

” השנים עברו, מים רבים זרמו בנחל הקישון ולצערנו הרב.... השלווה והשקט עדיין לא דרים בכפר ביאליק”

השופט סלים ג'ובראן, ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק

לקראת אימוץ כלל שיקול דעת עסקי באגודות שיתופיות? הערות בעקבות פס"ד כפר ביאליק

שני וייס, שי נועם, וקובי קסטיאל*

מבוא

לכבוד רב הוא לנו לכתוב מאמר זה לכבוד שופט בית המשפט העליון (בדימוס) סלים ג'ובראן. השופט ג'ובראן נודע בפסיקה ובקול הייחודי שהביע בתחום המשפט הפלילי וזכויות אדם, אלא שברבות השנים שבהן ישב על כס השיפוט הוא אף תרם לפיתוח ענפי משפט נוספים, ובכלל זה המשפט המסחרי. במאמר קצר זה אנו מבקשים לשפוך אור על פסק דין שהוציא תחת ידו לפני כעשור, אשר מעורר שאלה חשובה שטרם הוכרעה בפסיקה: האם כלל שיקול הדעת העסקי חל על אגודות שיתופיות?

כלל שיקול הדעת העסקי המקנה לנושאי המשרה "חסינות" מפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן של החלטות עסקיות, מהווה את אחת ההתפתחויות החשובות בתחום דיני החברות.¹ ואכן, קיתונות של דיו שנפכו על תחולת הכלל בדין הישראלי ובמשפט המשווה.² במרוצת השנים, הכלל יושם במספר רב של החלטות בערכאות דיוניות, עד אשר בית המשפט העליון קבע בפסק הדין המכונן בעניין **ורדניקוב**, "כי לא יהא זה בגדר חידוש מרעיש אם נסיר את הלוט מעל צלמו של כלל שיקול הדעת העסקי, ונכריז חגיגת כי עקרונותיו חלחלו אל המשפט הישראלי והם מהווים כיום חלק בלתי נפרד מדיני החברות בישראל".³ ועדיין, חרף הדיון המקיף בפסיקה ובספרות, שאלת תחולת הכלל במקרה של אגודות שיתופיות טרם הוכרעה. פסק דינו החשוב של

* בוגרת תואר ראשון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב ושותפה, משרד גורניצקי ושות'; בוגר תואר ראשון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב ועמית מחקר בכיר ומרצה מן החוץ, בית הספר למשפטים של הרווארד. אנו מודים לאפרת אבירם ואש, מוחמד ותד, רותי לירז-שפירא, עופר נועם, פנחס רובין, איל רז ושלומית שיחור-רייכמן, על הערות ושיחות שתדמו רבות למאמר. בנוסף, אנו מודים, מקרב לב, לרועי אמיר על עזרה מעולה במחקר.

¹ לפירוט על הכלל, התנאים להפעלתו והרציונלים שבבסיסו, ראו תת פרק ג.1 להלן.

² ראו לדוגמה שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313 (2009) (להלן: חנס); עמיר ליכט "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" משפט ועסקים יט 475 (2015) (להלן: ליכט "שם הוורד"); אוריאל פרוקצ'יה "חובת הזהירות של דירקטורים ונושאי משרה: מבט פסיכולוגי וכלכלי" ספר יוסף גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי 91 (אהרון ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים) (2015) (להלן: פרוקצ'יה); יורם דנציגר, עמרי רחום-טוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסי גרוס 23 (אהרון ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים) (2015); רות רוני ושיר אשכול "כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבלת החלטה מיודעת" משפטים מז 583 (2018) (להלן: רוני ואשכול). לספרות משווה, ר':

;Bernard Sharfman, *The Importance of the Business Judgment Rule* 14 N.Y.U J. LAW & BUS. 27 (2017)

Gordon D. Smith, *The Modern Business Judgment Rule Research Handbook on Mergers and Acquisitions*

Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine* 57 VAND. L. REV. 83 ; (2015)

Robert J. Rhee, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment*, 88 NOTRE DAME L. ; (2004)

REV. 1139 (2013).

³ ראו ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ**, פסי' 74-72 לפסק דינו של השופט עמית, וההפניות שם (נבו) 28.12.2016 (להלן: עניין **ורדניקוב**). ראו גם רע"א 3417/16 **פינרוס החזקות בע"מ נ' גולדשטיין** (נבו) 12.7.2021; ע"א 4857/16 **מנשה נ' יוז'יין אייר בע"מ**, פסקה 32 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 24.4.2018 (להלן: עניין **יוז'יין**).

השופט ג'ובראן בעניין ע"א 393/08 שגי'א נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתיישבות חקלאית (נבו 23.2.2010); להלן: עניין כפר ביאליק) סימן את יריית הפתיחה לעיסוק בשאלה זו.

כפר ביאליק מאוגד כאגודה שיתופית. אגודה שיתופית היא אחת מבין חמש צורות ההתאגדות המוכרות במשפט הישראלי.⁴ ככל אגודה שיתופית, מטרתה היא לאגד חברים בעלי מקצוע או בעלי מעמד דומה כדי לשפר את מצבם הכלכלי על-ידי פעולות משותפות עבור חברה,⁵ ולספק מסגרת לפעילות של גורמים בעלי אינטרסים משותפים בתחומים שונים.⁶

פסק הדין נפתח במילים הללו: "השלווה והשקט אינם שוררים בכפר ביאליק". ואכן, באגודה השיתופית כפר ביאליק המדון גבה והמים סערו במשך שנים רבות.⁷ הנפשות הפועלות בסכסוך שנדון בעניין כפר ביאליק – אשר הגיע עד לפתחו של בית המשפט העליון – הן ראשי ומנהיגי האגודה השיתופית. אורי שגי'א, המערער, כיהן בין השנים 1999-1995 כחבר בוועד האגודה, ובין השנים 1998-1999 היה יו"ר הוועד. המשיבים בהליך היו האגודה עצמה, וחברי וועד האגודה וראשיה במהלך השנים. טענותיו המרכזיות של אורי שגי'א נגעו למחדלים של המשיבים בקידום של מיזמי נדל"ן שהיו יכולים להיטיב עם חברי האגודה. המחדלים הקימו לדידו, בין היתר, אחריות אישית לחברי וועד האגודה בדיני הרשלנות.

השופט ג'ובראן לא ראה לנכון להתערב בממצאי הערכאה הדיונית אשר דחתה את טענת ההתרשלות שיוחסה לחברי וועד האגודה לגופה. באופן מעניין, הוא הוסיף והעיר כי לחברי ועד אגודה אשר מופקדים על ניהול עסקיה מוקנה שיקול דעת בניהול האגודה. עוד הוא קבע כי בנסיבות העניין, מכוח ההיקש שמבצעים בתי המשפט לא אחת בין דיני האגודות השיתופיות לבין דיני החברות, ניתן לשאוב תובנות מכלל שיקול הדעת העסקי הנתון לדיקטוריון החברה,⁸ ולפיכך ממילא אין להתערב בשיקול הדעת שהפעילו חברי הוועד.

קביעתו של השופט ג'ובראן כי נכון להחיל את עקרונותיו של כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות ניתנה באופן תמציתי, וללא דיון מקיף העומד על הגיונו ותכליותיו של הכלל ובוחרן אם – ובאיזו מידה – הם מתקיימים בהקשר של אגודות שיתופיות.⁹ השופט דנציגר ביטא בהערת יחיד קצרה עמדה שונה. עמדתו מטילה ספק בקיומה של הצדקה לביצוע היקש מדיני החברות לאגודות שיתופיות לעניין כלל שיקול הדעת העסקי, וזאת בשים לב להבדלים בין תכליותיהן של צורות ההתאגדות הנדונות.

דומה שפסק דינו החשוב של השופט ג'ובראן מזמן הזדמנות לנער את האבק מעל צורת ההתאגדות של אגודה שיתופית, אשר על פניו שייכת ל"עולם הישן" של ראשית ימי מדינת ישראל, ולתהות אם נכון לעדכן את המסגרת

4 לדיון באגודות שיתופיות, מאפייניהן וחשיבותן, ראו פרק א' להלן.
5 ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי, פ"ד מה(4) 529, 544 (1991) (להלן: עניין פרי העמק).
6 חיים נועם ועופר נועם אגודות שיתופיות - הלכות ופסיקה 25 (מהדורה 4, נבו 2020) (להלן: נועם ונועם).
7 עניין כפר ביאליק, פס" 1 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "הסכסוך בין בעלי הדין מתגלגל בערכאות שיפוטיות זמן רב, רב מידי, וכפי שציין השופט י' זמיר בשנת 1999 "הגיע הזמן לשים לו סוף".
8 הגם שבאותה העת לא היה ברור באופן וודאי האם הכלל נקלט בדין הישראלי והגם שהשופט ג'ובראן נמנע מלדון בשאלת עצם ועוצמת תחולתו של הכלל. יש לציין כי נכון להיום אין עוד מחלוקת ביחס לתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי בדין הישראלי (ראו עניין ורדניקוב ועניין יוז'ין, לעיל ה"ש 3).
9 ראו עניין כפר ביאליק, פס" 19: "כאמור, מכוח ההיקש ניתן ליישם את הכללים שנוצרו והתפתחו בדיני החברות אל תוך דיני האגודות השיתופיות. גם מבלי להפעיל את כלל שיקול הדעת העסקי בענייננו נראה כי ניתן לשאוב ממנו תובנות למקרה הנדון. כמו כן, כפי שראינו גם בדיני האגודות השיתופיות עצמם ישנם הדים לגישת "אי ההתערבות". באותו מקרה, ההחלטה שלא להטיל חבות אישית על נושאי המשרה נסמכה על בחינת סבירות פעולתם. שם, פס" 20: "בסיכומו של דבר המערער לא הצליח להוכיח כי המשיבים הרלוונטיים נהגו בצורה שאינה סבירה ומתוך כך אין מקום להטיל עליהם אחריות אישית".

המשפטית שאליה היא כפופה כך שתבטא מגמות עדכניות בדיני החברות והממשל התאגידי בישראל, ותשקף את התמורות שחלו במעמדה ובתפקידיה של האגודה השיתופית עצמה לאורך השנים.

לטעמנו, חשיבותה של מטלה זו רבה. כפי שנראה להלן, צורת ההתאגדות של אגודה שיתופית נותרה רלוונטית גם לימינו, ולראיה, האגודות השיתופיות בישראל – אשר מספרן, נכון לסוף שנת 2018 עולה על ארבעת אלפים – מהוות קבוצה עשירה והטרוגנית של תאגידיים אשר חולשים על מגוון רחב של תחומים בכלכלה, בהתיישבות ובעשייה החברתית בישראל.¹⁰ נוסף על כך, ניתן לצפות שחשיבותה של האגודה השיתופית אף תגבר עם הזמן, וזאת לנוכח מאפייניה הייחודיים, אשר מאפשרים לה לשמש אכסניה הולמת עבור מיוזמים ופעילויות עסקיות המבטאים רעיונות מודרניים של כלכלה משתפת (sharing economy). עם זאת, מדובר במטלה רחבת היקף המחייבת העמקה במגוון שאלות מורכבות, דבר אשר חורג מיריעתו של פרויקט זה. לפיכך, במסגרת מאמר זה נבקש להתמקד בשאלה הפרטנית שנוטרה במחלוקת בעניין **כפר ביאליק**, והיא אם יש מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי, שנקלט אל תוך דיני החברות הישראלים מכח הפסיקה, גם על אגודות שיתופיות.

