

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

ב. ביקורת עמדות המשפט המקובל

1. זרמים סותרים של פסיקה

המעין בפסקי הדין ובדברי הסופרים בסוגייתנו, אינו יכול שלא להסכים עם השופט קביץ (Kekewich J.), שאמר¹⁰⁸ על הכלל בפרשת Foss v. Harbottle

כי¹⁰⁹ —
“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 text-books”¹¹⁰.
חוסר בהירות זה אינו נובע מהעדר עמדה עקרונית ברורה. נהפוך הוא: כחוט השני עובר בפסיקה העקרון כי יש להגן על כוח השליטה¹¹¹. 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 הובאה¹¹². 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 מה¹¹³ 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 החברה¹¹⁴. נוצרו, איפוא, שני זרמים סותרים: האחד, הקובע כי מקרי „הניהול הפנימי הכושל” אינם נופלים למסגרת החריג בענין זכות בעל המניה¹¹⁵; האחר, הקובע כי הפרת התזכיר והתקנות פוגעת בזכות בעל המניה

* המשך מעמ' 348.

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

¹⁰⁹ בעמ' 106.

¹¹⁰ ופרופ' ודבורן (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.

כלפי החברה¹¹⁶. תוצאה זו ניתן היה למנוע, אילו נקטה שיטת המשפט האנגלי בגישה גמישה, מכוחה היתה נעשית התאמה בין הלכות הפסיקה לבין החקיקה. הדבר לא נעשה, וכך נוצרה המבוכה.

דוגמא שניה לתופעה זו ניתן למצוא בדרישת המשפט האנגלי כי התביעה הדרבטיבית תוגש רק לאחר שבעל המניה מיצה את האפשרויות במסגרת החברה¹¹⁷. 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. הגות 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 שוגתה הנחה זו¹¹⁸. 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 המנהלים¹¹⁹. נוצרו, איפוא, שני זרמים סותרים: האחד, הקובע כי לפני הגשת תביעה דרבטיבית יש לפנות לאסיפה הכללית, כדי שזו תחליט אם לתבוע בשם החברה אם לא; 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 המניה. הדבר לא נעשה, ומבוכה נוספת באה על המשפט האנגלי¹²⁰.

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 הסותרים¹²⁰. מאמצים אלה, אף שהם ראויים להוקרה, אינם מסירים את המבוכה, אלא רק מגבירים אותה¹²¹.

¹¹⁶ פסק הדין המנחה בסוגיה זו הינו *Pender v. Lushington* (1877) 6 Ch.D. 70.
¹¹⁷ ראה *Fisher v. St. John Opera House Co.* גמר. *Gower, op. cit.*, p. 532.
[1937] 4 D.L.R. 337.

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

¹¹⁹ ראה ה"ש 118, בעיקר פרשת *Shaw*.
¹²⁰ ראה *Wedderburn. The Powers of the Members in General Meeting*,
Studi Di Diritto 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. המחבר גורס כי אם המנהלים מגישים תביעה בשם החברה, אין האסיפה הכללית מוסמכת לבטלה (פרשת *Shaw*), אך אם המנהלים מסרבים להגיש תביעה, הסמכות המקבילה נתונה לאסיפה הכללית (פרשת *Marshall's Value Gear Co., Ltd. v. Manning, Warrdle & Co. Ltd.* [1909] 1 Ch. 267). מלאכותיות הפתרון בולטת לעין.

¹²¹ לא כן פרופ' וודבורן, המבקש לחשוף הסתירה ולא לטשטשה, במאמרו המצוטטם 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 גיהול ענייני החברה.¹²² 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 דיוניים במהותם.¹²³ נקודת המבט אינה יעילותה של החברה, אלא יעילות פעולתם של בתי המשפט. הנימוק הראשון משמעותו כי בעל הדין הנכון אינו בפני בית המשפט.¹²⁴ הנימוק השני בא למנוע בזבוז זמנו של בית המשפט.¹²⁵ 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.¹²⁶ 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.¹²⁷ 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 דייוי (Lord Davey),

כי¹²⁹:

“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

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 A.C. 83 [1902].

¹²⁹ בעמ' 93.

