

על אמון ועסקים - דוקטרינת ההזדמנות העסקית

ליעוז בלסיאנו

במאמר זה נעמוד על דוקטרינת ההזדמנות העסקית, אותה הזדמנות שנקרית בדרכו של נושא משרה בחברה בכובעו ככזה, אך מטעמים שונים הוא בוחר לאמץ אותה דווקא בכובעו הפרטי. דוקטרינת ההזדמנות העסקית הינה אחד מנדבכיה של חובת האמונים שחבים נושאי משרה כלפי החברה בה הם מועסקים.¹

משמעותה של חובת האמונים של נושאי משרה, ובמיוחד של הדירקטור היא, כי האינטרס העליון אשר ינחה אותם בפעילותם, מעל לכל אינטרס אישי, הינו טובת החברה.² לעניין זה, יפים דברי הנשיא ברק (כתוארו אז): "חובת האמונים נועדה למנוע ניצול כוחו של הדירקטור לטובתו שלו".³

אדם המועסק כנושא משרה בחברה, נמצא בניגוד עניינים מובנה בין שני כובעיו: האחד - הוא עצמו - כאדם פרטי מחוץ לעסקי החברה, והשני - היותו נושא משרה בחברה. מעמדו המיוחד של הדירקטור או של נושא המשרה, יכול להוביל למצב בו הוא עלול לנצל את מעמדו כדי להשיג יתרונות אישיים או רווח אישי. חובת האמונים, ובמיוחד הדוקטרינה נשוא מאמר זה, באה למנוע ניגוד עניינים זה.

דוקטרינת ההזדמנות העסקית אוסרת על נושא משרה בחברה לנצל הזדמנות עסקית של החברה שהגיעה לידיעתו, וזאת במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר.⁴ באותה נשימה נציין, כי ההזדמנות העסקית שייכת לחברה, גם אם נושא המשרה פרש ממנה,⁵ אם החברה לא נפגעה או אם היא לא הייתה יכולה לממן אותה. מעניין לראות, כי דוקטרינה זו נשארה בבחינת אות מתה במשך שנים רבות, אולם התפתחויות חשובות בחקיקה ובפסיקה שאירעו לאחרונה, מיצבו את הדוקטרינה ככלי בעל שיניים אשר ראוי ונכון לעשות בו שימוש. על כל אלה ועוד ארחיב להלן.

-
1. חוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 254(א)(3).
 2. ע"א 610/94, 1989/94 זוסמן נ' כונס הנכסים הרשמי כמפרק בנק צפון אמריקה פ"ד נו(4) 289, פסקה 74.
 3. שם, פסקה 75.
 4. יוסף גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי (מהדורה שנייה 2011), עמ' 438.
 5. Regal (Hastings) V. Gulliver and Others (1942) 1 All E.R. 378.

א. נושא המשרה וחובותיו - רקע כללי

סעיף 1 לחוק החברות⁶ (להלן: "החוק") מגדיר מהו נושא משרה באופן הבא: "נושא משרה - מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי".

נושא משרה וחבר דירקטוריון בחברה מתחייבים עת כניסתם לתפקיד, לשלוש החובות הבאות:

א. חובת זהירות;⁷

ב. חובת אמונים;⁸

ג. חובת גילוי.⁹

חובות אלו יוצרות מארג של כללי מותר ואסור, המהווה מעין תמרור אזהרה וסימן דרך כיצד יש לפעול בכל אחד מהמקרים.

איסור ניצול של הזדמנות עסקית על ידי נושא משרה או דירקטוריון, הינו ביטוי מובהק של חובת הנאמנות וחובת האמונים בחברה, על שתיהן ארוחב את היריעה.

ב. ההזדמנות העסקית כביטוי לחובת הנאמנות

נושא משרה¹⁰ או חבר דירקטוריון בחברה נחשף למידע רחב וסודי הקשור לחברה. חברה המעוניינת בנושא משרה יעיל ומקצועי, תעמיד לרשותו מידע רב הכולל הזדמנויות וקשרים כדי שהלה יפיק ויגדיל תועלת עבורה. לאור זאת, נושא המשרה עלול להיות חשוף להזדמנויות שעשויות לעניין את החברה, ואף אותו עצמו באופן אישי, עד כדי כך שהוא עלול לנצל לתועלתו האישית. מצב דברים זה הינו ניגוד אינטרסים מובהק, אשר יש לו שתי השלכות משמעותיות על החברה.¹¹ ראשית, ניגוד האינטרסים הקיים במצב זה בין נושא המשרה לבין החברה יוצר נזק בכך שלחברה יש מורשה מטעמה אשר פעולותיו עלולות שלא לעלות בקנה אחד עם האינטרסים של החברה. כלומר, בראותו את ההזדמנות העסקית לנגד עיניו, עלול נושא המשרה החשוד בניגוד

6. חוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 1.

7. שם, סעיף 252.

8. שם, סעיף 254.

9. שם, סעיף 254(א); ע"א 741/01 קוט נ' עיזבון ישעיהו איתן ז"ל, פ"ד נו(4) 171.

10. חוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 1, "נושא משרה".

