



Bar-Ilan University

The Raymond Ackerman Family Chair
in Israeli Corporate Governance

**The Raymond Ackerman Family Chair
in Israeli Corporate Governance**

Working Paper No. 008

Remedies for Breach of Loyalty in the Corporation

Amir Licht

IDC

April 2013

סעדים על הפרת חובות אמון בתאגיד

עמיר ליכט*

1. מבוא 2
2. מסגרת עיונית כלכלית 4
 - 2.1. כוח 4
 - 2.2. אופרטוניזם ומידע חלקי 6
 - 2.3. גישות נוספות בניתוח הכלכלי 10
3. חובת אמון של בעלי מניות 14
 - 3.1. בעלי שליטה ובעלי כוח הכרעה 14
 - 3.1.1. חובה מוחלטת? 15
 - 3.1.2. חובת fairness? 20
 - 3.1.3. חובת אמון 24
 - 3.2. בעלי-מניות רגילים 27
4. סעדים על הפרת החובה 29
 - 4.1. חשבון היסטורי 29
 - 4.1.1. אקאונטביליות 29
 - 4.1.2. הדין והחשבון 34
 - 4.1.3. מתן חשבונות 40
 - 4.2. "הדינים החלים על הפרת חוזה" 43
 - 4.2.1. תולדות החקיקה 43
 - 4.2.2. הפסיקה 55
 - 4.2.3. חוזה אמונאות 60

חובת האמון היא עמוד התווך של מערכת הדינים המיוחדת החלה על אמונאי (fiduciary). חיבור זה מנתח שתי סוגיות מרכזיות במסגרת המשפטית של יחסי האמונאות בתאגיד - לאמור, חובת ההגינות החלה על בעלי-שליטה ובעלי-מניות נוספים, ומשטר הסעדים החל על הפרת חובות האמון וההגינות. על בסיס ניתוח עיוני-כלכלי וניתוח דוקטרינרי-משפטי החיבור מצביע על ההכרח בהלימה בין שלושה גורמים: הבעיה החברתית שעמה מתמודד משטר חובות האמון, כללי ההתנהגות שמשטר זה קובע, והסעדים על הפרתם. בפרט, כשם שחובת האמון מטילה איסור תקיף על פעולה בניגוד עניינים וחובת גילוי מלא, כך הסעדים על הפרתה - ובמרכזם הסעד של חשבון (account) - שוללים כל טובת הנאה שצמחה מחמת ההפרה, ומבטלים כל יתרון במידע שעשוי להיות לאמונאי. המצב בדין הישראלי כיום מציב אתגרים של ממש ליישום המשטר המשפטי האופטימלי. החיבור מציג גישה פרשנית לחוק החברות ולפסיקה, שיש בה כדי להגשים את התכלית החיונית של דיני האמונאות.

* פרופסור-חבר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי העמוקה נתונה לעוזרי המחקר שהגישו לי עזרה מסורה באיסוף החומר למחקר זה במרוצת הזמן, ובהם מורן מרדכי, אלעד שרן, עדי וויצהנדלר, דניאל פולנס ואורי הראל, לאיתי פיגנבאום ולעמיר כהנא על הפניות והערות מועילות, למשתתפי הכנס על ממשל תאגידי, חברות משפחתיות וריכוזיות כלכליות והכנס לכבוד השופטת (בדימו') איילה פרוקצ'יה על הערותיהם, וכן לפורום למדיניות כלכלית ע"ש פנחס ספיר מיסודו של סם רוטברג ולקתדרה לממשל תאגידי בישראל ע"ש משפחת ריימונד אקרמן באוניברסיטת בר-אילן על התמיכה במחקר.

1. מבוא

[1] חיבור זה מנתח את הדין החל על יחסי אמונאות (fiduciary relations)¹ מתוך שאיפה להשיג הלימה בין שלושה יסודות: הבעיה החברתית שעמה מתמודד משטר חובות האמון ביחסים אלה, כללי ההתנהגות שמשטר זה קובע, והסעדים על הפרתם. ענייננו בקטגוריה מיוחדת של מערכות יחסים, שבהן אדם מקנה לזולתו כוח על ענייניו מבלי שלאותו אדם יש אפשרות ממשית לשמור על ענייניו בעצמו. ניתוח עיוני לאור תובנות כלכליות מוכרות מלמד, כי במצבים כאלה מתעורר חשש להתנהגות אופורטוניסטית של הצד בעל הכוח. נקודת המפתח הינה שלא ניתן להתבסס באופן מוחלט על הסדרה חוזית חופשית של מערכת היחסים. לפיכך יש הצדקה להתערבות חברתית באמצעות קביעת דין מיוחד. הניתוח העיוני מצביע על קווי המתאר הבסיסיים של הדין הרצוי: באופן סכימטי, כדי למזער את סכנת השימוש לרעה בכוח יש להטיל על בעל הכוח במצבים אלה איסור להפיק טובות הנאה מכוחו ולקבוע סעדים לעיקור כל טובת הנאה שעשויה לצמוח מהפרת החובה. מכיוון שעצם קיומו של הכוח תלוי בהבדלי מידע, נדרשים הסדרים קפדניים של גילוי מלא.

[2] קווי מתאר אלה מתארים את המשטר המשפטי המוכר כחובות אמון בכל שיטות המשפט המקובל במסגרת הענף של דיני היושר, אשר במסגרתו התפתחו דיני אמונאות כלליים. החיבור הנוכחי מתמקד בשני רכיבים של דיני האמונאות, אשר נודעת להם השלכה מיוחדת על הממשל התאגידי בישראל - ראשית, החובות המשפטיות המוטלות על בעלי-שליטה ובעלי-מניות מסויימים נוספים, ובמיוחד משקיעים מוסדיים; שנית, משטר הסעדים - לאמור, האמצעים האזרחיים והעיצומים הכספיים - אשר הדין בישראל קובע על הפרת חובות האמון. בשני הנושאים הנזכרים שורר כיום ערפל משפטי ניכר בדין הישראלי. בתי המשפט מתקשים להתמודד עם הסוגיות האלה. ניתן להצביע על החלטות סותרות בפסיקה לגבי פרשנות חוק החברות, תשנ"ט-1999, ובמקרים מסויימים - גם על שגגות. במידה רבה הדבר נובע מניסוחים מוקשים בחוק החברות, אשר קשורים בתורם לליקויים רחבים יותר בחקיקה האזרחית. התוצאה היא שהסביבה המשפטית שבה מתנהל הממשל התאגידי בישראל - במיוחד בחברות שבהן יש בעלי-שליטה ובחברות ציבוריות - אינה מיטבית. הדין מתקשה להתמודד עם הצורך לקבוע משטר תמריצים אופטימלי להגנה על החברה ועל בעלי-המניות מן המיעוט ומן הציבור מפני שימוש לרעה בכוחם של אנשי-הפנים שלה.

לאחר פרק מבוא, המציג מסגרת כלכלית עיונית לעיצוב משטר משפטי יעיל לפיקוח על בעלי-כוח בחברה, החיבור פונה לעסוק בניתוח חובות ההגיונות, שהיא סוגייה ייחודית לדיני

¹ אין בעברית תירגום מדוייק למונח fiduciary. הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 699, נוקטת את המונח "חב-אמון" לגבי כל מי שחב חובת אמון. ראו דברי ההסבר לסעיף 42 להצעה. המונח "חב אמון" מסורבל וקשה להטיה, והוא גם אינו מדוייק מכיוון שה-fiduciary חב חובות נוספות לצד חובת האמון. ל"אמונאי" צורת שם עצם בתבנית המשלבת מקצוע ותכונה (כגון מכונאי או זכאי), המתבססת על האמון כיסוד מגדיר. מאמונאי נוח גם לגזור "אמונאות" כתירגום ל-fiduciary בהקשר של מערכת יחסים (fiduciary relations) - מונח אשר משקף את האטימולוגיה של fiducia הלטיני, ממנו נגזר גם faith - אמונה. הצעת המינוח הזו מאת המחבר עומדת בפני האקדמיה ללשון העברית. מכתב מאת רחל סליג, האקדמיה ללשון העברית, אל המחבר, 21 למרץ 2012.

התאגידים של ישראל. חוק החברות מטיל חובת הגינות על בעלי-שליטה, בעלי-מניות שיש להם כוח הכרעה (באופן טיפוסי בחברות ציבוריות אלה משקיעים מוסדיים), ובעלי-מניות שיש להם כוח אחר בחברה. הדעה הרווחת בספרות, שיש לה הד מסויים גם בפסיקה, גורסת כי חובת ההגינות נמצאת ברמת-ביניים בין חובת האמון - זו החלה על אמונאים כגון דירקטורים ושלוחים - לבין חובת תום-הלב - זו החלה על כל אדם בכל פעולה. יש אף שקישרו בין חובת ההגינות לדוקטרינת ה"הגינות המלאה" (entire fairness), הנוהגת בדין של דלאור.

העבודה מציגה ניתוח יסודי, ראשון מסוגו, של חובת ההגינות לאור ההיסטוריה החקיקתית הנפתלת שלה. ניתוח זה דוחה לחלוטין את הזיקה בינה לבין דוקטרינת ההגינות המלאה, הגם שיש בה תועלת בדין שלנו בהקשר לעבודת הדירקטוריון. בנוסף לכך, הניתוח מלמד שהטלת חובה משפטית ברמת-ביניים על בעלי-שליטה אינה מתיישבת עם הדין הרצוי. במקום זאת מוצעת לחובת ההגינות פרשנות חדשה כחובת אמון רגילה. פרשנות זו מאפשרת משטר אחריות כלפי בעלי-שליטה שהוא תובעני יותר וברור יותר וגם עולה בקנה אחד עם המשפט המשווה, תוך שהוא מתחשב באינטרסים הלגיטימיים של בעלי-מניות הכפופים לחובה.

חלקו העיקרי של החיבור דן בסעדים על הפרת חובות אמון והגינות בתאגיד. חוק החברות קובע, כי על הפרת חובת אמון ועל הפרת חובת הגינות "יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים." פרשנות מילולית, שלפיה הנפגע מההפרה זכאי לתרופות לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, נראית אפשרית ממבט ראשון, אך היא אינה מתקבלת על הדעת. למרות זאת, היו בתי-משפט שסברו כך. מבחינה עיונית, פרשנות כזו חותרת תחת התכלית של חובת האמון. מערך התמריצים שיוצרות התרופות על הפרת חוזה מיועד ליחסים שיש בהם יריבות כלכלית בין שני צדדים בעלי אינטרס לגיטימי לדאוג לענייניהם. מערך זה אינו מיועד להתמודד עם יחסי כוח-כפיפות - לאמור, יחסי אמונאות - והוא אינו מסוגל להתמודד עם בעיית האופורטוניזם (בעיית הנציג) שאלה מציבים, ובמיוחד לא עם אתגרים הנובעים ממידע אסימטרי. הסעדים על הפרת חובת אמון שונים מסעדים חוזיים רגילים באופן יסודי ועמוק, אך לכך יש ביטוי דל בלבד במקורות המשפטיים בישראל.

התרופות על הפרת חובת אמון - של דירקטור, בעל-שליטה וכל אמונאי אחר - נכללות במשטר מיוחד של אקאונטביליות משפטית, המכונה "חשבון" (account). העבודה מתחקה אחר השורשים ההיסטוריים העתיקים של סעד החשבון, ומסבירה כיצד החשבון התפתח במענה לאתגרים שמציבה בעיית האופורטוניזם ביחסי אמונאות. דין זה עומד בבסיסם של דיני האמונאות בכל שיטות המשפט המקובל, לרבות אנגליה, אוסטרליה, וגם דלאור. החיבור מצביע, לראשונה בספרות, על העוגנים לקליטת דין זה גם במשפט הישראלי, ומראה כיצד נשכח, למעשה, זאת, בשעה שדינים אחרים, ובהם דיני חוזים ודיני עשיית עושר ולא במשפט, אינם מספקים לו חלופות מלאות ושקולות מבחינת מערך התמריצים שהם יוצרים.

לאחר מכן נדרש החיבור לבחינת הסעדים על הפרת חובות אמון לנוכח הוראות החוק הקיימות בסוגייה - החל מחוק השליחות, תשכ"ה-1965 ועד חוק החברות. בסוגייה זו נוצר, כאמור, פער משמעותי בהסדר החרות, המבוסס על סעדים על הפרת חוזה, לעומת ההסדר הכללי בדין הישראלי והמסגרת המשוכללת שהתפתחה בשיטות המשפט המקובל. בחינה מדוקדקת של

הספרות ושל מקורות ארכיוניים שטרם נדונו לגבי השתלשלות העניינים תומכת בדעה, כי התבנית החוזית בנוסח החוק היא תוצאה של תקלה. שורשיה של תבנית זו הם מאמצע המאה הקודמת, כאמור, אולם הם השתרגו והתעבו במסגרת חוק החברות על רקע "רוח החוק", ואולי גם "רוח הזמן", שדגלו באימוץ הסדרים חוזיים, התואמים את העדפות המתאגדים. כדי להתגבר על הקשיים המתוארים החיבור מציג גישה פרשנית, המקיימת את משטר הסעדים הנכון במסגרת התבנית החוזית שבחקיקה, ובמרכזה רעיון של חוזה אמונאות. גישה זו מבטאת נאמנות להלכה הפסוקה לצד השאיפה לקיים הסדר משפטי הולם מבחינה עיונית וערכית.

[3] מוטיב חוזר בעבודה הנוכחית הוא אי-הבהירות האופפת מספר בלתי-מבוטל של סוגיות ביחסי האמונאות - לגבי תוכן החובות, לגבי הצדדים להן ולגבי הסעדים על הפרתן. הדברים אמורים במיוחד לגבי יחסי אמונאות בתאגיד, למרות המאמץ הניכר שהושקע בגיבוש ההסדר החרות בחוק החברות. הסיבות לכך אינן מחוורות כל צורכן, אולם נדמה כי תרמה לכך נטייה בפסיקות בתי המשפט לוותר על ניתוח דוקטרינרי קפדני לאור ההלכה הפסוקה ולהעדיף על פניו הצהרות כלליות שבבחה של התנהלות עסקית נאותה תוך התבססות על עקרון תום-הלב. כפי שנראה, מהלך ניתוח כזה הוא מוטעה ומתעה במיוחד בהקשר הנוכחי. עם ההיזקקות התכופה להנמקות מבוססות-תום-לב צימצמו בתי-משפט את הפנייה למקורות המשפט המקובל, ובמיוחד לדיני מדינות חבר העמים הבריטי. בכך ניתקו את עצמם ואת הקהילה המשפטית בישראל משיח משפטי עשיר, מתחדש ורב-פנים, המתקיים בסוגייה גם בעת הנוכחית. שיח זה כוחו רב לו לסייע בפיתוח המשפט הישראלי באופן ראוי גם לאור העדפות ערכיות מקומיות, והעבודה הנוכחית מנסה לתרום לכך ולו במעט.

2. מסגרת עיונית כלכלית

2.1. כוח

[4] המשטר המשפטי של יחסי אמונאות במתכונת המוכרת לנו כיום עבר גילגולים מאז שהחל להתפתח במערכת חברתית ומשפטית, אשר פסה מן העולם לפני מאות שנים. ראשית דרכו של דין זה באנגליה הפיאודלית של המאה ה-12. למעשה, ניתן לראות בו נצר של מוסד האקאונטביליות (accountability) שהתהווה עוד קודם לכן – לאחר כיבוש האי הבריטי בידי הנורמאנים במאה ה-11.² כפי שנראה, יש ליוחסין ההיסטוריים האלה של דיני האמון, דרך גלגוליהם במשפט המקובל ובדיני היושר,³ השפעה ניכרת על הדין החדש. אולם משפטן בתקופה הנוכחית – ובפרט, בשיטה משפטית עצמאית כגון זו שלנו – עשוי למצוא בכך נימוק משכנע במידה

² ראו להלן טקסט לאחר הערה 128 ואילך.

³ התייחסות ל"משפט המקובל" (common law) מעוררת דרך קבע קשיים של סיווג ומינוח במקורות הזרים וגם בעברית. המשפט המקובל מגדיר הן את כל שיטת המשפט שנוצרה באנגליה והן את הענף בתוכה, שפעל במסגרת בתי משפט ודינים מסויימים. לצד ענף זה התפתחו בתי משפט ודינים של היושר (equity), אולם גם הם חלק מן השיטה האנגלית, במיוחד לאחר שאוחדו באנגליה בסוף המאה ה-19. "המשפט המקובל" מתייחס גם ל"משפחת משפט" (legal family) של מדינות רבות, שמשפטן הושפע מן הדין האנגלי בשל נסיבות היסטוריות מגוונות. לניתוח נוסף של בעיית הסיווג ראו, SARAH WORTHINGTON, EQUITY 3-47 (2d ed. 2006); ALASTAIR HUDSON, EQUITY AND TRUSTS 3-41 (6th ed. 2010).

מוגבלת בלבד באשר לקווי המתאר של הדין כיום. בנייתו הדין הנוהג והראוי עדיף לזהות תחילה באופן עיוני את התכלית החברתית, שאותה אמור דין זה לשרת, ולאור זאת לבחון באיזו מידה הוא אמנם מתמודד עם האתגר.

דיני האמונאות הם המענה המשפטי לצורך החברתי לפקח על השימוש בכוח במערכות יחסים רצוניות. כוח והבדלי כוח בין פרטים ובין קבוצות בחברה הם תופעה אוניברסלית, שכל קבוצה חברתית חייבת להדרש לה ולגבש לה מענה מוסדי כדי להבטיח סדר חברתי.⁴ אצלנו מקובל להביע רעיון זה במימרה הקולעת "כוח ללא אחריות משול להפקרות," שטבע גואלטירו פרוקציה,⁵ ומאז היא קנתה לה שביתה בפסיקת בתי המשפט בהקשרים של משפט פרטי ומשפט ציבורי כאחד. ההכרח לקבוע מגבלות ולפקח על השימוש בכוח – בין אם כוח פיזי אלים ובין אם כוח אחר, כגון כוח כלכלי – משמש כצידוק בסיסי לקיום מדינה, מוסדות שלטון ומשפט.⁶ בהקשר הכלכלי נודע למושגי הכוח והסמכות מקום מרכזי בתיאוריה הכלכלית של הפירמה כיסוד חיוני להבנת תופעת התאגיד לפחות מאז חיבורו פורץ הדרך של קוז (Coase) על טיבה של הפירמה.⁷

כדי לקיים דיון סדור בחובות האמון ניעזר במודל המפורסם של מושגים משפטיים שהציג הוהפלד (Hohfeld).⁸ לצד הזוג המוכר יותר, זכות וחובה, ניצב גם זוג המושגים כוח וכפיפות (power, liability). אליבא דהוהפלד, כוח הוא השליטה הרצונית שיש לאדם על המצב המשפטי של אדם אחר.⁹ כפיפות היא המושג התואם לכוח, והיא מתארת את מצבו של האדם החשוף

⁴ הספרות על מושג הכוח כיסוד מרכזי במערכות חברתיות עצומה. לחיבור קלאסי בנושא ראו Pierre Bourdieu, *Cultural Reproduction and Social Reproduction*, in KNOWLEDGE, EDUCATION, AND BERTRAND RUSSELL, POWER: A NEW (Richard Brown ed., 1973) CULTURAL CHANGE 71; ראו גם SOCIAL ANALYSIS POWER (1938).

⁵ גואלטירו פרוקציה, פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות, **משפטים** ח 13, 17 (תשל"ח).

⁶ ראו, למשל, תומס הובס, **לויתן** 87-88 (אהרון אמיר מתרגם, מנחם לורברבוים עורך, 2009); H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 194-95 (2d ed. 1994). תובנה זו התבטאה במקורות ההלכה כ-1400 שנה לפני הובס. אומר התלמוד הבבלי, עבודה זרה ד, ע"א:

אמר רב יהודה אמר שמואל: מאי דכתיב ותעשה אדם כדגי הים, כרמש לא מושל בו? למה נמשלו בני אדם כדגי הים? ... מה דגים שבים כל הגדול מחברו בולע את חברו, אף בני אדם אלמלא מוראה של מלכות כל הגדול מחברו בולע את חברו, והיינו דתנן, רבי חנינא סגן הכהנים אומר: הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו.

⁷ Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386 (1937).

⁸ Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *YALE L.J.* 16 (1913) (hereinafter Hohfeld 1913) המשפטיים. ראו Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 *YALE L.J.* 710 (1917), WESLEY N. HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING, (W.W. Cook, ed. 1919; reprint 1964) ANDREW HALPIN, RIGHTS AND LAW: ANALYSIS AND THEORY (1997). לסקירה ודיון ראו

⁹ Hohfeld 1913, **שם**, בע' 44 (the person (or persons) whose volitional control is paramount) may be said to have the (legal) power to affect the particular change of legal relations that is involved (in the problem.)

לכוחו של בעל הכוח.¹⁰ הוהפלד מדגים יחסי כוח-כפיפות באמצעות יחסי שליחות. לאדם יש אמנם כוח לפעול כשולח ולעשות את חברו לשלוח, בהסכמת השלוח, אולם מרגע זה ואילך כפוף השולח לכוחו של השלוח להשפיע באופן חד-צדדי על ענייניו של שולחו.¹¹

2.2. אופורטוניזם ומידע חלקי

[5] המשפט עשוי לקבוע הסדרים לגבי הפעלת הכוח, אולם הוא מקבל אותו כנתון מבלי לספק הסברים לגבי מקורו. מדוע קיים כוח בנסיבות מסוימות ולא באחרות? בפרט, כיצד נוצר בידיו של אדם כוח לפעול באורח חד-צדדי (ובייחוד על אפו וחמתו של הצד השני) במערכת יחסים, הנוצרת מלכתחילה בהסכמה דו-צדדית? לבירור נקודה זו נפנה לספרות הכלכלית. בספרות זו נדונים יחסי כוח במסגרת הדיון בבעיית הנציג (agency problem). המצב הבסיסי, המשמש לניתוח בעיית הנציג, הוא היחסים בין יזם, שמקיים פעילות כלכלית כפירמה (השולח, principal), לבין מנהלת שהוא שוכר כדי לעזור לו בניהול העסקים (הנציג, agent). אין זה מקרה שהמינוח הוא מינוח של שליחות, מכיוון שיחסי שליחות הם הקשר מובהק ליחסי כוח וכפיפות. בעבודותיהם החלוציות של אלקיאן ודמזץ (Alchian and Demsetz)¹² ושל ג'נסן ומקלינג (Jensen and Meckling)¹³ הציגו המחברים תיאוריה של נציגות, המנתחת את הקשיים הנובעים מניגוד העניינים הפוטנציאלי בין היזם לבין הנציג, המנגנונים שניתן ליצור להקטנת הבעיה, והעלויות הכרוכות בבעייה ובהקטנתה (עלויות הנציגות, agency costs).

שתי הנחות-עבודה תמימות למראה, הניצבות ביסוד הניתוח הכלכלי הבסיסי של בעיית הנציג, הופכות אותה לבעייה עיקשת במיוחד: ראשית, שאנשים הם רציונליים, ושנית, שהם אנושיים. הנחת הרציונליות המסורתית בכלכלה הניאו-קלאסית קובעת, כי הפרט שואף להשיא את תוחלת התועלת העצמית שלו. רציונליות זו, הממוקדת בעצמי ובקרובים לו קרבה מיוחדת, מוגבלת, עם זאת, מחמת מגבלות אנושיות של הזכרון, כושר חישוב, וחשוב מכל – המידע העומד לרשות הפרט. הנציג עשוי לפעול לא אחת בתנאים של מידע אסימטרי, שבהם הוא נהנה ממידע עדיף לעומת השולח. אם יסטה הנציג מן המשימות שנקבעו בהסכמה עם השולח, האחרון עלול שלא להיות מסוגל להיטיב את מצבו. זאת, מכיוון שהמידע על ההפרה עלול להיות בלתי-ניתן לצפיה (non-observable), או שהמידע אינו ניתן לאימות בפני לצד שלישי נייטרלי שיוכל לשמש ליישוב הסכסוך (non-verifiable), או שהמידע יקר להשגה עד שעלותו מרובה מתועלתו. או אז נוצרות נסיבות - מעין "שטחים מתים" - שבגדרן יכול הנציג להיטיב עם עצמו על חשבון השולח

¹⁰ Liability היא לפיכך מונח מבבל מעט, כי היא מבטאת גם חבות כלפי פלוני, בעוד שהכוונה היא לתאר מצב של חשיפה, סבילות ופגיעות (vulnerability).

¹¹ Hohfeld 1913, לעיל הערה 8, בע' 47.

¹² Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 AM. ECON. REV. 777 (1972).

¹³ Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305, 305 (1976).

מבלי שהאחרון יוכל להתגונן.¹⁴ באופן סכמטי, הנציג יכול להיטיב עם עצמו בכך שיימנע מלנקוט את מיטב מאמציו בעת ניהול ענייני השולח ("הזנחה" או "עצלנות") או בכך שיעביר ערך מן השולח לטובתו שלו ("נטילה" או "ביזה").¹⁵

בניסוח הכללי הזה של הגורמים לבעיית הנציגות מתבררת חפיפה ניכרת בין תורת הנציגות לפי המודל של ג'נסן ומקלינג לבין התורה של כלכלת הוצאות עסקה (transaction cost economics) מבית מדרשם של קוז ו-וויליאמסון (Williamson).¹⁶ ההתנהגות הרציונלית של הנציג הנזכר לעיל היא דוגמה מובהקת לאופורטוניזם, שאותו הגדיר וויליאמסון כ"פעולה בנכלוליות לטובת העניין האישי".¹⁷ העובדה כי מדובר במערכת יחסים רצונית, שהצדדים יכולים להגדירה בחוזה ולקבוע מנגנוני פיקוח ומגבלות על חופש הפעולה של הנציג, עשויה להועיל, אך היא אינה יכולה לספק פתרון מלא. זאת, מכיוון שרציונליות מוגבלת ועלויות עסקה גורמות לכך שגם החוזה יהיה מוגבל בהכרח. החוזה המושלם (complete contingent contract)—זה המתייחס לכל מצב-עולם עתידי—אינו אפשרי. ייתכנו לכך מספר סיבות.¹⁸ בין היתר, על-מנת להסדיר בהסכם את כל המצבים העתידיים האפשריים נדרשות עלויות בלתי-סבירות, בזמן ובממון כאחד, לצורך המשא-ומתן ועריכת החוזה. אף בהעדר מגבלות של זמן וממון, היכולת הקוגניטיבית של הצדדים לחזות את העתיד מוגבלת בדרך-כלל, ולרוב ייתכנו התפתחויות שלא נחזו מראש.¹⁹ יתר על כן, ייתכנו מצבים עתידיים מסוימים, שאחד הצדדים לחוזה צופה אותם נכונה (ואולי אף מייחל להם), אך אין הוא מעלה אותם על שולחן המשא-ומתן כדי לאפשר לעצמו לנצלם לטובתו לאור העדיפות שלו במידע, כמתואר לעיל. אולם מכשלתו הגדולה ביותר של החוזה ככלי לטיפול במצבים של נציגות היא בעיית המידע החלקי. אפילו כאשר הנציג מפר את החוזה, ייבצר מן השולח לתבוע אותו כאשר אין הוא יכול לדעת על ההפרה או כאשר אין הוא יכול להוכיחה בפני צד שלישי נייטרלי, כגון בית המשפט או בורר.

¹⁴ במינוח הכלכלי מצב כזה מכונה "פעולה נסתרת" (hidden action), והוא עשוי להוביל ל"סיכון מוסרי" (moral hazard). ראו JEAN-JACQUES LAFFONT & DAVID MARTIMORT, THE THEORY OF INCENTIVES: THE PRINCIPAL-AGENT MODEL 3 (2002); Kenneth J. Arrow, *The Economics of Agency*, in PRINCIPALS AND AGENTS: THE STRUCTURE OF BUSINESS 37 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds., 1985).

¹⁵ בספרות על משטר חברות רווח המונח "tunneling" לתיאור נטילה בידי אנשי-פנים בחברה, על בסיס הדימוי של חפירת מנהרה להברחת נכסי החברה בעקבות שערוריות של ביזה מסוג זה לאחר ההפרטות הגדולות במזרח אירופה בשנות ה-90. ראו Simon Johnson, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, & Andrei Shleifer, *Tunneling*, 90 AM. ECON. REV. 22 (2000).

¹⁶ בהתאמה, OLIVER E. WILLIAMSON, *THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM: FIRMS, MARKETS, RELATIONAL CONTRACTING* (1985); Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

¹⁷ Williamson, *שם*, בעמ' 47 ("self-interest seeking with guile"). ראוי לציין, כי אופורטוניזם נכלולי אליבא דוויליאמסון כולל פעולה בתרמית, שיסודה שקר ביודעין, אך הוא רחב ממנה וכולל ניסיונות לבלבל ולהסיט את הצד השני, ממש כשם ש"מירמה" (fraud) בדיני היושר רחבה מעילת התרמית (deceit) בדיני הניזקין של המשפט המקובל, וחובקת צורות התנהגות שלא-ביושר אף ללא מצג-שווא ביודעין, הסתמכות וכו'.

¹⁸ ראו, למשל, OLIVER HART, *FIRM, CONTRACTS, AND FINANCIAL STRUCTURE* (1995); Douglas B. Bernheim & Michael Whinston, *Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity*, 88 AM. ECON. REV. 432 (1998); Oliver Hart & John Moore, *Incomplete Contracts and Renegotiation*, 56 ECONOMETRICA 755 (1998); Oliver Hart, *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, 4 J. L. ECON. & ORG. 119 (1988).

¹⁹ ראו Jean Tirole, *Cognition and Incomplete Contracts*, 99 AM. ECON. REV. 265 (2009).

[6] הדיון עד כה משקף, אם כן, הנחה כללית ואף ציפיה, שהנציג עשוי לפעול לטובת עניינו האישי כל אימת שהדבר אפשרי. כדי שהנחה זו תוכל לשמש כהנחת-עבודה לעיצוב משטר משפטי, עליה להיות מציאותית במידה סבירה כתיאור של הפרטים בחברה. אכן, ספרות כלכלית עניפה מצביעה על כך, שהנחה זו בדבר אנוכיות והעדפת-העצמי של שחקנים כלכליים עשויה להיות מופרזת. אנשים פועלים במקרים רבים תוך התחשבות בעניינם של אחרים גם על חשבון עניינם האישי.²⁰ עם זאת, לצורך גיבוש הנחת-עבודה מציאותית, לא ניתן לבטל את החשש מפני התנהגות אופורטוניסטית של נציגים ולהתעלם מן הבעיות שהיא עלולה לגרום. הסדרה חברתית-מוסדית של יחסי נציגות מחייבת, לפיכך, את החברה לנקוט עמדה בשאלה עד כמה החשש מפני אופורטוניזם מצדיק התערבות, ובאופן יסודי יותר - בשאלה אודות יצר לב האדם בדרך כלל. אין זו הכרעה פשוטה, כמובן. סוגיית טבע האדם שימשה נושא לדיון להוגים רבים במרוצת הדורות. במקרא מיוחסת הקביעה האמפירית בסוגיה - כי יצר לב האדם רע מנעוריו - למי שאמר והיה עולם.²¹ במקורות המשפט האנגלי מפורסמת אמרתו של לורד הרשל (Herschell) בפרשת *Bray* בדבר הטעם לאיסור על ניגוד עניינים, כי "human nature being what it is, there is danger of the person holding a fiduciary position being swayed by interest rather than duty".²²

זאת ועוד, הפרטים בחברה נבדלים זה מזה מבחינתם נטייתם להתנהגות אופורטוניסטית. לפיכך, כל עמדה - ובפרט, אימוץ הנחה כי הפרטים אופורטוניסטים מטבעם - תחטא לאלה שדיוקן זה אינו מתאים להם.²³ כל הכרעה לגבי הנחת-העבודה בשאלת הנטיה לאופורטוניזם כרוכה, לפיכך, בעלויות חברתיות בשל אי-התאמתה לחלק מן הפרטים. מחד גיסא, משטר שינקוט משנה זהירות ויניח לחומרא, כי הפרטים נוטים לאופורטוניזם, ייסב עלויות חברתיות, בין השאר, בכך שידכא את ההניעה הפנימית של פרטים מסויימים להמנע מהתנהגות אופורטוניסטית משעה שהם מוחזקים כאופורטוניסטים-בכוח - התופעה המכונה "דחיקה" (crowding out).²⁴ כך, הטלת איסור משפטי על נציגים לנהוג באופורטוניזם וקביעת סעדים קשים כנגד המפרים עשויות

²⁰ לסקירות טובות ראו: Joel Sobel, *Interdependent Preferences and Reciprocity*, 43 J. ECON. LITERATURE 392 (2005); Stefano DellaVigna, *Psychology and Economics: Evidence from the Field*, 47 J. ECON. LITERATURE 315 (2009).

²¹ עם זאת, המסקנה האופרטיבית שנגזרה מכך התהפכה (לפחות לפי פשט הכתוב), משהתברר לאחר המבול, שהבעייה לא נמחתה עמו. "וירא ה' כי רבה רעת האדם בארץ וכל יצר מחשבות לבו רק רע כל היום. וינחם ה' כי עשה את האדם ויתעצב אל לבו. ויאמר ה' אמחה את האדם אשר בראתי" בראשית ו, ה-ז; "ויאמר ה' אל לבו לא אוסיף לקלל עוד את האדמה בעבור האדם, כי יצר לב האדם רע מנעוריו, ולא אוסיף עוד להכות את כל חי כאשר עשיתי" בראשית ח, כא.

²² *Bray v Ford* [1896] AC 44, 51-52. לורד הרשל היה בנו של יהודי אורתודוקסי שהמיר את דתו, הפך לכומר, ועמד בראש החברה הבריטית להפצת הבשורה בקרב היהודים. ניתן לשער שהמקורות הנזכרים לעיל היו מוכרים לו היטב. Encyclopedia Britannica (1911), Farrer Herschell, 1st baron Herschell, www.1911encyclopedia.org/Farrer_Herschell,_1st_baron_Herschell.

²³ על הקושי לקבוע כלל משפטי בעל תחולה כללית לנוכח מגוון בין הפרטים בהעדפות ובערכים שלהם ראו עמיר ליכט, רציונליות, ערכים ומשפט: לקראת מסגרת מאחדת, **משפט ועסקים** י"ב 117, 151-154 (2010).

²⁴ הספרות הכלכלית בסוגייה גוואה. ראו Dirk Sliwka, *Trust as a Signal of a Social Norm and the Hidden Costs of Incentive Schemes*, 97 AM. ECON. REV. 999 (2007); Tore Ellingsen & Magnus Johannesson, *Pride and Prejudice: The Human Side of Incentive Theory*, 98 AM. ECON. REV. 990 (2008); Dan Ariely, Anat Bracha & Stephan Meier, *Doing Good or Doing Well? Image Motivation and Monetary Incentives in Behaving Prosocially*, 99 AM. ECON. REV. 544 (2009).

להתפס בעיניהם כמעליבה ודווקא להחריף את התופעה. מאידך גיסא, משטר מוסדי שיתעלם מן הסיכון של אופורטוניזם יעודד התנהגות אופורטוניסטית ופגיעה בפרטים התמימים ובכך ידכא שיתוף פעולה בין פרטים להשגת מטרות משותפות. כאשר הפרטים התמימים ידעו שאין להם הגנה חברתית-מוסדית מפני אופורטוניסטים, ומכיוון, שכאמור, אין ביכולתם להתגונן באופן מלא באמצעות הסדר חוזי פרטי, התגובה המיטבית שלהם תהיה להניח את האפשרות הגרועה יותר ולהערך לה מבחינת הנכונות לכרות חוזה, לקבוע מחיר שישקף התוחלת של אופורטוניזם וכו'. כפי שהראה אקרלוף (Akerlof) במודל "שוק הלימונים", התוצאה של הלך מחשבה כזה במקרה הקיצוני תהיה כשל מוחלט של מנגנון השוק.²⁵ במקרים פחות קיצוניים יתבטא כשל השוק בשיווי משקל ברמה תת-מיטבית, אשר תשקף עלות חברתית, למרות שכל אחד מן הפרטים נוקט אסטרטגיה מיטבית במישור האישי.

