

---

שער 6  
המשפט לתחומיו



## דיני חברות

### היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהליה: כוחו של בעל המניה לתבוע על הפרת זכות על ידי מנהליה

מאת: פרופ' אהרן ברק

חלק א

#### 1. הצגת הבעיה

החברה הינה אישיות משפטית עצמאית, ועל כן טבעי הוא כי בידה בלבד יהיה הכוח להפעיל את מערכת בתי המשפט להגנה על זכותה שהופרה<sup>1</sup>. בהתאם לחלוקת הסמכויות המקובלת בין האורגנים השונים בחברה, ניהול ענייני החברה בכלל, והפעלת כוח התביעה של החברה בפרט, נתון בדרך כלל בידי המנהלים<sup>2</sup>. בידי המנהלים ניתן שיקול הדעת אם להגיש תביעה בשם החברה בשל הפרת זכותה, אם לאו. בהפעלת שיקול דעת זה אין בעלי המניות רשאים בדרך כלל להתערב<sup>3</sup>. אם בעלי המניות אינם מרוצים מצורת הפעלת שיקול הדעת של המנהלים, הכוח בידם, בדרך כלל, לפטר את המנהלים או לא לבחור בהם מחדש, או להביא בדרך של שינוי התקנות לשינוי מבנה הסמכויות בחברה, באופן שהכוח לתבוע בשם החברה יינתן להם ולא למנהלים. כל עוד לא אירע אחד מאלה, חופשיים המנהלים להפעיל את שיקול דעתם הם. כלל "אי-התערבות" זה, לא רק שהוא מתבקש מהנחות היסוד שנקבעו לעיל, אלא שהוא משקף אף הגיון מסחרי כריא. המנהלים הם המתמצאים במכלול הבעיות הכלכליות, המסחריות, האירגוניות והאנושיות הניצבות בפני החברה, ואין זה רצוי כלל, מבחינת ההגיון העסקי וסדרי הניהול התקינים, כי בעל מניות שאינו מצוי בענייני החברה כמותם, יתערב בפעולתם. לענין זה, אין כל הבדל בין הפעילות העסקית הכללית, לבין השמירה על זכויות החברה. כוח התביעה של החברה הינו נכס ככל שאר הנכסים, ועקרון "אי-התערבות" התופס לגבי כלל הנכסים והפעולות, מן הדין שיתפוס גם לענין הפעלת כוח התביעה<sup>4</sup>.

הפעלה קפדנית של כלל "אי-התערבות" תביא לידי כך, כי לא יהיה מקום להתערב

1. ראה *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83, 93.

2. בישראל משתקף הדבר בתקנה 70 ללוח א'.

3. מה שמכונה בארצות הברית כ"Business judgment rule": ראה *Henn Law of*

*Corporations* 1961, p. 364, sec.

*Shaw & Sons* פרשת *Shaw & Sons* (Salford), Ltd. v. Shaw [1935] 2 K.B. 113.

4. ראה דברי השופט ברנדייס (Brandeis J.) ב" *United Copper Securities Co. v.*

*Amalgamated Copper Co.*, 244 U.S. 261, 264, 37 Sup. Ct. 509, 61 L. Ed. 1119

"Whether or not a corporation shall seek to enforce in the courts a cause of action for damages, is like other business questions, ordinarily a matter of internal management and is left to the discretion of directors".

ראה גם: *Ballantine, Corporations* 1946, p. 349.

בשיקול דעת המנהלים, גם אם הפרת זכותה של החברה נעשית בידי המנהלים עצמם, והם מסרבים לתבוע את עצמם בשם החברה. אם כלל "איי-התערבות" אכן מופעל גם במצב דברים זה, יש לצפות לכך, כי רק במקרים מעטים תבקש החברה סעד בבית המשפט על הפרת זכותה על ידי מנהליה<sup>5</sup>, שכן אדם קרוב אצל עצמו, ואין להניח כי המנהלים יגישו תביעה בשם החברה נגד עצמם.

השאלה בה אדון ברשימה זו הינה, איפוא, זו: היחול כלל "איי-התערבות" גם במקום שזכותה של החברה הופרה על ידי מנהליה, ואלה – כאורגנים המוסמכים בדרך כלל להפעיל את כוח התביעה של החברה – מסרבים לתבוע בשם החברה את עצמם<sup>6</sup>. לשון אחרת: הרשאי בעל מניה להתערב, בענין זה, בשיקול דעת המנהלים, ולגרום לידי כך כי הפרת זכותה של החברה על ידי מנהליה<sup>7</sup> תתברר בפני בתי המשפט. שאלה זו תדון בתחילה מנקודת מבט המצב הקיים במספר שיטות משפט, ולאחר מכן מנקודת מבט ההסדר הרצוי.

בניתוח כוחו של בעל המניה להתערב בשיקול דעת המנהלים, יש להפריד בין שתי שאלות: האחת, באלו מקרים תוכר זכותו של בעל מניה להתערב בשיקול הדעת, וכתוצאה מכך להביא לידי כך כי הפרת זכותה של החברה תתברר בפני בתי המשפט? השנייה, מהי המסגרת הדיונית בה יתנהל המשפט בפני בתי המשפט, בהנחה שכוח ההתערבות ניתן לבעל המניה? השאלה הראשונה היא מתחום דיני החברות. היא עוסקת ביחס בין כוח השליטה בחברה לבין כוח ההתערבות של בעלי המניות. השאלה השנייה, לעומת זאת, היא מתחום הדיון. היא עוסקת בגיבוש מכשירים פרוצסואליים שיש להשתמש בהם כדי להגשים את כוח ההתערבות של בעל המניה. בעוד שהשאלה הראשונה היא מהותית באופיה, השאלה השנייה היא דיונית באופיה<sup>8</sup>.

חלוקה זו בין מהות ודיון לענין החריגים לכלל "איי-התערבות" אינה מקובלת במשפט האנגלי, הרואה בסוגיה כולה שאלה דיונית<sup>9</sup>. השקפה זו אופיינית למשפט המקובל האנגלי, בו ראשיתם של רבים מהכללים המהותיים היתה בהוראות דיוניות<sup>10</sup>.

5. יהיו אלה המקרים בהם השליטה בחברה יצאה מידי המנהלים שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה, כגון, במקרה של החלפת הנהלה או פירוק. ראה Baker and Cary Corporation 3rd ed., p. 627.
6. לסוגיה זו ראה בעיקר: [1957] C.L.J. 194; Wedderburn "The Rule in Foss v. Harbottle" [1958] C.L.J. 93.
7. כאשר זכות החברה מופרת על ידי צד שלישי, שאינו מנהל, תתכנה שתי אפשרויות: האחת, שהמנהל הפעיל שיקול עסקי הוגן, ולו אף מוטעה, בהגיעו להחלטה שלא להגיש תביעה בשם החברה נגד הצד השלישי. במקרה זה יחול כלל "איי-התערבות"; ראה Ballantine op. cit., p. 349; השנייה, שהמנהל לא הפעיל שיקול עסקי ענייני, אלא פעל מתוך שיקול זר, בהגיעו להחלטה שלא לתבוע בשם החברה צד שלישי. בהחליטו כך הפר המנהל חובתו כלפי החברה, והפרה זו נכנסת למסגרת הרשימה הנוכחית.
8. ראה: Boyle "A Liberal Approach to Foss v. Harbottle" 27 (1964) M.L.R. 603, 606; Koessler "The Stockholders Suit: A Comparative View" 46 (1946) Col. L.R. 238, 247.
9. ראה Heyting v. Dupon [1964] 1 W.L.R. 843. על כן מדבר המשפט האנגלי על המעמד בדיון של בעל מניה, ועל סמכות בית המשפט; ראה Burland v. Earle [1902] A.C. 83, 93.
10. ראה Schmitthoff "The Rule of the Majority and the Protection of the Minority in

להשקפה "דיונית" זו אין הצדקה כיום, לא כאנגליה ובוודאי לא בישראל<sup>11</sup>. אמת הדבר, אספקטים דיוניים חשובים מעורבים כבעיית כוחו של בעל מניה להפעיל את מערכת בית המשפט להגנה על זכות החברה שהופרה, שכן לפנינו תופעה מעניינת בה אדם (בעל מניה) מבקש להפעיל את מערכת בתי המשפט לא לשם הגנה על זכותו הוא, אלא לשם הגנה על זכות זולתו (החברה). האפרט הדיוני הרגיל אינו בנוי כדי לפתור מצב דברים זה, ויש על כן צורך בבניית מודל דיוני מיוחד שייתן תשובה לבעיה. יחד עם זאת, אספקט דיוני זה אינו צריך להסתיר את העובדה, כי השאלה הראשונה הינה מהותית באופיה<sup>12</sup>, דהיינו, עד כמה תינתן לבעל המניה הזכות להתערב בנייהול ענייני החברה על ידי מנהליה. רק משתוכר זכות זו, ועד כמה שתוכר, יתעורר הקושי הדיוני הנזכר. כמובן, באופן עקרוני יתכן מצב דברים בו למרות ההכרה העקרונית בכוח ההתערבות של בעל המניה, לא יימצאו הכלים הדיוניים הדרושים להגשים כוח זה. נעמוד אז בפני הלכה שאין לממשה באמצעות מערכת בתי המשפט. למעשה אין הדבר כך בענייננו, שכן כל שיטת משפט שהכירה בכוח ההתערבות של בעל המניה, יצרה גם כלים דיוניים מיוחדים להגשמת ההלכה המהותית. דבר זה נעשה אף במשפט המקובל האנגלי, אשר יצר את התביעה הדרכטיבית (Derivative Action) כמכשיר הדיוני העומד לרשות בעל המניה לשם הגשמת זכותו המהותית<sup>13</sup>. על יצירת מכשיר זה העיר בצדק השופט בלנסבורג (Lord Blansburgh) כי הדבר מהווה<sup>14</sup>:

"an excellent illustration of the golden principle that procedure with its rules is the handmaid and not the mistress of justice".

ברשימה זו אעמוד על האספקט המהותי של הבעיה. ברשימה אחרת אעמוד על האספקט הדיוני שלה.

מבחינה פונקציונלית שייך הענף הסובסטיבי של כלל "אי-התערבות" וחרגיו לסוגיית השליטה בחברה<sup>15</sup>. ככל שכלל "אי-התערבות" רחב יותר, ונקי מחריגים, גובר כוח השולטים בחברה לנהלה כראות עיניהם. כאשר השליטה האפקטיבית<sup>16</sup> בחברה היא בידי רוב בעלי מניותיה, בא כלל "אי-התערבות" לקבוע את כוחו של הרוב, ואת זכויותיו של המיעוט. כאשר השליטה האפקטיבית בחברה היא בידי

English Company Law" *Lax Societa Per Azioni Alla Meta Del Secolo XX*. pp. 663. 687.

11. השווה דברי השופט כהן בהמ' 1787/51 מנדלביט נ' פריש (פס"מ, ה', 372).

12. ראה דברי השופט יורדן (Jordan C.J.) ב" *Australian Coal & Shale Employees Federation v. Smith* (1938) 38 S.R. (N.S.W.) 48.

13. ראה Pennington *Company Law* 2nd ed., 1967, p. 537. מכשיר דיוני זה פותח במיוחד בארצות הברית: ראה Henn. op.cit., p. 559.

14. ב" *Ferguson v. Wallbridge* [1935] 3 D.L.R. 66, 83.

15. לסוגיה זו, ראה Lattin, *Corporations* 1949, p. 285 et seq.

אומר המחבר:

"The derivative action is in some measure an instrument of control and at the same time a weapon of self-defense, a very necessary one although it can be used, though not legitimately, for its nuisance value" (p. 350).

16. שליטה אפקטיבית תיתכן באין רוב רגיל.

המנהלים, בא כלל "אִי־ההתערבות" לקבוע את כוחם של המנהלים, ואת זכויות כלל בעלי המניות<sup>17</sup>. מיקום "גיאומטרי" זה של כלל "אִי־ההתערבות" חשוב, שכן נובע ממנו כי ניתוח מעלותיו וחסרונותיו של כלל "אִי־ההתערבות" חייב להעשות תוך בדיקת סוגיית השליטה בחברה בכללה. כלל "אִי־ההתערבות" אינו האמצעי היחיד הבא לקבוע את היקף השליטה בחברה. שיטות משפט שונות קבעו אמצעים נוספים, שמחד גיסא, מבטיחים את השליטה, ושמידך גיסא, קובעים לה סייגים<sup>18</sup>. החשיבות היחסית שיש להעניק לאמצעי זה או אחר משתנה בהתאם לשיטות המשפט השונות. כך, למשל, יש והרחבת כלל "אִי־ההתערבות" מתאזנת על ידי הרחבת זכות העיון והביקורת של בעל מניה או גוף אחר<sup>19</sup>. תמונה מאוזנת של השליטה בחברה ניתן לקבל רק לאחר בדיקת אמצעי השליטה השונים ביחד, ומשקלם היחסי בינם לבין עצמם. מכאן, שניתוח כלל "אִי־ההתערבות" בלבד לוקה בחסר. יחד עם זאת, אין לגשת לניתוח התמונה כולה מבלי לבחון את פרטיה. ברשימה זו נעמוד על פרט אחד וחשוב בסוגיית השליטה, דהיינו, כלל "אִי־ההתערבות" וחריגיו. בעתיד נוכל להשלים את התמונה באמצעות ניתוח ואיזון גורמי השליטה האחרים.

## 2. עמדת המשפט האנגלי

### א. המשפט המקובל וכללי האקוויטי

#### 1. הכלל והנמקתו

עמדתו העקרונית של המשפט המקובל הינה כי בית משפט לא יתערב לבקשת בעל מניה שעה שזכות החברה<sup>20</sup> הופרה בידי מנהליה, ואלה כאורגנים מוסמכים מסרבים לתבוע בשם החברה את עצמם<sup>21</sup>. זהו העקרון הידוע ככלל בפרשת *Foss v. Harbottle*<sup>22</sup>. עיון בהחלטה זו, ובמרבית פסקי הדין שבאו אחריה<sup>23</sup>, מצביע על שני נימוקים עיקריים שעמדו לנגד עיני השופטים באנגליה. בהתאם לנימוק הראשון, מהיות החברה אישיות משפטית עצמאית נובע, כי רק היא, באמצעות האורגנים המוסמכים, רשאית להפעיל

17. להתפתחות ההיסטורית בסוגיה זו ראה ה"ש 29 ואילך.

18. נזכיר, למשל, את זכות העיון של בעל המניה, שיטת ה-Proxy, חובות האמון והזהירות של המנהלים, ועוד.

19. כגון ה-Board of Trade באנגליה.

20. הפרה זו לובשת שתי צורות עיקריות: הפרת חובות האמון והזהירות ופעולה בניגוד להסדרים הקבועים בתזכיר ובתקנות. להבחנה בין אלה, ראה ה"ש 56 להלן.

21. הוגשה תביעה בניגוד לכלל, על בית המשפט להפסיק הדיון, ורשאי הוא לצוות על כינוס אסיפת בעלי המניות. אם אלה יחליטו על המשכת התביעה, זו תימשך כדין. אם אלה יחליטו שלא להמשיך בה, היא תופסק, ובעל המניות שהחל בה צפוי לתשלום ההוצאות. ראה: *Gower Modern Company Law 2nd ed.*, 1957, p. 528. בשיטה אחרת נקט בית משפט קנדי בפרשת *Kelly v. Electrical Construction Co.* (1908) 16 O.L.R. 232, שסרב להפסיק הדיון עד להחלטת האסיפה הכללית.

22. 2 Hare 461 (1843).

23. לריכוז האסמכתאות, ראה *Gower, op. cit.*, chapter 25, pp. 526-538.

את מערכת בתי המשפט להגנה על זכויותיה<sup>24</sup>. הנימוק השני גורס כי אין טעם בהתערבות בית המשפט לפי בקשת בעל מניה כל עוד ניתן יהיה לכנס את אסיפת בעלי המניות, ולקבל בה החלטה המרפאה את הפגם שגפול בפעולת המנהלים<sup>25</sup>. לאור אפשרות זו, תהיה התערבות בית המשפט עקרה<sup>26</sup>, שתביא רק לבזבוז זמנו של בית המשפט, דבר שיש למנוע<sup>27</sup>. לשתי הנמקות אלה יסוד משותף, המתבטא בהגנה על השליטה בחברה<sup>28</sup>.

במאה ה-19, התקופה בה התפתח כלל "איי-ההתערבות", היתה מקובלת התפיסה כי האסיפה הכללית "היא החברה עצמה", בעוד שהמנהלים הם רק שלוחי החברה<sup>29</sup>. מכאן, שלא רק אשרור הפעולה הבלתי חוקית נעשה על ידי האסיפה הכללית, אלא גם כוח התביעה של החברה מצוי בידיה<sup>30</sup>. מכאן, שחסינות החברה בפני התערבות בעל המניה אינה אלא חסינותו של הרוב באסיפה הכללית, השולטת הן על כוח התביעה של החברה והן על כוח האשרור שלה.

במאה ה-20 חל שינוי בתפיסת המשפט האנגלי בשאלת היחס בין האסיפה הכללית לבין המנהלים<sup>31</sup>. כוחם של בעלי המניות נחלש, ובמקומו עלה כוחם של המנהלים, השולטים בפועל בחברה. "הבעלות" בחברה היא עדיין בידי בעלי המניות, אך השליטה עברה למנהלים. הפרדה זו בין "בעלות" ושליטה<sup>32</sup> הביאה לכאורה גם להפרדה בין כוח התביעה (המצוי בידי המנהלים) לבין כוח האשרור (המצוי בידי בעלי המניות). מסקנה זו היא לכאורה בלבד. שליטת המנהלים בחברה פירושה גם שליטה על פעולות האסיפה הכללית. מכאן, שמשמעותו של הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* במאה ה-20 היא במתן חסינות למנהלים, השולטים על כוח התביעה והאשרור של החברה.

הנמקת המשפט האנגלי לכלל "איי-ההתערבות" קבעה גם את גבולות תחולתו של כלל זה. ענין שאינו נופל למסגרת ההנמקה, אינו נופל למסגרת הכלל. יש הרואים מקרים

24. ראה בעיקר: *Mozley v. Alston* (1847) 1 Ph. 790; *Burland v. Earle* [1902] A.C. 93; *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064.
25. ראה *MacDougall v. Gardiner* (1875) 1 Ch.d. 13; *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461.
26. ראה *Kelly v. Electrical Construction Co.* (1908) 16 O.L.R. 232, 234.
27. ראה *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461; *Bagshaw v. E. Union Ry. Co.* (1849) 7 Hare 114, 130 (affd. (1850) 2 Mac. & G. 389).
- נראה שמקורה של הנמקה זו הוא בדיני השותפות: ראה Boyal "The Minority Shareholder in the Nineteenth Century" 28 (1965) M.L.R. 317.
28. אני רואה את המקור המשותף כהגנה על השליטה בחברה ולא דווקא על הרוב בחברה. אחרת גורס [1957] *Wedderburn "Shareholders Rights and the Rule in Foss v. Harbottle"* C.L.J. 194, 198.
29. ראה *Gower, op. cit.*, p. 120.
30. *Pennington, op. cit.*, p. 482.
31. ראה ה"ש 29 לעיל.
32. ראה *Berle and Means The Modern Corporation and Private Property* (1933). ראה גם *Berle Power Without Property: A New Development in American Political Economy* (1959).

