

חיוב חברה על ידי מנהל — פושט רגל

[בג"ץ 397/67 ברגהיים ג. נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב (טרם פורסם)]

כלל הוא בדיני החברות בישראל, כי אדם שקיימת נגדו הכרזה בפשיטת רגל אינו כשיר לשמש כמנהל חברה, או להשתתף, במישרין או בעקיפין, או להיות קשור, בהנהלת חברה, אלא אם כן ניתנה לו רשות של בית-המשפט המוסמך בפשיטת רגל¹. נראה שהוראה זו אינה פוגעת בעצם המינוי של פושט רגל כמנהל, אלא רק אוסרת עליו מלפעול למען החברה², ואף קובעת כי פעולה בניגוד להוראה מהווה עבירה פלילית³. בפסק הדין נשוא רשימה זו (להלן — פרשת ברגהיים) התעוררה השאלה, מהן התוצאות האזרחיות של הפרת הוראה זו. במובן מצומצם יותר, האם עסקה שהמנהל-פושט-הרגל עשה למען החברה עם צד שלישי, שלא ידע על דבר פשיטת הרגל של המנהל⁴, מחייבת את החברה ביחסיה עם אותו צד שלישי? על שאלה זו השיב בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין גבוה לצדק⁵, בחיוב.

¹ סעיף 73 לפקודת החברות, 1929 (להלן — הפקודה). הוראה זו אינה קיימת, לא בחוק החברות האנגלי מ-1929 ולא בחוק החברות האנגלי מ-1948. חוקי החברות של אוסטרליה וניו-זילנד הולכים בעקבות החוק האנגלי: ראה ה"ש 8 להלן. במשפט האמריקאי לא מקובל לראות בפשיטת-רגל עובדה המשמשת עילה לפסילה מלכהן כמנהל או כעבירה פלילית: ראה Stevens, *Corporations*, 2nd ed. (1949), p. 735.

² זו השקפה המקובלת באנגליה: ראה Pennington, *Company Law*, 1959, p. 372. למרות השוני בין ההוראה המקומית לבין ההוראה האנגלית, נראה שוהו גם הדין בישראל, וכך פסק גם השופט ויתקון בפרשת ברגהיים. מעניין לציין כי סעיף 68 לחוק החברות הדרום אפריקאי מרחיק לכת בקבעו כי פושט-רגל אינו כשיר להתמנות כמנהל.

³ סעיף 73 (5) לפקודה. המנהל צפוי לשנתיים מאסר.

⁴ נכון יותר, שלא ידע כי בית המשפט המוסמך לדון בפשיטת הרגל של המנהל לא נתן לפושט הרגל רשות לפעול כמנהל, שהרי על עצם פשיטת הרגל באה הודעה בעתון הרשמי: סעיף 18 (2) לפקודת פשיטת הרגל, 1936.

⁵ פרשת ברגהיים באה בפני בית הדין הגבוה לצדק במסגרת צו-על-תנאי נגד יושב ראש ההוצאה לפועל, שציווה על עיכוב הליכי ההוצאה לפועל של שעבוד שניתן לטובת העותרים ושבה להבטיח הלואה שהם נתנו לחברה באמצעות המנהל-פושט-הרגל. יושב ראש ההוצאה לפועל הפנה את העותרים לבית המשפט המוסמך לדון בפשיטת הרגל של המנהל, ואילו בית הדין הגבוה לצדק עשה את הצו החלטי וציווה על המשך ההוצאה לפועל. שאלה היא, אם טוב עשה בית הדין הגבוה לצדק שפסק לגופן של זכויות הצדדים. היתרון בצעד זה של בית המשפט הוא ביעילותו. על כך עמד השופט ויתקון באומרו בדבריו כי אין טעם „לפתוח פתח להתדיינות ממושכת עקרה". כנגד זאת ניתן להצביע על כך כי נמנעה האפשרות לבחון היחס בין העסקה נשוא פרשת ברגהיים לבין זכויותיהם של הנושים האחרים בפשיטת רגלו של המנהל. יחד עם זאת, ספק אם בחינה כזו היתה מועילה לנושים אלה, וזאת לאור הוראות סעיף 46 לפקודת פשיטת הרגל, 1936.

