

## מתנות תאגידיות

### רונן קריטנשטיין\*

ההנחה המונחת בבסיסו של מוסד המתנה היא כי המתנה טומנת בחובה מרכיבים המבטאים רצון להעניק למקבלה ולהיטיב עימו. רצון זה מונע על-ידי רגשות של אהבה ורעות, קרי, רגשות אלטרואיסטיים.

הנחה זו באה לידי ביטוי בדין באמצעות הגנות מתנתיות, רוצה לומר, הגנות ייחודיות לדיני המתנה. הגנות אלה מוענקות לנותן המתנה, ופורשות מרחב הגנתי נרחב הרבה מעבר לכל הגנה אחרת – חוזית ושאינה חוזית. לפיכך, במקרה שבו קמים עוררין על הנחה זו, יש מקום לבחון אם יש צורך במתן ההגנות מתנתיות או שמא יש מקום לדין מתנתי אחר.

במאמר זה נבקש לעורר את החשש בדבר אי-קיומה של ההנחה האמורה במתנה התאגידית, וזאת על-ידי בחינת משמעותה של המתנה התאגידית מבחינת עלותה ותועלתה לגבי החברה העסקית. השימוש במתנה התאגידית ככלי שיווקי, תקשורתי ותחרותי, לשם סימון ומיתוג בעיני לקוחות ומתחרים, מערער, לגישתנו, את קיומה של ההנחה האמורה במתנה התאגידית. דהיינו, הרצון במתן המתנה התאגידית מונע, בלשון המעטה, לא רק על-ידי מניעים אלטרואיסטיים. אין הדבר נכון ביחס לכל המתנות התאגידיות, ואין הדבר אומר כי כל מתנה תאגידית נעדרת לחלוטין מניע אלטרואיסטי. אולם המתנה התאגידית טומנת בחובה, מלבד ציפיות מתנתיות רגילות, אם בכלל, גם ציפיות תאגידיות שיווקיות ותחרותיות. ככל שהמתנה התאגידית נעדרת מרכיבים מתנתיים, ככל שהמתנה התאגידית מלאה במרכיבים תועלתניים, ככל שהמתנה התאגידית אינה "מתן בסתר" – יקל עלינו להצדיק קביעת דין מתנתי מיוחד למתנה התאגידית.

\* עורך-דין, מרצה מן החוץ במרכז הבינתחומי הרצליה.  
מאמר זה הינו עיבוד של פרק מעבודת הדוקטורט של המחבר בנושא מוסד המתנה, שנעשתה בהדרכתו של פרופ' מרדכי א' ראבילו באוניברסיטה העברית, ירושלים. תודתי העמוקה לפרופ' מרדכי ראבילו על סיועו ועל תמיכתו לאורך המחקר. כמו-כן ברצוני להודות לעורכים גיא זיידמן וארז שחם ולחברי הצוות של כתב-העת משפט ועסקים, אריאל דינובצקי, עידן דביר וטליה רוזמן אשר זיכוני בביקורת חשובה ומחכימה, וכן לקורא האנונימי על הערותיו.

זריעת חשש זה תולכנו לטענה בדבר הצורך בדין מתנתי ייחודי למתנה התאגידית, דהיינו, שדין המתנה הניתנת על-ידי התאגיד לא יהא כדין המתנה הניתנת על-ידי יחיד לחברו או לארגון צדקה. שוני זה בין הנתינה הפילנתרופית התאגידית לבין הנתינה היחידנית – הפילנתרופית ושאינה פילנתרופית – צריך לבוא לידי ביטוי, לגישתנו, בשלילה עקרונית של ההגנות המתנתיות מן הנתינה הפילנתרופית התאגידית.

קיומו של דין מתנתי מיוחד ביחס למתנה התאגידית יוכל ללמדנו אף על היחס והקשר שבין המתנה לבין התאגיד, ועשוי להשפיע אף על הדין התאגידית הכללי.

מבוא

פרק א: ההגנות המתנתיות

1. דרישת הכתב

2. זכות החרטה

פרק ב: חברות ומתנות – חובה, צורך או שמא איסור?

פרק ג: התרומה התאגידית – מתנה או שמא כלי עסקי?

פרק ד: תרומת מנה שאינה מנה – הכיצד?

פרק ה: עלות ותועלת במתנות תאגידיות

פרק ו: הדין המתנתי התאגידית

1. דרישת הכתב

2. זכות החרטה

פרק ז: נגזרת הדין התאגידית הכללי מהדין המתנתי התאגידית

פרק ח: סיכום

## מבוא

מתנה<sup>1</sup> יכול שתינתן במסגרת מערכות יחסים רבות ומגוונות, כגון יחסים זוגיים, משפחתיים, חבריים וכדומה. מתנה יכול שתינתן אף – על-ידי יחיד או תאגיד – לארגון צדקה, לגופים מסייעים וכולי.<sup>2</sup>

ההנחה המונחת בבסיסו של מוסד המתנה היא כי המתנה טומנת בחובה מרכיבים המבטאים רצון להעניק למקבלה ולהיטיב עימו (להלן "המרכיבים המתנתיים"). רצון זה נובע מרגשות של אהבה, רעות, אחווה או כל מניע אלטרואיסטי אחר.

הפועל היוצא מהנחת היסוד האמורה היא כי העדרם של מרכיבים אלה – במידה כזו או אחרת – מוליכנו למסקנה כי אין לפנינו מתנה. אם אין לפנינו מתנה, ברי כי דין המתנה, אשר נועד ביסודו להגן על נותן המתנה, אינו רלוונטי.

באזמרו כי דין המתנה נועד ביסודו להגן על נותן המתנה, כוונתנו היא כי מישור היחסים שבין נותן המתנה למקבלה אינו דומה למישור היחסים שבין שני צידי מתרס חוזיים או לא-חוזיים אחרים. ברי לכל כי הדין צריך להעניק הגנות מיוחדות לנותן המתנה, מעבר להגנות החוזיות הרגילות הניתנות לצד חווי, בשל האפיון המיוחד של מוסד המתנה, המתמחה ברעיון של נתינה ללא כל תמורה בגינה.

במאמר זה ברצוננו לבחון מה דינה של מתנה הניתנת על-ידי תאגיד. האם דין מתנה זו כדין מתנה הניתנת על-ידי אדם יחיד לחברו, על-ידי אב לבנו או על-ידי יחיד לארגון צדקה? קרי, האם ההגנות המתנתיים שדין המתנה מעניק לנותן המתנה מוענקות אף לתאגיד הנותן מתנה, או שמא יש מקום לבחון יצירת דין מתנתי שונה למתנה הניתנת על-ידי תאגיד, עקב העדרם של המרכיבים המתנתיים?

ודוק: נקודת המוצא של הדיון היא נקודת-מבטו של הנותן. לכאורה, אין כל הבדל לעניין זה בין תאגיד לבין יחיד, ודין תאגיד כדין יחיד. תאגיד מוגדר בסעיף 3 לחוק הפרשנות<sup>3</sup> כ"גוף משפטי, כשר לחיובים, לזכויות ולפעולות משפטיות". מהגדרה זו עולה כי התאגיד הינו מושג משפטי יציר הדין. הדין מעניק לתאגיד את מעמדו כאישיות משפטית נפרדת בעלת זכויות משפטיות ובעלת יכולת לשאת בחובות משפטיות. לפיכך תאגיד, כאדם בשר-ודם,<sup>4</sup> כשיר לחתום על חוזה שכירות, לתבוע בגין הפרת חוזה מכר וכדומה.

1 במאמר זה נשתמש במונח "מתנות תאגידיות" אף שכוונתנו למתנות הניתנות על-ידי חברות עסקיות, ולא למתנות הניתנות על-ידי כל סוגי התאגידים האחרים, דוגמת עמותה, אגודה שיתופית וכדומה.

2 נהוג לכנות מתנה זו "נתינה פילנתרופית".

3 חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302.

4 סעיף 4 לחוק הפרשנות, שם, מגדיר אדם ככולל גם חבר בני-אדם, בין אם הוא מאוגד ובין אם לאו.

אולם כל זה לכאורה בלבד. יש פעולות שתאגיד אינו יכול לעשות שכן הן נוגדות את מהותו. למשל, תאגיד אינו כשיר לבצע את הפעולה המשפטית הקרויה "נישואים" או את הפעולה הקרויה "גירושים".

האם דיני המתנה הרגילים החלים על היחיד חלים גם על תאגיד כהגדרתו בסעיף 3 לחוק הפרשנות, או שמא יש מקום ליצירת דין מתנתי מיוחד לתאגידים הנובע מאפיוניו המיוחדים של התאגיד?

כבר כעת יש לציין כי מבחינה הגדרתית ומבחינה מעשית סוגי מתנות מסוימים אינם קיימים כלל בעולם המתנות התאגידיות. אין להפש - ואין למצוא - מתנות בעלות אפיונים של מערכות זוגיות או מערכות משפחתיות. תאגיד אינו נותן מתנה לבן-זוגו, לבנו או לארוסתו. מתנה של תאגיד תלבש כמעט תמיד לבוש של תרומה לקהילה ולמוסדות הפועלים לטובת הציבור, כגון מתנ"סים, תיאטרות, ארגונים למען נזקקים, ארגונים למען חיילים וכדומה.

לנוכח זה יש לנסח את השאלה האמורה באופן מדויק יותר המתאים לאופי העניין: האם דינו של תאגיד שמתחייב לתת מתנה או שנתן מתנה לארגונים חברתיים, לארגונים למען נזקקים, לארגונים למען חיילים וכדומה דינו כדין פרט אשר התחייב לאותם ארגונים? האם תאגיד כאמור יהיה זכאי להגנות המתנתיות שהפרט האמור זכאי להן?

דרכנו במאמר תהיה כדלקמן: בפרק א נבקש לעמוד על ייחודם של דיני המתנה על-ידי התמקדות בהגנות המתנתיות. בפרקים ב, ג וד נבקש לעורר את החשש בדבר אי-קיומם של מרכיבים מתנתיים במתנה התאגידית, ובפרק ה נבסס זאת על-ידי בחינת משמעותה, עלותה ותועלתה של המתנה לגבי החברה. לבסוף, בפרק ו, לאחר זריעת חשש זה, נבקש ליצור דין מתנתי ייחודי למתנה התאגידית, אשר יתחשב בחשש האמור. בפרק ז נבקש אף להתייחס לקשר, לזיקה ולסימביוזה שבין מתנה לבין תאגיד, ולהשפעתם אף על הדין התאגיד הכללי.

## פרק א: ההגנות המתנתיות

ייחודם של דיני המתנה נעוץ כאמור בהגנות הניתנות לנותן המתנה במסגרת מערכת יחסיו עם הצד האחר לחוזה המתנה, קרי, מקבל המתנה. פרק זה, אשר יבאר ויפרט הגנות אלה, יציג לפנינו את הדין המתנתי, אשר יהווה בהמשך המאמר את הרקע לבחינת השאלה

5 להרחבה בעניין זה ראו: Anthony T. Kronman "Paternalism and the Law of Contract" 92 *Yale L. J.* (1983) 763; Eyal Zamir "The Efficiency of Paternalism" 84 *Va. L. Rev.* (1998) 229.

המשפטית שאותה הצגנו – אם ראוי להחיל את הדין המתנתי הקיים על מתנה תאגידית או שמא יש מקום להתוויית דין ייחודי למתנה תאגידית.

מטרתן של ההגנות המתנתיות להבטיח כי המתחייב ייתן את מתנתו לאחר שיקול-דעת מעמיק. בכך יש היבט מסוים של פטרנליזם,<sup>5</sup> אולם נדמה כי דווקא במוסד המתנה יש מקום להגנות פטרנליסטיות אלה. הגנות אלה מיועדות למנוע מצבים שבהם ידידות, חברות או נסיבות משפחתיות המעוררות עוצמת רגשות גבוהה ביותר יניעו אדם לומר אמירות אשר בהעדר אותה עוצמת רגשות לא היו נאמרות, ואשר אין בהן לפיכך שיקול-הדעת הנדרש כדי שאדם ימצא את עצמו קשור בחוזה מתנה, קרי, מחויב לתת מרכושו בלא כל תמורה. הגנות אלה מבטיחות כי הפרט יקבל את החלטתו לא תחת אותם לחצים ורגשות אמורים, ובכך אולי מכוונות את הפרט לרצונו האמיתי.<sup>6</sup> זאת ועוד, החלטות אלה ימנעו לעיתים מהפרט עלויות גשמיות ולא-גשמיות שהוא אינו מעוניין ו/או אינו יכול לממשן.

האם כל המתנות בעולם המתנות ראויות להגנות הפטרנליסטיות? האם כולן ראויות לאותה רמת הגנה? ברי לכל כי התשובה לשאלה האמורה היא לא מוחלטת. אותן מתנות שנעדרות במידה כזו או אחרת את ההצדקות שבגינן ניתנת אותה הגנה פטרנליסטית אינן ראויות להגנה האמורה או למצער ראויות להגנה פחותה.

שתי הגנות מהותיות מצויות בדיני המתנה: האחת הינה הגנה המצויה אף במוסדות משפטיים אחרים, חוזיים ושאינם חוזיים, דהיינו – דרישת הכתב; האחרת, שהינה ייחודית למוסד המתנה, היא זכות החרטה.

## 1. דרישת הכתב

סעיף 23 לחוק החוזים<sup>7</sup> קובע כי "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת". הוראה זו מבטאת את עקרון חופש הצורה, המאפשר לצדדים לחוזה לעצב את צורתו של החוזה כאוות-נפשם. כלל זה מוגבל על-ידי הסיפא של סעיף 23 – "זולת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים",<sup>8</sup> כלומר, דרישה צורנית שהינה תנאי מהותי לתקפותם של ההתחייבות ו/או החוזה.<sup>9</sup>

6 בדומה לכפיית הגט בדין העברי "עד אשר יאמר רוצה אני", מתוך הנחה סמויה כי זה בעצם רצונו האמיתי.

7 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים).

8 שפ. הדוגמות אשר ניתנו בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים, התש"ל-1970, ה"ח 133, היו סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין), וסעיף 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 102 (להלן: חוק המתנה). על-פי דברי ההסבר, דרישת הכתב בדוגמות האמורות "היא קונסטיטוטית ויורדת לעצם תקפה של ההתחייבות".

9 להבדיל מדרישת כתב ראייתית. על דרישת הכתב ועל תולדותיו של מוסד משפטי זה ראו: Allan E. Farnsworth *Contract* (New York, 3rd ed., 1999) 363-422; John D.

המשמעות המיידית של מגבלה אפשרית מכוח הדין היא מתן כלי נוסף בידי צד הרוצה להשתחרר ממחויבותו החוזית. נבאר: צד לחוזה או צד שהתחייב בחיוב מסוים אשר הדין דורש דרישה צורנית לתוקפו יוכל להתכחש לחיובו האמור אם לא מולאה הדרישה האמורה.

מצב זה, שבו אחד הצדדים עשוי להסתייג מחוזה מן הטעם של אי-מילוי דרישה צורנית, עלול לפגוע בחופש החוזים ובהגינות המסחרית. זאת ועוד, הוא עלול לייקר את עלויות החוזה.<sup>10</sup> ברם, כאשר המחוקק בוחר לדרוש מגבלה צורנית כאמור, אזי מודיע הוא בריש גלי כי הוא מעדיף את הדרישה הצורנית על הפגיעה שעלולה להיגרם עקב התחייבות ללא שיקול-דעת מספיק.

דרישת הכתב נובעת מן הרצון להגן על האדם מפני עצמו ולמנוע בעדו מלהתחייב בפזיזות ובספונטניות, ולהביאו, למעשה, לידי מחשבה נוספת ושקולה יותר בדבר הכדאיות של החוזה או ההתחייבות מבחינתו.<sup>11</sup> המציאות מלמדת כי דברים שבכתב מבטאים רצינות ומחשבה רבים יותר מאשר דברים בעל-פה. יפים לכך דברי השופט זילברג:<sup>12</sup>

---

Calamari & Joseph M. Perillo *Contract* (4th ed., 1998); Geoffrey C. Cheshire & Cecil H.S. Fifoot *The Law of Contract* (London, 14th ed., 2001) 222–249 ראו כי ההכרה בחלוקה לשני סוגים של דרישות כתב מצויה בדין הישראלי כבר מקדמת דנא. ראו ע"א 65/49 פרייזלר נ' וייס, פ"ד ה' 878, 888, שם מציין השופט אגרנט כי "הוראות חוק הדורשות מסמך בכתב אפשר למינן לשתי קבוצות. בקבוצה האחת יש לכלול את ההוראות בעלות אופי קונסטרוקטיבי – כלומר, המחייבות כי פעולות משפטיות מסוימות תעשינה בכתב... הקבוצה השנייה המכילה את ההוראות בעלות האופי הפרובטיבי בלבד, אינן שוללות מהפעולה המשפטית הנדונה – כאשר לא נעשתה בכתב – את תקפה החוקי...".

10 עלויות החוזה כוללות גם עלויות עסקה (כגון עלויות הניסוח, אשר מתבקשות לנוכח המצב שעלול להיגרם) ועלויות אכיפה (כאמור, צדדים רבים יותר יתכחשו לחיובם לפי החוזה).

11 קיימים נימוקים נוספים לדרישת הכתב באופן כללי, כגון דרישת הוודאות ודרישת הפומביות, במיוחד כאשר מתלווה לזה רישום במרשם ציבורי כלשהו, דוגמת מרשם המקרקעין. יש לציין כי הנימוקים מתאימים לא רק לדרישת הכתב, אלא גם לדרישות צורניות נוספות, שחלקן מצויות בדין הישראלי וחלקן אינן מצויות בו, כגון אישור על-ידי נוטריון, אישור על-ידי בית-המשפט, רישום במרשם ציבורי ועוד. קיימים נימוקים נוספים לדרישות צורניות בכלל ולדרישת הכתב בפרט אשר מתאימים אף לדרישות ראיותיות, דוגמת בהירות ומניעת עדויות-שקר, מניעת פגיעה בצדדים שלישיים, טעמים של סדר ציבורי ועוד.

