

הערות לחקיקה

שלוש בעיות יסוד בהכנת קוד חברות חדש*

מאת

אוריאל פרוקציה**

תוכן המאמר

א. מבוא. ב. דיני חברות המשפט האזרחי הכללי. 1. תיאור המצב הקיים. 2. לקחים לחקיקה. ג. הוראות קוגנטיות הוראות דיספוזיטיביות. 1. כללי. 2. ההיקש למשפט האזרחי. 3. "תכנון" מערכות הכוח בחברה על ידי השוק ומגבלותיו. ד. חקיקה מיוחדת לחברות קטנות. 1. כללי. 2. תיאור המצב הקיים. 3. על הנימוקים בעד ונגד חקיקה נפרדת. 4. איזה סוג של חברה צריך לשמש נושא עיקרי לחקיקה?

א. מבוא

בקיץ 1982 הוטלה עלי מטעם משרד המשפטים המשימה לחבר טיוטה לקוד חברות חדש בישראל, המלווה בדברי הסבר מפורטים. מטבע הדברים, חיבור רחב היקף כזה מתייב בדיקתן של סוגיות רבות, שהמכנה המשותף שלהן לא תמיד גלוי לעין. יחד עם זאת, ברור גם שלא רצוי לטפל בכל סוגיה כאילו היתה יצור עצמאי; טיפול כזה היה מניב דבר חקיקה מוטלא, שאין בו "חוש שני" ואין בו השקפת עולם. מטעם זה התלטתי להגיש למשרד המשפטים דברי הקדמה כלליים, שגם אם אין בהם כדי להביא למסקנות חקיקתיות יישומיות, יש בהם כדי להבהיר את עמדותי העקרונית, שרישומה יהיה ניכר בגוף פרקי הטיוטה. מאז הגשת דברי ההקדמה למשרד המשפטים כבר חוברו והופצו ארבעה פרקים נוספים, ובהם הצעות להוראות מהותיות רבות. בין השיטין של פרקים אלה יכול הקורא להבחין ביישום העקרונות שפורטו בפרק ההקדמה. בהמשכה של רשימה זו אביא כלשונו את פרק ההקדמה, עם שינויים אחדים המתבקשים מהערות שקיבלתי מקוראי הטיוטה. מטרת פרסומו של פרק ההקדמה בכתב עת זה היא להזמין הערות נוספות מן הציבור הרחב, ולאפשר לקורא המעוניין להטביע את רישומו על ופי הטיוטה הסופית שתונח, בסופו של דבר, על שולחן הממשלה והכנסת.

בפתח הדברים ראוי לציין שטיוטת חוק החברות, שדברי הקדמה אלה מתייחסים אליה, תסטה במידה רבה מן המודל החקיקתי של פקודת החברות משנת 1929 (להלן — הפקודה). הפקודה אינה מתיימרת להיות קודקס ממצה בענייני חברות בישראל¹. במקום

- * רשימה זו מתפרסמת בהסכמתו האדיבה של משרד המשפטים בירושלים, אשר עבדו הוכנה. בחיבור טיוטת הרשימה עזר עליידי מר אלוך הראל. טיוטה קודמת הופצה בין מכותבים רבים, והיריעה תקצר מלהודות לכולם; תודה מיוחדת שלוחה לעמיתתי ד"ר צפורה כהן, על הערותיה המקיפות.
- ** פרופסור חבר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 ראה: ברק, רפורמת דיני חברות, דו"ח כיניים זמני (1975) 1.

זאת, היא מכילה הרבה הוראות דין טכניות². בנוסף על כך יש בה מספר הוראות מהותיות הקובעות חריגים להוראות מהותיות אחרות, שהן עצמן אינן חרותות³. פשר התופעה מובן. המחוקק המנדטורי העדיף להסתמך על אוצר הפסיקה של המשפט המקובל כעל המקור המרכזי לדיני החברות בארץ-ישראל, על-פי הדוגמה של החוק האנגלי המקביל⁴. תפקידו של החוק החרות נתפס אפוא כתפקיד משני של קביעת מודיפיקציות למשפט המקובל, ולא כתפקיד של בורא נורמות משפטיות יש מאין. הפיטה זו לא השתנתה באנגליה עם תיקוני החקיקה שנעשו בה מפעם לפעם, ולפיכך המשפטן עדיין חייב להזדקק לאוצרות המשפט המקובל כדי לרלות מתוכם את הדין⁵. מאידך גיסא, גישה זו אינה מקובלת ביבשת אירופה, שבה חוקי החברות נושאים אופי קדיפיקטיבי מובהק. בטיטה המוצעת, העדפתי בכידור את הגישה האירופית. במישור הפורמלי, בארצנו אבד הכלח על הנוהג של שאיבת דינים מתוך המשפט המקובל⁶. במישור המהותי ראויים הדינים הפסוקים לרפורמה לא פחות מן הדינים החרותים, ומשחוקנו, אין עוד טעם למנוע מהם את האצטלה הסטטוטורית. איחוד כל דיני החברות בדבר חקיקה מפורש אחד יקל על מלאכת הפרשן רפשט אותה⁷.

דברי ההקדמה המתייחסים לקוד ממצה זה נוגעים לשלוש סוגיות. בראש ובראשונה ניסיתי לתת את הדעת על היחס הראוי בין החוק המוצע לתשתית הרחבה של המשפט האזרחי בישראל (פרק ב' להלן). שנית, הבהרתי את עמדותי העקרונית שחוק חברות טוב הוא חוק חברות גמיש, המאפשר מקסימום של התנאה חווית חופשית לצדדים המעצבים את החברה. ההצדקות היחידות לסטייה מאידיאל חופש החוזים הן באותם מגזרים שבהם ניתן לצפות שמנגנוני השוק הפועלים על חברות לא יהיו אפקטיביים דים כדי להביא את הצדדים המתקשרים לפתרונות אופטימליים (פרק ג' להלן). לבסוף, ניסיתי להצדיק את השקפתי שהמושא העיקרי לטיפולו של החוק החדש צריכה להיות החברה הציבורית הגדולה. בעיותיהן המיוחדות של חברות פרטיות קטנות חזינה לטיפול נפרד באחד מפרקי החוק (פרק ד' להלן).

- 2 ראה: בקר, דיני החברות בישראל (1961) 2.
- 3 לדוגמה, סעיף 151 לפקדת החברות (נוסח חדש) קובע, שכל חברה תהיה רשאית, בהתמלא תנאים פרוצדוראליים מסוימים ובאישור בית המשפט, להפחית את הונה, ואף קובע רשימת מקרים שבהם ניתן יהיה, באופן מיוחד, לבצע את הפחתת ההון הנדונה. למקרא סעיף 151 עלול להיווצר הרושם המוטעה, שהפחתת הון מותרת כעיקרון לחברות בישראל. האמת היא, שהפחתת הון אסורה באופן עקרוני. העיקרון איננו חרות, אך הוא מופיע במשפט המקובל: 12 (1887) *Trevor v. Whitworth* App. Cas.409. משמעוהו האמיחית של סעיף 151 איננה אלא לקבוע חריגים לכלל הפסוק הזה, ולהדריך את בתי המשפט אימתי מותר לסטות ממנו.
- 4 זהו חוק החברות האנגלי משנת 1929. (19 and 20 Geo. 5, C. 23).
- 5 תיקוני החקיקה העיקריים נערכו באנגליה בשנים 1948, 1967, 1972, 1980 ו-1981. למרות התיקונים הרבים האלה, חוק החברות באנגליה אינו נושא אופי של קרקס. ראה: *Gower, Modern Company Law p. 8* (4th ed., 1979).
- 6 ראה סעיף 15(ג) לפקדת סדרי השלטון והמשפט כפי שתוקן בשנת תשל"א; וכן חוק יסודות המשפט, תשמ"מ-1980.
- 7 ברק (לעיל, הערה 1).

ב. דיני חברות והמשפט האזרחי הכללי

1. תיאור המצב הקיים

דיני החברות מבוססים במידה רבה על תשתיתו של המשפט האזרחי. היחסים בין הפונקציונרים השונים בחברה הם לעתים קרובות יחסי חוזה; רכוש החברה והרכוש בחברה, כלומר ניירות ערך שלה, הם ממיני הקניינים המוסדרים בדיני הקניין, וכיוצא באלה יחסי גומלין. לאור התפיסה המינימליסטית של המחוקק הבריטי לעניין תפקידי חקיקת החברות⁸, אין תימה בדבר שחוק החברות האנגלי משנת 1929 (שעליו נשענת הפקודה המנדטורית) אינו מתיימר לטפל בתשתית האזרחית שהוא נשען עליה. עם זאת, תשתית זו מקרינה על הפתרונות הפוזיטיביים של דיני החברות ומעצבת את אופיים. להלן שלוש דוגמאות לתופעה זו.

דוגמה א': ראובן הוא יזם של חברה העתידה לקום. הוא מתקשר בהסכם עם שמעון בשם החברה. לימים נולדת האישיות המשפטית החדשה ומתעוררת שאלת סמכותה לאשר בדיעבד את ההסכם שנכרת בשמה לפני היווסדה. שאלת האישור בדיעבד היא שאלה אזרחית מובהקת הלקוחה מדיני השליחות. דיני השליחות הכלליים האנגליים קבעו, שאין שולח יכול לאשר בדיעבד פעולה שלא היה כשיר לעשותה בעצמו בשעה שנעשתה. על יסוד דינים אלה סירב בית משפט אנגלי להכיר בכוחו של האגיד לאשר בדיעבד פעולה שנעשתה עבורו לפני היווסדו⁹. הלכה דומה נפסקה מספר פעמים בישראל¹⁰. דין זה לא היה לרצון למחוקק הישראלי, אשר הפכו על פיו. חקיקה זו נעשתה בגוף חוק השליחות¹¹, מתוך מחשבה ששינויה של התשתית האזרחית (דיני השליחות) יחרוץ את הדין בסוגיית התאגידים¹².