11. יהודית קציר, "דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה", הפרקליט מה 350, תשס"א-2001, עמ' 354.

עניינים, לקבל החלטות הנגועות בשיקולים זרים, אשר שונות במהותן מההחלטות שהיו מתקבלות על ידו אלמלא ניגוד העניינים. שנית, אם אכן יחליט נושא המשרה לנצל את ההזדמנות העסקית לטובתו, הנזק שייגרם לחברה הינו שלילת ההזדמנות העסקית והרווחים הצפויים ממנה, כמו גם הרווח שיפיק ממנה בעצמו.

אם כן, ניתן לומר, כי נושא משרה הינו אדם המועסק בחברה בתפקיד רם דרג, ומתוקף תפקידו הוא מחויב להימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה לטובתו או לטובת אחר. חוק החברות אימץ את ההגדרה המסורתית של חובת הנאמנות, אשר קשורה לדיני עשיית העושר המתמקדים בהתעשרות העצמית של המפר. כל זמן שנושא המשרה מציב את עצמו במצב של ניגוד עניינים, גם כאשר לא נגרם לחברה נזק כתוצאה מהתעשרותו העצמית, הוא מפר את חובת האמונים שלו כלפי החברה.¹²

סעיף 254 לחוק החברות¹³ מגדיר בבירור את דוקטרינת ההזדמנות העסקית כחובת אמונים:

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

(3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;

ג. אפיק הסודות המסחריים

ככל שהחוק ברור מאוד ביחס למה אסור ומה מותר לנושא משרה לעשות כשנקרית בדרכו הזדמנות עסקית, הוא אינו מגדיר באופן חד-משמעי, מהי למעשה הזדמנות עסקית.

עצם העובדה שהגדרת ההזדמנות העסקית נותרה עמומה, תרמה לכך שבמשך שנים רבות חברות בחרו שלא לפתוח בהליך נגד נושא המשרה באמצעות האפיק של ההזדמנות העסקית, אלא באמצעות אפיק רחב יותר של ניצול סודות מסחריים או סודות עסקיים.¹⁴

סוד מסחרי מוגדר לפי חוק עוולות מסחריות: כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה

12. אירית חביב סגל, **דיני חברות** (2007), עמ' 505-506.

13. חוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 254.

14. מ. דויטש, "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 - הגיונות בתחרות וסודות מסחר", **הפרקליט** מה (תש"ס) 28.

לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו".¹⁵

אפיק הסודות המסחריים זכה אף לפיתוח ניכר בפסיקה, ונקבע מפורשות, כי סודות מסחריים כוללים גם: רשימת לקוחות, שיטות עבודה ותהליכים, מדיניות המסחר, ידע הקשור לספקים, שלבי ייצור וכיוצא"ב.¹⁶ עם זאת, ההלכה צומצמת עם הזמן, ונקבע כי סוד מסחרי חייב להיות כזה שהחברה עשתה מאמץ כדי להסתירו.¹⁷

יש הטוענים, כי ההגנה הנרחבת (שצומצמה עם הזמן) שהעניקו בתי המשפט לחברה - מעסיק באפיק הסודות המסחריים, בצירוף העובדה שעדיף לפרקליט של החברה התובעת לצעוד בדרך סלולה ומוכרת מאשר להסתמך על עילות שלא זכו לפיתוח נאות - הן שהביאו לכך שעילת ההזדמנות העסקית נותרה מיותרת מזה שנים רבות.¹⁸ ואולם, לאחרונה אנו עדים לשינוי חיובי שמתחולל בעניין, עת עולה קרנה של דוקטרינת ההזדמנות העסקית בבתי המשפט ובכלל. שינוי זה קיבל משנה תוקף עת ניתן פסק דינה המצוין של השופטת דניה קרת-מאיר, בעניין **פאנגאיה**¹⁹ בבית המשפט הכלכלי בתל אביב, בו נדון בהמשך. מכל מקום, לעניות דעתי, אפיק הסודות המסחריים צר מלהכיל את התמורות שינבעו משימוש באפיק ההזדמנות העסקית. למרות הפיתוח בפסיקה, המענה הניתן במסגרת האפיק הראשון חלש, חסר הרתעה ולא נכון לטיפול בסוגיה חשובה מעין זו. דומה הדבר לאדם הבא לאכול מרק במזלג - על אף שיוכל לתפוס מעט מן התבשיל, אין מדובר בכלי הנכון והמתאים למאכל שמונח בצלחתו.

ד. גבולות ההזדמנות העסקית - סקירה עולמית

הגדרת ההזדמנות העסקית הינה לב ליבה של הדוקטרינה. באמצעות הגדרה זו, נוכל להבין ולכמת את גודל האיסור החל על נושאי משרה, את תכליתו ואת גבולותיו. לא בכדי, שיטות משפט שונות נוקטות גישות שונות כלפי ההזדמנות העסקית, והדבר יכול לנבוע מפערי תרבויות, מאג'נדה כלכלית-חברתית ומשיקולי מדיניות כלליים. היעדר שימוש בדוקטרינה זו העלה שאלות רבות, והדבר הוביל אותי לכתוב את מאמר זה. לעניין זה, יפים דברי השופט גדעון

15. חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, סעיף 5.