12 ד"נ 13/67 בהן נ' רוזנצוויג, פ"ד כב(1) 569.

"עינינו הראות כבר היה לעולמים כדברי קהלת ועוד בימי המשנה<sup>13</sup> נהג המחוקק לפעמים לקבוע צורות לא קלות לביצוע העסקה, שמא ייכשל אדם בעשייתה תוך חפזון ופזיזות. ורעיון זה פועל עד עצם היום הזה, כי תכונות היסוד של אדם לא נשתנו הרבה מששת ימי בראשית."

זאת ועוד, כאשר המתקשר יודע כי העלאת החוזה בכתב היא הנותנת תוקף משפטי לעסקה הנידונה, הדבר ממריצו ביתר שאת למחשבה נוספת ולבחינת רצונו האמיתי. אולם ברי כי דרישת הכתב צריכה להיות רק במקום הראוי לה, קרי, מקום שבו יש להגן באופן מיוחד על מתקשר. דברים ברוח זו נאמרו מפני השופט לוין:<sup>14</sup>

"המגמה הכללית על פי ההלכה העקרונית מצריכה על כן שהכתב ייחשב למהותי במשמעותו רק בנושאים, שבהם חשיבות העסקה מחייבת להגן על המתקשר מפעולה חפוזה, שתימנע, אם יועלו הדברים על הכתב."

דרישת הכתב פורשה בחוק המתנה כבר בראשיתו כדרישה מהותית.<sup>15</sup> כך בפרשת ועד הישיבות,<sup>16</sup> שבה קבע בית המשפט כי דרישת חוק המתנה הינה מהותית. אולם קביעה זו נעשתה כבר בפרשת גרוסמן,<sup>17</sup> שקדמה לפרשת ועד הישיבות ואשר לא עסקה בדיני המתנה. בפרשת גרוסמן הקיש בית המשפט מסעיף 5(א) לחוק המתנה<sup>18</sup> לסעיף 8 לחוק המקרקעין.<sup>19</sup> בית המשפט יצא מתוך הנחה ברורה כי דרישת הכתב בחוק המתנה הינה דרישה מהותית,<sup>20</sup> והסיק כי הוא הדין בדרישת הכתב בחוק המקרקעין. בפרשת ועד הישיבות הסכים בית המשפט להקשה ההפוכה שעשה בית המשפט המחוזי מחוק המקרקעין לחוק המתנה. סוף דבר, אם בעסקת מקרקעין דרישת הכתב נחוצה כדי להרתיע מחיפזון, קל וחומר שבעסקת מתנה יש צורך בדרישת הכתב. על חשיבותה של

13 השופט זילברג מביא לעניין זה דוגמה מן המשנה, העוסקת בהודקקות לגט מקושר בגירושיה כהן כדי להרתיעו מחיפזון במעשה הגירושים, באשר כהן אינו יכול להחזיר את גרושתו.

14 ד"נ 2/84 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(3) 689, 695.

15 לעיון נוסף ראו מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה תשכ"ח-1968 (מהדורה ראשונה, ג' טדסקי עורך, תשל"ט) 103.

16 ע"א 11/75 ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי, פ"ד ל(1) 639 (להלן: פרשת ועד הישיבות).

17 ע"א 726/71 גרוסמן נ' בידרמן, כו(2) 781 (להלן: פרשת גרוסמן).

18 חוק המתנה, לעיל הערה 8.

19 חוק המקרקעין, לעיל הערה 8.

20 ומהיכן למד בית המשפט כי דרישת הכתב בחוק המתנה הינה מהותית? הלמידה נעשתה מתוך ההיגיון המונה בדרישת הכתב במוסד המתנה, כפי שהתבטא בית המשפט בפרשת גרוסמן, לעיל הערה 17, בעמ' 790: "...ברור הדבר ונעלה מכל ספק, שדרישת הכתב היא דרישה מהותית, מפני חשיבות העסקה, שלא יתקשר בה אדם בחפזון."

דרישת הכתב דווקא במתנה עמד השופט לנדוי בפרשת ועד הישיבות, באומרו כי במתנה יש צורך באותה ערובה פורמלית של דרישת הכתב, שכן בה טמון יישוב־הדעת המבטיח מפני כשלוננו של אדם "באמירה בעלמא הנאמרת בפזיונות, על פי איזה מניע החולף בן רגע".<sup>21</sup>

הדברים חזרו ונשנו לאחרונה בפרשת ג'ורי:<sup>22</sup>

"דרישת הכתב על פי סעיף 5 לחוק המתנה היא מהותית. היא מבטיחה את רצינותה של ההבטחה הדרושה, במיוחד כאשר המתנה משקפת את כוונת הנותן להעשיר את המקבל ללא קבלת תמורה. הכתב מגן על הנותן מפני החלטה ספונטנית ובלתי שקולה."

דברים דומים השמיע אף פרשנו של חוק המתנה פרופ' ראביליו:<sup>23</sup>

"...הוא בא להבטיח את המבטיח מפני פזיונותו, לקבוע עבורו מעין הסדר בטחון, מעין תמרור אוהרה."

דרישה צורנית בהתחייבות לתת מתנה מוצאת את ביטויה בדרכים שונות גם בדין הזר.<sup>24</sup> לדוגמה, באנגליה התחייבות לתת מתנה תקפה רק אם היא תחת חותם,<sup>25</sup> בדין הצרפתי ובדין הגרמני היא תקפה רק אם נקבעה במסמך נוטריוני,<sup>26</sup> ובדין השווייצרי קיימת

21 הלימוד ההגיוני אכן נראה בקל וחומר, ולא במידת ההיקש, דהיינו, לנוכח ההכרעה כי בעסקת מקרקעין נחוצה דרישת כתב כדי להגן מפני חיפזון, קל וחומר שהדבר נצרך אף בעסקת מתנה.

22 ע"א 2215/00 ג'ורי נ' דנגור, פ"ד נו(3) 932, 939-941.

23 מרדכי אלפרדו ראביליו חוק המתנה תשכ"ח-1968 (מהדורה שנייה, תשנ"ז) 344.

24 הגנות ודרישות דומות קיימות אף בדין העתיק. להגנות בדין הרומי ראו: שמואל איזנשטאדט ספר החוקים ליוסטיניאנוס קיסר - האינסטיטוציות (תרפ"ט) 54; שמואל איזנשטאדט המשפט הרומאי - תולדותיו ותורתו (תשכ"ב) 150. על-פי שיטות מסוימות ניתן למצוא בדין העברי הגנה דומה במושג "מתנה טמירתא". לעניין זה ראו חנינה בן מנחם "מתנה טמירתא" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 39.

25 ראו: Geoffrey Mead "Free Acceptance: Some Further Considerations" 105 *L. Quarterly Rev.* (1989) 460: "...The courts will not normally enforce a gratuitous promise unless the promise is made under seal. A plausible rationale of this rule is that there is thought to be a risk that gratuitous promise might be made rashly and on the spur of the moment, without careful thought"

26 סעיף 931 בקודקס הצרפתי, כפי שתורגם לאנגלית: "all instruments importing an inter vivos gift are executed before notaries..." John H. Crabb *The French Civil Code* (New Jersey, 1977) 193 (להלן: הקודקס האזרחי הצרפתי); וסעיף 518



הבחנה בין מתנת מקרקעין, שבה נדרש מסמך נוטריוני, לבין שאר המתנות.<sup>27</sup> מדוגמות אלה ניתן ללמוד כי על-פי גישת הקונטיננטל אין תוקף להתחייבות לתת מתנה שאינה מקיימת דרישה צורנית כלשהי.<sup>28</sup>

## 2. זכות החרטה

הגנה נוספת בדיני המתנה היא כאמור זכות החרטה.<sup>29</sup> זכות זו מבדילה עד-מאוד את החוזה המתנתי מכל חוזה או מוסד משפטי אחר. זכות זו מאפשרת למתחייב לתת מתנה לחזור בו מהתחייבותו. משמעותה של זכות זו, הייחודית כאמור למוסד המתנה, היא כי ההתחייבות לתת מתנה אינה אכיפה, ובכל עת המתחייב יכול להודיע כי הוא אינו מעוניין לתת את המתנה או לחלופין לא להודיע דבר ולא לשכלל את התחייבותו מהתחייבות לתת מתנה מוגמרת. דהיינו, בניגוד גמור לחוזה עסקי, הסכמת מקבל ההתחייבות – קרי, קיבול הצעת ההתחייבות – אינה שוללת מן המתחייב את הזכות לחזור בו. זכות זו, אשר פוגעת באופן ישיר בערך "הבטחות יש לקיים ותמיד", הינה זכות במלוא מובן המילה השמורה לצד המתחייב לתת מתנה. זכות זו מאפשרת למתחייב "מקצה שיפורים" נוסף להחלטתו בטרם תיחסם אפשרות ההתחרטות. ונדגיש, זכות החרטה אינה דורשת כל נימוק, סיבה

---

"For the validity of a contract whereby an act of performance is promised gratuitously, notarial authentication of the promise is necessary" – ראו: Ian S. Forrester, Simon L. Goren & Hans- Michael Ilgen *The German Civil Code* (New Jersey, 1975) 80 (להלן: הקודקס האזרחי הגרמני). ראו באופן דומה גם את סעיף 1536 לקודקס הלואיזיאני. Zweigert מצייין כי במקרים מסוימים הדין הצרפתי דורש דרישת צורנית מהותית, להבדיל מדרישה צורנית ראייתית, ובדרך-כלל דרישה זו היא "notarial act" – ראו: Konard Zweigert & Hein Kotz *Introduction to Comparative Law* (trans. by Tony Weir, Oxford, Clarendon, B.S. Markesinis, W. Lorenz & G. Dannemann: 1998) 368–369. לדין הגרמני ראו: *The German Law of Obligation* (New York, 1997) 38. ראוי לשים לב כי דרישת הנוטריון בדין הצרפתי או בדין הגרמני הינה דרישה צורנית מכבידה ביותר, הרבה מעבר לדרישת הכתב הרגילה אצלנו, ובלא להכביר מילים, הרבה מעבר לדרישת נוטריון בדין הישראלי אילו הייתה קיימת אף בדיני מתנה.

27 ראו סעיף 243 לקוד החיובים השווייצרי, הקובע כי הבטחת מתנת מקרקעין או זכות במקרקעין אינה תקפה אלא אם כן נעשתה על-ידי נוטריון. באופן דומה, גם סעיף 633 לקודקס הספרדי מחייב נוטריון רק לנכסי דלא ניידים.

28 ראו: Zweigert & Kotz, supra note 26, at p. 392: "where a person promises to effect gratuitous transfer of money or property without getting anything in return the promise is valid only if some form is observed, be it notarization, writing or a deed".

29 סעיף 5(ב) לחוק המתנה, לעיל הערה 8.

או הצדקה. המתחרט יכול לחזור בו מכל סיבה שהיא או ללא כל סיבה או הצדקה כלשהי. בכך מתאפשר למתחייב לחזור בו אם קיבל את החלטתו בחופזה וללא מחשבה מעמיקה.<sup>30</sup> מעניין שהתחייבות לתת מתנה מזוהה בדרך-כלל בספרות כדוגמה הטובה ביותר לסוג ההתחייבות אשר אינן נאכפות משפטית.<sup>31</sup> נימוקים רבים ניתנו לאי-אכיפת ההתחייבות לתת מתנה. ההתנגדות הראשונה לאכיפת ההתחייבות לתת מתנה מצויה במאמרו של Fuller.<sup>32</sup> במאמר זה מוצגים שלושה בסיסים תוכניים ושני בסיסים צורניים כסיבות אפשריות לאכיפת הבטחות. הבסיסים התוכניים הם הגנת אינטרס ההסתמכות, מניעת התעשרות לא-צודקת ושמירה על אוטונומיית הפרט. שני הבסיסים הצורניים הם סיפוקם של אמצעי מגן ראייתיים שיבטיחו כי ההבטחה הנידונה אכן הובטחה, וסיפוק אמצעי מגן הרתעתיים למניעת פעולה לא-שקולה של מבטיח ההבטחה. לדעת Fuller, אף לא אחד מהבסיסים התוכניים תומך באכיפת ההתחייבות לתת מתנה. אין כל צורך בהגנה על אינטרס ההסתמכות של מקבל ההתחייבות, ואין כל מצב או אפשרות של התעשרות בלתי-מוצדקת. זאת ועוד, הבסיסים הצורניים מחייבים דווקא אי-אכיפה, זאת, בשל הקלות, לטענתו, של זיוף הבטחות כאלה, ומפני שהתחייבויות כאלה נגועות לעיתים בחוסר שיקול-דעת או בשיקול-דעת לא-מספיק של המבטיח, בשל נסיבות רגשיות, משפחתיות וכדומה שבהן ניתנה ההתחייבות.

לסיבות צורניות אלה מצטרף אף Eisenberg.<sup>33</sup> לטענתו, יש בסיבות אלה כדי להכריע נגד אכיפת ההתחייבות לתת מתנה. התחייבויות כאלה מעלות בעיות רציניות של הוכחה בשל אופיין וייחודן. בשל כך, חבר-מושבעים עלול לשגות ביתר קלות באכיפת התחייבות לתת מתנה, משום שהוא ייחס בטעות מהימנות לטענה כי ניתנה התחייבות כזו. נוסף על כך, אכיפת התחייבות כזו טומנת בחובה פגיעה בנותנים שלא פעלו בשיקול-דעת מעמיק בשל הסיטואציה המתנתית.

נימוק נוסף יש למצוא בתוצאה שתיווצר אם ייאכפו התחייבויות כאלה. אכיפה כאמור תעורר חשש אצל המתחייבים מפני תוצאות עתידיות, עקב העדר אפשרות חרטה מקום שעשויה להידרש לדעתם חרטה כזו. כדי למזער את עלויות החרטה האלה יבקשו המתחייבים לקבוע תניות ותנאים מסוגים שונים במסגרת ההתחייבויות לתת מתנה, כדי שיתנו להם מענה מסוים לאפשרות של חרטה בקרות אירועים מסוימים. אולם תניות כאלה

30 ברי כי הפעלת זכות זו תידרש רק לאחר שמולאה דרישת הכתב, שאם לא כן אין כל צורך בהפעלת זכות החרטה, שהרי ממילא אין כל תוקף במצב זה להתחייבות לתת מתנה.

31 ראו: Farnsworth, *supra* note 9, at p. 50: "The most significant class of promises unenforceable for lack of consideration is made up of purely gratuitous (or gift) promise - promises for which there has been no exchange at all" Calamari & Perillo, *supra* note 9, at p. 166: "The starting point is that donative promises generally are not enforced"

32 ראו: Lon L. Fuller "Consideration and Form" 41 *Colum. L. Rev.* (1941) 799

33 ראו: Melvin A. Eisenberg "Donative Promises" 47 *U. Chi. L. Rev.* (1980) 1

אינן אפשריות תמיד, בשל הנסיבות הרגשיות שבהן ניתנות ההתחייבויות, ובסופו של יום, בהעדר אפשרות לקביעת תניות כאלה, לא יינתנו שום התחייבויות.<sup>34</sup> ברוח דומה מתבטא גם Farnsworth,<sup>35</sup> אשר מבקש להדגיש את ההבדל בין מעמדן של התחייבויות לתת מתנה לבין מעמדן של התחייבויות עסקיות רגילות: במהלך משא-ומתן עסקי נידונות ומוסכמות תניות מסוגים שונים כדבר שבשגרה, ואילו התחייבות לתת מתנה נעשית ללא משא-ומתן רציני, בגלל הסיטואציה המתנתית, ותניות כאלה אינן מועלות בו בדרך-כלל או אינן מוסכמות. בהעדר אפשרות לדון בתניות אלה ולהסכים עליהן, יירתעו מתחייבים פוטנציאליים מלתת התחייבויות למתנה.

בסופו של דבר, אכיפת התחייבויות לתת מתנה תוביל להקטנת שכיחותן של התחייבויות אלה ו/או להקטנת שוויין האמיתי והמתנתי בשל העלויות האמורות. קיומה של זכות חרטה מקל על המתחייבים הפוטנציאליים לתת מתנה אף בהעדר האפשרות לקבוע תניות כאלה.

הנימוקים אשר ניתנו לעיל לאי-אכיפת התחייבויות לתת מתנה הינם תועלתניים ומבקשים אך דבר אחד – לא להביא לידי הקטנת שכיחותן או שוויין של ההתחייבויות לתת מתנה. נימוקו של Eisenberg, שאנו מצטרפים אליו בשתי ידיים, יורד לשורשו של מוסד המתנה, ומבקש לטעון לאי-אכיפת התחייבויות לתת מתנה בשם הערכיות שמוסד זה מייצג.

Eisenberg טוען כי אם יוכפפו ההתחייבויות לתת מתנה לאכיפה הרגילה המצויה בעולם החוזים המסחרי, אזי עולם המתנות ייוותר ריק מתוכן. במילים אחרות, התחייבות שכל-כולה נובעת ומבוססת על רגש של אהבה וחברות או לה אם נכפיפה לעולם החוזים העסקי.<sup>36</sup> לגישתו של Eisenberg, המכירה ומבכרת את הערכים המתנתיים הגלומים במערכות המתנתיות, הכפפתם של ערכי הנתינה וההענקה לעולם החוזים הקר והמנוכר תוביל להתרוששותם של ערכים אלה. אם נתאר מצב שבו התחייבות כזו נאכפת, ברי כי המתנה המועברת בסיטואציה האמורה כבר אינה "מתנה", אלא נכס המועבר מכות צו בית-משפט ותו לא.

הדין הישראלי, כאמור, נוקט גישה רחבה וגורפת ביותר ביחס לזכות החרטה, המאפשרת למתחייב לחזור בו מהתחייבותו ללא כל סיבה, הנמקה או הצדקה. אל יהי הדבר קל בעינינו. בשיטות משפט אחרות אי-אפשר לחזור בדרך-כלל באופן גורף ומוחלט מהתחייבות לתת מתנה כמו בדין הישראלי, אלא רק בהתקיים נסיבות מוגדרות על-פי דין. כך, בדין הצרפתי ניתן לחזור מהתחייבות וממתנה מוגמרת רק בגין רשימה סגורה של

34 ראו: Charles J. Goetz & Robert E. Scott "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract" 89 *Yale L. J.* (1980) 1261.

