

הרמת מסך והדחיית חוב לאחר תיקון 3 לחוק החברות: מה נשתנה?

מאת

ד"ר עמיר ליכט*

הבל הבלים אמר קהלת,
הבל הבלים הכל הבל...
מה שיהיה הוא שיהיה,
ומה שנעשה הוא שיעשה;
ואין כל חדש תחת השמש.¹

א. מבוא

מבין שפע השינויים שהכניס תיקון מס' 3 לחוק החברות², הבולט ביותר הוא, ללא ספק, החלפת סעיף 6 לחוק החברות³ אשר מסדיר את סוגיית הרמת המסך. נוסחו הקודם של סעיף 6 עורר ביקורת רבה בקרב המגזר העסקי. איגוד החברות הציבוריות וכן התארגנות אד-הוק של אנשי עסקים בולטים גרסו, כי ההסדר הקודם עמום מדי, מרחיב יתר על המידה את הנסיבות האפשריות להרמת מסך בידי בית משפט, ובכך הוא יוצר סיכון מיותר לבעלי עסקים.⁴ הצעת חוק מטעם משרד המשפטים הביעה עמדה דומה.⁵ הצעת חוק פרטית, שנוסחה בעידודם של אנשי עסקים, גרסה, כי "החוק החדש הרחיק לכת מעבר לדיני החברות במדינות אחרות ואף לדין ששרר בישראל מכוח פסיקת בתי-המשפט".⁶ מגישי ההצעה טענו, כי גישה זו פוגעת במוטיבציה של בעלי עסקים להתאגד בישראל ומעודדת אותם להקים חברות "באותם מקומות ולפי אותם חוקים, שיבטיחו להם הפרדה חדה ומוצקה יותר של האישיות הנפרדת של החברה מאישיותם של מייסדיה ובעלי מניותיה".⁷ בהקשר זה

* פרופסור אורח, אוניברסיטת קליפורניה בברקלי; מרצה בכיר, המרכז הבינתחומי הרצליה; עמית מחקר, המוסד האירופי למשטר חברות (ECGI). תודתי לעו"ד רביב לוי על הערותיו לכתב היד.

1. **קהלת** א' 2, 9.
2. חוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, ס"ח 238.
3. חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.
4. ראו, למשל, צבי לביא, "פרופסור פרוקציה ומלחמתו בלוביסטים" **גלובס** 11.9.2003; "החברות הציבוריות על התיקונים בחוק החברות: נושאים חיוניים לא טופלו" **גלובס** 3.3.2005.
5. הצעת חוק החברות (תיקון), התשס"ב-2002, ה"ח 638 ("הצעת החוק הממשלתית"). לפי דברי ההסבר, "סעיף 6 עשוי להתפרש כרחב מדי ולא בהיר ולהותיר את הקהיליה העסקית בחוסר ודאות ובסיכונים שאינם ניתנים לצפיה". **שם**, בעמ' 642.
6. הצעת חוק החברות (תיקון - עידוד התאגדות בישראל), התשס"ג-2003, מספר פ/267.
7. הצעת החוק הפרטית, **שם**, בעמ' 6-7.

אף הוזכר, כי נושא הרמת המסך אינו מוסדר בחוק החברות של מדינת דלאוור.⁸ גם באקדמיה נשמעו קולות ביקורתיים. מחקר שערכה אירית חביב-סגל בשנת 2003 הצביע על עלייה משמעותית במספר התיקים שבהם נדונה הרמת מסך לאחר חקיקת חוק החברות.⁹ חביב-סגל מצאה, כי בכרבע מן המקרים המגיעים להכרעה שיפוטית הרימו בתי המשפט את המסך, והביעה דעתה, כי זהו שיעור גבוה ביותר.¹⁰

סעיף 6 בנוסחו החדש שונה מקודמו באופן ניכר. הוראות שהיו בנוסח הקודם הושמטו, אחרות נוספו, והסעיף כולו נערך מחדש. לנוכח שינויים אלה היה מקום לסברה, כי המחוקק שינה את המצב המשפטי בסוגיית הרמת המסך.¹¹ אחרים עשויים לסבור, כי הנוסח החדש אך מבהיר את הדין בסוגייה, ואין הוא בא לשנות את מארג הזכויות והחובות שנהג עובר לחקיקה. ברשימה זו נבקש לטעון, כי סעיף 6 החדש אינו עושה דבר מבין אלה: אין הוא משנה מן הדין שקדם לו, לרבות זה שקדם לחקיקת חוק החברות, ואין הוא מבהיר את המצב המשפטי. יתר על כן, עצם שינוי החקיקה עלול לשבש את ההסדר הראוי מחמת הפתח שהוא פותח למחלוקות אודות תכלית החקיקה ואודות כוונת המחוקק; לא עוד, אלא שהסעיף החדש אף עלול להתפרש כמרחיב את האפשרות להרמת מסך מעבר למידה הראויה. לפיכך, יש חשיבות מיוחדת לזיהוי עקרונות היסוד העומדים בבסיס הדוקטרינה של הרמת מסך לא פחות, ואולי אף יותר, מאשר להגדרת התנאים לביצוע הרמת מסך לפי הנוסח החדש. זו מטרתה של רשימה זו.

חלק ב' של הרשימה דן בטעמה ובטיבה של הרמת מסך. חלק ג' גוזר מאלה את התנאים הראויים למתן הסעד, כפי שהתגבשו בפסיקה בישראל ובמשפט המשווה. על בסיס דיון זה מתפרשות בחלק ד' הוראות החוק. סיכום הדברים עולה בעיקרו בקנה אחד עם דברי החכם באדם, המובאים בפתח הרשימה. חלק ה' נדרש להדחיית חוב, אשר נכרכה אף היא בסעיף 6 לחוק החברות, וביחס בינה לבין הרמת מסך. בהקשר זה עלול תיקון 3 להביא לשינוי לרעה במצב המשפטי ולכן על בתי המשפט לפרשו מתוך מגמה לשמר את הדין הנוהג. חלק ו' חותם את הרשימה בהערה אודות החקיקה בסוגיות מעין אלה.

8. ניתן רק לשער, כי בכך התכוונו הכותבים לרמוז שהדין בדלאוור מקפיד במיוחד על שמירת האישיות המשפטית הנפרדת. כפי שנראה להלן, אין זה המצב המשפטי שם כלל ועיקר.

9. אירית חביב-סגל, "חוק החברות החדש: סופו של עידן האחריות המוגבלת?" (פורסם באתר לשכת עורכי הדין, מאמרים וכתבות, 7.12.2003, http://www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=8388&catId=287). המחקר מתואר גם בספרה של אירית חביב-סגל **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש** (תשס"ה), כרך ב). נציין, כי המדגם שעליו התבסס המחקר לא התייחס לשנים שקדמו לחקיקת חוק החברות. לגבי שנים אלה אף אין מאגר מידע אלקטרוני של פסקי דין בערכאות הנמוכות, כך שביצוע ההשוואה הנדרשת אינו אפשרי באמצעים סבירים. לפיכך, הגם שהממצאים אינם תומכים ישירות במסקנה, כי ניתן לייחס את העלייה במספר תיקי הרמת המסך לחקיקת החוק, דומה כי זו הנחה מתקבלת על הדעת.

10. שם.

11. ראו, למשל, משה קשת, "הסיכונים בתיקון החדש בדיני הרמת המסך" **הארץ** 3.5.2005, הגורס כי "דיני הרמת המסך על פי התיקון שונים מאוד - לא רק מההוראות המקוריות של החוק, שבוטלו - אלא גם מהצעת החוק."

ב. טעמה וטיבה של הרמת מסך

מהי חברה? לשאלה זו תשובות רבות. התשובה שנותן החוק לשאלה - "אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד"¹² - מספקת רק מענה חלקי. לפי תפיסת החוק, החברה היא נושא או מושא ראויים של יחסים משפטיים. מאמץ אינטלקטואלי ניכר הושקע בדיון, האם החברה היא יציר הריבון (לפי הגישה המכונה "היררכית"), או יציר הצדדים בהסכמה ביניהם (לפי גישה "חוזית"), או שמא מדובר בתופעה חברתית שיש לה קיום עצמאי כקבוצה ובמנותק מהסכמות בין פרטים (זו הגישה המכונה לעיתים "ריאליסטית").¹³ בעשורים האחרונים ניכרת דומיננטיות להשקפה החוזית, בפרט בספרות הנוקטת גישה כלכלית למשפט. הדימוי השגור של החברה בספרות זו הוא "פקעת של חוזים" (nexus of contracts).¹⁴ זהו דימוי קליט אלא שהוא אינו משקף נכונה את מהות החברה, או ה"פירמה" במינוח הכלכלי.¹⁵ במאמר היסוד אודות טבעה של הפירמה עמד רונאלד קוז על היותה מסגרת לאירגון פעילות כלכלית, שאינה ניתנת לביצוע באמצעות עסקאות שוק, לאמור, חוזים.¹⁶ קוז טבע את הדימוי "איים של כוח מודעי" (islands of conscious power).¹⁷ קיומם של יחסי כוח וכפיפות הוא בעיניו יסוד מבחין מרכזי של התאגיד. יחסי כוח וכפיפות קיימים בתוך התאגיד, בהיותו מסגרת היררכית, והם קיימים גם בין התאגיד ואנשי הפנים בו לבין גורמים חיצוניים לתאגיד - בראש ובראשונה, בעלי המניות מן המיעוט או הציבור. הדימוי המתבקש לתאגיד הוא, לפיכך, פקעת של יחסי כוח.¹⁸ התאגיד הוא מסגרת שבה הפעלת כוח - לאמור, נקיטת פעולות המחוללות שינויים במצב המשפטי ובאינטרסים כלכליים של אחרים - זוכה ללגיטימיות חברתית באמצעות מערכת המשפט.¹⁹

12. סעיף 4 לחוק החברות.
 13. לסקירת הגישות השונות ראו אירית חביב-סגל **זיני חברות לאחר חוק החברות החדש** (תשנ"ט, כרך א).
 14. מקורו של דימוי הפקעת החוזית בשני מאמרים מרכזיים בתורת הפירמה. ראו Michael C. Jensen & William H. Meckling, "Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", 3 J. Fin. Econ. 305 (1976); Armen A. Alchian & Harold Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization", 62 Am. Econ. Rev. 777 (1972). תומכיה הבולטים של Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, **The Economic Structure of Corporate Law** (1991).
 15. לביקורת נוקבת על ראיית התאגיד כפקעת של חוזים ראו Melvin A. Eisenberg, "The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts", 24 Iowa J. Corp. L. 819 (1999). ראו גם Jeffrey Nesteruk, "Persons, Property, and the Corporation", 39 DePaul L. Rev. 543 (1990); William T. Allen, "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation", 14 Cardozo L. Rev. 261 (1992);
 אוריאל פרקציה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט" **משפטים** יח (תשמ"ט) 395.
 16. Ronald H. Coase, **The Nature of the Firm**, 4 *Economica* 386 (1937); reprinted in Ronald H. Coase, **The Firm, the Market, and the Law** (1988).
 17. הספרות העיונית החדשה שבה ומדגישה את יסוד הכוח, במובן של יכולת עצמאית לקבוע דרכי פעולה, כנגזרת של "זכויות קניין" (property rights). ראו Oliver D. Hart, **Firms, Contracts, and Financial Structure** (1995).
 18. ראו עמיר ליכט "תכליות החברה", **משפט ועסקים** א (תשס"ד) 173, 176.
 19. גישה זו גם עולה בקנה אחד עם ראיית התאגיד כמסגרת לריכוז תשומות מסוגים שונים לשם הפנייתן לפרוייקטים חדשים תחת שליטת הפירמה ותוך הפרדתן משליטת בעליהן הקודמים. ראו אירית חביב-סגל "על מהותה של החברה המסחרית" **עיוני משפט** יט (תשנ"ד) 19; Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "The Essential Role of Organizational Law", 110 *Yale L. J.* 387 (2000).