דוגמה ב': בתקנות החברה נקבע, שראובן יהיה זכאי לקבל מאת החברה מקרקעין השייכים לה כתמורה לשירותיו. האם רשאי ראובן לאכוף את ההוראה שבחקנות כנגד החברה? מקובל לראות את תקנות החברה כחוזה בין בעלי המניות לבין עצמם ובינם ובין החברה¹³. מעמדו של ראובן, בדוגמה שלפנינו, הוא מעמד של צד שלישי. מעמד זה אינו משתנה גם אם יש לראובן מניות בחברה, שהרי הזכות לקבלת מקרקעין מובטחת לראובן לא בכוחו כבעל מניות, כי אם בכוחו כספק שירותים. לכן שיטת משפט אזרחית המתכחשת לזכויותיהם החוזיות של צדדים שלישיים, והמשפט האזרחי האנגלי הוא דוגמה לכך, לא הכיר בזכותו של ראובן לאכיפת ההבטחה הגלומה בתקנות¹⁴. שיטה

8 הערות 1 ו-2 לעיל והטקסט הנלווה להן.

9 למשל, *Kelner v. Baxter* (1866) L.R. 2 C.P. 174.

10 למשל, ע"א 312/65 שירות התאומים בע"מ נ' משמר השבעה, פ"ד (1) 573.

11 חוק השליחות, סעיף 6 (א).

12 יש הסוברים, שהואיל ומטרת המחוקק היתה לטפל בדיני החברות מן הראוי היה לטפל בסוגיה במסגרת חקיקת החברות ולא במסגרת החקיקה האזרחית הרגילה. ראה: גרוס, "הערה בשולי חוק השליחות, חשכ"ה-1965", הפרקליט כא (חשכ"ה) 511.

13 ראה סעיף 23 לפקודת החברות (נוסח חדש). דין זה חל גם על תאגידים אחרים. ראה, למשל, ע"א 516/78 גליל נ' גליל, פ"ד לג(2) 324.

14 ראה, למשל, *Hickman v. Kent* [1915] 1 Ch. 881. אמנם, לעתים ניתן ללמוד מן הכתוב בתקנות על אופי ההתקשרות החוזית (החיצונית לתקנות) שבין החברה ובין הצד השלישי המוזכר בהן. למשל, אם

משפטית דוגמת זו המיוצגת על-ידי חוק החוזים (חלק כללי), המכירה בזכויותיו החוזיות האכיפות של הצד השלישי, עשויה לשנות את הדין גם בסוגיה שלפנינו. דוגמה ג': ראובן ושמעון איגדו בצורת חברה עסק שניהלו בעבר כשותפות ושהיה מקור פרנסתם היחיד. לימים הוכנס לוי, בנו של ראובן, כשותף זוטר בעסקים, והוקצו לו מניות אחדות. ראובן ולוי חברו יחד כנגד שמעון והדיחווה מתפקידו בחברה. הדחה זו עוגנה בתקנות החברה, המאפשרות לרוב רגיל של בעלי המניות לקבוע מי יכהנו בתפקידי ניהול בחברה. המשפט המקובל אינו מכיר בחובה כללית לקיים חוזים בדרך מקובלת ובתום לב, ובית המשפט לא מצא תרופה לשמעון, למעט התרופה הדראסטית של פירוק החברה מטעמי צדק ויושר¹⁵.

2. לקחים לתקיקה

שלוש הדוגמאות דלעיל מדגימות יפה את העיקרון, שחוק חברות טוב חייב לינוק מדינים אורחיים טובים, או, במקרה של חוסר התאמה, לשנותם. ההנחה של חוסר התאמה במצב הקיים היא כמעט ודאית. המחוקק המנדטורי ראה לנגד עיניו את התשתית האורחית של המשפט המקובל¹⁶. מששונתה תשתית זו בידי המחוקק הישראלי נהרס נדבך ששימש נר לרגליו של מחוקק הפקודה. קיים אפוא צורך דחוף לקבוע במקום הוראות הפקודה שתבוטלנה הוראות המסתמכות על מצב הדברים העדכני יותר, כלומר על המשפט האזרחי הישראלי שבהווה. בחקיקת החוק החדש חייבים להיות ערים לחקיקה ולפסיקה הישראלית בענייני חחה וקניין, נזיקין והתעשרות שלא כדין, שליחות ונאמנות, ירשה וכשרות משפטית, מכר, ערבות וכיוצא באלה סוגיות. יש לאמץ אל תוך מסכת הפתרונות של החוק החדש את הפתרונות האורחיים המתאימים, ולשנות את אלה שאינם הולמים את דיני החברות. בכך ייהפכו דיני החברות לחלק אינטגרלי משיטתנו הישראלית העצמאית¹⁷.

שכר המנהלים נקבע בחקנות, והם הועסקו הלכה למעשה בחברה, סביר להניח שהצדדים אימצו לעצמם בהתנהגותם את מה שנכתב בחקנות בעניין השכר. ואולם, אינקורפורציה מכללא זו של חוכן התקנות אל תוך ההתקשרות מכללא שבין החברה לצד השלישי איננה חמיד אפשרית. למשל, בדוגמה המובאת בטקסט, ובהנחה שחווה מכר מקרקעין חייב להיות בכתב, ספק אם ההתקשרות מכללא כאמור מספקת את דרישות החוק, התוצאה היא שחחה מכר המקרקעין איננו אכיף.

15 *Ebrahimi v. Westbourne Galleries* [1972] 2 All E.R. 492 (H.L.) אמנם, בית המשפט מצא שהדחתו של שמעון מן ההנהלה לא לוותה בכוונת מרמה, ושיקפה את אמונתם הכנה של ראובן ולוי ששמעון אינו ראוי להיות מנהל. הלכה דומה נפסקה בישראל בע"א 161/76 שטיבל נ' שטיבל, פ"ד לב(1) 510. האם הלכה זו עדיין תקפה בישראל? מאז חקיקת חוק החוזים (חלק כללי) מצוים הצדדים לכל התקשרות חוזית לקיימה בתום לב. אפשר שעקב מצוות אורחית זו שונה מכללא גם דין התאגידים. ראה לעניין זה מאמרי, "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות", משפטים ח' (1977) 13. ראה גם סעיף 235 לפקודה, שהוסף בשנת תשמ"א.

16 סימן לעירנותו של המחוקק המנדטורי בשאלה זו ניתן למצוא בסעיף 220 לפקודת החברות, המחיל על חברות בפירוק אחדים מדיני פשיטת הרגל. מאחר שבזמן חקיקת הפקודה (1929) טרם באה לעולם פקודת פשיטת הרגל (משנת 1936), ציווה סעיף 220 בנוסחו המקורי על קליטת דיני פשיטת הרגל העותומניים. ראה: א' פרוקציה, "קליטת דינים מתחום פשיטת הרגל אל תוך דיני חברות אינסולבנטיות בפירוק", עיוני משפט ד' (1974) 87, 90.

17 יחסי הגומלין ההרואיים בין המשפט האזרחי הכללי לדיני החברות הם שהניעו את המחוקק האיטלקי

רצוני להביא דוגמה אחת שחסבר את האוון. דוגמה זו לקוחה מתוך אחד הפרקים המהותיים שכבר הוגשו בצורת טיוטה — למשרד המשפטים. בהינתן אחריותם המוגבלת של חברי החברה לחבותיה, משמש הונה העצמי של הפירמה כרית ביטוח בלעדית להבטחת חובות הנושים. חוק החברות מצווה להקפיד שחברות לא תפתחנה מהונן העצמי שלא כדין, כגון על-ידי חלוקת דיווידנד מופרזת או רכישת מניותיהן בחזרה מיד החברים. מה יהיה דינו של חבר שקיבל לידיו חקבול אסור שכזה — אם בצורת דיווידנד ואם בצורת תמורה בעד החזרת מניותיו לחברה? מאחר שהעסקה נושאת אופי בלתי חוקי יש להחיל עליה, בשינויים המחויבים, את דיני החוזה האסור, הלקוחים כולם מן המשפט האזרחי. על המקבל תחול חובת השבה, למעט במקרים שבהם ההשבה תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין¹⁸. רעיון דומה נקבע בחוק עושר ולא במשפט הקובע, שכל מי שקיבל נכס שלא על-פי זכות שבדין חייב להשיבו לנותן, למעט בנסיבות שבהן ההשבה איננה צודקת בנסיבות העניין¹⁹. הדין האזרחי הנה יוחל גם בסוגיית הפחתת ההון.

ג. הוראות קוגנטיות וחוראות דיספוזיטיביות

1. כללי

טיוטת החוק המוצע תמעיט ככל האפשר בקביעת הוראות קוגנטיות, ותותיר כר נרחב ככל שניתן לחופש ההתנאה של הצדדים. זו העמדה הערכית העקרונית ביותר בטיוטה, ורישומה ניכר היטב בפרקים המהותיים. בפסקה 2 שלהלן אצביע על היחס בין עמדה ערכית זו ובין עמדת המשפט האזרחי הכללי לשאלה המקבילה של חירות ההתנאה החזוית. בפסקה 3 שלהלן אבהיר את נימוקיה העקרוניים של העמדה הערכית המוצעת.

