

הערות על הקשר בין בעיית היסוד בדיני התאגידים, חקיקה צרכנית וחוזים אחידים

מאת: ד"ר עלי בוקשפין*

הקדמה

בפסק-הדין בעניין קרן גימלאות של חברי אגד¹ הוכרה לראשונה תחולתו של חוק החוזים האחידים על תקנונה של אגודה שיתופית. ברשימה זו ברצוני להציע כי התופעה של התעצמותם הכלכלית והחברתית של תאגידים רבים במהלך מאה זו, אשר כתורה יצקה איפיון חדש וחלש לזכות הבעלות של החבר בחברה, אכן מצדיקה ומתאימה לתחולה עקרונית וחופפת של חוק החוזים האחידים על דיני התאגידים ובמיוחד על אלו המסדירים אותם תאגידים אשר ניירות הערך שלהם מפוזרים ונסחרים בצבור (להלן חברות ציבוריות).²

בשורות הבאות אנסה לשכנע בכך כי ראייה צרכנית כמובנה הרחב, אשר חוק החוזים האחידים משתייך אליה,³ מאפיינת ממילא כיום את הדין המצוי העוסק בחברות הציבוריות ומתבקשת גם מזוניתוח התאורטי המקובל של דיני החברות, ניתוח המתרכז בתופעת ההפרדה של הבעלות מהשליטה, הנובעת מהתעצמותם של תאגידי הענק. ברוח זו נראה כי ניתן לאתר בפסק-הדין בעניין אגד זרע להשקפה הרמונית המקשרת דוקטרינות חזיות, צרכניות ותאגידיות, מקום בו מצדיקה נקודת מבט מהותית התייחסות חדשנית ו"צרכנית", המכירה באנכרוניזם של הסיווגים הקנייניים והחוזיים המסורתיים בהקשר לבעלי המניות בחברות הציבוריות.

- * המרכז הבינתחומי – הרצליה. מפאת אילוצי המועד לפרסום הרשימה ובהירות הטענות, מובאים הדברים כאופן קצר ותקווחי כי גם לעניין, על אף שהקשרים רבים ברשימה זו – אשר על חלקם נרמז בגוף הרשימה ובהערות השוליים – ראויים לפיתוח והרחבה.
1. ע"א 1795/93, 1831/93 קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב (טרם פורסם) (להלן עניין אגד).
 2. על הטרנספורמציה שחלה בזכות הקניינית הקלאסית בעקבות ההתפתחות התעשייתית בהקשר לבעלות כמניות בחברות צבוריות, ראו M.J. Horwitz *The Transformation of American Law 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford University Press, 1992) 166.
 3. ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100: "חוק החוזים האחידים הינו חוק צרכני במובן הרחב של מושג זה. מטרתו המוצהרת (בסעיף 1 לחוק) הינה 'להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים'. כבואו להגשים מטרה זו נקט המחוקק הגדרות רחבות לביטויים השונים המופיעים בחוק ומאפשרים הפעלתו לגבי קשת רחבה של מקרים, המאופיינים בפערי המיקוח הגדולים שבין הצדדים לחוזה האחיד"; כן ראו דברי ההסבר לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (משרד המשפטים, תשמ"ד) 13. למול גישה זו עומדת גישתה של פרופ' שלו אשר אינה רואה אמנם בחוק החוזים האחידים חוק צרכני רגיל, אך בדומה לעמדת רשימה זו, מצרדת אף היא בתחולתו העקרונית הרחבה של החוק ("אכן, חוק החוזים האחידים אינו חוק צרכני רגיל. הוא מיועד להגן על כל צד חלש לחוזה אחיד, ולא רק על צרכן... חוק החוזים האחידים מגן על כל מי שמתקשר בחוזה אחיד, בכל סוג של פעילות משקית ולכל מטרה שהיא" (ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה) 612 (ההדגשות נוספו)).

רשימה זו סבה אך על ניתוחו של הדין המצוי ומתעלמת מהויכוח הקיים אם מידות אלטרואיזם, פאטרנליזם והתערבות כופה, הם רצויים בדיני החוזים בכלל ובדיני התאגידים בפרט.⁴ עם זאת, טענתי היא כי נקודת המוצא העיונית הנוכחית בדיני החברות הציבוריות, כמו גם בדין המצוי, עוסקים ממילא בכשלים המוסדרים ברגיל במסגרת הדין הצרכני המניח יתרון של צד אחד אשר מטיל עליו לדאוג גם לאינטרס של הצד ה"נחות" הנוטה לסמוך עליו.⁵ לפיכך, ניתן להניח כי ראייה עקבית, המדגישה מהות על-פני הצורה, תצדד בהרחבת הלכת אגד אל מעבר לאגודות שיתופיות דווקא על חברות ציבוריות בהן התכונות ה"צרכניות" של בעל המניה מובהקות יותר ובאות לידי ביטוי בניכור הקיים בין בעלי המניות לנציגיהם ובנחיתותם של הראשונים ככל הנוגע למומחיות, מידע, תמריצים וכושר מיקוח.⁶ הרחבה כזו הולמת את מעמדו של בעל המניה הרוכש את מנייתו (וזכויותיו וחובותיו החוזיות בהתאם) בשוק בלתי-פרסונלי כשוק ההון, מחד גיסא, ואת הבסיס הרעיוני העומד מאחורי חוק החוזים האחידים אשר הינו "יתרונו של הצד המנסח, שבו הוא עשוי להשתמש לרעה, והעדר יכולת מעשית של הצד השני להשתתף בקביעת תנאי החוזה (העדר חופש עיצוב)", מאידך גיסא.⁷

