

פירוק של איגוד מקרקעין

מאת

עו"ד שי שגב*

א. מבוא ומסגרת הדין

1. במסגרת מאמר זה נדון בשאלה, מהי מערכת הדינים שתחול על פירוקה של חברה בערבון מוגבל שהינה "איגוד מקרקעין" - דהיינו, חברה שבעת פירוקה נכסיה היחידים הינם נכסי מקרקעין - האם דיני החברות, האם דיני הקניין, או שמא סינתיזה בין שתי מערכות הדינים?
2. כפי שנראה להלן, הבעיה נובעת מכך שכל אחת ממערכות הדינים האמורות מתייחסת באופן שונה לחלוטין ליחסי השיתוף המהווים את הקולקטיב, שאותו יש לפרק. במצב כזה, לכל אחד מהצדדים לדיון המשפטי יש אפשרות להיצמד למערכת הדינים הנוחה לו. המצדד בביצוע הפירוק יטען לתחולת דיני הקניין במקרקעין; המצדד בדחיית הפירוק יטען לתחולת דיני החברות.
3. דעתי, כפי שתובהר להלן, הינה, שבמקרים אלה ובדרך כלל, דיני החברות אמורים ללכת בעקבות דיני הקניין. אלא שזו שאלה של היקף ומידה, והכל תלוי בטיב הנכסים המרכיבים את החברה, במהותה של החברה ובפעילותה, בזיקה בין בעלי המניות ובנסיבות הקמת החברה והאמור בתקנונה.

ב. פירוק השיתוף במקרקעין^[1]

4. פירוק השיתוף במקרקעין (דהיינו, בזכות במקרקעין הרשומה במירשם המקרקעין^[2]), מתבצע על ידי פירוק השלם לחלקיו^[3], כך שבתחילת התהליך קיימת קרקע, שהזכויות בה משותפות, ובסיום התהליך לא קיים שיתוף וכל אחד מהשותפים מקבל את חלקו, בין בעין ובין בכסף^[4].
- תהליך הפירוק מוסדר בסעיפים 37-45 וכן בסעיפים 46-48 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין").
5. נקודת המוצא של המחוקק הינה, ששיתוף בנכסי מקרקעין אינו רצוי, ובעלות נפרדת בזכויות תמנע חיכוכים, הוצאות מיותרות וחשש לעשיית עושר ולא במשפט של אחד השותפים או יותר על חשבון האחרים, ואף תייעל ותמריץ את פיתוחם של המקרקעין. המחוקק קבע מספר מנגנונים לפתרון הבעיה המכונה "בעיית הנציג", אשר עלולה להתעורר גם במצבים של שיתוף במקרקעין. אחד מהמנגנונים האמורים הוא מתן זכות כמעט אבסולוטית לפירוק השיתוף.
6. ביטוי למגמה זו ניתן למצוא בסעיף 37(א) לחוק המקרקעין הקובע, כי כל שותף במקרקעין משותפים זכאי, בכל עת, לדרוש את פירוק השיתוף. סעיף 37(ב) מאפשר לבית-המשפט להתעלם מתניה בהסכם שיתוף המגבילה את הפירוק לתקופה העולה על שלוש שנים, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.
7. באופן עקרוני, אם אחד השותפים עומד בתוקף על זכותו לפרק את השיתוף, גם אם כתוצאה מהפירוק ייגרם נזק לשותף האחר מעצם הפירוק, אין בעובדה זו כדי לעכב את ההחלטה על



הפירוק[5]. יתרה מזאת, גם במקרים חריגים, כגון פירוק השיתוף בדירת המגורים של בני-זוג, לבית-המשפט קיים שיקול דעת לגבי שאלת עיתוי ביצוע הפירוק, אולם לא לגבי עצם ההכרזה עליו[6]. לא זו בלבד, בית-המשפט העליון הביע דעתו, כי מן הראוי שהליכי הפירוק יהיו יעילים, ובאין הסכמה, ייעשו בהתאם למתווה שבחוק, ככל הניתן, וזאת על מנת למנוע חיכוכים מיותרים בין השותפים[7]. הדבר נכון גם במקרים מורכבים[8], אלא אם כן ביצוע הפירוק מצריך אדמיניסטרציה מיוחדת, ואז ניתן למנות מנהלים מיוחדים לשם כך.

8. בנוסף, בית-המשפט צמצם את האפשרות לסכל את תכליתו של הליך הפירוק. הדוגמה הקלאסית לכך הינה צמצום מתמשך והולך של תחולת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972, המאפשר - בכפוף לתנאי הסעיף - למחזיק במקרקעין משותפים להמשיך ולהחזיק במקרקעין על אף השיתוף[9].

9. לא זו בלבד, במקרה אחר הביע בית-המשפט את דעתו, כי גם כאשר ניתן לנהל את השיתוף, באופן שישיא רווח בשיעור גבוה יותר, גם אז לא ניתן לחייב את השותפים לפעול באופן אקטיבי להשבת המקרקעין, ככל שפעולה זו חורגת ממתווה החוק, שכן יחסי שיתוף במקרקעין הינם פסיביים מעיקרם[10]. לדוגמה, לא ניתן לחייב את השותפים לשפץ את המקרקעין לפני המכירה, על מנת שהנכס יימכר במחיר גבוה יותר.

ג. פירוק חברה

10. להבדיל משיתוף במקרקעין, אחד מהעקרונות המרכזיים של חברה בערבו מוגבל הוא עיקרון "אי הפריקות", קרי עמידותה האיתנה יחסית של החברה מפני אפשרות פירוקה^[11].

11. עיקרון זה נקבע לא בכדי. אחד מהשיקולים הלגיטימיים התומכים בהחלטה להתאגד כתורה דווקא, לעומת שותפות, הינו תכונת אי הפריקות שלה. תכונה זו מאפשרת לבעלי המניות ביטחון יחסי בעת הקמת המיזם באופן של התאגדות כתורה דווקא, התאגדות הדורשת השקעה של זמן וכסף. אילו ניתן היה לפרק את החברה באותה קלות בה מפרקים את השיתוף במקרקעין, או בקלות בה ניתן לפרק שותפות עסקית, נראה כי הרבה יזמים היו מושכים את ידם מהתאגדות בחברה, או לכל הפחות משתדלים להבטיח את עצמם בהסכם נפרד או בתקנון ההתאגדות. עיקרון אי הפריקות נגזר גם מאחת התכליות של יצירת החברה - מיזעור עלויות העיסקה[12].

12. עיקרון אי הפריקות בא לידי ביטוי, בין היתר, באפשרותו של בעל המניה למכור את מניותיו - exit. ככל שאפשרות זו קיימת, תימנע בדרך כלל זכותו לדרוש את פירוק החברה, גם במקרים בהם הוא יוכיח, כי בעלי המניות האחרים קיפחו את זכויותיו. במקרים אלה, הסעד הטבעי להסרת הקיפוח יהיה חיוב בעלי המניות ה"מקפחים" לרכוש את מניותיו של בעל המניות ה"מקופח", על פי שווי אובייקטיבי. רק במקרים נדירים הסעד להסרת הקיפוח יהיה פירוק החברה.

13. אחת הדוגמאות להמחשת נקודה זו, שנדונה לאחרונה, היתה פרשת סתוי נ' נאחוסי[13]. המערערת, בעלת מקרקעין, הקימה יחד עם המשיב חברה לצורך ניהול מסעדה על המקרקעין, כאשר ההון חולק ביניהם שווה בשווה. המערערת השכירה לחברה את הקרקע (שלה) עליה עמדה המסעדה בדמי שכירות סימליים עד שנת 2011. מי שניהל את המסעדה בפועל היה המשיב.

כנראה שהעסק לא התנהל על מי מנוחות, כיוון ששנתיים לאחר מכן המערערת הגישה בקשה לפירוק החברה לפי סעיף 5257(5) המאפשר לפרק את החברה מטעמי צדק ויושר. המערערת טענה, כי המשיב ביצע מעשי מרמה ונוכלות, בנוטלו שלא כדין כספים מהחברה ובעשותו שימוש בנכסי החברה לצרכיו הפרטיים. לטענתה, עסקיה נקלעו למבוי סתום, ומן הצדק והיושר לפרק את החברה. במסגרת זאת, היא טענה, יש לראות את החברה כמעין שותפות.



בית המשפט המחוזי קבע, כי לא הוכחה כוונת הטעיה או מרמה, והחברה לא הגיעה למבוי סתום. על כן, בנסיבות העניין, מתן צו לפירוק החברה יהיה דרסטי מדי, אך מאחר שאין אמון בין הצדדים, יש להפריד ביניהם. הפרדה זו תיעשה על ידי התמחרות בין הצדדים, לאחר שיוערך שווי החברה. לשני הצדדים אינטרס שווה לרכוש את החברה: המבקשת, מכיוון שהמסעדה יושבת על מקרקעין שלה, והמשיב, כיוון שהוא למעשה מתפעל את החברה והשקיע בה את מיטב זמנו, כספו ומרצו. בגין החלטה זו הוגשה בקשה למתן רשות ערעור, שבית- המשפט החליט לדון בה כבערעור.

14. בית המשפט (מפיו של הנשיא אהרון ברק) החליט לדחות את הערעור, תוך שהתמקד בשיח של דיני החברות. מתן סעד של פירוק חברה בעילה של צדק ויושר מסור לשיקול דעתו של בית- המשפט. הפסיקה הכירה במספר מצבים קיצוניים בהפעלתה של עילה זו, כגון: היקלעות החברה למבוי סתום כרוני; הרס התשתית שלשמה הוקמה החברה; מעשי תרמית; חברה שהינה למעשה שותפות; מצב בו החברה היא חברת "בועה", ועוד. גם במקרים בהם מתקיימת לכאורה עילה לפירוק, יש לבדוק, האם הפירוק יהיה התרופה האופטימלית בנסיבות העניין. אם צרכיו של המבקש יכולים להתמלא בדרך פחות קיצונית, לא יינתן סעד של פירוק, שכן פירוק הוא סעד דרסטי המביא לחיסולה של החברה, ובעיקרון יש להימנע ממנו, אם מתברר כי קיים סעד חלופי שיסיר את הטעם לפירוק. במסגרת זאת בית-המשפט רשאי לשקול מיגוון רחב של שיקולים, כגון: קיומו של סעד חלופי; מניעי המבקש והתנהגותו; רצון בעלי המניות האחרים; האם העסק, אותו מנהלת החברה, פעיל ורווחי; נזק שייגרם למי מן הצדדים ולצדדים שלישיים; מערכת היחסים בין הצדדים[14].

15. בעניין הנדון, נשמטה הקרקע תחת טענות המרמה ותחת הטענה כי החברה הגיעה למבוי סתום. מאידך, בית המשפט קבע, כי יש מקום להפריד בין בעלי המניות. במסגרת זאת, והואיל והחברה הנדונה הינה "מעין שותפות", בית המשפט היה רשאי לפרק את החברה מטעמי צדק ויושר, אולם הוא בחר בהתמחרות, מנימוקים שפירט בהחלטתו, ובעיקר קיומו של אינטרס של כל צד לרכוש את מניות משנהו. פסק הדין עסק בחברה פעילה ורווחית, כאשר כל אחד מהצדדים השקיע בה נכסים ואו עבודה, ובנסיבות העניין אין מקום להתערב בהחלטתו של בית-המשפט.

16. שימו לב, כי ההצדקה של תוצאת פסק הדין נעוצה בכך, שהחברה האמורה מנהלת עסק וזו תכליתה, למרות שיש בכך כדי לגרום למבקשת עוול, שכן הקרקע שלה, שניתנה לחברה בשכירות סימלית למשך שנים ארוכות במטרה שתשמש את החברה כל עוד המבקשת תהיה בעלת עניין בה, עלולה להישאר בשכירות של החברה ובהחזקתה הבלעדית, ללא כל תמורה. עוול זה יש לתקן במסגרת ההתמחרות וההתחשבות שבין הצדדים. לחילופין, ניתן היה לנסות ולבטל את חוזה השכירות על פי העילות המוקנות בדיני החושים. מכל מקום, אין לכך רלוונטיות לעצם פירוק החברה. הנקודה החשובה הנלמדת מפסק-הדין האמור הינה, "סוף מעשה במחשבה תחילה" - יש להסדיר בעיות כאלה מראש, בהסכם השכירות או במסמכי ההתאגדות (לרבות הסכם המייסדים).

