

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

### 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, גיהול 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 ינתן להם ולא למנהלים. כל עוד לא אירע אחד מאלה, הפשיים המנהלים להפעיל את שיקול דעתם הם. כלל „אי-התערבות“ זה, לא רק שהוא מתבקש מהנחות היסוד שנקבעו לעיל, אלא שהוא משקף אף הגיון מסחרי בריא. 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 בשיקול דעת המנהלים, גם אם הפרת זכותה של החברה נעשית בידי המנהלים עצמם, והם מסרבים לתבוע את עצמם בשם החברה. אם כלל „אי-התערבות“ אכן מופעל גם במצב דברים זה, יש לצפות לכך, כי רק במקרים

<sup>1</sup> ראה *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83, 93.

<sup>2</sup> בישראל משתקף הדבר בתקנה 70 ללוח א'.

<sup>3</sup> מה שמכונה בארצות הברית כ- „business judgment rule“: ראה *Henn, Law of Corporations*, 1961, p. 364, sec. 233. דוגמא אנגלית יפה לכלל זה הינה פרשת *Shaw & Sons (Salford), Ltd. v. Shaw* [1935], 2 K.B. 113.

<sup>4</sup> 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 האומר:

“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.

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 „אי-ההתערבות“ 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 הריונית בה יתנהל המשפט בפני בתי המשפט, בהנחה שכוח ההתערבות ניתן לבעל-המניה? השאלה ראשונה 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 „אי-ההתערבות“ 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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> לסוגיה זו ראה בעיקר Wedderburn, *The Rule in Foss v. Harbottle*, [1957] *C.L.J.* 93; [1958] *C.L.J.* 194.

<sup>7</sup> 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 יתול כלל „אי-ההתערבות“; ראה Balantine, *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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

דיוניות<sup>10</sup>. להשקפה „דיונית“ זו אין הצדקה כיום, לא באנגליה ובוודאי לא בישראל<sup>11</sup>. אמת הדבר, אספקטים דיוניים חשובים מעורבים בבעית כוחו של בעל מניה להפעיל את מערכת בתי 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 שיתן 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 תנתן לבעל המניה הזכות להתערב בניהול ענייני החברה על ידי מנהליה. רק משתוכר זכות זו, ועד כמה שתוכר, יתעורר הקושי הדיוני הנוכח. כמוכח, 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 הדרבטיבית (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 הסובסטיביבי של כלל „אי-ההתערבות“ וחריגיו לסוגיית השליטה בחברה<sup>15</sup>. ככל שכלל „אי-ההתערבות“ 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-ההתערבות“

<sup>10</sup> ראה Schmitthoff, The Rule of the Majority and the Protection of the Minority in English Company Law, *Lax Societa Per Azioni Alla Meta Del Secolo xx*, p. 663, 687.

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

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

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

<sup>14</sup> ב- *Ferguson v. Wallbridge* [1935] 3 D.L.R. 66, 83.

<sup>15</sup> 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)

<sup>16</sup> שליטה אפקטיבית תיתכן באין רוב רגיל.

לקבוע את כוחו של הרוב, ואת זכויותיו של המיעוט. כאשר השליטה האפקטיבית בחברה היא בידי המנהלים, בא כלל „אי-ההתערבות“ לקבוע את כוחם של המנהלים, ואת זכויות כלל בעלי המניות.<sup>17</sup> מיקום „גיאומטרי“ זה של כלל „אי-ההתערבות“ חשוב, שכן נובע ממנו כי ניתוח מעלותיו וחסרונותיו של כלל „אי-ההתערבות“ חייב להעשות תוך בדיקת סוגיית השליטה בחברה בכללה. כלל „אי-ההתערבות“ אינו האמצעי היחיד הבא לקבוע את היקף השליטה בחברה. שיטות משפט שונות קבעו אמצעים נוספים, שמחד גיסא, מבטיחים את השליטה, ושמאידך 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 „אי-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 „אי-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 „אי-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

<sup>17</sup> להתפתחות ההיסטורית בסוגיה זו ראה ה"ש 29 ואילך.

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

<sup>19</sup> כגון ה-Board of Trade באנגליה.

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

<sup>21</sup> הוגשה תביעה בניגוד לכלל, על בית המשפט להפסיק הדיון, ורשאי הוא לצוות על כינוס אסיפת בעלי המניות. אם אלה יחליטו על המשכת התביעה, זו תמשך כדיון. 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.