אכן השאלה העיקרית הינה, מהן התוצאות הנובעות מפעולת מנהל בניגוד לאמור בסעיף 73 לפקודה. האם התוצאה היחידה היא במישור הפלילי, או שקיימות גם תוצאות במישור האזרחי: ואם תאמר שקיימות תוצאות אזרחיות — מה היקפן: האם הפעולה של המנהל בטילה ומבוטלת; האם יש לראות במנהל כפועל ללא סמכות? האם נגועה פעולת המנהל באי הוקיות?⁶

השופט ויתקון יצא מתוך ההנחה כי לסעיף 73 לפקודה יש גם תוצאות אזרחיות.⁷ נראה לנו כי בכך צדק השופט. סימוכין להשקפה זו ניתן למצוא בהשוואת סעיף 73 לפקודה אל הסעיף המקביל בחוק החברות האנגלי מ-1929.⁸ בעוד שהסעיף המקומי קובע כי מנהל פושט-רגל, אינו מוכשר לשמש כמנהל" (shall [not] be qualified to act as a director), הרי הסעיף המקביל באנגליה מסתפק בקביעה כי מנהל-פושט-רגל הפועל בשם החברה עובר עבירה פלילית. הפקודה המקומית הוסיפה, איפוא, לסנקציה הפלילית את הקביעה כי המנהל-פושט-הרגל אינו כשיר לפעול כמנהל. לתוספת זו יש לתת נפקות, וזאת ניתן להשיג באמצעות המישור האזרחי.⁹ אך מהו היקף, הפגיעה האזרחית? לשם מתן תשובה על שאלה זו יש לבהות את המטרה שסעיף 73 לפקודה בא להגשים. נראה שמטרה זו הינה בהגנה על "טובת הכלל"¹⁰, הכולל, בין השאר, הגנה על עובדי החברה, בעלי מניותיה, נושיה, והקונים את מוצריה — בהווה ובעתיד.¹¹ דא עקא, שבמסגרת מטרה זו

⁶ כדי שתורת אי-החוקיות תפעל במקרה שלפנינו יש להראות כי החברה עצמה עברה עבירה פלילית באפשרה לפושט רגל לפעול כמנהל. אם אמנם זהו הדין, כי או לא תוכל החברה לאכוף זכויותיה כלפי צד שלישי תמים, אם כי הוא יוכל לאכוף את זכויותיו כלפיה.

⁷ בית המשפט לא הרהיב את הדיבור בשאלה זו הנראית לנו כעיקרית בפסק הדין.
⁸ סעיף 142 (1) לחוק החברות האנגלי מ-1929, הוזה בניסוחו לסעיף 187 לחוק החברות האנגלי מ-1948. סעיף 188 לחוק החברות הגיווילנדי מ-1955 וסעיף 117 לחוק החברות האוסטרלי מ-1962 קובעים הוראות דומות.

⁹ אכן, ב- Paterson and Ednie, *Australian Company Law*, 1962, p. 338 מציינים המחברים כי הסעיף המקביל בחוק האוסטרלי יוצר עבירה פלילית בלבד.
¹⁰ ראה סעיף 73 (3), (3). כאן נקבע במפורש כי במתן האשור לפושט הרגל על בית המשפט לשקול את טובת הכלל (public interest). למקרה בו אישור לא ניתן, ראה *Re Kingsgate Rare Metals Pty Ltd.* [1940] Q.W.N. 30. בפרשת ברגהיים הפנה יושב ראש ההוצאה לפועל את העותרים לבית המשפט המוסמך לדון בפשיטת רגלו של המנהל לשם קבלת אישור לפי סעיף 73 (1) לפקודה. יושב ראש ההוצאה לפועל הנית, כנראה, כי אישור כזה יכול להנתן למפרע. שאלה יפה היא אם זהו הדין. זאת ועוד, נראה כי הפניה צריכה לבוא מפושט הרגל עצמו, ולא מהצד השלישי (כדעת יושב ראש ההוצאה לפועל) ואף לא מהחברה (כדעת השופט ויתקון).

