ארבעים שנה לדיני החברות

(תגובה להרצאתו של פרופסור פרוקצ׳יה)

מאת

אהרן יורן*

א. הגישה הכללית. ב. אי־ישימות הגישה הכלכלית במצב של כשלון שוק. ג. האכיפה הקולקטיבית בישראל. ד. הגדרת ״טובת החברה״. ה. בעיית ״נציגים״ בדירקטוריון. ו. אחריות אישית של בעלי־תפקידים בחברה. ז. השלכות החקיקה האזרחית החדשה על דיני החברות.

א. הגישה הכללית

התיזה העיקרית של המחבר היא, שבקביעת כללים יש להתחשב במשמעותם הכלכלית והפוליטית. לפיכך, פיתוח מנגנון אכיפה קולקטיבית (תביעה נגזרת) ויצירת כללים שיאפשרו לשוק השליטה (market for corporate control) לתפקד יפתרו את בעיית הנציגות (agency problem). לשיטתו, לא חשוב אלו כללי אחריות ראשוניים ייקבעו בחקיקה, שכן ממילא מנגנון השוק יתקן את הכללים ועל־כן אין ״לבזבז אנרגיה״ בקביעת כללי אחריות ראשוניים.

ב. אי־ישימות הגישה הכלכלית במצב של כשלון שוק

ראוי המחבר לשבחים על תרומתו בהצגת גישות חדשות והשלכותיהן — הגל הקודם, ניתוח כלכלי של המשפט (economic analysis of law); והגל החדש, ניתוח פוליטי (critical legal studies). אלא שבבואו ליישם את ההשלכות מהניתוח במושגי התפישות החדשות לדיני החברות בישראל לא בחן המרצה את שאלת הרלבנטיות והישימות של המודלים. המודל של ניתוח כלכלי של המשפט אינו רלבנטי כשיש כשלון שוק. במקרה כזה לא פועל מנגנון שוק לתיקון הכללים הראשוניים.

דוגמאות למצבים שבהם קיים כשלון שוק בארץ הם נושא ביטוח מנהלים ודירקטורים ונושא פעולת שוק השליטה. מקובלת בישראל הדעה, כי ביטוח דירקטורים ומנהלים על־ידי החברה אינו תקף בשל הוראת סעיף 89 לפקודת החברות [נוסח חדש]. לעומת זאת, למנהל או לדירקטור מותר לרכוש ביטוח על־חשבונו[1]. אילו פעל השוק

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 סעיף 89 קובע: ״הוראה בתקנון או בחוזה של חברה או בכל מסמך אחר, הפוטרת נושא משרה שבה מחבות שהוא עשוי לחוב בה על פי דין בשל רשלנות, מחדל, הפרת חובה או הפרת אמונים

nevo.co.il

כדבעי, היתה מתקבלת תוצאה שמנהלים ודירקטורים החפצים בביטוח ירכשו אותו על חשבונם וכי שכרם מהחברה יגדל או ייקבע בגובה הפרמיה. מהלך כזה הוא ניטרלי מבחינת תוצאות המס, שכן הן ברכישת ביטוח על־ידי החברה והן ברכישת ביטוח על־ידי המנהל או הדירקטור מתוך שכר נוצרות לדירקטור או למנהל הכנסה והוצאה ליצירת הכנסה בסכום זהה[2], ואין נוצרת להם הכנסה חייבת. במציאות לא הושגה התוצאה שמנהלים ודירקטורים חפצי ביטוח רכשו אותו בדרך המותרת; מצד אחד, נוצרו דרכים אחרות לרכישת ביטוח[3], ומצד שני, קיים לחץ רציני לשינוי החוק והתרת ביטוח מנהלים ודירקטורים על־ידי החברה[4]. הנה כי כן, כללי האחריות הראשוניים לא תוקנו על־ידי פעולת השוק, והמחבר עצמו ״מבזבז אנרגיה״ וממלא תפקיד מרכזי ביוזמת חקיקה

