

כוח גדול ואחריות גדולה : קווים לאחריותו של בעל שליטה בחברה

בעקבות ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל (12.1.2016)

עמיר ליכט*

מיועד להופיע בספר יורם דנציגר (עידו באום ולימור זר-גוטמן, עורכים)

תקציר

רשימה זו מבקשת להתוות קווים לאחריותו של בעל שליטה לנוכח ההתפתחויות בפסיקה בעת האחרונה. משטר אחריות זה, שבמרכזו חובת ההגינות, הוא אחת הסוגיות הסתומות בדיני החברות שלנו בעת הנוכחית. גורם לכך שילוב של אתגר מעשי ניכר בעיצובה של אחריות בעל שליטה יחד עם ניסוח מוקשה ואף משובש של חוק החברות, התשנ"ט-1999 בנושא זה. אלה הביאו לסברה המוכרת, כי אחריותו של בעל שליטה כלפי החברה, במסגרת חובת ההגינות שלו לפי סעיף 193 לחוק החברות, היא חובה "מוחלטת" בהשוואה לחובת האמון של נושאי משרה ואמונאים אחרים. הרשימה בוחנת אפוא את סברת "החובה המוחלטת" אל מול הפסיקה, אשר עד כה לא נתנה לכך נפקות. לאחר מכן, נדון בקצרה בנושא הטלת אחריות על בעל שליטה בגין סיוע להפרת חובת האמון, אשר גוררת חבות כחבותו של אמונאי מפר. נראה שאם חבותו של בעל שליטה כמסייע להפרת חובת האמון היא כתבותו של המפר העיקרי, ראוי שגם חבותו שלו, כמפר עיקרי, תהיה שקולה לכך.

גירסה זו : 15 ביולי 2018

JEL Codes: K22, G34

מילות מפתח : אמונאות, חובת אמון, חובת הגינות, נושא משרה, בעל שליטה, סיוע, שידול, גרימה

* פרופסור מן המניין, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לחברי המערכת של "המשפט" על הערותיהם המועילות.

כוח גדול ואחריות גדולה : קווים לאחריותו של בעל שליטה בחברה

בעקבות ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל (12.1.2016)

עצם כוחו ומעמדו של בעל השליטה מטיל עליו את האחריות לכלכל את מעשיו בהתאם. בהשאלה מדבריו הידועים של הדוד בן לאחינו פיטר פארקר (הידוע יותר בכינויו כ"ספיידרמן"): "With great power comes great responsibility."¹

א. מבוא

משטר האחריות החל על בעל שליטה בחברה הוא אחת הסוגיות הסתומות ביותר בדיני החברות שלנו בעת הנוכחית. גורם לכך שילוב של אתגר מעשי ניכר בעיצובה של אחריות בעל שליטה יחד עם ניסוח מוקשה ואף משובש של חוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות") בנושא זה. דבריו של בית המשפט העליון בפסק דין הבי, המצוטטים לעיל, אשר השופט דנציגר היה שותף לו, משקפים היטב את הקושי: מצד אחד, לבעל השליטה יש כוח להשפיע על התנהלות התאגיד, ובמרכזו היכולת למנות דירקטורים, ועל כן ראוי למשטר את השימוש בכוח זה באופן יחסי לעוצמתו. מצד שני, בית המשפט מסתפק בקביעה כי האחריות צריכה להיות "בהתאם" לכוח - אמרת אגב שדי בה בגדר התיק הנדון, אך היא מותירה את טיב האחריות של בעל שליטה בעמימותו.

רשימה זו מבקשת להתוות קווים לאחריותו של בעל שליטה נוכח ההתפתחויות בפסיקה. הרשימה מוקדשת לכב' השופט דנציגר עם פרישתו מכס השפיטה, אשר תרומתו לפיתוח הממשל התאגידי בארץ אינה מתמצה בחלקו בפסק דין הבי, או בפסיקתו באופן כללי, ואף לא בכתיבתו העיונית בתחום.² טרם מינויו לבית המשפט העליון היה השופט דנציגר, בין היתר, עורך דין פרטי מן הבולטים בישראל בתחום העסקי-מסחרי. בשנת 2007 הסמיך אותו הדירקטוריון של חברת בזק לבחון את התנהלות החברה בקשר לתגמול נושאי המשרה, ודו"ח הבדיקה שלו אכן מצא פגמים של ממש.³ במבט לאחור, ניכר ש"דו"ח דנציגר" היה נקודת מפנה בהתפתחות הממשל התאגידי בישראל כאשר מיקד את תשומת הלב לפרקטיקות פסולות, אשר כעשור בלבד לאחר שפורסם היו משמשות בוודאי נושא לכמה וכמה תביעות. דו"ח דנציגר מבטא אפוא את אותה רוח של הבנת החשיבות של התנהלות עסקית בתוך מסגרת של חוקיות ונשיאה באחריות, שגם הציטוט שלעיל מפסק דין הבי משקף.

