

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

רונית דוניץ-קידר ועופר סיטבון*

בשני העשורים שחלפו מאז חקיקתו, סעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט–1999, העוסק בתכלית החברה, לא הטביע את חותמו על דיני החברות בישראל. למרות שלשון החוק עצמה פרוגרסיבית יחסית, ועשויה הייתה להוות כר נרחב למחשבה משפטית מחודשת על תכלית התאגיד המודרני, בתי המשפט, כמו גם תובעים פוטנציאליים, כמעט שלא עשו בו שימוש. לטענת המאמר, בזמן שחלף מאז חקיקת הסעיף, נוצרה מציאות תאגידית, פוליטית, חברתית ומשפטית המחייבת מחשבה מחודשת על הסעיף, על נוסחו, ועל השימוש האקטיבי שיש לעשות בו – הן בידי בתי המשפט, והן בידי נפגעים מהתנהגות בלתי אחראית של תאגידים. מציאות חדשה זו כוללת, בין השאר, את שינוי משוואת הכוחות בין התאגיד לבין המדינה ואת שינוי הציפיות החברתיות מתאגידים. נדרשת אפוא תפישה מחודשת באשר למקומם של תאגידים בחברה, המעבירה את מרכז הכובד מהשיח הקלאסי, הבוחן את שאלת תכלית התאגיד במסגרת תפישתו כגוף פרטי הפועל במרחב הכלכלי, אל עבר נקודת מוצא הפוכה, הרואה בשאלת תכלית התאגיד שאלה משנית לשאלת אחריותו של התאגיד וחובותיו. אימוץ תפישה כזו יחולל את השינוי הנחוץ באקלים המשפטי, שיאפשר בתורו לראות בחוק החברות מקור לזכויות של קהלים שהתנהגותם הבלתי אחראית של התאגידים פוגעת בהם.

א. מבוא. ב. השינויים שהתחוללו בעולם הכלכלי והתאגידי מאז חקיקת חוק החברות. ג. פרשנות סעיף 11: המצב הקיים; 1. הוויכוח האקדמי ביחס לסעיף 11; 2. סעיף 11 בראי הפסיקה. ד. מתכלית לאחריות; 1. אחריות כעיקרון משפטי; 2. הפרשנות הראויה של סעיף 11: פרשנות לאור עקרון האחריות. ה. סיכום.

* ד"ר רונית דוניץ-קידר היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים במרכז האקדמי למשפט ועסקים. מייסדת שותפה של המכון לאחריות תאגידית. ד"ר עופר סיטבון הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית צפת וראש הקליניקה לתאגידים וחברה, במרכז האקדמי למשפט ועסקים; מייסד שותף של המכון לאחריות תאגידית.

א. מבוא

סעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט–1999, העוסק בתכלית החברה, העלה לסדר היום של המשפט הישראלי את אחת השאלות המרכזיות המלוות את התאוריה של דיני התאגידים, כמו גם את התפתחותם ההיסטורית: מהי תכליתה של החברה העסקית ומהו היחס בין תכליותיה הכלכליות לבין אלה החברתיות. זולת פולמוס המלומדים שהתפתח סביב נוסח הסעיף, שאף הוא שכך בחלוף הזמן, כיום כבר ברור כי בשני העשורים שחלפו מאז חקיקתו, סעיף "תכלית החברה" לא הטביע את חותמו על דיני החברות בישראל. למרות שלשון החוק עצמה פרוגרסיבית יחסית ועשויה הייתה להוות כר נרחב למחשבה משפטית מחודשת על תכלית התאגיד בעידן המודרני, בתי המשפט, כמו גם תובעים פוטנציאליים, כמעט שלא עשו בסעיף זה שימוש. המאמר יטען כי במהלך עשרים השנים שחלפו מאז חקיקת הסעיף, נוצרה מציאות תאגידית, פוליטית, חברתית ומשפטית המחייבת מחשבה מחודשת על הסעיף, על נוסחו ועל השימוש האקטיבי שיש לעשות בו – הן בידי בתי המשפט והן בידי נפגעים מהתנהגות בלתי אחראית של תאגידים. טענתנו המרכזית היא כי תפיסה מחודשת באשר למקומם של תאגידים בחברה, המעבירה את מרכז הכובד מתכלית התאגיד אל אחריותו, אשר מפרשת את לשון הסעיף באופן רחב ואקטיבי, תאפשר את השינוי הנחוץ באקלים המשפטי, שיאפשר בתורו לראות בחוק החברות מקור לזכויות של קהלים שהתנהגותם הבלתי אחראית של התאגידים פוגעת בהם.

חלקו הראשון של המאמר יעסוק בשינויים שהתחוללו בעולם התאגידי ובמציאות החברתית מאז חקיקת החוק. בין שינויים אלה ניתן למנות, ראשית, את העוצמה התאגידית הגוברת – כלכלית, משפטית ופוליטית – המשנה את משוואת הכוחות בין התאגיד לבין המדינה. תשומת לב מיוחדת תינתן לתאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים והרשתות החברתיות; שנית, את ההפרטה הגוברת, שאף היא משנה את יחסי הכוח בין התאגידים לבין המדינות; שלישית, את השינוי הגובר בציפיות החברתיות מתאגידים ואת הופעתו של שדה נרחב של אחריות תאגידית, המטילים צל על התפיסה הדומיננטית הרואה בהשאת רווחי בעלי המניות את התכלית הבלעדית של התאגיד; ורביעית, שורת משברים עולמיים בתחומים שונים, שטלטלו את מציאות חייהם של רבים ויצרו תחושת דחיפות באשר לשינויים המבניים הנדרשים כדי להתמודד עימם. המרכזיים שבין המשברים הללו הם המשבר הכלכלי של 2008 והמחאות החברתיות שבאו בעקבותיו; משבר האקלים החמור שהעולם עומד בפניו, משבר שלתאגידים הגדולים יש חלק ניכר ביצירתו, כמו גם בעיכוב אימוץ פתרון בסדר הגודל הנדרש להתמודד עימו; ומגפת הקורונה שפרצה בשנת 2020 והמשברים החברתיים, הכלכליים והפוליטיים העמוקים שהיא מחוללת.

שינויים דרמטיים אלה, כך יטען המאמר, מחייבים מחשבה מחודשת על האופן שבו יש להבין את יחסי הגומלין שבין התאגיד העסקי לבין החברה בכללותה, ומתוך כך גם את האופן שבו יש לפעול כיום בהקשר של דיני החברות עצמם.

חלקו השני של המאמר יסקור את המצב המשפטי בישראל במהלך שני העשורים שחלפו מאז חקיקת חוק החברות, תוך התמקדות בסעיף 11 לחוק. חלק זה של המאמר יראה כי למרות קיומם של ניצנים בפסיקה למחשבה רחבה יותר על תכלית התאגיד, החורגים מהתפיסה

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

הרווחת הרואה בתאגיד גוף שנועד אך ורק להשיא את רווחי בעלי המניות, בתי המשפט עשו בסעיף זה שימוש מינורי בלבד, שלא הביא עימו שינוי תפיסתי ממשי. חלק זה של המאמר יראה כי גם קהלים שנפגעו מהתנהגות תאגידית ממוקדת-רווח כלכלי, אך פוגענית מבחינות אחרות, לא הצליחו לזהות את הפוטנציאל הגלום בסעיף 11 לחוק. התוצאה היא, כי הסעיף לא חולל שינוי כלשהו בדיני החברות בישראל – תפיסתי או משפטי.

על הרקע הזה ישרטט החלק השלישי למאמר קווים ראשוניים לדמותו של שינוי רעיוני ותאורטי בדיני החברות בישראל. עיקרו הוא מעבר מהשיח הקלסי, הבוחן את שאלת תכלית התאגיד במסגרת תפיסתו כגוף פרטי הפועל במרחב הכלכלי, אל עבר נקודת מוצא הפוכה, הרואה בשאלת תכלית התאגיד שאלה משנית לשאלת אחריותו של התאגיד וחובותיו. כך, המאמר יציע כי כפי שנדונה בשנים האחרונות שאלת ההיקף הראוי של זכויותיהם החוקתיות של תאגידים, יש לבחון, וביתר שאת, את היקף חובותיהם, הנובעות, בין השאר, מן הזכויות החוקתיות של האזרחים במדינה, זכויות שתפיסה צרה מדי של התאגיד מכרסמת בהן; וכי במקום לבחון את שאלת חובתם של תאגידים לכבד זכויות אדם, כמקובל בשיח העכשווי, יש לראות בהם בעלי אחריות שממנה נובעת חובה להגן על זכויות אלה באופן פעיל, ואף לקדמן. תפיסה המתמקדת בחובותיהם ובאחריותם של תאגידים, יטען המאמר, מוליכה גם לחובה לשמור ולטפח זכויות רחבות יותר של מחזיקי העניין שלהם (כמו הזכות לפרטיות, או הזכות להשתתפות בהליך הדמוקרטי), שאינן מוגבלות ל"זכויות אדם" בלבד. בנוסף, ועל רקע הצעות שונות בעולם, המאמר יבחן את האפשרות לקדם את שיח האחריות והחובות כחלק מדיני התאגידים עצמם, ולא כתחום נספח להם, שמעמדו תלוי ברצונם הטוב של קברניטי התאגיד.

ב. השינויים שהתחוללו בעולם הכלכלי והתאגידי מאז חקיקת חוק החברות

בשנת 1995, כאשר הצעת חוק החברות הונחה על שולחן הכנסת,¹ חברת גוגל טרם הוקמה. כאשר חוק החברות התקבל, בשנת 1999, מייסד פייסבוק מארק צוקרברג היה תלמיד תיכון בן 15, והפיתוח של מכשיר האיפון הראשון טרם החל. העולם שבו אנו חיים כיום, שבו שווייץ הכולל של ארבע חברות הטכנולוגיה הגדולות נושק לשלושה טריליון דולר,² הוא עולם שונה בתכלית מזה שהוגי חוק החברות העלו בדמיונם.³ בפרק זה נצביע על כמה שינויים חברתיים וכלכליים דרמטיים שהתחוללו בעולם הכלכלי והתאגידי מאז חקיקת חוק החברות, אשר

1 הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432.

2 על שווייץ של גוגל, אפל, פייסבוק ואמזון ראו 3, <https://bit.ly/3mBV2IP> (last visited Jun. 3, 2020).

3 חוק החברות, התשנ"ט-1999 הונח על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ביום 28.11.1995. החוק נועד להחליף את פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, פקודה מנדטורית שנחקקה ב-1929 ונוסחה מחדש ב-1983. ראו "מאגר החקיקה הלאומי" main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=LawReshumot&lawitemid=165159; חוק החברות נכנס לתוקף ביום 27.5.1999. ראו fs.knesset.gov.il/14/law/14_Isr_300163.pdf.

משליכים, לדעתנו, על האופן שבו יש להתייחס לדיני התאגידים בפרט, ולמשפט הפרטי בכלל. שינויים אלה יצרו מציאות חדשה, שיש להתאים אליה את המשפט, לפרש בהתאם לה את החוק ולצקת בו תוכן מחודש, העשוי ליתן מענה, ולו חלקי, לצרכים דחופים שנוצרו בעקבות שינויים אלה.

השינוי הכלכלי-חברתי המרכזי שהתחולל ברבע המאה שחלף מאז הונחה הצעת חוק החברות על שולחן הכנסת הוא שינוי משוואת הכוחות בין תאגידי הענק לבין המדינות. תהליך הגלובליזציה, שהיה רק בראשיתו בזמן הליכי חקיקת חוק החברות, ובעיקר הסרת החסמים בפני נידותו של ההון, היה בעל השפעה מכרעת על שני תהליכים שהתחוללו במקביל: מחד גיסא, חיזוק משמעותי של העוצמה התאגידית (Corporate Power) על היבטיה המשפטיים, הכלכליים והפוליטיים;⁴ ומאידך גיסא, צמצום ניכר של מרחב התמרון הנתון לממשלות בעיצוב מדיניותן הכלכלית-חברתית על פניה השונים – פיסקלית, מוניטרית ומדיניות רווחה.⁵ תהליך הגלובליזציה משפיע על מערך יחסי הכוחות בין המדינות לבין התאגידים ב כמה אופנים: ראשית, הניידות הגלובלית יוצרת "מרוץ לתחתית", המתבטא בהקלות מס ובהסכמי סחר, כתוצאה מרצונן של ממשלות למשוך אליהן השקעות של תאגידים זרים. מרוץ זה מוביל, בין השאר, לפגיעה ברמתם ובהיקפם של השירותים הציבוריים כתוצאה מצמצום ההכנסות ממיסים. שנית, ובמקביל, מאפשרת ניידותם של תאגידי הענק שימוש גובר במקלטי מס ובסודיות פיננסית, המוביל גם הוא לשחיקה בבסיס המס של מדינות.⁶ מעבר לפגיעה ביכולתן של האחרונות לממש את יעדיהן בהיעדר תשלום מס מלא של המרוויחים הגדולים ביותר, עצם ההתחמקות ממס מוליקה, כשלעצמה, להמשך התעצמותם הכלכלית של התאגידים ומחריפה בתורה את פערי הכוחות בינם לבין המדינות. לבסוף, הגידול במספר הסכמי הסחר שהפיקוח הפרלמנטרי עליהם רופף, ואילו השפעתם של התאגידים הגדולים על עיצובם רבה, יוצר רובר רגולטיבי בעל שקיפות מועטה, המשרת תדיר את האינטרסים של ההון התאגידי, ולא דווקא את אלה של כלל הציבור.⁷

4 לדיון בהתעצמות התאגידית ראו למשל רונית דוניץ-קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפישה חדשה של אחריות" משפטים מג 1127 (2013). כן ראו NOREENA HERTZ, THE SILENT TAKEOVER: GLOBAL CAPITALISM AND THE DEATH OF DEMOCRACY (2002); GEORGE MONBIOT, CAPTIVE STATE: THE CORPORATE TAKEOVER OF BRITAIN (2000); Sharon Beder, *The Corporate Assault on Democracy*, 4 INTERNATIONAL JOURNAL OF INCLUSIVE DEMOCRACY 1 (2008), <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=artspapers>; DAVID ROTHKOPF, POWER INC.: THE EPIC RIVALRY BETWEEN BIG BUSINESS AND GOVERNMENT – AND THE RECKONING THAT LIES AHEAD (2012).