<sup>22</sup> 461 (1843) 2 Hare.

<sup>23</sup> לריכוז האסמכתאות, ראה *Gower, op. cit.*, Chapter 25, pp. 526-538.

האורגנים המוסמכים, רשאית להפעיל את מערכת בחי 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 שנפל 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 למנועו<sup>27</sup>. לשתי הנמקות אלה יסוד משותף, המתבטא בהגנה על השליטה בחברה<sup>28</sup>.

במאה ה-19, התקופה בה התפתח כלל „אי-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 „אי-ההתערבות“ קבעה גם את גבולות תחולתו של כלל זה. ענין שאינו גופל למסגרת ההנמקה, אינו גופל למסגרת הכלל. יש

<sup>24</sup> ראה בעיקר *Mozley v. Alston* (1847) 1 Ph. 790; *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83, 93; *Edwards v. Halliwell* [1950], 2 All E.R. 1064

<sup>25</sup> ראה *MacDougall v. Gardiner* (1875) 1 Ch.D. 13; *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461

<sup>26</sup> ראה *Kelly v. Electrical Construction Co.* (1908) 16 O.L.R. 232, 234

<sup>27</sup> 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

<sup>28</sup> אני רואה את המקור המשותף כהגנה על השליטה בחברה ולא דוקא על הרוב בחברה. אחרת גורס *Wedderburn, Shareholders Rights and the Rule in Foss v. Harbottle*, [1957] *C.L.J.*, 194, 198

<sup>29</sup> ראה *Gower, op cit.*, p. 120

<sup>30</sup> *Pennington, op cit.*, p. 482

<sup>31</sup> ראה ה"ש 29 לעיל.

<sup>32</sup> 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)

הרואים מקרים אלה כחריגים לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*.<sup>38</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 לאשורו 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 לאו.<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 בהודמגיות הרבה.<sup>38</sup>

זכות בעל המניה יכולה לצמות, 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

<sup>38</sup> ראה, למשל, *Menier v. Hooper's Telegraph Works* (1874) 9 Ch. App. 350; *Russel v. 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.

<sup>34</sup> ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1964.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> ראה *Ballantine, op. cit.*, p. 335.

<sup>37</sup> (1877) 6 Ch.D. 70

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> אם מכוח חוזה שבעל המניות כורת עם החברה, אם מכוח כללי הנויקין, ואם ממקור אחר שבדין הכללי: ראה *Ballantine, op. cit.*, 335.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> כגון, הזכות להעלות הצעות לסדר היום ולדבר באסיפה הכללית: *Oliver v. North*; *Nuggeily Ajox Co.* [1912] V.L.R. at p. 426; *Henderson v. Bank of Australia* (1890) 45 Ch.D. 340; *Coast v. Harris* (1824) *Turn & R.* 496. מהאיסור הסטטוטורי על חלוקת דיבידנדה מתוך הון ניתן להסיק את זכותו הסטטוטורית של בעל המניה למנוע מהחברה מלחלק דיבידנדה בניגוד לאיסור, ראה: *Hoole v. Great Western Railway Company* (1687) 3 Ch. App. 262. בדומה, מהאיסור

הקובעת כי הכלל 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 „אי-ההתערבות“ 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 כדין, 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' וודבורן (*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 כדין<sup>51</sup>. הפסיקה שהחילה את כלל „אי-ההתערבות“ במקום שהופר התזכיר והתקנות — כגון, פרשות *Mozley* ו-*MacDougall* — נפסקה שלא כדין. 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

„המעין“ סטטוטורי על מתן מתנות ניתן להסיק זכות לבעל מניה למנוע מהחברה מלחן

מתנות : ראה *Hutton v. West Cork Railway Co.* (1883) 2 Ch.D. 654

<sup>42</sup> מקרים אלה ניתן לעתים להסביר על בסיס החריג המדומה השני.

<sup>43</sup> ראה *Russele v. Wakefield Waterworks Co.* (1875) 20 Eq. 474

<sup>44</sup> סעיף 20 לחוק החברות האנגלי, ובמקביל לו סעיף 19 לפקודה המקומית.