במשפט הישראלי ניתן ביטוי בעיקר לשתי הגישות הראשונות למושג התאגיד. ברצותם, מדגישים בתי המשפט את העובדה שקיומו של התאגיד תלוי כל כולו בהכרה שנותן לו החוק. בהעדר גושפנקא רשמית היונקת את תוקפה ממערכת המשפט, לא יהיה לתאגיד קיום. לעיתים הדבר קל להוכחה. למשל, כאשר הצדדים עמדו בדרישות הפרוצדורליות לשם איגוד חברה. במקרים אחרים ישקיע בית המשפט מאמץ ניכר בניסיון לאתר את הכרת הדין, מכיוון ש"דבר היותה של אותה תופעה אישיות משפטית כתוב בדיו בלתי נראית, ועל כן מתבקש מבין השורות"²⁰. במקרים אחרים יודגש אופיה החוזי של החברה כפי שהוא משתקף, בין השאר, במסמכי ההתאגדות.²¹ שאלת ה"ריאליות" של התאגיד היא שאלה עיונית העומדת בצל העובדה, שלתאגיד אין קיום בעולם המציאות. תכופות נאמר, כי התאגיד הוא "פיקטיבי", "מלאכותי" וכיוצא בזה. האם בשל כך נשמט טעמו של הדין כולו? בית המשפט העליון, מפי השופט ברק, השיב על כך בשלילה תקיפה בפרשת **מודיעים** :

"התאגיד אינו יצור מלאכותי. אכן אם התאגיד הוא מלאכותי, כי אז גם הבעלות, והזכות והחובה ושאר המושגים והמוסדות המשפטיים הם מלאכותיים. אמת הדבר, קיים שוני מהותי בין תאגיד לבן-אדם (בשר ודם). לתאגיד אין קיום טבעי. לבן-אדם יש קיום טבעי. ... אך מכאן לא נובע כי אדם הוא "ריאלי" ותאגיד הוא "מלאכותי". מכאן רק נובע כי בין השניים ישנם הבדלים מהותיים וחשובים. חרף הבדלים אלה, הן התאגיד והן בן-אדם פועלים בעולם המשפט. עולם זה הוא עולם נורמטיבי. ... זה כזה הוא "ריאלי" עד כמה שהמשפט הוא ריאלי, וזה כזה הוא "מלאכותי" עד כמה שהמשפט הוא מלאכותי. זה כזה הוא "אדם" - להבדיל מבן-אדם - במובן הנורמטיבי. ... לתאגיד קיום נורמטיבי, והוא "אדם" בעולם הנורמטיבי."²²

תקיפות הדברים אינה צריכה להטעות. התאגיד הוא יצור מלאכותי. אלא שבית המשפט מדייק היטב בדבריו. התאגיד הוא אמיתי רק כרעיון - כקונסטרוקט מחשבתי גרידא במערכת הרעיונית שאותה אנו מכנים משפט.²³ במערכת זו יש מקום גם לרעיון, שייחבן "אדם" ללא קיום במציאות, ממש כשם שזכות חוזית יכולה להיות "נכס", הגם שאינה מוחשית. לפיכך, גם תפיסת התאגיד כפקעת של חוזים אינה מקנה לו יותר מציאותיות מאשר תפיסתו כאישיות. התאגיד הוא טכנולוגיה משפטית - דרך לביצוע פעולות אשר הגשמתן בכלים משפטיים אחרים מסורבלת יותר, יקרה יותר, או בלתי-אפשרית. מבחינות רבות התאגיד עדיף על חוזה, שליחות או נאמנות, אף שיש בו יסודות מכל אלה. קיומה של טכנולוגיה משפטית זו רצוי מבחינה חברתית

20. רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין פ"ד (2) 202, 203 (דין בשאלה, האם הקדש הוא אישיות משפטית).

21. סעיף 17 לחוק החברות קובע, כי "דין התקנון כדין חוזה...". סעיף 23(א) לפקודת החברות קבע הוראה דומה והפסיקה הדגישה יסוד זה פעמים רבות. ראו, למשל, ע"א 180/75 לביב נ' בנק לפיתוח תעשיה לישראל בע"מ פ"ד (3) 225; ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. טקסטיל בע"מ פ"ד (4) 197.

22. ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בנוי ופתוח בע"מ נ' מ"י פ"ד (4) 364, 382.

23. באותו אופן יכולים התאגיד, וקבוצות אחרות, להיות אמיתיים גם במערכות רעיוניות אחרות, כגון משנה חברתית-פוליטית. היטב זה עשוי להשפיע על מערכת המשפט אך הוא אינו מכריע, בניגוד למציאותיותם של יחידים אשר אינה שנויה במחלוקת.

ולכן על קובעי הדין, המחוקק ובתי המשפט, לדבוק ברעיון האישייות המשפטית של התאגיד. אלא שבעשותם זאת, עליהם להימנע מפטישיזציה של הרעיון. בדומה לטכנולוגיות אחרות, גם בתאגיד ניתן להשתמש באופן מזיק, הסותר עקרונות יסוד חברתיים. כללי המשחק החברתי, שהמשפט נותן להם תוקף, יכולים להגביל את הנסיבות שבהן יוכר תוקפו של רעיון התאגיד כאישיות משפטית.²⁴ או אז ייוותרו בשדה המשחק אותם שחקנים שהדין אינו תנאי לקיומם, דהיינו, בני אדם יחידים. זוהי הרמת מסך.

רעיון האישייות המשפטית הנפרדת מנביע, כי לבעלי המניות יריבות עם התאגיד. תוכנה המשפטי והכלכלי של יריבות זו נקבע על פי מסמכי ההתאגדות והמניות שהם מחזיקים בהן.²⁵ הפרדת התאגיד מחבריו מנביעה בתורה, כעניין הגדרתי, את הפרדת נכסי החברים מנכסי התאגיד.²⁶ בפרט, נובעת מהפרדה זו האחריות המוגבלת, דהיינו, הגבלת החשיפה הכלכלית שלהם אך ורק לאובדן השקעתם בהון המניות.²⁷ הרמת מסך אינה מאיינת בהכרח את האישייות המשפטית הנפרדת של התאגיד. הרמת מסך יוצרת יריבות משפטית בין צדדים אשר קודם לכן היו ביריבות עם התאגיד. בראש ובראשונה, מהרמת מסך עשויה לנבוע הגדלת החשיפה הכלכלית של בעלי המניות, כאשר נושי התאגיד נעשים נושים של בעלי המניות. במקרה זה ניתן לדבר על איון התאגיד, אך גם אז הדבר מוגבל ליחסים שבין הצדדים. במקרים אחרים עשויה היריבות להתייחס לא לחובה או לזכות, אלא למצג. כך, בפרשת **החברה להוצאת אנציקלופדיות**²⁸ יוחס לבעל מניות השליטה בחברה מצג שהציגה החברה באמצעותו, בכשרותו כאורגן של החברה. המצג של החברה הפך להיות מצג של בעל המניות. בכך היה די כדי לספק את הנושה של בעל המניות, מכיוון שהמצג השפיע לחיוב על שווי הנכס נשוא המחלוקת. כמו כן, גם בעלי המניות עצמם עשויים לבקש הרמת מסך על מנת למנוע מצד שלישי להיבנות באופן בלתי צודק ממסך ההתאגדות.²⁹

הרמת מסך תיתכן גם בהקשרים שאינם כוללים יריבות, כגון ענייני סטטוס. במקרה כזה ניתן לייחס לתאגיד תכונה אישית של בעל מניות. דוגמה לכך היא קביעת זהותו הלאומית של התאגיד. כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי מספקים ברירת מחדל לקביעת זהות זו. הכלל במשפט המקובל האנגלי, הנוהג גם בדין הישראלי, מצביע על מדינת ההתאגדות.³⁰ אף על פי כן, בית המשפט יוכל לייחס לחברה את לאומיותם של בעלי המניות - למשל, בהקשר של דיני סחר עם האויב.³¹ בבסיס גישה זו מצויה ההנחה, שהזהות הלאומית של בעל השליטה בתאגיד מספקת קירוב ראשון

- .24 השוו Paul L. Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law* 148 (6th ed. 1997), המסביר את הרציונל להרמת מסך בכך שהאישייות המשפטית של התאגיד היא ציבורית ביסודה.
- .25 **ברדיגו, לעיל** הערה 21.
- .26 ע"א 524/88 **פרי העמק נ' שדה יעקב** פ"ד מה(4) 529. פרשת **פרי העמק** עסקה בהקשר השכיח של ייחוס חובות התאגיד לחבריו, אותם ניתן לראות כנכס שלילי. להקפדה ראויה על הפרדת נכסים חיוביים של התאגיד (שותפות באותו מקרה) מנכסי החברים ראו (Tenn. 1981) 620 S.W.2d 510 **Putnam v. Shoaf**.
- .27 ראו אוריאל פרוקציה "מושג ותיאוריה בתורת האישייות המשפטית" **עיוני משפט** יז (תשנ"ב) 167.
- .28 ע"א 543/89 **החברה להוצאת אנציקלופדיות בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** פ"ד מה(1) 529.
- .29 ע"א 4606/90 **מוברמן נ' תל-מר בע"מ** פ"ד מו(5) 353.
- .30 Peter North & J.J. Fawcett, *Cheshire & North on Private international Law* (12th ed.1992) 897.
- .31 **Daimler Company Ltd. v Continental Tyre and Rubber Company Ltd.** (1916) 2 AC 307.

טוב למידת הנאמנות שלו למדינה - שאלה שיש לה חשיבות כאשר מדובר במשאב לאומי או בסוגיות של בטחון וקשרי חוץ.³² במרבית המקרים כיום מוסדרת הסוגייה בחקיקה, תוך התמקדות בזהותם הלאומית של בעלי אמצעי השליטה בתאגיד.³³ ואולם, עקרונית, אין מניעה שבית המשפט יבצע פעולה דומה גם בהעדר חקיקה מפורשת, אם אחרת תסוכל תכלית החוק.

ג. התנאים למתן הסעד

1. מבוא: אמצעים למיתון הסעד

הרמת מסך היא סעד מרחיק לכת. שינוי בדיעבד של מערך היריבויות המשפטיות בידי בית המשפט הוא מהלך שיש לו השלכות שליליות רבות. בין הצדדים הישירים לסכסוך עשויה הרמת מסך לסכל ציפיות לגיטימיות. הדבר חריף במיוחד כאשר הרמת מסך משמשת להטלת חובות התאגיד על בעלי מניות. ההשלכות החמורות יותר נובעות מן ההשפעות החיצוניות של ביצוע הרמת מסך מעבר לנסיבותיו של המקרה המסויים. ביטול ההפרדה בין נכסי התאגיד וחובותיו לבין נכסי החברים מערער את יציבות המוסד המשפטי של התאגיד באופן כללי. ככל שמדובר בסיכון אקראי שאינו ניתן לחיזוי, זהו מקור של אי-ודאות הפוגעת ביכולתם של צדדים לאמוד כראוי סיכונים עסקיים. תכונת האישיות המשפטית מקנה לפירמה המואגדת ודאות ויציבות, שהן יתרונותיה המרכזיים, יחד עם הגבלת אחריות בעלי המניות. הרמת מסך במקרה פלוני מכרסמת לכאורה בתכונה זו לגבי כל התאגידים במשק, ולכן ה"נזק הסביבתי" שלה עשוי להיות גדול בהרבה מן התועלת הנקודתית באותו מקרה. המחמירים ירחיקו לכת ויטענו, כי הרמת מסך חותרת תחת כוונת המחוקק ופוגעת בשלטון החוק.

בתי המשפט מודעים היטב להשלכות הכלליות שעשויות לצמוח מהרמת מסך. כדי להתמודד עם הבעיה נוקטים בתי המשפט מספר דרכים. דרך מקובלת אחת היא שימוש באמצעים רטוריים על מנת למתן את הרושם שמוסד התאגיד מתערער. במסגרת זו ידגיש בית המשפט הן את חשיבות מוסד התאגיד והן את מודעותו לחריפות הסעד של הרמת מסך ולכך שיש לתיתו ביד קפוצה. בפרשת מוברמן מסביר בית המשפט העליון, מפי השופט דב לוין, כי:

"כמובן, אין לנהוג בדרך זו, על דרך השגרה, שהרי אם כך נעשה יתערער יסוד היסודות של תורת האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בתור שכזה. מבנה משפטי זה, שזכה להכרה ולישום יציב ומתמשך בדיון ובהלכה, השפעתו מכרעת על התהליכים הכלכליים בארץ ובעולם.

32. הקשר נוסף, שכיח וסבוב יותר, הוא מיסוי בינלאומי.

33. ראו, למשל, בהקשר של קביעת ישראליותו של תאגיד המבקש לרכוש אמצעי תקשורת - ע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי. אי. אן. סי) בע"מ נ' שר התקשורת ואח', פ"ד נו(2) 97.

לפיכך הזהירות הרבה שיש לנקוט בהתייחסות לאישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד ולא לפגום בה כשאין הדבר מחוייב המציאות.³⁴

אמצעי אחר שקנה לו שביטה בפסיקה הוא יצירת הבחנות אד-הוק בין הרמת מסך "מלאה" לבין הרמת מסך "מופחתת", או פעולה שאינה ממש הרמה של המסך אלא "הזזה" שלו או "הצצה" מעבר לו:

"מקובלת עלי אבחנה מתבקשת מבחינת הדירוג וההיקף בהרמת מסך. יש שהרמת המסך היא רחבה ומקפת, ולמעשה טוטאלית, ... יש שהרמת המסך היא חלקית, מדומה, ומצטמצמת לנושאי משפט ספציפיים המשותפים, עניינית ומעשית, לניצבים משני צידי הפרגוד - התאגיד ובעלי המניות."³⁵

למרות ההידרשות החוזרת ונשנית לסוג זה של הבחנות, לא ניתן, לדעתנו, להצביע על מתכונת שיטתית כלשהי שהתגבשה ביחס להפעלתן. יודגש, כי גם במצב של הרמת מסך מלאה, רחבה, מקפת וטוטאלית אין התאגיד עצמו מתאיין. קיומה של החברה הוא מיום ההתאגדות המצויין בתעודת ההתאגדות ועד לפקיעת ההתאגדות, כתוצאה מחיסולה של החברה.³⁶ מאידך גיסא, גם כאשר בית המשפט מציץ בחטף בלבד מעבר למסך ההתאגדות, עשויות לנבוע מכך השלכות כלכליות מרחיקות לכת. ההבחנה בין הטלת חובות התאגיד על חבריו לבין יצירת יריבויות אחרות מקבילה במידת מה להבחנה בין הרמת מסך "מלאה" ל"מדומה", אך גם היא אינה מוחלטת. כפי שראינו, די בייחוס מצג כדי לשנות מהותית את יחסי הכוחות הכלכליים. בעינינו, האמצעים הרטוריים הנזכרים עלולים לערפל יותר מאשר להבהיר.³⁷

דרך אחרת למיתון התוצאות השליליות של הרמת מסך היא הימנעות מן השימוש בה והעדפת אמצעים משפטיים חלופיים. במקרים מסויימים - כנראה,

34. מוברמן, לעיל הערה 29, בעמ' 360.