5 לדיון קלסי בנושא ראו ג'וזף שטיגליץ אי נחת בגלובליזציה (רחל אהרוני מתרגמת, 2005).

6 להרחבה בנושא ההתחמקות ממס ראו "משחקי המס: על תכנוני מס, התחמקות ממס ומה שביניהם" [www.csri.org.il/wp-content/uploads/file/inner_hebrew_34_1%20\(1\).pdf](http://www.csri.org.il/wp-content/uploads/file/inner_hebrew_34_1%20(1).pdf).

7 דוגמה לכך היא כי רבים מהסכמי הסחר האלה מחייבים ממשלות להתדיין, בלא זכות ערעור, לפני טריבונלים פרטיים בין-לאומיים (מנגנוני "יישוב סכסוכי משקיע-מדינה"), שרשאים לפסוק לתאגידים פיצויי ענק בגין פגיעה ברווחים הנגרמת כתוצאה מרגולציה. ראו למשל ערן הילדסהיים "ברוכים הבאים לשלטון התאגידים" קרן התחקירים (22.11.2016) [keren.press/ \(22.11.2016\)](http://keren.press/2016/11/22/tisa-1-full).

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

ביטוי נוסף לאופן שבו משפיעה הגלובליזציה על הנסיגה בכוחן של מדינות הוא ההתעצמות שהיא מאפשרת במידת השפעתם של גופים בין-לאומיים דוגמת קרן המטבע הבין-לאומית והבנק העולמי על מדיניותן הכלכלית של מדינות רבות. שאיפתם הגוברת של מוסדות אלה להכתיב מדיניות נאו-ליברלית, בעיקר בעקבות התמוטטות המשטרים הקומוניסטיים, דוחפת להסרתם של חסמי סחר באופן שמצמצם אף הוא את כוחן של מדינות, תוך שהוא מגדיל את השפעתם של תאגידים.⁸

היבט נוסף של היחלשות המדינה נובע מההפרטה המסיבית של השירותים הציבוריים, בחסות עליית התפיסה הנאו-ליברלית, המהווה את הרעיון הכלכלי-חברתי השולט בחברה ובכלכלה מזה כמה עשורים.⁹ "הממשלה אינה הפתרון לבעיה שלנו; הממשלה היא הבעיה",¹⁰ קבע הנשיא רונלד רייגן, ומכך נגזר אימוץ מדיניות של ליברליזציה כלכלית שתתבסס על "ממשלה קטנה", על חיזוק כוחו של המגזר העסקי והשבה לידי של כוחות ושירותים שהממשלות נטלו לעצמן. זאת, מתוך אמונה שהדבר יזיל וייעל שירותים אלה, ובמקביל יסייע למדינה להתמודד במסגרת התחרות בכלכלה הגלובלית. הסגת המדינה מהזירה הכלכלית, וכתוצאה מכך חיזוק כוחם של התאגידים ושל המגזר העסקי, התחוללו במגוון אופנים: ריסון תקציבי מתמשך והפחתת המימון של שירותים ציבוריים (כגון חינוך, בריאות, אך גם מים, למשל); הפחתת מיסים; דה-רגולציה; צמצום החלוקה מחדש (למשל, באמצעות הפחתת שיעורי הקצבאות); הגדלת ה"גמישות הניהולית" והוזלת עלות העבודה באמצעות צמצום ההגנות שהמדינה מעניקה למעמד העובדים מפני כוחות השוק; וכן החלשת הכוח, גם הפוליטי, של איגודי העובדים.¹¹ ביטוי מרכזי של מדיניות זו הוא מהפכת ההפרטה,¹² לרבות

8 שטיגליץ, לעיל ה"ש 5. עוד יוער, כי גם גופים פרטיים כדוגמת סוכנויות דירוג אשראי הפכו לשחקנים מרכזיים שממשלות נדרשות להביאם בחשבון. זכורה עדיין החלטת שר האוצר אברהם הירשזון, בשנת 2006, שלא להכריז על מלחמת לבנון השנייה כ"מלחמה" כדי שלא לפגוע בדירוג האשראי של ישראל.

9 להרחבה ראו דיוויד הארווי קיצור תולדות הניאו-ליברליזם (גיא הרלינג מתרגם, 2015); מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7 (2013). מנגד, לביקורת על השימוש במונח "ניאו ליברליזם" ראו Taylor C. Boas & Jordan Gans-Morse, *Neoliberalism: from New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan*, 44 STUD. COMP. INT'L DEV. 137 (2009).

10 THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, <https://www.presidency.ucsb.edu/people/president/theodore-roosevelt>.

11 על הליכי ההפרטה בישראל ראו למשל אמיר פדפוקס "מדיניות של הפרטה לריבוד שוק התעסוקה" מדינה מפקירה – מדינה משגיחה: מדיניות חברתית בישראל 1985–2008 (חנה כץ וארז צפדיה עורכים, 2010); נגה דגן-בוזגלו היבטים של הפרטה במערכת החינוך (מרכז אדוה, 2010), adva.org/wp-content/uploads/2014/09/hafraaedu.pdf; דוד לוי-פאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי 439, 442–445 (יצחק גלנור, אמיר פדפוקס ונעמיקה ציון עורכים, 2015) (להלן: "מדיניות ההפרטה בישראל"); תמר ברקאי "על אחריות תאגידית ועבודה מאורגנת: בעקבות פרשת פלאפון" שוק, משפט ופוליטיקה: על אחריות חברתית של תאגידים 151 (עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר עורכים, 2017) (הספר להלן: שוק, משפט ופוליטיקה).

12 לתיאור המודלים השונים של ההפרטה ראו דפנה ברק-ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 467–478 (2008). לדיון בתהליכי ההפרטה

של פעילויות שנחשבו ציבוריות במובהק כמו כליאה, שיטור ואף אספקטים מסוימים של פעילות הצבא.¹³ במובן עמוק, ניתן לומר שהרציונל – והיעד – המרכזי של מהפכה זו הוא בהחלת הגיון השוק על מכלול הפעילות המשקית, לרבות זו הנתונה בידיים ציבוריות. מובן שבעולם כזה, תאגידים עסקיים, בהיותם הגופים המרכזיים שבאמצעותם תהליכי ההפרטה מקודמים, נהנים מתפקיד חברתי וכלכלי מרכזי. השלכותיו על האינטרס הציבורי, עם זאת, אינן מעודדות. קרן המטבע הבין-לאומית, שקידמה במשך שנים את תהליכי הגלובליזציה, פרסמה בשנת 2017 סיכום מקיף של מחקרים עדכניים שמסקנתו הייתה שצעדים כדוגמת נידוד ההון והעבודה ועידוד "הממשלה הקטנה" אחראים לגידול הניכר באי-השוויון.¹⁴ המחקרים הראו גם שמעורבות חזקה של הממשלות בהספקת שירותים מצמצמת את אי-השוויון ומקדמת את הצמיחה הכלכלית.

פן חשוב של ההתעצמות התאגידית הוא הופעתם והתבססותם של תאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים כשחקנים מרכזיים בעולם הגלובלי. בעידן ה"ביג דאטה", המתאפיין בניטור חסר תקדים בהיקפו של מכלול הפעילות האנושית, הופך המרחב האינטרנטי לאחד האתרים שבהם בא לידי ביטוי באופן הבולט ביותר שינוי יחסי הכוחות בין ממשלות לתאגידים. ראשית, תאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים מתווכים לציבור את התוכן המצוי במרחב האינטרנטי ואשר משקף – באופן מדויק או שגוי – גם את העולם שמחוצה לו. באמצעות מנועי חיפוש, רשתות חברתיות, סחר אלקטרוני ועוד, תאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים שולטים באמצעות האלגוריתמים שלהם על אופן הצגתו של המידע הזה, השימוש בו, וחשיפתו – באופן חלקי ומגמתי – בפני מיליארדים של משתמשים ברחבי העולם. שליטתן המוחלטת כמעט של החברות הללו על התוכן המוצג למשתמשים, כמו גם על תנאי השימוש שהן קובעות בעצמן ואשר מאפשרים להן להסיר תכנים ולחסום משתמשים, מעניקה להן, הלכה למעשה, שליטה על הידע החדשותי, על ההיררכיה שלו, על תעבורת המידע, מיקודו, ובסופו של דבר על עיצוב דעת הקהל ועל צרכיו, האמיתיים או המדומיינים. לכוח זה, המרוכז בידי מספר מצומצם של תאגידים, השפעה אדירה על מימוש זכויות אדם שונות כדוגמת חופש הביטוי, הזכות למידע

בישראל ראו רונן מנדלקרן "אחרית דבר: קיצור תולדות הניאו-ליברליזם בישראל" קיצור תולדות הניאו-ליברליזם (גיא הרלינג מתרגם, 2015); דני גוטוויין "תמורות במדיניות הכלכלית של הימין הישראלי 1977–2003: מהפרטה מלאימה להפרטה אוליגרכית" עבודה, חברה ומשפט י 221 (2004); מכון ון-ליר מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי (2015).

13 לעניין הפרטת בתי הסוהר ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009), שבו נפסק כי מהלך ההפרטה אינו חוקתי. עם זאת, בתי סוהר מופרטים נפוצים במדינות מערביות רבות ובפרט בארה"ב. ראו למשל LAUREN BROOKE EISEN, INSIDE PRIVATE PRISONS: AN AMERICAN DILEMMA IN THE AGE OF MASS INCARCERATION (2019).

14 זאת, בניגוד לאמונה כי זהו תוצר "טבעי" של ההתפתחות הטכנולוגית. ראו Prakash Loungani & Jonathan D. Ostry, *The IMF's Work on Inequality: Bridging Research and Reality*, IMFBLOG (Feb. 22, 2017), <https://blog-imfdirect.imf.org/2017/02/22/the-imfs-work-on-inequality-bridging-research-and-reality/>. המחקרים הראו גם שמעורבות חזקה של הממשלות באספקת שירותים מצמצמת את אי-השוויון ומקדמת את הצמיחה הכלכלית.

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

וחופש העיסוק.¹⁵ אכן, פייסבוק יצרה תשתית לספרה ציבורית חסרת תקדים: מעין "כיכר עיר" וירטואלית שבה כל אזרח יכול להשמיע את קולו. ואולם, חתירתו המתמדת של התאגיד למקסום רווחים מובילה אותו לבחור אסטרטגיות עסקיות האוספות על הגולשים את המידע הפרטי ביותר שלהם, ולעשות בו שימוש מניפולטיבי, אשר בכוחו לפורר את המרקם הדמוקרטי (למשל, בהדהוד "פייק ניוז" בעיקר בזמן מערכות בחירות). בעידן ה"ביג דאטה", הופך המודל העסקי של חברות אלה לכוח של ממש:¹⁶ די להזכיר בהקשר זה את השערוריות שבהן הייתה מעורבת חברת פייסבוק ושנחשפות בשנים האחרונות חדשות לבקרים,¹⁷ ובראשן פרשת "קיימברידג' אנליטיקה" שבה נחשף השימוש לרעה שעשתה החברה (שעבדה עבור הקמפיין של דונאלד טראמפ) במידע שפייסבוק אספה על משתמשיה, בלא ידיעתם או הסכמתם.¹⁸ במובנים אלה, כוחן של הפלטפורמות האינטרנטיות אף עולה על זה של ממשלות ומבליט את פוטנציאל הסכנה שהן מציבות בפני ההגנה על זכויות אדם, וזאת בשונה מהפרדיגמה הקלסית הרואה במדינה את האיום הגדול על פגיעה בהן.¹⁹ על הרקע הזה, קל – וצודק – יותר אפוא להתייחס אל חברות האינטרנט כאל גוף משפטי בעל מאפיינים ציבוריים, מאשר כאל גוף פרטי קונבנציונלי, כפי שחוקי החברות נוהגים לעשות.²⁰ אין זה מפתיע אפוא שאנו עדים לתחילתם של ניסיונות לרגולציה נוקשה יותר כלפי הפלטפורמות הדיגיטליות,²¹ הן בתחומי הפרטיות והן

- 15 על כוחם של תאגידי הפלטפורמה בעיצוב הזיכרון באמצעות מדיניות הורשה של פרופילים ברשתות החברתיות ראו Shelly Kreiczer-Levy & Ronit Donyets-Kedar, *Better Left Forgotten: An Argument Against Treating Some Social Media and Digital Assets as Inheritance in an Era of Platform Power*, 84 BROOK. L. REV. 703 (2019)
- 16 המודל העסקי של חברות אלה, ובראשן גוגל ופייסבוק, מבוסס על איסוף כמויות אדירות של מידע על פעילויותיהם ונטיותיהם של המשתמשים בהן, ועל מכירתו לכל מי שמוכן לשלם עבורו – ממפרסמים ועד לפוליטיקאים. לדיון מקיף ראו SHOSHANA ZUBOFF, *THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER* (2019).
- 17 Evan Greer, *Mark Zuckerberg Has to Go. Here are 25 Reasons Why*, THE GUARDIAN (May 8, 2019), <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/may/08/mark-zuckerberg-has-to-go>
- 18 לתיאור נרחב של פרשת "קיימברידג' אנליטיקה" מפי אחד ממייסדיה שהפך ל"מתריע בשער" ראו CHRISTOPHER WYLIE, *MINDF*CK: CAMBRIDGE ANALYTICA AND THE PLOT TO BREAK AMERICA* (2019).
- 19 ראו עמדת "ידיד בית משפט" שהגישה במאי 2019 התנועה לחופש המידע באמצעות הקליניקה לזכויות דיגיטליות באוניברסיטה העברית בע"א 815/18 *Facebook Ireland Limited נ' לן* (פורסם בנבו, 3.11.2019).
- 20 Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Corporate Power*, BOSTON REVIEW (May 5, 2015), <http://bostonreview.net/forum/k-sabeel-rahman-curbing-new-corporate-power>
- 21 ראו למשל את תקנות הגנת הפרטיות האירופיות (GDPR), אשר החלו להיאכף מיום 25.5.2018 – https://en.wikipedia.org/wiki/General_Data_Protection_Regulation

בתחומי ההגבלים העסקיים.²² ואולם, כפי שנטען בהמשך המאמר, לא די בשינויים נקודתיים אלה. על מנת לאפשר שינוי משמעותי יותר ביחסי הכוחות בין המדינות לתאגידים, ועל מנת להבטיח, ככל שניתן, כי תאגידי הענק לא יוסיפו לעשות שימוש לרעה בכוחם, יש ליצור שינוי תפיסתי-עקרוני באשר לאופן שבו מוסדרת פעולתם של התאגידים.

