**חוק החברות הוא דין דיספוזיטיבי(ניתן להתנות עליו) ולא קוגנטי, כלומר ניתן לפרוש מהדין, כל עוד יש הסכמה של הצדדים על כך. החוק לא מחייב, ובכל זאת צריכים אותו כדי לחסוך עלויות עסקה,** שכן אחרת כל עסקה תאלץ את הצדדים לנסח הכל מחדש. מקור דיני החברות הוא באנגליה, בה נוצר חוק התאגידים הראשון ב1858. החוק צריך להיות קוגנטי במצב של כשלי שוק, למשל כדי להגן על החלש. בארה"ב המדינות מתחרות זו בזו באמצעות דיני התאגידים, שכן כל חברה משלמת מס למדינה בה התאגדה(יש אינטרס למדינות שיתאגדו אצלן). במקום הראשון נמצאת דלאוור(בה כותבים את החוק כמוצר כדי להרוויח כסף, חקיקה מדויקת העוזרת למנהלים, אך לא מביא לתוצאות הרסניות לחברה), במקום השני ניו-יורק ובשלישי קליפורניה.

**בישראל-** התקבל החוק האנגלי ולא עודכן עד 1999. פקודת החברות עדיין בשימוש כי לא הכל עודכן ויש חברות שעדיין מחילות על עצמן את הפקודה. החוק מ1999 קיבל על עצמו את התפיסה האמריקנית, ולאט לאט זנח את האנגלית.

**למה דווקא חברה?**

כ90**% מהעסקים היום בארה"ב מנוהלים כחברה**, בניגוד לעבר אשר הסוג השכיח של תאגידים היה שותפויות. חברות התחילו להתפתח בזכות שני פרמטרים: 1. **מהפכה תעשייתית**- התרחבות אופקית(התחילו לייצר כמויות יותר גדולות), וגם התרחבות אנכית(החלו להתעסק ביותר תחומים, כגון: שיווק, הפצה וכו' כדי לשלוט בתהליך). דיני התאגידים נועדו לפקח על המערך הזה ועל הפרטים שבו. 2. **פיזור העושר-** יצירתו של מעמד הביניים הביאה לחסכון בכסף והשקעתו, בין השאר בחברות. דיני התאגידים מאפשרים לעגן מקורות כספיים ליחידה כלכלית אחת, תוך איזון אינטרסים שונים.

**חברה לעומת שותפות**

איך נבנה רכבת קלה בת"א למשל? אפשר להסתמך על הכנסות עתידיות, אבל צריך סכום התחלתי. איך נשיג אותו? אפשר לגייס שותף אבל קשה כשאין הצלחה עתידית מוכחת. אפשר לנסות הלוואה מהבנק, אבל הבנק ידרוש בטוחות גבוהות מאוד כי אין הצלחה ידועה מראש. גם לא ניתן לשעבד את הפרויקט לבנק, שכן בניגוד לדירה שניתן לשעבד, לפרויקט הרכב אין ערך ידוע. הדרך הכי טובה היא לגייס כסף מהרבה אנשים ואת החלק הנותר לגייס מהבנק כמלווה. האנשים האלה יהיו שחקנים כשותפים או כבעלי מניות.

**אופציית השותפות**

האם מעשה שנעשה ע"י אחד מחברי השותפות ללא הרשאה מחייב? **סע' 14 לפק' השותפויות – כוחו של שותף לחייב את השותפות (בקשר חוזי)**

**14.** כל שותף הוא שלוח של השותפות ושל שאר שותפיו לכל עניין של עסקי השותפות; ופעולותיו של כל שותף, כשהוא עושה בדרך הרגילה עסק מן הסוג שעושה השותפות שהוא חבר בה, יחייבו את השותפות ואת שותפיו, זולת אם למעשה אין לו הרשאה לפעול בשם השותפות באותו עסק, והאדם שעמו נשא ונתן יודע שאין לשותף הרשאה לכך, או שאינו יודע, או אינו מאמין, שהוא שותף.

**כלומר אם אחד השותפים קונה שטח בכיכר המדינה, זה מחייב את השותפות ואת השותפים.**

**סע' 18 לפק' השותפויות – חובות בשל עוולה**. **18.** שותף הפועל במהלך הרגיל של עסקי השותפות, או בהרשאתם של השותפים, ותוך פעולתו הוא גורם במעשה או במחדל שלא כדין נזק או פגיעה לאדם שאינו שותף – תהא השותפות חבה באותה מידה שחב בה השותף.כלומר **אם אחד השותפים גורם לנזק במסגרת פעולות שהן חלק ממהלך עסקי השותפות, יש חובה של השותפות במקביל לחובתו של אותו שותף.**

**סע' 19 לפק' השותפויות – חבות בשל פגיעה בנכסי הזולת**

19. שותף שהשתמש שלא כדין בכסף או בנכס שקיבל בתחום הרשאתו הנחזית מידי מי שאינו שותף, או בכסף או בנכס שקיבלה השותפות במהלך עסקיה מידי מי שאינו שותף ועדיין הם ברשותה – תהא השותפות חבה להיטיב את הנזק.

**כלומר, אם השותף לוקח כסף מהבנק למשל ומשתמש בו, השותפות צריכה לשפות את הבנק.**

**סע' 20 לפק' השותפויות – השותפים חבים ביחד ולחוד**

**20.**(א) כל שותף חב יחד עם שאר השותפים ולחוד, בכל החיובים שהשותפות חבה בהם בהיותו שותף, לרבות בכל דבר שהשותפות חבה בו לפי סעיפים 18 ו-19 בהיותו שותף, ואם נפטר השותף יהא עזבונו חב כאמור באותם חיובים במידה שעדיין לא סולקו.

**בגלל שחייבים ביחד ולחוד זה אומר שלא משנה כמה כל שותף השקיע, אם יש לו יותר כסף מלאחר יכולים לרדוף אחריו בשביל החוב. למרות שהסיכוי לרווח הוא פרופורציונאלי להשקעה, הסיכון לא מתחלק באופן שוויוני. גובה האחריות האישית של משקיע בשותפות הוא בלתי מוגבל.**

**יש לזה סייג, אי אפשר לרדוף אחרי השותף(שלו כיס עמוק) אלא אם אין כסף לשותפות (ניתן צו בימ"ש או פורקה):**

**20**.(ב) לא יינתן צו של הוצאה לפועל נגד שותף, מכוח היותו חב לחוד בחיוביה של השותפות כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם פורקה השותפות, או אם הנושה בה קיבל פסק דין נגדה בשל החיוב ופסק הדין לא קוים במלואו; במקרה אחרון זה יהא השותף שפרע זכאי לסעד בשיעור יחסי מן השותפות ומשאר השותפים.

**בעצם זה לא כזה סייג, זה פשוט אומר שאם לשותפות אין יותר כסף, גובים ישירות מאחד השותפים** (אותו שותף יוכל לנסות לגבות את הכסף מהשותפים האחרים, אבל הרבה פעמים זה פשוט לא פרקטי).

**במצב בו יש לשותפות חובות, החובות יתחלקו בין השותפים, ביחס לסכום ההשקעה הראשוני שלהם:**

**34.** זכויות השותפים בנכסי השותפות וזכויותיהם וחובותיהם כלפי השותפות ייקבעו, בכפוף להסכם מפורש או משתמע שבין השותפים, לפי הוראות אלה:

(1) שותף זכאי לחלק בהון העסק וברווחיו, וחב להשתתף בכיסוי הפסדי הון או הפסדים אחרים של השותפות, בשיעור יחסי לסכום ההון שהסכים לחתום עליו; שותף שלא הסכום לחתום על הון, יהא חלקו ברווחים וחבותו להפסדים של השותפות כשיעור חלקו וחבותו של השותף שהסכים לחתום על ההון הקטן ביותר;

**אופציית החברה**

**האחריות של בעלי מניות בחברה מוגבלת** לסכום שהתחייבו לשלם בקניית המניות. אם פעלו במרמה יכולה להיות אחריות אישית, אבל אחרת האחריות מוגבלת.

בגלל האחריות המוגבלת, כשמלווים כסף לחברה יש ריבית גבוהה יותר מאשר לשותפות כי הסיכון של המלווה גדול יותר. כלומר הכסף שחוסכים באחריות מוגבלת בעצם מתקזז עם הריבית הגבוהה, אז מה היתרון? בסופו של דבר העלות היא אותה עלות. בכל זאת **יש יתרונות לחברה על פני שותפות:** 1. **היכולת לשאת בסיכון**- בשותפות המשקיע עלול לאבד את כל מה שיש לו, בעוד שהבנק מסכן את הכסף שהלווה והוא מעוניין לעודד הלוואות. הערך הסובייקטיבי של הכסף גבוה יותר עבור משקיע של שותפות לעומת משקיע בחברה או הבנק. עסקאות שוות לשני צדדים כאשר הן נעשות בפער בין הערכים הסובייקטיביים. **ככלל, משקיעים הם שונאי סיכון, ולכן יעדיפו להשקיע בחברה ולא בשותפות.** 2. **היכולת להעריך את הסיכון**- משקיע בחברה לא צריך להבין בסיכונים, נותנים את הערכת הסיכונים למי שמומחה בכך והוא הבנק. כולם נהנים מיתרון האחריות המוגבלת, ולכולם יש אותו ידע בסיסי. 3. **היכולת להקטין את הסיכון(ביזור)-** הבנק או חברת הביטוח מבזרים את ההשקעות שלהם בניגוד לאדם פרטי שאולי אין לו די כסף להשקיע בהרבה חברות. זו דרך להראות את השוני ביחס הסובייקטיבי לכסף. אם אני בעלת מכונית או דירה אין לי ממש יכולת לבזר את הנזק, כי יש לי רק מכונית אחת. לעומת זאת חברת הביטוח יכולה לבזר את הנזק, כי יש לה הרבה מכוניות. משתלם לכל הצדדים שהסיכון יוטל על הבנק. 4. **עלויות העסקה ובירור יכולת הפירעון**- בשותפות הבנק צריך לברר את יכולת הפירעון של כל שותף וזה מעלה את עלויות העסקה, כך שהריבית תהיה גבוהה יותר כדי להיות בטוח שהוא מכסה את עצמו. עלויות עסקה אלו נחסכות בחברה, כי אין משמעות ליכולת הפירעון של כל משקיע. 5. **זהות המשקיע-** בחברה אין משמעות לזהות המשקיע ולאיכותו מבחינה כלכלית. לעומת זאת, בשותפות הסיכונים הם לרעת השותף העשיר יותר, לכן היינו צריכים להשקיע רק עשירים עם עשירים ועניים עם עניים. אחריות מוגבלת של משקיע בחברה היא פתרון מתאים יותר לחברה שבה אנשים מכל שכבות החברה יכולים להשקיע מבלי שיבחנו את יכולת הפירעון שלהם.

**ניתן לתקן את כל מה שנאמר באמצעות חוזים, וכך ניתן ליצור שותפויות שונות מהנ"ל. ניתן להתנות על הכל.**

**תיאוריית הקונספירציה**- היינו עשויים לחשוב שהאחריות המוגבלת היא עיר מקלט שנועדה להחצנת סיכונים כלפי צדדים שלישיים, כלומר אעשה מה שארצה, יש לי אחריות מוגבלת ורווח שיורי גם ככה. דבר זה אינו ראוי מבחינה חברתית, ובפועל זה לא עובד ככה, כי **בעלי המניות אוהבי הסיכון לא מנהלים את החברה, אלא נושאי המשרה מנהלים אותה, ונושאי משרה אלה הינם שונאי סיכון כי לא רוצים לאבד את עבודתם(מנהל שיגרום לחברה בשליטתו להתנהל מתוך אהבת סיכון יתרה יגרום לכך שהחברה תיכשל).** היתרון של תיאוריית הקונספירציה רלוונטי רק במצב שבו החברה מתפרקת, כשאין לה כסף והיא חדלת פירעון. כל עוד יש לחברה כסף, היא תצטרך לשלם על נזקים שגרמה.

**יצורי כלאיים**

ניתן להתנות על החוק אז יש גם אפשרויות ביניים ולא רק אפשרויות קצה.

**חברה לא מוגבלת(סעיף 1 לפק' החברות**)- חברה שאין בה כל הגבלה לחבותם של חבריה. ישתמשו בחברה כזו כאשר רוצים ליצור הפנמה מלאה של סיכונים, למשל כשהחברה היא רופא או עו"ד. זה חוק קוגנטי(לא ניתן להתנות עליו), כי הוא נועד להגן על צד שלישי שלא יכול להגן על עצמו.

**חברה מוגבלת בערבות(סעיף 1 לפק' החברות)**- חברה שבה חבותו של כל חבר מוגבלת בתזכירה לסכום שהתחייב להשתתף בו בתשלום לנכסי החברה בפירוקה. כך אפשר לקבוע כמה כל אחד ישלם בפירוק. זה משרת מטרה אם למשל איש היי-טק מחפש משקיע ומוכן לקחת על עצמו את הסיכון. ככה היזם מביע אמון בפרויקט והמלווה לא לוקח אחריות, כלומר איש ההיי-טק מציע שהאחריות שלו תהיה בלתי מוגבלת והאחריות של המשקיע תהיה מוגבלת.

**חברה מוגבלת במניות=חברה רגילה(סעיף 1 לפק' החברות)-** חברה שיש לה הון מניות וחבות חבריה מוגבלת בתזכירה לסכום שכל אחד מהם עדיין לא שילם בעד המניות שבידו. זו חברה רגילה, יש אחריות מוגבלת. כל אחד חייב בסכום שהתחייב לשלמו עבור מניותיו. אם לא שילם עדיין את מלוא הסכום, הוא חייב את השארית.

**שותפות מוגבלת(סע' 57 לפק' השותפויות)-** **57.** (א) שותפות מוגבלת תכלול שותף כללי אחד לפחות החב בכל חיוביה ושותף אחד לפחות שאינו חב בהם אלא כדי שיעור הסכום שהכניס להון השותפות. (ב) תאגיד יכול שיהא שותף מוגבל.

**לפי הסעיף, יש שותף כללי שחב בכל חובות השותפות(אחריות בלתי מוגבלת), ושותף שאחריותו מוגבלת לסכום שהשקיע.**

**מעמד השותף המוגבל מוגדר בסעיף 63 לפקודת השותפויות:** **63.** (א) שותף מוגבל לא ישתתף בניהול עסקי השותפות ואין כוחו יפה לחייב את השותפות, אולם רשאי הוא בכל עת, בעצמו או על ידי שלוחו, לעיין בפנקסי השותפות, לבחון מצבה וסיכוייה ולהתייעץ בעניין זה עם השותפים.

(ב) שותף מוגבל אינו רשאי, במשך קיומה של השותפות, למשוך או לקבל, במישרין או בעקיפין, שום חלק מהשקעתו, ואם עשה כן, יהא חב בחיוביה של השותפות כדי הסכומים שמשך או שקיבל.

(ג) שותף מוגבל המשתתף בניהול עסקי השותפות, יהא אחראי לכל חיוביה, כאילו היה שותף כללי, כל עוד הוא משתתף בניהולה.

