

על תכליתיה של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה

עלי בוקשפן*

מבוא; תכלית החברה העסקית ומעמד העובדים בה לאור סעיף 11 לחוק החברות; ההתייחסות לעובדים בסעיף 11 לחוק החברות; מעמדו הנורמטיבי הרצוי של סעיף 11 לחוק החברות; היקפם המצטמצם של זכות-היתר הניהולית ושל שיקול-הדעת העסקי בדיני העבודה; מעמדה של זכות-היתר הניהולית – כללי; זכות-היתר הניהולית וזכויות קנייניות או מעיך-קנייניות של עובדים במקום עבודתם; על חובות הגילוי וההיוועצות וזכויות העובדים בעת עריכת שינויים מבניים, ועל מעמדו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת בדיני העבודה; שיקולים עסקיים ומקומן של זכויות-ייסוד בתחום יחסי העבודה; הערה לסיום

"מבין מגוון המתקשרים עם החברה, יש לעובדים בה מעמד מיוחד. העובדים אינם מתקשרים רגילים. הם אינם פועלים כגורמים עסקיים. בהפוך הוא: העובדים מתייחסים אל החברה כמעסיק. הם רואים אותה כמשענת בטוחה ויציבה לאורך זמן. מעמדו המיוחד של העובד כמתקשר עם החברה יוצר רמת אחריות מיוחדת ומוגברת של החברה כלפיו שמקורה בחובת תום הלב המוטלת על החברה במסגרת היחסים החוזיים עם העובד. העובד אינו עוד נושה "וולונטארי". העובד הוא מתקשר מיוחד אשר כלפיו קיימת אחריות מוגברת מצד החברה ובעלי השליטה בה." (ע"ע 1170/00)

* בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודות מקרב לב לעו"ד אורלי גרבי, אשר הפניותיה תרמו רבות למאמר זה, לעו"ד ניבי גל על הארותיה, למוטי בן-יונה על עזרתו במחקר, ולד"ר גיא מונדלק על העצות שהשיא והאתגרים שהציב.

מבוא

מאמר זה, שנכתב במסגרת מחקר רחב יותר אשר דן בתופעת התפתחותה של אחריות חברתית באמצעותם של דיני החוזים והחברות בישראל,² מתמקד בבחינת יחסם של דיני העבודה בישראל כיום לשאלת אחריותה החברתית, ובעקיפין לתכליתה, של החברה העסקית. קריאה משולבת של דיני החברות ודיני העבודה מגלה כי מן הבחינה הפוזיטיבית, משפט העבודה הישראלי רואה כיום את תכליתה של החברה העסקית כ"חברתית" הרבה יותר מכפי שמצטייר לאחר קריאה של דיני החברות בגפם, עד כדי כך שזר אשר היה מנסה לחלץ את תכליתן של החברות ומחויבותן לעובדים מבעד למשקפיהם של דיני העבודה בלבד היה מסיק מסקנות שונות מאלה העולות מבעד למשקפיו של חוק החברות בלבד. מאחר ש"ניכור" משפטי כזה אינו רצוי במסגרת שיטת משפט אחת ואחידה, יצביע המאמר על הנקודות המבחינות בין דיני העבודה ודיני החברות בשאלת אחריותה החברתית (במובנו הרחב של הביטוי) של החברה העסקית, אך גם יציע ליצור סינתזה בין מערכות דינים אלה באופן המתיישב עם התפתחותה המצויה והרצויה של הגישה הפועלת להטמעתה של האחריות החברתית בקרב כלל מרכיביה של השיטה המשפטית.³

נקודת המוצא של המאמר היא כי אף שהחברה העסקית אינה הגוף היחיד המעסיק עובדים, היא בהחלט מעסיקה מרכזית, ועל-כן מפתיעה העובדה שדיני העבודה מתעלמים למדי מדיני החברות ומתכליתה (ועל-כן גם אחריותה) של החברה העסקית, הקבועה כיום בסעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים.⁴ בדברים אלה אין כלל כדי להקל ראש במעמדם, בחשיבותם ובמקומם של העובדים בחברה העסקית. אדרבא, אין כל צורך לעיין בפסיקת בית-הדין לעבודה כדי להסכים לעמדה כי עובדיה של החברה העסקית, מבין כל הגורמים הקשורים לחברה העסקית שאינם נחשבים באופן מסורתי לבעליה, מהווים קהילה משמעותית ביותר. להבדיל מלקוחות החברה, נושיה, ספקיה והציבור בכללותו, היחסים בין החברה העסקית לעובדיה הינם בדרך-כלל "סימביוטיים" במיוחד. לא רק שהעובדים, כמי שתורמים את ההון האנושי, נחוצים מבחינה קיומית לחברה הטיפוסית, הם בדרך-כלל גם הקהילה החברתית הקרובה והמושפעת ביותר מהחברה העסקית. לא קשה אם כן להזהות עם תיאורו של גיא דוידוב, שלפיו "אנו מקדישים לעבודה את מרבית שעות הערות שלנו, חמישה-שישה ימים בשבוע. העבודה היא חלק מרכזי בחיינו וחלק מהותי מהזהות האישית שלנו; היא מרכיב חיוני ביכולתנו להגשמה עצמית, בתחושת הכבוד וההערכה העצמית של כל אחד מאתנו. לעיתים קרובות, החלטות הנוגעות לניהול מקום העבודה חשובות לנו, ומשפיעות על חיינו, לא פחות מהחלטות בעניין ניהול המדינה או העיר".⁵ אלא שדווקא נקודה זו, הנוגעת בקהילת העובדים, מזמינה התייחסות מיוחדת בשאלת תכליתה של החברה העסקית ומידת אחריותה החברתית, ומחדדת את הצורך ב"דיאלוג" בין דיני החברות ודיני העבודה.

ההתעלמות, הבלתי-רצויה, מהסעיף בחוק החברות העוסק באחריותה החברתית

העיקרית של החברה העסקית להשיא את רווחיה אינה מיוחדת רק לדיני העבודה, אלא נכונה אף בתחומם של דיני החברות עצמם.⁶ עם זה, שתיקה זו רועמת במיוחד בתחומם של דיני העבודה, שבהם מתקיימת מערכת נפרדת של דין ודיין המנוכרת לטעמי יתר על המידה לתכלית החקוקה בסעיף 11 לחוק החברות, ומכרסמת בה.⁷ זאת ועוד, לנוכח השקתם הרבה של דיני העבודה לדיני החוזים ולדיני החברות, עמדתם זו מקרינה גם על מקומם החברתי של האחרונים. ומזווית אחרת, עמדתם של דיני העבודה מתיישבת עם הגישה העקרונית המכירה באחריותם החברתית של כלל נמעני המשפט (וחברות עסקיות בכלל זה), אלא שנראה כי בתחומם של דיני העבודה הדבר נעשה בעוצמה רבה מדי, תוך התעלמות רטורית ומעשית גורפת למדי משיקולים הנוגעים בהשאת הרווחים. למצער נראה כי כאשר מדובר במעסיקים המאוגדים בחברה עסקית, עמדה כזו עלולה למהול בסופו של יום יתר על המידה את יעדיה של החברה העסקית, אפילו עד כדי פגיעה בעובדים עצמם.⁸

סיכומה של נקודה זו, עיון בדיני החברות ובדיני העבודה יגלה כי ההתייחסות העולה מדיני העבודה לאחריותה של החברה העסקית כלפי עובדיה אינה זהה לזו העולה מסעיף 11 לחוק החברות. ניתן אף להציע כי נקודה זו נוגעת בוויכוח ההיסטורי המתקיים בדיני החברות על היקף אחריותה החברתית של החברה העסקית ועל האפשרות להטיל על נושאי-המשרה בחברה העסקית חובות זהירות ונאמנות כלפי העובדים.⁹ הלכה למעשה, הדיון להלן מדגים כי אף שבדיני החברות סוגיית חובותיהם של נושאי-המשרה כלפי העובדים "אופה עשן סמיך של רטוריקה",¹⁰ ואין לה "תשובה בהירה בשיטות המשפטיות הפוזיטיביות המובילות בעולם",¹¹ מתפתחת במשפט הישראלי הכרה דה-פקטו בחובותיהם של נושאי-המשרה בחברה כלפי העובדים בהתייחסותו של בית-הדין לעבודה למעמדם של העובדים המועסקים בחברה העסקית.

אכן, יש שיאמרו כי סעיף 11 לחוק החברות מהווה כלל-על (העוסק בהשאת רווחיה של החברה העסקית), ואילו גישתם של דיני העבודה, הדוגלים באחריות המוגברת כלפי העובדים, מהווה אך חריג לכלל זה. בעוד תפקידו המסורתי של חוק החברות, כך ניתן לטעון, לדאוג אך ורק לעניינם של תורמי ההון לחברה,¹² תפקידו של הדין הכללי להסדיר ערכים ומטרות אחרים, וכך יש להתייחס אל ההסדרים הספציפיים המסייגים את תכליתה של החברה העסקית להשיא את רווחיה. טענה מסוג זה מותרת לכאורה על כנה את תכלית החברה על-פי סעיף 11 לחוק החברות – קרי, לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים – אך גם את הסדריהם של דיני העבודה המתמקדים באחריות החברתית המוגברת כלפי עובדים, לרבות מצידה של החברה העסקית.

אולם גישה כזו, המפרידה לכאורה בין שאלת התכלית לשאלת האחריות, אינה משכנעת בהיותה מנוגדת להתייחסותו המפורשת של סעיף 11 לחוק החברות אל העובדים, אך גם משום שהיא מושתתת על גישה מגזרית ופורמלית המדחיקה התמודדות כנה וישירה עם זיהוי גישתה הכוללנית של השיטה המשפטית לשאלת האחריות החברתית המוטלת על החברה העסקית. ראשית, אין כל ראייה, בלשון המעטה, שהמשפט הישראלי (והדברים

אמורים במיוחד בדיני העבודה) מתייחס לסעיף 11 לחוק החברות כאל נורמת-על. למעשה, עדיין אין הוא מתייחס כמעט, אם בכלל, לסעיף זה ולתכלית העיקרית של החברה העסקית להשאת רווחיה הנשמעת בו. שנית, שכחותם של ההסדרים הפרטניים המסייגים את יכולת החברה להשיא את רווחיה, כמוגם כלליותם, הופכות אותם למסה איכותית המקרינה בסופו של יום על התרבות העסקית השוטפת שמנחה את מוסדות החברה בנוגע לתכליתה של החברה העסקית בישראל לא פחות מסעיף 11 לחוק החברות, ועל-כן יש להתייחס להסדרים אלה כאל מכלול. שלישית, המשפט הינו יצירה הרמונית ומשולבת, ויש להתייחס אליה בהתאם. כשם שחוק החברות, כחלק מהרקמה המשפטית-האנושית הכוללת, מתייחס לעובדים, כך רצוי שדיני העבודה, המשמשים אף הם חלק מאותה רקמה, יהיו ערים לשיקוליהם של דיני החברות. לבסוף, התייחסותם של דיני העבודה לדיני החברות מהווה רק חלק אחד בפסיפס הרחב יותר הנוגע – כפי שנראה במקום אחר – בתמורה החברתית שמתפתחת וחוצה כיום את כל שדרות המשפט בישראל (תמורה המתרחשת גם במשפט הפרטי, בעיקר באמצעותן של דוקטרינות חוזיות ועל-גבם של תאגידים). בהתאם, עיון אינדוקטיבי בדיני העבודה בישראל ובהתייחסותם המפורשת והמשותפת לשאלת אחריות החברתית של חברות עסקיות תסייע בזיהוי השקפתו המצויה של הדין הישראלי על תכלית החברה העסקית, יותר מאשר עיון בסעיף 11 לחוק החברות, המבטא לדעתנו את ההשקפה הרצויה. חשיפה זו תגלה תמונה עשירה ומורכבת אשר תעזור בדיאלוג בין תחומי המשפט השונים המסדירים את ענייניה של החברה העסקית, תסייע בנייתוח המאוזן של שאלת תכליתה (ואחריותה) של החברה העסקית, ותקרין על יישומו הראוי של סעיף 11 לחוק החברות בהקשרים משפטיים מגוונים הנוגעים בחברה העסקית.

בטרם יודגמו הדברים ותורחב היריעה, נקדים ונמפה את המאמר. חלקו הראשון יעסוק בהצגתה ובהצדקתה של תכלית החברה העסקית לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה (כפי שמוצהר בסעיף 11 לחוק החברות), תוך דיון במקומם של העובדים בהקשרה של תכלית זו.

חלקו השני של המאמר יבחן את נקודת-מבטם (המשתמעת) של דיני העבודה ביחס לדיון שנערך בחלק הראשון. בשל העדרה של התייחסות מפורשת ושיטתית במסגרת דיני העבודה להשאת הרווחים כתכלית החברה העסקית, יוקדש חלק זה בעיקר לשאלת היקפה של זכות-היתר הניהולית וזכות הקניין של המעסיק, כמינוחים חליפיים בפסיקה ובספרות הנוגעת בדיני העבודה לתכלית של השאת הרווחים המוזכרת בחוק החברות. אף שאין בהכרח הקבלה בין המינוחים, ולו רק בשל העובדה שזכות-היתר הניהולית יכולה לכאורה להשתרע גם על "גחמות" של המעסיק החורגות מהשאת הרווחים גרידא, נצא במאמר זה מנקודת-הנחה שקיימת חפיפה רבה בין זכות-היתר הניהולית וזכות הקניין של המעסיק לבין התכלית של השאת הרווחים ו"הפילוסופיה המרשה" של חוק החברות החדש.¹³ הנחה זו נשענת על העובדה שהמעסיק הרציונלי, ובמיוחד זה המאוגד כחברה עסקית, מתעניין בעיקר ברווחיו השיוריים ועל-כן יכוון ויממש את

זכות-היתר הניהולית וזכות הקניין שלו במפעלו כאמצעים להשאת רווחיו. נוסף על כך, חפיפה מתודולוגית זו בין תכלית הפעולה על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים, הנקובה בחוק החברות, לבין זכות-היתר הניהולית, כמובנה בדיני העבודה, תוכל לסייע באופן נורמטיבי בהקרינה על היקפה הלגיטימי והענייני של הזכות האחרונה. במילים אחרות, הסתייעות בתכלית המובעת בסעיף 11 לחוק החברות ובתיבה "שיקולים עסקיים" לצורך תיחומה של זכות-היתר הניהולית והגבלתה לשיקולים הנעוצים בהשאת הרווחים תכניס מימד לא-שרירותי לפרדוגטיבת הניהול, וגם בכך עשויה להועיל פנייתם של דיני העבודה לסעיף 11 לחוק החברות. מכל מקום, חלק זה יצביע על נגזרות משפטיות אחדות שבהן מכורסמת זכות-היתר הניהולית ומתקיימת התערבות בשיקול-דעתו של המעסיק תוך העצמת האחריות כלפי העובדים והתעלמות מאחריותה הכלכלית המרכזית של החברה העסקית לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה. נוסף על הספרות ופסקי-הדין של בית-הדין לעבודה, ישלב חלק זה דיון גם בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון בעניין סער ובעניין רקנט, ויראה כי עמדת בית-הדין לעבודה אינה שונה במגמתה מהרוח הכללית הנושבת במשפט ביחס להשאת הרווחים כתכליתה של החברה העסקית.

חלקו האחרון של המאמר יסיים בהצעה להעצמת מקומו של סעיף 11 לחוק החברות בשיח המשפטי בדיני העבודה הנוגע בחברות עסקיות. חשיבותו של סעיף 11 לחוק החברות כ"מצפן" וכמורה-דרך הינה משמעותית במיוחד דווקא בתחילת תהליך הטמעתו של חוק החברות החדש, ומן הראוי כי הדבר יבוא לידי ביטוי בהתוויית היקף אחריותה של החברה העסקית כלפי עובדיה, שכן ככלות הכל חוק החברות החדש נועד להיות חוק קודיפיקטיבי, ולא קוד פיקטיבי. לפיכך, העצמתו של סעיף 11 לחוק החברות לא רק תשקף את העמדה הנורמטיבית וההצהרתית אשר הותוותה על-ידי המחוקק, אלא גם תקרין על התרבות החברתית-העסקית החיה בצילו (או נכון יותר לומר לאורו) של המשפט. דווקא בתקופה הנוכחית, שבה מתחוללות תמורות חברתיות משמעותיות וראויות במשפט הישראלי, ראוי שיישמע גם קולה של האחריות החברתית-הכלכלית של החברה העסקית להשאת רווחיה, אחריות שאינה עומדת בהכרח בסתירה לעניינם של העובדים.

