

## על פטור מראש ובדיעבד – בעקבות רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי

### מאת

### אלעד שפיגלמן\*

בפרשת רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי דן בית המשפט העליון בשאלת היכולת של חברה להעניק פטור בדיעבד לנושאי המשרה שלה בשל הפרות של חובת הזהירות. בסופו של דבר, ומשום שהדבר לא התחייב במסגרת אותו תיק, בחר בית המשפט להשאיר את השאלה בצריך עיון. לאחר מכן הגיעה השאלה לפתחו של בית המשפט המחוזי בפרשת תנ"ג 35114-03-12 אשש נ' עטיה, שם חזר בית המשפט, באמרת אגב, על העמדה לפיה חברה יכולה לפטור בדיעבד את נושאי המשרה שלה. למרות ההכרעה של בית המשפט המחוזי טרם נקבעה הלכה של בית המשפט העליון, ושיקולי המדיניות בהקשר זה לא נדונו במלואם. במאמר זה אבקש לדון בשיקולים השונים הקיימים בתחומי המשפט הישראלי בנוגע לאפשרות לתת פטור בדיעבד. לאחר סקירת השיקולים ופרשנותם, בניסיון להבין מה עומד מאחורי פטור מראש ופטור בדיעבד ואת שיקולי המדיניות שבצדם, אנסה להראות כי ככלל האפשרות להעניק פטור בדיעבד היא אפשרות רצויה מבחינה נורמטיבית, והיא גם ניתנת להחלה במסגרת הדין הישראלי הקיים כיום. לבסוף אבחן התפתחויות אפשריות של דוקטרינת הפטור בדיעבד למחוזות חדשים.

**מבוא.** א. מבוא מושגי. 1. פטור מראש; 2. פטור בדיעבד; ב. העובדות והשאלה המשפטית שבבסיס פסקי הדין בעניין אנטורג ואשש. 1. תיאור הפרשות; 2. השאלה המשפטית – הסדר שלילי או חסר בלשון החוק? ג. פרשנות הוראות החוק בנוגע לפטור מראש והשלכתן על מעמד הפטור בדיעבד. 1. הפרוצדורה הנדרשת למתן פטור מראש; 2. הסבר הפרוצדורה לאישור פטור מראש כמענה לבעיית נציג; 3. קשיים שמעלה פירוש הפרוצדורה כפתרון לבעיית נציג; 4. הסבר הפרוצדורה לאישור פטור מראש כהתמודדות עם שינוי יסודי באופי החברה; 5. סיכום ביניים; ד. רציותו של פטור בדיעבד. 1. פטור בדיעבד כמצנן את ההתענה מראש; 2. העלויות והתועלות שבפטור בדיעבד; 3. מסקנת ביניים; ה. משפט משווה. 1. המשפט המקובל; 2. מדינות המשפט הקונטיננטלי; 3. בין המשפט המשווה לדין הישראלי; ו. שאלות מעשיות בעניין הפטור בדיעבד. 1. הבחנה אפשרית בין סוגי פטור בדיעבד והצורך בתמורה; 2. בעקבות פרשת אפריקה ישראל; ז. סיכום.

\* תלמיד תואר בוגר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לפרופ' אסף חמדני על ליבון הרעיון ולחברי מערכת משפטים, ובפרט לעורך ארז גוטוטר, על עבודה מאומצת שתרמה רבות לעיצובו של המאמר.

## מבוא

חוק החברות, התשנ"ט–1999 (להלן: "חוק החברות" או "החוק") מטיל על נושאי המשרה חובת זהירות כלפי החברות שמעסיקות אותם.<sup>1</sup> משמעותה של חובה זו היא דרישה מנושאי המשרה לנהוג בסבירות בעת בחינת כדאיותן של פעולות עסקיות שנושא המשרה עוסק בהן במסגרת תפקידו.<sup>2</sup> הפרתה של חובת הזהירות חושפת את נושא המשרה לתביעה נזיקית מצד החברה. לעובדה כי חוק החברות מטיל על נושא המשרה את חובת הזהירות האמורה עלולה להיות גם השפעה שלילית, שכן איום הנשיאה באחריות נזיקית כלפי החברה עלול להרתיע את נושאי המשרה יתר על המידה ובכך לתמרץ אותם שלא להעמיד עצמם בסיכונים עסקיים אשר נחוצים למהלך העסקי התקין של החברה. כדי להתמודד עם בעיה זו העניק המחוקק לחברות את האפשרות להשתמש בשלושה הסדרים שונים – פטור, שיפוי או ביטוח – שמטרתם להקטין (במידה זו או אחרת) את החשש של נושא המשרה מפני איום של תביעה נזיקית.<sup>3</sup> ההסדר שבו יתמקד מאמר זה הוא אפשרות החברה לפטור את נושאי המשרה מהשלכות בגין הפרת חובת הזהירות כלפיה. חוק החברות עוסק בפירוש בתנאים שבהם תוכל החברה להעניק פטור לנושא משרה עוד בטרם הפר את חובת הזהירות,<sup>4</sup> אולם מעמדו של פטור בדיעבד, הניתן לאחר הפרתה של חובת הזהירות, איננו זוכה להתייחסות מפורשת ובהירה מספיק. למעשה, במצב המשפטי הקיים כיום בישראל לא ברור כלל אם פטור בדיעבד שנתנה החברה תקף אם לאו. בשלושה פסקי דין שניתנו בשנתיים האחרונות נבחנה השאלה אם חברה רשאית לוותר על זכות התביעה שקמה לה בעקבות הפרת חובת זהירות מצד נושאי המשרה שלה ולהעניק לאותם נושאי משרה פטור בדיעבד לאחר שבוצעה הפרה. בית המשפט עסק בשאלה זו לראשונה בפרשת אנטורג, שבה ניתן לנושאי המשרה פטור בדיעבד, והיה צורך להכריע אם לפטור מעין זה יש תוקף. בבית המשפט המחוזי נקבע כי הפטור תקף,<sup>5</sup> ואילו בערעור לעליון השאלה נותרה פתוחה.<sup>6</sup> כחצי שנה לאחר מכן התעוררה השאלה מחדש בבית המשפט המחוזי בעניין אשש, שם חזר בית המשפט, באמרת אגב, על תפישתו העקרונית שלפיה יש לתת תוקף לפטור בדיעבד.<sup>7</sup>

לשאלת תוקפו של פטור בדיעבד חשיבות מעשית רבה. בשנים האחרונות הפכה אחריותם של נושאי המשרה מושא לדיון ציבורי ער. גל התביעות הנגזרות נגד בכירי הבנקים הגדולים בישראל בגין עברות מס שבוצעו בארצות הברית סייע בהעלאת נושא אחריותם של

1 ס' 252(א) לחוק החברות.

2 שם, ס' 253.

3 שם, ס' 258; הדרה בר-מור דיני תאגידים כרך ד 101 (2007).

4 ס' 258–264 לחוק החברות.

5 תנ"ג (מחוזי מר') 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 8.4.2013) (להלן: עניין פסיפיקה).

6 רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי (פורסם בנבו, 24.12.2013).

7 תנ"ג (מחוזי ת"א) 35114-03-12 אשש נ' עטיה, פס' 78–79 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 24.6.2015).

נושאי המשרה לראש הכותרות.<sup>8</sup> אין קושי רב לשער כי בשנים הקרובות אנו צפויים לראות תביעות נוספות הקוראות למיצוי הדין עם נושאי משרה בגין הפרות שונות של חובותיהם האמורות.<sup>9</sup> ככל שמגמה זו תוסיף ותתחזק, עניינם של נושאי משרה באפשרויות העומדות בפניהם להתגוננות מפני האיום הרובץ על כתפיהם יגבר גם הוא, ובהן האפשרות לקבל פטור בדיעבד מן החברה. מטרתו של מאמר זה היא אפוא לבחון בראי הפסיקה הישראלית אם דרך זו אכן פתוחה בפני נושאי המשרה.

מלבד הפסיקה אשר נסקרה לעיל, שאלת היכולת להעניק פטור בדיעבד זכתה להתייחסות גם בעיתונות<sup>10</sup> ובספרות המחקר הישראלית.<sup>11</sup> עם זאת, השאלה עלתה לרוב כבדרך אגב וללא התעמקות יתרה בשיקולים השונים שיש בהם כדי להאיר את צדדיה הרבים של הסוגיה.<sup>12</sup> במאמר זה אבקש להשלים את החסר ולהעמיק את הדיון בסוגיה. במסגרת הדברים אנסה להראות כי הפרשנות הנכונה לדין המצוי בישראל היא שקיימת לחברות האופציה לפטור בדיעבד את נושאי המשרה שלהן בגין השלכותיה של הפרת חובת זהירות, וכן אטען כי פרשנות זו משקפת מדיניות משפטית ראויה מבחינה נורמטיבית.

בפרק הראשון של המאמר אפתח בהקדמה מושגית ובאמצעותה אסרטט את מסגרת הדיון להמשך המאמר. הפרק יעמוד על משמעותו והשלכותיו של פטור בדיעבד. בפרק ב יוצגו ההליכים המשפטיים השונים שבמסגרתם הועלתה שאלת תוקפו של הפטור בדיעבד בניסיון לזקק את השאלות המרכזיות שבהן התלבטו בתי המשפט. בפרקים ג וד יובא עיקרו של הדיון בניסיון לבחון אם חברה יכולה לוותר על זכות התביעה שלה לאחר מעשה. בפרק ג אטען כי פרשנות מסתברת יותר של הוראות חוק החברות מורה כי החוק אינו יוצר הסדר שלילי שמונע את האפשרות להענקת פטור בדיעבד. לאחר מכן, בפרק ד, אבחן את השאלה מבחינה נורמטיבית ואראה כי הקביעה שלחברות יש אפשרות להעניק פטור בדיעבד היא גם הדין הראוי. פרק ה יעסוק בהשוואת הדין הישראלי למשפט המקובל ולמדינות אירופה, ובו תוצג המסקנה שלפיה ברוב המדינות קיימת אפשרות להענקת פטור בדיעבד. לסיום, אעלה כמה כיווני חשיבה באשר לפיתוחם האפשרי של דיני פטור בדיעבד ואנסה לזהות מגמה לקראת הכרה בפטור בפסיקה כיום.

8 תומר ורון "בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד בכירי לאומי בעקבות ההסדר בארה"ב" כלכליסט 31.12.2014 [www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3648890,00.html](http://www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3648890,00.html); תומר ורון "בעקבות פרשת העלמות המס: תביעה נגזרת נגד בכירי בנק הפועלים בגובה 228 מיליון דולר" כלכליסט 1.3.2015 [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3653535,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3653535,00.html).

9 יסמין גואטה "מנהלים, היהירו: המשקיעים בשוק ההון גילו את התביעות הנגזרות" **TheMarker** 29.12.2014 [www.themarker.com/law/1.2523748](http://www.themarker.com/law/1.2523748).

10 שרון חנס "לא פטורים בלא כלום" **גלובס** 24.11.2013 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000896364](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000896364).

11 יחיאל בהט **חברות – החוק החדש והדין כרך ב** 519–522 (מהדורה 13, 2015) (להלן: בהט, כרך ב); בר-מור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104–105; יוסף גרוס **חוק החברות החדש** 444 (מהדורה רביעית, 2007) (להלן: גרוס **חוק החברות**); אירית חביב-סגל **דיני חברות כרך א** 582–583 (2007).

12 ברוב המקורות שהובאו לעיל בה"ש 11 הדיון בשאלת פטור בדיעבד מסתכם בפסקה או בשורה בודדת. אצל בהט ניתן למצוא עיסוק מעט יותר נרחב, אך גם הוא לא בוחן באופן מעמיק את שיקולי המדיניות השונים בסוגיה.

## א. מבוא מושגי

לפני שאעבור לדיון בשאלת תוקפו של הפטור בדיעבד לגופה, אקדים ואסביר את משמעות המונחים "פטור מראש" ו"פטור בדיעבד". חוק החברות קובע כי "חברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו [...]".<sup>13</sup> החוק אינו מתעכב על הגדרת המונח "פטור", וודאי שאיננו עוסק בהבחנה בין פטור מראש לפטור בדיעבד. לפיכך עלינו להבין את משמעותם של אלו מתוך ההקשר הרחב של הופעת המונח פטור בחוק ומתוך השימוש שנעשה בו בפסיקה. זכור, החוק עצמו עוסק במפורש רק בפטור מראש, ולכן אפתח תחילה בביורור מונח זה.

### 1. פטור מראש

בעניין פויכטונגר הגדיר השופט גרוסקופף באופן כללי מהו פטור: "מתן פטור לנושא משרה משמעו שחרור נושא המשרה מחבות קיימת או עתידית כלפי החברה עצמה. הפטור מגן לפיכך על נושא המשרה מפני האפשרות שהחברה עצמה תתבע אותו, וזאת בין אם כתוצאה מהחלטה של החברה ובין אם כתוצאה מכפייה חיצונית (למשל, על דרך התביעה הנגזרת)".<sup>14</sup> מכאן אנו למדים שמשמעותה הכללית של המילה פטור (בין מראש ובין בדיעבד) היא ויתור של החברה על זכות התביעה שקמה לה בשל הפרת חובת זהירות מצד נושא משרה. ויתור זה, בהנחה שניתן לפי הפרוצדורה הנדרשת ושעמד בתנאים המנויים בחוק ובפסיקה, הוא סופי.<sup>15</sup> מרכיב זה בהגדרת הפטור נובע מתכליתו הכללית. המטרה המרכזית של נתינת הפטור היא לאפשר לנושא המשרה להעמיד עצמו בסיכון עבור החברה מבלי שיחשוש לתביעה עתידית.<sup>16</sup> כדי שנושא המשרה יהיה מוגן מפני תביעות, על הפטור להיות סופי במובן זה שאין הוא מאפשר לחברה לחזור בה לאחר מעשה מנתינת הפטור. אם תהיה אפשרות לעקוף את הפטור באמצעות תביעה נגזרת או אפשרות החברה לחזור בה, נושא המשרה לעולם לא יהיה מובטח מפני תביעה, והרציונל של נתינת הפטור לא יתממש. לפיכך ניתן לומר שהפטור מפקיע את זכות התביעה של החברה, וכך גם אחרים (כגון בעלי מניות) לא יוכלו להיכנס בעתיד לנעליה ולכפות את תביעת נושא המשרה הרלוונטי.<sup>17</sup>

13 ס' 259(א) לחוק החברות.

14 ת"א (מחוזי מר') 8746-10-09 הנאמן על הסדר הנושים של חברת אפקון תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר, פס' 53 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.12.2010).

15 שם.

16 ראו להלן פרק ג.2.

17 חשוב לציין שהניתוח המוצע נכון בכפוף לכך שאם תוגש בקשה להגשת תביעה נגזרת, ימצא בית המשפט שניתן פטור תקף לפי כל התנאים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין אנטורג, לעיל ה"ש 6 (למשל שהפטור ניתן לטובת החברה). במקרה שבו יקבע בית המשפט שהפטור לא עמד בתנאים האמורים, אפשר שהתביעה הנגזרת תאושר. מבחינה זו אי אפשר לומר כי הענקת הפטור מהווה אקט פורמלי המפקיע מכאן ולהבא את יכולת הגשת התביעה הנגזרת, כיוון ששאלת תקפותו נתונה לשיקול דעתו המאוחר של בית המשפט. במובן זה, הפטור מקנה טענת הגנה בעת דיון בבקשה להגשת תובענה נגזרת. אולם מבחינה מהותית, בהנחה שהפטור הניתן תקף, משמעותו היא שבית המשפט יאלץ לדחות את בקשת התביעה הנגזרת, ולכך הכוונה בגוף הטקסט. על התנאים השונים למתן הפטור, שנקבעו בעניין אנטורג כאמור, ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 30–31.

בהמשך לכך, תכליתו של פטור מראש, כאמור, היא להתמודד עם החשש של נושא המשרה מתביעה נזיקית של החברה בגין הפרת חובת זהירות תוך עידודו להגיע למצבי סיכונים עסקיים הנחוצים לפעולתה התקינה של החברה. כלומר, הפטור אמור להיות מרכיב שישפיע על קבלת ההחלטות של נושא המשרה מרגע הענקת הפטור ואילך. אם כך, הפטור הוא למעשה הסכם צופה פני עתיד,<sup>18</sup> אשר מתייחס לאירועים שטרם התרחשו ואפשר שיעלו, אם וכאשר יתרחשו, כדי הפרת חובת זהירות.

לכסוף, דומה כי אשר לפטור מראש ביכולתו לעמוד על עוד מאפיין חשוב, שאמנם איננו חלק הכרחי בהגדרתו, אבל כן ניווכח שתהיה לו חשיבות בהמשך – היות הפטור כללי או גורף. מכיוון שהפטור מיועד לעודד את נושא המשרה להגיע למצבי סיכונים רבים יותר, הפטור הניתן מראש הוא לרוב גורף, במובן זה שהוא משחרר את נושא המשרה מכל אחריות הקשורה בשמירה על חובת הזהירות. ניתן אולי לחשוב על מצב שבו החברה מנסה להגביל מראש את הפטור לסוגים מסוימים של הפרות ומכניסה תנאים שיאפשרו זאת מוקדם בכתב הפטור, אולם דומה כי אם תעשה זאת, נושא המשרה צפוי בכל זאת לחשוש מהגעה למצבי סיכונים רבים, ומשכך, תכלית מתן הפטור לא תבוא על סיפוקה. לכן דומה כי ניתן לאפיין את הפטור מראש בתור פטור גורף או כללי, במובן זה שהוא מכוון לתפוס קטגוריה רחבה של מקרים.

## 2. פטור בדיעבד

לאחר הבנת משמעותו של פטור מראש ניתן לבחון את משמעות המונח פטור בדיעבד. לעיל הובהר כי פטור מראש הוא התחייבות החברה כלפי נושא המשרה הצופה פני עתיד ומפקיעה את זכות התביעה של החברה באשר להפרות אפשריות של חובת הזהירות. לעומת זאת פטור בדיעבד מתייחס לאירועים שכבר התרחשו בעבר ואשר הקימו לחברה זכות תביעה.

