

04.11.2008 - שיעור מס' 1.

בקורס נתייחס למספר חוקים:

- **חוק החברות, התשנ"ט-1999.** (להלן: "החוק").
  - **פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג (להלן: "הפקודה")** - הפרקים שנשארו לאחר החוק – שעבודים ופירוקים. יש גם הוראות נוספות שנשארו בתוקף החלות על חברות ותיקות (לפני תחילתו של החוק) למשל בעניין שינוי מסמכי יסוד.
  - **חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.**
  - **חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975.**
- על הדינים הנ"ל חל הכלל הרגיל לפיו חוק ספציפי גובר על דין כללי. בעניין שאין חוק ספציפי יחול הדין הכללי, למשל חוק החוזים.

**הקורס יעסוק בזכויות התביעה שיש לבעל מניות בחברה:**

1. זכות תביעה אישית הנובעת ממספר מקורות משפטיים.
2. תובענה ייצוגית המושתתת על עילת תביעה אישית.
3. התביעה הנגזרת – ייחודי לחברות.

מעמדו של בעל המניות יכול להשתנות לפי אופי החברה, גודל החברה, לפי מספר המניות, לפי הזכויות הצמודות למניות, לפי תפקידי בחברה, לפי סוג החברה - בחברה פרטית המעמד שונה מחברה ציבורית. השוני גם בחברה שהיא מעין שותפות (=שותפות בלבוש של חברה – במקרה זה הדין רואה את בעל המניות לעיתים קרובות כשותף. המהות היא שנבדקת ולא הפורמאליות).

המאפיין את החברה הציבורית הוא הפרדה בין השליטה לבעלות. לפיכך בעלי המניות זקוקים להגנה רבה יותר מאשר בחברה פרטית – יש יותר סיכונים והסעדים שונים.

הדין צריך לעשות איזון בין אינטרסים מתנגשים:

- בעל המניות כפרט.
  - בעלי מניות הרוב בחברה.
  - נושים בחברה.
  - החברה כגוף כלכלי.
- לכל אחד מהגורמים יש לעיתים אינטרס שונה שעשוי להתנגש עם אחר. יש מערכת דינים מיוחדת בהקשר של בעלי מניות.

**אפשרות התביעה של בעל מניות מכוח דיני החוזים**

היחס המשפטי בין בעל מניות לאחרים ובין בעל מניות לחברה.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

**17. תקנון כחזה**

- (א) דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם.
- (ב) שינוי התקנון ייעשה בדרכים הקבועות בחוק זה.

הסעיף דומה לסעיף 23 לפק' החברות, שבוטל עם כניסתו לתוקף של חוק החברות:

23. (א) התזכיר והתקנון שנרשמו מחייבים את החברה וכל חבר בה, כאילו נעשו בידי החברה ובידי כל חבר מחבריה, לפי הענין, וכאילו כלולים בהם התחייבויותיהם של החברה ושל כל חבר בה, לרבות נמקויו, יורשיו ומנהלי עזבונו, לקיים את הוראות התזכיר והתקנון בכפוף להוראות פקודה זו.

תקפם של תזכיר  
והתקנון [19]

(ב) כל שינוי בתזכיר או בתקנון הדורש מחבר לקחת מניות, או לחתום על מניות, מעל למספר המניות שיש לו בחברה ביום השינוי, או המגדיל בכל דרך שהיא את חברותו כפי שהיתה ביום השינוי להשתתף בהון המניות או לשלם כסף לחברה, לא יחייב את החבר אלא אם הסכים בכתב, מראש או בדיעבד, שהשינוי יחייב אותו.

לכל אורך הדרך הוכר כי התקנון הוא חוזה. זאת בניסוח כזה או אחר. כיום ברור שמדובר בחוזה. הקושי הוא שהחוק האנגלי והפסיקה הישראלית אומרים שמדובר בחוזה רק בכשירות בעל מניות.

### **השאלה: האם זה נכון גם היום?**

בפק' החברות מדובר על **חבר** – כי הפונקציה הייתה נכונה גם לחברות שאין להן מניות. החוק מדבר על **בעל מניות** – היות שהחוק מתייחס רק לחברות עם מניות.

### **מהו בעל מניות ?**

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **176. בעל מניה בחברה פרטית**

בעל מניה בחברה פרטית הוא מי שרשום ככזה במרשם בעלי המניות, או מי שאוחז בשטר מניה.

### **177. בעל מניה בחברה ציבורית**

בעל מניה בחברה ציבורית הוא כל אחד מאלה:

(1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות

הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים;

(2) מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות; = כמו בחברה פרטית

(3) מי שאוחז בשטר מניה<sup>1</sup>. = כמו בחברה פרטית

בחברה ציבורית יש משהו נוסף - = סעיף 177(1).

- המניה יכולה להיות על שם חברת הרישומים. אבל, זה רק מסיבה פרקטית. במהות, המניה היא של מי שקונה אותה, רואים אותו כבעל מניות ויש לו זכויות כגון קיפוח ועוד.

<sup>1</sup> מניה למוכ"ז = שטר מניה

אם לחברה יש מרשם, אין בעיה. מי שרשום זכאי לתבוע. אבל, אם אין רישום מסודר, מסיבה כלשהי, אז בעל המניות למעשה אינו בעל מניות. הוא ילך לפי ס' 134 לחוק החברות וידרוש תיקון רישום. רק אח"כ הוא יהיה בעל מניות בחברה. דרישת הרישום היא הוראה מפורשת של החוק אבל יש חברות שלא עושות רישום, ואם אין מרשם, אזי אדם שיש לו מניות לא יחשב בעל המניות.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **134. תיקון רישום**

רשום אדם במרשם בעלי המניות בלא שהוא זכאי לכך, או שאינו רשום במרשם האמור אף שהוא זכאי לכך, או שהרישום אינו מלא או מדויק, והחברה סירבה לתקן את הטעון תיקון, רשאי בית המשפט לבקשת הנפגע או כל בעל מניה בחברה לתת כל סעד הנראה לו מתאים, בנסיבות הענין, לרבות תיקון המרשם.

- בסעיף 46 לפק' החברות (שבוטל), הייתה דרישת רישום. למרות זאת, השופטת גרסטל ?? (נשיאת המחוזי בת"א) אמרה שכאשר אין פנקס חברים יש לראותו כחבר (כי אין פנקס ולא ניתן לרשום). לדעת פרופ' ציפורה כהן זה לא נכון כי למעשה אינו רשום, ואכן העליון קיבל את דעתה של פרופ' ציפורה כהן. חשין אומר ב ע"א 6205/98 - **מייקל סקוט אונגר ואח' נ' דניאל עופר** . תק-על 2001(2), 299, עמ' 311 .

"השלמת רישום בפנקס החברים חנאי מוקדם הוא להקניית מעמד של בעל מניות לפלוני".

ס 46 לפקודת החברות שבוטל :

46. (א) חבר החברה הוא מי שהסכים להיות חבר בה וישמו רשום בפנקס רישום החברים שלה (להלן — פנקס החברים).

(ב) מי שחתם על תזכיר החברה, רואים אותו כאילו הסכים להיות חבר בה, ומשנרשמה החברה יירשם בפנקס החברים.

מי הוא חבר החברה  
[26]

בפק' החברות סעיף 23, המקביל לסעיף 17 לחוק, הניסוח מעט שונה אבל המהות דומה. הפסיקה האנגלית הכירה בכך שמדובר בחוזה בין בעלי המניות לבין עצמם לכן לא תיקנו את החוק עד לחוק החברות.

חוק החברות, התשנ"ט-1999

### **17. תקנון כחוזה**

(א) דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם.

(ב) שינוי התקנון ייעשה בדרכים הקבועות בחוק זה.

סעיף 17 לחוק – לא קובע הגבלה שמדובר רק בחוזה בבעלי המניות **בכשירותם** כבעלי מניות. אבל, גם באנגליה זה כך והפסיקה האנגלית ראתה זאת כך באופן עקבי, ואף אמרה שמדובר בחוזה בין החברה לבעלי המניות **בכשירותם** ככאלו בלבד. זה נקבע בפס"ד ישן של היקמן באנגליה. נקבע כי בפסקי דין קודמים אשר קבעו שהתקנון אינו חוזה, זה היה כשדובר שלא בכשירותם כבעלי מניות. כך יושבה הסתירה בין המקרים בהם הוכר התקנון כחוזה לכאלו שלא. כך היה מאז ומעולם ועד היום. כאשר ועדה ... בדקה את ההלכה היא החליטה שלא לשנות את

ההלכה. הפרשנות הזאת היא מאוד מושרשת והתקבלה בכל מדינות ה common law כולל בישראל.

למשל באוסטרליה המחוקק קבע במפורש שהדירקטור והמזכיר גם הם נכנסו כצדדים לחוזה. בפס"ד 3. ע"א 161/80 מוניץ נ' "אתגר" בע"מ, פ"ד לה (3) 795. – העליון אימץ את הפרשנות של ה common law למרות שאין לכך זכר בחוק. פרשנות לפיה החוזה הוא רק בכשירותם כבעלי מניות.

מה אומר כיום חוק החברות? גם החוק לא אומר "בכשירותם כבעלי מניות" אבל גם בפק' לא היה רשום כך.

השאלה היא : האם גם כיום ביהמ"ש יאמץ בחוק את הפרשנות של הפקודה? השאלה היא של מדיניות שיפוטית. ביהמ"ש יכול שלא להמשיך לפרש כבעבר - אין לדעת.

אם העליון ירצה לסטות ממה שהיה מקובל ב common law הוא יכול לעשות זאת, אין לו בעיה משפטית. השאלה האם הוא יעשה זאת ? או שימשיך את הפרשנות המסורתית שמדובר בחוזה של בעלי מניות רק בכשירותם כבעלי מניות.

אם הפירוש ישתנה, תתעורר השאלה : האם הפרשנות החדשה תחול גם על חברות ותיקות? ותתעורר שאלה נוספת : אם נבדוק את ס' 17 נגלה שהוא חל על כל חברה. (אין תקנות מעבר בעניין זה, כמו שיש למשל בעניין של שינוי תקנון) אבל בחברות הותיקות חל, עד לפרשנות חדשה (אם תהיה) הדין עם הפרשנות הישנה. אז כיצד ניתן לשנות את הזכויות החוזיות של הצדדים בדרך של פרשנות ? לאמור לעיל אין עדיין תשובה בפסיקה.

השאלה הבאה - איך מגדירים זכויות וחובות של בעלי מניות בכשירותם כבעלי מניות – איך קובעים מה הוא בכשירותם כבעלי מניות ומה לא ?

המבחן הוא לפי השאלה האם זה משותף לכול בעלי המניות לחברה? אם כן אז זה בכשירות כבעל מניות. אבל מבחן זה אינו נכון. כי יכולים להיות סוגים שונים של מניות ויתכנו זכויות ייחודיות ושונות למניות של סוג מסוים.

לפיכך המבחן הוא האם הזכות היא מהותית.

פרופ' גאוור באנגליה הציע מבחן נוסף במאמר שכתב. הוא הציע לבדוק האם הזכות הזאת משפיעה? זה היה בעקבות פס"ד רייפילד (4) [1958] Rayfield v. Hands (2 W.L.R. 851). מדובר בתקנון בחברה פרטית אשר בה רצו לשמור שלא יכנסו בעלי מניות לא רצויים. לפיכך, נקבע שהרוצה למכור יציעו את המניות קודם לדירקטורים של החברה. ביהמ"ש קבע שחובת הדירקטורים היא לרכוש את המניות וזאת לא רשות. זאת אומרת שאם ראובן רוצה למכור את מניותיו ומציע אותן לדירקטורים הם חייבים לקנות. בפסק הדין הם לא רצו לרכוש, לפיכך התובע הלך לביהמ"ש. הנתבעים טענו שזה לא בכשירותם כבעלי מניות. ביהמ"ש קבע שמאחר שכול הדירקטורים היו חייבים להיות בעלי מניות מכוח התקנון, לפיכך, זה בכשירותם כבעלי המניות. פרופ' גאוור לא הסכים לדרך זאת ואמר שפסה"ד נכון, אבל מסיבה אחרת. הציע שנבדוק, לא את המהות, אלא כיצד זה משפיע? היות שרכישת המניות משפיעה לא על מעמדם כדירקטורים אלא על מעמדם כבעלי מניות. זאת אומרת שבודקים את ההשפעה של הזכות. אולם מבחן זה של פרופ'

גאור מעולם לא התקבל בפסיקה. לפיכך, המרצה ממליצה לבדוק את המהות. כשבדקים זאת שיש לבדוק גם את אופי החברה. למשל, אם יש חברה שיש בה זכויות מסוימות אזי בחברה אחת זה יכול להיחשב בכשירות בעלי מניות ובאחרת לא.

לדוגמא, בניו זילנד היו חקלאים עם משקי חלב אשר שיווקו את התוצרת באמצעות חברה - קואופרטיב אשר קנה את החלב ושוקק או ייצר מוצרים. בתקנון יש הוראה שכל בעל מניות חייב למכור את החלב לחברה ומצד שני החברה חייבת לרכוש את החלב.

השאלה: היה והחברה אינה מוכנה לרכוש חלב, האם יכול בעל המניות לחייב אותה לרכוש את החלב מכוח התקנון? האם ההוראה היא בכשירות כבעלי מניות או לא? ביהמ"ש אמר שיש לראות את הוראה זאת בכשירותם כבעלי מניות כי המטרה הייתה לאפשר להם למכור את החלב שלהם. לפיכך, החובה לרכוש את החלב זה המהות של החברה.

אבל אם ניקח חברה אחרת שנועדה, למשל, ליצור משקפיים ובתקנונה כתוב שהיא חייבת לרכוש חלב בשביל הקפה של העובדים, אזי זאת איננה המהות של החברה, ולכן הוראה כזאת בחברת משקפיים לא תהייה בכשירות כבעלי המניות ולא תחול.

המסקנה היא שבמידה שהתקנון קובע זכויות שלא קשורות למהות של בעל המניות לא ניתן לאכוף אותן. למשל יזם הזכאי לרכוש מקרקעין מהחברה אשר ינסה לתבוע בביהמ"ש, זה יאמר לו זה לא בכשירותך כבעל מניות.

הלכת ריפיל הנ"ל איננה נכונה לדעת פרופ' ציפורה כהן. היות שאם למשל ימונה דירקטור, ואם למשל רשום בתקנון שהדירקטור חייב לרכוש מניות תוך שלושה חדשים. אזי למשל היה ושמעון מונה דירקטור ולא רכש עדיין מניות (יש לו שלושה חדשים), והיה וראובן רוצה למכור חודש לאחר המינוי של שמעון, האם שמעון חייב לרכוש? לא! כי יש לו זמן שלושה חודשים, היוצא הוא שבשלב זה הדירקטור אינו בעל מניות ואינו חייב, עדיין, לרכוש מניות. זאת אומרת שלא לכול דירקטור יש מניות.

יחד עם זאת סבורה פרופ' ציפורה כהן כי התוצאה בכול זאת נכונה. היות שביהמ"ש חייב אותם לרכוש את המניות מכוח כך שלכול בעל מניות יש זכות לאכוף את התקנון. לאו דווקא זה שנפגע.

השאלה מה עם הוראות שאינן בכשירות כבעלי מניות האם הללו ניתנות לאכיפה?

הפסיקה האנגלית, שנכונה גם אצלנו, אמרה שהתקנון מהווה ראייה למוסכם בין אותו דירקטור לבין החברה. לא התקנון הוא החוזה, אלא יש חוזה אחר בין הדירקטור לחברה. המינוי הוא שיצר את החוזה, גם אם אין משהו כתוב. השאלה מהו תוכן החוזה? התוכן הוא מה שכתוב בתקנון – התקנון לא יצר את החוזה אלא הוא הראייה למה שהוסכם ביניהם בחוזה אחר.

מצד שני, מי שמקבל על עצמו להיות דירקטור, מקבל על עצמו את תקנון החברה, למרות שאינו מחויב ישירות וחוזית כצד לחוזה.

השאלה כיצד ניתן לשנות את התקנון? – הנושא ילמד בהמשך, אבל, השינוי נעשה ע"י בעלי המניות ברוב רגיל (בחברה ישנה לפי הפקודה צריך החלטה מיוחדת). האם יכול ראובן לומר הפרתם את החוזה איתי? התשובה יכולה להיות שלא, הדירקטור צריך לקחת בחשבון כחלק מהסכמה להתמנות גם את האפשרות שהתקנון ישונה בדרך זאת. זאת הייתה הגישה האנגלית.

אבל ניתן לפרש זאת גם אחרת – כשהדירקטור נכנס לחברה היה כתוב בתקנון 10,000 ₪ והוא הסכים למינוי לפי זה וזאת הייתה ההסכמה והתקנון הוא הראייה. אין לכך תשובה בפסיקה עדיין והתשובה תהייה לפי פרשנותו של ביהמ"ש את החוזה האם ההסכמה היא ביום הכניסה, או שההסכמה היא שניתן לשנות את החוזה בדרך שניתן לשנות את התקנון.

## 11.11.2008 - שיעור מס' 2.

דיברנו על המשמעות של התקנון, או תזכיר ותקנון בחברות ותיקות. מה המשמעות של האופי החוזי שלו ? האם יש להגבילו רק לבעלי מניות בכשירותם כבעלי מניות ?  
ראינו שהתקנון יכול להיות ראייה לגבי המוסכם גם כלפי הדירקטורים. זה לא פיתרון מלא לבעיה, היות שאיננו מתאים למקרים בהם יש דרישת כתב קונסטיטויטיבית. לדוגמא הסכם בוררות – צריך הסכם בכתב. יש דרישת הכתב בהסכם בוררות.  
פס"ד 5 - באטי - [1938] **Beattie v. E. & F. Beattie Ltd.** 3 All E.R. 214 – התקנון קבע שכל מחלוקת בין החברה לחברים, בכול עניין שנוגע לחברה, בכול מעשה או מחדל של הדירקטורים ידון בבוררות. התובעת אשר הייתה דירקטורית בחברה וגם בעלת מניות, הגישה תביעה נגד דירקטור ובעל מניות בחברה, היות שביצע תשלומים שלא כדין.  
האם חל במקרה זה סעיף הבוררות ?

ביהמ"ש אמר שלמרות שהצדדים הינם בעלי מניות, הסכסוך נוגע לתפקודו של הנתבע בכשירותו כדירקטור. לפיכך, זהו לא סכסוך של בעל מניות בכשירותם ככאלו, וביהמ"ש אמר שהתקנון הוא חוזה רק בכשירות כבעלי מניות. הבעיה שאין חוזה בכתב, ולקונסטרואציה המשפטית לפיה התקנון הוא ראייה, אין משמעות לעניין דרישת הכתב הקונסטיטויטיבית.  
דוגמא נוספת היא סעיף 8 לחוק המקרקעין. אם למשל התקנון מחייב את הדירקטורים שאם הם מעוניינים למכור את המקרקעין, עליה להציע אותם קודם לדירקטורים אחרים. האם יש כאן אופציה לרכישת מקרקעין בכתב ? הרי דרישת הכתב אינה מתקיימת.  
ניתן לפתור את הבעיה, באופן חלקי, באמצעות ס' 34 לחוק החוזים – הסעיף מכיר בחוזה לטובת אדם שלישי. סעיף זה אומץ בחוק החוזים שלנו בהסתמך על הדין הקונטיננטאלי. לפיכך, דרך זאת אפשרית בארץ ולא באנגליה (בשלב זה).

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 [תיקון אחרון 15/6/81] . .

פרק ד' :

חוזה לטובת אדם שלישי

### **34. הקניית הזכות**

חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן - המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו.

אם יש סעיף בתקנון האומר שיש להציע את המקרקעין לדירקטורים, אזי יטענו הדירקטורים כי יש חוזה בין החברה לבעלי המניות, והדירקטורים הם צד ג'. כך שלפי הסעיף יכול צד ג' לאכוף חוזה לטובתו. כך מתקיימת גם דרישת הכתב, היות שהתקנון חייב להיות בכתב והוא זה שמקנה לדירקטורים זכות לרכישת המקרקעין.

דרך הנ"ל לא מתאימה אם התקנון אומר שדירקטורים המעוניינים למכור מקרקעין, עליהם להציע אותם קודם לחברה. במקרה כזה, יש חיוב כלפי אדם שלישי ולא חוזה לטובת אדם שלישי. כמובן שגם הדרך של התקנון כראייה למוסכם אינו מתאים לכאן.

ב 1973 – חוקק חוק החוזים שאומר שהוראותיו חלות על חוזים שנכרתו לאחר תחולתו של החוק. לפיכך החוק אינו חל על חברות שהוקמו לפני חוק החוזים.

אין תשובה לשאלה, האם ניתן לאכוף חוזה לטובת אדם שלישי גם לפני חוק החוזים (1973). בשאלה זאת אין הכרעה. יש גישות שונות :

1. ניתן לאכוף.

2. לא ניתן לאכוף.

3. אין הכרעה.

החוק האנגלי : ב 1999 ?? חוקק חוק מיוחד שנועד להכניס אדם שלישי כבעל עילת תביעה כאשר יש חוזה לטובתו. אבל לכלל זה יש חריגים. אחד מהם שהוא לא יכול על החוזה המחייב את החברה וחבריה.

ס' 14 לחוק החברות האנגלי משנת 1975, אומר שהתזכיר והתקנון הם חוזה בין החברה וחבריה והפוך. לפיכך, ניתן להסיק שאם החריג קיים הרי שללא החריג הפרשנות הנכונה היא שהתקנון ניתן לאכיפה ע"י צד ג' (אצלנו אין את החריג).

מתוך דברי ההסבר להצעת החוק האנגלי עולה כי : האופי המיוחד של החוזים הללו הפך אותם לבלתי מתאימים לאכיפה ע"י צד ג' בהיסתמך על רפורמה כללית שמיועדת לתת תוקף להסכמת הצדדים. יש הלכה שהתקנון הוא חוזה בין החברה לחברים בכשירותם כבעלי מניות, ובית הלורדים סבור שלא יתכן ששינוי הלכה כללית בדיני חוזים ישפיע על דיני החברות בדלת האחורית. אם רוצים לשנות את דיני החברות שיבדקו ויעשו שינוי ספציפי, ולא במסגרת שינוי כללי בדיני החוזים.

פרופ' צפורה כהן לא מסכימה עם היגיון זה היא סבורה שאם יש שינוי בחוק החוזים יש להחילו גם על התקנון, כפי שזה בארץ (בגלל שבארץ אין חריג כנזכר לעיל).

ה"פ (תל-אביב-יפו) 408/06 - מיכאל לפידות ואח' נ' חברה ארץ ישראלית לישוב עולים בע"מ ואח' . תק-מח 2006(4), 9487, עמ' 9490.

"אפשר שסעיף 2 (1) לתזכיר החברה הקובע שמטרת החברה ליישב עולים יוצאי בולגריה ואחרים על אדמת ארץ ישראל, מקנה לבעלי המגרשים במקרקעין זכות לדרוש מהחברה לפעול ליישובם במקרקעין מכוח הוראת סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, לפיה זכאי מוטב לדרוש קיום חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובתו אף שהמוטב לא היה צד לחוזה, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו."

ס' 38 לחוק החוזים אומר שאם יש זכות לצד ג' לאכוף את החוזה, זה לא מונע מצד לחוזה לתבוע את אכיפת החוזה לטובת צד ג'. כך שאם מישהו שהוא צד לחוזה רוצה "לעזור" לצד ג', או שפעמים רבות הדירקטור הוא גם בעל מניות וככה הוא יכול לתבוע אכיפתו של החוזה כלפי צד ג' (שזה הוא עצמו כדירקטור) וכך לא נזקקים לסעיף 34 לחוק החוזים.

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 [תיקון אחרון 15/6/81] . .

### **38. שמירת זכותו של הנושה**

זכותו של המוטב אינה גורעת מזכותו של הנושה לדרוש מן החייב את קיום החיוב לטובת המוטב.

באנגליה התעוררה השאלה האם כל בעל מניות יכול לתבוע אכיפת הסעיפים בתקנון? בעבר הרחוק אמרו שלא, אם לא מדובר בענייני האישי. בארץ - מכוח סעיף 38 זה ניתן. החוק האנגלי אמר בעבר שלא, אלא אם קיימים החריגים של התביעה נגזרת. אבל זה השתנה כיום גם באנגליה כך שיש לבעל המניות זכות לשמור על הזכויות של האחרים. השינוי בגישה נעשה בעקבות מאמר של פרופ' wedderbura בשנת 1957. במאמר הוא כתב שיש להכיר כזכות של כל בעל מניות לתבוע את שמירת ההוראות שמצויות במסמכי היסוד. בכול הספרות באנגליה יש תמיכה לגישה זאת. אצלנו, כאמור, אין בעיה היות שיש את סעיף 38.

דרך זאת פותרת את רוב המקרים היות שאם דירקטור הוא גם בעל מניות הוא יכול לתבוע כבעל מניות את שמירת התקנון לאכוף הוראה לטובת הדירקטור (הגם שמדובר באותו אדם עצמו).

חסרון דרך שלישית זאת הוא שניתן רק לאכוף את ההוראה, אבל לא ניתן לתבוע פיצויים בגין כך. למשל, אם נגרם נזק על המשכורת שלא שולמה עד לאכיפת התקנה.

### **לסיכום**

יש שלוש דרכים לעקוף את ההלכה לפיה יכולים לתבוע רק בעלי מניות בכשירותם ככאלו. לרוב שלוש הדרכים הני"ל יכולות לפתור את רוב הבעיות. מתי לא? - אם יש למשל חוזה לצד ג'.

פרופ' ציפורה כהן בספרה, בשנת 1990, סברה שיש לתקן את ההלכה שבעלי המניות צריכים להיות רק בכשירותם ככאלו. בינתיים החוק תוקן ללא התייחסות לשאלה זאת, ואין לדעת כיצד יפרש זאת ביהמ"ש.

אוסטרליה: גם היה בחוק שאמר - רק בכשירות בעלי מניות. בכדי לפתור את הבעיה תוקן החוק ב 1985 וקבע שלמסמכי היסוד יש תוקף בין החברה לכול חבר, לכול נושא משרה ובין חבר לכול החברים האחרים. בחקיקה מאוחרת יותר תיקנו שוב וכתבו דירקטור מנהל עסקים ראשי ומזכיר וב 1995 תיקנו פעם נוספת, השמיטו את מנהל העסקים ונשארו הדירקטור והמזכיר. הרעיון הוא שהוראות רבות של מסמכי היסוד מתייחסות לדירקטור ולכן המחוקק האוסטרלי הכניס את הדירקטור כצד לחוזה.

הפתרון האוסטרלי שונה מהפתרון של הפירוש הרחב המפרש בעלי מניות לא רק בכשירותם ככאלו. השוני העיקרי הוא שהמזכיר והדירקטור לא חייבים להיות כלל בעלי מניות כדי להיות צדדים לחוזה. מאידך החוק האוסטרלי מצמצם בכך שמתייחס רק למזכיר או לדירקטור. נשארה



בעיה אם מדובר בבעל תפקיד אחר כמו עו"ד של החברה, או יזם, או כל תפקיד אחר. לאלו הפיתרון של הפרשנות הרחבה עדיף.

### **יש שש עילות תביעה:**

1. פגמים בכריתת החוזה.
2. אי חוקיות.
3. הפרת חוזה.
4. סיכול.
5. תביעה בגין ביטול הקשר החוזי.
6. ניהול מו"מ שלא בדרך מקובלת ולא בתום לב

בכול העילות יש את הבעיה שיש מחד דיני חוזים ומאידך דיני חברות שיכולים להגביל ולצמצם.

מקוצר זמן נדון רק בחלק מהעילות – השאר בספר של פרופ' ציפורה כהן.

### **הפרת חוזה (עילה מס' 3).**

לא מדובר רק בהוראות שבתזכיר ובתקנון, אלא גם הוראות שקבועות בחוק יכולות להיחשב חלק מהתניות החוזה. למשל – ס' 39 תום לב - אם הופר עילת התביעה תהייה הפרת חוזה.

בעל מניות יכול לתבוע בגין הפרת חוזה בגין הפרה של סעיף בתקנון, או על פי סעיף בחוק החוזים, או סעיף בחוק החברות. ניתן להגיע לזאת בדרך של פרשנות, אבל גם ס' 352 לחוק החברות אומר במפורש:

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **352. סעדים**

(א) על הפרת זכות המוקנית על פי חוק זה לבעל מניה כלפי החברה או כלפי בעל מניה אחר, או לחברה כלפי בעל מניה, יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים.  
(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכויותיו של בעל מניה לפי כל דין.

### **מתי ניתן לתבוע בעילת הפרת חוזה ?**

1. כשנעשית פעולה בניגוד להוראות הכלולות בתקנון או בתזכיר של החברה. (ראה עמ' 9).
2. כשעשו שינוי של הוראות מסמכי היסוד שלא כדין. (ראה עמ' 14).
3. כשיש הפרת חובת הגינות של בעלי מניות שליטה וכוח הכרעה. (ראה עמ' 46).
4. כשיש הפרת החובה של כל בעל מניות לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. (ראה עמ' 59).

**1. כשנעשית פעולה בניגוד להוראות הכלולות בתקנון או בתזכיר של החברה.** – זאת הפרת חוזה ולכול צד לחוזה מותר לאכוף את החוזה ואת הפעולה. הגם שאפשרות זאת ברורה ונכונה בכל מקרה, היא כתובה במפורש בסעיף 55(ב) לחוק החברות.

חוק החברות, התשנ"ט-1999

### **55. פעולה בחריגה מהרשאה**

(א) חברה ומי שפועל מטעמה לא יבצעו פעולה שיש בה חריגה מן המטרות הקבועות בתקנון וכן לא יבצעו פעולה בלא הרשאה או פעולה בחריגה מן ההרשאה.  
(ב) נעשית או שיש יסוד להניח שעומדת להיעשות פעולה כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, לבקשת החברה, בעל מניה, או נושה של החברה שיש חשש לפגיעה בזכויותיו, לתת צו להפסקתה או למניעתה של הפעולה.

מסעיף 55(א) לחוק החברות, עולה שפעולה אשר חורגת מהמטרות והסמכויות היא פעולה שנחשבת כחריגה מסמכות, היות שחוק החברות, בדומה לתיקון 17 לפק' החברות, קובע שלחברה יש כשירות מלאה הכוללת חובות וזכויות.  
זה לא היה נכון לפני תיקון 17 לפק', אז חריגה ממטרות לא הייתה חריגה מסמכות. לא ניתן היה לומר שמדובר פעולה שבטלה מיסודה אלא רק חריגה מהרשאה.  
כיום במפורש ברור שכל חריגה ממטרות היא גם חריגה מסמכות. ואם בעל מניות יודע שעומדים לבצע משהו בניגוד למטרות החברה הוא יכול לפנות לביהמ"ש ולמנוע חריגה זאת מסמכות.

ס' 56 לחוק אומר שפעולה שנעשתה בחריגה או בלא הרשאה אין לה תוקף כלפי החברה, אלא אם כן הפעולה אושרה אח"כ, בדיעבד. אלא אם צד ג' לא ידע ורכש זכות בתום לב ובתמורה (תקנת השוק).

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **56. פעולה בחריגה מהמטרות או בלא הרשאה [תיקון: תשס"ה]**

(א) פעולה שנעשתה בעבור חברה בחריגה ממטרות החברה, או שנעשתה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה, אין לה תוקף כלפי החברה, אלא אם כן אישרה החברה את הפעולה בדרכים הקבועות בסעיף קטן (ב), או אם הצד שכלפיו נעשתה הפעולה לא ידע ולא היה עליו לדעת על החריגה או על העדר ההרשאה.  
(ב) אישור החברה בדיעבד לפעולה בחריגה ממטרות החברה יינתן בידי האסיפה הכללית בהחלטה שתתקבל ברוב הדרוש לשינוי מטרות החברה; אישור כאמור לענין פעולה בלא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה יינתן בידי הארגון המוסמך לתת את ההרשאה.

