

# פרק ג: הרמת מסך



## 2.33 הרמת מסך – הצגת הנושא

כפי שראינו, התכונה המרכזית שמייחדת את אישיותה של החברה היא ההפרדה שנעשתה בינה לבין בעלי המניות שלה. ההפרדה הזאת אינה כולה וירטואלית. הפסיקה דאגה תמיד להכניס לעולם המושגים המשפטי מונחים כמו מסך, פרגוד או וילון, שנועדו כולם לחצוץ, להפריד ולהסתיר את בעלי המניות מעיניהם, ובעיקר מידיהם הארוכות של הנושים. בספרות ובפסיקה נוצרת האנשה של החברה, המתוארת כיצור שבינו לבין בעלי המניות נמתח חיץ ברור. שופט אנגלי אחד אף תיאר את המחיצה כקונכייה שכדי לפצחה נדרש פותחן מיוחד.<sup>106</sup> קל לאמוד את הנזק שייגרם לאותם בעלי מניות אם תוסר המחיצה והם יעמדו חשופים לבדם מול תביעותיהם של הנושים.<sup>107</sup> בדרך כלל, עקרון האחריות המוגבלת נשמר בקפידה, ואינטרס הגנתו חוצה את כל שכבות העוסקים בנושא – המחוקק, בתי המשפט, המתקשרים, הנושים. כיבוד עיקרון זה הוא בנפשה של מערכת כלכלית תקינה וקולחת. כירסום בו עלול לפגוע בשחקנית הראשית של כלכלת השוק – החברה העסקית.

אולם, לעיתים מזמנות הנסיבות מצבים שבהם דווקא כיבוד עקרון האחריות המוגבלת יזיק לערכי כלכלת השוק. נסיבות אלו חוררו את המסך שנמתח בין בעלי המניות לבין נושי החברה, ופסיקה עיקשת לא נרתעה מליצור יחסי חבות בין בעלי מניות לבין נושי החברה.

תופעה נוספת שהופיעה בפסיקה בשנים האחרונות היא החלת מנגנון הרמת המסך על נושאי משרה. נושאי המשרה הם אורגנים של התאגיד. הם אלו שמבטאים את רצונו. הם למעשה מאנישים את התאגיד המלאכותי, ומהווים את התגלמות רצונו ופעולותיו של גוף שאין בו רוח חיים. משום כך אין לראות בהם דמויות שמסך חוצץ בינם לבין התאגיד, שכן הם התאגיד. כמנהלים, אם מכוח מעמדם או מכוח פעילותם, הם משמשים "האני האחר" של החברה, כך שבמצב זה התקיימה זהות מוחלטת בינם לבין החברה. למרות זאת, כאשר נתגלה פגם בתיפקודם, למשל אם הפרו את חובתם, הפעיל בית המשפט את מנגנון הרמת המסך כדי להרחיב את בסיס החיוב ואת זהות החייבים.

106. הלורד דבלין בעניין: [1953] 1 Q.B. 248, 278 *Bank voor Handel en Scheepvaart N.V. v. Slatford*.

107. ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ ו-3 אח', פ"ד מח(5) 661, 700.

בית המשפט העליון רמז על כך כבר בפסק דין גליק נ' ארמון ואה' 108<sup>108</sup> כאשר בחן את מהות התקלה שאירעה בתיפקודו של מנהל חברה. השופט ברק ציין, כי בצד האחריות האישית המוטלת על אורגן בגין פעולותיו, עשוי הדין להטיל עליו אחריות מכוח תורת הרמת המסך. בהזדמנות מאוחרת יותר עמד בית המשפט על השוני הנורמטיבי בין הרמת המסך לבין הטלת האחריות האישית, ואף הזהיר מפני שימוש בתרופת הרמת המסך לשם הרחבת האחריות המוטלת על אורגנים.<sup>109</sup> בהמשך למגמה זו מצא המחוקק לראוי בנוסח המקורי של חוק החברות להרחיב את תחולת התרופה של הרמת מסך גם לעבר אורגנים. ככלל, כל נושא הרמת המסך נדון בחוק בהרחבה, והוכנסו בו תיקונים נרחבים כפי שיתואר להלן, אך בכל האמור באורגנים הוא בוטל בתיקון לחוק החברות שנכנס לתוקף ב-17.3.2005.

כאשר מורם המסך, נחשף בעל המניות ונוצרת יריבות ישירה בינו לבין צד שלישי, שהוא במקורו נושה של החברה. אפשרות אחרת היא, שמסך מורם ונסדקת אישיותו הכלכלית של המיזם אשר נוצר על ידי אשכול החברות. העובדה שבאשכול חברות גם בעלי המניות הם תאגידים ולא בני-אדם, גורמת לנכונות רבה יותר של בתי המשפט להתעלם מהמסך. יש לציין, כי הרמת המסך אינה מצב שבו נחשפת לראשונה זהותם של בעלי המניות. למרות ההפרדה בין החברה לבין בעלי המניות דואג המחוקק לשקיפות ולמסירת מידע על בעלי המניות, כמות אחזקותיהם בחברה וסוגה, ואף מעמדם כבעלי עניין או כבעלי מניות מהותיים אם החברה היא ציבורית. בחוק החברות אף הקפיד המחוקק על שקיפות המידע, והטיל חובות דיווח רחבות הן על חברה ציבורית והן על חברה פרטית; לדוגמה, בפרק השישי לחוק, בסעיפים 171 עד 175, העוסקים בדוחות הכספיים. זמינות המידע על החברה ושקיפותו מצמצמות את הסיכון של פעילות נסתרת מאחורי גבם של המשקיעים וללא ידיעתם. יחד עם זאת, זמינות המידע אינה שקולה כנגד יצירת יריבות ישירה בין בעלי המניות ונושאי המשרה לבין נושי החברה.

בפרק זה יידונו מהותו של מנגנון הרמת המסך שנקבע בחוק, והשלכותיו על בעלי המניות, נושאי המשרה, החברה והנושים.

## 2.34 הרמת מסך – היישויות שנמצאות מעבר למסך והתמודדות עם "בעיית הנציג"

חוק החברות מגדיר מספר חלופות, שבהתקיימן ניתן לחדור דרך חומת האישיות הנפרדת של החברה, לפרוץ את החיץ, וליצור יריבות בין הצד השלישי לבין בעלי המניות של החברה. סעיף 6 לחוק החברות מזהה נסיבות המאפשרות יצירת יריבות בין בעלי המניות לבין נושי החברה, שמשמעותה המעשית היא ביטול הגבלת האחריות של בעל המניות. מסכת משפטית כזו מוגדרת כהרמת מסך, מאחר שהיא מסירה את ההגנה

108. ע"א 148/82, פ"ד מה(3) 401.

109. ע"א 407/89, צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ ו-3 אה', פ"ד מ"ח(5) 661, 700-701.



המיוחדת אשר לה זוכים בעלי המניות, והיא חושפת אותם לתביעות למרות שאיפתם הראשונית להסתתר מאחורי אישיות החברה. סעיף 6(א)(1) לחוק קובע ומגדיר מצבים שבהתקיימם רשאי יהיה בית המשפט לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן. הנסיבות הן: ראשית, שהשימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה. שנית, שהשימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי-סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה.

הרמת מסך היא תהליך דו-שלבי: הראשון עוסק באיתור נסיבות להפעלת הסנקציה, בעוד השני נוגע להפעלת הסנקציה של יצירת יריבות בין בעלי המניות לנושים הנובעת מפעולת בעלי המניות. מאחר שהסעד של יצירת יריבות מטיל בסוף הדרך חבות או זכות על בעל המניה, הרי בפועל התוצאה היא זהה.

החלת תוצאותיה של הרמת מסך על בעלי מניות משמשת גם מכשיר נוסף להתמודדות עם בעיית הנציג כזכור בעיית הנציג מתארת קשיים בהזדהות מוחלטת של נציגי החברה עם האינטרסים שלה, ומגדירה תופעה של אגואיזם אנושי. מכוחו, נציג החברה, ובכלל זה בעל מניות שליטה ששולט על תהליכי קבלת ההחלטות, מתפתה לדאוג לעצמו על חשבון טיפוח וקידום האינטרסים של החברה אם הוא מזהה רפיון בפיקוח על פעולותיו ואפשרות להרוויח על חשבון החברה בלי לשלם על כך עלות אישית. הפעלת סנקציות של הרמת המסך מצטרפת לשורת מנגנוני פיקוח שמספק חוק החברות כדי להתמודד עם בעיה זו. האיום של חשיפת בעל שליטה לחיובי החברה, אשר עלולים לעלות על יכולתו הכלכלית האישית, אמור לשמש נדבך נוסף בעיצוב התנהגות ראוייה של בעלי מניות בכלל ובעלי שליטה בפרט.

## 2.35 תועלתה של הרמת המסך

הרמת המסך היא מכשיר משפטי ששוכלל לשם מניעת שימוש לרעה באישיות הנפרדת. תורת הרמת המסך מגינה הן על החברה כגוף עצמאי, והן על המשקיעים בחברה, בין אם הם בעלי המניות ובין אם הם במעמד של נושים. למעשה, הרמת המסך היא דוקטרינה שנועדה להגן על השוק מפני ערעור מעמדה של חברה כגוף הכשר לפעולה עצמאית. שימוש לרעה בחברה וניצול חולשתה כגוף שאינו מסוגל לגבש רצון או לפעול יגרמו נזק אדיר לכל רשת ההתקשרויות במשק. שמירה על תקינות תיפעולה של החברה היא אינטרס משותף של כולם. תוצאתה הישירה של הרמת המסך היא הרחבת מעגל היריבויות לעבר אותם בעלי מניות שבית המשפט החליט לייחס להם ישירות את חובותיה והתחייבויותיה של החברה.

הרמת המסך מגינה על החברה מפני מצבים שבהם משתמשים בעלי מניות במבנה המשפטי של החברה כדי לבצע פעולות לא חוקיות באמצעותה. במהלך הרגיל של

הדברים מוטלת על החברה האחראיות בגין פעולות שבוצעו בשמה. אך באמצעות הרמת מסך יאותרו האחדאים לשימוש החריג שנעשה באישיותה של החברה, ויועמס עליהם עול החובות שהחברה נגררה אליהם באשמתם.

