

ערעור אזרחי 99 / 2223

א

ויטלי קריספי

נגד

1. ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ

2. רואה-חשבון דוד שחם בתפקידו כנאמן להסדר הנושים

ב

3. כונס הנכסים הרשמי

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[9.7.2003]

ג

לפני השופטים ד' דורנר , א' ריבלין , מ' נאור

ד

המערער היה בעלים והמנהל של המשיבה 1. כמה חודשים לאחר שמכר את מניותיו בחברה ניתן נגדה צו הקפאת הליכים , ומונה למשיבה 1 נאמן – המשיב 2. תביעות החוב שהמערער הגיש לנאמן נדחו. בית-המשפט המחוזי דחה גם הוא את תביעות החוב, למעט תביעת המערער בגין חלקת מקרקעין ששעבר לטובת בנק כע רב לחובות החברה. בית-המשפט המחוזי קבע כי לאור הסדר הנושים צפוי כי הבנק יממש את השעבוד על המקרקעין , אך הוסיף וקבע כי יש מקום להדחות את חובו של המערער מפני חובם של יתר הנושים הרגילים נוכח אופן ניהולו את החברה וקריסתה סמוך לעזיבתו ונוכח העובדה כי אופן מימוש פעולות החברה עלה כדי "מימון דק". מכאן הערעור.

ה

בית-המשפט העליון פסק:

א.

א. (1) מסת הערך הכלכלי המרוכזת בנכסיה של חברה חדלת-פירעון והעומדת לחלוקה בין נושיה – בין במסגרת צו שניתן לפירוקה ובין במסגרת הסדר להבראתה – תחולק, במצב דברים רגיל , על-פי עקרון השוויון בין ה נושים. משמעות עיקרון זה היא שנושים מאותה דרגת קדימות יזכו להיפרע מן המסה – שהיקפה כמובן מוגבל – בשיעור שווה מתוך חובם (127ב – ג).

ב.

(2) הכללים בדבר הדחיית זכויות נושים משקפים סטייה מעקרון החלוקה השוויונית באופן הפוגע בקניינם של הנושים הנדחים . אכן, מציאות החיים מלמדת כי מסת נכסי החברה חדלת-הפירעון עשויה שלא להספיק על-מנת לאפשר פירעון חובות שהודחו. הדחיה, או סטייה מן העיקרון בדבר חלוקה שוויונית, שיש בה כדי לפגוע בקנייניו של הנושה, מצריכה אפוא טעם מיוחד להצדיקה . במקרה דנן השאלה היא אם עוברת היות המערער בעל מניו ת בחברה הקימה סמכות לבית-המשפט להורות על הדחיה (127ג – ה).

ג.

(3) עם חקיקת חוק החברות, תשנ"ט-1999 נקבעה סמכותו של בית-המשפט להורות על הדחיית פירעון חובה של חברה לבעל מניותיה בסעיף 6 לחוק, העוסק בהרמת מסך ההתאגדות. אין בהוראת סעיף זה כדי למנוע מבית-המשפט להעניק סעדים אחרים, לרבות השעיית זכותו של בעל מניה מסוים בחברה להיפרע את חובו עד לאחר שהחברה פרעה במלואן את כל יתר התחייבויותיה. סעיף רחב זה טרם נכנס לתוקפו במועד מתן פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. במצב דברים זה יש לבחון אם הוראה המאפשרת להדחות את זכותו של המערער להיפרע מן החברה עד שיפרעו ממנה יתר נושיה, מצויה בסעיף 248 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 (להלן – הפקודה) (127ה – 128א).

(4) סעיף 248, המצוי בפרק י"א לפקודה שעניינו "פירוק חברה וחבות המשתתף", מעמיד את בעלי המניות כאחרונים בסדר חלוקת נכסי החברה ב עת פירוקה. בכך מטאט הסעיף את הרעיון שלפיו רכושם של בעלי מניות החברה – שהם הנהנים (לברם) מן הסיכוי להתחלק ברווחים שתצבור החברה, אך לידו נושאים בסיכון הגדול ביותר, ביחס ליתר נושי החברה, של אובדן השקעתם בחברה – הינו הערך הכלכלי הנוטר גלום בנכסי חברה לאחר פירע ון מכלול ההתחייבויות החוזיות שהחברה נטלה על עצמה. ואולם דברים אלו אמורים בערך הכלכלי המיוחס לבעלי המניות מכוח בעלותם במניות החברה, ולא בערך המגיע להם מכוח חוזים שכתרו עם החברה, שהיא כידוע בעלת אישיות משפטית נפרדת. ואמנם, סעיף 248 לפקודה אינו נוקט לשון רחבה של "משתתף", אלא מייחד את תחולתו למי שהוא "חבר החברה באשר הוא חבר". לכך יש להוסיף כי סעיף 248 לפקודה אף מגביל את תחולתו למצב של פירוק החברה, להבדילו ממצב של פירעון חובות במסגרת הסדר נושים (128ב – ז).

ב. (1) הדחיית זכותו של נושה שהוא גם בעל מניות בחברה, להיפרע מן החברה חוב שלה לו, היא במהותה פעולה של הרמת מסך חלקית. ייעודה לחלט נכס השייך למתאגדים בחברה – זכות התביעה שיש להם כנגד החברה – ולהעבירו לטובת הנושים הכלליים. היא חלקית, הואיל ואין חילוט הנכסים הזה בעל תחולה כללית, אלא הוא משתרע רק על נכס אחד בלבד, הלוא הוא זכות התביעה כאמור. הרמת מסך חלקית זו מתאימה שמבחינת בעל המניות הפגיעה בו – הנובעת מהדחיית פירעון חובו – היא מידתית לעומת הפגיעה שבהרמת מסך מלאה, ברי כי בית-המשפט המחוזי היה מוסמך להורות על ההדחיה גם על-פי הדין שקדם לסעיף 6 לחוק החברות, שכן סמכותו מעוגנת בהלכות שנקבעו על-ידי בית-המשפט עוד בטרם נחקק חוק החברות בעניין הרמת מסך ההתאגדות (129א – ה).

(2) אם נעשית הרמת מסך מלאה, חבותו של בעל המניות משתרעת על מלוא חובותיה של החברה, ואילו אם בהדחיית חובו של בעל המניות מדובר, הרי שזה אינו חב בכל חובותיה של החברה, אלא חובו שלו – בגין הלוואת הבעלים שנתן – נדחה לסוף התור. בעל המניות – המחזיק בכובע נוסף, כובע של נושה – ייפרע מנכסיה של החברה אך ורק לאחר שיתר הנושים יקבלו את חלקם על-אף כל הוראה אחרת בהסכם ההלוואה שבין בעל המניות לבין החברה, ואפילו אם חובו של בעל המניות (בכובעו