עד כה סקרנו את השינוי ביחסי הכוח שבין המדינות לבין התאגידים הגדולים, בעיקר כפועל יוצא של תהליך הגלובליזציה ותהליכי ההפרטה, תוך התמקדות בתאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים לשם המחשתו של הכוח התאגידי. היבט נוסף של השינויים המתרחשים בעולם ואשר מחייבים מבט חדש על דיני החברות הוא השינוי בציפיות החברתיות מן התאגידים הגדולים. מאז סוף שנות ה-90, ובעיקר על רקע חשיפתן של פרקטיקות פעולה פוגעניות של תאגידים רב-לאומיים גדולים, אנו עדים לגלגול חדש של הדיון בשאלת האחריות החברתית של התאגיד העסקי. יותר ויותר נשמעים קולות, בעיקר בקרב ארגוני החברה האזרחית, הקוראים להטיל על תאגידים את החובה לשקול במסגרת פעילותם שיקולים שהם מעבר להשאת רווחים לבעלי המניות. גם המשבר העמוק שבתוכו מצויים המוסדות הדמוקרטיים במערב תורם להפניית המבט, והזעם, אל השוק, ובראשו אל התאגידים. כפי שכתב רונון שמיר, "ככל שהמרחב הציבורי מופרט והולך, כך גובר העניין הציבורי במרחב הפרטי".²³ כחלק מהעניין הגובר במרחב הפרטי, הולכות ונחשפות לציבור הרחב הפרקטיקות התאגידיות הפוגעניות, הנוגעות לתנאי הייצור, לתנאי העסקה, לפגיעה באקלים ולהפרת זכויות אדם. האמון הציבורי ממנו נהנים ארגוני החברה האזרחית, החושפים פעילות תאגידית כזו ומפעילים לחץ נורמטיבי – כלכלי ומשפטי – להפסקתה (חרם כלכלי,²⁴ תביעה למשיכת השקעות, קמפיינים לסחר הוגן, תביעות ייצוגיות, ליטיגציה טרנס-לאומית ועוד), כמו גם רמת הניטור הגבוהה וחסרת התקדים שמאפשרת רשת האינטרנט, מקילים עליהם לתבוע מהתאגידים לעמוד בסטנדרטים מוסריים, מעבר לשורת הרווח.²⁵

בתגובה, יותר ויותר תאגידים – בעיקר כאלה המצויים בעין הציבורית – מאמצים באופן וולונטרי מחויבויות חברתיות, שבתורן מגדילות את הציפיות החברתיות מהם ומשפיעות על היקפי המכירות, על גיוס עובדים ואף על גיוסי הון. גם השיח הניהולי האקדמי שם יותר ויותר דגש, בעיקר באירופה,²⁶ על שאלות של אתיקה עסקית, אחריות תאגידית, קיימות ויחסי

22 ראו למשל את הסקירה ממאי 2019 של מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה "סוגיות של תחרות בכלכלה הדיגיטלית" www.colman.ac.il/sites/default/files/calcala_20.5.pdf.

23 רונון שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי: על עיצוב מושג האחריות החברתית של תאגידים" דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל 237, 239 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמרון צלניקר עורכים, 2007).

24 להרחבה ראו עופר סיטבון "מעבר לאנטישמיות: החרם הכלכלי על ישראל וההתנחלויות, הצרכן האתי והאחריות התאגידית" תרבות דמוקרטית (עתיד להתפרסם, 2020).

25 לדיון קלאסי בנושא ראו MARGARET E. KECK & KATHRYN SIKKINK, ACTIVISTS BEYOND BORDERS: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS (1998). ראו גם Tim Bartley & Curtis Child, *Shaming the Corporation: The Social Production of Targets and the Anti-Sweatshop Movement*, 79 AM. SOC. REV. 653 (2014).

26 ANDREW CRANE & DIRK MATTEN, BUSINESS ETHICS: A EUROPEAN PERSPECTIVE: MANAGING CORPORATE CITIZENSHIP AND SUSTAINABILITY IN THE AGE OF GLOBALIZATION (2004).

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

עסקים-קהילה באופן המבטא מעבר הדרגתי משיח תאגידי חוזי המדגיש רק את טובת בעלי המניות, לשיח המתמקד באינטרסים של כלל מחזיקי העניין של התאגיד.²⁷ על רקע מכלול ההתפתחויות האלה, ניתן לומר שהשאלה כיום אינה נסובה על עצם קיומה של אחריות תאגידית, כי אם על היקפה הראוי.

ביטוי נוסף לשינוי הגובר בציפיות החברתיות מהתאגידים העסקיים ניתן למצוא בעיסוק הבין-לאומי האינטנסיבי בתחום ה"עסקים וזכויות אדם" (Business and Human Rights)²⁸ שמבקש להרחיב את אופיו ממוקד-המדינה של משפט זכויות האדם הבין-לאומי ולהחילו גם על פעילותם של תאגידים רב-לאומיים הפוגעים בזכויות אדם.²⁹ כך, בשנת 2011 אימצה מועצת זכויות האדם של האו"ם "עקרונות מנחים על עסקים וזכויות אדם" המגדירים את חלוקת האחריות בין מדינות לתאגידים באופן שמטיל על תאגידים חובה לכבד (Respect) את זכויות האדם.³⁰ אף שאין זה מסמך משפטי מחייב, הוא נהנה כיום מהסכמה בין-לאומית רחבה, לרבות מצד תאגידים מובילים.³¹ ביולי 2019 אף התפרסמה מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם טיוטה של אמנה מחייבת להסדרת המחויבות של תאגידים עסקיים בנושאי זכויות אדם שניסחה קבוצת עבודה בין-ממשלתית.³² עם זאת, עוד ארוכה הדרך עד לאשרורה ולכניסתה לתוקף.

בנוסף לשינוי ביחסי הכוחות בין המדינות לתאגידים, הגלובליזציה וההפרטה, ומעבר לציפיות הגוברות מתאגידים בשל כוחם ההולך ורב, גם שורה של משברים עולמיים מחייבת

27 במאמר שעורר תהודה רבה טענו פורטר וקרמר כי לאור המשבר שבו שרוי הקפיטליזם בעקבות המפולת הפיננסית של שנת 2008, על התאגידים לערוך שינוי תפיסתי כולל ולהגדיר את מטרת פעילותם סביב יצירת "ערך משותף" (Shared Value) לכלל מחזיקי העניין, ולא רק לבעלי המניות. ראו Michael E. Porter & Mark R. Kramer, *Creating Shared Value*, HARV. BUS. REV. 62 (2011).

28 ראו באופן כללי דנה וייס "אחריות תאגידים לזכויות אדם: מסגרת לפעולה משפטית בבית המשפט הגבוה לצדק" שוק, משפט ופוליטיקה, לעיל ה"ש 11, 65.

29 כך, למשל, בסוף שנות ה-90 ניסח האו"ם את יוזמת ה-Global Compact שקובעת, בין השאר, שעל תאגידים לכבד זכויות אדם ולא לשתף פעולה עם הפרתן: www.unglobalcompact.org. בשנת 2000 פרסם ארגון ה-OECD קוד התנהגות (שעודכן ב-2011) לתאגידים בין-לאומיים הפועלים "מתוך או בתוך". אחת המדינות שאימצה את הקוד: OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES (May 25, 2011), <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

30 U.N. Secretary-General, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework A/HRC/17/31* (March 21, 2011), <https://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>. לדיון בעקרונות ראו THE RAOUL WALLENBERG INSTITUTE HUMAN RIGHTS LIBRARY, THE UN GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: FOUNDATIONS AND IMPLEMENTATION 273 (Radu Mares eds, 9.12.2011).

31 ראו, למשל, את עבודתו של מרכז Shift שעובד עם תאגידים על אימוץ העקרונות המנחים – <https://www.shiftproject.org>.

32 *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (Revised Draft, 16 July 2019), <https://bit.ly/33zwGbl>.

מבט חדש על הסדרת הכוח התאגידי באופן שונה. אחד המשברים החריפים ביותר שהעולם ניצב מולו כיום הוא משבר האקלים. בעיקר מאז חתימת הסכם פריז בדצמבר 2015,³³ העמיקה תחושת הדחיפות ביחס להתחממות הגלובלית שהתפתחה בעשורים האחרונים לכדי משבר אדיר-ממדים.³⁴ ההתדרדרות במצבה של הסביבה הגלובלית, הבאה לידי ביטוי במספר גדול של אינדיקטורים, מבשרת שינוי סדרי עולם:³⁵ המסת הקרחונים צפויה להעלות את מפלס האוקיאנוסים ולהציף רצועות חוף במדינות רבות, לרבות ערים גדולות; אזורים חקלאיים שלמים ייבשו מכושר הייצור שלהם; המחסור במים מתוקים יגבר; התחממות האוקיאנוסים תגדיל את תדירות הסופות הטרופיות ותעצים אותן; וההתחממות צפויה להרחיב את אזורי התפוצה של חרקים רבים, להגדיל את שכיחותן של מחלות זיהומיות ולצמצם מאוד את המגוון הביולוגי. תהליכים אלה צפויים לחולל שינויים חברתיים אדירים: תת-תזונה ורעב, מגפות, פליטות ונדידת אוכלוסין בקנה מידה חסר תקדים, וייתכן שאף מלחמות ומהפכות חברתיות. גם כאן, הנאו-ליברליזם נושא באחריות שאינה מבוטלת,³⁶ הן על רקע תרבות הצריכה האינסופית שעליה הוא מבוסס: ייצור וסיפוק של כל מאווי אנושי שהוא בכל מקום על פני כדור הארץ כאמצעי לקידום הצמיחה הכלכלית, שדוחפת לניצול-יתר של משאבי הביוספרה המתדלדלת ולשכפול המודל, באמצעות הגלובליזציה, לכל רחבי העולם; והן על רקע קידום רעיון השאת הרווח לבעלי המניות והדחיפה לצמיחה רבעונית קצרת מועד, המובילים את התאגידים להעמיד שיקולים אלה בראש מעייניהם, תוך החצנה מתמדת של העלויות הסביבתיות. באוקטובר 2019 התפרסם כי עשרים תאגידים בלבד אחראים ל-35% (!) מהיקף פליטות הפחמן לאטמוספרה מאז שנת 1965, מועד שבו הנוק הסביבתי שגורמים הדלקים הפוסיליים כבר היה ידוע הן לתעשיית הנפט והן לפוליטיקאים, עם פרסומו של דו"ח מטעם ממשל הנשיא ג'ונסון בארצות הברית.³⁷ בתגובה לדו"ח אמר מייקל מאן, אחד ממדעני האקלים המובילים בעולם: "הטרגדיה הגדולה של משבר האקלים היא ששבעה מיליארד וחצי בני אדם נדרשים לשלם מחיר – בצורה של כדור ארץ חולה – לטובת האינטרסים של מספר מצומצם של

33 צפריר רינת, רויטרס ואי-פי "ועידת האקלים אישרה את ההסכם ההיסטורי לבלמת ההתחממות הגלובלית" הארץ – מדע (12.12.2015) www.haaretz.co.il/science/1.2796857

34 להרחבה ראו למשל דני רבינוביץ הנה זה בא: כיצד נשרוד את שינוי האקלים (2009); קיימות: חזון, ערכים, יישום (גרמי בנשטיין עורך, 2011); דניאל מישורי "עסקים וסביבה: אינטרס עצמי, אחריות או אתיקה?" שוק, משפט ופוליטיקה, לעיל ה"ש 11, 197; Naomi Klein, This Changes Everything: Capitalism vs. the Climate (2014) (להלן: קליין 2014); Naomi Klein, On Fire: The (Burning) Case for a Green New Deal (2019); Philip Goodchild, Oil and Debt – The Collision Between Economy and Ecology, 2 SITUATION ANALYSIS 5 (2003).

35 רבינוביץ, לעיל ה"ש 34, בעמ' 17.

36 קליין 2014, לעיל ה"ש 34; Adrian Parr, The Wrath of Capital: Neoliberalism and Climate Change Politics (2013).

37 <http://www.climatefiles.com/climate-change-evidence/presidents-report-atmospher-carbon-dioxide/>

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

מזהמים שממשיכים לצבור לעצמם רווחי שיא. זה כישלון מוסרי אדיר של המערכת הפוליטית שלנו שאיפשרנו לזה לקרות".³⁸

עינינו הרואות: בשני העשורים שחלפו מאז שנחקק חוק החברות, העולם עבר מהפכה של ממש, כמעט בכל רובד של המציאות. המאפיינים הייחודיים לכוח הכלכלי של תאגידי הענק – השפעה פוליטית, הגנות משפטיות ייחודיות, חולשת הפיקוח הציבורי ועוד – מקנים להם השפעה גדלה והולכת על פעולת השוק. נטייתם להחצנת עלויות על כלל הציבור ופעילותם להגבלת מרחב התמרון של ממשלות מקנות להם עוצמה מבנית (Structural Power)³⁹ המצמצמת את יכולתן של ממשלות להתוות מדיניות חברתית-כלכלית המכוונת לטובת האינטרס הציבורי הרחב; שוחקת את ההליך הדמוקרטי; מפוררת את הסולידריות החברתית; ובסופו של דבר, פוגעת באמון הציבור בדמוקרטיה. כוחם ההגמוני של תאגידי הענק, התפרסותם על פני העולם כולו והשפעתם על רוב המרכיבים בחיינו – המוחשיים ואלה שאינם מוחשיים – הם חוט השני העובר בשינויים אלה. המשפט, לעומתם, עשה רק צעדים זעירים, אם בכלל, כדי להתמודד עם תמורות אלה. חלקו הבא של המאמר יוקדש, אם כן, לבחינת המצב המשפטי הקיים בישראל ויתאר את קוצר ידו של המשפט להתמודד עם השינויים האמורים ביחסי הכוחות שבין התאגידיים לבין הציבור. לאחר מכן נעבור להציע את השינויים המשפטיים המתחייבים בעינינו, על מנת להניע את המשפט להפוך את המשפט לרספונסיבי יותר, ומצויד יותר, להתמודד עם האתגרים העומדים בפתחו.