35. שם. לשימוש בהבחנה בין הרמת מסך "אמיתית" ל"מדומה" ראו גם ע"א 218/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, תק-על 513 (3) 97; בג"צ 823/90 סיעת בת-ים נ' מבקר המדינה, פ"ד מד(2) 692; ע"א 417/79 מרכוס נ' המר, פ"ד לז(2) 337. מקורם של המונחים האחרים הוא ככל הנראה במחקרה הוותיק של סמדר אוטולנגי הרמה של מסך ההתאגדות במשפט הישראלי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים האונברסיטה העברית ב-ים תשכ"ז) 325-329. המחברת הבחינה בלא פחות מארבע קטגוריות: הצצה אל מעבר למסך, חדירת המסך, התעלמות מהמסך והרחבת המסך. ראו ע"א 145/98 (ת"א) אגפיה אינטרנציונל ס.ר.ל. נ' רמנוף חברה לסחר בציוד בניה בע"מ דינים מחוזי כו(01), 714. המונחים "הצצה" ו"הזזה" נזכרים אצל אברהם פלמן, דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה, כרך שני (הדרה בר-מור, עורכת 1994) 109. ליישום ראו, למשל, ה"פ 982/95 (חיי) החברה לנאמנות של בנק אגוד בע"מ נ' בית חנניה - מושב עובדים להתיישבות דינים מחוזי כו(9), 853.

36. סעיף 5 לחוק החברות.

37. לאחרונה חידש בית הדין האיזורי לעבודה, מפי השופטת רות, מונח נוסף, בקובעו כי "הרמת מסך ההתאגדות במקרה דנן צריכה להיות מוגבלת ומידתית... כך שמסך זה יורם באופן חלקי ומוגבל, לפיו החיוב האישי של בעלי המניות או המנהלים בתאגיד בגין חובות החברה כלפי העובד ייעשה רק ביחס לחלק מחובות אלה." עב' (ת"א) 911405/99 פוקץ נ' מיקרו קול בע"מ, ניתן ביום 21.9.2004. התוצאה שהושגה בפסק הדין נראית ראויה, אך תיאור הרמת המסך כ"מידתית" אינו תורם לכך בהכרח.

לא רבים - ניתן להגיע כך ליישוב הסכסוך בדרך משביעת רצון. לדוגמה, בפרשת **עזבון חסיד**³⁸ נדונה מחלוקת בין יורשיהם של שלושה בעלי מניות בחברה פרטית קטנה למסחר בעץ, כאשר המנוחים ויורשיהם לא הקפידו הקפדה יתירה על ההפרדה בין התאגיד לחבריו (ולא מן הנמנע כי הפרדה זו לא היתה נהירה להם). בנסיבות הדיוניות של אותו מקרה, יכול היה בית המשפט להשיג תוצאה שקולה להרמת מסך באמצעות סעד מינורי של מתן רשות לתיקון כתב התביעה והוספת החברה כצד. האמצעים העיקריים הנזכרים בספרות³⁹ ובפסיקה⁴⁰ כחלופות מהותיות להרמת מסך הם שליחות, חובת האימוץ וחובת תום הלב. כדי להעריך דוקטרינות אלה אל מול השימוש בהרמת מסך, יש לעמוד תחילה על התנאים הנדרשים לקבלת סעד זה.

2. היסוד הפוזיטיבי: שימוש

הרמת מסך מותנית, בתמצית, בתנאי אחד בלבד: שימוש לרעה.⁴¹ תנאי זה מקפל בתוכו שני יסודות: שימוש, כיסוד התנהגותי פוזיטיבי, ואופן פסול, כיסוד נסיבתי נורמטיבי. רק מי שהוכח לגביו כי הוא עצמו השתמש באישיות המשפטית הנפרדת באופן פסול, ראוי שיעמוד בפני הסיכון כי תיקבע לגביו יריבות עם בעל-דינה של החברה. עיון בפסיקה מלמד, כי הגם שבתי המשפט בארץ לא ניסחו תורה סדורה בדבר התנאים להרמת מסך, אלה הם היסודות המנחים אותם בפועל, כפי שהם מנחים בתי משפט אחרים במדינות המשפט המקובל.

יסוד השימוש מחייב כי בעל המניות יעשה שימוש בחברה. לשם כך צריכה להיות לו שליטה בחברה. כאמור, במרבית פסקי הדין לא עמדו בתי המשפט בארץ במפורש על הצורך להראות קיומה של שליטה בידי מי שמבקשים להרים כלפיו את המסך. עם זאת, הצורך ביסוד השליטה השתמע בעקיפין מן הקביעה, כי החברה היתה "מכשיר" בידי בעל המניות⁴² ובכך שהיה בכוחו לערב בין נכסי החברה לנכסיו.⁴³ רק לאחרונה, בפרשת **מולדת**,⁴⁴ הודגש קיומו העצמאי של יסוד השליטה. גישה דומה נקוטה במשפט האנגלי, שם ניכרת שמרנות בהקפדה על האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. החרג המוכר לעיקרון זה, שבמסגרתו תבוצע הרמת מסך, הוא המקרה של *mere fa ade*, שבו החברה היא

38. ע"א 796/89 **עזבון המנוח חסיד ז"ל נ' עזבון המנוח וכת ז"ל** פ"ד מה(5) 558.
 39. ראו אירית חביב-סגל, "מגמות חדשות בהלכות הרמת-המסך" **עיוני משפט** יז (תשנ"ב-ג) 197; א. פרוקציה **דיני חברות חדשים לישראל** (ירושלים, 1989) 46-75.
 40. ראו במיוחד רע"א 8472/96 **ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' מושב שיתופי מולדת** פ"ד נא(1) 61.
 41. ראו **פרי העמק, לעיל** הערה 26; **מוברמן, לעיל** הערה 29; ע"א 9916/02 **בן מעש אהרון נ' שולדר חב' לבניה בע"מ דינים עליון סו 786**; סמדר אוטולנגי "הרמת מסך: אחד מהנימוקים לה" **הפרקליט** כה 465.
 42. ראו, למשל, ת"א (ת"א) 1729/89 **אורן נ' שם טוב** פ"מ תשנ"א(ג) 239.
 43. ראו, למשל, **עזבון חסיד, לעיל** הערה 38.
 44. **לעיל**, הערה 40.

מראית עין גרידא.⁴⁵ מעבר לשימוש בדימויים ציוריים כגון fa ade cloak, או sham, עומד בית המשפט על השליטה כתנאי ליצירת יריבות ישירה כלפי בעל המניות היחיד בחברה.⁴⁶ בארצות הברית קבע בית המשפט בפרשת Bernardin⁴⁷, כי תנאי להרמת מסך הוא קיומה של שליטה אשר בעקבות הפעלתה הופכת החברה למכשיר גרידא (mere instrumentality). בעניין מפורסם אחר נאמר על החברה, כי היתה "לא יותר מאשר קליפה - קליפה שקופה".⁴⁸

קיומה של שליטה על ידי בעל מניות פלוני הוא עניין עובדתי הנקבע לפי הנסיבות. שליטה מוגדרת כיכולת לכוון את פעילותה של החברה.⁴⁹ במרבית מקרי הרמת המסך לא מתעורר קושי לגבי עצם היכולת להפעיל שליטה, שכן מדובר בבעל מניות יחיד או בבעל גוש שליטה. מכלל ההן אתה שומע לאו: מקום שלבעל מניות אין יכולת שליטה בחברה - גם לא כחלק מקבוצת בעלי מניות הפועלים בתיאום - אין מקום להרמת מסך כלפיו. המקרה המובהק הוא בעל מניות מן הציבור, אשר לו החזקה קטנה במניות החברה. למרות זאת, בפרשת ערו⁵⁰ הביע בית המשפט בהערת אגב את הסברה, כי "בכל חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה ... אף בעלי המניות מבין הציבור היו צפויים להיתבע על מחדליה של אחת מחברות הבת. יוצא מכך, כי הפעלת תיאורית המיזם על-ידי הרמת המסך היתה בהחלט מאפשרת הגשת תביעות כלפי מחזיקי המניות מקרב הציבור". סברה זו אינה מבוססת, כמבואר. בפועל אכן נפסק, כי החזקה של 20% מהון המניות של החברה-האם של החברה הנתבעת אין בה כדי לבסס הרמת מסך כלפי החברה-הסבתא.

אלא שבכך לא סגי. השליטה הנדרשת כתנאי להרמת מסך היא שליטה אקטיבית, להבדיל מהחזקה פסיבית של אמצעי שליטה. שימוש בחברה לצורך הרמת מסך, כמכשיר, הינו הפעלה אקטיבית של כוח השליטה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הכרה באישיותה הנפרדת. בפרשת מולדת⁵¹ הנוכרת ציין בית המשפט העליון את הצורך בקיומה של יחידה כלכלית אחת, זהות בבעלי המניות והמנהלים בתאגידים השונים, ושליטה מלאה של החברה-האם בחברה-הבת כדי שלילת רצונה העצמי של החברה-הבת. בית המשפט שם נמנע מלהרים מסך כלפי ההסתדרות הכללית, מכיוון שלא נחה דעתו מן הראיות שהובאו לגבי שליטת ההסתדרות בחברה הנתבעת. קביעה זו מעוררת קושי,

45. *Gilford Motor Home Co. Ltd. v. Horne*, (1933) Ch. 935 (C.A.); *Jones v. Lipman*, (1962) 1 All E.R. 442 (Ch. D.); *Big Bend Hotel Ltd. v. Security Mutual Casualty Co.* (1980), 19 B.C.L.R. 102 (S.C.).

46. *Lipman, שם; Gower*, לעיל הערה 24, בעמ' 171.

47. *Bernardin Inc. v. Midland Oil Corp.*, 520 F.2d 771 (7th Cir. 1975).

48. *Kinney Shoe Corp. v. Polan*, 939 F.2d 209 (4th Cir. 1991) ("This corporation was no more than a shell - a transparent shell... nothing in, nothing out, no protection...").

49. ראו סעיף 1 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1986, ס"ח 234: "שליטה" - היכולת לכוון את פעילותו של התאגיד. סעיף 1 לחוק החברות מגדיר "שליטה" באמצעות הפניה לחוק ניירות ערך. החזקה במחצית מ"אמצעי השליטה" בחברה - דהיינו, זכויות הצבעה או זכויות מינוי דירקטורים - מקימה חזקה בדבר שליטה. התנאי המהותי בדבר יכולת לכוון את ענייני התאגיד יכול להתקיים גם ללא החזקה כאמור, למשל, כאשר לפלוני השפעה דומיננטית על דירקטורים.

50. ת"א (ת"א) 1755/88 פולגת תעשיות בע"מ נ' ערו בע"מ פ"מ תשמ"ט (ב) 298.

מכיוון שבפני בית המשפט הונחה תשתית ראייתית בלתי מבוטלת לשליטת ההסתדרות באותה חברה באמצעות מספר תאגידים הסתדרותיים שהחזיקו במניותיה בנוסף להסתדרות עצמה. אלא, שכאמור, מדובר בסוגייה עובדתית הנחתכת לפי הנסיבות.⁵¹

פסק הדין המנחה בפרשת **Silicon Gel**⁵² מדגים היטב את ההבדל בין שליטה אקטיבית (domination) להחזקה פסיבית של אמצעי שליטה. באותו עניין דובר בהתדיינות ייצוגית רחבת-מימדים לגבי נזקי גוף שגרמו שתלי-שד עשויים סליקון. ההתדיינות הקיפה אלפי תובעות מכל מדינות ארצות-הברית וכן מספר חברות נתבעות שייצרו ושיווקו את השתלים. במקרה אחד החזיקה חברת **Bristol-Myers Squibb Co. (BM)** בכל מניותיה של **Medical Engineering Corporation (MEC)**. למרות ההפרדה הפורמלית בין החברות, התייחסה **BM** אל **MEC** בפועל כאל חטיבה עסקית וניהלה את ענייניה לפרטי פרטים בכל המובנים, לרבות סיוע בשיווק, מימון וייעוץ משפטי. במקרה זה הורה בית המשפט על הרמת מסך משהצביע על שורה של נסיבות המלמדות במצטבר על הפעלת שליטה משמעותית (substantial domination) של בעל המניות בחברה. נסיבות אלה כוללות זהות הדירקטורים ונושאי המשרה, דיווחים משותפים לרשויות, מימון דק ביותר של החברה על-ידי בעל המניות, ניתוב עסקים לחברה על-ידי בעל המניות, עירוב נכסים ופעילויות ואי הקפדה על היבטים פורמליים. לעומת זאת, בתיק אחר באותה התדיינות נתבעה חברת **Dow Corning Corp.**, אשר מניותיה הוחזקו בשיעורים שווים על ידי **Dow Chemical Co.** ו-**Corning, Inc.** בניגוד ל-**BM**, שתי בעלות המניות כאן מינו לחברה-הבת מנהלים נפרדים והקפידו הקפדה יתרה למשוך את ידיהן מכל מעורבות בניהול עסקיה של החברה-הבת. החברה-הבת נכנסה לחדלות פירעון עקב התביעות כלפיה. בנסיבות אלה דחה בית המשפט את הבקשה להורות על הרמת מסך כלפי שתי חברות-האם.⁵³

51. בית המשפט המחוזי קבע, כי החברה הינה גוף הסתדרותי בעל קשר ישיר להסתדרות, וכי חוקת ההסתדרות מלמדת, כי היא פועלת "באמצעות תאגידים אשר הינם נפרדים ממנה מבחינה פורמלית בלבד" וכי "כל דרך פעולתה היא מעין קונצרנית". בניגוד לפרשת **Silicon Gel**, להלן, התובעים לא הראו הפעלה אקטיבית של שליטה בחברה (domination), אך קשה לראות כיצד יכלו לעשות זאת בהליכים מקדמיים לאישור עיקול. מכל מקום, תוצאת פסק הדין מוצדקת מטעם אחר שבית המשפט עמד עליו, דהיינו, שלא הוכח כי החברה הנתבעת היתה חדלת פירעון.

52. *In re Silicone Gel Breast Implants Prods. Liab. Litig.*, 887 F. Supp. 1455 (ND Ala. 1995).