- כנושה) הוא חוב מובטח . התוצאה היא כי אחריותו מוגבלת לסכום שאותו הזרים לחברה – בין כבעל מניות ובין כמלווה (133 – 134 א).
- ג. (1) מעצם הדרישה לערבות אישית של בעל מניות אין לגזור, בבחינת מסקנה הכרחית, כי החברה מומנה במימון דק . אין זה ראוי לקבוע כלל חלוט שלפיו בכל פעם שבעל מניות ערב לחובות החברה , והחברה נקלעת לקשיים , יודחה פירעון החוב העתידי בגין הערבות עד לאחר פירעון החובות ליתר הנושים . כלל כזה אינו מתיישב עם הזהירות הראויה המתבקשת מן החשש שמא יצא שכרה של הרמת המסך (המלאה או החלקית) בהפסד היתרונות הגלומים בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת והגבלת האחריות (135 – 136 א).
- (2) (אליבא ד שופטת מ' נאור): למרות היעדר תשתית עובדתית לקבוע במקרה דנן כי החברה מומנה במימון דק, ואף שטענות המשיבים בדבר ניהול כושל של החברה עודן מתבררות בהליכים שיפוטיים, יש להדחות את חובו של המערער מטעם אחר. טעם זה הוא מחדלו של המערער , שלא ניתן לו הסבר למימוש התחייבות שקיבל ממי שקנה ממנו את מניות החברה לשלם את תמורת המניות ולשחרר את המערער מערבויותיו האישיות. בנסיבות אלה אין להטיל על נושי החברה את הנטל הכספי הכרוך בערבות (137 – 138 ב).
- (3) (דעת מיעוט – השופט א' ריבלין): משלא הוכח כי החברה מומנה במימון דק, לא היה מקום להדחות את פירעון חובו של המערער (131 ז).
- (4) (אליבא ד שופטת ד' דורנר): במקרה דנן הונחה בפני בית המשפט המחוזי תשתית ראייתית מבוססת, שהיה בה כדי להצדיק את הרמת המסך החלקית ביחס לחובו של המערער. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע , כעניין שבעובדה, ראשית, כי המערער והחברה פעלו כגוף כלכלי אחד תוך שהמערער שולט שליטה מלאה בחברה ; שנית, כי החברה מומנה במבנה של "מימון דק", בין היתר, תוך שהחברה נוטלת הלוואות בסכומים גבוהים למימון פעילותה . ואמנם, אף ביחס להלוואה שבעטייה נוצר החוב המותנה למערער אין זאת אלא כי דרישת הבנק מן המערער להעמיד ערבות אישית לחובות החברה כתנאי למתן הלוואה , נבעה מכך שלחברה עצמה לא היו נכסים משלה בעלי ערך כלכלי ממשי שאותם הייתה יכולה לשעבד . מימון החברה בדרך של מתן ערבות אישית לחובותיה איפשר אפוא למערער , מחד גיסא , ליהנות לבדו מן הסיכוי להפיק רווחים מהמשך פעילותה של החברה , ומאידך גיסא , להתחלק עם נושיה הלא מובטחים של החברה בסיכון הרב יחסית שבפעילותה (130 – 131 ב).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, סעיפים 38, 39, 71 א).
- פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, סעיפים 1 (המונח "משתתף", בחברה שבפירוק"), 248, 353, פרק י"א.
- חוק החברות, תשנ"ט-1999, סעיפים 4, 6, 6(ב), 6(ג), 6(ה).
- פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיף 63.

- חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, סעיף 120.
 — חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963, סעיף 7.

א

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת חוק החברות, תשנ"ו-1995.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 478/74 "נהר" בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 706.
 [2] ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705.
 [3] רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נ(2) 202.
 [4] ע"א 494/70 נירנברג נ' נירנברג, פ"ד כה(1) 185.
 [5] ע"א 69/84 שפר נ' בונה, פ"ד מ(2) 645.
 [6] ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102.
 [7] ע"א 471/68 יעקב נ' המפרקים של מקיף בע"מ (בפירוק), פ"ד כג(1) 65.

ב

ג

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [8] פ"ש"ר (ת"א) 525/96 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ, פ"מ תשנ"ט(1) 931.

ד

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [9] *Taylor v. Standard Gas & E. Co.* 306 U.S. 307 (1939).
 [10] *Pepper v. Litton* 308 U.S. 295 (1939).
 [11] *Minton v. Cavaney* 364 P. 2d 473 (1961).
 [12] *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.* 155 N.E. 58 (1926).
 [13] *Weisser v. Mursam Shoe Corporation* 127 F. 2d 344 (1942).
 [14] *Costello v. Fazio* 256 F. 2d 903 (1958).
 [15] *Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois* 312 U.S. 510 (1941).

ה

ו

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [16] ש' לרנר שעבוד נכסי חברה (תשנ"ז).
 [17] צ' כהן פירוק חברות (תש"ס).
 [18] א' חביב-סגל דיני חברות – לאחר חוק החברות החדש (כרך א, תשנ"ט).

ז

- [19] א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (תשמ"ט).
- א [20] י' כהן דיני חברות (כרך א, תשמ"ח).
- [21] א' פלמן, ה' בר-מור דיני חברות בישראל – להלכה ולמעשה (מהדורה 4, כרך א, תשנ"ד).

- ב מאמרים ישראליים שאוזכרו:
- [22] א' פרוקצ'יה "מימון דק", הרמת המסך והגבלת האחריות בדיני חברות " עיוני משפט ו (תשל"ח-תשל"ט) 526.

- ג ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ו' אלשיך) מיום 23.2.1999 בפש"ר 525/96. הערעור נדחה ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט א' ריבלין.

- ד אלדד כורש, עפרה כהן – בשם המערער; מירית חביה, נורית אהרוני – בשם המשיבה 1; אביחי ורדי – בשם המשיב 2; רחל שני-שרפסקי, ממונה על ייעוץ משפטי וערעורים באגף האפוסטרופוס הכללי – בשם המשיב 3.

ה פסק-דין

השופטת ד' דורנר

העובדות, ההליכים והטענות

- א 1. המערער, שייסד בשנת 1986 את המשיבה 1 (להלן – החברה), החזיק במשך כעשר שנים 57% ממניותיה, והיה בעל השליטה בה, מנהלה וחבר דירקטוריון החברה. כתנאי לכך שהחברה תקבל הלוואות למימון פעילותה נדרש המערער לערוך באופן אישי לחובותיה. על רקע זה שעבר הוא מקרקעין ש בבעלותו ברחוב בן-צבי בתל-אביב (להלן – המקרקעין) לטובת בנק לאומי בע"מ להבטחת חובה של החברה לבנק.
- א

בשנת 1994 פעל המערער להנפקת החברה בבורסה לניירות ערך. בתשקיף שפורסם בחודש ינואר 1994, לקראת ההנפקה, נמסר כי חודש בלבד קודם לכן נכרת בין המערער לבין החברה הסכם להעסקת המערער כמנכ"ל למשך חמש שנים, וכי עלותו השנתית לחברה של ההסכם היא כ-523,000 ש"ח.

א

בחודש יולי 1996 מכר המערער את מניותיו בחברה לאחד, מורד עזיזי. בהסכם המכירה נקבע כי תמורת המכירה תהיה סכום של כ-4.2 מיליון ש"ח, שישולם למערער, בין היתר, לאחר שהמערער יעביר לעזיזי את מניותיו בחברה וידאג להתפטרות כל חברי דירקטוריון החברה מתפקידם, למעט הדירקטורים מטעם הציבור. ברם ארבעה חודשים בלבד לאחר שנכרת הסכם זה נקלעה החברה לקשיים כספיים, ולבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו הוגשה בקשה לפירוקה. בסופו של ההליך החברה לא פורקה, וחלף זאת ניתן בעניינה צו להקפאת הליכים, מונה לה נאמן – הוא המשיב 2 – וכעבור כמה חודשים אישר בית-המשפט המחוזי הסדר לנושי החברה שהציע הנאמן.

ב

ג

2. ביני לביני הגיש המערער לנאמן חמש תביעות חוב שונות. במסגרת תביעת החוב הראשונה דרש כי יוכר חובה של החברה לו בגין פיצוי ויי פטורין שלא שולמו לו. בגדרי התביעה השנייה דרש להכיר בחוב עתידי של החברה לו בסך של 5.4 מיליון ש"ח בגין מימושו הצפוי של בנק לאומי את השעבוד על המקרקעין שהעמיד המערער כבטוחה לחובות החברה לבנק. טענת המערער הייתה כי חובה של החברה לבנק לאומי עומד על סך הקרוב לשווי המקרקעין באופן שמימושו הצפוי של השעבוד יביא לאובדן הנכס וליצירת חוב של החברה למערער. תביעת החוב השלישית כללה דרישה של המערער להכיר בחוב שנוצר בגין שכר ראוי, שלא שולם לו, עבור שימוש שעשתה החברה במקרקעין שבבעלותו. במסגרת תביעת החוב הרביעית טען המערער לחוב בגין המחאה על סך 18,500 ש"ח, שהחברה מסרה לו על חשבון משכורתו, ואשר חוללה ולא נפרעה. בתביעת החוב החמישית דרש המערער כי יוכר חובה של החברה לו בגין תשלומים ששילם לחברת הביטוח של החברה לאחר שמכר את מניותיו לעזיזי.

ד

ה

ו

כל חמש תביעות החוב שהגיש המערער נדחו על ידי הנאמן, שבמקביל אף הגיש תביעה כספית כנגד המערער על סך 7,000,000 ש"ח. בגדרי תביעה זו טען הנאמן כי במהלך שנות פעילותו בחברה עשה בה המערער ככתוך שלו, גרם לה נזקים כבדים ואף פעל במירמה להוצאת כספים מן החברה.

ז

א על החלטת הנאמן לדחות את חמש תביעות החוב ערער המערע ר לבית המשפט המחוזי, ובגדר הערער פירט תביעת חוב שישית , שעניינה חוב עתידי בגין ערבות שהעמיד המערער להבטחת חובות החברה לבנק הפועלים בע"מ.