ד. מערכות הדינים האמורות - הדומה והשונה

17. בטרם נתקדם בדיון, ננסה לאתר מספר נקודות השקה, ולעומתן נקודות ההבחנה בין מערכות הדינים האמורות.

נקודת השקה - קיומו של שיתוף

18. נקודת ההשקה המרכזית והעיקרית הינה קיומו של שיתוף. כאשר מדובר במקרקעין, השיתוף מתבטא בהיותה של הזכות המשותפת יחסית בהתאם לחלקו של כל שותף בה. זהו שיתוף מסוג common ownership, לפיו סך כל החלקים מרכיבים את השלם. עיקרון דומה חל בדיני החברות. אם ניקח כדוגמה חברה, שבה מניות רגילות בלבד, הרי שזכויותיו של בעל המניות - הן כלפי החברה והן כלפי בעלי מניותיה - תלויות, ברוב העניינים[15], בשיעור המניות שהוא מחזיק. קיומו של שיתוף יוצר גם נקודות השקה משניות, כגון הצורך בכינוס אסיפות,



פרוצדורה לצורך קבלת החלטות, וכדומה. קיומו של שיתוף מחייב גם מערכת הסכמית המסדירה את יחסי השיתוף, ולעיתים [16] אף מסמך בכתב המעיד עליה או היוצר אותה.

נקודת השקה - יחסים פסיביים

19. קיומו של שיתוף מניח, מיניה וביה, קיומו של רכוש משותף. כאשר מדובר במקרקעין, המקרקעין עצמם, או כל חלק מהם, מהווים רכוש משותף. כאשר מדובר בחברה, הנכס המשותף הוא החברה (ולא רכושה של החברה). רכוש משותף יש לנהל, ולצורך הניהול יש למנות נציג. להבדיל מהתאגדות כשותפות, בה נקודת המוצא הינה שכל השותפים מנהלים את השותפות באופן אקטיבי, הרי שכאשר מדובר בשיתוף במקרקעין ובבעלות משותפת בחברה מכוח החזקת מניות בה, מערכות יחסים אלה הינן בטיבן פסיביות.
20. השיתוף במקרקעין יכול להיעשות באופן הסכמי (כגון על-ידי רכישה משותפת), ויכול להיווצר באופן לא רצוני (כגון על-ידי ירושה, בית משותף שנהרס מטיל, ועוד). מערכת היחסים המאפיינת אותו הינה שיתוף פסיבי, לפיו לא ניתן לאלץ שותף להשקיע זמן ומרץ בפיתוח המקרקעין והשבחתם, אלא אם כן נטל על עצמו התחייבות זאת במפורש.
21. הוא הדין בחברה. אחד העקרונות המרכזיים בה הוא הפרדה בין הבעלות על ההון לבין השליטה בחברה ותפעולה. כאשר מדובר בבעל מניות, המעורבות האקטיבית בניהול הנכס המשותף אינה הכרחית, ולעיתים אף זרה לתכלית ההתאגדות. כך, למשל, פעמים רבות פלוני רוכש מניה בחברה לצורך השקעה בה, ולא כניסיון למצוא צורת התאגדות שתיצור לו מקום עבודה. ידוע במיוחד לגבי חברות ציבוריות, כי בעלי מניות מן הציבור אינם נוהגים להשתתף באסיפות של בעלי מניות ורק לעיתים רחוקות מודעים למה שקורה בחברה; הם אינם מחוייבים להשתתף באסיפה ואף אינם מחוייבים להשקיע זמן ועבודה בחברה, ואף לא כסף מעבר לסכום אותו התחייבו לשלם בגין מניותיהם.

נקודת השקה - בעיית הנציג

22. האופי הפסיבי של השיתוף מחייב לעיתים מינוי נציג, אשר ינהל את הנכס בעבור יתר השותפים (הדבר תלוי, כמובן בנסיבות העניין, כגון מספר השותפים, היקף הנכס המדובר, והיקף הטיפול שהוא דורש). אף זו נקודת השקה, שנפקותה עשויה להיות החלת מערכות דינים שונות המסדירות את הבעיה הידועה כ"בעיית הנציג". בעיית הנציג אמנם חריפה יותר ככל שמדובר בחברה, וזאת לאור נקודות ההבחנה שיפורטו להלן (ולכן זו מוסדרת מפורשות בחוק החברות, תשנ"ט-1999 [17]). אולם, גם כאשר מדובר בניהול במקרקעין משותפים עשויה להתעורר בעיית נציג, שמוסדרת לא רק על פי דיני הקניין עצמם (לדוגמה - הצורך בהסכמה בגין כל פגיעה בזכות), אלא גם על פי הדין הכללי, כגון דיני עשיית עושר ולא במשפט, חובת תום הלב, חובת האמון, ועוד.

נקודת הבחנה - מיקומן ומהותן של מערכות הדינים

23. ההבחנה הראשונה בין מערכות הדינים, וממנה פינה ויתד לנקודות ההבחנה האחרות, הינה מיקומן של מערכות הדינים האמורות במסגרת המשפט, מהותן, טיבן ותכליתן.
- דיני הקניין במקרקעין שייכים באופן מובהק למשפט הפרטי. ייתכן שעל אלה יורכבו מרכיבים ומאפיינים נוספים, שיצריכו החלת מערכות דינים נוספות [18], אולם כאשר אנו בוחנים מערכת זאת, במנותק ממאפיינים נוספים שאינם הכרחיים, ובאופן הפשוט והבסיסי שלהם, דיני הקניין במקרקעין משוייכים למשפט הפרטי. זאת במיוחד כאשר השאלה המתעוררת הינה "פנימית", בין השותפים לבין עצמם (גם כאשר לא מדובר בשותפים בודדים [19]), לגבי אופיו של השיתוף ואופן פירוקו.
24. לעומת זאת, דיני החברות מצויים בלב ליבו של המשפט המסחרי. בראש ובראשונה, חברה הינה אישיות משפטית שהוקמה לצורך הפקת רווחים ומיקסומם, וזו גם תכליתה [20]. בנוסף,



חברה מנהלת עסקים באופן אקטיבי, מתקשרת בחוזים, נוטלת הלוואות, משעבדת נכסים וכדומה. בין אם החברה הוקמה לתכלית של יצירת נכס, שיהיה קל להעביר את הזכויות בו כפרוייקט שלם באמצעות העברת המניות[21], ובין אם היא הוקמה לתכלית של יצירת מקום עבודה לבעל המניות (תוך ניצול יתרון הגבלת האחריות), כך או כך - הכוונה הבסיסית הינה, שזו תהווה חלק בלתי נפרד מעולם המסחר, בין בהיותה נכס שחיר כשלעצמה ובין בהיותה מקום עבודה בעולם המסחר. מיקומה של החברה ב"סביבה משפטית" זו משפיע, ללא ספק, על ההכרעה איזו מערכת דינים תחול עליה ועל שיקול הדעת באופן הפעלתה[22].

25. דוגמה להבחנה בין מערכות הדינים הינה הפעלת עיקרון האוטונומיה של הרצון. ככל שמדובר במשפט הפרטי, הרי שיש מקום משמעותי ומרכזי יותר לעיקרון זה, במיוחד בדיני הקניין. כך, מימוש עיקרון זה אינו מחייב התחשבות רבה בזולת, ומצדיק העדפת האינטרס העצמי על אינטרס הזולת (בכפוף לעיקרון תום הלב). לעומת זאת, ככל שמדובר בעולם המסחר, בו קיימים "שחקנים" רבים שלכל אחד מהם אינטרס שונה, כגון: נושים רגילים, נושים מובטחים, בעלי מניות, גופים מוסדיים, עובדים ועוד, יש מקום להתחשב בכלם, לעיתים על חשבון עיקרון האוטונומיה של הרצון. כך, כאשר חברה מגיעה למצב של פירוק, יחול עיקרון השוויון, לפיו כל אחד יצטרך לוותר על חלק מהחוב המגיע לו לטובת הכלל. כאשר מדובר בדיני תחרות, חובה לנהל תחרות הוגנת בכפוף לדינים שונים, שמטרתם הגנה על המסחר, כגון: חוק עוולות מסחריות, חוק הגנת הצרכן, חוק ההגבלים העסקיים ועוד.

ככל שמעורב ציבור רחב במסחר, החוק מוצא לנכון להגן עליו מפני ניצול לרעה של פערי מידע. החוק מקנה לציבור כלים שונים במטרה להגן עליו; כלים אלו אינם קיימים במשפט הפרטי, ואחת הדוגמאות המובהקות לכך הינה מכשיר התובענה הייצוגית.

26. לנקודת הבחנה זו נפקות גם במישור שלנו. כך, כאשר מדובר בפירוק שיתוף במקרקעין, עיקרון ההגנה על האוטונומיה של הרצון מצדיק מתן אפשרות לפרק את השיתוף בכל עת. בהתאמה, עיקרון ההגנה על האוטונומיה אינו יכול להצדיק כפייה של המשך קיום השיתוף בניגוד לרצון השותפים כולם. לעומת זאת, כאשר מדובר בפירוק חברה, והואיל והחברה פועלת בעולם המסחרי, שבו "שחקנים" רבים, הרי שלפירוק יכולה להיות השפעה על גורמים רבים, החל מבעלי המניות, עובר בעובדים וכלה בנושים למיניהם. במצב זה אין מקום להתחשב אך ברצונם של אלה שהקימו את החברה, אלא במכלול.

27. לסיכום נקודה זו נזכיר, כי כיום מתפתחות תיאוריות, לפיהן הבעלים האמיתיים של חברה בע"מ אינם בהכרח בעלי המניות שלה, אלא לעיתים, במידה לא פחותה מכך, העובדים שלה והנושים שלה. פעמים, בעלי המניות השקיעו סכום פלוני "בתחילת הדרך", ומאז ואילך אלה שמשקיעים בחברה ונושאים בסיכון לחדלות פירעונה הם עובדיה ו/או נושיה. מדוע שהחברה תהיה "שלי" בעלי המניות יותר מזו "שלי" עובדיה או נושיה? קיימות תשובות לכך (לדוגמה - טיב הסיכון של כל אחד מהשחקנים האמורים), אולם הסוגייה אינה פשוטה.

נקודת הבחנה - עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת

28. נקודה הבחנה נוספת וחשובה הינה היחס שבין השותפים לבין הנכס. במקרה של שיתוף במקרקעין, הנכס מושא השיתוף הינו מקרקעין, שאין להם אישיות נפרדת משל עצמם. קיים קשר ישיר בין הנכס לבין בעלי הזכות בו. לעומת זאת, כאשר מדובר בחברה, החברה הינה אמנם נכס כלכלי הניתן להערכה כלכלית, אולם היא מהווה גם אישיות משפטית נפרדת, נושא לזכויות וחובות באופן נפרד מבעליה (סעיף 4 לחוק החברות). נכסי החברה שייכים לה, ולא לבעלי המניות.

29. על כן, כאשר נכס המקרקעין נמצא בבעלותה של חברה, מתבקשות לכאורה מספר מסקנות: המסקנה הראשונה - לבעלי המניות אין בעלות בנכס המקרקעין עצמו. מסקנה שנייה - החברה הינה מוקד עצמאי לזכויות וחובות, ובעלת אינטרס אישי בפני עצמה, במובחן מבעלי מניותיה, ולא כל אינטרס שלהם עולה בהכרח בקנה אחד עם האינטרס של החברה, ובמיוחד כאשר על הפרק נבחנת פעולה שמהותה פירוק החברה וחסיולה.



30. כפי שנראה להלן (ראו סעיפים 104-107), יש החולקים על טענה זו, וקיימת דעה לפיה עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת אינו פועל כלפי פנים, אלא רק כלפי חוץ.

נקודת הבחנה - ההיבט האקטיבי

31. הגם שאחת מנקודות ההשקה הינה פסיביות, קיים גם היבט אקטיבי המבחין בין שתי מערכות היחסים האמורות. אמנם, מערכת היחסים בין בעלי המניות בינם לבין עצמם וכלפי החברה, מאפשרת להם להיות פסיביים, אך החברה עצמה פועלת בעולם אקטיבי ועובדה זו משליכה גם על בעלי המניות. כך, בעלי המניות חייבים להתכנס אחת לשנה ולפקח על פעולת הדירקטוריון; הם חייבים לעיתים להחליט החלטות שונות בנושא תפקוד החברה; יש בכוחם להביא לכינוס האסיפה; הם ממנים גופים שונים שתפקידם לקבוע מדיניות ולפקח על ביצועה (דירקטוריון) וכן לבקר את פעילותה (מינוי רואה-חשבון מבקר). כל אלה יוצרים דינמיות בחברה ומכוח חובות ההגיונות ותום הלב, לעיתים מחייבים גם פעולה. מכוח הצורך בדינמיות נגזר גם עיקרון שלטון הרוב, המאפשר קבלת החלטות גורליות, כגון שינוי תקנון ברוב רגיל של 51%, אלא אם השינוי פוגע בבסיס ההסכמה של בעלי המניות[23].