53. *In re Silicone Gel Breast Implants Products Liability Litigation (MDL 926)*, 837 F. Supp. 1128 (N.D. Ala. 1993). לאישור ההחלטה ראו *Artiglio v. Corning, Inc.*, 56 Cal. Rptr. 877 (Cal. App. 4th Dist. 1996). השו, באנגליה, *Adams v Cape Industries* 1990 1 Ch.433, שם נמנע בית המשפט מלהרים המסך מעל חברה-נכדה אמריקאית של חברה אנגלית ששימשה לפעילות עסקית בתחום האסבסט. זאת לנוכח מערכת נסיבות עשירה, אשר הצביעה על עצמאות יחסית של החברה הנכדה ועל סיבות עסקיות אמיתיות לאיגודה בנפרד.

3. היסוד הנורמטיבי: שימוש לרעה

היסוד הנורמטיבי בתנאי של שימוש לרעה באישיות המשפטית קשה יותר להגדרה ודומה, כי העמימות האופפת אותו היא המקור העיקרי להתנגדות לדוקטרינה כולה.⁵⁴ העיקרון הבסיסי אינו שנוי במחלוקת של ממש: מקום שהאישיות המשפטית הנפרדת מהווה כלי עוולה בידי בעל השליטה, כך שההכרה בה ובנפקויותיה (ובמיוחד באחריות המוגבלת) תביא לתוצאה בלתי-צודקת, ירים בית המשפט את המסך. על הגישה הגורסת, כי בית משפט לא ייתן ידו לעשיית עוול באמצעות כלים משפטיים, לא ניתן לחלוק. אמירות ברוח "ועשית הישר והטוב" פזורות בפסקי דין רבים.⁵⁵ מעבר לעמדה הכללית, כי על בית המשפט להכריע בסכסוכים באופן צודק, ניתן להבחין כי הנימוקים למתן הסעד מושפעים במידה ניכרת מתפיסת בתי המשפט כי הרמת מסך היא סעד שביושר (equity). למרות שההבחנה הפורמלית בין המשפט המקובל לדיני היושר פסה מן העולם לפני למעלה ממאה שנה, בתי המשפט מתבססים לא פעם על היסודות ההיסטוריים של הדין כדי לעצב סעדים ולקבוע תנאים שבאתיקה לנתינתם. כך גם לגבי הרמת מסך.⁵⁶ למשל, בתי המשפט בפרשות **Bernardin** ו-**Kinney Shoe** הנזכרות הדגישו את היות הסעד סעד שביושר כנימוק מרכזי להרמת המסך.⁵⁷

54. עמדה עויינת כלפי הרמת מסך מסיבה זו מובעת במיוחד על ידי מחברים שמרנים, הדוגלים בתפיסה החוזית למושג החברה. ראו, למשל, Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation", 52 **U. Chi. L. Rev.** 89, (1985) ([veil piercing] "seems to happen freakishly. Likelihood, it is rare, severe, and unprincipled").
- לשילה מוחלטת של הרמת מסך על ידי תומך נלהב אחר של הגישה החוזית ראו Stephen M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 26 **J. Corp. L.** 479, 515 (2001) [(veil piercing doctrine) "is inconsistent with the goals of certainty and predictability").
55. ראו, למשל, **מוברמן, לעיל** הערה 29, בעמ' 362-363 ("אמור מעתה שהרמת המסך מוכרת ואפשרית בהיקף זה או אחר, הכל לפי טיבו של הענין, הן כדי למנוע מבעלי מניות בחברה או מהחברה כתאגיד ניצול ההפרדה שביניהם להשגת מטרה לא כשרה, הכרוכה ממילא בפגיעה בזולת בקיפוחו או הסבת נזק לו והן לשם יעשיית הצדק והיושר ושמירה על טובת הציבור").
56. המקור החרות העיקרי לסמכויות שביושר מצוי אצלנו בסעיף 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, אך אין זה המקור היחיד. לדיון טוב במקורות הסמכות שביושר בהקשר לחברות ראו בש"א 104648/98 **עו"ד סבו נ' הכני"ר דינים מחוזי לב** (3) 148.
57. במשפט האמריקאי התגלעה מחלוקת בשאלת זיהויו של סעד הרמת המסך כסעד שביושר, להבדיל מסעד שבדין, בהקשר של הפניית השאלה, אם להרים מסך לחבר מושבעים (כסעד שבדין) או להותיר את ההכרעה בה בידי השופט (בתור סעד שביושר). הדעה הרווחת היא, כי מדובר בסעד שביושר, גם כאשר עילת התביעה המהותית היא עילה שבדין, כגון חיוב חוזי או נזיקי. ראו **U.S. v. Golden Acres, Inc.**, 684 F. Supp. 96 (D. Del. 1988); **Dow Jones Co. v. Avenel**, 198 Cal. Rptr. 457 (Cal. App. 1984); **International Financial Services Corporation v. Chromas Technologies Canada, Inc.**, 356 F.3d 731 (7th Cir. Jan. 23, 2004). השו: **Wm. Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers South, Inc.**, 933 F.2d 131 (2d Cir. 1991).
- בהעדר חבר מושבעים בישראל אין לשאלה זו נפקות ממשית. מבחינה עיונית צרופה, הסעד של הרמת מסך הוא למעשה סעד-עזר. אין הוא יוצר חיובים חדשים אלא יריבויות חדשות לגבי חיובים קיימים.

מבחינה מעשית ניתן להצביע על נסיבות שבהן היסוד הנורמטיבי יכריע לכאן או לכאן - הן לכיוון של אי-מתן הסעד והן לנתינתו. מן הצד האחד, חיוב שאין ביכולת החברה לקיימו, כשלעצמו, אינו מהווה אי-צדק שבעטיו יש להרים מסך ולהטיל את החיוב על בעלי המניות. בעלי המניות, לרבות בעלי השליטה, אינם מבטחים של החברה. תכליתן של חברות עסקיות היא ליצור עושר תוך נטילת סיכונים כלכליים. כשלון עסקי והפסד כספי הם תוצאות נורמליות של ניהול עסקים גם כאשר העסק מתנהל בתום לב ובכוונה מלאה לעשיית רווחים. הכרת החברה בכללותה ביתרונות של הפירמה המואגדת כמסגרת לניהול פרויקטים עסקיים מסוכנים מלמדת על נכונות חברתית לקבל גם את התוצאה שבה ההפסד מוחצן אל נושים תמימים. חדלות הפירעון של התאגיד איננה, כשלעצמה, משום אי-צדק המצדיק הרמת מסך. אכן, מצבים שבהם הנזק נותר במקום בו נפל ייתכנו גם לגבי חייבים יחידים, בלתי-מואגדים. התאגיד אינו נעשה פחות "אמיתי" ויותר "פיקטיבי" בשעה שאין ביכולתו לעמוד בחיוביו. בית המשפט בפרשת *Sea-Land* הבהיר לפיכך, כי אין די בפסק דין נגד החברה, שלא קויים, כדי להצדיק הרמת מסך, אלא על המבקש סעד זה להראות גם יסוד של עוולה (wrong) כתנאי להפעלת שיקול הדעת שביושר של בית המשפט לתיתו כדי למנוע אי-צדק.⁵⁸

מן הצד האחר, קיים מתחם של נסיבות שבו השימוש של בעל המניות באישיות המשפטית של החברה הוא כה חמור עד שהוא מקים אחריות אישית לבעל המניות באופן בלתי-תלוי באחריות התאגיד - בדרך כלל בגין תרמית, בחוזים או בנוזיקין. או אז הרמת מסך בהחלט אפשרית, אך היא אינה נחוצה. בעל המניות יכול, למשל, להציג מצג שווא, שהחברה נכללת בו, ביודעו כי המצג אינו נכון. בהתקיים יתר יסודות העילה יוכל המרומה לתבוע באופן אישי את בעל המניות שרימה אותו, מבלי להזדקק כלל לסעד של הרמת מסך.⁵⁹ עניין זה היה בגדר פשיטא אלמלא הירבו בתי המשפט בארץ ובחוץ לארץ לכרוך מירמה והרמת מסך זו בזו. בית המשפט בעניין *מוברמן קובע*:

"הרמת מסך כזו מכוונת כנגד בעלי המניות שביקשו לנצל את תורת האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד למטרה לא כשרה כגון הפקת טובות הנאה לעצמם בדרך של מרמה, כשהם מבקשים להסתתר מאחורי המסך החוצץ ולהינצל מחמת תביעתם של הניזוקים או "משבט זעמו" של החוק."⁶⁰

58. *Mid-Century Ins. Co. v. Sea-Land Services, Inc. v. Pepper Source*, 941 F.2d 519 (7th Cir.1991). ראו גם *Co. v. Gardner*, 9 Cal. App. 4th 1205, 1213 (1992) ("Certainly, it is not sufficient to merely show that a creditor will remain unsatisfied if the corporate veil is not pierced, and thus set up such an unhappy circumstance as proof of an 'inequitable result'"). השו, באנגליה, *Cape*, לעיל הערה 53.

59. במקביל תיתכן עילה כלפי החברה, אם המירמה בוצעה על-ידי אורגן של החברה. להבחנה בין אחריות אישית (של אורגן) לאחריות של התאגיד ראו ע"א 407/89 *צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ פ"ד* מח(5) 661. לדיון ביסוד הנפשי הנדרש לגבי האורגן ראו ע"א 9183/99 *פניגשטיין נ' חברת חברי המהפך מס' (מחצבות) בע"מ דינים עליון סז* 661.

60. *מוברמן, לעיל הערה 29*, בעמ' 362.

במשפט האנגלי התבססה הפרופוזיציה, כי בית המשפט ירים את המסך כאשר החברה אינה אלא sham או fraud.⁶¹ גם במדינות רבות בארצות הברית נזכר היסוד של מירמה (fraud) כיסוד הכרחי להרמת מסך. אלא שכאמור, גישה דווקנית לדרישת המירמה מייתרת לחלוטין את הדוקטרינה של הרמת מסך. להרמת מסך יש משמעות כאשר לא מתקיימים בבעל המניות כל היסודות של עוולת התרמית (או שאין די ראיות לגביהן). במצבים אלה, שבהם לא ניתן לבסס עילת תביעה שבדין כלפי בעל המניות, יכול בית המשפט לתת סעד שביושר אם אי-מתן סעד יביא לתוצאה בלתי צודקת. בית המשפט בפרשת Sea-Land מבהיר:

"Of course, Sea-Land is not required fully to prove the intent to defraud, which it probably could not on summary judgment anyway. But it is required to show the kind of injustice to merit the power to prevent

"injustice".⁶²

בנסיבות הדיוניות המיוחדות של פרשת Silicon Gel נדרש בית המשפט להכריע בדבר האפשרות להרים מסך לפי הדינים השונים לכאורה של כל מדינות ארצות הברית. לאחר שקבע כי יסוד הפעלת השליטה נדרש בכל המדינות וכי שליטה זו הופעלה עד כדי הפיכת החברה-הבת ל"אני האחר" של החברה-האם, פנה בית המשפט ליסוד הנורמטיבי. בית המשפט קבע תחילה, כי לפי דיני מדינת דלאוור (שבה התאגדה החברה-האם) עשוי היסוד של מירמה שלא להידרש כלל מקום שבעל מניות יחיד משתמש בחברה כך שנעשתה מכשיר גרידא או האני האחר שלו.⁶³ לגבי מדינות אחרות הגדיר בית המשפט את היסוד הנוסף הנדרש בביטוי הכולל "fraud, inequity or injustice" וקבע, כי הוא מתקיים בנסיבות המקרה. זאת, תוך שהוא מדגיש את העובדה כי שמה של BM הופיע בפרסומות לשתלים וכי MEC נעדרה נכסים מספיקים לכיסוי חבותה.⁶⁴ התייחסות זו והיסודות העובדתיים שבית המשפט פנה אליהם מלמדים, כי בית המשפט לא מצא צורך, ככל הנראה, לקבוע קיומה של עילת תרמית במלואה אלא ראה במירמה צורה של אי-יושר.⁶⁵

.61 פסק הדין המנחה הוא Gilford Motor Home, לעיל הערה 45; ראו גם יתר הפסיקה המצוטטת שם.

.62 Sea-Land, לעיל הערה 58, בעמ' 525.

.63 Silicon Gel, לעיל הערה 52, בעמ' 1453. בעניין Geyer v. Ingersoll Publications Co., 621 A.2d 784 (Del. Ch. 1992) קבע בית המשפט בדלאוור, כי הרמת מסך יכולה להיעשות במקרה של מירמה או בטענת "מכשיר גרידא" או "אני אחר". עוד נקבע, כי טענת "אני אחר" זו היא טענה שביושר, הנבדלת מן העילה החוזית, שבדין, כלפי החברה.

.64 שם, שם.

.65 בנסיבות המקרה יש מקום לטענה, כי איזכור שמה של החברה-האם על ידי החברה-הבת בידיעתה של החברה-האם מהווה מצג שווא ביודעין לגבי זהות המוכר ו/או היצרן, ובכך לבסס חלק מרכיבי עילת התרמית ישירות כלפי החברה-האם. כמתואר בפיסקה הבאה, בית המשפט לא מצא צורך לעשות זאת מכיוון שהיה מדובר במקרה נזיקין. גישה זו תומכת בפרשנות המושג fraud במקרה זה כמקביל לאי-יושר. איזכור שמה של החברה-האם מעורר גם היבטים של שליחות הנדונים להלן, טקסט להערה 79.

