

# הרמת מסך בדין הישראלי - לאן?

## יוסי כפרי ושי אלמליח\*

### מבוא

- א. התאגדות בחברה - מדוע?
  - ב. הביקורת על חוק החברות
  - ג. הצעת החוק הפרטית
  - ד. הצעת החוק הממשלתית
  - ה. הצעות לשינוי המצב הקיים
- סיכום

### מבוא

סעיף 4 לחוק החברות מעגן בחוק את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה וקובע כי חברה היא "אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד". ואכן, התאגיד זוכה בעולם המשפט לכל הזכויות שלהן זוכה אדם בשר ודם, כגון חופש הביטוי ואף חופש הדת. עם זאת, לעיקרון זה קיים חריג, והוא הרמת מסך ההתאגדות.

הרמת מסך (piercing/lifting the veil of incorporation) היא פעולה משפטית המוגדרת בסעיף 6(א) לחוק החברות כ"ייחוס זכויות וחובות של החברה לבעל מניה בה", או כ"ייחוס תכונות, זכויות וחובות של בעל מניה לחברה". חריג זה הוא פעולה וירטואלית המבוצעת לצורך חיוב בעלי המניות בחברה או נושאי משרה בה בחובות החברה בהתקיים עילות על פי דין, שיפורטו בהמשך, ועיקרה - שלילת האחריות המשפטית המוגבלת כאשר נעשה שימוש לרעה במסך ההתאגדות.<sup>4</sup> כך, למשל, מאפשרת הרמת מסך לנושי חברה להרחיב את מעגל היריבות לעניין תשלום חובות החברה כך שיכלול גם אחרים, מלבד החברה עצמה.<sup>5</sup> משהורחב מעגל היריבות, ובהתקיים תנאים מסוימים, ניתן אף לרדת לנכסיהם האישיים של בעלי המניות בחברה או של נושאי משרה בה בגין חובות של החברה, על אף עקרון האישיות המשפטית הנפרדת.

מאז חוקק חוק החברות נמתחה ביקורת על הסדרים שונים הקבועים בו, ובין השאר גם על הסעיפים העוסקים בהרמת מסך.<sup>6</sup> בעקבות ביקורת זו הונחו באחרונה על שולחן הכנסת שתי הצעות לתיקון החוק, האחת ממשלתית והשנייה פרטית,<sup>7</sup> ובהן, בין היתר, הצעות לתיקון הסעיף המעגן את דוקטרינת הרמת המסך. בהארה זו נדון בקצרה בחשיבות ההתאגדות בחברה ובעקרון האישיות המשפטית הנפרדת כתמריץ להתאגד בצורה זו. אחר כך נסקור את שתי הצעות החוק בכל הנוגע לתיקון סעיף 6 לחוק. בהמשך נעמוד על היתרונות והחסרונות הטמונים בכל אחת מן ההצעות ועל ההבדלים ביניהן. טענתנו העיקרית היא כי הצעת

\* סטודנטים שנה ד' למשפטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודתנו נתונה לד"ר אמנון רייכמן ולמתן גולדבלט אשר הנחו וסייעו רבות בהכנת רשימה זו.

- 1 חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות או החוק).
- 2 הקניית מרב התכונות האנושיות לתאגיד, בכפוף למגבלות הטבועות בו מעצם היותו פיקציה מלאכותית, מאפשרת למקימי העסק את ניהולו במסגרת משפטית התואמת את צורכיהם העסקיים. ראו י' גרוס חוק החברות החדש (מהדורה שלישית, 2003) 46.
- 3 ראו לעניין זה ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחשא ראשלי"צ, פ"ד (ג3) 600; J. Bakan The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power (New York, 2004).
- 4 גרוס, לעיל הערה 2, בע' 49.
- 5 א' חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש (תשנ"ט, כרך א) 245 (להלן: חביב-סגל דיני חברות א).
- 6 ראו להלן, חלק ב.
- 7 הצעת חוק החברות (תיקון), התשס"ב-2002, ה"ח 638 (להלן: הצעת החוק הממשלתית).
- 8 הצעת חוק החברות (תיקון - עידוד התאגדות בישראל), התשס"ג-2003, מספר פ/267 (להלן: הצעת החוק הפרטית) (ניתנת לצפייה ב- <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/267.rtf>).

החוק הפרטית (אם כי גם הצעת החוק הממשלתית, במידה מועטה יותר) מכרסמת בשיקול דעתו של בית המשפט הדין בתביעה להרמת מסך. ננסה להראות כי ניתן להגשים את מטרות עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, שבהן נדון להלן, בדרכים אחרות, שפגיעתן בנושי החברה ובעובדיה מועטה יותר, ואף נציע כמה פתרונות משלנו לסוגיה זו.

## **א. התאגדות בחברה - מדוע?**

תופעת ההתאגדות לשם הקמת עסק וניהולו היא מן הרווחות בעולם המודרני. דרך פעולה זו נבחרת בעיקר בשל צרכים חברתיים-כלכליים.<sup>9</sup> מהיבט כלכלי, בגלל ההתפתחויות הטכנולוגיות נדרשים היזמים להשיג מקורות מימון נרחבים. על ידי הקמת עסק בדרך של התאגדות, היזמים מנצלים ומשיגים יתרון לגודל ולמעשה מצליחים לגייס מקורות מימון רבים יותר.<sup>10</sup> המשפט הפרטי מציע כמה דרכים להתמודד עם אתגר זה. דרך אחת היא איחוד מקורות מימון באמצעות משטר השיתוף בקניין. ברם ההסדרים החולשים על משטר זה אינם עונים על צרכי היזמים. מדובר, בין היתר, בהסדרים הנוגעים לפירוק השיתוף ולדרכי קבלת החלטות קבוצתיות.<sup>11</sup> הסדרים אלה אינם הולמים את צרכי המיזם ומאוייזו - שרידות עסקית ומנגנונים הולמים לקבלת החלטות קבוצתיות. בחירת היזמים בדרך ההתאגדות מספקת להם הסדרים העונים על מרב הבעיות הקיימות במשטר השיתוף והרלוונטיות להקמת העסק ולתפעולו.

דרך ההתאגדות מתפצלת לכמה צורות התאגדות, בעלות מאפיינים שונים: אגודה שיתופית, עמותה, שותפות וחברה. צורות התאגדות אלה נהנות כולן מאישיות משפטית נפרדת.<sup>12</sup> אישיות נפרדת זו מאפשרת מימוש אינטרס חשוב בעולם העסקי - "תמידיות" התאגיד.<sup>13</sup> מבין כל צורות ההתאגדות המנויות לעיל דומה כי החברה - the corporation - היא המוכרת ביותר. לפני מקימי החברה עומדת האפשרות להקימה כחברה בעירבון מוגבל, ואז יחול על בעלי המניות בחברה עקרון הגבלת האחריות. הגבלת האחריות יכולה להיות במניות או בערבות. במניות - בעלי המניות יהיו אחראים לחובות החברה לכל היותר בסכום החוב בגין המניות שהוקצו להם. בערבות - יהיו חבים לכל היותר בסכום שהתחייבו להשתתף בו בתשלום לנכסי החברה בעת פירוק (אם אכן נטלו על עצמם התחייבות ממיזן זה). חבותם של בעלי המניות מתקיימת הן בינם לבין החברה והן בין בעלי המניות לבין עצמם, קרי גם כאשר החברה אינה מוגדרת כחברה בעירבון מוגבל, עדיין עקרון האישיות המשפטית הנפרדת חל, ולכן בכל מקרה לא מתקיימת כל יריבות ישירה בין בעלי המניות לנושי החברה.<sup>14</sup> בשל הגבלת האחריות מצמצמים בעלי המניות את הסיכון הקיים בהשקעה בחברה לסכום שהשקיעו, ובכך מעודדת צורת התאגדות זו השקעה בחברות. מנגד, אישיותה המוגבלת של החברה והגבלת האחריות מעניקים למקבלי החלטות (ובכלל זה בעלי המניות הנהנים מזכות הצבעה) מחסה מפני נשיאה באחריות למעשיהם. עולה מכאן שלצד היתרונות במאפייני החברה, ישנו חשש מפני שימוש לרעה במסך ההתאגדות.<sup>15</sup>

9 חביב-סגל דיני חברות א, לעיל הערה 5, בע' 2-3.