תכלית החברה העסקית ומעמד העובדים בה לאור סעיף 11 לחוק החברות

ההתייחסות לעובדים בסעיף 11 לחוק החברות

עיון בחוק החברות החדש יגלה כבר בפתחתו, ובסימן המוקדש לו בלבד, את סעיף 11, אשר עוסק ב"תכלית החברה" ומצהיר בין היתר גם על מעמדם של העובדים בחברה העסקית:

תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם

התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון.
(ההדגשות שלי ע' ב')

סעיף זה רואה בפעולה על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה של החברה את תכליתה החברתית-הכלכלית של החברה העסקית, אם כי הוא מכיר באפשרות להביא בחשבון "במסגרת שיקולים [עסקיים] אלה", "בין היתר", גם את ענייני העובדים (המוזכרים לאחר הנושים) וענייניהם של אחרים. סדר המוזכרים – דהיינו, הנושים, העובדים והציבור – דומה שמסגיר את עמדת המחוקק ביחס לקרבתם המיוחסת של גורמים אלה לחברה ולחשיבותם היחסית, אך גם אם הוא נובע אך ורק ממיון אלפביתי, פרשנות מילולית של הסעיף, כמוגם פרשנות תכליתית, מסווגות את השיקולים הנוגעים בעובדים כמשניים ביחס לשיקולים העסקיים המיועדים להשאת רווחי החברה.

למרבה ההפתעה, ובדומה לפסיקתן של כלל הערכאות במדינת-ישראל, אף שסעיף זה נכנס לתוקפו כבר בפברואר 2000, לא נמצאה התייחסות אליו בפסיקת בית-הדין לעבודה. לפיכך מסתיים כאן תת-פרק קצר זה, וייתכן כי גם בכך טמון חלק מהמסר בדבר עמדתו של הדין, ושל דיני העבודה בכלל זה, ביחס למעמדה כיום של תכליתה של החברה העסקית לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה. בהקשר זה אין לקבל את הגישה הגורסת כי העדר ההתייחסות לסעיף 11 לחוק החברות נובע מראייתו כמבטא את המובן מאליו, בין היתר מאחר שהפסיקה הנוגעת ביחסי עבודה אף העצימה בצורה משמעותית את מקומם של העובדים גם אל מול שיקול-דעתו של מעסיק המאוגד כחברה עסקית. לפיכך נפנה להלן – לאחר דיון מקדים בהצדקת אחריותה החברתית העיקרית של החברה העסקית להשאת רווחיה – להדגמה מפורטת יותר של הדברים.

מעמדו הנורמטיבי הרצוי של סעיף 11 לחוק החברות

בדברי ההסבר שלה התייחסה הצעת חוק החברות לסעיף תכלית החברה כאל "הצהרה כללית", המיועדת לשמש "מעין מצפן לניווט עינייה של החברה" בסוגיות קונקרטיות שונות,¹⁴ אולם כפי שכבר צוין, עיון במשפט הישראלי כיום מגלה התעלמות רועמת מסעיף מרכזי זה בשיח המשפטי המגוון העוסק בחברות עסקיות. אכן, וכפי שאראה במקום אחר, ייתכן כי הדבר נובע בין היתר מהיותו של סעיף 11 לחוק החברות סעיף טעון ומורכב מבחינה חברתית, כלכלית וערכית, במיוחד בעידן שבו מתחוללות תמורות חברתיות משמעותיות במשפט הישראלי. תמורות אלה נערכות בעיקר באמצעות עקרונות תוס-הלב ותקנת הציבור בדיני החוזים, ובאמצעות החלתו של המשפט ה"ציבורי" במשפט ה"פרטי" לא במעט על-גבם של תאגידים. אלא שסעיף 11 לחוק החברות, שהינו "...חוק מקיף, כולל, בעל אופי קודיפיקטיבי, המרכז את עיקרי דיני החברות הנוהגים בישראל ומותאם לצרכי התקופה",¹⁵ אינו עומד בהכרח בסתירה לתמורות אלה. מאפייניה העיקריים של החברה העסקית המודרנית – דהיינו, גודלה, השפעתה החברתית וההפרדה המתקיימת בה בין הבעלות והשליטה – מקשים התייחסות "חד-ממדית" כלפיה.¹⁶ בהתאם, סעיף 11 לחוק החברות יכול וצריך להתפרש

כחובק גם את הגישה החברתית, תוך הצהרה על העדפת הגישה הכלכלית כמורת-דרך וכמסגרת, ולא דווקא ככלל הכרעה.

הכפפתה של החברה העסקית לאחריות חברתית מגוונת, דהיינו כזו שאינה מתמקדת רק בעניינה של החברה בהשאת רווחיה, צריכה להביא בחשבון את נקודת המוצא המעניקה עדיפות לשיקוליה העסקיים של החברה העסקית, פן תימצא תכליתה החברתית-הכלכלית של החברה נמהלת יתר על המידה, שהרי האחריות הינה בתה של התכלית. כחוט-השדרה של החברה העסקית, יש ליתן לסעיף 11 לחוק החברות מעמד מקדמי גבוה, אך כפי שקובע גם הסעיף עצמו, במסגרת הכוללת של שיקוליה העסקיים של החברה העסקית, המיועדים להשאת רווחיה, ניתן (ולמעשה צריך) להתחשב בשיקולים חברתיים רחבים יותר, אשר עשויים אף לגבור לעיתים, במקרה פרטי, על השיקול של השאת הרווחים.

ההצדקות לגישת-המוצא שלפיה תכליתה של החברה העסקית לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה הינן רבות, קוהרנטיות ומשכנעות,¹⁷ ואינן נזקקות לטיעון הפורמלי – הזקוק כשלעצמו להצדקה – בדבר היותם של בעלי המניות "בעליה" של החברה.¹⁸ התפיסה המעדיפה את התכלית של השאת הרווחים (ואת עדיפותם בדרך-כלל של בעלי המניות, אשר עניינם מזדהה עם תכלית זו בהיותם בעלי אינטרס שיווי והומוגני¹⁹) מהווה יעד "קיומי" הנדרש להישרדותה ולשגשוגה של החברה, ומקרינה על ציפיותיהם הסבירות של כלל המתקשרים הרצוניים הטיפוסיים עם החברה העסקית. לפי תפיסה זו, נושיה הרצוניים של החברה, בשוקלם ex-ante אם להיכנס להתקשרות חוזית עם החברה, מדעיים ומצפים, לפחות מכללא, שהתקשרותם תהא כפופה לשיקולים עסקיים המכוונים להשאת רווחי החברה. לנוכח יתרונה היחסי של החברה העסקית בשיקולים עסקיים, לנוכח חשיבותה של החברה העסקית לרווחה המצרפית,²⁰ ומאחר שחברה עסקית אינה יכולה לא להשיא את רווחיה לטווח הארוך, ניתן להניח מבחינה חברתית כי כלל המתקשרים עם החברה, המצויים מאחורי "מסך הבערות" הרולסיאני,²¹ יסכימו כי עיקרה של החברה הטיפוסית – כמיקרוקוסמוס עסקי וכקהילה שניתן לכנותה "קהילה תכליתית" – בהשאת הרווחים.

ניתן לחזק תכלית זו על-דרך השלילה: דבקות במטרות חברתיות וטהורות, אשר אינן מבטיחות לאורך זמן עדיפות למטרה של השאת הרווחים, תחתור תחת עצם הישרדותם של החברה ושל כלל מתקשריה, לא רק בעלי המניות. במובן זה יש טעם רב במסקנתם של הנסמן וקרקמן²² כי המודל בדבר עדיפותם של בעלי המניות בדיני החברות – אשר עניינם חופף לרוב את רווחיה השיוויים של החברה – מייצג במובן מסוים את "קץ ההיסטוריה של דיני החברות". טענתם של השניים היא כי אף שקיימת כיום ספרות ענפה העוסקת בהשוואה בין מדינות שונות (בעיקר ארצות-הברית, מדינות אירופה ויפן) מבחינת משטר החברות, מבנה שוק ההון ומשפט החברות החלים בהן, וחרף הבדלים כאלה או אחרים בשיטות השונות, קיים כיום מכנה משותף עמוק בדבר תכלית החברה העסקית, ואין כיום מתחרה רציני לתפיסה שלפיה דיני החברות מיועדים בעיקרם להשאת רווחיהם של בעלי המניות.²³

עם זה, וכסינתזה עם מעמדם של העובדים גם במשקפיהם של דיני החברות, אין לכחד כי המודל בדבר עדיפותם של בעלי המניות הינו צר מדי במובנים מסוימים, אפילו מנקודת-מבטם התועלתנית של בעלי המניות עצמם, אם הוא מתעלם מהצורך בהתחשבות בציפיותיהן של קהילות אחרות הקשורות לחברה, ובראשן העובדים, ומעניינם העמוק של בעלי המניות בשיתוף-פעולה מיטבי בין המתקשרים הרבים המעורבים בחברה.²⁴ לטווח הארוך, ראייה אינטגרטיבית והתחשבות בקהילות נוספות (דוגמת עובדים, ספקים, נושים והציבור בכללותו) יעודדו נטילת סיכון, שיתוף-פעולה ואהדה על-ידי כל המעורבים ב"קהילת" החברה, יפחיתו עלויות נציג מבוזבזות,²⁵ ויתרמו בעקיפין לעניינה של החברה להשיא את רווחיה.²⁶

היקפם המצטמצם של זכות-היתר הניהולית ושל שיקול-הדעת העסקי בדיני העבודה

בהעדר התייחסות ישירה של דיני העבודה לתכלית פעולתה של החברה העסקית על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, נראה כי התייחסותם של דיני העבודה לזכות-היתר (או הפרוגטיבה) הניהולית משקפת בצורה הטובה ביותר את עמדתם המשתמעת ביחס לתכלית זו. אמרנו "משתמעת", ולא "מפורשת", שכן בית-הדין לעבודה, כמרגם מערכת המשפט בכללותה, התעלמו עד כה מקיומו של סעיף 11 לחוק החברות. המהלך שמשליך מהתייחסותם של דיני העבודה לזכות-היתר הניהולית על מקומה של תכלית השאת הרווחים בעיניהם של דיני העבודה אינו טריוויאלי, שכן זכות-היתר הניהולית נראית על פניה כמצדיקה שיקולים רחבים יותר משיקולים עסקיים המיועדים אך ורק להשאת הרווחים. עם זה, בכל הנוגע למעסיק המאוגד כחברה עסקית נראה כי יש חפיפה עניינית ונורמטיבית רבה בין המושגים, כך שבחינה "אילו מן ההחלטות שהמעביד מקבל במהלכו של קשר העבודה נופלות בגדרה של זכות-היתר הניהולית שלו, ועל-כן הוא יכול להכריע בהן באופן עצמאי, ואילו מהן מחייבות משא-ומתן והסכמה של העובד"²⁷ מקרינה לא-מעט על מעמדו, הלכה למעשה, של סעיף 11 לחוק החברות במשקפיהם של דיני העבודה. התייחסותם של האחרונים להיקף שיקול-הדעת וזכות-היתר הניהולית של מעסיק המאוגד כחברה עסקית תשפיע לא-מעט על יכולתו של המעביד המאוגד כחברה עסקית להתמקד בענייני העיקרי, קרי, להשיא את הרווחים ולשקול שיקולים עסקיים. ההנחה היא כי אצל המעסיק הרציונלי המאוגד כחברה עסקית, זכות-היתר הניהולית מנותבת למימוש שיקוליו הפרטיים והעסקיים הנוגעים בהשאת רווחיו. כך, במישור המעשי אך גם במישור הנורמטיבי, יצירת זיקה בין התכלית לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים, המוזכרת בסעיף 11 לחוק החברות כתכליתה של החברה העסקית, לבין היקפה של זכות-היתר הניהולית בדיני העבודה תוכל לסייע גם בשרטוט היקפם הלגיטימי של זכות-היתר הניהולית ושיקוליו העסקיים של מעסיק המאוגד כחברה עסקית.

סקירה טובה על עמדתם של דיני העבודה ביחס לתחום דיוננו ניתן לחלץ מסדרת

פסקי־דין ומאמרים שפורסמו בעת האחרונה, בין היתר, בספר **מנחם גולדברג**,²⁸ ספר זה מקבץ מאמרים של שופטים, מלומדים ואנשי פרקטיקה, ומשמש על־כן נייר־לקמוס מצוין לזיהוין של הרוחות המנשבות כיום ביחס לדיני העבודה והשלכתן על דיני החברות. מאמרים אחדים בספר זה מתמודדים (אף אם לרוב לא במפורש) באופן פוזיטיבי ונורמטיבי עם השאלה הבסיסית שמאמר זה סוקר, דהיינו, אם על חברות להתמקד בהשאת רווחיהן או שמא מוטלת עליהן אחריות חברתית גם לקידומה של קהילת העובדים. התחבטות זו עומדת בבסיס מאמרה של סגנית נשיא בית־הדין הארצי לעבודה השופטת אלישבע ברק, ונשמעת כבר מכותרתו "אילווצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי",²⁹ אך מוצאת את ביטויה גם במאמרים נוספים באותו ספר המשיקים לתחום דיוננו, למשל: מאמרו של חיים ברנזון – "רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה – איזון קונקרטי וצודק בין עובדים למעבידים",³⁰ ומאמרו של גיא דוידוב, אשר מציע לתת ייצוג לעובדים במועצות מנהלים, וכולל במניין שיקוליו גם שיקולים הנובעים מעמדתו של סעיף 11 לחוק החברות.³¹

נוסף על מאמרים אלה נזכיר מאמרים נוספים מהעת האחרונה, דוגמת מאמרה של רות בן־ישראל "זכות־היתר (הפרווגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבת־ר־תעשיית",³² ומאמרה של סיגל דוידוב־מוטולה "שנת משפט העבודה שעברה",³³ אשר גם מהם נשמעים דגשיהם החברתיים של דיני העבודה הנוהגים כיום בישראל גם כאשר הדברים אמורים בחברה העסקית. מקורות אלה מבססים את התופעה של שימוש בדיני העבודה כקטגוריה משפטית מובהקת הדוגלת בהטמעתה של אחריות חברתית כלפי העובדים.³⁴

מעמדה של זכות־היתר הניהולית – כללי

ובכן, עד כמה שיטת המשפט הישראלית מאפשרת כוח החלטה דומיננטי למעסיק שהינו חברה עסקית?³⁵ עד כמה חברה עסקית יכולה להתמקד בתכלית של השאת הרווחים? מסתבר שבמשפט הישראלי קיימים לכך סייגים רבים מאלה המתגלים (אם בכלל) בסעיף 11 לחוק החברות, כפי שניתן לחוש מדבריה אלה של רות בן־ישראל:

קשת ההחלטות שניהול מפעל מחייב לקבל הינה רחבה ומגוונת ביותר. החלטות אלה מתייחסות לקביעת המבנה הארגוני של המפעל; לקביעת מצבת העובדים ומי ייכלל בה; לעיצוב חוזי העבודה, על השכר ותנאי העבודה האחרים המוסדרים במסגרתם; להשמתם, להצבתם ולקידומם של העובדים בתפקידים השונים; לבחינת המוצרים שהמפעל יעסוק בייצורם; לקביעתם של הליכי הייצור; ולהכתבתם של מקורות המימון, התמחור, הפרסום, שיטת השיווק ועוד. לכאורה, היה סביר לחשוב שקבלת החלטות בכל אותם הקשרים חוסה תחת מטרייתה של זכות־היתר הניהולית של המעביד, הרשאי בתוקף זה לקבל החלטות באותם עניינים באופן חד־צדדי. בפועל, המצב שונה. בשחרה של המאה העשרים ואחת, היקף פרישתה של זכות־היתר הניהולית צומצם.³⁶ (ההדגשה שלי – ע' ב')