רשימה קצרה זו נדרשת לדברים שנאמרו בשולי ההכרעה העיקרית בפסק דין הבי לגבי האפשרות להטיל על בעל שליטה אחריות כצד זר, המעורב באופן אסור בהפרת חובת אמון של

¹ ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל, פס' 254 לפסק דינם של השופטים דנציגר, סולברג וברק-ארז (פורסם בנבו, 12.1.2016) (להלן: פסק דין הבי).

² ראו, בין היתר, יורם דנציגר הזכות למידע אודות החברה (2000); יורם דנציגר ועמרי רחום-טוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" ספר גרוס 23 (אהרון ברק, יצחק זמיר, דוד ליבאי עורכים, 2015) (להלן: "ספר גרוס").

³ ראו ערן גבאי "דו"ח הביניים בבזק: פגמים חמורים באישורי תגמול בעשרות מיליוני שקלים; הנבדקים מאשימים זה את זה" דה מרקר 12.4.2007 1.409693 www.themarker.com/technation/1.409693; תני גולדשטיין ואסף מליחי "המנכ"ל גלברד עוזב את בזק" *ynet* 30.4.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3393756,00.html

נושאי משרה. זהו דגם אחריות ותיק במשפט המשווה, אך בדין הישראלי הוא הופעל רק פעם אחת, ואף זאת בהקשר לא-תאגידי. על פי דגם זה, אחריות הזר המעורב היא כאחריותו של האמונאי המפר, מבלי שיהפוך לאמונאי ממש מחמת מעורבותו. להתייחסותו של בית המשפט העליון בפסק דין הבי וכן לאמרות תואמות בפסיקה נוספת יש אפוא חשיבות מיוחדת. זאת, בפרט על רקע סברה רווחת לפיה אחריותו של בעל שליטה כלפי החברה, במסגרת חובת ההגיונות שלו לפי סעיף 193 לחוק החברות, היא חובה "מוחלטת" בהשוואה לחובת אמון של נושאי משרה ואמונאים אחרים. חלק ב' בוחן אפוא את סברת "החובה המוחלטת", וחלק ג' - את האחריות לסיוע להפרת חובת אמון. חלק ד' מסכם.

ב. האמנם "חובה מוחלטת"?

חובת ההגיונות שמטיל סעיף 193 לחוק החברות על בעל שליטה ועל בעלי מניות משפיעים אחרים בחברה היא חידוש מקורי של המחוקק. פרשנותה קשה במיוחד בכל הקשור לעוצמתה. יש מחברים הרואים בחובת ההגיונות "חובת אמון מוחלטת" לעומת חובת האמון של נושאי משרה ושל אמונאים אחרים.⁴ לגישה זו יש גם הד עמום בהיסטוריה החקיקתית של חוק החברות עצמו ושל התיקון לסעיף 193 משנת 2005, אשר עליהם עמדתי בהרחבה במקום אחר.⁵ למען הסר ספק, גם לדעתי פרשנות כזאת לחובה היא אפשרית כעניין עיוני עקרוני, אולם עדיף לראותה כחובת אמון שהדין מחיל על בעל השליטה בנסיבות מסויימות.⁶ במצב דברים זה נודעת אמנם חשיבות לאופן שבו בתי המשפט מתארים את החובה, אך יותר מכך - לאופן שבו הם מתייחסים בפועל לאחריות בעלי השליטה. כפי שנראה להלן, יש הבדל בין התיאור לבין המעש.

בית המשפט העליון נדרש עד כה לחובת ההגיונות רק בהערות אגב. כך, למשל, אמרה הנשיאה בייניש בעניין רייכרט נ' יורשי שמש, בהקשר אחר ובלא דיון, כי "על-פי הדין הכללי, חובותיו של בעל השליטה הן חלשות יותר מאלו החלות על הדירקטור ועל נושא המשרה."⁷ פסק הדין בערעור בעניין ורדניקוב נ' אלוביץ' עסק בחשש להפרת חובת אמון של דירקטורים בקשר לשינויים במבנה ההון של חברה בסמוך לרכישה ממונפת.⁸ בנוסף לכך דן השופט עמית, אגב

⁴ ראו דוידה לחמן-מסר "זרקור על התיקון החדש בחוק החברות" תאגידים (3) 44, 46 (2005); ציפורה כהן בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותרופות כרך א 316 (מהדורה שניה, 2006); יוסף גרוס חוק החברות החדש 325 (מהדורה רביעית, 2007); עדו לחובסקי דיני חברות: חברה יחידה ואשכול חברות 202-204 (2014); מיכל אגמון גונן "הטוב (בעלי מניות המיעוט)!! הרע (בעלי מניות השליטה)!! ובית המשפט - התערבות בתי המשפט בעסקאות בעלי עניין שעברו את הליכי האישור בחברה" ספר גרוס 47 (אהרן ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים, 2015); ראו גם אוריאל פרוקציה דיני חברות חדשים לישראל 352-353 (1989).

