

תכלית החברה ומטרותיה בהצעת חוק החברות, התשנ"ו - 1995

ד"ר יחיאל בהט*

הצעת החוק מגדירה לראשונה את תכלית החברה. להגדרה משמעות לגבי חובות הדירקטורים ובעלי המניות, לגבי מטרות החברה ועוד. המאמר מציג שאלות בדין הקיים, בדין הצפוי ובדין הראוי: מידת המעורבות הסוציאלית והקהילתית המותרת לחברה, כוחות נושאי המשרה לאור תכלית החברה ושאלת היקף חובותיהם כלפי נושים, עובדים וכדומה; התנגשויות של תכליות ושיקולים שונים, המגיעים לשיאם בעימותים מכריעים (בעת סגירת מפעל, בחברה סולבנטית ובחברה כושלת, או, לדוגמה, בעימות שנודע לאחרונה בין שיקולים של שמירת שבת לבין השאת הרווח); מטרות החברה הנגזרות מתכליתה; טיב השמירה על קיום התכלית, החובות והמטרות.

* מרצה בכיר, מכללת "שערי משפט" (דיני חברות, דיני קניין ודיני בנקאות). מרצה אורח באוניברסיטאות ומכללות (דיני הבראת חברות).

המחבר מודה לפרופ' ידידיה צ' שטרן, לד"ר עמרי ידלן ולד"ר הדרה ברמור על הערותיהם החשובות לטייטה קודמת. טעויות יש לייחס למחבר בלבד.

- א. הקדמה
- ב. התכלית קודמת לחובות הזירקטורים ולחובות בעלי המניות; החובה לשקול והאפשרות לשקול
- ג. המצב הקיים: מה תכלית החברה היום?
- ד. שאלות עקרוניות הנוגעות לראיית החברה כ"מעוז קפיטליסטי" מרכזי או כמוסד חברתי בעל השלכה על הכלל או על ציבורים שונים
- ה. סעיף 15 המוצע - "תכלית החברה":
1. "על פי שיקולים עסקיים" - האם ההצעה מצמצמת את המושג "חברה" לחברות עסקיות בלבד?
 2. "ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה, בין היתר - את ענייניהם של עובדיה נושיה ושל הציבור בכללותו" - מה חסר ברשימת העניינים?
 3. "ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה..." - הכל מוגבל למסגרת השיקולים העסקיים? ומה אם החברה קובעת אחרת בהסכמת בעלי מניותיה?
 4. "ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה..." - האם החברה רק רשאית, או שיש גם מקרים של חובה?
 5. הסיפא: "כן רשאית החברה לתרום סכום סביר לקידום ענייניה של הקהילה אם נקבעה לכך הוראה בתקנון".
- ו. אירוע לדוגמה: העברת מפעל או סגירתו
- ז. האם די במניית השיקולים הרלבנטיים בסעיף 15
- ח. או שמא יש צורך לדרג את השיקולים השונים לפי סדר עדיפות?
- ה. ההתחשבות בעניינם של הנושים - במסגרת שיקולים עסקיים? והאם מעבר לרשות לשקול קיימת גם חובה כלפי הנושים ומתי? - בדין הקיים ובדין המוצע
- ט. סגירת מפעל בפירוק או בשיקום: השיקולים של הנושים מול השיקולים של העובדים והקהילה
- י. שאלת ההצדקה לשיקום בהקשר של תכלית החברה
- יא. הערה לגבי הקשר בין החובה לבין הסעדים העומדים לנפגעים
- יב. הערה לעניין מטרות החברה
- יג. סיכום

א. הקדמה

הצעת חוק החברות, התשנ"ו - 1995¹ מהווה הזדמנות נפלאה לחקור מחדש את היסודות של דיני החברות שחונכנו עליהם, לבחון מה מוצדק ומה צריך לשנות. סעיף 15 בהצעה מעלה את אחד הנושאים הבסיסיים ביותר - תכלית החברה². כהמחשה לחשיבות הנושא, ניתן להביא כדוגמה את המקרה של **אפריקה-ישראל בע"מ**, והרצון של רוכש השליטה בה שהחברה תתחשב בשיקולים שלא בהכרח עומדים בקנה אחד עם התכלית העסקית - שיקולים של שמירת שבת. על פי הצעת החוק, לא תהא החברה רשאית לחרוג ממסגרת השיקולים העסקיים, אף אם כלל בעלי המניות הסכימו לכך (והנושים אינם נפגעים). יש מקום לתמוה על הוראה קוגנטית כזאת.

1 הי"ח התשנ"ו 2.

2 "תכלית החברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים, ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה, בין היתר - את ענייניהם של עובדיה, נושיה ושל הציבור בכללותו. כן רשאית החברה לתרום סכום סביר לקידום ענייניה של הקהילה אם נקבעה לכך הוראה בתקנון".



מהווה ביטוי של איזון בין השמירה על תכלית החברה לבין צרכי הפעילות השוטפת. איזון דומה מתקיים בנושא ההכרה בחובות כלפי גורמים שונים ובעניין מידת הקיום של סעדים עצמאיים להם.

באלה, ובקשרים ביניהם, נעסוק.

ב. התכלית קודמת לחובות הדיקטורים ולחובות בעלי המניות; החובה לשקול והאפשרות לשקול

הצעת החוק, בסעיף 15, מביאה חידוש חשוב, בכך שהיא קובעת את תכלית החברה.

סדר הדברים נכון יותר: עד עתה היינו דנים בנושאים כמו חובות אמונים של הדיקטורים, משם התחלנו לחשוב כלפי מי יש חובות אמונים, ואז הגענו לשאלה, מה התכלית או היעוד של החברה. סדר הדברים הנכון הוא לקבוע קודם אם תכליתה של החברה להשיא רווחים לבעלי המניות, או להיטיב עם עובדיה, לתרום למשק, לקהילה וכדומה - ורק אחרי כן לגזור מזה את תפקידיהם של הדיקטורים ואת חובות האמונים שלהם ושל אחרים וכלפי מי.

עכשיו הסדר בהצעה הגיוני יותר:

בתחילת הדרך קובעים מה התכלית של החברה. זה סעיף שממנו ניתן אחר כך לגזור פתרונות לנושאים שונים - גם לנושאים המופיעים בהצעת החוק וגם לשאלות שתישאלנה בעתיד. בין הדברים - מה המטרות הלגיטימיות בסעיף המטרות בתזכיר, חובות הדיקטורים, שיקולים שרשאים הדיקטורים לשקול, חובות אמונים של בעלי המניות ובעלי השליטה? ובשלב הבא צריך לחשוב על סעדים - שעומדים או

התמודדות עם הסעיף תאפשר לנו לבדוק סוגיות חשובות, בדין המצוי ובדין הרצוי. יהיה צורך להכריע, אם ברצוננו בחברה עסקית בלבד, או שההתאגדות בחברה תנוצל גם לצרכים לא עסקיים. נצטרך לערוך רשימה של סוגי אינטרסים ושיקולים שמותר לחברה ולקברניטיה לקחת בחשבון (שיקולי רווחיות, שיקולים סוציאליים, שיקולי הקהילה והסביבה, שיקולי עובדי החברה, ספקיה, קונים שלה, צרכניה ונושיה). יהיה צורך לבחון, אם, אפילו בחברה העסקית, השיקול העסקי מהווה את המסגרת המחייבת, או שמא השיקולים האחרים יכולים לעמוד בפני עצמם, אף אם אינם עומדים בקנה אחד עם השיקול העסקי. במיוחד צריך לקבוע, אם יש מקום לעתים לחייב את החברה ומנהליה להביא בחשבון שיקולים כאלה, ולא רק לאפשר את ההתחשבות בהם. בעצם ההכרה בשיקולים לא די, וצריך לקבוע אם יש סדר עדיפות מחייב להכרעות במקרה של התנגשות.

בדרכנו נתמודד עם בעיות קשות, כגון זיהוי החובה כלפי נושי החברה, אם קיימת כזאת, ובאילו מקרים יש להעדיף על פני האינטרסים של בעלי המניות. או דרך ההתמודדות עם סגירת מפעל לא-רווחי או העברתו: העימות בין טובת החברה ובעלי המניות בעניין זה לבין טובת העובדים והקהילה, ובמקרה של חברה חדלת-פרעון - הצירוף של האינטרס של הנושים לעימות. ועוד: כיצד משקף שיקום החברה את הראייה של תכלית החברה?

מתכלית החברה נגזרים נושאים חשובים בחיי החברה, הנוגעים להפעלת כוחם ולחובותיהם של בעלי המניות ובעלי השליטה ושל הדיקטוריון ונושאי המשרה. עשויים גם להיגזר סעדים למי שיש חובה לקחת בחשבון את האינטרסים שלו, אם כי לא בהכרח. תכלית החברה מובילה אותנו, בין השאר, למטרות החברה. שמירה כזאת או אחרת על אי החריגה מהן

2 הסדר כאן שונה מאשר הסדר (או איהסדר) שנוצר עקב הדין הלא-ברור הקיים היום. כך נאלצה פרופ' צפורה כהן לגזור מחובת האמונים של הדיקטורים כלפי החברה, החמורה לדעתה מהחובה המוטלת על בעלי המניות, הרחבה לגבי השיקולים שבעלי המניות רשאים להתחשב בהם: צ' כהן **בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותרופות** (תשנ"א - 1990) 205-207.

בדומה, רשותה של החברה לשקול שיקולים מעין אלה, אין משמעותה הטלת אחריות על נושאי המשרה שנמנעו מלשקול אותם. ייתכן כי המחוקק יעדיף, שנושאי המשרה יתרכזו בתכלית המרכזית של השאת רווחים לחברה, ולא ירחיב את חובותיהם יתר על המידה. יתר על כן: המחוקק אף יכול לקבוע, כי אף אם תוטל על החברה חובה ולא רשות בלבד, לא נושאי המשרה יהיו אלו המורשים לשקול את השיקולים האלה. ההכרעה תצטרך ליפול באסיפה הכללית, למשל.

יש להוסיף הבחנה נוספת: ההבחנה בין חובת ההתחשבות בשיקולים מסוימים ובין שאלת אופן ההכרעה בין השיקולים השונים, כשהם עומדים בסתירה, גם אם קיימת חובה. דהיינו, שאלת סדר העדיפות של השיקולים⁴.

עוד יש להבחין בין השיקולים והחובות, אף כאשר קיימות חובות, לבין הסעדים: האם לנושי החברה, למשל, קיימת זכות תביעה (ואיזו) כלפי החברה, או אף כלפי נושאי משרה בה, במקרים שלא מולאו החובות. ודאי צריך להיות קשר בין החובות ובין הסעדים. עקרונית עשויים אנו, אמנם, להעדיף במקרים מסוימים, להגביל את זכות התביעה של הנושים, או לקיימה רק בשלב של פירוק החברה וכדומה. אולי תביעות אישיות יעמדו רק כנגד מנהלים שפעלו באופן חריג ואילו תביעות כלפי החברה תהיינה רק תביעות נגזרות ואולי רק בפירוק. הכל כפי האיוונים הנראים לנו וכדי לאפשר את ניהול החברה ללא הפרעה למילוי תכליתה - תוך הדגשת תכליתה העיקרית (לפי דירוג העדיפות האמור).

כאמור, יפה עשה מציע החוק בהביאו את תכלית החברה בראש הדברים. שאלה אחרת היא: האם בהצעת החוק נקבע מה שהיה צריך לקבוע, האם ברור ואם נכון מה שנקבע, והאם יש עקביות בין התכלית שנקבעה לבין המשך הצעת החוק?

שאינם עומדים - למי שחייבים לו חובות. אפשר גם לקבוע שלא לכל מי שמותר לשקול את טובתו, יעמוד סעד.

ברצוני להבהיר, כי העמדת הדברים בסדר הנכון, משמעה שחובות הדירקטורים, למשל, לא יעמדו בסתירה לתכלית החברה. אולם, אין משוואה בין הדברים.

כאן המקום להדגיש שתי הבחנות חשובות: ההבחנה בין תכלית החברה לבין חובות הדירקטורים, וההבחנה בין החובה לשקול שיקולים מסוימים לבין הרשות לשקול אותם.

לא תמיד הוקפד על ההבחנות הללו. לדוגמה, בפסק הדין בד"נ 7/81 **פנידר חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ ואח' נ' קסטרו**³, העיר הנשיא שמגר, בהערת אגב: "דומה שהמגמה המודרנית המתפתחת היא, כי על החברה ועל מנהליה הפועלים עבורה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות..., אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו". הדברים אמורים, בנשימה אחת, לגבי החברות וגם לגבי מנהליהן. הדברים גם מנוסחים בלשון של חובה, אולם קשה להסיק מהיכן שאב הנשיא שמגר מגמה של חובה לקחת בחשבון דווקא.

גם אם נמצא, כי תכלית החברה עשויה לאפשר שיקולים רחבים של טובת העובדים או טובת הקהילה, למשל, אין משמעות הדברים בהכרח, כי קיימת **חובה** לשקול את הדברים האלה. ניתן לחוש אינטואיטיבית אפילו, כי הטלת החובה לשקול את טובת הקהילה, תהפוך את החברה העסקית לתאגיד שונה לחלוטין מזה המוכר לנו. הטלת החובה הזאת תבוא בהכרח על חשבון השיקולים של השאת הרווח לחברה ולכלל בעלי המניות. לעומת זאת, ההכרה **ברשות** לשקול את טובתה, היא צעד קטן יותר, שאינו פוגע בהכרח בבעלי המניות.

3 פ"ד לז(4) 695, 673 (להלן: עניין פנידר).

4 וראו להלן פרק ז.



אוסר על התאגדות של יותר מעשרים חברים לעסק למטרת רווחים אלא בחברה או באגודה שיתופית.

נראה, שיש להבדלים האלה משמעות כלשהי, אבל לא עולה מהמכלול של סעיפים אלה שתכלית החברה תמיד עסקית. חברה עשויה להתאגד לתכלית ציבורית. ואמנם, סעיף 32 לפקודה מדבר על חברה מוגבלת "לתועלת הציבור", שם בפירוש מדובר על חברה שתכליתה "קידום המסחר, האמנות, הדת, הצדקה או לכל מטרה מועילה אחרת", והיא מכוונת לא לחלק רווחיה לחברים אלא להשתמש בהם למטרות האמורות.

יוצא, שאין תשובה ברורה בחוק, ואנחנו צריכים, ככל הנראה, לעשות סיווג של חברות כדי לנחש את תכליתן, לפי סעיף המטרות בתזכיר אולי, ולאחר מכן לחפש בפסיקה איזה תוכן צריך לצקת לגבי תכלית החברה הספציפית, בהקשרים של חובות אמון וכדומה. ניתן אולי לקבוע תכלית שונה לחברה עסקית ולחברה אחרת. דומה, שהתכלית אמורה להתאים למבנה החווי של החברה, ולמה שהיינו מצפים בחברה מאותו סוג.⁶ גישה שונה עשויה להיות של אלו הדוגלים בגישה הקומוניטאריאנית של החברה כמערכת יחסים.⁷

בעבר הייתה הזדמנות להכניס את זה לחוק, ולו בעקיפין. בסעיף 96כז, שהוכנס ב"תיקון 4"⁸, מפורטת בס"ק (א) חובת האמונים של נושא משרה לחברה, ושם נקבע שנושא המשרה יפעל לטובת החברה. ס"ק (ב) קובע: "אין באמור בסעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר". הבעיה היא שהפסיקה הזאת נשאת סתמית ונתונה להשערות. לא הוכרע אם יש חובות כאלה, ואם מדובר רק על אדם הקשור בחברה או גם על אנשים "חיצוניים"

ג. המצב הקיים: מה תכלית החברה היום?

לא נמצא בפקודת החברות סעיף העוסק בתכלית החברה.⁵ זה כשלעצמו לא מפתיע, כי יש דברים רבים שאינם מצויים בגוף הפקודה.

האם נחפש את התשובה בחוק אחר?

בעקיפין אפשר אולי לנסות ללמוד משהו מחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה - 1975. סעיף 4 קובע שחברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם פועלת חברה לא ממשלתית, אבל סעיף זה גם מאפשר לקבוע בהחלטת הממשלה או במסמכי היסוד קווי פעולה אחרים. כלומר, יש צורך לבצע משהו מיוחד, כדי שהחברה תפעל לא על פי שיקולים עסקיים. למשל, תעסוק באחריות על אספקת שירות לאומי, לאו דווקא בכוונה להפיק רווחים. בדומה, בחוק העמותות, התש"ס - 1980, מדובר בסעיף 1 על התאגדות בתאגיד "למטרה חוקית שאינה מכוונת לחלוקת רווחים בין חבריו". ובפקודת האגודות השיתופיות, קובע סעיף 4 מטרות לאגודות שרשאיות להתאגד בגידרה, כמו "טיפול החסכון, עזרה עצמית ועזרת גומלין בין אנשים בעלי אינטרסים כלכליים משותפים, כדי להביא לידי שיפור תנאי חייהם, עסקיהם ושיטות הייצור שלהם...". לעומתם, סעיף 1 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה - 1995 מדבר על "חבר בני אדם שהתקשרו בקשרי שותפות", שהם "הקשרים שבין בני אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים, למעט את הקשרים שבין חברי תאגיד שהואגד לפי כל דין אחר". והנה, סעיף 3 לפקודת החברות מדבר על התאגדות "למטרה חוקית" - בלי לציין את טיב המטרה. סעיף 4

5 זולת אולי התייחסות בעקיפין בסעיף 4 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג - 1993 (להלן "הפקודה" או "פקודת החברות"): "חבר-בני-אדם שיש בו יותר מעשרים חברים לא ינהל בישראל עסק שמטרתו הפקת ריווח, לעצמו או לחבריו כיחידים, אלא אם נרשם כחברה או כאגודה שיתופית". מכאן הסיק בית המשפט העליון, באימרת אגב, כי חברות ואגודות שיתופיות נועדו לעשות רווחים, והמשיך בשוני בין אגודה שיתופית לחברה, שוני המשתקף בסעיף 4 לפקודת האגודות השיתופיות שיובא להלן. ע"ע 525/88א, 524, "פרי העמק" - אגודה שיתופית חקלאית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 544. בשאלה האם יעוד החברה תמיד עשיית רווחים, נדון להלן.

6 לגישה החוויית לחברה ראו, למשל, 1416 (1989) 89 Colum.L.Rev. (1989) 1416, F.H. Easterbrook, D.R. Fischel "The Corporate Contract". (1989) 1446-1448 המחברים אינם מייחסים חשיבות לשאלת תכלית החברה, הנקבעת לדעתם על פי המבנה החווי של החברה.

7 ראו 393 (1997) 80 Marquette L.Rev. (1997) 393, N. Cox "The Public, The Private and the Corporation".

8 חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4) (אחריות נושאי משרה), התשנ"א - 1991.

בע"א 818/89, 817 585/82 **קוסוי ואח' נ' בנק י.ל.פויכטונגר בע"מ ואח'13**, משאיר השופט ברק למסגרת אחרת את השאלה אם המנהל חייב חובת אמון לחברה בלבד או גם לבעלי המניות, לעובדים ואולי גם לאחרים הקשורים בחברה, ומה תוכן החובה.

בד"נ 39/80 **ברדיגו נ' ד.ג.ב 9 טקסטיל בע"מ**¹⁴ מצוין השופט ברק לגבי דיני החברות, כי "מדיניות משפטית נבונה מן הראוי שתאפשר למשקיע הפוטנציאלי להשיג את מטרותיו העסקיות, ובלבד שלא ייפגעו הציפיות הסבירות של נושים ובעלי מניות אחרים, ולא ייפגעו האינטרסים של הציבור". הדברים נאמרו אמנם בהקשר הספציפי של מבנה ההון של החברה.

בעולם המערבי יש בודאי סימנים לכך שלחברה יש לא רק תכלית עסקית, אלא גם ניתן לשקול שיקולים של טובת העובדים, הנושים ואולי שיקולים של הקהילה, כמו שיקולים סביבתיים של מניעת זיהום. אבל גם שם החקיקה היא חלקית בדרך כלל. יש הכרה רבה יותר ויותר בספרות בשיקולים כאלה, אולם עדיין קיימים ויכוחים בנושאים שונים.

באנגליה, למשל, נוסף תיקון בחוק החברות, שלא הוסף לפקודה שלנו, אבל אף הוא חלקי בלבד. סעיף 309 לחוק החברות מ-1985 קובע, שהדירקטורים חייבים

לה. הוראה דומה נקבעה לגבי חובת הזהירות בסעיף 96 לפקודה. מי שרוצה, יכול ללמוד מסעיפים אלה קביעה של קיום חובות כלפי אדם אחר זולת החברה - אבל ודאי לא כלפי אילו סוגי אנשים⁹. ייתכן גם לסבור, שהכוונה רק למקרה בו נקבעה חובה ספציפית בדין אחר, דוגמת חובות עפ"י חוק ניירות ערך, התשכ"ח - 1968, או עילת נזיקין או בשל חוסר תום לב במו"מ כלפי נושה מסוים או בעל מניות מסוים¹⁰. אגב, סעיף 282 בהצעת החוק השאיר את הניסוח הסתמי הזה. יש גם לזכור שוב, שקיים הבדל בין חובות כלפי מישהו לבין תכלית אפשרית ושיקולים שמותר, אך אין חובה, לשקול.