הניתוח לעיל מצביע על היסודות הנחוצים לקיומו של משטר אפקטיבי לריסון בעיית הנציג ולמיזעור תוצאותיה השליליות. זאת, בהעדר אפשרות מעשית לפתור אותה באופן מלא כל עוד יש יסוד במציאות להנחות בדבר רציונליות ומידע חלקי. בעיצוב משטר כזה יש לשאוף להלימה בין הבעייה לבין המענה המוסדי הניתן לה. משטר כזה ישאף לעקר את הגורמים המצמיחים את הבעייה בנסיבות של יחסי כוח. מענה באמצעות משטר משפטי מחייב שהן כללי ההתנהגות והן הסעדים על הפרתם יהלמו את הבעייה. לפיכך, כמענה להעדפת-העצמי צריך המשטר האמור לבלום את יכולתו של הנציג להשתמש בכוחו כדי להיטיב עם עצמו. כמענה לעדיפות במידע של הנציג המשטר האמור צריך לחייב את הנציג לגלות לשולח את המידע העודף שברשותו. ולבסוף, כמענה לחוסר-התוחלת שבהסדרת יחסי כוח באמצעות חוזה במישור הפרטי יש לקבוע את המשטר הרצוי כמוסד חברתי – דהיינו, כרגולציה באמצעות כללים משפטיים מחייבים מטעם המדינה. תכונות אלה מתארות, את משטר חובת האמון במשפט המקובל, שבו עוסק החיבור. ראוי להדגיש, כי משטר של חובות אמון, המבוסס על הנחת-עבודה כי הפרטים נוטים לאנוכיות, אינו משקף ניהיליזם או אכזבה מן הבריות. ההיפך הוא הנכון. התכלית היא לעצב משטר משפטי, אשר יאפשר לפרטים בחברה לפעול ביחד ולהסתמך זה על זה במסגרת הכללים המשפטיים, ובכך יש ביטוי לגישה אופטימית של הדין.

[7] בשולי חלק זה, נצביע על שני היבטים, המציבים אתגר לעיצוב משטר פיקוח על בעיית הנציג, מבלי להדרש לפרטיהם. ראשית, הדיון מכאן ואילך יתמקד בפיקוח חברתי-מוסדי באמצעות מערכת המשפט, להבדיל מנורמות חברתיות. נורמות בלתי-מחייבות, כגון כללי אתיקה וקודי התנהגות, עשויים לעודד התנהגות לא-אופורטוניסטית בקרב פרטים הנוטים לכך ממילא או גבוליים מבחינת נטייתם. אין בכוחם של אתיקה וקודים כאלה להתמודד עם הפרטים, העומדים במרכז הדיון – דהיינו, אלה שיש חשש סביר שינקטו פעולות כאלה כאשר הדבר נתון בידיהם

²⁵ George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970). מערכת נסיבות דומה לזו המתוארת לעיל מכונה סיכון מוסרי ובמקרים אחרים, כאשר לאדם יש מידע פרטי על תכונותיו שלו – "בחירה שלילית" (adverse selection). המשותף לבעיות אלה הוא שפערי מידע מקשים על השחקנים בשוק לזהות ולתמחר במדויק איכות ירודה.

ונראה להם כדאי.²⁶ נורמות חברתיות אפקטיביות יותר עשויות לנבוע מהעדפות תרבותיות לגבי שימוש בכוח, כך שניצול כוח למטרות אישיות עשוי להיות רווח בתרבויות מסויימות יותר מאשר באחרות.²⁷ לצורך הדיון נניח הנחה מפשטת, כי התרבות הרווחת מבחינה זו בישראל דומה למדי לתרבות במדינות דוברות-אנגלית – הנחה שיש לה תימוכין אמפיריים טובים.²⁸ כאשר יש הבדלים משמעותיים במימד התרבותי הרלבנטי - למשל, בהשוואה למדינות במערב-אירופה או במזרח-אסיה - קשה יותר להשוות את המשטרים המשפטיים.

שנית, תחולתו של מושג הכוח מקיפה, כאמור, מצבים שבהם אדם מקבל באופן רצוני אפשרות לשלוט ולהשפיע חד-צדדית על ענייניו של אחר. קשה למתוח קו הבחנה חד וברור בין מצבים כאלה לבין יחסים חוזיים כלכליים רגילים, שגם בהם יכול צד לחוזה להנות מעדיפות במידע על הצד השני ולקיים את החוזה באופן שישפיע על ענייניו מבלי שהדבר יעלה כדי הפרה, ואפילו כאשר מדובר בהפרה. בחברה, הדוגלת באוטונומיה של הרצון ומעודדת את הפרטים להגשמה עצמית, חופש הפעולה של צדדים לחוזה בקיום החוזה מוגבל במידה מסויימת בלבד (אצלנו – במסגרת חובת תום הלב). בוודאי שאין מדיניות חברתית לשלול מצד לחוזה כל אפשרות להיטיב עם עצמו על חשבון הצד השני במסגרת החוזה (תוך קיומו בתום-לב). לעומת זאת, היותו של אדם חב-אמון שוללת נחרצות כל טובת הנאה מסוג זה. במונחי טבלת הוהפלד מדובר בזכות-יתר (פריבילגיה) לגיטימית. לפיכך, אמת-המידה להבחנה בין הפעלת כוח אסורה להפקת יתרון מותרת תהיה מידת הלגיטימיות החברתית של קידום עניינים אישיים באותו מצב. במסגרת הנוכחית נניח, כי הבחנה כזו אכן אפשרית, אף כי כפי שיתואר, עלולים להתעורר קשיים של ממש כאשר היא מיטשטשת.²⁹

2.3. גישות נוספות בניתוח הכלכלי

[8] הספרות המשפטית החלה לעסוק באופן עיוני בסוגיית חובות האמון לפני זמן רב. עם זאת, הדיון התנהל ברובו במסגרת של ניתוח פוזיטיבי, השואף לתאר, לארגן ולהסביר את הדין

²⁶ על נורמות חברתיות ופרטים גבוליים ראו, למשל, Robert D. Cooter, *Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the "Bad Man" of Holmes*, 78 B.U. L. REV. 903 (1998); Robert D. Cooter, *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization*, 79 OR. L. REV. 1 (2000).

²⁷ ראו, בהקשר של משטר חברות, Jordan I. Siegel, Amir N. Licht, & Shalom H. Schwartz, *Egalitarianism and International Investment*, 102 J. FIN. ECON. 621 (2011); Jordan I. Siegel, Amir N. Licht, & Shalom H. Schwartz, *Egalitarianism, Cultural Distance, and FDI: A New Approach*, ORG. SC. (forthcoming 2012).

²⁸ ראו Shalom H. Schwartz, *A Theory of Cultural Value Orientations: Explication and Applications*, 5 COMP. SOCIOLOG. 137, 156 (2006).

²⁹ לניתוח השוואתי ראו Paul D. Finn, *The Fiduciary Principle*, in EQUITY, FIDUCIARIES AND TRUSTS 1 (Timothy G. Youdan ed., 1989); Paul D. Finn, *Contract and the Fiduciary Principle*, 12 U.N.S.W. L.J. 76 (1989); תמר פרנקל (Frankel), אחת הכותבות הפורות בתחום הפועלת בארה"ב, דוגלת בפרשנות מרחיבה במיוחד ליחסי אמון (בלשונה: entrustment) וכוללת בגדרם לא רק נאמנים, שותפים ודירקטורים אלא גם רופאים, עורכי-דין ובורוקרים, ואפילו בני-זוג וחברים. Tamar Frankel, *Fiduciary Law* 42-62 (2011); ראו גם Tamar Frankel, *Fiduciary Duties as Default Rules*, 74 OR. L. REV. 1209 (1995). למרות שיש יסודות משותפים במערכות יחסים כאלה ברוח האמור בטקסט, היקף נרחב שכזה מדלל ומטשטש את המהות של יחסי אמוןאיות וסופו שהוא מביא לתקלה.

במיוחד לנוכח פסיקות בתי-המשפט – מהלך עיוני טיפוסי במערכת של משפט מקובל.³⁰ ניתוח בינתחומי של הסוגיה החל להופיע רק בעת האחרונה יחסית. מכיוון שהבסיס העיוני של החיבור הנוכחי נשען על תובנות כלכליות, נסקור להלן בקצרה עמדות בולטות של מחברים במסגרת הגישה הכלכלית למשפט ולצדן נציין גישות בינתחומיות נוספות. בחלקו השני של סעיף זה נצביע על מספר עבודות בזרם מעניין של ספרות, אשר משלבת גישה פוזיטיבית, היונקת את תוקפה מן החומר המשפטי הגולמי, עם גישה אנליטית, החותרת לזהות עקרונות-יסוד בדין ולגזור ממנו מסקנות נורמטיביות.³¹

[9] מבין העבודות במסגרת הגישה הכלכלית למשפט, החיבור הנוכחי קרוב ביותר ברוחו לעבודתם של קוטר ופרידמן (Cooter & Freedman).³² מחברים אלה מציעים את מודל הנציגות כבסיס לניתוח דיני האמון מבחינת היקף החובות שהדין צריך לקבוע והדרכים המיטביות להרתיע מפני הפרתן. הם עומדים על כך שבמסגרת הסכמה בין שני צדדים, לפיה אחד מהם מפקיד בידי השני שליטה על נכס או עניין אחר שלו, עלול השני, השלוח, להעדיף את עניינו האישי על-פני עניינו של השלוח. הדבר אפשרי, מכיוון שיקשה על השלוח למנוע זאת באמצעות חוזה. לפיכך, במערכת יחסי אמונות (fiduciary relationship) השולח-המוטב חשוף לפגיעה בידי השלוח בדרך של נטילה ובדרך של הזנחה. כפועל יוצא, הדין מטיל על השלוח חובת אמון (loyalty) כדי להתמודד עם בעיית הנטילה וחובת זהירות כדי להתמודד עם בעיית ההזנחה. טענתם העיקרית של המחברים היא, כי נטילה רווחית יותר לשלוח וקשה יותר להוכחה, ולפיכך, לצד החובות המהותיות, כאשר נטענת הפרת חובת נאמנות, הדין מעביר את נטל הראייה אל השלוח להראות כי פעל כשורה.³³ קוטר ופרידמן מזהים, אם כן, את היסודות הקריטיים של הסוגיה, סוגיית העדפת-העצמי ובעיית המידע (אף כי הם אינם מזהים את המקורות של המידע החלקי³⁴), ואת המענה המשפטי להם.³⁵

³⁰ ראו, למשל, את מאמרו המרתק של היקס (Hicks) אודות תרומתם של מלומדים לעיצוב סעד הנאמנות הקונסטרוקטיבית בשל הפרת חובת אמון. Andrew D. Hicks, *The Remedial Principle of Keech v Sandford*, 69 *CAMB. L. J.* 287 (2010). *Reconsidered*.

³¹ לסקירה עדכנית ומקיפה של הספרות לגבי הטעמים לדיני האמונות ראו Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Duties*, 58 *MCGILL L. J.* (forthcoming 2013), <http://ssrn.com/abstract=2083855>.

³² Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 *N.Y.U. L. REV.* 1045, 1047-1048 (1991).

³³ שם, בעמ' 1047.

³⁴ את הטיפול החלקי של המחברים בבעיית המידע החלקי ניתן לזקוף בין השאר למועד כתיבת המאמר, לפני שחלו התפתחויות חשובות בספרות הכלכלית אודות חוזים ופירמות. ראו לעיל הערה 18.

³⁵ גם סיטקוף (Sitkoff) גורס, בדומה לעמדתנו, כי המשפט נוטה ליצור חיוב אמון בנסיבות של בעיית נציג, וזו מתעוררת כאשר אדם אחד, השלוח, מסכים לתת לאדם אחר, הנציג, שיקול דעת להשפיע על עניינו של הראשון בנסיבות שבהן הפעלת שיקול הדעת אינה גלויה לחלוטין לשלוח והנציג עלול לפעול לטובת עניינו האישיים. לצדדים יש חירות מלאה להתנות על החובות, לרבות חובת הנאמנות, אך זאת בתנאי שניתן גילוי מלא. ראו Robert H. Sitkoff, *An Agency Cost Theory of Trust Law*, 89 *CORNELL L. REV.* 621, 636-639 (2004). כן ראו, כללית, Robert H. Sitkoff, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, 89 *BOSTON U. L. REV.* 1038 (2011).

[10] מול גישתם של קוטר ופרידמן ניצבת עמדתם של איסטרברוק ופישל (Easterbrook and Fischel) כעמדה הנוגדת המובהקת במסגרת הגישה הכלכלית למשפט.³⁶ מחברים אלה מוצאים את האופורטוניזם של הנציג ביחסי שליחות כתקלה העיקרית שאותה יש למתן, ואף כי הם רואים במנגנוני שוק חוזיים משום גורם רב השפעה לריסון התנהגות אופורטוניסטית, הם מכירים במגבלות של מנגנונים אלה. ואולם, את עקרון האמונות (fiduciary principle) המחברים מציגים כעיקרון גמיש, שאינו אלא תנאי מכללא עונשי בחוזה אחיד – לאמור, כלל שהוא קירוב של העסקה שהצדדים היו כורתים אילו יכלו לשאת ולתת ללא עלות. לדידם, קביעת עקרון האמונות ככלל משפטי באמצעות המדינה משמשת לחסכון בעלויות העסקה הכרוכות בניהול משא ומתן – הא ותו לא – ועל כן, אין כל מניעה מלהתנות עליו בהסכמה.³⁷ בפרט, המחברים יוצאים חוצץ נגד תפיסת חובות אמון כחובות שיש להן תוכן הכרחי כלשהו מעבר להיותן תניות מכללא, ובמיוחד לא תוכן מוסרי. מבלי לחסוך את שבט עטם, הם מלעיגים על מלומדים הסוברים אחרת.³⁸ גישה זהה לגבי נאמנות רגילה (trust) הוצגה על ידי לנגביין (Langbein)³⁹ ולגבי יחסי אמונות באופן כללי – על ידי ריבסטיין (Ribstein).⁴⁰

[11] בין שתי הגישות הללו ליחסי אמונות ולצדן הוצגו במרוצת העשורים האחרונים דעות נוספות ברוח הגישה הכלכלית למשפט.⁴¹ ככל שיש הבדלים בין העמדות הנוספות האלה, הריהם סובבים בעיקר סביב ניסיון להגדיר את הנסיבות, שבהן צומחים יחסי אמונות מבחינה משפטית,

³⁶ Frank H. Easterbrook & Daniel R. איסטרברוק ופישל פיתחו את עמדתם בהדרגה. ראו בעיקר Easterbrook & Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J.L. & ECON. 425 (1993) (להלן Easterbrook & Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J.L. & ECON. 425 (1993)). לעבודות קודמות המשקפות גישה דומה ראו Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Corporate Control Transactions*, 91 YALE L.J. 698 (1982); Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Voting in Corporate Law*, 26 J.L. & ECON. 395 (1983); Daniel R. Fischel, *The Corporate Governance Movement*, 35 VAND. L. REV. 1259 (1982).

³⁷ Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 87 (1989).

³⁸ שם, בעמ' 427-428.

³⁹ John H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 YALE L.J. 625 (1995); John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 NW. U. L. REV. 1105 (2004); John H. Langbein, *Questioning the Trust. Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE L.J. 929 (2005).

⁴⁰ Henry N. Butler & Larry E. Ribstein, *Fencing Fiduciary Duties*, 91 B.U. L. REV. 899 (2011); Larry E. Ribstein, *Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti-Contractarians*, 65 WASH. L. REV. 1 (1990).

⁴¹ מחברים בולטים נוספים בתחום דיני החברות התייחסו לסוגייה מתוך גישה כלכלית. ראו במיוחד Victor Brudney, *Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law*, 38 B.C. L. REV. 595 (1997); Robert C. Clark, *Agency Costs versus Fiduciary Duties*, in PRINCIPALS AND AGENTS: THE STRUCTURE OF BUSINESS 55 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds., 1985); Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 DUKE L.J. 879; Scott FitzGibbon, *Fiduciary Relationships Are Not Contracts*, 82 MARQ. L. REV. 303 (1999); Melanie B. Leslie, *Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules*, 94 GEO. L.J. 67 (2005); Robert Flannigan, *The Economics of Fiduciary Accountability*, 32 DEL. J. CORP. L. 393 (2007); Anthony Duggan, *Contracts, Fiduciaries and the Primacy of the Deal*, in EXPLORING PRIVATE LAW 275 (Elise Bant & Matthew Harding, eds., 2010).

והמידה שבה ראוי להכיר בניסיון של הצדדים להתנות על חובות האמון החלות בנסיבות אלה. הגישה המכונה "חוזית" (contractarian) נוטה להדגיש את ההיבט החוזי-פרטי של היחסים, וניתן לזהותה במידה ידועה עם הזרם היותר שמרני במשפט וכלכלה. הזרם השני מכונה לעתים "אנטי-חוזי", הוא נוטה להדגיש את ההיבט הכלל-חברתי ולכן את מקור הדין במדינה ואת הטעמים להגבלת חופש התנייה מוחלט על חובות אמון. מספר מחברים הציגו טיעונים דומים לאו דווקא במסגרת השיח הכלכלי.⁴² אף אחת מן העמדות בשיח הזה אינה חולקת, למיטב ידיעתי, על כך שביחסים רצוניים של כוח וכפיפות יש להחיל יחסי אמונאות, וכי כל אימת שיחסים כאלה נוצרים, עמדתו הבסיסית של המשפט - בין כברירת מחדל ובין כעמדה נחרצת ומחייבת - היא להחיל עליהם את מערכת הכללים הקבועה, הכוללת איסור פעולה בניגוד-עניינים, איסור רווח מניגוד עניינים וחובות גילוי מלא.

[12] לגישה הכלכלית נודעה השפעה מיוחדת על חוק החברות הישראלי, אף כי כדבר חקיקה פוזיטיבי, המתייחס למכלול הסוגיות בחיי התאגיד, לא ניתן לסווג את החוק באופן חד-משמעי לאיזו מבין הגישות העיוניות המתוארות. קדמה לחקיקה עבודת הכנה אקדמית יסודית במיוחד, תחילה בידי אהרן ברק ולאחר מכן בידי אוריאל פרוקציה. ברק התייחס בקצרה להתלבטות המוכרת בין חקיקה מרשה לחקיקה מצווה, והביע את עמדת-הביניים המקובלת, לפיה מקום שיש חשש לניצול לרעה ראוי לקבוע הסדרים כופים, במיוחד כדי "להגן על אלה שבמשא ומתן רגיל אינם יכולים להגן על עצמם."⁴³ לעומתו, פרוקציה אימץ בתחילת הדרך את העמדה השוקית מבית מדרשם של איסטרברוק ופישל ועמיתיהם ודחה בשתי ידיים את הגישה האחרת, לרבות באשר לחלוקת הכוח בחברה, אשר לא נתפסה כמעוררת חשש לכשל שוק.⁴⁴ בהמשך פרוקציה מיתן את טעמו, והכיר בכך שיש צורך לסטות ממסגרת מרשה באמצעות "חובות אמון המוטלות על נושאי משרה בחברה [ו]נועדו להבטיח שלא יעדיפו את תועלתם הפרטית על תועלת התאגיד."⁴⁵

⁴² כך, למשל, סמית' (Smith) מציע, כי יחסי אמון נוצרים כאשר צד אחד פועל בשמו של אדם אחר, כך שלראשון יש שיקול דעת באשר ל"משאב חיוני" (critical resource) של אותו אחר. זאת, להבדיל ממצבים שבהם יש לראשון "גישה גרידא" (mere access) לאותו משאב חיוני. במילים אחרות – כאשר יש לפלוני כוח לגבי אלמוני. D. Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 VAND. L. REV. 1399 (2002). אלכסנדר (Alexander) מנסה לטעון, כי ההבדלים בין שני הזרמים נובעים מגישות קוגניטיביות, המתבססות על סכמות שונות של יחסי-גומלין: יחסי אמון מנותחים באופן עיוני לפי תבניות קבועות ואילו יחסים חוזיים – באופן מעשי לפי נסיבות המקרה. Gregory S. Alexander, *A Cognitive Theory of Fiduciary Relationships*, 85 CORNELL L. REV. 767 (2000).

⁴³ אהרן ברק, *רפורמה בדיני חברות (דו"ח ביניים זמני)* 7-8 (1975).

⁴⁴ אוריאל פרוקציה, שלוש בעיות יסוד בהכנת קוד חברות חדש, *משפטים* יג 497, 505-508 (1984) (למשל, "נראה שכל יתרון שיופק מתכנון מרכזי של בעיות המשטר וההון יהיה בטל בשישים כנגד החסרונות הצפויים מכך"). וראו עוד שם.

⁴⁵ אוריאל פרוקציה, *דיני חברות חדשים לישראל* 22 (1989; הדפסה 2, 1993). כן ראו מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר, תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש, *משפטים* כו 543 (1996); להכרה בגישה הכללית, המעדיפה הסדרים רצוניים-חוזיים מבוססי-שוק כל עוד אין כשל-שוק, ראו ע"א 7414/08 *תרו תעשייה ורוקחית בע"מ* Sun Pharmaceutical Industries Ltd (7.9.2010), פסי' 49, מפי השופטת פרוקציה.

3. חובת אמון של בעלי מניות

3.1 בעלי שליטה ובעלי כוח הכרעה

[13] תוכנה של חובת האמון של נושאי משרה בחברה אינו שנוי במחלוקת לפחות באופן כללי, ומוסכם כי הוא מחייב איון מוחלט של העניין האישי של נושא המשרה ואיסור מוחלט על ניגוד עניינים בין עניינו של הנהנה ביחסי האמונות - כלומר, החברה - לבין עניינו האישי או עניינו של צד שלישי אחר. לעומת זאת, אי-בהירות רבה שוררת לגבי השאלה מה טיבה של חובת ההגיונות, שחוק החברות מטיל על בעל שליטה ועל בעלי-מניות בעלי כוח הכרעה בחברה.⁴⁶ חובת הגיונות זו היא חידוש של חוק החברות, ועד כה לא נדון תוכנה לגופו של עניין.⁴⁷ זו הוראה מוקשה, שהולמים אותה דברי המשנה לנשיא זילברג לגבי מושג השפיטות.⁴⁸ בקרב מחברים רווחת סברה, כי בהשוואה לחובת האמון המוכרת, חובת ההגיונות תובענית פחות - "פחותה" או "מוחלשת".⁴⁹

⁴⁶ סעיפים 192-193 לחוק החברות קובעים:

192. [חובות בעלי מניות]

(א) בעל מניה ינהג בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת, וימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה, בין השאר, בהצבעתו באסיפה הכללית ובאסיפות סוג, בעניינים 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 ימנע מלקפח בעלי מניות אחרים.
(ג) על הפרת הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, ועל הפרת הוראת סעיף קטן (ב), יחולו גם הוראות סעיף 191, בשינויים המחויבים.

193. [חובת בעל שליטה ובעל כוח הכרעה לפעול בהגיונות]

(א) על המפורטים להלן מוטלת החובה לפעול בהגיונות 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 הגיונות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, בשים לב למעמדם בחברה של המנויים בסעיף קטן (א).

⁴⁷ ראו ע"א 718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (28.5.2012), פס' 29, מפי הנשיאה בייניש. הפסיקה המצוטטת שם על-ידי הנשיאה לא נזקקה לשאלה דנן.

⁴⁸ ראו בג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים, פ"ד כ(1) 309, 328 (1966) ("יתמה אני אם ימצא אי-פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה... אודה ולא אבוש, כי גם אני לא תפסתי מעולם מה טיבו של עובר מונסטרוואזי זה").

⁴⁹ ראו דוידה לחמן-מסר, זרקור על התיקון החדש בחוק החברות תאגידים (3) 44, 46 (2005) ("חופש זה [של בעל שליטה] אינו בלתי מוגבל ואסור לו להתעלם מן האינטרסים של החברה. חובה זו מכונה על ידי המחוקק חובת הגיונות. חובה זו מוגברת לעומת חובת תום הלב ואולם היא פחותה מחובת האמונים החלה על נושאי משרה. בקביעת מדרג זה אימץ המחוקק את הפסיקה קודם לחקיקתו של חוק החברות [בע"א קוסוי]."; יוסף גרוס, חוק החברות החדש 325 (מהדורה רביעית, 2007) ("חובת ההגיונות נתפסת כממוקמת בתווך בין חובת תום הלב לבין חובת האמון המוטלת על נושאי משרה בתאגיד. מבחינה זו ניתן לכנותה 'חובת אמון מוחלשת'"); ציפורה כהן, בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותורפות כרך א 316 (מהדורה 2, 2006) ("כינוי החובה בשם 'חובת הגיונות' ולא במונח השגרת יחובת אמונים' נועד להבליט, כי החובה המוטלת על בעלי מניות השליטה נופלת בדרגתה מזו שמוטלת על נושאי משרה בחברה"). דבריהם של גרוס וכהן מוזכרים על ידי אסף חמדני, ריכוזיות השליטה בישראל: היבטים משפטיים, מחקר מדיניות 78 של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 50 (2009). עם זאת, חמדני, שם, מעיר כי "חוק החברות אינו קובע הגדרה מפורטת של החובות המוטלות על בעל השליטה." ראו גם אירית חביב-סגל, דיני חברות

לעמדה זו נמצא הד באמרות-אגב של בתי המשפט.⁵⁰ התבטאויות אחרות בפסיקה הסמיכו את חובת ההגינות לחובת תום-הלב.⁵¹ יש גם שקישרו בין חובת ההגינות למבחן ההגינות או "הגינות מלאה" (entire fairness או fairness) שבדיני החברות של דלאוור.⁵² גם היבט זה הוזכר בפסיקה אצלנו.⁵³ בחינה קפדנית מעלה, עם זאת, כי חובת ההגינות בעייתית יותר מכפי שניכר ממבט ראשון, ושתי העמדות הנוכרות, בדבר עוצמתה הפחותה ובדבר זיקתה לדין האמריקאי, צריכות עיון.

מבחינת ייחוסה, חובת ההגינות הובאה לעולם כנצר של חובת האמון ביחסי אמונות, אולם במהלך החקיקה ננקטו צעדים, שנועדו, לכאורה, להחליש אותה לעומת מקורותיה בדין הישראלי. בעוד השלבים הראשונים של היווצרות החובה התנהלו בזירות רבה ותוך מתן הדעת למקורות השוואתיים במשפט המקובל, עם התקדמות הליכי החקיקה נוסח החוק שינה צורה ותוכן. התוצאה היא יציר-כלאיים, שפרשנותו קשה ולא ברור אם אינו כלל עקר. סעיף זה מתמקד בנייתו חובת ההגינות מבחינת עוצמתה ותוכנה.⁵⁴

3.1.1. חובה מוחלטת?

[14] בעבודת ההכנה לקראת חוק החברות בשנות ה-80 טען אוריאל פרוקצ'יה, כי ראוי לסטות מתפיסה אנגלית של סוף המאה ה-19, אשר לפיה בעל המניות, כבעלים של כל קניין אחר, חופשי לעשות בקניינו ככל העולה על רוחו.⁵⁵ לנוכח הכוח המצוי בידי בעל-שליטה (או הרוב), גרס פרוקצ'יה, כי נכון להטיל על בעלי מניות דומיננטיים חובת אמון. חובה זו הוגדרה כחובת אמון

632 (מהדורה 2, 2007) ("חובותיו של בעל השליטה הן חלשות יותר מאלו החלות על הדירקטור ועל נושא המשרה: ביחס לרוב רובן של הפעולות נהנה בעל השליטה מן הכוח לעשות בשליטתו כרצונו").

⁵⁰ ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח שמש (07.06.2007), פס' 15, מפי הנשיאה בייניש ("על-פי הדין הכללי, חובותיו של בעל השליטה הן חלשות יותר מאלו החלות על הדירקטור ועל נושא המשרה"), בהסתמך על מהדורה קודמת של חביב-סגל, שם; ת"א 2296/08, בש"א 5804/09 מרכז הקונגרסים הבינלאומי אי.סי.י ירושלים בנייני האומה בע"מ נ' שמיר (8.6.2009), מפי השופטת קרת-מאיר, המצטטת את כהן, שם.

⁵¹ ע"א 4263/04 משמר העמק נ' עו"ד מנור, מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, (21.01.2009) (להלן: אפרוחי הצפון), פס' 2, מפי השופטת פרוקצ'יה ("חוק החברות... בסעיף 192(א), הורה במפורש כי על בעל מניה בחברה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי מניות אחרים, ולהימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה; על בעלי שליטה ובעלי כוח הכרעה מוטלת חובה דומה לפעול בהגינות כלפי החברה (סעיף 193)."); אך ראו ת"א 2290-07 סלע נ' ארבל (12.1.2012), פס' 24, מפי השופטת רונן ("החובה לנהוג בתום לב ולהימנע מניצול לרעה של כוחו של בעל המניות בחברה, היא חובה בדרגה פחותה לעומת חובת ההגינות"), הנראית מדוייקת יותר. מערכת היחסים בעניין סלע היתה של מעין-שותפות בין שני בעלי-מניות בחברה קטנה, ולכן ממילא חלו שם יחסי אמונות וחובת אמון במתכונתם הקלאסית, והתובענית במשמע.

⁵² חביב-סגל, לעיל הערה 49, בע' 640 ("הטרמינולוגיה של 'הגינות' כורכת את חובותיהם של בעלי המניות בסטנדרט האמריקאי של - fairness... גם הסטנדרד המחמיר שנקבע תחת המבחן של 'הגינות המוחלטת' (entire fairness) הוא אינו אלא נגזרת של עיקרון השיוויון"). ראו גם אסף חמדני ושרון חנס, הגינות מלאה? בעלי שליטה, חובות הדירקטוריון וביקורת שיפוטית, משפט ועסקים ט (תשס"ח) 75, 85-86, הדנים בכלל ההגינות המלאה האמריקאי במכירת שליטה.

⁵³ ראו ה"פ (י-ם) 7236-05-11 גולדפון בע"מ נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ (11.08.2011); ת"צ 11-01-26809 כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ, פס' 4(ה) (15.05.2011), מפי השופטת קרת-מאיר.

⁵⁴ בין השאר, המסגרת הנוכחית אינה מאפשרת דיון של ממש, למעט הערות טופנות, ביחס בין חובת ההגינות לאיסור הקיפוח לפי סעיף 191 לחוק החברות - שני היבטים קשורים, הנוכחים יחדיו גם בפסיקה, מכיוון ששניהם חולשים על מערכות יחסים דומות.

⁵⁵ אוריאל פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל 352-357 (1987).

ממש, בתבנית המשפט המקובל - לפעול בתום לב ובנאמנות - אולם הוצע שעוצמתה תהיה חלשה יותר.⁵⁶ בע"א קוסוי, שנפסק ב-1984, נתן השופט ברק (שעמד בראש הוועדה לניסוח חוק החברות החדש) עיגון בפסיקה לביסוס העקרוני של חובת האמון על יחסי כוח-כפיפות גם לגבי בעל-שליטה:

חובת האמון מחייבת קונקרטיזאציה, אשר במסגרתה יש ליתן ביטוי לאופיו המיוחד של היחס המשפטי, עליו מוטלת חובת האמון. תוכנה של חובת האמון אינו זהה בכל היחסים המשפטיים בהם היא חלה... אחת מאותן מגבלות מקורה בכך, שהבעלות על המניה מעניקה שליטה בחברה ושליטה זו מחייבת הגינות, תום-לב ופעולה לטובת החברה. תוכנה של התנהגות זו הנתונה למשטר הכללי של חובת האמון - הוא פועל יוצא של איזון נאות בין זכות הבעלות מזה לבין השליטה בחברה מזה... על-כן אין לקבוע, כי תוכן חובת האמון של בעל מניות השליטה כתוכן חובת האמון של מנהל. כל חובת אמון ותוכנה שלה, שכן כל כוח והיקפו שלו.⁵⁷

בית המשפט בע"א קוסוי לא נדרש להכריע בסוגיה הכללית של חובות בעלי מניות ובעלי שליטה אלא רק בהקשר קיצוני של בעל-מניות, הנמנה עם קבוצת שליטה ומוכר את השליטה בחברה לקונה, כאשר הוא יודע כי הלה מתכוון להרוס אותה. בנסיבות אלה החלת חובת אמון, המחייבת איון עצמי מוחלט, היתה קלה.⁵⁸ חובות בעלי-מניות, בכלל או בהקשר זה, לא נקשרו למושג ההגינות. להיפך: השופט ברק מציין את יסוד ההגינות כחלק מחובת האמון הבסיסית והתובענית, כגון זו החלה על דירקטור.⁵⁹ למרבה האירוניה, יסוד ההגינות נזכר גם בתיאור חובתו של בעל מניה, לפי הדין האנגלי, "לפעול בתום-לב ולמען החברה ומתוך הגינות כלפיה" - דהיינו, לפי התבנית הקלאסית של חובת האמון.⁶⁰

ההבחנה, שמותח השופט ברק בין "הגישה האנגלית המצמצמת", כדבריו, לבין גישה אמריקאית גמישה או מרחיבה יותר בהטלת חובות על בעל שליטה - רחוקה מלהיות ברורה. בדין האנגלי אמנם מעטות ההלכות הדנות בחובות בעלי מניות באופן כללי (להבדיל מפסיקה עניפה בענייני הפעלת זכויות הצבעה ובענייני עושק או קיפוח⁶¹) ומודגש האופי הקנייני של המנייה⁶²,

⁵⁶ שם, בע' 352-353 ("הטלת חובת אמון על דירקטורים היא מובנת מאליה... החוק המוצע יכיר באופן עקרוני בקיומה של החובה; מאידך גיסא, עוצמתה תהיה חלשה יותר מעוצמת החובה המוטלת על דירקטורים ומנהלים.")

⁵⁷ ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 285-286 (1984) (להלן: ע"א קוסוי).

⁵⁸ שם, שם ("בעל מניית השליטה חופשי למכור מנייתו לכל קונה, למעט קונה אשר לידיעת בעל המניה עומד להשתלט על החברה ולרוקן אותה מנכסיה.")

⁵⁹ שם, בע' 278 ("חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו."); בע' 279 ("חובת האמון המוטלת על המנהל מחייבת אותו לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען הגשמת תפקידו כמנהל."). בהקשר זה ברק מצטט במלואה את הלכת *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928).

⁶⁰ ע"א קוסוי, לעיל הערה 57, בע' 284 (הפניות הושמטו).

⁶¹ לסקירה ראו PAUL L. DAVIES & SARAH WORTHINGTON, *GOWER AND DAVIES' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* (9th Edition, 2012) ("GOWER AND DAVIES"), פרקים 19-20.

⁶² ראו שם, בע' 649-658.

אולם במרכז הלכות אלה מצוייה ההלכה הידועה (והקשה) בעניין *Allen* מפי שומר המגילות לינדלי (*Lindley*), המטילה על בעל-מניה חובה בתבנית חובת-אמון מובהקת - להשתמש בזכויות ההצבעה שלו לשינוי התקנון בתום-לב לטובת החברה בכללותה.⁶³ הן ברק בע"א *קוסוי* והן פרוקציה מצטטים את הלכת *Allen*.⁶⁴ למעשה, בית המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר, אימץ את ההלכה הכללית כבר כשנתיים קודם לכן, במסגרת דיון בקיפוח, וכן את האסמכתא שלה.⁶⁵ מכיוון שהמצב המשפטי באנגליה בעניין זה אינו נהיר, בלשון המעטה,⁶⁶ הפנייה לדין האמריקאי, ככל שהוא נהיר יותר, היתה מוצדקת מן הטעמים שציין הנשיא שמגר בד"נ *קוסוי* ונדונו לעיל. נמצא, כי עוד קודם לחקיקת חוק החברות כבר היה בדין שלנו בסיס להגבלת כוחם של בעלי מניות באמצעות חובת אמון סטנדרטית, המחייבת, בנסיבות המתאימות לכך לדעת בית המשפט, דחיית עניינם האישי מפני עניינה של החברה. בד בבד, הונח יסוד לרעיון שחובת-אמון של בעלי-מניות עשויה להיות שונה מזו של מנהלים, אך טיבו המדויק של השוני הושאר סתום.

[15] הצעת חוק החברות מ-1995 הציגה לראשונה מסגרת חרותה לחובות בעלי מניות.⁶⁷ המסגרת שהוצעה היתה שונה מן המסגרת המוכרת לנו בחוק. חובת בעלי-מניות כלפי החברה שיקפה בקירוב כמעט מוחלט את הפרופוזיציה הכללית של ע"א *קוסוי* לגבי חובת אמון תקנית של אמונאי, ומנהל בפרט.⁶⁸ מסגרת זו משקפת גם את התיאור שם של חובות בעלי-מניות לפי הדין האנגלי (לעניין שינוי תקנון), המבוסס גם על הלכת *Allen*, אף הוא בתבנית של חובת אמון. גם דברי ההסבר ציינו, כי ההצעה מבוססת על פיקוח על בעלי מניות, כשהם בעלי כוח, באמצעות חובת האמון שבדיני האמונאות.⁶⁹ עוד נאמר כי "כוחות אלה יופעלו תמיד בתום לב ובהגינות" וכי

Allen v Gold Reefs of West Africa Ltd [1900] 1Ch 656, 671 ("the power [to alter the company's regulations] must be exercised, not only in the manner required by law, but also bona fide for the benefit of the company as a whole, and it must not be exceeded. These conditions are always implied, and are seldom, if ever, expressed.")⁶³

⁶⁴ ע"א *קוסוי*, לעיל הערה 57, בע' 284; פרוקציה, לעיל הערה 45, בע' 356.