(ד) בכפוף לתקנות השותפות המוגבלת –

(1) מותר לקבל אדם כשותף בלי הסכמתם של השותפים המוגבלים;

(2) אין שותף מוגבל יכול לפרק את השותפות במסירת הודעה על כוונתו זו;

(3) שותף מוגבל רשאי, בהסכמת השותפים הכלליים, להמחות את חלקו בשותפות, ומשהמחה כך יהיה הנמחה לשותף מוגבל עם כל הזכויות שהיו לממחה;

(4) הניח שותף מוגבל, שחלקו בשותפות ישועבד בשל חובותיו הפרטיים, אין שאר השותפים רשאים בגלל זאת לפרק את השותפות;

(5) חילוקי דעות שנתגלעו בעניינים רגילים הנוגעים לשותפות יוכרעו ברוב דעות של השותפים הכלליים.

**לפי הסעיף, השותף המוגבל הוא בעל עניין ויכול לעיין בפנקסים, אך אין לו סמכויות ניהול ואם יעשה פעולות ניהול תבוטל האחריות המוגבלת שלו.**

**סחר באינטרסים**

למכירה ראשונית של אינטרס קוראים הנפקה.

**מכירת אינטרס בשותפות**

**אגד הזכויות בשותפות כולל**: 1. חלק יחסי ברווחי השותפות. 2. חלק יחסי בנכסי השותפות. 3. זכות למידע(מידע כלכלי בעל ערך ששווה כסף)- עיון בפנקסים. 4. כוח ניהולי(בשותפות שאינה מוגבלת).

למרות הזכויות האלה, פקודת השותפויות קובעת שהמקבל בשותפות מקבל פחות ממה שיש למוכר. כלומר, **הרוכש לא מקבל את כל אגד הזכויות, אלא אינטרס מוגבל(רק הזכויות לרווחים ולנכסים, הכוח הניהולי והזכות למידע לא מועברים לרוכש), לכן מחיר הרכישה הראשוני אינו שווה למחיר במכירה השנייה.**

**40.** (א) שותף הממחה לאחר את חלקו בשותפות, בין לחלוטין ובין בשעבוד – לא תזכה ההמחאה את הנמחה כלפי שאר השותפים, כל עוד השותפות קיימת, להתערב בניהול עסקיה או ענייניה או לדרוש חשבונות על עסקיה או לבדוק את פנקסיה, אולם תזכה אותו ליטול את החלק ברווחים שהממחה היה זכאי לו אילולא המחה, וחייב הוא להסכים לחשבון הרווחים שקבעו השותפים.

בנוסף לכך, **לשאר השותפים יש זכות וטו בנוגע למי יתקבל כשותף:** **34. (7)** לא יתקבל שותף לשותפות בלי הסכמת כל השותפים הקיימים;

**ההסבר להטלת הקשיים האלה הוא ששותפות מעיקרה נועדה להיות אינטימית ולערב בפועל את כל השותפים ברמת אמון גבוהה.** **סעיף 3 לפקודת השותפויות** קובע ששותפות לא תכלול יותר מ20 חברים. זה דיספוזיטיבי(ניתן להתנות עליו), אך מראה את כיוון המחוקק. זו הסיבה שאי אפשר לסחור בשותפות בבורסה, אלא אם מדובר בשותפות מוגבלת(שותף מוגבל לא רואה את הספרים ולא שותף בניהול, לכן דינו כדין בעל מניה).

**מכירת אינטרסים בחברה**

**הזכויות המועברות במכירה**: **1. דיווידנדים**- הרווח השותף שמקבל בעל מניה מעת לעת כתשואה על השקעתו, כלומר חלק יחסי מהרווח. 2. **זכות לדיווידנד פירוק**-דיווידנד פירוק רלוונטי רק אם בזמן הפירוק יש לחברה יותר נכסים מהתחייבויות. 3. **זכות ההצבעה באסיפה הכללית-** לכל בעל מניה יש זכות להשפיע ע"י הצבעה. 4. **זכות למידע**- זכות מוגבלת לדעת מה מתרחש בחברה.

בפועל אין משמעות לחלק היחסי בנכסים כי אחרי התשלום לנושים בחדלות פירעון אין מספיק לבעלי המניות, רוב החברות לא מחלקות דיווידנדים וגם אם כן אז מעט, רוב בעלי המניות לא משתתפים באסיפה הכללית(לא מצביעים) וגם לא מתעניינים במידע, **אז למה בכל זאת קונים מניות?**

1. תשובה אפשרית אחת היא שקונים מניה כדי למכור אותה, ואין ערך למניה כשלעצמה- סחר במניות לפי מחירן בשוק.

2. קניית המניה למען פדיונה מול החברה המנפיקה, כלומר למכור חזרה לחברה. אך בפועל אי אפשר למכור לחברה כי אם היא הייתה מתחייבת לקנות, היא הייתה צריכה לשמור על **יחסי נזילות**- לשים כסף בצד כדי לפדות את המניות והדבר אינו יעיל כלכלית, שכן אז החברה לא יכולה לנצל את הכסף במלואו והיא הופכת למין בנק או חברת ביטוח.

3. **התשובה האמיתית והנכונה היא כי קונים מניות מתוך האמונה כי יום אחד מישהו ירצה להשתלט על החברה וירכוש אותן.** כשלא מאמינים בכך, ערך המניה יורד, ואז מישהו מתחיל לקנות(לעיתים כדי להשתלט) והערך עולה.

**ישנם שני הבדלים מהותיים בין סחר בשותפות לבין סחר במניות:**

**1. בעל מניה, בניגוד לשותף, יכול למכור את כל זכויותיו ואגד הזכויות לא נפגם בדרך.**

**2. אין מגבלה על זהות הרוכש של מניה, ולכן נוצר שוק יעיל שדרכו ניתן לקנות ולמכור מניות- הבורסה. מניה היא מסמך שסחירותו בלתי מוגבלת, אלא אם כן התנו על כך בהסכם חוזי.**

**אם כן היתרון הגדול של סחר במניות הוא שהחברה מפסיקה להיות אחראית למניות ויכולה להשתמש בכל הכסף ככסף חי(growing concern), החברה לא צריכה לדאוג מה דעתם של בעלי המניות, אבל בעלי המניות יכולים לסמוך על כך שהנזילות תישמר תמיד.**

**אישיות וכשרות משפטית**

**בהיסטוריה היו תיאוריות שונות בנוגע לשאלה מהי חברה, ובכל תקופה נתנו תשובה שהתאימה לזמן ולמקום.** יש ניסיון לאזן בין האינטואיציה שאומרת שחברה היא לא אדם.

**תיאוריית ההענקה**- הוחלט כי **רק המדינה יכולה להעניק אישור ליצירת חברה**, שכן לא רצו לפטור אנשים מאחריות ע"י כך שיסתתרו מאחורי החברה וינצלו את כוחם לרעה. הדבר הוביל למניפולציות וסתר את הגישה לפיה הזכות לניהול עסקים היא זכות פרטית שלא צריכה להיות בידי המדינה.

**תיאוריית הפיקציה**- **התייחסות לחברה כדבר פיקטיבי(כי היא לא אדם).** הדבר סתר את האינטואיציה, שכן איך אפשר להעניק זכויות לדבר שאינו קיים? בנוסף, הדבר אפשר לחברה להיות זכאית רק לזכויות שהוענקו לה באופן מפורש, ולא כמו אדם שזכאי לכל מה שאינו אסור.

**התיאוריה המצרפית**- **החברה נהנית מצירוף הזכויות של היחידים החברים בה, אך מצד שני אין לה משמעות משל עצמה, אלא רק כהתאגדות של פרטים**. הדבר יצר קושי בהבחנה בין חובות החברה לחובות הבעלים, שזה כל הרעיון של אישיות משפטית נפרדת.

**החברה כאדם- התיאוריה הריאלית**- החברה אינה יצור פיקטיבי אלא **ישות אוטונומית**. ניתן לייחס לה תכונות כמו תודעה, מטרה, אחריות וכדומה. זה לא מתיישב עם האינטואיציה. **הפסיקו להתעניין בשאלה "מהי חברה?" והתחילו להתמקד במחשבה הריאלית, בשאלה "לשם מה צריך חברה?".** **התיאוריה הריאלית קידמה את קבלת החברה כשחקן מלא שאין הצדקה להגבלת כשרותו המשפטית.**

**החברה כמכשיר- התיאוריה החוזית-** אין משמעות לשאלה מהי חברה. **החברה היא נקודת מפגש בין אינטרסים חוזיים של צדדים שונים ותכליתה להוות מכשיר שוקי יעיל לטיפול במערכת משפטית חוזית מורכבת.** ייחוס של תכונות לחברה הוא רק שפה סמלית ללא כל משמעות ריאלית. הביקורת על התיאוריה היא כי היא מניחה כי כל השחקנים רציונאליים ולכולם יש מידע מלא, ולכן הביקורת היא כי לא כולם יכולים להגן על עצמם באותה מידה ויש חוסר שוויון.

**בדור האחרון בולטות שתי תיאוריות-החוזית והריאלית. החוזית דומיננטית בעיקר בספרות ובאקדמיה, בעוד הריאלית מנחה את המשפט המקובל ברובו. בארה"ב אומצה הגישה הריאלית. בישראל דיני החברות מושפעים משתי התיאוריות.**

**ההגדרה לאישיות משפטית אשר נשתמש בה היא של מייטלנד לפיה אישיות משפטית היא אותו דבר שהחוק במקום מסוים מעניק לו בעלות על זכויות ומכפיף אותו לחובות.** כך אדם למשל הוא אישיות משפטית וגם המדינה. בודהה ייחשב לאישיות משפטית אם החוק קובע כי יש לו זכות לקבל שוקולד וחובה לספק בריאות. יש בעייתיות בהגדרה הזו, ולכך דוגמאות: א. ארגון עובדים(אשר העסיק בתנאים גרועים) לפני כניסת דיני העבודה לא היה מוכר בחוק, ולכן טען כי לא ניתן לתבוע אותו, שכן לא קיים(טען שאינו אישיות משפטית). ביהמ"ש פסק נגד הארגון וקבע כי הארגון הינו אישיות משפטית וניתן לתבוע אותו. כתוצאה מכך, נחקק חוק אשר לא מכיר בארגון עובדים כאישיות משפטית. היום כבר פתרו את הבעיה באמצעות דיני עבודה. ב. איש עשיר הוריש את הונו לכנסיה הסקוטית במקום לבנו. בנו ניסה לתקוף זאת בטענה כי הכנסייה הסקוטית איננה אישיות משפטית והחוק אינו מכיר בה. בית הלורדים קיבל את טענת הבן. דבר אשר גרם לזעם רב, אשר הוביל בסופו של דבר את הפרלמנט לכתוב כי לכנסייה הסקוטית יש אישיות משפטית.

**כלומר, לא ממש חד וחלק מה מוכר כאישיות משפטית ומה לא.**

מלבד לאישיות משפטית, יש גם **כשרות משפטית.** רק אם יש אישיות משפטית יכולה להיות כשרות משפטית. **כשרות כללית** היא כשרות לכל זכות או חובה שמטבע הדברים מתאימה לאותה אישיות משפטית. **כשרות מוגבלת** מכשירה רק לזכויות או חובות שנקבעות במפורש בחוק.

**שותפות**- **66.** (א) שותפות רשומה לפי פקודה זו היא תאגיד, ויכולה לתבוע ולהיתבע בשמה הרשום. כלומר, **שותפות רשומה היא אישיות משפטית(יכולה לתבוע ולהיתבע-בעלת זכות וחובה)**. מהי שותפות רשומה? **4.** שותפות שנתכוננה לשם ניהול עסק, חייבת ברישום לפי הוראות פקודה זו תוך חודש מן היום שנתכוננה; להוציא שותפות בין חקלאים לשם מיזם משותף בקשר עם עיבוד אדמה.

**6.** שותפות החייבת ברישום ולא נרשמה כדין, דינו של כל שותף – קנס 15 לירות לכל יום שבו נמשכת העבירה; אולם אי-רישומה של שותפות לא ישפיע בשיקול אם השותפות קיימת ואם לאו.

**כלומר, השותפות קיימת גם אם היא לא נרשמה, אבל היא משלמת קנס**. האם קיום השותפות קובע בהכרח כי יש לה אישיות משפטית? לא בטוח. **שותפות רשומה בוודאות היא אישיות משפטית, אף יש ספק בנוגע לשותפות לא רשומה.** האם לשותפות שיש לה אישיות משפטית יש כשרות משפטית כללית או מוגבלת? שותפות אינה נישומה לענייני מס(כל שותף משלם בעצמו), ומכאן כי **לשותפות יש כשרות משפטית מוגבלת.**

36. לא הוסכם על תקופה קצובה לקיום השותפות, יוכל כל שותף לסיימה בכל עת במתן הודעה על כוונתו זו לכל שאר השותפים; הוקמה השותפות מלכתחילה בתעודה, תספיק לסיומה הודעה בכתב חתומה ביד המודיע.

41. (א) שותפות תפורק –

(1) אם נתכוננה לתקופה קצובה – בגמר התקופה;

(2) אם נתכוננה לשם עסק אקראי יחידי או קיבולת יחידה – בהסתיים העסק או הקיבולת;

(3) **אם נתכוננה לתקופה לא מסויימת – כשאחד השותפים מודיע לשאר השותפים על כוונתו לפרק את השותפות;**

והכל בכפוף להסכם שבין השותפים.

(ב) פירוקה של שותפות לתקופה לא מסויימת יהיה בתאריך שנקב השותף בהודעתו, ואם לא נקב תאריך – בתאריך שבו נמסרה ההודעה.

**כלומר, די קל לפרק שותפות, כך שהיא לא אישיות משפטית יציבה.**

**פס"ד הומפרט**- זוג מנהל מאפיה ורושמים את הנכס כדיירות מוגנת ע"ש השותפות. כשהם מפרקים את השותפות אחד מהם מקבל את המאפיה, למרות שחוזה השכירות קובע ש"אין להעבירה לאחר". האם אחד השותפים הוא אחר? ביהמ"ש קבע בדעת רוב כי "אחר" הכוונה אדם שהמשכירה לא מכירה, ולכן יש תוקף להעברה. **זוסמן ושטרן** מבקרים זאת: אם היו נכנסים לשותפות שותפים אחרים שהמשכירה לא מכירה והזוג הזה היה יוצא, הרי ברור שהיינו אומרים שזה לא אחר, כי זו אותה שותפות! אי אפשר לאחוז בחבל בשני קצותיו- גם להגיד שאחר הכוונה זר, וגם כשאכן יש זר להגיד שהוא עדיין יכול להיות מוגן. **השותפות(הרשומה) היא בעלת אישיות מלאה ומוחלטת(ובעלת כשרות משפטית מוגבלת).**

**לעומת זאת, חברה היא אישיות משפטית בעלת כשרות משפטית כללית**,כמו אדם. **סעיף 4 לחוק החברות: 4.** חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד.