2. ההיקש למשפט האזרחי

עמדתו הבסיסית של המשפט האזרחי מבוטאת יפה בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן — חוק החוזים), הקובע: "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". עמדה עקרונית זו אינה מטושטשת בהוראות החוק המתירות את ביטול

להסדיר דינים אלה כחלק מן הקודקס האזרחי הכללי. בכך סטה המחוקק האיטלקי מן המסורת השוררת ביבשת האירופית, הרואה בדיני החברות חלק מן הקודקס המסחרי. בכך גם סטה ממה שהיה נהוג באיטליה גופה עד שנת 1942, דהיינו התאגדות מכוח הקודקס המסחרי, למעט המקרה של תאגידים שאינם למטרות רווח. על התפתחות זו וסיבותיה ראה: 3 (1977) *Verrucoli, Italian Company Law et seq.* גם בהולנד קיימת מגמה למוג את דיני החברות בתוך הקודקס האזרחי הכללי. ראה: Sanders, *Dutch Company Law (1977) 1 et seq.* מובן מאליו, שהגישה המוצעת תביא לניחוק בין דיני החברות החדשים ובין שיטת המשפט האנגלי. בכך ינתן ביטוי לנתק הכללי בין שתי שיטות המשפט, הישראלית והאנגלית. המחרש אצלנו בשנים האחרונות. עמדה זו שונה מן הקו שהמליצו עליו הן ועדת צלטנר, בדין-וחשבון שלה לתיקון חוק החברות (1965), עמ' 2, וכן הצעת חוק החברות, שפורסמה מטעם משרד המשפטים בשנת 1957, בעמ' 6. לעומת זאת, עמדה זו תואמת את דעתו של ברק (לעיל, הערה 1) בעמ' 4.

18 חוק החוזים (חלק כללי), סעיפים 21, 30 ו-31.

19 חוק עשיית עושר ולא במשפט, סעיפים 1, 2 ו-3.

החוזה במקרים של מראית עין²⁰, טעות²¹, הטעיה²², כפייה²³ או עושק²⁴. כל אלה אינם אלא פגמים ברצון להתקשר בחוזה, וביטול החוזה בעילה של התקיימות אחד מהם אינה אלא חיוזק למגמה להתיר לצדדים לעצב את חוזהם כרצונם, ולא החלשתה²⁵. עיקרון זה אינו יורד מגדולתו גם עקב הסייג הסטטוטורי שאל לו לחוזה לעמוד בסתירה לחוק, למוסר או לתקנת הציבור²⁶, או, במקרים של חוים אחידים, "לקפח את הלקוחות"²⁷.

המגבלה הראשונה היא כמעט טריוויאלית, שהרי לא יעלה על הדעת שתוכן החוזה ינגד את החוק או המוסר, ואף תקנת הציבור אינה אלא ביטוי להסכמה הכלל-חברתית, שהשופט היה רשאי לאכוף אותה אף בהעדר הסמכה סטטוטורית מפורשת²⁸. באשר למגבלה השנייה, הישימה בסוגיית החוים האחידים, כבר הזדמן לי להביע את דעתי, שגם היא לא נועדה אלא כרי לאפשר לצדדים הנוגעים לעניין להביא לידי ביטוי חווי את העדפותיהם האמיתיות.

בהינתן תנאי תחרות בין הספקים לבין עצמם יש סיבה טובה להאמין, שהפתרונות החוזיים שיתקבלו מעסקאות רצוניות בין הספקים ללקוחותיהם יהיו פתרונות אופטימליים מבחינה חברתית. על תופעה זו עמדתי בהרחבה בחיבור אחר²⁹. כפי שציינתי שם, ייתכנו, כמובן, מצבים של "כישלון שוק" (market failure)³⁰, ובהם

20 חוק החוזים, סעיף 13.

21 שם, סעיף 14.

22 שם, סעיף 15.

23 שם, סעיף 17.

24 שם, סעיף 18.

25 ראה: ג' שלו, פגמים בכריתת החוזה (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 1981) 4 ואילך.

26 חוק החוזים, סעיף 30.

27 כלשון חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 סעיף 3.

28 "דומה, כי אין צורך כאיזכור מפורש של תקנת הציבור על ידי חוק חרות או הלבנות פסוקות, כדי שיוכל שופט, מכוח סמכותו הטבעית (אינהרנטית), להפעיל מושג זה בשמשו שופר להשקפות המקובלות על הציבור שבתוכו הוא פועל". שלו, תניות פטור בחוזים, (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, ירושלים, 1974) סעיף 193.

29 ראה: א' פרוקציה, "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק", משפטים ט (השל"ט) 25. גישה זו לא הוכנה כדבעי על-ידי בית המשפט העליון. ראה עח"א 1/79 "קשת" ג' חיועץ המשפטי, פ"ד לד (3) 365. לניתוחו של פסק הדין קשת ראה רשימתו של הדר, "הביקורת על תוכנם של חוזים אחידים", משפטים יב (תשמ"ב) 140.

30 "כישלון שוק" ניתן להגדרה במצב שבו אם תניח הממשלה לפרטים להגיע להסדרים חוזיים כרצונם, עלולים הסדרים אלה שלא להיות אופטימליים מבחינה חברתית. הגישה הרואה את תפקידי הפיקוח כגישה תרופתית למצבים של כישלון שוק, אך המבכרת אי התערבות במצבים תחרותיים, מקובלת מזה זמן רב על הכלכלנים. בעת האחרונה נעשתה גישה זו גם לנחלתם של חוקרי המשפט המצויים בסוגיות כלכליות. בין המאמרים המעניינים בחחום זה כדאי להזכיר כמה מן הבולטים שבהם: Breyer, "Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives and Reform", 92 *Harv. L. Rev.* (1979) 549; Buchanan, "In Defense of Caveat Emptor", 38 *U. Chi. L. Rev.* (1970) 64; Schwartz, "Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process", 49 *Ind. L.J.* (1974) 367.

פתרונות השוק אינם איפטימליים ונחוצה התערבות הממשלה. באותו חיבור התעכבתי במיוחד על שני סוגים מרכזיים של כישלונות, והם שוק מונופוליסטי ושוק שבו הצדדים סובלים מהעדר מידע מספיק הנחוץ להם לשם הגשמת שאיפותיהם האמיתיות. על שני סוגים אלה יש להוסיף עוד מקרים אחדים, שהחשוב שבהם הוא מצב המתאפיין בקיום "השפעות חיצוניות" (externalities)³¹. אך בהעדר סיבה מיוחדת לצפות לקיומו של כישלון שוק, התכנון החברתי האופטימלי הוא בהעדר יד מכוונת מגבוה, כלומר באימוצו של כלל המתיר לצדדים לעצב את חוזהיהם כרצונם.

גם היחסים המשפטיים בתוך החברה הם ביסודו של דבר יחסים אובליגטוריים. נראה לי, שהדינים הכלליים המתירים לצדדים לעצב את חוזהיהם כרצונם צריכים לחול גם על עיצובו של חוזה מיוחד זה. באנלוגיה למשפט האזרחי, מן הראוי להתערב ולקבוע באופן קוגנטי הוראות המקרינות על יחס זה, בהתקיים אחד משני התנאים האלה: או שהסדרים המשפטיים בחברה אינם חוקיים, אינם מוסריים או נוגדים את תקנת הציבור, או שהצדדים הישירים להסדרים אלה לא יגיעו לפתרון חוזי אופטימלי מכיוון שיש לצפות ש"התכנון באמצעות השוק" ייכשל.

3. "תכנון" מערכות הכוח בחברה על ידי השוק ומגבלותיו

שיקולי ההיקש למשפט האזרחי אינם, אחרי הכל, אלא שיקולים שבצורה, המדגישים את הסימטריה והאסחטיקה של שיטת המשפט בכללה. חשובים מהם השיקולים שלגוף העניין.

כעיקרון כללי יש להכיר בכך שכוחות התחרות בשוק יווסתו וינחו את ההסדרים הרלוונטיים לדיני החברות ללא צורך בכל התערבות מבחוץ.

ההתקשרות החוזית עם החברה ובתוך החברה איננה התקשרות כפויה³². מתקשרים (לרבות בעלי מניות, נושים, דירקטורים ומנהלים) שדעתם אינה נוחה מן ההסדרים הנוהגים בחברה פלונית חופשיים לנתק את הקשרים עימה ולהתקשר עם חברה אחרת. אפשרות זו כשלעצמה תדרבן את הפירמות השונות במשק להציע לקהל המתקשרים את התנאים הרצויים להם. מן הסתם תיווצרנה במשק פירמות רבות שתאמצנה לעצמן הסדרים שונים זה מזה המתאימים להעדפותיהם המגוונות של המתקשרים השונים. אילו קבעה הכנסת מספר רב של כללים קוגנטיים שהיו מונהגים בכל החברות, היו הסדרים אלה נכפים גם על קהל המתקשרים שהיו מבכרים מבחינתם הסדר אחר. באופן כזה הכלל

31 השפעה חיצונית (שלילית) היא עלות חברתית הנגרמת מפעילות של פירמה, בנסיבות שבהן הפירמה אינה נושאת במלוא העלות בעצמה. למשל, מפעל יצרני המזהם את האוויר אינו נושא בעלות החברתית של הזיהום, ולפיכך הזיהום מסב השפעה חיצונית שלילית. במקביל, השפעה חיצונית חיובית היא תועלת חברתית שהפירמה מחוללת מבלי שהיא עצמה נהנית ממלוא פירותיה. ההתערבות הממשלתית הנאותה במקרה הראשון היא להפנים את העלות החברתית אל תוך הפירמה וכך לצמצם את הפעילות, ואילו במקרה השני יש להפנים אל תוך הפירמה את התועלת החברתית, וכך להגביר את הפעילות. ללא התערבות ממשלתית עלולה רמת הפעילות להיקבע בסדרי גודל שאינם אופטימליים.

32 לעתים, דיני החברות יכולים להשפיע גם על מי שאינו צד חוזי להתקשרות חופשית. לגבי אלה ראוי להחיל כלל אחר לגמרי. ראה הערה 50 להלן והטקסט הנלווה אליה.

הקוגנטי, שתכליתו המוצהרת היא הגנה על המתקשר, היה כופה עליו, לעתים קרובות, הסדרים שהוא עצמו לא היה בוחר בהם.