10 שם, שם.

11 לפירוט נרחב של טענה זו ראו שם, בע' 5-6. בתמצית, הסדרי משטר השיתוף בקניין מצמצמים את כוחו של הרוב לנהל את הנכס המשותף, והדבר עלול לגרום סחטנות. בנוסף, מערכת הסדרים זו מאפשרת לכל שותף להביא לידי פירוק השיתוף בלא כל התחשבות בשאלה אם הדבר גורם נזק לשותפים האחרים. למעשה, הסדרים אלה פוגעים בשאיפת היזמים להנהיג את שליטת הרוב והמשכיות השיתוף.

12 קיימות דעות שונות בדבר השאלה אם לשותפות אישיות משפטית נפרדת. לפירוט ראו ש' שגב פרקים דיני חברות (תשס"ד) 97.

13 גרוס, לעיל הערה 2, בע' 46.

14 שגב, לעיל הערה 12, בע' 14-21.

15 דוגמה אחת לניצול לרעה של מסך ההתאגדות היא מקימי חברות סדרתיים. אלה מקימים חברות במימון דק בלי שלחברה יהיו נכסים משמעותיים, ומשלמים לספקים בשיקים בלא כיסוי של החברה, תוך שהם נהנים מתקופת האשראי הנהוגה בשוק. בשלב מסוים החברה

נודעים כמה יתרונות להקמת מיזם באמצעות התאגדות בחברה. ראשית, התאגדות במסגרת חברה מתאימה יותר למעוניינים בהקמת מיזם לצורכי השקעה. בניגוד לצורות התאגדות אחרות, בעל מניה בחברה אינו מחויב לעבוד בה, אלא יכול לרכוש את המניה כהשקעה בחברה מתוך ציפייה לתשואה על השקעתו בצורת חלוקת דיבידנדים והשאת מחיר המניה שבידו<sup>16</sup>. אם מדובר בהקמת חברה לצורך השקעה, הרי שיקול נוסף הוא הקלות שבמכירת החברה. כל שנדרש מבעל המניה הוא להעביר את המניה, ועל ידי כך עוברת הפירמה לידי הקונה. עיקרון זה, המוכר כעקרון העבירות, הוא שיקול חשוב המעודד הקמת עסק בחברה<sup>17</sup>. הדברים נכונים ביתר שאת בכל הנוגע לחברות ציבוריות הנסחרות בבורסה לניירות ערך, שבה ערך השוק של המניות מתפרסם תדיר, וכך העברת המניות נעשית קלה במיוחד<sup>18</sup>. זאת ועוד, עקרון האחריות המוגבלת מאפשר למשקיעים לפזר את השקעת ממונם בין חברות שונות וכך להקטין את הסיכון להפסד השקעתם עקב כישלון החברה. עקב אפשרות זו גדל היקף ההשקעות<sup>19</sup>. מנגד, פיזור מעין זה חושף את המשקיע לסיכון שאחת מהחברות תנהג שלא כשורה ותביא לידי חיובו האישי בחובותיה.

שנית, האחריות המוגבלת והעבירות הקלה של המניות מקלות את ההשתלטות על חברות ציבוריות. איום מתמיד זה מעודד את בעלי השליטה ואת נושאי המשרה בחברה לפעול ביעילות מתוך חשש לאבדן השליטה או מקום עבודתם<sup>20</sup>.

שלישית, הקמת חברה מאפשרת, בין השאר, הפרדה בין הבעלות ובין הניהול והשליטה בה<sup>21</sup>. הדבר מקבל ביטוי בעיקר בחברות ציבוריות. הפרדה זו מאפשרת לחברה למכור מניות מסוגים שונים, ובכך מקלה את מימון החברה. כך, למשל, ניתן למכור מניות המקנות זכויות לרווחים ולנכסי החברה בפירוק, ומניות אחרות המקנות שליטה ואפשרות למנות מנהלים. כך יוכלו מייסדי החברה, למשל, לגייס כספי השקעה בלי לאבד שליטה. בנוסף, הפרדה זו מותירה את ניהול החברה בידי מנהלים ודירקטורים מקצועיים אשר, בין השאר, אינם סובלים ממאבקים וסכסוכים בין בעלי המניות. בכך מגוננת הפרדה זו במידת מה על בעלי מניות המיעוט באמצעות צמצום השפעת בעלי השליטה על התנהלות החברה.

רביעית, דיני התאגידים מספקים הסדרים משפטיים לכלל המערכות החוזיות העסקיות הקשורות בחברה<sup>22</sup>. דיני התאגידים השתכללו דיים כדי לספק פתרונות לשלל מערכות היחסים הנוצרות עם הקמת החברה, ובכלל זה הסדרת קשרים בין מקימי העסק והסדרת מערכת היחסים עם הספקים, עם הלקוחות, עם העובדים וכיוצא בזה. כך נחסכות עלויות עסקה.

חמישית, קיומה המתמשך של החברה תורם ליציבות המערכות החוזיות הנקשרות בין החברה ובין צדדים אחרים. כך, למשל, החברה אינה מתפרקת עם פטירת בעלי מניותיה<sup>23</sup>. בנוסף, החברה מעניקה

נקלעת לקשיים פיננסיים, השיקים שפוזרו בעלי המניות חוזרים מחוסר כיסוי, ונושי החברה עומדים לפני שוקת שבורה, מכיוון שלחברה אין נכסים משמעותיים להיפרע מהם. יזמי החברה נוטים אותה על חובותיה הבלתי נפרעים ופונים להקים חברה חדשה נקייה מחובות, וחוזר חלילה. לעניין זה ראו בהרחבה חביב-סגל דיני חברות א, לעיל הערה 5, בע' 10-11.

16 שגב, לעיל הערה 12, בע' 88.

17 לפירוט נוסף על עקרון העבירות ראו חביב-סגל דיני חברות א, לעיל הערה 5, בע' 144-146; י' בהט, חברות- החוק החדש והדין (תשנ"ט) בע' 94-95 (להלן: בהט).

18 בהט, לעיל הערה 17, בע' 95.

19 שם, בע' 103.

20 שם, בע' 103-104.

21 שם, בע' 107-108.

22 שגב, לעיל הערה 12, בע' 89-91; בהט, לעיל הערה 17, בע' 109-112.

23 בהט, לעיל הערה 17, בע' 94.