חברה אפילו עדיפה על בני אדם, כי היא לא יכולה למות. למשל בהקמת מפלגות, גם אם כל מקימיה ימותו, התאגיד עדיין קיים. **קיום חברה אינו מוגדר ותלוי בזמן, בניגוד לשותפות שכל אחד יכול פשוט לפרק אותה.** דוגמה נוספת מהספרות- מספרו של דן כהן- חברה ללא אנשים, ללא עובדים וללא נושים ורק בעל מניות אחד שמוריש את מניותיו לחברה, עדיין תהיה לחברה כזו תוקף משפטי.

**ניהול התאגיד-חברה מול שותפות**

**ניהול שותפות**- ראינו **בסע' 14 לפק' השותפויות** כי **כל שותף הוא גם מנהל.**

**24.** הודיה או מצג של שותף בנוגע לענייני השותפות שנעשו במהלך עסקיה הרגילים, ישמשו ראיה לחובת השותפות.

**כלומר, סעיף 24 קובע כי מצג של שותף(שנעשה במהלך עסקים הרגילים של השותפות) יכול לשמש ראיה נגד השותפות.**

**25.** הודעה בדבר השייך לעסקי השותפות, שנמסרה לאחד השותפים הפועל כרגיל בעסקיה, כוחה יפה כהודעה לשותפות, למעט מרמה שנעשתה בידי אותו שותף או בהסכמתו.

**כלומר, סעיף 25 קובע כי רואים הודעה שניתנה לשותף כאילו ניתנה לשותפות, למעט מרמה שנעשתה בידי אותו שותף או בהסכמתו.**

**ניהול חברה-** ככלל, בעל מניות לא מתערב בענייני ניהול החברה, אך בעל מניות יכול להיות ממונה כנושא משרה. משמעות העובדה כי סמכות הניהול נתונה רק לנושא משרה היא כי לא צריך לברר מי המשקיעים האחרים, אלא רק מי נושאי המשרה. בנוסף, זה מאפשר לאדם שאין לו הרבה כסף לנהל רכוש ולנצל יכולות ניהול.

**פס"ד סלומון-** סוחר נעליים מעביר את העסק מבעלותו לבעלות חברה בבעלותו. הוא מעביר לאשתו ול5 ילדיו 6 מניות מתוך 20,007 מניות שהנפיק. בתמורה, החברה נותנת לו את יתר המניות שערכן הנקוב הוא לירה 1, אג"ח בש"צ בגובה 10K לירות (אותן משכן תמורת K5 לירות), ו-6,000 לירות (שמתוכן K5 שימשו לתשלום לנושים של העסק). הערך הנקוב של המניה לא שווה בהכרח לערכה בשוק. אג"ח הוא מסמך הלוואה סחיר, שלפיו תוחזר ההלוואה ועד אז תשולם ריבית. ערך האג"ח עולה ככל שסיכוי פירעונה גבוה יותר והמועד קרוב יותר. **הערך הנקוב במניה הוא שרירותי וערכה תלוי בשוק. הערך הנקוב באג"ח מבטא את הסכום שבעל האג"ח נתן לחברה.** אם יש פירוק בעל האג"ח הוא נושה של החברה(בניגוד לבעל מניה שיש לו רווח שיורי). לא ידוע אם התשלום לסלומון היה ריאלי או לא, כי לא יודעים מה היה שווי החברה. סלומון הרע את מצב החברה בכך שלקח ממנה כסף מזומן ללא תמורה ממשית, יצר לה חובות בדמות אג"ח ואולי העריך אותה ביותר מכפי ערכה ובכך שלקח ממנה כסף הכניסה אותה לחדל"פ. בכך שסלומון שילם לנושים את החובות האישיים שלו הוא מנע פיקוח חיצוני של הנושים, אשר לא היו מאשרים את המחאת החיובים לחברה. הוא גייס כסף ממשקיעים כנושים לא מובטחים, משכן את האג"ח והכניס את התמורה כמלווה לחברה, כך שעמד בשורה אחת עם המלווים, במקום כבעל מניות המקבל רווח שיורי(הראשון בסדר הפירעון הוא בעל האג"ח). בתחילה ביהמ"ש קבע שהחברה היא שלוחה של סלומון, ולכן אין הפרדה. החברה היא סלומון, הוא לא יכול להיות גם החברה וגם הנושה שלה. **בית הלורדים הפך את הקביעה וקבע כי חברה היא אישיות משפטית נפרדת וסלומון יכול להיות גם נושה וגם בעל מניות.** הנושים המאוחרים(הלא מובטחים) היו צריכים לבדוק את מצבה הכלכלי של החברה ואם יש לה נושים מובטחים, ורעיון אישיות משפטית נפרדת לא יתבטל בגלל חישובם השגוי של נושים מאוחרים אלה.

**פס"ד מקאורה**- אדם העביר את העסק שלו בעצים לתצורה של חברה, אך לא שינה את שם בעל העצים בפוליסת הביטוח נגד שריפות. כשהם נשרפו חברת הביטוח טענה לפי סלומון שבעל הביטוח הוא לא בעל העצים ולהיפך. היינו יכולים להגיד שאולי הוא ביטח רכוש של מישהו אחר, אבל במצב כזה אין לו אינטרס שהעץ לא יישרף. יאפשרו לבטח רק אם האינטרסים של המבטח זהים לאינטרסים של החברה. מסתבר שלאף אחד אין אינטרס זהה לשל החברה. **חברה היא תמיד בעלת אינטרס כלכלי שונה מזה של הבעלים.** **חברה לעולם אינה זהה לבעליה.**

**פס"ד לי**- אדם שהוא בעל מניות, מנהל ועובד יחיד של חברה נהרג בתאונת מטוס. אלמנתו רוצה לקבל פיצוי אבל יודעת שחברת הביטוח תטען שלא מדובר בתאונת עבודה שכן מר לי לא היה עובד אלא מנהל, ולא קיבל הוראות מאף אחד. היא מנסה להשיג פסק דין שלפיו הוא כן היה עובד ומצליחה. ביהמ"ש קובע כי **יש לאדם כשירויות משפטיות שונות כאשר הוא מתפקד בכובעים שונים.**

**פס"ד אחוזת רחמים נ' קריסטל**- רישום של קרקע על שם חברה נעשה בתרמית כלפי הבעלים החוקי. הוא מגלה ודורש שיחזירו לו, אבל כבר התחלפו בעלי המניות והם רכשו בתמורה ובתום לב. ביהמ"ש קובע כי יש אישיות משפטית נפרדת- בעלי המניות אינם בעלי הרכוש של החברה. הם רכשו בתמורה ובתום לב, אך החברה לא. החברה לא זכאית לקרקע, ללא כל קשר לבעלי המניות. **בעלי המניות הם הבעלים של המניות ולא של הקרקע.**

**פס"ד חלקה נ' בני עקיבא-** בני עקיבא פלשו לשטח ולא יכלו לתבוע אותם כי הם לא קיימים, הם לא מוכרים בחוק. זה בעייתי כי אי אפשר לאלץ אותם להפנים סיכונים. זה יכול לפעול לרעתם אם הם רוצים לתבוע.

**פס"ד רוזנצוויג נ' מאפיית רוזנצוויג**- בעל מניות של מאפייה הוא עובד יחיד ונפצע ממכונה. נקבע כי היה אשם תורם ואם העובד הוא גם המתקין של המכונה וגם הנפגע ממנה, הוא לא יפוצה. אם הוא גם עובד וגם מנהל, הרי שהאשם לא תורם, כי מי שגרם לנזק הוא לא מי שנפצע. הוא רוצה פיצוי על תאונת עבודה מהמדינה כי אין על זה מס. ביהמ"ש קבע שהתקין כעובד ונפגע כעובד ולכן יש אשם תורם של 100%. **כלומר, לא רק שהחברה ובעליה הם בעלי אישיות משפטית שונה, אלא גם לאותה אישיות משפטית (שהיא אדם) יש כשירויות משפטיות שונות.**

**עיקרון הפומביות**

עיקרון הפומביות נועד לכך שצדדים שנפגעו מהאחריות המוגבלת יוכלו לשקול התקשרות עם החברה על סמך מידע אמיתי. **תאגיד צריך להיות נראה(קיים ומוכר) ושקוף מבחינת תכניו**. שותפות צריכה להירשם, וחברה צריכה להגיש דוחות(עם הקמתה כדי ללמד על זהותה, נכסיה, מטרותיה וכו', דוחות עדכון תקופתיים ודוח על כל שינוי מהותי, דוחות גילוי בפירוק). **עיקרון הפומביות מוזיל עלויות בירור מצד הגורמים המתקשרים עם החברה ומוסיף עלויות לתאגיד המגלה.**

**זווית כלכלית לאחריות המוגבלת**

**לפי פרנק איסטרבורק ודן פישל, מטרת האחריות המוגבלת היא הפחתת עלויות פיקוח**. כיוון שבחברה נפגשים אינטרסים שונים, היינו מצפים לעלויות פיקוח גבוהות של כל הצדדים, כי אם אני שותף של אחרים אני רוצה לפקח עליהם. ואם אני משקיע בחברה אני רוצה לפקח עליה. **האחריות המוגבלת יוצרת מצב בו** **גובה הסיכון= עלות המניה.** מלווים שולטים בסיכון כי הם שולטים בסכום ההלוואה, כנ"ל לגבי ספקים ובעלי מניות. הגיוני להעביר את הסיכון לבנקים ולנושים, כי יש להם יכולת פיקוח גבוהה. אפשר לבזר סיכונים, כי סיכון שישפיע על חברה אחת לא ישפיע על חברה אחרת. כך לא נדרש פיקוח קיצוני. אין משמעות להון העצמי של כל משקיע, וזה מאפשר שוק מניות מסודר. הבורסה פועלת כמפקח שוקי, לא צריך ניהול, השוק מנהל את עצמו. אם חברה לא מתנהלת כראוי, ערך המניה שלה ירד. כשהוא ירד מספיק יבוא מישהו ויקנה דבוקת שליטה(כמו תשובה), ישקם את החברה ויעלה את ערך המניה. אם הוא לא יצליח לשקם מישהו אחר יקנה וכך הלאה. השליטה תישאר בידי המשתמש האופטימלי. השוק תלוי ברעיון האחריות המוגבלת והוא זה שמביא לפיקוח שחוסך עלויות מבעלי מניות. אולי במקום רעיון האחריות המוגבלת אפשר להשתמש ברעיון של ביטוח? הדבר לא קורה בפועל, שכן אי **אפשר להעריך מראש את הסיכון בנוגע לביטוח עסקי**(בניגוד לבריאות ונכסים להם יש גג לסיכון). חברת הביטוח תבקש להגן על עצמה באמצעות פרמיה גבוהה מאוד. בנוסף, הדבר יעודד החצנת סיכונים כי אם החברה לא מתפרקת, המנהלים הופכים לאוהבי סיכון, אין להם הפסדים.

**תורת האורגנים**

אם למישהו יש אחריות מוגבלת ופוטנציאל רווח בלתי מוגבל, יש לו אינטרס להחצין סיכונים. מבחינה כלכלית זה לא יעיל. איך אפשר להטיל חובה על החברה כדי למנוע החצנה? במאה ה19 קבעו שבין חברה לנציגיה מתקיימים **יחסי שליחות** ומכוחם ניתן לחייב את החברה(כי לה עצמה אין שיקול דעת, כוונה, תודעה וכו'). **זו עמדה בעייתית, כי לא ניתן להטיל אחריות פלילית בדיני שליחות ויש גם נושאים שאפשר להטיל בגינם רק אחריות אישית.** האם החברה תהיה פטורה בכל הנושאים האלו?

**בפס"ד לנרד** בעל אוניה שתה יותר מדי והתנגש באוניה אחרת. הספינה הייתה בבעלות חברה והחוק קובע כי צריכה להיות אחריות ישירה, אך ספינה לא יכולה לשאת בנזק, ולכן בית הלורדים מפתח את **תורת האורגנים- פעולות, מעשים, כוונות, מחשבות של מי שהוא בכיר מספיק בחברה, ייוחסו לחברה באופן אישי, כאילו גובשו על ידה.** כדי להחיל את הכלל, המבצע צריך להיות אורגן. בספרות ישנם **שני קריטריונים להגדרת אורגן:** 1. **קריטריון היררכיוני**- האורגן חייב להיות חלק מהחברה(ולא קבלן). מותחים קו בהיררכיה- כל מי שמעליו הוא אורגן ומתחתיו לא. זה בעייתי כי זה מחייב את החברה בכל מעשה של האורגן, בלי קשר לטיב המעשה. צריך לבחון את המבחן הבא. 2. **קריטריון פונקציונאלי-תפקודי**- צריכה להיות פונקציה של החברה, ולא רק לטובת החברה, ושהיא בת ייחוס. ההגדרה לבת ייחוס מופיעה **בסע' 46 לפק' השותפויות: 46**. האורגנים של החברה הם האסיפה הכללית, הדירקטוריון, המנהל הכללי וכל מי שעל פי דין, או מכוח התקנון רואים את פעולתו בעניין פלוני כפעולת החברה לאותו עניין. **המבחן הפונקציונאלי הוא זה שהתקבל.**

**בגלל שבפועל רק המנכ"ל פעיל באמת, הוא יכול להאציל סמכויות ולהימלט מאחריות. לכן קבעו שאורגן הוא כל מי שמכוח דין או ע"פ התקנון פעולתו יכולה להיחשב לפעולת החברה.**

**47.** פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה.

**סע' 54** קובע כי עצם הטלת האחריות על החברה אינה פוטרת את האורגן המבצע, שחייב באחריות, **ולכן ניתן לתבוע גם את החברה וגם האורגן.**

**אחריות פלילית של תאגידים**

**פס"ד שפאר**- אדם ניהל משרד עו"ד כשותפות. הרכב של השותפות חנה ברכב אסור, ושוטר נתן לו דו"ח. שפאר טען בביהמ"ש שאין שליח לעבירה, ולכן לשותפות(שלא יכולה לחוב כשולחת) אין אחריות ולא צריכה לשלם את הדו"ח. היא לא יכולה לחוב בפלילים, ואי אפשר לחייב אדם ספציפי כי לא יודעים מי חנה. ביהמ"ש לא מצא עילה חוקית לחייב את השותפות, אך הטיל אחריות בכל זאת. מאוחר יותר היה פס"ד שקבע שאי אפשר להטיל אחריות. **המחוקק הגיב והחיל את התורה האורגנית לפיה אפשר לחייב את התאגיד בלי קשר לדיני השליחות.**

**בעיית הנציג**

**הפרדיגמה החוזית**

**הפרדיגמה המובילה להגדרת החברה היא** **הפרדיגמה החוזית, לפיה צדדים שונים לחוזים מתחברים דרך החברה, שמאזנת את האינטרסים השונים שלהם**. אין יחסי כוח, כולם שווים ורצוניים והכללים מוכתבים ע"י השחקנים. לפי גישה זו אין צורך אמיתי בחוק מעבר לחסכון בעלויות עסקה. **יש 4 סוגי חוזים**: 1. חוזים ממשיים הנובעים ממו"מ, הצדדים קובעים את התנאים יחד(חוזה העסקה למנכ"ל). 2. חוזים בהם צד אחד שולט בתנאים באופן מעשי והצד השני בוחר להתקשר(חוזי מניה).

3. חוזים שמוכתבים ע"י תנאי השוק(חוזי עבודה).

