באופן טכני על פי דוחות כספיים, זהו מבחן יותר מורכב, קשה והרבה פחות וודאי.  
מבין שני המבחנים יש קונצנזוס אצל כולם, המבחן המהותי והמשמעותי הוא מבחן יכולת פירעון. מבחן הרווח הוא מבחן חשוב שאין לדלג עליו, אך הוא לא המבחן המהותי. לכן ביחס בין שני המבחנים למבחן יכולת פירעון הוא בעל המשקל הכבד יותר. ניתן לראות את היחס הזה מכוח ס' 303 שקובע כי יש אפשרות לחלק דיבידנדים גם שלא מתקיים מבחן הרווח, אך לזה צריך אישור מראש לבית המשפט שיאשר את חלוקת הרווחים. אך גם בפנייה לבית המשפט, בית המשפט יאשר את הבקשה בתנאי שמבחן יכולת הפירעון מתקיים, כלומר אם מבחן יכולת הפירעון לא מתקיים, לא ניתן לחלק דיבידנדים גם באישור ביהמ"ש. בלי מבחן יכולת פירעון לא ניתן לחלק רווחים.

מבחן יכולת הפירעון בא להתמודד עם הסוגיה הזאת של חלוקת רווחים שלא תאפשר לחברה לפרוע את חובותיה לנושים. צריך לבחון שלא התקיים חשש סביר שהחברה לא תוכל בעקבות החלוקה לקיים את התחייבויותיה הקיימות והצפויות כשמגיע מועד קיומם. מועד קיומם זה מונח חשוב. בשפה המקצועית קוראים לזה מבחן יכולת הפירעון התזרימי- תזרים המזומנים. נשאלת השאלה מה כשיש לחברה התחייבויות לעוד חמש שנים, האם החברה תחכה עד אז בשביל חלוקת דיבידנדים? לא בהכרח היות ומבחן יכולת הפירעון מתחשב בממד הזמן- בזמן הזה החברה בפעילות העסקית שלה יכולה לחדש את מאגריה הכספיים מחדש, שעד שיעבור הזמן היא תוכל לעמוד בהתחייבויות גם לאחר מתן דיבידנדים. לכן בבדיקת ההתחייבויות לצורך מבחן יכולת בפירעון, לא נבחן רק במובן האבסולוטי של כמה התחייבויות יש, אלא גם מה ממועד ההתחייבות, מה שמאפשר לעשות תחזית והערכה לעתיד תוכל לקבוע האם בממד הזמן החברה יכולה לעמוד בהתחייבויות. יחד עם זאת, התשובה לא מדויקת מאחר ומדובר בתחזית על העתיד, ולכן זה לא מדע מדויק.

הבעיה במבחן הרווח היא שהוא אינו מנבא מה הולך להיות מכאן ואילך. הוא מראה שיש עודפים כאן ועכשיו אבל לא יכול לנבא האם חלוקת העודפים כדיבידנד תפגע בנושים בהמשך במועד הפירעון. ולכן מבחן יכולת הפירעון הוא המבחן המשמעותי יותר מבין השניים. מבחן יכולת הפירעון קובע שניתן לחלק דיבידנד רק אם אין חשש סביר שבעקבות החלוקה החברה לא תוכל לפרוע חובות לנושיה במועד קיומם. זאת הפעם הראשונה שמתייחסים לנושי החברה. זה מבחן צופה פני עתיד והוא מבוסס על הערכות הגיוניות. במבחן זה עושים הערכה צופה פני עתיד, להבדיל ממבחן הרווח שהוא דיווח צופה פני עבר. מן הסתם תוך כדי הסתכלות לעתיד מסתמכים בין השאר גם ובמידה גדולה על נתוני עבר. זה לא מדע מדויק, זה עוסק בהערכות. לצד זאת צריך לבחון גם את נתוני השוק ולהעריך לאן הוא מתקדם.

למה שהמחוקק יקבע כללים בחלוקת דיבידנד?

מה המבחין בין השקעה הונית לבין חוב? מניה היא זכות שאין כנגדה התחייבות לקבלת רווחים, היא לא נחשבת להתחייבות משפטית. בעוד שחוב זה בדיוק הפוך- חוב מהווה התחייבות משפטית שאם איננה מקוימת ניתן לתבוע את קיומה בבית המשפט. כמו כן, הטווח שהמסגרת המשפטית מקנה לבעליה היא שהמניה מקנה לבעליה טווח אינסופי- כלומר הפוטנציאל לקבלת רווח הוא אינסופי- מבכלל לא ועד לאינסוף. חוב לעומת זאת, זה סכום מוגדר- חייב למשל 10,000 ולא שקל נוסף. אלו מכשירים שונים, ולכן המניה שיכולת לתת עד אינסוף היא ההשקעה היותר ספקולטיבית, ואילו החוב הוא יותר בטוח-שמרני במובן של כלל היסוד- חוב קודם למניה, נושה קודם לבעל המניות בתור. זה כלל היסוד של ההשקעות- אלו שני נתיבי השקעה שונים עם כללי משחק מוגדרים. אני מלווה לחברה ואני יודעת שאין פוטנציאל לרווח נוסף מהחוב המוגדר, אך המניה מגלמת בתוכה פוטנציאל אינסופי. אך מהצד השני, הנושה תחילה- קודם יש לפרוע חובות, והרווח הנותר יופנה לבעלי המניות, ואם לא יישאר מספיק בעלי המניות לא יקבלו.

נחזור להגדרה של דיבידנד- כל כסף או שווה כסף שהחברה מוציאה ונותנת לידי בעל מניה, לרבות העברה ללא תמורה. אך יש להבין שזה לא לרבות העברה ללא תמורה אלא רק העברה ללא תמורה. זו המשמעות של דיבידנד- שכן דיבידנד זו פעולה חד סטרית בהגדרה ללא תמורה. זה נכון שהיסטורית דיבידנד ניתן בשל השקעת בעלי המניות- זאת פעולה של קטיפת פירות על השקעת בעלי המניות בחברה בעבר. אך נכון לשעה והעת הזאת, יש כאן פעולה חד צדדית. ההשקעה של בעל המניות היא מתוך ההבנה שיש סיכון- וזה יבוצע רק לאחר תשלום לנושי החברה, או בכלל לא (מאחר וזו החלטת החברה האם לחלק דיבידנדים. לכאן נכנסים דיני החלוקה- לא לאפשר לחברה להגיע לסיטואציה מדעת ומפעולה אקטיבית שלה, הכנסת היד לקופה והעברת הכסף לידי בעלי המניות, היא לא מקבלת משהו כנגד, והנושים לא מקבלים שום דבר. הנושים לפני בעלי המניות, והמבחן שבא לצאת כנגד זה הוא מבחן יכולת הפירעון. אפילו המלל- הפריעה היא חובות לנושים. החברה צריכה לבדוק את עצמה לפני שהיא מבצעת את הפעולה הזאת ומכריזה על חלוקה, שישאר לה מספיק על מנת שהיא תוכל להתמודד עם תשלום החובות לנושים.

**מה תפקידו של מבחן הרווח?**

אם העיקר הוא לדאוג לנושים וזה העניין של דיני חלוקה- שלא תבוא פעולת תשלום חד-סטרי לבעלי המניות לפני הנושים, אז מבחן יכולת הפירעון ניתן להבין למה הוא הכרחי, אך מה תפקידו של מבחן הרווח ומה הוא תורם?

המחוקק קורא לזה מבחן הרווח, אבל מבחן יכולת הפירעון הוא מבחן מאזני. יש מבחן אחר של יכולת פירעון שנקרא מבחן מאזני. מבחן מאזני בוחן שווי כלכלי קיים (סך הנכסים וסך ההתחייבויות לבחינת ההון העצמי). מחסירים התחייבויות מנכסים, ואם התוצאה חיובית עומדים במבחן המאזני. אם התוצאה שלילית לא עומדים במבחן המאזני, אבל עדיין יכול להיות שעומדים במבחן התזרימי (וגם ההיפך נכון, ייתכן שיעמדו במבחן המאזני אבל לא במבחן התזרימי. זה יקרה למשל כשיש לחברה נכס כמו בניין אבל אין לה מזומנים לשלם מהם). המבחן התזרימי בוחן האם יש כסף זמין או שווה כסף שניתן למכור אותו בזמן כדי לפרוע את החוב.  
היחס בין הנכסים להתחייבויות הוא אינדיקטור מאוד חזק ליכולת פירעון, ובמובן הזה מבחן הרווח תורם. הוא מהווה אינדיקציה חשובה, אך היא לא אינדיקציה הכרחית. האינדיקציה היותר קשה הוא מבחן יכולת הפירעון- שלא שואל יחס נכסים התחייבויות, אלא שואל על בסיס זמן, כמה רווח יהיה בעוד מספר שנים, האם החברה תוכל לעמוד בהתחייבויות שלה על בסיס הרווח הזה. כלומר מבחן הרווח תורם בכך שהוא מהווה אינדיקציה ליכולת הפירעון של החברה. ובנוסף מבחן הרווח נותן תחושת גבולות גזרה שאז ניתן לשחק את משחק היכולת הפירעון.

הערת אגב על הון עצמי

בפס"ד חורב, אצל השופטת רונן התעוררה שאלה על הסכומים הנמצאים בהון העצמי, שלא עברו תוך שורת הרווח הנקי בדוח רווח והפסד. הם הניבו כסף בחברה והרבה, אך המקור לא הגיע דרך שורת הרווח הנקי, ולכן זה לא יחשב כרווח. האם אפשר לחלק את זה ללא אישור ביהמ"ש? עונה השופטת רונן בשלילה. החוק מגדיר מה זה רווח- סכומים בהון העצמי שמגולמים בשורת הרווח הנקי. מבחינה משפטית, ס' 302 לא מאפשר לחלק את הרווחים, בעוד שס' 303 כן. אם הם היו באים ומבקשים מראש לחלק לפי ס' 303 אז ביהמ"ש היה ניעתר לבקשה. אך ברגע שהם עושים על דעת עצמם בחברה בלי לעבור בביהמ"ש וחושבים כי הם מקיימים את מבחן הרווח התשובה היא לא. המבחן הוכר בצורה מסוימת, ולכן יש לשים לב האם הוא מקיים את מבחן הרווח, זו שאלה חשבונאית טכנית, וצריך לפעול לפי ההגדרה. האם זה סכומים שהגיעו מתוך המאזן ברווח הנקי או לא.

**חלוקה אסורה**

אם מתבצעת חלוקה, ולאחר מכן עולות טענות שהחלוקה הזאת לא קיימה לפחות אחד משני המבחנים (יכולת הפירעון ורווח ללא אישור ביהמ"ש), אומר ביהמ"ש כי זו חלוקה אסורה באופן קוגנטי. מה התוצאות והסעדים של חלוקה אסורה? אם החלוקה בוצעה שלא כדין לאן זה מוביל אותנו?

1. ס' 310 סעד של השבה- ס' 310 קובע סעד של השבה. המשחק הוא בין בעלי לנושים, המהלך של החלוקה שהפכה להיות חלוקה אסורה, שיבשה את סדרי העולם של בעלי המניות-נושים. שולם לבעלי המניות במקום שהמחוקק קובע כי אין לחלק מתוך דאגה לנושים. וכאשר בוצעה חלוקה אסורה הוטב עם בעלי המניות, וכנגד חשיפה וסיכון של הנושים. ולכן הסעד המתבקש הוא שמי שקיבל הטבה שלא כדין, ישיב אותה.   
   אך מהצד השני הס' מאזין את זה וקובע סייגים לסעד ההשבה. ככלל, בעל מניות שקיבל דיבידנד שלא כדין צריך להשיב. אך אם אותו בעל מניות לא ידע שמדובר בדיבידנד שלא כדין, ולא היה צריך לדעת שהמשהו לא תקין, אז המחוקק חס עליו ומשחרר אותו מחובת ההשבה. בתום לב, בלי שום ידיעה ושלא היו צריכים לדעת שמשהו משובש ולא כדין, הם לא יצטרכו להשיב. למה משחררים אותו מחובת ההשבה? תקנת שוק. הגנה על הצד השלישי תם הלב, שאף על פי הוא קיבל דבר שלא היה צריך לקבל, החוק מאפשר לו לקבל את זה. ההגנה על הצד השלישי שלא מעלה על דעתו וקיבל דבר שלא היה אמור לקבל, מבחינת הדין התיאורטי ניתן לדרוש את זה ממנו. אך זה אולי יגשים צדק מוחלט, אך מבחינת הצדק התקין וכללי השוק הכל ישתבש- אף אחד לא יוכל לדעת בוודאות. לא ניתן לקיים התקשרויות בין בני אדם, בהנחה שמישהו בעתיד יכול לדרוש את זה בחזרה. ההגנה הזאת ב310, לבעל המניות תם הלב זה המקרה הקלאסי של בעל מניות שלא ידע או צריך היה לדעת זה בעלי מניות מהציבור, שלא נמצאים בלב העניינים (לכן בחוק נקבעה חזקה על כך). המחוקק קובע חזקה לאותו בעל מניות שלא ידע ולא היה צריך לדעת שהחלוקה אסורה, חזקה לבעל מניות בחברה ציבורית שהוא לא נושא משרה או בעל מניות השליטה. המחוקק מטיל חזקה המניחה שאותו בעל המניות בחברה ציבורית לא ידע שהחלוקה האסורה. כלומר הנטל בתביעה הדורשת ממנו השבה, הוא ממי שמבקש את ההשבה. אותם בעלי המניות מהציבור, לא באמת עוקבים ויודעים מה קורה בחברה, ומשתמשים בסוכנים רק בקנייה ומכירת המניות.
2. ס' 311 הפרת חובה- כל מי שהיה דירקטור בזמן קבלת ההחלטה יישא באחריות כמי שהפר את חובתו כלפי החברה (אלא אם כן הוכיח אחד מהתנאים המופיעים בסעיף). הדירקטורים בשעה שהוחלטה החלוקה, הם יראו כמי שהפרו את חובתם כלפי החברה- זהירות או אמונים. השאלה איזו חובה מדובר, זה תלוי בנסיבות, אין פה קביעה קטגורית של המחוקק והוא משאיר את זה להכרעת ביהמ"ש. צריך קביעה פוזיטיבית קונקרטית של בית המשפט לגבי מה טיב החובה שהופרה. במקור שנחקק חוק החברות, הנוסח של ס' 311 קבע כי אם הייתה חלוקה אסורה יראו את הדירקטורים כמי שהפרו חובת אמונים כלפי החברה. התעוררה הרבה ביקורת על כך, ובאחד התיקונים הראשוניים והחשובים תיקנו את הס' באופן שיכיל גם את חובת הזהירות וגם את חובת האמונים. במקור נקבע שזו הפרת חובת אמונים אך כיום ניתן לקבוע באיזו חובה מדובר לפי נסיבות העניין.

