

זה שאין לנקוב בשמו כדירקטור

על רקע שינויי חקיקה שנעשו בארץ נראה כי הניסיון להבחין בין דירקטור דה פקטו לדירקטור צללים נדון לכישלון. המדיניות המשפטית והפרשנית הראויה היא לנטוש לחלוטין ניסיונות להבחין בין הדוקטרינות ולהחילן במאוחד ובאופן כללי בדומה למשפט המשווה

עמיר ליכט

שעל בעל השליטה לשאת באחריות כמי שבפועל קבע למנהלים כיצד לפעול. בחוק החברות יש כידוע בסיס להטלת אחריות על בעל שליטה במסגרת חובת ההגינות לפי סעיף 193 לחוק. טיבה של חובה זו אינו ברור, ואף שאני סבור שמדובר בחובת אמון רגילה (ולא "מוחלשת"), גם בגישה זו הטלת אחריות אינה פשוטה כלל. בסיס חלופי לאחריות יכול להימצא אם בעל השליטה פעל למעשה בנושא משרה. אחריות נושא משרה היא נוקשה, והאתגר הוא להטיב לה גם בהיעדר מינוי פורמלי. בכך עוסקות הדוקטרינות של דירקטור צללים ושל דירקטור טור דה פקטו. מכיוון שלחברה אין כישור רים קוגניטיביים, לדירקטורים ולחברי ההנהלה הבכירה יש יתרון מוחלט לעומתה במידע וביכולת להשפיע על ענייניה. כוחם כלפי החברה אינו שנוי

רשימה זו עוסקת בהטלת אחריות על מי שמשפיע על ענייני התאגיד בהיותו "דירקטור צללים" או "די-רקטור דה פקטו". בתחום זה חלו בשנים האחרונות התפתחויות מרתקות. שינויי חקיקה גרמו לתקלה לא מכוונת כנראה, בעוד הפסיקה מפלסת לה נתיב משלה. בד בבד מציע המשפט המשווה גישה חדישה ואפקטיבית לטיפול בנושא, והיא עשויה ליישב גם את הקשיים המסתמנים אצלנו.

הסוגיה מקבלת משנה חשיבות כיום. על רקע גל הסדרי החוב נשמעות דרישות תקיפות כי בעלי השליטה "ישאו באחריות". הציבור ונבחרי בכנסת אינם מתרשמים מהאישיות המ-שפטית הנפרדת של החבר-רה, שהיא שאינה פורעת את האג"ח. להפך, טענות כאלה מעוררות כעס ומעודדות יוזמות חקיקה רדיקליות. הת-פיסה הרווחת בציבור גורסת



פרופ' עמיר ליכט, המרכז הבינתחומי הרצליה; מחבר הספר "דיני אמונאות - חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי"

דירקטור דה פקטו הוא אדם התופס עמדה של דירקטור, הגם שלא התמנה רשמית למשרה. דירקטור צללים הוא אדם שהדירקטורים רגילים להישמע לו בלי שיתיימר להיות דירקטור

המשותף לדירקטור
צללים ולדירקטור
דה פקטו הוא שהם
מקבלים על עצמם
- למעשה כובשים
לעצמם - עמדה של
כוח כלפי החברה
בידיעה או בהסכמה
של האורגנים שלה.
הקטגוריות נבדלות
זו מזו בעניין חברותו
לכאורה של זה
שאינן לנקוב בשמו
כדירקטור בחוג
הדירקטורים



אדון האופל (זה שאינן לנקוב בשמו) בסרט "הארי פוטר"