4. חוזה מסוג חוק דיספוזיטיבי הניתן להתניה. נורמה מרשה.

ההנחה היא כי חברה פשוט משקפת את האינטרסים של כל השחקנים בה, והיא תפעל באופן אופטימלי כי אחרת הצדדים יתקשרו עם חברה אחרת. אנשים יעדיפו להתקשר עם חברה בה נושאי המשרה מתפקדים כראוי ונושאים באחריות וכו'.

**ביקורות: 1. רציונאליות**- אנשים לא תמיד מקבלים החלטות רק משיקולים רציונאליים. 2. **זרימת מידע**- בפועל אין באמת מידע מלא בזמן אמת, ואין שוויון במידע(לנושאי משרה יש יותר מידע מאשר לבעלי המניות). 3. **שוק יעיל**- בפועל השווקים לא יעילים, כי אין שוויון במידע בזמן אמת. 4. **חופש החוזים**- לא כל אחד יכול להגן על עצמו.

**הדין הישראלי בכל זאת מתבסס על הפרדיגמה החוזית** שדורשת צפייה מראש של כל נזק על מנת להתגונן מפניו. היחידים שיכולים להגן על עצמם בדיעבד הם בעלי המניות בעלי האינטרס השיורי, המוגנים ע"י דיני התאגידים.

**בעיית הנציג**

לכל אחד מהשחקנים יש אינטרסים שונים. בעלי מניות הם אוהבי סיכונים ובעלי יכולות ביזור, לעומת עובדים שהם שונאי סיכון ובד"כ יש להם רק עבודה אחת. נושים יכולים לבזר, אך תביעתם אינה שיורית. גם לבעלי מניות אינטרסים שונים(מי שקונה ומיד מוכר הוא שונא סיכון בעוד מי שמשקיע לטווח ארוך אוהב סיכון). יש גם פערי מידע, לנושא משרה יש יותר מידע מעובד, לעובד יותר מבעל מניות, לבעל מניות יותר מנושה, לנושים בלתי רצוניים אין בכלל. **סיבת קיומם האחת העיקרית של דיני התאגידים היא השאלה איך לאפשר לכל בעלי האינטרסים השונים לחיות בשלום, ועם כמה שפחות עלויות פיקוח.**

1. **יחסים בין בעלי מניות לנושאי משרה**- בעל מניות אוהב סיכון ונושא משרה שונא סיכון(כי מטרתו היא לשרוד בקריירה). נושא משרה יכול לנצל את החברה למטרות אישיות כמו חתימת עסקה מול עצמו. נושא המשרה גם יכול לרצות להגדיל את החברה(ובכך את מחיר המניה) כדי להשיג הערכה אישית, אבל זה יפגע ביכולת ביזור הסיכונים של בעלי המניות.

2. **יחסים בין בעלי מניות לבין עצמם**- בעל מניות שליטה יכול לקחת החלטות שלא טובות לבעלי מניות מיעוט(למשל חלוקת דיווידנדים בחובות כאשר בעלי המיעוט משלמים מס והשליטה לא). ככל שקיים פער בין השליטה לבעלות(אחוזי המניות) כך ניגוד האינטרסים גדל. בארה"ב למשל היחס הוא בדרך כלל 20% לבעל השליטה ו80% לשאר, אבל הם לא מצליחים להתאחד. בארץ יש מבנה קונצרני שבו הטייקונים שולטים בלעדית בחברת אם ששולטת ב50% ממניות חברות בת וכן הלאה, כך שככל שיורדים בשרשרת יש פחות בעלות אבל אותה שליטה(האם שולטת בבת ששולטת בנכדה וכן הלאה)-זה נקרא **אשכול חברות.**

3. **אנשי פנים בחברה מול בעלי תביעות חיצוניות**- בעלי המניות אוהבי סיכון והספקים שונאי סיכון. גם מול העובדים יש ניצול תמידי שלהם שנובע מהתקווה שלהם להתקדם למרות שידוע שלא כולם יתקדמו. החברה יכולה אפילו לפעול בניגוד לאינטרסים של הצרכנים אלא אם כן התחייבה אחרת. יכול להיות ניגוד עניינים בין בעלי מניות למחזיקי אג"ח, כמו **במקרה נביסקו**, שם העלו את ערך המניות באמצעות הלוואות גישור ענקיות, וזה הביא לחובות שהורידו את ערך האג"ח. ביהמ"ש קבע שבעלי האג"ח היו צריכים להגן על עצמם לכתחילה בחוזה.

**יש יותר הגנה לבעלי המניות כי יש להם שליטה במהלך העניינים, הרווח שלהם מושפע מרווחי החברה, בעוד רווח האחרים בלתי תלוי ברווחי החברה.** נשאלת השאלה אם בעלי המניות יכולים להגן על אחרים.

**פתרונות חוזיים לבעיית הנציג**

**תקנון החברה**- החוזה הקונסטיטוציוני של החברה הוא התקנון. לפני החוק החדש(99) היה גם תזכיר וגם תקנון. התזכיר היה מסמך יסודי יותר וקשה יותר לשינוי(רוב של 75% כדי לשנות תניות מנדטוריות, ולא יכלו לשנות תניות וולונטריות כלל), ולכן הוא היה קצר והכיל את שם החברה, מטרותיה, הונה ומעט פרטים נוספים. היה קשה לשנות מה שנכתב בתזכיר מהתפיסה כי מניה היא קניינו של הקונה אותה וגם כי צדדים שלישיים תלויים במניות אלה.

התקנון היה ארוך בהרבה וכלל הרבה פרטים. הבינו שהגישה הקניינית לא רלוונטית והקלו בתנאי שינוי התקנון באמצעות רוב של 3/4(**כיום כבר ברוב של 51%)**. יש חברות שעובדות לפי המשטר הישן, אך היום כלל לא חייבים תזכיר. **סעיף 15 לחוק החברות** קובע כי חברה צריכה תקנון כדי להירשם, **וסע' 1** מגדיר כי תקנון הוא מה שהוגש לרשם כתקנון. סע' 18 לחוק החברות- דברים שחובה לכלול בתקנון:

**18.** תקנון החברה יכלול את הפרטים האלה:

(1) שם החברה;

(2) מטרות החברה;

(3) פרטים בדבר הון המניות הרשום כאמור בסעיפים 33 ו-34;

(4) פרטים בדבר הגבלת האחריות, כאמור בסעיף 35.

(1) **שם החברה**- לא יכול להיות מטעה, לחלל את הקודש וכו'.

(2) **מטרות החברה**- לכאורה קביעת המטרות מראש פוגעת בחופש העיסוק, אך קבעו שלא הוגן שאדם יבחר להשקיע לפי המטרות ופתאום ישנו לו אותן מתחת לאף**(פס"ד אלביט מערכות**). החוק החדש התמודד עם מתח זה: **32 .** חברה תציין את מטרותיה בתקנונה על ידי קביעה של אחת ממטרות אלה:

(1) לעסוק בכל עיסוק חוקי;

(2) לעסוק בכל עיסוק חוקי למעט בסוגי עיסוקים שפורטו בתקנון;

(3) לעסוק בסוגי עיסוקים שפורטו בתקנון.

**כלומר, מותר לעסוק בכל עיסוק חוקי. הרעיון הוא פיקוח של השוק, כל אחד יכול לבחור אם להשקיע בחברה שהמטרות שלה לא מוגדרות.**

(3) **הון המניות הרשום**- **הון רשום** הוא סך ערכן של כל המניות המונפקות. לא בטוח שזה ערך המניות בשוק, אך זה הערך שהחברה קיבלה תמורתן. **הון נקוב** הוא הסכום תמורתו החברה מוכרת כל מניה. **הון נפרע** הוא הסכום ששילמו בפועל, אולי עוד יש חוב.

**35**. **(ב)** היו מניות החברה בעלות ערך נקוב, אחראים בעלי המניות לפרעון הערך הנקוב לפחות, אלא אם כן נתקיים האמור בסעיף 304.

סע' 35(ב) לחוק החברות **קובע כי הערך הנקוב= גובה האחריות של בעל מניה.**

**34.**  (א) מניות החברה יכול שיהיו כולן בעלות ערך נקוב או כולן ללא ערך נקוב.

(ב) היו מניות החברה ללא ערך נקוב יצוין בתקנון מספרן בלבד; היו מניות החברה בעלות ערך נקוב, יצוין בתקנון, נוסף על מספרן, גם ערכה הנקוב של כל מניה.

**אם אין ערך נקוב לכל מניה (האחריות לא קבועה מראש) צריך לציין כמה מניות מנפיקים. זו שוב דרך פיקוח של השוק, כל אחד יודע למה הוא נכנס.**

(4) **סוג האחריות-** האם סוג האחריות בחברה מוגבלת, מוגבלת בערבות וכו'.

**35.** (**א)** אחריות בעלי המניות לחובות החברה יכול שתהיה לא מוגבלת, והדבר יצוין בתקנון; הייתה אחריות בעלי המניות מוגבלת, יפורט אופן ההגבלה בתקנון.

**חובה לקבוע מה גובה האחריות של בעל מניות.**

סע' 19 לחוק החברות- דברים שניתן לכלול בתקנון:

**19.** חברה רשאית לכלול בתקנון נושאים הנוגעים לחברה או לבעלי מניותיה, ובכלל זה:

(1) הזכויות והחובות של בעלי המניות ושל החברה;

(2) הוראות לעניין דרכי ניהול החברה ומספר הדירקטורים;

(3) כל נושא אחר שבעלי המניות ראו לנכון להסדירו בתקנון.

**כלומר, אין בתקנון מקום לנושאים הקשורים לעובדים, ספקים וכו'(בעיית הנציג-מישור שלישי).** הרשימה אינה סגורה וממצה. אפשר למשל לכלול תניות בנוגע לאופן העברת המניות כדי למנוע השתלטות עוינת וכו'.

**20.** (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.

**כיום אפשר לשנות את התקנון ברוב של 50%, ואם רוצים אפשר ברוב רגיל להקשיח את אופן השינוי כך שיידרש רוב גדול יותר.**

**22.**  (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.

**האם תקנון הוא חוזה?**

**סע' 23 לפק' החברות** **מתייחס לתקנון כאילו הוא חוזה מחייב:**

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

אם התקנון הוא חוזה, אז החברה היא צד לו, אבל היא תלויה בו כדי לקבל זכויות משפטיות אז נקבע **בסע' 17 לחוק החברות** שדינו כ"דין חוזה": **17.** (א) **דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם.**

**פס"ד היקמן** קובע כי **היכולת לקבוע הסדרים בתקנון ניתנת רק לגבי אותן זכויות וחובות העומדות בקריטריון של זכות או חובה בכשירות כחבר.** אם יש מישהו שהוא בעל מניות וגם רוצה שהחברה תעסיק אותו כרואה חשבון למשל, הוא לא יכולה כי ההעסקה היא כשהוא בכשירות רואה חשבון(זר) ולא כבעל מניות(חבר). מצד שני, יכול להיות מצב שנראה ככשירות של זר, אבל בפועל זו כשירות כחבר, כמו במקרה החלבנים, שם נחשבו לספקים לכאורה, אך החברה הוקמה לצורך זה בדיוק, אז מדובר בשירות כחבר. נניח שבכל זאת הגיעה לתקנון תניה שהיא לא בכשירות כחבר, היא לא יכולה לשמש ליצירת זכות, אך יכולה לשמש הוכחה לקיום הזכות(כלומר, אי אפשר להגיד "חובה עליכם כי זה בתקנון", אבל אפשר להגיד "התחייבתם לי בע"פ ואפשר להוכיח את זה כי זה כתוב בתקנון!"). במצב כזה גם אם משנים את התקנון הזכות לא נעלמת, כי המקור שלה לא היה בתקנון. **יש** **להתחשב באופי של החברה לשם קביעה איזו זכות ואיזו חובה מהווה כשירות של חבר**. **צריך לשים לב- האם הזכות היא בכשירות כחבר או כזר? ישנם מצבים בהם זכות כשירות כזר נותנת עדיפות על זכות כשירות כחבר**.

**סעיף 34 לחוק החברות** מאפשר לעשות חוזה לטובת צד שלישי. במצב כזה, יש נפקות כאילו היה בכשירות כחבר, ואפילו ממלא את דרישת הכתב.

**התקנון כחוזה נותן פתרון לבעיית הנציג במישור הראשון (בעלי מניות מול נושאי משרה) והשני (בעלי מניות מול בעלי מניות), אבל לא השלישי (בין החברה לעולם).**

**קרן הגמלאות של אגד נ' יעקב ואח'**- האם תקנון יכול להיות חוזה אחיד ובו תנאי מקפח? אנגלרד: כן. טירקל: לא חוזה אחיד אלא רגיל, אבל אפשר לבטל תניה בגלל תקנת הציבור. מאוטנר מסכים עם טירקל וחושב שצריך לתת חופש פעולה גדול ככל האפשר לצדדים. חושב שמגנים מדי על בעלי המניות.

**חוזה המניה**

**פס"ד ברדיגו-** נתנו לברדיגו יותר מניות הצבעה מכל השאר וקבעו שיפקעו עם מותו כי האמון בו היה אישי. כשמת, היורשות טענו שהסכמתן לכך בטלה לפי **סע' 8 לחוק הירושה** שאוסר על ויתור ירושתו של אדם כשהמוריש עדיין בחיים. האם תניה בדבר פקיעת המניה היא קביעה בנוגע לירושה או הגדרת אופי המניה? השאלה היא האם **מניה מקנה זכות קניינית-רכושית או זכות חיובית-אישית. אם הזכות קניינית הרי שזו לא יכולה להשתנות בחוזה(תקנון), ואילו זכות חוזית כן יכולה, ויכול שתהיה מוגבלת לחיי המחזיק בה. שמגר**- זכות קניינית-רכושית(למרות שאין זכות קניינית בנכסי החברה). **בן פורת בדעת מיעוט** אומרת שבפועל המניות עוברות בכך שלשאר המחזיקים יש אחוז גדול יותר עם פקיעתן, ולכן מדובר בויתור על ירושה. **ברק** אומר שיש לפרש את סע' 8 כך שהסכמה תהיה בטלה אם זה נאמר בלשון החוזה, אך לא אם זו רק התוצאה, כי זה יוצר סעיף יותר מדי פטרנליסטי שלא מאפשר חופש לצדדים. הזכות היא רכושית-אישית, כלומר היא רכוש שיכולים להגביל לאדם ספציפי. **מניה היא אגד זכויות רכושיות אישיות (ערבוב של קנייניות-רכושיות וחיוביות-אישיות). פרופ' פנינגטון חולק על גאוור, וסבור כי למניה יש רק אופי חוזי והיא מעניקה לבעליה הקנייני רק זכויות חוזיות בחברה- שטרן מסכים עמו.**

**ביקורת**: נוצר מצב בו מוות של כל בעל מניות יביא לפקיעתן ולהגדלת השפעת יתר בעלי המניות. היה **עדיף לקבוע שעם מות המחזיק המניות משתנות למניות מסוג אחר כך שאי אפשר להצביע או בכדי לתת יותר כוח לבעל מניות ספציפי אפשר לתת לו ייפוי כוח וכך לא להתעסק בתקנון.**

**הרמת מסך**

**הרמת מסך היא חדירה בעד ההפרדה בין בעל המניות לחברה כך שהוא ישלם מעבר לאחריות המוגבלת.** 1. **דגם קלאסי**- במצב רגיל נושה פועל מול החברה, אך בהרמת מסך נושה גובה מבעל המניות במקום מהחברה.