⁵ לסקירה ראו עמיר ליכט דיני אמונאות - חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי 100-110 (2013) (להלן: "ליכט").

⁶ ראו שם, בעמ' 116-121.

⁷ ע"א 345/03 רייכרט נ' עזבון שמש, פ"ד סב(2) 437, פס' 15 לפסק דינו של השופט עדיאל (2007); ראו גם ת"צ (ת"א) 2296/08 שמיר נ' מרכז הקונגרסים הבינלאומי אי.סי.סי ירושלים בנייני האומה בע"מ (פורסם בנבו, 8.3.2011), בשי"א (ת"א) 5804/09 מרכז הקונגרסים הבינלאומי אי.סי.סי ירושלים בנייני האומה בע"מ נ' שמיר (פורסם בנבו, 8.6.2009).

⁸ ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ' (פורסם בנבו, 28.12.2016) (להלן: עניין ע"א ורדניקוב); בהחלטה לדחות בקשה לדיון נוסף בההירה הנשיאה נאור, כי ההלכה שנפסקה בערעור לגבי "בחינה מוגברת" חלה רק בנסיבות הצרות האלה ואינה נוגעת ליתר המקרים של הפרת חובת אמון או זהירות - דני"א 1380/17 ורדניקוב נ' אלוביץ', פס' 20-21 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 30.8.2017); למרות זאת, בע"א 4857/16 מנשה נ' יוויזין אייר בע"מ (פורסם בנבו, 24.4.2018) נקט השופט בדימי דנציגר, בהסכמת השופטים מזוז ואלרון, "בחינה מוגברת" בנסיבות אחרות, שבהן התקיים ניגוד עניינים בעל השפעה מסויימת; ראו עמיר ליכט "לא כל יום פורים - אימתני תינקט 'בחינה מוגברת' לנוכח חשש מעניין נוגד?" נקודה בסוף משפט 3.9.2017

אורחא, בנושאים נוספים וביניהם גם חובת ההגינות. לדעתו, "הבחירה להטיל על בעל השליטה חובה מוחלטת לעומת חובת האמון המוטלת על נושא המשרה, היא מובנת.⁹ השופט עמית נאחז בעיקר בשינוי של סעיף 193, שבו שונתה ההגדרה של הפרת חובת ההגינות מכזו שכמוה כהפרת חובת אמון, לכזו שכמוה כהפרת חוזה.¹⁰

בפרשת ברדיצ'ב נ' פויכטונגר נדונה חובת ההגינות לגופו של עניין.¹¹ שם נטענה ונדחתה הטענה שבעל השליטה בחברה מכר אותה לרוכש שפגע בה ("מכירה חובלת"). השופט גרוסקופף הצביע על שני טעמים עיקריים לאימוץ גישה מוחלטת - לשוני ומהותי. הראשון הוא הטעם המוכר, שלפיו כינויה של החובה שונה מזה של חובת האמון.¹² הטעם השני נשען על היותן של המניות קניין של בעליהן. עובדה זו מעוררת שיקולי מדיניות, אשר תומכים במתן יתר חירות לבעל הקניין להתחשב בעניינו הפרטי לעומת נושא משרה.¹³

אף על פי כן, קשה לראות בהלכת ברדיצ'ב אסמכתה לגישת החובה המוחלטת. ראשית, הטעם הלשוני, שרבים מצביעים עליו, הוא משענת קנה רצוף. התיבה "הגינות" נושאת משמעויות מגוונות בחקיקה ובפסיקה, ובכלל זה היא מופיעה גם כחלק מתיאור חובת האמון הרגילה, כך שלא ניתן להצביע על נפקות ברורה שלה.¹⁴ בנוסף לכך, ההתייחסות בחוק החברות ל"הפרת חוזה" כאמת מידה להפרת חובה מבולבלת ולוקה בסתירות במידה השוללת אפשרות לייחס למחוקק כוונה עקבית כלשהי. לליקוי זה יש שורשים בחקיקה האזרחית "החדשה", אך היריעה הנוכחית תקצר מלפרט.¹⁵ מטעם זה, גם לנימוק הטקסטואלי שציין השופט עמית בעניין ורדניקוב כאמור לעיל אין עוגן ממשי להאחז בו, בין היתר מכיוון שלאחר השינוי בלשונו של סעיף 193 משטר האחריות של הפרת חובת הגינות זהה לזה של הפרת חובת אמון.

שנית, הטעם המהותי של חירות הקניין והציפייה הלגיטימית לתשואה אינם יכולים לשמש אף הם בסיס לאי-החלת חובת אמון. אכן, בעל השליטה אינו כנושא משרה, שאין לו כלל קניין משלו, ואף אינו כנאמן, שקניינו שבדין אינו קניינו שביושר. אלא שבכך אין כדי לשלול אפשרות להטיל חובת אמון. כך, השותף בשותפות הוא בעל קניין מלא, על כל החירויות הכרוכות בדבר, ובכל זאת הדין מכיר בו כאמונאי מקדמת דנא. ואילו הדין בדלאוור תופס את חובתו של

amirlicht.wordpress.com/2017/09/03/93; עמיר ליכט "פר העלם דבר של ציבור – בחינה מוגברת של החלטה עסקית הנוגעה בעניין נוגד" נקודה בסוף משפט 5.5.2018 amirlicht.wordpress.com/2018/05/05/114

⁹ עניין ע"א ורדניקוב, לעיל ה"ש 8, פסי' 56, 59 לפסק דינו של השופט עמית.