הבחנה דומה מועלית גם על-ידי סיגל דוידוב-מוטולה, הגורסת כי מושג זה של זכות-היתר הניהולית – אשר שימש בעבר "מילת קסם" כנגד תביעות קיבוציות ואינדיבידואליות של עובדים" – עבר "טלטלה של ממש".³⁷ שינוי זה אינו רק פוזיטיבי, אלא גם ערכי. כך, דוידוב-מוטולה מציעה כי שינוי זה נבע "מהחלטה ערכית לגבי משמעות השיתוף בין בעלי המפעל ועובדיו. הקביעה כי גם לעובדי המפעל זכות 'קניינית' לא נולדה כתוצאה ממצואות 'אובייקטיבית' כלשהי, אלא מאיזון ערכי שסבר כי יש לצקת תוכן אחר למושג 'פררוגטיבה'".³⁸

אכן, עמדה ערכית המצדיקה את ההתפתחות האמורה ניתן לשמוע מדבריה של רות בן-ישראל, המצדדת בה גם כאשר הדברים אמורים במערכת היחידנית (האינדיבידואלית) של יחסי עבודה:

...חשוב לנסות להתוות בעידן הבר-ר-תעשייתי את גבולותיה של זכות-היתר הניהולית כאשר מדובר במערכת אינדיבידואלית של יחסי עבודה. כאמור, לא השכילה הפסיקה לתת תשובה ממצה לשאלה זו, והתייחסה אליה בצורה לקונית ובקווים כלליים בלבד... מהדיון נלמד שחל כרסום מהותי בהיקפה ובמהותה של זכות-היתר הניהולית של המעביד. כיום, לא זו בלבד שצומצמו תחומי ההתייחסות של זכות-היתר, אלא שנוסף על כך הוטלו על המעביד חובות פוזיטיביות המקדינות גם הן על משמעותה המצטמקת של זכות-היתר זו... הגישה העכשווית לזכות-היתר הניהולית של המעביד היא הנכונה, מאחר שהיא בולמת את ההשפעה הדורסנית שיש לגלובליזציה ולתחרות החופשית על מעמדו של העובד כפרט. זו הגישה ההולמת את שוק העבודה במאה שהיא מבטאת נכוחה את הנדרש למימושן של זכויות האדם החברתיות של העובד...³⁹ (ההדגשה שלי – ע' ב')

במאמר מוסגר יצוין כי גישה מעין זו של צמצום זכות-היתר הניהולית במערכת היחידנית של יחסי העבודה – האופיינית מטבעה למגזר העסקי הפרטי, וממילא לחברות העסקיות שבהן מתמקד מאמר זה – מתחדדת עוד יותר את המתקל הפוטנציאלי בין פעולה על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים (המהווה, כאמור, את אחריותה של החברה על-פי חוק החברות) לבין גישה הקוראת לאחריות מיוחדת ומוגברת מצידה של החברה כלפי עובדיה (מכוחם של דיני העבודה).

כרסומה של זכות-היתר הניהולית אינה נשמעת רק בספרות המשפטית, אלא גם בפסיקת בית-הדין לעבודה. כך, למשל, בעניין דב"ע נו/3-20 תנובה – אגודה שיתופית לשיווק תוצרת חקלאית בארץ ישראל בע"מ – שלום מאיר ואח':⁴⁰

הלכה היא כי "למעביד הפררוגטיבה לנהל את מפעלו על הצד הטוב והמועיל ביותר לפי הבנתו ושיפוטו... בכפוף למגבלות המסיגות סמכויות אלה, מכוח חוק, הסכם קיבוצי או חוזה אינדיבידואלי".

נימה שמסייגת בצורה רחבה ועמומה יותר את פררוגטיבת הניהול, מחד גיסא, ומעצימה את זכויות העובדים, מאידך גיסא, ראו בעס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים – צים חברת השיט הישראלית בע"מ:⁴¹

...פררוגטיבה זו אינה מוחלטת; היא כפופה לעקרון שוויון ההזדמנויות, תום לב, עקרונות המשפט הציבורי ואף לזכויות הקנייניות של העובדים במקום עבודתם.

אמירות חזקות יותר בנושא זה ניתן לשמוע מעמדת המיעוט של השופטת ברק, סגנית נשיא בית־הדין הארצי לעבודה, בע"ע 300353/97 מדינת ישראל נ' נהרי,⁴² שבו הציעה לבחון את זכות־היתר הניהולית באמצעות מבחן חיצוני נוסף, הוא "מבחן הפרופורציונליות" של הפגיעה בעובד, ופרשה את השקפתה בדבר קיומה של שותפות מסוימת במפעל בין עובדים למעבידים.⁴³ באופן דומה הביעה השופטת ברק את דעתה, במאמר פרי־עטה אשר פורסם לאחרונה,⁴⁴ כי –

לבעלים של מפעל (אני מתייחסת לכל מקום עבודה כ"מפעל" במובנו הרחב) יש זכות הקניין. המפעל הוא קניינו. זוהי זכות חוקתית הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למעביד לא רק זכות הקניין, יש לו גם זכות חוקתית לחופש העיסוק. זו קבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק. מהות המפעל קניינו של המעביד ותוך מתן משקל לזכותו לחופש עיסוק, צומחת זכותו של המעביד לנהל את מפעלו כרצונו ועל פי שיקול דעתו. זוהי הפררוגטיבה הניהולית שלו, זכותו הניהולית. מעבר לכך יש למעביד בעיני גם חובה מוסרית לנהל את מפעלו כמיטב יכולתו. חובה זו של המעביד הוא חב קודם כל לעובדיו, המעוניינים בהצלחת המפעל. מכאן נובעת זכותו הניהולית, הפררוגטיבה הניהולית שלו... נראה לי כי את הזכות הניהולית יש לראות כזכות "חברתית". (ההדגשות שלי – ע' ב')

בעמדה זו ניתן לראות התמקדות בהכפפתה של זכות־היתר הניהולית לעניינם של העובדים, ולא בהכרח להשאת הרווחים. ראשית, השופטת ברק מעלה על נס את הפררוגטיבה הניהולית של המעביד לנהל את מפעלו כרצונו ועל־פי שיקול־דעתו, אך מזכירה באותה נשימה את חובתו המוסרית של בעל המפעל לנהל את מפעלו כמיטב יכולתו, חובה שאותה הוא חב "קודם כל לעובדיו, המעוניינים בהצלחת המפעל". שנית, בהתייחסותה לכל מקום עבודה כאל "מפעל" במובנו הרחב, כמקובל בדיני העבודה, נמנעת ההבחנה הנחוצה לענייננו בין מפעל המאוגד כחברה עסקית המכוונת להשאת רווחיה לבין סוגי מעסיקים אחרים. לנוכח שכחותם של מעסיקים המאוגדים כחברות עסקיות (על מערכת הציפיות המיוחדת הנוצרת אצל העובדים במסגרתן), מן הראוי להצביע על הקשיים העיוניים בהתייחסות גורפת למפעל במובנו הרחב, במיוחד כאשר התייחסות זו חסרה התחשבות ממוקדת בנושא של השאת הרווחים השיוריים של מפעל המאוגד כחברה עסקית.⁴⁵ שלישית, וכהמשך לנקודה האחרונה, השופטת ברק דנה אומנם בזכותו הקניינית של בעל המפעל, אך אינה מזכירה באופן ישיר את הנושא של השאת הרווחים כיעד חברתי־כלכלי, אף שהוא מאוזכר כיעד המרכזי בסעיף 11 לחוק החברות. ככל שהדברים אמורים בחברה העסקית, הנושא של השאת הרווחים ראוי לדגש מיוחד שכן הוא מצדיק במידה רבה את זכותו הקניינית של בעל המפעל וזכות־היתר הניהולית שלו. ב"מפעל" המאוגד כחברה עסקית בעלי המניות נתפסים כבעלי זכות הקניין ב"מפעלם". ברם, לנוכח "בעיית הנציג" וההפרדה בין הבעלות לשליטה

בדיני החברות, ניהולה של החברה הטיפוסית נתון בדרך-כלל בידי מנהלים שכירים. לפיכך, זכות-היתר הניהולית אינה רלוונטית לגבי רוב בעלי האינטרס הקנייני בחברה, אלא ככל שהיא משמשת להשאת רווחיה של החברה ורווחיהם השיוריים שלהם עצמם. במובן זה ההתמקדות הרטורית בזכות הקניין, ולא בהשאת הרווחים, מחמיצה את הבלטת עניינם העיקרי של בעלי המניות (כ"בעלי" המפעל המאוגד כחברה עסקית), קרי, עניינם השיורי-הכלכלי בהשאת רווחיהם.⁴⁶

זכות-היתר הניהולית וזכויות קנייניות או מעין-קנייניות של עובדים במקום עבודתם
יש שיאמרו כי כבודה של זכות-היתר הניהולית במקומה מונח, וכי כל ההגבלות עליה אינן פוגמות בבכירותה, אלא מהוות אך סייגים מפורשים "מכוח חוק, הסכם קיבוצי או חוזה אינדיבידואלי" וכן כי "הפעלת פרוגרטיבה זו, כהפעלת כל 'כוח' הנתון בידי מעביד, צריך שתיעשה משיקולים רלבנטיים, בתום לב ובהגינות".⁴⁷ גישת ה"כלל וחריגיו" אינה משכנעת בנסיבות דיוננו לא רק בשל העדר התייחסות ל"כלל" של השאת הרווחים במסגרתם של דיני העבודה, אלא גם בשל ההתייחסות הנרחבת וכבדת-המשקל ל"חריגיו". במילים אחרות, העדרה של התייחסות לסעיף 11 לחוק החברות כאל נורמת-על, לפחות בכל הקשור למעסיקים המאוגדים כחברה עסקית, מסייגת את מידת הלגיטימציה של שיקולי השאת הרווחים וההזדהות עימם בתחומם של דיני העבודה, משל מדובר בתכלית שמוטב שלא תיאמר בריש גלי. ברזבזמן, שכיחותם, עוצמתם וכלליותם של הסייגים המתערבים בשיקול-דעתו של המעסיק ובזכות-היתר הניהולית הופכת אותם למסה איכותית המצביעה על השקפה ערכית שונה של דיני העבודה על אחריותה החברתית – ומכאן גם על תכליתה החברתית – של החברה העסקית.

נושא המדגים בחוזקה את השחיקה שחלה בזכות-היתר של המעביד ואת הפער בין השקפת-עולמם של דיני העבודה לבין זו של דיני החברות ביחס לתכליתה של החברה העסקית הוא יצירתה בדיני העבודה של זכות קניינית או מעין-קניינית לעובדים במקום עבודתם. בפסקי-דין רבים של בית-הדין לעבודה נבנית בהתמדה רטוריקה העוסקת בזכותו הקניינית של העובד במקום עבודתו. להתייחסויות אלה יש משמעות נורמטיבית ודקלרטיבית לא-מבוטלת. אומנם קשה עדיין לחזות את היקפה המעשי, אך אין לכחד כי בהתפתחות זו טמון פוטנציאל לקונפליקט חזיתי בין עניינם של העובדים לבין עניינם של בעלי המניות כבעליה הקנייניים המסורתיים של החברה, המתאפיינים באינטרס שיורי המזוהה עם רווחיה. ניצן למתקל זה ניתן למצוא בהקשרים שונים, בעיקר בהתייחסותה של הפסיקה ליכולתו של המעביד לשכור ולפטור עובדים כרצונו.⁴⁸

אכן, ההתייחסות לנושא הפיטורים אינה מיוחדת למעבידים המאוגדים כחברה עסקית פרטית,⁴⁹ ולעיתים הדיון מנומק גם בשיקולים חוקתיים רחבים,⁵⁰ ולא רק בזכותו הקניינית או המעין-קניינית של העובד במקום עבודתו, אך פסיקת בית-הדין לעבודה מתפתחת אף מעבר לכך.⁵¹ מאחר שיש בפסיקתו של בית-הדין לעבודה כדי לדחוק את שיקוליו העסקיים של המעסיק,⁵² היה ראוי לנקוט בעניין זה איזון שיתחשב בהיותו של מעסיק

חברה עסקית (ובתכליתה לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה), במיוחד כאשר מתפתחת לה בבית-הדין לעבודה רטוריקה המייחסת לעובדים מעמד של "מעין שותפים" במפעל, שעלולה לאיים על תכלית זו.⁵³

בעניין הורן את ליבוביץ,⁵⁴ למשל, נידונה שאלת פיטוריהם של עובדים ששבתו לאחר שלא התירו להם להתאגד. השאלה שהתעוררה הייתה שאלת אכיפתם של יחסי עבודה ויכולתו של בית-הדין לצוות על החזרתם לעבודה. אף שהנמקתו של בית-הדין, אשר אישר לבסוף את אכיפת יחסי העבודה, התבססה יותר על הזכות להתאגדות,⁵⁵ מעניין להיווכח שם ברטוריקה המחזקת לאיטה את זכותו הקניינית של העובד במקום עבודתו ("האיזון בין זכות הקניין של המעסיק במפעלו למול זכות הקניין של העובדים במקום עבודתם"), בהיותה אחד הטעמים אשר היטו את הכף, לדידו של נשיא בית-הדין הארצי לעבודה, לביטול פיטוריהם של עובדים שהצטרפו להסתדרות ונטלו חלק בשביתה:

שיקולים נוספים שיש להביא בכלל חשבון בעת ביצוע האיזון, שעל פיו יוכרע מהו הסעד הראוי להפרת זכויות עובדי המעסיקה להתארגן ולשבות, כוללים שיקולים חוקתיים רבי ערך, המטים את הכף אל עבר אכיפת יחסי העבודה, לרבות: הזכות להתארגן ולשבות; חופש הביטוי של העובדים להביע את מחאתם ודעתם בעת השביתה; זכות הקניין של העובדים במקום העבודה ומצבם האישי של העובדים.⁵⁶

כך גם בעניין אי.סי.איי., שבו נידונו פיטורי-צמצום של עובדים. סגנית נשיא בית-הדין הארצי לעבודה, השופטת אלישבע ברק, מוסיפה על הנימוק של זכותו הקניינית או המעין-קניינית של העובד במקום עבודתו נדבך הנוגע בזכותו הפוזיטיבית של העובד לעבוד:⁵⁷

...לעיתים קרובות נדרשים מפעלים לרה-ארגון, למיזוגים, להשתלטות, לפירוקים ולפיטורין קיבוציים. המעביד רשאי לבצע את כל אלו מכוח זכותו הקניינית. זכות זו היא זכות חוקתית המוזכרת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכותו של המעביד על קניינו פירושה שיש לו פררוגטיבה לנהל את מפעלו כראות עיניו... הפררוגטיבה הזו של המעביד כוללת גם זכות לפטר עובדים על-מנת לייעל את מפעלו... מנגד ניצבות זכויות העובדים. לעובדים זכות מעין קניינית על עבודתם... הזכות לעבוד היא זכות העומדת בנפרד מהזכות להשתכר בכבוד. שתי זכויות אלו עומדות זו לצדה של זו, ואין האחת ממעיטה מרעותה. שתיהן הן זכויות חברתיות הכלולות בחוקות שיש בן פרק על זכויות חברתיות. (ההדגשה שלי – ע' ב')

ההתייחסות לזכותם הקניינית או המעין-קניינית של העובדים מוזכרת על-ידי בית-הדין לעבודה לא רק בהקשר של פיטורי עובדים. בפרשת צים,⁵⁸ למשל, שבו ביטל בית-הדין הוראה בהסכם קיבוצי המונעת את קציני הים מלהציג את מועמדותם למכרזים פנימיים לאיוש משרות פנויות במגזר החוף, חזר בית-הדין על ייחוסן של זכויות קנייניות של העובדים במקום עבודתם, וכך גם בפרשת הסתדרות זועד עובדי המנהל והמשק נ' מדינת ישראל הרומזת על התייחסות מרחיבה בנושא זה:⁵⁹

אשר לזכויות הקניין של העובדים – המפעל הוא מקור עבודתם ומקור פרנסתם, **על כל המשתמע מכך**, ועל-כך העובדים הם בעלי עניין רב בגורלו של המפעל ובשינויים המתחוללים בו. **יתרה מכך, גם לעובדים ישנן זכויות קנייניות במקום העבודה.** (ההדגשות שלי – ע' ב')

רטוריקה זו בנוגע לזכות הקניין של העובדים במפעל מצביעה על תפיסת-עולם ששונה לא רק מזו המצטיירת מקריאת סעיף 11 לחוק החברות כפשוטו, אלא אפילו מגישתם של דיני החברות המסורתיים, התופסים את בעלי המניות כבעלי הקניין בחברה. ביצירתה של זכות קניין לעובדים, במיוחד כשזו נעדרת התייחסות מפורשת לתכליתה של החברה להשיא את רווחיה, יש כדי לחשוף, אולי יותר מכל, את הניכור הקיים כיום בין דיני החברות לבין דיני העבודה בכל הנוגע לאחריותה החברתית של החברה העסקית בכלל ולאחריותה ביחס למעמדם של העובדים בפרט.⁶⁰ רטוריקה כזו שוחקת את תכליתה הכלכלית של החברה העסקית ומסייעת לשופטי בית-הדין לעבודה לקדם את מקומם של העובדים בחברה העסקית מעבר למותווה בחוק הקודיפיקטיבי והספציפי הנוגע בעניין, הוא חוק החברות.