בשלב זה נחוצה הבחנה חשובה. כאשר עסקינן בהתרחשות אשר כבר קרתה בעבר, היה ניתן להציע שגם החלטה של דירקטוריון החברה שלא לתבוע את נושא המשרה בגין ההפרה, משמעותה למעשה פטור. אלא שלעיל הוסבר, בעקבות דבריו של השופט גרוסקופף, שמשמעות הביטוי פטור היא ויתור על זכותה של החברה לתבוע את נושא המשרה, אשר למעשה מונע מהחברה את האפשרות לחזור בה בעתיד או את אפשרותו של אחר כלשהו (בעל מניות או דירקטור מסוים) לכפות את החברה לכך באמצעות תביעה נגזרת. משכך, דומה כי גם לעניין פטור בדיעבד נחוץ להבחין בין עסקת הפטור האמורה להחלטה רגילה של החברה שלא לתבוע את נושא המשרה בעתיד, שאפשר שתתברר לבסוף כזמנית.<sup>19</sup> הבחנה זו עולה גם מדברי השופט עמית, המצטט את דבריו של בהט:<sup>20</sup>

18 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 22 לפסק הדין.

19 הבחנה זו קיימת גם במשפט האנגלי. ראו R.J.C. Partridge, *Ratification and the Release of Directors from Personal Liability*, 46 CAMBRIDGE L.J. 122, 134–135 (1987).

20 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 25 לפסק הדין.

"כך, מסביר המלומד יחיאל בהט כי 'פטור מראש יש לפרש, כנראה, להבדיל מיכולת החברה הטבעית להימנע בדיעבד מהגשת תביעה' (בהט, בעמ' 504). מדברים אלה ניתן להסיק כי החברה אינה יכולה להעניק פטור בדיעבד, אך היא יכולה להימנע, אד-הוק, מלהגיש תביעה כנגד נושא משרה ודירקטור שהפרו חובה כלפי החברה, בהתאם לשיקול הדעת הניהולי המסור לחברה".

בדבריו אלו מבהיר השופט עמית כי קיים הבדל בין מתן פטור בדיעבד לבין הימנעות אד-הוקית מהגשת תביעה. נתינת פטור בדיעבד חוסמת את החברה מלחזור בה ולתבוע את נושא המשרה ומונעת מבעלי מניות את האפשרות להגיש תביעה נגזרת ולכפות על החברה לתבוע. פרשנות זו של השופט עמית מקובלת גם על הקהילה האקדמית.<sup>21</sup>

לבסוף, כאשר עסקינן בהתחייבות המתייחסת לתוצאות אירוע עבר, ניתן להעלות על הדעת שני מצבים אפשריים: ניתן לדמיין פטור אשר עוסק באירוע אחד או בכמה אירועים ספציפיים וידועים אשר מעלים חשד להפרת חובת זהירות, ומנגד ניתן לדמיין מצב היפותטי שבו החברה מבקשת להעניק פטור גורף לנושא המשרה בגין כל הפרה של חובת הזהירות אשר בוצעה בעבר ויכולה להתגלות ביום מן הימים. אף שמבחינה אנליטית דומה כי גם האופציה השנייה הייתה עשויה להיחשב פטור בדיעבד,<sup>22</sup> דומה כי במשפט הישראלי מעמדו של הפטור מהסוג השני הוכרע זה מכבר: נקבע שפטור בדיעבד ניתן רק לאחר גילוי של נושא המשרה על העובדות שהקימו את הצורך בפטור.<sup>23</sup> כלומר, לא ניתן להעניק פטור גורף שבו החברה מוותרת על כל זכות תביעה נגד נושא המשרה גם על הפרות שלא באו לידיעתה. לפיכך אף שתאורטית ניתן לדבר על פטור בדיעבד גורף, נקודת המוצא לדיון במאמר זה היא שאנו עוסקים בפטור נקודתי הניתן להפרה אחת ידועה, או לכמה הפרות ידועות, של חובת הזהירות שהתרחשו טרם הענקת הפטור.

אם כן, הפטור בדיעבד יוגדר לצורכי מאמר זה כך: התחייבות צופה פני עבר המתייחסת לאירוע נקודתי ידוע, שכוללת ויתור על זכות התביעה של החברה בגין הפרת חובת הזהירות שקמה בעקבות האירוע האמור.

21 שם; חנס, לעיל ה"ש 10; יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 236 (2010); בר-מור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103–104.

22 המסקנה כי מבחינה אנליטית היה ניתן להעלות על הדעת פטור בדיעבד גורף עולה גם מהדברים שנאמרו בעניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, בפס' 26 לפסק הדין: "[...] אני סבור כי במצב הדברים הרגיל, על מנת שהחלטה לפטור בדיעבד תעמוד בדרישה של טובת החברה, ראוי, ככל שניתן, כי החלטה תתייחס לפעולה או מחדל ספציפיים או להפרה ספציפית של חובת הזהירות כלפי החברה, להבדיל מנוסח גורף למתן פטור לפעולות שנעשו בעבר".

23 שם. הצורך בגילוי נותח בהרחבה גם במשפט המקובל. ראו R. Baxt, *Judges in Their Own Cause: The Ratification of Directors' Breaches of Duty*, 5 MONASH U. L. REV. 16 (1978); Mary A. Jacobson, *Note, Interested Director Transactions and the (Equivocal) Effects of Shareholder Ratification*, 21 DEL. J. CORP. L. 981, 993–994 (1996).

## ב. העובדות והשאלה המשפטית שבבסיס פסקי הדין בעניין אנטורג ואש

משעמדנו על משמעות המונח פטור בדיעבד, ניתן כעת להציג את השאלה המרכזית שבבסיסו של המאמר – האם חברה רשאית להעניק לנושא משרה פטור בדיעבד בגין חובת זהירות שהופרה? שאלה זו עמדה במוקדה של פרשת אנטורג<sup>24</sup> ונדונה גם בפרשת אש<sup>25</sup>.

### 1. תיאור הפרשות

לפרשת אנטורג שני גלגולים. הדיון הראשון בפרשה נערך בבית המשפט המחוזי בפני השופט גרוסקופף.<sup>26</sup> בקיצור נמרץ, מדובר בעסקת מקרקעין מפוקפקת שביצעה חברת פסיפיקה ברומניה. נטען כי במסגרת אותה עסקה הוציאה החברה כסף לרכישת קרקעות מבלי שקיבלה דבר בתמורה.<sup>27</sup> בעלי המניות ביקשו לאשר תביעה נגזרת נגד נושאי המשרה בחברה בטענה שאלו אחראים לנוק שנגרם לחברה מאותן עסקאות. אחת מטענות ההגנה של נושאי המשרה הנתבעים הייתה כי החברה סיפקה להם כתבי פטור, ולכן אין לה אפשרות לתבוע אותם.<sup>28</sup> טענת התובעים הייתה כי לכתבי פטור אלו אין תוקף כיוון שהם ניתנו לנושאי המשרה לאחר ביצוע העסקאות,<sup>29</sup> והם בבחינת פטור בדיעבד. מטבע הדברים, אחת השאלות המרכזיות שעלו במסגרת הדיון הייתה אם החברה יכולה להעניק לנושאי המשרה פטור בדיעבד. בפסק הדין קבע השופט גרוסקופף כי ניתן לתת פטור בדיעבד לנושאי המשרה, בכפוף לכמה תנאים: ראשית, על הפטור לעבור את הליך האישור הנדרש לפי סעיפים 270–275 לחוק החברות; שנית, ההחלטה ניתנה לאחר גילוי מלא של נושאי המשרה את העובדות הרלוונטיות לנתנת הפטור; שלישית, על עסקת הפטור להיות לטובתה של החברה.<sup>30</sup> לגופו של עניין קבע השופט גרוסקופף כי במקרה הנידון נמצאו ראיות לכאורה שכתבי הפטור לא עמדו בתנאים האמורים, ולכן החליט להתיר את התביעה הנגזרת. הערעור שהוגש לעליון נדחה בידי השופט עמית,<sup>31</sup> אך במסגרת פסק הדין הוא בחר להשאיר את שאלת תוקפו של הפטור בדיעבד כשאלה פתוחה, מכיוון שגם אם יש תוקף לפטור, הרי שהפטור שניתן במסגרת הפרשה לא עמד בתנאים הנדרשים, ולכן בכל מקרה היה חסר תוקף.<sup>32</sup>

לאחר פרשת אנטורג עלתה שאלת תוקפו של הפטור בדיעבד בשנית. בפרשת אש הובאה לפני שופטת המחלקה הכלכלית, רות רונן, בקשה לתביעה נגזרת. באותה פרשה טענו בעלי המניות לקיומן של עסקאות שבהן קבוצת השליטה ניצלה את כוחה כדי להשיג

24 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6.

25 עניין אש, לעיל ה"ש 7.

26 עניין פסיפיקה, לעיל ה"ש 5.

27 שם, פס' 1 לפסק הדין.

28 שם, פס' 25 לפסק הדין.

29 שם, פס' 22 לפסק הדין.

30 שם, פס' 46–47 לפסק הדין.

31 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 26 לפסק הדין.

32 שם.

הטבות עבורה בצורה שפגעה בשאר בעלי המניות.<sup>33</sup> במקרה זה ניסו להתגונן כמה נושאי משרה בטענה שהם מחזיקים בכתבי פטור אשר מונעים את הטלת האחריות עליהם בגין הפרת חובת הזהירות. טענה זו הושמעה הן באשר להחלטות מסוימות אשר התקבלו לאחר מתן הפטורים והן באשר להחלטות מספר אשר התקבלו טרם קבלת הפטורים. אשר להחלטות מן הסוג האחרון, הרי שאם הפטור שניתן עוסק בהן, הרי שמדובר בפטור בדיעבד. ברמה העקרונית הסבירה השופטת רונן כי יש תוקף לפטור בדיעבד,<sup>34</sup> אלא שלדבריה, במקרה הספציפי היו כתבי הפטור שניתנו פטורים מראש, ולכן אינם תקפים להחלטות שנתקבלו טרם הענקת הפטור. לענייננו, חשיבות פסיקה זו היא בהכרה הבלתי מסויגת של השופטת רונן בתוקפו של הפטור בדיעבד.

## 2. השאלה המשפטית – הסדר שלילי או חסר בלשון החוק?

ראשיתו של דיון משפטי היא בלשון החוק.<sup>35</sup> מסיבה זו השאלה הראשונה שעולה בדיון על פטור בדיעבד היא שאלת הפרשנות הראויה לסעיף 258(ב) לחוק החברות, הקובע ש"חברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריותו בשל הפרת חובת הזהירות כלפיה, בהתאם לקבוע בפרק זה בלבד".<sup>36</sup> אבן הנגף הפרשנית בהקשר זה היא הבנת חלקו האחרון של המשפט. בהמשך, הוראות הפרק השלישי לחלק השישי בחוק החברות מסדירות אך ורק את התנאים שבהם יכולה חברה להעניק פטור שניתן מראש.<sup>37</sup> אל מול ההתייחסות המפורשת בחוק לאפשרות הענקת הפטור מראש ניצבת שתיקה של המחוקק באשר לאפשרות הענקת הפטור בדיעבד. השאלה המשפטית היא אפוא כיצד יש להבין את היעדר ההתייחסות מצד המחוקק לאפשרות הענקת הפטור בדיעבד. התשובה לשאלה זו קשורה להבנתנו את סעיף 258(ב). עמדה ראשונה יכולה לגרוס כי סעיף 258(ב) האמור יוצר הסדר שלילי אשר מונע כל אפשרות להענקת פטור שלא לפי הוראות הפרק. מכיוון שהפטור בדיעבד איננו מוסדר בפרק, לא ניתן אלא להסיק שהמחוקק ביקש לאסור את האפשרות הזו (גישה זו תכונה להלן "גישת ההסדר השלילי").<sup>38</sup> מנגד, עמדה שנייה יכולה לגרוס שגדרי סעיף 258(ב) וההסדר השלילי שהוא יוצר עוסקים מלכתחילה רק במקרה של פטור מראש, ואילו שאלת הפטור בדיעבד אינה מוסדרת אף לא בסעיף זה, ומשכך ההסדר השלילי לא חל עליה. דהיינו, גישה זו גורסת כי היעדר ההתייחסות לאפשרות של הענקת פטור בדיעבד היא חסר בלשון החוק,

33 עניין אשש, לעיל ה"ש 7, פס' 7-30 לפסק דינה של השופטת רונן.

34 שם, פס' 78-79 לפסק דינה של השופטת רונן.

35 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 222 (1998).

36 ההדגשה הוספה.

37 כך למשל קובע ס' 259(א) לחוק החברות כי "חברה רשאית לפטור, מראש, נושא משרה בה מאחריותו, כולה או מקצתה, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה, אם נקבעה הוראה לכך בתקנון".

38 גישה זו ניתן למצוא במפורש אצל גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 444. גרוס סבור שאמנם ראוי לאפשר פטור בדיעבד, אך החוק כיום אינו מאפשר זאת. במהדורה החדשה מעלה בהט (בהט, כרך ב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 519-521) את הצדדים לכאן ולכאן, אך מדבריו נראה כי הוא סבור שאין לתת תוקף לפטור בדיעבד.



ומשמעותו שהחוק איננו אוסר על הענקת פטור בדיעבד (גישה זו תכונה להלן "גישת החסר בלשון החוק").<sup>39</sup>

הראיות הפרשניות, ברובד הלשוני, לטובת כל אחת מהגישות אינן חותכות. תומכי גישת ההסדר השלילי יכולים להסתייע בשתי ראיות לשוניות מרכזיות: האחת, העובדה שבסעיף 259(א) קבע המחוקק כי "חברה רשאית לפטור, מראש, נושא משרה בה מאחריותו, כולה או מקצתה, בשל נזק עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה, אם נקבעה הוראה לכך בתקנון".<sup>40</sup> על פי הטענה, סעיף 259(א) יוצר מעצמו את ההסדר השלילי המונע הענקת פטור מראש שלא לפי התנאים המיוחדים המוגדרים בפרק (שינוי התקנון, שמשמעותו למעשה היא גם אישור האסיפה הכללית).<sup>41</sup> משכך, עולה השאלה מדוע הוסיף המחוקק גם את סעיף 258(ב) ואת ההסדר השלילי שהוא לכאורה יוצר. לפי עמדת המצדדים בגישת ההסדר השלילי, אין זה אלא מכיוון שסעיף 258(ב) מוסיף מידע על המידע שמופיע לאחר מכן בסעיף 259(א). סעיף 259(א) יצר למעשה הסדר שלילי שאוסר על הענקת פטור מראש שלא לפי התנאים האמורים, ואילו סעיף 258(ב) אסר על הענקת כל פטור שלא לפי האמור בפרק. כל פטור, כולל פטור בדיעבד. משמע, ההסדר השלילי שמופיע סעיף 258(ב) הוא רחב מזה שהיה ניתן להסיק מסעיף 259(א) שמופיע לאחר מכן, והוא מלמד כי אין אפשרות להעניק פטור בדיעבד כלל.

ראיה שנייה לגישה זו ניתן למצוא בהמשך הפרק, שבו ניתן לראות כי המחוקק טורח להתייחס במפורש לאפשרות של נתינת שיפוי בדיעבד לנושא המשרה.<sup>42</sup> משכך, דומה כי אי אפשר לומר שהאפשרות להשתמש במנגנונים הנסקרים בפרק גם בדיעבד נעלמה מעיני המחוקק או שככלל הסדרת מקרים של הגבלת אחריות בדיעבד איננה רלוונטית. המחוקק היה מודע לאפשרות השימוש בהסדרים הממתנים אחריות בדיעבד ובחר בכירור שלא להתיר את השימוש בפטור בדיעבד במהלך הפרק, ומכאן אפשר להסיק שאי-הסדרת הפטור בדיעבד, בצירוף הדרישה שפטור יינתן "בהתאם לקבוע בפרק זה בלבד" שבסעיף 258(ב), מכוונת ליצירתו של ההסדר השלילי האמור.

לתומכי גישת החסר בלשון החוק תשובות וראיות משלהם. ראשית, עלינו לזכור כי ככלל קיימת רתיעה מקביעה שלפיה הסדר חקיקתי יוצר הסדר שלילי רחב.<sup>43</sup> אשר לטיעון

39 עניין פסיפיקה, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק הדין; גישה זו מופיעה אצל השופט עמית בעניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 26 לפסק דינו. אף שהדברים אינם נאמרים במפורש, ניתן לייחס גישה זו לבר-מור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104, הקובעת כי יש אפשרות לחברה לתת פטור בדיעבד.

40 ההדגשה הוספה.

41 ס' 20 לחוק החברות.

42 ס' 260(ב)(2) לחוק החברות.

43 על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993): "שתיקת החוק בסוגיה משפטית אינה מצביעה בהכרח על 'הסדר שלילי'. שתיקת החוק מדברת בכמה לשונות. לעתים השתיקה מהווה חסר (לאקונה); לעתים השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש. לעתים השתיקה מהווה 'הסדר שלילי'. דבר זה יקרה מקום שתכלית החקיקה הינה לשלול הסדר משפטי מסוים. 'הסדר שלילי' קיים אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא 'שתיקה מדעת' [...] שתיקה היא 'מדעת' מקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר השלילי" (פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביורים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 420-421

הראשון של תומכי גישת ההסדר השלילי ניתן להשיב שאילו כל מטרת סעיף 258(ב) הייתה לרבות על ההסדר השלילי שבלאו הכי מופיע בהמשך (בסעיף 259(א)) את המקרה של הפטור בדיעבד, היה המחוקק קובע במקום זאת במפורש שאין להעניק פטור בדיעבד.<sup>44</sup> דווקא הדמיון שבניסוח שני הסעיפים מראה כי כוונת המחוקק בהם הייתה זהה. בשני הסעיפים הכוונה היא לאותו הסדר שלילי האוסר על מתן פטור מראש שלא לפי הוראות הפרק. דהיינו, בסעיף 259(א), עם או מבלי משים, גילה המחוקק דעתו שכוונתו בהסדר השלילי הייתה רק לפטור מראש שלא על פי תנאי הפרק.