¹⁰ שם, פסי' 56 לפסק דינו של השופט עמית. לדיון ראו ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 108.

¹¹ ת"א (מרכז) 8746-10-09 ברדיצ'ב נ' פויכטונגר (פורסם בנבו, 2.7.2017).

¹² שם, פסי' 69 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ("אם תאמר אחרת, לא היה צורך להשתמש בטרמינולוגיה של 'החובה לפעול בהגינות' להבדיל מהניסוח המקובל של 'חובת אמונים', אשר המחוקק מכיר היטב ... מלשון הוראת המחוקק נלמד איפוא שמדובר ברמת התחשבות המצויה בתווך שבין רמת ההתחשבות המתונה של 'אדם לאדם' – אדם לבין רמת ההתחשבות המרבית של 'אדם לאדם' – מלאך"). ראו גם ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 111.

¹³ שם, פסי' 69–70 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ("היכן בדיוק ממוקמת 'חובת ההגינות' על הסקאלה של מידת ההתחשבות בזולת הנדרשת מבעל קניין? על מנת להכריע בכך עלינו לאזן בין האינטרסים המתנגשים, דהיינו חירות הקניין מזה, והאחריות כלפי יתר בעלי האינטרסים בחברה מזה").

¹⁴ ראו בהרחבה עמיר ליכט "בגנות ההגינות: מקומה הנעדר של הגינות בחובת האמון בדין הישראלי" משפטים מז(3) (צפוי להתפרסם ב-2019).

¹⁵ לדיון ראו ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263–288. ראו במיוחד ע"א 189/85 קוגלר נ' שוסהיים, פ"ד מג(1) 241, 248 (1989).

בעל השליטה כלפי החברה כחובת אמון (loyalty), שהפרתה מזכה בסעדים אמונאיים מלאים, הגם שמניות השליטה הן קניינו.¹⁶

שלישית, מכיוון שבעניין ברדיצ'ב נטענה מכירה חובלת, אין חולק שבנסיבות מסוימות אלה חובתו של בעל השליטה המוכר היא חובת אמון מלאה, ולא מוחלשת במשמע. כך נפסק בהלכת קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, שבה עמד השופט ברק על אותם שיקולי מדיניות באשר לחירות הקניין ועל האפשרות לצקת לחובת בעל השליטה תוכן שונה מחובת האמון של מנהל, ולבסוף קבע הלכה נוקשה, המחילה חובת אמון רגילה לגבי מכירה חובלת ביודעין.¹⁷ סעיף 193 לא התיימר לסטות מהלכת קוסוי,¹⁸ ופסק דין ברדיצ'ב מדריך את עצמו לאורה, ובטעם.

ורביעית, יוער כי השופט גרוסקופף מתייחס לאחריות בעל השליטה "כלפי יתר בעלי האינטרסים בחברה", זאת, בשעה שחובת ההגיונות מוסבת כלפי החברה. ככל שהטקסט אכן מכוון לאותם בעלי אינטרסים במובחן מן החברה, אין ספק שעוצמת החובה כלפיהם פחותה מזו של חובת אמון. לכל היותר, ביחסים עם בעלי מניות המיעוט, חובת בעל שליטה עולה כדי איסור הקיפוח, ובמסגרת זו יש לו מרחב ניכר לפעול בהתחשב בעניינו האישי. באשר ליתר בעלי האינטרסים - אלה המכונים stakeholders - הרי שפורמלית החובה כלפיהם היא חובת תום לב, והחברה היא שנושאת בה כלפיהם.¹⁹

גם בפרשת התחנה המרכזית החדשה בתל-אביב נדונה לגופו של עניין טענה להפרת חובת ההגיונות לפי סעיף 193, משקבע השופט ארנון כי בעלת השליטה פעלה במסגרת מזימה ("קונספירציה") לפגוע בחברה ובנושיה בנסיבות דומות למדי לפרשת קוסוי.²⁰ בהתאמה, נפסק כי ההפרה כמוה כהפרת חובת אמון לנוכח הלכת קוסוי, ולפיכך הודחו חובות החברה כלפיה. בדומה לכך, בעניין חסין נ' בלובבנד ניצל בעל השליטה את הרוב שלו באסיפה הכללית כדי להביא להחלטה על משיכת תביעה חוזית שהחברה הגישה נגדו, והשופט רונן קבעה כי "בעל שליטה הפועל מכוח עניין אישי שלו ובאופן המנוגד לטובת החברה - אינו פועל בהתאם לחובת ההגיונות המוטלת עליו."²¹

החולשה הניכרת בדיון על החובה המוחלטת קשורה להעדרה של תפיסה מתכללת בפסיקה הנוכחית לגבי החובה יחד עם הסעדים על הפרתה על רקע דיני האמונאות הכלליים. תפיסה כזאת מציעה דין אחד לנושא משרה ולבעל שליטה הנחשדים בהפרה: מתן חשבון ככל אמונאי מפר. כך נפסק בהלכת קוסוי, וזו פרשנותה הנכונה של "הפרת חוזה" בסעיפי החוק

¹⁶ ראו, לאחרונה, *Americas Mining Corp. v. Theriault*, 51 A.3d 1213 (Del. 2012).