ב 3. במהלך הדיון בפני בית המשפט המחוזי הגיעו הצדדים להסדר דיוני שעל פיו ויתרו על חקירת המצהירים מטעמם וכן על העדת עדים נו ספים והסמיכו את בית המשפט לפסוק בהתבסס על כתבי הטענות שהגישו.

ג בית המשפט המחוזי (השופטת ו' אלשיך) קבע כי יש לקבל את טענתו המקדמית של המערער, כי הנאמן הפר בעניינו את החובה לנמק את החלטותיו . עם זאת הוסיף בית המשפט המחוזי כי לאחר ששקל בדבר החליט שלא להורות על החזרת הדיון בתביעות החוב שהגיש המערער לנאמן על מנת שלא לעכב את ביצוע הסדר הנושים , אלא לדון בעצמו בתביעות החוב הללו.

ד 4. בפסק דין מקיף ומפורט בחן בית המשפט המחוזי את כל אחת משש תביעות החוב שהגיש המערער . לעניין תביעת החוב בגין פיצויי פיטורין קבע בית המשפט המחוזי כי המערער לא עמד בנטל להוכיח את טענותיו , בין היתר מכיוון שלא הגיש תלושי משכורת רלוונטיים , ומשום שלא הוכיח הפרדה בין יחסיו עם החברה כבעל השליטה בה לבין יחסי עובד-מעביד, שטען כי נתקיימו בינו לבין החברה. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי מן הראיות אף עולה כי י ערב הנפקת החברה בבורסה , ובטרם תהפוך לחברה ציבורית, ודוחותיה ייחשפו לעין כול, דאג המערער להבטיח את זכויותיו על-ידי כך שגרם לחברה לכרות עמו הסכם העסקה נדיב . וכך כתב בית המשפט המחוזי:

ה "...באמצעות שלושה הכובעים שחבש שלט המערער שליטה ניהולית ופיננסית מלאה בחב רה. ניתן לקבוע בנקל כי המערער ניצל את שליטתו בחברה לכריתת הסכם העסקה , וכי למעשה מדובר בהסכם שכרת עם עצמו, בכשיריותו השונות" (פ"ד (ת"א) 525/96 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ [8], בעמ' 946-947).

ו עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אף שתי התביעות שהגיש המער ער בעניין השיק שחולל ובעניין התשלומים ששילם לחברת הביטוח במקומה של החברה לא הוכחו , והמערער לא הציג מסמכים רלוונטיים לתמיכה בטענותיו, כגון העתק של השיק, קבלות על ביצוע תשלומים לחברת הביטוח או דפי חשבונות בנק המעידים על כספים שנמשכו

מהם. בית-המשפט המחוזי הוס יף ודחה את טענות המערער בעניין תביעת החוב שעניינה ערבות אישית שהעמיד המערער עבור החברה לטובת בנק הפועלים תוך שהסביר כי תביעת חוב זו לא הוגשה כלל לנאמן, והיא הוצגה לראשונה בבית-המשפט המחוזי בלא שהמערער מצביע על טעמים מיוחדים המצדיקים את קבלתה בשלב כה מאוחר. בית-המשפט המחוזי הוסיף והעיר כי קבלת תביעת החוב בשלב הדיון בערעור אינה מוצדקת, משום שהיא תפגע ביתר הנושים, וכי אפילו היה ראוי להכיר בתביעת החוב, ממילא בנסיבות העניין – ובמרכזן העובדה שהמערער הגיע לידי הסדר של פשרה עם בנק הפועלים על גובה החוב שעל-פיו תמומש ערבותו של המערער – מן הדין להדחות את פירעון תביעת החוב שהגיש המערער מפני פירעון תביעות יתר נושי החברה. בית-המשפט הוסיף ופסק כי אין לקבל אף את תביעת החוב בעניין דמי השימוש הראויים שדרש המערער. בהקשר זה הטעים בית-המשפט המחוזי כי לא זו בלבד שהמערער – אשר בתקופה הרלוונטית להיווצרות החוב שלט בחברה – הראה בהתנהגותו כי הוא מוותר על אכיפת הזכויות המוקנות לו, אלא שהתברר כי במעשיו גרם המערער לפגיעה כלכלית חמורה בחברה, שוויתרה לטובתו, ללא תמורה, על זכות חכירה שהוקנתה לה בחלק מסוים מתוך המקרקעין באופן שבפועל עלו דמי השכירות ששילמה החברה למערער באורח ניכר.

5. עם זאת קבע בית-המשפט המחוזי כי יש לקבל את תביעת החוב שהגיש המערער בעניין מימושו העתידי של השעבוד שנרשם לטובת בנק לאומי על המקרקעין שבבעלות המערער. בית-המשפט המחוזי קבע בהקשר זה כי מדובר ב"חוב מותנה", כעולה מהוראת סעיף 71(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980 (להלן – פקודת פשיטת הרגל), המפרטת מה הם חובות בני-תביעה בפשיטת רגל, ואשר מוחלת גם במקרים של הסדרי נושים (מכוח סעיפים 38 ו-39 לפקודת פשיטת הרגל) ואף על חברות חדלות-פירעון (מכוח סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 (להלן – פקודת החברות)). עוד נקבע בעניין זה כי המונח "חוב מותנה" כולל גם את זכותו של עֶרֶב לשוב ולהיפרע מן החברה, אפילו אם עד למועד הגשת תביעת החוב מן החברה טרם פרע העֶרֶב את ערבותו. בית-המשפט המחוזי הוסיף כי בנק לאומי צפוי במסגרת הסדר הנו שים לזכות בדיבידנד המגיע כדי 20% בלבד מנשיית הבנק בחברה, ועל-כן המערער חשוף לסיכון קרוב לוודאי כי השעבוד על המקרקעין שבבעלותו ימומש על-ידי בנק לאומי, שיבקש להיפרע את יתרת חובה של החברה מן המקרקעין, שאז, על-פי דיני הערבות, יבוא המערער בנעלי בנק לאומי ויתפוס את מקומו בסדר הנשייה בין נושי החברה.

עם זאת פסק בית המשפט המחוזי כי יש להחיל על עניינו של המערער את סעיף 248 לפקודת החברות ולהדחות את חובו של המערער מפני חובותיהם של יתר הנושים הרגילים. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי כי יש לפרש את המונח "משתתף", בחברה שבפירוק" שבסעיף 1 לפקודת החברות ככולל גם מי שהיה חבר בחברה שניתן בעניינה צו להקפאת הליכים במהלך השנה שלפני מתן הצו, ולא רק מי שהיה חבר בחברה שניתן בעניינה צו פירוק, וזאת על-מנת למנוע הבדל בהתייחסות המשפט למשתתף בחברה חדלת-פירעון שנכנסה להליכי פירוק לעומת משתתף בחברה חדלת-פירעון המשתלבת במסלול של שיקום, ואשר עניינה מסתיים בהסדר או בפשרה. בית-המשפט המחוזי קבע עוד כי כמשתתף, שלט המערער בחברה במשך תקופה ארוכה, שבמהלכה ערב באופן אישי לחובותיה של החברה, שהתברר כי נטלה הלוואות בסכומים גבוהים מנושים, ופעולות אלו עלו כדי מעשה של "מימון דק", כלומר החצנת הסיכון העסקי שבפעילות החברה אל נושיה הבלתי מובטחים של החברה שלא אחזו בבטוחות לפירעון חובם. זאת, מכיוון שמחד גיסא, העמדת הערבויות האישיות אפשרה למערער לזכות במימון חיצוני נדיב, בגובה הביטחונות האישיים שהעמיד לטובת המממנים, ומאידך גיסא, בהתאם לדיני הערבות, המערער זכאי לכאורה לתבוע מן החברה, כנושה, סכומים ששילם כעקב על חשבון חובה של החברה למממנים אלו. התוצאה הייתה שהמערער גלגל את הסיכון העסקי הטמון בפעילות החברה לפתחם של הנושים הלא מובטחים (הנושים הרגילים), שיתפם בסיכון זה ללא ידיעתם וכלי לשתפם בתשואה הצומחת מן הנשיאה בסיכון, ובנסיבות אלו מן הדין להדחות את זכותו של המערער כלפי החברה מפני זכויותיהם של יתר הנושים הרגילים.