נראה, שקיימת הסכמה כללית שמנגנון השוק אינו פועל כאשר הצדדים המתקשרים סובלים מהעדר מידע בדבר האלטרנטיבות הפתוחות בפניהם. מכאן המגמה השוררת בכל חוקי החברות וניירות הערך בעולם לחייב חברות בגילוי מירבי של מצבן הפיננסי, הרכב ההון שלהן, יחסי הכוחות בתוכן, זהותם של בעלי השליטה בהן וכדומה. אמנם הקיצוניים שבחבורה טוענים, שלאור עלותו הנמוכה של המידע בשוק ניירות הערך, עלותה של חובת הגילוי, והפיקוח על קיומה, עולה על התועלת הצומחת ממנה;³³ אך גישה קיצונית זו אינה מקובלת על רוב המלומדים,³⁴ ואף בארצנו התקבלה העמדה שגילוי מירבי הוא תנאי הכרחי לפעולה תקינה של שוקי החברות וניירות הערך.³⁵ מכאן נובעת המסקנה, שחובות הרישום, הדיווח והבקרה שהחברות כפופות להן צריכות להיות בעלות אופי קוגנטי.³⁶ בעיה קשה יותר קיימת במגזר אחר, שעליו נטוש ריכוח מר בין המלומדים בעולם. זהו

33 המאמר החשוב ביותר שפורסם ברוח זו הוא: Stigler, "Regulation of the Securities Market", 37 *J. Bus.* (1964) 117. ניתוח חיאורטי של פיקוח על רמת האינפורמציה הנאותה, הקורא לצמצום הפיקוח, מובא במאמר: Schwartz & Wilde, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information, a Legal and Economic Analysis". 127 *U. Pa. L. Rev.* (1979) 630.

34 ראה, למשל: Friend & Herman, "The SEC Through a Glass Darkly", 37 *J. Bus.* (1964) 382; Robins & Werner, "Professor Stigler Revisited", *Ibid.* 406.

35 למשל, חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, סובב כולו סביב הדרישה הקוגנטית לגילוי אינטנסיבי בנוגע לכל מנפיק שניירות הערך שלו נסחרים בציבור. מעבר לדרישה זו החוק נוקט מדיניות ליברלית, כלומר הוא מתיר הנפקה ומסחר בניירות ערך שאיכותם לכאורה נמוכה, אם אך נחשפו כל הפרטים הרלוונטיים להנפקה ולמנפיק. ראה: גרוס, דיני ניירות ערך ובורסה (1973) 27 ואילך. גם דיני החברות הכלליים, החלים על תאגידים שניירות הערך שלהם אינם נסחרים בבורסה, מחייבים חברות גדולות לצאת מצנעתן העסקית ולפרסם פרטים רבים המחייחים לפרופיל העסקי שלהן. ראה, למשל, פרק ט' לפקודת החברות (נוסח חדש).

36 אחד המעירים על טיטת רשימה זו (פרופ' צבי אופיר) הביע את הדעה, שאין זה מוצדק מבחינה עיונית לחייב כל תאגיד לגלות גילוי נאות את ענייניו העסקיים, בהינתן עלות חיובית של גילוי כזה. תרופתו של אדם הרוצה ברמת גילוי גבוהה היא שלא להתקשר עם תאגיד השומר את סודותיו העסקיים לעצמו. מנגנון השוק יבטיח שיתקיים היצע התקשרויות עם תאגידים המלווה ברמה מנוגנת של אינטנסיביות-מידע. עמדה זו אינה נראית לי. מתקשר ששילם בעד מידע של תאגיד לא יוכל, בדרך כלל, לשמור את המידע לעצמו בלבד. בעוד שעלות השגת המידע תרבוץ על המתקשר בלבד, ההנאה מן המידע תהיה נחלת הכל. בלשון הכלכלנים, המידע הוא "מוצר ציבורי". לכן רמת ייצורו של המידע, הנסחר בשוק החופשי, תהיה נמוכה מזו האופטימלית. הדרך היחידה להבטיח רמת מידע נאותה היא בחקיקה קוגנטית. גם אין זה סביר להניח שהחברה "תמכור" מידע אך ורק לאותם פרטים ששילמו בעדו תמורה הולמת, אך תמנע אותו מכל האחרים. חלק ניכר פעלויות ייצורו של המידע (למשל: הכנת מאזן), אינו תלוי בגודלה של אוכלוסיית התפוצה. לאחר שהמידע כבר נוצר, העלות השולית של הספקתו היא אפסית. מכאן, שעמדת המיקוח של המתקשר השולי תהיה חזקה, בידעו שלחברה יהיה כדאי "למכור" לו את המידע עבור כל מחיר חיובי שהוא. חברה שתצעה להתגונן מפני מצב דברים כזה תיאלץ לדבוק בשיטת התמחיר השולי. לפיו המתקשר הראשון יתבקש לשלם את מלוא עלויות ייצורו של המידע. אך כפי שכבר הנחנו, המתקשר הראשון יסרב לשלם עלות זו, הואיל והיא עולה על תועלתו הפרטית (להבדיל מן התועלת הציבורית) של השגת המידע.

המגזר של חלוקת העוצמה בחברה ומידת היותם של בעלי המניות, הנושים והציבור בכללו, כפופים לשרירות לבם והחלטותיהם הבלעדיות של הדירקטורים והמנהלים בחברה. נראה, שהמודעות לבעיה גברה בעקבות פרסום ספרם של ברלי ומינס בשנת 1932.³⁷ ספר זה הצביע על כך שבחברה המודרנית הגדולה הבעלות והשליטה אינם מרוכזים עוד בידי אותם אנשים, ולפיכך מתעורר הצורך להגן על הבעלים מפני שרירות לבם של הנאמנים ברכושם, ולסייג את כוחם בסייגים קוגנטיים.³⁸ ואמנם, עיקר הלחץ הציבורי להכללת דינים קוגנטיים בחוקי חברות מודרניים רוכזו במגזר זה של המשטר בחברה (corporate governance). להלן מספר דוגמאות לשאלות מפתח שעליהן נטוש הוויכוח:

- (א) הבטחת כוח ההצבעה של בעלי המניות, כגון על-ידי הסדרי "הצבעה מצטברת" (cumulative voting)³⁹ או אי רישום למסחר של מניות לא מצביעות.
- (ב) הקפדה על מבנה הוני "נאות" של החברה, כגון על-ידי הבטחת הון עצמי מינימלי בכל עת, או הקפדה על יחס "המינוף" הפיננסי (leverage) שבין ההון העצמי להון הלוואות.
- (ג) ייצוג מנדטורי במועצת המנהלים לנציגי סקטורים שונים שפעולות החברה עשויות להיות רלוונטיות כלפיהם, כמו נציגי עובדים ונציגי ציבור.
- (ד) כוחה של החברה להיטיב עם מנהליה הרבה מעבר לשכר "הרגיל", כגון באמצעות הענקת אשראי, ערבויות, שיפוי כנגד הוצאות משפטיות, תוכניות פנסיה נדיבות או בונוסים אחרים.
- (ה) שאלות שונות הנוגעות לחלוקת הסמכויות בין מועצת המנהלים ובין בעלי המניות, כמו למשל בסוגיית הדרכים לחקיקת מסמכי היסוד ושינויים, או קביעת העיתוי לחלוקת רווחים בחברה ושיעורם.⁴⁰
- אסכולה אחת של משפטים, והם הרוב, גורסת שחוקי החברות נוחים מדי להנהלה, ובכך הם מאפשרים למעמד אוטוקרטי זה להפעיל שלטון בלתי דמוקרטי על מיליונים של

37 ראה: Berle & Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932). מעניין לציין, שאף-על-פי שמדעות לתופעה לא התחילה לפני פרסומו של ספר זה, אפשר שעצם ההפרדה בין בעלות ובין שליטה כבר שררה בחברות גדולות הרכה קודם לכן. ראה: Werner, "Corporation Law in Search of Its future", 81 *Col. L. Rev.* (1981) 1611.

38 על הקשר ההכרחי בין כוח בחברה ובין אחריות כלפי הכפופים לו עמד בהרחבה פרופ' ברלי במאמרו המצוין: Berle, "Corporate Powers as Powers in Trust", 44 *Harv. L. Rev.* (1931) 1049.

39 כאשר בוחרים בחברי דירקטוריון לפי שיטת ההצבעה המצטברת, רשאי כל חבר לרכז את כל כוח הצבעתו על מועמד יחיד, או לפזרו על-פני מספר מועמדים גדול יותר לפי בחירתו. המועמדים שקיבלו את מספר הקולות הגדול ביותר נבחרים לדירקטוריון. שיטה זו מבטיחה ייצוג יחסי של בעלי המניות בדירקטוריון החברה, ותכליתה הגשמת אחד ההיבטים של מושג הדמוקרטיה התאגידית.

40 סקירה מעניינת של המערכה בעניינים אלה ואחרים בארצות הברית בשנות החמישים, הן השנים המכריעות להיווצרות רוב חוקי החברות שם, אפשר למצוא, בין היתר, אצל: Katz, "The Philosophy of Midcentury Corporation Statutes", 23 *Law and Contemporary Problems* (1958) 177; Jennings, "The Role of the States in Corporate Regulation and Investor Protection", *Ibid.* 193.

בעלי מניות, נושים, עובדים ועל הציבור בכללו; לפי גירסה זאת ההנהלה מנצלת את עמדת הכוח שלה כדי להיטיב עם עצמה, ומגלה אטימות לצורכי הזולת, לרבות צורכיהם של אלה שמבחינה משפטית הם בעליה האמיתיים של החברה. המסקנה האופרטיבית של בעלי טיעון אלה היא, שיש להרבות בחקיקה קוגנטית בענייני המשטר בחברה ובשאלות של מבנה ההון⁴¹.