על בעיית היסוד של דיני החברות ואופיו הצרכני של בעל המניה

תופעת ההפרדה של הבעלות מהשליטה בחברות החלה בצורה משמעותית בסוף המאה ה-19 בארצות-הברית עם התפתחות מסילות הברזל והטלגרף, אשר הובילו להתרחשותה של "המהפיכה התעשייתית השנייה" אשר כללה את התעצמותם של

4. לניתוח הרגול בהשקפה ריספוחיטיבית בדרך כלל לדיני החברות הציבוריות, ראו F.H. Easterbrook & D.R. Fischel *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard, 1991). ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק החברות, חשני"ו-1995. כוס, כאן יש לזכור כי הצעת חוק החברות מותירה תחומים קוגנטיים נרחבים, וכמיוחד ככל שעסקינן בחברות ציבוריות. כך הם הפרקים בהצעה העוסקים בחובות האמון, עסקאות רכש והצבעות על-ידי שלוח. בנוסף, אין הצעת חוק החברות משנה את הדין הקוגנטי והפילי המוחל על חברות ציבוריות מכח דיני ניירות הערך. במסגרת רשימה זו אין מתקיים דיון בשאלת התאמתם של דיני הצרכנות לדיני החוזים. עם זאת אציין כי ראיית רעיון ה"אמון" כתאוריית-העל לדיני החוזים יכולה לשמש ככלי מסביר עקבי לקיומה של חקיקה צרכנית קוגנטית בדיני החוזים, אשר נתפסים כדינים מרשים בדרך כלל. התעצמותם הכלכלית של גופים עסקיים וניכורם למתקשר הנחות מהם מבחינה אינפורמטיבית וכלכלית מסבירים את הצורך בהתערבות קוגנטית (שהרי גם התנאה עליה חשודה בהעדר הסכמה מלאה) מאזנת, בשם הרעיון לשמירת האמון במצבים חוזיים בהם התמריץ לניצולו והפרתו גדולים. ראו ע' בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתאוריית על לדיני החוזים ועל עקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בדיני החוזים בראי פסיקתו של הנשיא מאיר שמגר" (הוצג בכנס לדגל 25 שנים לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת תל-אביב, נובמבר 1997, ועומד להתפרסם בקרוב).

5. ד' פרידמן ג' כהן חוזים (תשנ"א) פסקה 3.6, בע' 51.

6. למרות הסתייגותו של השופט אנגלרד לעניין תחולת חוק החוזים האחידים בהקשר של רכישת מניות תאגיד מסחרי בשוק ההון (ע' 10-11 לפסק-דינו).

7. הציטוט לקוח מר' פרידמן וג' כהן, לעיל הערה 5, פסקה 3.5, בע' 51.

תאגיד הענק והתפתחות שוק ההון.⁸ תופעה זו אשר נסקרה בסיפרם הידוע של Berle & Means משנת 1932,⁹ מיקדה את הניתוח התאגידי בהשקפה על בעל המניה כנטול השפעה ושליטה על הנעשה בנכסיו, הן בשל הקושי והסירבול האינהרנטיים בניהול עסקים דינמיים באופן קולקטיבי והן בשל מערכת התמריצים האישית שלו. מהשקפה קניינית קלסית, המשלבת בין זכות הבעלים לתזרים המזומנים וזכותו לשלוט על הנכס אשר בבעלותו, הוסטה נקודת המבט לקשיים הנובעים מהפיצול הבלתי-נמנע בין שני רכיביה האמורים של הזכות הקניינית הקלסית ואובדן איפיון השליטה, ככל שהדברים אמורים בזכותו הקניינית של בעל המניה הפסיבי בחברה הצבורית.¹⁰ ברוח נושא רשימה זו ניתן לומר כי ההתייחסות לבעל מניה בחברה ציבורית דומה מאד לסיווגו כצרכן הנותן את הונו לנושאי המישרה בחברה, אשר בתורם מספקים לו שרותי ניהול ותשואה על השקעתו. מאחר וזכותו של בעל המניה הטיפוסי להשפיע על מהלכי התאגיד נגזרת משיעור החזקתו בכח ההצבעה ומאחר ולרוב שיעור החזקה זה אינו משמעותי, הרי שהשפעתו ושליטתו המעשית של בעל המניה על הנעשה בתאגיד "שלו", לרבות כוחו לשנות ולקבוע את הקבוע בתקנון, הינו נומינלי וטקסי גרידא.

יש האומרים כי המילה "שליטה" מתאימה לדיני החברות כולם ומצדיקה אותם. חברה אשר, לפחות כיום, הינה בהגדרה גוף שאינו בבעלותו המלאה של יחיד, מעוררת באופן בלתי-נמנע הפרדתה של הבעלות מן השליטה, וממילא פוטנציאל לעיוות בהחלטותיו של הנציג השולט. התופעה של הפרדת הבעלות מהשליטה (המוכרת גם כתור "בעיית הנציג") הולידה תלייתים של ספרות משפטית וכלכלית אשר איתרה את הקונפליקטים הנובעים מהתמריצים של בעלי השליטה ("הנציגים") להיטיב עם עצמם על חשבון ה"בעלים" הפאסיביים אשר אינם מעורבים בשליטה. כיוון שאין לנציגים השולטים במנגנון קבלת ההחלטות של התאגיד וכנסיו בעלות טוטלית עליו, אין הם סופגים בכיסם את מלוא העלות הכרוכה בהחלטותיהם הרשלניות או החלוקתיות. לפיכך, נעזרים נציגים אלו, במקרה הטוב, תמריץ כלכלי