35 ראו: Allan E. Farnsworth "Promises to Make Gifts" 43 *The Amer. J. Comp. L.* (1995) 359.

36 לצורך השוואה ראו: Melvin A. Eisenberg "The World of Contract and the World of Gift" 85 *Calif. L. Rev.* (1979) 821, 847-849.

סיבות, <sup>37</sup> וכך בדין הגרמני בו יש אפשרות לחזרה מהתחייבות, <sup>38</sup> (נוסף כמובן על האפשרות לחזור ממתנה מוגמרת<sup>39</sup>) וכך אף בשיטות משפט נוספות.<sup>40</sup>

### פרק ב: חברות ומתנות – חובה, צורך או שמא איסור?

"האם מותר לחברה להקים את מפעלה במצפה רמון, במקום בנתניה, כדי להקל על מצוקת האבטלה במצפה רמון, גם כאשר התשואה הצפויה להון נראית מבטיחה יותר בנתניה?... האם מותר לחברה לתרום לתזמורת הפילהרמונית, למגרש טניס לנוער בקרית שמונה או לאגודה לנפגעי שיתוק מוחין?...<sup>41</sup> האם מוטלת חובה על חברת מניות בע"מ לנהוג כאזרח טוב בקהילה? האם מותר לה לנהוג כאזרח טוב בקהילה?"<sup>42</sup> [ההדגשות במקור]

במילים אלה ניסח פרוקצ'יה שאלה אשר זכתה בדין נרחב ומעמיק בספרות המשפטית. הפן המפורסם ביותר של שאלה זו בא לידי ביטוי במחלוקת הידועה בין Berle ל-Dodd.<sup>43</sup> גישתו של Berle היא כי תכליתה של החברה היא השאת רווחים לחבריה, קרי,

37 סעיפים 955, 960 ו-961 לקודקס האזרחי הצרפתי, לעיל הערה 26, בעמ' 196-197.

38 סעיף 519 לקודקס האזרחי הגרמני, לעיל הערה 26, בעמ' 80.

39 סעיפים 528, 530 לקודקס האזרחי הגרמני, שם, בעמ' 82. וראו גם: Markesinis, Lorenz & Dannemann, *supra* note 26, at p. 38.

40 אף בדין האיטלקי אין אפשרות לחזרה מהתחייבות בלא הנמקה וסיבה. ראו: Jeffrey S. *Lena & Ugo Mattei Introduction to Italian Law* (2002) 255. לעומת זה, בדין הספרדי ניתן לחזור מהתחייבות מאותן סיבות כמו ממתנה מוגמרת. ראו סעיפים 623 ו-944 לקודקס הספרדי.

41 אנו עוסקים במתנות ובתרומות כספיות, ולא בפעילות כזו או אחרת לרווחת הקהילה, אם כי נראה כי התשובה לשני חלקי השאלה הינה אחת.

42 אוריאל פרוקצ'יה "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני החברות" משפטים כב (תשנ"ג) 301.

43 מחלוקת זו הוזכרה פעמים רבות בספרות התאגידית הן בארץ והן בחוץ-לארץ. ראו, למשל: יחיאל בהט דיני הבראת חברות (תשנ"ב) 64, 65 ובהערת-שוליים 61; צפורה כהן בעלי המניות בחברה זכויות תביעה ותרופות (תשנ"א) בהערת-שוליים 365; וראו גם ידידיה צ' שטרן רכישת חברות (תשנ"ו) בהערת-שוליים 14, המבקש לראות סוגיה זו בהקשר הכללי של יחס החברה אל "אחרים" – לא רק כאלה שלחברה יש עימם מערכת יחסים וולונטרית, אלא גם כאלה שיש לה עימם מערכת יחסים חוזית, דוגמת נושים, עובדים,

השאת רווחים לבעלי המניות ותו לא. בהתאם לכך, חובתם של נושאי המשרה בחברה היא לפעול לטובת שולחיהם, קרי, בעלי המניות. הפניית כספים למתנות ולתרומות תקטין את רווחיהם של בעלי המניות, והדבר עומד בניגוד ברור לתכלית החברה. לכן לא רק שאין להטיל על חברה חובה לתת תרומות, אלא יש לאסור עליה את הדבר בתכלית האיסור.<sup>44</sup> גישתו של Dodd היא כי יש להטיל על חברות חובה להעניק תרומות ומתנות ולדאוג לרווחת הקהילה. לדידו, על התאגיד להתחשב גם בציבור בכללותו,<sup>45</sup> שכן אלמלא הקהילה היה קיומו של התאגיד מוטל בספק. קיומה של הקהילה הוא הנותן את כוח החיות וכוח ההישגיות לחברה. בשל כך חובה על החברה "להחזיר" לקהילה. החברה העסקית (company) תלויה בחברה (society); אין חברה עסקית בלא חברה.<sup>46</sup>

מנהלים וכדומה. לטעמנו, מקרים אלה אינם דומים, אולם בחינה של העניין חורגת מתחומי מחקרנו.

44 ראו, למשל: Adolph A. Berle "Corporate Powers as Powers in Trust" 44 *Harv. L. Rev.* (1931) 1049: "...[all powers] are necessarily and at all times exercisable only for the ratable benefit of all the shareholders as their interest appears"; וכך: Merrick E. Dodd "For Whom Are Corporate Managers Trustees - A Note" 45 *Harv. L. Rev.* (1932) 1365: "...but responsibility to the community has not yet appeared". ראו גם את חוות הדעת 4-692 של היועץ המשפטי לממשלה בעניין איסור מתן תרומות על-ידי חברה ממשלתית. נימוקי של היועץ המשפטי לממשלה הוא ששיקוליה של חברה ממשלתית הינם כשיקוליה של חברה שאינה ממשלתית, ולכן יש לאסור מתן תרומות על-ידי חברה ממשלתית. והטלת איסור על חברה לא-ממשלתית מנלן? על כך אומר היועץ המשפטי לממשלה כדלקמן: "על פי דיני החברות הכלליים חברה רשאית לתת תרומות ומתנות רק כאשר הן מיועדות להביא תועלת לחברה. מתן תרומה מתוך כוונה לשרת מטרה חברתית או לעשות צדקה עם נזקקים, ולא מתוך כוונה לשרת את טובת החברה, עלול להיחשב כהפרה של האמון שמנהלי החברה חבים לחברה."

45 ראו: Merrick E. Dodd "For Whom Are Corporate Managers Trustees" 45 *Harv. L. Rev.* (1932) 1145. רעיון זה של אחריות חברתית תאגידית - CSR - קדם עור וגידים בארצות הברית כבר בשלבים המוקדמים של המאה העשרים. במסגרת זו הגנו אף על תרומה של חברה עסקית שנעשתה בניגוד לרצונם של בעלי המניות. ראו: Errol P. Mendes & Jeffrey A. Clark "The Five Generations of Corporate Codes of Conduct and Their Impact on Corporate Social Responsibility" (September 1996) available at <http://www.cdp-hrc.uottawa.ca/publicat/five.html> (11.4.2005), זאת, כמובן, בניגוד לגישה המסורתית שלפיה האחריות החברתית של ארגון עסקי היא להגדיל את רווחיו של הארגון.

46 רעיון דומה מביא Posner, אם כי בהקשר אחר של הצדקה קניינית להטלת מיסים. Posner טוען כי מייקל ג'ורדן נהיה מייקל ג'ורדן המרוויח מיליוני דולרים בשנה לא רק בזכות כשרונו הטבעי, אלא גם בזכות החברה שבה הוא חי, אשר מכילה בתוכה את כל ה"שחקנים" הקיימים בעולמו: מאמנים, מאתרי כשרונות, אוהדים וכולי. ללא שחקנים

אין ספק כי המחשבה המתבקשת היא כי השאת רווחים לבעלי המניות הינה המטרה היחידה או לפחות העיקרית של החברה. כך, למשל, סבר בית-המשפט האמריקאי בפרשת *Ford* המפורסמת.<sup>47</sup> חברת פורד צברה הון רב, ובעלי השליטה החליטו על מדיניות של אי-חלוקת דיבידנדים, השקעת הרווחים בהזלת מחירי המכוניות, הקמת מפעלים נוספים ומתן תרומות. החלטה זו ביטאה התחשבות בקהלים נוספים, דוגמת צרכנים, עובדים<sup>48</sup> ומקבלי תרומות. בעלי מניות המיעוט פנו לקבלת סעד מבית-המשפט, בטענה כי פעולות אלה פוגעות בתכלית החברה, קרי, השאת רווחיהם של בעלי המניות. בית-המשפט נעתר לבקשתם, ובכך קבע את המטרה של השאת הרווח כמטרה היחידה או לפחות העיקרית של החברה.<sup>49</sup> דהיינו, "תפקידו המסורתי של חוק החברות... [הוא] לדאוג אך ורק לעניינם של תורמי ההון לחברה".<sup>50</sup> [ההדגשה הוספה]

לאחר עשרות שנים חזר בו Berle מגישתו והסכים עם גישתו של Dodd. פרוקצ'יה, במאמרו האמור,<sup>51</sup> מבקש להתור תחת הסכמה זו. נזכיר כעת חלק מטיעונו, היורדים לשורשם של דיני החברות, שכן בהמשך הדרך ניוזקק להם. כידוע, הבעיה המרכזית שמלווה את דיני החברות, ואשר ייתכן כי היא מקורם של

---

אלה לא היה מייקל ג'ורדן זוכה להשתכר כפי שהוא משתכר. ראו: Richard A. Posner "Hegel and Employment at Will: A Comment" 10 *Cardozo L. Rev.* (1989) 1625

47 ראו: (Mi. 1919) 170 N.W. 459 (1919) *Dodge v. Ford Motor Co.*, (להלן: פרשת *Ford*). פרשה זו מאזכרת כמעט בכל הפסיקה והספרות העוסקות בתכלית החברה ובפילנתרופיה תאגידי. ראו, למשל: Margaret M. Blair "A Contractarian Defense of Corporate Philanthropy" 28 *Stetson L. Rev.* (1998) 27, 27-43

48 אין ספק שהקמת מפעלים נוספים תוביל להעסקת פועלים נוספים וכן להעלאת שכר העבודה כתוצאה מביקוש גובר לעובדים בשוק של פועלי ייצור המכוניות.

49 "A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders" (פרשת *Ford*, לעיל הערה 47). וראו הערתו הנכונה והיפה של שטרן, לעיל הערה 43, בהערת-שוליים 7, החושפת את הנימוקים האמיתיים מאחורי טיעוני הצדדים, נימוקים שבינם לבין טובתן של קהילות אחרות אין ולא כלום. הגם שאנו מצטרפים לדבריו, אנו סבורים כי פרשת *Ford*, לעיל הערה 47, הינה מעניינת, ולו בפן התיאורטי בלבד, לבחינת הערכים המתנגשים בתכלית החברה.

50 עלי בוקשפן "על תכליתה של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 163.

51 פרוקצ'יה, לעיל הערה 42. כאן המקום לציין את ספרם של ג'יימס קולינס וג'רי פוראס לנצה נבנו (תרגמה דורית לנדס, מהדורת זהב, 1997), המתאר שמונה-עשר תאגידי מן הגדולים בעולם אשר מדגישים תפיסת חזון חברתי מלבד חזון כלכלי-רווחי. קרי, אחד המיתוסים שמנותצים בספרם הוא כי "החברות המצליחות ביותר קיימות בראש ובראשונה כדי למקסם את הרווחים" (שם, בעמ' 8). אין פירוש הדבר שרווחים וכסף אינם מעניינים את החברות הללו, אלא שלחברות אלה יש גם מטרת המונחות עליידי ערכים שמעבר לעשיית רווחים ולהפקת תשואה על ההון.

דיני החברות, היא בעיית הנציג. הפרדת הבעלות מהשליטה מנביעה את הצורך בכינונם של מוסדות ומנגנונים משפטיים אשר יבטיחו קבלת החלטות יעילה ונכונה בעבור בעלי המניות.<sup>52</sup> במילים פשוטות, אין בהכרח זהות אינטרסים בין ההנהלה לבין הבעלים, ולעיתים – ויש שיאמרו לעיתים קרובות מדי – יש אף ניגוד אינטרסים בין ההנהלה לבין הבעלים.

החלטה של הנהלת החברה על תרומה למוסד כלשהו טומנת בחובה בעיית נציג,<sup>53</sup> שכן החלטה כזו מקטינה את ההון של החברה ולפיכך פוגעת בעושרם של בעלי המניות. מי מפיק תועלת ממתנה זו? המקבל, כמובן, וכן ההנהלה:<sup>54</sup>

”גם התועלת ממסירת המתנה מתחלקת בדרך כלל באופן בלתי שוויוני בין ההנהלה, המחליטה על הענקת התרומה, לבין יתר בעלי המניות.<sup>55</sup> הכרת הטובה הציבורית, החשיפה התקשורתית ויתר המנעמים הקשורים לעיתים במתן התרומות הם מנת חלקם הבלעדית של המנהלים, בעוד בעלי המניות המשלמים את החשבון, נשארים בדרך כלל באלמוניותם.”

כלומר, העלות נחלקת בין כל בעלי המניות, ואילו התועלת נופלת בחלקה של ההנהלה בלבד. לעיתים התועלת נופלת אומנם גם בחלקם של בעלי המניות, כאשר הם מהווים את ההנהלה, אבל לעולם לא בחלקם של כל נושאי העלות. פרוקצ'יה מגיע למסקנה, על-סמך מחקר אמפירי, כי תרומות תאגידיות גדולות ניתנות לרוב בחברות שרק שיעור קטן ממניותיהן מוחזקות על-ידי התורם ושיעור גדול ממניותיהן מוחזקות על-ידי הציבור הרחב. כך שה"תורם" תורם מעט מאוד משלו, ו"תרומתו" ניתנת, בשיעור ניכר מאוד, מכספם של אחרים, בהיבשעה שהנהגה היחיד משפע הכיבודים בעקבות התרומה הוא ה"תורם".<sup>56</sup>

52 לעיון והרחבה ראו: אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש (תשנ"ט, כרך א) 281 ואילך; פרוקצ'יה, לעיל הערה 42; זוהר גושן "בעית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר הזכרון לגאולטירו פרוקצ'יה (אהרן ברק עורך, תשנ"ט) 239.

53 וכך, כמובן, גם פעולות נוספות, כגון מתן טובות-הנאה לנושאי-משרה. בהקשר זה ראו ביקורת על הכתיבה הרבה בנושא התרומות התאגידיות למרות חלקן הצנוע יחסית בכלל הפעולות המעוררות את בעיית הנציג: Henry N. Butler & Fred S. McChesney "Why They Give at the Office: Shareholder Welfare and Corporate Philanthropy in the Contractual Theory of the Corporation" 84 *Cornell L. Rev.* (1999) 1195.

54 פרוקצ'יה, לעיל הערה 42, בעמ' 338.

55 הדברים נכונים במצב שבו ההנהלה הינה חלק מבעלי המניות, קל וחומר במצב שבו ההנהלה אינה חלק מבעלי המניות.

56 אף אילו רצו המקבלים להעניק כיבודים לתורמים האמיתיים – בעלי המניות – בדמות הזמנה ל"פתיחות" או ל"קוקטיילים", לא היה ביכולתם לעשות כן, כך שברור כי רק ה"תורם" ייהנה למעשה ממתן התרומה. לעיתים, ההנאה מהתרומה לא תיפול בחלקו של אף

חשיבה זו מוליכה את פרוקצ'יה למסקנה כי יש להתיר פילנתרופיה תאגידית רק לאחר שיקול-דעת בנוגע לארבעה גורמים: (1) גודל התרומה – לגישתו, תרומה אינה יכולה לעלות על סך של יותר מ-5% מרווחי החברה; (2) ייעוד התרומה, דהיינו, לאיזו מטרה ולאיזו קבוצת אוכלוסייה התרומה מיועדת; (3) הקשר בין פעילותו העסקית של התאגיד לבין המטרה החברתית שלמענה הוא מעוניין לתרום – ככל שקשר זה ישיר יותר, יש לראות את התרומה כמוצדקת יותר; (4) שיקולים עסקיים ארוכי-טווח המגולמים בתרומה מהווים הצדקה נוספת למתן התרומה.<sup>57</sup>

סעיף 11(א) לחוק החברות קובע כדלקמן:<sup>57</sup>

”תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה,<sup>58</sup> וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון.”

יש לשים לב כי קביעת המחוקק שחברה רשאית להרים תרומות בסכום סביר למטרה ראויה כפופה לקביעה בנושא זה בתקנון החברה. בהעדר קביעה בתקנון, לא תוכל החברה להרים תרומות. אולם יש להדגיש כי קביעה זו אינה מצריכה את הסכמתם של כלל בעלי המניות, ודי ברוב רגיל של בעלי המניות לשם כך.

בכך הכריע המחוקק לטובת הגישה הרואה בחברה אורח נוסף בקהילה.<sup>59</sup> הכרעה זו

אחד מבעלי המניות כי אם רק בחלקה של ההנהלה ולעיתים, תיפול ההנאה כאמור בחלקם של בעלי מניות מעטים המשמשים גם נושאי-משרה. אולם, ההנאה לעולם לא תיפול בחלקם של כלל ה"תורמים".

57 בסעיף 15 להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 15 – שהינו הסעיף המקביל לסעיף 11(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות) – נקבע סייג לתרומה, שלפיו "רשאית החברה לתרום סכום סביר לקידום ענייניה של הקהילה", דהיינו, לא כל תרומה לכל ארגון קקיוני וחסר משמעות מותרת, אלא רק תרומה לטובת אינטרסים של הקהילה. בדברי ההסבר צוינו שתי הגישות שהובאו לעיל, של Berle ושל Dodd, תוך נטייה ברורה לטובת גישתו של Dodd, כפי שהדבר משתקף בניסוח החוק עצמו. דהיינו, השיקול העליון והמרכזי שאמור להנחות את נושאי-המשרה הוא טובתה העסקית של החברה, אולם יש מקום לשקול גם שיקולים אחרים, דוגמת מתן תרומות.