אלה כחריגים לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*<sup>33</sup>. נראה כי אלה הם "חריגים מדומים", שכן מראש לא התכוון הכלל לחול עליהם<sup>34</sup>. שני חריגים מדומים כאלה מוכרים על ידי המשפט האנגלי, והם מקבילים לשתי ההנמקות שניתנו לכלל עצמו. הכלל אינו חל כאשר הזכות המופרת אינה זכותה של החברה, אלא זכותו של בעל המניה. בדומה, הכלל אינו חל כאשר פעולת המנהלים אינה ניתנת לאשרור על ידי אסיפת בעלי המניות<sup>35</sup>. נעמוד בקצרה על חריגים מדומים אלה, ועל היחס ביניהם.

## 2. חריג מדומה ראשון – זכות בעל המניה

ההנמקה הגורסת כי בהפרת זכות החברה רק היא רשאית לתבוע אינה חלה אם הזכות המופרת היא זכותו של בעל המניה, בין אם במקביל לכך מופרת גם זכות החברה ובין אם לא<sup>36</sup>. עקרון זה הודגם יפה בפרשת *Pender v. Lushington* (1877)<sup>37</sup>, בו נתקבלה תביעתו של בעל מניה שטען כי החלטת המנהלים שלא לאפשר לו להצביע פוגעת בזכות ההצבעה המוענקת לו בתקנות. טענת המנהלים כי פעולה בניגוד לתקנות היא ענין לחברה ולא לבעל המניה, נדחתה. על עקרון זה חזרו בתי המשפט בהודמנויות הרבה<sup>38</sup>. זכות בעל המניה יכולה לצמוח, אם מהדין הכללי, המעמיד בעל מניה ביחסי יריבות עם החברה<sup>39</sup>, ואם מכוח פקודת החברות עצמה, המעניקה במפורש<sup>40</sup> או מכללא<sup>41</sup> זכויות סטטוטוריות לבעל מניה. על בסיס זה<sup>42</sup> ניתן להסביר את הפסיקה הקובעת כי הכלל

33. ראה, למשל, *Russel v. Menier v. Hooper's Telegraph Works* (1874) 9 Ch. App. 350; *Wakefield Waterworks Co.* (1875) 20 Eq. 474; *Mason v. Harris* (1879) 11 Ch.D. 97; *Spokes v. Grosvenor Hotel Co.* [1897] 2 Q.B. 124.
34. ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064.
35. מבחינה דיונית קיים הבדל ברור בין שני החריגים המדומים. בחריג המדומה הראשון התביעה של בעל המניה היא אישית. בחריג המדומה השני התביעה של בעל המניה היא דרבטיבית.
36. ראה *Ballantine, op. cit.*, p. 335.
37. (1877) 6 Ch.D. 70.
38. ראה בעיקר *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064, 1067; *Salmon v. Quin & Axtens* [1909] 1 Ch. 331; *Wedderburn, Shareholders Rights and the Rule in Foss v. Harbottle* [1957] C.L.J. 194, 210-212.
39. אם מכות חוזה שבעל המניות כורת עם החברה, אם מכות כללי הנויקין, ואם ממקור אחר שבדין הכללי: ראה *Ballantine, op. cit.*, p. 335.
40. כגון זכות העיון בפנקס החברים (סעיף 29 (4) לפקודת החברות הישראלית); זכות העיון בפרוטוקולים של האסיפות הכלליות (סעיף 68 (4) לפקודה); הזכות שהעברת מניות תרשם בפנקסי החברה: *Re Smith, Knight & Co.* (1868) 4 Ch. App. 20.
41. כגון, הזכות להעלות הצעות לסדר היום ולדבר באסיפה הכללית: *Oliver v. North Nuggetly Ajax Co.* [1912] V.L.R. at p. 426; *Henderson v. Bank of Australia* (1890) 45 Ch.D. 340; *Coust v. Harris* (1824); *Turn & R.* 496. מתוך הון ניתן להסיק את זכותו הסטטוטורית של בעל המניה למנוע מהחברה מלתקן דיבידנדה בניגוד לאיסור, ראה: *Hoole v. Great Western Railway Company* (1687) 3 Ch. App. 262. בדומה, מהאיסור "המעין" הסטטוטורי על מתן מתנות ניתן להסיק זכות לבעל מניה למנוע מהחברה מלתת מתנות: ראה *Hutton v. West Cork Railway Co.* (1883) 2 Ch.D. 654.
42. מקרים אלה ניתן לעתים להסביר על בסיס החריג המדומה השני.



בפרשת *Foss v. Harbottle* אינו חל כאשר החברה פועלת בניגוד למטרותיה<sup>43</sup>. על פי זרם פסיקה ידוע במשפט האנגלי המקור החשוב ביותר לזכות בעל המניה הם התזכיר והתקנות, המהווים לפי המשפט האנגלי חוזה בין החברה לבין בעלי המניות<sup>44</sup>. זכות המוענקת לבעל מניה במסמכים אלה היא אישית לו, ובאכיפתה אין תחולה לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*. על יסוד עקרון זה נפסק, למשל, כי יש לבעל מניה הזכות להתנגד לגביית דמי חבר בניגוד לאמור בתקנות<sup>45</sup>, או להתנגד לקבלת החלטה במועצת המנהלים בניגוד לדרך הקבועה בתקנות<sup>46</sup>. מקור אחרון זה לזכותו האישית של בעל המניה מעורר קשיים ניכרים במשפט האנגלי, שכן זרם פסיקה נכבד במשפט האנגלי, שביסס את כלל "איהתערבות" עצמו, דחה את זכותו של בעל מניה, שעה שזה האחרון טען להפרת התזכיר או התקנות. כך, למשל, בפרשת *Mozley v. Alston* (1847)<sup>47</sup> סרב בית המשפט להכיר בזכותו של בעל מניה, שביקש להכריז כי מנהל פלוני אינו מכהן כדיון, שכן מינויו נעשה בניגוד לתקנות. בדומה, בפרשת *MacDougall v. Gardiner* (1875)<sup>48</sup> סרב בית המשפט להכיר בזכותו של בעל מניה, שביקש להכריז כי הצבעה שנערכה בהרמת יד פסולה היא, שכן על פי התקנות זכותו לדרוש, כפי שאכן דרש, הצבעה על ידי מניות. מה היסוד להבחין בין שני זרמים אלה? על שאלה זו אין תשובה ברורה במשפט האנגלי. ניתן להבחין בין שלוש<sup>49</sup> גישות עיקריות. בהתאם לגישה הראשונה, הנקוטה בידי פרופ' וודרבורן (Wedderburn)<sup>50</sup> יש להכיר בכך כי כל הפרה של האמור בתזכיר ובתקנות פוגעת בזכותו של בעל מניה. בהתאם לגישה זו, מוכר עקרון כללי לפיו מוענקת לבעל המניה הזכות כי האמור בתזכיר ובתקנות יקויים כדיון<sup>51</sup>. הפסיקה שהחילה את כלל "איהתערבות" במקום שהופר התזכיר והתקנות – כגון, פרשות *Mozley* ו- *MacDougall* נפסקה שלא כדיון. בהתאם לגישה השנייה, הנקוטה בידי פרופ' פנינגטון (Pennington)<sup>52</sup>, לא כל האמור בתזכיר ובתקנות מעניק זכות לבעל מניה. יש להבחין, לפי גישה זו, בין הפרה הפוגעת בזכות בעל המניה בתור שכזה, לבין הפרה הפוגעת באינטרס מיוחד של בעל מניה, מעבר לאינטרס שלו כאחד מבעלי המניות בחברה. בהתאם לגישה השלישית, הנקוטה בידי פרופ' גאוור (Gower)<sup>53</sup>, כל פעולה המפירה את הוראות התזכיר והתקנות פוגעת בזכותו של בעל המניה, אך זכות תינתן לו רק כאשר הפעולה המפירה אינה ניתנת

43. ראה *Russell v. Wakefield Waterworks Co.* (1875) 20 Eq. 474.

44. סעיף 20 לחוק החברות האנגלי, ובמקביל לו סעיף 19 לפקודה המקומית.

45. ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064.

46. ראה *Salmon v. Quin & Axtens* [1909] 1 Ch. 331.

47. *Ph.* 790 (1847).

48. *Ch.D.* 13 (1875).

49. לגישה רביעית, ראה דברי השופט סוינפן אדי (Swinfen Eady J.) בפרשת *Boschoek*

. *Proprietary Ltd. v. Fuke* [1906] 1 Ch. 148, 168.

50. במאמרו הנזכר בה"ש 38 לעיל.

51. גישה זו מסתמכת בעיקר על *Salmon v. Quin & Axtens* [1909] 1 Ch. 311 והיא נתמכת, בין

השאר, על ידי האסמכתאות הבאות: *Woodlands Ltd. v. Beattie v. Beattie* [1938] Ch. 708.

52. *Logan* [1948] N.Z.L.R. 230; *Theatre Amusement Co. v. Stone* (1914) 50 S.C.R. 32.

53. ראה *Pennington, op. cit.*, p. 537.

54. *Gower, op. cit.*, p. 530.

לאשרור על ידי האסיפה הכללית של בעלי המניות. לשלוש הגישות כאחת ניתן למצוא הן פסיקה תומכת<sup>54</sup> והן פסיקה סותרת. הקושי נעוץ בהתפתחות היסטורית מעניינת כמשפט האנגלי שהביאה ליצירת שני זרמי פסיקה סותרים, שספק אם ניתן ליישב ביניהם. עיון בהיקפו של הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* מלמד כי הוא משתרע על שני סוגי מקרים. האחד, פעולות מנהלים שיש בהן משום הפרת חובות האמון והזהירות שהדין הכללי מטיל עליהם כלפי החברה. האחר, פעולות מנהל שיש בהן הפרת התזכיר והתקנות והמהווה "ניהול פנימי כושל" (internal irregularities). פסק הדין בפרשת *Foss v. Harbottle* (1843) עסק בסוג המקרים הראשון. במשך הזמן, ובהשפעת דיני השותפות, הורחב עקרון "אי-התערבות", שהתגבש בפרשת *Foss v. Harbottle* גם על סוג המקרים השני<sup>55</sup>. פרשת *Mozley v. Alston* (1847) מייצגת הרחבה זו. דבר זה אירע בתקופה בה עמד בתוקף ה-Joint Stock Companies Act, 1844. חוק זה לא קבע כל הוראה לפיה התזכיר והתקנות הם חוזה לא רק בין החברים לבין עצמם, אלא גם בינם לבין החברה. קביעה ברוח זו הוכנסה לראשונה על ידי ה-Joint Stock Companies Act, 1844<sup>56</sup>. משהחוק חוק זה, הפכה הפרת התזכיר והתקנות על ידי המנהלים לפעולה המפירה זכות בעל המניה כלפי החברה. כיוון שכך, נתבקשה המסקנה כי כלל "אי-התערבות", שהוגבל להפרת זכות החברה, לא יחול. ניתן היה לחשוב כי שינוי סטטוטורי זה יביא לידי כך, שמקרי "הניהול הפנימי הכושל", שעד אז הוכנסו תחת כנפי כלל "אי-התערבות", יוצאו מתוכו. אך לא כך התפתחה ההלכה האנגלית. כיוון שמקרי "הניהול הפנימי הכושל" נפלו למסגרת כלל "אי-התערבות" לפני 1856, הם המשיכו להיכלל במסגרתו גם לאחר 1856. כך נוצרו שני זרמי פסיקה: האחד, הקובע כי כלל "אי-התערבות" לא יחול אם הזכות המופרת היא זכותו של בעל המניה; האחר, הקובע כי במקרי "הניהול הפנימי הכושל" יחול כלל "אי-התערבות". הנסיונות לגשר בין שני הזרמים אינם עולים יפה. מבחן "האינטרס המיוחד" של פרופ' Pennington אינו מצליח להסביר מדוע לא הוכר אינטרס כזה בפרשת *Mozley v. Harbottle* הוכר בפרשת *Foss v. Harbottle* עצמה. דומה שלבעל המניות בפרשת *MacDougall* היה "אינטרס מיוחד", ובכ"ז נדחתה תביעתו. מדוע? זאת ועוד: קשה להבין מדוע "אינטרס מיוחד" דרוש כדי שהפרת זכות תעניק צו מניעה או פסק דין הצהרתי, והרי זו התרופה המתבקשת ברוב המקרים<sup>57</sup>. מבחן "האשרור" של פרופ' גאור (Gower) גם הוא אינו מצליח לגשר בין הזרמים המנוגדים, שכן ברוב מקרי "הניהול הפנימי הכושל" אין האשרור תופס, שכן כרגיל החברה אינה יכולה להשיג כהחלטה רגילה מה שניתן להשיג רק בדרך של שינוי למפרע של התקנות<sup>58</sup>. זאת ועוד: קשה להבין מדוע,

54. לתמיכה בגישתו של פרופ' וודרבורן (Wedderburn) ראה ה"ש 51 לעיל. לתמיכה בגישתו של פרופ' גאור (Gower), ראה בנוסף לאסמכתאות המצוטטות על ידו בע' 530, גם *Australian Coal & Shale Employees Federation v. Smith* (1938) 38 S.R. (N.S.W.) 48.

55. לקשר בין הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* לבין דיני השותפות ראה דברי השופט יורדן (Jordan C.J.) בפרשת *Smith* המצוטטת בה"ש 51 לעיל. ראה גם *Boyle "The Minority Shareholder in the Nineteenth Century"* 28 M.L.R. (1965) 317.

56. להתפתחות זו ראה *Gower, op. cit.*, p. 251.

57. אשר לזכות לדרוש פיצויים, זו מעוררת קשיים נוספים החורגים ממסגרת הנושא הנדון, ראה: *Gower, op. cit.*, 538.

58. בענין זה, ראה ה"ש 74 להלן.

לדעת Gower, האשרור אינו תופס בפרשת Pender אך הוא תופס בפרשת MacDougall? נראה שאין מנוס מלהסכים עם פרופ' וודרבורן (Wedderburn) כי לפנינו זרמים סותרים, שאין לגשר ביניהם, אלא להעדיף את האחד על פני השני.

### 3. חריג מדומה שני – יכולת האשרור

אחת ההנמקות לכלל בפרשת Foss v. Harbottle הינה, כי אין טעם בהתערבות בית המשפט על פי בקשת בעל מניה במקום שהחברה רשאית, באופן עקרוני, לאשרר את הפעולה האסורה עליה מתלונן בעל המניה<sup>59</sup>. מכאן, שהכלל אינו חל כאשר הפעולה האסורה אינה ניתנת, באופן עקרוני, לאשרור כלל, כגון, פעולה מחוץ למסגרת המטרות<sup>60</sup>, או בניגוד לכללים קוגנטיים של דיני חברות<sup>61</sup>. מסגרת זו הורחבה, והיא כוללת בחובה גם פעולות אסורות הניתנות לאשרור ברוב מיוחד<sup>62</sup>. השאלה אילו פעולות אסורות ניתנות לאשרור ברוב רגיל (ועל כן הכלל בפרשת Foss v. Harbottle חל עליהן) ואילו פעולות אינן ניתנות לאשרור כלל, או ניתנות לאשרור ברוב מיוחד (ועל כן הכלל בפרשת Foss v. Harbottle אינו חל עליהן), נפתרת על ידי דיני החברות הכלליים<sup>63</sup>, בלא זיקה מיוחדת לסוגייתנו<sup>64</sup>. כך למשל, הדעה המקובלת הינה כי הפרת חובת הזהירות, והפרה בתום לב של חובת האמון, ניתנת בדרך כלל לאשרור ברוב רגיל<sup>65</sup>. לעומת זאת, הפרת חובת האמון מתוך זדון, אינה ניתנת לאשרור כלל<sup>66</sup>. בדומה, אין לאשרר כלל התנהגות מנהלים הגוררת אחריה עושק המיעוט (fraud on the minority)<sup>67</sup>.

4. היחס בין זכות בעל המניה לבין כוח האשרור של האסיפה הכללית שני נימוקים הביאו ליצירת כלל "איי-התערבות" במשפט האנגלי<sup>68</sup>: אישיותה העצמאית של החברה, וכוח האשרור של האסיפה הכללית. מקרה שאינו נופל למסגרת הנמקות אלה, אין הכלל חל עליו, והוא מהווה על כן חריג מדומה לו. במרבית המקרים בהם נדחה הכלל בשל אי-תחולתו של הנימוק הראשון, יידחה הוא גם בשל אי-תחולתו של הנימוק השני, שכן אם הזכות המופרת היא זכותו של בעל מניה, ולא זכותה של החברה, אין זו יכולה, בדרך כלל, לאשרר את ההפרה. נניח כי חברה נכנסה לחוזה

59. ראה ה"ש 25 לעיל.

60. ראה 8 H.L.C. 712 (1860) Simpson v. Westminster Palace Hotel Co.

61. ראה Phillips v. Bagshaw v. The Eastern Union Railway Co. (1849) 68 E.R. 46; Melbourn & Castlemaine Soap & Candle Limited [1890] 16 V.L.R. 111.

62. ראה Edwards v. Halliwell [1950] 2 All E.R. 1064.

63. ראה Parsons "The Directors Duty of Good Faith" 5 (1965) M.U.L.R. 495.

64. לביקורת מצב דברים זה, ראה החלק השני של רשימה זו.

65. ראה Gower, op. cit., p. 483. דומה שלא ניתנה תשומת לב מספקת להוראת סעיף 205 לחוק החברות האנגלי, 1948 (ובמקביל, לסעיף 77 לפקודה הישראלית). נראה לי כי לפי פירושו של סעיף זה, בטל כל שחרור הניתן למנהל, בין שחרור כללי ובין שחרור אד-הוק, בין שחרור מראש ובין שחרור למפרע. הבעיה הועלתה, אך לא נפתרה ב" 31 (n) 511 Gower, op. cit., p.

66. ראה Gower, op. cit., p. 483.

67. ראה Menier v. Hooper's Telegraph Works (1874) 9 Ch. App. 350; Mason v. Harris (1879) 11 Ch.D. 97.

68. ראה ה"ש 24 ו-26 לעיל.

מיוחד עם בעל מניה לביצוע פעולה, ובשל מחדלי מנהליה היא מפירה את החוזה. נניח גם כי מחדלי המנהלים מהווים הפרת חובת המנהלים כלפי החברה, הפרה הניתנת לאשרור ברוב רגיל, ושהחברה אשררה אותה כדין. אין אשרור זה שולל את אי-תחולת הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*. הזכות המופרת היא זכותו של בעל המניה. אין, איפוא, תחולה לנימוק הראשון לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*. אמת הדבר, הפרת חובת המנהלים אושררה כדין על ידי החברה. אשרור זה שלל את הפרת זכותה של החברה בידי מנהליה, אך אינו שולל את הפרת זכות בעל המניה בידי החברה. בהעדר אשרור אין תחולה גם לנימוק השני לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* אך מה דינם של המקרים הנזכרים רק למסגרת אחת ההנמקות לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*? דבר זה עשוי לכאורה לקרות באותם המקרים בהם מקורה של זכות בעל המניה היא בתקנות. התנהגות המנהלים המפירה האמור בתקנות פוגעת בזכותו של בעל המניה ולא רק בזכות החברה. אך אם הפרה זו ניתנת לאשרור בהחלטה רגילה של האסיפה הכללית, נוצרת לכאורה התנגשות בין זכות בעל המניה לבין כוח האשרור של החברה.<sup>69</sup> במקרה זה, יד איזה נימוק על העליונה? שאלה זו יש לפצל לשתי שאלות משנה: ראשית, המכיר הדין בכוח החברה לאשרר בהחלטה רגילה הפרת האמור בתקנות; שנית, היחול אז הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*? פרופ' גאור (Gower) נתן דעתו לשתי השאלות והביע דעתו<sup>70</sup> כי לפי המשפט המקובל האנגלי ניתן לאשרר פעולה בניגוד לתקנות על ידי החלטה רגילה, וכי במקרה זה עמדת המשפט האנגלי הינה כי הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* אכן חל<sup>71</sup>. עיון בסוגיה זו הביא אותי למחשבה, כי שתי המסקנות כאחת אינן נקיות מספיקות. נפנה לכל אחת מהן בנפרד.