גישה זו אינה נראית לי. ראשית, יש לזכור שטרם נעשה מחקר של ממש הקושר בקורלציה מובהקת כלשהי את עובדת פיוזר ההחזקות בחברה והפרדת הבעלות מן השליטה עם נזק כלשהו שנגרם, כביכול, לבעלי המניות, לנושים או לציבור. בהעדר קורלציה כזו העובדות הנ"ל מצביעות אך ורק על עצמן ואין בהן כדי להצדיק מסקנות אופרטיביות כלשהן⁴².

שנית, נראה שהדירקטורים והמנהלים מעוניינים בדרך כלל בצורה אישית מובהקת בהצלחת החברה, שכן הן שכרם⁴³ והן תועלות אחרות שהם יכולים להפיק מן החברה⁴⁴ עומדים ביחס ישר להצלחה מעין זו, המיטיבה במישרין גם עם בעלי המניות, הנושים, העובדים והציבור בכללו.

ואמנם, אסכולה שנייה של משפטנים — מיעוט בעירם, אך מיעוט הנהנה מתמיכת כלכלנים רבים — דוחה בתוקף את עקרון ההתערבות בשאלות של משטר ומבנה הון. טיעונה של קבוצת מלומדים זו הוא שאם ההתנהגות האופטימלית של הנהלת החברה מבטיחים כוחות השוק, כגון הצורך להתחרות בשוקי המוצרים והשירותים, הרצון להגדיל את גמול הניהול והחשש מאיבוד המשרה, אם בדרך של פיטורין, ואם כתוצאה מהצעת רכש, כאשר החברה שהם מנהלים אינה עושה חיל⁴⁵. אם מביאים בחשבון גם את עלות

41 ראה, למשל: Cary, "Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware", 83 *Yale L.J.* (1974) 663; Nader, Green & Seligman, *Constitutionalizing the Corporation: The Case for Chartering of Giant Corporations* (1976); Powers, "Drafting a Corporation Code for North Carolina", 10 *Ark. L. Rev.*, (1955) 37; Conard, *Corporations in Perspective* (1976) 11 et seq. אחד מאבות הטיעון לפיו מנהלי תאגידים הפכו להיות מעמד חדש בעולם המודרני, המפעיל שלטון אוטוקרטי על ההמונים, הוא ג'ון קנת גלברייט בספרו המפורסם החברה התעשייתית החדשה. בספר זה ובכמה מכתביו האחרים מטיף גלברייט לצמצם את כוחו של המעמד החדש הזה ולרסנו בדברי חקיקה קוגנטיים.

42 דברר חולשותיהם המדעיות של טיעוני פרופ' גלברייט ראה, למשל: Solow, "The New Industrial State or Son of Affluence", 9 *Public Interest*, (1967) 100. על העדר הקורלציה בין עובדת הפרדת הבעלות מן השליטה ובין תופעות שליליות כחאגיד ראה מאמרו המצוין של: De Alessi, "Private Property and the Dispersion of Ownership in Large Corporations", 28 *J. Fin.*, (1973) 839.

43 ראה: Fama, "Agency Problems and the Theory of the Firm", 88 *J. Pol. Econ.* (1980) 288.

44 ראה: Williamson, "Managerial Discretion and Business Behavior", 53 *Am. Econ. Rev.* (1963) 1032.

45 בין החיבורים העיקריים התומכים בגירסה זו יש להזכיר את: Baumol, *The Stock Market and Economic Efficiency*, (1965) 79; Manne, "Our Two Corporation Systems: Law and Economics", 53 *Va. L. Rev.* (1967) 259; "Achian & Demsetz," Production, Information Costs and Economic Organization", 62 *Am. Econ. Rev.* (1972) 777; Winters, "State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation", 6 *J. of Leg. Stud.* (1977) 251.

הפיקוח על הוראות קוגנטיות, נראה שכל יתרון שיופק מתכנון מרכזי של בעיות המשטר וההון יהיה בטל בשישים כנגד החסרונות הצפויים מכך. ראייה להצדקתה של גישה זו ניתן למצוא, לדעתי, בהתבוננות בשיטת החברות הפלורליסטית האמריקנית. כידוע, לכל אחת מן המדינות יש קוד חברות משלה, וכל שיטה שונה מחברתה, בין היתר, גם במידת הליברליות שהיא מעניקה למתקשרים, לצבא את אופי היחסים בתוך החברה כרצונם. בעלי הגישה הראשונה, המצדדת בחקיקה מצווה, מצדיקים כזכור את גישתם בחשש, שבעלי השליטה בחברה ינצלו את מעמדם להוותם של המתקשרים עמם, ובמיוחד בעלי המניות והנושים. המדינות השונות מאפשרות ניצול לרעה זה, לפי אותו קו מחשבה, במטרה למשוך חברות להתאגד בתחומן ולזכות בשל כך בהכנסה ממסי רישום ואגרות שנתיות⁴⁶.

ניתן היה לצפות, על כן, שאילו היה ממש בחששות וחשדות אלה היו החברות המתאגדות במדינות שאינן מרבות בהוראות קוגנטיות, בד"בבד עם היעשותן יותר מפתות להנהלה, נעשות מפתות פחות עבור קורבנותיה; היה עליהן לסבול, כביכול, מתנאי מימון נחותים, ושער ניירות הערך שלהן היה יורד, בהשוואה לשער ניירותיהן של החברות המאוגדות במדינות השומרות על האינטרסים של המשקיעים. תופעה זו היתה מלווה בודאי בנדידת משקיעים מחברות אלה לתאגידים הרשומים במדינות המגלות יד תקיפה. למערכת השערות זו אין כל תמיכה אמפירית. נראה שכוח המשיכה שלהן בעיני המשקיעים — הלוא הם הקורבנות המשוערים — אינה נפגעת כלל. אכן, תוצאה זו עולה בקנה אחד עם האינטואיציה הכלכלית הבריאה, שהרי אילו היה שער ניירות הערך של אותן חברות יורד ואילו היו המשקיעים נודדים לחברות אחרות, כי אז היה גדל דווקא כוח המשיכה של החברות האחרות, המאוגדות במדינות "נוקשות". במקרה זה היה נעשה כדאי יותר להתאגד דווקא במדינות "הנוקשות", ואזי המדינות המתחרות ביניהן על מסי הרישום והאגרות השנתיות היו פותחות במירוץ של נוקשות, ולא במירוץ של מתירנות⁴⁷. השערה זו, המבוססת על הנחת התנהגות ראציונלית של ציבור המשקיעים, אומתה במחקרים אמפיריים יסודיים ומעמיקים, המצביעים על כך שאכן התשואה על ההשקעה במדינות "המתירנות" עדיפה בדרך כלל על התשואה על ההשקעה במדינות ה"מחמירות" עם ההנהלה⁴⁸. ככל הנראה קיום מנגנוני בקרה ופיקוח קפדניים מדי מכביד על חופש התמרון של הפירמה ומעמיס עליה הוצאות כבדות, המיתרגמות לירידה ברווחיות.

השאלה המתבקשת בנקודה זו היא, האם אין זה מסוכן ללמוד מן הניסיון האמריקני, המבוסס על מעין פלורליזם פדרלי, והמאפשר תחרות בין המדינות על "ייצור" הקודקס האופטימלי בדיני חברות. בתוך ארצות הברית גופה נשמעו קולות המקטרגים על דיני החברות הפדרליים, והתולים את נחיתותם החקיקתית בהעדר מנגנון שוק דוגמת זה הפועל על מחוקקי המדינות, והגורם להן להתחרות ביניהן על ייצור הקוד המדינתי

46 ראה Cary (לעיל, הערה 41); ראה גם: Joslin, "Federal Securities Regulation from the Small Investor's Perspective", 6 J. Pub. L. (1957) 219.

47 פיתוח מצוין של קו מחשבה זה מובא במאמרו של Winters (לעיל, הערה 45).

48 ראה: Dodd & Leftwich, "The Market for Corporate Charters: 'Unhealthy Competition' vs. 'Federal Regulation'", 53 J. Bus. (1980).

האופטימלי. לדעת המקטרגים, המחוקק הפדרלי נהנה ממעמד מונופוליסטי, ומכאן שהתוצר היוצא מתחת ידיו פחות יעיל מן התוצרים המדינתיים התחרותיים⁴⁹. מאחר שבישראל אין חקיקה פלורליסטית, נשאלת השאלה האם ניתן ליישם את הניסיון האמריקני הפלורליסטי במדיניות החקיקתית בישראל.

לדעתי, ההבדלים בין ארצות הברית ובינינו בשאלה זו אינם הבדלים רלוונטיים. אמת, אילו הכיל הקודקס המוצע שורה ארוכה של הוראות קוגנטיות, היינו חסרים קנה מידה של שוק להערכה נורמטיבית של הוראותיו. ואולם אם תישמע דעתי והחוק יישא, על-פי רוב, אופי דיספוזיטיבי, יבוא מנגנון השוק לידי ביטוי בתחרות בין הפירמות לבין עצמן. פירמות שחרצינה להרכות בערובות להגנת בעלי המניות תהיינה תופשיות לעשות כן. פירמות שתחפוצנה ביתר גמישות ומתן שיקול דעת לדירקטוריון ולמנהלים תוכלנה לעשות כן אף הן. מאחר שאלה וגם אלה תרצינה למשוך אליהן את ציבור המשקיעים, להזיל את עלות ההון, ולמנוע מתקפות רכש הנובעות מכישלונות בעסקים, חזקה עליהן שתדענה לנסח את חקונן ברמת הנוקשות האופטימלית. הכוונה מגבוה לא תועיל, וקרוב לוודאי שגם תזיק.

כללו של דבר: כל עוד השוק אינו צפוי ל"כישלון", נראה לי שראוי להחיל את עקרון חופש העיצוב גם על דיני החברות. משימתנו כעת היא לאתר את המגזרים שבהם "כישלון" כזה אכן צפוי, ולהגביל את ההוראות הקוגנטיות לאותם מגזרים.

