

חובת הזהירות של נושאי-משרה בחברות קטנות כלפי נושי החברה – בעד מבחן אובייקטיבי

מאת

יעד רותם*

אימתי נושא-משרה בחברה בע"מ חב חובת זהירות כלפי נושה שלה? המחוקק השאיר את התשובה לשאלה זו לבתי המשפט, ואלו קבעו כי האיזון ההולם בין שיקולי המדיניות המצדיקים הטלת חובת זהירות לבין אלו השוללים אותה מוביל למסקנה כי חובת זהירות כאמור קיימת רק כאשר "ניתן לבסס מערכת נתונים החורגת מגדר פעילותו הרגילה והשיגרית של נושא משרה בחברה..." (ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, 792 (1997)). ברם כדי ליישם מבחן זה נזקקים בתי המשפט לעתים תכופות לתבחינים מעורפלים, כגון שאלת קיומם של "יחסים מיוחדים" בין הנושה לבין נושא-המשרה או שאלת מעמדו של נושא-המשרה בחברה (אם היה "הרוח החיה" אם לאו). התוצאה היא שניבוי אחריותו האישית ברשלנות של נושא-משרה כלפי נושה של החברה בהקשר נסיבתי זה או אחר הפך למשימה קשה במיוחד. הקושי בולט כאשר מדובר בנושאי-משרה המכהנים בחברות קטנות. בחינת הרקע הכלכלי לפעילותן של חברות אלו במשק הישראלי, בפרט כשהן נתונות בקשיים פיננסיים, מגלה כי חוסר הוודאות באשר לקיומה של חובת זהירות של נושאי-המשרה המכהנים בהן כלפי נושיהן מעורר בין היתר חשש מפני כרסום-יתר ביתרונות ההתאגדות והרתעת נושאי-משרה מליטול סיכונים עסקיים רצויים. ברשימה זו אטען כי יש לפזר את ערפל חוסר הוודאות המכביד על פעילותם של נושאי-משרה בחברות קטנות, בין היתר גם כדי לסייע בידיהם לחלקן חברות כאלו מקשיים פיננסיים. לשם כך על בית המשפט להכריע אם פעילות נושא-המשרה חרגה מגדר פעילות רגילה ושיגרית (כדי לקבוע אם קיימת חובת זהירות) רק על יסוד תבחינים פשוטים ואובייקטיביים, אשר מלבד היותם רלוונטיים מן הבחינה העניינית, קל יהא לנושא-המשרה להסתמך עליהם מראש, ולבית המשפט לבררם כעניין שבעובדה בדיעבד. לכן למשל על בית המשפט להעדיף שימוש בתבחינים כגון אלה: יכולת הנושה, לפי סוג הנושים שעמם הוא נמנה, לתמחר את סיכוני העסקה עם החברה; סירוב מפורש של נושא-המשרה לחתום על ערבות אישית; קיומו של דפוס עסקי פסול, אם הונהג בחברה, ועוד.

* חוקר אורח, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ברקלי, קליפורניה; מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן. תודה לבועז שנור על הערותיו ולעודד ורמל על סיוע במחקר. תודה מיוחדת לעורכת כתב העת משפטים על אתר, גליה דאור, ולחברי כתב העת משפטים, על הערותיהם ועל עבודת עריכה מצוינת.

מבוא. א. חובת הזהירות של נושאי־משרה כלפי נושי החברה – המסגרת הנורמטיבית.
 1. תכליות הדין; 2. ההסדר המשפטי; ב. נושאי־משרה בחברות קטנות – רקע כלכלי.
 1. הון אנושי; 2. ריחוק מן הנושים; 3. התמודדות עם קשיים פיננסיים; 4. הנושים
 התובעים; ג. הדין הרצוי – התבססות על תבחינים אובייקטיביים פשוטים. 1. מסגרת
 הדין; 2. תבחינים אובייקטיביים אפשריים; סיכום.

מבוא

בשנים האחרונות מתלבט בית המשפט העליון בשאלת היקף אחריותם האישית האזרחית של נושאי־משרה בתאגידים – בעיקר בחברות בע"מ המשמשות מסגרת לפעילותם של עסקים קטנים¹ – כלפי צדדים שלישיים, כלומר נושים של החברה.² בניגוד לשיח המשפטי המקובל, המתאר חבות עצמאית של נושאי־המשרה, אשר לכאורה מנותקת

1 רשימה זו מבקשת למקד את הדיון בחברות המשמשות מסגרת לפעילות עסקים זעירים וקטנים (להלן: חברות קטנות) מתוך הנחה שקיימים הבדלים בין חברות כאלו לחברות בינוניות וגדולות, שהם עקרוניים לשאלה המשפטית שעל הפרק. עם זאת יש להעיר כי הפסיקה, וגם הספרות, לרוב אינן נוקטות הבחנה זו לצורך הדיון בחובת הזהירות של נושאי־משרה כלפי צדדים שלישיים. יש להוסיף ולהעיר כי בתחיקה הישראלית, לרבות בחוק החברות, התשנ"ט–1999, ס"ח 1711, אין הגדרה פורמלית המזהה "עסק בינוני", "עסק קטן" או "עסק זעיר". הרשות לעסקים קטנים, שהוקמה ביזמת המדינה ומטרתה לסייע בפיתוח עסקים קטנים ובינוניים בישראל, נוקטת את ההגדרות האלה:

סוג העסק	הגדרת הרשות לעסקים קטנים
עסק בינוני	חברה או עוסק, המעסיקים עד 100 עובדים ומחזור מכירותיו קטן מ-100 מיליוני ש"ח בשנה.
עסק קטן	חברה או עוסק, המעסיקים עד 50 עובדים ומחזור מכירותיו קטן מ-25 מיליוני ש"ח בשנה.
עסק זעיר	חברה או עוסק, המעסיקים עד 5 עובדים ומחזור מכירותיו קטן מ-10 מיליון ש"ח בשנה.

להגדרות המשמשות את הרשות לעסקים קטנים ראו החלטה 2190 של הממשלה ה-31 "ייעול ומיקוד הסיוע לעסקים קטנים" (12.8.2007) www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Decisions/2007/08/des2190.htm.

2 להלן: שאלת האחריות האישית או האחריות האישית של נושאי־המשרה. יש להבחין בין שאלה זו לבין שאלה אחרת והיא שאלת אחריותו (חובת הזהירות) של נושאי־המשרה כלפי החברה עצמה. ראו בהקשר זה סעיף 252(א) לחוק החברות.

מחבותה של החברה,³ מדובר לאמתו של דבר באחריות אישית של נושאי-המשרה לפירעון חוב של החברה, שהיא עצמה לא פרעה,⁴ שכן כל עוד החברה עצמה כשרת-פירעון, שאלת היקף אחריותו האישית של נושאי-המשרה כלפי צד שלישי – למשל בנוזקין – בדרך כלל לא תתעורר, מכיוון שבפועל החברה תפרע את החוב (ונושאי-המשרה לא ייתבע כלל),⁵ או אפשר שתתעורר באשר לסוגיית חלוקת האחריות בין החברה לבין נושאי-המשרה (אם החברה תחליט, במקרה נדיר, לתבוע את נושאי-המשרה לשפותה). שאלת אחריותו של נושא המשרה כלפי צד שלישי מתעוררת אפוא אך ורק משום שהחברה עצמה, שהיא החייבת "האמתית" מבחינה כלכלית, אינה יכולה לפרוע חוב לאותו צד שלישי, נושה שלה, בשל קשיים פיננסיים. מדובר בחוב שיסודו בהתקשרות חוזית בין החברה לבין הנושה (למשל, חוב כספי בגין סחורה או שירות שסיפק הנושה לחברה או הלוואה שנתן לה), בעילה שטרית (שטר שמשכה החברה וחולל באי-פירעון) או בחיוב נזיקי של החברה כלפי הנושה (למשל בעוולת רשלנות או בעוולת הפרת חובה חקוקה).⁶ עם זאת לצורך הטלת אחריות אישית על נושאי-המשרה לחוב החברה אין בוחנים מה היה חלקו בכישלונה הפיננסי של החברה (וחוסר יכולתה לפרוע את חובה),

3 ראו למשל ע"א 725/78 בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן, פ"ד לה (4) 253, 256 (1981) (להלן: פרשת בריטיש); ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ, פ"ד מח (5) 661, 699 (1994) (להלן: פרשת צוק אור).

4 ראו והשוו דברים שנאמרו באנגליה בפרשת Ferguson v. Wilson, (1866) L.R. 2 Ch.App. 77, 89-90. דרך התבוננות כלכלית זו אינה שוללת כמובן את המסקנה המשפטית שלפיה חיובו של נושאי-המשרה הוא חיוב עצמאי הנפרד מחיובה של החברה.

5 סעיף 47 לחוק החברות, שכותרתו "מעשי אורגן כמעשי החברה", קובע כי "פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה". ברי אפוא כי אם אפשר לתבוע ברשלנות, למשל, את נושאי-המשרה, בדרך כלל אפשר לתבוע גם את החברה. מכיוון שהדין מבקש להגן במידה זו או אחרת על נושאי-משרה מפני אחריות אישית, מבחינה מעשית קל יותר לנושה להגיש את תביעתו נגד החברה ולא נגד נושאי-המשרה. התביעה נגד נושאי-המשרה מוגשת בלית בררה, מכיוון שאי אפשר להיפרע מן החברה. ראו גם דברי הנשיא שמגר בפרשת צוק אור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699 לפסק הדין. אשר לאפשרות שהחברה תפנה בתביעת שיפוי אל נושאי-המשרה, שלכאורה אחראי עמה יחד ולחוד, הרי שככל שמדובר בחברות קטנות, נושאי-המשרה הוא במקרים רבים גם בעל השליטה בחברה או בעל מניות בעל חשיבות, ועל כן אין חברות אלו, גם כאשר הן כשרות-פירעון, נוהגות לפנות בתביעת שיפוי אל נושאי-המשרה.

6 יש להבחין בין שאלת אחריותו האישית של נושאי-המשרה בגין פעולות שביצע בכשרותו כנושאי-משרה לבין אחריותו האישית בשל מעשים שעשה שלא בכשרותו כנושאי-משרה. רשימה זו אינה עוסקת במקרים מן הסוג האחרון אלא רק באחריותו האישית לפעולות שביצע בכשרותו כנושאי-משרה. יש להבחין עוד בין מצב שבו נושאי-המשרה מעורב באופן אישי במעשים שהקימו את החיוב, לבין מצב שבו הוא אינו מעורב אישית, אך הטענה היא כי עצם כהונתו כנושאי-משרה, רום משרתו או יכולתו לפקח צריכים להביא לחיובו כמעוול משותף עם התאגיד יחד. גם במקרים מן הסוג הזה אין רשימה זו עוסקת.

אלא מה היה חלקו האישי בהיווצרות נזקו של הנושה.⁷ בהקשר זה מעשיו של נושא-המשרה נבחנים במידה רבה כאילו פעל הוא למען עצמו, והחברה מעולם לא הייתה קיימת. כדי להבין מדוע, יש להיזכר בהקשר היוריספרודנטלי הרלוונטי: עניינו למעשה בנקודת תפר שבין דיני התאגידים, שבאופן טבעי שואפים לייחס את החיוב לאישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד, לבין דיני החוזים, הנזיקין או השטרות, שברגיל מתמקדים באדם שביצע מעשה שלא כדין.⁸

בתיקון משנת 2005 המחוקק קבע בסעיף 54(א) לחוק החברות, שכותרתו "אחריות יחיד האורגן", כי "אין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן, לחברה, כדי לגרוע מהאחריות האישית שיחיד האורגן היו נושאים בה אילולא אותו ייחוס"⁹ וביטל את הוראת סעיף 54(ב) לחוק החברות, שבעבר קבעה בין היתר כי "רשאי בית משפט לייחס את זכויותיה וחובותיה של החברה ליחידים באורגנים השונים, אם התקיימו התנאים הקבועים להרמת מסך [...]". תשתית תחקיתית לקונית זו מעוררת שאלות משפטיות מורכבות, שברובן טרם הוכרעו על ידי הפסיקה.¹⁰

אחד הבסיסים הנפוצים להטלת אחריות אישית על נושאי-משרה בחברה כלפי נושה הוא של עוולת הרשלנות. המחוקק, שהקפיד להבהיר כי נושא-משרה חב כלפי החברה עצמה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין,¹¹ הותיר לבית המשפט את מלאכת עיצוב חובת הזהירות של נושאי-משרה כלפי צדדים שלישיים שאינם החברה או בעלי מניותיה. בית המשפט מצדו ניסה את כוחו בעיצוב מבחנים משפטיים. כך נקבע כי נושא-משרה חב חובת זהירות כלפי נושה של החברה רק אם ניתן לבסס "מערכת נתונים החורגת מגדר פעילותו הרגילה והשיגרתית של נושא משרה בחברה [...]"¹². בית המשפט אף הצביע על תבחינים שונים המסייעים בגיבוש יסודות האחריות ברשלנות.¹³

7 ראו למשל ע"א 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 83–84 (2004).