בית-המשפט המחוזי הסביר עוד כי בעניינו של המערער אף הוכחה עילה נוספת המצדיקה את הדחיית החוב הנ"ל והיא העילה של ניהול כושל של החברה. בהקשר זה נקבע כי הנסיבות שבהן נקלעה החברה לקשיים מעידות על ניהול הכושל בידי המערער, שהיה מעורב בפרשיות שהובילו לקריסת החברה בתכופ לעזיבתו את החברה.

בית-המשפט המחוזי פסק אפוא כי המערער יהיה זכאי לפירעון חובו זה רק לאחר שייפרעו חובות החברה ליתר הנושים במלואם.

6. מכאן הערער שבפנינו.

המערער חזר בפנינו על טענותיו בפני בית המשפט המחוזי בעניין תביעות החוב שנדרחו תוך שנכנס לפני ולפנים חומר הראיות. המערער הדגיש כי מכיוון שהצדדים לא נחקרו על תצהיריהם בפני בית המשפט המחוזי, ממילא במקרה זה אי-ן לערכאה

הדיונית יתרון על-פני בית-משפט זה בשבתו כערכאת ערעור, ומן הראוי כי בית-משפט זה יבדוק מחדש את חומר הראיות ואת מימצאי בית-המשפט המחוזי.

א

לעניין תביעת החוב שנתקבלה אך הודחתה טען המערער כי סעיף 248 לפקודת החברות אינו חל עליו כלל, באשר סעיף 248 לפקודת החברות חל על "חבר החברה" ולא על "משתתף", ובמועד אישור הסדר הנושים, שהוא המועד הקובע, כבר לא היה המערער רשום בפנקס החברים של החברה כחבר בה. לחלופין טען המערער כי אף אם סעיף 248 לפקודת החברות חל על "משתתף", עדיין אין חובה המוטנה של החברה למערער, הנובע מערבות אישית שהמערער העמיד לצורך קידום פעילות החברה, נופל לגדר החובות שבהם עוסק סעיף 248 הנ"ל, המדבר באפשרות להדחות "סכום המגיע לחבר החברה באשר הוא חבר". לחלופי חלופין טען המערער כי סעיף 248 לפקודת החברות אינו חל על חברת בקשיים שלא ניתן בעניינה צו פירוק. כן טען המערער כי סעיף 6 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן – חוק החברות), המאפשר כיום להדחות את חובו של בעל מניות, אינו חל עליו, באשר לא היה בתוקף אף במועד מתן פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי.

ב

ג

המערער הוסיף וטען כי גם לגופם של דברים אין כל הצדקה להדחיית חובות החברה כלפיו. לעניין העילה של ניהול כושל טען המערער כי אין קשר סיבתי בין פעילותו בזמן היותו חבר בחברה לבין קריסתה של החברה, שנמסרה לעזיזי במצב מצוין ונקלעה לקשיים תחת שליטתו של עזיזי, שאף הפר את החוזה שכרת עם המערער, ולא שילם למערער מאומה תמורת המניות שרכש, וכי לקביעת בית-המשפט המחוזי כי המערער ניהל את החברה בצורה כושלת, אין יסוד בראיות. לעניין העילה של "מימון דק" טען המערער כי לא הוכח שנטל סיכונים בלתי סבירים ביחס למצבה של החברה, וממילא לא הוכח כי החברה הייתה שרויה במצב של "מימון דק" בעת שהמערער הסכים לשעבד את המקרקעין שבבעלותו לטובת בנק לאומי. המערער הטעים כי בית-המשפט המחוזי לא בדק אפילו את מבנה ההון של החברה, למצער באמצעות עיון במאזניה.

ד

ה

ו

מנגד, המשיבים 1 ו-2 תמכו יתדותיהם במכלול פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי וטענו כי מסקנות בית-המשפט המחוזי, ובעיקר המסקנה כי המערער עשה ב-חברה כבתוך שלו, מבוססות, ואין להתערב בהן. המשיב 2 הוסיף וטען כי אף בהתעלם מסעיף 248 לפקודת החברות יש לקיים את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי מן הטעם שדוקטרינת ההדחיה נקלטה במשפט הישראלי בפסיקת בתי-המשפט, אשר נתון להם – כמי שמנהלים הליכי חדלות-פירעון – שיקול-דעת להענקת סעדים מן הצדק

ז

והיושר. על-כן ראוי, אף מכוחה של דוקטרינת ההדחיה הפסיקתית, להדחות את זכותו של המערער.

א

7. בתאריך 11.11.2001 הורינו לצרף את המשיב 3 כצד להליך וביקשנו כי יחוור את דעתו בשאלות המשפטיות המתעוררות במסגרת ערעור זה.

ב

עמדת המשיב 3 הייתה כי אמנם היה ראוי להכיר בחובו של המערער כחוב מותנה, אלא שבדין הורה בית-המשפט המחוזי להדחות את פירעון החוב. המשיב 3 הבהיר כי אין הוא סבור כי לעולם תידחה זכותם של בעלי מניות מפני זכויות יתר הנושים, אלא יש מקרים שבהם ראוי – מכוח סעיף 248 לפקודת החברות או מכוח סעיף 6 לחוק החברות – להדחות את פירעון חובה של החברה לבעל מניות, אם מתברר כי בעל המניות נהג בחוסר תום-לב, ניהל את החברה באורח כושל או יצר מצב שבו החברה פעלה מתוך "מימון דק". המשיב 3 טען עוד כי בהתקיים הטעמים להפעלת דוקטרינת ההדחיה אין להבחין בין מי שהוא חבר החב רה לבין מי שהיה חבר החברה במהלך השנה שלפני פירוקה.

ג

דיון

ד

8. יש לדחות את טענת המערער כי על בית-משפט זה להתערב בעובדות שקבע בית-המשפט המחוזי. מימצאי בית-המשפט המחוזי עוגנו היטב בראיות שבאו בפניו, והמערער לא הצביע על עילה לסטות בעניינו מן הכלל שלפיו אין ערכאת הערעור מתערכת בעניינים שבעובדה.

ה

במקרה שבפנינו, הגם שהצדדים הסכימו לוותר – במסגרת ההסדר הדיוני – על מקצת הליכי בירור העובדות, עדיין לבית-המשפט המחוזי עדיפות בקביעת העובדות על פני בית-משפט זה, למצער משום שבית-המשפט המחוזי הוא שניהל את הליכי חדלות-הפירעון של החברה, ובפניו הוצגה התמונה הכוללת בדבר מצבה של החברה וטיב פעילותו של המערער בה. ואכן, נראה שיתרון זה של בית-המשפט המחוזי עמד לנגד עיני הצדדים בהסכימם לוותר על הכלים היחידים לכאורה שעמדו לרשות בית-המשפט לצורך ירידה לחקר האמת והם כלי החקירה הנגדית והאפשרות להגיש ראיות נוספות מלבד תצהירי עדות ראשית.

ו

9. על יסוד התשתית העובדתית שקבע בית-המשפט המחוזי השאלות המתעוררות בענייננו הן אפוא שתיים: ראשית, מהו, בנסיבות המקרה שבפנינו, המקור

הנורמטיבי לדוקטרינת ההדחיה בהתחשב גם בכך שלא ניתן צו לפירוק החברה ? שנית, האם ראוי, בנסיבות העניין, להדחות את פירעון חובו של המערער עד שיפרעו חובות החברה ליתר הנושים ?

א

אדון בשאלות אלו כסדרן.

המקור הנורמטיבי לדוקטרינת ההדחיה

ב

10. מסת הערך הכלכלי המרוכזת בנכסיה של פירמה חדלת פירעון, והעומדת לחלוקה בין נושיה של הפירמה – בין במסגרת צו שניתן ל פירוקה ובין במסגרת הסדר להבראתה – תחולק, במצב דברים רגיל, על-פי עקרון השוויון בין הנושים. משמעות עיקרון זה היא שנושים מאותה דרגת קדימות יזכו להיפרע מן המסה – שהיקפה כמובן מוגבל – בשיעור שווה מתוך חובם. הכללים בדבר הדחיית זכויות נושים משקפים אפוא סטייה מעקר ון החלוקה השוויונית באופן הפוגע בקניינם של הנושים הנדחים. אכן, מציאות החיים מלמדת כי מסת נכסי הפירמה חדלת הפירעון עשויה שלא להספיק על-מנת לאפשר פירעון חובות שהודחו. ראו והשוו ש' לרנר שעבוד נכסי חברה [16], בעמ' 28-30.