גם הפסיקה בארץ, שדנה בכך רק בעקיפין, השאירה אותנו בערפל.

בהקשר המצומצם של חובות האמונים, הדבר הוזכר והושאר בצריך עיון. בהערת אגב בעניין **פנידרי**¹¹, העיר, כמוזכר לעיל, הנשיא שמגר: "דומה שהמגמה המודרנית המתפתחת היא, כי על החברה ועל מנהליה הפועלים עבורה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות..., אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו"¹². כאמור, באופן מפתיע, מדובר בלשון של חובה ולא על אפשרות לשקול בלבד.

9 כדוגמה לאי הבהירות אפשר להביא ניסיון לפרש את סעיף 96כ(ב) שנעשה בהמו" (ת"א) 683/93 **חסדאי נ' רביד** (טרם פורסם). השופטת קובו קבעה, שהמחוקק בחר בלשון כללית כדי לאזן בין אינטרסים שונים. "מחד, לא רצה ליצור חובת אמונים גורפת לטובת קהילת שונות כגון בעלי מניות, נושים, עובדי החברה ואפילו הציבור בכללותו. באשר, לא רצה להגביל את היעילות הכלכלית של החברה ולהחטיא את המטרה המסחרית של התאגדות. מאידך, לא רצה המחוקק לחתום את הגולל בסוגיה זו ולשלול חובה במקום שהיא מתבקשת". את התשובה לשאלה אם קיימת חובה כלפי אדם כלשהו, מחפשת השופטת לפי זהות האדם האחר וטיב היחסים שלו עם החברה. אז מגיעה השופטת לשאלה (שאינה מוכרעת לחלוטין בדין) של אחריות כלפי בעל מניות אינדיבידואלי. אראז היא פונה לבדוק באיזו חברה מדובר, ומניחה שעשוי להיות הבדל בשאלה בחברה ציבורית לעומת חברה פרטית. מאחר שכאן מדובר על חברה מסוג "מעין שותפות", ניתן לכאורה למצוא חובת אמון בנסיבות הענין. דהיינו, הדרך שנקטה היא חיפוש בנסיבות המקרה אם ניתן למצוא חובת אמון. אם תכלית החברה הייתה ברורה, לעומת זאת, היינו אולי יכולים לגזור ממנה חובת אמון.

10 וראו פסקי הדין בהערה 107 **להלן**. ראו גם צ' כהן "שחרור נושאי משרה מאחריות - מגמות חדשות" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ז) 381, 385, בהערה 14 שם.

11 **לעיל** הערה 3.

12 הנשיא שמגר חזר על כך ביתר שכל בע"א 5320/90 **א"צ ברנוביץ נכסים להשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך**, פ"ד מו(2) 818, 839 בנוגע לחובות האמון והזהירות של החברה ומנהליה כלפי צדדים מחוץ לחברה, בהקשר של איגילוי לציבור בתשקיף).

13 פ"ד לח(3) 279, 253.

14 פ"ד לה(4) 197, 226.



מדובר לאחרונה על חובות כלפי STAKEHOLDERS, שזה ביטוי שכולל לא SHAREHOLDERS, בעלי מניות, בלבד אלא גם בעלי זכויות שונות בחברה, נושים, עובדים, צרכנים והקהילה¹⁷.

בגרמניה ובמקומות אחרים באירופה קמה חקיקה, בעיקר בענייני העובדים, לרבות לגבי שיתוף העובדים בהנהלה לצורך קידום האינטרסים שלהם¹⁸.

בארה"ב יש פסיקה שהכירה באפשרות התחשבות בטובת הקהילה¹⁹, ובמדינות רבות זה גם אומץ בחקיקה²⁰. בהמלצה של ועדה מטעם ה-American Law Institute - ALI²¹ ממליצים לאפשר לחברה להקדיש

להתחשב הן בטובת בעלי המניות והן בטובת העובדים¹⁵. כמו כן, בסעיף 187 ל - INSOLVENCY ACT 1986 ובסעיף 719 לחוק החברות נקבע שהחברה רשאית, במקרה של הפסקת פעילות העסק או העברתו, לפעול לטובת העובדים או העובדים לשעבר, גם כאשר אין בכך כדי לקדם את טובת החברה. בכך התגברו שם על פסיקה שנמתחה עליה ביקורת בעבר, כמו *Parke v. Daily News Ltd.*¹⁶, לפיה לא ניתן להיטיב בתנאי הפרישה עם עובדים שפרשו ערב החלטה על פירוק החברה - שכן השיקול המכריע היה טובת העובדים ולא טובת החברה (ייתכן שזה עדיין הדין בארץ). אין בחוק באנגליה התייחסות לטובת הקהילה - ונשאלת השאלה אם החוק ממצה. בספרות האנגלית והאמריקאית

15 על אי הבהירות ביישום הסעיף ובסדר העדיפות הפנימי ראו Pennington's Company Law (7th ed. 1995) 780. 16 W.L.R. 493 [1961].

17 ראו, למשל, W.M. Evan, R.E. Freeman "A Stakeholder Theory of the Modern Corporation: Kantian Capitalism" in Ethical Theory & Business 97, 101 - 105 (T.L. Beauchamp & N.E. Bowie, eds., 3rd. ed. 1988); In Focus, "Shareholders Revelation or Cliche?" 4/96 Palmer's *In Company* 1 (1996).

18 ראו, למשל, Roth & Fritz "Corporate Social Responsibility: European Models" 30 *Hastings L.J.* (1979) 1433; E.B. Rock, "America's Shifting Fascination with Comperative Corporate Govrrnance" 74 *Wash.U.L.Q.* (1996) 367.

19 ראו, למשל, *A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 13 N.J. 145, 98, A. 2d 581 (1953); appeal dismissed, 346 U.S. 86. תרומה סבירה לאוניברסיטה.

20 על ה"corporate constituency statutes" או "stakeholder laws" שנחקקו בלמעלה ממחצית המדינות, ראו, למשל, E.W Orts "Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes" 61 *Geo.Wash.L.Rev.* (1992) 14; L.E. Mitchell "A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes" 70 *Tex.L.Rev.* (1992) 579; T.L. Fort "Corporate Constituency Statutes: A Dialectical Interpretation" 15 *J.L. & Com.* 257 (1995).

21 בהתערבות חקיקתית מאוחרת מידי ומעטה מידי, ראו Joseph William Singer "Jobs and Justice: Rethinking the Stakeholder Debate" 43 *U. Toronto L.J.* (1993) 475.

ד. שאלות עקרוניות הנוגעות לראיית החברה כ"מעוז קפיטליסטי" מרכזי או כמוסד חברתי בעל השלכה על הכלל או על ציבורים שונים.

אני מוצא קושי רב בקביעת עקרונות לתכלית החברה, היות שהנושא נמצא בטבורה של התמודדות בין גישות שונות לניתוח המשפטי, ויותר מזה, מושפע מהשקפות עולם ואידיאולוגיות שונות. המדובר בעצם הראייה של

סכומים סבירים לטובת הציבור, למטרות הומניטריות, כינוכיות ופילנטרופיות. יש בארה"ב ספרות עניפה על מחויבות קהילתית.

נראה את הצעת החוק בעניין הזה, ותוך כדי כך נעלה שיקולים שעולים בעולם ואצלנו בעד ונגד ההרחבה²². בתוך כך ננסה גם לזהות ולהגדיר מעט יותר את הדין הקיים, העטוף בערפילים, בנושאים מסוימים (כגון בשאלת מידת ההתחשבות בטובת הנושים).

22 לרשימה חלקית של כתבים שעסקו בנושא ראו הרשימה הארוכה שהובאה אצל יי בהט **דיני הבראת חברות** (מהדורה שנייה, התשנ"ב - 1991) 64-65, שם, בהערה 61. בין השאר, בעניין המחלוקת המפורסמת המשתקפת במאמרים של Berle ו-Dodd ואחרים: E.M. Dodd "For Whom Are Corporate Managers Trustees?" 45 *Har.L.Rev.* (1932) 1385; E.M. Dodd "Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable?" 2 *U.Chic.L.Rev.* (194 1935); D. Votaw, S. Parkash Sethi *The Corporate Dilemma* (Englewood Cliffs, N.J (1973); P. Drucker *Concept of the Corporation* (rev. ed (1972) at pp. 20-21; H.G. Manne "Should Corporations Assume Social Responsibilities?" *The Attack on Corporate America* (M.B. Johnson, ed.) N.Y., 1978) 3; E.V. Rostow "To Whom and for What Ends Is Corporate Management Responsible?" *The Corporation in Modern Society* (E.S. Mason, ed) Canmbridge, Mass (1970); D.L. Engel "An Approach to Corporate Social Responsibility" 32 *Stan.L. Rev.* (1979) 1; H.G. Manne, H.C. Wallich *The Modern Corporation and Social Responsibility* (Washington D.C., 1972). 1972). כמו כן ראו: צי כהן, **לעיל** הערה 2; אי פרוקציה **דיני חברות חדשים לישראל** (הדפסה שנייה, תשנ"ד - 1993) 169-180; יי צי שטרן **רכישת חברות** (תשנ"ו - 1966) 116-144; אי יורן "לשאלת חוקיות תרומותיהן של חברות" **הפרקליט** כח (תשל"ב - 1972) 555; צי כהן "שינוי תקנותיה של החברה הרשומה - הדין הקיים והצעות לשיפור" **מחקרי משפט** ב (תשמ"ב) 108-110, 82; אי פרוקציה "הבעלות על הפירמה וסייגיה: נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני החברות" **משפטים** כ"ב (התשנ"ג - 1993) 301; צי כהן "פירוק חברה על פי בקשת נושה - קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט" **מחקרי משפט** יב (תשנ"ו) 37, 54-58; יי גרוס ואי אבירם, "חובת האמון של בעל מניות" **עיוני משפט** יט (תשנ"ו - 1995) 309; J. Gordon "Corporations, Markets and Courts" 91 *Colum.L.Rev.* (1991) 1931; R.S. Karmel "Implications of the Stakeholder Model" 61 *Geo.Wash.L.Rev.* (1993) 1156; L.E. Mitchell (ed.) *Progressive Corporate Law* (Boulder, Colo., 1995) אי חביב-סגל "על מהותה של החברה המסחרית" **עיוני משפט** יט (1994) 13; אי פלמן - ה. בר-מור, **דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה** (מהדורה 4, 1994) כרך ב, 25-62. למספר רב של מאמרים, אשר חלקם יוזכר להלן, ראו כך המוקדש ל-"Corporate Stakeholder Conference", שפורסם ב-*U. Toronto L.J.* (1993) Vol. 43 No. 3. וכן: *Corporate Malaise - Stakeholders Statutes: Cause or Cure*, סימפוזיון שפורסם ב-*Stetson L.Rev.* Vol. 21 No. 1.



ציבורים נוספים המושפעים על ידי חברות, כולל העובדים או קהילה התלויה בחברה - ועד לזיהוי של זכות קניינית של ציבור כזה במקרים מיוחדים²⁵. הגישה החלוקתית הזאת עשויה להיות נסמכת על תאוריות חוזיות מודרניות של חוזה מתמשך וכללי ההתנהגות של הציבורים השונים הצדדים לו, שאינם תמיד מפורשים ומוגדרים מראש, ולעתים משאירים מירווח להתאמות ולשינויים בטווח הארוך, ולהתחשבות ביחסי הצדדים^{25א}. ההגנה על הציבורים השונים עשויה להיות מושפעת מההכרה באינטרסים שלהם כראויים להגנה, ממידת הגילוי מראש של "כללי המשחק", שאלת כוחם של הציבורים השונים להתגונן ועד כמה יש מקום לתת להם סעד, ומטעמים אחרים, כגון של צדק חברתי. עשויות להיות השקפות שונות לגבי שילובם של השיקולים האלה בשיקול טובת המשק הכללית. יש מקום להתלבט בשאלה עד כמה נאפשר בלעדיות לבדיקות של יעילות כלכלית (לכאורה) לגבי סוגייה ערכית כזאת הנדונה. שמא נחשיב שיקולים של צדק, לא רק צדק ספציפי לנפגעים, אלא גם צדק חברתי. במידה רבה יגיעו למסקנות שונות מי שדוגלים בגישה החוזית לדיני החברות ובניתוח כלכלי, לעומת בעלי תפיסות קומוניטריאניות²⁶. אמנם, כפי שנראה להלן,

מהות החברה כמוסד הקפיטליסטי המובהק ביותר, לעומת מידת ההשפעה של תיאוריות חברתיות שונות.

אשר לניתוח, הרי הוא ניתן להיעשות בכלים שונים. אפשר לבדוק את התוצאות של הטלת החובה - או האפשרות - של התחשבות, ולו מוגבלת, בשיקולים שמעבר להשאת הרווחים, להשגת יעדים לרווחת הכלל, למשל, גם כשהדבר עומד בסתירה אפשרית לרווחת החברה הספציפית. יש לבדוק זאת במישור של טובת המשק, וגם במישור של ציבורים רלבנטיים שונים - לא רק בעלי מניות, אלא גם נושים, עובדים, הקהילה וכדומה. בדיקה זאת עשויה לתאום גם לתיאוריה הרווחת, זו של פקעת החוזים בפרמה²³, וגם לתיאוריות קומוניטריאניות, השמות את הדגש על יחסי אמון ותלות הדדית ולא על עסקות כלכליות בשוק חופשי.

אפשרי השימוש בניתוח הכלכלי של המשפט ובמונחי יעילות, במיוחד כשבוחרים את טובת המשק²⁴. אפשרי גם השימוש בדוקטרינות חוזיות, כגון דוקטרינת ההסתמכות, במיוחד כששמים את הדגש על הציפיות של הציבורים השונים. כאמור, היום הנטייה היא להרחיב מהציפיות של בעלי המניות לעבר ציפיות של

23 ראו, למשל, איסטרברוק ופישל, **לעיל** הערה 6; 301. *J. Corp. L.* 18 "The Coasean Firm in Law and Economics" T.H.Ulen. אין הגישה תואמת את התיאוריה השמרנית של ישות החברה, הרואה כמרכז את בעלי המניות בלבד. במקום בעלות נוקשה, מדובר ברשת חוזית בחברה על רקע השוק החופשי. על פי הגישה החוזית, החוזים של המשתתפים לציבורים השונים מגינים עליהם, ולעתים הם מוגנים בחקיקה סוציאלית, ואין צורך בהגנה מיוחדת עליהם בדיני החברות, הגנה שהקומוניטריאנים מטיפים לה, כמו שיתוף עובדים בהנהלה להגברת תחושת השיתוף שלהם וכדומה. גם כאן אין הגישה אחידה. בבסיס הגישה החוזית קדושת החוזה, הגישה התועלתית והאוטונומית, והימנעות מהתערבות המדינה בשוק. ראו, למשל, W. Carney "Does Defining Constituencies Matter?" 59 *Cin.L.R.* (1990) 385; Milton Friedman *Capitalism and Freedom* (Chicago, 1962) 13. אולם הניתוח החוזי יכול להצביע על חריגים, בהם מוצדקת התערבות המדינה: Michael J. Trbilock *An Exploraton of the Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, Mass., 1993).

24 כדוגמה להתמקדות בניתוח כזה, בלי להתעלם מאפשרויות אחרות, ראו " שטרן **רכישת חברות, לעיל** הערה 22, בשער ראשון, חלק ב.

25 ראו להלן בפרק ו הדיון במאמר: 636 (1988) *Stan. L. Rev.* 40 "The Reliance Interest in Property" J.W. Singer, המהווה דוגמה לתפיסה קומוניטריאנית.

25א ראו, למשל, Ian R. Macneil "Contract Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law" *NW.U.L.R.* (1978) 854. לדוגמה של שימוש (זמני, ששאלה אותו לצורך העניין, בנוסף להתייחסותה החלוקתית) ברעיון הפקעת החוזית, ראו Katherine Van Wezel Stone "Policing Employment Contracts Within the Nexus of Contracts Firm" 43 *U. Toronto L.J.* (1993) 353. זאת על ידי קונסטרוקציה, הרואה את ההנהלה כמעודדת את העובדים להשקיע הון אנושי ארוך-טווח בחברה באמצעות תכניות קידום והבטחות משתמעות לפיצויים נדחים ולשמירת הבטחון התעסוקתי. על פי ניתוח יש לתת סעדים לעובדים בשל כך.

26 ראו, למשל, D. Millon "Communitarians, Contractarians, and the Crisis in Corporation Law" 50 *Wash. & Lee L.Rev.* (1993) 1373; S.M. Bainbridge "Community and Statism: A Conservative Contractarian Critique of Progressive Corporate Law Scholarship" (book review) 82 *Cornell L. Rev.* (1977) 856.

ברוחות ציבורים כאלה או אף ברווחות הקהילה החיצונית, או מחויבות קהילתית או חברתית²⁷.

צריך להתמודד עם קושי נוסף. גם מי שמייחס חשיבות לרווחות הקהילה או לשיקולים סביבתיים או סוציאליים, עשוי לחשוב, כפי שנראה בהמשך²⁸, שמטרות אלו אין להפקיד בידי מנהלי החברה, אלא יש להשיגן על ידי חקיקה ספציפית מחוץ לדיני החברות. למשל, חוקים סוציאליים או חוקים להגנת הסביבה. כך נוכל להימנע מ"בעיית הנציג" בהקשר הנוכחי או מהמוגבלות של המנהלים וחוסר הכשרתם בנושאים מעין אלה, ונפקיד בידי המחוקק את ההכרעה בדבר הטלת חובות ספציפיות על החברה. גם קרנות או מיסוי המוטל על החברות עשויים לשמש לקידום מטרות שונות, מוגדרות או כלליות. מיסוי כללי על חברות - או ישירות על בעלי המניות - ושימוש בתקציב המדינה או בקרנות מוגדרות²⁹, עשויים לקדם עניינים שונים, שהמדינה חפצה לקדם, גם ללא התערבות מנהלי החברה, העשויים לשקול שיקולים שלא יענו תמיד על רצון המשקיעים או על צרכי המדינה ורצון הבוחרים³⁰. יש שיעדיפו למעט בהקלות במיסוי חברות, למשל בהכרה בהוצאה לתרומות, כדי שהמדינה תוכל להשקיע הכספים ישירות. יש שיעדיפו לשמר את החברה הציבורית הקפיטליסטית היעילה ככלי השקעה יעיל מנוטרל משיקולים חברתיים, ולקדם מטרות חברתיות על ידי המס שיופק מן הרווחים של המשקיעים שיגדלו עקב כך³¹. אחרים, החוששים מהמדינה כחזות הכל, לא יצדדו בהעדפת המדינה בהשקעה לצרכים חברתיים, ויעדיפו את הביזור המושג באמצעות פעולות של חברות³².

מתוך כבוד לתפיסות השונות, אני נרתע מלנקוט בשלב זה בגישה קטגורית כלשהי. ברור, כי כל גישה מושפעת מהשקפת עולם, נובעת מנקודת מוצא קיימת,

הניתוח של התועלתיות עשוי לחבוק בחובו גם חישובי תועלת, לקהילות שונות, דוגמת עובדים, או לחברה. כמו כן למשק, שעשוי להפיק תועלת מהתחשבות באינטרסים של קהילות אלו. האינטרס לחברה הספציפית ולמשק עשוי לנבוע מתחושת השותפות והסולידריות, אם אכן יש בהן כדי לשפר את המוטיבציה של המשתייכים לקהילה.

אכן, יש מקום להעלות רעיונות משלימים לנושא המאמר. אם יש חשיבות להשגת יעדים של קהילות שונות מלבד בעלי המניות, או לראות בהן "בעלים משותפים" או בעלי זכויות בחברה או כלפיה, יש גם אפשרות להכיר בחובות שלהם כלפי החברה, כמו חובות אמון. לדוגמה, האם אין מקום להגביר את חובות ההשתתפות של העובדים, תוך מיתון זכויותיהם לפרוץ בשביתות מזיקות? אולי יש לחייב את הקהילה בה שוכנת החברה למתן את העלאת המיסוי העירוני, לפחות בעת מצוקה של החברה; ובאשר לנושים, האם יש מקום להכיר בחובות שלהם לתת יד לשיקום החברה, בעת קשיים פיננסיים, ולרסן מימושים ופעולות הוצאה לפועל מזיקות?

אסכולות שונות, הנגזרות מהשקפות עולם והשקפות פוליטיות שונות, קפיטליסטיות, ליברליות, כלכליות-ליברטריאניות או סוציאליסטיות, סוציאל-דמוקרטיות או פרוגרסיביות, ישקיפו בצורות שונות על תכלית החברה: מהשקפות של חובת ההתמקדות במיקסום רווחים לטובת בעלי המניות בלבד (וזאת לדעת ההשקפה המכרעת המשתקפת בניסוח הסעיף המוצע, למרות הניסיון הניסוחי להתקדם מעבר לכך), להשקפות של אפשרות להתחשבות מסוימת בטובת הכלל, או ברווחות ציבורים קרובים, כמו עובדים (המשתתפים בתשומות בחברה, ותורמים אולי לא פחות מבעלי ההון), ועד להשקפות של חובת ההתחשבות

27 ראו למגוון התפיסות, בהן משתקפות השקפות עולם שונות, כמו הויכוח המפורסם של Dodd-Berle, דעות כמו של מילטון פרידמן, קנת גלברייט ואחרים, ראו המקורות הנזכרים בהערה 22 לעיל והערות 47-51 להלן.