58 השאת רווחים כתכלית החברה הייתה קיימת וברורה גם בימיה של פקודת החברות, אף שבפקודה לא הייתה התייחסות מפורשת לכך. ראו ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529 (להלן: עניין פרי העמק), וראו כנגדו ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673.

59 ראו מאמרו של ידידיה צ' שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב (תשס"ב) 327, הטוען כי סעיף 11 לחוק החברות מכיל הסדר נורמטיבי בעל



מניבה התחשבות בקהילות נוספות – לא כחובה אך אולי כהמלצה חיובית<sup>60</sup> – מלבד קהילת בעלי המניות ואף מלבד הקהילות התאגידיות.<sup>61</sup>

עינינו הרואות כי המחוקק הישראלי מתיר מתן תרומה על-ידי חברה אף אם תרומה זו

משמעות מרחיקת-לכת, הסדר שאין דומה לו במערכות המשפט האנגלו-אמריקאיות. לגישתו, סעיף 11 – סעיף התכלית – אמור לקבל מעמד-על כמשפיע על פרשנותו של חוק החברות כולו. עוד על תכלית החברה, ראו זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב (תשס"ב) 381, הטוען לצמצום פרשנותה של תכלית החברה כך שתכלית זו תתמקד בהשאת רווחים ותו לא. כן ראו יחיאל בהט "תכלית החברה ומטרותיה בהצעת חוק החברות" שערי משפט א (תשנ"ו) 277, וראו גם בוקשפן, לעיל הערה 50, המתרעם על אי-השימוש בסעיף זה אף כאשר הדבר מתבקש עדי-מאוד. ראו, למשל, שם, בהערת-שוליים 6, שבה מציין בוקשפן שלושה פסקי-דין שניתנו לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון, אשר נמנעים משימוש בסעיף 11 על-אף זיקתו הברורה לסוגיות שנידונו במסגרתם. עוד על תכלית החברה ראו במאמרו של עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א (תשס"ד) 229. במאמר זה טוען המחבר כי הטלת אחריות חברתית על חברה עסקית קשורה למתח הקיים בנוגע לתכלית החברה בין השאת רווחיהם של בעלי המניות והתחשבות רק בהם לבין התחשבות בקהלים נוספים. המחבר מציע כי התפיסה הכלכלית אמורה לשמש מורה-דרך אף במסגרת הטלת האחריות החברתית על החברה העסקית.

60 ראו שטרן, לעיל הערה 43, בעמ' 329, המציין כי אם רואים חלק זה של הסעיף כמונה אפשרויות, ולא ציוויים, אזי "הצירוף של הטרביאלי [השאת רווחים] עם הבלתי מחייב מניב סעיף שאין בו חפץ". שטרן מפריך תזה זו וטוען כאמור כי הסעיף נושא בכנפיו משמעויות נרחבות ברמת הפרשנות של מוסכמות-היסוד בדיני החברות שבשיטתנו. ראו גם את פרשנותו שלו לסעיף 11 לחוק החברות – שם, בעמ' 342 ואילך.

61 ראו בוקשפן, לעיל הערה 50, המציין כי סדר הגורמים המוזכרים – נושים, עובדים, ציבור – "דומה שמסגיר את עמדת המחוקק ביחס לקרבתם המיוחסת של גורמים אלה לחברה ולחשיבותם היחסית". נוסף על כך ראוי לציין כי חברה ממשלתית אמורה לפעול בהתאם לסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, דהיינו, בהתאם לשיקולים העסקיים שעל-פיהם נוהגת חברה שאינה ממשלתית, זולת אם קבעה הממשלה שיקולי פעולה אחרים. נשאלת השאלה אם שיקולים עסקיים כוללים את כלל השיקולים המופיעים בסעיף 11. נדמה כי יש לענות על כך בשלילה. השיקולים שיש להביא במסגרת המונח "שיקולים עסקיים" הם השיקולים התאגידיים בלבד, שמטרתם להשיא רווחים ו/או להתחשב רק בקהילות התאגידיות. רק שיקולים אלה הינם שיקולים עסקיים. כל פרשנות אחרת תביא לידי כך שחברה ממשלתית רשאית להתחשב גם בשיקולים לבר-תאגידיים, כגון באינטרסים שיש לקהילה זו אחרת בקבלת תרומות, אם כי ייתכן, באמצעות פרשנות מרחיבה, שתרומה שסופה להביא לידי השאת רווחים תיחשב "שיקול עסקי" ותהא מותרת מכוח שיקולי הפעולה העסקיים. להרחבה בסוגיה של סעיף 4 לחוק החברות ראו: אברהם

לא תביא כל תועלת עסקית לחברה. זאת, על-אף החשש שהוזכר זה לא כבר כי מתן התרומה יטמון בחובו אינטרס המשוך רק להנהלה ו/או רק לחלק מבעלי המניות.<sup>62</sup> גישת המחוקק הישראלי היא כי תכלית החברה היא להשיא רווחים לחבריה, קרי לבעלי המניות, אולם אין איסור, בצד תכלית זו, ליתן תרומות ומתנות בהתקיים תנאים מסוימים שפורטו לעיל, על-אף הניגוד הקיים בין מתן התרומה לבין התכלית הכללית של החברה. לסיכום, לטעמנו, ולנוכח האמור לעיל, יש מקום נרחב לטענה כי החלטה בדבר מתן תרומות טהורות – דהיינו, תרומות שאינן מקדמות אינטרסים עסקיים של החברה – מהווה פגיעה בבסיס ההסכמה,<sup>63</sup> וככזו יש להתירה אך ורק כאשר כלל בעלי המניות<sup>64</sup> מסכימים במסגרת התקנון למתן תרומות.<sup>65</sup> הד לעמדה זו ניתן למצוא בדברים הבאים:<sup>66</sup>

“בעלי המניות יכולים לחלק את רכוש החברה רק בהחלטה פה אחד ואין בסמכות רוב בעלי המניות לכפות את הנטיות הפילנטרופיות שלהם על מיעוט בעלי המניות.”

- 
- וינרוט חברות ממשלתיות (תשנ"ה) 32–51, 240–258; אהוד גרא החברה הממשלתית – שיקולי וכללי פעולה (תשנ"ח) 61 ואילך.
- 62 ייתכן שיהיה אפשר לתקוף מתן תרומה זו באמצעות העילה של קיפוח המיעוט. נדגיש שוב כי מלבד התועלת האלטרואיסטית, שהינה מנת-חלקם של כל בעלי המניות, קיימת תועלת נוספת בדמות “כבוד מלכים”, השמור רק לחלק מבעלי המניות. הדבר נראה קשה וצריך עיון, וראו דברינו להלן בהערה 127.
- 63 שם, שם, וכן ראו עניין פרי העמק, לעיל הערה 58.
- 64 כבר נקבע בע"א 995/90 אדורס מהנדסים בע"מ נ' גת (לא פורסם, ניתן ביום 14.7.1992) כי כלל בעלי המניות רשאים – בהעדר אינטרס חיצוני, קרי, אינטרס של נושים – “לעשות ברכוש החברה כרצונם, ובכלל זה אף לתיתו במתנה... בכך אין בעלי המניות פוגעים באיש זולתם, ופעולה הנעשית על ידם פה אחד אינה יכולה להיות הפרת חובת האמון כלפי מי מהם או עושק של מאן דהוא...”.
- 65 אין קושי לגבי בעל מניה המצטרף לאחר הכללת תנייה זו בתקנון, שכן הוא מודע לתנייה זו ובהתאם לכך הקצה את סיכוניו. יצוין כי התנייה מבטאת הסכמה של כלל בעלי המניות על עצם מתן התרומות, ולא על ייעוד התרומות. ההחלטה על ייעוד התרומות תגובש בשלב מאוחר יותר, ואף היא טומנת בחובה הפקת הנאה לחלק מבעלי המניות בלבד, ולא לכולם.
- 66 אהרן יורן “לשאלת חוקיות תרומותיהן של חברות” הפרקליט כח (תשל"ב) 555. זאת ועוד, יורן מצביע על הקושי המוסרי בכך שמתנות הניתנות על-ידי החברה לצורך קידום עסקיה הינן מותרות, בעוד מתנות אמיתיות וטהורות – הניתנות על-ידי החברה מטעמים מתנתיים בלבד – אסורות. להלן דוגמה שתבהיר את הקושי המוסרי: ייתכן שמתנה לגוף כלשהו תותר רק אם יתלווה אליה פרסום, ואם תיעשה בסתר – היא תיאסר. מעבר לכך, יורן מציין כי כדי להכשיר תרומות אמיתיות בבית-המשפט, ישאפו להראותן כמביאות תועלת לחברה, ולו בדוחק רב. ראו את הדוגמה שהוא מביא לעניין זה שם, בהערת-שוליים 8.

זאת ועוד, ייתכן שכאשר מדובר בתרומות יש לתת פתחון־פה גם לנושים, אף אם כלל בעלי המניות יסכימו למתן התרומה, שכן מדובר בפגיעה בכרית ההון.<sup>67</sup>

### פרק ג: התרומה התאגידית – מתנה או שמה כלי עסקי?

במסגרת האסטרטגיה השיווקית של החברה מופעלת אסטרטגיה שיווקית חברתית. אסטרטגיה זו בנויה, בין היתר, על תרומות הניתנות למטרות חברתיות. אסטרטגיה זו אמורה להגביר את המודעות לחברה העסקית ולמוצרי החברה, וכמובן לשפר את תדמיתה של החברה בעיני הציבור כולו, דהיינו, למצב את החברה ומוצריה בעיני הציבור. לא למותר לציין כי מיצוב בעולם של תחרות מעניק למוצר הרלוונטי יתרון לא־מבוטל על המוצרים המתחרים.<sup>68</sup> מחקרים שונים מצביעים על יחס חיובי של לקוחות וצרכנים לחברות אשר תורמות לחברה.<sup>69</sup> יחס חיובי זה מוליך הן להגדלת מאגר הלקוחות והצרכנים והן להגברת נאמנותם של הלקוחות והצרכנים הוותיקים.

סימנים נוספים מוליכים למסקנה כי במתנה תאגידית יש לא רק "מתנתיות", אלא גם לא מעט "עסקיות". כדבריה של Lombardo:<sup>70</sup>

"Irrespective of the sincere public good motive behind some corporate grant making, corporate philanthropy is perhaps most commonly understood as an economic exchange or a two-way transfer a quid pro quo arrangement through which a company gives a donation... to receive something indirectly in return, such

67 סוגיה זו חורגת ממרחב יריעתנו שכן אנו מעוניינים לדון כאן רק בפן הנותן ובפן המקבל. אולם אין ספק כי לתרומה יש השפעה על "שחקנים" נוספים בעולם התאגידים.

68 ברבעון האחרון של שנת 1983 התחייבה חברת "אמריקן אקספרס" כי כל אימת שצרכן ישתמש בכרטיס האשראי שלה, היא תתרום פני אחד לטובת שיפוץ פסל החירות. במסגרת פעילות זו נאספו 1.7 מיליון דולר בעבור השיפוץ. השימוש בכרטיס של "אמריקן אקספרס" עלה באותה תקופה ב־30%. ראו: Patricia Caesar "Cause-Related Marketing: The New Face of Corporate Philanthropy" 59 *Business and Society Rev.* (1986) 15.

69 ראו אוכור של מחקרים אלה אצל רקפת מוסק "אחריות חברתית בעסקים: הקשר בין העסקים, טכנולוגיה, קהילה ודיווח חברתי" רואה חשבון נב(1) תשס"ג 17, 19.

70 ראו: Barbara Lombardo "Corporate Philanthropy: Gift or Business Transaction?" 5 *Nonprofit Management and Leadership* (1995) 291.

as an improved environment in which to practice business, an enhanced reputation, increased sales, or other benefits."

יש מקום להצביע על יתרון נוסף המוזכר בספרות לגבי תרומתה של המתנה התאגידיית לחברה, חברות אשר מרבות בתרומותיהן – וכמובן בפרסום תרומותיהן – מאותות כי הן נהנות מרווחיות עצומה, אשר מאפשרת להן להרים פעם בפעם את תרומותיהן הנכבדות בלא כל קושי. איתות זה "עוזר" בעולם התאגידיים.<sup>71</sup> כלומר, מלבד תדמית ציבורית חיובית, אשר תעזור בקרב לקוחות וצרכנים, יש בתופעת המתנות התאגידיות כדי לשדר עוצמה הונית ולחזק את התדמית במגרש התאגידי.<sup>72</sup> ביטוי מעשי לאמור ניתן למצוא במגמה התופסת תאוצה בימים אלה, בעולם ואף בישראל, של מדדי בורסה המורכבים ממניות של חברות המגלות אחריות חברתית, המתבטאת, בין היתר, בתרומות לציבור. גם הבורסה בישראל הודיעה זה לא כבר על השקת מדד כזה.<sup>73</sup>

Blair מציינת במאמרה<sup>74</sup> כי תבנית התרומות התאגידיות אכן מצביעה על זיקה מסוימת בין התאגידיים ו/או עסקיהם השונים לבין הגופים הנתרמים. בנקים, למשל, אשר נתפסים כקשורים או כקרובים לגופים הדואגים לבריאות הציבור, תורמים לגופים אלה יותר ממחצית תרומותיהם, ורק כרבע מתרומותיהם מופנה לגופים הינוכיים, אקדמיים וכדומה. לעומת זה, מפעלי כימיה, אשר נוקקים בעיקר לאנשי־מקצוע מתחומי המדע והטכנולוגיה, נותנים 40% מסך תרומותיהם לגופי חינוך.<sup>75</sup> חברות נפט וחברות סיגריות, אשר סבלו בעבר מדימוי ציבורי נמוך, מעוניינות לשפר את תדמיתן בעיני הציבור, ולפיכך תורמות בעיקר לגופים העוסקים באומנות ובתרבות, בעוד חברות תעשייתיות,

71 הדבר דומה עד־מאוד לתופעת הפוטלש, אשר תוארה על־ידי: Michael Mauss *The Gift: Forms and Function of Exchange in Archaic Societies* (London, 1954). תופעה זו הייתה נהוגה בין שבטים מסוימים בחוף הצפון־מערבי של אמריקה. מדובר בטקס פומבי של נתינת מתנות שנועד להפגין את העושר והעוצמה של הנותן, כדי שהלה יוכל לתבוע לעצמו מעמד חברתי רם ונישא אשר יוליכו לעמדת מנהיגות השבט. למעשה, המתמודדים על מנהיגות השבט ערכו ביניהם מעין "תחרות מתנות" על־מנת לשדר עוצמה הונית אשר תעיד על מעמד ומוניטין. המתנה התאגידיית הינה, לטעמנו, גרסה מרוככת של תופעה זו.

72 בקרב בעלי מניות עתידיים, נושים עתידיים וכדומה.

73 הדבר נעשה בשיתוף עם ארגון "מעלה", העוסק בקידום אחריות חברתית כגישה עסקית. הדבר בא לידי ביטוי אף בקרנות נאמנות המשקיעות בהתאם לאמת־מידה של אחריות חברתית. כך, למשל, הונפקה בישראל בשנה החולפת קרן נאמנות ייחודית "פסגות דיבידנד חברתי", אשר תשקיע רק במניות של חברות המחויבות לקהילה. נוסף על כך התחייבה הנהלת הקרן להחזיר כתרומה לקהילה 40% מדמי הניהול שהיא גובה.

74 ראו: Blair, *supra* note 47.

75 ראו: Evans v. Brunner Mond (1921) 1 Ch. 359.

שאינן להן צורך רב בדימוי ציבורי גבוה בעולם הצרכנים, תרומות מעט לגופים העוסקים בתרבות ובאומנות.

אין ספק שגם בכך מעומעם המרכיב ה"מתנתי" שבתרומה, לעיתים יותר ולעיתים פחות. כמו־כן אין ספק כי ההיבט ה"עסקי" ממלא תפקיד חשוב באפיון הגורמים הנתרמים אצל מקבלי ההחלטות בתאגידים השונים. נקל לראות מדוע חברות שדימוין הציבורי גיוזק מהמוצר שהן מייצרות ישאפו למזער נזקים תדמיתיים אלה בכל דרך אפשרית. דברים אלה יפים במיוחד כאשר קיים כשל אינהרנטי בדימוי הציבורי של החברה בשל המוצר שהיא מייצרת. מאחר שנוזקים אלה קיימים באופן תמידי, לפחות כל זמן שמוצרים אלה ייתפסו כמוזיקים לחברה מבחינה בריאותית, מבחינת איכות הסביבה וכדומה, אותם תאגידים נצרכים באופן תמידי לעשות פעולות מתקנות. האינן בכך משום החלטה עסקית טהורה אשר ממלאת את ייעודה? נראה כי לא נרחק מן האמת אם נאמר כי לא רק המרכיבים המתנתיים עומדים לנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות בעת קבלת ההחלטה ליתן תרומות לציבור.<sup>76</sup>

על חשיבותה של התרומה והשפעתה מבחינה פרסומית-שיווקית על ציבור הצרכנים ניתן ללמוד אף מדבריו של הפרסומאי ראובן וימר, המספר בספרו כיצד נוסד המוסד "מפעלות דיסקונט". עדות זו הינה בבחינת עדותו של נחתום על עיסתו, ובמסגרתה נאמרו הדברים הנכוחים הבאים, המצביעים יותר מכל על הקשר שבין "תרומה" או "מתנה אמיתית" לבין "עסק". בשל חשיבות הדברים, המשקפים לטעמנו את המציאות, נביאם להלן באריכות יחסית. נתבונן תחילה על דברי וימר לגבי הרקע לדברים:<sup>77</sup>

"כל השנים היתה משפחת רקאנטי תורמת גדולה בסתר למוסדות ציבור, לבתי כנסת, לבתי אבות, לאוניברסיטאות ולמוזיאונים. היא הקימה את קרן יהל שאליה הוזרמו מדי שנה כספים מתוך אחוזי הרווח שהגיע למשפחה כבעלים וכמנהלת של הבנק. מדי פעם אמרתי לרקאנטי 'מדוע שלא תהפכו את עובדת מתן הכספים האלה לנכס מוניטיבי של הבנק? מתן בסתר היא תכונה אנושית ומושרשת היטב במסורת ובפולקלור היהודי אבל כחברה ציבורית, בנק יכול להפיק תועלת רבה מעובדת התמיכה בתרבות ועדין לא למשוך ידו ממתן בסתר לנוזקים.'"

