

שווים, ושווים יותר - על הזכות ליתן כח הצבעה לא שיויוני בחברה ומגבלותיה / גלעד בר-עמי, עו"ד*

בניגוד לשיטות משטר אחרות בהן, כפי שגילו דיירי חוות החיות (ג'ורג' אורוול, 1945), כולם שווים אך... יש אשר שווים יותר, הרי שאחת מאבני היסוד של הדמוקרטיה היא השוויון המוחלט בפני החוק. אך מה באשר לזכויות הצבעה בדירקטוריון חברה - האם תיתכנה זכויות יתר לדירקטור אחד על פני דירקטור אחר והאם יש הגבלה להיקף זכויות היתר שבעלי המניות בחברה רשאים להעניק?

בניגוד לחוקים אחרים המבקשים ליצור נתיב ברור ובלעדי להתנהלות בנושאים המוסדרים בהם, הרי שלצד שורת הוראות והנחיות בודדות שנקבעו כברירת מחדל, חוק החברות הישראלי מעניק לבעלי המניות בחברה חופש רב בקביעת מבנה החברה ואופן התנהלותה בהתאם לעקרון חופש החושים והחלתו על תקנון החברה. עם זאת קיימות בחוק הוראות קוגנטיות - כאלה שלא ניתן להתנות עליהן - ובכללן כאלה הנוגעות לסמכויות הדירקטוריון וחובותיו.

אחד הכללים המביא לידי ביטוי את המתח האמור בין החופש החוזי לבין כללי הממשל התאגידי הקוגנטיים היא החובה על דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעתו בדירקטוריון. על פניו מדובר בהנחיה הנוגעת רק להצבעה על פי הנחיות מצד ג' או בהתאם להסכם הצבעה בניגוד לשיקול דעתו, אך מה הדין כאשר הדירקטור מצביע על פי שיקול דעתו העצמאי אלא שבשל ההסדרים הקבועים בתקנון, להצבעה המבטאת את אותו שיקול דעת אין כל משקל בהשפעה על ההחלטה שתתקבל, ומכאן על התנהלות החברה. האם ניתן לומר שהתקנון איפשר לו להצביע על פי שיקול דעתו ולצאת ידי חובה או שנדרשת עמידה מהותית בחובה להפעיל שיקול דעת ואין לאפשר החלטה נעדרת פוטנציאל להשפעה על פעילות החברה? במקרה שנדון בפני בית המשפט העליון בנובמבר, 2009,¹ נדונה זכותו של דירקטור להפעיל את זכות הוטו שניתנה לו בתקנון ונקבע כי הענקת זכו וטו על החלטות מסוימות של הדירקטוריון אינה מונעת מהדירקטוריון מלהפעיל את שיקול דעתו, אלא שההחלטה המתקבלת מכך כפופה לאישורים נוספים. מנגד במקרה אחר, שנדון בפני בית המשפט העליון באוגוסט, 2022,² נקבע (תוך הבחנה בין מצב של כוח הצבעה לא שוויוני או אפילו זכות וטו לבין מצב שבו שיקול הדעת של הדירקטורים מתבטל לחלוטין מכוח ההחלטה הנתון לדירקטור יחיד) כי על אף שהוראות החוק מאפשרות מציאות בה הדח"צים (הדירקטורים החיצוניים) מהווים מיעוט בדירקטוריון, הן אינן מאפשרות לאיין כליל את השפעתם על קבלת ההחלטות בחברה. באותו מקרה דובר בחברה, ששימשה כשותף כללי בשותפות מוגבלת ציבורית, וקבעה בתקנונה כי ההכרעה בעניינים מקצועיים נתונה בידיו של אדם ספציפי - פעולה שלאור העובדה שהחוק חייב את החברה במינוי דח"צים אינה חוקית משהיא שוללת את שיקול דעתם. עם זאת יש לשים לב לכך כי בניגוד להלכה הברורה שנקבעה באשר לאיין שיקול דעתם של הדח"צים, בית המשפט בחר שלא לקבוע הלכה דומה ביחס לדירקטורים שאינם דח"צים והסתפק במתיחת ביקורת חריפה.