החשיבה מאחורי הנוסח המקורי הייתה כי מערך הכוחות בחלוקת דיבידנדים הוא בין בעלי המניות לנושים. כל הרעיון של חלוקה אסורה היא להגן מפני פעולה שמטיבה עם בעלי המניות על חשבון הנושים. ברור כי מבין שתי קבוצות הכוח, בעלי המניות הם אלה שחושבים על טובתם האישית. כלומר בכך שהלב נוטה לטובתם האישית, זה מתקרב לחובת אמונים. זה לא שהם חושבים בצורה אובייקטיבית מקצועית, יש פה הטיה אישית.

הנפקות – כזכור, בחובת זהירות יש ביטוח בעוד שבחובת אמונים אין ביטוח. בהפרת חובת אמונים אין פטור, אבל במקרה של חלוקה אסורה גם בהפרת חובת זהירות אין פטור. על חובת זהירות יש ביטוח בעוד שחובת אמונים אין, על חובת זהירות יש פטור בעוד שעל חובת אמונים אין, אך חשוב לציין שבמקרה של החלטה אסורה המחוקק לא מאפשר פטור בכלל- גם אם מדובר בחובת זהירות. כלומר דירקטור שבונה על פטור בכלל, אין לו מה לבנות על זה אם העילה שבגינה תובעים על הפרת חובה היא עילה של החלטה אסורה.

למה פתאום המחוקק לא מאפשר פטור על חובת זהירות בהקשר של חלוקה? מי שמחליט על הפטור אלו בעלי המניות, זאת החלטה של האספה הכללית- האם בעלי המניות סיכמו לתת פטור לנושאי המשרה שאפשרו חלוקה? הם אלו שנהנים מהחלוקה- בעלי המניות ישמחו לקבל דיבידנדים. בעלי המניות יוכלו לשחרר את הדירקטורים מאחריות של החברה, כשהנהנה האולטימטיבי הוא בעל המניות עצמו. אז אם הנפגע האולטימטיבי מוכן לוותר על זכותו זה בסדר, אבל כשהנפגע זה הנושים מה פתאום שבעלי המניות ישחררו באחריות למה שנועד לפצות את הנפגעים? ולכן 254(ב), המחוקק שולל את הפטור בנוגע לחלוקה. לעומת ביטוח בהפרת חובת זהירות בהקשר של חלוקה, אין סיבה שזה לא יהיה, מאחר והביטוח זה כיס עמוק של צד שלישי, וחישובי סיכונים שחברת הביטוח עורכת, ובזה יהיה דווקא מקור פיצוי לחברה שנפגעה בחלוקה ובעקיפין לנושים.

נקודה חשוב שהפטור והביטוח חייב להיות מראש ולא בדיעבד. אך לגבי פטור, לא ניתן לפטור לא מראש ולא בדיעבד.

מי התובע בחלוקה אסורה?

אם הייתה חלוקה אסורה, המשמעות היא שהדירקטורים הפרו את חובתם. אך מי מגיש את התביעה ומי הנפגע משפטית בחלוקה אסורה?

1. הנושה- מי שנפגע משפטית זו החברה, הנושים זו תביעה נגזרת- מכוח ס' 204. זאת נקודה מיוחדת בתוך עולם התביעות הנגזרות, שבדרך כלל רק לדירקטורים ובעלי המניות יש זכות תביעה נגזרת, אך המחוקק פירש שאם מדובר בחלוקה- אם הטענה היא לחלוקה אסורה יכול לעורר הנושה בתביעה נגזרת מטעם החברה. ברור שבעל מניות לא ינהל תביעה נגזרת, ולא יתבע על כך- להפך הוא שמח שקיבל כסף. האינטרס של הנפגע הוא של הנושים ולכן ניתנת להם אפשרות כזאת.
2. המפרק- כפי שראינו בפס"ד מלרג. כאשר החברה התגלגלה לפרוק ונפלה, המפרק הסתכל מה קרה קודם וראה כי היו שלוש חלוקות דיבידנד, שלטענת המפרק הן לא מקיימות את מבחני החוק והן לא תקינות, ולכן הדירקטוריון צריך לשאת באחריות.

או נושה שיגיש את בתביעה כתביעה נגזרת, או המפרק.

**פס"ד מלרג**

מלרג מתרכז במבחן יכולת הפירעון. אין קביעה גורפת לכל שלושת החלוקות הדיבידנדים שבוצעו, דווקא החלוקה הראשונה הייתה בסדר ובית המשפט לא שוכנע שזה לא הגשים את המבחן, אך שתי החלוקות האחרות מבחן יכולת הפירעון לא קוים. בגין כך הדירקטורים נושאים באחריות בגין הפרת חובת זהירות (המפרקים מעדיפים זהירות כי אחר כך הם יכולים לתבוע מהביטוח במקום להסתבך עם הגביה הישירה מהדירקטורים).

השופט ברנר בפס"ד לא קובע קביעה חד משמעית שבהכרח בכל תנאי חלוקה אסורה מובילה לאחריות דירקטורים, ולכן יש אפשרות שנגיע למסקנה שהחלוקה הייתה אסורה ואף על פי כן הדירקטורים לא יישאו באחריות. במקרה זה ביהמ"ש מצא חלוקה אסורה. הדירקטוריון צריך להראות שההחלטה הייתה מיודעת ככל הנדרש. התובעים טוענים שהייתה הפרה של חובת הזהירות. הדירקטור יבקש להפעיל את כלל שיקול הדעת העסקי. אם אין ניגוד עניינים ויש תו"ל צריך לבחון את התהליך ולא את התוכן. ביהמ"ש קובע שחלוקה אסורה שווה הפרת חובה, לכן אין מה להפעיל כלל שיקול דעת עסקי. אם החלוקה היא אסורה יש הפרת חובה מיד. עולה השאלה מה קורה במצב בו דירקטור מקבל החלטה מיודעת ומבוססת על התייעצויות לפיה הוא לא יודע שהחלוקה אסורה, האם גם אז קובעים מיד שיש הפרת חובה או שניתן להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי. ביהמ"ש קובע בדיעבד שהחלוקה אסורה, אבל הדירקטור לא ידע זאת בעת קבלת ההחלטה. סוגיה זו מעלה קושי לגבי הכלל לפיו ברגע שיש חלוקה אסורה יש הפרת חובה

**פס"ד חורב**

פס"ד חורב של השופטת רונן עוסק במבחן הרווח ולא יכולת הפירעון שם, להבדיל ממלרג לא עלתה הטענה שהחלוקה לא עומדת במבחן יכולת הפירעון אלא הרווח. בית המשפט קבע שזו חלוקה שלא קיימה את מבחן הרווח ולכן זאת חלוקה אסורה. הדירקטורים טענו כי לצורך החלוקה הזו, הם הצטיידו קודם לכן, בשתי חוות דעת משפטיות שיחוו דעה, ולא עשו זאת כלאחר יד. שתי חוות הדעת קבעו את אותו הדבר, כמובן שלבית המשפט יש סמכות לקבוע אחרת, אך האם כשבית המשפט שוקל אחרת אחרי שהחברה התייעצה, יכולה להוביל לתוצאה שהם נושאים באחריות? או שהם יכולים לטעון להגנת שהפעילו את כלל שיקול הדעת העסקי- פעלו בתום לב, אין ניגוד עניינים, החלטה מיודעת. בנושא של אחריות דירקטורים הם רוצים לטעון לשיקול דעת עסקי להגנתם.

השופט רונן קובעת בקביעה מאוד נחרצת כי מדובר בחלוקה אסורה על פי דין, חלוקה שמנוגדת לחוק, ולכן איך דירקטור יכול לטעון כי אינו נושא באחריות? אל להביא שיקול דעת עסקי במקום שיש החלטה מנוגדת לדין. כלל שיקול הדעת פועל על עסקאות רבות ונרחבות, אך לא כשהן לא חוקיות. המחוקק אומר כי אם זה לא מקיים מבחן כזה או אחר, זאת חלוקה אסורה- מי שנותן את ידו ומחליט החלטה אסורה, לא יכול לרחוץ בניקיון כפיים ולא יכול לטעון שהוא לא אחראי. אל לדבר על שיקול דעת עסקי במקום של החלטה אסורה. זאת תוצאה מאוד משמעותית לנושאי משרה.

לפי פסיקת כבוב בפס"ד חבס, המתייחסת לפסיקת רונן, נקבע כי אין כלל שיקול דעת עסקי לנושא משרה בהחלטה שהפרה את מבחן יכולת הפירעון. אך בסאני נקבע כי כאשר לא ברור שהחלוקה היא אסורה, יש אפשרות להפעיל שיקול דעת עסקי לטובת הדירקטורים.  
בין חבס לסאני יש כנראה איזושהי תמורה פנימית בתוך גישתו של השופט כבוב, גם אם הדברים לא נאמרים בצורה ברורה ומפורשת. יש פה תמורה בהלך המחשבה השיפוטית בנקודה הזאת- דיבידנדים מחולקים ומאושרים על ידי דירקטוריונים, כשתביעות גם הן מגיעות פעם רבות, אך כשהן מתקבלות האם המשמעות שאנחנו באירוע של הפרת חובה או שיש נדבך שניתן לנסות להתגונן בו? בחבס אנחנו רואות את הגישה היותר מסורתית של בתי המשפט- אם החלוקה לא קיימה את מבחן יכולת הפירעון, במקרה הזה חלוקה אסור, אין שיקול דעת עסקי. בסאני הכיוון הוא כבר מעודן יותר- נכון שהשופט כבוב קובע כי אם היותה של החלוקה היא אסורה, וזה היה ברור כבר בעת קבלת החלטה שהיא אסורה, אז לא ניתן לטעון לשיקול דעת עסקי. אך אם זה לא היה כל כך ברור האם היא אסורה, יש אפשרות שכן יופעל שיקול הדעת העסקי להגנתם.   
השופט כבוב בפס"ד סאני מצטט את מאמרו של האן- שעוסק בשאלה מהי אחריות של דירקטורים בחלוקה אסורה. הם קבעו כי גם במקום שמבחן יכולת הפירעון לא התקיים וכי החלוקה אסורה, עדיין יש אפשרות לתת לדירקטורים להתגונן ולהשאיר את חזקת התקינות ולהשאיר את הנטל על התובע, כולל טענת כלל שיקול הדעת. כלומר שלא כמו ס' 311 יש אחריות אוטומטית. העמדה המהותית היא שזה שהחלוקה נקבעת לפי מבחן יכולת הפירעון, לא אומר אוטומטית שהדירקטורים הפרו חובה. הפוטנציאל בהחלט ועדיין מתעורר אך יש מקום לאפשר להם להתגונן ושהדבר יתברר על ידי ביהמ"ש. השופט כבוב מצטט את זה והלך באותו כיוון של כן לפתוח את הפתח, בנסיבות המתאימות, ולאפשר לדירקטורים עדיין להתגונן כנגד טענה של חלוקה אסורה, בגין אי קיום מבחן יכולת הפירעון.