עינינו הרואות כי הפרסומאי רואה ומחשיב את התרומות ככלי עסקי-שיווקי לכל דבר

76 בהקשר זה ראוי להזכיר כי התכנית ש-Blair מצביעה עליה תואמת את אחת מהצדקותיו של פרוקצ'יה, לעיל הערה 42, למתן התרומה, ולכך נתייחס להלן בהערה 127. אין ספק כי לא בכל המקרים שבהם ניתנות מתנות תאגידיות ניתן להצביע באופן ברור על הפן העסקי, אולם נדמה כי לפחות לגבי חלק מהחברות, דוגמת חברות הסיגריות, ניתן להצביע על כך ביתר בקלות.

77 ראובן וימר השכל של הפרסום (תשנ"ג) 156.

ועניין. בחינת תרומתן העסקית של התרומות לבנק דיסקונט ולחברות אחרות מחייבת מחקר מעמיק החורג מתחומי היריעה של מחקר זה. אולם לפחות בעיני הפרסומאי – ולהזכירנו, זה האיש שבגינו הפירמה מוציאה הוצאות על פרסום ושיווק, אשר נחשבות זה כבר להוצאות כדאיות בחישובי העלות והתועלת של הפירמה העסקית – התרומה הינה הוצאה כדאית מבחינת הפירמה, הוצאה אשר תורמת לא רק לחברה (society), אלא אף לחברה העסקית (company). הוצאות אלה הינן חלק בלתי־נפרד מפונקציית העלות של החברה העסקית – לפעמים ההוצאות האמורות כוללות פרסום הוצות, לפעמים פרסום תקשורת אלקטרוני, ומדי פעם ופעם הן כוללות "תרומה". מתן התרומה ככלי עסקי לא רק משפר את מעמדה של החברה בשוק התחרותי, אלא גם מחזק את החברה בצוק העיתים, כאשר דימויה הציבורי מתערער עקב קשיים מסוג כזה או אחר.

על התועלת שהפיק הבנק מהקמת המפעלות כותב וימר כדלקמן:<sup>78</sup>

"מפעלות דיסקונט הוסיפו משקל ניכר לתדמיתו של הבנק בציבור ובעיקר בקרב קהילת האמנים שהם מעצבי דעת קהל. כשהתחולל משבר המניות הבנקאיות והעיתונים הסתוללו<sup>79</sup> בבנקים והפכו את סימנותיהם לחוכא ואיטלולא, היה בנק דיסקונט היחיד שדימויו לא סבל מתגרת ידם של העיתונאים, והיחיד שקבוצה גדולה של אמנים יצאו בעצומה בעיתונים לטובת הנהלתו."

אם נניח שבזכות אי־ה"הסתוללות" מחיר המניה של בנק דיסקונט לא נפגע או נפגע קלות בלבד, אזי בדיעבד היו התרומות לא רק כלי עסקי, אלא כלי עסקי מוצלח ביותר. תרומות אלה לא רק תרמו בשגרה להגדלת קהל הלקוחות, אלא אף הביאו לידי כך שקהלים נוספים בעולם התאגידים המשפיעים על מחירי המניות, כגון כלי־התקשורת, זיכו אותו בעת משבר ביחס מועדף בהשוואה ליתר הבנקים.

עינינו הרואות כי התרומה משמשת מכשיר שתפקידו, בין היתר, למזער נזקים תדמיתיים ציבוריים בעיתות משבר.

לנוכח האמור, נראה כי התרומה התאגידית אינה בגדר מתנה. התרומה התאגידית אינה אלטרואיסטית כלל, או בניסוח עדין יותר – העקבות האלטרואיסטיים בה קשים לזיהוי. התרומה הינה כלי עסקי לכל דבר ועניין, שמנהלי חברות משתמשים בו להשאת תועלתם. השימוש העיקרי בתרומה הוא כמובן לצורכי שיווק ופרסום, אם לצורך יצירת מודעות בציבור לקיומה של החברה, ואם לצורך יצירת אהדה ציבורית כלפי החברה.

אין זה אומר כי קיימת חזקה חלוטה שכל התרומות התאגידיות אינן מתנות כלל ועיקר. עם זאת, ניתן לומר כי רוב התרומות התאגידיות אינן מתנות טהורות, ואף אם

78 שם, בעמ' 160.

79 התעללו, לחצו, נגשו. אברהם אבן־שושן המילון החדש (מהמהדורה המשולבת, תש"ס, כרך א) 388.

קיים בהן יסוד מתנתי כלשהו, הוא קלוש ואינו מצדיק את מתן ההגנות המתנתיות. למען אלה שניסוח זה נראה להם חריף וכוללני, נציע את הניסוח הבא: ערכה השקלי של התרומה הניתנת על-ידי תאגיד יהיה תמיד גבוה מערכה המתנתי הטהור.<sup>80</sup>

התועלת של תאגיד הנותן מתנה אינה אותה תועלת של נותן מתנה שאינו תאגיד – תאגיד הנותן מתנה מפיק תועלת מעבר לזו שצומחת לכל נותן מתנה באשר הוא. לאלה שאינם מסכימים עם האמור לעיל מופנית השאלה מדוע אם כן תרומות תאגידיות אינן ניתנות כמתן בסתר, אלא "מתוקשרות" ברמה כזו או אחרת. אכן, גם לדעתנו תרומות תאגידיות הניתנות בסתר אכן ראויות להגנות המתנתיות.

זאת ועוד, המחוקק ער ל"עסקיות" שבתרומה הניתנת על-ידי תאגיד, ולכן הושמעה בישראל הדישה למתן דיווח על התרומות הניתנות על-ידי חברות. דרישה זו יוצרת לחץ רב לתרום, ונראה כי לחץ זה נובע מסיבות תועלתיות, ולא מסיבות מתנתיות.

תובנה זו, שלפיה המתנה התאגידית ניתנת משיקולי תועלת – תובנה אשר מעוגנת בחקיקה<sup>81</sup> – משתלבת במארג של חובת הגילוי<sup>82</sup> ותמנע הנהלות של חברות מלהעביר תרומות לפי בחירתן שלהן, ללא מעקב ובקרה, עקב אינטרסים זרים, ולא עקב אינטרסים אלטרואיסטיים או אינטרסים שעולים בקנה אחד עם טובת החברה.<sup>83</sup> אולם לצד רציונל זה קיים גם כאמור רציונל נוסף, והוא שנורמה כזו עשויה ליצור לחץ על החברות השונות לתרום, ואף בעין יפה.<sup>84</sup>

80 למעט במקרה שבו מתקיימים שני תנאים באופן מצטבר: האחד, העדר הטבות־מס – ראו בהמשך; והאחר, מתן בסתר.

81 ראו תקנה 10(ב)(6) לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים) (תיקון), התשס"ב-2002, ק"ת 2037 (להלן: תקנות הדיווח). על-פי תקנה זו, שבבסיסה עמדה התובנה שלעיל, "תפורט מדיניות התאגיד בנושא מתן תרומות, אם נקבעה כזו, וכן השתלבותה של מדיניות זו בעסקי התאגיד. יפורטו היקפי התרומות שנתן התאגיד בשנת הדיווח, בציון ההתחייבויות למתן תרומות בתקופות עתידיות ויפורטו היקפי התרומות לכל אחד מהתחומים אליהם יועדו התרומות".

82 ראו: Cynthia A. Williams "The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency" 112 *Harv. L. Rev.* (1999) 1197: "Other types of social disclosure could include information on corporate charitable contributions." וראו גם בסעיף 10 בנספח למאמרה, שבו המחברת מציינת כי חובת הגילוי לגבי תרומות לצדקה מתייחסת לתרומה מעל 50,000 דולר. במסגרת חובת הגילוי נדרש גם זיהוי של מקבל התרומה אם התרומה מיועדת למטרה מסוימת.

83 ראו גם מוסק, לעיל הערה 69, והתייחסותה למונח Social Accountability.

84 טענה זו מחייבת בדיקה אמפירית כעבור שנים מספר ממועד התקנתן של תקנות הדיווח, לעיל הערה 81, אשר תבחן אם תקנה 10(ב)(6) השפיעה על היקף התרומות ועל היקף יחסי-הציבור סביבן, ואם מי שנתן בעבר בסתר נהנה כעת מהפומביות הנוצרת עקב התקנה. יש מקום לשער כי גם קיומה של נורמת התנהגות מסוג זה – שלא מכוח הדין – תגרום להגדלת התרומות הניתנות לא ממניעים מתנתיים. נורמה זו עשויה להיווצר עקב

לסיכום, התובנה האמורה מצביעה על הפן העסקי-השיווקי המצוי בתרומה התאגידית. פן זה לא רק שאינו נסתר, אלא בולט באופן שלוחץ על חברות הנמנעות ברגיל מלתרום להרים את תרומתן. "מתנתיות" בוודאי אין כאן; שיווק ופרסום – או ליתר דיוק מניעת פרסום שלילי – יש ויש.<sup>85</sup>

### פרק ד: תרומת מנה שאינה מנה – הכיזד?

פרק זה בא לעולם כדי להבהיר כי שווייה הכספי הנגלה לעין של התרומה אינו השווי הכספי האמיתי של התרומה מבחינת הנותן. פירמה התורמת מנה תורמת בפועל, בסופו של יום, פחות ממנה. נכון שמבחינת המקבל מדובר במנה, אולם מבטנו מופנה אל נותן התרומה.

חוקי המס מעניקים לתאגיד, באמצעות כלי הזיכוי או כלי הניכוי,<sup>86</sup> הטבה בתשלומי המס בשל התרומות שהוא נותן. הרקע האידיאולוגי להטבות אלה טמון ברצון של הדין לעודד מתן תרומות לגופים שהדין חפץ ביקרם, שכן גופים אלה ממלאים חלק מהחובות והמטלות המוטלות על הרשות המרכזית. חוקי מס אלה מעודדים את הציבור הרחב להפריש מהונו ומהכנסותיו לצורך מטרות חברתיות ותרבותיות, מעבר לכספי המיסים המשתלמים על-ידי האדם כפרט.<sup>87</sup> למשל, הדין הישראלי מעודד מתן תרומות – בין על-ידי חברה ובין על-ידי יחיד – באמצעות כלי הזיכוי, כמוסדר בסעיף 46(א) לפקודת

---

קיומם של ארגונים, גופים או אמצעי תקשורת אשר ידווחו באופן שיטתי על תרומותיהן של החברות. כדוגמה לכך ניתן לציין את מדור העסקים "למען הקהילה" בעיתון גלובס, וכן את מדד "מעלה" אשר הוזכר קודם לכן, ראו לעיל הערה 73 והטקסט הסמוך לה. כמו-כן יש לציין בהקשר זה את הפרס הניתן מדי שנה על-ידי נשיא ארצות-הברית, ברוב פאר, הדר ותקשורת, לארגונים התורמים רבות לחברה. מידע על-אודות פרס זה נגיש ב-  
<http://www.ron-brown-award.org>.

85 ברי כי התקשורת לא תהסס להביא לידיעת הציבור הרחב את הנתונים אשר יימסרו מכות התקנה, לעיל הערה 81. לנתונים אלה יש השפעה על עולם הצרכנות, לפחות לתפיסת הפרסומאים, כפי שכבר ראינו בספרו של וימר, לעיל הערה 77.

86 בטכניקת הניכוי, סכום התרומה מנוכה מההכנסה החייבת במס. בטכניקת הזיכוי, סכום התרומה מנוכה מסכום המס שיש לשלם על-פי הפקודה. בישראל פועלים לעניין התרומות בשיטת הזיכוי.

87 המלצות הוועדה למיסוי מוסדות ציבור מיסים (ה)1 ב'13.



מס הכנסה.<sup>88</sup> סעיף זה קובע כי 35% מסכום התרומה<sup>89</sup> שתרם אדם לקרן לאומית<sup>90</sup> או למוסד ציבורי<sup>91</sup> יזוכו מן המס שאותו אדם חייב באותה שנת מס. אין מדובר כמובן בתרומה לכל מאן דהוא, אלא למוסד או גוף אשר קיבל אישור ממס־הכנסה לצורך סעיף 46 לפקודה.<sup>92</sup>

לנוכח האמור נראה כי "הסך המתנתי" האמיתי של תרומה למוסד שקיבל אישור לפי

88 ראו: George Albert Steiner *Business and Society* (New York, 1971) 343, המתאר תהליך עידוד דומה בארצות־הברית: "Since 1936 the federal government through its income tax law has encouraged corporate giving for educational charitable scientific and religious purposes"

89 על השתלשלות הטבה זו מימי טרום המדינה עד ימינו אנו, ראו אהרן מור "הנחות במס הכנסה לתורמים למלכ"רים על־פי סעיף 46 לפקודת מס הכנסה" הרבעון הישראלי למיסים (120) (תשס"ג) 47. על הכללים להתרת זיכוי בגין תרומה למוסד ציבורי ראו הוראת ביצוע 30/94 - שומה, מקצועית, משפטית מיסים (5) ג'24, ג'27 ואילך.

90 סעיף 46(ג) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א-1961, דיני מדינת ישראל 6, 120 (להלן: הפקודה), מגדיר "קרן לאומית" כאחד הגופים הבאים: הסוכנות היהודית לארץ־ישראל, ההסתדרות הציונית העולמית, המגבית המאוחדת לישראל והקרן הקיימת לישראל.

91 סעיף 9(2) לפקודה מגדיר "מוסד ציבורי" כמוסד הפועל למטרה ציבורית, דהיינו, "מטרה שעניינה דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט וכל מטרה אחרת שאושרה על־ידי שר האוצר כמטרה ציבורית". שר האוצר אישר כמטרות ציבוריות סיוע ליישובים במצוקה, עידוד התיישבות מעבר לקו הירוק ושמירה על איכות הסביבה. ראו בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1), 191, שבו דן בית־המשפט בבקשתה של עמותה, אשר שמה לה למטרה לכונן חוקה לישראל, להכיר בה כמוסד ציבורי לצורך סעיף 9(2) וסעיף 46 לפקודה. כן ראו בג"ץ 1368/99 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר האוצר (לא פורסם, ניתן ביום 20.12.1999), שבו ביקשה העמותה הנ"ל להיכלל במסגרת סעיף 46 לפקודה, ומס־הכנסה סירב לבקשתה שכן סבר כי מטרות העמותה אינן כלולות במסגרת המטרות הקבועות בסעיף 9(2) לפקודה. לאחר הגשת העתירה הסכים שר האוצר לכלול אף את "איכות הסביבה" כמטרה ציבורית לעניין סעיף 9(2) האמור. לפני הכרה זו לא יכלו התורמים לקבל זיכוי מס על תרומותיהם לעמותה. ראו גם הוראת ביצוע 24/92 - מקצועית מיסים (3) ג'67. בהוראה זו, שכותרתה "הכרה במוסד ציבורי לענין תרומות ולענין הקלות במס שבה ובמס רכישה", מפורטים הקווים המנחים לסיווג מוסד כמוסד ציבורי (ראו שם, בעמ' 69). ראוי לציין כי מוסדות ציבור מחויבים בהגשת דו"חות בהתאם לתקנות מס הכנסה (דו"חות שיגיש מוסד ציבורי), התשנ"ז-1997, ק"ת 448.

92 הטבות־מס ניתנות גם בדרך של פטור ממס רווחי הון על תרומות בעין, כגון מניות ודברי אומנות, וזאת בהתאם לסעיף 97(א)(4) לפקודה. פטור ממס שבה מקרקעין ניתן לקבל בהתאם לסעיף 61(א) לפקודה. על תרומות נדל"ניות ראו דוד גליקסברג "משטר המיסוי החל על תרומות נדל"ן: היבטי צדק ויעילות" מיסים (3) (תש"ן) 13.

סעיף 46 פחותה בכ-35% מסך התרומה שנתרמה למוסד האמור. אם כך, תרומת מנה אינה מנה לנוכח הטבות-המס האמורות.

זאת ועוד, כאשר מדובר במתנות תאגידיות, ערך המתנה הנתרמת פחות מערכה האמיתי של המתנה אף ללא עשיית שימוש בכלי הקיוון, שכן היא מביאה תועלת לתאגיד. התועלת הינה פרי הערך השיווקי-הפרסומי הגלום במתנה תאגידית. אם כן, נמצאנו למדים כי הערך המתנתי האמיתי של המתנה התאגידית פחות בהרבה מן הערך כפי שהוא נראה על פניו. ונדגיש, גם כאשר לפנינו מתנה תאגידית בעלת אפיונים מתנתיים בעיקרה,<sup>93</sup> ערכה פחות מן הערך הנראה על פניו בשל הטבות-המס שהיא מעניקה לתאגיד. נראה שקיימים לענייננו שני מצבי-טבע שתאגיד יכול להימצא בהם כאשר הוא בוחר להעניק מתנה. במצב-הטבע הראשון, התועלת המתקבלת מערך הפרסום השיווקי הנובע מהמתנה התאגידית קטנה מהתועלת שעשויה לצמוח מאמצעי פרסום אחר. מצב זה כולל מתנות שניתנו בסתר או מתנות תאגידיות בעלות מרכיבים מתנתיים גרידא. אם נבקש לדעת את עלות המתנה מבחינת התאגיד, נמצא כי היא שווה למכפלה של ערכה הכספי של המתנה וההפרש שבין 100% לגובה ההטבה במס. במצב-הטבע השני, התועלת המתקבלת מערך הפרסום השיווקי הנובע מהמתנה התאגידית גדול מהתועלת שעשויה לצמוח מאמצעי פרסום אחר.<sup>94</sup> מצב זה כולל מתנות תאגידיות בעלות מרכיבים עסקיים. אם נבקש לדעת את עלות המתנה מבחינת התאגיד, נמצא כי היא שווה למכפלה של ערכה הכספי של המתנה וההפרש שבין 100% לגובה ההטבה במס, פחות מהפרש בין ערך הפרסום השיווקי הנובע ממתן המתנה לבין ערך הפרסום השיווקי שהיה עשוי לנובע מאמצעי פרסום אחר.