אם כן, בעוד שממבט ראשון החוק מעניק לבעלי המניות חופש חוזי בלתי מוגבל להסדרת ניהול החברה באמצעות ניסוח התקנון, חופש זה כפוף למגבלות והפרתן עשויה להוביל לפסילת התקנון ואולי אף לפירוק בפועל של החברה. לכן, עוד בשלב ההתאגדות, חשוב להיעזר בשירותיו של עורך דין הבקיא בדיני חברות ובניסוח תקנונים.

* עו"ד גלעד בר-עמי הינו עו"ד בכיר במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועיקר התמקדותו בתחום החוזים, משפט מסחרי, דיני חברות, דיני תקשורת (עסקאות ורגולציה), עסקאות בינלאומיות ויבוא. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

1 ע"א 9636/06 אתי בונגר נ' SofaWare Technologies Ltd (18.11.2009) - בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, כב' המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין, כב' השופטים אליקים רובינשטיין וסלים גיבוראן <https://he.afiklaw.com/caselaw/16789>

2 ע"א 94/20 טוביה לוסקין נ' גבעות עולם נפט בע"מ (18.8.2022) - בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, כב' השופטים נועם סולברג, דפנה ברק-ארוז, יעל וילנר <https://he.afiklaw.com/caselaw/14057>

Equal and Equal More - Unequal Corporate Board Voting Power / Gilad Bar-Ami, Adv.*

Unlike other governance systems where, as the residents of Animal Farm (George Orwell, 1945) discovered, everyone is equal but... some are more equal than others, one of the cornerstones of democracy is absolute equality before the law. But, what about voting rights in a company's board of directors - will it be possible for one director to have preferential rights over another director and is there a limit to the scope of privileges that the shareholders of the company may grant?

Contrary to other laws which seek to form a clear and exclusive path for conduct with regards to the matters regulated therein, alongside several instructions and guidelines set as default options, the Israeli Companies Law provides the shareholders of a company extensive freedom in setting the structure of the company and the manner of its conduct, under the principle of freedom of contracts and its application onto the company's articles of association. However, there are non-dispositive provisions in the law, including those concerning the powers and duties of the board of directors.

An example for one such provision, which exemplifies the aforementioned tension between contractual freedom and the non-dispositive corporate governance rules, is the director's duty to exercise independent judgment in his vote on the board. At first glance, this is a directive that is only relevant for voting according to instructions from a third party or in accordance with a voting agreement contrary to his discretion but what is the law where a director votes according to his independent discretion, but due to the provisions set forth in the articles of association, his vote expressing that discretion has no weight in influencing the decision that will be made and ultimately the conduct of the company. Can it be contended that the articles of association enabled him to vote according to his discretion and are therefore in compliance with the law or is a substantial compliance with the duty to exercise discretion is required, hence a decision absent the potential to affect the company's activity should be deemed noncompliance? In a case heard at the Israeli Supreme Court in November, 2009, the Court discussed the right of a director to exercise an articles of association set veto right and it was found that granting a veto right on certain decisions of the board of directors does not prevent the board from exercising its discretion, but rather that the resulting decision is subject to additional approvals. However, in a case heard in the Supreme Court in August, 2022, the Court (whilst differentiating between the reality of unequal voting power or even a right of veto and a situation in which the directors' discretion is completely nullified by the decision-making power given to a single director) held that although the provisions of the law allow for a reality in which the external directors constitute a minority on the board of directors, they do not allow their influence on decision-making in this company to be completely eliminated. In that case, a company that functioned as a general partner in a public limited partnership stipulated in its articles of association that the decision-making in professional matters rests in the hands of a specific person – an action that due to the fact that the law requires a public company to appoint external directors, is illegal, as it nullifies the discretion of such directors. However, it should be noted that contrary to the clear rule that was set by the Court regarding nullification of the external directors' discretion, the Court did not set a similar rule in relation to directors who are not external directors and contented itself with harshly criticizing such nullification.

Thus, while at first glance the law grants shareholders unlimited contractual freedom to regulate the management of the company by drafting the articles of association, further consideration shows that this freedom is subject to many limitations and non-compliance may lead to the disqualification of the articles of association and even dissolution in fact of the company. Therefore, even at the incorporation stage, it is essential to retain the services of a lawyer who is knowledgeable in companies law and is well versed in drafting articles of association.

*Gilad Bar-Ami is senior lawyer at Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com), focusing primarily on commercial law, corporate law, telecommunications law (transactions and regulation), international transactions and imports. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com