

עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה – הצעה להתאמת סעיף 11 לחוק

החברות לעידן התאגידי המודרני

מאת

עלי בוקשפן*

מאמר זה, אשר נכתב במלאת עשרים שנים לחקיקת חוק החברות ומאה שנים לפסק הדין Dodge v. Ford, שעסק בשאלת תכליתה של החברה ובהיקף שיקול הדעת וחובותיהם של נושאי המשרה בה, בוחן את התמורות המשמעותיות שחלו מאז, ובעיקר בשנים האחרונות, בשאלת תכלית החברה. תמורות אלה, בעולם העסקים ובעולם המשפט כאחד, נסקרות במאמר ומצביעות על שינוי יסודי במקומה ובתפקידה החברתי של החברה, מגוף שתכליתו המסורתית התמקדה בהשאת רווחי בעלי מניותיו לגוף עסקי שתכליתו לשלב באופן אינטגרטיבי את ענייניהם של כל בעלי העניין הקשורים בפעילותה של החברה. לפי גישה חדשה זו, תכליתה הכלכלית של החברה היא למעשה הדרך והאמצעי להבטיח את קיומה של כלכלה בת קיימא, המפתחת את הקיום האנושי בהתאם לעקרונות של משמעות וכבוד. תכלית זו נוכחת היטב כבר היום בדיני החברות ומחוצה להם, ועל כן קורא המאמר לעדכן את סעיף 11(א) לחוק החברות, לב ליבו של החוק, כך שבנוסחו הקיים ("תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענייניו של הציבור") תוחלף המילה "וניתן" במילה "ויש". בכך תותאם הארכיטקטורה של חוק החברות – כראוי לה לקודיפיקציה - לעמדות הנוהגות כבר ממילא בעולם המשפט ובעולם העסקים, המשמרות את המסגרת העסקית בתוכה פועלת החברה תוך הרחבת התמונה לזיקה המתהדקת בין החברה (society) לחברה (company).

א. הקדמה. ב. תכלית החברה – מגמות בעולם העסקים. ג. תכלית החברה – מגמות בעולם המשפט; 1. התפתחויות בדיני החברות; (א) עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה; א.1. תורת האורגניזם והרחבת שיח האחריות של החברה; א.2. מודל האחריות האישית והרחבת שיח האחריות של בני אדם אשר מכוונים את פעילות החברה; (ב) עקרון האחריות המוגבלת והרמת מסך; (ג) חובות נושאי משרה וממשל תאגידי; 2. התפתחויות מחוץ לדיני החברות; (א) עקרון תום הלב ותחולתו על החברה העסקית והפועלים מטעמה; (ב) עקרון תקנת הציבור והכפפת המגזר העסקי לזכויות אדם; (ג) תובענות ייצוגיות. ד. סיכום.

* פרופסור חבר, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודה רבה לרועי רוזמן על עזרת המחקר ולהערות המצוינות של כתב העת "המשפט".

א. הקדמה

"חוק החברות המוצע הוא חוק מקיף, כולל, בעל אופי קודיפיקטיבי, המרכז את עיקרי דיני החברות הנוהגים בישראל ומותאם לצורכי התקופה" – במילים אלה נפתחים דברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו–1995, הצעה שהביאה לחקיקת חוק החברות, התשנ"ט–1999, שהוא מהמפעלים הקודיפיקטיביים המרשימים ביותר שנחקקו עד כה בישראל.

עתה, בחלוף עשרים שנים מחקיקת חוק החברות, ובחלוף מאה שנים ממתן פסק הדין המפורסם בעניין **Dodge v. Ford Motor Company**¹, אשר עסק בשאלת מטרתה של החברה ובהיקפי שיקול הדעת וחובותיהם של נושאי המשרה בה, הגיעה השעה לבחון מחדש את אופיו הקודיפיקטיבי של חוק החברות ואת התאמתו לצורכי התקופה הנוכחית, כמעט שנות דור מאז חקיקתו.

לצורך כך, ניתן לחשוב על בחינת התאמתם של ההסדרים הספציפיים הקבועים בחוק החברות לפעולתן של חברות עסקיות בעת הזו, דוגמת ההסדרים העוסקים בדיני האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ובתורת האורגנים, בדיני הרמת המסך, בממשל התאגידי ובחלוקת הסמכויות בחברה ובחובות נושאי המשרה. מתודולוגיה כזו היא טובה, אך כדי לקבל תמונה רחבה יותר על רוחו של החוק, ובמיוחד על יומרתו הקודיפיקטיבית, מוטב לבחון את הדברים באמצעות פנייה ישירה ללב ליבו של חוק החברות, לסעיף אשר עוסק ב"תכלית החברה"², ובדיקת התאמתו לתמורות העסקיות והמשפטיות שמתחוללות בשנים שחלפו מאז חקיקת החוק. בחינה זו, אשר מסתייעת גם היא, מטבע הדברים, בהתבוננות אינדוקטיבית על מגוון הסדרים משפטיים פרטניים בדיני החברות ומחוצה להם,³ מעלה שליבו של החוק אינו נמצא לגמרי במקום הנכון כיום, וניסוחו אינו משקף בצורה קודיפיקטיבית את המשפט הנוהג ואת השינויים שמתחוללים במגזר העסקי. לפיכך, ואם נמשיך את המטפורה המדמה את סעיף תכלית החברה בחוק החברות ללב פועם, נראה שכדי לשמר את אופיו הקודיפיקטיבי ומתווה הדרך של חוק החברות, הגיעה השעה לבצע בחוק "ניתוח לב פתוח", גם אם עדין ומינימלי, באופן שימליל בצורה מדויקת יותר את המשפט הנוהג ויתאים עצמו לצורכי התקופה הנוכחית, בה השיח התאגידי משתנה מאוד הן במישור המקומי והן במישור הבין-לאומי.

כך, במבט מואץ על מאה השנים האחרונות, ניתן להיווכח שבעוד שמפסק הדין **Dodge v. Ford Motor Company** ומסעיף 11(א) לחוק החברות עולה גישה המתמקדת במודל השאת רווחיה של החברה – באמצעות העדפת עניינם של בעלי המניות – כתכליתה של החברה העסקית, הרי שסקירה נרחבת ועדכנית של החקיקה והפסיקה העוסקות בחברות עסקיות ובאלה הפועלים מטעמן, וסקירה דומה של התפתחויות עסקיות ושל ספרות אקדמית הולכת ומתרבה, חושפות תפיסה מגובשת למדי בדבר תכלית רחבה של התאגיד העסקי לאחריות עסקית כוללת ואינטגרטיבית. תפיסה זו קיבלה ביטוי מובהק אך לאחרונה, באוגוסט 2019, בהצהרה שנוסחה על ידי ארגון ה-Business Roundtable. ארגון זה, אשר חברים בו כמאתיים מנכ"לים מהחברות הגדולות ביותר בארצות

¹ Dodge v. Ford Motor Co., 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (1919).

² ס' 11(א) לחוק החברות, התשנ"ט–1999 קובע, בחלק הרלוונטי למאמר זה, כי: "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את ענייניהם של נושאי, עובדיה ואת עניינו של הציבור...".

³ מתכלית החברה נגזרים נושאים חשובים בחייה של החברה, כולל כאלה הנוגעים להפעלת כוחם וחובותיהם של נושאי המשרה ולעילות תביעה כלפי הגורמים השונים הקשורים בפעילותה של החברה.

הברית, ניסח מחדש את עמדתו ביחס למטרת החברה ככזו אשר אינה מתמקדת יותר אך ורק בבעלי המניות, אלא ביצירת ערך לכלל בעלי העניין הקשורים בפעילותה, ביניהם לקוחות, עובדים, ספקים, קהילות ובעלי המניות.⁴ כפי שמאמר זה ידגים, הצהרה חדשה זו הינה רק קצה קצהו של קרחון והיא למעשה ממלילה תפיסה אשר קיימת כבר שנים רבות גם במשפט הישראלי, אף שהדבר אינו משתקף בנוסחו הנוכחי של סעיף 11(א) לחוק החברות, שלפיו "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענייניו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון".

לצורך דיון בתמורות אלה - אשר הגיעו ל"צומת קריטי" ערב משבר הקורונה וככל הנראה יתחדדו גם בעקבותיו⁵ - ובהצעה מעשית לתיקונו בהתאם של חוק החברות, עשרים שנים לאחר חקיקתו, הדיון להלן יחולק לשלושה חלקים: **בחלקו הראשון** המאמר יפתח בסקירה של כמה תמורות חוץ-משפטיות המדגימות את תכליתו החברתית המתגברת של המגזר העסקי בעידן המודרני. תמורות אלה באות לידי ביטוי, בין היתר ומלבד ההצהרה המשמעותית של ארגון ה-Business Roundtable שהוזכרה לעיל והצהרות נוספות, בריבוי של פרקטיקות ויוזמות תאגידיות בכל הנוגע, למשל, לדיווחים ומדדים חברתיים, באימוצן של תוכניות אתיקה ובהשקעות אחראיות על ידי המגזר העסקי ובהחלתן של זכויות אדם על מגזר זה.⁶ אף שסקירה זו אינה מתיימרת למצות את כל ההתרחשויות בתחום העסקי, יש בה כדי לספק תמונה מייצגת להקשר הכללי בו עוסק המאמר ולהביא את ה"טיעון העסקי" להתמרה בתפיסת תכליתה של החברה העסקית. **חלקו השני** של המאמר יוקדש ל"טיעון המשפטי" לביסוסה של התמרה דומה המתרחשת בעולם המשפט, וזאת באמצעות התבוננות על מגוון התפתחויות משפטיות המתרחשות בדיני החברות, ואשר גם בהן יש כדי ללמד על שינוי בתפיסת העומק המשפטית ביחס לחברות ולפועלים מטעמן ובאמצעותן. לצורך בחינת אופיו הקודיפיקטיבי והכלל משפטי של חוק החברות, יידונו בחלק זה התפתחויות משפטיות בדיני החברות המסורתיות, ובעיקר עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, תורת האורגניזם, דיני הרמת מסך וחובות נושאי המשרה שחלקן קבוע גם בחיקוקים ספציפיים, אך גם בדינים המצויים מחוץ לחוק החברות ואשר קשורים באופן הדוק לסיכונים המשפטיים המוטלים על החברה והפועלים מטעמה. בין דינים אלה ייבחנו דיני תום הלב ותקנת הציבור הקבועים בחוק החוזים ודיני התובענות הייצוגיות, אשר משליכים על שאלת תכלית החברה יותר משנדמה במבט

Alan Murray, *America's CEOs Seek a New Purpose for the Corporation*, FORTUNE MAGAZINE (Aug. 19, 2019, 11:30 AM 2019), <https://fortune.com/longform/business-roundtable-ceos-corporations-purpose/>; ("On August 19, the BRT announced a new purpose for the corporation and tossed the old one into the dustbin. The new statement is 300 words long, and shareholders aren't mentioned until word 250... Before that, the group refers to creating 'value for customers,' 'investing in employees,' fostering 'diversity and inclusion,' 'dealing fairly and ethically with suppliers,' 'supporting the communities in which we work,' *Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation* to; and 'protect[ing] the environment.") Promote 'An Economy That Serves All Americans', BUSINESS ROUNDTABLE (Aug. 19, 2019), <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>.

⁵ עלי בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים" **דה-מארקר** – **זירת הדעות** 1.6.2020 (www.themarker.com/opinion/1.8887134) (להלן: בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים"); לביטוי "צומת קריטי" ראו מאמרם של Lucian A. Bebchuk & Roberto Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, CORNELL LAW REVIEW (forthcoming 2020) (<https://ssrn.com/abstract=3544978>) (להלן: Tallarita & Bebchuk).

⁶ ראו, למשל, את הנחיות האו"ם המפורסמות משנת 2011: U.N Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf (להלן: "Guiding Principles on Business and Human Rights").

ראשון. **חלקו השלישי** של המאמר יוקדש לסיכום הטענה כי על דיני החברות דהאידינא לשקף גישה אידאולוגית עשירה ומורכבת יותר מזו אשר מתמקדת אך ורק בבעלי המניות. לפי גישה זו, תכלית הכלכלית של החברה, על מקומה כיום כשחקנית מרכזית ברקמה האנושית הכוללת,⁷ אינה התחנה הסופית, אלא למעשה הדרך והאמצעי, או תכלית המשנה, להגשמת הערך החברתי, "גבוה מעל הגבוה"⁸, המצופה מהחברה בפעילותה הכלכלית: ערך חברתי זה הוא הבטחת קיומה של כלכלה בת קיימא, המפתחת את הקיום האנושי ומבטיחה את קיומן והגשמתן של זכויות האדם תוך איזון מתמיד ביניהן. בהתאמה, המאמר יסיים בהצעה לנסח מחדש את סעיף 11 לחוק החברות, כך שימליל בצורה הולמת את המשפט – הדרך והקשה – הנוהג, כראוי לה לקודיפיקציה, ויביא לידי ביטוי את חשיבות המגמות הפועלות כיום לשילוב מתהדק בין החברה (society) לחברה (company). במילים אחרות, או במילה אחרת, המאמר מציע לשנות את ניסוחו של סעיף 11(א) לחוק החברות כך שיצהיר כי תכלית החברה בעת הזו אינה יותר כזו שבה ניתן להביא בחשבון – במסגרת השיקולים העסקיים להשאת רווחיה – את ענייניהם של, בין היתר, נושיה, עובדיה והציבור, אלא כזו שבה יש להביא בחשבון במסגרת השיקולים העסקיים גם שיקולים המתחשבים ביצירת ערך לכלל בעלי העניין המשיקים לפעולתה.

ב. תכלית החברה – מגמות בעולם העסקים

הופעת תאגידי הענק בסוף המאה ה-19, בעקבות מה שכונה "המהפכה התעשייתית השנייה"⁹, עוררה דיון ציבורי ואקדמי בלתי פוסק באשר למטרות החברתיות של חברות עסקיות ובנוגע להיקף האסדרה הרצויה של פעילותן.¹⁰ תהליך התעצמותו של המגזר העסקי אך הואץ בעשורים האחרונים, ובהתאם גבר מאוד העיסוק בשאלת אחריותם החברתית של תאגידי עסקיים, לרבות מחויבותם לכיבוד זכויות האדם של הפרט.¹¹ התבוננות על פעילותו של המגזר העסקי מעלה כי מופעים שונים של אחריות תאגידית חברתית מתחזקים כיום מאוד בשיח הציבורי, המקומי והבינ-לאומי, אך גם בפורמליזציה המשפטית.¹² התחזקות זו נובעת משיקולים כלכליים וחברתיים, שבתורם, ובאופן מעגלי, מתמרצים את המגזר העסקי לפעול לקידום של נושאים חברתיים והקפדה על זכויות אדם במתכונת אשר גם ממזערת חשיפה ציבורית ומשפטית ותורמת לאסטרטגיה עסקית מועילה.¹³ חלק זה, לפיכך, מיועד לסקירת מדגם מייצג של התפתחויות בקרב

⁷ ראו לעניין זה את דבריו הקולעים של השופט (כתוארו אז) ברק: "בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידיים מבני אדם" – ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 364, 384 (1991) (להלן: עניין **מודיעים**).

⁸ השוו, בהשאלה, לדבריו של השופט חשין בע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629–630 (1997) בהקשר לערכים הקיימים מחוץ לחוקי היסוד, אשר לקוחים מתוך הפסוק בקהלת ה' 7. ALFRED D. CHANDLER, JR., *THE VISIBLE HAND: THE MANAGERIAL REVOLUTION IN AMERICAN BUSINESS* (1977).

¹⁰ עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (2007); עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" **משפט ועסקים** א 229 (2004) (להלן: בוקשפן "על חברה וחברה"); רונית דוניץ-קידר ועופר סיטבון "אחריות חברתית של תאגידיים: הדור הבא" **שוק, משפט ופוליטיקה: על אחריות חברתית של תאגידיים** (עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר עורכים, 2017) (להלן: דוניץ-קידר וסיטבון "אחריות חברתית של תאגידיים").
¹¹ שם, בעמ' 10.

¹² ע"א 4263/04 **קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (2009) (להלן: עניין **אפרוחי הצפון**): "בעשורים האחרונים, עברו דיני התאגידיים שינויים מרחיקי לכת, שהושפעו, בין היתר, מהתפתחויות עמוקות שחלו במשפט האזרחי והחוקתי... במקביל לאינטגרציה של דיני החברות עם עקרונות המשפט האזרחי, הושפעו דינים אלו גם מההתפתחות שחלה במשפט החוקתי הישראלי, שלא פסחה גם על תחום זה. כתוצאה מכך, עקרונות המשפט החוקתי חדרו גם לעקרונות המשפט התאגידי, כשם שחלחלו לתחומי משפט אחרים".
¹³ *Addressing Human Rights in Business: Executive Perspectives*, KPMG INTERNATIONAL (Dec. 1, 2016), <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2016/11/addressing-human-rights-in-business.pdf> (להלן: *Addressing Human Rights in Business*).

המגזר העסקי עצמו, בעוד שהחלק הבא יוקדש להדגמת התפתחויות כאלה שמתרחשות גם במסגרת המשפטית האופפת את פעילותו של המגזר העסקי.

קצה קרחון להתפתחויות חוץ-משפטיות אלה בצבץ אך לאחרונה, כאשר בחודש אוגוסט 2019 פרסם ארגון ה-Business Roundtable הצהרה חדשה, אשר חתומה על ידי כמעט כל המנכ"לים של מאתיים החברות בארגון, ביניהן חברות ענק דוגמת American Airlines, American Express, Amazon, Apple, Boeing, Bank of America ו-Blackrock, בדבר מטרתה המעודכנת של החברה העסקית. הצהרה זו, אשר מחליפה את ההצהרה הקודמת משנת 1997 – אשר דגלה בחובתם של נושאי המשרה לפעול בראש ובראשונה כלפי בעלי המניות של החברה – מחדדת ומחדשת שלושה דגשים חשובים ומשמעותיים: **ראשית**, המטרה העדכנית של החברות היא לשרת את כלל בעלי העניין הקשורים בפעילותה של החברה, ביניהם, מלבד בעלי המניות (המוזכרים רק לקראת סיום ההצהרה), גם את הלקוחות, העובדים, הספקים והקהילה. **שנית**, תכלית זו נוסחה על ידי לא אחר מאשר המגזר העסקי עצמו, באמצעות ארגון אשר מייצג את התאגידים המשמעותיים ביותר בכלכלה האמריקאית, אשר הייתה מזוהה יותר מכל עם הקפיטליזם הקלסי. **ושלישית**, ואולי החשוב ביותר, ההצהרה מכפיפה תכלית חדשה זו לעקרונות ליברליים ודמוקרטיים של חופש וחירות, היינו, להקשר כלכלי וחברתי "גבוה" יותר, הרואה בחברה מכשיר כלכלי אשר נועד לאפשר לכל אדם להצליח באמצעות עבודה קשה ויצירתיות לחיות חיים של משמעות וכבוד.¹⁴ הכפפתה של הכלכלה לעקרונות ליברליים של כבוד האדם וחירותו היא מתבקשת, ומזכירה את המובן מאליו בכלכלה המערבית. ובכל זאת, אין להקל ראש בחשיבותה של ההצהרה נוכח העובדה שהזיקה ההדוקה בין תכליתה הכלכלית של החברה העסקית לבין עקרונות ליברליים וזכויות אדם אינה נזכרת בדיון "הבינרי" שנערך לרוב בשאלת פונקציית המטרה של החברה העסקית.

לא בכדי, לפיכך, בחרתי לפתוח תת-חלק זה באזכור ההצהרה המעודכנת של ארגון ה-Business Roundtable, גם אם יש לה משמעות דקלרטיבית בלבד. הצהרה משמעותית זו – אשר הצטרפו לה גם דו"ח של ה-British Academy בנושא **Principles for Purposeful Business**, שפורסם בנובמבר 2019,¹⁵ ו-Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth

¹⁴ ראו, להלן, כמה ציטוטים מהמבוא להצהרה החדשה:

"America's economic model, which is based on freedom, liberty and other enduring principles of our democracy, has raised standards of living for generations, while promoting competition, consumer choice and innovation. America's businesses have been a critical engine to its success".

