

אחריות מנהלים : אכיפתה וביטוח נגדה

מאת

פרופ' אהרן יורן (יורקביץ)

א. הצגת הנושא ; ב. חובות האמון והזהירות ; ג. מימוש חובות המנהלים – התביעה הנגזרת ומימון ההתדיינות ; 1. זכות עמידה להגשת תביעה נגזרת. (א) הדין הקלאסי ; (ב) החידוש באנגליה – פרשת Wallersteiner ; (ג) חידושי הפסיקה בישראל ; (ד) הצעות לשינויים בחוק. 2. מימון ההתדיינות. 3. סיכום – הסיכון של תביעות נגד מנהלים בארץ. 4. ביטוח אחריות מנהלים. 1. הבעיות המשפטיות. (א) האם תופסות פוליסות "ביטוח אחריות מנהלים" ? (ב) גבולות הכיסוי של פוליסת "ביטוח אחריות מנהלים" ; 2. ביטוח אחריות מנהל כלפי צד ג' ; (א) אימתי אחראי המנהל כלפי צד ג' ? (ב) פעולות ultra vires לחברה או למנהלים ; (ג) אחריות אישית סטטוטורית ; (ד) אחריות אישית בשל הרמת מסך לפי הילכות הפסיקה ; (ה) ביטוח אחריות לתביעות על-פי חוק ניירות ערך ; (ו) ביטוח כלפי צד ג' כשהחברה שפתה את המנהל ; (ז) השפעת התיקון המוצע בסוגיית פעולות חורגות על תביעות צד ג' נגד מנהלים. ה. סיכום.

א. הצגת הנושא

תופעת ביטוח אחריות מנהלים הגיעה לאחרונה לארץ וחברת ביטוח אחת החלה לשווק ולפרסם פוליסת "ביטוח אחריות מנהלים"¹. למקרא מודעת הפרסומת עשוי להתקבל רושם מוטעה בדבר הסיכון לתביעות לו חשופים מנהלי חברות בארץ ובדבר היקף הביטוח על-פי הפוליסה האמורה. מטרת רשימה זו היא לבדוק את האפשרות להגיש תביעות נגד מנהלי חברות בארץ על הפרת חובותיהם לחברה ואת היקף הכיסוי של פוליסת ביטוח אחריות מנהלים האמורה. יוצגו ההתפתחויות האחרונות בישראל ובאנגליה בעניין הגשת תביעה נגזרת (דריבטיבית) בשם החברה נגד מנהלים על-ידי בעל מניות בחברה והשינויים שעדיין דרושים כדי שהתביעה הנגזרת תהפוך למכשיר יעיל לאכיפת חובות מנהלים בארץ.

1 ראה נוסח המודעה שפירסמה חברת הביטוח "ציון" (בעמוד שממול).

ב. חובות האמון והזהירות

לפי דיני החברות, כפי שגובשו בפסיקה ועוגנו רק חלקית בחוק החברות, חבים מנהלים לחברה חובות אמון וחובות זהירות. חובת האמון משמעותה שהמנהלים חייבים לפעול בתום-לב לטובת החברה ולטובתה בלבד, ואסור להם להביא עצמם למצב שבו ייווצר ניגוד אינטרסים בין חובתם לחברה ובין טובתם האישית או חובתם לכל אדם או גוף אחר. החלטת מנהלים נפסלת לא רק כאשר הוכח שפעלו מתוך מניעים של אינטרס אישי שלהם, אלא "יש גם לבדוק עובדות נוספות בקשר למניעתם וכל הגורמים האחרים שחברו יחד לצורך גיבוש החלטתם"². חובת הזהירות פורשה בתקדים האנגלי הידוע, *In re City Equitable Insurance Co.*³, כחובה לפעול בענייני החברה באותה זהירות שבה היה מנהל אדם סביר בעל אותן ידיעות וכשירותיות כשל המנהל את עסקו הפרטי. במלים אחרות, הסטאנדארט של חובת הזהירות באנגליה אינו סטאנדארט אובייקטיבי של מנהל סביר, אלא סטאנדארט סובייקטיבי המצלם את כשירותיו הפרטיות של המנהל שמדובר בו ודורש ממנו להפעילם בניהול החברה שבה הוא מכהן. ספק אם חל הסטאנדארט האנגלי בארץ או האם מכוח סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנוזקין (נוסח חדש) חל סטאנדארט אובייקטיבי של ניהול סביר. לאחרונה תוגש דו"ח של הוועדה לבקרה ואחריות בחברות, שמינה שר המשפטים היוצא (ועדת יובל לוי)⁴, דו"ח זה מציע לקבוע סטאנדארט אובייקטיבי של מנהל סביר. בלשון סעיף 24 להצעה:

"כל חבר דירקטוריון בתחום אחריותו בנושאי פיקוח, בקרה והגהית ואחריותו לנושאי הניהול מכח היותו חבר דירקטוריון או מכח השתייכותו להנהלה, הכל לפי הענין, וכן חבר הנהלה בתחום אחריותו לנושאי ניהול כנובע ממניווי להנהלה — חייבים לנהוג כפי שחבר דירקטוריון או מנהל סביר היה נוהג בתחומים אלה בנסיבות דומות; סטייה מהמנהל הסביר כאמור תראה כהפרה של חוק זה".

יש כאן הצעה לקביעה של סטאנדארט אובייקטיבי של ניהול סביר, אלא שחובת הזהירות, אפילו תוגדר באופן אובייקטיבי, לא בנקל ניתנת לאכיפה כנגד המנהלים.

ג. מימוש חובות המנהלים — התביעה הנגזרת ומימון ההתדיינות

1. זכות עמידה להגשת תביעה נגזרת

(א) הדין הקלאסי

הדין הוא, שהחברה אשר לה חבים המנהלים את חובותיהם היא שיכולה לממש את אחריות המנהלים. מי שמוסמך להגיש תביעות בשם החברה הוא האורגאן המנהל את

2 חובת האמון נוסחה בישראל בהמ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אניזו, פ"ד 1 887. לאחרונה, בע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א. מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב (2) 281, אימץ השופט אשר את המבחן האנגלי שנקבע בעניין *Howard Smith, Ltd. v. Ampal Petroleum Ltd.* (1974) 1 All E.R. 1126 (P.C.) ומדבריו ציטטתי בגוף המאמר.

3 (1925) Ch. 407.

4 משרד המשפטים, דו"ח-ביניים של הוועדה לקביעת כללים לבקרה ואחריות בחברות, אוגוסט 1978 (להלן: דו"ח ועדת לוי).

החברה או מי שהוסמך על-ידיה לכך. בדרך-כלל קובעות תקנות החברה שהחברה תנוהל על-ידי מועצת המנהלים.⁵ יוצא, שהמגלים הם היכולים לאכוף את מימוש אחריותם שלהם כלפי החברה. "בדרך כלל אין שומעים לבעל מניות התובע את זכותה של החברה או התובע תיקון עוול שנעשה לה, שעה שהאורגון המוסמך שלה אינו מוכן לעשות כן".⁶ כל עוד מכהנים המנהלים בחברה קשה לצפות שיגרמו להגשת תביעות בידי החברה נגד עצמם, אכן, בדרך-כלל מוגשות תביעות נגד מנהלים רק עם חילופי בעלות או הנהלה או עם פירוק החברה. כל עוד המנהלים מחזיקים ברסן ניתן לאכוף את אחריותם לחברה רק באותם מקרים שבעל מניות רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה נגד המנהלים. הדין האנגלי הקלאסי קבע, שניתן להגיש תביעה נגזרת רק נגד מנהלים השולטים בחברה לגבי מעשיהם המהווים חריגה מסמכות, תרמית, עושק המיעוט, או מעשים אחרים שאינם ניתנים לאישור על-ידי האספה הכללית של החברה ברוב רגיל. אשר להפרות חובה הניתנות לאישור ברוב רגיל, חל כלל אי-ההתערבות שעוצב בעניין *Foss v. Harbottle*.⁷ לפיכך עלתה התוצאה, שניתן להגיש תביעה נגזרת רק על חלק מהפרות חובת האמון ושלא ניתן כלל להגיש תביעה נגזרת על הפרת חובת הזהירות.⁸ אמנם, פה ושם הובעה באנגליה דעה שקיים חריג לכלל ושכאשר שליטת המנהלים בחברה מונעת הגשת תביעות נגדם על הפרת חובתיהם לחברה, הצדק מחייב שתותר תביעה נגזרת, אלא שהלכה מפורשת כזאת לא נקבעה.⁹

(ג) החידוש באנגליה — פרשת *Wallersteiner*

בפסק הדין החדש הידוע בעניין *Wallersteiner*¹⁰ התבטא אמנם השופט דנינג (Denning), כי בעל מניות זכאי להגיש תביעה נגזרת בכל מקרה של הפרת חובה על-ידי מנהלים שבידיהם השליטה בחברה מבלי לצמצם את דבריו לחריגים המוכרים לכלל של *Foss v. Harbottle*, ואף לא לתביעות על הפרת חובת האמון. מעניין, שבעניין מאוחר יותר, *Daniels v. Daniels*¹¹ — שדן בשאלה אם ניתן להגיש תביעה נגזרת

5 ראה תקנה 70 ללוח א', התוספת השלישית לפקודת החברות.

6 כלשון השופט ברנזון בע"א 726/74 מלונות נוהיים של חוף ארסוף בע"מ נ' כהן, פ"ד ל (2) 527, 517.

7 2 Hare 461 (1843).

8 האפשרות להגיש תביעה נגזרת, כאשר מנהלים השולטים בחברה מעבירים לעצמם הזדמנות עסקית שאחרת היתה נופלת לחברה, הוכרה בעניין *Cook v. Deeks* (1916) 1 A.C. 554. בעניין *Burland v. Earle* (1902) A.C. 83 נקבעה זכותו של בעל מניות מיעוט להגיש תביעה בשם החברה נגד מנהלים על מעשי תרמית או מעשים החורגים מסמכות. לעומת זאת נקבע בעניין *Pavlides v. Jensen* (1956) Ch. 565, שאין לבעל מניות מיעוט זכות עצמית להגיש תביעה נגזרת על מכירת נכסי החברה על-ידי המנהלים במחיר שמתחת לערכם, אפילו נעשתה המכירה מתוך רשלנות גסה (gross negligence). הטעם שניתן להלכה זו הוא, שהאספה הכללית יכולה לאשרר ברוב רגיל את פעולת המנהלים ולהתליט שלא להגיש נגדם תביעה על הפרת חובת הזהירות.

9 ראה במיוחד, *Heyting v. Dupont* (1964) 2 All. E.R. 273. ראה הדיון אצל ברק, "היקף התערבותו של בעל מניה בניהול החברה על-ידי מנהלים: כוחו של בעל המניה לתבוע על הפרת זכות על-ידי מנהליה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 333, ו-488.

10 *Wallersteiner v. Moir* (No. 2) (1975) Q.B. 373.

11 2 All. E.R. 89 (1978).

בגין רשלנות מנהלים — לא איזכרה כלל ערכאת ה-Chancery, שבה ניתן פסק הדין, את עניין *Wallersteiner*. בעניין *Daniels* קבע השופט טמפלמן (Templeman), שניתן לבעל מגיות מיעוט (בעניין זה — בעל 40%) להגיש תביעה נגזרת נגד המנהלים בגין הפרת חובת הזהירות, אם המנהלים הפיקו רווח לעצמם כתוצאה ממעשיהם. המדובר היה במכירת נכס על-ידי החברה למנהלים במחיר של £4,250 בשנת 1970 ומכירתו על-ידי המנהלים לצד ג' בשנת 1974 תמורת £120,000. החברה היתה חברה משפחתית ולמנהליה היו, כאמור, 60% מן השליטה בה. בית המשפט קבע, שההלכה שנקבעה בעניין *Pavlides v. Jensen*¹², לפיה הכלל של *Foss v. Harbottle* חוסם תביעה נגזרת על רשלנות מנהלים, אינו חל על רשלנות שרווח למנהלים בצדה. בעוד שבעניין *Pavlides v. Jensen* הטענה היתה, שהמנהלים מכרו בזול מתוך רשלנות לצד ג', נטען בעניין *Daniels* שהמנהלים מכרו בזול לעצמם. וכך קבע בית המשפט:

"Lord Hatherley in *Turquand v. Marshall* opined that shareholders must put up with foolish or unwise directors. Danckwerts J. in *Pavlides v. Jensen* accepted that the forbearance of shareholders extends to directors who are 'an amiable set of lunatics'. Examples, ancient and modern, abound. But to put up with foolish directors is one thing; to put up with directors who are so foolish that they made a profit of £115,000 odd at the expense of the company is something entirely different."