באשר לראיה השנייה של מצדדי גישת ההסדר השלילי, יכולים התומכים בגישת החסר בלשון החוק להשיב כי המחוקק אכן היה מודע לאפשרות של הגבלת אחריות נושא המשרה בדיעבד, אך הסיבה לאי-הסדרתו של פטור בדיעבד בגוף הפרק אינה נובעת מהרצון להכליל אותו תחת הסדר שלילי, אלא מכיוון שאין שום הליך מיוחד של אישור בתקנון המלווה את ההענקה של פטור זה. הוראות הפרק וההסדר השלילי נוגעים רק למקרים של הגבלת אחריות שבהם נדרש הליך מיוחד לאישור הפטור.<sup>45</sup> למשל, סוגיית השיפוי בדיעבד הוסדרה במפורש בפרק מכיוון שלא כל שיפוי בדיעבד הוא מותר אלא רק כזה שניתן לפי התנאים האמורים.<sup>46</sup> לעומת זאת פטור בדיעבד הוא פשוט מותר, ואיננו דורש עמידה בתנאים מיוחדים (כגון אישור מצד האספה הכללית ושינוי התקנון), ומשכך לא היה טעם להזכירו בגוף הפרק.

חיזוק לגישתם יכולים תומכי גישת החסר בלשון החוק להביא מהתבוננות בהיסטוריה החקיקתית של חוק החברות, שיש בה כדי ללמד על כוונת המחוקק לאפשר פטור בדיעבד. עיון בפרוטוקול של ועדת המשנה שהייתה אמונה על תיקון חוק החברות מלמד כי ליו"ר הוועדה, חבר הכנסת ועורך הדין רשף חן, לכל הפחות היה ברור שהחוק איננו אוסר על הענקת פטור בדיעבד. בתגובה לשאלה ששאלה אותו איילת צור, אחת מחברות הוועדה, ענה חן: "שימי לב שבדיעבד היא [החברה] יכולה לפטור אותו [נושא המשרה]".<sup>47</sup> למרות הנחרצות שבהתבטאות זו של יו"ר הוועדה, גם כאן אין מדובר בראיה חד-משמעית, משתי סיבות: ראשית, לא ברור מה הייתה דעתם של שאר חברי הוועדה; שנית, כוונתו

(1998): "על-מנת שנלמד אם משתיקתו של המחוקק בדבר חקיקה אחר עולה הסדר שלילי לעניין החלת דיני עשיית עושר, עלינו לבחון אם קיים ניגוד ישיר וחריף בין אותו דבר חקיקה אחר לבין דיני עשיית עושר. אם לא נמצא כזה, נגרוס בדרך-כלל כי השניים יכולים לדור בכפיפה אחת; נמצא כזה, נוציא את תחולת דיני עשיית עושר [...] מאחר שדעתי היא כי דיני עשיית עושר הם מעין דין-על, העומד לרשותנו במקום שבו ראוי אדם לעילה ולסעד, ואין דין אחר מושיטם לו, נטייתי היא לפרשנות המצמצמת את המקרים שבהם נראה חוקים אחרים כמכילים הסדר שלילי, ובכל מקרה שבו אין הדבר מתחייב מן הכתוב בחוק ומתכליתו, לא ייחשב הוא בעיניי כמכיל הסדר שלילי" (פס' 16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

44 כפי שעשה המחוקק בדלאווור, שחוק החברות שלו היה מונח בפני מנסחי החוק הישראלי. ראו להלן פרק ה.

45 ראו להלן פרק ג; עניין **אשש**, לעיל ה"ש 7, פס' 78 לפסק דינה של השופטת רונן.

46 ס' 260 לחוק החברות.

47 פרוטוקול ישיבה מס' 9 של ועדת המשנה לענין הצעות חוק החברות (תיקון), התשס"ב-2002, הכנסת ה-16, 38 (9.3.2004). ראוי לציין כי ניסיון למצוא דברי הסבר או פרוטוקולים אחרים המתחייבים לעניין במפורש העלה חרס.

הסובייקטיבית של המחוקק איננה סיבה מכרעת להחלטה בנוגע לפרשנות הראויה של החוק.<sup>48</sup>

מכל האמור עולה כי קשה למצוא ראיות לשוניות חד־משמעיות לטובת הגישה האחת על פני השנייה. אף שהשופט עמית גרס כי לשון החוק "מושכת" לכיוון גישת ההסדר השלילי,<sup>49</sup> הראיות שהוצגו לטובת גישת החסר בלשון החוק מצדיקות לכל הפחות בחינתם של טיעונים פרשניים ונורמטיביים שונים. לפיכך בפרק הבא אבקש להראות כי פרשנותה של גישת החסר בלשון החוק עדיפה מצד התאמתה לרעיון המנחה שבבסיס הוראות הפרק הרלוונטי בחוק החברות, ובפרק ד אבקש לטעון שהיא עדיפה מבחינת שיקולי מדיניות רצויה בתחום דיני התאגידים.

### ג. פרשנות הוראות החוק בנוגע לפטור מראש והשלכתן על מעמד הפטור בדיעבד

בתחילתו של פרק זה אניח לרגע בצד את הדיון בפטור בדיעבד ואבחן את הפרוצדורה שדורש החוק באשר להענקתו של פטור מראש. התמקדות זו בפרוצדורה המיוחדת שנדרשת לפטור מראש תסייע לי בחשיפת הרציונל שככל הנראה הנחה את המחוקק באשר להוראות הפרק. אנסה להראות כי ההליך המיוחד שאותו דורש החוק לנתינת פטור מראש מעיד על רציונל מסוים אשר בגינו אישר המחוקק רק פטור מראש שעומד בתנאים מסוימים, ואסר בהסדר שלילי את נתינתו של פטור מראש שאיננו עומד בתנאים האלו. כאשר אשוב לעסוק בפטור בדיעבד לאור האמור, אבקש לטעון שהרציונל שהוצג איננו רלוונטי למקרה של פטור בדיעבד, אשר בינו לבין פטור מראש יש הבדל קטגורי חשוב. לפיכך אבקש לטעון כי למחוקק לא הייתה כל סיבה או רצון לכלול את הקטגוריה של הפטור בדיעבד בגדרי ההסדר השלילי שיצר פרק החוק, מה שמחזק את גישת החסר בלשון החוק ואת הקביעה כי הדיון הקיים מתיר את האפשרות להעניק פטור בדיעבד.

#### 1. הפרוצדורה הנדרשת למתן פטור מראש

לפי הוראות חוק החברות, חברה המעוניינת להעניק פטור מראש לנושא משרה נדרשת לעמוד בשני תנאים שונים: התנאי הראשון הוא הסמכה בתקנון. סעיף 259(א) לחוק קובע שעל מנת לתת פטור יש צורך בקיומה של הוראה מסמיכה בתקנון. הפרוצדורה לשינוי התקנון מופיעה בסעיף 20 לחוק.<sup>50</sup> המשמעות המתקבלת מצירוף שני הסעיפים היא שכדי שלחברה תהיה האפשרות להעניק לנושאי משרה פטור מראש בגין הפרת חובת זהירות, על חברי האספה הכללית (בעלי המניות) להתכנס חד־פעמית ולקבוע הוראה בתקנון המסמיכה את החברה להעניק פטור מראש. לאחר שהחברה הוסמכה בתקנון, היא יכולה להעניק

48 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 377 (1993).

49 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 25 לפסק הדין: "קיצורו של דבר, כי לשון החוק, ההשראה לחוק והתכלית של החוק, 'מושכים' לפרשנות לפיה ההסדר בחוק החברות מהווה הסדר שלילי ולא ניתן לקבל החלטה בדבר הענקת פטור בדיעבד. פרשנות זו סותרת את הגולל על הפטור שניתן למבקשים".

50 ס' 20 לחוק החברות.

פטורים על פי ראות עיניה, כמוכן בתנאי שקיבלה את האישורים הנדרשים לכל פטור בנפרד. התנאי השני שהחברה צריכה לעמוד בו, בהתחשב בכך שכבר יש הסמכה בתקנון, כאשר היא רוצה להעניק פטור לנושא משרה קונקרטי (נתינת "כתב פטור"), הוא העברת ההחלטה דרך מערך אישורים נוסף. סעיף 1 לחוק מגדיר מתן פטור כעסקה בנוגע לאחד מ"תנאי העסקה וכהונה" של נושא משרה.<sup>51</sup> סעיף 270 מגדיר כמה סוגי עסקאות הטעונות אישורים מיוחדים, ובהם עסקה עם דירקטור או נושא משרה שאינו דירקטור כאשר לתנאי כהונתו והעסקתו.<sup>52</sup> על עסקאות מהסוג האמור לעבור את פרוצדורות האישור המיוחדות שנקבעו בסעיפים 271–275, כאשר תנאי סף למתן האישור הוא שהעסקה היא לטובת החברה.<sup>53</sup> האישורים הקונקרטיים שנצרכים במקרה של פטור משתנים מחברה פרטית לציבורית:<sup>54</sup>

א. בחברה פרטית (שאינה חברת אג"ח) פטור לנושא משרה שאינו דירקטור מחייב אישור דירקטוריון ואישור ועדת הביקורת.<sup>55</sup> מתן פטור לדירקטור מצריך אישור של הדירקטוריון והאספה הכללית.<sup>56</sup>

ב. בחברה ציבורית (או חברת אג"ח) אישור פטור לנושא משרה שאינו דירקטור צריך לעבור דרך ועדת התגמול והדירקטוריון,<sup>57</sup> למעט פטור למנכ"ל אשר מצריך, נוסף על אישור של ועדת התגמול והדירקטוריון, גם אישור של האספה הכללית.<sup>58</sup> מתן פטור לדירקטור בחברה ציבורית או חברת אג"ח מצריך אישור של ועדת התגמול, הדירקטוריון והאספה הכללית.<sup>59</sup>

עיון בהליכי האישור השונים למתן פטור מגלה כי ראשית, עסקת מתן פטור צריכה לעבור שני סטים שונים של מערכי אישור. קשה למצוא דוגמה נוספת לעסקאות אחרות בחוק החברות שמחייבות שני הליכי אישור שונים. לרוב, חוק החברות מסתפק במערך אישורים אחד ואינו מחייב מעבר דרך שני נתיבים שונים בעת ובעונה אחת. שנית, גם עצם הדרישה לשינוי התקנון והכנסת ההוראה המסמיכה למתן פטור היא חריגה בנוף. עסקת הפטור היא בוודאי לא העסקה היחידה אשר חברה יכולה לערוך, ואשר קיומה של העסקה יציב את אחד מנושאי המשרה בחברה בעמדה של ניגוד עניינים. כפי שנאמר לעיל, בעסקאות שבהן מתעוררת בעיה של עניין אישי יש צורך באישורים מאורגנים שונים של החברה,<sup>60</sup> אך בכל אלו לא ביקש המחוקק את ההסמכה בתקנון כתנאי מוקדם

51 שם, בס' 1.

52 ס' 270(2) לחוק החברות קובע כי "התקשרות של חברה עם נושא משרה בה שאינו דירקטור, כאשר לתנאי כהונתו והעסקתו" היא אחת מהעסקאות הטעונות אישור. ס' 270(3) קובע קביעה דומה כאשר להתקשרות עם דירקטור.

53 ס' 270 לחוק קובע: "עסקאות של חברה המפורטות להלן, טעונות אישורים כקובע בפרק זה, ובלבד שהעסקה היא לטובת החברה" (ההדגשה הוספה).

54 שם.

55 שם, ס' 272(א).

56 שם, ס' 273(א).

57 שם, ס' 272(ג).

58 שם, ס' 272(11).

59 שם, ס' 273(א).

60 שם, ס' 270–275.

לאישור העסקה. השאלה הנשאלת היא מה מיוחד כל כך בעסקת הפטור אשר מצריכה את שינוי התקנון דווקא במקרה של עסקת פטור (מראש) לנושא משרה.

## 2. הסבר הפרוצדורה לאישור פטור מראש כמענה לבעיית נציג

בתת-הפרק הקודם היה ניתן לראות שהענקת פטור מראש כרוכה במערך האישורים המורכב של כל עסקה עם נושא משרה באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, אך היא כוללת גם את דרישת ההסמכה המוקדמת בתקנון שקשה למצוא דוגמה דומה לה במצבים אחרים של עסקאות עניין אישי. בתת-פרק זה אציג הסבר אפשרי ראשון, שלפיו מטרת דרישת ההסמכה בתקנון החברה כתנאי להענקת פטור מראש היא התמודדות עם בעיית הנציג. פירוש זה נבחן במידה רבה של אינטואיטיביות, ודומה כי הוא שעומד ביסוד גישת ההסדר השלילי ששוללת את אפשרות הענקת הפטור בדיעבד. כפי שאראה בתת-הפרק הבא, אף שבמבט ראשון ההסבר שיוצג כאן נראה מתבקש והגיוני, קריאה זהירה יותר של הוראות הפרק תגלה שההסבר מעלה קשיים ניכרים. על פי הפירוש שיוצג בתת-פרק זה, מטרתו של ההליך הכפול לאישור הענקת פטור כרוכה בניסיון לצמצם את בעיית הנציג. לשם הבנת הסבר זה נחוצה לנו הקדמה קצרה.

חוק החברות מטיל שתי חובות מרכזיות על נושאי המשרה כלפי החברה שבה הם פועלים: חובת אמונים<sup>61</sup> וחובת זהירות.<sup>62</sup> באופן גס אפשר לומר שחובת האמונים באה למנוע מעשי תרמית של נושא המשרה, וחובת הזהירות באה למנוע פעולות רשלניות של נושאי המשרה.<sup>63</sup> הרציונל שמאחורי הטלת חובות אלו הוא להתמודד עם מצב של "בעיית הנציג" (Principal-Agent Problem), הקיים בכל חברה.<sup>64</sup> בעיית הנציג היא מודל כלכלי שנועד לתאר מצבים שבהם אדם עלול להימצא בניגוד אינטרסים מובנה אל מול האינטרס של שולחו. במקרים אלו אדם אחד (הנציג) מנהל את ענייניו של אחר, כאשר פיקוח מושלם על פעולותיו של הנציג איננו מעשי. במקרה מעין זה התוצאה המצופה מבחינה כלכלית, בהנחה כי שני הצדדים הם ממקסמים רציונליים, היא כי הנציג יפעל להשאת הרווח האישי שלו אשר לא בהכרח עולה בקנה אחד עם השאת הרווח של השולח.<sup>65</sup>

בעיית הנציג מתעוררת בהקשרים שונים במסגרת דיני התאגידים, ובהם גם ביחסים שבין בעלי המניות להנהלת החברה. כאמור, ההיבט המרכזי של בעיית הנציג שאתו מתמודדת חובת הזהירות שמטיל חוק החברות הוא החשש שהנציג יתרשל במסגרת מילוי תפקידו. את ההיבט הזה של בעיית הנציג אכנה לצורך הדיון בעיית "הנציג הפזיז". כאשר הנהלת החברה מתבקשת לנווט את פעילות החברה בשוק, היא חושפת את החברה לסיכונים שונים. נושאי

61 שם, ס' 254.

62 שם, ס' 252.

63 חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 491.

64 שם, בעמ' 371–390; זוהר גושן "בעיית-הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט 239, 242–246 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996).

65 Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976).

המשרה עצמם אינם חשופים לסיכונים אלה, שכן שכרם, לרוב, איננו נגזר (לפחות לא במלואו) מרווחיה או מהפסדיה של החברה.<sup>66</sup> לכן עולה החשש שנושאי המשרה ייטו להעמיד את החברה במצבי סיכון שאינם עולים בקנה אחד עם טובתם של בעלי המניות, וינהגו ברשלנות בעת שקילת כלל הסיכונים הכרוכים בכל החלטה והחלטה שעליהם לקבל.<sup>67</sup> חשש זה הוא עיקר ההצדקה להטלתה של חובת הזהירות על נושאי המשרה. חובת הזהירות באה לוודא כי נושאי המשרה ינהגו בסבירות, וזאת באמצעות הטלת סנקציה במסגרת דיני הנזיקין על הפרת חובת הזהירות.<sup>68</sup> מטרתה של החובה היא אפוא למנוע את אדישותם של מנהלי החברה כלפי הסיכונים המוטלים על בעלי המניות, אך בגינה של חובת הזהירות נוצרת לעתים בעיית נציג נוספת ושונה.

בעיית הנציג השנייה שנוצרת במידה רבה בעקבות הטלתה של חובת הזהירות היא בעיה שאותה אכנה לצורך הדיון בעיית "הנציג המורתע". בהטלת חובת זהירות על נושאי המשרה יש כדי להרתיע אותם יתר על המידה. מכיוון שמנהלי החברה חוששים מן הסיכון של נשיאה באחריות נזיקית כלפי החברה ובעלי מניותיה בגין החלטות עסקיות שהם יכולים לקבל, עלולים נושאי המשרה להגיע למצב של הרתעת-יתר. במצב זה יימנעו נושאי המשרה מהסתכנות עבור החברה, גם כאשר אלו סיכונים הכרחיים לפעילותה העסקית של החברה, ומשכך הם רצויים מנקודת מבטם של בעלי המניות.<sup>69</sup>

האפשרות לתת פטור מראש מקנה לבעלי המניות את הבחירה כיצד לתמרן בין בעיות הנציג השונות. חוק החברות נותן את זכות ההכרעה לבעלי המניות בשאלה אם הם מעדיפים להתמודד עם הנהלה "פזיזה" יותר ולפטור את נושאי המשרה או לעמוד מול הנהלה "מורתעת" ולהשאיר את חובת הזהירות על כנה. המחוקק מכיר בכך שיש אינטרס לגיטימי לבעלי החברה להחליט עם איזה מהסיכונים האמורים להתמודד.<sup>70</sup> לפיכך הרעיון המרכזי של הגבלת אחריות נושאי המשרה, ומנגד מתן אפשרות לחברה למתן ולהגביל את כובד האחריות הזו, הוא לאפשר לחברה לבחור כיצד לנהל את הסיכונים העומדים בפני נושאי המשרה אגב התמודדות עם בעיית הנציג.