סיבות נוספות כיוצא באלה, ייחשבו לנושאי משרה בחברה – יהא תואר משרתם אשר יהא".
אלה דברים נכוחים, אלא שהסוגיה סבוכה יותר. בדין האנגלי – ובעקבותיו גם בדין האוסטרלי ובדין הישראלי – הוכרו מאז אמצע המאה ה-19 שתי קבוצות של מי שאינם דירקטורים אך למרות זאת עשויים לשאת בחובות כשל דירקטורים: דירקטור דה פקטו ודירקטור צללים. דירקטור דה פקטו הוא אדם התופס עמדה של דירקטור, הגם שלא התמנה רשמית למשרה. דוגמה מובהקת היא אדם שבשל מחדל (מקרי או מכוון) לא השתכלל מינויו כדין. דירקטור צללים הוא אדם שהדירקטורים רגילים להישמע לו בלי שיתיימר להיות דירקטור.
בעל שליטה יכול להיחשב כדירקטור צללים אם הוא מורה לדירקטורים, או לפחות לרובם, או להנהלה הבכירה כיצד לפעול בענייני החברה ומקפיד שלא להיראות כדירקטור. דוגמה אחרת היא אדם שבכוח קסמו האישי מצליח להפעיל את נושאי המשרה הרשמיים כמרינוטות. בפרשת גבעוני תוארו הדברים כך:

במחלוקת, ולכן אין פלא שהם נמנים עם הקטגוריות המובהקות ביותר של אמונאים (fiduciaries), החבים לה חובת אמון. חוק החברות מטיל חובת אמון על "נושא משרה" ובכלל זה הדירקטור, המנכ"ל והכ"פופים ישירות למנכ"ל. אולם קבוצת נושאי המשרה אינה ממצה את קבוצת האמונאים בחברה.
נקודת המוצא היא שהדין נוקט גישה עניינית וגמישה בזיהוי האנשים הנחשבים לנושאי משרה. בדונו בהגדרת "נושא משרה" בפקודת החברות עמד בית המשפט העליון בפרשת רכטר על העיקרון הבסיסי: "המונח 'נושא משרה' הינו פתוח ובלתי מוגדר, אשר-על-כן, על בית-המשפט למלא מונח זה תוכן ולהחילו על-פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה, תוך התחשבות בצורכי החברה ההולכים ומשתנים... לצורך ענייננו די בקביעה דלהלן: ישנם בעלי תפקידים, אשר מכוח תואר משרתם עצמו ייחשבו כנושאי משרה בחברה; ומצויים בעלי תפקידים, אשר בשל מכלול הנסיבות הספציפיות, כגון מעמדם והשפעתם בחברה, הסמכויות והכוח שריכזו בידם בפועל, מהות התפקידים שהוטלו עליהם, אופי העסקתם ונ"

נגטשה במפורש. תחילה עשה זאת בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת בפסק דין Holland משנת 2010; בית המשפט הפדרלי של אוסטרליה הלך בעקבותיו בפסק דין Grimaldi משנת 2012.

הפסיקה החדשה במשפט המשווה גורסת כי על בית המשפט לבחון את מכלול העובדות בעניינות על פי הנסיבות, בלי להיצמד למבחנים צרים, ולבדוק אם האדם הנידון השתלב במנגנוני הממשל התאגידי בחברה. בין היסודות הרלוונטיים אפשר לבחון אם אותו אדם היה פעיל בהכוננת ענייניה של החברה ואם באותן נסיבות הוא "עשה עבודה של דירקטור" (doing the work of a director). תפקוד זה הוא עניין של מהות ולא של תארים או כינויים – לרבות הכינוי "יועץ" או הבחנה לכאורה בין "דירקטור" ובין "נושא משרה". גישה זו תואמת את הדין בישראל וראוי לאמצה, אולם תחילה יש לעמוד על נקודה מהותית ועל נקודה צורנית.

מבחינה מהותית יש לזהות מי "עושה עבודה של דירקטור" כפי שעבודה זו נתפסת כיום. גישה זו מכוונת את בית המשפט להתמקד במי שאינם דירקטורים – ליתר דיוק, במי שאינם נושאי משרה – השולחים יד בקביעת מדיניות ניהולית (אס-

טרטגיה) או בפיקוח על ההנהלה, הנתונים לסמכות הדירקטוריון. עם אלה אפשר למנות בעל שליטה בנסיבות מתאימות, יועץ שעצותיו כפקודה ואף נושה החורג מגבולות נאותים של הגנה על ענייני החוזיים. על כל אלה אפשר להטיל אחריות כאמור נאים. בה בעת מאפשרת גישה זו לשחרר מאחריות כאמור יועץ שאינו מסיג את גבולו, אף אם הדי-רקטורים רואים בדבריו דברי אלוהים חיים ואינם סרים מהם ימין ושמאל, או עובד בדרג נמוך, אף אם תפקידו מקנה לו כוח להמית חורבן על החברה.