האורגן המוסמך לתבוע בשם החברה הם המנהלים. אך היהיה זה בלתי סביר לקבוע, כי במקום שלפי הטענה המנהלים הם שהפרו חובתם כלפי החברה, הם יחדלו להיות אורגן מוסמך, ובעל מניה יהפך לאורגן מוסמך¹⁸⁰ ? אכן, במסגרת הדין הקיים ניתן להגיע לידי כך שהאסיפה הכללית היא האורגן המוסמך במקרה זה¹⁸¹. אך באופן עקרוני ניתן להרחיב דין זה ולראות בכל בעל מניה כאורגן מוסמך לגיחול 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 הריג, "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 Blanesburg), כי הוא מהווה¹⁸² —

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

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 למיותר¹⁸³, וזמנו של בית המשפט הושחת לריק¹⁸⁴. נימוק זה אינו נראה לי. קיומה של אפשרות, כי הפרת זכות תאושרר, לא צריך למנוע את הדיון בחוקיות ההפרה, כל עוד האשרור לא בא¹⁸⁵. 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 דוקא המשפט האנגלי דוחה אותו, שכן כפי שנראה¹⁸⁶ לגביו קובעת אפשרות האשרור התיאורתית ולא הגשמתה למעשה.

¹⁸⁰ זהו הפתרון שניתן לבעיה במשפט הגרמני. ראה הערה 179 להלן.

¹⁸¹ כאשר המנהלים נוגעים בדבר, אין הם רשאים להחליט אם להגיש תביעה בשם החברה, אם לאו. מכיון שכך, עוברת סמכות ההחלטה לאסיפת בעלי המניות. ראה ה"ש 77 לעיל.

¹⁸² בפרשת *Ferguson v. Wallbridge* [1935] 3 D.L.R. 66, 83.

¹⁸³ ראה *MacDougall v. Gardiner* (1875) 1 Ch.D. 13, 25.

¹⁸⁴ ראה *Kelly v. Electrical Construction Co.* (1908) 16 O.L.R. 232, 234.

¹⁸⁵ 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 ?

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 מגוונת (שלגביו חל כלל „אי-ההתערבות“) לבין אשרור הנעשה על ידי החלטה מיוחדת (שלגביו חל כלל „אי-ההתערבות“ 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.¹³⁶ לפי הלכת המשפט האנגלי, לא יחול כלל „אי-ההתערבות“ גם אם יוכח לבית המשפט כי הרוב המיוחד המוסמך לאשרר את הפעולה הבלתי חוקית קיים בפועל. בדומה, כלל „אי-ההתערבות“ 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 ראוי לעשותו בדרך ישירה.¹³⁷ הנמקה זו אינה משכנעת, ומכמה טעמים:

1. בכל מקרה בו מופעל כלל „אי-ההתערבות“ התוצאה המעשית המושגת היא שפעולה בלתי חוקית נשארת ללא תגובה. במה נשתנה 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 „הניהול הפנימי הכושל“. אין טיעון זה תופס כלל כאשר הפעולה האסורה מתבטאת בהפרת חובות האמון והזהירות שהמנהל חב לחברה. מקורן של חובות אלה אינו בתקנות אלא בדין הכללי. למרות זאת, מופעל עקרון האשרור גם לענין חובות אלה.¹³⁷ 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

¹³⁶ ראה הערה 139 להלן.

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.

Gower, op. cit., p. 530. ראה גם 230, 236, 137.

להשיג במישרין, וכי למעשה נזהגת החברה בניגוד לתקנות, באופן שרוב קטן מהדרוש להתקנת תקנה חדשה, נוהג כאילו תקנה כזו כבר הושגה.¹³⁸

לאור השגות אלה, נראה כי אין יסוד הגיוני להבחין בין אשרור ברוב רגיל

לבין אשרור ברוב מיוחד לענין תחולת 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 להשחתת 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 להשחתת זמנו של בית המשפט. כידוע, זו אינה גישתו של המשפט האנגלי, המתחשב באפשרות התיאורתית לאשרור ולא באקטואליות האשרור.¹³⁹ ככך 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.¹⁴⁰ כך למשל, בעל מניות רשאי להצביע בעד אשרור פעולה אסורה שבוצעה על ידו כמנהל.¹⁴⁰ גישה זו נובעת מההכרה, כי זכות ההצבעה היא גכס, וכפוף לכללי „עושי המיעוט“, בעל הגכס רשאי לעשות בו כרצונו.¹⁴¹ הדין אינו נראה לנו כמוצדק, והאנאלוגיה בין זכות ההצבעה וגכס נראית לנו כמרחיקת לכת. בצדק מציינן בלנטיין (Ballantine) ¹⁴², כי:

“[the] power of voting control is not properly regarded 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

¹³⁸ אכן, במספר פסקי דין הופעל הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* למרות שהפעולה האסורה ניתנה לאשרור רק ברוב מיוחד. ראה: *Purdon v. Ontario Loan & Debenture Co.* (1892) 22 O.R. 597; *Campbell v. Australian Mutual Prordew Society* 77 L.J.P.C. 117 (1908). 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 פרום' גאור (שם, בעמ' 529). עיון בעובדות פסק הדין מראה כי ניתן היה לאשרר הפעולה הבלתי חוקית הנדונה שם ברוב רגיל.