בית המשפט דחה את הטענה שצריך לטעון תרמית כדי שתותר תביעה בעל מגיות, וזאת עקב הקושי להוכיח תרמית. עם זאת סירב בית המשפט לקבוע כלל, שניתן להגיש תביעה על כל הפרת חובה של המנהל¹³. תמוה, שפרשת *Wallersteiner* ודברי השופט דנינג כלל לא צוטטו בעניין *Daniels*.

(ג) חידושי הפסיקה בישראל

גם בארץ חלה לאחרונה התפתחות מעניינת ובשלושה פסקי דין, שעסקו בשאלת התביעה הנגזרת, מצויות התבטאויות בדבר הרחבת האפשרות להגשת תביעה כזו מעבר למוכר בפסיקה האנגלית הקלאסית. מהתבטאויות אלה ניתן להסיק, שאפשר להגיש תביעה בכל מקרה ששליטת המנהלים בחברה מונעת הגשת תביעה על-ידי החברה נגדם, נגד בעלי מגיות שולטים או נגד צד ג', ובלבד שבעל המגיות החובע הוא נציג באות של כלל בעלי המגיות. אלא שבשלושת המקרים ניתן היה להגיש תביעה נגזרת גם לפי החריגים המוכרים לכלל של *Foss v. Harbottle*.

בעניין מלחמות נוהיים של חוף ארסוף בע"מ נ' כחן¹⁴, הגיש בעל 1/3 מן המגיות תביעה בשם החברה נגד צד ג' לאכיפת (ביצוע בעין) של מכר קרקעות לחברה. בעלי מגיות הרוב, שבידיהם היתה הנהלת החברה, סירבו להגיש תביעה כזו. השופט ברגזון ציין, כי לו נדרש לכך היה מכיר בקיום חריג בעל אופי כללי לכלל אי-ההתערבות, לפיו בכל מקרה שהצדק מחייב זאת יידחה הכלל שהחברה בלבד היא בעלת זכות

12 ראה הערה 8 לעיל.

13 לגיתוח פסק הדין בעניין *Daniels v. Daniels* ראה: Note, "Liability of Directors to Minority for Negligence" 94 L.Q. Rev. (1978) 176.

14 ע"א 726/74 פ"ד ל 517.

התביעה. בלשונו: "כשלעצמי, לו נזקקתי לכך, הייתי מכיר בקיומו של חריג כזה המאפשר לבית המשפט לשקול כל מקרה לפי נסיבותיו ולהכריע בו לפי דרישות הצדק, ולא להיות כבול לקטגוריות מצומצמות ומוגדרות מראש"¹⁵. אלא שהוא לא גדרש להפעיל כלל זה, שכן המקרה נפל בגדר החריג המתיר תביעה על מעשה המהווה עושק המיעוט שאינו ניתן לאשרור על-ידי האספה הכללית, כאשר השליטה בחברה היא בידי אותם אנשים, אשר בגין פעולתם קמה לחברה זכות התביעה. תוצאה זו עלתה, לטענת התובע, שכן סירוב המנהלים והאספה הכללית להגיש את התביעה ולממש את רכוש החברה נעשה מתוך נימוקים זרים (קנוניה עם הנתבעים) וודאי לא משקולים של טובת החברה.

השופט ברנזון דחה גם את הטענה שהתובע אינו יכול להגיש תביעה נגזרת, שכן קנה את מניותיו לאחר אירוע עילת התביעה — עסקת הקרקעות בין החברה לנתבעים. לדעת השופט ברנזון, הדין השורר באנגליה הוא, שאין זה תנאי לתביעה שהתובע יהיה בעל מניות בחברה כאשר נוצרה עילת התביעה, ובלבד שהוא בעל מניות בעת הגשת התביעה. את המצב המשפטי בארצות-הברית תיאר השופט ברנזון כחוסר אחידות דעים: דעה אחת דורשת בעלות בעת אירוע עילת התביעה (contemporaneous share ownership); האחרת מאפשרת תביעה גם לקונה מניות מאוחר, ובלבד שלא רכש את המניות לשם הגשת התביעה. השופט ברנזון ציין שהוא מעדיף את הדעה האחרונה, אליה צירף תנאי נוסף (הקיים ממילא בכל מקרה של תביעה נגזרת) והוא — שהתובע מיצה את כל האמצעים לתיקון העוול בתוך החברה.¹⁶

השאלה של זכות העמידה של בעל מניות, שרכש את מניותיו לאחר שנוצרה עילת התביעה, באה שוב בפני בית המשפט העליון בעניין לביב ג' בנק לפיתוח תעשייה בע"מ.¹⁷ העיתונאי לביב רכש מניות בבנק כדי לזכות בזירה משפטית למאבקו הציבורי נגד טובות הנאה (בעיקר דירה) שנתן הבנק ליו"ר מועצת המנהלים (זנבר) עם פרישתו מן הבנק והתמנותו לנגיד בנק ישראל. לביב ביקש סעד של הצהרה, שטובות ההנאה בטלות בהיותן חורגות מכוחות הבנק (ultra vires) ובהיותן נגועות בעושק המיעוט. אלה הם, כזכור, חריגים מוכרים לכלל אי-ההתערבות של *Foss v. Harbottle*. בית המשפט המחוזי לא דן בטענת הנתבעים שללביב אין זכות עמידה להביא את התביעה ודחה אותה לגופה, בקובעו שזנבר קיבל את תשלומי הפרישה בכשירותו כעובד הבנק ולא בכשירותו כדירקטור בבנק. לפיכך מצא בית המשפט המחוזי שהתשלום היה בגדר כוחות הבנק ושלא היה נגוע בעושק המיעוט. מ"מ הנשיא זוסמן (כתוארו אז), מפיו ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון, העדיף לקיים את פסק הדין מתוך הנימוק, שללביב לא היתה זכות עמידה, מבלי להסתייג מנימוקי בית המשפט המחוזי. בהנמקתו סמך השופט זוסמן את ידיו על דברי השופט ברנזון בעניין מלונות נווה-ים בזכות התרת תביעה נגזרת כאשר הצדק דורש זאת. בלשונו:

"זכות זו, לתבוע במקום החברה ובעבורה, ניתנה לבעל מניות מטעמים של צדק בבית משפט של ישר, כדי שתהא לו תקנה מקום שנעשה מעשה של תרמית או

15 שם, בעמ' 530.

16 שם, בעמ' 527.

17 ע"א 180/75, פ"ד ל (3) 225.

מעשה בלתי חוקי אחר על ידי המנהלים הפועלים מטעם החברה, כך שהעוול לבעל מניות בחדד אינו יכול בדרך אחרת לבוא על תיקונו... אני שותף למה שנאמר על ידי חברי הנכבד השופט ברנזון (בעניין מלונות נוה"ים בחוף ארסוף בע"מ), לאמור, שבית המשפט רשאי לשקול כל ענין וענין הבא לפניו על פי נסיבותיו ולקבוע אם טעמים של צדק מחייבים סטיה מכלל הישות הנפרדת של תאגיד או לא, לשם כך אין זה מן הצורך לסווג ענינים בקטגוריות מסוימות¹⁸.

למרות הגישה הליברלית הזאת בדבר אפשרות הגשת תביעה נגזרת, מצא השופט זוסמן ש ל ל ב י ב אין זכות עמידה להגיש התביעה. משיקולים של צדק הגיע השופט למסקנה, שלביב אינו מייצג נאות של האינטרס של החברה ובעלי מניותיה. הואיל וללביב אין עניין של ממש בחברה ובהשבת רכושה או בבעלי מניותיה ומניעת נזק להם, "על שום מה יתיר בית משפט של יושר למערער לעשות עצמו אפטרופוס של בעלי המניות שאינם חפצים בו? הצדק אינו דורש שבית המשפט יושיט יד של עזר לטרדן המתערב בענינים לא לו..."¹⁹. לשיטת השופט זוסמן, רוכש מניות לאחר קרות עילת התביעה בידיעת העילה צריך לתת לבית המשפט הסבר מדוע לא משך ידיו מן העניין ובכל זאת הצטרף לחברה. מכך שתביעה נגזרת היא תביעה החברה לא עולה אוטומאטית שתותר זכות העמידה של רוכש מניות לאחר היווצרות עילת התביעה.

למרות השוני בניסוח הדין בידי השופט ברנזון (בעניין מלונות נוה"ים) והנשיא זוסמן (בעניין לפי) לגבי זכות התביעה הנגזרת של רוכש מניות לאחר היווצרות העילה, נראה ששניהם מגיעים למעשה לאותה תוצאה משפטית. השופט ברנזון מעדיף את הכלל המחייב תביעות כאלה ומסייג אותן בכך, שלא תותר תביעה, אם המניות נרכשו לשם הגשת התביעה. השופט זוסמן, לעומתו, מעדיף את הכלל השולל עמידת רוכש מניות שלאחר האירוע ומכיר בתביעה רק אם לרוכש (אם עשה כן בידיעת העוול) הסבר מדוע בכל זאת השקיע בחברה ויש לו עניין של ממש, עניין כספי, בהצלחת התביעה. נראה, שמשותף לשני השופטים שלא תותר תביעה נגזרת, אם התביעה היא מכשיר במאבק ציבורי בלבד. נראה גם, שאין מקרים שלפי גישת השופט ברנזון כן תותר תביעה, בעוד שלפי שיטת השופט זוסמן תסורב זכות העמידה: כאשר בעל מניות מסוים יודע על הפרת חובה על-ידי המנהלים, אך למרות העוול הוא מעוניין להשקיע, תותר התביעה לפי נוסחת השופט ברנזון, שכן לא רכש את המניות לשם הגשת התביעה. גם לפי שיטת הנשיא זוסמן תותר התביעה, שכן התובע יכול להראות את הטעם לרכישת המניות ואת עניינו הממשי בתוצאת הדיון. אם בעל המניות לא ידע על העוול, נראה שהעוול הקודם לא יכשיל את תביעתו לפי שתי הגרסאות, שכן הגשת תביעה ודאי לא היתה הטעם לרכישת המניות ובעל המניות גם לא יידרש להביא הסבר מדוע רכש מניות למרות העוול²⁰.

אוסף עוד, שספק בעיני אם נכון הוא להציג את עניין מלונות נוה"ים כרכישת מניות אחר קרות העוול. אם העוול באותו מקרה הוא לא עסקת המכר, אלא אי-הגשת תביעה

18 שם, בעמ' 229.

19 שם, בעמ' 231.

20 לדיון בשאלה של מתת השמים (windfall) העשויה ליפול בידי רוכש מניות אחר האירוע, ראה מאמרי: "The Parameters of Windfall Recoveries in the Corporate Setting" 68 Isr. L. Rev. (1977) 12.

לאכיפתה, כי אז עוול זה אירע או נמשך אחרי רכישת המניות על-ידי כהן! מסקנה זו נסמכת גם על דברי השופט ברנזון עצמו:

"מר כהן לא רכש את המניות על מנת לגרום להגשת תביעה נגד הרבנים אלתר, ... או על מנת שהוא יוכל בעצמו להגיש תביעה כזאת. הוא רכש את המניות בתום לב מתוך אמונה מבוססת שהוא רוכש אינטרס בחברה בעלי נכסי מקרקעין, אם ימומש החוות עם הרבנים אלתר"²¹.