"Americans deserve an economy that allows each person to succeed through hard work and creativity and to lead a life of meaning and dignity. We believe the free-market system is the best means of generating good jobs, a strong and sustainable economy, innovation, a healthy environment and economic opportunity for all.

ומהצהרה עצמה:

Businesses play a vital role in the economy by creating jobs, fostering innovation and providing essential goods and services. Businesses make and sell consumer products; manufacture equipment and vehicles; support the national defense; grow and produce food; provide health care; generate and deliver energy; and offer financial, communications and other services that underpin economic growth."

"The Future of the Corporation programme is one of the largest and most ambitious ever conducted by the British Academy, the UK's national academy for the humanities and social sciences. It lies at the heart of the future of capitalism, the future of humanity and the future of our planet. This second report builds on the November 2018 report, 'Reforming business for the 21st century'. It revisits the case for change and highlights that climate change, the urgency of delivering on the UN Sustainable Development Goals (SDGs), technological developments, the increasing dominance of companies without significant tangible assets, and negative perceptions of business make this agenda particularly urgent. It identifies how change can and should be achieved. It sets out a series of principles to guide lawmakers and business leaders in any jurisdiction towards the policies and practices that can release the potential of business to profitably

Industrial Revolution מדצמבר 2019 – משמשת נקודת ציון המתמצתת ומשקפת תהליכי עומק המבשילים בשנים האחרונות, ואשר משבר הקורונה צפוי להאיץ.¹⁶ אלה מתרחשים, בין היתר, בהשפעתם של מנופים חיצוניים – חברתיים ומשפטיים – הדוחפים את המגזר העסקי להכרה כי עליו לפעול בצורה הוליסטית והוגנת.¹⁷ במילים אחרות, גם אם נמר אינו ממהר לשנות חברבורותיו,¹⁸ נראה שההצהרה החדשה של ארגון ה-Business Roundtable משמשת, למצער, כנייר לקמוס לזיהויים של "כוחות שוק" אפקטיביים הדוחפים להתנהלות עסקית אינטגרטיבית וכבבואה להכרה במורכבות ובחשיבות שיתוף הפעולה והעצמתם של יחסי הגומלין המאפיינים את העשייה האנושית, והעסקית בכלל זה.¹⁹ כך, למשל, מזהה פרופ' מנחם מאוטנר בספרו **משפט ותרבות**, בצדק רב, שתאגידים עסקיים רבים כבר אינם תופסים עצמם עוד, ואינם מציגים עצמם, כמי שאחריותם היחידה היא אחריותם כלפיי בעלי המניות שלהם. בעשורים האחרונים, תאגידים עסקיים רבים מטפחים ומפיצים תרבות ארגונית של אחריות חברתית – אחריות להגנת הסביבה, להגנה על זכויות עובדים וכיוצא בזה.²⁰ במסגרתה של תפיסה עצמית חדשה זו, התאגידים אינם תופסים עצמם כמחויבים לערך אחד בלבד, הערך של מקסום התשואה של בעלי המניות שלהם, אלא כמחויבים בה בעת גם לסדרה נוספת של ערכים, שנתפסו עד כה כאמורים להיות מקודמים בראש ובראשונה על ידי מוסדות המדינה וכן על ידי מוסדות שאינם עסקיים של החברה האזרחית. על פי תפיסה זו, תאגידים פועלים ככאלה שגם מייצרים בעצמם את הרגולציה החלה עליהם וככאלה שמכפיפים עצמם לרגולציה עצמית מעבר לזו הנדרשת על ידי המחוקק. כך נעשה, בין השאר, בדרך של פיתוח קודים אתיים והטמעתם בקרב עובדיהם ובקרב תאגידים אחרים הבאים עימם בקשרים עסקיים – תוך הפנמת שיקולים של אחריות חברתית כחלק מהשיקולים שעליהם לשקול ושילובם במסגרת השיקולים העסקיים.²¹ התפתחות זו לא נעשתה בן לילה. לפי חלוקה

solve the problems of people and planet, and to prevent business from profiting from harm. The findings are summarised below... We concluded that the purpose of business is to solve the problems of people and planet profitably, and not profit from causing problems. We proposed a framework for 21st century business based on corporate purposes; commitments to trustworthiness; and ethical corporate cultures." *Principles for Purposeful Business: How To Deliver The Framework For The Future Corporation*, THE BRITISH ACADEMY (Nov., 2019), <https://www.thebritishacademy.ac.uk/sites/default/files/future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf> (להלן: The British Academy).

¹⁶ "The purpose of a company is to engage all its stakeholders in shared and sustained value creation. In creating such value, a company serves not only its shareholders, but all its stakeholders—employees, customers, suppliers, local communities and society at large. The best way to understand and harmonize the divergent interests of all stakeholders is through a shared commitment to policies and decisions that strengthen the long-term prosperity of a company." Klaus Schwab, *Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution*, WORLD ECONOMIC FORUM (Dec. 2, 2019), <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution>; בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים", לעיל ה"ש 5.

¹⁷ כאנקדוטות לכך ראו את שער מגזין **Forbes** שפורסם בספטמבר 2011, בעיצומן של המחאות החברתיות בעולם (דוגמת האביב הערבי וה-Occupy Wall Street), אליהן ניתן להוסיף גם את המחאה בישראל), ואשר כותרתו "Social Power and the Coming Corporate Revolution", וכן את שער מגזין **Time** מאותה שנה, אשר הכתיר את ה"מפגין" כאיש השנה: "The Protester – From The Arab Spring to Athens, From Occupy Wall Street to Moscow". באופן פרדוקסלי משהו, קשה להתעלם מהעובדה שחלק ממנופים אלה נעזרים ברשתות החברתיות, המתבססות על פלטפורמות שנוצרו על ידי המגזר העסקי ואשר מעוררות כשלעצמן דילמות חברתיות וחוקתיות.

¹⁸ ראו עמדתו של פרופ' ידידיה שטרן "הקפיטליזם הפר את האיזון: פרופ' ידידיה שטרן בטוח שהעידן שבו רווח היה הדבר החשוב ביותר – נגמר" **גלובס** 20.9.2019. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001301392.
¹⁹ לעניין זה, נראה שגם הכלכלה ההתנהגותית ו"גל" זוכי הנובל שהשכילו לשלב פסיכולוגיה בכלכלה מחזקים את המורכבות הזו.

²⁰ מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 326–325 (2008).

²¹ עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" **משפט ועסקים** ב 159 (2005) (להלן: בוקשפן וכשר "אתיקה בחברות עסקיות"); אביבה גבע ורות פלאטושנער "קוד אתי – מה הוא מוסיף על הרגולציה של הבנקים?" **מחקרי משפט** כז 261 (2011).

אחת, ניתן להתייחס להתפתחות האחריות החברתית התאגידית (CSR) במונחים "דוריים"²². "הדור הראשון" מאופיין בפרשנות אחריותו החברתית של התאגיד העסקי כתפיסה של צדקה ופילנתרופיה גרידא. לפי תפיסה זו, אחריות התאגיד היא נקודתית ובאה לידי ביטוי בעיקר בהענקת תרומות חד-פעמיות או מתמשכות מצידו, ומקורה בשיקול דעת התאגיד, ולא בחובות משפטיות. "הדור השני" של האחריות החברתית התאגידית, שגם הוא עדיין אינו מקים חבויות משפטיות, מאופיין בתפיסה לפיה על אחריות זו להיות קשורה לליבה העסקית של התאגיד, וכי על התאגיד לאמץ ולהטמיע שיקולים חברתיים וסביבתיים ארוכי טווח, לעגן אותם בקודים אתיים וליישם בפעילותו השוטפת. ולבסוף, "הדור השלישי" של האחריות החברתית התאגידית מתאר את מצב העניינים ההולך ומתהווה כיום בעולם העסקי, אותו נסקור בחלק הבא, ולפי לאחריות החברתית של התאגידים מתלוות גם השלכות משפטיות.²³

תיאור "דורי" זה מסביר את התפתחותו וביסוסו של "משפט רך" שחל על תאגידים, ופעמים רבות גם מנוסח על ידיהם, או לפחות בשיתוף פעולה עמם.²⁴ משפט רך זה נוצר באופן וולונטרי, למשל באמצעות קודי התנהגות של אחריות חברתית, ואינו נועד לאכיפה משפטית. חוליה נוספת של המשפט הרך באה לידי ביטוי גם בצמיחתם של גופים חוץ-שלטוניים המפתחים תקנים למדידת הביצועים החברתיים של תאגידים שונים. תקנים אלה מאומצים על ידי התאגידים באופן וולונטרי, וגם כאשר יש פיקוח על יישומם, הוא נעשה בדרך כלל בהזמנת התאגיד.²⁵ עם זאת, יש להניח שאף שהמדובר באימוץ וולונטרי, הוא מונע לא במעט מלחץ ציבורי על תאגידים שבחרים שלא לאמץ מדיניות של אחריות תאגידית, לחץ אשר מתבטא בעיקר באסטרטגיות של "ביוש", המיועדות לחשוף באופן פומבי פרקטיקות תאגידיות בעייתיות.²⁶ יעילותו המתגברת של לחץ מסוג זה ממחישה את הציפיות המתגברות מצד הציבור לאחריות חברתית תאגידית, אחריות אשר עוברת תהליך מתגבר של בירוקרטיזציה וסטנדרטיזציה, ועל כן מסייעות גם ליצור את התשתית והמנוף להתבססותו של ה"דור השלישי" והמשפטי של האחריות החברתית התאגידית, כולל בנושאים הקשורים לזכויות אדם.²⁷ כך או אחרת, כיום יותר ויותר תאגידים מקיימים מדיניות של אחריות

²² עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר "אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגר גבולות המשפט" **המשפט** 1(1) 297, 304 (2012) (להלן: סיטבון ודוניץ-קידר "אתגר גבולות המשפט").
²³ תופעה זו אינה מפתיעה נוכח כוחם הכלכלי והפוליטי המתעצם של תאגידים עסקיים, הנובע גם מהעובדה שבעשורים האחרונים פונקציות ממשלתיות רבות עוברות הפרטה (שם, בעמ' 302). תמורות אלה בכוחם של התאגידים הובילו את המחוקק הישראלי, וזו דוגמה חלקית ביותר, לחיקוקם של כמה חוקים המטילים אחריות מוגברת על גופים פרטיים, דוגמת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, המטיל על גופים פרטיים את החובה לנהוג בשוויון במקרים המנויים בחוק; וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 וחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951 המטילים חובה על מעסיקים פרטיים להעניק את אותם תנאים לגברים ולנשים המבצעים אותה עבודה. להרחבה על ההתפתחויות בעולם המשפט ביחס לשאלת תכלית החברה ראו בחלק הבא.

²⁴ יוסי רחמים **אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים** 318-319 (2019).

²⁵ רונן שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי: על עיצוב מושג האחריות החברתית של תאגידים" **דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות ישראלית** 237, 249-251 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמרון צלינקר עורכים, 2007) (להלן: שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי"). במהלך השנים, הנושא של מדידת ביצועים הפך לחלק מרכזי בהתפתחות של הפעילות הארגונית, וכיום, גם ענייני זכויות האדם הם מדידים (דוגמת מדד ה-GRI) (Global Reporting Initiative). הרעיון במדידה הוא שימוש בטבע התחרותי של החברות, אשר רוצות להפגין ביצועים גבוהים, גם, למשל, בתחום ההגנה על זכויות אדם. כך, כיום, מתוך 250 החברות הגדולות בעולם, 93% מדווחות על ביצועים 82% נעזרות במדד ה-GRI. למידע נוסף על המדד ראו: GRI – EMPOWERING SUSTAINABLE DECISIONS www.globalreporting.org/Pages/default.aspx.

²⁶ סיטבון ודוניץ-קידר "אתגר גבולות המשפט", לעיל ה"ש 22, בעמ' 302. להרחבת הדיון גם להיבטים בלתי פורמליים שעשויים להתלוות להחלטות של גורם ציבורי, ראו: שרון ידן "המרחב הבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לביישן?" **משפט ועסקים** כ"ג (צפוי להתפרסם ב-2020). כדוגמה לביישן תאגידי ניתן להביא את קמפיין "ביוש טיסה" של פעילי האקלים נגד חברות תעופה בשל פליטות גזי החממה הגוברות של המטוסים אשר מזהמות את הסביבה: עומר כביר "הסיטי מזהיר: קמפיין השיימינג של פעילי האקלים יפגע במיליארדים בחברות התעופה" **כלכליסט** 27.10.2019 www.calcalist.co.il/world/articles/0,7340,L-3772455,00.html.

²⁷ השו: Cynthia A. Williams & John M. Conley, *Is There an Emerging Fiduciary Duty to Consider Human Rights?* 74 U. CIN. L. REV. 75 (2005) (להלן: Williams & Conley); עלי בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית

תאגידית חברתית (CSR) ומכבדים זכויות אדם כחלק מליבת העסקים שלהם,²⁸ אף אם עדיין רבות הן הפעילויות במסגרת האחריות החברתית התאגידית אשר מבוצעות באופן וולונטרי, על ידי יצירת משטר של רגולציה עצמית בקרב התאגידים, וזאת, בין היתר, כחלק מניסיונם להקדים תרופה למכה ולמנוע את הכפפת פעילותם למסגרת חוקית בת-אכיפה.²⁹

התמורות בגישה העסקית לאחריות תאגידית מגיעות כיום גם בהכשרה האקדמית ברחבי העולם.³⁰ לקראת סוף שנות ה-90 החל תחום האחריות התאגידית לזכות במעמד עצמאי ומרכזי יותר במחקר ובתוכניות הלימודים של בתי ספר למנהל עסקים. החלו להופיע בהם תוכניות לימודים העוסקות באחריות חברתית של תאגידים, הכוללות קורסים בנושאים של "אחריות חברתית של תאגידים" ו"אתיקה תאגידית".³¹ בתי ספר אלה משמשים גם אכסניה לכנסים בנושאי אחריות תאגידית ופועלים כמרחב משמעותי למחקר ו"סוציאליזציה" של תחום האחריות התאגידית. באותה נשימה, כתבי עת מפרסמים יותר ויותר מחקרים בתחום זה, ובשנים האחרונות אף החלו להופיע כתבי עת ניהוליים ספציפיים העוסקים בממשק בין אחריות חברתית וסביבתית לבין ניהול תאגידים, לרבות מחקרים הבוחנים כיצד אימוץ סטנדרטים של אחריות חברתית משפיע על הביצועים הפיננסיים של תאגידים.³² אכן, שאלת הקשר בין אחריות חברתית לבין תשואה עודפת היא מקור למחלוקות, אך ניתן לומר כי הסך המצטבר של הפעילות המחקרית בתחום ביסס ומבסס את גישת האחריות התאגידית כמסגרת חשיבה בסיסית בעולם העסקי.³³

תופעה זו אינה מפתיעה נוכח העובדה שעוצמתם הפיננסית, הפוליטית והאנושית של תאגידים מצויה כיום בשיאה. כך, כאשר 500 מהחברות בארצות הברית שולטות בערך ב-70% מהסחר הבין-לאומי; כאשר בעשורים האחרונים נערכה הפרטה משמעותית של פונקציות שלטוניות; וכאשר מופיעים תאגידים בעלי השפעה כמו מדינתית,³⁴ אך טבעי הוא שרוב האינטראקציות האנושיות והיומיומיות נשענות על פעילותן של חברות, בחלקן גדולות בתקציבן מתקציביהן של מדינות. כיום, אם כך, לא ניתן להתעלם מכך שמספר גדל והולך של תאגידים, ולא רק תאגידי ענק, משקיעים משאבים ניכרים בהצגת עמדה מגובשת בסוגיות חברתיות וסביבתיות, המבקשת להציגם כגופים

וביטוייה במשפט "תאגידים" (להלן: בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית"); Eli Bukspan & Asa (2009) 3 1/2 (2019) Kasher, *Human Rights in the Private Sphere: Corporations First*, 40 U. PA. J. INT'L L. 419 (להלן: "להלן: צרך לחול על תאגידים"; קריית המשפט ח 107, 131-137 (התשס"ט); John Gerard Ruggie & Tamaryn Nelson, *Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementations Challenges*, 22 BROWN J. WORLD AFF. 99 (2015) (להלן: Ruggie & Nelson).²⁸ רונן שמיר "איך בונים אחריות חברתית?" שוק, משפט ופוליטיקה – על אחריות חברתית של תאגידים 23 (עופר סיטבון ורונית דוניץ' קידר עורכים, 2017) (להלן: שמיר "איך בונים אחריות חברתית?").²⁹ ראו, אבי ליכט "יצרנות, אמון, והדדיות – הצעה למערכת יחסים חדשה בין גופים מפוקחים למדינה" (הרצאה לזכרו של עו"ד יששכר פישר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 6.7.2015).³⁰ שמיר "איך בונים אחריות חברתית?", לעיל ה"ש 28, בעמ' 23. למגמה זו ניצנים גם בישראל, ראו: רחמים אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים, לעיל ה"ש 24, בעמ' 197.

³¹ תמר ברקאי וטליה אהרוני "אחריות תאגידית בישראל: בין הפרקטיקה לפדגוגיה" הרבעון לחקר ארגונים וניהול משאבי אנושי גליון 9 (מאי, 2020) בעמ' 11; לרשימה זו ניתן להוסיף גם את הסמינריון "המהפכה החברתית במשפט העסקי" שכותב מאמר זה מעביר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים במרכז הבינתחומי הרצליה.³² על פי הספרות האקדמית, הדעות חלוקות בנוגע לשאלה האם קיים קשר ישיר בין הטלת חובות חברתיות על החברה לבין ביצועיה הפיננסיים. עדיין, במספר מאמרים אף נמצא קשר חיובי בין שני הפרמטרים, בדגש על כך שהטמעת החובות החברתיות והמשפטיות הביאה לשיפור ביצועי התאגידים בהיבטים של שביעות הרצון של הלקוחות, מוניטין ויתרון תחרותי וכפועל יוצא מכך לשיפור בביצועיהם הפיננסיים – Sayedeh Parastoo Saeidi & Saudah Sofian & Parvaneh Saeidi & Sayyedeh Parisa Saeidi & Seyyed Alireza Saeidi, *How Does Corporate Social Responsibility Contribute to Firm Financial Performance? The Mediating Role of Competitive Advantage, Reputation, and Customer Satisfaction*, 68 JOURNAL OF BUSINESS RESEARCH 341-350 (2015).³³ שמיר "איך בונים אחריות חברתית?", לעיל ה"ש 28, בעמ' 27.

³⁴ SHUMEET BALUJA, *THE SILICON JUNGLE: A NOVEL OF DECEPTION, POWER AND INTERNET INTRIGUE* (2015); SARAH ANDERSON & JOHN CAVANAGH, *FIELD GUIDE TO THE GLOBAL ECONOMY* (2005).

אחראיים. בהתאמה, מנהלי אחריות חברתית, קודים אתיים ותוכניות "אזרחות תאגידית" הפכו לחיזיון נפוץ בקרב תאגידים רבים. בדומה, לכל 500 התאגידים הגדולים בארצות הברית יש כיום מדיניות בנושא אחריות תאגידית, המנוסחת באמצעות קודים אתיים ומסמכים דומים.³⁵ אלה מדווחים לציבור באמצעות דו"חות חברתיים, באופן התואם סטנדרטים מוסכמים של זכויות אדם ושל הגנת הסביבה.³⁶ פרקטיקות אלה "נעזרות" במנגנונים חוץ-משפטיים, המתמרכים את המגזר העסקי לנקוט תהליכים אלה ואת המשקיעים להשקיע בחברות אלה, דוגמת מדדים חברתיים.³⁷ בנוסף, ניכרת מדיניות של השקעה אחראית מבחינה חברתית, סביבתית ואתית על ידי קרנות השקעה אקטיביות, דוגמת זו של BlackRock, מחברות ניהול ההשקעות הגדולות בעולם,³⁸ בכללי דיווח חברתיים³⁹ ושיח ער בנוגע לשינוי אסטרטגי בחשיבה הניהולית.⁴⁰ הלחץ האזרחי התומך

³⁵ להרחבה ולדוגמאות ראו באתר ארגון ה- BSR (Business for Social Responsibility) :BSR ETHICS & COMPLIANCE :Ethics & Compliance Initiative, ושל ה- BSR, <https://www.bsr.org/en/about>, ושל ה- ETHICS & COMPLIANCE INITIATIVE, <https://www.ethics.org/>.