¹³⁹ ראה *Gower, op. cit.*, p. 529 (n) 24.

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

¹⁴¹ ראה *Pender v. Lushington* (1877) 6 Ch.D. 70.

¹⁴² ראה *Ballantine, Corporations*, 2nd. ed., 1946, p. 433.

על ידי המשפט האנגלי, אינה רצויה. מן הדין להכיר כי בעל המניה, ובעיקר בעל מניות השליטה, אינו „זר“ לחברה, אלא הב לה חובות אמון וזהירות, המחייבות אותו להתנהג בתום לב, ללא רשלנות, ולמען החברה כולה. אם גישה זו תוכר, כי אז הכוח לאשרר ינתן רק לאותם בעלי מניות שהנם „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 האנגלי¹⁴³. אליבא דכולם, אם המנהל פעל מתוך תרמית¹⁴⁴, אין כלל „אי-ההתערבות“ חל, בין אם משום שבמקרה זה אינה קיימת אפשרות האשרור¹⁴⁵, ובין אם במקרה זה מוכר חריג „אמיתי“ לכלל¹⁴⁶. מכאן, שאם המנהל מפר שלא במזיד את חובות האמון המוטלות עליו, או נוהג ברשלנות ובכך מפר את חובת הזהירות המוטלת עליו¹⁴⁷, אין מקום להתערבות בעל המניה. הדין הופך, ללא אפשרות מעשית להשיג סעד. לתוצאה זו אין הצדקה. נזקים כבדים 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 הצנסרי יצרו את התביעה הדרבטיבית, נידונו תביעות הרשלנות בפני בתי המשפט של המשפט המקובל, שלא הכירו בתביעה הדרבטיבית¹⁴⁸. קיום ההסבר ההיסטורי, אינו הצדקה מספקת למצב בלתי רצוי.

ה. החוק החרוט האנגלי: חוק החברות

חקיקת החברות באנגליה לא הסירה את המגבלות שהמשפט המקובל הטיל על כוח ההתערבות של בעל המניה בשימוש שהחברה עושה בכוח תביעתה. באותם 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 עגייגי החברה מתנהלים באופן שהינו „oppressive“ לחברים בחברה, קובע סעיף 210 לחוק החברות מ-1948¹⁴⁹ כי הרשות בידי בעלי המניות

¹⁴³ ראה טקסט ליד הערה 93 לעיל.

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

¹⁴⁵ כדעת פרופ' גאור: ה"ש 66 לעיל.

¹⁴⁶ ראה ה"ש 94 לעיל.

¹⁴⁷ ראה למשל *Pavildes v. Jensen* [1956] Ch. 565. פרופ' גאור 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.

הנפגעים לפנות לבית המשפט, וזה רשאי, בהתקיים מספר תנאים¹⁵⁰, לתת כל סעד הנראה לו¹⁵¹. שנית, אם מתברר כי 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 הנזכר¹⁵², או שהוא רשאי מכוח סעיף 37 לתיקון החוק מ-1967¹⁵³ לתבוע בעצמו, בשם החברה, כל מנהל האחראי כאמור. הידושים אלה מרחיבים את מושג "עושה המיעוט"¹⁵⁴, 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 להגיה, כי כפוף להריגים לכלל בפרשת Foss v. Harbottle לא יתערב איש בפעולתם. למרות זאת, אין הידושים 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 רשלנות¹⁵⁵.

יתרונות התיקון משנת 1967 בולטים לעין. כוח התביעה הנתון ל-Board of Trade מהווה, ללא ספק, אמצעי מרתיע כלפי מנהלים¹⁵⁶. 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 הוצאות¹⁵⁷ — לגיהול משפט הדורש הוצאות רבות, באופן שאין חשש כי תביעה

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

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

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

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

¹⁵⁴ ראה Pennington, *op. cit.*, p. 552.

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

¹⁵⁶ ראה 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.

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 of trade מחליט שלא לתבוע בשם החברה, אין בעל המניה יכול לתבוע, גם אם הוא משוכנע בתום לב כי ה-Board טועה בשיקול דעתו¹⁵⁸. זאת ועוד: סמכות ההתערבות של ה-Board, כגוף ציבורי, 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 מעטים¹⁵⁹. מעבר למקרים אלה, אין מקום לכל יוזמה של בעל מניה, המוכן על חשבונו ואחריותו לתבוע בשם החברה ולמענה מנהל שלפי טענתו הפר חובתו כלפי החברה.