אם זה הכיוון לגבי טענה של קביעה שיפוטית באשר לחלוקה אסורה מחמת הפרת מבחן יכולת הפירעון, מה באשר לקביעה שיפוטית באשר מבחן הרווח?   
מבחן יכולת הפירעון הוא החמור יותר ולכן אם במבחן יכולת הפירעון ניתן להתגונן אז קל וחומר במבחן הרווח. הטענה במאמר של האן, הייתה כי מסתכלים על חלוקה מותרת או אסורה ועל השאלה האם הדירקטורים אחראים כן או לא, ולא שואלים מספיק למה היא אסורה? איזה משני המבחנים הופר? שלטענת האן אלו לא מבחנים שווים, וזה לא עניין של קל וחומר. אין ספק שמבחן יכולת הפירעון הוא החמור יותר, אך שני המבחנים פועלים בצורה שונה- משום שמבחן הרווח בוחן פני עבר בעוד שיכולת הפירעון צופה פני עתיד. דווקא המבחן החמור הוא המבחן המורכב והקשה לקביעה, משום שבצפיית פני עתיד אין וודאות וזה פותח יותר פתח לטעויות. האם נרצה ליצור מצב שמבחן יכולת הפירעון יטיל אחריות על דירקטורים לפי תוצאה? או לפי שקילה תקינה של שיקולים? נכון יותר לבחון איזה שיקול דעת הפעיל נושא המשרה, מה היה תהליך קבלת ההחלטות ואז אם לאחר שעשו את כל זה והמציאות הביאה לתוצאה שלא מקיימת את מבחן יכולת הפירעון, האם אוטומטית הם יישאו באחריות? כתוצאה מכך, כן יש מקום לאפשר את ההתבוננות הזאת. אם אכן הנסיבות לא היו ברורות ניתן להפעיל, אך אם הנסיבות הו ברורות ונושאי המשרה העלימו את עיניהם מהמציאות הזאת, לא יהיה פתח לכלל שיקול הדעת. אך כבוב כן משאיר אופציה להתבוננות הזאת אך הוא לא מתייחס בסאני לשאלה של מבחן הרווח, וזאת משום שהוא לא נדון שם, אך ניתן להבין למה דווקא במבחן הרווח לא נאפשר מתחם תמרון, דווקא בעניין הרווח, לא נאפשר כלל שיקול הדעת. בעוד שמבחן הרווח בוחן עבר ועוסק בנתונים קיימים, מבחן יכולת הפירעון עוסק כל כולו בתחזיות ולכן הוא איננו וודאי.

**ורדניקוב ' אלוביץ**

הצד הנוסף לתמונה זה מקום שבו בשורה התחתונה בית המשפט מוצא שהחלוקה לא אסורה, והיא חלוקה מותרת. על פניו זה מקרה יותר נוח לטובת בנתבעים, בית המשפט מגיע בסופו של דבר למסקנה בעצם החלוקה שהחלוקה היא מותרת על פי החוק ולא אסורה. והשאלה שמתעוררת האם בנסיבות האלה, המסקנה הנלווית לכך שהיות שהיא חלוקה מותרת אין הדירקטורים נושאים באחריות או שבכל זאת- האם עדיין לשמור ויש נתיב לתביעות של דירקטורים? לכאורה אם החלוקה מותרת, אין תביעה. האם אפשר לתבוע את הדירקטורים בחלוקה מותרת או שכל התביעות מתעוררות רק בחלוקה אסורה?  
בית המשפט קובע כי תביעה כזאת אפשרית- כלומר גם אם בתוצאה לא נראה שיש נזק משמעותי לחברה, עדיין יש מקום אולי להותיר את הפתח ולתבוע את נושא המשרה על דרך קבלת ההחלטות הלא טובה, בית המשפט משאיר את זה כאפשרות.

אם זה ככה, אז מתעוררת שאלה נוספת האם במקרה, כזה נתייחס להחלטת החלוקה כהחלטה שבאה לפחות לחלק מהדירקטורים יש עניין אישי בהחלטה- שגם משמשים כדירקטור וגם כבעל מניות. כלומר הם גם משמשים כדירקטורים וגם בעלי והמניות, ומאחר שכבעלי המניות הם מקבלים את הדיבידנדים, אז במעמד שאלת החלוקה יש להם עניין אישי. זו שאלה חשובה כי אם זה עניין אישי אנחנו נמצא של חובת אמונים ולא של חובת הזהירות. הנושא שיתברר כשישאלו האם הפרו חובה, כן או לא, לא נמצא בגזרת חובת זהירות אלא בחובת אמונים. ואפילו יהיה יותר קל לבסס לא על בסיס התוצאה אלא על בסיס התנהלות- למשל יציאה החוצה וכו. מה קבע בית המשפט בורניקוב בשאלה האם זה עניין אישי או לא? השופט סולברג מנסה לחלוק על זה, על כך שיכולות להיות נסיבות שבכל זאת תהיה עילת תביעה. אך הנקודה המרכזית הצודקת היא הנקודה שבא השופט עמית אומר כי הטענה לעניין אישי באה כשבעל מניות מסוים נהנה ממהלך באופן שונה מיתר בעלי המניות. ההשפעה של המהלך עליו משאר בעלי המניות איננה השפעה רוחבית, משותפת ועניינית. הדיבידנד בהגדרה, כשהוא מוחלק באופן שוויוני, ההשפעה שלו על בעלי המניות זה אותו אפקט על כולם, ולכן אין לדבר בשפה של עניין אישי, זו לא השפה הרלוונטית. ולכן עמית שולל שיש עניין אישי. כל הטענות על הליך האישור ועל חובת האמונים לא רלוונטיות ונדחו אם אין עניין אישי, מאחר ואם אין עניין אישי אין צורך המנגנון שפועל לנקות אותו. הליך האישור נוגע רק כאשר יש עניין אישי. סולברג נמנע מלקבוע מסקנה גורפת שלעולם חלוקת דיבידנד לא עולה לעניין אישי, ולכן הוא משאיר פתח. האן נוטה לגישתו של עמית וקובע את זה קטגורית. כל עוד לא הראו נסיבות מיוחדת, אין לקבוע כי חלוקת דיבידנד יכולה להיות עניין אישי.

**חלוקה כרכישה**

המונח חלוקה מוגדר אחת משתי פעולות- מתן דיבידנד או רכישה. יש הגדרה פנימית בתוך הגדרת החלוקה שהיא רכישה- חברה הרוכשת את המניות של עצמה. האם זה אפשרי? האם יכול להיות מצב שאחד מבעלי המניות מוכר את המניות שלו לחברה? החברה רוכשת בעצם את המניות מבעל המניות.

עד שנת 1999, לחקיקת חוק החברות התשובה הייתה כי הדבר אינו אפשרי. זה נובע מפס"ד אנגלי שעסק בזה והתקבל בפסיקה הישראלית- הלכת טרבור, שקבעה כי חברה לא יכולה לקנות מניות של עצמה. אם החברה קונה את המניות של עצמה, והיא מחזיקה במניות של עצמה, החברה תחזיק באגד זכויות כלפי עצמה. ככלל, כפי שאדם לא יכול להיות בעל זכויות כלפי עצמו, כך חברה כאישיות משפטית לא מסתדר שהיא תהיה בעלת זכויות כלפי עצמה. ולכן היסטורית, החברה לא יכולה לקנות מניות של עצמה.

חוק החברות קבע אחרת- הוא לא קובע כי החברה אסור לה לרכוש מניות של עצמה, היא יכולה, אבל אם היא עושה את זה, הפעולה הזאת נחשבת כפעולת חלוקה. אם היא מוגדרת כחלוקה, משמע שכדי לעשות אתה פעולה הזאת צריך לעמוד במבחן הרווח ובמבחן יכולת הפירעון. אם זאת פעולת חלוקה, אנחנו יודעות מהם כללי החלוקה. הבעיה הייתה בעיה קונספטואלית- איך החברה מחזיקה בזכויות כלפי עצמה, אך החוק מדבר איתנו בשפה אחרת, בשפה של חלוקה. אך המחוקק ער לקושי הזה ולכן הוא קובע בס' 308, בתוך הפרק של חלוקה שאם וכאשר חברה כן רוכשת מניות של עצמה, אז המניה תהפוך להיות מניה רדומה. כלומר היא לא חדלה לחלוטין להתקיים, אלא שבשלב הזה לא פעילה. היא לא תקנה זכויות אקטיביות כל עוד היא בידי החברה. אך ניתן לעורר את המניה והזכויות שבה שוב, במידה והחברה תמכור את המניה לאדם אחר. המחוקק מאפשר לקחת מניה, לקנות אותה חזרה ולהקפיא אותה עד שהיא תמכר לאדם אחר, שהמשמעות היא שזכויות ההצבעה של בעלי המניות היא חיזוק כוח ההצבעה. זאת פעולה הפוכה לדילול זכויות ההצבעה, באמצעות הנפקה.

הנקודה המעניינת היא, למה המחוקק לוקח את הפעולה הזאת ואומר כי היא בגדר לחלוקה? ניתן לעשות אותה אך בתנאי שהיא עומדת במגרש של חלוקה ועומדת בתנאי החלוקה? מה הקשר בין רכישת מניות של החברה עצמה, לבין חלוקה? בניגוד לחלוקת דיבידנד שהיא פעולה חד-סטרית (חלוקה זאת הוצאת כסף כלפי בעלי המניות מבלי לקבל משהו כנגד), רכישה היא קניית מניות בתמורה ליכולת להפיק ערך כלכלי, זאת פעולה של עסקת מכר. שם המשחק בחלוקה זו הפרספקטיבה של הנושה, ובשאלה האם זה חד סטרי או דו סטרי צריך לשאול האם בעל המניות נותן חזרה לחברה במהלך הזה משהו שיש לו שווי כלכלי עבור לנושים, מן הפרספקטיבה של הנושים, והמקרה האולטימטיבי הוא חדלות פירעון. מניה של החברה, שהחברה חדלת פירעון היא לא תמכור ותביא לזה כסף לנושים, כי אין לה שווי כלכלי בשוק. מניה זה אגד זכויות בחרה שמשמעותן זכות לקבל כסף=דיבידנדים, הזכות לקבל כסף לאחר הנושים. זאת אומרת, כי אם החברה נופלת ונמכור את כל נכסיה, אך החברה מציעה לקנות חבילת זכויות כלפיה, הזכות לקבלת כסף אחרי הנושים, כר עכשיו אין לה מספיק כסף כלפי הנושים והיא מציעה לקנות אפשרות לקבל אחרי כל הנושים= זה שווה אפס. אם אין מספיק לנושים, אז המניה לא שווה כלום. החברה קונה מוצר שמבחינת הנושים שלה אין לה משמעות. לכן הדבר המהותי מבחינת הפרספקטיבה של הנושים זו פעולה חד-סטרית, פעולה המביאה כסף לבעלי המניות אך לא מביאה למשהו שיוכל לעזור לנושים להביא כסף, כלומר זו פעולה המקטינה כסף מבחינתם של הנושים, וזו המשמעות של חלוקה. זזה אפשרי מלבד וזה מקיים את מבחני החלוקה, בדיוק כמו דיבידנד, רכישה חייבת לעמוד במבחני החלוקה.

**בחינה מוגברת**

על ורניקוב נ' אלוביץ

שאלנו מה זה בחינה מוגברת? בורניקוב נ' אלוביץ, התביעה הייתה בטענה שדירקטורים לא קיימו את חובותיהם בהתייחס להחלטות שהם קיבלו על חלוקת דיבידנדים. השופט עמית מתייחס לחלוקה בביטוי הפחתת הון- כל חלוקה שהיא הוצאה צדדית, חד סטרית הרי שהיא הפחתת הון. יום לאחר החלוקה, הרכיב של נכסים נקטן בעוד שהסעיף של התחייבויות נשאר קבוע- ולכן יש פה הפחתת הון. בהגדרה כל חלוקה מקטינה הון, אז למה השופט עמית מתייחס לחלוקה מסוימת כהפחתת הון ולאחרת לא? לדעת האן זה עניין של הרגל, השכלתו המשפטית של השופט עמית הייתה לפני חקיקת חוק החברות. המונח המשפטי לא היה חלוקה, אלא מונח אנגלי של הפחתת הון. כשהשופט עמית משתמש במונח הפחתת הון הוא מתייחס לחלוקה שלא מקיימת את מבחן הרווח ושנערכה דרך ס' 303 לחוק באישור בית משפט. לעומת זאת כשהוא סתם מדבר על חלוקת דיבידנד הוא מתכוון לחלוקה שכן מקיימת את שני מבחני החוק- רווח ויכולת פירעון.