<sup>45</sup> ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064

<sup>46</sup> ראה *Salmon v. Quin & Axtens* [1909] 1 Ch. 311

<sup>47</sup> 1 Ph. 790 (1847).

<sup>48</sup> 1 Ch.D. 13 (1875).

<sup>49</sup> לגישה רביעית, ראה דברי השופט סוינפן אדי (Swinfen Eady J.) בפרשת

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

<sup>50</sup> במאמרו הנזכר בה"ש 38 לעיל.

<sup>51</sup> גישה זו מסתמכת בעיקר על *Salmon v. Quin & Axtens*, [1909] 1 Ch. 311

והיא נתמכת, בין השאר, על ידי האסמכתאות הבאות : *Beattie v. Beattie* [1938] Ch.

708; *Woodlands, Ltd. v. Logan* [1948] N.Z.L.R. 230; *Theatre Amusement*

*Co v. Stone* (1914) 50 S.C.R. 32

<sup>52</sup> ראה *Pennington, op. cit.*, p. 537

בזכות בעל המניה בחור שכזה, לבין הפרה הפוגעת באינטרס מיוחד של בעל מניה, מעבר לאינטרס שלו כאחד מבעלי המניות בחברה. בהתאם לגישה השלישית, הנקוטה בידי פרופ' גאור (Gower)<sup>53</sup>, כל פעולה המפירה את הוראות התזכיר והתקנות פוגעת בזכותו של בעל המניה, אך זכות תנתן לו רק כאשר הפעולה המפירה אינה ניתנת 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 במשפט 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-ההתערבות“, 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, 1856<sup>56</sup>. משהחוק חוק זה, הפכה הפרת התזכיר והתקנות על ידי המנהלים לפעולה המפירה זכות בעל המניה כלפי החברה. כיון שכך, נתבקשה המסקנה כי כלל „אי-ההתערבות“, 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-ההתערבות“, יוצאו מתוכו. אך לא כך התפתחה ההלכה האנגלית. כיוון שמקרי „הניהול הפנימי הכושל“ נפלו למסגרת כלל „אי-ההתערבות“ לפני 1856, הם המשיכו להיכלל במקגרתו גם לאחר 1856. כך נוצרו שני זרמי פסיקה: האחד, הקובע כי כלל „אי-ההתערבות“ לא יחול אם הזכות המופרת היא זכותו של בעל המניה; האחר, הקובע כי במקרי „הניהול הפנימי הכושל“ יחול כלל „אי-ההתערבות“. הנסיונות לגשר בין שני הזרמים אינם עולים יפה. מבחן „האינטרס המיוחד“ של פרופ' Pennington אינו מצליח להסביר מדוע לא הוכר אינטרס כזה בפרשת *Mozley* אך 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

<sup>53</sup> ראה *Gower, op. cit.*, p. 530.

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

<sup>55</sup> 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, *Minority Shareholder in the Nineteenth Century*, 28 (1965) *M.L.R.* 317.

<sup>56</sup> להתפתחות זו ראה *Gower, op. cit.*, p. 251.

או פסק דין הצהרתי, והרי זו התרופה המתבקשת ברוב המקרים<sup>57</sup>. מבחן „האשרור“ של פרופ' גאוור (Gower) גם הוא אינו מצליח לגשר בין הזרמים המנוגדים, שכן ברוב מקרי „הניהול הפנימי הכושל“ אין האשרור תופס, שכן כרגיל החברה אינה יכולה להשיג בהחלטה רגילה מה שניתן להשיג רק בדרך של שינוי למפרע של התקנות<sup>58</sup>. זאת ועוד: קשה להבין מדוע, לדעת Gower, האשרור אינו תופס בפרשת Pender אך הוא תופס בפרשת MacDougall? גראה שאין מנוס מלהסכים עם פרופ' וודבורן (Wedderburn) כי לפנינו זרמים סותרים, שאין לגשר ביניהם, אלא להעדיף את האחד על פני השני.

### 3. הריג 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 קוננטיים 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>.

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

<sup>58</sup> בענין זה, ראה ה"ש 74 להלן.

<sup>59</sup> ראה ה"ש 25 לעיל.

<sup>60</sup> ראה 8 H.L.C. 712 (1860) *Simpson v. Westminster Palace Hotel Co.*

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

<sup>62</sup> ראה *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All E.R. 1064.