(א) פרופ' גאור (Gower) גורס כי בידי האסיפה הכללית של בעלי המניות נתון הכוח לאשרר, בהחלטה רגילה, כל חריגה של מנהלים מהסמכויות המוקנות להם בתקנות. כסימוכין להשקפה זו מובא פסק הדין בפרשת *Grant v. U.S. Switchback Ry. (1888)*.<sup>72</sup> כאן קבעו תקנות החברה כי מנהליה מוסמכים למכור בשמה רכוש, ובלבד שאין להם ענין אישי במכירה. למרות הוראה זו, נכנסו המנהלים בשם החברה להתקשרות חוזית שיש להם ענין אישי בה עם פלוני, למכירת רכוש החברה. בהחלטה רגילה של האסיפה הכללית אושררה פעולה זו, ובית המשפט אישר החלטה זו. עיון בנימוקי השופטים מצביע על כך, כי לנגד עיניהם עמדה ההבחנה בין אישור למפרע של פעולה בודדת, לבין מתן הרשאה כללית לעתיד<sup>73</sup>. לדעתם הפעולה הראשונה מותרת, ואין היא עומדת בניגוד לתקנות, בעוד שהפעולה השנייה אסורה, שכן היא עומדת בניגוד לתקנות. הבחנה זו אינה נראית לי. יש בה כדי להשמיט את הבסיס תחת תקפן של התקנות, ותחת ההוראה כי שינוי התקנות חייב להעשות ברוב מיוחד. אם הנמקת

69. עד כה הבאתי את כלל האשרור במסגרת הפרת זכות החברה, אך באופן עקרוני אין סיבה להגבילו להפרת זכות החברה. חוסר התועלת שבדיון, המהווה יסוד לרעיון האשרור, תופס גם במקרה של הפרת זכות בעל המניה.

70. ראה *Gower, op. cit.*, p. 530.

71. עמדה זו של פרופ' גאור משמשת לו גם כאמת מבחן להבדלה בין הפרת תקנות שלגביהם חל הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* לבין הפרת תקנות שלגביהם הכלל אינו חל: ראה ה"ש 53 לעיל.

72. 40 Ch.D. 135 (1888).

73. ראה בעיקר בע' 138, 139, 140.

בית המשפט נכונה, כי אז יוכלו תמיד בעלי המניות, שלא עלה בידם לגייס רוב מיוחד לשינוי התקנות, להורות על ביצוע פעולה העומדת בניגוד לתקנות הקיימות, תוך ידיעה כי יוכלו לאשררה ברוב רגיל. כדי לתת תוקף להוראה, כי שינוי התקנות חייב להעשות ברוב מיוחד, יש לשלול כל הכשר ברוב רגיל לפעולה העומדת בניגוד לתקנות. למרות זאת, נראה לי כי ההחלטה בפרשת Grant נכונה היא, מתוך הנימוק הבא<sup>74</sup>: כאשר בתקנות החברה נקבע כי הסמכות לפעול בענין פלוני נתונה למנהלים, אין האסיפה הכללית יכולה לפעול באותו ענין, לא מראש ולא למפרע, מבלי לשנות התקנות. לעומת זאת, אם בתקנות החברה נקבע כי המנהלים אינם מוסמכים לבצע פעולה פלונית, כגון, כריתת חוזה שיש להם בו ענין אישי, אין פירוש הדבר כי פעולה זו אינה יכולה להתבצע כלל על ידי החברה. במקרה זה הכלל הינו כי הסמכות העודפת היא בידי האסיפה הכללית<sup>75</sup>. על כן, מרגע שכריתת החוזה בפרשת Grant היתה אסורה על המנהלים, עברה<sup>76</sup> הסמכות לכרות חוזה זה לידי האסיפה הכללית, הרשאית לעשות זאת אם בעצמה ואם על ידי שלוח, אם מראש ואם למפרע. באשררה פעולת המנהל, היא אשררה פעולת נציגה, ולא פעולות מנהל בניגוד לתקנות. אין האשרור סותר את האמור בתקנות. נהפוך הוא: הוא נובע מהסמכות העודפת של האסיפה הכללית לפעול בכל מקרה בו המנהלים מנועים מלפעול. סימוכין לפירוש זה ניתן למצוא בפרשת Bamford v. Bamford [1968]<sup>77</sup>. כאן היקצו המנהלים מניות תוך הפרת חובת האמון שהם חבים לחברה. פעולתם אושררה על ידי האסיפה הכללית בהחלטה רגילה. בית המשפט אישר ההחלטה בהנמקה הבאה: הקצאת המניות היא פעולה של החברה. על פי התקנות נתונה הסמכות להקצות מניות בשם החברה בידי המנהלים. כאשר אלה אינם יכולים לפעול, עוברת סמכות זו לידי האסיפה הכללית. כאשר זו האחרונה מאשררת פעולת המנהלים, אין היא פועלת בניגוד לאמור בתקנות, אלא על יסוד הדין כי הסמכות העודפת בענין זה נתונה בידי האסיפה הכללית. כמובן, אין כל מניעה לכך, כי תקנות החברה ישללו סמכות עודפת זו של האסיפה הכללית, ויעבירו אותה למנהלים. במקרה זה אין האסיפה יכולה לאשרר פעולת המנהל, שכן בכך היא תסתור האמור בתקנות. לסיכום, אין דין קובע כי בכל מקרה יכולה האסיפה הכללית לאשרר, בהחלטה רגילה, פעולת מנהלים בניגוד לתקנות. נהפוך הוא: הדין הינו כי לשם הכשרת פעולה הנעשית בניגוד לתקנות יש צורך בשינוי התקנות למפרע<sup>78</sup>. דין זה אינו תופס כאשר הסמכות העודפת לביצוע פעולה נתונה בידי האסיפה הכללית. השאלה, מתי נתונה סמכות עודפת זו בידי האסיפה הכללית, ומתי לא, נפתרת על ידי הדין הכללי ועל ידי האמור בתקנות החברה עצמן. הן בפרשת Grant והן בפרשת Bamford נתונה היתה הסמכות העודפת בידי האסיפה הכללית, מבלי שניסוח התקנות ישלול זאת<sup>79</sup>. מכאן, שבעיית ההתנגשות בין נימוק בדבר הזכות של בעל המניה לבין הנימוק בדבר כוח האשרור של האסיפה הכללית לא יתעורר כלל

74. ראה גם Pennington, op. cit., p. 480. ראה גם הערתנו בהפרקליט, כרך כד, בע' 273.

75. השווה Irvine (William) v. Union Bank of Australia (1877) 2 App. Cas. 366.

76. למען הדיוק, בהיות הסמכות עודפת, אין כאן ענין בהעברת סמכות אלא בהפעלת סמכות מקורית.

77. 3 W.L.R. 317 [1968].

78. אין מניעה לשנות התקנות באופן שישינו זכויות שכבר נרכשו: ראה Allen v. Gold Reefs of W.

Africa [1900] 1 Ch. 656.

79. ראה פרשת Bamford, בע' 332.

במקרה בו מקור הזכות של בעל המניה הוא בתקנות החברה, אלא רק בשני סוגים של מקרים: האחד, כאשר בתקנות החברה נקבע כי הפרת האמור בהן ניתנת לאשרור האסיפה הכללית בהחלטה רגילה; האחר, כאשר הסמכות העודפת לפעול בענין נתונה לאסיפת החברה.

(ב) דעתו של פרופ' גאורג הינה, כי כלל "אי-ההתערבות" יחול בכל אותם המקרים בהם הפרת זכות בעל המניה ניתנת לאשרור על ידי החלטה רגילה של האסיפה הכללית<sup>80</sup>. כסימוכין להשקפתו זו הוא מצטט חמישה פסקי דין<sup>81</sup>. ארבעה<sup>82</sup> מתוך החמישה אינם תומכים בהשקפתו שכן בכלם יצא בית המשפט מתוך ההנחה כי הזכות המופרת היא זכות החברה, ולא זכות בעל המניה<sup>83</sup>. פסק הדין החמישי<sup>84</sup> תומך אמנם בהשקפתו של פרופ' גאורג, אך הוא עצמו מסתייג מפסק הדין בפרטים אחדים<sup>85</sup>, וסופרים אחרים רואים אותו כבלתי נכון<sup>86</sup>, וכסותר שורה ארוכה של פסיקה<sup>87</sup>. נראה לנו, איפוא, כי עמדתו של המשפט המקובל האנגלי הינה כי הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* לא יחול כאשר הזכות המופרת היא זכותו של בעל המניה, וזאת גם אם האסיפה הכללית של החברה מוסמכת לאשרר ההפרה בהחלטה רגילה<sup>88</sup>.

80. ראה ה"ש 70 ר-71 לעיל.

81. ראה ה"ש 82 ר-84 להלן. ניתן להוסיף על כך את *Australian Coal & Share Employees' Federation v. Smith* (1938) 38 S.R. (N.S.W.) 48.

82. והם: *Mozley v. Alston* (1847) 1 Ph. 790; *MacDougall v. Gardiner* (1875) 1 Ch.D. 13; *Foster v. Foster* [1916] 1 Ch. 532; *Cotter v. National Union of Seamen* [1929] 2 Ch. 58.

83. בפרשת *Mozley* מציין השופט קוטנהם (Lord Cottenham) במפורש כי לדעתו הטענה בדבר אי-חוקיות בחירת המנהלים:

"If it be an injury at all, it is an injury not to the plaintiffs personally, but to the corporation of which they are members"

בפרשת *MacDougall* מציין השופט גיימס (James L.J.) כי –

"Everything in this bill, as far as I can see, if it is wrong is a wrong to the company... I cannot conceive that there is any equity on the part of a shareholder... to say: 'True it is that the majority have a right to determine everything connected with the management of the company, but then we have a right - and every individual has a right - to have a meeting held in strict form in according with the articles'" (p. 23)

בפרשת *Foster* מציין בית המשפט במפורש כי –

"This is a matter in respect of which the plaintiff is suing for a wrong that he alleges has been done to the company" (p. 547)

כיצד ניתן להסיק מפסקי דין אלה דבר על כוח האשרור בתביעה המוגשת על ידי בעל המניה להבטחת זכותו הוא?

84. *Normandy v. Ind. Coope & Co. Ltd.* [1908] 1 Ch. 84 per Kekewich J.

85. באותו ענין סבר השופט כי האשרור יכול להעשות רק בדרך של שינוי התקנות. אם כך, אליבא דכולם אין תחולה לפרשת *Foss v. Harbottle*; ראה 23 (n) 529 (p. 529). עיון בפסק הדין מצביע על מספר תקנות שאפשרו את האשרור גם בהחלטה רגילה: ראה בעיקר בע' 105.

86. ראה בעיקר *Pennington, op. cit.*, p. 542.

87. ראה שם.

88. בכך נשמטת גם הקרקע תחת הבחנתו של פרופ' גאורג בין הפרת התקנות הניתנת לאשרור, לבין הפרת התקנות שאינה ניתנת לאשרור.

5. חריגים אמיתיים לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*

השאלה המרכזית מתעוררת כיום במסגרת המשפט המקובל האנגלי הינה, אם מוכרים לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* חריגים "אמיתיים", דהיינו, מקרים בהם הזכות המופרת היא זכותה של החברה, ועל פי הדין ניתן לאשרר את ההפרה ברוב רגיל, ובכל זאת ניתן הכוח לבעל המניה להתערב בהחלטת המנהלים שלא לתבוע את עצמם. בענין זה שוררת מבוכה רבה, ואין הדעות אחידות<sup>89</sup>. נראה שפרופ' גאורד סובר שחריג כזה אינו קיים<sup>90</sup>. לעומתו סובר פנינגטון כי חריג כזה אכן מוכר<sup>91</sup>. פסק דין העשוי לשמש בסיס ליצירת חריג אמיתי לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* הוא *Alexander v. Automatic Telephone Comapny* [1900]<sup>92</sup>. בפרשה זו הוקצו מניותיה של החברה הנתבעת, עם היווסדה, למנהליה ולבעלי מניות אחרים. בעוד שבעלי המניות האחרים נתבקשו להתחייב מראש ללוח תשלומים, הרי המנהלים קיבלו המניות ללא כל התחייבות ללוח תשלומים קבוע מראש מצדם. הסדר זה לא היה ידוע לבעלי המניות האחרים. משנודע להם הדבר, הם הגישו תביעה דרכטיבית נגד החברה ומנהליה, וביקשו לקבוע כי על המנהלים לשלם לחברה על חשבון המניות באותו אופן כמו בעלי המניות האחרים. הוכח בפני בית המשפט כי בהתנהגותם הפרו המנהלים מתוך מרמה את חובתם כלפי החברה. כמו כן הוכח כי למנהלים שליטה על החברה, וכי בשל שליטה זו ברור כי החברה לא תסכים לתבוע בשמה היא. על יסוד נתונים אלה החליט בית המשפט כי להלכת *Foss v. Harbottle* אין תחולה, וכי בעלי מניות המיעוט רשאים לתבוע למען החברה את המנהלים.

היש לראות בפרשת *Alexander* מקור ליצירת חריג "אמיתי" לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*? גדר הספיקות הוא, אם פעולת המנהלים בפרשה זו ניתנת לאשרור

89. ראה [1958] "Shareholders' Rights and the Rule in *Foss v. Harbottle*" Wedderburn. C.L.J. 93, 101 et seq. אחת השאלות השנויות במחלוקת הינה, אם מוכר חריג "אמיתי" לכלל בכל מקרה שהצדק מחייב זאת. מספר אסמכתאות הכירו, באמרות אגב, בקיום חריג זה. ראה: *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare, at p. 492; *Russel v. Wakefield Waterworks Co.* (1875) 20 Eq. 474, 482; *Baillie v. Oriental Telephone Co.* [1915] 1 Ch. 503, 518; *Cotter v. National Union of Seaman* [1929] 2 Ch. 58, 69; *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064.

זרם פסיקה אחר גורס, כי חריג "אמיתי" כזה אינו קיים. ראה: *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83, 93; *Miles v. Sydney Meat Preserving Co. (Ltd.)* 16 C.L.R. 63; *Pavlidis v. Jensen* [1956] Ch. 565.

פרופ' גאורד גורס (בעמ' 530) כי אפילו מוכר חריג זה אין הוא חל כאשר פעולת המנהלים ניתנת לאשרור. לא ברור על מה מתבססת הנחה זו. כסימוכין להשקפתו מביא פרופ' גאורד את פרשת *Pavlidis*. פסק דין זה שולל לחלוטין קיום חריג זה. אין פסק הדין מכיר בו רק כאשר אין מקום לאשרור. לגופו של ענין נראה לנו כי יד הפסיקה המכירה בקיום החריג על העליונה. כסימוכין לכך ניתן להביא, בין השאר, את פרשת *Campbell v. Kitchen & Sons Ltd.* (1910) 12 C.L.R. 513.

90. ראה *Gower, op cit.*, p. 529.

91. ראה *Pennington, op. cit.*, p. 544 גם *Ricer "The Rule in Foss v. Harbottle Today"*. 25 *Conveyancer* 44.

92. [1900] 2 Ch. 56.

ברוב רגיל אם לאו. אם הפעולה ניתנת לאשרור ברוב רגיל, לפנינו חריג אמיתי. לעומת זאת, אם הפעולה אינה ניתנת לאשרור ברוב רגיל, אין לפנינו כלל חריג אמיתי. עיון בפרשת Alexander עצמה אינו מצביע על עמדה ברורה של השופטים לבעיית האשרור<sup>93</sup>. פרופ' גאורג סובר, כי בשל כוונת התרמית של המנהלים, אין הפעולה ניתנת לאשרור כלל<sup>94</sup>, ועל כן אין לפנינו חריג אמיתי. כנגד זאת ניתן לומר, כי המרמה של המנהלים היתה מועטה ביותר, שכן הם לא היו ערים כלל אם פעולתם הינה לטובת החברה אם לאו. אין לומר, איפוא, כי הם פעלו מתוך ידיעה ברורה כי פעולתם אינה למען החברה, כשם שאין לומר כי הם פעלו בתום לב למען מה שנראה להם כטובת החברה<sup>95</sup>.

אם אמנם פרשת Alexander מהווה חריג "אמיתי" לכלל פרשת Foss v. Harbottle מתעוררות מספר שאלות: ראשית, מהו היסוד המבדיל בין פרשה זו לבין פרשת Foss v. Jensen [1956]<sup>96</sup>, בה הוחלט, במסיבות דומות, כי הכלל בפרשת Foss v. Harbottle חל? שנית, מה היסוד המבדיל בין פרשת Alexander לבין פרשת Foss v. Harbottle עצמה? שלישית, מה היקפו של חריג "אמיתי" זה? נראה כי היסוד המבחין בין פרשת Alexander לבין פרשת Pavlides הינו<sup>97</sup>, כי בפרשת Alexander פעלו המנהלים מבלי שראו לנגד עיניהם את טובת החברה. לעומת זאת, בפרשת Pavlides פעלו המנהלים בתום לב אך ברשלנות<sup>98</sup>. מסיבות היסטוריות לא הוחלו התיביעות הדרבטיביות במשפט האנגלי במקרים של התנהגות רשלנית בלבד<sup>99</sup>. קשה יותר למצוא קו מפריד בין פרשת Alexander לבין פרשת Foss v. Harbottle עצמה. האם יהיה עלינו להגיע למסקנה כי החריג "אמיתי" לפרשת Foss v. Harbottle היא פרשת Foss v. Harbottle עצמה? הן בפרשת Alexander והן בפרשת Foss v. Harbottle הופרה תובת האמון שהמנהלים חבו לחברה. בשני המקרים פעלו המנהלים מתוך מרמה. מה, איפוא, היסוד המבדיל בין השניים? נראה כי היסוד המבחין הוא זה: בפרשת

93. השופט לינדלי (Lindley L.J.) מציין פעמיים בפסק דינו כי הפרת החובה בפרשת Alexander התבטאה באי גילוי. מכאן ניתן להסיק כי גילוי – מראש או למפרע – מבטל הפרה. מאידך גיסא מסתמך אותו שופט על פרשת Menier v. Hooper's Telegraph Works (1874) 9 Ch. App. 350, בו נדון מקרה של עושק המיעוט, שאליבא דכולם אינו ניתן לאשרור כלל.

94. ראה Gower, op. cit., p. 512. כסימוכין להשקפה זו מביא פרופ' גאורג את פרשת Alexander עצמה. בנוסף לכך הוא מביא עוד מספר אסמכתאות. בכולן לא נדונה שאלת האשרור במישרין. אמת הדבר, בכולן נדחה הכלל בפרשת Foss v. Harbottle, אך דחיה זו ניתן להסביר לא רק על יסוד אי יכולת האשרור, כדעת פרופ' גאורג, אלא גם על יסוד חריג "אמיתי" לכלל בפרשת Foss v. Harbottle: תיקו.

95. השאלה, איזו הפרת חובה מצד המנהלים ניתנת לאשרור ואיזו לא, היא סבוכה, וטרם התבהרה סופית. פרשת Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver [1942] 1 All E.R. 378 ביכולת האשרור במסיבות כמו בפרשת Alexander.

96. [1956] 1 Ch. 565.

97. יש הגורסים כי פרשה זו מתוך טעות נפסקה: Pennington op. cit., p. 545.

98. בסימוכין להבחנה זו, ראה Houston v. Johnson v. Thompson (1913) 19 B.C.R. 105; Victoria Machinery Depot [1924] 2 D.L.R. 657.