למתאגדים מבנה ומשטר יציבים ועל-זמניים הקובעים הסדרים בין הגורמים השונים הקשורים בה, ובכך תורמת לייצור בדרך יעילה ולהשאת רווחי העסק.<sup>24</sup>

לעומת היתרונות הכרוכים בהתאגדות בצורת חברה עומדים לפני היזם המתאגד כמה חסרונות. בבוא להתאגד כחברה על היזם לזכור כי עלויות ההקמה והתפעול של החברה גבוהות משאר צורות ההתאגדות. הקמת החברה כרוכה בתשלום אגרות, בפתיחת חשבון בנק, בעריכת מסמכים ובאימותי חתימות על ידי עורך דין, בהכנת אישורים ובהוצאות משרדיות. מלבד עלויות ההקמה קיימות גם עלויות שוטפות, כגון אגרות שנתיות, העסקת רואה חשבון ודיווחים שוטפים לרשם החברות.<sup>25</sup> כן נדרשות חברות לדווח על עסקיהן בשם עקרון השקיפות, וכך לחשוף נתונים בעלי משמעות עסקית.<sup>26</sup>

אך מלבד חסרונות אלו, הקמת העסק טומנת בחובה מעמד של כוח והשפעה על כספם של אחרים - המשקיעים. בנוסף, הגבלת האחריות עלולה להוביל להצננות שליליות: אם החברה גרמה נזק והיא נעשית חדלת פרעון, מוצאים עצמם הניזוקים לפני שוקת שבורה. מקבלי ההחלטות בחברה מבצעים מהלכים שהם אינם נותנים את הדין עליהם באופן אישי. תוצאות החלטותיהם מגולגלות על כתפי המשקיעים או צדדים שלישיים. עקב כך נולד החשש שמא קבלת ההחלטות לא תיעשה לטובת המשקיעים ולא תתחשב די הצורך בסיכונים הכרוכים בפעילות העסק. קיים חשש שבסופו של יום יעדיפו נושאי התפקידים בחברה, כמו גם בעלי המניות, את האינטרס האישי שלהם לעומת האינטרס של הנושים. בעיה זו ידועה כבעיית הנציג.<sup>27</sup> ההתאגדות בחברה מחילה הסדרים מדיני החברות, שמטרתם התמודדות עם בעיית הנציג.<sup>28</sup> חוק החברות הישראלי שופע הסדרים האמורים להגן מפני בעיות אלו. אחד ההסדרים הוא הרמת המסך<sup>29</sup>, המהווה סעד מגן מפני בעיית הנציג בין בעלי המניות ונושי החברה. כמו כן, בחברה קיים מנגנון פיקוח בסיסי שמטרתו לפתור את בעיית הנציג, והוא אספת בעלי מניות<sup>30</sup>. ברם, בחברות ציבוריות מצמצם כוחו של מנגנון פיקוח זה עם פיזור השליטה בחברה.

משעמדנו על היתרונות שבהתאגדות ועל החסרונות שבה, נפנה לדיון בביקורת על המצב המשפטי הקיים בישראל בתחום זה.

## **ב. הביקורת על חוק החברות**

הביקורת העיקרית על חוק החברות מופנית כלפי עמימותו. החוק טומן בחובו מושגי שסתום רבים הנתונים לפרשנות בתי המשפט. ריבוי מושגי השסתום מייצר חוסר ודאות, וזו אינה כר משפטי פורה לפעילות עסקית. כידוע, בפני המחוקק עומדות שתי אפשרויות בבואו ליצור דבר חקיקה: חקיקה באמצעות כללים וחקיקה באמצעות סטנדרטים<sup>31</sup>. חקיקה באמצעות כללים היא חקיקה הקובעת את הדין החל בנסיבות הקונקרטיות של יעד החקיקה. חקיקה באמצעות סטנדרטים היא חקיקת מסגרת כללית המותירה את ההכרעה ואת פיתוח הדין לשיקול דעתן של הערכאות השיפוטיות. בחירת שיטת החקיקה מבין שתי השיטות הללו תיעשה באמצעות החלטה מיהו יצרן הכללים היעיל: המחוקק או הפרשן. פרופ' אוריאל פרוקצ'יה סבור כי

24 שגב, לעיל הערה 12, בע' 91.

25 שם, בע' 95.

26 חברה פרטית מחויבת לדווח לרשם החברות, וחברה ציבורית מחויבת, בנוסף, בדיווחים שוטפים לרשות לניירות ערך. מידע זה פתוח לציבור הרחב, ולא תמיד מקימי העסק מעוניינים בחשיפתו. ראו שגב, לעיל הערה 12, בע' 96; בהט, לעיל הערה 17, בע' 104.

27 בהט, לעיל הערה 17, בע' 107-112. ראו גם חביב-סגל דיני חברות א, לעיל הערה 5, בע' 283.

28 לפירוט נוסף ראו שגב, לעיל הערה 12, בע' 90-91.

29 סעיפים 6, 54(ב) לחוק החברות.

30 שגב, לעיל הערה 12, בע' 93; בהט, לעיל הערה 17, בע' 107-108, 630-634.

31 א' פרוקצ'יה "מאחורי הקלעים" משפטים לב (תשס"ב) 303, 305-306.

מערכת השיפוט הישראלית, ובראשה בית המשפט העליון, אינה יצרן יעיל של כללים בתחום דיני החברות.<sup>32</sup> לדידו, הסיבה לכך נעוצה בשני גורמים עיקריים: היעדר בתי משפט המתמחים בדיני חברות<sup>33</sup> ועמדתן הקרירה של ערכאות השיפוט השונות כלפי הגישה הכלכלית למשפט<sup>34</sup>. בשל כך, לדעתו, הפתרון הראוי הוא שהמחוקק יסדיר את תחום דיני החברות באמצעות חוק עתיר כללים<sup>35</sup>. עיון בחוק החברות בנוסחו כיום מגלה כי קיימות כמה דוגמאות הממחישות כי חוק החברות הישראלי מאופיין בסטנדרטים, ולא בכללים. אחת הדוגמאות היא דוקטרינת הרמת המסך בסעיף 6 לחוק<sup>36</sup>. סוגיה זו נותרה מעורפלת בשל רצון המחוקק להימנע מלקבוע הוראה חקוקה המכוונת למצות את דיניה בשל ההיקף הלא צפוי של תחולתה ובשל הגמישות הנדרשת בה<sup>37</sup>.

ד"ר אירית חביב-סגל סבורה גם היא כי על המערכת המשפטית להמעיט בהתערבות בדיני החברות. לטענתה, דינים אלו מגלמים הסכמות חוזיות של בעלי המניות ושל החברה מול נושיה. על כן הסדרה מחדש של הסכמות אלה באמצעות מערכת המשפט תפגע בחופש ההתקשרות ותכפה על הצדדים העברות כפויות<sup>38</sup>. לשיטתה, הפרטים ידעו לתכנן את מהלכיהם מראש בצורה מושכלת ויעילה רק אם יוכלו לצפות מראש את תוכן ההסדר המשפטי הקיים. לפיכך דרושים הסדרים משפטיים המצמצמים שיקול דעת שיפוטי כדי שהערכאות השיפוטיות יכבדו את הזכויות המוקנות כפי שנוצרו על ידי הפרט, ויימנעו מלכפות הסדרים על פי הכרעת הפוסק.

ד"ר יחיאל בהט סבור היה עם חקיקת החוק כי נוסחו כיום מעניק שיקול דעת רחב מדי לבית המשפט באמצעות הכנסת מושגי שסתום הנתונים לפרשנות ובכך מביאים לטשטוש הוודאות, החיונית כל כך בדיני החברות<sup>39</sup>. לדידו, בשל ניסוחו זה ראוי לצמצם את הוראות החוק בכל הנוגע להרמת מסך<sup>40</sup>.

32 לפירוט נוסף ראו שם, בע' 306-312.