32. בהיבט זה וככלל, יחסי השיתוף במקרקעין פסיביים יותר. לפעמים השיתוף במקרקעין מתמקד רק בחלק קטן מהמקרקעין (במיוחד אם קיים הסכם שיתוף) וחל לגבי פעולות אחזקה מינוריות בלבד. גם כאשר מדובר בבית משותף, וקיימת נציגות לניהול הרכוש המשותף, כשירותה של זו מוגבלת על פי החוק לפעולות ספציפיות בלבד[24]. על כן, לא ניתן לקבל החלטות הפוגעות מהותית בשותף, או החורגות משימוש וניהול רגילים של המקרקעין, בלא לקבל למיצער את הסכמתו של הנפגע, או לחלופין את הסכמת כל השותפים גם יחד. עם זאת, וכפי שציינתי לעיל, מדובר בשאלה נסיבתית.

נקודת הבחנה - עיקרון אי הפריקות

33. נזכיר שוב דברים שנאמרו רק לצורך הסדר הטוב - חברה מוקמת, בין היתר, כדי שתשרוד שנים רבות ולא תהיה תלויה בחייהם הקצובים של בעלי מניותיה, או בזיקה שלהם לחברה, או בנכונותם להמשיך ולתרום לה זמן או כסף. החברה תמשיך להתקיים ולתפקד גם כאשר בעלי מניותיה יתחלפו ו/או יחלפו. כל אחד מהמייסדים, ולאחר מכן מי שרוכש מניות בחברה, מודע היטב לעיקרון זה. רציונל זה אינו קיים כאשר מדובר בנכס מקרקעין.

34. בנוסף, מהעקרונות שמנינו לעיל נזכיר, כי קיימת הבחנה מהותית בין מקרקעין לבין איגוד מקרקעין. ניתן לשאול: הרי לכאורה גם המקרקעין אינם "פריקים", וגם הם מתקיימים לעולם ואינם תלויים בזהות של בעליהם. אלא, שקיים הבדל עצום: פירוקה של החברה יביא לחיסולה - לחיסול האישיות המשפטית והמהות שלה. לעומת זאת, פירוקם של המקרקעין (במיוחד על דרך של מכר) אינו יוצר שינוי בהם ובמהותם. במלים אחרות, עיקרון "אי הפריקות" אינו רלוונטי למקרקעין.

נקודת הבחנה - היקף הפירוק והכרוך בו

35. להבדיל מפירוק השיתוף במקרקעין, פירוק החברה כולל פרוצדורה ארוכה יותר, ולו מהסיבה שמשותפים בו בעלי עניין נוספים, ואף המדינה מהווה צד לו, והיא מיוצגת על-ידי כונס הנכסים הרשמי. פרוצדורה זו ארוכה יותר ויקרה יותר. היא אף מתנהלת בבית-המשפט המחוזי ולא בבית-המשפט השלום. במסגרת הליך יבוצע גם הפירוק במקרקעין עצמם, בין על דרך של חלוקה ובין על דרך של מכר, אולם עד למימוש שלב זה יש לנהל גם את פירוק החברה עצמה, על כל הנובע מכך.

36. לנוכח העלויות הרבות הכרוכות בהליך האמור, ולנוכח הגורמים הרבים העלולים להיפגע ממנו, מן הראוי לצמצם את כוחם של מיעוט בעלי המניות להוביל על דעת עצמם הליך שיביא לפירוק החברה ולעלויות הכרוכות בו.

נקודת הבחנה - מספר המשתתפים



37. ההבחנה המצויינת להלן לא מהווה מאפיין מובהק, שכן היא תלויה בנסיבותיו של כל מקרה, אולם עדיין יש לה משקל. ככל שמדובר בשיתוף במקרקעין, בדרך כלל שיתוף זה אינו מרובה צדדים - השיתוף האופייני הוא שיתוף בין בני זוג, או שיתוף בין יורשים. לעומת זאת, כאשר מדובר בחברה בע"מ (שלא לדבר על חברה ציבורית), יש לצפות, ככלל, למספר רב יותר של בעלי מניות. אולם, כאמור, הבדל זה אינו מובהק. חברות רבות הינן חברות משפחתיות, ולאחר כניסתו לתוקף של חוק החברות, חברות יכול שתהיינה מוחזקות על ידי בעל מניות יחיד. מאידך, קיימות קרקעות שיש לגביהן שיתוף בהיקפים גדולים, לדוגמה: שכונת התקווה בתל-אביב ממוקמת בחלקה גדולה שבה שיתוף במקרקעין; מתחם ח-300 בחולון אף הוא מורכב מקרקעות בשיטח רב; עד לאחרונה גם "הגוש הגדול" בתל-אביב נמנה ברשימה זו, ועוד. במקרים כאלה, אכן פירוק השיתוף יכול להתנהל באמצעות מנהלים מיוחדים, כפי שמנוהל פירוק של חברה. ואכן, במקרים כאלה קצב הפירוק איטי בהרבה, מצריך לעיתים התדיינות רבה ואף הפעלת שיקול דעת של בית-המשפט.

38. האמור מוביל אותנו לאחת מנקודות ההבחנה המהותיות - המבחן המכריע הוא אופיו של הפירוק והכלים הנדרשים לצורך ניהולו. כאשר נקודת המוצא הינה, כי פירוקים "קטנים" או לא מורכבים תואמים את ההסדר של חוק המקרקעין, ואילו פירוקים מורכבים יותר עשויים להתאים, בשינויים המחוייבים, להסדר של דיני החברות.

ה. סוגי תאגידים לדיון

39. לפני שנעבור לחלק הבא במאמר זה נתמקד בשלושה סוגים אופייניים של תאגידים:
40. **חברות "גוש-חלקה"** - הסוג הראשון הוא "חברות גוש-חלקה", לגביהן נרחיב את הדיבור להלן.
41. **חברת מקרקעין** - עם סוג זה (ההגדרה שלי, לצורך הדיון) נמנות חברות היוצאות מגדר "חברות גוש-חלקה" טהורות, שהוקמו לצרכי מיסוי. חברות אלה מחזיקות במספר קרקעות, משכירות אותם, מנהלות אותם, אולם פעילות זו אינה עולה כדי פעילות מסחרית מובהקת.
42. **חברה מסחרית רגילה שהפסיקה את פעילותה** - בקטגוריה זו אנו מציינים חברות מסחריות "טהורות", שחלק מהנכסים שלהם הינם נכסי מקרקעין, ולאחר תקופה מסוימת מאז שהוקמו, פסקה כל פעילותן המסחרית והן הפכו למעשה לחברת מקרקעין.

ו. שיקול הדעת בשני סוגי מערכות הדינים

43. למרות שהדברים נאמרו קודם לכן, לא למותר יהיה לסכם אותם כאן, על מנת שנקל על עצמנו את יישומם.
44. ככל שדנים אנו בדיני הקניין, פירוק השיתוף מהווה זכות כמעט אבסולוטית, לכל שותף, בכל שיעור אחזקה. נקודת המוצא הינה, ככלל, שאין בודקים בציציותיו של השותף ואין שואלים לתכלית הפירוק (אלא אם כן מוכח, כי ההליך נקט תוך שימוש לרעה בו), ואין מחייבים אותו להישאר שותף על כורחו. במסגרת זאת מצטמצמת ההיזקקות להתנהגות השותפים בעבר, מערכת היחסים בין השותפים, תכלית הפירוק וכדומה. אמנם, ייתכן שלשיקולים אלה תהא משמעות לעניין קביעת אופן הפירוק^[25] וייתכן שישפיעו על שאלת עיתויו^[26], אולם לא על עצם הפירוק.
45. דיני החברות מצמצמים את שיקול דעתו של בית-המשפט מהכיוון ההפוך. נקודת המוצא היא קיומה של החברה ואי פירוקה, אלא אם כן לא קיימת ברירה אחרת. עלילות הפירוק המנויות בסעיף 257 לפקודת החברות מהוות רשימה סגורה, וגם במסגרתן יש לבית-המשפט שיקול דעת נרחב, אם להיעתר לבקשה אם לאו.



כך למשל, זכורה בקשת פירוק הבנק לפיתוח התעשייה שהוגשה על-ידי לקוחות של הבנק, שחשבונו עמד ביתרת חובה בעת הגשת בקשת הפירוק. לקוחות אלו טענו, כי הם עלולים להפוך לנושים בשל מצבו של הבנק. בית-המשפט המחוזי דחה את בקשת הפירוק על הסף בהיעדר עילה, וחייב את המבקשים בהוצאות גבוהות [27]. על פי דיני החברות, לשם פירוק החברה (ולצורך העניין נניח שאין לה חובות), יש צורך בקבלת החלטה מיוחדת (סעיף 1257(1) לפקודה), קרי החלטה שהסכים לה רוב של 75% מבעלי זכויות ההצבעה בחברה (סעיף 115(א)(3) לפקודה). ככל שהליך הפירוק ננקט שלא על פי הסכמה גורפת, יש צורך לשכנע את בית-המשפט, כי מן הצדק ומן היושר לפרק את החברה (ס"ק 257(5) לפקודה). ראינו כבר לעיל, כי בית-המשפט ייטה לפרק את החברה על פי עילה זו במקרים קיצוניים בלבד.

46. ניתן גם לנסח זאת כך: כאשר בדיני הקניין עסקינן, קיימת זכות מוקנית לפירוק השיתוף, ועל המבקש למנוע אותו מוטל נטל כבד לבסס את טענתו. ככל שמדובר בדיני החברות, הדין הפוך - לתאגיד קיימת זכות קיום, אלא אם כן הוכיח מבקש הפירוק, ובמיוחד מבקש שהינו בעל מניות בחברה, כי קיימת עילה לפירוקה ואין דרך דרסטית פחות להשיג את תכלית הפירוק.

2. הפרמטרים הרלוונטיים לצורך הכרעה בין מערכות הדינים

47. לשם הכרעה בין מערכות הדינים במצבי ביניים של איגודי מקרקעין יש לשקול, לדעתי, מספר פרמטרים רלוונטים כמפורט להלן. אציין, כי אינני רואה רשימה זו כסגורה. אתיחס אליהם כאן בקצרה, ובהמשך המאמר איישם אותם על סוגי המקרקעין השונים.

i. תכלית ההתאגדות - "בסיס ההסכמה"

48. הפרמטר הראשון הוא ניסיון לאתר את כוונת מקימי התאגיד ומטרותיו הפורמליות והמהותיות. המטרות הפורמליות הינן המטרות המוצהרות במסמכי ההתאגדות שלו - תזכיר החברה בעבר ותקנון החברה כיום (לאחר חקיקת חוק החברות). המטרות המהותיות הינן מטרותיהם המוסכמות של המתאגדים ותכלית הקמתה של החברה האמורה. התייחסות לחברה שהוקמה לצורך פעילות מסחרית שונה מהתייחסות לחברה שהוקמה אך לצורך אחזקת מקרקעין מסוימים במבנה מוגדר של שיתוף.