99. Pennington, op. cit., p. 545.



**Foss v. Harbottle** ציין בית המשפט<sup>100</sup> כי בעלי המניות התובעים לא מיצו את כל האפשרויות במסגרת החברה, לשם הגשת תביעה בשם החברה עצמה. היה עליהם לפנות למנהלים בבקשה שתוגש תביעה בשם החברה נגד המנהלים, ואם אלה מסרבים, היה עליהם לפנות לאסיפה הכללית כדי שזו תחליט על הגשת התביעה בשם החברה נגד המנהלים. אילו מוצו אפשרויות אלה, והאורגנים הנזכרים היו מסרבים, היה מקום לתביעת בעל המניה. במשך הזמן התעדנה דרישה זו, ובתי המשפט פסקו כי אין צורך בפניה למנהלים ולבעלי המניות במקום שברור מראש כי דין הפניה להדחות. פניה זו אינה דרושה במקום שהמנהלים, שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה, הם השולטים על כוח ההחלטה של מועצת המנהלים ועל כוח ההחלטה של האסיפה הכללית. במסיבות אלה רשאי בעל מניה להגיש תביעה דרבטיבית<sup>101</sup>, ובלבד שיציין בכתב תביעתו<sup>102</sup>, ואף יוכיח במשפט<sup>103</sup>, כי לא היה מקום לפנות למנהלים ולחברה, דהיינו, שהמנהלים שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה, הם השולטים בה. אכן, בפרשת **Alexander** כמו בפרשת **Foss v. Harbottle** לא היתה פניה לאסיפה הכללית, אך שלא כמו בפרשת **Foss v. Harbottle**, בפרשת **Alexander** נטען בפרשת התביעה, ואף הוכח להנחת דעת בית המשפט, כי המנהלים הנתבעים שולטים בחברה, ואין על כן טעם בפניה אליה<sup>104</sup>.

אם ההסברים שהובאו, להבחנה בין פרשת **Alexander** לבין פרשת **Pavrides** ופרשת **Foss v. Harbottle** נכונים, כי אז נוכל לקבוע גם את היקפו של החריג "האמיתי" לכלל בפרשת **Foss v. Harbottle**. החריג "האמיתי" קובע, כי במקום שהמנהלים הפרו חובתם כלפי החברה, הפרה הניתנת לאשרור בהחלטה רגילה, יוכל בעל מניה להגיש תביעה דרבטיבית, אם מתקיימים שני תנאים<sup>105</sup>: ראשית, הפרה נעשתה מבלי שהמנהל פעל למען מה שנראה לו בחום לב כטובת החברה; שנית, למנהלים הנתבעים שליטה על כוח התביעה של החברה<sup>106</sup>, שליטה הנטענת בכתב התביעה, והמוכחת במשפט עצמו<sup>107</sup>.

100. ראה **Foss v. Harbottle** (1843) 2 Hare 461.

101. ראה **Meason v. Harris** (1879) 11 Ch.D. 97.

102. **Birch v. Sullivan** [1958] 1 All E.R. 56.

ראה גם **Levi v. MacDougall** [1941] 4 D.L.R. 344.

103. ראה **Weatherbe v. Whitney et al.** (1897) 30 N.S.R. 49.

104. ראה פרשת **Alexander**, דברי השופט לינדלי בע' 69.

105. ראה Moore "The Shareholders' Cause of Action" **Toronto L.R.**, p. 30; Rice "The Rule in **Foss v. Harbottle** Today" 25 **Conveyancer**.

פנינגטון מציין כי הכלל בפרשת **Foss v. Harbottle** אינו חל במסיבות אלה, גם אם לא מוכח שליטה: שם, בע' 547. ספק אם האסמכתאות עליהן הוא מתבסס תומכות במסקנתו: ראה ה"ש 106 להלן.

106. ראה גם **Russell v. Fisher v. St. John Opera House Co.** [1937] 4 D.L.R. 337, 342. פסק הדין האחרון מציין מספר **Wakefield Waterworks Co.** (1875) 20 Eq. 474, 482. פסק הדין האחרון מציין מספר אלטרנטיבות בהן קיימת שליטה ואין צורך בפניה לאסיפה הכללית. לא ברור כיצד הסיק מכך פנינגטון, שם, בע' 547, כי השליטה אינה נדרשת כלל.

107. ראה ה"ש 102 ו-103 לעיל.

## חלק ב. ביקורת עמדת המשפט המקובל

## 1. זרמים סותרים של פסיקה

המעייין בפסקי הדין ובדברי הסופרים בסוגייתנו, אינו יכול שלא להסכים עם השופט קקביץ (Kekewich J.), שאמר<sup>108</sup> על הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*<sup>109</sup> כי –  
 “The language by which it is expressed varies so much that it is by no means easy to reconcile the whole of any judgment with every other... and what I have said about decided cases is equally true of textbooks”<sup>110</sup>.

חוסר בהירות זה אינו נובע מהעדר עמדה עקרונית ברורה. נהפוך הוא: כחוט השני עובר בפסיקה העקרון כי יש להגן על כוח השליטה<sup>111</sup>. חוסר הבהירות נובע מנוקשותה של השיטה, שלא עלה בידה לגשר בין זרמים בפסיקה שהתפתחו ממקורות נפרדים, ושהביאו על כן ליצירת הלכות נוגדות. דוגמא אחת לכך כבר הובאה<sup>112</sup>. במקורו חל הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* הן על הפרת חובת המנהלים כלפי החברה (פרשת *Foss v. Harbottle*) והן על מקרי “הניהול הפנימי הכושל” (פרשת *Mozley v. Alston*). לזיווג זה היתה הצדקת מה<sup>113</sup> בתקופת הראשית של התפתחות הכלל, שעה שה- *deed of settlement*, לא היווה חוזה עם החברה. הפרת האמור בו לא הפרה, על כן, זכות בעל מניה כלפי החברה, ולא נפלה לחריג “המדומה” שקבע כי על הפרת זכות בעל המניה הכלל לא חל. למרבה הפלא המשיך הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* לחול על מקרי “הניהול הפנימי הכושל” גם לאחר שהחוק קבע במפורש כי התזכיר והתקנות, שהחליפו את *deed of settlement*, מהווים חוזה בין החברים לבין החברה<sup>114</sup>. נוצרו, איפוא, שני זרמים סותרים: האחד, הקובע כי מקרי “הניהול הפנימי הכושל” אינם נופלים למסגרת החריג בענין זכות בעל המניה<sup>115</sup>; האחר, הקובע כי הפרת התזכיר והתקנות פוגעת בזכות בעל המניה כלפי החברה<sup>116</sup>. תוצאה זו ניתן היה למנוע, אילו

108. בפרשת *Normandy v. Ind. Coope & Co.* [1908] 1 Ch. 84. לביקורת הפסק ראה הערה 138 להלן.

109. בע' 106.

110. ופרופ' וודרבורן (Wedderburn) מוסיף, כי דעה זו שהיתה נכונה ב-1908 נכונה גם ב-1957, מועד כתיבת מאמרו: [1957] C.L.J. 194, 195. אנו מצדנו נוסיף עוד תריסר שנים להרחבת אמת זו.

111. לביקורת עמדה עקרונית זו, ראה ה"ש 126 להלן.

112. ראה ה"ש 56 לעיל.

113. מקור הכלל בדיני השותפות, בו הוא היה מקובל בתחילת המאה ה-19, ראה: *Carlen v. Durf* (1812) 1 V. & B. 154. בצורתו זו הוא הועבר לדיני החברות, למרות שחלו בו שינויים בדיני השותפויות עצמם, בהם אין נוהגים עוד לפיו. ראה: Wedderburn, *op. cit.*, p. 197 (n. 20).

114. ראה ה"ש 56 לעיל.

115. פסק הדין המנחה בורם פסיקה זה הינו *Macdougall v. Gardiner* (1875) 1 Ch.D. 13.

116. פסק הדין המנחה בסוגיה זו הינו *Pender v. Lushington* (1877) 6 Ch.D. 70.

נקטה שיטת המשפט האנגלי בגישה גמישה, מכוחה היתה נעשית התאמה בין הלכות הפסיקה לבין החקיקה. הדבר לא נעשה, וכך נוצרה המבוכה. דוגמא שנייה לתופעה זו ניתן למצוא בדרישת המשפט האנגלי כי התביעה הדרבטיבית תוגש רק לאחר שבעל המניה מיצה את האפשרויות במסגרת החברה<sup>117</sup>. לשם כך עליו לפנות בבקשה אל מועצת המנהלים כדי שזו תגיש תביעה נגד המנהלים שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה. אם מועצת המנהלים מסרבת, על בעל המניה לפנות בבקשה אל אסיפת בעלי המניות, כדי שזו תגיש תביעה נגד המנהלים. רק לאחר שגם זו מסרבת, נפתחת הדרך לתביעה הדרבטיבית. הנחת היסוד הסמויה הינה, כי האסיפה הכללית מוסמכת להגיש תביעה בשם החברה. נראה שכך אכן היה הדבר בתקופת הראשית של הלכת *Foss v. Harbottle*. בתחילת המאה ה-20 שונתה הנחה זו<sup>118</sup>. כיום הגישה הינה כי לאור חלוקת הסמכויות בין האסיפה הכללית לבין מועצת המנהלים, סמכות התביעה נתונה בידי מועצת המנהלים, ואין האסיפה הכללית רשאית להתערב בהפעלת שיקול הדעת על ידי המנהלים<sup>119</sup>. נוצרו, איפוא, שני זרמים סותרים: האחד, הקובע כי לפני הגשת תביעה דרבטיבית יש לפנות לאסיפה הכללית, כדי שזו תחליט אם לתבוע בשם החברה אם לאו; האחר, הקובע כי אין סמכות לאסיפה הכללית להתערב בהחלטת מועצת המנהלים בענין הפעלת זכות התביעה של החברה. אף תוצאה זו ניתן היה למנוע, אילו נקט המשפט האנגלי בגישה גמישה, לפיה יש לוותר כליל על הצורך בפניה לאסיפת בעלי המניות. הדבר לא נעשה, ומבוכה נוספת באה על המשפט האנגלי<sup>119</sup>.

אילו הכירו האנגלים בעובדה כי בסוגייתנו קיימים זרמים סותרים של פסיקה – דיינו. אך לא כך הוא הדבר. מחברים משקיעים מאמצים רבים למציאת גשרים בין הזרמים הסותרים<sup>120</sup>. מאמצים אלה, אף שהם ראויים להוקרה, אינם מסירים את המבוכה, אלא רק מגבירים אותה<sup>121</sup>.

117. ראה *Gower, op. cit.*, p. 532. ראה גם 4 [1937] *Fisher v. St. John Opera House Co.* D.L.R. 337.

118. ראה בעיקר *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. Ltd. v. Cunningham* [1935] 2 K.B. 113; *Scott v. Scott* [1943] 1 All E.R. 582 [1906] 2 Ch. 34; *Shaw (John) & Sons (Salford), Ltd. v. Shaw*.

119. ראה ה"ש 118, בעיקר פרשת *Shaw*.

119א. ראה *Studi Di Wedderburn "The Powers of the Members in General Meeting"* *Dirito Privato*, No. VIII. 765.

120. לנסיון לגשר בין שני הזרמים הראשונים ראה ה"ש 37 לעיל. לנסיון לגשר בין שני הזרמים האחרונים, ראה *Pennington, op. cit.*, p. 482. המתבר גורס כי אם המנהלים מגישים תביעה בשם החברה, אין האסיפה הכללית מוסמכת לבטלה (פרשת *Shaw*). אך אם המנהלים מסרבים להגיש תביעה, הסמכות המקבילה נחונה לאסיפה הכללית (פרשת *Marshall's Value Gear* [1909] 1 Ch. 267). מלאכותיות הפתרון בולטת לעין.

121. לא כן פרופ' וודרבורן, המבקש לחשוף הסתירה ולא לטשטשה, במאמריו המצוטטים בה"ש 6 לעיל.

## 2. הגנה על השליטה

## א. כללי

בראשית רשימה זו עמדנו על השיקול המרכזי המצדיק בדרך כלל את "אי-ההתערבות", דהיינו, היעילות העסקית של ניהול ענייני החברה<sup>122</sup>. עיון בנימוקים שהביאו לביסוס כלל "אי-ההתערבות" האנגלי (הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*) – אישיותה העצמאית של החברה וכוח האשרור של האסיפה הכללית – מגלה כי הם דינויים במהותם<sup>123</sup>. נקודת המבט אינה יעילותה של החברה, אלא יעילות פעולתם של בתי המשפט. הנימוק הראשון משמעותו כי בעל הדין הנכון אינו בפני בית המשפט<sup>124</sup>. הנימוק השני בא למנוע בזבוז זמנו של בית המשפט<sup>125</sup>. מכאן מתבקשת גם המסקנה כי החריגים לכלל "אי-ההתערבות" האנגלי, אינם חופפים את התחום בו השיקול בדבר היעילות העסקית של החברה אינו חל, אלא חופפים את התחום בו נשמרת יעילות פעולתם של בתי המשפט. עם כל החשיבות שיש לייחס לנימוקים בדבר יעילות פעולתם של בתי המשפט, יש מקום לבחון את משקלם ביחס לתוצאה המושגת על ידם – הגנה על השליטה בחברה<sup>126</sup>. דומה כי המחיר שהמשפט האנגלי משלם בעד שמירה על יעילות בתי המשפט הוא כבד, שכן חובת הזהירות שהדין מטיל על המנהל כלפי החברה היא במקרים רבים *lex imperfecta*, שהרי בהפרת חובות אלה חל כלל "אי-ההתערבות" האנגלי<sup>127</sup>. הוא הדין במקרים רבים של הפרת חובות האמון. התוצאה היא, שעל מזבח העקרונות הדיוניים הנזכרים הוקרבה זכות החברה ובעלי המניות כלפי בעלי השליטה. מן הדין, איפוא, לבחון את משקלם של הנימוקים הדיוניים הנזכרים אחד לאחד.

## ב. אישיותה העצמאית של החברה

בפרשת *Burland v. Earle* [1902] 128 ציין השופט דייבי (Lord Davey) כי<sup>129</sup>:

"It is clear law that in order to redress a wrong done to the company... the action should prima facie be brought by the company itself".

זהו בעיקרו, הנימוק הדיוני הראשון. גם אם נימוק זה הוא בעל משקל מכריע, ניתן לחשוב על מספר אפשרויות לקיימו, מבלי להגיע לתוצאה אליה הגיע המשפט האנגלי. תביעת החברה נעשית באמצעות אורגן המוסמך מטעמה לכך. בדרך כלל האורגן המוסמך לתבוע בשם החברה הם המנהלים. אך היהיה זה בלתי סביר לקבוע, כי במקום

122. ראה ה"ש 4 לעיל.

123. ראה הלשון הדיונית לה נזקק בית המשפט בפרשת *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83. ראה גם Schmitthoff "The Rule Of the Majority and the Protection of the Minority" *Studi Di Diritto Privato* No. VIII, 663, 669.

124. ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064, 1066.

125. ראה ה"ש 27 לעיל.

126. ראה ה"ש 15 לעיל.

127. להסבר וביקורת תוצאה זו, ראה הערה 147 להלן.

128. *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83.

129. בע' 93.

שלפי הטענה המנהלים הם שהפרו חובתם כלפי החברה, הם יחדלו להיות אורגן מוסמך, ובעל המניה ייהפך לאורגן מוסמך<sup>130</sup>? אכן, במסגרת הדין הקיים ניתן להגיע לידי כך שהאסיפה הכללית היא האורגן המוסמך במקרה זה<sup>131</sup>. אך באופן עקרוני ניתן להרחיב דין זה ולראות בכל בעל מניה אורגן מוסמך לניהול תביעת החברה נגד מנהל, שלפי הטענה הפר חובתו כלפי החברה.

עד כה הנחתי כי נימוק דיוני זה הוא בעל משקל מכריע. האמנם כך הוא הדבר? נראה לי שאין הדבר כך. כאשר מוכר חריג "מדומה" או "אמיתי" לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* מאפשר המשפט האנגלי, באמצעות קונסטרוקציה דיונית מעניינת, לבעל מניה להגיש תביעה דרבטיבית, בה מתבררת זכות החברה מבלי שהיא תבעה את המנהל לדין. על קונסטרוקציה זו אמר השופט בלנסבורג (Lord Blansburgh) כי הוא מהווה –

"An excellent illustration of the golden principle that procedure with its rules is the handmaid and not the mistress of justice".<sup>132</sup>

אם קונסטרוקציה זו אפשרית לענין אותם חריגים, מדוע אין היא אפשרית בכל מקרה בו מפר מנהל חובתו כלפי החברה? מדוע הופכת שפחת הצדק להיות גבירתה?

### ג. כוח האשרור

נימוק זה גורס כידוע, כי אין לפתוח שערי בית משפט בפני בעל מניה הטוען להפרת זכות החברה, במקום שהאסיפה הכללית רשאית להתכנס ולאשרר ההפרה של המנהלים, שהרי על ידי כך נהפך הדיון כולו למיותר<sup>133</sup>, וזמנו של בית המשפט הושחת לריק<sup>134</sup>. נימוק זה אינו נראה לי. קיומה של אפשרות, כי הפרת זכות תאשרר, לא צריך למנוע את הדיון בחוקיות ההפרה, כל עוד האשרור לא בא<sup>135</sup>. אליבא דכולם הוא, שבית משפט ידון בתביעתה של חברה, המוגשת באמצעות מנהליה כאורגן מוסמך, נגד מנהל שלפי הטענה הפר חובתו כלפיה. והנה, גם במקרה זה אפשרות האשרור מטעם אסיפת בעלי המניות קיימת. מדוע לא תידחה תביעה זו מטעם זה? ואם דין תביעה זו שלא להדחות, מה בינה לבין תביעה דרבטיבית המוגשת על ידי בעל מניה? שמא תאמר, כי ההבדל הוא בהסתברות האשרור, שהוא גבוה במקרה של תביעה דרבטיבית ונמוך במקרה של תביעת המנהלים. שיקול זה יש בו ממש, אך דווקא המשפט האנגלי דוחה אותו, שכן כפי שנראה<sup>136</sup> לגביו קובעת אפשרות האשרור התיאורטית ולא הגשמתה למעשה.

130. זהו הפתרון שניתן לבעיה במשפט הגרמני. ראה הערה 179 להלן.

131. כאשר המנהלים נוגעים בדבר, אין הם רשאים להחליט אם להגיש תביעה בשם החברה, אם לאו. מכיוון שכך, עוברת סמכות ההחלטה לאסיפת בעלי המניות. ראה ה"ש 77 לעיל.

132. בפרשת *Ferguson v. Wallbridge* [1935] 3 D.L.R. 66, 83.

133. ראה 25, 13. *Macdougall v. Gardiner* (1875) 1 Ch.D.

134. ראה 234, 232. *Kelly v. Electrical Construction Co.* (1908) 16 O.L.R.

135. ראובן התקשר עם שמעון, נציגו של לוי. שמעון חרג מסמכותו. הנשלול מראובן את זכותו לתבוע את שמעון על החריגה מסמכות, רק משום שלוי רשאי לאשרר את פעולתו של שמעון?

136. ראה הערה 139 להלן.