8 ראו Lexa Hilliard, *Liabilities of Directors to Third Parties*, in COMPANY DIRECTORS – DUTIES, LIABILITIES, AND REMEDIES 819, 827 (Simon Mortimore ed., 2009).

9 חוק החברות.

10 כך למשל טרם הוכרעה שאלת האפשרות להרים מסך אל נושא-משרה חרף ביטול סעיף 54(ב) הנ"ל. ראו והשוו חוות דעתו של השופט רובינשטיין בע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, פס' 9(ג) לפסק דינו (פורסם בנבו, 16.10.2005); עם חוות-דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 313/08 נשאיבי נ' רינראוי, פס' 2 לפסק דינו (פורסם בנבו, 1.8.2010).

11 [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. ראו סעיף 252(א) לחוק החברות. כן ראו סעיף 252(ב) לחוק החברות, המדגיש כי אין בקיומה של חובת זהירות של נושא-משרה כלפי החברה "כדי למנוע קיומה של חובת זהירות של נושא-משרה כלפי אדם אחר".

12 ראו ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, 792 (1997).

13 ראו להלן ה"ש 50 והדיון בטקסט הצמוד לה. כך למשל נקבע כי מעמדו של נושא-המשרה "כרוח החיה" בחברה מצדיק להכיר בחובת זהירות שלו כלפי הנושה. ראו ע"א 2792/03 יצהרי נ' טל אימפורט (מוצרי היער) בע"מ, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 14.12.2006).

ברם ניבוי אחריותו האישית של נושא-משרה בהקשר נסיבתי זה או אחר הפך, כך נראה, למשימה קשה וחמקמקה עד מאוד. במיוחד בולט הדבר ביסוד חובת הזהירות.¹⁴ בסופו של דבר נדמה כי בבואה להטיל – או לשלול – חובת זהירות כלפי צדדים שלישיים הפסיקה נעה כמעין מטוטלת, ללא חוקיות מיוחדת, בין שני קטבים – האחד מחמיר עם נושאי-משרה והשני מקל עמם.¹⁵ הוכחה אחת לכך אפשר למצוא למשל בהשוואה בין שתי פרשות שבהן טענו נושים של החברה לרשלנות מצד נושאי-משרה, ואשר הוכרעו לאחרונה על ידי בית המשפט העליון, בהפרש של חודשים ספורים בלבד זו מזו. בפרשה האחת, פרשת זליץ,¹⁶ הוטל על נושאת-משרה שניהלה את חניון החברה-מעסיקתה והנהיגה בו הסדר של חניות כפולות תוך הפקדת מפתחות הרכב בידי סדרן החניון, לשאת באופן אישי בנזקה של לקוחה של החברה שרכבה נגנב מן החניון לאחר שהוחנה בחניה כפולה.¹⁷ נושאת-המשרה חויבה על יסוד עוולת הרשלנות תוך שנקבע כי קמה לה חובת זהירות כלפי בעלת הרכב בשל "הייחוד של הסיטואציה שיצרה [...] כמנהלת, קרי, פתיחת הפתח לקיומו של נוהג החניות הכפולות (תוך הפקדת המפתח) ואי סגירת הפרצות שהדבר יצר".¹⁸ בפרשה השנייה, פרשת נשאשיבי,¹⁹ נדחתה תביעת רשלנות שהגישו רוכשי דירות נגד נושאי-משרה שהחברה הקבלנית שבה כיהנו לא הבטיחה במלואם כספים ששילמו הרוכשים עבור דירות שמכרה להם החברה, כנדרש על פי חוק.²⁰ בפרשה זו קבע בית המשפט העליון כי לנושאי-המשרה, שהיו המנהלים והבעלים של החברה, לא הייתה חובת זהירות כלפי הרוכשים, בין היתר משום שלא שררו בינם לבין רוכשי הדירות "יחסים מיוחדים" ומשום שלא הוכח כי נושאי-המשרה ערכו באופן

14 אשר ליסוד ההתרשלות, הנקבע בעזרת מבחן של סבירות, הרי שבהקשר זה אראה כי אין טעם להתמקד בו כדי להגביר את הוודאות הדרושה בסביבה העסקית שבה פועלים נושאי-משרה בחברות קטנות. ראו להלן ה"ש 88 והטקסט הצמוד לה.

15 השוו פרשת מתתיהו, לעיל ה"ש 12, עם רע"א 7875/06 זליץ נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 29.11.2009). בעיה זו אינה ייחודית רק להקשר של אחריות ברשלנות של נושאי-משרה. היא מכבידה גם בהקשרים אחרים שבהם מתלבטת הפסיקה באשר להיקף האחריות הרצוי ברשלנות. ראו למשל ההתלבטות בענין היקף האחריות ברשלנות של עובדי-ציבור ורשויות ציבור. ראו ע"א 7008/09 עבד-אל-רחים נ' אלקאדר (פורסם בנבו, 7.9.2010).

16 לעיל ה"ש 15.

17 שם.

18 שם, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

19 לעיל ה"ש 10.

20 הדרישה להבטחת כספי הרוכשים נגזרת מהוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, ס"ח 14.

אישי לחובות החברה לרוכשים.²¹ כמובן אפשר לטעון כי ההכרעה בדבר קיומה של חובת הזהירות במקרה האחד והיעדרה במקרה השני יסודה בהבדלים שבין נסיבות כל אחד מן המקרים הללו.²² אולם סוגיית הפרת החוק במהלך פעילות החברה מספקת אמת מידה אובייקטיבית להשוואה בין הפרשות:²³ בפרשה האחת, שבה הפרקטיקה העסקית שהנהיגה נושאת-המשרה (חניה כפולה בחניון פרטי) הייתה חוקית,²⁴ נקבע כי לנושאת-המשרה חובת זהירות כלפי לקוחות החברה, ואילו בפרשה השנייה, שבה הפרקטיקה העסקית הנהוגה בחברה (מכירת דירות ללא הבטחת מלוא כספי הרוכשים) הייתה בלתי חוקית במובהק, נקבע כי לנושאי-המשרה אין חובת זהירות כלפי לקוחות החברה.²⁵ הצבעה על התנהגות של נושא-משרה המחייבת הטלת אחריות אישית עליו לחוב של החברה לנושה שלה, בדרך כלל אינה אינטואיטיבית. בעיקרו של דבר דרושה הכרעה בשאלה אימתי נושא-משרה, אשר פועל קודם כול למען החברה ורווחיה ולא למען עצמו, צריך לחוב באופן אישי כלפי מי שהם במקור נושי החברה ולא נושיו שלו. הכרעה זו, כפי שאראה מיד בפרק א של המאמר, מבוססת על איזון מורכב בין שיקולי מדיניות

21 ראו פרשת נשאישי, לעיל ה"ש 10, פס' 55 לפסק דינו של השופט דנציגר. כן ראו שם, חוות דעתם של המשנה לנשיאה ריבלין והשופט ארבל, המסכימים למסקנה כי לנושאי-המשרה באותה פרשה לא הייתה חובת זהירות כלפי רוכשי הדירות.

22 אם כי גם טענה זו אינה משכנעת. כלום אפשר להצביע בפרשת זלץ על "יחסים מיוחדים" בין נושאת-המשרה (מנהלת החניון) לבין הלקוחה שרכבה נגנב? השתיים לא נפגשו כלל פנים אל פנים. האם מעמדו המיוחד של נושא-המשרה בחברה הוא שעשה הבדל בין הפרשות? בפרשת זלץ אמנם הייתה מנהלת החניון בעמדה מצוינת למנוע את גנבת הרכב, אך למסקנה דומה אפשר להגיע גם באשר לנושאי-המשרה בפרשת נשאישי, שכזכור לא היו סתם מנהלים שכירים בחברה אלא גם בעליה.

23 יש להעיר כי הפסיקה עצמה היא שהדגישה את החשיבות שיש לליקוי בהתנהלותו של נושא-המשרה לעניין יסוד חובת הזהירות דווקא (ולא רק בהקשר של יסוד ההתרשלות). ראו פרשת זלץ, לעיל ה"ש 15, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (הקובע כי הייתה לנושאת-המשרה חובת זהירות בשל "חלקה האישי בהיווצרות הפרצות שלא נסתמו"); פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 12 לפסק הדין (המדגיש את ההשפעה על קיומה של חובת זהירות שיש לדפוס התנהלות עסקי החורג "באופן משמעותי ממתחם הסיכונים העסקיים הסבירים ואינן" ראוי [...]) להגנה"). קשה אפוא לטעון כי ליקוי כלשהו בהתנהגותו של נושא-המשרה ראוי שישפיע על היקף חובת הזהירות שלו, ואילו ליקוי כבד יותר (העולה כדי הפרת החוק) לא ישפיע. ראו גם הדיון להלן בסעיף (ג) בתת-פרק 2.2. ואמנם דומה ששאלת קיומו של ליקוי התנהגותי בדרגה זו או אחרת בהתנהגותו של נושא-המשרה ראוי שתהיה רלוונטית לעיצוב חובת הזהירות שלו, המושתתת גם על שיקולים נורמטיביים של הכוונת התנהגות.

24 ראו פרשת זלץ, לעיל ה"ש 15, פס' 14 לפסק הדין.

25 כמובן, בהשוואה הזאת יש כדי לחשוף את חוסר העקיבות שבפסיקת בית המשפט העליון, אך אין בה כדי להצביע על הגישה העדיפה – זו המקלה עם נושאי-המשרה או זו המחמירה עמם. לדוגמאות נוספות לחוסר עקיבות השוו פרשת בריטיש, לעיל ה"ש 3 לפרשת מתתיהו, לעיל ה"ש 12.

מגוונים. זאת ועוד, מכיוון שתביעות נושים נגד נושאי-משרה מוגשות רק, או בעיקר, כאשר החברה עצמה חדלת פירעון, ברי כי אירועים רבים המעוררים את שאלת אחריותם ברשלנות של נושאי-משרה כלפי נושי החברה מתרחשים בעת שבה החברה בע"מ נתונה בקשיים פיננסיים, ופעילות נושא-המשרה לחילוץ מקשייה מחריפה את ניגוד האינטרסים הקיים ממילא בין טובת החברה לבין טובת נושיה.²⁶ אמנם, בחברות קטנות נושא-משרה עשוי להיות לא רק שכיר, שאיננו בעל השליטה בחברה (להלן גם: נושא-המשרה השכיר), אלא גם היזם עצמו, השולט בחברה (להלן: נושא-המשרה היזם). ברם גם נושא-המשרה היזם אינו נתפס כיום כמי שמשמש מעין "חברת ביטוח" של נושי העסק במקרה של כישלון, והוא רשאי לחלוק עם הנושים בסיכוני העסק.²⁷

הבעיה של חוסר ודאות בתיחום אחריותם של נושאי-משרה כלפי נושי החברה אינה מתעוררת רק במשפט הישראלי,²⁸ אך היא מכבידה במיוחד על נושאי-משרה בסביבה הכלכלית שבה פועלות חברות קטנות ישראליות, שאותה אתאר בפרק ב של המאמר. בסביבה זו למשל נגישותם של אמצעים פורמליים שונים שהדין מעמיד לצורך מהלכי שיקום וארגון מחדש אינה מן המשופרות, ולכן נאלצים נושאי-משרה – בין שאלו השכירים ובין שאלו היזמים – המבקשים להתגבר על קשיים פיננסיים של החברה שבה הם מכהנים, לנקוט מהלכים עצמאיים שנויים במחלוקת, אשר חושפים אותם לאפשרות של נשיאה באחריות אישית כלפי נושי החברה. נושאי-משרה רבים מגלים אפוא לעתים – בנסיבות שבהן יש חשיבות מיוחדת ליכולתם להפגין יזמה ולסכן עצמם כדי לסייע לחברה להיחלץ מקשייה – כי הם מתקשים לדעת מראש אם מהלך זה או אחר שהם מעוניינים לנקוט (למשל, בהמשך לדוגמה שהוזכרה לעיל: להתיר חניה כפולה בחניון החברה כדי להגדיל את הכנסותיה) יביא בדיעבד לחיובם באופן אישי בחוב של החברה, גם אם לא חתמו על ערבות אישית כלפי הנושה בעל החוב.