28 בפרקים ה, ו.

29 אני מתעלם כאן מההבדלים הפנימיים הגדולים בין כל אחד מהאמצעים האלה.

30 ראו פרוקציה (הספר), לעיל הערה 22, בעי' 176-178; פרוקציה (המאמר), לעיל הערה 22, בעי' 339-334, לרבות ההצעה לגבי התנאים להתרת תרומות. כפי שאראה בהמשך, הנושא של תרומה כספית אינו אלא מקרה פרטי אחד.

31 ראו R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (4th ed. 1992) 418-421.

32 M. Novak *Toward a Theology of the Corporation* (2d ed. 1990) 32-57.



שאינו תואם את התפיסה הכללית המוצהרת של ההצעה המנסה להתאים את הכללים שיחולו על החברה לרצון רוב בעלי מניותיה³⁷. עד כדי כך, שאף גילוי מראש והסכמה המושגת על ידי כל החברים, דרך יציוב מסמכי היסוד של החברה או ההצטרפות לחברה (להבדיל מחיכוך מאוחר למועד ההצטרפות, כמו במקרה המוזכר של **אפריקה-ישראל**, למשל) לא יועיל להכשיר רצון לקדם ענייני הכלל או ציבור מסוים. את כיבוד הרצון אני מבדיל ממחויבות חברתית הנכפית על ידי החוק.

ה. סעיף 15 המוצע - "תכלית החברה":

סעיף 15 המוצע קובע:

"תכלית החברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים, ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה, בין היתר - את ענייניהם של עובדיה, נושיה ושל הציבור בכללותו. כן רשאית החברה לתרום סכום סביר לקידום ענייניה של הקהילייה אם נקבעה לכך הוראה בתקנון".

1. "על פי שיקולים עסקיים" - האם ההצעה מצמצמת את המושג "חברה" לחברות עסקיות בלבד?

נניח שאנחנו רוצים להקים חברה לפיתוח הגליל או חברה לטיפול החינוך³⁸. ברור, שהשיקולים העסקיים אינם העיקר אצלנו. אנחנו מעוניינים בשיקולים ציבוריים

מחלוקת כוח קיימת ומהכרעה פוליטית³³. אינני רואה טעם רב להבליט את גישתי שלי נוכח הגישות המתחרות, וגם להעדיף שיטת ניתוח, כלכלית או אחרת³⁴. יחד עם זאת, אנסה להתוות דרך-ביניים כלשהי, שלדעתי יש בה טעם, ולו כמאפשרת שיווי משקל כלשהו בין ההשקפות הקיצוניות³⁵. מי שאינו יכול בלי סיווג, יוכל אולי ליחס אותה לגישה החוזית הקונסרבטיבית, המנסה לפשר בין התיאוריה הכלכלית, תיאוריות השוק, התחרות והקניין הפרטי לבין השלכותיהם על האדם ועל הסביבה³⁶. הדרך שאציע לא תתיר הטלת חובות סוציאליות וקהילתיות על החברה, אולם תאפשר, במידה מוגבלת ומבוקרת, לקיחת שיקולים מסוג זה בחשבון, לפחות כאשר הדבר סביר, קשור עניינית לפעילות החברה, ובודאי אם קיבל הסכמה. אנסה להראות, שהצעת החוק אינה עונה בדרך כלל על גישה מרכזית זאת. הצעת החוק קיצונית למדי בנקודות מסוימות, בעמידה על המשמר של התכליות העסקיות הקפיטליסטיות הטהורות. עד כדי כך, שלא תכיר בשיקול לא-עסקי, שלא יעמוד בקנה אחד עם התכלית של השאת הרווחים. ההצעה לא תכיר גם בעצם קיום חברה שקיומה למטרות לא עסקיות.

לדעתי הגישה הזאת של הצעת החוק אינה צועדת עם כיוון ההתפתחות החקיקתית והתיאורטית ברחבי העולם שתוארה לעיל. מפריעה לי גם התוצאה, שהסעיף המוצע יוצר - מידת ההתחשבות בשיקולים לא עסקיים כה מוגבלת, למעשה שולית³⁷, ויש בפנינו הוראה קונגנטית של תכלית החברה. כך חרג המציע מדרכו, וזהו אחד הסעיפים הבודדים בהצעת החוק

33 ראו, למשל, סינגר, **לעיל** הערה 25, בפרק IV למאמרו.

34 לספקנות לגבי היכולת להגיע להכרעה על סמך תורות קומוניטאריות או תורות חוזיות, ניאוקלאסיות, של ניתוח כלכלי ואחרות, להצבעה על אי עקביות בתפיסות השונות, ולקריאה למינימליזם בשימוש בהן, ראו P. N. Cox "The Public, The Private and the Corporation" 80 *Marquette L.Rev.* 393 (1997).

35 בפרק ה להלן, במיוחד (3) רה(4). תותווה דרך זאת, תוך התמודדות עם הצעת החוק.
36 על גישה זאת ראו, למשל, ביינברגי, **לעיל** הערה 26, בע' 884 - 885, המנסה לעגן אותה בתורתו של Russel Kirk, ורואה מקום לפשרה בינה לבין הקומוניטאריאנים הפרוגרסיביים.

37 להוציא הנושא המוגבל של תרומות כספיות.

38 אשר להגנת הנושים, נראה בהמשך שבכל מקרה יש, וצריכות להיות, חובות כלפיהם. ראו **להלן** פרק ח.
38 דוגמאות אלו ניתנו על ידי ח"כ דן מרידור, היו"ר הקודם של ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לפרומה בדיני החברות, באחד מדיוני הועדה, ב-1966, בו השתתפתי, אשר עסק בתכלית החברה.

למשל, כמו תוספת כינוי מיוחד בשם החברה.

2. "דורשית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה, בין היתר - את ענייניהם של עובדיה, נושיה ושל הציבור בכללותו" - מה חסר ברשימת העניינים?

"הציבור בכללותו" - ומה עם חלק מסוים מהציבור? למשל, העיר בה ממוקמת החברה? סביר שככל שהקשר ישיר יותר, יש הגיון רב יותר בלקיחה בחשבון. "עניי עירך קודמים". יש שיגידו שאינם רואים בעיה בכל פעולה לטובת הציבור שתעשה החברה. זה עשוי להיות מתאים במיוחד לחברות הציבוריות הגדולות. אבל ודאי, שמקל וחומר יש הצדקה לכך שהחברה פועלת לטובת הקהילה הקרובה שלה.

ייתכן שאין בעיה, לאור זה שהרשימה אינה סגורה, כתוב "בין היתר". במסגרת היתר אפשר לחשוב גם, במקרים מתאימים, על בעלי מניות אינדיבידואליים⁴¹, בכפוף לסייגים הנוגעים לניגוד עניינים ולהעדפה מפלה, העושת אחרים.

בולט בהעדרו בין רשימת העניינים - העניינים הקבוצתיים. קיימת הבעיה המסובכת של חובות האמונים של הדירקטורים בחברה המשתייכת לאשכול חברות⁴². יש ביקורת רבה על טיפול חסר בנושא בהצעת החוק, בעיקר ביקורת של יועצים משפטיים של אשכולות חברות. מה שכן הוקל בהצעה, זה מתן האפשרות בסעיף 280(א) לכהונה של נושא משרה בכמה חברות, הנמנות על אותו אשכול, והשתתפות והצבעה בדיקטוריון של נושא משרה שמכהן הן בחברת-אם והן בחברת-בת שנמצאת בבעלותה המלאה. זה לא ייחשב לניגוד עניינים אסור ולהפרת חובת האמונים. בסעיף

בראש וראשונה - ולא במסגרת השיקולים העסקיים. השיקולים העסקיים הם משניים לתכלית של חברה כזאת.

האם יש כאן החלטה מודעת לצמצם את המושג "חברה", או שמדובר בטעות בניסוח בלבד? דברי ההסבר לסעיף 31 להצעה מסבירים את ההשמה של סעיף 32 לפקודה, שאיפשר לבקש פטור מלכלול המלים "בערבון מוגבל" בשמן של חברות לתועלת הציבור. נאמר שם, שתאגידים מעין אלה לא ניתן יהיה עוד להקים בחברות. סעיף 428 להצעה אכן קובע, כי "חברה שעבר תחילתו של חוק זה הייתה חברה לתועלת הציבור, כהגדרתה בפקודת החברות, ימשיכו לחול עליה הוראות פקודת החברות". דברי ההסבר מסבירים זאת בכך, שחברות חדשות לא יוכלו להמשיך ולפעול שלא לתכלית עסקית, לאור החוק המוצע.

הפתרון לתאגידים חדשים כאלה הוא בחוק העמותות, התשי"ם - 1980, שאמנם הוראותיו נתחדשו ונשתכללו לאחרונה, ובהקדש ציבורי לפי חוק הנאמנות, תשל"ט - 1979. יש ודאי הבדלים לגבי הגופים השונים, ויש חשיבות לכך גם בנושאי מיסוי. שאלה היא אם יש מקום לצמצם את ההתאגדות המותרת בחברה, ואם הדבר לא יפגע בהתאגדות למטרות רצויות³⁹.

לאור הכוונה הברורה העולה מהמצוטט, לכאורה נדמה שלא ניתן יהיה להתנות על הסעיף בעניין זה. עקרונית אפשר ורצוי לחשוב על דין מרשה ולא דין כופה, ולאפשר התנאה על הסעיף, וזה אכן מתאים כנקודת מוצא למרבית העניינים בחוק החברות⁴⁰. דהיינו: בדרך כלל החברה תוקם לתכלית עסקית. עם זאת, ניתן יהיה בתקנון שלה לקבוע אחרת. אם צריך, אפשר לחשוב גם על אזהרה בולטת יותר, לנושים,

39 ראו גם א' טננבוים, א' קפלן "הקדשות בישראל - הדין הרצוי והמצוי" שערי משפט א (1) (תשנ"ז) 67.

40 בכפוף לחריגים במקרים של כשל שוק. ראו, למשל, פרוקציה (הספר), לעיל הערה 22, בע' 14-23. ראו גם בדברי ההסבר להצעת החוק, עקרון ד לעקרונות היסוד, על "הפילוסופיה העומדת ביסוד הרפורמה" - "האוטונומיה של הרצון הפרטי" - בכפוף לקוגנטיות במקרים של צורך להגן על צד שלישי (למשל, בהפחתת הון) או על תקנת הציבור (כגון בחובות העיון והרישום).

41 בדיון הקיים הייתה, ובמידה מסוימת עדיין יש, לאור הניסוח חסר ההכרעה בסעיפים 96 וכזו 96 לפקודת החברות, התלבטות בעניין זה. ראו פסק הדין, שנמתח עליו ביקורת רבה, בעניין *Percival v. Wright (1902) 2 Ch. 421*; השוו ע"א 62/283 הסס נ' לסלו ואח', פ"ד יז (2) 758. מכל מקום, ייתכן אחריות ישירה של נושאי משרה ובעלי שליטה במקרים מיוחדים. ראו פרוקציה (המאמר) לעיל הערה 22, בע' 314.

42 בדיון הקיים ראו פסק הדין *Charterbridge Corp. Ltd. v. Lloyds Bank Ltd. [1970] Ch. 62 [1969] 2 All E.R. 1185*



שמותר לשקול שיקולים נוספים, אם הכוונה היא שמה שגובר זה תמיד השיקול העסקי, או אם הכוונה היא שניתן לקחת בחשבון רק שיקולים שמתיישבים עם הכוונה להשיא רווחים לחברה. לשם כך בלבד מיותר אולי להביא את הסעיף. אם, למשל, מותר להתחשב בענייני העובדים רק ככל שההטבה בתנאים שלהם תועיל לחברה - בטווח הקצר או הארוך - ממילא זה נכנס לשיקול העסקי הרגיל, ולא צריך היתר לשיקולים האלה. זה לא פותר, למשל, את השאלה שמעלה פסק הדין *Parke v. Daily News Ltd.*⁴⁴, שנמתחה עליו ביקורת, לפיו לא ניתן להיטיב בתנאי הפרשה עם עובדים שפרשו ערב החלטה על פירוק החברה. אפשר גם לחשוב שבאמת לא רצוי להיטיב אתם, כאשר הדבר יבוא על חשבון נושים או בעלי מניות, וזה עניין של השקפת עולם, אבל אז צריך להכיר בכך שהסעיף החדש לא תרם דבר. מעבר לתועלת העיסוקית שיש לנוכחותם של עובדים מרוצים, דומה שיש ערך חברתי רצוי בכך, לרבות בכל הנוגע לקשר עם עובדים ועובדים לשעבר. דומה, שהצעת החוק אינה מכירה בערך הנוסף הזה. הרעיונות שהשתרשו בעולם, גישת ה-*stakeholders*, נבעו מהעיקרון הקנטיאני שבני האדם צריכים להיות מטופלים כתכליות ולא כאמצעים בלבד להשגת התכליות⁴⁵. גם בלי להכיר בתורות קומוניטריאניות מפליגות, ניתן לעודד התחשבות מסוימת, לפחות כרשות ולא כחובה.

בדומה, לגבי השיקול הציבורי. כשחברת העוסקת באנרגיה מתחשבת בשיקול ציבורי של הגנת הסביבה, למשל, כאשר זה טוב ליחסי הציבור שלה; או כשחברה יצרנית סיגריות לוקחת בחשבון, בעת פיתוח מוצרים חדשים, גם את השיקול הבריאותי, אין הפתעה גדולה - גם מבחינת השיקול העסקי. בודאי בטווח הרחוק זה עשוי להשתלם לה⁴⁶. שאלה אחרת היא אם החוק לא

280(ב) מוצע, ש"אין באמור בסעיף 279 כדי למנוע מנושא משרה, בחברה הנמנית עם אשכול חברות, לשקול גם את טובתו של האשכול, ובלבד ששוכנע כי אין בהחלטתו כדי לפגוע בטובת החברה שבה הוא מכהן, בטווח הארוך".

אם כך, ברור שלא רק הדירקטור, אלא שגם החברה - וצריך להבהיר בסעיף המוצע לגבי טובת החברה - רשאית לקחת בחשבון את השיקול הקבוצתי הזה. אפשר לחשוב גם על הפתרון הגרמני, המרחיק לכת יותר, לפיו החברה יכולה לקבוע במסמכיה ולהזהיר, שהיא עשויה אפילו להעדיף את השיקול הקבוצתי על פני השאת הרווחים בחברה⁴³. כמובן, שפתרון כזה מותנה באזהרה מתאימה למי שעושה אתה עסקים.

3. "...ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה..". - הכל מוגבל למסגרת השיקולים העסקיים? ומה אם החברה קובעת אחרת בהסכמת בעלי מניותיה?

האם נכון להשאיר את הכל במסגרת של השיקולים העסקיים בלבד?

ראינו קודם את התמיהה לגבי חברה שמטרתה פיתוח הגליל או פיתוח התעשייה.

אולם, האם ההגבלה נכונה אפילו בחברה מסחרית-עסקית?

האם צריך להגביל את אפשרות הלקיחה בחשבון של ענייני העובדים, הנושים והציבור בכללותו במסגרת השיקולים העסקיים בלבד? אם זאת הבשורה של הסעיף, הרי היא מאוד שמרנית. אין חידוש גדול בכך

43 "חוזה כפיפות". וראו על כך ועל השיטה הגרמנית בכלל, פרוקציה (הספר), לעיל הערה 22, בע' 375 ואילך. 44 לעיל הערה 16.

45 ראו איבן ופרימן, לעיל הערה 17, בע' 101 - 105.

46 ראו D.Silberstein "Managing Social Responsibility in a Changing Legal Environment" 25 *Am.Bus.L.J.* 543 (1987): ניתוח מקרים של נזקים ותוצאותיהם, כמו פרשת האסבסטוויס בחברת גיונס מניל, מגלים כי הערכה דינאמית של הדין הייתה מונעת נזקים, שכן ההתחשבות בהשלכות הסביבתיות והמחויבות החברתית הייתה מזדהה עם השאת הרווחים - מנהל הלוך בחשבון את העתיד יכול היה לנבא את ההחמרות החוקיות בהמשך ואת הבעיות המשפטיות, כולל תביעות נזיקין, ולמנוע נזקים לחברה.

מכל מקום, אם לא ניתן לחרוג מהשיקולים העסקיים, הסעיף מיותר. השיקול המוגבל אינו מצריך היתר.

ההצעה לחקיקה בארה"ב מטעם המכון האמריקאי לחקיקה ולשכת עורכי הדין⁴⁹ אכן מנוסחת באופן שונה. מודגש שם, שהשקעת משאבים, בגבולות סבירים, לרווחת הציבור ולמטרות הומניטריות, חינוכיות ופילנתרופיות, עשויה להיעשות על ידי החברה, במהלך עסקיה, אף כאשר רווח החברה וההשבחה לבעלי המניות, לא יגדלו עקב ההשקעה.

ההכרה בארה"ב, שהניסוח הזה משקף אותה, היא, שהחברה אינה מוסד כלכלי בלבד, אלא גם מוסד סוציאלי, ולכן יש עימות של מטרות כלכליות וסוציאליות⁵⁰. ההכרה בכך שהחברה היא גם מוסד סוציאלי, פיתחה הכרה באחריות סוציאלית. הכוונה לשיקולים של הגנת הצרכן, פיקוח על הסביבה, יחסי עבודה, בטיחות בעבודה, בריאות העובדים וכדומה. האלמנט של סבירות שם, אינו מחייב הוכחה של תועלת פיננסית לחברה מהפעולה⁵¹. האלמנט של סבירות יש בו כדי להסיר חשש של התכווצות החברה כתוצאה מאי יכולת לגלגל את העלות על לקוחותיה.

ייתכן שכדי לפתור את המגבלה של השיקולים העסקיים העומדים כמכשול בפני רצון מיוחד להתחייב בפעולה לטובת הקהילה, בשמירה על הסביבה, למשל, יש מקום לאפשר לחברות להגדיר מלכתחילה במסמכי היסוד שלהן מטרה כזאת (בדומה למה שנקבע בסיפא

צריך להתיר העדפת שיקולים ציבוריים - לפחות עד גבול סבירות מסוים, או הקשורים עניינית לעניין, גם כאשר לא ניתן להוכיח שהם במסגרת השיקולים העסקיים. זאת במיוחד לגבי מי שרואה חשיבות בשיקולים האלה כסיוע למטרות ציבוריות רצויות, שהמדינה אינה מצליחה לקדם תמיד, וגם כבלימה של "השלטון התאגידי", ובמיוחד ככל שהמדובר בפעילות של חברות גדולות.

ניתן להתנגד לכך, ולקבוע כי זה אינו מהווה תחליף נאות לחקיקה ולטיפול של המדינה בנושאים האלה. הדירקטורים בחברות אינם נבחרים ציבור. השיקולים שלהם לגבי מה יש לקדם, אינם עדיפים על שיקולי מי שנבחר בצורה דמוקרטית, וגם הכשרתם ואופן החשיבה העסקי שלהם אינם מתאימים לקבלת החלטות בנושאים כאלה. התוצאות יהיו טובות יותר אם כל אחד יעסוק בשלו - החברה ומנהליה ישאפו להרוויח, ולא יגרע מהרווחים לצרכים לא בהכרח חשובים, ואילו המחוקק יקבע מה חשוב, וגם יוכל למסות את הרווחים ולחלק למטרות ציבוריות הטבות לפי שיקולים נכונים יותר, שנקבעו בצורה דמוקרטית. יש גם סכנה בריכוז החלטות מסוג זה בידיהם של מנהלי חברות גדולות⁴⁷.

עם זאת, אפשר לתמוה, אם ההתחשבות בשיקולים ציבוריים אינה צריכה להיות אפשרות בידי החברה, לפחות כאשר מדובר בתחום הקרוב לתחום העיסוק שלה - עניינית או גיאוגרפית? האם תמיד יש להעדיף את החלטות הבירוקרטיות של המדינה, ולפסול לחלוטין אפשרות יוזמה מקומית אינדיבידואלית⁴⁸?

M.Friedman *Capitalism and Freedom* (1962); R.A. Rodewald "The Corporate Social Responsibility Debate: 47 Unanswered Question about the Consequences of Moral Reform" 25 *The Business Lawyer* 443, 456-63 (1987); פרוקציה (הספר), **לעיל** הערה 22, בעי 175-76; פרוקציה (המאמר), **לעיל** הערה 22, בעי 335 ואילך.

48 ראו נובק, **לעיל** הערה 32; ביינברגי, **לעיל** הערה 26, בעי 896 ואילך.

49 **לעיל** הערה 21.

Wechsler *Forward to Principles of Corporate Governance* (1984); E.M. Epstein "The Corporate Social Policy 50 .Process and the Process of Corporate Governance" 25 *Am.Bus.L.J* (1987) 361

51 אפשטיין, שם, בעי 365.



לעסקים עם החברה), שדיברו בשם הקהילה, דווקא דרשו במפגיע לא לסגור בשבת את הקניון שבונה החברה בשכונתם. שכנים אחרים דווקא העדיפו שהקניון ייסגר בשבתות.