עניין זה מביא אותנו לחלק האחרון של הניתוח הדוקטרינרי - לאמור, השיקולים שנקבעו כרלוונטיים לשאלה מתי יש אי-צדק בעמידה של בעלי מניות, אשר שלטו בחברה, על זכותם ליהנות מאחריות מוגבלת. ראשית, לעיתים הפעלת השליטה בחברה תהיה כה מוחלטת עד שדי יהיה בה לצורך הרמת מסך. כך הדין, כאמור, בדלאוור. ביטוי לגישה דומה ניתן גם בישראל, כדברי השופט חשין בפרשת מאיה:

"בין כך ובין כך, לא ידעתי כיצד ניתן להבחין כלל בין מאיה לבין החברה. וניתן לומר אף זאת, שבענייננו אפשר אין כל צורך בהרמת מסך, שאין כל מסך להרימו: מאיה הוא החברה והחברה היא מאיה, והשניים היו לאחדים."⁶⁶

שנית, בית המשפט יטה להקל ולהרים מסך כאשר המבקש הוא נושה בניזיקין. אחד הצידוקים הקלאסיים לשמירה על האישיות המשפטית הנפרדת ועל האחריות המוגבלת של בעלי מניות הוא, שנושי החברה יכולים לתמחר את הסיכון שחוב החברה כלפיהם לא ייפרע. הרמת מסך במקרה כזה והוספת בעלי המניות כחייבים עשויה להיות בגדר מתת-שמיים בלתי-מוצדקת. טעם זה אינו מתקיים בנושים נזיקיים, שלא חפצו להיות נושים של החברה ולא תימחרו מראש את יחסיהם עמה. במקרים רבים אין כל חילופי דברים או מצגים בין המזיק לבין הניזוק עובר למעשה הנזק. בנסיבות אלה יש צידוק למדיניות משפטית כללית המקלה על הרמת מסך. לכך ניתן ביטוי נרחב בספרות.⁶⁷ גם בית המשפט ב-Silicon Gel קבע בגדר שיקוליו, כי יש מקום להבחנה ברוח זו בין נושים נזיקיים לנושים בחוזים.⁶⁸ בפרשה אחרת נקבע, כי להבדיל מתביעה בעילה חוזית, במקרים נזיקיים אין צורך להראות מירמה כחלק מהוכחת טענת "אני אחר".⁶⁹ נדגיש, עם זאת, כי לנושה נזיקי אין זכות מוקנית להרמת מסך, כמודגם בפסיקה הנזכרת לגבי חברת Dow Corning.

שלישית, שיקול כללי נוסף לטובת הרמת מסך הוא זה המכונה "מימון דק". הכוונה למצבים שבהם בעלי המניות איגדו את החברה מלכתחילה עם הון עצמי

66. ע"א 1569/93 יוסי מאיה נ' פנמווד (ישראל) בע"מ פ"ד מחנ5) 705.

67. ראו, למשל,

Robert B. Thompson, Unpacking Limited Liability: "Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise", 47 *Vand. L. Rev.* 1 (1994); Richard A. Booth, "Limited Liability and the Efficient Allocation of Resources", 89 *NW. U. L. Rev.* 140 (1994); Nina A. Mendelson, "A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts", 102 *Colum. L. Rev.* 1203 (2002).

מן הטעם הנזכר יש מחברים הקוראים לביטול מוחלט של האחריות המוגבלת במקרה של חבות נזיקית גם לגבי בעלי מניות מן הציבור.

Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", 100 *Yale L.J.* 1879 (1991).

68. *Silicon Gel*, לעיל הערה 52, בעמ' 1453.

69. *United States v. Jon-T Chemicals, Inc.*, 768 F.2d 686, 693 (5th Cir. 1985), cert. denied 475 U.S. 1014 (1986).

אשר אינו מספיק לעמידה בהתחייבותיה או כאשר גרמו לחברה להיחשף לסיכונים כלכליים גדולים במיוחד לאחר שהונה העצמי נשחק. שורש הקושי בעניין זה הינו, שבעוד שהרטוריקה בסוגייה עזה לא פעם, ההבחנות המעשיות קשות במיוחד. מלכתחילה, אין חובה לאגד חברה עם הון עצמי מינימלי.⁷⁰ גם כאשר הון החברה נשחק עקב כשלון עסקי, אין חובה על בעלי המניות להוסיף ולהשקיע בהון מניות. השאלה, מתי שיעור המימון של הפירמה (יחס ההון לחוב, ההפוך ליחס המינוף) נעשה "דק מדי", מעוררת שאלות עובדתיות ומשפטיות לא פשוטות: כיצד לחשב את היחס? מהו היקף החבויות הרלוונטי? כיצד להתחשב בנכסי החברה? כיצד להתחשב בפרופיל הסיכונים השונה מענף לענף? כיצד להביא בחשבון כיסוי ביטוחי שאולי היה לחברה? וכו'.⁷¹ ביטוי לדרישה שלחברה צריך להיות מימון דק במיוחד לצורך הרמת מסך, ניתן בשימוש שעושים בתי המשפט במונח grossly undercapitalized. הגם שאין בכך כדי להבהיר את ההיבטים הטכניים, ביטוי זה מלמד שמדובר במקרים קיצוניים. במצבים קיצוניים מעין אלה, ניהול עסקי החברה עשוי להיחשב להתנהגות בחוסר-יושר ולהביא להרמת מסך - במיוחד לטובת נושים בנזיקין.⁷² מכל מקום, מדובר בשיקול אחד מני כמה.

המסקנה העולה מן הדיון לעיל היא, כי הרמת מסך תבוצע כאשר יש להתנהגות בעל המניות יסודות של נוכלות או אי-יושר, אף אם אלה אינם עולים לכדי עילת תביעה מלאה בחוזים, בנזיקין, או לפי דין אחר. יסוד אי-הצדק מפצה אז על אי-שלמות העילה שבדין. זהו המתחם שבו שיקול דעתו של בית המשפט, לאחר מעשה, מכריע את התוצאה. מטבע הדברים, לא ניתן לחלץ הלכה חדה וברורה בעניין זה. ניתן לעמוד על שיקולים שבתי המשפט מציינים כרלוונטיים לקביעה, אם מדובר באי-צדק, אך שיקולים אלה הם חלק מרשימה פתוחה ומשתנה ולא ניתן להצביע על נוסחה לשיקולם יחד. אף על פי כן, טעות היא לסבור, כי היסוד הנורמטיבי הוא שרירותי ואקראי, המשתנה "לפי אורך כף רגלו של הציטלור".⁷³ נקודה זו חשובה במיוחד מכיוון שחלק ניכר מן הביקורת המוטחת בדוקטרינה מונע על-ידי התחושה שהפעלתה בלתי-ניתנת לחיזוי. תחושה זו אינה מבוססת. העובדה שתחום דין מסויים אינו מוסדר על ידי כללים חדים וברורים אינה מנביעה את המסקנה, כי התחום פרוץ וכי כל תוצאה אפשרית. עמימות אינה מילה נרדפת לאקראיות.

תכלית דיני הרמת המסך היא להתמודד עם התנהגות אופורטוניסטית של בעלי כוח כלפי החברה, ובאמצעותה - כלפי צדדים שלישיים. מכאן העמידה

70. חובה כזו קיימת במספר מדינות באירופה, אך היא נחשבת לאנאכרוניזם מסורבל ומיותר. ראו Luca Enriques & Jonathan Macey, "Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules", 86 *Cornell L. Rev.* 1165 (2001).

71. ראו אוריאל פרוקציה, "מימון דק", הרמת המסך והגבלת האחריות בדיני חברות", **עיוני משפט** ו (תשל"ט) 526.

72. ראו *Silicon Gel*, לעיל הערה 52; *Minton v. Cavaney*, 364 P.2d 473 (Cal.1961).

73. המימרה כי Equity varies by the length of the Chancellor's foot ל-*John Selden*, משפטן אנגלי מן המאה ה-17.

הדווקנית על הוכחת היסוד של הפעלת השליטה יותר מאשר כל יסוד אחר כתנאי להרמת המסך. בהקשר הנוכחי, העמימות בדיני הרמת המסך מצביעה על גמישות ועל יכולתו של הדין להתמודד עם מצבים דינמיים משתנים בהתאם לעקרונות יסוד של החברה בכללותה. העמימות והקשר האמיץ לנורמות חברתיות כלליות הן הן התכונות המקנות למערכת דיני היושר את עוצמתה. בהעדר כללים חדים וברורים, מספקים העקרונות האתיים הבסיסיים הדרכה נאותה בשאלה כיצד לנהוג.⁷⁴ הם גם אלה המקנים לגיטימיות להכרעת בית המשפט לאחר מעשה. תכונות אלה תומכות בתפקודם התקין של דיני החברות ובתפקודן של חברות בכלל. יתר על כן, תכונת העמימות והגמישות הולמת במיוחד את ההקשר העסקי. זאת מכיוון שיותר ממרבית הפרטים בחברה, דווקא יזמים ואנשי עסקים ניחנו בכושר להתמודד עם סיכונים ועם מצבי-עמיד בלתי ודאיים.

4. דוקטרינות חלופיות

דוקטרינת הרמת המסך היא דוקטרינה אודות הפעלת כוח. נסיבות שבהן מופעל כוח בצורה אופורטוניסטית - דהיינו, באופן חד-צדדי ובניגוד לציפיות לגיטימיות - מתעוררות בהקשרים אחרים בחייה של החברה, ולמעשה, אין הן מיוחדות לדיני חברות. גישתו הכללית של המשפט המקובל, לרבות דיני היושר, הינה שבעלי כוח אמורים לשאת בחובות מוגברות. בישראל משתקף הדבר היטב במימרה כי "כוח ללא אחריות משול להפקרות".⁷⁵ הלכת **קוסוי** קובעת לפיכך פרופוזיציה משפטית כללית, שלפיה "חובת האמון היא חובה כללית המוטלת על בעל הכוח".⁷⁶ בין השאר, נושאי משרה בחברה ובעלי שליטה בה חבים כלפיה חובת אמונים. נקודת המפתח בהקשר הנוכחי נוגעת לקביעת תוכנה של החובה ולהחלתה בידי בית המשפט. לזו החובה הוא, כידוע, האיסור על מי שכפוף לה לפעול בניגוד עניינים. אלא שעקרון-על זה, שלפיו "נושא משרה לחברה - מלאך", קל לניסוח וקשה ליישום. זהו עקרון עמום. הפעלתו נעשית בדרך קזואליסטית, לאחר מעשה, תוך הסתמכות על כך שיסודותיו מוכרים ומקובלים בחברה ובשיטה המשפטית.⁷⁷

74. ההנחה היא, כמובן, כי בחברה רווחת נורמות מוסר מינמליות של כבוד הדדי לזולת ונכונות לקבל את מרותם של הדין ובתי המשפט. מצב דברים זה אינו מובן מאליו. ואולם, בהעדר נורמות יסוד אלה, אין כל תוחלת בכללים משפטיים חדים ברורים אשר אינם מכובדים ואשר סכסוכים אודותיהם אינם מיושבים בבית המשפט.

75. גואלטירו פרוקצ'יה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" **משפטים** ח (תשל"ח) 13, 17.

76. ע"א 817/79 **קוסוי ואח'** נ' **בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח'** פ"ד לח(3) 253, 280.

77. ראו **קוסוי, שם**, בעמ' 279 ("עקרונות יסוד אלה מקובלים גם על שיטתנו המשפטית. אמת, הם לא קבלו ביטוי פורמלי בפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, שכן המחוקק השאיר סוגיה זו לפיתוחה של הפסיקה. פקודת החברות היא לעתים אך שלד הרוקם עור וגידים בהלכתו השיפוטית של בית המשפט. אכן, בית המשפט קלט את עקרון היסוד בשחר הפסיקה, ומאז הריהו מפתח אותו על פי צרכינו שלנו, כחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל."); ד"נ 29/84 **קוסוי** נ' **בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ** פ"ד לח(4) 505 (ד"נ **קוסוי**).

על רקע זה ניתן להעריך את יעילותן של הדוקטרינות אשר הוצעו כחלופות לדוקטרינת הרמת המסך, ובמיוחד חובת אמונים ושליחות, מבחינת בהירותן היחסית.⁷⁸ באשר לחובת האמון, דומה שהדברים ברורים מאליהם: אין כל יתרון בהסתמכות על חובה זו כתחליף להרמת מסך. זו עמומה כזו. זו כזו מבוססות על קביעות המשלבות עקרונות אתיים וממצאים עובדיים במערכות נסיבתיות סבוכות. הסיבה לכך אינה קוצר ידם של בתי המשפט אלא העובדה ששתי הדוקטרינות נועדו להתמודד עם צורות התנהגות אופורטוניסטיות, שהחברה בכללותה אינה יכולה להסכיין עמן, אך קשה לחזותן מראש.