2. **דגם הקונצרן**- יכול לפרוע מהחברה הקודמת בפירמידה, אבל כדי להתקדם עוד צריך הרמות מסך נוספות. כלומר, ככל שנושה של חברה יותר נמוכה, כך יורד הסיכוי להגיע לבעל הקונצרן שבראש. זו הסיבה שחברות ימקמו עסקים מסוכנים בתחתית הפירמידה(אפשר למנף רווחים כלפי מעלה).

3. **חברות אחיות**- מספר תנאים למבנה כזה: א. שתי חברות ולהן אותם בעלי המניות בדיוק. ב. אחוזי ההחזקות של כל בעלי המניות זהה בשתי החברות. ג. נדרש הסכם מחייב שמונע שינוי(אי אפשר לשנות את היחס או למכור מניות רק בחברה אחת). במצב כזה נושה יגבה מבעל המניות, אבל לא מהאחות, כי אין קשר ביניהן. **כך תמיד מצילים חברה אחת, אך רק במקרה קיצון שהחוב יעלה על ערכן של 2 החברות האחיות, אז הנושה יוכל לקחת את כל המניות של החברה האחות בנוסף לחברה הראשונה שלא הספיקה לפרעון ואז הוא יוכל לפרק את החברה האחות ולקבל את נכסיה- אבל זה רק במקרים חריגים במיוחד!**

בעבר הרמת המסך הייתה מטעמי ענישה **והיום היא מטעמי תועלתנות**. החוק החדש מ99 מראה את השינוי הזה **בסעיף 6**.

**העילות להרמת מסך לפי הפסיקה:**

**הפרת החוק(היום לא התקבלה בסופו של דבר כעילה להרמת מסך)-** כאשר מטרת החברה היא לכתחילה או בדיעבד, לעקוף את החוק או להפר אותו. **בפס"ד האפוטרופוס הכללי נ' הויזמן** רצו לעקוף את חוק מס שבח והקימו לשם כך חברה. את התמורה על הקרקע שילם הרוכש למוכר הרמאי, במקום לשלם לחברה על רכישת המניות. **בן פורת** קבעה כי יש להרים מסך כי עקפו חוק, ולכן יש לייחס לחברה את התמורה ששילם בעל המניות. יכלו גם לייחס לו את העדר התמורה של החברה תמורת הקרקע. במקרה זה הרמת המסך פועלת לטובת בעלי המניות. **בפס"ד סולקין נ' גינדי** **זוסמן** קבע שלא ניתן לעקל רכוש של החברה בשל חוב של בעל מניות, למרות שהחברה הוקמה כדי להתחמק ממס שבח. הוא בעצם מבטל את קביעת בן פורת, **וקובע בהתאם לפס"ד אחוזת רחמים כי מסך ההתאגדות לא יורם.** אם כל פעם יצטרכו לברר אם החברה ניסתה לעקוף חוקים זה לא יהיה יעיל, ולכן עדיף שהמחוקק יסתום פרצות בחוק. **אין די בשימוש הקיום הנפרד של החברה כדרך לעקוף חוק כדי להרים מסך.**

**עקיפה של התחייבות חוזית(היום כבר לא התקבלה)- פס"ד גילפורד**- חוזה העסקה אוסר תחרות, אז העובד הקים חברה מתחרה. שוב, צריך לסתום פרצות ע"י חקיקה, ואין להרים מסך. הדבר יוצר עלויות עסקה גדולות מדי, ולכן אם מוצאים פרצה בחוק מותר לנצל אותה. **פעם היו מרימים מסך אם הייתה עקיפה של התחייבות חוזית, אבל היום לא.**

**עירוב נכסים(התקבלה)-** את **פס"ד הויזמן** יכלו לפתור באמירה כי הרוכש שילם לבעל המניות הקודם ולא לחברה, הוא עירב נכסים. עירוב נכסים הוא **מצב בו בעלי המניות לא מכבדים את האישיות הנפרדת של החברה ומערבים בין נכסיהם לנכסיה.** היתרון של מסך ההתאגדות הוא בכך שהוא מאפשר לצדדים לעסקה להעריך את הסיכויים והסיכונים שלהם כראוי. יתרון זה לא מתקיים במצב של עירוב נכסים, ולכן יש להרים את מסך ההתאגדות.

**מרמה/תרמית/הונאה(התקבלה**)- **זו העילה החזקה ביותר להרמת מסך.** אם החברה משקרת ויוצרת מצג שווא(בנוגע לנכסיה או לחובותיה), זה מגדיל את עלויות העסקה עבור המתקשרים. יותר יעיל לומר את האמת, וללא הרמת מסך יהיה בכך עידוד לשקר. לא רוצים לעודד החצנות של עלויות כלפי העולם. **פס"ד וולקובסקי**- בעלים של 20 מוניות יצר 10 חברות אחיות שלכל אחת 2 מוניות. הנפגע תבע את חברת הביטוח, אך הפיצוי לא כיסה את הנזק. לאחר מכן תבע את החברה המזיקה ועדיין לא כוסה הנזק. לכן ניסה לתבוע הרמת מסך, כך שיתבע את בעל החברה. ביהמ"ש קבע כי החלוקה הייתה ביזור סיכונים ולא תרמית, ולכן אין הרמת מסך. אין סיבה שהניזוק ירוויח מכך שלמזיק יש עוד חברות.

**מימון דק(התקבל)-** מימון דק פירושו כשרמת ההשקעה ההונית של בעלי המניות נמוכה באופן בלתי סביר ביחס לסיכונים. **פס"ד מינטון**- כל נכסי החברה(בריכה) היו שכורים וההשקעה של בעל המניות הייתה רק 10 דולרים. נקבע כי זה יחס בלתי סביר בין הסיכון שהחברה מחצינה לסיכון שבעל המניות לוקח על עצמו, וזה מצדיק הרמת מסך. דוגמה נוספת היא הקמת חברת צניחה עם מצנח רחיפה אחד בלבד. גם פה מדובר במימון דק. את **פס"ד וולקובסקי** היה ניתן לפתור באמצעות קביעה שהיה מימון דק. רוצים למנוע מצבים של החצנת סיכון, ונרצה לשדר לבעל המניות שתהיה עלות לסיכון מבחינתו.

אין יחס קבוע מראש, אלא קובעים בכל מקרה לגופו אם היחס סביר או לא. לדעת שטרן נכון להבחין בין אדם שבחר להתקשר עם החברה ויכול היה לעשות בירור בנוגע ליכולת הפירעון שלה, לבין מתקשר בלתי רצוני. **ככל שיהיה פחות רצוני(הנושה היה פחות בעל יכולת בירור), כך יטו יותר להרמת מסך. פס"ד קוסטלו-** 3 שותפים הקימו שותפות אינסטלציה. רצו להפוך את השותפות לחברה, קנו את המניות בסכום קטן ואת יתר הסכום העבירו לחברה כהלוואת בעלים. החברה לוותה כספים מנושים מאוחרים, ונקלעה לקשיים שהובילו לפירוק. בעלי המניות טוענים כי גם הם נושים וגם להם מגיע פיצוי. הנושים המאוחרים טענו כי בעלי המניות השקיעו בנושים לא מובטחים אחוז מזערי מתוך הסכום שהחברה הייתה צריכה. **ביהמ"ש קבע כי הנושים המאוחרים צודקים ומדובר פה במימון דק, למרות שלא הייתה תרמית. לדעת שטרן, הנושים המאוחרים יכלו לברר, ולכן לא מדובר במימון דק.** **3 דרכים להגיע למצב של מימון דק:** 1. כשבעל החברה משקיע מעט כסף בחברה לכתחילה(כמו המצנח). 2. שבעל המניות משקיע מספיק כסף, אבל רק אחוז קטן כמניות והשאר בהלוואה כך שנוצר חוב. זה מעודד את הבעלים להסתכן, כי הוא יודע שייפרע כנושה. 3. בתחילה המימון היה סביר, אך עם הזמן הפער בין המימון לסיכון גדל עד שנהיה בלתי סביר. צריך לשים לב גם במהלך חיי החברה למאזן, ולא רק בהתחלה, ולעודד השקעה נוספת בקניית מניות אם יש צורך.

גם אם לחברה יש רווחים משלה שמביאים ליחס סביר בין הונה לסיכון, ניתן לקבוע כי מדובר במימון דק אם הכסף לא הגיע מהשקעה של בעלי המניות, כי מרווח אפשר לקבל דיווידנד ומהון נכנס אי אפשר.

**העילה הקונצרנית(אפשרית, אך לא קיימת כרגע**)- חברה יכולה לרכוש חברה אחרת ולהתמזג איתה או להיות חברת אם שלה(אם בעל המניות רוכש עוד חברה, מדובר בחברת אחות, לא בחברת בת). **יש כמה סיבות לא להתמזג**: 1. לא רוצים לבזבז מוניטין טוב של החברה הנרכשת. 2. מפחדים מחובות לא ידועים ורוצים לשמור על הפרדה. 3. בחינה של תחום חדש באמצעות רכישת חברה שעוסקת בתחום. 4. ניהול יעיל יותר כשיש הנהלה נפרדת לכל תחום. 5. שיקולי מס או התחמקות מרגולציות למיניהן. **פס"ד DHN-** חברת אם שבבעלותה המלאה חברת בת. חברת הבת בעלים של השטח, והאם של העסק שעליו. הפקיעו את הקרקע וטענו כי מפצים רק את מי שהקרקע שלו, כך שאין פיצוי על העסק, כי הוא לא שייך לבעלים של הקרקע. האם יש עילה להרים מסך כך שיפצו את האם, מעצם העובדה כי מדובר בקונצרן? **הלורד דנינג** קבע שאין להרים את המסך, כי מדובר במצב בו הבעלים בקרקע למעשה הוא האם והיא זו הזכאית לכל הפיצוי, גם על הקרקע וגם על הנכס. **הלורד גולף** אומר שחברת הבת היא מעין נאמנות של חברת האם, ולכן הנהנה הוא האם, והיא זו שזכאית לפיצוי. שוב, אין הרמת מסך. **הלורד שו** אומר שיש זהות אינטרסים ולכן יש לפצות את האם**,** וזה כבר כמו הרמת מסך.הרעיון הוא שהחברות היו יכולות להתאחד ולא נכון לפגוע בהן רק כי לא מימשו את היכולת הזו. כביכול נוצרה עילה חדשה. **בארה"ב אמרו שאפשר להרים מסך בגלל העילה הזו, מכמה סיבות:** **א.** **טיעון כלכלי-** אפשר לסחור בקונצרנים במקום בחברות, כך שנשמר היתרון של ביזור ואנונימיות. גם אם המסך בין חברת האם לבת רעוע יותר, אם סוחרים במניות של הקונצרן, המסר בין בעל המניות לחברה נשמר, למרות העילה החדשה. **ב. לקיחת סיכונים**- בניגוד לאיזון האינטרסים שיש בדרך כלל בין אהבת הסיכון של בעלי המניות לבין שנאת הסיכון של המנהלים, המנהלים רואים עצמם כחלק מהקונצרן ולכן יהיו מוכנים לסכן את החברה כדי לרצות את בעלי המניות כך שיקבלו משרה אחרת בקונצרן. זה יותר החצנת סיכון**. ג. ביזור סיכון של החברה**- רוצים למנוע מצב בו ימקמו עסק מסוכן בתחתית הפירמידה בלי סנקציה.

**בפס"ד פולגת תעשיות** נקבע כי יש הצדקה מוסרית-מצפונית להרים מסך, אך אין עילה חוץ מעילת הקונצרן. **אלשייך** קובעת שהמחוקק הוא זה שצריך לקבוע את העילה הזו. בניגוד לפעם, אולי היום כבר אפשר לטעון עילה זו בנסיבות מסוימות.

**יחסי השליחות(התקבלה למרות הביקורת)-** יש נטייה בפסיקה לקרוא יחסי שליחות מתוך הקשר בין בעל המניות לחברה, ולהגיד שהחברה שלוחה של בעל המניות ולכן הוא חב במעשיה. זה בעייתי משום שזה סותר את רעיון האישיות המשפטית הנפרדת לפיו לחברה יש אינטרסים ורצון משל עצמה. למרות הביקורת, זה עולה בפסיקה כמו **בFG film** הייתה חברת סרטים שרצתה ליצור סרטים באנגליה מטעמי מס, אבל נקבע כי יוצר הסרט(החברה) אינו אזרח בריטי כי החברה באנגליה היא שלוחה של החברה בארה"ב. אם עושים חוזה שליחות ממש, אז עדיף ליצור שותפות. שנית, **אין ליצור מערכות יחסים שגם אם אין בהם חוזה מפורש עלולות להתפרש כשליחות,כלומר לא ישתמעו יחסי שליחות ממערכות יחסים.**

**הרמת מסך מדומה**

**יש אפשרות ללמוד על זהות החברה מתוך זהות בעליה.** לא מטילים אחריות על אף אחד, רק משליכים מזהות הבעלים לזהות החברה. **בפס"ד דיימלר** קבעו שחברה שבעליה גרמנים תיחשב חברה גרמנית, למרות שיושבת באנגליה, ולכן לא תוכל לתבוע(כי גרמניה הייתה אויב). **בפס"ד דבירס** קבעו שמקום מושבה של חברה שעיסוקה בכריית יהלומים מאפריקה יחשב באנגליה כי בעלי המניות אנגלים. **סעיף 6 לחוק החברות** מדבר על הרמת מסך:

**6.** (א) (1) בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן, במקרים החריגים שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באחד מאלה: (א) באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה;

(ב) באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה,

ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו-193 ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.

(2) לעניין סעיף קטן זה, יראו אדם כמודע לשימוש כאמור בפסקה (1)(א) או (ב) גם אם חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות, שגרמו לשימוש כאמור, אך נמנע מלבררן, למעט אם נהג ברשלנות בלבד.

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

(ג) בית משפט רשאי להשעות זכותו של בעל מניה לפירעון חובו מאת החברה עד לאחר שהחברה פרעה במלואן את כל התחייבויותיה כלפי נושים אחרים של החברה, אם מצא כי התקיימו התנאים לייחוס חוב של החברה לבעל המניה כאמור בסעיף קטן (א).

**ישנם 3 תנאים מקדמיים לעילות כדי להרים מסך:**

1. צודק לעשות כן בנסיבות העניין.

2. נכון לעשות כן בנסיבות העניין- לא ברור מה ההבדל בינו לבין הראשון. לדעת **שטרן** צריך להיות כתוב "אם בנסיבות העניין *יעיל* לעשות כן".

3. צריך לעמוד באחד משני המצבים החריגים: א) **הונאה של אדם/קיפוח של נושה**. **אדם אסור רק להונות, אבל נושה אסור להונות או לקפח. קיפוח= פגיעה בציפיות הלגיטימיות**. **שטרן** מציע שנגדיר רק מי שהתקשרותו עם החברה כלכלית כנושה, אחרת כולם נושים. ב) פגיעה בתכלית החברה+נטילת סיכון בלתי סביר(תנאים מצטברים).