(ג) אישור כאמור בסעיף קטן (ב), לא יפגע בזכות שרכש אדם אחר בתום לב ובתמורה לפני מתן האישור.

יוצא שהגוף המוסמך לבצע את הפעולה מלכתחילה, הוא זה המוסמך גם לתקן את הטעות. אם אסיפה – אסיפה, ואם דירקטורים – דירקטורים וכו'.

בעבר, בפקודה ולפני התיקון מס' 3, היה ניתן לאשרר חריגה ממטרות ברוב רגיל, כאשר השינוי דרש רוב מיוחד. זה לא היה הגיוני שניתן לתקן ברוב קטן יותר מאשר להחליט מלכתחילה. זאת לא הייתה טעות, ניתן להסביר זאת בכך שמעוניינים לתקן ביתר קלות טעות שנעשתה כבר, אבל פרופ' ציפורה כהן לא מקבלת זאת וסבורה שזה לא תקין.

מתעוררת השאלה: האם האשרור בדיעבד של הפעולה החריגה מונע אפשרות של תביעה בגין הפרת חוזה מצד הבעל מניות על ההפרה שנעשתה ? האם האשרור נוטל את הפגם ?

לדעת פרופ' ציפורה כהן האשרור מיועד ליחסים בין החברה לצד ג', ויכול שהחברה תאשרר היות שרוצה לקיים חוזה ולהכשירו מסיבות שונות. למשל, אם הוציאו כבר כספים רבים ועשוי להיות לחרבה נזק כבד, או לחילופין משיקולי מוניטין, החברה לא רוצה להתנער מחוזה ולהתחמק מאחריות. לפיכך, האשרור נועד לעשות תיקון כלפי צד ג', אבל האשרור אינו פותר את הפגם של הפרת החוזה במישור היחסים הפנימיים בתוך החברה. זאת כאמור דעת פרופ' ציפורה כהן. פרופ' גרוס גרס בספרו שהאשרור כן מכשיר את הפעולה.

אם החברה תתבע הוא תוכל לתבוע את נושא המשרה שביצע את החריגה מהסמכות.

בפק' החברות היתה הוראה מפורשת לעניין זה ס' 106(א) **106. תרופות בשל פעולה פגומה.** חוק החברות לא כולל הוראה דומה.

**106. (א) מי שפועל בשביל חברה חייב להימנע מפעולה שיש בה חריגה מן המטרות הקבועות בתזכירה ומפעולה ללא הרשאה מן החברה או בחריגה מן ההרשאה, ואם פעל כשהוא ידע או היה עליו לדעת על פגם כאמור בפעולתו, זכאית החברה כלפיו לתרופות הנתונות לה בשל הפרת חובותיו כלפיה; הטוען שלא ידע או שלא היה עליו לדעת על הפגם — עליו הראיה.**

תרופות בשל פעולה פגומה [19ב]

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

השאלה האם בהעדר הוראה כזאת יש אחריות של החורג מהמטרה ? ומה היקף האחריות? אם מדובר בנושא משרה, האחריות תהייה בהתאם לטיב ההפרה. אם הוא ידע על החריגה הזאת זה יהיה בגדר הפרת חובת האימונים שלו, ואם לא ידע שמדובר בחריגה הרי שאם זה עולה כדי רשלנות הרי שנתבע אותו בגין הפרת חובת הזהירות. זאת גישתה של פרופ' ציפורה כהן. בניגוד גישתה של דר' אירית חביב סגל שמשמעות ההשמטה של סעיף 106 לפק' החברות מחוק החברות, היא שיש אחריות מוחלטת למי שפועל תוך חריגה מהרשאה.

ההבדל לפי פרופ' ציפורה כהן הוא במקרים בהם יש חריגה אבל אין הפרת חובת אמונים ואין הפרת חובת זהירות. למשל, אם הדירקטורים חרגו מסמכות, ואם ביקשו חוות דעת משפטית וקיבלו תשובה שהפעולה היא בגדר סמכותם, ואח"כ ביהמ"ש קבע אחרת, לא ניתן יהיה להטיל עליהם אחריות כלשהי. מי שסבור שיש אחריות מוחלטת לא יוכל להימנע מלומר שגם במקרה כזה יש אחריות, וזה לא נכון.

לפיכך, אומרת פרופ' ציפורה כהן, שהשמטת הסעיף מובילה אותנו להשתמש בסעיפים של חובות הזהירות וחובת האימונים.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **252. חובת זהירות**

(א) נושא משרה חב כלפי ההברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] 13.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת זהירות של נושא משרה כלפי אדם אחר.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **254. חובת אמונים**

(א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה

(1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין

מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;

(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;

(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה

לעצמו או לאחר;

(4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניניה, שבאו לידי

בתוקף מעמדו בחברה.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה

כלפי אדם אחר.

אם עובד של חברה שלא נכנס להגדרה של נושא משרה, אזי, מה שיחול זה הדין הכללי.

אם העובד הפר את "חובת האמונים" שלו ניתן לתבוע לפי ס' 9 לחוק השליחות, היות שכל עובד הוא שלוח של המעביד שלו,

חוק השליחות, תשכ"ה-1965 [אין תיקונים] . .

### **9. תרופות**

(א) הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות

הניתנות בשל הפרת חוזה.

ואם העובד הפר את "חובת הזהירות" שלו, נתבע אותו לפי פק' הנזיקין בעוולת הרשלנות.

אם רוצים לפטור את נושא המשרה מאחריות בגין חריגה, ניתן לעשות זאת לפי ס' 255 לחוק המציב תנאים לשחרור מאחריות (לחובת אמונים בלבד).

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

## **255. אישור פעולות**

(א) חברה רשאית לאשר פעולה מהפעולות המנויות בסעיף 254(א) ובלבד שנתקיימו כל התנאים האלה:

(1) נושא המשרה פועל בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה;

(2) נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.

(ב) אישור החברה לפעולות שאינן פעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לענין אישור עסקאות, ואישור החברה לפעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לענין אישור עסקאות חריגות; הוראות הפרק החמישי לגבי תוקפן של עסקאות, יחולו, בשינויים המחויבים, לגבי תוקפן של פעולות.

יודגש כי הסעיף עוסק רק בהפרת חובת האמונים ולא בהפרת חובת הזהירות. היות שהתנאים לשחרור הם שנושא המשרה פעל (1) בתום לב והפעולה או אישורה אינן פוגעות בטובת החברה; (2) נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים. מכאן שלא ניתן לשחרר מחובת זהירות על פי סעיף זה, היות שהתנאי לעוולת הרשלנות הוא שנגרם נזק, ומאידך התנאי לשחרור, לפי הסעיף, הוא שהחברה לא נפגעה. = יש כאן סתירה.

יש דרכים אחרות לשחרר מאחריות במקרה של הפרת חובת הזהירות. למשל, בדרך של פטור או בדרך של שיפוי.

### 18.11.2008 - שיעור מס' 3.

בשיעור שעבר נשאלה השאלה : האם ניתן לתבוע כאשר החברה אשררה את החריגה?  
תשובה : האשרור פועל במישור החיצוני, ואינו מונע תביעה במישור הפנימי.

נשאלת שאלה נוספת :

מה דינם של בעלי מניות שהצביעו בעד האשרור, האם גם הם יכולים לתבוע ?  
לדעתה של פרופ' ציפורה כהן (אין פסיקה), התשובה היא כן. היות שהאישור היה חיצוני בלבד. לפיכך, אין זה אומר שמי שהצביע בעד אשרור החריגה כלפי חוץ, מוכן גם לוותר על זכות התביעה שלו כלפי פנים. יתכן שהצביע כדי להקטין את הנזק, או כדי לשמור על המוניטין של החברה. אבל אין בכך למנוע ממנו לתבוע בגין נזקו.

## **2. תביעה בגין שינוי (שלא כדין) של הוראות החוזה (= תקנון בחברה חדשה או**

### **תזכיר ותקנון בחברה ישנה).**

#### **שינוי במסמכי יסוד של החברה**

כדי לעשות שינוי בחוזה רגיל צריכה להיות הסכמה של כל הצדדים. לעומת זאת, חוזה מסוג של תקנון, ניתן לשנותו גם ללא הסכמה מלאה. לפי החוק צריך רוב רגיל וכן ניתן להתנות על כך. אם השינוי נעשה כדין לא ניתן לתבוע, אבל אם השינוי לא כדין, אזי ניתן לתבוע.

למשל אם יש החלטה ברוב רגיל כאשר רק רוב רגיל נדרש – השינוי כדין. ככלל בדרך כלל צריך רוב בעלי מניות שנטלו חלק בהצבעה.

זהו חריג לכלל הרגיל של החוזים, לפיו לשינוי צריך הסכמה מלאה. אבל, זה לא החריג היחיד למשל בתקנון הבתים המשותפים ישנן גם הוראות המאפשרות לבצע פעולות ברוב כזה או אחר ולא נדרשת הסכמה מלאה.

בדומה גם בעמותות יש דרישת של רוב קולות הזכאים להצביע. ולשינוי תקנון של אגודה שיתופית נדרשת החלטה של 3/4 מהמצביעים.

החוק קובע את הדרך לשינוי תקנון בסי' 20 לחוק החברות. רוב רגיל אלא אם נקבע רוב אחר. כאמור מדובר ברוב של המשתתפים בהצבעה ולא של כלל המצביעים או בעלי זכות ההצבעה. בחברות ישנות היה כלל בו הרוב הוא שונה. לפיכך, יש הוראות מעבר. כשמדובר על חוזה, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגן על זכויות רכושיות (קניין = זכות רכושית לפי הפסיקה). ניתן לפגוע בזכות שבחוק רק במידתיות ורק למטרה ראויה. לפיכך, לא ניתן לשנות את כללי החוזה (התזכיר) והפקודה הישנה שנוצרו לפני חוק החברות. לפיכך, לא ניתן להחיל הוראות חדשות על חוזים ישנים ולפיכך יש הוראת מעבר בעניין (סעיף 24 לחוק). יש הסתמכות בחברות הותיקות על כך שצריך רוב יותר גדול ולא רק רוב רגיל. לפיכך, הרוב שהיה לפני חוק החברות נשאר גם אחרי החוק. נעסוק בנפרד בחברות חדשות וישנות:

#### **שינוי מסמכי יסוד בחברות חדשות**

##### **שינוי תקנון.**

סי' 17(ב):

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

#### **17. תקנון כחוזה**

(א) דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם.

**(ב) שינוי התקנון ייעשה בדרכים הקבועות בחוק זה.**

סעיף 20 הוא סעיף כללי לשינוי התקנון.

יש גם סעיפים ספציפיים לשינויים ספציפיים – ראה בהמשך.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

## **20. שינוי תקנון**

- (א) חברה רשאית לשנות את תקנונה בהחלטה שהתקבלה ברוב רגיל באסיפה הכללית של החברה, אלא אם כן נקבע בתקנון כי דרוש רוב אחר או אם נתקבלה החלטה כאמור בסעיף 22.
- (ב) נקבעה בחוק זה הוראה שניתן להתנות עליה, או נקבעה הוראה בתקנון לפיה דרוש רוב מסוים לשינוי הוראות התקנון, כולן או מקצתן, לא תהא החברה רשאית לשנות את ההוראה האמורה אלא בהחלטה שתתקבל באסיפה הכללית באותו רוב מסוים או ברוב המוצע, לפי הגבוה מבין השניים.
- (ג) היו מניות החברה מחולקות לסוגים, לא יעשה שינוי בתקנון שיפגע בזכויותיו של סוג מניות ללא אישור אסיפת אותו סוג, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון; לענין קבלת החלטות באסיפת סוג יחולו הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), בשינויים המחוייבים.
- (ד) על אף הוראות סעיף זה, שינוי בתקנון המחייב בעל מניה לרכוש מניות נוספות או להגדיל את היקף אחריותו, לא יחייב את בעל המניה ללא הסכמתו.

## **שינוי שם החברה.**

ס 31 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

## **31. שינוי שם**

- (א) חברה רשאית, באישור הרשם, לשנות את שמה, והוראות סעיפים 25 עד 30 יחולו, בשינויים המחוייבים, על ההחלטה לשינוי ועל השם המבוקש.
- (ב) אישר הרשם לחברה לשנות את שמה, ירשום הרשם את השם החדש במקום השם הקודם וייתן לה תעודת שינוי שם.

מה המיוחד בשינוי שם ?

צריך גם אישור הרשם בגלל שעניין השמות נבדק ע"י הרשם, כדי לראות שאין שם דומה או זהה או שאינו לגיטימי מסיבות אחריות.

## **ס 29 (ג) 29. סמכות הרשם להורות על שינוי שם**

- (א) נרשמה חברה בשם שאין לרשמו לפי סימן זה, רשאי הרשם לדרוש ממנה לשנות את שמה.
- (ב) לא מסרה החברה לרשם, בתוך ארבעה חודשים ממועד הדרישה כאמור בסעיף קטן (א), הודעה על החלטה לשינוי שמה, רשאי הרשם לשנות את שמה לשם שיבחר.
- (ג) החליט הרשם לשנות את שם החברה, ישלח לחברה תעודת שינוי שם, ויראו את השינוי כאילו נקבע על פי החלטת החברה והרשם.

(ד) השר רשאי לקבוע הוראות לענין הפרסום של שינוי השם.

לדעתה של פרופ' ציפורה כהן שינוי השם אינו משפיע על האישיות המשפטית של החברה. דעה זאת מנוגדת לדעתו של יוסי כהן בספרו, שאמר ששינוי השם משנה את האישיות המשפטית של החברה.

פס"ד מחוזי - תקן מפעל למוצרי מלט בע"מ נ' ציטור תעשיות בע"מ - מאושש את דעתה של ציפורה.

בפק' החברות, הייתה הוראה מיוחדת שאמרה ששינוי שם אינו משנה את הזהות והחביונות.

### שינוי הון החברה.

שני סעיפים ספציפיים העוסקים בשינוי ההון

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### סימן ב': הון מניות רשום

#### **286. הגדלת הון מניות רשום**

האסיפה הכללית רשאית להגדיל את הון המניות הרשום של החברה בסוגי מניות, כפי שתקבע.

#### **287. ביטול הון מניות רשום**

האסיפה הכללית רשאית לבטל הון מניות רשום שטרם הוקצה, ובלבד שאין התחייבות של החברה, לרבות התחייבות מותנית, להקצות את המניות.

### **הגדלת הון מניות הרשום של החברה.**

בכול חברה חייב להיות הון רשום שהוא מסגרת בתוכה רשאית החברה להנפיק מניות. אם כל ההון הרשום הונפק, החברה צריכה להגדיל את ההון הרשום בהחלטה על הגדלת ההון הרשום. זאת פרוצדורה פשוטה לה צריך רק רוב רגיל.

### **ס' 287, עוסק בביטול הון מניות רשום שטרם הוקצה.**

למשל, אם מישהו רוצה שלא ניתן יהיה לדלל את הונו בקלות. הוא יהיה מעוניין שלא יהיה פער בין הון הרשום להון המונפק, ואז כאשר הדירקטוריון ירצה להנפיק, הוא יצטרך קודם להגדיל את ההון הרשום ולשם כך יאלץ לקבל אישור אסיפה כללית.

חוק החברות לא קבע דרך של שינוי ההון המונפק.

בפק' החברות כן היה, ונראה בהמשך.

בחוק החברות, חלק שביעי, פרק שני, יש הוראות העוסקות בשמירת ההון וחלוקה.

החוק מאפשר לחברה לרכוש את ההון שלה בחזרה, בתנאי שיש לה רווחים ראויים לחלוקה (מבחן

הרווח) ויכולת לעמוד בהתחייבויות כספית עתידיות (מבחן יכולת הפירעון).

מבחן היכולת הפירעון - הוא מבחן היכולת לעמוד בהתחייבויות הצפויות של החברה. זהו המבחן

הדומיננטי, היות שאם החברה רוצה לחלק דיבידנד היא יכולה לפנות לביהמ"ש וזה יאפשר לה



לעשות זאת אם תעמוד ביכולת לעמוד בחבויות הצפויות. על המבחן זה לא ניתן לוותר. לעומת מבחן הרווח, עליו ניתן לוותר באישור ביהמ"ש.

בחוק החברות המקורי (לפני תיקונים) כשחברה רכשה את המניות חזרה, הן הפכו להיות מניות רדומות = לא מקנות שום זכות. אם וכאשר המניות הרדומות היו נמכרות, הזכויות היו חוזרות לקדמותן.

תיקון 3 לחוק החברות 2005 נתן לחברה אופציה, כשהיא רוכשת את המניות, לעשות אותן רדומות או לבטל אותן. לפיכך, יש אפשרות להקטנת ההון המונפק בדרך של רכישת המניות ע"י החברה וקבלת החלטה בעת רכישת המניות על ביטולן. ניתן לעשות זאת גם בדרך של החלטת דירקטוריון לרכוש את מניות החברה מבעלי המניות. זאת דרך של החזרת הון לבעלי המניות, על זה אין מיסוי, זה לא דיבידנד. ההחלטה האם המניות יהיו רדומות או יבוטלו יכול להשפיע על חלוקת ההון בחברה.

### **שינוי בסעיף הגבלת האחריות.**

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

#### **344. שינוי אחריות בעלי המניות**

- (א) חברה שאחריות בעלי המניות בה אינה מוגבלת רשאית לשנות את תקנונה ולקבוע, באישור בית המשפט בבקשה לפי סעיף 350(א) ובתנאים שיקבע, כי אחריות בעלי המניות בה מוגבלת; השר רשאי לקבוע הוראות לביצוע סעיף זה.
- (ב) חברה שאחריות בעלי המניות בה מוגבלת רשאית לשנות את תקנונה, בהסכמת כלל בעלי המניות, ולקבוע שאחריות בעלי המניות בה אינה מוגבלת.

בשינוי הגבלת האחריות, מי שעלול להיפגע אלו הנושים. לפיכך נדרשת פרוצדורה של הסדר וזה הולך לביהמ"ש.

עיקר השימוש בהליך ההסדר הוא בהקשר של פירוק. ניתן להשתמש בהליך של הסדר להסדרת עניינים נוספים בין החברה לנושים, כגון הקפאת הליכים. אבל, יש אפשרות גם להסדר בין החברה לבעלי המניות שלה. הסעיף רחב הרבה יותר ממה שמקובל לחשוב.

אם למשל רוצים לעשות השוואת מניות, ולהפוך שני סוגי מניות לסוג אחר, זה במישור של בעלי המניות לבין עצמם - את זה צריך לעשות בהסדר. זאת תביעה רגילה לבית המשפט המחוזי על פי חוק החברות.

מגישים בקשה לביהמ"ש לאישור הליך הסדר. בימ"ש יורה על כינוס של אסיפת סוגי המניות, (שיעשה לפי מבחן האינטרס ולא לפי מבחן הסוג) ואם יעשו כל האישורים יתקבל אישור ביהמ"ש.

לעניינינו, אם רוצים לשנות ממצב שאין הגבלת אחריות למצב שיש הגבלת אחריות, צריך גם אישור של ביהמ"ש. ביהמ"ש יקרא לנושים ויברר את עמדתם.

חברה שאחריותה מוגבלת (ס' 344(ב)) ורוצים לשנות אותה לחברה עם אחריות בלתי מוגבלת, צריך לשם כך את הסכמת כל בעלי המניות (100% הסכמה). היות שמשנים את הזכויות שלהם. מתי למשל יכול להיות מצב כזה?  
אם למשל רוצים להפוך חברה לחברת עורכי דין.

אלו היו הוראות ספציפיות שמתייחסות לשינוי תקנון  
נחזור להוראה הכללית בס' 20.

## **20. שינוי תקנון**

(א) חברה רשאית לשנות את תקנונה בהחלטה שהתקבלה ברוב רגיל באסיפה הכללית של החברה, אלא אם כן נקבע בתקנון כי דרוש רוב אחר או אם נתקבלה החלטה כאמור בסעיף 22.

הרוב הנדרש הוא רוב רגיל.

מה קורה עם הנמנעים ?

החוק לא מתייחס לנמנעים בהקשר לשינוי התקנון.

החוק כן מתייחס לנמנעים בהקשרים אחרים למשל בסעיפים (1)24, (3)24, (4)24, (5)24.

סעיפים אלו הן הוראות שהוספו לחוק מאוחר יותר, לפיכך אין לראות בהבדל שבין סעיפים אלו לסעיף 20 משום הסדר שלילי. יותר נכון לעשות היקש מהוראות אלו. היות שיש כאן לקונה ולא הסדר שלילי.

גם הפרקטיקה המקובלת היא שלא מביאים בחשבון את הנמנעים, והיא הנכונה משפטית לדעתה של פרופ' ציפורה כהן. אם כי היא מסכימה שיכולה להיות טענה אחרת. אין על זה הלכה בביהמ"ש.

שאלה עקרונית היא: האם ההסדר בחוק החברות הוא תקין ?

שכן הוא מאפשר שינוי ברוב רגיל אשר עשוי להיות מזערי, היות שיכול להיות שרוב בעלי המניות לא יגיעו להצבעה.

זאת למרות שיש דרישה מינימאלית של לפחות שני בעלי מניות להם 25% מזכויות ההצבעה.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

## **78. מנין חוקי באסיפה כללית**

(א) המנין החוקי לקיום אסיפה כללית הוא נוכחות של לפחות שני בעלי מניות שלהם עשרים וחמישה אחוזים לפחות מזכויות ההצבעה, תוך מחצית השעה מן המועד שנקבע לפתיחת האסיפה.

(ב) לא נכח באסיפה כללית בתום מחצית השעה מהמועד שנקבע לתחילת האסיפה מנין חוקי, תידחה האסיפה לשבוע ימים, לאותו יום, לאותה שעה ולאותו מקום, או למועד מאוחר יותר אם צוין בהזמנה לאסיפה או בהודעה על האסיפה.

(ג) הוראות סימן זה לא יחולו על חברה שלה בעל מניה אחד.

בחברה ותיקה נדרשים 75% מבעלי זכות ההצבעה. גם שם הייתה יכולה להיות הבעיה הנזכרת לעיל, אבל פחות.

הגישה בחוק "החדש" הייתה על פי דעתו של פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, שהושפע מהמשפט האמריקאי.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שלא יכול להיות שרוב רגיל ישנה תקנון שהוא למעשה החוקה של החברה.

#### **אם נשווה לשיטת משפט אחרות:**

ב model business corporation act האמריקאי<sup>2</sup> – אמנם גם נדרש רוב הקולות של המשתתפים. אבל הקוורום צריך להיות לפחות של רוב בעלי המניות הזכאים להצביע. למשל אם יש 100 בעל מניות הזכאים להצביע, חייבים להיות לפחות להיות 51 בעלי מניות באסיפה כללית.

בדלוור<sup>3</sup> – נדרש רוב של בעלי זכות ההצבעה ולא רוב של הנוכחים.

באנגליה עד שנת 2006 המצב היה כמו בפק' החברות שלנו. החוק האנגלי אשר תוקן לאחר בדיקה יסודית מאוד, השאיר החלטה מיוחדת ברוב של 75%. זה אותו דבר ברוב מדינות ה common law האחרות.

קנדה שהלכה לכיוון האמריקאי באופן כללי - דורשת רוב של 2/3 מהנוכחים המצביעים.

באירופה - בכול אחת מהמדינות יש דרישה אחרת, אבל אף אחת לא מסתפקת ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה.

לאור כל האמור לעיל, פרופ' ציפורה כהן סבורה שהדין הרצוי הוא שצריך רוב רגיל של בעלי מניות ולא של הנוכחים. לדעתה החוק לא משקף נורמה ראויה. לעומת זאת, יש הסבורים שהחוק בסדר היות שניתן לשנות את הרוב לשינוי התקנון, אם רוצים.

---

<sup>2</sup> **model business corporation act האמריקאי** – זהו מודל של חוק רצוי הנכתב ע"י ועדות של מומחים ומלומדים. מודל חוק זה אינו מחייב אבל יכול שיהיה מאומץ בחלקו או במלואו או שלא יאומץ בהתאם להחלטת כל מדינה ומדינה בארה"ב.

<sup>3</sup> **דלוור** – מודל חשוב כי מרבית החברות הציבוריות בארה"ב רשומות שם, זאת בגלל חוק החברות שלה ומערכת המשפט היעילה והמהירה שלה המתמחה בחברות (ולאו דווקא בגלל המיסוי). עובדה זאת מזינה את עצמה, כי לאורה גם חברות חדשות נוהגות להירשם שם. הייתה הצעה להעתיק את החוק למדינת ישראל, אבל זה לא מספיק כי גם צריך גם את המערכת המשפטית. לאור האמור לעיל, כל פס"ד בדלוור משליך על כול עולם העסקים.

25.11.2008 - שיעור מס' 4.

**נדון בהבדל נוסף של שינוי תקנון על פי ס' 20 לעומת הסעיף הקודם בפקודה.**  
אחד ההבדלים הוא שלפי הפקודה הייתה הוראה קוגנטית שלא ניתן היה להתנות על אופן השינוי.  
בעוד שלפי ס' 20 לחוק הרוב הנחוץ הוא רגיל, אלא אם נכתב אחרת.  
בפקודה היה ניתן רק להחמיר את אופי השינוי וזאת בתזכיר ולא בתקנון.  
הבדל נוסף - **האם ניתן לכלול בחוזה הגבלה על שינוי התקנון ?** בפקודה לא היה ניתן. חברה לא הייתה רשאית לכבול עצמה ולקבוע בחוזה שלא ניתן לשנות את התקנון. אם היה חוזה כזה יתכן שהיה ניתן לקבל פיצוי בגין הפרתו, אבל לא לאכוף אותו.

לעומת זאת ס' 22 לחוק החברות משנה את המצב.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

## **22. הגבלת אפשרות שינוי התקנון [תיקון: תשס"ה]**

(א) חברה רשאית להגביל בתקנון או בחוזה אחר את סמכותה לשנות את התקנון או הוראה מהוראותיו, אם נתקבלה על כך החלטה באסיפה כללית, ברוב הדרוש לשינוי הוראות התקנון.  
(ב) דין החלטה שנתקבלה כאמור בסעיף קטן (א), כדין החלטה לשינוי התקנון ויחולו עליה הוראות סימן זה.

אם יש החלטה באסיפה כללית ניתן להגביל שינוי בתקנון.

זה לאחר תיקון מס 3.

לפני תיקון 3, היה כתוב שניתן להגביל בחוזה (גם התקנון הוא חוזה כך שהיה ניתן גם קודם, אבל לאחר התיקון זה יותר ברור) ובתיקון 3 כתוב במפורש גם בתקנון.

אבל, נשאלו מס בעיות:

### **מה עם התקנון המקורי ? האם זה כולל את התקנון המקורי ?**

לפי הסעיף ניתן להכניס סעיף המגביל שינוי לאחר החלטת אסיפה כללית.  
אבל התקנון המקורי נכתב לפני האסיפה הכללית הראשונה (רק לאחר הרישום נוצרת החברה ויש משמעות לכינוס אסיפה כללית). היוצא הוא שנוצר כאן מצב לא נורמאלי, לפיו ניתן בשינוי להכניס סעיף, אשר לא ניתן להכניסו לתקנון מלכתחילה. (כי לא ניתן לכנס אסיפה כללית) ההיגיון היה צריך להיות שבהתחלה אמור להיות יותר קל להכניס סעיף, מאשר לשנות ולהוסיף סעיף בשלב מאוחר יותר.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שזה לא תקין שלא ניתן להגביל בתקנון המקורי, מה שניתן לעשות בדרך של שינוי בשלב מאוחר יותר. לדעתה זה טעות בניסוח - אין על זה פסיקה.

**שאלה נוספת – האם הכוונה רק להגבלה מפורשת או שניתן שתהייה גם הגבלה משתמעת?**

למשל, אם יש חוזה בין החברה לנושה שמחזיק אג"ח וכתוב שלנושה יש זכות למנות דירקטור בחברה (כמובן שצריך להכניס זאת גם לתקנון אחרת אין לכך תוקף), ואם החברה רוצה לבטל את זכותו למנות דירקטור ע"י שינוי התקנון למצב שכול הדירקטורים ימונו באסיפה כללית. שינוי כזה, כמובן, מפר את החוזה עם בעל האג"ח. אבל אם בעל האג"ח לא מסתפק בפיצוי, ורוצה גם אכיפה, האם יכול לקבל סעד זה?

אם השינוי לא נעשה ע"י אסיפה כללית (אלא ע"י דירקטוריון למשל) וודאי שאין לו תוקף. אבל, גם אם השינוי נעשה באסיפה כללית, האם זה בחזקת הגבלה על התקנון?

מחד יאמרו .....ומאידך ניתן לטעון שאין כאן הגבלה, שהחברה התחייבה אבל לא אמרה במפורש ..... לא ברור מה יאמר ביהמ"ש.

הכלל הרגיל הוא שלחברה יש כוח לשנות את התקנון, ויתכן שאת החריג יש לפרש בצורה מצמצמת, ואולי ביהמ"ש יאמר שחברה יכולה לשנות את התקנון שלה, ואם בעל האג"ח רוצה שיתבע פיצויים, אבל לא יכול לאכוף על החברה שלא לשנות את התקנון. אבל כאמור אין הלכה בעניין.

לפיכך, עדיף בכול מקרה לכתוב סעיף ברור ומפורש שאומר שמדובר בהגבלה, ולא להסתפק בהכנסת סעיפים שבמשתמע.

בחוק החדש, נושה לא יכול להתנגד לשינוי מטרות. במצב הקודם הנושים היו יכולים להתנגד לשינוי המטרות. בחוק החדש, אין סעיף כזה, ואם נושה רוצה להבטיח עצמו עליו לדאוג שיעשה שינוי באסיפה כללית מכוח ס' 22, ושיכנס סעיף שהחברה לא יכולה לשנות את המטרות שלה, ללא הסכמת הנושה. אחרת לנושה לא תהייה יכולת שליטה על שינוי המטרות. לעיתים נושה לא מעוניין למצוא עצמו כנושה של חברה שונה ממה שהייתה בהתחלה.

השינוי יכול לגרום להשפעה על זכות קיימת למשל בפס"ד מוניץ נ' אתגר, עשו שינוי בתקנון והטילו חובת בוררות בסכסוכים בין החברה לבעלי המניות, כולל הוראה שזה חל גם על סכסוכי העבר. אמנם, השינוי חל רק מעכשיו אבל יש לו השפעה על מה שהיה בעבר. מה שהיה היה, אבל סכסוך חדש על עניין שהיה בעבר כן יושפע מהסעיף.

### **חברות לפני תחילת החוק**

ס' 24 לחוק החברות - הוראת מעבר – יש לחברה ותיקה תזכיר ותקנון ושינויים יעשו אחרת:

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] ..

### **24. הוראות מעבר לגבי תזכיר ותקנון [תיקון: תשס"ה]**

חברה שהתאגדה לפני תחילתו של חוק זה רשאית -

- (1) לשנות את ההוראות הקבועות בתזכירה בדרך ובתנאים הקבועים לכך בפקודת החברות, כנוסחה ערב תחילתו של חוק זה, בכפוף להוראת פסקה (5) ואולם על אף הוראות פקודת החברות, רשאית חברה לשנות את ההוראות הקבועות בתזכירה,

לענין ההון ולענין שם החברה, ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה, למעט הנמנעים; שינוי ההון הרשום תקף מיום קבלת ההחלטה בדבר השינוי ושינוי שם החברה אינו טעון הסכמת השר;

(2) לשנות את תזכירה או לבטלו בדרך הקבועה לפי סעיף 350(א), (ט), (י), (יא) ו-(יב);

(3) לשנות את ההוראות הקבועות בתקנונה בהחלטה שנתקבלה באסיפה הכללית ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה, למעט הנמנעים, או ברוב אחר אם נקבע בתזכיר החברה או בתקנונה;

(4) לקבוע בתקנון, כפוף להוראת סעיף 20(ב), הוראה בדבר הרוב הדרוש לשינוי הוראות התקנון, בהחלטה שנתקבלה באסיפה הכללית ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה, למעט הנמנעים, וברוב גדול יותר אם נקבע רוב זה בתזכיר החברה או בתקנונה; נקבעה הוראה חדשה כאמור, יחולו על שינויה הוראות סעיף 20(ב);

(5) לקבוע בתזכיר, בהחלטה שנתקבלה באסיפה הכללית ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה, למעט הנמנעים, הוראה בדבר שינוי הרוב הדרוש לשינוי הוראות בתזכיר שהאסיפה הכללית מוסמכת לשנותן; הוראות סעיף 20(ב) יחולו לענין זה, בשינויים המחוייבים.