49. כפי שנראה להלן, בית-המשפט העליון ייחס חשיבות עליונה לשאלה זו. אולם לדעתי, פרמטר זה, הגם שהוא חשוב, הוא אינו בלעדי - שכן לעתים חברה התחילה את דרכה לצורך מימוש תכלית פלונית, על פי בסיס הסכמה מסוים, ולאחר מכן שינתה את פעילותה, את מבנה אחזקותיה ואף את מטרותיה, בין במפורש ובין במשתמע [28]. במצב כזה, לדעתי, אין מקום להיזקק לתכלית ההיסטורית (וראו פרשת **אולשטיין**, שתנותח להלן).

ii. מבנה האחזקות בחברה וסוג החברה

50. פרמטר נוסף הינו מבנה האחזקות בחברה, קרי מיהותם של בעלי המניות ומספרם. יש להתייחס לחברה משפחתית או למעין-שותפות בשונה מחברה רבת משתתפים או חברה שבה חלק מבעלי המניות הינם תאגידיים. כמו כן רלוונטיים נתונים כגון: האם מבנה האחזקות השתנה במהלך השנים, סוג החברה - פרטית או ציבורית ועוד.

iii. ההיסטוריה של פעילות החברה

51. פרמטר נוסף הוא בחינת ההיסטוריה של פעילות החברה, במה עסקה בעבר, האם היו לה תקופות נוספות של קיפאון ולאחר מכן התעוררות, וכדומה. לא די בבחינת מצבה של החברה כיום, אלא ניתן ללמוד גם מההיסטוריה שלה.

iv. אופי פעילותה של החברה



52. פרמטר זה יבחן את אופי פעילותה של החברה בניסיון למקם אותה על הסקאלה, שבקצה האחד שלה נציין: "פעילות פרטית" ובקצה האחר: "פעילות מסחרית". חברת גוש-חלקה, שתכליתה היתה רק לרכוש בעלות במקרקעין, תיחשב כבעלת אופי פעילות פרטי, ואילו איגוד מקרקעין, שתכליתו רכישת מלאי מקרקעין, השכרתו ו/או מכירתו מדי פעם, עשוי להיחשב כבעל אופי פעילות מסחרי.

v. קיומם של צדדים שלישיים ובעלי עניין

53. עוד פרמטר ראשון במעלה הינו, האם לחברה חובות או התחייבויות כלפי צדדים שלישיים. אם קיימים חובות כאלו, יש לבחון מהו היקף החובות וכמה צדדים שלישיים יש, והאם אלה מסווגים יחד או שמא יש לסווג אותם למספר קבוצות. נראה לי, שככל שמדובר בעניין "פרטי" בין בעלי המניות לבין עצמם, ואין צורך להגן במסגרתו על צדדים שלישיים, יש להטות את הכף לכיוון דיני הקניין. לעומת זאת, ככל שמעורבים צדדים שלישיים במידה רבה יותר, כך תיטה הכף לכיוון דיני החברות.

vi. הדינמיקה שבין בעלי המניות בשלב הנוכחי

54. נתון נוסף הינו מערכת היחסים שבין בעלי המניות והדינמיקה ביניהם. כך למשל, ייבחנו יחסי רוב ומיעוט בסוגייה זו, עמדתם של בעלי המניות בנוגע לפירוק, האם הועלו טענות של קיפוח, האם ועד כמה קיים צורך בשיתוף פעולה בין בעלי המניות לצורך תפקודה של החברה, יכולת תפקודה של החברה בהרכבה הנוכחי, אפשרות לצרף בעלי מניות במקום אלה המבקשים לפרק את החברה, וכדומה.

vii. תכלית הפירוק / האם יש הצדקה לקיומה של החברה

55. נתון רלוונטי נוסף הוא, האם קיימת בשלב הנוכחי הצדקה לקיומה של החברה בנפרד מבעלי מניותיה, ומהי עוצמתה של הצדקה זו. כמו כן, מהי תכלית הפירוק. כך, למשל, חברות גוש-חלקה הוקמו בעבר לצורך תכנון מס. הואיל וכיום אין הצדקה לקיומה של חברת גוש-חלקה כגוף מאוגד הנפרד מחבריו, יש לשקול בחיוב את פירוקה. זאת ועוד, יש להבחין בין מצב בו המקרקעין חולקו בפועל בין בעלי המניות של החברה [29], ואז המשמעות המעשית לקיומה של החברה קטנה יותר. זאת לעומת מצב בו החזקה במקרקעין לא חולקה, ויש יתרון בקיומו של גוף המאגד את כלל בעלי הזכויות כולם, לצורך ניהולם, וכו'.

56. עוד במסגרת זאת נשאל, מדוע בעל מניות פלוני מבקש לפרק את התאגיד - האם משום שמערכת היחסים בין בעלי המניות הפכה בלתי אפשרית; האם משום שבעלות פרטית, חלף בעלות משותפת, תשביח את המקרקעין; האם משום שבעל המניות מבקש לפתח את המקרקעין, או לפחות את אלה המתייחסים לחלקו היחסי בהם, ואינו מצליח לשכנע את בעלי המניות האחרים לפעול כך; האם מכיוון שהוא מנסה לאלץ את בעלי המניות האחרים לרכוש את חלקו בחברה, וכו'.

57. בכל אלה יש להבחין, לדעתי, בין תכלית אישית של בעל המניות לבין תכלית המתייחסת לכלל בעלי המניות. ככל שהתכלית אישית יותר, ובמיוחד כאשר היא מנוגדת לאינטרס של בעלי מניות אחרים (וכאן שוב נזקקים אנו ליחסי הכוחות בחברה), יש מקום להקפיד יותר עם המבקש. ככל שהתכלית כללית יותר ותפעל למען כלל בעלי המניות, יש מקום להיעתר לבקשת הפירוק, במיוחד כאשר אין לבעלי המניות האחרים נימוקים ענייניים להימנע ממנו.

ח. הסוג הראשון - חברות "גוש-חלקה"

פרשת סובול



58. לאחרונה ניתן פסק-דין מעניין, אמנם בתחום דיני המס[30], אולם יש בו התייחסות לחברות "גוש-חלקה". הכוונה לפרשת סובול[31]. במסגרת רשימה זו אינני נזקק לניתוח פסק-הדין בדיני המס[32], ונתמקד בדברי השופט ריבלין לעניין חברות גוש-חלקה.

59. בפרשה זו דובר באיגוד מקרקעין[33] - חברת "גוש-חלקה" - שהיתה בעלים של מגרש ועליו בית מגורים. איגוד המקרקעין פורק, והחלקים בקרקע עברו ללא תמורה לידי בעלי המניות, בהתאם לחלקם באיגוד. בעת מכירת אחת הדירות התעוררה השאלה, האם זכאי המוכר לפטור ממס על פי הוראת השעה משנת 1992[34], שאפשרה, בתנאים מסוימים, למכור דירה נוספת בפטור ממס, מעבר לפטורים המנויים בחוק מיסוי מקרקעין[35]. אחד מהסייגים לפטור המבוקש נקבע בסעיף 2(ה) להוראת השעה, לפיו הפטור לא יחול לגבי דירת מגורים שהמוכר קיבל ללא תמורה בתקופה הקובעת.

60. ובכן, בהתאם לגישה הפורמלית הנובעת מדיני החברות, החברה הינה אישיות משפטית נפרדת מבעליה, והמקרקעין (במקרה דנן - הדירה) אכן עברו ללא תמורה מאישיות משפטית אחת (החברה) לאישיות משפטית אחרת (בעלי המניות). בנסיבות אלה - בראייה פורמלית - המוכרים קיבלו את הזכויות בדירה ללא תמורה, ואינם זכאים לפטור נוסף על פי הוראת השעה. מאידך, אם נבחן את העובדות מבחינה מהותית, הדירות היו מחולקות כבר בעבר, ולכל אחד מבעלי המניות יוחדה דירה מסוימת. כיוון שהדירות היו שייכות לבעלי המניות קודם לפירוק, אין מקום לראות - לצורך הפטור - את הדירות כאילו נתקבלו ללא תמורה.

61. בית-המשפט העליון החליט לבחון את המהות הכלכלית של העסקה. נקבע, כי מבחינה כלכלית אין לראות את פירוק האיגוד כעסקה של העברת זכויות מנישום אחד למשנהו, אליה התכוון המחוקק בקובעו את הסייג בסעיף 2(ה) להוראת השעה.

בית המשפט קבע, כי מדובר בשינוי משפטי פורמלי; במהלך קביעתו זו התייחס בית המשפט למהותן של חברות "גוש-חלקה" (השופט ריבלין):

"חברות 'גוש-חלקה', שאליהן כיוונה הגדרת איגוד מקרקעין בחוק מיסוי מקרקעין, הוקמו, תכופות, על מנת להימנע מתשלום מס במסגרת חוק מס שבח הישן - חוק מס שבח מקרקעין, תש"ט-1949. לפיכך, המחוקק ביקש לסתום את הפרצה הזו ונקט בדרך הרמת מסך סטאטוטורית... בדומה, בחוק הנוכחי - חוק מיסוי מקרקעין - משתקפת מגמה של צמצום ההבדלים בתוצאות המס, בין מכירת זכות רגילה במקרקעין לבין מכירת זכויות באיגוד מקרקעין. הוראת סעיף 71 לחוק מיסוי מקרקעין היא דוגמא אחת מיני רבות למגמת המחוקק לבטל את ההבדל בין מכירת מקרקעין לבין פעולה באיגוד מקרקעין. הסדר זה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, למסות זכויות במקרקעין המוחזקות על-ידי איגודים, באמצעות הרמת מסך ההתאגדות. זהו ביטוי לשאיפת המחוקק להגיע לזהות בין הזכות במקרקעין לבין המניה המתייחסת אליה, בעקיפין.

... לטעמו של המחוקק, אין רבותא בכך שהחזקת המקרקעין נעשתה באמצעות איגוד מקרקעין ואין נפקות לכך שהוא פורק."

הרמת מסך

62. בית-המשפט הזכיר את ההלכה לפיה, ברצות המחוקק למנוע תכנון מס המסתמך על עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת, הרים המחוקק את המסך וראה את עסקת העברת המניות באיגוד המקרקעין כעסקת מכר של המקרקעין עצמם. הרמת מסך זאת לא צריכה לפעול רק לרעת בעלי המניות, אלא גם לטובתם, כפי שראינו בפרשה זו.

63. הטרימינולוגיה אותה נוקט בית-המשפט ככל שמדובר בחברת "גוש-חלקה" הינה טרימינולוגיה של הרמת מסך, קרי ייחוס זכויות וחובות של החברה לבעלי מניותיה, ובמקרה דנן - ייחוס זכויות הבעלות של החברה בנכס המקרקעין, לבעלי מניותיה. נציין, כי טרימינולוגיה זו אינה חדשה, והיא הופיעה גם בפסיקה מוקדמת[36].



64. בשנים האחרונות המחוקק ובתי-המשפט טשטשו את מסך ההתאגדות שבין החברה לבין בעלי מניותיה, וזאת במספר היבטים[37]. בראש ובראשונה, קיימת רשימה נכבדה של עילות להרמת המסך.

שנית, שיקול דעתו של בית-המשפט רחב יותר. שלישית, קיימת שורה של סעדי ביניים המהווים הרמת מסך חלקית או מדומה, כמו הדחיה[38], הסטת מסך, רישום נכסים, ועוד[39]. במסגרת זאת נראה, כי אך טבעי יהיה לראות את הבעלים של חברות "גוש-חלקה" כבעלים של הקרקע עצמה, לא רק כשמדובר בדיני המס אלא גם לצורך דיני הקניין. כפי שאראה להלן, עיקרון זה עשוי לחול - לא רק מכוח הדוקטרינה של הרמת המסך.

נאמנות

65. אפשרות מסתברת אחרת הינה לראות את החברה כמחזיקה את המקרקעין בנאמנות, בעבור בעלי המניות כנהנים. במצב כזה, ה"זכויות שבישר" במקרקעין שייכות לבעלי המניות וניתן במסגרתן להפעיל סעדים קנייניים, שאחד מהם הוא פירוק השיתוף.

בחינת הפרמטרים

66. נעבור עתה לבחינה קצרה של הפרמטרים שהזכרנו לעיל. ככל שמתייחסים אנו לתכלית ההתאגדות, הרי שהנימוקים ההיסטוריים להקמת חברות "גוש-חלקה" היו תכנון מס בעת מכירת המקרקעין - תכנון מס במשפט הפרטי ולא דווקא במשפט המסחרי. לא היתה כוונה נוספת בעצם ההתאגדות ולא נשקלו שיקולים הנשקלים באופן טבעי בעת בחינת כדאיות ההתאגדות.

67. ככל שבוחנים את פעילותן של חברות גוש-חלקה רואים, כי אלה בדרך כלל לא היו פעילות מעבר לעצם התאגדותן ורכישת המקרקעין. עוד רואים, כי מימון הרכישה נובע מהזרמת כספים של בעלי המניות ולא מהלוואות שהחברה נטלה מצדדים שלישיים. כל אלה ממקמים את החברה ב"סביבה" של המשפט הפרטי ולא של המשפט המסחרי, ועל כן דיני הקניין תואמים יותר לשאלת פירוקה.

68. לדעתי, אין משמעות רבה לפרמטרים של מבנה האחזקות בחברה ומכירת המניות במהלך שנות קיומה של החברה, שכן גם זירות נמכרות מיד ליד ועצם מכירתן מאדם למשנהו אין בה לשנות את אופי התאגיד וההתאגדות. ככל שמדובר בחברת "גוש-חלקה", גם אין לדעתי משמעות למספר החברים בה.