**העילות שבאות לידי ביטוי בחוק הן: מרמה/קיפוח, מנוגד לתכלית ומימון דק. אפשר לנסות לטעון קונצרן.**

**קריטריונים שצריכים לחול בבעל מניות שכלפיו יורם המסך:**

1. ער לקיום העילה או עצם עיניו. בד"כ אין בעיה עם רוכש רגיל, אלא עם בעלות בחברה פרטית או בעל עניין.

2. בודקים כמה מניות יש לו.

3. האם מילא את חובותיו החוקיות כבעל מניות?

4. בודקים את יכולת החברה לפרוע את חובותיה. **לדעת שטרן הכוונה שאם החברה יכולה לפרוע לא מרימים מסך(לא נטיל את החובה על בעלי המניות),** **למרות שלפעמים יש יוצאים מן הכלל ומרימים למרות שהחברה יכולה לפרוע.**

לפי **סע' 6(ב)** בימ"ש יכול לייחס חוב של בעל מניה לחברה אם מצא כי צודק ונכון לעשות כן.

**תכלית החברה**

**פרופ' דוד** הגדיר כי התאגיד הוא מעין נאמנות והנהנה הוא הציבור בכללותו. **פרופ' ברל** הגדיר כי הנהנים הם בעלי המניות שנושאים בסיכון וצריכים ליהנות מהרווח. בסוף ברל חזר בו והסכים עם דוד. **ישנם מודלים שונים להגדרת תכלית החברה:**

**המודל הקלאסי-**  **תכלית החברה היא מקסום העושר של בעלי המניות**. **בפס"ד דודג' נ' פורד** נקבע כי מניעת חלוקת דיווידנדים לאורך זמן רב כל כך אינה לגיטימית. מותר לחברה לפתח את עצמה על חשבון אינטרס מיידי של בעלי המניות, אבל צריך להפעיל סבירות, וזו לא הייתה החלטה סבירה. **החברה היא פרי השקעה של בעלי המניות וצריכה לפעול לשם השאת רווחיהם.** זהו מצב של ניגוד אינטרסים בין בעלי המניות לבין עצמם: בעל מניות השליטה יכול למנוע דיווידנדים מהאחרים ולתגמל עצמו בדרכים אחרות. בנוסף, הדבר מוריד את ערך המניות, דבר שלא פוגע בבעל מניות השליטה, אך יכול לסייע לו להשתלט על מניות המיעוט. הוא בעצם שולט בערך המניה ויכול לגרום לו לעלות או לרדת כרצונו. **לפי מילטון פרידמן, הסיבה שיש להעדיף את בעלי המניות היא שהדבר מביא לפיקוח יעיל וזול.** צריך לקבוע אינטרס קבוע לפיו יפעל נושא המשרה, וראוי שיהיה זה אינטרס בעלי המניות. בעלי מניות מראים את שביעות רצונם בקניה או מכירה של מניות, וניתן לראות את זה בשוק כך שזה פומבי, ולכן הם **מתאימים לפקח על הנציגים**. לבעלי אינטרס אחר יש הגנה בדיני מתמחים(דיני עבודה, דיני חיובים וכו'). **בפס"ד פארק נ' דיילי ניוז** עלתה השאלה אם מותר להעדיף את טובת העובדים על טובת בעלי המניות ולתת להם כסף בפירוק במקום לחלק דיווידנד. נקבע שלא. הפרלמנט בתגובה קבע בחוק שמותר להתחשב בטובת העובדים. שטרן מציע כי גם לפי פסק הדין אפשר להעדיף עובדים, אבל זה היה מקרה קיצוני מאוד כי מדובר בכסף רב, ולא היה צורך לתמרץ את העובדים כי החברה נסגרה.

**ההצדקה הכלכלית למודל הקלאסי**- כיוון שלבעלי המניות יש אינטרס שיורי, הם מושפעים מכל שינוי לטובה או לרעה במצב החברה. מי שיש לו אינטרס קבוע אדיש לעליות והירידות של החברה. בעלי המניות הם בעלי האינטרס העיקרי לתפעל את החברה בצורה הטובה ביותר, וכשהחברה עולה זה מועיל לכולם, כך שזה שיתוף עניינים ולא ניגוד עניינים.

**טיעונים נגד המודל הקלאסי-** 1. **אינטרס שיורי**- גם אג"ח מושפע ממצב השוק, לא רק בעלי המניות. כולם בעלי אינטרס שיורי. 2. **יעילות פראטו**- רק כשיש רווח ואין שום הפסד נקרא למצב כזה יעיל. אם בעלי המניות מרוויחים, אחרים מפסידים, כי בעלי מניות אוהבי סיכון ונושים הם שונאי סיכון. זה לא מצב יעיל. 3. **יעילות קלדור היקס**- לא ריאלי שלא יהיה שום הפסד(יעילות פראטו), אבל אם הרווח גדול מההפסד ומפצים את המפסיד, זה יעיל. אם לא מפצים, זה לא יעיל, כי הדבר מביא להחצנת עלויות ולנזק מצרפי. הרעיון הוא הימנעות מפעולות שליליות כאלה שיביאו צורך לפצות. **שטרן** טוען כי העדפה מוחלטת של בעלי המניות מביאה למצב בו מגנים עליהם גם אם זה גורם יותר נזק מתועלת, ולפעמים הנזק יכול להיות לחברה עצמה. 4. **אינטרס לא הומוגני של בעלי מניות**- בעלי המניות עצמם אינם קבוצה הומוגנית בעלת אינטרס אחיד- מי שמשקיע לטווח ארוך אוהב סיכון והמשקיע לטווח קצר שונא סיכון. 5. **התפשטות הקפיטליזם**- במצב הנוכחי בעלי המניות אינם מפקחים יעילים כי לכולם יש מניות ולאף אחד אין עניין אמיתי. בגלל שמעדיפים את בעלי המניות, אין להם אינטרס לפקח. בפועל מגנים על בעלי מניות השליטה, והדבר מחריף את בעיית הנציג. זו הסיבה שלפעמים נותנים הקלות לחברות שמעדיפות עובדים, להם לפחות יש אינטרס אחיד.

**תת המודל ההומניסטי- מודל לפיו לחברה מותר להעדיף אינטרס חיצוני שבטווח הארוך יועיל לבעלי המניות. פס"ד סמית נ' ברלו**- נקבע כי מותר לתרום מכספי החברה בהתקיים התנאים הבאים: קידום מטרות חברתיות-ציבוריות לגיטימיות, אחוזים סבירים מהכנסות החברה(עד 5% מהרווח השנתי), התרומה מקדמת את עסקי החברה. מבחינה מוסרית לא הגיוני לתרום למפלגות מתחרות, אבל אם זה מועיל לחברה זה מותר ומומלץ לבזר סיכונים. **בפס"ד National Bank of Boston** נקבע כי **לחברות יש חופש ביטוי**, אז מותר לממן קמפיין של מפלגה גם אם זה לא משרת את הרווח של החברה. לדעת שטרן יחילו בקרוב את חו"י כב"ה על תאגידים.

**מודל האידיאליזם המתון: בעלי המניות מול שמירה על החוק**- העדפה של החוק באופן קבוע עלולה להביא לכך שיהיה יעיל עבור החברה להפר את החוק במידה ועלות שמירת החוק גבוהה מהתועלת מההפרה לבעלי המניות. **לפי מודל האידיאליזם המתון יש להעדיף את בעלי המניות כל עוד זה לא מביא להפרה של החוק,** כי מבחינה מצרפית יעיל יותר לשמור על החוק.

**מודל הקהלים- לפי מודל זה, יהיה מותר לחברה לפעול למען קהל ספציפי.** כך למשל יהיה מותר להמשיך להפעיל מפעל בשדרות מטעמים של העדפת קהל העובדים שם. **הדין לא מקבל את המודל הזה** מכמה סיבות: 1. נושא משרה תמיד יכול לטעון שפעל למען קבוצה מסוימת והדבר מונע פיקוח יעיל. 2. פעולה לפי גחמות אינה כלכלית ולא משיאה את רווחי החברה. 3. הגיוני יותר לשלם מס והמדינה תקצה משאבים באופן דמוקרטי.

**המודל הציבורי/פוליטי**- האם ראוי שחברה תפעל למען העולם? כך למשל אישרו הלאמה של פטנט הגנום האנושי אחרי שחברה גילתה אותו. **המודל הזה, לפיו תכלית החברה להועיל לכלל, לא התקבל** מהסיבות שמודל הקהלים לא התקבל, ובנוסף כי מודל החברה העסקית כפי שהוא אינו מאפשר זאת- בעלי המניות יפטרו נושא משרה שפשוט יחלק כסף לנזקקים ללא תמורה לחברה. **בפס"ד פנידר נ' קסטרו** **הנשיא שמגר** אמר באוביטר שיש לקחת בחשבון את טובת העובדים, הצרכנים והציבור בכללותו. הדבר לא נקלט בעליון, אם כי נקלט בבית הדין לעבודה.

**החוק הישראלי- עד קבלת החוק החדש תכלית החברה הייתה טובת בעלי המניות**. **סעיף 11 לחוק החברות משנה תפיסה זו בקובעו: 11. (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.

בסעיף אין סנקציה. לדעת **שטרן** יש להחיל את הסעיף ככלל יסוד בדיני התאגידים, ולפרש נורמות אחרות על פיו, תוך הטלת סנקציות הקבועה בהן. **לדעתו הסעיף דיספוזיטיבי**(ניתן להתנות עליו). **הסעיף בעצם מאפשר(אך לא מחייב!!) לקחת בחשבון אינטרסים של עובדים, נושים וכלל העולם, בתנאי שהדבר יביא להשאת רווחי החברה**. **בעלי המניות לא מופיעים בסעיף** כי רוצים לכלול עוד קבוצות חוץ מהם. הבעיה בחוק היא שבפועל בעלי המניות יכולים לפטר נושא משרה אם הוא פועל לפי סעיף 11, ואם הוא לא, הוא עלול לשאת באחריות- **אין על נושא המשרה הגנה ממשית.**

**פתרון היררכיוני לבעיית הנציג**

**החוק מנסה ליצור מצב בו ההיררכיה הארגונית תיתן מענה לבעיית הנציג, אך בפועל ההיררכיה שהחוק מציע(אסיפה כללית-דירקטוריון-מנכ"ל) לא מתקיימת, אלא היא הפוכה, וכך בעיית הנציג לא נפתרת.** ההיררכיה בחוק באה לידי ביטוי גם בהיקף החקיקה וגם באופן המינוי(כל אחד ממנה את הבא אחריו). **בפרקטיקה המנכ"ל הוא השולט בחברה ולא האסיפה הכללית.**

**האסיפה הכללית-** סע' 57 לחוק החברות קובע את הסמכות לשנות את התקנון וזה מרחיב מאוד את היקף הסמכויות:

**57.** החלטות החברה בעניינים האלה יתקבלו באסיפה הכללית:

(1) שינויים בתקנון כאמור בסעיף 20;

(2) הפעלת סמכויות הדירקטוריון בהתאם להוראות סעיף 52(א);

(3) מינוי רואה החשבון המבקר של החברה, תנאי העסקתו והפסקת העסקתו בהתאם להוראות סעיפים 154 עד 167;

(4) מינוי דירקטורים חיצוניים בהתאם להוראות סעיף 239;

(5) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275;

(6) הגדלת הון המניות הרשום והפחתתו בהתאם להוראות סעיפים 286 ו-287;

(7) מיזוג כאמור בסעיף 320(א).

**בנוסף, אי אפשר להגביל את סמכויות האסיפה, רק להרחיב: 58.** (א) חברה אינה רשאית להתנות על הוראות סעיף 57. (ב)חברה רשאית להוסיף בתקנון נושאים שהחלטות בהם יתקבלו באסיפה הכללית; ואולם, העברת סמכויות בתקנון לאסיפה הכללית, בנושאים שבהם הוקנתה הסמכות בחוק זה לאורגן אחר בלא אפשרות להתנאה על כך בתקנון, תיעשה לפי הוראות סעיף 50.

**סע' 59** קובע כי **האסיפה תמנה דירקטוריון, אבל היא יכולה להתנות על כך בתקנון. על מינוי דירקטורים חיצוניים(דח"צ) אי אפשר להתנות**(**סע' 57**). האסיפה הכללית עלולה לוותר על מינוי דירקטורים כי לפעמים יש התניה של מלווה שימנה דירקטור מטעמו. האסיפה הכללית יכולה ליטול סמכויות של אורגן אחר באמצעות שינוי התקנון(**סע' 50א**) ואם נבצר מהדירקטוריון למלא תפקידו, יכולה גם בלי שינוי התקנון(**סע' 52א**). **בעבר הניחו שחברה פועלת דרך דיני שליחות, אבל מי ימנה? לכן נקבע בחוק המודרני שהאסיפה היא החברה.** זו הסיבה לכל הסמכויות.

בפועל הקפיטליזם הביא לכך **שלכולם יש מניות ולאף אחד לא אכפת מהניהול**. לרוב האנשים אין ניסיון וידע, מבחינה כלכלית **יותר יקר עבורם לבוא ממה שהם ירוויחו מזה(אדישות רציונאלית) וגם כל אחד מניח שאחרים ילכו(תיאוריית הטרמפיסט).** בפועל שולטים בעלי מניות השליטה או המנכ"ל.

**דרכים לעידוד השתתפות באסיפה:**

1. **פרוקסי**- טופס הצבעה(ייפוי כוח) שנשלח בדואר. הוא בעייתי כי אי הצבעה נספר כתמיכה, וכי גם ככה אף אחד לא שולח. בדין הישראלי נקבע כי בעל מניות יכול לכתוב מכתב שכנוע בעמדתו והחברה תממן את זה אם זה ענייני. הבעיה היא שזה מקל על החברה למנוע אופוזיציה.

2. **משקיעים מוסדיים**- מבנה השליטה בחברות בורסאיות בישראל הוא כזה- 50-60% מהמניות הן בידי בעלי השליטה, והשאר נקרא: "הסחורה הצפה"– **לא מעוגן בידי בעלי השליטה**. וזה בממוצע 40%. כחצי ממחזיקי הסחורה הצפה-**"משקיעים מוסדיים"**(קרנות,נאמנות/גמל/פנסיה/השתלמות). במקום לקנות מניות בחברות מסוג מסוים, קונים יחידת השתתפות בקרן נאמנות שמשקיעה בחברות מאותו סוג. אם הקרן הצליחה ערך היחידה עולה ולהיפך. 25% משוק המניות נשלט ע"י קרנות כאלה. בפועל אין דרך לחזות את השוק, אז קרן טובה היא כזו בה עלות התפעול הטכני נמוכה, כי זה חוסך עלויות עסקה. ההנחה היא שלקרנות יש אינטרס להשפיע על האסיפה כי הן משקיעות הרבה כסף ויכולה לפקח באמצעות מומחים, הן מפקח יעיל. בפועל זה לא עובד, אז **סע' 77 לחוק השקעות משותפות בנאמנות** קובע חובה להשתתף באסיפות רלוונטיות לאינטרס בעלי יחידות ההשתתפות(כל אסיפה) ודורש דיווח על אופן ההצבעה כדי לוודא שהיא עניינית. אם היא לא, אפשר לתבוע את הקרן. בפועל, אף אחד לא באמת בודק, אז הקרנות נלחמות רק כשיש עניין ציבורי והן רוצות פרסום.