את הפרוצדורה המיוחדת לאישור מתן פטור לנושא משרה מתבקש להסביר על רקע זה של בעיית הנציג. כאמור לעיל, המחוקק היה מעוניין לאפשר לבעלי המניות לבחור בין הנהלה שקיים חשש להרתעת-יתר, לבין הנהלה שבה קיים חשש שתהיה פזיזה מדי. הבעיה

66 השימוש במנגנוני שכר התלויים ברווחי החברה, כמו בונוסים או אופציות, מיועדים לתמרן את המנהלים לפעול לטובת החברה ביצירת חפיפת אינטרסים (חלקית) בין נושאי המשרה לבין בעלי המניות. ראו גושן, לעיל ה"ש 64, בעמ' 239, 243.

67 Thomas C. Lee, *Limiting Corporate Directors' Liability: Delaware's Section 102(b)(7) and the Erosion of the Directors' Duty of Care*, 136 U. PA. L. REV. 239, 239 (1987)

68 בהט, כרך ב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 448-449.

69 Deborah A. DeMott, *Limiting Directors' Liability*, 66 WASH. U. L.Q. 295, 295 (1988); Daniel R. Fischel & Michael Bradley, Symposium, *The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 71 CORNELL L. REV. 261, 270 (1986); Kenneth E. Scott, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 STAN. L. REV. 927, 935-937 (1983)

70 ברמור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

היא שאם את עצם ההחלטה על הענקת פטור נפקיד בידי נושאי משרה, אשר ייאלצו להכריע אם להעניק פטור לנושאי משרה אחרים או לעצמם, הרי שנמצאנו שוב בסיטואציה של בעיית נציג. כלומר, גם כאן קיים חשש לקבלת החלטה שאיננה לטובת החברה.<sup>71</sup> בתרחיש הבעייתי יותר נושאי המשרה עלולים לאשר פטור מראש לחבריהם ולדורשי טובתם מתוך תקווה שחבריהם יאשרו להם פטור דומה. במקרה הגרוע פחות, מכיוון שנושאי המשרה אינם נושאים בסיכון הכרוך בנתינת הפטור מראש (כי הם אינם מושקעים כלכלית בחברה ברמה המקבילה לזו של בעלי המניות), יכולים עשויים לאשר את מתן הפטור גם כאשר הדבר איננו בהכרח לטובתה של החברה. סיכומו של דבר, במצב בו נושאי המשרה הם שמחליטים על מתן הפטור, עומדים בעלי המניות בפני סיכון של הענקת פטורים מיותרים.<sup>72</sup>

כעת ניתן לנסות ולהסביר את פרוצדורת ההחלטה על הענקת פטור מראש, שנסקרה לעיל,<sup>73</sup> כניסיון להתמודד עם בעיית הנציג הכרוכה בקבלת ההחלטה על נתינת הפטור. מטרתה של ההסמכה בתקנון הנצרכת לפי סעיף 259(א) היא לערב את בעלי המניות בקבלת ההחלטה על נתינת הפטור.<sup>74</sup> שינוי התקנון, כזכור, מחייב את מעורבותה של האספה הכללית, ובכך מאפשר לוודא שהענקת הפטור אכן רצויה לבעלי המניות ואינה פוגעת בחברה וברווחיה. הפרוצדורה המיוחדת משמרת את אפשרות החברה לתמרן בין הסיכונים באמצעות כלי של פטור מראש מבלי לחשוש שבעלי המניות יהיו חשופים לסיכון של קבלת החלטה לא עניינית בנוגע להענקת הפטור.

### 3. קשיים שמעלה פירוש הפרוצדורה כפתרון לבעיית נציג

אף שממבט ראשון נראה כי ההסבר של שינוי התקנון כהליך שנועד להתגבר על בעיית הנציג מסוגל להבהיר את החוק, עיון מעמיק יותר בהוראותיו מעלה כי הסבר זה אינו מצליח להסביר את הדרישה המיוחדת להסמכה בתקנון ולאישור הכפול של הפטור. הטענה הפרשנית שהוצגה היא כי מטרת ההסמכה בתקנון היא צירוף אישורם של בעלי המניות למתן הפטור כדי להתמודד עם בעיית הנציג והבטחת ההגנה על האינטרס של בעלי המניות. אולם עיון בהוראות סעיפים 270–275 מגלה שבסיטואציות רבות, ובוודאי בעסקאות הפטור עם נושאי המשרה החשובים יותר, בעלי המניות מעורבים ממילא בקבלת ההחלטה על נתינת הפטור – בכל הנוגע להענקת פטור לדירקטור או למנכ"ל בחברה ציבורית, נדרש אישור האסיפה הכללית.<sup>75</sup> משמע שבעלי המניות אמורים להיות מעורבים בקבלת ההחלטה בלאו הכי. בדומה לזה, כאשר מדובר בחברה פרטית, גם אז נדרשת מעורבות האספה בכל מתן פטור לחבר דירקטוריון.<sup>76</sup> נדמה כי הפטורים היחידים שבהענקתם אין דרושה מעורבות של בעלי המניות הם פטורים שיינתנו לנושאי משרה

71 חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 580; עניין אשש, לעיל ה"ש 7, פס' 81 לפסק דינה של השופטת רונן.

72 חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 580–582.

73 לעיל הטקסט ליד ה"ש 51–61.

74 שם.

75 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 51.

76 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 57.



שאינם דירקטורים (ואינם מנכ"ל בחברה ציבורית).<sup>77</sup> כלומר, במצבים רבים, ונדמה שאלו החשובים שבהם, מעורבות בעלי המניות מובטחת ממילא. בנוסף, חשוב לציין כי גם במקרים שבהם האספה עצמה אינה מעורבת יש מנגנון אישור קפדני הכולל מעורבות של הדירקטוריון וועדת הביקורת כאשר עסקינן בחברה פרטית, או ועדת התגמול כשמדובר בחברה ציבורית.<sup>78</sup> משכך, לא ברור מדוע היה נחוץ להבטיח את מעורבותם של בעלי המניות בשנית מכוח סעיף 259(א).

בתשובה לטיעון זה היה ניתן להציע שזו בדיוק מטרתו של סעיף 259(א). הסעיף מבטיח את מעורבותם של בעלי המניות בכל עסקה למתן פטור, כולל אלו המועטות, שלפי סעיפים 270–275 לא הייתה נדרשת בהם מעורבותה של האספה הכללית. אולם לטענתי, גם הסבר זה איננו מניח את הדעת. ככלל, הוראות סעיפים 270–275 נועדו להגדיר את כלל המצבים שבהם קיים לאחד מאורגני החברה עניין אישי בעסקה שהוא עורך עם החברה ולהתמודד עמם. במקרים אלו מתעורר חשש לביטוי ספציפי של בעיית נציג, הוזהר לבעיה שתוארה לעיל בנוגע לקבלת ההחלטה להעניק פטור, שבמסגרתה מעורבות של אורגן שמצוי בניגוד עניינים בקבלת ההחלטה עשויה לפגוע בטובת החברה.<sup>79</sup> חוק החברות יצר מנגנון שמטרתו להתמודד עם ביטוייה הספציפיים של בעיית הנציג הזו בהתנתו אישור עסקאות בניגוד עניינים כזה של אחד מאורגני החברה במערך של אישורים ומנגנוני ביקורת שנועד למזער את האפשרות של נושאי המשרה לקבל החלטה אופורטוניסטית.

הענקת פטור מראש מהווה מקרה פרטי נוסף של עסקאות העניין האישי שמצריכות אישור מיוחד לפי סעיפים 270–275.<sup>80</sup> לאור האמור, אם מטרת הדרישה לעיגון הסמכה בתקנון באשר להענקת הפטור היא התמודדות עם בעיית הנציג האמורה, לא ברור במה שונה עסקת הפטור מעסקאות עניין אישי אחרות עד שתדרוש הגנה יתרה. קשה להבין מדוע החשש מבעיית נציג לעניין הענקת פטור הביא את המחוקק להבטיח את מעורבות בעלי המניות, ואילו בעסקאות עניין אישי אחרות לא הייתה נדרשת מעורבות האספה. אין סיבה להניח שעבור סמנכ"ל החברה, לדוגמה, ההשלכות הכלכליות של קביעת השכר, שהוא הכנסה חודשית וקבועה, חשובות פחות מפטור על חובת הזהירות, שהשלכותיה הכלכליות הופכות לרלוונטיות רק במקרה של ניצחון בתביעה נזיקית על ידי החברה. אם אכן אין הבדל גדול בתועלת לנושא המשרה בין קציבת שכרו לבין פטור מחובת הזהירות, הרי שבעיית הנציג צפויה להיות עוצמתית באותה המידה בשני המקרים, ואם כן, לא ברור מדוע בנתנית פטור יש צורך באישור כפול, ואילו קביעת שכר מצריכה אישור רק לפי ס' 271–273.

יתר על כן, גם אם נניח שמטרתה של ההסכמה בתקנון היא להגן על בעלי המניות ולסייע בפתרון בעיית הנציג שבקבלת ההחלטה בדבר הענקת הפטור, דרישה זו לא מגשימה את

77 זאת לפי ההנחה המקלה שכאשר מדובר בנושאי משרה אחרים לדירקטורים אין "עניין אישי". אם לדירקטורים יש קשר כזה או אחר לנושאי המשרה האחרים, הרי שניתן לומר שיש בכך עניין אישי של הדירקטורים, ולכן יש לערב את האספה הכללית גם בהחלטה זו לפי ס' 278(ג) לחוק החברות. לשאלת ההגדרה המדויקת של עניין אישי ראו ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס' 294 (1) (2005).

78 ראו לעיל ה"ש 56, 58.

79 בהט, כרך ב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 547; חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 556–581; עניין ערד השקעות ופיתוח תעשייה, לעיל ה"ש 77.

80 ראו לעיל פרק ג.1.



ייעודה. לפי סעיף 259(א) ניתן לתת פטור מראש רק כאשר קיימת הסמכה כללית בתקנון שתקבע כי החברה רשאית להעניק פטור מראש. כלומר, החל מהרגע שבו הועברה ההוראה המסמיכה פעם אחת בתקנון, יכולה החברה להעניק פטורים מראש ביד חופשית וללא צורך באישור פרטני מצד בעלי המניות,<sup>81</sup> והכול בכפוף לאישורים הנדרשים בסעיפים 270–275. אם הרציונל של ההסמכה בתקנון הוא הגנה על בעלי המניות מפני בעיית הנציג, נראה כי היה על המחוקק להצריך אישור של בעלי המניות לכל פטור ופטור. העברת הוראה בתקנון יוצרת הסמכה כללית, שאינה מקדמת את תכלית ההגנה על בעלי המניות באפקטיביות מפני פעולות אופורטוניסטיות עתידיות.

לבסוף, גם אם נניח שיש לראות בדרישת סעיף 259(א) הליך שמטרתו היא לקבל את אישור בעלי המניות כהתמודדות עם בעיית הנציג, לא ברור מדוע יש צורך לשנות את התקנון. את ההגנה מפני בעיית הנציג בזמן ההחלטה על מתן הפטור היה אפשר להשיג גם לו היה מתבקש אישור האספה, מבלי הצורך בעיגון הוראה במסמכי החברה. הצורך לשנות את התקנון יוצר סרבול מיותר שמטרתו איננה ברורה לפי תאוריה זו.

לסיכום, נראה כי פרשנות הפרוצדורה המיוחדת הדרושה לשם הענקת פטור מראש ככזו המיועדת להתמודד עם בעיית הנציג הנוצרת בעת קבלת ההחלטה על מתן הפטור עומדת בפני קשיים לא מבוטלים. בהקשר זה חשוב לציין שאם החשש מפני בעיית הנציג היה הרציונל המנחה בפרק, אז היה הגיוני (אף כי לא הכרחי) לומר שההסדר השלילי שיוצר סעיף 258(ב) אוסר על הענקת פטור בדיעבד, שהרי גם בעת קבלת ההחלטה על פטור כזה יש התגלמות של בעיית הנציג שתוארה לעיל. אם המחוקק אכן לא מצא לנכון להתיר את הפטור בדיעבד באמצעות מנגנון ההגנה הנוסף שבדרישת ההסמכה בתקנון, הרי שפטור כזה אסור לפי הוראות הפרק השלישי בחלק השישי לחוק החברות.<sup>82</sup> בתת-הפרק הבא אציג גישה פרשנית אחרת שתסביר את הצורך שמעלה המחוקק לשינוי התקנון על יסוד שונה, שאיננו קשור בהגנה נוספת על בעלי המניות. לאחר מכן אטען כי אותו יסוד שונה מנביע את המסקנה שלפיה יש טעם להבין את הוראות הפרק ככאלו המתירות הענקת של פטור בדיעבד.

#### 4. הסבר הפרוצדורה לאישור פטור מראש כהתמודדות עם שינוי יסודי באופי החברה

##### (א) הצגת הגישה הפרשנית והתאמתה להוראות הפרק

בגלל הבעיות השונות שמעוררת הפרשנות של סעיף 258(ב) כהוראה שמטרתה היא להתמודד עם בעיית הנציג בעת קבלת ההחלטה על מתן הפטור, אנסה להציע הסבר אחר להליך האישור של פטור מראש. כפי שצינתי לעיל, בעיית הנציג הקשורה להחלטה על

81 בכפוף לס' 270–273 לחוק החברות.

82 גישה זו באה לידי ביטוי בשיטתה של חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 580. לגישתה, מטרתו של מנגנון האישור לפטור נועד להתמודד עם בעיית הנציג, והיא גם סבורה שאין לאפשר פטור בדיעבד (שם, בעמ' 582–583). אמנם אין היא מסבירה במפורש שהאיסור נובע מחשש לבעיית נציג, אך ניתן להסיק זאת מן הגישה הכללית שלה בנוגע לפרק.

קבלת הפטור היא עניין הדורש התייחסות, ואכן הוא מטופל במסגרת הפרק החמישי לחלק השישי לחוק בהליך האישור שנדרש לפי סעיפים 270–275. עם זאת את שינוי התקנון יש להבין כפרוצדורה שמטרתה שונה.

לפי המוצע במאמר זה, הסיבה שבגינה יש צורך להעביר הוראה בתקנון נובעת מהעובדה שהענקת פטור מראש משנה את אופייה של החברה היות שהיא משנה את כמות ועוצמת הסיכונים שאליהם עתידה החברה לחשוף עצמה. בין חברה שקיימת בה אפשרות לפטור מראש את נושאי המשרה לחברה שבה אין אפשרות זו קיימת ישנו שוני מהותי. חברה שקיימת בה האפשרות להעניק פטור מראש לנושאי המשרה צפויה להיות חברה אשר פעילותה העסקית מעורבת בסיכונים רבים מאלה שתהיה חברה שבה הפטור איננו אפשרי כלל מעורבת בהם. ככלל, שאלת הסיכונים שבהם החברה צפויה להיות מעורבת משפיעה על התחזית באשר לרווחיה של החברה.<sup>83</sup> רווחי החברה והסיכונים שבפניהם היא עומדת הם כמובן מהנתונים הבסיסיים ביותר שמשפיעים הן על משקיעים פוטנציאליים ועל ההחלטה שלהם אם וכמה להשקיע בחברה והן על בעלי המניות הקיימים שמעוניינים לדעת כיצד להתנהל עם ההשקעה בחברה. משכך, דומה כי עצם קיומה של אפשרות להענקת פטור מראש היא שאלה חשובה עבור משקיעים עתידיים ולכן עליה להופיע במסמכי החברה.<sup>84</sup>

כעת ניתן לטענתי להסביר את פרוצדורת אישורו של פטור מראש לאור הטיעון האמור. כפי שנטען לעיל, ההגנה על בעלי המניות מפני בעיית הנציג בעת קבלת ההחלטה למתן פטור מושגת באמצעות המנגנון של סעיפים 270–275 שבפרק החמישי לחוק החברות. הליך האישור הנצרך לפי סעיף 259(א) נועד למטרה אחרת: הכרזה על שינוי באחד ממאפייני העסקיים הבסיסיים ביותר של החברה – הצפי באשר למספר הסיכונים שהיא מוכנה לחשוף עצמה אליהם. חברה העוברת ממצב שבו לא התאפשר פטור מראש למצב שבו נתינת פטור מראש היא אפשרית, משנה במידה זו או אחרת את פניה, שכן לנושאי המשרה שבה קיים כעת מרחב פעולה גדול יותר ומסוכן יותר. כיוון שכך, המחוקק דורש לשנות את התקנון כשם שהוא דורש את שינוי התקנון כאשר החברה משנה את תחומי עיסוקה.<sup>85</sup>

ככלל, מטרתו של התקנון היא כפולה: הסדרת מערכת היחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם<sup>86</sup> והצגת מאפייני הבסיסיים של החברה עבור משקיעים עתידיים.<sup>87</sup> כאשר חברה משנה את האפשרות לתת פטור, שינוי התקנון מתחייב משתי סיבות: ראשית, שינוי הסיכונים הוא נתון בסיסי בחברה, והעברת ההחלטה לתת לחברה אפשרות לתת פטור מראש בתקנון צריכה להיות כפופה לצורה שבה מתקבלים שינויים בסיסיים ומהותיים

83 Norman E. Veasey, Jesse A. Finkelstein & Stephen C. Bigler, *Delaware Supports Directors with a Three-Legged Stool of Limited Liability, Indemnification, and Insurance*, 42 BUS. LAW 399, 401 (1987).

84 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 COLUM. L. REV. 1416, 1421 (1989).

85 ס' 32 לחוק החברות.

86 חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 29.

87 ת"א (מחוזי ת"א) 1248/93 קוגלר נ' תעשיות רוגוזין בע"מ, פ"מ התשנ"ד (1) 251, 257 (1993); Easterbrook & Fischel, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1421.