3. עמדת המשפט האמריקאי

בדומה למשפט האנגלי, מכיר גם המשפט האמריקאי¹⁶⁰ בכלל, „אי-ההתערבות“. למרות מסורת משותפת של משפט מקובל, נוצר כלל זה במשפט האמריקאי באופן עצמאי¹⁶¹. 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“¹⁶². בסוף המאה ה-19 מורגשת השפעת הפסיקה האנגלית, בעיקר

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 את המנהלים שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה. המלצה זו לא התקבלה. יש להצטער על כך. ראה: Leigh, "Companies Act 1967", 31 (1968) *M.L.R.* 183, 191.
¹⁵⁹ ראה Leigh, "Companies Act 1967", 31 (1968) *M.L.R.* 183, 191 וכן McEachran, Board "The Companies Act 1967", *S.L.T.* 209 גם פנינגטון מפקפק בכוחו של ה-Board להיות מגן לבעלי מניות המיעוט בחברה. ראה Pennington, "The Companies Act 1967", 111 *S.J.* (1967).

¹⁶⁰ דינים אלה הם בעיקרם State Law ולא פדרליים. מכאן שהדיבור על „משפט אמריקאי“ הוא מטבעו בלתי מדויק, ומייצג רק זאת הזרמים 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 הן (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 judg-

זו הנוגעת לסוגיית האשרור¹⁶³. השפעתה של פסיקה זו לא התבטאה בשלילת ההתערבות של בית המשפט במקום שפעולת המנהל גינתה 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 ענייני¹⁶⁴. 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 החברה¹⁶⁵. 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 הטענות¹⁶⁶.

נראה איפוא שכלל „אי-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 המשפט¹⁶⁷. החשוב מבין כללים אלה הוא זה הקובע, כי בעל מניה שיש לו פחות מכמות מסויימת של מניות, חייב על פי בקשת החברה ועתיים אף על פי בקשת המנהל הנתבע להביא ערבות כספית, שיהיה בה כדי לכסות את ההוצאות האפשריות של החברה בתביעה הדרבטיבית (security expenses)¹⁶⁸. כדי למנוע תביעות סרק שמטרתן פשרה על חשבון החברה נקבע במספר מדינות, כי הפשרה לא תקבל תוקף אלא באישור בית המשפט¹⁶⁹.

המאפיין את ההסדר האמריקאי הוא בכוח ההתערבות העקרוני הניתן לבעל המניה לתבוע בתביעה דרבטיבית מנהלים שהפרו חובתם כלפי החברה. כוח זה

ment, 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.

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 ה- "Conemporaneous Ownerships Re-quirements" Henn, *op. cit.*, p. 568.

¹⁶⁸ ראה Henn, *op. cit.*, p. 588.

¹⁶⁹ שם בעמ' 594.

חשוב דווקא בארצות הברית, בה רבה שליטת המנהלים על בעלי המניות.¹⁷⁰ התביעה הדרבטיבית מוכרת בארצות הברית כאחד האמצעים היעילים היחידים, שיש בהם כדי לשמור על זכותו של בעל המניה בחברה,¹⁷¹ ובכך להבטיח את ה-"Shareholders democracy"¹⁷². 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.¹⁷³ ועל חוסר יעילותה של התרופה באותם המקרים בהם אין מספיק אינפורמציה לבעל המניות.¹⁷⁴

4. עמדת המשפט הגרמני¹⁷⁵

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)¹⁷⁶. 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 תביעתה של החברה נגד מנהלה.¹⁷⁷ במקרה זה הם רשאים למנות נציג מיוחד (Besondere Vertreter) שיפעיל בשם החברה את כוח תביעתה.

¹⁷⁰ בענין זה ראה Berle "Control in Corporate Law", 58 (1958) *Col.L.R.* 1212.
¹⁷¹ ראה Röhrllich, Suits in Equity by Minority Stockholders as a Means of
Corporate Contrd, 81, *U.Pa.L.R.* 692, 719.

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

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

¹⁷⁴ ראה Hornstein, "Legal Control of Intra-Corporate Abuse", 41 (1941) *Col.L.R.* 405.
Lasswell, מכאן גם הצעות להגברת מתן אינפורמציה לבעלי מניות. ראה
A Non-Bureaucratic Alternative to Minority Stockholders Suits, 43 (1943) *Col.L.R.* 1936.
Dean, "A Reply", 43 (1943) *Col.L.R.* 1040. כנגד זאת ראה Podell, "A Third View", 43 (1943) *Col.L.R.* 1045.

¹⁷⁵ לסוגיה 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 Falkenhausen, "The New German 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 לתוקף ב-1.1966 (להלן (A.G.