הרמת המסך גם מספקת הגנה למשקיעים, לבעלי מניות ולנושים, מפני ניצול לרעה של המבנה המשפטי של החברה.

## 2.36 סוגים שונים של הרמת מסך

דוקטרינת הרמת המסך היא מכשיר בעל חשיבות מכרעת לשמירה על תקינות פעילות של שוק המבוסס על יחסי גומלין בין בני-אדם לבין בני-חוק, הלא הם התאגידים בעלי האישיות שנוצרה מכוח הדין. הרמת המסך היא תרופה; אין היא מנגנון שניתן להפעלה עצמית. הרמת המסך נעשית באמצעות הוראתו של בית המשפט, ובידיו מופקד פיתוחה.

מערכת היחסים בין כוחות השוק לבין כוחות השופט בכל האמור בהרמת המסך היא נושא לשיח מתמשך ורב-פנים. שיקולי עוצמה, שליטה, והון פיננסי מושכים לכיוון מיזעור ההתערבות של בית המשפט בפעילותן של חברות. אך לעומתם קיימים שיקולים של הגנה על שוק מסודר, על משקיעים קטנים, על קבוצות מיעוט בחברה, וכן הגנה על משטר דמוקרטי המתגונן מפני כוחניותן של קבוצות עתירות כוח וכסף. שיקולי ההגנה האלו עודדו את שיכלול המנגנון של הרמת המסך, למגינת לבם של תומכי מיזעור השימוש בו. וכך, מעמדו הקריטי של בית המשפט בהרמת המסך הכתיב את הצורך בהענקת מרחב לשיקול דעתו. אופיה המיוחד של הדוקטרינה, הגמישות הנדרשת ממנה, וההיקף הבלתי-ניתן לצפייה של תחולתה היו הנימוקים שביגנים סבר המחוקק, כי אין זה רצוי לקבוע הוראה חקוקה המכוונת למצות את דיני הרמת המסך. לפיכך, לא נקבעה בחוק החברות המקורי רשימה סגורה של מצבים שבהם יורם המסך, ולרשות בית המשפט הועמד מירווח גדול להתאמת התרופה לנסיבות. למעשה, המחוקק הפקיד במפורש בידי בית המשפט את עיצובם של גבולות הרמת המסך, במיוחד באמצעות סעיף 6א), שקבע כי ניתן להרים מסך אם בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן.

החוק, כפי שהיה בתוקף משנת 2000 ועד מרץ 2005, הרחיב עד מאוד את טווח שיקול הדעת והסמכות של בית המשפט בביצוע הרמת מסך. ובהתאמה, בעקבות רוחב הסמכות שהוקנתה לבית המשפט להשתמש בתרופה זו, גדלה מאוד חשיפתם של בעלי המניות ונושאי המשרה לסיכוני הרמת מסך. עקב כך רבו הקולות שחששו מפני האצלת סמכות כה רחבה לרשות השופטת לקבוע את מעמדם ואחריותם של משקיעים, בלי לתת לאחרונים כלים כלשהם לחזות מראש את סיכויי החשיפה שלהם. עצם הקניית שיקול דעת לבית משפט להרים מסך משיקולי צדק הגביר את היריבות בינם לבין נושי החברה.



במהלך השנים מאז נכנס חוק החברות לתוקף התברר, כי בתי המשפט פירשו באופן רחב, ולעיתים רחב מדי, את סמכותם לבצע הרמת מסך. המציאות הראתה סימנים של סחף בשימוש במכשיר זה, שעלול גם לימים להתגבש לכדי איום על כל מבנה החברה העסקית שפועלת באחריות מוגבלת של בעלי מניותיה. משום כך הוגשה הצעת חוק לתיקון כל נושא הרמת המסך. בדברי ההסבר של הצעת החוק<sup>110</sup> נאמר, כי קיים חשש שסעיף 6 לחוק החברות בנוסח המקורי עשוי להתפרש כרחב מדי ולא בהיר, ולהותיר את הקהילה העסקית בחוסר ודאות ונוכח סיכונים שאינם ניתנים לצפייה.

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

בשוקלו שיקולי יעילות, שומה על בית המשפט לבחון את התועלת שתצמח להתפתחותה של הכלכלה מן השימוש בעקרון האחריות המוגבלת: כמו כן הוצע להבהיר, כי בבחינת ה"צודק ונכון" יביא בית המשפט בחשבון את שיעור אחזקותיו וקיום חובותיו של בעל המניות כלפי החברה: כך, למשל, במקרים שבהם שיעור אחזקותיו של בעל המניות אינו מאפשר לו פיקוח אפקטיבי על פעולות החברה, לא יהיה זה צודק ונכון להרים את מסך ההתאגדות נגדו.

בעקבות זאת התקבל בחודש מרץ 2005 תיקון מספר 3 לחוק החברות,<sup>111</sup> ועל פיו צומצמו מאוד הוראותיו של סעיף 6 לחוק החברות המגדיר את העילות והנסיבות להרמת מסך, ובוטלה הסמכות לבצע הרמת מסך לעבר האורגנים של החברה על פי סעיף 54(ב). תיקון זה משקף הכרה של המחוקק במגבלות החקיקה שהעניקה בזמנו כוח עצום בידי בתי המשפט לפרוץ את מסך האחריות המוגבלת. השימוש שנעשה בכוח זה לא עלה בקנה אחד עם התפיסה הבסיסית של העיקרון ההדוק והקשיח של הפרדת אישיותה של החברה מאלו של בעלי מניותיה.

להלן נבחן את עקרון הרמת המסך בהתאם לחוק המתוקן, תוך התייחסות להוראות הקודמות במידת הצורך.

110. הצ"ח 3132, תשס"ב, 638; הצ"ח 54, התשס"ה, 4.

111. התקבל בכנסת ביום כ"ו באדר א' התשס"ה (7 במרץ 2005). ס"ח 1989, תשס"ה, 238.

## 2.37 סוגי הרמת מסך על פי תוצאותיה

- המחוקק מאפיין שני מצבים של הרמת מסך, על פי מטרתה ודרך ביצועה:
- א. הרמת מסך ממשית - משמעותה היא ייחוס זכויות וחובות של החברה לבעל המניות בה, וייחוס זכויות וחובות של בעל המניה לחברה (סעיפים 6(א) ו-1(1) ו-2(2) לחוק).
- ב. הרמת מסך מדומה - משמעותה היא ייחוס תכונות של בעל המניה לחברה (סעיף 6(ב) רישא לחוק).

א. הרמת מסך ממשית  
 הקטגוריה הזאת מקיימת את הדוקטרינה הקלאסית של הרמת מסך, שמכוחה נוצרת יריבות ישירה בין נושי החברה לבין בעלי מניותיה. משמעותה היא התעלמות מן האישיות המשפטית של החברה, והטלת עול חובות החברה, אך גם זכויותיה, במישרין על בעלי המניות. אולם, המחוקק מסייג את השימוש בסנקציה זו כאשר הוא קובע בסעיף 6(א) סיפא, כי הרמת מסך לשם ייחוס חובות החברה לבעל מניה בה תיעשה בשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה. במילים אחרות, כושר פרעונה של החברה ישמש שיקול בביצוע הרמת המסך: אם החברה היא כשרת-פרעון, עדיף יהיה להשתמש בנכסיה של החברה לשם פרעון החובות; אך במצב שבו היא חדלת-פרעון, בנסיבות המתאימות, ישמשו בעלי המניות כערבים לפרעון חובות החברה.

אלו הם תנאי הרמת המסך הממשית כפי שנקבעו בסעיף 6(א) ו-1(ב) לחוק:

- (1) בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה אם מצא כי בנסיבות העניין 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.

התנאים שבהתקיימם ניתן יהיה להפעיל סעיף זה הם כדלקמן:

- א. ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש חריג באישיות המשפטית הנפרדת, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובות תום הלב או ההגינות כלפי החברה ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.
- ב. יראו אדם כמודע לשימוש כאמור בפסקה (א) או (ב) גם אם חשב בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות שגרמו לשימוש כאמור, אך נמנע מלבררן, למעט אם נהג ברשלנות בלבד.
- (2) בית המשפט רשאי לייחס זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות העניין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכונת הדין או ההסכם החלים על העניין הנדון בפניו.



## ב. הרמת מסך מדומה

הקטגוריה השנייה היא ביטוי של הדוקטרינה המוכרת כ"הזזת מסך", או הרמת מסך מדומה. בקטגוריה זו נעשה שימוש הלקי באפשרות של פריצת המחסום שבין החברה לבין בעלי המניות. בית המשפט אמנם אינו מתעלם מאישיותה המשפטית הנפרדת של החברה, אך קובע את יחסו לעניין שבמחלוקת על פי אופיין של היישויות העומדות מעבר לפרגוד, מעמדן ותכונותיהן האישיות. התוצאה הסופית של המחלוקת אינה יוצרת יריבות ישירה בין בעלי המניות לבין נושי החברה, אלא נקבעת על פי תכונותיהם של בעלי המניות של החברה. כך יוצא, כי בדומה להרמת מסך ממשית קיימת התייחסות אל אישיותם של בני-האדם המסתתרים מעבר למסך, אך בשונה ממנה, אין התעלמות מקיום החברה – והיא הנושאת בנטל החיוב. כך גם קובע סעיף 6(ב), כי בית המשפט רשאי לייחס תכונה של בעלי מניה לחברה אם מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על העניין הנדון.