הדיון במאמר זה מתבצע בשני מישורים משלימים. במישור הראשון והתשתיתי יותר, אנו דנים בשאלה האם קיימת הצדקה עקרונית לבצע היקש מדיני החברות לגבי אגודות שיתופיות. לצורך הדיון בשאלה זו אנו עומדים על נקודות הדמיון והשוני בין שתי צורות ההתאגדות ודנים במשמעויות הנורמטיביות הנגזרות מהן לעניין הנדון. מישור זה של הדיון מוביל אותנו למסקנה העקרונית כי ככל שמדובר באגודות שיתופיות שפעילותן מערבת היבטים כלכליים-מסחריים, אין בעובדה שהן פועלות גם לאור תכליות שאינן-מסחריות כדי לשלול את האפשרות לבצע היקשים מדיני החברות.

במישור השני והקונקרטי יותר, אנו דנים בשאלת ההצדקה המעשית להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות. במישור זה של הדיון אנו סוקרים באופן מעמיק את הגיונו ותכליותיו של הכלל ובוחנים אם – ובאיזו מידה – הם מתקיימים בהקשר של אגודות שיתופיות, ובפרט באלה העוסקות בפועל גם בפעילות כלכלית-מסחרית. מסקנתנו בחלק זה היא כי על אף שקיימות נקודות שוני בין אגודה שיתופית לחברה, אין בהן כדי להפחית מעוצמתם של השיקולים הניצבים בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי. בפרט, אנו מראים כי החשש מהרתעת יתר של נושאי משרה מתקיים גם בסביבה שאינה כלכלית-טהורה,¹¹ וכי יש לו בסיס גם כאשר מדובר בסיכונים שניטלים לשם קידום תכליותיה של האגודה השיתופית; כי החשש מפני התערבות בתי המשפט בהחלטות עסקיות אינו פג – ואולי אף מתעצם – כאשר מדובר באגודה שיתופית הפועלת לאור תכליות מגוונות; וכי מבנה הכוח השוויוני הקיים באגודות שיתופיות מייצר באופן טבעי תמריצים עבור חברי וועד לפעול באופן ראוי, גם בלא התערבות שיפוטית.

בנוסף, אנו דנים באופן ממוקד בשלושה שיקולים ייחודיים לאגודות שיתופיות אשר היו עלולים להשפיע על מסקנת הדיון – קיומו של גורם מאסדר בעל סמכויות רחבות בסביבה הרגולטורית החלה על אגודות שיתופיות, קיומו של סיכון להיעדר מיומנויות מספיקות בקרב חברי וועדי הנהלות האגודות השיתופיות לשם עמידה בתנאיו של כלל שיקול הדעת העסקי, וכן ניגודי עניינים אינהרנטיים בפעילותם של חברי הוועד באגודה שיתופית.

¹⁰ "רשימת האגודות השיתופיות הפעילות נכון ליום 28.11.2018" אתר היחידה הממשלתית לחופש המידע - משרד המשפטים.

¹¹ חשש זה אף מתקיים ביתר שאת באגודה שיתופית בהינתן כי חברי הוועד המנהל באגודה הם מתנדבים ואינם מקבלים שכר שיפצה אותם על החשיפה המוגברת לתביעות בגין הפרת חובת זהירות.

מסקנתנו בסיכום הדיון היא כי יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות שמציגות מאפיינים עסקיים. את החלת הכלל יש לעשות בשים לב לאופייה של האגודה השיתופית או למאפייני ההחלטה הנדונה. כך, ככל שאופי פעילותה של האגודה השיתופית או שמאפייני ההחלטה הנדונה, נוטים להיות מסחריים, עסקיים, כלכליים ומקצועיים יותר, תגבר ההצדקה להכיר בהחלטותיהם ופעולותיהם של חברי הוועד כחוסות תחת הגנת כלל שיקול הדעת העסקי. כאן המקום להדגיש כי גם באגודות שיתופיות התיישבותיות, דוגמאת כפר ביאליק, מתקבלות החלטות להשקיע במיזמים מסחריים-כלכליים שונים.¹² אנו סבורים כי יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי גם על החלטות מסחריות מסוג זה.¹³

המאמר יתקדם לפי הסדר הבא: **בפרק א'** נספק רקע משפטי והיסטורי להתפתחותה של האגודה השיתופית כצורת התאגדות ונאמוד את מעמדה וחשיבותה של האגודה השיתופית לכלכלה הישראלית המודרנית. **בפרק ב'** נדון באופן עקרוני בשאלה האם, ככלל, ראוי לבצע היקש מדיני החברות לדיני האגודות השיתופיות, וזאת בהתבסס על ניתוח נקודות הדמיון והשוני בין שתי צורות ההתאגדות. **בפרק ג'** נעסוק בשאלה האם נכון "לייבא" את כלל שיקול הדעת העסקי מדיני החברות, על דרך ההיקש, גם אל דיני האגודות השיתופיות, ואם כן – כיצד ראוי שהדבר יתבצע. לצורך כך נעמוד על הגיונו ותכליותיו של כלל שיקול הדעת העסקי הקיים בדיני החברות ונבקש להבין אם, ובאיזו מידה, יש להם תחולה גם בהקשר של אגודות שיתופיות.

א. אגודות שיתופיות: רקע וחשיבות

האגודה השיתופית היא צורת התאגדות המבוססת על קיומם של קשר אישי, ולא רק רכושי, בין חבריה.¹⁴ קיים קושי לעמוד במדויק על ההגדרה של האגודה השיתופית. הקושי נובע מכך שהאגודות השיתופיות אינן אחידות ומסתעפות לתחומים רבים.¹⁵ כך, תקנות האגודות השיתופיות מונות כעשרים ושבע סוגי אגודות שיתופיות. אולם, בפועל ניתן לסווג את סוגי האגודות לשלוש קטגוריות:¹⁶ אגודות בתחום ההתיישבות (אגודה חקלאית, מושב עובדים, שיכון ועוד);¹⁷ אגודות שיתופיות מרכזיות שאליהן רשומות אגודות (להבדיל מאגודה ראשונית אליה רשומים בני אדם);¹⁸ ואגודות שיתופיות שנועדו לשמש כעזר לחברים בנושאים ספציפיים.¹⁹ לסיווג האגודה משמעות רבה הן מבחינה כלכלית, הן מבחינה חברתית, והן לעניין הדין שחל על האגודה.²⁰

עם זאת, ניכר שיסוד בסיסי, משותף ומוסכם לכלל האגודות הוא ש"כל אגודה שיתופית נועדה לפעולה משותפת של חברי האגודה ולהשגת האינטרס המשותף של כלל החברים בקידום מצבם הכלכלי".²¹ ביסוד היחסים

¹² דוגמאות להחלטות מסוג זה כוללת החלטות להשקיע מיזמי נדל"ן, חוות קנאביס, מיזמי חקלאות, ועוד.
¹³ חשוב להדגיש – איננו מציעים כי תוכנן של החלטות של אגודה שיתופית שאינן בעלות אופי עסקי במהותן יהיו בהכרח חשופות לביקורת שיפוטית נרחבת. במקרה זה, ניתן יהיה לבחון אם להחיל על החלטות אלו כללים מדוקטרינות משפטיות אחרות.

¹⁴ להבדיל, למשל, מחברה, שבה הדגש מושם על הקשר הרכושי. ראו למשל הוראת סעיף 11(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"): "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור".

¹⁵ סמדר אוטולנגי **אגודות שיתופיות – דין ונוהל** א 4 (ה"ש 3) (1995) (להלן: אוטולנגי). כן ראו את הגיוון הרב של סוגי אגודות הקיים בתקנות האגודות השיתופיות (סוגי אגודות), התשנ"ו-1995.

¹⁶ ראו נועם נועם, לעיל ה"ש 6, בעמ' 70.

¹⁷ תקי' 2(1)-8 לתקנות הסיווג.

¹⁸ תקי' 2(13)-16 לתקנות הסיווג.

¹⁹ תקי' 2(9)-12 ו-2(17)-27 לתקנות הסיווג. רשם האגודות השיתופיות הוא בעל הסמכות לסווג את האגודה ועליו לעשות זאת עם רישומה. סי' 7 ו-3(10) לפקודת האגודות השיתופיות.

²⁰ נועם נועם, לעיל ה"ש 6, בעמ' 73; אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 153-154. כך למשל, סי' 39(3) לפקודה קובע הוראות מיוחדות שחלות על אגודת אשראי ואגודת יצרנים לעניין הלוואות כספים. לדוגמאות נוספות ראו נועם ונועם, שם.

²¹ ראה חיים נועם **אגודות שיתופיות – הלכות ופסיקה** 3 (ערן שאקי עורך, 2010). כך גם ניתן ללמוד מהגדרתה של ברית הקואופרציה הבינלאומית (International Cooperative Alliance, להלן: ICA): "A cooperative is an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social, and cultural needs and

הפנימיים שבין החברים ובינם לבין האגודה ניצב עקרון הקואופרציה, המבקש לקדם חברה המבוססת על שיתוף, עזרה הדדית ושוויון.²² עקרון זה מוצא ביטוי בסעיף 4 לפקודת האגודות השיתופיות, אשר קובע את מטרותיה של האגודה השיתופית.²³ הסעיף ומורה, בין היתר, כי אגודה שיתופית תוכל להירשם כזו על-פי הפקודה, אם מטרותיה הן "טיפוח החסכון, עזרה עצמית ועזרת גומלין בין אנשים בעלי אינטרסים כלכליים משותפים, כדי להביא לידי שיפור תנאי חייהם, עסקיהם ושיטות הייצור שלהם [...]".