ברשימה קצרה זו אני מבקש לטעון כי יש לשאוף לפזר את ערפל חוסר הוודאות משום שהוא מכביד כיום על פעילותם של מנהלים ודירקטורים רבים בחברות קטנות –

26 ראו ע"א 7516/02 פ"ד נ' יוכמן, פ"ד ס' (1) 85, 69 (2005).

27 ראו Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 90–91 (1985). לתפישה שונה ראו FRANK H. KNIGHT, RISK, UNCERTAINTY AND PROFIT 270 (1921).

28 לתיאור בעיה דומה במשפט האנגלי ראו ANDREW KEAY, COMPANY DIRECTORS' RESPONSIBILITIES TO CREDITORS 3–4 (2007); Harry J. Glasbeek, *More*; במשפט הקנדי ראו John A. Pearce, II & Ilya A. Lipin, *The Duties of Directors and Officers Within the Fuzzy Zone of Insolvency*, 19 AM. BANKR. INST. L. REV. 361 (2011) (העוסק במקרים בהם החברה קרובה לחדלות פרעון); DEBORAH A. DEMOTT, SHAREHOLDER DERIVATIVE ACTIONS: LAW AND PRACTICE 31–37 (2011–2012).

מגזר האחראי לחלק ניכר מן התוצר הגולמי במשק הישראלי.²⁹ על כן כאשר עולה על הפרק שאלת אחריותם האישית לחובות של התאגיד המעסיקם – לפחות בהקשר של עוולת הרשלנות – על בית המשפט לעצב את ההסדר המשפטי תוך שהוא מגביל עצמו, בשלב יישום המבחן שנקבע בפסיקה להטלת חובת זהירות, לשימוש רק בתבחינים פשוטים ואובייקטיביים, אשר לבד מהיותם רלוונטיים מן הבחינה העניינית גם יהא קל לנושא המשרה להסתמך עליהם מראש, ולבית המשפט לבררם כעניין שבעובדה בדיעבד.³⁰ תבחינים כאלה יוצעו בפרק ג של המאמר.

א. חובת הזהירות של נושאי-משרה כלפי נושי החברה – המסגרת הנורמטיבית

1. תכליות הדין

אחריותם של נושאי-משרה בחברה בעוולת המסגרת של רשלנות כלפי נושי החברה תקום כידוע אם מלבד נזק שסבל הנושה וקשר סיבתי לנזק יוכח כי נושא-המשרה התרשל, כלומר נהג שלא כפי שנושא-משרה סביר היה נוהג במצבו, וכן כי הייתה לו חובת זהירות, מושגית וקונקרטית, כלפי הנושה. שאלת קיומה של חובת הזהירות מוכרעת על ידי בדיקת שכנות וצפיות נורמטיבית. לענייננו אפשר להסתפק בהצבת השאלה על פי הנוסחה הזאת, שהוזכרה בפסיקה: "האם בין המזיק לבין הניזוק התקיימו יחסי קירבה שבעטיים היה על המזיק לצפות את קרות הנזק הן במישור הפיסי והן במישור הנורמטיבי, בכפוף לקיומם של שיקולי מדיניות משפטית המצדיקים במקרה נתון את צמצום היקף האחריות הנזיקית".³¹ את שאלת המדיניות העומדת במרכז ההסדר בעניין חובת הזהירות של נושאי-משרה בחברה כלפי צדדים שלישיים אפשר – ואולי אף

29 ראו עמי צדיק עסקים קטנים ובינוניים בישראל ובמדינות המפותחות 4 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2007) (מקור הנוקב בנתון האמור אך מתייחס גם לחברות בינוניות).

30 רשימה זו אינה עוסקת אפוא בשאלת מיקומה של נקודת האזיון הרצויה בין השיקולים התומכים בהטלת חובת זהירות על נושאי-משרה כלפי נושה של חברה חדלת פירעון לבין השיקולים התומכים בשלילת חובה שכזו. כאמור, עמדת הפסיקה הישראלית היא כי נקודת האזיון הראויה בין השיקולים המנוגדים מתבטאת בהטלת חובת זהירות בנסיבות שבהן "נדרש לבסס מערכת נתונים החורגת מגדר פעילותו הרגילה והשיגרתית של נושא משרה בחברה [...]" (פרשת מתתיהו, לעיל ה"ש 12, פס' 27 לפסק הדין). רשימה זו עניינה באופן שבו מיישמת הפסיקה את המבחן שקבעה ומכריעה מתי לפנינו מערכת יחסים החורגת מגדרי מערכת יחסים "רגילה" של נושא-משרה ונושה של החברה. במובן זה, מדובר ב"כוונון" (fine tuning) של נקודת האזיון, הנושא עמו, כפי שיובהר, פוטנציאל רב לשיפור איכות ההסדר המשפטי.

31 ראו פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

הכרחי – לנסח גם כך: בהנחה שנושאי-המשרה אשר פעל בשם החברה ובשבילה התרשל,³² כלום ראוי כי יישא בנזקי הנושה של החברה שנגרמו מהתרשלותו? הכול יודעים להסביר כי ההכרעה בשאלת מדיניות זו היא פרי איוון בין שתי קבוצות שיקולים המתנגשים אלה באלה.³³ מן הצד האחד שיקולי צדק מבקשים להעדיף את הניזוק על פני נושאי-המשרה שבהתנהגותו גרם לנזק, ולהבטיח לניזוק כי יוכל להיפרע את נזקו גם אם איתרע מזלו והחברה עצמה אינה יכולה לפרעו.³⁴ אליהם מצטרפים שיקולי יעילות כלכלית: מדובר בשיקולי הרתעה ומניעת החצנה, אשר מבקשים להבטיח כי נושאי-משרה יפעלו בזהירות וימנעו מהחצנת הסיכון הגלום בפעילות החברה אל נושה.³⁵ חשיבותו של שיקול זה מתעצמת במיוחד בתקופות שבהן החברה נתונה בקשיים פיננסיים, שכן אז גובר החשש מניסיון של נושאי-המשרה "להמר על כל הקופה", המדולדלת ממילא, של החברה.³⁶ זאת ועוד, במקרים מסוימים נושאי-המשרה הוא "המונע הזול" של נזק בעל אופי תאונתי, וממילא יש לראות בו האחראי להיווצרותו (גם אם המסגרת המשפטית הרחבה של עוולת הרשלנות איננה קובעת משטר של אחריות מוחלטת).³⁷ המסגרת של הטלת אחריות אישית על נושאי-משרה עשויה לחסוך למתקשרים עם החברה השקעה בכתיבת חוזה שיגן עליהם ובפיקוח על הנעשה בחברה, ובכך להוזיל לחברה בע"מ עצמה את עלות האשראי.³⁸ על כך אפשר להוסיף עוד שיקול – של פיזור הנזק, לפחות באופן תאורטי:³⁹ נושאי-המשרה יכול לדאוג מראש כי החברה תרכוש בשבילו ביטוח מתאים מפני אחריות כלפי צד שלישי, תתאים את מחיר המוצר

32 ההנחה ברשימה זו היא כי אין מחלוקת כי מתקיימים שלושת היסודות האחרים מלבד חובת זהירות: נזק שנגרם לנושה, סיבתיות והתרשלות של נושאי-המשרה, שאם לא כן הדיון בקיומה של חובת הזהירות מתייתר. גם אם זו קיימת, נושאי-המשרה פטור מאחריות.

33 ברקע הדברים עומד ויכוח אידאולוגי סבוך בין המצדדים בתפיסה חוזית של דיני החברות, המתבססת בעיקר על רציונלים כלכליים, לבין אחרים התומכים בתפיסה המכונה "פרוגרסיבית" ומבקשת לקדם ערכים הומניים וקהילתיים. לתיאור התפיסות השונות ראו KEAY, לעיל ה"ש 28, בעמ' 293 ואילך.

34 ראו פרשת צוק אור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 698.

35 שם; פרשת יצחק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 76.

36 לחשש זה בהקשר של חברות קטנות ראו Rizwan J. Mokal, *An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives and the Creditors' Bargain*, 59 CAMBRIDGE L.J. 335, 353–354 (2000).

37 ראו פרשת יצחק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 77–78. לאפשרות להשתמש בעקרונות "מניעה זולה" במשטר של רשלנות ראו Giuseppe Dari-Mattiacci & Nuno Garoupa, *Least-Cost Avoidance: The Tragedy of Common Safety*, 25 J.L. ECON. & ORG. 235, 239 (2009).

38 ראו KEAY, לעיל ה"ש 28, בעמ' 317.

39 לדיון באופן שבו אפשרות זו מתממשת בפועל ראו להלן פרק ג.2.

שהיא מייצרת לסיכונים שהיא יוצרת, תחזיק הון עצמי גבוה מספיק וכך הלאה.⁴⁰ לבסוף אפשר לטעון כי שיקולים הנוגעים לתכלית החברה מחייבים להטיל במקרים מסוימים אחריות אישית על נושא המשרה, ככל שתכלית החברה היא "לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות [...] אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו [...]".⁴¹

מן הצד האחר קיימים שני שיקולים עיקריים⁴² המצביעים על הצורך בצמצום אחריותם של נושאי-משרה כלפי נושי החברה: השיקול האחד מבוסס על ההבנה כי הטלת חובת זהירות על נושא-המשרה מכרסמת ביתרונות הגלומים בהתאגדות באמצעות אישיות משפטית נפרדת, וכך בין היתר אף מרתיעה יזמות.⁴³ דוקטרינת האחריות האישית, הבוחנת את התנהגות היזם בכובעו כנושא-משרה בחברה, שוחקת את היתרונות הנובעים מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ומעקרון הגבלת האחריות, שכן בסופו של יום נמצא כי היזם אינו נהנה מהגבלת אחריות מלאה באשר לחובות עסקו, והוא חב בעצמו בחוב שבמקורו הוא חוב עסקי (כלומר חוב "של החברה").⁴⁴ בשביל בעלי עסקים בחברות קטנות (המכונים בהן כנושאי-משרה) דוקטרינת האחריות האישית של נושאי-משרה מרחיבה אפוא את מעגל החשיפה האישית שלהם לאחריות, אשר מאיים עליהם ממילא במסגרת המשפטית של דוקטרינת הרמת המסך.

שיקול שני, המשלים את קודמו, מצביע על הצורך בצמצום אחריותם של נושאי-משרה בחברה כלפי נושיה בשל החשש מפני הרתעת-יתר של נושאי-משרה מפני נטילת סיכונים עסקיים שוטפים.⁴⁵ סוגיה זו של סיכונים עסקיים חשובה בחברות קטנות, בין היתר במצבים שבהם החברה נתונה בקשיים פיננסיים אך אפשר שכישלונה איננו

40 ראו Timothy P. Glynn, *Beyond 'Unlimiting' Shareholder Liability: Vicarious Tort Liability for Corporate Officers*, 57 VAND. L. REV. 329, 400–402 (2004).

41 ראו ד"ר נ' פנידר, *חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו*, פ"ד (4) 673, 695 (1983) (דין בשיקול זה בהקשר של אחריות נושא-משרה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, ס"ח 118).

42 שיקול נוסף שהוזכר בספרות נוגע לגידול בעלויות פיקוח שייווצרו מחיוב נושאי-משרה להשגיח על מצבה הפיננסי של החברה. ראו KEAY, לעיל ה"ש 28, בעמ' 315–317. עם זאת כבעיית נציג, ההנחה היא כי בעלי המניות בחברה יפעלו כדי למזער את עלויותיה. זאת ועוד, ממילא לא ברור עד כמה שיקול זה מכביד בהקשר של חברות קטנות.

43 ראו פרשת זלץ, לעיל ה"ש 15, פס' 15 לפסק הדין; פרשת נשאישיבי, לעיל ה"ש 10, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל.

44 ראו גם Ross Grantham, *The Limited Liability of Company Directors*, 2007 LLOYD'S MAR. & COM. L.Q. 362 (2007) (המסביר כי עקרון הגבלת האחריות מגונן גם על נושאי-משרה בחברה).