ג

ד

הדחיה או סטייה מן העיקרון בדבר חלוקה שוויונית שיש בה כדי לפגוע בקניינו של הנושה, מצריכה אפוא טעם מיוחד להצדיקה. בענייננו השאלה היא אם עובדת היות המערער בעל מניות בחברה הקימה סמכות לבית המשפט להורות על הדחיה.

ה

11. עם חקיקת חוק החברות נקבעה סמכותו של בית המשפט להורות על הדחיית פירעון חובה של חברה לבעל מניותיה בסעיף 6 לחוק, העוסק בהרמת מסך ההתאגדות, ואשר קובע בסעיף קטן (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“.

ו

ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק החברות, תשנ"ו-1995 (ה"ח תשנ"ו, בעמ' 12). סעיף רחב זה, אשר מותר שיקול דעת לבית המשפט אם להורות על הדחיה – אם מסגרת פירעון החוב היא הליכי פירוק, ואם מסגרת אחרת, כגון של הסדר נושים – טרם נכנס לתוקפו במועד מתן פסק-דינו של בית המשפט המחוזי. בהוראת סעיף 6 הנ"ל אין

ז

אפוא כדי לבסס את הפגיעה בעקרון השוויון בין הנושים ובזכותו של המערער להיפרע, לצד הנושים במעמדו (הנושים הרגילים), חוב שהחברה חייבת לו.

א

במצב דברים זה עלתה השאלה אם הוראה המאפשרת להדחות את זכותו של המערער להיפרע מן החברה עד שיפרעו ממנה יתר נושיה, מצויה בסעיף 248 לפקודת החברות.

ב

12. סעיף 248 לפקודת החברות, שכותרתו "זכות לרווחים ולדיבידנדים איננו חוב החברה בפירוק", קובע:

ג

"סכום המגיע לחבר החברה באשר הוא חבר, אם מכוח זכותו לרווחים או לדיבידנדים ואם מסיבה אחרת, לא ייחשב כחוב החברה שיש לשלמו כל עוד קיים חוב של נושה שאינו חבר החברה, אלא שהסכום המגיע לחבר יבוא בחשבון לענין התאמת הזכויות של כל המשתתפים בינם לבין עצמם".

ד

סעיף זה, המצוי בפרק י"א לפקודה זו, שעניינו "פירוק חברה וחבות המשתתף", מעמיד את בעלי המניות כאחרונים בסדר חלוקת נכסי החברה בעת פי רוקה. ראו צ' כהן פירוק חברות [17], בעמ' 709. בכך מבטא הסעיף את הרעיון שלפיו רכושם של בעלי מניות החברה – שהם אלה שנהנים (לכדם) מן הסיכוי להתחלק ברווחים שתצבור החברה, אך לידו הם נושאים בסיכון הגדול ביותר, ביחס ליתר נושי החברה, של אובדן השקעתם בחברה – הינו הערך הכלכלי הנותר גלום בנכסי חברה לאחר פירעון מכלול ההתחייבויות החוזיות שהחברה נטלה על עצמה. ראו א' חביב־סגל דיני חברות – לאחר חוק החברות החדש (כרך א) [18], בעמ' 156-157. ואולם דברים אלו אמורים בעניין הערך הכלכלי המיוחס לבעלי המניות מכוח בעלותם במניות החברה, ולא בעניין הערך המגיע להם מכוח חוזים שכרתו עם החברה, שהיא כידוע בעלת אישיות משפטית נפרדת. ואמנם, סעיף 248 לפקודת החברות אינו נוקט לשון רחבה של "משתתף", אלא מייחד את תחולתו למי שהוא "חבר החברה באשר הוא חבר".

ה

ו

על פני הדברים אפוא לפירוש שמבקשים לתת המשיבים ל סעיף 248 הנ"ל לכאורה אין העיגון הנדרש בלשון הסעיף. לכך יש להוסיף כי סעיף 248 לפקודת החברות אף מגביל את תחולתו למצב של פירוק החברה, להבדילו ממצב של פירעון חובות במסגרת הסדר נושים.

ז

ואולם יהיה הדבר כאשר יהיה, יש לדחות את טענת המערער כי בית המשפט המחוזי לא היה מוסמך להדחות את פירעון חוב החברה לו במסגרת הסדר הנושים.

א

13. הדחיית זכותו של נושה שהוא גם בעל מניות בחברה, להיפרע מן החברה חוב שלה לו, היא במהותה פעולה של הרמת מסך חלקית. עמד על כך פרופ' אוריאל פרוקצ'יה:

"[הדחיה זו] היא הרמת מסך מכיוון שיעודה לחלט נכס ה שייך למתאגדים בחברה – זכות התביעה שיש להם כנגד החברה – ולהעבירו לטובת הנושים הכלליים. היא חלקית, הואיל ואין חילוט הנכסים הזה בעל תחולה כללית, אלא הוא משתרע רק על נכס אחד בלבד, הלוא הוא זכות התביעה כאמור. הרמת מסך חלקית זו נראית לי מתאימה במיוחד לנסיבות של מימון דק באמצעות הלוואת בעלים. חטאם של בעלי החברה מוגדר יפה: ההון שהשקיעו בהלוואה היה צריך להיות מושקע במניות. הסבורדינציה משיגה בדיוק את ביטולה של העוולה: מתייחסים אל ההלוואה כאילו היתה השקעה במניות" (א' פרוקצ'יה "מימון דק", הרמת המסך והגבלת האחריות בדיני חברות" [22], בעמ' 558).

ב

ג

ד

משכך, ובהתחשב בכך שמבחינת בעל המניות הפגיעה בו – הנובעת מהדחיית פירעון חובו – היא מידתית לעומת הפגיעה שבהרמת מסך מלאה, ברי כי בית המשפט המחוזי היה מוסמך להורות על ההדחיה גם על פי הדין שקדם לסעיף 6 לחוק החברות, שכן סמכותו מעוגנת בהלכות שנקבעו על-ידי בית המשפט עוד בטרם נחקק חוק החברות בעניין הרמת מסך ההתאגדות. ראו למשל: ע"א 478/74 "נהר" בע"מ נ' מדינת ישראל [1], בעמ' 712; ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ [2]; חביב סגל בספרה הנ"ל [18], בעמ' 245-247.

ה

הרמת מסך ההתאגדות במקרה שבפנינו נועדה על מנת לקבוע כי החוב למערער הוא חוב שהחברה חבה לו כבעל מניותיה ולא כנושה שלה, וככזה, אין החוב ראוי להיכלל במסגרת של הסדר נושים.

ו

מן הכלל אל הפרט

ז

14. יש לדחות אף את טענת המערער כי לא הייתה הצדקה לגופו של עניין להורות על הרמת מסך חלקית בדרך של הדחיית פירעון חובו.

במשפט האמריקני אומצה התפיסה כי ניתן להדחות את זכותו של נושה שהוא גם בעל מניות בחברה שנקלעה למצב של חדלות-פירעון, אם נהג בחוסר תום-לב, ניהל את החברה באורח כושל, או אם מימן את פעילותה במבנה של "מימון דק". ראו *Taylor v. Standard Gas & E. Co.* (1939) [9]; *Pepper v. Litton* (1939) [10]. ואילו במשפטנו נתגלעה בספרות מחלוקת אם לעולם תידחה זכותם של בעלי השליטה בחברה מפני נשייתם של מי שאינם בעלי מניות, וכן אם די בהוכחה כי החברה הופעלה במבנה הון של "מימון דק" כדי להורות על הדחיית חובם של בעלי השליטה, או שמא יש להוכיח כי בעלי השליטה ניצלו לרעה את מסך ההתאגדות באופן העולה כדי תרמית. ראו, מן הצד האחד, דעתו של פרופ' פרוקצ'יה (א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה [19], בעמ' 75), ומן הצד האחר, דעתו של פרופ' צ' כהן (כהן בספרה הנ"ל [17], בעמ' 712, 714-715).

הנימוק המועלה לתמיכה בעמדה הגורסת שאין לראות באופן מימונה של חברה באמצעות הלוואות בעלים כשלעצמו עילה להדחיית פירעון חוב החברה לבעלים, נימוק זה מבוסס בעיקרו על חופש החוזים. וכך הסבירה פרופ' כהן:

"מימון דק כשלעצמו אינו צריך, לדעתי, לשמש בסיס להדחיית זכותו של בעל המניות הנושה. כל עוד אין החוק קובע הון מינימלי לרישום חברות, יש לאפשר לצדדים את החופש לקבוע את חלוקת הסיכון, שהם מבקשים ליטול ברישום החברה. הכרה במימון דק כבסיס להרמת מסך או להדחיית זכותו של בעל המניות הנושה תפגע בוודאות וביציבות המשפטית, שהן גורמים חיוניים לניהול עסקים באמצעות חברות" (שם [17], בעמ' 712).