את התיאור לעיל של הערך המתנתי של מתנה תאגידית ניתן להציג בקצרה בעזרת שתי הנוסחות הבאות:

$$M(m) < M(a) \text{ למקרים שבהם } G(m) = (1-t) * G(s)$$

$$M(m) \geq M(a) \text{ למקרים שבהם } (G(m) = (1-t) * G(s)) - (M(m) - M(a))$$

כאשר:

$G(m)$  - ערך המתנה בערכים מתנתיים אמיתיים;

$G(S)$  - ערך המתנה בשקלים;

$M(m)$  - ערך הפרסום השיווקי הנובע מהתרומה;<sup>95</sup>

93 או אף מתן בסתר מוחלט.

94 לצורכי נוחות נוסחתית הנחנו כי החברה בוחרת רק באחת מבין שתי האפשרויות - באמצעי פרסום שיווקי בדמות מתנה או באמצעי אחר בצורה קטגורית. כך, הנחנו כי כאשר החברה בוחרת באמצעי פרסום אחר, אין כל אפקט פרסומי ממתנות ומתרומות, אף אם הן ניתנות. ברי כי בפועל, אם נעשית תרומה שאינה בסתר באופן מוחלט, יש תוספת פרסום על אמצעי הפרסום שהחברה בחרה.

95 ערך זה ניתן לכימות פשוט ביותר - למשל, על-ידי חישוב השווי הפרסומי של הודעת התרומה באמצעי התקשורת.

$M(a)$  - ערך הפרסום השיווקי המרבי הנובע מאמצעי פרסום אחר;  
 $t$  - ערך ההטבה במס.

נמצאנו למדים כי תרומת מנה לעולם אינה מנה. אפילו תרומה תאגידית שאינה ניחנה ביתרונות שיווקיים פרסומיים נהנית מהטבות המס הגלומות במתן תרומה, ולפיכך התורם לעולם תורם פחות מכפי שמוצג לכולי עלמא.  
 בפרק הבא נבקש לדוק היטב במשמעות קיומם של היתרונות העסקיים שמעבר ליתרון המיסוי.

### פרק ה: עלות ותועלת במתנות תאגידיות

לסוגיית המתנות התאגידיות אין נפקות מיוחדת מנקודת מבטו של המקבל. תועלת המקבל בערכים כספיים שווה לערכה הכספי של המתנה המוענקת על-ידי נותן המתנה. התועלת של התרומה הניתנת על-ידי פירמה להקמת מבנה חדש באוניברסיטה היא כשווי הערך של הקמת המבנה, לא פחות ולא יותר.<sup>96</sup> למקבל אין כמובן כל עלות בקבלת התרומה. לעומת זה, העלות של מתנה כספית תאגידית לעמותה, לארגון חברתי או לכל גוף אחר, בעיני הנותן, אינה שווה לערכה הכספי של המתנה. העלות לגבי הנותן התאגידי אינה שווה לעלות כפי שהמקבל רואה אותה. זאת, הן בשל הטבות המס הניתנות לנותן והן בשל ה"רווח", שהזכרנו אותו רבות, הטמון בפילנתרופיה התאגידית: תרומות ומתנות הניתנות על-ידי תאגידים מובילות להגדלת כמות המוצרים הנרכשת מאותה חברה, ומסייעות לחברה בתחרות הכלכלית מול חברות אחרות.

ניתן לתאר באופן כללי את פונקציית הביקוש למוצרי החברה באופן הבא:

$${}^{97}D: Q = q(p, g)$$

כלומר, כמות המוצרים הנמכרת  $q$  תלויה במחיר המוצר  $p$  ובכמות המתנות והתרומות  $g$  הניתנות על-ידי החברה. קיים קשר חיובי בין  $q$  לבין  $g$ ,<sup>98</sup> כלומר, הגדלת התרומות מובילה להגדלת הכמות הנמכרת. בעקבות הגדלת התרומות, הביקוש לאותו מוצר באותה רמת מחירים גדל.

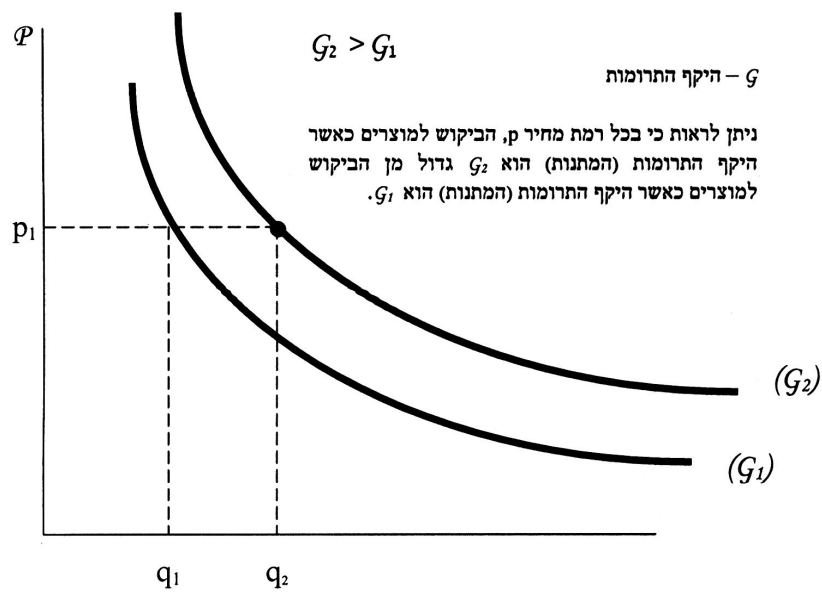
96 בהנחה שאין הורדת תקורות למי מעובדי האוניברסיטה.

97 יש כמובן גורמים נוספים בפונקציית הביקוש אשר יובילו לתזווה של עקומת הביקוש, כגון הכנסה, מוצרים חליפיים, טעמי הצרכן ועוד, אולם לצורך דיוננו נתעלם מהם.

98 במקביל קיים קשר שלילי בין המחיר לבין הכמות: הגדלת המחיר תוביל להקטנת הכמות.

ניתן לתאר זאת גם כך: שינוי במחיר המוצר גורם לתזווה על העקומה, בעוד שינוי בכמות התרומות גורם לתזווה של העקומה. מעיון בתרשים 1 ניתן לראות כי בכל רמת מחיר נתונה, הביקוש למוצר יגדל עם העלאת התרומות על-ידי החברה.

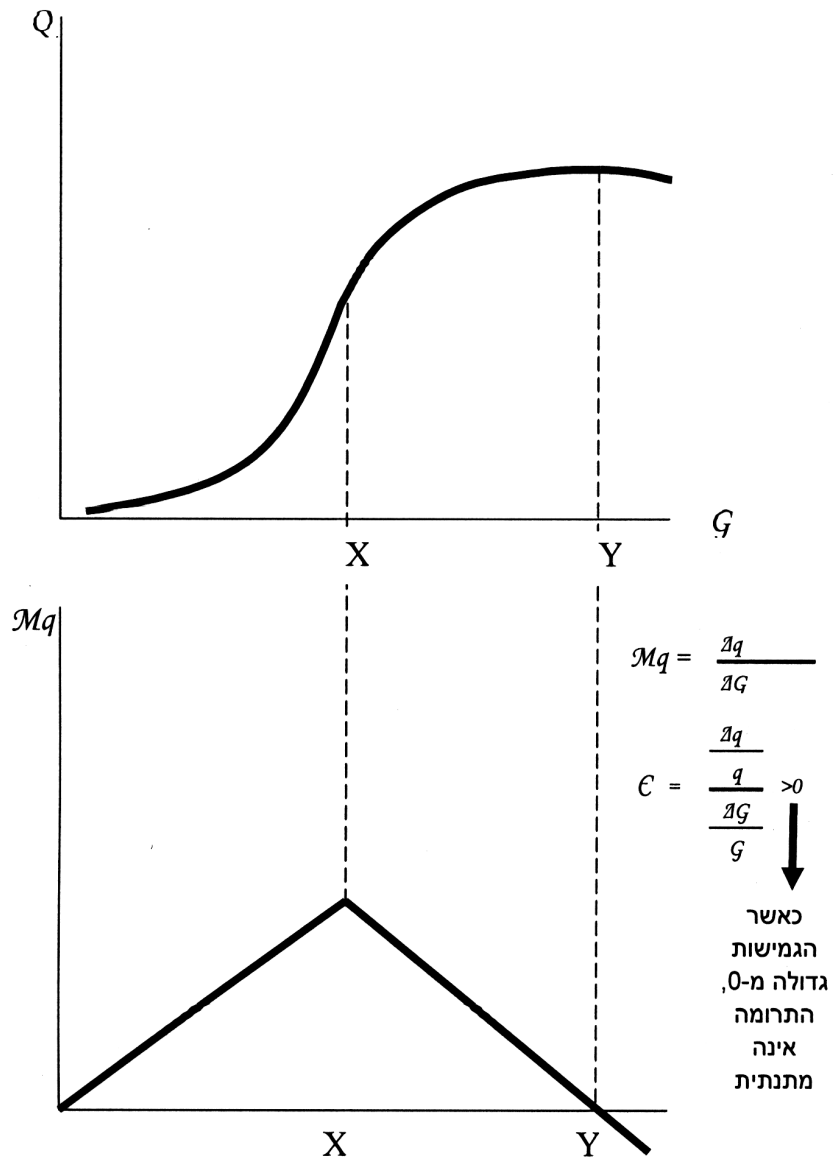
תרשים 1: רמת הביקוש למוצר כתלות ברמת המחיר ובהיקף התרומות



תרשים 2 מתאר את משמעות קיומה או אי-קיומה של המתנות בתרומה התאגידית. הנחת היסוד הטמונה בתרשים 1 היא שהתרומה מגדילה את סך הכמות הנרכשת של מוצרי החברה. אולם למעשה אין הדבר מחויב המציאות. בגרף העליון בתרשים 2 אנו רואים כי עד תרומה של  $X$  מיליון דולר הפונקציה קמורה, מ- $X$  מיליון דולר עד  $Y$  מיליון דולר היא קעורה אך עדיין עולה (כלומר, הכמות הנרכשת גדלה עדיין כתוצאה מהגדלת היקף התרומות), אולם החל בתרומה של  $Y$  מיליון דולר היא יורדת. בגרף התחתון בתרשים 2 ניתן לראות את הסיבה לכך – עד  $X$  מיליון דולר התוספת השולית על כל שקל של תרומה הולכת וגדלה, מ- $X$  מיליון דולר עד  $Y$  מיליון דולר התוספת השולית על כל שקל של תרומה הולכת וקטנה אך עדיין חיובית, והחל בתרומה של  $Y$  מיליון דולר התוספת השולית הינה שלילית (ואז הגדלת התרומות מובילה להקטנת הכמות הנרכשת). אם התיאור דלעיל נכון, אזי כל תרומה מעבר ל- $Y$  מיליון דולר הינה אכן תרומה

שעלותה גדולה מתועלתה - בניכוי הטבות-המס - וניתן לראות בה מתנה אמיתית וטהורה.

תרשים 2: משמעות קיומה או אי-קיומה של המתנותיות בתרומה התאגידית



אילו המשיך גרף הפונקציה של כמות המוצרים הנרכשת לעלות כלפי מעלה אף לאחר Y מיליון דולר, אזי ברי כי לפירמה היה כדאי להמשיך לתרום. ניתן להגדיר זאת גם כך: כל זמן שהגמישות חיובית, התרומה אינה "מתנתית".

### פרק ו: הדין המתנתי התאגידי

התרומה התאגידית יכול שתהיה מרכיב בפונקציית העלות של החברה התורמת. ככל שהתרומה תשמש כלי עסקי כן יגדל משקלה בפונקציית העלות של החברה, וכך תידחק ותתרחק היא מעולם המתנות.

ודוק: ענייננו הוא נקודת-המבט של הנותן. ברי לכל כי מנקודת-מבטו של המקבל אין כל נפקות לשאלה מיהו נותן התרומה. מבחינת המקבל, פונקציית התועלת אינה משתנה כתוצאה מזהות הנותן. דהיינו, מבחינת המקבל אין שוני בין מתנה הניתנת על-ידי פרט במתנות מוחלטת לבין מתנה הניתנת על-ידי חברה המעוניינת לשפר את תדמיתה או ליצור יתרון תחרותי בשוק הכלכלי. אולם הסתכלות מנקודת-מבטו של הנותן מובילה אותנו לקביעה כי יש מקום ליצירת דין מתנתי תאגידי מיוחד. אין מקום להחלת דין המתנה הרגיל על חברות תורמות. הדין המתנתי התאגידי יביא בחשבון את המרכיבים ה"לא-מתנתיים", וככל שאלה ירבו כן יקטנו ההגנות הניתנות לנותן מכוח דין המתנה.

לגישתנו, דין המתנה התאגידי צריך לצמצם עד-מאוד את ההגנות הניתנות לנותן. כזכור, טענו כי כאשר אין הצדקה פטרנליסטית להגנות אלה, מתייחר הצורך בקיומן. נדמה כי האורגנים המוסמכים להחליט על מתנה תאגידית אינם מצויים בדרך-כלל באותם מצבים שבהם דימה הדין את נותן המתנה הרגיל, קרי, מצבים ספונטניים ונעדרי שיקול-דעת מספיק לקבלת החלטות. אין מדובר בהחלטות המתקבלות בנסיבות מרגשות, בוודאי לא בעוצמה כה גבוהה הפוגעת במחליטים. יתר על כן, בדרך-כלל קבלת ההחלטה הינה שקולה ומעמיקה ונעשית בדרך קבלת החלטות הרגילה של החברה, ואינה נעשית בעת ובעונה אחת עם "ההכרזה" על ההתחייבות. נוסף על כך יש לציין כי בדרך-כלל ההחלטה מתקבלת על-ידי כמה אנשים, ולא על-ידי אדם אחד.

אם כך, המטרה המונחת בהגנה הפטרנליסטית למתחייב לתת מתנה מתיירת לגבי המתחייב התאגידי לתת מתנה.

**1. דרישת הכתב**

דרישת הכתב החמורה והנוקשה שתוארה לעיל מצויה במגמת צמצום בפסיקה, כפי שמיטיבים לתאר זאת פרידמן וכהן ביחס לדרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין:<sup>99</sup>

”ניכרת מגמה כללית להצר את תחום תחולתו של סעיף 8, לפרשו בפרשנות מילולית צרה, ובכך להציל עסקאות אשר לו היו כפופות לדרישת הכתב המהותית, היו חסרות תוקף.”

אולם הצמצום העיקרי בדרישת הכתב נעשה – וקרוב לוודאי ימשיך להיעשות – דרך עקרון תום-הלב. בעניין זוננשטיין נ' גבסו<sup>100</sup> נידונה השאלה אם עקרון תום-הלב יכול לכרסם בדרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין.<sup>101</sup> השופט ברק סבר כי עקרון תום-הלב גובר על דרישת הכתב:<sup>102</sup>

”בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן לא יוכל אדם לטעון כי החוזה אינו קיים שכן הוא לא נערך בכתב.”

באותה פרשה הביע השופט בייסקי את התנגדותו לכרוסום זה בדרישת הכתב.<sup>103</sup>

99 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (תשנ"א) 420. להרחבה ראו: נילי כהן "חוזה של קטינה לרכישת דירה" הפרקליט מא (תשנ"ג) 161, 164-165; נילי כהן "צורת חוזה" הפרקליט לח (תשמ"ח) 383, 410; שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33, 40.

100 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278 (להלן: עניין גבסו).  
101 עיקרון זה צועד עם קביעות נוספות בדבר עליונותו של עקרון תום-הלב על דרישות קוגנטיות אחרות מכות הדין. ראו אלישבע ברק "משא ומתן לקראת חוזה עבודה" שנתון משפט העבודה ג (תשנ"ב) 47, וכן ראו: ע"ע 1182/02 עורך-דין חיים קאזיס נ' תופיק ארייט (ניתן ביום 10.11.2002); ע"ע 1054/01 אשר טוילי נ' יצחק דהרי (ניתן ביום 24.4.2002).

102 גישה זו של ברק, אשר הייתה דעת יחיד בעניין גבסו, לעיל הערה 100, נובעת מגישתו המרחיבה לעקרון תום-הלב הן לעניין כנפי התחולה הרחבות והן לעניין הסעדים הניתנים בגין הפרת סעיף 12 לחוק החוזים.

103 השופטת בן-פורת גרסה כי בנסיבות מיוחדות תסכים עם גישת ברק, אולם בעניין גבסו לא מצאה את הנסיבות המיוחדות האלה. ראוי לציין כי כל הדיון בסוגיה זו בעניין גבסו היה אגב אורחא. מעניין שבמחוזית"ע 7511/86 (ת"א) אלבוים נ' נוסנבלט, פס"מ תש"ן (ב) 470, ויתר בית-המשפט על דרישות צורניות והעדיף עליהן את עקרון תום-הלב, תוך שהוא מסתמך על ההלכה בעניין גבסו, לעיל הערה 100, ובצדק העיר שילה כי דעת ברק

השופט בייסקי חשש כי ניסיון לעקוף את דרישת הכתב באמצעות סעיף 12 לחוק החוזים יוליך לפגיעה בוודאות המשפטית וביציבות המשפטית.<sup>104</sup> המחלוקת רחבה בהרבה מהנושא הנקודתי של המאבק בין עקרון תום-הלב לבין דרישת הכתב, וקשורה למתח הכללי שבין עקרונות פורמליים לעקרונות צדק, אך לא כאן המקום לדון בסוגיה זו.