8. A.D. Chandler, Jr. *The Visible Hand—The Managerial Revolution in American Business* (Harvard, 1977) 87: "Ownership and management soon separated. The capital required to build a railroad was far more than that required to purchase a plantation, a textile mill, or even a fleet of sheeps. Therefore, a single entrepreneur, family or small group of associates were rarely able to own a railroad. Nor could the many stockholders or their representatives manage it. The administrative tasks were too numerous, too varied, and too complex. They required special skills and training which could only be commanded by a full-time salaried manager. Only in the raising and allocating of capital, in the setting of financial policies, and in the selection of top managers did the owners or their representatives have a real say in railroad management"
9. A.A. Berle & G.C. Means *The Modern Corporation & Private Property* B (1991, originally published in 1932) J. & Meckling "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure" *J. of Financial Economics* (October, 1976) 305
10. ראה Horwitz, לעיל הערה 2, בע' 166.

אופטימלי לפעול למיקסום רווחיה של החברה. מלבד השפעה ושליטה על נכסי האחר יש במעשי השולט בחברה, ובמיוחד בזו הגדולה והעשירה, המעסיקה רבים ומייצרת ונוקקת למשאבים חברתיים רבים, השפעה כלל-חברתית. בעיית הנציג אך מוחרפת כאשר בצידה עומדת נחיתותם האינפורמטיבית והמקצועית, אדישותם הרציונלית והעדר כוח המיקוח והפיקוח של בעלי המניות ה"פסיביים" – מעין Win-win formula לנציגים. קיומו של מצב מובנה זה בו נתונים לאחד כח ושליטה על זולתו מסבירה ומצדיקה את התערבות המשפט בהגנה על בעלי המניות ה"פסיביים" מפני נציגיו.¹¹ ברור זו ניתן להבין ולהצדיק את הדוקטרינות השונות הפזורות בדיני החברות ודיני ניירות הערך אשר רובן ככולן באות להתמודד ולמזער את בעיית הנציג.¹²

בעוד שקיים קונסנזוס באשר לקונפליקטים המובנים בתופעת הפרדה של הבעלות מהשליטה בחברות ציבוריות, ניטש ויכוח לגבי מידת התערבותו הקוגנטית, אם בכלל, של הדין בתחום כלכלי זה, המתאים אולי יותר מתחומים אחרים לדיסונם ה"דארוויניסטי" של כוחות השוק ולעצמאות בחירתו של הפרט.¹³ עם זאת, נראה כי כיום, בצד הרטוריקה הדיספוזיטיבית המנשבת בתחום דיני החברות (כגון בדברי ההסבר בהצעת חוק החברות, תשנ"ו-1995), קיימים תחומים, המוסדרים בעיקרם על-ידי דיני ניירות ערך, בהם הדין המצוי, כמתגלה במיוחד בפסיקותיו האחרונות של בית-המשפט העליון בישראל, מרחיב את ההתערבות הקוגנטית ואף הפלילית בהקשרים של חברות ציבוריות תוך כדי הדגישו את החשש מפגיעה בציבור המשקיעים והאמון בשוק ההון.¹⁴ יתכן, כי ניתן להסביר את מגמת ההתערבות אשר ניכרת לאחרונה בבית-המשפט העליון בכל הנוגע לנורמות ההתנהגות של חברות ציבוריות בחשיבות הסוציו-אקונומית שבית-המשפט מייחס לפעילותם העסקית של חברות ציבוריות, חשיבותו של שוק ההון ומידת המעורבות והחשיפה של הציבור בכללותו, במישרין ובעקיפין, לסיכויים ולסיכונים הנוצרים על-ידי חברות אלו. איפיונים וחשיבות ציבורית כזו מעמידה את החברות הציבוריות תחת מערכת נורמות

11. ראו ע"א 817/89 קוסי נ' בנק פויכטוונגר, פ"ד לח(3) 253, בו הכיר בית-המשפט בחובות האמון של בעל מניות שליטה בהקשר למכירת שליטה לגורם חובל וזאת אף ללא הסתייעות במקור חקוק אלא ברעיון האמון הכללי שכן "כח ללא אחריות משול להפקרות" (שם), ובהמשך בע' 277: "עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה, הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כח ושליטה על זולתו".

12. ז' גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים "ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה" (תשנ"ז) 239.

13. ראה האמור בהערה 4 לעיל.

14. ראו התייחסותו המרחיבה והקפדנית של בית-המשפט העליון לעבירות הפליליות הנקובות בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, הוא החוק החל על חברות ציבוריות, בסדרת פסקי-דין מהתקופה האחרונה: הפרת חובת הגילוי – ע"פ 5734/91 מ"י נ' בנק לאומי, פ"ד מט(2) 4; רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם, ניתן ביום 9/6/97); תרמית בניירות ערך – ע"פ 8710/96 הלדשטיין נ' מ"י (טרם פורסם, ניתן ביום 18/12/97); ע"פ 2184/96 חרובי נ' מ"י (טרם פורסם, ניתן ביום 23/3/98); ע"פ 5052/95 ואקנין נ' מ"י, פ"ד ג(2) 64; שימוש במידע פנים – ע"פ 2576/93 מ"י נ' רוזנבלום (טרם פורסם, ניתן ביום 2/6/97); רע"פ 5174/97 קרן נ' מ"י (טרם פורסם, ניתן ביום 28/4/98). וכך גם בתחומים האזרחיים ניתנו פסקי-דין מרחיבים המדגישים את הצורך בהגנה על ציבור המשקיעים בניירות ערך עקב נחיתותם, עד כדי הרחבה של תחולת חוק ניירות ערך אף על חברות פרטיות, לעיתים: ע"א