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 מיוחד¹⁷⁸. כאשר התביעה מוגשת על פי בקשת המיעוט, לא המיעוט הוא התובע, אלא החברה היא התובעת, כאשר האורגן המחליט על הגשת התביעה בשם החברה הינו המיעוט¹⁷⁹.

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 בטיילה (Nichtigkeitsklage) או על ביטול החלטה נפסדת (Anfechtungsklage)¹⁸⁰.

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 הריג לכלל „אי-ההתערבות“, נתון כוח התביעה בידי בעל המניה הבודד, התובע למען החברה אם כי לא בשמה. הגישה הגרמנית היא קבוצתית (group approach)¹⁸¹. כוח התביעה אינו נתון לבעל המניה 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 המצוי¹⁸² והן את הדין הרצוי. המנהלים מתמצאים בהלכות החברה, ואין כמותם יודע כיצד לנהלה בכלל, וכיצד להפעיל כוח תביעה בפרט. הסיכון של טעות בשיקול דעת המנהלים, מן הדין שיפול על שכם בעלי המניות, הבוחרים במנהלים והרשאים בדרך כלל לפטרם¹⁸³.

¹⁷⁸ סעיף 147 (1) ל-A.G.

¹⁷⁹ ראה 74, p. *Eckert, op. cit.*

¹⁸⁰ שם, עמ' 71.

¹⁸¹ שם, עמ' 72.

¹⁸² ראה 364, p. *Henn, op. cit.*

¹⁸³ ראה דברי בית המשפט בפרשת *Dudley v. Kentucky High-School*, 9 Bush (Ky) 576 המצוטטים על ידי בלנטין, שם בעמ' 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 : 349, p. *Ballantine, op. cit.*

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 המנועות 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, „אי-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 התקוה כי בבוא הזמן יתנגד חברו להגשת תביעה נגדו. למרות משקלם של נימוקים אלה, נראה כי מן הדין לדחותם.¹⁸⁴ 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 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. כמוכח, במקום שהמנהלים „הבלתי תלויים“ לא יוכלו להסביר פשר הצבעתם, כי אז הם ייחפכו 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. מהד גיסא עמד האינטרס של החברה, שעשוי היה לתמוך בהגשת התביעה. מאידך גיסא עמד האינטרס האישי של המנהלים, שיש להניח כי תמוך באי הגשת התביעה. נוכח קונפליקט זה, שוב אין מקום לתחולת ההנחה כי המנהלים מפעילים שיקול דעת מסחרי הוגן — הנחה המונחת ביסוד כלל, „אי ההתערבות“. אמת הדבר, יתכן וההחלטה שלא לתבוע בשם החברה באה מגימוק 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' גאור (Gower) ¹⁸⁵:

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”.

¹⁸⁵ ראה *Gower, op. cit.*, p. 478.

"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".

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

ג. פניה למנהלים ולאסיפה הכללית להגשת תביעה בשם החברה

כאשר הטעם העומד מאחורי כלל, אי-ההתערבות" 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 המנהלים¹⁸⁶ 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 שבעל מניה מתערב בהחלטת מועצת המנהלים עליו לפנות לאסיפה הכללית¹⁸⁷. ממה נפשך: אם האסיפה הכללית תחליט גם היא שאין לתבוע, אין להחלטה 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? כוכור¹⁸⁸, היה זה אחד הנימוקים לכלל, אי-ההתערבות" באנגליה, ונימוק זה בוקר על ידינו תוך התייחסות לדין האנגלי¹⁸⁹. ראינו, כי התייחסות היחידה הבאה בחשבון, היא לאפשרות המעשית לקיומו של אשרור (יהיה הרוב הגדרש אשר יהיה) במקרה קוגקרטי. מכאן, שהשאלה הדורשת פתרון היא זו:

¹⁸⁶ ראה הערה 118 לעיל.

¹⁸⁷ כפי שמציין בלגטין, שם עמ' 346:

"An application to the shareholders and the calling of a shareholders' meeting seems an exceedingly unreasonable requirement".

¹⁸⁸ ראה עמ' 341 לעיל.

¹⁸⁹ ראה טקסט ליד הערה 135 לעיל ואילך.

האם לאפשר לבעל מניה להתערב בהחלטת מועצת המנהלים לא לתבוע, בלא שים לב לכוח האשרור, מתוך הנחה 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 הכללית. אומר בלנטיין (Ballantine)¹⁹⁰:

"In general it seems impractical to require as a condition 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".

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 החברה 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 התגנה כל עוד האפשרות לא התממשה.

ד. כוח האשרור של האסיפה הכללית

בהציעו חוק חברות לגאנה קבע פרופ' גאור¹⁹¹, כי החלטת האסיפה הכללית אם לתבוע בשם החברה אם לאו 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 הזורגת 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

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 – הצעת חוק החברות לגאנה).