כלפי החברה, או המחייבת לשפותו על חובות באמור — בטלה״. ראה בנדון א׳ יורן, ״אחריות מנהלים — אכיפתה וביטוח נגדה״ *משפטים* ט (תשל״ט) 453, 464–467. לדעה הפוכה שהובעה לאחרונה לגבי סעיף מקביל באנגליה, ראו R.R. Penningbon, *Directors' Personal Liability* (Collins, 1987) 96. לדבריו, עם תשלום הפרמיה על־ידי החברה ״אין החברה מסכימה לשפות את הדירקטור על אחריותו, אלא רק לוקחת על עצמה את ההוצאה לרכישת התחייבות, מצד ג׳, המכטה, לבצע את השיפוי״. הנמקתו של Pennington אינה משכנעת בעיני לגבי המצב הפוזיטיבי. יחד עם זאת, המצב הרצוי בעיני הוא, שיהיה ניתן לבטח הפרת חובת זהירות ובלבד שהדירקטור פעל בתום־לב, שלא במתכוון ולא עשה לעצמו רווח אישי כתוצאה מההפרה. הטעם לדבר הוא, שעל־ידי כך יפוזר הסיכון בין החברות השונות; ותהיה אפשרות לחברה שנפגעה על־ידי הפרת חובות זהירות לגבות את נזקיה. כך לא יירתעו מועמדים טובים מלשרת כדירקטורים. הטיעון של הסיכון המוסרי (moral hazard), קרי: שלא יימנעו מעשי נזיקין מבוטחים, תופש בעיני לגבי הפרות חובות אמון והפרות חובות זהירות הנופלות בחריג שציינתי לתקפות הביטוח, אך לא לגבי חובות זהירות במקרים אחרים. לשון אחר: גבולותיה של תקפות הביטוח שציינתי מהווים נקודת־איזון סבירה בין השיקולים השונים בעד ביטוח ונגדו.

2 כאשר החברה משלמת את הפרמיה, יש לייחס, מצד אחד, לדירקטור הכנסה, אך מצד שני יש לייחס לו גם הוצאה, המאיינת אותה.

3 ביניהם: ביטוח החברה את עצמה מפני נזקים והפסדים, תוך כלילת סעיף או שיבוב בפוליסה או ביטוח הדירקטורים על־ידי חברת־אם ולא על־ידי החברה עצמה. חלופה לאפשרות האחרונה היא, שחברת־האם מקבלת החלטת שיפוי לגבי הדירקטורים והמנהלים בחברת־הבת ומבטחת את עצמה לגבי חבות השיפוי. לגבי הדרך הראשונה Pennington (לעיל, הערה 1), גורס כי אין ספק בדבר תקפותה. ברם, צריכים להיות מודעים לטענה שהדרכים השונות הן למעשה עקיפה של סעיף 89 ולאמִתו של דבר החברה נושאת בעלות של ביטוח מנהלים ודירקטורים על הפרת אחריותם כלפיה. זה למעשה המצב כאשר החברה מבטחת את עצמה, אך דואגת שלא תהא לחברת־הביטוח זכות שיבוב נגד המנהלים והדירקטורים, וזהו גם המצב אם ביטוח על־ידי חברת האם נעשה ממקורות חברת־הבת. בביטוח על־ידי חברת־האם עולה גם השאלה אם אין הביטוח מהווה הפרת חובת אמון של המבוטחים, שכן הם מקבלים תשלום (הפרמיה הנחסכת) מבעל־מניות. בעיה זו מתעוררת כאשר חברת־האם אינה בעלת־המניות היחידה בחברת־הבת. יחד עם זאת, הדעה המקובלת כיום היא, שביטוח מנהלים ודירקטורים על חשבון החברה אינו תופש, אך לעומת זאת דרכי־העקיפה תקפות.

4 בראשית הוגשה בנדון הצעת חוק פרטית של ח״כ א׳ ויינשטיין. לאחר־מכן, באוקטובר 1988, הכין משרד־המשפטים תזכיר חוק לתיקון פקודת החברות (אחריות נושאי משרה בחברה), התשמ״ט–1988, פרי עבודתה של ועדת־בוק, בהסתמך על הצעה שהכין המרצה בהזמנת משרד־המשפטים. על־פי הצעה זו, יותר לחברה לבטח נושאי־משרה מפני הפרתה של חובת הזהירות, ובלבד שתקנון החברה מתיר ביטוח אחריות. לא יהיה תוקף לביטוח ההפרה של חובת זהירות, אשר נעשתה במכוון או מתוך אי־אכפתיות לנסיבות ההפרה ולתוצאותיה, אם הפעולה נעשתה בחוסר תום־לב, כוונה להפיק רווח אישי שלא כדין או אם היא מהווה עבירה פלילית.