גם אם נקבל את שיקול האשרור כשיקול ראוי, אין הוא מופעל בצורה סבירה במשפט האנגלי, ומכמה טעמים:

ראשית, אם החשש הוא להשחתת זמנו של בית המשפט, מה היסוד ההגיוני להבחין בין אשרור הנעשה על ידי החלטה רגילה (שלגביו חל כלל "איהתערבות") לבין אשרור הנעשה על ידי החלטה מיוחדת (שלגביו חל כלל "איהתערבות" אינו חל)? בשני המקרים הפעולה הבלתי חוקית ניתנת באופן עקרוני לאשרור, ונמצא כי יתכן מצב דברים בו בית משפט ידון בחוקיות פעולה שהאסיפה הכללית עשויה לאשרר, ובכך להביא להשחתת זמנו של בית המשפט. אמת הדבר, ככל שדרוש רוב גדול יותר, כן גדל הסיכוי כי רוב כזה לא יתקיים הלכה למעשה במקרה הנדון, אך השיקול של אקטואליות האשרור אינו רלבנטי במשפט האנגלי<sup>136</sup>. לפי הלכת המשפט האנגלי, לא יחול כלל "איהתערבות" גם אם יוכח לבית המשפט כי הרוב המיוחד המוסמך לאשרר את הפעולה הבלתי חוקית קיים בפועל. בדומה, כלל "איהתערבות" יחול גם אם יוכח כי הרוב הרגיל המוסמך לאשרר את הפעולה הבלתי חוקית אינו קיים בפועל. נמצא, שלא אקטואליות האשרור היא הקובעת, אלא האפשרות התיאורטית לקיומה. אם כן, מה יסוד יש להבחין בין סוגי האשרור?

תשובתו האפשרית של המשפט האנגלי לטיעון אחרון זה עשויה להיות, כי אם בתקנות החברה נקבע כי פעולה פלונית צריכה להעשות בדרך אלמונית, ואותה פעולה נעשית בדרך אחרת, הרי יש בכך משום הפרת התקנות. אם במסיבות אלה יופעל הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*, התוצאה תהיה שבעל מניות לא יוכל לתבוע לתיקון המעוות. מכיוון שיש להניח כי גם החברה עצמה לא תתבע, הרי התוצאה המעשית תהיה שהחברה תמשיך להתנהג בניגוד לתקנות. יש בכך למעשה, משום שינוי התקנות מבלי שהרוב הדרוש לכך נתן הסכמתו. התוצאה המעשית היא, שרוב רגיל של בעלי מניות – המתנגד להגשת התביעה – הצליח בדרך עקיפה לעשות מעשה שרק רוב מיוחד רשאי לעשותו בדרך ישירה<sup>137</sup>. הנמקה זו אינה משכנעת, ומכמה טעמים:

1. בכל מקרה בו מופעל כלל "איהתערבות" התוצאה המעשית המושגת היא שפעולה בלתי חוקית נשארת ללא תגובה. במה נשתנתה הפרת התקנות מפעולה בלתי חוקית אחרת?

2. הטיעון בדבר שינוי למעשה של התקנות תופס רק באותם המקרים בהם הפעולה האסורה של המנהלים נעשית בניגוד לתקנות, דהיינו, מקרי "הנייהול הפנימי הכושל". אין טיעון זה תופס כלל כאשר הפעולה האסורה מתבטאת בהפרת חובות האמון והזיהירות שהמנהל חב לחברה. מקורן של חובות אלה אינו בתקנות אלא בדין הכללי. למרות זאת, מופעל עקרון האשרור גם לענין חובות אלה<sup>137</sup>. מכאן, שהשינוי למעשה של התקנות אינו השיקול המכריע.

3. גם במקרה בו נדרש רוב רגיל לאשרור פעולה בלתי חוקית, ורוב זה אינו קיים, התוצאה המעשית היא, כי בעלי המניות משיגים בעקיפין את שאין להשיג במישרין, וכי למעשה נוהגת החברה בניגוד לתקנות, באופן שרוב קטן מהדרוש להתקנת תקנה חדשה, נוהג כאילו תקנה כזו כבר הושגה<sup>138</sup>.

137. ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064, 1067; *Baillie v. Oriental Telephone* Co. [1915] 1 Ch. 503, 515; *Wooldens v. Logan* [1948] N.Z.L.R. 230, 236, 237. גם *Gower, op. cit.*, p. 530.

138. אכן, במספר פסקי דין הופעל הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* למרות שהפעולה האסורה

לאור השגות אלה, נראה כי אין יסוד הגיוני להבחין בין אשרור ברוב רגיל לבין אשרור ברוב מיוחס לענין תוחלת הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*. שנית, כאשר הרציונלה היא בשמירה על זמנו של בית המשפט, אין טעם בהתייחסות ליכולת העקרונית לאשרר הפעולה, אלא היה מקום להתייחס לאקטואליות האשרור. כאשר הפעולה ניתנת באופן עקרוני לאשרור ברוב רגיל, היה מקום לאפשר את התערבות בית המשפט, אם יוכח כי רוב כזה אינו ניתן לגיוס במקרה הנדון, שכן לאור הוכחה זו אין חשש להשתתת זמנו של בית המשפט. בדומה, כאשר הפעולה ניתנת לאשרור עקרוני רק ברוב מיוחד, היה מקום למנוע התערבות בית המשפט אם יוכח כי רוב כזה ניתן לגיוס במקרה הנדון, שכן לאור הוכחה זו יש חשש להשתתת זמנו של בית המשפט. כידוע, זו אינה גישתו של המשפט האנגלי, המתחשב באפשרות התיאורטית לאשרור ולא באקטואליות האשרור<sup>139</sup>. בכך סוטה המשפט האנגלי מהרציונלה שהוא עצמו קבע.

אחד הקשיים בסוגיית האשרור נובע מתוך כך, שבהצבעה על אשרור פעולת המנהלים רשאים להצביע כל בעלי המניות, בין אם הם נתנו יד לפעולה האסורה ובין אם לאו. כך למשל, בעל מניות רשאי להצביע בעד אשרור פעולה אסורה שבוצעה על ידו כמנהל<sup>140</sup>. גישה זו נובעת מההכרה, כי זכות ההצבעה היא נכס, וכפוף לכללי "עושה המיעוט", בעל הנכס רשאי לעשות בו כרצונו<sup>141</sup>. הדין אינו נראה לנו מוצדק, והאנאלוגיה בין זכות ההצבעה ונכס נראית לנו כמרחיקת לכת. בצדק מציין בלנטיין (Ballantine)<sup>142</sup>, כי:

"[the] power of voting control is not regarded properly as a species of property which may be reserved or split off, and bought and sold, apart from the beneficial interests in the shares of stock. Voting power is an ancillary of protective right not an independent species of property which may be used to give dominion over the investments of others."

שעה שבעל מניה מצביע, מן הדין שיראה לנגד עיניו את טובתה של החברה. אמת הדבר, אין הוא נאמן של החברה, ואין הוא חב לה חובות אמון וזהירות בהיקף ובעוצמה כמו אלה המוטלות על המנהלים. אך הקיצוניות האחרת, המוכרת על ידי המשפט האנגלי, אינה רצויה. מן הדין להכיר כי בעל המניה, ובעיקר בעל מניות השליטה, אינו "זר" לחברה, אלא חב לה חובות אמון וזהירות, המחייבות אותו להתנהג בתום לב, ללא רשלנות, ולמען החברה כולה. אם גישה זו תוכר, כי אז הכוח לאשרר יינתן רק לאותם

ניתנה לאשרור רק ברוב מיוחס. ראה: *Purdon v. Ontario Loan & Debenture Co.* (1892) 22 O.R. 597; *Campbell v. Australian Mutual Prordew Society* (1908) 77 L.J.P.C. 117. בדעה דומה היה גם השופט קקביץ (Kekewich J.) בפרשת *Normandy v. Ind. Coope & C. Ltd.* [1908] 1 Ch. 84 ועל כך נמתחה עליו ביקורת על ידי פרופ' גאוור (שם, בע' 529). עיון בעובדות פסק הדין מראה כי ניתן היה לאשרר הפעולה הבלתי חוקית הנדונה שם ברוב רגיל.

<sup>139</sup>. ראה 24 (n) 529. *Gower, op. cit.*

<sup>140</sup>. ראה *North-West Transportation, Ltd. v. Beatty* (1887) 12 App. Cas 589.

<sup>141</sup>. ראה *Pender v. Lushington* (1877) 6 Ch.D. 70.

<sup>142</sup>. ראה *Ballantine Corporations* 2nd ed., 1946, p. 433.

בעלי מניות שהינם "בלתי תלויים", דהיינו, לא השתתפו בעצמם בהפרת חובת המנהלים, ואף מבלי שיהיו נתונים לשליטת המנהלים.

#### ד. תרמית

המוטיב של המנהל, שעה שהוא מפר את חובותיו כלפי החברה, מהווה גורם מרכזי בהפעלת כלל "אי-ההתערבות" במשפט האנגלי<sup>143</sup>. אליבא דכולם, אם המנהל פעל מתוך תרמית<sup>144</sup>, אין כלל "אי-ההתערבות" חל, בין אם משום שבמקרה זה אינה קיימת אפשרות האשרור<sup>145</sup>, ובין אם במקרה זה מוכר חריג "אמיתי" לכלל<sup>146</sup>. מכאן, שאם המנהל מפר שלא במזיד את חובות האמון המוטלות עליו, או נוהג ברשלנות ובכך מפר את חובת הזהירות המוטלת עליו<sup>147</sup>, אין מקום להתערבות בעל המניה. הדין הופר, ללא אפשרות מעשית להשיג סעד. לתוצאה זו אין הצדקה. נזקים ככדים עשויים להגרם לחברה בשל רשלנות מנהליה, ואם אלה מסרבים לתבוע בשם החברה את עצמם, יש לאפשר זאת לבעל מניות. ההסבר לעמדת המשפט האנגלי הוא היסטורי בעיקרו. שעה שבתי המשפט של הצנסורי יצרו את התביעה הדרבטיבית, נידונו תביעות הרשלנות בפני בתי המשפט של המשפט המקובל, שלא הכירו בתביעה הדרבטיבית<sup>148</sup>. קיום ההסבר ההיסטורי, אינו הצדקה מספקת למצב בלתי רצוי.

#### ה. החוק החרות האנגלי: חוק החברות

חקיקת החברות באנגליה לא הסירה את המגבלות שהמשפט המקובל הטיל על כוח ההתערבות של בעל המניה בשימוש שהחברה עושה בכוח תביעתה. כאותם מקרים שמכוח הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* נמנעת מבעל המניה הזכות להתערב בשיקול דעת המנהלים, הוא אינו יכול להתערב בשיקול דעתם גם לאחר מעשי החקיקה. למרות זאת הורחבו זכויותיו של בעל המניה, וצומצם במידה ניכרת כוח השליטה של המנהלים. צמצום כוח השליטה מתבטא בעיקר בשני דברים: ראשית, כאשר ענייני החברה מתנהלים באופן שהינו "oppressive" לחברים בחברה, קובע סעיף 210 לחוק החברות מ-1948<sup>149</sup> כי הרשות בידי בעלי המניות הנפגעים לפנות לבית המשפט, וזה ראוי, בהתקיים מספר תנאים<sup>150</sup>, לתת כל סעד הנראה לו<sup>151</sup>. שנית, אם מתברר כי

143. ראה טקסט ליד הערה 93 לעיל.

144. למובנו של ביטוי זה בהקשר זה, ראה בע' 346 לעיל.

145. כדעת פרופ' גאוור: ה"ש 66 לעיל.

146. ראה ה"ש 94 לעיל.

147. ראה למשל *Pavildes v. Jensen* [1956] Ch. 565. פרופ' גאוור הציע פתרון למקרה זה. ראה *Gower, op. cit.*, p. 533. נראים לנו דבריו של פנינגטון הדוחה פתרון זה. ראה *Pennington, op. cit.*, p. 545.

148. ראה *Pennington, op. cit.*, p. 545.

149. 11 & 12 Ge. 6, c 38.

150. בעיקר ראוי להדגיש התנאי הקובע כי סעדי בית המשפט יינתנו רק אם היה מקום עקרוני למתן צו לפירוק החברה מהטעם שהצדק והיושר דורשים זאת.

151. נראה שכוח זה אינו כולל את הסמכות להסמיק בעל מניה להגיש תביעה בשם החברה נגד מנהל שהפר חובתו כלפיה. בענין זה הציעה ועדת ג'נקינס (*Jenkins*) תיקון המובא בהערה 158 להלן.



מנהלי החברה אשמים ב"fraud, misfeasance or other misconduct" ביחס לחברה או חבריה, יש מקום למינוי חוקר מטעם ה-Board of trade. חוקר זה מגיש את הדו"ח שלו ל-Board. על יסוד זה רשאי ה-Board לפנות לבית המשפט על פי הוראת סעיף 210 הנוכח<sup>152</sup>, או שהוא רשאי מכוח סעיף 37 לתיקון החוק מ-1967<sup>153</sup> לתבוע בעצמו, בשם החברה, כל מנהל האחראי כאמור. חידושים אלה מרחיבים את מושג "עושה המיעוט"<sup>154</sup>, ובתחום מורחב זה מוענקות סמכויות למתן סעד לבית המשפט, ונקבע כי בהפר מנהל חובותיו כלפי החברה בתרמית, רשאית זו לתבוע אותו, כאשר האורגן המוסמך מטעם החברה להגשת התביעה הוא ה-Board of trade. כוח השליטה של המנהלים מצטמצם. שוב אין הם רשאים להניח, כי כפוף לחריגים לכלל בפרשת Foss v. Harbottle לא יתערב איש בפעולתם. למרות זאת, אין חידושים אלה פותחים את שערי בית המשפט בפני תביעת החברה באמצעות בעל המניה. סעיף 210 מאפשר אמנם לבעל מניה לפנות לבית המשפט, אך הסעד שיתקבל יהיה סעד כלפי החברה. סעיף 37 מעניק אמנם סעד לחברה כלפי המנהל, אך בהפעלת תביעת החברה אין לבעל המניה מעמד. זאת ועוד: תביעת החברה באמצעות ה-Board כלפי המנהלים אינה אפשרית בכל מקרה בו הפרו המנהלים את חובותיהם כלפי החברה. התיקון משנת 1967 משתרע רק על הפרת חובה הנעשית בתרמית. נראה שאין תיקון זה משתרע על פעולות מנהל מתוך רשלנות<sup>155</sup>.

יתרונות התיקון משנת 1967 בולטים לעין. כוח התביעה הנתון ל-Board of trade מהווה, ללא ספק, אמצעי מרתיע כלפי מנהלים<sup>156</sup>, משמוגשת התביעה על ידי ה-Board בשם החברה, זו מתנהלת על ידי גוף בלתי תלוי. אין חשש לתביעות סרק שמטרתן היחידה ליצור עמדת מיקוח נוחה לסחיטת כספים מהחברה ומנהליה. בהיות הגוף התובע גוף ציבורי הוא נתון לביקורת ציבורית על הגיון פעולותיו. בידי אמצעים כספיים מספיקים – ואף סמכויות סטטוטוריות לגביית הוצאות<sup>157</sup> – לניהול משפט הדורש הוצאות רבות, באופן שאין חשש כי תביעה לא תוגש רק משום שלבעל המניות המעוניין אין מקורות מימון מספיקים לניהול התביעה.

חסרונות ההסדר האנגלי הם בעיקר שניים: ראשית, אין תרופה נגד מנהלים הגורמים נזקים לחברה על ידי התנהגות רשלנית. על שום מה יישאר נזק זה ללא סעד? שנית, לבעל המניה לא מוענק כוח תביעה משלו. אם ה-Board מחליט שלא לתבוע בשם החברה, אין בעל המניה יכול לתבוע, גם אם הוא משוכנע בתום לב כי ה-Board טועה בשיקול דעתו<sup>158</sup>. זאת ועוד: סמכות ההתערבות של ה-Board, כגוף ציבורי,

152. ראה ה' Companies Act, 1967, s. 35. תנאי לתביעה הוא, שזו אינטרס הציבור (public interest) לעשות כן.

153. סעיף (1)37 לחוק הנ"ל. אף כאן נקבע, כי תנאי לתביעה הוא, שזו אינטרס הציבור לעשות כן.

154. ראה בע' Pennington, op. cit., p. 552.

155. שם, בע' 558a. המסתמך על All E.R. 606 [1967] 2 S.B.A. Properties, Ltd. v. Craddock.

156. ראה בע' Pennington, op. cit., p. 558a.

157. ה' Board רשאי לקבל הוצאותיו ממי שנתבע על ידי החברה, או מהחברה עצמה. ראה חוק החברות מ-1948, סעיף 170.

158. ועדת Jenkins (ראה Cmnd. 1749) המליצה כי בית המשפט יוסמך, במסגרת סעיף 210 לחוק החברות האנגלי מ-1948, להורות כי בעל מניה יתבע בשם החברה אם המנהלים שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה. המלצה זו לא התקבלה. יש להצטרף על כך. ראה: Leigh "Companies Act 1967" 31 (1968) M.L.R. 183, 191.

מותנית בכך שענין הציבור הוא (public interest) שהוא יתערב. אך יתכן שענין ציבורי כזה לא יתקיים, ובכל זאת בעל מניות ירצה להעניק סעד לחברה שלו. הנסיון מלמד, כי ה־ Board מתערב אך במקרים מעטים<sup>159</sup>. מעבר למקרים אלה, אין מקום לכל יוזמה של בעל מניה, המוכן על חשבוננו ואחריותו לתבוע בשם החברה ולמענה שלפי טענתו הפר חובתו כלפי החברה.

### 3. עמדת המשפט האמריקאי

בדומה למשפט האנגלי, מכיר גם המשפט האמריקאי<sup>160</sup> בכלל "אי־ההתערבות". למרות מסורת משותפת של משפט מקובל, נוצר כלל זה במשפט האמריקאי באופן עצמאי<sup>161</sup>. שלא כמו במשפט האנגלי, אין עקרון זה במשפט האמריקאי מושפע מדיני השותפויות. אין הוא משתרע, על כן, על מקרי "הניהול הפנימי הכושל". כבר בראשיתו נתקל כלל אי־ההתערבות בחברה המסחרית, המהווה אישיות משפטית עצמאית, המתנהלת על ידי מנהלים המפעילים שיקול דעת עצמאי. הדגש במשפט האמריקאי הוא, איפוא, על כן על יסודות אלה שבעקרון "אי־ההתערבות"<sup>162</sup>. בסוף המאה ה־19 מורגשת השפעת הפסיקה האנגלית, בעיקר זו הנוגעת לסוגיית האשרור<sup>163</sup>. השפעתה של פסיקה זו לא התבטאה בשלילת ההתערבות של בית המשפט במקום שפעולת המנהל ניתנת לאשרור, אלא בקביעת הכלל, כי בטרם יתערב בית המשפט יש צורך בפניה (demand) למנהלים ולבעלי המניות, שיחליטו הם אם לתבוע בשם החברה, אם לאו.

גישתו העקרונית של המשפט האמריקאי הינה, איפוא, כי אין מקום להתערב בהחלטת מנהלים שלא לתבוע, במקום שאלה מפעילים שיקול דעת עסקי ענייני<sup>164</sup>.

159. ראה McEachran "The Leigh וכן Companies Act 1967" 31 (1968) M.L.R. 183, 191. גם פנינגטון מפקק בכוחו של ה־ Board להיות מגן לבעלי מניות המיעוט בחברה. ראה Pennington "The Companies Act 1967" (1967) S.J. 111.

160. דינים אלה הם בעיקרם State Law ולא פדרליים. מכאן שהדיבור על "משפט אמריקאי" הוא מטבעו בלתי מדויק, ומייצג רק את הנורמים העיקריים שהתקבלו במרבית המדינות.

161. ראה Boyle "The Minority Shareholder in the Nineteenth Century: A Study in Anglo-American Legal History" 28 (1965) M.L.R. 317.