¹¹ בהתייחסו להוראת סעיף 144 לחוק החברות הדרום אפריקאי מ-1951, לפיו רשאי בית משפט להעניק רשות לפושט רגל לפעול כמנהל, והמקביל במהותו לסעיף 73 לפקודה, אמר השופט Quenet J. בפרשת Ex parte Harrod, 1954, (4) S.A. 28: "I infer that the Legislature intended to ensure that the management of a company's affairs and the shaping of its destiny would be in honest hands..."

מתנגשים שני אינטרסים: האחד, האינטרס של צד שלישי שהתקשר עם החברה באמצעות מנהל-פושט-רגל, והמבקש לקיים את העסקה; האחר, האינטרס של שאר הגורמים, שקיום העסקה עם הצד השלישי עשוי לפגוע בהם. השאלה היא, ידו של מי על העליונה בהתנגשות זו? השופט ויתקון פסק כי באופן עקרוני — ובמסגרת סעיף 73 לפקודה¹¹ — יד „הכלל” על העליונה. לשיטתו, מנהל-פושט-רגל חסר סמכות לפעול בשם החברה, ודינו כדין שלוח הפועל ללא סמכות ממשית. חוסר כשירות מביא לחוסר סמכות. גראה לנו כי אין מנוס מלקבל השקפה זו. המחוקק לא הסתפק בסנקציה פלילית¹², אלא קבע חוסר כשירות לפעול בשם החברה. חוסר כשירות זה בא להגן על הציבור הרחב. הגנה זו תסוכל אם פעולותיו של מנהל-פושט-רגל יחייבו החברה ביחסיה עם צד שלישי שפעל בתום לב¹³.

עד כאן הדיון הכללי בתוצאותיו האזרחיות של סעיף 72 לפקודה, לפיהן נשללת זכותו של הצד השלישי כלפי החברה. גראה כי תוצאה זו נראתה כבלתי מוצדקת לבית המשפט במסיבות המקרה שלפניו¹⁴. כאן היתה החברה חברה פרטית בשליטת המנהל-פושט-הרגל. מנהל זה, בנו ואשתו היו גם בעלי המניות היחידים, ופעולות פושט הרגל כמנהל נעשו, כמובן, על דעת הכל. במסיבות אלה, סבר כנראה בית המשפט, מן הדין להעניק זכות לצד השלישי הפועל בתום לב. לשם כך פנה בית המשפט לשני מקורות משפטיים. הראשון הוא סעיף 72 לפקודה, לפיו „מעשיו

Prima facie, them, persons seeking appointment should be honest and trustworthy. The section taken as a whole, seeks to protect the shareholders to whom the directors are a fiduciary duty. Had it been intended, however that the protection should end there the right to grant relief would have been given to the shareholders and not to the Court. The protection extends beyonds the private interests of the shareholders and reaches to the public whose welfare may be injured by dishonest trading. The words 'save with the leave of the Court' must be construed in the light of that intention”.

¹¹א להמתקות אפשריות מחוץ למסגרת סעיף 73, ראה להלן.

¹² ראה Henochsberg, *Companies Act*, 2nd. ed. (1963) p. 158.

“The disqualification is not imposed simply as a punishment, nor is it imposed on an applicant for relief and persons in similar positions simply as a personal consequence to them. The reason for the provision is to be found in the public interest in clean government and administration of companies and, the interest involved in not merely the interest of the applicant for relief himself, but the public interest in the administration of companies”.