<sup>63</sup> ראה *Parsons, The Directors Duty of Good Faith*, 5 (1965) *M.U.L.R.* 495.

<sup>64</sup> לביקורת מצב דברים זה, ראה החלק השני של רשימה זו.

<sup>65</sup> ראה *Gower, op. cit.*, p. 483. דומה שלא ניתנה השומת 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- *Gower, op. cit.*, p. 511 (n) 31.

<sup>66</sup> ראה *Gower, op. cit.*, p. 483.

4. היתם בין זכות בעל המניה לבין כוח האשרור של האסיפה הכללית שני נימוקים הביאו ליצירת כלל, "אי-ההתערבות" 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 בו נדחה הכלל בשל אי-תחולתו של הנימוק הראשון, ידחה 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. נגיה כי חברה נכנסה לחוזה מיוחד עם בעל מניה לביצוע פעולה, ובשל מחדלי מנהלים היא מפירה את החוזה. נגיה 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 אשררה כדין על ידי החברה. אשרור זה שלל את הפרת זכותה של החברה בידי מנהלים, 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 הנופלים 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 או הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*? פרופ' גאוור (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' גאוור (Gower) גורס כי בידי האסיפה הכללית של בעלי המניות נתון הכוח לאשרר, בהחלטה רגילה, כל חריגה של מנהלים מהמסמכיות המוקנות להם בתקנות. כסימוכין להשקפה זו מובא פסק הדין בפרשת *Grant*

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

<sup>68</sup> ראה ה"ש 24 ו-26 לעיל.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> ראה *Gower, op. cit.*, p. 530.

<sup>71</sup> עמדה זו של פרופ' גאוור 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.

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 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 בית המשפט גכונה, 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 גכונה 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 האשורר סותר האמור בתקנות. נהפוך הוא: הוא גובע 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 הבים 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,

<sup>72</sup> 40 Ch.D. 135 (1888).

<sup>73</sup> ראה בעיקר בעמ' 138, 139, 140.

<sup>74</sup> ראה גם Pennington, *op. cit.*, p. 480. ראה גם הערתנו ב, הפרקליט", כרך כ"ד, עמ' 273.

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

<sup>76</sup> למען הדיק, בהיות הסמכות עודפת, אין כאן ענין בהעברת סמכות אלא בהפעלת סמכות מקורית.

<sup>77</sup> 3 W.L.R. 317 [1968].

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 הקובע 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 הנימוק בדבר הזכות של בעל המניה לבין הנימוק בדבר כוח האשרור של האסיפה הכללית לא יתעורר כלל 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' גאוור 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 משה 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>,

<sup>78</sup> אין מניעה לשנות התקנות באופן שישנו זכויות שכבר נרכשו: ראה *Allen v. Gold* *Reefs of W. Africa* [1900] 1 Ch. 656.

<sup>79</sup> ראה פרשת Bamford, בעמ' 332.

<sup>80</sup> ראה ה"ש 70 ו-71 לעיל.

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

<sup>82</sup> והם: *Mozely 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.

<sup>83</sup> 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 no to the plaintiffs personally, but to the corporation of which they are members".

בפרשת *Macdougell* 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 —

תומך אמנם בהשקפתו של פרופ' גאוור, 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 לגו, 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>.

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

השאלה המרכזית המתעוררת 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'

“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 ?

<sup>84</sup> *Normandy v. Ind, Coope & Co. Ltd.* [1908] 1 Ch. 84 per Kekewich J.

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

<sup>86</sup> ראה בעיקר *Pennington, op. cit.*, p. 542.

<sup>87</sup> ראה שם.

<sup>88</sup> בכך נשמטת גם הקרקע תחת הבחנתו של פרופ' גאוור בין הפרת התקנות הניתנת לאשרור, לבין הפרת התקנות שאינה ניתנת לאשרור.

<sup>89</sup> ראה *Wedderburn, "Shareholders' Rights and the Rule in Foss v. Harbottle"*, *C.L.J.* 93, 101, et seq. [1958]. אחת השאלות השנויות במחלוקת הנה, אם מוכר חריג „אמיתי“ לכלל בכל מקרה שהצדק מחייב זאת. מספר אסמכתאות הכירו, באמרות אנג', בקיום חריג זה. ראה: *Russel v.* : *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare. at p. 492; *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; *Pavlides v. Jensen* [1956] Ch. 565.

