

# חוכמה שלאחר מעשה?

בתי המשפט הכירו עקרונית באפשרות להעניק לנושא משרה פטור מאחריות בשל הפרת חובת זהירות גם בדיעבד. מגמת הפסיקה היא לצמצם את ההכרה במתן פטור בדיעבד, אולם נראה כי הוא רצוי משיקולים שהתעלמות מהם עשויה לפגוע בטובת החברה

הדס אהרוני-ברק



ד"ר הדס אהרוני-ברק, עו"ד; מרצה לדיני תאגידים בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת בר-אילן; ספרה "עסקאות עם בעלי שליטה" ראה אור השנה בהוצאת בורסי

חוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) מאפשר לחברה להעניק לנושא משרה פטור מאחריות בשל הפרת חובת זהירות כלפיה, בהתאם לקבוע בהוראות הפרק השלישי. לשון סעיף 259(א) לחוק החברות, המסדירה את ההסמכה למתן פטור, קובעת כי חברה רשאית לפטור מראש נושא משרה מאחריות, כולה או קצתה. היה זה עניין של זמן עד שבתי המשפט יידרשו לשאלה הפרשנית, שלה חשיבות מכרעת עבור נושא המשרה – אם חברה רשאית לפטור נושא משרה מאחריות גם בדיעבד. בתי המ-

שפט הכירו עקרונית באפשרות להעניק פטור בדיעבד, אולם לא עשו כן ביחס לטענות פטור שניתנו במסגרת התביעות שבפניהם, אלא איפשרו את המשך ניהול התביעה הנגזרת. רשימה זו מבקרת את מגמת הפסיקה לצמצום ההכרה בהענקת פטור לנושא משרה בדיעבד, וטוענת כי מתן פטור בדיעבד רצוי משיקולים שונים שהתעלמות מהם עשויה לפגוע

ב"טובת החברה".

חוק החברות מייחד את מתן הפטור להפרת חובת הזהירות בלבד (למעט הפרת זהירות בחלוקה), ואינו מאפשר לחברה לפטור נושא משרה מאחריות בגין הפרת חובת אמונים כלפיה. משמעות הענקת פטור לנושאי משרה היא שחרורם מחבות קיימת או עתידית כלפי החברה עצמה. פטור מגן על נושא משרה מפני אפשרות שהחברה תתבע אותו, בין מכוח החלטתה לטענה עצמאית שלה ובין מכוח תביעה נגזרת שבה בעל מניות תובע בשמה.

תכליתו המרכזית של מתן פטור צופה פני עתיד. החברה מעוניינת לתמרץ נורמלי משרה להתנהגות עתידית ראויה, הכוללת נטילת סיכונים מושכלת, בלא שאלה יחששו לפעול בצורה זו או אחרת שמא החברה תנקוט כלפיהם תביעה בעתיד. החברה מבקשת כי נושאי המשרה בה ייטלו סיכונים עסקיים לטובתה, ובה בעת לצמצם את חששם הפוטנציאלי

**בתי המשפט הכירו עקרונית באפשרות להעניק פטור בדיעבד, אולם לא עשו כן ביחס לטענות פטור שניתנו במסגרת התביעות שנדונו לפניהם אלא איפשרו את המשך ניהול התביעה הנגזרת**



שנים עמדתן של חברות ייעוץ לגר-פים מוסדיים, אשר ככלל מתנגדות למתן פטור. התנגדות זו מקטינה (אם כי לא מאיננת) את הסיכוי כי האספה הכללית אכן תעניק פטור לנושאי המשרה. בנוסף נדרשים נושאי המשרה לשמירה קפדנית על גילוי מלא ובתום לב ביחס להפרות מושא הפטור, ולבחינה כי ההחלטה למתן פטור אכן עולה בקנה אחד עם "טובת החברה".