nevo.co.il

לשינוי הכללים הראשוניים. מדוע לא עמדה כאן התיזה של הניתוח הכלכלי במבחן? מטעם פשוט — לפחות בחלק ממגזרי המשק שכר המנהלים והדירקטורים קבוע על־פי הסכמים קיבוציים או הסדרים ממוסדים אחרים, כמו נורמה במערכות מסוימות שלפיה דירקטורים אינם מקבלים כל שכר. האפשרות להעלות את השכר בגובה הפרמיה לא היתה במצבים אלו אופציה ישימה. לפיכך לא תִפקד מנגנון השוק, והכלל החוקי הלקוי, שלפיו ניתן לבטח בדרך א אך לא בדרך ב, טעון תיקון בחוק עצמו. התוצאה היתה שונה אם משכורות מנהלים ודירקטורים היו נקבעות כולן בחוזים אישיים גמישים לתיקון. המסקנה מניתוח זה היא, שצריך להיזהר ביישום מודל למציאות מסוימת ויש לבדוק אם הנחות־היסוד של המודל מתקיימות לפני שמסיקים מסקנות על־פיו. הנחת־היסוד של המודל הכלכלי היא קיום מנגנון שוק יעיל. ממילא אין הניתוח ישים בכל מקרה שבו לא קיים מנגנון שוק יעיל.

דוגמא אחרת[5] שבה המודל הכלכלי אינו ישים בתנאי ישראל הוא פעולת שוק השליטה. התיאוריה כאן היא, שניהול בלתי־יעיל מתבטא במחיר נמוך למניות החברה. יזמים המסוגלים להשיא רווחים יהיו מוכנים לרכוש את מניות־השליטה בחברה במחיר גבוה יותר ממחיר הבורסה ותחת ניהולם היעיל יעלה מחיר המניות בבורסה. באופן כזה פעולת שוק השליטה מבטיחה ניהול יעיל של חברות. תיאוריה זו מניחה את האפשרות לרכוש שליטה בחברה בניגוד לרצונם של המנהלים, הן בבורסה והן בעִסקה (הצעת רכש) בין היזמים הרוכשים לכלל בעלי־המניות שלאיש מהם אין שליטה, אך בין כולם מפוזרת השליטה. דא עקא, שהנחת־יסוד זו אינה מתקיימת לגבי חלק־הארי של החברות הכבדות, שמניותיהן נסחרות בבורסה הישראלית, מהטעם שבידי בעלי־מניות מייסדים יש מניות שאינן רשומות למסחר בבורסה, המזכות אותם ברוב כוח ההצבעה ולא ניתן לרכוש שליטה בניגוד לרצונם. רכישת כל המניות הנסחרות בבורסה תביא לצבירת מיעוט של כוח ההצבעה בלבד. ממילא אין שוק השליטה יכול לתפקד וניתן לרכוש שליטה רק בעִסקה בין בעלי מניות־השליטה לבין הרוכשים. תופעה זו הומחשה היטב לגבי המניות הבנקאיות, כאשר המדינה מצאה את עצמה בעקבות הסדר המניות הבנקאיות עם חלק־הארי של הון המניות, בעוד השליטה נשארה בידי הקבוצות בעלות מנייני השליטה. מכאן הנסיונות להעביר את השליטה למדינה על־ידי חקיקה אם לא יצלח המו״מ בעניין זה עם בעלי מניות־השליטה[6].

ג. האכיפה הקולקטיבית בישראל

ציינתי כבר במקום אחר, שדיני התביעה הנגזרת בישראל לוקים בכך שלא פותחו דיני מימון ותמרוץ מתאימים[7]. קיימים מכשולים כספיים להגשת תביעות נגזרות, דהיינו:

5 ניתן להביא עוד דוגמא, והיא הפער הקיים בין ערך פנימי של מניה לבין מחיר השוק שלה. פער כזה לטובת המחיר בבורסה היה קיים באופן חריף בתקופת ויסות המניות הבנקאיות. לעומת זאת, ניתן למצוא בתקופות שונות רמת־מחירים בבורסה של מניות מסוימות הנמוכה באופן משמעותי מערכן הפנימי. במצב דברים כזה ניתן להביע תמיהות לגבי יעילות מנגנון השוק לקביעת שווי מניות.