45 ראו פרשת צוק אור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 702; פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל; פרשת נשאישיבי, לעיל ה"ש 10, פס' 54 לפסק דינו של השופט דנציגר (המצטט בהסכמה את דברי השופטת ארבל בפרשת יצהרי, שם).

כלכלי.⁴⁶ בהנחה שחלק מן החברות הקטנות הנתונות בקשיים פיננסיים תוכלנה להיחלץ מקשייהן, הרתעת-יתר של נושאי-המשרה עלולה לפגוע במאמצים לשקם חברות אלו.⁴⁷ מבחינה משפטית השאלה המתעוררת לצורך קביעתה או שלילתה של חובת הזהירות של נושאי-המשרה כלפי נושה של החברה היא מהו המבחן, או המבחנים, המשקפים כיאות את האיזון ההולם בין קבוצות שיקולים תאורטיים מתנגשים אלו.⁴⁸

2. ההסדר המשפטי

הפסיקה לא התעלמה מן השיקולים המצביעים על הצורך בצמצום חשיפתם של נושאי-משרה בחברה לאחריות אישית כלפי נושי החברה, בפרט בעוולת הרשלנות.⁴⁹ על רקע זה נקבע כי חובת זהירות של נושאי-משרה כלפי צדדים שלישיים אינה נצמחת מעצם כהונתו בתפקיד, והיא תקום רק אם אפשר להצביע על "נתונים נוספים" המלמדים על פעילות של נושאי-המשרה "החורגת מגדר פעילותו הרגילה והשיגרתית של נושא משרה בחברה".⁵⁰ מן הפסיקה עולה גם כי תבחינים שונים משמשים את בתי המשפט כדי

46 תורת המימון, ובעקבותיה דיני פירוק ושיקום חברות, מבחינים בין כישלון פיננסי של פירמה המשתקף בחוסר יכולתה לפרוע את חובותיה בהגיע מועד פירעונם, לבין כישלון כלכלי, שמשמעותו היא כי השאת שווי נכסי הפירמה מחייבת את פירוקה ומכירת נכסיה. ההנחה העומדת ביסוד דיני שיקום חברות היא כי פירמה עשויה להיכשל מן הבחינה הפיננסית מבלי להיות כישלון כלכלי. ייתכן שכישלונה הפיננסי נובע מהחלטות גרועות של קברניטיה באשר לאופן מימון פעילותה, אך ארגון מחדש של מבנה ההון שלה יאפשר לה להשתקם ולהפיק שווי של "עסק חי". ראו Douglas G. Baird, *Bankruptcy's Uncontested Axioms*, 108 YALE L.J. 573, 580–581 (1998).

47 ראו למשל Ann E. Conaway Stilson, *Reexamining the Fiduciary Paradigm at Corporate Insolvency and Dissolution: Defining Directors Duties to Creditors*, 20 DEL. J. CORP. L. 1, 91 (1995).

48 כמובן, השאלות מהי ההשפעה של כל אחד מן השיקולים שנמנו לעיל, או אם משטר אחריות נושאי-משרה נתון הוא בסיכומו של דבר יעיל או לא, הן בראש ובראשונה שאלות אמפיריות, שעדיין אין עליהן תשובה. ראו KEAY, לעיל ה"ש 28, בעמ' 318.

49 ההתלבטות בעניין זה אינה מיוחדת רק למשפט הישראלי. גם במדינות ארצות הברית למשל אפשר לזהות התלבטות דומה. ראו Martin Petrin, *The Curious Case of Directors' and Officers' Liability for Supervision and Management: Exploring the Intersection of Corporate and Tort Law*, 59 AM. U. L. REV. 1661, 1666–1667 (2010).

50 פרשת מתתיהו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 791–792. לכאורה זו גם הגישה הנוהגת במשפט האמריקאי. ראו למשל *Bowling v. Holdeman*, 413 N.E.2d 1010, 1014 (Ind. Ct. App. 1980) (המבהיר כי עצם תפקידו של נושאי-המשרה אינו יכול לגרור מניה וביה הטלת אחריות נזיקית אלא נדרשים נתונים נוספים המצביעים על קשר נוסף, מיוחד, של נושאי-המשרה לאירוע הנזק). עם זאת את עמדת הדין האמריקאי יש לסייג בשניים: ראשית, אחריות מעצם הכהונה בתפקיד עשויה להיות מוטלת במשפט האמריקאי מכוח הוראת חוק ישירה. לרשימת חוקים כאלו ראו Petrin, לעיל ה"ש 49, בעמ' 318.

להגיע למסקנה בדבר "חריגה מפעילות רגילה ושגרתית", כלומר למסקנה בדבר קיומה של חובת זהירות של נושא-המשרה כלפי נושה של החברה. בית המשפט קבע אפוא מבחן המשקף איזון בין תכליות הדין. אך כיצד מבחן זה מיושם?

אפשר לתאר, במידה מסוימת של הפשטה, שני סוגים של תבחינים שבהם משתמשים כדי לקבוע אם פעילותו של נושא-המשרה חרגה "מפעילות רגילה ושגרתית". מצד אחד לעתים מכריע בית המשפט על יסוד תבחינים עובדתיים, אובייקטיביים, פשוטים וברורים, שבית המשפט מעניק להם משמעות נורמטיבית. נקבע למשל כי עובדת כהונתו של נושא-המשרה כמנהל עבודה יחיד בחברה מקימה כשלעצמה חובת זהירות של נושא-משרה זה כלפי עובד של החברה אשר נפגע ממוט תיל שחדר לעינו בעת עבודתו.⁵¹ בדומה לכך נקבע כי הכשרה מקצועית מיוחדת של נושא-המשרה המשמשת אותו בגדר כהונתו עשויה להקים חובת זהירות.⁵² מנגד, בדרכו להכרעה בשאלת קיומה של חובת זהירות של נושא-משרה בית המשפט מתבסס לעתים על תבחינים מעורפלים, כגון קיומם של "יחסים מיוחדים" בין הנושה לבין נושא-המשרה;⁵³ טיב היסוד הנפשי של נושא-המשרה, ובעיקר מה הייתה מודעותו (למשל בדבר האפשרות שהחברה תפרע את חובה);⁵⁴ היות נושא המשרה משום "הרוח החיה" בחברה⁵⁵ ועוד. יתרה מכך, במקרים שבהם ננקטו התבחינים המעורפלים הללו לא הקפידה הפסיקה להבהיר מהן העובדות המדויקות שהביאו את בית המשפט לקבוע כי מתקיימים "יחסים מיוחדים" או

1674–1673. שנית, אפשר לעתים לזהות נטייה מצד בתי המשפט להכיר בקיומה של חובת זהירות של נושא-המשרה בשל השתתפותם האישית בביצוע המעשה שהוביל לנזק. ראו שם, בעמ' 1671. לביקורת על כך ראו שם, בעמ' 1684.

51 ראו פרשת יצחק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 77.

52 ראו פרשת מתתיהו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 792. ראו גם יחיאל בהט חברות – החוק החדש והדין: העשור השני 211 (מהדורה אחת-עשרה, התש"ע).

53 ראו למשל פרשת נשאיבי, לעיל ה"ש 10, פס' 55 לפסק דינו של השופט דנציגר.

54 ראו למשל פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל. למגמה דומה במשפט האנגלי ראו KEAY, לעיל ה"ש 28, בעמ' 53–59 (באשר לעילה המכונה "fraudulent trading") ובעמ' 73 (באשר לעילה המכונה "wrongful trading", שתכליתה לתמרץ נושא-משרה לפעול נוכח חדלות פירעון מסתמנת כדי להגן על האינטרסים של נושי החברה). עם זאת, ראוי להעיר כי תבחין זה שימש בפסיקה הישראלית בעיקר בהקשר לחובת תום-הלב. לחוסר הבהירות שנוצר מהצבת דרישה ליסוד נפשי ראו עמיחי פינקלשטיין "חובת הגילוי החלה על מנהלים של חברות בקשיים" תאגידים ג 28, 40 (2006) (המתאר את הקשיים המלווים את ההבחנה שיצרה הפסיקה בין מצבים תודעתיים שונים של נושא-המשרה: האחד, קיומו של "חשש כלשהו" לחדלות פירעון של החברה; השני, קיומו של "חשש ממשי וקונקרטי" לחדלות פירעון של החברה; השלישי, ידיעה ברורה שהחוב לא ייפרע).

55 ראו למשל פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

כי נושא-המשרה היה "הרוח החיה" בחברה, וכיצד יש לזהות תבחינים אלו.⁵⁶ ממילא אי אפשר להסיק כיצד על יסוד תבחינים אלו אפשר לנבא את אחריותו האישית של נושא-משרה.⁵⁷ התוצאה היא כי בשים לב למאפיינים המייחדים את חיי היום-יום שלהם (אשר יפורטו להלן) נושאי-משרה המכהנים בחברות קטנות מתקשים כיום לנבא את היקף חשיפתם לאחריות אישית ברשלנות כלפי נושי החברה. הצורך של נושאי-משרה בחברות אלו לעתים "להלך על חבל דק", במיוחד בעת שהחברה נקלעת לקשיים פיננסיים והם מנסים באמצעות מהלכים שונים לסייע בחילוץ מקשייה,⁵⁸ רק מחריף את הבעיה.

ב. נושאי-משרה בחברות קטנות – רקע כלכלי

הערכה ביקורתית של ההסדר המשפטי, ובמרכזה התייחסות לבעיה של חוסר הוודאות, מחייבת להבין גם את הרקע הכלכלי הרלוונטי לפעילותם של נושאי-משרה בחברות קטנות ישראליות. בחינת רקע זה חושפת כי נושאי-משרה אלו פועלים בסביבה כלכלית מורכבת שיש להתחשב במאפייניה בעת עיצוב ההסדר המשפטי בדבר חובת הזהירות שלהם כלפי נושי החברה. מורכבות זו נובעת משילוב כמה מאפיינים שיפורטו להלן.⁵⁹

56 ראו שם. ראו גם רע"א 9485/09 פרמייר ים המלח מעבדות קוסמטיקה בע"מ נ' נבו ישראל (2005) בע"מ, פס" 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 24.8.2010) (שם הוער כי אין די בהעלאת טענה כללית, אך נמנע מלהבהיר מה נדרש להוכיח).

57 ראו ההשוואה בין שתי פרשות שהובאה כדוגמה לעיל בפרק המבוא למאמר, לעיל ה"ש 15.

58 על כך להלן בתת-פרק ב.3.

59 חשוב להבהיר כי הבעיות והקשיים המלווים את פעילותם של נושאי-משרה בחברות קטנות, כפי שיתוארו להלן, אינם נגרמים מחוסר הוודאות שצוין ברשימה זו. המאפיינים שיתוארו להלן, כמכלול, מייצרים סביבה כלכלית ייחודית שכנגדה מעמיד המשפט מצדו הסדר אשר מוסיף למדורה חומר בערה בדמות בעיה של חוסר ודאות. לשון אחר, כדי להבין מדוע כה חשוב להגביר את הוודאות באשר לפעילותם של נושאי-משרה אלו, יש להתוודע למאפיינים של חיייהם היום-יומיים. יש להבהיר עוד כי אף על פי שבשביל המתכנן החברתי פיזור ערפל חוסר הוודאות עשוי להיות מטרה בפני עצמה, הצגת מאפייני פעילותם היום-יומית של נושאי-משרה בחברות קטנות נועדה להמחיש כי חוסר הוודאות המתואר עלול לפגוע אף במאמצי שיקומן של חברות כאלו. הנחת העבודה ברשימה זו היא כי מאפיינים אלו הם בבחינת נתון, או מציאות עובדתית קיימת, ומבחינה מעשית בפני המתכנן החברתי עומדת לעת הזו האפשרות לשפר את המצב אך ורק על ידי העמדת הסדר משפטי איכותי יותר, ובמקרה זה – הסדר משפטי המשרה ודאות יחסית על נמעניו. יתרה מכך, דומה כי מכל הבעיות המכבידות על פעילותם של נושאי-משרה בחברות קטנות, רצויה התמודדות דווקא עם בעיית חוסר הוודאות ולא עם הבעיות והקשיים המתוארים בפרק זה, גם משיקולי עלות-תועלת.