33 פרוקציה מציין כי בתי המשפט במדינת דלאוור נחשבים ליצרנים יעילים של כללים בתחום דיני החברות עקב מינוי שופטים מהמומחים בתחום. שם, בע' 306.

34 שם, בע' 310-312. לשיטתו, מיום הקמתו לא דן בית המשפט העליון בשאלה רצינית אחת של הגישה הכלכלית. יתרה מזו, בית משפט זה מוצא לנכון להשתלח בענף זה בלי שהדבר נחוץ לעשיית צדק. התנערות זו מענף הגישה הכלכלית היא בעייתית מאוד לקהילה העסקית-תאגידית, הכמהה לפתרונות יעילים.

35 שם, בע' 312-319.

36 סעיף 6 לחוק החברות קובע כדלקמן:

#### הרמת מסך

(א) הרמה של מסך ההתאגדות היא כל אחד מאלה:

(1) ייחוס זכויות וחובות של החברה לבעל מניה בה;

(2) ייחוס תכונות, זכויות וחובות של בעל מניה לחברה.

(ב) על אף הוראת סעיף 4, רשאי בית המשפט להרים את מסך ההתאגדות אם התקיים לכך תנאי הקבוע בחיקוק או אם בנסיבות הענין צודק ונכון לעשות כן, או אם התקיימו התנאים הקבועים בסעיף קטן (ג).

(ג) בית המשפט הדין בהליך נגד חברה רשאי, במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים, להרים את מסך ההתאגדות בהתקיים אחד מאלה:

(1) השימוש באישיותה המשפטית הנפרדת של החברה נועד לסכל כוונתו של כל דין או להונות או לקפח אדם;

(2) בנסיבות הענין צודק ונכון לעשות כן, בשים לב לכך שהיה יסוד סביר להניח כי ניהול עסקי החברה לא היה לטובת החברה וכן היה בו משום נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה.

(ד) הרמת מסך לשם ייחוס חובות החברה לבעל מניה בה, תיעשה בשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.

(ה) 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.

37 הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1996, ה"ח 2, 12.

38 חביב-סגל דיני חברות, א, לעיל הערה 5, בע' 136.

39 בהט, לעיל הערה 17, בע' 108.

40 שם, בע' 122.

כיום ומזה זמן רב הרוח הנושבת בבתי המשפט מתמקדת במציאת הפתרון הצודק לכל מקרה לגופו, גם אם פתרון זה כרוך בהרחבה של שיקול הדעת השיפוטי<sup>41</sup>. מטבע הדברים, משתרעת הרחבה זו גם על מקרים שבהם מוצאים בתי המשפט לנכון להרים מסך או להטיל אחריות אישית על נושאי משרה. כמפורט לעיל, רבים טוענים כי מגמה זו נוגדת את אינטרס קידום הוודאות בדיני החברות<sup>42</sup>.

בהקשר זה יוזכר כי עת חוקק חוק החברות, הופנו חצי הביקורת, בין היתר, כלפי החלשת עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ועקרון האחריות המוגבלת באמצעות השימוש - שנהפך קל יותר - בדוקטרינת הרמת המסך על שלל הסעיפים העוסקים בה. למשל, אחד השינויים החשובים שייחודי לחוק החברות הישראלי, הוא סעיף 54(ב) לחוק המתיר הרמת מסך כלפי נושאי משרה בחברה. יש לציין כי קיימים כלים אחרים להטלת חבות אישית על נושאי משרה<sup>43</sup>, ובשל כך ניתן לטעון כי לאור חשיבות עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, כלל אין מקום לסעיף מסוג זה<sup>44</sup>. היו שסברו כי תחולת הדוקטרינה, שמאפשרת הרמת מסך, רחבה יתר על המידה עד כדי פגיעה בהתנהלותן העסקית השוטפת של החברות<sup>45</sup>. חיוזק אפשרי לטענה זו ניתן לראות במגמה ההולכת וגוברת להחיל את דוקטרינת הרמת המסך בערכאות הראשונות לאחר חקיקת החוק<sup>46</sup>. משרד המשפטים היה ער לביקורת ובשל כך הבטיח לתקן את הסעיפים העוסקים בדוקטרינה זו על ידי הגבלתה למידה ראויה ומאוזנת. בד בבד עם עבודת משרד המשפטים הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית, שאף היא נועדה להשיג יתר יציבות תוך גידור מקרי הרמת המסך. נפנה כעת לבחינת הצעות אלו.

- 41 לגישות דומות ראו ע' ידלין "שיקול דעת שיפוטי ו-אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט (תשס"ב-ס"ג) 665; מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ב-ג' 503; ג' עשת "הלכת הצפיות: יסודות של ודאות מול שיקול-דעת שיפוטי על רקע תיקון 39 לחוק העונשין" עלי משפט ג (תשס"ג-ס"ד) 617, 624-622.
- 42 עם זאת יש הטוענים כי ברוב המקרים דווקא די ברור מהו הפתרון "הצודק" בנסיבות העניין, ולפיכך מתקיימת ודאות במידת מה. ראו, למשל, פסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ברק, ברע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 175-172.
- 43 כך, למשל, סעיף 373 לפקודת החברות קובע אחריות אישית של דירקטור למרמה בהליכי פירוק. ניתן להטיל אחריות אישית אף מכוח הדין הכללי: דיני הנויקין (עולה של אורגן מקימה אחריות כפולה, של החברה ושל האורגן) ודיני החוזים (הפרת חובת תום הלב). לדעתנו, ראוי כי תוטל אחריות גם על בעלי מניות וגם על נושאי משרה בחברה אם התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 6 לחוק החברות. ניתן לשאול אם ראוי כי יהיה סעיף מיוחד בחוק המטיל אחריות אישית על נושאי משרה. אולם זו אינה שאלה מהותית בעיקרה (שהרי בכל מקרה ניתן להטיל חבות באמצעות הדין הכללי), אלא פרוצדורלית. עם זאת, לסעיף מיוחד בחוק המטיל אחריות אישית על נושאי משרה, כגון סעיף 54(ב) לחוק החברות, חשיבות רבה מבחינת הוודאות המשפטית. סעיף 54(ב) קובע כי הוא חל אם התקיימו התנאים בסעיף 6(ג) לחוק, שהם התנאים להטלת חבות על בעלי מניות בחברה. על כן רצוי, לדעתנו, להשאיר את סעיף 54(ב) על כנו.
- 44 ואכן, הביקורת בעניין זה זכתה לאחון קשבת. בשתי הצעות החוק מוצע לבטלו לחלוטין. ראו הצעת החוק הפרטית, לעיל הערה 8; הצעת החוק הממשלתית, לעיל הערה 7.
- 45 מ' קשת "הרמת מסך: המצב המשפטי לפני חקיקת חוק החברות החדש והתיקון הצפוי" תשקיף א (2000) 259.
- 46 מחקר שערכה ד"ר חביב-סגל מגלה כי מאז חקיקת חוק החברות ובמשך פחות מארבע שנים ניתנו למעלה מ-448 פסקי דין בכל בתי המשפט הדנים בהרמת מסך ההתאגדות, קרי קיימת מגמת עלייה משמעותית ביותר ועקיבה במספר פסקי הדין העוסקים בהרמת המסך מאז חוקק החוק. כן התגלה כי אחוז המקרים שבהם הורם מסך ההתאגדות, גדל משמעותית. לשיטתה, לאור התפתחות זו מן הראוי לנקוט צעדים קיצוניים, כגון מחיקת הסעיף לחלוטין והותרת התחום להכוונה על ידי חקיקה שיפוטית. ראו א' חביב סגל "חוק החברות החדש: סופו של עידן האחריות המוגבלת?" (פורסם באתר [www.nevo.co.il](http://www.nevo.co.il)).