¹⁷ ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 285-286 (1984) (להלן: פרשת קוסוי).

¹⁸ ראו ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 107, 291; ע"א 4845/04 קליין נ' בלס, פסי' 10 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.12.2006).

¹⁹ נקודה זו מעורפלת בדיון שלנו. ראו, כללית, ע"א 4263/04 משמר העמק נ' עו"ד מנור, מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1) 548 (2009); ע"א 8566/06 אמריקר שירותי ניהול ויעוץ (1987) בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.11.2009).

²⁰ פ"ק (מרכז) 25351-01-12 התחנה המרכזית החדשה בתל-אביב בע"מ נ' נצבא החזקות 1995 בע"מ, פסי' 196 לפסק דינו של השופט ארנון (פורסם בנבו, 22.8.2017).

²¹ ת"א (ת"א) 43013-03-17 חסין נ' בלובבנד, פסי' 63 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 19.6.2018).

הרלוונטיים.²² על תוכנה של חובת ההגיונות יש ללמוד ממה שעושים בתי המשפט בהתייחסותם לאחריות בעל שליטה, לפחות מה שהם אומרים לגביה ואולי אף יותר. כפי שגורסת תובנה מפורסמת, “[The fiduciary] is not subject to fiduciary obligations because he is a ,” כאשר “fiduciary; it is because he is subject to them that he is a fiduciary”²³ לדוגמה, כאשר נדרש לקבוע מתי יש לבעלי מניות הכפופים לחובת ההגיונות עניין אחר בקשר למנגנוני האישורים המיוחדים לפי חוק החברות, נקטו בתי המשפט גישה זהה לבחינה של עניין מנגע אפשרי של נושא משרה;²⁴ ולהיפך, לצורך קביעה אם נושא משרה נגוע בעניין אחר, פנו בתי המשפט למבחנים שנקבעו בפסיקה לגבי בעלי מניות הכפופים לחובת הגיונות.²⁵ בדומה לכך, כאשר נדרש לקבוע את היקף הגילוי של בעל מניות חב-הגיונות החיל בית המשפט את עקרון המהותיות הנוהג לגבי גילוי מלא בידי אמונאים.²⁶

הפרקטיקה של בתי המשפט עד כה מתיישבת אפוא עם יישום חובת ההגיונות כחובת אמון בנסיבות שבהן יש לה נפקות. ייתכן שבעתיד הם ימצאו לנכון לצקת לתוכה תוכן “מוחלש”. זאת ניתן לעשות באמצעות מבחן המהותיות, שהוא הרכיב המאזן בחובת האמון בין הדרישה להתנהגות “מלאכית” לבין המציאות המעשית. למשל, ייתכן שבנסיבות מסוימות עניין אישי ייחשב מהותי ולכן מנגע ומשבית, לגבי נושא משרה אך לא לגבי בעל שליטה, אף כי במקרה כזה ההבחנה בין שתי החובות מיטשטשת. מכל מקום, קביעתו של דין שונה לחובת ההגיונות תחייב לקבוע גם משטר הולם של סעדים והיבטים נלווים אחרים - משימה קולוסאלית למדי. כמדומה, אין הצר שווה בנזק המלך. כל עוד יקפידו בתי המשפט להחיל על בעלי שליטה ובעלי מניות משפיעים אחרים חובת הגיונות/אמון בנסיבות שבהן הדבר הכרחי בתכלית, מוטב להשען על הדין הקיים והמתפקד היטב.

לחלופין, ניתן להציע לחובת ההגיונות פרשנות הרואה בה חובה דו-מצבית: בנסיבות מסוימות היא חובת אמון מלאה; ביתר הנסיבות היא חלקית - אם תרצו, “מוחלשת” - ותוכנה אז כתוכנו של איסור הקיפוח. בהתאמה יהיו גם הסעדים בעת הפרתה. לפי הדין הנוכחי, חובת ההגיונות היא מלאה בחברה ציבורית בנסיבות המפורטות בסעיפים 270-275 לחוק החברות, ובכל חברה - לפי הלכת קוסוי, למשל, כאשר זר מאיים להשתלט על החברה ולהורסה. כך גם כאשר הוא פוגע בה במכוון. נסיבות נוספות תיקבענה בפסיקה בזהירות הנדרשת.