16. ע"א 1371/90 **דמתי נ' גנור**, פ"ד מד(4) 847.

17. ע"ש AES System INC 6602/96 **נ' משה סער**, פ"ד נד(3) 850.

18. יהודית קציר, "דוקטרינת ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של חברה", **הפרקליט** מה 350, תשס"א-2001, עמ' 351-353.

19. תני"ג 20136-09-12 **אליהו ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ**, פורסם בנבו:

http://www.nevo.co.il.proxy1.athensams.net/psika_html/mechozi/ME-12-09-20136-699.htm

גינת: "הפסיקה בארץ כמעט ולא דנה בסוגית ניצול ההזדמנות העסקית של החברה ואין בה מענה לשאלה, מהי הזדמנות עסקית כאמור".²⁰

בטרם ניכנס לעובי הקורה, נגדיר את ההזדמנות העסקית כמנוף צמיחה כלכלי, אפשרות להתעשר, הדורש השקעת משאבים וצפוי להניב רווחים. ההזדמנות העסקית במקרים שלנו מופנית כלפי נושא המשרה, בין אם בכובעו ככזה ובין אם בכובעו כאדם פרטי, ונוגעת בנקודת ההשקעה הקריטית ביותר - ניגוד העניינים המובנה של בעיית הנציג בין המנהלים ובין בעלי המניות (החברה במקרה שלנו). כלומר, עמדת הכוח של המנהל היא זו שמיקמה אותו בסיטואציה שבה התגלגלה לפתחו בכלל האפשרות לנצל את ההזדמנות העסקית. נזכיר, כי על מנת שנוכל לקיים סדר יום כלכלי תקין, חבים אותם נושאי משרה בחובת אמונים אשר אמורה וצריכה לעמוד לנגד עיניהם של נושאי משרה, עת הם עלולים להתפתות ולעשות לביתם, מקום בו הדבר אסור עליהם על פי החוק והפסיקה. נעבור כעת על סקירה תמציתית של הדוקטרינה ונתאר בקצרה כיצד היא התפתחה במקומות שונים בעולם:

הדין האנגלי:

בפסק דין **Regal**²¹ האנגלי נפסק זה מכבר, כי דירקטורים של חברה חייבים בהשבת רווח שהופק על ידם בעת שחלה עליהם חובת הנאמנות לחברה. לא זו אף זו, הם חייבים בהשבה, גם מקום שהחברה לא הייתה מסוגלת לבצע את העסקה בעצמה.

נשאלת השאלה - מדוע מקום שבו החברה לא יכולה לקיים את העסקה בעצמה, חייב נושא המשרה להעביר אליה את הרווח שהפיק מהעסקה? הרי היא מלכתחילה לא הייתה יכולה להיכנס לעסקה?

יוצא אם כן, שאין הכרח שיתקיים מרכיב הנזק - כספים שהחברה אמורה הייתה להרוויח בעצמה, על מנת שתתקיים חובת ההשבה. מכאן, שתכלית ההשבה מקורה בהפרת חובת האמונים כלפי החברה, ואילו ההשבה הינה הסנקציה.

פסק דין **Regal** קיבל באנגליה משנה תוקף בפסק דין **Cooley**,²² בו נפסק, כי מנהל חברה נדרש להשיב לה את רווחיו עקב ניצול הזדמנות עסקית, על אף שלא הייתה באפשרותה כלל לנצל.

20. ת"א (מחוזי חיפה) 474/04 ירון נ' ליפשיץ (20.8.2007), פורסם בנבו.

21. *Regal (Hastings) V. Gulliver and Others* (1942) 1 All E.R. 378.

22. *Development Consultants Ltd. V. Cooley* (1972) 2 All ER 162.

הדין הקנדי והאוסטרלי:

הלכת **Regal** אומצה בקנדה, אולם התפתחות יפה ניתן למצוא בפסק דין **Peso**.²³ בפסק דין זה הזדמנות עסקית הוצעה לחברה. דירקטוריון החברה דן בה, ולאחר דין ודברים הוחלט לוותר עליה. לאחר מכן, הוצעה אותה הזדמנות לדירקטור בחברה, שביחד עם אחרים הקים תאגיד וקפץ על ההזדמנות.

תוך הסתמכות על פסק דין **Regal** האנגלי, דרשה החברה בתביעה נגד הדירקטור את הרווחים, תוך שהיא טוענת טענה מעניינת, כי הדירקטור מחזיק את כספיה בנאמנות. בית המשפט פסק, כי ככל שדירקטוריון החברה דן בהצעה ופסל אותה בשיקול דעת, וניצול ההזדמנות העסקית על ידי הדירקטור בוצע בתום לב - אין חובת השבה של הכספים.

חיזוק לכך ניתן למצוא בפסק הדין האוסטרלי **Queensland Mines**.²⁴ בו נפסק שבמקרה שבו נעשה גילוי מלא של ההזדמנות העסקית לחברה, והאחרונה דחתה אותו באופן מודע - אין המנהל צריך להשיב את רווחיו כתוצאה מניצול אותה הזדמנות עסקית על ידו, למרות חובת האמון שלו לחברה.