למרות דברים אלה, ואולי בעקבות קולות ביקורתיים הנשמעים נגד גישתו, הופיעה לאחרונה בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה סנונית המבשרת חיזוק-מה לשיקולי המעסיק במסגרת האיזון הנערך בשאלת אחריותו החברתית כלפי העובד.⁶¹ הכוונה לפסק-הדין בעניין **ביבס**,⁶² אשר נוגע ברקמה המשותפת לדיני העבודה, לדיני החוזים ולדיני החברות. בפסק-דין זה נידונה שאלת אכיפתם של יחסי עבודה, ובבסיסה של המחלוקת בין עמדת שופטי הרוב, שיוצגה על-ידי הנשיא אדלר, לבין עמדתה של שופטת המיעוט, סגנית הנשיא אלישבע ברק, ניצבה למעשה עמדה שונה ביחס למעמדו של שיקול-הדעת העסקי של המעסיק הפרטי.

בפרשה זו נידון עניינו של המערער, אשר עבד אצל המשיבה כנהג מוביל סחורות. המערער פוטר עקב חשד לגניבת ארגזים שהיה אמור להוביל לחברה-בת של המשיבה. לפני הפיטורים התייעצה הנהלת המשיבה בעניין עם ועד העובדים הארצי, וזה נתן את הסכמתו לפיטורים. מועצת הפועלים, אשר לה הודיעה המשיבה על כוונתה לפטר את המערער, לא התנגדה לפיטורים. המערער נעצר, הוגש נגדו כתב-אישום, ולימים הוא זוכה מחמת הספק. המשיבה שלחה לו צ'ק כפיצויי פיטורים, אך המערער השיבו בטענה כי הוא כופר בחוקיות הפיטורים.

לנוכח עובדות אלה הייתה השאלה המשפטית, בלשונו של הנשיא אדלר: "מה הן אמות המידה הראויות, להפעלת שיקול דעתו של בית הדין, בסוגיה של אכיפת יחסי עובד-מעביד במגזר הפרטי?"⁶³

השופטת אלישבע ברק, אשר עמדתה הייתה דעת המיעוט, קבעה כי יש לאכוף יחסי עבודה בנסיבות המקרה, תוך שהיא מונעת על-ידי "תכליתו של משפט העבודה להגן על מקום עבודתו של העובד". לעובד "זכות מעין קניינית על מקום העבודה הצומחת

מיכולתו לבצע את העבודה⁶⁴ גם כאשר מדובר במעביד פרטי לחלוטין:

בעיני, גם כשמדובר במעביד פרטי לחלוטין אין לאפשר לו לפטר עובד ללא סיבה מספקת, ואם עשה כן ניתן לאכוף על אותו מעביד את עבודתו של העובד המפוטל... המטרה היא לתת לעובד ביטחון בעבודה באופן שפרנסתו ופרנסת משפחתו כמו גם האפשרות של עובד להיות בעל תעסוקה לשם סיפוק צרכיו הנפשיים והרוחניים, ולא רק החומריים, יקבלו הגנה ראויה. המטרה היא, שעובד לא יצטרך חדשות לבקרים לחפש לעצמו עבודה חדשה.⁶⁵

לעומתה, סבר הנשיא אדלר בדעת רוב כי –

יש מקום להעניק למעסיקים הפרטיים יתר גמישות ולהתחשב בפררוגטיבה של הנהלות מפעלים לפטר עובד שאבד להן האמון בו, ולפעול לקידום ושמירה על המשמעת במפעל.⁶⁶

הנשיא אדלר מונה את הטעמים לגישתו, ואומר:

הטעם הראשון... שבמגזר הפרטי נודעת חשיבות מיוחדת לזכותו של המעסיק לפטר עובד מקום שאבד למעסיק האמון שנתן באותו עובד. מפעל פרטי חייב לדאוג לרווחיותו. אם לא כן, יאלץ לסגור את שעריו ובעלי המפעל יאבדו את הונם והעובדים את מקום עבודתם. ניהול המפעל באופן שיבטיח את רווחיותו מחייב את הנהלתו לסמוך על יושרם של העובדים... ברי, כי באמור אין כדי לפגוע בהנחה הברורה מאליה, לפיה כל החלטה של ההנהלה בעניין אובדן אמון בעובד צריכה להתקבל בתום לב וחייבת להיות מעוגנת בעובדות ובנימוקים סבירים. אולם כאמור, עלינו להתחשב בעובדה, כי בין אבני היסוד של חוזה העבודה האישי מצוי האמון שרוחש כל צד למשנהו. משאיבד המעסיק את האמון שנתן בעובד, מסיבות מוצדקות המעוגנות בעובדות, אין למנוע מהמעסיק להפסיק את ההתקשרות ביניהם.⁶⁷ (ההדגשות שלי – ע' ב')

נוסף על כך קובע אדלר:

... ההלכה הקיימת תואמת את המציאות הקיימת בשוק התחרותי המודרני. מציאות זו מחייבת הענקת גמישות מירבית למעסיק המנהל את מפעלו. למעשה, כל עוד המעסיק שומר על כבוד העובד, על זכויותיו החוקתיות, על הזכויות שנקבעו בהסכם הקיבוצי ובחוזה העבודה בינו לבין העובד, אין מקום להגביל את הדרך בה המעסיק בוחר לנהל את מפעלו... המדיניות המוצעת על ידי חברתי, השופטת ברק, עשויה לגרור אחריה שינוי קיצוני ביחסי העבודה הנוהגים במגזר הפרטי. מדיניות חדשה זו תקשה על הנהלות מפעלים לנהל את מפעליהן ולשמור על גמישות ניהולית מספקת.⁶⁸

גישתו של הנשיא אדלר תואמת יותר את גישתו של סעיף 11 לחוק החברות (ועל-כן הייתה יכולה להסתייע גם באזכורו), ומתווה כיוון נורמטיבי התורם לשילוב טוב יותר בין שני תחומי המשפט הנידונים במאמר זה.

על חובות הגילוי וההיוועצות וזכויות העובדים בעת עריכת שינויים מבניים, ועל מעמדו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת בדיני העבודה

בית-הדין לעבודה יצר זכויות משפטיות נוספות לטובת העובדים המאורגנים, שגם בהם יש כדי לכרסם בשיקוליו העסקיים של המעסיק, בזכות-היתר הניהולית שלו ובעקיפין במעמדה של תכלית השאת הרווחים.⁶⁹ הכוונה בעיקר להטלת חובת גילוי על המעביד,⁷⁰ חובת היוועצות במקרה של פיטורי-צמצום,⁷¹ וחובת ניהול משא-ומתן קיבוצי במקרים של חילופי מעבידים, חילופים של בעלי מניות והפרטה. לאחרונה נשמעים קולות הקוראים להרחיב זכויות אלה גם למישור האישי, ובכך להרחיב למעשה את תחולת הכרסום האמור. כך, רות בן-ישראל מציעה שכאשר מדובר במערכת יחסים יחידנית, יש להמיר את זכות ההיוועצות של ארגון העובדים היציג (שהינה זכות קיבוצית) בזכות שימוע המוקנית לעובד (שהינה זכות אישית), שכן בשני המקרים לצד הנפגע יש זכות להשמיע את עמדתו על הפגיעה הצפויה ולנסות למנוע אותה או להקטין את ממדיה.⁷²

במבט ראשון ניתן לכאורה לומר כי בעניינים אלה אין בהכרח פגיעה ביכולתו של המעסיק המאוגד כחברה עסקית להשיא את רווחיו, שכן ההחלטה הסופית נתונה עדיין בידיו, אולם חובות אלה עלולות לעכב הזדמנויות עסקיות ולפגוע בהן, לפחות בטווח הקצר וככל שהדברים אמורים בנושאים של ארגון-מחדש, ואף להכביד על "השוך לשליטה", כאחד השווקים המשמעותיים בדיני החברות.⁷³

בפרשת **מועדים**⁷⁴ נידונה שאלת זכויותיהם של עובדים (במקרה זה בעת הפרטת השק"ם) כאשר משתנה המעביד. בית-הדין, לאחר שהציג שתי עמדות שונות הקיימות בדין המשווה ביחס למקומם של העובדים ובעלי ההון בעסקות מסוג זה,⁷⁵ קבע כי מעצם היות העובדים מאורגנים, ולנוכח קיומו של הסכם קיבוצי, קיימת בנסיבות העניין חובת היוועצות ואף חובת ניהול משא-ומתן קיבוצי בעת הפרטת המפעל.⁷⁶ יתרה מזו, בית-הדין התייחס אף לזכותם של העובדים לקבל פיצוי בעקבות העברת הבעלות, גם אם הדבר לא סוכם במשא-ומתן הקיבוצי.⁷⁷

בהקשר דומה ניתן לציין גם את ההחלטה בדיני העבודה של תפיסות בסיסיות בדיני החברות הנוגעות בהעברת מניות, תוך התמקדות בזכויותיהם של העובדים. בתחילת הדרך נקט אומנם בית-הדין לעבודה עמדה שהתיישבה עם דיני החברות:

כאשר מפעל הוא בבעלות, בהחזקה ובתפעול ישיר של חברה מסחרית, לרבות חברה ממשלתית, המעבידה של עובדי המפעל היא החברה, באישיותה המשפטית. שינוי הרכב בעלי המניות של החברה, כשלעצמו, אינו משפיע, בדרך כלל, על האישיות המשפטית של החברה, מבחינת ההיבט של יחסי עבודה, ואין לראות בו כחילופי מעבידים.⁷⁸ (ההדגשה שלי – ע' ב')

בהתאם לכך קבע בית-הדין, בצורה ההולמת מושכלות-יסוד בדיני החברות המנתקות בין אישיותה המשפטית של החברה לבין זו של בעלי מניותיה, כי אין חובה לנהל משא-ומתן בעת העברת מניות או לקבל הסכמה לעצם העברת המניות:

ככל שתיעשה העברה שכזו ("במקרה של" העברה שכזו, בלשון הסעיף), חייבת תע"א להבטיח שמירת זכויות עובדי תע"א לפי ההסכם. אין ללמוד מחובה זו קיומה של חובה לנהל משא ומתן או לקבל הסכמה, לעצם ההעברה, של הארגון או הארגון היציג של העובדים בתע"א.⁷⁹

עם זה, בפסיקה מאוחרת יותר, בעניין **חרסה נ' כור**,⁸⁰ הורחבה הלכה זו. בעניין זה נידונה השאלה אם קיימת לעובדים זכות היועצות **בעת מכירת מניות שליטה**. אף אם עסקה כזו מהווה "שינוי בעלות כלכלי", הבעלות אינה משתנה מבחינתם של דיני החברות, וזאת מכוח עקרון היסוד בהם המפריד בין אישיותה המשפטית של החברה לבין זו של מחזיקי מניותיה. לאורם של דיני החברות, לפיכך, לא צריך לכאורה לחול במקרה זה סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים (הדורש כתנאי לתחולתו כי "עבר מפעל מיד ליד או חולק או מוזג"). אף על-פיכך הוכרה דרישת העובדים לשאת-ולתת עימם כלגיטימית ואף כנימוק לסכסוך-עבודה ושבייתה:

מכירת מניות בדרך-כלל אין בה העברת בעלות במפעל אלא אך העברת בעלות במניות. ברם כאשר המעביד הוא חברה – אישיות משפטית מלאכותית – גם מכירת מניות, תוך שהלכה למעשה עוברת השליטה לחברה אחרת, תחשב כהחלפת מעביד מנקודת ראותם של העובדים ויחסי העבודה. **אמת, מכירת מניות אינה העברת בעלות במפעל אלא אך העברת בעלות במניות**. אלא שכשמדובר ביחסי עבודה וחברת הגג מוכרת את כל מניותיה באחד ממפעליה, יש להרים את המסך. **מנקודת המבט של יחסי העבודה יש בכך החלפת מעביד**.⁸¹ (ההדגשות שלי – ע' ב')

פסק-דין זה אינו טריוויאלי מזווית-ראייתם הפורמלית והמהותית של דיני החברות, ומגלה עמדה ממשית שונה של דיני העבודה ודיני החברות ביחס לאותה התרחשות. בית-הדין לעבודה סייג במסגרתם של דיני העבודה את עמדתם הבסיסית כל-כך של דיני החברות, המתרכזים באישיותה המשפטית של החברה העסקית במנותק מאישיותם של אלה המחזיקים במניותיה. בית-הדין נקט במקרה זה את ההליך החרגי בדיני החברות של הרמת מסך מדומה (דהיינו, הרמת מסך לא לצורך ייחוס של חובות החברה לבעלי מניותיה).