## ג. הצעת החוק הפרטית<sup>47</sup>

בדברי ההסבר להצעת החוק הפרטית ניתן להבחין כי עיקר הרצון לבצע שינויים בחוק הקיים נובע מהטענה כי הסדרים אחדים בו יוצרים קשיים משמעותיים למי שרוצים להתאגד לפיו. מנסחי הצעת החוק מציינים כי עת מדובר בדבר חקיקה הנתון לבחירת המעוניינים להתאגד, אין מקום ליצור הוראות חוק אשר אינן מעודדות גורמים עסקיים להתאגד לפיו. עוד מצוין שם כי לצורך הכנת הצעת החוק נעזרו כותביה בדין הקיים במדינת דלאוור<sup>48</sup>. על כך כבר נאמר כי על אף מצוינותו של דין זה, אין הדבר מעיד בהכרח כי הוא מתאים למדינה קטנה שבה תרבות שלטונית ייחודית, בתי משפט שאינם בהכרח בעלי התמחות בדיני תאגידיים, ושוקי הון צרים, ריכוזיים וחשופים למניפולציות<sup>49</sup>.

עיון בהצעת החוק הפרטית מלמד כי בכל הקשור לדוקטרינת הרמת המסך מציעים מנסחיה ליצור הסדר השונה לחלוטין מההסדר הקיים כיום. הסדר זה מסלק מהסעיף הרלוונטי כל מושג שסתום ובכך מצמצם את שיקול הדעת שיפוטי. לשיטת מנסחי ההצעה, השינוי המוצע יקדם את הוודאות הכלכלית הדרושה לעידוד ההתאגדות על פי דיני החברות בישראל. השינוי המוצע בדוקטרינת הרמת המסך מנומק בהיות עקרון האישינות המשפטית הנפרדת עיקרון מפתח יסודי המהווה תמריץ חשוב ועיקרי להקמת חברות. לטענת המציעים, ככל שִׁטְשִׁטְשִׁטְשִׁטְשִׁטְ עיקרון זה, ויתחזק ויהוי בעלי המניות עם החברה, יבחרו היזמים להקים חברה במדינה שבה החקיקה מקימה הפרדה חזקה ומוצקה יותר בין האישינות המשפטית הנפרדת של החברה ובין המייסדים ובעלי המניות<sup>50</sup>.

לגופו של עניין, הצעת חוק זו מוחקת לגמרי את העילות העצמאיות הקבועות בסעיף 6(ב) לחוק בנוסחו כיום. המדובר בעילות המאפשרות הרמת מסך כאשר "בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן", או כאשר "התקיים לכך תנאי הקבוע בחיקוק". אכן, ניכר כי העילה השנייה היא מובנת מאליה, ואין צורך בה: אם דבר קבוע בהוראת חוק מסוימת, ברי כי ניתן לבצעו. אך ייתכן שלסעיף משמעות "חינוכית", שנועדה להסיר חשש מלבם של שופטים בבואם לפעול על פי אותו תנאי הקבוע בחיקוק. בהמשך מוצע לבטל את העילה הקבועה בסעיף קטן (ג)1, אשר במרכזה קשת המצבים שבהם השימוש באישינות המשפטית הנפרדת נועד "לקפח

47 לעיל הערה 8, שמציעה כי במקום סעיף 6 לחוק בנוסחו כיום יבוא:

### הרמת מסך

- (א) הרמה של מסך ההתאגדות היא כל אחד מאלה:
- (1) ייחוס זכויות וחובות של החברה לבעל מניה בה;
  - (2) ייחוס תכונות, זכויות וחובות של בעל מניה לחברה.
- (ב) על אף הוראת סעיף 4, רשאי בית המשפט להרים את מסך ההתאגדות במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים בהתקיים אחד מאלה:
- (1) השימוש באישינות המשפטית הנפרדת של החברה נועד לסכל כוונתו של כל דין או להונות אדם;
  - (2) ניהול עסקי החברה היה במתכוון שלא לטובת החברה.
- (ג) הרמת מסך לשם ייחוס חובות החברה לבעל מניה בה, תיעשה בשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.
- (ד) 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.

48 נקודת המוצא כי מקום ההתאגדות נתון לבחירת המתאגד, מבהירה לנו מדוע מנסחי הצעת החוק הפרטית שואפים להשוות את הדין הישראלי עד כמה שניתן לדין החל במדינת דלאוור שבארצות הברית. לשיטתם, קירוב דיני החברות הישראלים לאלו שבדלאוור תמנע "ברירת" מתאגדים ישראלים.

49 פרוקציה, לעיל הערה 31, בע' 304.

50 ראו בדברי ההסבר להצעת החוק הפרטית, לעיל הערה 8. חשוב לציין כי כדאיות מקום ההתאגדות נבחנת על פי מספר קריטריונים, ובכלל זה הטבות מס, חקיקת עידוד השקעות הון, בירוקרטיה פשוטה יותר, אמצעי ייצור וכוח אדם זולים, קהל היעד למוצרי המיזם המוקם או שירותיו, רמת הסיכון לבעלי המניות והיבטים פוליטיים-מדיניים, כגון אפשרויות הפצה למדינות עוינות. וראו שגב, לעיל הערה 12, בע' 88. כמו כן, נראה כי גם אם בפועל מתרחשת תופעה של בריחת התאגדויות למדינות אחרות, הרי זו אינה תופעה רחבת היקף וממילא לא נראה כי היא קשורה בדיני החברות, אלא בגורמים ביטחוניים-כלכליים, וראו א' חביב סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש (תשס"ד, כרך ב) בע' 4.



אדם". מנסחי ההצעה סבורים כי מונח זה אינו מתאים כעילה במסגרת דוקטרינה זו. לשיטתם, המונח "להונות" מבטא את כוונת המחוקק בצורה טובה יותר וימנע אי-הבנות ובלבול אפשריים עקב פרשנות המונח "קיפוח" בהסדרים אחרים בדיני החברות.<sup>51</sup>

מוצע למחוק מסעיף קטן (ג)2 לחוק את מושג השסתום "צודק ונכון לעשות כן". כמו כן מוצע למחוק יסודות מצטברים נוספים בעילה זו: "נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולת החברה לפרוע חובותיה" וכן "היה יסוד סביר להניח כי ניהול עסקי החברה לא היה לטובת החברה". אחת הטענות שהועלו כלפי סעיף קטן (ג)2 בנוסחו כיום, היא כי שופט הדין בתביעה להרמת מסך המבוססת על סעיף זה בוחן את נסיבות האירוע בדיעבד ומחליט בהתבסס על נתונים אשר בזמן אמת לא היו בידי בעלי המניות, גם אם אין בכוונתו לעשות כן.<sup>52</sup> הצעת חוק זו מבטלת את התנאי כי "היה יסוד סביר להניח" ומציעה נוסח הדורש הוכחת "כוונה" לנהל את עסקי החברה בניגוד לטובתה. ניכר כי לשיטת המציעים, הצעה זו באה למנוע אפשרות שיוסר מסך ההתאגדות עקב יסוד נפשי של רשלנות.<sup>53</sup> נראה כי במרכז ההצעה הנוגעת לסעיף זה עמד הרצון לכנס את זרועותיה של הדוקטרינה סביב עילתה המסורתית, והיא שימוש לרעה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת. על אף הכוונה הראויה, היא חיוק הוודאות, נראה כי דרישת יסוד נפשי של "כוונה" מעלה נטלים שככל הנראה, יהיה קשה להוכיח. עמידה בנטל הוכחת ה"כוונה" תדרוש הוכחת שרשרת נסיבות אשר לרוב לא יהא קל להוכיח, דווקא משום שמדובר בפעילות עסקית המתרחשת בתוך יציר משפטי שבו פועלים אנשים רבים בכובעים שונים ובצורות תיעוד שונות.