הרעיון הקואופרטיבי המודרני צמח במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה כתגובה על הקפיטליזם התעשייתי ותוצאותיו החברתיות.²⁴ הקואופרטיב הוא דפוס פעולה ארגוני המאפשר פעולה משותפת למען קידום מטרותיהם הכלכליות של החברים על בסיס שוויוני ודמוקרטי תוך שיתוף-פעולה ועזרה הדדית.²⁵ הקואופרציה נשענת על מספר עקרונות יסוד הכוללים, בין היתר, את העקרונות הבאים: החברות באגודה היא רצונית ופתוחה; עקרון הדמוקרטיה לפיו לכל חבר יהיו זכויות הצבעה שוות ללא קשר למספר המניות המוחזקות בידו; הון המניות מזכה בריבית מוגבלת, אם בכלל; רווחי האגודה יהיו שייכים לחברי האגודה ויחולקו באופן שווה מהותית, כך שחבר אחד אינו נהנה על חשבונם של האחרים; חינוך לקואופרציה; וכן שיתוף פעולה בין כל ארגוני האגודות השיתופיות בכל דרך, במישור הלאומי והבינלאומי.²⁶ התופעה הקואופרטיבית מגוונת מבחינת תחומי פעולתה ודפוסיה. לכל תחום פעילות קואופרטיבי היסטוריה משלו, הן בהתפשטות הגיאוגרפית והן באופני היישום של העקרונות הקואופרטיביים. ניתן למצוא את הקואופרציה בקרב בני מעמדות שונים, שהשתמשו בדפוס ארגוני זה למטרות שונות.²⁷

האגודה השיתופית היא אם כן תאגיד שנועד לרווחת חבריו, ומטרתו איננה רק הגדלת רווחים שבדרך כלל מאפיינת תאגיד מסוג חברה.²⁸ הרעיון בבסיס האגודה השיתופית הוא כי אנשים יכולים, באמצעות שיתוף משאביהם ויכולותיהם האישיים, לשפר עבור כלל חברי האגודה את רמת חייהם ואיכותם.²⁹

ראשית צמיחתן של האגודות השיתופיות בישראל בתקופת העליה השנייה, עוד לפני מלחמת העולם הראשונה. התנאים הקשים ששררו בארץ, בשילוב עם האידיאולוגיה הלאומית-ציונית-סוציאליסטית אשר אפיינה חלק ניכר מאנשי העלייה השנייה, הובילו את המתיישבים להכיר בצורך ליצור מנגנון קולקטיבי מאחד שיסייע להם להתגבר על הקשיים אשר ניצבו בפניהם. על רקע זה הוקמו אגודות שיתופיות במספר תחומים, בכלל אלה

Cooperative identity, values. "aspirations through a jointly-owned and democratically-controlled enterprise & principles, ICA Coop (last visited, 11 July 2021) <https://bit.ly/36Azfvd>

עניין פרי העמק, לעיל ה"ש 5. 22

ס' 4 לפקודת האגודות השיתופיות, חא"י א 336 (להלן: פקודת האגודות השיתופיות). 23

אביטל מרגלית "היערות אשר בהם נרדה את הדבש": חוק, ארגון ומבנה תאגידי בחברת העובדים "עיוני משפט כו 451, 459 (2002) (להלן: מרגלית). התנועה הקואופרטיבית קיבלה תנופה עם הקמתה של ברית הקואופרציה הבינלאומית בשנת 1895, שמטרותיה היו ניסוח עקרונות הקואופרציה, הפצת מידע על אודות הקואופרציה ופיתוח הסחר הבינלאומי, שם. 24

אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 25. ראו גם בג"צ 861/07 קמחי נ' רשם האגודות השיתופיות פס' 39 לפסק דינו של השופט 26

עמית (נבו 8.12.2010) (להלן: בג"ץ קמחי). בבג"ץ קמחי, השופט עמית הביע את העמדה כי "מעצם הווייתם, עקרונות הקואופרציה חשופים לתמורות בתפישה החברתית ובמציאות הכלכלית במהלך השנים. אין מדובר בעקרונות מקודשים בבחינת 'זאת התורה לא תהא מוחלפת ולא תהא תורה אחרת', אלא בעקרונות חיים השואפים להתאים עצמם למגמות ולשינויים המאפיינים את התנועה השיתופית והחברה בכללותה". בג"ץ קמחי, בפס' 37 לפסק דינו של השופט עמית. כן, ראו נועם ונועם, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41. 27

מרגלית, לעיל ה"ש 24, 460. 28

עם זאת, בניגוד לעמותה, כאשר נצבר באגודה שיתופית רווח היא רשאית לחלק אותו לחבריה. 29

"מהי אגודה שיתופית? משרד הכלכלה והתעשייה (5.7.2018) <https://bit.ly/3r2Kyp9>

הקואופרציה ההתיישבותית העובדת (קיבוצים ומושבים), קואופרציות לשיכון עירוני, הקואופרציה הצרכנית, הקואופרציה לאשראי, הקואופרציה לתחבורה ועוד.³⁰

בהמשך, בעשורים הראשונים לקיומה של מדינת ישראל, התנועה השיתופית צברה תאוצה. באמצע שנות החמישים, עם קליטתם של רבבות עולים חדשים והקמת מאות מושבים וקיבוצים ברחבי הארץ, עמד מספרם של הקואופרטיביים היהודים על למעלה מ-2500. ואולם, החל משנות השבעים חלה התמתנות בכל הקשור לאידאה החלוצית הקואופרטיבית. הרוחות שנשבו אז בחברה הסיטו את כובד המשקל מהגשמת יעדים חברתיים ולאומיים לעבר חיזוק האינדיבידואליזם וההשקעה בחיי הפרט.³¹

ואכן, במשך עשורים רבים לא זכו האגודות השיתופיות להתייחסות מעמיקה מצד הקהילה המשפטית או מצד המחוקק.³² אנו סבורים כי רוחות התקופה בעשור האחרון ועלייתה מחדש של קרנה של הכלכלה המשתפת, מזמנות למחוקק ולבית המשפט הזדמנות לנער את האבק מעל פקודת האגודות השיתופיות ולהפיח באגודה השיתופית רוח חדשה. כלכלה משתפת היא מערכת חברתית-כלכלית המתבססת על שיתוף קהילתי של משאבים אנושים ופיזיים. היא מורכבת מפלטפורמות המאפשרות למשתמשיהן לייצר, להפיץ, לקיים מסחר ולצרוך מוצרים ושירותים, באמצעות מערך פתוח ומגוון רחב של החברים בה. מערכות אלה לרוב ממנפות טכנולוגיות, מערכות מידע ותכנים רלבנטיים ועל-ידי כך מאפשרות העצמה ושדרוג הרווחה הכללית של אנשים, חברות, תאגידים, עמותות וממשלות. פלטפורמות שיתופיות אלה מגבירות את היעילות באמצעות יצירת אמון בקרב המשתמשים בקהל ולעיתים קרובות מייצרות הזדמנויות לצרכנים להפוך ליצרנים-צרכנים.³³

טול לדוגמה את האגודה השיתופית לאשראי "אופק" - אגודה שיתופית לניהול הון בע"מ" (להלן: בנק אופק), המהווה דוגמה קלאסית לכלכלה משתפת מודרנית. בנק אופק הוקם לפני מספר שנים, וכבר יוצר קהילה של חברים בעלי אינטרס משותף. חברי האגודה הם גם הבעלים וגם הלקוחות של הבנק. יחד הם מקדמים את האינטרסים האחד של השני כקהילה מאוגדת ומקבלים חזרה לכיסיהם את רווחי הפעילות המשותפת.³⁴ לפי תקנון האגודה, בנק אופק מתמקד ברווחה של לקוחותיו, משקי בית ועסקים קטנים ובינוניים, ושואף לספק להם מוצרים פיננסיים מתאימים לצרכיהם, תוך שקיפות והוגנות, לצד כלים לניהול פיננסי, ובמקביל לעודד מיזמים שיתופיים נוספים. לאחר מאמץ ארוך שנים קיבל בנק אופק רישיון לאגודת אשראי מרשות שוק ההון. הרישיון מקנה לו את הרשות לתת לחברי האגודה שהם לקוחות הבנק שירותי פיקדון ואשראי בדומה לבנק מסחרי רגיל.³⁵

דוגמה בולטת נוספת מהתחום הצרכני היא פאב "המפלצת", בר-קפה חברתי בשכונת קריית היובל בירושלים אשר פועל כקואופרטיב ומצוי בבעלותם של כ-160 חברי האגודה השיתופית המפעילה אותו. לצד מטרת ההתאגדות לנהל בית עסק לממכר משקאות ומזון "במחירים הוגנים", מבקש קואופרטיב "המפלצת" לרכז "פעילות חברתית, קהילתית ותרבותית בירושלים בכלל ובשכונת קריית יובל בפרט". בהקשר זה, חברי האגודה

³⁰ בג"צ קמחי, לעיל ה"ש 26, פס' 38 לפסק-דינו של השופט עמית.
³¹ שם, פס' 39 לפסק-דינו של השופט עמית.

³² ראו דבריה של אוטולנגי שנכתבו לפני למעלה מ-25 שנים וכנונים מקל וחומר היום (אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 4).
³³ ראו למשל, יאיר פרידמן, צפרייר בלוד-דוד ואיל בלוד **הכלכלה המשתפת וחלון הזדמנויות בישראל** 8 (מכון ירושלים למחקרי

מדינות, 2016). לדיון ביקורתי אודות הכלכלה המשתפת ראו, למשל, Tom Slee, What's Yours is Mine: Against the Sharing Economy (2016) *Sharing Economy* Chris J. Martin, *The Sharing Economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?*, ECOLOGICAL ECONOMICS 149 (2016) <https://bit.ly/31dlbHq>

ראו באתר בנק אופק <https://www.ofek.coop>.

³⁴ "בשורה לכלכלה הקואופרטיבית במדינת ישראל" **משרד הכלכלה והתעשייה** (21.3.2021) <https://bit.ly/2T1mZQO>. ראו ³⁵ גם הודעת הממונה על שוק ההון ביום 21.3.2021 : <https://www.gov.il/he/Departments/news/rishof>.

השיתופית לא רק נהנים מהטבות ככובעם כחברי האגודה שהם צרכני הפאב, אלא גם נוטלים חלק בהתוויית מדיניות האגודה ותכני פעילותה.³⁶

לבסוף, דומה כי חשיבותה של האגודה השיתופית למפעל ההתיישבותי בישראל לא פסה, והיא משמשת גם כיום פלטפורמה משפטית לפעילותם של "קיבוצים עירוניים", אשר מהווים קהילות שיתופיות הפועלות בסביבה אורבנית – בשונה מההקשר הכפרי שבו פעלה ההתיישבות העובדת לקראת הקמת המדינה וגם בראשית ימי המדינה. דוגמה אחת לכך היא קיבוץ בית ישראל – קיבוץ עירוני הממוקם בשכונת גילה בירושלים, המאגד מאות חברי אגודה מרקעים מגוונים אשר חולקים את המטרה "לקחת חלק בבניית החברה בישראל, תוך שימת דגש על תרבות חיים יהודית, סובלנות, קבלה וערבות הדדית".³⁷

האגודה השיתופית היא, אם כן, צורת התאגדות שנועדה לקדם כלכלה חברתית, פיתוח וצמיחה שאינם שוחקים את הפרט, העובד או הצרכן, אלא מעצימים אותו. ככזו, היא מהווה חלק ממארג החיים של החברה כולה, ומבקשת לפעול ולקדם את ערכיה גם מחוץ למסגרת של חברה. כל זאת מתוך אמונה בזכותו של כל אדם לחיים, לחירות ולרווחה. הגדרתה הרחבה ומאפייניה הגמישים של האגודה השיתופית מאפשרים לה לשמש פלטפורמה משפטית עבור סוגים רבים ושונים של פעילויות, ובכלל זה פעילות עסקית יצרנית כגון מפעל; בסיס לפעילות שיווקית, כגון חנות או ארגון קניות; בסיס לפעילות שיווקית, כגון התארגנות של בעלי מקצוע בתחום מסוים כדי להשיג ביחד פרנסה, הכשרה מקצועית ומוניטין; בסיס לפעילות פיננסית, כגון התארגנות להשגת אשראי בתנאים טובים, פנסיה או ביטוח; בסיס לפעילות תרבותית, כגון אגודות ספורט; או בסיס לקיום אורח חיים משותף, כגון הקמת יישוב או קהילה.³⁸ זאת ועוד, גם אגודה שיתופית המהוות בסיס לקיום אורח חיים משותף נדרשות לנהל פעילות מסחרית-כלכלית לשם השאת רווחת חברה.³⁹

אכן, המציאות מלמדת כי כיום, האגודות השיתופיות בישראל – אשר מספרן, נכון לסוף שנת 2018, עולה על ארבעת אלפים – מהוות קבוצה עשירה והטרונגית של תאגידים אשר חולשים על מגוון רחב של תחומים בכלכלה, בהתיישבות ובעשייה החברתית בישראל.⁴⁰ מאפיינים אלה יאפשרו לצורת התאגדות זו להוות גם בעתיד בית עבור יוזמות כלכליות מודרניות במגוון תחומים של העשייה המשקית בישראל, לרבות כאלה המבוססות על עקרונות של כלכלה משתפת. הפוטנציאל הטמון באגודה השיתופית הוא אפוא גדול במיוחד. ואולם, כאמור, המסגרת המשפטית והעיסוק המשפטי באגודה השיתופית דלים ביחס לחברה. לפיכך, על מנת שהפוטנציאל הגלום באגודה השיתופית יוכל להתממש, עדכונה והתאמתה של המסגרת המשפטית החלה עליה מהווה תנאי הכרחי.