ג. פרשנות סעיף 11: המצב הקיים

סעיף 11 נחקק בעקבות המלצות ועדת ברק, שניסחה את חוק החברות, ונדון בוועדת המשנה שדנה בהצעת החוק. במשך יותר משלוש שנים שמעה הוועדה נציגים של משרדי ממשלה, של המגזר העסקי, של אגודות מקצועיות ושל האקדמיה.⁴⁰ על רקע הרפורמה של דיני החברות בבריטניה בשנת 2006, שם שאלות של אחריותם החברתית של התאגידיים וחובות האמונים של המנהלים עמדו במוקד של דיון ציבורי, שאותו הובילו ארגוני החברה האזרחית, בולטת בישראל הפקדתו של הדיון בחוק בידי גורמים מקצועיים, תוך הדרת הציבור מן הדיון.⁴¹ למרות שנוסחו הסופי של סעיף 11, כפי שנראה להלן, הוא בעל פוטנציאל פרוגרסיבי יחסית, מעניין לחשוב האם וכיצד נוסח הסעיף היה משתנה אילו היה נערך לגביו דיון ציבורי בעל אופי

38 Matthew Taylor & Jonathan Watts, *Revealed: the 20 Firms Behind a Third of all Carbon Emissions* THE GUARDIAN (Oct. 9, 2019), <https://www.theguardian.com/environment/2019/oct/09/revealed-20-firms-third-carbon-emissions>.

39 ראו לעיל הטקסט ליד ה"4.

40 Yael T. Ben Zion, *The Political Dynamics of Corporate Legislation: Lessons from Israel*, 11 FORDHAM J. OF CORP. & FIN. L. 185 (2006).

41 Ofer Sitbon, *Legislating Corporate Social Responsibility: the UK Company Law Reform (1998–2006) between Politicisation and "Economisation"* (unpublished Phd. Thesis, Tel-Aviv University) (on file with author).

פתוח יותר. יותר מכך, כפי שהראתה יעל בן ציון, בעקבות לחץ כבד שהפעיל מגזר ההיי-טק רב ההשפעה, אף הוחלשו חובותיהם של המנהלים ושל בעלי המניות, וכן צומצמו המקרים שבהם תותר הרמת מסך.⁴²
נוסחו של סעיף 11 הוא כדלקמן:

(א) תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון.

(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול על חברה לתועלת הציבור.

בדברי ההסבר של הצעת החוק, שנוסחו על ידי ועדת ברק, נאמר שלצד אימוץ גישת השאת הרווחים, יש לפרש את הסעיף באופן "נאור", כמתיר – גם אם לא מחייב – לחברה ולמנהליה להביא בחשבון גם שיקולי "קהלים".⁴³ על פי דברי ההסבר, אם כן, כוונת מחוקקיו של החוק הייתה ליצור נוסחה מאוזנת בין התכלית העסקית המאפיינת את הגישה האנגלו-אמריקאית לתאגיד, הרואה בבעלי המניות את בעלי התאגיד וסבורה כי השאת רווחיהם היא מטרתו היחידה, לבין הגישה המרחיבה, הרואה גם את מחזיקי העניין המושפעים מפעולות התאגיד כמי שמותר, ולעיתים אף ראוי, להתחשב בהם.

1. הוויכוח האקדמי ביחס לסעיף 11

הקהילה האקדמית עסקה רבות בשאלת פרשנותו של סעיף 11, עיסוק שניתן ללמוד ממנו על כך שהסעיף, ובאופן כללי יותר סוגיית תכלית החברה, נתפסו בעיתם כבעלי חשיבות רבה. כך, למשל, כבר ב-1998, עוד בטרם נחקק חוק החברות באופן סופי, ביקר יחיאל בהט את נוסח הסעיף "משמאל" וטען כי הוא מתעלם מאופיו החברתי האינהרנטי של התאגיד.⁴⁴ מנגד, במאמר המציג ניתוח טיפוסי של הגישה הכלכלית למשפט, הציג זהר גושן עמדה ביקורתית יותר כלפי הסעיף: לדידו, פרשנות סעיף 11 באופן המותיר בידי מנהלי החברה שיקול דעת לשקול את עניניהם של הקהלים השונים, גם כאשר הם מתנגשים עם המטרה של השאת רווחי החברה, חותרת תחת יעד היעילות המצרפית – השאת הרווחה החברתית הכללית – העומד, לדבריו, בבסיס החוק. גושן טוען כי בעלי המניות, בהיותם בעלי התביעה השירורית בחברה, הם המתאימים ביותר לשמש כ"בעלי" החברה וכי יכולתם ונכונותם לשאת בסיכונים הכרוכים בכך מבטיחה ניהול יעיל יותר של פעילות התאגיד. המסקנה הנגזרת מכך, לטענתו, היא שחובת האמונים של נושאי המשרה צריכה להיות מופנה כלפי בעלי המניות, וכלפיהם בלבד. עמדה

42 בן ציון, לעיל ה"ש 40.

43 ראו דיון בסוגיה זו להלן.

44 יחיאל בהט "תכלית החברה ומטרותיה בהצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995" שערי משפט א 277 (1998).

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

אחרת, לטענת גושן, מטשטשת את המטרה שלשמה יש לנהל את החברה.⁴⁵ עמדתו של גושן מייצגת, אם כן, את העמדה הקלסית של הדין האנגלו-אמריקאי שנזכרה לעיל, וכפי שנראה בהמשך, יש לה הדים חשובים בפסיקה.

את ההתייחסות האקדמית המקיפה ביותר לסעיף 11 סיפק ידידיה שטרן, בספר שהוקדש כולו לנושא תכלית החברה העסקית.⁴⁶ בספרו מתמקד שטרן בקביעת הסעיף כי תכלית החברה היא להשיא את רווחיה, דהיינו – דרישת התכלית של השאת הרווחים מופנה לחברה עצמה, ולא לבעלי המניות. עמדה זו מתחזקת, לדידו, על רקע העובדה שהחברה העסקית היא ישות חסרת בעלים,⁴⁷ ולכן אינה שייכת, כפי שמקובל לטעון, לבעלי המניות. בכך אימץ שטרן גישה שהוא מכנה גישה ביניים, הדוחה הן את התפיסה האנגלו-אמריקאית הרווחת, המשרתת, לדעתו, רק את בעלי המניות, והן את התפיסה מוכוונת הקהלים. לדידו, גישה האמצע היא הגישה האופטימלית להשגת פעילות יעילה יותר של החברה, באופן שיאפשר גם לקדם יעדים חברתיים שונים.⁴⁸

עמיר ליכט תיאר את סעיף 11 כבעל "רקמה פתוחה" המשקפת, בעיניו, את המחלוקת התאורטית המתמשכת הנוגעת לתכלית החברה. לטענתו, מדובר במחלוקת שאינה ניתנת לפתרון שכן היא משקפת חוסר הסכמה לגבי הפרופיל הטיפוסי של המנהל: האם עליו להיות בעל "סגירות קוגניטיבית" שתקנה לו מנגנון הכרעה ברור לגבי חובת האמונים שלו (מה שמעודד גישה מוכוונת בעלי מניות), או שמא הוא פתוח דיו כדי להתמודד עם חובות אמן כלפי "קהלים" שונים.⁴⁹

עלי בוקשפן מתאר את חקיקתו של סעיף 11 כחלק מ"מהפכה חברתית" רחבה יותר שהתחוללה במשפט העסקי הישראלי בעשורים האחרונים. אף שהוא מבקר את נטייתם של בתי המשפט להתעלם מהסעיף ואף לדלל את הדגש שהוא שם על השאת רווחים, על היתרונות הכלכליים והחברתיים הגלומים בה, הוא הציע לחזק את נוסחו של סעיף 11 באופן שהוא יותר מוכוון-"קהלים".⁵⁰ בוקשפן גם מציין כי מלבד סעיף 11, שאלת התכלית נרמזת גם בסעיפים 252(ב) ו-254(ב) הקובעים כי חובת האמונים של נושא משרה יכול שתחול גם כלפי "כל אדם אחר", באופן שמשמעת ממנו אפשרות לעמדה המאפשרת להביא בחשבון גם קהלים.⁵¹

45 זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב 381, 383–395 (2001). לניתוח כלכלי קלסי הדוחה את העמדה הזו ראו אוריאל פרוקצ'יה "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני החברות" משפטים כב 301, 350 (1992). פרוקצ'יה מציע להרחיב את קבוצת הנהנים מחובת האמן של המנהלים גם לקבוצות אחרות בתוך התאגיד (אך לא מחוצה לו, או במילותיו: "רתימתה של הפירמה המסחרית לעגלה הכבדה של תיקון העולם לא תתקן את העולם, אך תשקיע את העגלה עמוק בבוץ").

46 ידידיה צ' שטרן תכלית החברה העסקית (2009).

47 ידידיה צ' שטרן הבעלות בחברה העסקית: תאוריה, דין, מציאות (2008).

48 שטרן תכלית החברה העסקית, לעיל ה"ש 46, בעמ' 307–345.

49 עמיר ליכט "תכליות החברה" משפט ועסקים א 173 (2003).

50 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 (2003).

51 בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 529 ה"ש 268.

התרומה האחרונה לדיון בנושא סעיף 11 היא זו של יוסי רחמים בספרו **אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים שיצא לאור בשנת 2019**.⁵² לדידו, אין מחלוקת אמיתית בין המלומדים לגבי תוכנה של תכלית העל של החברה העסקית, שהיא השגת "טובת החברה", קרי – השאת רווחיה הכספיים של החברה, באמצעות פעולה בהתאם לשיקולים עסקיים. המחלוקת לטענתו נסובה על אודות השאלה מהי אמת המידה לבחינת השגתה של טובת החברה. הדעה המקובלת היא שטובה זו תיבחן, בין השאר, על פי מבחן הרווח לכלל בעלי המניות. אלא שרחמים מצביע על הופעתו של מודל מעורב, שהוא מתארר כמודרני ומתקדם יותר, המשלב את מבחן הרווח לבעלי המניות עם אפשרות ההתחשבות בקהלים אחרים (תאוריית ה־Stakeholders), ואשר אומץ, לשיטת רחמים, גם בסעיף 11. הקושי, לטענתו, הוא קושי פרקטי על רקע העובדה שהסעיף מנסח בעממות רבה ואינו ניתן לאכיפה. לפיכך יש לראות בו סעיף הצהרתי בלבד, שתכליתו האמיתית נועדה לשמר את קדימותם של בעלי המניות ולעכב את אימוצה של האפשרות להתחשב בקהלים אחרים מלבדם. לאישוש טענתו, רחמים מצביע על כך שמאז נכנס חוק החברות לתוקפו, בתי המשפט בישראל לא נדרשו כלל לפירוש התיבה "ניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור" וכי לא נעשה בה שימוש כעילת תביעה בידי מי מהקהלים המנויים בה.⁵³ זאת ועוד: חוק החברות ממשיך להעניק לבעלי המניות העדפה ברורה על פני הקהלים האחרים באופן המקנה להם, ובפרט לבעל השליטה בחברה, יתרון שבאמצעותו יכולים בעלי המניות המרכזיים להכתיב את אופי ניהול החברה באופן שיפעל לטובתם, מבלי להביא בחשבון את האינטרסים של הקהלים האחרים בחברה.⁵⁴

נראה אפוא כי למרות המחלוקות האקדמיות באשר לפרשנות הרצויה של סעיף 11 – דהיינו, האם יש לפרשו באופן הנוטה יותר לבעלי המניות, או באופן המכוון אל שאר הקהלים של התאגיד – אין מחלוקת באשר לכך שהסעיף מאפשר, לכל הפחות, גישה מורכבת לתכלית התאגיד, וכי שתי האפשרויות – השמרנית והפרוגרסיבית – מצויות במתחם הפרשנות הסביר של הסעיף. ואולם, כפי שנראה להלן, לא הפסיקה ולא תובעים פוטנציאליים עשו שימוש בפוטנציאל הפרוגרסיבי של הסעיף. החלק הבא יוקדש לדיון קצר בלשון הסעיף, תוך התמקדות בגישה הפרשנית המרחיבה שלו, שאותה אנו סבורים שהיה מקום לקדם, ולאחר מכן יסקור את הפרשנות השמרנית שהוענקה לו בפסיקה.

2. סעיף 11 בראי הפסיקה

כפי שעולה מהוויכוח האקדמי בשאלת פרשנותו של סעיף 11 לחוק החברות, לשונו של סעיף 11 מאפשרת פרשנות מרחיבה, מכוונת קהלים. למרות קיומן של אינדיקציות המצביעות על קיומה של אפשרות פרשנית שמרנית (למשל העובדה שהסעיף עוסק בשיקולים עסקיים, ואינו

52 יוסי רחמים **אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים** (2019).

53 שם, בעמ' 101–170, 225–243.

54 בין השאר, באמצעות הכרה והתמודדות עם "בעיית הנציג" של בעלי המניות בלבד; הענקת סמכויות האספה הכללית לבעלי המניות; מתן זכות לבעל המניות לקבלת מידע ועיון במסמכי התאגיד; ומתן זכויות תביעה ספציפיות לבעלי המניות. ראו שם, בעמ' 275–303, 329–332.