69. זאת ועוד. כאשר נשמטה הקרקע גם מהתכלית היחידה שהצדיקה את הקמתן של חברות אלה, הרי שכיום אין להן זכות קיום בפני עצמן ואין תכלית בעצם הותרת המבנה המשפטי כפי שהוא. הואיל ועצם העברת המקרקעין אגב הפירוק לבעלי המניות פטורה ממס שבח מקרקעין, הרי שלא ניתן לומר כי ייגרם נזק בעצם הפירוק, מעבר לנזק שהיה נגרם בעת פירוק השיתוף במקרקעין שאינם שייכים לחברת גוש-חלקה.

לחברות כאלה אין, כעיקרון, נושים או בעלי אינטרסים חיצוניים, ולכן הליך הפירוק אמור להיות קצר.

70. הואיל ולא נגרם נזק כאמור, ואין הצדקה לקיומו של התאגיד, הרי שאין משמעות לטיב מערכת היחסים שבין בעלי המניות ואין נפקות לשאלה, מהם יחסי הכוחות ביניהם.

סיכום ביניים

71. לסיכום נקודה זו - ככל שמדובר בפירוק של איגוד מקרקעין טהור, המצוי ב"סביבת" המשפט הפרטי, יש מקום להחיל את דיני הקניין על מערכת היחסים שבין הצדדים ולהפעיל את השיקולים הנובעים הימנו. כאמור, דברים ברוח זו הושמעו גם בפסיקה[40].



72. ייתכן שיש מקום לשקול לאיזה בית-משפט יש לפנות. פירוק שיתוף במקרקעין^[41] מצוי בסמכותו הייחודית של בית-משפט השלום (או בית-המשפט לענייני משפחה, לפי העניין) ואילו פירוק חברה מצוי בסמכותו הייחודית של בית-המשפט המחוזי. לכאורה, הבחירה הטבעית והמתבקשת הינה בית-המשפט המחוזי. עם זאת, ייתכן כי מבחינה מהותית, ולאחר "הרמת מסך", יש לראות את בעלי המניות כבעלי המקרקעין גם לצורך שאלת הסמכות. לדעתי, יש מקום לקבוע, כי ככל שבעלי העניין היחידים בחברה הינם בעלי המניות, ואין לחברה נושים או עובדים וכדומה, ומדובר באיגוד מקרקעין שהינו בעלים של נכס מקרקעין יחיד, במקרה כזה פירוק השיתוף יבוצע על-ידי בית-משפט השלום. הפנייה לבית משפט השלום מתבקשת במיוחד ככל שמדובר בפירוק השיתוף על דרך של מכר, אך הדבר אפשרי גם במקרה שמדובר בפירוק על דרך של חלוקה. לעניין זה, בית-המשפט יהיה מוסמך להורות על חיסול החברה או מחיקתה, ואולי אף בכך אין צורך, אלא ניתן פשוט להורות על העברת הזכויות במקרקעין מהחברה לבעלי מניותיה בהתאם לחלוקה החדשה, מבלי להורות על חיסולה או על מחיקתה.

ט. חברות מקרקעין

73. בשם זה אני מכנה חברות שאינן חברות "גוש-חלקה" במובן הטהור, אלא הן בעלות זכויות במספר נכסים, ומדי פעם מבצעות עסקאות של רכישה ומכירה, או מנהלות את המקרקעין ויש להן הכנסות מהם. ככל שמדובר בחברות כאלה, השאלה הינה שאלה של מידה - מהו היקף העסקאות, תדירותן, אופיין.

האם הפעילות כוללת השכרה בלבד; האם מתבצעות עסקאות קנייה ומכירה מזדמנות או שמא על בסיס קבוע; האם הפעילות כוללת תכנון ופיתוח של המקרקעין ומכר דירות וכדומה. לעניין חברות מקרקעין נראה לי, כי ניתן ליישם את כל הפרמטרים בהם דנו לעיל^[42]. עם זאת אציין מספר נקודות נוספות כמפורט להלן.

74. פקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975 מגדירה "קשרי שותפות" כך:

"הקשרים שבין בני אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים, למעט את הקשרים שבין חברי תאגיד שהואגד לפי כל דין אחר."

סעיף 2 לפקודת השותפויות מציין מספר אלמנטים, שאין בעצם קיומם כדי ללמד על קשרי שותפות. כך, למשל, ס"ק (1) קובע, כי:

"שיתוף מכל צורה או הגדר בנכס או בכל זכות בו - אין בכך בלבד כדי ליצור קשרי שותפות בין בעלי הנכס או הזכות, ואפילו הם נוטלים חלק ברווחים המגיעים מן השימוש בהם."

ס"ק (2) קובע:

"נטילת חלק בהכנסה ברוטו מנכס, היא בלבד אינה יוצרת קשרי שותפות, בין שנוטלי החלק יש להם בנכס זכות או טובת הנאה משותפות ובין שאין להם."

על כן, ניתן לראות, כי העובדה שאיגוד המקרקעין מרוויח כספים מעצם ניהול המקרקעין אין די בה כדי לומר שהחברה פועלת ב"סביבה" מסחרית.

75. זאת ועוד. השכרת מקרקעין אינה נחשבת, ככלל, כפעילות עסקית אלא כפעילות במשפט הפרטי. דוגמה לכך מצאנו בפרשת בפרשת א.מ. חניות^[43]. בפרשה זו השכירה עיריית ירושלים חניון למערערת לתקופה של עשר שנים ודמי השכירות שולמו מראש. בדיעבד התברר, כי תפוסת החניון אינה מלאה, והוגשה תביעה לפיצויים נגד העיריה.

76. במסגרת הדיון הועלו מספר שאלות באשר לאחריותה של העיריה בגין מצגים שהציגה לגבי כדאיות הפרוייקט. אולם השאלה העיקרית שנדונה בפסק הדין היתה, האם הסכם השכירות, שקובע הגבלה לעניין מכירת המינוריים בחניון והגבלה בדבר גובה מחיר החניה, מהווה הסדר כובל האסור על-פי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.



77. אף דיני ההגבלים העסקיים מצויים ב"סביבה המסחרית", שכן הסדר כובל מוגדר בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, כך:

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר" (ההדגשות שלי - ש.ש.).

78. בית-המשפט העליון דחה את הערעור ממספר טעמים, ואחד מהם (של השופט ריבלין) היה של היעדר תחולה מעיקרא של חוק ההגבלים, שכן השכרת חניות אינה פעולה עסקית, ואף ההגבלות שהעיריה כללה בחוזה השכירות רחוקות מלהיות פעילות עסקית-מסחרית.

79. עיינו רואות, על פי שתי דוגמאות מהמשפט המסחרי, כי השכרת מקרקעין, וניתן לומר - אף ניהולם, אינם מהווים כשלעצמם פעילות מסחרית. הוא הדין באשר לעסקאות הנערכות מדי פעם למכירת מקרקעין ורכישתם, גם אם הרווחים שהחברה מפיקה מחולקים כדיבדנד לבעלי מניותיה.

80. נראה לי, כי במצב כזה עלינו לבחון, האם קיימת פעילות שוטפת בחברה, האם היא מנהלת משרד ומתפעלת אותו, או שמא אחד מבעלי המניות הינו "איש הקשר" המשכיר פעם בתקופה מקרקעין ומחלק את התמורה כדיבדנד; ומדי תקופה נעשית עסקה של רכישה או קנייה ולשם כך מגיעים באופן חד-פעמית לעורך-הדין, חותמים על הניירת וכו'. במלים אחרות - ככל שהיקף הפעילות, הגם שהחברה מניבה רווחים, אינו מצריך ניהול שוטף ועצמאי, החזקת משרד וכדומה, אפשר לראות את פעילותה כנוטה ואולי אף שייכת במידה זו או אחרת לסביבה הפרטית.

81. לצורך שאלת פירוקה של חברה כזאת יש מקום לבחון את הפרמטרים שצינו לעיל, ובמיוחד את תכלית הקמת חברה זו, וכן יש לבחון במועד הרלוונטי, מהו היקף פעילותה של החברה, היקף נכסיה, האם יש לה התחייבויות ואם כן, מה היקפן ולאיזה טווח. לעניין זה, עצם ההתחייבות הנובעת מהסכם שכירות אינה נראית לי כמגבילה את הפירוק, וזאת לאור סעיף 21 לחוק השכירות והשאילה המאפשר למשכיר להעביר את השכירות בלא שייזקק להסכמת השוכר קודם לכן. ככל שהיקף ההתחייבויות קטן יותר, וככל שמספר הנכסים והפעילות מוגבלים, כך ניטה ביתר קלות להחיל את דיני הקניין. נקודות אלה רלוונטיות לבחינת השאלה, האם ועד כמה יש צורך להיזקק לפרוצדורה של דיני החברות.

82. ככל שהחברה האמורה הוקמה כאיגוד מקרקעין, לצורך מתן לבוש משפטי אחר ליחסי שיתוף קנייניים, בעצם העובדה שמדובר בחברה אין כדי להכשיל את החלת דיני הקניין. הדוגמה שהוזכרה בפסיקה הינה, כאמור, הקמת חברה מתוך שיקולי מס, אולם נראה לי כי אין זה הנימוק האפשרי היחיד. חשוב לציין, כי בפסיקתו בחן בית-המשפט העליון את המהות ולא את המצג הפורמלי. נמחיש זאת באמצעות שתי דוגמאות.

83. בפרשת **חלקה 3** [44] דובר בחברה שמטרותיה, כפי שנקבעו בתזכירה, היו: "(א) לרכוש את החלקה 3 בגוש 6541 בהרצליה, ולרשמה על שם החברה; (ב) לבנות על המגרש הנ"ל בניינים, ולנהלם או למכרם או להחכירם." פסק הדין עסק בשטח העולה על 12 דונם, עליו נטוע פרדס המניב פירות, שגם הניב ומניב הכנסות לבעלי המניות, אלא שמדובר בהכנסה פעוטה לעומת שווי המקרקעין. בטרם הגשימה החברה את מטרותיה, הוגשה בקשה לפירוקה עקב סכסוך בין בעלי המניות. בית-המשפט קבע, כי המחלוקת המהותית בין הצדדים נסבה על השאלה, האם הגיעה העת לממש את הנכס. הואיל והחברה הוקמה בשעתה לתכלית אחת, והיא חיסכון במס שבה, הרי מדובר למעשה בשותפות, והפיכת השותפות לחברה לא היתה אלא תכסיס, ללא כוונה לשנות את היחסים הקנייניים בין השותפים, ולכן יש מקום להחיל את דיני הקניין.

84. בפרשת **פאר-עד** [45] הוקמה החברה המערערת לצורך בניית בית על החלקה. בעלי המניות היו בעל ואישה שהתגרשו, ומכאן נבעה גם בקשת הפירוק. מאז הוקמה החברה לא נעשה מאומה לקידום המטרה האמורה. בהחלטתו ציין בית-המשפט המחוזי, כי: "במשך שש השנים ומחצה



שחלפו מאז רכישת החברה, לא ניהלה החברה אף אחד מהעסקים שלשמן היא נוסדה" (ההדגשה שלי - ש.ש.). השופט חיים כהן הצדיק את נימוקו של בית-המשפט המחוזי, לפיו יש לראות את בעלי המניות כמעין שותפים, ואף ציין:

"צדקה השופטת המלומדת גם בהשוותה את בעלי המניות דנן לשותפים במקרקעין: כשם שעל פירוק חברה פרטית המנהלת עסקים חלות ההוראות החלות על פירוק של שותפות, ... כך יש לנהוג לענין פירוק חברה פרטית, שאינה אלא בעלת מקרקעין בלבד, לפי הכללים החלים על פירוק שיתוף במקרקעין; ולפי סעיף 37 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, זכאי כל אחד מן השותפים, בכל עת, לדרוש פירוק השיתוף."

85. מ"מ הנשיא (כתארו אז), השופט לנדוי הסכים לחוות דעתו של השופט חיים כהן, ואיזכר את חוות דעתו בעניין חלקה 3, ואף כאן מצא אסמכתה לכך שהחברה הוקמה לצורך תכנון מס.