ב. הבסיס להיקש מדיני החברות

במסגרת תת פרק זה תידון השאלה העקרונית האם ראוי לבצע היקש מדיני החברות לדיני האגודות השיתופיות. הקבלת אגודה שיתופית לחברה תצביע על מכנים משותפים לא מעטים בין צורות ההתאגדות, וביניהם: שתיהן מהוות מנגנון להתאגדות מרצון; אחריות חברים בשתיהן יכולה להיות בערבון מוגבל; שתיהן פועלות באמצעות

³⁶ "מי אנחנו" קואופרטיב פאב המפלצת <http://hamiflezet.org/about/cooperative>. האגודה נרשמה אצל רשם האגודות השיתופיות ביולי 2014, וסוג האגודה נקבע כ"צרכנות". ראו: <https://apps.moital.gov.il/CooperativeSocieties/>.

³⁷ "מי אנחנו" בית ישראל – עמותת קבוצת רעות <https://bit.ly/3yKTS3C>.

³⁸ "מהי אגודה שיתופית?" משרד הכלכלה והתעשייה <https://bit.ly/3hwq8kZ>.

³⁹ כך למשל, בעניין ביאליק, האגודה מוכרת כהתיישבותית. עם זאת, החלטות הוועד שעמדו במרכזו הליך נגעו למיזם נדל"ן שהאגודה קידמה. באופן דומה, גם אגודות המפעילות חוות קנאביס, או מקדמות מיזמים נדרשות לקבל החלטות עסקיות במהלך פעילותן.

⁴⁰ אתר משרד הכלכלה והתעשייה, לעיל ה"ש 10.

אורגנים מרכזיים (הנהלה, דירקטוריון ואסיפה כללית במקרה של חברה, וועד האגודה ואסיפה כללית במקרה של אגודה שיתופית, ובחלק מן האגודות אף מכהן מנכ"ל); בשתייהן יש מסמך יסוד – התקנון; בשתייהן קיימת חובת רישום של מסמכים מסוימים והחלטות אצל הרשם; ועוד.⁴¹ כמו כן, לאגודה השיתופית אישיות משפטית נפרדת כפי שיש לחברה.⁴² בנוסף, זכויותיה וחובותיה של אגודה שיתופית אינם זכויותיהם וחובותיהם של חבריה.⁴³

מאידך גיסא, ניתן להצביע על מספר הבדלים בין אגודה שיתופית לחברה, וביניהם: בעוד שאופייה של חברה הוא מסחרי בעיקרו ומטרתה עשיית רווח כגוף עצמאי,⁴⁴ הרי שהמטרה העיקרית של האגודה השיתופית היא שיפור מצבם של חבריה.⁴⁵ כך למשל ניתן לתאר מצב שבו חברה תעדיף להיקשר עם צד ג' לצורך הוזלת השירותים שהיא מקבלת, בעוד שאגודה תעדיף לשלם לחברי האגודה שיכולים להיות גם הספקים שלה, מחיר מעט גבוה יותר לצורך הטבה עמם. דוגמה נוספת לכך ניתן לראות באגודות צרכניות המוכרות לחבריה שירותים במחיר מוזל לעומת צרכנים אחרים. הבדל נוסף הוא שבעוד שבחברה אין כל דרישה לכך שחברי הדירקטוריון ייבחרו מקרב בעלי המניות, באגודה שיתופית וועד ההנהלה מורכב מחברי האגודה או מבין נציגי חברים שהם תאגידיים.⁴⁶ נוסף על כך, בשונה מחברה, חברי הוועד באגודה שיתופית לרב אינם מקבלים שכר עבור כהונתם. כמו כן, בשל טיבו האישי של הקשר בין חברי אגודה שיתופית (בשונה מה-"קשר" המסחרי בין בעלי מניות בחברה), חלה מגבלת סחירות על מניותיו של חבר האגודה.⁴⁷

הבדל נוסף קשור באופן הקצאת הזכויות בכל אחד משני סוגי ההתאגדות: בעוד שחברות מנפיקות מניות, כאשר לכל בעל מניות זכות הצבעה וזכות לחלק יחסי ברווחי החברה בהתאם למספר וסוג המניות שברשותו,⁴⁸ באגודה השיתופית זכות הצבעה והזכות לחלק יחסי מרווחי האגודה מבוססות, ככלל, על עקרון של שוויון בין חברי האגודה.⁴⁹ כך, לצורך הצבעות באסיפה מחזיק כל חבר שהוא יחיד רק קול אחד,⁵⁰ ואף אין אפשרות להעניק לחבר באגודה שליטה באגודה.⁵¹ לבסוף, היקף הסמכויות שהוקנו לרשם האגודות השיתופיות רחב מזה המצוי בידי רשם החברות. במסגרת זו הרשם מצויד בסמכויות משמעותיות, כדוגמת חקירה בעסקי האגודה, תיקון תקנון, בוררות, תיקון פנקס החברים, מינוי ועד ממונה, פירוק אגודות ועוד.⁵²

הגם שישנן נקודות שוני בין אגודה שיתופית לבין חברה, הנטייה הטבעית של בתי המשפט היא לפנות בעניינין של אגודות שיתופיות לדניי החברות. זאת, בפרט לאור חסר משמעותי של הלכות פסוקות המתייחסות במישרין לאגודות שיתופיות. ככלל, בתי המשפט מקישים, ובמקרים רבים כמובן מאליו, מהעקרונות והדוקטרינות

41 לניתוח מקיף של השוואה זו, ראו **אוטולנגי**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 6.

42 עניין **כפר ביאליק**, פסי' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

43 עניין **פרי העמק**, לעיל ה"ש 5, פסי' 7-8 לפסק דינו של השופט ברק.

44 שם.

45 סעיף 4 לפקודת האגודות השיתופיות.

46 ס' 23(א) לתקנות האגודות השיתופיות (רשויות האגודה), התשל"ה-1975. כמו כן, לרשם האגודות סמכות למנות ועד ממונה, שחבריו אינם חברי האגודה. ועד ממונה יתמנה כאשר ועד האגודה אינו פעיל; הועד מזניח את עניני האגודה; קיימים לדעת הרשם ספקות של ממש לגבי חוקיותו; הועד או מרבית חבריו נבחרו שלא כדין; תמה תקופת כהונתו של הועד; אין לאגודה ועד מכל סיבה אחרת; רוב חברי האגודה מבקשים מינוי ועד; מצבה הכלכלי או החברתי של האגודה מצדיקים, לדעת הרשם, מינוי ועד. ראו ס' 28(א) לפקודת האגודות השיתופיות.

47 אוטולנגי, לעיל ה"ש 26, 6. מגבלה זו חלה גם במקרה של העברה בירושה (בכפוף לשיקול דעתו של וועד האגודה).

48 סעיפים 36 ו-82 לחוק החברות.

49 נועם ונועם, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48-49.

50 ס' 16(1) לפקודת האגודות השיתופיות. ראו גם, ע"א 238/16 **האפוטרופוס הכללי נ' קו אופ הריבוע הכחול אגודה לשירותים בע"מ (בפירוק)**, פסי' 23 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 10.9.2017).

51 החריג לכך הוא באגודה שיתופית אשר אחד מחבריה הינו אגודה שיתופית בעצמו. ראו נועם ונועם, לעיל ה"ש 6, 49.

52 שם.

המוחלים על חברה ביחס לדין הראוי לחול גם על אגודה שיתופית.⁵³ על פני הדברים, הדמיון הרב בין שתי צורות אלה של התאגדות עשוי לספק הצדקה עקרונית לביצוע היקשים מעין אלה.⁵⁴

עמדה זו מוצאת תימוכין בספרות. פרופ' אוטולנגי ציינה בספרה כי די בדמיון זה כדי להכשיר פנייה ראשונית אל ההלכות מדיני החברות במגמה להשלים מתוכן את החסר בדיני האגודות השיתופיות, אך יש לבחון היטב את הסוגיה שעוסקים בה בטרם מחילים את הדוקטרינה מדיני החברות, שמא לא תתאים לאגודה שיתופית.⁵⁵ פרופ' אוטולנגי סיכמה את גישתה ביחס לשאיבת כללים ועקרונות מדיני החברות אל דיני האגודות השיתופיות, והציעה, בין היתר, כי כאשר מתפתחת הלכה בדיני חברות שטרם נקלטה בחוק, יש לשאול תחילה אם היא מושתתת על עיקרון הנחשב כנמנה על עקרונות התאגידים בכללותם. במידה והתשובה חיובית, אין מניעה להחילה מכוח ההיקש גם על אגודה שיתופית, תוך בדיקה נקודתית לפי טיב העניין.⁵⁶ בחיבור זה בחרנו לאמץ את המסגרת העקרונית שהוצעה על-ידי פרופ' אוטולנגי לביצוע ההיקש מדיני החברות לדיני האגודות השיתופיות. עתה נפנה לבחינת אופן יישומו בהקשר של כלל שיקול הדעת העסקי.

ג. לקראת אימוץ כלל שיקול דעת עסקי באגודות שיתופיות?

בפרק זה נבחן האם נכון "לייבא" את כלל שיקול הדעת העסקי מדיני החברות, על דרך ההיקש, גם אל דיני האגודות השיתופיות, ואם כן – כיצד ראוי שהדבר יתבצע. במסגרת זו נעמוד על הגיונו ותכליותיו של כלל שיקול הדעת העסקי ונבקש להבין אם, ובאיזו מידה, יש להם תחולה גם בהקשר של אגודות שיתופיות.

1. על כלל שיקול הדעת העסקי בדיני חברות

בדיני החברות במדינת דלאוור התפתחו סטנדרטים שונים של ביקורת שיפוטית על החלטות עסקיות שהתקבלו בחברה, ובכללם – כלל שיקול הדעת העסקי (Business Judgement Rule).⁵⁷ במהותו, כלל זה מקנה לנושא המשרה חסינות מפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן של החלטות עסקיות, וזאת בהתמלא שלשה תנאים: האחד – ההחלטה התקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים; השני – ההחלטה התקבלה בתום לב (סובייקטיבי); והשלישי – ההחלטה הייתה "מיודעת" (informed decision), קרי התקבלה לאחר עיון בנתונים ושקילת מכלול השיקולים הצריכים לעניין. על פי הכלל, החלטה שהתקבלה תוך עמידה בשלושת התנאים הללו חוסה תחת "חזקת תקינות" אשר כל עוד לא נסתרה, תמנע בחינה מהותית של החלטה על-ידי בית המשפט.⁵⁸

⁵³ אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 60 וההפניות שם.

⁵⁴ להלן ה"ש 41-43 והטקסט סביבן.