³⁶ DENISE WALLACE, HUMAN RIGHTS AND BUSINESS: A POLICY-ORIENTED PERSPECTIVE, 90–119 (2015);³⁶ על אף שאימוץ קוד אתי הוא בהגדרה צעד וולונטרי מצד התאגיד, טוענים סיטבון ודוניץ-קידר ששטייה מן האמור בו אינה פשוטה. הם מדגימים דבריהם בפרשה בה נפסק כי חברת Nike תפצה פעיל חברתי שתבע אותה בטענה שקוד ההתנהגות הוולונטרי שלה, אשר לפיו מוצריה מיוצרים ללא ניצול עובדים, הוא כוזב – דוניץ-קידר וסיטבון "אחריות חברתית של תאגידים", לעיל ה"ש 10. ראו גם: John G. Ruggie, *Corporate Purpose in Play: The Role of ESG Investing* (Harvard Kennedy Sch. Faculty Research, Working Paper No. RWP19-034, 2019).

³⁷ מדד מעלה בבורסה - FTSE4Good Index ; <https://www.ftserussell.com/products/indices/ftse4good> ; <https://www.dowjones.com/indices/ftse4good> ; <https://www.robecosam.com/csa/indices/>.

ערכ: אילן גילדון, אלון זילבורג וגיא סבח **השפעת בעלי מניות מוסדיים בינלאומיים בחברות ציבוריות בישראל** (2019). מחקר זה מצא כי "מרבית החברות הישראליות אינן מדורגות בהיבטי ממשל תאגידי ואחריות תאגידית (ESG) על ידי חברות הדירוג הבינלאומיות. כתוצאה מכך, השקעה בחברות אלו עלולה לחרוג מהעקרונות וממהמדיניות המוכתבים על ידי קודי ההתנהלות למוסדיים המקובלים בשוקי ההון המפותחים" (שם, בעמ' 8). בהתאם, רשות ניירות ערך ממליצה לשפר את הסטנדרטים והגילוי בתחומי האחריות התאגידית והממשל התאגידי, כולל יוזמה להיכללות במדדי ESG גלובליים, וזאת כדי למשוך השקעה מגופים מוסדיים בין-לאומיים. בדומה, ראו גם חוזר גופים מוסדיים 2015-442 "הצהרה על מדיניות השקעה צפויה בגופים מוסדיים" (3.9.2017) – בו נקבע כי גוף מוסדי יצהיר, במסגרת המדיניות שאותה הוא מפרסם, האם בקביעת מדיניות ההשקעה הוא מתייחס גם להיבטים של השקעות אחראיות.

³⁸ *Larry Fink's 2019 Letter To Ceos: Purpose & Profit*, BLACKROCK (2019) <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2019-larry-fink-ceo-letter> (להלן: מכתבו של פינק). במכתב זה הציג פינק את הגישה לפיה על בכירי עולם העסקים והחברות שבניהולם לעשות יותר מאשר להניב רווחים בלבד – עליהם לתרום לחברה שבה הם פועלים, אם הם רוצים לזכות בתמיכה של בלאקרוק, החברה שבניהולו. פינק הסביר במכתב כי על מנת לשגשג לאורך זמן, חברה אינה יכולה להסתמך על ביצועים פיננסיים בלבד, אלא גם לתרום לסביבה החברתית בה היא פועלת. אחד הגורמים אותם ציין פינק לשינוי בגישתו הוא כי ממשלות רבות אינן מצליחות להתכונן לעתיד בסוגיות רבות – מפנסיה ותשתיות ועד לאוטומציה והכשרה מחדש של עובדים. כתוצאה מכך, אזרחים פונים יותר ויותר למגזר הפרטי ומבקשים שהחברות יגיבו לאתגרים חברתיים ואזרחיים. עוד ציין פינק במכתב שהאווירה העסקית בארצות הברית בנוגע לאחריות חברתית השתנתה. לדבריו, חברה עסקית שאינה מעורבת בקהילה ובלי תחושת ייעוד, תאבד בסופו של דבר את הרישיון לפעול מצד בעלי המניות, שכן אלה איבדו את סבלנותם בכל הנוגע להתנהלות עסקית המייחסת חשיבות אך ורק לרווחים קצרי טווח, על חשבון הסתכלות רחבה יותר בה מובאים בחשבון גם ערכים חברתיים על מנת לקדם חברה בת קיימא. ראו גם מכתבו מינואר 2020, אשר מתמקד בשינוי האקלים ואיכות הסביבה כסטנדרטים חדשים להשקעות – (2020) *A Fundamental Reshaping of Finance*, BLACKROCK <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter> ומכתבו ממרץ 2020 שנכתב בעקבות משבר הקורונה - <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-chairmans-letter>.

³⁹ בהקשר זה ראוי להזכיר את ה-GRI, GRI - Global Reporting Initiative, אשר הצליח למצב את עצמו כסטנדרט גלובלי מוכר ומתקדם בשדה הדיווח החברתי. יוזמה זו מתמקדת בפיתוח הנחיות דיווח, לרבות עקרונות ופרמטרים אחידים לדיווח תאגידי בנושאי אחריות חברתית. ה-GRI פיתח פרוטוקול מערך מדדים לזכויות אדם, המנחה תאגידים כיצד להעריך ולמדוד את פעילותם החברתית וכיצד לדווח עליה. מדובר בפרוטוקול דיווח המבוסס על 79 מדדי ביצוע שונים, המחולקים לשישה תחומים של אחריות חברתית. מדדי ביצוע בתחום זכויות האדם כוללים דיווח בנושאים שונים, כגון "האחוז והמספר הכללי של הסכמי השקעות משמעותיים וחוזים עסקיים הכוללים סעיפי זכויות אדם או שעברו ביקורת לענייני זכויות אדם" או "אחוז כוח האדם המאבטח שעבר הכשרה בנוגע למדיניות התאגיד או הפרוצדורות הנהוגות בו בנוגע לזכויות אדם שרלוונטיות לפעילות העסקית". דברי ההסבר של ה-GRI למדדי סיכון אלה מבהירים כי הטמעת קריטריונים של זכויות אדם יכולה להיות חלק מאסטרטגיה להפחתת סיכונים השקעה שכן בעיות של זכויות אדם ברקורד הארגוני עלולות להזיק לתאגיד המשקיע, להטיל עליו סיכונים תדמיתיים ומשפטיים ולהשפיע על יציבות ההשקעות.

⁴⁰ Morgan Stanley, *Environmental, Social & Governance Investing, Europe 2019: Moving From a Marginal Approach To a Mainstream Strategy*, CLEAR PATH ANALYSIS (May, 2019), https://bvai.de/fileadmin/PDFs/DE/Themenschwerpunkte/ESG_19_12/Environmental_Social_and_Governance_Investing_Europe_2019.pdf.

ומתמרץ תופעות אלה מתבטא, בין היתר, באסטרטגיות של ביוש (shaming) והוקעה ציבורית של פרקטיקות בעייתיות. אסטרטגיות אלה, הפועלות בצורה אפקטיבית במיוחד בעידן האינטרנט, הופכות את הלחץ הציבורי גם לסיכון עסקי, הן מבחינת הפגיעה במוניטין התאגידי בקרב צרכנים ומשקיעים והן מבחינת יכולתם של תאגידים לגייס עובדים מוכשרים.⁴¹

זאת ועוד, וכפי שהוזכר מעט כבר קודם לכן, התעצמות מעמדן של חברות עסקיות, במובן הפיננסי, החברתי ואף הפוליטי, והשפעתן היומיומית על הספרה הפרטית, שאינה פחותה לעיתים מהשפעתה של המדינה, הפכה אותן לשחקניות מרכזיות גם בשיח המקומי והבין-לאומי העוסק בזכויות האדם.⁴² דברים אלה נכונים לא רק ביחס להפרות חמורות של זכויות אדם "קלסיות", כמו עבדות או תנאי עבודה מקפחים, אלא גם בסוגיות הנוגעות, למשל, להגנת הפרטיות,⁴³ לרווחה נפשית וכלכלית ולנושאים מגדריים כמו שוויון בתנאי ההעסקה. כך, התעצמות מעמדן של החברות הובילה לקריאה לתחלתן של זכויות האדם גם על גופים שאינם שלטוניים, ללא קשר לגודלם, הסקטור העסקי בו הם פועלים, מיקומם ומבנה הבעלות והשליטה שלהם.⁴⁴ גישה זו אינה נעצרת במשפט המקומי והיא צועדת יד ביד עם השיח הבין-לאומי – "יצרן" ידוע של נורמות משפטיות רכות⁴⁵ – המתחזק בעולם המערבי בנושא זה. שיח זה ניכר כיום היטב ביוזמותיהם של ארגונים בין-לאומיים שונים אשר משקיעים מאמצים רבים בפיתוחן של דרכים שונות להחלת אחריות לכיבודן של זכויות אדם על ידי המגזר העסקי, ובמיוחד ביוזמת ה-Protect, Respect, Remedy שהוצעה על ידי פרופ' Ruggie. יוזמה זו אומצה על ידי האו"ם בשנת 2011 במסמך הנחיות פורץ דרך שכותרתו "Guiding Principles on Business and Human Rights".⁴⁶ מסמך מפורסם זה – אשר השפיע רבות על ממשלות, ארגון ה-OECD,⁴⁷ אנשי עסקים, ארגוני עובדים, NGOs וארגונים אחרים⁴⁸ – כולל הנחיות על בסיס שלושה עמודי תווך: על חובת המדינה להגן על זכויות אדם, על חובת התאגידים לכבד זכויות אדם ועל החובה המשותפת למתן סעדים משפטיים במקרה של פגיעה בזכויות אדם.

⁴¹ דוניץ' קידר וסיטבון "אחריות חברתית של תאגידים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 10–11.
⁴² Eric De Brabandere & Maryse Hazelzet, *Corporate Responsibility and Human Rights: Navigating Between International, Domestic and Self-Regulation* 2–6 (Leiden Law Sch. Research – Grotius Center ; Working Paper No. 056-HRL, 2017) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913616
Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 27.

⁴³ רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018). (להלן: עניין בן חמו).
⁴⁴ Ruggie & Nelson, לעיל ה"ש 27; For more on corporate social responsibility and its influence on different forms of capitalism: NADIA BERNAZ, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: HISTORY, LAW AND POLICY – BRIDGING THE ACCOUNTABILITY GAP 3–8 (2017).

⁴⁵ Gregory C. Shaffer & Mark A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, 94 MINN. L. REV. 707 (2010); Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 INT'L ORG. 421–426 (2000).

⁴⁶ Guiding Principles on Business and Human Rights, לעיל ה"ש 6 – להנחיות קדמה יוזמת האו"ם הידועה בשם Global Compact, אשר מזמינה תאגידים להתחייב לעמוד בעשרה עקרונות של אחריות חברתית הנוגעים לזכויות אדם, סביבה ותעסוקה, וזאת כדי להימנע משלושה טיפוסים סיכון הנובעים מהיעדרם או מאי-יישומם של עקרונות אלה: סיכון תדמיתי, סיכון משפטי וסיכון למשיכת השקעות.

⁴⁷ ארגון זה, בו חברות 36 מדינות אשר מייצרות למעלה מ-60% מהתוצר העולמי וחולקות ערכים משותפים של דמוקרטיה וכלכלת שוק חופשי, משמש כמסגרת לדיון במדיניות, השוואת ביצועים, איתור פתרונות לקשיים וגיבוש קודים, עקרונות מנחים וסטנדרטים משותפים לביצוע מדיניות כלכלית וחברתית, ראו: OECD, OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES, 2011 Edition, לעיל ה"ש 27. לראו: Ruggie & Nelson, לעיל ה"ש 27. לארגונים נוספים אשר אימצו יוזמות דומות ראו ארגון ה-IFC, <http://www.ifc.org> – הארגון הגלובאלי הגדול ביותר שמתמקד בעידוד פיתוח המגזר העסקי במדינות מתפתחות, וארגון ה-ISO אשר אימץ את סטנדרד 26000 אשר יוצר הנחיות לאימוצה של מדיניות אחריות חברתית תאגידית – ISO 26000 SOCIAL RESPONSIBILITY, <https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>.
⁴⁸ WALLACE, לעיל ה"ש 36.

מסמך זה חל, כאמור, על כל המדינות, על כל סוגי התאגידים (רב-לאומיים ולאומיים כאחד) וללא תלות בגודלם, בסקטור בו הם פועלים, במיקומם, בבעלות עליהם ובמבנה שלהם.⁴⁹

הנחיות אלה אומצו על ידי המועצה לזכויות אדם של האו"ם, ולמעשה הייתה זו הפעם הראשונה שגוף של האו"ם אימץ טקסט נורמטיבי שלא התקבל לאחר משא ומתן בין הממשלות השונות.⁵⁰ יתרה מזו, המועצה האמורה הקימה קבוצת עבודה בנושא של זכויות אדם ותאגידים (Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises), שמטרתה העיקרית היא לקדם את יישומן האפקטיבי של ההנחיות.⁵¹ כך, למשל, הוקמה בשנת 2017 קבוצת עבודה באו"ם בנושא תאגידים וזכויות אדם, אשר יצרה הנחיות לסייע לארגונים קטנים ובינוניים המעסיקים פחות מ-250 עובדים (SME – small and medium sized enterprises).⁵² הנחיות האו"ם מבהירות ומדגישות את העובדה שלמרות שתאגידים בסדר גודל כזה עשויים להיות בעלי יכולת מוגבלת, עדיין השפעתם על זכויות אדם יכולה להיות משמעותית לא פחות מהשפעת תאגידים רב-לאומיים.⁵³

במילים אחרות, הנחיות האו"ם זוכות היום להכרה עולמית מתגברת, ומלבד חיזוק הטענה הטמונה בכך שמטרת החברה אינה כזו המתמקדת אך ורק בהשאת רווחים, ההנחיות גם מסייעות בחיזוק הזיקה בין השמירה על זכויות אדם לבין פעילותם השוטפת של תאגידים. ככלות הכול, זכויות האדם משמשות כמטרת-העל המרחפת מעל תכליתה של החברה העסקית בעולם, כפי שמשמע היטב גם ממשפטי הפתיחה החגיגיים בהצהרה החדשה של ה-Business Roundtable. לפיכך, הנחיות האו"ם נחשבות בצדק לסטנדרט הגלובלי המרכזי בנושא של עסקים וזכויות אדם,⁵⁴ ואף שעדיין אינן נחשבות כלי משפטי שמחיל חובות חדשות ואופרטיביות על המדינות או על התאגידים,⁵⁵ ההנחיות מספקות מנוף של ממש להגברת ההתמודדות המצופה מהמדינות השונות למישטורו של המגזר העסקי, בשל השפעותיו הציבוריות והחברתיות; לחיפוש אחר מסגרות משפטיות חדשות; וליישומה של החקיקה הקיימת בתחום חשוב זה.⁵⁶ כך, למשל, ניתן היה לחשוב

⁴⁹ ראו ההקדמה בעמ' 1 ל- Guiding Principles on Business and Human Rights, לעיל ה"ש 6; U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protection, Respect and Remedy" Framework*, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (Mar. 21, 2011) (by John Ruggie), available at http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf (להלן: Ruggie); עוד על הניסיונות של האו"ם להסדיר תאגידים רב לאומיים: WALLACE, לעיל ה"ש 36; CESAR RODRIGUES-GARAVITO, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: BEYOND THE END OF THE BEGINNING, 11 (2017).

⁵⁰ Ruggie & Nelson, לעיל ה"ש 27, בעמ' 5.
⁵¹ למידע נוסף על קבוצת העבודה בנושא של זכויות אדם, תאגידים רב לאומיים וגופים עסקיים אחרים ראו: *Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, UNITED NATIONS: HUMANS RIGHTS*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

⁵² Human Rights Council, *Repo. of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Mexico*, U.N. Doc. A/HRC/35/32/Add.2 (Apr. 27, 2017).

⁵³ RODRIGUES-GARAVITO, לעיל ה"ש 49, בעמ' 19-22.
⁵⁴ Ruggie & Nelson, לעיל ה"ש 27, בעמ' 5. לקריאה נוספת על ההנחיות של האו"ם ראו: Guiding Principles on Business and Human Rights, לעיל ה"ש 6; Ruggie, לעיל ה"ש 49.

⁵⁵ UN Human Rights Commission Res. 2004/11, U.N. Doc. E/CN.2/2014/L.73/Rev.1 (Apr. 20, 2004) פ"כ, יש הקוראים גם להענקת תוקף משפטי להנחיות, ראו: BUILDING A TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: CONTEXT AND CONTOURS (Surya Deva & David Bilchitz eds., Cambridge University Press, 2017).

⁵⁶ Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 27. ואכן, מדינות רבות (דוגמת אנגליה, ארצות הברית, איטליה, גרמניה וצרפת) כבר החלו ליצור כל אחת (National Action Plan), בהן נכללות המלצות לאימוצן המעשי של ההנחיות בהקשר המקומי – ראו: *State National Action Plans on Business and Human Rights, UNITED NATION: HUMAN RIGHTS*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

על שימוש בהנחיות אלה ככלי פרשני בפסק דין שניתן לאחרונה, רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן.⁵⁷ בפסק דין זה נדונה השאלה אם סירובה של חברה קבלנית למכור דירה לקונים בשל היותם ערבים, מקימה לאחרונים עילת תביעה מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. השופט מזוז משיב לשאלה זו בחיוב, בעוד שהשופט שטיין מתנגד לכך (אך מצטרף בנסיבות המקרה להחלטתו של השופט מזוז בשל העובדה שהדירות נבנו על מקרקעי המדינה ומכוח החלת המשפט הציבורי) והשופט הנדל אינו מכריע בין הגישות. פסק הדין אומנם אינו קובע מסמרות ביחס לשאלת הפליה במכירת דירות על ידי תאגיד עסקי כאשר מדובר בקרקע פרטית, אך מעניין להביא מדבריו של השופט מזוז, אשר התייחס לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, ואמר כי: "כידוע, חזקה היא כי תכליתו של כל חוק הינה להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו. לכן, מבין פירושים אפשריים לדבר חקיקה יש לבחור את הפירוש העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי".⁵⁸ לגישת מאמר זה ניתן, ואף רצוי, להחיל חזקה פרשנית זו גם ביחס להנחיות האו"ם מ-2011 בדבר זכויות אדם ותאגידים.⁵⁹

לאור האמור עד כה, ניתן לסכם חלק זה ולומר שאם בעבר אפשר היה לפקפק בתמריציו של תאגיד פרטי לאמץ מדיניות המתמודדת באופן ישיר עם נושאים חברתיים, לרבות שמירה על זכויות האדם – תחום אשר באופן מסורתי היה זר למשפט הפרטי, בכלל, ולמגזר העסקי, בפרט – הרי שכיום תהיה זו מתמוססת. בעוד שבעבר אחריותו הציבורית והחוקתית של התאגיד העסקי הייתה תלויה בחסדיו של התאגיד ובאינטרסים הכלכליים שלו, אינטרסים המצויים בליבת המגזר העסקי, כיום מבשילה ההבנה לפיה מעמדה של "אחריות תאגידית חברתית", הכוללת בתוכה גם הגנה וקידום של זכויות אדם, מתחזק בציפיות הציבור מהמגזר העסקי,⁶⁰ מועילה ככל הנראה גם לחברות עצמן⁶¹ והיא מוצאת ביטוייה גם בפורמליזציה המשפטית, בה יעסוק החלק הבא. התחזקות זו יוצרת, בתורה, שיקולים כלכליים מזן חדש, המתמרצים את המגזר העסקי לפעול לקידום של נושאים חברתיים והקפדה על זכויות אדם במתכונת אשר תורמת לאסטרטגיה עסקית מועילה וממזערת חשיפה-משפטית וציבורית.⁶² אין זה מפתיע, על כן, לראות כיום יותר ויותר תאגידים אשר לוקחים תפקיד פעיל בעיצוב האחריות החברתית. זאת, באמצעות מערכת מהודקת של רגולציה עצמית,⁶³ בין אם מתוך מוטיבציה כנה, בין אם כדי להקדים תרופה לרגולציה צפויה⁶⁴ ובין אם כתגובה לרגולציה קיימת ומתגברת.⁶⁵

ג. תכלית החברה – מגמות בעולם המשפט

⁵⁷ רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (פורסם בנבו, 19.8.2019).