### **שינוי תזכיר:**

ס' 24(2) לחוק: לשנות את תזכירה או לבטלו בדרך הקבועה לפי סעיף 350(א), (ט), (י), (יא) ו-(יב); זאת אומרת שצריך הסדר כדי לשנות את התזכיר. המטרה היא להגן על בעלי המניות.

ס' 24(5) אומר שיש לבדוק לגבי חברות ותיקות מה השינוי שנידרש, וכיצד יש לשנות אותו לפי הסעיף שאליו מפנים כדי לשנות את התזכיר יש לנהוג לפי הוראות ישנות של פקי החברות. בפקודה היה ס' 8 לפיו אין חברה רשאית לשנות את תזכירה אלא לפי הוראות פקודה זאת.

### **שינוי שם:**

לפי ס' 37(א) לפק' החברות, שבוטל, משנים את שם החברה בהחלטה מיוחדת שיש עליה אישור הרשם והיתר בכתב של השר.

שינוי שם [25] 37. (א) חברה רשאית לשנות את שמה, בהחלטה מיוחדת שיש עליה אישור הרשם והיתר בכתב של השר.

ס' 24 לחוק החברות, משנה את זאת ובמקום זאת צריך רוב של 75% - מה זה משנה? הרי גם החלטה מיוחדת היא ברוב של 75%? אבל יש תנאים נוספים להחלטה מיוחדת והם משלוח הודעה מוקדמת של 21 יום. על זה מוותר החוק החדש. הרוב נשאר אותו רוב. שינוי נוסף בעניין שינוי השם – מוותרים על הצורך בהסכמת השר ונשאר רק אישור הרשם.

### **שינוי המטרות:**

בחברה חדשה – צריך רוב רגיל יכול לשנות את המטרות כמו שינוי התקנון.  
לפי ס' 25 לפק' החברות, שממשיך לחול על חברות ותיקות, חברה רשאית בהחלטה מיוחדת לשנות את החלטת תזכירה. השינוי יכנס לתקפו לאחר 21 יום, אך אם הוגשה בקשה לפי ס' 27 השינוי לא יכנס לתקפו אלא לפי אישור ההחלטה ע"י ביהמ"ש.  
ס' 27 לפקודה מקנה לבעלי המניות ולנושים זכות להתנגד.  
ס' 26 לפק' החברות – החברה צריכה לפרסם הודעה בשני עיתונים יומיים על השינוי שהיא מתכוונת לעשות. י  
לפי סעיף 27, תוך 21 יום יכולים חברי החברה המחזיקים 10% לפחות בהון המונפק, או סוג מסוגיו וכן נושי החברה, המחזיקים 10% אגרות מההון המונפק.  
בהתחלה היה תמיד צריך ביהמ"ש אבל בהמשך שינו זאת למצב שצריך להגיע לביהמ"ש רק אם יש התנגדות. לכן, יש להמתין 21 יום כדי לראות אם הוגשה התנגדות או לא.  
למי שאין 10% לא יכול להתנגד מכוח ס' 27, אבל יכול לתקוף את השינוי, מכוח סעיפים אחרים כגון העדר תום לב, או חובת אמון, או קיפוח המיעוט – כל אלו יכול לטעון מי שאין לו 10%.  
שינוי המטרות נכנס לתוקף, לכאורה, לאחר 21 יום, או לאחר אישור ביהמ"ש, אבל ס' 40 לחוק החברות, אומר שלפעולות הבאות, לא יהיה תוקף אלא אם יירשמו: שם ושינוי מטרות החברה. זאת אומרת ששינוי מטרות יכנס לתוקף רק לאחר הירשום. – זה חל על כל סוגי החברות. לפיכך, מבחינת הפרוצדורה הולכים על פי פק' החברות, ומבחינת התוקף יש ללכת לפי החוק לפיו צריך ירשום. כמובן שהרשם לא ירשום את השם לפני שעברו אותם 21 יום, כדי לוודא שאין התנגדות.  
פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 [תיקון אחרון: 8/8/07]. .

### **סימן ה': שינוי התזכיר**

[הערת מערכת תקדין: סימן זה אינו בטל בתאריך 1/2/2000 ככל שהוא נוגע לחברות שסעיף 24 לחוק זה חל עליהן. לעניין זה ר' חוק החברות, התשנ"ט-1999 סעיף 376]

### **25. סמכות השינוי (20(1))**

חברה רשאית, בהחלטה מיוחדת, לשנות את הוראות תזכירה בנוגע למטרות החברה; השינוי יכנס לתקפו כעבור עשרים ואחד ימים מיום קבלת ההחלטה, אך אם הוגשה עליה בקשה לפי סעיף 27 לא יכנס לתקפו אלא לפי אישור ההחלטה בידי בית המשפט.

### **26. פרסום ההחלטה (20(2))**

תוך שלושה ימים מיום קבלת החלטה לפי סעיף 25 על החברה לפרסם הודעה על קבלת ההחלטה ועל תכנה בשני עיתונים יומיים.

## 27. בקשה לפסילת ההחלטה [20(3)]

תוך עשרים ואחד ימים מיום קבלת החלטה לפי סעיף 25 רשאים לבקש מבית המשפט לפסול את ההחלטה, כולה או מקצתה -

(1) חברי החברה המחזיקים 10% לפחות מן הערך הנקוב של הון המניות המונפק או של סוג מסוגיו, ואם אין לחברה הון מניות - 10% לפחות מחברי החברה;

(2) נושי החברה המחזיקים 10% לפחות מאיגרות החוב המונפקות של החברה או שמגיעים להם 10% לפחות מן החובות הבלתי מובטחים של החברה.

הוראה נוספת בתזכיר – **הגבלת אחריות** ס 23(ב) לפק' (שבוטלה אבל יש לה תוקף).

23. (א) התזכיר והתקנון שנרשמו מחייבים את החברה וכל חבר בה, כאילו נעשו בידי החברה ובידי כל חבר מחבריה, לפי הענין, וכאילו כלולים בהם התחייבויותיהם של החברה ושל כל חבר בה, לרבות נמקי, יורשיו ומנהלי עזבונו, לקיים את הוראות התזכיר והתקנון בכפוף להוראות פקודה זו.

(ב) כל שינוי בתזכיר או בתקנון הדורש מחבר לקחת מניות, או לחתום על מניות, מעל למספר המניות שיש לו בחברה ביום השינוי, או המגדיל בכל דרך שהיא את חבותו כפי שהיתה ביום השינוי להשתתף בהון המניות או לשלם כסף לחברה, לא יחייב את החבר אלא אם הסכים בכתב, מראש או בדיעבד, שהשינוי יחייב אותו.

תקפם של תזכיר ותקנון [19]

לפיכך לא ניתן לשנות חברה מוגבלת ללא מוגבלת, ללא הסכמה של כל (100%) בעלי המניות וזה דומה לחוק.

### שינוי הון

פרוצדורה שינוי סעיף ההון.

יש הבחנה בין שינוי שיש בו הפחתת הון (מונפק) (עם הרשום אין בעיה). ס' 151 לפק' (ראה בהמשך) דרש אישור ביהמ"ש, לאחר קבלת החלטה מיוחדת. חוק החברות משנה בסעיף 124(1) כתוב דרישה של 75% מהמשתתפים. ללא הודעה של 21 יום, אבל הסעיף לא מוותר על אישור ביהמ"ש.

חלות הוראות מיוחדות הדורשות הודעה לנושים על הכוונה להפחתת ההון. הנושים יכולים להתנגד בביהמ"ש.

אם יש לחברה סוגי מניות, ההפחתה (בפירוק) צריכה להיות לפי הזכויות של אותם בעלי מניות. אם רוצים לבטל סוג מניות צריך פרוצדורה כמו של שינוי.

בפסיקה האנגלית ניתן פירוש מצמצם לשינוי סוג, אבל לא התייחסו למצב של ביטול כל מניות של סוג מסוים. זה לא תקין – בפס"ד סלטדי 1968 היה מדובר על החלטה לבטל מניות בכורה ולשלם 150% מהערך הנומינאלי כי על פי תקנון החברה בעת פירעון מניות הבכורה יש להם זכות לקבל את השווי הנומינאלי ועוד, ואילו בחלוקת דיבידנד הזכויות יהיו שוות לבעלי מניות אחרים. בעלי המניות הבכורה היו אמורים לקבל כ 1600%. שאר בעלי המניות אמר נבטל וניתן רק 150%.



ביהמ"ש אמר לשינוי זכויות צריך הסכמתכם, אבל לביטול לא צריך הסכמה. נטען שאם היה פירוק היו מקבלים רק 100% אז ש"יגידו תודה". זה אבסורד לדעת ציפורה כי אם לשינוי צריך הסכמה, אז ברור שלביטול שזה יותר דרסטי צריך גם אישור. פסה"ד אינו נכון לדעת פרופ' ציפורה כהן. לעניין הטענה שבפירוק היו מקבלים רק 100% לכול היותר, במקרה כזה כולם היו מפסידים, וכאן אחד נישל את השני.

בחוק החברות אין הוראה לשינוי של הפחתת הון. אלא, יש הוראות בעניין רכישה עצמית של מניות.

חוק החברות מאפשר לחברה לרכוש את מניותיה, ולאחר תיקון החוק יש שתי אפשרויות: האחת, שהמניות הופכות לרדומות, וזה לא הפחתה. והשנייה לבטל את המניות שנרכשו.

הפרוצדורה שונה לחלוטין מהפחתת הון לפי הפקודה.

בחוק הפחתת הון זה עניין של הדירקטוריון. בכפוף למבחנים: 1. הרווח 2. ויכולת ההחזר. לעומת זאת, בחברות ותיקות, צריך החלטה של 75% ואישור ביהמ"ש.

לפיכך לחברה ותיקה יש שתי אופציות:

לפי ס' 151 לפקודה (שבוטל אבל יש לו תוקף במקרים מסוימים), או לפי כללי החברה החדשה. יש להניח שבפועל לא יעשו שימוש ב ס' 151, כי זה מסבך יותר, וביהמ"ש לא יאשר, אם יש בעיות במבחני הרווח ויכולת ההחזר, לפיכך סביר שלרוב יעשו לפי הדרך החדשה.

151. חברה מוגבלת שיש לה הון מניות רשאית, בהחלטה מיוחדת ובכפוף לאישור בית המשפט, להפחית את הון המניות שלה בכל דרך שהיא, ולשנות לפי זה, במידה שיש צורך בכך, את תזכירה בהפחתת הון המניות שלה ומניותיה, ובמיוחד, ובלי לגרוע מכלליותה של הסמכות האמורה, רשאית היא —

החלטה מיוחדת בדבר הפחתת הון [45, 46]

(1) לבטל או להקטין את החבות לגבי מניות ממניותיה בשל הון מניות שלא נפרע;

(2) למחוק הון מניות נפרע שאבד או שאין תמורתו נכסים קיימים, בין שתבטל או תקטין את החבות לגבי מניות ממניותיה ובין אם לאו;

(3) להחזיר הון מניות נפרע העודף על צרכיה של החברה, בין שתבטל או תקטין את החבות לגבי מניות ממניותיה ובין אם לאו, ולשנות לפי זה, במידה שיש צורך בכך, את תזכירה בהפחתת הון המניות שלה ומניותיה, —

ורשאית היא לפנות בבקשה לבית המשפט ליתן צו המאשר את ההפחתה.

**מניות פדיון**<sup>4</sup> – מניות שהוקצו מתוך כוונה לפדות אותן. מכריזים על כך, שאלו מניות פדיון, בתזכיר ושניתן לפדות אותן מכספי רווחים.

למשל- ס' 312 (ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

<sup>4</sup> **מניות פדיון** - מונפקת מלכתחילה ככזאת. לא ניתן לשנות מניות אחרות למניות פדיון. מניות פדיון ניתן לפדות בתנאים מסוימים, למשל מבחן הרווח. יש למניות הפירעון גם זכות הצבעה. לעומת זאת, **אג"ח** פודים גם אם אין רווח, ולאג"ח אין זכות הצבעה.

### 312. ניירות ערך בני פדיון

(א) על אף הוראות סעיף 302 רשאית חברה לכלול בתקנונה הוראה המתירה לה להנפיק ניירות ערך הניתנים לפדיון בתנאים שייקבעו בהוראה כאמור (להלן - ניירות ערך בני פדיון).  
(ב) הנפיקה חברה ניירות ערך בני פדיון רשאית היא לפדותם ולא יחולו על הפדיון המגבלות הקבועות בפרק זה.  
(ג) הנפיקה חברה ניירות ערך בני פדיון רשאית היא להצמיד להם מתכונותיהן של מניות, לרבות זכויות הצבעה וזכות השתתפות ברווחים  
(ד) ניירות ערך בני פדיון לא ייחשבו כחלק מהונה העצמי של החברה, 'היא כינוים אשר יהא, אלא אם כן הזכות לפדיוןם הוגבלה למקרה של פירוק החברה לאחר פרעון כל התחייבויות החברה לנושיה בעת הפירוק; הוגבלה הזכות לפדיוןם של ניירות הערך כאמור, יחולו, לענין חלוקה, הוראות חוק זה, על אף הוראות סעיף קטן (ב).

חוק החברות לא מתייחס למניות פדיון כחלק מהון החברה שכפוף למגבלות של ההפחתה. אבל לפי 312(ד) מניות פדיון לא ייחשבו כחלק מהון של החברה – בגלל שניתן לפדות אותן. בחברות ותיקות מניות פדיון, כן נחשבו חלק מההון. לפיכך, ס 313 לחוק החברות אומר:

### 313. הוראות מעבר

מניות פדיון שהוקצו בהתאם לסעיף 141 לפקודת החברות, כנוסחה ערב תחילתו של חוק זה, ייחשבו חלק מהונה של החברה, וניתן יהיה לפדותן כפוף להוראות פרק זה, בתנאים ובדרך שנקבעו בתקנון.

ס 313 הוא הוראות מעבר. הוא מנתק את הוראות הפקודה ומחליף אותן להוראות פרק זה של הרכישה. הוראות פרק זה מתנות את אפשרות הפדיון לתנאים המתאימים לחלוקה = מבחני רווח, על פי המבחנים החשבונאיים, וגם הכרזת הדירקטוריון שלחברה יש יכולת פירעון. היו שאלות שנדונו בספרה הראשון של ציפורה כהן, בשנות ה 80, שאינן רלוונטיות כיום.

לאור האמור לעיל, לא צריך את ס' 151 כי יש הוראות מעבר. גם קודם לא היה צריך, אבל עכשיו זה יותר ברור. למרות שזה ברור לפרופ' ציפורה כהן, זה לא ברור לכולם:

בפס"ד ת.א (י-ס). 3074/01 - [\(בשא \(י-ס\) 5538/01 אבנר זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, פ"מ תשס"א \(2\) 66, 121 - מאגר נבו\)](#)  
הש' רביד מפרש את סעיף 313 כאילו מכוחו כן צריך לנקוט הליך של הפחתת הון. זאת כדי להגן על הנושים.

"83. בין שנאמץ את גישתה של כהן בספרה הנ"ל [64], המקובלת עליי, ובין שלא, המחוקק אמר את דברו בסעיף 313 לחוק החברות. עמדתו היא שמניות פדיון שהוקצו לפי סעיף 141 לפקודת החברות אמנם ייחשבו לחלק מהונה של החברה, אך ניתן לפדותן בדרך ובתנאים שנקבעו בתקנון, בכפוף להוראות פרק שני של החלק השביעי, בחוק החברות. במילים אחרות, לגבי מניות פדיון שהוקצו לפי הוראות פקודת החברות, יחול הדין המחמיר שהחלוקה תהיה מתוך רווחיה של החברה, וייתן לכך אישור בית-המשפט לפי סעיף 151 לפקודת החברות."

פרופ' ציפורה כהן, לא מסכימה עם החלטת השופט. לא צריך דרך זאת שנועדה להגן על הנושים, כי במקום זאת יש דרכים אחרות להגנה על הנושים, כמו מבחני הרווח ויכולת הפירעון, ויש גם אחריות של הדירקטורים. לגבי שינויים אחרים בהון, שאין בו הפחתה. כגון הפחתת הון רשום עד הון מונפק, או הגדלת ההון. הפקודה דרשה החלטה מיוחדת, והסמכה בתקנון לבצע את השינוי. הוראת המעבר אומרת לעניין ההון שצריך רוב של 75%, לא צריך לחכות 21 יום, אבל הדרישה של הסמכה בתקנון נשארת.

### **מה תוקף השינוי ?**

בפק' החברות לשינוי היה תוקף רק לאחר רישום הרשם, כי רצו לאכוף תשלום אגרות. בחוק החברות בס' 40 החלטות מקבלות תוקף מיום ההחלטה למעט שם ומטרות. הסעיף קובע גם לגבי חברה ותיקה לגבי התוקף כי ההוראות המעבר הן רק לגבי ההליך, אבל לא לגבי התוקף. לפיכך התוקף הוא מיום מתן ההחלטה.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **40. תוקף מותנה ברישום [תיקון: תשס"ז(2)]**

לפעולות החברה המפורטות להלן לא יהיה תוקף אלא אם כן נרשמו -

- (1) שינוי שם חברה לפי הוראות סעיף 31;
- (2) שינוי מטרות חברה.
- (3) שינוי תקנון שבעקבותיו הופכת חברה לחברה לתועלת הציבור, כאמור בסעיף 345ב(ג).

### **שינוי הוראות וולונטריות בתזכיר.**

עד עכשיו דובר על הוראות שחייבות להיות בתזכיר או בתקנון. החברה יכלה לרצות שיהיו הוראות בתזכיר ולא בתקנון, כי לעיתים הייתה מעוניינת להקשות על אופן השינוי. הוראות בתזכיר קשה יותר לשנות מהוראות תקנון. לפי ס' 8 (א? 28) לתקנות, לא ניתן לשנות אלא בדרך שמופיעה בפקודה. אין הוראות לגבי הוראות וולונטריות. לפיכך, לכאורה, לא ניתן לשנות. אבל, הפסיקה הכירה בכך שניתן לשנות באחת משתי דרכים:

1. התזכיר עצמו יקבע את אופן השינוי של ההוראה.
  2. באמצעות הסדר – כאשר בהסדר יש צורך באסיפות של סוג לפי מידת האינטרסים, ואישור של ביהמ"ש.
- כאשר יש זכויות של סוג בתזכיר ועל פי התזכיר יש אפשרות לשנות אותה ברוב מסוים של בעלי מניות מאותו סוג, אז חל סעיף 149 לפקודת החברות (ראה בעמ' 35) שמכוחו בעלי מניות שיש להם 15% מהזכויות יכולים לפנות לבימ"ש ולתקוף את השינוי.
- סעיף 24(5) – אם אין בתזכיר אופן שינוי ההוראה הוולונטרית, והדרך לשינוי היא מכוח הסדר, אזי סעיף 24(5) לא חל משום שהוא מדבר על מצב בו האסיפה הכללית מוסמכת לשנות את ההוראה, וכאשר מדובר בהסדר, לא צריך את ההסמכה של האסיפה הכללית אלא נדרש תנאי אחר שהוא אישור בימ"ש ובלעדיו לא ניתן לשנות. ולכן לא יכול לפעול כאן סעיף 24(5).

2.12.2008 - שיעור מס' 5.

**שינוי תקנון של חברה שהתאגדה לפני חוק החברות לפי ס' 24(3).**

**24. הוראות מעבר לגבי תזכיר ותקנון [תיקון: תשס"ה]**

חברה שהתאגדה לפני תחילתו של חוק זה רשאית -

(1) ....

(2).....

(3) לשנות את ההוראות הקבועות בתקנונה בהחלטה שנתקבלה באסיפה הכללית

ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה, למעט הנמנעים, או

ברוב אחר אם נקבע בתזכיר החברה או בתקנונה;

לפי פק' החברות היה צריך לכנס אסיפה מיוחדת לשם שינוי התקנון.

עכשיו עדיין צריך את אותו הרוב (75%) אבל לא צריך דברים אחרים.

לפני החוק, ניתן היה להתנות על שינוי בתקנון רק על פי הוראה בתזכיר. מדובר גם בכפיפות של צורה. שינוי התזכיר יכול היה רק להקשות, אבל לא להקל על מה שבפקודה. אבל בתקנון לא ניתן היה להקשות על אופי השינוי.

מה אם לחברה הייתה הוראה בתקנון המקשה על אופן השינוי? למשל, הייתה הוראה בתקנון לפיה נדרשת הסכמה מיוחדת לשינוי הוראה מסוימת.

במצב המשפטי הישן לא היה ניתן לעשות זאת. לפיכך, הוראה כזאת איננה תקפה, מכוח ס' 30 לחוק החוזים.

בספרות האנגלית יש גם גישה אחרת של פלמר, אשר אומצה גם על ידי דר' בהט בישראל, ובה נאמר שהוראה כזאת, יש לה תוקף, אבל היא עצמה ניתנת לשינוי בדרך של שינוי תקנון. זאת אומרת שחברה יכולה להפטר מהוראה כזאת.

מה ההבדל בין שתי הגישות? :

למשל, אם התקנון קובע שדירקטוריון מוסמך למנות דירקטור, ונניח שיש הוראה לפיה יש צורך בהסכמתו של ראובן למינוי הדירקטור, ונניח שהדירקטוריון מינה דירקטור ללא הסכמת ראובן, אבל בהחלטת האסיפה הכללית.

לפי פרופ' ציפורה כהן, המינוי היה תקין כי לחברה יש סמכות לשנות את התקנון באסיפה כללית, לפיכך, המינוי שלו תקף. יצוין שאם הדירקטור היה ממונה על ידי הדירקטוריון (ולא האסיפה הכללית) לא היה למינוי תוקף.

לפי הגישה השנייה, של פלמר ודר' בהט, היות שלא ביטלו את ההוראה שיש לקבל את הסכמת ראובן, לפיכך יש לה תוקף. אזי, אם החברה קיבלה החלטה לשינוי תקנון (בניגוד למגבלה לפיה יש צורך בהסכמת ראובן), הרי שהמוסמך למנות הוא הדירקטוריון ולא האסיפה הכללית. היוצא הוא שהתוצאה בפועל, בסיטואציה כמו שתוארה לעיל, תהייה בדיוק הפוכה. אין על כך פסיקה.

לפני החוק, בחברה ותיקה ניתן היה להתנות (רק להחמיר) על הרוב הדרוש לשינוי תקנון, בתזכיר (בלבד). ואילו לפי הוראת המעבר בס' 24(3) – ניתן להתנות, בתזכיר וגם בתקנון, על הרוב הדרוש.

פרופ' ציפורה כהן אומרת שתוספת זאת נובעת מכך שהיה חוסר הכרה במצב המשפטי שלפני החוק. לפיכך, מתעוררת השאלה, האם יש תוקף להוראה זאת, או שהיא בטלה? פרופ' ציפורה כהן סבורה שלהוראה כזאת אין תוקף. למשל, אם כתוב בתקנון שצריך לקבל את הסכמת ראובן לשינוי סעיף מסוים, לפי ציפורה להוראה כזאת אין תוקף. השאלה, בניסוח אחר, האם התוספת "או בתקנונה" משנה את המצב המשפטי? לפי פרופ' ציפורה כהן, לא! כי היא סבורה שמהמחוקק טעה וחשב שלפני החוק היה ניתן לשנות גם בתקנון, ולכן כתב זאת גם בחוק. אבל, המטרה בהוראות המעבר היא לשמור על הזכויות הקיימות, ולא הייתה כוונה לתת זכויות חדשות שלא היו קודם. לפיכך, לדעתה התוצאה תהייה שגם לאחר החוק לא ניתן לשנות את ההוראה בתקנון. לא יתכן לדעתה שאם נתייחס לכך לפי התוכן המילולי, הרי שנעשה "תחיית המתים", זאת אומרת, נקבע הוראה חדשה שלא הייתה לפני החוק?

### **הדרך לעקוף את המגבלה של הרוב הנדרש להצבעה הייתה בדרך של גיוון בזכויות הצבעה.**

פס"ד אנגלי - ורסס פלייס 1970 ?? – בחברה שבה היו שלושה דירקטורים, קבעו הוראה שאם תהייה החלטה לפטר דירקטור, אזי לדירקטור שעומדים לפטרו יהיו (כבעל מניות) פי שלושה קולות מאשר לאחרים, לפיכך, יוצא שלא ניתן לפטר דירקטור בחברה. זה הגיע לביהמ"ש העליון באנגליה, בטענה שיש כאן עקיפה של החוק לפיו ניתן לפטר את הדירקטור בהחלטה רגילה.

ביהמ"ש אמר אין מניעה לעשות גיוון שייתן זכויות הצבעה גדולות יותר לסוג מניות אחד בהשוואה לסוג אחר. ביהמ"ש אמר שאם המחוקק היה רוצה למנוע זאת, היה נכתב בו שלצורך מינוי דירקטור יש רק זכות הצבעה שווה, ולאור כך שהמחוקק נתן אופציה כללית לעשות גיוון של זכויות הצבעה הרי שניתן לעשות זאת.

אם נקבל את הגישה הזאת, ניתן לעשות זאת במקרים נוספים. ניתן לעקוף הוראות שונות בחוק בהן נדרש רוב מסוים על ידי מתן זכויות הצבעה גבוהות יותר לחלק מהמניות.

### **לעומת זאת, זה לא ניתן בחברות ציבוריות.**

ס' 46 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 – דורש שוויון בזכויות הצבעה.

### **46ב. שוויון זכויות הצבעה [תיקון: תשנ"א]**

(א) לא תרשום בורסה למסחר בה מניות או ניירות ערך הניתנים להמרה או למימוש במניות, אלא אם כן ראתה כי הובטחו תנאים אלה:

(1) לענין חברה שמניותיה נרשמות לראשונה למסחר - בהון החברה יהיה סוג מניות

אחד בלבד, המקנה זכויות הצבעה שוות ביחס לערך הנקוב; תנאי זה לא יחול על מניות מדינה מיוחדות; אין בהוראה זו כדי למנוע את החברה מלהנפיק מניות בכורה, ובלבד שחלפה שנה מיום שמניותיה נרשמו לראשונה למסחר;

(2) לענין חברה רשומה כמשמעותה בסעיף 46(א)(4) - כל הנפקת מניות נוספת

תיעשה במניות העדיפות ביותר בזכויות הצבעה; אין בהוראה זו כדי למנוע חברה רשומה שיש בהונה רק סוגי מניות המותרות לפי פסקה (1) מלהנפיק מניות בכורה

החל ביום כ"ה בטבת התשנ"ב (1 בינואר 1992) או בתום שנה מן היום שבו היו  
בהונה רק מניות כאמור, לפי המאוחר.

(ב) בסעיף זה -

"מניות בכורה" - מניות המקנות זכות עדיפה לדיבידנדים ואין מקנות זכויות הצבעה;  
"מניות מדינה מיוחדות" - מניות שהממשלה החליטה כי הן דרושות לה לצורך שמירה על  
ענין חיוני, והמקנות לה זכויות מיוחדות כפי שקבעה הממשלה בהחלטתה לפני הרישום  
למסחר.

בפס"ד ע"א 70/92 כלל תעשיות בע"מ נ' לאומי פיא חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד מז  
(2) 329.....??

השאלה המתעוררת היא: לאור העובדה שלא ניתן לעשות סעיף כזה בתקנון של חברה ותיקה  
שהוקמה לפני החוק, **האם ניתן לכרות חוזה חיצוני בו כתוב למשל, שלא יעשה שינוי בתקנון ללא  
הסכמת כל בעלי המניות?** האם יש לכך תוקף?

פס"ד אנגלי משנת 1992 רשל או רסל ??

היה הסכם בין בעלי המניות, לפיו לא יוגדל הון המניות של החברה ולא יוגדל הון החברה ללא  
הסכמה של כל בעלי המניות  
לימים, נשלח מכתב שעומדים לדון בהגדלת ההון. לפיכך, אחד מבעלי המניות תבע וביקש למנוע  
מלדון בנושא של הגדלת הון ללא הסכמתו.  
ביהמ"ש דחה את התביעה בערכאה ראשונה כי אמר שאין להסכם תוקף.  
ביהמ"ש לערעורים קבל את פסיקת הערכאה הראשונה ודחה את הערעור.  
בבית הורדים התהפך פסק הדין. נעשתה אבחנה בין הוראה בתקנון המגבילה את כוחה לשנות  
את התקנון, שהיא הוראה בטלה, לבין הוראה בהסכם חיצוני, בין בעלי מניות, לגבי הצבעה שלהם  
על שינוי התקנון. השני הוא הסכם שמחייב. אבל מחייב את אלו שחתמו עליו בלבד, לא את  
החברה, ולא את המצטרפים אחר כך.  
מי שחתם עליו מתחייב כיצד הוא יצביע לכשתעלה הסוגיה להצבעה.  
זאת אומרת שביהמ"ש קבע שההוראה מחייבת את הצדדים, ולכן אם בעלי המניות חתומים על  
החוזה החיצוני הם מנועים מלבוא ולהצביע בניגוד לחוזה.  
אבל, חשוב להבחין בין אלו החדשים שלא חתמו עליו, אלו לא יהיו מחויבים לחוזה היות שלא  
חתמו על החוזה.

ס' 24(4) מאפשר לחברה ותיקה לשנות את התקנון ברוב של 75% או ברוב גדול יותר, אם יש  
הוראה כזאת בתזכיר וכתוב שגם בתקנון – זאת אותה הטעות של המחוקק במצב המשפטי  
שהוסברה לעיל, בהקשר של ס' 24(3).

## 24. הוראות מעבר לגבי תזכיר ותקנון [תיקון: תשס"ה]

חברה שהתאגדה לפני תחילתו של חוק זה רשאית -

(1) .....

(2) .....

(3) .....

(4) לקבוע בתקנון, כפוף להוראת סעיף 20(ב), הוראה בדבר הרוב הדרוש לשינוי הוראות התקנון, בהחלטה שנתקבלה באסיפה הכללית ברוב של שבעים וחמישה אחוזים מן המשתתפים בהצבעה, למעט הנמנעים, וברוב גדול יותר אם נקבע רוב זה בתזכיר החברה או בתקנונה; נקבעה הוראה חדשה כאמור, יחולו על שינויה הוראות סעיף 20(ב);

### **ממתי תקף השינוי בתקנון?**

סעיף 21 חל על כל החברות, גם ישנות וגם חדשות.  
לפי סעיף 21(א), התוקף הוא מיום ההחלטה ולא מיום הרישום למרות שיש חובה לדווח לרשם.  
החריגים, לפי ס' 40 לחוק, הם שינוי שם ושינוי מטרת שאלו מיום הרישום אצל הרשם. לפני החוק היו עוד נושאים קיבלו תוקף רק מהרישום.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שמצב זה אינו טוב. לא רצוי ששינוי תקנון יהיה לו תוקף מרגע ההחלטה. היות שיש דרישה קונסטיטטיבית, כדי שיהיה לתקנון תוקף. אזי ההיגיון הוא שגם לשינוי התקנון צריך שרישום הוא שייתן תוקף. אבל כרגע הדין שונה ואם מעוניינים צריך לשנות את החוק.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **21. תוקף השינוי ודיווח**

(א) שינוי התקנון, למעט שינויים כאמור בסעיף 40, תקף מיום קבלת ההחלטה על כך בחברה או במועד מאוחר יותר שקבעה החברה בהחלטתה.  
(ב) חברה שקיבלה החלטה על שינוי תקנונה, תמסור לרשם את נוסח ההחלטה בתוך ארבעה עשר ימים ממועד ההחלטה.