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

מזכיר שיקולים חברתיים או אחרים; או שהוא קובע כי ניתן לייחד "סכום סביר, למטרה ראויה" באשר לתרומות, משמע שלכאורה אין זה המצב לגבי ההתנהלות העסקית עצמה), אנו סבורים כי בסעיף ישנן אינדיקציות רבות וחזקות התומכות דווקא בגישה המרחיבה. בראש ובראשונה, ובניגוד לתפיסת הגישה האנגלו-אמריקאית לתאגיד, המניחה כי טובת החברה זהה לטובתם של בעלי המניות כבעלי האינטרס השיווי, הסעיף דווקא תופס, כפי שהראה שטרן, את רווחי החברה ואת רווחי בעלי המניות כשני עניינים שונים. במובן חשוב זה ניתן לטעון כי לשון הסעיף עשויה אפילו להעיד על נטישת הגישה השיווית, באשר להתמקדות בהשאת רווחי החברה כישות נפרדת ועצמאית מעידה על כך שהיא אינה זהה בהכרח להשאת הרווחים של בעלי המניות.

אינדיקציה נוספת לכך שהסעיף תומך בגישה מרחיבה ביחס לשיקול הדעת של מנהליו היא כי הסעיף יוצר הבחנה מובהקת בין התנהלותה של החברה באופן שוטף, אשר במסגרתה ניתן להביא בחשבון את ענייניהם של מחזיקי העניין שלה, לבין פילנתרופיה, הנזכרת בנפרד בסיפה של הסעיף.⁵⁵ אם כן, פילנתרופיה אינה מהווה, על פי חוק החברות, אחריות תאגידית של ממש, ועל זו לבוא לידי ביטוי בעשייה היומיומית של החברה. אכן, עצם האזכור של האפשרות להתחשב בעובדים, בנושים, ובעיקר ב"ציבור" היא מרחיקת לכת במסגרת התפיסה האנגלו-אמריקאית הקלסית של התאגיד. ההתייחסות המפורשת לענייניהם של הקהלים הבאים במגע עם התאגיד ומושפעים מפעולותיו חורגת מגישה זו במפורש, שכן לפיה לא רק שאין זה רצוי לשקול את ענייני הקהלים האחרים, אלא שהתחשבות כזו אף עשויה להוות הפרה של חובתם של המנהלים כלפי בעלי המניות. פסק הדין המרכזי בעניין זה בארצות הברית הוא פס"ד *Dodge v. Ford Motor*,⁵⁶ שבו נקבע כי הפניית עתודות הרווח של החברה לטובת מטרות פילנתרופיות היא פעולה שאינה חוקית ואינה עולה בקנה אחד עם תכלית החברה העסקית, שהיא להשיא את רווחי בעלי המניות.

בהקשר זה יש לציין, כי גם הקביעה בסעיף כי "ניתן" להתחשב בענייניהם של מחזיקי העניין, אך אין חובה לעשות כן, אינה גורעת מהאפשרות המרחיבה: הפסיקה כבר פירשה לא אחת כי לשון "רשאי" עשויה, בנסיבות מסוימות, להתפרש כ"חייב", וכך ניתן היה לעשות גם בענייננו.⁵⁷

למרות אפשרויות פרשניות אלה, ולמרות השינויים הדרמטיים שהתחוללו בשנים האחרונות בכוחם של התאגידים והשפעתם הגוברת על המרחב הציבורי, אשר הגבירו באופן משמעותי

55 "כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה". ראו ס' 11(א) לחוק החברות.

56 *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668 (Mich. 1919).

57 כך למשל כותב בעניין זה פרופ' יצחק זמיר: "בית המשפט קובע כי על אף לשון של רשות, בנסיבות מסוימות חובה על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה. הדגש הוא על נסיבות המקרה ולא על אופי הסמכות" (ההדגשה הוספה). ראו יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך א 225 (1996). נכון אומנם כי דברים אלה מתייחסים לשיקול הדעת של רשות מנהלית, ולא לזו של הנהלת תאגיד, אך במישור הפרשני-לשוני גרידא, פרשנותה של התיבה "רשאי" כמטילה חובה אקטיבית להפעיל את שיקול הדעת עשויה הייתה להיות מיושמת גם בענייננו. על הטעמים המהותיים להחלת אמות מידה ציבוריות במקרים מסוימים גם על גופים פרטיים ראו דוניץ-קידר, לעיל ה"ש 4; בוקשן *המהפכה החברתית במשפט העסקי*, לעיל ה"ש 50.

את הזדקקותם של קהלים שונים להגנה מפניהם, בתי המשפט, כמו גם תובעים פוטנציאליים, כמעט שלא עשו בסעיף שימוש בכדי לתבוע התנהלות אחראית יותר של תאגידים. למעשה, סקירת הפסיקה מעלה כי גם אם הסעיף נזכר בשורה של פסקי דין, מעולם לא התקיים בה דיון רחב ומעמיק באשר לאפשרויות הפרשנויות הגלומות בסעיף 11, כמו גם ביחס לסעיפים נוספים המתייחסים לתכלית החברה בעקיפין.⁵⁸

אחת ההתייחסויות המוקדמות של הפסיקה לסוגיית תכלית החברה היא זו של השפט שמגר בפסק דין פנידר נ' קסטרו, עוד בראשית שנות השמונים.⁵⁹ פסק הדין עוסק בחובת תום הלב כמקור ליצירת חבות בפיצויים של אורגן של חברה, שניהל בשמה משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. הגם שחוק החברות החדש טרם נחקק אז, וממילא לא עסק פסק הדין בסוגיית תכלית התאגיד על פי סעיף 11, מצהיר בית המשפט, אגב אורחא, כי "דומה שהמגמה המודרנית המתפתחת היא, כי על החברה ועל מנהליה הפועלים עבורה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות [...] אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו".⁶⁰ הצהרה דומה הושמעה גם במסגרת דברי ההסבר להצעת החוק, שבהם נאמר כי "שאיפתו של החוק היא ליתן פתרון ראוי לדיני החברות בישראל [...] [נ]כי פתרון זה מבוסס על חופש הרצון של הפרט, תוך מתן הגנה ראויה לנושים, בעלי מניות ואחרים הזקוקים לה בנסיבות מתאימות".⁶¹

ואולם, למרות דברים אלה, המלווים ברקע את דיני התאגידים, נראה כי תפיסתה המעשית של הפסיקה את תכלית התאגיד נותרה צרה למדי. כך, מעטים מאוד פסקי דין העוסקים ממש, תוך קיום דיון רציני, בסוגיית תכלית החברה. עם זאת, ומבלי לקיים דיון עקרוני בסוגיה, רבים מהם מניחים כי התפיסה השמרנית, הצרה, היא מובנת מאליה. כך, למשל, בפרשת שירותי בריאות כללית נ' אהרון הבחין בית המשפט בין האגודה השיתופית לחברה עסקית בכך ש"בשונה מחברה, תכלית האגודה השיתופית אינה מצטמצמת אך לאינטרס הכלכלי במובנו הצר".⁶² משמע: תכליתה של החברה העסקית היא תכלית כלכלית צרה בלבד. בפרשה אחרת,

58 כך למשל, ס' 6(א)(1)(ב) לחוק החברות, העוסק בהרמת מסך ההתאגדות, קובע כי ניתן להרים מסך זה כאשר "השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן הפוגע בתכלית החברה". ניתן היה לצפות כי במסגרת זו יתקיים דיון נרחב בשאלת תכלית החברה, אך לא היא. נוסף על ס' 6, ישנם כמה סעיפים נוספים בחוק החברות, כמו גם בחוקים קרובים, שאינם מתייחסים ישירות לתכלית החברה, אך עוסקים בביטוי קרוב – "טובת החברה". בין אלה ניתן למנות את ס' 330 לחוק החברות (חובות נושאי משרה והחובה לפעול לטובת החברה); ס' 270 לחוק החברות (אישור עסקה מיוחדת, בתנאים שנקבעו בחוק, ובלבד שהעסקה היא לטובת החברה); ס' 255 לחוק החברות (אישור פעולות של נושא משרה בתנאי שפעולתו לא פגעה בטובת החברה); ס' 198 לחוק החברות (תביעה נגזרת, שתאושר בידי בית המשפט, בין השאר, אם ניהולה הוא לטובת החברה).

59 ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983). על פי מאגר נבו, מספר פסקי הדין שאזכרו את פסק הדין עולה על 800.

60 שם, בעמ' 695.

61 דברי הסבר להצעת חוק החברות, לעיל ה"ש 1.

62 רע"א 4958/15 שירותי בריאות כללית נ' אהרון, פס' 48 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.10.2017).

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

ע.ל.א.ן. מרחצאות בע"מ נ' בזק, קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב במפורש כי החוק אימץ את הגישה האנגלו-אמריקאית: "בעולם האנגלו-אמריקאי מקובלת הסברה לפיה תכליתה המרכזית של החברה הינה בהשאת רווחיהם של בעלי המניות. רווחי החברה נגזרים מרווחיהם של בעלי המניות כבעלי הזכות השיורית של החברה, ולכן על החברה להתמקד בהשאת הרווחים של בעלי המניות... החוק מאמץ למעשה את גישת היסוד השלטת כיום בדין האנגלי בדבר השאת רווחי החברה".⁶³

פרשת ליכטנשטיין,⁶⁴ שנדונה בבית המשפט העליון, היא דוגמה מאלפת להימנעותו של בית המשפט מלדון לעומק בסוגיית תכלית החברה, לא כל שכן לקרוא תיגר על התפיסה הצרה, הרואה בתאגיד מכשיר כלכלי למקסום רווחי בעלי המניות בלבד. בפרשה זו נדונה בקשתם של בעלי מניות המיעוט בחברת AIG החזקות במשכנתאות בע"מ שלא להעביר את הסכסוך שהתגלע בינם לבין החברה לבוררות בטענה, בין השאר, כי פעולות החברה בניגוד לתכליות המופיעות בסעיף 11 הן נושא קוגנטי שאינו ניתן לבירור במסגרת בוררות. מקרה זה זימן אפוא הזדמנות טבעית עבור בית המשפט לדון לעומק בסעיף 11 כסעיף קוגנטי, המשרטט את טווח השיקולים הראוי להימצא במסגרת שיקול דעתם של קברניטי החברה. יתרה מזו: תביעתם של המבקשים בעניין זה הייתה תביעה של בעלי מניות מיעוט, קבוצה אשר המחלוקת באשר לחובה להתחשב בה מצומצמת בהרבה מאשר ביחס לקבוצות אחרות כגון עובדים, נושים, הסביבה או הקהילה. ואולם, כמו במקרים רבים אחרים, ההזדמנות הוחמצה. בפסקה יחידה מתייחסת השופטת פרוקצ'יה לסעיף 11:

הוראה זו [ס' 11 – רד"ק וע"ס]... מהווה מעין נורמת-על, שנועדה לכוון את שיקוליה ואופן פעולתה של חברה עיסקית. היא אינה, כשלעצמה, מקור לרכישת זכויות; היא מהווה "סעיף מטרה" המקרין על התפיסה הראויה שעל פיה יש לפרש את דיני החברות, ולאורה אמור תאגיד עיסקי לקבוע את סדרי הנהלתו ודרך פעולתו.⁶⁵

במילים אחרות, סעיף 11 אינו יכול לשמש כמקור משפטי ליצירתן של זכויות בידי מי מהקהלים המנויים בו, הרואה עצמו נפגע מהתנהלות החברה. אנו סבורים כי תפיסה זו של סעיף 11 כסעיף הצהרתי בלבד משקפת ראייה צרה ושמרנית של התאגיד ולמעשה סותמת את הגולל על האפשרות לתבוע מכוחו את הפעלת שיקול הדעת לטובת מחזיקי עניין נוספים, כפי שהסעיף בהחלט מאפשר לעשות במקרים מתאימים. זאת ועוד: מעבר לתפיסה הצרה באשר לתכלית החברה העולה מפסק הדין, עולה ממנו גם תפיסה פרשנית צרה, שאף היא אינה מובנת מאליה, ונדמה שנועדה גם היא לשרת את הגישה המצמצמת לתכלית התאגיד. אכן, גם אם סעיף 11 הוא סעיף הצהרתי, כלל לא ברור מדוע הוא אינו מהווה מקור ליצירת זכויות: הלוא תכליתם של דברי חקיקה הצהרתיים היא לסמן את קשת

63 ת"א (מחוזי ת"א) 11-48067-01-11 ע.ל.א.ן מרחצאות בע"מ נ' "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2012).

64 רע"א 9542/06 ליכטנשטיין נ' אי.א.י. ג.י החזקות במשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 14.1.2010).