⁶⁵ ע"א 594/79 *פאקא תעשיות בע"מ נ' רוטנברג*, פ"ד לו(3) 309, 353 (1982), ("ניתן לומר, כללית ומבלי לקבוע תחומיה של ההלכה, כי כוחו של הרוב מן הראוי שיופעל בתום-לב לטובת החברה... *Allen v Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900]").

⁶⁶ המצב לא הובהר עד היום. ראו *GOWER AND DAVIES*, לעיל הערה 61, בע' 658 (a) "It is also clear, as a judge recently said with some understatement, that the current British law is 'somewhat untidy'." (הפניה הושמטה).

⁶⁷ סעיפים 227-228 להצעת החוק קבעו:

227. [חובות כלפי החברה]

בעל מניות בחברה ינהג בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו בתום לב ובהגינות כלפי החברה וימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה.

228. [חובות כלפי בעלי-מניות אחרים]

בעל מניות חייב להימנע מלעשוק או לקפח בעלי מניות אחרים.

⁶⁸ ראו לעיל הערה 59.

⁶⁹ הצעת חוק החברות, ע' 70 ("ההצעה משקפת עמדה עקרונית לפי יש להשיב על שאלה זו [האם להטיל על בעלי מניות לא דומיננטיים חובות בדומה למנהלים] בחיוב. כלל רחב בדיני האמון (Law of Fiduciary Relationship) הוא, כי כאשר מפקידים את השליטה ברכושו של אדם אחד בידי אדם אחר, חייב האחר להפעיל את שליטתו בנאמנות: כוח ללא אחריות משול להפקרות.")

"אין לפרש נורמה זו כתובעת מבעלי המניות להפעיל את כוח ההצבעה שלהם באופן אלטרואיסטי, או תוך שלילת זכותם להביא בחשבון את האינטרסים של עצמם ולקדם אותם. אך גם אסטרטגיות המונעות ביסודן על ידי אינטרסים עצמיים יש לנהל ביושר ובהגיונות."⁷⁰

וועדת המשנה לעניין חוק החברות של וועדת חוקה, חוק ומשפט קיימה דיון ממושך בסעיף 227 להצעת החוק.⁷¹ הדיון נגע במספר שאלות, אך רובו עסק בשלוש עקרונות: האחת, האם להטיל על כל בעלי מניות חובה אחת אחידה של תום לב ודרך מקובלת לפי חוק החוזים (עמדת נציגי איגוד החברות הציבוריות ואיגוד הבנקים, בין השאר) או לאפשר הטלת חובת אמון על בעלי-מניות בעמדת כוח לפי הלכת **קוסי** (עמדת נציגות משרד המשפטים ורשות ניירות ערך, בין השאר); השנייה, כיצד להגדיר ולהתמודד עם בעל-מניות, הנקלע באקראי ואולי שלא בידיעה לעמדת הכרעה; השלישית, האם וכיצד להטיל על בעל-מניות אחריות לשימוש לרעה בכוחו. ברקע הדיון עמד מסמך הערות של רשות ניירות ערך, שהציע לפצל את החובות החרותות לשתיים - לבעל-מניות רגיל ובעל-מניות בעל-כוח - הצעה שיושמה לבסוף בחוק. הוסכם על-ידי הכל, כי החוק לא יסטה ולא יגרע מההלכה שנפסקה בע"א **קוסי**.⁷² מושג ההגיונות הבלתי במהלך הדיון פעמים בודדות בלבד ללא ניתוח ממשי. גם הרעיון לפיו ייתכנו שלוש דרגות של חובה - ובהן דרגת-ביניים של חובת אמון של בעלי שליטה - נזכר בחטף, לעתים בדעה כי זה היה כבר המצב המשפטי עוד טרם החוק, ובעיקר לציון הצורך להתחשב באינטרס העצמי הלגיטימי של בעלי מניות, אך ללא דיון בשאלה מה משמעות דרגת הביניים.⁷³ דיון מאוחר יותר משקף נוסח דומה לנוסח שהתקבל בחוק, שבו הופרדו החובות בין סוגי בעלי מניות, אך ללא דיון במשמעות חובת ההגיונות.⁷⁴

[16] הקשר אחר של תהליך החקיקה, היכול להשליך על הבנת עוצמת החובה, נוגע לתפיסת ההפרה של חובת ההגיונות. המצב המשפטי בהקשר זה מעורפל במיוחד. עם התגבשות הנוסח של חוק החברות ויצירת סעיף נפרד לגבי חובת ההגיונות נכללה בו גם הוראה מיוחדת, שהגדירה את טיב ההפרה של חובה זו - כיום בסעיף 193(ב). כאשר נחקק החוק, נקבע בו כי הפרת חובת ההגיונות כמוה כהפרת חובת אמונים.⁷⁵ בדיון בוועדת המשנה הסבירה נציגות משרד המשפטים את חשיבות ההקבלה בהגדרות ההפרה, בכך שהפרת חובת ההגיונות נושאת עמה את ה"שובל" של הפרת חובת

⁷⁰ **שם**, בע' 71.

⁷¹ וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 6.8.1997.

⁷² ראו, למשל, **שם** בע' 22 (ח"כ אליעזר זנדברג, יו"ר הוועדה: "מבחינת הפסיקה אני חושב שאנחנו כאן מעגנים הוראות קיימות ממילא אנחנו הולכים בדרך המסויימת של הפסיקה ומעבירים אותה לחוק החדש.")

⁷³ ראו, למשל, **שם** בע' 8 (רחל אילן, נציגת רשות ניירות ערך: "יש היום בעצם שלוש רמות של חובות"); בע' 10 (נציגת רשות ניירות ערך: "ההצעה הלכה לחידוש עולמי, שהוא בהחלט חידוש עולמי, של חובת אמונים - חובת ההגיונות היא חובת האמונים במהותה - לכלל בעלי המניות"); בע' 13 (דוידה לחמן-מסר, נציגת משרד המשפטים [לגבי בעל כוח-הכרעה אקראי]: "הגיונות... זה טיפה פחות מחובת אמון"; נציגת רשות ניירות ערך: "[זה] לא ברור במובן של עירוב ההגיונות מול חובת האמון"; נציגת משרד המשפטים: "יש בהחלט חשש [כך!] שבית משפט יפרש את חובת האמונים לפעול בתום לב לטובת החברה... על בעל כוח ההכרעה דה-יורה - [בעל] שליטה ווטו ואיזון. מוטב [להטיל] חובת אמונים"); בע' 18 (נציגת משרד המשפטים: "אני אפיל את זה, מאחר ואני לא אצור כאן שלוש רמות.")

⁷⁴ וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 15.3.1998, בע' 87.

⁷⁵ סעיף 193(ב) לחוק החברות בנוסחו דאז קבע: "דין הפרה של חובת ההגיונות כדין הפרה של חובת האמונים של נושא משרה, בשינויים המחויבים."

האמונים, ולכך יש משמעות מעשית מבחינת אופן הפרשנות והתאמת התרופות.⁷⁶ דא עקא, כחלק מסדרת תיקונים גדולה שהוכנסה בתיקון מס' 3 לחוק בשנת 2005 בעקבות לחצים של המגזר העסקי, שונתה גם הוראה זו.⁷⁷ נוסח סעיף 193(ב) הותאם למבנה של ההוראה בדבר הפרת חובת האמון של נושא משרה, כך שעל הפרת שתי החובות מוחלים הדינים החלים על הפרת חוזה.⁷⁸

ממבט ראשון, נראה כי מהלך חקיקתי זה מעיד על הפחתה בהשלכות ההפרה של חובת ההגיונות, ובמשתמע - על עוצמה פחותה של חובת ההגיונות מתחת לחובת אמון (אולי עד לרמה של חובה חוזית). אולם כפי שאטען בהמשך, להשוואת הפרת חובת האמון להפרת חוזה יש מלכתחילה נפקות זניחה, ופירוש מילולי פשטני כזה אינו מתקבל על הדעת.⁷⁹ לפיכך, למרות הקושי הלשוני, מסקנה פרשנית זהירה ומצומצמת, אשר מתיישבת עם הכתוב ומקיימת את התכלית של המשטר המשפטי, היא שלכל הפחות, החוק תופס את הפרת חובת ההגיונות כשקולה להפרת חובת האמון.

[17] הקשר נוסף של הפרת חובת ההגיונות נוגע לחובת הגילוי. במסגרת המנגנון לאישור עסקאות נגועות של נושא משרה ובעל שליטה נכללת, כזכור, חובה מקדמית לתת גילוי מלא של כל מידע מהותי.⁸⁰ חובת גילוי זו היא חלק מחובת האמון.⁸¹ עם הפרדת חובת ההגיונות עודכן גם הסעיף שהגדיר את טיב ההפרה של חובת הגילוי. כאן נקבע, כי הפרת חובת הגילוי כמוה כהפרה של חובת אמונים לגבי נושא משרה וכהפרה של חובת ההגיונות לגבי בעל שליטה בחברה ציבורית.⁸² זהו חיווי נוסף לקירבה המושגית בין שתי החובות. משעה שכל עניין אישי כהלכתו טעון גילוי מלא ואישור בידי מנגנון נייטרלי, המרחב שבו יכול בעל שליטה בחברה ציבורית לעשות לעצמו כרצונו וגם לצאת ידי חובת ההגיונות מתאיין, בדומה לנושא משרה. במקביל, מכלל הלאו ניתן אולי לשמוע הן לגבי בעלי מניות בעלי כוח הכרעה.

⁷⁶ וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 10.10.1998. (דוידה לחמן-מסר, נציגת משרד המשפטים: "הדגשנו, שהפרת חובת ההגיונות נושאת איתה את השובל של הפרת חובת האמונים לעניין יישום התרופות... השובל של חובת האמונים יכול שישליך על אופן הפרשנות של התרופה המתאימה...")

⁷⁷ חוק החברות (תיקון מס' 3), תשס"ה-2005, ס"ח 238. לסקירת התיקון ראו לחמן-מסר, לעיל הערה 49. לביקורת על תיקון הסדר הרמת המסך והדחיית חוב במענה ללחצים ראו עמיר ליכט, הרמת מסך והדחיית חוב לאחר תיקון 3 לחוק החברות: מה נשתנה? **תאגידים** ב(3) 65 (תשס"ה).

⁷⁸ סעיף 193(ב) לחוק החברות בנוסחו כיום מורה: "על הפרת חובת הגיונות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים, בשים לב למעמדו בחברה של המנויים בסעיף קטן (א)". השוו לסעיף 256(א) לחוק החברות, הקובע: "על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים."

⁷⁹ ראו להלן טקסט סמוך להערה 196 ואילך.

⁸⁰ סעיף 269(א) לחוק החברות.

⁸¹ יש להבחין היטב בין חובת הגילוי שבגדר חובת האמון וההגיונות הנדונות כאן לבין חובת הגילוי שבגדר חובת ההגיונות שבין הפרט לרשות. ראו בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר**, פ"ד (נב) 289 (1998), במיוחד פסק-דינו של הנשיא ברק. לסקירה ביקורתית ראו ליאור ברשק "אזרח ומדינה בדמוקרטיה" **משפטים** לב 217 (2002).

⁸² סעיף 283(א) לחוק החברות קובע: "נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 269 יראו אותו כמי שהפר את חובת האמונים; בעל שליטה בחברה ציבורית שלא גילה את ענינו האישי כאמור באותו סעיף, יראו אותו כמי שהפר את חובת ההגיונות." הוראה זו נכללה בסעיף 322 לנוסח-ביניים של הצעת חוק החברות, למעט הסייג "בחברה ציבורית" לגבי בעל-שליטה, שנוסף מאוחר יותר. ראו פרוטוקול ישיבה מיום 15.3.1998, לעיל הערה 74, בע' 87.

המצב המשפטי המסתמן לגבי חובת ההגנות אינו משביע-רצון. מחד גיסא, רווחת סברה - שחלק מהמבטאים אותה היו מעורבים בנבכי תהליך החקיקה - לפיה חובת ההגנות שבחוק תובענית פחות מחובת האמון מבחינת דרישתה לשלילת העניין האישי (disinterestedness). סברה זו משמיעה, שיש בדיני החברות של ישראל שלוש דרגות של חובה: אמון, כדרגה עילאית ("מלאך") - לנושאי משרה; הגינות, כדרגת-ביניים - לבעלי כוח שליטה, כוח הכרעה וכוח מינוי; ותום-לב, כתקן התנהגות בסיסי ("אדם") - לבעלי מניות מן השורה.⁸³ מאידך גיסא, אין בחקיקה ובתולדותיה הדרכה של ממש לגבי אמות-המידה לקביעת עוצמת-הביניים של חובה כזו, זולת אמירה חוזרנית, כי יש לבעל מניות אינטרס אישי לגיטימי להפיק תשואה מהשקעתו או כיוצא בזה. ויודגש: אין הכוונה שרמת-ביניים כזו אינה אפשרית.⁸⁴ למחוקק בוודאי נתכנו עלילות חקיקה.⁸⁵ אולם עצם קיומה בחוק החברות אינו ברור, ופחות מכך - משמעותה. החוק צריך לספק מסגרת רעיונית להבנת חובת ההגנות ולו כאידאה מופשטת, בדומה לחובת האמון כשלילה עצמית מוחלטת או חובת תום-הלב כחובת נאותות בסיסית. בפרט, כיצד ניתן - למצער, באופן עיוני - לשלב בין חובה של בעל-מניות מסויים לרסן את כוחו לבין זכותו להשתמש בכוחו לטובתו הפרטית באופן שיתן הכוונה סבירה לקהילה המשפטית ואף לבעלי המניות עצמם (לפחות אלה המעוניינים לצאת ידי חובתם).

3.1.2. חובת fairness?

[18] חובת ההגנות חלה על שלושה סוגים של בעלי מניות בעלי כוח, אף כי הכוחות שונים במידתם ("בעלי מניות שולטים").⁸⁶ עצם העובדה שהמחוקק ייחד כינוי נפרד לחובת בעלי מניות

⁸³ בשולי הדברים, המיתוסים במזרח הקדום מתייחסים לקטגוריית-ביניים שבין אדם למלאך ברגשות מעורבים. ראו בראשית ו' 4 ("הנפילים היו בארץ בימים ההם וגם אחרי כן אשר יבואו בני האלוהים אל בנות האדם וילדו להם, המה הגיבורים אשר מעולם אנשי שם."). השו"ת **ספר היובלים** ה' 2-6 ("ויראו מלאכי האלוהים בשנה אחת ליובל הזה כי טובות הנה למראה, ויקחו אותן להם לנשים מכל אשר בחרו, ותלדנה להם בנים אשר היו לנפילים; ... כולם השחיתו את דרכם ואת סדרם, ויחלו לטרוף איש אחיו; והחמס מלא את הארץ וכל יצר מחשבות לב בני אדם היה רק רע כל היום."); **חנוך א' ז** (תירגם אליעזר גולדשמידט 1892) ("ויקחו [המלאכים] להם נשים ויבקשו להם כלם אחת אחת ויחלו לבא אליהן ויתערבו עמדם וילמדו אותן קסמים והשבעות ויראו להן לחתך בשרשים ובעצים; והנה הרו ותלדנה את הנפילים הגדלים וגבהם שלש מאות אמה; ... ויחלו לחטא בעוף ובחיה ובשרץ ובדגה ויאכלו את בשרם וישתו את דמם [מהם]; אז קוננה הארץ על החמס.").

⁸⁴ דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א' 558-559 (מהדורה שנייה, 1998) מציג גישה לפיה תיתכן רמה פחותה של חובת אמון. למעט ההקשר התאגידי, הנדון כאן בפירוט, הדוגמה העיקרית שהוא נותן לכך - לגבי מתווך - מוטלת בספק על-ידי עצמו. בהקשר זה יצוין, כי הצעת חוק דיני ממונות נמנעת מלקבוע חובת אמון כללית של מתווך, ומסייגת אותה בהסכמה על בלעדיות. במצב זה הלקוח נתון, למעשה, בידי של המתווך והוא עשוי להצדיק קביעת יחסי אמונות. ראו סעיף 229 להצעה ודברי ההסבר לו. ראו גם ת"א (מרכז) 31607-11-09 **ציפי דבש בע"מ נ' שמיחות מורן מ.ד. בע"מ** (22.11.2011), פס' 26-27, מפני השופט גרוסקופף. זוהי נוספת של חובת האמון של מתווך הוארה בחוות-דעת של מועצת המלכה בעניין *Kelly v Cooper* [1993] AC 205, 214, מפני לורד בראון-ווילקינסון (Browne-Winkinson), ולפיה תפקיד המתווך גורר על-פי טיבו ניגוד עניינים בין לקוחותיו ולכן יש לראותם כמי שהסכימו לכך: "despite the conflict of interest, [residential estate agents] must be free to act for several competing principals; otherwise they will be unable to perform their function". בכל הכבוד, גישה זו מרוקנת מתוכן את חובת האמון. הגישה הבסיסית של הצעת חוק דיני ממונות, שאינה רואה את היחסים כיחסי אמונות מלכתחילה, עדיפה לפיכך.

⁸⁵ השו"ת לדברי השופט זילברג בע"פ 53/54 **אש"ד מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח 819, 785 ("אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה.").

⁸⁶ כל אחד ממושאי הכוח המנויים בחוק עשוי להשפיע על מהלך ענייני התאגיד, אמנם במידה שונה. ראו הגדרת "שליטה" בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1986, שחוק החברות נסמך עליה בסעיף 1 לחוק. לכן ניתן, מטעמי נוחות בלבד, לכרוך את מחזיקי הכוח תחת כותרת אחת.

אלה היתה עשויה להעיד על כוונה ליצור קטגוריה משפטית בעלת תכונות נבדלות.⁸⁷ דא עקא, במשפט הישראלי "הגינות" משמשת לתיאור של תקני התנהגות שונים ללא הבחנה - כרכיב מתאר של קיום חובת האמון, בקשר עם קיום חובת תום-הלב, ואף כחובה עצמאית שבין הפרט לשלטון ברוח חובת תום-הלב. לכן אין בתיבה זו כשלעצמה כדי לרמז על מידת התובענות של החובה כלפי הכפופים לה. כמוה כדרישת "נאותות" כוללנית. אף על פי כן, חביב-סגל טוענת, כי חובת ההגינות של בעלי-מניות שולטים כמוה כדרישת ה-fairness במשפט האמריקאי.⁸⁸ להלן אראה, כי הטענה אינה נכונה ואינה רצויה.

[19] יסוד או דרישה להגינות או הגינות מלאה מוכרים בדיני חברות מדינתיים רבים בארצות הברית, לרבות בדלאוור. פועלו של יסוד ההגינות בדין של דלאוור כפול: ראשית, מכוח הוראה חרותה, כאשר יש עסקה בין דירקטור או נושא משרה לבין החברה, קיומה של הגינות מספיק כשלעצמו כדי לשלול את היות העסקה בטלה או בת-ביטול.⁸⁹ זאת, אף אם העסקה, הנוגעת על פניה בניגוד עניינים, לא אושרה על ידי גורם נייטרלי כלשהו כגון רוב של דירקטורים בלתי-נוגעים.⁹⁰ שנית, כאשר יש אינטראקציה בין החברה לבין בעל שליטה או בעל עניין אחר, שיש בה ניגוד עניינים, קיומה של דרישת ההגינות - תחת הכותרת "הגינות מלאה" (entire fairness) - לגבי אישור העסקה מספיק כשלעצמו כדי להוציא אותה מתחולת חובת האמון. הגינות מלאה היא דוקטרינה ולא חובה משפטית, ובפרט לא חובה של בעלי-שליטה; למעשה, היא מופנית בעיקר כלפי הדירקטוריון. עסקה שאושרה ב"הגינות מלאה" תיבחן במסגרת חובת הזהירות בלבד - לאמור, על בסיס חזקה כי הדירקטוריון אישר אותה לפי שיקול דעת עסקי.⁹¹ רק נסיבות חריגות

⁸⁷ ראו דברי צ' כהן, לעיל הערה 49. במורשת ישראל מתן שם עשוי לבטא סגולות ייחודיות של מושא השם וכן חוכמה יתירה של נותן השם. אומרת הגמרא: "מנא לן דשמא גרים [מנין לנו שהשם משפיע]? אמר רבי אליעזר דאמר קרא: (תהלים מו) 'לכו חזו מפעלות ה' אשר שם שמות בארץ', אל תקרי שמות אלא שמות". בבלי ברכות ז עב. הקדוש ברוך הוא פנה לאדם הראשון לתת שם לכל נפש חיה. בראשית ב 19. הדבר נחשב לראייה לחוכמה מרובה מחוכמת מלאכים. "אמר להם [הקב"ה למלאכי השרת]: אדם שאני רוצה לבראות חכמתו מרובה משלכם, מה עשה כינס כל בהמה חיה ועוף והעבירן לפניו, אמר לו: מה שמותן של אלו? לא ידעו, כיון שברא אדם, העבירן לפניו אמר לו מה שמותן של אלו, אמר לזה נאה לקרות שור ולזה ארי ולזה סוס ולזה חמור ולזה גמל ולזה נשר, שנאמר (בראשית ב) ויקרא האדם שמות." מדרש במדבר רבה יט ג.

⁸⁸ ראו דברי חביב-סגל, לעיל הערה 52.

⁸⁹ סעיף 144(a)(3) ל-Delaware General Corporation Law (DGCL) מורה:

No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if: ... (3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the shareholders.

⁹⁰ ראו *Zimmerman v. Fliegler v. Lawrence*, 361 A.2d 218, 221-22 (Del. 1976). כן ראו *Crothall*, 2012 Del. Ch. LEXIS 64, 61-62. סעיף 144 כולל גם חלופות של אישור דירקטורים בלתי-נוגעים ואישור אסיפה כללית. ראו *Marciano v. Nakash*, 535 A.2d 400, 405 (Del. 1987). לניתוח מקיף של סעיף 144 ראו *Blake Rohrbacher, et al., Finding Safe Harbor: Clarifying the Limited Application of Section 144*, 33 DEL. J. CORP. L. 719 (2008).

⁹¹ להלכה המנחה ראו *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701, 711 (Del. 1983).

במיוחד יצליחו להביא לסתירת חזקה זו.⁹² עם זאת, עמידה בדרישת ההגינות המלאה טעונה מבחן כפול משולב - של הגינות הליכית (fair dealing) והגינות מהותית (fair price).⁹³ למרות חפיפה רעיונית ניכרת בין שני ההקשרים כל אחד עומד על רגליו שלו, כך שעמידה בתנאי החיקוק לא מוציאה את תחולת המשפט המקובל ודיני היושר של דלאוור.⁹⁴

הגישה, לפיה יכול להיות די בהגינות של עסקה הנגועה בניגוד עניינים כדי לצאת מתחולת חובת האמון ולכל הפחות לשלול את בטלותה, מהווה סטייה ניכרת של דיני החברות האמריקאיים מדיני האמונות הכלליים בשיטות המשפט המקובל, לרבות בארצות הברית. בפרט, זו סטייה מהלכת *Sandford* ומהלכת *Aberdeen Railway* ובנותיה,⁹⁵ כמו גם מהלכת **טוקטלי**, שאימצה אותה, ומסעיף 280 לחוק החברות.⁹⁶ הללו שוללים לחלוטין התייחסות להגינות העסקה כבסיס ל(אי-)החלת חובת האמון. בדיני האמונות הבסיסיים רק הסכמה מודעת של הנהנה על בסיס מידע מלא עשויה לשלול הפרה של חובת האמון בגין עסקה הנגועה בעניין אישי. קושי זה לא נעלם מעיניהם של מחברים בני-סמכא. לדעת קלארק, התפתחות יסוד ההגינות בדיני העסקאות העצמיות (self-dealing) בדיני החברות בארצות-הברית היא בגדר תעלומה והדין מעורר אי-נוחות.⁹⁷ על התופעה הצביע לראשונה מארש (Marsh) במאמר רב-

⁹² בפרט, מלבד ניגוד עניינים או יסוד נפשי של חוסר תום לב (ידיעה או פזיזות), שעליהם מתגברת דרישת ההגינות המלאה, רק אי-רציונליות מוחלטת עלולה לשלול את תחולת הכלל של שיקול דעת עסקי. ראו *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 (Del. 2000). לכך יש להוסיף את החריג הנדיר של "ביזבוז משווע" (waste), שקיומו חופף במידה רבה חוסר תום לב. ראו *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106, 135 (Del. Ch. 2009).

⁹³ ראו, למשל, "To rebut successfully business judgment presumptions in this manner, thereby leading to the application of the entire fairness standard, a plaintiff must normally plead facts demonstrating that a majority of the director defendants have a financial interest in the transaction or were dominated or controlled by a materially interested director." *Valeant Pharms. Int'l v. Jersey*, 921 A.2d 732, 746 (Del. Ch. 2007). יצויין, כי הדין בדלאוור לגבי הפעלת כללי ההגינות המלאה אינו ברור לחלוטין. לתיאור ראו, למשל, *Claire Hill & Brett McDonnell, Sanitizing Interested Transactions*. 36 DEL. J. CORP. L. 903 (2011).

⁹⁴ *Zimmerman*, לעיל הערה 90, בע' 60-61; *Rohrbacher et al.*, לעיל הערה 90, בע' 72.

⁹⁵ ראו במיוחד *Tito v Waddell (No 2)* [1977] 3 All ER 129, 228. בסכסוך על ניצול מחצבים באי קטן באוקיאנוס השקט טענו תושבי האי, בין השאר, כי נוצרו יחסי אמונות מכוח נאמנות בינם לבין הכתר הבריטי. הטענה נדחתה, אך במסגרת זו הבהיר סגן הצינלור מגארי (Megarry), כי אם כחלק מהאיסור על ניגוד עניינים ואם לצדו, הכלל בדבר התנהלות הוגנת ("fair dealing") מחייב הסכמה מודעת על בסיס גילוי מלא: "The fair-dealing rule: if a trustee purchases his beneficiary's beneficial interest, the beneficiary may have the sale set aside unless the trustee can establish the propriety of the transaction, showing that he had taken no advantage of his position and that the beneficiary was fully informed and received full value." לדיון ראו *MATHEW CONAGLEN, FIDUCIARY LOYALTY: PROTECTING THE DUE PERFORMANCE OF NON-FIDUCIARY DUTIES* 368 (2011).

⁹⁶ ע"א 267/55 **טוקטלי נ' שמשון בע"מ**, פ"ד יא(2) 1569 (1957). בדין בישראל הסכמה של חברה ניתנת בהליכי האישור המיוחדים לפי סעיפים 270-275 לחוק החברות, החותרים להשיג אורגן מחליט בלתי-נגוע; העדר אישור גורר בטלות או בטלות-בכוח לפי סעיף 280 לחוק בתנאים הקבועים בו. סעיף 280 מבטא את העמדה, לפיה התוצאה בפרשת **טוקטלי** (שבה העסקה הנגועה נפסלה למרות שהיתה בתנאי שוק ולכאורה הוגנת) אינה הכרחית מקום שיש אפשרות להליך אישור בלתי-נגוע.

⁹⁷ *ROBERT C. CLARK, CORPORATE LAW* 160-166 (1986), מכתיר את התופעה כ-historical puzzle, ומסביר מדוע אף אחד מהנימוקים שהועלו בתמיכה לדין זה אינו משכנע דיו.

השפעה, אולם הסיבות המדוייקות להתפתחות משפטית זו - תחילה בניו יורק וניו ג'רזי ולאחר מכן גם בדלאוור - נותרו שנויות במחלוקת.⁹⁸

[20] קיומה של חלופת ההגיונות לתיקוף עסקה נגועה יוצר מרחב ניכר, שבו יכול בעל-העניין לקדם את עניינו על חשבון החברה ועדיין להשאיר חסין ב"מתחם ההגיונות", תהא ביקורתו של בית המשפט קפדנית, מחמירה ומוכוונת-שוק כאשר תהא. הוכחת ההגיונות המהותית מבוססת תדיר על השערות ועל חוות-דעת מומחים (בסופו של דבר, על חשבון החברה⁹⁹), אשר לעולם לא ישמשו תחליף מלא לעסקה אמיתית. זוהי תוצאה הכרחית של תופעת המידע החלקי. אכן, תודות לעוצמה הנורמטיבית המשתמעת ממושג ההגיונות¹⁰⁰ יש ליסוד ההגיונות כאן ציביון חיובי למראית-עין. אולם למעשה יש ביסוד זה משום תעודת-עניות לדיון, המכיר בנפקותו כשולל בטלות או בטלות-בכוח של עסקה נגועה (שאינן לה הסכמה תקפה) אפילו לגבי אמונאים מובהקים כנושאי משרה - מגרעת שמחברים מכירים בה. בית-המשפט של דלאוור מכיר גם הוא במגרעת זו.¹⁰¹ אין זה מן הנמנע שהוא אף עושה צעדים זהירים ראשוניים לקראת שינוי המצב המשפטי.¹⁰² ללא כחל וסרק: זהו דין נחות לעומת דין האמון.

בהקשר הנוכחי די בקשיים אלה כדי לדחות הצעות ליצור זיקה, ואולי אף חפיפה, בין יסוד ההגיונות בדין האמריקאי לחובת ההגיונות בחוק החברות. כאמור, רעיון ההגיונות נדחה על

Harold Marsh, Jr., *Are Directors Trustees? Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 ⁹⁸ BUS. LAW. 35 (1966). תיאורו של מארש התקבל על דעת רבים. ראו, למשל, Leo E. Strine, Jr. et al., *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, 98 GEO. L.J. 629, 667 (2010); Edward Rock & Michael Wachter, *Dangerous Liasons*: לעיל הערה 93, בעי 909; Hill & McDonnell *Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*, 96 NW. U. L. REV. 651, 668 (2002); Lawrence A. Cunningham, *Choosing Gatekeepers: The Financial Statement Insurance Alternative to Auditor Liability*, 52 UCLA L. Rev. 413, 414 (2004). מנגד, קיימת דעה חולקת. ראו Norwood P. Beveridge, Jr., *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Loyalty: Understanding the Self Interested Director Transaction*, 41 DEPAUL L. REV. 655 (1992). לניתוח דוקטרינרי מאלף ראו David Kershaw, *Path Of Corporate Fiduciary Law*, NYU J. L. & BUS. (forthcoming 2012).

⁹⁹ ראו התייחסותו הסרקסטית של בית המשפט בדלאוור בפרשת *Lyondell Chemical Co. v. Ryan*, 970 A.2d 235 (Del. 2009), בעי 8, ביחס ליכולתם של הדירקטורים, כאשר החברה עומדת בפני הצעה להמכר, להשיג חוות דעת בדבר הגיונות המחיר. ("to secure an expensive fairness opinion that (Quelle surprise!) concludes (that the offer is 'fair' to the shareholders.)

¹⁰⁰ ראו כללית ג'ון רולס, **צדק כהוגנות - הצגה מחודשת** (דפי אגם-סגל, מתרגמת 2010).

¹⁰¹ בתי המשפט אינם מסתירים את ספקנותם לגבי יעילותו של מבחן ההגיונות המלאה בהצרת צעדיהם של בעל-שליטה או נושא משרה נחושים דיים. ראו *Jedwab v. MGM Grand Hotels, Inc.*, 509 A.2d 584, 598 (Del.Ch.1986) (הדגשה במקור):

While the law requires that corporate fiduciaries observe high standards of fidelity and, when self-dealing is involved, places upon them the burden of demonstrating the intrinsic fairness of transactions they authorize, *the law does not require more than fairness*. Specifically, it does not, absent a showing of culpability, require that directors or controlling shareholders sacrifice their own financial interest in the enterprise for the sake of the corporation or its minority shareholders.

¹⁰² בהדרגה מתפתחת בדלאוור גישה, לפיה כאשר מתעורר ניגוד עניינים עשויה החברה להעדיף מסלול של אישור בידי גורם נייטרלי, מכיוון שהדבר משפר את סיכויי חסינות של העסקה. אלא שבניגוד לדיון בישראל, הגנות פרוצדורליות כאלה אינן נדרשות בחוק.

ידי בית המשפט העליון לגבי נושא-משרה בפרשת **טוקטלי**¹⁰³ באופן נחרץ לאור עקרונות היסוד של הדין בנושא. לפיכך, מטעמים דוקטרינריים של הלכה פסוקה ומטעמי מדיניות כאחד, אין הצדקה להחיל אותו אצלנו לגבי בעל-שליטה. בין השניים אין הבדל בהקשר הנוכחי וגם הדין בדלאוור אינו מבחין ביניהם לעניין זה.¹⁰⁴ לפרקטיקות שהתגבשו בארצות הברית לקיום יסוד ההגינות המלאה יכול להיות ערך בישראל, למשל, לצורך ביסוס מתכונת של גיבוש תנאי עסקה במסגרת קיום הליכי אישור על-פי החוק, לרבות הקפדה ראויה על איסוף מידע ועל הליכי משא ומתן, שבהם החברה ובעל-המניות נמצאים כמטחווי-זרוע (at arm's length) זו מזה ואשר מניבים מחיר ראוי,¹⁰⁵ אך לא כחלופה מספיקה כשלעצמה לקיום חובה מטיפוס חובת אמון.¹⁰⁶

[21] לבסוף, גם איזכור המושג "הגינות מלאה" כ-entire fairness בפסיקת בית המשפט העליון בהקשר של קיפוח צריך להתפרש כשימוש חופשי ולא כהחלת הדוקטרינה האמריקאית בשם זה.¹⁰⁷ יש הבדל מושגי יסודי בין דין הקיפוח, כפי שהוא נוהג בישראל ובארצות הברית,¹⁰⁸ לבין דוקטרינת ההגינות המלאה. הראשון מחייב שוויון בתוצאה (equality of outcome) באוסרו על שימוש בכוח השליטה להעברת ערך מהמיעוט לרוב בניגוד לציפיות סבירות. האחרונה מחייבת שוויון בהזדמנויות (equality of opportunity), בחייבה את בעלי-העניין לקיים הליך התמקחות הוגן דמוי-שוק וגם מחיר הוגן דמוי-שוק, בכפוף לשיקול-דעת בית המשפט, ותו לא.

3.1.3. חובת אמון

[22] מכיוון שעל דעת הכל חובת ההגינות היא חובה מטיפוס חובת אמון, האתגר העיקרי בגיבוש פרשנות אפקטיבית שלה הוא תיחום גבולותיו של העניין האישי הלגיטימי של בעלי מניות שולטים - אותו עניין אישי שלא ייחשב נוגד. לאחר שסקרנו את תהליך החקיקה ומקורות משווים ולא מצאנו בהם כיוון ברור, ראוי לחזור לנקודת ההתחלה ולבחון פרשנות פחות רדיקלית. לפי גישה זו, חובת ההגינות אינה "חידוש עולמי"¹⁰⁹ אלא מדובר בחובת אמון רגילה, לא מוחלטת,

¹⁰³ **טוקטלי**, לעיל הערה 96.

¹⁰⁴ לאור האמור נראה כי, בכל הכבוד, בית המשפט המחוזי נתפס לכלל טעות בהתייחסותו ליסוד ההגינות בתני"ג 32007-08-11 **אפרת נ' בן שאול** (12.12.2012). שם דובר בהסכם תגמול כיו"ר וכמנכ"ל למי שהיה גם בעל-השליטה בחברה ציבורית, שלא אושר כדן. בית המשפט, מפי השופטת רונן, מתייחס בקצרה לאי-הוכחת הגינות ההסכם, שם, פסי' 55 ו-59, למרות שהדין שלנו - בניגוד לדין של דלאוור - דוחה זאת בתוקף, לצד טעמי המדיניות הפוסלים גישה זו מכל וכל.

¹⁰⁵ ראו **כהנא**, לעיל הערה 53; חמדני וחנס, לעיל הערה 52.

¹⁰⁶ מטעם זה יש גם לדחות בתוקף הצעות להכנסת חלופת הגינות לדין הישראלי תוך הסתמכות על בית משפט מתמחה לחברות. ראו, למשל, דוח הוועדה לבחינת קוד Corporate Governance בישראל 37-38 (2006) (וועדת גושן). הקושי בגישה כזו אינו נעוץ בחולשה כביכול של בית המשפט. בית-המשפט אינו מגלה חולשה בתחום העסקים יותר מאשר בתחומים מקצועיים אחרים, סבוכים יותר, שבהם הוא נדרש להכריע. הסיבה נעוצה באילוצי המציאות, הגורמים לנחיתותו (המוסכמת) של הדין המבוסס על הגינות כיסוד מספיק.