⁵⁸ שם, פסקה 36 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁵⁹ ואף להחיל במישורין את זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד במישורין על תאגידים – עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ 45 (2017) (להלן: בוקשפן וכשר "זכויות אדם") ו – Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 27.

⁶⁰ Williams & Conley, לעיל ה"ש 27.

⁶¹ ראו בוקשפן **מהפכה חברתית במשפט העסקי**, לעיל ה"ש 10; גיימס ס. קולינס וג'רי א. פוראס **לנצח נבנו – 18 חברות מופת (1996)**; עברי ורבין **אחריות תאגידית – כך ניהול אחראי תורם לצמיחה עסקית גם לחברה ולסביבה** (2013).

⁶² Addressing Human Rights in Business, לעיל ה"ש 13; Williams & Conley, לעיל ה"ש 27.

⁶³ שמיר "איך בונים אחריות חברתית?", לעיל ה"ש 28, בעמ' 26.

⁶⁴ שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי", לעיל ה"ש 25, בעמ' 249–251.

⁶⁵ Brabandere & Hazelzet, לעיל ה"ש 42, בעמ' 6.

התופעות והמגמות בעולם העסקי שתוארו לעיל מתכתבות עם מגמות דומות הניכרות היטב בעולם המשפט, אף שאלה עדיין לא מצאו את ביטויין המדויק בסעיף 11 לחוק החברות. בחלק זה יתואר, אם כך, כיצד גם המשפט חווה בשנים האחרונות שינוי של ממש בתפיסתו את החברה העסקית כבעלת תכלית עסקית אינטגרטיבית, היינו, כזו השוזרת, לתוכה ובמסגרתה, גם שיקולים חברתיים. הטמעתה של תפיסה הוליסטית ועשירה יותר לתפיסה הקפיטליסטית מבוצעת על ידי המשפט באמצעות הטלה של אחריות משפטית מוגברת על חברות, ובאופן אישי גם על נושאי המשרה בהן, כאשר אלה מתמקדים באופן צר באינטרס העצמי שלהם ושל בעלי המניות בלבד, תוך הזנחה והתעלמות מהאינטרס של העובדים, הספקים, הנושים והציבור בכללותו.⁶⁶ במילים אחרות, המסר הנובע גם מהמשפט בעת הזו הוא כי על תאגידים ונושאי משרה לאמץ מנגנונים אשר נועדו להטמיע במכלול שיקוליהם העסקיים גם שיקולים ונורמות מתחום האתיקה, הסביבה והחברה,⁶⁷ וככל שיקפידו לנהוג כך, במסגרת החוק ואף מעבר לכך (כגון באמצעות אימוץ והטמעתן של תוכניות אתיקה אפקטיביות), ימוזערו סיכונים המשפטיים.⁶⁸ גישה זו, כך נראה, אינה מרתיעה בעלי מניות מלהשקיע בחברה, אם בשל היתרונות העסקיים בתכלול השיקולים הכלכליים באלה האתיים והחברתיים,⁶⁹ אם בשל העובדה שיש בה כדי למזער את החשיפה של החברה לסיכונים עסקיים אשר עלולים לפגוע ברווחיה,⁷⁰ אם בשל היותם של בעלי המניות גם בעלי עניין בחברות אחרות ואם בשל האינדיקציות המתרבות וההולכות להתפתחותו של דור משקיעים מזן חדש, "משקיעי המילניום". משקיעים אלה יוצרים לחץ גובר והולך על משקיעים מוסדיים להשקיע את כספם בהשקעות אחראיות.⁷¹

חלק זה, לפיכך, ידגים את הדברים באמצעות פנייה לכמה דוקטרינות והסדרים משפטיים, בדיני החברות המסורתיים ומחוצה להם, המשפיעים כבר היום על חשיפתם המשפטית-חברתית של תאגידים והפועלים מטעמם ואשר משקפים את רוחות השינויים שהיטיב לנסח הנשיא (בדימוס) שמגר כבר שנים רבות לפני חקיקת חוק החברות החדש, וממילא לפני הצהרת ה-Business Roundtable מאוגוסט 2019, במילותיו: "דומה שהמגמה המודרנית המתפתחת היא, כי על החברה ועל מנהליה הפועלים עבודה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות, אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו."⁷²

⁶⁶ עמדה משפטית כזו אינה מאפיינת רק את המשפט הישראלי והיא מתפתחת גם במשפט האנגלי. כך, Companies Act, 2006, c. 2, § 172 (להלן: ס' 172 לחוק החברות האנגלי), שנחקק בשנת 2006, מגדיר את חובותיהם של הדירקטורים ומתמקד בחובותיהם לקדם את "הצלחתה של החברה", תוך שהוא מפרט כי בעלי העניין, הכלולים במושג "הצלחתה של החברה", הם בעלי מניות, עובדים, ספקים וקהילות המושפעות מפעילות החברה. עלי בוקשפן "ממשל תאגידי אינטגרטיבי ותוכניות אתיקה – המפתחות לאחריותו החברתית והציבורית של התאגיד העסקי" **אחריות ציבורית בישראל** 462, 432 (2019).

⁶⁸ ראו, להלן, הדיון בתת-חלק א.1.1.1-א.1.1.2. לאופן בו יכולים מנגנונים כאלה למזער סיכונים משפטיים ראו, לדוגמה, ס' 17 "למדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד" **הנחיות פרקליט המדינה** 1.14 (התש"פ) (להלן: **הנחיות פרקליט המדינה**); "קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך וניהול השקעות" (רשות ניירות ערך, 15.8.2011).

⁶⁹ ראו הדיון בחלק הקודם וכן, בוקשפן וכשר "אתיקה בחברות עסקיות", לעיל ה"ש 21; בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית", לעיל ה"ש 27; Porter & Mark R. Kramer, *Creating Shared Value - How to Reinvent*, 89 HARV.BUS.REV. 62 (2011) *Capitalism and Unleash a Wave of Innovation and Growth*.

⁷⁰ *Addressing Human Rights in Business*, לעיל ה"ש 13.
⁷¹ Michal Barzuza, Quinn Curtis & David Webber, *Shareholder Value(s): Index Fund Activism and the New Millennial Corporate Governance*, 93 S. CAL. L. REV. (Forthcoming 2020).

⁷² ד"ר 7/81 **פנידור חברה להשקעות פתוח ובניין בע"מ ואח' נ' קסטרו**, פ"ד לז(4) 695, 673 (1983) (להלן: **עניין קסטרו**). ראו גם: ד"ר 39/80 **ברדיגו נ' ד.ג.ב 9 טקסטיל בע"מ**, פ"ד לה(4) 197, פס' 12 לפסק דינו של השופט ברק (1981) – "מדיניות משפטית נבונה מן הראוי שתאפשר למשקיע הפוטנציאלי להשיג את מטרותיו העסקיות, ובלבד שלא יפגעו הציפיות הסבירות של נושים ובעלי מניות אחרים, ולא יפגעו האינטרסים של הציבור".

1. התפתחויות בדיני החברות

התבוננות בעקרונות ובדוקטרינות המרכזיים של דיני החברות, אשר נועדו, במקורם, להעדפת עניינם של בעלי המניות (Stockholders), מעלה כי חלה בהם תמורה משמעותית הרוותמת אותם גם להגנת ענייניהם של בעלי עניין (Stakeholders) נוספים הקשורים בפעילותה של החברה. בתת-חלק זה נדגים את האמור באמצעות דיון בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, בעקרון האחריות המוגבלת של בעלי המניות ובדינים הנוגעים לחובות נושאי המשרה ולממשל התאגידי.

א. עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה

"אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה היא יסוד מוסד בדיני התאגידים"⁷³, ואף שעיקרון זה, על הכשרות המשפטית הכללית שהוצמדה אליו,⁷⁴ נחשב כאחת מתרומותיו הכלכליות המשמעותיות ביותר של המשפט לעולמו של המגזר העסקי,⁷⁵ מתפתחת במסגרתו בשנים האחרונות גישה הרוותמת אותו לצורך יעד חברתי רחב יותר. גישה זו עושה שימוש מורכב ויצירתי בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת ובנגזרותיו, להם מוקדש תת-חלק זה, לצורך הכוונת התנהגות חברתית ראויה של החברה העסקית באמצעות הרחבת האחריות המשפטית-חברתית המוטלת על החברה ועל הפועלים מטעמה. בשורות הבאות, לפיכך, נדון ב"תורת האורגנים", תורה שבמקורה נועדה ליציקת תוכן לביסוס אישיותה, כשרותה ואחריותה המשפטית של החברה, כמו גם במנגנונים המדגישים ומרחיבים, בנוסף, גם את אחריותם האישית של אלה הפועלים מטעמה של החברה באמצעות "מודל האחריות האישית" ובאמצעות חיקוקים ספציפיים, המטילים על נושאי המשרה, ולעיתים גם על בעלי השליטה, אחריות אישית אשר ניגזרת מאחריות החברה. כפי שנראה להלן, תורת האורגנים והסוגיות הנוספות הכרוכות וקשורות בה מדגימות כיום את הסטת נקודת המבט המשפטית מעניינם של בעלי המניות בלבד, לעניינם גם של יתר אלה הקשורים בפעילותה של החברה.

א.1 תורת האורגנים והרחבת שיח אחריותה של החברה

תורת האורגנים היא תורה פשוטה, אך רבת עוצמה, אשר קבועה בסעיף 47 לחוק החברות. תורה זו קובעת כי פעולותיו של אורגן (כהגדרתו בסעיף 46 לחוק החברות) וכוונותיו הן פעולותיה וכוונותיה של החברה. תורה זו, לפיכך, מפיתה "רוח חיים" בקביעתו של סעיף 4 לחוק החברות, ולפיו לאישיות הנפרדת של החברה מוענקת כשרות משפטית כללית ממש, כמעט, כמו בן אדם בשר ודם. מאחר שבמרבית המקרים דורשות פעולות משפטיות מעשה ומחשבה אנושיים, תורת האורגנים היא זו שמאפשרת להאניש (ולעיתים גם להעניש) את אישיותה המשפטית של החברה שהיא, ככלות הכול,

⁷³ אוריאל פרוקציה דיני חברות חדשים בישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (1989); על חשיבות העיקרון, אשר מקורו מיוחס לפסק הדין Salomon v. Salomon & Co. [1897] A.C. 22 (H.L.), ראו: ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529 (1981).

⁷⁴ ס' 4 לחוק החברות קובע כי: "חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופייה וטבעה כגוף מואגד".

⁷⁵ ROBERT C. CLARK, CORPORATE LAW 15 (1986)

קונסטרוקציה מלאכותית הנעדרת ממד אנושי משל עצמה. במילים אחרות, ללא תורת האורגניזם, לא ניתן היה לקבוע, ברגיל, שלחברה קיימת אכן כשרות משפטית כללית, תכונה אשר אין בלתה לצורך מימוש תכליתה ומשימותיה של החברה כשחקן חברתי ועסקי משמעותי במיוחד. כך, בפסק דין **מודיעים**, בו נדונה השאלה אם ניתן להשית על החברה אחריות פלילית, דן השופט (כתוארו אז) ברק בהצדקות לתורה זו וקבע כי תורת האורגניזם "יונקת חיותה מתפיסה של מדיניות משפטית, לפיה התאגיד הוא אובייקט לזכויות ולחובות (במובן הרחב) כמו אדם בשר ודם".⁷⁶ בהתאם, השופט ברק קבע כי תורת האורגניזם מאפשרת להכיר בכשרותה ובאחריותה הפלילית (אישית) של החברה והיא מתבקשת לאור כך ש"בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עיקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידי מ בני אדם. במקום שבמסגרת התאגיד מתרחשת התנהגות הנתפסת על-ידי החברה כעבריינית - העלמת מס, הפרת חוקי תכנון ובנייה, ניהול פעילות הנוגדת את המוסר הציבורי (סרסרות לזנות) וכיוצא בהם - מקדמים את הערכים שהחברה רוצה להגן עליהם על-ידי הטלת אחריות פלילית אישית על התאגיד. בכך מקדמים מטרות של מניעת הישנות העבירות והרתעה".⁷⁷

השימוש בגישה זו לתורת האורגניזם, גישה אשר נועדה בראשיתו של יום לבסס את כשרותה ויכולתה המשפטית של החברה לפעול לצורך השאת רווחיה, הוסט, אם כך, עם הזמן לצורך הרחבת אחריותה החברתית והציבורית של החברה מעבר לעניינם של בעלי המניות בלבד. כך ניכר במספר רב של פסקי דין,⁷⁸ ואף פסע צעד נוסף נעשה בפסקי הדין בעניין **חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ**⁷⁹ ובעניין **חברת השמירה בע"מ**.⁸⁰ בשני פסקי הדין הללו, להבדיל מפסקי הדין המסורתיים שיישמו את תורת האורגניזם כ"מקל" ובאופן סנקציוני לצורך הרחבת כשרותה ואחריותה של החברה,⁸¹ בית המשפט עשה שימוש בתורת האורגניזם כ"גזר" והרחיב את כשרות החברה והסמכות הקיימת בדין להאשים ללא הרשעה בני אדם בנסיבות מסוימות, גם לתאגידי, וזאת לצורך עידודם לשמור על הסדר החברתי ועל ענייניו של הציבור. בפסק הדין הראשון נדונה שאלת אחריותה של חברת נמלי ישראל, חברה ממשלתית המופקדת על פיתוח תשתיות הנמלים בישראל וניהול נכסיהם, לאחר שזו נצפתה כשהיא משליכה פסולת לים (באמצעות קבלן משנה של קבלן משנה של קבלן ראשי שלה) בעת עבודות להרחבת נמל חיפה. בשל כך הועמדה החברה לדין בעקבות זיהום מי הים. במסגרת הסדר טיעון הודתה החברה, אך עתרה לאי-הרשעתה ולפסיקת הסכום שהוסכם עליו בהסדר הטיעון כפיצוי, ולא כקנס. בית המשפט קבע כי בנסיבות חריגות ניתן אכן להימנע גם מהרשעת תאגיד אשר ניסה למנוע ב"אמצעים סבירים" את ההתנהלות העבריינית, אם כי דעות השופטים נחלקו ביחס לשאלת הענישה והסמכות להפנות את התאגיד לקבלת תסקיר שירות המבחן לצורך כך. בדומה, בפסק דין ע"פ 50155-08-10 **חברת השמירה בע"מ – מדינת ישראל-**

⁷⁶ עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 381.

⁷⁷ שם, בעמ' 384. גישה זו זוכה לחיזוק אפשרי בתזכיר תיקון לחוק העונשין המציע לקבוע, בין היתר, עבירה חדשה שעניינה חובת פיקוח של התאגיד למניעת ביצוע עבירות מסוימות על ידי גורם הקשור לתאגיד – "תזכיר חוק העונשין (תיקון – אחריות פלילית של תאגידיים)".

⁷⁸ ע"פ 99/14 **מדינת ישראל נ' מליסרון** (פורסם בנבו, 25.12.14).

⁷⁹ דני"פ 8062/12 **המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ** (פורסם בנבו, 2.4.2015); רע"פ 8487/11 **חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה**, פ"ד סה(3) 845 (2011).

⁸⁰ ע"פ 50155-08-10 **חברת השמירה בע"מ – מדינת ישראל-משרד תעשייה, המסחר והתעסוקה** (פורסם בנבו, 6.11.2012).

⁸¹ כגון: ע"פ 8511/96 **דן אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 871 (1998); עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 7. למגמה זו ניתן להוסיף את ההצעה הנרקמת במשרד המשפטים להרחיב את האחריות הפלילית של תאגידיים, לרבות בדרך של הוספת חובת פיקוח של תאגיד, ראו: תזכיר חוק העונשין, לעיל ה"ש 77.

משד התעשייה, המסחר והתעסוקה, שניתן בבית הדין הארצי לעבודה, בוטלה הרשעתה של חברה העוסקת במתן שירותי שמירה ואבטחה שדחתה מועמדותה של עובדת לתפקיד של בודקת ביטחונית מחמת דתה ומינה בניגוד לסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. ביטול ההרשעה נומק בעובדה שהחלטה נתקבלה על ידי מנהלים זוטרים, בניגוד למדיניות מוצהרת של החברה ובניגוד להנחיות מפורשות שלה, לרבות כאלה שהופיעו בקוד האתי, אשר הבהיר כי אין להפלות "על בסיס מין, צבע, מוצא אתני, תרבות, דת, העדפה מינית או נכות". מהחלטות אלה ניתן להסיק שכאשר בית המשפט מתרשם כי עסקינת התאגיד "נורמטיבי" אשר מתנהל באופן אחראי ומנסה למנוע התקיימותן של פעולות שאינן חוקיות באמצעות נקיטת "אמצעים סבירים", יש מקום לנקוט כלפיו את גישת ה"גזר"⁸². גישה זו פועלת – בעזרתה של תורת האורגנים - כתמריץ דומה לשיטת ה"מקל" הטמונה גם היא בבסיסה של תורת האורגנים ואשר נועדה לעידוד הקמתם של מנגנוני "שיטור עצמי" ומניעתו על ידי התאגיד, נוכח החצנה שלילית של פעילותו על בעלי עניין מגוונים.

א.2 מודל האחריות האישית והרחבת שיח האחריות של בני אדם אשר מכוונים את פעילות החברה

הדיון בתורת האורגנים, תורה אשר מרחיבה את כשרותה ואחריותה הציבורית של החברה נוכח מעמדה והשפעתה בעידן המודרני, אינו שלם ללא דיון גם במנגנונים אשר עוסקים בשאלת אחריותם האישית של אלה המכוונים את פעילותה של החברה. אחריות אישית כזו נשמעת ב"מודל האחריות האישית", הקבוע בסעיף 54(א) לחוק החברות, וגם בחקיקים ספציפיים הפוזרים בחקיקה החיצונית לחוק החברות. באופן מהותי, אף שמדובר במקרים האחרונים בהטלת אחריות מכוח חקיקה חיצונית לחוק החברות, חקיקה זו היא חקיקה תאגידית לכל דבר ועניין – שעל סעיף 11(א) לחוק החברות כסעיף קודיפיקטיבי להתייחס גם אליה. זאת משום שכל תכליתה היא להגדיר ולהרחיב את חובותיהם האישיות של נושאי המשרה – תכלית המיועדת בעיקרה כלפי בעלי עניין החיצוניים לחברה – וזאת בנוסף לחובות נושאי המשרה המופנות בעיקרן כלפי החברה ואשר מוסדרות בחוק החברות עצמו.⁸³ באופן זה פועלות הדוקטרינות הללו באמצעות הטלתה של אחריות ישירה, אישית ומרתיעה לצורך הכוונת שיקול דעתם של אלה הפועלים מטעמה ובשמה של החברה והרחבת נקודת מבטם גם לענייניהם של כלל בעלי העניין הקשורים בפעילותה של החברה, זולת עניינם של בעלי המניות.⁸⁴

כך, ראשית, קובע סעיף 54(א) לחוק החברות כי אין בתורת האורגנים, שבאה להרחיב את אחריות החברה ובה עסקנו לעיל, "כדי לגרוע מהאחריות האישית שיחיד האורגן היו נושאים בה אילולא אותו ייחוס". היינו, בצד האחריות האישית של התאגיד, בדיני העונשין למשל, עומדת גם האפשרות להטלת אחריות אישית על בני האדם הפועלים בתאגיד כאשר "אחריות אישית זו של בני האדם הפועלים בתאגיד – בין שהם אורגנים ובין שאינם אורגנים – עומדת על רגליה שלה. האחריות

⁸² השו"ו, לסי' 17 להנחיות פרקליט המדינה, לעיל ה"ש 68: "ככלל, עצם קיומה של תכנית אכיפה פנימית אינו מקנה לתאגיד פטור מאחריות פלילית, ואף אינו משמש, בפני עצמו, כשיקול להימנעות מהעמדה לדין של התאגיד. קיומה של תכנית אכיפה פנימית יישקל כשיקול מקל עם התאגיד רק כאשר יהיו קיימות ראיות לכך שתכנית האכיפה היא אפקטיבית, ונלווית לה בפועל תרבות ארגונית המעודדת התנהלות עסקית אתית ומחויבות לציות לדין. הנטל להוכיח התרבות הארגונית ואפקטיביות תכנית האכיפה מוטל על התאגיד".