מעבר לקושי תפיסתי זה, הלכה זו של בית-הדין הארצי לעבודה בעייתית גם ביחס למעמדן ותכליתן של עסקות-שליטה בדיני החברות. מאחר שבמקרה זה עסקינן במכירת מניות בחברה פרטית, הענקת מעמד לעובדים מתערבת הן בשיקוליהם העסקיים של אלה המופקדים על השאת רווחיה של החברה והן בשיקוליהם של אלה המעוניינים במימוש ובמכירה של זכותם הקניינית, דהיינו, מניותיהם. בהקשר זה יוזכר כי בכל הנוגע להתערבות במכירת מניות-שליטה, מנקודת-ראותם של דיני החברות, פסק כבר בית-המשפט העליון, בעניין **קוסוי**, כי יש לנקוט משנה זהירות בשל ההתערבות הכרוכה בכך בזכותם הקניינית של בעלי המניות.⁸² והנה באה הלכה זו של בית-הדין לעבודה וקובעת סייגים נוספים על אלה הקבועים בדיני החברות, מבלי שנערך דיון הולם בהשקתה של אותה הלכה לנושא העסקות התאגידיות-הקנייניות, אשר הפסיקה

התאגידית לגביהן הינה מרוסנת וזהירה במיוחד.⁸³ זאת ועוד, קביעתו זו של בית-הדין לעבודה מקרינה גם על זרימתו הטבעית של "השוק לשליטה", שוק הנחשב בדיני החברות לאחד הכוחות החוץ-משפטיים החשובים ביותר המסייעים בהשאת רווחי החברה,⁸⁴ וכל זאת בשעה שסעיף 11 לחוק החברות, כמרגם סעיפים אחרים בחוק החברות ובדיני ניירות-ערך הנוגעים בעסקות-שליטה, אינם מזכירים נוהל זה של היועצות עם העובדים בנוגע לעסקת-שליטה, ואף פועלים להקלתו המרבית של שוק זה.⁸⁵

פסק-הדין בעניין חרסה ניתן בהקשר של הסכם קיבוצי, אולם זיקתו לשיקולים מכוחם של דיני החברות אינה מבוטלת, במיוחד לנוכח קיומו של זרם חזק בספרות המשפטית אשר מציע להרחיב את זכות ההיועצות של העובדים מכוח עקרון תום-הלב אף ללא קשר לשאלה אם קיימים יחסים קיבוציים:

בעיני קיימת חובת היועצות גם כאשר הדבר לא נקבע במפורש בחוק, בהסכם או בהסדר קיבוצי או כאשר לא קיים נוהג כפי שזה קיים אצל המשיבה [הכוונה כנראה לקיומו של נוהג כזה אצל המעסיקה – ע' ב']. החובה נובעת מכוח עיקרון תום הלב ותקנת הציבור.⁸⁶

כזו היא גם עמדתה של בן-ישראל, אשר דנה בהטלתן של חובות אלה על מעביד המפעיל את זכות-היתר שלו במערכת יחידנית של יחסי עבודה:

הדעה הכללית היא שחובות הגילוי וההיועצות בנסיבות הינן חובות קיבוציות הנובעות בעיקר מקיומם של היחסים הקיבוציים ומאופיים של יחסים אלה, והן נגזרות מן ההכרה בזכות לחופש ההתארגנות המחייבת לספק לארגון העובדים את הכלים שישמשו אותו בהגנה על האינטרסים של העובדים... אולם ייתכן שניתן להתייחס לסוגיה גם בצורה אחרת. בפסיקה ראו את הגילוי וההיועצות בנסיבות כנובעות גם מחובתו של המעביד לנהוג בתום-לב בהפעלת זכות היתר הניהולית שלו כל אימת שהפעלה כאמור משנה את הסטטוס-קוו שעל-יסודו סוכמו תנאי העבודה הקיבוציים, או שיש לה השלכות משמעותיות על התנאים הקיבוציים המוסכמים... דאייתו של עקרון תום-הלב כמקור להטלת חובות גילוי והיועצות על המעביד מאפשרת אולי להכיר בקיומן של חובות אלה (או בדומה להן) גם כאשר מדובר במערכת יחסים אינדיווידואלית.⁸⁷

נסיים תת-פרק זה בדוגמה סמלית נוספת לריכוכם של עקרונות-יסוד בדיני החברות (הגמשתם של דיני הרמת המסך) בהקשרים הנוגעים בזכויותיהם של העובדים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעניין זילברשטיין:⁸⁸

עניין לנו ביזם כלכלי המפעיל עסק ומעסיק עובדים. לא ניתן להתייחס להעסקת עובדים כאל רכישת ציוד או התקשרות עם ספק או קבלן חיצוני. העסקת עובדים יוצרת קירבה מיוחדת בין המעסיק לעובד. קירבה זו מקורה ביחסים החוזיים ובדרישת תום הלב הנובעת מהם. קירבה זו מקורה גם – ואולי בעיקר – ביחסי התלות הכלכלית של העובד במעסיק. קירבה זו יוצרת אחריות מוגברת וחובת אימון מיוחדת ביחסי המעסיק עם עובדיו וכלפיהם. אחריות המעסיק אמורה לבוא

לידי ביטוי בניהול ענייני העסק לא רק מנקודת המבט של האינטרסים שלו עצמו אלא גם תוך ראיית עניינם של העובדים התלויים בו. הקלות שבעלי עסקים מקימים מיזם עסקי ולימים סוגרים את עסקיהם תוך שהם מעמידים את עובדיהם – לעתים במפתיע – אל מול שוקת שבורה, היא בלתי נסבלת ובלתי ראויה. אחריות זו לא מן הראוי שתעצר למרגלות מסך ההתאגדות ובנסיבות המתאימות יצא בית הדין להגנת העובדים, ירים את מסך ההתאגדות ויחשוף את הגורם הכלכלי האמיתי המסתתר מאחורי המסך. אכן, סבור אני שבכל הנוגע לזכויות של עובדים, עקרונות תום הלב ותקנת הציבור מחייבים להגמיש את הדרכים להגיע אל המעסיק האמיתי, אל בעל השליטה, אל אותו גורם – כמו בענייננו – שבמהלך העסקים מפעיל למעשה את החברה, תוך שימוש לא מתאים ולא מסודר בחברת האם או בגופים כלכליים אחרים שלו. (ההדגשה האחרונה שלי – ע' ב')

שיקולים עסקיים ומקומן של זכויות יסוד בתחום יחסי העבודה

דיני העבודה מהווים מעצם מהותם מקום מפגש טבעי ושכיח לליבון היקפן של זכויות האדם, ובמיוחד הזכות לשוויון וחופש העיסוק. כך בכלל, וכך ביתר שאת לאור התמורה החברתית המתחוללת במשפט הישראלי. בהקשר אחרון זה יודגש כי התפתחותה של התמורה החברתית במשפט הפרטי הינה ראויה וחיובית, אך מן הראוי לבחון בזהירות את שאלת המינון והאיזון של תמורה זו, ואת הקרנתה על זכות־היתר הניהולית, לנוכח העדר התייחסות הולמת לתכלית של השאת הרווחים, ולזכויות־היסוד התומכות בה, בשיח המשפטי העוסק במלאכת האיזון הנורמטיבי בין ערכי־היסוד.

מגמת "לחלול" של המשפט הציבורי למשפט הפרטי ניכרת במסגרתם של דיני העבודה, שכן מגמה זו התפתחה רבות בהקשר של יחסי העבודה בין תאגיד עסקי ועובדיו בעקבות חקיקתם של חוקי־היסוד בישראל,⁸⁹ אף שזרעיה ניכרו כבר קודם לכן בדברי חקיקה ובפסקי־דין שונים.⁹⁰ למעשה, יש הטוענים כי דיני העבודה הם שהיוו את המקור ההיסטורי לעיגונן של זכויות האדם במשפט הפרטי:

אין זה מקרי שהדוקטרינה של הפרטת זכויות האדם יושמה במספר רב של סוגיות ביחסי עבודה. הדוקטרינה מצאה כאן קרקע פורייה. יתירה מזאת: ייתכן שהמקור ההיסטורי של הטלת החובה לכבד את זכויות היסוד של האדם בתחום הפרטי הוא דווקא בדיני עבודה. להבטחת זכויות האדם יש תפקיד מסורתי בתחום העבודה, כפי שהדבר מתבטא באמנות בינלאומיות, בחקיקה ובפסיקה בארץ ובחו"ל. זכויות היסוד הובטחו לא רק כנגד התערבות שלטונית אלא גם כנגד המעביד... זכויות היסוד בדיני עבודה נובעות מהרעיון, שבסיסו של משפט העבודה כולו הוא איזון החולשה היחסית של העובד, היחיד, כנגד הכוח הסוציו־כלכלי העדיף של המעביד ולעיתים – של ארגון העובדים. לעניין זה החולשה של העובד איננה נבדקת באופן נקודתי או אינדיבידואלי. היא מוכרת כתופעה מעמדית שנוצרה מההתפתחות סוציאל־כלכלית של החברה.⁹¹

בתת־פרק זה יודגם כי מלבד ההגנה על זכויות חוקתיות, דוגמת חופש ההתאגדות, שבהן כבר נגענו לעיל במסגרת הדיון באכיפת יחסי עבודה,⁹² קיימת פסיקה משמעותית המתערבת ביכולתם של צדדים ליחסי עבודה (וליתר דיוק, ובאופן קרוב יותר לנושא מאמר זה, ביכולתו של המעסיק בדרך־כלל) לעצב חוזה כרצונם, ככל שהדברים נוגעים בפגיעה בעקרון השוויון ובחופש העיסוק.

כזה הוא, למשל, עניין סער.⁹³ סכסוך זה, הנוגע ביחסים בין מעביד לעובדו לשעבר, נידון כערעור בבית־המשפט העליון מאחר שהמחלוקת אירעה לפני שהוענקה לבית־הדין לעבודה סמכות לדון בעניין, ומהווה נקודת מפגש מעניינת לשיקולים הנוגעים ביחסי עבודה, בחופש החוזים ובשיקול־הדעת העסקי. באותו מקרה התחייב המשיב – מבלי שהתחייבות נתחמה בזמן – לשמור על סודיות ולא להתחרות במערערת בכל הקשור לשיווק ולתיקון של מערכות מסוימות לעיבוד תמלילים באמצעות מחשב. לאחר פיטוריו התקשר המשיב עם רפא"ל והתחייב להעניק לה שירות דומה (במקום השירות שהעניקה בעבר המערערת לרפא"ל). בית־המשפט העליון דן בלגיטימיות של אינטרס המעביד כי עובדו, אשר כך התחייב לפניו, לא יתחרה בו. ללא כל התייחסות – וממילא התמודדות – עם סעיף 11 לחוק החברות,⁹⁴ קבע בית־המשפט באופן קטגורי כי:

ככלל, אין למעביד "אינטרס לגיטימי" כי יינתן תוקף להתחייבות לאי תחרות, בלא כל קשר לאינטרסים אחרים של המעביד... ככלל, האינטרס של המעביד למנוע מעובדו לשעבר להתחרות בו, מבלי שהדבר בא להגן על אינטרסים נוספים (פרט לאי־התחרות), כגון סודות מסחריים או רשימת לקוחות, אינו אינטרס לגיטימי (או "מוגן").⁹⁵

ובפסקה 31 לפסק־הדין נכתב:

"האינטרס הלגיטימי" של המעביד – הנותן תוקף לתניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד – הוא האינטרס ה"קנייני" או ה"מעין קנייני" של המעביד בסודותיו המסחריים וברשימת לקוחותיו (עד כמה שהיא סודית). רשימה זו אינה סגורה, ובקביעתה של רשימת "האינטרסים הלגיטימיים" יש להתחשב ביחסי האמון שבין עובד למעביד, בהילכות המסחר הראויות ובחובת תום־הלב וההגינות שבין עובד למעביד... על כן, הגבלת חופש העיסוק של המעביד המגשימה אך את האינטרס של המעביד שעובדו לא יתחרה בו ("אי תחרות כשלעצמה") נוגדת את תקנת הציבור. (ההדגשה שלי – ע' ב')

לאורו של סעיף 11 לחוק החברות היה ניתן לצפות כי האינטרס של השאת הרווחים, אפילו "כשלעצמו", יוזכר כאינטרס לגיטימי אף בהקשר של תניית אי־תחרות. ככלות הכול, גם האינטרס של המעביד בסודותיו המסחריים וברשימת לקוחותיו אינו מיועד רק להגנת נכסים אלה כשלעצמם, אלא גם להגנת הרווחים העומדים מאחוריהם ומופקים מהם, כך שמתבקשת הענקת מעמד עצמאי ל"נכס הפיננסי" של השאת הרווחים, במיוחד כאשר זה נקוב כיעד המרכזי בחוק החברות. זאת ועוד, כאשר עסקינן בהקשר החוזי,

הגנה "חלוקתית" כזו לטובת העובד, המתעלמת מעניינו של המעסיק המאוגד כחברה עסקית בהשאת רווחיו, ניתנת בקלות לכוונון ותיקון על-ידי המעסיק הנפגע ממנה על-ידי העברת עלות ההגבלה המוטלת עליו בחזרה אל כתפי העובד, דוגמת הפחתה בשכרו.⁹⁶ לאור האמור נראה כי יש להתייחס בחיוב להרחבת רשימת האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק המאוגד כחברה עסקית לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיו – במיוחד לאורו של סעיף 11 לחוק החברות – גם כאשר מדובר בתניות המגבילות את התחרות. בכך אין עדיין כדי להכריע בדבר משקלו של שיקול זה באיזון בינו לבין חופש העיסוק ועקרון השאת הרווחים. ככלות הכל, תכלית השאת הרווחים, המוצאת את מקומה בליבתו של חוק החברות, נתמכת גם היא, בדומה לחופש העיסוק, בצידוקים חברתיים-כלכליים ואף חוקתיים (דוגמת חופש החוזים וחופש הקניין). במילים אחרות, נראה כי הן מעמדו של החוזה הכתוב והן התכלית המופיעה בסעיף 11 לחוק החברות נאלמו ונעלמו בעניין סער מהר מדי מפני חופש העיסוק של העובד. אכן, בנסיבותיו הקיצוניות של המקרה, כאשר ההגבלה על חופש העיסוק לא נתחמה כלל בזמן, מסקנתו הסופית של בית-המשפט נראית איתות ברור ומוצדק למעסיקים לבל יקלו ראש בחופש עיסוקו של העובד המועסק על-ידיהם, אלא שאיתות זה לא הותיר כל זכר ולו מינימלי לגיטימיות של שיקולו של מעסיק לדרוש בתנאים מסוימים תניית איתתחרות גם בשל רצונו להשיא את רווחיו.

לסיכום נקודה זו, גם בהקשר של תניית איתתחרות רצוי לנקוט גישה הכוללת במניין השיקולים החברתיים הלגיטימיים את תכלית השאת הרווחים המוזכרת בסעיף 11 לחוק החברות, כך שבנסיבות מסוימות, שבהן הפגיעה בחופש העיסוק אינה משמעותית וגורפת, יינתן תוקף גם להגבלה רצונית של "איתתחרות כשלעצמה". בכך יינתן ביטוי הן לאינטרס הלגיטימי של מעסיק המאוגד כחברה עסקית להשיא את רווחיו והן לעקרון חופש החוזים ולרעיון האמון העומדים בתשתיתו של המוסד החוזי.⁹⁷

פסק-דין נוסף המדגים, כמקרה-מבחן, את הטענה המובאת במאמר זה בדבר התערבות-היתר בשיקול-הדעת העסקי ובזכות-היתר הניהולית, תוך התעלמות מן השיקול של השאת הרווחים, הוא פסק-הדין בעניין רקנט.⁹⁸ הסכסוך הנידון מצוי אומנם במישור של דיני העבודה הקיבוציים, והתאגיד המעורב היה בעת הסכסוך חברה ממשלתית בעלת חשיבות ציבורית ממדרגה ראשונה ("המוביל הלאומי", בלשונו של הנשיא ברק), אך עם זה, ובמיוחד לנוכח המגמה הכוללנית המושמעת בפסק-הדין,⁹⁹ חשיבותו של פסק-דין זה לנושאי הדיון הנוכחי הינה רבה. פסק-דין זה, אשר עבר כמה גלגולים בבית-הדין לעבודה, הסתיים בערכאה העליונה של מדינת-ישראל, ביושבה כסמכות ביקורת על בית-הדין הארצי לעבודה בהרכב מורחב של שבעה שופטים ובמסגרת הליך לא-שכיח של דיון נוסף. לפיכך פסק-דין זה משמש אסמכתה מרכזית מאין כמותה לטיעונים המועלים במסגרת מאמר זה.¹⁰⁰

מהציטוטים אשר יובאו להלן ניתן להסיק לא רק על מעמדו של החוזה בשיטת המשפט בישראל (בעניין זה התגלעה מחלוקת בין הנשיא ברק לשופט זמיר), אלא גם עד כמה

בית-המשפט רואה את עצמו רשאי להתערב בזכות-היתר הניהולית ובשיקול-הדעת העסקי של החברה העסקית (בעניין זה התגלעה מחלוקת בין הנשיא ברק לשופט חשין). מאחר שהחלטתו של הנשיא ברק היא זו אשר ביטאה את דעת רוב השופטים בשני העניינים האמורים, דעתו ונימוקיו הם אלה המבטאים את עמדתו הנוכחית של המשפט הישראלי בשאלות שמאמר זה סביבן. גישתו של הנשיא ברק, אשר מנתבת את דרכו של המשפט הישראלי בהטמעתה של האחריות החברתית המוטלת על מרכיביה של השיטה המשפטית, הינה ראויה ונכונה לדעתנו, אך עם זה נראה כי יש ברטוריקה המשפטית וברשימת הערכים החברתיים הרלוונטיים המשמשים במלאכת האיזון כדי למהול יתר על המידה את עניינם המרכזי של דיני החברות בהשאת הרווחים ואת עניינם המרכזי של דיני החוזים בקידום חופש החוזים ורעיון האמון. ומזווית אחרת, אף אם קל למדי להצטרף למסקנתו הסופית של הנשיא ברק בעניין **רקנט**, על נסיבותיו והפגיעה בעקרון השוויון שבה דובר, הקושי נותר בעינו ביחס לרטוריקת האיזון אשר ננקטה בפסק-הדין ואשר אמורה לשמש קו מנחה נורמטיבי ביחס להיקפו הלגיטימי של שיקול-הדעת העסקי ומעמדו של החוזה במשפט הישראלי.