### **40. תוקף מותנה ברישום [תיקון: תשס"ז(2)]**

לפעולות החברה המפורטות להלן לא יהיה תוקף אלא אם כן נרשמו -

(1) שינוי שם חברה לפי הוראות סעיף 31;

(2) שינוי מטרת חברה.

(3) שינוי תקנון שבעקבותיו הופכת חברה לחברה לתועלת הציבור, כאמור בסעיף 345ב(ג).

**האם יכול להיות הסכם בין בעלי מניות ללא החלטה באסיפה הכללית. לשנות תקנה מסוימת**

**בתקנון? ס' 76:**

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

**76. החלטה ללא התכנסות**

בחברה פרטית ניתן לקבל החלטה באסיפה כללית ללא הזמנה וללא התכנסות ובלבד שהחלטה תתקבל פה אחד על ידי כל בעלי המניות הזכאים להצביע באסיפה הכללית.

לפי הסעיף ניתן לעשות זאת בחברה פרטית, אבל מן ההן יוצא הלאו, שבחברה ציבורית לא ניתן לעשות זאת. הרציונאל הוא שמעשית קשה לשאול את כל בעלי המניות בחברה ציבורית, וכן בחברה ציבורית מעוניינים שיהיה דיון שקוף בסוגיה ושלא יתקבלו החלטות בין בעלי המניות.

במידה שהוחלט לשנות תקנה בתקנון בדרך זאת, **האם יש לשינוי תוקף מיום השיחה מבין בעלי**

**המניות?**

המיוחד בעניין התקנון הוא שיש לו דרישת כתב קונסטיטוטיובית, לפיכך שינוי שלו חייב להיות בכתב. יש על זה פסיקות של העליון. למשל: ד"ר 13/67 רוזנצוויג נ' בוחן, כינרת נ' מקורות. ההלכה היא ששינוי של חוזה, שיש לו דרישת כתב קונסטיטוטיובית, צריך להיעשות בכתב. ראוי לציין שביטול לא חייב להיות בכתב.

לפיכך, כאשר מדובר בשינוי תקנון, לאור דרישת הכתב, חייב להיות מסמך כתוב שיבטא את השינוי. מהו המסמך? לא חשוב. אפשר להודיע לרשם, זה מסמך בכתב. אפשר שיהיה פרוטוקול באסיפה או שלא באסיפה, אלא בהחלטה בין בעלי המניות. אבל, אם אין מסמך בכתב, למשל דיברו בטלפון ולא עשו אחר כך מסמך כלשהו בכתב, לא יהיה לזה תוקף.

**האם ניתן לשנות את התקנון מכוח התנהגות, התנהגות לאורך תקופה ארוכה?**

גם כאן צריך לקיים את דרישת הכתב. לפיכך לא ניתן לשנות תקנון בהתנהגות. מה שכן, זה יכול לגרום למניעות. אם חברה התנהגה בדרך מסוימת זמן רב, היא יכולה להיות מנועה מלטעון נגד משהו שנעשה בניגוד לנוהג הקיים. יש להבחין בין מניעות שהיא טענת הגנה שחלה רק על עניין מסוים והיא לא קיימת לעתיד, למקרה דומה. זאת אומרת שבפעם הבאה לא ניתן יהיה לטעון שוב מניעות, והחברה יכולה לעמוד על כך שבפעם הבאה יעשה מעשה שונה מהנוהג. העניין לא נדון בהקשר של חברות, אלא רק בהקשר של אגודות שיתופיות, וגם זה לא הלכה ברורה וחדה. גם באגודות שיתופיות המצב דומה לחברות, התקנון הוא חוזה וכן הלאה, לפיכך ניתן להקיש משם היות שגם שם נדרשת דרישת כתב קונסטיטוטיובית .

פס"ד אביאל נ' שר עבודה ורווחה מ 85 – עלתה השאלה, אבל ביהמ"ש לא דן בה, כי לא הוכח עובדתית שהיה נוהג.



ע"א 4937/92 אגרא אגודה יצרנית חקלאית שיתופית בע"מ נ' רוט, פ"ד מח (1) 818.

הנשיא שמגר מכיר לראשונה שנוהג יכול לגרום לשינוי תקנון. אבל הוא דורש דרישה מחמירה כל כך עד שקשה למצוא מקרים שהנוהג יתקיים. במקרה שהיה בפניו הוא לא הכיר בכך. התנאי הוא שהוכחת נוהג כזה צריכה להיעשות לגבי כל חבר וחבר באגודה, באופן ספציפי, שכן היא באה להוכיח את הסכמתו. כמו כן יש להוכיח שהנוהג כולל שלילת הצורך להסכמה ספציפית בעתיד. הקשיים בהוכחת אלו מחזקים את הגישה שהסכמות מסוג זה ראוי שיהיו בכתב. בכל מקרה זה אוביטר כי לא הוכח עובדתית נוהג.

בג"צ 4222/95 פלטינ נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נב (5) 614.

התקנון קבע שכדי לקבל חברים חדשים לקיבוץ צריך רוב רגיל של חברים. למרות זאת, במשך שנים, הקיבוץ נהג לקבל חברים ברוב של 2/3, כמו ברוב הקיבוצים. בני הזוג בר ביקשו להתקבל כחברים. באסיפה כללית ב 1993 תמכו בקבלתם כ 53% ו - 45.7 היו נגד השאר נמנעו. בני הזוג בקשו להתקבל על בסיס התקנון, אבל הקיבוץ לא קיבלם. המחלוקת הגיעה לעליון והשאלה הייתה מה התוקף של הנוהג?  
השופט דורנר כתבה:

"7. כפי שבדרך-כלל חוזה יכול להיכרת באמצעות התנהגות הצדדים, כך יכולים צדדים לחוזה לשנותו באמצעות התנהגותם. לפי עיקרון זה, סטייה מן המוסכם בחוזה המקורי, שלה שותפים הצדדים לחוזה במשך תקופה ממושכת, עשויה בנסיבות מסוימות לבסס את המסקנה כי הצדדים התכוונו להכניס שינויים בחוזה בהתאם להתנהגותם. ראוי, למשל, ע"א 4956/90 פוגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ ואח', פ"ד מו(35) 4, בע' 41. ואולם, האמור לעיל אינו חל על תקנונה של אגודה שיתופית. הגם שהתקנון הינו בגדר הסכם בין האגודה לבין חבריה ובין החברים לבין עצמם, הרי שהדרכים לתיקונו ולהכנסת שינויים בו נקבעו בחוק ובתקנות. כך, למשל, ניתן לשנות תקנון של אגודה שיתופית רק ברוב מיוחד הקבוע בתקנות, ושינוי זה כפוף לאישור הרשם. ראו סעיף 12 לפקודת האגודות השיתופיות; תקנות 7 ו-8 לתקנות האגודות השיתופיות (ייסוד), תשל"ו-1976.  
עם זאת, במקרים חריגים ויוצאי-דופן, בהם נמשכת הסטייה מן התקנון שנים ארוכות ורצופות ומשתרש נוהג שכל חברי האגודה יודעים על קיומו ופועלים על-פיו, עשויה התנהגות חברי האגודה להתגבש לכלל נורמה משפטית מחייבת."  
במקרה זה כולם היו מודעים והנוהג התקבל.

השופט ברק משאיר את השאלה בצריך עיון:

"עדיין פתוחה השאלה, אם בכוחו של נוהג כללי לשנות מהוראות החוזה, מקום שהצדדים אינם פועלים על פי הנוהג הכללי או אינם מודעים לכך שהם פועלים בניגוד לחוזה. אך מעבר לכך: תקנון הקיבוץ אינו חוזה "רגיל". הוא "חוזה סטטוטורי" (ראו ד"ר 39/80 ברדיגו נ' ר.ג.ב. 9 טקסטיל, פ"ד לה(215, 197, 4). הוא חוזה מיוחד במינו. פקודת האגודות השיתופיות (סעיף 12) ותקנות האגודות השיתופיות (ייסוד), תשל"ו-1976, עוסקות בו. הן קובעות דרכי שינויו."  
השופט ברק קבע שהעתירה צריכה להידחות מטעמים אחרים, הוא לא מכריע בשאלה.  
המפתיע הוא שאף אחד מהשופטים לא התייחס לדרישת הכתב.

בפס"ד נוימן נ' אגודות שיתופיות – השופט חשין קבע שלא הוכח נוהג, לפיכך השאלה נשארה בצריך עיון.

**רע"א 6726/96, 5745/96 אבו אברהם נ' בית נקופה מושב עובדים להתיישבות**

**חקלאית שיתופית בע"מ**, פ"ד נה (5) 166.

השופט זמיר מביא את שתי האפשרויות כפי שהן מופיעות בספרה של פרופ' ציפורה כהן. השופט תומך בגישתה של ציפורה לגבי המניעות. גם השופטים לוי וביניש הצטרפו אליו. גם במקרה זה לא הייתה הכרעה היות שלא הוכח נוהג שזה כאמור קשה מאוד. לפיכך זהו אוביטר.

**שוב, הבעיה היא בשום פס"ד לא התמודדו עם בעיית דרישת הכתב.**

בבשא (י-ס) 3133/08 **גד אנג'ל נ' שלמה א. אנג'ל בע"מ** (יולי 2008) – נטענה טענת נוהג. השופט יוסף שפירא אומר:

"על-מנת לבסס סטייה ממערך הזכויות הקבוע בתקנון החברה, ובמיוחד מקום בו מדובר בחברה ציבורית, יש להרים את נטל ההוכחה הכבד לפירוט הנוהג ולהוכחתו ביחס לכל אחד מבעלי המניות.

.....

ועוד, תקנון החברה הציבורית מחייב את כל בעלי מניות החברה, לרבות בעלי המניות מהציבור. המבקש לא הצביע על ראיה כלשהי לפיה כל בעלי המניות של החברה מסכימים לנוהג לו הוא טוען. כנובע ממעמד הבכורה של תקנון החברה, גם אם היה המבקש מוכיח את קיומו של נוהג המחייב הצבעה לפיו אמורה להימשך כהונתו (נוהג שכלל אינו אפשרי בחברה ציבורית כפי שנקבע בפרשת הולנדר), הסכמה מעין זו אין בה כדי לשנות מן התקנון המוסכם של החברה, ומהוראותיו בדבר סיום כהונתו כדירקטור החברה - שהתבצע כדין."

**9.12.2008 - שיעור מס' 6**

**שינוי זכויות של סוג מניות**

במקרה שיש סוגי מניות והחברה מעוניינת לשנות את זכויות של הסוג, אזי יש צורך ב"כללי משחק" שונים. כבר ב common law האנגלי הייתה חובה לפעול בתום לב בשינוי תקנון. כיום יש חובות מורחבות הרבה יותר, אך אלו לא בהכרח ימנעו שינוי זכויות של בעל זכות מסוג מסוים. כי יתכן שבתום לב ולטובת החברה ניתן לפגוע בזכות של סוג מסוים.

ס 20(ג)

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

**20. שינוי תקנון**

(ג) היו מניות החברה מחולקות לסוגים, לא יעשה שינוי בתקנון שיפגע בזכויותיו של סוג מניות ללא אישור אסיפת אותו סוג, אלא אם כן נקבע אחרת בתקנון; לענין קבלת החלטות באסיפת סוג יחולו הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), בשינויים המחויבים.

סעיף זה חל על חברות שהתאגדו לאחר החוק.  
על חברות ותיקות חל סעיף המעבר - 24.  
בהוראת המעבר אין הסדר לגבי שינוי זכויות של סוג.

**כדי להבין מה הדינים היום, נסביר קודם מה היה לפני החוק.**

פק' החברות לא התייחסה לשינוי זכויות של סוג. אבל ס' 149 (שבוטל עם כניסת החוק לתוקף) אמר שאם יש בתזכיר או בתקנון הוראה הקובעת את אופן שינוי זכויות הסוג, אזי כשיעשה שינוי בהתאם לאותה הוראה, יש זכות ל-15% מבעלי המניות מאותו סוג לפנות לביהמ"ש ולבקש סעד.

149. חברה שהון מניותיה מחולק למניות מסוגים שונים, ויש בתזכירה או בתקנונה הוראה המרשה שינוי או ביטול (להלן – שינוי) של זכויות הנלוות לאחד הסוגים אם הסכים לכך אחוז פלוני של בעלי המניות מאותו סוג או אם נתקבלה על כך החלטה באסיפה נפרדת שלהם, ועל יסוד הוראה זו שונו זכויותיו של סוג כזה – רשאים בעלי 15% לפחות של המניות המונפקות מאותו סוג, שלא הסכימו לשינוי או שלא הצביעו בעד החלטת השינוי, לבקש מבית המשפט את ביטולו, ואם הוגשה הבקשה לא יקבל השינוי תוקף עד אם אושר בבית המשפט.

זכותו של מיעוט  
להתנגד לשינוי  
[44(1). (6)]

לשינוי תקנון הייתה הוראה קוגנטית וניתן היה לשנות רק תזכיר.  
אבל לגבי מניות סוג יש הוראה המאפשרת לשנות זכויות באמצעות הוראה בתקנון או בתזכיר.

**במידה שאין הוראה בתקנון הקובעת את אופן שינוי מניות הסוג,** היו בספרות המשפטית

האנגלית (לפני שינוי החוק באנגליה) שלוש אפשרויות של פרשנות למקרה זה :

1. בדרך הרגילה של השינוי – החלטה מיוחדת – הדרך הנכונה לדעת פרופ' ציפורה כהן.
2. צריך לנקוט הליך של הסדר או שכל בעלי המניות מאותו סוג יסכימו. זה מבוסס על כך שלא הגיוני לומר שאם אין לחברה הוראה מצבה יהיה יותר גרוע ממצב של חברות שיש להן הוראה. אבל פרופ' ציפורה כהן סבורה שאם בחרו שלא להכניס הוראה כזאת, זאת זכותם וזה עניינם. גישה זאת אומצה בלאומי פיא באוביטר – לפיה אם אין הוראה בתקנון הרי ששינוי זכויות של סוג יעשה בהסדר.
3. דרך ביניים – לחברה יש כוח כללי של שינוי תקנון לפיכך תוסיף הוראה שתקבע כיצד ישונו זכויות של סוג, ואח"כ לפי ההוראה ישונו הזכויות.

**אם לחברה יש הוראה בתקנון הקובעת אופן שינוי מניות הסוג** אזי השינוי יהיה לפי ההוראה.

בתקנון לדוגמא בסעיף 4 הייתה הוראה שלשינוי זכויות של סוג – צריך הסכמה בכתב של 3/4 של המניות של אותו סוג, או החלטה מיוחדת של אותו סוג. בשני המקרים זה 75%, אבל באסיפה זה 75% מהמצביעים הנוכחים באסיפה, ולעומת זאת אם מוותרים על האסיפה אזי רוצים 75% מכלל בעלי המניות בעלי זכות ההצבעה.  
אם רוצים לשנות את התקנה הזאת עצמה זאת אותה פרוצדורה.

### **מה קורה היום עם חברה ותיקה שמעוניינת לשנות את זכויות סוג מניות?**

**אם יש תקנה מפורשת** כמו תקנה 4 בתקנון לדוגמא, או תקנה אחרת, התקנה עדיין חלה.

**אם אין תקנה מפורשת**, יש מספר אפשרויות:

1. החברה מאמצת את התקנון לדוגמא. – אזי תקנה 4 בתקנון לדוגמא חלה.
2. אם נכתב שהתקנון לדוגמא לא יחול עליה – השאלה תהייה איזה משלוש האפשרויות שלעיל יתקבלו. כאמור פרופ' ציפורה כהן מחזיקה באפשרות הראשונה.
3. החברה שותקת - לא אומרת שמאמצת את התקנון לדוגמא וגם לא מבטלת אותו.

**החברה שותקת - לא אומרת שמאמצת את התקנון לדוגמא וגם לא מבטלת אותו.**

**לפני החוק** - במקרה כזה ס' 11 לפקודה קבע שאם החברה לא אומרת במפורש או במשתמע שהתקנון לדוגמא לא חל עליה, אזי חלה עליה תקנה 4. במשתמע זה אם החברה קובעת תקנות שונות מהתקנון לדוגמא.

11. בחברה מוגבלת במניות שנרשמה לפי פקודה זו ללא תקנון, יהיה התקנון לדוגמא תקנונה כאילו נרשם כדין; נרשם תקנון ולא הוצאה מכללו ולא שונתה בו תקנה פלונית של התקנון לדוגמא, יראו את התקנה, במידה שאפשר להחילה על החברה, כאילו נכללה בתקנון שנרשם כדין.

תחולת התקנון  
לדוגמא [10]

**כיום לאחר חוק החברות** הוראת ס' 11 כבר לא קיימת, אין תקנון לדוגמא.

ס' 368 לחוק הוא הוראת מעבר הקובעת אלו הוראות מהתקנון לדוגמא יחולו על חברה ותיקה. בסעיף זה לא מוזכרת תקנה 4 הנ"ל וזאת בעיה, היות שלמשל אם חברה התאגדה ע"י עו"ד שמכיר את פק' החברות, יכול להיות שהוא המליץ לה לשתוק מתוך הנחה שתקנה 4 חלה. והיוצא הוא שהיום חוק החברות "לוקח ממנה" את התקנה שחלה לפני החוק ובכך משנה את הזכויות של בעלי המניות.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

**368. הוראת מעבר לגבי תחולת הוראות בתקנון המצוי**

(א) הוראות סעיפים 23 עד 58, 51, 29 ו-91 שבתוספת השניה לפקודת החברות, יראו אותן כאילו נכללו בתקנונה של חברה שהתאגדה לפני תחילתו של חוק זה, אם הוראות אלו חלו עליה ערב תחילתו של חוק זה לפי הוראות סעיפים 10 או 11 לפקודת החברות, כנוסחה ערב תחילתו של חוק זה, וזאת כל עוד לא שונה התקנון לפי סעיף 20.

(ב) יראו תקנון של חברה שהתאגדה לפני תחילתו של חוק זה כאילו נכללה בו הוראה ולפיה ליושב ראש הדיריקטוריון לא יהיה קול נוסף, כאמור בסעיף 107, אלא אם כן נקבע בתקנון אחרת, וזאת כל עוד לא שונה התקנון לפי סעיף 20.

לדעת פרופ' ציפורה כהן, הוראת ס' 368 לא הייתה צריכה להיחקק. ידוע, לפי ס' 24, שחוק החברות לא "מעוניין" לשנות זכויות רכושיות של בעלי מניות בחברה ותיקה. לפיכך תוצאת הסעיף איננה הגיונית. לדעת פרופ' ציפורה מדובר בחוסר תשומת לב של המחוקק. לדעתה המחוקק צריך לשנות את ההוראה הזאת. אבל בינתיים ניתן לתקוף את הסעיף בכך שהוא נוגד את זכות הקניין וזכויות רכושניות אשר בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. היות שהפגיעה איננה עומדת הפסקת ההגבלה – סעיף 8 – שכן אין לסעיף 368 לחוק תכלית ראויה. זאת ועוד, אם הסעיף לא יבוטל, בעל מניות יוכל לתקוף את החלטת השינוי גם בעילת הקיפוח (שעוד תלמד) - המבחן העיקרי של עילה זאת הוא מבחן הציפיות הלגיטימיות של הצדדים. לדעת פרופ' ציפורה כהן אם הייתה צפייה של בעל מניות שדרך השינוי היא כפי שהייתה לפני חקיקת החוק (לפי תקנה 4). הרי שהשינוי של זה ע"י החוק פוגעת בציפיות הלגיטימיות ועולה כדי קיפוח.

### **לאור האמור לעיל מתעוררות מספר שאלות:**

1. מה נחשב סוג מניות לצורך כך ?
2. מהן הזכויות של סוג מניות?
3. מה נחשב פגיעה בזכויות של סוג או שינוי זכויות של סוג? (129 ו 4).

### **מהו סוג מניות?**

התקנון יכול לקבוע שמנייה מסוימת היא מסוג מסוים ויש לה זכויות מסוימות – זה מקרה ברור של מניות סוג. אם מניות כאלו יועברו מיד ליד הן יישארו מאותו סוג. הזכות צמודה למנייה. בפסיקה התעוררה השאלה מה קורה כשזכות צמודה לבעלי מניות מסוג מסוים (ולא צמודה למניות)? לדוגמא - אם נקבע שראובן, שהוא בעל מניות, ישמש כעו"ד החברה כל עוד יתאפשר הדבר. – זה לא נחשב סוג של מנייה. דוגמא שנייה - יש זכויות הניתנות לבעלי מניות מסוימים, והזכות היא בכשירות כבעל מניות. למשל, בפס"ד האנגלי וורסוס פלייס – שם נקבע שלדירקטור בעל מניות יהיו פי שלוש קולות, אם ירצו לפטרו. הוראה זאת איננה מוצמדת למניות עצמן אלא לבעל המניות. דוגמא שלישית - הוראה שאם למישהו (ספציפי - שם של מישהו) יש זכות קדימה לרכוש מניות, במידה שמישהו אחר מוכר – זה היה בפס"ד קמבריאן. דוגמא רביעית - התקנון מקנה לבעל מניות (ספציפי – שמי) זכות למנות דירקטור כאשר הוא מחזיק מעל 10 אחוז, למשל, ממניות החברה. השאלה היא האם כל אלו הן זכויות של סוג מניות או לא? השאלה חשובה כי אם התשובה היא כן אזי צריך הסכמת בעל הזכות/ בעל מנית הסוג, בכדי לשנות את הזכויות, ואם לא אזי לא צריך הסכמתו לשינוי.

### **Cumbrian Newspapers v. Cumberland Herald [1986] 2 All E.R. 816**

אמר ביהמ"ש באנגליה שיש להתייחס לזכויות אלו כזכויות של סוג, היות שאחרת ניתן לשנות אותן באסיפת בעלי מניות. הבעיה בתוצאה זאת היא שלא יתכן שאם הזכות צמודה לבעל מניות ולא לסוג מסוים של מניות זה יחשב כזכות של סוג. אם היו רוצים היו יכולים להנפיק מניות מסוג מסוים למישהו מסוים, ואז זה בסדר. בארץ אין הלכה בעניין

### **מה זה זכויות של סוג?**

אם למשל יש סוגי מניות. מניה מסוג א' – מקנה זכות הצבעה בלבד. מניה מסוג ב' מקנה זכות הצבעה וזכות לדיבידנד ומניה מסוג ג' מקנה זכות הצבעה והקניית נכסים בפירוק. אם נרצה לשנות דיבידנד, הרי שזהו שינוי זכויות של סוג מניות ב'. אם נרצה לשנות את זכותו של ג' זה שינוי זכות של סוג ג'. אבל אם משנים את זכויות ההצבעה שהן משותפת גם לא' גם לב' וגם לג', לכאורה אין כאן שינוי זכות של סוג, אבל בכול זאת גם זהו שינוי של זכות. היות שברגע שיש סוגי מניות, כל הזכויות השייכות לסוג מסוים ישנו לפי דרך השינוי של הזכויות של אותו סוג, גם אם יש אותה הזכות לכל סוגי המניות.

### **מה נחשב פגיעה בזכויות של סוג או שינוי זכויות של סוג? (129 ו 4).**

חוק החברות משתמש בלשון רחבה – ס' 20(3) היו מניות החברה מחולקות לסוגים, לא יעשה שינוי בתקנון שיפגע בזכויותיו של סוג מניות ללא אישור אסיפת אותו סוג, מדובר בשינוי שיש בו פגיעה בזכויות של סוג מניות. זאת כדי למנוע את הפרשנות המצמצמת של שינוי זכויות שהייתה ב common law אשר התייחסה רק לשינוי של הזכות פרופר של הסוג, מבלי לבדוק אם יש כאן פגיעה או לא. למשל, אם יש זכות לקבל דיבידנד בדולר בארה"ב ומחליטים שיקבלו בקנדה אין כאן שינוי זכות אבל יכולה להיות פגיעה בסוג. פס"ד גרינהלד הוא דוגמא יותר מזעזעת כיצד בתמיכת ביהמ"ש ניתן לנשל אנשים מזכויותיהם. היו שני סוגי מניות שלכל אחת מהן ערך נקוב של 5 ₪ וקול אחד להצבעה. אם היו עושים שינוי שלבעלי מניות ב' יהיו 5 קולות זהו שינוי ברור של שינוי סוגי המניות. אבל אם השינוי יהיה שסוג מניות ב' יפוצלו ממניה של חמישה שקלים לחמש מניות של שקל אחד, כך שבעלי מניות ב' שהיו להם מניה בערך של 5 ₪, יש לו עכשיו 5 מניות של 1 ₪, ויוצא שיש לו פי חמש זכויות הצבעה. זה נעשה למניות מסוג ב' בלבד. זהו שינוי זכויות לכול דבר, אבל ביהמ"ש קבע שזה לא שינוי זכות כי לכול מניה נשארה זכות הצבעה אחת. ביהמ"ש אמר שלא שינוי זכות של מניות, ושמותר לחברה לעשות שינוי של הון. ביהמ"ש לא בדק את הזכויות ששוננו במהות והתייחסו בטעות רק לפאן הטכני של הפעולה, לפיו לכאורה לא שונה זכויות הצבעה היות שלכול מנייה נשארה זכות הצבעה אחת. זאת תוצאה אבסורדית. פסה"ד הוא משנת 48.

חוק החברות רצה "לברוח" מהלכות אלו של ה common law, ולפיכך נכתב שיש צורך בהסכמה של סוג כאשר יש בכך להשפיע על הסוג במובן המהותי. מצב כמו של גרינהלד לא יכול לחזור כיום בחברות חדשות, ופרופ' ציפורה כהן מקווה לא תהיי פרשנות כזאת לגבי החברות הישנות.

### **ע"א 70/92 כלל תעשיות בע"מ נ' לאומי פיא חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ**

האחדת סוגי מניות. מחקיקת ס' 46 לחוק ניירות ערך – ביטלו את אפשרות להקצות שני סוגי מניות כאשר ההקצאה ראשונה.

אם יש חברות שיש להן כבר שני סוגים, החוק לא יחול כי לא ניתן לבטל את הזכויות הרכושיות הקיימות. אולם החוק אמר שאם החברה רוצה להנפיק מעכשיו מניות, עליה להנפיק את המניות העדיפות. אם נתייחס לדוגמה בגרינהלד, יוצא שניתן להנפיק רק את המניות של השקל אחד. זה פוגע בבעלי השליטה. לפיכך, עשו האחדות סוגי המניות.

בלאומי פיא דנו בשאלה מהי הדרך הנכונה לעשות האחדה?

לאומי פיא החזיק מניות מסוג ב' בלבד של כבלי ציון. כלל תעשיות והחברה ההולנדית החזיקו במניות מסוג א' ומניות מסוג ב' של כבלי ציון ביחסים שווים של א' וב'. לאור סעיף 46ב(א) לחוק ניירות ערך ולאור העובדה החברה עמדה בפני הנפקה הוחלט לעשות האחדה של סוגי המניות כך שהפכו כל מניה מסוג ב' בשווי של 0.005 ₪ לחמש מניות בשווי של 0.001 ₪ כמו הערך של מניות א'. היוצא הוא שכוחם של מחזיקי מניות ב' עלה משמעותית היות שקיבלו פי חמש כוח הצבעה. לפיכך, הוחלט לפצות את בעלי מניות א' בהקצאת מניות הטבה בשיעור של 25%. לאומי פיא טען שהפגיעה המניות ב' אינה מצדיקה מתן הטבה של 25%, ואם כבר רוצים לשנות ולתת הטבות כאלו, יש לעשות הסדר. במצב זה יש לקיים **אסיפות לפי מבחן האינטרס.**

**ביהמ"ש קבע הלכה חשובה שכאשר מדובר בהאחדה של סוגי מניות הכרוכה בביטול סוג מסוים של מניות, זה לא שנוי זכויות, אלא יש לנקוט בהליך של הסדר, ויש לעשות אסיפות סוג לפי מבחן האינטרסים.**

זה עזר לפיא כי כלל והחברה ההולנדית החזיקו בכמות שווה של מניות משני הסוגים ולא היה איכפת להם מהשינוי כי אם הפסידו משהו במניות א' הרוויחו במניות ב' וההיפך. לעומת זאת, לאומי פיא שמחזיקים רק את הסוג הנחות יפגעו. לפיכך, ביהמ"ש קבע שלכלל ולחברה ההולנדית יש אינטרס שונה מסוג בעלי מניות שאין להם איזון בשני סוגי המניות ולכן לא ניתן לעשות את ההאחדה של המניות ללא הסכמה של אלו שיש להם מניות נחותות. זה תוצאה שהגיעו אליה כי הלכו על דרך ההסדר.

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968[תיקון אחרון: 30/5/07] . .

#### **46ב. שוויון זכויות ההצבעה [תיקון: תשנ"א]**

(א) לא תרשום בורסה למסחר בה מניות או ניירות ערך הניתנים להמרה או למימוש במניות, אלא אם כן ראתה כי הובטחו תנאים אלה:

(1) לענין חברה שמניותיה נרשמות לראשונה למסחר - בהון החברה יהיה סוג מניות אחד בלבד, המקנה זכויות הצבעה שוות ביחס לערכן הנקוב; תנאי זה לא יחול על מניות מדינה מיוחדות; אין בהוראה זו כדי למנוע את החברה מלהנפיק מניות בכורה, ובלבד שחלפה שנה מיום שמניותיה נרשמו לראשונה למסחר;

(2) לענין חברה רשומה כמשמעותה בסעיף 46(א)(4) - כל הנפקת מניות נוספת תיעשה במניות העדיפות ביותר בזכויות הצבעה; אין בהוראה זו כדי למנוע חברה רשומה שיש בהונה רק סוגי מניות המותרות לפי פסקה (1) מלהנפיק מניות בכורה החל ביום כ"ה בטבת התשנ"ב (1 בינואר 1992) או בתום שנה מן היום שבו היו בהונה רק מניות כאמור, לפי המאוחר.

## מה המגבלות של כוח שינוי התקנון.

### בחוק

הגדלת החבות של בעל המניה ס' 20 לחוק אומר - לא ניתן להגדיל חבות של בעל המניה אם לא הסכים לכך.

### **20. שינוי תקנון**

(ד) על אף הוראות סעיף זה, שינוי בתקנון המחייב בעל מניה לרכוש מניות נוספות או להגדיל את היקף אחריותו, לא יחייב את בעל המניה ללא הסכמתו. בפקודה היה צריך הסכמה בכתב. בחוק אין דרישה הכתב. יש פסי"ד אוסטרלי שביהמ"ש קבע שהנ"ל נכון לאו דווקא אם מגדילים את חבות המניות, אלא גם אם מחייבים אותם להביא כסף לכיסוי חובות החברה.

**שינוי בניגוד לס' 30 לחוק החוזים** – שינו בניגוד לחוק או לתקנות הציבור אינו חוקי ודינו בטלות. עלתה שאלה בשני פסקי דין, האם יש מקום לטעון מניעות נגד בעלי מניות שהסכימו לשינוי בלתי חוקי ?

בברדיגו היו חילוקי דעות בעליון, וגם בבנטל נ' בנטל היו חילוקי דעות. שני פסה"ד האלו עסקו בדיני חברות.