בית המשפט העליון הביע את עמדתו בשאלה אם חברה רשאית לפטור בדעיבד נושא משרה מחובת הזהירות המוטלת עליו (ע"א 5296/13 **אנטבורג נ' שטיבנסקי**). בית המשפט נדרש לשאלה אם החברה רשאית לעשות כן באופן כללי או בגין מעשה מסוים בלבד; וכן לשאלה אם הוראת הסעיף מהווה הסדר שלילי, או שמא לו רצה המחוקק לאסור מתן פטור

מפני תביעות. הבעייתיות הכרוכה בהענקת פטור היא חשש מאובדן הרתעה גורף. מתן הפטור עשוי לאיין את חששם של נושאי משרה מאימת הדין, כך שהם יחושו חופשיים לעשות ככל העולה על רוחם (בכפוף למגבלות מוניטין ידועות).

לשם מתן פטור מאחריות לנושאי משרה נדרשת החברה לכלול סעיף מתאים בתקנונה, וככל שמדובר בשינוי תקנון המעניק פטור לחברה שבה נושא המשרה הוא בעל השליטה, נדרש אישור פרוצדורלי מורכב, המחייב בין היתר אישור ברוב מיוחד באספה הכללית. הדרישה לקבלת אישור האספה הכללית לשם מתן פטור, ובה רוב של בעלי מניות שאין להם עניין אישי באישור העסקה, מקשה על האפשרות להעניק פטור. אישור האספה הכללית מקבל משנה תוקף שעה שידועה זה כמה

בדיעבד, הוא היה עושה כן במפורש.

בפסק הדין נקבע כי מתן פטור בדיעבד הוא אפ" שרי וכי הסעיף אינו קובע הסדר שלילי, אולם ככלל יש לוודא כי המעשה שבגיננו ניתן הפטור התמקד באירוע ספציפי או בהפרה ספציפית, וכי אין מדור בר פטור גורף לכל התנהגות שהיא לכל דבר ועניין. בית המשפט קבע כי מיקוד הפטור בגין אירוע או הפרה קונקרטיים יקל על החברה להצביע על ניהול מוקים להצדקת ההחלטה בגין מתן הפטור. דהיינו, בית המשפט אוסר על הענקת "כרטיס פתוח" לפטור מאחריות לנושא המשרה, ודורש מן החברה לנמק הענקת פטור למעשה קונקרטי. הלכה זו עומדת בניגוד לעמדת הדין בדלוור שבארצות הברית, אשר אינו מאפשר מתן פטור בדיעבד אלא מראש בלבד, וזאת בעיקר בשל תכלית הפטור לתמרוץ עתידי של נושאי

המשרה לפעילות ראויה. ב" שראל הדגיש בית המשפט כי יש לחברה סמכות טבעית לפטור נושאי משרה גם בגין הפרות שבוצעו בעבר, וזאת למרות לשון החוק.

בית המשפט העליון מציין עמדה קיימת בספרות כי סעיף 259(א) לחוק החברות מהווה הסדר שלילי, ונובע הימנו כי חברה אינה יכולה להעניק פטור בדיעבד. אולם גם עמדה זו סבורה כי לשון החוק אינה מונעת מן הח-

ברה להימנע אד הוק מהגשת תביעה מסוימת נגד נושאי משרה שהפרו חובה כלפי החברה, על פי שיי קול הדעת הניהולי המסור לה. בית המשפט מאמץ רציונל זה וקובע כי לו רצה המחוקק להגביל את כוחה של החברה ליתן פטור בדיעבד עד כדי שלילה מוחלטת, היה עושה כן במפורש, וכי סמכות החברה למתן פטור בדיעבד מעוגנת בסמכות ניהולית כללית וטבעית המסורה לחברה.

אפשר לחשוב על כמה מקרים שבהם פטור בדיעבד הוא הוגן ומשרת את התכלית של "טובת החברה". למשל, חברה עשויה להידרש למתן פטור בדיעבד אם היא רוצה שדירקטור מסוים ימשיך בכהונתו, והלה מתנה את הכהונה במתן פטור ביחס למעשי העבר.