162. ראה ה־ "Business Judgment" Rule "המנוסח על ידי ה־ (Henn) באופן הבא: Corporate management is vested in the board of directors. If in the course of management, directors arrive at a decision, within the corporations powers (intra vires) and their authority, for which there is a reasonable basis, and they act in good faith, as a result of their independent discretion and judgment, and uninfluenced by any consideration other than what they honestly believe to be the best interests of the corporation, a court will not interfere with internal management and substitute its judgment for that of the directors to enjoin or set aside the transaction or to surcharge the directors for any resulting loss"; Henn, *op. cit.*, sec. 233, p. 364.

163. ראה Boyle, *op. cit.*, p. 323.

164. ראה הערה 162 לעיל.

כאשר הטענה הינה כי המנהלים עצמם הפרו חובתם כלפי החברה, אין מקום להנחה זו, ועל כן יש מקום להתערבות, ובלבד שבאה דרישה לבעלי המניות לתבוע בשם החברה<sup>165</sup>. כאשר המנהלים, שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה – בין חובת אמון ובין חובת זהירות – שולטים באסיפת בעלי המניות, אין אף צורך בפניה לאסיפה הכללית, ודי בציון עובדת השליטה בכתב הטענות<sup>166</sup>.

נראה אפוא שכלל "איי-ההתערבות" במשפט האמריקאי נוח יותר לבעל המניה מאשר עמיתו האנגלי. אין הפעלתו קשורה, לא בהבחנה בין הפרה בתרמית לבין הפרה ברשלנות, ולא בהבחנה בין מקרים הניתנים לאשרור לבין מקרים שאינם ניתנים לאשרור. לאור יד רחבה זו כלפי בעל המניה, מתעורר החשש – שיש לו בסיס במציאות הכלכלית בארצות הברית – כי בעלי מניות יעשו שימוש לרעה בכוח ההתערבות הניתן להם. כדי למנוע מצב דברים זה נקבעו מספר כללים המכבידים על בעל מניה את הפניה לבית המשפט<sup>167</sup>. החשוב מבין כללים אלה הוא זה הקובע, כי בעל מניה שיש לו פחות מכמות מסויימת של מניות, חייב על פי בקשת החברה ועתים אף על פי בקשת המנהל הנתבע להביא ערבות כספית, שיהיה בה כדי לכסות את ההוצאות האפשריות של החברה בתביעה הדרבטיבית (security expenses)<sup>168</sup>. כדי למנוע תביעות סרק שמטרתן פשרה על חשבון החברה נקבע במספר מדינות, כי הפשרה לא תקבל תוקף אלא באישור בית המשפט<sup>169</sup>.

המאפיין את ההסדר האמריקאי הוא בכוח ההתערבות העקרוני הניתן לבעל המניה לתבוע בתביעה דרבטיבית מנהלים שהפרו חובתם כלפי החברה. כוח זה חשוב דווקא בארצות הברית, בה רבה שליטת המנהלים על בעלי המניות<sup>170</sup>. התביעה הדרבטיבית מוכרת בארצות הברית כאחד האמצעים היעילים היחידים, שיש בהם כדי לשמור על זכותו של בעל המניה בחברה<sup>171</sup>, ובכך להבטיח את ה"shareholders democracy"<sup>172</sup>. הביקורת הנמתחת בארצות הברית על ההסדר שם היא לרוב על ההכבדה היתירה שכללי ה"security for expenses" מכבידים על בעל מניות קטן בהגשת תביעה דרבטיבית נגד מנהליה של החברה בה הוא משמש בעל מניה<sup>173</sup>, ועל חוסר יעילותה של התרופה באותם המקרים בהם אין מספיק אינפורמציה לבעל המניות<sup>174</sup>.

165. אין צורך בדרישה למנהלים, שכן טבעי שהם לא יתבעו את עצמם; ראה Henn, op. cit., p. 576. יש המבקרים הצורך בפניה לאסיפה הכללית, שהרי אין הם מוסמכים לתבוע בשם החברה. ראה Ballantine, op. cit., p. 346.

166. ראה Henn, op. cit., p. 576.

167. בעיקר ראה "Contemporaneous Ownerships Requirements"; Henn, op. cit., p. 568.

168. ראה Henn, op. cit., p. 588.

169. שם, בע' 594.

170. בענין זה ראה Berle "Control in Corporate Law" 58 (1958) Col.L.R. 1212.

171. ראה Rohrlieh "Suits in Equity by Minority Stockholders as a means of Corporate Control" 81, U.Pa.L.R. 692, 719.

172. ראה: Emerson and Latham Shareholders Democracy: A Broader Outlook for Corporation (1954) Garrett "Attitudes on Corporate Democracy: A Critical Analysis" 51 (1956) NW.U.L.R. 310.

173. ראה רשימת מאמרים ב"1 Henn, op. cit., p. 588, (n).

174. ראה Hornstein "Legal Control of Intra-Corporate Abuse" 41 (1941) Col.L.R. 405.

4. עמדת המשפט הגרמני<sup>175</sup>

המשפט הגרמני מבדיל בין המקרה בו המנהל מפר חובותיו כלפי החברה, לבין המקרה בו התנהגות המנהל מהווה "ניהול פנימי כושל". במקרה הראשון, החברה היא הנפגעת, ועל כן רק היא זכאית לסעד על נזקיה. זוהי מסקנה המתבקשת מהיות החברה אישיות משפטית עצמאית. מכיוון שגם במשפט הגרמני כוח התביעה בשם החברה נתון בידי הגוף המנהל (Vorstand), וקיים חשש כי אלה לא יפעילו את כוח התביעה של החברה נגד עצמם, נקבע כי במקרה של הפרת חובת המנהלים כלפי החברה, כוח התביעה של החברה יופעל על ידי הגוף המפקח (Aufsichtsrat)<sup>176</sup>. אך קיים החשש כי הגוף המפקח קשור בגוף המנהל, או שגם הוא הפר חובותיו. במקרה זה הדין הוא, כי רוב רגיל של אסיפת בעלי המניות רשאי להחליט על הגשת תביעה של החברה נגד מנהלה<sup>177</sup>. במקרה זה הם רשאים למנות נציג מיוחד (Besondere Vertreter) שיפעיל בשם החברה את כוח תביעתה. אך יש והמנהל שולט לא רק בגוף המפקח אלא גם בבעלי המניות. על כן קובע החוק הגרמני, כי עשרה אחוז מבעלי המניות רשאים לדרוש שתוגש תביעה בשם החברה, ובית המשפט רשאי למנות להם נציג מיוחד<sup>178</sup>. כאשר התביעה מוגשת על פי בקשת המיעוט, לא המיעוט הוא התובע, אלא החברה היא התובעת, כאשר האורגן המחליט על הגשת התביעה בשם החברה הינו המיעוט<sup>179</sup>. כאשר הפעולה האסורה היא מהסוג של "ניהול פנימי כושל", הזכות המופרת היא של בעל המניה, ועל כן כוח התביעה נתון בידו נגד החברה. הסעד המבוקש הינו הכרזה על בטלותה של החלטה בטילה (Nichtigkeitsklage) או על ביטול החלטה נפסדת (Anfechtungsklage)<sup>180</sup>.

לענין הפרת חובת המנהל כלפי החברה, מתבלט יפה ההבדל בין הגישה האנגלו-אמריקאנית, לבין הגישה הגרמנית. הגישה האנגלו-אמריקאנית היא אינדיבידואליסטית. באותם המקרים בהם מוכר חריג לכלל "אי-התערבות", נתון כוח התביעה בידי בעל המניה הבודד, התובע למען החברה אם כי לא בשמה. הגישה הגרמנית היא קבוצתית (group approach)<sup>181</sup>. כוח התביעה אינו נתון לבעל המניה

מכאן גם הצעות להגברת מתן אינפורמציה לבעלי מניות. ראה Lasswell "A Non-Bureaucratic Alternative to Minority Stockholders Suits" 43 (1943) Col.L.R. 1936 כנגד זאת ראה Dean "A Reply" 43 Col.L.R. (1943) 1040 וכן Podell "A Third View" 43 (1943) Col.L.R. 1045.

175. לסיגיה זו, ראה Eckert "Shareholder and Management: A Comparative View on Some Corporate Problems in the U.S. and Germany" Iowa Law Review 70; Steefel and von Falkenhausent "The New Germany Stock Corporation Law" 52 (1967) Cor.L.Q. 518.

176. ראה Koessler "The Stockholder's Suit: A Comparative View" 46 (1946) Col.L.R. 238, 252.

177. סעיף 147 ל־Aktiengesetz משנת 1965, שנכנס לחוק ב־1.1.1966 (להלן: A.G.).

178. סעיף 147 (1) ל־A.G.

179. ראה Eckert, op. cit., p. 74.

180. שם, בע' 71.

181. שם, בע' 72.

הבודד. ההחלטה היא של מיעוט שיש לו לפחות עשרה אחוז מהמניות. אך משנתקבלה החלטת מיעוט זה, התביעה אינה רק למען החברה, אלא זו תביעתה של החברה עצמה.

## 5. שיקולים בגיבוש הפתרון הרצוי

### א. שיקול דעת מסחרי הוגן

מקום שהמנהלים מפעילים שיקול דעת עסקי הוגן, אין מקום להתערבות, בין של בעל מניה ובין של בית המשפט, בשיקול דעת זה. עקרון זה משקף הן את הדין המצוי<sup>182</sup> והן את הדין הרצוי. המנהלים מתמצאים בהלכות החברה, ואין כמותם יודע כיצד לנהלה בכלל, וכיצד להפעיל כוח תביעתה בפרט. הסיכון של טעות בשיקול דעת המנהלים, מן הדין שיפול על שכם בעלי המניות, הבוחרים במנהלים והרשאים בדרך כלל לפטרם<sup>183</sup>.

### ב. העדר שיקול דעת מסחרי הוגן

ההנחה המונחת ביסוד דין זה הינה, איפוא, שהמנהלים מפעילים שיקול דעת מסחרי הוגן. האם הנחה זו פועלת שעה שהמנהלים שהפרו חובתם כלפי החברה, הם הם המנהלים המשתתפים בהחלטת החברה כי אין מקום לתביעת החברה נגדם? נראה כי יש להבחין בין שני מקרים. האחד, בו החלטת המנהלים נתקבלה על ידי רוב בלתי מעוניין; האחר, בו המנהלים שהחליטו על המנעות החברה מתביעה הם גם המנהלים שהפרו חובתם כלפיה.

במקרה הראשון התקבלה החלטה שלא לתבוע בשם החברה, על ידי רוב של מנהלים שכלפיהם לא נטענה הטענה כי הם הפרו חובתם כלפי החברה. לכאורה, זהו שיקול מסחרי הוגן, המצדיק את הפעלתו של כלל "איי-ההתערבות". יחד עם זאת קיים החשש, כי הלויאליות של מנהל כלפי חברו המנהל תביא לעיוות שיקול הדעת, תוך העדפת יחסי חברות טובים על פני טובת החברה. זאת ועוד: יש להתחשב בשיקול של "שמור לי ואשמור לך". האינטרס המקצועי של אדם כמנהל עשוי להכתיב לו להתנגד להגשת תביעה נגד חברו המנהל, מתוך התקווה כי בבוא הזמן יתנגד חברו להגשת תביעה נגדו. למרות משקלם של נימוקים אלה, נראה כי מן הדין לדחותם<sup>184</sup>. כשם שאנו מניחים כי בדרך כלל מנהל פועל למען האינטרסים של החברה, אלא אם הוכח בפועל שיש לו אינטרס אישי, כן עלינו להניח כי בהעדר הוכחות לסתור, המנהל יתגבר על הפיתויים

182. ראה Henn, *op. cit.*, p. 364.

183. ראה דברי בית המשפט בפרשת *Dudley v. Kentucky High-School 9 Bush (Ky) 576*.

המצוטטים על ידי בלנטיין, שם, בע' 348: "In cases involving no breach of trust, but only error or mistake of judgment upon the part of the directors who represent the company, individual stockholders have no right to appeal to the courts to dictate the line of policy to be pursued by the corporation". להבחנה בין הפרת חובה מחד גיסא, לבין טעות בשיקול דעת המנהלים מאידך גיסא, ראה: Ballantine, *op. cit.*, p. 349.

184. ראה דברי בית המשפט בפרשת *Bartlett v. New York, N.H. & H.R. Co., 221 Mass. 530*.

538, 109 N.E. 425: "If the Majority of the board of directors of a corporation are incorruptible, free from collusion with wrongdoers, and ready to act for the best interest of the corporation, there is no reason why an individual stockholder should be permitted to involve the corporation in lawsuits".

הנזכרים. בודאי שהנחה אחרונה זו נכונה במיוחד, מקום שהמנהלים נבחרו על ידי סוגים שונים של בעלי מניות, באופן שבנוסף ללויאליות לחברה ולמנהלים האחרים, קיימת גם לויאליות מיוחדת לסוג בעלי מניות. כמובן, במקום שהמנהלים "בלתי תלויים" לא יוכלו להסביר פשר הצבעתם, כי אז הם ייהפכו שותפים להפרת חובת המנהלים האחרים, ושוב לא נעמוד בפני מצב דברים בו קיים רוב בלתי תלוי.

שונה הוא המצב, במקום שהחלטת המנהלים לא לתבוע בשם החברה נתקבלה על ידי רוב מעוניין, דהיינו, על ידי רוב שהיה מורכב מהמנהלים שהפרו חובתם כלפי החברה. במקרה זה עמדו המנהלים בפני קונפליקט של אינטרסים. מחד גיסא עמד האינטרס של החברה, שעשוי היה לתמוך בהגשת התביעה. מאידך גיסא עמד האינטרס האישי של המנהלים, שיש להניח כי תמך באי הגשת התביעה. נוכח קונפליקט זה, שוב אין מקום לתחולת ההנחה כי המנהלים מפעילים שיקול דעת מסחרי הוגן – הנחה המונחת ביסוד כלל "איהתערבות". אמת הדבר, יתכן וההחלטה שלא לתבוע בשם החברה באה מנימוק של טובת החברה, ובפועל לא הושפעה מהאינטרס האישי של המנהלים. אך בכך אין די. המנהל חב חובת אמון לחברה. חובה זו מטילה עליו את החובה שלא להמצא כלל במצב של ניגוד אינטרסים. כפי שמציין פרופ' גאוור (Gower):

"Good faith must not only be done but must manifestly be seen to be done, and the law will not allow a fiduciary to place himself in a situation in which his judgment is likely to be biased and then to escape liability by denying that in fact it was biased".<sup>185</sup>

אם לענין אחריות כך הדבר, לענין הנחת "השיקול המסחרי הוגן" לא כל שכן, וזאת בין אם המנהל פעל בזדון ובין אם פעל בתום לב, בין אם החובה המופרת היא חובת האמון, ובין אם החובה המופרת היא חובת הזהירות. די בקונפליקט האפשרי כדי להצדיק אי-תחולת כלל "איהתערבות".

### ג. פניה למנהלים ולאסיפה הכללית להגשת תביעה בשם החברה

כאשר הטעם העומד מאחורי כלל "איהתערבות" אינו תופס, יש לאפשר התערבות בעל המניה. היש מקום לדרישה, כי בעלי המניות יצפו להחלטת המנהלים, ורק לאחר שהחלטה תיפול יפנו לבית המשפט? לכאורה אין לחכות ולהמתין עד שתבוא ההחלטה, שהרי ממה נפשך: אם אלה יחליטו שלא לתבוע, הזכות בידי בעל המניה לתבוע, ועל שום מה ימתין? ואם המנהלים יחליטו על הגשת תביעה בשם החברה – מה נזק נגרם בהקדמת המועד? טיעון זה תופס רק כאשר בעל המניה טוען ומוכיח שאין רוב של מנהלים "בלתי תלויים". במקרה זה אין טעם בפניה להנהלה. בכל מקרה אחר יש להקדים ולפנות להנהלה קודם הגשת התביעה, ובכך למנוע תביעת סרק.

ניתוח חלוקת הסמכויות בין האסיפה הכללית לבין מועצת המנהלים<sup>186</sup> מלמד כי במרבית המקרים – וזהו גם המצב הרצוי – הסמכות לתבוע בשם החברה נתונה למועצת המנהלים ולא לאסיפה הכללית. מכאן מתבקשת המסקנה, כי אין מקום לדרישה כי לפני

<sup>185</sup>. ראה Gower, op. cit., p. 478.

<sup>186</sup>. ראה הערה 118 לעיל.

שבעל מניה מתערב בהחלטת מועצת המנהלים עליו לפנות לאסיפה הכללית<sup>187</sup>. ממה נפשך: אם האסיפה הכללית תחליט גם היא שאין לתבוע, אין להחלטתה הכוח למנוע את התביעה; אם האסיפה הכללית תחליט לתבוע, הרי שהתביעה כבר הוגשה, ושוב אין להחלטה זו חשיבות.

כנגד נימוק אחרון זה ניתן לומר, כי אף שכוח התביעה נתון בידי המנהלים, כוח האשרור נתון בידי האסיפה הכללית. האם לא מתבקשת מכאן המסקנה כי יש לפנות לאסיפה הכללית, לא לענין הפעלת כוח התביעה, אלא לשם התייחסות לעצם הפרת החובה? מה טעם יש בתביעה שבמהלכה יבוא אשרור מטעם האסיפה הכללית? כזכור<sup>188</sup>, היה זה אחד הנימוקים לכלל "אי-התערבות" באנגליה, ונימוק זה בוקר על ידינו תוך התייחסות לדין האנגלי<sup>189</sup>. ראינו, כי ההתייחסות היחידה הבאה בחשבון, היא לאפשרות המעשית לקיומו של אשרור (יהיה הרוב הנדרש אשר יהיה) במקרה קונקרטי. מכאן, שהשאלה הדורשת פתרון היא זו: האם לאפשר לבעל מניה להתערב בהחלטת מועצת המנהלים לא לתבוע, בלא שים לב לכוח האשרור, מתוך ההנחה כי אם כוח זה קיים, המנהלים בודאי יעשו כל נסיון להפעילו, או למנוע מבעל מניה מלהתערב בהחלטת מועצת המנהלים, כל עוד לא כונסה אסיפה כללית שקבעה עמדתה בשאלת האשרור.

הדעה הרווחת בין מרבית העוסקים בדיני חברות הינה, כי יש מקום לוותר על הצורך בפניה מוקדמת לאסיפה כללית. אומר בלנטיין (Ballantine):

"In general it seems impractical to require as a conditional precedent, the calling of a shareholders meeting or the making of a demand upon many scattered shareholders, in view of the difficulty, expense, delay and small benefit to be gained thereby"<sup>190</sup>.

על נימוק פרגמטי זה נוסף את הנימוק העקרוני, שהובא לעיל, שלדעתנו האפשרות העקרונית לאשרר פעולה בלתי חוקית אינה צריכה לסגור את שערי בית המשפט בפני תביעה בגין פעולה זו כל עוד האשרור לא בא. בהתאם להכרעתי הערכית, בהתנגשות אפשרית בין שמירה על זכות התברה מחד גיסא, לבין שמירה על זמנם של בתי המשפט מאידך גיסא, יד זכות החברה על העליונה. בתי המשפט נועדו להגן על זכויות האדם – לרבות החברה – וקיום האפשרות כי הגנה זו יתכן ותהיה מיותרת בעתיד, אינה צריכה למנוע הפעלת ההגנה כל עוד האפשרות לא התממשה.

#### ד. כוח האשרור של האסיפה הכללית

בהציעו חוק חברות לגאנה קבע פרופ' גאוור<sup>191</sup>, כי החלטת האסיפה הכללית אם לתבוע

187. כפי שמציין בלנטיין, שם, בע' 346: "An application to the shareholders and the calling of a shareholders' meeting seems an exceedingly unreasonable requirement".