„בלתי מעוניין“, כגון „איגוד בעלי מניות“¹⁹², או אף בידי גוף ציבורי, כפי שהדבר נעשה באנגליה על ידי ה-Board of trade¹⁹³. השקפה זו עשויה להתבסס על אחד משני הנימוקים 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 להלן¹⁹⁴. הנימוק האחר עשוי להיות, כי באופן עקרוני אין להכיר כלל באינטרס הלגיטימי של בעל המניה להתערב בשיקול דעת המנהלים¹⁹⁵. 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 ערך¹⁹⁶. 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' גאורג בהצעת חוק החברות לגאנה¹⁹⁷, וזו עמדת הוועדה לרפורמה בדיני חברות באונטריו, קנדה¹⁹⁸.

ו. 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 סובסטנטיבי¹⁹⁹, לפיו הרשות

¹⁹² כפי הצעה שהובעה על-ידי 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, עמ' 151-152.

¹⁹⁸ ראה Interim Report of the Select Committee on Company Law, 1967 (להלן דו"ח ועדת לורנס) עמ' 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 להבחנה בין הצדדים הסובסטנטיביים לבין הצדדים הפרוצדורליים בכלל, „אי-ההתערבות“, ראה טקסט ליד ה"ש 8 לעיל.

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 שנערמו 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 גועד 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 מטרות שונות מאלה שצויינו, בעיקר מטרות 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 הייתה להגיע לידי פשרה עם המנהלים והחברה²⁰⁰. אלה האחרונים היו לעתים קרובות מעוניינים בכך, שכן הפירסום הרחב הניתן לעצם קיום המשפט, ולטענות הקשות הניתנות כנגד המנהלים, מוזק 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)²⁰⁰. 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 מגעה מהם הדרך לבית המשפט²⁰¹. על כן הציעו הן ועדת לורנס באונטריו²⁰², והן גאורג בהצעת חוק החברות לגאנה²⁰³, כי ענין „בטחון להוצאות“ יימסר לשיקול דעת בית המשפט, אשר יוסמך להטילו במקרה המתאים. המלצת ועדת לורנס לא התקבלה על דעת הממשלה באונטריו, ובהצעת החוק שהוגשה למחוקק²⁰⁴ נקבע במפורש כי בית משפט אינו 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

²⁰⁰ ראה Henn, *op. cit.*, p. 588.

²⁰¹ שם, בעמ' 589, וכן Baker and Cary, *op. cit.*, p. 627; Lattin, *op. cit.*, p. 350.

²⁰² ראה דו"ח ועדת לורנס, עמ' 63.

²⁰³ הצעת חוק חברות לגאנה עמ' 151.

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

המשפטי במטרה לאלץ את החברה ומנהליה להתפשר עמו. כדי למנוע מצב דברים זה הציעה ועדת לורנס²⁰⁵ 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' גאורג אינו מרחיק לכת עד כדי כך, אלא מציע²⁰⁶ 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' גאורג 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 נוכל. נראה לי כי אפשרות כזו הועלתה במשפט הגרמני. חוק החברות הגרמני קובע²⁰⁷ 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 חופפים 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 – 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 מסוגן משום הרתעת בעל מניה הפועל מתוך מוטיב בלתי נאות. נראה לי כי קל יותר לשכנע שופט, הפועל על פי הצהיר בלבד, כי בקשת המבקש הוגשה בתום לב ולמען החברה, מאשר לשכנע בכך בעלי מניות אחרים

²⁰⁵ דו"ח ועדת לורנס, עמ' 62.

²⁰⁶ הצעת חוק חברות לגאנה, עמ' 151.

²⁰⁷ סעיף 147 ל-A.G.

הדואגים להשקעתם בחברה. נראה, איפוא, כי הצעת ועדת לורנס סובלת מהפגם שבשלילת זכות בעל המניה לתבוע כאשר לו – ולא לבית 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 להלהם בחשש זה הציעו כי המנהלים בלבד לא יהיו רשאים להתפשר עם בעל המניות התובע. ועדת לורנס מציעה²⁰⁸, 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 הציע²⁰⁹ 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 לבית המשפט להטיל את המשך המשפט על צד מעוניין²¹⁰. הצעות אלה הן סבירות, והן הופעלו בצורה יעילה בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית.