בעניין **רקנט** ביטל בית-המשפט הגבוה לצדק הוראה בהסכמים הקיבוציים בין חברת התעופה אל-על לבין עובדיה אשר קבעה את גיל הפרישה של דיילי-האוויר לשישים בעוד שגיל הפרישה לדיילי-הקרקע נקבע לשישים וחמש. בית-המשפט קבע כי הוראה זו הינה "הפליה מחמת גיל" האסורה על-פי סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כפי שתוקן בשנת 1995.¹⁰¹ בכך דחה בית-המשפט את טענת אל-על כי השוני בגיל הפרישה של דיילי-הקרקע ודיילי-האוויר מתחייב מתנאי התפקיד ומאופיו, דהיינו, מהעובדה שדיילי-האוויר נדרשים להופעה נאה ולכושר פיזי גבוה (כפי שגם קבע בית-הדין האזורי לעבודה). הדיון הנוסף נסב על השאלה אם קביעת בג"ץ עומדת, ואם הוראה זו בטלה גם בהיותה סותרת את "תקנת הציבור" כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים ועל-כן חלה גם על דיילים שפרשו לפני כניסת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לתוקף. נפנה עתה לבחון את התייחסותו המפורשת והמשתמעת של בית-המשפט לזכות-היתר הניהולית בשני היבטים אלה: הנימוקים להתערבותו של בית-המשפט בשיקול-הדעת של המעסיק והנימוקים להתערבותו בהסכם שהושג בין הצדדים. בסופו של יום עולה מפסק-הדין גם עמדתו של בית-המשפט בדבר תוכנה של האחריות החברתית המוטלת על החברה העסקית ומידת ההתחשבות שזו חייבת לגלות כלפי עובדיה.

ראשית, בכל הנוגע להתערבות בית-המשפט בשיקול-הדעתו של המעסיק, יצוין כי הדיון הנוסף בעניין **רקנט** ניתן ביום 10.12.2000, כך שלכאורה היה בית-המשפט יכול להזכיר, ולו לצורכי השראה, את סעיף 11 לחוק החברות אשר נכנס כבר לתוקפו, על הכוונתו לפעול במסגרתה של החברה העסקית על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים, אך דבר זה לא נעשה.¹⁰² עיון בפסק-הדין מגלה מחלוקת בין עמדתו של הנשיא ברק והשופט חשין ביחס להתערבות בית-המשפט בהיקף שיקול-הדעת של החברה העסקית. מן השורות ובינן ניתן לשמוע מידה רבה יותר של נכונות אצל הנשיא ברק להיכנס לעוביים

של השיקולים העסקיים שהניעו את המעסיק. כך, למשל, השיב הנשיא ברק על טענתה, העסקית למעשה, של חברת אל-על כי לדידה דרישות התפקיד של דיילי-האוויר – הופעה נאה וכוח פיזי – מצדיקות גיל פרישה מוקדם יותר:

אין בדרישות התפקיד – הופעה נאה וכוח פיזי – כדי להצדיק קביעת גיל פרישה שונה לדיילי האוויר. דרישת ההופעה הנאה – נכון יותר, ההופעה הצעירה – עשויה להעניק יתרון עסקי לאל-על, בכך לא די כדי להפוך דרישה זו לנתון רלוונטי השולל הפליה. בצדק ציין השופט זמיר, כי מעבידים אחרים עשויים להעדיף, למשל, מזכירות צעירות למנהלי מחלקות על פני מזכירות מבוגרות, ואל-על עצמה עשויה לחשוב כי עדיף להעסיק דיילות אוויר, ולא דיילי אוויר. העדפה זו – פרי ההפליה ששררה בעבר נגד נשים או נגד מבוגרים – אין בכוחה להצדיק המשך ההפליה בעתיד... **טיסה במטוס אינה תצוגת יופי**. תפקידו של דייל האוויר הוא לשרת את הנוסעים מכניסתם למטוס ועד צאתם ממנו. דרישה סבירה של התפקיד היא מקצועיות ויעילות. את אלה ניתן להבטיח בלא כל הפליה בין גילם של דיילי האוויר...¹⁰³ (ההדגשה שלי – ע' ב')

הדברים נאמרו אומנם במשקפי הזיקה בין שיקולים אלה של הופעה נאה וכוח פיזי לבין עקרון השוויון, אך משקפים עמדה עניינית הנוגעת גם בסבירות העסקית של שיקולים אלה בעיניו של הנשיא ברק. לדעת הנשיא ברק, השיקולים העסקיים הסבירים בנוגע לתפקיד של דייל/ת-האוויר צריכים להיות דווקא שיקולי "מקצועיות ויעילות", ולא דווקא שיקולים של הופעה נאה וכוח פיזי (אשר נראו רלוונטיים בעיניו של המעסיק ובעיניו של בית-הדין האזורי לעבודה). מכל מקום, השאלה המרכזית בענייננו, שבה נגע הנשיא ברק אך ברמז, היא המתקל בין הלגיטימיות של שיקוליה של חברת אל-על (ואם אכן היו אלה עשויים להקנות לה יתרון עסקי ולהשיא את רווחיה) לבין שאלת אחריותה החברתית לשמירה על ערכי-היסוד של השיטה המשפטית.

כניסתו של הנשיא ברק לעוביים של שיקוליה של אל-על ניכרים גם בהתייחסותו לדרישת הכוח הפיזי, הנראית בעיני אל-על רלוונטית לעיסוקו של דייל-האוויר. אף ששיקול זה עשוי בנסיבות המתאימות, דוגמת עבודת סבלות, להיות רלוונטי לתנאי העבודה, ביניהם גיל פרישה שונה, קבע ברק כי –

מטוס אינו זירת התגוששות. תפקידו של דייל האוויר הוא בעיקר להעניק שירות אדיב. דרישות הכוח הפיזי הן מינימליות. גם במצבי חירום אין נדרש, הלכה למעשה, כוח פיזי רב כדי להגשים את המטלות המתחייבות באופן סביר מהתפקיד. על-כל-פנים, דרישות המידתיות מחייבות לבדוק אם ניתן להבטיח, הלכה למעשה, דרישה זו לכוח פיזי – גם לשיטתם של אלה הסבורים כי הדבר מתחייב באופן סביר מתפקידו של דייל אוויר – על ידי בדיקה אינדיווידואלית של כל דייל.¹⁰⁴ (ההדגשה שלי – ע' ב')

אמירותיו אלה של הנשיא ברק ביחס לאמות-המידה שנראו לחברת אל-על רלוונטיות לעניין תפקידם של דיילי-האוויר – דהיינו, כי "מטוס אינו תצוגת יופי" ו"מטוס אינו

זירת התגוששות" – מעוררות חיוך ואף רוח טובה אצל קורא פסקהדין, אך בהקצנתן את נסיבות המקרה הן מלמדות על התייחסותו המסויגת של בית-המשפט לשיקוליו העסקיים של המעביד. נראה כי התפיסה החברתית חסרה בנסיבות העניין כאשר ההתייחסות לשיקולי החברה המעסיקה אינה מזכירה במפורש, ולמטרת איזון מנחה, את מקומה של תכלית החברה לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה. מתן זכר לסעיף 11 לחוק החברות היה עשוי להשפיע על ההנמקה השיפוטית וההזדהות עימה. כך, בית-המשפט היה יכול להתערב בשיקוליה של חברת אל-על (אם היה משתכנע כי שיקולים אלה אינם שיקולים עסקיים המיועדים להשאת הרווחים) או לומר מפורשות – תוך הכרה רבה יותר בלגיטימיות של שיקוליו העסקיים בדרך-כלל של המעסיק – כי אחריותה של החברה לפעול על-פי שיקולים עסקיים מוגבלת במקרה זה בשל עקרון השוויון. התייחסות כזו היה בה כדי לבסס את השיח המשפטי על תכליות חברתיות מתחרות, ולהגביר את ההזדהות עם פסיקת בית-המשפט, אף אם בסופו של יום היה בית-המשפט מכריע כי השיקולים המנויים בסעיף 11 לחוק החברות נסוגים לחלוטין, או אולי רק חלקית, מחמת משקלו של עקרון השוויון. זו אכן הרוח הנושבת מעמדת המיעוט של השופט חשין, המבחין בין חובתה של אל-על להמשיך להעסיק את העותרים לבין התפקיד שתייעד להם בהמשך דרכם, שאינו חייב להיות בהכרח דיילות-אוויר.¹⁰⁵ העצמתו של עקרון השוויון אינה מחייבת הקטנת מקומם של עקרונות אחרים, בוודאי לא עד כדי התעלמות מהם. כבודם של העקרונות כולם, לרבות שיקולי המעסיק הנוגעים בהשאת רווחיו, במקומו מונח, במיוחד לאחר שהמחוקק הצהיר גם על חשיבותה החברתית (במובנו הרחב של הביטוי) של תכלית זו.¹⁰⁶ מרגע שחוקק חוק החברות, אין לדבר רק על זכות-היתר של המעביד, אלא גם על חובתו ואחריותו לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיו.

בהתייחסו לזכות-היתר הניהולית, ולשם הצדקת עמדתו כי בנסיבות המקרה יש להטיל אחריות חברתית על חברת אל-על אפילו על חשבונה, עורך הנשיא ברק דו-שיח מדומה – המחזק את תחושת ההשתייכות החברתית של כל מרכיב בשיטת המשפט – בין המעסיק לבין השיטה המשפטית שבקרבה הוא נמצא. בתוך כך הוא מציין את כפיפותו של המעסיק לעקרון השוויון, אך מתעלם מכפיפותו לתכלית המורה לו לפעול על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיו:

אכן, דיני העבודה מבוססים על הפררוגטיבה של המעביד... אך פררוגטיבה זו אינה בלתי מוגבלת. בענייננו, הפררוגטיבה של המעביד מוגבלת על-ידי עקרון השוויון... זוהי "המטרייה הנורמטיבית" שתחתיה עליו לפעול... שוב אין הוא יכול לומר: "זה עסקי שלי, ובגדיו אני קובע את גיל הפרישה". מדינת ישראל משיבה לאותו מעביד: "את עסקך שלך עליך לנהל באופן שלא יפלה בין העובדים מחמת גילם". על המעביד לקבוע את דרישות התפקיד על רקע התפיסה החברתית שלנו... בגדר החלטתו שלו באשר למהות העסק ולתפקידים של דיילי האוויר, אין לו הכוח להחליט כי התפקיד של דיילי האוויר יבוצע בידי אנשים צעירים ולא מבוגרים, שכן בכך הוא סותר את עקרון השוויון... בית-המשפט אינו מנהל את עסקו של

המעביד. ניצול העסק הוא עניינו של המעביד. זו הפרוגטיבה שלו. אך כמו כל חוק אחר במדינת חוק, כוח זה, פרוגטיבה ניהולית זו, מוגבל הוא על ידי החוק כפי שנתפרש על ידי בית המשפט. אכן, אותו בית המשפט שאומר למעביד כי ההסכם שלו נוגד את תקנת הציבור, הוא אותו בית המשפט שאומר למעביד כי ההסכם שלו נוגד את חוק שוויון ההזדמנויות.¹⁰⁷ (ההדגשה שלי – ע' ב')

אל מול עמדה זו ניצבת עמדתו השונה של השופט חשין ביחס להתערבותו של בית המשפט בשיקוליו של המעסיק. השופט חשין מעניק כר נרחב יותר לשיקול-הדעת של המעסיק, ונותן לו עדיפות מקדמית,¹⁰⁸ אף אם הוא עושה זאת תוך הישענות על נסיונו-הוא:

...אני מתקשה לקבל את דברי חברי הנשיא כי השאלה מה "מתחייב" ממהותם של תפקיד או של משרה פלונים, שאלה היא שהתשובה עליה תימצא במיבחן הסבירות גרידא... דעתי היא, כי גם למעביד זכות לקבוע מה ייעשה במפעלו וכיצד ייעשה במפעלו – אומר אני דברים אלה על דרך ההמעטה – וכל עוד החלטתו אין היא החלטה בלתי סבירה – במיתחם הסבירות הראוי כי יינתן למעביד – דומה עלי שנכון כי יינתן לדעתו משקל לא-מעט. אכן, אין ניתן לו למעביד היתר לעשות במפעלו כמו עושה הוא לעצמו בלבד: החוק מטיל עליו מגבלות של איסור הפליה, והתחכמות בסיווגם של תפקידים ובאמירה כי לתפקיד פלוני נדרש עובד צעיר דווקא, לא תהא לו לעזר; נהפוך הוא. עם זאת, החלטה כי יחליט מעביד בתום-לב, דומני שראויה היא החלטה כי תזכה למשקל מתאים; ובהיבט נזכור היטב-היטב כי מדברים אנו בחריג [ההדגשה במקור – ע' ב'] לכלל, וממילא נבחן את ההחלטה כבוחנו חריג לכלל...

בעניינינו-שלנו קבע בית-הדין לעבודה כי תפקידו של דייל צורך כוח פיזי; ומי שטס במטוס אל-על – בו נוסעים כרגיל ישראלים – יודע היטב את תכונתו המולדת של הנוסע הישראלי להריץ את הדיילים כל העת רצוא-ושוב. אם כך בטיסות כתקנן, לא-כל-שכן במצבי חירום. נוכח קביעתו זו של בית-הדין לעבודה, אני מתקשה להסכים לקביעת חברי הנשיא כי "מטוס אינו זירת התגוששות. תפקידו של דייל האוויר הוא בעיקר להעניק שירות אדיב. דרישות הכוח הפיזי הן מינימליות..." אני מסכים לדברי חברי הנשיא כי מטוס אינו זירת התגוששות. בה בעת, אינני יודע על-יסוד מה קובע חברי כי תפקידו של דייל אינו דורש כוח פיזי, קביעה העומדת בניגוד חריף לדבריו של בית-הדין לעבודה. אם מעיד חברי מניסיונו, אעיד אני מניסיוני את ההיפך הגמור: עבודתו של דייל, כפי שהזיתי במו-עיניי, כרוכה במאמץ פיזי לא-מעט; כך בעבודת-השיגרה וכך – בוודאי – בשעת חירום.¹⁰⁹ (ההדגשות שלי – ע' ב')

שנית, בכל הנוגע למידת התערבותו של בית-המשפט בחופש החוזים באמצעות החלתם של עקרונות-יסוד על החוזה, פסק-הדין בעניין רקנט מדגים את החלתה של אחריות חברתית על תאגיד עסקי במסגרת סכסוך-עבודה, בהתערבו לא רק בשיקול-הדעת של המעסיק, אלא גם בחוזה אשר נחתם בין המעסיק לעובדיו. אכן, בעניין זה מדובר בהסכם קיבוצי, אשר לגביו, כפי שעולה גם מפרשת רקנט, יש שיאמרו כי מידת השמירה

על חופש החוזים צריכה להיות חלשה יותר בהשוואה לחוזה רגיל, אך יש גם שיאמרו ההפך.¹¹⁰ לנוכח השקפתנו כי פרשת **רקנט** מהווה נקודת-ציון כללית ומרכזית בסוגיה הנוגעת באחריותם החברתית של פרטים וגופים במשפט הפרטי הרבה יותר מאשר בזו הנוגעת בהסכמים קיבוציים, לא נתעכב על משמעותו של חופש החוזים בהקשרו של הסכם קיבוצי מעבר להבעת עמדתנו, על קצה המזלג, כי כאשר עסקינן בהסכם מסוג כזה, עולה מידת החשיפה וההשפעה החברתית של הסוכן החברתי, ועל-כן יש מקום להתערבות ולהחלטה של אחריות חברתית במידה רבה יותר בהשוואה לחוזה שגרת.