הבעיה נפתרה בפסי"ד טיבעול שעסק בחוזים. עלתה השאלה האם צד להסכם בלתי חוקי יכול להישמע בטענה שעקב אי החוקיות של ההסכם אין לו לתוקף משפטי? ביהמ"ש בדיון נוסף הכריע. השופט חישין אמר שלא תשמע טענת מניעות במקרה כזה. פרופ' ציפורה כהן מסכימה עם הכרעה זאת, היות שאם זה לא חוקי, איך יכולה להישמע טענת מניעות? הרי ביהמ"ש יכול מיזמתו לא להסכים ולא לקבל משהו לא חוקי, גם בלי שהטענה נטענה ע"י הצדדים. לדעת פרופ' ציפורה כהן הלכה זו נכונה גם לתקנון שהוא חוזה.

**השינוי צריך להיות בתום לב ובדרך מקובלת, צריכה גם להישמר חובת ההגינות.** –

כיוון שבעלי השליטה משתמשים בכוחם וכופים דברים על מניות המיעוט, לפיכך חוק החברות מטיל על בעלי המניות חובת הגינות.

גם בעבר, למרות שה common law לא הכיר בחובת הגינות ואמר שיש לבעל מניות זכות להצביע לפי האינטרס שלו, אם הוא רוצה בכך. אבל גם אז נאמר שבשינוי של תקנון יש לנהוג בתום לב.

ה common law שאל מהי טובת החברה? – נקבע ב common law שהמבחן הוא מבחן של בעל מניות היפותטי = שלא שייך דווקא לרוב או למיעוט אלא היפותטי. למה? כי זה לטובת החברה כגוף.

סתם "טובת החברה" זה טוב רק אם ההחלטה משפיעה על מצבה של החברה. אבל יש החלטות של שינוי תקנון שלא משפיעות על החברה, אלא רק על היחסים בין בעלי המניות מבלי שזה נוגע לקידום עסקי החברה.



אבל, אם לוקחים את המבחן של "בעל מניות היפותטי" זה פותר גם את בעיית האינטרס של החברה. כי האינטרס שלו הוא שהחברה תשגשג ותמקסם את הרווחים שלה. כי בעל המניות נהנה מהרווחיות.

הנושה לעומת זאת, גם נהנה משגשוג החברה, כי יקבל את כספו, אבל לא מעניין אותו יותר מזה. בעל המניות נהנה יותר כי יקבל דיבידנד, ומבחן זה נותן גם את טובת החברה. לא לוקחים בעל מניות מסוים כי יכול להיות לו אינטרס, אלא לוקחים בעל מניות היפותטי. הבעיה של מבחן זה היא: מה אם אינטרס של בעל מניות היפותטי בכול זאת פוגע בבעל מניות מסוים? למשל, הוראה שמישהו שיש לו מניות בעסק מתחרה חייב למכור את מניותיו – זה מקדם את החברה ובעל מניות היפותטי יהיה מרוצה. אבל זה שיש לו מניות בחברה מתחרה יפגע.

ביהמ"ש בפרשת גרינהלד, הפעיל את המבחן באופן לא טוב – היה תקנון שביטל זכות קדימה של בעלי מניות לרכוש מניות של מוכר מניות, ונקבע שבעל מניות יכול להעביר מניות למישהו חיצוני בכפוף לאישור האסיפה הכללית.

לכאורה אין בעיה, זה שוויוני לגבי כל בעלי המניות.

אבל, יש כאן הוראה לא הוגנת ופסולה, אשר באה לטובת בעלי מניות הרוב. היות שהם יכולים להעביר החלטה לטובתם באסיפה הכללית בעוד שבעלי מניות המיעוט לא יכולים לעשות זאת, והם נתונים לחסדי בעלי מניות הרוב.

ביהמ"ש אישר הסכם זה כי ראה את השוויון לכאורה – זאת אפליה ושינוי שלא נעשה לטובת החברה.

### 16.12.2008 - שיעור מס' 7.

#### **כיצד יודעים אם השינוי נעשה בתום לב ולטובת החברה ?**

פס"ד באוסטרליה – היה בניין דירות השייך לחברה והדירות היו מושכרות לבעלי המניות. החברה הייתה מעוניינת לשנות את התקנון כך שיגביל את אפשרות שכירות המשנה של הדירות. מבחינה משפטית הדיירים הם בעלי המניות של החברה (דומה לחברת גוש חלקה אצלנו) אבל בפועל כלכלית הם הבעלים של הדירות. המטרה וההנחה הייתה שהבית יתחזק בצורה טובה יותר אם בעלי הזכויות הם שיחזיקו את הדירות, כמו כן הרכוש המשותף יוחזק טוב יותר. התובע תקף את שינוי התקנון בטענה שהשינוי אינו לגיטימי, היות שלא נעשה בתום לב ולא לטובת החברה.

אם נבדוק בעל מניות היפותטי, מחד, אכן הבית יוחזק בצורה יותר טובה. ומאידך זכות הבעלות אינה גמישה והוא לא יכול לעשות מה שהוא רוצה ברכושו. כך שמבחן זה אינו נותן מענה לבעיה. ביהמ"ש לא בדק בעל מניות היפותטי, אלא למגבלות כוחו של הרוב, לפיו האפשרות להגביל את שכירות המשנה היא מעבר לכוח שיש לרוב להגביל את המיעוט, בניגוד לרצונו.

#### **האם בישראל נגיע לאותה תוצאה ?**

מבחן בעל מניות היפותטי לא פותר את הבעיה, כפי שראינו.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שביהמ"ש היה הולך בעקבות אותה תוצאה בעיקר לאור חיכ"א וחירותו היות שיש הגנה לזכויות הרכושיות של בעלי הדירות שכוללת את זכות להשכרת משנה, ולא ניתן לפגוע בזכות זאת, גם אם התכלית היא החזקת הבית בצורה יותר טובה. – זאת לא תכלית ראויה.

פס"ד אנגלי, קלמנס – מדובר בתביעה שהגישה אחיינית נגד דודה שלה. שתיהן החזיקו בהון החברה. לדודה הייתה שליטה – 51% ממניות ההצבעה, הדודה הייתה גם הדירקטורית. התובעת תקפה החלטה להגדלת הון של החברה בסכום של 1650 מניות. כאשר כל מניה הייתה שווה לירה שטרלינג אחת. הוחלט להקצות מניות אלו כך שהעובדים היו מקבלים 850 מניות וארבעה דירקטורים היו מקבלים 800 מניות (כ"א 200 מניות). העובדים היו צריכים לקבל את המניות ללא תמורה והדירקטורים תמורת 1 לירה שטרלינג לכל מניה. התובעת תקפה את ההחלטה ממס סיבות:

1. קודם הייתה זכאית לקבל 4/9 מדיבידנד ועכשיו רק 2/9 ממנו.
2. הייתה בה פגיעה הונית, היות שאם הוקצו מניות ויש יותר מניות, הרי שהיא דוללה וערך המניות של התובעת ירד.
3. הטענה המרכזית – הפגיעה בכוח ההצבעה יורד מ 45% ל 24.65%. זה גם מסביר למה קבעו להגדיל דווקא ב 1650 מניות, כדי שיהיו לה פחות מ 25% וכך היא לא יכולה למנוע שום החלטה מיוחדת. הכוונה צועקת שהמטרה הייתה לדלל את כוח ההצבעה של האחיינית.
4. הדבר מקטין את זכות לרכוש מניות במקרה של העברת מניות וכך תישאר תמיד במיעוט.

ביהמ"ש האנגלי ביטל את ההחלטה וקבע שהמטרה הייתה להפחית את המניות של התובעת מתחת ל-25%, ושהדודה לא יכולה להשתמש בכוחה למטרה כזאת – זאת אומרת שהיא פועלת שלא לטובת החברה ושלא בתום לב. בפסה"ד נקבע שיש שיקולי יושר שגורמים להפעלתו של הכוח לבלתי צודק.

בדין הישראלי נגיע לאותה תוצאה, כי יש חובת הגינות וחובה לפעול בתום לב.

### 127 ALR 417 [Gambotto v. WCP Ltd. \(1995\)](#)

פס"ד אוסטרלי מ 1995 – מדובר בחברה שמחזיקה 99.7% מההון המונפק של חברה אחרת, באמצעות חברות בנות בשליטה בלעדית שלה. קבוצה זאת רצתה לרכוש את יתרת 0.3% של המניות. למה? כי הם הוכיחו שרכישה כזאת תקנה לחברה יתרון מיסוי של יותר מארבע מליון דולר, אם יהיו המחזיקים של כל המניות, וזה גם יביא להקטנה של עלויות מנהליות של החברה ב 4300 דולר בשנה. הקבוצה החליטה לעשות, שינוי תקנון שיאפשר למי שיש לו אחזקה של מעל 90% הרי שהוא יכול לרכוש את מניות המיעוט. זאת ועוד, מומחה אובייקטיבי העריך את שווי המניות של החברה ב 1.365 דולר למניה, וההחלטה הייתה לרכוש ב 1.8 דולר למניה – יותר מהשווי של הערכת שמאי (החברה פרטית). היו שני בעלי מניות שהחזיקו ביחד כ 31% ממניות המיעוט שהיו נגד ההחלטה, אבל הם לא באו לאסיפה כי ידעו שההחלטה תעבור בכול מקרה.

שאר בעלי מניות המיעוט הסכימו לשינוי לפיכך, בעלי השליטה לא השתתפו כלל בהצבעה והחלטה אושרה.

בעלי מניות המיעוט התנגדו בביהמ"ש ואמרו אין תוקף להחלטה ולשינוי, כי זה עושק אותם. ביהמ"ש אמר - המבחן הרגיל של טובת החברה ותום לב, לא רלוונטי בעניינינו היות שמדובר בקונפליקט בין בעלי המניות ולא של החברה. אבל אין תוקף לשינוי. החברה הגישה ערעור וביהמ"ש שלערעור קיבל את הערעור בטענה שאין כאן עושק כלפי בעלי המניות, היות שמחד, כתוצאה מהשינוי יש יתרונות לחברה ומאידך, גם המיעוט לא נפגע, כי הוא מקבל יותר משווי המניה.

על זה הוגש ערעור לעליון. הערעור התקבל ונקבע שהמבחן הרגיל לפיו שינוי צריך להיות בתום לב ולטובת החברה אינו ישים כשעוסקים במקרה כזה, וכשיש ניגוד אינטרסים בין בעלי המניות, יש להפעיל שני מבחנים אחרים:

1 – מתייחס למצב שיש ניגוד עניינים, אבל אין הפקעת זכויות רכושיות הצמודות למניות ואז השינוי תקף אלא אם חורג מסמכות או תכלית התקנון או שמגיע כדי עושק.

2- מתייחס למצב של הפקעת זכויות הרכושיות – כשהוא עושה זאת, אזי השינוי יהיה תקף רק אם עומד במבחן כפול: 1. הרוב יוכיח שהמטרה נאותה. 2. הפעלתו של השינוי אינה עושקת את המיעוט.

אומר ביהמ"ש האוסטרלי- הפקעה כזאת תהייה מוצדקת רק כאשר באופן סביר המשך החזקת המניות על ידי המיעוט יהיה מזיק לחברה או לניהול עסקיה דבר שגורם לנזק לבעלי המניות באופן כללי וההפקעה היא אמצעי סביר לבטל או להקטין את הפגיעה הזאת. ביהמ"ש נתן דוגמאות בהן ניתן להפקיע מניות:

למשל, אם בעל מניות מתחרה עם החברה. זה יכול לגרום נזק ובמקרה כזה אם יחליטו להפקיע את המניות, ויתנו לו שווי הולם אזי זה בסדר.

או למשל, בנושא של שידורי טלוויזיה, אם יתנו את חידוש הרישיון בכך שכל המניות צריכות להיות מוחזקות ע"י אזרחים אוסטרלים. אזי אם יש בעלי המניות זרים, יהיה מוצדק להפקיע את המניות, שוב, בתנאי שגם נתנו תמורה הולמת.

אבל במקרה שלנו, אומר ביהמ"ש, זאת לא אותה סיטואציה. בעניינינו לא מונעים נזק לחברה, אלא מנסים להגדיל את הרווח. זאת לא מטרה מוצדקת להפקיע את המניות של המיעוט. נקודות הביקורת על פסה"ד:

1. אין אבחנה בין מניעת נזק, לרצון להגדיל את רווחי החברה. זה רק עניין של ניסוח. יש עוד ביקורת על פסק הדין.
2. לא עשו אבחנה בין חברה פרטית לציבורית. יש לעשות אבחנה כי יש הבדלים בציפיות. בחברה ציבורית, אדם מצפה להרוויח ממניות ולא רוצה ליטול חלק בחברה, ואם נותנים לו סכום הולם ואומרים לו תצא - זה בסדר. אבל בחברה פרטית זה לא כך.
3. זה מעודד סחיטה של בעלי המניות מיעוט. מצד שני, זה לגיטימי לנסות להרוויח יותר, זאת עמידה לגיטימית על זכויות.

**בישראל - נבחן דרכים לפיהן ניתן להפקיע את מניות המיעוט או להתנגד להפקעה מעין זאת.**

1. ס' 11 לחוק – תכלית החברה – לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה. זה חל על כל מי שיש לו סמכות לפעול בחברה, כולל בעלי המניות. אבל, יש עוד הוראות שמגבילות את בעלי המניות.

**1.1 תכלית החברה [תיקון: תשס"ז(2)]**

(א) תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון.  
(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול על חברה לתועלת הציבור.

2. **סעד למקרה קיפוח** – מאפשר לבעל מניות מיעוט לתבוע ולהתנגד להחלטות המקפחות אותם. הפקעת זכויות רכושיות זה לא רק קיפוח אלא יותר מכך זה גם עושק, והרוב לא יכול לעשות שימוש בכוחו להפקיע את זכויות המיעוט.  
זכות זאת התחזקה לאור חיכ"א וחירותו. ההגנה עכשיו היא כבר חוקתית, והפגיעה אפשרית רק לפי פסקת ההגבלה. לפי ס 8 – פסקת ההגבלה צריך שהפגיעה תהייה בחוק, לתכלית ראויה, מידתית ובהתאם לערכי מדינת ישראל.

**חוק**

יש הוראת חוק בעניין של חילוט מניות – ככלל ההוראה לא רלוונטית לכאן, וגם אם כן היא לא ממצה את כל האפשרויות.  
נשאלת השאלה האם סמכות כללית לשנות בתקנון זה הסמכה לפי חוק? פרופ' ציפורה כהן סבורה שכן. אבל זה לא מספיק כי צריך גם תכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.  
יש בחוק הוראות המסדירות רכישה כפויה של מניות. סעיף 341(א) לחוק אומר ש 80% מבעלי המניות הניצעים צריכים להסכים.

**341. סמכות לרכוש מניותיהם של בעלי מניות מתנגדים בחברה פרטית**

(א) הציע אדם לרכוש מניות או סוג מניות של חברה פרטית (בסימן זה - המציע), ובעלי מניות שבבעלותם שמונים אחוזים מן המניות העומדות להעברה, הסכימו בתוך חודשיים להצעה, רשאי המציע בתוך חודש לאחר תום החודשיים האמורים, להודיע, בדרך שיקבע השר, לכל בעל מניה שלא הסכים להצעה (בסימן זה - בעל מניה מתנגד), כי ברצונו לרכוש את מניותיו; במנין בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון בעל שליטה במציע או מי מטעמו של בעל השליטה או של המציע, לרבות קרוביהם או תאגידיהם שבשליטתם.  
(ב) הודיע המציע כאמור בסעיף קטן (א), חייבים בעלי המניות המתנגדים למכור את מניותיהם וחייב המציע לרכוש אותן, בתנאים שהוצעו לבעלי המניות המסכימים להעברה, אלא אם כן החליט בית המשפט אחרת לבקשת בעל מניה מתנגד שהוגשה בתוך חודש ימים לאחר תאריך ההודעה.

(ג) הודיע המציע כאמור בסעיף קטן (א) ולא ניתנה החלטה אחרת של בית המשפט, ישלח המציע, בתום חודש ימים מתאריך הודעתו, ואם היתה אותה שעה בקשתו של בעל מניה מתנגד תלויה ועומדת לפני בית המשפט - לאחר שפסק בה בית המשפט, העתק הודעתו אל החברה ויעביר לה את התמורה בעד המניות שהוא חייב לרכוש לפי סעיף זה, והחברה תרשום את המציע כבעל המניות הללו.

(ד) ניתן לקבוע בתקנון החברה שיעור שונה מהשיעור הקבוע בסעיף קטן (א); החלטה לשינוי התקנון כאמור, תתקבל באמור בסעיף 20.

בחברה ותיקה יש הוראת מעבר שנדרשת הסכמה של 90% מהניצעים:

### **342. הוראת מעבר [תיקון: תשס"ה]**

חברה שהתאגדה לפני תחילתו של חוק זה, יראו כאילו נקבעה בתקנונה הוראה, ולפיה לאישור הצעה כאמור בסעיף 341 דרוש רוב של בעלי מניות שלהם תשעים אחוזים מן המניות העומדות להעברה; ואולם החלטה לשינוי התקנון באופן המקטין את שיעור הרוב כאמור, תתקבל בדרך הקבועה לפי סעיף 350(א), (ט), (י), (יא) ו-(יב) או בהסכמת כל בעלי המניות של החברה.

במקרה כמו שהיה ב Gambotto הוראות אלו לא היו מועילות כי היו למתנגדים יותר מ 30% ממניות הניצעים (מניות המיעוט).

**3. דרך של הסדר** – ניתן לעשות בה הרבה שימושים – למשל גם רכישה כפויה של מניות צריכה תמיכה של 75% - כך שבמקרה כמו Gambotto זה גם לא היה עוזר.

**4. שינוי התקנון** - הדרך היחידה לכאורה אם היו רוצים בארץ היא ע"י שינוי התקנון. זאת הוראה כללית שדרכה ניתן לכאורה לעקוף את ההוראות הנ"ל. האם זה ראוי ?

יש כאן בעיה כי אמרנו שסי' 11 אומר שחברה תפעל להשאת רווחים. אבל זה כפוף להוראות אחרות שמגינות על הזכויות הרכושיות. לפיכך, פרופ' ציפורה כהן סבורה שביהמ"ש בארץ היה מגיע לאותה תוצאה, ולא היה מאפשר לעקוף את ההוראות הספציפיות בעזרת סעיף כללי.

**לאור כל האמור לעיל – לא מספיק המבחן של בעל מניות היפותטי, אלא גם יש לבחון גם אם יש פגיעה בזכויות רכושיות של בעלי מניות המיעוט.**

אם רוצים לתקוף את בעלי מניות המיעוט ניתן לטעון שהם פועלים בניגוד לחובת תום הלב ושהם סחטניים.

### 3. חובת ההגינות של בעלי מניות השליטה

זאת גם הפרת חוזה בין בעלי המניות לחברה ובינם לבין עצמם.  
חובת ההגינות בס' 193 לחוק –

#### **193. חובת בעל שליטה וכוח הכרעה לפעול בהגינות [תיקון: תשס"ה]**

(א) על המפורטים להלן מוטלת החובה לפעול בהגינות כלפי החברה:

- (1) בעל השליטה בחברה;
  - (2) בעל מניה היודע שאופן הצבעתו יכריע בענין החלטת אסיפה כללית או אסיפת סוג של החברה;
  - (3) בעל מניה שלפי הוראות התקנון יש לו כוח למנות או למנוע מינוי של נושא משרה בחברה או כוח אחר כלפי החברה.
- (ב) על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, בשים לב למעמדם נחברה של המנויים בסעיף קטן (א).

זאת לא חובה חדשה.

בפקודה לא הייתה הוראה כזאת, אבל הפסיקה הכירה בכך שלבעלי מניות שליטה יש חובת אמונים כלפי החברה וכלפי המיעוט.

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

פס"ד קוסוי שעסק במכירת מניות שליטה. בעל מניות שליטה המוכר שיש לו חובת אמונים כלפי החברה וכלפי מניות החברה.

ביהמ"ש לא עסק בקוסוי בשאלה האם זה חל גם מעבר למכירת מניות שליטה, למשל בהצבעה או במשהו אחר. אבל זה ברור כי ההנמקה והרציונאל לפיו למי שיש כוח מחד, חב חובת אמונים מאידך נשמר גם לגבי הצבעה ועוד עניינים.

סעד למניעת קיפוח הוכנס כבר בשנת 80 – למיעוט יש זכות להגיע לביהמ"ש ולומר שהרוב קיפח אותו.

לפני החוק הייתה חובת אמונים לבעלי מניות השליטה.

ההלכה האנגלית common law היא שהמניה היא נכס של בעל המניות והוא יכול לפעול בה כרצונו אבל בתום לב וכפוף לחובות אחרות.

גם בחוק המקרקעין יש הגבלה ב ס' 14 שאסור לעשות ברכוש מה שרוצים, אסור לפגוע באחרים.

אצלנו התקבלה הגישה מארה"ב שיש חובת אמונים לבעל מניות, וזה נקרא חובת הגינות (נסביר אח"כ למה הגינות ולא אמונים).

### מי כפוף לחובה?

1. **בעל השליטה** - אבל זה מונח בעייתי והשאלה מי הוא בעל שליטה? לפיכך, החוב מרחיב ואומר גם מי שיודע שאופן הצבעתו מכריע. או בעל מניות שיש לו כוח למנות או למנוע מינוי של בעל משרה.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

=====

### **268. הגדרת בעל שליטה**

בפרק זה, "**בעל שליטה**" - בעל השליטה כמשמעותה בסעיף 1, לרבות מי שמחזיק בעשרים וחמישה אחוזים או יותר מזכויות ההצבעה באסיפה הכללית של החברה אם אין אדם אחר המחזיק בלמעלה מחמישים אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה; ענין החזקה, יראו שניים או יותר, המחזיקים בזכויות הצבעה בחברה ואשר לכל אחד מהם יש ענין אישי באישור אותה עסקה המובאת לאישור החברה, כמחזיקים יחד.

### מה זה שליטה?

הגדרה בס' 1 לחוק החברות:

**"שליטה"** - כמשמעותה בחוק ניירות ערך;

ס' 1 לניירות ערך:

מבחן השליטה הוא מהותי ולא חשוב כמה אחוזים יש לו בחברה.

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 [תיקון אחרון: 30/5/07] . .

**"שליטה"** - היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים של אמצעי השליטה בתאגיד;

אם נבדוק באמריקה יש מקרים של 8% של מניות יש שליטה.

אבל יש גם חזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסויים

של אמצעי השליטה בתאגיד

### **הגדרה של אמצעי שליטה**

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 [תיקון אחרון: 30/5/07] . .

**"אמצעי שליטה"**, בתאגיד - כל אחד מאלה:

(1) זכות ההצבעה באסיפה כללית של חברה או בגוף מקביל של תאגיד אחר;

(2) הזכות למנות דירקטורים של התאגיד או את מנהלו הכללי;

בחוק ניירות ערך יש הוראה לפיה מדובר בהחזקה ביחד או עם אחרים. יחד עם אחרים – (ההגדרה בעקבות תיקון 9 לחוק) – זה אומר החזקה בשיתוף פעולה בין שניים או יותר לפי הסכם. סעיף זה הוסף כדי שלא יברחו מהסעיף עי פיצול וחלוקת המניות בין בני משפחה או חברות בת. שתוף עניינים של בעלי מניות זה החזקה ביחד. למשל כמו הצבעה באסיפה הכללית.

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 [תיקון אחרון: 30/5/07]. .  
"החזקה" ו"רכישה", לענין ניירות ערך או כוח הצבעה וכיוצא באלה - בין לבד ובין ביחד עם אחרים, בין במישרין ובין בעקיפין, באמצעות נאמן, חברת נאמנות, חברת רישומים או בכל דרך אחרת; כשמדובר בהחזקה או ברכישה בידי חברה - גם בידי חברה בת שלה או חברה קשורה שלה במשמע, וכשמדובר בהחזקה או ברכישה בידי יחיד - יראו יחיד ובני משפחתו הגרים עמו, או שפרנסת האחד על האחר, כאדם אחד;

"החזקת ניירות ערך או רכישתם ביחד עם אחרים" - החזקת ניירות ערך או רכישתם בשיתוף פעולה בין שניים או יותר לפי הסכם, בין בכתב ובין בעל פה; בלי לפגוע בכלליות האמור יראו לכאורה כמחזיקים בניירות ערך או כרוכשים אותם ביחד -

- (1) תאגיד המחזיק או הרוכש ניירות ערך (בהגדרה זו - תאגיד) יחד עם בעל ענין בו או עם חברה קשורה שלו;
- (2) בוטל.
- (3) בוטל.
- (4) אדם שעיסוקו הוא החזקת ניירות ערך או מסחר בהם בעד הזולת, יחד עם לקוחו או עם בן משפחה שלו שאינו גר עמו ואין פרנסת האחד על האחר, שבעדו הוא מחזיק בניירות הערך ומנהלם לפי יפוי כוח המקנה שיקול דעת לענין השימוש בזכות ההצבעה;

### **מה המהות של החובה של הגינות?**

זה מונח עמום ללא תוכן, בדומה למונחים סבירות, תום לב ועוד. למה זה נקרא חובת הגינות ולא חובת אימונים כמו שיש לדירקטורים? המונח הגינות הומצא בחוק החברות, היות שרצו להדגיש שהיקף החובה אינו זהה לזה של נושאי המשרה. נושא משרה חייב לפעול בתום לב, לטובת החברה ואסור לו להביא בחשבון בכלל אינטרס אישי. לגבי בעלי המניות מותר להם להתחשב גם בשמירת הזכויות שלהם כבעלי מניות. לפיכך, בכדי לתת מסר שהיקף החובה שונה בין בעל מניות לנושא משרה, משתמש המחוקק במונח חובת הגינות. למשל – הגדלת הון רשום – אם לחברה הון מניות רשום של מליון ש"ח וכולן הונפקו, ואם החברה זקוקה להון נוסף ולא יכולה לקבל יותר הלוואות.



### מה ניתן לעשות?

להקצות מניות. יש לעשות את הפרוצדורה של הגדלת הון רשום. לא ניתן להנפיק יותר וצריך אסיפה כללית. אם בעלי מניות הרוב לא יהיו מעוניינים, כי למשל לא רוצים לרכוש מחד, ומאידך לא מעוניינים לדלל את כוחם, ובמקרים מסוימים אף לאבד את השליטה. האם הסירוב להגדיל הון רשום, יש בו הפרת חובת הגינות? הרי זה לטובת החברה שיגדילו את ההון.

התשובה, לדעת פרופ' ציפורה כהן, היא לא. אין על זה פסיקה אבל יש עבודת דוקטורט שחייבים לפעול בתום לב ולטובת החברה וזה לא המצב. זה יכול להגיע לכדי הפרת חובת הגינות, אם למשל לבעל המניות יש עסק מתחרה. אז זאת הפרת חובת הגינות כי רוצה לחזק את העסק מתחרה. אבל אם הוא רוצה לשמור את כוחו בחברה אזי זאת זכותו וזה לא הפרת חובת הגינות.

החוק עשה הבחנה בין זה להנפקה של מניות. אם יש מספיק הון רשום ולא הכול מונפק. זאת סמכותם של הדירקטורים ולא של האסיפה הכללית. להם יש חובה מוגברת והם לא יכולים להכניס אינטרס אישי. הם יהיו חייבים להנפיק מניות אם זה לטובת החברה.

### **אין חובה על בעל מניות לסייע לחברה סיוע כספי.**

ב (פשר (ת"א) 1064/01 א.ש. קידוחים 1998 בע"מ נ' צמנטכל ב. קוטיק בע"מ - מאגר נבו)  
אומרת השופטת ורדה אלשיך:

"בעל מניות הרואה כי החברה הולכת ומתדרדרת אינו חב בחובה אינהרנטית להשקיע בה כספים חדשים מהונו הפרטי, כספים אשר קיים סיכוי גדול כי יאבדו ולא יוחזרו על-ידי החברה הקרובה לקריסה."

30.12.2008 - שיעור מס' 8.

### **פירוק מרצון.**

חברה יכולה לקבל החלטה לפירוק מרצון.

#### **פירוק מרצון בא בעקבות החלטה. חשוב מה הנימוק להחלטה:**

יש חברות בהן יש מועד סיום קיום החברה.

דוגמאות: יכולה להיות חברה אשר קבעה מראש מהו מועד סיומה, למשל החברה קמה לתקופה של 50 שנה. או יכול שיהיה אירוע שבהתקיימו החברה הגיעה לסיום חייה, למשל חברה לפיתוח של מקרקעין שסיימה לפתחו.

חשוב לדעת כי גם אם תם המועד לקיום החברה וגם אם זה נקבע בתקנון, עדיין זה לא גורם אוטומטי לסיום החברה, אלא זאת עילה להחלטת בעלי מניות לפרק את החברה. זאת אומרת צריכה להיות החלטה כאשר הרוב הדרוש הוא רוב רגיל.

מקרה זה תואם את חובת הגינות, היות שנקבע מראש שהחברה תתפרק במועד מסוים.

מקרה זה מתאים לסעיף 319(1) לפק' החברות.

פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 [תיקון אחרון: 8/8/07] . .

### 319. פירוק מרצון - אימתי [196]

חברה יכולה להתפרק מרצון באחת מאלה :

- (1) תמה התקופה שנקבעה בתקנון לקיומה, או אירע הדבר שבאירועו צריכה החברה, לפי הוראה שבתקנון, להתחסל, והחברה באסיפה כללית החליטה להתפרק מרצון ;
- (2) החברה קיבלה החלטה מיוחדת להתפרק מרצון ;
- (3) החברה החליטה בהחלטה שלא מן המניין, שבגלל חבויותיה אין היא יכולה להמשיך בעסקיה ומן הראוי שתתפרק.

מקרה שני הוא לפי ס' 319(3) לפק' החברות – החברה לא יכולה להמשיך בעסקיה, דהיינו הוא חדלת פירעון. במקרה כזה צריך החלטה שלא מהמניין (של 75% בכדי לפרק את החברה. גם במקרה כזה תואם את חובת ההגינות, היות שהחברה חדלת פירעון וזה לגיטימי לפרק אותה.

הבעיה היא בסעיף 319(2) - החלטה מיוחדת להתפרק מרצון. כאן אין כל סיבה לפירוק.

האם החלטה כזאת עומדת בחובת ההגינות של בעלי המניות ?

ברור שלא מדובר בטובת החברה – פירוק אינו יכול להיות לטובת החברה. נניח שיש מיעוט (עד 25%) שמתנגד לפירוק, האם המיעוט יכול לתקוף את ההחלטה, ולומר שזאת הפרת חובת ההגינות ?

פרופ' ציפורה כהן סבורה שככלל אין כאן בעיה של חובת ההגינות. זה ההבדל בין חובת הזהירות של נושאי המשרה לחובת ההגינות של בעלי המניות, שניתן שבעלי המניות ייקחו בחשבון את האינטרס שלהם.

אבל יש לבחון כל מקרה לגופו :

אם למשל בעלי המניות החליטו שהם רוצים לפרק את החברה בגלל שיש להם חברה או עסק מתחרה, אזי יכולה להיות בעיה.

או אם יש להם אפשרות למכור את המניות במחיר ובתוצאה טובה לא פחות ממה שיתקבל בפירוק, והם מחליטים בכול זאת לפרק, אזי גם עשויה להיות בעיה של הפרת חובת ההגינות. אבל אם יש סיטואציה שבעל מניות רוצה לפרק והוא לא יכול לצאת מהחברה באותם התנאים בדרך של מכירה וכד', אזי זאת לא תהייה הפרת חובת ההגינות. כך לדעת פרופ' ציפורה כהן, הפסיקה לא עסקה בזה עדיין.

פסה"ד היחידי הוא ה"פ (ת"א) 10820/99 עצמון ואח' נ' סער שיאון החזקות בע"מ, דינים מחוזי כרך לד (2) 389.

במחוזי, פס"ד עצמון עסק בחובת ההגינות, אבל העליון בערעור לא עסק בחובת ההגינות.

עצמון החזיק 1/3 מהמניות של חברת "גורי, עצמון, שניר בעמ". 2/3 מהמניות הוחזקו ע"י חברת סער.