לבסוף, במשפט האמריקאני²¹¹ 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 דומה²¹². פרופ' גאוור, לעומת זאת גורס²¹³, כי נסיבות רכישת הבעלות על המניה ילקחו בחשבון שעה שביט המשפט יתבקש להחליט אם להפסיק את התביעה או להמשיך בה. המשפט הגרמני קובע²¹⁴ 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 בעל המניה. אם כך, מה חשיבות יש למועד הבעלות על המניה? יחד עם זאת, נסיבות רכישת הבעלות על המניה ילקחו בחשבון על ידי השופט הדן *ex parte*

²⁰⁸ דו"ח ועדת לורנס, עמ' 64: סעיף 87 (6) להצעת חוק החברות לאונטריו.

²⁰⁹ הצעת חוק חברות לגאנה, עמ' 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, עמ' 63: סעיף 87 (3) (9) להצעת חוק החברות לאונטריו.

²¹³ הצעת חוק חברות לגאנה, עמ' 152.

²¹⁴ סעיף 147 (1) ל-A.G.

לפי הצעת ועדת לורנס, או על ידי בית המשפט הדין בתביעה, לפי הצעת פרופ' גאוור, בשעת ההכרעה אם לאפשר תחולתה של תביעה דרבטיבית או המשכה. נראה, איפוא, כי בידי המשפט מצויים מספיק אמצעים שיש בהם כדי להבטיח כי זכות ההתערבות הניתנת לפי הצעתנו לבעל המניה ביד כה רחבה, לא תנוצל לרעה, אלא תכוון להבטחת טובתה של החברה בלבד.

6. המשפט הישראלי

1. קליטת המשפט המקובל

הכלל בפרשת Foss v. Harbottle על חריגיו אינו קבוע בפקודת החברות הישראלית. בתי המשפט בישראל נוהגים על פיו²¹⁵, 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 יום²¹⁶, חובות אמון של מנהלים²¹⁷, ידיעה קונסטרוקטיבית²¹⁸, אולטרה-וירס²¹⁹ וכיוצא בהם דינים שלא הוכנסו לחוק החברות האנגלי מ-1929, ועל כן נפקד גם מקומם בפקודה המנדטורית. במשפט האנגלי ממשיכות דוקטרינות אלה לחיות בצידו של החוק החרוט בענייני חברות, שמטעמים שונים מצא לבכון 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 היזמים²¹⁶, חובות האמון של המנהלים²¹⁷, הידיעה הקונסטרוקטיבית²¹⁸ וכללי האולטרה-וירס²¹⁹. 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 כבדים²²⁰. 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 הקונסטרוקטיבית והאולטרה-וירס נתוגים לביקורת.

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

²¹⁶ כפי שנעשה, למשל, בת.א. 280/49 מכבי נ. דנפה, פס"מ ד', 264; ע"א 312/65 שירות תאומים בע"מ נ. משמר השכעה, 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 44/59 חכים נ. האחריות מנצרת, פד"י ט"ו, 1093.

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

²²⁰ לעמדתנו בדרך כלל, השווה „ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב 'אוול'“, הפרקליט כ"ד, 404.

הולכת וגוברת במשפט האנגלי²²¹. 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 „אי-ההתערבות“, עשויים להתעורר ספיקות כבדים לגבי קליטתו בישראל. ראינו כי אחד מהמקורות של הכלל הינם דיני השותפות האנגליים, כפי מצבם בתחילת המאה ה-19²²². מקורות אלה שונים באופן מהותי בישראל. ראינו כי החלת כלל „אי-ההתערבות“ על מקרי „הניהול הפנימי הכושל“ מבוססת על ההנחה כי התקנות אינן מהוות הוזה בין החברים לבין החברה²²³. הנחה זו סותרת את לשונה של פקודת החברות. לבסוף, מבחינת מדיניות המשפט, ביקשנו להראות כי ההסדר האנגלי אינו משיע רצון כלל ועיקר, וגם באנגליה טו ממנו סטיות ניכרות²²⁴.

2. יצירה שיפוטית

אם נתקבל השקפתנו בדבר שלילת ההזדקקות למשפט האנגלי לקליטת כלל „אי-ההתערבות“, תתעורר מאלה השאלה, מהם הדינים המקומיים החלים בסוגיה זו. אשר לצד הפרוצסואלי, יש למצוא הפתרון בתקנות הדיון, המכירות בתביעת הייצוג²²⁵. אשר לצד הסובסטנטיבי, על בית המשפט להכיר בכך כי מעמדו של בעל המניה בחברה מוכה אותו להתערב בשיקול דעת המנהלים שעה שאלה מסרבים לתבוע בשם החברה את עצמם. זוהי „חקיקה שיפוטית“ לגיטימית, שאינה חורגת מהמקובל במסגרת הקיקת השופטים.

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

3. רפורמה בדרך של חקיקה

שתי ועדות לרפורמה בדיני החברות פעלו בישראל, ואף הגישו הצעותיהן²²⁶. בסוגייתנו הולכות הצעות אלה בעקבות המלצות ועדת כהן וועדת גנקינס. 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

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 הדין, 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.