פרופ' גאוור 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

גאוור 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 Telephon Company* [1900]<sup>92</sup>. בפרשה זו הוקצו מגיותיה 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. משגודע להם הדבר, הם הגישו תביעה דרבטיבית 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 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' גאוור 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

מביא פרופ' גאוור את פרשת *Paolides*. 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.

<sup>90</sup> ראה *Gower, op. cit.*, p. 529.

<sup>92</sup> [1900] 2 Ch. 56.

<sup>91</sup> ראה *Pennington, op. cit.*, p. 544. ראה גם *Ricer, The Rule in Foss v. Harbottle*.

Today. 25 *Conveyancer* 44.

<sup>93</sup> השופט לינדלי (*Lindley L.J.*) מציין פעמים 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 *Memier v. Hooper's*. *Telegraph Works* (1874) 9 Ch. App. 350, בו נדון מקרה של עושק המיעוט, שאליבא דכולם אינו ניתן לאשרור כלל.

<sup>94</sup> ראה *Gower, op. cit.*, 512. כסמוכין להשקפה זו מביא פרופ' גאוור 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' גאוור, אלא גם על יסוד חריג „אמיתי“ לכלל בפרשת *Foss v. Harbottle*: תיקו.

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 Pavlides 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 לגוד עיניהם את טובת החברה. לעומת זאת, בפרשת Pavlides פעלו המנהלים בתום לב אך ברשלנות.<sup>98</sup> מסיבות היסטוריות לא הוחלו התביעות הרבטיביות 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 חובת האמון שהמנהלים חבו לחברה. בשני המקרים פעלו המנהלים מתוך מרמה. מה, אפוא, היסוד המבדיל בין השניים? נראה כי היסוד המבחין הוא זה: בפרשת 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 הזכרים 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 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

<sup>95</sup> השאלה, איוו הפרת חובה מצד המנהלים ניתנת לאשרור ואיוו לא, היא סבוכה, וטרם התבהרה סופית. פרשת *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1942] 1 All E.R. 378

תומכת, ללא ספק, ביכולת האשרור במסיבות כמו בפרשת *Alexander*.

<sup>96</sup> [1956] 1 Ch. 565.

<sup>97</sup> יש הגורסים כי פרשה זו מתוך טעות נמסקה: Pennington, *op. cit.*, 448.

<sup>98</sup> כסימוכין להבחנה זו, ראה *Houston*; *Johnson v. Thompson* (1913) 19 B.C.R. 105; ראה *Meason v. Harris* (1879) 11 Ch.D. 97.

<sup>99</sup> *v. Victoria Machinery Depot* [1924] 2 D.L.R. 657.

<sup>100</sup> Pennington, *op. cit.*, p. 545.

<sup>101</sup> ראה *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461.

<sup>102</sup> ראה *Meason v. Harris* (1879) 11 Ch.D. 97.

<sup>103</sup> ראה *Birch v. Sullivan* [1958] 1 All E.R. 56.

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

<sup>103</sup> ראה *Wheatherbe v. Whitney et al.* (1897) 30 N.S.R. 49.

שלפי הטענה הפרו חובתם כלפי החברה, הם 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 Pavlides ופרשת Foss v. Harbottle נכונים, כי אז גוכל 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 מגיה להגיש תביעה דרביטבית, אם מתקיימים שני תנאים<sup>105</sup>: ראשית, ההפרה נעשתה מבלי שהמנהל פעל למען מה שנראה לו בתום לב כטובת החברה; שנית, למנהלים הנתבעים שליטה על כוח התביעה של החברה<sup>106</sup>, שליטה הגטענת בכתב התביעה, והמוכחת במשפט עצמו<sup>107</sup>.

(המשך יבוא)

פרופ' א. ברק

<sup>104</sup> ראה פרשת Alexander, דברי השופט לינדלי בעמ' 69.

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

פנינגטון מציון כי הכלל בפרשת Foss v. Harbottle אינו חל במסיבות אלה, גם אם לא מוכחת שליטה: שם, עמ' 547. טפק אם האסמכתאות עליהן הוא מתבסס תומכות במסקנתו: ראה ח"ש 106 להלן.

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

<sup>107</sup> ראה ח"ש 102 ו-103 לעיל.