עמית מלמד אותנו שהסיפור העובדתי של חלוקת הדיבידנדים שנערכה בבזק לא נעשתה סתם בעלמא. התכנסו הדירקטורים, בחנו את מצבה הכספי של החברה, תוצאותיה ולכן הורו על חלוקה. יש לשים לב לרקע- בעל שליטה, שזקוק בדחיפות לכסף, מאחר והוא עצמו יש לו התחייבויות כספיות כלפי נושים שלו והוא צריך לפרוע אותם. והדיבידנד יהיה מקור הפירעון שלו. אלוביץ אמור לקבל נתח גדול בדיבידנד, וזה יהיה מקור כספי שיסייע לו לשלם את התחייבויותיו. ההתחייבוית האלה נלקחו ביום שאלוביץ החליט לקנות את מניות בזק. כעת, הוא לחוץ והוא משדר את הלחץ לדירקטוריון על מנת שיזרימו דיבידנדים. יש פה משהו מעבר לחלוקת דיבידנד רגילה. מצד אחד, אם היינו מציגות את הסיטואציה כפשוטתה- יש פה עניין אישי, יש פה אינטרס ייחודי של בעל המניות שמתפקד גם כבעל מניות שליטה ונושא משרה. עניין אישי זה משמעות של תהליכי אישור, אך ביהמ"ש שולל את ההלבשה של עולם העניין האישי על הכללים המשפטיים שלו. משום שבסופו של דבר שמהלך של חלוקת הכסף הוא פרופורציונאלי ושוויוני לכל בעלי המניות ולא ייחודי לאחד לעומת האחרים. יכול להיות שהרקע, יש פה רקע ייחודי לאחד מבעלי המניות אבל הוא בעל מניות אחד. במקום שבו יש רקע ייחודי לבעל מניות, ולהגיד שזה כבר יהפוך להיות עניין אישי, כל עוד האפקט המעשי של הפעולה הוא לא אפקט ייחודי לאותו בעל מניות, אלא אפקט שוויוני לחלוטין, לשם ביהמ"ש לא מוכן ללכת. התובעים ניסו לצבוע בעניין האישי, ניסו להרחיק ממתחם שיקול הדעת העסקי לכיוון של הליכי אישור לפי עסקאות עם בעלי עניין, סטנדרט הגינות מלאה.

אבל, ביהמ"ש לא שם נקודה ומסיים את הדיון, אלא אחרי שקובע כי אין עניין אישי הוא ממשיך ומוסיף דבר חדש. נכון שאין בזה עניין אישי, לא נלך לדרגות החומרה של עניין אישי אך מצד שני לא אסתפק בהכרח רק בגלל שיקול הדעת העסקי. יכול להיות שבית המשפט יבחן את המקרה לפי סטנדרט ביקורת חדש שהוא אי שם באמצע בין המחמיר של הגינות מלאה, לבין המקל של שיקול העדת העסקי. האמצע נקרא בחינה מוגברת (ולא בחינה פשוטה), רמה אחת מעל שיקול הדעת העסקי.

בית המשפט מאמץ את הבחינה המוגברת מבית המשפט מדלאוור. שפיתח סטנדרט שונה משיקול הדעת העסקי בקונטקסט עניין בלבד- הצעות רכש בסיטואציה עובדתית מאוד מסוימת. נכון שזה לא עניין אישי כי מדובר בחלוקה שוויונית, אך הרקע הזה של בעל מניות השליטה מעניינת את ביהמ"ש. אם הדומיננטיות של בעל השליטה והרקע שלו משתלב לתוך סיפור ההחלטה, אז בהכל ולא כלום מכוח שיקול הדעת העסקי, בית המשפט לא מוכן להסתפק. נכון שהוא לא בוחן עניין אישי, אך הוא לא מוכן להתעלם לחלוטין דרך כלל שיקול עסקי, ולכן הוא שם את זה במדרגת אמצע.

הבחינה המוגברת עלתה רק בקונטקסט של חלוקת דיבידנדים לאחר רכישה ממונפת על ידי בעל השליטה (רכישת מניות המלווה בהתחייבות כספית- המימון שלה מגיע מהתחייבויות כספיות), עד שלפני כמה חודשים בפס"ד נוסף של ביהמ"ש העליון- של בטר-פלייס, ביהמ"ש אומר כי יש סיטואציה שלא קשורה לרכישה ממונפת, שאלה אחרת לגמרי של איך דירקטורים אמורים לקבל החלטות כשהחברה מתקרבת לחדלות פירעון? האם גם אז ביהמ"ש יבחן את אופן קבלת ההחלטות בדירקטוריון על פי כלל שיקול הדעת העסקי? האם יסתפק בשיקול דעת עסקי או שאולי הסיטואציה המיוחדת הזאת היא סיטואציה מיוחדת שצריך להעלות את רמת הביקורת? ביהמ"ש לא עונה אך פותח את האפשרות הזאת. כנראה שעם הזמן, מחלוקה דיכוטמית בין כלל שיקול העסקי להגינות מלאה, ביהמ"ש בונה מדרגת אמצע שהיקף התפרסותה יורחב.

**הרמת מסך**

**מהי הרמת המסך?**

הסוגיה של הרמת מסך משלימה את המעגל התאגידי ומחזירה לנקודת ההתחלה. הרמת מסך היא אנטי-תזה של האחריות המוגבלת, של האישיות הנפרדת. הרמת המסך היא חריג שלמעשה סותר ונוגד חזיתית את העקרון שהחברה היא אישיות משפטית העומדת בפני עצמה. בעלי המניות אינם החברה והחברה איננה בעלי המניות. אנחנו מגיעות עם דוקטרינה שבנסיבות מסוימות לא תהיה הפרדה והבחנה בין החברה לנושא המשרה, והיא תחבר ביניהם (הפוך מסלומון)? הביטוי הזה, כשנמצא אותו בחוק, בכותרת ס' 6 לחוק. בתוך לשון הס' המילים לא מופיעות אלא רק בכותרת של הס'.

הדוקטרינה הזו פיתחה בפסיקה, וישראל אימצה את זה מהמשפט המקובל. מהחברה שנמצאת בחזית הבמה, מרימים את המסך ורואים את השחקנים שמאחורי הקלעים. האישיות המשפטית מדומה למסך שיורד וחוצץ בין החברה לשחקניה. בהרמת המסך, החוצץ הזה מתבטל. דיברנו על הרמת מסך בעבר, בהרמת מסך מדומה, ולא מלאה. הרמת מסך מדומה היה לצורך ייחוס תכונות מסוימות של בעלי המניות לחברה. אך זה נועד להדביק תוויות בחיבור בין החברה לבין בעלי המניות. היום, כשאנחנו מגיעות לס' 6 להבדיל מהרמת המסך המדומה, לא באים להדביק תוויות זיהוי אלא באים מבחינה כלכלית לחבר בין החברה לבעלי המניות ולבטל את ההפרדה.

אילו המפרק של חברת סלומון, שהוא תבע את אדון סלומון שאין מספיק כסף בחברה לשלם לנושים, סלומון מתנגד בטענה כי הוא לא החברה ואין לא אחריות לכסות על גירעונות החברה. החברה צריכה להתמודד עצמאית עם נושיה. אילו ביהמ"ש היה נעתר לבקשת המפרק להרים את המסך ולבטל את ההפרדה בין סלומון לחברה, אכן המפרק יכל לדרוש מסלומון את ההפרש מהקופה.

**ברירת המחדל ונקודת המוצא**

אך אם יש כלל והכלל הוא הפרדה לטובת בעלי המניות, בתוך אותו עולם משפטי יש גם חריג לכלל והוא נקרא הרמת מסך, השאלה היא מתי נפעיל את הכלל ומתי את החריג? מה פעולת הגזרה?

נקודת המוצא הכי חשובה היא לזכור שהכלל הוא ההפרדה בחברה והאחריות היא מוגבלת, והרמת המסך היא החריג. האן מבקר את ביהמ"ש שממהר להרים את המסך- לרוב, בפסק הדין השופט מתחילים כי בשל חשיבות הכלל, ותועלתו הכלכלית ביהמ"ש לא ימהר להרים את המסך, אך במקרה הזה יש להרים את המסך. האן אומר כי בדרך כלל השופטים ירימו את המסך על בסיס תחושת הבטן שלהם. האן מבקש לחשוב עד כמה אנחנו מצליחות לרסן את עצמינו ולמרות איזושהי תחושת צדק אנושית, נרסן מלהחיל את הכלל. כי זה אולי צדק שנראה במקרה אחד, אך בתמונה הגדולה זה שוחק עקרונות צדק שהכלכלה מתבססת עליהם. השופטים מחוררים את העיקרון עד שלא נשאר ממנו כלום.

נקודת הזמן השכיחה שגורמים רבים טוענים כי יש מקום להרים את המסך כאשר אין מספיק בחברה לשלם- שהיא חדלת פירעון. את הגורם בפרקטיקה בשוק לא מעניין אם יש מספיק לחברה לשלם. הרמת המסך היא רק לאחר שההתחייבות החוזית עם החברה לא מתקיימת, ואז נושי החברה מחפשים דוקטרינה משפטית המאפשרת להם להגיע לכיסם של בעלי המניות. אם הסיטואציות שבהן הרמת מסך עולה, היא בסיטואציה שלחברה אין, וכי יש הרבה גורמים שנפגעים מכך. דווקא במקום הזה צריך לדבוק באחריות המוגבלת.

**רקע חקיקתי**

לפני שנחקק חוק החברות, בזמן פקודת החברות, הסעד של הרמת מסך כחריג לאישיות מוגבלת, היה פיתוח של הפסיקה. היו הרבה דוקטרינות שהתפתחו במסורת של שיטת מקובל, וכעבור שנים, כשהגיעה השעה לחוקק חוק חברות מודרני וחדש, חלק מהדוקטרינות ששוכללו בפסיקה, המחוקק עיגן אותם בס' החוק. פעם ראשונה שהרמת מסך נכנסת בצורה מפורשת בחוק, זה כשנחקק חוק החברות. אבל, כפי שראינו בפסיקה, כשנערך איזשהו שינוי של הדוקטרינה בעת חקיקתה- המחוקק עיגן את סעד הרמת המסך במקום בולט- בקדמת ובראשית החוק. אך זה מתבקש- כי אם הרמת מסך היא קונטרה לאישיות הנפרדת ועצם היותה של החברה והכרתה כאישיות משפטית היא בס' 4 לחוק, ו5 ממשיך זאת, אז זה מתבקש שהחריג לכלל יעוגן בקרבה לכלל.   
מה שבעיקר התעורר בתשומת הלב הציבורית הייתה הלשון הגורפת והרחבה של הס' כפי שהוא נחקק במקור: במקור הקביעה של המחוקק הייתה שביהמ"ש רשאי להרים מסך כאשר צודק ונכון לעשות כן. זה מה שמאפשר לשופטים שיקול דעת רחב ומתן לגיטימציה לתחושת הצדק שלו. אין הכוונה קונקרטית שמונעת את הגיוון. הציפייה הייתה שביהמ"ש יבנה קווי הנחיה מתי נכון להרים מסך, כפי שהיה בעבר. לפני חקיקת חוק החברות, היו כמה נקודות קלאסיות שבהתקיימן נטו ביהמ"ש להרים מסך: 1. הברחת נכסים, 2. עירוב נכסים. לכאורה חוק החברות יכל לקחת את הפסיקה שבעבר ולעגן אותה בחקיקה, וכך לייצר קווי הנחייה והכוונה למקרים שבהם ניתן יהיה להרים מסך.

בחוק החברות יש לא פעם, ס' שבהם נזכר המונח ביהמ"ש, כשמי שנזכר הוא תמיד ביהמ"ש המחוזי- הוא הסמכות העניינית לדיון בדיני חברות. למשל ס' 303 של חלוקת דיבידנד ללא הגשמת מבחן הרווח, הסמכות לאשר חלוקה כזו היא של ביהמ"ש המחוזי. אך בכך שבחוק המילה ביהמ"ש הייתה בלי ה'- כלומר בית משפט, היא יכולה להביא לפרשנות שהסעד של הרמת מסך עשוי להיות מופעל על ידי כל ערכאה שיפוטית. כשרואים את רוחב ההתפרסות של כל הערכאות השיפוטיות באשר הן, ועל זה להלביש סטנדרט כללי ומופשט, הפוטנציאל לחוסר אחידות וחוסר אפשרות לראות את התוצאות מראש, הוא פוטנציאל נפיץ. היכולת לנהל עסקים באמצעות חברות נחלשת ונקטנת, כי מצד אחד, כל אחד שואף להקטין את הסיכונים שלו, ומהצד השני המשק פועל על נטילת סיכונים. על זה התעורר הרבה רעש- כשחוק החברות נחקק, ובתי המשפט התחילו לטעון להרמת מסך (שמרחב הפעולה לסעד של הרמת מסך הוא רחב), הייתה המון ביקורת וחששות מצד השוק העסקי.

משרד המשפטים קידם תיקון שנוגע במספר הוראות חוק ומשפר אותן. אחד מהסעיפים היה ס' 6, סעיף הרמת המסך. המחוקק הבין שלא ניתן לחוקק סטנדרט כזה עמום ורחב בלי גבולות גזרה. היום אנחנו בגזרה מתונה יותר- ב6(א) המחוקק תיחם את אפשרות הרמת המסך מן החברה אל בעלי המניות, וייחוס חובות אל בעלי המניות.