ממבט ראשון, עשוי מודל השליחות להוות חלופה ראויה להרמת מסך, שכן פעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח.⁷⁹ אם פעלה החברה כשלוח של בעל המניות, ניתן להטיל עליו את חיוביה מבלי לערער על קיומה כאישיות משפטית נפרדת. דא עקא, שקיומם של יחסי שולח ושולח בין בעל המניות לחברה בהקשר הנוכחי אינו מתבסס, בדרך כלל, על ייפוי כוח, כנדרש בחוק השליחות.⁸⁰ בהיעדר ייפוי כוח מפורש, יש להצביע על הסכמת שני הצדדים לכך שהחברה, כשלוח, תפעל בשמו ומטעמו של בעל המניות, כשולח, ותחת פיקוחו.⁸¹ את קיומה של הסכמת שני הצדדים יסיק בית המשפט מתוך הנסיבות.⁸² בית המשפט בפרשת **מולדת** מצטט בעניין זה בהסכמה דברים שכתב השופט בן-יאיר:

"המסקנה בדבר התקיימותם של יחסי שליחות בין חברה אם לבין חברה בת באשכול חברות מעוגנת בנתונים עובדיים שונים, ובהם בשאלה מי מינה את מנהלי העסקים של החברה הבת; האם החברה האם היא המוח המפעיל של העסק; האם רווחי העסק של החברה הבת מופקים ממומחיותה ושיקול דעתה של החברה האם; האם החברה האם שולטת בעסקיה של החברה הבת; האם החברה האם היא בעלת יכולת החלטה לגבי הונה של החברה הבת והאם שליטתה של החברה האם בחברה הבת היא אפקטיבית ומתמדת."⁸³

נקל להבחין, כי אם אלה המבחנים לקביעת קיומה של שליחות, אזי אין במודל השליחות רבותא של ממש בהשוואה למודל הרמת המסך. בנסיבות הנזכרות ירים בית המשפט את המסך לנוכח הפעלת שליטה ההופכת את החברה

-
78. על עמימותה של הדוקטרינה השלישית שהוזכרה בהקשר זה, חובת תום-הלב, אין צורך להכביר מילים נוסף על אלה שכבר הוקדשו לסוגייה.
79. סעיף 2 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.
80. סעיף 1 לחוק השליחות.
81. Restatement (Second) of Agency 1 (1958) ("Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act")
82. סעיף 3(א) לחוק השליחות ("השליחות מוקנית בהרשאה, שבכתב או שבעל-פה, מאת השולח לשלוח, או בהודעה עליה מאת השולח לצד השלישי, או על ידי התנהגות השולח כלפי אחד מהם.")
83. **מולדת**, לעיל הערה 40, בעמ' 65, המצטט מתוך מיכאל בן יאיר, "הרמת מסך באשכול חברות", **קובץ הרצאות במשפט האזרחי** 42-47.

למכשיר גרידא. ואמנם, בהחילו את המבחנים הנזכרים בנסיבות המקרה, אין בית המשפט ב**מולדת** מבחין כלל בין שליחות להרמת מסך ודן בשתייהן בהינף אחד.⁸⁴ בשולי הדברים נעיר, כי הסקת קיומה של הסכמה ליחסי שליחות בנסיבות המתוארות לעיל עשויה להיות מלאכותית למדי בחברות קטנות, אם את הסכמת החברה מייחסים לה מכוח תורת האורגניזם, כאשר בעל השליטה הוא גם נושא משרה בחברה.

יצויין, כי ייתכנו נסיבות אחרות, שבהן החלת מודל השליחות נראית סבירה יותר ויש בה כדי לייעל את הדיון. זאת, כאשר בעל המניות מתנהג באופן שבו צד שלישי יכול לפרשו באופן סביר כמשקף שליחות של החברה מטעם בעל המניות. או אז ניתן לקבוע קיומה של שליחות. כך, למשל, בפרשת **Silicon Gel** עמד בית המשפט על העובדה, כי החברה-האם התירה לשמה שלה להופיע בפרסומות לשתלי שד, על-גבי אריזות ובדפים שהוכנסו אליהן, וזאת כדי לשפר את המכירות על-ידי הענקת אמינות למוצר. התנהגות זו ניתנה לפרש כיצירת מצג כלפי צדדים שלישיים שהחברה-הבת פועלת מטעמה של החברה-האם, ולפיכך כמבססת שליחות. למרות זאת, בית המשפט ציין עובדה זו דווקא בין הנסיבות המבססות מירמה ואי-יושר לצורך הרמת מסך, מבלי לדון בשליחות.

ד. הוראות החוק החדשות

סעיף 6 לחוק החברות בנוסחו החדש קובע:

”6. הרמת מסך (תיקון: תשס”ה)

(א) (1) בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות הענין צודק ונכון לעשות כן, במקרים החריגים שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באחד מאלה:

(א) באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה;

(ב) באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה,

ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו-193 ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.

84. מולדת, שם, בעמ' 66-67. לדיון בשליחות בנפרד מהדיון בהרמת מסך אך ללא הטלת אחריות ראו פרשת Cape, לעיל הערה 53. להטלת אחריות על בסיס של שליחות, בהקשר של מיסוי, ראו Firestone Tyre and Rubber Co. Ltd. v. Lewellin (1957) 1 W.L.R. 464.

(2) לענין סעיף קטן זה, יראו אדם כמודע לשימוש כאמור בפסקה (1)(א) או (ב) גם אם חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות, שגרמו לשימוש כאמור, אך נמנע מלבררן, למעט אם נהג ברשלנות בלבד.

(ב) בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות הענין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין הנדון לפניו.

(ג) בית משפט רשאי להשעות זכותו של בעל מניה לפירעון חובו מאת החברה עד לאחר שהחברה פרעה במלואן את כל התחייבויותיה כלפי נושים אחרים של החברה, אם מצא כי התקיימו התנאים לייחוס חוב של החברה לבעל המניה כאמור בסעיף קטן (א)."

תכליתו המוצהרת של תיקון 3 לחוק החברות בענין הרמת המסך הינה "להבהיר כי לא היה בכוונת המחוקק להרחיב את קשת המקרים שבהם יורם מסך ההתאגדות לעומת המצב קודם תחילתו של החוק".⁸⁵ מכיוון שקודם לחקיקת חוק החברות היתה הדוקטרינה של הרמת מסך יציר הפסיקה⁸⁶, ניתן היה להגשים תכלית זו ביעילות על ידי מחיקת סעיף 6 כליל מספר החוקים. המחוקק לא בחר בדרך זו.⁸⁷ את סעיף 6 בנוסחו החדש יש לפרש באופן שיגשים את התכלית האמורה. סעיף 6 הוא, אם כן, הוראת הסמכה כללית לבתי המשפט להרים את מסך ההתאגדות בנסיבות המתאימות, באופן שיעלה בקנה אחד עם העקרונות שהותוו בדין הפסוק עד כה. הגישה הפרשנית הראויה לסעיף 6 החדש תראה בו עוגן חרות לעקרונות אלה.

למרות תכליתו הברורה של התיקון לסעיף 6 מעוררת לשונו מספר קשיים, ולהלן נדון בפרשנותה. כעניין מקדמי יצויין, כי הצעת החוק הממשלתית גורסת, מיד בסמוך להצהרה הנזכרת, כי יש בתיקון המוצע כדי לצמצם את "האפשרות להרמת מסך לרשימת מקרים סגורה".⁸⁸ בכך יש, לכאורה, סתירה לגישה הפרשנית התכליתית, המוצעת לעיל. הניתוח לעיל מבהיר, עם זאת, כי קשת הנסיבות להרמת מסך לעולם

85. הצעת החוק הממשלתית, לעיל הערה 5, מצהירה:

"כדי להבהיר כי לא היה בכוונת המחוקק להרחיב את קשת המקרים שבהם יורם מסך ההתאגדות לעומת המצב קודם תחילתו של החוק, מוצע לקבוע כי המקרים שבהם ייוחסו חובות החברה לבעלי המניות יהיו אך ורק כאשר נכון, צודק ויעיל לעשות כן ובהתקיים אחד מן המקרים המפורטים בסעיף המוצע. בכך בעצם צומצמה האפשרות להרמת מסך לרשימת מקרים סגורה ובלבד שנכון, צודק ויעיל לעשות כן."

ההבדלים בין הנוסח שהוצע לבין נוסח תיקון 3 בעניין זה אינם מהותיים. בשני הנוסחים נדרשו הונאה או קיפוח והיות הרמת המסך בנסיבות הנדונות דבר צודק ונכון.

86. למעט מקרים של "הרמת מסך סטטוטורית" שבהם מורה המחוקק במפורש להתייחס לחברה ולבעל המניות במיוחד.

87. באופן היפותטי, אילו היה נמחק סעיף 6 מספר החוקים היתה עשויה להיטען הטענה, כי המחוקק ביקש להעביר את דוקטרינת הרמת המסך מן העולם. טענת "הסדר שלילי" מסוג זה זו נראית בלתי סבירה על פניה ובאותו אופן יש לפרש טענת הסדר שלילי מחמת שתיקת המחוקק בסעיף 6.

88. ראו לעיל, הערה 85.

אינה יכולה להיות רשימה סגורה מעצם טיבה ותכליתה של הדוקטרינה. כפי שנראה להלן, הוראותיו של הסעיף החדש בהחלט תומכות בעמדה הפרשנית הנזכרת. בהתאמה, אין לפרש את הסעיף החדש (כשם שלא היה מקום לפרש את הסעיף בנוסחו הקודם) כהסדר שלילי המונע הרמת מסך לפי עקרונות אלה, כל עוד הדבר תואם את העקרונות שהותוו בפסיקה ועוגנו בחוק.

נוסחו החדש של סעיף 6 מעגן את מרבית היסודות הנדרשים כתנאי למתן הסעד של הרמת מסך כפי שמתבקש מטיב הסעד וכפי שנקבע בפסיקה משכבר. (במלים אחרות, אין בו משום חידוש.) ההוראה המרכזית בסעיף היא זו המתקבלת מהרכבת החלקים של סעיף 6(א)(1) ו-6(א) וממנה עולה הלכה בעלת מבנה קלאסי של דיני היושר: בית המשפט רשאי להרים מסך לצורך הטלת חוב החברה על בעל מניות אם הלה עשה בחברה שימוש לרעה, בדרך של הונאה או קיפוח בעל-דין של החברה, והכל - במקרים מיוחדים ועל פי שיקולי צדק של בית המשפט.

התנאים הנוספים, שנילווים להוראה העיקרית מכוח הסיפא של סעיף 6(א)(1) וסעיף 6(א)(2), אינם משנים מבנה בסיסי זה. תנאי נוסף אחד נוגע ליסוד הנפשי של בעל המניות הנתבע. לגביו מקדיש המחוקק מאמץ מיוחד להבהיר, כי מדובר במודעות - בהגדרתה המרחיבה, לרבות עצימת עיניים - ולא ברשלנות. ככל שנקודה זו הצריכה הבהרה, הרי זו הבהרה מתבקשת.⁸⁹ היסוד של הפעלת שליטה אקטיבית בחברה מהווה תנאי-סף להרמת מסך והוא מצריך, כעניין שבהגיון, מודעות למעשה. במצבים שבהם הפעלת השליטה אינה מוחלטת עד כדי כך שמתיתר הצורך לבחון את היסוד הנורמטיבי (למשל, לפי הלכת מאיה או הדין בדלאוור), נדרשת מודעות גם לנסיבות. גם כאן, מידתם של אי-היושר והעוול הנדרשים באופן טיפוסי במקרים של הרמת מסך מחייבת מודעות להם. בהקשר זה יש מקום להפעלת מבחן משולב של יסודות אובייקטיביים וסובייקטיביים. לאמור, את הלך הנפש של בעל המניות הנתבע יאמוד בית המשפט לאור מוסכמות של יושר בסיסי המקובלות בחברה. בעל מניות לא יישמע בטענה, כי בעולם המושגים הנורמטיבי האישי שלו אין משום הונאה או קיפוח בהקמת חברות סדרתיות חדשות לבקרים והותרת נושי החברות הקודמות כשידיהם על ראשם, וכי לכן לא היה מודע לאי-היושר שבמעשיו אלה.⁹⁰ טענה כזו ניתן לדחות כטענה בלתי-מתקבלת על הדעת כעניין עובדתי. מאידך גיסא, גם בהיעדר ההוראה בדבר היסוד הנפשי לא היה מקום לפרשו כרשלנות. זאת, מכיוון שהטלת חבות של החברה על בעל מניות שנהג בתום לב היתה הופכת את בעלי המניות למבטחים בפועל של חבויות החברה.

תנאי שני נוגע לכשרות הפירעון של החברה. הוראה דומה נכללה בסעיף 6(ד) בנוסחו הקודם והיא מובנת מאליה. בעלי המניות, גם אם הם שולטים בחברה, אינם ערבים שלה בתור שכאלה. כל עוד החברה כשירת-פירעון, אין מקום לסטות ממערך היריבויות המשפטיות על פי הדין. כך אכן נפסק בפרשת מולדת.

89. הלך נפש של מודעות נדרש לפי הפסיקה בהקשר סמוך. ראו פניגשטיין, לעיל הערה 59.
90. השוו חביב-סגל, לעיל הערה 9, הסבורה כי הרמת מסך הפכה לכלי בידי בתי המשפט על מנת להתמודד עם התופעה השכיחה בארץ של "מקימי חברות סדרתיים".

התנאי השלישי נוגע ליסוד השליטה על-ידי בעל המניות, אך ניסוחו עלול לעורר קשיים מיותרים. בניגוד לעמדה הברורה העולה מן הפסיקה בארץ ובחוץ לארץ, הדורשת שליטה אקטיבית, המחוקק נוקט לשון רחבה המאפשרת הרמת מסך "בשים לב לאחזקותיו" של בעל המניות. לכאורה, תיתכן הרמת מסך כלפי בעל מניות, שאין בידי אמצעי שליטה כדי הקניית שליטה ממש ואשר לא הפעיל שליטה אקטיבית בחברה. זו תוצאה בלתי-רצויה אשר תרחיב שלא לצורך את מעגל בעלי המניות החשופים לסיכון של הרמת מסך. למותר לציין, כי אדם המחזיק גוש מניות מיעוט בחברה ואשר פועל בתיאום עם אחרים להפעלת שליטה אקטיבית, ייחשב לבעל שליטה לעניין הרמת מסך.⁹¹ היסוד הנוסף שאליו נדרש בית המשפט לשים את לבו - "מילוי חובותיו (של בעל המניות) כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו-193" - אינו מסייע. ראשית, איזכור סעיף 192 פותח אף הוא פתח לטענה, כי הרמת מסך תיתכן כלפי כל בעל מניות, אפילו מן המיעוט או מן הציבור. זו פרופוזיציה שגויה, כמבואר לעיל,⁹² ובית המשפט יידרש להבהיר זאת. מבחינה מעשית מדובר בתקלה משנית, מכיוון שקשה להעלות על הדעת תביעה להרמת מסך כלפי בעלי מניות אלה. ההפניה לסעיף 193, אשר גם נוסחו שונה בתיקון 3, פותחת פתח לתקלה דומה, שכן סעיף 193 חל לפי לשונו גם על מי שאינם בעלי שליטה אלא בעלי כוח או השפעה אחרים. ייאמר בקצרה, כי לדעתנו, יש לדבוק בעמדה שהתגבשה בפסיקה ולצמצם את מתן הסעד של הרמת מסך רק כלפי מי שהפעיל שליטה אקטיבית בחברה, לבדו או כחלק מקבוצת שליטה.⁹³ בעל מניות אחר שהפר חובה כלפי החברה יוכל להיתבע על ידיה ישירות, או בתביעה נגזרת, או על-ידי מפרק או כונס נכסים.