188. ראה בע' 341 לעיל.

189. ראה טקסט ליד הערה 135 לעיל ואילך.

190. ראה Ballantine, op. cit., p. 346.

191. ראה Final Report of the Commission of Enquiry into the Working and Administration of the Present Company Law of Ghana, 1961, sec. 210 (2) p. 151 (להלן: חוק החברות לגאנה).

בשם החברה אם לא צריכה להתקבל על פי הצבעת בעלי מניות בלתי מעוניינים. לקביעה כזו אין ערך רב, אם היא אינה מתלווה בקביעה מקבילה, כי רק רוב בלתי מעוניין רשאי לאשרר את הפעולה האסורה של המנהלים, שכן מה ערך יש להחלטת רוב בלתי מעוניין לתבוע בשם החברה, אם רוב מעוניין יחליט לאשרר את הפעולה הבלתי חוקית נשוא התביעה? מכאן מתבקשת גם המסקנה, כי הענקת זכות התערבות לבעל מניה במקום שהמנהלים הפרו חובתם כלפי החברה, צריכה ללכת בד בבד עם העקרון כי אשרור הפרת החובה יכול להעשות רק על ידי רוב בלתי מעוניין. שאלת האשרור חורגת ממסגרת רשימה זו, והערתנו באה רק כדי להדגיש את הקשר בין שתי השאלות.

### ה. כוח ההתערבות – לבעל המניה

הנחתי עד כה, כי במקום שיש להתערב בהחלטת המנהלים שלא לתבוע בשם החברה, התערבות זו תעשה על ידי בעלי המניות דוקא. האם מסקנה זו מתבקשת מאליה? האין לומר, כי רצוי הוא להעניק את זכות ההתערבות לגוף "בלתי מעוניין", כגון "איגוד בעלי מניות"<sup>192</sup>, או אף בידי גוף ציבורי, כפי שהדבר נעשה באנגליה על ידי ה"Board of trade"<sup>193</sup>? השקפה זו עשויה להתבסס על אחד משני הגימוקים הבאים: האחד, המכיר באופן עקרוני באינטרס הלגיטימי של בעל המניה להתערב, אך החושש כי מתן זכות התערבות לבעל המניה תביא בעקבותיה לסחיטת החברה ותביעות סרק, באופן שהתועלת שתצמח מכך אינה שקולה כנגד הנזק שהדבר יגרום. נראה כי התשובה על נימוק זה הינה כי הדרך למניעת סחיטת החברה ותביעות סרק אינה בשלילת זכות ההתערבות של בעל המניה, אלא בקביעת הסדרים משפטיים שיבטיחו כי זכות ההתערבות לא תנוצל לרעה. על כך נעמוד להלן<sup>194</sup>. הנימוק האחר עשוי להיות, כי באופן עקרוני אין להכיר כלל באינטרס הלגיטימי של בעל המניה להתערב בשיקול דעת המנהלים<sup>195</sup>. בעל מניות משקיע כספו בחברה, ובכך הוא דומה לנושה של החברה. אם בעל מניה אינו מרוצה מפעולות ומחדלי המנהלים, הכוח בידו למכור מניותו. מטרת המשפט אינה להבטיח את כוח ההתערבות של בעל המניה, אלא שוק חפשי למסחר בניירות ערך<sup>196</sup>. נימוק זה אינו נראה לנו. יש הבדל מהותי – משפטי וכלכלי – בין נושה ובעל מניה. לראשון יש זכויות רכושיות כלפי החברה. לשני יש לא רק זכויות רכושיות כלפי החברה, אלא גם זכויות אישיות בחברה. מצב מיוחד ומורכב זה מצדיק, לדעתנו, הענקת זכות התערבות לבעל המניה דוקא, אם בלבד ואם ביחד עם גופים אחרים. אכן, מרבית העוסקים בדיני חברות, שהציעו רפורמה בסוגיה זו, עמדו על הענקת זכות התערבות דוקא לבעל המניה. זו עמדתו של פרופ' גאורד בהצעת חוק החברות לגאנה<sup>197</sup>, וזו עמדת הוועדה לרפורמה בדיני חברות באונטריו, קנדה<sup>198</sup>.

192. כפי הצעה שהובעה עליידי Laswell "A Non-Bureaucratic Alternative to Minority Stockholders Suits" 43 (1943) Col.L.R. 1036.

193. ראה הערה 153 לעיל. בארה"ב הוצע כי כוח ההתערבות יינתן ל"Securities and Exchange Commission". ראה Baker and Cary, op. cit., p. 730.

194. ראה פסקה ו' להלן.

195. ראה Manning "Book Review" 67 (1958) Yale L.J. 1477.

196. ראה Livingston The American Stockholder (1958).

197. הצעת חוק החברות לגאנה, בע' 151-152.

198. ראה Interim Report of the Select Committee on Company Law, 1967 (להלן: דו"ח



**1. הגבלות על כוח ההתערבות של בעל המניה**

בניתוח ההסדר הרצוי עמדנו על כך, כי אם המנהלים מפירים חובותיהם כלפי החברה – בין חובות אמון, ובין חובות זהירות – ומסרבים להגיש תביעה בשם החברה נגד עצמם, כי אז יש לקבוע עקרון סובסטנטיבי<sup>199</sup>, לפיו הרשות לבעל המניה להתערב בשיקול דעת המנהלים, ולגרום לכך כי תביעת החברה נגד מנהליה תתברר בפני בית משפט מוסמך. ביקשנו להסיר מעל דרכו של בעל המניה מכשולים שונים שנעזמו במשך השנים. איננו סבורים כי יש להתחשב בכוח האשרור העקרוני הניתן לאסיפה הכללית. לעומת זאת, אין לאפשר לבעל מניה לאשרר פעולה בלתי חוקית שנעשתה על ידו כמנהל. עמדנו על כך, כי יש מקום לוותר על התנאי, כי לפני הגשת התביעה יש צורך בפניה לאסיפה הכללית של בעלי המניות. עם קבלת הצעות אלה, נפתח פתח רחב להתערבות בעל המניה בשיקול דעת המנהלים. פתח זה נועד כדי להגשים את המטרה הרצויה של הגנת החברה בפני מנהליה. יחד עם זאת, קיים חשש רציני כי בעלי מניות יעשו ניסיון להשתמש בפתח זה להשגת מטרת שונות מאלה שצויינו, בעיקר מטרת סחיטה. בעל מניה עשוי להגיש תביעה נגד מנהל, לא מתוך אמונה כנה כי המנהלים הפרו חובתם כלפי החברה, אלא מתוך רצון להשיג עמדת מיקוח נוחה עם ההנהלה, להגשמת שאיפותיו הוא. חשש זה התגשם הלכה למעשה בארצות הברית, מקום בו הרבו להגיש תביעות סרק (strike suits), שמטרתן היחידה היתה להגיע לידי פשרה עם המנהלים והחברה<sup>200</sup>. אלה האחרונים היו לעתים קרובות מעוניינים בכך, שכן הפירסום הרחב הניתן לעצם קיום המשפט, ולטענות הקשות הניתנות כנגד המנהלים, מזיק למנהלים ולחברה, מבלי שפסק דין הדוחה את התביעה מאזן את הרושם הרע שנוצר. דרכה של עיתונות שהיא מבליטה את ההאשמות יותר מאשר את פסקי הדין הדוחים אותן.

הניתן להלחם בתביעות הסרק, מבלי לצמצם יתר על המידה את זכות ההתערבות של בעל המניה? הנסיון בארצות הברית אינו מעודד. המכשיר העיקרי למלחמה נגד תביעות הסרק היו החוקים בדבר "בטחון להוצאות" (security for expenses)<sup>200</sup>. הנסיון לימד כי אמצעי זה היה דרסטי במידה כה רבה, שהוא הרתיע לא רק בעלי מניות סחטנים, אלא גם בעלי מניות ישרי דרך, שההכבדה הכספית מנעה מהם הדרך לבית המשפט<sup>201</sup>. על כן הציעו הן ועדת לורנס באונטריו<sup>202</sup>, והן גאורג בהצעת חוק החברות לגאנה<sup>203</sup>, כי ענין "בטחון ההוצאות" יימסר לשיקול דעת בית המשפט, אשר יוסמך להטילו במקרה המתאים. המלצת ועדת לורנס לא התקבלה על דעת הממשלה באונטריו, ובהצעת החוק שהוגשה למחוקק<sup>204</sup> נקבע במפורש כי בית משפט אינו

ועדת לורנס) בע' 62: "...the derivative action is the most effective remedy to enforce the suggested statutory standard of conduct and care to be imposed upon directors in the exercise of their duties and responsibilities"

199. להכנה בין הצדדים הסובסטנטיביים לבין הצדדים הפרוצדורליים בכלל "איהתערבות" ראה טקסט ליד ה"ש 8 לעיל.

200. ראה Henn, op. cit., p. 588.

201. שם, בע' 589, וכן Baker and Cary, op. cit., p. 350; Lattin, op. cit., p. 350.

202. ראה דו"ח ועדת לורנס, בע' 63.

203. הצעת חוק חברות לגאנה, בע' 151.

204. The Business Corporations Act, 1968, Bills 125, Toronto.

מוסמך להטיל "בטחון להוצאות". למסקנה זו אני מסכים. רעיון "בטחון להוצאות" נולד בארצות הברית על רקע הכלל כי כל צד נושא בהוצאותיו במשפט. בשיטת משפט בה בדרך כלל הצד המפסיד נושא בהוצאות הצד המצליח, אין צורך ב"בטחון להוצאות", ודי באיום של תשלום הוצאות הצד המצליח כדי להרתיע בפני תביעות סרק.

הטלת הוצאות על בעל מניה מפסיד אינו נראה כאמצעי מספיק כנגד בעל מניה שמראש אינו מתכוון לנהל משפט עד תומו, אלא המבקש לפתוח בהליך המשפטי במטרה לאלץ את החברה ומנהליה להתפשר עמו. כדי למנוע מצב דברים זה הציעה ועדת לורנס<sup>205</sup> כי בעל מניה לא יוכל לפתוח בתביעה דרבטיבית מיוזמתו הוא בלבד. יהיה עליו לפנות ex parte לשופט. בפניה זו הוא יצטרך לשכנע את השופט, בין השאר, כי הוא פועל בתום לב ולמען האינטרס של החברה או בעלי המניות. רק משניתן אישור השופט, נפתחת הדרך להגשת התביעה עצמה. פרופ' גאוור אינו מרחיק לכת עד כדי כך, אלא מציע<sup>206</sup> כי בית המשפט המוסמך יוכל, על פי בקשת הנתבע, להעמיד את התביעה (stay the proceedings) אם הוא משוכנע כי במסיבות המקרה אין זה צודק (inequitable) שהתביעה תמשך. לענין הפירסום מציע פרופ' גאוור כי בית המשפט יוסמך להורות כי התביעה תתברר בלשכת השופט. מבין שתי הצעות אלה נראית לי הצעת ועדת לורנס יותר, שכן היא שומרת על שמה הטוב של החברה ומנהליה מבלי לפגוע בעקרון פומביות המשפט. חסרונה העיקרי של הצעת ועדת לורנס בכך שלפיה אין לבעל מניה זכות לתבוע המנהלים שהפרו חובתם כלפי החברה. עצם הגשת התביעה הדרבטיבית הוא ענין שבשיקול דעת בית המשפט. נראה לי כי דבר זה אינו רצוי. מעמדו המיוחד של בעל המניה צריך להעניק לו זכות – ולא רק ציפיה – לפנות לבית המשפט בתלונה על התנהגות המנהלים. השאלה היא, כמובן, הניתן לשמור על זכות זו מבלי להפקיר את החברה לשרירות לבו של בעל מניה נוכח. נראה לי כי אפשרות כזו הועלתה במשפט הגרמני. חוק החברות הגרמני קובע<sup>207</sup> כי זכותו של בעל מניה לתבוע בשם החברה את מנהליה מותנית בכך כי לבעל המניה, או לבעלי המניות, יש לפחות עשירית מהון המניות של החברה. הגישה הינה כי בעל מניות בודד שיש לו אחוז ניכר זה של מניות החברה לא יגיש תביעות סרק. לעומת זאת, בעל מניה שיש לו פחות מהכמות הדרושה, והמבקש להגיש תביעת סרק, יצטרך לשכנע בעלי מניות אחרים להצטרף "לקשר" שלו, דבר שבדרך כלל יקשה עליו. חסרונה של שיטה זו שהיא סוגרת כליל את שערי בית המשפט בפני בעל מניות "קטן" הסובר בתום לב כי ראוי הוא להגיש תביעה נגד מנהלי החברה. מבין שתי הרעות – אי הכרה כללית בזכות בעל המניה או הכרה בזכות בעל מניה שיש לו למעלה ממנימום מסויים של מניות – אני מעדיף את הרעה השנייה, ומכמה טעמים: ראשית, היא שומרת באופן עקרוני על זכותו של בעל המניה לפנות בתביעה לבית המשפט בתלונה על שהחברה "שלו" נפגעת על ידי מנהליה; שנית, ספק בעיני אם הצעת ועדת לורנס היא יעילה. במקום הליך אחד, היא גורמת לשני הליכים, שבמידה רבה חיפפים זה את זה. הקביעה כי הגשת תביעה דרבטיבית היא למען האינטרס של החברה קשורה קשר הדוק בסיכויי הצלחתה. התפקיד המוטל על השופט היושב ex parte הוא קשה. כיצד יגלה מתצהירו של המבקש

205. דו"ח ועדת לורנס, בע' 62.

206. הצעת חוק חברות לגאנה, בע' 151.

207. סעיף 147 ל-A.G.

– בלא חקירה על ידי הצד שכנגד – כי המבקש אינו פועל בתום לב? ספק בעיני אם במציאות הישראלית יש בעצם קביעת המוסד של הרשות השופטת כגורם מסנן משום הרת בעל המניה הפועל מתוך מוטיב בלתי נאות. נראה לי כי קל יותר לשכנע שופט, הפועל על פי תצהיר בלבד, כי בקשת המבקש הוגשה בתום לב ולמען החברה, מאשר לשכנע בכך בעלי מניות אחרים הדואגים להשקעתם בחברה. נראה, איפוא, כי הצעת ועדת לורנס סובלת מהפגם שבשליילת זכות בעל המניה לתבוע כאשר לו – ולא לכית המשפט – נראה כי נעשה עוול לחברה, מבלי שיש בה היתרון של מניעה אפקטיבית של תביעות סרק.

אחד החששות בפני ניצול לרעה של התביעה הדרבטיבית היא בהגשת תביעות סרק שמטרתן פשרה. כדי להלחם בחשש זה הוציעו כי המנהלים בלבד לא יהיו רשאים להתפשר עם בעל המניות התובע. ועדת לורנס מציעה<sup>208</sup>, כי התביעה לא תפסק ולא יתפשרו בה כל עוד לא ניתן לכך אישור בית המשפט. כאשר בעל המניות התובע מסרב להמשיך בתביעה, יוסמך בית המשפט להטיל את המשך המשפט על בעלי מניות מעוניינים. פרופ' גאוור הציע<sup>209</sup> גם הוא כי אישור בית משפט דרוש להפסקת תביעה או פשרה בה, ומוסיף כי לפני שבית משפט יחליט בדבר, תנתן הודעה על כך לכל חברי החברה ולרשם החברות, ואלה רשאים להאיר עיני בית המשפט בכל עובדה החשובה להחלטה על הפסקת התביעה או הפשרה. גם גאוור סבור, כי יש לאפשר לכית המשפט להטיל את המשך המשפט על צד מעוניין<sup>210</sup>. הצעות אלה הן סבירות, והן הופעלו בצורה יעילה בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית.

לכסוף, במשפט האמריקאני<sup>211</sup> מקובלים כללים בענין כוחו של בעל מניה לתבוע בגין פעולות אסורות שאירעו לפני שהוא היה בעל מניה. הכלל הינו, כי תביעה דרבטיבית רשאי להגיש רק אדם שהיה בעל מניה בשעת אירוע הפעולות האסורות עליהן הוא מתלונן, ושהינו בעל מניה בשעת התביעה. מטרת ההוראה למנוע מצב דברים בו אדם רוכש מניות בחברה רק מתוך מגמה להגיש תביעה דרבטיבית. ועדת לורנס מציעה אף היא אימוץ כלל דומה<sup>212</sup>. פרופ' גאוור, לעומת זאת גורס<sup>213</sup>, כי נסיבות רכישת הבעלות על המניה יילקחו בחשבון שעה שבית המשפט יתבקש להחליט אם להפסיק את התביעה או להמשיך בה. המשפט הגרמני קובע<sup>214</sup> כי בעלי מניות המחזיקים עשירית מהון החברה רשאים לדרוש תביעת החברה רק אם הם בעלים על המניות לפחות שלושה חדשים לפני כינוס אסיפת החברה הדנה בהצעה. נראה לנו כי אין מקום לדרישה, כי רק מי שהיה בעל מניה בשעת ביצוע הפעולות האסורות עליהן מתלוננים, רשאי להגיש תביעה דרבטיבית. התביעה הדרבטיבית באה להגשים את זכות החברה, ולא זכותו של

208. דו"ח ועדת לורנס, בע' 64: סעיף 687(6) להצעת חוק החברות לאונטריו.

209. הצעת חוק חברות לגאנה, בע' 152.

210. נראה שבעוד שהצעת ועדת לורנס מאפשרת הטלת המשך המשפט גם על הצד שאינו מסכים לכך, הרי הצעתו של פרופ' גאוור מטילה המשך המשפט רק על בעל מניה המסכים לכך. נראה לי כי הדין עם גאוור.

211. דבר המכונה כ"Contemporaneous Ownership Requirements". ראה Henn. op. cit., p. 568 et seq.

212. דו"ח ועדת לורנס, בע' 63: סעיף 87(3)(9) להצעת חוק החברות לאונטריו.

213. הצעת חוק חברות לגאנה, בע' 152.

214. סעיף 147(1) ל-A.G.

בעל המניה. אם כך, מה חשיבות יש למועד הבעלות על המניה? יחד עם זאת, נסיבות רכישת הבעלות על המניה יילקחו בחשבון על ידי השופט הדן ex parte לפי הצעת ועדת לורנס, או על ידי בית המשפט הדן בתביעה, לפי הצעת פרופ' גאווור, בשעת ההכרעה אם לאפשר תחולתה של תביעה דרכטיבית או המשכה. נראה, איפוא, כי בידי המשפט מצויים מספיק אמצעים שיש בהם כדי להבטיח כי זכות ההתערבות ניתנת לפי הצעתנו לבעל המניה ביד כה רחבה, לא תנוצל לרעה, אלא תכוון להכטחת טובתה של החברה בלבד.

## 6. המשפט הישראלי

### א. קליטת המשפט המקובל

הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* על חריגיו אינו קבוע בפקודת החברות הישראלית. בתי המשפט בישראל נוהגים על פיו<sup>215</sup>, כנראה על יסוד ההנחה כי לפנינו לקונה המחייבת פניה למשפט המקובל האנגלי מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1929. בדיקת נכונותה של הנחה זו מעלה מחדש את השאלה הרחבה יותר, בדבר קליטתן של הלכות המשפט המקובל בענייני חברות, כגון, דיני יזם<sup>216</sup>, חובות אמון של מנהלים<sup>217</sup>, ידיעה קונסטרוקטיבית<sup>218</sup>, אולטררהזירס<sup>219</sup> וכיוצא בהם דינים שלא הוכנסו לחוק החברות האנגלי מ-1929, ועל כן נפקד גם מקומם בפקודה המנדטורית. במשפט האנגלי ממשיות דוקטרינות אלה לחיות בצידו של החוק החרות בענייני חברות, שמטעמים שונים מצא לנכון להשאיר התפתחותם בידי בתי המשפט. כיצד משפיע מצב דברים זה על עמדת המשפט הישראלי?