6 לאחרונה (דצמבר 1988) הגיש משרד־האוצר תזכיר־חוק השוואת זכויות הצבעה במניות תאגידים בנקאיים, התשמ״ט–1988, שנועד להשוות את זכויות ההצבעה של המניות הבנקאיות שבהסדר, באופן יחסי לערכן הנקוב של המניות, כך שהמניות שיגיעו למדינה על־פי ההסדר תהינה בעלות זכויות־הצבעה. חוק זה מעורר, כמובן, את שאלת הפקעת זכויות קיימות ללא תמורה.

7 א׳ יורן (לעיל, הערה 1), 464.

nevo.co.il

תביעות של בעלי־מניות בשם החברה נגד מנהלים ודירקטורים בחברה או בעלי מניות־שליטה בה וכן נגד צדדים קשורים, בגין הפרת חובות האמון והזהירות כלפי החברה. מכשיר התביעה הנגזרת פותח באנגליה כדי לאכוף חובות מנהלים ודירקטורים כלפי החברה, אשר אינן נאכפות על־ידי החברה; שכן המנהלים והדירקטורים הם המחליטים על הגשת תביעות בשמה. יחד עם זאת, לפי הדין האנגלי היה ניתן להגיש תביעה נגזרת רק נגד מנהלים השולטים בחברה לגבי מעשיהם המהווים חריגה מסמכות, תרמית, עושק המיעוט או מעשים אחרים שאינם ניתנים לאישור על־ידי האסיפה הכללית של החברה ברוב רגיל. לפיכך עלתה התוצאה, שניתן להגיש תביעה נגזרת רק על חלק מהפרות חובת האמון ושלא ניתן כלל להגיש תביעה נגזרת על הפרת חובת הזהירות. החל משנת 1976 הרחיב בית־המשפט העליון בישראל בסדרת פסקי־דין את האפשרות להגשת תביעה נגזרת מעבר למוכר בפסיקה האנגלית הקלסית וגובש כלל, כי בכל מקרה שהצדק מחייב זאת תותר הגשת תביעה נגזרת. די בכך ששליטת המנהלים בחברה מסכלת הגשת תביעה על־ידי החברה כדי לאפשר לבעל־מניות, המשמש נציג נאות של כלל בעלי־המניות, להגיש תביעה נגזרת[7]*. למרות זאת, כמעט שאין מוגשות תביעות כאלו בישראל.

הטעם לכך הוא, שבעל־מניות החפץ להגיש תביעה נגזרת חייב לממן את הוצאות התביעה מכיסו. אפילו אם בסופו של דבר התביעה מצליחה, סכום הזכייה נפסק לחברה, וכל מידת הנאתו היא בעקיפין לפי חלקו היחסי בחברה. בעניין זה אנו מפגרים אחרי מדינות אחרות. בארצות־הברית לבעל־מניות הזוכה בתביעה נגזרת נפסק חלק מפסק הדין, ואילו באנגליה הוא זכאי לכך שבית־משפט יאשר, בתביעות הנראות לכאורה כבעלות סיכוי סביר, כי החברה שבשמה מוגשת התביעה תישא בהוצאות, בין אם בסופו של דיון מצליחה התביעה הנגזרת או נכשלת.

מסתבר, שככלי המימון והתמרוץ מכריעים לגבי יעילותו של מכשיר התביעה הנגזרת בחברות ציבוריות שהבעלות בהן מפוזרת. בעוד שבארצות־הברית מכשיר זה הוא דומיננטי בפיתוח ובאכיפת חובות מנהלים ודירקטורים, באנגליה השפעתו קטנה בהרבה ובישראל היא שולית לחלוטין. גם קרן מימון תביעות שהקימה הבורסה לא הביאה לשינוי במצב בישראל. במציאות מוגשות בישראל תביעות נגד מנהלים ודירקטורים רק בעת פירוק חברה, שינוי השליטה בה או בעקבות שינוי הניהול כתוצאה מאירוע משברי, כמו בפרשת בנק לאומי.