¹⁰⁷ ראו ע"א 2773/04 **נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' עטר**, 14.12.2006, פס' 2, מפי הנשיא ברק (דעת מיעוט); **גדיש**, לעיל הערה 47, פס' 40, מפי הנשיאה בייניש.

¹⁰⁸ הלכות היסוד הן, בהתאמה, ע"א 2699/92 **בכר נ' תמ.מ. תעשיות מזון מטוסים (נתב"ג) בע"מ**, פ"ד נ(1) 238 (1996); *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717 (1971); *In re Primedia Inc., Derivative Litigation*, 910 A.2d 248 (Del. Ch., 2006).

¹⁰⁹ השוו לעיל הערה 73; והשוו גם לעיל הערה 87.

ובעל המניות הוא אמונאי מסוג מסויים, כשם שדירקטור, נאמן ועורך-דין הם אמונאים דומים אך נבדלים. לגבי בעלי מניות משמעות החובה היא ראשית, גילוי מלא של כל מידע מהותי, ושנית, התרחקות מקבלת החלטות של החברה כאשר העניין האישי שלהם מעורר חשש ממשי לגבי ניקיון הדעת שלהם.

נקודת המוצא היא הלכת ע"א קוסוי. וועדת המשנה לחקיקת חוק החברות ציינה, כזכור, כי בעניין זה החוק לא ישנה את הדין שנקבע בפסיקה.¹¹⁰ גם קריאה מרחיבה של הצעת החוק לא תמצא בה סטייה מהלכת קוסוי מבחינת הביסוס של חובות בעלי מניות על חובת אמון ובפרט לא מימוש הרעיון של חובת אמון "מוחלשת". בדומה לע"א קוסוי, הצעת החוק הכירה אף היא בלגיטימיות של עניינם של בעלי מניות ככאלה - כלומר, כמשקיעים בהון מניות - והיא שוללת את הפיכתם לנדבנים על כורחם. עמדה זו - שיש לראותה כהכרחית ואף טריביאלית - מקבלת פשר, כאשר מביאים בחשבון את העובדה שהגדרת "עניין אישי" בהצעת החוק - בניגוד להגדרה שבחוק - לא החריגה את עניינו של בעל מניות ככזה. הצעת החוק הציגה איפוא הסדר אמונאות סטנדרטי, שעקף (תוך התעלמות מובנת) את הסבך שבפסיקה האנגלית, ואיפשר להתחשב בעניינם הלגיטימי של בעלי מניות ככאלה במסגרת המוכרת של תיחום חובת האמון לפי הנסיבות, ברוח הלכת *Kuys*.

[23] הגדרת "עניין אישי" בחוק עצמו נוקטת גישה ישירה וברורה יותר. ההגדרה מציינת באופן חרות עניין אישי ממוני מובהק, שלמרות זאת אין לראותו כעניין נוגד - זהו עניינו של בעל מניות ככזה. עניין זה מתבטא בעיקר בזכות לקבל הזמנה לאסיפה הכללית ולהצביע בה, בזכות לקבל דיווחים כדין ובתיקווה (שאינה זכות) לקבל דבידנד, כאשר החברה תחליט על חלוקה או בפירוק. לפי הגישה המוצעת, כל עניין אישי אחר עשוי להיות עניין נוגד, אך אינו חייב להחשב ככזה. הדבר תלוי בנסיבות ובשיקול דעתו של בית המשפט כבית משפט של יושר בתהליך הדרגתי של גיבוש הדוקטרינה. כנקודת-מוצא בסיסית, בעל-מניות בעמדת אמונאות אינו רשאי ליטול ערך מן החברה; ובה בעת, אין הוא נדרש להכניס אליה ערך מעבר להשקעתו.

[24] הגישה המוצעת עשויה, לפיכך, לתמוך בתפיסה של שיוויון אך היא אינה מחייבת אותה בכל הקשר.¹¹¹ טענה בדבר כלל של שיוויון עשויה למשוך את הלב בשל המטען הנורמטיבי החיובי של מושג השיוויון, בדומה ליסוד ההגינות, אך כפרופוזיציה משפטית היא אינה מדויקת כל צרכה ועלולה להתעות. שיוויון עשוי להתאים בהקשרים מסויימים, אולם דיני האמונאות אינם מבוססים על שיוויון. להיפך. הם מתמודדים עם הבדלים ניכרים של כוח וכפיפות, ונענים לאתגר באמצעים נוקשים. איזון ומתינות הם מהם והלאה ככורח המציאות ולא כדוגמה.¹¹²

¹¹⁰ ראו לעיל הערה 72.

¹¹¹ זאת, בניגוד לגישתה של חביב-סגל, הקוראת לדרישת ההגינות יסוד של שיוויון.

¹¹² ראו דברי בית המשפט בקליפורניה בעניין *Jones v H. F. Ahmanson & Co.*, 460 P.2d 464, 473 (1969), שנדרש לסוגיית השיוויון, המצטט בהסכמה מחבר חשוב.

Professor Lattin has suggested that "the power to control, or rather its use, should be considered in no lesser light than that of a trustee to deal with the trust estate and with the

כך, אם מדובר בבעל שליטה, הדין יכול למנוע ממנו לקבל טובת הנאה פרטית כאשר נוצרת דינמיקה, שבה החברה רוכשת ממנו נכס מפוקפק במחיר מפולפל.¹¹³ אם יבצע עסקה, אשר בלבה טמון ניצול הזדמנות ייחודית של החברה, בית המשפט יבוא עמו חשבון ללא רחם אף לרעתו לעומת בעלי מניות אחרים, ללא כל שיוויון.¹¹⁴ בה בעת, אדם יכול להיות בעלים יחיד בחברות מסויימות ובעל שליטה בחברות אחרות שבהן יש מיעוט, והקצאת פרויקטים רווחיים-בכוח בין החברות בקבוצה תהיה נתונה לשיקול דעתו.¹¹⁵ כך גם בישראל, אף כאשר המיעוט ציבורי, כל עוד מקויים גילוי מלא כדין.¹¹⁶ בד בבד, פעולה של החברה הנעשית באופן שיוויוני - למשל, חלוקה - תוחזק ככזו שאינה מעוררת קושי מבחינת חובת ההגינות. כמובן, החזקה ניתנת לסתירה. בפרשת **רוזנפלד**, שעסקה בחלוקת דיבידנד בשעה שבעלת השליטה נזקקה למזומנים לפרעון חובות שניטלו לרכישת השליטה, הדגיש בית-המשפט המחוזי, מפי השופט כבוב, כי "בנסיבות מסויימות, הצורך של בעל מניות בכספי דיבידנד עלול ליצור חשש מהותי להטיית שיקול דעתו להעדפת טובתו האישית על פני טובת החברה."¹¹⁷

הגישה המוצעת עולה בקנה אחד עם ההלכה המתפתחת בישראל בהקשר הייחודי של בעלי מניות שהם בעלי עמדת הכרעה. לכאורה, לפי הלך המחשבה של "רמת ביניים", היה מקום לתת להם מרחב גדול להתחשבות בענייניהם הפרטיים. זאת, במיוחד כאשר לא מדובר בבעל שליטה אלא בבעל כוח מצומצם ותלוי-הקשר - כביכול, בתחום הנמוך של מנעד רמת-הביניים. בפועל, פני הדין אינם כאלה. בתי המשפט דנים בעניינים האישי כבכל עניין אישי של אמונאי ולפי מבחני מהותיות, והדין דורש מהם גילוי מלא לגבי ניגודי עניינים, בדומה לאמונאים מוכרים. משהתעורר לגביהם חשש מהותי לניגוד עניינים הריהם מורחקים ממוקדי קבלת ההחלטות בשם החברה ועבורה, ככל אמונאי.¹¹⁸ לכן יש לצפות שגם אחריותם האזרחית תיקבע בהתאם בבוא בעת.

[25] לפרשנות חובת ההגינות של בעלי מניות שולטים כחובת אמון רגילה יש יתרון נוסף מבחינת הבהירות המשפטית. לדיני האמונאות יש קווי מתאר ברורים, אך אין חולק כי החלתם במקרים קונקרטיים כרוכה באי-וודאות - תוצאה בלתי-נמנעת של המגוון האינסופי של נסיבות

beneficiary. Self-dealing in whatever form it occurs should be handled with rough hands for what it is - dishonest dealing."

¹¹³ ראו 30 A.3d *In re Southern Peru Copper Corporation Shareholder Derivative Litigation*, 60 162 (Del. Ch., 2011). למותר לציין, כי הרכישה נעשתה לאור חוות-דעת מקצועיות של מעריכי-שווי ידועים.

¹¹⁴ *Perlman v. Feldmann*, 219 F.2d 173 (2d Cir. 1955). צוטט בהסכמה בע"א **קוסוי, לעיל** הערה 57, בע' 286.

¹¹⁵ *Sinclair Oil*, לעיל הערה 108.

¹¹⁶ ע"א 5320/90 **ברנוביץ נ' רשות ני"ע**, פ"ד מו(2) 818 (1992). בהצעת חוק החברות נכללה הוראה שנועדה לקבוע איסור על ניצול הזדמנות עיסקית של החברה בידי בעל-מניות, אך וועדת המשנה לא הגיעה לתמימות-דעים לגביה והיא הושמטה מנוסח החוק. ראו הצעת חוק החברות, סעיף 230.

¹¹⁷ ראו תני"ג 48081-11-11 **רוזנפלד נ' בן דב**, (17.3.2013), פס' 124. לעניין החזקה בדבר חלוקת דיבידנד כעסקה נגועה לכאורה, הטענה אישור מיוחד, ראו **שם**, פס' 96 (הדגשה הוסרה) ("חלוקת דיבידנד... אינה מהווה 'עסקה' כהגדרתה בחוק החברות. חלוקה זו אינה מהווה הענקה של זכות או טובת הנאה"). שאלה נפרדת עשויה לעלות בנסיבות כאלה לגבי חובת האמון של נושאי-המשרה, אם הם נגועים בניגוד חובה-חובה.

¹¹⁸ הוא הדין בבעל השליטה, מקל וחומר.

החיים. קביעת קטגוריה חדשה של חובה משפטית ברמת ביניים בין חובת האמון לחובת תום-הלב - הגם שהיא בסמכות המחוקק - יוצרת מקור נוסף לסיבוך ואי-וודאות בדמות משטר משפטי, שקשה להבחינו משתי הקטגוריות הקיימות. זאת, בנוסף לקשיים המוכרים של החלת דין כזה במקרים קונקרטיים. הדבר אמור במיוחד לאור הפרופוזיציה הנגזרת לגבי חובת ההגינות, לפיה יש מנעד שלם של עוצמות-משנה בתוך רמת-הביניים עצמה - בין בעלי שליטה (הנתונים לעוצמת-ביניים גבוהה במשתמע) לבין בעלי כוח באקראי (הנתונים לעוצמת-ביניים נמוכה במשתמע). דומה הדבר למושג ה"התרשלות רבתי". מושג זה עשוי להראות ברור מבחינה עיונית ואף חיוני לצורך התייחסות נפרדת לחריגות חמורות במיוחד מתקן של סבירות, אולם החלתו בפועל כרמת-ביניים כרוכה בעמימות כה רבה, עד כי ניכרת מגמה בבתי המשפט לצמצם את ההיזקקות לו במידת האפשר.¹¹⁹ ככל שניתן להסתפק בפחות תקני-התנהגות ופחות הבחנות קשות ליישום ביניהם כן ייטב.¹²⁰

3.2. בעלי-מניות רגילים

[26] בעקבות חבלי-הלידה של סעיף 193 לחוק החברות, הקובע את חובת ההגינות, בא לעולם גם סעיף 192, הנושא כותרת כללית "חובות בעלי מניות". סעיף 192 מטיל על כל בעל מניה חובה לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת, איסור לנצל לרעה את כוחו בחברה ואיסור לקפח בעלי מניות אחרים.¹²¹ ההסטוריה החקיקתית מציעה, כי הוראה זו נועדה לקבוע תקן התנהגות לבעלי-מניות שאינם נושאים בחובת אמון או הגינות - בעלי מניות "סתם", ללא כוח שליטה, הכרעה, או מינוי.¹²² הפרשנות הנראית מעשית ביותר לסעיף 192 הינה כי זו הוראה הצהרתית גרידא, בדומה

¹¹⁹ "רשלנות רבתי" או "חמורה" הגיעה למשפט הישראלי בהשפעת המשפט האנגלי. בהקשר של מידת הצפיות של גורם מתערב זר הכיר הנשיא אגרנט בהבחנה בין "רשלנות בדרגה גבוהה (gross negligence)" לבין "רשלנות סתם (mere negligence)". ע"א 23/61 סימון נ' מנשה, פ"ד יז(1) 449, 467-469. ההבחנה נזנחה, למעשה, בע"פ 402/75 אלגביש נ' מד"י פ"ד ל(2) 561, 575-576, מפי השופט שמגר, שעמו הסכים השופט ח' כהן. ראו ע"א 5850/10 חברת דפרון בע"מ נ' עזבון גולובין (15.4.2012), מפי השופט רובינשטיין. לעומת זאת, בהקשר של עבירות המתה עדיין מוכרת קטגוריה נפרדת כזו, היא אינה קלה ליישום, ומסתמנת נטייה לצמצם את נפקותה להיבטים ראיתיים. ראו ע"פ 3158/00 מגדיש נ' מד"י, פ"ד נד(5) 80, 94-90, מפי השופט אנגלרד. בעניין *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241 נדרש לורד מילט ל"רשלנות רבתי" כקטגוריה נפרדת בהקשר להתנייה על חובת אמון, והעיר כי, למעשה, אין זו אלא רשלנות בצירוף כינוי-גנאי פוגעני (משחק מילים על gross כגדול וגם גס או דוחה). שם, בע"פ 254 (English) "we regard the difference between negligence and gross negligence as merely one of degree. [It has been] doubted whether any intelligible distinction exists; while [it has been] famously observed that gross negligence is ordinary negligence with a vituperative epithet." קביעה זו אושרה עקרונית במועצת המלכה גם לנוכח ההכרה של הדין האנגלי ברשלנות רבתי כמושג נפרד בהקשרים מסויימים. *Spread Trustee Company Ltd v Hutcheson* (Guernsey) [2011] UKPC 13.

¹²⁰ השו" William T. Allen, Jack B. Jacobs & Leo E. Strine, Jr, *Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law*, 56 BUS. LAW. 1287 (2001) המחברים, שני צ'נסלורים ידועים וסגן-צ'נסלור של דלאוור, הביעו ביקורת נוקבת על תפיחתו של אוצר המונחים המושגי לגבי תקני הפיקוח של בית משפט של יושר על חובות נושאי משרה וקראו לצימצומו כדי להקל על הבהירות המשפטית. המיפוי המדוייק של החובות המתואר במאמר חשוב פחות, מכיוון שהוא משקף את יסוד ההגינות הנוכח לעיל ואת יסוד תום-הלב שתוקן לאחר מכן בהלכת *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006). ראו גם Melvin A. Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, 62 FORDHAM L. REV. 437 (1993).

¹²¹ לנוסח הסעיף ראו לעיל הערה 46.

¹²² סעיף 192 מאגד בסעיפים-קטנים (א)-(ב) את תוכנם של סעיפים 227-229 להצעת חוק החברות ללא שינוי מהותי בטקסט. לתוכנם ראו לעיל הערה 67.

לסעיף 252 לחוק לגבי חובת הזהירות של נושא משרה. הרישא של סעיף-קטן (א) חוזרת על חובת תום-הלב, כתקן התנהגות, ואין בה רבותא מעבר לסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים. סעיף-קטן (ב), האוסר על קיפוח, אינו מוסיף על הדין לנוכח הוראת הקיפוח העיקרית בסעיף 191, החלה על כל ענייני החברה ובעלי מניותיה ואינה מוגבלת כבעבר ל"עושה המיעוט". גם בסעיף-קטן (ג) לגבי מהות ההפרות אין חידוש, שכן הוא קובע כי על הפרת החובה החוזית באופיה ועל הפרת האיסור על קיפוח יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה ועל קיפוח, בהתאמה.

השאלה העיקרית שעשויה להתעורר נוגעת למשמעות האיסור על בעל-מניות מלנצל לרעה את כוחו בחברה, הקבוע בסעיף-קטן (א) מציעא. לכאורה, סעיף 193 מרכז את הטיפול בבעלי-מניות בעלי-כוח באמצעות חובת ההגינות. מצד שני, בע"א קוסי קבע השופט ברק את איסור השימוש לרעה בכוח כבסיס להטלת חובת אמון על המנהל ועל בעל השליטה.¹²³ ומצד שלישי, חובת האמון הוסמכה בקוסי מבחינה רעיונית גם לאיסור השימוש לרעה בזכות מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין¹²⁴ - דוקטרינה קונטיננטלית קרובה לחובת תום-הלב אך נבדלת ממנה, שמעולם לא הייתה שורש במשפט הישראלי. לאור כל זאת, ניתן לתהות מה טיב הכוח שעליו חל סעיף 192(א) מציעא, מיהו בעל-המניות שיש לו כוח ואינו נתון למרות סעיף 193 ולחובת ההגינות, ובמה נבדלת החובה החלה עליו מכוח סעיף 192 מחובת ההגינות לפי סעיף 193. בפרט, האם איסור ניצול-הכוח-לרעה קובע עוד רמת-ביניים, חדשה, בין חובת תום-הלב כתקן מזערי לבין חובת ההגינות - מעין "חובת תום-לב מוגברת" - וזאת, בין אם האחרונה היא חובת אמון רגילה, כדעתי, ובין אם היא רמת-ביניים ("חובת אמון מוחלשת"), אשר בתוכה יש מנעד-משנה של רמות ביניים... מן הטעמים שפורטו לעיל, פרשנות כזו נראית בלתי-רצויה בעליל.

הוראת סעיף 192(א) מציעא מצויה במקומה בטעות, כנראה. דהיינו, במקורה בסעיף 227 להצעת חוק החברות היא נועדה להיות הוראה מהותית המעגנת את הלכת ע"א קוסי לגבי בעלי-מניות בעלי-כוח (דומיננטיים). אך משהוקדש סעיף 193 לבעלי-מניות כאלה וסעיף 192 - לבעלי-מניות רגילים, נותרה בו הוראת המציעא כשהיא תלושה מהקשרה. בד בבד, אין זו בהכרח הוראה מיותרת לחלוטין, מכיוון שסעיף 193 עצמו לא מכיל הוראה מקבילה להוראת המציעא, העוסקת בכל כוח של כל בעל מניות. בסעיף 193(א)(3) נזכר אמנם יסוד שיורי של "כוח אחר כלפי החברה", אך מבנה הסעיף מציע שהוא תחום לכוח אחר לפי הוראות התקנון. הכרעה חותכת לגבי פרשנות ההוראה אינה נחוצה. ככל דבר חקיקה, לרבות חוקי חברות זרים, גם חוק החברות אינו כליל שלמות, ויש בו כפילויות, חוסרים ושיבושים. לכן יש טעם מוגבל בשאיפה לאתר פרשנות שתשיג הרמוניה מושלמת, לכאורה.¹²⁵ האתגר המרכזי בפרשנות הוראות אלה צריך להיות שמירה על לכידות עם עקרונות היסוד של דיני האמונות כך שתכליתם לא תוקהה או תסוכל. מבחינה זו ניתן לראות גם בהוראת המציעא הוראה הצהרתית - בפרט, לגבי מצבים שבהם גם בעל מניות

¹²³ ראו ע"א קוסי, לעיל הערה 57, בע' 277, 284.

¹²⁴ שם, בע' 286.

¹²⁵ למשל, פרשנות לפיה סעיף 254 קובע חובות "חזקות", סעיף 193 - "מוחלשות", וסעיף 192 - "חלשות".

"רגיל", שככלל כפוף רק לחובות תום-לב וזהירות, חב חובת אמון בהיותו בעמדת אמונאי אד הוק.

4. סעדים על הפרת החובה

[27] במוקד הדיון בחלק זה של החיבור עומדת הקביעה העקרונית בחקיקה, כי על הפרת חובת אמון (ובתאגיד - גם על הפרת חובת הגינות) יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, ובפרט, הסעדים על הפרת חוזה.¹²⁶ טענתי העיקרית היא, כי זו קביעה חלקית, שאינה משקפת את הסדר הסעדים הנוהג באופן כללי בדיני האמונות, ולבטח לא את ההסדר הנכון והרצוי, ולכן אינה ממצה את הסעדים על הפרת החובה. בדומה למצב המשפטי לגבי תוכן חובת האמון והצדדים לה, גם לגבי הסעדים על הפרתה המצב המשפטי בהקשר של תאגידים מורכב במיוחד. כדי לעמוד כראוי על טיבה על הקביעה הזו בחקיקה מן ההכרח להדרש תחילה לעקרונות יסוד בעיצוב הסעדים ולשורשים ההיסטוריים של התמודדות המשפט המקובל עם יחסי נציגות וכוח באופן כללי. לאחר מכן נראה כיצד התפתחו הוראות הסעדים בחקיקה האזרחית החדשה ולאחר מכן בחוק החברות, וכיצד נוצר לכאורה פער בין לשון החקיקה לבין המשטר המשפטי שנקבע בהקשרי אמונות בכלל. לאור הדברים הללו אציג גישה פרשנית, המאפשרת לקיים את משטר הסעדים המלא - החיוני לתיפקוד תקין של יחסי אמונות - גם במסגרת הבסיס הקבוע בחקיקה. יתרתו של חלק זה מוקדשת לדיון מפורט בתרופות גופן, הכלולות במשטר המקיף של סעד החשבון.

4.1 חשבון היסטורי

4.1.1 אקאונטביליות

[28] לפני כאלף שנים, בשנת 1066, נפטר לבית עולמו מלך אנגליה אדוארד ה-1 "המוודה", ואין לו זרע בר-קיימא. לפני מותו הצביע המלך אדוארד על קרוב-משפחה רחוק, וויליאם דוכס נורמנדיה, כעל יורשו המועדף. דא עקא, שניים נוספים נתנו עינם בכס המלוכה: הרולד ה-2 מוֹסְסֶס, שליט אכזר ממוצא אנגלו-סקסי, שאכן הומלך למלך אנגליה בידי מועצת אצילים, והרולד הרדרדה (Hardrada), מלך נורווגיה. עוד באותה שנה הובס הרולד האחרון בידי הרולד הראשון (ה-2), אך הלה ניגף בפני וויליאם, שהגיע לאנגליה בלוויית הברונים שלו וגייסותיהם, בקרב הייסטינגס, שבו מצא המלך הרולד את מותו. תוך זמן קצר השליט וויליאם ה-1 מקודם "הממזר" ומעתה "הכובש" - את מרותו על האי הבריטי עד גבול סקוטלנד. עד כאן - תמצית ממושטת של סיפור ימי-ביניימי נפתל, שעשוי לעורר עניין בעיקר בקרב חובבי היסטוריה אנגלית או הרפתקאות אבירים. אלא שעשרים שנה לאחר הכיבוש התרחשה תפנית בעלילה, שתוצאותיה ניכרות במשפט הישראלי הנוכחי, לצד יתר שיטות המשפט המקובל.

בחג המולד של 1085, בערוב ימיו כמלך וכאשר ממלכתו ניצבת בפני קשיים מבית ואיומים מחוץ, בחן וויליאם עם מועצתו דרכים לגיבוש שלטונו באנגליה ביתר יציבות מאשר

¹²⁶ סעיף 9(א) לחוק השליחות; סעיפים 256(א), (ב), 192(ג) ו-193(ב) לחוק החברות. הוראות הסעיפים יפורטו ויידונו להלן, טקסט להערה 196 ואילך. הכותרת של סעיף 9 ושל סעיף 256 היא "תרופות". בדומה ל דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 48 (2011), אתייחס ל"סעד" ו"תרופה" כאל מונחים נרדפים. השוו יהודה אדר, על הדבש ועל העוקץ - הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי, **משפט ועסקים** ה 347, 352 ואילך (2006).

הצליח להשיג בכוח הזרוע.¹²⁷ שיטת המשטר שנהגה באנגליה בעת הכיבוש היתה פיאודלית טיפוסית. גם משסולקו האצילים האנגלים והוחלפו בברונים הנורמנים, היקנו הללו אחוזות לווסאלים הנאמנים להם מכוח שבועת אמונים (fealty, fidelity), אלה העלו להם מס, וכך הלאה במורד המדרג הפיאודלי. וויליאם ביקש להנהיג מבנה פיאודלי בנוסח נורמני, שבו כל נאמנויות הנתינים מופנות כלפיו כריבון. לשם כך הוציא לפועל מבצע לוגיסטי חסר-תקדים בהיקפו ומורכבותו, אשר במסגרתו נפקדו במהלך שנת 1086 כל האנשים וכל הנכסים ברחבי אנגליה.¹²⁸ מימצאי המיפקד תועדו ב-Domesday Book ("ספר המיפקד").¹²⁹ ספר המיפקד הניח בסיס לעסקה פוליטית בעלת תכלית משולשת: ראשית, יצירת מסד-נתונים לגביית מסים הוגנת תוך התחשבות בנכסי המלך; שנית, תיעוד פומבי של שלטון הנורמנים ואגב כך יצירת מעין מירשם נכסים כללי; ושלישית, יצירת ריבונות ישירה של וויליאם על כל הארץ.¹³⁰ להשלמת המהלך הפוליטי כינס וויליאם עוד באותה שנה ווסאלים רבים לדרגותיהם השונות לטקס חגיגי (מבחינתו) ורב-רושם (מבחינתם) - The Oath of Salisbury - שבו הם נשבעו לו אישית אמונים.¹³¹

[29] בין אם כתכלית מתוכננת ובין אם כפועל יוצא, ספר המיפקד הביא לתמורות מרחיקות-לכת במינהל הכספים באנגליה, אשר כבר בשנת 1110 התגבש כמערכת האקסצ'יקר

¹²⁷ N.J. Higham, *The Domesday Survey: Context and Purpose*, 78 HISTORY 7, 13-15 ראו (1993); DAVID C. DOUGLAS, WILLIAM THE CONQUEROR: THE NORMAN IMPACT UPON ENGLAND 347 (1964).

¹²⁸ "כל" בהקשר זה משמש במובנו המילולי המלא. DOUGLAS, שם, בע' 348, מצטט את רושם דברי-הימים האנגלו-סקסי (Anglo-Saxon Chronicle) מאותה עת, שתואר את המיפקד באופן הבא:

So very narrowly did he have it investigated, that there was no single hide nor a yard of land, nor indeed (it is a shame to relate but it seemed no shame to him to do) one ox nor one cow nor one pig which was therefore left out, and not put down in his record: and all these records were brought to him afterwards.

John McDonald, *Efficiency in the Domesday Economy, 1086: Evidence from Wiltshire Estates*, 42 APPLIED ECON. 3231 (2010) ראו גם

¹²⁹ המתעניין יכול לעיין בספר המיפקד באופן מקוון: <http://www.domesdaybook.co.uk>. שמו של הספר - למעשה, אסופת רשומות - מזכיר את יום הדין במסורת הנוצרית (Doomsday) וככזה הטיל מורא בקרב הנתינים. ראו Michael John Jones, *Domesday Book: An Early Fiscal, Accounting Narrative?*, working paper, Bristol University 5 (2010), http://www.ncl.ac.uk/nubs/about/events/worldcongress/pdf/a_national3.pdf. זיקה אטימולוגית דומה קיימת גם בעברית בין "מיפקד" לבין "יום פקודה", שבו באחרית הימים יבוא האל חשבון עם החוטאים. השו: "באו ימי הפקודה באו ימי השילום יידעו ישראל." הושע ט 7.

¹³⁰ THEODORE F.T. PLUCKNETT, *A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW* 13 (5th ed. ראו (2001). תכליתו המדויקת של המבצע שנוייה במחלוקת בין החוקרים. ראו במיוחד Higham, *לעיל* הערה 127, בע' 16-18; ראו גם Jones, שם, בע' 5; McDonald, *לעיל* הערה 128, בע' 3233. לדעת היגהאם ביטא מהלך האירועים פשרה מצד המלך וויליאם לצד הכרזת מרות על-ידי - פשרה שברבות השנים הולידה מערכת יחסים הדדית בין הריבון לנתיניו. לטיעון קרוב לגבי פשרה פוליטית בין מלך אנגליה לאציליה בתקופה מעט מאוחרת יותר כבסיס למשטר של אקאונטביליות ראו Guy I. Seidman, *The Origins of Accountability: Everything I Know About the Sovereign's Immunity, I Learned from King Henry III*, 49 St. LOUIS U. L.J. 393 (2005).

¹³¹ PLUCKNETT, שם, שם, DOUGLAS, *לעיל* הערה 127, בע' 355-356. חלק מהדיווחים טוענים כי כל הווסאלים לדרגותיהם נכחו במעמד שבועת סליסבורי, אלא שדוגלאס מטיל בכך ספק, תוך שהוא מדגיש כי בכל מקרה היה זה מעמד מיוחד מאד בהיקפו ובחשיבותו.

(Exchequer).¹³² לענייננו חשובות שתי התפתחויות: ראשית, שיכלול שיטת חשבונאות, אשר איפשרה מעקב אחרי תנועות כספיות של חייבים וזכאים לראשונה במערב-אירופה;¹³³ שנית, וחשוב במיוחד, מעבר מהטלת מסים על בסיס מקרקעין למיסוי על בסיס אחוזות (manors) כיחידות כלכליות, לאור המידע הרב שנאסף בספר המיפקד על כל האחוזות והיחידות האירגוניות שמעליהן. האקסצ'קר התכנס פעמיים בשנה וקיים הליך קפדני של חשבון (account) ברמת הפלך (shire). השריף של כל פלך הופיע בפני מבקרים (auditors) בעלי מיומנות חשבונאית שפעלו כנציגי המלך, נחקר על ידיהם ומסר דיווח על הכנסות הפלך. במסגרת ההליך הוצג לשריף חיוב (charge) ועל השריף היה לפרט את הבסיס לזיכוי (discharge) כנגד אותו חיוב, כגון הוצאות, אובדנים וכדומה, בשעה שהמבקרים מאזינים להסבריו.¹³⁴ על בסיס זה נערך באביב אומדן ובסתיו - חשבון סופי של המסים המגיעים (מחצית מן ההכנסות הנקיות). סכום זה היה על השריף לשלם, ואם לא עשה כן נשא בתוצאות קשות. ההליך היה נתון לביקורות ולפיקוח שיפוטי במידת הצורך.

[30] הצירוף המיוחד של נכונות פוליטית של הצדדים המעורבים וטכנולוגיה מינהלית מתקדמת לשעתה, שהתקיים באנגליה של סוף המאה ה-11, הביא כך להיווצרות האקאונטביליות כמוסד חברתי - לאמור, מערכת של כללי התנהגות פורמליים, נורמות וציפיות הדדיות ומנגנונים לאכיפתם. שורשי האקאונטביליות נטועים ב-accountability כתיאור של ההליך הפיאודלי - מתן חשבון ותשלום החשבון. על בסיס רכיבים אלה של הליך האקאונטביליות המקורי התפתחה האקאונטביליות המוכרת לנו כיום כתבנית משטרית, החולשת על מערכות היחסים בין בעלי-שררה, נושאי-משרה ואמונאים באופן כללי - כלומר, בעלי כוח - לבין אלה הנתונים לכוחם. הספרות בת-זמננו מציעה הגדרות ותיאורים שונים של משטר האקאונטביליות, ויש אף מי שתיאר אותה כזיקית.¹³⁵ אף על פי כן, בכל ההגדרות יש שני רכיבים הכרחיים, התואמים את

¹³² הדברים להלן מבוססים בעיקר על Michael John Jones, *Origins of Medieval Exchequer* (2009) 19 ACCT'G BUS. & FIN. HISTORY 259, 262-263. ראו גם Andy Godfrey & Keith Hooper, *Accountability and Decision-Making in Feudal England: Domesday Book Revisited*, 1 ACCT'G HIST. 35 (1996). ההניעה המיידית לפיתוח האקסצ'קר היתה רצונו של המלך הנרי ה-1, שירש את וויליאם ה-1, לגייס כספי נדוניה כדי לשאת את בתו של מלך גרמניה, מתילדה בת ה-8. מתוך החצר (court) של האקסצ'קר, שבה פעלו בית תחתון ועליון, צמחו בהתאמה מערך המסים של האוצר ובית משפט בשם זה שפעל עד המאה ה-19. ראו PLUCKNETT, שם, בע' 102, 171.

¹³³ השיטה, שהתבססה על חיוב וזיכוי (charge, discharge), היתה פשוטה יותר משיטת החשבונאות הכפולה, שפותחה רק במאה ה-15, אך תיפקדה כשיטה חשבונאית מלאה. שמו של האקסצ'קר נובע ממפת השולחן המשובצת כלוח שחמט (escheker - "לוח שחמט" באנגלית נורמנית; "אשקוקיי" בעברית ימי-ביניים), אשר שימשה בהליך החשבון כגיליון עבודה לא-אלקטרוני לביצוע החיובים והזיכויים.

¹³⁴ מכאן המקור ל-auditor. במקור מלטינית: audire - לשמוע.

¹³⁵ במסגרת היריעה הנוכחית נסתפק בהפניות בלבד. רוב הספרות העיונית הדנה באקאונטביליות מתייחסת להקשר הפוליטי והציבורי. ראו, למשל, Melvin Dubnick, *Clarifying Accountability: An Ethical Theory Framework*, in PUBLIC SECTOR ETHICS: FINDING AND IMPLEMENTING VALUES 68 (Charles Sampford & Noel Preston eds., 1998) (hereinafter Dubnick 1998); Melvin Dubnick, *Accountability as Cultural Keyword*, in OXFORD HANDBOOK OF PUBLIC ACCOUNTABILITY (Mark Bovens, Robert E. Goodin & Thomas Schillemans, eds., forthcoming 2013) (hereinafter Dubnick 2013); Amanda Sinclair, *The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses*, 20 ACCT'G ORGANIZATIONS & SOC'Y 219 (1995); Mark Bovens, *Public Accountability*, in THE OXFORD HANDBOOK OF PUBLIC MANAGEMENT 182 (E. Ferlie, L. Lynne & C. Pollitt, eds., 2005); Mark Bovens, *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism*, 33 W. EUR. POL. 946 (2010); Richard Mulgan,

הרכיבים של ההליך הקדום: ראשית, מתן גילוי מלא - ובמידת הצורך, גם הסברים ונימוקים - של ה-accountable (או accountant¹³⁶) כלפי ה-accountee לגבי פעולותיו וענייניו של הראשון; שנית, נטילת אחריות - ובהעדרה - הטלת אחריות - על ה-accountable בגין חריגות בלתי-מוצדקות.

[31] אקאונטביליות היא מונח טעון מבחינה ערכית. אף כי היא נזכרת תדיר בקשר לדמוקרטיה, אין זה קשר הכרחי כלל.¹³⁷ יעידו על כך שורשיה הפיאודליים. הנקודה החשובה היא שהתייחסות למערכת יחסים מסויימת ככזו הנחלשת על-ידי אקאונטביליות או לפלוני כמי שנתון למרותה יוצרת בקרב הצדדים המעורבים ובקרב אלה הצופים בהם ציפיות לדרך התנהלות כמתואר - דהיינו, גילוי מלא ("שקיפות") ונשיאה באחריות. למרות הבדלים ניכרים בין הקשרים של פעילות ציבורית, ניהול עסקים, פעולות משפטיות ועוד, כאשר חל בהם משטר של אקאונטביליות ניתן למצוא בכולם את שני היסודות האלה. בהעדר איזה מבין מהיסודות אין למערכת היחסים הנדונה שם של אקאונטביליות.