3. **שירות זמין יותר**- כדי לקבל אישור לכך שבעל מניה(כך שיוכל להצביע) צריך לעבור ייסורים: עוברים דרך חבר בורסה, שיפנה למסלקת הבורסה שתפנה לחברת הרישומים שתגבה עמלה ותדפיס אישור, וחזרה. זה מסובך ויקר, ואם היו מייעלים את זה אולי היו מצביעים יותר, אבל לא מייעלים את זה כי אין ביקוש גם ככה.

בפועל אין כמעט רלוונטיות לאסיפה הכללית.

**הדירקטוריון- Automatic Self Cleaning** **שינה את התפיסה לפיה הדירקטוריון הוא שלוח של החברה**, ונקבע כי בעל מניות לא יכול לכפות את דעתו על הדירקטוריון אלא אם יכול(מבחינת רוב) לפטר אותו או לשנות את סמכותו בתקנון(שם לא היו מספיק מניות כדי ליצור רוב לשינוי כזה). אנשים קנו מניה על סמך ההנחה שבעל מניות הרוב(70% ולא 75%) לא יכול לכפות את דעתו ותלוי בשאר בעלי המניות. **סע' 46** **קובע שדירקטוריון הוא אורגן ופעילותו היא פעילות החברה**.

**סמכויות הדירקטוריון**- **סע' 52ב** קובע כי אם המנכ"ל נבצר הדירקטוריון יכול להחליף אותו. **סע' 49** קובע כי יש לדירקטוריון אחריות שיורית(לא בנושאים תפעוליים). **עיקר הסמכויות מופיע בסע' 92, והרעיון הוא בעיקר התווית מדיניות ופיקוח על המנכ"ל.**

**הדירקטוריון מוגבל בתפקודו למרות סמכויותיו הרבות בגלל כמה אילוצים:** 1. **אילוץ הבחירה**- כיוון שהאסיפה לא פעילה, מי שממנה הוא בעל השליטה(שיכול להיות גם המנכ"ל) ואז אין אפשרות פיקוח אמיתית. מפחדים מפיטורים בידי מנכ"ל או בעל השליטה.

2. **אילוץ הזמן**- דירקטורים לא באים בכלל(כמו **בפס"ד בנק הצפון** שם טענו כהגנה שלא נכחו מעולם) ואם באים זה תמיד מאוד קצר. החוק דורש מעט מאוד ישיבות, זה נתפס כחלטורה-עושים את זה על הדרך. אנשים לא באמת משקיעים בתפקיד הדירקטור, לא מקצוענים.

3. **אילוץ המידע**- מקבלים מידע מההנהלה, אז ההנהלה שולטת בפעולות.

4**. אילוץ העדר ההכשרה**- אין דרישה לגבי היכולות של חברי הדירקטוריון או הכישורים שלהם, כל אחד יכול להיות דירקטור. תיקנו בחוק וקבעו כי לפחות אחד חייב שתהיה לו מומחיות בכלכלה.

יש כל כך מעט פיקוח של הדירקטוריון שהתאפשר מצב של הלאמת בנקים(ויסות של המדינה כך שערך המניות כל הזמן עלה עד שהבינו שזה לא יכול להיות ערכו הריאלי ומכרו בטירוף) כי הדירקטורים של הבנקים לא תפקדו ולא עלו על זה בזמן.

**סע' 111** מאפשר **מינוי ועדות דירקטוריון לנושאים ספציפיים והחלטתם כהחלטת דירקטוריון(למרות שיש לדירקטוריון אפשרות לשנות את ההחלטה).** **סע' 112** קובע שיש נושאים לגביהם ועדה לא יכולה להכריע לבד, רק להמליץ, והאחריות תחול על כל הדירקטורים אז כולם צריכים להצביע.

**דח"צים(דירקטורים חיצוניים)-** חייב להיות בלתי קשור לבעל השליטה, נקי כפיים ובלי עבר פלילי. בכל דירקטוריון חייבים להיות **שני דח"צים שימונו ע"י האסיפה הכללית(כאשר אחד מהם חייב להיות בעל מומחיות פיננסית או חשבונאית), על פי רוב של שליש מקרב מחזיקי המניות שאינם בעלי שליטה או שלא תהיה התנגדות של מעל 1% מבעלי המניות הנוכחים**:

**239.** (ב) הדירקטורים החיצוניים ימונו על ידי האסיפה הכללית, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:

(1) במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה או מי מטעמם, המשתתפים בהצבעה; במניין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;

(2) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקה (1) לא עלה על שיעור של אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

במצב בו כל כך הרבה לא מגיעים ובעל השליטה משכנע אותם להגיע, האם הם בלתי נגועים? מספיקה לפעמים מניה אחת כדי להטיל וטו. בפועל משתמשים בנציגי הקרנות כדי להשיג רוב של 30%. **הדח"צים מחויבים להגיע לכל ישיבות הדירקטוריון,** והם לא מקבלים על זה הרבה כסף. **למה בכל זאת עושים את זה? הם עושים את זה בשביל networking שתפתח להם הזדמנויות וקשרים**. **מספר הדירקטורים:**

**219.** (א) חברה רשאית לקבוע בתקנונה את מספר הדירקטורים ואת מספרם המרבי והמזערי.

(ב) בחברה פרטית יכהן לפחות דירקטור אחד.

(ג) בחברה ציבורית יכהנו לפחות שני דירקטורים חיצוניים כאמור בסעיף 239, אשר לפחות אחד מהם הוא דירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית והיתר הם בעלי כשירות מקצועית כמשמעותה לפי סעיף 240 (בחוק זה – דירקטורים בעלי כשירות מקצועית).

(ד) בחברה ציבורית יכהנו, נוסף על הדירקטור החיצוני בעל המומחיות החשבונאית והפיננסית, דירקטורים בעלי מומחיות חשבונאית ופיננסית במספר שאותו קבע הדירקטוריון.

(ה) חברה ציבורית רשאית לקבוע בתקנונה כי יכהנו בה דירקטורים בלתי תלויים במספר שתקבע, והיא רשאית לקבוע כי תחול עליה ההוראה בדבר שיעור הדירקטורים הבלתי תלויים לפי סעיף קטן זה; בחוק זה –

"דירקטור בלתי תלוי" – דירקטור שמתקיימים לגביו תנאי הכשירות למינוי דירקטור חיצוני הקבועים בסעיף 240(ב) עד (ה) וועדת הביקורת אישרה זאת, ושאינו מכהן כדירקטור בחברה מעל תשע שנים רצופות, ולעניין זה לא יראו בהפסקת כהונה שאינה עולה על שנתיים כמפסיקה את רצף הכהונה;

"הוראה בדבר שיעור הדירקטורים הבלתי תלויים" – הוראה בתקנון של חברה ציבורית הקובעת כי אם אין בחברה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה (בהגדרה זו – בעל שליטה), יהיו רוב חברי הדירקטוריון דירקטורים בלתי תלויים, ואם יש בחברה בעל שליטה – יהיו לפחות שליש מבין חברי הדירקטוריון דירקטורים בלתי תלויים; לעניין זה, "דירקטור בלתי תלוי" – לרבות דירקטור חיצוני.

**ועדת ביקורת של הדירקטוריון**- חברה ציבורית חייבת להקים ועדת ביקורת וחברה פרטית יכולה להקים. **תפקיד הועדה הוא לעלות על ליקויים ולאשר עסקאות מיוחדות(כמו אלה שבחובות אמונים).** לדעת שטרן, גם הדירקטוריון לא ממש יעיל בד"כ.

**בשנה האחרונה נכנס סעיף בחוק המציע לחברות לאמץ כללים ייחודיים שניתן לכלול בתקנון. מוצע שבחברה בה אין בעל שליטה רוב חברי הדירקטוריון יהיו דירקטורים בלתי תלויים. גיוון הרכב הדירקטוריון- רוצים לתת אפליה מתקנת לנשים, לכן יש להתחשב במין המועמד ובידע ובניסיון שלו. מותר שדירקטור יהיה המנכ"ל.**

**המנכ"ל**- בגלל הואקום של הדירקטוריון והאסיפה הכללית יש למנכ"ל השפעה גדולה. **המנכ"ל מאציל סמכויות לכל עובדי החברה ואחראי לפעילות השוטפת**(**סע' 120**). **יש לו סמכות שיורית לעניינים ביצועיים**(**סע' 121)**. **120.** **המנהל הכללי אחראי לניהול השוטף של עניני החברה במסגרת המדיניות שקבע הדירקטוריון וכפוף להנחיותיו.**

**121.** (א) למנהל הכללי יהיו כל סמכויות הניהול והביצוע שלא הוקנו בחוק זה או בתקנון לאורגן אחר של החברה, והוא יהיה נתון לפיקוחו של הדירקטוריון.

**כשמאפשרים ליו"ר הדירקטוריון להיות המנכ"ל**(בדרך כלל בעל מניות השליטה) זה מגביר את בעיית הנציג, אבל מתיישב עם התפיסה לפיה בעל המניות הוא העיקר. **החוק קובע כי כפל תפקידים כזה אסור(סע' 95), אבל מסייג את זה בקביעה כי אפשר לעשות את זה ברוב של 2/3 מבעלי המניות שאינם נגועים(סע' 121ג) או התנגדות שלא עולה על 1%. למרות שהקרנות היו יכולות למנוע את זה, בפועל אין להן עניין בכך ופשוט מאשרים(אלא אם יש עניין ציבורי).** לדעת שטרן יש לאסור על כפל תפקידים בכל מקרה.

**סע' 122** מטיל חובת דיווח לדירקטוריון, אבל לא קובע איך ומתי המנכ"ל צריך לדווח.

**הפיקוח השיפוטי על בעיית הנציג**

כדי לפתור את בעיית הנציג החוק מטיל חובות אישיות על נושאי משרה בחברה: **חובת אמונים(254) וחובת זהירות(252).** **חובת זהירות-** תפקוד מקצועי ולא רשלני באופן שמביא לידי ביטוי את המיומנות שצריכה להיות לאדם בתפקידו. **חובת אמונים**- נושא משרה בחברה לא יכול לפעול בדרך שנגועה באינטרס אישי, זר, או בניגוד עניינים לטובת החברה. מדובר באדם שפועל באופן מודע. חובת האמונים פותחה ע"י ברק **בפס"ד קוסוי** והיא חלה על כל בעל משרה באופן אישי ומחילה חובה לפעול בתום לב לטובת החברה.

**חובת אמונים של נושא משרה כלפי בעלי מניות(נקבע כי אין כזו מכוח דיני התאגידים, אך יש מכוח דינים אחרים!)**- **פס"ד פרסיוול נ' רייט**- נושאי משרה ניצלו עסקה לרכישת מניות שנועדה לבעל המניות לטובתם האישית. **ביהמ"ש קבע שאין חובת אמונים של נושאי משרה לבעל המניות, לשניהם יש חוזה עם החברה, אך לא זה עם זה.** נושא משרה מחויב כלפי החברה, אך לא כלפי בעלי המניות. הטענה היא שאין מי שיטען נגדו אם לא בעל מניות, ולכן עונים שאפשר לתבוע בתביעה נגזרת(בעל מניות בנעלי החברה). אפשר לפתור את זה היום גם דרך חוק ניירות ערך שאוסר על סחר במניות ע"י שימוש במידע פנימי.

**חובת אמונים של נושא משרה כלפי צדדים שלישיים(נקבע כי אין כזו מכוח דיני התאגידים אך יש כזו מכוח חוק החוזים!)- פס"ד פנידר נ' קסטרו**- **יש חובה מכוח תום לב במו"מ על כל מי שמעורב במו"מ, כולל נושא משרה**. דיני התאגידים קובעים:

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

לדעת **שטרן**, צריך לקרוא את המילים "לפי כל דין", כלומר אפשר להחיל חובת אמונים מכוח דין אחר. **ההלכה בישראל היא כי דיני התאגידים כפופים לחובת ת"ל הכללית-ת"ל גובר! קרי: המנהל צריך לפעול לטובת החברה, אבל אם זה כרוך בפגיעה בת"ל כלפי צד שלישי- זה אסור והוא צריך להעדיף את הצד ה-3.**

**חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה(נקבע כי יש כזו!)-**

**עניין אישי בעסקאות מכר(self dealing)-** מצב בו מתבצעת עסקה בניגוד לטובת החברה, אך לטובת נושא משרה בה(למשל קניית נכס של נושא המשרה ע"י החברה במחיר גבוה ממחיר השוק). בתחילה קבעו שאסור בכלל להיות במצב כזה, אחר כך ריככו ואמרו שבמצבים מסוימים מותר, אם העסקה הייתה זהה מול גורם אחר שהוא לא נושא משרה. **מותר לעשות סלף דילינג אם הוא מאושר ע"י הדירקטוריון\האסיפה הכללית, ואם אלו לא אישרו אותה- אז כל עוד מדובר בעסקה הוגנת (עסקה בתנאי השוק), אז הסלף דילינג מאושר. זה נובע מההבנה שעסקאות כאלו הן לעתים רווחיות ולאו דווקא בהכרח פוגעניות**.

**הסכמי הצבעה בין מנהלים**- **פס"ד חברה ירושלמית לתעשייה נ' אגיון**- **ביהמ"ש קבע שאין תוקף להסכם הצבעה בין דירקטורים והוא ייחשב כהפרת אמונים כלפי החברה(לבעלי מניות כן מותר לערוך הסכם הצבעה ביניהם לפי סעיף 189).** האיסור נובע מכך שהסכם כזה מכפיף אחד לרצון חברו ומונע ממנו להפעיל שיקול דעת אישי כדי שיוכל לפקח. **לעומת זאת, בעלי מניות יכולים לבצע הסכמי הצבעה, שכן לגיטימי שיפעלו בצורה אינטרסנטית.**

**ניצול הזדמנויות של החברה-** מצב בו נושא המשרה לוקח לעצמו הזדמנות במקום לתת אותה לחברה(בניגוד לעניין אישי, כאן העסקה לא מתבצעת והייתה צריכה, ושם מתבצעת למרות שלא צריכה). יש מצבים בעייתיים כמו אם הזדמנות מגיעה לידי נושא המשרה כאדם פרטי, אבל לא הייתה מגיעה לולא היה נושא משרה. **פס"ד פסו(ארה"ב)-** מנכ"ל הציע עסקה לחברה והיא דחתה אותה, כעבור זמן מה היא הוצעה לו, הוא קיבל והתעשר. נקבע ראשית כי העסקה נדחתה ע"י החברה, ושנית כי העסקה הייתה ספקולטיבית. הוא נשא בסיכון אז הוא צריך ליהנות מהרווח. ההצעה לא הגיע אליו כמנהל אלא כאדם פרטי. **פס"ד ריאגל(אנגליה)-** מצב הפוך, עסקה ספקולטיבית(השקעה בבתי קולנוע), הדירקטורים עזרו לחברה ברכישה ואז החברה טענה שהם ניצלו את העסקה שלה כדי לעשות רווח. שם נקבע כי הדבר אסור- **אסור לנושא משרה לעשות שום רווח מעסקה של החברה.**

**עד היום אין הכרעה** וכל אחד טוען מה שנוח לו. **בדלאוור נקבע כי אסור לנצל הזדמנות אם לחברה יש יתרון יחסי בניצולה**(למשל אם מדובר במוצרים משלימים, מומחיות וכו'). **יש הבדל בין חברה פרטית לציבורית- בפרטית אם לא הגבלת אז הדבר מותר, בציבורית אין מי שיגן על הציבור, ולכן מטילים חובת התנהגות קשוחה יותר. פס"ד גות'**- הצעה מפפסי לחברת משקאות קלים, נושא משרה ניצל את העסקה והואשם, כי לחברה היה יתרון יחסי.