¹³ הלכה פסוקה היא בארצות הברית כי באותם מקרים בהם נקבעה אי כשירות של מנהל לפעול, אין אי כשירות זו עושה את העסקה לבטילה אלא רק לנפסדת: ראה *American Jurisprudence* 2nd, Vol. 19, p. 537 ונראה שפעולותיו של המנהל מחייבות את החברה כלפי צד שלישי שלא ידע על אי הכשירות. יחד עם זאת, גראה לנו כי הלכה זו אינה תופסת במקרה שלפנינו, בו הפסלות מלפעול אינה קשורה באינטרס של החברה בלבד, אלא באינטרס של הציבור כולו.

¹⁴ על כך, ראה הערת-שוליים להלן.

של מנהל או מנהל עסקים יהיו בני תוקף למרות כל פגם שיתגלה אחר כך במינוי או בהכשרתו". השופט ויתקון ער לעובדה כי בעבר פורש סעיף זה הן באנגליה¹⁵ והן בישראל¹⁶ כמתייחס לריפוי אי-דיוקים פורמליים (slips) במינויו של מנהל, ולא כדי לשים לאל הוראות מהותיות הנוגעות למינויים של מנהלים, אך נראה כי לדעתו זהו פירוש צר מדי. לדעתו קיימת אפשרות כי הוראה זו תבטל את התוצאות האזרחיות שבחוסר הכשירות¹⁷. אכן, ניתן להסכים עם השופט ויתקון כי צמצום הוראת סעיף 72 לאי דיוקים פורמליים אינו מוצדק ואינו מתבקש מלשון הסעיף. יחד עם זאת, לא נראה לנו כי הרחבת סעיף 72 עשויה לפתור את בעייתנו. לא מתקבל על הדעת כי מצד אחד שאף המהוקק להגן על "טובת הכלל" על ידי שחרור החברה מאחריות לפעולותיו של המנהל, ומצד שני הוא ביטל שאיפה זו באמצעות הוראת סעיף 72. אם פירושו של השופט ויתקון לסעיף 72 הוא הנכון, מה הועיל המהוקק בקבעו כי מנהל פושט רגל אינו "מוכשר לשמש כמנהל" ? על פי פירוש זה האפקט היחיד של סעיף 73 הוא הפלילי, אך תוצאה זו גשלתה במפורש על ידי בית המשפט. נראה לנו, איפוא, שאף כי הצדק עם השופט ויתקון כי סעיף 72 אינו מוגבל לאי דיוקים פורמליים בלבד, ויש להרחיב את תחולתו, אין הרחבה זו צריכה להשתרע על המקרה שלפנינו, בו מטעמים של טובת הכלל גשלתה סמכותו של המנהל פושט הרגל לפעול בשם החברה.

המקור השני אליו פנה בית המשפט כדי להגן על זכויותיו של הצד השלישי הוא הדוקטרינה של *Royal British Bank v. Turquand* (1843)¹⁸. לדעת השופט יש בדוקטרינה זו כדי לסייע לצד השלישי, וזאת בשתי דרכים: האחת, כיון שהצד השלישי רשאי היה להניח כי היתה פניה לבית המשפט המוסמך בבקשה לאפשר למנהל-פושט-רגל לפעול כמנהל החברה, שכן פניה כזו היא ענין של "ניהול פנימי" בהתאם לדוקטרינה הנזכרת¹⁹; השנייה, כי החברה יצרה מצג באמצעות בעלי מניותיה כלפי הצד השלישי כי המנהל-פושט-הרגל מוסמך לפעול בשמה, והיא מנועה מלהתכחש למצג זה. לענין זה הרים בית המשפט את מסך החברה, וראה

¹⁵ ראה *Morris v. Kanssen* [1964] A.C. 459.

¹⁶ ראה ע"א 133/52 קופל ג. מפרק "פיטור" בעמ' 373, פד"י, 373.

¹⁷ מה גם שלפי דעת השופט ויתקון המינוי של פושט רגל כמנהל תופס, ואינו לא בטל ואף לא נפסד.

¹⁸ למהותה של דוקטרינה זו, ראה רשימת, דוקטרינות מדיני חברות ודיני השליחות, "הפרקליטי", כרך כ"ד, עמ' 39, 178.