אין לחדד שאף הצעה זו אינה חפה מקשיים. הגם שהיא מיישבת את הקושי המרכזי באשר לתוכן חובת ההגיונות, היא מציעה מענה חלקי בלבד במישור הסעדים לנוכח הוראות נפרדות בסעיפים 191 ו-193 לחוק החברות. נוסחו של חוק החברות בהקשר זה משובש במיוחד,

²² ראו, בהתאמה, פרשת קוסוי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 287; ראו ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263-288.

²³ כדברי לורד מילט בעניין [1998] Ch 1, 18 *Bristol and West Building Society v. Mothew*, בעקבות PAUL FINN, FIDUCIARY OBLIGATIONS 2 (1977).

²⁴ ת"א (ת"א) 50487-06-15 גו.די.אם. השקעות בע"מ נ' **Panamed Inc**, פס' 42 לפסק דינה של השופטת רוני (פורסם בנבו, 18.4.2016); ראו גם ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 294 (2005) וכן ה"פ (ת"א) 646-12-12 נפקו סטאר בע"מ נ' קרל גאוס בע"מ (פורסם בנבו, 31.1.2013).

²⁵ ה"פ (ת"א) 33897-10-15 אפקון א.ב. אנרגית רוח בע"מ נ' רייף, פס' ד-ה לפסק דינה של השופטת קרת-מאיר (פורסם בנבו, 31.3.2016).

²⁶ ע"פ 5307/09 דיוויס נ' מדינת ישראל, פס' 81 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 3.6.2010).

מכיוון שהוא משתמש באופן בלתי מבחין בתבנית "הדינים החלים על הפרת חוזה" לצד הסמכה לסעד פתוח למקרה קיפוח.²⁷ השיבוש הניסוחי יחייב את בתי המשפט לתת להוראות הסעדים פרשנות תכליתית בהתאם לחובה המופרת, ובכך טמונה גם הבטחה לתיקון.

ג. מעורבות בהפרת חובת אמון לחברה

בעוד השיח על חובת ההגינות מדשדש מעט בסוגיית חולשתה, כביכול, הולכת ומתפתחת בארץ ראשיתה של הלכה, אשר יש בכוחה להטיל על בעל שליטה אחריות רבת עוצמה בגין סיוע להפרת חובת אמון, השקולה לזו של נושא משרה מפר. שורשיה מגיעים לשלהי המאה התשע עשרה, עת התפתחו בדיני היושר באנגליה דוקטרינות שנועדו לגונן על יחסי אמונות מפני התערבות פסולה של צדדים זרים, בפרט בדרך של גרימה או שידול להפרת חובת אמון, של סיוע להפרה ושל קבלת נכסי אמונות אגב הפרת חובת אמון. דוקטרינות אלה מכונות באופן כללי "אחריות הזר המעורב" (accessory liability). כאמור, תכליתן היא לגונן על יחסי האמונות מפני התערבות חיצונית שעלולה לחבל בתיפקוד התקין של האמונאי במילוי משימתו. בכך הן דומות לעוולה של גרם הפרת חוזה, שהתפתחה במשפט המקובל בערך באותה תקופה.²⁸ הדוקטרינות האלה מופעלות כיום באופן תדיר בכל שיטות המשפט המקובל, בין היתר, במערכות יחסים מורכבות כגון אלה שמעורבים בהן גם בעלי שליטה, גופי מימון ויועצים מקצועיים, או הצד השני בעסקות גדולות - למשל, בדרך של תשלום שוחד לאמונאים של החברה.

באופן סכמטי, אחריות בגין סיוע להפרת חובת אמון מבוססת על ארבעה רכיבים: ראשית, הפרת חובת אמון בידי אמונאי, כגון נושא משרה או עורך דין; שנית, מעורבות במידה שיש בה משום עידוד להפרה; שלישית, זיקה סיבתית כלשהי להפרה, במידה מרחיבה לעומת מבחני הסיבתיות הנוהגים בהקשרים לא-אמונאיים; רביעית, אשם במידה העולה על התרשלות בלבד. המסייע אינו נעשה אמונאי של הנהנה ואינו חב לו חובת אמון, אך אחריותו היא כשל האמונאי המפר. בהתקיים רכיבי האחריות יישא המסייע באחריות אמונאית מלאה - לאמור, לתת חשבון - ולא רק באחריות נזיקית/חוזית בגין גרם הפרת חוזה.²⁹

באשר למשפט הישראלי הרי שבניגוד לדינים המסדירים את יחסי האמונאי והנהנה, שנקלטו והתפתחו היטב בראשית שנות המדינה, הדין בדבר אחריות הזר המעורב לא זכה לפיתוח

²⁷ ע"א 5025/13 פרט תעשיות מתכת בע"מ נ' דדון (פורסם בנבו, 28.2.2016); ראו בפירוט ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263-273.