## ד. הצעת החוק הממשלתית<sup>54</sup>

גם בהצעת החוק הממשלתית ניכר כרסום באפשרות להרים מסך. על פי סעיף 6(2) לחוק בנוסחו היום, חלופה עצמאית ונפרדת להרמת מסך ההתאגדות היא אם "בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן". לעומת זאת, בהצעת החוק מופיעה עילה זו בסעיף 6(ב)1 כעילה מצטברת, תנאי נוסף לתנאים המפורטים בסעיפים קטנים א) ו-ב), הדורשים שהשימוש באישיותה המשפטית הנפרדת של החברה נעשה באופן שיש בו כדי להונות או לקפח נושה של החברה, או באופן הפוגע בחברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה

51 ראו פרוטוקול מס' 1 מיישיבת ועדת משנה לעניין הצעת חוק החברות (תיקון), התשס"ב-2002 מיום 7.9.2003 (ניתן לצפייה ב- <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2003-09-07.html>).

52 ראו דברי ד"ר עמרי ידלין, שם.

53 ראו שם.

54 לעיל הערה 7, שמציעה כי במקום סעיף 6 לחוק בנוסחו כיום יבוא:

### הרמת מסך

(א) הרמה של מסך ההתאגדות היא כל אחד מאלה:

(1) ייחוס זכויות וחובות של החברה לבעל מניה בה;

(2) ייחוס תכונות, זכויות וחובות של בעל מניה לחברה.

(ב) על אף הוראת סעיף 4, רשאי בית המשפט -

(1) אם מצא כי בנסיבות צודק, נכון ויעיל לעשות כן, בשים לב ליכולתה של החברה לפרוע את חובותיה ובשים לב להזוקותיו ולחובותיו של בעל המניה כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו-193, להרים את מסך ההתאגדות כאמור בפסקה (א)1 בכל אחד מן המקרים האלה, אם השימוש באישיותה המשפטית הנפרדת נעשה:

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

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

(2) אם מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן, להרים את מסך ההתאגדות כאמור בפסקה (א)2;

(ג) בית המשפט 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 להרמת מסך ההתאגדות לפי סעיף קטן (ב)1.



לפרוע את חובותיה, בהתאמה. זהו צמצום משמעותי של שיקול דעתו של שופט הבא לדון בבקשה להרמת מסך משום שהוא נוטל מושג שסתום כ"בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן", שהיה כלי עזר בידי השופט לעשות צדק במקרה שלא ענה על שאר התנאים המנויים בחוק, והופך אותו למושג אשר לאורו ייבחנו אך ורק המקרים אשר חלים עליהם התנאים המפורטים בסעיפים קטנים (א) ו-(ב)<sup>55</sup>.

כאמור, גישה מצמצמת זו אמנם מקטינה את שיקול הדעת השיפוטי, אך, מאידך גיסא, היא מגבירה את הוודאות המשפטית, שהיא בעלת משנה חשיבות בעולם העסקים, שבו נהוג לתכנן מהלכים עסקיים בהתאם לחוקים ולדינים החלים על העסקה הרלוונטית.

שינוי נוסף הראוי לציון הוא העובדה כי בהצעת החוק נוספה המילה "יעיל" למילים "צודק ונכון" שמופיעות כיום בחוק. המילה מוסיפה שיקול כלכלי למגוון השיקולים ששוקל השופט, וזוהי, לדעתנו, תוספת ברוכה וראויה.

יתר על כן, בסעיף 6(ב)(1) לחוק המקורי מתיר החוק את הרמת המסך כאשר השימוש באישיות המשפטית הנפרדת של החברה נועד לסכל את כוונתו של כל דין או להונות או לקפח אדם. בהצעת החוק נשמטה לחלוטין החלופה של "לסכל כוונתו של כל דין". בנוסף, על ההונאה או הקיפוח להיות מכוונים כלפי "נושה של החברה", כפי שמופיע בהצעת החוק, ולא כלפי כל "אדם", כפי שמופיע בחוק המקורי. אשר לשינוי אחרון זה, לדעתנו הוא טכני בלבד, באשר ממילא רק לנושה של החברה יש עילה לתבוע הרמת מסך. אם הונתה או קיפחה החברה אדם שטרם ההונאה או הקיפוח לא היה נושה שלה, הרי הוא יכול לתבוע את החברה תביעה אזרחית בעילה נזיקית או חוזית, ולאחר שתוכח חבות החברה כלפיו, יהיה "נושה" כמשמעו בחוק.

מכאן שגם הצעת החוק הממשלתית, ובמידה רבה אף יותר גם הצעת החוק הפרטית, מצמצמים מאוד את האפשרות להרים את מסך ההתאגדות, בעיקר בכל הנוגע לייחוס חובות וחזיות של חברה לבעל מניות בה. משום כך מתחזק מאוד מעמדה של האישיות המשפטית הנפרדת של החברה.

## **ה. הצעות לשינוי המצב הקיים**

בעולם העסקי המשתנה וחסר הוודאות יש הכרח ליטול סיכון בשביל להצליח. כאשר חברה מחליטה לקחת הלוואה גדולה למימון רכישת מכונה יקרה כדי להגביר את כושר הייצור שלה לשם סיפוק ביקושים הולכים וגוברים למוצר מסוים, היא אינה בטוחה כי ביקושים אלו יתקיימו לאורך כל חיי המכונה. ייתכן שלאחר פרק זמן קצר מאוד, למשל בעקבות הרעה במצב הביטחוני, הביקושים למוצר שמספקת החברה יצנחו, החברה לא תוכל לעמוד בתשלומי הלוואה שנטלה, ומשום כך תהפוך לחדלת פירעון. במקרים אלו ההבדל בין החלטה עסקית מושכלת ובין הרפתקה מסוכנת עשוי להיות דק מאוד.

אין חולק כי במקרה שהחלטה העסקית השגויה התקבלה ברשלנות, אין להרים את המסך ולהטיל אחריות על בעלי המניות בחברה<sup>56</sup>. ההיגיון הוא ברור: אם לא ייעשה כן, רבים יסרבו לכהן במשרות הדורשות

55 דוגמה למצב מעין זה היא נושים שהם עובדי החברה שלא קיבלו משכורתם. צודק ונכון, לדעתנו, להרים את מסך ההתאגדות ולהטיל אחריות על בעלי המניות כדי לשלם לעובדים את משכורתם גם אם אין מדובר בהחלטה שנועדה בכוונה תחילה להונותם או לקפחם, או שכללה סיכון בלתי סביר באשר ליכולת החברה לפרוע את חובותיה. ראו גם דיון במסך דיפרנציאלי להלן, בחלק ה. ראוי לציין כי האמור לעיל נוגע לעניין ייחוס חובות של החברה לבעל מניה בה, אך סעיף 6(ב)(2) להצעה משאיר על כנה את העילה של "בנסיבות העניין צודק ונכון" כעילה עצמאית וכמושג שסתום בכל הקשור לייחוס חזיות וחובות בעל מניות לחברה. יוצא אפוא כי במקרה של ייחוס חובות וחזיות של בעל מניה לחברה עדיין נותרים לשופט מרחב תמרון ושיקול דעת נרחבים יותר במבמקרה של ייחוס חובות וחזיות של החברה לבעל מניה בה.