מעין-ציבורית, בנוסף לזו הפרטית ובהתאם אינה עומדת בסתירה להתערבות קוגנטית ומרתיעה בדמותו של חוק החוזים האחידים.¹⁵ חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, אשר הינו חוק תאגידי לכל דבר ועניין,¹⁶ חל על חברות בהן בעיית הנציג חריפה במיוחד, דהיינו חברות ציבוריות (ואף במקרים מסוימים גם על חברות פרטיות, המאופיינות בזיקה מהותית לחברות ציבוריות). חוק זה מבטא את עמדתו של הדין המצוי, הרואה כמשקיעים בחברות ציבוריות מתקשרים חוזיים נחותים וטעונית-הגנה. למעשה, ניתן להשקיף על חוק ניירות ערך, ביישומו ופרשנותו כיום, כחוק צרכני ספציפי לכל דבר ועניין, אשר אין בו כדי לשלול את תחולתם העקרונית והחופפת של חוקי הצרכנות הכלליים, דוגמת חוק החוזים האחידים. אדרבא, כיוון שלחוק ניירות ערך יש הרבה מן המשותף לרעיון העומד בבסיס חוק החוזים האחידים, וכיוון שחוק ניירות ערך סב על עסקאות חוזיות במהותן, אין כל טעם שבדין, בהגיון או במדיניות משפטית לשלול תחולה עקרונית של החוק הצרכני והחוזי הכללי ככל שהחוק הספציפי אינו מספק את מלוא הפתרונות.

הבה נחשוב על מעמדו של בעל מגיות הרוכש מנייתו בכורסה, ומערכת היחסים המשפטית הנרקמת בינו לחברה הציבורית. המדובר הוא במערכת יחסים חוזית אשר בה רוכש המניה, גם אם לבוש הוא בבגדים מחוייטים וללא עגלת קניות, מהווה הוא צרכן אשר זכות תביעתו מופנית כלפי הספק (החברה המנפיקה, בעלי השליטה ונושאי המשרה בה, האמורים לספק שרותי ניהול ותשואה בעבורו). עם רכישת המניה בכורסה לניירות ערך הופך בעל המניה לצד לתקנון, דהיינו לחוזה, מבלי שניתנה לו כלל הזדמנות לשאת ולתת לגביו.¹⁷ חוזה זהו זהו משותף לו ולעוד מאות ואולי אלפים כמוהו.

- 218/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 21/8/97); ע"א 5320/90 ברנוביץ' נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818; ע"א 4276/94 הבורסה לניירות ערך בת"א בע"מ נ' איגוד חברות ציבוריות הרשומות בכורסה (טרם פורסם, ניתן ביום 19/2/97); ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גיבור סבירינה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177; בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 24/9/97). מבין פסקי-דין אלה אדגיש את עניין ה"לדשטיין לעיל שמצא להרחיב את עבירת השוחד הפלילית אף על נושאי משרה בחברות ציבוריות מסוימות, ואת עניין ישקר לעיל אשר הרחיב את תחולת חוק ניירות ערך וסמכותה של הרשות לניירות ערך לתבוע גילוי נאות אף מחברות פרטיות כמצבים מסוימים, כשם שהגנה על ציבור המשקיעים והאמון בשוק ההון.
15. איפיון מעין-צבורי כזה מציב את החברות הציבוריות כמועמדות טיפוסיות לחילחולן של נורמות מהמשפט הצבורי כלפיהן (השווה: ע"א 239/91 חברת קדישא גשח"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464). ראו, לאחרונה, את החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 11) (נציגות לשני המינים בדירקטוריון של חברה ציבורית), תשנ"ח-1988, שנתקבל ביום 30/6/98 ואשר למעשה בא לקדם את ערך השוויון בין המינים גם בתחום החברות הציבוריות.
16. השוו סעיף 2 להצעת חוק החברות, תשנ"ו – 1995.
17. כאן תיתכן ההערה כי נדרשת הבחנה בין השווקים השונים בהן נסחרת המניה: השוק הראשוני בו עומדת החברה המנפיקה ביריבות חוזית ישירה עם רוכש נייר הערך, לעומת השוק המשני, בו עיסקאות המכירה והקנייה של ניירות הערך נערכות בין ציבור המשקיעים בינם לעצמם, מבלי שהחברה המנפיקה מהווה צד ישיר לעיסקה ותמורתה. בשלב זה די כי אציין שניתן להשקיף על העיסקה בשוק המשני כעיסקת המחאה של זכות, עיסקה היוצרת יריבות ישירה בין הנמחה לחברה המנפיקה, אשר ניסחה במוסדותיה המושפעים מנציגיה את אותן תקנון "אחיד". די בכך כדי להותיר את עילת התביעה מכת חוק החוזים האחידים גם למי שרכש מנייתו בשוק המשני.