⁸³ חובת הזהירות וחובת האמונים המוסדרים בסי' 252-254 לחוק החברות.
⁸⁴ לגישה דומה ראו: Adam Winkler, *Corporate Law or the Law of Business?: Stakeholders and Corporate Governance at the End of History*, 67(4) LAW & CONTEMP. PROBS. 109 (2004).

האישית של התאגיד לחוד, ואחריות הפועלים בשמו לחוד... עצם העובדה, שפלוגי פועל כאורגן של תאגיד, אינה משחררת אותו מאחריות פלילית לה היה נתון לולא פעל כאורגן".⁸⁵

לכאורה, גישה זו אינה נשמעת יוצאת דופן בחשיבה המשפטית הקונבנציונלית, שלפיה מעמדו של האורגן בתאגיד אינו מעלה ואינו מוריד לעניין אחריותו האישית. אישיותה המשפטית הנפרדת וכשרותה הכללית של החברה אינן אמורות לשמש כעיר מקלט ולבטל את אישיותו המשפטית וכשרותו הכללית של הפועל במסגרתה. לכן, על פניו, אין במודל האחריות האישית, כשלעצמו, כדי לחזק את הטענה המובאת במאמר זה בדבר התחזקות שיח האחריות הציבורית המוטלת על הפועלים מטעמה של החברה. ובכל זאת, ניתן להסיק על גישה המרחיבה כיום באחריותם הציבורית והאינטגרטיבית גם של אלה המכוונים את פעילותה של החברה ומשפיעים עליה מריבויים בפועל של הליכים המיועדים להטלת אחריות אישית על נושאי משרה, דוגמת תביעות נגזרות,⁸⁶ ומרטוריקה חדשה יחסית: רטוריקה הקוראת לתביעה הכללית להרחיב את אכיפת החיקוקים השונים הקבועים בדינים חיצוניים לדיני החברות אשר קובעים את אחריותם האישית של אלה הפועלים מטעמה של החברה כלפי ממשקים חברתיים מגוונים בהם מעורבת החברה. רטוריקה כזו נשמעה במקרה הטרגי שנדון בבג"ץ 4395/12 דרור כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז.⁸⁷ במקרה זה נדונה עתירתם של קרובי משפחתם של נספים בתאונת רכבת שהתרחשה בשנת 2006 ליד בית יהושע לבטל את הסדר הטיעון בו נמחקו כמה נושאי תפקידים בכירים בהנהלת רכבת ישראל מכתב האישום. הגם שבנסיבות העניין העתירה נדחתה, נשמעה בדבריה של השופטת דפנה ברק-ארז החרפת הטון ביחס להיבטים העקרוניים הקשורים באינטרס הציבורי בהעמדה אישית לדין של נושאי המשרה בתאגידים: "...אני סבורה שעל הפרקליטות לבחון היטב, במקרים עתידיים, באיזו מידה העמדה לדין של תאגיד בלבד, להבדיל מהעמדה לדין של בעלי תפקידים בו, משרתת את תכליות המשפט הפלילי וכפועל יוצא מכך את האינטרס הציבורי".⁸⁸

התפתחות של רטוריקה הקוראת לשימוש מוגבר בהטלתה של אחריות אישית על אלה הפועלים מטעמה של החברה, המיועדת להטמעתן של נורמות התנהלות אחראיות המעודדות התייחסות מניעתית לשיקולים חברתיים במסגרת הפעילות התאגידית, מתבצעת גם באמצעות שימוש בסעיפי חוק חיצוניים לחוק החברות. סעיפי חוק אלה גוזרים את אחריותם של נושאי המשרה מאחריות התאגיד.⁸⁹ לעבירות אלה, המכונות "עבירות נושא משרה", יש מבנה מיוחד, ולפיו בצד האחריות של התאגיד בפלילים, קיימת גם אחריות של נושאי משרה מסוימים כאשר "תנאי לאחריותו של נושא המשרה הוא שהתאגיד עצמו יהא אחראי. אם התאגיד אינו אחראי גם נושא המשרה אינו

⁸⁵ עניין מודיעים, לעיל ה"ש 7; ע"א 2792/03 אליעזר יצהרי נ' טל אימפורט (פורסם בנבו, 14.12.2006).
⁸⁶ יסמין גואטה "מנהלים, היוזהרו: המשקיעים בשוק ההון גילו את התביעות הנגזרות" דה-מארקר – משפט 29.12.2014 www.themarker.com/law/1.2523748; חאלד כבוב, עינבל בלאו ואהד פיליפ "ועדת תביעות בלתי תלויה בדיני התאגידים הישראלים" ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסף גרוס 71, 72 (אהרן ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים, 2015).

⁸⁷ בג"ץ 4395/12 כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 15.11.2012).
⁸⁸ שם, בעמ' 20. לציטוט במלואו: "אני סבורה שעל הפרקליטות לבחון היטב, במקרים עתידיים, באיזו מידה העמדה לדין של תאגיד בלבד, להבדיל מהעמדה לדין של בעלי תפקידים בו, משרתת את תכליות המשפט הפלילי וכפועל יוצא מכך את האינטרס הציבורי... חשוב להדגיש: אינני מסתייגת מן העיקרון של אחריות פלילית של תאגידים. אני רק מבקשת לחזור ולהזהיר מן השימוש בה כתחליף למיצי ההליך הפלילי כנגד אנשים בשר ודם שכיוונו את התאגיד בדרך שבה הלך. החשש מכך זכה להתייחסות בספרות המשפטית שעסקה באחריותם הפלילית של תאגידים... בסופו של דבר, לא היה די בחשש זה כדי לדחות את העיקרון של אחריות פלילית של תאגידים. עם זאת, מן הראוי שהוא ישמש 'נורת אזהרה' המלווה תדיר את רשויות התביעה בבואן לשקול את המשמעות המוסרית, החברתית והמשפטית של החלטה להסתפק בהעמדה לדין של התאגיד בלבד. תם ולא נשלם".

⁸⁹ אילנה ליפסקר-מודעי "הרהורים על טבעה של האחריות הנגזרת של מנכ"לים ודירקטורים בחברות" תאגידים ח/26 (2011).

אחראי".⁹⁰ בכך פועלים הסעיפים האמורים, במובן מסוים, כ"היפוך לתורת האורגניזם" וככאלה שנועדו להגשים יעדים דומים לתורה זו.⁹¹ נקודה זו קשורה היטב בטענה המובאת במאמר זה על אודות אחריותם הציבורית המתגברת והולכת של חברות והפועלים מטעמן לשקול את ענייניהם של כלל בעלי העניין הקשורים בפעילות החברה, לא רק של בעלי המניות. זאת משום שבחקיקה הישראלית מצויים עשרות רבות של חוקים כאלה בתחומיהם של דיני העבודה, איכות הסביבה, תחרות כלכלית (הגבלים עסקיים לשעבר), הגנת הצרכן, ניירות ערך ועוד, אשר מטילים חובה אישית, ברובה פלילית, על דירקטורים, נושאי משרה ולעיתים בעלי שליטה שלא נקטו אמצעים סבירים למנוע הפרתם של חוקים אלה, ובכך אינם מאפשרים לנושאי המשרה להתמקד באופן צר בעניינם של בעלי המניות להשאת רווחים על חשבון בעלי עניין אחרים. כאלה הם, למשל, החוקים הנוגעים בשמירה על זכויות עובדים (חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963, פקודת הבטיחות בעבודה (נוסח חדש), התשל"ל-1970), חוקי הגנת הצרכן (חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988) וחוקי איכות הסביבה (כגון חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, תקנות למניעת מפגעים (מניעת זיהום אוויר וריח בלתי סבירים מאתרים לסילוק פסולת), התש"ן-1990, חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984, תקנות שמירת הניקיון (היטל לשמירת הניקיון), התשמ"ז-1987, חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008). מדגימת חוקים בתחומים החברתיים המגוונים הללו ניתן לראות כי מנגנון האחריות האישית הנגזרת או היפוך תורת האורגניזם, הקבועים בהם, יוצרים סדר משפטי אשר מרחיב את אחריותם של נושאי המשרה השונים (ולעיתים גם של בעלי השליטה) כלפי בעלי עניין חיצוניים לחברה, בכפוף לטענות הגנה שהנטל להוכחתן מוטל עליהם. בכך מדגימים חיקוקים אלה – המייצגים בעלי עניין שונים המושפעים מפעילותן של התאגיד – את התעצמותה של גישה המחריפה את האחריות המשפטית-ציבורית הנדרשת מהחברה העסקית ומהפועלים מטעמה. כאמור, החקיקה הישראלית עתירה בהסדרים אשר מטילים אחריות משפטית-חברתית על התאגיד העסקי והפועלים מטעמו בצורה פרטנית.⁹² הבסיס הערכי לחיקוקים אלה ואחרים מעוגן, כאמור, בחשיבותו ובעוצמתו של המגזר העסקי בחיי היומיום ובמיוחד כאשר עסקין בחברות בעלות חשיבות סוציו-אקונומית רבה, שחלקן הגדול מפוקחות על ידי המדינה.⁹³

⁹⁰ עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 387.

⁹¹ שם, בעמ' 387; על הרציונל הטמון בטכניקה זו ניתן ללמוד מדבריו של השופט (כתוארו אז) ברק, אשר נדונו קודם לכן בהקשר לתורת האורגניזם, בהם ציין גם כי "במספר הולך וגובר של מקרים קובע המחוקק הישראלי הוראות מיוחדות בדבר אחריות פלילית אישית של נושאי תפקידים בכירים בחברה".

⁹² ככל שאמורים הדברים באחריותו המוגברת של התאגיד כלפי העובדים, שהם הקהילה המשמעותית בדרך כלל בפעילותו של התאגיד הטיפוסי, ניתן להבחין באין ספור דוגמאות לכך בפסיקתו של בית הדין לעבודה, המעניק לעובדים זכויות קנייניות או מעין-קנייניות במקום עבודתם, ומצמצם, בהתאמה, את ה"פררוגטיבה הניהולית" ואת חובתם הצרה של המנהלים להשיא אך את רווחי החברה עליהם מופקדים – עלי בוקשפן "על תכלית של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה" **עבודה, חברה ומשפט** י 163 (2004) (להלן: בוקשפן "תכלית של החברה העסקית"); להרחבה בנושא אחריותם של תאגידים כלפי ציבור העובדים ראו: רחמים **אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 335-442.

⁹³ דברים ברוח זו ניתן לשמוע בדבריו של השופט זמיר בבג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 629-631 (2001), המתחבט בשאלת הפיקוח הרגולטיבי על חברות מסוג זה, ובמשתמע, בשאלת אחריותן החברתית הראויה: "הבעיה מורכבת וחשובה... היא מעוררת את הבעיה הכללית של פיקוח מטעם המדינה על חברות עסקיות, בעיקר חברות גדולות שיש להן עוצמה כלכלית וחברתית רבה, המספקות לציבור שירותים ומצרכים, לא פעם שירותים ומצרכים חיוניים, כמו ביטוח, בנקאות, חשמל, דלק, תחבורה ותקשורת... במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתוב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא, לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר ובמחירים גבוהים

פיקוח מסוג זה, בצירוף למספר החיקוקים המטילים אחריות אישית על המכוונים את פעולתה של החברה ולמגוון שלהם (דוגמת בעלי השליטה, הדירקטורים ונושאי המשרה) ובצירוף למדיניות האכיפה האישית שהוחרפה כלפיהם, דוחפת את אלה, גם באמצעים משפטיים ורגולטוריים, להתבונן על התמונה התאגידית והניהולית בצורה כוללתית מזו שהם מורגלים לה, ברוח גישת בעלי העניין הנשמעת גם בהצהרת ה-Business Roundtable.

כאמור, שיקול דעת ניהולי-אינטגרטיבי זה מוטמע באמצעות החקיקה האמורה לאור המבנה המשפטי המאפיין את עבירות נושאי המשרה, על טענת ההגנה הקיימת לצידן כאשר ננקטים "אמצעים סבירים" למניעת ההפרה. מתכונת משפטית זו מעודדת קיומן של מודעות ופעילות מונעת וארוכת טווח כלפי בעלי העניין השונים. בכך תורם המשפט לתמרץ את החברה והפועלים מטעמה, בשיטת המקל והגזר, להביא בחשבון את הרווח המשותף לעסקים ולחברה ודוחף לשינוי עמוק יותר לכיוונה של היערכות מניעתית ואינטגרטיבית. זאת, בדומה למנגנון שעומד בבסיס תורת האורגנים, שנועדה אף היא להמריץ את התאגיד לנקוט אמצעים נאותים על מנת למנוע ביצוע עבירות במסגרתו. יפים לעניין זה דבריו של השופט מצא בע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל⁹⁴, בו הוטלה אחריות פלילית אישית נגזרת על אורגן בכיר של תאגיד מכוח סעיף ספציפי בחוק ההגבלים העסקיים (חוק התחרות הכלכלית בשמו כיום), וזאת בנימוק ש"מילוי תפקיד ניהולי בתאגיד כרוך באחריות כבדה, המיועדת לא רק להבטחת ענייניהם של התאגיד עצמו, של בעלי מניותיו ושל נושיו, אלא גם להבטחת עניינו של הציבור."⁹⁵

ב. עקרון האחריות המוגבלת והרמת מסך

בצד עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, וכמעט באותה הנשימה, מזוהה החברה העסקית עם עקרון האחריות המוגבלת.⁹⁶ עקרון האחריות המוגבלת, אשר ניתן להתנאה בתנאים מסויימים,⁹⁷ מסדיר את הרעיון לפיו בעלי המניות בחברה הטיפוסית לא יהיו אחראים לפירעון חובותיה של החברה מעבר לסכום השקעתם במניות עצמן, והוא קיים כמעט בכל שיטות המשפט האירופיות ובארצות המשפט המקובל.⁹⁸ במקורו, אם כך, נועד גם עיקרון זה, בדומה לעקרון

יותר מן הראוי והאפשרי. זהו לקח שנלמד מן המדינה המתירנית (laissez faire של המאה התשע-עשרה). המדינה המתירנית הותירה את הזירה הכלכלית להתמודדות בין הספק לבין הצרכן, וכן גם להתמודדות בין המעביד לבין העובד, על בסיס של חופש חוזים רחב מאד, כמעט ללא מעורבות של המדינה. התיאוריה הייתה שכוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש, יסיפקו כדי להסדיר כראוי את היחס בין כלל הספקים לבין כלל הצרכנים, ללא צורך במעורבות של המדינה. אך התוצאה הייתה ניצול, עוני ופיגור עמוק ורחב. המסקנה המעשית הייתה, כי המדינה המתירנית, והעיקרון של חופש חוזים כמעט בלתי מוגבל, נכשלו. במקום המדינה המתירנית התפתחה, בעיקר באירופה, מדינת הרווחה (welfare state). מדינת הרווחה שמה לעצמה מטרה לקדם את הרווחה של כל האוכלוסייה, ובמיוחד לקדם את הרווחה של שכבות חלשות באוכלוסייה. מטרה זאת כללה אספקה של שירותים ומצרכים חיוניים בתנאים סבירים לכל האוכלוסייה. מכאן נבע הצורך בפיקוח מטעם המדינה על אספקת שירותים ומצרכים."

⁹⁴ ע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629 (2004) (להלן: עניין כהן).

⁹⁵ שם, בעמ' 632; דברים דומים נאמרו בפסיקתו של בית משפט העליון בע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437 (2007); בהתייחס לשאלת אחריותו של בעל שליטה בחברה לאור ס' 52א לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968: "התכלית המרכזית שבהטלת אחריות על בעלי שליטה מעוגנת ברצון להגביר את ההקפדה על שמירת הוראות החוק".

⁹⁶ במסגרת מאמר זה נתייחס לשני העקרונות כנבדלים זה מזה, ולו בשל העובדה שתורות משפטיות ענפות שונות, חלקן מתוארות כאן, התפתחו בצורה עצמאית מכל אחד מעקרונות אלה. להרחבה בדבר המחלוקת בשאלה אם שני העקרונות נבדלים זה מזה, או שמה המדובר בעקרונות הקשורים זה בזה שאינם יכולים לחיות בנפרד, ראו השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529 (1991) (לגישה הראשונה); אוריאל פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט י"ז 167 (1992) (המצדד בגישה השנייה); כן ראו שרון חנס "עיון מחודש באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בדין הישראלי" עיוני משפט כח 5 (2004).

⁹⁷ ס' 35 ו-344(ב) לחוק החברות.

⁹⁸ יהודית קורן עקרון האחריות המוגבלת והחברה הפרטית 13 (2017).

האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, בעיקר לטובת מטרותיה העסקיות של החברה, ולא בכדי כונה כהמצאה משמעותית לרווחה האנושית לא פחות ממנוע הקיטור והחשמל.⁹⁹ פועלו של עקרון הגבלת האחריות מיועד בעיקרו להגנה לבעלי המניות, כבעלי האינטרס השיווי של החברה. בכך הוא מאפשר גיוס הון עצמי מסיבי, בין היתר באמצעות שוקי הון נזילים, ומעודד נטילת יוזמות וסיכונים עסקיים על ידי בעלי המניות והפועלים מטעמם, תוך גידור הסיכונים העצמיים המוטלים עליהם.¹⁰⁰ בשל טבעו זה, על כן, הוגדר עקרון האחריות המוגבלת ככזה הנוגע ב"בסיס ההסכמה" של בעלי המניות שעיקרון זה נועד להגנתם, וזאת בשל האינטרס השיווי המאפיין את עניינם של בעלי המניות ואשר מתכנס ברגיל עם תכליתה של החברה להשאת רווחיה.¹⁰¹ במילים אחרות, עקרון האחריות המוגבלת של בעלי המניות קשור בטבורו לתכלית הכלכלית המסורתית של החברה לפעול למען השאת רווחיהם של בעלי המניות, שכן עיקרון זה מגן עליהם מפני חובות החברה באמצעות הסטת סיכונים חדלות הפירעון של החברה אל בעלי העניין החיצוניים (דוגמת עובדים, נושים וספקים). עם זאת, בצד יתרונותיו הכבירים של עקרון האחריות המוגבלת לקיומו של המגזר העסקי, לעיקרון זה גם חסרונות,¹⁰² אשר הולכים ומחמירים נוכח התעצמותו של המגזר העסקי בעת הזו. כאמור, עקרון האחריות המוגבלת נועד אומנם להטיב עם בעלי האינטרס השיווי, היינו ליצירת תשואה עודפת לחברה, אך באותה נשימה הוא מחריף את בעיית הנציג כלפי צדדים שלישיים.¹⁰³ ומעודד החצנת סיכונים על נושיה של החברה, אשר ספק עד כמה רבים מהם יכולים בעידן הנוכחי להגן על עצמם באופן חוזי מפני החצנה זו. עקרון האחריות המוגבלת, על כן, מאתגר, במיוחד בעת הזו, את נקודת האיזון בין עניינם של בעלי המניות לענייני בעלי העניין האחרים, כמו גם את התפיסה ההסכמית-חוזית ששימשה בראשית הדרך להצדקת העיקרון, וזאת נוכח עוצמתו והחצנתו החברתית של התאגיד בעידן המודרני.¹⁰⁴ אבולוציה זו של דיני החברות אינה מנותקת גם מ"נפילתם" של דיני החוזים הקלסיים המבוססים על רצון הצדדים.¹⁰⁵ זאת במיוחד כיום, כאשר דיני החוזים שוב אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים, אלא עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, שקיום רבות מהן כלל אינו מבוסס על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית.¹⁰⁶

בהתאמה, ובדומה לשימוש המתגבר בעקרון "תקנת הציבור" כחריג לעקרון חופש החוזים בדיני החוזים,¹⁰⁷ ניתן להסביר כיום את השימוש המתגבר בדוקטרינת "הרמת המסך", המשמשת כחריג

⁹⁹ שם, בעמ' 14, דבריו של נשיא אוניברסיטת קולומביה, ניקולאס מורי באטלר. FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW 40–100 (1991) 62.