⁵⁵ אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 60-61; שלמה לנדרס "היקש או מוקש – על מילוי החסר בתחום האגודות השיתופיות" הפרקליט מ(ג) 484 (1992); שאול ויסמן "הערבות ההדדית במושבי עובדים" הפרקליט לח(א) 125 (1989).

⁵⁶ שם, בעמ' 77.

⁵⁷ לצד כלל שיקול הדעת העסקי התפתחו בדלאוור כלל ההגינות המלאה (Entire Fairness), המהווה סטנדרט ביקורת מחמיר שבגדרו נבחנת הגינותה של העסקה או הפעולה הרלוונטית; וכן סטנדרט ביקורת שלישי המכונה "Enhanced Scrutiny" ("בחינה מוגברת"), ומהווה סטנדרט ביניים. ראו בהקשר פסי' 67 לפסק דינו של השופט עמית בעניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 3; עניין **פינרוס**, לעיל ה"ש 3, פסי' 65-86 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו) 12.7.2021.

⁵⁸ יוער כי הכלל אינו מעניק חסינות מוחלטת, ותיכנה נסיבות (אם כי חריגות) שבהן "חזקת התקינות" תישלל, כגון מקרים הנכנסים תחת דוקטרינת "הבזבוז" (waste doctrine), שעניינה בהחלטות בלתי-רציונאליות הנעדרות כל בסיס עסקי (כדוגמת הענקת נכסים לצד שלישי ללא כל תמורה). בנוסף, קיימת לקונה ביחס לתחולת הכלל במצבים שבהם אין מדובר בהחלטה אקטיבית, אלא במחדל מצדו של נושא המשרה שנמנע מהפעלת שיקול דעת או ממעורבות בהליכי קבלת החלטה. על אף שבפסיקה מהעת האחרונה מסתמנת נטייה לאמץ את הלכת *Caremark* הדלוורית אשר מסדירה את החובות החלים על נושאי משרה במצבים מעין אלה (ראו תג (כלכלית) 17044-12-14 **אהרוני נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ** (נבו) 01.12.2015), הדבר טרם נקבע כהלכה מחייבת.

זוהי מהותו המזוקקת של כלל שיקול הדעת העסקי,⁵⁹ והוא נקלט זה מכבר אל תוך הדין הישראלי – עם התאמות מקומיות מסוימות – בפסיקות בית המשפט העליון.⁶⁰

מערך מרכזי של טעמים הניצבים בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי נובע מייחודיות תפקידו של נושא משרה בחברה, אשר נדרש ליזום כל העת נטילת סיכונים על מנת לבחון הזדמנויות עסקיות חדשות.⁶¹ דרישה זו, לצד חוסר הוודאות הנלווה באופן אינהרנטי להחלטותיהם של נושאי המשרה בחברה; הקושי לקבוע כי החלטה עסקית מסוימת הייתה נגועה בספקולטיביות יתר או בסיכון מופרז בעת קבלתה; הצורך להישמר מפני הטיית החכמה שבדיעבד (hindsight bias); והחשש מפני הרתעת יתר של דירקטורים מפני קבלת החלטות הטומנות בחובן סיכון – כל אלה תומכים בהגבלת חובת הזהירות החלה על נושאי משרה בנוגע לתוכן החלטותיהם העסקיות.⁶²

טעם נוסף המוזכר בספרות כתמיכה במדיניות של אי-התערבות שיפוטית בשיקול הדעת העסקי של דירקטורים מתמקד במידת יכולתו של בית המשפט לקיים ביקורת הולמת על החלטות עסקיות. לפי הטענה, בעוד שנושאי משרה מחזיקים בכישורים המתאימים לקבלת החלטות עסקיות, בתי המשפט אינם כשירים, ככלל, לבחון את תוכן של החלטות אלה.⁶³ מעורבותם של בתי המשפט בהפעלת ביקורת מסוג זה תורמת להתארכות ההליך המשפטי, מייקרת אותו ויוצרת חוסר ודאות לגבי תוצאותיו, וחוסר ודאות זה עלול לגרום, בתורו, לריבוי תביעות סרק ולשמרנות יתר מצד הנהלת החברה.⁶⁴

נימוק נוסף המצדיק מדיניות של אי-התערבות מצד בית המשפט מתמקד בהשפעתם של כוחות השוק על הדירקטורים ונושאי המשרה בחברה. לפי הטענה, תמריצי השוק מכתיבים למקבלי החלטות התנהגות שקולה וקבלת החלטות עסקיות ראויות, שכן אם יקבלו החלטות כושלות הפוגעות בערך החברה, ניתן להניח כי יועברו מתפקידם ויוחלפו באחרים. התערבות שיפוטית עלולה להפר את האיזון שיוצרים כוחות השוק, האמור לשקף את העדפותיהם המצרפיות של בעלי המניות לגבי תשואה, סיכון והיחס הרצוי ביניהם.⁶⁵

משעמדנו על טיבו של כלל שיקול הדעת העסקי ועל הטעמים העומדים בבסיסו, נשוב לדיון בפסק הדין בעניין **כפר ביאליק** ובאגודות שיתופיות.

59 עניין **יוז'ין**, לעיל ה"ש 3, פסקה 29 לפסק דינו של השופט דנציגר; ת"צ (תל אביב-יפו) 40404-03-16 **עצמון נ' אסם השקעות בע"מ**, פסקה 30 לפסק דינה של השופטת רונן (4.8.2020 נב).

60 ראו, למשל: עניין **יוז'ין**, פסי' 29-33 לפסק דינו של השופט דנציגר; וכן עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 3, פסי' 68-70 לפסק דינו של השופט י' עמית. ראו גם: ליכט "שם הורד", לעיל ה"ש 2, בעמ' 511-516.

61 ליכט "שם הורד", לעיל ה"ש 2, בעמ' 488.

62 עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 3, פסי' 68 לפסק דינו של השופט י' עמית. להרחבה בדבר הרציונלים העומדים בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי ראו גם **חנס**, לעיל ה"ש 2, 339-333; **ליכט "שם הורד"**, לעיל ה"ש 2, 487-493; וכן **פרוקצ'יה**, לעיל ה"ש 2, 102-103.

63 על טיעון זה נשמעה ביקורת, שלפיה ההצדקה לכלל אינה נשענת על הטענה כי בית המשפט נעדר מומחיות בענייני עסקים (שכן לבית-המשפט אין מומחיות טבועה בשום תחום מקצועי זולת המשפט, ואף על פי כן בתי המשפט נדרשים להכריע באופן יומיומי בשאלת סבירותן של החלטות המתקבלות על ידי אנשי מקצוע בתחומי מומחיותם), אלא על הטענה כי הניסיון להכריע בשאלות עסקיות באמצעות כלים משפטיים חסר תוחלת בשל אופייה הייחודי של הפעילות העסקית, אשר מבוססת באופן אינהרנטי על התמודדות עם אי-ודאות – תחום שבו אין לבית המשפט כל יתרון מוסדי (ראו **ליכט "שם הורד"**, לעיל ה"ש 2, 489).

64 אסף חמדני ושרון חנס "הגינות מלאה: בעלי שליטה, חובות דירקטוריון וביקורת שיפוטית" **משפט ועסקים** ט 75, 83 (2008).

65 ראו בעניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 3, פסי' 68 לפסק דינו של השופט י' עמית וההפניות שם.

2. האם יש להחיל את הכלל באגודות שיתופיות?

כאמור, בפסק הדין בעניין **כפר ביאליק** עסק בית המשפט העליון בין היתר בטענותיו של מר אורי שגיא, חבר האגודה, נגד חברי הוועד המנהל של האגודה, ביחס למחדלים של חברי הוועד בקידום של מיזמי נדל"ן שהיו לדידו רשלניים. השופט ג'ובראן קבע, תוך ביצוע היקש מדיני החברות, כי יש לשאוב את התובנות מכלל שיקול הדעת העסקי וכי לחברי ועד אגודה אשר מופקדים על ניהול עסקיה של האגודה קיים שיקול דעת ביחס לניהול האגודה. כאמור לעיל, ראינו שבתי המשפט החילו על אגודות שיתופיות כללים הלקוחים מדיני החברות כעניין שבשגרה, אך כי יש מקום לבחון בחינה נקודתית לפי העניין שעה שמחילים על אגודה שיתופית הלכה פסוקה מתחום דיני החברות.⁶⁶ מאידך, השופט דנציגר קבע בפסק דינו כי הוא לא השתכנע שיש מקום להידרש לכלל שיקול הדעת העסקי בעניינן של אגודות שיתופיות, בשים לב להבדלים בין תכליותיהן של צורות ההתאגדות השונות.⁶⁷

על אף שפסק הדין בעניין ביאליק לא קבע – מבחינה פורמאלית – הלכה מחייבת, נדמה כי הוא בהחלט עולה בקנה אחד עם נטיית בתי המשפט לנהוג בריסון ובאיפוק בכל הנוגע להתערבות בהחלטות טריבונאלים פנימיים של אגודות שיתופיות מסוגים שונים.⁶⁸ כך, למשל, בענייניה של אחת האגודות השיתופיות המוכרות ביותר – אגד – עולה כי בתי המשפט נמנעו מהתערבות בהחלטות של הטריבונאלים הפנימיים שלה,⁶⁹ ובמקרה מאוחר אף יישמו את עיקרון אי-ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת של הנהלת האגודה השיתופית, וזאת בהתבסס, בין היתר, על פסק דינו של השופט ג'ובראן בעניין **כפר ביאליק**.⁷⁰

בעניין אחר דנה השופטת רות רונן בשאלה אם יש להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על פעילותן של עמותות. בדיון שערכה בפסק הדין הצביעה השופטת רונן על קיומם של קווי דמיון בין עמותה לבין אגודה שיתופית אשר יש בהם, לשיטתה, כדי להשפיע על שאלה זו. השופטת רונן ציינה בפסק דינה כי לא כל הטעמים ביסוד כלל שיקול הדעת העסקי חלים על עמותות באותו האופן שבו הם חלים על חברות. כך למשל, עמותות אינן פועלות למטרת רווח, ועל כן אין זה ברור אם הן אמורות לקבל החלטות הכרוכות בסיכונים עסקיים (טיעון זה נשען על עמדתו של השופט דנציגר בעניין **כפר ביאליק**). בנוסף, חברי וועדים מנהלים בעמותות אינם כפופים לאותם תמריצי "שוק" אשר ניצבים בפני דירקטורים בחברות (והדין מטיל מגבלות על גובה שכרם). מאידך גיסא, עמדה השופטת רונן על קיומם של שיקולים אחרים שעשויים להצדיק ריסון שיפוטי בביקורת על החלטות המתקבלות על-ידי עמותות. אחד משיקולים אלה הוא השאיפה להגן על האוטונומיה והדמוקרטיה התאגידית של העמותות. שיקול נוסף הוא קיומם של אמצעי פיקוח אחרים על פעילותן של עמותות, כגון זה שמפעיל רשם העמותות, באופן אשר מפחית את הצורך במנגנוני "אכיפה פרטית" מצד גורמים אחרים. בסופו של דבר,

66 ראו דיון בפרק ב' לעיל.

67 ראו שוב דיוננו בפרק א' לעיל בעניין תכלית האגודה השיתופית.

