



## חלוקת דיבידנד – בין עילה לבין נזק / עו"ד אורי שורק

חברה יכולה לחלק דיבידנד רק אם היא מקיימת את מבחן הרווח (יש לה רווחים לחלוקה) ואת מבחן יכולת הפרעון (אין חשש סביר לפרעון חובותיה), כך קובע סעיף 302 לחוק החברות. סעיף 311 קובע שאם חברה חילקה דיבידנד בלי שהתקיימו מבחני החלוקה, יראו את הדירקטורים שלה כמי שהפרו את חובות האגמון ואת חובות הזהירות שלהם כלפיה.

בעניין **חורב נ' בי קומיוניקיישנס** (תנ"ג 47621-07-16) קבעה השופטת רונן שגם אם הדירקטורים החליטו על חלוקת דיבידנד שלא קיימה את מבחן הרווח, החברה לא תוכל לזכות מהם בפיצויים אם לא נגרם לה נזק. מהו נזק? – מובן שחלוקת דיבידנד פוגעת בקופת החברה, שכן היא מוציאה ממנה כספים. אולם פגיעה מהסוג הזה אינה נחשבת ל"נזק". דוגמה ל"נזק", לדעת השופטת רונן, היא פגיעה באיתנותה הפיננסית של החברה.

השופטת רונן מנתחת באופן נכון, לדעתנו, את החובות המוטלות על דירקטורים. **חובת הזהירות**, שמקורה בעולות הרשלנות הנוזיקית, דורשת נזק כתנאי לתחולתה. באין נזק – אין עוולה ואין חבות בפיצוי (גם אם הופרה חובת הזהירות כשלעצמה). **חובת האמונים**, ובוודאי סעד ההשבה שנגזר ממנה, דורשים (בדרך כלל) רכיב של התעשרות אישית. במקרה של חלוקת דיבידנד, התעשרות כזו אינה מנת חלקו של דירקטור "רגיל" (שאינו בעל שליטה, למשל).

עם זאת, הפסיקה מעוררת קשיים בשל הפער שבין מי שהעילה שייכת לה לפי סעיף 311 לחוק (החברה) לבין מי שעליהם נועדו מבחני החלוקה להגן ומי שיסבלו בסופו של דבר נזק (נושי החברה).

נניח, למשל, שחברה ביצעה חלוקה שאינה עומדת במבחן הרווח. בזמן ההחלטה על החלוקה, החלוקה לא גרמה כל נזק, כלומר: יכולת הפרעון של החברה לא נפגעה. לפיכך, אין מקום לטענה מצד נושי החברה שנגרם להם נזק, שכן עניינם הוא רק בהבטחת יכולת הפירעון כלפיהם – ובזמן אמת זו לא נפגעה. נוסף ונניח, כי כמה שנים לאחר החלוקה, החברה נקלעה לקשיים. במצב זה, מפרק שימונה לחברה יוכל לטעון בשמה, כי לאור הפרת מבחן הרווח בעבר – התוצאה לבסוף היתה שנגרם לחברה נזק, שכן אלמלא החלוקה היו בקופתה כספים נוספים. אם תתקבל טענה זו, מי שיהנו ממנה יהיו נושי החברה בעת הפירוק.

כלומר, אין הלימה בין הרציונאלים שעליהם נועדו מבחני החלוקה להגן (הנושים, ובמיוחד הנושים בעת החלוקה) לבין שיוך העילה לחברה.

קושי דומה עולה גם במקרה אחר שנדון על-ידי השופטת רונן, בעניין **איירונסורס נ' רשם החברות** (ת"א 62924-18-03). באותו מקרה נקבע שאפילו אם חברה אינה מקיימת את מבחן יכולת הפרעון, היא יכולה לחלק דיבידנד אם נושיה הסכימו לכך. הרציונאל להחלטה זו ברור ונכון: אם מבחני החלוקה נועדו להגן על נושי החברה, אין כל קושי בביצוע חלוקה שהנושים הסכימו לה, בין אם זו עומדת ובין אם זו אינה עומדת במבחני החלוקה.

אלא שהעילה, כאמור, שייכת לחברה, ולא לנושים. ואם נניח, כפי שהנחנו לעיל, שלאחר ביצוע החלוקה חלה הידרדרות במצב החברה וביכולתה לפרוע את חובותיה – האם יוכל מפרק שימונה לה לתבוע בשם החברה את "נזקה"? האם יוכל נושה חדש (שלא נתן את הסכמתו לחלוקה) להגיש תביעה נגזרת מכוח סעיף 204 לחוק, ולטעון שחרף הסכמת הנושים-הישנים, למעשה הופרה חובה כלפי החברה?

שאלות אלו לא קיבלו מענה בפסיקה הקיימת, והן מתעוררות על רקע ההסדר החסר שבחוק. ההיגיון מוביל לכך שאם בזמן אמת לא נפגעה יכולת הפירעון של החברה, או שנושי החברה נתנו את הסכמתם לפגיעה האפשרית בנשייתם, לא תוכר עילת תביעה שנוצרה רק בשל הידרדרות מאוחרת במצב החברה. כל מסקנה אחרת – משמעה מתת-שמים (wind fall) לנושים מאוחרים. מסקנה זו עולה גם משני פסקי הדין שהוזכרו לעיל. עם זאת, בין מסקנה זו לבין ייחוס עילת התביעה לחברה (ולא לנושים) קיים מתח שטרם נפתר.

**הכותב הוא אורי שורק, מנהל (משותף) של מחלקת הליטיגציה במשרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'.**

**אורי מטפל במגוון תיקי ליטיגציה אזרחית ומסחרית, תוך התמקדות בתביעות נזרות, דיני תחרות, תובענות ייצוגיות וליטיגציה מסחרית כללית.**