מבחינה צורנית, בחקיקה בישראל היה הדלשתי הדוקטרינות. סעיף 1 לפקודת החברות הכל התייחסות לדירקטור דה פקטו, ששיקפה את הדין האנגלי עד שלהי המאה הקודמת – לאמור, "לרבות

"מעמדו של יגרמן, כמעמדו של המושך בחוטים בהצגת בובות... יגרמן מפעיל את כל האישים בחברות אך הוא חבוי במובן זה שאינו נושא בתואר רשמי של משרה. יגרמן נטל מכל בעלי התפקידים את סמכותם המהותית, עד שהתארים אותם נשאו היו בחלקם נבובים ולמראית עין... יגרמן הוא שהחליט, הנחה, דחף והביא לידי גמר את תוכניתו. היתר עקבו אחר צלילי החליל, בעיניים שטחו מראות, אל הנהר ואל הקריסה הכלכלית של הקבוצה".

המשותף לדירקטור צללים ולדירקטור דה פקטו הוא שהם מקבלים על עצמם – למעשה נוטלים לעצמם – עמדה של כוח כלפי החברה בידיעה או בהסכמה של האורגנים שלה. לכן הנכונות והשאיפה להטיל על לא-דירקטורים אלה אחריות כאמונאים.

הקטגוריות נבדלות זו מזו בעניין חברותו לכאורה של זה שאין לנקוב בשמו כדי-רקטור בחוג הדירקטורים.

מנקודה זו ואילך מתער-פלים ההבחנות והמבחנים. חוקי החברות באנגליה התי-רו לתאגידים לכהן כנושאי משרה מאז ראשית המאה ה-20. שם הוקדש מאמץ לה-תמודדות עם חברות שבהן בעלי המניות, הדירקטורים ואפילו המזכיר היו כולם תאגידים בניסיון לחמוק

מאחריות כלפי נושים. זאת לצד הצורך להתמו-דד עם אנשים שפעלו כדירקטורים בלא מינוי, לאו דווקא מחמת שגגה בהליך המינוי, וכן הצורך לפרש את תחולת ההוראה בדבר מסחר בתרמית. לעומת זאת, חוק החברות באוסטרליה מחייב מינוי יחידים כדירקטורים, אולם ההגדרות החרותות של דירקטור ונושא משרה סבלו מחוסר יציבות.

בתי המשפט בשתי המדינות עשו מאמצים הר-קוליאניים להבחין בפועל בין דירקטור דה פקטו לדירקטור צללים, אך היסודות המיוחדים כל קט-גוריה היטשטשו משנות ה-80. בסוף המאה הקודמת התגבשה הכרה שיסוד השפעה על המשטר בחברה (corporate governance) משותף לשתי הקטגוריות. המהלך הושלם לאחרונה כאשר ההבחנה ביניהן

**דירקטור צללים נחשב
במשפט המשווה כמי שרוב
הדירקטורים נשמעים לו
בדרך כלל, ואילו בישראל
התיקון הרחיב את האחריות
גם למי שדירקטור יחיד נשמע
לו. זו קטגוריה שעשויים
להימנות בה למשל גם בן זוג
שתלטי או כוהן דת כריזמטי**

מי שמשמש בפועל בתפקיד דירקטור, יהא תוארו אשר יהא". בתיקון מס' 4 לפקודה משנת 1991 נוספה הגדרת "נושא משרה" בסעיף 96כד, שהכילה יסוד מִרְבָּה דומה לנושאי משרה ובהם דירקטור ("כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה"). הגדרה זו עברה לסעיף 1 לחוק החברות. סעיף 373 לפקודה עוסק בדירקטור צללים בהוראה שעניינה ניהול בתרמית ברוח הדין האנגלי – דהיינו, מי שהדירקטורים נשמעים לו. בשנת 2001 הורחבה תחולת ההוראה לנושאי משרה ("לרבות כל מי שנושאי המשרה היו רגילים לפעול לפי הנחיותיו או הוראותיו"). בתי המשפט בארץ נזקקו לשתי הדוקטרינות פעמים אחדות, והתקיימו בהם דברי עמיתיהם שמעבר לים כי ההבחנה ביניהן מתעתעת ואין בה כשלעצמה תועלת חיונית.