לאור כל האמור לעיל נראה, כי גילוי מלא לדירקטוריון, דיון אמת והחלטה עצמאית הדוחה את הזדמנות העסקית, יכולים "לרפא" ניצול הזדמנות על ידי נושא משרה החב חובת אמונים לחברה. בעשייתו את הני"ל, לא יהיה חייב נושא המשרה להשיב את רווחיו לחברה. חובת הגילוי על פי זרם זה, אינה רק בבחינת תרופה, אלא זוהי חובה גרידא. גילוי, דיון אמת והחלטה עצמאית מהווים התפתחות יפה, שנראה בהמשך שגם אומצה במחוזותינו. ואולם, **נושא המשרה החב חובת אמונים לחברה ולא עשה כן, גם אם החברה לא יכולה לעמוד בהשקעה הנדרשת לטובת ניצול המנוף הכלכלי דנו, יהא חייב להשיב את כל הרווחים שהופקו מכך לחברה, וזאת מכוח חובת האמונים לעיל.**

הדין האמריקאי:

בפסק דין **Guth**.²⁵ האמריקאי קבע בית המשפט, כי יו"ר הדירקטוריון Guth של חברת Loft רכש מניות בחברת פפסי קולה (ההזדמנות העסקית) בנאמנות עבור חברת Loft, אף על פי שבפועל רכש אותן לעצמו. פסק דין **Guth** קובע קו מעט שונה, נפסק כי ככל שנושא משרה קיבל הצעה באופן אישי, כאשר ההצעה אינה חיונית לחברה, ואין לה אינטרס או ציפייה לממש אותה, וככל שנושא המשרה לא עשה שימוש שלא כדין במשאבי החברה, הרי שהוא יכול

.23. *Peso Silver Mines Ltd. V. Cropper*, (1996) S.C.R 673.

.24. *Queensland Mines LTD. V. Hudson* (1978) 18 ALR 1.

.25. *Guth V. Loft, INC.*, A.2d 503 (DEL. Ch. 1939).

לנכסה אליו. ואולם משלא עשה כן, יהא עליו להשיב כל רווח שעשה מכוח ההזדמנות העסקית.

²⁶ **Broz** דין פסק דין אמריקאי מאוחר - פסק דין **Broz**.²⁶ בפסק דין זה נפסק, כי אף על פי שדירקטור בחברה יכול להגן על עצמו מפני חבות על ידי כך שיציע לחברה את ההזדמנות העסקית שהגיעה אליו באופן עצמאי ואישי (וזהו החיזוק כביכול), הרי שאי-הצגת העסקה לחברה כאמור, אינה מובילה בהכרח למסקנה, כי נעשה ניצול שלא כדין של הזדמנות עסקית. בית המשפט העליון של דלוור מאפשר למעשה, לדירקטור עצמו להפעיל שיקול דעת באשר ליכולת העסקית או הפיננסית של חברה לבצע את העסקה, ועל בסיס זה להחליט, אם הוא רשאי לבצע אותה בעצמו, מבלי שהדבר יהווה הפרת חובת אמון. כמו כן, בית המשפט העליון של דלוור קובע את התרופה - ההצגה הפורמלית של ההזדמנות העסקית, מבלי לדון בה ממש במקום שבו אין לחברה אינטרס, ציפייה או יכולת כלכלית לבצע את העסקה - בכוחה לרפא ניצול הזדמנות עסקית על ידי נושא משרה. נראה, כי הגילוי אינו חובה על פי הלכה זו, אלא מהווה מעין אמצעי הגנה בלבד, "חוף מבטחים", על פי שיקול דעתו של נושא המשרה. כלומר, מקום בו נושא המשרה חושב, כי ההזדמנות העסקית אינה נמצאת במתחם הצפיות של החברה או באפשרותה הכלכלית, באופן סובייקטיבי, הוא יכול לנצל על פי פסק דין **Broz** אף מבלי לגלותה לחברה. אם ירצה "לבטח" את עצמו, יגדיל ויצג פורמלית את ההזדמנות העסקית לחברה.

גישה זו נקראת "**Line of Business Test**", ולפיה ככל שההזדמנות העסקית הייתה קשורה למהלך העסקים הרגיל ולפעילויות העסקיות הקיימות של החברה, במידה כזו שניצול ההזדמנות העסקית על ידי נושא המשרה יוביל לתחרות עם החברה - אזי מדובר בניצול פסול, שתוצאתו הינה השבת הרווחים לחברה.

גישה זו לא עולה בקנה אחד עם חוק החברות הישראלי, בו נדון בהמשך, וזאת משום שהמבחן שנעשה משאיר את שיקול הדעת באשר ליכולת החברה לבצע את העסקה, לנושא המשרה. המקום הטבעי לקבלת החלטה מעין זו הוא דירקטוריון החברה.