¹⁹ השופט ויתקון הניח כי הפניה לבית המשפט המוסמך לדון בפשיטת הרגל של המנהל לשם מתן רשות לפושט הרגל לפעול כמנהל היא ענין של "ניהול פנימי". נראה כי השקפה זו עומדת בסתירה לדעתו של השופט אגרט בע"א 44/59 חכים נ. האחיות מנצרת, ט"ו פד"י, 1093, לפיה הכלל של "ניהול פנימי" אינו חל כאשר התנאי הוא חיצוני. למרות זאת נראה לנו כי הצדק עם השופט ויתקון, שאינו מגביל את הדוקטרינה של *Royal British Bank v. Turquand* למילוי תנאים פנימיים בלבד: ראה רשימת הנזכרת, שם, בעמ' 190.

במצג בעלי המניות — שבמקרה זה הודהו במידה רבה עם המנהלים עצמם — מצג של החברה עצמה.²⁰

נראה לנו כי הפעלת הלכת במקרה *Royal British Bank v. Turquand* שלפנינו היא פרובלמטית. כידוע, „מקומה הגאומטרי” של הלכה זו הוא במסגרת המניעות.²¹ החברה מנועה מלטעון כלפי הצד השלישי כי המנהל פועל ללא סמכות ממשית, שכן היא הציגה אותו כבעל סמכות כזו. במקרה שלפנינו קיימת סמכות ממשית מבחינה עובדתית. העדר אחריותה של החברה אינו נובע בשל העדר הסמכה מבחינה עובדתית, אלא בשל הוראת הדין השוללת את האפקט של ההסמכה העובדתית. אותו דין השולל את האפקט המשפטי של ההסמכה הממשית, מן הדין שישלול את האפקט של המצג. אם מטרת המחוקק היתה להגן על „טובת הכלל” באמצעות שלילת סמכותו הממשית של מנהל, לא מתקבל על הדעת שמטרה זו תושם לאל באמצעות הסמכות הנחזית. אין להניח כי מה שהחברה אינה יכולה לעשות על פי סמכות ממשית, היא תוכל לעשות על ידי סמכות נחזית.²² אותו רעיון ניתן להביע בצורה אחרת: כלל הוא במשפט המקובל²³, כי הדוקטרינה של המניעות אינה ניתנת להפעלה כדי להכשיר עסקה שהמחוקק, מטעמים של טובת הציבור, קבע כי היא בלתי תקיפה. נראה לנו כי כלל זה הופס במקרה שלפנינו. מטעמים של „טובת הכלל” ביקש המחוקק לשחרר חברה מאחריות לפעולותיו של מנהל-פושט-רגל, גם אם החברה הסמיכה אותו במפורש לכך. אין לעקוף כלל זה באמצעות הטענה כי החברה מנועה מלטעון שהמנהל פושט הרגל אינו מוסמך לפעול בשמה.

נראה שהשופט ויתקון עצמו היה ער לקושי זה, שכן הוא עצמו קובע כי²⁴ — „לא התעלמתי מההבדל שבין מתן סמכות נחזית לאדם שלמעשה לא ניתנה לו סמכות כלל ועיקר (אם כי אפשר היה להעניקה לו), לבין מתן סמכות נחזית לאדם, שלפי החוק, בשל פגם בכשירותו אי אפשר היה להעניק לו סמכות ממשית שכזאת”.

השופט ויתקון מתגבר על קושי זה בקבעו, כי²⁵ —

„השאלה היא, אם החברה, על ידי כלל חברה כארגון עליון שלה, יכלה לקבל הלוואה ולרשום משכנתא על רכושה. אין ספק שלחברה היתה סמכות כזאת. אם היא בחרה, לשם ביצוע עסקאותיה, במינאי אדם פסול והציגה אותו כאדם כשיר, נראה לי שזהו ענין של ניהול פנימי, שצד שלישי, בעל תום לב, רשאי להניחו בחזקת מעשה כשר”.