המקרה השלישי שהתברר בפני בית המשפט העליון הוא בן-טל נ' בן-טל²². הווג בן-טל יחד עם בעל מניות נוסף היו בעלי המניות בחברת "תריסול". הבעל החזיק ברוב המניות בחברה. משגפל סכסוך בין בני הווג הגישה האשה תביעה נגזרת נגד בעלה להשבת עמלות ששילם לעובדי ציבור ועובדי לקוחות של החברה, כדי להשיג עסקות לחברה. בית המשפט העליון פסק, שלאשה זכות עמידה להגיש תביעה נגזרת. השופט ברנזון קבע, שהואיל ומדובר במעשה שלחברה אין כשירות לעשותו אין האשה חייבת לפנות לפני הגשת התביעה לאספה הכללית ולבקשה להגיש את התביעה. הפנייה (demand) היא מיותרת, שכן האספה הכללית אינה יכולה לאשרר את המעשה שמדובר בו, ועל כן אינה תנאי לתביעה הנגזרת. הוא מצא גם, שלפי החריגים הקלאסיים לכלל של *Foss v. Harbottle* לאשה זכות עמידה, שכן תשלום העמלות לעובדי ציבור הוא עבירה שותף ולעובדי לקוחות אחרים הוא מהווה חווה בלתי חוקי הנוגד את המוסר או את תקנת הציבור ועל כן הוא "void" ואינו מחייב את החברה. התשלומים המהווים עבירה או גזעיים באי-חוקיות הם ultra-vires לחברה, האספה הכללית אינה יכולה לאשררם ועל כן פתוחה הדרך לתביעה נגזרת. השופט ברנזון הרחיק לכת וקבע, שאפילו תשלומים ששילם הבעל כמנהל בחברה לקידום מכירות החברה אינם ניתנים לאשרור על-ידי החברה והם ultra vires. בעניין זה חלק עליו השופט ויתקון והעדיף להשאיר את השאלה להכרעה לגופו של עניין, אם כי גם הוא הסכים שלאשה זכות להגיש תביעה נגזרת. השופט ברנזון חזר על דעתו, שהביע בעניין מלונות נווה-ים, שיש להרחיב את האפשרות להגשת תביעות נגזרות בכל מקרה שהצדק דורש זאת. דווקא הבעל גיסה להיאחז בשיקולי צדק ולטעון שתביעת האשה נובעת משיקולים אישיים, מן הסכסוך המשפחתי, ולא משיקולי טובת החברה ועל כן אינה נציג גאות של בעלי המניות. כן הוסיף, שהאשה אישרה בעבר דוחות כספיים שבהם התבטאו תשלומי העמלות והשוחד. טענות אלה נדחו בידי השופט ברנזון שקבע:

"כשהעניין אינו נוגע רק לעניינים הפנימיים של החברה בתור שכזאת ויש לו השלכות חוקיות, מוסריות או ציבוריות כלליות, כי אז טובת הציבור דורשת שלא לכבול מראש ידי בעל מניות בשל מעורבות בעניין בעבר ויש לתת לו גישה לבתי המשפט לבדיקת העניין לגופו, והרי כבר נאמר כי, מקום שבעלי תשובה עומדין, צדיקים גמורים אינם עומדים"²³.

מעניין להשוות דברים אלה עם דברי השופט זוסמן בעניין לביב, שבו פסל את זכות העמידה של לביב להגיש תביעה נגזרת בשם הבנק לפיתוח התעשייה. בעוד שהשופט

21 שם, בעמ' 529.

22 ע"א 578/75, פ"ד לא (1) 57.

23 שם, בעמ' 63.

זוסמן פסל זכות עמידה של בעל מניות שיש לו עניין ציבורי בהתדיינות ולא טובת החברה לעיניו, הכיר השופט ברנזון בזכות העמידה של בעל מניות מעורב ובעל אינטרסים פרטיים, בשל ההשלכות הציבוריות. ניתן ליישב את הדברים בכך, שהשלכות ציבוריות אינן תנאי מספיק להתרת זכות עמידה, אך קיומן עשוי לגרום לאי-פסילתו של בעל מניות בשל מעורבותו או עניין פרטי. אך הבדלי גימה יש בין ההתבטאות של השופט זוסמן בעניין לביב ושל השופט ברנזון בעניין בן-פל.

השופט ויתקון הדגיש את העובדה, שהתשלומים שמדובר בהם נעשו על-ידי הבעל לטובת האינטרסים של החברה. כן הטעים שהאשה, שנהנתה מבעלת מניות מתשלומי השוחד, מגישה כעת תביעה נגד הבעל, שמשמעותה היא שהיא לא תשתתף בתשלומים. הוא הישווה סיטואציה זו לסיטואציה של שותפים למסחר בסמים, שאחד מהם תובע את חברו להחזיר את הוצאות רכישת הסמים. ברור, שהנהגה מעבירה אינו יכול להחזיק בתוצאות ולתבוע השבת חלקו בהוצאות ביצוע העבירה. לדעתו, יש מקום בנסיבות כאלה להרים את מסך ההתאגדות ולהסתכל על מערכת היחסים בין הבעל ובין האשה. משעושים כן, הרי האשה היא *in pari delicto* ואינה יכולה לתבוע את בעלה בשל הכלל של — *ex turpi causa*. אלא שהוא העדיף לא לקבוע מסמרות, להתיר תביעה נגזרת ולהשאיר את ההכרעה בשאלה אם יש לחברה עילת תביעה נגד הבעל למשפט עצמו. השופט ח' כהן הצטרף לתוצאה של ההכרעה בתביעה הנגזרת מבלי לחוות דעה בשאלה שנחלקו בה השופטים ברנזון ויתקון, והעדיף לשמור את חוות דעתו בלבד עד שתבוא שעתה להיאמר.

נראה לי, שתרעומתו של השופט ויתקון כנגד השופט ברנזון על שחיווה דעתו בשאלת עילת התביעה נגד הבעל אינה במקומה. יתר על כן, נראה לי שכל השופטים לא הקפידו להפריד את הדיון בשתי שאלות שונות המהעוררות בכל תביעה נגזרת והן: (א) האם לחברה עילת תביעה נגד הנתבע? (ב) האם לתובע זכות עמידה להביא תביעת החברה? אם התשובה לשאלה הראשונה שלילית, כי אז אין מגיעים כלל לשאלת זכות העמידה של בעל המניות. השופט ברנזון היה צריך לדון בשאלה של תביעת החברה להשבת תשלומי העמלה, כדי לתחליט בשאלה אם יש בכלל עילת תביעה כנגד הבעל. השופט ויתקון לעומת זאת, אם הגיע למסקנה שתשלומים הנעשים לטובת החברה תקפים אפילו הם נגועים בפליליות או באי חוקיות, צריך היה לפסוק על דחיית התביעה על הסף. בשולי הדיון בזכות העמידה להגיש תביעה נגזרת אפשר להצביע על קווי דמיון בין שאלה זו ובין שאלת זכות העמידה בבג"צ. השאלה של הגשת תביעה נגזרת כמכשיר במאבק ציבורי, שנדונה בעניין לביב, דומה לשאלת הגשת בג"צ על-ידי מי שאין לו עניין אישי וממשי בתוצאות ההתדיינות. מעניין גם להשוות בין גישת השופטים השונים בבית המשפט העליון בעניין זכות עותרים לעמוד בבג"צ לעניין זכות בעלי מניות להגיש תביעה נגזרת.

(ד) הצעות לשינויים בחוק

(1) דו"ח ועדת לוי. ניתן להצטרף על כך, שדו"ח ועדת לוי²⁴ המציע, כזכור, לקבוע סטאנדארט אובייקטיבי לחובות הניהול של מנהלים, לא נתן דעתו על אכיפת

²⁴ ראה הערה 4 לעיל.

החובות. כפי שהראינו, אין זה ברור אם תותר בארץ תביעה נגזרת בגין רשלנות מנהלים. המלצות דו"ח לוי בעניין הרחבת חובות המנהלים עשויות על-כן להישאר בגדר אות מתה. הדו"ח אמנם כולל את סעיף 94, הן באחריות בנוזקין וזה לשונו:

"כל המפר הוראה בחוק זה שהאחריות או החובה לביצועה מוטלת עליו עצמו או ביוחד ולחוד אחראי לתוצאות הנוזקות של מתדלו או של מעשהו, ולניזוק כתוצאה מהפרה כאמור תקום עילה בנוזקין בגין נזקים שנגרמו לו עקב הפרת ההוראה".

אם סעיף 94 בא לאפשר אכיפת חובות המנהלים, נראה לי שהוא מחטיא את מטרותו. מנהלים שיפרו חובת הזהירות אכן יבצעו עוולה נוזקית, שלפי סעיף 63 לפקודת הנוזקין (נוסח חדש) ניתן לתבוע אותם בגינה בעילה של הפרת חובה חקוקה. אלא שזכות התביעה לפי סעיף 94 עצמו היא לניזוק כתוצאה מההפרה, קרי לחברה ולא לבעלי המניות. הואיל והחובה היא כלפי החברה, הנוק מן ההפרה הוא לחברה וסעיף 94 אינו יכול להפוך לבסיס להגשת תביעות נגזרות. אין זאת, אלא שנעלמו מעיני המציעים התוצאות המתחייבות מכלל האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. מדבריו ההסבר לדו"ח²⁵ עולה, שהכוונה היתה להפוך את סעיף 94 למכשיר להרחבת האחריות האזרחית כלפי צדדים שלישיים שהחוק רואה אותם כ"צד מוגן". ספק אם מטרה זו תושג, שכן כיצד ייהפכו בעלי המניות, למשל, לצד מוגן. זאת ועוד: סעיף גורף, המיועד לקבוע אחריות אזרחית בלי כללים ברורים וסייגים, כאשר נוצר חוסר ודאות לגבי קיום האחריות, לא יכירנו מקומו בחוק.

(2) הגנה סטטוטורית נגד עושק המיעוט. בתצעת החוק לתיקון פקודת החברות שהוגשה לאחרונה²⁶ יש הוראה של סעד לבעלי מניות כנגד עושק המיעוט. מוצע לכלול בפקודה סעיף 118A שיקבע:

"(1) היו ענייניה של חברה מתנהלים בדרך שיש בה משום קיפוח של חלק מחבריה, רשאי בית המשפט, לפי בקשת חבר, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרת הקיפוח, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו ענייני החברה בעתיד או ירכשו חברי החברה, או החברה עצמה, מניות ממניותיה.

(2) הורה בית המשפט לפי סעיף קטן (1), יביא בתזכיר החברה ובתקנותיה את השינויים המתחייבים מכך, ויראו שינויים אלה כאילו נתקבלו על ידי החברה".

סעיף 118A המוצע מבוסס על ההגנה הסטטוטורית נגד עושק המיעוט שנקבעה

²⁵ בסעיף 35 לתמצית העקרונות, בספר ו' של ההצעה, נאמר: "קביעה חשובה נוספת היא שכל הפרה של הוראה או חובה המפורטת בהצעת החוק, מעמידה לניזוק כתוצאה מההפרה עילה בנוזקין בגין הנוזקים שנגרמו לו עקב ההפרה של ההוראה או החובה כאמור. על ידי כך נוצרת עילת תביעה אזרחית בנוזקין, לצד שהחוק רואה בו צד מוגן, על ידי יצירת החובה הזאת כלפיו. כמובן שזו הרחבה של חובת האחריות האזרחית בנושאים בהם עוסקת הצעת החוק לגבי צדדים שלישיים שנפגעו במישור האזרחי, עקב פעולות או מתדלים שיש לעשות או להמנע מלעשותם כנקבע בהצעת החוק". לדיון בשאלת תביעה על הפרת חובה חקוקה על-ידי צד מוגן בדיני חברות ראה: A. Yoran, *Insider Trading in Israel and England*: (Jerusalem, 1972) 108—117.

²⁶ הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 16), תשל"ט—1979. ה"ח 1390, תשל"ט, 110.