65 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הערכים העומדים ביסוד החוק ולכוון באמצעות זאת את שיקול הדעת של בעלי הסמכות, כך שישקלו את מגוון העניינים שאליהם מכוונים דברי החקיקה. כך, למשל, נהג בית המשפט בפסק דין המרכז האקדמי נ' שר האוצר,⁶⁶ כאשר ראה בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה סעיף הצהרתי בעיקרו ובכל זאת פירש את הוראתו כמעגנת את קיומו של "גרעין קשה" של זכויות, אשר אותן חייבת הממשלה לבצע בעצמה. קביעתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת ליכטנשטיין כי לסעיף הצהרתי אין ממד אופרטיבי כלשהו, גם לא בתחמת היקף שיקול הדעת הראוי, מהווה נדבך נוסף בגישה המסויגת של הפסיקה בקיום דיון בסוגיה חשובה זו, של תכלית החברה, וביציקת תוכן מורכב יותר, שלא לומר מרחיב, בפרשנות סעיף 11. נוסף על הימנעותו של בית המשפט מלקיים דיון מעמיק בנושא תכלית החברה, בחינתם של פסקי הדין העוסקים בסעיף 11 מעלה כי פעמים רבות בתי המשפט יוצרים זיהוי בין האינטרסים של החברה לבין אלה של בעלי המניות. זאת, למרות לשונו המפורשת של סעיף 11 לעניין ההבחנה בין בעלי המניות לבין החברה כישות נפרדת, המעידה על כך שהגם שבעלי המניות הם מחזיקי עניין מרכזיים בחברה, המחוקק נמנע מלזהות את האינטרסים שלהם עם אלה של החברה. כך, למשל, בפרשת כהן נ' נצב"א קבע בית המשפט המחוזי בירושלים כי "ניתן להסיק שעמדת המחוקק היא, כי בעל המניות בחברה נהנה מזכות מעין קניינית בחברה, אשר מזכה אותו בזכות ליהנות מרווחי החברה. [...] נקודת המוצא בחוק החברות הינה כי על החברה לתת עדיפות לאינטרסים של בעלי המניות בחברה".⁶⁷ קביעה זו אינה מלווה בכל הסבר או תימוכין בלשון החוק ובתכליתו: בית המשפט מסתפק בהנחה כי זוהי העמדה שאותה נוקט החוק. גם בפרשת פקיד שומה תל-אביב נ' סיוון נכשל בית המשפט מלהבחין בין השאת רווחי החברה, כפי שמורה לשון הסעיף, לבין השאת רווחי בעלי המניות שלה. שם קובע בית המשפט כי "התכלית שלשמה מנהלת חברה את עסקיה היא השאת רווח (סעיף 11 לחוק החברות), ורווחיה של חברה הם המקור לתשואה שבעלי המניות מקבלים על השקעתם בה. מנקודת מבט כלכלית, המס המוטל על רווחי החברה מוטל בעקיפין על בעלי מניותיה, שכן הוא גורע מן התשואה שביכולתם להשיג".⁶⁸ בדומה, קובעת השופטת שטמר בפרשת גדעון לויטה נ' אגודת הכורמים הקואופרטיבית,⁶⁹ בניגוד מפורש ללשון החוק (המצוטט שלא במדויק), כי תכלית החברה היא "השאת רווחים לבעלי המניות (סעיף 11 לחוק החברות)". זאת בשעה שסעיף 11 קובע כי תכלית החברה היא השאת רווחיה, ולא השאת רווחי בעלי המניות שלה. הנטייה של בתי המשפט היא אפוא צרה בשני המישורים: ראשית, רווחת בפסיקה התפיסה כי תכליתו של התאגיד היא תכלית כלכלית גרידא, ושנית, מקובל לטשטש את ההבחנה בין החברה כישות עצמאית, שיש לה אינטרסים משל עצמה, לבין בעלי המניות שלה.

66 עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 13.
 67 ה"פ (מחוזי י-ם) 4428/05 כהן נ' נצב"א חברה להתנחלות ע"מ, פ"מ 9 לפסק דינו של השופט שפירא (פורסם בנבו, 2.3.2006).
 68 ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588 (2005).
 69 ת"צ (מחוזי מר') 32223-03-10 לויטה נ' אגודת הכורמים הקואופרטיבית (פורסם בנבו, 3.11.2015).

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

אומנם, לעיתים משלם בית המשפט מס שפתיים לתפיסה הרחבה יותר, אך בכל זאת ניכר שהפרשנות שלו לתכלית החברה – הנובעת מתוך תפיסה צרה של דיני התאגידים ושל מהותה של החברה העסקית – צרה מאוד. כך, למשל, בפסק הדין ורדניקוב נ' אלוביץ (ניתן בשנת 2016 ונוגע לפעולות של בעל שליטה בחברה ולשאלה מהו היקפה של חובת הזהירות שבעל שליטה חב בה),⁷⁰ שבו אומר בית המשפט את הדברים הבאים:

אין פירוש הדבר כי טובת החברה וטובת בעלי מניותיה – חד היא. ההבחנה בין טובת החברה לטובת בעלי מניותיה היא הבחנה יסודית הפורטת על מערכת העצבים המרכזית של דיני התאגידים, והיא מעמידה תחת עדשת המיקרוסקופ שאלות יסוד עקרוניות הנוגעות, בין היתר, למהותה של החברה כאישיות משפטית נפרדת, לסוגיית הבעלות בחברה, ולשאלה מהי תכלית החברה. אזכיר כי לפי סעיף 11 לחוק החברות, תכליתה של החברה היא "לפעול לפי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה", להבדיל מהשאת רווחיהם של בעלי מניותיה. [...] האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ובעלי מניותיה היא מן המפורסמות, אך המנייה, כמבטאת זכות קניין בחברה, מקנה לבעליה כוח לעשות במנייה כרצונם, ולכן, מטבע הדברים, השפעה ישירה על החברה.⁷¹

שוב אנו מוצאים כי למרות ההצהרה על כך שהמחוקק בחר להפריד בין האינטרסים של החברה לבין אלה של בעלי מניותיה וקבע כי על קברניטיה לנווט את החברה לשם השאת רווחיה, על פי הפסיקה זוכים בעלי המניות למעמד מיוחד, מוחלט כמעט ("לעשות כרצונם"). למעמדם של קהלים אחרים – על אף שהוא נזכר בחוק – אין זכר.

פסק דין דומה של בית המשפט המחוזי במחוז מרכז, חברת שוחט רבינוביץ,⁷² מציג גישה זו באופן חד משמעי, באמרו כך: "סעיף 11 בחוק החברות אימץ את הגישה שלא מתקיימות חובות אופן כלפי נושים ובעלי תביעות קבועות אחרות כנגד החברה: אדרבא, היחסים שבין החברה לבין בעלי התביעות הקבועות מוסדרים בחוזים שנקבעו בין הצדדים, ואין חובות הדדיות מעבר לכך. כך, למשל, אם מבקש נושה של החברה שזו תעשה פעולה המיטיבה עמו, לא יהיו קברניטי החברה חייבים או רשאים להיענות לו". זהו אימוץ גורף של התפיסה האנגלו-אמריקאית כפי שהיא משתקפת בפס"ד *Dodge v. Ford Motor*, ואשר לפיה לנושים (כמו גם לעובדים, לספקים ולקהלים אחרים) אין תביעה מהחברה – כיוון שמכלול זכויותיהם הוסדר בחוזה. בעלי המניות, לעומת זאת, אינם מובטחים בחוזה – ולכן שיקול הדעת העסקי צריך להיות מכונן אליהם, ורק אליהם. לפי גישה קיצונית זו, כל סטייה מתכלית השאת רווחי בעלי המניות היא אסורה ואינה חוקית.

ברוח תפיסה זו של בית המשפט, קובע השופט רובינשטיין בפרשת בוגנר כי העמדה לפיה לחברה אין בעלים, והיא מעין "אדם" לעצמה, ישות נפרדת, היא עמדה הראויה לעיון בגדרי

70 ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (פורסם בנבו, 28.12.2016).

71 ש.מ.

72 תנ"ג (מחוזי מר') 38472-06-10 חברת שוחט רבינוביץ, רואי חשבון נ' דור אלון אנרגיה (1988) בע"מ (פורסם בנבו, 27.5.2013).

הדין הרצוי, אך הדין המצוי נותן מעמד לבעלי המניות, ואליו מחויב בית המשפט להידרש.⁷³ שוב, למרות שבית המשפט מצטט את לשונו המרחיבה של הסעיף ("תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור"), הוא חוזר וקובע כי התחשבות בקהלים נוספים היא אולי הדין הרצוי, אך אינה משקפת את המצב הקיים. גם כאן, קביעה זו אינה נתמכת בלשון הסעיף ואינה נתמכת בתימוכין אחרים לכך שהסעיף מעניק בכירות לבעלי המניות.

הפסיקה ממעטת אפוא לערוך דיון מעמיק בסוגיית תכלית החברה, והיא נמנעת, ככלל, מלעסוק בפרשנותו של הסעיף. גם כאשר בית המשפט נדרש לדיון בו, הוא עושה זאת בצמצום רב, תוך שהוא מצדד בלי הרהור בפרשנות השמרנית של הסעיף, המעניקה בכירות לבעלי המניות על פני הקהלים האחרים.⁷⁴

לסיכום, ניתן אפוא לראות שלשונו של סעיף 11 בהחלט משקפת מתח מסוים בין שתי הגישות של התאגיד, וכי טמון בו פוטנציאל שאינו מבוטל לשינוי. עם זאת, הפסיקה בארץ דווקא משקפת את התפיסה הצרה, הקלסית, שאינה ערה לכוחו של הסעיף, כמו גם למצב הפוליטי-כלכלי-תרבותי שהשתנה באשר לכוח התאגידי הגובר. כתוצאה מכך, הדיון המתקיים בפסיקה בסעיף 11 הוא דל ושמרני.

ד. מתכלית לאחריות

מהאמור לעיל עולה אפוא כי השיח בדבר תכליתה של החברה העסקית הוכיח כי אין בכוחו ליצור את השינוי הדרוש על מנת לראות בתאגיד גוף שיש לו חובות כלפי כלל מחזיקי העניין שלו, ובוודאי שלא יצר אקלים משפטי שיש בו כדי לחייב תאגידים להתנהגות אחראית יותר כלפי הציבור. אכן, התנועה בין שתי התפיסות של התאגיד – השמרנית, מכוונת בעלי המניות, מול הפרוגרסיבית, מכוונת הקהלים – לא נצרבה בדיני התאגידים בישראל כמתח שיש ליתן עליו את הדעת. לא בתי המשפט, וגם לא תובעים פוטנציאליים, עשו שימוש בסוגיות באשר לתכלית התאגיד על מנת להתוות את אמות המידה הראויות להתנהלותם של תאגידים, או לתבוע זכויות להישמע או להיות מובא בחשבון במסגרת התנהלות זו. בפרק זה נציג את טענתנו המרכזית במאמר, והיא כי יש לפרש את סעיף 11 באופן התומך בגישה המרחיבה של התאגיד, כזו המטילה עליו אחריות לרווחתו של הציבור אשר עליו משפיעה התנהלותו, וכי

73 ע"א 9636/06 בוגנר נ' SofaWare Technologies Ltd (פורסם בנבו, 18.11.2009).
 74 ראוי לציין בהקשר הזה את השופט עופר גרוסקופף, שבכמה התבטאויות בפסקי דין (בטרם התמנה לשופט בבית המשפט העליון) פתח פתח לתפיסה יותר רחבה – אבל מאחר שהדבר לא נדרש להכרעה במקרים הספציפיים שבהם דן, תפיסה זו לא קנתה אחיזה מחייבת בפסיקה. ראו למשל בתנ"ג (מחוזי מר') 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2015), שבה מציין גרוסקופף כי הוא רואה בחיוב את המגמה שיש לשקול שיקולים חברתיים במסגרת תכלית החברה; כן ראו תנ"ג (מחוזי מר') 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, חברה ציבורית (פורסם בנבו, 8.4.2013), העוסק ב"טובת החברה" לאור תכליתה.

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

פרשנות זו אינה רק עולה בקנה אחד עם צורך העיתים, אלא גם מוצאת עיגון מוצק בלשון החוק עצמו.

1. אחריות כעיקרון משפטי

דברי הסבר להצעת חוק החברות, ורקע לחקיקתו של סעיף 11, נכתב כך:

אפשר להעלות על הדעת שתי תכליות חלופיות לקיומה של החברה המסחרית. האפשרות האחת רואה בחברה מכשיר לקידום האינטרסים העסקיים של בעלי מניותיה. האפשרות השנייה היא להשקיף על החברה המסחרית כעל כלי להשאת עושרן של כל הקהילות הקושרות עמה קשרי חוזה, וכן על מעין 'אזרח' בקהילה, החייב לשרת את עניניה, אף כשאין הם חופפים את האינטרסים העסקיים של המשקיעים. העמדה העקרונית המוצגת בסימן זה היא כי החברה ביסודה היא מכשיר עסקי, המיועד לקיומן של מטרות כלכליות של המשקיעים. אולם יש לפרש הגדרה זו באופן רחב ונאור, ולאפשר לחברה המסחרית, במסגרת שיקוליה העסקיים הכלליים, לפעול אף לקידום האינטרסים של מי שאינם בעלי מניותיה.⁷⁵

עד כה הראינו כי דברים אלה, שנכתבו כאמור ב-1995, בטרם הגל האחרון של ההתעצמות התאגידית שהביאו עימן חברות כמו גוגל, פייסבוק, אמזון ואפל, לא מצאו הדים של ממש בפסיקה שפירשה את החוק. כפי שהראינו בחלק הקודם של המאמר, הפסיקה מוסיפה לאחוז בתפיסה השמרנית של התאגיד, שבמקרה הטוב רואה במחויבות של החברה העסקית לקהלים השונים הבאים עימה במגע חלק מן הדין הרצוי, אך אינה תופסת חובה זו כחלק מן הדין הקיים. אכן, למרות פיתוחן של כמה דוקטרינות משפטיות כתגובה לשינוי ביחסי הכוחות בין התאגידים הגדולים לבין המדינה,⁷⁶ נדמה שדיני התאגידים עצמם אינם מתמודדים בצורה ראויה עם המציאות המשתנה ואינם מספקים מענה לצורך הגובר והולך בהגנה על קהלים שונים מפני כוחם הגובר של התאגידים הגדולים. ישנו, אם כן, צורך בשינוי משמעותי לא רק במעטפת הרכה, הוולונטרית, האופפת את החברה העסקית ואת העולם העסקי, אלא בדיני התאגידים גופם.

לטענתנו, הגיעה השעה לטעון את דיני התאגידים במטען אופרטיבי יותר, המחייב התייחסות רצינית אל ההשפעות שיש לתאגידים הגדולים על חיינו. אנו סבורים כי באמצעות מעבר משיח של תכלית אל שיח של אחריות ניתן יהיה לחולל את השינוי האמור. טענתנו היא כי העמדת השאלה הנוגעת להתנהלות התאגיד העסקי כשאלה של "תכלית" אינה מתאימה עוד, ואין זו השאלה שיש לשאול בשעה זו של תמורות דרמטיות. אכן, בין אם

75 דברי הסבר להצעת חוק החברות, לעיל ה"ש 1.

76 בין אלה ניתן למנות את עקרון הדואליות הנורמטיבית במשפט המנהלי; את מודל התחולה העקיפה, שבאמצעותו ניתן להחיל נורמות חוקתיות על גופים פרטיים; את תחולתם של עקרונות תום הלב וההגינות במשפט הפרטי; וכן את עקרונות המשפט הבין-לאומי המחייבים גם תאגידים, ולא רק ממשלות, בהגנה על זכויות אדם.