**נסיבות להרמת המסך**

יש לביהמ"ש יכולת לנסח את פעילות החברה וחובותיה על בעלי המניות, באחד משני אירועים:

1. **התנהלות החברה באופן שיש בו להונות אדם\ קיפוח נושה – ס' 6(א)(1)(א)**

מתווה קלאסי של הונאה היא לפגוע לאנשים בצורה בלתי לגיטימית. כל הרעיון של דיני החברות זה לצמצמם סיכונים על מנת לאפשר לעסקים לשגשג, מתוך הנחה של פעילות בגבולות גזרה של הוגנות. לעומת זאת, המקרה שקורה לא פעם שאליו החוק מכוון בהונאת אדם\ קיפוח נושה הוא המקרה של נהר השקעות- הברחת נכסים. הברחת נכסים זה מקרה שהיה בסיס להרמת מסך עוד לפני חקיקת חוק החברות, והוא משקף בצורה טובה את כוונת המונח להונות אדם.   
הברחת\עירוב נכסים זו נסיבה שלא מופיעה בסעיף אבל היא השתרשה בפסיקה עוד מלפני חוק החברות. אחד המקרים בהם ביהמ"ש יטיל על בעל המניות את חובות החברה זה כאשר מתברר שבאופן ההתנהלות של החברה מול בעל המניות הם לא הקפידו על ההפרדה ביניהם, ערבבו נכסים ועכשיו כשלחברה יש משבר אומר בעל המניות שיש הפרדה. כשיש עירוב של נכסים, ביהמ"ש ירים את המסך מאחר ובעל המניות עצמו לא שמר על הפרדה בין החברה לבינו. עולה השאלה מה הסף, האם סכום חד פעמי זה כבר עירוב או לא. יתכן שביהמ"ש יקבע שסכום חד פעמי משמעותי מספיק, אבל אם זה סכום זעום דורשים פעילות חוזרת ונשנית.

נהר השקעות

עובדות המקרה- בראשית ההתיישבות, ההתיישבויות התנהלו בהתנהלות פרטית. במקרה הזה הם הקימו לעצמם מנגנון משותף שינהל משאבים ציבוריים הנקרא אגודה שיתופית. לאוגדה יהיו נכסים מרכזיים שיספקו את כלל הצרכים הבסיסיים של התושבים. האגודה השיתופית משרתת את הקהילה. עם הזמן, עיגנו בחקיקה את הרשויות המקומיות. בהתחלה ההתיישבות בנהריה הפכה להיות רשות מקומית, ועם הזמן עיר. בתחילת הדרך כשכל המערכת העירונית מרוכזת התאגיד, כעת זה הופך להיות גורם שלטוני, ובדרך כלל התשתיות המרכזיות נצרכות מהשלטון המקומי. במקרה הזה, רצו לקחת את התשתיות המשרתות את הציבור ולהביא אותן אל השלטון המקומי. כי חלק מהתשתיות הוחזקו מבחינה היסטורית על ידי תאגידים פרטיים- למשל מגדל המים המרכזי של היישוב. התחושה הייתה כי זה לא ראוי שתשתיות ציבוריות לצרכים ציבוריים יסופקו על ידי גורמים פרטיים, שפועלים למען השאת רווח, עדיף שזה יהיה בידי הרשות המקומית. לרשות המקומית יש יכולת לקבל לידיה את התשתיות באופן חד סטרי. כדי להפקיע מוציאים צו, צו הקנייה על פי סמכות (בין אם של הרשות המקומית או של שר הפנים), צריך פעולה שלטונית רשמית שמודיעה על הכוונה להפקיע.   
הטענה של האגודה השיתופית כי הצו מדבר על נכסים ששייכים לאגודה שיתופית, אך כעת מדובר בנכסים שהם לא ברשותה. הנכס שצו ההקניה בא לתפוס, כבר לא בבעלות האגודה השיתופית נהריה. כשהאגודה השיתופית שומעת על זה היא מחליטה להעביר את כל הנכסים שלה לנהר השקעות. כשמגיעים לאגודה בדרישה לקבלת הנכסים האגודה אומרת שזה לא שייך לה, זה בבעלות החברה. לא היה ניתן לפנות לחברה מאחר שההליך השלטוני שבוצע התייחס לנכסי אגודות שיתופיות. כעת צריך להניע מחדש תהליך שלטוני שלם. התמודדות זו כרוכה בזמן, אנרגיה, פוליטיקה מה שאומר שזה לא מהיום למחר.   
זה לא שהמועצה בנהריה נתקעה, היא יכולה להגיע לזה אבל זה ייקח זמן. המועצה המקומית הולכת לביהמ"ש בטענה שהנכסים עברו לנהר השקעות כשמהלך ההפקעה כבר היה ידוע וגלוי. האגודה לא עשתה זאת מזמן, היא עשתה זאת על רקע ההחלטה. לתרגיל זה קוראים בשפה הפופולארית הברחת נכסים. מבריחים נכסים מאישיות משפטית אחת לאחרת, ואז כשבאים להיפרע מהאישיות המשפטית המקורית היא אומרת שאין ממה.

קביעת ביהמ"ש**–** ביהמ"ש קובע כי האגודה השיתופית ידעה עוד לפני המהלך של העברת הבעלות מהאגודה השיתופית לחברה, עוד לפני כן הייתה כוונה והרשות המקומית נערכה להפקעת מגדל המים האלה. מדובר על מהלך עסקי שנעשה מתוך מודעות לכך שהרשות מבקשת להפקיע את השטח. ביהמ"ש קובע כי האגודה השיתופית הבריחה את הנכס מרשותה לרשות חברה אחרת. ביהמ"ש לא מקבל את הלגיטימיות של המהלך הזה, ולכן המענה והסעד שניתן הוא הרמת המסך. ביהמ"ש מזהה בין האגודה השיתופית לבין החברה- בעצם הנכס של החברה הוא הנכס של האגודה השיתופית, צו הקניה על נכס של החברה. הוא לא מקבל את הבחנת הבעלות בין החברה לאגודה השיתופית והוא רואה אותן כיחידה אחת. בנסיבות שבהן הוברחו הנכסים, אז ביהמ"ש נותן את זה כמענה וכסעד. מדובר במצב של מרמה, לכן המהלך החקיקתי שנוגע לנכסים של האגודה נוגע גם לנכסי החברה שהאגודה הבריחה לתוכה. זהו מהלך מתוכנן של החברה שנועד לשמור על הזיקה לנכסים.

במקרה הזה, זו הייתה הברחה כלפי מטה, אך הרבה פעמים ההברחה היא כלפי מעלה- העברה כלפי בעלי מניות. מאן מסכים לפרקטיקה של הרמת מסך לבעלי מניות מאחר וניתן לראות את זה כחלוקה אסורה. כי אם זו עבירה חד סטרית שלא מקיימת את מבחן חדלות הפירעון, ניתן לדרוש את ההשבה מכוח ס 310 ולא צריך את ס' 6. לעומת זאת, לסיטואציה הפוכה- בה החברה מבריחה נכסים לא כלפי מעלה, כלפי בעלי המניות- מין החברה כלפי מטה- לחברת בת\אחות, כבר לא נוכל להגיד מבחינה משפטית שזאת חלוקה.

**סעיף 6א' מול 6ב'**

ס' 6א מנסה לייחס חובות של החברה לבעלי מניותיה, זאת פעולה כלפי מעלה- החברה שהתנהלה באופן שיש בו כדי לקפח, אל בעל המניות. אך במקרה הזה לא נרצה להגיע מהחברה לבעל המניות, אלא לחברה למטה. ולכן אם נדייק עד הסוף 6א הוא לא המכשיר לנער השקעות אלא ל6ב.   
הסיטואציה העובדתית של נער השקעות נופלת כיום ל**ס'6(ב),** מאחר שהוא מחייב חובה של בעל מניה לחברה (מוריד חובה). ביחסים של חברת אם מול חברת בת, חברת האם היא בעלת המניות של חברת הבת. לוקחים חובה של האגודה השיתופית (החובה למסור את הנכסים שלה) ומייחסים אותה לחברה שמתחתיה.

יש שני הבדלים מרכזיים בין 6א ל6ב: התנועה והדוקטרינה.

* 6א: כיוון- כלפי מעלה לבעלי המניות, דוקטרינה- הרמת מסך.
* 6ב': כיוון- כלפי מטה וצדדים, דוקטרינה- הרמת מסך מדומה (תכונה) והרמת מסך מלאה (חובה).

בס' 6(ב) המחוקק מדבר על שלושה דברים שניתן לייחס מבעל המניה לחברה: (א) חובות; (ב) זכויות; (ג) תכונה; ייחוס תכונה היא בעצם "הרמת מסך מדומה" ועל זה מדבר 6(ב). בעל המניות יש לו זהות, ולכן נדביק את תווי הזיהוי על החברה. אך ס' 6ב מכיל גם את הרמת המסך המלאה- לוקחים חובת של בעל המניות ומטילים אותה על החובה כלפי מטה. כל הברחת נכסים כלפי מעלה נפעיל את חלוקה אסורה, אך כלפי מטה ולצדדים נפעיל את 6, שבדרך כלל יהיה 6ב. נרים מסך בין החברה לחברה שתחתיה. יכול להיות שבגלל הנושא של ייחוס תכונה ניתן להבין מדוע המחוקק לא מתבנת את הסיטואציה לתבניות. ייתכן שהיה נכון יותר לקחת את הנושא של תכונה ולייחס לה סעיף נפרד. בשורה תחתונה, אין באמת הסבר שמניח את הדעת לשוני הזה בין ס' 6(א) לס' 6(ב).

1. **החברה מתנהלת באופן הפוגע בתכלית החברה מתוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולת פירעון חובותיה**

**פס"ד ולקובסקי**

הספרות קראה על ולקובסקי כסינדרום המוניות.

עובדות המקרה (נוי פלח) – קרלטון היה בעל מניות ב-10 חברות מוניות וניהל אותן. קרלטון מפעיל ברחבי ניו-יורק 20 מוניות. יש עשר חברות, בכל חברה שתי מוניות, לכל מונית פוליסת ביטוח חובה. אחת המוניות שלו דרסה את ולקובסקי והחברה הייתה צריכה לשלם לו פיצויים. הבעיה הייתה שבכל תאגיד היה מעט מאוד רכוש. הוא ביטח כל מונית בביטוח הכי נמוך. השאלה הייתה האם ניתן לחייב את קרלטון כבעל מניות על כל הרכוש של כל החברות שלו או שהתביעה היא רק על הרכוש של החברה המסוימת בה המונית שדרסה. ולקובסקי תובע פיצויים את החברה שתחתיה נמצאת אותה המונית. אין מספיק כסף. כל מה שיש בחברה לא מספיק לכסות על הנזק שנגרם לו. ולקובסקי טוען שקרלטון היה בעל המניות היחיד והוא מנהל את כל החברות. ולקובסקי אומר שזה פיצול מלאכותי, ושכולם משפחה אחת גדולה. יש מקום להרים מסך ולקבוע שכולם חייבים לו כאחד. כל הפיצוי הזה נועד ע"מ לתחם את חשיפת קרלטון לאחריות.

ברגע שמפצלים חברות אומרים מראש שאם יהיה נפגע מקצים לפיצוי שווי של שתי מוניות ולא יותר. השאלה האם זה לגיטימי לקחת פעילות מסוימת ולפצל אותה לתאגידים שונים היא השאלה המרכזית (s.p.c). זה תכנון עסקי, והשאלה היא האם זה לא פיצול מלאכותי תוך מחשבה צינית. האם לא מדובר כאן במימון דק מכוון (מתחמים את החברה לרכוש מוגבל כדי שביום שיתבעו אותה לא יהיה מאיפה לשלם).   
פיצול חברה היא מהלך כלכלי לגיטימי, אם הדבר אפשרי וזה לא דבר שצריך למתוח עליו ביקורת, בעצם העולם התאגידי יכול להוביל אותנו לאטומיזציה של הנכסים- מלשון אטום שלא ניתן לחלוקה. אז ניקח את הנכסים שלי ונהפוך כל אחד לחלוקה אטומית שלא יכולה להתפצל. ברגע שאפשרת לתחם את האחריות ולמצמצה על ידי תופעת ההתאגדות, שלא כל הרכוש שלי ישועבד לתוך החובות העסקיים, האופן שזה נעשה זה ניתן לשיקול דעת. אך מהצד השני יש שיגידו שיש בזה מהמלאכותיות, כי אם האופרציה היא משותפת והכל אותו דבר, אז החלוקה היא לא אמיתית.

במקרה של וקלובסקי יש נקודה מקלה לטובתו של בעל המניות מדוע לא להרים מסך, כי במקרה הזה ההתחייבויות שהחברה עלולה להתחייב בהן, הן התחייבויות מנקודת הסיכון שמתממש. כנגד הסיכון מעבר לעולם של חברות נועדו חברות הביטוח שיוכלו לכסות על נזקי גוף. לכן יכול להיות ששיעור כיסוי הביטוח לא כיסה עד הסוף והוציא בהפסד, אך זה עניין שהמחוקק צריך לקבוע אותו. אז האם בגלל שהמחוקק עוד לא התערב, האם השופט צריך להשלים את הפער? הנסיבה של פוליסת הביטוח משחקת פה תפקיד.