ואכן, חוק ניירות ערך מערב אלמנטים מובהקים של חקיקה צרכנית, אשר בראשם המרת הכלל של "יזוהר הקונה" בכלל של "יזוהר המוכר", בעזרת חובות הגילוי המוגברות. איפיון זה, כפי שמופיע גם בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (סעיפים 2 ו-4 שבו), חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 (סעיף 3 שבו), סעיף 55 לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, תשמ"א – 1981, חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 (חובת המיפרט הטכני), מהווה אינדיקציה ברורה לפילוסופיה צרכנית. פילוסופיית ה"גילוי הנאות" והאמון המוגבר הקוגנטי, אשר הפרתו עולה במקרים מסוימים עד כדי עבירה פלילית, כמו גם אימוץ הכלל של "יזוהר המוכר" ואימוץ מנגנון התובענה הייצוגית, הם העומדים בבסיס חוק ניירות ערך, אותו חוק החל על מערכת היחסים החוזית/תאגידית המאפיינת את המשקיעים בחברות ציבוריות. וכך נאמר בהקשר זה על-ידי הנשיא שמגר בע"א 5320/90 ברנוביץ' נ' רשות ניירות ערך: "...התפתחות [של עקרון הגילוי הנאות שבבסיס חוק ניירות ערך- ע"ב] נבעה מהצורך במתן מענה למגמת הגידול בתאגידי ענק ולבעיות הנלוות לתופעה של פיזור הבעלות כמניית וניתוקה של הבעלות בחברה מהשליטה בה...התפתחותה של הכלכלה המודרנית העלתה את הצורך בגיוס הון על-ידי התאגידים באמצעות מכירת ניירות ערך לציבור. מכירת ניירות הערך לציבור שונה מעסקת מכר רגילה בכך שבדרך כלל אין מפגש פרסונאלי בין קונה למוכר. זו אף זו: להבדיל ממוכר רגיל, ניירות הערך הינם מצרך מסוג מיוחד בכך שהם תעודות אשר ערכן הריאלי (היינו ערך החברה שהן מייצגות תביעה כלפיה) אינו גלוי על פניהן (להבדיל משטר כסף, למשל); זאת בשעה שהנתונים בדבר הערך האמור מצויים בידי החברה ונגישים למנהליה ולבעלי השליטה בה... לפיכך, המירו דיני ניירות הערך את כלל המכר הבסיסי הידוע של caveat emptor ("יזוהר הקונה") בפילוסופיה של גילוי מלא מצדה של החברה-המוכרת"¹⁸ (ההדגשות הוספו).

ובהמשך מדגיש הנשיא שמגר את הקשר בין הגילוי לבין הספקת מידע נאות למשקיעים והרתעה מפוי התנהגות מניפולטיבית מצד ה"מוכר":
 "עיקרו של דבר, מקובל לראות את פועלו של הגילוי בשניים: האחד – הספקתו של בסיס מידע נאות למשקיעים, באופן המאפשר קבלת החלטות רציונאליות בנוגע להשקעותיהם; השני – הרתעתם של בעלי הכח בחברות

גישה זו מתבססת גם על דבריו של הנשיא שמגר בעניין ברנוביץ', בו חוייבה החברה בגילוי בשוק המשני מתוך השקפה כי הגיון של ההגנות שבחוק ניירות ערך מצדיק הכרה ביריבות של החברה ומוסדותיה כלפי סוחרים בשוק המשני החשופים לאותן אפשרויות ניצול כרוכשים בשוק הראשוני. ראה עניין ברנוביץ', לעיל הערה 14, בע' 834: "אין כל טעם שבהגיון או במדיניות לגרוע גריעה של ממש מן האלמנטים הטעונים גילוי ומהיקפה של חובה זו במועד בו החברה כבר בשלב השוק המשני... התשקיף הינו ארוע חד פעמי הנדרש רק לפני הנפקת ניירות ערך של החברה למסחר ויש לשמר ולהתמיד בקיום המנגנונים המקדמים אותה המטרה שבבסיס חובת הגילוי אף בכל מהלך הסחר המאוחר יותר בניירות ערך בכורסה לניירות ערך" (וראו גם דבריו בע' 839, שם).

18. שם, בע' 830.

ציבוריות מתרמית ומהתנהגות מניפולטיבית, תוך אפשרות פיקוח על פעולותיהם"¹⁹.

רטוריקה כזו משמשת גם להצדקת החקיקה הצרכנית ה"קונכנציונאלית"²⁰, ומובעת בדברי המבוא לה"ח החוזים האחידים שם נאמר כי "כיום כמעט אין עוד עוררין על הצורך בחוק חוזים אחידים כדי לאזן את אי השיוויון שבין הספק ללקוח מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח"²¹. והנה, ככל שאין עוררין על תחולה מקבילה של חוק החוזים האחידים, במקרים הנופלים בגדרו, על עיסקה צרכנית אשר חוק הגנת הצרכן חל עליה, או עיסקה בנקאית אשר חוק הבנקאות (שירות ללקוח) חל עליה, כך אין לשלול את תחולתו הכללית של חוק החוזים האחידים על עיסקה צרכנית, הגם שחוק ניירות ערך חל עליה. כל זאת, כמובן, בתלות בהתקיימות תנאיו של חוק החוזים האחידים.

בשולי הדברים אציין, כי כיום ניכרת המגמה להרחבת חובות הגילוי בהקשרים צרכניים. אף ללא היוזקות לחיקוקי הצרכנות הספציפיים אלא תוך הסתמכות ישירה על עקרון תום הלב בשלב הטרם-חוזי (סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). מעניין לציין בהקשר דיוננו כי המקרים המובהקים לכך הם מעורבות חוזית של תאגידי ענק אשר בשל עוצמתם, האמון הניתן בהם וחשיבותם הסוציו-אקונומית הרבה, מתגבש בהם אותו יתרון אשר החקיקה הצרכנית באה לבטלו.²² הטענה המובאת ברשימה זו וזיא כי לאור תופעת ההפרדה של הבעלות מהשליטה ומטרתו ההשקעית/צרכנית של רוכש נייד הערך בשוק בלתי-פרסונלי כשוק ההון, תקנונה של חברה ציבורית עונה גם עונה על איפיונו הצורני, כמו גם המהותי, של חוק החוזים האחידים, אשר —