²⁰ השופט ויתקון מכנה כהרמת מסך את פנייתו לבעלי המניות לשם קביעת המצג מטעם החברה. נראה לנו כי לשם דיוק המושגים, אין זו כלל הרמת מסך, אלא הפעלה רגילה של תורת האורגניזם. הרמת מסך אמיתית נעשית לשם הטלת הנורמה המשפטית על המסתתרים מאחורי מסך החברה, ואילו כאן הנורמה המשפטית הוטלה על החברה באמצעות בעלי המניות כאורגן מוסמך.

²¹ ראה רשימתי הנזכרת, שם, בעמ' 178 ואילך.

²² לענין זה אין הבדל בין תורת המצג לבין תורת הסמכות הרגילה. עקרון טובת הציבור השולל אפקטיביות מהמצג, ישלול בודאי גם אפקטיביות מהסמכות הרגילה. לתורת הסמכות הרגילה, ראה רשימתי הנזכרת, שם, בעמ' 182 ואילך.

²³ ראה *Halsbury-Simonds, Laws of England, Vol. 15, sec. 345, p. 176*.

²⁴ פרשת ברנהיים.

²⁵ שם.

אכן, אליבא דכולם הוא שהחברה כגוף משפטי כשירה להכנס לעסקה, אך בכך בלבד אין כדי לפתור את בעייתנו. אם החברה נכנסת להתקשרות באמצעות מנהל פושט רגל, היא פוגעת „בטובת הכלל“, ודבר זה בא המחוקק למנוע. יחד עם זאת, נראה לנו כי ניתן להציע דרך שלישית, שבה יכול היה בית המשפט העליון ללכת לאור הנחותיו, ולהגיע לתוצאה שנראתה לו כרצויה. במקרה שלפנינו מנהל החברה הוא פושט רגל. מכוח הוראת סעיף 73 לפקודה אסור לו לפעול בשם החברה להגשמת הפונקציות שהתזכיר והתקנות העניקו לו. כיון שכך, אנו עדים למצב דברים בו הנהלת החברה אינה מסוגלת לפעול. במקרה זה הדין הוא שהסמכות לפעול בשם החברה עוברת לאסיפה הכללית.²⁶ אכן, במקרה שלפנינו ניתן לראות כי מבחינה עובדתית נכרת החוזה בשם החברה על-ידי האסיפה הכללית עצמה. אמת הדבר, במסגרת האסיפה הכללית פעל גם פושט הרגל — הפעם בכושרו כבעל מניות ולא בכושרו כמנהל, — אך האיסור של סעיף 73 חל על פעולות פושט רגל כמנהל, ולא על פעולותיו כבעל מניות או כשליחם של בעל המניות.²⁷ נראה לנו, שלא רק שמבחינה טכנית אין מקום לתחולת סעיף 73 במקרה זה,²⁸ אלא גם

²⁶ ראה Pennington, *Gower, Modern Company Law*, 2nd. ed. (1957), p. 127; *op. cit.*, p. 396 לאותה תוצאה ניתן להגיע גם בדרך אחרת. ניתן לומר כי בחברת מעטים, בה ההבחנה בין ההנהלה לבין האסיפה הכללית מטושטשת לרוב, בעל מניות השליטה מוסמך תמיד לפעול במקביל להנהלה. לאימוץ השקפה זו ראה Fuller, *The Incorporated Individual: A study of the One-Man Company*, 51 (1938) *H.L.R.* 1373, 1387. דרך זו פרובלמטית יותר, ומעוררת קשיים הנידונים בה"ש 28 להלן.

²⁷ בהתייחסו למקרה בו פעולה פלוניא היא בסמכות מועצת המנהלים, אך היא אסורה עליה לביצוע, ועל-כן מועברת לאסיפה הכללית, המיפה מצדה את המנהלים לבצעה, אומר פנינגטון:

"...members may authorise directors to do an act which is outside the director's own powers, but within the company's powers, by passing an ordinary resolution either before or after the directors act; ...in acting under such authority the directors act as agent for the members and not as directors of the company..." (p. 396).