סיכום ביניים

86. מהפסיקה האמורה למדנו, כי גם חברות מקרקעין יפורקו על פי דיני פירוק השיתוף, גם אם למטרות המוצהרות שלהן לבוש עסקי או מעין-עסקי (והמקרים האמורים לעיל, ובמיוחד חלקה 3, יוכיחו), וגם אם לא הגשימו את תכליתן המוצהרת ו/או המוסכמת, ובלבד שתכלית הקמתן היתה מתן לבוש משפטי אחר ליחסי שיתוף קנייניים. כאמור, הדוגמה שנדונה בפסיקה היתה שיקולי מס, אולם נראה לי כי הפסיקה לא התכוונה לייחד את העיקרון האמור אך למקרה זה.

י. חברה מסחרית שהפסיקה את פעילותה והפכה לאיגוד מקרקעין

הלכת אולשטיין

87. הסוג השלישי של חברות בו נדון הוא חברות שניהלו עסקים ופעלו בסביבה המסחרית, אלא שעם השנים הפסיקו את פעילותן, וזו מתמזה, לפני הגשת בקשת הפירוק, באחזקת מקרקעין ואף בהשכרתם.

88. שאלה זו הגיעה לבית-המשפט העליון בפרשת **אולשטיין** [46]. פסק-הדין ניתן פה אחד, וחוות הדעת נכתבה על-ידי השופט (כתוארו אז) ברק. פרשה זו עסקה בחברת זקסוניה מטויה ואריגה בע"מ, היא החברה המשיבה. המערערים, בעלי 15% מהון המניות של החברה, בקשו לפרקה מטעמי צדק ויושר. חברה זו נוסדה בשנת 1950, ובמשך 30 שנה עסקה בניהול ותפעול מפעל. בשנת 1978 בעלי המניות של החברה ייסדו חברה נוספת, והעבירו אליה את פעילותה של המשיבה. במועד הגשת בקשת הפירוק, כל שנתר בחברה הוא אך ורק מקרקעין שהושכרו לתקופה של שלוש שנים.

89. המערערים טענו שתי טענות חילופיות - האחת, יש לפרק את החברה על פי דיני פירוק השיתוף במקרקעין; השנייה, טענה חילופית, יש לפרק את החברה לפי דיני השותפויות.

90. השופט ברק עמד על ההבדלים בין פירוק חברה לבין פירוק שיתוף על פי דיני הקניין, כפי שצוינו לעיל באריכות, וקבע כי אין חולקים על כך, שהכלל הוא שחברה תפורק על-פי דיני פירוק של חברות הקבועים בפקודת החברות ולא על-פי דיני פירוק השיתוף שבחוק המקרקעין. המערערים אמנם טענו לתחולת ההלכות שאזכרנו לעיל (חלקה 3 ו-פאר עד), אולם השופט ברק דחה את ניסיון ההיקש האמור, בנימוק שבשני המקרים האמורים תכלית הקמת החברה היתה תכנון מס, ולכן אלה מקרים חריגים. השופט ברק אף קבע, כי:

"משהתאגדו פרטים כחברה, חל עליהם המשטר של דיני החברות. ככלל אין אפשרות להתאגדות כחברה לצרכים מסוימים אך לא לצרכים אחרים. אין התאגדות לחצאין. המתאגד כחברה נוטל על עצמו את מלוא התוצאות המתבקשות מכך, לרבות דיני הפירוק.

החלתם של דיני הפירוק של שיתוף במקרקעין תתבצע אך בנסיבות חריגות, בהן ההתאגדות כחברה לא היוותה אלא כלי להשגת מטרה שאינה קשורה ישירות בעצם



ההתאגדות, ולא היה בה כדי לשנות את אופיים האמיתי - הקנייני בעיקרו - של היחסים בין הצדדים לשיתוף... אך עצם העובדה שחברה מחזיקה בבעלותה אך ורק במקרקעין, בין אם המדובר במצב זמני ובין אם המדובר במצב קבוע, אין בה די כדי להחיל את החריג האמור.

טול למשל חברה שעיסוקה בסחר בדלא-ניידי - רכישת ומכירת מקרקעין. פירוקה של חברה כזו יתבצע על-פי דיני הפירוק הקבועים בפקודת החברות ולא בחוק המקרקעין. היחס בין בעלי המניות של חברה זו אינו יחס של בעלות משותפת במקרקעין. בעלי המניות, כל אחד בנפרד, הוא בעלים של מניה, המעניקה לו אגד של זכויות בחברה וכלפיה... לא נוצרת כל זיקה קניינית בין בעלי המניה לבין זולתו באשר למקרקעין (להבדיל מבעלות במניות). אכן, במקרה כזה ההתאגדות כחברה משקפת נכונה את טיב עסקיה ודרכי פעולתה של החברה, והיחסים בין בעלי המניות אינם ניתנים להגדרה כיחסים שבין בעלי שיתוף במקרקעין. טול גם מקרה בו מספר פרטים מעוניינים לרכוש קרקע לשם עיבודה החקלאי. עומדות בפניהם מספר אפשרויות לבצע את הרכישה, בין היתר על דרך של שיתוף במקרקעין, על דרך של שותפות או על דרך של חברת מניות. משבחרו להתאגד כחברת מניות תהא הנחת המוצא כי יש לכבד את רצונם זה, וכאשר יעמוד פירוק החברה על הפרק, יתבצע הפירוק בהתאם לאמור בפקודת החברות. רק אם יתברר כי ההתאגדות אינה אלא תכסיס, וכי למעשה מנוהלים המקרקעין והיחסים בין בעלי המניות כאילו היה מדובר בשיתוף במקרקעין, רק אז יש מקום לשקול האם לסטות מהכלל, ולאפשר את ביצוע הפירוק בהתאם לדיני הפירוק שחלים על שיתוף במקרקעין."

91. עיינו רואות, כי בתחילת דבריו, השופט ברק נותן משקל רב ואף מכריע ל"בסיס ההסכמה", דהיינו מדוע הוקמה החברה ומה היתה תכליתה המהותית. עם זאת, בהמשך דבריו הנשיא נוקט נימוק אחר והוא, ניהולם למעשה של המקרקעין בעת הגשת בקשת הפירוק כאילו מדובר בשיתוף במקרקעין, ולא תכליתם ההיסטורית.

92. לאחר מכן השופט מיישם את העקרונות שפרס על נסיבות העניין, כדלקמן:

"ומהכלל אל הפרט. המקרה דנן אינו מסוג המקרים החריגים בהם יש מקום לשקול סטייה מהכלל. המשיבה התאגדה בשנת 1950, ומאז, משך עשרות שנים, החזיקה ותפעלה מפעל אריגה. אמנם כיום אין בבעלותה אלא מקרקעין, אך אין בכך כדי לשנות את טיב היחסים בין בעלי המניות האלו. המשיבה היא חברה לכל עניין ודבר, והמערערים אף לא טענו כי אינה אלא כסות למסגרת של שיתוף במקרקעין. עצם העובדה, שהמשיבה נקלעה בשלב מסוים בחייה למצב בו היא מחזיקה אך ורק במקרקעין אין בו די כדי להצדיק חריגה מהכלל שפירוקה יתבצע בהתאם לאמור בפקודת החברות. לפיכך אנו דוחים את טענתם זו של המערערים."

ביקורת על פסק הדין

93. חשוב שנבהיר לעצמנו את נימוקו של השופט ברק, בטרם נתייחס אליו. נימוק זה שאוב, אם ניתן לומר, מדיני החוזים. בסיס ההסכמה החוזי של המתאגדים מורכב ממערכת שלמה של כללים וציפיות לגיטימיים הכובלים את בעלי המניות בהמשך חייה של החברה.

אחד מהכללים האמורים הוא "עיקרון אי הפריקות", שהזכרנו בתחילת המאמר. מפסק-הדין עולה, כי בעת הקמת החברה בעלי המניות נוטלים על עצמם סיכון, חוזי באופיו (שכן מערכת היחסים ביניהם היא חוזית), כי לא ניתן יהיה לפרק את השיתוף אלא על פי דיני החברות בלבד. הסכמה זו מגבילה, לדעת השופט ברק, את בעלי המניות במשך כל חייה החברה, יקרה עמה אשר יקרה בעתיד.

94. בכל הכבוד אני סבור, כי פסק-הדין אינו נקי מספקות, וזאת ממספר נימוקים.

חוזים במציאות משתנה, עיקרון תום הלב

95. מבלי שניזקק לצלילה עמוקה לדיני החוזים, נזכיר את העיקרון, כי מערכת היחסים בין צדדים לחוזים אמורה להיות דינמית. המציאות חזקה מציפיותיהם הבסיסיות של המתקשרים



החוזיים, והמציאות משתנה, ולעיתים עמה משתנה מערכת החיובים של הצדדים. עיקרון תום הלב אף הוא מחייב כי הצדדים יפעלו באופן סולידרי להגשמת התכלית המשותפת של ההתקשרות ביניהם, וזו עשויה להשתנות בחלוף הזמן. אמנם כפי שצינתי לעיל (ה"ש 28), בית המשפט העליון לא שש בעבר להכיר בשינוי תקנון מכוח התנהגות. אולם לדעתי, התפתחות עיקרון תום הלב בעשר השנים האחרונות וההכרה בפן החוזי של התקנון מכוח חוק החברות, מחייבים גישה שונה, יותר גמישה.

96. במקרה הנדון, החברה הוקמה למעלה משלושים שנה קודם לבקשת הפירוק. החברה מימשה את תכליתה ומיצתה את פעילותה. כל פעילותה המסחרית עברה לחברה אחרת. אין ולא יכולה להיות מחלוקת, כי תכליתה שונתה. בנסיבות אלה, מה הטעם להזיק לתכלית ההיסטורית, כאשר זו התרוקנה מכל תוכן? בפועל, החברה הפכה לאיגוד מקרקעין - זו תכליתה כעת ולא עולה מפסק-הדין, כי מי מן השותפים ביקש להחזיר ולהפעיל את החברה ולהשיב אותה לעולם העסקים. אכן, כל עוד החברה ניהלה עסק, בסיס ההסכמה היה עיקרון אי הפריקות, ועליו היה צריך לשמור מכל משמר. אולם כאשר החברה הפסיקה לנהל את העסק, נשמה הקרקע גם מעיקרון זה. בנסיבות כאלה, נראה לי כי התבקשה כאן החלת דיני הקניין וחוק המקרקעין.

עקיפת חוק המקרקעין

97. בכל הנוגע להגבלת עבירות של זכויות, חוק המקרקעין קובע שני כללים - האחד בעל תוקף קוגנטי, והשני בעל תוקף מעין-קוגנטי. הכלל הראשון, הקוגנטי, קבוע בסעיף 34(ב) לחוק המקרקעין. לפיו, תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה את זכותו של שותף להעביר את חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת בלי הסכמת יתר השותפים, אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים.

98. הכלל השני קבוע בסעיף 37(ב) לחוק, לפיו, גם אם "היתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה את הזכות לדרוש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית המשפט, כעבור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין."

99. עינינו רואות, כי כוונת המחוקק היתה ברורה - למנוע מצב של הקפאת זכויות במקרקעין. המחוקק חפץ להגשים שתי תכליות - האחת הינה עידוד עשיית עסקאות ומניעת הקפאת הזכויות; השניה הינה מניעת מצבי שיתוף כפויים ועידוד פירוק השיתוף, וכן העדפת קיומה של בעלות מלאה על מקרקעין. לשם הגשמת תכליות אלה, המחוקק התערב באופן בוטה וקיצוני באוטונומיה של רצון השותפים באמצעות שתי הוראות אלה.

100. מדברי השופט ברק בפסק דין **אולשטיין** עולה, כי במקרים מסוימים ניתן יהיה לעקוף את הוראות חוק המקרקעין. לדוגמה - איגוד מקרקעין שירכוש מקרקעין ויבצע עליהם פרויקטים מסחריים בתחילת דרכו כעסק, ובשלב השני האיגוד יהפוך לחברה סטאטית שנהנית מההכנסות של המקרקעין, למרות שמדובר ביחסי שיתוף גרידא, הרי שלא ניתן יהיה לפרק את החברה הזו לעולם.