19. שם, בע' 831. לאור ניגודי האנטרסים המוכנים בחברות ציבוריות לא ברורה התנגדותו של השופט טירקל להחלת חוק החוזים האחידים בנימוק לפיו כביכול "ציבור המתאגדים בתאגידים למיניהם שונה תכלית שינוי. אין כאן צדדים העומדים זה מול זה ואין מצב של 'עיונות' בין החבר הבורד לבין חבריו בתאגיד, או בינו לבין מוסדותיו, ובמיוחד כאשר מדובר באגודה שיתופית".
20. ראו, למשל, רע"א 2512/90 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, פ"ד מה(4) 421, בו נאמר על חוק הגנת הצרכן כי הוא נועד להגן "בעזרת סנקציות אורחיות ופליליות, על הצרכן מפני מעשי הטעיה או מירמה או אחיזת עיניים מצד יצרן או ספק. החוק מבקש למנוע מהקונה התמים, הוא הצרכן הרוכש נכס או מקבל שירות לשימושו האישי, הביתי או המשפחתי מליפול ברישתם של האנשים המבקשים להוליכו שולל. הכוונה היא להגן על הצרכן מקניית מצרכים שאינו זקוק להם או שאיכותם ירודה מזו שנצטיירה בעיניו על-פי הפירסום שניתן למוצר, או שאין בידו כל הנתונים האמיתיים באשר לאותו מוצר, כך שהוא רוכש את המוצר כתוצאה מהטעיה בדבר המחיר האמיתי, האיכות והכמות הנמכרת (ראה דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, התש"ס-1980)".
21. ה"ח חש"ב 28. לעניין המחלוקת שנתגלחה בין השופטים אנגלרד וטירקל מעניין למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים את "העדפתו" של המחוקק כי ייעשה שימוש בכלים המוענקים בחוק החוזים האחידים, על פני סעיף 30 לחוק החוזים הכללי ועמדתו כי "הבהרת הוראות החוק ופישוטן כך שבנסיבות המורות על קיומו של תנאי מקפת בתוהה אחיד יופעל חוק מיוחד זה ולא יזקקו עוד להוראות חוק כלליות, כגון הוראת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, לפיה בטל חוזה הסותר את תקנת הצבור" (שם).
22. כך הוא לעניין בנקים וחברות ביטוח: ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573; ע"א 1304/91 טפחות — בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309; ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישר, פ"ד מט(2) 749.

"התנאים הסטנדרטיים אשר בהם מנוסחים מראש על ידי אחד הצדדים, מתוך ציפיה שהם יחייבו את כל מי שיתקשר עימו בעתיד. במציאות אין המתקשר הפוטנציאלי יכול להתמקח על תנאי החוזה. הברירה הנתונה לו היא לרוב או להימנע בכלל מלהתקשר (חופש החוזה במוכן הנגטיבי) או לקבל את החוזה כמו שהוא, בבחינת take it or leave it. משום כך זכו חוזים אלה לכינוי 'חוזי הצטרפות'. התוצאה היא שצד המנסח את החוזה נוטה לנצל את יתרונו כדי לנסח את החוזה לטובתו בעוד שלצד האחר אין אפשרות מעשית להשפיע על תנאי החוזה".²³

חוק החוזים האחידים מהווה מקור משפטי נוסף החל על "תנאים מקפחים" ומקנה מקור סמכות לכטל או לשנות תנאי מקפת בחוזה אחיד (סעיף 3 לחוק החוזים האחידים תשמ"ג-1982), בדומה לסעיפי הפגמים ברצון והחזרה הפסול בחוק החוזים הכללי, החלים על חברות מכח סעיף 61(ב) לאותו חוק ובדומה לסעיף הקיפוח המוכר בפקודת החברות.²⁴ אכן, קיימים טעמים כבדי משקל לריסון בשימוש בסעד הכיטול בכל הנוגע לחברה כפקעת חוזית אשר צדדים "תמימים" רבים הינם צד לה, אך אין בכך כדי לשלול מלכתחילה תחולה עקרונית לשימוש בחוק החוזים האחידים במקרים המתאימים, שהרי החוק הינו כלי צורני בלבד וסיווג תחולתו הינו "שיפחת הדין ולא אדונו".²⁵ ובאנלוגיה לדבריו של השופט חשין בעניין אגד, לעניין המחלוקת שנפלה בין שופט הרוב אנגלרד, המציע לסווג את הסמכות לביטול התקנה בתקנון האגודה מכח חוק החוזים האחידים, לבין השופט טירקל אשר הציע לסווג את מקור סמכותו של בית-המשפט בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973,²⁶ הרי משבא חוק החוזים האחידים לקדם ולמנוע תוצאות מקפחות שנבעו מניצול יתרון של הצד המכתיב את החוזה לצד הגחות ממנו, מה לנו מקור סמכותו של בית-המשפט למנוע את בעיית הקיפוח? משהביע המחוקק מטרתו למנוע מצבים בהם בעל הכח ניצל את זולתו הכפוף לו, לא ברורה ההצדקה למניעת תחולתו של חוק אחר ככל

23. פרידמן וכהן, לעיל הערה 5, פיסקה 3.5, בע' 50.

24. פרק ב' בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973, וסעיף 235 לפקודת החברות (נוסח חדש), תשמ"ג-1983, בהתאמה.

25. אנלוגיה לדברי הנשיא ברק בהקשר אחר בע"א 741/79 כלנית השרון נ' הורוביץ, פ"ד לה(3) 533, 540.