בחברה. אם בעלי המניות קבעו הליך החלטה מיוחד לשינוי התקנון, הרי שיש להכפיף את האפשרות לתת פטור מראש להליך זה, שכן מדובר ברפורמה ניכרת;<sup>88</sup> שנית, קביעת האפשרות לתת פטור בתקנון היא מעין הצהרה חשובה על כוונת החברה באשר להתנהלות אל מול סיכונים עסקיים, שאותה חשוב לספק למשקיעים פוטנציאליים.<sup>89</sup> לאור ההסבר המוצע, ניתן להשיב לקשיים הפרשניים שהוצגו לעיל. סעיף 259(א), ולמעשה כלל סימן ג' לפרק השלישי בחלק השישי לחוק, אינם עוסקים כלל בהתמודדות עם פן כלשהו של בעיית הנציג. מטרת הוראות החוק בחלק זה איננה הגנה על בעלי המניות בהיבט זה, שכן ההתמודדות עם בעיית הנציג בהקשר של פטור מראש נעשית דרך סעיפים 270–275 כחלק מהטיפול הכללי של חוק החברות בנוגע לעסקאות שבהן לנושאי המשרה יש עניין אישי. עם זאת עולה כעת קושי חדש. כפי שצוין לעיל, בעלי המניות מעורבים במקרים רבים באישורים פרטניים של עסקאות מכוח סעיפים 270–275, ולכן לכאורה הוראות הפרוצדורה של מתן פטור מראש אינן מועילות. על כך יש להשיב שכאשר מדובר בפטור מראש, יש צורך בשינוי התקנון לשם הצהרה על שינוי יסודי באופייה של החברה, ולפיכך אי אפשר להסתפק באישור האספה בלבד.

#### (ב) ההשלכה הפרשנית לעניין פטור בדעבד

זכור, עניינו העיקרי של מאמר זה הוא בשאלה אם החברה יכולה לתת לנושאי המשרה פטור בדעבד. העיסוק בפרוצדורה המיוחדת שמגדיר החוק להענקת פטור מראש נועד לחשוף את הרציונלים שבבסיס הוראות החוק הקשורות לפטור בכלליות, וכן להבהיר את טיבו של ההסדר השלילי שבסעיף 258(ב) ספציפית. בתת-הפרק הקודם הוצע כי הצורך בשינוי התקנון לפי סעיף 259(א) נובע מהרצון לבטא את שינוי מרחב הסיכונים של החברה בתקנון. כעת נבחן מה ההשלכה של מטרה זו על הפרשנות לסעיף 258(ב), שאינו מאפשר הענקה של פטור שלא לפי הוראות הפרק, ואת השלכתו על סוגיית הפטור בדעבד.

אם ההליך המיוחד של שינוי התקנון נובע מהצורך בעיגון השינוי היסודי באופי החברה, הרי שאת ההסדר השלילי שיצר המחוקק ניתן להבין כעת אחרת. מטרתו הכללית של ההסדר השלילי, לפי שתי הגישות, היא להתמודד עם ניסיונות שונים ליצור פטור מראש בעקפת הדרישה הפרוצדורלית המיוחדת של שינוי התקנון. על פי הפירוש שלפיו מטרת הפרוצדורה המיוחדת היא הגנה על בעלי מניות מפני בעיית נציג היה ניתן להגיע למסקנה שההסדר השלילי אוסר גם את הענקת הפטור בדעבד, ואילו הפירוש המוצע כאן מוביל למסקנה שונה. על פי המוצע, מטרת ההסדר השלילי היא למנוע מצב שבו החברה מעניקה פטור מראש, ובכך משנה את אופי החברה בשינוי יסודי מבלי לעבור דרך הצינורות המקובלים (שינוי בתקנון כפי שנובע מסעיף 259(א)).

נדמיין מקרה שבו קבוצה חזקה של בעלי מניות מעוניינת להרחיב את פעילות החברה לתחומים מסוכנים יותר, והאמצעי שלה לעודד את ההנהלה לעשות זאת הוא הענקת פטור

88 ה"פ (מחוזי ת"א) 986/07 יערי נ' חב' מעוז הכרך, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.5.2009); חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 192.

89 צפורה כהן "שחרור נושאי משרה מאחריות – מגמות חדשות" מחקרי משפט יג 381, 387 (1996).

לנושאי המשרה. אולם הקבוצה יודעת כי אין בידה הכוח לעמוד בדרישות המיוחדות לצורך התקנון. קבוצה זו יכולה לחפש דרכים להסיר את החסמים העומדים בדרכם של נושאי המשרה מבלי שתזדקק לעבור דרך הפרוצדורה המיוחדת שבסעיף 259(א). כנגד ניסיונות אלו יצר המחוקק מערך הגנה כפול. ההסדר השליילי שבצמד הסעיפים 258–259 קובע כי הדרך היחידה של החברה להעניק פטור כרוכה בשינוי התקנון. לצדו, סעיף 264(א) קובע כי הוראה בחוזה או בכל דרך אחרת המתנה, במישרין או בעקיפין, על האמור בסממן החוק תהיה נעדרת תוקף. סעיף זה נועד למנוע עקיפה "חיצונית" של ההסדר, כמו במקרה שבו קבוצה מסוימת של בעלי המניות פונה לנושא המשרה ומציעה לו פטור "על חשבונה", דהיינו מעין הבטחה שאם הוא ימצא כמי שהפר את חובת הזהירות, ידאג חברי הקבוצה שלא ייתבע או יוציאו סכומים מכיסם לכיסוי הפיצויים שייפסקו נגדו.<sup>90</sup> לאור האמור, ניתן להסביר מדוע פטור בדיעבד לא נכלל בהסדר השליילי שבסעיף 258. מטרת הסעיף היא כאמור למנוע שינוי מהותי בחברה שלא דרך העמידה בהוראות הפרק, והמרכזית שבהן היא כמובן דרישת העיגון בתקנון. השוני שפטור בדיעבד יוצר בסיכוני החברה איננו רב כמו זה שיוצר פטור מראש, שכן הוא ניתן לאחר מעשה וצופה פני עבר.<sup>91</sup> מסיבה זו פטור בדיעבד משפיע פחות על החלטותיו של נושא המשרה, שלא יכול להסתמך מראש על שיינתן לו פטור בדיעבד.<sup>92</sup> אם כן, פטור בדיעבד אינו משנה את מידת החשיפה לסיכונים מצד החברה שינוי עצמתי, ולכן הוא אינו נלכד כלל ב"רשת" ההסדר השליילי שבסעיף 258, שכל מטרתו היא למנוע פטור שישפיע על החלטות נושא המשרה ושלא ניתן אגב שינוי התקנון. כלומר, יש לראות בפטור בדיעבד משום חסר בלשון החוק, ואי אפשר לזהות כאן כוונה של המחוקק לאסור את האפשרות לתת פטור מסוג זה במהלך העסקים הרגיל.

### (ג) קשיים בפירוש הפרוצדורה כשינוי אופי החברה

הגישה הרואה בפרוצדורת האישור מראש מבטאת את השינוי באופי הסיכונים של החברה אמנם פותרת כמה בעיות פרשניות בפרק, אך אפשר שתהיה חשופה לכמה ביקורות שאותן אפרט בתת-פרק זה. לאחר התמודדות עם הביקורות ארצה לטעון כי למרות קיומם של טיעוני נגד גם כלפי הגישה שהוצעה, בסיכומי של דבר היא מסבירה את הפרק טוב משעושה זאת הגישה שרואה בהוראות התמודדות עם בעיית הנציג.

בעיה ראשונה הקיימת בפרשנות המוצעת היא כי שאר הוראות הפרק לא בהכרח מתאימות לרציונל המוצע. בדומה לפטור, הוראות סעיפים 258–264 מחייבות הליך הסמכה בתקנון גם למקרים שבהם החברה מעוניינת לשפות,<sup>93</sup> או לבטח,<sup>94</sup> את נושא המשרה מפני תביעות בגין הפרת חובת זהירות. את העובדה שביטוח מצריך שינוי תקנון ניתן להבין כפי

90 בהט, כרך ב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 523.

91 אמנם פטור זה עשוי ליצור גם אפקט מצנן מסוים על חובת הזהירות הנוגעת לקבלת ההחלטות בידי נושא המשרה מראש, אך נראה כי אין מדובר באפקט רציני. וראו להלן בתת-פרק ד.2.(ב).

92 בר-מור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104; גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 444.

93 ס' 260 לחוק החברות.

94 שם, ס' 261.

שמבינים את הצורך שבשינוי התקנון עבור הפטור,<sup>95</sup> שכן גם הביטוח משנה את קבלת ההחלטות של נושא המשרה ועשוי להביא את נושא המשרה לקבל עליו החלטות מסוכנות יותר, וכן הדבר בנוגע לשיפוי מראש. אולם, וזהו הקושי הגדול ביותר לפרשנות המוצעת, סעיף 260(ב)(2) מחייב הסמכה בתקנון גם להענקתו של שיפוי בדיעבד. לעיל הוצע שמתן פטור בדיעבד אינו מחייב הסמכה בתקנון, שכן הגבלת אחריות באופן צופה פני עבר אינה משפיעה על החלטותיו של נושא המשרה בטרם התקבלו ועל מידת הסיכונים שהוא מקבל עליו. העובדה שהמחוקק בחר להצריך הליך אישור בתקנון לשיפוי בדיעבד עומדת לכאורה בסתירה עם רעיון זה. ניתן להשיב על הקושי ולומר שהצורך בהסמכה בתקנון לאפשרות להעניק שיפוי אכן אינו נובע מהעובדה שהוא משנה את סיכוני החברה, אלא מכך שהוא עשוי לפגוע בנושים. שיפוי בדיעבד, אם יינתן, יצא מקופת החברה, ולכן הוא צפוי להקטין את ההון שממנו יכולים נושי החברה לגבות.<sup>96</sup> לכן דומה כי על הנושים להיות מודעים מראש לסיכון זה שהחברה תעניק שיפוי ולתמחר את עסקיהם עם חברה אשר מוכנה עקרונית לאשר הסדרים כאלו אחרת מחברה שאינה מוכנה להם. משכך, ההוראה בתקנון על אפשרות לקיומו של שיפוי מטרתה ליצור ודאות כלפי נושי החברה בנוגע לשאלה אם הון החברה העומד מולם עשוי להיות מוקטן לפתע בשל מתן השיפוי.<sup>97</sup> כיוון שהחשש לדלדול הנכסים קיים בין שהשיפוי יינתן מראש ובין בדיעבד, יש לציין את שני סוגי השיפוי בתקנון. משכך, נראה כי העובדה שהמחוקק מכיר בשיפוי בדיעבד אינה סותרת את הרציונל המוצע להוראות פרק החוק. על פי רציונל זה, הפרק מבקש להבטיח שכל מידע עסקי מהותי שמשנה את מצב החברה וחשוב לגורמים השונים שאפשר שיבואו אתה במגע – יהא זה משקיע פוטנציאלי או נושה פוטנציאלי – יהיה שקוף מספיק מראש כדי שהגורמים השונים יוכלו להביאו בחשבון מלכתחילה ולתמחר אותו בעת השקילה אם ברצונם להיכנס למערכת יחסים עסקית עם החברה.<sup>98</sup>

בעיה שנייה שקיימת בפרשנות שהוצעה היא העובדה שההליך הקיים אינו מגשים במלואה את המטרה שלשמה נוצר. כפי שהוסבר, הסמכה בתקנון נצרכת מכוחן של שתי סיבות מרכזיות: ראשית, מדובר בשינוי מהותי של אופי החברה, ויש להכפיפו להליך ההחלטות שנקבע לשינוי התקנון; שנית, יש רצון לספק מידע למשקיעים פוטנציאליים באשר למרחב הסיכונים שצפויה החברה לקבל עליה. הליך האישור כפי שהוא קיים כעת בחוק ממלא יעדים אלו חלקית בלבד. הסיבה המרכזית היא העובדה שהחוק דורש רק

95 במידה רבה, פטור הוא בעצם סוג של ביטוח עבור נושא המשרה. ההבדל בין פטור לביטוח נעוץ בשאלה אם הביטוח נעשה בחברה חיצונית או שהחברה עצמה היא המבטחת. ראו בהט, כרך ב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 522.

96 שם, בעמ' 526.

97 יחיאל בהט חברות – החוק החדש והדין כרך א 496 (מהדורה 13, 2015).

98 במובן זה, קיים שוני מהותי בין שיפוי לפטור. כאשר נושה פוטנציאלי בוחן את יכולת הסולבנטיות של החברה, הוא לרוב בודק את מצבת הנכסים שלה. משמעותו של השיפוי היא שחלק מהנכסים שקיימים בחברה בעת הבדיקה עשויים להיות מנוצלים לצורך שיפוי נושא משרה בעתיד. כיוון שכך, יש ליידע את הנושים מראש על קיומה של האפשרות לפיה הסכום שהם רואים מולם כעת בקופת החברה יקטן אם החברה תבחר לשפות את נושא המשרה בעתיד. לעומת זאת פטור בדיעבד אינו משפיע על מצבת הנכסים בעת הבדיקה, שכן מדובר על כסף שטרם הגיע לקופת החברה. לכן אין צורך להזהיר את הנושים מראש, שכן פטור בדיעבד אינו משפיע על סך ההון של החברה.

הסמכה כללית, ואילו כל פטור ופטור שניתן פרטנית משנה את אופי הסיכונים. אין דומה חברה שבה ניתן פטור מראש לדירקטור אחד לחברה שבה ניתן פטור מראש לכלל נושאי המשרה. אם התקנון אמור לשקף את השינוי באופי הסיכונים בחברה, הן כחלק מהיחסים שבין בעלי המניות והן עבור משקיעים עתידיים, הרי שהיה מוטב לקבוע כי הליך אישור הפטור יחייב שהתקנון יביא לידי ביטוי כל פטור בנפרד. כך יהיה ניתן לראות בדיוק אילו נושאי משרה בחברה קיבלו פטור ואילו לא. מזווית אחרת ניתן לומר שההבדל בין חברה שבה אפשר לתת פטור מראש אבל בפועל הוא ניתן לנושא משרה אחד בלבד לבין חברה שבה אי אפשר לתת פטור מראש כלל, איננו גדול (ואולי אף קטן) מן ההבדל שבין חברה שבה ניתן פטור לנושא משרה בודד לבין חברה שבה כל נושאי המשרה פטורים מאחריות. לפיכך כשם שיש לשקף בתקנון את המעבר לחברה שבה אפשר לתת פטור, כך ראוי לשקף בתקנון את הפטור שיינתן לכל נושא משרה ספציפי נוסף, שכן הדבר צפוי להשפיע על סיכוני החברה במידה ניכרת. ואכן, חוק החברות של דלאוור נקט פתרון מסוג זה, ובמסגרתו כל פטור שניתן צריך להופיע בתקנון.<sup>99</sup>

ניתן להשיב לביקורת זו ולטעון כי אף שמוטב לשנות את התקנון עבור כל פטור ופטור, הדבר כרוך בהליך מסורבל שעלול לבלום את פעילותה הסדירה של החברה.<sup>100</sup> לכן בחר המחוקק לאזן בין הצורך לשקף את שינוי אופי החברה בתקנון לבין הרצון למנוע עיכוב וסחטנות בין בעלי המניות שעלולים להתרחש בעת שינוי התקנון בכל פעם מחדש ויצר פתרון ביניים בדמות הסמכה כללית שכמו מכריזה על מדיניותה הכללית של החברה. העובדה כי חברה מכניסה הוראה לתקנון המסמיכה אותה להעניק פטור יכולה להיות מובנת כמעין הכרזה פומבית על מדיניותה העקרונית של החברה להשתמש בטכניקה זו במקרים המתאימים, ומשכך היא מאותתת על מידע חשוב שעל המשקיעים והנושים של החברה לשקול אותו מלכתחילה.

## 5. סיכום ביניים

אם לסכם את הדיון עד כה, הרי שבפרקים הקודמים ניסיתי לבחון את הרעיון המנחה המונח בבסיסו של הליך האישור המוגדר בסימן ג' לפרק השלישי בחלק השישי של חוק החברות באשר להחלטה על הענקת פטור מראש. לטענתי, הבנת הסעיפים כמתייחסים לשינוי אופייה של החברה מובילה למסקנה שיש לאפשר לחברות את הענקתו של פטור בדיעבד, שכן הוא אינו משנה את אופיים של הסיכונים מראש, וההסדר השלילי אינו חל עליו. בפרק הבא אנסה להראות כי גם מבחינה נורמטיבית מתן אפשרות לחברה להעניק פטור בדיעבד הוא דין ראוי.

## ד. רציותו של פטור בדיעבד

בפרק זה אערוך דיון נורמטיבי באשר לרציותו של פטור בדיעבד בשיטת המשפט הישראלית. דומה כי בפני התומכים בפטור בדיעבד עומדות שתי משוכות מרכזיות, שבהן

<sup>99</sup> Del. Code Tit. 8 § 102(b)(7).

<sup>100</sup> עניין יערי, לעיל ה"ש 88, פס' 4; חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 192.

אעסוק בהרחבה להלן. המשוכה הראשונה היא הערעור על ההבחנה החדה שבין פטור מראש לבין פטור בדיעבד, שכן גם לפטור בדיעבד אפשר שתהיה השפעה על קבלת ההחלטות מראש; שנית, ניתן לטעון כי גם אם נקבל את הרעיון שיש הבחנה בין פטור מראש לפטור בדיעבד, הרי שאין הצדקה לגיטימית לתת אותו. לעומת פטור מראש, המשנה את אופן קבלת ההחלטות בחברה והעשוי להרחיב את תחומי פעילותה של החברה ולהצמיח רווחים, פטור בדיעבד מתייחס לפעולה ספציפית של נושא המשרה שהתרחשה בעבר וככלל אינו משפיע על ההחלטה של נושא המשרה מראש.<sup>101</sup> לכן, יטענו המתנגדים, אין סיבה לאפשר לחברה לתת פטור בדיעבד.<sup>102</sup> במסגרת פרק זה אבחן בנפרד כל טיעון נגד האפשרות לתת פטור בדיעבד ואראה כי בסופו של דבר רצוי לאפשר לחברות לתת פטור מעין זה.