דוגמה א: בעל שליטה בחברה א, המשמש גם מנהל בה, פונה לבנק לשם קבלת הלוואה עבור החברה. בעל השליטה ערב אישית להלוואה שקיבלה חברה א, וכן מישכן דירה שהייתה רשומה על שם חברה א לשם הבטחת אותה הלוואה. לימים נכנסה החברה להליכי פירוק, והבנק ביקש לממש את המשכנתא. חברה א ובעל השליטה התנגדו לכך. הם טענו כי נכרת הסכם בין בעל השליטה לבין החברה, שלפיו הוא שכר את הדירה מן החברה במעמד של דייר מוגן על פי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972.<sup>112</sup> לכן החברה, בעלת הדירה, לא יכלה מן הסתם לוותר בשמו של הדייר על זכותו לדיירות מוגנת. זאת, למרות שבעת קבלת ההלוואה מן הבנק הצהירה החברה כי הדירה נקיייה מזכויות כלפי צד שלישי.<sup>113</sup> בנסיבות אלה החליט בית המשפט להזיז את המסך, ולייחס לחברה את התנהגותו של בעל השליטה בה. משעשה כך, הוגדר מצג השווא שהציג בעל השליטה בחברה, כאילו הדירה נקיייה מכל שעבוד, כמעשה שעשתה החברה. מעשה התרמית שעשה בעל השליטה יוחס לחברה, ומנע ממנה להסתמך על ההסכם לדיירות מוגנת. כלומר, המצב שבו בעל השליטה בחברה יצר מצג בשם החברה מנע מן החברה להסתמך על חוזה שנעשה בינה לבין בעל השליטה בה (וכך נעשתה הרמת מסך מדומה). בית המשפט העליון קבע: "ניתן, איפוא, להרים את מסך ההתאגדות ולראות כי מי שמבקש להעלות עתה, בשלב הפיננסי, טענה המנוגדת למצג שיצרה החברה בעבר, הוא אותו אדם אשר באמצעותו יצרה החברה את המצג המקורי. אדם זה קשור במצג המקורי ומנוע עתה מלעורר זכויות בנכס שלא גילה אותן מלכתחילה".<sup>114</sup> אמנם, בפועל לא היה צורך לבצע הרמת מסך, שכן החבות יוחסה לחברה, אך היא נבעה מיצירת מצג בידי אורגן מוסמך שלה שהיה גם בעל שליטה בחברה. כלומר, בית המשפט מצא לנכון להפעיל כאן את מנגנון הזזת המסך על מנת לאפשר לבנק לממש את השעבוד – באמצעות חסימת

112. ס"ח 668, תשל"ב, 176.

113. כך קרה בע"א 543/89 רע"א 422/89 החברה להוצאת אנציקלופדיות בע"מ ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מה(1) 529.

114. שם, 542-543.

טענת הגנה שניתן היה לטעון אלמלא היה בעל השליטה גם מפעיל מצג השווא. בדוגמה זו הוזז המסך, והחברה היא שנאלצה לשאת בתוצאות המעשה.

דוגמה ב ממחישה אפשרות להרמת מסך מדומה לשם זיהוי תכונות של החברה עם אלו של מנהליה. הדוגמה הקלאסית לכך עוסקת בזיהוי מקום מושבו של דירקטוריון החברה כמושבה של החברה לצרכים מסוימים. דוגמה זו לקוחה מפסק דין אנגלי ידוע שעובדותיו התרחשו במלחמת העולם הראשונה – *Daimler Co. v. Continental Tyre & Rubber Co.*<sup>115</sup> כל בעלי מניותיה של "קונטיננטל", חברה שנרשמה באנגליה, למעט אחד, היו גרמנים. החברה ניהלה עסקים באנגליה, ועם פרוץ מלחמת העולם הראשונה פעלה באנגליה ואף המשיכה לקבל תשלומים בגין שירותיה. בימי המלחמה הגישה חברת "קונטיננטל" תביעה נגד החברה הבריטית "דיימלר" בגין חוב שהגיע לה מהנתבעת עוד מלפני המלחמה. "דיימלר" הבריטית טענה, כי החברה התובעת היא בגדר "אויב", וכי כל תשלום לתובעת יהיה בגדר "מסחר עם האויב". לכן, גרסה, יש לדחות את התביעה על הסף. התביעה הגיעה עד בית הלורדים, שפסק כי יש להתעלם מן העובדה שהחברה התובעת רשומה באנגליה, וכי צריך לברר היכן נמצאת השליטה בחברה, שהייתה במקרה זה בגרמניה האויבת. בית הלורדים האנגלי פסק איפוא: "האופי של בעלי מניות בודדים אמנם אינו מספיק בעצמו כדי לקבוע את אופיה של חברה; אולם, עובדת היותם אויבים יכולה להיות רלבנטית כדי לקבוע אם האורגנים של החברה פועלים תחת פיקוח של אויב או מקבלים הוראות מאויב... חברה הרשומה באנגליה אך מנהלת את עסקיה בארץ עוינת היא חברה עוינת".

## 2.38 ביטול הסעד של הרמת מסך רחבה

בסעיף 54(ב), שבוטל בתיקון מס' 3 לחוק החברות מחודש מרץ 2005, יצר המחוקק מנגנון חדש, שמכוחו נוצרה יריבות ישירה בין נושי החברה לבין נושאי המשרה בה שהם האורגנים שלה, והיה בבחינת חידוש מבית המחוקקים הישראלי. הוא התיר הפניית חובותיה של החברה אל מי שהם יחידי האורגנים של החברה. אורגן של החברה הוא מעין זרוע שלה, ופעולתו נחשבת בעיני הדין כפעולת החברה. זאת, על מנת לאפשר לחברה לתפקד כראוי כמו כל בני אנוש.

על פי סעיף 46 לחוק, הגופים המוגדרים כאורגנים של החברה הם האסיפה הכללית והדירקטוריון. פרט לכך קיימים גם אורגנים יחידים, כמו המנהל הכללי וכל נושא משרה אחר אשר מוסמך על פי הדין או על פי התקנון לחייב את החברה. החוק קובע בסעיף 47, כי פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה.

להטלת חיוב על החברה יש השלכות על מצבה הכלכלי ועל האסטרטגיה העסקית שלה. לכן, כל פעולה שנעשית בידי אורגנים, ומכוחה מחויבת החברה, חייבת להתבצע כדין



מתוך מטרה לקדם את מטרותיה ואת תכליתה של החברה. כל פעולה שנעשתה וחרגה מתווי זה מזיקה לחברה, לעסקיה, למוניטין שלה, ובוודאי להיקף התחייבויותיה. משום כך, במקרים שבהם עשו האורגנים של החברה מעשה אשר מכוחו חויבה החברה, אך במהלכו נעשה שימוש לרעה באישיותה המשפטית של החברה על פי הקריטריונים של הקטגוריה הראשונה המתייחסת להרמת המסך הקלאסית, ניתן היה, על פי החוק, ליצור יריבות ישירה בין נושי החברה לבין יחיד האורגנים הללו. יחיד האורגנים הללו הם, כאמור, בעלי המניות של האסיפה הכללית או דירקטורים יחידים, או נושאי משרה שהם חלק מן ההנהלה הפעילה. כלומר, ניתן יהיה לייחס את חובות החברה גם לבעלי המניות או לדירקטורים יחידים.

השימוש בטכניקה זו של הרמת מסך גם כלפי אורגנים של החברה נתקל בביקורת קשה. פן אחד של הביקורת היה הרחבת השימוש בהרמת מסך למצבים שלגביהם קיימת תרופה בענפים אחרים. כך, למשל, צד למשא ומתן על חוזה שנהג בחוסר תום לב ושלא בדרך המקובלת חב פיצוי לצד הנפגע מכוח דיני החוזים. בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 מוטלת על צד למשא ומתן ועל צד לחוזה לפעול בדרך מקובלת ובתום לב, ואם לא עשה כן נגרם נזק – מוטלת עליו חובת הטבת הנזק. סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) מתפרש כמי שמטיל חובת תשלום פיצוי על צד שהפר את חובת תום הלב בעת ביצוע החוזה.<sup>116</sup> דוגמה נוספת למקור אחר להטלת חובה על נושאי משרה שהם אורגנים של החברה היא החוק עצמו, המטיל חובות מפורטות על נושאי המשרה. חובות אלו, שכללו התנהגות זהירה, מיומנת ומוסרית, הועמסו על נושאי המשרה עוד בפקודת החברות, וכבר אז היוו ביטוי חקיקתי לאחריות המוכרת שהוטלה בפסיקה על נושאי משרה אלו. פן אחר של הביקורת עסק בהרחבת החשיפה של נושאי משרה להתחייבויות החברה, שמטילה עליהם נטל כבד מנשוא.

מה ראה המחוקק להוסיף ולהטיל על דירקטורים ונושאי המשרה הפועלים בשם החברה גם אחריות לגיבוי חובות החברה?<sup>117</sup> באופן שתיתוסף לזו של החברה? הרי חובה זו, שמתגבשת בעזרתו של מנגנון הרמת המסך, שוחקת את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, ומכניסה מרכיב של אי-בהירות לרקמה הרגישה של מערכת היחסים בין נושאי המשרה לבין נושי החברה.

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר,<sup>118</sup> כי ניתן, עקרונית, להכיר במעין "הרמת מסך" גם ביחסים שבין החברה לבין אחרים הפועלים בה או בשמה. זאת, על מנת לשמור על כוחו של בית המשפט לפתח את דיני החברות. אכן, ייחוס זכויות וחובות הדירקטורים והיזם לחברה נעשה באמצעות תורת האורגנים, ולכך אין עוד צורך במנגנון הרמת המסך. אולם, הרמת המסך, כפי שדאינו, הוא מנגנון דו-כיווני, ואילו תורת האורגנים, כפי שנראה, היא

116. ראו לדוגמה: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים בארבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', כ"ד לה (1) 828, 838-839.

117. ראו לציון, כי סעיף 54(ב) שבוטל נתן אפשרות לייחס זכויות ליחיד האורגנים.