26. פיסקה 12 לפסק-דינו: "בראותנו כי מסקנתם של חבריי מסקנה אחת היא, נוסף ונשאל את עצמנו — על דרך ההילוך לאחור: האם אין מקריות היא שזימנה את חבריי לאותה חצר, או שמא לא הייתה זו מקריות? ומתוך שכל אחד מהם הילך בדרך משלו — אף שלטופן נצטלבו הדרכים והשניים נאספו יחדיו להלכס יד-ביד — מתחייבת כמו מאליה שאלה: מה הם החילוקים ביניהם לאמינם? מה בין רע אחד לרע אחר? מה בין 'תנאי מקפח' לבין 'תנאי הנוגד את תקנת הצבור'? האמנם שונים הם השניים זה מזה? היש 'תנאי מקפח' שאינו נוגד את תקנת הצבור, או שמא יש תנאי הנוגד את תקנת הצבור ו'תנאי מקפח' אין הוא? ואם יש פער בין השניים — מה הוא אותו פער? היש תנאי מקפח שחברי השופט אנגלרד יפסול אותו בהיותו נוגד את חוק החוזים האחידים ואילו חברי השופט טירקל ישאיר אותו על כנו — כתנאי שאינו נוגד את תקנת הצבור? זו שעת האמת, ובה ניבחן", ופיסקה 14 לפסק-דינו: "כשאני לעצמי אומר, שנתקשיתי להבריל בין סמכות לסמכות, בין מגל לחרמש, בין כלי מבער רע מימין לבין כלי מבער רע משמאל. אליבא דירי, ההבדל בין השניים ככל שהוא בנמצא — הבדל דק-מן-הדק הוא; ובהיותו מה שהוא, שאלה היא אם ראוי לנו שנוק ונדקדק".

שהוא מסדיר, אף אם באופן כללי, את אותה סוגיה ויונק מאותו מעיין. ובפרפרזה על המימרה הידועה – אין זה משנה אם החתול שחור או לבן, העיקר שיתפוס את העכבר.

סיכום

חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, על היבטיו הצרכניים המחמירים, הינו חוק חוזים כללי והוא מתאים ליישום בדיני החברות הציבוריות, בהם נתפסים כיום בעלי המניות המפוזרים, בעלי הקניין בחברה, כצרכנים פסיביים של שרותי ניהול ותשואה. ביטוי לתפיסה זו של בעלי המניות בחברה מגולמת בבעיית הנציג, זוהתה על-ידי המשפט ומהווה כיום את עיקר הסדריו של הדין המצוי. בקיומה של מערכת דינים ישירה וספציפית אין כמובן לשלול תחולות מקבילות וכלליות של מערכות דינים נוספות, ככל שנועדו, ויש בהן כדי לסייע, בהתמודדות עם בעיית הנציג.²⁶ לאור סקירת המגמות הכלליות המרחפות כיום בתחום דיני החברות, דיני ניירות הערך, דיני החוזים, דיני תום-הלב והחקיקה הצרכנית, בצירוף למגמת חילחולו של המשפט הצבורי למשפט הפרטי במקומות בהן האינטרס הצבורי מצדיק זאת, והעדפת המהות על-פני הצורה, נראה כי תחולה עיונית של חוק החוזים האחידים על תקנונה של חברה ציבורית הינה מתבקשת. תחולה כזו, אין משמעותה התעלמות מריסון שיפוטי הנובע ממערכת שיקולים נוספת המאפיינת תקנוני תאגידים כחוזים מיוחדים המערכים צדדים שלישיים אשר אינם מיועדים להגנת חוק החוזים האחידים. לפיכך, במסגרת שיקולי ביטולה של תניה בתקנון התאגיד, אף אם הינה מקפחת את הצדדים לה, ייכללו שיקולים המתחשבים בהסתמכותם של צדדים שלישיים תמימים העלולים להיפגע מביטול שכזה.

לחילופין, כיוון שלכד מסמכות הביטול של תניה מקפחת, מוסמך גם בית-המשפט "לשנות" תנאי מקפח בחוזה אחיד, ניתן להתערב בתוכן התניה כזו בצורה מאוזנת אשר תחשב בהסרת הקיפוח מחד גיסא, אך גם בצדדים שלישיים תמימים או בכאלה שתחולת החוק לא כוונה כלפיהם (דוגמת מייסדים אשר נטלו חלק בניסוח התקנון), מאידך גיסא.²⁷ מכל מקום, לאור עמדת הדין המצוי ומטעמי עקביות, אין לשלול את תחולתו העניינית והמשפטית של חוק החוזים האחידים על חברות ציבוריות ככלי משפטי נוסף למיזעור בעיית הנציג באופן מניעתי, כמו גם תוצאתי. בפסק-הדין בעניין אגד יושמו דוקטרינות צרכניות על אגודה שיתופית קואופרטיבית העוסקת בתחבורה, ואשר עובדיה הם החברים בה. דווקא בתאגיד

26. השו"ד נ"ד 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו, פ"ד מב(1) 221.

27. סעיפים 3 ו-17-19 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982. את עיקר הבעייתיות בתחולת חוק החוזים האחידים על חברות ציבוריות תולה השופט אנגלרד בקושי להבחין בין המייסדים למצטרפים המאוחרים. לגבי הראשונים גורס השופט אנגלרד כי התקנון אינו חוזה אחיד, שכן כולם היו מעורבים בניסוחו בעוד שיתכן ויהיה כזה לגבי המצטרפים המאוחרים. ייתכן כי במקרה שכזה ניתן לעשות שימוש בסמכות שינוי התניה ולהותיר קיומה באופן סלקטיבי על המייסדים בלבד, אם אכן יוכח שהיו מעורבים בניסוחו של החוזה. לחילופין ניתן להפעיל את דוקטרינת ההשתק כלפי המייסדים אשר היו מעורבים בניסוח התקנון מלטעון לעילה על-פי חוק החוזים האחידים.