נראה בתאגיד העסקי גוף כלכלי גרידא ובין אם נראה בו גוף הנטוע בסביבתו החברתית, דומה שקשה לחלוק על ההנחה כי תכליתו המרכזית של התאגיד היא לייצר רווחים כלכליים עבור כל אותם קהלים שקשרו בו את הונם, עבודתם, מרצם, חזונם ויכולותיהם. אומנם, אין חולק כי האופן שבו ניתן להפיק את הרווחים הכספיים הללו משתנה בין תפיסה לתפיסה, וכל אחת מהן מוליכה למערכת כללים משפטיים שונים. ואולם, אנו סבורים כי בין אם אנחנו מחזיקים בתכלית העסקית הצרה של התאגיד ובין אם התכלית הרחבה יותר היא זו שנראית בעינינו עדיפה, גם זו וגם זו מחייבות תפיסה מחודשת של אחריות התאגיד להתנהלותו כגוף בעל השפעה גדולה, מבנית ועמוקה על החברה. כך, תהא אשר תהא תכליתו של התאגיד, כוחו הרב, תפקידו החברתי-כלכלי-פוליטי העצום ועמדתו המרכזית במרקם החיים בעולם המודרני מחייבים התמקדות באחריותו של התאגיד לסביבתו: האנושית, הקהילתית, הסביבתית.

את משמעותה של האחריות בהקשר זה אנו רואים כך: במובנה הבסיסי ביותר היא מבטאת את החובה להגן על ההליך הדמוקרטי מפני כוח בלתי מרוסן של קבוצות מסוימות בתוכו. במובן רחב ועשיר יותר מבטאת אחריות זו את השותפות החברתית והאזרחית העומדת בבסיסם של חיים משותפים במרחב ציבורי. ודוק: האחריות שאנו קוראים לפתחה אינה רעיון וולונטרי רך, שהתאגידים עצמם קובעים אם, ועד כמה, הם מעוניינים לנהוג על פיו. נהפוך הוא: בעינינו הגיעה השעה לראות באחריות – במשפט הפרטי והציבורי כאחד⁷⁷ – עיקרון משפטי מחייב, שיש לקרוא אותו אל תוך דיני התאגידים כולם, ובהם גם אל סעיף 11. כעיקרון משפטי, מחייב עקרון האחריות שאנו קוראים לפיתוחו וליישומו התייחסות למכלול החובות שיש לגופים הפועלים במרחב הציבורי ומעצבים אותו כלפי הקהלים השונים שהתנהגותו של הגוף האמור משפיעה עליהם. בראש ובראשונה מחייבת אחריות זו לשמור על כללי היסוד של החברה, ובהם שמירה על היותה חברה פתוחה, דמוקרטית והוגנת שבה יש לכלל הקהלים גישה לעיצוב חייהם. במעגל הרחב יותר של האחריות לזולת עומדת החובה לשמור על כבודו, על פרטיותו ועל יכולתו לחיות חיים ראויים ובעלי משמעות. אכן, אם היה אי פעם עידן שבו ברור כי "חלוקת העבודה המוסרית" המקובלת, שלפיה הספרה העסקית מתנהלת מחוץ לכללים של אתיקה והגינות ושל התחשבות בזולת ופועלת על פי עקרון הרווח בלבד, היא חלוקה מזיקה ואינה בת קיימה – זהו העידן הנוכחי.

77 על הצורך לחדול מהתייחסות אפרורית לגופים כאל פרטיים או ציבוריים, ככלי ראשון באבחון היקף חובותיהם כלפי מחזיקי העניין שלהם, ראו דוניץ-קידר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1129. הטענה במאמר זה היא כי "האבחנה המקובלת בין 'משפט פרטי' ו'משפט ציבורי', ככל שהיא משמשת להדיפה א-פרוירית של תובענות פוטנציאליות כנגד גופים פרטיים, היא אבחנה מזיקה. [...] לא זו בלבד שהאבחנה הקטגוראלית בין המשפט הפרטי והמשפט הציבורי היא פוליטית, כפי שכבר הראו זרמים ביקורתיים של המשפט, ולא זו בלבד שהיא פועלת להנצחת יחסי כוח בלתי שוויוניים בחברה, אלא שהיא מזיקה בעיקר בכך שהיא חותרת תחת היכולת של הפרטים בחברה לעצב בעצמם את מרחב החיים הציבורי. נזק זה מתבטא לא רק ביצירתם של פערים משמעותיים בנגישותם של פרטים בחברה לטובין חברתיים, אלא גם, ובעיקר, עולה כדי פגיעה של ממש בעצם האפשרות של אותם פרטים לעצב בעצמם את הכללים המסדירים את הנגישות לטובין החברתיים. הפגיעה המסתמנת, אם כן, אינה רק פגיעה בשוויון, אלא אף פגיעה באוטונומיה ובכבוד של פרטים מסוימים בחברה, וכן בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה ושל שלטון החוק."

אכן, גם במשפט הפרטי והעסקי קיימת שורת עקרונות שתכליתם להבטיח את הגינותו של השוק. כזה הוא, למשל, העיקרון הקובע כי יש להתנהל על פי חובת תום הלב, או החובה לנהוג בשוויון ובלא הפליה, גם במתן שירותים מסוימים בשוק הפרטי.⁷⁸ ואולם, לטענתנו, אין בכך די. דוגמה לקוצר ידה של תפיסת ההוגנות המתבטאת בהחלת עקרונות השוויון ותום הלב במסגרת המשפט הפרטי, שיש לה אומנם ערך רב, אך לטענתנו אין בה די כדי לחולל שינוי של ממש ביחסי הכוחות החברתיים, היא עמדת בית המשפט בפרשת אפרוחי הצפון.⁷⁹ הדין בפסק הדין שם נסב סביב השאלה מתי ובאילו תנאים מצדיק מימון דק את הדחיית חובם של בעלי מניות בחברה, התובעים את החברה בנושים. בית המשפט הגיע למסקנה כי ניתן להדחות את פירעון חובם של בעלי המניות, וביסס את מסקנתו על שורת נסיבות חריגות שהתקיימו באותה פרשה. כך, מן הנתונים שהובאו בפני בית המשפט עלה כי לא הייתה במבנה ההון העצמי של החברה כרית ביטחון כלשהי להבטחת פירעון חובות החברה לנושים, וכי הרווחים שנצמחו לחברה בשנה הראשונה הועברו בחלקם לבעלי המניות במזומן, ובחלקם יוחסו להם כהלוואות בעלים. בנסיבות ניהול כאלה, קבע בית המשפט, "יש להתייחס להלוואות הבעלים כהשקעה הונית, ולהשעות את פירעון הלוואות אלה לבעלי המניות עד לאחר פירעון מכלול החובות לנושים החיצוניים. בהתנהלות החברה נפלו עוד פגמים מובנים רבים שנכרכו בניגוד עניינים עסקי ואישי, המחזקים את המסקנה לפיה ניהול החברה במימון דק היווה ניהול עסקי לא ראוי". התנהלותו של התאגיד, שכללה את הפרת חובת תום הלב ופעולה בחוסר הגינות כלפי הנושים, הובילה אפוא את בית המשפט שלא לאפשר לבעלי המניות להיפרע בנושים ודחתה את פירעון חובם עד שייפרעו החובות כלפי הנושים האחרים. בהתאם, בית המשפט מצהיר כי "בעידן האחרון, מתאפיין התאגיד העסקי 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". פסק הדין השיב אפוא את הסדר על כנו – ולא אפשר לבעלי המניות, שנהגו בחוסר תום לב ובאופן שאינו הגון כלפי הנושים האחרים, ליצור לעצמם קדימות בפירעון חובם. הגם שזוהי התוצאה הראויה, ודבריו של בית המשפטם ראויים וצודקים – כלל אין זה ברור שיש בהם יותר מאשר אכיפת החובה לנהוג בתום לב. הם אינם משקפים התחשבות מבנית בעניינם של קהלים נוספים, שותפים (במובן הרחב) לחברה, ואינם מביאים בחשבון את פגיעותם, את השקעתם (בעבודה, למשל), או את טיב הקשר שקשרו עם החברה. טענתנו היא כי על מנת שיתחולל שינוי של ממש ביחסי הכוחות בין הקבוצות השונות בחברה, ועל מנת שענייניהם של קהלים אחרים יובאו בחשבון באופן רצוף ואמיתי – לא די בחיוב קברניטי החברה בחובת תום הלב וההגינות, משל היה מדובר בחוזה רגיל. לשם יצירת שינוי של ממש נדרש להטיל על החברה את החובה להביא בחשבון, באופן שוטף, את השפעות פעילותה על הזולת: עובדים, נושים, הקהילה שבה היא פועלת והסביבה.

78 ראו, למשל, את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

79 ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1) 549 (2009).

שילוב של ערך האחריות במשפט יבטא את המעבר הנדרש משיח של ערכים "מתירים", החפים מכל תוכן אתי פוזיטיבי ואשר יש בכוחם להבטיח הוגנות במסגרת המצב הקיים בלבד, אל עבר ערכים אקטיביים יותר של התחשבות בזולת ותפיסתו כשותף למרחב הציבורי כעיקרון הכרחי של החיים בדמוקרטיה מודרנית, קל וחומר בכזו המתמודדת עם משבר רב-ממדי עמוק, כפי שהוסבר לעיל.

לשם יצירת השינוי התפיסתי הנדרש, אנו סבורים כי יש להעביר את מרכז הכובד של הדיון המשפטי מן הזכויות שיש לתאגידים כגופים בעלי עוצמה אל עבר אחריותם לסביבתם, אשר ממנה נגזרות חובותיהם כלפי החברה שבתוכה הם פועלים. שינוי זה נדרש ביתר שאת כתהליך מקביל להרחבת הזכויות המשפטיות שלה זוכים התאגידים – ובעיקר הזכויות החוקתיות המתפרשות בשנים האחרונות כחלות גם על תאגידים, ולא רק על בני אדם.⁸⁰ העמקת מעגל הזכויות החוקתיות של התאגידים מחייבת, לטענתנו, לתבוע גם חובות, ואחריות משמעותית יותר, מגופים אלה. במובן זה, אנו רואים באחריות אמת מידה בעלת כוח טרנספורמטיבי, המבטאת את ההבנה כי על הגופים שהם בעלי הכוח לקבוע את כללי המשחק החברתיים מוטלת החובה לוודא כי הם עומדים במשימה זו, לטובת הטוב החברתי המשותף.

2. הפרשנות הראויה של סעיף 11: פרשנות לאור עקרון האחריות

לטענתנו, אם כן, יש לקרוא את עקרון האחריות אל תוך חוק החברות כעקרון יסודי המזין את הפרשנות הראויה של חוק זה. על פי תפיסה זו, חוק החברות הוא חלק ממארג של חקיקה במדינה דמוקרטית, והוא אינו מהווה – וגם אסור שיהווה – אי שתכליתו היחידה היא לתמרץ פעילות עסקית ולפעול להשאת רווחי קבוצה אחת, היא בעלי המניות. התאגיד, כמו גם החוק המסדיר את פעילותו, הוא "יצור החי בסביבתו". ככזה, על התאגיד לנהוג באחריות כלפי הסביבה שבה הוא פועל ולהבטיח שהשפעתו עליה אינה השפעה מזיקה. כך יש להבין את חוק החברות כולו, וכך יש לקרוא גם את סעיף 11 לחוק, העוסק בתכליתה של החברה העסקית. אכן, התכלית המובהקת של התאגיד היא אומנם תכלית כלכלית להשאת רווחים – אך מטרה זו אינה מטרה יחידה, אשר הודפת מעל דרכה כל ערך אחר ואשר כל האמצעים כשרים להשגתה. יש לפרש את החוק, ואת סעיף 11 בפרט, באופן המונע התנהלות מזיקה זו.

עוגן לשוני חשוב לפרשנות שאנו מציעים נעוץ במושג "רווחים" (בתיבה "להשאת רווחיה" בלשון הסעיף). אנו סבורים כי פרשנות סעיף 11 על פי עקרון האחריות מחייבת לייחס משמעות מרחיבה יותר למושג הרווחים שאליו מתייחס הסעיף. על פי הפרשנות המוצעת, בתיבה "רווחים" ("להשאת רווחיה") אין לקרוא רק רווח כלכלי צר, הנמדד בשורת הרווח החשבונאית בטווח הקצר, אלא יש לפרש רווח במובן העשיר והמורכב יותר של המילה. פירושו זה מחייב התייחסות לרווח הנמדד לא רק בכיסה של החברה, אלא גם ברווח המתבטא, למשל, באיכות

80 ראו למשל עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" קריית המשפט ח 107 (2009). לדיון בסוגיה זו במשפט האמריקני ראו Ronit Donyets-Kedar, *Challenging Corporate Personhood Theory: Reclaiming the Public*, 11 LAW AND ETHICS OF HUMAN RIGHTS 61 (2017).

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

החיים של העובדים, בביטחונם ובתחושת השייכות שלהם; בהגינות כלפי הנושים; ובאחריות כלפי החברה בכללותה, על קהילותיה השונות ועל הסביבה הפיזית. ביטוי מעשי לפרשנות זו עשוי להיות כי החצנה של עלויות, המוסיפה אולי "רווח" במובנו הצר, המוניטרי, לחברה, אך פוגעת באופן אחר במי ממחזיקי העניין שלה – על דרך של חוסר שקיפות, של קיפוח, של התעלמות או זלזול בכבודם ובתכליות חייהם של קהלים שונים – אינה מקיימת את אמת המידה של "השאת רווחיה של החברה".

הפרשנות שאנו מציעים למושג ה"רווחים" בסעיף 11 אינה רק פרשנות ראויה – בעיקר במציאות של ימינו, שבה יותר קהלים זקוקים להגנה מפני התנהלות בלתי אחראית של תאגידים המכוונים אך ורק למקסום הרווחים הכלכליים – אלא גם עשויה ליישב את המתח שבין שתי הגישות המוצאות ביטוי בסעיף 11. אכן, בעוד שהגישה השמרנית, הקוראת למקסום רווחי בעלי המניות, מציבה יעד יחיד וחותר למנהלי החברה, קוראת הגישה הרחבה דווקא שלא לפעול על פי אמת מידה יחידה, אלא לשקול את ענייניהם של מגוון רחב של קהלים. פרשנות רחבה לתיבה "רווח" עשויה לפתור מתח זה מתוכו: קברניטי החברה מחויבים אומנם להשיא את רווחיה של החברה, אך אלה אינם מתמצים ברווח כספי בלבד ואינם אמורים להימדד רק בטווח הקצר.