חברת סער העבירה 1/3 מהמניות לחברת נאמנות. עצמון ביקש לדעת מי היא חברת הנאמנות ומי שעומד מאחוריה. התברר שזאת חברת "קליר" שהייתה מתחרה של החברה הזאת. לפיכך, חשד

עצמון, ש"קליר" קנו 1/3 מהמניות בכדי שיוכלו להכניס דירקטור משלהם שיהיה "מרגל תעשייתי", וכך קליר תקבל את כל המכרזים עד שהחברה תתפרק בסופו של דבר. ביהמ"ש המחוזי קבע שיש כאן הפרה של חובת ההגינות. העליון לא דן בנושא של חובת הגינות. העליון מציין אמנם שזהו נושא סבוך, אבל הוא אומר שהייתה כאן הפרה של ניהול מו"מ בדרך מקובלת ובתום לב. היות שהיה הסכם בין סער לעצמון בו הסכימו על כול מיני עניינים. אבל, סער הייתה כבר במו"מ למכירת מניות, מו"מ שלא סיפרה עליו. לפיכך, קבע העליון שסער נהגה שלא כשורה, ומכאן שכלל לא צריך להיכנס לנושא של חובת ההגינות. היה גם עניין של מיזוג. המכירה היא למעשה מיזוג של קליר שקנתה 1/3 מהמניות עם החברה אבל זה לא הנושא שלנו.

כשמדובר בחברות שהן מעין שותפויות, החובה בין בעלי מניות דומה לחובה בין שותפים. הלכה זאת היא מאוד נפוצה באמריקה ויש לכך ביטוי משמעותי גם בפסיקה הישראלית, בדרך של הסעד למקרה קיפוח. נקבע שפיטורי דירקטור של חברה כזאת, מקנה לדירקטור שפוטר סעד של מיקרה קיפוח (מה שלא נכון לחברה שאינה פועלת כמעין שותפות). בחברה שהיא מעין שותפות, ברור שהכוונה שכול שותף/ בעל מניות יהיה שותף בדירקטוריון, לפיכך זהו קיפוח להוציא אחד מה"שותפים" מהדירקטוריון.

### **כשבעלי מניות השליטה מקבלים החלטות, האם הם רשאים להביא שיקולי מעבר לטובת**

#### **החברה? כמו טובת העובדים/ הספקים/ הנושים / הציבור כולו ?**

ס 11 לחוק החברות – מעורר ויכוחים גדולים בין המלומדים.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

#### **11. תכלית החברה [תיקון: תשס"ז(2)]**

(א) תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון. (ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול על חברה לתועלת הציבור.

השאלה האם כבעלי המניות מקבלים החלטה שאיננה תורמת לרווחי החברה, האם מותר להביא אינטרסים של אחרים, מתוך הרשימה שלעיל?  
ראוי לציין שההוראה בס' 11 אינה מתייחסת לבעלי תפקידים מסוימים. בד"כ המחליטים הם הדירקטורים או המנכ"ל. אבל לעיתים גם האסיפה הכללית מחליטה. לפיכך גם האסיפה הכללית כפופה לס' 11 לחוק.

**האם מותר לבעלי המניות להביא בחשבון את מכלול התפקידים הללו?**

**הגישה הקלאסית** אמרה שתכלית החברה היא להביא למיכסוס הרווח של בעלי המניות של החברה.

פס"ד הקלאסי הוא דודג' נ פורד - **Dodge v. Ford Motors Co.** (1919) 170 N.W. 668  
חברת דודג' הייתה בעלת מניות מיעוט בפורד.

הנרי פורד, נשיא פורד, הודיע שהחברה לא תחלק דיבידנד גבוה יותר מאשר 5% בעתיד הקרוב. החלטה הייתה שישתמשו ברווחים על מנת להוזיל את המכוניות, ועל מנת להגדיל את מספר העובדים של החברה.

דודג' בעלת מניות המיעוט תקף את החלטה הזאת, ואמר שתפקידו של נושא המשרה הוא למקסם את הרווחים של בעלי המניות ולא לפעול למען העובדים ולמען העם האמריקאי. ביהמ"ש קיבל את הטענה הזאת ואמר שאכן אין לו זכות לעשות זאת. מה הסתתר מאחורי הספור הזה? הנרי פורד רצה להתחרות בחברת דודג', ודודג' לא רצו שיתחרו בהם.

לאחר פס"ד זה, הפסיקה ואחרי כן גם החקיקה השתנו, והכירו בכך שניתן לקחת בחשבון גם שיקולים שונים.

ס' 172 לחוק האנגלי אמר – הדירקטורים יפעלו באופן שיקדם את טובת החברה לטובת בעלי המניות ככלל. זאת אומרת, לא בעלי המניות הספציפיים של היום, אלא גם הפוטנציאלים בעתיד (בעלי המניות ההיפותטיים).

**הסברים לגישה הקלאסית**<sup>5</sup> – שאומרת שהחובה היא לפעול בכדי למכסם את הרווח של בעלי המניות :

1. **קנייני** – בעלי המניות הם בעלים של החברה (לא של נכסי החברה). לפיכך התכלית של החברה הוא למכסם את הרווח שלהם.  
יש ספר חדש של פרופ' ידידיה שטרן - ובו תזה שבעלי המניות אינם הבעלים של החברה. זה נוגד את המקובל בעולם ואת מה שפרופ' ציפורה כהן סבורה. לפי ציפורה אכן אין לו חלק בנכסים של החברה אבל יש לו חלק בחברה. החברה אינה נוצרת יש מאין אלא מכך שכל אדם משקיע סכום כלשהו, ולכן יש לו אינטרס בחברה (כאמור נכון שלא בנכסיה). בלי בעלים חברה לא קמה. ידידיה שטרן אומר שיכולה להיות חברה ללא בעלים אם חברה ד' קונה מניות של א' וא' את של ד' יוצא שאין בעלי מניות – הטעות שלו לפי ציפורה שזה לא יכול להיות בהקמה אלא רק אח"כ. הטעות נובעת מכך שפרופ' ידידיה אינו עושה אבחנה בין בעלי מניות נוכחיים, לבין בעלי מניות היפותטיים.
2. הסבר אחר הרבה בספרות המשפטית, בעיקר האמריקאית – **נימוק של יעילות** – בעלי המניות הם בעלי האינטרס השירי של החברה. יש למשל אינטרס של הנושים – הם מרוויחים מהחברה, אבל מספיק להם שיקבלו את מה שמגיע להם מהחברה, ולא חשוב להם אם החברה תרוויח יותר מכך. בעל המניות, לעומת זאת, מעוניין שיהיה לה רווח

<sup>5</sup> מרבית הפסיקה והספרות בנושא עוסקות בזווית של הדירקטורים, אבל זאת אותה בעיה גם עם בעלי המניות.

גדול ככול האפשר. היות שאז יוכל למשוך דיבידנד גדול יותר. אם החברה תהייה בחדלות פירעון הנושים יקבלו אולי משהו ובעלי המניות לא יקבלו אם לא יישאר (מה שקורה בד"כ). לפיכך, לבעלי המניות יש אינטרס שיורי, שאומר שהם הכי מעוניינים שהחברה תרוויח הכי הרבה שאפשר. לפיכך, מיכסום הרווח פירושו שבעלי המניה יפעלו למיכסום הרווח של בעלי המניות וכפועל יוצא גם הנושים ייהנו מכך, כי הם יקבלו תשלום עבור הסחורות. לפיכך, אומרת הגישה שאם נמכסם את הרווח של בעלי המניות נקבל מיכסום הרווח של החברה.

אז למה לא אומרים רווח של החברה? – כי יש הרבה החלטות שלא קשורות לרווח, ואז לא יהיה לנו מבחן במקרים אלו. לפיכך, מבחן רווח מכסימאלי של בעלי המניות ייתן תשובה לכול המצבים.

3. **הקטנת עלות של גיוס הון** – אם נבדוק את מיכסום הרווח של בעלי מניות, אנשים יסכימו להשקיע יותר בחברה וניתן יהיה לגייס הון יותר גדול יותר בקלות.
4. **הצורך ליצור חובה ברורה** – ולא לאפשר שום מבחן אחר. רק מיכסום הרווח של בעלי המניות. כך נמנע ניצול לרעה של הכוח של מי שפועל עבור החברה, כי את זה ניתן לבדוק. אם נכניס טובת ציבור נושים ועוד זה יהיה יותר מעורפל וניתן יהיה להסוות את המטרות האמיתיות.

זאת הייתה הגישה הקלאסית הישנה.

הגישה המודרנית הרווחת כיום בכול העולם וגם אצלנו בס' 11 לחוק, מאפשרת להביא בחשבון לא רק מיכסום הרווח של בעלי המניות, אלא גם להביא בחשבון אינטרסים נוספים, ובמסגרת זאת עובדים, נושים והציבור בכללותו. הדיון המרכזי בסוגיה זאת התפתח לגבי הדירקטורים אבל זה ישים גם לגבי בעלי מניות.

לאחר פס"ד פורד נ' דודג' שינתה הפסיקה את גישתה ואמרה שמותר להביא בחשבון את כול האינטרסים הנ"ל.

בשנת 1983 החל גם שינוי בחקיקה שהחל בפנסילבניה. שם נאמר במפורש שמותר לדירקטורים להביא בחשבון גם נושים, עובדים וציבור. לאחר מכן חוקקו סעיפים דומים כמעט בכול המדינות בארה"ב. יש מגוון ניסוחים אבל הרעיון דומה. רק במעט מדינות הסעיף מוגבל להעברת השליטה בחברה, אבל ברוב המדינות ההוראה היא כללית.

מדוע? הסיבה לכך שחוקים אלו נוצרו בארה"ב היא בעיית ההשתלטויות והמיזוגים, למרות זאת הסעיפים ברוב המדינות מנוסחים באופן כללי.

בישראל התהליך דומה לאמריקאי. קודם הייתה הכרה בפסיקה שניתן להביא בחשבון אינטרסים של נושים, עובדים וציבור. בע"א 230/80 פנידר בע"מ ואח' נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, ובע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818. אמר השופט שמגר באמרת אגב שעל נושאי משרה בחברה להביא בחשבון את טובת האחרים גם.

לאחר מכן נחקק סעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט-1999

## 11. תכלית החברה [תיקון: תשס"ז(2)]

(א) תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון. (ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול על חברה לתועלת הציבור.

**מדוע נחקק סעיף כזה, כאן ובעולם, שמאפשר להתחשב באינטרסים חיצוניים?**

יש גישה שהכול מונח בכך שזה מקדם את אינטרס החברה בטווח הארוך. זה אומר שאם נושאי המשרה יתחשבו בטובת הציבור, הציבור יגמול לו על כך וזה לטובת החברה בטווח הארוך. גישה זאת מתיישבת עם הגישה הקניינית, היות שזה מתייחס לאינטרס החברה, הגם שמדובר בטווח הארוך. באותו אופן אינטרס העובדים הוא גם טובת החברה, כי אם יהיו עובדים טובים ומרוצים זה יקדם את עסקי החברה. עם גישה זאת אין בעיה והיא מתיישבת גם עם הגישה הקלאסית. הקושי הוא מה קורה כשזה לא מקדם את החברה, גם לא בטווח הארוך. האם עדיין ניתן לקחת בחשבון אינטרסים אלו ?

שתי מלומדות אמריקאית בלייר וסטאוט – המציאו תיאוריה הנקראת team production – תוצר של צוות. זאת תיאוריה מאוד חדשנית, לפיה החברה היא תוצר של צוות המושתת על פעילות והשקעה של בעלי מניות, מנהלים, עובדים, נושים וגורמים נוספים שכולם ביחד יוצרים את הפעלת החברה. לפיכך, יש להביא בחשבון את כל האינטרסים של כולם.

אלו היו הסברים כלליים.

עכשיו נעבור להסברים פרטניים:

**עובדים** – ההצדקה להביא בחשבון את האינטרס שלהם, מעבר לאינטרס של בעלי המניות. ב[[Parke v. Daily News \[1961\]](#) 1 W.L.R. 493 - דובר בחברת "דילי ניוז" שרצתה לחסל את ענף העיתונות בחברה. החברה מכרה כל מה כשכרוך בענף זה, הרוויחה מכך וסגרה את ענף העיתונות בחברה. החברה ניצלה את הרווח הזה בכדי לתת פיצויים ומענקים לעובדים שפוטרו כתוצאה מהמהלך. אחד מבעלי מניות המיעוט תקף את ההחלטה ואמר שהרווח מיועד לחברה ולבעלי המניות. במקרה זה, אין אינטרס של החברה לטווח הארוך. ביהמ"ש קיבל את טענתו.

בעקבות פס"ד זה תוקן החוק האנגלי וקבע הדירקטורים יביאו בחשבון את טובת העובדים. נאמר שם שהחברה היא שילוב של הון ועבודה. שחברה צריכה את שניהם ובלי שניהם לא יכולה החברה לפעול. העובדים נותני יותר ואף מסתכנים יותר מבעלי המניות, היות שבעל מניות בד"כ מחלק את מה שיש לו בחברות רבות. לעומת זאת, עובד כולו מושקע בחברה ואם היא מתמוטטת לעיתים אין לו לאן ללכת. למשל, אם העובד מבוגר או שהמצב במשק קשה.

בהמשך הורחב החוק והוחל גם על פירוק – גם אז יש להתחשב בעובדים.

בגרמניה החוק אומר שבחברות גדולות, שיש בהן מעל 2000 עובדים, ממנים במועצה המפקחת (הגוף שמעל הנהלה) 50 אחוז מהממונים ע"י העובדים. עדיין יש יתרון לבעלי המניות היות שהם ממנים את היו"ר. כ"כ החוק הגרמני מאפשר למועצה המפקחת לקבוע בעניינים הקשורים לעובדים. ללמדך שהחוק נותן לעובדים מעמד מיוחד.

**נושים** – כמו שבעלי מניות הזרימו כספים, כך גם הנושים מזרימים כספים לחברה, אמנם מדובר בכספים שיוחזרו להם, אבל יש להתחשב בהם

**הציבור** – קשה יותר להסביר התחשבות במגזר זה, אבל ההסבר הוא שהחברה חיה בתוך הקהילה ולכן ראוי שהחברה תתרום לציבור בתוכו היא חיה. לכן שלושה הסברים:

- 1 - החברה נוצרה מכוח החוק וממשיכה להתקיים מכוח החוק, ולכן יש לה מחויבות לציבור שיצר את החוק. זה נמצא בלא מעט מאמרים משפטיים.
- 2 - המאפיין את העולם המודרני הוא שהעושר נמצא ומרוכז בידי חברות, ולכן ראוי שהחברות יביאו בחשבון את טובת הציבור. רואים זאת גם בריבוי תרומות של חברות לגופים ציבוריים שונים.
- 3 - הציבור הוא שמאפשר לחברה לשגשג. הוא נותן לה תשתיות, כבישים, חשמל ועוד. אם החברה משגשגת כתוצאה מפעילות הציבור, יש מקום שהחברה תתחשב בציבור.

#### א' פרוקציה, "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני

**החברות" משפטיים** כב (תשנ"ג) 301. – במאמר זה מובאים שיקולים נגד התחשבות בציבור. המאמר נכתב לפני חוק החברות, והוא משקף את דעתו של פרופ' פרוקציה בזמנו (הגם שהוא לא נכון משפטית כיום). המאמר מתייחס לשאלה מהם השיקולים הלגיטימיים שיכול להביא בחשבון נושא משרה שפועל למען החברה? הוא סבור שמותר לבעלי המניות להתחשב בעובדים ונושים, שמה שמשותף להם הוא קשר חוזי עם החברה. אבל, לדעת פרופ' פרוקציה לא ניתן להתחשב באינטרס הציבור מהנימוקים:

- 1 אם כל חברה תוכל להחליט אלו מטרות חברתיות היא רוצה לקדם, המשאבים של החברה עשויים לשמש למטרות שאין עליהן קונסנזוס לאומי. למשל אם בעל השליטה הם בעלי עמדות ימניות ויתרמו לציבור היושב בגבעות השומרון, זה יכול לקומם את הציבור.
  2. התחשבות בציבור צריכה להיעשות לפי סדר עדיפות לאומי, ולא שכול נושא משרה בחברה יחליט במה הוא רוצה לתמוך. זה יפגע בעקרונות הדמוקרטיים לפיהם נבחר הציבור הם שעושים את סדרי העדיפות הלאומיים.
  3. סיבה פרקטית - יש סכנה שכספים יגיעו למקורות של מקורבים של המחליטים. ולא יהיו שיקולים והחלטות לגופו של עניין.
  4. אם נכיר בסמכות ההכרה באינטרסים שציבוריים, אזי בעלי המניות יצטרכו להגדיל את הפיקוח על בעלי המשרה, ולזה יש עלויות.
- כאמור, המאמר נכתב לפני חוק החברות, והוא משקף דין רצוי לדעת של פרופ' פרוקציה ולא את המצב החוקי כיום. החוק הישראלי לא קיבל זאת ואמר שניתן להתחשב בציבור.

13.1.2008 - שיעור מס' 9.

**ס' 11 קובע את תכלית החברה** – סעיף זה נחקק בעקבות ובהשראת **החוקים האמריקאים**. חוקים אלו מאפשרים הבאה בחשבון של כלל האינטרסים.

**החוק האנגלי** החדש משנת 2006 נחקק בעקבות [\[1961\] Parke v. Daily News](#) 1 W.L.R. 493 פס"ד פארק. שקבע שהדירקטורים יביאו בחשבון את האינטרס של העובדים ושל בעלי המניות. ב2006 חוקק ס' 172 לחוק האנגלי החדש לפיו: הדירקטוריון חייב לפעול בתום לב לכלל בעלי המניות, ועליו להביא בחשבון בין היתר גם את התוצאות לטווח ארוך באינטרס העובדים והלקוחות. עליו לשקול השפעה של פעולות החברה לקהילה והסביבה, שמירת שם טוב של החברה בכלים של התנהגות עסקית ותוך הצורך לפעול בצורה הוגנת במסגרת היחסים של החברה. זאת אומרת שיש גם באנגליה סעיף דומה לזה שבארה"ב ובישראל

**בקונטיננט** גם מביאים בחשבון גורמים אלו.

**בגרמניה** כבר החוק משנת 1937 אמר שהנהלה של החברה צריכה לקיים את החברה לצורכי החברה עובדיה וטובת הציבור בכללותו.

בחוק החדש שהחליף אותו ב 1965 אין סעיף כזה. אבל כל הקומנטרים שפירשו את החוק הגרמני, אחידים בדעה שהמצב המשפטי לא השתנה. נשאלת השאלה: אז למה החוק שונה? – כי זה ברור ומובן מאליו ואפילו לא צריך לכתוב זאת.

**החוק האוסטרי** כן שינה את הסעיף.

בעניין סעיף 11 שלנו, יש בעיה היות שאין פסיקה בכלל.

הסעיף אומר "11(א) תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים..."

הסעיף בארץ שונה מהסעיפים באנגליה ובארה"ב שמדברים על דירקטורים, בארץ הסעיף כללי ולכן חל על כולם כולל בעלי המניות.

מדובר על שיקולים עסקיים, לפיכך יוצא שלא ניתן להפעיל שיקולים שאינם עסקיים. למשל לא ניתן להחליט על סמך קורא בקפה, אלא לפי ייעוץ עסקי.

"...להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה..."

אם מדובר על שיקולים עסקיים להשאת רווחיה מתעוררים חילוקי דעות אצל המלומדים: האם התוצאה שאין בסעיף שום דבר חדש, כי מאז ומתמיד הגישה הכללית אמרה שצריך לפעול להשאת רווחים של בעל מניות, גם אז הייתה התוצאה שאם מקדמים אינטרסים אחרים וזה עוזר להשאת הרווחים של החברה, הגם שהם בטווח הארוך, הרי שזה תואם את הגישה המסורתית הקלאסית ויוצא שאין כאן כל חידוש.

למשל האם מותר לחברה לתת תרומה לטכניון? אם זאת חברה שמעסיקה מהנדסים אז זה יביא מהנדסים טובים וזה יתרום בטווח הארוך לחברה. היוצא שפירוש מילולי לא מוסיף ולא גורע ולא חידשנו כלום בסעיף.



פרופ' זהר גושן יו"ר רשות ני"ע במאמרו "גושן" מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב (תשס"ב) 381, 382 – 395.

אומר שמותר להביא בחשבון אינטרסים של כל אלו רק אם זה מקדם את החברה בטווח הארוך. יש לגישה זאת עיגון בלשון החוק.

פרופ' ציפורה כהן לא מסכימה כי יוצא שהסעיף לא מחדש כלום. הסעיף רצה להכניס לארץ את סעיפי הקהלים האמריקאים שמאפשרים להכניס גם את העובדים, הנושים והציבור. התשובה טמונה בהצעת החוק, שם היה כתוב רק "שיקולים עסקיים". במהלך החקיקה הוסיפו את המילים: "להשאת רווחיה" ולא שינו את ההמשך. אבל לא זאת הייתה התכלית של החקיקה. את החוק יש לפרש לפי פרשנות תכליתית. פרופ' ציפורה כהן אומרת שיש לפרשו באופן רחב ולא לצמצמו רק למקרים שזה מקדם את עסקי החברה.

כיצד מסביר פרופ' גושן את עמדתו? הוא אומר שאם לא כך זה יפגע ביעילות. היות שהיעילות המרבית מושגת אם ייקחו בחשבון את בעלי המניות.

סכנה נוספת לדעתו היא שאם נאפשר לקחת בחשבון את כל השיקולים הללו נושאי המשרה יפעלו לטובת עצמם ויאמרו שזה מקדם את אינטרס החברה בתירוצים שונים.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שניתן להתחשב גם אם החברה אינה פועלת ביעילות מכסימאלית, אבל כמובן שמידה סבירה.

נשאלת השאלה: אז למה לא מוזכרים בעלי המניות? כי זה ברור, זה ברישא של הסעיף.

גישה אחרת לפירוש הסעיף היא של פרופ' ידידיה שטרן. לדעתו ס' 11 יפורש כך שתכלית החברה להשיא את רווחיה עצמה גם אם פוגע בבעלי המניות. יש להתחשב בחברה עצמה ובאינטרס שלה בלבד ולא להתחשב בבעלי המניות.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שפרופ' ידידיה שטרן טועה כי הוא מדבר על בעלי המניות, הוא לא מדבר על בעלי המניות היפותטיים אלא על בעלי המניות הנוכחיים בחברה. פרופ' כהן סבורה שזה לא נכון והתייחסות שכזאת מביאה לתוצאה שונה. יש לבדוק בעל מניות היפותטי.

החוק האנגלי החדש מ 2006 הוא הראשון שקובע חובות בעל מניות "ככלל". זה ניסוח אחר לבעל מניות היפותטי בניגוד לבעל מניות מסוים.

יש הוראות שלא מתייחסות לרווח אלא נוגעות ליחסים בין בעלי מניות, ואם נקבע מבחן של טובת החברה על פי בעל מניות היפותטי, לא תהייה בעיה במקרה כזה. תהייה תשובה טובה גם במקרה שמדובר בהחלטה עסקית המשיאה רווח לחברה כי בעל מניות הוא בעל אינטרס שיורי. אבל טובת החברה כגוף עסקי לא תמיד עוזר לבעלי מניות.

פרופ' ידידיה שטרן אומר שיש להתחשב בחברה כגוף עסקי וזה דומה למה שאומר פרופ' גושן. מגישות אלו יוצא שהסעיף לא מחדש דבר, וזה מתאים גם לגישה הקלאסית, ולא היה צריך לומר שניתן לקחת אותם בחשבון כי זה מובן מאליו.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שהפרשנות היא שהשיקול הנכון הוא ש"ניתן להביא בחשבון גם..." "ניתן" זה ניתן ולא חייבים.

היו יכולים לרשום "רשאי" וכתבו "ניתן" ולא "רשאי" השאלה למה?

לפי פרופ' ברק בספרו "פרשנות..." "רשאי" משמעו לפי הפסיקה זה חייב, אם יש סיבה טובה לכך. "רשאי" זה אומר שאם מישהו מבקש משהו ויש לו סיבות טובות, אזי רשאי זה במובן של חייב. לעומת זאת, "ניתן" ברור שזה שיקול דעת. מכול המלומדים רק פרופ' ידידיה שטרן מפרש "ניתן" במובן של חייב. אבל הוא היחידי ופרופ' כהן לא מסכימה לכך. מדובר ברשות ולא בחובה.

בארה"ב מספר מלומדים בדעה שצריך לשנות את הכללים, ויש לחייב (אם יש סיבה לכך). אבל גם הם אומרים שזה לא קיים עדיין, זהו הדין הרצוי. ואילו פרופ' ידידיה שטרן אומר שזה קיים בדרך של פרשנות.

לדוגמא: חב' קבלנית עומדת לפני החלטה להשקיע בפרויקט בנייה מסוים, ונניח שהיא יכולה להשקיע רק פרויקט אחד בו זמנית. נניח שיש לה שתי אלטרנטיבות, פרויקט במרכז או פרויקט בגליל, זה שבמרכז ייתן יותר רווח. מה יחליטו? לפי הפירוש של פרופ' ציפורה כהן, יש שקול דעת לדירקטורים להחליט היכן הם רוצים להשקיע. אם יחליטו שבגליל, לא ניתן יהיה לתקוף את ההחלטה ולומר לא מיכסמתם את רווחי החברה, כיוון שש' 11 מאפשר להביא בחשבון גם שיקולים ציבוריים, ואם הם רוצים לעזור בפיתוח הגליל ולהרוויח מעט פחות אז זה בסדר. אבל, אם לא ירוויחו כלל או יפסידו, זה כבר לא סביר. מה זה סביר? את זה ביהמ"ש יקבע בסופו של דבר. מי שסבור כמו פרופ' גושן, יהיה חייב לומר שאסור לעשות זאת בגליל, היות שזאת הפרה של חובה של בעלי התפקידים (חובת הגינות אם מדובר בבעל מניות וחובת זהירות אם מדובר בדירקטורים). היות שזה לא יקדם את החברה.

נקודה נוספת לגבי אינטרסים היא התחשבות בנושים כשהחברה בסמוך לחדלות פירעון. כשהחברה מגיע למצב הקרוב לחדלות פירעון, קבעה הפסיקה האמריקאית כי צריך לקחת בחשבון את האינטרסים של הנושים. זה בגלל שהאינטרס השיורי הוא של בעלי המניות. הם ייהנו מעיקר הרווח וישאו בעיקר ההפסד. לפיכך, בחדלות פירעון לבעל מניות אין מה להפסיד כי יקבלו 0 בכול מקרה. לפיכך, הסכנה היא שהם ייקחו סיכונים אסטרונמיים, ומי שיכול להפסיד זה רק הנושים, בעלי המניות לא יכולים להפסיד במקרה כזה. יכול להיות מצב למשל שנושים יקבלו 5% במקום 40% לאור סיכונים שלקחו בעלי מניות ערב חדלות פירעון. לפיכך, הפסיקה האמריקאית אמרה שמי שמקבל את ההחלטות צריך להביא את אינטרס הנושים ואם לא זאת הפרת חובה (לפי התפקיד). אין בעיה להכניס זאת גם למסגרת הסעיף שלנו. כי "ניתן" להביא בחשבון, זה בהתאם לנסיבות. הבעיה שהדין שכולל את הפסיקה אומר "חובה", והסעיף אומר "יכול". לדעת פרופ' ציפורה כהן במקרה זה יש ללכת לפי הדין (חייב).

ס' 172 לחוק האנגלי החדש, אומר חובת הדירקטורים לקדם ענייני החברה. 172(3) – החובה על פי סעיף זה כפופה לכל דבר חקיקה או כלל משפטי הדורש מדירקטורים בנסיבות מסוימות להביא בחשבון או לפעול לטובת האינטרסים של הנושים.

חובת הגינות של בעלי מניות שליטה ובעלי כוח הכרעה היא חובה כללית, וזה חל גם על מכירת מניות שליטה.

עוד לפני הכנסת החובה לחוק, העליון הכיר בחובה של בעלי מניות השליטה.

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

שקדם לחוק, התעוררה השאלה: האם מותר לבעל המניות שליטה למכור את מניות השליטה כשהוא יודע שזה יכול לגרום נזק לחברה. זה פסה"ד הראשון שהכיר בחובת אמונים (מאוחר יותר קראו לזה חובת הגינות) של בעלי מניות השליטה במקרה כזה. ברור שהלכה זאת נכונה גם היום.

שאלה פתוחה, אז וגם היום, היא האם החובה קיימת רק כשבעל מניות השליטה יודע שהרוכש יזיק לחברה, או גם כשהוא צריך לדעת?

זה נשאר פתוח בארץ. בארה"ב זה כולל גם אם היה צריך לדעת.

לגישה האמריקאית יש שני הסברים:

1. הקושי להוכיח ידיעה ממשית – קשה להוכיח שידע. יותר קל שהיה צריך לדעת כאדם סביר במצבו.

2. כאשר אדם סביר היה צריך לדעת שרוכש השליטה יפגע בחברה, אזי גם אם הנתבע הספציפי לא ידע, הוא בעצם רשלו. כי לא ידע מה שאדם סביר צריך לדעת והדין מטיל אחריות גם בגין רשלנות, גם רשלנות יוצרת אחריות.

הפרת חובת הגינות דינה כהפרת חוזה. כול הקשור להפרת חוזה ודיני החוזים חל על הפרת חובת ההגינות. למשל, כל **4. בעל מניות חייב לפעול בתום לב ובדרך מקובלת.**

זה נאמר במפורש בחוק החברות ס' 192. אבל, זה לא חידוש כי חוק החוזים וסעיף 39 חלים גם לפני זה. אבל, היום זה כתוב במפורש גם ב ס' 192.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

## **192. חובת בעלי מניות**

(א) בעל מניה ינהג בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת, ויימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה, בין השאר, בהצבעתו באסיפה הכללית ובאסיפות סוג, בענינים האלה:

(1) שינוי התקנון;

(2) הגדלת הון המניות הרשום;

(3) מיזוג;

(4) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255

ו-268 עד 275.

(ב) בעל מניה יימנע מלקפח בעלי מניות אחרים.

(ג) על הפרת הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים

המחויבים, ועל הפרת הוראות סעיף קטן (ב), יחולו גם הוראות סעיף 191, בשינויים

המחויבים.

הפסיקה הישראלית פירשה את חובת תום הלב על בסיס משולב שכולל גם אלמנט אובייקטיבי וגם סובייקטיבי. בהתחלה יהיה על זה ויכוח, אבל העליון קבע בפס"ד שרותי תחבורה באר שבע, שיש גם חובת תום לב אובייקטיבית.

## **סעד למקרי קיפוח**

ס' 191 הוא הוראת מסגרת<sup>6</sup>.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **191. הזכות במקרה של קיפוח**

(א) התנהל ענין מעניניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה.

(ב) הורה בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א), יובאו בתקנון החברה ובהחלטותיה השינויים המתחייבים מכך, כפי שיקבע בית המשפט, ויראו שינויים אלה כאילו נתקבלו כדין בידי החברה; עותק מן ההחלטה יישלח לרשם החברות, ואם החברה היא חברה ציבורית - לרשות ניירות ערך.

בשנות ה 80 ניתן הסעד לראשונה בהשראת הדין האנגלי שהחליף את החוק של 1948. בגלל חוסר זמן נדלג על הרקע ההיסטורי.

"**התנהל ענין מעניניה של החברה**" - יכול להוות כל ענין. ענייניה זה מונח רחב וניתן להכניס לו כל דבר. לכן הסעיף חל על כל האורגנים של החברה. כל מי שיכול להשפיע על ענייני החברה יכול לגרום לקיפוח.

"**התנהל**" – זה בלשון עבר. בניסוח הקודם ב 48 באנגליה וגם בארץ הייתה בעיה, אז היה כתוב "עושק" ונאמר שהעושק צריך להתקיים גם בזמן התביעה. היה ויכוח בשאלה: האם הפרשנות של הסעיף הישן בשנת 48 של אנגליה היה נכון גם כאן בישראל? כיום, הסעיף נתן תשובה, ומספיק שהיה בעבר. צריך להראות שיש לזה השפעה גם היום, אבל היה גם מספיק.