להיבטים הלשוניים של מושג האקאונטביליות נודעת חשיבות, מכיוון שעצם השימוש בו משמיע עמדה ערכית-חברתית ומעורר את מערכת הציפיות הכרוכה במושג.¹³⁸ במובן המילולי הפשוט השורש account ב-accountability מבטא את כפל היסודות שבמושג האנגלי - פירוט וגם חשבון, סיפור וגם ספירה. דובניק (Dubnick), חוקר מדע-המדינה המתמחה בתחום, מצביע על מקור המונח בביטויים computare בלטינית ("לחשב") או comptes a rendre בצרפתית ("מתן חשבונות"), כיאה לשליטים שמוצאם מנורמנדיה וצרפתית עתיקה שפתם.¹³⁹ אולם לנוכח

"Accountability": An Ever Expanding Concept?, 78 PUB. ADMIN. 555 (2000); Robert O. Keohane, *The Concept of Accountability in World Politics and the Use of Force*, 24 MICH. J. INT'L L. 1123 (2003). לניתוח היבטים פסיכולוגיים של אקאונטביליות בהקשר הציבורי והניהולי ראו במיוחד עבודותיו של טטלוק. Philip E. Tetlock, *Cognitive Biases and Organizational Correctives: Do Both Disease and Cure Depend on the Politics of the Beholder?*, 45 ADMIN. SCI. Q. 293 (2001); Jennifer S. Lerner & Philip E. Tetlock, *Accounting for the Effects of Accountability*, 125 PSYCHOL. BULL. 255 (1999); Philip E. Tetlock, *The Impact of Accountability on Judgment and Choice: Toward a Social Contingency Model*, in 25 ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 331 (Mark P. Zanna ed., 1992); Philip E. Tetlock et al., *Social and Cognitive Strategies for Coping with Accountability: Conformity, Complexity, and Bolstering*, 57 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 632 (1989). לניתוח וליישום בהקשר של ממשל תאגידי ראו Amir N. Licht, *The Maximands of Corporate Governance: A Theory of Values and* Amir N. Licht, *Accountability and Cognitive Style*, 29 DELAWARE J. CORP. L. 649 (2004) Corporate Governance, working paper (2002), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=328401.

¹³⁶ להלן אכנה את ה-accountant "חשבונאי", אך לא בלי היסוס. החשבונאי כמוהו כאמונאי - מי שתפקידו או עיסוקו בחשבונות - בדומה לאמונאות - וגם מי שחב חשבון - בדומה לאמונאי, שהצעת חוק דיני ממנונות מכנה "חב-אמון". כפל משמעות זה מתקיים גם ב-accounting וגם ב-accountant, שבתור שם-עצם רווח יותר מ-accountable. עם זאת, להבדיל מהאמונאי, שהוא מונח חדש, חשבונאי מוכר כבר כבעל-מקצוע בלבד - מנהל חשבונות, רואה חשבון וכדומה, ומכאן ההיסוס.

¹³⁷ ראו Keohane, *לעיל*, הערה 135, בע' 1121-1122.

¹³⁸ ראו Dubnick 2013, *לעיל*, הערה 135, המתאר את התפשטותה בשיח הציבורי בדור האחרון וטוען כי המושג הפך למילת-מפתח תרבותית.

¹³⁹ Dubnick 1998, *לעיל*, הערה 135, בע' 69-70.

השורשים של המוסד החברתי בספר המיפקד של וויליאם הכובש ובהליך החשבונאי הפיאודלי טוען דובניק, כי זהו מושג אנגליקני (Anglican), ייחודי באנגליותו. דובניק וחוקרים אחרים עמדו על כך שבשפות אירופיות רומאניות וסלאביות אין תירגום למונח האנגלי, והמונח הנקט בדרך-כלל הוא מקביל של "אחריות" (responsibility). ביפנית נקט תיעתוק של המונח האנגלי: akauntabilitii. המצב בעברית דומה. האקדמיה ללשון העברית נתנה דעתה לסוגיה והחליטה, כי כשם שאין מונח נפרד בשפות אירופיות גם בעברית אין בו צורך.¹⁴⁰ בד בבד, במונחונים מקצועיים מאוחרים מוכרת "אחריות דיווח",¹⁴¹ ובשימוש כללי רווח המונח "אחריותיות" שלא אושר מעולם רשמית. למרבה הצער, כל אחד מאלה מחמיץ את אחד היסודות של המושג האנגלי כפול-הפנים.¹⁴² דווקא המונח "דין וחשבון" בשימושו העתיק¹⁴³ משקף במידת-מה את שניהם - את מתן החשבון ואת מתן הדין - אולם בשימוש החדש התדללה משמעותו למסירת מידע בלבד. מכאן, למרות הסירבול והכיעור, אקאונטביליות.

[32] לאקאונטביליות כמוסד חברתי המטיל משטר של גילוי ואחריות יש יתרונות רבים, אשר על היבטיהם המשפטיים בתאגיד עמדנו לעיל ונעמוד להלן בהקשר לסעדים. אולם האהדה הגואה ממנה היא נהנית בשיח הציבורי בדמות קריאות לעוד ועוד אקאונטביליות, יתר שקיפות וכדומה¹⁴⁴ אל לה להסתיר, כי לא תמיד זהו המשטר המתאים להסדרה חברתית של יחסי כוח-כפיפות. לעתים העניין הציבורי מצדיק הפקדת כוח על ענייניהם של אחרים מבלי להכפיף את בעל הכוח למשטר מלא של אקאונטביליות. הדבר נכון לגבי החלטות שהן חיוניות אך לא ניתן להצדיקן בדיעבד. דוגמה מובהקת לכך היא וועדות המופקדות על הקצאת משאבים רפואיים חיוניים המצויים במחסור, כגון וועדת השתלות ואף וועדת סל התרופות. בידי חברי וועדה כזו נתון כוח קיצוני בעוצמתו, אולם יכולתם להתבסס על אמות-מידה עקביות שניתן להצדיקן בדיעבד מוגבלת. החלטותיהם כרוכות לא פעם במה שמכונה "הכרעות טרגיות" (tragic choices) או taboo trade-offs - לאמור, השוואה והעדפה בין טוענים לגיטימיים ללא בסיס מוסכם חברתית.¹⁴⁵ אף דרישת שקיפות גרידא - שעשויה להראות מזערית בהשלכותיה, אם לא הכרחית

¹⁴⁰ מכתב מאת ברק דן, המזכיר האקדמי של האקדמיה ללשון העברית, אל המחבר, 22 למרץ 2001.

¹⁴¹ ראו הערך accountability במאגר המונחים של האקדמיה ללשון העברית, <http://hebrew-terms.huji.ac.il/>, (נצפה בתאריך 9.10.2012).

¹⁴² על דרך החידוד יש מי שמוצא בהעדר מונח בעברית משום שיקוף של חסר מהותי בסביבה החברתית בישראל. ראו יורם מלצר, חסרה אחריות, הארץ, 26/02/2008, <http://www.haaretz.co.il/literature/1.1307705>, (נצפה בתאריך 9.10.2012); רוביק רוזנטל, קללת שם הפעולה / הזירה הלשונית, מעריב, 23/11/2001, <http://www.nrg.co.il/online/archive/ART/213/862.html>, (נצפה בתאריך 9.10.2012).

¹⁴³ אומרת המשנה: "עקביא בן מהללאל אומר: הסתכל בשלושה דברים ואין אתה בא לידי עבירה. דע מאין באת, ולאן אתה הולך, ולפני מי אתה עתיד לתן דין וחשבון... ולפני מי אתה עתיד לתן דין וחשבון - לפני מלך מלכי המלכים הקדוש ברוך הוא." אבות ג, א.

¹⁴⁴ ראו, למשל, Mark Bovens, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, 13 EUR. L.J. 447, 448 (2007) ("Accountability is one of those golden concepts that no one can be against.")

¹⁴⁵ ראו כללית GUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBITT, TRAGIC CHOICES (1978); Alan Page Fiske & Philip E. Tetlock, Taboo Tradeoffs: Reactions to Transactions that Transgress the Spheres of Justice, 18 POL. PSYCHOL. 255 (1997).

- עלולה לחבל בפעולתם עד כדי השבתתם לחלוטין.¹⁴⁶ הסיבה לכך אינה בהכרח החשש מאחריות משפטית, שכן ניתן להקנות חסינות מפני זו, אלא הרתיעה מביקורת שלא ניתן להתגונן מפניה.¹⁴⁷ במצבים כאלה אין מקום לראות את בעלי הכוח כאמונאים של הנתונים ישירות לכוחם אלא לכל היותר של ישות ערטילאית כללית כגון הציבור בכללותו.¹⁴⁸

4.1.2. הדין והחשבון

[33] בין עלילותיו של וויליאם הכובש במאה ה-11 לבין פריחתה של האקאונטביליות במאה ה-21 מפרידה תקופת-זמן ממושכת דיה כדי שנבקש להתחקות אחר הגורמים ששימרו את התבנית הקדומה והתאימו אותה לעידן החדש. הספרות העיונית בתחום אינה מתייחסת לשאלה זו.¹⁴⁹ בסעיף זה אציע, כי תביעת החשבון במשפט המקובל היא החוליה החסרה בין הרפורמות השילטוניות של תקופת ספר המיפקד והתגבשות האקסצ'קו לבין מוסד האמונאות. כך שימשה מערכת המשפט המקובל כגורם המשמר והמפתח, בעיקר באמצעות ההליך של חשבון, שהתפתח לכלל עמוד-התווך של דיני האמונאות, ובהמשך - של האקאונטביליות החדשה.

תביעת החשבון (action of account, או accmpt בצורה ישנה המושפעת מצרפתית)

הוכרה במשפט המקובל כצורת תביעה (form of action) מובחנת כבר בשנת 1200, והיא אחת המוקדמות שהתפתחו בו.¹⁵⁰ למעשה, איזכורה ברשומות ששרדו מאותה עת מעיד כי היא

¹⁴⁶ דוגמה וותיקה נוגעת לוועדות לדיאלוזה בשנות ה-1960, כאשר הטכנולוגיה היתה עדיין נדירה. חשיפת הטעמים ששקלה הוועדה (שכונתה God Committee) גרמה לפרישת חבריה. ראו Philip E. Tetlock et al., *Revising the Value Pluralism Model: Incorporating Social Content and Context Postulates*, in THE PSYCHOLOGY OF VALUES: THE ONTARIO SYMPOSIUM 25, 37-38 (Clive Seligman et al. eds., 1996).

¹⁴⁷ ראו Philip E. Tetlock & Richard Boettger, *Accountability Amplifies the Status Quo Effect when Change Creates Victims*, 7 J. BEHAV. DECISION MAKING 1 (1994); Philip E. Tetlock, *Coping with Trade-Offs: Psychological Constraints and Political Implications*, in ELEMENTS OF REASON: COGNITION, CHOICE, AND THE BOUNDS OF RATIONALITY 251 (Arthur Lupia et al. eds., 2000). לדיון בהיבטים אטיים ראו Martin Messner, *The Limits of Accountability*, 34 ACCT'G ORG. & SOCT'Y 918 (2009).

¹⁴⁸ ראו הדיון בפרשת 2 S.C.R. 261 [2011] *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, שם נקבע כי היחסים בין הממשלה המדינתית לבין חוסים קשישים תשושי-נפש אינם יחסי אמונאות, הגם שלראשונה יש כוח ניכר והאחרונים פגיעים לו. הקוראת לא תטעה אם תראה קווי דימיון בין האמור לעיל לבין חובת האמון של נושאי משרה לפעול לטובת החברה בכללותה.

¹⁴⁹ כמתואר בסעיף הקודם, דובניק הצביע לראשונה על הזיקה לתקופה של כיבוש אנגליה, וטענה זו התקבלה בספרות מדע המדינה ובספרות של היסטוריה חשבונאית, אך ללא דיון בכ-900 השנים שחלפו מאז. ספרות ההיסטוריה המשפטית שתואר להלן אינה מתייחסת - באופן טבעי לתקופת כתיבתה - להיבטים לא-משפטיים אלה.

¹⁵⁰ לעבודות עיקריות לגבי תולדות תביעת החשבון ראו Edmund O. Belsheim, *The Old Action of Account*, 45 HARV. L. REV. 466 (1932); S. J. Stoljar, *The Transformations of Account*, 80 L.Q. REV. 203 (1964); S.F.C. MILSOM, *HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW* 275-282 (2d Ed. 1981); C.H.S. FIFOOT, *HISTORY AND SOURCES OF COMMON LAW: TORT AND CONTRACT* 268-276 (1949); William Minor Lile, *Bills for Account*, 8 VA. L. REV. 181 (1922); JAMES BARR AMES, *LECTURES ON LEGAL HISTORY AND MISCELLANEOUS LEGAL ESSAYS* 116-121 (1913); C.C. Langdell, *A Brief Survey of Equity Jurisdiction (Part IV)*, 2 HARV. L. REV. 241 (1889). ראו גם Joel Eichengrun, *Remedying the Remedy of Accounting*, 60 IND. L.J. 463 (1985); Joshua Getzler, *"As If." Accountability and Counterfactual Trust*, 91 B.U. L. REV. 973, 976-981 (2011).

השתרשה עוד בשלהי המאה ה-12¹⁵¹ - תקופה שבמהלכה התבססה גם מערכת האקסצ'קר. תביעת החשבון הוכרה בתחילה כלפי סוכני אחוזה (manorial bailiff). אחוזה ימי-ביניימית טיפוסית כללה שדות, אשר חלקים מתוכם עובדו עבור הלורד אדון האחוזה, מרעה משותף (commons¹⁵²), כפר לאריסים ובעלי-מלאכה, כנסייה ומעון לכומר, וכמובן, בית האחוזה למשכן האדון. רבים מהלורדים ביקרו באחוזתם רק מפקידה לפקידה וביכרו להפקיד את האחוזה בידי אותם סוכנים. משימתו של הסוכן היתה לנהל את האחוזה כך שהאדון יוכל להתפרנס ממנה ולהעלות את מסיו למלך על בסיס ההכנסות הנקיות של האחוזה, כמתואר לעיל. האחוזה תיפקדה, למעשה, כפירמה קדומה וסוכן האחוזה - כמנהל שלה.¹⁵³

כתוצאה בלתי-נמנעת של מצב דברים זה נוצרה בעיית-נציג בין הלורדים לסוכניהם. חששות שניקרו בליבם של הלורדים מפני התנהגות אופורטוניסטית של סוכני האחוזה לא היו בעלמא.¹⁵⁴ אולם הפגת החשש באמצעים משפטיים כאשר הסוכן סירב למסור חשבון מלא נתקלה בקשיים. שתי צורות התביעה הקרובות לסוגייה שהוכרו אז במשפט המקובל - Debt לתשלום חוב ו- Detinue להשבת נכס נד - לא הלמו את הקושי שניצב בפני הצדדים. תביעת חוב דרשה קיומו של חוב קצוב, בשעה שהאדון לא ידע כלל מה היקף החוב העומד כלפיו, אם בכלל. הוא הדין בהשבת נכס נד: או שלא ניטל נכס כזה שיש להשיבו, או שהאדון לא ידע על כך. שורש הקושי, כבכל בעיית-נציג, היה היתרון במידע לגבי הנעשה באחוזה שממנו נהנה הסוכן לעומת האדון.¹⁵⁵ תביעת החשבון נתנה מענה לקושי זה. התביעה כללה שלושה שלבים: ראשית, ברור בפני בית משפט האם יש לתובע זכות לקבל מן הנתבע חשבון. על התובע היה לטעון כי הנתבע פעל כסוכן אחוזה (bailiff) שלו, ומכאן זכותו, והדיון הוגבל לשאלה זו בלבד.¹⁵⁶ שנית, אם נקבע כי כך היה, התקיימה חקירה בפני מבקרים (auditors) שמינה בית המשפט מבין פקידי בית המשפט או

¹⁵¹ השו Belsheim, שם, בע' 467-468. Stoljar, שם בע' 203, ו-FIFOOT, שם, בע' 268, מסתמכים על מקור משנת 1200.

¹⁵² לימים שימש המרעה המשותף השראה למעשיה טרגית מפורסמת. Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968). לדיון ביקורתי ראו, למשל, Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (1990).

¹⁵³ ראו Lile, לעיל הערה 150, בע' 191. Getzler, לעיל הערה 150, בע' 977-978, מסביר כיצד היה על סוכן האחוזה לנהל אותה ביושר ובאופן פעיל ולהעביר ללורד רנטה ורווחים, וקושר בין החווה (farm) לבין מקורה הלטיני (fundus), כך שהאחוזה החקלאית נתפסה כקרן כלכלית (fund) שיש לנהל ולעקוב אחר ביצועיה. דרך הזיקה לקרקע החווה קשורה אטימולוגית גם לפירמה (firm).

¹⁵⁴ החשש היה מבוסס כדבעי. ראו FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 268 (Already [around 1200] the bailiffs administering manorial land formed a professional class, and one of them had even compiled a handy manual for "cooking accounts."

¹⁵⁵ ראו, למשל, Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 469 (This fundamental rule [on liquidated debt] could never be satisfied in the instance of bailiffs for, as they were allowed expenses and fair losses, it was solely by an accounting first that the neat sum of money could be ascertained.) לגבי אסימטריה במידע ואי-וודאות ראו לעיל טקסט להערה 14.

¹⁵⁶ משנקבע מעמדו של הנתבע לא עמדה בפניו כלל האפשרות לטעון כי אינו חייב לתת חשבון (not accountable). חובה זו היתה מובנית, למעשה, כחלק ממעמדו. ראו MILSOM, לעיל הערה 150, בע' 281.

אנשים נכבדים המוכשרים לכך, כגון סוחרים.¹⁵⁷ הדיון היה עובדתי ומפורט, ובמסגרתו היה על הסוכן להראות בדיוק מה היקף החיוב שלו לאדון. לסוכן ניתנה אפשרות להזים או להדוף (discharge או falsify) טענות לחיובים מצדו באמצעות מסמכים ועדויות, כגון לגבי אובדן מחמת שוד. בסופו של חשבון קבעו המבקרים כמה חייב הסוכן לאדון (ולעתים להיפך).¹⁵⁸ שלישית, הדיון חזר לבית המשפט, אשר פסק את הסכום הקצוב כבתביעת חוב.¹⁵⁹

המקורות שבידינו אינם קושרים את הליך החשבון שבין המלך ללורדים בפני האקסצ'קר לתביעת החשבון שבין הלורדים לסוכני האחוזות בפני בית המשפט. אף על פי כן, הדימיון המבני בין שני סוגי ההליכים ניכר וקרוב לזהות. ערעורים על כליאת סרבני-חשבון עד שיתרצו נדונו בפני האקסצ'קר.¹⁶⁰ כן ידוע, כי הליכים של חשבון התנהלו גם ברמת המחוז (county) ואף בתוך האחוזות.¹⁶¹ מכך ניתן להסיק, שיחסי אקאונטביליות הפכו כבר בשלב מוקדם למוסד חברתי.¹⁶² כל אלה תומכים בסברה, כי באמצעות תביעת החשבון קלט המשפט המקובל את התבנית המוסדית של אקאונטביליות, שנוצרה בעקבות ספר המיפקד והתפתחות האקסצ'קר, ובכך יצר תשתית משפטית אפקטיבית לטיפול במערכות יחסים של כוח-כפיפות, במיוחד לגבי ניהול פעילות כלכלית בנכסי הזולת. פריצת-הדרך שעשה הליך החשבון נגעה למקור הקושי ביחסים אלה - בעיית המידע החלקי ויתרון המידע של הסוכן.¹⁶³ בניגוד להליכים אזרחיים אחרים, שבהם הנטל רובץ על התובע להוכיח את תביעתו, הסוכן-הנתבע נשא בחובה משפטית לספק מידע מפורט - המצוי בידיעתו הפרטית - לגבי מעשיו ולגבי הקורות את אותם נכסים, ולאור המידע הזה נקבעה אחריותו. בכך מיתן מתן החשבון את נחיתות המידע של האדון לעומת הסוכן. בד בבד, המבנה של הליך החשבון שיקף עמדה, כי לא כל סכסוך יכול להתברר בהליך זה אלא רק יחסים מסוג מסויים, המוכר כמצדיק את קיום ההליך.

¹⁵⁷ החקירה לא היתה עניין של מה בכך והמבקרים לא היו קוטלי-קנים. למעשה, היו בידיהם סמכויות ניכרות לכפייה, עד כדי מאסר בנחושתיים. סוכן שעמד במריו הסתכן בהוצאה מחוץ לחוק - צעד שמשמעותו אובדן ההגנה של "שלום המלך" וחשש לחייו. ראו Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 204-205; MILSOM, לעיל הערה 150, בע' 276; Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 496.

¹⁵⁸ עם זאת, התוצאה כאשר נקבע שהתובע חייב לנתבע - ה-accountant - לא היתה סימטרית מבחינת יכולתו של האחרון לגבות את חובו והוא נדרש להליכים נוספים.

¹⁵⁹ ראו Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 493-499; Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 213-214; FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 273-274.

¹⁶⁰ MILSOM, לעיל הערה 150, בע' 276; FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 269.

¹⁶¹ ראו Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 204.

¹⁶² MILSOM, לעיל הערה 150, בע' 275 "It follows that the relationships [between claimant and accountant] themselves and the process of accounting were established social institutions; and an account before auditors appointed by the claimant was no less 'official' than one taken before auditors (appointed by the court)."

¹⁶³ ראו Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 470 "The precise feature of this obligation [to account] which now merits notice is the uncertainty of the character of the accounts between the plaintiff and (defendant. Indeed, it was this particular which gave to the action its eminent differential quality..."

[34] תביעת החשבון אכן נחלה הצלחה ניכרת.¹⁶⁴ חוק משנת 1267 (Statute of Marlborough) הוסיף לסוכן האחוזה כמי שחב חשבון גם אפוטרופוס לירושת קטין (guardian in socage) - אף הוא דוגמה מובהקת ליחסי כוח-כפיפות.¹⁶⁵ קטגוריה חשובה יותר לענייננו נקבעה בחוק משנת 1285 (Statute of Westminster), אשר הוסיף לסוכני האחוזות גם "כל מיני מקבלי נכסים" ("all manner of receivers").¹⁶⁶ טיבו המדוייק של מקבל הנכסים בעת שנחקק אינו מחוור לחלוטין, ויתכן שהיתה זו הרחבה של מושג הסוכן לנכסים נדים שאינם חלק מן האחוזה.¹⁶⁷ מכיוון שצורות התביעה הישנות חייבו התייחסות פורמלית לטיבו של הנתבע, השתרש נוהג לציין לחלופין כ"סוכן אחוזה או מקבל נכסים" (bailiff or receiver). בהדרגה המונח התקבע כמגדיר אדם המקבל נכסים של הזולת לעשות בהם עסקים שלא כשלוח - לאמור, שלא על-פי הנחיות מדוייקות אלא על-פי שיקול דעתו - ובהמשך התרחב השימוש בו גם לשותפים.¹⁶⁸ בשלב מאוחר יותר התרחב היקף המונח עוד, כך שנכללו בו גם אנשים שנטלו על עצמם על דעתם שלהם לפעול בנכסים מסויימים לטובת פלוני. מאידך גיסא, נעשה מאמץ להקפיד על החרגה מגדר המונח "סוכן אחוזה או מקבל נכסים" אנשים שקיבלו מאדם נכסים לעשות בהם כבשלהם ולא כבשלו, כלומר, כסוחרים (ad merchanizandum).¹⁶⁹ הבסיס לחובת החשבון, מכל מקום, עמד על קטגוריות של מערכות יחסים ולא דווקא על יחסים חוזיים בין הצדדים.¹⁷⁰ התפתחויות אלה התרחשו במקביל להתפתחות הכלכלית באנגליה ולמעבר ממשק פיאודלי מבוסס-מקרקעין לכלכלה המבוססת על מסחר ועסקים.¹⁷¹ ניתן להעריך כי במערכות יחסים אלה, החשופות במיוחד לאופורטוניזם של הנציג, סייעו תביעת החשבון ועולם המושגים והערכים שהשרישה ליצירת האמון הנדרש בין הצדדים לשם קיום הפעילות הכלכלית.

[35] לצד יתרונותיה הסגוליים של תביעת החשבון הכבידו עליה מגרעות לא מעטות, שאיפיינו את המשפט המקובל כולו באותה עת. בין השאר, עמדה לנתבע אפשרות להדוף את התביעה באמצעות "שבועת דין" (wager of law) - הליך אנגלו-סקסי ישן, אפילו באותה עת, שבו 11 בני-יישובו של הנתבע יכלו להשבע בנקיטת-חפץ שהתביעה אינה נכונה. הליך זה, שהיה יפה לקהילות

¹⁶⁴ כך, היקפן הכספי של תביעות חשבון מסויימות הגיע לסכומים נכבדים. כמו כן, מספרן של תביעות החשבון שתועדו ברשומות בשלב מסויים עלה כמה מונים על מספרן של תביעות חוב ושל התחייבות בכתב (Covenant). FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 269.

¹⁶⁵ מדובר היה בזכות למעמד של tenant במקרקעין שירש קטין, אשר הוחזקו ונוהלו בידי האפוטרופוס לטובת החסוי עד שהלה יגיע לכשרות משפטית. המונח socage הבחין בין מקור זה של הזכות לבין זכות שהוקנתה כנגד שירותי אבירות (guardian in chivalry), אשר בגינה לא היתה זכות לתביעת חשבון. ראו Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 476-478; Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 204; FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 269.

¹⁶⁶ הטקסט מעדיף את המונח המיושן על פני המונח "כונס נכסים", הרווח כיום ומאפיין נסיבות של מצוקה. השו"ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוג'ניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121 (1974).

¹⁶⁷ ראו Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 206.

¹⁶⁸ Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 485-486; Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 213.

¹⁶⁹ Belsheim, לעיל הערה 150, בע' 473-474, בעקבות Langdell, לעיל הערה 150, בע' 245; MILSOM, לעיל הערה 150, בע' 280.

¹⁷⁰ FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 273.

¹⁷¹ Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 206; FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 270.

כפריות קטנות, איבד מטעמו והיה חשוף לשימוש לרעה עם התגברות והמסחר והעיוור. קשיים נוספים נבעו ממגבלות של סמכות מקומית, הבאת ראיות, צירוף צדדים וגבייה מן הנתבע שחוייב בדין. אולם יותר מכל סבלה תביעת החשבון מן הסירבול שנבע מהמבנה התלת-שלבי שלה, אשר הביא להתארכות ההליך במקרים מסויימים לשנים רבות.¹⁷² מגרעות אלה דחקו את המתדיינים לבית המשפט של היושר כבר במאה ה-14, כאשר הצ'נסרי טרם נפרד פורמלית ממערכת המשפט המקובל של המלך. במאה ה-17 שלטה כבר מערכת היושר בהליך זה כעתירה לחשבון (bill for account). מערכת היושר לא קיימה את הליך שבועת הדין ולא נזקקה למושבעים, נתנה צווי אכיפה ומניעה, יכלה לדרוש ראיות ובאופן כללי, היתה גמישה יותר בהתאמת ההליך לתכליתו (אם כי בתקופות מסויימות שמה נודע לשימצה בהתארכות ההליכים ואף בשחיתות). כך ניתן היה לקיים את תביעת החשבון כולה ביעילות כהליך אחוד בפני בית המשפט.¹⁷³ תביעת החשבון במשפט המקובל שקעה וחדלה להתקיים בו באופן מעשי, והחשבון הפך לנחלת מערכת היושר.¹⁷⁴ במסגרת מערכת היושר הוחל החשבון על אמונאים באופן כללי, נאמנים ואחרים, ולאחר ההיתוך של מערכות המשפט היטשטשה עוד יותר ההבחנה לגבי הייחוס ההיסטורי של החשבון. בה בעת, סיכום ההלכה בעניין *Ultraframe* משנת 2005 מדגים עד כמה שימר החשבון את יסודותיו לאורך השנים:

The taking of an account is the means by which a beneficiary requires a trustee to justify his stewardship of trust property. The trustee must show what he has done with that property. If the beneficiary is dissatisfied with the way that a trustee has dealt with trust assets, he may surcharge or falsify the account. He surcharges the account when he alleges that the trustee has not obtained for the benefit of the trust all that he might have done, if he had exercised due care and diligence... The beneficiary falsifies the account when he alleges that the trustee has applied trust property in a way that he should not have done (e.g. by making an unauthorised investment)...

Other fiduciaries, who are not trustees, are also liable to account.¹⁷⁵

העברת ההתדיינות בתביעות החשבון למערכת היושר היתה, לדעתי, שלב קריטי בהתפתחות דיני האמונאות. משהחלה מערכת היושר לעסוק בתביעות חשבון התרחב השימוש

¹⁷² FIFOOT, לעיל הערה 150, בע' 273-275, Belsheim; לעיל הערה 150, בע' 499-500.

¹⁷³ Stoljar, לעיל הערה 150, בע' 218-220.

¹⁷⁴ מבחינה פוזיטיבית, שקיעתה של תביעת החשבון במשפט המקובל ולאחר מכן ביטול צורות התביעה במשפט האנגלי במהלך המאה ה-19 לא הביאו להעלמותו של החשבון אלא להחלתו בכל מערכת המשפט, תוך שימור הבחנות בין זכויות מהותיות שבדין לזכויות מהותיות שבישר. לניתוח בהיר ראו ע"א 89/49 פופקו נגד חמדי, פ"ד ה-242, 246-248 (1951), מפי השופט ש"ז חשין. המשפט האמריקאי התנתק מן המשפט האנגלי לפני תקופת ההיתוך ולכן תביעת החשבון במתכונת הקלאסית מוכרת במדינות מסויימות, לפחות מבחינה עקרונית, גם כיום. ראו Eichengrun, לעיל הערה 150.

¹⁷⁵ *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding (No 2)* [2005] EWHC 1638 (Ch), ¶¶1513, 1516.

באמצעי זה גם להקשרים אחרים, ובמרוצת הזמן התפתחו סוגים שונים של חשבון. ראשית, הוכר החשבון ה"אמיתי" - זה שנקלט במערכת היושר לאחר היווצרותו במשפט המקובל והופעל כלפי אנשים מקטגוריות מסוימות שהוכרו כחבי-חשבון - סוכן, מקבל נכסים, שותף, אפוטרופוס. אלא יש להוסיף חשבון על-ידי קטגוריות שדיני היושר פיתחו ובראשן הנאמן. שנית, חשבון ככלי לביור סכסוכים מורכבים, כגון פירוק שותפות או חלוקת עזבון. כאן מדובר בהפעלה של הכלי הדיוני של עריכת חשבוניות בידי מומחים - לא פעם רואי-חשבון - ללא טענה להפרה של חובת אמונות - למשל, של השותף או מנהל העזבון. הליך כזה ניתן לכנות "התחשבנות", הקרובה ל"עריכת חשבוניות" יותר מאשר ל"מתן חשבוניות". שלישית, הוכר חשבון כסעד נוסף הנחוץ כדי לתת תוקף לסעדים שנפסקו על-פי דין.¹⁷⁶

היסוד המשותף להליכים אלה הוא הדגש על גילוי, כשלב מקדים הכרחי לחיוב שבעקבותיו בגין טובות הנאה שהפיק החשבונאי. בידיה של מערכת היושר איפשר המוסד המשפטי של חשבון לפתח תפיסה כללית של אקאונטביליות כמשטר משפטי החולש על יחסי כוח-כפיפות, שבהם פלוני אמור לעשות בנכסי אלמוני כבשלו או בנכסיו שלו לטובת אלמוני. המקרה המובהק של יחסים כאלה הוא הנאמנות.¹⁷⁷ כך, משניגשה מערכת היושר לשכלל את מוסד הנאמנות¹⁷⁸ - תהליך ממושך שהגיע לשיאו במאות ה-16-17 - עמד לרשות החשבון ככלי יעיל לפיקוח על הנאמן ולהגנה על הנהנה מפני החשש הכבד להתנהגות אופורטוניסטית של הנאמן. החלת משטר זה על אמונאים נוספים, ובהם נושאי משרה, היתה כבר צעד מתבקש שקל היה לעשותו לנוכח זמינותם של אמצעי הפיקוח. לגישה זו, קביעת יחסי אמונות אינה הרחבה של עיקרי מוסד הנאמנות למערכות יחסים חדשות, כפי שבירקס הציע, למשל, אלא להיפך: החלה של משטר של אקאונטביליות - גילוי והטלת אחריות על בסיס תביעת חשבון - במצבים שבהם אדם נוטל על עצמו לפעול לטובת עניינו של אחר, וביניהם גם נאמנות כמקרה המובהק. נושא משרה הוא דוגמה טובה לכך: מבחינת מהות תפקידו ויחסיו עם החברה נושא המשרה דומה מושגית לסוכן האחוז כמנהל של פירמה יותר מאשר אמונאים וותיקים, כגון עורך-דין ואפילו נאמן. מחקר עתידי יוכל לבחון השקפה זו ביתר פירוט.

¹⁷⁶ ההבחנה בין סוגי החשבון מטושטשת לעתים ועלולה להטעות. לדיון מפורט בהבחנות אלה ראו Lile, לעיל הערה 150, המשתמש במונח true bills of account לקטגוריה הראשונה דלעיל. לעומתו, Stoljar, למשל, לעיל הערה 150, בע' 220-221 אכן מתייחס ללא הבחנה לסוגים השונים של החשבון. לפחות בדיון של דלאוור, המשמר את מורשת דיני היושר עד היום, עדיין מוכרים שלושת סוגי החשבון. ראו *Pan Am. Trade & Inv. Corp. v. Commercial Metals Co.*, 94 A.2d 700, 701 (Del. Ch. 1953) ("equity will take jurisdiction in an action for an accounting where 1) there are mutual accounts between the parties, 2) the accounts are held by one side and "there are circumstances of great complication" and 3) a fiduciary relationship exists among the parties and the defendants have a duty to render an accounting"). דליל (Lile), מוזכר שלישי. צוטט בהסכמה בעניין *Carlson v. Hallinan*, 925 A.2d 506, 537 (Del. Ch. 2006).

¹⁷⁷ הנאמנות מבטאת יותר מכל את נטיית מערכת היושר להסדרים משפטיים המשקפים שניות, לצד הגמישות והתכליתיות שאיפיינו אותה.

¹⁷⁸ התפתחות הנאמנות היא סוגיה סבוכה ביותר, שאינה נוגעת לנושא המאמר הנוכחי. ראו, למשל, PLUCKNETT, לעיל הערה 130, בע' 598-602; MILSOM, לעיל הערה 150, בע' 233-239; AMES, לעיל הערה 150, בע' 243-247.

[36] מה למוסד החשבון, שיסודותיו התגבשו בתקופת מסעי הצלב - תקופה חשוכה בתולדות עמנו - ולמשפט הישראלי, שבין מקורותיו עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל?¹⁷⁹ שאלת תחולתם של דיני החשבון במשפט הישראלי - ובמרכזם תביעת החשבון - עמדה במוקד המחלוקת בפרשת פופקו בראשית ימי המדינה, שם טען אחד הצדדים בפשטות, כי דין זה לא נקלט מעולם במשפט שלנו.¹⁸⁰ בית המשפט העליון, מפי השופט ש"ז חשין, עמד על כך שסעד של חשבון אמנם ניתן במהלך תקופת המנדט, אך אישר כי "בחוק הכתוב של הארץ הזאת אין זכר לתביעה על מתן חשבונות."¹⁸¹ לאחר סקירה תמציתית של תולדות החשבון במשפט המקובל ובדיני היושר קבע השופט חשין:

עדיין לא ידענו מה מקורה של התביעה ואיה האסמכתא לה, והמחוקק - גם העותומני וגם האי"י - עברו בשתיקה על כל הפרשה הזאת. במסיבות אלה מותר להם לבתי המשפט לקרוע אשנב אל מערכת משפט עשירה יותר ומפותחת יותר, ולהעביר אל תחום סמכותם, בתוקף הסימן 46 לדבר-המלך-במועצה, את יסודות המשפט המקובל ואת עיקרי-היושר הנוהגים באנגליה בענין זה. תנאי הארץ ותנאי תושביה, לא זו בלבד שאינם מחייבים את דחייתם של אותם יסודות ואותם עיקרים בפרשה הנדונה, אלא - נהפוך הדבר - במצב התפתחותה הענפה של הכלכלה הישראלית - וקודם לכן האי"י - יש בכך מן הרצוי ומן המועיל, כי אדם העושה פעולות בתוקף אימון מיוחד אשר ניתן בו על ידי חברו - סוכנו של בית חרושת, למשל, או הממונה על קרן נאמנות - יהא חייב לתת חשבונות לחברו זה, וכי לבית המשפט יהיה הכוח לכפותו לעשות כן.¹⁸²

מאז השתרש מתן חשבונות היטב בדין שלנו. בעניין מועצת הפירות סיכם בית המשפט העליון, מפי השופטת בייניש, את ההלכה העדכנית:

תובענה למתן חשבונות מתנהלת בדרך-כלל בשני שלבים: בשלב הראשון קובע בית-המשפט אם התובע אכן זכאי לחשבונות מן הנתבע. אם בית-המשפט מכריע כי התובע זכאי לחשבונות, מוציא בית-המשפט צו למתן חשבונות ועובר לשלב השני, ובו

¹⁷⁹ סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. לצד הזיקה המשפטית, הנדונה בטקסט, ספרי ההיסטוריה מציעים לפחות עוד שתי סברות בדבר זיקה בין וויליאם הכובש למורשת ישראל: האחת, לפיה מסעו מנורמנדיה מומן לפחות בחלקו בכספי יהודים; והשנייה, לפיה אולי הוא עצמו היה נצר לעם ישראל. ראו ROBIN R. MUNDILL, THE KING'S JEWS: MONEY, MASSACRE AND EXODUS IN MEDIEVAL ENGLAND 4 (2010) (It has been stated that William the Conqueror's "invasion fleet had some Jewish financial backing. Taking such hypotheses further it has also been suggested that Arlette, William's mother, who was raped by his father, Robert, ELIZABETH CALDWELL HIRSCHMAN & DONALD NEAL YATES, was a Jewess from Falaise.")
¹⁸⁰ WHEATON, THE HISTORY OF ENGLAND, 12 (1843) 127. ראו גם PUBLIC AND FAMILY RECORDS SHOW TWELFTH CENTURY SEMITIC ROOTS 240 (2007) Elisabeth M. C. van Houts, *The Origins of Herleva, Mother of* ראו DOUGLAS, *William the Conqueror*, 101 ENG. HIST. REV. 399 (1986) בע' 15.