¹⁰¹ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 GEO. L.J. 439 (2001) (להלן: "Hansmann & Kraakman, 'The End of History'").

¹⁰² קורן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 20–25. ¹⁰³ זוהר גושן "בעיית הנציג: כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה 239, 260–266 (1997).

¹⁰⁴ השוו דבריה של השופטת דורנר בע"א 2223/99 קריספי נ' ח. אלקטרוניקה (1988) בע"מ, פ"ד נו(5) 116, 130 (2003), ביחס לקושי הטמון בעקרון הגבלת האחריות כלפי נושים שאינם רצוניים "ואף ביחס לנושים רגילים אחרים של החברה, שבמסגרת פעילותם 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".

¹⁰⁵ E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACT (Aspen Law & Business Publishers, 3th ed. (2005) 179 (2005); Andrew Robertson, *The Limits of Voluntariness in Contract*, 29 MELB. U. L. REV. 179 (1998); וכן את הסקירה על דיני החוזים בפרק הראשון בספר: JAMES GORDLEY, CONTRACT, THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES (2003).

¹⁰⁶ ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(6) 769, 787–788 (2003). לא בכדי צוין כי טרם נמצאה תאוריה מוסכמת ועדכנית לדיני החוזים המחליפה את התאוריה החוזית הקלאסית, תאוריה שפיתוחה מיוחס לסוף המאה ה-19 ולתחילת המאה ה-20 – שם, GORDLEY, בעמ' 18.

¹⁰⁷ עלי בוקשפן "חופש החוזים, תום לב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים" דין ודברים י 267 (2018) (להלן: בוקשפן "חופש החוזים").

לעקרון האחריות המוגבלת. באמצעות השימוש הנרחב מאוד כיום בדוקטרינה זו,¹⁰⁸ אשר קבועה בסעיף 6 לחוק החברות ואשר מאפשרת לייחס את חובות החברה לבעלי המניות, משתנה בדיעבד הקצאת הסיכונים המסורתית של דיני החברות לכיוון העדפתן של קבוצות אחרות עימן באה החברה במגע, על חשבונם של בעלי המניות. כך, וברוח הטענה העוברת במאמר זה כחוט השני, לא ניתן לחמוק מהמסקנה שככל שהשימוש בדוקטרינת הרמת המסך מתרבה, יש בכך כדי להמחיש, מעוד זווית מבט, את השינוי המתחולל בתפיסת העומק המשפטית אשר רואה כיום בחברה העסקית כזו שמיועדת גם להגנתם של כלל בעלי העניין של החברה, תוך פגיעה בדיעבד בציפייתם הבסיסית של בעלי המניות להגבלת אחריותם. זאת, באופן אשר משקף חתירה לניהול עסקי אינטגרטיבי אשר נועד להתמקד בתפיסת הערך המשותף של כל אלה הקשורים בפעילותה של החברה.¹⁰⁹ עמדה זו נשמעת היטב בפסק דינה היפה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 4263/04 **משמר העמק נ' עו"ד מנור**, **מפרק אפרוחי הצפון בע"מ**, בו החליטה להורות על הרמת מסך כלפי בעלי מניות (באמצעות השעיית הלוואת בעלים שנתנו) בחברה אשר מומנה באופן דק על ידי הון עצמי קטן במיוחד ומונפה על ידי חובות עתק. חברה הממומנת כך, לדברי השופטת, אינה גוף אשר יכול לשאת את עצמו ולוקה, במילותיה, ב"נכות עסקית". לענייננו, מעניין להיווכח כי השופטת כרכה את דיני הרמת המסך בשאלת "אמות המידה הראויות להתנהלותן של חברות ודרכי פעולתם של בעלי מניות בעלי מעמד אפקטיבי במסגרתן" והשתיתה הכרעתה בשאלת הרמת המסך על שינוי בתפיסת העומק החברתית המתחוללת בדיני החברות וראיית החברה העסקית כגוף המתאפיין ב"דואליות",¹¹⁰ בניסוח המזכיר, בין היתר, את ההצהרה מאוגוסט 2019 של ארגון ה-Business Roundtable.¹¹¹

ג. חובות נושאי משרה וממשל תאגידי

חובות נושאי משרה בחוק החברות, הקבועות בסעיפים 252-254 לחוק, הן החובות אשר אמורות להיות קשורות בקשר הישיר ביותר לשאלת תכלית החברה. זאת, בשל ייעודן לכוון באופן מעשי את שיקול דעתם של נושאי המשרה באמצעות הטלתן של חובות אישיות על נושאי המשרה. חובות אלה מאמצות את כללי האחריות הפתוחים והאלסטיים ביותר במשפט האזרחי – חובת תום הלב החוזית (הקבועה בסעיף 254 לחוק החברות, אשר מסדיר את חובת האמונים המופנה "לחברה") ועולת הרשלנות הנזיקית (הקבועה בסעיף 252 לחוק החברות, אשר מסדיר את חובת הזהירות "כלפי החברה"). בהתאם, שאלת תכלית החברה הקבועה בסעיף 11 לחוק החברות מחלחלת במישרין ובאופן בלתי נמנע לשאלות מהי החברה ומהי טובתה. בשונה ממתכונת משפטית זו, בה

¹⁰⁸ מורן אופיר, תומר פלח ואוריאל פרוקצ'יה "הרמת המסך: בחינה עיונית ואמפירית" **עיוני משפט** מב 199 (2019); השו"ל לדבריו של הנשיא שמגר בע"א 407/89 **צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ** פ"ד מח(5) 661 (1994) שם הוא משקף את הגישה המסורתית יותר, לפיה יש להשתמש בחריג הרמת המסך מעט ככל הניתן.

¹⁰⁹ לקשר בין עקרונות היסוד בדיני החברות לשאלת תכליתיה של החברה העסקית ראו גם קורן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 141-143; לרטוריקה מרחיבה בשימוש בהרמת מסך כלפי תביעות עובדים ראו: בג"ץ 132/15 **ר-צ פלסטק בע"מ נ' איפראימוב** (פורסם בנבו, 5.4.2017).

¹¹⁰ בדומה לתפיסות ניהוליות חדשות העוסקות ב"רווח המשותף" – Porter & Kramer, לעיל ה"ש 69.

¹¹¹ עניין **אפרוחי הצפון**, לעיל ה"ש 12, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "... מכוח עקרונות דיני התאגידים, המושפעים מהקרנתם של עקרונות יסוד מתחום המשפט הפרטי, חלות על תאגיד עסקי חובות תום לב והגינות, בין היתר, ביחסיו עם ציבור הנושים החיצוניים, המזרימים אליו אשראי, שירותים או סחורות במסגרת יחסיהם העסקיים. חדירת מושגי תום הלב וההגינות לתחום דיני החברות מביאה, בין היתר, לכך שעל החברה, והפועלים מטעמה, להתחשב לא רק באינטרסים של החברה ובעלי מניותיה, אלא גם בציפיותיהם הלגיטימיות של גורמים אחרים עימם החברה באה במגע – כגון עובדים, צרכנים, נושים והציבור הרחב... בעידן האחרון, מתאפיין התאגיד בדואליות, שהפך האחד שלה הוא – שיקולים עסקיים המודרכים על ידי שיקולי יעילות ותועלת, והפך האחר הוא – קיום חובות הגינות ותום לב ביחסים עם קבוצות שונות עימן בא התאגיד במגע במסגרת פעילותו העסקית... התאגיד חב, אפוא, חובות הגינות ותום לב, בין היתר, לציבור הנושים החיצוניים עמו הוא בא במגע בפעילותו העסקית".

נקבע סעיף התכלית במנותק מהסעיפים הנוגעים לחובות נושאי המשרה, כולל חוק החברות האנגלי במפורש, במסגרת הסעיף הקובע את חובתם של הדירקטורים, את קידום טובתה של החברה, תוך שהוא מונה בסעיף עצמו את בעלי העניין השונים הקשורים בחברה.¹¹² בישראל, כאמור, תכלית החברה, כלפיה מכוונים חובת האמונים וחובת הזהירות של נושאי המשרה, קבועה אומנם בסעיף נפרד מסעיף החובות, אך ברור הוא כי היא בעלת השלכות ישירות על תוכן של חובות אלה.¹¹³ כך או אחרת, בעוד שהגישה המסורתית הניחה כי טובת החברה, בהיותה מיועדת להשאת רווחיה של החברה, מזוהה עם רווחיהם של בעלי המניות כבעלי האינטרס השווי, ¹¹⁴ מתחזקים כיום הקולות בספרות האקדמית בארצות הברית התומכים בגישה כי שיקול דעתם של הדירקטורים ונושאי המשרה כולל בחובו גם את בעלי העניין הנוספים, דוגמת עובדים, צרכנים, איכות הסביבה והקהילה.¹¹⁵ בישראל, נושא זה נדון באופן עקיף, והפסיקה נקטה גישה מרחיבה לשאלת תכלית החברה, והיא נשמעת, בין היתר, בדוקטרינות, בחקיקה ובפסקי הדין המובאים בפרק זה.¹¹⁶ באופן ישיר יותר, גישה כזו נשמעת גם בחובות נושאי המשרה הקבועות בחוק החברות עצמו, בסעיפים קטנים (ב) של סעיפים 252 ו-254 לחוק, בהם נקבע כי אין בחובות הזהירות והאמונים של נושאי המשרה כלפי החברה כדי למנוע קיומן של החובות גם "כלפי אדם אחר". סנוניות פסיקתיות שדנו בסעיף קטן זה הרחיבו את חובות נושאי המשרה לא רק כלפי החברה ובעלי אינטרס שיווי כמכלול, אלא גם כלפי בעלי עניין ספציפיים. כך, בע"א 741/01 קוט נ' עזבון איתן ז"ל,¹¹⁷ נקבע שבעל מניות אינדיווידואלי יכול להיחשב "אדם אחר", ובדומה קבעה השופטת אלישבע ברק בע"ע 1465/02 משה וקיפר נ' איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה כי חובה זו של נושאי המשרה יכולה להיות מופנה במישרין גם כלפי העובדים.¹¹⁸ שתי סנוניות אומנם, אך עדיין תשתית משפטית המרחיבה את פוטנציאל השימוש בחובות אלה לצורך מימוש תכליתה החברתית והאינטגרטיבית של החברה, גם כאשר עסקינן בחובות הזהירות והאמונים עצמן.

דברים אלה נאמרים ביתר שאת נוכח אופיים ה"אלסטטי" של חובות הזהירות והאמונים וטיבן האבולוציוני. נראה שכיום כבר הבשילה הגישה המכירה באפשרות לקרוא לתוך חובות אלה

¹¹² ס' 172 לחוק החברות האנגלי, לעיל ה"ש 66.

Section 172: Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to —

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
- (b) the interests of the company's employees,
- (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
- (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
- (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
- (f) the need to act fairly as between members of the company.

¹¹³ יוסף גרוס חוק החברות כרך א 124 (מהדורה חמישית, 2016).

¹¹⁴ "The End of History", Hansmann & Kraakman, לעיל ה"ש 101.

¹¹⁵ Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 VA. L. REV. 247, 253–254 (1999) (להלן: Blair & Stout).

¹¹⁶ עניין קסטרו, לעיל ה"ש 72; עניין כהן, לעיל ה"ש 94; עניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 1212.

¹¹⁷ ע"א 741/01 קוט נ' עזבון איתן ז"ל, פ"ד נז(4) 171 (2003).

¹¹⁸ ע"ע (ארצי) 1465/02 קיפר נ' איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, בעמ' 14–15 (פורסם בנבו, 10.3.2004). בפסק דין זה אומרת השופטת ברק כי: "לבעל מפעל יש בעיני גם חובה מוסרית כלפי הציבור שמפעלים לא יהיו כושלים, שלא יקרסו. חובה זו, מוסרית בעיני, אך היא נובעת גם מתיאוריה של אתיקה בעסקים. בכמה עשרות השנים האחרונות מתפתחת תיאוריה לגבי אתיקה בעסקים. לפיה בעלי מפעלים חייבים נאמנות לא רק כלפי בעלי המניות שלהם אלא גם כלפי העובדים והציבור הרחב. על החובה כלפי העובדים עמדתי. מחויבות המעביד היא גם כלפי הציבור הרחב. יש לו מחויבות מוסרית שמפעלים לא יקרסו, שהכלכלה לא תפגע, שהאבטלה לא תעלה. חוק החברות החדש (חוק החברות, היתשנ"ט-1999) ראה גישה זו לנגד עיניו. הוא הטיל חובה על בעל מפעל כלפי הציבור". ובהמשך, לאחר סקירת סעיף 254(ב), קובעת ברק כי: "חובה זו 'כלפי אדם אחר', היינו, כלפי העובדים והציבור הרחב, חלה אם כן היום מכוח החוק".

לגיטימציה, ואף צורך, בהפעלת שיקול דעת ניהולי, המביא בחשבון גם את ענייניהם של בעלי עניין נוספים, מלבד בעלי המניות.¹¹⁹ מסקנה זו נתמכת בעובדה שסעיף 254 מגדיר את חובת האמונים כחובת תום הלב, חובה אשר הוגדרה בפסק הדין בעניין **קסטרו** ככוללת את חובתם של הפועלים מטעם החברה גם כלפי בעלי עניין נוספים,¹²⁰ ובהתפתחותם המשמעותית של נורמות וכללים חוץ-משפטיים. נורמות וכללים אלו הגיעו, כאמור, לנקודת שיא, בין היתר, בהצהרת ה-Business Roundtable, שהובאה בחלקו הקודמים של המאמר, הקוראים להטמיע יעדים חברתיים מגוונים לתוכם של היעדים הכלכליים של החברה. תרבות ניהולית מתחדשת זו, בתוספת לראיות מתרבות והולכות לכך שהשיקולים החברתיים מסייעים לרווחיה של החברה, גם אם באופן עקיף ולעיתים ארוך טווח,¹²¹ מבססות את ההצדקה לפרש כך ובצורה אבולוציונית גם את חובות נושאי המשרה, שכן אלה מיועדות, אולי יותר מכל הסדר אחר בחוק החברות, להגשמת תכליתה המתרחבת של החברה.¹²² דברים אלה עומדים בעינם גם אם ההצעה במאמר זה לתיקון לשוני של סעיף 11 לחוק החברות לא תתקבל בזמן הקרוב. ככלות הכול, האחריות המשפטית-חברתית המוטלת על החברה והפועלים מטעמה ממילא נמצאת כבר כאן וככל הנראה תחלחל ביתר שאת בעתיד לפרשנות רחבה יותר גם של חובותיהם של נושאי המשרה. במילים אחרות, תכליתו החברתית של התאגיד העסקי יכולה להקנות, במקרים המתאימים, גם עילת תביעה עצמאית, באמצעותה ניתן יהיה לתקוף נושא משרה אשר הפעיל את שיקול דעתו באופן שפגע ביעדים אלה. זאת, לאור טבען האלסטטי ותלוי המדיניות המשפטית של חובות האמונים והזהירות. עילות תביעה כאלה אינן עומדות אך לבעלי עניין חיצוניים לחברה, אלא גם באמצעות תביעה נגזרת לבעלי מניות, בעלי האינטרס השיורי המייצגים ברגיל את עניין החברה, וזאת כאשר הפגיעה בשיקולים חברתיים על ידי נושאי המשרה מזיקה לרווחי החברה.¹²³

על פני הדברים ניתן היה לעורר את החשש כי שינויים אלה, המוכרים, כאמור, גם בסעיף 172 לחוק החברות האנגלי,¹²⁴ מוסיפים לסיכונים המשפטיים ולא-הוודאות המלווה את פעילותם של נושאי המשרה. לדעתנו אין לחשש זה על מה לסמוך. ככלות הכול, וכצידו השני של המטבע המרחיב את הסיכונים המשפטיים הפוטנציאליים אליהם חשופים לכאורה נושאי המשרה, ההתפתחויות המתוארות בתוכן של חובות נושאי המשרה הקבועות בחוק החברות עצמו ומחוצה לו,¹²⁵ צפויות להשפיע בהרחבה גם על טענות ההגנה העומדות לרשות נושאי המשרה כאשר מופנות כלפיהם תביעות אישיות בגין הפעלת שיקול דעתם. כך, ככל שאמורים הדברים בנושא המשרה אשר נתבע על הפרת חובת הזהירות או הפרת חובת האמונים בשל שיקולים חברתיים ששקל במסגרת החלטותיו הניהוליות, דוגמת המקרה שנדון בפסק הדין **Dodge v. Ford Motor Company**,

¹¹⁹ בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית", לעיל ה"ש 27, בעמ' 21–23.

¹²⁰ רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן**, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 26.4.2015), "ואכן, לא קלה היא מלאכתו של הדיקטטור דהאינדא. עליו לפעול בתום לב ובאופן עצמאי בשיקוליו, תוך שהוא משווה נגד עיניו את השאת רווחי החברה, אך גם את טובת הנושים, העובדים והציבור בכללותו (ס' 11 לחוק החברות)".

¹²¹ מאיר אורבך "סגנית נשיא מיקרוסופט: אי אפשר לפתח טכנולוגיה בלי אחריות חברתית" **כלכליסט** 21.3.2019. www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3758741,00.html

¹²² השוו לסי' 172 לחוק החברות האנגלי, לעיל ה"ש 66; לעיל ה"ש 60 ו-95.

¹²³ כך, ייתכנו מקרים בהם נושאי המשרה בתאגיד אינם מתחשבים, למשל, באיכות הסביבה, ובשל כך אינם משיאים רווחים אשר יכולים היו להשיא לו היו יותר "ירוקים". השוו מכתבו של פינק, לעיל ה"ש 38. להרחבת הדיון בעילות התביעה האפשריות לבעלי העניין: בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית", לעיל ה"ש 27; רחמים **אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים**, לעיל ה"ש 24, עמ' 467–495.

¹²⁴ סי' 172 לחוק החברות האנגלי, לעיל ה"ש 66.

¹²⁵ לעיל טקסט להערות 89–95.