68 ראו למשל, ע"א 11533/05 **קיבוץ קלי"ה נ' זבולון** (נבו 10.3.2009); ע"א 8398/00 **כץ נ' קיבוץ עין צורים**, פ"ד נו(6) 602 (2002); ע"א 4245/00 **חן נ' קיבוץ תל קציר** (נבו 11.8.2003); ע"א 933/04 **בוטנר נ' קיבוץ חפציבה** (נבו 28.3.2005). שלושת המקרים הללו נוגעים לקיבוצים, המהווים סוג מיוחד של אגודה שיתופית.

69 ראו למשל, ע"א 835/93 **איגנט נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה**, פ"ד מט(2), 793 (1995); ע"א 7162/06 **שטרן נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (נבו 17.2.2008).

70 ראו ה"פ 11-01-11 **חברי אזורי הצפון של אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ואח'**, פסי' 33 לפסק דינו של השופט גרינברגר (נבו 27.1.2011). במקרה נוסף, החיל בית המשפט המחוזי את כלל שיקול הדעת העסקי על חברי וועד ההנהלה באגודה שיתופית, מבלי להתייחס להבדל בין חברה בע"מ לבין אגודה שיתופית. ראו ת"א (מחוזי נצי') 4663-11-11 **קיבוץ תל-יוסף נ' אבי בן אהרון** (נבו 29.12.2016).

השופטת רונן נמנעת מלהכריע בשאלה האם בעמותה חל כלל שיקול הדעת העסקי במקרה הנדון בפסק הדין מטעמים אחרים.⁷¹

אם כן, נדמה שבפסיקה קיימות עמדות מגוונות ביחס לשאלת ההצדקה להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על סוגי התאגדות אחרים בדין הישראלי. עתה נפנה להעמיק בשאלה זו תוך בחינת הרציונליים העומדים בבסיס הכלל ומידת התאמתם לאגודות שיתופיות, אך בטרם ניגש למלאכה זו, נבקש להגדיר את גבולותיו של הדין.

נוכח הגיוון וההטרוגניות שבכוחה של צורת ההתאגדות של אגודה שיתופית לשאת, אנחנו מבקשים לתחם את הדין שיערך במסגרת מאמר זה סביב אגודות שיתופיות בעלות פעילות כלכלית (בדומה למשל לבנק אופק), אשר מציגות סממנים "עסקיים" מובהקים ומאפיינים הדומים יותר לחברה, כגון מחזור פעילות כספי משמעותי, חלוקת רווחים לחברי האגודה ועוד.⁷² בנוסף, נבקש להחיל את הדין שלהלן גם על החלטות ספציפיות בעלות אופי עסקי, כדוגמאת החלטות להשקיע במיזמים מסחריים-כלכליים, גם אם התקבלו באגודות שיתופיות התיישבותיות או אגודות שיתופיות מסוג אחר שאינן מקיימות רק פעילות שהיא בעיקרה עסקית (בדומה, למשל, לכפר ביאליק). כפי שנראה להלן, על יסוד ניתוח הצדקותיו של כלל שיקול הדעת העסקי הקיים בדיני החברות, יש מקום להחילו גם במקרים אלה ובכך לכבד את האוטונומיה התאגידית ואת עקרונות הדמוקרטיה של האגודה השיתופית.⁷³

נטילת סיכונים בפעילות האגודה. כאמור לעיל, אחד הרציונלים הבולטים להחלת כלל שיקול הדעת העסקי בחברה הוא הרצון לתמרץ את הדירקטוריון ליזום נטילת סיכונים על מנת לבחון הזדמנויות עסקיות חדשות ללא הרתעת יתר מפני קבלת החלטות הטומנות בחובן סיכון. השופט דנציגר קבע מצידו כי הוא איננו משוכנע שכאשר עסקינן בבחינת רשלנותם של נושאי משרה באגודה שיתופית יש מקום להידרש לכלל בדבר שיקול הדעת העסקי – ולו כמקור השראה – וזאת "בשים לב להבדלים בתכלית האגודה השיתופית לעומת תכלית של חברה". גרסה מפורשת יותר של טיעון זה בוטאה על-ידי השופטת רונן בפסק דינה בעניין **בן לביא**, שבו היא העלתה ספק אם עמותות שאינן פועלות למטרת רווח, אמורות לקבל החלטות הכרוכות בסיכונים עסקיים.

נבהיר כי לדידנו, העובדה שאגודה שיתופית אינה פועלת בהכרח להשאת רווחיה שלה אינה יוצרת דיכוטומיה מוחלטת בין חברה לאגודה שיתופית. לפיכך, היא אינה בהכרח גוזרת כי כלל שיקול הדעת העסקי לא אמור לחול במקרים המתאימים. ראשית, אגודה שיתופית אמנם אינה מחויבת לפעול להשאת רווחיה שלה, אך היא בהחלט פועלת לרווחתם של חבריה – דבר אשר עשוי להתבצע גם באמצעות השאת רווחי האגודה לצורך חלוקתם לחברים – ועל כן היא אינה עומדת בניתוק מוחלט מתכליות שעניינן כלכלי. טיעון זה מקבל משנה תוקף כאשר מדובר באגודות שפעילותן מערבת היבטים מסחריים-כלכליים.

71 תנ"ג (ת"א) 12839-08-12 **שולמית בן לביא נ' העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים** פס' 130 (פורסם בנבו, 20.10.2015; להלן: עניין **בן לביא**).

72 ראו למשל, בסעיף 40 לפקודת האגודות השיתופיות. מינוי נושאי משרה על-בסיס ניסיון מקצועי יכול להוות אף הוא סממן עסקי, אם כי לשיטתנו, אין בהעדרו של סממן זה כדי להעיד בהכרח על כך שהאגודה אינה מקיימת פעילות עסקית.

73 ויודגש, משמעות עמדתנו אינה שעל בית המשפט לבחון לגופן החלטות שאינן בעלות אופי עסקי או שהתקבלו באגודות שיתופיות שאינן מקיימות פעילות שהיא בעיקרה עסקית, אלא שהדין בשאלת ההצדקה להפעלת ביקורת שיפוטית במקרים אלו – כמו גם בשאלת האופן המדויק שבו יש לבצע – ייערך בהתבסס על ניתוח מעמיק נפרד למאמר זה. יתכן שניתוח כאמור יוביל למסקנה שבית המשפט יפעיל ביקורת על החלטות על בסיס כללים משפטיים אחרים, אשר מתאימים לאופייה של האגודה הנדונה.

מן העבר השני, עקרונות של ערבות הדדית וכן ביצוע פעולות שאינן מכוונות באופן בלעדי להשאת רווחים אינם זרים לחברה המסחרית, והם מותרים ומוכרים גם במסגרת פעילותה. כך, למשל, בחברות מעטים, שבמסגרתן מתקיימים לעתים קרובות יחסים של "מעין שותפות", עשויות לחול מגוון הלכות שמטרתן הגנה על הציפיות הלגיטימיות של בעלי מניות המיעוט (למשל הציפיות להשתתף בניהול או ברווחים) והבטחת הפעלה הוגנת של הכוח הנתון בידי הרוב;⁷⁴ חברות לתועלת הציבור או מוסדות ללא כוונת רווח מקדמות מטרות ציבוריות העשויות לחרוג מהשאת רווחיהן;⁷⁵ ואף הוראות חוק החברות המתירות לחברה בע"מ לתרום כספים למטרות ציבוריות – פעילות העשויה לחרוג מהתכלית הישירה של השאת רווחיה (אם כי הינה מוגבלת בהיקפה).⁷⁶ מספר מלומדים אף הציעו פרשנות רחבה יותר של סעיף 11 לחוק החברות, לפיה תכלית החברה היא לשרת את כלל בעלי העניין הקשורים בפעילותה ביניהם גם את הלקוחות, העובדים, הספקים והקהילה.⁷⁷ אימוץ פרשנות זו יוכל לקרב עוד יותר בין תכלית התאגיד העסקי לזו של האגודה השיתופית. כל אלו מלמדים אותנו כי אין בעצם העובדה שתכליתה של האגודה השיתופית מערבת שיקולים סוציאליים של רווחת החברים כדי לשלול אפריורית את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי בעניינה.

לזאת יש להוסיף שהמוטיבציה של חברי הוועד באגודה השיתופית ליטול סיכונים פחותה מזו של דירקטור בחברה. זאת מפני שחברי הוועד לא מתוגמלים, אך אם כלל שיקול הדעת העסקי לא יחול הם ישאו במלוא הסיכון להטלת חבות אישית במקרה של כישלון בניהול עסקי האגודה.⁷⁸ בכך, חברי הוועד עלולים לנקוט במדיניות שמרנית למדי, באופן שיפגע ברווחת כלל חבריה.

מומחיות בקבלת החלטות עסקיות וחשש מריבוי תביעות. דומנו כי טעם זה, התומך בהחלת הגנה מפני התערבות בשיקול הדעת העסקי, תקף גם כאשר מדובר באגודה בעלת פעילות כלכלית אשר מקבלת החלטות עסקיות במהלך הרגיל של פעילותה, שכן גם במקרים אלה, ככלל, לבית המשפט אין עדיפות על פני שיקול הדעת העסקי של ועד האגודה ביחס לניהול הפעילות הכלכלית ואופן ניהול הסיכונים העסקיים בהקשר זה. יתרה מזאת, העובדה שהאגודה השיתופית מתנהלת לאור תכליות מגוונות (מטרות חברתיות, העצמת חברי האגודה וכיוצא"ב) יוצרת רובד נוסף של מורכבות. מורכבות זו מחייבת את בית המשפט להעריך את מידת סבירותן של החלטות לא רק בראי הכלכלי, אלא מתוך פריזמות שונות באופיין ובתועלות שהן מדגישות, שחלקן קשות יותר לכימות ולהשוואה. כך למשל, ניתן לדמיין תרחיש שבו בית משפט נדרש לבקר החלטת וועד אגודה להעסיק נוער בסיכון במפעל השייד לאגודה וזאת על חשבון מקסום רווחי המפעל; להעדיף הקמת קרן סיוע הדדי לחברי אגודה במצוקה על-פני חלוקת רווחי הפעילות הכלכלית לחברים כדיבידנדים בשנה מסוימת; או, בהתבסס על עובדותיו של עניין **כפר ביאליק**, לייעד שטח מסוים להקמת מבני ציבור לשימוש חברי האגודה במקום להשתמש

74 ראו למשל, רע"א 9646/04 **חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ נ' אריה מיכלסון חברה ליזמות בע"מ**, פ"ד נט(3) 380, 383 (2005); ע"א 8712/13 **אדלר נ' לבנת**, פס' 65 לפסק דינו של השופט דנציגר, והאסמכתאות שם (נבו 1.9.2015); וכך ע"א 5025/13 **פרט תעשיות מתכת בע"מ נ' חביב**, פס' 17-18 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 28.2.2016).

75 בהקשרים אלה יצוין כי הגם שלמיטב ידיעתנו, הפסיקה לא החילה באופן מפורש את כלל שיקול הדעת העסקי על חברה לתועלת הציבור, הרי שמפסק הדין בעניין ע"א 4024-13 **תקווה - כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ נ' אריה פינקוביץ** (נבו 29.08.2016) (להלן: **עניין כפר תקווה**), עולה כי בית המשפט היה נכון להחיל עקרונות דומים ביחס לחברה שהיא מוסד ללא כוונת רווח (מלכ"ר; ראו בסעיפים 29-30 ו-46 לפסק הדין), שבו חלק מהדירקטורים פעלו בהתנדבות ומתוך תחושת שליחות (ראו בפסקה 25 לפסק הדין), כל זאת בדומה לחברה לתועלת הציבור.