במקרים אחרים עשויה חברה למצוא כי ניהול התביעה והשקעת משאבים בה אינה כלכלית עבורה, ועל כן הפטור משרת את האינטרס הניהולי שלה, שכן התביעה היא מעין "נכס מכביד" עבורה. לעיתים פטור בדיעבד עשוי להינתן כנגד מתן תמורה לחברה. תמורה זו עשויה להינתן במסגרת הסדר חוב כולל שבו מזרים בעל השליטה כספים חדשים לחברה בעבור פטור מאחריות בגין מעשים שבוצעו בעבר. עם זאת, כפי שנפרט להלן, בפרשת **רפאל כהן נ' אפריקה יש** ראל השקעות בע"מ (תנ"ג 10-09-7147) סירב בית המשפט המחוזי להכיר בפטור מעין זה בנסיבות של טענת תרמית כלפי נושאי המשרה.

בפרשה זו ביקש המבקש להגיש תביעה נגזרת נגד נושאי משרה בחברת אפריקה ישראל בגין מעשים שבוצעו לפני אישור בית המשפט להסדר חוב שבוצע בחברה. הסדר החוב כלל הוראת פטור כללית לנושאי המשרה בגין "פעור" לות החברה" שבוצעו בעבר. טענת התובע הייתה כי נרשאי המשרה ביצעו תרמית (במובנה האזרחי) אשר אינה חלק מפעילות החברה, ועל כן אין פעילותם חוסה תחת כנפי הפטור האמור. לעומתו טענה החברה כי הפטור חל גם על תרמית, שכן מדובר בתביעה כספית ולא בתביעה פלילית.

בית המשפט דחה את טענת החברה, וקבע שכדי לשעות לטענה כי בית המשפט של הסדר אכן אישר מתן פטור ביחס לטענות תרמית, היה על החברה להבהיר בעת אישור הסדר החוב את המניעים לכך, ולא סביר בעיניו כי לו עשתה כן החברה, בית המשפט היה מאשר זאת. אולם בית המשפט אינו מייחס את החשיבות הנדרשת לכך שהזרמת הכספים על ידי בעל השליטה נעשתה על רקע מכלול תנאי ההסדר דאז, ובכלל זה הפטור שבו בית המשפט לא הכיר בסופו של דבר. אי הכרה בפטור בדיעבד מערערת את ההסתמכות ואת הוודאות מנקודת מבטו של בעל השליטה, החשובים עד מאוד במסגרת הסדרי חוב כאלה. היא עשויה להרתיע בעלי שליטה פו-

**אפשר לחשוב על מקרים שבהם פטור בדיעבד הוא הוגן ומשרת את התכלית של "טובת החברה". למשל, אם חברה רוצה שדירקטור מסוים ימשיך בכהונתו, והלה מתנה את הכהונה במתן פטור ביחס למעשי העבר**



כריכת הספר "עסקאות עם בעלי שליטה"

טנציאליים מלהזרים הון לחברות אחרות במסגרת הסדרים דומים. דחיית טענת הפטור במקרה זה מעוררת שאלה באילו נסיבות בית המשפט יאפשר מתן פטור בדיעבד. לכאורה, כדי שאישור של פטור ל"פעולות החברה" על ידי בית המשפט של הסדר על ידי אספת נושים יהיה לגיטימי, היה על החברה לפרט במסגרת ההסדר אירועים קונקרטיים שיש בהם פוטנציאל תביעה בעיניה, וכך היה אפשר לאשר פטור ספציפי בעניינם (ככל שהם נוגעים להפרת חובת זהירות, כמבואר להלן). אולם פירוט זה יוצר חשיפה מוגברת לחברה, אשר ממילא מצויה בקשיים פיננסיים ניכרים, ותביעה נוספת לא תסייע לה. לא ברור מאליו כי בעל שליטה פלוני שהיה מוכן להזרים לחברה הון חדש בעבור פטור "גורף" יחסית, יהיה מוכן לעשות כן גם בנסיבות הדורשות קונקרטיות יתרה ביחס למעשים בעייתיים לכאורה.