דא עקא, ניתן להצביע על קבוצת נושים אחת לפחות שפעילותה של החברה במבנה של מימון דק יפגע בה, ושלא נתנה את הסכמתה לקשר חוזי עם החברה ולנשיאה בסיכון הגלום בקשר זה – הלוא היא קבוצת הנושים הלא רצוניים. בקבוצה זו נכללים למשל מי שהחברה חבה כלפיהם בנזיקין. ואמנם, ביחס לנושים אלו, ואף ביחס לנושים רגילים אחרים של החברה, שבמסגרת פעילותה אין ברשותם המשאבים הנדרשים על-מנת לאמוד את הסיכון הטמון בפעילותה של חברה, הנחזית להיות איתנה אך ממומנת בעיקר על-ידי הלוואות בעלים, נוצר כשל שוק המצדיק את התערבות המשפט.

15. יהיה הדבר כאשר יהיה, במקרה שבפנינו הונחה בפני בית המשפט המחוזי תשתית ראייתית מבוססת שהיה בה כדי להצדיק את הרמת המסך החלקית ביחס לחובו של המערער.

כאמור, בית־המשפט המחוזי קבע כעניין שב עובדה, ראשית, כי המערער והחברה פעלו כגוף כלכלי אחד תוך שהמערער שולט שליטה מלאה בחברה ; שנית, כי החברה מומנה במבנה של "מימון דק", בין היתר, תוך שהחברה נוטלת הלוואות בסכומים גבוהים למימון פעילותה. ואמנם, אף ביחס להלוואה שבעטייה נוצר החוב המותנה למערער אין זאת אלא כי דרישת הבנק מן המערער להעמיד ערבות אישית לחובות החברה כתנאי למתן הלוואה נבעה מכך שלחברה עצמה לא היו נכסים משלה בעלי ערך כלכלי ממשי שאותם הייתה יכולה לשעבד. מימון החברה בדרך של מתן ערבות אישית לחובותיה איפשר אפוא למערער, מחד גיסא, ליהנות לבדו מן הסיכוי להפיק רווחים מהמשך פעילותה של החברה, ומאידך גיסא, להתחלק עם נושיה הלא מובטחים של החברה בסיכון הרב יחסית שבפעילותה.

א

ב

לכל אלה מצטרפת התביעה הכספית שהוגשה על ידי החברה והנאמן כנגד המערער, שבגדרה הועלו טענות – אף שטרם נתבררו – כי המערער פעל במירמה ונטל מנכסי החברה לעצמו.

ג

במכלול ראייתי זה היה אפוא כדי להצדיק מתן הוראה – אף שזו עשויה עקרונית להשתנות בהמשך הדרך – בדבר הדחיית פירעון החוב למערער.

ד

אשר־על-כן אני מציעה לדחות את הערעור. כן אני מציעה לחייב את המערער בהוצאות המשיבים בסך כולל של 30,000 ש"ח.

השופט א' ריבלין

ה

1. לצערי, אינני יכול להצטרף לתוצאה שהגיעה אליה חברתי השופטת דורנר בפסק־דינה. כפי שהבהירה היטב חברתי, שתיים הן השאלות הצריכות תשובה בענייננו: האחת משפטית, והאחרת – עובדתית. השאלה המשפטית היא מהו המקור הנורמטיבי לדוקטרינת ההדחיה, במקרה זה. השאלה העובדתית היא אם בנסיבות המקרה אכן היה ראוי להכפיף את פירעון חובו (המותנה) של המערער לפירעון חובות החברה ליתר הנושים באופן שהאחרונים יקדימו את הראשון. באשר לשאלה המשפטית – דעתי כדעתה של חברתי, ואולם סבור אני כי לא הובאה תשתית עובדתית מספקת לקביעה כי היה מקום, בענייננו, להדחות את פירעון חובו של המערער מאחר שלא הוכח כי החברה מומנה במימון דק.

ו

ז

התשתית הנורמטיבית: הרמת מסך והדחיה

א 2. חברה היא אישיות משפטית נפרדת הכשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבות עם אופייה וטבעה כגוף מואגד (ראו, היום, סעיף 4 לחוק החברות; ראו גם רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין [3]). לפיכך על דרך הכלל קם חוצץ בין האישיות המשפטית של החברה לבין בעלי מניותיה. לעיקרון זה בדבר האישיות המשפטית הנפרדת של החברה נלווה תכופות עיקרון נוסף – עקרון הגבלת האחריות. על-פי עיקרון זה, אין בעלי המניות חבים בחובות החברה מעבר לסכום שהשקיעו בה.

ב 3. לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ישנם חריגים אשר נועדו למנוע מצב דברים שבו משמש המסך המפריד בין החברה לבעלי מניותיה מסתור לפעילות שלילית, להונאת נושים, להתחמקות מן הדין או להתחמקות מחיובי החוזה. בהתקיים חריגים אלה ניתן להרים את מסך ההתאגדות ולהתעלם מן האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד. בעבר הצביעה הפסיקה על עילות כלליות להרמת המסך על-ידי בית-המשפט (ראו, בין היתר: ע"א 478/74 הנ"ל [1]; ע"א 494/70 נירנברג נ' נירנברג [4]; ע"א 69/84 שפר נ' בונה [5]). נוסף על כך נקבעו, בדברי חקיקה שונים, הוראות סטטוטוריות להרמת מסך במקרים מיוחדים (ראו, בין היתר, סעיף 63 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 120 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972; סעיף 7 לחוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963). כיום מעוגנות העילות הכלליות להרמת מסך בהוראת סעיף 6 לחוק החברות, הקובע כהאי לישנא:

... (א)''

- ה (ב) על אף הוראת סעיף 4, רשאי בית משפט 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).
- ו (ג) בית משפט הדן בה ליך נגד חברה רשאי, במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים, להרים את מסך ההתאגדות בהתקיים אחד מאלה:
- ז (1) השימוש באישיותה המשפטית הנפרדת של החברה נועד לסכל כוונתו של כל דין או להונות או לקפח אדם;
- ח (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.

"...

הנה-כ"כ, לבית-המשפט סמכות, בהתקיים התנאים המנויים בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג), להתעלם מן הפרגוד החוצץ בין החברה לבין בעלי המניות בה ולייחס לאח רונים את חובותיה.

4. אחת העילות שהפסיקה האמריקנית הכירה בהן כעילה מספקת להרמת מסך ההתאגדות היא עילת המימון הדק (ראו: *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.* (1926) [12]; *Weisser v. Mursam Shoe Corporation* (1942) [13]). לאמור, מקום שבו ההון העצמי של החברה איננו עומד ביחס סביר לסיכונים שהיא נושאת בהם, או שאינו עומד ביחס סביר להלוואות שנטלה מצדדים שלישיים (מינוף גבוה), ניתן להסיט את הפרגוד ו לבטל את הגבלת האחריות של בעלי המניות (ראו י' כהן דיני חברות (כרך א) [20], בעמ' 242). אלא שלעתים אמנם בעלי המניות עצמם מזרימים כספים די לחברה, אלא שהם עושים כן בדרך של הלוואות בעלים. במקרה כזה התוצאה מבחינת הנושים דומה, שהרי אין לחברה די הון עצמי בכרית הביטחון שנועדה להבטיח את פירעון חובם, והם נדרשים להתחרות בהלוואות הבעלים או אף להידחות מפניה (ראו פרוקצ'יה, במאמרו הנ"ל [22]). אילו היו בעלי המניות משקיעים את ההון באמצעות רכישת מניות – חלף הלוואות הבעלים – לא היה ניתן לומר כי החברה ממומנת באופן דק, אולם משהשקיעו בעלי המניות את הכספים הדרושים בדרך של הלוואות בעלים, נגרע סכום זה מכרית הביטחון, ובעלי המניות השימו עצמם במעמד של נושים "חיצוניים" הזכאים לפירעון חובם על-פי מעמדם זה, להבדיל ממעמדם כבעלי מניות – מעמד המקנה להם זכות שיווית בלבד להיפרע מנכסי החברה.