תיקון פקודת החברות מ־1987 בדבר מינוי דירקטורים מקרב הציבור[8] אמנם מקנה לדירקטורים כאלה זכות לקבלת מידע מהחברה וזכות לייעוץ מקצועי על חשבון החברה, אך אם דירקטור מקרב הציבור מוצא שבעניין הנוגע לחברה יש לכאורה פגיעה בחוק, בנוהל עסקים תקין או בטוהר המידות, כל שהוא יכול לעשות הוא להביא לקיום ישיבת דירקטוריון לשם קביעת דרכי פעולה בנדון. אם החלטת הדירקטוריון אינה מספקת אותו, עליו להודיע על ממצאיו לרשות לניירות־ערך. דא עקא, שכשמדובר בממצאים בדבר הפרת חובות כלפי החברה, התיקון בפקודת החברות או התיקון החדש בחוק ניירות־ערך אינם מאפשרים לדירקטור מקרב הציבור, אף לא לרשות[8]*, לפנות לערכאות לשם מימוש זכותה של החברה נגד המפרים.

7* ראה שם, 456–460.

8 חוק לתיקון פקודת החברות (מס׳ 2), התשמ״ז–1987, ס״ח התשמ״ז 1211, עמ׳ 120.

8* בכפיפות לסמכות הרשות לניירות־ערך לפנות לבית־המשפט לקבלת צו־מניעה. ראה להלן.

nevo.co.il

לעומת העדר תמרוץ או אפילו כיסוי מימון לתביעות נגזרות, חלה לאחרונה התפתחות חשובה בעניין הגשת תביעות ייצוגיות אישיות. ביוזמת הרשות לניירות־ערך חקקה הכנסת לאחרונה שינוי יסודי (תיקון מס׳ 9) בחוק ניירות ערך, תשכ״ח–1968[9]. התיקון בעניין הגשת תובענה ייצוגית (סעיף 54א בפרק ט1 החדש) יאפשר למחזיק בניירות־ערך להגיש, במימון הרשות לניירות־ערך ובאישור בית־המשפט, תובענה ייצוגית, בשם קבוצת־מחזיקים, בשל כל עילה שנוצרה החל ב־1 בנובמבר 1988 ״אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר התובע יכול לתבוע בשמו...״ האפשרות להגיש תביעה כזו אינה מצומצמת — כפי שסבר המרצה — לתביעות על־פי חוק ניירות־ערך עצמו (כפי שהורחבו בתיקון האחרון), אלא חלה על כל זכות תביעה אישית של מחזיקים בניירות־ערך, למשל: על־פי דיני החברות או החוזים, ובכלל זה בחברות שמניותיהן אינן נסחרות בבורסה. היא חלה, למשל, לגבי זכותם של בעלי־מניות להיות מוזמנים לאסיפות החברה, לגבי זכויות הצבעה, זכויות סוג וזכויות אחרות של בעלי־מניות המובטחות בתזכיר החברה או בתקנונה.

תיקון החוק מאפשר לתובע לא רק לקבל מהרשות מימון להוצאות התביעה (ובכללן שכר טרחת עורך־דין), אלא אם נפסק פיצוי כספי יש לו סיכוי לקבל מעבר לחלקו היחסי בזכייה, חלק מסכום פסקי־הדין, על־פי החלטת בית־המשפט, בגין טִרחתו בהגשת התביעה ובהוכחתה (סעיף 54ט). אמור מעתה: תיקון החוק לא רק מאפשר הגשת תביעות ייצוגיות, אלא מתַמרץ הגשת תביעות כאלו. הא־סימטריה שנוצרה בעקבות התיקון בחוק ניירות־ערך בין האפשרות להגשת תביעות ייצוגיות לעומת הגשת תביעות נגזרות אינה מוצדקת. דווקא בתביעה נגזרת, שבה הזכייה נפסקת לטובת החברה, יש יותר מקום לתִמרוץ מאשר בתביעה אישית ייצוגית שבה הזכייה נפסקת לקבוצת התובעים. הא־סימטריה מודגשת עוד יותר אם נזכור שלגבי אכיפת הזכויות האישיות על־פי חוק ניירות־ערך, התיקון מקנה לרשות לניירות־ערך, נוסף על הסדרת התביעה הייצוגית, גם סמכויות לדרוש ידיעות ומסמכים, סמכויות חקירה ואף סמכות לפנות לבית־המשפט לקבלת צו־מניעה. הרשות לניירות־ערך בארצות־הברית השכילה להפוך את צו־המניעה (ה־Injunction) למכשיר רב־עוצמה להבטחת זכויות משקיעים בניירות־ערך, ויש לקוות שהרשות שלנו תלך בדרכה. במצב שנוצר ניתן לצפות, שהא־סימטריה תגרום לנסיונות להגשת תביעות שהן במהותן האמִתית תביעות של החברה, כתביעות אישיות של בעל־מניות, מה גם שקו־הגבול בין תביעות אישיות של בעלי־מניות נגד החברה לבין תביעות של בעלי־מניות בשם החברה נגד מנהלים או בעלי מניות־שליטה בה, ממילא אינו חד וברור.