76 סעיף 11(א) לחוק החברות. יוער כי הסעיף מגביל את התרומה ל"סכום סביר למטרה ראויה", ובכך מגביל ומתחם את האפשרות לחרוג מתכלית החברה וממאפייניה המסחריים.

77 ראו, למשל, ידידיה שטרן **תכלית החברה העסקית** (2009); עלי בוקשפן "עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה – הצעה להתאמת סעיף 11 לחוק החברות לעידן התאגידי המודרני" **המשפט** כו 141, 142 (2020). ראו גם רונית דוניץ-קידר ועופר סיטבון "דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות" **המשפט** כו 237, 248-250 (2020).

78 לעיל ה"ש 11.

בו לקידום מיזמי נדל"ן רווחיים. בשל מגבלות אלה, מעורבות-יתר מצד בית המשפט עלולה לערער את הוודאות המשפטית באופן שיוביל לריבוי תביעות סרק והתארכות בלתי-רצויה של הליכים משפטיים.

בהקשר זה ניתן לסבור כי מיעוטן היחסי של אגודות שיתופיות (בהשוואה לחברות רשומות) מצמצם במידת-מה את החשיפה לריבוי הליכים באופן שהופך טעם זה לשולי.⁷⁹ אך נדמה כי לאור האפשרות שצורת ההתאגדות של אגודה שיתופית תתפוס מקום דומיננטי יותר ויותר בכלכלה המודרנית עם חלוף הזמן, ראוי לתת את הדעת על שיקול זה. בנוסף, לא אחת התפתחו סכסוכים סבוכים וארוכי שנים שהגיעו לפתחו של בית המשפט (כפי שהיה בעניין **כפר ביאליק**). טעם זה, אם כן, יפה גם לענייננו ומצדד בהחלתו של כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות.

תמריצים, כוחות שוק וגיוס מועמדים איכותיים. כאמור לעיל, נימוק נוסף המצדיק מדיניות של אי-התערבות מצד בית המשפט מתמקד בהשפעת כוחות השוק על נושאי המשרה. לפי הטענה, תמריצי השוק מכתביבים לדירקטורים התנהגות שקולה וקבלת החלטות עסקיות ראויות, שכן אם יקבלו החלטות כושלות הפוגעות בערך החברה, ניתן להניח כי יועברו מתפקידם ויחולפו באחרים. שיקול זה רלבנטי ויפה גם כאשר מדובר באגודות שיתופיות. ראשית, חברי הוועד ממונים על-ידי חברי האגודה ומתוכם.⁸⁰ מאחר שבאגודה השיתופית זכות ההצבעה מבוססת באופן כללי על עקרון השוויון ואף אין אפשרות להעניק לחבר באגודה שליטה באגודה,⁸¹ ניתן להביא להחלפתו של חבר וועד שנהג באופן שמנוגד לציפיותיהם של חברי האגודה באמצעות בחירות חדשות. זאת ועוד, חברי הוועד לרוב אינם מקבלים שכר בעד כהונתם,⁸² ודבר זה עשוי ליצור קושי אינהרנטי באיתור מועמדים מתאימים ובעלי כישורים ראויים לכהן כחברי וועד הנהלה. הענקת הגנת כלל שיקול הדעת העסקי עשויה לסייע בריכוך הקושי האמור ובמציאת מועמדים מתאימים לכהונה מבין חברי האגודה.

בסיס אפשרי נוסף להחלת שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות ניתן לגזור מהמדיניות הנוהגת ביחס להסדרי שיפוי וביטוח של חברי ועד מפני חבות משפטית. על אף שפקודת האגודות השיתופיות ופסיקת בתי המשפט אינן מכילות התייחסות מפורשת לסוגיה זו, ניתן לאתר בפסיקה אינדיקציות ספורדיות לקיומו של נוהג שבמסגרתו נושאי המשרה באגודה מבוטחים.⁸³ רמז מובהק יותר לקיומו של "נוהג" שכזה עולה מעיון בתקנונים מוצעים שפורסמו על-ידי רשם אגודות השיתופיות שבמשרד הכלכלה, אשר מכילים כולם הוראות ברירת מחדל בדבר שיפוי וביטוח של נושאי משרה באגודה.⁸⁴ בנוסף, הנחיות רשם האגודות השיתופיות לכתובת תקנון אגודה שיתופית כוללות התייחסות מפורשת לסוגיה זו, תוך מתן הנחיות מפורטות לגבי אופן הכללתן של הוראות מעין אלה בתקנון.⁸⁵ קיומו של הנוהג המתואר מחזק את הסברה שמוצדק להחיל על אגודות שיתופיות את כלל שיקול דעת עסקי, שכן הרציונאליים הניצבים בבסיסו חופפים, במידה רבה, להצדקות העיוניות למתן לגיטימציה חוקית למנגנוני שיפוי וביטוח.

לסיכום, גם אם תכליותיה של אגודה שיתופית שונות מאלו של חברה (דבר שאיננו מובן מאליו כאמור לעיל), לא מדובר בשיקול ששולל תחולה לכלל שיקול הדעת העסקי. זאת, בעיקר כיוון שכלל שיקול הדעת העסקי מתמקד בבחינת הליך ואופן קבלת ההחלטה, להבדיל מתוכן ההחלטה לגופה, מתוך הכרה בכך שלבית המשפט

79 אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 59.

80 זאת, להוציא מקרים חריגים של ועד ממונה. ראו לעיל ה"ש 46.

81 ראו דיון בפרק ב' לעיל, וכן המקורות המוזכרים בה"ש 51 לעיל.

82 ראו נועם ונועם, לעיל ה"ש 6, בעמ' 320 (חברי ועדת הביקורת פועלים ללא תשלום שכר).

83 ראו למשל, סע"ש (אזורי ת"א) 33900-06-17 **מיכאל דמשק - וועד מקומי ישוב קהילתי כפר נירית**, פס" 4 (נבו 28.6.2017).

84 "תקנונים לדוגמא של אגודות שיתופיות" **משרד הכלכלה והתעשייה** (2019) <https://bit.ly/3k6nnIL>.

85 "עשה ואל תעשה בכתובת תקנון של אגודה שיתופית" **משרד הכלכלה והתעשייה** (2018) <https://bit.ly/3hTol8>.

אין עדיפות על פני שיקול הדעת של מנהלי התאגיד ביחס לקבלת החלטות הנוגעות לניהול פעילותו. לפיכך, כוחם של אותם רציונאליים העומדים בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי יפה בין אם התכלית של התאגיד היא תכלית של חברה ובין אם של אגודה שיתופית. אדרבא - מלומדים הביעו את הדעה כי דווקא מורכבות השיקולים הנדרשים לשם קבלות החלטות בסוגיות שאינן נוגעות בהכרח למקסום מחיר המניה מגבירה ומחזקת את ההצדקה להגנת שיקול הדעת העסקי.⁸⁶ משמע, דווקא החלטות שתכליתן קרובה יותר לתכלית של אגודה שיתופית הן כאלו שמוצדק ליתן להן הגנה מסוג זה.

מבט בדין האמריקאי מחזק עמדה זו. כך למשל, המחוקק במדינת דלוור אימץ חוקת כלל שיקול דעת עסקי סטטוטורית החלה על כל התאגידים מסוג public benefit corporations (תאגידים שתכליתם מאפשרת למנהלי התאגיד לקדם אינטרסים שונים החורגים מהשאת רווחים לבעלי מניות),⁸⁷ ובית המשפט בניו יורק החיל את כלל שיקול הדעת העסקי גם באופן ספציפי על אגודות שיתופיות.⁸⁸

3. השפעת מאפיינייה הייחודיים של האגודה השיתופית על תחולת כלל שיקול הדעת העסקי

לשיקולים שנמנו לעיל ביחס להחלתו של כלל שיקול דעת עסקי ניתן להוסיף לטעמנו שלושה שיקולים נוספים הייחודיים לאגודות שיתופיות – קיומו של רגולטור בעל סמכויות (רשם האגודות), מידת ההתאמה של התנאי בדבר הליך קבלת החלטות מיודע לאגודות שיתופיות וניגודי עניינים אינהרנטיים באגודה השיתופית. כפי שנראה מיד, אין בשיקולים אלה כדי לשנות את המסקנה לפיה ראוי להחיל את הכלל גם על אגודות שיתופיות.

86 בוקשפן, "עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה", לעיל ה"ש 76; David Katz et al., *The Broadening Basis for Business Judgment*, HARV. L. FORUM ON CORP. GOVERN. (Sept. 28, 2020) <https://bit.ly/3oi9wRj>

87 General Corporation Law, Title 8 Chapter 1., § 365(b) - "A director of a public benefit corporation shall not, by virtue of the public benefit provisions or § 362(a) of this title, have any duty to any person on account of any interest of such person in the public benefit or public benefits identified in the certificate of incorporation or on account of any interest materially affected by the corporation's conduct and, with respect to a decision implicating the balance requirement in subsection (a) of this section, will be deemed to satisfy such director's fiduciary duties to stockholders and the corporation if such director's decision is both informed and "disinterested and not such that no person of ordinary, sound judgment would approve

כך ראו Morris, Nichols, Arsht & Tunnell LLP, *Public Benefit Corporations*, PRACTICAL LAW 3-4 (2020): "The PBC statutes expressly provide that the business judgment rule applies to all disinterested balancing decisions made by directors."

88 *Levandusky v. One Fifth Ave. Apartment Corp.*, 75 N.Y.2d 530, 554 N.Y.S.2d 807, 553 N.E.2d 1317 (1990). בעניין Levandusky בית המשפט לערעורים בניו-יורק הכריע שכלל שיקול הדעת העסקי חל על החלטה של אגודה שיתופית, שהתקבלה בתום לב, ולטובת האינטרסים של האגודה:

"We conclude that these goals are best served by a standard of review that is analogous to the business judgment rule applied by courts to determine challenges to decisions made by corporate directors (see, *Auerbach v Bennett*, 47 NY2d 619, 629). A number of courts in this and other states have applied such a standard in reviewing the decisions of cooperative and condominium boards (see, e.g., *Kirsch v Holiday Summer Homes*, 143 AD2d 811; *Schoninger v Yardarm Beach Homeowners' Assn.*, 134 AD2d 1; *Van Camp v Sherman*, 132 AD2d 453; *Papalexiou v Tower W. Condominium*, 167 NJ Super 516, 401 A2d 280; *Schwarzmann v Association of Apt. Owners*, 33 Wash App 397, 655 P2d 1177; *Rywalt v Writer Corp.*, 34 Colo App 334, 526 P2d 316). We agree with those courts that such a test best balances the individual and collective interests at stake."