ניתן להבחין במקרה זה גם באות־אזהרה לכך, שמה שנקרא "טובת הקהילה" אינו אחיד וחד־משמעי. יש בכך כדי להעדיף מתן שיקול דעת לחברה, על פני חיובה לקחת בחשבון אינטרסים קהילתיים (אפשרות שתידון מייד להלן). זאת כדי למנוע אי־עקביות, הובלה לכיוונים סותרים ופגיעה באפקטיביות של החברה. יש כאן נימוק נוסף לשלילת הטלת החובה, נושא שידון בפסקה הבאה. עדיף שהחברה ובעלי מניותיה ישקלו ויקיזו את השיקולים השונים. אם ירצו בכך, יוכלו לשקול שיקולים מיוחדים, כגון מחויבות לשמירת שבת, מחויבות לשמירה על הסביבה וכדומה, בלי להעמיד שיקולים אלה בחובת העמידה במבחן העסקי - אולם תוך אזהרה מוקדמת לכלל בעלי המניות טרם הצטרפם לחברה.

4. "...ורשאית החברה להביא בחשבון, במסגרת שיקולים אלה.. - האם החברה רק רשאית, או שיש גם מקרים של חובה?"

בניגוד לנוסח המוצע, ניתן היה לנסח בלשון חובה⁵⁵ - אולי רק לגבי חברות גדולות.

לשאלה זו יש חשיבות מרובה, מאחר שהטלת חובה על החברה להביא בחשבון שיקולים מסוימים,

לסעיף לגבי תרומות). זאת כדי לא להפגיע מצטרפים מאוחרים לחברה⁵². אולי יש מקום להגביל גם זאת במבחן של סבירות, כדי לא להכשיל נושים וכדומה⁵³. אמנם החובה להגן על הנושים קיימת במקביל, והיקפה ילובן בהמשך. לעתים, אגב, המחויבות החברתית עשויה להיות בעקיפין "עסקית", כאשר החברה תתגאה במטרתה הציבורית ("אנחנו ירוקים")⁵⁴.

אם לחזור לדוגמה האקטואלית של **אפריקה־ישראל**, שהובאה בפתח המאמר, דעתי היא, כי החוק צריך לאפשר, גם בחברה עסקית, להתחשב בשיקולים שאינם עסקיים, כגון שמירת השבת. זאת אף אם ייתכן שהדבר עשוי לא לעמוד בקנה אחד עם מיקסום הרווחים (קשה להוכיח, שהשיקול של שמירת השבת יגרום לירידת הרווח, שכן ציבור מסוים עשוי להעדיף עסקים עם החברה). אולם, החברה צריכה להודיע מראש, באופן שייקבע בחוק, על התכלית הזאת. שאלה נפרדת מעורר החיכוך בדיעבד, בעת שינוי מדיניות, בלי אזהרה מוקדמת למיעוט בעלי המניות, שהצטרף לחברה בלא לקבל התראה על הכוונה להעדיף שיקולים שאינם עסקיים. שינוי התכלית, גם במסמכי היסוד, בהמשך חיי החברה, בניגוד לתכלית העסקית המקובלת, יחייב, לדעתי, הסכמה כללית, בהיותו חורג מ"ביסוס ההסכמה" המקובלת בחברה^{54א}.

מעניין, כי במקרה הנדון, דווקא רוכש השליטה בחברה הוא שהעדיף השיקולים הלא־עסקיים (שחשב שהם לטובת הקהילה, או הקהילה החשובה לו). אנשים חיצוניים לחברה (בנוסף לבעלי מניות מיעוט ושותפים

52 וראו פישל ואיסטרברוק, **לעיל** הערה 6, לגבי ההסתייגות משינויים והפתעות במשך חיי החברה. לדעתם תפקיד דיני החברות לספק את המבנה החוזי המקובל, הרואה כתכלית החברה את מיקסום הרווחים לטווח ארוך, לתועלת בעלי מניותיה, שהם משקיעים שונאי סיכון. אין המחברים מתנגדים לקביעת מטרות סוציאליות ואחרות, כל עוד הדבר נקבע במפורש ומראש.

53 בניגוד לדברי פישל ואיסטרברוק, **שם**, בע' 1457, שהנושים והעובדים מוגנים דיים בחוזהם, לעומת המשקיעים, צריך לזכור, שלא תמיד ביכולתם להתגונן מראש, וראו את הדוגמה של נושי נויקין.

54 ראו R.C. Clark *Corporate Law* 689 (1986).

54א בין אם יהיה זה להמרת השיקולים העסקיים בשיקולי שמירת שבת ובין אם יהיה להמרתם בשיקולים סביבתיים או פילנתרופיים, וראו פרשת **פרי העמק**, **לעיל** הערה 5. מכל מקום, יעמדו לנפגעים סעדים כמו הסעד למניעת קיפוח בסעיף 235 לפקודה.

55 סעיף 1107 בחוק החברות הגרמני מ-1973, חייב את הדירקטורים לפעול, באותה מידה שהם פועלים לטובת בעלי המניות, גם בהתאם לאינטרסים של הצרכנים, העובדים והמדינה. יותר מאוחר הושמט סעיף זה מהחקיקה - אולי בהיותו מובן מאליו. לחובה החלקית בלבד באנגליה ראו **לעיל** פרק ג. לרשות להביא בחשבון אינטרסים שאינם של בעלי המניות, בניגוד לחובה לשקול, ראו בחוקי המדינות בארה"ב: פורט, **לעיל** הערה 20.

לאישויון, לעוני ולתכנון אורבני לקוי - ובמקביל, להזנחת משאבים בנושאים חשובים לאדם, של בטחון בתעסוקה, עבודה בעלת משמעות וסיפוק, הזדמנויות שוות, בריאות ודיוור הולמים וכדומה⁵⁹; "גזל" זמן הפנאי של העובד על ידי החברה המודרנית מחייב אחריות של החברה⁶⁰; תמורת ההסמכה של המדינה להקמת חברה ותמורת יתרונות שמעניקה המדינה לחברה, שמסייעים לה להתפתח, מצפים מהחברה גילוי של אחריות חברתית⁶¹; במיוחד מאחר שהמימשל מתקשה להסדיר את תופעות הלוואי השליליות ולהתמודד עם החברות החזקות, ולכן יש מקום לקזז את הנזק הסוציאלי שעלול להיגרם על ידי ההנהלות שואפות-הרווחים על ידי חיוב החברות להשתתף בהגנת הציבור ובפתרון בעיות סוציאליות⁶²; למנהלים בחברות הגדולות מוקנה כוח עצום ביחס לרווחת העובדים והלקוחות, והדבר מצדיק הטלת אחריות עליהם⁶³; המנהלים צריכים לקחת בחשבון את התוצאות האנושיות, הסוציאליות והסביבתיות של החלטותיהם העסקיות⁶⁴; בגישה רחבה פחות - לקיחה בחשבון של האלטרנטיבות הטובות לקהילה על חשבון הפחתת רווחים, כדי למנוע פגיעה בלתי חוזרת או בעלות מינימלית - או בגישה מרחיבה - חובה לשימוש במשאבים לפתרון בעיות סוציאליות וסביבתיות בטווח הארוך⁶⁵; הפרדה בין שליטה לבעלות, שמאפיינת את החברות הציבוריות הגדולות,

משמעותה לעתים, שהם יבואו על חשבון שיקולים אחרים, דהיינו העברה ממוטב אחד לאחר.

דוגמה לשאלה, אם מתרכזים בקטע של השיקולים לטובת הציבור בכללותו⁵⁶: האם חברה תעשייתית רק רשאית להשקיע במניעת זיהום הסביבה, או שמוטלת עליה חובה לעשות זאת, כאשר מדובר בהשקעות הקשורות למניעת זיהום על ידה? - גם אם באופן טכני אין החברה נתקלת בפעילותה באיסור חוקי על זיהום, וגם אם השיקולים העסקיים שלה אינם תואמים את הדאגה לסביבה (נניח כי ההוצאה תהייה רבה מידי, ואולי לא כדאית גם בטווח הארוך)?

הנושא עשוי להיות בולט במיוחד לגבי חברות גדולות. בארה"ב יש מחשבה על מעין מס המוטל עליהן ומחייבן להשקיע לתועלת הציבור, ולא תמיד בנושא הישיר הקשור לפעילותן. הועלו שיקולים, כמו הצטברות העושר בידי חברות (לרבות מסיבות מיסוי המעודד הצטברות הרווחים בחברות), שמצדיק התחשבותם בצרכי הקהילה⁵⁷; הגודל וההשפעה על המשק של החברות הגדולות, שמצדיק מעורבות סוציאלית רבה וסיוע לקהילה⁵⁸; הטענה כי הגישה הקפיטליסטית של השאת הרווחים גרמה להגברת הזיהום והשחתת הסביבה, למחזוריים של האטה, אינפלציה ואבטלה,

- 56 להלן יפורט יותר לגבי נושאים: ראו להלן פרק ח.
- 57 C.R. Wetzel & J.L. Winokur "Corporations and the Public Interest - A Review of the Corporate Purpose and Business Judgment Rules" 27 *The Business Lawyer* (1971) 235, 237
- 58 ורדוולד, לעיל הערה 47.
- 59 ראו סקירת ורדוולד, שם, בע' 452 - 453.
- 60 T.L. Fort "Business as Meditating Institution" 6 *Bus. Ethics. Q.* (1996) 149
- 61 E.M. Dodd "For Whom Are Corporate Managers Trustees?" 45 *Har.L.Rev.*(1932) 1145; R. Hessen "A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model" 30 *Hastings L.J.* 1327 (1979)
- 62 Stone *Corporate Regulation, The Place of Social Responsibility, Corrigible Corporations & Unruly Law* (Fisse & French, eds., 1985)
- 63 ורדוולד, לעיל הערה 47. את הכוח הכלכלי, הנובע מהקניין הפרטי, ניתן להצדיק בחברה ליברלית, על ידי כך שמראים, שיש הגבלות המונעות ממנו להפוך לאיום על החירות או על כוח המדינה: Mary Stokes "Company Law and Legal Theory" in *Legal Theory and Common Law* (Blackwell, 1986, Twining ed.) 155
- 64 זאת גישת הפרורמה המוסרית והמנהלים כ"סוכנים סוציאליים" ולא רק "סוכני הקפיטל": סטון, לעיל הערה 62.
- 65 T. Donaldson, *Corporations and Morality* (1982) וראו סקירה של שתי הגישות אצל ורדוולד, לעיל הערה 58, בע' 453 - 454.



החברה ייהנו מהיזקה והכיבודים.

אמנם, ייתכן שלמדינה יהיה עניין בהטלת חבויים של תרומות ושל מחויבות סוציאלית וקהילתית. טוב יעשה אז המחוקק, אם יטיל זאת ישירות על ציבור היחידים, על ידי מיסוי או הטלת חבויים אחרות, לפי קריטריונים ברורים. צריך גם לזכור, שהיום (אולי בניגוד לתקופה של ראשית היזכורים בנושא) החקיקה ענפה, וחובות סוציאליות, סביבתיות, בטיחותיות ואחרות מהוות רשת סבוכה של דרישות מינימום. אין מקום להשלים את מה שהחסירה המדינה, כנראה במכוון, על ידי חובה כללית מעורפלת. הטלת החבויים בעקיפין דרך החברות, משמעותה מיסוי לא ישיר ומפלה, המוטל על משקיעים בחברות דווקא. מיסוי כזה גם אינו אפקטיבי ביותר, מאחר שהוא מותיר פתח לאנשים להתחמק ממנו, וזאת על ידי הימנעות מהשקעה בחברות. במקביל יביא הדבר, כאמור, לכריתת הענף של ההשקעות באמצעות חברות, בשל הפגיעה ביעילות של ההשקעה הזאת.

לכן אצא מנקודת מוצא, שאין מכה משותף לחיוב, כאמור בפעולות סוציאליות, וודאי לא במדינת ישראל, שתופעת חברות הענק פחות מובהקת בה מאשר בארה"ב.

מכל מקום, **דרך הביניים** תביא להכרה בכך, שצריך - בדומה להצעה בארה"ב - לא לחייב מעורבות סוציאלית וקהילתית, אבל לפחות **להתיר** שיקולים מסוג זה⁷⁰ - ולפחות לפי הגישה הצרה, כאשר הדבר סביר וענייני לנושא פעילות החברה (ולא כ"גלישה" למעורבות חברתית רחבה ויומרתית מידי). חובה עשויה להימצא במקרים מיוחדים. למשל, במקרים של נזק אפשרי מוחשי ומידי לסביבה, גם אם הוא לא בהכרח יגרום לחיוב החברה בפלילים או בניקין. בדומה, חובה כלפי הנושים, במקרה של נזק לנושים בשל פעולה שסביר שתגרום לאינסולבנטיות⁷¹. קל וחומר, שיש להתיר זאת, כשמדובר בעובדי החברה וברוחותם, גם

מצדקה להתייחס לחברה כאל נכס לא פרטי⁶⁶, ומכאן חובתה לשרת את הציבור⁶⁷.

אני מסופק אם יש הצדקה לרעיונות האלה, ככל הנוגע לגישה המרחיבה, המצדדת בחובה לתרום לפתרונות קהילתיים לטווח רחוק, מעבר למניעת פגיעה מיידית בקהילה ובסביבה על ידי פעולת החברה.

ראינו קודם⁶⁸ לגבי הדעה של מילטון פרידמן ואחרים, לפיה נושאי משרה בחברה צריכים להתרכז בהשאת רווחים, שלכך הוכשרו, ונבחרו הציבור הם שצריכים להחליט במדינה דמוקרטית על חקיקה סוציאלית. דעה זאת נראית לי יותר.

החברה המערבת בעסקיה מטרות סוציאליות, עלולה להגיע לכיוון ושקיעה, בלי יכולת להחזין העלויות על לקוחותיה (שאלה נכבדה היא אם יש טעם בהעברה עקיפה של החבות הסוציאלית אליהם). נשאלת השאלה, אם לא מן הראוי להימנע מלהקשות על החברה ולהעדיף מיסוי ישיר על בעלי ההון. זאת תוך שימור החברה ככלי להשקעה יעילה⁶⁹.

לטעמי אין מקום לשלילת היתרונות המובהקים של החברה, הנובעת מהאישיות המשפטית הנפרדת שלה, ושימושה כזרוע ריכוזית בעלת עוצמה לניהול פרויקטים גדולים. הניסיון להסיט חלק מהעצמה והיכולת הזאת להשקעות למטרות סוציאליות וקהילתיות, בחברות שלא זה יעודן, תוך הטלת חובה כזאת על החברות, מחליש את האפקט הנובע מקיומה הנפרד של החברה. התוצאה עלולה להיות בריחה של משקיעים מהשקעה בחברות. אם ירצו לתרום למפעלים חברתיים, פתוחה בפניהם הדרך לבחור בעצמם את התרומות הרצויות להם, ולהחליט על כך בעצמם. כך הם משתחררים גם מ"בעיית הנציג" לגבי בחירת הפרויקטים, ויכולים לתרום ישירות למטרות הנראות להם, ואף לזכות הם עצמם ב"קרדיט" הנובע מהתרומה, במקום שמנהלי

66 A.A. Berle & G.C. Means *The Modern Corporation and Private Property* (New-York, 1932) הסן, **לעיל** הערה 61, בעי 1329. וראו סקירה למכלול הדעות אצל צ' כהן "פירוק חברה על פי בקשת נושה - קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט" **מחקרי משפט** יב (תשנ"ה) - 37, 56.

67 ליד הערה 47.

68 ראו 418-421 *Economic Analysis of Law* (4th ed. 1992) R.A. Posner.

70 וראו **לעיל** ה(3).

71 לחובה כלפי נושים ראו **להלן** פרק ט.

1. אירוע לדוגמה: העברת מפעל או סגירתו

דוגמה הממחישה את הסוגיה היא האירוע של העברת מפעל⁷⁴: קיימת תלות של העיר במפעל שמקיימת בו החברה, המספק את מירב התעסוקה לעיר, וחיי תושבי העיר מתנהלים מסביבו. החברה שוקלת לשנות את מיקומו של המפעל, דבר שעשוי להשתלם כלכלית. יש כאן בעיה של שיקול של רווח במעבר לעומת סבל לעובדים, שיצטרכו לעקור למקום מרוחק - או להישאר מחוסרי עבודה. כמו כן יש בעיה לקהילה.

אם השיקול הקהילתי המותר לחברה הוא רק במסגרת השיקולים העסקיים, כמו הניסוח המוצע, הרי הם צריכים להחליט לעבור. בכך, אגב, עדיין לא קבענו שאין חובות מסוימות כלפי העובדים, כמו חובת תשלום פיצויים, חובות של אי הטעיית העובדים בקשר לעתיד להתרחש וכדומה. כלומר, גם בגישה זאת יש מקום להמתקת הסבל האנושי - אך לא יותר מזה⁷⁵.

אם ההצעה תתוקן, באופן שיותר לקחת בחשבון שיקולים של טובת העובדים וטובת האוכלוסייה של העיר, ייתכן שהחברה תחליט לא להעביר את המפעל - תוך ספיגת אובדן רווחים כלשהו, סביר ולא גדול יחסית. מכל מקום, יוכלו להושיט עזרה במציאת עבודה לעובדים וכדומה.

הצעתי לעיל, לא להתיר בחוק ללכת מעבר לזה^{75א} -

מעבר להצדקה עסקית. לפחות מן הראוי לאפשר בתקנון לשקול שיקולים מעין אלה.

אולם, כפי שראינו, גם אז אין הסעיף המוצע מאפשר כנראה שיקולים כאלה, כאשר אין הם "במסגרת השיקולים העסקיים", ולכן הגעתי למסקנה, שהסעיף - במבנהו הנוכחי בהצעה - אינו נחוץ כלל. יש לשנותו ולהגמישו.

5. הסיפא: "כן ורשאת החברה לתרום סכום סביר לקידום ענייניה של הקהילה אם נקבעה לכך הוראה בתקנון".

האם הסיפא תורמת משהו מעבר למיגבלה של השיקולים העסקיים?

ייתכן שכוונת הסיפא לאפשר תרומות סבירות אף מעבר לשיקולים העסקיים.

מדוע דווקא ההתייחסות לתרומות? האם משום שתרומה עשויה להיחשב כנכונה עסקית, בהיותה טובה למוניטין ומשיקולי מס⁷²? משום מה, תשומת הלב הופנתה גם בעבר לנושא התרומות.

יש נושאים אחרים חשובים יותר, וקרובים יותר לענייניה של החברה (שזה קריטריון שהודגש קודם)⁷³, ויש מקום לבדוק גם אותם. כדוגמה נראה את האירוע הבא.

72 שיקולי המס כמובן אינם מסבירים את כל הנטל שלוקחת על עצמה החברה. נושא התמורה ממחיש את הבעיה של "הנציג" - כאשר ההנהלה נהנית מהתמורה יותר מאשר בעלי המניות. לבעלי המניות העדפות שונות לגבי יעדי התרומות, וייתכן שיש להעדיף הגדלת חלוקת רווחים להם ותרומות ישירות על ידם, אם יחפצו לתרום. תמריץ המיסוי יכול להינתן ישירות להם, אם המדינה רוצה לעודד תרומות. ייתכן, אבל, לסבור, שהתרומה המרוכזת באמצעות חברה יעילה יותר. להצעה לחקיקה מורכבת יותר לתרומותיהן של חברות, ראו א' יורן "לשאלת חוקיות תרומותיהן של חברות" הפרקליט כח (תשל"ב - 1972) 555. בין השאר, הוצע לדרוש אישור בעלי המניות באופן אישי לתרומות חלקם, והועלתה הסתייגות מתרומות פוליטיות. הסעיף המוצע עוצב ברוח הצעתו של פרופ' פרוקציה (המאמר), לעיל הערה 22, בע' 335 ואילך, לפיו הרשאה במסמכי היסוד מכשירה את התרומה שהיא בהיקף סביר.

73 וראו פרוקציה (הספר), לעיל הערה 22, בע' 178, לגבי הטיעון האינטואיטיבי של הצדקת תרומות שיש להן קשר ישיר לפעילות העסקית של החברה.

74 ראו, למשל, רודולד, לעיל הערה 47, בע' 444 ואילך.

75 שם, בע' 451.

75א אלא אם ייקבע אחרת במסמכי היסוד של החברה.



בנפגעים הישירים, עיקר שיקוליהם צריכים לשוב על עלות המיקום של המפעל בשני המקומות המתחרים, האפשרות להשגת כוח עבודה מיומן ולא יקר בשני המקומות, גובה המיסוי בכל אחד מהמקומות וכדומה: חריגה משיקולים אלה עלולה להביא לנזקים ארוכי טווח, שקשה לשער אותם מראש. תכנון ארוך-טווח אפשרי ואף רצוי, אך יעילותו תלויה בשקילתם בידי מתכננים מרכזיים, ולא בידי מנהלי החברה.