החוק כתוב ב**לשון יחיד**. מה שאומר שמספיק אירוע בודד.

לפי החוק, מספיק **חשש מהותי** ולא צריך ודאות. זאת אומרת שניתן לבקש צו שינתן לפני ביצוע מהלך שייצור את הבעיה, ולא צריך לחכות שמהו יעשה בפועל. הסעיף אומר חשש מהותי ולא צריך לחכות שיעשה משהו.

<sup>6</sup> "הוראת מסגרת" היא הוראה בה המחוקק קובע את המסגרת הכללית, במונחים כלליים, ומילוי התוכן ניתן לבתי המשפט. לזה יש יתרון של גמישות אבל החיסרון הוא ודאות משפטית. ההיפך מזה זה "הוראה פרטיקולארית".

### מהו "חשש מהותי" ?

לפי פרופ' ציפורה כהן, צריך שיראו כוונה של החברה שמצאה ביטוי באקט חיצוני. לא מספיק כוונה בליבות בעלי התפקיד.  
למשל, אם מקבלים זימון לאסיפה בה תעלה להצבעה החלטה שתוצאתה קיפוח, אזי זה אומר ש"יש חשש". אבל אם משהו שמע שרוצים להעלות החלטה כזאת, לא ניתן ללכת לבהמ"ש עם זה ולומר יש חשש ולבקש צו מניעה.

"חברה" – כל חברה. ציבורית או פרטית.

בפס"ד טמפו ביהמ"ש אמר לא מדובר בחברה ציבורית. אבל זה לא נכון. הסעיף חל על כל חברה.

### הקושי בסעיף הוא: מה זה קיפוח ?

זה מונח עמום. רחב יותר מאשר "עושק", אבל מה נכלל בו?

פרופ' ציפורה כהן הציעה במהדורה הראשונה של סיפורה, **מבחן פגיעה בצפיפות לגיטימיות של הצדדים**. לא סתם ציפיות אלא לגיטימיות. זאת אומרת ציפיות שהמשפט מכיר בהם.

בפס"ד ע"א 275/89 דוידזון נ' אורנשטיין, פ"ד מו (1) 125, הפסיקה אימצה את הגישה הזאת. מה זה "הציפיות לגיטימיות" ?

לפעול לפי התקנון זה בוודאי ציפיות לגיטימיות. אבל, יש הבנות בין בעלי מניות שלא בהכרח מוצאות ביטוי בתקנון. בחברה פרטית, גם פגיעה באלו זה קיפוח.  
למשל, בחברה שהיא מעין שותפות. יש הבנה שכול בעלי המניות נוטלים חלק ניהול החברה. אם בעלי המניות החליטו לפטר אחד מבעלי המניות מתפקידו הניהולי, גם אם זה בתום לב, זהו קיפוח שלו. היות שהוא נפגע משני היבטים:

1. הוא לא משתתף בניהול.

2. הוא לא משתתף ברווחי החברה שבאים בדרך של שכר דירקטורים.

לפיכך, פיטורי דירקטור בחברה כזאת עולים כדי קיפוח.

אם פיטרו דירקטור כזה מה הוא יכול לבקש?

בית המשפט יאפשר לו לצאת מהחברה. זה הסעד העיקרי שניתן בדרך כלל על ידי בתי המשפט כסעד למקרה של קיפוח. מחייבים את השאר לרכוש את חלקו. הכוונה שזה יקרה כשהפיטורים מוצדקים, בתום לב ואכן הדירקטור פוטר כשהוא למשל לא מתאים לתפקידו.  
אם זה לא המצב, יינתנו סעדים נוספים.

אם הקיפוח נעשה ביושר, הדירקטור באמת היה לא טוב, לא מתאים לתפקידו ופיטרו אותו בצדק אמנם זה בכול זאת קיפוח אבל הסעד שהוא יכול לבקש זה לצאת מהחברה.

בחברה פרטית ניתן לדבר על "הבנות" בין בעלי מניות שלא נרשמו בתקנון.

בחברה ציבורית אין מקום לדבר על הבנות רק על מה שרשום בתקנון.

שאלה לא פתורה: מה עם הפיטורים של דירקטור נעשו בגלל שהוא מעל באימון החברה, הפר חובת אמונים או מעל וכד', האם הוא יכול לטעון שהיה קיפוח?

לדעת פרופ' ציפורה כהן, זהו מקרה שונה מהראשון. במקרה כזה מוצדק שהדירקטור (בעל המניות) יפוטר.

בארץ אין על זה פסיקה.

בארה"ב, בניו יורק, בפס"ד גימפל נ' בולשטיין התעוררה השאלה. היה מדובר בפיטורי דירקטור שחשדו שמעל בחברה. הוא פוטר וניסו להפעיל את הסעיף האמריקאי שמתייחס לפירוק ?? עקב העושק. השאלה האם זאת סיטואציה של עושק? ביהמ"ש בניו יורק אמר שזה לא עושק כי התנהגותו היא שגרמה לפיטוריו. נאמר שהחברה לא צריכה להחזיר אותו לתפקידו, אבל בכל זאת עליו לקבל מרווחים בשיעור מסוים כשכר מנהלים. נפסק שהחברה תשנה את המבנה הפיננסי שלה, תיתן לו דיבידנד או שתרכוש את המניות שלו.

באנגליה – יצא פס"ד בשנת 2005, ביהמ"ש לערעורים קבע שפיטורים שנבעו מהפרת חובת אמונים אינם קיפוח.

פרופ' ציפורה כהן סבורה שפסה"ד האמריקאי נכון בחלקו הראשון, אבל החלק השני לא. לדעתה, מי שמועל באימון צריך לשלם את המחיר ואין לתת לו סעד של קיפוח. הוא תמיד יכול לנסות למכור את המניות, אבל בעלי המניות לא חייבים לרכוש אותן ממנו. יש לציין שבמקרה כזה התמורה תהייה נמוכה יותר מאשר מה שיקבל אם בעלי המניות שנשארו יאולצו לרכוש את מניותיו.

### 20.1.2008 - שיעור מס' 10.

ביהמ"ש העליון קבע שכאשר בודקים קיפוח יש לבדוק את אופי החברה. למשל, בחברה שהיא מעין שותפות, פיטורין של דירקטור מתפקידו יכולים לעלות כדי קיפוח. ב-ע"א 2773/04 **נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' מאיר עטר**, מאגר משפטי נבו (2006). דובר בהחלטה של החברה לרכוש את המניות המוחזקות על ידי בעלי המניות של החברה. סדר הרכישה נקבע לפי מועד הפרישה של חברי אגד. כך שהחברים הותיקים אשר וכאשר הם פורשים לגמלאות, הם מוכרים את המניות לחברים חדשים. הייתה החלטה שרוכשים את המניות לפי הותק ולא חלק שווה מכולם – על זה נטען שהיה קיפוח. ביהמ"ש העליון אמר שזה לא קיפוח. דווקא ההתחשבות בותיקים היא לא קיפוח, להיפך אם היו עושים זאת באופן שוויוני אז זה היה קיפוח. חוסר השוויון הטכני הוא שתואם את אופי החברה. רק ברק במיעוט חשב שכן יש קיפוח.

**הקיפוח בניהול עסקי החברה.** בפסד אנגלי - real legal - הוגשה תביעה לסעד למקרה קיפוח. שלושה בעלי מניות שהחזיקו 75% מהמניות הגישו תביעה נגד הרביעי שהחזיק 25%. המבקשים גרמו למשיב להתפטר ממשרתו כדירקטור בגלל שהפר חובת אימונים בחברה. אבל, הוא לא הסכים למכור את המניות ונשאר בחברה. הוא הפסיק לעבוד בנושא משרה אבל רצה להמשיך ליהנות מהרווחים כבעל מניות. הם רצו לחייב אותו למכור את המניות שלו כסעד של קיפוח. ביהמ"ש האנגלי אמר זה לא קיפוח. הם לא מתלוננים על אופן הניהול של החברה, אלא על כך

שהוא ממשיך להיות בעל החברה, וזה לא ניהול עסקי החברה אלא ניהול עסקי בעלי המניות והסעד של הקיפוח לא מתאים לכאן.  
פרופ' ציפורה כהן לא מסכימה עם גישה זאת. הסעיף רחב וניתן לפרשו באופן הרבה יותר רחב ממה שנעשה ע"י ביהמ"ש האנגלי.  
הסיבה שפיתרו אותו היא שהוא הפר את חובת האמונים, ולכן יש כאן פגיעה בהבנה שכולם נוטלים חלק בניהול. גם פגיעה בהבנות יכולה להיות קיפוח.  
לפיכך אין מניעה שיבקשו סעד לחייב אותו למכור את מניותיו.  
בארץ, עדיין אין פסיקה בעניין זה. לא ניתן לדעת אם ביהמ"ש יפסוק לפי אנגליה או לפי פרופ' ציפורה כהן. לפיכך, מומלץ להכניס בתקנון הוראה שבעל מניות שעוזב את ניהול החברה חייב למכור את מניותיו, ויש לקבוע לכך מנגנון לקביעת ערך המניות.

### **דוגמאות שהפסיקה הכירה בקיפוח:**

#### **הסכם ניהול שמטיב עם בעלי השליטה**

ע"א 2699/92, 2930, 2971 בכר נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסים (נתב"ג) בע"מ ואח', פ"ד נ (1) 238. בפס"ד בכר, היה הסכם ניהול שמטיב עם בעלי השליטה. בעל מניות שהצטרף לחברה ולא ידע על ההסכם טען שיש לראות בו כקיפוח.  
ביהמ"ש קבע שבעל המניות אכן לא ידע על הקיפוח. אבל גם אם היה יודע, זה לא ימנע ממנו לטעון זאת. הויתור על טענת הקיפוח צריכה לעשות באופן מפורש.

#### **הסיטו רווחים מהחברה לחברה אחרת בשליטת בעלי מניות השליטה.**

ב - ע"א 3298/00 המחדש משאבות בע"מ נ' לוי עשת

#### **החברה מעסיקה בעלי מניות שהם בעלי שליטה בשכר מופרז.**

הפ 174/90 עיזבון המנוח נתן הוכברג ז"ל נ' פרי צח בע"מ פ"מ תשנ"ב(2) 397 ופס"ד חדש של השופט אלשיך – טינג נ' ספקטור.

#### **אי שיתוף בעלי מניות בתהליך קבלת ההחלטות**

הפ 174/90 עיזבון המנוח נתן הוכברג ז"ל נ' פרי צח בע"מ פ"מ תשנ"ב(2) 397 ה"פ (ת"א) 2113/94 **צנה בע"מ וזאב מוזס נ' פולן בע"מ, ארנון מוזס ואח'**, דינים מחוזי כו (10) 347.

#### **שליטת זכות העיון במסמכים הקשורים לקבלת ההחלטות באסיפה הכללית**

בפס"ד גדיש נ' קרן תגמולים – השופט קליין התייחס לכך שלא ניתנה לבעלי מניות אפשרות לעיין במסמכים הקשורים להחלטה שהייתה צפויה להידון באסיפה כללית.  
היום לא צריך לשם כך סעד של קיפוח, כי יש בחוק החברות הוראה שמקנה זכות עיון.  
אבל פסה"ד עדיין רלוונטי כי יכולים להיות מקרים שצריך זכות עיון בסיטואציות שלא מעוגנות בחוק.

### **מכירה של נכסי החברה לבעל שליטה בסכום נמוך מהשווי הריאלי**

רעא 7958/01 ויטלגו מפעלי טקסטיל בע"מ ואח' נ' מחשבה יעוץ וניהול בע"מ (2002).

### **התניית פעילות בהעלאת שכר.**

א007438/05 קרן טוקטלי נ' בתיה אחזקות נכסים בע"מ (2007)

מדובר במצב שהתובעים החזיקו כמעט את כל מניות ההון והיו להם מחצית ממניות ההנהלה. הם תבעו את אלו שהחזיקו את המחצית השנייה. כל צד מינה דירקטור מטעמו להנהלה. לפי התקנון רק פעילות של שני הדירקטורים מחייבת את החברה. הדירקטורית שמונתה על ידי הנתבעים רצתה שיעלו לה את השכר, לפיכך היא אמרה שהיא לא משתתפת בהחלטה. התוצאה הייתה שזה שיתק את החברה. ביהמ"ש שאמר שהיא לא רשאית להתנות את פעילותה בהעלאת שכר. היא יכולה לומר אני מתפטרת ואז ימנו מישהו אחר, אבל לא להישאר בחברה ולא לעבוד.

### **אי כינוס אסיפה כללית על פי בקשת בעל המניות בזמן סביר.**

זה הוכר באנגליה. גם אצלנו זה צריך להיות קיפוח.

### **הקצאת המניות שלא באופן שווה ורק לחלק מבעלי המניות.**

### **הקצאת מניות לכול בעלי המניות אבל בשווי לא הוגן.**

עא 667/76 ל. גליקמן בע"מ, ו-16 אח' נ' א. מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ (1978).

פס"ד בעליון, לפני שהיה סעד הקיפוח כשהיה עושק המיעוט, יש יותר חדשים אבל זה מדגים טוב את הבעיה. הייתה חברה ששתי חברות היו בעלי המניות בה. גליקמן בע"מ של משי גליקמן הייתה בעלת שליטה, וברקאי בע"מ של משי ברקאי החזיקה 24 נקודה משהו % שלא הספיק לשליטה (25%). בפועל גליקמן היא שהחליטה החלטות בחברה. למשל תרמו לאוניברסיטה ללא הסכמת ברקאי (דווקא זה אושר ע"י ביהמ"ש), ועוד. לימים הם החליטו שיגדילו את הון המניות, וכל אחד יוכל לרכוש מניות לפי החלק היחסי של מניות שלו.

לכאורה זה שוויוני, אבל הערך הנקוב של המניות היה 6% מהשווי של המניות. לכאורה כדאי לרכוש את המניות, אבל ברקאי שיש להם מעט מעל 24 אחוז, הם לא נהנים מהמניות ואין להם אינטרס להשקיע עוד בחברה. ביהמ"ש אמר שיש כאן עושק (אז לא היה עדיין קיפוח), וקבע שהוא לא מקבל את טענת הדירקטורים שההקצאה נועדה להגדיל הון החברה, היות שהוכח שהחברה לא זקוקה לעוד הון, וגם אם כן, שיקצו פחות מניות בשווי ריאלי. המטרה הייתה לדלל את שווי המניות של ברקאי, כי ידעו שהם לא ירכשו. לפיכך, התביעה התקבלה ולא ניתן תוקף להחלטה. אילו מקרה כזה היה קורה לאחר שחוקק הסעד של הקיפוח, הם היו יכולים לדרוש למכור את המניות שלהם לחברה או לבעלי המניות בשווי הריאלי. ברקאי רצו למכור וגליקמן הסכימו לרכוש, אבל בשווי נמוך. היום ביהמ"ש היה מחייב אותם לרכוש במחיר הריאלי. בגליקמן היה מדובר בהקצאה שלא בשווי הריאלי של המניות. אבל, אם יציעו בצורה שוויונית ובערך ריאלי של המניות, אי אפשר יהיה לתקוף את ההחלטה בטענה של קיפוח.



למשל ב- עא 132/81 ג'י.בי. **טורס בע"מ נ' ג'ורג' עזאר חאייק** (1984). הציעו לכול בעלי המניות לרכוש מניות באופן יחסי של ההחזקות ובשווי ריאלי. מישהו מבעלי המניות שלא יכול היה, או לא רצה לרכוש, תקף את ההחלטה וניסה להסתמך על פס"ד גליקמן. ביהמ"ש אמר זה לא כמו גליקמן. שם הערך הנקוב לא היה דומה לשווי הריאלי וכאן השווי הוא ריאלי.

### **האם אי חלוקת דיבידנד, כשיש לחברה רווחים, מהווה בסיס לטענת קיפוח?**

שאלה זאת לא תתעורר בחברה ציבורית, כי שם הרווח יגדיל את השווי של המניות וכל אחד יכול למכור את המניות שלו וליהנות מהרווחים.

אבל בחברה פרטית לא ניתן למכור בקלות את המניות. בעל מניות המיעוט לא ייחנה מרווחי החברה. יכול להיות מצב שבעלי מניות הרוב נהנים בדרך של משכורת מניהול החברה, וקבלת רווחים ותנאים טובים.

האם יכול בעל מניות המיעוט לטעון שהוא מקופח? אין על זה תשובה. לא בארץ ולא בעולם. השאלה נידונה אמנם, אבל לא בפני עצמה.

לדעת פרופ' ציפורה כהן, אי חלוקת דיבידנד לא מהווה קיפוח. היות שאין לבעל המניות זכות לקבל דיבידנד, אלא רק אם הוחלט והוכרז על חלוקת דיבידנד.

בעל מניות שרוצה להבטיח חלוקת דיבידנד צריך להכניס לתקנון הוראה שחייבים להכריז על חלוקת דיבידנד בתנאים מסוימים. למשל, כל שנה. במצב כזה אם יש רווחים יהיו חייבים לחלק ואם לא ביהמ"ש לא יחייב לחלק כי זה אסור. או למשל, הוראה שאם הרווחים יעלו על גובה מסוים יחולקו דיבידנד.

אבל אם אין הוראה כזאת לא ניתן לחייב לחלק דיבידנד. אין גם ציפייה לגיטימית לקבל דיבידנד היות שכול בעל מניות יודע שיש גוף (דירקטוריון) המכריז על חלוקת דיבידנד והוא לא חייב לעשות זאת.

אם למשל בעלי מניות השליטה שיהיו בתפקיד ניהולי יקבלו שכר מופרז, אזי ניתן לטעון טענת קיפוח שתסתמך על כך שקיבלו שכר גבוה, אבל לא על אי חלוקת דיבידנד. באנגליה - גם דחו טענה כזאת במקרה מסוים, אבל גם שם זה לא הלכה כללית. באוסטרליה - אי חלוקת דיבידנד אינה עולה כדי קיפוח.

בארה"ב - הפסיקה הייתה מוכנה להתערב בעניין דיבידנד רק אם היה חוסר תום לב, או תרמית, או חוסר שיקול דעת.

לפיכך, אי חלוקת דיבידנד לא תיחשב כקיפוח. אבל, אם זה מצטרף לגורמים נוספים הכול ביחד יעלה כדי קיפוח. זה קרה ב - ת"א (ת"א) 2122/04, בש"א 17402/04 **כתבן נ' אוצר מפעלי ים בע"מ** (20.09.07).

מתי ניתן לטעון קיפוח באי חלוקת דיבידנד? כשאפשר להוכיח שהשיקול לאי חלוקת דיבידנד הוא פסול.

למשל בפס"ד רי פרגוסון בקנדה הוכח שהחברה רצתה לחלק דיבידנד, אבל נמנעה מכך היות שבעל מניות השליטה רצה למנוע מגרושתו (שהייתה גם בעלת מניות) לקבל רווחים בחברה, כדי לאלץ אותה למכור את המניות. במקרה זה ביהמ"ש קבע שהחלטה על אי חלוקת דיבידנד עולה כדי קיפוח.

בניגוד לגישתה של פרופ' ציפורה כהן, ניתן למצוא גם אמרות אחרות בפסיקה הזרה. השאלה לא ברורה עדיין.

ניתן לעשות שימוש בסעד למקרה קיפוח גם כשיש עילה נוספת. למשל הפרת חובת אמונים או חובת הגינות. זה לא מונע את האפשרות לטעון גם קיפוח. לעיתים כדאי לטעון קיפוח כדי לקבל מגוון רחב של סעדים.

התנאי הנוסף של סעיף הקיפוח שצריך להתקיים הוא ש"בעלי המניות שלה כולם או חלקם" ניסוח זה החליף את הנוסח בפק' החברות שדיבר על חלק מבעלי המניות. הנוסח החדש פותר את הבעיה שהייתה קודם, לפיה אם כולם נפגעו זה לא היה קיפוח.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **191. הזכות במקרה של קיפוח**

(א) התנהל ענין מעניניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה. (ב) הורה בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א), יובאו בתקנון החברה ובהחלטותיה השינויים המתחייבים מכך, כפי שיקבע בית המשפט, ויראו שינויים אלה כאילו נתקבלו כדין בידי החברה; עותק מן ההחלטה יישלח לרשם החברות, ואם החברה היא חברה ציבורית - לרשות ניירות ערך.

הנוסח הישן בפקודת החברות עד 1999 :

235. (א) היו עניניה של חברה מתנהלים בדרך שיש בה משום קיפוח של חלק מחבריה, רשאי בית המשפט, לפי בקשת חבר, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרת הקיפוח, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד או ירכשו חברי החברה, או החברה עצמה, מניות ממניותיה.

טעם למקרה קיפוח  
[א118]

גם החוק האנגלי תוקן ונקבע כמו אצלנו שכולם או חלקם. לא חייבת להיות אפליה של הרוב לעומת המיעוט. אם טוענים שבעל מניות נפגע מהחלטה של נושאי משרה, זה יכול להיות קיפוח גם אם כולם נפגעים.

במקרה קיפוח של נושאי משרה בחברה ניתן להגיש גם תביעה נגזרת. האחד לא שולל את השני. המציאות היא שכמעט לא מוגשות תביעות נגזרות. כמעט תמיד יעדיפו את הסעד למקרה קיפוח. היות שהקיפוח זה : 1. סעד אישי, לעומת תביעה נגזרת בה הסעד הוא לחברה. 2. שיקול שני הוא שיש מגוון רחב של סעדים במקרה של קיפוח 3. וכן לתביעה נגזרת צריך אישור של ביהמ"ש.

התובעים לא חייבים להיות דווקא המיעוט. יכול להיות גם מישהו שמחזיק 50% ויותר מהמניות אבל לשני יש יותר זכויות הצבעה. התובע צריך להוכיח שהוא נפגע.

### **האם בכדי לתבוע צריך להיות בכשירות של בעל מניות ?**

הפסיקה האנגלית אמרה שצריך להיות בכשירות של בעל מניות. בארץ זה גם כך.

אבל בישראל וגם באנגליה, הרחיבו את הכשירות של בעל מניות כשמדובר בחברה שהיא מעין שותפות. בחברה כזאת פיטורי דירקטור יראו כקיפוח, כי יש ציפיות לגיטימיות להשתתף בניהול.

לפי דעתה של פרופ' ציפורה כהן, המבחן צריך להיות: האם יש להתנהגות המקפחת איזשהו קשר לבעל המניות ?

למשל, אם התובע הוא בעל מניות בחברה וגם ספק של החברה, והתקבלה החלטה שפוגעת בספקים. האם הוא יכול לתבוע קיפוח ? בעקרון לא.

אבל מתי כן? למשל אם חברה קיבלה החלטה... (בדומה למקרה של חברות החלב שדובר, בעמ' 5, בעניין כשירות בעלי המניות)

דוגמא נוספת – מציעים לאדם להשקיע בחברה מליון ₪ והוא מסכים בתנאי שיספק לחברה חומר גלם מסוים (במחיר השוק, כך שאין בעיה של משהו לא הוגן). נניח שהחברה רוצה לשנות זאת. אמנם זה לא בכשירותו כבעל מניות, אבל הוא השקיע במניות כדי לקבל הטבה זאת, ובמקרה כגון זה יש הצדקה לתת סעד של קיפוח. מי שסבור שהסעד חייב להיות רק בכשירות כבעל המניות, לא יכיר באפשרות סעד שזה.

הניסוח הוא רשאי ביהמ"ש. זה נותן אפשרות של פרשנות רחבה לביהמ"ש.

### **מיהו בעל מניה הרשאי לתבוע ?**

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **176. בעל מניה בחברה פרטית**

בעל מניה בחברה פרטית הוא מי שרשום ככזה במרשם בעלי המניות, או מי שאוחז בשטר מניה<sup>7</sup>.

### **177. בעל מניה בחברה ציבורית**

בעל מניה בחברה ציבורית הוא כל אחד מאלה:

- (1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים;
- (2) מי שרשום כבעל מניה במרשם בעלי המניות;
- (3) מי שאוחז בשטר מניה.

<sup>7</sup> שטר מניה = מניות למוכ"ז

סעיף 176 מגדיר בעל מניות בחברה פרטית וסעיף 177 מגדיר מה זה בעל מניה בחברה ציבורית .

177(1) מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות בסיטואציה שמישהו שקנה מניות בדרך חברת השקעות יכול גם הוא לתבוע סעד למקרה קיפוח למרות שהוא לא בעל מניות. בעבר לפני חקיקת סעיף זה, היה מקרה של טמפו שמישהו שלא היה רשום כבעל מניות בגלל שהשקיע באמצעות חברת השקעות, ולכן לא יכול היה לטעון לקיפוח. היום טענה כזאת לא תתקבל בגלל הסעיף.

### **הסעדים במקרה של קיפוח.**

זאת החשיבות העיקרית של הסעד למשרה קיפוח. יש שיקול דעת רחב להחליט מה הסעד הנדרש על מנת להסיר את הקיפוח. אין גבול לסעדים שניתן לתת. ביהמ"ש יכול לבטל החלטה, לחייב פיצויים, לתת בטוחה, לתת לבעל המניות זכות עיון, בפס"ד גדיש הכירו גם באפשרות של סעד זמני עד הכרעה. ברור שביהמ"ש יביא בחשבון מה הסעד המתאים וייקח בחשבון את השינויים במתן פסה"ד. לעיתים הסעד הזמני כבר לא מתאים יותר.

### **האם ניתן לתת סעד של פירוק כסעד של קיפוח?**

לדעת המרצה, אם זה לא מתבקש במפורש לא ניתן לתת סעד זה. אבל, השופטת ח' אבנור, ב- המ (ת) 5088/81 שרה וולף נ' תחיה רבינא וזרובבל רבינא נתנה סעד של פירוק. לעומת זאת, השופט י' לויין בבאר שבע המ (ב) 874/86 חב' פאר באשקלון בע"מ נ' ברקו לייבה, מטיל ספק בפסק דין זה. לדעת פרופ' ציפורה כהן, לא ניתן לעשות זאת, אלא אם בעל המניות מבקש זאת. במקרה כזה הוא צריך ללכת בדרך הפרוצדורה של הפירוק, שהיא שונה מתביעה לסעד של קיפוח.

באנגליה, הועדה ?? אמרה שלפי החוק האנגלי מ 2006 זה לא ניתן. אבל הועדה המליצה להכניס סעד זה בעתיד, מבחינת דין רצוי. בקנדה ואוסטרליה – יש סעד כזה במפורש בחוק.

ההלכה היא, שאם מתבקש סעד של פירוק אזי ביהמ"ש לא ייתן פירוק אם ניתן לפתור את הבעיה באמצעות סעד אחר. אבל אם המצב הפוך, שבעל מניות מבקש שירכשו את המניות שלו. ביהמ"ש לא יכול לומר במקום זה אתן לך פירוק של החברה.

### **הסעדים המיוחדים לפי החוק (סעיף 191). (רשימה לא סגורה):**

"רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או

הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה. "

1. לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו - סמכות כללית שתוארה לעיל.

2. הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד - סעד זה מוזכר במפורש היות שיש הלכה מימים ימימה שביהמ"ש לא יטה להתערב בניהול החברה. לכן היה צורך לכתוב זאת במפורש.

ב-ה"פ (ת"א) 2113/94 צנה בע"מ וזאב מוזס נ' פולן בע"מ, ארנון מוזס ואח', דינים מחוזי כו (10) 347. השופטת רובינשטיין התערבה בהרכב הדירקטוריון ואמרה כל בית אב ישלח נציג.

3. הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה. - זה הסעד הפופולארי ביותר. כי זה מה שבעל המניות רוצה בדרך כלל. לצאת מהחברה במחיר ריאלי. ניתן גם להחליט שהמקופחים ירכשו את מניות הרוב, או לקבוע לפי מי שיציע מחיר גבוה יותר, או לתת זכות ראשונים ועוד הרבה אופציות. בד"כ מחייבים את המקפחים או שכל אחד מציע מחיר ומי שמציע יותר ירכוש. יש חשיבות לקביעה מה הערך של המניות – בסיטואציה כזאת קבע ביהמ"ש השווי יהיה השווי היחסי של המניות בחברה, בלי להתחשב בכך שאלו מניות מיעוט. למשל, אם משהו שמחזיק 10% ממניות החברה יבוא לשוק למכור, הקונה לא ייתן לו 10% משווי החברה, אלא פחות. לעומת מי שימכור 80%, הוא יקבל לפחות את שווי ה 80%. זאת אומרת שמכירת מניות מיעוט ערכה קטן יותר (גם באופן יחסי). לפיכך, במקרה כזה, אמרה הפסיקה שאין להתחשב שאלו מניות המיעוט. כי אם היה אחרת, היה כדאי לקפח את המיעוט ואח"כ לרכוש ממנו את המניות בזול. לפיכך, ביהמ"ש אומר שלמשל אם החברה שווה מליון ₪ ויש לבעל מניות המיעוט 10% מהמניות, הן יימכרו ב 100,000 ₪. זה בגלל שהם נאלצים למכור את המניות. לעיתים הקיפוח נובע מכך שדירקטור הפר את חובת האמונים ופטר. לדעת פרופ' ציפורה כהן, זה לא קיפוח. אבל גם אם חושבים שכן (כמו שהיה בארה"ב) אזי אין הצדקה לתת לו את שווי המניות בערכן היחסי. רק במקרה רגיל של קיפוח של בעלי מניות, יש לתת שווי ריאלי יחסי, ולא מחיר שוק.

ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301- במקרה שהחברה מחויבת לרכישת המניות זה יהיה כפוף לסעיף 301 שעוסק בשאלה מהי חלוקה מותרת. כזכור היא חייבת להיעשות רק בשני מבחנים : 1. רווח 2. ויכולת פירעון. רק אז ביהמ"ש יחייב את החברה לרכוש את המניות.

בסיטואציה זאת יש שתי אפשרויות. האחת היא שהמניות יהיו רדומות, זה המצב הרגיל. והשני, לאחר תיקון 3, ניתן שהחברה גם תחליט לבטל מניות (ראה עמ' 17).

סעד נוסף אפשרי - להורות על שינוי מסמכי היסוד של החברה. משמע שינוי בתקנון כדי לבטל קיפוח. שאלה מעניינת היא, האם אח"כ החברה יכולה לשנות שוב ? לבטל שינוי זה? החוק לא אומר כלום, אבל המבחן יהיה מבחן תום לב, לפי המצב. אם זה יקרה שבוע לאחר השינוי כנראה שלא תהייה לכך הצדקה, ואם אחרי שנים יכול להיות שאין בעיה.

התובע צריך לפרט, מכוח תקנה 9 לתקסד"א, מה הסעד שהוא מבקש. אבל ביהמ"ש לא כפוף לתקנה זאת והוא יכול לתת סעד שלא התבקש. החברה חייבת להיות מצורפת כנתבע גם אם הטענות הם רק נגד בעלי המניות. זה בגלל שהחברה יכולה להיפגע, והסעד יכול להשפיע על החברה. לפיכך החברה היא צד דרוש.

אבל הפסיקה אמרה שהחברה לא רשאית לממן את הסכסוך הזה. כי יש בעלי מניות משני הצדדים.

פס"ד קלרק נ' קטלנגד באנגליה, קבע שאם הסעד הוא לטובת החברה, אזי החברה רשאית לשפות את התובע.

**האם הסכם בורות בין הצדדים גורם לכך שבעל מניות הטוען לקיפוח חייב ללכת לבוררות? או שהוא יכול ללכת גם לביהמ"ש?**

לגבי פירוק יש דעה שהסכם בורות לא ימנע הליכה לביהמ"ש. כי רק לבית המשפט יש סמכות לתת סעד של פירוק. יש הלכה שזה נכון גם לסעד של קיפוח, אבל זה לא נכון לפי דעת פרופ' ציפורה כהן.