רגולטור בעל סמכויות. השיקול ראשון הוא קיומו של גורם מאסדר בעל סמכויות בדיקה ואכיפה משמעותיות, שיקול אשר עמד ביסוד החלטתה של השופטת רונן שלא לאפשר הגשת תביעה נגזרת בעניינה של עמותה.⁸⁹ לפי השופטת רונן, קיומו של גורם מאסדר משמעותי מקטיף את ההצדקה לאכיפה פרטית (מטעמו של חבר עמותה) באמצעות הגשת תביעה כנגד נושאי משרה והתערבות של בית המשפט בהחלטות של העמותה. על פניו, היגיון זה עשוי היה להיות רלוונטי גם בהקשר של אגודות שיתופיות, וזאת הן מאחר שלרשם האגודות השיתופיות הוקנו סמכויות רחבות מסמכויות רשם החברות,⁹⁰ והן בשל קווי הדמיון הכלליים בין אגודות שיתופיות לעמותות, אשר צוינו על-ידי השופטת רונן בעניין **בן לביא**.⁹¹

אילו היגיון זה היה מתורגם בפועל לשלילה מוחלטת של היכולת להגיש תביעות נגזרות כנגד נושאי משרה בגין הפרת חובת הזהירות, ממילא הדיון בתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי היה עשוי להתייתר. ואולם, הלכה למעשה בתי המשפט בישראל מאפשרים לחברי אגודות שיתופיות להגיש תביעות נגזרות,⁹² ולפיכך התנהלותה של האגודה השיתופית ופעולותיהם של נושאי המשרה בה שופות בפועל לביקורת שיפוטית. אילו הדיון היה מוביל להענקת סמכות בלעדית להגשת תביעות נגזרות לרשם האגודות השיתופיות, הרי שעדיין היה צורך להידרש לשאלה האם יש לאפשר לנושאי המשרה להתגונן מתביעות הרשם בטענה כי כלל שיקול הדעת העסקי חל. לשיטתנו, בדומה לתביעות של חברי אגודה, כך גם תביעות הרשם היו מציפות את שלל המורכבויות שעמן נועד כלל שיקול הדעת העסקי להתמודד במלוא עוזו, ועל כן אין בעצם קיומו של רגולטור בעל סמכויות כדי להחליש את ההצדקה להחיל את הכלל גם בהקשר של אגודות שיתופיות.

מידת ההתאמה של התנאי בדבר הליך קבלת החלטות מיוזע לאגודות שיתופיות. החלת כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות מעורר שאלת מדיניות מעניינת נוספת – האם חברי הוועד באגודה אכן מצוידים בכלים הנדרשים לשם קיום הליך מיוזע שיזכה אותם בהגנתו של כלל שיקול הדעת העסקי, ועד כמה הגנת כלל שיקול הדעת העסקי תסייע בידם מקום שבו לחברי הוועד יש כלים מועטים לניהול הליך מיוזע?⁹³

על פניו, נדמה שחברי וועד ההנהלה באגודה שיתופית עלולים לסבול ממחסור בכלים ובמימוניות הדרושים לשם איסוף ובחינת מידע תומך-החלטה באופן אפקטיבי. זאת מאחר שהם אינם נבחרים לתפקיד במסגרת מינוי מקצועי, הם אינם נדרשים לעמוד בתנאי סף של מימוניות כדי להתמנות, והתקציבים הדרושים להם לאיסוף וניתוח המידע הרלבנטי לקבלת החלטות עלולים להיות מוגבלים. בנסיבות כאלה, על פניו, ניתן להעלות חשש שהחלת הכלל עלולה דווקא לפגוע בחברי הוועד באגודה השיתופית, שלא יזכו להגנה מהתערבות שיפוטית.

ואולם, אנחנו סבורים כי טענה זו שגויה פעמיים. ראשית, ככל שלחברי הוועד כלים מועטים לאיסוף מידע, הרי שהחלתו של הכלל דווקא יכולה להוות תמריץ עבורם לרכוש כלים כאלה. נכון וראוי שכל הליך קבלת החלטות יהיה מיוזע וראוי שבית המשפט ישמש כמכווין התנהלות בהקשרים הללו ויתמרץ את חברי הוועד לקיים הליך תקין ונכון של קבלת החלטה, תוך ביצוע התאמה מסוימת להקשר של אגודות שיתופיות.⁹⁴

89 תנג (ת"א) 43264-02-17 עו"ד מורן מאירי נ' התאחדות לכדורגל בישראל (נבו 30.11.2020).
90 לעומת היקף הסמכויות המוגבל אשר ניתן לרשם החברות בחוק החברות, פקודת האגודות השיתופיות והתקנות שהותקנו מכוחה מעניקות לרשם האגודות השיתופיות סמכויות רבות לפיקוח ומעורבות במהלך חייה של האגודה, כשבין סמכויות אלו ניתן למנות חקירה, תיקון תקנון, בוררות, קביעת פנקס החברים, מינוי ועד ממונה ועוד (נועם ונועם, לעיל ה"ש 6, 49).
91 עניין **בן לביא**, לעיל ה"ש 71, פס' 92-99 לפסק דינה של השופטת רונן. כן ראו אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 7.
92 ראו למשל, בג"ץ 6627/98 ישראל נוימן נ' רשם האגודות השיתופיות, נד(5) 299 (2000). גם אוטולנגי בספרה מכירה באפשרות של הגשת תביעה נגזרת באגודה שיתופית וראו אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 377.
93 השוו לתני"ג (מחוזי ת"א) 13663-03-14 נוימן נ' פיננסיטק בע"מ, פס' 55-51 (נבו 24.5.2015) (להלן: עניין פיננסיטק); רונן ואשכול, לעיל ה"ש 2, בעמ' 611.
94 כך למשל, יש לצפות מהוועד שהפנייה למומחים תהיה במסגרת סבירה של תקציב האגודה והצרכים הספציפיים.

שנית, ככל שההגנה לא תחול בסופו של יום, אין בכך לדידנו לפגוע בחברי הוועד. כך, אם תישלל תחולתו של הכלל – יהיה על חברי הוועד להתמודד עם הטענות שהועלו כלפיהם ביחס לגופה של ההחלטה ולסבירותה. במובן זה, החלת הכלל רק משפרת את מצבם בהשוואה להיעדרו. ניתן להקשות ולהזכיר כי ביחס לחברה, מקום שבו נשללת הגנת הכלל בשל אי-קיומו של הליך מיוחד, מתבצע היפוך נטל – על הדירקטורים של החברה להוכיח את סבירות ההחלטה, בניגוד לכלל הבסיסי שלפיו הנטל מוטל על התובע.⁹⁵ אין בכך רבותא לדידנו, מאחר שבית המשפט העליון קבע כי הפרה של חובת הזהירות ההליכית הקבועה בסעיף 253 לחוק החברות, גם ללא תחולתו של כלל שיקול דעת עסקי, משמעה היפוך הנטל לנושא המשרה הנתבע ממילא.⁹⁶

ניגודי עניינים אינהרנטיים באגודה השיתופית. באגודה שיתופית רווחת הגישה שחבר הוועד חב חובת אמון בדומה לזו החלה על הדירקטור.⁹⁷ עם זאת, יש להדגיש שבמקרים רבים ניגוד העניינים שבו מצוי חבר הוועד הוא אינהרנטי לסיטואציה לאור אופיה של האגודה השיתופית, ולאור העובדה שחבר הוועד נמנים עם חברי האגודה. לפיכך עלול להתעורר קושי מסוים להחיל את התנאי להיעדר ניגוד עניינים כפי שהוא מוחל כיום על חברות. ניתן לפתור את הקושי באמצעות התאמת פרשנות המונח "ניגוד עניינים" לאור אופיה של האגודה השיתופית. הצעה באופי דומה הועלתה בספרם של נועם ונועם, בהקשר לבחינת כשרותו של חבר וועד:

"במקרים שבהם יש ניגוד עניינים מובנה באגודות שיתופיות, אך ניגוד העניינים חורג מהמצופה מחבר ועד כחבר אגודה... במקרים אלו יחולו דיני החברות ויש להחיל על חבר ועד את חובת הגילוי, כמו גם את חובתו להימנע מלעסוק ולהצביע בתחום שבו הוא בעל אינטרסים זרים".⁹⁸

הצעה זו מזכירה במידה מסוימת את מבחן הזיקה העודפת המהותית הקיים בדיני החברות.⁹⁹ ביישום המבחן על אגודה שיתופית, יש לשאול האם לחבר הוועד זיקה עודפת מהותית לעסקה בהשוואה לזיקה שיש לו כחבר אגודה. ככל שהתשובה שלילית, כלל שיקול הדעת העסקי יעמוד לחזקתו.

סיכום

ברשימה זו ביקשנו לפתוח צוהר ראשוני לדיון בסוגיית תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות ולשרטט קווי מתאר לאופן שבו יש, בראייתנו, לנתח את הסוגייה. זאת מבלי להתיימר למצות את רשימת השיקולים הצריכים לעניין או לקבוע מסמרות ביחס למדרג הראוי ביניהם.

חשיבותו של הנושא נובעת מעליות קרנה של האגודה השיתופית בעת האחרונה ומחשיבותה המסתמנת עבור מיזמים מגוונים המתקיימים לצד הפעילות המשקית הכלכלית הקלאסית, ובפרט אלו הנשענים על רעיונות של כלכלה שיתופית. לטעמנו, מימוש מלא של הפוטנציאל הטמון בצורת התאגדות זו מחייב את עדכונה של המסגרת המשפטית החלה עליה, ואת התאמתה למגמות שחלו בשוק במהלך העשורים האחרונים.

הניתוח שערכנו התקיים בשני מישורים. במישור העקרוני ערכנו דיון בשאלה האם, ככלל, נכון להקיש מדיני החברות לגבי אגודות שיתופיות. לצורך כך עמדנו על נקודות הדמיון והשוני בין שתי צורות ההתאגדות השונות

⁹⁵ ראו בעניין פיננסיטיק, פס" 62-59; בע"א 3136/14 כבירי ואח' נ' אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ, פס" 46-56 (נבו 28.1.2016).

⁹⁶ ראו בעניין כפר תקווה, לעיל ה"ש 75, פס" 48-46.

⁹⁷ אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 361-362.

⁹⁸ נועם ונועם, לעיל ה"ש 6, בעמ' 287-288.

⁹⁹ עניין ורדניקוב, לעיל ה"ש 3, פס" 32 לפסק דינו של השופט עמית.

ודנו במשמעויות הנורמטיביות הנגזרות מהן לעניין השאלה שעל הפרק. רובד זה של הדיון הוביל אותנו למסקנה העקרונית כי אין בעובדה שאגודות שיתופיות פועלות גם לאור תכליות שאינן-מסחריות כדי לשלול את ההצדקה לבצע היקשים מדיני החברות מקום בו הם נדרשים. במישור הקונקרטי, התמקדנו בשאלת ההצדקה להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על אגודות שיתופיות, ובמסגרת זו סקרנו את הרציונאליים הניצבים בבסיס הכלל, וערכנו דיון במידת התקיימותם ביחס לאגודות שיתופיות. מסקנתנו בחלק זה היא כי על אף שקיימות נקודות שוני בין אגודה שיתופית לחברה, אין בהן כדי להפחית מעוצמתם של השיקולים הניצבים בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי, ועל כן יש מקום והצדקה להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי גם בהקשר של אגודות שיתופיות שפעילותן מערבת היבטים כלכליים או בהחלטות המבוססות על היבטים כלכליים ועסקיים.

אנו תקווה כי דיון זה יספק בסיס להמשך פיתוח הדין החל על אגודות שיתופיות בחקיקה ובפסיקה לאורך זמן, במקביל להתעצבותו ההדרגתית של מוסד האגודה השיתופית עצמו לאור צרכיה ומאפייניה של הכלכלה הישראלית המתפתחת.