כבר הצבעתי על הצורך להבטיח זרימת מידע לציבור באמצעות הוראות חוק קוגנטיות. המגזר השני שבו לא יוכל השוק להסדיר את עצמו הוא בכל אותם מקרים המועדים להשפעות חיצוניות, כלומר מקרים שבהם מתן חוקף נורמטיבי להסדרים שנקבעו בתוך החברה עלול להשפיע לרעה על זכויותיהם של צדדים שלישיים. לא כאן המקום לתאר בהרחבה את כל המקרים העשויים להשתבץ בתוך המגזר המועד להשפעות חיצוניות. אך דוגמה אחת תוכל להאיר את העניין בהירות. טול את שאלת הגבלת אחריות החברים לחובות התאגיד. אילו היה מדובר בהסכם אשראי בין החברה ובין מלווה, המביא את שאלת הגבלת האחריות בחשבון לצורך קביעת מחיר האשראי, לא הייתי מוצא כל פסול בכל הסדר שהוא שהחברה אימצה לעצמה בידיעתו של המלווה⁵⁰. אך הגבלת האחריות יכולה לחול גם על נושים לא רצוניים, כגון קופת האוצר החובעת בשל חיובי מס או זכאים בניזיקין. נושים אלה אינם יכולים לבטא את הסיכון המוגבר המוטל עליהם עקב הגבלת אחריותה של החברה בהעלאת דמי האשראי. לפיכך אנו מצווים לבדוק בקפידה האם הסדרי הגבלת האחריות, ככל שהם באים לידי ביטוי בזכויותיהם של נושים שכאלה, הם הסדרים סבירים, או שמא יש להגבילם או להתנות אותם בתנאים קוגנטיים.

לכסוף, יש לתת את הדעת על קיום האפשרות שהמתקשרים עם החברה לא ייהנו מחופש בעיצוב הסכמיהם עימה עקב ריכוז כוח שוק רב מדי בידי התאגיד (למשל, במקרים של קיום מונופולין). יש לקוות שבעיה זו לא תהיה חריפה במיוחד, הודות לחלותם של דינים מיוחדים הנוגעים לתאגידיים רבי עוצמה במשק. למשל, בעת האחרונה

49 ראה: Easterbrook & Fischel, "Voting in Corporate Law", 26 *J. of Law & Econ.* (1983) 395.

50 על הקשר בין מידת הסיכון, הגבלת האחריות ומחיר האשראי ראה: Posner, "The Rights of Creditors of Affiliated Corporations", 43 *U. Chi. L. Rev.* (1976) 499.

הוגבר הפיקוח החקיקתי על תאגידים בנקאיים⁵¹ וביטוחיים⁵². תאגידים מונופוליסטיים כפופים למערכות פיקוח נוספות⁵³, ואם נשמעת הטענה שמערכות אלה אינן מספיקות, יש לשפרן ולשכללן, ולא דווקא באמצעות רפורמה בחקיקת התאגידים הכללית. יחד עם כל זה, יש מקום לבחון ביהר קפדנות את מבני ההון יחסי המשטר בתאגידים מעין אלה, כגון במגזר של חברות ממשלתיות, ולהבטיח באופן קונגטי את חופש עיצוב ההסכמים גם בהם.

ולבסוף, הערה כללית. כאמור, חיוני לשבץ את דין התאגידים בתוך המסכת האזרחית הכללית. יש להחיל את מושגיה היסודיים, ובמיוחד את החובה המתעצמת לקיים הסכמים בתום לב, במלואם על סוגיית התאגידים. חובה זה תשמש שסתום ביטחון נוסף כנגד שרירות לבם של השולטים בחברה. עצם קיומה הוא נימוק כנגד חקיקה קונגטי ספציפית בתוך קוד החברות.

ד. חקיקה מיוחדת לחברות קטנות

1. כללי

במסגרת פרק זה תידונה שתי שאלות עיקריות. השאלה האחת היא, האם ראוי להסדיר הן את ענייניהם של התאגידים הגדולים והן את אלה של הפירמות הקטנות באותו דבר חקיקה. התשובה המוצעת לשאלה זו היא חיובית. השאלה השנייה היא, האם דבר החקיקה היחיד שיוצע צריך לעסוק, רובו ככולו, בבעיותיה של החברה הגדולה, או באלה של החברה הקטנה. בשאלה זו מוצע להעדיף את החלופה הראשונה.

2. תיאור המצב הקיים

הפקדה מבחינה בין חברה "פרטית" ובין חברה שאינה פרטית, שנהוג להתייחס אליה, בדרך כלל, כאל "חברה ציבורית". חברה פרטית מוגדרת בסעיף 39 כחברה שלפי תקנותיה הזכות להעביר את מניותיה היא מוגבלת, מספר חבריה אינו עולה על חמישים ונאסר עליה להזמין את הציבור לתחום על ניירות ערך שלה. כל חברה שאינה פרטית היא חברה ציבורית. הרוב המכריע של הוראות הפקודה חל בשווה על כל סוגי החברות, אם כי החברה שעמדה לנגד עיני המחוקק היתה החברה הציבורית⁵⁴. מקצת מהוראות הפקודה חלות על חברות פרטיות בלבד. אלה הן בדרך כלל הוראות המקלות על פרוצדורות

51 ראה חוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981, חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.

52 ראה חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981.

53 הן מכוח הסדרים כלליים דוגמת אלה שנקבעו לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, והן מכוח הסדרים מיוחדים שנקבעו למפעלים מסוימים. ראה, למשל, את פקדת וכינונת חשמל המנדטורית, או, מאוחר יותר, את חוק וכיך צינור הנפט, תשכ"ח-1968.

54 זו היתה חמדי השקפתו של הדין האנגלי. באנגליה נעשו במשך השנים ניסיונות שונים לקבוע הוראות מקלות לחברות פרטיות, אך ניסיונות אלה לא עלו יפה, לאחר שחברות ציבוריות גדולות הקיטו לעצמן חברות אחוקה או חברות-בת העומדות בקריטריונים הפורמליים של חברות פרטיות, והפעילו את עסקיהן באמצעותן. בתגובה ביטל המחוקק הבריטי את מירב ההקלות לחברות פרטיות והדין החל עליהן אינו שונה בעיקרו מזה החל על חברות ציבוריות. ראה Gower (לעיל, הערה 5) 13.

נוקשות שאינן מתאימות למפעל קטן⁵⁵. לעומת זאת בולטות בהעדרן הוראות הקובעות הסדרים מיוחדים לבעיות המהותיות של החברה הקטנה⁵⁶. העובדה, שהצרכים הכלכליים והחברתיים של המתאגדים בה שונים בתכלית מאלה של בעלי מניות בחאגיד גדול לא באה לידי ביטוי חקיקתי. אין ספק, שהחברות הקטנות לא זכו עד כה לתשומת לב מספקת בחקיקה.

השאלה המרכזית היא מהי הדרך הטובה ביותר לטיפול בבעיה. אפשרות אחת היא לתכנן חוק נפרד לחברות קטנות. הרבה מדינות בעולם נוקטות דרך זו⁵⁷. אפשרות שנייה היא לרכו את החוק החדש דווקא בבעיותיה של החברה הקטנה, אך להוסיף הוראות שתסדרנה את צרכיה השונים של החברה הגדולה. תמיכה בקו מחשבה זה ניתן למצוא אצל ברק⁵⁸. הדרך השלישית היא לא לשנות את האוריינטציה העכשווית, דהיינו לראות בחברה הגדולה את עיקר הפרובלמטיקה של החוק; אך להוסיף פרק נפרד שיטפל בבעיותיה המיוחדות, הן הדיוניות והן המהותיות, של ההתאגדות בחברה קטנה. גם דרך זו מקובלת במשפט המשווה⁵⁹. על דרך זו בחרתי להמליץ אף אני.

3. על הנימוקים בעד ונגד חקיקה נפרדת

עיקר הוויכוח במאה הנוכחית בעד ונגד חקיקה נפרדת לחברות קטנות התנהל בארצות הברית. עד שנות החמישים כמעט שלא טופל סוג זה של חברות בחקיקה האמריקנית⁶⁰, למשל, הכללים הקבועים בסעיף 81 לפקדה, ושלפיהם מספר הדירקטורים המינימלי הוא שניים, והמכיל אי אלה תנאים פורמליים לעניין כהונתם, איננו חל על חברה פרטית. בדומה, המניין החוקי (קוורום) הנדרש בחברה פרטית הוא קטן יותר. ראה סעיף 111(3). חשוב יותר הוא הכלל המשתמע מסעיף 125, לפיו חברה פרטית פטורה מהגשת מאזן.

56 כאן ולהלן אני משתמש בכוונה בביטוי הסתמי "חברה קטנה", להבדיל מן הביטוי בעל המשמעות המשפטית המוגדרת "חברה פרטית". מילוי מושג החברה הקטנה בתוכן קונקרטי איננו פשוט, ומחקקים ברחבי חבל מחלבים בכך קשות. בין מאפייניה של חברה כזו ניתן למנות היקף עסקים מצומצם, השפעה זניחה על המשק הלאומי, מספר קטן של בעלי מניות, קשר אינטימי בינם ובין החברה, המתבטא, לעתים קרובות, בהסתכלות על החברה כעל מקור תעסוקה, יחסי קירבה או אמת בין בעלי המניות לבין עצמם וכדומה. ברור, שלא כל התנאים האלה הם הכרחיים לסיווגו של חאגיד פלוני כ"חברה קטנה". אך יש בהם כדי לשמש אינדיקציה ברורה למהות המושג. ראה באופן כללי, O'neal, *Close Corporations* (1958, with Cumulative Supplement) 13 ET Seq. וראה גם הערה 85 להלן.