¹⁸⁰ פופקו, לעיל הערה 174.

¹⁸¹ שם, בע' 248.

¹⁸² שם (הדגשה הוספה). יצויין, כי ההלכה באותה פרשה התייחסה למתן החשבון בשני היבטיו - היבט הגילוי וההיבט הממוני.

נדרש הנתבע לשכנע שהחשבונות שנמסרו נאותים. רק אחר כך יקבע אם הוא מחויב בתשלום על-פי החשבונות... כדי שהתובע מתן חשבונות יזכה בצו בשלב הראשון, עליו להוכיח קיומם של שני תנאים: ראשית, עליו להראות קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בינו לבין הנתבע המצדיקה מתן חשבונות. שנית עליו להוכיח – ולו לכאורה – כי קמה לו זכות תביעה לגבי הכספים אודותיהם הוא מבקש לקבל חשבונות... ככלל, אין תובע יכול לבקש צו למתן חשבונות כדי לברר כמה חייב לו הנתבע. תביעה למתן חשבונות צריך שתבסס על קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בין התובע לנתבע המצדיקה מתן חשבונות. כך למשל מוכרת הזכות לקבלת חשבונות כאשר בין הצדדים הייתה מערכת יחסים של שליחות, הרשאה, שותפות או נאמנות, אולם רשימה זו אינה סגורה.¹⁸³

[37] אכן, במידה ידועה התקיימה בתביעת החשבון אמרתו של מייטלנד (Maitland) כי "את צורות התביעה קברנו, אך הן עדיין שולטות בנו מקבריהן."¹⁸⁴ בין אם נמנה בה שניים או שלושה שלבים, תביעת מתן החשבונות בדין שלנו מפגינה לא רק זהות בשמה (rendering of accounts) אלא בעיקר את כל היסודות המהותיים, המוכרים זה כ-900 שנה בהליך החשבון. במיוחד ראויים לציון התנאי למערכת יחסים מסויימת וטיבם של היחסים. אמנם מדובר ברשימה לא-סגורה, אולם אלה חייבים להיות יחסי אמונאות ("אימון מיוחד", בלשונו של השופט ש"ז חשין) כדי שהתובע יהיה זכאי לקיים את ההליך.

בכפוף להוראות חוק מפורשות,¹⁸⁵ נחיתות במידע גרידא של התובע או חולשה אחרת שלו אינה אמורה לבסס תביעה למתן חשבונות, לבטח ביחסים מסחריים.¹⁸⁶ פערי מידע והבדלי כוח בין צדדים ייתכנו תמיד,¹⁸⁷ ותובע לעולם ישמח לקבל מידע שיסייע לו "לברר כמה חייב לו הנתבע"

¹⁸³ ע"א 127/95 מועצת הפירות ייצור ושיווק נ. מהדרין בע"מ, פד' נא(4) 337, 344-345 (1997) (מרכאות והפניות הושמטו); השו"ע"א 198/73 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כט(1), 159, 162 (1974), מפי השופט קיסטר ("בשלב הראשון מתבררת השאלה אם קיימת חובה להגיש חשבונות כנתבע, ואם הובררה חובה זו, יוציא בית-המשפט החלטה, או פסק-דין, המחייבים מתן חשבונות. אחרי הגשת החשבונות מתחיל השלב של בירור החשבונות, אם התובע אינו מודה בנכונותם, ואחרי הבירור יוציא בית-המשפט פסק-דין, המחייב את הנתבע בסכום שבו הוא חייב לפי החשבונות"); למתן חשבונות ביחסי שליחות בהתבסס על הדין האנגלי, לרבות התחשבות באי-ניקיון כפיים כשיקול שביושר ראו ע"א 81/64 "רינה" י' זמל את י' אורן נ' אורבך, פ"ד יח(3) 567 (1964), מפי השופט מני (בדעת מיעוט אך לא לענין זה); כן ראו ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרונו הגליל נ' הארכיבישוף מקסימוס סלום, פ"ד נא(4) 811, 819 (1997), מפי השופטת בייניש. ראו, כללית, י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי 567 (מהדורה 7, ש' לוינ' עורך, 1995); א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי 219-228 (מהדורה 10, 2009).

¹⁸⁴ F. W. MAITLAND, THE FORMS OF ACTION AT COMMON LAW, Lecture I (1909), <http://www.fordham.edu/halsall/basis/maitland-formsofaction.asp> ("The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves.")

¹⁸⁵ ראו, למשל, סעיף 15 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, ס"ח 146, המובא כדוגמה על-ידי גורן, לעיל הערה 183, בע' 223. ספק בעיני אם נכון לפרש את הסעיף הנזכר כמקנה זכות מלאה למתן חשבונות בגין כל עוולה מסחרית, וראוי לפרשו כך שיחול על מערכות יחסים מסחריות שיש להן אופי של יחסי אמונאות, או לחלופין, כחזרה על האפשרות לבצע עריכת חשבונות לפי תקנות סדר הדין האזרחי.

¹⁸⁶ ראו, בהקשר של הסכם הפצה, ע"א 9099/96 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג, פ"ד נג(5) 1, 16 (1999), מפי השופט טירקל, בהסתמך בעיקר על הלכת פופקו ("לא כל מערכת יחסים שבין יצרן למפיץ מולידה זכות לקבל חשבונות. זכותו של יצרן לקבלת סעד המחייב מפיץ לתת לו חשבונות מותנית - כמו בכל מקרה של תובע המבקש סעד כזה - בכך שיראה שנתקיימו יחסי אמון שמהם עולה החובה להעביר חשבונות... אכן, יצרן שאין בידיו להראות שנתקיימו יחסים כאלה, אין לו אלא ללכת בדרך של תובענה רגילה לסעד כספי ולהוכיח את עילתו").
בנסיבות אחרות נקבע כמימצא, כי התקיימו יחסי אמון, וניתן סעד של מתן חשבונות. ראו ת"א 1832-05 שיווק א.א.משקאות קלים וחריפים נ' תבורי שותפות מוגבלת לשיווק (30.05.2012), מפי השופט א' שהם. והשוו אמרת-אגב של השופטת בייניש בפרשת מוטרונו הגליל, לעיל הערה 183, בע' 819, אלא ששם נקבע כי דיני הנאמנות לא חלים על ההקדש הדתי באותו עניין והסעד לא ניתן.

¹⁸⁷ ראו לעיל טקסט להערה 29.

(כדברי השופטת בייניש) אולם אין לו זכות לכך.¹⁸⁸ בניגוד להליך דיוני של עריכת חשבונות או גילוי מסמכים, שאלונים וכיוצא באלה¹⁸⁹ תביעת מתן חשבונות כלפי אמונאי כוללת הן רכיב של גילוי (בירור החשבון) והן רכיב של הטלת אחריות (תשלום החשבון), המיוחדים ליחסי אמונאות.¹⁹⁰ מן הטעמים שנדונו בהרחבה בחלק העיוני, רק יחסים שהם יחסי אמונאות מובהקים או דומים להם מאד מצדיקים היפוך של ההליך המשפטי ואת הטלת האחריות המיוחדת כפי שעושה תביעת החשבון.

בפסיקה בישראל נוצרה אי-בהירות קלה לגבי התנאים שיש להראות כדי לזכות במתן חשבונות. מקור העניין בהתפתחות ההיסטורית של הדין האנגלי לגבי חשבונות, שהתגלגלה גם לדין האמריקאי.¹⁹¹ כפי שצויין לעיל, לצד הליך החשבון כלפי אמונאים (החשבון ה"אמיתי") הסתופפו במרוצת הזמן תחת הכותרת "חשבון" גם הליכי התחשבנות נוספים ובהם עריכת חשבונות בסכסוכים מורכבים (לעתים בקשר לאמונאים, כגון שותפים), בירור חשבונות בנושאים מיוחדים מסויימים (כגון קניין רוחני), והליכי בירור נוספים בהתדיינות. הליכים אלה אינם בגדר חשבון "אמיתי" אלא חשבון הניתן כסעד שביושר כסיוע לתביעת זכות שבדין.¹⁹² על רקע זה התבטאויות בפסיקה ציינו, כי יש צורך להראות "זכות תביעה" כתנאי לסעד של מתן חשבונות.¹⁹³ את הדיבור "זכות תביעה" ניתן לייחס לנכסים מושא הסכסוך בין הצדדים אך גם לטיב היחסים בין הצדדים - בפרט, אם היו אלה יחסי אמונאות, המקימים זכות וחובה למתן חשבון.¹⁹⁴ בעניין **מוטרנות הגליל** הבהיר בית המשפט, כי כאשר מדובר ביחסי נאמנות אין צורך להוכיח זכות

¹⁸⁸ ראו רע"א 5064/90 **סאסי נ' יקבי ארזה ת.ר.ז. בע"מ**, פ"ד מה(2) 130, 132 (1991), מפי השופט שי לויין ("כשיש לפלוני חוב מוגדר של אלמוני, אין פלוני יכול לבקש צו למתן חשבונות כדי לברר כמה פרע לו אלמוני על חשבון החוב, אלא תקנתו היא להגיש תובענה כספית על מלוא החוב ולהניח לפלוני להוכיח, כטענת הגנה, כמה פרע").

¹⁸⁹ תקנה 123 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

¹⁹⁰ הטלת האחריות אינה מצומצמת לסעד כספי. במצבים מסויימים עשוי הגילוי לשמש את התובע לביסוס תביעת השבה בעין או צווים אחרים, כגון צו המצהיר על נאמנות קונסטרוקטיבית. השוו ע"א 28/85 **פיתוח יהודה בע"מ נ' עזבון המנוח יהודה ז"ל**, פ"ד מ(1) 78 (1986); רע"א 9710/04 **'אורה' מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' בלסקי** (11.1.2005).

¹⁹¹ לסקירה היסטורית ולניתוח ראו Mark A. Thurmon, *Ending the Seventh Amendment* Confusion: A Critical Analysis of the Right to a Jury Trial in Trademark Cases, 11 TEX. INTELL. PROP. L.J. 1, 50-52 (2002).

¹⁹² להבחנה ראו לעיל הערה 176. ראו ע"א 241/55 **דפוס גאופיסיקה נ' מסדה בע"מ**, פ"ד יא (2) 890 (1957).

¹⁹³ ראו ע"א 4724/90 **א.ש.ת. כספים בע"מ נ. בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, פ"ד מו(3) 570, 584 (1992), מפי הנשיא שמגר ("גישה זו של בית המשפט קמא עולה בקנה אחד עם הדרישה שהציבה הפסיקה לעניין תביעה למתן חשבונות, לפיה תנאי מוקדם למתן חשבונות הוא הוכחה ולו לכאורה - כי לתובע קמה זכות תביעה לגבי הכספים אודותיהם הוא מבקש לקבל חשבונות").

¹⁹⁴ בעניין **א.ש.ת. שם**, דובר בסכסוך לגבי המחאת כספים מבלי שנדונה סוגיית הנאמנות בהם, לכאורה. עם זאת, הנשיא שמגר מסתמך בדבריו על פסקי-דין קודמים שעניינם היה שונה. האחד - פרשת **רינה**, לעיל הערה 183, שבה דובר ביחסי אמונאות (שליחות), והאחר - סכסוך לגבי "נציגות", שטיבה כשליחות או כחווה תיווך, שאינו יוצר יחסי אמונאות, טרם הוברר באותו שלב. ע"א 325/79 **דנינו נ' פקסטרפיל בע"מ**, פ"ד לה(1) 51, 55 (1980), מפי השופט ברק.

תביעה לגבי הנכסים מושא הסכסוך.¹⁹⁵ זאת מכיוון שנאמנות מצמיחה מאליה חובת חשבון לגבי הנכסים הכלולים בה.

4.2. "הדינים החלים על הפרת חוזה"

4.2.1. תולדות החקיקה

4.2.1.1. גילגולה של תבנית

[38] הסעד המרכזי בגין הפרת חובת אמון הוא שלילה מוחלטת של כל טובת הנאה שצמחה בעקבות ההפרה, לצד פיצוי הנהנה על פגיעה שנפגע מחמת ההפרה. זו משמעותו של החשבון (accounting) בחלק השני של הליך החשבון, בין אם כתביעה במשפט המקובל, עתירה במערכת היושר או מתן חשבונות במערכת משפט אחודה, לאחר שלב הגילוי. חלק זה - של נשיאה באחריות - מקיף נזקים שנגרמו עקב ההפרה של החשבונאי-האמונאי ובעיקר טובת הנאה שצמחו שלא בידיעת הנהנה ובהסכמתו. המונח accounting כמונח משפטי משמש לסירוגין לציון שני רכיבי החשבון יחדיו או כל אחד מהם בנפרד, ובשימוש האנגלו-אוסטרלי המונח שגור בעיקר בהתייחס לחלק השני - של נשיאה באחריות. כך או כך, טיבו והיקפו של הסעד אינם שניים במחלוקת עקרונית. דא עקא, מערכת סעדים זו אינה משתקפת במלואה בחקיקה הישראלית, ובמיוחד לא בחוק החברות. החלק הבא בחיבור יעמוד על דינים אלה ביתר פירוט, החלים במלואם גם במשפט הישראלי. אולם קודם לכן יבקש החלק הנוכחי להסיר אבן-נגף שהניחו הוראות חרותות בדרך לכך בדמות התבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה".

[39] דברי-הימים של הוראות החוק העוסקות בהפרת חובות אמון והגינות מתחילים בחוק השליחות. למעשה, הוראות חוק החברות הן גרסה חלקית של ההסדר שנקבע בחוק השליחות. נעמוד עליו תחילה:

9. תרופות

(א) הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה.

(ב) פעולה שהשלוח עשה כלפי צד שלישי עקב הפרת חובה כאמור וההפרה היתה על דעת הצד השלישי, זכאי השולח, נוסף על התרופות האמורות בסעיף-קטן (א), לבטל את הפעולה וכן לתבוע גם מן הצד השלישי את הפיצויים המגיעים לו מן השלוח.

10. נכסים ורווחים

(א) כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח; והוא, אף אם לא גילה השלוח לצד השלישי את קיומה של השליחות או את זהותו של השולח.

(ב) השולח זכאי לכל ריווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות.

¹⁹⁵ מוטרנות הגליל, לעיל הערה 183, בע' 819 ("בהתקיים זיקת נאמנות זכות זו [למתן חשבונות] עומדת בפני עצמה והיא אינה מותנית אף בהוכחת זכות תביעה ביחס לאותם הכספים אשר לגביהם מבוקשים החשבונות."). למעשה, ביחסי נאמנות אין לנהנה כלל זכויות שבדין לכספי הנאמנות.

חוק השליחות היה הפרק המשמעותי הראשון במפעל החקיקה האזרחית החדשה.¹⁹⁶ החוק תואר כיצירה ישראלית מקורית, שבה שולבו גם הסדרים מן המשפט הקונטיננטלי לצד הסדרים מן המשפט המקובל. חובת הנאמנות (אמון) של השלוח, הקבועה בסעיף 8 לחוק, מעמדו כנאמן לעניין נכסים ורווחים, הקבוע בסעיף 10 לחוק, ומערך הסעדים על הפרה יוחסו למשפט האנגלו-אמריקאי ובפרט למערכת היושר.¹⁹⁷ מבלי להידרש כעת לפירטי ההסדר, ניכר כי כבר באותו שלב ראשוני של החקיקה היה לו מבנה בעייתי. במה דברים אמורים? סעיף 9 לחוק השליחות נושא את הכותרת "תרופות", אולם אין כל ספק, שהוא אינו ממצה את התרופות ואין לראות בו הסדר שלילי.¹⁹⁸ למעשה, ברק סבור שההוראה לא נועדה כלל לקבוע את התרופות להפרה אלא לתכלית אחרת - להבהיר שאין מדובר בהוראה נזיקית.¹⁹⁹

סעיף 10 לחוק השליחות ראוי לתשומת-לב מיוחדת. ראשית, סעיף זה קובע הסדר, המשקף - אמנם באופן חלקי - את חיוב החשבון הקלאסי של האמונאי, מבחינה זו שהחיוב משתרע באופן רציף על כל משך יחסי האמונאות, בין אם היתה הפרה ובין אם לאו.²⁰⁰ שנית, באשר להיבט הרכושי של חיוב החשבון במצבים של הפרה סעיף 9 וסעיף 10 אינם מוגבלים לתרופות המנויות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 ("חוק התרופות").²⁰¹ בפרט, סעיף 10(ב) משלים את סעיף 9 בהקנתו לשולח תרופה של השבה (שלילה) של טובת הנאה שבאה לשלוח בקשר לנושא השליחות.²⁰² בכך הוא מתקף את חובת האמון של השלוח, הקבועה

¹⁹⁶ סעיפים 11-12 להצעת חוק השליחות, הכילו נוסח דומה מאד לסעיפים 9-10 לחוק, בהתאמה, ללא הבדל מהותי. סעיף 11(א) להצעת החוק התייחס "לפיצויים ולשאר התרופות הניתנות בשל הפרת חוזה". לקראת הקריאה השנייה והשלישית הוסר האיזכור של חלופת הפיצויים מכיוון שפיצויים כלולים בתרופות על הפרת חוזה. ראו דברי הכנסת תשכ"ה, 2557-2558. מעבר לכך אין בדברי הכנסת מידע העשוי לשפוך אור על הוראות אלה.

¹⁹⁷ אהרן ברק, **חוק השליחות** 60-61 (מהדורה 2, 1996); פרידמן, **לעיל** הערה 84, בע' 17.

¹⁹⁸ ראו ברק, **שם**, בע' 1087 ("תרופות אלה אינן ממצות את התרופות העומדות לרשות השולח במקום שהשלוח הפר את חובת הנאמנות והציות המוטלת עליו לפי סעיף 8 לחוק. ראשית, חוק השליחות עצמו מכיר במספר תרופות נוספות. סעיף 10 קובע... סעיף 13 לחוק קובע... סעיף 14 לחוק מעניק..."). בהמשך הדברים מונה ברק מקורות נוספים לתרופות מכוח דינים וחוקים נוספים ובמיוחד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. בהמשך ברק מוסיף ומבהיר, כי גם לעניין הפרת חוזה - ולא דווקא הפרת חובת אמון - חוק התרופות אינו ממצה. **שם**, בע' 1091 ("חוק זה [חוק התרופות] אינו כולל רשימה סגורה של תרופות. הוא עוסק בתרופות העיקריות. עשויות להמצא תרופות להפרת חוזה מחוצה לו."). ראו גם ג' פרוקצ'יה, **לעיל** הערה 45, בע' 303 ("סעיף 9] זה איננו מתכוון למצות כל התרופות שהשולח עשוי להיות זכאי להן בשל הפרת חובת השלוח."); פרידמן, **לעיל** הערה 84, בע' 586 ("אפשרות זו [לתבוע טובת הנאה שהפיק צד שלישי] איננה נזכרת, אמנם, בחוק השליחות, אך בודאי שאין לראות בכך הסדר שלילי").

¹⁹⁹ ראו ברק, **שם**, בע' 1089-1090 ("דומה, כי קביעתו של סעיף 9(א) לחוק כי השולח זכאי לתרופות בשל הפרת חוזה נועדה, לפי פירושה הנכון, להוציא תרופה בנזיקין."). לסיווג התרופה כחוזית או נזיקית עשויה להיות נפקות מעבר להיבט העיוני - למשל, לעניין קיזוז חיובים בין האמונאי לבין הנהנה כאשר האחרון מצוי בחדלות פרעון. חיובים חוזיים ניתנים לקיזוז אך לא חיובים נזיקיים. ראו סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980; ע"א 7954/03 **אמדאוס דולופמנט אינק. נ' הבנק למסחר בע"מ (בפירוק)**, פ"ד ס(2) 576, 582 (2005), מפי השופט עדיאל; ליישום לגבי הפרת חובת אמון וחובת זהירות של עובד כלפי החברה ראו פרק (י-ם) 11-06-2547 **כונס הנכסים הרשמי נ' הררי** (9.5.2012), פסי' 11-12, מפי סגנית הנשיאה צבן.

²⁰⁰ ראו ברק, **שם**, בע' 1116; ג' פרוקצ'יה, **לעיל** הערה 45, בע' 311.

²⁰¹ ס"ח 16.

²⁰² ראו ברק, **לעיל** הערה 197, בע' 1097, 1128; ג' פרוקצ'יה, **לעיל** הערה 45, בע' 305.

בסעיף 8 לחוק.²⁰³ להשלמת התמונה, חובת הגילוי המלא של השלוח כאמונאי מעוגנת בסעיף 8(1) לחוק, בלשון של חשבון, אף היא ללא הבחנה בין קיום תקין להפרה.²⁰⁴

[40] חוק הנאמנות היה הפרק הבא, והאחרון עד כה, במפעל החקיקה האזרחית שעסק באמונאים. בחוק זה אין הוראה כללית לגבי תרופות ואין הוראה לגבי חשבון.²⁰⁵ סעיף 14 לחוק הנאמנות נוגע בביטול פעולה שנעשתה בהפרת חובת נאמנות, וסעיף 15 לחוק מחיל על רווח אסור דין דומה לסעיף 10 לחוק השליחות:

14. ביטול פעולות

פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות.

15. דין ריווח אסור

ריווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות.

[41] לנוכח הוראות חרותות אלה עסקה וועדת ברק בניסוח הצעת חוק החברות, ומתוכה טיפלה, כידוע, באופן מיקדמי - עוד כתיקון לפקודת החברות - בחקיקת הפרק על אחריות נושא משרה. בדיון על אודות הסעדים בשנת 1988 הובע ספק אם נחוץ סעיף מיוחד לגביהם, והוועדה החליטה לבסוף להתבסס על הוראות חוק השליחות וחוק הנאמנות הנזכרות לעיל.²⁰⁶ תיקון מס' 4 לפקודה משנת 1991 הוסיף, בין השאר, את פרק 1ד ובו סימן ה', שעסק בתרופות וכלל את הסעיפים הבאים:

96. תרופות

²⁰³ ראו ברק, לעיל הערה 197, בע' 1129.

²⁰⁴ סעיף 8(1) לחוק השליחות קובע: "[שלוח] יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו";

²⁰⁵ סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות קובע חובת גילוי במצב תקין: "הנאמן חייב לתת לנהנים דין וחשבון על ענייני הנאמנות אחת לשנה ובגמר כהונתו, ולמסור להם ידיעות נוספות לפי דרישתם הסבירה." שלמה כרם, **חוק הנאמנות, תשל"ט-1979** 185-186 (מהד' 3 1995) מנסה למצוא תימוכין לסעד של מתן חשבונות כלפי נאמן שסרח לאור פסיקה עובר לחוק: ע"א 240/60 **איינהורן נ' גרלר**, פ"ד טו 852 (1961); ע"א 374/59 **פרידמן נ' חסיד**, פ"ד טו 1124 (1961). לכך יש להעיר, ראשית, כי פסיקה זו עוסקת בשותפים, ושנית, כי היא עוסקת בסעד של עריכת חשבון במקרים מורכבים לאו דווקא בקשר לאמונאי שסרח, שהוא גירסה מאוחרת של סעד החשבון ה"אמיתי". ראו לעיל הערה 176. עם זאת, אין מקום לספק כי הנהנה זכאי לסעד מלא של חשבון מן הנאמן בקשר להפרת חובותיו.

²⁰⁶ הוועדה להכנת חוק החברות, פרוטוקול ישיבה בתאריכים 18-19 במרץ 1988. (באשר ל"סימן ו": סעדים" לנוסח שעמד בפני הוועדה) פרוקציה: "ספק אם הסעיף נחוץ שכן הוא מובן מאליו. סעיף 18 מחיל הוראות פקודת הנזיקין על הפרות חובות זהירות, וסעיף 19 מחיל הוראות סעיף 8, 9 לחוק השליחות על הפרות חובות אמן." גבאי: "האם אין מקום לפרק מיוחד שיעסוק בסעדים וסנקציות?"; ברק: לגבי חובת זהירות - מיותר. לגבי הפרת חובות אמן: ישנן הוראות בחוק השליחות והנאמנות. יש לאמץ את הוראות חוק השליחות ולתת הסדר מפורש." **לסיכום**: 1. סעיף 18 מבוטל. 2. סעיף 19 ינוסח באופן פוזיטיבי על פי דוגמת סעיף 9 לחוק השליחות ובשימת לב לסעיף 14 לחוק הנאמנות, בשינויים המחוייבים. ("הדגשות במקור).

(א) על הפרת חובת אמונים של נושא משרה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א), רואים נושא משרה שהפר חובת אמונים כלפי החברה כמי שהפר את התקשרותו עם החברה.

96לח. ביטול פעולות

בנוסף לאמור בסעיף 96לז, רשאית חברה לבטל פעולה שעשה נושא משרה בשם החברה כלפי אדם אחר, אם אותו אדם ידע על הפרת חובת האמונים של נושא המשרה, וכן רשאית היא לתבוע מאותו אדם את הפיצויים המגיעים לה מנושא המשרה, אף ללא ביטולה.

96לט. ביטול התקשרויות החברה

(א) חברה רשאית לבטל את התקשרותה עם אחר וכן רשאית היא לתבוע ממנו פיצויים בשל הנזק שנגרם לה אף ללא ביטולה, אם אותו אדם ידע על ענינו האישי של נושא המשרה בהתקשרות, וידע או היה עליו לדעת על העדר אישור להתקשרות בהתאם לקבוע בסעיפים 96לז ו-96לו.

(ב) חברה רשאית לתבוע מנושא משרה שלא גילה לה את ענינו האישי בהתקשרות החברה עם אחר בהתאם לקבוע בסעיף 96לז, פיצויים בשל הנזק שנגרם לה, וכן רשאית היא לתבוע פיצויים מנושא המשרה בשל הנזק שנגרם לה אף ללא ביטולה, זולת אם נושא המשרה לא ידע ולא היה עליו לדעת על קיום ענין אישי בהתקשרות.

ביטוי להחלטה של וועדת ברק להתבסס על החקיקה האזרחית ניתן לראות בסעיף 96לז(א), שייבא לפקודת החברות מחוק השליחות את התבנית "יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה" וגם את מעמדה של זו כהסדר בלתי-ממצה, כפי שהיא נוהגת בהקשר השליחות.²⁰⁷ סעיף 96לז(ב) חוזר, למעשה ובאופן תמוה, על הוראת סעיף-קטן (א) ללא שינוי של ממש.²⁰⁸ סעיפים 96לח-96לט דנים בביטול התקשרויות או פעולות אשר נגועות בהפרת חובת אמון וכן בתביעת פיצויים בקשר לכך.²⁰⁹ סעיף 96לח מתייחס לניגוד עניינים וסעיף 96לט מתייחס לאי-גילוי - שתי

²⁰⁷ בהצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4), תש"ן-1990, ה"ח 135, בע' 142, הוצע להוסיף סעיף 96לה, שכלל רק את הטקסט שנחקק לבסוף בסעיף 96לז(א) לפקודה, ללא סעיף-קטן (ב): "96ל"ה. תרופות - על הפרת חובת אמונים של נושא משרה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים." בדברי ההסבר לסעיפים 96לה-96לז לנוסח המוצע נאמר: "מוצע לעגן את העיקרון כי על הפרת חובת אמונים יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה... הסדר דומה קיים בחוק השליחות, תשכ"ה-1965. אין בהסדרים אלה כדי למנוע תחולת דינים נוספים הקשורים אף הם בהפרת חובת אמונים, כגון דיני עשיית עושר ולא במשפט."

²⁰⁸ לא עלה בידי לברר מתי נוסף סעיף-קטן (ב) ומה היה הטעם שניתן להוסיפו. בדיוני הכנסת אין לסוגיה ביטוי ואף לא בחלק הפרוטוקול של דיוני וועדת חוקה, חוק ומשפט, שהגיע ליד. כאמור בטקסט, למעט המונח החלופי "התקשרות" במקום "חוזה" קשה למצוא הבדל מהותי בין הוראות שני הסעיפים, או שמדובר בקביעה הגדרתית-טאוטולוגית, כך שזו נראית כפילות מיותרת.

²⁰⁹ גם בהקשר זה נראית כפילות ניכרת בין הוראות שני הסעיפים, אולם כפילות זו היתה כבר בנוסח שהוצע בהצעת החוק. ניסוח עדיף היה יכול להתייחס באופן כללי להפרת חובת אמון, עם התאמות נדרשות לשני המצבים (באשר לאישור החברה), כפי שסעיף 14 לחוק הנאמנות מתייחס להפרת חובת נאמנות. בנפרד, בנוסח סעיף 96לו המוצע, שהתגלגל לסעיף 96לח לפקודה, נכללה גם חלופה של "או היה עליו לדעת" לאחר "אם אותו אדם ידע."

הצורות הבסיסיות של הפרת חובת האמון. סעיפים אלה דומים במידה מסויימת לסעיף 14 לחוק הנאמנות, אף זאת ברוח החלטת הוועדה, אולם הם מקנים את כוח הביטול לחברה ללא צורך במעורבות של בית המשפט.

[42] גילגולן הבא של הוראות אלה היה בחוק החברות. הפרק על אחריות נושאי משרה שהוסף לפקודת החברות בתיקון מס' 4 הועתק אל הצעת חוק החברות בשינויים מעטים בלבד. לפיכך אין בדברי ההסבר להצעת החוק של משרד המשפטים כל התייחסות לסעיפים אלה.²¹⁰ בדיונים בוועדה בכנסת בהצעת חוק החברות הוקרא נוסח ההוראות שבסעיף 96א(א)-(ב) (במיספור אחר), תואר כדין הקיים והועתק מילולית לנוסח החוק.²¹¹ לעומת זאת, הפרק על אחריות בעלי מניות היה חדש ועורר קשיים רבים, שעליהם עמדנו בפירוט לעיל.²¹² באשר לסעדים נקבעה בהצעת החוק הוראה דומה להוראה, שהוצעה לגבי סעדים על הפרת חובת אמון של נושאי משרה, אלא שהראשונה כרכה בכריכה אחת את כל ההפרות של בעלי-מניות והחילה עליהן את הדינים החלים על הפרת חוזה:

234. תרופות

(א) על הפרת חובות בעלי מניות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים.

דברי ההסבר, בעקבות דו"ח וועדת ברק, נתנו להוראה זו טעם זהה לפירוש שנתן ברק לסעיף 9 לחוק השליחות - דהיינו, שהיא נועדה להבהיר כי אינה חלק מדיני הנזיקין, תוך ציון היותה חלק מדיני האמון.²¹³ זאת, לצד היותה כלל בלתי-ממצה, כאמור לעיל. מכל מקום, בשלב הדיונים בכנסת השתנה מאד מבנה החובות של בעלי-מניות ועמו השתנו גם הוראות הסעדים על הפרת החובות. בנוסף לכך, נקבע גם סעיף סעדים נפרד על הפרת חובת הגילוי שנושאי משרה ובעלי-מניות מסויימים חייבים לתת בהקשר לאישור עסקאות הנגועות בחשש לניגוד-עניינים.²¹⁴ הוראות הסעדים בנוסח חוק החברות כאשר נחקק קבעו לפיכך, לפי סדר העניינים דכאן:

החלופה הכפולה הוסרה במהלך הדיונים על הצעת החוק. ראו וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 19.2.1998, בע' 33.

²¹⁰ ראו הצעת חוק החברות, ע' 85. גם בדו"ח וועדת ברק שהגישה את ההצעה למשרד המשפטים אין התייחסות לסעיפים הנזכרים. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הצעת חוק חברות חדש, 23 בנובמבר 1994. דו"ח וועדת ברק נכלל במלואו בדברי ההסבר להצעת חוק החברות.

²¹¹ ראו וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 19.2.1998, בע' 32.

²¹² ראו לעיל טקסט להערה 46 ואילך.

²¹³ ראו הצעת חוק החברות, ע' 71, אשר קבעה: "מאחר שהכללים דלעיל הם חלק מדיני האמון הכלליים, ולא דווקא מדיני הנזיקין הכלליים, ההצעה מוצאת לנכון להצהיר במפורש כי על הפרת חובות בעלי המניות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים."; והשוו לדברי ברק, לעיל הערה 199.

²¹⁴ בעניין זה, לגבי נושא משרה בלבד, עסק קודם לכן סעיף 96ב(ב) לפקודת החברות. באשר לחובת הגילוי הנזכרת - סעיף 269א(א) לחוק החברות קבע, בנוסח החוק כאשר נחקק: "נושא משרה בחברה או בעל שליטה בחברה ציבורית היודע שיש לו ענין אישי בעסקה קיימת או מוצעת של החברה, יגלה לחברה, בלא דיחוי, ולא יאוחר מישיבת הדירקטוריון שבה נדונה העסקה לראשונה, את מהות ענינו האישי, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים." בתיקון

(א) על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים.

(ב) בלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א), רואים נושא משרה שהפר חובת אמונים כלפי החברה כמי שהפר את התקשרותו עם החברה.

(ג) חברה רשאית לבטל פעולה שעשה נושא משרה בשם החברה כלפי אדם אחר או לתבוע מאותו אדם את הפיצויים המגיעים לה מנושא המשרה, אף בלא ביטול הפעולה, אם אותו אדם ידע על הפרת חובת האמונים של נושא המשרה, וידע או היה עליו לדעת על העדר אישור לפעולה.

(ד) חזקה על אדם שלא היה עליו לדעת על העדר אישור לפעולה כנדרש לפי פרק זה אם קיבל את אישור הדירקטוריון לכך שנתקבלו כל האישורים הנדרשים לפעולה.

283. סעדים

(א) נושא משרה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 269 יראו אותו כמי שהפר את חובת האמונים; בעל שליטה בחברה ציבורית שלא גילה את ענינו האישי כאמור באותו סעיף, יראו אותו כמי שהפר את חובת ההגיונות.

(ב) צד מעוניין שהפר את חובת הגילוי כאמור בסעיף 269 או בעל מניה שלא גילה את ענינו האישי כאמור בסעיף 276, רשאית החברה לתבוע ממנו פיצויים על הנזקים שנגרמו לה עקב העדר הגילוי.

192. חובות בעלי מניות

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

(ג) על הפרת הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, ועל הפרת הוראת סעיף קטן (ב), יחולו גם הוראות סעיף 191, בשינויים המחויבים.

193. חובת בעל שליטה וכוח הכרעה לפעול בהגיונות

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

מס' 17 בשנת 2011 נוספה ל"בחברה ציבורית" החלופה "או בחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב". סעיף 276 לחוק מטיל על בעל-מניות חובת גילוי לפני אישור לפי המנגנון המיוחד שבחוק כדי להבטיח העדר ניגוד-עניינים: "בעל מניה המשתתף בהצבעה לפי סעיף 275 יודיע לחברה לפני ההצבעה באסיפה או, אם ההצבעה היא באמצעות כתב הצבעה - על גבי כתב ההצבעה, אם יש לו ענין אישי באישור העסקה אם לאו; לא הודיע בעל מניה כאמור, לא יצביע וקולו לא יימנה."

(ב) דין הפרה של חובת ההגינות כדין הפרה של חובת האמונים של נושא
משרה, בשינויים המחויבים.