זאת ועוד: פרשנות זו נתמכת בעקרונותיה של הפרשנות התכליתית, שהיא שיטת הפרשנות הדומיננטית במשפט הישראלי. על פי עקרונות הפרשנות התכליתית, על הפרשן להגדיר, ראשית, את מתחם האפשרויות הלשוניות, ובשלב השני, לבחור מתוכן את המשמעות המשפטית, דהיינו הפרשנות שמגשימה בצורה טובה ביותר את תכלית החוק. בתהליך זה, לא מתחם הפרשנות הלשוני ולא הפרשנות המשפטית קופאים על שמריהם: בדומה לתכלית החוק עצמה, המשתנה על פי העיתים, גם מתחם הפרשנות הוא דינמי ומשתנה, בהתאם למציאות, לערכים הנוהגים בחברה ולאיינטרס הציבורי. לאור השינויים שתיארנו בחלקו הראשון של המאמר, הגיעה השעה, לטענתנו, לצקת את התוכן המוצע – רווח במובן הרחב, העשיר, מכוון-קהלים – בפרשנות הביטוי "רווחיה".

כפי שראינו, אם כן, לשון החוק מאפשרת פרשנות מרחיבה, כזו הקובעת כי ניתן להתחשב בענייניהם של קהלים שונים במסגרת קבלת ההחלטות בחברה. עד כה הצבענו על כך שפרשנות עשירה יותר למושג רווח עשויה להיות צעד פרשני בכיוון הנכון. כן הצענו כי במקרים מסוימים יש לפרש את הביטוי "רשאי" כביטוי המטיל חובה.⁸¹

מבחינה מעשית, עם זאת, השאלה באילו מקרים ראוי, ואף ישנה חובה כאמור, לשקול את ענייניהם של קהלים נוספים נותרת בעינה. השורות הבאות יוקדשו לניסיון לשרטט קווים לדמותה של אמת המידה לעיקרון המשפטי של אחריות, שממנו נגזרת החובה לשקול גם את שיקוליהן של קבוצות אחרות, החורגות מבעלי המניות והרווח הכלכלי שלהם.⁸² בין אלה נמנה

81 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 57.

82 לפיתוח ראשוני של הפרמטרים בוני-האחריות, שחלקם יוצג להלן, ראו דוניץ קידר, לעיל ה"ש 4. ראו גם את הדיון אצל רחמים, לעיל ה"ש 52.

את מרכזיותו של התאגיד בחיי החברה והכלכלה; את כוחו למנוע נזק מאחרים, החשופים להתנהלותו הפוגענית; ואת מידת ההנאה שהתאגיד מפיק מפרקטיקות פוגעניות. אחד השיקולים המרכזיים שיש לשקול בקביעת מידת אחריותו של התאגיד לקהלים אחרים הוא מהו טיבו של הקשר המתקיים בין התאגיד לציבור שבקרבו הוא פועל. לטענתנו, ככל שהתאגיד מרכזי יותר במרחב הציבורי, וככל שהקשרים שהציבור מקיים עם אותו גוף הם ענפים יותר, כן תגבר מידת האחריות שיש לייחס לו באשר לאותם קהלים. כך, למשל, תאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים שסקרנו בחלקן הראשון של המאמר, תאגידי אשר תכופות מהווים את השער לעולם עבור רבים מן המשתמשים בהם, הם בעלי נוכחות המצדיקה הטלת אחריות מן הסוג שאנו מבקשים לקרוא אל תוך סעיף 11. כאשר פעילותה של חברת פייסבוק, למשל, מסכנת את פרטיותם של המשתמשים, או מטה באופן שאינו סביר את מידת החשיפה שלהם למידע המוצג בפניהם כחדשות, מוטלת עליה חובה – ולא רק אפשרות – לשקול גם את ענייניהם של המשתמשים בעת התוויית המדיניות של החברה. השפעתה העצומה של פייסבוק על ההליך הדמוקרטי, כפי שנגלתה בפרשת "קיימברידג' אנליטיקה" שנדונה לעיל, למשל, חושפת את ההכרח בהטלת חובות הנגזרות מאחריות.

פן נוסף בגיבוש תפיסת האחריות כעיקרון משפטי הוא הכוח למנוע את הנזק. פעמים רבות ניתן למנוע נזק לציבור רחב באמצעות פעולה יחידה של תאגיד גדול – פעולה שהשפעתה על מניעת הנזק גדולה לאין שיעור מכל פרקטיקה צרכנית שעשויה להינקט בידי קהל הצרכנים. הכוח לחולל שינוי מטיל את האחריות לנהוג כך בפועל. מאחר שפעמים רבות היכולת לחולל שינוי מעשי אכן טמונה בשינוי התנהלותם של התאגידי הגדולים עצמם, יש היגיון רב ביישומה של התפיסה האמורה גם בגיבושו של מושג האחריות שהמאמר מציע. כך, למשל, מעבר לאופנים "ירוקים" של ייצור מוצרים מסוימים, תכנון מוצרים אלקטרוניים כך שלא ייצרו פסולת אלקטרונית מיותרת או מעבר לייצור מקומי, החוסך עלויות שינוע הרסניות לסביבה, הם מסוג הצעדים שעשוי להיות מקום לחייב תאגידי לנקוט אותם, באמצעות סעיף 11, ולא להותירם לפעולה וולונטרית מצידם. במובן הזה, גם אם לא יהיה במעבר כזה לשאת רווח כספי קצר מועד לתאגיד, בהחלט יהיה בו רווח במובן הרחב יותר, הן לחוסנן של הקהילות המרכיבות את מחזיקי העניין של התאגיד והן לשמירה על איכות הסביבה. על תובענות בנושאים אלה להישמע ולהידון. על תאגיד שבוחר לפעול באופן פוגעני כלפי הסביבה, למשל, כאשר יש בכוחו להימנע מכך, גם במחיר של הקטנה מסוימת של רווחיו הכספיים בטווח הקצר, להביא בחשבון את "רווחיה של הסביבה" – שיתאפשרו אם ינקוט דרך התנהלות אחרת. דוגמה להתנהלות כזו היא החלטתה של חברת התעופה KLM להציע ללקוחותיה רכבת בין אמסטרדם לבריסל, כחלופה ירוקה יותר לטיסה שקיימה בקו זה.⁸³ למרות אובדן הרווח הכספי הכרוך בביטול טיסה יומית, ההחלטה להמיר טיסה בין שני היעדים בכרטיס רכבת משקפת הן את נוסחת הרווח במובן הרחב: לסביבה, לחברה בכללותה, ואולי גם לתאגיד

83 איתן לשם "חברת התעופה שממש לא רוצה שתטוסו, עד כדי המרת טיסות לרכבות" הארץ – טיולים (19.10.2019) www.haaretz.co.il/travel/1.7900704

דיני החברות בישראל: משיח של תכלית לשיח של חובות ואחריות

עצמו בטווח הארוך; והן את המשמעות הרבה שיש להחלטה של תאגיד המצוי בעמדה שיש בה לחולל שינוי.

כמבחן משלים בשאלה מתי יש לחייב את התאגיד להביא בחשבון שיקולים הנוגעים לקהלים נוספים, החורגים משיקולי הרווח הכלכלי של בעלי המניות, אנו סבורים כי יש להתחשב גם במידת ההנאה שהתאגיד מפיק מהתנהלותו הפוגענית. ככל שתאגיד נהנה מקיומן של פרקטיקות בלתי הוגנות, כך עליו לשאת בעלויות הנוגעות לתיקונן. דוגמה למצב כזה היא כלכלת הביג-דאטה, שבמסגרתה חברות הענק כורות באופן רצוף היקפי מידע עצומים על המשתמשים באתריהן ומוכרות אותו לכל המרבה במחיר. זאת, לעיתים, תוך הפרת הזכות לפרטיות של ציבור המשתמשים ובאמצעות יצירת סביבה המושכת את המשתמשים לשהות זמן ממושך ככל האפשר באתרי החברות. העובדה כי מקור הרווח הכספי של תאגיד מסוים נובע משימוש בפרקטיקה מזיקה מעין זו מהווה בעינינו אינדיקציה לכך שמוטלת עליו החובה להתנהל באופן פוגעני פחות.⁸⁴ דוגמה נוספת לשיקול זה היא תאגידי המזון: כאשר המוצרים הנמכרים ומשווקים על ידיהן מכילים ערכים גבוהים של סוכר ונתרן, למשל, הפוגעים בבריאות הצרכנים, ייתכן שיש מקום לתבוע מחברות אלה לא רק סימון בולט יותר של המוצרים הללו כפוגעים בבריאות, אלא אולי אף חובה לפתח מוצרים בריאים יותר, שגם אם יניבו רווח קטן יותר במובן הכלכלי, הרווח הבריאותי-כלכלי-חברתי לצרכנים יהיה משמעותי. גם כאן, העובדה כי מקור הרווח של התאגיד טמון בפרקטיקה מזיקה (במקרה הזה: שימוש בחומרים ממכרים ושאינם בריאים כמו סוכן ונתרן) עשויה לשמש אינדיקציה לכך שמוטלת על התאגיד חובה למצוא דרכים מזיקות פחות לייצר רווח כלכלי.

בנוסף, יש להניח כי יישומו של מבחן זה עשוי לא רק לאפשר את תיקונה של פגיעה שכבר נוצרה, אלא אף להשפיע מראש על אופן ההתנהלות של קברניטי החברה מראש. ההיגיון העומד בבסיסו של מבחן משלים זה עומד גם ביסודה של הדרישה להטיל אחריות על תאגידיים במקרים שבהם התנהגותם כוללת את החצנת עלויותיה האמיתיות.

ה. סיכום

הטענה המרכזית במאמר היא כי בחלוף עשרים שנה מאז שנחקק חוק החברות החדש, לא עלה בידו של החוק, ושל סעיף 11 בפרט, לחולל שינוי משמעותי בדיני התאגידיים בישראל ביחס לסוגיית תכלית החברה העסקית. לא בתי המשפט, ואף לא תובעים פוטנציאליים, עשו בחוק

84 ראו בעניין זה את נאומו של השחקן סשה ברון כהן בפני הליגה נגד השמצה, שגינה את המדיניות של פייסבוק לאפשר פרסומת באורך של עד שלושים שניות מבלי לבחון את מהימנותה. לדברי כהן, אימוץ מדיניות זו בשנות ה-30 היה מוביל את פייסבוק להפיץ גם את נאומיו האנטישמיים של היטלר. מדיניות זו היא דוגמה מצוינת למצב שבו על קברניטי החברה היה לשקול לא רק שיקולים של הכנסות כספיות בטווח המידי, אלא גם שיקולים של מהימנות המידע וההליך הדמוקרטי. "סשה ברון כהן נגד צוקרברג: בשנות ה-30 היה מאפשר להיטלר לפרסם מודעות על 'הבעיה היהודית'" גלובס (22.11.2019) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001308221

שימוש על מנת לחייב תאגידים בהתנהגות אחראית יותר כלפי קהלים שונים שבאים עם התאגיד במגע ומושפעים ממנו ברבדים רבים של חייהם.

לאור התהליכים הגלובליים, ובראשם התעצמותם של התאגידים והנסיגה המקבילה בכוחה של המדינה, כמו גם על רקע הופעתם של תאגידי הפלטפורמה האינטרנטיים אשר ביכולתם לשנות מן היסוד את כללי המשחק הדמוקרטיים, וכן על רקע התעצמותם של משברים גלובליים דוגמת משבר האקלים ומשבר הקורונה – הולך ומתבהר כי על העולם המשפטי ליצור מנגנונים חדשים להתמודדות עם שינויים אלה. כפי שהראינו, הקהלים הזקוקים להגנה מפני כוחם הגובר של התאגידים, המונעים על ידי רווח בטווח הקצר, הולכים ורבים, והפגיעה בהם הולכת ומעמיקה.

לאור קוצר ידו של שיח תכלית התאגיד להביא לשינוי בתפיסה של גוף מרכזי זה, המאמר קורא להמיר את שיח התכלית בשיח של אחריות. במסגרת זו, אנו טוענים כי יש לראות באחריות עיקרון משפטי מחייב, שיש להחילו במשפט הפרטי והציבורי כאחד, ולקרוא אותו אל תוך דיני התאגידים כולם, ובהם גם אל סעיף 11. כעיקרון משפטי, יחייב עקרון האחריות שאנו קוראים לפיתוחו וליישומו התייחסות למכלול החובות שיש לגופים הפועלים במרחב הציבורי ומעצבים אותו כלפי קהלים השונים, שהתנהגותו של הגוף האמור משפיעה עליהם. בהקשר של דיני התאגידים בכלל, וסעיף 11 בפרט, יאפשר העיקרון האמור לצקת תוכן של ממש בתפיסה הרואה בתאגיד העסקי גוף שיש לו השפעה מהותית על עיצוב המרחב הציבורי ולהטיל עליו חובות שיהוו משקל נגד להתדלדלותו של כוחו של הציבור להשפיע על חיו.

בפרשת אפרוחי הצפון, שנדונה לעיל, מתייחס בית המשפט העליון לשינויים שחלו בתקופה האחרונה בתפיסת התאגיד, ומצהיר כך: "בעשורים האחרונים התפתחו תורות חברתיות, כלכליות ומשפטיות המבקשות ליצור סינתזה בין גורמי היעילות והתועלת של הפרט ושל התאגיד העסקי, לבין ערכי האתיקה והמוסר ביחסים בין בני אדם כפרטים וכתאגידים, ובינם לבין השלטון. עקרונות של צדק והגינות מהווים כיום חלק אינטגרלי מהמשפט הפרטי, וניטעו עמוק בדיני החוזים ובדיני התאגידים כאחד".⁸⁵ טענתנו במאמר זה היא כי הגיעה השעה ליצוק בקביעה זו משמעות משפטית-אופרטיבית.

85 עניין אפרוחי הצפון, לעיל ה"ש 79.