נניח כי נמצא שההתנהלות לא לגיטימית, הפיצול הזה מוקצן ומלאכותי מידי, דעת הרוב מבחינה כי התובע ביקש להרים מסך מהחברה ולהטיל את החבות המוטלת על החברה על גורמים נוספים: בעל המניות ויתר החברות (כי הכל מערכת אחת). נדייק כי הבקשה שנדונה במסגרת התביעה היא בקשה של בעל המניות עצמו למחיקה על הסף של התביעה כלפיו. אין עדיין קביעה למה שקורה עם שאר החברות. ביהמ"ש אומר כי אפילו אם אמר שהפיצוי לעשר חברות לא משכנע, יכול להיות שזה יוביל לכך שנרים מסך לשאר החברות אך לא לבעל המניות עצמו. בית המשפט עושה את התרגיל המחשבתי הבא- הוא לוקח את כל המוניות ושם אותן בחברה אחת, האם אז התובע היה מבקש להגיע לבעל המניות? יש להניח שלא. המקרה הזה לא אמור להיות יותר גרוע מאשר מקרה של כל המוניות לחברה אחת. יש לגבות מכלל החברות ולא מהכיס של בעל המניות עצמו. מכיוון שהבקשה הייתה למחיקה על הסף לגבי בעל המניות עצמו ולא לגבי שאר החברות, הבקשה התקבלה. כדי להגיע אל בעל המניות צריך להראות שבעל המניות עצמו מפיק בצורה לא ראויה טובות הנאה ליתר החברות. כשאין היגיון עסקי לנהל את זה כך כי הוא מפיק טובות הנאה אישיות ומצל את המסך התאגידי. אך פה זה לא הסיפור.

ביהמ"ש:

* דעת מיעוט – צריך לחייב את קרלטון. הוא עשה את המהלך הביטוחי כדי לתחם את הנזק. הוא ידע שזה יכול לקרות והוא לא רצה לסכן את הרכוש שלו.
* דעת הרוב- ביהמ"ש בדעת הרוב לא רואה במהלך של קרטון בעיה, זה מהלך עסקי סביר וחכם, אין בכך עילה להרים מסך. תאגיד עם סכום מינימלי של נכסים הוא חוקי.

**לדעת האן**- יש בעיה לקבל את הרמת המסך במצב כזה. אם נקבל את הרמת המסך אנחנו הופכות את המשחק למשחק של "מזל", עדיף להידרס ע"י אדם עשיר ולא ע"י אדם עני כי לעני אין עוד חברות שנוכל לקחת מהן את פיצויי הנזקים. נקודה שניה היא שהמחוקק כבר הטיל על בעלים של רכב לשלם ביטוח חובה שהוא ביטוח שיכסה על מקרים של נזקי גוף. המחוקק נתן את דעתו ולכן אין לאלץ להגשים צדק תוך סירוס דיני החברות בגלל שהשיעור החקיקתי לא מתאים. דיני החברות הם לא הדין היחיד שחל על העניין, גם דיני הנזיקין יכולים לפעול כאן מעבר לכיסוי הביטוחי ולכן אין לאלץ שימוש בדיני החברות באופן לא טבעי לצורך הרמת מסך. פיצול החברה הוא שיקול כלכלי סביר ולגיטימי. פיצול מלאכותי יכול להביא אותנו לכדי הרמת מסך אך יש לבחון כל מקרה לגופו.

**מימון דק**

סינדרום המוניות מעוררת סיטואציה שמובילה לנסיבות השניות של החוק. הסיפור של להפוך את החברות לקטנות, מקורות כספיים מלכתחילה מאוד דלים, הסיטואציה הזאת קוראים כמימון דק. השאלה האם זה צריך להוביל להרמת מסך? הביטוי השתרש בשפה שלנו, כתרגום מילולי "הון עצמי דק". כשרוב המקורות הכספיים של החברה מגיע ממקורות חיצוניים ומעט מידי ממקורות עצמיים של בעלי המניות. ההון העצמי הוא מאוד נמוך ולא פרופורציונאלי לשיעור ההתחייבויות החיצוניות- ולכן האן קורא לזה הון עצמי בלתי הולם\מספק. למשל: נטילת הלוואות לצורך מימון פעילותה של החברה, שעולה הסתמכות על מקורות עצמיים. בבסיס בו יש מעט כסף שהגיע ממקורות של בעלי מניות- השקעת כסף, יכול להיות שחוסר הפרופורציה בין ההון העצמי למקורות חיצוניים עלול להיות מימון דק, ומתעוררת שאלה משפטית האם זה כשלעצמו מהווה סיבה מספקת שאם וכאשר החובה נופלת ואין מספיק כסף לשלם לנושים, האם ניתן לטעון להרמת מסך? האם המימון הדק מוצדק להרמת מסך כדי שבעלי המניות ישלמו על החובות?

מהסיפור של ולבקוסקי אנחנו מתכנסות יותר לכיוון החלופה השנייה שבס' 6א. ולבקובסקי לוקח לכיוון השאלה איך מתמודדים עם מצבים שבהם חברה מתנהלת באופן שהיא נוטלת על עצמה סיכונים בלתי סבירים באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה. כלומר, השימוש באישיות המשפטית נעשה באופן שיש בו נטילת סיכונים בלתי סבירים לפרוע את חובותיה. השאלה מתי אנחנו מגיעות לסיטואציה כזו? אם מגיעים למקרה כזה ומרימים מסך-חובות לבעלי המניות, אנחנו סוטות מהתפיסה הבסיסית שלא מטילים חובות על בעלי המניות. המבחן הקלאסי והמובהק לשאלה האם בעל המניות יישא בחובות, זה דווקא שהיא בפירעון. מקרים שיש פירעון, לא מתעוררות השאלות. הרמת מסך מטשטשת את הגבול ומסירה אותו, ולכן השימוש רציך להיות רגיש.

**אפרוחי הצפון**

פס"ד מאוד דומיננטי ומרכזי לנטילת סיכון, הוא פס"ד של אפרוחי הצפון. נראה את גישת ביהמ"ש העליון ביחס לחריג הזה. מה הבעייתיות, אם בכלל, ומה נקודת התורפה?

עובדות המקרה (נוי פלח)- בעלי המניות היו הקיבוצים. הקיבוצים הקימו את החברה יחד כדי שהיא תיתן שירות של תוצר חקלאי לקיבוצים האחרים. במקום שלכל קיבוץ תהיה מדגרה הם מאחדים משאבים. החברה תשווק את התוצר והרווחים, ככל שיהיו, יגיעו לקיבוצים כדיבידנד. ההשקעה בחברה הייתה 190 שקלים בעוד שהפעילות היא בהיקף של מיליונים, החשיפה של התחייבויות במיליונים. הנושים השונים היו בין היתר בנקים וספקים (בין אם מהקיבוצים ובין אם מגורמים אחרים). מלבד ההשקעה של 190 שקלים כהון עצמי, הייתה השקעה נוספת של 900 אלף כהלוואת בעלים. את ה-900 אלף הם לא סימנו כהשקעת הון עצמי של החברה שאיתו היא יכולה לפעול. הם סימנו את זה כהתחייבות של 900 אלף, מאחר שהשקיעו את זה כהלוואה. את החלוקה מה מתוך הסכום המושקע משקיעים כנגד מניות (ואז מקבלים את זה אחרי נושים) לעומת איזה חלק מלווים לחברה (ואז נמצאים במקום של נושים של החברה) מחליטים בעלי המניות בעצמם. בעלי המניות זוכים בטוב בשני העולמות.

חשוב לציין כי אין דרישה שחברה כתנאי להתחלת פעילותה העסקית שיהיה בה סכום מסוים כהון עצמי. בדרישות ההתאגדות לא מצאנו ס' הדורש הון התחלתי, וגם לא נמצא מאחר ואין מדד אחיד לקבוע לכלל החברות. והשאלה האם זה שלא נקבע כתנאי סף בהתחלה, זה אומר שלא צריך לצפות מצב בו ההון העצמי פרופורציונלי, או שמהצד השני אין דרישה כזאת אך דרך פסיקה והרמת מסך נגיד כי אין דרישה נוקשה כי זה בלתי אפשרי, אך כן יש דרישה של פרופורציה. לכן מתעוררת השאלה האם נוסח אפרוחי הצפון המימון הדק מצדיק הרמת מסך?

ביהמ"ש (נוי פלח): השופטת פרוקצ'יה, בדעת רוב, לא אוהבת את המהלך שהקיבוצים עשו. זה נראה לה לא פרופורציונלי להשקיע 190 ₪ לעומת התחייבויות בסך מיליוני שקלים של החברה. ככל שאתה מעמיס על החברה יותר התחייבויות מצופה שתהיה פרופורציה גם ביחס לרמת ההשקעה. השופטת פרוקצ'יה קובעת שזה מימון דק ולכן זה בסיס לחייב את חובות החברה לבעל המניות. השופט רובינשטיין בדעת המיעוט אומר שלטעמו צריך להחזיר את התיק למחוזי להמשך בירור. הרוב אומר שדי במימון דק כשלעצמו כבסיס להרמת מסך. רובינשטיין אומר שצריך אלמנט שלילי כלשהו נוסף מלבד עצם המימון הדק, והיות שהדברים לא התבררו עד תום צריך להחזיר את זה למחוזי.  
איך יכול להיות מצב שמצד אחד, בעת הקמת החברה, הבסיס הכספי והפיננסי היחיד שיש לחברה הזאת כדי שהיא תתחיל לפעול, היא השקעה של 190 שקלים, ומהצד השני, החברה מתקשרת בהסכמים והתחייבויות על סכום כסף גדול מאוד. אם אין בסיס כלכלי שיוכל לשמש ככרית ביטחון, איך ניתן לקחת את העסק קדימה? במקרה כזה, החברה חושפת את כל מי שמתקשר בהתחייבויות העסקיות עמה. בנסיבות כאלה, בעלי המניות מראש לא היו צריכים לבקש את ההתחייבויות. וכל זה נאמר למרות שאין הוראה פורמאלית בחוק. אך יש לזכור כי לא יכולה להיות דרישה כזאת היוצרת קו אחיד לשווי התחלתי של כלל סוגי החברות. אם אתה יודע שאתה יוצר התקשרויות כאלה, ויוצר התחייבויות משפטיות שצריך לכסות כספית, ואם אין את השתית הכספית הבסיסית שתוכל לשמש בעתיד, לפרוע את החוב, אז אל תיצור אותן. ולכן, אולי לכך מכוון המחוקק בס' 6- שמשתמשים באישיות המשפטית תוך נטילת סיכון בלתי סביר של החברה לפרוע את חובותיה. לוקחים זה לא סביר לקחת סיכון גדול בלי שום תשתית לעמוד על גיבוי כספי מול ההתחייבויות, ומכאן שיש מקום להרמת מסך.

השאלה המרכזית בפס"ד היא האם הסיפור של נטילת סיכון בלתי סביר בקשר ליכולתה של החברה לפרוע את חובותיה, המשמעות היא למקרים של מימון דק? והאם מימון דק\ הון עצמי בלתי הולם, האם זה לבד, משמש בסיס מספק להרמת מסך, או שמא לא די בכך? אולי צריך להוסיף פגם התנהלותי, כמו התנהלות בחוסר תום לב. יחד עם זאת, האן מבקר הוספת דרישת של תום לב, כי בסופו של דבר הקביעה האם ההתנהגות עוד לחוסר תום לב, נקבעת לפי התוצאה שרוצים להגיע- אם השופט רוצה להגיע להרמת מסך, הוא ימצא את תום הלב ולהפך.

ביקורת של האן:

האן לא משוכנע שהמקרה של אפרוחי הצפון הוא מקרה של מימון דק. הוא נסמך על שני אלמנטים מרכזיים שבית המשפט התבסס עליהם:

1. השקעה של 190 שקלים- ביהמ"ש בוחן האם החברה נמצאת בהון עצמי בלתי הולם נכון לראשית ימיה של החברה. לאורך פסק הדין, נקודה מרכזית שצרמה לביהמ"ש בהתנהלות בעלי המניות היא שכשהקימו את החברה השקיעו בה סכום זעיר של 190 שקלים. יחד עם זאת, האן יוצא כנגד הקביעה העובדתית הזאת. אם נרצה לדייק כלכלית, נכון שהשקיעו 190 שקלים, אך הם השקיעו בדבר נוסף: ציוד ומכשור למדגרה. המכשור הזה הגיע מהשקעתם של בעלי המניות. החברה מכילה מספר קיבוצים שהקימו את החברה לניהול משותף. לפי הקמת החברה, לכל קיבוץ היה את הנכסים וציוד המדגרה שלו, ואחרי שהם הקימו אותה, כל קיבוץ ריכז את הציוד שלו והעביר לבעלות החברה. ולכן העובדות זה לא רק 190 שקלים השקעה אלא גם ציוד. אך גם רק ה190 לא משכנע למה זה מימון, ולכן יש לבחון גם את האלמנט השני.
2. הלוואת הבעלים- ניכר מקריאת הפס"ד שדעתו של ביהמ"ש איננה נוחה מן הפרקטיקה הזו שבה בעלי המניות קובעים איך הם משקיעים מה מאחר וזה יוצר משחק כפול. הרבה פעמים בחברות, המייסדים של החברה ובעלי המניות, מצד אחד משקיעים כסף בחברה סכומים אישיים. ולצד זאת, הם מעמידים סכום כסף נכבד נוסף לפקודתה של החברה בדרך של ההלוואה. כלומר, מכיסו של בעל המניות זורם הרבה כסף, אך מתוך סכום הכסף, פסיק מוגדר כהשקעה כנגד המניות, וכל היתר זאת הלוואה שבה בעל המניות מלווה לחברה כסף. בעל המניות הוא זה שקובע לעצמו מאחר והוא מקים החברה ואת ההסכם, מה הסכום שמושקע מצד בעל המניות, מושקע בדרך של הון עצמי, ומה הסכום שמועבר לחברה בדרך של הלוואה. לכן הוא משחק כפול- שמצד אחד, הוא הוא יקבל את כל הדיבידנדים כי הוא מחזיק בכל המניות, ואף אחד אחר לא יהיה שותף ברווח. ומהצד השני, אם החברה נכנסת לקשיים כלכליים, מאחר והוא העביר כסף לחברה בצורת ההלוואה, הוא לא יעמוד בסוף התור כמו כל בעל מניות, אלא יעמוד בתור לצד שאר הנושים, יעמוד לצידם שווה בשווה. אם הוא ירוויח לא ישתתפו איתו, אך בהפסדים הוא מתחלק איתם. ברווח הוא תופס את כובע בעל המניות ורץ איתו, בעוד שבהפסד הוא תופס את כובע הנושה. יש בזה טעם לפגם כשהוא זה נעשה בצורה מוקצנת. אך לא ניתן להסיק שבכל פעם זו השקעה הונית המסווית במסגרת של הלוואה זה פגום. וזאת משום שיש טעמים כלכליים לגיטימיים שבעל המניות לווה כסף ולא רק ישקיע- בין אם זה בנוגע לדילול של זכויות הצבעה, שיקולי מס שיכולים להיות טובים גם לו וגם לחברה (תשלום על ריבית יש הוצאה), וכו. כמו כן, הפרקטיקה הזאת היא שכיחה גם בישראל- שיש הלוואות שבעלי מניות מעמידים בצד. תמיד השאלה היא עד כמה זה מגובה בשיקולים משכנעים ועד כמה זה מקוצן. אם זה לא מוקצן, אז זה בסדר, אך אם זה מוקצן יכול להיות שעל ביהמ"ש להסתכל על זה בצורה חשדנית.