כאמור, ההשקפה המקובלת על בתי המשפט בישראל הינה, כי בענין זה יש לפנות אל המשפט המקובל. כך נקלטו בארץ הדינים האנגליים בענין היזמים<sup>216</sup>, חובות האמון של המנהלים<sup>217</sup>, הידיעה הקונסטרוקטיבית<sup>218</sup> וכללי האולטררהזירס<sup>219</sup>. נראה כי על פי קו מחשבה זה נקלט גם כלל "אי-ההתערבות". נראה לי כי קליטה גלובלית זו של דיני המשפט המקובל האנגלי בענייני חברות מעוררת ספיקות כבדים<sup>220</sup>. דיני היזם האנגליים נגזרו מדיני הנציגות האנגליים. על שום מה לפנות לדינים אלה, שעה שקיימים בארץ דיני נציגות מקומיים? חובות האמון של המנהלים נגזרו באנגליה מחובות האמון שהשלוח חב לשולחו. חובות אמון כאלה קיימות גם בישראל לפי חוק השליחות, תשכ"ה-1965. על שום מה לפנות לדין האנגלי? כללי הידיעה

215. מספר פסקי הדין בישראל העוסקים בתביעה הדרכטיבית הוא מועט ביותר. החשוב שבהם, בו אומץ המשפט האנגלי, הינו המ' 1787/51 מנדלבלית נ' פריש, פס"מ ה 278. ראה גם המר' 61/1756 מונק נ' מיצארון, פס"מ ל 329; ת"א 482/57 לסלו נ' הס, פס"מ לב 228; ת"א 49/280 דה רשי נ' שמן, פס"מ ד 128.

216. כפי שנעשה, למשל, בת"א 49/280 מכבי נ' הנטה, פס"מ ד 264; ע"א 65/312 שירות תאומים בע"מ נ' משמר השבעה, פד"י כ(1) 573.

217. כפי שנעשה, למשל, בהמ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אניון, פד"י ו 889.

218. ראה, למשל, ע"א 59/44 חבים נ' האחיות מנצרת, פד"י טו 1093.

219. השווה ע"א 55/244 מלטר נ' יוקנעם, פד"י י 1494.

220. לעמדתנו בדרך כלל, השווה "ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב 'אוול' הפרקליט כד 404.

הקונסטרוקטיבית והאולטרה-וירס נתונים לביקורת הולכת וגוברת במשפט האנגלי<sup>221</sup>. הם התפתחו על רקע שהוא מיוחד לאנגליה, ושאינו קיים בישראל. על שום מה לקלוט הלכות אלה בישראל? נראה, איפוא, שיש צורך בבדיקה מחודשת ועניינית של כל מוסד ומוסד, מבחינת הלקונה שבהעדרו, והתאמתו לתנאי הארץ. משתעשה בבדיקה כזו לגבי כלל "איהתערבות", עשויים להתעורר ספיקות כבדים לגבי קליטתו בישראל. ראינו כי אחד מהמקורות של הכלל הינם דיני השותפות האנגליים, כפי מצבם בתחילת המאה ה-19<sup>222</sup>. מקורות אלה שונים באופן מהותי בישראל. ראינו כי החלת כלל "איהתערבות" על מקרי "הניהול הפנימי הכושל" מבוססת על ההנחה כי התקנות אינן מהוות חוזה בין החברים לבין החברה<sup>223</sup>. הנחה זו סותרת את לשונה של פקודת החברות. לבסוף, מבחינת מדיניות המשפט, ביקשנו להראות כי ההסדר האנגלי אינו משביע רצון כלל ועיקר, וגם באנגליה סטו ממנו סטיות ניכרות<sup>224</sup>.

### ב. יצירה שיפוטית

אם תתקבל השקפתנו בדבר שלילת ההזדקקות למשפט האנגלי לקליטת כלל "איהתערבות", תתעורר מאלה השאלה, מהם הדינים המקומיים החלים בסוגיה זו. אשר לצד הפרוצסואלי, יש למצוא הפתרון בתקנות הדיון, המכירות בתביעת הייצוג<sup>225</sup>. אשר לצד הסובסטנטיבי, על בית המשפט להכיר בכך כי מעמדו של בעל המניה כחברה מזכה אותו להתערב בשיקול דעת המנהלים שעה שאלה מסרכים לתבוע בשם החברה את עצמם. זוהי "חקיקה שיפוטית" לגיטימית, שאינה חורגת מהמקובל במסגרת חקיקת השופטים.

חסרונה של הצעתנו האחרונה בכך, כי החקיקה השיפוטית מסוגלת לפתוח פתח להתערבות בעל המניה, אך יקשה עליה לקבוע שסתומים מתאימים שימנעו ניצול השיטה לרעה. בענין זה לא יהיה מנוס מהתערבות המחוקק עצמו.

### ג. רפורמה בדרך של חקיקה

שתי ועדות לרפורמה בדיני החברות פעלו בישראל, ואף הגישו הצעותיהן<sup>226</sup>. בסוגייתנו הולכות הצעות אלה בעקבות המלצות ועדת כהן וועדת ג'נקינס. אין המלצות אלה משמשות בסיס מספיק לקביעת זכות ההתערבות של בעל המניה בהחלטת המנהלים שלא לתבוע עצמם בשם החברה. עיקרן של המלצות אלה עוסק ב"עושה המיעוט", ורק במסגרת זו ניתנת זכות לבעל המניה להתערב בפעולות החברה<sup>227</sup>.

221. ראה רשימתי "The Recommendations of the Company Law Reform Committee and the Doctrine of Ultra Vires" 3 (1968) Isr. L. R. 127.

222. ראה הערה 113 לעיל.

223. ראה הערה 114 לעיל.

224. ראה הערה 108 לעיל.

225. ראה תקנה 29 לתקנות סדרי הדיון, תשכ"ג-1963.

226. הוועדה הראשונה מונתה ב-1949 והגישה את הדו"ח שלה ב-1952. הדו"ח פורסם שנה לאחר מכן על ידי משרד המשפטים. הוועדה השנייה מונתה ב-1962, והגישה את הדו"ח שלה ב-1965. גם דו"ח זה פורסם על ידי משרד המשפטים. בראש שתי הוועדות עמד השופט צלטנר.

227. ראה סעיף 9 להמלצת ועדת צלטנר הראשונה (בע' 14): סעיף 10 להמלצת ועדת צלטנר השנייה (בע' 12).

בהעדר "עושק מיעוט" אין מקום להתערבות. תנאי זה מטיל צמצום בלתי מוצדק על כוח ההתערבות של בעל המניה. ראינו, כי כוח התערבות זה מוצדק בכל מקרה של הפרת חובת המנהלים, בין אם הפרה זו מהווה "עושק המיעוט" ובין אם לאו. זאת ועוד: על פי המלצת ועדת צלטנר השניה תוגש תביעה בשם החברה נגד מנהל שהפר חובתו כלפי החברה רק לאחר החלטת בית משפט בעניין זה<sup>228</sup>. מכאן, שאין זכות התערבות לבעל המניה, אלא ציפיה בלבד. ציפיה זו תתממש רק אם בית המשפט יורה על כך. צמצום זה אינו מוצדק. כפי שראינו<sup>229</sup>, יחסי הקירבה בין בעל מניה לחברתו מצדיקים מתן זכות התערבות לבעל מניה, בלא שגיבוש זכות זו יותנה בהחלטת בית משפט. מרחיקה לכת הרבה יותר היא הצעת משרד המשפטים, שפורסמה ב-1957<sup>230</sup>. הצעה זו מבחינה בבירור בין מקרי "הניהול הפנימי הכושל" לבין המקרים בהם מופרת זכות החברה על ידי מנהליה. במקרה הראשון נקבע<sup>231</sup>, כי –

"החלטת האסיפה הכללית, פרט להחלטה שבא עליה אישור בית משפט, רשאי בית המשפט לבטלה, לפי בקשת חבר שלא הצביע בעדה, אם הוכח אחד מאלה: (1) היא נתקבלה שלא כהלכה ובדרך שהיה בה משום עיוות דין; (2) היא נוגדת לתקנון החברה; (3) יש בה משום קיפוח מיעוט מבין החברים".

הבחנה זו מוצדקת. כאשר החברה פועלת בניגוד לתקנון, מן הדין להעניק זכות לבעל מניה לפנות לבית המשפט בבקשה לבטלה, בלא שכלל "איי-ההתערבות", יהיה היקפו אשר יהיה, יחול<sup>232</sup>.

אשר להפרת חובת המנהל כלפי החברה, קובעת ההצעה, כי<sup>233</sup>:

"דרשו בעלי עשרה אחוז ממספר כל הקולות בחברה, או בעלי אחוז קטן יותר שנקבע לכך בתקנון, כי החברה תתבע מנהל על פי אחריותו לפי הסעיפים 109 עד 111, והחברה לא עשתה זאת תוך זמן סביר מקבלת הדרישה, ואף לא החליטה באסיפה הכללית שלא לעשות כן, רשאי כל אחד מהדורשים להגיש את התביעה בשם החברה".

הצעה זו מהווה פשרה בין "הגישה הקבוצתית" המקובלת במשפט הגרמני<sup>234</sup> לבין "הגישה האינדיבידואליסטית" המקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי. הדרישה לתביעה צריכה לבוא מבעלי עשרה אחוז ממספר כל הקולות בחברה. אין בעל מניות בודד, שאין לו האחוז הנזכר, רשאי לדרוש תביעת החברה. עד כאן הד לגישה הגרמנית. יחד עם זאת, משהוגשה הדרישה על ידי האחוז הנדרש, ולא זכתה לתגובה, רשאי כל בעל מניה לתבוע בשם החברה. זהו הד לגישה האינדיבידואליסטית האנגלו-אמריקאנית. אך גם כאן קיים הבדל מהותי בין התביעה הדרבטיבית נוסח אנגליה

228. הועדה מאמצת המלצת ועדת ג'נקינס לפיה יוסמך בית המשפט, במסגרת דיון בסעיף 210 לחוק החברות האנגלי, להורות על הגשת תביעה בשם החברה: לניתוח המלצה זו, ראה הערה 153 לעיל.

229. ראה הערה 197 לעיל.

230. הצעת חוק החברות, משרד המשפטים, 1957 (להלן – הצעת משרד המשפטים).

231. סעיף 88 להצעת משרד המשפטים.

232. לניתוח גישה זו, ראה טקסט ליד ה"ש 54 לעיל.

233. סעיף 115 להצעת משרד המשפטים.

234. ראה הערה 181 לעיל.

ואמריקה לבין הצעת משרד המשפטים. בעוד שכתביעה הדרבטיבית תובע בעל מניה למען החברה אך לא בשמה, הרי לפי הצעת משרד המשפטים התביעה היא תביעת החברה עצמה. החברה אינה נתבעת אלא תובעת. מורגשת כאן שוב השפעת הגישה הגרמנית, הרואה בקבוצת בעלי מניות המיעוט הדורשים תביעה, אורגן מוסמך של החברה לענין התביעה.

גישה זו נראית לנו מעיקרה. היא מבטיחה באופן עקרוני את כוח ההתערבות של בעל מניה בכל מקרה בו מפר מנהל חובתו כלפי החברה. אין כוח זה קשור ביכולת העקרונית לאשרר הפרת החובה, או בסוג הפרה<sup>235</sup>. אמת הדבר, אין ההצעה מרחיקה לכת, עד כדי הענקת זכות לכל בעל מניה להתערב בהחלטת המנהלים, אלא עומדת על כך שיתגבש לפחות מיעוט של עשרה אחוזים ממספר כל הקולות בחברה, אך דרישה זו מוסכרת במטרה למנוע תביעות סרק. כפי שראינו<sup>236</sup> אמצעי זה למניעת תביעות סרק טוב יותר מזה המומלץ על ידי ועדת לורנס.

יחד עם זאת, נראה לי כי הצעת משרד המשפטים לוקה בשני עניינים חשובים. הליקוי האחד מקורו בצמצום בלתי מוצדק של זכות ההתערבות של בעלי המניות, והליקוי האחר מקורו בהעדר שסתום מספיק למניעת תביעות סרק.

1. הצעת משרד המשפטים קובעת, כי אם האסיפה הכללית של בעלי המניות החליטה כי לא תוגש תביעה נגד המנהלים, נחסמת הדרך בפני תביעת החברה באמצעות בעלי המניות. הצעה זו תואמת את גישתה העקרונית של הצעת משרד המשפטים, לפיה מוסמכת האסיפה הכללית להורות בהחלטה רגילה למנהלים את שייעשו<sup>237</sup>. מכאן, שהחלטת האסיפה הכללית שלא להגיש תביעה בשם החברה היא במסגרת סמכותה, ומשהורתה כן אין מקום לתביעה מטעם החברה<sup>238</sup>. צמצום זה של כוח ההתערבות של בעל המניה אינו נראה לי כמוצדק, שכן ההחלטה שלא לתבוע עשויה לבוא מכוח הצבעתם של בעלי מניות "מעוניינים"<sup>239</sup>. כאשר המנהלים שולטים בחברה, תביא הצעת משרד המשפטים לחסימת שערי בית המשפט בפני בעל מניה. החלטת בעלי המניות שלא לתבוע צריכה להיות מכרעת, כאשר ההחלטה באה מטעם גוף "בלתי מעוניין"<sup>240</sup>. אך להחלטת בעלי המניות לא צריך להיות ערך כל שהוא, אם

235. יחד עם זאת, תנאי להפעלת כוח התביעה במסגרת סעיף 115 להצעת משרד המשפטים הוא שהמנהל אחראי כלפי החברה "לפי הסעיפים 109 עד 111". סעיף 112 להצעת משרד המשפטים קובע כי "מנהל... שפעולתו נתאשרה על ידי האסיפה הכללית, אין עליו אחריות לפי הסעיפים 109 עד 111". מכאן, שאשרור הפעולה על ידי האסיפה כללית שולל הבסיס להתערבות מיעוט בעלי המניות.

236. ראה הערה 207 לעיל.

237. סעיף 108 להצעת משרד המשפטים: "על מנהל לפעול לטובת החברה במסגרת מטרותיה ובהתאם לתקנון ולהחלטות האסיפה הכללית...".

238. אין לבוא, על כן, בטרוניה על הצעה זו כי הענקת סמכות לאסיפה הכללית להחליט שלא לתבוע אינה מתיישבת עם סמכותה הכללית, שאינה כוללת בחובה סמכות להורות למנהלים אשר יעשו. כזכור, היתה זו אחת מנקודות הביקורת על ההסבר האנגלי. ראה הערה 118 לעיל.

239. אין בהצעה כל הוראה השוללת מבעלי מניות "מעוניינים" הזכות להצביע באסיפות החברה. הוראה כזו קיימת לגבי מנהלים ב"חברה ציבורית": סעיף 189 להצעת משרד המשפטים.

240. ראה דברי בית המשפט בפרשת *Solomont & Sons Trust, Inc. v. New England Theatres Operation Corp.* 326 Mass. 99, 93 N.E. 2d 241 (1950): "On principle, we perceive

היא באה מפני מפירי החובה עצמם (בכשרם כבעלי מניות) או הנשלטים על ידם. כפי שמציין בצדק לטין (Lattin):

“If, however, there has been an abuse of discretion by the board, or by the shareholders if the issue has been submitted to them, the minority shareholder should have his day in court as in other cases”<sup>241</sup>.

בהעניקה “וטו” בפני תביעה לאסיפת בעלי מניות “מעוניינים”, מנחיתה הצעת משרד המשפטים מכת מוות על כוח ההתערבות של בעל המניה<sup>242</sup>. ההגנה שההצעה נותנת לשולטים בחברה מקיפה הרבה יותר מזו המקובלת באנגליה או בארצות הברית. באנגליה הכלל הוא שהחלטת האסיפה הכללית שלא לתבוע אינו תופס הן כאשר הפרת החובה ניתנת לאשרור ברוב מיוחס (חריג מדומה) והן כאשר ניתנת לאשרור ברוב רגיל (חריג אמיתי). דרישה זו אינה קיימת בהצעת משרד המשפטים. בכל מקרה של החלטת האסיפה הכללית חל כלל “אי-התערבות”<sup>243</sup>. במשפט האמריקאי אין מתחשבים בהחלטת בעלי מניות “מעוניינים”<sup>244</sup>. הצעת משרד המשפטים מתעלמת מתנאי זה. התוצאה היא, שקבלת הצעת משרד המשפטים תביא בפועל לשלילה גמורה של כוח ההתערבות של בעל המניה. הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* הוצא כדלת הראשית, אך הוכנס, והוא חזק יותר ומקיף יותר, כדלת האחורית.

2. הצעת משרד המשפטים אינה קובעת כל הוראה בדבר הגבלות על כוחה של החברה ומנהליה להתפשר עם בעלי המניות שתבעו בשמה. ראינו<sup>245</sup> כי אפשרות הפשרה מהווה גורם המעודד הגשת תביעות סרק. נראה לי כי רצוי הוא שייקבע בחוק

no reason why the usual rule recognizing that it is for the corporation to decide questions of business policy should be subject to an exception limiting the corporate power where a charge is made against an officer or director but where an independent, disinterested majority of the stockholders acting reasonably and in good faith have voted that in their judgment it is not in the best interest of the corporation to sue” (ההדגשה שלי).

<sup>241</sup>. ראה *Lattin Corporations* 1959, p. 355.

<sup>242</sup>. אמת הדבר, אם החלטת בעלי המניות “המעוניינים” מהווה “עושה המיעוט”, נפתח שוב פתח להתערבות בעל המניה, וזאת במסגרת סעיף 151 להצעת משרד המשפטים, הקובע: “חבר של חברה הרואה עצמו מקופח על ידי הנהלת עסקי החברה רשאי לפנות לבית המשפט, ובית המשפט רשאי לתת כל צו שייראה בעיניו בדבר הנהלת עסקי החברה, או בדבר רכישת מניותיו של המבקש על ידי אחרים או על ידי החברה, או בכל דבר אחר, למעט צו לפירוק החברה”. אלטרנטיבה זו אינה מספקת שכן טענת בעל המניה היא, כרגיל, שהמנהל מקפח את החברה, ולא אותו אישית.

<sup>243</sup>. בדברי ההסבר לסעיף 115 נאמר כי – “הסעיף מנוסח בעקבות החוקים של שבדיה ושווייץ ותוך גיבוש אחד החריגים להלכה האנגלית הידועה בשם *The rule in Foss v. Harbottle* כפי שפורשה על ידי בתי המשפט באנגליה”. נראה לי שבכך טועה ההצעה. אין היא הולכת כלל בעקבות חריג לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*.

<sup>244</sup>. ראה הערות 240 ו-241.

<sup>245</sup>. ראה הערה 208 לעיל.



כי כוח הפשרה כפוף לאישורו של בית המשפט, כפי שנקבע בהצעת ועדת לורנס ובהצעת חוק החברות לגאנה.  
אם שתי הערות אלה תתקבלנה, כי אז נהיה עדים להסדר ישראלי מניח את הדעת, לפיו אם מנהל מפר חובתו כלפי החברה, הפרה שלא אושררה על ידי רוב "בלתי מעוניין", יוכלו בעלי מניות המחזיקים בעשירית ממספר הקולות בחברה לתבוע בשם החברה את המנהל. בתביעתם זו לא יוכלו להתפשר ללא אישור בית המשפט. תביעה זו לא תכשל רק משום שגוף "מעוניין" של מנהלים או בעלי מניות יחליט שלא להתחיל בה או שלא להמשיך בה.