בשאלת האיזון בין "חופש החוזים" ושיקולים הנוגעים בקיומו של ההסכם שעליו חתמו הצדדים לבין ערכים חברתיים אחרים התגלעה מחלוקת בין הנשיא ברק לשופט זמיר. מחלוקת זו יש לה פוטנציאל להשפיע על לא פחות מאשר "מעמד החוזה במערכת המשפט", כדבריו של השופט זמיר.¹¹¹ לדעתו של האחרון, מן הראוי לצמצם את מידת ההתערבות השיפוטית בהסכמים שאליהם הגיעו הצדדים:

...לסיכום, אני מבקש להבהיר בתמצית הקיצור את עיקר ההבדל בין דעתו של הנשיא ברק לבין דעתי. ההבדל נעוץ במידת המשקל שבית-המשפט נותן להסכמה של הצדדים לחוזה, וכפועל יוצא מכך לאפשרות שבית-המשפט נותן לאחד הצדדים להשתחרר מן ההסכמה שנתן, וכן להיקף השימוש של בית המשפט בסמכות לעצב את החוזה מחדש, שלא לפי הסכמת הצדדים, על יסוד הטענה של תקנת הציבור. לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית המשפט להתערב בחוזים על יסוד הטענה של תקנת הציבור, וכתוצאה תתרחב גם ההתדיינות הצפויה סביב טענה זאת, מעבר למקובל עד כה ואף מעבר לראוי כיום, לא רק בנוגע להפליה מחמת גיל, אלא גם בנוגע לעניינים רבים אחרים.¹¹²

בעוד השופט זמיר מדגיש במחלוקת החוזית את עדיפותו המקדמית של עקרון חופש החוזים, נראה כי הנשיא ברק מעניק לעקרון חופש החוזים מעמד זהה ליתר הערכים החברתיים המתנגשים עימו:

...גם אין לומר שתקנת הציבור היא שחוזים יקוימו. יש לומר כי אחד הערכים החשובים שיש להתחשב בהם בגיבוש תקנת הציבור הוא הערך בדבר חופש החוזים והערך בדבר קיום חוזים הנגזר ממנו. בצד ערכים אלה יש להעמיד שיקולים נוגדים המבקשים לקבוע גבולות לחופש החוזים ולקיום החוזה, כגון עקרון השוויון... תקנת הציבור היא אמת המידה הקובעת את יחסיות הערכים ואת גבולות החוזים.¹¹³ (ההדגשה שלי – ע' ב')

הנשיא ברק קובע אומנם כי חופש החוזים הינו ערך חוקתי חשוב ביותר, וכי אין הכוונה למוטטו,¹¹⁴ אך לדעתו הציב השופט זמיר "רף גבוה מדי לתחולתה של תקנת הציבור בדיני החוזים. רף זה מקובל הוא על אותם שופטים המצמצמים עד למינימום את תחולתה של תקנת הציבור בדיני החוזים".

המוסד החוזי, ככלי כה שכיח המקיף מגוון עצום של התייחסויות-גומלין אנושיות, אכן משפיע על ערכים חברתיים רבים.¹¹⁵ החשש, עם זה, הוא ממהילה ומהעמסה של

יעדים רבים מדי על החוזה, ללא מתן עדיפות מקדמית ליעדיו החברתיים הבסיסיים של המוסד החוזי, הם חופש החוזים ורעיון האמון. לפיכך, הבכורה שחוק החברות מעניק לתכלית של השאת הרווחים בהקשר של חברות עסקיות מקבלת ביטוי טוב יותר בעמדתו של השופט זמיר, שממנה עולה הקריאה להדגיש יותר את מעמדה של אוטונומיית הרצון בעת עריכת האיזון החברתי במסגרתם של דיני החוזים:

תקנת הציבור, כמכשיר לביטול חוזים, אף כי אינה סוס פרא, היא מכשיר מסוכן. בעצם, מבחינת החוזה, היא נשק קטלני. אסור שהיד תהיה קלה על ההדק... כדי לבטל חוזה, משום שהוא סותר את תקנת הציבור, לא צריך לעשות איזון עדין, כמו במאזניים של בית מרקחת, כדי לשקול את הערכים והאינטרסים המעורבים, אלא ראוי להסתפק באיזון גס יותר, ודי לשם כך בעין טובה ושכל ישר, וצריך שיהיה ברור לעין (דגש על ברור) כי החוזה סותר את תקנת הציבור. לעומת זאת, כאשר החוזה, גם אם אין הוא נאה מן הבחינה האישית של צד לחוזה, עדיין אין הוא בלתי־נסבל מן הבחינה הציבורית, ראוי לקיים את החוזה. קיום חוזה הוא אינטרס ציבורי חשוב. גם זוהי תקנת הציבור.¹¹⁶ (ההדגשות שלי – ע' ב')

לסיכום תת־פרק זה, העוסק בפסקי־הדין בעניין סער ובעניין דקנט, הטמעתה של אחריות חברתית באמצעות הטלתן של חובות על חברה עסקית במסגרת חוזה שהיא עורכת עם עובדיה הינה ראויה, אך נראה כי הדבר נעשה בעוצמה רבה מדי ותוך התעלמות מתכלית הפעולה על־פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים (ככל שהדברים אמורים בחברה העסקית) ומשיקולים של אמון בין־אישי, חופש החוזים והגשמת ציפיותיהם הסבירות של המתקשרים החוזיים (כאשר מדובר בהתקשרות חוזית).¹¹⁷

הערה לסיום

מאמר זה דן במקומה המצוי והרצוי של תכלית פעולתה של החברה המסחרית על־פי שיקולים עסקיים המיועדים להשאת רווחיה בנגזרת המקרינה גם על עובדיה.

בהיבט הפוזיטיבי, המאמר מצביע על פער בין עמדותיהם של דיני העבודה ודיני החברות ביחס לבכירותם והיקפם של שיקולים העסקיים של החברה העסקית הנוגעים בהשאת רווחיה. למעשה, וכפי שהודגם במהלך המאמר, השאת הרווחים כתכלית פעולתה של החברה העסקית (כפי שמוצהר בתחילתו של החוק הקודיפיקטיבי החדש בישראל הנוגע בחברות) אינה נזכרת כלל בסוגיות רלוונטיות מגוונות בתחומיהם של דיני העבודה.

בהיבט הנורמטיבי, עמדת המאמר היא כי תופעה זו אינה רצויה, במיוחד בתקופה שבה מתרחשות תמורות חברתיות רבות במשפט הישראלי המזהות את חשיבות שילובן ההרמוני של דוקטרינות ותחומים משפטיים אשר בעבר נתפסו כנפרדים זה מזה. דווקא כיום, במיוחד לאחר חקיקת חוק החברות החדש, יש מקום לזהות באופן ברור יותר את כלל הערכים החברתיים הרלוונטיים לצורך יצירת סינתזה ואיזון ראויים ביניהם. העדר התייחסות לתכליתה של החברה העסקית, המוצהרת בחוק החברות, עלול לא רק

להוביל לחלקיות בניתוח המשפטי-החברתי, אלא גם למנוע התפתחותה של ראיית-עומק ארגונית-אינטגרטיבית – אצל החברה העסקית ועובדיה כאחד – המשלימה ומפייסת בין שיקולים עסקיים הנוגעים בהשאת הרווחים לבין התחשבות בעניינם של העובדים. השאת רווחי החברה והתחשבות בעובדיה אינן מוציאות בהכרח זו את זו; אדרבא, ברוב המקרים קיים פוטנציאל רב להזנה הדדית ושיתוף-פעולה בין יעדים אלה, שכן בשגשוגה של החברה העסקית יש כדי להקרין על רווחת העובדים, וברוחת העובדים יש כדי להקרין על שגשוגה של החברה העסקית.

הדיון הנורמטיבי והדקלרטיבי הנערך כיום בדיני העבודה הינו על-כן לקוי ומתייחס לתכלית השאת הרווחים רק באופן אגבי ומשתמע, בעיקר באמצעות התייחסות לזכות-היתר הניהולית ללא קישור הולם לתכלית החברתית העומדת מאחוריה. קישור כזה עשוי להועיל באיזון החברתי הנערך לצורך קביעת היקף ומידת אחריותו החברתית של מעסיק המאוגד כחברה עסקית כלפי העובדים. זאת ועוד, יצירת זיקה בין זכות-היתר הניהולית לבין הפעולה על-פי שיקולים עסקיים להשאת הרווחים, המוזכרת בסעיף 11 לחוק החברות כתכליתה של החברה העסקית, תוכל לסייע גם בשרטוט היקפם הלגיטימי והענייני של זכות-היתר הניהולית ושיקוליו העסקיים של מעסיק המאוגד כחברה עסקית. במילים אחרות, הסתייעות בתכלית המובעת בסעיף 11 לחוק החברות ובתיבה "שיקולים עסקיים" לצורך תיחומה של זכות-היתר הניהולית והגבלתה לשיקולים עסקיים הנוגעים בהשאת הרווחים תכניס עוגן יציב לפררוגטיבת הניהול, וגם בכך עשויים דיני העבודה לצאת מרווחים מהזיקה לסעיף 11 לחוק החברות.

לסיום, התייחסותה המפורשת והברורה של הפסיקה להנחייתו של סעיף 11 לחוק החברות נחוצה וחיונית גם במקרים שבהם שיקולים עסקיים הנוגעים בהשאת הרווחים עלולים להיתקל בעניינם של העובדים. ככלות הכול, משחוקק חוק החברות, ברי כי פעולת החברה על-פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה אינה צריכה להיחשב רק לזכות-יתר, אלא אף לתכלית חברתית אשר חובה ואחריות חברתיות-כלכליות בצידה. בהגדלת עוגת החברה העסקית יש בדרך-כלל כדי להגדיל את עוגת החברה האנושית, כך שבהעדר כשלי שוק והחצנה חברתית שלילית, מן הראוי לדבוק במסגרת המותווית בסעיף 11 לחוק החברות גם בהקשרם של דיני העבודה.

הערות

1. ע"ע 1170/00 מרים פרידמן (שמואל חביליו) נ' יוניוב ירחמיאל ובניו חברה קבלנית לבנין בע"מ ואח' (טרם פורסם, ניתן ביום 27.11.2002).
2. חיבור זה מצוי בשלבי כתיבתו האחרונים ונושא את הכותרת (הזמנית) "חליפות ותמורות חברתיות בדיני החוזים ודיני החברות בישראל".
3. השוו דבריו של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530: "דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם

- אינן מכוונות רק כנגד השלטון, הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם. וכן בדנג"צ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 362, 330 (להלן: עניין **רקנט**): "אכן, עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה."
- ס"ח 189 (להלן: חוק החברות).
- ג' דוידוב "נציגות עובדים במועצות מנהלים: מודל מוצע" **ספר מנחם גולדברג** (א' ברק ואח' עורכים, סדן, 2001) 252, 257 - 258.
- נקודה זו ניתנת להדגמה באמצעות הפניה לשלושה פסקי-דין שנפסקו לאחרונה בבית-המשפט העליון בנושאים מרכזיים בדיני החברות. על-אף זיקתו של סעיף 11 לחוק החברות לנושאים שנידונו שם, ואף-על-פי שפסקי-דין של בית-המשפט העליון בנושאי חברות בכלל, ובסוגיות של מבנה ומשטר של חברות וחובות של נושאי-משרה בפרט, אינם שכיחים (השוו: א' פרוקצ'יה "ארבעים שנה לדיני החברות" **משפטים** יט (תש"ן) 729, 739 - 742), אין בשלושה פסקי-דין אלה כל אזכור של הסעיף האמור. ראו: בג"ץ 6432/02 **איגוד קופות הגמל הענפיות נ' שר האוצר**, פ"ד נז(3) 918; ע"א 610/94, 1989/94 **בוכבינדר חוסמן נ' כונס הנכסים הרשמי, בתפקידו כמפקח בנק צפון אמריקה**, פ"ד נז(4) 289; ע"א 741/01 **קוט נ' עזבון ישעיהו איתן ז"ל**, פ"ד נז(4) 171; וראו גם ע' בוקשפן "על תברה וחברה ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" (עתידי להתפרסם בכרך א' של כתב העת **משפט ועסקים** (תשס"ד)).
- הטיה זו מושפעת גם מההנחה המקובלת שקיים פער כוחות אינהרנטי לרעת העובד במערכת יחסי העבודה. ראו, למשל: פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" **משפטים** כג (תשנ"ד) 21, 41 ("החולשה של עובד אינה נברקת באופן נקודתי או אינדיבידואלי, היא מוכרת כתופעה מעמדית שנוצרה מהתפתחות סוציו-כלכלית של החברה"); ודבריו של הנשיא ברק בע"א 6601/96 **AES System INC. נ' סער**, פ"ד נד(3) 864, 850 (להלן: עניין **סער**) ("...בהתקשרות החוזית, המעביד והעובד אינם במעמד שווה. למעביד נתונה בדרך כלל עמדת מיקוח חזקה יותר..."). ח' ברנון, במאמרו "רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה – איוון קונקרטי וצורך בין עובדים למעבידים" **ספר מנחם גולדברג** (א' ברק ואח' עורכים, סדן, 2001) 173, מעלה מחשבות חדשות בדבר מעמדה המשתנה והדינמי של הנחה זו.
- ניצן לתובנה זו ניתן למצוא גם בפסיקה עדכנית של בית-הדין לעבודה עצמו, בעניין ע"ע 300178/98 **ביבס – שופרסל בע"מ**, פד"ע לו 481, 500 (להלן: עניין **ביבס**), בהתבטאות לא-שכיחה של נשיא בית-הדין הארצי לעבודה סטיב אדלר: "...במגזר הפרטי נודעת חשיבות מיוחדת לזכותו של המעסיק לפטר עובד מקום שאבד למעסיק האימון שנתן באותו עובד. מפעל פרטי חייב לדאוג לרווחיותו. אם לא כן, ייאלץ לסגור את שערו ובעלי המפעל יאבדו את הונם והעובדים את מקום עבודתם." (ההדגשה שלי – ע' ב')
- מאידך גיסא, ומנקודת-מבטם של העובדים (ובמיוחד אלה שלא קיבלו את שכרם), יצוין כי גם על אלה אינה מוטלת ברגיל חובת זהירות כלפי החברה – ראו, לאחרונה, פש"ר 1349/01 **פקודת החברות (נוסח חדש) התשמ"ג-1983 נ' קאפלה קומפיוטרס בע"מ** (מיום 18.12.2001), שבו קיבלה השופטת ו' אלשיך בקשת פירוק שהוגשה על-ידי קבוצה של עובדי החברה, בשל היותה חדלת-פירעון וכשלונה לשלם להם חוב שכר-עבודה שהיא חבה להם. החלטה זו ניתנה חרף התנגדות החברה, התנגדות הבנק הנושה הגדול שלה והתנגדות משפחתו של מייסד החברה, אשר טענו כי היעדרות לבקשת הפירוק תגרום נזק בלתי-הפיך לחברה ולנושיה. בין יתר נימוקיה קבעה השופטת כי "על עובד שלא קיבל שכרו לא מוטלת 'חובת זהירות' כלפי גורלה של החברה החייבת לעניין הנזק שיגרם לה אם תפורק".
- א' פרוקצ'יה "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני החברות" **משפטים** כב (תשנ"ג) 301, 318.
- שם, שם.