החברה²²⁷. בהעדר „עושי 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 „עושי המיעוט“ ובין אם לאו. זאת ועוד: על פי המלצת ועדת צלטנר השניה חוגש תביעה בשם החברה נגד מנהל שהפר חובתו כלפי החברה רק לאחר החלטת בית משפט בענין זה²²⁸. מכאן, שאין זכות התערבות לבעל המניה, אלא ציפיה בלבד. ציפיה זו תתממש רק אם בית המשפט יורה על כך. צמצום זה אינו מוצדק. כפי שראינו²²⁹, 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 הצעה משרד המשפטים, שפורסמה ב-1957²³⁰. הצעה זו מבחינה בבירור בין מקרי „הניהול הפנימי הכושל“ לבין המקרים בהם מופרת זכות החברה על ידי מנהליה. במקרה הראשון נקבע²³¹, 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 „אי-ההתערבות“, יהיה היקפו אשר יהיה, יחול²³².

אשר להפרת חובת המנהל כלפי החברה, קובעת ההצעה, כי²³³:

„דרשו בעלי עשרה אחוז ממספר כל הקולות בחברה, או בעלי אחוז קטן יותר שנקבע לכך בתקנון, כי החברה התבע 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 הגרמני²³⁴ 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 הנוכר, 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

²²⁷ ראה סעיף 9 להמלצת ועדת צלטנר הראשונה (עמ' 14); סעיף 10 להמלצת ועדת צלטנר השניה (עמ' 12).

²²⁸ הועדה מאמצת המלצת ועדת ג'נינס 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.

האנגלו-אמריקאנית. אך גם כאן קיים הבדל מהותי בין התביעה הדרבטיבית גוסז אנגליה ואמריקה לבין הצעת משרד המשפטים. בעוד שבתביעה 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 ההפרה.²³⁵ 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 מוסברת במטרה למנוע תביעות סרק. כפי שראינו²³⁶ אמצעי זה למניעת תביעות סרק טוב יותר מזה המומלץ על ידי וועדת 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 שייעשו²³⁷. מכאן, שהחלטת האסיפה הכללית שלא להגיש תביעה בשם החברה היא במסגרת סמכותה, ומשהורתה כן אין מקום לתביעה מטעם החברה²³⁸. צמצום זה של כוח ההתערבות של בעל המניה אינו נראה לי כמוצדק, שכן ההחלטה שלא לתבוע עשויה לבוא מכוח הצבעתם של בעלי מניות „מעוניינים”²³⁹. כאשר המנהלים שולטים בחברה, תביא הצעת משרד המשפטים

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.

לחסימת שערי בית המשפט בפני בעל מניה. החלטת בעלי המניות שלא לתבוע צריכה להיות מכרעת, כאשר ההחלטה באה מטעם גוף „בלתי מעוניין“²⁴⁰. אך להחלטת בעלי המניות לא צריך להיות ערך כל שהוא, אם היא באה מפי מפירי התובה עצמם (בכשרם כבעלי מניות) או הגשלנים על ידם. כפי שמציין בצדק לטין (Lattin)²⁴¹:

“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”.

בהעניקה „וטו“ בפני תביעה לאסיפת בעלי מניות „מעוניינים“, מנחיתה הצעת משרד המשפטים מכת מוות על כוח ההתערבות של בעל המניה²⁴². ההגנה שהצעה 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 על כלל „אי-ההתערבות“²⁴³.

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 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).

²⁴¹ ראה Lattin, *Corporations*, 1959, p. 355.

²⁴² אמת הדבר, אם החלטת בעלי המניות „המעוניינים“ מהווה „עושק 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 מקפת את החברה, ולא אותו אישית.

²⁴³ בדברי החסבר לסעיף 115 נאמר כי —

„הסעיף מגוסס 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*.

במשפט האמריקאי אין מתחשבים בהחלטת בעלי מניות „מעוניינים”²⁴⁴. 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 בדלת הראשית, אך הוכנס, והוא חזק יותר ומקיף יותר, בדלת האחורית.

2. הצעת משרד המשפטים אינה קובעת כל הוראה בדבר הגבלות על כוחה של החברה ומנהליה להתפשר עם בעלי המניות שתבעו בשמה. ראינו²⁴⁵ כי אפשרות הפשרה מהווה גורם המעודד הגשת תביעות סרק. נראה לי כי רצוי הוא שייקבע בחוק 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.

פרופ' אהרן ברק

²⁴⁴ ראה הערות 240 ו-241.

²⁴⁵ ראה הערה 208 לעיל.