²⁸ לסקירה מפורטת ראו ליכט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 403 ואילך. ראו גם PAUL S. DAVIES, ACCESSORY LIABILITY (2015); Deborah A. DeMott, *Accessory Disloyalty: Comparative Perspectives on Substantial Assistance to Fiduciary Breach*, in EQUITY, TRUSTS AND COMMERCE 253 (Paul S. Davies & James Penner eds., 2017).

²⁹ ראו *Akita Holdings Ltd v. Turks and Caicos Islands* [2017] UKPC 7, 15 ("The liability of a knowing participant to account for profits ... follow[s] from 'the premise that the defendant is held liable to account as if he were truly a trustee to the claimant.'"); *Dubai Aluminium Company Ltd v. Salaam* [2002] UKHL 48, 141-142 ("[A knowing assistant] is not in fact a trustee at all, even though he may be liable to account as if he were... He is not a fiduciary or subject to fiduciary obligations we should now discard the words 'accountable as constructive trustee' in this context and substitute the words 'accountable in equity'.").

דומה. בחקיקה האזרחית משתקפת אחריות לסיוע בעיקר בסעיף 14 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, הקובע כי "פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן". הגם שלשון הסעיף אינה מזכירה בבירור סיוע או יסודות נוספים, יש בו עוגן לכך, ותבנית האחריות שהוא מטיל היא אכן זו המוכרת במשפט המקובל - לאמור, אחריות כשל אמונאי.³⁰ על יסוד הוראה זו הטיל בית המשפט המחוזי, כנימוק חלופי, אחריות על בנק שסייע לעורך דין אשר מעל בכספי חשבונות נאמנות שניהל.³¹

בדומה לכך, סעיף 106 לחוק החברות קובע כי "יראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי [בידי דירקטור] או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים". הסעיף אוסר על כל אדם לפגוע בשיקול הדעת העצמאי של דירקטור, ומורה כי על הפוגע "יחולו החובות והאחריות החלות על דירקטורים לפי כל דין." במילים אחרות, אחריותו של אדם הגורם לדירקטור להפר חובת אמן היא כאחריות הדירקטור המפר. בנסיבות מעין אלה עסקה פרשת *Central Bank of Ecuador v. Conticorp*.³² דירקטור ציית שם באופן עיוור להנחיות שקיבל מבעלי השליטה בפירמידה, שהחברה שלו היתה בתחיתתה, ומועצת המלכה הטילה עליהם אחריות כמסייעים להפרת חובת האמן שלו. גישה זו נראתה לבית המשפט העליון בפסק דין הבי, אגב דיון באחריות פלילית של אדם אשר דירקטורים בחברה פעלו לפי הנחיותיו:

"עוד ראוי להזכיר בשולי הדברים, כי מקור נפרד במשפט המקובל להטלת אחריות על בעל שליטה ביחס להפעלת השליטה על-ידו, מחוץ לדיני התאגידים, הוא דיני האמונאות (Fiduciary duties) והחובות שנובעות מהם. מאחר שבעל השליטה לא נקלע בעל כורחו לעמדת השליטה, ניתן לראות בו כמי שנטל על עצמו עמדת כוח, הגוררת עמה גם חובות אמן מסויימות. חובות אלו מתעוררות באופן טיפוסי בנקודות שיש בהן פוטנציאל לניגוד עניינים – עשיית עסקה עצמית של החברה עם בעל השליטה, ופעולות מכירתה של השליטה (כפי שהיה בעניין קוסוי) (ליכט, בעמ' 158-163). הטלת אחריות מכוח דיני יושר אלו נעשתה באנגליה וכן גם בדלאוור. לאחרונה הוטלה אחריות באופן דומה גם על בעלי שליטה של פירמידת חברות בגין מעשי דירקטור של חברה במורד הפירמידה, שנעשו בעקבות הנחיות בעלי השליטה (*Central Bank of Ecuador v. Conticorp SA*, [2015] BUS LR D7, [2015] WLR(D) 150, [2015] UKPC 11; עמיר ליכט "קוף ושמך מייקל – אחריות בעלי שליטה להתנהלות דירקטור במורד הפירמידה" נקודה בסוף משפט (2015) (amirlicht.wordpress.com)). הטלת אחריות מכוח דינים אלו טרם זכתה לפיתוח רב במשפט הישראלי."³³

³⁰ ראו גם ס' 9 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

³¹ ראו ת"א (חי') 10326/97 מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר ז"ל בשם יורשיה – עוה"ד ד' שירן נ' בנק פועלי אגודת ישראל בע"מ, פ"מ תשס"א(1) 673, 711-716 (2001). בסיס האחריות הזה לא נדון בהליכים נוספים בבית המשפט העליון.

³² *Central Bank of Ecuador v. Conticorp SA (Bahamas)* [2015] UKPC 11

³³ פסק דין הבי, לעיל ה"ש 1, פס' 220 לפסק דינים של השופטים דנציגר, סולברג וברק-ארז.