מבנה חד-כיווני. כלומר, תורת האורגנים מאפשרת ייחוס פעולות האורגן לחברה, אך לא להיפך – היא אינה מאפשרת ייחוס חובות החברה לאורגן. לפיכך, סבר המהוקק, כאשר נדרש ייחוס זכויות החברה וחובותיה ותכונותיה לדירקטור או למנהל, אין בתורת האורגנים כדי לפתור את הבעיה. לכן, פתיחת האפשרות של הרמת מסך גם לעבר נושאי משרה משהדרת את בית המשפט מאילוץ המגבלות של מנגנון הרמת המסך הקלאסית כפי שפותח בפסיקה, ומקנה לבית המשפט רוחב שיקול דעת. היא מאפשרת לפתח כלי התמודדות נוספים עם ליקויים בתיפקוד האורגנים, כמו לדוגמה בעיית הנציג. הרחבה זו של שיקול דעת הייתה גם מקור הביקורת, שהתברר כי הייתה מוצדקת. סעיף זה היווה פתח להרחבת האפשרות להגשת תביעות אישיות של נושים נגד דירקטורים ובעלי שליטה לא רק כאשר החברה נטלה על עצמה התחייבויות מסוכנות ובלתי-סבירות. די היה בקיומו של הסעיף שהתיר יצירת קשר משפטי ישיר בין נושים לבין דירקטורים ונושאי משרה כדי לפתוח חזית תביעה נוספת ולאיים על מנהלים.<sup>119</sup>

אמנם, במצבים שבהם נדרשת הטלת חבות על נושא משרה עשתה הפסיקה הקיימת שימוש במסלול האחריות האישית. כבר בשנות ה-80 של המאה ה-20 קבע השופט ברק (כתוארו דאז), כי כמו כל אדם אחר, גם אורגן של תאגיד אחראי אמנם לפעולותיו, ועצם היותו אורגן של תאגיד אין בו כדי להעניק לו הגנה מאחריות. אך בצד האחריות האישית המוטלת על אורגן בגין פעולותיו שלו, הוא הרחיב את החשיפה האישית של נושא משרה מכוח תורת הרמת מסך<sup>120</sup> ואת היקפה.

עומק החבות המוטלת בעקבות הרמת מסך גדול לעיתים בהרבה מזו המוטלת על נושא משרה כאורגן. האחריות מן הסוג הראשון (זו שנגרמת בעקבות הרמת המסך) יוצרת למעשה יריבות ישירה בינו לבין נושה החברה, והאורגן עלול למצוא עצמו מחויב לבצע את התחייבותה של החברה, או לחלופין לפצות את המתקשר בגין הנזק שנגרם לו. במצבים כאלה לא יכול היה נושא משרה להעלות טענות הגנה כמו נקיטת כל האמצעים הסבירים. על פי סעיף 54(ב), שכאמור בוטל, אם הוכח כי התקיימו נסיבות של ניצול לרעה של האישיות המשפטית או תרמית, ניתן היה להטיל על אורגן את חובות החברה, ובכך להרחיב את היקף האחראים כלפי נושי החברה. עקב ביטול הסעיף בוטלה הרחבה זו של חשיפת נושא משרה לאחריות, ותביעה נגדם על ידי צד שלישי תבצע רק במסגרת עילות האחריות האישית על פי סעיפים 54(א), ו-252-254 לחוק.

לאחר התיקון לחוק החברות אמנם מצייתים בתי המשפט לסייג של איסור הרמת מסך לעבר נושאי משרה, אך אינם נרתעים מהטלת חבות אישית על מנהלים כאשר מוכחת

119. ראו: ע"א 9916/02 בן-מנחם אהרן נ' שולדר הב' לבניה בע"מ ואח', תק"על 2004(1) 938, שם הזהיר בית המשפט העליון מפני כרסום בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת לטובת הכללת נושאי משרה במסגרת מעגל היריבים של בעלי המניות.

120. כך נפסק בע"א 148/82 גליק נ' ארמון, פ"ד מה(3) 401, 405.



תרמית. לדוגמה: בעניין נצר חברה לסחר בע"מ נ' נבואני סאלח<sup>121</sup> נדון עניינה של חברה אשר מכרה מכונה לחברה רוכשת שהייתה חברה קטנה. בשם החברה הרוכשת פעל מנהל. המנהל ואשתו היו בעלי מניותיה של החברה הרוכשת, אך בשלב מסוים העביר המשיב את מניותיו על שם האשה בלבד. המנהל הוא שפעל בחברה וניהל אותה בפועל. התשלום עבור המכונה נעשה על ידי המנהל במזומן ובשיקים. כאשר השיקים לא כובדו, נתבע המנהל אישית לתשלום החוב. השופט סוקול, מבית המשפט המחוזי, שקיבל את הערעור על הערכאה הראשונה, קבע כי בעל עסק החותם בשם החברה על שיקים כדי לשלם באמצעותם יוצר בכך מצג כי ביכולת העסק לפרוע את השיקים. אין נפקא מינה אם חתם באופן אישי על השיקים. די בעצם העובדה כי הוא בעל הידע הנוגע למצבה של החברה כדי להטיל עליו חובה להעמיד את הצד שכנגד על הסיכונים שהוא נוטל על עצמו.

כדי להטיל חבות על מנהל החברה בגין משיכת שיקים ללא כיסוי מפנה בית המשפט את תשומת הלב לשתי משוכות עמן יש להתמודד:

האחת – קיומו של הכלל, שעל פיו נושא משרה בחברה הפועל כשלוח או כאורגן שלה אינו חב באחריות אישית לחובות החברה. לדוגמה, בעניין פניגשטיין נ' חברת הברי המהפך<sup>122</sup> נדחתה טענה בדבר אחירתם האישית של המנהלים אשר מסרו שיקים של חברה שלא כובדו. עם זאת, בית המשפט אינו שולל שם את האפשרות, כי כאשר חשש כזה יקנן או צפוי שיקנן בלב המנהל, יהיה מקום להטלת אחריות אישית.

השנייה – למרות שייתכנו מצבים שבהם נושא המשרה עשוי לחוב באופן אישי כלפי צדדים שלישיים, מדגיש בית המשפט את ההבחנה בין הטלת אחריות אישית כזו לבין הרמת מסך, שכן מהותה של הרמת המסך היא התעלמות מפרגוד ההתאגדות וייחוס חובת החברה לבעלי מניותיה. לעומת זאת, הטלת אחריות אישית על אורגן שומרת על עקרון האישיות הנפרדת של החברה, ומבוססת על אחריות אישית של האורגן.<sup>123</sup>

בעניין נצר הספיק חומר הראיות לבית המשפט כדי לקבוע, שבלב המנהל קינן או היה צריך לקנן החשש שמא החברה לא תפרע את התחייבותיה, מאחר שהיה מדובר בחברה קטנה והוא ידע את כל הנתונים הקשורים למצבה, לרבות העובדה כי שיקים רבים לא כובדו על ידי הבנק הנמשך. מחובתו היה, לשיטת בית המשפט, להעמיד את החברה המוכרת על הסיכונים שבקבלת שיקים דחויים.<sup>124</sup> כתוצאה מכך הוטלה על המנהל חבות אישית, והוא חויב בתשלום החוב לחברה המוכרת. בפועל, תוצאה זו אינה שונה מזו שהייתה מתקבלת אילו בוצעה הרמת מסך, מאחר שהוטלה על המנהל חובת תשלום סכום החוב.

121. ע"א (חיפה) 2782/04 נצר חברה לסחר בע"מ נ' נבואני סאלח, תק"מ-2005 (2) 4177, 4180.

122. ע"א 9183/99 בני פניגשטיין נ' חברת הברי המהפך מס' 1 (מחצבות) בע"מ ואח', פ"ד נח(4) 693.

123. ע"א (חיפה) 2782/04 נצר חברה לסחר בע"מ נ' נבואני סאלח, תק"מ-2005 (2) 4177, 4179.

124. שם, 4181.

האם מערכת עובדתית ונסיבתית אחרת יכולה הייתה להשליך על מצבו של המנהל? נראה שכן. בית המשפט מעיר, כי במקרה הנוכחי מתברר כי מלכתחילה דרשה החברה ערבות בנקאית, ולבסוף הסתפקה במסירת השיקים. ניתן היה לטעון, אומר השופט סוקול, כי די בכך שהמנהל הבהיר כי החברה אינה יכולה למסור ערבות בנקאית כדי להעמיד את החברה המוכרת על מצבה, ולכן לא צריך היה למצוא אותו אחראי. אלא שבמקרה הנוכחי הובהר, כי החלפת הערבות בשיקים נעשתה רק לאחר שהמכונה כבר הגיעה לישראל, ולאחר שהמנהל הסביר כי עם מסירת המכונה הוא צפוי לקבל תשלום מלקוח שיכסה את החוב. על עניין זה לא נחקר המנהל כלל, מוסיף השופט סוקול.<sup>125</sup> עולה מכך, כי אילו נחקר על כך המנהל, ייתכן שהיה יכול להקים טענת הגנה הולמת למנהל, שהייתה מניחה את דעתו של בית המשפט ופוטרת אותו מתשלום החוב.

■ סעיף 99(ב) לפקודת החברות, [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 קבע: "נושא משרה בחברה, או כל אדם הפועל בשמה, שהשתמש, או אישר את השימוש, בחותם האמור להיות חותם החברה, כשאינן שמה טבוע בו כאמור בסעיף 98(2), או שהוציא או חתם אחד ממסמכי החברה האמורים. בסעיף 98(3), כשאינן שמה מצוין בו, או אישר להוציא אותו או לחתום עליו, דינו – קנס, ואם היה המסמך שטר, שיק או המחאה, יהיה בנוסף על הקנס חב אישית כלפי אוחז המסמך בתשלום הסכום שבו, זולת אם שילמה אותו החברה כראוי".

סעיף זה בוטל בחוק החברות. האם סעיפים 54(א) ו-54(ב) יכולים למלא את מקומו?

□ עקרונית, סעיף 54 עוסק בחבות אישית של יחיד האורגנים. הוא קובע את קיומה העצמאי של החבות האישית בנפרד מזו של החברה, אך אינו מהווה מקור להטלתה כפי שהיווה סעיף 99(ב) לפקודת החברות שבוטל. לפיכך, אם ירצה תובע ליצור יריבות כנגד נושא משרה בחברה שחתם על שיק, שטר או המחאה, הוא יאלץ לפנות לסעיפי החבות הנזיקית בחוק החברות.