101. מה יהיה הדין במקרה שבו השותפים, באופן מודע בעת הקמת החברה, מבקשים למסד את יחסי השותפות שלהם בחברה, לצורך החלת עיקרון אי הפריקות? לכאורה, עולה מפסק-הדין, כי השותפים יודעים מהם הסיכונים שהם נוטלים על עצמם, הם מודעים לעיקרון אי הפריקות, ומחוייבים להסכמות אלה. אולם ניתן לטעון, כי כאשר ההתאגדות הינה "כסות" ליחסי שיתוף, יחולו ההוראות הקוגנטיות של חוק המקרקעין. או אז נשאלת השאלה, מדוע להבחין בין מקרה בו החברה הוקמה מתוך מטרה למסד שותפות במקרקעין לבין מקרה בו בשלב מאוחר להקמתה היא נותנת ביטוי רק ליחסי השיתוף במקרקעין. זאת ועוד, בפרשת **אולשטיין**, כל שנותר מהחברה היה יחסי שיתוף במקרקעין, ולמרות זאת בעלי המניות יהיו מחוייבים להמשיך ולהיות שותפים באמצעות התאגיד לעולמי-עד, רק משום שכך הסכימו שלושים שנה קודם לכן, כאשר תכלית החברה היתה שונה לחלוטין. גם מנימוק זה היה מקום להחיל את דיני הקניין ואת חוק המקרקעין.



102. בשולי נקודה זו אבקש לציין את אשר הזכרתי כבר בעבר. לדעתי, אין זה מקרי, כי השופט ברק העדיף בפסק-הדין את השיח החוזי (תכלית ההתאגדות ומערכת היחסים והסיכונים שבעלי המניות נטלו על עצמם) על פני השיח הקנייני (החלת דיני פירוק השיתוף במקרקעין). כפי שהראיתי בעבר, השופט ברק מעדיף את השימוש בכלים חוזיים המעניקים גמישות רבה יותר לבית-המשפט בהפעלת שיקול דעתו (הסכמה, סיכון חוזי, תום הלב, תקנת הציבור ועוד) על פני הכלים הקנייניים. פתחתי את הדיון בכך במאמר קודם^[47], והלכת **אולשטיין** הינה דוגמה המתוספת לדוגמאות שהזכרנו שם.

פסק-דין פרי העמק

103. בפסק-הדין החשוב **פרי העמק**^[48], השופט ברק ניתח שני עקרונות יסוד בדיני החברות: עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה מבעלי מניותיה, ועיקרון הגבלת האחריות. השופט ברק קבע, כי כל אחד מהם פועל במישור אחר. עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת יוצר מסך בין בעלי המניות לבין החברה. כך, לעולם אין יריבות בין הצד השלישי לבין בעל המניות, אלא אם כן הורם המסך. תחולתו של עיקרון זה היא במישור שבין החברה לבין הצדדים השלישיים. עיקרון הגבלת האחריות קיים במישור שבין החברה לבין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם. כך, אם אין הגבלה על אחריות החברים, החברה רשאית לדרוש מבעלי המניות בשלב הפירוק, כי אלה ישתתפו בחובותיה, אולם בכל מקרה אין לצד השלישי זכות תביעה כנגד בעלי המניות (התביעה תהיה של מפרק החברה כנגד בעלי המניות). גם כאשר מדובר בתאגיד ללא הגבלת אחריות מצד חבריו, עיקרון האישיות המשפטית קיים ואין יריבות בין הצד השלישי לחברים. במלים אחרות, מדובר בשני עקרונות נפרדים ועומדים בפני עצמם.

104. אמנם על חוות דעתו של השופט ברק בסוגייה זו נמתחה ביקורת^[49], אולם לצורך ענייננו נשתמש בדבריו של השופט ברק. השופט הבהיר, כי המסך המפריד בין החברה לבין בעלי המניות נועד רק לצורך עשיית שימוש בו כלפי צדדים שלישיים. דהיינו, אם לא קיימים צדדים שלישיים, אין צורך בשימוש בעיקרון זה. במלים אחרות, עיקרון זה לא חל במסגרת מערכת היחסים שבין בעלי המניות לבין החברה, ובינם לבין עצמם. במסגרת זאת, כולם "בסירה אחת" ולכולם אינטרס משותף - השאת רווחיה של החברה לטובת בעלי מניותיה. במסגרת זאת, החברה הינה כלי שאמור לשרת את מטרותיהם של בעלי המניות (בהנחה, כמובן, שהינן כשרות ולא תפגענה בצדדים שלישיים).

105. בראייה זו, הרי שבמישור שבין החברה לבין בעלי מניותיה, למעשה הקרקע - אמנם באמצעות החברה - שייכת לבעלי המניות. אלא שמטעמי הגבלת אחריות, וייתכן שמנימוקים נוספים, הוחלט להקים את החברה וליצור חיץ בין בעלי המניות לבין נכסי החברה. בהנחה, כאמור, שאין לחברה חובות ולא מעורבים צדדים שלישיים כלשהם, וכל השאלה נדונה במישור של בעלי מניות וחברה, הרי שלאור פסק-דין **פרי העמק**, המסך אינו צריך לחצוץ בין בעלי המניות לקרקע^[50].

106. עוד נציין, כי בפסק-דין **פרי העמק** השופט ברק ציין, כי מסך ההתאגדות יורם, בין היתר, לצורך הגשמת תכליתו של החוק. במסגרת זאת יש מקום להגשים את תכלית חוק המקרקעין, וגם מטעם זה "להרים את המסך" בין המקרקעין עצמם לבין בעלי המניות.

סיכום ביניים

107. לעניות דעתי, פסק-דין **אולשטיין** אינו נקי מספיקות, והיה מקום בנסיבות שנוצרו להורות על פירוק החברה בהתאם לדיני הקניין. באשר לשאלה הכללית המתעוררת במקרים של הפסקת פעילות, יש לבחון, האם מדובר בהפסקת פעילות פרמנטית (בפרשת **אולשטיין** ניתן היה ללמוד על כך מהעובדה שפעילות החברה עברה לחברה אחרת) או זמנית. ככל שמדובר בהפסקה זמנית, יהיה מקום להיזקק לדיני הקניין רק במקרים נדירים.

יא. סיכום



108. במאמר זה ביקשנו לדון בסוגים שונים של איגודי מקרקעין, החל בחברות "גוש חלקה", עבור בחברות מקרקעין שאף הניבו פעילות מסוימת, וכלה בחברות שהתחילו את דרכן בחברות מסחריות ובשלב מסוים הפכו לאיגודי מקרקעין.

109. הפסיקה נטתה לראות באיגוד מקרקעין כשותפות למעשה (או ככסות ליחסי שיתוף) רק במקרים קיצוניים, והדוגמה שניתנה היתה הקמת החברה לצורך תכנון מס (שאמנם בזמנו היה לגיטימי). בכל מקרה אחר, נטיית הפסיקה הינה להפנות את הצדדים למסלול הפירוק המופיע בדיני החברות.

110. לדעתי, כפי שפרסתי אותה במאמר זה, יש מקום להיזקק לדיני פירוק השיתוף במקרקעין במקרים רבים יותר. השתדלתי להביא קשת רחבה של פרמטרים ושיקולים שונים, היוצרים מרקם של איזון בין האינטרסים השונים. הפרמטרים העיקריים בפסיקה היו: התכלית ההיסטורית של ההתאגדות, והיותה של החברה מעין-שותפות. אני סבור, כי פרמטרים נוספים עשויים להיות רלוונטיים, כגון מצבה של החברה כיום, האם תכליתה שונתה בהסכמה או מכוח התנהגות, קיומם של צדדים שלישיים, האם יש הצדקה לקיומו של התאגיד, ועוד.

111. במקרים המתאימים (בקשת רחבה יותר של מקרים מאשר זו הנהוגה כיום), פירוק השיתוף לפי דיני הקניין ישיג מספר תכליות חשובות, והן:

(א) תכליות חוק המקרקעין - מניעת קיפאון של המקרקעין, עידוד עסקאות, עידוד פירוקי שיתוף והעדפת החזקת בעלות מלאה בשטח קטן על בעלות בחלקים בשטח גדול.

(ב) אם פירוקים אלה יופנו לבית-המשפט המוסמך לפרק את השיתוף במקרקעין, הדבר יביא לפירוק מהיר ויעיל יותר, שיבוצע בבית-משפט השלום או בבית-המשפט לענייני משפחה, בעלויות נמוכות יותר. בית-משפט השלום מתמחה בפירוקי מקרקעין, וככל שמדובר בחברות הראויות להתפרק כאיגודי מקרקעין, הרי המקום הטבעי לעשות כן הוא בית-משפט השלום. אם מדובר בבני משפחה, בית-המשפט המומחה בכך הוא בית-המשפט לענייני משפחה. גם אין צורך, בדרך כלל, בהשתתפותו של כונס הנכסים הרשמי בהליך.

(ג) גם כאשר הפירוק מבוצע בבית-המשפט המחוזי, הרי שפירוק על פי חוק המקרקעין הינו קצר יותר, יעיל יותר וזול יותר מאשר זה המותווה בפקודת החברות.

112. בכל מקרה, ועל מנת למנוע הישנות מקרים שתוצאתם בעייתית, כמו אלו של **אולשטיין** (לא ניתן לפרק איגוד שלמעשה הפך לאיגוד מקרקעין) או של **סתוי** (המקרקעין של בעלת המניות נותרו מושכרים לחברה בשכירות סימלית והיא ככל הנראה תהיה מחוץ לחברה ולא תקבל שכר ראוי בגינם), אני ממליץ בחום להסדיר תמיד - בין בהסכם היזמים להקמת החברה ובין בתקנון ההתאגדות עצמו - את סוגיית הפירוק בהסכמה. בדומה להסכם ממון הנעשה בטרם חתונה, או בדומה לדיון בסעיפי ההפרה והסעדים עובר לחתימת חוזה, לא תמיד הצדדים חופשיים לשוחח בפתיחות על נסיבות סיום הקשר ביניהם, ולעיתים התעמקות בכך עלולה להביא לחיכוכים מיותרים, זריעת זרעי אי-אמון ואולי אף לביטול המשא-ומתן ולאי הבשלתה של ההתקשרות. עם זאת, הן בהסכם השיתוף והן כאשר מדובר בחברה, ובמיוחד באיגודי מקרקעין, יש מקום להסדיר מראש, "בדרכי נועם ובתוקף המתאים", את עיתוי ואופן פירוק השיתוף (לרבות, במקרה המתאים, פירוק החברה), על מנת שהצדדים יהיו מודעים היטב לסיכונים שהם נוטלים על עצמם ולהיקפם.