באוסטרליה - נקבע שניתן לגשת לבוררות בעניין של קיפוח. אין הלכה בארץ. אם זה עלול להשפיע על גורמים אחרים זה לא יכול להידון בבוררות. אבל, אלו הכללים הרגילים של בורות שלא ייחודיים דווקא לעניין הקיפוח.

27.1.2008 - שיעור מס' 11.

## תביעה נגזרת.

**תביעה נגזרת** היא תביעה מיוחדת לחברות.

**תביעה ייצוגית** אינה ייחודית דווקא לחברות. בחוק תובענות ייצוגיות כשיש לתובע עילת תביעה ויש עילה דומה לעוד אנשים, אז במקום שכולם יתבעו, אחד תובע בשביל כולם.

**התביעה הנגזרת** מיוחדת לדיני חברות. הזכות של התובע נגזרת מזכות של החברה אבל התביעה מוגשת בדרך כלל על ידי בעל מניות. אבל לא בהכרח, ניתן גם דירקטור ולעיתים גם נושה.

כשהנזק נגרם לחברה, והנזק לבעל המניות הוא השתקפות של הנזק של החברה, לא ניתן להגיש תביעה אישית אלא רק תביעה נגזרת.

למשל, אם נושא משרה גנב מחברה, השווי של החברה יורד ויש נזק לבעל המניות. אבל, הנזק הוא השתקפות של נזק החברה. לפיכך, במקרה כזה ניתן רק להגיש רק תביעה נגזרת.

**יש פסיקה שלמרות זאת יש מקרים שיאפשרו להגיש תביעה אישית.**

דוגמא: פס"ד אנגלי גילס ... 'giles v' מ 2002. מדגים את הצורך בתביעה אישית. שם היה הסכם בין בעלי המניות לחברה לפיו, בין היתר, התחייבו בעלי המניות לשמור על סודיות של המידע הקשור לחברה. התובע והנתבע היו בעלי מניות בחברה. עקב משבר ביחסים ביניהם, הנתבע נאלץ לעזוב את החברה ומניותיו רכשו ע"י החברה. השניים היו גם דירקטורים. בהסכם העזיבה נקבע במפורש שהפורש עדיין כפוף להסכם. הנתבע הקים עסק עצמאי והעביר לעסקו חוזה מרכזי של החברה תוך שימוש במידע שהיה סודי ואסור היה לו להשתמש בו. כתוצאה מכך, נגרם נזק לחברה. לפיכך, החברה תבעה אותו. אבל הנזק שהוא גרם היה רב כל כך שזה גרם להתמוטטות החברה. החברה לא יכלה לספק ערובה להוצאות התביעה (אם תידחה), ולכן התביעה נדחתה. או אז, התובע הגיש תביעה אישית. ביהמ"ש דחה את התביעה אמר הנזק הוא השתקפות של החברה. על זה הוגש ערעור והערעור התקבל. ביהמ"ש שלערעור אמר שחלק מהנזקים הם לא השתקפות של נזק החברה. למשל התובע טען לנזקים שנגרמו לו כמנהל של החברה, זה נזק אישי שנגרם לו. הנתבע קיבל 300 אלף שטרלינג כשעזב. סכום זה לא היה רק שווי המניות שלו, אלא גם ציפייה להתפתחות בעתיד. אבל מה שחשוב הוא שביהמ"ש אמר שבמקרה כזה ניתן להגיש תביעה אישית גם לגבי הנזק שהוא נובע מהנזק של החברה. זה בגלל שהנתבע הוא שגרם שהחברה לא יכולה יותר לתבוע, ובמקרה כזה תתאפשר תביעה אישית גם לגבי נזק של השתקפות. הגדרה: נזק שהוא **השתקפות** של הנזק שנגרם לחברה - אם הנזק של בעל המניות לא יישאר לאחר שהחברה תפוצה בגין מה שנגרם לה, אז זהו נזק שנובע מההשתקפות. תוצאה זאת הגיונית היות שאחרת הנתבע היה חוגג, הוא גם גרם להתמוטטות החברה וגם מחוסן מפני תביעה.

**ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673.**

הנשיא ברק מתייחס לאפשרות של תביעה אישית במקרים מסוימים, גם שכשהנזק נגרם לחברה. "ניתן להעלות על הדעת מצבים חריגים, שבהם האמצעים הקיימים לפיקוח ולבקרה על יוצרי סיכונים כלפי חברות אינם מעוררים הרתעה מספקת, או אינם יוצרים את התמריץ הראוי להגשת תביעה נגזרת, במידה כזו שיהיה ראוי להטיל אחריות אישית כלפי בעלי המניות. כן ניתן להזכיר בהקשר זה את החריגים שמנתה השופטת שטרסברג-כהן בפרשת מגן וקשת [1] (בעמ' 326) לעקרון התביעה הנגזרת. זאת, אף שהדוגמאות הנמנות שם עוסקות במידה רבה בנזק ישיר וייחודי שנגרם לבעל המניות התובע, עד כי ספק אם ניתן להגדירן כחריגים להלכה הכללית."

בפס"ד זה העניין נשאר ב"צריך עיון".

ב- תא (ת"א) 1369/99 **ניר מאיר נ' נבון יפתח** (2007). השופט מגן אלטוביה קבע שיש כאן מקרה חריג כזה.

דובר בגזילת עסקי החברה על ידי בעל מניות שהחזיקו מחצית ממניות החברה. בעל המניות השני מצא עצמו שמניותיו איבדו את ערכן. המחוזי הכיר במקרה זה כחריג שבו בעל המניות יכול לתבוע אישית בגין ירידת ערך המניות. ראוי לציין שלאור מה שדובר בעניין הקיפוח, הרי במקרה זה התובע היה יכול לבסס את התביעה שלו על עילת הקיפוח. היות שהתנהגות בעל המניות האחר שגזל את מניות החברה נכנסת למסגרת הקיפוח. זה חשוב כי אם יש לו עילת תביעה אישית, הוא לא צריך להיכנס למצב של החריג. זאת דוגמא בה יש לבעל מניות עילות תביעה מקבילות. גם אישית וגם נגזרת, והוא יכול לבחור האם יגיש תביעה אישית בגין קיפוח או תביעה נגזרת.

#### **יש כמה סיבות להעדיף תביעה אישית על נגזרת:**

1. בתביעה אישית הסעד של התובע, ובנגזרת הסעד של החברה.
2. בעילת הקיפוח מגוון הסעדים גדול יותר.
3. בתביעה אישית, לא צריך אישור ביהמ"ש. לפיכך לרוב יגישו תביעה אישית ולא נגזרת.

#### **מי האורגן המוסמך להגיש תביעה של החברה (לא נגזרת) ?**

לרוב זה הדירקטוריון אלא אם נקבע אחרת. במשפט האנגלי - common law הייתה אפשרות שאם הדירקטורים לא יגישו תביעה, יכולה גם אסיפה כללית להחליט על הגשת תביעה.

זה לא נקלט בחוק החברות שלנו. אצלנו לפי ס' 50(א) לחוק – צריך לכך הסמכה בתקנון. חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

#### **50. העברת סמכויות בין האורגנים לפי התקנון [תיקון: תשס"ה]**

(א) חברה רשאית לקבוע בתקנונה הוראות לפיהן רשאית האסיפה הכללית ליטול סמכויות הנתונות לאורגן אחר וכן כי סמכויות הנתונות למנהל הכללי יועברו לסמכות הדירקטוריון, הכל לענין מסוים, או לפרק זמן מסוים.

הבעיה שיכולות להיות סיבות שהדירקטוריון לא יגיש תביעה. למשל בגלל שלעיתים הוא זה שצריך להיתבע, או שייחשפו דברים שלא בטובתו. לפיכך הדין מאפשר למישהו אחר להגיש את התביעה במקום הדירקטוריון.

המטרה לכך היא כפולה :

1. הרתעה – נושאי משרה יודעים שגם אם הם שולטים בחברה, יש סיכוי שתוגש נגדם תביעה ולפיכך הם יימנעו מהתנהגות שתחשוף אותם.
2. פיצוי - על הנזק שגרמו.



### **מה המשקל שיש לתת לכל אחת מהמטרות ?**

אם נאמר שההרתעה היא החשובה, אז יש מקום לאפשר תביעה נגזרת גם במקרה שזה לא כדאי לחברה מבחינה כלכלית.

לעומת זאת, מי ששם דגש על הפיצוי, יאמר שאם העלויות גבוהות והנזק לא גדול, אז לא שווה להגיש תביעה נגזרת.

בפסיקה האמריקאית יש פסיקה שמדגישה את אלמנט ההרתעה.

אבל גם באמריקה יש מנגד מדינות אחרות שיש בהן גוף אובייקטיבי שיכול להחליט שהתביעה לא תוגש – זהו הסדר ששם דגש על הפיצוי.

לדעת פרופ' ציפורה כהן, יש שיקולים טובים לכך שההרתעה היא השיקול הדומיננטי. ראשית, נכון שהנזק הוא לחברה, אבל מבחינה כלכלית הנזק הוא גם של בעל המניות. בעלי המניות מתחלפים בחברה, ואם ניתן פיצוי לחברה, לא בהכרח זה יפצה את בעלי המניות שניזוקו היות שאותם בעלי המניות שמכרו את המניות, להם זה כבר לא עוזר.

שנית, שווי הנזק שנגרם לבעל המניות יכול להיות גדול יותר מנזק שנגרם לחברה, עקב כך שהשווי של המניות מושפע מכך שקיימת אפשרות שההתנהגות כזאת תחזור.

למשל, אם נגרם נזק לחברה של מליון ₪, שווי המניות יורד. אבל, השווי יכול לרדת יותר מסכום זה, היות שהשוק מביע חוסר אמון בחברה כזאת, כי בעלי המניות יכולים לרמות גם מחר. לפיכך, רק פיצוי לא פותר את הבעיה.

שלישית, בחברה עם הרבה בעלי מניות הפיצוי לחברה משפיעה באופן קטן על שווי המניות. לאור האמור לעיל, פרופ' ציפורה כהן סבורה שההרתעה היא השיקול הדומיננטי. האם זה אפשרי לפי החוק הישראלי ? על כך בהמשך.

### **למי הסמכות להגיש תביעה נגזרת?**

1. בעל מניות.
2. דירקטור.
3. נושה של החברה. אבל, לפי ס' 204 לחוק, הוא יכול להגיש תביעה נגזרת **רק** במקרה של חלוקה אסורה. חלוקה אסורה זה יכול להיות חלוקת דיבידנד, יכול להיות רכישה עצמית של המניות. מדוע? כי ההון משמש כרית ביטחון, והנושה הוא הנפגע העיקרי. זאת ועוד, סביר שבעלי המניות לא יתבעו בחלוקה אסורה מכיוון שהם עצמם נהנים מהחלוקה האסורה.

### **בעל מניות.**

לא חשוב כמה מניות, או כמה זמן הוא מחזיק את המניות (בעולם יש מקומות שנדרש שבעל המניות יחזיק בהן לפחות תקופה מסוימת, למשל 6 חדשים), הוא יכול להגיש תביעה. מה בקונצרן ? **האם בעל מניות של חברת אם יכול להגיש תביעה נגזרת בחברת בת ?** הרי הוא נפגע. האם הפירוש הוא מילולי ? במשפט האמריקאי בעל מניות יכול לעשות זאת.

בארץ, הבסיס משפטי האפשרי לכך הוא ס' 6(ב) לחוק. ביהמ"ש מוסמך להרים מסך וליחס זכות של חברה בת לחברת האם, ואם היא לא מגישה תביעה, ביהמ"ש יכול להקנות את זכותה לבעל מניות, זאת אם המקרה מצדיק את העניין.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **6. הרמת מסך [תיקון: תשס"ה]**

(ב) בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות הענין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין הנדון לפניו.

מקרה ראוי כזה מצא השופט נועם סולברג ב- א007438/05 **קרן טוקטלי נ' בתיא אחזקות נכסים בע"מ** (2007). השופט אפשר לבעל מניות בחברת אם להגיש תביעה נגזרת בחברת בת. לדעת פרופ' צפורה כהן התוצאה היא נכונה.

מה אם מישו כבר לא בעל מניות, האם הוא יכול להגיש תביעה ? לא כי צריך להחזיק כעת.

שאלה נוספת, נניח שיש בעל מניות בעת התביעה, האם הוא צריך להיות בעל מניות גם בזמן האירוע, נשוא התביעה ? למשל, אם הדירקטור גנב קודם לכן.

המשפט האנגלי אומר שלא משנה. הוא יכול לתבוע.

המשפט האמריקאי דורש שהוא יהיה בעל מניות, לא רק בעת הגשת התביעה אלא גם בעת ההתנהגות בגינה הוא תובע.

הפסיקה הישראלית, לפני חוק החברות אפשרה לבעל המניות לתבוע גם בגין אירועים שקדמו להיותו בעל מניות. בתנאי שהוא לא רכש את המניות לצורך כך, ואם היה לו הסבר סביר מדוע הוא רכש את המניות. למשל אם בזמן רכישת המניות הוא לא היה מודע לעובדות עילת התביעה. אדם בשם, יגאל אביב קנה מניות כדי להגיש תביעה. העליון אמר לו אתה טרדן שמתערב בעניינים לא לך, ולכן פסק לו גם הוצאות.

[ע"א 726/74 מלונות נווה ים של חוף ארסוף בע"מ ואח' נ' כהן ואח'](#), פ"ד (2) 517.

בפס"ד זה בעל מניות שרכש מניות בחברת ארסוף, ולא ידע על העסקה פגומה שנעשתה קודם לכן. מדובר בכך שהחברה הייתה צריכה לרשום את הקרקע על שמה, ולא רשמו, היות שהייתה קנוניה. ביהמ"ש אמר שהוא יכול לתבוע למרות שהמקרה קרה לפני שרכש את המניות כי לא ידע על הפגם שרכש את המניות. במקרה זה, היה ניתן לתבוע בכול מקרה, כי הדרישה לרישום היא נמשכת.

חוק החברות לא דורש שיהיה בעל מניות בעת האירוע. מההסבר לדברי חוק עולה כי דווקא רצו לאפשר לתבוע גם למי שלא היה באותו זמן בעל מניות.

שאלה נוספת, האם בעל מניות שהגיש תביעה כשהיה בעל מניות, ומכר את המניות. האם הוא

**יכול להמשיך לנהל את התביעה ?**

אין לכך תשובה.

הועדה האמריקאית המליצה לשלול את זכות התביעה במקרה כזה בשני חריגים:

1. האינטרס של התובע בחברה הופסק ללא רצונו. למשל אם מניותיו נרכשו בכפייה כתוצאה ממיזוג.
2. ביהמ"ש סבור שבעל המניות שהגיש את התביעה הוא המייצג הטוב ביותר של החברה.

פרופ' ציפורה כהן, תומכת בחריגים אלו.

גם השופט גורן בפס"ד ברנשטיין נ' נאמן, הביעה תמיכה בגישה זאת. אבל, פס"ד זה הוא לפני חוק החברות ולכן אין עדיין תשובה מהי ההלכה אחרי החוק.

### **דירקטור**

דירקטור גם יכול להגיש תביעה. הוא יודע הכי טוב מה קורה. רק דירקטור היום ולא בעבר. באוסטרליה וקנדה יכול לתבוע גם מי שהיה דירקטור בעבר. רק דירקטור ולא נושא משרה אחר.

כאשר **חברה נכנסת לפירוק לא ניתן יותר להגיש תביעה נגזרת**. כך היה לפני החוק וכך גם לפי ס' 205 לחוק. הסיבה לכך היא שהמפרק הוא שמגיש את התביעה.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **205. חברה בפירוק**

לא תוגש תביעה נגזרת או הגנה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה מפרק לפי פרק י"ב לפקודת החברות.

### **מתי יש סמכות להגיש תביעה?**

ס' 198 א קובע סמכות רחבה מאוד.

### **198. אישור תביעה נגזרת**

(א) תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

צריך אישור ביהמ"ש. זה תואם את מה שהיה לפני החוק. אז זה היה פרי יצירת הפסיקה.

ההוראה לא הגיעה מה - common law אלא מהקונטיננט.

מה שנדרש אז הוא מבחן הצדק. היום המבחן דומה והוא תום לב וטובת החברה.

מה זה **טובת החברה**? האם רק תועלת הכלכלית?

פרופ' ציפורה כהן סבורה שלא רק תועלת כלכלית, אלא גם תועלת של ההרתעה.

האם ההרתעה זה בחברה הספציפית, או הרתעה כללית של כל נושאי המשרה כבכול החברות?

בפסיקה האמריקאית יש התייחסות שלא מצמצמת רק לחברה הספציפית.

ב- ת"א (חיי) 474/04 **ירדן נ' ליפשיץ**, פדאור 07 (28) 527 (2007). קבע השופט גדעון גינת (מחוזי) :  
"טובת החברה אינה מסתכמת לכדי שאלה כלכלית בלבד, שעניינה מקסום הרווחים  
וההכנסות. טובת החברה מחייבת, כי ינהלנה בתום לב, על יסוד שיקולים עניינים בלבד,  
וכמובן תוך כדי שמירת החוק. חובת האמונים המוטלת על האורגנים המפעילים אותה לא  
נועדה אלא להבטיח את כל אלה. לפיכך, מקום בו עולה חשד מבוסס לכאורה כנגד מנהלי  
החברה, לפיו פועלים הם תוך הפרת חובות האמון המוטלות עליהם כלפי החברה, בירור  
חשדות אלה משרת בראש ובראשונה את טובת החברה. בנסיבות אלה, כל אינטרס אישי,  
שיש לתובעת בניהול התביעה, עולה בקנה אחד עם טובת החברה. כך, אפילו הייתי סבור,  
ואינני סבור כך, כי כל מטרתה הינה להעלות את שווי מניותיה בחברה".

לדעת פרופ' צפורה כהן, שקול הדעת הרחב שמוקנה לבהמ"ש, מאפשר לו להביא בחשבון גם את  
היעד הרחב של הרתעה כללית ולא רק בחברה הספציפית.

#### **תנאים מוקדמים להגשת התביעה הנגזרת.**

1. פניה לחברה - סעיף 194.
2. אישור ביהמ"ש - סעיף 197.

#### **פניה לחברה**

בכתב, ליו"ר הדירקטוריון.  
חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

#### **סימן א': תביעה נגזרת והגנה נגזרת**

#### **194. תנאים מוקדמים להגשת תביעה**

- (א) כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה (בפרק זה - תובע) רשאים להגיש תביעה נגזרת אם  
התקיימו הוראות סימן זה.  
(ב) המעוניין להגיש תביעה נגזרת יפנה לחברה בכתב וידרוש ממנה כי תמצה את זכויותיה  
בדרך של הגשת תובענה (בפרק זה - דרישה).  
(ג) דרישה תופנה ליושב ראש דירקטוריון החברה, ויפורטו בה העובדות היוצרות את עילת  
התביעה והנימוקים להגשתה.

חוק החברות שינה את המצב הקודם :

1. דרישת הכתב - זה חדש.
2. דרישה קוגנטית של פניה לחברה –  
לפני החוק, אם הנתבעים היו בעלי השליטה בחברה, לא היה צריך לפנות אליהם, בגלל שאין טעם  
בכך הרי ברור שלא יסכימו לתבוע. היום אין חריג כזה.

יש הצעה לשנות את זה להחזיר את המצב הקודם. בתסקיר של ההצעה לתיקון 10 תשס"ח 2008, ס' 11 לתסקיר מציע לתקן מצב משפטי זה ולא לדרוש פנייה כאשר למרבית יחיד האורגן המוסמך להגיש את התביעה, יש עניין אישי בתביעה. למשל, אם למרבית חברי הדירקטוריון יש עניין אישי, והתביעה היא נגדם, אז ניתן יהיה לפי ההצעה לתבוע ללא פנייה. יש הגיון גם במצב החדש, כפי שהוא היום. לעיתים יש ויכוחים בבית המשפט בשאלה האם אנחנו נמצאים במצב בו יש עניין אישי למרבית הנתבעים. במקום זאת ניתן לחסוך את כל הדיון הזה באמצעות פנייה פורמאלית פשוטה.

למי צריך לפנות? – ליו"ר הדירקטוריון.

### **אישור ביהמ"ש**

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **197. הזכות להגיש תביעה נגזרת**

תובע רשאי להגיש תביעה נגזרת באישור בית המשפט לפי הוראות סעיף 198, אם התקיים אחד מאלה:

- (1) הפעולה שננקטה או ההחלטה שנתקבלה לפי סעיף 195(1) לא השמיטה, לדעתו, את עילת התביעה;
- (2) החברה דחתה את דרישת התובע כאמור בסעיף 195(2);
- (3) החברה הודיעה לתובע כי החליטה להגיש תביעה, כאמור בסעיף 195(3), אך התביעה לא הוגשה בתוך שבעים וחמישה ימים (ים מיום ההודעה);
- (4) החברה לא השיבה לדרישה בהתאם להוראות סעיף 196.

### **לאחר הפניה לחברה יש שלוש אופציות:**

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **195. תגובת החברה**

חברה שקיבלה דרישה רשאית לפעול באחת הדרכים האלה:

- (1) לבצע פעולה או לקבל החלטה אשר כתוצאה ממנה נשמטת עילת התביעה;
- (2) לדחות את דרישת התובע בנימוקים שיפורטו בהחלטתה;
- (3) להחליט על הגשת תביעה.

1. לעשות מה שצריך כדי שעילת התביעה תיפול – לתקן את המעוות.
2. לדחות את דרישת התובע בנימוקים.
3. להחליט על הגשת התביעה.

החברה צריכה להודיע על דרך פעולתה תוך 45 ימים.

### **196. תשובת החברה לתובע**

החברה תודיע לתובע על הדרך שנקטה כאמור בסעיף 195 בתוך ארבעים וחמישה ימים מיום קבלת הדרישה, תוך מתן פרטים על הפעולה שנקטה והגורם שהחליט עליה, לרבות שמות המשתתפים בקבלת ההחלטה; היה למשתתף או לנושא משרה בחברה ענין אישי בהחלטה יצוין הדבר בהחלטה ובהודעה לתובע.

אם לא נפתרה הבעיה, יש לפונה אפשרות לפנות לביהמ"ש בבקשה לאפשר לו להגיש את התביעה הנגזרת. לביהמ"ש יש שיקול דעת לפי מבחן טובת החברה ותום הלב של התובע.

### **מה זה תום לב של התובע ?**

אם המניות נקנו לשם התביעה, האם זה שולל את תום הלב ? לפני החוק כן. היום לא ידוע.

איך משפיע כשהתובע היה שותף או הסכים למעשה? האם זה שולל את אפשרות התביעה ? לפני החוק, ב- ע"א 578/75 בן - טל נ' בן-טל, פ"ד לא (1) 57. בעלת מניות הגישה תביעה נגזרת נגד בעלה שהיה מנהל בחברה. היא טענה שהוא שילם שוחד לעובדי מדינה ולעובדים אחרים של לקוחות החברה. כל השנים היא זאת שאישרה את המאזנים שכללו את תשלום השוחד. נשאלה השאלה: האם היא יכול להגיש ? השופט ברנזון אמר שהיא לא מנועה מלהגיש תביעה, אבל הוא לא הכריע בעניין. לעומת זאת השופט ויתקון אמר שכיוון שהייתה שותפה בכך לא נאפשר לה .

באנגליה, בפס"ד נורקומב : Nurcombe v. Nurcombe [1985] 1 All E.R. 65, מדובר בבני זוג שהסתכסכו. בהליכים קודמים על פי דיני המשפחה לגמירת ההסדר הרכושי שלהם, האישה אמרה שהבעל לקח לעצמו חוזה שהיה שייך לחברה. שניהם היו בעלי מניות. ביהמ"ש למשפחה קיבל את הטענה וכשקבע מה צריך לשלם לה במסגרת איזון המשאבים הוא לקח את זה בחשבון כי זה השפיע על שווה החברה.

אח"כ הגישה האישה את התביעה הנגזרת דן, וביקשה להחזיר לחברה מה שנלקח ממנה. ביהמ"ש לא אפשר לה לתבוע כי היא נהנתה מזה בהליכים של המשפחה, ועכשיו היא מגישה תביעה נגזרת. ביהמ"ש האנגלי קבע שזאת טענת הגנה טובה שבמקרה שהוגשה תביעה אישית של התובע היא תעמוד גם אם התביעה היא נגזרת. הוא מנע ממנה אפשרות להרוויח פעמיים. אם ביהמ"ש העליון שלנו ירצה ללכת בדרך זאת, יש לו את הכלים המשפטיים לכך. הוא יאמר שאין כאן תום לב.

**תחרות בעסקי החברה – בעל מניות התחרה בעסקי החברה – ביהמ"ש פסל את תום הלב שלו.**

אחת הבעיות הקשות של התביעה הנגזרת היא התמריצים. בתביעה אישית התובע מקבל את פירות התביעה. בנגזרת הפירות הולכים לחברה, ומה יוצא לתובע? הוא עלול לשלם הוצאות משפט אם הוא מפסיד. הוא משקיע בתביעה. אם הוא זוכה הפיצוי הולך לחברה. לפיכך, לבעל מניות שהוא במיעוט, לא כדאי להגיש תביעה כזאת. זאת הסיבה שככלל יש מיעוט של תביעות נגזרות.

היות שמוסד התביעות הנגזרות משרת מטרת ראויות. **מעודדים זאת ע"י תמריצים**. למשל: **החזר הוצאות** – התובע משלם רק חלק מאגרת ביהמ"ש. אישר ביהמ"ש תביעה נגזרת (לא צריך לזכות בתביעה) – תשיב החברה את מה ששילם, והחברה תשלם את יתרת האגרה. אי תשלום האגרה לא תעכב את ההליך. אחרת זה היה יכול להפסיק את התביעה.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 [תיקון אחרון: 21/6/07] . .

### **199. אגרה והוצאות [תיקון: תשס"ה]**

(א) בעת הגשת תביעה נגזרת, ישלם התובע רק חלק מאגרת בית משפט בשיעור שקבע השר.

(ב) אישר בית המשפט תביעה נגזרת תשיב החברה לתובע את האגרה ששילם ותשלם את יתרת אגרת בית המשפט בשל התביעה הנגזרת באופן ובשיעור שקבע השר, ועל אף האמור בכל דין אי תשלום יתרת אגרת בית המשפט לא יעכב את הדין בתביעה; בית המשפט רשאי (2) להורות לחברה לשלם לתובע סכומים שיקבע לכיסוי הוצאותיו או להפקיד ערובה לתשלומם;

(3) להטיל על החברה להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע.

סי' 200 אומר שאם ביהמ"ש פסק בתביעה, תשלם החברה את ההוצאות שנפסקו לטובת התובע, אלא אם נקבע שהתובע ישלם, מטעמים שירשמו.

### **200. הוצאות [תיקון: תשס"ה]**

פסק בית המשפט בתביעה הנגזרת ופסק הוצאות לטובת הנתבע, תשלם החברה את ההוצאות שנפסקו כאמור, אלא אם כן קבע מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי ההוצאות ישולמו בידי התובע, ורשאי הוא להטיל על החברה את תשלום הוצאותיו של התובע וכן רשאי הוא להטיל על התובע תשלום הוצאות שנגרמו לחברה, כולן או מקצתן, בשים לב לפסק הדין וליתר נסיבות הענין.

כך יוצא שהתובע לא יכול להיות בטוח שאם יש בסיס סביר לתביעתו יקבל לפחות את ההוצאות.

באנגליה נקבע שאם היה בסיס לתביעה, יש מקום לחייב את החברה לכסות את ההוצאות, ולא חשוב אם התביעה נדחתה.

לדעתה של פרופ' ציפורה כהן, זה צודק כי יכולות להיות פסיקות גבוליות למשל אם חלק מההרכב בעד וחלק נגד, או דחיות של תביעות מסיבות לא ענייניות למשל, אם עד ברח לחו"ל ועוד.

### שכ"ט עו"ד

ביהמ"ש יקבע את שכר הטרחה של עוה"ד. הוא לא יקבל מעל מה שקבע ביהמ"ש.  
שכ"ט יהיה רק על פי קביעת ביהמ"ש, זה כדי למנוע הסדר שהחברה תקבל סכום נמוך ועו"ד יקבל את הרוב.  
בדרך כלל, מי שישא בשכ"ט היא החברה, אלא אם קבע ביהמ"ש אחרת.  
השופטת גדות שרה, ב- **תא (ת"א) 1834/06 שלום ושדי נ' שלמה נחמה** התערבה בסכום שהוסכם בין התובע לנתבע בנק בפועלים. הוסכם שישלם 3 מליון ₪ אבל השופטת הורידה להם לחצי מליון. הערת אחד הסטודנטים – בעליון בפשרה הוסיפו להם למשהו באמצע.

### 200א. שכר טרחת עורך דין בתביעה נגזרת [תיקון: תשס"ה]

(א) בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על נגזרת הסכום שקבע בית המשפט.  
(ב) שכר הטרחה ישולם על ידי החברה אלא אם כן קבע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי על התובע לשלם את שכר הטרחה.

בתסקיר של הצעה לתיקון 10 תשס"ח 2008 מציעים לאפשר לרשות ניירות הערך לממן תביעות נגזרות, כמו שיש לה אפשרות לממן תביעות ייצוגיות.

ס 201 גמול - פסק ביהמ"ש לטובת החברה, יש אפשרות לפסוק גמול גם לתובע. זה דומה לתביעה ייצוגית. כדי לעודד את התובע.

### 201. גמול [תיקון: תשס"א]

פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, שטרם בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה.

למרות שהחברה היא התובעת מבחינה מהותית, מצרפים את החברה כנתבעת.  
לא ניתן לצרף אותה כתובע, כי אורגן מוסמך לא החליט לתבוע, וגם לא ניתן לצרף כתובעת בעל כורחה.  
אבל, נתבע כן ניתן לצרף בעל כורחו.

אין צורך בהליך מקדמי מיוחד לצורך האישור. פשוט, מגישים את התביעה הנגזרת עם הבקשה לאישור התביעה. יש לצרף את התביעה תצהירים וכול הכרוך בהגשת בקשה בכתב, לפי תקנה 241 לתקסד"א.

ס' 199(3) לחוק החברות מסמיק את ביהמ"ש להטיל על החברה להפקיד ערובה להוצאות החברה.



### **הסדר או פשרה**

יש דרישה לאישור ביהמ"ש כאשר רוצים לסיים את ההליך - לבטל אותו, או לדחות אותו, או להגיע להסכם פשרה.  
הסכנה העיקרית היא בפשרה, כי יכולים "למכור" את זכויות החברה לתובע. לכן יש פיקוח ביהמ"ש לפשרה.

### **202. הסדר או פשרה**

תובע לא יסתלק מתביעה נגזרת, ולא יעשה הסדר או פשרה עם נתבע, אלא באישור בית המשפט; בבקשה לאישור יפורטו כל פרטי ההסדר או הפשרה לרבות כל תמורה המוצעת לתובע.

### **הגנה נגזרת**

יש גם הגנה נגזרת – אם החברה נתבעת ולא הגישה כתב הגנה לפי ס' 203(א) יש אפשרות לבקש להתגונן במקום החברה.

### **203. הגנה נגזרת**

(א) הוגשה תובענה נגד חברה, רשאי בית המשפט לבקשת בעל מניה או דירקטור (בפרק זה - מתגונן), להתיר לו להתגונן בשם החברה (להלן - הגנה נגזרת) ובלבד שהשתכנע, כי ניהול ההגנה הנגזרת הוא לטובת החברה, וכי המתגונן אינו פועל בחוסר תום לב.  
(ב) הוראות סימן זה בענין תביעה נגזרת יחולו, ככל שלא נקבעו הוראות על ידי השר, על הגנה נגזרת, בשינויים המחויבים

### **המבחן – קייס וחומר פתוח .**

אירועון או שניים העיקר הוא היישום.