כבכל תביעה נגזרת נדרש בית המשפט לדיון גם בשאלה מהי "טובת החברה". בהערת אגב מעיר בית המשפט כי סבר שהחברה לא תעמוד על טענתה בהקשר של פטור לנושאי המשרה ולבעלי השליטה שכן הדבר מנוגד ל"טובת החברה", ומשלא עשתה כן, הוא נדרש לדון בסוגיה לגופה. הערת אגב זו ממקדת את "טובת החברה"

באינטרס הצר של קבלת כספים לקופת החברה, כפועל יוצא מאישור התביעה הנגזרת. לשיטתי, אין למקד את הדיון ב"טובת החברה" בהקשר של תביעה נגזרת אך ורק באינטרס הכספי הצר הנובע מן הסיכויים לקבלת התביעה, אלא יש להרחיב את נקודת המבט כך שתכלול גם אינטרסים רחבים יותר. בחינה של טובת החברה במשקפיים צרים בלבד תוביל בהכרח למסקנה כי כל תביעה נגזרת היא לטובת החברה, שכן היא עשויה להעשיר את קופתה. ולא כך היא; ישנן תביעות נגזרות שאינן כדאיות לחברה שכן העלויות המשפטיות הכרוכות בהן יעלו על התועלת הלכאורית שהן צפויות להניב. הדברים נכונים במיוחד שעה שקיימות בתקנון

החברה הוראות של שיפוי וביטוח לנושאי המשרה, ופשיטא כי משעה שתלויה ועומדת תביעה נגזרת נגד נושאי המשרה הם יבקשו להפעילן, וכך יצא שכרה של החברה (העשרת קופתה כתוצאה מקבלת לת התביעה) בהפסדה (בשל עלויות ביטוח ושיפוי נלוות). אשר על כן הדרך הנכונה לבחינת האינטרס של "טובת החברה" בתביעה נגזרת היא לא רק במשקפיים של פיצוי החברה, אלא גם במשקפיים המשקללים את אינטרס ההרתעה שבהגשת התביעה נגד נושאי המשרה.

על כל פנים מבהיר בית המשפט כי הוא אינו נדרש להכריע בשאלה אם חברה רשאית להעניק פטור בדיעבד אם לאו, שכן החברה אינה מודה כיום בביצוע הפעולות המפורטות בבקשה לאישור התביעה כנגזרת, וברי כי לא ניתן פטור ספציפי לפעולות אלה. בית המשפט מוסיף כי במקרה שהתגלו לגורמים שהעניקו את הפטור בדיעבד עובדות חדשות שלא היו ידועות בעת מתן הפטור, אזי לשיטתו הפטור אינו חל עליהן; אחרת ייווצר תמריץ שלילי לנושאי משרה להסתיר מידע מהותי ממקבלי ההחלטות על התנהלותם, כדי לזכות בפטור מאחריות על המעשים הידועים רק להם. הערת אגב זו נכונה וראויה, ובפרט שעה שהיקף

הגילוי שלו נדרשים נושאי המשרה עובר למתן הפטור משפיע על תוקף העסקה. סעיף 280 לחוק החברות קובע כי לעסקה של חברה עם נושא משרה בה, ובכלל זה מתן פטור, אין תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה אם נפל בהליך האישור פגם מהותי כגון אי גילוי. אי גילוי של נתונים רלוונטיים מצד נושאי המשרה עשוי לאיין את תוקף מתן הפטור. יצוין כי בעניין אנטבורג הותיר בית המשפט העליון בצריך עיון את השאלה אם אפשר להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית בנוגע לסעיף 280 לחוק החברות, ובתי המשפט המחוזיים נדרשו לסוגיה זו פעמים אחדות בלבד, ואך פעם אחת נזקקו להפעלתה (ת"א 8746-10-09 **ברדיצ'ב נ' פויכטונגר ואח'**).<sup>9</sup>

**הדרך הנכונה לבחינת האינטרס של "טובת החברה" בתביעה נגזרת היא לא רק במשקפיים של פיצוי החברה, אלא גם במשקפיים המשקללים את אינטרס ההרתעה שבהגשת התביעה נגד נושאי המשרה**