יוכל זה, לדעתי, להתגונן כיום בטענת "שיקול הדעת העסקי" (BJR) כל עוד פעילותו הייתה מיוחדת, עניינית, ללא ניגודי עניינים ובתום לב. כלל שיקול הדעת העסקי הקיף בתוכו בעבר, ובוודאי כך כיום עם התרחבותה של הגישה העסקית-חברתית עליה הורחב בחלקו הראשון של המאמר, לגיטימציה לשיקול דעת אשר מביא בחשבון גם את עניינם של בעלי עניין מגוונים, אפילו על חשבונם לעיתים של בעלי המניות.¹²⁶ סיכומה של נקודה זו, שילובה של גישה חברתית-אינטגרטיבית, במסגרתה של הגישה הכלכלית, הוא כיום ה"בון-טון" בעולם העסקי והמשפטי, ונושא משרה אשר יפעיל כך את שיקול דעתו, בתום לב סובייקטיבי, באופן ענייני ומיודע וללא ניגודי עניינים, אין זה נכון שימצא עצמו חשוף בגין תביעה משפטית על הפרת חובת הזהירות וחובת האמונים. זאת, גם מבלי להיכנס להבחנות המשפטיות המוקשות בשאלת אופק הזמן בו תיבחן טובת החברה, האם בטווח הארוך או בטווח הקצר.¹²⁷

זאת ועוד, מלבד חלחולה של גישה רחבה לבחינת תוכן של החלטותיהם של נושאי המשרה, מחלחלת תפיסה דומה גם להסדרים הקבועים בחוק החברות עצמו בכל הנוגע למקבלי ההחלטות באמצעות ההוראות הנוגעות לממשל התאגידי. כך, סעיף 239(ד) לחוק החברות קובע כי על חברה שמניותיה או איגרות החוב שלה רשומות למסחר בבורסה לניירות ערך ואשר כל חברי הדירקטוריון שלה (שאינם בעלי השליטה או קרוביהם) הם בני מין אחד, למנות לפחות דירקטור חיצוני אחד בן המין השני. סעיף זה מחיל, למעשה, גם אם באופן סמלי בינתיים, ניסיון להתחשב בשיקולים חוקתיים ומגדריים בחברות ציבוריות או חברות איגרות חוב. בדומה, גם תיקון מס' 17 לחוק החברות, שהתקבל בשנת 2011, הרחיב את הוראות החוק אשר מטילות חובות מיוחדות המהדקות את הממשל התאגידי בחברות ציבוריות (היינו, חברות שהמניות שלהן נסחרות בבורסה לניירות ערך) גם לחברות איגרות חוב. בכך הביע המחוקק את הרחבת תכליתו של חוק החברות, גם אם בנגזרת מצומצמת ובאופן משתמע, להדק את שיקול דעתם ואחריותם של נושאי המשרה כלפי ענייניהם של נושי החיצוניים שאינם שיוריים של החברה, בנוסף לעניינם של בעלי המניות.¹²⁸

2. התפתחויות מחוץ לדיני החברות

א. עקרון תום הלב ותחולתו על החברה העסקית והפועלים מטעמה

עקרון תום הלב, הקבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הוא אחד העקרונות המשפטיים המרכזיים כיום במשפט האזרחי בכלל,¹²⁹ ובדיני החוזים בפרט. בהקשרו של תת-חלק זה לא נרחיב במשמעותו של העיקרון, אך נזכיר את העובדה כי פסקי הדין המשמעותיים ביותר אשר דנו בעקרון תום הלב במשפט הישראלי היו במסגרתם של סכסוכים בהם היה מעורב

¹²⁶ Janet E. Kerr, Sustainability Meets Profitability: The Convenient Truth of How the Business Judgment Rule Protects a Board's Decision to Engage in Social Entrepreneurship, 29 Cardozo L. Rev. 623 (2007). להיקפו הרחב של כלל שיקול הדעת העסקי בהקשר להשתלטויות עוינות: William T. Allen, *Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation*, 14 CARDOZO L. REV. 261 (1992).
¹²⁷ שם, בעמ' 272-275.

¹²⁸ להצעת חוק פרטית, שלא הבשילה לדבר חקיקה, למינוי דירקטורים על ידי עובדים בחברות מסוימות המעסיקות מעל 100 עובדים ראו: הצעת חוק החברות (תיקון - מינוי דירקטורים מטעם העובדים), התשע"ה-2015 www.main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&law.itemid=564033.

¹²⁹ ס' 61(ב) לחוק החוזים, התשל"ג-1973, הקובע כי: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

תאגיד עסקי. אף שהניתוח המשפטי נערך במגרשם של דיני החוזים, לא ניתן להפריז בהשפעתו על השיח התאגידי, על הרחבת תכליתה של החברה העסקית ועל אחריותם האישית של נושאי המשרה כלפי בעלי העניין הקשורים בפעילותה של החברה.¹³⁰ כך, למשל, בעניין **קסטרו**, שהוזכר לעיל, נקבע כי אורגן של החברה חב באופן אישי בגין היעדר גילוי בשלב המשא ומתן שערך עם לקוח החברה, אף שאין הוא צד פורמלי לחוזה שנכרת ואף שבכך מתהווה חריג דה-פקטו לעקרון האחריות המוגבלת בדיני החברות. החלטה זו, אשר בשל חדשנותה זכתה לדיון נוסף, התבססה על עקרון תום הלב החוזי, שהוא עקרון שסתום פתוח, ונועדה להשרת תרבות של אמון בין-אישי בהתקשרויותיה של החברה העסקית והפועלים מטעמה עם קהילות רחבות, לקוחות במקרה זה. מרכז הכובד של החלטת בית המשפט נעוץ היה בחשיבותה של אווירת האמון הנוצרת בשלב המשא ומתן החוזי, ובהתאם, באחריותו האישית והחברתית של כל אדם – אף אם הוא אורגן של חברה ואף אם אינו מיועד להיות צד לחוזה אשר הוא נושא ונותן לגביו – לציית ולבסס אווירה זו. לקביעה זו, אשר הטילה בנסיבות המקרה אחריות אישית על אורגן בחברה לפצות לקוח של החברה בגין אי-גילוי והפרת חובת תום הלב במשא ומתן, התלוותה רטוריקה המרחיבה את אחריותם החברתית של מנהלי החברה כלפי כלל הקהילות המגוונות הקשורות בחברה. זאת, בהתאם למגמה המודרנית, אשר נקשרה גם בפסק הדין לחובות האמונים והזהירות של נושאי המשרה.¹³¹ גישתו של הנשיא שמגר בפסק דין זה, לפיה "על החברה ועל מנהליה הפועלים עבודה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות... אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו" הקדימה את זמנה ומצאה את ביטויה כיום, למעלה מ-35 שנים לאחר מתן פסק הדין, למשל, בהצהרת ארגון Business Roundtable. בכך לא תמה השפעתו של עקרון תום הלב על עולמן של חברות, ומכוחו הוטלה ברבות השנים אחריות משפטית נרחבת על פעילות המגזר העסקי, ובכלל זה הוטלו נטלי גילוי כבדים על תאגידים בנקאיים ועל תאגידי ביטוח.¹³² כך מומחשת המגמה המשפטית של הרחבת אחריותם החברתית של תאגידים עסקיים, ובמיוחד כאלה שהם בעלי חשיבות סוציו-אקונומית גדולה. במילים אחרות, עקרון תום הלב, המנוסח כסטנדרט משפטי כוללני, משמש כיום כמקור חובה משפטי להטלתן של חובות על המגזר העסקי והפועלים מטעמו כלפי בעלי העניין השונים הקשורים בו. בכך אין כדי לסטות מהמסגרת העסקית הכללית של השאת רווחים האופפת את פעילותן של החברות, ובלבד שהחתימה לרווחיות תיעשה בהגינות.¹³³

¹³⁰ ע"א 3912/90 Eximin S. A נ' **טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ**, פ"ד מז(4) 64 (1993), נקבעה התחולה העקרונית של דוקטרינת ה"אשם התורם" גם בדיני החוזים באמצעות עקרון תום הלב, וזאת מתוך מטרה לעודד תרבות של שיתוף פעולה, הגשמתן של ציפיות סבירות ואמון בין-אישי בין המתקשרים החוזיים, תאגיד בלגי ותאגיד ישראלי; עניין **קסטרו**, לעיל ה"ש 72; ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441 (1989); ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573 (1994) (להלן: עניין **צבאח**); ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289 (2002); ע"א 4819/92 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישר**, פ"ד מט(2) 749 (1995) (להלן: עניין **אליהו חברה לביטוח**); ע"א 846/76 **עטיה נ' אררט חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד לא (2) 780 (1977).

¹³¹ שם, עניין **קסטרו**, בעמ' 695–696: "על החברה ועל מנהליה הפועלים עבודה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות... אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו... הטלת חובת תום הלב על מנהלי חברה, המנהלים משא ומתן בשם חברה עם צד שלישי, היא ביטוי נוסף לתפיסות הנוהגות עתה בדבר חובת האמון והזהירות המוטלת על המנהלים גם כלפי צדדים מחוץ לחברה, כפי שמתחייב מן ההתפתחויות בחיי החברה והמשק. לעניין זה משתלב סעיף 12(א), ככל שהוא מתייחס למנהל הפועל מטעם החברה במשא ומתן עם צד שלישי עם ההוראות של פקודת החברות, המתייחסות לאחריותו של מנהל".

¹³² עניין **צבאח**, לעיל ה"ש 130; עניין **אליהו חברה לביטוח**, לעיל ה"ש 130.

¹³³ ע"א 8566/06 **אמריקר שירותי ניהול וייעוץ (1987) בע"מ נ' מליבו – ישראל בע"מ**, פ"ס 32 לפסק דינו של השופט גיוראן (פורסם בנבו, 8.11.2009): "אין כל פסול ברצונה של חברה עסקית להשיא את רווחיה כל עוד פעולותיה נעשות כדן ובהתאם לתכליתה, שהרי יתכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה... חובת תום הלב אינה מבטלת את התכלית העסקית של החוזה. חובת תום הלב משתלבת עם תכליתו של החוזה העסקי ודורשת מכל הצדדים לחוזה לנהוג בהוגנות, תוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. חובת תום הלב אינה דורשת אלטרואיזם וביטול האינטרס העצמי, ההפך הוא הנכון, חובת תום הלב מכירה בדאגה של צד לחוזה

ב. עקרון תקנת הציבור והכפפת המגזר העסקי לזכויות אדם

הטלתה של אחריות חברתית על המגזר העסקי מתחוללת לא רק באמצעות עקרון תום הלב, כעיקרון חוזי כללי, אלא גם באמצעות עיקרון חוזי משמעותי נוסף, הוא עקרון "תקנת הציבור"¹³⁴. עיקרון אחרון זה משרטט באופן מסורתי את גבולותיו של חופש החוזים ומשמש כ"בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה"¹³⁵. בראשית שנות ה-90, בעידן שלאחר חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, קיבל עקרון תקנת הציבור דגש פוזיטיבי ונורמטיבי נוסף אשר ביטא, בצד העלאת המעמד הנורמטיבי של זכויות האדם בישראל באמצעות חוקי היסוד, גם את הכפפת כלל היחסים בין אדם לרעהו לעקרונות אלה. לא בכדי תואר סעיף 30 לחוק החוזים בעידן שלאחר חקיקת חוקי היסוד האמורים כ"מכשיר משפטי עיקרי – בצד עקרונות אחרים, כגון תום הלב – אשר באמצעותו מובטחת ההרמוניה הכללית בשיטת המשפט. זהו הכלי המרכזי המשקף את אושיות היסוד של הסדר החברתי"¹³⁶. בהתאם, הוחלו זכויות האדם, הקבועות כיום בחוקי היסוד העוסקים בכבוד האדם, על עולם התאגידים באמצעות עקרון תקנת הציבור. תופעה זו משקפת המשך התפתחותי ישיר להטמעתה – באמצעות עקרון תום הלב – של התנהגות בין-אישית ראויה והתחשבות בציפיותיו המוצדקות של הזולת, אלא שכעת בגדר ציפיות אלה נכללים במפורש גם עקרונות היסוד הנוגעים לזכויות האדם.¹³⁷

הכפפתו המתגברת של הסקטור הפרטי-עסקי לנורמות חוקתיות באה לידי ביטוי נרחב בפסיקה אשר אימצה את מודל "התחולה העקיפה" במשפט הישראלי. לפי מודל זה, החובה לכבד את זכויות האדם אינה מוטלת רק על גופי השלטון, אלא היא מוטלת גם על גופים פרטיים באמצעות הדוקטרינות המשפטיות הקיימות במשפט הפרטי.¹³⁸ כך, לגישתו של אהרן ברק, אשר פיתח והטמיע מודל זה במשפט הישראלי הן כחוקר משפט והן כשופט, מושגי השסתום במשפט הפרטי, דוגמת תום לב, תקנת הציבור, רשלנות וסבירות, כוללים בקרבם, בין היתר, את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לחירות, לקניין, לפרטיות, לתנועה ולחופש העיסוק. באופן זה, מושגי השסתום קולטים הלכה למעשה את ערכי השיטה ועקרונות היסוד ומוחדרים גם לסוגיות הנדונות במשפט הפרטי. גישה ראויה זו מחדדת את המגמה המכפיפה את המשפט הפרטי בכלל, והמגזר העסקי בפרט, לנורמות משפטיות ציבוריות ואף מזמינה את אימוצו של מודל ה"תחולה הישירה", לפיו זכויות האדם החוקתיות יחולו באופן ישיר גם בתחומי המשפט הפרטי.¹³⁹ לפי מודל זה ניתן לראות בזכויות האדם כבעלות תחולה ישירה במשפט הפרטי, ובעיקר על המגזר העסקי, שהאינטראקציות עימו הן, כנראה, השכיחות מכולן כיום.¹⁴⁰ במובן מסוים, נראה כי גישה משפטית

לאינטרס שלו עצמו, אך היא דורשת כי דאגה זו תעשה בהגנות. דאגה לאינטרס כלכלי, שהינו חלק מן החוזה, אינו מפר את החובה לנהוג בתום לב".

¹³⁴ על עקרונות חוזיים אלה ומשמעותם ראו: בוקשפן "חופש החוזים", לעיל ה"ש 107.

¹³⁵ ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא (3) 85, 94 (1977).

¹³⁶ ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, פס' 22 לפסק דינו של השופט ברק (1992) (להלן: עניין קדישא).

¹³⁷ ניתן להניח שתופעה זו מסתייעת גם מהתפתחותה של דוקטרינת ה"דואליות הנורמטיבית", אשר פרצה את התודעה לאפשרות העקרונית להחלת הדין המנהלי, בתוכו גם זכויות היסוד, על גופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים. מגמה זו של החלת הדין המנהלי על גופים פרטיים היוותה שלב טבעי בהתגבשותה של המגמה החברתית הפועלת להכרה באחריות חברתית גם של תאגידים במשפט הפרטי, לעמדם הקטגוריות של משפט "פרטי" ומשפט "ציבורי" ולבסוף להחלת הישירה של עקרונות היסוד באמצעות דיני החוזים והמוסד התאגידי אף ללא צורך בהחלתו של הדין המנהלי.

¹³⁸ אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (2012).

¹³⁹ בוקשפן וכשר "זכויות אדם", לעיל ה"ש 59, בעמ' 63–64.

¹⁴⁰ Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 27.

זו מתיישבת עם רוחה של המגמה, שתוארה לעיל,¹⁴¹ ואשר באה לידי ביטוי גם בהנחיות האו"ם משנת 2011 בדבר תחולתן של זכויות האדם במגזר העסקי.¹⁴²

תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי – באמצעות עקרון תקנת הציבור – והאחריות המוטלת עקב כך במסגרת יחסייהם של הפרטים בינם לבין עצמם, ובעיקר במסגרת יחסייהם עם המגזר העסקי, הוכרו במפורש בעניין **קסטנבאום** ובוססו מאז בסדרת פסקי דין בהם היו מעורבים תאגידים.¹⁴³ מגמה זו הואצה, כאמור, על ידי חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר יצרו בישראל של ראשית שנות התשעים משטר חוקתי "על-חוקי" אשר הקל על בתי המשפט במלאכת החלתן של זכויות האדם בתחום של המשפט ה"פרטי" ובאימוצו של חידוש רטורי משמעותי, לפיו:

"דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון, הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם."¹⁴⁴

הנה כי כן, עקרון תקנת הציבור ולצידו עקרון תום הלב קבועים אומנם בתוך חוק החוזים עצמו, אך מוחלים רבות בהקשר תאגידי ומשליכים מבחינה משפטית, מעשית ורטורית לא פחות מחוק החברות עצמו על מעמדם הציבורי והחברתי של דיני החברות. ראוי, על כן, שהתייחסות לפועלם תשתמע גם היא בסעיף התכלית הקבוע בחוק החברות. זאת ועוד, כפי שראינו, עקרונות חוזיים כלליים אלה אינם חיים בגפם, ובצידם קיימים הסדרים משפטיים חוץ-תאגידיים נוספים בתחומי המשפט המהותי, המרחיבים את נקודות המבט על תכליתה של החברה העסקית, דוגמת דיני עבודה¹⁴⁵ ודיני איכות הסביבה¹⁴⁶ אשר נדונו לעיל,¹⁴⁷ ולצד אלה גם ההסדר הדיוני של דיני תובענות ייצוגיות, אליו נפנה כעת.

ג. תובענות ייצוגיות

בצד הדין המהותי, גם מנגנון התובענה הייצוגית ככלי קולקטיבי ודיוני לאכיפת זכויות מסייע לחשיפת גישתו של המשפט ביחס לתכליתה המודרנית של החברה העסקית, כמו גם לקידומן של רפורמות מבניות למישטורו של המגזר העסקי.¹⁴⁸ דברים אלה קלים להדגמה בישראל, אשר נחשבת

¹⁴¹ לעיל, טקסט להערות 42-65.

¹⁴² לעיל ה"ש 6.

¹⁴³ דג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (2000); ע"א 6601/96 **AES System Inc.** נ' **סער**, פ"ד נד(3) 850 (2000); ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים בע"מ**, פ"ד מט(3) 196 (1995); בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663 (2002).

¹⁴⁴ עניין **קדישא**, לעיל ה"ש 136, בעמ' 530.

¹⁴⁵ בוקשפן "תכליתה של החברה העסקית", לעיל ה"ש 92.

¹⁴⁶ עלי בוקשפן, איריס האן וגלעד רוט "הענק וגננו – על חברות, דיני החברות ואיכות הסביבה" **משפט ועסקים** יג 101 (2010).

¹⁴⁷ ראו הדיון בחלק ג', תת-חלק 1 (א.2).

¹⁴⁸ Owen M. Fiss, *The Supreme Court 1978 Term Forward: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 2 (1979): "Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully LEORA BILSKY, *THE*; secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations" HOLOCAUST, CORPORATIONS, AND THE LAW: UNFINISHED BUSINESS 51–54 (2017). בעמ' 2 מחברת בילסקי

כ"מעצמה" של תובענות ייצוגיות ואף כונתה "שיאנית" בתחום.¹⁴⁹ מעבר לשכיחותן הרבה של התובענות הייצוגיות במשפט הישראלי ולמגוון הנושאים הנדונים במסגרתן, תובענות אלה מוגשות בעיקר כנגד גופים עסקיים, ולא שלטוניים.¹⁵⁰ במובן ובהקשר זה דיני התובענות הייצוגיות יכולים להיחשב, דה פקטו, בשר מבשרם של דיני החברות במובנם הרחב. מטרתן של תובענות אלה, אשר אינן מוסדרות יותר בחוק החברות, אלא בחוק ייעודי (חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006), היא בעיקר מימוש זכויותיהם של מגוון בעלי העניין (stakeholders) הקשורים בפעילות החברות הנתבעות, ואשר זכויותיהם הבסיסיות חשובות כיום להפרות תאגידיות יותר מאי פעם.¹⁵¹ ככאלה, מזמינים דיני התובענות הייצוגיות נקודת מבט נוספת על יחסו של המשפט לשאלת תכליתה של החברה העסקית והסיכונים המשפטיים של החברה ושל אלה הפועלים מטעמה. ככלות הכול, התובענה הייצוגית נעוצה אומנם בעולמו של המשפט הדיוני, אך ייעודה המרכזי, כקבוע בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הוא לפעול "לשם שיפור ההגנה על זכויות" ולהביא גם להגשמתן של נורמות חברתיות ומשפטיות מהותיות.¹⁵²

כמי שמופנה בעיקר כלפי תאגידים עסקיים, צועדת לפיכך התובענה הייצוגית יד ביד עם שינויי העומק בהבשלת אחריותו המשפטית והציבורית של המגזר העסקי, וטמונה בה בשורה של ממש לאכיפה ולהטמעה אפקטיבית של נורמות התנהגות ראויות בעולמם של התאגידים.¹⁵³ טיבה הקולקטיבי של התובענה הייצוגית מקרב אותה לעתים ליעדים אשר הוסדרו בעבר במסגרת המשפט הציבורי, אלא שכעת יעדים אלה מוגנים באופן מהותי גם במסגרת המשפט הפרטי באופן ספציפי (כמו שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות, הגנה על הפרטיות,¹⁵⁴ איסור הפליה¹⁵⁵ או שמירה על איכות הסביבה). גישה זו לתובענה הייצוגית והשלכותיה על אחריותם החברתית של תאגידים עסקיים תואמות את גישת ה-"Public Action Model" למנגנון התובענה הייצוגית.¹⁵⁶

בין תובענות ההשבה הייצוגיות בהן היא דנה בספרה לתופעת האחריות החברתית המתגברת של תאגידים עסקיים ולהנחיות האו"ם (Guiding Principles on Business and Human Rights, לעיל ה"ש 6).