## 2.39 הרמת מסך: סיכום התובנות הנורמטיביות

הסטת הפרגוד אמורה להיטיב עם נושים שנפגעו משימוש לא תקין בזכות ההתאגדות. למעשה, שימוש כזה נעשה על ידי בעלי המניות שמלכתחילה הוקצה להם תפקיד משני וסביל בניהול החברה. מנהלי החברה, לעומת זאת, נוטלים על עצמם תפקיד פעיל שהם נושאים בו מרצון, ואף צופים מראש חשיפה לאחריות, שמפניה הם מתגוננים באמצעות ביטוח נושאי משרה. חשיפתם לחובות החברה מכוח מנגנון הרמת המסך בוטלה, ועשויה להשפיע לחיוב על הקטנת גובה פרמיות ביטוח האחריות שלהם.

ראינו עד עתה את תהליך הרמת המסך ותוצאותיו. השלב הבא הוא איפיון המצבים שבהם ייעשה שימוש בהליך זה.



## 2.40 מצבי הרמת מסך

באילו מקרים מצדיק המחוקק התעלמות ממסך ההתאגדות עד כדי הרמתו? בסעיפים 6(א) ו-6(ב) מונה החוק מספר מצבים שבהתקיימם רשאי יהיה בית המשפט לבצע הרמת מסך:

### 1. הרמת מסך ממשית

מצב א. ייחוס חוב של חברה לבעל מניה יוכל להתבצע בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

ראשית, במקרים שבהם נעשה שימוש פגום באישיות המשפטית הנפרדת באחד מאלה:  
1. באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה. זהו מצב המתאר שימוש שלא כדין בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת; 2. באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי־סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה. זהו מצב המתאר מימון דק של חברה.

שנית, כאשר בעל המניה היה מודע לשימוש הפגום. מודעות כוללת גם מצב שבו היה קיים חשד מצד בעל המניה בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות שגרמו לשימוש כאמור, אך הוא נמנע מלבררן, אלא אם כן ההימנעות נעשתה ברשלנות בלבד.

שלישית, בשים לב להיקף אחזקותיו בחברה ולמילוי חובותיו כלפיה.

רביעית, בשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.

חמישית, כשבנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן.

מצב ב. ייחוס זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

ראשית, בהתחשב בכוונת הדין או בכוונת ההסכם החלים על העניין הנדון. התחשבות בכוונת הדין היא מצב של הרמת מסך מכוח חוק. התחשבות בכוונת ההסכם היא מצב של הרמת מסך מכוח ההסכמות וההבנות הבסיסיות בין הצדדים.

שנית, אם בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן.

### 2. הרמת מסך מדומה

בסעיף 6(ב) ניתנת אפשרות לייחס תכונה של בעל מניה לחברה בהתמלא התנאי כי בנסיבות העניין, צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על העניין הנדון לפניו. פעולה זו מהווה הזתת מסך, מאחר שייחוס תכונה אינו גורם ליצירת קשר משפטי ישיר בין הנורמה הנדונה לבין בעל המניה. אולם, תוצאתה עלולה לסייע לכך. הרמת מסך ומשמעותה נדונה לעיל.

המשותף לשני המצבים שבהם מאפשר המחוקק ביצוע הרמת מסך ממשיית הוא התנאת הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט בתנאי הסובייקטיבי: "בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן?" בהנחיה זו גלומה הוראה לבית המשפט לבצע איזון בין האינטרס של הצד התובע הרמת המסך ויצירת יריבות בין בעלי המניות לנושה החברה, לבין האינטרס של בעל המניות והחברה – לבדל ולשמר את אישיותה הנפרדת של החברה ואת שנאת הסיכון של בעלי המניות. רק אם יתקיימו כל התנאים האחרים שמתנה הסעיף וייווצרו נסיבות מיוחדות, הסובייקטיביות לאירוע הנתון, ובהתחשב בכללי הצדק של חלוקת הנטלים בין שלושת השחקנים באירוע – החברה, בעלי המניות והנושה – שומה יהיה על השופט לבצע הרמת מסך.

אמת, דיני הרמת המסך הם גוף ידע פסיקתי רחב היקף הן בישראל והן בעולם האנגלו-אמריקאי שעליו נסמך גם בית המשפט הישראלי. אולם, למרות זאת ואף לאהר עיגונו הסטוטורי בחוק החברות, הוא עדיין לא עוצב טיבו במלואו. השופט רובינשטיין התבטא בהקשר זה: "המטוטלת בו נעה אנה ואנה – כדי לאזן בין תורת האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד מזה, והחשש למעשים שלא כדין תחת הכסות התאגידית מזה"<sup>126</sup>. נושא זה גם זכה, כאמור, לתיקון חקיקתי משמעותי כחמש שנים לאחר עיצובו החדש בחוק. תהליך זה משקף את ההתחבטות הקשה של הרשות המחוקקת באשר למינון הנכון שבין מתן תוקף לעקרון ההתאגדות ועצמאות הישות הווירטואלית שנוצרת לבין הצורך למנוע את ניצולה לרעה. המגמות העולמיות, אשר מחזקות את הפיקוח הממלכתי-פורמלי על תיפקודם של תאגידים רבי-עוצמה, אינן פוסחות על ישראל ועל הממונים על החקיקה, והן מבטאות זאת באמצעות חקיקה מודרנית. מלאכתו של בית המשפט, בעיקר בתחום הרמת מסך, הופכת קשה יותר לאור הצורך להתחשב בצרכים מסחריים, מחד גיסא, ובצרכים צרכניים-סוציאליים, מאידך גיסא, שאינם עולים תמיד בקנה אחד.

לדוגמה, בעניין בן אבו נ' דלתות המדיה<sup>127</sup> נדונה בקשה להרמת מסך מעל חברת נגרות כדי לחייב את בעלי מניותיה לשלם לחברה הספקית את חובה של חברת הנגרות. מאחר שבין בעלי מניותיה, שהיו גם מנהלי חברת הנגרות, לבין הספקית התקיימו יחסים מיוחדים, לא נתבקשו ביטחונות, והתשלומים נעשו בשיקים דחויים. כאשר הפסיקה חברת הנגרות את פעילותה התגלה, כי לא שילמה לספקית בעבור סחורות בסך של יותר ממיליון שקלים. למרות מערכת היחסים האישית שנוצרו בין מנהלי שתי החברות התברר, כי לא דווח לספקית שחברת הנגרות נקלעה לקשיים, וכי אחד המנהלים של חברת הנגרות, שהיה גם בעל מניות דומיננטי, חדל מניהול החברה והעביר את מניותיו לבעלת המניות השנייה כשנה לפני הפסקת פעילות החברה. הספקית ביקשה מבית המשפט להרים מסך ההתאגדות נוכח זהות בין בעלי המניות של החברה ומנהליה, שאף היו נשואים בעבר זה לזו, לבין החברה, ונוכח העובדה כי לא הייתה הפרדה בין עסקי

126. ע"א 10582/02 ישראל בן-אבו נ' דלתות המדיה בע"מ, תק"על 2005 (4) 270, 273.

127. שם, 271.



החברה לבין פעילותם ותוך עירוב ונטילת כספים. כמו כן טענה הספקית, כי חברת הנגרות הונתה את נושיה, ונוהלה תוך נטילת סיכון בלתי־סביר שהפך אותה מחוסרת מזומנים, וגרם לחברה לבצע תשלומים בשיקים דחויים בידיעה שאין תקווה לשלמם.

בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה להרים את מסך ההתאגדות, והטיל את חובות החברה על מנהליה לשעבר. בערעור טען מנהל חברת הנגרות, כי החוב התגבש רק לאחר שעזב את ניהול החברה והעביר את מניותיו לגרושתו. לכן, לא תיתכן הרמת מסך כנגדו, שכן לא היה בעל מניות בחברה בתקופה הרלבנטית, ולא היה לו כל חלק בניהול הכספי של החברה. השופט רובינשטיין<sup>128</sup> שבדעת יחיד השתית את כל חבותו של מנהל החברה כלפי החברה הספקית על עילת הרמת המסך,<sup>129</sup> קבע כי עילות הרמת המסך שהוכרו קודם לחקיקת חוק החברות, וביניהן עירוב נכסים, שימוש בחברה למעשי תרמית, התנהגות בלתי־נאותה, ועקיפת חוקים שלא למטרות מסחריות ובאופן בלתי־הוגן, וכן מימון דק, משקפות קטגוריות שקנו שביתה גם בחוק החברות החדש. בסופו של דבר עשה השופט רובינשטיין שימוש בעקרון תום הלב כדי להגיע למסקנה,<sup>130</sup> כי חובתם של חברת הנגרות, מנהל החברה ורעייתו הייתה לנהל את ענייניהם החוזיים מול הספקית בתום לב, ובכך כשלו: ראשית, בהסתרת מידע הן באשר לחוסר אפשרותה של החברה לקיים את התחייבויותיה, והן בדבר השינויים הפרסונליים בניהול החברה; שנית, החברה הייתה משפחתית וממומנת מימון דק. נסיבות אלו הובילו את השופט רובינשטיין להרים את המסך כלפיהם, ליצור יריבות ישירה בינם לבין נושי החברה, ולחטיל על המנהל לשעבר של החברה להשתתף בהחזר חובותיה.

שני השופטים האחרים שישבו בדין נמנעו מלבסס את חבותו של מנהל חברת הנגרות על הרמת מסך, אך הטילו עליו אחריות מכוחם של דיני החבות החוזית כחלק ממחויבותו של אורגן בחברה, תוך ציון העובדה שיש בכך כדי לחסוך את הצורך לדון בדינים הסבוכים של הרמת המסך.

התהליך השיפוטי הזה רק משקף את התסבוכת הקונספטואלית סביב מנגנון הרמת המסך והפעלתו.

להלן נבחן את מצבי הרמת המסך כפי שהם כלולים בסעיף 6(א) לחוק החברות.

128. שם, 274.

129. השופטים ברק ופרוקצ'ה סברו, כי יש להטיל תבות אישית על מנהל החברה מכוח עקרון תום הלב ואין להיזקק למנגנון הרמת המסך.

130. ע"א 10582/02 ישראל בן־אבו נ' דלתות תמדיה בע"מ, תקעל 2005(4) 270, 283.