### 1. פטור בדיעבד כמצנן את ההרתעה מראש

טיעון נגד כללי המבקר את העמדה שלפיה ניתן להעניק פטור בדיעבד קשור באפשרות לערער על ההבחנה בין פטור מראש לפטור בדיעבד ולטעון כי היא איננה חדה כפי שנדמה. הצגת מצב העניינים באשר לפטור בדיעבד כמצב שבו אין שום השפעה על קבלת ההחלטות מצד הנציג היא, לפי טיעון הנגד המוצע כאן, לכל הפחות מופרזת. ניתן למשל לתאר מצב שבו נושא המשרה מקבל הבטחה מגורמים בחברה שיודאו כי יינתן לו פטור בדיעבד, במקרה שיזדקק לו בעתיד. בנוסף, ואף אם לא תינתן לנושא המשרה הבטחה מפורשת בעניין זה, החשש הוא שנושא משרה היודע מראש על עצם קיומה של האפשרות לקבל פטור, גם אם לא הובטח לו דבר, יירתע פחות מחובת הזהירות ויפעל ביתר רשלנות בהסתמך על האפשרות לקבל בעתיד פטור. מניעה מוחלטת של האפשרות לתת פטור בדיעבד חוסמת את היכולת של נושא המשרה להסתמך על פטור שיינתן לאחר מעשה, ולכן יש לצפות שהוא ינהג בזהירות יתרה. כלומר, עצם קיומה של אפשרות הענקתו של פטור בדיעבד מחלישה במידה מסוימת את האפקט שביקש המחקק להשיג בעת הטלת חובת זהירות על נושאי המשרה. בשני האופנים הללו עלולה להתעמעם ההבחנה החדה שבין פטור מראש לפטור בדיעבד, שכן נוצרת סיטואציה שבה פטור בדיעבד משפיע על קבלת ההחלטות מראש. ראשית, יצוין כי ברור שבמצב שבו נערך מראש "חווה" עם נושא המשרה שבו מובטח לו שיינתן לו פטור בדיעבד במקרה שיזדקק לו, איננו אפשרי אלא אם הוא ניתן על פי הוראות הפרק בנוגע לפטור מראש, שהרי משמעותו של חווה כזה היא למעשה שהפטור הוא מראש ולא בדיעבד.<sup>103</sup> ואולם, ניתן לומר שגם אם לא נכרת חווה מחייב, גם אז פטור בדיעבד עלול להשפיע על החלטותיו של נושא המשרה, שיכול להסתמך על מתן פטור בדיעבד או בגין הבטחה לא מחייבת שניתנה לו או מכוח מדיניות כללית ולא מוצהרת של החברה לתת פטור בדיעבד במצבים מסוימים.

101 שם, בעמ' 104; גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 444.

102 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 25 לפסק הדין.

103 ניתן לגזור מסקנה זו מהוראות חוק החברות. ס' 264 קובע כי אין תוקף להוראה שמנסה לעקוף את הוראות הפרק בנוגע לפטור, ביטוח ושיפוי. די ברור שהבטחה מראש של פטור בדיעבד היא למעשה ניסיון לעקוף את פרוצדורת אישור פטור מראש, ולכן בטלה.



על כך ניתן להשיב בטיעון המורכב משני נדבכים: ראשית, ההשפעה של פטור בדיעבד על קבלת ההחלטות של נושא המשרה מראש איננה גבוהה, לטענתי, שכן נושא המשרה אינו יכול להסתמך מראש בוודאות שיקבל פטור. כיוון שהליך הפטור כפוף לאישורים שונים, נושא המשרה אינו יכול להבטיח מראש שהוא אכן יקבל אותו בסופו של דבר, ולכן עצם האפשרות לקבל פטור אינו צפוי להשפיע על החלטותיו של נושא המשרה במידה ניכרת.<sup>104</sup> שנית, גם אם לעצם קיומה של האפשרות של נושא המשרה יקבל פטור בדיעבד אכן קיימת השפעה מסוימת על קבלת ההחלטות העסקיות של נושא המשרה מראש, הרי שפגיעה זו איננה סיבה מוצדקת לאסור על מתן פטור מסוג זה. ניתן לשים לב שחוק החברות מעט אמביוולנטי בנוגע לחובת הזהירות.<sup>105</sup> כפי שצוין בפרק הקודם, החוק מצד אחד מטיל את חובת הזהירות על נושא המשרה, אך מהצד השני מאפשר לחברה להחליט שהיא מסירה חובה זו כליל. חובת הזהירות עשויה להציב את נושאי המשרה במצב של הרתעת יתר, ולכן אפשר לומר שגם אם האפשרות לפטור בדיעבד תיצור מצב שבו נושא המשרה יורתע מעט פחות, הדבר איננו חמור כל כך. חובת הזהירות משמשת מעצור בפני השקעות בעלות סיכונים ותשואות גבוהות יותר, וצינון מסוים שלה לא בהכרח פוגע בבעלי המניות, שכן לחובה זו פן הרתעתי שלילי.<sup>106</sup> ראיה לדבר ניתן למצוא בכך שישנם מנגנונים אחרים בחוק החברות שיוצרים צינון מסוים לחובת הזהירות מראש, כמו האפשרות להגיע עם נושא המשרה לפשרה. כך, גם כאשר מוגשת תביעה נגזרת נגד נושא המשרה, בעלי המניות יכולים להגיע איתו לפשרה או לאשרר את הפעולה לפני הגשת התביעה.<sup>107</sup> מכאן, שאף חוק החברות עצמו לא מגן על חובת הזהירות באופן "הרמטי" וקיימות אפשרויות שונות שמצננות חובה זו.<sup>108</sup>

## 2. העלויות והתועלות שבפטור בדיעבד

לאחר שראינו כי ניתן להבחין בין פטור מראש לפטור בדיעבד, עלינו לשאול אם הבחנה זו עלולה להפוך למעשה לחרב פיפיות. כפי שצוין בתת-הפרק הקודם, פטור מראש אמנם פוגע בהרתעת נושא המשרה, אך הוא מביא בצדו תועלת רבה, בדמות יכולת החברה להתפתח ולצמוח לכיוונים שאליהם לא הייתה יכולה להגיע ללא נתינת הפטור. ממבט ראשון על פטור בדיעבד נראה כי הוא איננו מביא תועלת, שכן הוא ניתן לאחר מעשה ואיננו משפיע (במידה ניכרת) על קבלת ההחלטות של נושאי המשרה מראש. לכן ניתן לומר שאין לאפשר לחברות להעניק פטור מעין זה, כיוון שהוא איננו מסייע בפתרון בעיית "הנציג המורתע" שבגינה ניתנה מלכתחילה לחברות האפשרות להעניק פטור מראש.<sup>109</sup> בתת-פרק זה אנסה

104 בר-מור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104; גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 444.

105 בהט, כרך ב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 448–449.

106 Yoram Danziger & Omri Rachum, *Twaig, Re-evaluating the Justifications for the Existence of an Independent Duty of Care*, 9 COMPANY LAW. 265, 273–274 (2014).

107 גרוס, חוק החברות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 328.

108 ראוי לציין, כי עובדה זו, לפיה קיימים מנגנונים בחוק החברות שמצננים את חובת הזהירות, עשויה גם להצביע על כך שהתוספת השולית של פטור בדיעבד לצינון חובת הזהירות על המנגנונים הקיימים בחוק החברות למניעת תביעה נגד נושא המשרה איננה משמעותית.

109 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 70–71.



להתמודד עם הטיעון בשני מישורים: במישור הראשון אנסה להראות כי קיימת תועלת באפשרות לתת פטור בדעבד, שבגינה ניתן להצדיק את האפשרות להעניק אותו; במישור השני, אנסה להראות כי עלינו לשנות את נקודת המוצא, ולראות את האפשרות לתת פטור כחלק מהפררוגטיבה הבסיסית של החברה.

#### (א) פטור כנכס

התועלת הראשונה שעליה ניתן לחשוב כאשר ניתן פטור בדעבד היא לראות בפטור שימוש בנכס של החברה. כלומר, זכות התביעה לאחר הפרת חובת הזהירות היא נכס של החברה. נראה שכשם שכל אדם בעל זכות משפטית יכול לבחור אם לממש את זכותו לתבוע ואם לכרות הסכם ויתור עם בעל החובה כלפיו, כך אין סיבה שלחברה לא תהיה אפשרות בחירה כזאת.<sup>110</sup> בתנאי שוק חופשי יש להניח שהחברה היא מנהלת הנכסים הטובה ביותר עבור עצמה. כיוון שהתביעה היא נכס, אין סיבה למנוע מן החברה את האפשרות להשתמש בו כראות עיניה כמו כל אדם פרטי.<sup>111</sup>

כאשר החברה בוחרת לתת פטור בדעבד, היא יכולה להיות מונעת משתי מוטיבציות שונות: האפשרות האחת היא שימוש בפטור בדעבד כ"קלף מיקוח". אפשרות אחרת היא לתת את הפטור כמחילה של החברה על פעולות "גבוליות" של נושא המשרה שאמנם נחשבות אובייקטיבית כהפרה של חובת הזהירות, אך החברה עצמה סבורה שמדובר בפעולה סבירה בהתחשב בנסיבות. להלן אעמוד בהרחבה על יתרונות אלו.

שימוש בפטור בדעבד כ"קלף מיקוח" מגיע מתוך ההבנה שאפשרות התביעה של החברה נגד נושא המשרה היא סוג של נכס כלכלי שניתן לסחור בו. כשם שאנשים פרטיים מוותרים על תביעות ומגיעים להסכמי פשרה כדי לקבל הטבות שונות, כך ראוי לאפשר זאת לחברה. כנגד ויתור על התביעה יכולה החברה לקבל תמורה נגדית, וכפי שמציין השופט עמית:<sup>112</sup>

"אף ניתן לחשוב על מצבים בהם פטור בדעבד יהיה הוגן, סביר ולטובת החברה. כך, לדוגמה, ייתכן כי הפטור בדעבד יינתן כנגד תמורה שתקבל החברה, ייתכן כי החברה תמצא כי ניהול התביעה והמשאבים הכרוכים בכך אינו משתלם, ייתכן כי לחברה יש עניין שנושא המשרה ימשיך לעבוד בחברה, ועוד. מנגד, במצב דברים מעין זה, החברה יכולה להימנע מהגשת תביעה, ללא צורך בקבלת החלטה מפורשת בעניין ועיגון הדברים בתקנון [...]".<sup>113</sup>

Sarah Worthington, *Corporate Governance: Remediating and Ratifying Directors' Breaches*, 110 116 L.Q. REV. 638, 655–656 (2000).

111 שם.

112 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 26 לפסק הדין.

113 משתמע מכאן שהשופט עמית סבור שפטור בדעבד מצריך הסמכה בתקנון. לאור האמור בפרק הקודם נראה שרק פטור מראש מצריך הסמכה, ופטור בדעבד לא. אף השופט גרוסקופף אינו מציין צורך בהסמכה לפטור בדעבד, ודומה כי גם לדעתו של השופט עמית אין צורך בהסמכה לפטור בדעבד, שכן בהמשך פסק הדין הוא אינו מזכיר צורך בשנית.

בסוף דבריו מעלה השופט עמית טיעון נגד היתרון של שימוש בפטור כ"קלף מיקוח". לשיטתו, כדי להשיג את ההטבה הרצויה מנושא המשרה החברה יכולה להימנע מפתיחה בהליכים, וגם אין צורך לתת פטור הכרוך בהתחייבות שלא לתבוע את נושא המשרה בעתיד. ניתן להשיב על טיעון זה ולומר שהחברה אכן יכולה להימנע מהגשת הליכים מבלי להתחייב לתת פטור, אך מנגד סביר להניח שגם התמורה שתקבל מנושא המשרה תהיה שווה פחות. מבחינת נושא המשרה, הימנעות אד-הוקית של החברה מתביעה משאירה אותו חשוף לשני סיכונים: ראשית, נושא המשרה חשוף להפעלתה של אפשרות התביעה באמצעות תביעה נגזרת בידי חלק מבעלי המניות, ובנוסף הוא חשוף לסיכון שגם ללא תביעה נגזרת תשנה החברה את דעתה בעתיד ותחליט לפתע לתבוע אותו. משכך, ברור כי להימנעות זו שווי כלכלי פחות מאשר לפטור בדיעבד שמסיר מכתפי נושא המשרה את החשש האמור. כך, פטור בדיעבד הוא כלי שיכול לאפשר לחברה להשיג תוצאות טובות מאלה שבהימנעות זמנית מתביעה. שלילת האפשרות לתת פטור בדיעבד מכול וכול היא למעשה הקטנה של מערך הכלים הקיים לחברה כאשר היא מנהלת משא ומתן עם נושא המשרה.

אפשרות שנייה של החברה להשתמש בפטור בדיעבד היא כסוג של "חנינה" לנושא המשרה. מדובר על מקרים שבהם נושא המשרה קיבל החלטה שאמנם היוותה הפרה של חובת הזהירות, אך החברה מעוניינת לפטור אותו מאחריות אם משום שהחלטה זו נראית בעיני החברה תקינה וסבירה ואם בשל נכונותה של החברה למחול לנושא משרה שלבד מהחלטה גבולית אחת, תפקודו היה איכותי ומשביע רצון בדרך כלל. השימוש בפטור בדיעבד כ"חנינה" יכול לתמרץ לאחר מכן את נושא המשרה להתאמץ לטובת החברה בעתיד כדי לתקן את הנזק שיצר. כך או כך, אלו שתי סיבות שבגינן לחברות יכול להיות רצון לגיטימי שמצדיק את האפשרות להענקת פטור בדיעבד, אף שהוא איננו מסייע בפתרון בעיית "הנציג המורתע".

### (ב) היתרון שבפטור נקודתי

מלבד ראיית הפטור כנכס ניתן להוסיף כי במובנים מסוימים אפשרו שימוש בפטור בדיעבד עדיף מפטור מראש. מכיוון שפטור מראש הוא גורף,<sup>114</sup> הגבלת אחריות נושא המשרה מראש היא מהלך דרסטי, שבמסגרתו החברה "מחסלת" כליל את חובת הזהירות של נושא המשרה כשהיא סומכת עליו שיקבל את ההחלטות הנכונות. לעומת זאת פטור בדיעבד מאפשר לחברה לקבל את ההחלטה נקודתית ולמצוא את האיזון המדויק לכל הפרה והפרה.<sup>115</sup> דהיינו, החברה יכולה להחליט אל מול סט נתון של עובדות אם ההחלטה של נושא המשרה הייתה סבירה או לא ולהגיב בהתאם בתביעה או במתן פטור. מסיבה זו ניתן לומר שמבחינת ההרתעה פטור בדיעבד יוצר איזון עדין מזה שיוצר פטור מראש. פטור מראש מקנה ודאות רבה לנושא המשרה, ולכן מאפשר לו להעמיד את החברה (וגם את עצמו) בסיכונים גדולים יותר, ואילו פטור בדיעבד מקטין את הודאות של נושא המשרה (וממילא גם את הסיכונים העסקיים שיהיה מוכן לקחת עבור החברה), אך מאפשר לחברה לשמור את אלמנט ההרתעה כשהוא מרוכך. מדובר אפוא במבנה ייחודי שיכול להתקיים רק

114 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 18–19.

115 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 21–23.

פטור בדיעבד, ועל כן אין לחסום אותו. גם שימוש בתובנות מהניתוח ההתנהגותי של המשפט מחזק את המסקנה הזו. בעת החלטה על מתן פטור מראש אפשר שהחברה תהיה נתונה להשפעתן של הטיות קוגניטיביות שונות, כגון הטיית אופטימיות היתר, שיש בה כדי להוביל לכך שהחלטה תתקבל במחשבה שהסיכון להיפגע קטן ממה שהוא באמת.<sup>116</sup> בנוסף, למקבל ההחלטה עלול להיות קושי רב לחזות הסתברויות עתידיות להפירה ואת שיעור הנזק.<sup>117</sup> הטיות אלו ואחרות עשויות להביא לאישורו של פטור מראש גם אם איננו אופטימלי עבור בעלי המניות.<sup>118</sup> לעומת זאת בנוגע לפטור בדיעבד, דומה כי חומרתן של הטיות מסוג זה מצטמצמת במידה ניכרת.<sup>119</sup>

השיקולים האמורים באים לידי ביטוי בתחומי דין שונים שבהם ניתן לראות בביורור שפטור בדיעבד עדיף על פטור מראש. השופט גרוסקופף מציין בעניין פסיפיקה והשופטת רונן – בפסק הדין בעניין אשש כי בדיני העבודה אין אפשרות לוותר על הזכויות מראש, אך ניתן לוותר עליהן בדיעבד.<sup>120</sup> דינים אלו מבטאים את העדיפות שיש לפטור בדיעבד על פני פטור מראש בהיות נתינתו נקודתית, כאשר לנגד עיני המוותר מצויים כלל השיקולים והנתונים על הפרת חובת הזהירות.

### (ג) שינוי נקודת המוצא

שני הטיעונים שהובאו לעיל יצאו מנקודת מוצא שלפיה פטור בדיעבד הוא בעייתי, ויש להצדיק אותו רק אם תימצאנה תועלות בצדו. במסגרת תת-פרק זה אנסה להצדיק את האפשרות לתת פטור בדיעבד בנתיב שונה. נתיב זה אינו משיב לטיעוני הנגד, אלא מאיין אותם מלכתחילה, ולפיו יש לשנות את נקודת המוצא שממנה אנו בוחנים את סוגיית הפטור בדיעבד. לטענתי, נקודת המוצא לדיון צריכה להיות שכל פעולה מותרת לחברה, ונחוצה סיבה מוצדקת בשביל לאסור עליה פעול מסוימת, ובכלל זה, מתן פטור בדיעבד. סעיף 4 לחוק קובע כי "חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד". מכאן שברירת המחדל היא שלחברה יש חופש

Christine Jolls, *Behavioral Law and Economics*, in BEHAVIORAL ECONOMICS AND ITS APPLICATIONS 115, 128–129 (Peter Diamond & Hannu Vartiainen eds., 2007); Eric A. Posner, *Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law*, 11 SUP. CT. ECON. REV. 125 (2003).

117 ש.ם.

118 לסקירה מקיפה של הטיות שונות שעלולות לפעול במצבים של פטור מראש ראו Tom Baker & Timothy D. Lytton, *Allowing Patients to Waive the Right to Sue for Medical Malpractice: A Response to Thaler and Sunstein*, 104 NW. U. L. REV. 233 (2010).