באנגליה בסעיף 210 לחוק החברות מ-1948, תוך הכנסת שיפורים משמעותיים בהוראה. לא כאן המקום לנתח את הסעיף האנגלי על מגבלותיו, את הרפורמה המתגבשת באנגליה עצמה ואת העדיפות של הסעיף המוצע אצלנו. לענייננו חשוב רק לבדוק עד כמה סעיף 118א ירחיב את האפשרות של הגשת תביעות נגזרות. הסעיף יאפשר הגשת תביעה על-ידי כל חבר. יוצא, שבהתקיים תנאי הסעיף ייפתחו דלתות בית המשפט בפני כל בעל מניות בחברה. אך על בעל המניות יהיה להראות שענייני החברה מתנהלים באופן מתמשך בדרך שיש בה קיפוח של חלק מן החברים, ונראה שלא יהיה די בכך שפעולה מסוימת פגעה בחלק מן החברים. רשלנות מנהלים שפגעה בחברה, אך לא קיפחה חלק מן החברים לעומת אחרים, בוודאי שלא תאפשר הפעלת הסעיף. חלק מהפרות חובת האמון עשויות להיתפס בסעיף, אם התוצאה היא קיפוח של חלק מן החברים, אך גם כאן ספק אם יהיה די בהפרה חד-פעמית. הסעיף יותר משהוא מתייחס לפעולות מנהלים חל על החלטות האספה הכללית של בעלי המניות, שיש בהן העדפת בעלי מניות מסוימים. ייתכן, שהסעיף יוחל במקרים כאלה אשר לפי הפסיקה אינם נחשבים ל"עושה המיעוט" (fraud on the minority). אך כשלהחלטות מנהלים יש אפקט כזה, גם אז עשוי הסעיף לחול והתרופות שבית המשפט מוסמך להעניק כוללות "הוראות בדבר ניהול עניני החברה בעתיד". ניתן על כן לסכם ולומר, שהסעיף המוצע עשוי להרחיב את האפשרות של תביעת בעלי מניות מיעוט לגבי הפרת חובות אמון של מנהלים מעבר לחריגים המותרים כיום. עם זאת, אין כאן שינוי גורף לגבי האפשרות להגיש תביעות נגזרות.

2. מימון ההתדיינות

אפילו תותר הגשת תביעה נגזרת באופן רחב, אין לצפות לגל תביעות כאלה, אלא אם כן יוסדר עניין מימון ההתדיינות. לפי המצב המשפטי הקיים באנגליה ובארץ פסק הדין בתביעה הנגזרת ניתן לטובת החברה. אם בעל המניות התובע זוכה בדין, אין הוא משתתף בכספי הזכייה. הוא אמנם מקבל מן הצד המפסיד — המנהלים — את הוצאותיו — שכר-טירחה ואגרת בית משפט, אך במציאות סכום שכר-הטירחה שפוסק בית המשפט אינו מכסה את שכר-הטירחה הממשי ששילם בעל המניות. אם הוא מפסיד בהתדיינות, הוא נושא — נוסף על הוצאותיו — בהוצאות הצד הזוכה, שבית המשפט מטיל עליו. בנסיבות אלה אין תימה, שאין תמריץ להגשת תביעות נגזרות, כאשר אפילו במקרה זכייה נושא התובע בחלק מהוצאות ההתדיינות. אמת, שווי מניותיו גדל כתוצאה מן הזכייה בגובה חלקו היחסי במניות החברה. אלא שחלקו עשוי להיות זעיר, במיוחד ככל שהבעלות בחברה מפוזרת יותר. בארצות-הברית עיצבו בתי המשפט כלל תמריץ להגשת תביעות נגזרות הוא — שבעל המניות יקבל מן החברה פיצוי כספי במקרה של זכייה בהתדיינות, שכן העניק שירות לחברה. התשלום לבעל המניות הוא על בסיס תיאוריה מעין-חוזית — תשלום בעד שירות. נוכח גישה זו התפתחה פראקטיקה, שעורכי דין מנהלים תביעות נגזרות לשם הגשת הפיצוי הכספי, לעתים כשהם עצמם בעל המניות או בדרך-כלל לפי הסדר עם בעל מניות גומינאלי²⁷.

27 כשצומחת טובת הנאה כספית לחברה, כלל זה מוסכם. כשטובת ההנאה אינה כספית, כמו

מעניין הוא, שבעניין מלונות נוהדים עלתה, בהתדיינות בית המשפט המחוזי, שאלת מימון ההוצאות המשפטיות של התביעה הנגזרת. כדברי השופט ברנזון, טען בא-כוח החברה בבית המשפט המחוזי בשם הרוב, כי "מכל מקום על המיעוט להבטיח את הוצאות התביעה. על כך השיב בא-כוחו של מר כהן, שהוא מוכן להגיש תביעה בעצמו (כלומר על חשבנו) בשם החברה"²⁸. הטענה שעל החברה לממן את התביעה הנגזרת לא הועלתה בבית המשפט המחוזי וגם בית המשפט העליון אינו מתייחס לשאלה זו. בית המשפט העליון, בדחותו את ערעור הרוב על החלטת בית המשפט המחוזי להתיר למיעוט להגיש תביעה נגזרת, הטיל על הרוב את הוצאות הערעור בסכום כולל של 10,000 ל"י. אך מכך לא נובע שכל הוצאות הרשבו למיעוט. בהוצאות הגשת התביעה עצמה יצטרך המיעוט לשאת, ורק אם תצליח התביעה יוטלו הוצאות על הנתבעים. אך, שוב, אין ביטחון שההוצאות הממשיות של המיעוט יוטלו על הנתבעים. אם ייכשל המיעוט בתביעה עצמה, יישא בהוצאותיו ובהוצאות הנתבעים שיטיל עליו בית המשפט.

באנגליה הוחלט לאחרונה ברוב דעות בעניין *Wallersteiner* לאסור על "שכר-טירחה מותנה" (contingent fees) בתביעה נגזרת. מול דעתו של השופט דנינג נדחתה הגישה האמריקנית שופטי הרוב באקלי (Buckley) וסקארמן (Scarman) היו בדעה, שקביעת חריג כלשהו לאיסור על שכר-טירחה מותנה טעונה חקיקה ושאינן הדבר בסמכות בית המשפט. עם זאת החליט בית המשפט האנגלי, כי בעל מניות, המגיש תביעה נגזרת בתום-לב ועל יסודות סבירים, זכאי לשיפוי הוצאות ההתדיינות מן החברה, אשר במקרה של הצלחת התביעה אמורה לזכות בטובת הנאה. בית המשפט אף קבע פרוצדורה להחלטה, אם בעל המניות זכאי למימון. מצויד בחוות דעת משפטית, שיש יסוד לתביעה נגד המנהלים, על בעל המניות לפנות לבית המשפט וזה יחליט בנדון. המבחן לאורו יחליט בית המשפט הוא, אם מועצת מנהלים סבירה ובלתי תלויה היתה, בנסיבות העניין, מחליטה על הגשת תביעה. ההוצאות שישולמו הן הוצאות ההתדיינות עד פסק הדין, אם מועצת מנהלים בלתי תלויה, הפועלת באופן סביר, היתה ממשיכה בהתדיינות, בהפעילה את הסטאנדארט של זהירות, שאיש עסקים בעל אותן כשירותים היה מפעיל בעסקו הפרטי. בשלבים שונים של המשפט יכול בית המשפט להחליט בעניין ההוצאות עד אותו שלב, כמו, למשל, עד שלב הגילוי והשאלונים²⁹.

יושם אל-לב: לפי הלכת *Wallersteiner*, שיפוי ההוצאות על-ידי החברה אינו מותנה בהצלחת התביעה. השיפוי אינו על בסיס חוזה מפורש או מכללא, אלא בשל שיקולי יושר שהנהגה, או האמור ליהנות מהתדיינות, חייב לשאת בהוצאותיה. על כן, אם התביעה (שהיה לה יסוד סביר) נכשלה, החברה תישא בהוצאות הנתבעים ובהוצאות בעל המניות. אם התביעה מצליחה, נושא הנתבע בהוצאותיו ובהוצאות התובע כפי פסקת בית המשפט והחברה נושאת בהפרש שבין ההוצאות הממשיות של בעל המניות התובע ובין הסכום שפסק לו בית המשפט.

במקרה שהתביעה הנגזרת גורמת לביטול פעולה בלתי חוקית, גם אז ברוב המדינות, זכאי התובע לפיצוי. הפיצוי ניתן בצורת השבת ההוצאות בצירוף שכר-טירחה גבוה לעורך הדין. ראה: Henn, *Corporations* (2nd ed., 1970) 794—798.

28 שם, בעמ' 521.

29 ראה דברי השופט באקלי ב-Q.B. 373 at 403—404 (1975).

3. סיכום — הסיכון של תביעות נגד מנהלים בארץ

לסיכום שאלת מימוש אחריות מנהלים בארץ ניתן לומר, שמסתמנת בפסיקה מגמה של הכרה רחבה יותר באפשרות הגשת תביעה נגזרת. השאלה של גבולות ההכרה טרם לובנה בבתי המשפט: איננו יודעים אם בכל מקרה של הפרת חובת אמון, שאיננה עולה כדי עושק המיעוט, תותר תביעה נגזרת או אם היא תותר לגבי רשלנות מנהלים בניהול עסקי החברה, שאינה מתבטאת בהפקת רווח על-ידי המנהלים. התחיקה שהציעה ועדת לוי בדבר חובות מנהלים מחטיאה את מטרתה בכך שהיא קובעת סטאנדארט של חובת זהירות בניהול החברה, אך אינה דואגת שחובת זהירות זו תהא ניתנת למימוש ואכיפה. עדיין אין התפתחות בארץ בעניין פיצוי מן החברה לבעל מניות מיעוט שהצליח בתביעה נגזרת או לפחות שיפוי מן החברה להוצאות המשפטיות של הגשת תביעה נגזרת שהיה לה יסוד סביר, בין שהצליחה ובין שנכשלה. יש לקוות, לפחות, שהלכת *Wallersteiner* בנדון תאומץ אצלנו ושמיון התביעה הנגזרת יוטל על החברה.

הכרה בתביעה נגזרת והטלת מימון ההתדיינות על החברה הם פתרון נאות לתביעות מיעוט נגד מנהלים בחברות פרטיות. אך, כפי שמלמד גם הניסיון באנגליה מאז מתן פסק הדין בעניין *Wallersteiner*, מימון ההתדיינות אינו תמריץ מספיק להגשת תביעות נגזרות בחברות ציבוריות שהבעלות בהן מפוזרת.

ככל שחלקו של בעל מניות בחברה קטן, גם עניינו בהגשת תביעה נגזרת שהסעד בה ניתן לחברה קטן. רק פיצוי לבעל המניות עצמו, כפי שהוא המצב בארצות-הברית, יהווה תמריץ כספי להגשת תביעות נגזרות במקרה האחרון. הנה כי-כן, הסיכון להגשת תביעות נגד מנהלי חברות בארץ גדל לאחרונה, אך רחוקים אנחנו עדיין מן המצב הקיים בארצות-הברית, שבה הסיכון הרציני של חשיפות לתביעות הוליד את פוליסות "ביטוח אחריות מנהלים".

ד. ביטוח אחריות מנהלים

1. הבעיות המשפטיות

על רקע הסיכון המועט של תביעות על הפרת חובותיהם לחברה, אשר לו חשופים מנהלי חברות בארץ, נפנה עתה לבחון את הבעיות המשפטיות המתעוררות לגבי הפוליסה החדשה של ביטוח אחריות מנהלים. שתי השאלות שתיבדקנה הן: האם בכלל תופסת הפוליסה ושנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה חיובית, מהו היקף הכיסוי של הפוליסה.