## 2.41 מצב א: (1) הרמת מסך לשם ייחוס חוב של החברה לבעל המניה – שימוש שלא כדין בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת לשם הונאה או קיפוח

בסעיף 6(א)(1)(א) מותנית הרמת המסך בשימוש פגום בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, לשם הונאת אדם או קיפוח נושה. זוהי קטגוריה המקיפה מקרים שבהם נעשה שימוש מכוון לרעה ביישיות של החברה על מנת לרמות, להונות, להתחמק מביצוע התחייבות חוזית או להבריח רכוש מנושים. הקשר הראשוני כאן בין החברה לבין האדם המרומה נובע דווקא מהתקשרות רצונית בין החברה לבין הנושה התובע שהתחייבות כלפיו הופרה, או שרכוש החברה הוברח כדי לפגוע בו. אם נעשה שימוש לא תקין ביישיות המשפטית של החברה כדי לאפשר התחמקות מהתחייבות, יש לסייע בידי הנפגע לאכוף את ביצוע ההסכם. תרמית אינה סוג של התנהגות צפויה או סיכון מחושב שהיה על המתקשר להביא בחשבון בעת התקשרות עם חברה כיישיות ערטיאלית. תרמית, במובן זה, היא כל התנהגות לא נאותה אשר נועדה לנצל את הפרדת האישיות המשפטית שלא למטרות כלכליות מסחריות, אלא כדי לזכות ביתרונות לא הוגנים להוותו של הצד השלישי הכבול באזיקי הלכת סלומון.

שימוש פגום כזה היה הנימוק המקורי הקלאסי לביצוע הרמת מסך בפסיקה זה שנים רבות. להלן המצבים המזכרים בפסיקה שבהם הורם מסך בגין ניצול עקרון האישיות המשפטית הנפרדת: שימוש בחברה לצורך עקיפת חוק, עקיפת התחייבות חוזית, הברחת רכוש מנושים, עירוב נכסים שגורר תרמית הונאה או קיפוח, ושימוש באשכול חברות כבסיס להונאה או קיפוח.

### 1. הרמת מסך ככלי למניעת עקיפת חוקים

לא יותרו הקמת חברה וניצולה כדי לחמוק מהתחייבות המוטלת על פי החוק. לדוגמה, בעניין נהר השקעות בע"מ נ' מדינת ישראל<sup>131</sup> הוקמה חברה והועברו אליה נכסיה של אגודה שיתופית, כדי למנוע את הקנייתם כדין לעירייה לפי סעיף 2 לחוק הרשויות המקומיות (הקניית רכוש ציבורי), תשי"ח-1958<sup>132</sup>. בית המשפט בדק וביסס ממצא עובדתי, כי החברה שבידיה מוחזקים הנכסים נשוא המחלוקת היא חברת מעטים מובהקת, ש-99% ממניות החברה מוחזקים בידי האגודה השיתופית, וכל רכושה של החברה הוא הרכוש שהעבירה אליה האגודה. בעקבות זאת נקבע, כי החברה הוקמה למעשה במטרה לעקוף את חוק ההקניה. בנסיבות אלו הורם המסך, ונתגלתה הכוונה האמיתית של בעלי המניות.

131. ע"א 478/74, פ"ד (3) 706.

132. ס"ח 261, תשי"ח, 187.



## 2. התחמקות מביצוע התחייבות חוזית

התחמקות מביצוע התחייבות חוזית התרחשה בעניין מלונות נוהים של הוף ארסוף בע"מ נ' צבי כהן.<sup>133</sup> לחברה "מלונות נוה ים" היו שני בעלי מניות. הם עשו הסכם עם חברת המלונות, ובמסגרתו התחייבו להעביר לבעלותה מגרש תמורת תשלום שתשלם להם. אף שהסכום במזומנים שולם על ידי חברת המלונות לשני בעלי מניותיה, המגרש לא הועבר על שמה. בינתיים חלו שינויים בחברת המלונות: שני בעלי מניותיה העבירו את מניותיהם לבעלי מניות חדשים – חברה א' ומר פרלסון. פרלסון היה גם בעל שליטה בחברה א', ובכך למעשה שלט גם בחברת המלונות. לימים נעשה הסכם בין צבי כהן לבין חברה א', שלפיו הוא אמור היה לרכוש את מחצית ממניותיה של חברה א' בחברת המלונות. למרות שהמסמכים נחתמו והתמורה הועברה, לא נרשם צבי כהן כבעל מניות במרשם בעלי המניות (פנקס החברים שנקרא כיום מרשם בעלי מניות) של חברת המלונות. עניינו העיקרי של כהן היה בעסקת המקרקעין שעשתה חברת המלונות. מאחר שהעסקה לא בוצעה, פנה כהן לבית המשפט כדי שיצווה על תיקון מרשם בעלי המניות ורישום שמו בו, וכן כדי לצוות על החברה להגיש תביעה לשם ביצוע עסקת המקרקעין. החברה התגוננה בטענה, שלכהן אין מעמד או זכויות בחברה, מאחר שלא רכש בה מניות. בית המשפט דחה את הטענה, ואכף על החברה את רישום שמו של צבי כהן במרשם בעלי המניות באמצעות הרמת מסך. המסך הורם פעמיים: פעם מעל חברת המלונות ופעם מעל חברה א'. נתגלה, כי הנהנה העיקרי מההסכם שנכרת בין כהן לחברה היה פרלסון. העובדה שהכספים הועברו לחברה א' במקום לחברת המלונות לא גרעה מהתוצאה שחברת המלונות קיבלה תמורה עבור המניות; זאת, מאחר שלמעשה פרלסון שלט בשתי החברות, ניהל את ענייניהן בערבוביה, ונהנה מן התמורה שהעביר לו כהן עבור המניות.

## 3. הברחת רכוש מנושים

סוג אחר של מקרים שהוכר כלאגיטימי להרמת מסך הוא הברחת רכוש מנושים. לעיתים מתרחשת תופעה כזו כאשר חברה עומדת בפני כינוס נכסים ומוכרת כחידלת פרעון, ובעליה מזדרזים להציל את מעט הרכוש שנותר בה ולהבריח אותו מן הנושים, בין אם על ידי העברתו על שם חברה אחרת ובין אם על ידי שימוש בו. כך קרה למשל במקרה שבו פורקה חברה אשר הוטל עליה עיקול בעקבות פסק דין שהוצא נגדה, והוקמה חברה חדשה, זהה לחלוטין. כיוון שהתברר כי החברה שהוקמה הייתה בבעלותם של אותם אנשים, הוחלט להרים את מסך ההתאגדות.<sup>134</sup>

## 4. עירוב נכסים שגורר תרמית, הונאה או קיפוח

בחברות פרטיות קטנות, לעיתים השולט בחברה אינו מקפיד על הפרדה בין נכסיו לבין נכסי החברה, ונוצרת ערבוביה בין נכסיו הפרטיים לבין אלו של החברה כך שלא ניתן להפריד ביניהם. עירוב כזה יכול להתרחש בחברה קטנה שהוקמה בעיקר מטעמים של יתרונות פיסקליים ופיננסיים מסוימים לבעל השליטה בה, ולא מטעמים של משמעות

133. ע"א 726/74, פ"ד (2) 517.

134. ע"א (חיפה) 4128/96 הנסיכה מפרץ חיפה בע"מ נ' אלבוז פרלה, תק"מ 97(3) 308, 311.

כלכלית וקיום עצמאי לחברה. אם עירוב כזה היטעה את הצד השלישי או קיפח אותו, ייווצרו תנאים שבהם ניתן יהיה לשקול הרמת מסך. לדוגמה, כאשר מנהל של חברה קבלנית קיבל על שמו הפרטי שטרות שנתנו רוכשי דירות להבטחת תשלומיהם על חשבון תמורת הדירות שמכרה החברה הקבלנית, ראו במנהל החברה ובחברה יישות אחת, ולא התירו למנהל לטעון כי החוזים למכירת הדירות נעשו רק בשם החברה. הסתבר, כי ענייניו הפרטיים של המנהל התערבבו עם אלה של החברה במידה כזאת שלא ניתן היה להפריד ביניהם, ולכן ראו בו אחראי לקיום החוזים.<sup>135</sup>

בהרמת מסך כמנגנון פיקוח והגנה במצבים של עירוב נכסים נעשה שימוש רחב ביותר בבתי הדין לעבודה בפרט לאחר חקיקת חוק החברות. הדבר נעשה במיוחד במצבים של העסקת עובדים בחברות משפחתיות, שבהן נעשה עירוב נכסים בין רכוש החברה לבין רכוש בעליה. כאשר החברה נקלעת לקשיי פרעון, נוטה בית הדין לעבודה לבצע הרמת מסך לשם ייחוס חובותיה לעובדים לבעל השליטה. לדוגמה, בעניין מרים פרידמן נ' יוניזב ירהמיאל ובניו הברה קבלנית לבנין בע"מ<sup>136</sup> היה מדובר בתביעת עובדת לתשלום שכר עבודה ופיצויי פיטורים מחברה שחדלה לפעול. לפיכך, ביקשה העובדת להיפרע מבעל השליטה. בית הדין הארצי לעבודה נעתר לבקשתה וחייב את בעלי השליטה לפצותה. השופט צור, שנתן את פסק הדין, קבע כי הצטיירה בפניו תמונה של מעסיק שהוא חברה משפחתית אשר ניהלה את עסקיה תוך התעלמות מהיותה גוף משפטי נפרד. רכוש החברה וכספיה עברו לבעלי עניין, תשלומי החברה שולמו ממקורות חיצוניים לחברה, החברה התפרקה אט אט מנכסיה, ובעלי העניין ניהלו, במקביל, עסקים המתחרים בה. ומעבר לכל זה נעשה גילוי מובהק של חוסר תום לב בכך שבחברה, אשר חדלה מלפעול ונמחקה מרישומי רשם החברות בשל אי־תשלום אגרה, לא נעשה כל ניסיון – ולו למראית עין – לדאוג לזכויותיה של המערערת, שהייתה העובדת שלה.