119 אמנם בפטור בדיעבד עלולה להתחזק הטיית החכמה-בדיעבד (hindsight bias), שמוכיחה אנשים לחשוב שמה שקרה בפועל גם היה צפוי מראש. הטייה זו עלולה להביא את החברה למעט במתן פטור בדיעבד, משום שתהיה סבורה שהיה על נושא המשרה לחזות את התקלה מראש גם כאשר אין אלו פני הדברים. עם זאת נראה שההשלכות של נתינת יתר של פטור מראש עשויה להיות הרסנית לחברה יותר מנתינת חסר של פטור בדיעבד, מכיוון שפטור מראש הוא גורף, וכל מטרתו היא לשנות את אופייה של החברה. פטור בדיעבד הוא בעל השלכות מצומצמות יותר, כאמור לעיל בטקסט ליד ה"ש 107.

120 עניין פסיפיקה, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק הדין; עניין אשש, לעיל ה"ש 7, פס' 46 לפסק דינה של השופטת רונן. ניתוח של הבעייתיות של ויתור מראש ניתן למצוא במאמרו של סנסטין: Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L. REV. 205 (2001).

לבצע כל פעולה המתיישבת עם אופייה. ככלל ניתן לומר כי חוק החברות אמנם מגדיר פעולות שונות ומגוונות שאותן החברה יכולה לעשות רק בצורה מסוימת או פעולות שהחברה אינה יכולה לעשות כלל, אך נקודת המוצא היא שכל פעולה שלא הוגדרה בחוק (או נשללה על ידיו) מותרת במסגרת חופש הפעולה של החברה. רעיון זה מתאים לעקרונות היסוד בדבר חופש החוזים והפעולות של ישויות משפטיות במסגרת השוק החופשי. לאור האמור, ושלא כטיעון הגורס שאין טעם מיוחד לאשר את הפטור בדיעבד מכיוון שאין בו יתרונות זהים לאלו של הפטור מראש, ניתן לומר שנקודת המוצא של הדיון צריכה להיות שהחברה יכולה לעשות כל פעולה שתוצאה, ובלבד שאין סיבה מספקת לשלול אותה.<sup>121</sup> סיבות שונות יכולות להוביל למסקנה שרצוי למנוע מהחברה עשיית פעולות משפטיות במצבים מסוימים. הרצון להגן על נושים, לדוגמה, מחייב את החברה לבצע הליך מסוים ולעמוד בתנאים מוגדרים בחוק בטרם תוכל לחלק דיבידנד.<sup>122</sup> בעיות הנציג השונות מביאות להטלת חובות על נושאי המשרה, שעליהן דובר לעיל.<sup>123</sup> היוצא מכל האמור הוא שגם אם קיימות סיבות התומכות בהצרת חופש הפעולה של החברה, הרי ש"נטל הראיה" הוא על הגישה שתהיה מעוניינת להגביל את פעילותה של החברה. נשוב כעת לעניינו של פטור בדיעבד. לאור שינויה של נקודת המוצא ביחס לחופש הפעולה של החברה, ניתן לומר שנחוץ למצוא סיבה נגדית כבדת משקל, על מנת שנגיע למסקנה שראוי לאסור על הענקת פטור בדיעבד. דברים אלו קיבלו ביטוי חד בדבריו של השופט גרוסקופף:

"[...] אין מקום להגביל את הפרווגטיבה הניהולית של החברה להחלטות בדבר הימנעות מתביעה, וראוי להכיר בכוחה של חברה גם לוותר על הפרות עבר שבוצעו כלפיה, וזאת בין אם הפרות אלו מתייחסות לחובת הזחירות ובין אם הן מתייחסות לחובת האמונים. ויודגש, סמכות זו נובעת, כאמור, מעקרונות משפטיים כלליים, ולא מההסדר המיוחד שנקבע בחוק החברות".<sup>124</sup>

### 3. מסקנת בניים

לאחר ניתוח הדין בישראל נראה כי אף שניתן למשוך את לשון החוק לשני הכיוונים, הגישה המאפשרת את הענקתו של הפטור עדיפה. עדיפותה של גישה זו מתבטאת בהיותה מתאימה יותר להבנה הפרשנית של הפרוצדורה הקיימת באשר לנתינת פטור מראש, וכיוון שמבחינה נורמטיבית היא מתיישבת עם עקרון חופש הפעולה של החברה, ויש בה כדי להקנות לחברה

121 בהט, כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 11; גרוס חוק החברות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 8-9. ראו גם חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 83-87, שמנתחת את הגישות השונות בנוגע לאישיות המשפטית. הגישות השונות חולקות זו על זו בנוגע לרמת ההתערבות הנחוצה והראויה, אך נראה כי כולן מסכימות שכל פעולה שלא הוגדרה בחוק אמורה להיות מותרת.

122 ס' 301-305 לחוק החברות.

123 לעיל, פרק ג.2.

124 עניין פסיפיקה, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק הדין (ההדגשה הוספה).

יתרונות ניכרים. בפרק הבא אבחן את המצב המשפטי בנוגע לשאלת הפטור בדיעבד במדינות שונות בעולם.

## ה. משפט משווה

בעיון במשפט המשווה בנוגע לסוגיות הפטור אין כדי להגיע למסקנה חד-משמעית, ועם זאת ניתן לומר כי במדינות רבות קיימת האפשרות לתת פטור בדיעבד. בפרק זה אדון הן בדין הנוהג במדינות המשפט המקובל והן במדינות אירופה.

### 1. המשפט המקובל

בפסק דינו בפרשת אנטורג התייחס השופט עמית לדבריה של אירית חביב-סגל בספרה, שבו נטען כי השוואה של החוק הישראלי לדין בדלאוור מלמדת שאי אפשר לתת פטור בדיעבד.<sup>125</sup> ס' 102(b)(7) לחוק החברות בדלאוור מסדיר את נושא הפטור מראש וקובע:<sup>126</sup>

"In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters: [...] A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director [...] *No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective*".

מכאן ניתן לראות כי חוק החברות בדלאוור אוסר איסור גורף על נתינה של פטור בדיעבד. יחד עם זאת, ראוי לציין כי המדיניות בארצות הברית איננה אחידה. אמנם דלוואר ידועה כ"בירת דיני התאגידים העולמית", אך דומה כי במדינת טקסס, לדוגמה, ניתן להעביר החלטה שתפטור את נושאי המשרה בדיעבד כל עוד החלטה זו איננה גורפת.<sup>127</sup> המוקד המרכזי שבו ארצה לעסוק במסגרת המשפט המקובל הוא דוקטרינת האשרור (Shareholders ratification doctrine), הדומה מאוד לרעיון של פטור בדיעבד. דוקטרינת אשרור מסוימת קיימת גם במשפט הישראלי, ולפיה פעולה של נושא המשרה בחוסר סמכות יכולה להיות מאושרת בדיעבד בידי בעלי המניות.<sup>128</sup> אלא שבעולם המשפט המקובל קיימת

125 עניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 25 לפסק הדין; חביב-סגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 582–583. חביב-סגל והשופט עמית טוענים שהחוק בדלוואר היווה השראה לדין הישראלי, ולכן מכאן יש ללמוד על כוונת המחוקק. כנגד טיעון זה ניתן לומר שעצם העובדה שהמחוקק לא קבע במפורש שיש למנוע פטור בדיעבד דווקא עשויה ללמד על כוונה הפוכה, וראו דברי השופט עמית בפרשת אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 25 לפסק הדין.

126 DEL. CODE ANN. tit. 8, § 102(b) (ההדגשה הוספה).

127 DeMott, לעיל ה"ש 69, בעמ' 323.

128 ס' 56 לחוק החברות.

מחלוקת בדבר טיבה והיקפה של דוקטרינה זו. במובנה המצומצם (והמילולי), דוקטרינה זו מאפשרת לבעלי המניות לאשרר בדיעבד פעולות שנעשו שלא בסמכות. מנגד, קיימת פרשנות מרחיבה יותר לדוקטרינה, ולפיה לא זו בלבד שבעלי המניות יכולים לקבל עליהם את תוצאותיה של הפעולה, אלא שהם אף יכולים, באמצעות האשרור, לפטור את נושא המשרה מחבותו כלפי החברה על אותה הפעולה.

בדלאוור, לדוגמה, היה פירושה של הדוקטרינה המצומצם ביותר, לפי המדיניות האוסרת פטור בדיעבד. בית המשפט בדלאוור בחר בפרשנות המצומצמת של דוקטרינת האשרור, וזו אכן פועלת רק כדי לאשרר בדיעבד את הפעולה. אשרור הפעולה בידי בעלי המניות אינו פוטר את נושאי המשרה מאחריות. כל שאשרור הפעולה עושה היא העברת סטנדרט הבדיקה של פעולת הדירקטורים לכלל שיקול הדעת העסקי.<sup>129</sup>

בניתוח הדוקטרינה באנגליה התעוררה מחלוקת בין המלומדים סביב כמה פסקי דין מרכזיים. בפסקי הדין בעניין Bamford, בעניין Daniels ו-Pavrides הועלתה האפשרות שלאספה הכללית יש כוח לפטור את נושאי המשרה מאחריות, אך בית המשפט לא הבהיר מספיק באותם המקרים מהם התנאים והאופי של אותה דוקטרינה.<sup>130</sup> כמה מלומדים סברו שאין להיצמד למובן המילולי והמצומצם של המונח "אשרור", וכי הדוקטרינה יכולה לאפשר לאספה הכללית למחול על הפרות חובות שונות שעשו נושאי המשרה (כולל הפרת חובת אמונים), כאשר הפטור נעשה מתוך שיקול דעת, וכאשר הדבר הוא לטובת החברה. עם זאת שאלת גבולותיה של דוקטרינת האשרור נותרו נתונים במחלוקת.<sup>131</sup> אלא, שדיון זה נעשה קודם לרפורמה החקיקתית שנעשתה ב-2006, שבה נחקק חוק החברות האנגלי החדש. בין יתר הסעיפים שנחקקו באותה רפורמה נכנסה דוקטרינת האשרור לחוק החברות, ונקבעה בו מפורשות האפשרות לתת פטור בדיעבד. למעשה, ניתן לומר בבירור שבאנגליה כיום ניתן ליצור אשרור לפעולות נושאי המשרה, שמונע אפשרות של המיעוט לתבוע לאחר מכן את נושא המשרה בתביעה נגזרת.<sup>132</sup>

מלבד הדיון במשפט האנגלי, מדינות משפט מקובל נוספות קיבלו את האפשרות לתת פטור בדיעבד. בפסק הדין בעניין *Winthrop Investments* פסק במפורש בית המשפט העליון

129 *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d 695 (Del. 2009).

130 *Bamford v. Bamford*, [1970] Ch. 212 (Eng.); *Daniels v. Daniels*, [1978] 2 W.L.R. 73 (Eng.); *Pavrides v. Jensen*, [1956] Ch. 565 (Eng.).

131 ראו לדוגמה *Partridge*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 147-148; *Worthington*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 653-654; Christopher A. Riley, *Derivative Claims and Ratification: Time to Ditch Some Baggage*, 34 LEG. STUD. 582, 584-590 (2014).

132 *Companies Act 2006*, c. 46, § 239. שם, בס' 263(2)(c) ניתן לראות כי בית המשפט יחסום כל תביעה נגזרת אם אכן ניתן פטור (או ליתר דיוק אשרור) בידי בעלי המניות. גם בדברי ההסבר לחוק מודגש שפטור מונע כל אפשרות לתביעה נגזרת (§ 486, Explanatory Notes, *Companies Act 2006*, c. 46). ראו גם CARSTEN GERNER-BEUERLE, PHILIPP PAECH & EDMUND PHILIPP SCHUSTER, EUR. COMM'N DG MARKT, *STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY* 184 (2013) (להלן: *STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY*). יש לציין שלא זו בלבד שלחברה יש אפשרות לחסום תביעה נגזרת באמצעות דוקטרינת האשרור, אלא שבמצבים מסוימים, גם אם לא ניתן פטור, אך בית המשפט סבור שפעולתו של נושא המשרה תאושר לאחר מכן, אפשר שלא יאפשר את התביעה הנגזרת מלכתחילה, ראו *Companies Act 2006*, c. 46 § 263(3)(c).

באחת ממדינות אוסטרליה (New South Wales) כי ניתן לתת פטור בדיעבד.<sup>133</sup> האפשרות לתת פטור בדיעבד קיימת גם במשפט האירי.<sup>134</sup> כדי לסכם את גישתו של המשפט המקובל ניתן לומר שאמנם בארצות הברית מדינות רבות מונעות את האפשרות לתת פטור בדיעבד, וגם שם יש לפחות מדינה אחת שבה הדבר אפשרי, אולם בכל הנוגע לשאר ארצות המשפט המקובל קיימת דוקטרינה משפטית השקולה במידה רבה לפטור בדיעבד הישראלי. דוקטרינה זו מאפשרת לבעלי המניות לפטור בדיעבד את נושאי המשרה בהחלטה באספה הכללית. ההכרה באפשרות של בעלי המניות לפטור את נושא המשרה נובעת מהרעיון הבסיסי שהובא לעיל, שלפיו הרשות נתונה לחברה לקבוע את האופן שבו היא מנהלת את ענייניה הפנימיים.<sup>135</sup>

## 2. מדינות המשפט הקונטיננטלי

בשנת 2013 ביצע האיחוד האירופי מחקר מקיף בנוגע למדיניות השונה הנוהגת במדינות אירופה בנוגע לטיב אחריותם של דירקטורים והיקפה. בין יתר שאלות המדיניות נבחנו ההסדרים בנוגע ליכולת החברה לפטור את נושא המשרה מאחריות בדיעבד. המחקר העלה כי המדיניות איננה אחידה, אך יש מדינות רבות שמאפשרות לתת פטור.<sup>136</sup> לדוגמה, פטור בדיעבד אפשרי ויכול לחייב את החברה בדיעבד באוסטריה,<sup>137</sup> בגרמניה,<sup>138</sup> בלוקסמבורג,<sup>139</sup> בשוודיה<sup>140</sup> ועוד. עם זאת יש לציין שיש מדינות שאינן מאפשרות לתת פטור, כמו צרפת,<sup>141</sup> ויש מדינות שבהן קיימת מחלוקת בדבר האפשרות לתת פטור בדיעבד, כמו בלגיה<sup>142</sup> ואיטליה.<sup>143</sup>

- Baxt ; Winthrop Invs. Ltd. v Winns Ltd., [1975] 2 NSWLR 666 133  
 Deirdre Ahern, *Directors' Duties: Broadening the Focus Beyond Content to Examine the* 134  
*Accountability Spectrum*, 33 DUBLIN U. L.J. 116, 120 (2011)  
 STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY, לעיל ה"ש 132, בעמ' 183–184.  
 יש לשים לב שאמנם בהרבה מדינות מתוך אלו שמאפשרות את מתן הפטור 136  
 בדיעבד הוא איננו תקף לצדדים שלישיים או לנושים. עניין זה נוגע לרצון להגן על זכויותיהם של נושים.  
 ככל הנראה, מדינות אלו רואות בתביעה נכס ששייך לחברה, שוויתור עליו מקטין את סך הנכסים בני  
 הגבייה. מכל מקום, אין לשאלה זו רלוונטיות לעניינו, שכן עיקר הדיון במאמר זה נוגע ליחסים שבין  
 נושא המשרה לחברה, ואיננו דן בזכויותיהם של נושים.  
 CARSTEN GERNER-BEUERLE, PHILIPP PAECH & EDMUND PHILIPP SCHUSTER, EUR. COMM'N 137  
 DG MARKT, ANNEX TO STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY A33 (2013) (להלן:  
 (ANNEX TO STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY  
 שם, בעמ' A344. 138  
 שם, בעמ' A560–A559. 139  
 שם, בעמ' A859–A858. 140  
 שם, בעמ' A306. 141  
 שם, בעמ' A58. 142  
 שם, בעמ' A475. 143

### 3. בין המשפט המשווה לדין הישראלי

מהמשפט המשווה ניתן להסיק כי האפשרות לתת פטור בדיעבד מעוגנת היטב הן במדינות המשפט המקובל והן בחלק ממדינות אירופה. אין להתעלם מכך שבמדינת דלאוור, שהיא אחת המדינות המשפיעות בעולם דיני התאגידים, האפשרות לתת פטור בדיעבד חסומה. עם זאת נראה כי קיימת קואליציה לא מבוטלת מנגד, שלפיה יש לאפשר פטור בדיעבד. תמיכה זו עשויה לתת חיזוק לטענה שלפיה נתינת הפטור היא החלטה עסקית לגיטימית לכל הפחות, הנטועה בסמכותה הטבעית של החברה לנהל את מהלכיה ונכסיה בעצמה. אף שבכמה מדינות בארצות הברית אין הכרה באפשרות לתת פטור בדיעבד, נראה כי מדובר בגישה מחמירה מדי שאינה מתאימה לגישה הכללית של המשפט המקובל, המקנה סמכות טבועה של בעלי המניות לקבל החלטות בנוגע לחברה.

יש לשים לב כי ההשוואה בין ישראל למדינות אחרות איננה מובנת מאליה, שכן ניתן להבחין בהבדל מסוים הקיים בין הצורות של פטור בדיעבד במשפט המשווה לבין זה שבמשפט הישראלי: חלק מהמדינות שמאפשרות לתת פטור בדיעבד מתנות את הפטור בקבלת החלטה באספה,<sup>144</sup> ואילו בישראל בעלי המניות אינם מעורבים בהחלטה כאשר מדובר על פטור בדיעבד שניתן לנושא משרה שאיננו דירקטור.<sup>145</sup> במקרים אלו האורגנים המחליטים לפי סעיפים 270–275 הם הדירקטוריון וועדת הביקורת (בחברה פרטית) או ועדת התגמול (בחברה ציבורית). עם זאת נראה כי אין מדובר בהבדל תהומי שפוגע בהשוואה שבין ישראל למדינות השונות: ראשית, אכן קיימות מדינות שבהן האורגן המחליט איננו האספה הכללית;<sup>146</sup> שנית, גם במדינות שבהן האורגן המחליט הוא האספה הכללית, דומה שההבדל איננו קריטי. העובדה שבישראל החלטה על פטור לדירקטור שאיננו נושא משרה נעשית בידי הדירקטוריון נובעת מההנחה הבסיסית שתפקיד הדירקטוריון הוא לפקח על נושאי המשרה, ובמובן זה הוא נציג נאמן של בעלי המניות. כיוון שהחלטה על נתינת פטור היא חלק מהמהלכים העסקיים של החברה, אין מניעה שהדירקטוריון יקבל החלטה זו לטובת בעלי המניות.