²⁸ לשיטתנו, סעיף 73 חל רק לענין פעולת המנהל בכושרו כמנהל, ולא בכושרו כבעל-מניות. זו היתה גם דעתו של השופט ויתקון בפרשת כרנהיים. יחד עם זאת, ניסוחו הרחב של סעיף זה עשוי לעורר קושי. בהתאם לסעיף זה, אסור למנהל "directly or indirectly to take part or be concerned in the management of any company". על פי ההלכה הפסוקה בדרום אפריקה, בה קיימת הוראה מקבילה, יש לתת לביטוי „במישרין או בעקיפין“ פירוש רחב: ראה דברי השופט De Beer J. בפרשת *Ex Pare Jacobson*, 1944, O.P.D. 112 האומר:

"But even should a director take no direct part in the management I find it difficult to visualise a case where it could be said that he is not even indirectly concerned therein."

נראה לנו כי את הביטוי management יש לפרש מבחינתו האירגונית ולא הפונקציו-נלית. כאשר בעלי המניות פועלים בענין הנתון כרגיל לסמכות המנהלים, אין הם „מנהלים“ את החברה.

שמבחינת מטרת המחוקק העומדת מאחורי סעיף 73, אין קונסטרוקציה זו עומדת בסתירה לסעיף זה. מטרת המחוקק היתה למנוע פגיעה בכלל בשל פעולותיו של מנהל-פושט-רגל שעל שיקול דעתו אין לסמוך. המחוקק לא בא למנוע מהחברה, באמצעות שיקול הדעת של בעלי מניותיה, מלבצע עסקה שפושט הרגל ביקש לבצע ולא היה מוסמך לכך. הקונסטרוקציה המוצעת אינה קשורה כלל בניהול פנימי או בכללי מצג, החברה מחוייבת לא בשל פעולותיו של מנהל פושט רגל, אלא בשל פעולות האסיפה הכללית.

ראינו כי אופיה המיוחד של החברה במקרה שלפנינו, והזהות בין מנהליה ובעלי מניותיה, אפשרו לנו לראות בפעולת האסיפה הכללית — המזדהה למעשה עם פעולת המנהל — פעולה המחייבת את החברה. אך אופי מיוחד זה של החברה עשוי מצדו לעורר הרהורים אם אמנם במקרה המיוחד שלפנינו — להבדיל מהמקרה הטיפוסי בו האסיפה הכללית שונה בהרכבה מההנהלה — התוצאה אליה הגיע בית-המשפט — ותהיה הקונסטרוקציה המשפטית אשר תהיה — מוצדקת היא. הספקות מתעוררים לאור העובדה כי בחברת מעטים, בה המנהל ובעל המניות הם אותו אדם, מלאכותי הוא להכיר בשיקול דעת בעל המניות כמחייב את החברה, בעוד ששיקול דעת המנהל כפושט רגל, אינו מחייב אותה. לשון אחרת: הזהות בין ההנהלה לבין אסיפת החברה מעוררת את השאלה אם לא נכון יהיה להפעיל את הוראת סעיף 73 לא רק על מנהל-פושט-רגל, אלא גם על בעל מניות פושט רגל, ובלבד שהמדובר בחברה הנתונה בשליטת בעל-המניות-המנהל. לשם השגת תוצאה זו יש, „להרים את המסך“²⁹. לדבר זה היה השופט ויתקון מוכן. אך מבחינתו באה הרמה זו כדי להבדיל בין מעמד פושט הרגל כמנהל לבין מעמדו כבעל מניות. השאלה היא, האם אין לבצע הרמת מסך זו דוקא כדי להשיג תוצאה הפוכה. המחוקק הבחין, כמובן, בין אי כשרותו של מנהל-פושט-רגל לבין כשרותה של החברה ובעלי מניותיה. זהו הדין במקרה הטיפוסי. אך האין הבחנה זו מלאכותית כאשר המנהל ובעל המניות חד הם, והם השולטים בחברה שלהם?

ד"ר אהרן בריק

²⁹ זו הרמת מסך אמיתית: ראה הערת שוליים 20 לעיל.