(א) האם תופסת פוליסות "ביטוח אחריות מנהלים"

סעיף 77 רישא לפקודת החברות, 1929, קובע:

"בטלה ומבוטלת כל הוראה בין שהיא כלולה בתקנות החברה, בחוזה עם החברה או כל הוראה אחרת לשם שחרור מנהל, מנהל-כללי או פקיד אחר של החברה מכל אחריות או לשם שיפוי נגד אחריות שאלולא הוראה כזו, היתה חלה עליו

בתוקף החוק מחמת רשלנות, אי קיום חובה, מעילה בתפקיד או באמון אשר ימצא אשם בהם ביחסיו עם החברה".

הנה כי כן, "כל הוראה" הפוטרת מנהל מאחריות או משפה אותו על אחריות בגין הפרת תובנות האמון והזהירות היא "בטלה ומבוטלת". אם הוראות פוליסת "ביטוח אחריות המנהלים" נתפסות בסעיף 77, כי אז הפוליסה בטלה והמנהל לא יוכל לתבוע את חברת הביטוח על-פי הפוליסה. השאלה היא, אפוא, האם סעיף 77 פוסל גם הוראות בפוליסות ביטוח המבטחות מנהל מפני אחריות והאם התשובה לשאלה זו תלויה בזוהר משלם הפוליסה, דהיינו בכך אם התשלום הוא על-ידי החברה או על-ידי המנהל. סעיף 77 מבוסס על סעיף דומה בחוק החברות האנגלי מ-1929. ב-1948 הוחלף חוק החברות האנגלי, אך גם החוק מ-1948 מכיל הוראה דומה, בסעיף 205. הדעה הרווחת באנגליה היא, שסעיף 205 מונע ביטוח מנהלים ועל כן אימפריית הביטוח האנגלי אינה מזכרת ביטוח מנהלים. לפי גישה זו פוליסת הביטוח היא "הוראה אחרת" במשמעות סעיף 205 (או 77 אצלנו), ועל כן ביטוח אחריות מנהלים אינו תופס, בין שהחברה משלמת את הפרמיה ובין שהמנהל עצמו משלם את הפרמיה. קיימת אמנם גם פרשנות אחרת, לפיה סעיף 77 אוסר רק ביטוח על-ידי החברה, דהיינו ש"הוראה אחרת" היא הוראה ביחסים בין המנהל לחברה ולא ביחסים בין המנהל לגוף אחר כמו חברת ביטוח. לפי פירוש זה ביטוח שרוכש המנהל עצמו אינו נתפס בהוראת הביטוח של סעיף 77. השאלה לא באה מעולם בפני בית משפט באנגליה (או בישראל) ובפראקטיקה, כאמור, לא קיים באנגליה "ביטוח אחריות מנהלים". לאור מצב זה ניתן לומר, כי תקפות הפוליסות שתימכרנה בארץ מוטלת בספק רציני.

כשלעצמי, נוטה אני לפירוש שסעיף 77 רישא פוסל רק ביטוח אחריות מנהלים על-ידי החברה. תשלום הפרמיה על-ידי החברה היא הוראה במישור היחסים בין המנהל לחברה הגורמת לשחרור המנהל מאחריותו. לעומת זאת, ביטוח על-ידי המנהל הוא אמנם הוראה המשחררת אותו מאחריות, אך הוראה זו אינה במישור יחסיו עם החברה. הפירוש שהייתי נותן לביטוי "הוראה אחרת" הוא, שזו צריכה להיות הוראה שהחברה צד לה, כמו החלטה של החברה. חוזה הביטוח בין המנהל לצד ג' אינו נתפס לדעתי בהוראת סעיף 77 הנ"ל, ועל כן אין הסעיף חל על פוליסת ביטוחי אחריות מנהלים שרוכש המנהל לעצמו. אני מתחזק בדעתי נוכח הוראת סעיף 77(ג) לפקודה. סעיף קטן זה קובע:

"למרות כל האמור בסעיף זה יכולה חברה, בהתאם להוראה כנ"ל לשפות כל מנהל, מנהל-כללי או פקיד אחר של החברה בעד כל אחריות שחלה עליו בקשר עם הגנה בהליך משפטי, אזרחי או פלילי שיצא בו פסק-דין לטובתו או שהוא יצא זכאי בו או בקשר עם כל בקשה שהוגשה על יסוד סעיף זה או הסעיף הבא של פקודה זו ושעל יסודה נתן לו בית המשפט את סעדו".

מן הריג לכלל ניתן ללמוד על משמעות הכלל. הריג הוא, שבמקרים מסוימים מותר לחברה לשפות את המנהל על אחריותו. נראה לי, שסעיף 77 אוסר על החברה לשאת באחריות של המנהל וקובע הריג לאיסור זה ואינו מתייחס לשאלה האם מותר למנהל לבטח את עצמו מפני אחריותו.

אם יתקבל הפירוש שסעיף 77 רישא פוסל גם ביטוח אחריות מנהלים שרכש מנהל, יציל סעיף 77(ג) חלק מן הפוליסה. הפוליסה תתפוס לגבי הוצאות (שכר-טירחה, אגרת בתי משפט והוצאות משפטיות אחרות) בתביעה אזרחית או פלילית שהוגשה נגד המנהל, אם ניתן פסק דין לטובת המנהל או שהוא יצא זכאי. עולה מכאן, שבמקרה של פשרה לא תחול הפוליסה, ואילו במקרה של זיכוי מחמת הספק היא תחול. נוסף לכך תחול הפוליסה לגבי הוצאות בבקשה על-פי סעיף 77(ג) (דהיינו בקשה להשבת ההוצאות בתביעה נגד המנהל, שניתן בה פסק דין לטובתו) ובקשה על-פי סעיף 78 לפקודה, שבית המשפט נעתר להן. הפוליסה תתפוס, אם החברה משלמת את הפרמיה ובוודאי שתתפוס במקרה שהמנהל עצמו משלם את הפרמיה.

סעיף 78 קובע:

"(1) אם מתברר לבית המשפט הדין בענין, מתוך הליך משפטי המתנהל נגד מנהל, מנהל-עסקים או פקיד אחר של החברה בעד רשלנות, אי-מילוי חובה, מעילה בתפקיד או באמון, שאותו אדם חייב ברשלנות, אי מילוי חובה, מעילה בתפקיד או באמון, או ייתכן שהוא חייב בכך אלא שהתנהג ביושר ובסבירות, וכי מן הצדק למחול לו על כך, יכול בית המשפט לפטור כליל או במקצת מאחריותו באותם התנאים שימצא לנכון.

(2) מי שמשמש בתור מנהל, מנהל-עסקים או פקיד אחר של החברה שהיה לו יסוד לחשוב שיגישו או שיכולים להגיש נגדו תביעה בקשר עם איזו רשלנות, אי מילוי חובה, מעילה בתפקיד או באמון כשללם, יכול הוא לפנות לבית המשפט ולבקש סעד ובית המשפט שהוגשה אליו הבקשה תהא לו הסמכות ליתן סעד כאילו היה זה בית המשפט שהוגש לפניו משפט נגד אותו האיש בעד רשלנות, אי מילוי חובה או מעילה בתפקידו או באמון.

(3) בית המשפט בהחליטו על יסוד סעיף זה אם מן הדין למחול לאיש בעד כל רשלנות, אי מילוי חובה או מעילה בתפקיד או באמון יתחשב בכל נסיבות הענין והנסיבות הקשורות במינוי של האיש בכלל".

הנה כ-כך, ההוצאות המשפטיות של בקשה לפטור מאחריות, למרות שהמנהל הפר חובה לחברה, אף אותן מותר לחברה להשיב למנהל, אם בקשתו נענתה על-ידי בית המשפט. על כן תופסת גם פוליסת ביטוח שהחברה רוכשת והמכסה הוצאות כאלה, ואין ספק שתתפוס פוליסה שהמנהל עצמו רוכש לכיסויין. עם זאת, אם הבקשות לפי סעיף 77(ג) וסעיף 78 מצליחות, בדרך-כלל אין המנהל זקוק לביטוח, שכן החברה יכולה להשיב לו את ההוצאות. ברם, החברה אינה חייבת להשיב את ההוצאות ועדיין עשוי להיות טעם לביטוח.

לפי הפרשנות, שסעיף 77 רישא פוסל גם ביטוח אחריות על-ידי המבוטח עצמו, הבטלות חלה על כל המנויים בסעיף, דהיינו חבר מועצת המנהלים (דירקטור), מנכ"ל (מנהל עסקים) ופקיד אחר בחברה. יוצא, שנתפס בסעיף לא רק ביטוח אחריות הדירקטורים, אלא גם אחריות ההנהלה הפעילה (Management) ואחריות עובדים אחרים.

כאמור, שאלת פרשנות סעיף 77 שנויה במחלוקת וטרם הוכרעה. גם אם סעיף 77 רישא אינו פוסל פוליסת ביטוח אחריות מנהלים שרוכש המנהל, עדיין עשויה הפוליסה, או חלקה, להיפסל משיקולים של תקנת הציבור. הפוליסה תצטרך לעמוד

במבחני סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, הקובע: "חוזה שכריתחו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור — בטל". מנהל שבידיו ביטוח כולל רוכש, אם כן, חסינות בפני מעשי תרמית והפרת חובותיו לחברה. זו תוצאה שאין הדעת סובלת. ביטוח בפני תרמית קרוב לוודאי שיימצא סותר את תקנת הציבור. ייתכן, שגם ביטוח מעשים שאין בהם תרמית, אך המהווים הפרת חובת האמון, ייחשב כפוגע בתקנת הציבור. מאידך, ביטוח בפני רשלנות מקובל ומוכר לגבי בעלי מקצוע וקשה לראות מדוע לא יותר למנהלי חברות. אמת, אין דומה רשלנות בניהול לרשלנות בנהיגה. במקרה האחרון החשש מפני הפגיעה הפיזית עשוי לגרום לכך שהמבוטח ישתדל שלא להתרשל, למרות שהוא מבוטח. אך אבחנה זו תופסת בכל מקרה שהפעילות המבוטחת אין בה סכנה פיזית למבוטח, כמו, למשל, רפואה. על כן נראה לי, שביטוח בפני רשלנות לא ייפסל משיקולי תקנת הציבור. ייתכן מאוד, שגם לגבי חובת האמון לא יגיעו לפסלות מלאה של אפשרות הביטוח, אלא יבחינו לפי הגורמים של הפרת חובת האמון. זאת ועוד: המשמעות שקיים ביטוח היא שברור שהחברה תוכל לממש את האחריות. לעומת זאת אם הביטוח ייפסל ייתכן שלא יהיה לחברה ממה לגבות, במיוחד אם פעולות המנהל הסבו נזקים גדולים. אין גם לשכוח, שאם מכירים בביטוח עדיין הנזק גופל על כלל המנהלים המבוטחים הנושאים בדמי פרמיות הביטוח, שהרי חברות הביטוח קובעות את הפרמיות לפי הסיכון המבוטח בתוספת רווח.

(ב) גבולות הכיסוי של פוליסת "ביטוח אחריות מנהלים"

עיון מדוקדק בפוליסת "ביטוח אחריות מנהלים" המוצעת מוכיח, שהיקף האחריות המכוסה על-ידי הפוליסה צר ביותר. מבוטחים על-פי הפוליסה הם מנהלים, פקידים או נושאי משרה אחת בחברה. לכאורה מפצה חברת הביטוח את המבוטח "בקשר להפסד או נזק הנובעים מתביעה או תביעות המוגשות נגדו עקב פעילותו בחברה, כאשר העילה לתביעה היא פעולה שלא כדין מצד המבוטח". "הפסד או נזק" מוגדרים ככל סכום או פיצוי, שהמבוטח נדרש לשאת בהם — בין בפשרה ובין בפסק דין — לרבות התוצאות הכרוכות בטיפול בתביעה. ההגדרה של פעולה שלא כדין מצמצמת את היקף הביטוח ומוציאה פעולות שלא בתום-לב:

"הפרת חובה חקוקה, רשלנות, הונחה, טעות, הטעיה או חריגה מסמכות, שנעשו על-ידי המבוטח בתום-לב תוך תקופת הביטוח של פוליסה זו ורק בהיותו פועל תוך כדי עקב עיסוקו עבור החברה, ובתוקף היותו נושא משרה כאמור".