סעיף קטן 6(א)(1)(ב) מנוסח כחלופה לסעיף קטן 6(א)(1)(א). הוראה זו מעורפלת למדי. פרשנות אפשרית אחת, המנסה לצקת תוכן לפסקה (ב), תקרא את הדיבור "תכלית החברה" באופן מרחיב לאור הוראת סעיף 11(א) רישא לחוק.⁹⁴ פרשנות מרחיבה ברוח זו תנסה להקנות זכות תביעה (דהיינו, יריבות) לקבוצות עניין, שאינן בעלי המניות ואולי גם נושים במצבים מסויימים, כמי שהחברה צריכה להתנהל לטובתן וחובות נושאי המשרה מופנות גם אליהן. במקום אחר עמדנו בהרחבה על הקשיים המשפטיים והמעשיים שמעוררת גישה זו על אף רציונה באופן עקרוני.⁹⁵ אם ייאמצו בתי המשפט בארץ גישה מרחיבה זו לסוגיית תכלית החברה בכלל, יעמדו קשיים אלה בפניהם גם בבואם לדון בהרמת מסך. לפי פרשנות חלופית לפסקה זו, תכליתה היא לאפשר הטלת חוב של החברה על בעל מניות, אשר שליטתו בה גרמה לכך שלא תוכל לעמוד בחובותיה. פרשנות זו מניחה, כי "תכלית החברה" הנזכרת

91. ראו מולדת, לעיל הערה 40.

92. ראו לעיל, טקסט להערה 50.

93. סעיפים 192 ו-193 מעוררים סבך של בעיות שהיריעה הנוכחית תיקצר מלדון בהן. התיקון לסעיף 193 במסגרת תיקון 3, אשר שינה לכאורה את הגדרת אופי ההפרה של חובת ההגינות, לא תרם להתרת סבך זה. נעיר בקצרה, כי גם בהקשר זה יש לתת משקל מכריע לפסיקה אודות חובותיהם של בעלי כוח.

94. סעיף 11(א) רישא לחוק החברות קובע: "תכלית החברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור".

95. ליכט, לעיל הערה 18. בתמצית, המודל המשפטי של חובת האמונים כפי שהתפתח במשפט המקובל אינו רואה בעין יפה, וייתכן שאינו מאפשר כלל, חובת אמונים כלפי מספר נהנים, שיש ביניהם ניגודי עניינים. הפעלת שיקול דעת בנסיבות אלה גם תובענית יותר מבחינה פסיכולוגית.

כאן מצומצמת לעשיית רווחים ולפחות לשמירה על כושר-פירעון. אם כך, דיבור זה חופף לדיבור "יכולתה לפרוע את חובותיה" המופיע כבר פעם אחת בסיפא לפסקה זו ופעם נוספת - בסיפא לסעיף קטן 6(א) כולו. לנוכח כפילות ניסוחית זו נחלשת ממילא החזקה, שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק, ואזי פסקאות (א) ו-(ב) פשוט חופפות. פרשנות זו אינה אלגנטית אך מבין השתיים היא נראית לנו עדיפה לאור הנחיית המחוקק ועמדת הפסיקה לשמור את הסעד של הרמת מסך למקרים חריגים.⁹⁶

סעיף קטן 6(ב) עוסק בקבוצת מקרים אחרת של הרמות מסך. מבחינה מהותית, אין בסעיף קטן זה יותר מאשר חזרה על סמכות בית המשפט לתת סעד שייראה לו צודק ונכון בנסיבות העניין. לעיל עמדנו על השיקולים שעל בית המשפט לשקול לצורך קביעת היסוד הנורמטיבי של "צודק ונכון" לעניין הרמת מסך. לאמיתו של דבר, אין הבדל מהותי בין שיקולים אלה לעניין הרמת מסך במסגרת סעיף קטן (א) להרמת מסך במסגרת סעיף קטן (ב). זו כזו צריכות להיעשות במקרים חריגים וכאשר הדבר צודק ונכון. בהקשר זה נעיר רק, כי רשימת מושאי הייחוס המנויים בסעיף זה אינה ממצה. כך, למשל, לא נזכרת בו האפשרות לייחס מצגים, כפי שנעשה בפרשת החברה להוצאת אנציקלופדיות.⁹⁷ כמו כן, אם מיוחסת לבעל מניות זכות של החברה - לדוגמה, מכוח חוזה, בדומה לפרשת מוברמן⁹⁸ - מן הדין לייחס לו גם את החיובים על פי החוזה.⁹⁹

ה. הדחיית חוב

במסגרת החלפת סעיף 6 הוחלפה גם ההוראה בדבר הדחיית חוב. בעבר קבע סעיף 6(ה) לחוק הוראה הצהרתית אודות שמירת סמכויות לבית המשפט לתת סעדים, ובהם הדחיית חוב של החברה לבעל מניות.¹⁰⁰ לעומת הנוסח הקודם, סעיף 6(ג) לנוסח הנוכחי עוסק רק בהדחיית חוב לבעל מניות ומגדיר את התנאים לביצועה כאותם תנאים המצדיקים הרמת מסך כלפיו לשם ייחוס חוב של החברה. נשאלת השאלה, האם חל שינוי כלשהו במצב המשפטי בעקבות השינוי בחוק.

היותה של הרמת המסך סעד דרסטי, לאור חתירתה תחת מוסד משפטי בעל חשיבות חברתית נרחבת, הביאה את בתי המשפט הן לאיפוק בנתינתו והן לחיפוש סעדים חלופיים. סעד חלופי מסוג זה, הניתן במצבים של חדלות פירעון, הוא ההדחיה

96. אימוץ הפרשנות השנייה, המצמצמת את מושג תכלית החברה בהקשר של הרמת מסך, אינו מחייב לפרש גם את תכלית החברה לעניין סעיף 11 בכלל באופן מצמצם.

97. לעיל הערה 28.

98. לעיל הערה 29.

99. סעיף 6(א), שעניינו חוב של החברה, אינו חל לפי לשונו הפשוטה על חיובים אחרים. ואם תאמר כי כך הוא, אזי בוודאי יש להתנות את הרמת המסך לצורך ייחוס הזכויות והחיובים לפי החוזה באותם שיקולים.

100. סעיף 6(ה) בנוסח הקודם של החוק קבע: "אין בהוראת סעיף זה כדי למנוע מבית משפט להעניק סעדים אחרים, לרבות השעיית זכותו של בעל מניה מסוים בחברה להיפרע את חובו, עד לאחר שהחברה פרעה במלואן את כל יתר התחייבויותיה."

שביושר (equitable subordination). מהותו של הסעד הינה שינוי עדיפויות הפירעון לגבי זכות נשייה שיש לנושה פלוני כלפי החברה. במקרה השכיח מדובר בהלוואה שהעמיד בעל מניות לחברה, אשר בהיותה חוב אמורה להיפרע ביחסים שווים עם יתר החובות באותה דרגת עדיפות ולפני כל חלוקה לבעלי המניות. סדר העדיפויות הרגיל על פי דין יוצר תמריץ לבעלי המניות לממן את החברה בהלוואות בעלים כך שיווצר לה מימון דק ויגדל הסיכוי לחדלות פירעון ולפגיעה בנושים תמימים. הדחיית החוב לבעל המניות לדרגה נחותה מן החובות לנושים חיצוניים מאפשרת לאלה להיפרע תחילה, ככל יכולתם, מנכסי החברה. נקל לראות, כי בעל מניות שהוא גם נושה של החברה נפגע, שכן אין הוא נפרע מן החברה באופן יחסי עם יתר הנושים. בחברה חדלת פירעון לא ייוותרו במקרים רבים כל נכסים לפירעון הלוואתו לאחר שהנושים החיצוניים נפרעו. פגיעה זו עשויה להיות מוצדקת, אם במימון החברה על ידי בעל המניות בדרך של חוב ולא בהון היה משום אי-יושר.¹⁰¹

מקורה של דוקטרינת הדחיית החוב בדיני חדלות הפירעון בארצות הברית. הדוקטרינה מעוגנת כיום בסעיף 510(c) ל-Bankruptcy Code,¹⁰² אולם ביסודה היא כל כולה מעשה ידי הפסיקה, כחלק מדיני היושר. לשון הסעיף עצמה מפנה לפיכך לעקרונות היושר, ואף מחוקקי הסעיף הקפידו להבהיר, כי עקרונות ההדחיה שביושר ישקפו את הפסיקה ולבתי המשפט צריכה להיות הסמכות להמשיך ולפתחם.¹⁰³ ההלכה המנחה בפרשת **Mobile Steel**¹⁰⁴ סיכמה את שלושת התנאים העיקריים למתן סעד זה: (1) אי-יושר בהתנהגותו של מי שטוען לזכות כלפי החייב חדל-הפירעון (דהיינו, הנושה - ע.ל.) ונגדו מבקשים את הסעד; (2) ההתנהגות הפסולה פגעה במבקש הסעד או הקנתה יתרון בלתי-הוגן למשיב; (3) היעדר סתירה עם הוראות חוק חדלות הפירעון.¹⁰⁵

בישראל היתה הדוקטרינה בגדר שמועה שנים רבות, עד שנקלטה לבסוף בפסיקה ערב כניסתו לתוקף של חוק החברות, תחילה בפרשת **קריספי**¹⁰⁶ ובצורה מבוססת יותר

101. לדיון מפורט ראו אוריאל פרוקצ'יה, "מימון דק", הרמת המסך והגבלת האחריות בדיני חברות", עיוני משפט ו (תש"ל"ט) 526. המניע להלוואת בעלים בשעה שהחברה נקלעת למצוקת מימון איננו תמיד הרצון לזכות בהעדפה פסולה על פני יתר הנושים. לעיתים בעלי המניות הם המקור היחיד לכספים, אשר עשויים לאפשר לחברה להחליץ ממצוקתה. זו שאלה עובדתית שאינה קלה להכרעה.

102. 11 U.S.C. Sec. 510(c) (2005). הסעיף מורה כדלקמן:

"(T)he court may - (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate."

103. Pub. L. 95-598, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2586 ("It is intended that the term "principles of equitable subordination" follow existing case law and leave to the courts development of this principle.")

In re Sunbeam, Corp., 284 B.R. 355 (Bankr. S.D.N.Y. 2002).

104. In re Mobile Steel Co., 563 F.2d 692. (5th Cir. 1977).

105. שם, בעמ' 700. ההלכה צוטטה בהסכמה ב-United States v. Noland, 517 U.S. 535 (1996). ראשיתה של הדוקטרינה, המכונה גם דוקטרינת Deep Rock, בפרשות Taylor v. Standard Gas Co., 306 U.S. 307 (1939); Pepper v. Litton, 308 U.S. 295 (1939).

106. פשי"ר 525/96 (ת"א) קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ פ"מ תשנ"ט (1) 931.

בהלכת סבו¹⁰⁷, לרבות היסודות שפורטו ב-Mobile Steel, וזאת, מפי השופטת אלשיך בבית המשפט המחוזי בתל-אביב. בית המשפט העליון אישר את הדוקטרינה כשפרשת קריספי¹⁰⁸ הגיעה לפתחו.

הדחיית החוב עשויה להיות תחליף חלקי להרמת מסך. מנקודת מבטו של הנושה החיצוני התמים, הדחיית חוב החברה לבעל המניות רק משחררת נכסים בגובה חלקה היחסי של הלוואת הבעלים מתוך כלל החובות של החברה. אין בכך כל ערובה שמלוא חובו של הנושה ייפרע. לעומת זאת, הרמת מסך מעמידה לרשות הנושה את כל מסת נכסיו הפרטיים של בעל המניות - עקרונית, עד להגעתו של האחרון לפשיטת רגל. מנקודת מבטו של בעל המניות שהוא גם נושה, הדחיית החוב של החברה כלפיו מגדילה את היקף החשיפה הכלכלית שלו להפסדי החברה מעבר להשקעתו בהון מניות. יתרונה של הדחיית החוב הוא בכך, שיתר נכסיו האישיים נותרים מוגנים מתביעות הנושים. כפי שהגדיר זאת אוריאל פרוקציה, הדחיית החוב מידתית יותר בהשוואה להרמת מסך.¹⁰⁹ ההבדל המהותי בין השתיים הינו, שבניגוד להרמת מסך, הדחיית חוב אינה יוצרת יריבות ישירה בין הנושה החיצוני לבעל המניות.¹¹⁰ לכך יש נפקות, למשל, לעניין מעשה בית דין. כאשר נושה חיצוני תובע ומקבל סעד של הדחיית חוב בהליכי חדלות פירעון של החברה, יש ביכולתו לתבוע מבעל המניות סכומים שלא נפרעו בעזרת סעד של הרמת מסך.¹¹¹

השאלה המכרעת נוגעת, כמובן, לתנאים למתן הסעד, ובפרט, האם הסעד של הדחיית חוב צריך להינתן ברוחב-יד יותר מאשר הרמת מסך. לנוכח ההבדלים בין הסעדים מבחינת השמירה על האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד ועל האחריות המוגבלת של בעלי מניות, מתבקשת מדיניות משפטית מרחיבה יותר בהדחיית חוב לעומת הרמת מסך. סעד שהוא מידתי יותר ונודעות לו פחות השפעות חיצוניות רחבות היקף על הוודאות המשפטית, יכול להינתן ביתר ליברליות. עמדה ברוח זו הובעה בספרות.¹¹² באופן פורמלי, השיקולים הם שיקולי היושר שבית המשפט ישקול לנוכח נסיבות המקרה. בהלכת היסוד בסוגייה בפרשת Pepper קבע בית המשפט דרישה כללית לקיומם של מירמה, אי-יושר, או חוסר הגינות (fraud, inequity, or unfairness).¹¹³ דרישה זו היא כיום היסוד הראשון של הלכת Mobile Steel הנזכרת. לגבי יישומו של יסוד זה התפתחה במרוצת השנים הבחנה בין הדחיית תביעות של אנשי פנים לבין הדחיית תביעות של נושים חיצוניים.