56 ראוי לציין כי מערכת השיקולים להרים את המסך שונה כשמדובר בחברות שבהן קיימת הפרדה בין בעלות לשליטה, לעומת חברות שבהן לא קיימת הפרדה מעין זו. בחברות ציבוריות, שנסחרות בבורסה, קיימת הפרדה בין בעלות - בעלי המניות - לבין שליטה - נושאי המשרה בחברה, שמקבלים את ההחלטות העסקיות. הפרדה זו אינה שלמה לחלוטין שכן בעלות על מניות מקנה את הזכות למנות

קבלת החלטות, או למצער יכהנו בהן, אך יימנעו מקבלת החלטות שסיכון כלשהו בצדן. כן, לדעתנו, אם ההחלטה הייתה בלתי סבירה בעליל וכללה סיכון גדול באשר ליכולת הפירעון של החברה, יש להרים את המסך ולהטיל אחריות על בעלי המניות בחברה או להטיל אחריות אישית על נושאי המשרה שבה (אם מדובר בחברה ציבורית שבה יש הפרדה ביניהם). הקושי הוא בתחום האפור שבין המצבים. לדעתם של מנסחי הצעת החוק הפרטית, ניהול עסקי חברה שלא לטובתה, ואפילו כלל סיכונים בלתי סבירים באשר ליכולת החברה לפרוע את חובותיה, אינו מהווה עילה להרמת מסך כל עוד לא נעשה במתכוון. כך, עובד בחברה שחייבת לו משכורות מספר, ואין ביכולתה לשלם אותן, אמור לשלם על טעויותיהם של מקבלי החלטות בחברה, משום שאין לו ממי לגבות את החוב כלפיו, כל עוד לא יוכיח כי הפעולות נעשו במטרה להונות אותו או נעשו במתכוון לרעת החברה.

אנו סבורים כי מצב זה אינו רצוי. על בעלי המניות בחברה להפנים את העלויות הפוטנציאליות של תוצאות החלטותיהם ולהביא אותן במניין שיקוליהם בבואם לקבל את ההחלטה.

שינוי ראשון שאנו מציעים הוא הבחנה בין המקרים שבהם קמה עילה להרמת המסך. כיום הרמת המסך היא שריון שלובשים בעלי המניות, אשר מגן עליהם בעצמה אחידה בכל סוגי העילות להרמת מסך מפני תביעות של נושי החברה. לשיטתנו, במקרים מסוימים שריון זה צריך להיות קשה, ובאחרים - רך יותר, וכך ניצור "מסך דיפרנציאלי". מישור אחר להבחנה זו הוא סוג נושי החברה. לחברה יכולים להיות נושים לא רצוניים, כגון נושים נזיקיים, אשר חוב החברה כלפיהם אינו נובע מהחלטה רצונית שקיבלו הנושים, אלא מפעולה (כגון תאונה) שקרתה שלא בשליטתם. מנגד, לחברה נושים רצוניים, כגון ספקים ועובדים אשר בחרו מרצונם החופשי להתקשר עם החברה בחוזה אספקה ועבודה. אנו סבורים כי במקרה של נושים לא רצוניים ראוי שמסך ההתאגדות יהיה "רך" יותר, שהרי לא הייתה להם הזדמנות להעריך את הסיכונים בהתקשרות עם החברה ולקבל החלטה רצונית בעניין, שלא כנושים הרצוניים, אשר התקשרו עם החברה תוך הערכת הסיכונים הכרוכים בכך וידיעתם. ייתכן שיש מקום להבחין בין נושים רצוניים בעלי אפשרות ריאלית לבצע הערכת סיכונים ולקבל החלטה מושכלת (או המדובר בנטילת סיכון עסקי), לבין החסרים אפשרות זו (או מדובר בפערי מידע, כמו עובד המבקש להתקבל לעבודה בחברה)<sup>57</sup>.

היתרון הגלום ב"מסך ההתאגדות הדיפרנציאלי" אינו רק בכך שהוא נותן לשופט כלי להשגת צדק פרטי במקרים שצודק וראוי לעשות כן, אלא שהוא עושה כן תוך השארת הוודאות המשפטית-עסקית על כנה שכן הקריטריונים שיורו מתי המסך יהיה קשה, ומתי רך, יהיו קבועים מראש וברורים. אכן, גם כיום נוהגים בתי המשפט להרים את מסך ההתאגדות בצורה דיפרנציאלית. הוכחה לכך ניתן לראות בשימוש המוגבר בהלכת הרמת המסך בדיני העבודה, במקרים שבהם מרים בית הדין לעבודה את מסך ההתאגדות לטובת העובד<sup>58</sup>. עם זאת, ראוי לדעתנו לתת למגמה שיפוטית זו משנה תוקף בחקיקה שכן הדבר יתרום לוודאות הדין הקיים מבחינת בעלי המניות בחברות ומקבלי החלטות בהן.

נושאי משרה בחברה, וכך יכולים מחזיקי אחוז גבוה של מניות בחברה למנות את עושי דבריהם לנושאי משרה בחברה. בחברות פרטיות, לעומת זאת, אין בדרך כלל הפרדה בין בעלות לשליטה, ובעלי המניות הם גם נושאי המשרה ומקבלי החלטות בחברה.

לפי סעיף 6 לחוק החברות, הרמת מסך היא כלפי בעלי מניות בלבד. כך, למשל, ישנה הצדקה להרים מסך כלפי בעלי המניות בחברות שבהן לא קיימת הפרדה בין בעלות לשליטה (בדרך כלל חברות פרטיות). בחברות ציבוריות נסחרות, שבהן קיימת הפרדה בין בעלות לשליטה, במרבית המקרים נושאי המשרה הם שקיבלו את החלטות השגויות, ולכן לא מוצדק להרים את המסך כלפי בעלי המניות, שלא היו מעורבים בקבלת החלטות. במקרה מעין זה ניתן להטיל אחריות אישית על מקבלי החלטות בלי להרים מסך כלפי בעלי המניות בחברה. עם זאת, גם בחברות שבהן קיימת הפרדה בין ניהול לשליטה, אם נושאי המשרה מקבלים לאורך זמן החלטות המנוגדות לטובת החברה, נצפה מבעלי המניות בחברה לפעול להחלפת אותם נושאי משרה, ואם התרשלו לעשות כן, יהיה מוצדק, לדעתנו, להרים מסך גם כלפי בעלי המניות.

57 ראו מאמרו של רו"ח ועו"ד רמי אריה, "הרמת מסך - ניתוח משפטי וחשבונאי" (ניתן לצפייה ב-<http://www.ralc.co.il/site-article-op-a-id-154-tno-1.html>)

58 חביב-סגל דיני חברות א, לעיל הערה 5, בע' 11.