1. הון אנושי

כמו עמיתיהם בחברות גדולות, גם הונם האנושי של נושאי-משרה בחברות קטנות בדרך כלל מושקע רובו בחברה שבה הם מכהנים. עם זאת הכשרתם הניהולית של נושאי-משרה בכירים בחברות קטנות, לרבות השכלתם הפורמלית, בדרך כלל טובה פחות מזו של עמיתיהם בחברות גדולות.⁶⁰ ואמנם מחקרים מעידים שהסיבות העיקריות לכישלונות של חברות קטנות הן חוסר מיומנות ניהולית וחוסר ניסיון.⁶¹ לעומת עמיתיהם המכהנים בחברות גדולות, נושאי-משרה בחברות קטנות חשופים יותר להטיות קוגניטיביות בקבלת החלטות.⁶² מחקרים מאששים אף את הסברה כי החלטותיהם של נושאי-משרה בחברות קטנות פעמים רבות נסמכות על אינטואיציה בלבד ולא על ניתוח מושכל וסדור של סיכויים וסיכונים.⁶³ נושאי-משרה אלו נוטים לאופטימיות-יתר וגם מתקשים להעריך אובייקטיבית את סיכויי הצלחת עסקם.⁶⁴ למשל, תופעה ידועה בקרב נושאי-משרה בחברות קטנות – במיוחד נושאי-משרה יזמים – היא של התרחבות-יתר: הצלחה עסקית של חנות אחת דוחפת את נושא-המשרה למהר ולפתוח חנויות נוספות מבלי שהוא מעריך נכונה את יכולתו לנהל את העסק לאחר הרחבתו. לעומת

60 ראו למשל Miri Lerner, Candida Brush & Robert Hisrich, *Israeli Women Entrepreneurs: An Examination of Factors Affecting Performance*, 12 J. BUS. VENTURING 315 (1997) (המסקנות כי הון אנושי ורמת השכלה משפיעים על ביצועי החברה, במיוחד ניסיון קודם באותה התעשייה).

61 ראו למשל Jim Everett & John Watson, *Small Business Failure and External Risk Factors*, 11 SMALL BUS. ECON. 371, 372 (1998); John Baldwin et. al., *Failing Concerns: Business Bankruptcy, in Canada* (Statistics Canada, 1997) <http://publications.gc.ca/Collection/Statcan/61-525-X/61-525-XIE1997001.pdf>.

62 ראו למשל Ken G. Smith, Martin J. Gannon, Curtis Grimm & Terence R. Mitchell, *Decision Making Behavior in Smaller Entrepreneurial and Larger Professionally Managed Firms*, 3 J. BUS. VENTURING 223 (1988); Lowell W. Busenitz & Jay B. Barney, *Differences Between Entrepreneurs and Managers in Large Organizations: Biases and Heuristics in Strategic Decision Making*, 12 J. BUS. VENTURING 9 (1997).

63 ראו למשל Ian Chaston, *Entrepreneurs, Intuition, and Small-Business Performance*, 2 J. CENTRUM CATHEDRA 37 (2009); Christopher W. Allison, Elizabeth Chell & John Hayes, *Intuition and Entrepreneurial Behaviour*, 9 EUR. J. WORK & ORG. PSYCHOL. 31 (2000).

64 ראו למשל David M. Townsend, Lowell W. Busenitz & Jonathan D. Arthurs, *To Start or Not to Start: Outcome and Ability Expectations in the Decision to Start a New Venture*, 25 J. BUS. VENTURING 192, 193 (2010); Daniel P. Forbes, *Are Some Entrepreneurs More Overconfident Than Others?*, 20 J. BUS. VENTURING 623, 624 (2005); Robert A. Baron, *Cognitive Mechanisms in Entrepreneurship: Why and When Entrepreneurs Think Differently Than Other People*, 13 J. BUS. VENTURING 275 (1998).

נושאי-משרה בחברות גדולות נושאי-משרה בחברות קטנות חשופים מאוד לסיכונים הנובעים מהתרחשות אירועים חיצוניים, כגון מחלה של בן-משפחה קרוב, גירושין או משבר אישי אחר. אירועים כאלו מנתקים את נושאי-המשרה מן החברה, גם אם לזמן מוגבל, ובהיעדר מחליף שינהל את העסק במקומו, עלולים להביא להדרדרות מהירה של העסק.⁶⁵

2. ריחוק מן הנושים

בשונה מעמיתיהם המכהנים בחברה גדולה, בחברות קטנות נושאי-המשרה אינם יכולים, גם אם ירצו, "להתרחק" מנושי החברה די הצורך. "ריחוק" לעניין זה פירושו הן ריחוק פיזי והן ריחוק כלכלי.

אשר לריחוק הפיזי, נושה המתקשר בחוזה זה או אחר עם חברה קטנה יכול בדרך כלל להצביע על "כתובת" אנושית בחברה לטענותיו – נושא-המשרה – ולטעון בדיעבד, לאחר קריסת החברה, כי בינו לבין נושא-המשרה נוצרו "יחסי אמון" או "יחסים מיוחדים".⁶⁶ לעומת זאת ככל שהחברה גדולה יותר קל יותר לנושא-משרה לטשטש את שאלת קיומו של קשר אישי עם הנושה, מכיוון שהמגעיים בין החברה לבין הנושה נוצרים לא רק באמצעות נושא-המשרה אלא גם באמצעות עובדים זוטרים או נושאי-משרה אחרים בחברה.

אשר לריחוק הכלכלי, לנושא-משרה בחברה גדולה קל יותר להרחיק עצמו מן הנושה באמצעות כלים ביטוחיים. בעיקר מדובר בביטוח אישי שרוכשת החברה בשביל נושא-המשרה מפני חבות כלפי החברה עצמה או צדדים שלישיים; בהתחייבות לשיפוי שמקבל נושא-המשרה מן החברה; או בביטוח שרוכשת החברה בשביל עצמה מפני נזקים לצדדים שלישיים. ביטוח מן הסוג האחרון עשוי למנוע תביעות נגד נושאי-משרה, שכן הניזוק זוכה לקבל פיצוי מחברת הביטוח, שמצדה אינה ממחרת תמיד, כך נראה, להגיש תביעה נגד נושא-המשרה גם אם אפשר לייחס לו חלק מן הנזק באופן אישי.⁶⁷ ככל שנושא-המשרה מתבסס על התחייבות מן החברה לשיפוי, ולא על פוליסת ביטוח, הרי שלהתחייבות כזו אין כמובן ערך כאשר החברה הופכת חדלת פירעון. כאמור, דווקא במקרה זה מתעוררת שאלת חבותו של נושא-המשרה כלפי הנושה.⁶⁸ עיון בנוסחיהן של פוליסות ביטוח שונות לנושאי-משרה מלמד, ראשית, כי רכישת ביטוח כזה

65 ראו למשל עובדות רע"פ 4844/00 ברקאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 37 (2001).

66 ראו והשוו פרשת בן אבו, לעיל ה"ש 10, פס' 3 (א) לפסק דינו של השופט רובינשטיין לעומת פרשות ע"א 9183/99 פניגשטיין נ' חברת חברי המהפך מס' 1 (מחצבות) בע"מ, פ"ד נח(4) 693 (2004); פרשת מתתיהו, לעיל ה"ש 12, ופרשת נשאישיבי, לעיל ה"ש 10.

67 מנגד ראו דפוס המקרים המשתקף מפרשת זלץ, לעיל ה"ש 15 (שבה הגישה חברת הביטוח שביטחה את הניזוק תביעת שיכוב נגד נושאת-המשרה בחברה שגרמה לנזק).

68 ראו לעיל ה"ש 4 והדיון בטקסט הצמוד לה.

אינה זולה; שנית, והוא העיקר, כי חברות ביטוח אינן מוכנות כיום לבטח את כל סוגי הסיכונים הכרוכים בפעילותם של נושאי-משרה. למשל, חברות ביטוח בדרך כלל אינן מוכנות לבטח נזקי גוף או רכוש מוחשי הנגרמים לצד שלישי, ונזקים מסוגים אלו מוחרגים כעניין שבשגרה מפוליסות ביטוח לנושאי-משרה. עם זאת ככל שלחברה עצמה פוליסת ביטוח המכסה נזקים כאלו, ייתכן כי היא תורחב על ידי החברה כדי לכסות גם את חבותו האישית של נושא-המשרה, וכן אפשר לשער כי ככל שהנזק ישולם על ידי חברת הביטוח, נושא המשרה בדרך כלל לא ייתבע באופן אישי.⁶⁹

אשר לנושאי-משרה בחברות קטנות, הרי שלכאורה אפשר לטעון כי גם בפניהם פתוחה הדרך לדאוג לעצמם, על חשבון החברה, לביטוח מתאים מפני אחריות כלפי צדדים שלישיים. ברם הניסיון מלמד כי במקרים רבים נושאי-משרה בחברות קטנות אינם דואגים לביטוח מפני תביעות צדדים שלישיים, הן כאלו המוגשות נגדם באופן אישי, הן כאלו המוגשות נגד החברה (באופן שהיה פוטר את נושא-המשרה מבחינה מעשית מאחריות לנזק, ככל שהתובע היה מעדיף להגיש את תביעתו רק נגד החברה). אפשר לשער כי הסיבות העיקריות לכך הן חוסר מודעות או שיקולי חיסכון כספי. שיקולים מן הסוג האחרון אף מקבלים עדיפות כאשר החברה נקלעת לקשיים פיננסיים.

3. התמודדות עם קשיים פיננסיים

נושאי-משרה נחשפים לאחריות ברשלנות כלפי נושי החברה בעיקר בשל קשיים פיננסיים שאליהם נקלעת החברה. בסופו של דבר בשל קשיים אלו אין החברה פורעת את חובה לנושה, אשר בלית ברירה פונה לתבוע את נזקו מנושא-המשרה. זאת ועוד, חלק בלתי מבוטל מתביעות הרשלנות המוגשות נגד נושאי-משרה עוסקות בהתנהלות נושא-המשרה כחלק ממאמציו לסייע בחילוץ החברה שבה הוא מכהן מקשייה (מאמצים שבדיעבד מתברר כי כשלו).

התמודדותן של חברות קטנות עם קשיים פיננסיים שונה מזו של חברות גדולות.⁷⁰ חברה קטנה טיפוסית היא חברה פרטית, שמבנה ההון שלה מבוסס על אשראי מבנק, המשמש המלווה העיקרי של החברה ומעמדו הוא של נושה מובטח, ועל אשראי מנושים בלתי מובטחים, מרביתם נושי מסחר, שהיקף הנשייה של כל אחד מהם בחברה קטן

69 מנגד, לעתים פוליסות ביטוח כאלו כוללות הסכמה להחריג נזקי רכוש הנגרמים במהלך פעילות החברה המבוטחת. למשל, אם החברה מפעילה חניון ייתכן כי נזקים לכלי הרכב המוחנים בחניון יוחרגו מגדר הכיסוי הביטוחי.

70 ראו Douglas G. Baird & Edward R. Morrison, *Serial Entrepreneurs and Small Business Bankruptcies*, 105 COLUM. L. REV. 2310, 2314–2315 (2005); Douglas G. Baird, Arturo Bris & Ning Zhu, *The Dynamics of Large and Small Chapter 11 Cases: An Empirical Study* (Yale Int'l Ctr. for Finance, Working Paper No. 05-29, 2007) <http://ssrn.com/abstract=866865>, המתארים הבדלים בין הליכי חדלות פירעון של חברות גדולות וקטנות.