57 הסדר זה נהוג במיוחד ביבשת אירופה. דוגמה טיפוסית לכך היא גרמניה. בארץ זו מבחינים בין חברה ציבורית מוגבלת (Aktiengesellschaft) וחברה ציבורית שרק חלק מבעלי מניותיה נהנים מהגבלת אחריותם האישית (Kommanditgesellschaft), שתיחן מוסדרות בחוק החברות הציבוריות משנת 1965, (Aktiengesetz) ובין החברה הפרטית המוגבלת (Gesellschaft mit Beschränkter Haftung), (Gesetz Betreffend der 1982 Haftung) המוסדרת בחוק החברות הפרטיות המוגבלות משנת 1982 (Gesellschaft mit Beschränkter Haftung) ראה לעניין זה: Würdinger, *German Company Law* (1975) 2.

58 ברק (לעיל, הערה 1) 9.

59 בחינה ממצה של יתרונות וחסרונות החוק הנפרד לחברה הקטנה נעשתה לאחרונה בקנדה, ובעקבותיה הוחלט על חקיקת חוק חברות פרדלי אינטגרטיבי, דהיינו העוסק בחברות מכל הגדלים. ראה: Hansen, "The Canadian Business Corporations Act – Some General Remarks", 6 *Anglo-American L. Rev.* (1977) 261.

60 ראה O'neal (לעיל, הערה 56) כרך 1, עמ' 27.

אם כי קריאות לשינוי המצב נשמעו כבר הרבה קודם לכן⁶¹. קריאות אלה הלכו והתעצמו, עד שבסוף שנות השישים שונה המצב לבלי הכר⁶² ואילו היום יש כבר בשש-עשרה מדינות לפחות חוקים או פרקי חוקים העוסקים בצורה ייחודית בחברה הקטנה⁶³. מרכז הכובד של הדרישה לחקיקה נפרדת הוא בטיעון שאופייה של החברה הקטנה, בעלת המבנה האישי והאינטימי, הוא כה שונה מאופיו האנונימי של התאגיד הגדול, שלא ייתכן שהסדר נורמטיבי אחד יהיה יפה לשניהם. כשפורטים הכללה זו למרכיביה, נוהגים למנות כמה וכמה סוגיות טיפוסיות שבהן מתבטא ההבדל בין שני סוגי התאגידים, ואלה העיקריות שבהן:

(1) התאגיד הגדול נשלט בידי מנהליו, בעוד שבעלי המניות, שאינם מועסקים בעסק, מתעניינים יותר בתשואה על השקעתם. בחברה הקטנה מעוניינים בעלי המניות לאחוז בהגה השלטון.

(2) בחברה הקטנה בעלי המניות מעוניינים לא רק במעמדם ההתחלתי בחברה, אלא יש צורך גם להבטיח שמעמד זה לא ישונה ברוב דעות בשלב מאוחר יותר. על כן יש הצדקה לקביעת רוב מיוחד, ואולי אף לדרישה לאחידות דעים לגבי כל החלטה עקרונית של שינוי הזכויות הראשוניות. לעומת זאת, בחברה הגדולה עניינו של כל בעל מניות בשריון מעמדו בחברה מורגש פחות, ומתגברת ההצדקה לאמץ כלל של קבלת החלטות ברוב פשוט.

(3) האופי האינטימי של החברה הקטנה מצדיק החמרה של ההגבלות על העברת המניות מיד ליד.

(4) אופי זה גם מצדיק כללים פחות נוקשים ופורמליים בניהולה השוטף של החברה, כגון בענייני אסיפות, זימונים ופרוטוקולים⁶⁴.

למרות כל ההבדלים האלה בין חברה גדולה לקטנה, נראה לי שמן הראוי לדחות את הפתרון של חקיקה נפרדת.

בראש ובראשונה נזכור, שבצד ההבדלים הרבים והמשמעותיים יש גם הרבה קווי דמיון ושיחוף בין שני סוגי התאגידים. המבנה המשותף המאסיבי הזה מצדיק, כשלעצמו, את הכללת שניהם בקוד אחד⁶⁵. כשם שניתן, ולדעתי רצוי, לעגן באותו חוק גם את התאגידים הממשלתיים, למרות שגם לאלה יש הרבה מאפיינים ייחודיים, כך ראוי גם לאגד באותו חוק את כל החברות שאינן ממשלתיות, קטנות כגדולות⁶⁶. אך הנימוק העיקרי הוא אחר.

61 ראה, למשל: Weiner, "Legislative Recognition of the Close Corporation", 27 *Mich. L. Rev.* (1929) 273.

62 ראה החוספס משנת 1970 לספרו של O'neal (לעיל, הערה 56) 41 ואילך.

63 ראה: Karjala, "Second Look at Special Close Corporation Legislation", 58 *Tex. L. Rev.* (1980) 1207.

64 שם. ראה גם: Bradley, "A Comparative Evaluation of the Delaware and Maryland Close Corporation Statutes", 1968 *Duke L. J.* 525; Bradley, "Toward a More Perfect Close Corporation Code – The Need for More and Improved Legislation", 54 *Geo. L. J.* (1966) 1145.

65 זו גם דעתו של ברק (לעיל, הערה 1) 9.

66 גם ברק, שם. ממליץ על הכללת הפרק הן בחברות ממשלתיות בקודקס החברות הכולל.

כפי שכבר ציינתי, רוב-רובן של הוראות החוק בענייני משטר והון תהיינה הוראות דיספוזיטיביות⁶⁷. אמנם מרבית ההוראות תכוונה לחברה הגדולה, אך לאור האופי הדיספוזיטיבי של הוראות אלה יוכלו מתכנניה של חברה קטנה לשנותן לפי צורכיהם גם ללא חוק נפרד. למשל, אם יקבע החוק שעסקיה של החברה ינוהלו על-ידי מועצת מנהלים, יוכלו מתכנניה של חברה קטנה לשנות כלל זה ולהאציל סמכויות ניהול לאסיפה הכללית דווקא, או לפונקציונרים אחרים כפי רצונם⁶⁸. כדי להקל עליהן את נטל ההתנאה על הוראות החוק תוצענה שתי סדרות של תקנות לדוגמה: תקנות לחברה גדולה ותקנות לחברה קטנה.

מעניין לציין בסוגיה זו את ניסיונה של הולנד בעשור האחרון. עד שנת 1971 חל על כל החברות בארץ זו חוק אחד, והמצב השביעי את רצונם של הכל. בשנה זו נאלצה הולנד לקבל את התכתיב של השוק המשותף, המחייב כל חברה ציבורית בחובת פומביות וגילוי חשבונות. מאחר שחובה זו לא התאימה לחברות קטנות המבקשות לשמור על צנעתן העסקית, נחקק בהולנד חוק מיוחד לחברות כאלה. חוק זה נועד אך ורק למטרה של מתן מפלט לחברות קטנות מקיום הנטלים שהוטלו על החברות הגדולות מטעם מדינות השוק⁶⁹. הניסיון ההולנדי מדגיש את המשותף בין כל סוגי החברות ואת ההצדקה התיאורטית לדבר חקיקה יחיד שיטפל בכולן. עם זאת, טעמם של ההולנדים נראה לי מרחיק לכת מדי, שכן לולא נאנסו בידי השוק המשותף, היו ההולנדים נמנעים מלהחיל הוראות מיוחדות על חברות קטנות אפילו בדבר חקיקה יחיד. אכן, לפי דעתי מן הראוי ליחד פרק לבעיותיה של החברה הקטנה. דבר זה נובע מכך, שאפילו הוראותיו הקוגנטיות של החוק הנוגעות לחברות גדולות אינן מתאימות בהכרח לחברה הקטנה. למשל, דינים המחייבים קיום תנאים פורמליים מסויים כתנאי לכינוס אסיפה מתאימים יותר לחברה הגדולה. בחברה הקטנה ראוי לוותר לעתים על תנאים פורמליים כאלה משום שיש בהם הכבדה מיותרת. הוראה כזו ושכמותה תיכללנה בפרק שנושאו חברות פרטיות.

4. איזה סוג של חברה צריך לשמש נושא עיקרי לחקיקה? נשאלת השאלה, האם ליחד את עיקר החוק לתאגידים גדולים, ורק פרק אחד לבעיותיהן המיוחדות של חברות קטנות, או להיפך? פרופ' ברק נזקק לשאלה זו והמליץ על הדרך השנייה. לדבריו, הרוב הגדול של החברות בישראל הן חברות קטנות, ולכן המגמה העולמית להתרכז דווקא בחברות הגדולות איננה מתאימה לתנאי הארץ⁷⁰. זה היה גם הגיונה של הצעת משרד המשפטים משנת 1957, שייחדה את חלקו הראשון של החוק המוצע לחברה הקטנה דווקא⁷¹.

67 ראה פרק ג' לעיל.

68 זו גם דעתו של Karjala (לעיל, הערה 63). ראה גם: Scott, "The Close Corporation in Contemporary Business", 13 *Bus. Law.* (1958) 741. סקוט חומך באותה חוצאה מנימוקים שונים.

69 ראה: 1 Sanders, *Dutch Company Law* (1977).

70 ברק (לעיל, הערה 1) 9.

71 הצעת חוק החברות, עמוד 7.