אפשר לראות בניתוח של סינגר (SINGER)⁸⁰ גישה מעניינת, לגבי מפעל העומד להיסגר, שהוא מקור הקיום הכלכלי של עיר שלמה. הוא מצביע על פתרון, שמאפשר פגיעה בקניין של בעל המפעל. זאת על ידי הקביעה שמעורבים עוד בעלי זכויות קניין: גם לעובדים ולקהילה יש אינטרס הסתמכות על המשך הקשר, אינטרס שההכרה בו יוצרת זכויות קניין נוספות במפעל. אם נכיר בכך, נוכל להצדיק התערבות המדינה על ידי חקיקה שתבטיח מנגנון מסודר של סגירת המפעל, תוך הודעה מוקדמת לעובדים וחיוב במו"מ, תוך זכות קדימה לעובדים לרכוש אותו, והבטחת אפשרויות שיקום ותעסוקה. או: הפקעת המפעל בידי המדינה, שתמכור אותו למי שיהיה מוכן להמשיך ולהפעילו.⁸¹

ניתוח זה עשוי להתגבר על טענות של זכויות קניין פרטי, פגיעה בזכות הקניין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (אצלנו)⁸² וכדומה. אולם יש להדגיש, שלפי ניתוח זה, כפי שאני רואה אותו, המדינה היא זו שתקבל את ההחלטה מה לעשות, ותיישם את ההחלטה

לא לאפשר להנהלה לקבל החלטות המונחות על פי סיבות חברתיות, מעבר לסבירות מסוימת, שכן, אובדן הרווחים עקב החלטה לא להעביר המפעל עלול לגרום לבעיות אחרות, רבות לציבור. למשל, החברה תצטרך להעלות מחירים. עלולים להיגרם לה קשיים בתחרות עם חברות אחרות, קשיים שיגרמו לפיטורי עובדים לבסוף בלאו הכי.⁷⁶

בעיות כאלו עשויות לעלות אפילו אם ננקוט בגישה הצרה של "הגישה המוסרית" ושל המנהלים כסוכנים סוציאליים, שצריכים להעריך מה הרע במיעוטו. הקושי מסובך יותר, אם לוקחים בחשבון שיקולים חברתיים רחבים, כשנוקטים בגישה של מחויבות חברתית רחבה.⁷⁷ כאן תהייה תסבוכת של שיקולים רבים יותר. המנהלים יצטרכו להעריך אם במקום החדש יועסקו פחות נשים, פחות עולים חדשים וכדומה.⁷⁸ וכאמור, אין זה רצוי לתת למנהלים שיקול דעת כזה.⁷⁹

ארחיק מעבר לכך. האם יש מקום להעמיד את המנהלים בצורך לבחור בין טובת הקהילה בה ממוקמת היום החברה, לבין טובת קהילה אחרת, או טובת המשק? ייתכן שהעברת המפעל מעיר ותיקה לאזור פחות מפותח, מעודדת את פיתוח משק המדינה, העלייה וכדומה. האם נטיל על המנהלים לשקול כלפי איזה ציבור רבה יותר המחויבות הציבורית? האם עליהם נטיל לשקול שיקולים חברתיים, או שיקולים של פיתוח המשק לעומת שמירת אמונים לקהילה בה ישבו בעבר? האם לא הגיוני, כי מעבר להתחשבות במידה סבירה

76 לשיקולים דומים ראו פרק ח להלן, וכן בהט, **דיני הבראת חברות, לעיל** הערה 22, בע' 59-69, ובהט, **הסדרי הבראה** (הוצאת בורסי, תשנ"ו), בפרק 2.4.2, לגבי החלטה לא לסגור מפעל במקרה של אינסולבנטיות.

77 **לעיל** ה(4).

78 רודולד, **לעיל** הערה 47, בע' 450.

79 **לעיל** ה(4).

80 סינגר, **לעיל** הערה 25, בע' 611.

81 סינגר, **שם**, בע' 732 - 739.

82 שתעמוד אולי ב"פיסקת ההגבלה" בסעיף 8 לחוק, גם מאחר שיתכן שיש כאן שתי זכויות קניין מתחרות, לפי הטיעון.

במסמכי היסוד שלהן, כי מטרתן לשמש מקור תעסוקה לקהילה בה הן יושבות. אין סיבה, שהחוק המוצע ימנע זאת, על ידי השלטת "שיקולים עסקיים" על אפס ועל חמתם של מייסדי החברה, שדאגו להזהיר את המשקיעים.

בחקיקה. הכל תוך איזונים מתאימים והקפדה על דרישת המידתיות ב"פיסקת ההגבלה" בחוק היסוד⁸². דהיינו, אפילו לפי גישה זאת, ההחלטה אינה אמורה להיות מופקדת בידיהם של נושאי המשרה בחברה אלא בידי המחוקק. המחוקק יקבע התערבות במקרים מיוחדים ומוגבלים, יוצאי דופן כמו במקרה המתואר, בחוק מיוחד ולא בדיני החברות. יש כאן הכרה בשיקולים סוציאליים בחקיקה, אך אין כאן הרשאה גורפת להנהלת חברה עסקית לשקוד על טובת הקהילה⁸². גם קשה לזהות ציפיות לגיטימיות של עובדים, לפחות במקרים רגילים, המצדיקים את ההגנה עליהם מטעמים חוזיים או קנייניים, ללא חקיקה מתאימה.

ז. האם די במניית השיקולים הרלבנטיים בסעיף 15 - או שמא יש צורך לדרג את השיקולים השונים לפי סדר עדיפות?

גם בנושא זה לא מכריעה הצעת החוק⁸³. ריבוי האינטרסים, ללא רשימה סגורה וללא סדר עדיפות ברור, עלול לסבך את הנהלת החברה בכפיפות שונות וסותרות. לעתים עשויה הנהלת החברה גם לנצל לרעה את הריבוי הזה.

את דברי בפרק זה אני רוצה לסייג. גם בסוגייה זאת, יש לאפשר הקמה של חברות, אשר יכריזו מראש ויקבעו

⁸² לפי גישה אחרת, ניתן לטעון, כי הזכויות החברתיות של העובדים משולבות כבר בלב-לבו של הקניין המוגן בחוק היסוד, ואין צורך לתת את ההתנגשות בין זכויות הבעלים וזכויות העובדים והקהילה על ידי איזון חיצוני או חקיקה העומדת בפיסקת ההגבלה. לרעיונות מסוג זה ראו, למשל, Laura S. Underkuffler "On Property: An Essay" 100 *Yale L.J.* (1990) 127; Jennifer Nedelsky "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities" 1 *Yale J.L. & Feminism* (1989) 7; Joseph William Singer "No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property" 90 *NW U.L.Rev.* (1996) 1283, 1453. **מחקרי משפט** יד (תשנ"ח) 229, 236; ח"י דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" (עומד להתפרסם בעיוני משפט כא(3) (תשנ"ח)). תפיסה כזאת היא לדעתי, יותר משאלת לב מאשר מציאות. במיוחד לאור ניסוחו של חוק היסוד, ולאור התפיסה המינימליסטית של תזכיר חוק יסוד: זכויות חברתיות (תשנ"ח - 1998). התפיסה הזאת מושפעת על ידי המינוח החוקתי הלא ברור בארה"ב. שהצריך פרשנויות רבות ושונות, שאינן מחוייבות אצלנו. במקום אחר אתייחס בקרוב לכך ולתוצאה השלילית שעלולה להיות נודעת לתפיסה כזאת, המפוררת את מושג הקניין, על יעילות הקניין ועל יציבותו, ועל רווחת כלל החברה. חלוקה מחדש וצדק חלוקתי יש לקדם לדעתי על ידי התמודדות פוליטית, ועל ידי חקיקה העומדת בפיסקת ההגבלה, ולא על ידי הצהרה ש"כבר יש" קניין. יש בכך משום אשליה, וכן ניסיון להשתמש בכוחו הרטורי הרב של הקניין, ואגב כך לסחוף את הקניין ליעדים אופנתיים (כפי שניתן להמחיש דווקא על ידי הסקירה ההיסטורית במאמרו של סינגר, S). העימות אינו צריך להיפטר, לדעתי, על ידי מניפולציה במושג הקניין, אלא בתחרות ובאיזון בין זכויות קניין לבין זכויות חברתיות (תחרות בה לאו דווקא יהיה כוח רב לקניין, ופיסקת ההגבלה לא אמורה לרוב להיות בלם בפני חקיקה חברתית). כמובן, שעומת זה אינו קל פוליטית, ולא יושג ב"קפיצות" ובקיצורי דרך. ראו, למשל, לאחרונה הקשיים במהלך הדיונים בכנסת בעניין הצעת חוק הדיור הציבורי, תשנ"ח - 1998. הצדק הוא, לדעתי עם המנסים לקדם את החקיקה. אולם, כדי להשלים את אגד זכויותיהם של הדיירים בשיכונים ציבוריים מעבר לאותן זכויות שכבר יש להם, לא די להכריז שיש להם זכות קניין. יש צורך לשכנע, במאבק חברתי ופוליטי, את הקואליציה, לתמוך בחקיקה שתשלים את זכויותיהם לידי בעלות גמורה, לאחר פשרה בדבר ההנחה שיקבלו לרכישה הדרושה.

⁸³ סינגר עצמו, במאמר מאוחר יותר, **לעיל** הערה 21, סבר כי יש לחוק את מעמדם של העובדים וזכאותם לעבודה בשכר הוגן, מעבר ל-"stakeholder laws" במדינות ארה"ב. הוא הציע לשקול את התערבות המדינה בשוק על ידי כלכלה המעודדת יצירת עבודה וניידות עובדים, חיזוק מעמד המיקוח של העובדים על ידי חקיקה, הגברת הבטחון בתעסוקה והשתתפות פעילה כלשהי של העובדים בשליטה בחברה.

83 גם בחוקי המדינות השונות בארה"ב לא נקבע לרוב המשקל שיש לתת לאינטרסים הנשקלים. ראו פורט, **לעיל** הערה 20.



בהכרח לתוצאות טובות לחברה - ולא תמיד גם לקהילה.

עם זאת, ניתן לקשור זאת גם ליחס של כל אחד מהציבורים הרלבנטיים - בתאגיד ומחוצה לו - כלפי הסיכון שבפעולת החברה. שגאת הסיכון של נושים, יחסית לבעלי מניות, עלולה להעלות את מחיר האשראי. שגאת הסיכון המובהקת של העובדים, ואי יכולתם לפזר את הסיכון הנובע מהקשר ההדוק שלהם לחברה ומהקושי שלהם לפרוש⁸⁷, עלולים להביא לסכסוכי עבודה ולאישקט תעסוקתי בתנאים מסוימים. יוצא, שגם מבחינת שיקולי היעילות הכלכלית בניהול החברה, ניתן לקחת בחשבון את רווחתם הכללית - והתוצאה לא בהכרח תזיק לבעלי המניות, במידה שההתחשבות בהם מוצדקת לאור הנסיבות, גמישה ולא מופרזת. כנגד רעיונות של צדק סוציאלי, ניתן לגרוס, שלאור חוקי המגן היום, אין צורך בהכבדת יתר על החברה לטובת העובדים. גם העובדים הם כיום בעלי חסכוניות התלויים ביעילות שוק ההון, ולו גם באמצעות קרנות נאמנות, קופות גמל, קרנות פנסיה וקרנות השתלמות. חלק מהעובדים הם למעשה מנהלים המשתכרים היטב. ניתן גם לסבור, שלעתים עשוי להיות טשטוש גבולות בין בעלים ועובדים, וגם העובדים עשויים להיחשב לעתים כבעלי זכויות שיריות⁸⁸, אולי מוגבלות משל בעלי המניות.

נשאלת גם השאלה, עד כמה אנו מעריכים את אפשרותם של עובדים מסוגים שונים להתמקח כשוויים

מה קודם למה? האם, למשל, החברה רשאית לתרום סכומים לקהילה, כפי הסיפא, כאשר מצבה הכלכלי לא כל כך שפיר (שהרי בסיפא דווקא אין סיוג של התרומה למסגרת של השיקולים העסקיים)? האם רק הסכום צריך להיות סביר, כפי לשון הסעיף, או שניתן לדרוש סבירות גם לגבי נסיבות התרומה? במקרים אחרים, המונח "על פי שיקולים עסקיים" אינו מתאים כדי להכריע בין השיקולים העסקיים הסותרים.

במיוחד תתעורר השאלה בחדות, כאשר העימות לא יהיה עם טובת החברה בכללותה או טובת בעלי המניות אלא עם טובתם של הנושים, ובעימות כזה אדון להלך. מכל מקום, לא בהכרח ההתייחסות צריכה להיות זהה לבעלי מניות, לעובדים, לנושים, לספקים, לצרכנים ולקהילה "חיצונית" לחברה⁸⁴.

ייתכן שהשאלה צריכה להיות מוכרעת לאור הקביעה מי בעל הזכות השירית בנכסי החברה⁸⁵. לכאורה, בעל הזכות השירית, בעל התמריץ הגדול ביותר להצלחת החברה, אמור לייחס ערך רב ביותר לחובות אמונים כלפיו, בהיותו הנהנה הגדול מפרותיהן, או המפסיד הגדול ביותר מהפרתן. הוא גם זקוק להגנה זאת.

בעלי המניות, למשל, אינם מוגנים כמו הספקים והעובדים על ידי חוזה עם החברה, המבטיח להם תמורה להשקעתם, וחלף הסיכון הם מצפים ליהנות מן הרווחים. הטבה עם קהילות מחוץ לתאגיד תגרע מרווחיהם, כאמור לעיל⁸⁶. גגיעה כזאת לא תביא

84 לניסיון להבחנה ביניהם ראו פרוקציה (המאמר), לעיל הערה 22. לכל אחד מהציבורים יצמח, כמובן, יתרון, אם חובת האמונים לא תתחלק בינו לבין הציבורים האחרים, אלא תהיה בלעדית כלפיו: Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller "Corporate Stakeholders: A Contractual Perspective" 43 U. Toronto L.J (1993) 401, 401, 410.

85 פרוקציה, שם, בע' 304 - 307; פישל ואיסטרברוק, לעיל הערה 6, בע' 1457; בהט **דיני הבראת חברות**, לעיל הערה 22, בע' 246 - 247.

86 לעיל ה (3), ה (4) וכן פרוקציה, שם, 304. לטענה, שבעלי המניות צריכים להיות הנהנים היחידים מחובת האמונים של המנהלים, ראו מייסי ומילר, לעיל הערה 84, בע' 423, המנמקים זאת הן בנימוק של ההנאה השירית, ובעיקר בהעדר היכולת של בעלי המניות להגן על עצמם על ידי חוזים, ומילוי החסר החזוי על ידי חובת האמונים. לדעה דומה ראו J.C. Macintosh "Designing An Efficient Fiduciary Law" 43 U. Toronto L.J (1993) 425 יעילה. לתוצאה דומה ראו Bruce Chapman "Trust, Economic Rationality and the Corporate Obligation" 43 U. Toronto L.J. (1993) 547.

87 ראו, למשל, H.Haussmann Ownership of the Firm" 4 J. of Law, Econ. and Org. (1988) 267, 293, פרוקציה, שם, בע' 321.

88 ראו E.B. Rock, M.L. Wachter "Tailored Claims and Governance: The Fit Between Employees and Shareholders" (Working Paper).

מכירת החברה, פירוקה או שיקומה, ובטיב ביצוע ההחלטה⁹².

נפנה עתה לבחון את מעמדם של הנושים - והאם במקרה שלהם, לאור הגישה של הצורך בדירוג של השיקולים ושל בעלי האינטרסים, אין מקום להטיל חובה לשקול את טובתם. זאת מאחר שהם מחליפים במצבים מסוימים את בעלי המניות כ"בעלים האמיתיים" של העסק⁹³. בדרך כלל הם גם רחוקים מהשליטה בחברה, ולעומת זאת, כלל האחריות המוגבלת מטיל עליהם סיכון לכספם, סיכון באין השפעה בידם בדרך-כלל. ההגנה עליהם היא תוצאה של הסתמכותם על הנהלת החברה, או מטרה מתבקשת מהצורך לשמר נכונות להשקעות בחברה. אמנם, כמו העובדים, גם בידי הנושים, לכאורה, להגן על עצמם. הדבר אינו נכון לגבי נושים בלתי רצוניים, כמו נושי נזיקין או שלטונות המס. כמו כן, יש לשקול, אם הגנה מושלמת על הנושים (באמצעות ערבויות בעלים ובטחונות מוצקים) היא יעילה. עד כמה היא אפשרית, בבסיבות השוק, ואם היא אפשרית, מה תהא השפעתה על מחירי האשראי ועל אפשרות גיוס אשראי בידי חברות.

נבדוק גם את מצבם של הנושים בתחרות עם העובדים - בעלי אינטרסים מוגנים אחרים (מעבר

על תנאי עבודתם, לרבות על הבטחון בהמשך תעסוקתם) (או תוך ויתור על כך כנגד תשלום גבוה מראש). עד כמה הם זקוקים להגנה נוספת, מעבר לכוח המיקוח שלהם? השאלה מתעצמת, כאשר חושבים על הנזק החומרי והפסיכולוגי לעובד הנפלט מהעבודה, במונחים החורגים מחישוב קר של שיקוליו הכלכליים מראש. ייתכן שזה מקרה המצדיק גישה פטרונית של המדינה, האמורה להגן על העובד⁸⁸.

ההתחשבות בעובדים אין משמעה בהכרח שיתוף עובדים בניהול או בפיקוח, נושא המעורר שאלות נכבדות של יעילות והומוגניות של הניהול או ההחלטות שיתקבלו, חשש משמרנות, "בעיית נציג" מסוג שונה ועוד⁸⁹. תועלת עשויה להיות מופקת, עם זאת, מראיית העובדים כשותפים במאמץ המשותף בחברה. התחשבות בהם עשויה לתרום לחברה בהעלאת רמת אחריותם והיצירתיות שלהם⁹⁰.

לעתים בעלי הזכות השיורית הם הנושים ולא בעלי המניות, וזאת כאשר החברה לא-סולבנטית⁹¹. קיים גם החשש שהחלטות המתקבלות בחברה יפחיתו מהערך החווי המובטח לבעלי זכויות חוזיות, כמו נושים (כולל עובדים), לאור קשיים צפויים בתשלומם. מעניינים המצבים בהם החברה בקשיים, ולא ברור ערכה ועל כן למי נתון הערך השיורי - דבר התלוי גם בהחלטה על

⁸⁸ לשימוש בתיאורית פקעת החוזים לעניין פיצויים על אבדן עבודה, ראו סטון, **לעיל** הערה 25. לביקורת על ניתוח פקעת החוזים, כתיאוריה המדחיקה את השפעת הכוח ואת שאלת הצדק, תוך הסתרת אחריות מודל חווי בשוק חופשי כביכול, ראו, למשל, Duncan Kennedy "The Stakes of Law, or Hale and Foucault" 15 *Legal Studies Forum* (1991) 327; Alan Hyde "In Defence of Employee Ownership" 67 *Chi-Kent L.R.* (1991) 159, 180, n. 66.

⁸⁹ אשר לדעות הקומוניטאריות של שיתוף עובדים כתמריץ לתחושת השיתוף של העובדים וכדומה, ובאשר לבדיקות יעילות, אין מימצאים ברורים לגבי היתרונות שבשיתופם. לסיכום מחקרים ראו ביינברג, **לעיל** הערה 26, בעי 877 - 882. לדעות אחרות, ראו סינגר, **לעיל** הערה 20; *U. Toronto L.J.* 43 "Worker Participation and Corporate Governance" Henry Hansmann (1993) 589.

⁹⁰ על שילוב טוב בין תפיסות אחריות הדדית של העובדים והנהלה, עובדים עם "ראש גדול", בשילוב עם איכות עבודה, בשיטות T.Q.M. ואחרות, ראו .T.L. Fort "The Corporation as Mediating Institution: An Efficacious Synthesis of Stakeholder Theory and Corporate Constituency Statutes" 73 *Notre Dame L. Rev.* (1977) 173.

⁹¹ וראו, למשל, פרוקציה, **שם**, 307; בהט, **הסדרי הבראה, לעיל** הערה 76, 2.4.2; בהט, **זיני הבראת חברות, לעיל** הערה 22, והאסמכתאות שם.

⁹² להתלבטות לגבי מי שצריך לנהל עסק בשיקום חברה בידי בית המשפט לאור זאת ראו בהט, **זיני הבראת חברות, שם**, בעי 244 - 247.

⁹³ השוו יצי' שטרן **רכישת חברות** (תשנ"ו) 59, לראיית הנושים וגם הבעלים כנושים, כבעלי זכויות כלפי החברה, ולא בעלי החברה.



לרבנטית כרגע, ולכן הסיכון הוא שלהם. במקרה הרגיל אין די בזכויות החוזיות שלהם כלפי החברה (גם אם מדובר בנושים חוזיים) כדי להגן עליהם, כאשר אין בידם ערבויות חיצוניות או בטחונות הולמים. ex ante היינו מצפים שעניינם יילקח בחשבון כאשר החברה תגיע למצבים כאלה. אחרת היה מאמיר מחיר האשראי או היו נדרשים בטחונות וערבויות במידה כזאת, שהאשראי היה בלתי כדאי, או שהדרישה לערבויות הייתה מחסלת באופן מעשי את הגבלת האחריות של בעלי המניות - דבר שכשלעצמו היה חותר תחת האמצעי האחר של מימון החברה - ההשקעה בהון מניות.

לדעתי, במקרים מוגבלים, יש להכיר בחובה לשקול את עניינם של הנושים. אם הדין קובע, שבמקרה של פירוק, הנושים הם בעלי הזכויות העדיפות לקבל את תמורת רכוש החברה, ברור גם, שכבעלי הזכויות השויות עניינם הוא מרכזי גם טרם החלוקה בפועל. מאחורי הקביעה של תכלית החברה בדרך-כלל, יש חשיבות מרכזית להשאת רווחים לחברה, ולמעשה אנו רואים מאחורי זה את טובתו הכללית של ציבור בעלי המניות. כאשר החברה מתנהלת בפירוק, ואולי בסמוך לכך, השאת הרווחים - או צימצום ההפסדים, או התחשבות בסיכונים - היא מטרה מרכזית של המשך קיומה של החברה, ומאחוריה יש מקום לזהות בעיקר את טובתם של הנושים⁹⁴.