יחסית. לעסק כזה לעתים אין נכסים ייחודיים, ונכסיו העיקריים הם ההון האנושי של היזם⁷¹ והקשר שהלה הצליח לטפח עם הבנק המלווה.⁷² לעתים קרובות מצבים של מצוקה פיננסית בחברות אלו נפתרים מבלי שהחברה פנתה כלל להליכי חדלות פירעון פורמליים ואלו למעשה גם אינם נגישים לה. מצב דברים זה, שככל הנראה אינו מייטיב עם החברה (ולא כל שכן עם נושאי המשרה בה), נובע מכמה סיבות:

ראשית, עיקר הקושי של חברה קטנה המבקשת להיחלץ מקשיים פיננסיים שנקלעה אליהם אינו טמון בהתמודדות עם ריבוי נושים בלתי מובטחים אלא מצוי דווקא בהכרח לשכנע את הבנק, המשמש המלווה העיקרי של החברה, לסייע לחברה לתקן את מבנה ההון שלה, לרבות על ידי ויתור הבנק עצמו על חלק מן החוב המגיע לו והמשך מתן אשראי למימון פעילותה.⁷³ לעומת רבים מן הנושים הבלתי מובטחים שאינם מודעים כלל לקשייה הפיננסיים של החברה, ושנוכח היקף נשייתם הנמוך גם אין להם תמריץ לפקח על החברה,⁷⁴ הבנק מצוי בעמדה המאפשרת לו לדעת מוקדם יחסית (לעומת יתר הנושים) על קשייה הפיננסיים⁷⁵ וגם ללחוץ על החברה לפעול כרצונו.⁷⁶ מבחינה פורמלית החברה עשויה לפעול שלא בתיאום עם הבנק המשמש כמלווה העיקרי שלה, ואף בניגוד לדעתו. למשל, אפשר לפנות לבית המשפט של חדלות פירעון בבקשה למתן צו הקפאת הליכים שימנע גם מן הבנק לפעול נגד החברה,⁷⁷ אולם סיכויי החברה להצליח במהלך כזה נמוכים יחסית, בין היתר מכיוון שגם בית המשפט של חדלות פירעון יתקשה להשתכנע בסיכויי החברה להשתקם אם הבנק המלווה, חרף יכולתו לקבל "הגנה הולמת" לשווי הפירוק של הבטוחה שלו, לא שוכנע בכך ולמעשה אף מתנגד לניסיון לשקם את החברה. מקורות האשראי החיצוני של חברות קטנות בדרך כלל

- 71 ראו Baird & Morrison, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2314–2315, 2327, 2330.
72 ראו למשל Carlos Carriera & Filipe Silva, *No Deep Pockets: Some Stylized Empirical Results on Firms' Financial Constraints*, 24 J. ECON. SURV. 731, 740–741 (2010).
73 Barry E. Adler, *A Theory of Corporate Insolvency*, 72 N.Y.U. L. REV. 343, 374–375 ראו (1997); Douglas G. Baird & Randal C. Picker, *A Simple Noncooperative Bargaining Model of Corporate Reorganizations*, 20 J. LEGAL STUD. 311 (1991).
74 ראו למשל ע"א 3760/03 עמרן נ' הנאמן על נכסי יוסף איפרמן, פ"ד נט(5) 735, 749–750 (2005); פש"ר (מחוזי ת"א) 590/97 ניצולת הקרטל בע"מ נ' וולובסקי, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.12.2000).
75 ראו למשל Anu Bharadwaj & Anil Shivdasani, *Valuation Effects of Bank Financing in Acquisitions*, 67 J. FIN. ECON. 113, 114 (2003).
76 ראו למשל Lucian Arye Bebchuk & Jesse M. Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 YALE L.J. 857, 903 (1996).
77 ראו ס' 350(ב) לחוק החברות.

מוגבלים.⁷⁸ למשל, אפשרויותיה לגיוס אשראי חוץ-בנקאי הן בדרך כלל מצומצמות. חברה בקשיים שהבנק מסרב להמשיך ולממן באמצעות אשראי את פעילותה בדרך כלל גם מיצתה את יכולתה לגייס הון ממקורות עצמיים. נמצא כי לעתים נושאי-משרה בחברות קטנות משוכנעים כי החברה שבה הם מכהנים איננה כישלון כלכלי וכי מצבה הפיננסי המעורער של החברה הוא ברת-יקון, אך אינם מצליחים לשכנע בכך את הבנק המלווה את החברה; לנושאי-משרה אלה אין דרך חוקית אפקטיבית לחלץ את החברה מקשייה.

שנית, בשל משטר שיקום החברות הנוהג בישראל פנייה של חברה בקשיים פיננסיים להליכי חדלות פירעון פורמליים (כגון בהגשת בקשה למתן צו להקפאת הליכים) צפויה להוביל מיד לידי סיום כהונת נושאי-המשרה, שיוחלפו – בהוראת בית המשפט של חדלות פירעון – על ידי בעל תפקיד (נאמן בהקפאת הליכים, מפרק, מנהל מיוחד, וכיוצא באלו).⁷⁹ בגלל מאפיין זה פנייה של חברות להליכי חדלות פירעון פורמליים נעשית רק באין כל מוצא אחר הנראה באופן, ועל כן עיתוי הפנייה הוא בדרך כלל מאוחר.⁸⁰ שלישית, להליך חדלות פירעון פורמלי עלויות – ישירות ועקיפות – גבוהות יחסית, שחברות קטנות מתקשות לעתים לשאת בהן, בוודאי לעומת חברות גדולות. הכוונה הן לעלויות הישירות, הכרוכות בשכירת אנשי מקצוע – עורכי דין, רואי חשבון וכלכלנים – כדי לסייע לחברה בהתמודדות עם קשייה הפיננסיים, והן לעלויות העקיפות, הנובעות מהפנייתם של משאבי הניהול ושימת הלב הניהולית, המצומצמים ממילא, להתמודדות עם הליך חדלות הפירעון במקום לניהול העסק.⁸¹ אשר לכל סוג של עלות כאמור, חברה קטנה סובלת מנחיתות לעומת חברה גדולה.

78 ראו רן שהרבני "פירוק חברות מסיבות מקרו-כלכליות" סקר בנק ישראל 78, 131, 132 (התשס"ו).

לתיאור מצב דומה בפינלנד למשל ראו Ari Hyytinen & Lotta Vaananen, *Where Do Financial Constraints Originate from? An Empirical Analysis of Adverse Selection and Moral Hazard in Capital Markets*, 27 SMALL BUS. ECON. 323 (2006).

79 ראו דוד האן דיני חדלות פירעון 253 (2009); David Hahn, *Concentrated Ownership and Control of Corporate Reorganizations*, 4 J. CORP. L. STUD. 117, 139–140 (2004).

80 האן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 255–256. ראו גם איתמר לוין "רו"ח צבי יוכמן: צריך קודם לאשר הקפאת הליכים, ורק אחר כך לדרוש תוכנית הבראה" גלובס (10.11.2005) (המצטט טענה לפיה "רק 15%–20% מכלל הקפאות ההליכים בארץ אכן מביאות להבראת החברות").

81 לדין בסוגי העלויות השונות הכרוכות בהליך חדלות פירעון ראו Ben Branch, *The Costs of Bankruptcy – A Review*, 11 INT'L REV. FIN. ANALYSIS 39 (2002); Stephen P. Ferris & Robert M. Lawless, *The Expenses of Financial Distress: The Direct Costs of Chapter 11*, 61 U. PITT. L. REV. 629 (2000).

4. הנושים התובעים

מי הם הנושים המגישים תביעות רשלנות נגד נושאי-משרה בחברות קטנות? אין מדובר בנושים מובטחים בדרך כלל, שכן אלו נפרעים את חובם על פי רוב מן הבטוחה שעומדת לרשותם. על פי רוב גם אין מדובר בעובדי החברה התובעים תשלומים המגיעים להם על חשבון עבודתם, שכן לרשות אלו עומדת האפשרות לפנות בתביעה למוסד לביטוח לאומי מכוח פרק ח לחוק הביטוח הלאומי,⁸² המעגן את זכותם לגמלה במקרה שניתן צו לפירוק החברה שהעסיקה אותם. אמנם הגשת תביעה זו מחייבת התקיימותם של כמה תנאים, לרבות התנאי כי ניתן בעניינה של החברה צו שיפוטי פורמלי לפירוק או להקפאת הליכים, והיא אף מוגבלת בסכום שיכול העובד לתבוע, אך בדרך כלל מסגרת זו תספק פתרון לעובדיה של חברה שנקלעה לקשיים פיננסיים, ותביעה אישית נגד נושאי-המשרה לא תהיה נחוצה.⁸³ גם לקוחות החברה, אם הם נושים בחברה בסכומים קטנים, בדרך כלל לא יטרחו לרדוף אחר נושאי-המשרה בחברה. התובעים הטיפוסיים המגישים תביעת רשלנות נגד נושאי-משרה בחברה הם אפוא בדרך כלל ספקי מסחר או נושים בלתי רצוניים של החברה. על רקע זה השאלה המתבקשת היא אם קיימים בין התובעים הטיפוסיים לבין נושאי-המשרה פערי כוחות שיש בהם כדי להשפיע על ניתוח היחסים המשפטיים ביניהם. לעומת נושים בלתי רצוניים שבעניינם אי אפשר להגיע מראש למסקנה ברורה, ואולי אף אפשר לטעון כי הכף נוטה לטובתם, נדמה כי בעניינם של ספקי מסחר אפשר לטעון כי אין בינם לבין נושאי-משרה בחברות קטנות, או בינם לבין החברות הקטנות עצמן, פערי כוחות ניכרים.

82 [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

83 כל עוד נדרש צו פירוק פורמלי כדי לממש גמלה זו, ייתכנו מקרים שבהם יידרשו עובדים להגשת תביעות אישיות נגד בעלי שליטה או נושאי-משרה. ראו למשל ע"ע 1170/00 פרידמן נ' יוניוב ירחמיאל ובניו חברה קבלנית לבנין בע"מ, פד"ע לח 817 (2002). עם זאת לאחרונה הוקלו הדרישות למתן הגמלה, ונפסק כי די בצו הקפאת הליכים כדי שתקום זכאות לגמלה. ראו בש"א (מחוז ת"א) 24176/05 נאמני חברת קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי – היחידה לפירוקים (פורסם בנבו, 7.11.2007). עם זאת ייתכנו מקרים של חברות הגוועות מחוץ להליך קולקטיבי, שעובדיהן יידרשו לפעול בעצמם לקבלת צו לפירוקן אך יימנעו מלפעול כן עקב חששם מן המורכבות הכרוכה בהגשת בקשה לפירוק חברה, או אם אין בסכום הגמלה כדי לכסות את העלויות הכרוכות בהגשת הבקשה לפירוק החברה.

ג. הדין הרצוי – התבססות על תבחינים אובייקטיביים פשוטים

1. מסגרת הדיון

איזון נאות בין תכליות הדין המתנגשות, כפי שהוצגו לעיל בפרק א, בשים לב לקשייהם הייחודיים של נושאי-משרה בחברות קטנות, כפי שהוצגו לעיל בפרק ב, מוביל למסקנה כי הדרך הראויה לקבוע את נקודת האיזון בכל מקרה ומקרה תמצא על דרך ייצוב הסביבה חסרת הוודאות שבה פועלים נושאי-משרה בחברות אלו. מדובר בכוונון עדין (fine tuning) של הכלל המשפטי הקיים, שעשויות להיות לו השפעות ניכרות, למשל על נכונותם של יזמים בחברות קטנות להסתכן בסיכונים עסקיים. אף שאין לפטור כליל נושאי-משרה בחברות קטנות מחובת זהירות כלפי נושי החברה, עדיין יש לעצב את חובת הזהירות שלהם באופן שלמצער יאפשר לכל נושא-משרה שכזה לדעת מראש, ברמת ודאות גבוהה יחסית, מה היקף חשיפתו לאחריות אישית ברשלנות כלפי נושה של החברה. הגברת הוודאות תסייע לנושאי-משרה אלו להתמודד טוב יותר עם הקשיים שתוארו בפרק הקודם, המלווים את פעילותם בחיי היומיום (גם אם כמובן אין בה כדי לאיין קשיים אלו). כאמור, במיוחד חשוב להזכיר בהקשר זה כהצדקה לצורך לסייע לנושאי-משרה אלו את ההקשר של חילוץ חברה מקשייה הפיננסיים, שכן בהקשר זה נושאי-משרה בחברות קטנות מוצאים עצמם בנחיתות של ממש בגלל הקושי שבהזקקות להליכי שיקום חברות פורמליים.⁸⁴

הגברת ניכרת של הוודאות תושג רק אם בית המשפט יימנע מלהסתמך – לצורך יישום מבחן החריגה "מפעילות רגילה ושיגרתית" שקבע והכרעה בדבר קיומה או היעדרה של חובת זהירות – על תבחינים מעורפלים, דוגמת חלק מאלו המשמשים כיום בפסיקה. במקום זאת על בית המשפט לבסס את הכרעתו בשאלת קיומה של חובת הזהירות על תבחינים פשוטים ואובייקטיביים, שנושאי-המשרה והנושים יכולים לזהותם מראש בקלות, ובית המשפט יכול לבררם ללא קושי גם בדיעבד.⁸⁵ כמובן חשוב להבהיר כי על בית המשפט לבחור מלכתחילה תבחינים רלוונטיים לנקודת האיזון שנקבעה. בענייננו נדרשים תבחינים שיעידו שתפקידו של נושא-המשרה בחברה חרג מגדר "פעילות רגילה ושיגרתית" של נושא-משרה. אפשר גם שהתבחינים ייגזרו ישירות מן התכליות העומדות ביסוד הסדר הטלת האחריות ברשלנות על נושאי-משרה כלפי נושי

⁸⁴ ראו הדיון לעיל בתת-פרק ב.3.