- * מוסמך במשפטים (אוניברסיטת תל-אביב, 1996) ותלמיד מחקר באוניברסיטת בר אילן לתואר שלישי, מתרגל בדיני קניין ובדיני חברות במכללת שערי משפט.
1. לדיון נרחב בפירוק השיתוף ראו: ש. שגב **פרקים בדיני קניין חלק א'** (עין משפט הוצאה לאור, 2001), פרק שביעי.
 2. כאשר הזכויות אינן רשומות במירשם המקרקעין ואינן עולות כדי זכויות קניין במקרקעין, אלא רשומות במירשם אחר (לדוגמה - חברה משכנת או מינהל מקרקעי ישראל), או כאשר אינן רשומות כלל, הרי שמדובר בזכויות חוזיות במקרקעין, ועל יחסי השיתוף בהן חל חוק המיטלטלין מכוח סעיף 13(א) בו. אמנם יחסי השיתוף ופירוקו על פי חוק המיטלטלין גמישים יותר, אלא שנראה לי כי כאשר מדובר בזכויות הנוגעות למקרקעין, יש נפקות להסדר שבחוק המקרקעין, למרות שסעיף 9 לחוק המיטלטלין, הדין בפירוק השיתוף במיטלטלין, אינו מפנה ישירות לחוק המקרקעין. נציין את האפשרות להחיל את פרק ה' לחוק המקרקעין מכוח היקש, גם מקום בו תחולתו נשללה מפורשות. הדוגמה הקלאסית לכך הינה זכותו של בעל דירה בבית משותף לעשות ברכוש המשותף שימוש סביר - זכות שאינה מופיעה בפרק ו' לחוק המקרקעין, ונלמדת באמצעות היקש מפרק ה' לחוק.
 3. אלא אם כן נקבע אחרת בהסכמה, או על פי החריגים המפורטים בחוק המקרקעין.
 4. ראו: ע"א 623/71 **גן בועז נ' אנגלנדר**, פ"ד כז(1) 334.
 5. כך, למשל, השותף המבקש לפרק את השיתוף אינו מחוייב להמתין עד אשר יסתיימו הליכי תכנון של המקרקעין, למרות שבתום הליכי התכנון ערכם יעלה: ע"א 319/74 **רובינשטיין נ' פיין**, פ"ד ל(1) 454.
 6. רע"א 4358/01 **בר-אל נ' בר-אל**, פ"ד נה(5) 856.
 7. ע"א 190/73 **חזקיהו נ' שרף**, פ"ד כח(2) 44.
 8. רע"א 101/86 **קדמאני נ' אבו-אלחאג'**, פ"ד מ(1) 671. במקרה זה פורקה חלקה, שעליה "ישב" שליש מביט-מלון (המלון נבנה על שלוש חלקות). גם במצב כזה יחול ההסדר שבחוק - באין אפשרות לחלק את המקרקעין, הם יימכרו.
 9. מגמה זו נובעת לא רק ממגמת צמצום זכות הדיירות המוגנת, אלא גם מאופיים של דיני הפירוק. ראו: ע"א 3295/94 **פרמינגר נ' מור**, פ"ד נ(5) 111. לעניין צמצום ההגנה של דיני הגנת הדייר ראו גם לאחרונה: ע"א 1679/01 **משכן בנק הפועלים למשכנתאות נ' שפייזמן**, פ"ד נו(2) 145. מאידך ראו גם רע"א 1159/01 **דג'לרטי נ' הנאמן בפש"ר עו"ד רוזן**, פ"ד נו(1) 721, לפיו ויתור על דיירות מוגנת בשטר המשכנתה אינו פועל כלפי כולי עלמא, אלא כלפי בעל המשכנתה בלבד.
 10. פסק-דין מנחה בסוגיית פירוק השיתוף: רע"א 1017/97 **רידלביץ נ' מודעי**, פ"ד נב(4) 625.
 11. ראו: א. חביב-סגל, **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש** (אל-טק הפקות בע"מ), עמ' 147 ואילך.
 12. למבט כלכלי על דיני החברות ראו במיוחד פרק 14 בספר: posner, *economic analysis of law* (5th ed., 1998).
 13. רע"א 5596/00 **שולמית סתוי נ' שאולי נאחסי (נחום)**, פ"ד נו(1) 149.
 14. נראה, כי הרשימה האמורה שמנה הנשיא אינה רשימה סגורה.
 15. קיימים מקרים שבהם סוגיית כמות המניות שהוא מחזיק אינה רלוונטית. לדוגמה - היקף זכותו של בעל מניה, שלא יקפחו אותו, אינה תלויה כעיקרון במספר המניות שהוא מחזיק.
 16. הכלל הבסיסי הוא, כי הסכם שיתוף טעון רישום בלשכת רישום המקרקעין, על מנת שיוקנה לו תוקף קנייני. אולם על מנת שיוקנה לו תוקף חוזי אין חובה להעלותו על הכתב, אלא אם כן הוא מהווה עסקה במקרקעין (על פי סעיף 8 לחוק המקרקעין). במקרים בהם לא קיימת דרישת כתב, או במקום שאין הסכם בכתב, יכול והסכם שיתוף ישתכלל גם על פי הסכמה בעל-פה או מכוח התנהגות.
 17. לבעיית הנציג בדיני חברות ראו מאמרו של ד"ר זוהר גושן: "בעיית הנציג" כתאוריה מאחדת לדיני התאגידים **ספר זיכרון לגואליטורו פרוקציה** (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, תשנ"ז-1967), 239. המחבר דן בבעיות הנציג הבאות: (1) בעיית הנציג שבין בעלי מניות לבין המנהלים; (2) בעיית הנציג שבין בעלי המניות לבין בעלי תביעה אחרים; (3) רוב ומיעוט בקבוצות משקיעים, כוחם של בעלי השליטה. המחוקק מונה שורה של הסדרים לפתרון בעיות אלה, אולם אין זה המקום לפרט סוגייה זו.
 18. לדוגמה - אם מדובר במקרקעין של רשות ציבורית יכול ויחולו דיני העיריות, המשפט הציבורי ועוד; או כאשר מדובר בתכנון ובנייה על המקרקעין יחולו דיני התכנון והבנייה בנוסף לדיני הקניין; בשנים האחרונות יחול גם המשפט החוקתי - בהקשר של הגנה חוקתית על זכויות במקרקעין מפני הפקעה; או כאשר השאלה העולה הינה מיטרידים.
 19. כך, למשל, בפרשת **גן בועז** שהוזכרה לעיל דובר בעשרות שותפים, ואין זה המקרה היחיד.
 20. ראו סעיף 11 לחוק החברות. לעניין תכלית החברה כדאי גם לעיין בפרק 6 בספרו של ד"ר יחיאל בהט **חברות - החוק החדש והדין** (מהדורה רביעית, הוצאת כרמל).
 21. לסוגיית תכלית החברה והשיקולים השונים התומכים בהחלטה לנהל פעילות מסוימת במסגרת של חברה דווקא, אני דן בספר חדש שיצא לאור בחודש הבא: ש. שגב **פרקים בדיני חברות**, בהוצאת עין משפט.
 22. וראו עוד: ש. לרנר: "משפט מסחרי ומשפט אזרחי: אנטומיה של סיווג", **ספר זיכרון לגד טודסקי** (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, תשנ"ו-1995), 503.
 23. לבסיס ההסכמה ראו להלן. ראו גם: ע"א 524/88 **"פרי העמק" נ' מושב שדה יעקב**, פ"ד מה(4), 529; ראו גם סעיף 20(ד) לחוק החברות.
 24. לעניין כשרות משפטית מוגבלת של נציגות הבית המשותף ראו: ע"א 98/80 **נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ**, פ"ד לו(2) 21.
 25. לדוגמה: כלל הוא, שפירוק השיתוף על דרך של רישום בית משותף עדיף על פירוקו באופן של מכר. אולם, אם מערכת היחסים בין השותפים כה מעורערת עד כי לא ניתן לקיים חיי שיתוף תקינים לאחר רישום הבית המשותף, יתכן ובית-המשפט יעדיף מכר על פני רישום בית משותף. ראו: שגב, **פרקים בדיני קניין חלק א'** (עין משפט הוצאה לאור, 2001), 208.
 26. לדוגמה, מתן שהות לפנות את המקרקעין במקרה שאחד השותפים מחזיק בהם, וכדומה.
 27. ראו פש"ר 1828/02 **א.פ. השקעות (70) בע"מ נ' הבנק לפיתוח התעשייה**, החלטה מיום 3 ספטמבר 2002. לדיון בפסק-הדין ראו: שי שגב, "הקשר בין בקשה לפירוק בנק, לבין חובת תום הלב", **חדשות עין משפט לשנת המשפט תשס"ג** (עין משפט הוצאה לאור, 2003), עמ' 181.
 28. אציין, כי הפסיקה הסתייגה מהכרה באפשרות של שינוי תקנון מכוח התנהגות (רע"א 427/90, **לאו נ' טוקטלי**, פ"ד מה(3) 387). לדעתי, בנסיבות מסוימות ובכפוף לעיקרון תום הלב, הדבר אפשרי. על פרשת **לאו נ' טוקטלי** ועל עמדתי לגביה הרחבתי בספר: **פרקים בדיני חברות** (עין משפט, 2003) פרק 8.
 29. חלוקת חזקה יכולה להיעשות, בין היתר, על פי נוהל של "צביעת מניות", קרי קביעת מניות מסויגים שונים, שכל מניה ומניה מקנה לבעליה זכות חזקה ושימוש ייחודית בחלק ספציפי של המקרקעין, על פי מפה (תשריט) המהווה חלק בלתי נפרד מתקנון ההתאגדות.



30. לסקירה של התפתחויות במיסוי מקרקעין בשנה החולפת ראו: שי שגב, "מיסוי מקרקעין 2002 - החוק והפסק; חלק א' - עיקרי תיקון 50", **חדשות עין משפט לשנת המשפט תשס"ג** (עין משפט הוצאה לאור, 2003), עמ' 277. כן ראו: שי שגב, "מיסוי מקרקעין 2002 - החוק והפסק; חלק ב' - פסיקה", **חדשות עין משפט לשנת המשפט תשס"ג** (עין משפט הוצאה לאור, 2003), עמ' 299.
31. ע"א 5773/99 סובול נ' מנהל מס שבח, **מקרקעין ב/2 עמ' 320**.
32. לעניין זה ראו: שי שגב, "מיסוי מקרקעין 2002 - החוק והפסק; חלק ב' - פסיקה", **חדשות עין משפט לשנת המשפט תשס"ג** (עין משפט הוצאה לאור, 2003), עמ' 299, בעמ' 302 ואילך.
33. הגדרת "איגוד מקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין הינה כדלקמן: "איגוד שכל נכסיו, במישרין או בעקיפין, הם זכויות במקרקעין; ולענין זה לא יראו כנכסיו של האיגוד - מזומנים, מניות, איגרות חוב, ניירות ערך אחרים, ומטלטלין, שאינם משמשים לאיגוד לייצור הכנסתו, או שהם משמשים לייצור הכנסתו אולם לדעת המנהל הם טפלים למטרות העיקריות של האיגוד המבוצעות למעשה ולא בדרך ארעית."
34. חוק מס שבח מקרקעין (פטור במכירת דירת מגורים) (הוראת שעה), התשנ"ב-1992.
35. חוק מיסוי מקרקעין (שבח מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963.
36. ע"א 47/78 חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ' ראובן זליג בן אפרים, פ"ד לב(3) 723; ע"א 291/78 פאר עד חברה לבנין נ' אושרובסקי, לג(1) 435. פסקי-דין אלה ינותחו להלן.
37. ציינו, כי מגמה זו גררה ביקורת רבה מהמגזר העסקי ועל כן בהצעת החוק לתיקון חוק החברות נעשה ניסיון גם למנוע את הטשטוש ולחזק את המסך.
38. לעניין זה ראו: שי שגב, "הדחיקה" **חדשות עין משפט לשנת המשפט תשס"ג** (עין משפט הוצאה לאור, 2003), עמ' 507.
39. באשר להרמת המסך ראו פרק 14 בספר חדש שיצא לאור בחודש הבא: ש. שגב **פרקים בדיני חברות**, בהוצאת עין משפט.
40. ע"א 47/78 חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ' ראובן זליג בן אפרים, פ"ד לב(3) 723; ע"א 291/78 פאר עד חברה לבנין נ' אושרובסקי, לג(1) 435. פסקי-דין אלה ינותחו להלן.
41. אלא אם כן מדובר בזכויות חוזיות, ואז הסוגייה תיבחן לפי שווי העניין: ר"ע 52/87 לנצוט נ' לנצוט (תקדין).
42. אדגיש כי הפסיקה, על פי פסק-דין **אולשטיין** שיידון להלן, תיטה לראות מערכת יחסים זאת כמצריכה החלת דיני החברות בלבד. עם זאת, אני מציע כאן דרך אחרת.
43. ע"א 3700/98 א.מ. חניות ירושלים (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590; מיום 17.2.03.
44. ע"א 47/78 חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ' ראובן זליג בן אפרים, פ"ד לב(3) 723.
45. ע"א 291/78 פאר עד חברה לבנין בע"מ ואח' נ' אושרובסקי נילי, פ"ד לג(1) 435.
46. ע"א 419/89 שרונה אולשטיין נ' זקסוניה מטויה ואריגה בע"מ, פ"ד מו(1) 172.
47. ש. שגב "העבירות והגבלתה - בין קניין לחיוב (בעקבות הלכת חיים נ' חיים)", **מקרקעין ב/4 עמ' 3**.
48. ע"א 524/88 פרי העמק" נ' מושב שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529.
49. א. פרוקציה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית", **עיוני משפט יז (1) 167**.
50. עוד ניתן לומר, כי מסך ההתאגדות אמנם מגן על בעלי המניות מפני הצדדים השלישיים, אולם באותה מידה גם מגן על הצדדים השלישיים מפני בעלי המניות. באיזה אופן? כאשר לחברה יש רכוש, הרי שהצד השלישי זכאי לטעון שקיים מסך, ולכן נכסי החברה שייכים לה ולא לבעלי מניותיה, ואלה אמורים לשמש לפירעון חובותיה, ומכאן גם עיקרון השמירה על ההון. לכן, ניתן לומר, כי במישור שבין בעלי המניות לבין עצמם לא קיים מסך, ונכסי החברה שייכים להם, אולם הואיל וקיימים צדדים שלישיים שיש להגן עליהם, הרי שאלה רשאים לראות את נכסי החברה כשייכים לה, בנפרד מבעלי מניותיה ומהם ישולמו חובותיהם, ובמקרה של חלוקה אסורה ניתן יהיה לדרוש מבעלי המניות להחזיר לחברה את הכספים שנטלו ממנה (והשייכים לה) שלא על פי הוראות חוק החברות.