ביקורת רבה הושמעה על המבחנים שנקבעו בפסק דין **Guth** ובפסק דין **Broz** בארצות-הברית, נוכח העובדה שקשה לקבוע, אם פעילות מסוימת מצויה בתחום הפעילות האורגני של החברה, בתקופה שבה חברות רבות מרחיבות אופקים לתחומים נוספים חדשות לבקרים. ביקורת נוספת נשמעה בקשר לתוצאת פסק הדין. התוצאה מאפשרת, למעשה, לחתול לשמור על השמנת, שכן דירקטור בחברה בקיא לרוב במצבה הכספי של החברה ויוצא שידע זה מקנה לו "כרטיס כניסה חופשי" לכל הזדמנות עסקית שהוא מעריך

²⁶ **Broz V. Cellular Information Systems, INC.**, 637 A.2d 148 (Del. 1996).

שהחברה לא תעמוד בה, וזאת מבלי לשאול לדעתה כלל. בנוסף, הבחינה המוצעת בפסק דין **Guth**, לפיה הדירקטור צריך להפעיל שיקול דעת, האם לחברה יש יכולת כלכלית לנצל את ההזדמנות העסקית, ובמידה שלא - יוכל לנצלה בעצמו, יכולה לשמש כחרב פיפיות נגד החברה. בחינה זו מולידה ניגוד אינטרסים אינהרנטי שיוצר לדירקטור תמריץ שלילי לפתור בעיות פיננסיות בחברה. כמו כן, נושא המשרה יכול לקבוע שרירותית, ולעיתים בניגוד למצב הקיים בשטח, כי החברה לא יכולה כלכלית לעמוד בהזדמנות העסקית - ולהתקדם לניצולה ללא מפריע.

ביקורות אלו עלו בפסק דין **Harris**²⁷ בבית המשפט העליון של מדינת מיין. פסק דין זה קבע קו נוקשה וברור של גילוי מלא והצעה אמיתית של ההזדמנות העסקית לחברה בטרם נושא המשרה יוכל לנצלה בעצמו. פסק הדין דן ארוכות גם באופן הדחייה של ההזדמנות העסקית על ידי החברה: הדחייה תיעשה על ידי דירקטורים שאינם בעלי עניין, בהתאם לכלל שיקול הדעת העסקי, או על ידי בעלי מניות שאינם בעלי עניין; הדחייה הינה הוגנת כלפי החברה; הדחייה לא תגרע מנכסי החברה ותיעשה לאחר גילוי מלא כאמור. הכללים הללו הוצעו על ידי ה-ALI²⁸, שהינו גוף משפטי בלתי תלוי שהוקם במטרה לפתור ולסייע בסוגיות משפטיות. כמו כן, ה-ALI הציע הגדרה רחבה יותר של ההזדמנות העסקית, ככזו שנושא המשרה נחשף אליה, תוך כדי מילוי תפקידו או תוך שימוש במידע או בנכסים של החברה, והינה בתוך מתחם הצפיות של החברה, כאשר הדגש אינו כיצד נושא המשרה צופה זאת, אלא כיצד החברה צופה.

פסק דין נוסף שאימץ את כללי ה-ALI הינו פסק דין **Demoulas**²⁹ שניתן במדינת מסצ'וסטס, בו נפסק, כי דירקטור או נושא משרה יכול לנצל הזדמנות עסקית רק אם הציג את ההזדמנות לחברה בגילוי מלא ואמיתי, וזו דחתה אותו. כמו כן, נקבע כי אין מקום לצמצם את הדוקטרינה של ניצול ההזדמנות העסקית רק למקרים בהם העסק דומה לעיסוק הקיים של החברה. בית המשפט עמד על כך שגילוי מלא שולל את הפיתוי הנוצר עם הגעת ההזדמנות העסקית לתודעתו של נושא המשרה.

פסק דין נוסף ומעניין ניתן לפני כמה חודשים בדלוור בפרשת **QC COMMUNICATIONS**³⁰, בה נושא משרה בחברה מכר נכסים שלה שלא כדן. בית המשפט בדלוור פסק, כי החברה זכאית לפיצוי בגובה הרווחים שנגזלו ממנה. כלומר, על נושא המשרה להשיב כל רווח שהפיק כתוצאה מהעברה של רווחי החברה לכיסו הפרטי.

27. *Northeast Harbor Golf Club V. Harris*, 661 A.2d 1145, 1149 (me 1995).

28. American Law Institute, *Principles Of Corporate Governance* (1992).

29. *Demoulas Super Mkts.*, 667 N.E.2d 159' 181 n.36.

30. *QC Communications INC., V. Anthony J. Quartarone and Q Media , INC.*, Civil Action No 8218-VCG.

נדמה ששלושת פסקי הדין האחרונים עולים בקנה אחד עם הדין האנגלי, הדין הקנדי והדין האוסטרלי, וכפי שנראה להלן, גם עם הדין הישראלי.

ה. הדין הישראלי

בפסק הדין בעניין **פאנגאיה**³¹ התחבטה כבוד השופטת דניה קרת-מאיר, מהו הכלל שיאומץ בישראל בבחינת גבולות ההזדמנות העסקית, ומתי וכיצד יכול נושא משרה בחברה לנצל. הדיון בפסק דין **פאנגאיה** נסב על בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד יו"ר הדירקטוריון ומנכ"ל החברה. תביעה נגזרת הינה כלי חשוב שהמחוקק התיר לבעל מניות ולדירקטור בחברה לתבוע בשמה, גורם שממנו היא זכאית להיפרע.³² בית המשפט אישר את הבקשה, ובימים אלה ממש, צפוי להתנהל הדיון בתביעה העיקרית.