**מהם הקריטריונים שיש לשקול לגבי מתי העסקה מותרת ומתי זה לקיחת הזדמנות אסורה?**

**1. מבחן האינטרס-** רק אם יש לחברה אינטרס משפטי אז זו הפרת אמונים ולקיחת הזדמנות אסורה- המבחן מקל על המנהלים.

**2.** **מבחן הציפייה-** אם לחברה יש ציפייה לקחת את העסקה זה אסור- מבחן יותר מקשה על המנהל.

3. **מבחן הנחיצות**- כאשר מדובר בלקיחת דבר חיוני ונחוץ לחברה-זה אסור.

4. **מבחן ההשתלבות במהלך העסקים**- כל מי שיש לו תחום התמחות מסוים והוא נמצא בחברה שעוסקת בתחום הזה, אסור לו לקחת עסקאות כאדם פרטי בתחום הזה- יותר מקשה על המנהל.

3 המבחנים הראשונים בודקים עסקה ספציפית-סובייקטיבית. המבחן האחרון בודק את סוג העסקה ולא אחת ספציפית.

**החוק הישראלי בנושא הפרת אמונים**

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

(1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין ענייניו האישיים; - **עניין אישי**

(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה; - **זה ברור, נושא משרה לא יכול להתחרות עם החברה**

(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;- **זו הדוג' שנתנו לניצול הזדמנות. גבולות האיסור לא ברורים לגמרי.**

(4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידיו בתוקף מעמדו בחברה. - **חובת גילוי**

אם נושא משרה עבר על האיסור, **סע' 256** קובע שיחולו הדינים הרגילים של הפרת חוזה בשינויים המחייבים. הדבר יוצר חוסר אחידות ואי ודאות כי השופט צריך לקבוע כל פעם מה השינויים המחייבים.

**נושא משרה יכול לעשות דבר שנראה כהפרת אמונים אם יעמוד בשני התנאים: עמידה בתנאים מוקדמים ופרוצדורה של אישור העסקה.**

**תנאים מוקדמים**:

**255.** (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 לעניין אישור עסקאות, ואישור החברה לפעולות מהותיות יינתן לפי הוראות הפרק החמישי לעניין אישור עסקאות חריגות; הוראות הפרק החמישי לגבי תוקפן של עסקאות, יחולו, בשינויים המחויבים, לגבי תוקפן של פעולות.

אמרנו שנושא משרה ינהג בתום לב ויפעל לטובת החברה, אחרת זה הפרת חובת אמונים, אז איך עכשיו אומרים שיאשרו הפרה של חובה אם נוהגים בתום לב ולא לרעת החברה?! במצב כזה זו בכלל לא הפרה! ההסבר הוא כי יש מקרי ביניים שהם לא לטובת החברה ולא לרעתה. בנוסף, צריך לגלות לחברה את כל העובדות. **כלומר התנאים המוקדמים הם: תום לב, לא לרעת החברה וגילוי.**

**פרוצדורה לאישור:**

יש כל מיני עסקאות בעייתיות שדורשות אישור ומופיעות **בסע' 270**. למדנו שתיים מהן: עסקה בעניין אישי ועסקה חריגה בין בעל שליטה לבין חברה בבעלות ציבורית.

**דוגמא 1 – עסקה הנגועה בעניין אישי**

**270.** עסקאות של חברה המפורטות להלן, טעונות אישורים כקבוע בפרק זה, ובלבד שהעסקה אינה פוגעת בטובת החברה:

(1) עסקה של חברה עם נושא משרה בה וכן עסקה של חברה עם אדם אחר שלנושא משרה בחברה יש בה עניין אישי; ואולם לא יראו

(א) נושא משרה בחברה אם וגם בחברה בת הנמצאת בשליטתה ובבעלותה המלאות, כבעל עניין אישי בעסקה בין החברה האם לבין החברה הבת, בשל עצם היותו נושא משרה בשתיהן או בשל היותו בעל מניה או בעל נייר ערך שניתן לממשו במניות בחברה האם;

(ב) נושא משרה במספר חברות בנות הנמצאות בשליטה ובבעלות מלאה של אותו אדם, כבעל עניין אישי בעסקה בין חברות בנות כאמור, בשל עצם היותו נושא משרה בחברות המתקשרות;

לפי סע' **271** אם העסקה אינה חריגה, די באישור דירקטוריון ואפשר לקבוע הסדר קל יותר בתקנון:

**271.**עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1), שאינה עסקה חריגה, טעונה אישור הדירקטוריון, אלא אם כן נקבעה דרך אישור אחרת בתקנון.

**סע' 1 לחוק החברות** מגדיר מהי **עסקה חריגה**- עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאיננה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה.

אם העסקה חריגה יחול **סע' 272** הקובע שלאישורה נדרש אישור כפול של ועדת הביקורת+דירקטוריון. אם אין ועדת ביקורת(כי החובה שתהיה ועדת ביקורת היא רק בחברה ציבורית ולא פרטית) נדרש אישור של האסיפה הכללית אם נושא המשרה הוא דירקטור, ואם לא מסתפקים באישור הדירקטוריון. **272**. (א)עסקה של חברה, שמתקיים בה האמור בסעיף 270(1) והיא עסקה חריגה, או שמתקיים בה האמור בסעיף 270(2), טעונה אישור ועדת הביקורת ולאחר מכן אישור הדירקטוריון.

(ב) לא הייתה לחברה פרטית ועדת ביקורת, טעונה העסקה אישור הדירקטוריון בלבד אם נושא המשרה אינו דירקטור, ואם נושא המשרה הוא דירקטור גם אישור של האסיפה הכללית.

**דוגמה שנייה- עסקה חריגה בין בעל שליטה לחברה בבעלות ציבורית**

**270**.(4) עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי, לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה עניין אישי; וכן התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עם קרובו, אם הוא גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, ואם הוא עובד החברה ואינו נושא משרה בה - באשר להעסקתו בחברה;

**275.** (א) עסקה שמתקיים בה האמור בסעיף 270(4) טעונה אישורם של אלה בסדר הזה:

(1) ועדת הביקורת;

(2) הדירקטוריון;

(3) האסיפה הכללית, ובלבד שיתקיים אחד מאלה:

(א) במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה, המשתתפים בהצבעה; במניין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;

מיום 17.3.2005

**תיקון מס' 3**

[ס"ח תשס"ה מס' 1989](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/law-1989.pdf) מיום 17.3.2005 עמ' 238 ([ה"ח 3132](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-3132.pdf), [ה"ח 54](http://www.nevo.co.il/Law_word/law16/KNESSET-54.pdf))

(א) במנין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי ענין אישי באישור העסקה, ~~הנוכחים באסיפה~~ המשתתפים בהצבעה; במנין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים;

(ב) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים בפסקת משנה (א) לא עלה על שיעור של אחוז אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

או שלפחות שליש מהרוב יהיו בעלי מניה בלתי נגועים, או למנוע וטו של 1% מהמצביעים האלה.

**כיוון שכולם מאשרים כלאחר יד, אין ממש ביטוי לפיקוח השיפוטי גם כאן מקום שהוא בידי ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית.**

**חובות בעלי המניות**

**כלל חירות הפעולה** מתכוון לחופש בעלי המניות לעשות כרצונם. **בפס"ד פוס** נקבע כי אדם יכול למכור מניותיו למתחרה בנימוק כי מנייתו היא קניינו, והוא רשאי לעשות כרצונו במניה. הביסוס **בדין האנגלי** היה כי **מניה היא קניינו של בעליה**. **יש שני עקרונות הקובעים כי אין לקבל את כלל חירות הפעולה ויש להציב לבעלי המניות כללי התנהגות:**

1. גם לזכות קניינית יש מגבלות. יש לבדוק מהו תוכנה הראוי של זכות הבעלות במניה.

2. ההסתכלות הריאלית של כלל חירות הפעולה מצד ניתוח המציאות והשוק. בעבר המציאו חריג לכלל חירות הפעולה- **עושק המיעוט**. אומץ בישראל עד חקיקת החוק החדש ב99. לאסיפה הכללית יש יכולת להפעיל את סמכויותיה בדרך אופורטוניסטית- בדרך שתועיל לרוב ולא למיעוט. כך המיעוט לא ירצה לקנות מניות והדבר לא רצוי. דוגמאות לעושק המיעוט: הפקעה של הרוב לטובת עצמו, ניצול כוח למען שינוי התקנון על חשבון אחרים. דוגמה להגבלת כלל חירות הפעולה- **בפס"ד פארק** הגבילו את האסיפה הכללית מלחלק לעובדים את מה שנשאר מהחברה.

**הביסוס לכלל חירות הפעולה בדין האמריקני** היה כי ברור **שבעלי המניות יפעלו לטובת החברה כי זה שלהם**-זוהי הנמקה עניינית ולא קניינית(של הדין האנגלי). ברגע שהבינו שלא כך הדבר החלו לקבוע כללי התנהגות לבעלי המניות.

**הדין הישראלי** קבע בעבר כי מניה היא חוזה וחל חוק החוזים מ1973. **בפס"ד קוסוי** ברק קבע כי גם בעל מניות צריך להיות כפוף לפיקוח שיפוטי גם מחוץ לאסיפה הכללית בעסקאות קונה מרצון ומוכר מרצון. **מוטלת חובת התנהגות- אסור לבעל שליטה בחברה למכור את מניותיו למי שהוא המוכר יודע או עוצם עיניו שהוא הקונה העתיד לבזוז את החברה.**

ב1980 נחקק סעיף חדש- **235- סעיף הקיפוח**, לפיו ביהמ"ש רשאי להורות על מניעתו של קיפוח. **מהו קיפוח?** ציפורה כהן מגדירה קיפוח כפגיעה בציפיות הלגיטימיות של הצדדים. אחרת הגדירה אותו כעושק המיעוט. תיאורטית, המקופח יכול למכור את מניותיו ולעשות אקזיט. אופציה שנייה היא ללכת לאסיפה הכללית ולהתנגד. **שטרן** מציע סעד של הערכה- לבקש מביהמ"ש שיכריח חברה לרכוש את מניותיו של המיעוט במחיר שווי שוק הוגן שייקבע ע"י מעריך. **לסיכום, מקופח יכול לבקש מביהמ"ש כל סעד שהוא.** **סעיף 192ב** קובע כי בעל מניה יימנע מלקפח בעלי מניות אחרים. **סעיף** 193 מצביע על 3 חשודים: בעל השליטה בחברה, בעל מניה שיודע שאופן הצבעתו יכריע בעניין החלטת האסיפה הכללית ובעל מניה שלו יש כוח למנות או למנוע מינוי של נושא משרה בחברה. **על חשודים אלה חלה חובה מיוחדת-לפעול בהגינות כלפי החברה.**

**איך בעל מניות יכול להשתמש בכוחו כדי לממש את חובות ההתנהגות השונות גם של בעלי מניות וגם של נושאי משרה?**

**תובענה ייצוגית-** אם הופרה החובה כלפי בעל המניה נוצרת לו עילת תביעה אישית. במקרים של חברות ציבוריות לא כדאי לתבוע לבד. לכן נוצר **מנגנון שמאפשר לבעל המניות להגיש תביעה על בסיס הפרת הזכות כלפיו שמטרתה לייצג לא רק אותו אלא את כל מי שזכותו הופרה-תובענה ייצוגית. הראיון הוא לעודד פיקוח שיפוטי.** **בתובענה ייצוגית יש כמה בעיות**: 1. בתביעת חברה גדולה ואני מייצג את שאר בעלי המניות, אולי אני לא מוכשר מספיק לנהל את התביעה, וכך מתבזבזת זכות התביעה של אותם האחרים. 2. חשש מפני תביעות סרק סחטניות. 3. החברה מגיעה לתובעים ומציעה להם הסדר כספי. **פתרונות לבעיות אלה בדין:** ב2006 נחקק חוק תובענות ייצוגיות. סעיף 3 קובע כי ביהמ"ש צריך לאשר את הגשת התובענה(פה נופלות הרבה תובענות גם מסיבה של סיכויי הצלחה נמוכים לתביעה). ניתן לפרוש מהתובענה.

**התביעה הנגזרת- מדובר בתביעה בה בעלי המניות תובעים את זכותה של החברה כלפי אחרים, ולא את זכותם שלהם. הם גוזרים את זכותם לתבוע מזכות החברה. כלל אי ההתערבות**- אסור לאסיפה הכללית להתערב בסמכויותיו של הדירקטוריון באשר להפעלת זכות התביעה כלפי כל העולם וכלפי צדדים שלישיים ונושאי משרה.

רצוי לאפשר את התביעה הנגזרת כאשר הצדק דורש זאת. **החוק הישראלי קובע תנאים מוקדמים להגשת תביעה נגזרת**- המעוניין להגיש תביעה נגזרת פונה קודם כל לחברה בכתב וידרוש ממנה שתמצה את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה-**דרישה**, צריך להסביר ליו"ר הדירקטוריון למה אתה תובע מבחינה עובדתית ולהעלות טיעונים. יחד עם זאת יש פטור מהדרישה בהתקיים אחד מהתנאים הבאים: אם למגיש התביעה יש עניין אישי, קיים חשש סביר שהדרישה תפגע באפשרות לקבלת הסעד. לאחר שהחברה קיבלה דרישה או שהיא תתקן את הפגם, או שתדחה באופן מנומק או שתתבע.

אם התביעה הנגזרת נכשלת, הנתבע תובע מהחברה את כיסוי הוצאותיו ולא מהתובע. אם התביעה הנגזרת הצליחה, ביהמ"ש רשאי להורות לחברה לתת גמול לתובע.

**רק במקרה אחד הנושה יתבע בתביעה נגזרת**- במקרה של חלוקה אסורה של דיווידנדים, הנושה יכול לתבוע את זכותה של החברה כנגד הגורם שאישר זאת(הדירקטוריון).

**הגנה נגזרת**- ניתן להתיר לבעל המניה להתגונן בשם החברה ובלבד שביהמ"ש השתכנע כי ניהול ההגנה הנגזרת הוא לטובת החברה ושהמתגונן לא פועל בחוסר תום לב.