נראה לי, שיש מקום לתיקון מקביל בחוק לגבי מימון ותִמרוץ הגשת תביעות נגזרות. על תיקון כזה לקבוע הוראות סינון וביקורת מתאימות שיאפשרו לבתי־המשפט להבטיח, שהתביעה הנגזרת לא תנוצל לרעה ותופעל באופן מבוקר. בעת ובעונה אחת יש לאפשר בתיקון בחוק ביטוח דירקטורים ומנהלים על חשבון החברה בגין הפרת חובת הזהירות לחברה, אך לא בגין הפרת חובת האמון או הוראות חוק ניירות־ערך. על־ידי תיקון כזה ייווצר מצב מאוזן, שבו יוכלו בעלי־מניות לאכוף הן זכויות אישיות והן את זכויות החברה, בעוד שדירקטורים ומנהלים יהיו מוגנים על־ידי ביטוח כל עוד הם פועלים בתום־לב בניהול החברה. מבחינה זו יוזמת החקיקה האחרונה[10] של משרד־

9 חוק ניירות ערך (תיקון מס׳ 9), התשמ״ח–1988, ס״ח התשמ״ח 1261, עמ׳ 188.
10 ראה לעיל, הערה 4.

nevo.co.il

המשפטים לוקה בחסר, שכן היא פותרת את נושא הביטוח, אך אינה מטפלת בנושא של מימון תביעות נגזרות ותמרוצן.

ד. הגדרת ״טובת החברה״

לאחרונה בוקעים בישראל ניצנים של התפתחות חשובה שעברה על משקי המערב בפסיקה[11] ובתחיקה[12], והיא שינוי תוכן חובת האמון של מנהלים ודירקטורים[13] כלפי החברה. המבחן הקלסי הוא ״השאת הרווח״, דהיינו: מבחן קפיטליסטי ביסודו. לפי מבחן זה, טובת החברה היא טובת בעלי־המניות. גם מבחן זה אינו פשוט ליישום כשיש לחברה בעלי־מניות מסוגים שונים, ופעולה מסוימת עשויה להיות לטובת סוג אחד ולרעת סוג אחר. זהו המצב בחברות הנסחרות בבורסה בישראל, ובמיוחד באותן חברות שבהן קיימות מניות־יסוד, שכן בידי סוג מניות אחד מצוי רוב ההון (equity), אך בידי סוג מניות אחר רוב כוח ההצבעה (voting). ההתפתחות היא בכיוון של התחשבות בטובתם של ציבורים נוספים, בראש־ובראשונה עובדי החברה ולקוחותיה, אך גם הקהילה כולה. טובת החברה שוב אינה טובת בעלי־המניות בלבד, אלא מושפעת מטובת הגורמים השונים הפועלים מאחורי קליפתה המשפטית. בישראל זכתה השקפה זו עד כה רק לאמירות־אגב, אם כי חשובות ביותר בעניין **פנידר**[14] **וקוסוי**[15].

התפתחות זו היא למעשה דוגמא של חשיבה במונחי ה־critical legal studies, דהיינו: זיהוי האינטרסים העומדים מאחורי קביעת כללים שונים. עשויה להיות לה חשיבות רבה לגבי משמעותן של חובות האמון ולמעשה שינוי אופיין והפיכתן לחובות זהירות. כאשר מותר למנהל או לדירקטור לקחת בחשבון לא רק את טובת בעלי־המניות, אלא גם את טובת העובדים, הרי למעשה הוא מוגן על־ידי מטריית ״שיקול־הדעת העסקי״ בבחירה שעשה בין ה״טובות״ השונות ובמינון שנתן לכל ״טובה״, כל עוד פעל בסבירות. דוגמא מובהקת להתנגשות בין טובת בעלי־המניות לבין טובת העובדים, השכיחה — לצערנו — במשק הישראלי, היא שאלת סגירת מפעל מפסיד באיזור־פיתוח. לפי המבחן הקלסי, מי שמחליט להמשיך בקיום המפעל מפר את חובותיו לחברה. לפי המבחן החדש, ״המעורב״, לא בהכרח תיחשב העדפת טובתם של העובדים להפרה. החשש הוא, כמובן, שבמקום כלל ברור — טובת בעלי־המניות — ייווצר על־פי המבחן המעורב מצב בלתי־ברור, אם לא תוהו־ובוהו[16].