נתאר את עובדות פסק הדין בקליפת אגוז. המנכ"ל ויו"ר הדירקטוריון של חברת **פאנגאיה נדל"ן** זיהו הזדמנות עסקית בתחום המקרקעין, מקור הכנסתה העיקרי של החברה. הם זימנו דיון דחוף בשיחת ועידה בדירקטוריון החברה ובו ביצעו גילוי, שלימים נתגלה כחלקי לחלוטין. הדירקטוריון קבע, כי אין באמתחת החברה מספיק אמצעים לקחת על עצמה את ההזדמנות העסקית נוכח השקעה קודמת שהשקיעה, ולנוכח המידע שהועבר, המורה כי ההכנסות מההזדמנות העסקית צפויות להגיע רק בזמן הרחוק, ולכן סירב לקבלה. משלא ניצלה החברה את ההזדמנות, אצו השניים והקימו בעצמם חברה, אשר ניצלה את ההזדמנות העסקית וגרפה רווח מהיר, אשר הופק מדפוס פעולה שונה לחלוטין ממה שעלה בישיבת הדירקטוריון.

העניין הגיע לבית המשפט לאחר שבעל מניות מיעוט בחברה (ביטון) זיהה את העניין וביקש לתבוע את השניים באמצעות החברה בתביעה נגזרת. הדיון נסב על אישור התביעה כנגזרת כאשר, בין היתר, עלתה הדילמה, איזה מודל מבין הקיימים בעולם יש לאמץ בדין הישראלי.

בית המשפט בחר באופן מובהק במודל האנגלי וקבע:

"... יש להחיל הגדרה רחבה באשר לקיומה של הזדמנות עסקית. די בהיות העסקה קרובה במהותה לעסקי החברה הנדונה כדי להוות הזדמנות עסקית שעל נושא משרה להימנע מניצולה, ללא כל קשר לשאלת יכולתה או אי יכולתה של החברה לבצע את העסקה. אין כל מקום להותיר את ההחלטה בדבר יכולתה של החברה לממש את ההזדמנות העסקית בידי נושא המשרה שמבקש לנצל. שיקול הדעת

31. הי"ש 19 לעיל.

32. חוק החברות, סעיפים 209-194.

העסקי בעניין זה נתון לחברה בלבד, על יסוד מידע מלא שיימסר לה על ידי הדירקטור באשר לעסקה בהגדרתה הרחבה לעיל.³³

כלומר, הצגת העסקה לדירקטוריון באופן פורמלי לחלוטין, לא תרפא את הניצול הפסול, ולכן יש להציג באופן מלא ואמיתי את ההזדמנות העסקית. כמו כן, על הדירקטוריון לקבל את כל המידע הרלוונטי לטובת קבלת החלטה מדעת בתום לב ובכובד ראש. טענתם של נושאי המשרה בפסק הדין הייתה, כי החברה לא הייתה יכולה לממן כלל את ההזדמנות העסקית, אולם השופטת פסקה, כי קיימות ראיות לכאורה, שלא נמסר לחברה המידע המלא. כמו כן, בדיון בדירקטוריון שוחחו על השקעה לטווח ארוך שלא תניב פירות בקרוב, ואילו לאחר שהשניים הקימו חברה משלהם וניצלו את ההזדמנות העסקית, היה ניתן לראות בבהירות שהפירות הגיעו מהר מאוד.

במידה שאכן כך היו הדברים, ניכר כי החלטתו של בית המשפט נכונה, אמיצה ובהחלט במקום. לא ייתכן, כי נושאי משרה ישתמשו בחובת הגילוי, כל גילוי, בין אם הוא אמת או בין אם הוא אשליה, כעלה תאנה בדרך לניצול הזדמנות עסקית השייכת לחברה. משמעותה של חובת האמונים של נושאי משרה, ובמיוחד של הדירקטור, הינה, כי האינטרס העליון אשר ינחה אותם בפעילותם מעל לכל אינטרס אישי, הינו טובת החברה, לרבות ניצול או ויתור על הזדמנות עסקית.

כחלק בלתי נפרד מהנ"ל, על נושאי משרה לפעול בשקיפות מוחלטת כלפי החברה, כפי שמתחייב מסעיף 254(א)(4) לחוק החברות:³⁴

"... יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה."

לפיכך, נכון עשה בית המשפט עת קעקע את הגישה האנגלית בדין הישראלי. לעניות דעתי, זוהי גישה נכונה וראויה.

ו. אישור החברה על ויתור הזדמנות עסקית

לא כל מצב שבו נושא משרה מנצל הזדמנות עסקית השייכת לחברה, הינו פסול. המחוקק הותיר לחברה פתח לאפשר לנושא משרה לנצל הזדמנות עסקית, בכפוף לתנאים הבאים:

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

³³ ה"ש 19, עמ' 32

³⁴ חוק החברות, סעיף 254(א)(4).