הגיעו הדברים לידי כך שבתיקון מס' 16 לחוק החברות משנת 2011 נעשה ניסיון לבטל את דוקטרינת דירקטור הצללים באמצעות ביטול של דוקטרינת דירקטור דה פקטו. דברי ההסבר והדיונים בהצעת החוק מלמדים שמציעי התיקון סברו שנחוץ למנוע הכרה במעמד של "דירקטור צללים" ממי שלא מונה כדין, ובעיקר מבעלי שליטה שמנחים די-

רקטורים כיצד להצביע. להשגת תכלית זו נמחקו מהגדרות בחוק דווקא הביטויים של דוקטרינת דירקטור דה פקטו. הגדרת "נושא משרה" קובעת כיום כך: "מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי".

לאחר תיקון מס' 16 דירקטור הוא רק מי ש"חבר בדירקטוריון של חברה" – כלומר, מי שמונה כדין. לכן יש יתרון מסוים בבירור השאלה מיהם הדירקטורים שמונו כדין (שאלה שממילא אפשר לברר כיום באינטרנט בקלות). בד בבד, לצד קביעת חובה על הדירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי נקבע בסעיף 106 לחוק גם איסור על אדם לפגוע בשיקול דעת

עצמאי זה; על מפר האיסור הוחלו "החובות והאחריות החלים על דירקטורים לפי כל דין".

השינויים בחוק הביאו לתוצאה בלתי צפויה, כנראה. דוקטרינת דירקטור הצללים – אם אי פעם הוגבלה להקשר של ניהול בתרמית (וספק אם כך הוגבלה) – לא רק שלא בוטלה, אלא הורחבה כעת לתחולה כללית. זאת ועוד, בעוד דירקטור צללים נחשב במשפט המשווה כמי שרוב הדירקטורים נשמעים לו בדרך כלל, הרי שבישראל התיקון הרחיב את האחריות גם למי שדירקטור יחיד נשמע לו. זו קטגוריה פתוחה, וחוף מבעל שליטה שתלטן עשויים להימנות בה גם רעיה או קרוב משפחה שתלטנים, כוהני דת כריזמטיים או טיפוסים מפוקפקים אחרים שהדירקטור נפל ברשתם. אלה הבהרות רצויות, מכיוון שהן עולות בקנה אחד עם תכליתם של דיני האמור נאות בתאגיד.

התיקון לחוק הותיר בעינה את השאלה מי דה פקטו "עושה עבודה של דירקטור" ולכן צריך לשאת באחריות כמונאי. ברי כי לא הייתה כוונה לבטל את דוקטרינת דירקטור דה פקטו; למעשה, נכון להחילה על כל נושאי המשרה כהגדרתם ולא רק על דירקטורים – לאמור, יש להטיל אחריות כשל נושא

משרה על כל נושא משרה דה פקטו. זו דוקטרינה חיונית להתמודדות עם אנשים אשר פועלים כנושאי משרה בעצמם, ולא דווקא באמצעות השפעה על אחרים כנושאי משרה של צללים.

המדיניות המשפטית והפרשנית הראויה היא לנטוש לחלוטין ניסיונות להבחין בין הדוקטרינות ולהחילן במאוחד ובאופן כללי בדומה למשפט המשווה. בסיס לכך הונח כבר בפסיקה, לרבות בפרשות רכטר וגבעוני הנזכרות לעיל ומאזכרות את שתי הדוקטרינות בלי להיאחז בהבחנה ביניהן. בסיס חלופי ושיטתי יותר מצוי בדין האמונאות הכללי, ועל כן אפשר לראות דירקטור דה פקטו ודירקטור צללים כמי שקיבלו על עצמם לפעול כנושאי משרה על כל הכרוך בכך.

הפסיקה החדשה במשפט המשווה גורסת כי על בית המשפט לבחון את מכלול העובדות בענייניות על פי הנסיבות, בלי להיצמד למבחנים צרים, ולבדוק אם האדם הנידון השתלב במנגנוני הממשל התאגידי בחברה