11 אחד מפסקי־הדין העיקריים בנדון הוא *Smith* v. *Barlow* 13 N.J. 145, 98 A. 2d 581, 39 A.L.R. 2d 1179 (1953), *appeal dismissed*, 346 U.S. 861 (1953) שקבע, כי תרומה של מפעל תעשייתי לאוניברסיטת Princeton אינה פסולה כפעולה שלא נעשתה לטובת החברה משלושה טעמים חלופיים: האחד — שהיא עמדה במבחן השאת הרווח; השני — שהוא הותירה בחוק מרשה שהופעל למפרע; והשלישי — שטובת החברה אינה רק טובת בעלי־המניות, אלא התנאים המודרניים מחייבים שתאגידים יכירו וימלאו חובות חברתיות כחברים בקהילה שבה הם פועלים, ולא רק חובות פרטיות.

12 באנגליה סעיף 309(1) לחוק החברות מ־1985 מחייב כיום התחשבות בטובת עובדים.

13 כאן המקום לציין, שבספרות המקצועית מרבים לדבר על חובות דירקטורים הגם שהסמכויות העיקריות מצויות במציאות בידי המנהלים, האחראים לניהול השוטף של העסק.

14 ד״נ 7/81 **פנידר, חברה להשקעות פתוח וכענין בע״מ נ׳ קסטרו**, פ״ד לז(4) 673, 695.

15 ע״א 817/79 **קוסוי נ׳ בנק י.ל. פויכטונגר בע״מ**, פ״ד לח(3) 253, 279.

16 זו אינה מסקנה חדשה והיא עלתה כבר מחליפת המאמרים בשנות השלושים של המאה בארצות־הברית, הידועה כ־Berle-Dodd Exchange, שממנה עולה כי איש לא הצליח עדיין לנסח מבחן יעיל

ה. בעיית ״נציגים״ בדירקטוריון

על־פי המבחן הקלסי, נוצרה בעיה קשה לנציגים ״מטעם״ בדירקטוריון, במיוחד לנציגי־עובדים, אך גם לנציגי־נושים, כמו בנקים. על־פי דיני החברות, היה עליהם לפעול לטובת החברה בלבד, דהיינו: להביא להשאת רווח בעלי־המניות. מצד שני, הם נשלחו כנציגי־עובדים או כנציגי־בנקים, ולפי דיני־השליחות או דיני־העבודה היו חייבים לפעול לטובת השולח או המעביד. הם מצאו את עצמם לכודים בתיבה שאין מוצא ממנה: יפעלו באופן מסוים, יפרו את דיני חובות האמון; יפעלו באופן אחר, יפרו את דיני השליחות או העבודה. החלטות על שיתוף עובדים בניהול, בלי שינוי דיני חובות המנהלים, יצרו אפוא מצב בלתי־נסבל. שינוי תוכן חובות האמון יש בו משום פתרון לדילמה של הנציגים מטעם.

ו. אחריות אישית של בעלי־תפקידים בחברה

המרצה ציין את עקרון האחריות המוגבלת כאחד מפריצות־הדרך החשובות של דיני החברות. נראה שכוונתו להקמת אישיות משפטית נפרדת עם אחריות מוגבלת של בעלי־הזכויות בה. כאן צריך להדגיש, שפעילות באמצעות תאגיד איננה מגן בפני אחריות אישית של הפועל או האורגן לפעולותיו. הפועל עצמו אחראי הן בפלילים[17], הן בנזיקין[18] והן בשלב הטרום־חוזי, לגבי ניהול משא־ומתן בשם החברה שלא בתום־לב[19], וניתן לצפות שיימצא אחראי גם בגין הפרת חוזה, אם השתתף בהחלטה או במעשה העולים כדי הפרה. החיץ או המסך המשפטי של האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד אינם משחררים מאחריות שהיתה חלה אילו אותה פעולה עצמה היתה מתבצעת בכשירות של האישיות המשפטית של המבצע. העובדה שביצע את הפעולה כאורגן של החברה מטילה אחריות גם על החברה, אך אינה משחררת אותו מאחריות. לא זו אף זו: בחקיקה קיימת הרחבה של האחריות הפלילית בדיני המסים והעבודה, למשל, וקביעת אחריות לא רק על המבצע עצמו, אלא גם על מנהלים אחרים, בהתקיים תנאים מסוימים[20]. אין להקל ראש בהתפתחות זו של הטלת אחריות אישית אזרחית על בעלי־תפקידים בחברה כלפי צדדים שלישיים, וכן הטלת אחריות פלילית עליהם, בצד ונוסף על חובותיהם לחברה.