לכן נראה לי, שכפי שבחברה סולבנטית קשה לערער על החובה לשקול את טובת כלל בעלי המניות (גם אם לא טובת בעלי מניות אינדיבידואליים בדרך כלל), הרי בחברה אינסולבנטית - ואולי בשלב כלשהו של קירבה למצב של אינסולבנטיות - קיימת **חובה** מקבילה לשקול את טובתם של כלל הנושים. במידה מסוימת מעוגנת החובה במפורש בפקודת החברות⁹⁵. מעניינת יותר התקופה שטרם ניתן צו פירוק.

הדבר הבא שיש לקבוע, זה באילו מקרים ובאיזה היקף צריך לחייב לשקול את טובת הנושים, ולבחון את

להיותם נושים) - לאור הדירוג הדרוש, וזאת בסיטואציה של החלטה לסגור מפעל עקב קשיים. ייתכן שיש לתת משמעות לכך, שחלק גדול מהעובדים יכולים בכל עת לקום ולעזוב את החברה הכושלת (לגבי העובדים החלשים יותר יש להיעזר אולי במדיניות הרווחה, בחוקי המגן או בביטוח לאומי וקרנות של עזרה הדדית). לעומת זאת, הנושים כבולים לחברה שאינה מחזירה את חובה, ולא עומדת להם אופציית היציאה.

ח. ההתחשבות בעניינם של הנושים - במסגרת שיקולים עסקיים? והאם מעבר לרשות לשקול קיימת גם חובה כלפי הנושים ומתי? - בדין הקיים ובדין המוצע

נאמן לרכי להבחין בין הרשות לשקול לבין החובה לשקול, עלי ללכת בדרך זאת גם בעניין הנושים.

כפי שאראה בפסיקה אנגלית ואחרת שאביא להלן, ניתן למצוא רמזים לאפשרות קיום אחריות של המנהלים כלפי הנושים. קשה להצביע על תשתית ברורה של האחריות הזאת.

כדי לעגן את האחריות הזאת כראוי, עלינו ללכת בדרך שהותוותה לעיל, ולקבוע קודם כל, את קיומה של **חובה של החברה** כלפי הנושים, לקבוע את היקפה ואת עיתוייה, ומכאן לגזור את קיום חובתם של המנהלים ואת הסעדים שיעמדו לרשות הנושים.

הפסיקה, כפי שנראה, עניינה לרוב בחובות המנהלים, אם כי, לדעתי ניתן לגזור ממנה - בדרך משובשת והפוכה מהדרך הרצויה - את ההכרה בחובה של החברה לשקול את עניינם של הנושים במקרים מסוימים. דומה, שהרשות לשקול את עניינם של הנושים היא ברורה, לפחות בסיטואציות מסוימות, כגון בפירוק או כאשר החברה מתקרבת לפירוק בשל קשיים פיננסיים. הם בעלי הזכויות השויות לרכוש החברה, הם "המושקעים" העיקריים בחברה שהשקעתם

94 להבדיל ממי שרואה חשיבות מיוחדת לעובדים וגם לקהילה - ועל כך ראו פרק ט להלן.
95 ראו, למשל, סעיפים 274, 308, 309 לפקודה לגבי אסיפות של נושים ומשתתפים והתחשבות בדעתם.

בפסיקה בארץ, אך דומני שהדרך לגיבושה סלולה.

מבין פסקי-הדין האנגלים שהשאלה התעוררה בהם
אביא לדוגמה את *Brady v. Brady*⁹⁷:

התקיימה מערכת עובדתית סבוכה של חברה שעברה
ארגון מחדש. שני אחים חילקו ביניהם קונצרן, והנכסים
עברו בין חברות שונות בקבוצה. למעשה הם הפרידו את
הרכוש ביניהם. אחד האחים, שלא היה מרוצה ממה
שקיבל, טען כלפי חוקיות ההסדר. בין השאר נטען
שההסדר הוא לרעת הנושים. בית המשפט לערעורים
קבע שאינטרס הנושים רלבנטי וצריך לבחון אותו.
בערעור לבית הלורדים הדבר אושר, אם כי ההלכה
צומצמת: מאחר והחברות היו סולבנטיות לא בוחנים
את אינטרס הנושים (ההסדר גם נועד למנוע מבוי סתום
בחברות ולכן הוא לטובת החברות).

במקום אחר⁹⁸ התייחסתי לרשימה ארוכה של פסקי
דין אנגליים (ובדומה נפסק גם בנירזילנד ובאוסטרליה)
המתייחסים לאחריות המנהלים כלפי נושים, ובמיוחד
על רקע העדר סולבנטיות, ולעתים אף כאשר בעלי

חובות המנהלים הנובעות מכך. כמו כן, יש צורך לבחון
את הסעדים הנובעים מכך, ואם ובאילו מקרים יזוהו
חובות גם לנושים ספציפיים וזכויות תביעה ישירות
שלהם. בדומה לזכויות של בעלי מניות אינדיבידואליים
במקרים מיוחדים.

כאן יהיה צורך לשקול גם את הצורך ב"פעולה
הקולקטיבית" של החברה במקרי המשבר, כשיקול נגדי
להפעלת זכויות אישיות. אולם, עם זאת, נראה לי
שבסוף דרכה של החברה, לפחות בעת החלוקה בפירוק,
יש להכיר לעתים בחובות ישירות, גם מאחר שהנזק אינו
אחיד לכולם וגם בשל פעולות חריגות⁹⁶. ייתכן, אבל,
שאחריות כזאת, וסעדים אישיים לנושים, צריכים
להיות מוגבלים בזמן ובעילה, ומכל מקום מופנים כנגד
מנהלים (או בעלי שליטה) שחרגו מחובותיהם הם,
ונעוצים בחובות המנהלים ולא בחובת החברה.

מכאן אפנה לפסיקה, שכאמור אינה צועדת דווקא
בסדר הדברים דלעיל.

האפשרות לאחריות כלפי נושים אינה מגובשת

96 וראו אף פסקי דין במסגרת אחריות נושאי משרה בפירוק להמשך העסקים בתרמית, על פי סעיף 373 לפקודה, שלעתים קבעו
אחריות רק לפעולות מסוימות ופסקו פיצויים רק לנפגעים מסוימים, למרות הלשון הכללית של הסעיף: ראו, למשל, ע"א 125/89
132/89 ר"ח עובדיה בלס נ' עזבון המנוח רוזנברג ז"ל (פרשת "קופל טורסי"), פ"ד מ"ו(4) 441; ע"א 3016/90 ארנרייך נ' ד"ר
נאמן, עו"ד, המנהל המיוחד והכנס של כוכב השומרון בע"מ (בכינוס ובפירוק) ואח' (טרם פורסם); המי (בי"ש) 135, 90/136,
ת"א 89/74 "תנובה" מרכז שיתופי לשווק ולתוצרת חקלאית בע"מ נ' אלפסי ואח', פסי"מ תשנ"א (ג) 375; ע"א 4747/93 דומת
טקסטיל בע"מ (בפירוק) נ' ביטי ואח' (טרם פורסם). לרוב כנראה שהמבחן יהיה גם כאן, כמו באחריות כלפי בעלי מניות
אינדיבידואליים, נעוץ בתרמית, מצג-שוא, חוסר תוס-לב, עולת נזיקין אישית. וראו להלן הערות 107 - 110. להבחנה בין רשלנות
דירקטור כלפי החברה, שאינה מקנה תביעה ישירה לנושה, לבין הפרת חובותיו כלפי הנושה, ראו צ' כהן "חובת הזהירות של
הדירקטור בחברה הרשומה" מחקרי משפט א, 134, 173; ת"א (ת"א) 2813/86, ת"א 478/87, ת"א 637/87 ד"ר י.וייס ואח' נ'
ג'מבו - חברה לבניה ומסחר וקרני שומרון בע"מ (טרם פורסם) (הדוגמה של דירקטוריון שאיפשר הפקדת כסף בבנק למרות
שידע או היה עליו לדעת כי אינו בר-פרעון לעומת המקרה בו התמוטט הבנק עקב רשלנות הדירקטור, שאז אחריותו היא כלפי
הבנק). לאחריות אישית בשל התחייבות אישית של בעל השליטה בחברה שנכנסה לפירוק ראו ע"א 271/85 אביטן נ' פירן חברה
לפיתוח ולהשקעות בע"מ ואח', פ"ד מ"ו(1) 257; בהט, הסדרי הבראה, לעיל הערה 76, 10.14.

97 [1988] 2 All E.R. 617 (H.L.)

98 בהט דיני הבראת חברות, לעיל הערה 22, בע' 96, בה"ש 15.



1977))104".

אם אכן ניתן להסיק חובה של התחשבות בנושאים, נראה שיש להקנות תוכן מיוחד למסגרת השיקולים העסקיים במקרה כזה. הייתי מציע תוכן כזה, שלא ימנע מנושאי המשרה לנהל את החברה על פי ה- business judgment rule הרגיל¹⁰⁵ - כל עוד החברה סולבנטית. השיקולים העסקיים הופכים אחרים במקרה של אינסולבנטיות, או כאשר היא בפתח. על הדין למנוע אז את הסיכונים המוגברים שהמנהלים ובעלי השליטה עלולים להתפתות להיכנס להם, מאחר שממילא אבדה התוחלת שלהם להחזר השקעות בדרך הניהול הזהירה¹⁰⁶.

שאלה קשה יותר מתעוררת לגבי מקרי ביניים, כאשר פעולה של הדירקטוריון עלולה להפוך את החברה ללא-סולבנטית. יש מקום לייחס אחריות לדירקטורים, למשל, במקרים של החלטה על מתן ערבות, כאשר היא

המניית אישרו את הפעולה. אמנם לעתים רב בהם הספק בדבר היקף האחריות⁹⁹. גם בספרות נרמזה האפשרות הזאת¹⁰⁰.

דוגמה מהזמן האחרון: *Winkworth v. Edward Baron Development Co. Ltd*¹⁰¹: דירקטורים שניצלו החברה לצורכיהם אינם אחראים בדרך כלל כלפי הנושים לכל תשלום, אולם חובתם מתעוררת כאשר לא הצליחו להשאיר את החברה באופן שתוכל לעמוד בהתחייבותיה.

לא מכבר, באימרת אגב בבית המשפט העליון בע"א 90/995 **אזורים מהנדסים בע"מ נ' חנה גת ואח'**¹⁰² נאמר: "כאשר לא מעורב בעל אינטרס חיצוני לחברה, **דוגמת האינטרס של נושים**¹⁰³ הרי רשאים כלל בעלי המניות לעשות ברכוש החברה כרצונם... הוא הדין במנהל הפועל על דעת כל בעלי המניות (כשלחובתו כלפי הנושים ראה סעיף 424 לחוק העונשין (תשל"ז) -

99 ראו, למשל, *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd. v. British Steel Corp* [1985] 2 W.L.R. 908; *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd.* [1980] 1 W.L.R. 627, 634; *Re Horsley & Weight Ltd.* [1982] 3 All E.R. 1045;

Multinational Gas & Petrochemical Co. Ltd. v. Multinational Gas & Petrochemical Services Co. Ltd [1983] Ch. 258, 288; [1983] 3 W.L.R. 492, 519 (C.A.) להלכות בארה"ב (שם הנושא פחות מגובש) לפיהן כשהחברה לא סולבנטית, ובסמוך לכך, לדירקטורים חובת אמונים לנושים, ונכסי החברה מוחזקים בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הנושים ראו, למשל, *In re STN Enterprises*, 779 F.2d 901, 904 (2nd Cir. 1985) למעבר חובות האמון לחובות כלפי הנושים בעת אינסולבנטיות ראו, למשל, *Federal Deposit Ins. Corp. v. Sea Pines Co.* 692 F.2d 973, 976-77 (4th Cir) (1982) למשל, 461 U.S. 928 (1983) cert. denied.

בכל זאת, כאשר המנהלים עומדים במבחן ה- business judgment rule, כאשר הם פועלים בתום לב בנסיון לגיבוש תכנית עסקית מתוך אמונה שזה באינטרס החברה, אין הם אחראיים: ראו להגנת החלטה על מכירה של נכס ב- *In re Xonics*, G. V. Varallo, J.A. Finkelstein "Fiduciary Obligations כללית 99 B.R. 870 (Bankr. N.D. III 1989) וראו כללית "of Directors of the Financially Troubled Company" 48 *Bus.Law.* 239 (1992).

100 ראו, למשל, פרוקציה (המאמר), **לעיל** הערה 22, בע' 308 - 312; צ' כהן "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה" **מחקרי משפט** א (תש"ס) 173, 134 - 175; בהט, **לעיל** הערה 22, **שם**, והאסמכתאות שם. ראו גם *R. Grantham "The Judicial Extension of Directors Duties to Creditors"* [1991] *J.B.L.* 1.

J.S.Ziegel "Creditors as Corporate Stakeholders: The Quiet Revolution - An Anglo-Canadian Perspective", 43 *Univ. of Toronto L.J.* 511 (1993).

[1987] 2 All E.R. 114, at 118 (H.L.) 101.

102 טרם פורסם.

103 ההדגשה שלי.

104 הסעיף קובע עבירת מנהל, מנהל עסקים או עובד אחר בחברה, שעשה בידועין בעסקי התאגיד או נכסיו דבר הפוגע ביכולתו לעמוד בהתחייבויותיו, וכן שעשה בידועין בעסקי התאגיד בדרך הפוגעת בניהול תקין של עסקיו.

105 סעיף 96 לפקודה, וגם סעיף 96כ לפקודה לגבי חובת האמונים.

106 בהט, **הסדרי נושים, לעיל** הערה 76, 2.5.2.

הנתונה בהליכי פירוק בפיצוי בגין מעשיו פוגע בחברה בלבד ולא בו¹⁰⁸. הטלת האחריות הבסיסית על אורגן שהיה מעורב בעוולה נעשה בדרך כלל בי"חברה על סף פירוק, כאשר היעדר אחריות היה מאפשר לאותו אדם לעשות עסקאות שבהן היה הוא נושא בסיכוי בלבד, והחברה בכל הסיכונים¹⁰⁹. אמנם יש לציין, שעד כה הדגישה הפסיקה בדרך כלל את האחריות האישית כלפי נושים בניזקין בעיקר, להבדיל מנושים חוזיים, אשר מרצונם בחרו לעשות עסקות עם החברה ולא עם בעלי השליטה בה או בערבותם, והיה בידם לתמחר את מחירי העסקות עם החברה לאור הסיכון¹¹⁰. אני נוטה לסבור, כי האבחנה הזאת אינה רצויה, מאחר וגם הנושים החוזיים אינם אמורים לצפות ניצול לרעה והפרת חובות האמונים של נושאי המשרה ובעלי השליטה. דבר זה הוא מעבר לסיכון הרגיל שבאחריות המוגבלת של בעלי המניות. במקרים של ניצול לרעה וחוסר תום לב יש להקנות תוכן קונקרטי להלכת **קוסוי**¹¹¹ בדבר חובת האמון הכללית. בפסק הדין הודגש שחובת האמון שמפעילים בכל מקום שבו ניתנים לאדם כוח ושליטה על זולתו היא חובה רחבה ולא רשימה סגורה¹¹². באותו מקרה הייתה סכנה של אינסולבנטיות לבנק עקב מימון רכישת מניות ע"י הבנק

לוקה בחוסר הגיון עסקי מבחינת מבט החברה, ערבות אשר עשויה לקדם אינטרסים פרטיים של דירקטורים או של בעלי שליטה, ולהזיק לנושים. ערבות כזאת עשויה להיפסל, בנסיבות עובדתיות מסוימות, גם לאור סעיף 96ל לא לפקודה, מאחר שאינה לטובת החברה, ונושאי המשרה לא נדרשו לה בתוס'לב (אף אם ההתקשרות אושרה בידי החברה)¹⁰⁶. כמובן, אין לעקר את תכלית החברה ממובנה המקובל, על ידי שמרנות מוגזמת בניהול העסקים, אשר תעיב על סיכויי בעלי המניות לרווח, ורק תענה על האינטרסים של הנושים, שרווחיות החברה אינה מעניינת אותם, וכל עניינם במינימום הנדרש למילוי ההתחייבויות להם.

הכרה בחובות אמונים במקרה של עסקות כאמור מזכירה הלכות המטילות חיובים אישיים על נושאי משרה בעילות של העדר תום לב במשא ומתן או ניזקין (וכן בפלילים)¹⁰⁷. הטלת אחריות על אורגנים של החברה אופיינית לסיטואציה, בה, בהיעדר אותה אחריות, אותו אורגן נושא בסיכוי בלבד, ואינו נושא בסיכון. כמו אותו קבלן שהוא בעל מניות עיקרי בלבד, שאינו מקפיד על איכות הדירות ועל מועד מסירתן, משלשל את כספי הרוכשים לכיסו, ואילו חיוב החברה

106 א: כשהחברה לא יכולה לאשר ש"ההתקשרות אינה פוגעת בטובת החבה (סעיף 96). וראו גם התנאים לביטול פעולות כלפי אדם אחר [המוטב בערבות] בסעיפים 96ל עד 96ט. בדומה, אם המדובר בהפרת חובת אמונים, ולא נתמלאו תנאי תום הלב, העדר הפגיעה בטובת החברה ודרישת הגילוי של העניין האישי (סעיף 96כח(1)). יתר על כן, האישור או פותר בעיה של הפרת חובת אמונים כלפי החברה (סעיף 96כז(א)), ואין החברה יכולה לאשר הפרה של חובת אמונים כלפי אדם אחר, כמו נושים של החברה, אם קיימת חובה כזאת.

107 ראו, למשל, ע"א 230/80 **פנידר חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ ואח' נ' קסטרו**, פ"ד ל"ה(2) 713; ד"נ 7/81, פ"ד ל"ז(4) 673; ע"א 271/85 **אביטן נ' פירן - חברה לפיתוח והשקעות בע"מ ואח'**, פ"ד מ"ו(1) 257; ע"א 725/78 **בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן ואח'**, פ"ד ל"ה(4) 253. ניתן להוסיף לאחריות האישית של האורגן את האחריות על החברה על פי התורה האורגנית. ראו, למשל, בדוגמה של עבירה פלילית, ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים ביני ופיתוח בע"מ נ' מ"י**, פ"ד מה(4) 364; ז' גושן "יביעית הנציג כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" **ספר זכרון לגואלטריו פרוקצ'יה** (בעריכת א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה, מ' א' ראבילו) (תשנ"ז) 239, 265-66, ייתכן שבנסיבות האינסולבנטיות אין טעם תמיד לכך, שכן הדבר יהווה פגיעה בכלל הנושים למעשה, ולא בבעלי המניות, לטובת נושה אחד.

108 בעניין **בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ, שם**.

109 ע"א 4114/90 **בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ ואח'**, פ"ד מח(1) 415, 433-34.

110 ראו ע"א 407/89 **צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ ואח'**, פ"ד מח(5) 661, 698 - 699. להתייחסות המיוחדת ראו גם א' פרוקצ'יה, "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית", **עיוני משפט ז'** (תשנ"ב - ני"ג) 167, 178 ואילך, אולם ראו שם, בע' 183. והשוו א' פרוקצ'יה (במאמר), **לעיל** הערה 22, בע' 314-308, שאינו מבדיל עוד בין נושים ניזקיים לבין נושים חוזיים, לעניין חובות נושאי המשרה שהביאו את החברה לחדלות-פרעון והם מנסים להסתתר מאחורי האחריות המוגבלת בחברה ומסך ההתאגדות.

111 ע"א 817,818/79 ע"א 585/82 **קוסוי ואח' נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ**, פ"ד לח(3) 253.

112 בע' 278 - 279.



החברה לפירוק¹²⁰. ליקוט כל המקרים האלה יביא אותנו להכרה בהיקף רחב של חובות. מרגע מסוים בחיי החברה, לא תמיד מוגדר, ניתן לומר, שתכלית החברה היא, במידה גדולה והולכת, ניהולה למען הנושים, או גם למענם, או תוך התחשבות באינטרסים שלהם.

בשלב זה לא אנסה להגדיר את ההיקף המדויק של החובה ונסיבות הפעלתה. כללית כוונתי לחובה להפעיל את החברה באופן שלא ידלדל בצורה בלתי סבירה את ההון שאמור לשמש מקור החזר לנושים (ואין הכוונה דווקא לכללים הטכניים של איסורי חלוקה ושימור ההון, שאינם מתייחסים לדלדול המקורות על ידי התנהגות מסוכנת, לא אחראית, או נגועה בניגוד עניינים ובחוסר תום-לב). בפרק יא להלן ארחיב לגבי הסעדים העומדים לנושים, ואראה שמסיבות שנדונו בראשית הפרק הנוכחי, על אף ההכרה בקיום חובה כלפי נושים, יש צורך להגביל לעתים את הסעדים.