תחת הסעיף "הגבולות והסתייגויות" קובעת הפוליסה, שהביטוח אינו מכסה "מעשה או מחדל הנובעים מתרמית, אי יושר, מעילה, מעילה באמון או מעשה זדון שנעשו על ידי המבוטח או בקשר עמו או בדיעתו", וכן "מעשה או מחדל, אשר בעטים נגרמו או הוסבו — במישרין או בעקיפין — רווחים אישיים, יתרונות או טובות הנאה מכל סוג למבוטח, לבני משפחתו או לתאגיד שבבעלותם החלקית או המלאה של המבוטח או של בני משפחתו". יוצא, שהפוליסה אינה מכסה מעשים שלא בתום לב, תרמית, מעשים מכוונים וכל הפרות אמון ופעולות שנובע מהן רווח למנהל. במלים אחרות — הפרת חובת האמון על-ידי המנהל תהיה מכוסה בפוליסה רק לעתים רחוקות. בשלב זה מתקבל הרושם, שהפוליסה מכסה את הפרת חובת הירות על-ידי

המנהל כלפי החברה. אלא שההגבלות וההסתייגויות ממשיכות ומוציאות מגדר תחולת הפוליסה גם "כל תביעה של החברה נגד המבוטח, ואפילו היא מתייחסת לסיכונים המכוסים על ידי ביטוח זה". במלים אחרות, תביעה של החברה נגד המנהל על הפרת חובת הזהירות שלו לחברה, אף היא אינה מכוסה על-ידי הפוליסה, כמוה כתביעה החברה על הפרת חובת האמון. זאת ועוד: תנאי מקדם לאחריות חברת הביטוח על-פי הפוליסה הוא כי, "המבוטח ינהג בזהירות סבירה ובמיזמנות מקצועית וינקוט בכל אמצעי הזהירות הסבירים על מנת להמנע מתביעות וימלא את כל החובות המוטלות עליו על ידי כל דין או רשות מרשיות המדינה".

מתעוררת, כמובן, השאלה מה כן מכסה הפוליסה? מה נותר, לאחר שתביעות של החברה נגד המבוטח אינן מכוסות, הפרת חובת האמון מוצאת במפורש וקיום חובת הזהירות על-ידי המנהל הוא תנאי מפורש לאחריות על-פי הפוליסה? האם מכסה הפוליסה תביעה נגד המנהל, המוגשת על-ידי בעל מניות בחברה בגין הפרת חובות המנהל כלפי החברה, דהיינו תביעה נגזרת? לפי לשון הפוליסה נראה לי, שאיננה מכסה תביעות כאלה, שכן תביעה בעל המניות מוגשת בשם החברה ובעל המניות הוא רק מכשיר להגשתה, דהיינו התביעה היא תביעה "של החברה נגד המבוטח" ומוצאת מן הפוליסה לפי ההגבלות וההסתייגויות שבה. יתר על כן, אפילו היתה תביעה נגזרת מכוסה, אין הפוליסה מכסה, כפי שראינו, הפרת חובות אמון וקובעת את מילוי חובת הזהירות כתנאי לאחריות חברת הביטוח. מכאן, שגם בתביעה נגזרת לא תחול אחריות חברת הביטוח. לכך יש להוסיף, כפי שראינו, שבדרך-כלל המנהל אינו צפוי כלל להיות חשוף לתביעה המוגשת על-ידי בעל מניות, במיוחד לא לגבי הפרת חובת הזהירות.

המסקנה היא, שהמקרה היחיד שהפוליסה עשויה לכסות הוא אחריות המנהל כלפי צד ג', הנובעת מפעולת המנהל תוך כדי ועקב עיסוקו עבור החברה, ובתוקף היותו נושא משרה כאמור. אלא שהדין הוא, שבדרך-כלל כשהמנהל פועל בגדר תפקידו בחברה וצד ג' ניזוק, תביעת צד ג' היא נגד החברה, ולא נגד המנהל. תביעה ישירה נגד המנהל נוצרת לטובת צד ג' רק כשהמנהל פעל בשם החברה, מבלי שלוו היתה כשירות משפטית לעשות את הפעולה או כשהמנהל חרג מגדר סמכותו לחייב את החברה. אך גם במקרה כזה מתעורר ספק אם הפוליסה מכסה, דהיינו הניתן לומר שהמנהל פעל "תוך כדי ועקב עיסוקו עבור החברה, ובתוקף היותו נושא משרה כאמור?" אפילו תהא התשובה לשאלה זו חיובית, תחול הפוליסה רק אם המנהל נהג בתום-לב ולא פעל בתרמית, באי-ישר, תוך מעילה באמון או בודון, והוא או הקשורים עמו לא הפיקו רווח כלשהו מפעולתו, ורק אם נהג בזהירות סבירה ובמיזמנות מקצועית ומילא את כל החובות המוטלות עליו על-פי כל דין, אין, אפוא, מנוס מן המסקנה שלפי הוראותיה היקף הכיסוי על-פי פוליסת אחריות מנהלים הוא מוערי וחלק הארי של אחריות מנהלים אינו מכוסה. להלן אבדוק את המקרים שבהם ייתכן שהפוליסה מכסה אחריות מנהלים.

2. ביטוח אחריות מנהל כלפי צד ג'

(א) אימתי אחראי המנהל כלפי צד ג'?

הפועל היוצא מן הניתוח לעיל הוא, שהפוליסה מכסה רק אחריות של המנהל כלפי צד ג', הנוצרת "עקב פעילותו בחברה". על אחריות כלפי צד ג' לא חל כל עיקר

סעיף 77 לפקודה, הדן באחריות כלפי החברה. על כן אין ספק, שביטוח אחריות המנהל כלפי צד ג' אינו נפסל על-ידי סעיף 77. אלא שהדין הוא, שבדרך כלל בגין פעילותו בחברה אחראי המנהל כלפי החברה ולא כלפי צד ג'. המנהל פועל כאורגן של החברה, ולא נוצרת יריבות בינו ובין צד ג' כאשר הוא פועל בגדר סמכותו בחברה. בלשונו של פנינגטון:

"Directors owe no fiduciary or contractual duties nor any duty of care to persons who deal with their company... Directors are not liable if the company breaks its contracts, and the other party to a contract cannot make them indirectly liable by suing them in tort for inducing the company to commit the breach. If directors mismanage the company's affairs deliberately or negligently, so that the company becomes unable to pay its debts, or so that the security of debenture holders secured by a floating charge becomes insufficient, they are not personally liable to the creditors or debenture holders."³⁰

לדעת פנינגטון המקרה היחיד שבו תותר תביעת נושים נגד המנהלים הוא כאשר המנהלים לא רק הפרו את חובתם לחברה, אלא גם ביצעו עוולה נגד הנושים. בתור דוגמה הוא מביא את המקרה שבו המנהלים מטעים את המלווה לגבי השימוש שיעשו בחברה בכספי ההלוואה. פנינגטון אינו מביא אסמכתא לחיוב המנהלים במקרה כזה, וכשלעצמי אני מתקשה לראות את הבסיס המשפטי לחיוב המנהלים כלפי הנושים. גם כאן פעלו המנהלים כאורגן של החברה. אם ההונאה בוצעה למטרת החברה, תביעת צד ג' היא כלפי החברה ולא כלפי מנהליה.

לאחרונה ניתן בבית המשפט המחוזי בחיפה, מפי הנשיאה התורנית, השופטת וינוג-רדוב, פסק דין שבו נמצא מנהל חברה קבלנית אחראי אישית כלפי קוני דירות על ליקויים שנתגלו בבנייה.³¹ האחריות בוססה על רשלנות, בכך שהמנהל פיקח על הבנייה מבלי שהיו לו כישורים לבצע תפקיד זה או לחילופין בכך שלא דאג לפיקוח ראוי לשמו על הבנייה וכתוצאה מכך בוצעה הבנייה בצורה בלתי מקצועית ורשלנית. לדעתי נתפסה השופטת לכלל טעות במסקנתה. אם לא היה פיקוח ראוי, הרי שהחברה התרשלה כלפי קוני הדירות. לא המנהל הוא שבנה את הדירות, אלא החברה. לפיכך אין זה משנה כלל אם פיקח באופן אישי על הבנייה. פיקוח כזה אם נעשה, נעשה על-ידי בתור אורגן של החברה ואין נוצרת בשל כך יריבות בינו ובין צד ג'. התוצאה לא השתנה גם אם ביצע את הפיקוח שלא בכשירותו כמנהל, כשם שקונה דירות אינו זכאי בדרך כלל לתבוע את מפקח העבודה או הטיית, אלא את החברה, כך היתה צריכה להיות התוצאה גם בעניין זה.

השופטת ראתה אמנם להסתמך על פסיקתו של השופט לנדוי (כתוארו אז) בעניין קורנפלד נ' שאולוב³², כתמיכה למסקנתה שקיימת אחריות אישית בנוזקין של מנהלי חברה להקמת בניין. היא ציטטה את דברי השופט לנדוי: "האחריות בנוזקין היא של שני המשיבים ולא של החברה, שבשמה היתה החלקה רשומה ושבשמה נמכרו הדירות

30 Pennington, *Company law* (3rd ed., 1973) 528.

31 אורן ואח' נ' בריזיש קנדיאן בילדרז בע"מ ודו, ת"א 698/75 חיפה (טרם פורסם).

32 ע"א 451/66, פ"ד כא (1) 310 בעמ' 317.

בבנין, לאחר שהוקם. החברה אך שימשה בידי המשיבים מכשיר להפקת תכניתם³³. נראה לי, בכל הכבוד, שהשופט וינגרדוב לא ירדה לסוף משמעות דברים אלה. לדעת, משמעותם, שהוטלה על המנהלים אחריות אישית, שכן ראוי אותם כמקמי הבניין. ככל הנראה ראה השופט לנדוי בחברה שלוחה (מכשיר) בלבד והטיל על המנהלים (שהיו גם בעלי המניות היחידים) אחריות כשולחים. לחילופין הגיע למסקנה זו על-ידי הרמת מסך בשל הערבוב בין פעולות בעלי המניות והחברה³⁴. השופט וינגרדוב, לעומת זאת, דחתה את הטענה שיש להטיל על המנהל אחריות אישית על-ידי הרמת מסך ההתאגדות. היא סיכמה שאלה זו בקביעה: "מה שקרה כאן הוא שלרוח היתה וישנה שליטה מוחלטת על החברה ושהוא ייסד אותה על מנת להשתמש בה לשם בניית הבנין הגדול מבלי להסתכן בהפסד כספי באופן אישי. נראה לי, שלפי ההלכה השוררת כיום, אין הנסיבות הנ"ל מספיקות לשם 'הרמת המסך'". נראה שקביעה זו משמעותה, שהחברה אכן היא שבנתה את הדירות ושלא בקונסטרוקציה של ערבוב אף לא בזו של שליחות ניתן לחייב את רוז אישית. נוכח קביעה זו נראה שאין משמעות לעובדה שהדגישה השופטת ש"כנראה החברה לא היתה הבעלים של המגרש וההעברה לקונים נעשתה ישירות ע"י עו"ד בן-חביב, שבשמו היה רשום המגרש". נוכח המסקנה, שאין להרים את המסך ושהחברה ולא רוז היא שבנתה את הדירות, שאלת רישום המגרש אינה מעלה ואינה מורידה. על כן הטלת האחריות האישית ברשלנות על רוז נראית מוטעית וכן גם ההסתמכות על פסק הדין בעניין קורנפלד נ' שאולוב.