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

(2) נושא המשרה גילה לחברה, זמן סביר לפני המועד לדיון באישור, את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים.³⁵

נראה, כי חובת הגילוי מקבלת פן נוסף. מעבר לחובה במובן השלילי שלה, כפי שמופיע בסעיף 254(א)(4), הקובע כי נושא משרה " יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניינה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה", קיימת גם חובה במובן החיובי, כפי שמופיע בסעיף 255(א)(2) לעיל. חובת גילוי במובן השלילי באה לידי ביטוי בכך, שהפרת חובת הגילוי תוביל לכך שנושא המשרה למעשה, מפר את חובת האמונים החלה עליו. בחובת גילוי במובן החיובי, נושא משרה שרוצה לנצל הזדמנות עסקית לטובתו האישית, נדרש לגלות לחברה את מהות ענינו האישי בפעולה, לרבות כל עובדה או מסמך מהותיים. כלומר, הגילוי במובן החיובי של ניצול ההזדמנות העסקית, יכול להניב פרי לטובתו האישית של נושא המשרה, בעוד שעמידה בחובת הגילוי השלילית כרוכה בתפקיד, והינה דרישת סף כחלק מחובת האמונים. חשוב לציין, כי אי-עמידה בשתי החובות דנן, יכולה להתפרש כהפרת חובת אמון במובן השלילי, שכן הכלל קובע מפורשות, כי נושא משרה יגלה וימסור לחברה כל ידיעה וכל מסמך הנוגעים לעניינה, שבאו לידי מתוקף מעמדו בחברה.

תוקף נוסף לכך ניתן לדלות מהחוק המתיר לחברה לבטח נושא משרה בגין הפרת חובת אמונים, ובלבד שנושא המשרה פעל בתום לב ולטובת החברה.³⁶ ואולם, ככל שהפרת חובת האמונים נעשתה בכוונה להפיק רווח אישי שלא כדין, החוק שולל את הגנת הביטוח לעיל מנושא המשרה.³⁷

כמו כן, המחוקק קובע את האופן שבו יש לאשר את ניצול ההזדמנות העסקית על ידי נושא משרה בחברה. אישור לביצוע פעולות מהותיות, כגון ניצול הזדמנות עסקית מובהקת של החברה על ידי נושא משרה בה, ייעשה בהתאם לפרק החמישי לאישור עסקאות חריגות בחוק בשינויים המחויבים.³⁸ ניצול הזדמנות עסקית שאינה במתחם הצפיות של החברה ניתן לפרש כפעולה לא מהותית, ומכאן יש לאשרה בהתאם לפרק החמישי לאישור עסקאות בחוק בשינויים המחויבים.³⁹

35. חוק החברות, סעיף 255.

36. חוק החברות, סעיף 261(2).

37. שם, סעיף 263(3).

38. שם, סעיף 255(ב).

39. שם.

ז. התרופות והסעדים בגין ניצול הזדמנות עסקית שלא כדין

בסקירת פסקי הדין בעולם ראינו מגוון פתרונות יצירתיים בהם נקטו בתי המשפט במתן סעדים לחברה, שחוותה ניצול הזדמנות עסקית שלא כדין על ידי נושא משרה מטעמה.

המחוקק בדין הישראלי מאפשר לחברה לבחור את הסעד המתאים לה ביותר, עת קבע, כי הפרת חובת אמון, כמוה כהפרת חוזה לעניין התרופות,⁴⁰ קרי אכיפה, ביטול ופיצויים.⁴¹ במסגרת תרופת הביטול, ניתן לכלול את סעד ההשבה⁴² - השבת הרווחים האבודים של החברה שהחזיק לכאורה, נושא המשרה בחברה בנאמנות. תכלית ההשבה הינה מניעת התעשרות שלא כדין על ידי צד לחוזה והשבת המשאבים שהוקצו לצד לחוזה.⁴³ לעניות דעתי, דברים אלה עולים בקנה אחד עם מצב שבו נושא משרה ניצל הזדמנות עסקית שלא כדין. בית המשפט רשאי למתוח את גבולות ההשבה הסובייקטיבית, הבאה למנוע התעשרות שלא כדין של צד לחוזה, על פני ההשבה האובייקטיבית, הבאה להשיב את המשאבים שהוקצו לצד לחוזה ואת ערכם הריאלי, במקום שבו ניכר, כי ראוי וצודק לשפוט כך. כלומר, החברה זכאית להשבת הפירות שזכה להם נושא המשרה כתוצאה מניצול ההזדמנות העסקית, כשם שצד זכאי להשבת הפירות שהפיק המפר כתוצאה מההפרה.⁴⁴

יתר על כן, החוק קובע, כי נושא משרה שהפר חובת אמונים, לרבות ניצול ההזדמנות העסקית, רואים בו כמי שהפר את התקשרותו עם החברה.⁴⁵ כמו כן, 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 היעדר אישור לפעולה.⁴⁶ ואולם החוק גם סייג את מסגרת האחריות של אדם שהתקשר עם נושא משרה בקובעו, כי חזקה על אדם שלא היה עליו לדעת על היעדר אישור לפעולה כנדרש, אם קיבל את אישור הדירקטוריון לכך שנתקבלו כל האישורים הנדרשים לפעולה.⁴⁷

40. שם, סעיף 256(א).

41. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 2.

42. שם, סעיף 9.

43. גבריאלה שלו ויהודה אדר, **דיני חוזים - תרופות** (התשס"ט), עמ' 717-725.

44. שם, עמ' 725-729.

45. חוק החברות, סעיף 256(ב).

46. שם, סעיף 256(ג).

47. חוק החברות, סעיף 256(ד).

ח. לסיכום

המסקנה מכל האמור לעיל הינה, כי ככל שנושא המשרה יפעל בתום לב ולא יפגע בחברה, וככל שיגלה לחברה גילוי מלא ואמיתי של ההזדמנות העסקית, ויתקבלו כל האישורים כדין ובהתאם לכללים המתאימים לכך - יוכל נושא המשרה לנצל את ההזדמנות העסקית. במידה שחצר אחד מהתנאים הנ"ל, הרי שמדובר בניצול פסול, והחברה תהא זכאית לסעדים המופיעים לעיל.

הבדל מהותי אחד בין השימוש על ידי חברה בהגנת הסודות מסחריים כנגד עובד שניצלם, כפי שראינו בתחילת המאמר, ואשר רווחה בארץ, ובין דוקטרינת ההזדמנות העסקית, נוגע לאינטרס. כאשר עובד מן השורה (לא מנכ"ל או יו"ר או דירקטור וכו') מנצל את החברה לטובתו האישית שלא כדין, בין אם על דרך השימוש בסודות מסחריים ובין אם על דרך ניצול ההזדמנות העסקית, החברה יכולה לתבוע אותו ללא בעיה. ואולם, במקרה שבו אחד מבעלי השליטה בחברה המשמשים בתפקיד פעיל בחברה או נושא משרה המשמש כאחד מאנשי שלומם עושה כן, כפי שקורה לא מעט לעניות דעתי, בעולם הכלכלי של ימינו, על פי רוב, החברה תשתוק ולא תעשה מאומה כנגד אותו נושא משרה שניצל הזדמנות עסקית השייכת לחברה.

פסק דין **פאנגאיה** מהווה תקדים חיובי בכל הנוגע לדוקטרינת ההזדמנות העסקית, עת סלל את הדרך הנכונה והמתאימה לשימוש יעיל בכלים שנתן המחוקק לחברות כנגד נושא משרה אשר בחר לעשות לביתו, או לטובת אחר שלא כדין. השילוב בין כלי התביעה הנגזרת,⁴⁸ המאפשר לבעל מניות בחברה לתבוע בשמה נושא משרה, ובין כלי ההזדמנות העסקית, השולל שימוש שלא כדין בהזדמנות השייכת לחברה - יכול להוביל להרתעת נושאי משרה ולהשבת רווחים לחברה, מקום בו הם נגזלו.

תכלית מאמר זה הינה לבאר את הדוקטרינה ולשמש קול קורא לבעלי מניות מיעוט בחברה לא לשתוק ולהציף את הדברים כלפי מעלה במידה והם שהם רואים לנגד עיניהם, כיצד רווחים אפשריים שהיו אמורים להגיע לחברה, מגיעים לכיסם של אחרים. כנ"ל לגבי חברות אשר נושא משרה מטעמן עשה לביתו, או לטובת אחר, ללא אישור. יש בסיס איתן לתבוע באמצעות דוקטרינה זו, אשר תוצאותיה בסופו של יום הן: השבת הרווחים האבודים, הפרת ההסכם של נושא המשרה כלפי החברה, פיצויים ו/או ניכוס ההזדמנות העסקית לחברה. בהתאם לכך, ניתן לראות, כי מתעוררים פסקי דין המאזכרים את פסק דין **פאנגאיה**,⁴⁹ ונראה גם בעתיד.

זה המקום גם לקרוא למחוקק לאפשר סעד נוסף בדמות פיצויים עונשיים בגין ניצול הזדמנות עסקית שלא כדין. סעד זה עלול להגדיל ולהרתיע, שכן מעבר

48. שם, סעיפים 209-219.

49. ת"א (מרכז) 6510-07-09 **יחזקאל בן נתן נ' רפאל עטר ואח'**.

לרווחים שצפוי להשיב אותו נושא משרה לחברה, האפשרות שייאלץ להוציא כספים נוספים מכיסו אקסטרניים לסיטואציה, עלולה לחזק את רמת המחויבות שלו. סעד זה, בשילוב היעדר ביטוח כאמור לעיל, יוביל לעניות דעתי, לגילוי רחב, מלא ואמיתי של ההזדמנות העסקית על ידי נושא המשרה לחברה, כל אמת שתיקרה בדרכו כזו, וכל זמן שיהרהר, אם לנצלה לטובתו או לטובת אחר. סעד זה יעצים את תחושת המחויבות ויוביל לכך שהסיכון יעלה על התועלת.