טיעון זה איננו נראה לי. בראש ובראשונה ראוי לנו שנוכח שהריבוי המספרי של החברות הקטנות ביחס למספרן של הגדולות איננו תופעה ישראלית דווקא. אפילו בארצות הברית, ארץ חברות הענק והקונגלומרטים, המצב איננו שונה. לפי נתוני 1968, רק לעשרה אחוזים בערך מכלל החברות היו נכסים ששוים עולה על מיליון דולר. חלקן של חברות שנכסיהן עולים על מאה מיליון דולר היה שני פרומיל בערך מאוכלוסיית החברות. נכסיה של החברה התציונית היו פחותים ממאה אלף דולר, ואילו קבוצת החברות הגדולה ביותר התרכזה במרווח שבין דולר אחד לחמישים אלף דולר⁷². עלינו לזכור, שמפקד מספרי פשוט בתוך אוכלוסיית החברות אינו חושף את חשיבותה הסוציאלית של הבעיה. השאלה היא מי הן החברות שלציבור יש בהן עניין מיוחד, ושלהסדרת פעולתן התקינה ראוי להקדיש דבר חקיקה עיקרי; מהו היקף המעורבות המשקית של סוגי החברות השונים; למי יש השפעה רבה יותר על התעסוקה, איכות החיים והרווחה התומרית וכיוצא באלה שאלות⁷³. נראה לי, שאפילו בחינה שטחית של שאלות אלה תצביע על חשיבותן העצומה, הלא-פרופורציונלית למספרן, של החברות הגדולות בישראל.

נתונים אמינים על שאלה זו נאספים מפעם לפעם על-ידי המחלקה למחקר כלכלי במשרד האוצר⁷⁴. סקר חברות בסיסי המתייחס לנתוני שנת התקציב 1975 נערך בשנת 1979⁷⁵, ורבים מנתוניו מתעדכנים מפעם לפעם באמצעות מעקב אחר הפרטים המדווחים במשרדי פקיד השומה⁷⁶. הסקר הבסיסי מראה, שבספטמבר 1976 היו 29,071 תאגידים⁷⁷ בעלי תיקים פעילים במס הכנסה, מתוך אוכלוסייה כללית שיש לה תיקים (כולל לא פעילים) במס הכנסה המונה 43,227 תאגידים⁷⁸. מכאן שחלק גדול מן התאגידים הקטנים רדומים מבחינה עסקית ולכן "קיומם" כאישיות משפטית שטרם נמחקה הוא על הניר בלבד⁷⁹. מתוך אוכלוסיית התאגידים הפעילים נופו האגרות השיתופיות, וכן כל החברות הפיננסיות והביטוחיות. מן היתר נערך מדגם הכולל בערך 2000 חברות מכל המגזרים והגדלים. יחד עם זאת יש לזכור, שאי הכללת החברות הפיננסיות והביטוחיות במדגם מטה כלפי מטה את חשיבותם היחסית של החברות הגדולות.

בטבלה שבנספח למאמר זה תומצתו ממצאי הסקר ביחס להתפלגות החברות לפי קבוצות גודל של עשירוני פדיון, פדיון ממוצע, הון עצמי ממוצע ורווח תפעולי ממוצע⁸⁰. כפי שעולה מן הטבלה שבנספח, העשירון העליון שבאוכלוסיית החברות מרכז בתוכו השפעה משקית מכרעת בשלושה משתנים בעלי חשיבות קריטית: נפח (כספי) של עסקות, היקף ההשקעה הכספית וגודל הרווח.

72 Conrad (לעיל, הערה 41) 96.

73 שם, בעמ' 155.

74 תדחי נתונה למר אשר ארץ, סגן הממונה על הכנסות המדינה, על עזרתו באיחור הנתונים ועדכוןם.

75 מינהל הכנסות המדינה, המחלקה למחקר כלכלי, סקר חברות בסיסי 1975 (1979).

76 ראה: רבעון סטטיסטי לעניני מיסים מס' 31 (1981); ורבעון סטטיסטי לעניני מיסים מס' 32 (1982).

77 אני נוקט כאן לשון "תאגידים" ולא לשון "חברות", הואיל וסטטיסטיקה זו מתייחסת גם לאגודות שיתופיות.

78 סקר חברות בסיסי (לעיל, הערה 75) לוח מס' 3.

79 מספרם של תאגידים רדומים אלה היה באותה עת 14,156.

80 המקור: סקר החברות הבסיסי (לעיל, הערה 75) לוח מס' 9.

נתונים דומים מתקבלים גם מקריאת התמונה בנוגע לגביית מס. סך-כל המס שהגיע מכל החברות באותה שנה היה 2,690,724,000 לירות. מזה רק 272,644,000 לירות, או 17.8%, הגיעו מתשעת העשירונים הנמוכים, ו-2,211,871,000 לירות, או 82.2%, הגיעו מן העשירון העליון⁸¹. התפלגות הערך המוסף, המוגדר ככולל שכר עבודה, עבודות חוץ, פחת ורווח הפעולי נטו, הצביעה על כך שחלקו של העשירון העליון בערך המוסף הגיע לכלל 80.2%⁸². מעניין לציין, שההתפלגות האלה אינן תואמות את החלוקה המשפטית המקובלת לחברות פרטיות ולחברות ציבוריות. נתונים רב-שנתיים מראים, של-16,000 חברות פרטיות יש מעט יותר הכנסה חייבת, והמס המגיע מהן הוא קצת יותר גבוה; מאשר לקבוצה של 600 חברות ציבוריות⁸³. לתופעה זו יכול להיות הסבר כפול. ראשית, הרבה חברות גדולות רשומות כחברות פרטיות דווקא; אלה הן כל החברות אשר בלאו הכי אינן מגייסות הון מן הציבור, ולפיכך הן מעוניינות לשמור על הסטטוס המועדף שלהן כחברות פרטיות⁸⁴. הסבר אפשרי אחר הוא שהחברות הגדולות נהנות מתכנון מס מיומן יותר, ולפיכך יכולים רואי החשבון שלהם להצביע על בסיסי מס יותר נמוכים. יהיה ההסבר אשר יהיה, ברור שעיקר הפעילות המשקית מתבצעת בקבוצה מצומצמת של חברות גדולות, בין שהן נקראות ציבוריות ובין שהן נקראות פרטיות, ולפיכך ראוי לכוון את עיקר הוראות החוק אליהן. חברות קטנות המעוניינות לשמור על מבנה ואיש אינטימיים תוכלנה להתנות ללא קושי על הוראות החוק ולהתאימן לצורכיהן המיוחדים. בדבבד עם כך יהיה צורך לשוב ולבחון את ההגדרות המבחינות כיום בין חברות פרטיות לציבוריות, מתוך מגמה שההקלות הסטטוטוריות תחולנה באמת רק על החברות שאופין המצומצם מצדיק זאת⁸⁵.

81 ש.ס. לוח מס' 11.

82 ש.ס. לוח מס' 12.

83 בשנת 1975 היתה הכנסתן החייבת במס של החברות הקטנות 4,040.4 מיליוני לירות וסך-כל המס המוטל עליהן היה 2,224.1 מיליוני לירות. המספרים המקבילים לחברות ציבוריות היו רק 2,814.6 מיליוני לירות ו-1,481.3 מיליוני לירות. ההבדל הזה הצטמצם בהדרגה עם חלוף השנים. בשנת 1976 היו המספרים הרלוונטיים לחברות פרטיות 4,922.1 ו-2,554.2 מיליוני לירות, ולחברות ציבוריות 3,728.9 ו-2,163.8 מיליוני לירות. בשנת 1979 היו המספרים הרלוונטיים לחברות פרטיות 1,924 ו-824 מיליוני שקלים, ולחברות ציבוריות 1,709 ו-636 מיליוני שקלים. הנתונים האחרונים מתושבים לשנת המס 1980, ובה היתה הכנסתן החייבת של החברות הפרטיות 4,428 מיליוני שקלים, ושל החברות הציבוריות 4,049 מיליוני שקלים. המס המגיע היה, בהתאמה, 1,892 ו-1,047 מיליוני שקלים. מקורות סקר החברות הבסיסי, (לעיל, הערה 75), לוח מס' 98, והרבעון הסטטיסטי לענייני מיסים מס' 32 (1982), לוח מס' 16.

84 לעיל, הערה 55 והטקסט שמעליה.

85 יש לזכור, שכל הגדרה משפטית של חברה "פרטית", "קטנה", או "קרובה" (close) היא במידה רבה הגדרה שרירותית. עד כה לא נמצאה הגדרה מושלמת שאינה מותירה טעם של ספק במיעוטם של המקרים. הגיסיון הבריטי להבחין הבחנה מהותית בין שני סוגי החברות לא עלה יפה. ראה: Company Law Reform Committee, Cmd. No. 1749 (The Jenkins Committee) Paras. 31, 63, 67 (1962); Pennington, "Company Law Reform", 107 Sol. J. (1963) 163. בכל זאת אנוסים היום הבריטים (כמו ההולמרים, וראה הערה 69 לעיל) לחזור ולהכניס את שני סוגי התאגידים בסדר הגדרתי מכוח כפיפותם ל"דירקטיבות" של מדינות השוק. ראה: Gower, *Modern Company Law*, Supplement to the Fourth Edition (1981) בהוספתו לעמחים 289 ואילך. ראה גם הערה 56 לעיל.

נספח

רונח תפעולי ממוצע	הון עצמי ממוצע	סך הכל פדיון				מיליוני לירות	גבול עליון של עשירון באלפי לירות	מספר מקרים	עשירון
		פדיון ממוצע	אחוזים מצטברים	אחוזים	מיליוני לירות				
282	895	5,770	100.0	100.0	96,811	2,621,336	16,778	סה"כ	
(-)-10	9	20	0.0	0.0	33	44	1,678	1	
10	(-)-12	73	0.1	0.1	123	120	1,678	2	
11	53	191	0.4	0.3	320	254	1,678	3	
12	49	331	1.0	0.6	556	445	1,678	4	
26	78	604	2.0	1.0	1,013	782	1,678	5	
47	129	980	3.7	1.7	1,644	1,178	1,678	6	
77	432	1,560	6.4	2.7	2,617	1,927	1,678	7	
167	341	2,574	10.9	4.5	4,320	3,595	1,678	8	
283	361	5,234	20.0	9.1	8,783	7,737	1,678	9	
2,195	7,504	46,128	100.0	80.0	77,402	2,621,336	1,678	10	

מיליוני לירות נטו בהכנת קוד חברות חדש

"תשמי"ג" תשס"א