⁸⁵ ההצעה ברשימה היא לנקוט גישה אחידה כלפי כלל נושאי-המשרה בחברות קטנות, אף שייתכן שבמקרה פרטני זה או אחר נסיבות פעילותה של החברה הקטנה שונות מאלו שתוארו בפרק ב. ההנחה המלווה גישה זו היא כי אין טעם בהעמקת הבירור העובדתי, ונדרש הסדר משפטי שיספק פתרון הולם למרבית המקרים, גם אם לא לכולם.

החברה.⁸⁶ כך או כך, טענתי היא כי יש להעניק משקל מסוים לתכלית של הגברת הוודאות, ועל כן יש להימנע מלהסתמך על תבחינים שאינם בעלי אופי אובייקטיבי. בטרם אפנה לפירוט מקצת התבחינים הרלוונטיים שבהסתמכות עליהם אין כדי לכרסם בוודאות הכלל המשפטי, ראוי להתמודד תחילה עם שני טיעוני ביקורת אפשריים על הצעתי: ביקורת אפשרית אחת תהיה כי להגברת הוודאות יש "מחיר", כגון פגיעה בנושים באותם מקרים שבהם לא יוכלו לתבוע נושאי-משרה בחברות קטנות ברשלנות בשל ההחלטה להתבסס רק על תבחינים אובייקטיביים. ביקורת אפשרית שנייה תתמקד במסגרת הנורמטיבית שמוצע להיזקק לה כדי להקל על חייהם של נושאי-משרה בחברות קטנות. על פי ביקורת זו, מוטב להתמודד עם בעיית חוסר הוודאות בתביעות רשלנות שמגשים נושים נגד נושאי-משרה בחברות קטנות בגדרי הדיון ביסוד ההתרשלות ולא במסגרת עיצוב חובת הזהירות.

אשר לטענה הראשונה, הרי שקשה לחלוק על חיוניותה של הגברת הוודאות, שכן בוודאות מלאה יותר בדבר תוכן ההסדר המשפטי יש לא רק כדי להקטין עלויות התדיינות למשל אלא אף כדי להקל על הצדדים לתכנן את מהלכיהם מראש. על כן גם נושים שההצעה ברשימה זו תביא למעשה לשלילת עילת התביעה שלהם לא ייפגעו בפועל מהגברת הוודאות ככל שיוכלו להיערך מראש למצב המשפטי המוצע, טרם הפיכתם לנושים של החברה.⁸⁷

גם הטענה השנייה אינה משכנעת, מן הטעם הפשוט הזה: המחוקק הישראלי לא הבהיר אימתי מוטלת חובת זהירות על נושאי-משרה בחברה כלפי נושה שלה, ועל הפסיקה הוטל לקבוע זאת במקומו. ברי כי בהיעדר הוראה מתאימה בחוק אין בתי המשפט יכולים להטיל על נושאי-משרה חובת זהירות גורפת במקרים שבהם נקבע שהתקיימה התרשלות, או לשלול חובה כאמור שלילה גורפת.⁸⁸ התוצאה היא שאין מנוס מעיצוב חובת הזהירות באורח המאזן בין שיקולים נוגדים. כלל משפטי המשקף איזון שכזה ממילא מייצר חוסר ודאות מסוים המצריך מענה. בד בבד אין הצדקה משכנעת דיה לנסות ולהגן על נושאי-המשרה על ידי קביעת חזקת אי-התרשלות – בדומה לאופן שבו "כלל שיקול הדעת העסקי" (ה-BUSINESS JUDGMENT RULE) מגן על נושאי-משרה ביחסיהם עם החברה בע"מ עצמה.⁸⁹ הסדר כזה יסיט את נקודת האיזון לרעת הנושים-

86 לפירוט תכליות אלו ראו הדיון לעיל בתת-פרק א.1.

87 אשר לנושים בלתי רצוניים אפשר שהיותם בלתי רצוניים אומנם יהיה שיקול לטובת הטלת חובת זהירות. ראו הדיון להלן בסעיף (א) בתת-פרק ג.2. אכן, נושים אלו (למשל, נושים נזיקיים קלסיים) ממילא אינם יכולים לתכנן מראש את מהלכיהם.

88 למסקנה זו אפשר להגיע על דרך היקש "מכלל הן אתה למד לאו": ראו סעיף 252(א) לחוק החברות.

89 ראו ניסוח הכלל במאמרו של שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 315 (2009) הדן בשאלת אימוצו של כלל שיקול הדעת העסקי למשפט הישראלי. הכלל הזה קובע כי ביחסיו עם החברה עצמה, אף שאין כל ספק בקיומה של חובת זהירות מצדו, החלטה של

התובעים יתר על המידה משום שתישלל מהם האפשרות לתבוע נושאי-משרה שהסתכנו בסיכונים בלתי סבירים.

2. תבחינים אובייקטיביים אפשריים

להלן דיון בכמה תבחינים רלוונטיים,⁹⁰ אשר בשימוש נכון בהם יהיה כדי לחזק את הוודאות ביישום הכלל המשפטי הגורר את חובת הזהירות של נושאי-משרה בחברות קטנות⁹¹ כלפי נושי החברה.

(א) התקשרות רצונית עם החברה וזיהוי יכולת תמחור

בבואה ליישם את מבחן החריגה "מפעילות רגילה ושיגרתית" בעניינו של נושא-משרה התמקדה הפסיקה לא רק בפעילותו של נושא המשרה עצמו אלא גם באופי יחסיו עם הנושה התובע ברשלנות או בסיווגו של הנושה כנושה חוזי או נזיקי.⁹² כאשר הנושה התובע את נושא-המשרה ברשלנות הוא נושה לא רצוני, הרציונלים בדבר חשש מהחצנה או הצורך בצדק מתקן כלפי הנושה שאינו יכול להיפרע מן החברה, כנימוקים להטלת חובת זהירות על נושאי-משרה כלפי הנושה, מקבלים משקל מיוחד. מנגד, הרציונלים של חשש מהחצנה על נושי החברה, או הצורך בצדק מתקן כלפי הנושה שאינו יכול להיפרע מן החברה, כנימוקים להטלת חובת זהירות על נושאי-משרה כלפי נושי החברה, נחלשים מאוד בהקשרים שבהם מדובר בנושה שהתקשר מרצונו עם החברה.

נושא-משרה שנתקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיועד, תיחשב בדרך-כלל החלטה שאין בה כדי לחשוף את מקבלה לאחריות אישית.

90 על התבחינים המוצעים כאן לשמש אפוא את הפסיקה נוסף על אותם מעט תבחינים אובייקטיביים שכבר משמשים את הפסיקה כיום (ראו לעיל ה"ש 51–52 והטקסט הצמוד להן) ובכל מקרה להחליף את אותם תבחינים שהם מעורפלים.

91 ראוי להבהיר כי אין באמור להלן כדי לשלול את האפשרות ליישם תבחינים אלו גם בהקשר של עיצוב חובת הזהירות כלפי נושי החברה של נושאי-משרה בחברות בינוניות וגדולות. שאלה זו איננה נדונה כלל ברשימה הנוכחית.

92 ראו למשל פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (המעירה כי "הגדרת מערכת יחסי הניזוק עם החברה כמערכת יחסים חוזית עשויה לבוא לידי ביטוי במסגרת הכרעתו השיפוטית של בית המשפט. כך למשל, היקפה של חובת הזהירות הקונקרטית שחב מזיק כלפי נושה של חברה בה זה הראשון משמש כנושא-משרה, עשויה להשתנות, בין היתר, על פי סיווגו של הנושה בהקשר זה"). עם זאת יש להעיר כי אפשר שיש בקרב שופטי בית המשפט העליון מי שיעדיפו בהקשר זה להזיקק לתבחין כלכלי, כמוצע כאן, ולא לסיווג המשפטי הפורמלי. ראו רמז אפשרי לכך בע"א 8910/05 א. אדמון בע"מ נ' וינבלט, פס' 32 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 20.9.2007). על כל פנים, הדיון שלהלן אינו שולל את האפשרות ליישם את המבחן שנקבע בפסיקה תוך שימור מתכונתו, המתרחבת כאמור כדי לכלול גם בדיקה של יחסי נושא-המשרה והנושה.

אמנם בשנים האחרונות מתרבות עדויות, ובכללן עדויות אמפיריות, התומכות בטענה כי מצבם של נושים לא מובטחים, גם אם אפשר לכנותם "רצוניים", אינו מזהיר כפי שאולי היה אפשר להניח. למשל, בהקשרים משפטיים אחרים, כגון זה של הרמת מסך, קבעה הפסיקה כי לא רק נושים בלתי רצוניים – אלא גם נושים רצוניים "קטנים", כלומר שהיקף פעילותם עם החברה קטן יחסית – אינם בודקים בפועל את הסיכון המאפיין את פעילות החברה שעמה הם עובדים, אינם מתמחרים את הסיכון המיוחד המאפיין את פעילותה בתנאי האשראי שהם מעניקים לה, ולעתים גם אין בכוחם להתמקח כדי להגן על עצמם.⁹³ אופי התקשרותם עם החברה – כך נקבע – הוא לעתים "רצוני רק לכאורה".⁹⁴ מנגד כאמור בעתות של קשיים פיננסיים, קשייהם של נושאי-משרה בחברות קטנות בוודאי אינם מעמידים אותם מול הנושים הבלתי מובטחים בעמדה שהיא עדיפה במובהק, למצער ככל שמדובר ביכולת להיערך מראש להתמודדות עם הסיכון הטמון בפעילות החברה. נשאלת השאלה מהו האיזון הראוי בין התכליות המצדיקות הטלת חובת זהירות על נושאי-משרה כלפי נושי החברה לבין אלו השוללות חובה זו. דעתי היא כי ככל שמדובר בחברות קטנות, שנושאי-משרה בהן משוועים להסדר משפטי ודאי, בעיקר במצבים שבהם החברה בקשיים פיננסיים, האיזון הראוי ימצא על דרך ההתמקדות בקריטריונים כלכליים (כגון זהותו של הנושה) ולא יוריספרודנטליים (כגון סיווגו של הנושה או של עילת תביעה שלו כ"חוזיים" או "נזיקיים") כדי לקבוע אם קמה חובת זהירות. הדרך הפשוטה ליישום המלצה זו היא להטיל על נושאי-משרה בחברות אלו חובת זהירות רק כלפי נושים בלתי רצוניים "מובהקים", ובד בבד להימנע מהטלת חובת זהירות על נושאי-משרה בחברות קטנות כלפי נושים שהם במובהק נושים "רצוניים" גם אם יכולתם להתמודד עם הסיכון שבהתקשרות עם החברה מוטלת בספק.⁹⁵ לחלופין, אם יחליט בית המשפט כי חולשתן של קבוצות נושים "רצוניים" אחרות מצדיקה להכיר בחובת זהירות של נושאי-משרה בחברה כלפיהן, כי אז על בית המשפט להתוות את הקו המפריד בין קיומה של חובת זהירות של נושאי-משרה לבין היעדרה על פי פרמטרים כלכליים ולא משפטיים. כך במקום להתמקד בשאלה אם מדובר בעילת תביעה חוזית או נזיקית של הנושה, על בית המשפט להתמקד למשל בשאלה אם הנושה הוא רצוני ונמנה עם עובדי החברה אם לאו; אם הנושה הרצוני הוא כזה הנמנה עם לקוחות החברה אם לאו.

93 ראו ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פס' 45, 62 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 21.1.2009). ראו גם דורון טייכמן "צדק, הגינות ויעילות בדיני חברות: הערות בעקבות ע"א 4263/04 משפטים מ 701 (2010).

94 ראו פרשת קיבוץ משמר העמק, לעיל ה"ש 93, פס' 45 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

95 לדעה שונה, הגורסת כי חובת הזהירות של נושאי-משרה קיימת גם כלפי נושים רצוניים, ראו בהט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 190–191.