גישת ברק אומצה על-ידי השופט גולדברג בפרשת קלמר נ' גיא,<sup>105</sup> וגם השופט ברק חזר באותה פרשה על עמדתו מעניין גבסו, כך שהולכת ומתקבעת ההלכה כי דרישת הכתב יכול שתסוג במקרים מיוחדים מפני עקרון תום-הלב.<sup>106</sup>

נדמה כי כבר בדברים האמורים יש פתח להקלה בדרישת הכתב ביחס להתחייבות לתת מתנה בכלל וביחס להתחייבות למתנות תאגידיות בפרט. יתר על כן, עמידה של נותן תאגידי על זכות זו תדמה לעמידה על קיומה של זכות בחוסר תום-לב, לנוכח המרכיבים הלא-מתנתיים שהמתנה התאגידית משופעת בהם. לא זו אף זו, קיומו של תחליף נאות לדרישת הכתב ימלא את הצורך הקיים בהתחייבות לתת מתנה בכלל ובהתחייבות למתנה תאגידית בפרט.

יש היגיון רב בטענה האומרת כי מקום שהטעם לקיום הדרישה קיים אין לדקדק יתר על המידה על קיומה של הדרישה.

פרשת קניג<sup>107</sup> היא היוצא-מן-הכלל המעיד על הכלל. בפרשה זו סירב בית-המשפט להכיר בתוקפה של צוואה בכתב-יד, אף שהכיר באמיתותה, עקב העדר חתימה ותאריך כמתבקש בסעיף 19 לחוק הירושה. בעקבות פסק-הדין תוקן חוק הירושה בצורה הבאה:<sup>108</sup>

"לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה בכתב יד ובדבר גמירת דעתו של המצווה, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות, לקיימה אף בהעדר חתימה או תאריך כנדרש בסעיף 19."

באותו פסק-דין הייתה דעת מיעוט - ראו שמואל שילה פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965 (תשנ"ב, כרך א) 233, 332. יש לומר כי אף שפסיקת אלבוים נכונה וראויה, ההסתמכות על ההלכה בעניין גבסו אינה נכונה ובוודאי אינה מספקת. בעניין זה ראו גבריאלה שלו "זכרון דברים ותום לב" משפטים יט (תש"ן) 457.

104 גם מדברי בן-פורת עולה חשש זה, וראו גם את דברי השופט מלץ בע"א 65/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באוניות בע"מ ואח', פ"ד מ(2) 785.

105 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (להלן: הלכת קלמר).

106 השופט זמיר, שם, נמנע מלהכריע ומצא פתרון אחר שהוביל אותו אל אותה תוצאה שאליה הגיעו חבריו. הלכת קלמר הוזכרה בהסכמה בכמה פסיקות מאוחרות יותר - ראו, למשל, רע"א 4153/97 ביריה חברה לבניין בע"מ נ' איצקוביץ דרור (לא פורסם, ניתן ביום 29.3.1998).

107 ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701.

108 בסעיף 225 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 446.



כלומר, נסיבות מיוחדות יגברו על הדרישות הצורניות, או נכון יותר – יהוו להן תחליף. הדרישה הצורנית אינה מטרה בפני עצמה; אמיתות הצוואה היא המטרה, כך שבהתקיים תחליף נאות תתייטר הדרישה הצורנית.<sup>109</sup>

הכרזה על התחייבות הנעשית על-ידי נותן תאגידי אינה נעשית בדרך-כלל בספונטניות, אלא מתוך מחשבה מוקדמת ובהירה על זמן ההכרזה ומקומה. אין ספק כי שיקול-הדעת, אשר דרישת הכתב אמורה לכוון אליו את הנותן, כבר התמלא אצל הנותן התאגידי בהתכוננותו להכרזת התחייבותו קבל עם ועדה. דהיינו, מרכיב הפומביות של ההתחייבות מהווה תחליף מספיק וראוי לדרישת הכתב, אשר לא ברור כלל אם נותן תאגידי נצרך לה לנוכח אי-קיומם של המרכיבים המתנתיים, אבל אף אם תמצוי לומר נצרך לה, אקט הפומביות ממלא צורך זה.

נותן תאגידי המתחייב לתת מתנה קבל עם ועדה לא יוכל להתכחש להתחייבותו בגין אי-קיומה של דרישה מהותית כדרישת הכתב. עמידה על כך תהווה בבחינת חוסר תום-לב. הדבר נובע הן מכך שמתנה תאגידית משופעת כאמור במרכיבים שאינם מתנתיים, הן מכך שהמטרה המונחת בדרישת הכתב מולאה על-ידי מרכיב הפומביות, והן מכך שאין זה ברור כלל אם הנותן התאגידי זקוק בכלל להגנה זו.

## 2. זכות החרטה

זכות החרטה עומדת לכאורה אף לנותן התאגידי. לגישתנו, לנוכח האפיון של המתנה התאגידית, זכות זו אינה ראויה ואינה מוצדקת.

עולם המתנות הפילנתרופיות הינו עולם מיוחד ונפרד בתוך עולם המתנות. עולם זה זוכה בהתייחסות שונה עדי-מאוד כבר מקדמת דנא. הדין הרומי הקדום, למשל, אכף התחייבות לצדקה אף אם זו לא עמדה בכל הדרישות הפורמליות ו/או הצורניות הנדרשות בדרך-כלל בהתחייבות לתת מתנה.<sup>110</sup>

ההתייחסות הייחודית אל עולם המתנות הפילנתרופיות באה לידי ביטוי בהתמודדות שונה עם סוגיית האכיפה של התחייבות לתת מתנה לארגוני צדקה וכדומה. בדרך-כלל התמודדות זו מוליכה קונסטרוקציות משפטיות המבקשות "לברוח" מעולם המתנות, וממילא מדוקטרינות מתנתיות, אל העולם החוזי-העסקי הרגיל, שבו אכיפת התחייבות נעשית כדבר שבשגרה. לעיתים הקונסטרוקציות נראות מאולצות ונאנסות. למשל, אכיפת התחייבויות לנתינה פילנתרופית נעשתה לעיתים בדרך – מוורה לטעמנו – של חיפוש אחר "תמורה" מצידו של המקבל, כדי להוציא את ה"עסקה" מגדר עולם המתנות.

Gordley מציין כי בתי-המשפט בצרפת ובגרמניה חיפשו דרכים רבות לאכיפת

109 ראו שילה, לעיל הערה 103, בעמ' 233 ואילך.  
110 לאכיפת התחייבות לצדקה בדין העברי ראו שלם ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (תשל"ד) 112-113.

הבטחות לצדקה. אחת הדרכים ששימשו לא-פעם את בית-המשפט בצרפת לאכיפת התחייבות לצדקה הייתה הגדרה של מתן הצדקה כאירוע של חליפין שאינו מתנתי, וזאת על-סמך הרגשת סיפוק או הטבה לא-מוחשית אשר נתפסה בעיני התורם כתמורה לתרומתו.<sup>111</sup>

ניתן לראות באופן דומה אף את פסיקתו של Cardozo בעניין *Allegheny*,<sup>112</sup> אשר ביקש לראות את מחויבותו של המקבל לקרוא לקרן על-שם הנותן כתמורה, ובכך הוציא את ההתחייבות מעולם המתנות אל העולם של עסקות החליפין המסחריות. בעולם כזה, כאמור, האכיפה הינה דבר שבשגרה, וקל לאכוף התחייבויות. אין ספק כי הניסיון להראות את המתנה ואת החיוב או התנאי שלצידה כחלק מעסקת חליפין הינו פיקציה מוחלטת.<sup>113</sup> אולם ייתכן שבמקרים מסוימים לא נראה בניסיון זה פיקציה. רוצה לומר, בהתחייבות לנתנה פילנתרופית החיוב או התנאי הנלווים למתנה – בדמות קריאה על-שם התורם או מי מבני משפחתו ו/או הפומביות והתקשורתיות הנלוות לכך – מהווים בדרך-כלל היבט תועלתני מרשים מבחינת הנותן, ועל-כן הפוסק נוטה לקבוע כי התחייבות כזו יש לאכוף. מעבר לכך, הגישה המבוטאת בסעיף 90 ב-*Restatement* מבקשת לאכוף התחייבויות לצדקה ככלל, מבלי לחפש כל דוקטרינה נוספת להצדקת האכיפה:<sup>114</sup>

"A charitable subscription... is binding... without proof that the promise induced action or forbearance."

שני נימוקים יכול שעומדים בגישה זו, אשר מבקשת לבדל באופן ברור בין התחייבות לתת מתנה פילנתרופית לבין התחייבות לתת מתנה בין-זוגית, משפחתית, חברית וכדומה: האחד – אליבא דגישתנו, המבקשת לקבוע כי אין לאכוף התחייבות לתת מתנה מקום שתהיה פגיעה ברעיון הטמון במוסד המתנה, העדר מערכת יחסים אישית, המושתתת על אהבה, אחווה או רעות, מבטל כל מניעה שתהיה אכיפה; הנימוק האחר הוא כי בשם מדיניות חברתית של עידוד הנתנה הפילנתרופית יש מקום לאכוף הבטחות כאלה.<sup>115</sup>

111 ראו: James Gordley "Contract Law in the Aristotelian Tradition" in *The Theory of Contract Law, New Essays* (Cambridge, Peter Benson ed., 2001) 265, 301.

112 ראו: *Allegheny College v. National Chautauqua County Bank*, 159 N.E. 173 (N.Y. 1927) – פסיקה שספגה ביקורות לא-מעטות.

113 ראו: Howard. O. Hunter *Modern Law of Contracts: Breach and Remedies* (Boston, 1986) 18–30.

114 ראו: Restatement (second) of Contracts §90 (1981) 117.

115 ראו: Gordley; *Jewish Fed'n v. Barondess*, 560 A.2d 1353, 1354 (N.J. 1989) *supra* note 111 מצייני כי יש סיכוי רב שהבטחות לצדקה יהיו נבונות ונדרשות, בשל העובדה שהן מקדמות חלוקה של עושר בכיוונים חיוביים. אנו מפקפקים בכך, בוודאי בהעדר פיקוח נאות, אולם אין זה המקום להרחיב על כך. ראו גם: *Salsbury v.*

נענה על ראשון – ראשון, ועל אחרון – אחרון.

נכון כי לנוכח העדר מערכת יחסים אישית רגשית אין מניעה שהתחייבות כאמור תיאכף. אולם יש לשים לב כי טענה זו טומנת בחובה הנחת יסוד, שאינה מקובלת עלינו, והיא כי המתן הפילנתרופי נעדר מרכיבים מתנתיים הכרחיים ולכן ניתן לאכוף התחייבות כזו. על כך יש לשאול: מדוע שלא נוציא את המתנות הפילנתרופיות בכלל מעולם המתנות? התשובה לכך היא כי על-אף העדר מערכת יחסים אישית חברית וכדומה, אין לשלול את האפשרות כי המתן נובע מהרצון להעניק, להיטיב ולתת, ומתן כזה, אם נכפילו לעולם החוזים העסקי, ייתכן ש"נרוששו". שנית, אין זה בטוח כלל שמתן פילנתרופי נעדר מערכת יחסים אישית רגשית מתנתית. אין מדובר אולי במובן המקובל של מערכת יחסים אישית שבין נותן למקבל, אולם אין זה גם בבחינת מתנת "שגר ושכח".<sup>116</sup> לנוכח זה, ייתכן שאכיפה כאמור תביא לידי פגיעה באותם רעיונות הטמונים במוסד המתנה.

באשר לנימוק השני יש לשאול: מי ערב לנו כי אכיפת התחייבויות באופן גורף לא תהווה דווקא תמריץ שלילי לנתינה פילנתרופית?<sup>117</sup>

הדין בשורות האחרונות הבליע הבחנה אשר מן הראוי להציגה כבר כעת. בעולם המתנות הפילנתרופיות קיימים שני עולמות-משנה: עולם אחד הוא עולם המתנות התאגידיות ודומיהן, קרי, אותן מתנות שחשודות באי-מתנתיות במידה כזו או אחרת בשל העובדה שהנותן מפיק מהן תועלת לא-מעטה; ועולם אחר הוא עולם המתנות הפילנתרופיות האנונימיות, שנעשות בדרך-כלל בסכומים קטנים בהשוואה לעולם המתנות הראשון, ואשר ניתנות בלי "רעש וצלצולים". מרכיב הפומביות מלווה בדרך-כלל, באופן בולט ומוחשי, את המתנה בעולם המתנות הראשון, ומרכיב ה"מתן בסתר" מלווה את המתנה בעולם המתנות השני.

ראוי לשים לב כי בהתמודדויות השונות עם ההתחייבויות ה"לא-מתנתיות" אשר הוזכרו קודם לכן, כאשר ביקש הפוסק לאכוף התחייבויות כאלה, דובר במתנות בעלות מאפיינים מהסוג הראשון. ה"תמורה" שחיפש הפוסק הייתה לרוב חיוב ו/או תנאי אשר נלווה למתנה והשיק למרכיב הפומביות, דוגמת קריאת קרן על-שם, ספרייה על-שם וכדומה.

בניגוד לעולה מה-*Restatement*, ובניגוד אף לעולה מן הדין הרומי הקדום, אנו סבורים כי אין לאכוף כל התחייבות לנתינה פילנתרופית כאשר היא. הדבר עולה מן

*Northwestern Bell Tel Co.*, 221 N.W.2d 609 (Iowa 1974). בפסק-דין זה מצוין כי יש פרויקטים שקיים בהם אינטרס ציבורי מובהק אשר ללא התרומות לא היו באים כלל לעולם.

116 ראו: Ilana Silber "Modern Philanthropy: Reassessing the Viability of a Maussian Perspective" in *Marcel Mauss – A Centenary Tribute* (New York, Wendy James & N.J. Allen eds., 1999) 134.

117 ראו: Richard A. Posner "Gratuitous Promises in Economic and Law" 6 *J. Legal Stud.* (1977) 411, 420.

ההבחנה שתוארה לעיל ומתשובותינו לשני הנימוקים שצוינו לעיל בעד אכיפת התחייבויות לתת מתנה. למשל, בתשובתנו לנימוק השני שהוזכר לעיל – קרי, שבשם מדיניות חברתית יש לאכוף הבטחות כאלה – טענו כי אכיפה כזו עלולה להחטיא את מטרתה, שהרי ייתכן ש"עידוד" כזה יגרור אנטגוניזם ותמריץ שלילי ביחס לנתינה פילנתרופית. אין ספק כי טיעון זה הגיונו מונח בצידו – אכיפת יתר תרתיע מפני התחייבות לתת מתנה ותוביל לפיכך להקטנת מספרן של התחייבויות אלה. דבר זה נכון ביחס להתחייבויות לתת מתנה בכלל וביחס להתחייבויות לנתינה פילנתרופית בפרט. אולם האם הדבר נכון לכל מתן פילנתרופי? לדעתנו לא. האם חברה או יחיד המונעים על-ידי רצון לתקשורת חיובית, לפומביות מסוג כזה או אחר או לחשיפה יוותרו עליהן בשל אכיפת יתר? האם חברה כאמור, שתיווכח כי מתחרותיה מרימות את תרומותיהן בקול רם ונישא, תימנע מלתרום ותסתכן בתיוגה כנחותה וכחלשה בעיני מתחרותיה, נושיה ושחקני שוק ההון האחרים? האם חברה כזו תסתכן ביצירת מותגיות שלילית של חברה אשר אינה תורמת כלל לקהילה ולציבור? מסופקנו. ואף אם תמצי לומר שכן, ברי כי השפעת עידוד כזה על הנתינה הפילנתרופית התאגידית קטנה לאין ערוך לעומת השפעתה על המתנות הפילנתרופיות האנונימיות.

זאת ועוד, כאשר נלווה "רעש" גדול להתחייבות לתת מתנה – "רעש" אשר עוזר לנותן התאגידי מבחינה עסקית-צרכנית, מבחינת שוק ההון, מבחינה פוליטית ועוד – האם ראוי כי בקלות כזו תינתן לנותן התאגידי האפשרות להשתחרר מהתחייבותו ללא כל הצדקה או סיבה? האם הוא ראוי שתוענק לו זכות החרטה בכל עוצמתה? האם ראוי כי המתחייב התאגידי ירוויח את תועלתו ואילו עלותו תישכח? נדמה כי אף משיקולים של עשיית עושר ולא במשפט ראוי כי נותן כזה יחויב בהתחייבותו. לבטח אין להרשות שתעמוד לו הזכות לא לקיים את התחייבותו בלא כל סיבה.

לנוכח נימוקיהם של Goetz & Scott ושל Farnsworth, התומכים באי-אכיפה בשל העדר אפשרות לקבוע תניות ותנאים כאמור לעיל, יש מקום לדרוש אכיפה דווקא בהתחייבויות התאגידיות הפומביות והטקסיות לנתינה פילנתרופית. תורמים כאלה מנהלים לעיתים קרובות משא-ומתן בדבר תרומתם, או ליתר דיוק – בדבר החיוב או התנאי המוטלים על המקבל.<sup>118</sup> תורמים כאלה מטילים לא-פעם הגבלות, חיובים ותניות עקב רצונם לפאר את תרומתם.<sup>119</sup>

Farnsworth תמה על ההבחנה החדה שבין הנתינה הפילנתרופית, אשר מחייבת אף

118 ראו: Farnsworth, *supra* note 9, at p. 365, esp. footnote 26.

119 ויודעים אף לעמוד על שלהם. Farnsworth *ibid*, at p. 360 מביא כדוגמה את מקרהו של יום אשר ביקש לתרום 10 מיליון דולר למוזיאון Guggenheim בניו-יורק ללא כל מחויבות מצד מקבלי המתנה, אולם היה ברור לכל כי ציפה לראות את שמו מתנוסס במקום מסוים, וכאשר הבין כי ייתכן שציפייה זו תסוכל על-ידי ועדת שימור האתרים ההיסטוריים בניו-יורק, לא הייתה זו גדולה, כפי שמציין Farnsworth, להבין כי הוא שוקל שנית את החלטתו.