#### 1. שאלות מעשיות בעניין הפטור בדיעבד

לאחר שבחנתי את שאלת הפטור בדיעבד ממגוון היבטים והגעתי למסקנה שראוי לאפשר את נתינתו, וכי החוק בישראל אכן מאפשר זאת, אעלה לקראת סיום שאלות שונות הנוגעות להפעלת הפטור והענקתו. השאלות שבהן אעסוק הן האפשרות לזהות שני "סוגים" שונים של פטור בדיעבד לאור הרציונלים שהוצגו לעיל והאפשרות לתת פטור בדיעבד על הפרה של חובת אמונים.

144 כך, לדוגמה, בגרמניה (שם, בעמ' A344), באוסטריה (שם, בעמ' A33) ובשוודיה (שם, בעמ' A858).

145 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 30–33.

146 אפשרות זו קיימת למשל באסטוניה, ראו ANNEX TO STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY, לעיל ה"ש 137, בעמ' A251–A252.



## 1. הבחנה אפשרית בין סוגי פטור בדיעבד והצורך בתמורה

במסגרת הדיון על יתרונותיו של פטור בדיעבד הועלו שתי אפשרויות שונות של שימוש בפטור בדיעבד בידי החברה: החברה יכולה להשתמש בפטור כ"קלף מיקוח" מול נושא המשרה ובכך לקבל תמורה כנגד הוויתור על זכות התביעה. בנוסף, החברה יכולה להשתמש בפטור בדיעבד כחנינה לנושא המשרה על פעולה רצויה או תפקוד ראוי לציון.<sup>147</sup> ניתן להציע נפקות בין שני השימושים השונים בפטור.

לעיל ציינתי כי כאשר מתעורר ספק בנוגע לאישורו של פטור בדיעבד, על החברה להוכיח כי הוא ניתן "לטובת החברה".<sup>148</sup> במידה רבה, כשרואים בפטור "קלף מיקוח" או "חנינה" מבטאים בזה שני פנים של טובת החברה. כאשר הפטור משמש "קלף מיקוח", טובת החברה היא העובדה שהתקבלה תמורה מידי נושא המשרה כנגד הפטור שקיבל.<sup>149</sup> תמורה זו עשויה ללבוש פנים של קבלת כסף מזומן או של הטבות השונות הקשורות בטיב היחסים עם נושא המשרה. טובת החברה באה לידי ביטוי אחר לחלוטין כאשר מדובר בפטור המשמש "חנינה". במקרה זה, אם תרצה החברה להוכיח שהפטור ניתן לטובתה, אין היא צריכה להוכיח קבלת תמורה מנושא המשרה, אלא שנסקלו שיקולי מדיניות סבירים שתומכים בהחלטה לתת חנינה בעניין זה, ולכן זו אכן תהיה לטובת החברה. מכאן שטענת החברה על אופיו של הפטור יכולה להשפיע על הצורה שבה היא תצטרך להוכיח שהפטור נעשה לטובתה.

## 2. בעקבות פרשת אפריקה ישראל

### (א) האפשרות לתת פטור בדיעבד בהסדר חוב

פסק דין שעשוי לסמן מגמה בשאלת האפשרות לתת פטור בדיעבד הוא פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בפרשת אפריקה ישראל.<sup>150</sup> המסגרת העובדתית שבה עסק פסק הדין נגעה למקרה שבו הוגשה בקשה לאישורה של תביעה נגזרת נגד בעלי השליטה והדירקטורים של חברת אפריקה ישראל בטענה שהיו שותפים לביצוע של עסקה פיקטיבית שמטרתה הייתה להיטיב עם בעל השליטה. החברה התגוננה בטענה שבמסגרת הסדר חוב שנערך בין בעל השליטה לחברה, ובו העביר בעל השליטה לחברה 750 מיליון ש"ח, ניתן לבעל השליטה ולדירקטורים פטור על הפעולות שנעשו לפני ההסדר.<sup>151</sup> השאלה שעלתה בפסק הדין היא אם יש להכיר בתוקפו של פטור בדיעבד שניתן במסגרת הסדר חוב.

147 ראו לעיל בפרק ד.2.(א).

148 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 31.

149 השופט עמית ציין את קבלת התמורה הנגדית בעניין אנטורג, לעיל ה"ש 6, פס' 26 לפסק דינו. דרישה זו הודגשה כחשובה ברע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פס' 25 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 26.4.2015).

150 ש.ם.

151 ש.ם, פס' 3–4 לפסק הדין.

בסופו של דבר, השופטים עמית, סולברג וברון הסכימו כולם כי יש לתת תוקף לתניות בהסדרי חוב הפוטורות את נושאי המשרה בדיעבד (לפחות באשר לחובת הזהירות).<sup>152</sup> השופט עמית הדגיש בפסק דינו כי אין להקיש מפטור בדיעבד שניתן במסגרת הסדר חוב לפטור בדיעבד הניתן במהלך העסקים הרגיל. בהסדרי חוב קל יותר לאפשר לחברה לתת פטור בדיעבד, משתי סיבות: ראשית, הסדר חוב מאושר בבית המשפט, שיכול לבחון אם מדובר בהסדר ראוי שניתן כנגד תמורה הולמת;<sup>153</sup> שנית, יש רצון לעודד את בעלי השליטה להגיע להסדרי חוב ולהזרים כסף כדי להציל את החברה מאבדון.<sup>154</sup> פטור בדיעבד שלא במסגרת הסדר חוב אינו מקבל את אישורו של בית המשפט, ואין בו כדי ליצור תמריץ לבעלי השליטה. מכאן שאי אפשר להעלות מסקנה ישירה מהפסיקה בעניין אפריקה ישראל על השאלה שבמוקדו של מאמר זה. למרות זאת ייתכן שבכל זאת ניתן לראות בכך מגמה ראשונית בפסיקת בית המשפט העליון לקראת הכרה באפשרות לתת פטור בדיעבד. מפסיקה זו אפשר לראות כי כאשר האפשרות לתת פטור בדיעבד משפרת את עמדת החברה במסגרת משא ומתן עם בעל השליטה, יש לאפשר לחברה לתת אותו. מכאן שכאשר פטור בדיעבד מקנה הטבה ניכרת, ניתן להתירו.<sup>155</sup> אמנם עדיין קיים הבדל בין התמורה בעלת הערך הרב שניתנת במסגרת הסדר חוב לזו שמקבלת החברה כנגד פטור בדיעבד, ובכל זאת אפשר לראות שבית המשפט אינו מטיל הגבלה קטגורית על האפשרות לפטור נושאי משרה בדיעבד, כשניתנה כנגדו תמורה בעלת ערך מספיק, מה שעשוי להוביל למסקנה שאין מניעה לאפשר פטור בדיעבד כנגד תמורה גבוהה מספיק.

אל מול הניסיון להשוות בין פטור בדיעבד להסדר חוב יכול הטוען לטעון כי עדיין קיים הבדל ניכר בין השניים. כפי שציין השופט עמית, הסדר חוב עובר דרך אישורו של בית המשפט, שיכול לפקח על טיבו, ואילו פטור רגיל אינו עובר תחת עינה הפקוחה של הערכאה השיפוטית. עם זאת דומני כי אין מדובר בהבדל ניכר. אמנם פטור בדיעבד במהלך העסקים הרגיל אינו עובר הליך של אישור בבית המשפט מראש, אך הוא נתון בהחלט לפיקוח בדיעבד. גם פטור בדיעבד שניתן במהלך העסקים הרגיל צריך להיעשות לטובתה של החברה ולעבור את הליכי האישור הנדרשים. אם לא עמד בכך, יוכלו בעלי מניות מיעוט לתקוף את ההחלטה באמצעות תביעה נגזרת, אשר במסגרתה יעביר בית המשפט את ההחלטה להעניק פטור תחת שבט הביקורת. אם יוכרע כי הפטור ניתן שלא לטובת החברה, דהיינו התנאים להענקתו של פטור בדיעבד אינם מתקיימים, ייקבע למפרע שהפטור איננו תקף. כיוון שכך, נראה שלפחות במצבים שבהם פטור בדיעבד ניתן כנגד הטבה ניכרת, אפשר לומר שהמשך המגמה שמסתמנת מעניין אפריקה ישראל יהיה להכיר בפטור זה.

### (ב) הענקת פטור על הפרת חובת אמונים

עד כה השאלה העיקרית במאמר נסבה על יכולת החברה לתת פטור בדיעבד על חובת זהירות. גם אם נניח שאכן יש אפשרות לפטור את נושא המשרה בדיעבד, עולה השאלה אם

152 שם, בעמ' 19, 48, 59.

153 שם, פס' 24 לפסק הדין.

154 שם.

155 כך ניתן להסיק, לדוגמה, מדבריו של השופט עמית שם, בפס' 25.

ניתן לפטור לאחר מעשה גם הפרה של חובת אמונים. חוק החברות קובע במפורש כי אי אפשר לתת פטור מראש על חובת אמונים.<sup>156</sup> הרציונל שמאחורי רעיון זה הוא ברור. נתינת פטור מראש על חובת אמונים לנושא המשרה מנחיתה מכת מוות על הרתעתם של נושאי המשרה מפני פעולות זדוניות ומותירה את החברה במצב של בעיית נציג קשה ביותר. חוק החברות נוהג בהקשר זה בגישה פטרנליסטית ומונע כל אפשרות לפטור מחובת אמונים. בנתינת פטור בדיעבד על הפרת חובת אמונים אפשר שהמצב יהיה שונה, שכן השפעתו על קבלת ההחלטות מראש של נושאי המשרה פחותה מזו של פטור מראש.<sup>157</sup> הדיון להלן יוצא מנקודת ההנחה שלפיה הוראתו של סעיף 263, המונעת אפשרות לתת פטור על הפרת חובת אמונים, לא חלה על פטור בדיעבד, כיוון שכפי שהובהר לעיל, הוראות פרק החוק הרלוונטי אינן מתייחסות לפטור בדיעבד כלל, ולכן פורמלית גם אינן חלות עליו.<sup>158</sup> להלן אבחן את שיקולי המדיניות בנושא בקיצור נמרץ.

כנקודת מוצא נראה כי את הטיעונים שהובאו לטובת פטור בדיעבד ולחובתו אפשר ליישם בשינויים המתחייבים גם בפטור בדיעבד שהוענק לאחר הפרתה של חובת אמונים. ניתן לומר שכשם שזכות תביעה על חובת זהירות היא נכס של החברה שבו היא יכולה להשתמש כראות עיניה,<sup>159</sup> כך אפשר לראות בזכות התביעה על הפרת חובת אמונים נכס בשליטת החברה. החברה יכולה להשתמש בויתור על זכות התביעה כקלף מיקוח שיאפשר לה להשיג תמורה נגדית מנושא המשרה. בנוסף, ייתכן כי כאשר מדובר על הפרה של חובת אמונים, נושא המשרה יהיה מוכן לתת תמורה נגדית בעלת ערך, שכן עצם ניהול ההליך נגדו עלול להציגו באור שלילי. השימוש בפטור בדיעבד כ"חנינה" לנושא המשרה איננו רלוונטי להפרת חובת אמונים, שכן קשה לצייר מצב שבו החברה תמחל באופן לגיטימי על פעולה של נושא המשרה שנעשתה אגב הפרה של חובת האמונים, שנחשבת לחובה בסיסית ביחסים שבין נושא המשרה לחברה.

הטיעונים נגד האפשרות לתת פטור בדיעבד עשויים להיות בעלי משקל רב יותר בהקשר של הפרת חובת אמונים. האפשרות לתת פטור בדיעבד על הפרת חובת אמונים עלולה לפגום בהרתעה של חובה זו. כפי שנטען בעניין פטור בדיעבד על חובת זהירות, גם על הפרתה של חובת אמונים עצם האפשרות לתת פטור בדיעבד עלולה להביא את נושא המשרה להיות מוכן להסתכן בהפרת החובה בהסתמך על האפשרות לקבל עליה פטור בדיעבד.<sup>160</sup> הגם שנושא המשרה אינו יכול להסתמך לחלוטין על כך שאכן תתקבל ההחלטה לפטור אותו, הרי שבכל זאת יש בעצם האפשרות לקבל את הפטור כדי לצנן במקצת את האפקט המרתיע שיוצרת החובה. בהקשר של חובת זהירות היה ניתן לומר שהפגיעה בהרתעה הקיימת לא תוביל לנזק ניכר, אולם לא בטוח כלל שהוא הדין לחובת האמונים. חובת האמונים היא רכיב תשתיתי ביחסים שבין נושא המשרה והחברה ובין בעלי המניות לנושאי המשרה. חובת האמונים נתפשת כחובה כה בסיסית, עד שמקרים קיצוניים

156 ס' 263 לחוק החברות.

157 ראו לעיל פרק ד.2.

158 לעיל פרק ג.3.

159 ראו לעיל פרק ד.2.(א).

160 לעיל פרק ד.2.(ב).

של הפרתה יכולים להקים עילת תביעה פלילית.<sup>161</sup> מסיבה זו ניתן לומר שגם אם ניתן לתת פטור בדיעבד שייצור צינור מסוים של חובת הזהירות, אי אפשר לתת פטור על הפרתה של חובת אמונים, שכל פגיעה בהרתעה שהיא יוצרת עלולה להיות הרסנית. עיון בפסיקה מקשה על הסקת מסקנה חד-משמעית בשאלה זו. מצד אחד, השופטת רונן קבעה נחרצות בעניין **אשש** כי אי אפשר לתת פטור בדיעבד על הפרה של חובת אמונים.<sup>162</sup> מצד שני, בפרשת **אפריקה ישראל** הסכימו כל שופטי ההרכב שבהסדר חוב יש אפשרות לתת פטור בדיעבד גם על תרמיות, "ככל שניתן גילוי יסודי, מלא וברור בדבר נסיבותיו של מקרה תרמית, פרטיו והשלכותיו הכספיות [...]".<sup>163</sup> ברור שגם באשר להפרת חובת אמונים אי אפשר ללמוד מהסדרי חוב על פטור בדיעבד, אך ניתן לראות כי השופטים הכירו באפשרות לפטור נושא משרה מחובת אמונים כאשר מנגד עומדת הטבה בעלת משקל גדול מספיק.<sup>164</sup> סקירת המשפט המשווה בהקשר זה מעלה כי קיימת מדיניות לא אחידה בנושא, כאשר יש מדינות שמאפשרות לפטור נושא משרה בדיעבד על הפרת חובת אמונים, ויש מדינות שאינן מאפשרות זאת.<sup>165</sup>

סיכומו של דבר, בטרם התקבלה בבית המשפט העליון האפשרות לפטור את נושאי המשרה בדיעבד על הפרת חובת זהירות, קשה לקבוע מסמרות בנוגע לאפשרות לפטור בדיעבד מקרים של הפרת חובת אמונים. עם זאת ניתן לומר כי האפשרות לתת פטור בדיעבד על חובת אמונים איננה מופרכת, וכי אי אפשר לשלול אותה על הסף. בין כך ובין כך, אם תתקבל אפשרות זו, הרי יהיה צורך בפיקוח הדוק של בית המשפט על ויתורים אלו כדי לוודא שמדובר בהסדרים הגונים שאינם פוגעים בבעלי המניות.

## ז. סיכום

סוגיית פטור בדיעבד אוצרת בתוכה שאלות רבות, היורדות לשורש היחסים שבין בעלי המניות לחברה ולנושאי המשרה. במאמר זה ניסיתי להגיע למסקנה כי ניתן לתת פטור בדיעבד. קו הטיעון התחיל בניסיון לפרש את מילות החוק, ולאחר מכן עבר לעסוק בניתוח הוראות סימן ג' לפרק השלישי בחלק השישי לחוק החברות, העוסק בחובות נושאי משרה והגבלתן. טענתי הייתה כי פטור מראש הוא פעולה בעלת אופי מיוחד, המשנה את אופייה של החברה, ולכן הוראות ההסדר השלילי שבחוק אינן רלוונטיות לפטור בדיעבד. עם השלמת הדיון בנושא הליך האישור של פטור מראש נבחנו שיקולי המדיניות המרכזיים בעד ונגד האפשרות לתת פטור. המסקנה שאליה הגעתי היא שיש להעדיף לאפשר לחברה לנהל את זכויות התביעה שלה כחלק מסמכותה הכללית לנהל את נכסיה וכיוון שיש באפשרותו של הפטור להצמיח הטבות עבור החברה. העיון במשפט המשווה גם הוא מלמד כי

161 ס' 424 לחוק העונשין התשל"ז-1977; עניין **אפריקה ישראל**, לעיל ה"ש 149, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.

162 עניין **אשש**, לעיל ה"ש 7, פס' 76 לפסק דינה של השופטת רונן.

163 עניין **אפריקה ישראל**, לעיל ה"ש 149, פס' 15 לפסק דינו של השופט סולברג.

164 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

165 STUDY ON DIRECTORS' DUTIES AND LIABILITY, לעיל ה"ש 132, בעמ' 172-182.

האפשרות לתת פטור מהווה מכנה משותף לרוב דיני החברות ברחבי העולם, מה שעשוי ללמד על היותה חלק מסמכותה הבסיסית והטבעית של החברה. לבסוף העליתי נקודות לקראת פיתוח יכולת החברה לתת פטור בדיעבד והכרה בה.

במאמר הוצגה מורכבות השאלה, הכוללת בתוכה שיקולים רבים הנוגעים לסוגיות יסוד שונות בחוק החברות. ניסיתי להראות בו כי כאשר ההחלטה לתת פטור נעשית במסגרת הליך שמונע ניגודי עניינים, הרי שאין מקום לרתיעה מלתת לנושאי המשרה לצאת "פטורים בלא כלום".<sup>166</sup> פטור בדיעבד, בדומה להסדרי פשרה, עשוי להביא למצב שבו שני הצדדים מרוויחים.<sup>167</sup> לכן אני סבור כי טוב יעשה בית המשפט העליון אם יאשר לחברות לתת פטור בדיעבד למרות חסרונותיו, בשל היתרונות הרבים שהוצגו במהלך המאמר.

166 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 50.

167 ראו הדיון לעיל בפרק ד.