ט. סגירת מפעל בפירוק או בשיקום: השיקולים של הנושים מול השיקולים של העובדים והקהילה

עד עתה עסקנו בתחרות בין האינטרסים של הנושים לבין אלו של בעלי המניות. הנושא הבא ממחיש עוד יותר את האפשרות לכך שלא כל בעלי האינטרסים הם בהכרח במעמד שווה, ולעתים צריך להכריע ביניהם. השאלה במקרה זה היא כיצד יש להכריע במצב קשה של חברה בקשיים, העומדת בפני הדילמה של סגירת מפעל, דילמה ששקלנו קודם בלי קשר לאינסולבנטיות¹²¹. לדידי, הספקות שהעליתי לעיל לגבי התחשבות מפליגה בקהילה בטרם סגירת מפעל, אך

בידי עצמו, דהיינו הדאגה הייתה למעשה, אם מנתחים אותה, לא דווקא כלפי מיעוט בעלי המניות בלבד, אלא ניתן לראותה, במידה רבה, כלפי נושי הבנק הנפגע. מכאן ניתן להסיק - אמנם בהכללה כלשהי - חובת אמון כלפי כלל הנושים. נראה, שגם טעמים של יעילות כלכלית מצדיקים הטלת חובה כזאת במקרים מסוימים¹¹³.

יש לנו עדות על כך, שגם "ועדת ברק", הועדה לחקיקת חוק חברות חדש¹¹⁴, סברה שקיימות חובות של המנהלים כלפי הנושים, ואי כלילתן המפורשת בסעיף 115282 המצביע על אי פסילת אפשרות קיום החובה כלפי אדם אחר, היא פרי החיבור בסעיף אחד של ציבורים שונים, לרבות ציבור העובדים והציבור בכללו. לגביהם היה ספק אם יש להכיר בחובות כלפיהם¹¹⁶. כאמור, להכרה בקיום חובות של המנהלים צריך להקדים את ההכרה בחובה של החברה לשקול את עניין הנושים.

נאמן לדרכי, עלי להפריד בין התכלית לבין החובות, וביניהן לבין הסעדים, אף שמתקיים קשר ביניהם. בכפוף לזהירות הנדרשת, ניתן להתלבט לגבי החובות שהוכרו כלפי הנושים, ומכאן לגבי התכלית: האם החובה היא כללית, או שצריך לצמצם אותה למקרים שהוכרו בחקיקה ובפסיקה שמפרשת אותה, כמו המקרים הנופלים בגדר סעיפים 373 - 378 לפקודת החברות ("עבירות בפירוק")¹¹⁷ לדוגמה? אפשר גם לסבור, שמבחינה מעשית המרחק אינו רב בין שתי האפשרויות, אם נצרף את החבויות שהוכרו. חלקן פורשו אמנם לעתים כנובעות מתרמית¹¹⁸, אולם חבויות אחרות מקורן אף בעילת הרשלנות, מכוח סעיף 374 לפקודה¹¹⁹ ואחרות בחוסר תום לב במו"מ טרם כניסת

113 להסבר מאיר עיניים של סוגיית היעילות הכלכלית ראו, למשל, שטרן, לעיל הערה 22, שם.

114 דו"ח הועדה לחקיקת חוק חברות חדש, התשנ"ה - 1995.

115 ראו לעיל פרק ג.

116 מי אגמון, די לחמך'מסר "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים כו (תשנ"ו - 1986), 543, 571 - 572.

117 לדעה של חובת זהירות כללית של נושאי המשרה כלפי נושים ראו פרקציה (במאמר), לעיל הערה 22. לדעה מצמצמת ראו צ' כהן "שחרור נושאי משרה מאחריות - מגמות חדשות" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 381, 385, בה"ש 14.

118 סעיף 373 לפקודה, שאמנם לא תמיד פורש בצורה מצמצמת. ראו סקירתי בהסדרי הבראה, לעיל הערה 76, 315 - 320.

119 ע"מ 333/59 רוטלוי נ' ברשאי, פ"ד יד 1156.

120 ע"מ 148/82 שפרה גליק נ' ארמן ואח', פ"ד מ"ה (3) 401.

121 לעיל פרק ו.

של חברה לא יעילה יביא נזק למשק מבחינת בזבוז המשאבים ואי הסטה שלהם לשימושים יעילים יותר, דבר העלול גם לגרום סטגנציה. פתרון כזה, דווקא לגבי חברות אינסולבנטיות, עלול להביא גם להסטה מלאכותית לעבר שיקום או פירוק, בשל התמריצים. עם זאת, כשהמקרה מתאים להבראה, יש הצדקה לחקיקה שמקפידה לתקופת מעבר קצרה את המימוש ואת ההליכים נגד רכוש החברה, ומאפשרת לקבוצות השונות לערוך חשבון אם יש כדאיות בארגון מחדש, או להגיע להסדרים שיבטיחו את עדיפות הנושים לפי דרגת בכירותם.

גישתי זאת עומדת במשנה תוקף על רקע הגישה המקובלת לרוב (שאמנם גם עליה יש עוררים), גישה שקיבלתי קודם, שמאפשרת לחברה לסגור את העסק הלא-ריווחי שלה, גם אם הדבר פוגע בקהילה. היעלה על הדעת "לפתוח" אותו ולחייב המשך ניהולו במקרה של התמוטטות העסק, דווקא כאשר הנפגעים הם הנושים, המנסים להציל את שארית כספם? ויש לזכור שהנושים הם בעדיפות על פני בעלי המניות. לכאורה הם מוגנים על ידי חוזהם, אולם ההחזר הכספי שהוטב להם לא יבוא לידי ביטוי, אם החברה לא תוכל לשלמו¹²³. ניהול בידי אחרים המיט כבר אסון על רכושם. כספם הוא העומד בסכנה, קודם כל. עתה יש לאפשר להם להינצל מהמשך ניהול לא רווחי של החברה "על גבם" בניגוד לרצונם וללא הבטחת עדיפותם מפני לידול נוסף.

הבעיה התעוררה בהקשר של תזכיר חוק שיקום חברות, מ-1995¹²⁴.

"242. (א) בית המשפט רשאי ליתן צו שיקום לחברה אם שוכנע כי נתקיימו כל אלה: -

(1) החברה הינה חדלת פרעון;

(2) מן הראוי להותיר את החברה כעסק חי מאחר וקיים סיכוי של ממש לשיקומה;

מתחזקות כאשר המדובר בהחלטה על סגירת המפעל או המשך הפעלתו על חשבון הנושים.

כאן התחרות האמיתית היא בין טובת הנושים לבין מה שנראה טובת העובדים או טובת הקהילה (בטווח הקרוב לפחות. בטווח הרחוק ייתכן שגם אלה יפסידו מהחלטה לא נכונה שלא לסגור את המפעל). בעלי השליטה עשויים לתמוך בעובדים ובקהילה, ולצדד באי-סגירה, מאחר שבלאו הכי איבדו כבר את תוחלתם לרווח ולהחזר השקעה. מחויבות מוסרית שלהם לעובדים ושיקולי מוניטין יניעו אותם לצדד בהמשך פעילות העסק. גם שיקול כלכלי יש בכך מבחינתם: ייתכן שישאר כך בידם ערך כלשהו, אם השיקום יצלח, בעוד שבפירוק תימחק השקעתם לבטח.

במקום אחר העליתי שורה של חששות משימור מלאכותי של העסק. הבעתי את הסברה, שיש מקום להתחשבות כלשהי באינטרס הקהילתי: יש לאפשר בחוק שימור העסק לתקופה קצרה של בדיקה, לעכב מימושי שעובדים והוצאה לפועל באותה תקופה ולקיים מנגנון המאפשר שיקום - תוך קבלת הסכמת הנושים או, לחלופין, תוך הגנה על עדיפותם היחסית¹²². מעבר לכך, אסור בצורה מלאכותית להחליט על הבראה במקרים לא מתאימים, לצורך מטרות של שימור התעסוקה וכדומה. לטווח רחוק הדבר יביא להשקעות חסרות תכלית. אם המדינה רוצה להשקיע, למשל בתקופה של עלייה, זה עניינה. אבל ודאי שאין הצדקה לגרום נזק נוסף לנושים, ולמנוע מהם לפרק החברה ולהציל שארית כספם. השיקום אינו צריך לבוא על חשבונם.

יתר על כן, שיקום כזה עלול להביא נזק בסופו של דבר גם לתעסוקה במשק. גם המפעלים של הנושים עלולים להתמוטט, כאשר המקרים אינם מתאימים להבראה. לא ייתכן לכפות על נושה להימנע מלהקטין את הנזקים שלו. במקום לעוות את הליכי הפירוק ולשקם חברות לא מתאימות, יש מקום לשקול תמיכה תקציבית בהעסקת עובדים בפרוייקטים שונים. שיקום

122 ראו בפירוט בהט, **זיני הבראת חברות, לעיל** הערה 22, 3.6, 11.3 ודברי המלומדים המצוטטים שם; בהט, **הסדרי הבראה, לעיל** הערה 76, 2.4.2.

123 ולא יעיל יהיה כלכלית להטיל עליהם להגן על עצמם בחוזים מפני תופעה כזאת, וודאי שהדבר אינו מעשי לגבי נושים לא רצוניים, כמו ניווקים על ידי החברה.

124 תזכיר חוק לתיקון פקודת החברות (שיקום חברות), התשנ"ה - 1995.



מוצדקת מנושים לאחרים, תוך חשש להתמוטטות מפעלי הנושים ועל חשבון עובדיהם הם, ולהנצחת אי יעילות ושיקולים לא כלכליים. אם רוצים לשקם חברה מטעמים ציבוריים, על חשבון הנושים, יש להביא לצורך כך מימון או ערבויות מקרנות ציבוריות או ממשלתיות - ולא לכפות זאת בחוק¹²⁸.

הנוסח הנוכחי אף גרוע לדעתי מהנוסח שהציעה ועדת לוי. למלים "שיקולים של טובת הציבור" נוסף עתה "בשיקום החברה". דהיינו, יש עתה זיהוי כלשהו של טובת הציבור עם שיקום החברה, בעוד שידוע לנו, כי תהייה זאת טעות לזהות את טובת הציבור תמיד עם שיקום החברה, ולעתים הנוק לציבור מהשיקום רב מתועלתו¹²⁹.

דעה אחרת, התומכת בהרחבת ההתחשבות בשיקולי טובת הציבור, הביעה פרופ' צ' כהן, וראתה בכך ביטוי של המעבר מפורמליזם לערכיות¹³⁰. אכן, ההתחשבות הזאת רווחת היום בתחומים שונים, לרבות התחשבות במוסדות חברתיים אף בתחום דיני הקניין. כשלעצמי, ועל כך ארחיב בפרק הבא, אני נוטה להכיר בהתחשבות בטובת העובדים והציבור, ובלבד שבסופו של דבר לא יגברו שיקולי טובתם לכאורה על שיקולי הנושים. אפילו מי שרואה בזכות העובדים זכות קניין¹³¹, צריך ליצור הירארכיה בין זכויות קניין של נושים מובטחים, נושים ועובדים. טובת המשק, וגם טובת העובדים, מחייבת לדעתי סדר ברור של עדיפויות, שיאפשר פעילות סדירה במשק. דווקא זכויות קניין מצריכות סדר ויציבות. אין

(3) שיקום החברה בנסיבות הענין, עשוי להיטיב עם נושי החברה על פני פירוקה.

(ב) לענין סעיף קטן (א) רשאי בית המשפט בין היתר לשקול גם שיקולים של טובת הציבור בשיקום החברה."

כדאי להביא את דבריו של פרופ' פרוקצ'יה¹²⁵ על ס"ק (ב) בנוסח קודם של התזכיר¹²⁶ :

"זוהי לשון לקונית וסתומה משהו, הפתוחה לפירושים שונים. אך נראה ברור כי המציע ביקש לאפשר לבית המשפט להוציא צו שיקום גם כאשר לא התקיימו התנאים של סעיף קטן (א), כולם או מקצתם, וזאת כאשר הוא סבור כי טובת הכלל... עדיפה על תועלתם 'הצרה', כביכול, של נושי התאגיד, ומן הראוי לקרוא להם לסבסד מכיסם את השגתו של היעד הכללי."

ואנוכי כתבתי בעבר¹²⁷:

"לדעתי, יש משום התחשבות בטובת הציבור בעצם קיום ההליכים, בהרחבת האפשרות לפתיחה בהליכים, באפשרות להקפאת הליכים נוגדים וכדומה. אולם, מעבר לכך אין הצדקה לכלול בחוק ביטויים, שיאפשרו להצדיק פתיחה בהליכים או מתן צו שיקום לצורך 'טובת ציבור' ערטילאית. אין הצדקה לשיקום מלאכותי על חשבון הנושים. הדבר יביא להעברת משאבים בלתי

125 א' פרוקצ'יה "הערות לדו"ח הוועדה הציבורית בראשות כבוד השופט ד"ר ש' לוי" **רבעון לבנקאות** כ"ט, חוב' 114 (1990) 71, 72. 126 הנוסח שצורף לדו"ח הוועדה הציבורית לשם בדיקת נחיצותה של רפורמה בדיני פשיטת-רגל ופירוק חברות, דו"ח מס' 1 (שיקום חברות) (1990).

127 **דיני הבראת חברות, לעיל** הערה 22, בע' 310.

128 וראו גם בהט, **שם**, פרקים 12.1, 11.1, 3.6. ובהיבט כללי יותר: פרוקצ'יה (המאמר), **לעיל** הערה 22.

129 ראו בהט, **הסדרי הבראה, לעיל** הערה 76, בפרק 2.

130 צ' כהן "פירוק חברה על פי בקשת נושה - קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט", **לעיל** הערה 67, בע' 37. לדעת י' גרוס וא' אבירם "חובת האמון של בעל מניות" **עיוני משפט** יט (תשנ"ו - 1995) 326, 309, על בית המשפט לקבוע בכל מקרה לגופו את מעמדן היחסי של הקבוצות. "בתאגיד בעל כוח עבודה בלתי מיומן, המתאפיין בתחלופה מהירה ואשר זכויותיו החוזיות עוגנו כהלכה, ומנגד לו עומדים נושים קטנים... שנתנו הלוואה בלתי סחירה לטווח ארוך מאוד, ייתכן בהחלט שמשקל האינטרסים של הנושים יהיה בכיר מזה של העובדים."

131 ראו סינר, **לעיל** הערה 25.

דרך בלתי טבעית. ניתן לסבור, כי האפשרות לשיקום ולהמשכיות איננה טובה, שכן ייתכן שחדלות-הפירעון מצביעה על כך שאין מקום להמשכיות העסק על ידי הגנות מלאכותיות של החוק או על ידי מניפולציות של רוב¹³².

שוב, הניגוד בין טובת בעלי המניות לבין טובת הקהילה והעובדים אינו צריך להטריד בשלב הזה, של חדלות-פירעון, לפחות חדלות-פירעון ברורה. לכן, בשלב הזה ניתן להכיר באפשרות לשקול את השיקולים האלה (אני מוכן אף להכיר בחובה לשקול את האינטרס של הנושים). אולם, במישור של הניגוד בין הנושים, העובדים והקהילה, ההכרה ברשות לשקול לא תביא אותנו לכלל הכרעה, שכן היא מעוררת שאלות קשות של הכרעה בין השיקולים השונים - ומי יהיה זה שישקול - והאם אנו מעוניינים אמנם להפקיד בידיו או בידי מישהו את ההרשאה לשקול שיקולים כאלה.

לכן, כאמור, אני נוטה לתמוך אף בחיוב ניסיון שיקום ובכפיית שיקום במקרים ובתנאים מסוימים - ובלבד שתהיה העדפה ברורה של טובת הנושים על פני טובת הקהילה והעובדים (או מה שנראה כטובת האחרונים).

ניתן להקשות ולשאול, עבור מי יתקיים השיקום הזה.

הדבר מתקשר שוב לשאלה המרכזית של תכלית החברה. לדידו של מי שדוגל בחיוב בהגנה על "אינטרסים חיצוניים" של הקהילה ושל העובדים דווקא, החיוב של השיקום הוא ברור מאליו, מבחינת השימור של התעסוקה של העובדים ושל מקורות הפרנסה של העיר בה שוכן המפעל. אולם, מי, שכמוני, מתנגד לחיוב כזה¹³³, צריך להתמודד עם השאלה מדוע הוא מצדד בקיומו של שיקום. נושא זה הוא נכבד, ודנתי בו במקום אחר¹³⁴, תוך הבאת מחקרים בעניין זה. מסקנתי הייתה, שלא ניתן לקבוע כי השיקום הוא מיותר, וכי אפשר להגיע תמיד לתוצאות דומות גם

באמור כדי לשלול התקדמות חקיקתית להשגת מטרות חברתיות ושמירה על הגנות מסוימות על חלשים. דבר זה לדעתי צריך להסתייע על ידי הפרשה לקרנות מתאימות¹³¹, ולא על ידי יצירת אי-בהירות ופגיעות בנושים בזירה הפנימית של חברה שכבר נכשלה, לפחות כשהנושים לא היו מעורבים בניהול החברה.

י. שאלת ההצדקה לשיקום בהקשר של תכלית החברה

נושא שיקום החברה ממחיש את ההתלבטות לגבי תכלית החברה. לפי הבחנתנו היסודית בין **חובת** השיקול לבין **אפשרות** השיקול, הרי הטלת חובה של שקילת שיקולים קהילתיים, שיקולי נושים ובעיקר שיקולי עובדים, הייתה מחייבת אולי גם את שיקומו של המפעל במקרים מסוימים.

מבחינת כלל בעלי המניות, בשלב זה לא אמורה להתעורר בעיה בדרך-כלל. עימם עשוי השיקום במצב הזה רק להיטיב ולא להרע. לכן מבחינתם אין דופי בהטלת חובה של השיקולים האמורים במצב של אינסולבנטיות.

כפי שהומחש, ברבים מאותם מקרים יש פוטנציאל של ניגוד עניינים בין טובת הקהילה והעובדים לבין טובת הנושים. לפיכך, הטלת החובה של שיקול עניינים אלה אינה מעשית, אלא אם מדרגים את השיקולים השונים לפי סדר חשיבות. לטעמי, כאמור, אין זה רצוי לחייב שיקום על חשבונם של הנושים, על אפם ועל חמתם, ויש לכבד את רצונם לסגור את המפעל¹³², ולהעדיפו על פני האינטרסים של העובדים והקהילה.

האם, לכן, יש לנקוט בדרך השניה, של הכרה **ברשות** לשקול את האינטרסים האלה, להבדיל מהחובה? מצדדי כוחות השוק החופשיים עשויים לראות בשיקום

131 גם על כך יכולה להימתח ביקורת, שכן הדבר יחליש את התחרות, יחייב הפרשת דמי ביטוח ולא יהיה לרצון חברות המוכנות להסתכן.

132 מבלי להיכנס כרגע לטכניקה של אופן קביעת רצונם.

133 אראו למשל, Barry E. Adler "A Theory of Corporate Insolvency" *N.Y. Univ. L. Rev.* (1992) 343.

133 וראו הפרק הקודם, פרק ט.

134 בהט, **הסדרי הבראה**, לעיל הערה 2.5, בע' 76.



השוק לא היו מובילים לפתרון יצירתי כזה בהעדר כלים משפטיים הולמים¹³⁵.

יא. הערה לגבי הקשר בין החובה לבין הסעדים העומדים לנפגעים

עשינו דרך מתכלית החברה עד לחובה של החברה במקרים מסוימים, ומשם לחובתם של נושאי המשרה. סביר שיתקיים קשר כלשהו בין החובה לבין הסעדים העומדים לצדדים השונים הנפגעים מאי קיום החובה. הימצאותו של סעד היא נקודה מבדילה שעשויה לשמש את ההבחנה שעשיתי לאורך כל הדרך בין הרשות לשקול שיקולים, לבין החובה והאחריות. כאשר יש רשות, אולם אין חובה לשקול, לא יעמוד סעד למי שהאינטרס שלו לא נלקח בחשבון ונפגע. עם זאת, גם כאשר יש חובה לשקול, לא בהכרח צריך להקנות סעד, או סעד ישיר, בהכינו גם את ההסתייגות המסורתית של בתי המשפט מהתערבות בניהול החברה. ייתכן עקרונית, שהסעד לא יופעל בידי הנפגע הישיר. ייתכן להגביל סעדים של נושים, באופן שיופעלו בפירוק בלבד, או שיופעלו לא בידיהם ישירות, אלא על ידי המפרק, או אולי יפעלו בתביעה נגזרת של הנושים ולא ישירה (גם אם לא בפירוק).