ספציפי זה, אשר הובא אף בשמו כדוגמא בספרות האקדמית לתאגיד הנמצא בבעלות עובדיו בשל ענינם ההומוגני המשותף,²⁸ הוכרה לראשונה תחולתו של חוק החוזים האחידים בשל "מהות היחסים בין חברי האגודה לאגודה השיתופית" הנצפית על-ידי השופט אנגלרד כיחס מנוכר של מעסיק ומועסק. כיוון שניכור כזה בין בעלי החברה ומנהליה מובנה ובא בצורה חריפה יותר בחברה ציבורית אשר מניוניה מפוזרות ונרכשות באופן בלתי-פרסונאלי תוך כדי מסחר בבורסה לניירות ערך, אין לשלול את תחולתה של הלכת אגד אף על סוג תאגיד שכזה.

וכך מסכם השופט אנגלרד את קביעתו ביחס לתקנונה של אגד:

"משמעות הדבר היא כי יש לראות בתקנון נוסח של חוזה שתנאיו נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו ובין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם. מסקנה זו מתבססת על ההנחה כי, בשל מהות היחסים בין החברים להנהלה במוכרן הרחב, אין לראות בהליכי קביעת נוסח התקנון, כולל שינויו, משום שיתוף אמיתי של כלל החברים. שינוי התקנון הוא חידוש החוזה מבחינת החברים. לכן יש לראות בו הצטרפות (מחודשת) של כלל החברים לחוזה אחיד במוכרן החוק".²⁹

אכן, השופט אנגלרד אשר כתב את דעת הרוב בעניין אגד מסתייג מהרחבת תחולתו של חוק החוזים האחידים לעבר חברות ציבוריות, אך לאור האמור עד כה נראה כי הנמקתו זו שלו חלה, וביתר שאת, על חברות ציבוריות בהן מהות היחסים האמיתית בין בעלי המניות להנהלה, כתוצאה מתופעת ההפרדה של הבעלות מהשליטה, מנוכרת בעליל וחשופה באופן מובנה לקביעת ושינוי התקנון באופן חד-צדדי.³⁰ כיום מנסה הדין להילחם בתופעות הנגזרות מבחינת הנציג בחברות ציבוריות באמצעות מגוון דוקטרינות הממוקמות בענפי המשפט השונים. בניסוח אחיד של חוזה המוני פועל הנסח כנציג המחקשים אשר אינם נושאים ונותנים עמו, וכאלו הם גם בעלי הכח בחברה הציבורית האמונים דה-פאקטו ודה-יורה על הליכי שינוי התקנון בחברה הציבורית. חוק החוזים האחידים נועד להתמודדות עם סוג הכשלים החוזיים הנובעים מאופיו של תקנון החברה הציבורית כתחזה אשר תוכנו

28. H. Hansmann "When does Worker Ownership Work? ESOPs Law Firms, Codetermination, and Economic Democracy" 99 Yale L. J. 1749, 1762.

29. פסק-הדין בעניין אגד, בע' 13.

30. אף לפי הגישה אותה מאמץ השופט אנגלרד לשם בחינה של תחולת חוק החוזים האחידים ("תחילה יש לבחון את מהות היחסים בין תאגיד לבין החבר מבחינת הפעילות הכלכלית; לאחר מכן את השפעתו של החבר היחיד על קביעת מעמדו; ולבסוף את קיומו של ניגוד אינטרסים בין החבר היחיד לבין הנהלת התאגיד"), נראה כי יש לסווג תקנונה של חברה ציבורית כתחזה אחיד שכן רכישת מניות בבורסה לניירות ערך — היא הפורום המרכזי בו מתנהל שוק ההון — הינה פעולה צרכנית מובהקת, ובאשר להשפעתו של החבר היחיד על קביעת מעמדו בחברה הציבורית וניגודי הענינים האינהרנטי בהן הוא מצוי, הנני מפנה לדיון לעיל על בעיית ההפרדה של הבעלות מהשליטה בחברות ציבוריות. הסתייגותו של השופט אנגלרד מתחולת חוק החוזים האחידים על

אינו עומד כלל למשא ומתן עם אלו המזמנים להצטרף אליו וממעמדם הכלכלי והאינפורמטיבי הנחות של אלו הרוכשים מניותיהם בשוק ההון. ככזה מהווה חוק החוזים האחידים כלי משפטי נוסף, מוצדק ועקבי להתמודדות עם בעיית הנציג ומכאן הפתח לתחולתו על חברות ציבוריות.

חברות ציבוריות אינה מתיישבת גם גישתו המרחיכה לתחולתו של חוק החוזים האחידים כפי שבוטאה בפסקה 5 לפסק־דינו: "תחולת החוק מושתתת על שני יסודות: חוזה אחיד ותנאי מקפח. המבחן לקיום חוזה אחיד הוא פורמלי: נוסח של חוזה שתנאיו נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם (סעיף 2 לחוק). המבחן לתנאי מקפח הוא מעצם טבעו מהותי (קיפוח לקוחות או יתרון בלתי הוגן של הספק בעלול להביא לידי קיפוח). גישתו של המחוקק היא, איפוא, כי יש להעמיד לביקורת שיפוטית את כל ההתקשרויות (למעט הסייגים המפורטים בסעיף 23 לחוק) שנערכו על יסוד נוסח סטנדרטי של חוזה" (והדגשה הוספה).