סקירת המערך של הוראות הסעדים כאשר נחקקו מעלה, כי זהו מערך לאו דווקא לכיד.
הוראת הסעדים על הפרת חובת אמון של נושא משרה (סעיף 256(א)-(ב)) היא חלקית ואולי רק
הצהרתית, כמבואר לעיל, בדומה להוראת שבחוק השליחות. הוראה זו ניתן לנסות ולראות
כמישור ייחוס ליתר ההוראות. כך, הפרת חובת ההגינות הושוותה להפרת חובת אמונים של נושא
משרה (סעיף 193(ב)). בדומה, אי-גילוי לפני אישור עסקה נגועה בכוח נחשב להפרת חובת אמון,
בין אם בשם זה ובין אם בשם "חובת הגינות" (סעיף 283(א)).²¹⁵

[43] ההוראה, המקנה לחברה זכות לתבוע פיצויים ממי שהפר את חובת הגילוי במסגרת
אישור עסקה נגועה בכוח (סעיף 283(ב)), מעוררת קושי. זהו גילגול של הוראה שנכללה כבר
בתיקון מס' 4 לפקודת החברות (סעיף 96לט(ב)). פרשנות מילולית צרה עשויה (למעשה, עלולה)
להציע, כי זהו הסדר שלילי, המייחד את תרופת הפיצויים להפרה הנדונה. ההתייחסות להוראה
זו בדיונים בכנסת סתומה למדי, ולכל היותר ניתן לחלץ ממנה תמיכה בהחלה של דיני החוזים
באופן כללי באופן דומה להחלתם בקשר עם הפרת חובת אמון.²¹⁶ מנגד, מבחינה מהותית, החובה
עצמה היא חלק מחובה מטיפוס חובת אמון, ולגבי בעל-מניות ניתן לראותה כחובת אמון של
אמונאי אד הוק, מה גם שכחובת גילוי היא מכבידה פחות מאיסור על עניין אישי. זכות לתבוע
פיצויים נכללה בשעתה בהצעה של הוראת הסעדים על הפרת חובת אמון של שלוח, אולם זו
נמחקה מהנוסח הסופי של חוק השליחות מן הטעם שהיא כלולה ממילא ביתר הסעדים. אין זה
סביר לפרש את ההוראה כמסייגת את הזכות לסעד לפיצויים בלבד, שכן אפילו לפי גישה טכנית-
מילולית, על הפרת חוזה יש מקום למלוא הסעדים ולא רק לפיצויים על נזק. כך הדבר במיוחד
לאור ההתייחסות בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון מס' 4 לכך שהסדר הסעדים אינו
ממצה.²¹⁷ דברים אלה תומכים בפרשנות לפיה זהו סעיף מבהיר גרידא, המתייחס באופן חלקי רק
לסעד אפשרי אחד מני כלל הסעדים העומדים נגד אמונאי - לרבות אמונאי אד הוק - המפר את
חובת הגילוי שלו.

[44] סדקים בהסדר הסעדים ניבעים לאור ההוראה הנוגעת להפרת חובות של בעלי-מניות
רגילים, שאינם בעלי כוח שליטה או הכרעה. הקושי בהקשר זה כפול. ראשית, ההוראה בדבר
החובות עצמן (סעיף 192(א)-(ב)) מבולבלת, כך שקשה לתת לה פרשנות לכידה. לכאורה מדובר

²¹⁵ וועדת המשנה של הכנסת לא דנה בהוראה זו בפירוט. היא הוקראה ורק נאמר לגביה - כנראה מפי
נציגת משרד המשפטים, דוידה לחמן-מסר - כי "זאת חובה חדשה שהיא חלה על בעלי השליטה בחברה ולא על בעלי
המניות כפי שהתבקשו". וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום
15.3.1998, בע' 87. לדיון מפורט בשאלה האם חובת ההגינות קובעת תקן התנהגות מקל יותר מחובת האמון של נושא
משרה ולטענה כי הדבר אינו כך ראו לעיל טקסט להערה 55 ואילך.

²¹⁶ וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 15.3.1998, בע'
87 (ככל הנראה מפי נציגת משרד המשפטים, עו"ד דוידה לחמן-מסר: "נקודת המוצא היא בעצם דיני החוזים שאנחנו
מגלמים אותה [אותם] לתוך הסיטואציות השונות. הפרת חובת האמונים כבר אמרנו שדינה כדין הפרת חוזה, ולא
חזרנו על הסיפור של הפיצויים שממילא קיים כאשר יש העברת [הפרת] חוזה.")

²¹⁷ ראו לעיל הערה 207. דברי ההסבר לסעיף 96לט עצמו בנוסח המוצע שלו (סעיף 96לז להצעת החוק)
חוזרים על לשון הסעיף, שלא השתנתה בעת החקיקה, ללא פרטים נוספים. הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס'
4), בע' 143.

בבעלי-מניות נעדרי-כוח, הכפופים רק לחובת תום-הלב (כתקן התנהגות) כאחד האדם, אלא שלפי לשונה לעתים הם כך ולעתים הם בעלי כוח באופן המובהק ביותר.²¹⁸ שנית, הוראת הסעדים עצמה (סעיף 192(ג) רישא) משתמשת בתבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה", הנקוטה לגבי הפרת חובת אמון וחובת הגינות. הוראה זו הוספה בשלהי תהליך החקיקה, וככל הנראה, נוסחה אינו משקף כוונה מיוחדת זולת חזרה על התבנית שנקטה לגבי הפרות חובה אחרות.²¹⁹ לא ברור לפיכך אם המחוקק ביקש לאותת בכך שגם החובה של בעלי-מניות אלה היא חובה מטיפוס חובת אמון, או שהתכוון לצמצם את היקף הסעדים על הפרת חובתם לסעדים חוזיים בלבד, כמי שכפופים לחובה מתונה, שעיקרה דרישת תום-לב (כתקן התנהגות). החלופה הפרשנית הראשונה מתיישבת עם השימוש בתבנית המילולית בהקשרים שתוארו אך לא עם התכלית המשוערת של הסעיף כולו. החלופה השנייה אינה מתיישבת עם השימוש בתבנית זו. הפקעת הפרשנית מסתבכת לבלי התר לנוכח התוספת, אשר מחילה את דיני הקיפוח על הפרת האיסור לקפח על בעל מניות "רגיל" (סעיף 193(ג) סיפא) - איסור המוחל כרגיל על בעלי-מניות בעלי כוח בחברה, שניתן לראותם כאמונאים ולו אד הוק.

[45] בכך לא סגי. במסגרת תיקון מס' 3 לחוק החברות משנת 2005²²⁰ הוחלף סעיף 193(ב), וכיום הוא קובע כך:

193. חובת בעל שליטה וכוח הכרעה לפעול בהגינות

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

(ב) על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים

המחויבים, בשים לב למעמדם בחברה של המנויים בסעיף קטן (א).

תיקון מס' 3 כולו היה תיקון רחב-היקף. במסגרתו נכללה שורה של תיקוני ליקויים שהתגלו בחוק החברות בשנתיים הראשונות לתחולתו, ולצדם שינויים מהותיים, אשר ניזומו בלחצם של אנשים וגופים עסקיים. הוראות מסוימות בחוק - בייחוד כאלה המטילות אחריות על נושאי-משרה ובעלי-מניות - לא נראו להם, ומשרד המשפטים קיבל את דעתם.²²¹ עם זאת, השינוי

²¹⁸ ראו לעיל טקסט להערה 121 ואילך.

²¹⁹ ראו וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק החברות, פרוטוקול ישיבה מיום 27.10.1998, בע' 11 (נציגת משרד המשפטים, דוידה לחמן-מסר: "סעיף קטן [192] ג בא להסביר את התרופות. הוועדה אישרה את החובות של בעלי מניות, וכאשר קראנו את כל החוק ראינו שחסר סעיף מסה [כך], מה התרופה על ההפרה, ועשינו את אותה תרופה רגילה לגבי הפרות הוראות סעיפים, ביניהם א ו-ב, דינים החלים על הפרת חוזה, ועל הפרות הוראות סעיף קטן ב יחולות הוראות סעיף 191, שמדבר על הקיפוח." היו"ר אליעזר זנדברג: "אישרנו את הסעיף.")

²²⁰ חוק החברות (תיקון מס' 3), תשס"ה-2005, ס"ח 238.

²²¹ ראו הצעת חוק החברות (תיקון), תשס"ב-2002, ה"ח 638, בע' 639 ("הצעת החוק הממשלתית"). כן ראו צבי לביא, פרופסור פרוקציה ומלחמתו בלוביסטים, **גלובס** 11.9.2003; החברות הציבוריות על התיקונים בחוק החברות: נושאים חיוניים לא טופלו, **גלובס** 3.3.2005. דוגמאות בולטות להוראות מן הסוג הנוכח הן סעיף 6 לחוק לגבי הרמת מסך וסעיף 54(ב) לחוק, אשר לפני שבוטל בתיקון מס' 3 איפשר להטיל אחריות על נושא-משרה בנסיבות שבהן ניתן להרים מסך כלפי בעל-מניות. לניתוח הרפורמה של תיקון מס' 3 בהקשר זה והרקע לה ראו ליכט, לעיל הערה 77.

בנוסח סעיף 193(ב) לא היה יוזמה של משרד המשפטים.²²² הצעה לשינוי רדיקלי של ההסדר הקבוע בסעיפים 192-193 נכללה בהצעת חוק פרטית, שנוסחה בעידודם של אנשי עסקים, והוגשה לאחר הצעת התיקון הממשלתית.²²³ חברי הכנסת מציעי ההצעה הפרטית הסבירו, כי יש לרכז את דרישות החוק החדש מבעלי-מניות מבחינת החובות המוטלות עליהם.²²⁴ לאור לשונם המוקשה של סעיפים 192-193 היוזמה להבהיר את הסדר האחריות של בעלי-מניות לא היתה משוללת יסוד, אולם אין זה ברור עד כמה ביקשו מציעי ההצעה הפרטית גם להפחית את תקן האחריות מתחת לזה הראוי לאמונאים, בנפרד משאיפתם המוצהרת להקל על בעלי-מניות שליטה ונושאי משרה. מכל מקום, ההצעה הפרטית נגנזה, ובמקומה שולב התיקון לסעיף 193(ב) לחוק.

מהלך החקיקה של סעיף 193(ב) מערפל עוד את משמעות התבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה" בחוק החברות. מחד גיסא, זו התבנית המשמשת לתיאור דין התרופות על הפרה של חובת אמון בידי אמונאים מובהקים - שלוחים ונושאי-משרה.²²⁵ מאידך גיסא, תבנית זו החליפה את הביטוי "כדין הפרה של חובת האמונים של נושא משרה" לתיאור דין ההפרה של חובת הגינות של בעלי מניות, וזאת מתוך כוונה מוצהרת לקבוע דין של חומרה מופחתת באשר לסעדים בגין ההפרה על-ידיהם (וגם של חובת הגינות עצמה).²²⁶ השימוש ב"הפרת חוזה" מציע שהתבנית הזו נתפסה בעיני מתקני החוק כ"הפרת חוזה גרידא" שאינה עולה כדי "הפרת חובת אמון", אף על פי שחוק החברות עצמו אינו מאפשר להחזיק בתפיסה כזו, קל וחומר החקיקה האזרחית בכללותה. לא מן הנמנע, כי בראשית שנות ה-2000 ובלחץ הליכי החקיקה כבר נתעלמו מקורותיו ומשמעותותיו של הטקסט החרות מעיני מתקניו.

²²² הצעת החוק הממשלתית, שנחקקה לבסוף כתיקון מס' 3, לא כללה הצעה לשינוי בסעיף 193(ב).

²²³ הצעת חוק החברות (תיקון - עידוד התאגדות בישראל), התשס"ג-2003, מספר פ/267, <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/267.rtf> ("הצעת החוק הפרטית"); ראו גם לבניא, לעיל הערה 221.

²²⁴ מגבלות המקום מתירות ציטוט להלן של פיסקה אחת מדברי ההסבר, אך הדברים מאלפים וראויים לעיון במלואם. הצעת החוק הפרטית, שם, בע' 10:

חשוב לקחת בחשבון השיקולים בקביעת חובות ההתנהגות המוטלות על בעלי מניות, שכלל שגורם עיסקי יסבור שמערכת הדינים מטילה עליו חובות מוגברות המגבילות את חופש הפעולה שלו והמגבירות את הסיכונים המוטלים עליו, כך תהיה נטייתו להתרחק מהקמת החברה תחת אותה מערכת דינים (בחוק החברות של מדינת דלאוור אין הסדר מקביל לזה שבסעיפים 192 ו-193 לחוק הישראלי). לכן, מוצע לרכז את דרישות החוק החדש כלפי בעלי מניות ולהעמיד את סטנדרט ההתנהגות, ככזה המונע מעשי מרמה ממש של בעל מניות כלפי החברה וכלפי שאר בעלי המניות בחברה. אין מקום לקבוע סטנדרט גבוהה [כך] מזה, אשר שם מכשלה בפני בעלי העסקים ומגביר את חוסר הוודאות לו הם חשופים. כידוע, לחוסר וודאות בכלכלה ישנו מחיר וישנה עלות, אשר במקרה של חוק החברות, מרתיע מהתאגדות תחתיו.

²²⁵ סעיף 9 לחוק השליחות משתמש בתבנית "התרופות הניתנות בשל הפרת חוזה" אך לאור חלקיותו אין לייחס משמעות יתירה להבדל בינה לבין "הדינים החלים על הפרת חוזה" שבחוק החברות.

²²⁶ ראו דברי דוידה לחמן-מסר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אשר ריכזה במשרד המשפטים, בין השאר, את עבודת החקיקה של חוק החברות וגם של תיקון מס' 3. לחמן-מסר, לעיל הערה 49, בע' 46:

על מנת להבהיר כי לא היה בכוונת המחוקק להשוות את חובת האמונים החלה על נושאי המשרה לחובה החלה על בעלי השליטה, מוצע לתקן את סעיף 193(ב) כך שבמקום הקביעה כי דין הפרת חובת הגינות כדין הפרת חובת אמונים, ייכתב כי דין הפרת חובת הגינות כדין הפרת חוזה, בשינויים המחוייבים, בשים לב למעמדו של בעל השליטה או בעל כוח ההכרעה בחברה.

טקסט זהה מופיע במאמר מאת ח"כ רשף חן, שהיה יו"ר וועדת המשנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט, אשר דנה בתיקון מס' 3. רשף חן, עיקרי התיקונים בתיקון מס' 3 לחוק החברות, **תאגידיים** 3/3, 8 (2005).

למרבה הצער, לפנינו סתירה שאין בעיני דרך מתקבלת על הדעת ליישבה. המחוקק כותב דבר והיפוכו לצד דברים זהים במשמעויות שונות. כוונתו נחזית כברורה אך היא אינה מתיישבת עם לשונו ולא עם התכלית שניתן לייחס לו לאור מקורות מקובלים לפרשנות החקיקה. כפי שנראה בסעיף הבא, גם הפסיקה התקשתה לגבש פרשנות לכידה וברורה להוראות אלה, לעתים תעתה בעקבות הטקסט ולעתים פילסה נתיב לאור הדין הכללי. לשאלת האפשרות להציע פרשנות תכליתית לכידה נשוב בסוף חלק זה. בטרם נפנה לאופן שבו הפסיקה התמודדה עם הוראות הסעדים על הפרת חובות אמון - שתי נקודות באשר להסדר החרות, הראשונה צופה פני עבר והשנייה - פני עתיד.

איככה .4.2.1.2

[46] סקירת התפתחותו של נוסח חוק החברות בסוגיית הסעדים מעוררת שאלה מטרידה: איככה? הסוגייה דן איננה מן השוליות אלא נוגעת לעמוד-התווך של דיני התאגידים. חוק החברות היה ועודנו מפעל-דגל של משרד המשפטים. לפחות 25 שנים חלפו מתחילת הכנתו עד לחקיקתו בכנסת,²²⁷ ובין האישים שהקדישו ממרצם להכנתו היו מטובי המשפטנים של ישראל מן האקדמיה ומתחום המעשה.²²⁸ הדיונים בכנסת עד לחקיקת החוק השתרעו על-פני 30 ישיבות ממושכות. ויקו למשפט והנה משפח.²²⁹ בשורות הבאות אציע מספר השערות, ספקולטיביות במפגיע, אשר עשויות להאיר היבטים תהליכיים-מוסדיים ולספק הסבר חלקי לדרך התגלגלות הדברים.

זרע המעקש בסוגיית הסעדים נטמן, לסברתי, כבר בחוק השליחות - פרי הביכורים של מפעל החקיקה האזרחית. על אף, או בנוסף לרטוריקה בדבר "חקיקה ישראלית מקורית" ו"שילוב ממקורות שונים, לרבות המשפט העברי," אין לכחד, כי המפעל נוהל בהשראה קונטיננטליסטית בידי משפטנים בולטים שחלקו מורשת זו וביקשו להנחילה כאן, תוכנית וצורנית. אישים אלה הכירו את המשפט המקובל על בוריו אלא שהעדיפו על פניו גישה משפטית חלופית, סדורה ומובנית לפי מיטב המסורת האירופית. בהקשר הנוכחי הדבר בא לידי ביטוי בהוראת סעיף 9 לחוק לגבי הפרת חובות השלוח. משנקבע בסעיף 8 לחוק כי השלוח חב חובת נאמנות, ההסדר המתבקש היה לקבוע - בעיני מי שסבור שיש לקבוע הוראה חרותה, במסורת הקודיפיקטיבית - כי הפרת החובה תזכה בתרופות על הפרת חובת אמון, ולחלופין, לפרט את התרופות האלה לפי דיני היושר. בחוק השליחות עצמו נודעה לבחירה הניסוחית הזו נפקות מוגבלת לנוכח הוראות סעיף 10, שמתייחסות לנכסים, רווחים וטובות הנאה שבאו לשלוח בקשר עם השליחות. הוראות אלה עולות בקנה אחד עם דיני האמונאות ואף מכירות במשתמע בנאמנות

²²⁷ דו"ח ביניים זמני לקראת חקיקת חוק החברות הוגש למשרד המשפטים בשנת 1975. ברק, לעיל הערה 43. תיקון מס' 4 לפקודת החברות, הנוגע לעניינו, נחקק בשנת 1991. החוק עצמו התקבל בשנת 1999 ונכנס לתוקף בשנת 2000. למועד כתיבת עבודה זו כבר התקבלו 20 תיקונים לחוק, חלקם נרחבים ויסודיים ביותר.

²²⁸ לדוגמה בלבד, בדיון מסכם של וועדת ברק לקראת תיקון מס' 4 לפקודת החברות - ראו לעיל הערה 206 - נכחו אהרן ברק, מאיר גבאי, אליהו לחובסקי, מאיר חת, עמיהוד בן-פורת, טנה שפניץ, דוידה לחמן-מסר, זאב שר, יוסף גרוס ואוריאל פרוקציה. צוות משרד המשפטים שריכז את הפרוייקט כלל בנוסף לדוידה לחמן-מסר גם את מיכל אגמון-גוון ואת ערן רוזמן.

²²⁹ ישעיהו ה, ז.

על פי דין. כך או כך, הבחירה בתבנית "תרופות הניתנות בשל הפרת חוזה" היא תמוהה, שכן אליבא דכל מפרשיה התרופות על הפרת חובת אמון נרחבות יותר, הגם שיחסי שליחות יסודם בחוזה.²³⁰

[47] בתקופה שבה הלך והתגבש חוק החברות חלו מספר התפתחויות שיחדיו יצרו את התקלה הנוכחית. ראשית, מבחינה טכנית, גם הוראות הסעדים החלקיות שבחוק השליחות ובחוק הנאמנות לא מצאו את דרכן במלואן לחוק החברות, אלא רק הוראות סעיף 9(א) לחוק השליחות וסעיף 14 לחוק הנאמנות. רכיב עיקרי במערך ההוראות, סעיף 10 לחוק השליחות, נשמט בעת הכנת תיקון מס' 4 לפקודת החברות. קשה לדעת אם ההשמטה היתה בכוונת מכוון או בהיסח הדעת. לפי התרשומות הדיון בנושא היה חפוז והתנהל תחת הנחה שסימן הסעדים כולו מיותר או שניתן לחזור על הוראות חוק השליחות.²³¹ המקורות הנוגעים לתחילת הליך החקיקה - דהיינו, תיקון מס' 4 לפקודת החברות והצעת חוק החברות משנת 1995 - מאשרים כי מעצביהם הראשיים, ולבטח ברק, לא שגו באשלייה כי התבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה" משמיעה הגבלה לתרופות לפי חוק התרופות. לעומת זאת, התייעוד של הדיונים בנוסח החוק (לרבות תיקון מס' 3 לחוק) מלמד שהמשתתפים בהם²³² לא היו מודעים למשמעותן של הוראות הסעדים או ליחסן אל הדינים הכלליים האופפים אותן, או לכל הפחות שהם לא נתנו לכך ביטוי כלשהו במהלך הדיונים.

ההתפתחות המתוארת בוסח החוק ובגישה אליו עשויה לקבל פשר מהותי יותר מאשר תקלה גרידא כאשר ניתנת הדעת ל"רוח הזמן" בדיני חברות באותה תקופה. השיח העיוני בארצות הברית בשנות ה-80 של המאה הקודמת התאפיין בדומיננטיות מוחלטת של התפיסה החוזית לגבי התאגיד ודיני התאגידים באופן כללי.²³³ גם מי שלא דגלו בהפקדת התחום כולו בידי מנגנוני שוק על בסיס הסכמות חוזיות, וסברו כי יש מספר לא מבוטל של כשלי שוק הטעונים התערבות, לא חלקו על המסגרת החוזית הבסיסית.²³⁴ תובנות אלה השפיעו מאד על חקיקת חוק החברות. יש להן ביטוי בעבודת ההכנה של פרוקציה,²³⁵ הן אומצו על ידי סגל משרד המשפטים שעסק בנושא,²³⁶ וכפי שראינו, ניתן למצוא להן הד בדיונים בנוסח החוק.²³⁷ לא מן הנמנע, כי

²³⁰ ויודגש, פרשנותו של ברק, לעיל הערה 199, לסעיף 9(א) נראית לי אפשרית ואף רצויה, בין השאר מכיוון שהיא אינה פוגעת במערך דיני הסעדים על הפרת חובת אמון, אך בה בעת היא נראית דחוקה מעט. הא ראייה, ששופטים ומשפטנים אחרים החמיצו אותה, כמבואר לעיל ולהלן.

²³¹ ראו לעיל הערה 207.

²³² בשלב זה ברק לא היה מעורב בהליכי הניסוח ופרוקציה ייעץ למשרד המשפטים אך לא נכח בדיונים בוועדת המשנה להכנת החוק.

²³³ ראו לעיל טקסט להערה 36 ואילך.

²³⁴ הספרות בתחום עניפה. סימפוזיון מפורסם משנת 1989 ריכז דוברים בולטים בקשת הדעות בנושא ומשקף היטב את הלך הדברים באותה עת. ראו Symposium, *Contractual Freedom in Corporate Law*, 89 COLUM. L. REV. 1395 (1989).

²³⁵ ראו פרוקציה, לעיל הערה 44 והערה 45; ראו כללית אוריאל פרוקציה, זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט, **משפטים** יח 395 (1989).

²³⁶ ראו, למשל, מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר, תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש, **משפטים** 543, 545 (1996) ("התיאוריה המקובלת כיום באשר למהות החברה, והיא זו העומדת בבסיס הצעת החוק, היא תיאוריית "הפקעת החוזית" (Nexus of Contracts), שלפיה היחסים בין הקהילות בתוך החברה - בעלי מניות,

מקצת המעורבים בדיוני החקיקה טעו לחשוב, שהתבנית המילולית ה"חוזית" בהוראות הסעדים מבטאת אופי חוזי כללי של החוק בהפנותה להוראות חוק התרופות כמקור להסדר הפרות חוזיות.

4.2.1.3. הכריש והקוד

[48] והערה בשלהי חלק זה ובשוליו, הצופה פני עתיד: בהשוואה למפעל החקיקה של חוק החברות, הרי זה של הקודיפיקציה האזרחית - המגולם כיום בהצעת חוק דיני ממונות - עולה עליו כמה מונים מכל בחינה אפשרית, הן מהותית - היקף הנושאים, מורכבותם ועוד - והן מעשית - היקף החיקוק, עבודת ההכנה וכדומה. אף על פי כן, יחסי אמונאות אינם מוסדרים בקודקס המוצע באופן מיטבי. על ליקויים מסויימים, אמנם קלים יחסית, בהוראות לגבי חובת האמון הצבענו לעיל. קושי מהותי יותר מסתמן, לעומת זאת, בנוסח הנוכחי של הצעת החוק בכל הקשור להסדר הסעדים על הפרת החובה. בתמצית, אין לסעדים אלה הסדר סדור. במיוחד אין בהצעת החוק עיגון סדור לסעד החשבון. לא עניין של מה בכך.

הוראת סעיף 9(א) לחוק השליחות - זו המקנה על הפרת חובות השלוח, ובהן חובת הנאמנות, את "התרופות הניתנות בשל הפרת חוזה" - הושמטה כליל מהצעת חוק דיני ממונות. זאת, בנימוק כי היא מיותרת לאור תחולתו הכללית של חלק משנה תרופות בשל הפרת חיוב על כל הפרה של חיוב.²³⁸ בפועל, המצב סבוך יותר. בחלק המשנה האמור מרוכזות תרופות האכיפה, ביטול חוזה מחמת הפרה, פיצויים והשבה לאחר ביטול חוזה. מעבר לכך, ההצעה מחילה על הזכות להשבה את פרק עשיית עושר ולא במשפט, בכפוף להוראות הפרק על תרופת ההשבה.²³⁹ כפי שציין אדר, תרופת ההשבה מסוג שלילת רווח מן המפר נעדרת מחלק התרופות, הגם שניתן לעגנה בפרק על עשיית עושר.²⁴⁰ בהקשר הנוכחי, גם עיגון זה אינו מכסה במלואו את סעדי השלילה במסגרת סעד החשבון, ככל שאין חפיפה מלאה בין דיני החשבון לדיני עשיית עושר ולא במשפט. דוגמה מובהקת לכך היא סעד הגילוי המלא המיוחד לדין החשבון.

[49] כללים נוספים המהווים חלק מדין החשבון נותרו פזורים בפרקים על יחסי שליחות ונאמנות, מתוך היסח הדעת או מתוך השערה כי אין מדובר בסעד. כך, הכלל היוצר נאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הנהנה-הניפר בפירות ההפרה של חובת אמון, שהיה לו ביטוי בסעיף 10 לחוק השליחות ובסעיף 15 לחוק הנאמנות, המובאים לעיל, עבר לסעיפים מקבילים בהצעת

מנהלים ודירקטורים; והיחסים בין הפירמה לקהילות מחוץ לחברה - נושים, ועובדים - הם יחסים חוזיים מורכבים." ; ובע' 559 ("העקרן השני הוא עדיפותה של האכיפה ה"עצמית" או ה"פנימית" בכל מקום שבו ניתן להבטיח מילוי חובות ושמירה על זכויות שהחוק מקנה באמצעות הבטחת פעולתם של מנגנוני-שוק,..." ; ראו גם דוידה לחמן-מסר וערן רוזמן, עקרונות בחקיקת הצעת חוק החברות: נקודת מבט של נציגי משרד המשפטים, **שערי משפט** (3) 263 (1998); מיכל אגמון, חוק החברות החדש בראי הפסיקה - מבט לעתיד, **רואה החשבון** מח 715 (1999). בית המשפט העליון בפרשת **תרו** נתן אף הוא הד להלך המחשבה המתואר. ראו **לעיל** הערה 45.

²³⁷ על מעט מן השקלא וטריא במהלך דיוני החקיקה ראו אוריאל פרוקציה, מאחורי הקלעים, **משפטים** לב 303 (2002).

²³⁸ הצעת חוק דיני ממונות, ע' 1167.

²³⁹ סעיף 494 להצעת חוק דיני ממונות.

²⁴⁰ ראו יהודה אדר, על הדבש ועל העוקץ - הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי, **משפט ועסקים** ה' 347, 388-390, 367-368 (2006), בע' 388-390.

החוק,²⁴¹ אך ללא הסדר כללי לגבי יחסי אמונאות בכלל. זאת, למרות קיומו של פרק כללי על אודות חיוב אמונאות (חיוב אמון).²⁴²

בהתחשב בתפקיד החיוני של יחסי אמונאות בסדר החברתי - וכפועל יוצא, המקום המרכזי של דיני האמונאות במשפט הפרטי - הנקודות הספורות המובאות כאן תומכות, למצער, במסקנה כי אף אם יבוא לידי גמר ויוחק, חוק דיני ממונות לא יוכל להחשב כהסדר ממצה או אפילו שלם. התיקווה ליצור הסדרים כאלה נחזית כתיקות-שווא ומוטב לזנוח אותה. שאיפה מציאותית ומועילה יותר תהיה לקבוע עקרונות וכללים מרכזיים (וכללים שוליים בעלי חשיבות) ולסלק סתירות או הבדלים נטולי-טעם כאשר אלה מתבררים. זאת, בהמשך למפעל החקיקה האזרחית משנות ה-60. חוסנה הפנימי של שיטת משפט מקובל כשיטה הישראלית - גם כאשר בבסיס ההסדר המשפטי ניצב חיקוק קודיפיקטיבי באופיו - נובע מיכולתה לספק מענה נורמטיבי באמצעות ההלכה הפסוקה תוך כדי תיקון עצמי מתמיד ותוך פנייה ביקורתית לפתרונות שפיתחו שיטות אחרות. הדברים אמורים במיוחד בהקשר של דיני אמונאות, שלגביהם גוף הדינים בשיטות אחרות ענף במיוחד. מבחינה זו, אולי נוח לדינים אלה שהצעת חוק דיני ממונות אינה מסדירה אותם כראוי, כך שהאפשרות של בתי-המשפט לפנות למקורות מועילים בעיניהם לא תיתקל בטענות.

4.2.2. הפסיקה

[50] בסעיף זה נבחן בפירוט כיצד פירשו בתי-המשפט את הוראות הסעדים - ובפרט - את התבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה" - שבחוק השליחות ובחוק החברות.²⁴³ הנקודה העיקרית הטעונה בירור היא האם תבנית "חוזית" זו אכן הגבילה בפועל את ההיקף והסוג של הסעדים שבית המשפט מציין כאפשריים כאשר מופרת חובת אמון. כללית, ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון ובערכאות נמוכות יותר קשת של עמדות בסוגייה זו - החל מפירוש התבנית כמצמצמת לתרופות שבחוק התרופות וכלה בעמדה, הרואה בה אבן-סף בלבד לקראת הקניית מגוון של סעדים נוספים.

בקבוצה אחת של פסקי-דין התייחסו בתי המשפט להפנייה ל"תרופות על הפרת חוזה" או "הדינים החלים על הפרת חוזה" כאל הפנייה לחוק התרופות ותו לא. כך, בעניין **תדביק** נדונה מחלוקת סבוכה, שבגדרה נושא משרה בחברה נמנע מלגלות לה מידע מהותי, לרבות באשר לקיומו של עניין אישי נוגד, ובכך הפר את חובת האמון שלו. בית המשפט העליון, מפי השופטת חיות, אישר השתתה של תביעה לפיצויים לגבי מקצת העובדות על הפרת חובת תום הלב מחמת מצג-שווא במשא ומתן, והוסיף:

²⁴¹ ראו, בהתאמה, סעיפים 44 ו-583 להצעת חוק דיני ממונות.

²⁴² כעניין צורני יותר מאשר מהותי, נאמנות מטופלת על-ידי מציעי ההצעה כסוג של זכות בנכסים ולא כמערכת יחסים, שהצד הקנייני הדואלי הוא אחד מסממניה. סימן ב', הדן בניחול הנאמנות, ובתוכו סעיף 576 להצעה, הקובע כי "נאמן חב אמון כלפי הנהנה", תלוש מהקשרו מבחינה זו.

²⁴³ הסוגייה לא זכתה לדיון מעמיק בספרות. ראו, למשל, גרוס, **לעיל** הערה 49, בע' 326, 441; חביב-סגל, **לעיל** הערה 49, בע' 576-577; ערן רוזמן, **בעלי מניות בחברה: שיתוף פעולה עסקי בראי חוק החברות, התשנ"ט-1999** 65 (1999).

תבנית נורמטיבית נוספת אשר מכוחה ניתן לחייב את ליברמן בתשלום הסכומים שהפסידה תדביק בשל חוסר יכולתה להיפרע את תמורת הסחורות שסיפקה לשותפות ובשל ההוצאות שנגרמו לה בהקשר זה, יסודה בהפרת חובת האמון שחב ליברמן בהיותו נושא משרה בתדביק במועדים הרלבנטיים... (ראו סעיף 96כז(4) לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 שהיה בתוקף במועדים הרלבנטיים לענייננו והוחלף לאחר מכן בסעיף 254(א)(4) לחוק החברות, תשנ"ט-1999). על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כאמור חלים, בשינויים המחוייבים, דיני הפרת חוזה (סעיף 96לז לפקודת החברות; סעיף 256(א) לחוק החברות). משכך ניתן לחייב את ליברמן מתוקף סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, לשלם לתדביק פיצויים כדי גובה הנזק שנגרם לה עקב הפרת חובת האמון כלפיה.²⁴⁴

בעניין **נעמט** פעל סוכן-ביטוח כשלוחו של לקוח (לפי אישור מיוחד) ונקט מספר צעדים בניגוד לענייניו של הלה, אשר הביאו להעדר כיסוי ביטוחי.²⁴⁵ בית המשפט העליון, מפי השופט שטרסברג-כהן, קבע כי "הסוכן חב כלפי הנפגע עקב הפרת חובת הנאמנות כשלוחו ורשלנות מקצועית כסוכנו", ומשכך:

התרופות בגין הפרת השלוח את חובותיו כלפי השולח – לרבות הפרת חובת הנאמנות – הן התרופות הקבועות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 שאליה מפנה סעיף 9 לחוק השליחות. התרופה ההולמת במקרה דנן היא פסיקת פיצויים לנפגע בגין הנזק שנגרם לו עקב היעדר כיסוי ביטוחי שהיה אמור להינתן לפי הצעת הביטוח אילו פעל הסוכן כשורה... תוצאת הפרתה של חובת הנאמנות היא הצבת הנפגע במצב שבו היה נמצא לו מילא הסוכן אחר חובותיו והיה משיג ביטוח עבור הנפגע.^{246, 247}

[51] במקרים אחרים מצאו בתי-המשפט דרכים לחרוג מד' אמותיה של הפרשנות המילולית של ההסדר החרות.

²⁴⁴ ע"א 10137/05 ליברמן נ' תדביק בע"מ (14.8.2008), פס' 20. העובדות המפורטות בפסק הדין מתיישבות עם האפשרות שלנושא המשרה, ליברמן, צמחה טובת הנאה מפעולתו בניגוד עניינים, אולם סעד של חשבון לא נתבע, למיטב ידיעתי, ולא נדון על ידי בית המשפט.

²⁴⁵ ע"א 190/99 נעמט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(4) 652.

²⁴⁶ שם, בע' 661. ראוי לציין, כי באותו מקרה הפעולה של הסוכן, כאמונאי, בידועין נגד האינטרס של הנהנה עולה כדי הפרת חובת אמון, אולם בהעדר אינטרס אישי נוגד שלו (שקיומו לא מתחוויר מתיאור העובדות בפסק-הדין) זו הפרה מטיפוס "רשלנות זדונית". לפיכך, סעד של שלילת טובת הנאה לא עמד על הפרק והסעד של פיצויי הטבה נראה הולם.

²⁴⁷ בשני מקרים נוספים בית המשפט העליון הביע עמדה דומה אגב אורחא, תוך שהוא קובע כי אין מדובר בהפרת חובת אמון של אמונאי. ראו ע"א 3998/07 צ. בכור ניהול ואחזקות בע"מ נ' ממשל ירושלים התשנ"ה בע"מ (6.1.2011), פס' 28, מפי השופטת פרוקצ'יה (יניתן היה, לכאורה, לראות בעיסקה ככזו שנעשתה תוך הפרת אמונים מצד גבי לין כלפי החברה המשיבה, בניגוד לסעיף 254(א) לחוק החברות, ובמיוחד סעיף קטן (1) לו... המשמעות של כל אחת מהאפשרויות האמורות עשויה להיות, כי נתונה לחברה המשיבה זכות לבטל את העיסקה (סעיפים 281 ו-256 בהתאמה לחוק החברות); ע"א 8098/09 כהן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ - סיניף חדרה (3.1.2012), פס' 59, מפי השופט ארבל ("קושי מסוים עלול להתעורר במקרים בהם ביסוד פעולת השלוח אינטרסים זרים לאינטרס השולח, באופן המקים חשש שהשלוח יפר את חובות הנאמנות כלפי השולח, כך שהוא לא יקבל את מלוא המידע הנחוץ לו לצורך קבלת החלטה מושכלת בעניין הפעולה נשוא השליחות. הפתרון "הקלאסי" לקושי זה מצוי בסעיף 9 לחוק השליחות, שעניינו תוצאת הפרת חובת הנאמנות. לפי סעיף 9(א) לחוק האמור, נתונה לשולח האפשרות לתבוע תרופות חוזיות מן השלוח שהפר את חובות הנאמנות כלפיו").