לבעלי המניות עומדים סעדים שונים של תביעות, לרבות תביעה אישית ותביעה נזרית, תביעה ייצוגית וסעד במקרה של קיפוח. לגבי הנושים, ראינו שעלינו לחפש את המקור לסעד להם, אולי, בסעיף 96כ(ב) בפקודה - ובסעיף 282 בהצעת החוק. אלה משאירים פתח סתמי ולא ברור להכרה בקיום חובת אמונים של נושאי משרה לאדם אחר ולא לחברה (ובדומה נקבע גם לגבי חובת הזהירות). לכן, בדרך כלל, בכפוף לאמור להלן, אין סעדים לנושים, מאחר ובדרך כלל לא הוכרו חובות ברורים המופנים כלפיהם, והנושים גם לא הוכרו

בלעדיו, וזאת על אף חסרונותיו בדינים הקיימים במדינות שונות. בהקשר הנוכחי די לי לומר, כי השיקום עשוי להביא תועלת, כדרך יעילה לניצול המשאבים שנתרו בחברה, במקרים מסוימים, הן לנושים, הן לעובדים ולקהילה והן לבעלי המניות. במקרים אחרים, הוא עשוי להביא תועלת והשאת רווחים (למעשה צימצום הפסדים) רק לנושים, בלי להזיק ליתר בעלי האינטרסים. ובמקרים רבים השיקום עשוי להביא תועלת לאחרים, ולהזיק לנושים. מכאן אני יכול להסיק, כי השיקום מתיישב עם תכלית החברה. כך, בודאי, כאשר השיקום מועיל לפחות לנושים, במקרים של אינסולבנטיות, כאשר הנושים הם "הבעלים האמיתיים" של החברה. כפייה בחוק של שיקום אז, עשויה לאפשר, לפחות, להתגבר על על סחטנות ומשחקים אסטרטגיים מכשילים בין הנושים ובין עצמם. ככל שהחוק יהיה יעיל, ויאפשר כפייה יעילה ומהירה, לפי סדרי עדיפויות, אף באין הסכמה, ניתן יהיה גם להתגבר על עיכובים מצד בעלי שליטה ומצד מנהלים, שעשויים לשרת את האינטרסים של בעלי השליטה.

אין מנוס, אבל, משמירה על סדרי עדיפות מתאימים, ולכן התנגדתי לעיל לטשטוש בחוק השיקום המוצע, שעשוי לחייב שיקום מטעמים של טובת ציבור ערטילאית (שגם היא מוטלת בספק בטווח הרחוק, מסיבות של העדר יעילות כלכלית).

מן הראוי להזכיר מקרים מיוחדים, מקרי פגיעות בבריאות, שיתעוררו רק לאחר זמן (כמו מקרי פגיעות האסבסט בעובדים). כאן שימש לעתים השיקום ככלי יצירתי להגנה על נושים עתידיים ובלתי מזוהים, אותם נפגעים, וניתן לזהות כאן בשיקום כלי יצירתי למניעת משיכת רווחים על ידי בעלי המניות, תוך ניצול האחריות המוגבלת בחברה להתחמקות מדאגה לנפגעים. כאן עשוי השיקום לשמש כלי משמעותי לכיוון תכלית החברה ליעדים צודקים, ולעתים אף יעילים. כוחות

להביא בחשבון במקרים כאלה את האינטרסים של הנושים, עלולים להביא לשקילה לא נכונה של הסיכוי לעומת הסיכון. לכן, האם רצוי לתקן את ההצעה על ידי הבהרת החבות כלפי הנושים¹⁴², ועל ידי פתיחת פתח לסעדים ישירים לנושים לגבי הפרת החובה על ידי האורגנים של החברה - ולא כפי שפותח בפסיקה, רק לגבי דירקטורים החורגים אישית מתפקידם, עושים מעשה נזיקין או פועלים בחוסר תום-לב; מכל מקום, ברור, שהחובה צריכה להיות מצומצמת למקרים של אינסולבנטיות או לפעולות העלולות להביא לאינסולבנטיות, תוך איזון מתאים זאת. כדי שלא ייפגע הניהול השוטף של החברה יתר על המידה, שהרי יש להגן עליו מפני זהירות היתר שהיו הנושים מעדיפים (היות ורווחים מעבר לשיעור הקצוב המגיע להם יחולקו בסופו של דבר לבעלי המניות ולא להם).

התביעה האישית המוקדמת אינה מתחייבת בהכרח מההכרה בחובה לשקול את שיקולי הנושים. ניתן, למשל, לסבור, שהקדמת אפשרות התביעה עלולה לערער יתר על המידה את האיזון הנדרש בניהול החברה. אפשר לסבור שמתאים יותר לצפות לפירוק. ניתן להרחיב, אם יש צורך בכך, את עילות התביעה בפירוק, תוך בחינת אחריות נושאי המשרה טרם הפירוק: האם שקלו, במסגרת השיקולים העסקיים, רק את טובת בעלי המניות, או שהקדישו גם מחשבה לנושים, כדי למנוע סיכונים מעבר לסביר (מבלי לקבוע כרגע את היקף האחריות)? אולי יש להרחיב את ההגנה על הנושים במסגרת כללי הרמת המסך במקרים מיוחדים בלבד. ניתן גם לסבור, שיש מקום לאפשר זכות תביעה לנושים, במקרים מוגבלים, בפירוק ואפילו טרם הפירוק, אולם לא תביעה אישית, אלא תביעה

כצדדים ישירים לתביעה. הגנות עקיפות על האינטרסים שלהם ניתן לראות בהסדרים בדבר הפחתת הון וחלוקת רווחים או בפיקוח רואה החשבון.

נכון הדבר שניתן להכיר בעילות מפורשות, ואפשרות תביעה בצידן, במקרה של פירוק החברה¹³⁶. בית המשפט העליון אף אישר הכנסת החברה - אף שהגיעו בה להסדר נושים - לפירוק, אך ורק כדי לאפשר תביעות נגד נושאי משרה¹³⁷. במקרים קיצוניים יש מקום לתביעות אישיות בנזיקין נגד נושאי משרה שיצרו מצג כוזב או ביצעו עוולה¹³⁸.

יש מקום לסבור, שאין להמתין דווקא לאירוע של חדלות-פירעון ולפירוק. יש מקום לקחת בחשבון, למשל, שנושאי המשרה עשויים ליהנות משיקום שהצליח, על חשבון הקופה הציבורית או על חשבון הנושים, ואינם צריכים להיבנות מכך, שהמקרה לא הסתיים בפירוק¹³⁹. מי שסובר כמוני, שיש הצדקה לשיקום¹⁴⁰, ואינו מוכן להסיק את הצורך למנוע כליל את המוסד של שיקום, צריך לשקול אם אין צורך להגן על הנושים על ידי חיוב המנהלים באחריות לחובות בשל אי התרעה מבעוד מועד על קשיי החברה, ואי נקיטת אמצעים לצמצום הנזק, כדי שיתאפשר שיקומה היעיל¹⁴¹.

גם מסיבות אחרות, יש לשקול, אם מן הראוי לחכות לשלב המאוחר של פירוק כדי שיקומו חובה וסעד. החובה צריכה לחול, למשל, על אותן עסקאות שביכולתן להעביר את החברה מסולבנטיות לאי-סולבנטיות. הערנות צריכה להיות כבר אז, ושיקולי מיקסום הרווחים לבעלי המניות, בלי להטיל חובה

136 סעיפים 373-377 לפקודת החברות (נוסח חדש). ראו, למשל, בהט, **הסדרי הבראה, לעיל** הערה 76, 14.10.
 137 ע"א 3016/90 **ארנרין נ' ד"ר נאמן, המנהל המיוחד והכונס של כוכב השומרון בע"מ ואח'** (טרם פורסם). בית המשפט גם ציטט שם את דעתי, בדבר הצורך שלא להפריד בין פירוק ושיקום.
 138 ראו **לעיל** הערות 107 - 110. וראו סעיף 71 בהצעת החוק.
 139 להוראה פלילית אפילו במחשבה דומה, שהוספה למקרים מצומצמים ראו סעיף 424 לחוק העונשין.
 140 **לעיל** פרק י.
 141 וראו באנגליה האחריות ל-*wrongful trading* ב-1986, *Insolvency Act*, sec. 214, אמנם בפירוק. יש לשקול בזהירות גם ענין זה, כדי לא להביא לתוצאה הפוכה של החשת חיסולן של חברות שיש הצדקה לקיומן.
 142 כפי שניתן להסיק מפרשת **קוסוי, לעיל** הערה 13, ההכרה בחובות כלפי הנושים - במקרים מסוימים בלבד - עשויה להיגזר מעצם הרשימה הבלתי סגורה של חובות האמון - של בעלי שליטה ושל נושאי משרה.



התכלית לבין המטרות, באיזה אופן מגן הדין על הנושים והמשקיעים מפני חריגה מהמטרות.

על פי הדין הקיים, כפי שתוקן בתיקון לפקודת החברות (תיקון מס' 17) התשמ"א - 1981, החברה היא אישיות משפטית, כשרה לכל זכות, חובה ופעולה משפטית. כשרותה המשפטית בלתי מוגבלת, אולם לפועלים בשמה אין הרשאה לפעול בשמה לפעולות שמחוץ למטרות¹⁴⁵. בכך לא יהיה שינוי בהצעת החוק.

בהצעת החוק יש שינוי רצוי אחד בהקשר זה לעומת הדין הקיים. לאור סעיף 5 בפקודה, שחייב לכלול בתזכיר את מטרות החברה, לא היה ברור אם ניתן להתאגד לחברה שאינה מוגבלת במטרות. סעיף 38 בהצעה מאפשר במפורש לבחור באפשרויות שונות של סעיף מטרות, לרבות בקביעה בתקנון שמותר לחברה לעסוק בכל עיסוק חוקי.

סעיפים 78 ו-79 בהצעה¹⁴⁶ מנוסחים באופן שונה במקצת מאשר סעיפים 105 ו-106 הנוכחיים המקבילים. בעבר טענת¹⁴⁷, שיש אפשרות לפרש את סעיף 105, באופן שלחריגה ממטרות החברה אין השלכה על צד שלישי שעושה פעולה עם החברה, זולת האפשרות שיוטל צו למניעת הפעולה¹⁴⁸. כמו כן, מי שפועל בשם

נגזרת, שהרי התביעה מייצגת את שיקולי התכלית של החברה. נראה, שבכל זאת, במקרים מסוימים, הנזק הוא ספציפי לנושים מסוימים, כפי שמומחש לעתים במסגרת התביעות העומדות לנושים בעת פירוק כנגד נושאי משרה¹⁴³. ייתכן כי נזק זה יבוא על תיקונו בתביעות כלפי נושאי משרה שעשו פעולות חריגות, ולא כלפי החברה (שלעתים ייחוס אחריות לה, במסגרת התורה האורגנית, יגרום נזק לכלל הנושים כנגד ההטבה עם נושים מסוימים).

מכל מקום, הנושא מחייב דיון רציני, ואינני חושב שהשארנו במסגרת הסעיף הסתמי של חובת האמונים (וחובת הזהירות) "לאדם אחר" (בלי איזכור הנושים) הוא המענה המתאים ביותר.

י.ב. הערה לעניין מטרות החברה

תכלית החברה עשויה, בין השאר, לתחום את מטרות החברה. הכוחות והסמכויות שהוקנו לנושאי המשרה מופקדים בידיהם לצורך הפעלתם לתועלת החברה, או לכל דבר אחר שניתן לראותו בגדר תכלית החברה¹⁴⁴.

שאלה אחרת היא איך מפעילים את הקשר בין

143 ראו לעיל הערה 96.

144 ראו, למשל, ה' ברימור, לעיל הערה 22, כרך ב, בע' 625, לחובה לפעול למטרה נאותה הנגזרת מחובת האמונים.
145 סעיפים 106, 105, 22 לפקודת החברות. על הכשרות הכללית וביטול דוקטרינת אולטרה וירס החברה, ראו, למשל, יי בהט "דוקטרינת האולטרה-וירס - סוף הדרך" הפרקליט לד (תשמ"א-תשמ"ב) 287.

146 78. (א) פעולה משפטית שנעשתה בשביל חברה **בחריגה מהמטרות המצויינות בתקונה**, או שנעשתה ללא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה, אין לה תוקף כלפי החברה, זולת אם הצד שכלפיו נעשתה הפעולה לא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה או על העדר ההרשאה.

(ב) אישרה החברה פעולה כאמור בסעיף קטן (א), לא יפגע האישור בזכות אדם אחר בתום לב ובתמורה לפני האישור.
79. (א) **חברה** ומי שפועל מכוחה לא יבצעו פעולה משפטית שיש בה חריגה מן המטרות הקבועות בתקנון וכן פעולה ללא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה.

(ב) פעל אדם בניגוד לאמור בסעיף קטן (א) בשעה שידע או היה עליו לדעת על פגם בפעולתו כאמור, זכאית החברה כלפיו לתרופות הנתונות לו בשל הפרת חובותיו כלפיה.

(ג) היה יסוד להניח שעומדת להיעשות פעולה שיש בה פגם כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, לבקשת בעל מניות או נושה של החברה, לתת צו למניעתה.

[ההדגשות מציגות את הסטיות המהותיות לענייננו מן הנוסח בחוק הקיים, בסעיפים 105-106].

147 בהט, לעיל הערה 145.

148 סעיף 106(ב).

(המלים שנעדרו בחוק הקיים), כאשר צד שלישי ידע או היה עליו לדעת על החריגה.

החברה חייב להימנע מפעולה חורגת מהמטרות, והחברה זכאית כלפיו לתרופות בשל הפרת חובתו.¹⁴⁹

דעתי הייתה ועודנה, כי גישה זאת עלולה להגביר את אי הודאות בעסקאות, על ידי כך שהצד השלישי עלול להיות מחויב, למשל, אם הייתה לו האפשרות לעיין בסעיף המטרות. עלולים לעלות ויכוחים סביב המשמעות של "היה עליו לדעת". הגם שלא מכנים עוד את הנושא כ"אולטרה וירס החברה", התוצאה עלולה להיות נגועה באי ודאות דומה. לדעתי אין להקנות חשיבות לסעיף המטרות, מחוץ לאפשרות לקבל צו מניעה טרם בוצעה העסקה ומחוץ לאחריות ה"פנימית" של נושאי המשרה כלפי החברה. כל שמוצדק להטיל על הצד השלישי זה אחריות, כאשר הייתה לו מודעות לאחד משני דברים - שמי שמתיימר לפעול בשם החברה אינו מוסמך לעשות זאת כלל, שאין לו הרשאה, או שהלה פועל בניגוד לתכלית החברה, מבחינה זאת שהוא פועל בעליל לטובתו הפרטית ללא אישורים ומתאימים להתקשרות עם החברה.^{154, 155}

הפירוש הסתמך, בין השאר, על ההבדל הבולט בין סעיף 105 וסעיף 106. סעיף 106 מתייחס גם לפעולה החורגת מהרשאה אבל גם לפעולה החורגת מהמטרות, בעוד שסעיף 105, שעוסק בהעדר תוקף הפעולה כלפי **צד שלישי**, שידע או היה עליו לדעת על החריגה, מתייחס רק לפעולה חורגת מהרשאה, ואינו מזכיר פעולה חורגת מהמטרות. כמו כן הסתמכתי על השינוי הבולט בעניין זה לעומת הצעת החוק שקדמה לתיקון החוק¹⁵⁰.

רוב הכותבים סברו אחרת ממני¹⁵¹. רובם סברו, שמטרת הסעיף הייתה לראות גם בפעולה החורגת מהמטרות העדר הרשאה, ולפיכך ידיעת הצד השלישי (או שהיה עליו לדעת) מאפשרת ביטול הפעולה כלפיו. הועלתה גם הדעה, שיתכן שלא יעלה בידי התיקון אף לבטל את דוקטרינת האולטרה-וירס¹⁵². אחד המלומדים נקט בגישה ניטרלית יותר לגבי הפירוש האפשרי¹⁵³.

כדי לסגור מעגל עם החלקים הקודמים של דיונונו: עשויה לעלות מחשבה לגבי השפעת הגבלות בחוק על תכלית החברה, כפי שראינו לעיל¹⁵⁶, על תוקף פעולות החברה. הקפדה קוגנטית מחמירה בחוק על תפעול החברה מתוך שיקולים עסקיים בלבד, עלולה להצדיק ביטול הפעולות כלפי צד שלישי שהיה עליו לדעת

עתה יש חשש שהצעת החוק החדשה תשים קץ לאפשרות שבית המשפט יפרש את הסעיף באופן המרחיק לכת יותר שהצעתי. ההצעה הוסיפה בסעיף 78(א) העדר תוקף של פעולה "בחריגה מהמטרות"

149 סעיף 106(א).

150 אפשר להעלות גם את הטענה, שסעיף 105 מאפשר אישור חריגה בהחלטת אסיפה כללית ברוב רגיל, וזה לא מתאים לפעולה בחריגה ממטרות, היות ששינוי מטרות מחויב בהחלטה מיוחדת על פי סעיף 25.

151 ראו Z. Cohen "The Companies Ordinance (Amendment no. 17) Law: Effects on the Alteration of the Object of a Company Memorandum" 17 Is.L.R (1982) 169, 185; "י גרוס, יי כהן" האם בוטלה תורת האולטרה וירס בישראל? **עיוני משפט ט** (תשמ"ג) 277; פלמן - ברמור, **לעיל** הערה 22, כרך א 220.

152 אי פרוקציה "חידושים בדוקטרינות ישנות: אולטרה וירס וידיעה קונסטרוקטיבית בדיני החברות" **משפטים** יא (תשמ"א) 368.

153 יי צ' שטרן "אנטומיה של פסיביות שיפוטית בדיני חברות - קוצר הנורמה הפוזיטיבית" **עיוני משפט** ז 811, 853 - 856.

154 וראו גם סעיף 96 לפקודה לגבי התקשרות החברה שיש בה לנושא המשרה עניין אישי.

155 יצוין, שגם באנגליה, על אף אי הבהירות בחוק, דומה שעל פי סעיף 35(A)(2)(b) ל-Companies Act 1985, כפי שתוקן ב-1989, צד שלישי אינו נחשב כפועל בחוסר תום-לב על ידי ידיעה שהפעולה הינה מחוץ לכוחות הדירקטורים על פי מסמכי היסוד, ונדרש אלמנט מיוחד של מירמה, מצג שוא וכדומה, כדי לבטל את הפעולה נגדו. ראו פנינגטון, **לעיל** הערה 15, בעי Farrar's; 122; *Company Law*, 3rd ed., 116-17 (1991). בכל מקרה, הדרישה של חוסר תום-לב פחות מחמירה עם הצד השלישי מאשר "היה עליו לדעת".

156 **לעיל** ה(3).



האפשרות להתנאה בידי בעלי המניות על תכלית החברה, שנראה שאינה מתאפשרת בהצעת החוק, נראית חשובה בעיני. זאת הן על ידי איפשור קיומה של חברה שתכליתה אינה רווחים, והן על ידי מתן משקל רב יותר לשיקולים שאינם עסקיים. תכלית החברה שתקבע בחוק (שגם אותה יש לעדן על ידי התחשבות רבה יותר בעובדים ולעיתים בקהילה) צריכה לקבוע את חוזה המחדל, ה"חוזה האחיד" המסופק לצדדים על ידי המחוקק. אולם יש לאפשר סטייה מוסכמת מראש, תוך אזהרה מתאימה למצטרפים. הכל תוך הגנה על הנושים, במקרים שהפעילות מסכנת את יכולת הפירעון. זאת מאחר שאפשרותם לכפות את ביצוע החוזים אתם, אפילו היו נושים חוזיים בלבד, אינה רבה, כל עוד נרצה לשמר את הפרדת האישיות המשפטית של החברה מבעלי מניותיה, ולא לפגוע ביעילות המכשיר לגיוס הון המסופק על ידי דיני החברות. גם אכיפת ההגנות אינה צריכה להוביל להתערבות מעבר למידה בניהול העיסקי של החברה, הכרוך בהכרח בסיכונים מסוימים.

נראה, שהסדר הטוב מחייב אמנם את החידוש שהביאה בכנפיה הצעת החוק - הניסיון לקבוע את תכלית החברה. אולם טעם מעשי לניסיון זה יהיה רק כאשר יחדד המחוקק את ההתמודדות עם הנושא הזה, כדי שיוכל לשמש בסיס אמיתי לסוגיות שונות בחיי החברה, למלא לקונות בחוק ולהוות מקור בונה לפרשנות. מתחייב גם לשקול שינויים אחדים בנושאים המשניים, כגון בסעדים והזכאים להם, ובעניין מטרות החברה והחריגה מהן.

שהייתה חריגה משיקולים עסקיים. הידוק ההגבלות כאמור לא הומלץ על ידי.

י.ג. סיכום

סעיף 15 להצעת החוק איפשר להקדיש מחשבה למשפט הרצוי, אבל גם לנסות לזהות את הדין הקיים, המעורפל למדי, בסוגיות שונות: תכלית החברה, מידת המעורבות הסוציאלית והקהילתית המותרת לחברה, כוחות נושאי המשרה לאור תכלית החברה, ושאלת היקף חובותיהם כלפי נושים, עובדים וכדומה; התנגשויות של תכליות ושיקולים שונים, המתבטאים במקרים מכריעים של סגירת מפעל או העברתו - בחברה סולבנטית ובחברה כושלת; מטרות החברה הנגזרות מתכליתה - וגם מגדירים אותה במידה רבה - וטיב השמירה על קיום התכלית, החובות והמטרות.

היציאה מהצעת החוק, שימשה בסיס להרהורים על עקרונות, וגם לחיפוש וזיהוי הדין הקיים, שאינו מוגדר לחלוטין בנושאים אלה. המסקנה העולה לאחר התהליך הזה, היא שהצעת החוק בעניינים אלה, אינה עונה על שאלות עקרוניות חשובות, ולעתים היא מוגבלת וחסרה אף בהשוואה לדין הקיים ובודאי לדינים זרים. אולי שלא בכוונה, התוצאה היא לעתים פגיעה ברצון של בעלי המניות שמוכנים לכפוף שיקולים עסקיים לשיקולים קהילתיים שונים, שהם מבקשים לעצב. לעומת זאת, ההגנה על הנושים לא חודדה דיה.