ללא כל דרישה צורנית כלשהי, שהרי אפילו התחייבות בעל־פה מחייבת לנוכח סעיף 90 האמור, לבין התחייבות לחבר, שכן או ידיד, אשר אינה מחייבת אף אם ניתנה בכתב. אנו חולקים עליו ומסכימים איתו כאחד.

אכן, Farnsworth צודק כי נראה תמוה שאי־אפשר לאכוף התחייבות של אדם לתת מתנה לחברו אף אם ניתנה בכתב, בעוד שפלוני אשר התחייב לתת מתנה לארגון צדקה, אפילו בעל־פה, יהיה מחויב. אנו לא רק מסכימים עימו, אלא גם סבורים כי ייתכן שבשני המקרים המתוארים יש אף מקום להכבדה צורנית. אולם בנתינה פילנתרופית תאגידית אין כל צורך בדרישה צורנית לשם ביסוס תוקפה של ההתחייבות, ובוודאי לא בהכבדה יתר על המידה.

אכיפת התחייבויות לנתינה פילנתרופית לא תביא לידי "התרוששות" של עולם המתנות, כחששו של Eisenberg, מכיוון שרק חלק קטן מעולם המתנות יוכפף לאכיפה – עולם המתנות הפילנתרופיות – ואף הוא לא כולו, אלא רק המתנות ה"פומביות" של הנתינה הפילנתרופית. כמו־כן, הפגיעה בערכים המתנתיים תהא מועטה וחסרת משמעות לנוכח הצגתנו את המתנה התאגידית כמתנה החשודה לרוב באי־מתנתיות.

לנוכח זה אנו סבורים כי התחייבות לנתינה פילנתרופית הנעדרת מרכיבים מתנתיים, דוגמת מתנות תאגידיות, הינה התחייבות אכיפה לכל דבר. לא זו אף זו – מידת האכיפה הינה לטעמנו אכיפה מוחלטת או לחלופין פיצויי קיום מקום שאכיפה אינה אפשרית, ולבטח אין להסתפק בפיצויי הסתמכות. הדבר עולה אף בקנה אחד עם גישת הדין הישראלי, כפי שמשקפת בפסיקת בית־המשפט העליון לעניין קיומן של הבטחות.<sup>120</sup>

לסיכום, זכות החרטה לא תעמוד באופן אוטומטי לתאגיד שנתן מתנה באופן פומבי. אין זה ראוי ואין זה צודק שחברה אשר הצהירה באופן תקשורתי על מתן תרומה, וגרפה את רווחיה השיווקיים, התקשורתיים והתחרותיים, תוכל לחזור בה, מן הסתם בקול דממה דקה. לטעמנו, התחייבויות כאלה לתת מתנה הינן אכיפות בשל האמור לעיל, אף אם נמסרו בעל־פה, הן בשל אופיין של התחייבויות אלה והן בשל כך שהדרישה הצורנית מתמלאת באופן אחר. חזרה מהתחייבות לתת מתנה תאגידית כאמור תוכל להיות מוצדקת רק בהסתמך על שינוי לרעה במצב החברה,<sup>121</sup> ולא בגין סיבה אחרת.<sup>122</sup>

120 ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו, פ"ד מב(1) 225.

121 במיוחד איוון מול האינטרסים של הנושים.

122 למעט, כמובן, סיבות חוזיות רגילות, כגון, טעות, הטעיה וכדומה.

## פרק ז: נגזרת הדין התאגידי הכללי מהדין המתנתי התאגידי

ענייננו בעולם המתנות, ולא בעולם התאגידים, אולם אין ספק כי בשולי הדברים מסקנתנו לגבי עולם המתנות משפיעה אף על הדין התאגידי. אם נכונה מסקנתנו כי הדין החל על תרומות תאגידיות אינו בהכרח דין המתנה, שכן התרומה אינה מתנה אלא כלי עסקי המצוי בידי המנהל, אזי נמצאנו תורמים להכרעה בסוגיה שבה לא רצינו להכריע מלכתחילה, היא הסוגייה: "חברות ומתנות – חובה, צורך או שמא איסור?". אכן לא הכרענו, אולם אין ספק כי מסקנתנו עשויה להשפיע גם על העמדות הקיימות במסגרת הסוגיה הנידונה בפרק האמור.

נראה כי ככל שהתרומה טומנת בחובה מרכיבים מתנתיים יש מקום לטענה שהחלטה לגביה תתקבל בהסכמת כל בעלי המניות, וזאת בשל הפגיעה ברווחיהם. החלטה מסוג זה מגלמת בתוכה פגיעה בבסיס ההסכמה. בעל מניות מעוניין להשיא את רווחיו מהשקעתו. הוא משתמש בכספו ורוכש את מניות החברה מתוך חישובי תועלת אישיים ומתוך הנחה כי חישובים אלה הם העומדים בבסיס פעולתה של החברה. לכן מתן תרומה בעלת מרכיבים מתנתיים, הנעדרת לחלוטין מימד עסקי, מחייבת קבלת הסכמה מכל בעלי המניות. עם זאת, תרומה שאין בה כל מרכיב מתנתי ואשר כוללת מרכיבים עסקיים לרוב – בדמות שיווק, שינוי תדמית וכדומה – אינה מחייבת את הסכמתם של כל בעלי המניות. לא זאת אף זאת, היא אינה מחייבת כל תנייה בתקנון, ואף אינה מחייבת הסכמה של רוב בעלי המניות, כפי שיפורט להלן.

בידי הנהלת החברה הסמכות לבחור את הכלי העסקי המתאים לצורך יישום האסטרטגיה השיווקית של החברה. פעם היא בוחרת בכלי זה ופעם בכלי אחר. ברי לכל כי בחירה זו מהווה חלק בלתי-נפרד מהפררוגטיבה של הנהלה. תכליתם של כלים אלה היא להגדיל את מכירת המוצרים, וכך להגדיל את הכנסות החברה ואת רווחיהם של בעלי המניות. לכן בחירה בכלי התרומה הינה כבחירה בכל כלי שיווקי אחר. האם קבלת החלטה בדבר פרסום חוצות במקום פרסום בתקשורת הכתובה אינה כלולה במסגרת הפררוגטיבה של הנהלה? האם קבלת החלטה בדבר פרסום בערוץ הקניות במקום בערוץ הסרטים אינה כלולה במסגרת הפררוגטיבה של הנהלה? נראה כי התשובה לשאלות אלה היא שהחלטות אלה כלולות גם כלולות בה. אם כך, נשאלת השאלה אם קבלת החלטה בדבר תרומה הכוללת מרכיבים עסקיים רבים הינה חלק מהפררוגטיבה של הנהלה. לדעתנו, אין שוני בין הדוגמות שפורטו לעיל לעניין הפררוגטיבה של הנהלה.

ככל שהתרומה מהווה כלי עסקי, היא פעולה מותרת, רצויה ואף הכרחית במסגרת השאת רווחיהם של בעלי המניות על-פי שיקולים עסקיים. לדעת שטרן, משמעות ההיגד "לפעול על-פי שיקולים עסקיים" היא כי "חברה איננה רשאית לפעול – גם מתוך תקווה סוביקטיבית איתנה להשאת רווחים – באמצעות החלטות שהן בלתי רציונליות מנקודת

ראות עסקית".<sup>123</sup> לכן מתן בסתר מתוך תקווה כי שכרה של מצווה זו יהיה הצלחה עסקית אינו בגדר שיקול עסקי.<sup>124</sup> לעומת זה, מתן תרומה אשר כולי עלמא – ובמיוחד הצרכנים – ידעו מי תרם וכמה תרם הינה בבחינת שיקול עסקי.

ככל שהתרומה מתבססת על שיקולים עסקיים, ייקל להצדיקה מההיבט התאגידי. ככל שהמתנה מתבססת על שיקולים עסקיים, ייקל לקרבה אל עולם התאגידים, על "שחקניו" השונים. ניתן לראות את הדברים גם כך: ככל שהתרומה מגלמת בתוכה שיקולים עסקיים, יקשה לראותה כ"מתנה" ולהכניסה לעולם המתנות. שני מהלכים אלה הינם תרתי דסתרי. ובכל-זאת, ועל-אף כל זאת, אין אנו מתעלמים מהעובדה כי באופן מעשי קשה להצביע על תרומה בעלת מרכיבים עסקיים בלבד או לחלופין על תרומה בעלת מרכיבים מתנתיים בלבד. אלה מרכיבים המעורבים אהדדי. בשל כך, ולנוכח קיומה של בעיית הנציג, אף אנו סבורים כי אין להותיר החלטות בנוגע למתן תרומות לסמכות ההנהלה בלבד. מכיוון שהתרומה טומנת בחובה יתרונות להנהלה שבעלי המניות לא ייהנו מהם בהכרח, יש צורך בקבלת החלטה על-ידי בעלי המניות.

עם זאת, לנוכח האמור בעניין היות התרומה כלי עסקי מבחינת החברה, ייקל עלינו לומר כי קבלת ההחלטה לתרום אינה מצריכה את הסכמת כלל בעלי המניות.<sup>125</sup> רק במצב קיצוני שבו התרומה הינה בעלת מרכיבים מתנתיים בלבד – מתן בסתר לדוגמה – יש מקום לחייב קבלת הסכמה מכלל בעלי המניות.<sup>126</sup> ככל שהתרומה מהווה "השקעה", ככל שה"מתן בסתר" מהווה אסטרטגיה עסקית, כן נבכר לוותר על הדין המתנתי, וממילא יבטל הדבר את הצורך בהסכמתם של כלל בעלי המניות.<sup>127</sup>

123 שטרן, לעיל הערה 59, בעמ' 349.

124 בדומה לדוגמה של שטרן בעניין חיפוש נפט באמצעות טקסט קדוש או חלום – ראו שם, בעמ' 349–350.

125 אף פרוקצ'יה, לעיל הערה 42, סבור כי התרומה התאגידית אינה מתנתית ככלל. לדבריו, "לכל תאגיד יש אינטרס (צייני) לתרום לקהילה, אם התרומה היא הדרך היעילה ביותר לחשיפה תקשורתית וליחסי ציבור". בהנחה שזו הדרך היעילה, מה לנו כי נלין על ההנהלה, שהרי ייתכן כי עלות התרומה נמוכה מהעלות של שכירת משרד פרסום או פרסום חוצות תקשורתית וכדומה. בשולי הדברים נציין כי אף מסקנותיו של פרוקצ'יה בנידון תומכים בקו-מחשבה זה.

126 ברי כי במצב זה לא תפיק ההנהלה כל תועלת כלכלית מעשית ממתן התרומה, שהרי אין בה במצב זה יתרונות שיווקיים. אולם ייתכן עדיין שההנהלה תתרום ממניעים אלטרואיסטיים, ממניעים דתיים וכדומה. בעלי המניות אינם צריכים לממן את "גן-העדן" של ההנהלה, ולכן יש צורך בהסכמתם של כלל בעלי המניות.

127 לא הצענו בגוף הדברים הצעה יישומית, אולם טענתנו הנורמטיבית דורשת לתת מענה לבעייתיות שהצגנו אף בתחום התאגידי. (להזכירנו, בדיני המתנה אמירתנו הנורמטיבית מובילה להתייחסות שונה של דין המתנה אל המתנה התאגידית). למשל, ייתכן שהפתרון יהיה בדמות דרישה לרוב של בעלי המניות בקבלת ההחלטה על תניית התרומה בתקנון, כאשר כל תרומה ותרומה תובא להצבעה נוספת, שבה ייתכן כי יהיה מקום לקבלת

## פרק ח: סיכום

במאמר זה ביקשנו לבחון מהו דין המתנה אשר צריך לחול על המתנה התאגידית. כפי שנוכחנו לעיל, המתנה התאגידית זרועה לרוב במרכיבים שאינם מתנתיים, ואין היא נובעת רק מרצון להיטיב ולהעניק. לנוכח השימוש במתנה התאגידית ככלי שיווקי, תקשורתי ותחרותי לשם סימון ומיתוג בעיני לקוחות, מתחרים ושחקני שוק ההון השונים, יש מקום ליצירת דין מתנתי שונה למתנה התאגידית.

ייחודו של דין המתנה הוא בהגנותו על נותן המתנה. הספק אשר נזרע לגבי המתנות של המתנה התאגידית מוליכנו למסקנה כי הגנות אלה אינן ראויות ורצויות בהכרח במישור היחסים שבין המתחייב התאגידי לבין מקבל המתנה. הפילנתרופיה התאגידית אינה זקוקה להגנת הדין בשם המטרה המונחת ביסודה כפי שזקוקים לה המתחייב לתת מתנה שאינה פילנתרופית ואף הנותן הפילנתרופי האנונימי ה"נותן בסתר".

לטעמנו, לא ראוי להחיל את דין המתנה הרגיל על התרומות הניתנות על-ידי חברות. כפי שכבר ציינו, שוויין המתנתי של תרומות תאגידיות פחות משוויין הריאלי הכספי, הן בשל היותן כלי עסקי והן בשל הטבות המס הנלוות אליהן. תרומות הניתנות על-ידי חברות חשודות כי הן טומנות בחובן יותר מרכיבים עסקיים ופחות מרכיבים מתנתיים.<sup>128</sup> ככל שהמתנה התאגידית נעדרת מרכיבים מתנתיים כן נמצא בה יותר מרכיבים

---

הסכמתם של כלל בעלי המניות. ייתכן שהפתרון נעוץ דווקא בדרישה לקיים עד כמה שאפשר את התנאים שהציב פרוקצ'יה, ובמיוחד את התנאי בנוגע לקישור העסקי אל הגוף הנתרם. בחוק הקיים כיום די ברוב לקבלת החלטה על תניית תרומה בתקנון, כך שבעל מניות פוטנציאלי מודע לכך שייתכן כי יהיו תרומות אשר יפגעו בהשאת רווחיו, כלומר, הוא מודע לכך שציפיותו התאגידיות עלולות להיפגע (והדבר נכון בין שהייתה תנייה בתקנון כאשר הצטרף לחברה כבעל מניות ובין שלא הייתה תנייה כזו כאשר הצטרף). ייתכן שבמצב הקיים – ואם זה לא כך, אנו תומכים בזה – קבלת החלטה על תרומה תהיה כפופה לאי-פגיעה ממשית בציפיות התאגידיות של בעל מניה. ניתן לשער כי תרומות חוזרות ונשנות שמהן ייהנו רק ההנהלה ו/או חלק מבעלי המניות יטמנו בחובן את עילת קיפוח המיעוט. כלומר, לטעמנו, אף כיום, אליבא דסעיף 11 הקיים, אין הכוונה לריסוק הציפייה התאגידית של בעל מניה, ובוודאי לא לריסוק ציפיותיהם התאגידיות של הנושים. 128 בהקשר זה יצוין כי באתר האינטרנט הרשמי של משרד התעשייה והמסחר נאמר כי "מעורבותם של הארגונים בקהילה ותרומתם לה, אינה פילנתרופיה אלא השקעה עסקית [ההדגשה במקור]. מעורבות כזאת תורמת לא רק לקהילה אלא אף לארגונים העסקיים עצמם". אתר זה אף מציין כי במדינת-ישראל, כמו במקומות רבים בעולם, חלה עלייה בהיקף התגייסותם של ארגונים עסקיים לנושאים חברתיים. אתר משרד התעשייה והמסחר נגישה ב-<http://www.tamas.gov.il>.



תועלתניים. ככל שמתנה כוללת מרכיבים תועלתניים כאלה, הפגיעה בכלל הקרוי "כלל התועלת של החברה" ("benefit of the company rule")<sup>129</sup> תהיה פחותה.<sup>130</sup> ניתן להשקיף על האמור גם כך: כאשר ההוצאה הכספית מקטינה את רווחיות החברה העסקית (company) לטובת רווחת החברה (society), יש לראות בכך תרומה או מתנה; אולם כאשר ההוצאה הכספית גורמת לשיפור רווחיותה העתידית של החברה, אפילו בטווח הארוך (למשל, על-ידי שיפור תדמית וכדומה), אין לראות בה תרומה או מתנה.<sup>131</sup> לפני סיום, נציין כי לא כל המתנות התאגידיות הינן תועלתניות, אולם אין ספק בצדקת דבריה של Lombardo בעניין המונחים השכיחים המשמשים לתיאור תרומות תאגידיות:<sup>132</sup>

"Many of the terms currently used to describe corporate grant making and related activities such as community relation, strategic philanthropy, and public affairs avoid any analogy to gift giving. Such terminology implies and helps perpetuate the premise that corporate philanthropy has more in common with a business transaction than with gift exchange."

אין זה אומר שכל המתנות התאגידיות הינן כאלה או שכל מתנה תאגידית נגועה בעסקיות, אולם אין ספק שכאשר המתן אינו בסתר, לחברה יש ציפייה תאגידית ו/או שיווקית ו/או תחרותית,<sup>133</sup> ולא רק ציפייה מתנתית להעניק לאחר ולהיטיב עימו.

129 ראו: *Hutton v. West Cork Railway Company* (1883) 23 Ch. D 654, 672. 130 באותו פסק-דין, *ibid*, נאסרו התרומות באופן נחרץ: "charity cannot sit at the boardroom table"

131 מאידך גיסא, אין אנו מבקשים לשלול את מתנתיותה של מתנה תאגידית אשר טומנת בחובה שיפור של רמת החיים בכלל ושל החיים התרבותיים, המדעיים וכיוצא בזה בפרט, על-אף העובדה שתרומה זו גוררת גידול בצמיחה ומיטיבה עם כל ה"שחקנים", לרבות התאגידים העסקיים.

132 ראו: Lombardo, *supra* note 70, at p. 292. 133 שיפור מעמדה בקרב צרכנים, לקוחות, ספקים, נושים פוטנציאליים, משקיעים פוטנציאליים ועוד.