¹⁴⁹ משה גורלי "ישראל היא שיאנית התביעות הייצוגיות" **כלכליסט** 20.11.2017 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3725398,00.html

¹⁵⁰ נקודה זו מתחדדת לאור ההתבוננות לפיה רוב הנתבעים בתובענות הייצוגיות בישראל הם תאגידים, קרן וינשלמרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 707 (2016), כאשר העילות בהן מדובר בעיקר הן בתחום דיני הגנת הצרכן, דיני ביטוח, דיני בנקאות, דיני הגבלים עסקיים (ובשם החדש דיני התחרות הכלכלית), דיני איכות הסביבה, הפליה, כולל הפליה במקום עבודה והפליה של אנשים עם מוגבלויות, ודיני עבודה. נושאים אלה קשורים בעניינם של ה-Stakeholders, ופחות בעניינם של ה-Stockholders, וככאלה מייצגים הגנה על אינטרסים המזוהים עם אחריותה החברתית, ולא רק הכלכלית, של החברה העסקית.

¹⁵¹ תוספת שניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006.

¹⁵² דוגמה יפה ומובהקת לכך יכול לשמש פסק הדין *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), שתחילתו בתובענה ייצוגית; ברק אתירם "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" **משפט וממשל** כ 47 (2019); פסק דין זה הביא לשינוי חוקתי דרמטי בביטולו את מדיניות ה"נפרד אבל שווה" בארצות הברית, ולא בכדי הוגדר, על ידי הנשיא בדימוס אהרן ברק, כפסק הדין החשוב ביותר של בית המשפט האמריקאי במאה ה-20, ארי שביט "אהרן ברק אזרח מודאג" **הארץ** 14.10.2018 www.haaretz.co.il/misc/1.1317752

¹⁵³ להרחבה, ראו: עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת" **משפט ועסקים** (צפוי להתפרסם ב-2020).

¹⁵⁴ עניין **בן חמו**, לעיל ה"ש 43.

¹⁵⁵ ת"צ (מחוזי לוד) 8214-05-14 **מירב נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 30.8.2016); ת"צ (מחוזי ת"א) 26994-08-18 **בכר נ' ר.ג.ע ניהול ברים בע"מ** (פורסם בנבו, 13.1.20).

¹⁵⁶ Martin H. Redish & Clifford W. Berlow, *The Class Action As Political Theory*, 85 WASH. U. L. REV. 753, 797 (2007); John Bronsteen & Owen Fiss, *The Class Action Rule*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1419 (2003); Owen Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, 53 WASH & LEE L. REV. 21 (1996);

Fiss טוען כי מכשיר התובענה הייצוגית תפס תאוצה בארצות הברית בעת התעוררותן של תנועות שונות לקידום זכויות האזרח. למעשה, התובענה הייצוגית אפשרה את מימונו של מוסד ה-"Private attorney general", מוסד שמתייחס לתובע פרטי שפונה לבית המשפט למען מטרה ציבורית כללית (ולא פרטית), בדומה לעותר ציבורי, וזאת לאור יכולתו של בית המשפט לפסוק גמול לתובע זה עבור מאמציו, שם, Fiss, בעמ' 23. להרחבה כללית על אודות מוסד ה-"Private attorney general" בארצות הברית ראו: John C. Coffee, Jr., *Rescuing the Private Attorney General: Why he Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, 42 MD. L. REV. 215, 216 (1983); Carl Cheng, *Important Rights and the Private Attorney General Doctrine*, 73 CAL. L. REV. 1929 (1985); William B. Rubenstein, *On What a "Private Attorney General" is—And Why it Matters*, 57 VAND. L. REV. 2129 (2004).

לפי גישה זו, ההצדקה העיקרית לקיומה של התובענה הייצוגית טמונה ביכולתה לבצע אכיפה יעילה של הוראות חוק אשר נועדו לקדם ערכים ומטרות רוחב חברתיים.¹⁵⁷ זאת ועוד, התובענה הייצוגית מסייעת לשיפור ההגנה על זכויות משפטיות, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, בדומה לפיקוח ולאכיפה של גופים שלטוניים האמונים על נורמות בענפים שבתחום אחריותם. התובענה הייצוגית, על כן, בהשוואה לסדרי הדין הרגילים, מאפשרת לתובע המייצג לקחת על עצמו תפקיד מעין-רגולטורי,¹⁵⁸ ואפיונה זה כגורם ממתן ומשלים לאכיפה הציבורית לא יסולא בפז, ולא רק בתקופה בה מתגבר השיח הנוגע להטלת זכויות חוקתיות על גופים שאינם שלטוניים. לסיכום, הטמעת אחריותם החברתית והחוקתית המתגברת של תאגידים בעידן הנוכחי, הכרוכה גם בצורך להנגיש סעדים אפקטיביים לרשות הציבור אשר זכויותיו מופרות כיום יותר מאי פעם על ידי המגזר העסקי, יוצאת נישכרת ממנגנון התובענה הייצוגית, אשר מקורו במשפט הפרטי ועל כן מתאים במיוחד למישטורן של חברות, ובעקיפין משפיע גם על זיהוי תכליתן האינטגרטיבית.

ד. סיכום

השיח אשר אופף את שאלת אחריותן החברתית של חברות עסקיות, לרבות מחויבותן לכיבוד זכויות האדם, קשור לשאלה ישנה נושנה המלווה את דיני החברות כמעט מראשיתם – האם על החברה להתמקד אך ורק בשיקולים כלכליים והשאת רווחי בעלי המניות, או שמא עליה לשקול גם שיקולים חברתיים רחבים יותר.¹⁵⁹

באופן מסורתי הדיון נערך במתכונת "בינרית" ולעומתית, כאשר בכיפה שלטה שנים רבות הגישה אשר קיבלה ביטוי מוכר וחד בדבריו הידועים של מילטון פרידמן, לפיהם האחריות החברתית היחידה שיש לחברות היא השאת רווחיהן.¹⁶⁰ גישה זו מצוייה בבסיס התפיסה לפיה החברה היא "פקעת של חוזים", תפיסה אשר הובילה בעבר את הגישה הכלכלית המסורתית להצדקה ולביסוס העמדה המדגישה את תכלית החברה ככזו המכוונת להעדפתם של בעלי המניות, הם בעלי האינטרס השיורי בחברה.¹⁶¹ גישה זו קיבלה גם ביטוי משפטי חזק בארצות הברית לפני מאה שנים, בפסק הדין **Dodge v. Ford Motor Company**, אומצה בישראל לפני עשרים שנים בסעיף 11(א) לחוק החברות ושימשה כמעין-דגל בקרב המגזר העסקי, כפי שניתן היה לשמוע בהצהרת ארגון ה-

¹⁵⁷ Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1291 (1976) "The class suit is a reflection of our growing awareness that a host of important public and private interactions – perhaps the most important in defining the conditions and opportunities of life for most people – are conducted on a routine or bureaucratized basis and can no longer be visualized as bilateral transactions between private individuals. From another angle, the class action responds to the proliferation of more or less well-organized groups in our society and the tendency to perceive interests as group interests, at least in very important aspects". רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות**, פסי' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 9.12.2015).

¹⁵⁸ J. Maria Glover, *The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law*, 53 WM. & MARY L. REV. 1137, 1180 (2012); בהקשר זה יוזכר כי גם ביכולתם של רשויות ציבוריות וארגונים לבצע תפקיד זה לפי ס' 4(א) וס' 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות; רע"א 3456/13 **חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר** (פורסם בנבו, 29.08.2017).

¹⁵⁹ לסקירת המחלוקת ההיסטורית ראו: בוקשפן "על חברה וחברה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 234–250. ¹⁶⁰ Milton Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits*, N.Y. TIMES (Sep. 13, 1970).

¹⁶¹ Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 305 (1976); Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 777 (1972).

Business Roundtable משנת 1997. עם זאת, גישות אלה אינן משקפות עוד את השיח המשפטי והעסקי בעידן התאגידי הנוכחי, בו נכרכת שאלת תכליתם של התאגידים בשאלות גדולות הקשורות ללא פחות מעתיד הקפיטליזם, עתיד האנושות ואף עתיד כדור הארץ.¹⁶² אין זה מפתיע, על כן, שהשיח בתחום זה לא רק שאינו נח לרגע, אלא הוא אף מתגבר, נוכח תהליכים הנוגעים להתעצמותו והשפעתו של המגזר העסקי אשר קשה לחשוב כיום על הקיום האנושי ויכולת ההגשמה העצמית בלעדיו,¹⁶³ ובמיוחד לאורו של משבר הקורונה נוכח השפעותיו הסיסטמיות והדרמאטיות על כלל בעלי העניין הניזונים ומזינים את פעילותן העסקית של החברות.¹⁶⁴ כפי שסקרנו במאמר, ואף שבין תומכיה של הגישה המסורתית היו כאלה אשר כבר הכריזו על "קץ ההיסטוריה" בוויכוח על שאלת תכלית החברה,¹⁶⁵ כיום נראה כי הכרזה זו רחוקה מלשקף את המציאות העסקית והמשפטית הנוהגת.¹⁶⁶ התבוננות שיטתית על התפתחויות בעולם העסקים והמשפט בשנים האחרונות מעלה שכיום תופסת את מקומה של התפיסה המסורתית תפיסה עסקית-חברתית כוללת יותר, אשר אומנם אינה יוצאת כנגד המסגרת העסקית המאפיינת את פעילותה של החברה (להבדיל מצורות התאגדות אחרות), אך היא מעשירה את התמונה המצויה בתוך מסגרת זו: תפיסה זו צבועה בצבעים מגוונים יותר ושוזרת לתוך השיקולים העסקיים גם את ענייניהם של מחזיקי עניין נוספים, מלבד בעלי המניות, תוך שהיא מדגישה את הזיקה בין הפעילות העסקית של החברה להקשר החברתי הרחב יותר.

השינויים בעולם העסקים ועולם המשפט, אשר נסקרו במאמר זה, מתארים ומצדיקים לפיכך את אימוצה של גישה הוליסטית לתפיסה הקפיטליסטית והרחבתה של האחריות החברתית המוטלת על מוקדי כוח והשפעה מהמשמעותיים ביותר בעידן המודרני. גישה זו מתיישבת עם תפיסת החברה כ"פקעת של חוזים",¹⁶⁷ ויש בה כדי לחזק את החשיבות בשיתוף הפעולה ובתיאום בין החברה העסקית לבין החברה האנושית הסובבת אותה וקשורה אליה, לתועלתם של כולם.¹⁶⁸ תאוריות רבות תומכות בגישה זו, ביניהן תאוריית מחזיקי העניין (Stakeholder Theory)¹⁶⁹ ותאוריית

¹⁶² ראו ההקדמה ל – The British Academy, 2019, לעיל ה"ש 15.

¹⁶³ בוקשפן *המהפכה החברתית במשפט העסקי*, לעיל ה"ש 10; רונית דוניץ-קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות" *משפטים* מג 1127 (2013); שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי", לעיל ה"ש 25, בעמ' 239–240 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמרון צלינקר עורכים, 2007).

¹⁶⁴ בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים", לעיל ה"ש 5.

¹⁶⁵ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "The End of History", לעיל ה"ש 101; *Reflections on the End of History for Corporate Law, in THE CONVERGENCE OF CORPORATE GOVERNANCE: PROMISE AND PROSPECTS* (Abdul Rasheed & Toru Yoshikawa eds., 2012).

¹⁶⁶ לגישה שונה ראו: Bebachuk & Tallarita, לעיל ה"ש 5; בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים", לעיל ה"ש 5.

¹⁶⁷ לגישה המקשרת בין תפיסת החברה כ"פקעת של חוזים" לתפיסה עסקית, אינטגרטיבית ומקדמת אמון, ראו: Eli Bukspan, *The Notion of Trust as a Comprehensive Theory of Contract and Corporate Law: A New Approach to the Conception that the Corporation Is a Nexus of Contract*, 2 HASTINGS BUS. L.J. 229 (2006).

¹⁶⁸ דני"א 4465/98 *טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ*, פ"ד נו(1) 56, פס' 1 לפסק דינו של השופט טירקל (2001), אשר עוסק בסינתזה בין שיקולים כלכליים לשיקולים ערכיים, גם אם בהקשר אחר: "התחרות החופשית אינה יכולה להשיג את יעדיה העיקריים - פיתוח המשק הלאומי ורווחת הכלל והפרט - אלא אם כן מושתתים היחסים בין יחיד החברה – לרבות אלה המתחרים זה בזה – על בסיס מוצק של ערכים ולא על חולות נודדים".

¹⁶⁹ לפי תאוריה זו על התאגיד להביא בחשבון גורמים אשר מושפעים מהחלטותיו, מדיניותו ותפקודו: R. EDWARD, FREEMAN, STRATEGIC MANAGEMENT: A STAKEHOLDER APPROACH (1984); להרחבה ופיתוח של התאוריה ראו: Thomas Donaldson & Lee E. Preston, *The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts*, Max B. E. Clarkson, A ; *Evidence, and Implications*, 20(1) ACADEMY OF MANAGEMENT REVIEW 65 (1995); *Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance*, 20(1) ACADEMY OF MANAGEMENT REVIEW 92 (1995); Willian .M Evan & R. Edward Freeman, *A Stakeholder Theory of the Modern Corporation: Kantian Capitalism, in ETHICAL THEORY AND BUSINESS* 97, 101–105 (Tom L. Beauchamp ed., 1988).

"הרווח המשותף" (Shared Value).¹⁷⁰ תאוריות אלה מתכתבות היטב עם התמורות בעולם העסקי אשר נסקרו בחלקו הראשון של המאמר ואשר מצאו ביטוי מובהק, בין היתר, בהצהרה החדשה והמעודכנת של ארגון ה-Business Roundtable מאוגוסט 2019, בדו"ח שבחן את מטרותן של חברות בעידן הנוכחי שפורסם בנובמבר 2019 על ידי האקדמיה הבריטית, במניפסט של הפורום הכלכלי העולמי בדאבוס, שפורסם בדצמבר 2019 ואשר קרא למעבר ממודל של Shareholder Capitalism למודל של Stakeholder Capitalism. מסמכים אלו אינם מסתפקים רק בניסוח הגישה המרחיבה לתכליתה של החברה, אלא גם מתייחסים לזיקה בין תפקידה של החברה (company) לשגשוגה של החברה (society), המבוססת על ערכים ועקרונות של חופש וחירות.

באופן דומה, ובלתי מפתיע, מזהה גם עולם המשפט כי "בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עיקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידיים מבני אדם"¹⁷¹ ומשנה בהתאם את יחסו לשאלת תכליתה של החברה באמצעות הרחבתה של האחריות המשפטית המוטלת על החברה והפועלים מטעמה. מגמות משפטיות אלה נסקרו בחלקו השני של המאמר, אשר בחן את התמורות שמתחוללות בתוך דיני החברות עצמם, בדוקטרינות הבסיסיות ביותר שנועדו במקורן להגנת עניינם של בעלי המניות (עקרון האישיות המשפטית הנפרדת והעצמאית של החברה, עקרון האחריות המוגבלת וחובות נושאי המשרה ומבנה הממשל התאגידי), אך גם בדוקטרינות משפטיות חיצוניות לחוק החברות, ובעיקר בדיני תום הלב ותקנת הציבור החוזיים, בחיקוקים ספציפיים ובדיני התובענות הייצוגיות.

הגיעה, אם כך, השעה לסכם את המאמר ולבחון כיצד על לב ליבו של חוק החברות, החוק העיקרי אשר נועד להסדיר את פעולתו של המגזר העסקי, לשקף את כל המגמות האמורות במלאת לו עשרים שנים. הצעתנו בעניין זה היא פשוטה וקצרה בתכלית – כדי לשמר את אופיו הקודיפיקטיבי ומתווה הדרך של חוק החברות, די לגישתנו בשינוי של מילה אחת בלבד בנוסחו הנוכחי של החוק, כך שבמקום שייכתב בסעיף 11(א) שבו כי "תכלית החברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור..."¹⁷², ייכתב כי "תכלית החברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, ויש להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור..."¹⁷². אכן, למראית עין ניתן לטעון כי הצעה זו קשה ליישום מבחינה פרקטית, בהותירה פתוחה את שאלת האיזון בין בעלי העניין השונים הקשורים בפעילותה של החברה, אך כפי שמאמר זה הראה, אין בטענה זו ממש והיא רחוקה מלזעזע את אמות הסיפים. כך, לא רק מחמת העובדה שנוסח דומה מוכר במשפט המשווה,¹⁷² אלא בעיקר בשל העובדה שתיקונו של סעיף 11(א) אינו משנה במאום את המצב המשפטי והעסקי הנוהג ואת מגמותיו הברורות, אשר כבר היום דוחפות להרחבת נקודת המבט העסקית של החברה והפועלים מטעמה. מגמות אלה, אשר נסקרו

¹⁷⁰ תאוריה אשר יוצרת זיקה בין המטרות העסקיות לבין הערך החברתי בפעילות החברות באופן המאפשר להן לחסוך בהוצאותיהן, לפתח שווקים ומוצרים חדשים, להגדיל את יכולתן היצרנית ולהניע גל חדש של חדשנות ופיתוח עסקי, וכל זאת לצד שגשוג חברתי: Porter & Kramer, לעיל ה"ש 69. במאמרם מציגים פורטר וקרמר מושג מארגן לתחום האחריות התאגידית. לשיטתם, בעוד שבעבר התמקדו תאגידיים ביצירת רווח וערך כלכלי, תוך שהם רואים בנושא האחריות החברתית גורם משני לפעילות החברה, מוטב לחתור ליצירת ערך כלכלי לחברה אשר מגיע מפעילות המשלבת בתוכה ערך חברתי. במאמר נוסף שנכתב על ידי קרמר ופפצטר: Mark R. Kramer & Marc W. Pfitzer, *The Ecosystem of Shared Value*, 94(10) HARV.BUS.REV. 80–89 (2016); מוצגות דוגמאות של יישום תאוריית "הערך המשותף", לרבות אזכור פרקטיקות עסקיות בהן נעשה שיתוף פעולה בין חברות פרטיות לבין ארגוני מגזר שלישי וממשלות, על מנת ליצור ערך חברתי משותף, לצד רווח פיננסי.

¹⁷¹ ענין מודיעים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 384.
¹⁷² סי' 172 לחוק החברות האנגלי, לעיל ה"ש 66.

בפרק השלישי, משקפות את התפיסה ה"דואלית" כלפי החברה והפועלים מטעמה, ולפיה מתבצע כבר כיום בעולם המשפט שקלול ואיזון קזואיסטי בין עניינם של בעלי המניות לענייניהם של שאר בעלי העניין הקשורים בפעילות החברה,¹⁷³ בהתאם לאינטראקציה העסקית בה מדובר ובהתאם לטיב הסיכונים הספציפיים לכל חברה ולבעלי העניין שלה.¹⁷⁴

הנה כי כן, ההצעה לתיקון סעיף 11(א) לחוק החברות מתזירה באופן חגיגי לחוק החברות את פועלו המשפטי הקודיפיקטיבי, תוך שהיא מותירה על כנו את כוכב הצפון של החברה – "לפעול על פי שיקולים עסקיים" – ובה בעת מפיצה כמגדלור את ההנחיה המופנה לחברות ולפועלים מטעמן לשקול את ענייניהם של כלל בעלי העניין המושפעים מענייניה של החברה במסגרת השיקולים העסקיים. באופן זה, המסגרת לפעילותה של החברה נותרת זהה, והתמונה שבתוכה מקבלת עומק וגוונים נוספים והיא מוצבת מחדש בתוך מסגרת רחבה יותר, החובקת את טובתה של חברה משגשגת כלכלית ואת טובתה של חברה שוחרת כבוד ומשמעות באותה נשימה, מסגרת שגם המגזר העסקי עצמו מאמץ כיום אל חיקו בכל פה.

¹⁷³ לגישה המגשרת בין בעלי העניין השונים ראו מאמרן של Blair & Stout, לעיל ה"ש 115.
¹⁷⁴ לדיון במתכונת איזונים אפשרית השוו: ידידיה צ' שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב 327, 342–258 (2002).