חשוב לציין כי בהרבה מאוד מקרים, שלא חוסים תחת ס' 6, נמצא רקע עובדתי שהשקעה הייתה יחסית מתונה, ובניגוד לזה ההלוואה הייתה בהיקפים יותר גדולים. זה לא בהכרח ישר אומר שזה פסול, זה יכול לעורר סימן שאלה לבחינה, אבל על בית המשפט לא ישר לקבוע שזה הרמת מסך.   
נכון שיש פגם שזועק לעין באפרוחי הצפון, בשל שתי הנקודות המרכזיות- ההשקעה והלוואת הבעלים של 900,000 זה נשמע חסר פרופורציה. 190 שקלים המהווה השקעה הונית בעוד שהלוואה היא 900,000, מזהים שזה צורם לבית המשפט והוא מניח את דעתו על התנהגות בעלי המניות במימון החברה. אך להאן יש הערה לכל אחד משני האלמנטים האלה- הלוואה, השקעה והחיבור ביניהם.

הביקורת של האן על האלמנטים:

* ההשקעה מהיום הראשון- אם נאמר כי בעלי המניות השקיעו רק 190 ולכן החברה לא עומדת על קרקע יציבה, מאחר ואין לה בסיס מספק כדי לפעול מהיום הראשון, זה לא טיעון משכנע. כל מה שזה אומר שנכון היסטורית, מהיום הראשון הושקעו רק 190 שקלים, אך מה הבעיה? אם נסתכל על המאזן ולא רק מהיום הראשון, נסתכל על דוח רווח והפסד נראה את הפעילות שלה. אם רואים 190 שקלים מול התחייבויות אחרות, בזמן שהחברה אף פעם לא הצליחה להרים את הראש מעל המים, אז ה190 שקלים צורם. אך זה לא הסיפור והמקרה, תוך שנה החברה הרוויחה רווחים גדולים- מיליון וחצי שקל. המצב הכספי שלה נראה אחרת לגמרי מנקודת ההתחלה, אם נדמיין את המאזן של החברה לא ביום הקמתה אלא תוך שנה, נכון שיש התחייבויות והון עצמי יחס לא פרופורציונאלי, אבל יהיה עוד תת רכיב שנקרא עודפים- ושם יהיה מיליון וחצי שקל.

ההון העצמי של החברה לא משכנע? יש שתי התחייבויות, ומהצד השני ברווחים כאלה, ההון העצמי גדל. אם נדמיין כי לצורך העניין החברה לא מחלקת ושומרת את הרווחים אצלה, ממשיכה להתקדם, ובאיזשהו שלב הצלחות החברה נפסקות ובסוף היא גם תיפול. בשלב מסוים, המיליון וחצי הזה נשחק. אז האם במקרה כזה, בית המשפט יגיד שמהיום הראשון השקיעו 190 ששקלים? למה שהוא יסתכל רק על ההתחלה ולא על הסיפור הנמשך? יש משמעות ליום הראשון אך לא באופן בלעדי, לא נכון לבדוק ולהסתכל על יום אחד מאשר על כלל מסגרת הזמן שהחברה פועלת בה, כדי לראות את הסיפור כולו. אם המקרה שלנו היה שמהרגע שהראשון החברה מסתבכת, אז יכול להיות שה190 שקלים היו מדליקים נורה אדומה. אבל, כשיש באמצע ניבוי יפה של ההון עצמי, לא ניתן להסתכל רק על העבר. לכן אולי לא זה מה שצרם בלבד, אלא שזה מתחבר לאלמנט השני של הלוואת הבעלים.

* סכום ההלוואה- לדעת האן, עצם השימוש פה בביטוי הלוואת בעלים הוא קצת אומלל. זו לא הלוואת הבעלים הקלאסית. בשנה הראשונה החברה מרוויחה 1.5 מיליון שקלים. הם החליטו על חלוקת דיבידנד של הרווחים, אבל מתוך סכום זה השאירו 900 אלף בחברה ורשמו אותם כהלוואת בעלים. להגיד שיש פה הלוואת בעלים 900 אלף שקלים זה בעייתי. יש פה חוב, אבל זה לא שבעלי המניות הלוו. הם היו אמורים לקחת והחליטו להשאיר את זה בחברה. לכן היה לגיטימי יותר אם ביהמ"ש היה בוחן האם חלוקת הדיבידנד עומדת במבחני החלוקה. השאלה הרלוונטית פה היא לא האם יש פה הלוואה מוגזמת, אלא האם סכום זה שהוחלט על חלוקתו עומד במבחני החלוקה. אם הוא לא עומד ניתן לתקוף את זה כחלוקה אסורה.

אילו הסיפור של אפרוחי הצפון היה שמהיום הראשון, שמשקיעים בחברה 190, ומלווים לה הלוואה של 900,000 ואז נגיד שזה המימון והיחס הבלתי הולם בין ההשקעה להלוואה- אולי גם אז זה לא מגיע להרמת מסך, אך בהחלט מדליק נורה אדומה. אבל מבחינה עובדתית זה לא הסיפור, זה לא שהשקיעו 190 שקלים מהיום הראשון. ובאותו הזמן, הלוו הלוואת בעלים גדולה מאוד. הסיפור היה שהחברה הרוויחה, הרוויחה מיליון וחצי שקלים אחרי שנה, ומחלקת אותו בדיבידנד. כשהיא מחלקת מיליון וחצי- היא מחלקת את כל הרווח. מתוך זה, 600,000 אלף אכן משולם כספית לבעלי המניות, ועוד 900,000 הרכיב הנוסף לא מועבר בפועל באותו מועד של החלטת חלוקת הדיבידנד, אלא מותירים את זה בחברה וזוקפים את זה כחוב כלפיה. מההתחלה, החברה לא מחויבת לחלק דיבידנדים, אך אם היא הכריזה על חלוקה אז היא מחויבת לחלק, ואז זה כבר יחשב כחוב. ניתן לראות את זה גם כשהחברה חילקה להם מיליון וחצי, לקחו 900,000 והחזירו את זה לחברה בדרך של הלוואה. נוצר חוב כלפיהם, וחוב כלפיה. בעצם כשבית המשפט אומר שיש פה יחס לא פרופורציונאלי, השקעה הונית מאוד קטנה מול הלוואה, שאלת המפתח הייתה צריכה להיות אחרת- אם מחלקים מיליון וחצי שקל דיבידנד, זה עומד במבחני החלוקה לאותה שעה? אם זה לא עובד, יש בעיית דיני חלוקה ולא צריך הרמת מסך. אך אם זה כן עובד במבחני החלוקה, על כל המיליון וחצי עומד ברווח ומבחן יכולת הפירעון, אז מה הבעיה בהלוואת הבעלים? למה זה צורם השקעה קטנה מול הלוואת בעלים. להפך צריך להגיד תודה שזה נשאר בכסף החברה. הם יכלו לקחת את כל הכסף לכיס ולא ולהשאיר לחברה. על מה יוצאים נגדם? השאלה המכריעה היותר מעניינת, האם זה עמד בשעת החלוקה בתנאי מבחני הדיבידנדים? אבל אם זה כן עמד למבחני בחלוקה נכון לאותה שעה. איזה טעם נפגם יש בהלוואת בהעלים? זה היה סך הכל דבר נהדר, נוסף 900,000 והחברה התבססה. למה עכשיו להפוך את זה לנקודה לחובתם?

* סיכון בלתי סביר- היא שהיה נכון יותר לבחון האם אכן החברה לקחה סיכון בלתי סביר לפי המודל העסקי שהיא אמצה. לכאורה, המודל העסקי של החברה היה תקין. הכישלון החל שגילו פגם גנטי בעופות. אם זה היה צפוי והם ידעו שיש סיכון מובנה שבכל יום יכול להתפרץ ולהרוס הכל זו בעיה. אם זה היה בלתי צפוי (למשל זן חדש שלא ניתן לצפייה) אז לא ניתן לשמור עתודות על כל דבר ואז אין בעיה בהתנהלות שלהם. היה צריך להעלות מומחה וטרינריה ולהבין האם הפגם הזה היה צפוי שאז היה צריך להיערך להתרחשותו או שלא ואז אין בעיה בהתנהלות בעלי המניות.

הפספוס הכי גדול בפס"ד זה שהנקודה הכי קריטית לא נותחה. רובינשטיין שהיה בדעת מיעוט, שלדעתו לא היה מקום להרמת מסך, לפחות לא בשלב הזה ולהחזיר את התיק להמשך דיון ראייתי ורק אז מכריע. יכול להיות ולא ידוע האם התכוון למה שהאן מתכוון או לא. לדעת האן, היה צריך להחזיר את התיק למחוזי ולהבהיר נקודה ראייתית שלא התבררה. לחברה היה מודל עסקי מסוים, מודל רווח בחברות מסחריות- מצד אחד יש להם אינפוט או של כסף או של חומרי גלם, התקשרויות והתחייבויות שהם מתחייבים כלפי ספקים או לקוחות, ומהצד השני יש להם מכירות. למשל: חברת תיירות יוצרת התקשרויות משלה, עם כל מיני ספקים, והיא מתחייבת כלפיהם משפטית. היא יוצרת התחייבויות מול ספקי תיירות שהיא תשתמש בהם לשווק ללקוחותיה- שם היא מתחייבת שתשלם לספקים בעוד תקופה מסוימת, ומהצד שני, היא מוכרת, חבילות נופש ללקוחות ובזה היא יוצרת לעצמה זכאות לתשלום. וגם כאן הלקוחות משלמים החל ממחזור זמן מסוים. עקורנית, יכול להיות שהחברה לא מקבלת את כל הכסף מיד מהקולות. יש פה מחזוריות, תכנון על פי ציר הזמן, תוך כמה זמן היא צופה שהלקוחות ישלמו, ומול זה היא חוזה תוך כמה זמן תשלם לספק. יש פה גם תכנון של תזרים מזומנים, וגם תחזית רווח. זה בדיוק מה שקורה עם החברה- מצד אחד, היא חוזה את ההתחייבויות תשלום לספקי הביצים, מהצד השני חוזה את הרווחים מחברות השיווק.   
נקודת התפנית היא, שהתגלה פגם גנטי בעופות, בסיפור העובדתי התגלה פגם שברגע שהתגלה, רשתות השיווק הפסיקו להזמין את העופות מהחברה הזאת מטעמי בריאות הציבור, ואז אין מכירות. ההתחייבויות פה קיימות, לא מגיע כסף חדש, אין רווחים, אך באותו הזמן התחייבויות ממשיכות- ואז החברה נקלעת לפירעון. הנקודה המרכזית שלא התבררה והיא הנקודה הקריטית לבירור- האם הייתה פה נקיטת סיכון בלתי סביר ביכולת של החברה לפרוע את חובותיה, היא השאלה האם הפגם הגנטי בעופות אמור להיות צפוי על ידי החברה או לא, האם זה סיכון שכיח, צפוי וסביר שמוכר וצריך לכלכל מבחינת הסיכונים, או שזה כל כך נדיר והכל יכול להיות. לא ניתן להיערך לכל תרחישי הסיכונים, חלק מהעולם הוא לקיחת סיכונים ולעיתים הם מתממשים. השאלה מה צריך לחשב ומה לא. הראיה והעדות הכי קריטית לדיון הוא בכלל מומחה וטרינרי, על מנת לבדוק את כמה הפגם הזה היה מוכר או לא. לבדוק עד כמה כשנבנה המודל שעיקר הבסיס הכספי הוא מחזוריות של מכירות, זה יכול להיות לגיטימי אם אין סיכונים משמעותיים למודל העסקי, אין מקלות שאמורים להיתקע שצופים אותם. כמו בתחום התיירות, צפייה של מגפה. לכן השופט רובינשטיין צודק, יש לראות האם זה יחס הון עצמי הולם או לא הולם, האם זה משאיר כרית בסיסית מעבר למחזור המכירות.