לחובות המנהלים, השונה מהמבחן של טובתה הכלכלית של החברה, קרי: בעלי־מניותיה, ושיש בו בכל־זאת כדי להטיל פיקוח ממשי על מעשי המנהלים וסמכויותיהם. ראה א׳ יורן, ״לשאלת חוקיות תרומותיהן של חברות״ הפרקליט כח 555, 556, הערה 4.

17 ע״פ 137/79 **גלנט נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לה(3) 746.

18 ע״א 725/78 **בריטיש קנדיאן בילדרס בע״מ נ׳ אורן**, פ״ד לה(4) 253.

19 ראה פרשת **פנידר** (לעיל, הערה 14).

20 דוגמא אופיינית להוראה כזו הוא סעיף 224א לפקודת מס הכנסה, הקובע:

> חבר בני אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים 215–220, יראו כאשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה מנהל פעיל, שותף, מנהל חשבונות או פקיד אחראי, נאמן או בא כוח של אותו חבר, אם לא הוכיח אחת משתי אלה: (1) העבירה נעברה שלא בידיעתו; (2) שהוא נקט בכל האמצעים הסבירים להכטחת מניעת העבירה.

nevo.co.il

ז. השלכות החקיקה האזרחית החדשה על דיני החברות

המרצה ציין, כי פקודת החברות שלנו נחקקה ב־1929, את הצורך בריפורמה יסודית בחוק ואת התיקונים שנעשו בפקודה או בחוק ניירות־ערך. אך בצד אלו יש להציג גם את הפוטנציאל הטמון לגבי התפתחויות בדיני־חברות בחקיקה האזרחית המקיפה שנעשתה בישראל, וכוונתי לחוקי החוזים, השליחות, הנאמנות ועשיית עושר שלא במשפט. דוגמא אחת להשלכה כזו היא האפשרות להחיל על חובות בעלי־המניות באסיפה הכללית את סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג–1973, בדבר השימוש בזכויות הנובעות מחוזה (התקנון או התזכיר) בתום־לב. להחלה כזו עשויות להיות השלכות מרחיקות־לכת לגבי תוכן זכויות וחובות בעלי־מניות באסיפה כללית ומבחני עושק המיעוט. אין כוונתי כאן להציע החלת כלל זה או אחר של החקיקה האזרחית, אלא להצביע על הפוטנציאל הרב הגלום בה. ניתן בכלל לצפות להתפתחות של יותר הרמוניה וקליטת עקרונות כלליים של החקיקה האזרחית בדיני־החברות, כמו זו של שינוי המבחן של חובת הזהירות מהמבחן האנגלי שגובש בפסיקת דיני־חברות, ואימוץ המבחן של סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש][21].

21 ראה צ׳ כהן, ״חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה״ **מחקרי משפט** א 133; אמרת־האגב של השופט ברק **בעניין קוסוי** (לעיל, הערה 15) בעמ׳ 278; וההצעה בנדון בתזכיר האחרון של משרד־המשפטים (לעיל, הערה 4). יש לציין כאן, כי המרצה לא דייק בגורסו, שבעניין **קוסוי** נקבע, כי בעל־מניות שליטה המוכר את מניותיו לקונה שהיה צריך לדעת כי יכזוז את החברה, הפר חובת זהירות לחברה. בעניין **קוסוי** נקבע, כי בעל מניות שליטה שמכר המניות בידיעה שהקונה יבזוז את החברה הפר חובת אמון, והשאלה אם ניתן להסתפק בחוסר־ידיעה, במקום שבעל־מניות סביר היה צריך לדעת, הושארה פתוחה.

nevo.co.il