דוקטרינת ההדחיה (subordination) עשויה ליתן מענה ראוי למצב דברים שכזה. דוקטרינה זו, שמקורה בפסיקה האמריקנית, היא, הלכה למעשה, ריכוכה או מיתונה של דוקטרינת הרמת המסך (ראו: *Consolidated Rock v. Costello v. Fazio* (1958) [14]; *Pepper, supra* [10]; *Products Co. v. Du Bois* (1941) [15]). כמה דברים אמורים? שאם נעשית הרמת מסך מלאה, חבותו של בעל המניות משתרעת על מלוא חובותיה של החברה, ואילו אם בהדחיית חובו של בעל המניות מדובר, הרי שזה אינו חב בכל חובותיה של החברה, אלא חובו שלו – בגין הלוואות הבעלים שנתן – נדחה לסוף התור. בעל המניות – המחזיק בכובע נוסף, כובע של נושה – ייפרע מנכסיה של החברה אך ורק לאחר שיקבלו יתר הנושים את חלקם על-אף כל הוראה אחרת בהסכם ההלוואה

א שבין בעל המניות לבין החברה, ואפילו אם חובו של בעל המניות (בכובעו כנושה) הוא חוב מובטח. התוצאה היא כי אחריותו מוגבלת לסכום שהזרים לחברה – בין כבעל מניות ובין כמלווה (ראו פרוקציה בספרו הנ"ל [19], בעמ' 75).

כיום קובע סעיף 6 לחוק החברות, בסעיף קטן (ה), כי:

ב "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".

ג סעיף 6(ה) לחוק החברות מאמץ אפוא את דוקטרינת ההדחיה בקובעו כי בית המשפט רשאי להשעות (להדחות) את זכותו של בעל מניה להיפרע את חובו עד לאחר פירעון יתר התחייבויותיה של החברה.

ד נשאלת השאלה אם בית המשפט היה מוסמך, גם עובר לחקיקת חוק החברות, להורות על הדחיית חוב הנובע מהלוואת בעלים. בעניין זה מסכים אני עם חברתי כי מקום שהיה בית המשפט רשאי להורות על הרמת מסך "מלאה", ממילא היה רשאי גם להורות על הרמת מסך "חלקית", קרי הדחיה.

ה 5. בית-משפט זה, אף שלא באופן פוזיטיבי ומפורש, הכיר, כך נראה, בעילת המימון הדק כעילה להרמת מסך (ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד [6]). בית-משפט הרים את מסך ההתאגדות כאשר נעשה בו שימוש לרעה (ע"א 478/74 הנ"ל [1]). מימון עצמי קטן ביותר או מינוף גדול עלולים להיחשב שימוש לרעה במסך ההתאגדות (חביב-סגל בספרו הנ"ל [18], בעמ' 253; ראו גם א' פלמן, ה' בר-מור דיני חברות בישראל – להלכה ולמעשה (כרך א) [21], בעמ' 128-129). לפיכך נראה כי גם עובר לחקיקת חוק החברות הייתה סמכות לבית המשפט להרים מסך בעילה של מימון דק, ומכאן – גם סמכות לבחור, במקרים מתאימים, בסעד מידתי יותר – סעד של הדחיה.

ו 6. את דוקטרינת ההדחיה ראוי, לדעתי, לצמצם ליחסים שבין בעל המניות לבין נושי החבר ה ולא להחילה על היחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם. רוצה לומר: מכוח דוקטרינת ההדחיה זוכים הנושים של החברה לעדיפות בפירעון חובותיה על פני בעל המניות שלו חבה החברה בגין הלוואת הבעלים שנתן. אולם עדיין תישמר לבעל המניות שהעניק לחברה הלוואת בעלים עדיפות בפירעון חובו זה על פני תביעתם השירית של בעלי המניות האחרים (ושלו עצמו) בגין השקעתם במניות החברה. שהרי

דוקטרינת ההדחיה באה לשרת את האינטרס של הנושים להיפרע את מלוא חובותיהם , אך אין היא באה להגן על בעלי המניות שקבעו סדרי עדיפויות בינם לבין עצמם.

א

נותרה אפוא השאלה אם היה ראוי , במקרה זה , להדחות את החוב העתידי של המערער לסוף התור. לבחינת שאלה זו ניגש עתה.

מן הכלל המשפטי אל עובדות המקרה

ב

7. עמדנו על כך כי דוקטרינת ההדחיה באה , בעיקר , ליתן מענה במקרים שבהם מומנה החברה באמצעות הלוואת בעלים , ואילו בענייננו חובה של החברה למערער אינו נובע מהלוואת בעלים שהעניק לה . מדובר בענייננו בחוב של החברה בגין מימוש צפוי של שעבוד , המוטל על נכס מקרקעין שבבעלות המערער מכוח ערבותו של המערער לחובות החברה כלפי הבנק. האם יש ללמוד גזרה שווה משם לכאן ? אני מוכן להניח כי ייתכנו נסיבות שבהן יהיה ראוי גם בסיטואציה כזו להדחות את פירעון חובו של בעל המניות הערב . כך במקום שהחברה מומנה במימון דק , קרי לא הושקע בה די הון עצמי יחסית לסיכונים שהיא נטלה או יחסית לסכומים שגייסה באמצעות הלוואות מצדדים שלישיים , ובשל המימון הדק נדרש בעל המניות ליתן ערבות אישית על -מנת שתוכל החברה ללוות כספים . אלא שאינני סבור כי עצם ערבותו של בעל מניות לחוב של החברה מצביעה , מניה וביה , על כך שהחברה מומנה במימון דק , ועל-כן גם אינני סבור כי בכל מקרה של ערבות אישית כזו יוכפף פירעון החוב לבעל המניות , בגין ערבותו , לפירעון יתר חובותיה של החברה. אבאר את דבריי.

ג

ד

8. אכן , לעתים נדרשים בעלי מניות בחברה לערוב אישית להלוואות של החברה ואף לשעבד נכס השייך להם לצורך כך . ואכן , לעתים יכול שדרישה זו לערבות אישית תנבע מכך שהחברה מומנה במימון דק . אולם מעצם הדרישה לערבות אישית של בעל מניות אין לגזור , בבחינת מס קנה הכרחית , כי החברה מומנה במימון דק . כך למשל ייתכנו מקרים שבהם יהיו לחברה נכסים בעלי ערך שכבר משועבדים לנושים אחרים . אפשרות אחרת היא שאין בחברה הון עצמי די על -מנת להשביע את רצונו של המלווה , ועדיין לא נאמר כי קיים יחס בלתי סביר בין ההון העצמי לבין הסיכונים שהחברה נושאת בהם או ההלוואות שהיא נוטלת , וייתכנו מקרים נוספים שבהם יבקש מלווה ערבות אישית של בעל המניות אף -על-פי שהחברה אינה ממומנת באופן דק . כל מקרה נבחן על-פי נסיבותיו. אולם ברי לי כי אין זה ראוי לקבוע כלל חלוט שלפיו בכל פעם שבעל מניות ערב לחובות החברה , והחברה נקלעת לקשיים , יודחה פירעון החוב העתידי בגין הערבות עד לאחר פירעון החובות ליתר הנושים. כלל כזה אינו מתיישב עם הזהירות הראויה המתבקשת מן החשש שמא יצא שכרה של הרמת המסך (המלאה או

ה

ו

ז

החלקית) בהפסד היתרונות הגלומים בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת והגבלת האחריות (ראו: ע"א 471/68 יעקב נ' המפרקים של מקיף בע"מ (בפירוק) [7]; ע"א 494/70 הנ"ל [4]). הוא עלול לפגוע בבעלי מניות שהזרימו הון די לחברה, וכך בכך גם היו ערבים אישית לחובותיה ושעברו נכס השייך להם. כלל כזה גם עלול להרתיע בעלי מניות מלערוך לחובותיה של החברה.

יש לזכור כי גם הלוואת בעלים, היא כשלעצמה, לא די בה כדי להביא להדחיית חובה של החברה לבעל המניות בגין הלוואתו. נדרש, בנוסף, כי בהתעלם מהלוואת הבעלים מימון החברה הוא דק, ואילו כשמצרפים את הלוואת הבעלים לסכום שהושקע במניות החברה – המימון איננו דק. כך בעניין הלוואת בעלים, וכך גם בעניין "ערבות בעלים": רק כאשר מימון החברה – בהתעלם מן הערבות – הוא דק עשויה לקום הצדקה להפעלת דוקטרינת ההדחיה.