(ב) סירוב לערוב באופן אישי

להבדיל ממצב שבו נושה מעניק מרצונו אשראי לחברה נוכח סיכון כללי ומעורפל לאי־פירעון החוב המגיע לו, אירוע של סירוב מצד נושא־משרה בחברות קטנות לערוב באופן אישי לחוב של החברה כלפי נושה שלה מתרחש בדרך כלל במצבים שבהם החברה כבר נתונה, במידה זו או אחרת, בקשיים פיננסיים. במצבים אלו הנושה מתבקש להמשיך ולתת אשראי לחברה, אך הוא חושד בקיומם של קשיים פיננסיים של החברה, או אף יודע עליהם ממש, ולכן מעלה דרישה לקבלת בטוחה כתנאי להמשך העמדת אשראי לחברה (כאשר הבטוחה הזמינה והזולה ביותר היא ערבות אישית של נושא־המשרה). העובדה כי נושא־המשרה הוא אשר מנסה לשכנע את הנושה להמשיך ולהעמיד אשראי לחברה מקלה על הנושה לדרוש מנושא־המשרה כי "יעמיד את כספו שלו לתמוך בדברים היוצאים מפיו", כלומר יחתום בעצמו על ערבות אישית. על רקע זה סירוב של נושא־המשרה להעמיד ערבות אישית לחוב החברה כלפי הנושה צריך להביא את הנושה להסיק את המסקנה המתבקשת והיא כי מרגע זה ואילך הסיכון לאי־פירעון החוב רובץ עליו ולא על נושא־המשרה. אכן, נושא־המשרה המסרב לקבל על עצמו ערבות אישית מבין היטב את משמעות סירובו ואת האיתות השלילי אשר עלול לנבוע ממנו אם בכל זאת יסרב. על כן נוכח סירוב לערוב באופן אישי, על בית המשפט להימנע מלתת משקל כלשהו לראיות על אודות מצבו התודעתי של נושא־המשרה – אם ידע או חשד – באשר ליכולת פירעון החוב לנושה, כלומר להימנע מלקבוע חובת זהירות על יסוד ראיות אלו.⁹⁶

(ג) דפוס פעילות עסקי פסול

במצב משפטי שבו דרושה ודאות בשאלת קיומה של חובת זהירות של נושא־משרה בחברות קטנות כלפי נושי החברה, קיומו של דפוס פעילות עסקי פסול צריך שיוביל מניה וביה להטלת חובת זהירות כזו אף מבלי שיידרש בירור בשאלת ידיעתו של נושא־המשרה בעניין. ההיגיון המוליך למסקנה זו הוא שבחברות קטנות נושא־המשרה במרבית המקרים מודע לקיומו של דפוס הפעילות שבו מדובר. זיהויו של דפוס הפעילות – הן על ידי נושא המשרה והן על ידי בתי המשפט – אינו בגדר משימה קשה, וההנחה היא כי הפסיקה תוכל לגבש בקלות יחסית קטגוריות של דפוסי פעילות עסקיים שיוגדרו כפסולים, ועל כן יהיה בהם כדי להטיל חובת זהירות על נושא־משרה כלפי נושי החברה. כדי להגביר את הוודאות מוצע אפוא כי על נושא־משרה בחברה קטנה המבססת

⁹⁶ לעתים הפסיקה מעניקה לסירוב לחתום ערבות אישית משקל רב ולעתים מתעלמת ממנו. למקרה מן הסוג הראשון ראו פרשת פניגשטיין, לעיל ה"ש 66, בעמ' 703, ולמקרה מן הסוג השני ראו פרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13 (מקרה שבו הוטלה אחריות ברשלנות על נושא־המשרה אף שסירב לחתום על ערבות אישית). כמובן, טענתי בהקשר זה היא כי על הפסיקה להביא שיקול זה בחשבון ולא להתעלם ממנו, ולהעדיפו על כל שיקול מעורפל אחר.

את פעילותה על דפוס עסקי פסול תוטל חובת זהירות כלפי נושים שייפגעו מדפוס פעילות זה.

המקרה המובהק לעשות בו שימוש בתבחיין זה הוא המקרה של הפרת הוראת חוק. למשל, בפרשת נשאיבי,⁹⁷ שהוזכרה בפרק המבוא, פעלה החברה תוך הפרת הוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות).⁹⁸ לטעמי די היה בכך כדי לקבוע כי נושאי-המשרה חבים חובת זהירות כלפי רוכשי הדירות.

עם זאת המקרים הקשים יותר יימצאו בהקשר של דפוסי פעילות עסקיים פסולים שמאמצת החברה כדי להיחלץ מקשיים פיננסיים. על רקע מרחב התמרון המצומצם העומד לרשותם כדי לחלץ את החברה מקשיים פיננסיים נוקטים נושאי-משרה מהלכים שחוקיותם מוטלת בספק, כגון אי-גילוי מצבה הקשה של החברה לנושים בלתי מובטחים כדי שייאותו לספק לחברה אשראי נוסף;⁹⁹ גלגול צ'קים;¹⁰⁰ שכפול חברות¹⁰¹ ועוד. שאלת הלגיטימיות של כל דפוס פעולה עסקי כזה היא עניין לחקירה נפרדת. ברם מעת שהוחלט כי דפוס פעילות עסקי זה או אחר הוא פסול – כגון שכפול חברות – על נושאי-משרה בחברות קטנות שבהן מונהג דפוס הפעילות לחוב חובת זהירות כלפי נושי החברה שייפגעו ממנו, ללא קשר לשאלת מודעותם למשל ליכולת פירעון החוב.

(ד) טובת הנאה אישית ישירה לנושאי-המשרה

תבחיין אובייקטיבי נוסף נוגע לשאלת קיומה של טובת הנאה אישית ישירה שנושאי-המשרה מקבל מן הנושה, כגון אם בעת שהחברה נתונה בקשיים פיננסיים נושאי-המשרה מזמין סחורה באשראי, אשר עם הגיעה לחזקת החברה הופכת לחלק ממלאי המשועבד בשיעבוד צף לנושאי-המשרה עצמו,¹⁰² או אם נושאי-המשרה מעכב מהלך המיועד להועיל לנושה (הגשת בקשה לפירוק) בנסיבות שבהן העיכוב משפר את מצב נושאי-המשרה עצמו.¹⁰³ הרעיון הוא שעצם קיומה של טובת הנאה, שנושאי-המשרה מודע לה (אך ללא צורך לברר אם היה מודע להשפעתה על סיכויי הנושה להיפרע את

97 לעיל ה"ש 10.

98 התשל"ה-1974.

99 ראו והשוו פרשת בן אבו, לעיל ה"ש 10.

100 ראו והשוו ת"א (מחוזי חי') 1009/00 בנק דיסקונט לישראל נ' ברידא ושות' (פורסם בנבו, 22.6.2008).

101 ראו למשל פסק הדין בפרשת יצהרי, לעיל ה"ש 13, המתאר תופעה זו, שבגדרה מוקמת חברה חדשה שאליה מוזרמות הכנסות העסק ושכאמצעותה מנסים להמשיך ולנהל את העסק למשך פרק זמן נוסף. לדין בתופעה זו ראו Yaad Rotem, *Company Duplication – Plain Fraud or a 'Poor Man's' Bankruptcy? A Case Study in the Financial Distress of Small Businesses*, 20 INT'L INSOLVENCY REV. 131 (2011).

102 ראו והשוו למשל [1932] 2 Ch 71 Re William C Leitch Bros Ltd.

103 ראו והשוו למשל [1933] Ch 786 Re Patrick & Lyon Ltd.

חובו), יקים חובת זהירות של נושא-המשרה כלפי נושה של החברה שהחוב אליו לא נפרע. בהקשר זה אפשר להחמיר עם נושא-המשרה על ידי הכללת טובת הנאה שקיבל מקורב להם, למשל, אם נושא-המשרה מבצע פעולה של העדפת מרמה¹⁰⁴ או הענקה.¹⁰⁵

(ה) רכישת ביטוח נושא-המשרה בעבר

תבחין אובייקטיבי נוסף (באותם מקרים שבהם הדבר רלוונטי לחברות קטנות) עניינו בשאלה אם הייתה בעבר לנושא-המשרה שבו מדובר פוליסה לביטוח אחריות נושא-המשרה מפני תביעה של צד ג, שאילולא הייתה מתבטלת הייתה חלה על התביעה של הנושה. ההיגיון המוליך את אימוצו של תבחין זה – שללא ספק בהיזקקות לו לצורך ההכרעה בדבר קיומה של חובת זהירות יש כדי להגביר את הוודאות, שכן שאלת קיומה בעבר של פוליסת ביטוח כאמור היא שאלה עובדתית פשוטה – נובע מן ההכוונה הנורמטיבית שיש לתת לנושא-המשרה באשר לדרך ניהול העסק. נושא-המשרה שבעבר דאג כי החברה תרכוש בשבילו פוליסת ביטוח מפני תביעות רשלנות שיגיש נגדו צד שלישי הביע בכך את דעתו כי ניהול זהיר ונכון של העסק מצריך ביטוח כזה. ממילא ברכישת ביטוח מסוג זה יש כדי לסייע בפזור הנזק שעלול להיגרם לנושה, וכדי לסייע בעשיית צדק עם הנושה אם זה יגלה כי החברה נותרה חייבת לו כסף אך היא חדלת פירעון. הרעיון בהתבססות על תבחין זה לצורך קביעת חובת הזהירות של נושא-המשרה כלפי נושה של החברה הוא כי נושא-המשרה יכול כמובן לבטל את הביטוח שרכש, אלא שבכך הוא מגדיל את הסיכון המוטל על נושי החברה שהיו יכולים להיפרע את כספם אילו הייתה פוליסת הביטוח בתוקף, ולכן מוצדק להטיל עליו חובת זהירות כלפיהם. זאת ועוד, בחברות קטנות שבהן נושא-המשרה איננו בעל השליטה, הטלת חובת זהירות על נושא-המשרה במקרה של ביטול פוליסת ביטוח לנושא-המשרה תגרום להפעלת לחץ מצד נושא-המשרה על בעל השליטה להימנע מביטול הפוליסה או לחלופין – להימנע מפעולות שעלולות לסכן את יכולת החברה לפרוע את חובותיה לנושה.

סיכום

נושא-המשרה בחברה חשופים לאחריות כלפי נושי החברה, בין היתר בעוולות רשלנות, הפרת חובה חקוקה, גרם הפרת חוזה, חוסר תום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, חוסר תום לב בקיום חוזה ועוד. עד עתה אף טרם הוברר די הצורך מקומה של דוקטרינת הרמת המסך במארג המשפטי שאליו חשופים נושא-המשרה, וכן היחס שבין דוקטרינה זו לבין הדוקטרינה של אחריות אישית של נושא-המשרה. ברם מכל הקשיים

104 ראו סעיף 355 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, נ"ח 764.

105 לדיון בפעולות מסוג זה ראו האן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 415.

בולט במיוחד חוסר הוודאות באשר להיקף חשיפתם של נושאי־משרה בחברות קטנות לאחריות ברשלנות כלפי נושי החברה. שאלת קיומה או היעדרה של חובת זהירות של נושאי־משרה בחברות קטנות כלפי נושים של החברה היא שאלה שמנהלים ודירקטורים מתקשים להשיב עליה, בוודאי מראש, כאשר הם שוקלים כיצד לכלכל את צעדיהם. גם בתי המשפט מתקשים לגבש מדיניות ברורה ועקיבה בשאלה זו, והתוצאה היא פסיקה שבאורח מקרי לעתים מחמירה עם נושאי־משרה ולעתים מקלה עמם. השאיפה לוודאות מצריכה מהלך שיאפשר לנושאי־משרה בחברות אלו לדעת מראש מה היקף חשיפתם לאחריות אישית במקרה שהחברה לא תוכל לפרוע חוב לנושה שלה. דברים אלה יפים לא כל שכן כאשר עמדת הדין היא כי יש לתת משקל לחשש מפני שחיקת יתרונות ההתאגדות ולחשש מפני הרתעת־יתר של נושאי־משרה בחברות אלו, העלולים להימנע מליטול סיכונים עסקיים בהיקף הרצוי. הדרך המוצעת להכריע בדבר קיומה או היעדרה של חובת זהירות היא על יסוד אימוץ בררני של תבחינים פשוטים, אובייקטיביים, שקל לדעת על קיומם מראש, וקל לבררם במסגרת הליך שיפוטי בדיעבד. בדרך זו אפשר לשקף כיאות, בכל מקרה נתון, את נקודת האיזון שנקבעה זה מכבר על ידי הפסיקה.