בעניין הצלחה נ' אל-על נדחתה טענה כי מידע רגיש זלג מעורך דין שהיה נתון בניגוד עניינים לבאי כוח מייצגים בתובענה ייצוגית.³⁴ בהקשר זה הזכיר השופט גרוסקופף, אגב אורחא, את האפשרות להטיל אחריות על מסייע להפרת חובת אמון מכוח הדוקטרינה הכללית:

”יתכנו מצבים בהם צדדים שלישיים נושאים באחריות בשל מעורבותם בהפרת חובת סודיות או חובת אמון (לדיון ראו עמיר ליכט, דיני אמונות (התשע”ג) 403 ואילך). ואולם על מנת להטיל אחריות שכזו נדרש בסיס ראיתי מתאים, המלמד על ידיעה ומעורבות... לכל היותר נטען כי [עורכי הדין] היו רשלניים בעניין זה. במצב דברים זה, אינני רואה בסיס עובדתי היכול להצדיק פסילתם מהמשך ייצוג הקבוצה.”³⁵

להתבטאויות אלה מצטרפת הטלת אחריות כזאת בפועל, אם כי בלא הנמקה מפורשת, בפרשת דה לנגה נ' החברה לישראל בע”מ.³⁶ שם נקבע כי אסור לבעל שליטה לשלם בונוס לנושאי משרה בגין ביצוע משימתם, שכמוהו כשוחד אזרחי, אשר גרם להם להיות שרויים בניגוד עניינים וכך להפר את חובת האמון שלהם.³⁷ השופטת רוני הטילה על נושאי המשרה ועל בעל השליטה חבות ביחד ולחוד לשלם לחברה את סכומי הבונוס, אותה השתיתה על דיני עשיית עושר ולא במשפט.³⁸ דא עקא, נוסחת האחריות בעשיית עושר ולא במשפט אינה מסוגלת לשאת את המשא הזה בכל הקשור לבעל השליטה, כמו גם תבניות אחריות אחרות כגון גרם הפרת חוזה. הפסול בהתנהגותו של בעל השליטה מתמקד בשיבוש מערך התמריצים בחברה - לאמור, ביצירת עניין אחר אסור שעלול להשפיע על האמונאים שלה. סעיף 106 לחוק החברות, שלא נטען, עשוי להתאים לכך, אך יותר מכל מסוגלות לכך הדוקטרינות בדבר שידול או סיוע להפרת חובת אמון.³⁹

ד. סיכום

רשימה זו נתלית בשתי אמרות בפסק דין הבי המשליכות על אחריותו של בעל שליטה בחברה כדי לבחון חידושים בפסיקה בסוגייה חשובה זו. האמרה הראשונה, המובאת בראשית הרשימה,⁴⁰ היא בעלת אופי אימפרסיוניסטי, ויש שיאמרו - מבודח. ואולם למימרות קולעות מסוג זה יש כוח שיכנוע ניכר. די אם נזכיר את המימרה, שאין הולמת ממנה כאן, כי ”כוח ללא אחריות משול להפקרות”.⁴¹ לעומת זאת, האמרה השנייה, בדבר אחריות בעל שליטה בגין סיוע או שידול להפרת חובת אמון בחברה,⁴² היא מפורטת, ויש בה התוויית כיוון ברורה לדרך שבתי המשפט

³⁴ ת”צ (מרכז) 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע”ר) נ’ אל-על נתיבי אויר לישראל בע”מ (פורסם בנבו, 3.2.2016) (להלן: עניין הצלחה נ’ אל-על).

³⁵ שם, עניין הצלחה נ’ אל-על, פסי 17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

³⁶ תנ”ג (ת”א) 18994-07-15 דה לנגה נ’ החברה לישראל בע”מ (פורסם בנבו, 30.4.2017).

³⁷ שם, פסי 115–116, 130–131 לפסק דינה של השופטת רוני.

³⁸ שם, פסי 117–118 לפסק דינה של השופטת רוני.

³⁹ ראו עמיר ליכט ”הנשר והכריש – נושא משרה המקבל תשלום מבעל השליטה: הסעדים” נקודה בסוף משפט amirlicht.wordpress.com/2016/11/21/82 7.5.2017.

⁴⁰ לעיל טקסט לה”ש 1.

⁴¹ פרשת קוסוי, לעיל ה”ש 17, בעמ’ 278, בעקבות אוריאל פרוקציה ”פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות” משפטים ח 13, 17 (1978).

⁴² לעיל טקסט לה”ש 33.

עשויים להתקדם בה בעתיד בברכתו של בית המשפט העליון. לאחריות כזו יש, כאמור, עוגנים טובים בדין הנוכחי בארץ, ויש לקוות שיומה בבית המשפט יגיע במהרה. ככל שכך יהיה, הדבר יסייע גם להבהרת טיבה של חובת ההגינות של בעל שליטה כחובה השקולה לחובת אמון בנסיבות מסוימות. ככלות הכול, אם חבותו של בעל שליטה כמסייע להפרת חובת אמון היא כחבותו של המפר העיקרי, ראוי שגם חבותו שלו כמפר עיקרי תהיה שקולה לכך.