בשאלה האם יחס הון עצמי הולם, צריך לזכור כי ה190 שקלים, זה שהשקעתי הון עצמי לא אומר שזה מוחזק לשעת חירום בכל מקרה, אלא שזוהי ההשקעה הראשונה בחברה. התפיסה של הסתכלות על ההון העצמי הראשוני כפי שהשופטים עשו, זה לא מעשי בתפיסה כלכלית, מאחר וזה לא תעודת ביטוח הנותן איזשהו מרווח נשימה. ה190 שקלים האלה מהווה יחס הון עצמי יותר פרופורציונלי מאשר בלי השקעה בכלל, שזה יחס לא פרופורציונלי בכלל.   
חשוב להבין כי המון עסקים בישראל ובעולם מבוססים על יחס מסוים בין ההון העצמי של העסק- לא רק מהיום הראשון אלא העדכני, שיעור ההתחייבויות. זה המדד הכי חשוב מבחינת החוסן של העסק ויכולת התמודדות עם התאגרים. בהון עסקים, היחסים האלה, הם יחסים לא-פרופורציונאליים. על כל שקל הון עצמי יכול להיות שיש 8 שקלים התחייבויות, וזה עדיין אל אוצר שצריך להרים מסך. הבחינה יותר מורכבת מזה, וזה לא משכנע שהיה מקום להרים מסך.

מה לגבי הדיון העקרוני של הצורך בממד נוסף או רק מימון דק מספיק על מנת להרים מסך?

דעת הרוב קבעה כי מימון דק לבדו יכול להיכנס לגדר ס' 6א, ולהוביל להרמת מסך. השופט רובינשטיין מנסה לצמצם ומחפש דבר מה נוסף ראייתי על מנת להגיע למסקנה של הרמת מסך. בדרך כלל זה יהיה תום לב. אך זהו דיון אקדמי ולא מהות פס"ד. כשמגיעים לסיטואציות האלה, אם וכאשר מגיעים למימון דק ויחס הון עצמי בלתי הולם, ופונים לס' 6- אז אפשר לבקש להרים את המסך נוסח 6א, שאומר שאם השימוש באישיות היה באופן הפוגע בתכלית החברה.

מה עולה כדי פגיעה בתכלית החברה? ניתן להסתכל על ס' 11 לחוק, שכותרתו תכלית החברה. הסעיף קובע שתכלית החברה היא לפעול להשאת רווחיה. במהלך הקורס נגענו בזה מבלי להצביע על הסעיף במפורש. היו הקשרים שונים בהם דיברנו על טובת החברה. טובת החברה ניתן לגזור מסעיף תכלית החברה, מגשימים את טובת החברה כשמקדמים את הרווחים של החברה ככזו. ככל שפועלים לטובת זה פועלים לטובת החברה וככל שפועלים במנוגד לזה אז פוגעים בתכלית החברה. אם החברה מנוהלת באופן שהיא לא משיאה את רווחיה, אז ניתן להרים את המסך. לא להראות מבחן תוצאה של האם הצליחו להשיא רווחים, אלא להראות ניסיון כזה. ככל שפוגעים בתכלית החברה תוך נטילת סיכון בלתי סביר מתקיים התנאי הזה של הרמת מסך.

**סעדים**

במקרה של נטילת סיכון בלתי סביר ופגיעה בתכלית החברה, אפשר לבקש להרים מסך ולא להסתפק בקביעת חוב החברה אלא להגיע לכיסו של בעל המניות. אך בסיטואציה של מימון דק, להבדיל מסיטואציה של הברחת נכסים יש אפשרות לקבל סעד מקביל, חלופי שיתמודד עם הסיטואציה- וזה 6ג. בית משפט רשאי להשהות זכויותיו של בעל המניות לפירעון חובו וזכותו כנגד החברה, בסיטואציות העובדתיות הנופלות לגדר 6א. לסיטואציות כמו מימון דק- שסכום גדול מכסף לא הושקע כהון עצמי של החברה אלא הלוואת בעלים, יכול להיות שהפתרון הוא בכלל סעד ב6ג. יש דרך לשפר את מצבו של הנושה, שלאו דווקא רוצה להגיע לבעל המניות אלא להגיע למקור כספי.

בחברה משל יש חמישה נושים, שלכל אחד חייבים 1,000, במקרה כזה כל אחד יקבל חלק יחסי. מה אם נגיד שאחד מחמשת הנושים הוא בעל המניות שנטל הלוואת בעלים של 100,וטוענים להפעלת ס' 6 נגד בעל המניות. אך בעל המניות הוא נושה בעצמו? ניתן לטעון שהיה מימון דק וזה נופל ל6א, ולכן הסעד כ6ג- יש אפשרות לבית המשפט לקחת את הלוואת הבעלים ולהוריד לסוף התור, לדחות את התור שלו לעד אחרי שהנושים מקבלים את כספם. כעת נשארו 4 נושים והם מקבלים סכום יותר גדול מאחר ובעל המניות לא יקבל כסף כי ביהמ"ש דחה את הלוואתו. יכול להיות שדרך הרמת מסך יש מקור יותר גדול, אך סעד יותר מרוכך הוא של 6ג ועליו מדבר בית המשפט באפרוחי הצופן. בשורה התחתונה, הסעד באפרוחי הצופן, החובות שהיו לבעלי המניות עברו לסוף התור. אם יישאר כסף ישולם להם ואם לא, אז לא ישולם. היות והיה מימון דק, ולתפיסת בית המשפט מימון דק שלעצמו מאפשר הרמת מסך (מפי דעת הרוב השופטת פרוקצ'יה) ולכן היא מפעילה את ס' 6ג כנגד החוב של בעלי המניות.

חלוקה לא שוויונית

למרות שהאן ביקר את פס"ד, יש נקודה מסוימת שאליה הוא מסוגל להצטרך למסקנה של דעת הרוב. זוהי מסקנה ביקורתית כלפי בעלי המניות, וזו הרמת מסך בצורה מעניינת. היה משהו מאוד צורם בהתנהלות הבעלים, הכוונה לא למימון הדק ולהלוואות, הנקודה שאותה מתאר ביהמ"ש שלאחר שהתגלה פגם בעופות, היו חודשי דעיכה של העסק, ובחודשים האלה, בחברה מול נושים אחרים, ספקים של ביצים- הפסיקו לשלם להם חובות כי אמרו שהם במצב כספי לא טוב, הם עצרו את התשלומים. אך לקיבוצים שגם סיפקו ביצים והם מקורבים לצלחת, המשיכו לשלם כסדרם. לבית המשפט זה הריח לא טוב- האפליה הזאת בין הקיבוצים לנושים האחרים, האפליה בין הנושים לא מריחה טוב. זו נקודה לחובתם של בעלי המניות, אך הדרך הקלאסית להתמודד עם זה הוא בחוק הפירעון. במקום זה, ביהמ"ש דוחה אותם לסוף בתור. פה יש נקודת התנהלות פגומה מצד בעלי המניות שאין ספק שבית המשפט מבקר אותם- ומחפש איך לפסוק סעד כנגדם שיתקן את הפגיעה בשאר נושי החברה.

**הרמת מסך ותפיסתו של ביהמ"ש**

הכוונה של בית המשפט העליון שהרמת מסך צריך להיות מאוד מדוד וקצוב על מנת שלא תשחק הדוקטרינה. מי שמביא את זה לידי ביטוי זה השופט כבוב בפס"ד המחוזי של חבס, שם הוא מדגיש כי הרמת מסך רק במקרים מובהקים וקיצוניים מן ה2 ב6א- הברחת נכסים, תרמית ולפי 6א מימון דק מובהק. השופט כבוב בוחן מבחנים מאוד רלוונטיים- למשל, שיש לבדוק את התנהלות השוטפת של החברה מול הנושים- יכולים להיות מקרים של השקעה וטעות אסטרטגית שכתוצאה ממנה העסק מתרסק, אך זה לא אומר שמישהו אשם. יש לבדוק איך החברה מתנהגת ומתייחסת לנושים לאורך זמן. חברה שהתרסקה עסקית היא לא עילה להרמת מסך.

שתי נקודות מעניינות בחבס:

1. באחת הפסקאות מציין השופט כבוב שכמעט ולא נמצא מקרים של חברות ציבוריות שבהן בית המשפט מרים מסך ומייחס את ההתחייבות לבעל מניות השליטה. והוא צודק- הרמת המסך בעולם החברות, הוא קורה בדרך כלל ורלוונטי לקונטקסט של חברות פרטיות, מעצם הנסיבות של התנהלות חברות? בחברה ציבורית הבסיס הכלכלי הוא לאורך כל הדרך- חברה פרטית, צוברת נפח ורק אחר כך יוצאת להנפקה. הבורסה דורשת הון מינימלי על מנת שחברה תוכל להשתתף ברווחיה. צריך להראות שנצבר הון. גם חברות ציבוריות מתמוטטות ונופלות, אך זה לא אומר שההתנהלות לא הייתה נורמלית ומאוזנת, וההתנהלות בדרך כלל היא כלפי בעל המניות שהתנהג בצורה לא סבירה, אך בעלי המניות בחברה ציבורית לא יכולים לעשות כל העולה על רוחם, בשל הדינים שלמדנו המגבילים ומרסנים אותם- חובת הגינות, דח"צ וכו. זוהי סביבה משפטית שהיא הרבה יותר מאורגנת ומסודרת מאשר חברה פרטית, כל ההתנהלות התאגידית היא הרבה יותר כבדה ומשמעותית ולכן לבוא אחר כך ולדרוש בהרמת מסך לא מתחבר למציאות של חברה ציבורית.
2. הנקודה השנייה, השופט כבוב מדגיש כי מבחינת זכות עמידה, מפרק לא יכול לבקש את הסעד של הרמת מסך. השופט כבוב מדגיש את זה כי אנליטית זה- הרמת מסך הרי זה להתעלם מהאישיות המשפטית של החברה ומבקשים לחדור אל בעלי המניות ולא לראות את החברה עומדת לבדה. השופט כבוב אומר, שמי שצריך לעשות את זה, הוא הנושה שעומד מחוץ לחברה, ולא המפרק שמייצג את החברה. מישהו חיצוני צריך להעלאות את הטיעון הזה. האן לא מסכים עם זה, אך בשביל זה צריך להבין מה התפקידים והסמכויות של המפרק. המפרק בסוף אחראי על הנושים וצריך לדאוג להם, ולכן זו אמירה פורמליסטית לומר שהמפרק הוא החברה ולכן לא יכול לטעון לכך.

**הרמת מסך- לא על בעל מניות לא מודע**

הסיפא של ס' 6א שמדברת על מתי ניתן להרים מסך, גם כשמתקיימים הנתאים והעילות להרמת מסך, מסייג את זה המחוקק. זהו סיוג שנחקק במסגרת אותו תיקון ב2005. בעצם המחוקק אומר כי גם כשקיים הטריגר תפעיל ותרים מסך ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור (לאחר משני הטריגרים) לשימוש באישיות המשפטית באופן מקפח או נוטל סיכונים בלתי סבירים.

*"בלבד 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".*

המחוקק בעצם קורא לביהמ"ש לא להרים מסך לכל בעל מניות שלא היה מודע ובלופ שקרה, למרות שלכאורה, ניתן להרים מסך לכולם. כשמרימים מסך יש לבחון מי היה השותף לפעולה ולא בעל המניות שלא היה מודע כלל לפעילות הזאת. את הרמת המסך ניתן לבצע באופן סלקטיבי ולא בהגדרה לכל בעל המניות. ולשים לב לאחזקותיו של בעל המניה ולמילוי חובותיו לפי סע' 192-193. 192 זה חובת התום הלב, אך 193 זו חובת ההגינות. המחוקק אומר כי יש להרים מסך, אך אם הוא לא קיים את חובותיו כלפי חובת ההגינות אז אין למהר להרים מסך, וזה מתבקש- למשל בהברחת נכסים יש פה הפרה של חובת הגינות מובהקת. אך אולי זה בא להגיד עיקרון של מידתיות הפוך- לפני שרצים להפעיל את הסעד האולטימטיבי של הרמת מסך, שהתוצאה יכולה להיות ניכוס כל חובות החברה לבעל המניות- שזה מעבר לקשר סיבתי לנזק, גבול הגזרה העליון, אולי כאן המחוקק משדר לבית המשפט לבדוק האם זה נופל ל193. אם זה נופל ל193, יש סעד על הפרת חובת הגינות, וניתן להשתמש בזה. אל תבוא אל הרמת המסך אלא שכלו כל הקיצים, שכל היתר לא מפצים. מהצד האחד, זה הסעד האולטימטיבי ומצד שני הוא סעד האחרון.