נראה לי, שהדין בשאלת אחריות המנהל לפעילות החברה נוסח באופן קולע בידי הנשיא אגרנט בעניין דנינו נ' מפעלי "סרף" מאוחרים בע"מ בפירוק, כשקבע:

"...מנהליה של חברה נחשבים בדרך כלל — כלשונו של השופט קיסטר בע"א 536/35, כן נ' חברת קציף בע"מ, כנציגיה או כאורגאנים שלה והחברה — שאינה אישיות טבעית — אינה יכולה לפעול אלא באמצעות אותם נציגים או אורגאנים; ומכאן שפעולותיו ומתדליו של מנהל חברה, בתורת שכוח, הינן פעולותיה ומתדליו של החברה עצמה. כפי שנרמז, יכול שמנהל החברה ישא באחריות לעוולה אורחית שבוצעה בשביל החברה או במהלך עסקיה, אך זאת רק אם היה לו חלק אישי בניצוע העוולה האורחית. לשון אחר, יש לבחון את שאלת אחריותו האישית של מנהל חברה לעוולה שבוצעה כאמור, בלי לקשור שאלה זו לעובדת היותו מנהל"³⁵.

אציין כבר כאן, שמדברים אלה עולה, שכאשר מנהל יחויב כלפי צד ג' בעוולה בגלל מעורבותו האישית בה, הפוליסה לא תתפוס, שכן היא מכסה רק את אחריותו בכשירותו כמנהל.

עם זאת עשויה להיווצר אחריות אישית של המנהלים כלפי צד ג' עקב פעילות המנהלים בחברה במקרים הבאים: כאשר המנהלים עושים מעשה החורג מכשירות (כוחות) החברה, דהיינו מעשה ultra vires; כאשר המנהלים חורגים מסמכותם לפעול בשם

33 שם, שם.

34 השופט לנדוי ביסס את מסקנתו על עדות אחד המשיבים: "בנינו את החברה בשניל לבנות בית". וכן "שנינו היינו מנהלי החברה. אנחנו גם היינו בעלי המניות. שנינו זה החברה".

שם, שם.

35 ע"א 378/68, פ"ד כג (2) 704 בעמ' 709—709.

החברה; כאשר מורם מסך ההתאגדות ומוטלת אחריות אישית על המנהלים בשל פעולה שעשו במסגרת החברה.

(ב) פעולות ultra vires לחברה או למנהלים

לגבי פעולות ultra vires או פעולות החורגות מסמכות המנהלים חל, ככל הנראה, סעיף 6(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה—1965. סעיף זה קובע:

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

נראה על כן, שסכום או פיצוי שמנהל (כהגדרתו בפוליסה) יחויב לשאת בהם על-פי סעיף 6(ב), כאשר פעל בתום-לב וכשלפעולתו לא היה כל גוון של תרמית, מכוסים על-ידי הפוליסה. פעולות כאלה הן פעולות של חריגה מכשירות החברה או מסמכות המנהל מתוך רשלנות. אך כאן מתעוררת השאלה אם התנאי המוקדם לחבות המבטח, לפי "המבוטח ינהג בזהירות סבירה ובמיומנות מקצועית וינקוט בכל אמצעי הזהירות הסבירים על מנת להמנע מתביעות...", אינו שולל את אחריות חברת הביטוח במקרה זה.

(ג) אחריות אישית סטטוטורית

אחריות אישית לחובות החברה מוטלת על מנהלים, למשל, לפי סעיף 234(1) לפקודה, הקובע:

"אם במשך פירוקה של חברה מתברר שכל עסק שהוא של החברה התנהל מתוך כוונה להונות את נושא החברה או את נושי כל איש אחר או למטרה שיש מאחוריה תרמית יכול בית המשפט, עפ"י בקשתו של כונס הנכסים הרשמי או של המפרק או של כל נושה או משתתף של החברה, להצהיר, כשהוא מוצא לנכון לעשות זאת, שכל מנהל של החברה בעבר או בהווה שהשתתף בידועין בהנהלת עסקה של החברה באופן הנ"ל יהא אחראי באופן פרטי, ומבלי הגבלת האחריות, לחובותיה או התחייבויותיה האחרות של החברה, כולן או מקצתן, כפי שבית המשפט יורה".

נראה לי, שאחריות מנהלים על-פי סעיף 234(1) אינה מבוססת על-פי הפוליסה. מנהל, שהשתתף בידועין בהנהלת עסקה של החברה מתוך כוונה להונות נושים או למטרת תרמית, לא פעל בתום-לב ומעשיו נגועים בתרמית, באי-ישר ובזדון. על כן, לפי לשונה אין הפוליסה מכסה מקרה זה.³⁶

מקרה אחר של אחריות אישית קבוע בסעיף 60(3) לפקודה לגבי אי-ציון שם החברה:

36 לעניין הפעלת סעיף 234(1) לאחרונה ראה המ' 1939/77 (ת"א 1271/73) ת"א המפרק של חברת נציגי מו"לים מעוף כע"מ (בפרוק) נ' אציל ואח' (טרם פורסם). גיתוחנו מעלה, שבדעות של פסק דין זה לא היתה האחריות מבוססת על-פי הפוליסה.

"כל מנהל, מנהל-עסקים, מזכיר או פקיד אחר מפקידי החברה או כל אדם שהשתמשו או שהרשו להשתמש בכל חותמת שנראה ממנה שהיא חותמתה של החברה ואין טבוע בה שמה כאמור לעיל, או שהוציאו או הרשו להוציא כל הודעה, מודעה או דבר-פרסום רשמי אחר של החברה או שחתמו או הרשו לחתום בשם החברה כל שטר-חליפין, שטר-חוב, חתימת-הסבה בשטר או שיק או המחאה לסחורה או לכסף או שהוציאו או הרשו להוציא כל שטר-חבילות, חשבון-סחורות, קבלה או מכתב-אשראי של החברה שלא הוזכר בהם שמה כאמור לעיל, יאשמו בעבירה ויהיו צפויים לקנס של חמישים לירות, ויהיו אחראים באופן אישי לסכום כל שטר-חליפין, שטר-חוב, שיק או המחאה לכסף או לסחורה אלא אם כן שולמה תמורתם".

לגבי מקרה זה, כמו לגבי פעולות ultra vires לחברה או פעולות החורגות מסמכות המנהלים, ברור שאם המעשה הוא מכון, הפוליסה אינה חלה. לגבי מעשה רשלני מתעוררת השאלה אם אי-קיום התנאי המוקדם של זהירות סבירה ישלול את חבות המבטח; אמנם ניתן לצפות, שבפראקטיקה לא תעלינה חברות הביטוח את הטענה של אי-קיום התנאי המוקדם של זהירות. אך יש להיות מודעים לכך, שטענה פוטנציאלית כזאת קיימת ושם תועלה ותתקבל, תעלה התוצאה שגם לגבי אחריות כלפי צד ג' אין הפוליסה מכסה כמעט דבר.

(ד) אחריות אישית בשל הרמת מסך לפי הילכות הפסיקה

כאשר מורם מסך ההתאגדות ומתעלמים מן האישיות המשפטית של החברה, מוטלת אחריות על המסתתרים מאחורי החיצ המשפטי של החברה. מבלי להיכנס כאן לדיון בסוגיה סבוכה זו אציין רק, שהמסך מורם כאשר בעל המניות שולט בחברה ונעשה שימוש לרעה באישיות המשפטית הנפרדת של החברה כך שמסוכל חוק, חוזה או פסק דין, או כאשר בעל המניות אינו מקפיד במציאות על הקיום המשפטי הנפרד של החברה ומערבב את נכסיה ופעולותיה עם נכסיו ופעולותיו. לתוצאה של אחריות אישית על בעל המניות כלפי צד ג' ניתן להגיע גם תוך הכרה באישיות הנפרדת של החברה בקונסטרוקציה של שליחות. אם בעל המניות השולט בחברה משתמש בה כשלוחה שלו, יהיה אחראי לפעולותיה לפי חוק השליחות. הנה כי-כן, אחריות עשויה להיות מוטלת על בעלי המניות בתיאוריה של שימוש לרעה בחברה, ערוב או שליחות³⁷. הביטוח על-פי הפוליסה הנדונה לא יכסה אחריות באף אחד מן המקרים האלה, שכן האחריות אינה מוטלת על בעל המניות, גם אם הוא מנהל בחברה, בשל פעולתו תוך-כדי ועקב עיסוקו עבור החברה, ובתוקף היותו נושא משרה כאמור³⁸.

37 מבין פסקי הדין בארץ בנדון, ראה: ע"א 127/63 אהוזת רחמים נ' קריספל, פ"ד יז (3) 1929; ע"א 382/67 שלוש נ' חברת יעקב יפת ושות', פ"ד כב (2) 133; ע"א 617/74 דלק נ' תחנת רמת אביב בע"מ, פ"ד כט (1) 799; ת"א י"ם 124/61 האפוסטרופוס הכללי בישראל נ' הויזמן, פ"מ לח 347.

38 הטעם לחיוב המנהל עשוי לקבוע אם הפוליסה מכסה או לא. בעניין בריטיש קנדיאן בילדרז (טרם פורסם) הגיעה, כמבואר לעיל, הנשיא התורן, השופטת וינוגרדוב למסקנה, שמנהל החברה – רון – שהיה גם בעל 99% מהמניות, אחראי אישית כלפי קוני דירות מן החברה

(ה) ביטוח אחריות לתביעות על-פי חוק ניירות ערך

מקרה חשוב, שבו חלה אחריות על מנהלים כלפי צד ג', הוא אחריות על-פי חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968. סעיף 22(א) לחוק קובע "על התשקיף יחתמו המנפיק וכל אחד ממנהליו, בעצמו או בידי אדם שהורשה על ידיו בכתב לחתום במקומו על אותו תשקיף". סעיף 31 לחוק קובע: "מי שחתם על תשקיף לפי סעיף 22 אחראי כלפי מי שרכש מן המציע ניירות ערך בהתאם לתשקיף לנזק שנגרם לו מחמת שהיה בתשקיף פרט מטעה". במלים אחרות, המנהל אחראי כלפי רוכשים לנזק בגין פרט מטעה בתשקיף, אלא שאחריות המנהל נשללת על-פי סעיף 33(1) לחוק אם "הוכיח שנקט כל האמצעים הנאותים כדי להבטיח שלא יהיה פרט מטעה בתשקיף, בחוות הדעת, בדו"ח או באישור הכל לפי הענין, וכי האמין בתום לב שאכן אין בו פרט כזה...".³⁹ יוצא, שלביטוח ייוקק רק מנהל שלא יצליח להוכיח שנקט באמצעים הנאותים ושהאמין בתום לב שאין בתשקיף פרט מטעה. אך ספק רב אם מנהל שיימצא אחראי מכוסה על-פי הפוליסה. הפוליסה, כמכסה רק פעולה שלא כדין, המוגדרת כ"הפרת חובה חקוקה, רשלנות, הונאה, טעות, הטעיה או חריגה מסמכות, שנעשו ע"י המבוטח בתום לב תוך תקופת הביטוח...". אם כך, רק פעולות בתום לב מבוטחות. לכן יוצא, לכאורה, שמנהל שלא הצליח להוכיח את תום-לבו אינו מבוטח. גם אם ניתן לצפות שחברת הביטוח לא תעמוד על המתחייב מהגדרת "פעולה שלא כדין", נראה שכדין אין הפוליסה מכסה אחריות מנהלים בגין פרט מטעה בתשקיף.

לא כאן המקום לסרוק את מכלול הדינים בדבר הוראות סטטוטוריות של אחריות מנהלים כלפי צד ג'. אסתפק בכך שאציון, שלגבי כל הוראה יש לבדוק את העילה לחיוב המנהל ולראות אם יסודות החיוב מתיישבים עם התנאים לחיוב חברת הביטוח על-פי הפוליסה.