מאחר שהחברה נמחקה ולא פורקה, לא יכלה העובדת לקבל מן המוסד לביטוח לאומי חלק מזכויותיה, שכן זכאותה מכוח חוק הביטוח הלאומי קמה רק אם החברה שבה עבדה נמצאת בפירוק.<sup>137</sup> לכן החליט בית הדין לעבודה, כי יילך בעקבות דוקטרינות משפטיות שהתפתחו בשנים האחרונות, אשר הרחיבו את מעגל המקרים והעילות להרמת המסך לטובת המתקשרים עם חברה, ומצאו ביטוי, לשיטתו, בסעיף 6 לחוק החברות, תשנ"ט-1999. הוא פסק, כי מבין מיגוון המתקשרים עם החברה, יש לעובדים בה מעמד מיוחד. העובדים אינם מתקשרים רגילים, והם אינם פועלים כגורמים עסקיים. נהפוך הוא: העובדים מתייחסים אל החברה כמעסיק. הם רואים אותה כמשענת בטוחה ויציבה לאורך זמן. מעמדו המיוחד של העובד כמתקשר עם החברה יוצר, לדעת בית הדין הארצי לעבודה, רמת אהריות מיוחדת ומוגברת של החברה כלפיו, שמקורה בחובת תום הלב המוטלת על החברה במסגרת היחסים החוזיים עם העובד. העובד אינו עוד נושה וולונטרי. העובד הוא מתקשר מיוחד, אשר כלפיו קיימת אחריות מוגברת מצד

135. ע"א 44/53 א.צ. ברנוביץ בע"מ ואח' נ' צימרמן ואח', פ"ד ח(2) 1245.

136. ע"ע 1170/00, תק"א 2002(3) 1679, 1681.

137. ראו סעיפים 180-194 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) התשנ"ה-1995, ס"ח 1522, 205.



החברה, אך גם מצד בעלי השליטה בה. לכן, מאחר שהוכח עירוב נכסים בין נכסי החברה לבין נכסי בעלי השליטה בה, הורה בית הדין לבעלי השליטה לפרוע את חוב העובדת שהועסקה בחברה שנמחקה.<sup>138</sup>

מערכת בתי המשפט, העוסקת בסוגיות הרמת מסך חוזית או נזיקית בין הברה לבעלי המניות, מקפידה שלא לפרוץ את המעגל ההדוק של ההגנות על עקרון היישות המשפטית הנפרדת, ומזהירה את עצמה מפני סחף בלתי־מבוקר של העיקרון הכלכלי. בניגוד להתנהלות זו, הרטוריקה המשתקפת מבתי הדין לעבודה שונה בתכלית השינוי. מאחר שמערכת זו מופקדת על הסדרת יחסי העבודה, העקרונות אשר עליהם מושתתות החלטותיה נוטים יותר ליצירת איזון בין עקרונות כלכליים לבין זכויות חברתיות. לדוגמה, די אם נתבונן ברשימת התוצאות של דיוני הרמת מסך בבתי הדין לעבודה כדי להיווכח עד כמה הפך עקרון הרמת המסך לחלק מערכת הכלים שנעשה בה שימוש שוטף במלאכת הפסיקה. בעיקר מופעלת קטגוריית עירוב הנכסים כדי ליצור קשר ישיר בין בעלי מניות לבין עובדים.

למרות מיונם המסחרי של עובדים כ"נושים רצוניים", אין דומה מעמדם לזה של ספקים או נושים חוזיים אחרים. התלות שלהם במקום העבודה, שהולכת וגוברת ככל שגדל ותקם במקום העבודה, מזכה אותם ב"מיקום" טוב יותר בסולם קבוצות הנושים שזכאיות להגנות הייצוגיות אינטנסיביות יותר. במילים אחרות, מאחר שמעגל עבודתם של עובדים אינו כולל שלבים של התנאה רצונית מקיפה, דוגמת זו שקיימת אצל נושים רצוניים ממשיים, לא ניתן ליחס להם עמדה של ברירה מבין קשת בלתי־מגובלת של אפשרויות חוזיות, ולכן הם זכאים, מכוח נחיתותם, להגנה שיפוטית חזקה זו.

לדוגמה, בעניין שלמה אביר נ' מנסור חוסיין<sup>139</sup> אומר השופט צור, כי העובדים הם קטגוריה מיוחדת של נושים שאין להגדירם כמתקשרים חוזיים רגילים. הם מתקשרים עם החברה כדי ליצור לעצמם מקום עבודה, מקור פרנסה. העובדים מבקשים לעצמם משענת בטוחה ויציבה לאורך זמן. מצד אחד הם נותנים שירותים לחברה, ומצד אחר הם אמורים ליצור לעצמם תשתית של ביטחון כלכלי. זוהי תפיסתו האידיאולוגית של בית הדין לעבודה. כאשר נסדקת תפיסה זו כתוצאה מהתנהגות חסרת תום לב, מפעיל בית הדין לעבודה את מנגנון הרמת המסך כדי "לאחות" את הסדק. כך גם קרה בעניין שלמה אביר נ' מנסור חוסיין: שם היה מודבר בבעלים של מספר של חברות אשר לא שילמו את שכרו של עובד שהועסק בהן, והוא חויב אישית בתשלום פיצויי פיטוריו של העובד. בית הדין הסתמך על עניין יהודית זילברשטיין נגד ערב חדש (עתונות) אילת בע"מ<sup>140</sup> שם נקבע כי בעת בחינת סוגיית הרמת המסך, יש לתת את הדעת לא רק על

138. ראו לדוגמה גם ד"מ (חיפה) 5721/04 בכראנה איאד נ' שירם הארחה וניהול מסעדות בע"מ ואה', תקעב 2004(4) 749, 755. ביקורת על גישה זו ראו: עלי בוקשפן "על תכליתה של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה" עבודה, חברה ומשפט (תשס"ד) 163.

139. ע"ע 1452/04 שלמה אביר נ' מנסור חוסיין ואה', תקאר 2006(2) 367, 370.

140. ע"ע 1201/00 יהודית זילברשטיין נגד ערב חדש (עתונות) אילת בע"מ ואה', תקאר 2002(4) 106.

הדין הכללי, היפה לתחום העסקי המובהק, אלא גם – ובמיוחד – על יישומו והשלכתו של דין זה על היחסים בין חברה מעסיקה לבין עובדיה.

אכן, מבדיקת פסיקה שאישרה ביצועה של הרמת מסך בשנים שלאחר חקיקת חוק החברות עולה, כי בתי הדין לעבודה הגבירו את השימוש במכשיר זה כדי להרחיב את מעגל החייבים שעומד לרשות עובדים אשר הועסקו בחברה שנקלעה לחידלות פרעון. הפעלה מוגברת כזו, לצד הסעד שהיא מספקת לעובדים, אינה מאיימת על מעמדו הנורמטיבי של עקרון האחריות המוגבלת. התעלמות ממסך ההתאגדות במצבים של עושק וגרימת עוול לעובדים תזכה להסכמה גם בקרב הקהילה הכלכלית, מאחר שהתעקשות על מימוש עקרון היישות הנפרדת תתפרש כאן כהפעלה לא יעילה שלו.

### 5. אשכול חברות כבסיס להונאה או לקיפוח

בעולם העסקים נוצר לעיתים קרובות הצורך לעצב מבנה רחב של התאגדות כדי לרכז פעילות כלכלית ענפה בדרך יעילה. מבנה כזה מכונה אשכול חברות (או קונצרן או מיזם), ומתאפיין בצורה הפירמידלית שלו. בכל אשכול חברות יהיה תמיד מן שיעמוד בראש הפירמידה. השליטה המרכזית עשויה להיות בידי אדם אחד, בני משפחה אחת, או חברת אחזקות. לצורת המבנה אין משמעות. לכל יזם ולכל קבוצת משקיעים יש מערכת שיקולים וצרכים משלהם. מבחינה משפטית, אשכול חברות הוא כל מבנה שבו חברה אחת היא לפחות בעלת רוב המניות בחברה שנייה באופן שנוצרים יחסים של חברה-אם וחברה-בת. עקרונית, על אחת מן החברות היא אישיות משפטית נפרדת הפועלת במסגרת מטרותיה ואולם, לעיתים מגיעים בתי המשפט למסקנה, כי הפרדת היישויות אינה נאותה ואינה מתמודדת בצדק עם הבעיה הממשית. חוק החברות אינו מטפל במבנה הקונצרני כיחידה עסקית בעלת איפיונים מיוחדים, למרות נסיונות לעשות זאת במהלך החקיקה.

יחד עם זאת, הפסיקה הכירה באשכול חברות כמבנה שמצדיק לעיתים הרמת מסך. על פי החוק דהיום, ניתן יהיה להשתמש במבנה משפטי של אשכול חברות לשם ביסוס טענה כי מבנה זה הוביל להונאה או קיפוח. כדי להגשים את היעד של יצירת צדק בין צדדים יריבים בחנה הפסיקה כיצד היה במבנה של אשכול חברות כדי להונות או לקפח את התובע. בעשותה כן, עמדו לנגד עיניה שלוש תיאוריות:

- א. תאוריית "האני האחר" (alter ego), שלפיה יש לראות בחברה-הבת את האני האחר של החברה-האם. במילים אחרות, החברה-הבת תיפקדה ופעלה בסימביוזה מוחלטת עם החברה-האם עד כדי כך שאי-אפשר היה להפריד ביניהן.
- ב. תיאוריית השליחות (agency), שלפיה החברה-הבת שימשה למעשה כשלוחתה של החברה-האם עד כדי אובדן אישיותה העצמית, מבלי שתפעיל כל רצון עצמאי ושיקול דעת משלה. על פי דיני השליחות שלוחו של אדם פמותו, ולכן, אם במערכת היחסים בין החברה-האם לחברה-הבת פעלה החברה-הבת רק כעושת דברה של החברה-האם, יש טעם לייחס לחברה-האם את כל פעולותיה של החברה-הבת.