107. לעיל הערה 56.
108. ע"א 2223/99 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ פ"ד נו(5) 116.
109. פרוקציה, לעיל הערה 101, בעמ' 558.
110. פרוקציה, שם, רואה בהדחיית חוב הרמת מסך חלקית. סיווג זה אומץ על ידי בית המשפט העליון בפרשת קריספי. כאמור לעיל, אנו סבורים כי מדרג המינוחים כפי שהתפתח בפסיקה לגבי הרמת מסך אינו תורם להבהרת התנאים להפעלתה וניתן לוותר.
111. ראו Eastern Minerals & Chems. Co. v. Mahan, 225 F.3d 330 (3d Cir., 2000).
112. פרוקציה, שם. השוו צפורה כהן, פירוק חברות (תשי"ס) 712. המחלוקת בין כהן לפרוקציה מתמקדת בעיקר בשאלת המימון הדק כיסוד מספיק. בפרשת In re Lifschultz Fast Freight, 132 F.3d 339 (7th Cir 1997) נקבע שמימון דק בלבד אין די בו להדחיית חוב.
113. לעיל, הערה 105, בעמ' 305-307.

בית משפט המתבקש לתת סעד של הדחיית חוב יפעיל אמות מידה שונות לבחינת חומרת התנהגותם הפסולה של נושה שהוא איש פנים לעומת נושה חיצוני, וינקוט מידה שונה של ביקורתיות בבחינת פעולותיהם כלפי החברה או נושיה האחרים.¹¹⁴ אנשי הפנים - הכוללים הן בעלי שליטה והן נושאי משרה - ייבחנו לפי אמות מידה הנקוטות לגבי אנשי אימון (fiduciaries) ואילו נושים חיצוניים ייבחנו לפי אמות מידה מסחריות רגילות. לפיכך, כלפי נושה של החברה שהוא איש פנים תינקט עמדה קפדנית, לפי המתכונת המקובלת לגבי אנשי אימון. לגביו, די להביא ראיות כי נהג בחוסר הגינות, ואז עובר הנטל אל איש הפנים להוכיח כי העסקה הוגנת במלואה כלפי החברה.¹¹⁵ למיטב ידיעתנו, הדעה הרווחת בארצות הברית הינה, שהדחיית חוב כלפי בעלי שליטה הינה עניין שבשגרה. נזכיר, כי תחולת חובת האמון על איש-הפנים אינה נובעת מהתנהגות מסויימת שלו אלא מעצם החזקת גוש שליטה או מהיותו נושא משרה - דהיינו, ממהות יחסיו עם החברה כיחסי כוח-כפיפות.

לעומת זאת, לגבי נושים חיצוניים הבהירו בתי המשפט, כי ביחסים מסחריים רגילים אין חובת "נחמדות" וכי נושה רשאי לנקוט צעדים נמרצים להגנה על מצבו העסקי.¹¹⁶ לפיכך, הדחיית חוב כלפי נושה חיצוני מחייבת את המבקש להראות, כי התנהגותו של הנושה החיצוני היתה חמורה במיוחד, וכי היא לקתה במירמה, גזל או שליחת-יד (fraud, spoliation or overreaching).¹¹⁷ עיון בפסיקה מלמד, שנושה חיצוני נחשף לסכנה של הדחיית חובו כאשר הוא מפעיל כוח בצורה בלתי לגיטימית כלפי החברה, עד כדי הפעלת שליטה דומיננטית - במידה ההופכת אותו לאיש אמן שלה. מצב זה נוצר, כאשר הנושה כופה על החברה לציית להוראותיו עד ש"השניים היו לאחד" והנושה הופך לאני האחר של החברה:

"(A) non-insider creditor will be held to a fiduciary standard only where his ability to command the debtor's obedience to his policy directives is so overwhelming that there has been, to some extent, a merger of identity. Unless the creditor has become the alter ego of the debtor, he will not be held to an ethical duty in excess of the morals of the marketplace."¹¹⁸

כפועל יוצא, אי-היושר שקיומו מצדיק הדחיית חוב של נושה חיצוני פורש בפסיקה באופן דומה מאד לנסיבות המצדיקות הרמת מסך, דהיינו: (1) מירמה, אי-חוקיות או

114. In re Teltronics Servs., Inc., 29 Bankr. 139, 169 (Bankr. E.D.N.Y. 1983); **Century Glove, Inc. v. Iselin**, 151 B.R. 327, 333 (Bankr. D. Del., 1993)

115. המלאה" הנדרשת מאיש הפנים היא זו הנדרשת לגבי עסקאות בעל-עניין בדין האמריקאי, דהיינו, כזו שאינה מיטיבה עם איש הפנים ביחס לחברה, להבדיל מסבירות גרידא, הנבחנת לפי כלל שיקול הדעת העסקי. ראו (1976) 361 A.2d 218 **Fliegler v. Lawrence**, Del. Supr.

116. In re Aluminum Mills Corp., 132 B.R. 869, 896 (Bankr. D. Ill., 1991) ("There is no duty of "kindness" among non-fiduciaries"). במשפט הישראלי תחול חובת תום-לב ביחסים בין הצדדים.

117. **Rosener v. Majestic Mgmt.** (In re OODC, 115. ראו גם **Paolella**, לעיל הערה 115. LLC), 321 B.R. 128, 146 (Bankr. D. Del., 2005)

118. **Paolella**, לעיל הערה 115, שם.

הפרת חובת אמון; (2) מימון דק; (3) שימוש בחברה כמכשיר גרידא או כאני האחר.¹¹⁹ ראוי להדגיש, כי ההלכה האמורה אינה מביאה להרמת מסך כלפי הנושה החיצוני. נושה שהפך לבעל השליטה בפועל בחברה ייחשף לכל היותר לאבדן חוב החברה כלפיו עקב הדחיית החוב אך לא ליותר מכך.¹²⁰

דוקטרינת הדחיית החוב עושה את צעדיה הראשונים במשפט הישראלי. בתי המשפט בחרו לצעוד בנתיב שהתוותה הפסיקה אמריקאית ואימצו את עקרונות היסוד שנקבעו שם בסוגייה. בחירה זו עולה בקנה אחד עם המבנה הכללי של דיני החברות בישראל.¹²¹ הוראת סעיף 6(ה) בנוסח הקודם של החוק שיקפה הכרה כללית בדוקטרינה ושמרה על גמישותו של הדין באופן דומה לדין החרות בארצות הברית. על רקע זה נחזית ההוראה בדבר הדחיית חוב לאחר תיקון 3 כתקלה חקיקתית הסוטה מן הנתיב הראוי.

ראשית, סעיף 6(ה) הישן הזכיר הדחיית חוב של בעל מניות כמקרה פרטי של "סעדים אחרים". לעומתו, סעיף 6(ג) החדש מזכיר אך ורק הדחיית חובו של בעל מניה. הדחיית חוב של נושה חיצוני בנסיבות המתוארות לעיל לא נדונה כלל. כמו כן, לא מוזכרת הדחיית חוב של איש פנים שהוא נושא משרה ואינו בעל שליטה.¹²² בכך לא היה משום קושי אלמלא ההתייחסות ל"רשימה סגורה" בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית.¹²³ בדומה להתייחסות החלקית למקרים המתאימים לביצוע הרמת מסך, גם בסוגייה של הדחיית חוב התייחסות המחוקק היא חלקית בעליל, ולפיכך יש לדחות את הפרשנות של סעיף 6 כרשימה סגורה.

שנית, בניגוד לנוסח הכללי של סעיף 6(ה) הישן, ההוראה החדשה נוקבת תנאים למתן הסעד של הדחיית חוב - לאמור, התנאים הנדרשים להרמת מסך לשם ייחוס חוב לבעל מניות לפי לסעיף 6(א). הפניה זו עלולה להתפרש כצמצום הסעד רק כלפי בעלי מניות, שניתן היה לקבל נגדם סעד של הרמת מסך כיוון שהפעילו שליטה אקטיבית והיה בכך משום אי-ישר ניכר.¹²⁴ לכך אין כל הצדקה. הדחיית חוב אינה פוגעת בבעל המניות כפי שפוגעת בו הרמת מסך, ולכן אין צורך להגביל את הראשונה בתנאים הנדרשים לגבי האחרונה. למרות שהתקלה הטקסטואלית כאן קשה, אין בהיסטוריה החקיקתית בסיס מספיק לאימוץ גישה מצמצמת זו. מאידך גיסא, כפי שראינו, יש

119. Lifschultz, לעיל הערה 112.

120. הפעלת שליטה דומיננטית על ידי נושה עלולה להטיל עליו אחריות נרחבת מכוח שליחות. ראו Gay Jensen Farms Co. v. Cargill, Inc., 309 NW2d 285 (Minn. 1981).

121. ראו ד"ר קוסוי, לעיל הערה 77.

122. תיקון 3 הקל עם נושאי משרה בכך שביטל את סעיף 54(ב) לחוק, אשר בגדרו ניתן היה להטיל חבות על נושאי משרה בנסיבות שבהן ניתן להרים מסך כלפי בעלי מניות. לכך ניתן למצוא הצדקה לנוכח העובדה שחלות על נושאי המשרה חובות אמונים וזהירות. ואולם אין הדבר צריך לחסום סעד של הדחיית חוב כלפי נושא משרה שהוא גם נושה של החברה.

123. לעיל, טקסט להערה 88.

124. דברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית, לעיל הערה 5, אינם מספקים הדרכה נוספת שכן הם חוזרים על נוסח הסעיף: "מוצע להבהיר כי בית המשפט יעשה שימוש בדוקטרינת ההדחיה (סובורדינציה), אשר מכוחה הוא מוסמך להדחות הלוואות בעלים לעומת התחייבויות חיצוניות, רק אם התקיימו התנאים להרמת מסך לפי סעיף קטן (ג) המוצע (סעיף קטן (א) לחוק כפי שתוקן - ע.ל.)."

טעמים טובים ואסמכתאות למכביר לגישה מרחיבה במתן סעד של הדחיית חוב כלפי אנשי פנים. אימוץ פרשנות טכנית לסעיף 6(ג) יביא לצמצום הסעד של הדחיית חוב ולפגיעה בנושים תמימים, לרבות מוסדות פיננסיים.

1. סיכום

הנה כי כן, לאחר שני סבבי חקיקה ומאבק איתנים של קבוצות אינטרסים לשינוי החוק, מצוי הדין פחות או יותר באותו מצב בו עמד לפני חקיקת חוק החברות וגם לפני תיקון 3. במספר נקודות, שבהן ניתן לפרש את הטקסט באופן הסוטה מן הדין הקודם, פרשנות זו נראית בלתי-רצויה. לגבי הרמת מסך, פרשנות מילולית-טכנית של החוק החדש נוטה להרחיב ולערפל את האחריות הפוטנציאלית של בעלי מניות - בניגוד מוחלט למטרתם של יוזמי התיקון מן המגזר העסקי. אף על פי כן, הנוסח שהתקבל לבסוף מאפשר לבתי המשפט להמשיך ולהפעיל את הדוקטרינה לפי הנחיתו הכללית של המחוקק - דהיינו, במקרים חריגים ותוך שמירה על עקביות עם הדין שקדם לתיקון. אכן, אולי אין זה מקרה שנושא הרמת המסך אינו מוסדר בחוקי החברות של מדינות רבות והוא מושאר לשיקול דעתם של בתי המשפט. לא למותר לציין, כי כסעד עזר בתביעות רגילות הרמת מסך נדונה כעניין שבשגרה על ידי כל בתי המשפט, ולא דווקא על ידי בתי המשפט המתמחים בדיני חברות, שסמכותם נוגעת לענייני הפנים של החברה.

באשר להדחיית חוב, יש בנוסח התיקון כדי לגרום לתקלה של ממש. סעד זה, הנדון בישראל על ידי מספר מצומצם של שופטים ובתי משפט, שונה במהותו מהרמת מסך ומקנה לבית המשפט כלים נוספים להשגת תוצאה צודקת בלי לחתור תחת האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. הכפפתו לכאורה של סעד זה לכללי הרמת המסך אינה משרתת מדיניות רצויה ויש להימנע ממנה.

בתי המשפט יידרשו להתמודד כעת לא רק עם האתגר השיפוטי שמציבות דוקטרינות הרמת המסך והדחיית החוב אלא גם להתגבר על המעקשים הטקסטואליים שמציב החוק, לרבות העובדה כי המחוקק ראה לנכון לשנותו. פרשה זו צריכה לספק לקח אודות המגבלות המובנות של רגולציה פרטנית, המנסה להתבסס על כללים חדים וברורים, בבואה להתמודד עם סוגייה הנחלשת על ידי עקרונות יסוד כלליים ומחייבת הכרעות פרטיקולריות בנסיבות משתנות.