פגיעה זו בעקרון האישיה המפשטית הנפרדת עלולה לפגוע בתמריץ להתאגד בחברה וביתרונות צורת התאגדות זו שמנינו לעיל. פגיעה זו יש לאזן. ניתן להשיג איזון זה באמצעים אחרים, כגון הפחתה הדרגתית של מס החברות בישראל. לצעד מעין זה משמעויות כלכליות וחברתיות, אשר הדעות בעניינן חלוקות. מחד גיסא, יהיו שיטענו כי הפחתת מס החברות היא מתנה לעשירים, וכי ראוי לנצל את הכסף שייחסך מאי-הפחתת מס החברות לחיזוק השכבות החלשות בחברה - אנשים שחיים מתחת לקו העוני ואוכלוסיות חלשות, כגון נכים וקשישים. לדעת המתנגדים לה, הפחתת מס החברות תגביר את הניכור והקיטוב בחברה הישראלית בין עניים לעשירים. מאידך גיסא, יהיו שיטענו כי נוסף על היתרון הגלום בו כתמריץ להתאגדות בחברה, לא זו בלבד שמהלך של הפחתת מס החברות לא יפחית את תקבולי המסים, אלא אף יגדיל אותם<sup>59</sup>. הגדלת המסים יכולה לנבוע גם מכך שחברות רבות יותר יפעלו בישראל וישלמו בישראל מס חברות. את תוספת התקבולים ניתן יהיה להפנות לחיזוק האוכלוסיות החלשות. הפתרון המוצע - ריכוך מסך ההתאגדות, ולעומתו הגדלת התמריצים להתאגד בחברה שלא באמצעות עקרון האישיה המפשטית הנפרדת - ישיג, לדעתנו, את התכלית של מסך התאגדות קשיח במקרים המתאימים, אך יעשה זאת בצורה צודקת וראויה יותר, במיוחד מנקודת ראותם של נושי החברה בכלל, ועובדיה בפרט.

כמו כן, בחברות פרטיות שאין בהן הפרדה בין בעלות לשליטה, ניתן לחייב את בעלי המניות לבטח עצמם בביטוח מפני רשלנות, הדומה במהותו לביטוח אשר יכולים לרכוש לעצמם דירקטורים בחברה ויגן עליהם מפני חבות עקב החלטה שגויה שקיבלו ברשלנות או אף ברשלנות רבתי.

נוסף על האמור לעיל, מוצע בזאת להקים ערכאה שיפוטית שתתמחה בדין המסחרי בכלל, ובדיני חברות ותאגידיים בפרט. כשם שלדיני העבודה ולעניינים המנהליים, למשל, מצא המחוקק לנכון ליחד ערכאות עם שופטים מקצועיים הבקאים בעניינים אלה, ראוי שגם בדיני התאגידיים יעסקו שופטים בעלי רקע והשכלה מתאימים. ערכאה זו יכולה להיות בית משפט נפרד למשפט המסחרי (כמו בתי הדין לעבודה), והיא זו שתהיה מוסמכת לדון בעניינים הקשורים למשפט המסחרי. אם תתעורר סוגיה מתחום המשפט המסחרי אגב דיון בבית משפט שאינו מוסמך לדון בסוגיות מסחריות, יוכל אותו בית משפט לקבל החלטה באותו עניין מסחרי שתוקפה יעמוד רק באותו עניין שנדון בפניו<sup>60</sup>. הקמת ערכאה זו יכולה להיות גם בדרך של מינוי שופטים בעלי רקע והשכלה בתחום המשפט המסחרי או הכשרת שופטים בתחום זה ובעקבות זאת הקמת מותבים של שופטים המתמחים במשפט המסחרי, בדומה לשופטי בתי המשפט המנהליים, שהם שופטי בית משפט מחוזי שמונו לערכאה זו. במצב זה יישמט טיעונו של פרופ' פרוקציה שהוזכר לעיל כלפי מערכת המשפט הישראלית כיצרנית לא יעילה של כללים בתחום דיני החברות, וכך תיווצר קרקע נוחה להשאת שיקול דעת רב יותר בידי הערכאה השיפוטית המיוחדת שתוקם.

בין שאחת מהצעות החוק תתקבל ובין שהמצב המשפטי יישאר על כנו, מוצע בזאת להשתמש בכללים משפטיים אחרים כדי לעשות צדק עם נושי החברות כאשר ראוי לעשות כן, באמצעות שימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט, דיני הנזיקין ודיני החושים. כך, למשל, ניתן יהיה לתבוע את בעלי החברה בגין התעשרות

59 המצדדים בהפחתת מס החברות יאמרו כי ישראל נמצאת בצד הימני של עקומת לאפר. עקומת לאפר היא עקומה בצורת פעמון המתארת את סך התקבולים ממסים כתלות בשיעור המס. לפי עקומה זו, ככל ששיעור המס עולה, עולה גם סך התקבולים ממסים עד נקודה אופטימלית מסוימת, שבה מושג סך התקבולים הגבוה ביותר. מנקודה זו ואילך, ככל ששיעור המס עולה, סך התקבולים ממסים דווקא יורד שכן בשיעורי מס גבוהים מאוד יורד התמריץ לעבוד בכלל, ולעבוד הרבה שעות בפרט. כמו כן, בשיעורי מס גבוהים גדל התמריץ להעלים מס, שכן הסכום שנחסך כתוצאה מביצוע העברה הוא גדול יותר. אם ישראל נמצאת בצד ימין של עקומת לאפר, ועל כך ניטש ויכוח עז בין כלכלנים, החורג מתחום מאמר זה, הרי הפחתת מס החברות דווקא תביא לידי גידול בהכנסות ממסים. להרחבה על עקומת לאפר ראו "The Laffer Curve: Past, Present, and Future" A. B. Laffer (ניתן לצפייה ב- <http://www.heritage.org/Research/Taxes/bg1765.cfm>).

60 השוו לסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, העוסק בסמכותו הנגררת של בית משפט לדון בשאלה שעלתה בדרך אגב בעניין שהובא לפניו כדין, אף אם השאלה היא במסגרת סמכותו הייחודית של בית משפט או בית דין אחר, בתנאי שהכרעתה של השאלה שהתעוררה אגב הדיון בעניין העיקרי, דרושה לשם בירור העניין העיקרי.

שלא כדין, משום שהם אינם חייבים לשלם כספים לנושי החברה שלהם, אף שברור כי החברה בבעלותם והם נהנו מרווחיה, אולם לא נשאו בסיכונה.

## **סיכום**

בהארה זו עמדנו על יתרונות ההתאגדות בחברה וחסרונותיה, ובמיוחד על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, המהווה תמריץ חשוב לבוחרים להתאגד בחברה. כן סקרנו את שתי הצעות החוק, הפרטית והממשלתית, הדנות בשינוי סעיף 6 לחוק החברות, שדן בהרמת מסך - החריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת. ראינו כי שתי הצעות החוק, מי יותר (הצעת החוק הפרטית) ומי מעט פחות (הצעת החוק הממשלתית), מכרסמות בשיקול הדעת הנתון לבית המשפט הדן בתביעה להרמת מסך ובעילות הסטוטוריות להרמת מסך. כרסום זה בחריג לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת מבצר ומחזק את מעמדו של עיקרון זה ואת תחולתו. לבסוף העלינו כמה הצעות, כגון הנהגת "מסך דיפרנציאלי" לריכוך מסך ההתאגדות, תוך קביעת אמות מידה ברורות למצבים שבהם ירוכך מסך ההתאגדות, ובד בבד איזון פגיעה זו בעזרת תמריץ להתאגד בחברה באמצעות הטבות מס או הטבות כלכליות אחרות. לדעתנו, הצעות אלה ישיגו את אותן תכליות שמבקש עקרון האישיות המשפטית הנפרדת להשיג, אך בדרך צודקת וראויה יותר.