9. עיון בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי מעלה כי קיומו של מימון דק בחברה הוסק מעצם מתן הערבויות האישיות על ידי המערער. ערבויות אלה, כך קבע בית-משפט קמא, משמעותן כי:

"...המערער גלגל לפתח הנושים הרגילים, חסרי הערבויות, את הסיכון העסקי שנטל בשם החברה, ושיתפם בסיכון זה ללא ידיעתם ובלא שיתפם באופן כלשהו בתשואה הצומחת מכך. בכך ביקש המערער לצאת כדי חובתו האישית כלפי הנושים החזקים, אשר דרשו ערבויות אישיות בתמורה לאשראי שהעמידו לחברה. אולם בכך קיפח את חלקם של הנושים החלשים, שכוחם לא עמד להם לדרוש ערבויות" (שם [8], בעמ' 955).

דא עקא, שכאמור, בעצם מתן הערבויות האישיות לא סגי כדי להביא להדחיית פירעון החוב למערער. גם בתגובות המשיבים אין טענה מבוססת ומוכחת לפיה מומנה החברה במימון דק. בנסיבות אלה סבורני כי עילת המימון הדק לא הוכחה, ולכן גם לעת הזו אין עילה להדחות את פירעון החוב בגין המימוש הצפוי של הערבות.

9. ראוי להעיר גם זאת: למשיבים טענות קשות כנגד המערער, בין היתר בעניין עיסקאות שביצע בניגוד לטובת החברה ומתוך ניגוד אינטרסים, בעניין תרמית, חוסר תום-לב והפרת חובות האמונים והזהירות, שאותן הוא חב לחברה, ובעניינים נוספים. טענות אלה מתבררות בבית-המשפט, ויכול שיהא בהן כדי לשנות בפועל את התוצאה שהגעתי אליה בפסק-דיני. אולם בשלב זה, ועל-פי החומר המצוי בפנינו, לא מצאתי כי

הוכחה עילת המימון הדק, וממילא גם לא עילה להדחיית פירעון חובה (המותנה) של החברה למערער. גם העילה האחרת שבית המשפט סמך עליה את החלטתו – ניהול כושל של החברה – לא די בה כדי להביא להדחיית חובו של המערער (אם כי כאמור ייתכנו לה נפקויות אחרות).

סוף דבר – אם תישמע דעתי נקבל את הערעור במוכח זה שתתבטל קביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר הדחיית פירעון חובה (המותנה) של החברה למערער בגין ערבותו. בנסיבות העניין הייתי מציע שכל צד יישא בהוצאותיו.

השופטת מ' נאור

1. חברי השופטים דורנר וריבלין מסכימים שניהם, ואני מסכימה עמם, כי בית המשפט היה מוסמך, גם עובר לחקיקת חוק החברות, להורות על הדחיית חוב. הדחיית החוב יכולה לנבוע מסיבות מגוונות, ובהן מימון החברה באמצעות הלוואת בעלים; חוב של החברה בגין מימוש צפוי של שעבוד המוטל על נכס פרטי של בעל מניות מכוח ערבותו לחובות החברה כלפי נותן ההלוואה ועוד ועוד.

2. אני מסכימה עם חברי השופט ריבלין כי אין לקבוע כלל חלוט שלפיו בכל פעם שבעל מניות ערב לחובות החברה, וזו נקלעת לקשיים, יידחה פירעון החוב העתידי בגין הערבות עד לאחר פירעון החובות ליתר הנושים. עוד שותפה אני למסקנתו של חברי שלפיה לא הייתה במקרה זה תשתית עובדתית מוכחת ומספקת שאפשרה לקבוע שהחברה אכן מומנה במימון דק. אין נוסחת קסמים לקבוע מתי מימון ייחשב למימון דק. הכול תלוי בנסיבות העניין, ובתיק הערכאה הראשונה אין שום נתונים בנושא זה. לדעתי גם אין מקום להסיק שדרישת הבנק מהמערער להעביר ערבות אישית לחברה נבעה מכך שלחברה לא היו נכסים משלה שאותם הייתה יכולה לשעבד. מובן שאפשר, וכך הם פני הדברים, אך היה צריך להביא נתונים קונקרטיים בעניין זה.

3. הטענות הקשות שיש למשיבים כנגד המערער, ובהן טענות על ניהול כושל ועוד, הכול כפי שפירט חברי, מתבררות בהליכים שיפוטיים, ואף לדעתי מוקדם להסיק מסקנות על יסוד טענות אלה.

4. למרות הסכמתי לניתוח זה של חברי השופט ריבלין עמדתי הסופית היא כי אכן יש להדחות את חובו של המערער כפי שקבעה חברתי השופטת דורנר, אך מטעם אחר: על-פי הסכם המכר של המניות מחוץ לבורסה שנחתם ביום 17.7.1996 בין המערער

לעזיזי (נספח א' לתיק מוצגי המערער), היה על עזיזי לשלם את תמורת המניות למערער וכן לדאוג לכך שלא יאוחר מיום 2.9.1996 ישוחרר המערער מכל הערבויות האישיות שחתם עליהן בהתייחס לפעילות החברה. הנאמן טען בערכאה הראשונה, וחזר וטען גם לפנינו, כי המערער לא פירט מה נעשה על ידי על-מנת לממש התחייבות זו ואם נקט הליכים משפטיים על-מנת לאכוף על עזיזי לקיים את התחייבותו. בנסיבות אלו, כך טען הנאמן, וכל עוד לא עשה המערער כלל או די להסרת ערבותו זו, אין להטיל על החברה, ולמעשה על נושיה, את הנטל הכספי הכרוך בערבות.

ב

5. המערער טען בתצהירו הנוסף בערכאה הראשונה וכן לפנינו כי עזיזי, שרכש ממנו "חברה ציבורית יציבה ומשגשגת", לא שילם למערער ולו שקל אחד מתוך מיליוני השקלים שהתחייב לשלם לו והפר את ההסכם עם המערער ולא שחרר אותו מערבויותיו. לטענתו הוא נפל קורבן למירמה של עזיזי.

ג

6. מערכת היחסים בין המערער לעזיזי לא התבררה בהליך שבפנינו. אין אנו יודעים מה הסבריו של עזיזי, אך המערער לא הסביר לא בערכאה הראשונה ולא בפנינו מדוע נמנע, אם נמנע, מלתבוע את עזיזי ולדרוש, בין השאר, לשחרורו מערבותו האישית.

ד

7. אני סבורה שכל עוד לא פעל המערער מול עזיזי כדי שזה ישחרר אותו מערבותו, ולמצער כל עוד לא הסביר בצורה משכנעת את מחדלו לעשות כן, פועל המערער שלא בתום-לב כלפי החברה, ומסיבה זו יש להדחות את חובו.

ה

8. מטעם זה מצטרפת אני למסקנתה של חברתי השופטת דורנר, אך ראיתי לנכון להבהיר את טעמי לכך. בערכאה הראשונה יכול שיהיו (או היו) התפתחויות האוצלות על מערכת השיקולים השונים להדחיית החוב או על אי-הדחייתו העולות מחוות-הדעת השונות בתיק זה.

ו

9. כיוון שמסקנתי זהה למסקנתה של חברתי השופטת דורנר, אני מצטרפת לקביעתה גם בעניין ההוצאות.

ז

הוחלט ברוב דעות כא מור בפסק-דינה של השופטת דורנר כנגד דעתו החולקת של השופט ריבלין.

ניתן היום, ט' בתמוז תשס"ג (9.7.2003).

מיני-רציו:

* חברות – אישיות משפטית נפרדת – הרמת מסך

א

מימון דק כעילה להרמת מסך והטלת אחריות על בעלי החברה – אימתי מתקיים מימון דק – הדחיית חובו של בעל מניו ת שנתן לחברה הלוואת בעלים – במקרה של חדלות-פירעון והסדר נושים – כהרמת מסך חלקית המתאימה לנסיבות של מימון דק – מקור סמכותו של בית-המשפט להורות על הדחיית החוב.

* חברות – פירוק – נושים

ב

עקרון השוויון בין הנושים – אימתי יש לסטות ממנו – הדחיית חובו של בעל מניות שנתן לחברה הלוואת בעלים – במקרה של חדלות-פירעון והסדר נושים – כהרמת מסך חלקית המתאימה לנסיבות של מימון דק – מקור סמכותו של בית-המשפט להורות על הדחיית החוב – התשתית העובדתית הנדרשת לשם כך.

ג

ד

ה

ו

ז