ג. תיאוריית המכשיר (instrumentality), שלפיה מערכת היחסים בין החברה־הבת לחברה־האם הגיעה לדרגה כל כך גבוהה של תלות, עד כי החברה־הבת שימשה רק כמכשיר בידיה של החברה־האם לביצוע פעילותה.<sup>141</sup>

בית המשפט בישראל כבר הייתה הזדמנות להתייחס לקיומו של אשכול חברות כבסיס להרמת מסך, וזאת בעניין ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' מושב שיתופי מולדת.<sup>142</sup> השופט תיאודור אור נדרש להתיר את הסבך של מערכת היחסים בין ההסתדרות הכללית כחברת אחזקות לבין קרן הרווחה שבשליטתה, והגדיר את מעמדו המיוחד של אשכול החברות כמסגרת להתקיימותם של יחסים אשר עשויים להצדיק הרמת מסך לכאשר החברה־האם שולטת לחלוטין בחברה־הבת, או כאשר החברה־הבת מהווה מכשיר או צינור לפעולותיה של החברה־האם.

על מנת לשכנע את בית המשפט לבצע הרמת מסך, יש לבסס תשתית עובדתית מוצקה שמתקיימות בה יחידה כלכלית אחת, זהות של בעלי המניות והמנהלים בתאגידים השונים, ושליטה מלאה של החברה־האם בחברה־הבת עד כדי שלילת רצונה העצמי של החברה־הבת ויכולת פעולתה העצמאית. כאן ראוי להביא את פסק הדין האנגלי *Smith, Stone & Knight Ltd. v. Birmingham Corp.*<sup>143</sup> אשר טבע ששה קריטריונים לבחינת מהות הקשר בין החברה־האם לחברה־הבת: א) האם רווחי החברה־הבת נחשבים לרווחי החברה־האם? ב) האם הדירקטורים של החברה־הבת ומנהלי עסקיה מונו בידי החברה־האם? ג) האם החברה־האם היא "המוח המארגן" של העסק המסחרי כולו? ד) האם החברה־האם שולטת בעסק כולו? ה) האם רווחי החברה־הבת הופקו בהנחייתה ובכשרונה של החברה־האם? ו) האם לחברה־האם יש שליטה אפקטיבית ומתמדת על החברה־הבת? תשובה חיובית לכל אלה אמורה להוביל למסקנה, כי החברה־הבת משמשת למעשה שלוחה של החברה־האם.

הרמת מסך בעטיו של אשכול חברות משקפת למעשה את ההכרה במציאות כלכלית שבה החברה־האם והחברות־הבנות פועלות כישות אחת, הנשלטת בידי גוף העומד מאחוריהן ומכוון את פעולותיהן. לפיכך, אם למרות המבנה הקונצרני הרחב מגלות היחידות השונות באשכול עצמאות, יימנע בית המשפט מלהרים מסך. כך קרה בעניין *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd.*<sup>144</sup> שבו נדרש בית המשפט בבריטניה לשאלה, האם אפשר לאכוף על חברת אחזקות אנגלית לגלות מסמכים המוחזקים בידי חברות־בנות שהתאגדו ברודזיה ובדרום אפריקה, בהיותם מסמכים הנמצאים בחזקתה, במשמרתה או

141. ראוי לציין, כי לשיטתה של צ' כהן, לצורך הרמת מסך על פי תיאוריית המכשיר אין די בכך שיש זהות בין בעלי המניות והמנהלים בשתי החברות. ראו על כך צ' כהן "בקיעים בעיקרון אישיותה המשפטית של החברה - העדפת המציאות הכלכלית על פני העיקרון המשפטי" עיוני משפט ח (תשמ"ב) 402.

142. רע"א 8472/96 פ"ד נא(1) 61.

143. [1939] 4 All ER 116.

144. [1980] 1 W.L.R. 627 (C.A.).

בשליטתה של חברת האחזקות. לחברות-הבנות היו דירקטוריונים עצמאיים אשר הפגינו אוטונומיה עסקית, ולפיכך נקבע כי לא היה אפשר לאכוף גילוי מסמכים.

אשכול חברות הוא מבנה משפטי שבראשו עשויים להימצא בן-אדם או חברה. פסיקה וחוקרים עסקו בשאלה: האם לצורך ביצוע הרמת מסך יש להבחין בין מבנה משפטי שבראשו עומד בן-אדם לבין מבנה משפטי שבראשו עומדת חברה? השוני הוא בעובדת הטלת חבות על אדם פרטי לעומת חברה, שאיום חשיפתה להתחייבות בלתי-מוגבלת המור פחות מזה המוטל על אדם פרטי.

## 2.42 מצב א: (2) הרמת מסך לשם ייחוס חוב של החברה לבעל מניה בה – מניעת פגיעה בתכלית החברה ונטילת סיכון בלתי-סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה

סעיף 6(א)(2)(ב) מציב שני תנאים מצטברים, שבהתקיימם נוצרת תשתית ראויה לבחינה של הרמת מסך: האחד הוא פגיעה בתכליתה של החברה, והשני הוא נטילת סיכון בלתי-סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה.

מה משמעות התנאי "פגיעה בתכליתה של החברה"? סעיף 11 לחוק החברות קובע, כי תכליתה של החברה היא לפעול על פיקדון שיקולים עסקיים להשאת רווחיה. במסגרת שיקולים אלו ניתן להביא בחשבון את ענייניהם של נושיה, עובדיה, ואת ענייניו של הציבור. לפיכך, כל פעולה אשר עלולה לאיים על השאת רווחי החברה או על קבוצות בעלי העניין שזכאיות להיות מובאות בחשבון במסגרת הגשמת התכלית הזו עלולה לטרפד תכלית זו. פגיעה אחת כזו עלולה להתרחש אם החברה ממומנת במימון דק. ואכן, מימון דק הוא קטגוריה מופקדת שבתה המשפט השתמשו בה לשם ביסוס החלטה של הרמת מסך, ונדון בה להלן.

בדברי ההסבר לתיקון להצעת החוק<sup>145</sup> נאמר בהקשר זה, כי הרמת מסך במקרה של מימון דק תתבצע רק כאשר החברה, באמצעות האורגנים שלה בהתאם לסמכויותיהם, פעלה באופן הפוגע בטובת החברה ותוך נטילת סיכון בלתי-סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה.

פגיעה אהרת בתכלית החברה עלולה להתרחש כאשר ניהול החברה מתבצע שלא למטרה של השאת רווחי החברה, אלא למטרות אחרות. מאחר שניהול החברה נעשה בידי בעלי תפקיד ניהולי ולא בידי בעלי מניות, לא ניתן יהיה לעשות שימוש באפשרות זו לשם הרמת מסך, מאחר שכאמור הרמת המסך ביהס לנושאי משרה בחברה בוטלה. אולם, אם

145. הצ"ח 3132, תשס"ב, 638; הצ"ח 54, תשס"ה, 4.



בעל מניות שליטה עושה שימוש בכוחו זה באופן המשפיע על תהליך קבלת ההחלטות הניהוליות או על תוכנו לשם הסטת ניהול החברה לתועלתו האישית, נוצרת תשתית בסיסית לביצוע הרמת מסך.

משמעות התנאי של נטילת סיכון בלתי־סביר באשר ליכולתה של החברה לפרוע את חובותיה היא בחינת סבירות יכולתה של החברה לפרוע את חובותיה על פי הקריטריונים של מימון הולם וניהול תקין. מימון הולם הוא הלימות מבנה ההון של החברה, ובה נעסוק להלן במסגרת המימון הדק. ניהול תקין בהקשר ליכולתה של החברה לפרוע את חובותיה נוגע להחלטות עסקיות ביחס להתקשרויות שמלכתחילה קיים ספק באשר ליכולתה הביצועית והתפעולית של החברה לבצען. בחינת יכולתה של החברה לפרוע את חובותיה צריכה להיעשות באמצעות הקשר הסיבתי בין פעילותם של בעלי המניות בכשירותם כבעלי מניות לבין הפגיעה ביכולתה של החברה לפרוע את חובותיה. מאחר שהחלטות מימון וניהול הן החלטות הנתונות בדרך כלל בידי נושאי משרה, יתאפשר השימוש בחלופה זו רק במצבים שבהם בעלי המניות, במסגרת פעילותם כבעלי שליטה, השפיעו על ניהולה של החברה באופן שהיה בו כדי לפגוע ביכולתה לפרוע את חובותיה.

שאלה אחרת היא, האם בחינת סבירות יכולתה של החברה לפרוע את חובותיה מקיפה גם חובות של נושים לא־צונוניים, ובמיוחד נושים נזיקיים, שעל המנהלים לצפות את הופעתם כחלק מהתהליך הניהולי. במעמדם של נושים נזיקיים כקבוצה בעלת יריבות לגיטימית נדון להלן.

## 2.43 מימון דק – תשתית פיננסית המאיימת על השאת רווחים?

מבנה הון בלתי־הולם של חברה והשימוש שעושים בו בעלי מניות משמשים עילה בחוק החברות להטלת סנקציה של הרמת מסך. השימוש בזכות היתר של האחריות המוגבלת מניח כתנאי בסיסי, כי התנהגותם של בעלי המניות הזוכים ליהנות מהגנת האחריות המוגבלת היא זהירה ותקינה. מאחר שהכלל המשפטי המתווה את המסגרת להחלת האחריות המוגבלת הוא פורמלי מאוד, ניתן גם לעשות בו שימוש חורג ממטרתו הראשונית של המחוקק. למשל, המחוקק אינו קובע הון מינימום שימשש תנאי־קדם לאיגוד חברה מסחרית רגילה. לפיכך, חברה יכולה עקרונית להתאגד כאשר הונה הוא מינימלי ביותר, ואפילו כזה שלא יעלה על שקל אחד. בין חולשותיה של חברה מסחרית שהונה דל עשויה להימנות העובדה, שכל מלווה פוטנציאלי יתבע מבעלי מניותיה ערבות אישית. כל עוד מצב זה משפיע רק על בעלי המניות, אין לבית המשפט עילה להתערבות. אולם, לשיטת מימון כזו עלולות להיות השלכות שליליות על נושי החברה.

בתי המשפט האמריקאיים הגיעו לכלל מסקנה, כי כאשר האחריות המוגבלת מחצינה עלויות ומעבירה לנושים היצוניים את סיכוני ההתאגדות שבהם היו אמורים לשאת המשקיעים, הם יעבירו חזרה את עול הסיכון אל כתפי המשקיעים באמצעות הרמת