(ו) ביטוח כלפי צד ג' כשהחברה שפתה את המנהל

באותם מקרים שהפוליסה מכסה אחריות מנהלים כלפי צד ג' מציינת הפוליסה, שגם אם החברה שפתה את המבוטח עדיין חל הביטוח. בלשון סעיף 8 להתנאות בפוליסה:

"נשאה החברה בנזקי המבוטח בגין אחריותו המבוטחת בזה מכוח הסכם מראש בינה ובין המבוטח, ולא היתה חייבת לשאת בנזקי על פי דין או לא היתה עשויה להתחייב בעצמה בפיצוי לולא שילמה (אחת היא אם הוגשה נגדה תביעה אם לא) הרי אז יחול הבטוח והתחייבותיה של המבוטחת נשארות בעינן ובתנאי שקוימו כל תוראות הפוליסה במלואן".

בגין ליקויים בבנייה. היא הגיעה למסקנה שאין להרים את המסך ולחייב את רון, אך שיש לחייבו בעילת רשלנות כלפי קוני הדירות. אם האחריות היתה בשל הרמת מסך נראה לנו שהפוליסה לא היתה חלה. פסק הדין בעניין רון מובא כדוגמה במודעה של חברת ציון (ראה לעיל, עמ' 452) למקרה שהפוליסה מכסה אחריות מנהל. ניתן ללמוד מכך שחברת הביטוח לא תעלה את הטענה שהפוליסה אינה מכסה, באשר המבוטח לא נקט באמצעי הזהירות הדרושים. מכל מקום, נוכח המודעה האמורה נראה שחברת הביטוח תתאמץ מנוע מלהעלות טענה כזו.

39 לניתוח הסעיף ראה: גרוס, דיני ניירות ערך וכורסה (תל-אביב, 1973), עמ' 263-267.

יוצא, למשל, שאם חברה משפה מנהל על תביעה של צד ג' נגדו בגין פעולתו החריגה מסמכות, עדיין יכול המנהל לגבות מחברת הביטוח את הנזק המכוסה (בהנחה שהפוליסה חלה).

(ז) השפעת התיקון המוצע בסוגיית פעולות חורגות על תביעות צד ג' נגד מנהלים

משרד המשפטים הגיש לאחרונה הצעת חוק, כתוצאה מן החלק הראשון של דו"ח הרפורמה בדיני חברות שהוגש למשרד⁴⁰, לערוך שינוי יסודי בדיני ה-"ultra vires" בישראל⁴¹. לפי ההצעה יוחק בפקודת החברות סעיף 19א, שיקבע כי לחברה יש כשירות כללית לעשות פעולות משפטיות, כולל פעולות משפטיות החורגות מסעיף המטרות שבתזכיר החברה. גם פעולה חורגת מחייבת ומוכח את החברה, לתוציא פעולה חורגת ש"הצד שכלפיו נעשתה ידע או היה עליו לדעת על החריגה". כשצד ג' ידע או היה עליו לדעת שהפעולה חורגת מסעיף המטרות בתזכיר, יש לחברה אופציה לאשרר את הפעולה למפרע בהחלטה מיוחדת של האספה הכללית "ובלבד שלא תיפגע" זכות שרכש אדם אחר בתום לב ובתמורה לפני האשרור.

אם תיהפך ההצעה לחוק, ייצא, שלצד ג' תהיינה זכויות כלפי החברה לגבי פעולות ultra vires, אלא אם כן ידע או היה עליו לדעת על החריגה והחברה לא אישררה את הפעולה החריגה. מכיוון שזכויות צד ג' כלפי החברה מקוימות, לא תהיינה לו זכויות כלפי המנהלים שהתקשרו בשם החברה בחוזה, לא על-פי סעיף 6(ב) לחוק השליחות ואף לא בנויקין בעולות רשלנות או תרמית. התוצאה העולה מכך היא, שהיקף החבות של מנהלים כלפי צד ג' יפחת כתוצאה מן השינוי.

סעיף 19א' המוצע ישנה לא רק את דיני כשירות החברה, אלא גם את דיני חריגת מנהלים מסמכותם. לפי הדין הקיים חייבת חברה בפעולות שנעשו מטעמה על-ידי מנהליה או אחרים, אם לפועלים בשמה היתה סמכות ממשית או שהיתה להם סמכות נחזית. פעולה ללא סמכות ממשית מחייבת את החברה רק אם אורגאן מוסמך בחברה פעל באופן שנוצר אצל צד ג' מצג, לפיו היתה לזה שפעל בשם החברה סמכות לחייבה. פעולת מי שאינו מוסמך בפועל ממש ושללא היתה לו גם סמכות נחזית אינה מחייבת כיום את החברה⁴². סעיף 19א' המוצע קובע, שהחברה חייבת בכל מקרה שנעשתה מטעמה פעולה ללא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה, זולת אם צד ג' ידע או שהיה עליו לדעת על החריגה. יוצא, שפעולה ללא סמכות ממשית או נחזית עשויה לחייב את החברה, אלא אם כן היה על צד ג' לדעת שאין סמכות ממשית. לא היה זה נכון לומר, שבכל מקרה שאין מצג של סמכות על צד ג' לדעת על דבר העדר הסמכות

40 א' ברק, רפורמה בדיני חברות (דו"ח ביניים זמני למשרד המשפטים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ינואר 1975).

41 ראה הערה 26 לעיל.

42 לגבי הדינים החלים בשאלת חיוב החברה על-ידי מנהלים באנגליה ראה: *Freeman v. Gower, Modern Company* [1964] 1 All E.R. 630 וכן; *Buckhurst Park Property* (1969) 150-169 Law (3rd ed., 1969). מבין פסקי הדין בישראל, ראה: ע"א 248/54 נויפלד נ' מעונות לוינסקי, פ"ד ט 636; ע"א 126/65 סומך נ' "משב" שירות ביטוח והשקעות בע"מ, פ"ד יט 50 (2); וע"א 495/65 גלברט נ' סטניץ, פ"ד כ 97 (2).

הממשית. לדוגמה, מרעצת המנהלים של חברת שיווק מסמיכה קניין של החברה להתקשר בשם החברה בחווי רכישת של מוצרים לשיווק עד סכום של —200,000 ל"י. הקניין מתקשר עם צד ג' בשם החברה בחוזה בסך —1,000,000 ל"י. לפי הדין הקיים נראה, שאין די בכך שהחברה מינתה את העובד לקניין כדי שפעולתו תחייב את החברה. על צד ג' יהיה להראות עובדות המבססות מצג ועל כן סמכות נחזית. לעומת זאת ייתכן מאוד, שלפי סעיף 19א תחויב החברה, שכן צד ג' לא ידע על החריגה מסמכות וספק אם ניתן לומר שהיה עליו לדעת עליה.

המבחן של "היה עליו לדעת" אינו ברור. אם המבחן הוא אם צד ג' סביר היה מבקש הוכחה לסמכות ממשית, דהיינו מבחן של רשלנות, גם אז התוצאה אינה ברורה. כאשר מדובר ב"סמכות רגילה" של אורגאנים, נראה שסעיף 19א' אינו מכניס שינוי במצב המשפטי. הדין כיום הוא שעל-ידי מינוי אורגאן לתפקידו יוצרת החברה מצג שיש לו היקף סמכויות שיש לבעלי תפקיד כזה בדרך-כלל. על כן, גם אם סמכותו הממשית פחותה מן הסמכות הרגילה, תחויב החברה, אלא אם כן צד ג' ידוע שבפועל אין לו סמכות או שמי יחסיים לצד ג' ידיעה כזו שכן היא עולה מתקנות החברה. כשבעל התפקיד לא מונה בפועל לתפקידו, מנועה החברה מלהכחיש שמונה לתפקידו לפי הכלל של הסמכות הנחזית, אם יצרה מצג שאכן מונה לתפקידו. והיה, אם חלה מניעות כזו, שוב נכנס לפעולה הכלל של הסמכות הרגילה. נראה שבאותם מקרים, שבהם כיום פעולה של אורגאן אינה נתפסת ב"סמכותו הרגילה", לא תחויב החברה גם לפי סעיף 19א' המוצע, שכן ניתן יהיה לומר, שעל צד ג' היה לדעת על דבר החריגה מן הסמכות הממשית.

מכל מקום, ההצעה עומדת לבטל את כלל הידיעה הקונסטרוקטיבית. כלשון סעיף 19א(1) המוצע: "הגשת התזכיר והתקנות לרשם ורישומם בידי הרשם, אין בהם בלבד ראיה לידיעת תכנם לעניין סעיף זה". יוצא, שבמקרים שבגלל כלל זה יוחסה לצד ג' ידיעה על דבר החריגה מסמכות תהיה החברה עשויה להתחייב בעתיד. הנה כ-כך, הרחבת המקרים שבהם תחויב החברה, בשל חיובה כשאין אפילו סמכות נחזית ובשל ביטול הכלל של הידיעה הקונסטרוקטיבית, אף הוא גורם שבעתיד יהיו פחות מקרים שהמנהלים יהיו חייבים אישית כלפי צד ג'. מן הראוי לציין כאן שתמוה הדבר שהכלל של הידיעה הקונסטרוקטיבית מבוטל רק לגבי התזכיר והתקנות ולא לגבי מסמכים אחרים המדווחים לרשם החברות ושגם לגביהם הוא חל כיום.

בכל המקרים שבהם, בשל חקיקת סעיף 19א', החברה ולא המנהל מחויבת כלפי צד ג', אין המנהל זקוק, כמו כן, לכיסוי של פוליסת אחריות מנהלים כלפי צד ג'. ברם, במקרים כאלה המנהל יהיה אחראי כלפי החברה שאותה חייב בפעולה החורגת ממטרותיה או מהרשאותו. כלשון סעיף 19א(4): "מי שפועל מטעם החברה חייב להמנע מפעולה חורגת; ואם פעל כשהוא ידע או היה עליו לדעת שפעולתו חורגת, זכאית החברה כלפיו לתרופות הנתונות לה בשל הפרת חובותיו כלפיה; הטוען שלא ידע או שלא היה עליו לדעת שפעולתו חורגת — עליו הראיה". כלומר, במקום אחריות כלפי צד ג' תבוא אחריות כלפי החברה. אלא שאחריות כזו מוצאת במפורש מן הכיסוי של הפוליסה. אמור מעתה, שינוי הדין יצמצם את היקף הכיסוי של פוליסת אחריות מנהלים.

ה. סיכום

בישראל ובאנגליה חלו לאחרונה התפתחויות המרחיבות את האפשרות להגשת תביעה נגזרת על-ידי בעל מניות נגד מנהל בגין הפרת חובותיו של זה לחברה. עם זאת, במציאות עדיין מועטות ביותר תביעות כאלה בארץ. במיוחד כיוון שלא הוסדרה שאלת מימון הוצאות ההתדיינות ואין תמריץ כספי לבעל המניות להגיש תביעה, בניגוד למצב הקיים בארצות-הברית. השינויים התחקיתיים העומדים על הפרק אינם מספקים בשאלת התביעה הנגזרת ויש מקום, בצד ההתפתחות המעוררת בפסיקת בית המשפט העליון, ליזמת חקיקה בנדון.

אם גם תביעות נגד מנהלים מעטות בנוף החברות הישראלי, החלו להימכר לאחרונה בארץ פוליסות ביטוח אחריות מנהלים. עצם תוקפה של הפוליסה מוטל בספק, אפילו המנהל עצמו משלם את הפרמיה. ניתוחנו מעלה גם, שהיקף הכיסוי על-פי הפוליסה זעיר. היא אינה מכסה אחריות מנהלים בתביעה של החברה נגדם ואף לא אחריות בתביעה נגזרת של בעל מניות נגדם. היא מכסה רק אחריות כלפי צד ג' בשל מילוי תפקיד המנהל וגם זאת — רק אם המנהל פעל בתום-לב ובסייגים נוספים. בדרך-כלל אין מוטלת אחריות על המנהל כלפי צד ג' בשל תפקידו כמנהל. במקרים שבהם מוטלת אחריות כזו, יסודות האחריות עשויים להיות כאלה שהפוליסה לא תחול. יתר-על-כן, שינויים תחקיתיים העומדים על הפרק בשאלות כשירות החברה וסמכות המנהלים יצמצמו עוד יותר את אחריות המנהל כלפי צד ג' ואת היקף כיסוי הפוליסה.