עניין קרטיין דן במנהל תיקים שבין השאר, מעל באמונו של לקוח וביצע סדרת פעולות השקעה לטובת עניינו האישי ובניגוד לעניינו של הלקוח.²⁴⁸ השופט אנגלרד עמד תחילה על מעמדו של מנהל התיקים כאמונאי לפי הלכת *Hodgkinson* הקנדית,²⁴⁹ ופרש יריעה רחבה של סעדים אפשריים להפרת חובת האמון:

לשולח, הנפגע בשל הפרת חובת הנאמנות מצד השלוח, פתוחות עילות תביעה אחדות. לפי סעיף 9(א) לחוק השליחות, "הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה". מכאן, כי השולח זכאי לתרופות המנויות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן – חוק התרופות). עם התרופות האלה נמנית הזכות לפיצויים על-פי המבחנים של סעיף 10 לחוק התרופות. עילה אחרת מצויה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. כך, אם עשה השלוח רווחים תוך כדי הפרת חובת הנאמנות שלו, הרי פתוחה לפני השולח הדרך להשיב לעצמו רווחים אלה מכוח סעיף 10(ב) לחוק השליחות, הקובע כי "השולח זכאי לכל ריווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות". הוראה זו היא ביטוי לעיקרון הקבוע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. יתרה מזו, אפשר כי הפרת החובות של חוק השליחות היא גם בבחינת הפרת חובה חקוקה במונח סעיף 63 לפקודת הניקין [נוסח חדש].²⁵⁰

[52] גישה דומה באופן כללי ננקטה בפרשת קליין, אשר בה נושא משרה בחברה ורעייתו קיבלו לידיהם דירה של החברה במחיר מופחת, בלא ששילמו עבורה בעת הקבלה, והפיקו ממנה בהמשך טובת הנאה בדמות הפעלת עסק בדירה ומכירתה ברווח - עובדות שביססו הפרת חובת אמון של הבעל בידעתה של הרעייה.²⁵¹ בית המשפט העליון, מפי השופט גרוניס, ראה בחוק עשיית עושר ולא במשפט בסיס נורמטיבי כללי, אך ציין את סעיף 256(ג) לחוק החברות כבסיס לביטול החוזה בדרך לחובת השבה החדדית מול הרעייה לפי סעיף 21 לחוק החוזים; משהדירה נמכרה כבר לצד שלישי תם-לב, אושר חיובם של נושא המשרה ורעייתו להשיב לחברה את אותו החלק של התמורה שלא הגיע לקופת החברה.²⁵² המבנה המשפטי שאישר בית המשפט מעורר מספר נקודות. ראשית, אין זה ברור מדוע היה צורך להיזקק לביטול החוזה בשעה שסעיף 256 לחוק החברות פוטר מן הצורך לבטלו. שנית, משפנה בית המשפט לסעיף 256, לא ברור מדוע התייחס לביטול מחמת פגם ברצון לפי חוק החוזים ולא לביטול מחמת הפרה לפי חוק התרופות.

²⁴⁸ ע"א 3654/97 קרטיין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385 (1999).

²⁴⁹ *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. נקודה זו, לצד פנייה נרחבת לפסיקה אמריקאית בעניין חישוב הנזק, ראוי לציון אנקדוטלי מכיוון שאין לייחס לשופט אנגלרד נהייה עיוורת אחר המשפט המקובל, בין היתר בהיותו עורך-משותף של סדרת ה"קומנטאריס" על החקיקה האזרחית.

²⁵⁰ קרטיין, לעיל הערה 248, בע' 398. השופט אנגלרד אף מציין, שם בע' 399, את פרשנותו של ברק לתבנית ה"חוזית" בחוק השליחות, כמפורט לעיל בהערות 198-199. פסק-הדין אושר בדנ"א 5083/99 עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ נ' קרטיין (8.5.2000), מפי הנשיא ברק (להלן: דנ"א קרטיין). להתייחסות מתכללת לסעיפים 9 ו-10 לחוק השליחות ראו ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60 (1983), מפי הנשיא שמגר; כן ראו ע"א (י-ם) 4459/98 מדינת ישראל – משרד החקלאות נ' פלסטיין פוסט בע"מ (26.3.2002); ת"א (חי"י) 44743-05-12 ר.פ. אירועים וגנים בע"מ נ' חן (15.7.2012).

²⁵¹ ע"א 4845/04 קליין נ' בלס, עו"ד ורו"ח, כונס נכסים (14.12.2006).

²⁵² שם, פס' 11.

ושלישית, ואולי עיקר, לא ברור מדוע לא נתבעה ונדונה השבה (שלילה) של טובת ההנאה מחמת השימוש בנכס. תביעת חשבון, לרבות בגין צדדים שלישיים וכלפיהם, היתה מספקת סעד מקיף, אפקטיבי וצודק יותר.

[53] בפסק-דין מעניין בעניין **ברק תוכנה** עסק בית המשפט השלום בנטילת הזדמנויות עסקיות של שתי חברות על-ידי אמונאי שלהן.²⁵³ סגנית הנשיאה גרוסמן קבעה, כי על הפרת חובת האמון החברות זכאיות לפיצויי קיום, ואת אלה היא אמדה באמצעות הרווח שהפיקו החברות המתחרות שהקים האמונאי.²⁵⁴ בכך, למעשה, זכו החברות הניפרות לסעד של שלילה, הגם שזה לא נתבע, ולא עוד אלא שטובת ההנאה מושא השלילה צמחה בידי צד שלישי. התוצאה צודקת ונכונה לפי דיני החשבון, שיפורטו להלן.

[54] בפרשת **קוט** צעד בית המשפט צעד נוסף בכיוון הרחבת הסעדים על הפרת חובת אמון.²⁵⁵ שם, כזכור, הפרו נושאי משרה בחברה פרטית (שהיו גם בעלי השליטה בה) חובת אמון כלפי בעל מניות מיעוט, קוט, וחלקו בחברה דולל כמעט לחלוטין. בית המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ'יה, הדריך עצמו לאור סעיף 96לז לפקודת החברות לתרופות לפי חוק התרופות.²⁵⁶ דא עקא, הסעד החוזי של השבה היה בלתי-אפשרי בנסיבות, ואילו השבת שווי (הדדית) לא נתבעה על-ידי קוט. או אז ציווה בית המשפט כי כל פעולות המשיבים-המפרים לדילול אחזקותיו של קוט בחברה יהיו מבוטלות.²⁵⁷ סעד כזה, שהיה ראוי לתתו בנסיבות אותה פרשה, אינו יכול לנבוע ממסגרת הסעדים החרותה בחוק החברות, אם זו אמנם תתפרש כמוגבלת לסעדים לפי חוק התרופות. ספק גם אם ניתן לגייס למשימה זו את חוק עשיית עושר ולא במשפט בהתאם להלכת **קרטיין**. יתר על כן, פסק-הדין בעייתי לכאורה, מכיוון שהוא קובע באופן דואלי, כי פעולות הדילול מבוטלות וכי אין דרך לבטלן. קוט קיבל כך את חלקו הקודם בחברה מבלי שנשא בעלות שנדרשה לכך.²⁵⁸ סעד כזה יכול לנבוע רק מדיני האמון הכלליים, שהשתרשו ושיגשגו במסגרת דיני היושר במשפט הישראלי עוד קודם לחקיקת חוק החברות. כך, לדעתי, יש לקרוא את הלכת **קוט** - לאמור, כמבטאת את סמכותו של בית המשפט כבית-משפט של יושר ליתן סעדים הדרושים

²⁵³ ת"א (תל-אביב-יפו) 15801-07 **ברק תוכנה י.א.ש בע"מ נ' בן שיטריט** (28.7.2011). בית המשפט אינו מציין במדויק את הבסיס למעמד האמונאות של הנתבע, רונן, ולהחלת סעיף 256 לחוק החברות, אולם הנסיבות המפורטות תומכות בכך על בסיס היותו יזם, בעל עמדת שליטה, כנראה נושא משרה וכן הסכם אי-תחרות.

²⁵⁴ **שם**, פסי' 55.

²⁵⁵ ע"א 741/01 **קוט נ' עזבון איתן ז"ל** פ"ד נז (4) 171 (2003).

²⁵⁶ **קוט, שם**, בע' 192 ('מאחר שגוטמן הפר את חובת האמונים כלפי המערער, יש להחיל על הפרה זו את דיני הפרת חוזה בשינויים המחוייבים. על פי דיני הפרת חוזה, מקום שהופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו, או את ביטולו, וזכאי הוא לפיצויים בנוסף לתרופות אלה או במקומן (סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970).')

²⁵⁷ **קוט, שם**, בע' 192 ('לא ניתן להעניק למערער במסגרת הליך זה סעד כספי כלשהו. לפיכך אציע לחברי לקבל את הערעור במונח זה שתינתן בזה הצהרה בדבר ביטול הפעולות שנעשו על ידי המשיבים לדילול אחזקותיו של המערער במניותיו בחברה, אולם בנסיבות הענין לא ינתן סעד כספי בעקבות הצהרה זו.').

²⁵⁸ השופטת בייניש הסכימה לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. לעומתן, השופט ש' לוין היה מסוייג יותר, הביע הסכמה לסעד של פיצויים, אשר לא התבקש, והוסיף כי "בנסיבות שנוצרו מסכים אני שתינתן לזכות המערער הצהרה הקובעת שגוטמן הפר חובת אמונים כלפי המערער. המערער יוכל לנסות לפעול על יסוד ההצהרה, ככל שיראה לנכון, בלי שאני מחווה דעה לגבי סיכויי כל הליך נוסף שינקוט." **שם**, בע' 193.

לראיית מה שראוי להעשות כאילו נעשה (Equity regards as done what ought to be done) ולהבטיח כי אין חוטא נשכר.

[55] לבסוף, נצביע על פסקי-דין, שבהם זיהוי הפרה של חובת אמון כהפרת חוזה יצר שיבוש של ממש.

בעניין אליהו דובר בהסכם שותפות בין חברות ביטוח, שאחת מהן פעלה בניגוד עניינים והסתירה מידע מהותי משותפתה.²⁵⁹ בית המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ'יה, ביכר להדגיש את המסקנה כי התנהגות זו לקתה בחוסר תום-לב ולהתעלם מכך שהיתה זו הפרה של חובת אמון, כפי שנקבע בערכאה קמא. משכך, פנה בית המשפט לדון בסעדים על הפרת חוזה רגילה והפרת חובת-תום הלב בקיום חוזה.²⁶⁰ בכל הכבוד, גישה זו, שהיה לה ביטוי גם בפרשת קוט, מבלבלת את היוצרות וסופה להתעות. כשם שיש הבדל מושגי בין חובת האמון לחובת תום-הלב ובעוצמתן, מבחינת תקן ההתנהגות שהן מנביעות, כך יש הבדל ניכר בסעדים על הפרת כל אחת מהן. משנקבע כי הופרה חובת אמון, מתייחר הדיון בהפרת חובות פחותות הימנה, ולרשות הניפר עומדים סעדים מקיפים יותר מאשר סעדים על הפרת חוזה ולבטח על הפרת חובת תום-הלב.

בסכסוך מסועף בפרשת ירדן קבע בית המשפט המחוזי, מפי סגן הנשיא גינת, כי נושאי משרה בחברה הפרו חובת אמון כלפיה ולאור הלכת קוט - גם כלפי בעלת-מניות מסויימת, וכי ההפרה מצמיחה סעדים על הפרת חוזה.²⁶¹ במערכת היחסים שם היה מעורב צד חיצוני להליך שלא ידע על העניין. לפיכך סבר בית המשפט כי התנאים לביטול לא מתקיימים, מכיוון שביטול יביא לפיצוי-יתר, ולפיכך קבע כי יש לפסוק פיצוי-נזק, אשר ייחשבו כסעד לחברה וגם לבעלת המניות המסויימת.²⁶² מבלי להכנס לנבכי הפסק יוער גם בהקשר זה, כי הפרת חובת אמון עשויה בהחלט להקנות לניפר זכות העולה על פיצוי-נזק אף אם ניתן לראותה כמתת-שמיים (windfall).²⁶³ בפרט, לצד חוק עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 10 לחוק השליחות, אשר נוסחתו

²⁵⁹ ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ (6.7.2011).

²⁶⁰ שם, פס' 53 :

בית המשפט קמא התייחס בהרחבה ליחסי האמון המיוחדים שנוצרו בין אליהו לאבנר במסגרת הסכם השיתוף והנוהל, אשר יצרו לגישתו חובות נאמנות ותום לב מיוחדות ביניהן. אני נוטה לקבל את דרך ניתוחו בענין זה, אולם איני רואה צורך להיזקק למגזר זה של הענין, מן הטעם שגם בנייתו החוזי הרגיל, ארעה הפרת חוזה שהיתה כרוכה בה הפרה של חובת תום הלב בביצוע חוזה. משכך, ניתוח יחסי האמון המיוחדים בין הצדדים אינו נדרש לענין, ואין צורך להעמיק בו.

²⁶¹ ת"א (חי) ירדן נ' ליפשיץ (20.8.07), פס' 75, 125 (להלן: "ירדן - אחריות") ("הפרתה של חובת האמונים נחשבת כהפרת חוזה, בשינויים המחוייבים, לענין הסעדים שהנפגע ממנה זכאי לתבוע."); ת"א (חי) 474/04 ירדן נ' ליפשיץ (4.8.2008), פס' 1 (להלן: "ירדן - פיצויים") (זהה).

²⁶² ירדן - אחריות, שם, פס' 125 ("ביטול חלקי של העסקה, היינו ביטול כל טובת הנאה שצמחה לנתבע 2 ממנה, לרבות ביטול המניות שרכש במסגרתה, יביא לפיצוי יתר של המחזיקים בשאר המניות של החברה התובעת, ... אינני סבור שמן הצדק להעניק סעד זה. לאור האמור, הסעד הראוי בנסיבות העניין הינו סעד של פיצויים."). פס' 128 ("הנזק שנגרם לתובעת הוא למעשה חלקה היחסי בנזק שנגרם לחברה כתוצאה ממעשים אלה, הרי שבפסיקת סעד של פיצויים לחברה במסגרת התביעה הנגזרת ניתן גם סעד בגין עילת התביעה האישית של התובעת."). ראו גם ירדן - פיצויים, שם, פס' 9. הדברים המצוטטים מעוררים שאלות נוספות, החורגות ממסגרת זו. מכל מקום, ההכרעה בסכסוך עברה לבוררות, ובית המשפט העליון ביטל את פסק הדין בע"א 9849/08 ירדן נ' לייש (1.12.11).

²⁶³ ראו, למשל, ¶77, 177, 2 S.C.R. [2007] 2 S.C.R. 177, (Denying Strother) Strother v. 3464920 Canada Inc., [the fiduciary] profit generated by the financial interest that constituted his conflict teaches faithless fiduciaries that conflicts of interest do not pay. The prophylactic purpose thereby advances the policy

לא הגיעה לחוק החברות אך הגיונו הוא בעל תחולה כללית, מקנה לנהנה-הניפר זכות, המוגנת בנאמנות, לכל טובת הנאה שצמחה מן השליחות.²⁶⁴

4.2.3. חוזה אמונות

[56] משטר הסעדים הנכון להפרת חובות אמן והגינות של אמונאים בחברה הוא זה שהתגבש במסגרת המתכללת של סעד החשבון. סעד זה כולל הטבת נזקים, שלילת טובות הנאה, אחריות של צדדים שלישיים ובגנים, היבטים קנייניים ועוד, ובעיקר גילוי מלא. אלא שהנוסח החרות של חוק החברות והפסיקה שפירשה אותו עלולים להקשות על בתי-המשפט, בפרט בערכאות נמוכות, לתת סעד זה במלואו. במיוחד יש לחשוש מפני פרשנות, המצמצמת את היקף הסעדים לסעדים חוזיים בלבד - ככל שהכוונה לתרופות לפי חוק התרופות²⁶⁵ - ובוודאי רק לפיצויים על נזקים בפועל (חסרון-כיס). מוצא סביר במצב דברים זה הוא לפנות לעקרונות הדין הכללי, כפי שמסכימים שופטים ומחברים לגבי הוראות הסעדים שבחוק השליחות.²⁶⁶ סעיף זה בוחן את האפשרות לעגן פנייה כזו בלשונו של חוק החברות, גם לנוכח מעקשים בנוסח החרות, באמצעות דגם של חוזה אמונות. את התבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה" יש לקרוא לפיכך כ"הדינים החלים על הפרת חוזה אמונות."

חוזה אמונות הוא חוזה פשוט בתכלית: זהו חוזה שבו אדם נוטל על עצמו לפעול כאמונאי של אדם אחר. כאשר מדובר בנושא משרה, הרי הוא מתחייב לפעול כאמונאי של החברה, לפי הדינים החלים על נושא משרה בחברה. הוא הדין, בשינויים המחוייבים, לגבי בעלי-שליטה ובעלי-מניות אחרים, שחוק החברות מציב אותם בעמדות של אמונאי בנסיבות מסויימות. למעשה, חוזה כזה נקשר מכללא כחלק מכל כהונה של נושא משרה או החזקה של בעל-מניות, שכן ניתן לראות את הצדדים כמקבלים על עצמם את דיני החברות כתנאים מכללא במערכת היחסים החוזית-באופייה שביניהם - בין מכוח הסכם ההעסקה ובין מכוח התקנון.²⁶⁷ נקודת המפתח - והיא אולי פחות טריביאלית לנוכח הביטוי שניתן להיבט החוזי בנוסח החוק ובתולדות החקיקה - הינה, שבין התנאים מכללא הללו מצויים גם הדינים החלים על הפרת חוזה אמונות, ובתוך אלה - גם דיני הסעדים על הפרת חובת אמן. כשם שניתן לראות אדם הנוטל על עצמו להיות אמונאי כמסכים, מכללא אם לא במפורש, להמנע מניגוד עניינים ולתת גילוי מלא, כך יש לראותו כמסכים, באותו אופן, שעל הפרת חיובי האמונות שלו יחולו דיני החשבון. יתר הדינים האופפים את חיובי האמונות - למשל, המגבלות על התנייה עליהם - יחולו אף הם בהתאמה.

Crown Dilmun v Sutton; (of equity, even at the expense of a windfall to the wronged beneficiary." In this area, the law favours conferring benefits on the wronged even though") [2004] 1 BCLC 468, ¶35 (" that is at the expense of the wrongdoer).

²⁶⁴ ראו סימוכין לעיל הערה 250.

²⁶⁵ וכן לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, ככל שאינו חופף את מלוא סעד החשבון.

²⁶⁶ ראו לעיל הערה 198 והערה 250.

²⁶⁷ ליחסי-הגומלין בין חוזה לבין חוק בהקשר התאגידי ראו פרוקציה, לעיל הערה 235.

הדגם של חוזה אמונאות ותניה מכללא בגידרו באשר לסעדים עולה בקנה אחד עם לשון החוק, ולכל הפחות יש לו אחיזה בלשונו. "הדינים החלים על הפרת החוזה" אינם אלה החלים על הפרת חוזה בעלמא אלא אלה החלים על הפרת החוזה מן הסוג הרלבנטי בנסיבות - חוזה אמונאות.²⁶⁸ דגם זה של חוזה אמונאות מבטא את התפיסה החדשה לגבי המהות של יחסי אמונאות וחיובי האמונאות לאור הלכת *Motheu*, לאמור: "A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter". דגם זה משקף במידה רבה גם את גישת הצעת חוק דיני ממונות, אשר לפיה "חיוב אמון נוצר על פי דין, על פי חוזה, או על פי הנסיבות". ולבסוף, גישת התנייה מכללא תואמת את האופן שבו מחברים בספרות העיונית מנתחים את חיובי האמונאות.²⁶⁹

[57] אימוץ הדגם של חוזה אמונאות כחוזה שעל הפרתו חוק החברות מקנה סעדים מצריך התייחסות לשתי שאלות - נורמטיבית ופוזיטיבית. השאלה הנורמטיבית נוגעת לרציונה של פרשנות זו, כלומר, לעדיפותם של הסעדים על הפרת חוזה אמונאות על פני הסעדים על הפרת חוזה כללי, שחוק התרופות חל עליו כברירת מחדל. בשאלה זו עוסקים בהרחבה החלק העיוני של החיבור וכן הסעיף הראשון של חלק זה, הדן בהלימה הנדרשת בין זכויות וחובות לבין הסעדים על הפרתן. בתמצית, מערך הסעדים המיוחד של דיני האמונאות הכרחי כדי לתת תוקף משפטי לחובות האמון וכדי לתמוך במוסד החברתי של יחסי אמונאות. מערך סעדים זה נבדל מסעדים על הפרת חוזה רגיל מכיוון שתכלית חוזה האמונאות שונה מתכלית של חוזה רגיל. בניגוד לחוזה רגיל, חוזה אמונאות אינו מאזן בין אינטרסים לגיטימיים של שני הצדדים לו - לא מטעמי יעילות ולא מטעמי צדק - אלא מספק מסגרת משפטית ליחסי כוח-כפיפות א-סימטריים במובהק. בדומה להבדל בין החיובים הנובעים מחוזה רגיל לבין אלה הצומחים מחוזה אמונאות, גם הסעדים על הפרת חוזה רגיל מספקים תמריצים לא-יעילים לקיומו של חוזה אמונאות ועושים עוול, מבחינת שיקולי צדק מתקן, לנהנה, וסופם לחבל במוסד האמונאות.

²⁶⁸ השו, לגבי שליחות, ברק, לעיל הערה 197, בע' 1090 ("גישת המחוקק היא כי קיום החובה והפרתה נקבע במסגרת חוק השליחות. ההפניה לחוזים היא רק לעניין התרופות הניתנות בשל הפרת חוזה. עם זאת, לענין הפניה זו יש לראות בהפרת חובה הקבועה בסעיף 8 לחוק [חובת האמון] כהפרת חוזה."). כן השו, לענין השבת רווח של מפר חוזה, אמרת אגב של השופט ש' לוויין בפרשת ד"ר 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221, 236-237 (1988) ("מן ההיבט התיאורטי גרידא ניתן היה לפתח את הסוגיה שלפנינו גם בגדר דיני החוזים עצמם, ... על-ידי פיתוחה של דוקטרינה בדבר קיומן של מעין "חוזה נספח", שעל-פיו נטל עצמו המפר - מכללא - להשיב למקיים כל טובת הנאה שצמחה לו עקב ההפרה."). כפי שמציינים השופטים ש' לוויין וברק שם, גישת החוזה מכללא בסוגייה זו נדחתה מפני עיקרון כללי של מניעת עשיית עושר ולא במשפט. בהקשר הנוכחי - של דגם חוזה האמונאות - אין סתירה בין השניים אלא להיפך: תכלית הגישה המוצדעת היא לאפשר היתלות בו החוזי החרות כדי להבטיח שדיני האמונאות אינם נגרעים.

²⁶⁹ בספרות הדוקטרינרית ראו, למשל, ניתוח מפורט של דגם התנייה מכללא אצל James Edelman, *Four Fiduciary Puzzles*, in ELISE BANT & MATTHEW HARDING, EDS., *EXPLORING PRIVATE LAW* 298, 300-302 (2010). בספרות הגישה הכלכלית למשפט מתבטא דגם התנייה מכללא במיוחד אצל איסטרברוק ופישל ומחברים נוספים המאמצים את גישתם. לפירוט ראו לעיל טקסט להערה 36 ואילך. יודגש עם זאת, כי הגישה המוצעת כאן אינה מקבלת את עמדתם של שני מחברים אלה, לפיה ניתן להתנות על כל חיובי האמונאות, לרבות חובת האמון. עוד ראוי לציין, שברק, לעיל הערה 197, בע' 1090, גורס כי "סעיף 9 לחוק [השליחות], המקנה תרופות בשל הפרת חוזה" אינו יוצר חוזה פיקטיבי בין השולח לבין השלוח. "ברק מבקש להדגיש בכך שהתבנית ה"חוזית" אינה מגבילה את דיני ההפרה והסעדים של חוזה שליחות לאלה של חוזה כללי. לכך יש להסכים, כמובן. דגם חוזה האמונאות כחוזה מכללא המוצע כאן מכליל תובנה זו בהבהירו כי יחולו כל דיני האמונאות, לרבות דיני ההפרה והסעדים המיוחדים להם.

מבחינה פוזיטיבית יש להתייחס למעמדו של החוק החרות לעומת הדין הקודם והדין הכללי, במיוחד ככל שאלה מבוססים על הלכה פסוקה הממשיכה להתפתח.²⁷⁰ עשויה להיטען הטענה, כי חוק החברות, לא-לכיד ככל שיהא, הוא דבר המחוקק באשר לדין הנוהג, ויש לפרשו מתוכו. בסוגיות מסוימות יש בהיסטוריה החקיקתית של חוק החברות בסיס לעמדה, שאין כוונה לסטות מן הדין הפסוק. כך, למשל, לגבי חובות בעלי-מניות, אשר לגביהן נאמר כי החוק לא יסטה מהלכת **קוסוי**.²⁷¹ בית המשפט העליון אימץ אף הוא את העמדה, כי לגבי חובות נושאי משרה יש רצף של הדין מן התקופה שלפני תיקון מס' 4 לפקודת החברות - בפרט, לפי הלכת **קוסוי** - לאחר תיקון מס' 4 ולאחר חקיקת חוק החברות.²⁷² לעומת זאת, ההיסטוריה החקיקתית בקשר לסוגיית הסעדים על הפרת חובת אמון מתעתעת, כמתואר לעיל. הפסיקה כמעט שלא נתנה דעתה לשאלה זו, למיטב ידיעתי, והסתפקה בדרך-כלל באיזכור סעיפי החוק.²⁷³

[58] הדרכה מסוימת לגבי אופן ההתמודדות עם השאלה הפרשנית בסוגיית הסעדים ניתן למצוא במשפט המשווה לנוכח מפעל הקודיפיקציה של חוק החברות האנגלי. חוק זה תוקן או נחקק מחדש מספר פעמים משלהי המאה ה-19 ובמהלך המאה ה-20, אלא שבמשך זמן רב הוא שימש בעיקר להסדרת עניינים שהפסיקה לא נתנה דעתה עליהם, כגון עניינים של מינהל החברה או התאמות לדין האירופי, או לנושאים שבהם הפרלמנט ביקש לסטות מהלכות פסוקות. בחוק החברות האנגלי משנת 1985 נקבע לראשונה הסדר לאישור האסיפה הכללית לעסקה של החברה שיש לדירקטור עניין אישי בה, לרבות חובת גילוי של הדירקטור, ובגידרו נכללו גם הוראות לגבי סעדים.²⁷⁴ קווי המיתאר הכלליים של אותו הסדר דומים לאלה של ההסדר בנושא זה שנכלל בתיקון מס' 4 לפקודת החברות, אולם בסוגיית הסעדים יש הבדל ביניהם. בנוסף לחובת הטבה (ביחד ולחוד) לגבי נזקים והפסדים שגם ההסדר בתיקון מס' 4 מתייחס אליה, החוק האנגלי קבע בראש ובראשונה סעד של חשבון לגבי טובות הנאה שצמחו בקשר להפרה.²⁷⁵ עם זאת, סוגיות

²⁷⁰ שאלה דומה עשויה להישאל בבוא העת, אם תושלם חקיקתו של חוק דיני ממונות, אולם בהקשר הנוכחי נתחום את הדיון לחוק החברות.

²⁷¹ ראו **לעיל** טקסט להערה 72 ואילך וכן טקסט להערה 110 ואילך. למותר לציין, כי בהקשרים רבים אין ספק לגבי כוונת המחוקק לקבוע דין חדש לעומת הדין מבוסס-ההלכות שקדם לחוק החברות - לדוגמה, כללי שמירת ההון, שהחליפו את הדוקטרינה של איסור הפחתת הון. במקרים אחרים יש תיעוד בהיסטוריה החקיקתית לכוונה לשנות את הדין הקודם אלא שמידת ההצלחה בהוצאת הכוונה אל הפועל מוטלת בספק - לדוגמה, דיני הרמת מסך. ראו ע"א 313/08 **נשאשיבי נ' רינראוי**, (1.8.2010), פסי' 75-78, מפי השופט דנציגר; ליכט, **לעיל** הערה 77.

²⁷² ראו, למשל, **קליין, לעיל** הערה 251, פסי' 10, מפי השופט גרוניס.

²⁷³ בפסיקת בית-המשפט העליון והמחוזי לא מצאתי התייחסות לפסיקה קודמת - למעט הפניות בודדות להלכות בעניין עשיית עושר ולא במשפט - ובפרט לא לשאלה העקרונית בדבר היחס בינה לבין חוק החברות. ההתייחסות העניינית היחידה מצוייה בפסק-דינה של סגנית-הנשיאה גרוסמן בפרשת **ברק תוכנה, לעיל** הערה 253, פסי' 53, אשר מסתמכת בהרחבה על ע"א **קוסוי, לעיל** הערה 57, בעי' 281 - גישה הנראית נכונה. בקשר למתן חשבונות נאמר, כי הוא הוכר בהלכה אצלנו מכוח דיני היושר וחוק הנאמנות, משנחקק, רק נתן לו ביטוי. ראו **לעיל** הערה 183.

²⁷⁴ ראו Companies Act 1985, c. 6 (U.K.), §§320, 322, 322A, 341.

²⁷⁵ למשל, סעיף 322 לחוק החברות מ-1985, שבוטל, קבע חבות לדירקטור - ובנפרד, בסעיף-קטן (6), לצד שלישי - בקשר לעסקה עם החברה שלא אושרה כדין.

322. Liabilities arising from contravention of s. 320.

(3) If an arrangement is entered into with a company by a director of the company or its holding company or a person connected with him in contravention of section 320, that director and the person so connected, and any other director of the company who authorised the arrangement or any transaction entered into in pursuance of such an arrangement, is liable:

הליבה של חובות נושאי משרה ותוצאות הפרתן נותרו נחלת ההלכה הפסוקה, אשר פיתחה אותן באופן מתוכלל כחלק מדיני האמונאות הכללים, ובמיוחד דיני הנאמנות.

בשנת 1998 יצאה הממשלה הבריטית ביוזמה לקודיפיקציה של דיני החברות בממלכה המאוחדת (אנגליה, וויילס וסקוטלנד). עבודות ההכנה לקראת החקיקה היו מקיפות ביותר.²⁷⁶ החוק עצמו התקבל בשנת 2006. במסגרתו נכללו, לראשונה, גם נוסחאות לחובות הדירקטורים.²⁷⁷ בהקשר זה התעוררו תהיות וחששות לגבי היחס בין הנוסח החרות לבין הדין ההלכתי בנושא - הן זה שקדם לחוק והן זה שיבוא אחריו. המחוקק הבריטי נתן לכך דעתו בקביעה, כי החוק מחליף את כללי המשפט המקובל ועקרונות היושר בסוגיה, ובאותה נשימה, כי החוק ייושם ויפורש לפי כללים ועקרונות אלה - לאמור, לפי הפסיקה המתפתחת.²⁷⁸ מחברים ובתי-משפט תמימי דעים, כי בסוגיית החובות הכלליות של נושאי המשרה יש, למעשה, רצף משפטי, ונשמר הקשר לדיני האמונאות הכלליים.²⁷⁹ לעומת זאת, למעט ההסדר המסויים הנזכר

(a) to account to the company for any gain which he has made directly or indirectly by the arrangement or transaction, and

(b) (jointly and severally with any other person liable under this subsection) to indemnify the company for any loss or damage resulting from the arrangement or transaction.

²⁷⁶ ראו GOWER AND DAVIES, לעיל הערה 61, בע' 57-58. לסקירה של החוק לעומת הדין הקודם ראו Paul Davies & Jonathan Rickford, *An Introduction to the New UK Companies Act: Part I*, 5 EUR. COMPANY & FIN. L. REV. 48 (2008); *Part II*, 5 EUR. COMPANY & FIN. L. REV. 239 (2008).

²⁷⁷ סעיפים 171-177 לחוק החברות האנגלי.

²⁷⁸ סעיף 170 לחוק החברות האנגלי קובע:

170. Scope and nature of general duties

(3) The general duties are based on certain common law rules and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and principles as regards the duties owed to a company by a director.

(4) The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties.

²⁷⁹ ראו GOWER AND DAVIES, לעיל הערה 61, בע' 503-505, ובפרט בע' 504: "Thus, there was no desire on the part of the legislature to cut the law of directors' duties off from its historical roots in the PALMER'S COMPANY LAW ; כן ראו duties applying to other persons acting in a fiduciary character." (Geoffrey Morse Ed., 25th ed. 2012) ¶8.2309 ("the codified duties are generally formulated in a way that quite faithfully reflects the older case law") בתי המשפט אימצו את העמדה המתוארת. באנגליה ראו את פסק-דינו של לורד ממרי בפרשת *Towers v. Premier Waste Management Ltd* [2011] EWCA Civ 923, ¶13 ("the general statutory duties [of the 2006 Act] ... extract and express the essence of the rules and principles which they have replaced.") בסקוטלנד, שגם בה החוק חל, ראו פסק-דינו של לורד הודג' (Hodge) בעניין *Eastford Ltd v. Gillespie* [2010] CSOH 132, ¶13:

Parliament has directed the courts not only to treat the general duties in the same way as the pre-existing rules and principles but also to have regard to the continued development of the non-statutory law in relation to the duties of other fiduciaries when interpreting and applying the statutory statements. The interpretation of the statements will therefore be able to evolve. The statutory statement of the general duties of directors is intended to make those duties more accessible to commercial people.

לעיל, שהועתק לחוק החדש,²⁸⁰ אין בחוק הסדר כללי לגבי סעדים על הפרת חובות הדירקטורים בחברה. נעשתה עבודת הכנה מיוחדת בנושא,²⁸¹ אולם הסוגייה נתפסה כמורכבת מדי וקשורה באופן הדוק לדיני הסעדים ביחס לאמונאים אחרים. לפיכך נכלל בחוק סעיף הבהרה, המשמר את הדין ההלכתי.²⁸²

נמצא איפוא, כי קשיי ניסוח בסוגייה זו אינם נחלתו של המחוקק הישראלי בלבד.²⁸³ כמערכות דין החולקות את אותם עקרונות-יסוד, אין זה פלא שגם בהקשר לחקיקה נתקלו דיני החברות של בריטניה ושל ישראל באתגרים דומים וננקטו גישות דומות באופן כללי כדי להתמודד עמם. בדומה להניעות שניצבו בבסיס חקיקת חוק החברות הישראלי, גם החוק האנגלי החדש נועד לספק לאנשי עסקים ולמשפטנים כאחד מסגרת נורמטיבית עדכנית לפעולת החברה. באשר ליחס בין הדין החרות לדין הפסוק בנושא חובות נושאי המשרה נשמר באנגליה רצף משפטי, בדומה לעמדה שהובעה אצלנו בפרשת קליין. נראה, כי גישה דומה ראוי לה להינקט גם בסוגיית הסעדים על הפרת חוזה אמונאות - לאמור, הפרת חובות אמון והגינות. בין אם מדובר בהוראות חלקיות, כפי שהמצב בישראל, ובין אם בהוראות חסרות-למעשה, כפי שהמצב הוא בבריטניה ובמדינות משפט מקובל נוספות, ההסדר המשפטי בגיזרת הסעדים צריך להלוו את ההסדר בגיזרת החובות ולהתבסס על דיני האמונאות במלואם.

²⁸⁰ סעיף 195 לחוק החברות האנגלי.

²⁸¹ ראו Richard Nolan, *Enacting Civil Remedies in Company Law*, 1 J. CORP. L. STUD. 245 (2001).

²⁸² סעיף 178 לחוק החברות האנגלי קובע:

178 Civil consequences of breach of general duties

(1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied.

(2) The duties in those sections (with the exception of section 174 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence)) are, accordingly, enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors.

²⁸³ גם חוקי החברות של קנדה ואוסטרליה הם חוקים מלאים - קודיפיקטיביים - אך אין בהם הוראות מיוחדות בנושא הסעדים על הפרת חובות אמון, וגם ההוראות שבהם בדבר הנושאים בחובות אמון אינן נקיות מקשיים. חוק החברות של דלאוור מקיף ומפורט מאד אף הוא, אולם בעיקרו הוא דומה יותר למתכונת חוק האנגלי לפני הנוסח האחרון ולפסיקה תפקיד דומיננטי בעיצוב הדין.