12. השוו: A. Shleifer & R.W. Vishny "A Survey of Corporate Governance" 52 *J. Fin.* 737 (1997). הכותבים מגדירים את המושג Corporate Governance כעוסק בדרכים שבהן תורמי ההון לחברות מבטיחים לעצמם קבלת החזר על השקעתם ("deals with the ways in which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment"). מהגדרה זו משתמע כי דיני החברות עוסקים אך ורק ביחס בין החברה לבין תורמי ההון הכלכלי שלה.
13. "הפילוסופיה העומדת ביסוד הרפורמה המוצעת היא זו של האוטונומיה של הרצון הפרטי. הפרט חופשי להתאגד, והוא צריך להיות חופשי לקבוע את תוכן התאגדותו. על כן מרבית הוראות חוק החברות הן דיספוזיטיביות ורק מיעוטן קוגנטיות" – סעיף ד ל"עקרונות יסוד בהצעת החוק" בדברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח תשנ"ו, בע' 2 (להלן: הצעת חוק החברות).
14. "ההצהרה הכללית הכלולה בסימן זה מיועדת לשמש כמעין מצפן לניווט עניינה של החברה, שיש לו שימושים מעשיים בסוגיות קונקרטיות שאינן נדונות בסימן זה" (דברי ההסבר לסעיף 15 בהצעת חוק החברות, סעיף שהוחלף בסופו של דבר בסעיף 11 לחוק החברות). מרכזיותו של הסעיף האמור נלמדת גם מכך שהוא מטפל באופן ישיר ומפורש בתכלית החברה כנושא עצמאי ועקרונות, ולא כמקריין רק על נגזרת צרה של נושאים, ממיקומו המרכזי בגוף הטקסט של החוק, ומהעדר סנקציה הצמודה לו; ראו י"צ שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב(2) (תשס"ב) 327, 340-341. במקום אחר במאמרו מתייחס שטרן למונח "תכלית" גם כאל "מושג מסגרת רחב, בעל אופי מכונן" (שם, בע' 362).
15. משפט זה פותח את המבוא לדברי ההסבר להצעת חוק החברות, לעיל הערה 13.
16. סימנים לכך ניתן למצוא בהתבטאויותיו הישירות של בית המשפט העליון בדונו בסוגיות מתחום דיני החברות, למשל: "בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידים מבני אדם" (ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בנוי ופתוח בע"מ נ' מ"י, פ"ד מה(4) 364, 383); וכן "דומה שהמגמה המודרנית המתפתחת היא, כי על החברה ועל מנהליה הפועלים עבודה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות... אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו" (ד"נ 7/81 פניד נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 695). ראו גם סעיף 239(ד) לחוק החברות, המחייב חברות ציבוריות לתת ייצוג לשני המינים בדיקטוריון בבואן למנות דירקטורים חיצוניים. אכן, בעידן המודרני, ובמסגרת התמורה החברתית המתחוללת במשפט הישראלי, קיים פיתוי רב לשחוק את התפיסה המתרכזת בחברה כגוף "פרטי" המופקד אך ורק על השאת רווחיו, ולפתח תפיסה חברתית רחבה ביחס לאחרייתה – וכן, למעשה, גם ביחס לתכליתה – של החברה העסקית.
17. H. Hansmann & R. Kraakman "The End of History for Corporate Law" 89 *Georgetown Law Journal* (2001) 439. ראו גם בדברי הסיכום של א' פרוקציה, לעיל הערה 10:
- הנה כי כן, החברה המסחרית המודרנית היא בבואה נאמנה של השיטה הקפיטליסטית שהצמיחה אותה. אין בה שום דבר נשגב או מופלא, וכל מטרותיה גשמיות ואנוכיות; אך יש בה כדי לספק צרכים אמיתיים של בני האדם הנקלעים אל תוך הפקעת החוזית היוצרת אותה, והיא מתגמלת אותם ביד פתוחה על יוזמתם ועל חריצותם.
- סעיף 11 לחוק החברות משמיע באופן ברור את עדיפות התכלית החברתית-הכלכלית של השאת הרווחים. גם המשכו של הסעיף, המאפשר להביא בחשבון את ענייניהן של כמה קהילות במסגרת השיקולים העסקיים, מחזק עמדה זו בהכפיפו את ההתחשבות בשיקולים חברתיים נוספים למתן עדיפות להשאת הרווחים. כך גם בכל האמור להרשאה שסעיף 11(א) לחוק החברות מעניק לחברה לתרום כספים אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים, ובלבד שיתקיימו שלושה תנאים: שמדובר בסכום סביר, שהתמורה ניתנה למטרה ראויה ושנקבעה לכך הוראה בתקנון,

- דהיינו, שהיא מקובלת על קובעי התקנון, הם בעלי המניות. העדר אזכור מפורש של בעלי המניות במסגרת הסעיף האמור אך מחזקת מסקנה זו בשל ההנחה המובלעת בסעיף כי עניינם של בעלי המניות חופף ממילא את התכלית העיקרית של השאת רווחי החברה.
18. הבעיה עם טיעון ה"בעלות" של בעלי המניות היא שהוא מניח, אך לא מצדיק, את "עליונותם" בדיני החברות. השוו: L.A. Stout "Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy" 75 *Southern California Law Review* (2002) 1189, 1190 ("Consider first what is probably the most common, and the worst, of the standard arguments for shareholder primacy. This is the argument - really, the naked assertion - that the public corporation 'belongs' to its shareholders")
19. השוו: Hansmann & Kraakman, *supra* note 17. ההקבלה בין אופיו השיורי של האינטרס של בעלי המניות לבין תכלית החברה להשיא את רווחיה היא העומדת בבסיסה של ספרות קלסית ענפה בתחום דיני החברות הבוחנת את יעילותן של סוגיות רבות בתחום משטר החברה, דוגמת הדיון ביעילותה של הקצאת זכויות ההצבעה לבעלי המניות בשיעור של קול למניה. ראו, למשל: F.H. Easterbrook & D.R. Fischel *The Economic Structure of Corporate Law* (Boston, Harvard University Press, 1991); S.J. Grossman & O.D. Hart "One Share - One Vote and the Market for Corporate Control" 20 *Journal of Financial Economics* (1988) 175. באופן שקרוב יותר לנושא של מאמר זה, השוו: H. Hansmann "Ownership of the Firm" 4 *Journal of Law, Economics & Organization* (1988) 267. עם זה, כאשר החברה אינה עסק חי, מערכת האינטרסים והתמריצים נהיית שונה עקב סדר הנשייה. השוו דבריו של השופט אלן בפסק-הדין *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corporation* Del. Ch. Lexis 215 (1991) 181 ("At least where a corporation is operating in the vicinity of insolvency, a board of directors is not merely the agent of the residual risk bearers, but owes its duty to the corporate enterprise"); וראו גם הערת-שוליים 55 בפסק-הדין, שכוללת אילוסטרציה מספרית ואשר מחדדת את היותה של החברה העסקית "קהילה של אינטרסים" ("Community of interests") במיוחד בשלב זה.
20. עיון בנתוני הכנסות המדינה ממיסים בשנים 2001 ו-2002 מראה כי נתח מס ההכנסה שהתקבל כתוצאה מפעילותן של חברות הינו משמעותי ביותר. כך, בשנת 2001 נגבו 73,765 מיליון ש"ח מס הכנסה, מתוכם 19,138 מיליון ש"ח מחברות, 9,423 מיליון ש"ח ממנהלי חברות ו-34,880 מיליון ש"ח משכירים (והיתרה מעצמאים). בשנת 2001 נגבו 68,180 מיליון ש"ח מס הכנסה, מתוכם 15,900 מיליון ש"ח מחברות, 9,300 מיליון ש"ח ממנהלי חברות, 34,200 מיליון ש"ח משכירים (והיתרה מעצמאים). בהתחשב בכך שרבים מהשכירים מועסקים בחברות, נתחו של מס ההכנסה המתקבל כתוצאה מפעילותן של חברות הינו משמעותי אף יותר (הנתונים מבוססים על דו"ח של מנהל הכנסות המדינה - ראו <http://www.mof.gov.il/hachnasot/>).
21. מאחורי מסך זה, שרידותה ושגשוגה של החברה מתיישבים עם האינטרסים של כל הקהילות הקשורות לחברה. נוסף על כך יש לזכור כי בעידן הנוכחי, לרבים מאלה הקשורים לחברה, אף אם הם אינם בעלי מניותיה, יש אינטרס שיורי בתאגידים לא-מעטים (למשל, מכוח מעמדם כעמיתים בקופת-גמל או כבעלי תיק השקעות).
22. Hansmann & Kraakman, *supra* note 17. כותרת מאמרם, ולמעשה גם תוכנו, שואלים מספרו של פוקוימה אשר עורר בשעתו סערה בטענת-היסוד שלו שלפיה קץ ההיסטוריה מבטא את נצחונה המוחלט של התפיסה הקפיטליסטית הליברלית (F. Fukuyama *The End of History and the Last Man* (Avon Books, New York, 1992)).
23. "[T]he basic law of corporate governance - indeed, most of corporate law - has achieved a high degree of uniformity across developed market jurisdictions, and

continuing convergence toward a single standard model is likely... Chief among these pressures is the recent dominance of a shareholder-centered ideology of corporate law among the business, government, and legal elites in key commercial jurisdictions. There is no longer any serious competitor to the view that corporate law should principally strive to increase long-term shareholder value" (*ibid*, at p. 439); "The triumph of the shareholder-oriented model of the corporation over its principal competitors is now assured, even if it was problematic as recently as twenty-five years ago" (*ibid*, at p. 468).

24. השוו: M.M. Blair & L.A. Stout "A Team Production Theory of Corporate Law" 85 *Virginia Law Review* (1999) 247.

25. לעלויות הנציג, ראו: M.C. Jensen & W.H. Meckling "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" 3 *Journal of Financial Economy* (1976) 305.

26. R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer & R.W. Vishny "Trust in Large Organizations" 87 *The American Economic Review* (1997) 333; והשוו: M. Beccerra & A.K. Gupta "Trust within the Organization: Integrating the Trust Literature with Agency Theory and Transaction Costs Economics" 23 *Public Administration Quarterly* (1999) 177.

27. ר' בן-ישראל "זכות-היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבתור-תעשייתי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 705, 709.

28. ספר מנחם גולדברג (א' ברק ואח' עורכים, סדן, 2001).

29. שם, בע' 209. השופטת ברק פותחת את מאמרה בדברים הבאים:

במאמר זה ברצוני לעמוד על האיזון בין האינטרסים והזכויות של המעביד המבקש להכניס שינויים למקום העבודה בגין אילוצים כלכליים או רצון כלכלי לקדם את מפעלו, לבין אינטרסים וזכויות של עובדיו. שינויים מסוג זה משפיעים בהכרח על העובדים מבלי שיש להם חלק כלשהו במניעים לעשיית השינויים. (ההדגשה שלי – ע' ב')

העלאת השאלה האמורה עליידי שופטת בכירה בבית-הדין הארצי לעבודה, מחד גיסא, בד בבד עם העדר התייחסות לסעיף 11 לחוק החברות, מאידך גיסא, מחדדים את טענתנו בדבר הדרך שבה נתפסת למעשה גם תכליתן של חברות עסקיות.

30. שם, בע' 173.

31. דוידוב, לעיל הערה 5. גם במאמרים נוספים באותו ספר ניתן למצוא התייחסות לנושאו של פרק זה, אף אם בצורה עקיפה ומרוחקת יותר מתחום דיונונו, למשל: א' אופיר וד' אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: אמוציפציה בסוף המאה ה-20" (ע' 41); י' אליאסוף "עבודה במנוחה השבועית" (ע' 115); י' זמיר "סובלנות במשפט" (ע' 321); ע' ידלין "עבודה זרה בישראל" (ע' 337); ג' מונדלק "בטיחות וגיהות תעסוקתית – תפקידו של הכלל המשפטי בראייה מערכתית" (ע' 363); נ' פיינברג וק' שליט "ויתור, פשרה, עסקת חבילה ומה שביניהם – מחילה על זכויות בסיום עבודה" (ע' 439); ש' רבין-מרגליות "מה נותר ממשפט העבודה המגנז?" (ע' 461); ג' שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" (ע' 485).

32. בן-ישראל, לעיל הערה 27.

33. ס' דוידוב-מוטולה "שנת משפט העבודה שעברה" עבודה, חברה ומשפט ח (תשס"א) 69.

34. היה מי שראה בבית-הדין לעבודה, כנראה בהתבסס בין היתר על תיאור זה, "בית-דין חברתי רדיקלי" (ראו עמדתו של ברנון, לעיל הערה 7, בע' 176):

בית הדין לעבודה, בהנהגת בית הדין הארצי, הפך בשנים האחרונות לבית דין חברתי רדיקלי...

- הפסיקה של בית הדין לעבודה נרתמה לאחרונה יותר ויותר למימוש מדיניות שיפוטית חברתית, אידיאולוגית, עקרונית, מוצהרת ובלתי מוסתרת. (ההדגשה במקור)
35. בשאלה זו אין הכוונה לפעולות חד-צדדיות המנוגדות להתחייבויות חוזיות של המעסיק. בעניין זה הגביל המעסיק עצמו את כוח ההחלטה שלו. השוו בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210, 217 (להלן: עניין מילפלדר):
- המבקש להתנער חד צדדית מחובה חוזית חייב להבטיח כי תוענק לו סמכות לכך. בהעדר הוראה בדין, המעניקה סמכות שכזו, דרושה הסכמתו של הצד האחר. בכך מושג האיזון הראוי בין הפרוגטיבה של המעביד לנהל את המפעל לבין הזכויות של העובדים.
36. בן-ישראל, לעיל הערה 27, בע' 708. בדיני העבודה מוכרת כבר זמן רב התערבות דבה בחופש החוזים. בן-ישראל מונה המישה מסלולים למעורבות נורמטיבית להבטחת "הצדק החוזי" באמצעות חקיקה ופסיקה בתחומם של דיני העבודה: (א) יישום של מושגי השסתום החוזיים; (ב) יישום של זכויות היסוד; (ג) יישומה של חקיקת העבודה המגינה; (ד) יישומו של משפט העבודה האוטונומי; (ה) יישומה של חקיקה שיפוטית. למעשה, כבר בדברים אלה מכורסמת זכות-היתר של המעביד. בסיומו של אותו מאמר הכותבת מביעה את דעתה כי ההגבלות על זכות-היתר הניהולית, ובעקיפין על סעיף 11 לחוק התברות, אינן אפקטיביות למעשה, שכן ההתפתחות אשר הרחיבה את ההגנה על העובד מפני ניצול לרעה של זכות-היתר הניהולית נמוגה בשל הביטחון התעסוקתי המעורער. בן-ישראל מביעה חשש שעובדים לא יעמדו על אכיפת הכללים המגבילים את פרישתה של זכות-היתר של המעביד בגלל פחד מפני פיטורים ואובדן פרנסה (ראו שם, בע' 736-739).
37. דוידוב-מוטולה, לעיל הערה 33, בע' 76.
38. שם, שם.
39. בן-ישראל, לעיל הערה 27, בע' 739. בן-ישראל מנמקת את בחירתה לבחון את עוצמתה של זכות-היתר הניהולית של המעביד דווקא כאשר מדובר במערכת היחידנית בין היתר בנימוק הבא:
- ...התחושה היא שכאשר מערכת יחסי העבודה מוסדרת במישור האישי, המעביד פטור מן ההגבלות האמורות [על זכות-היתר הניהולית – ע' ב'], ועל-כן הפרישה של זכות-היתר הניהולית מקיפה יותר. בתוקף זה המעביד נהנה מגמישות ניהולית מרבית. נראה שיש מקום ואף צורך להתמקד בבחינת היקפה של זכות-היתר הניהולית של המעביד במערכת יחסים אינדיווידואלית על-מנת לבחון אם אכן כאלה הם פני הדברים. (לעיל הערה 27, בע' 707)
- בן-ישראל רומזת בדבריה אלה על עמדתה המרחיבה בעניין כרסום זכות-היתר הניהולית. ראו גם ה' בר-מור "דקוויאם לקשר קיבוצי: על ביטול הסכם קיבוצי ועל השלכותיו על העובדים" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, נבו, תש"ס) 627, 670-671.
40. לא פורסם, ניתן ביום 24.11.1996 (פסקה 8 לפסק-הדין).
41. פד"ע לו 97 (להלן: פרשת צים).
42. פד"ע לה 318. נראה כי עמדתו המסויגת של בית-הדין הארצי לעבודה ביחס לזכות-היתר הניהולית נשמעת אף מפיו של שופט הרוב, הנשיא ס' אדלר, אשר לכאורה ובאופן מילולי דווקא מחזק זכות זו. פסק-דין זה – אשר דן אומנם במדינה כמעסיקה אך לא סייג את עצמו ביחס למעסיקים המאוגדים כחברה עסקית – עוסק בעניינו של אדם אשר עבד כמטפל במעון לאנשים המצויים ברמות פיגור שונות. לאחר שהועסק האיש במשמרת-לילה תשע שנים, החליטה הנהלת אותו מעון לשנות את סדרי העבודה של המטפלים כך שישוּבּו למשמרות בסבב. שינוי זה נבע מהרצון לשפר את רמתם המקצועית של המטפלים בלילה (כך שיוכלו להיחשף לקשר ישיר עם הצוות המקצועי והממונים, אשר עובדים רק בשעות היום) ומהרצון ליצור הזדמנויות שוות למירב העובדים. שינוי זה פגע באופן משמעותי בהכנסתו של המשיב (עקב הקטנת התוספת בעבור עבודת-לילה) והוביל לתביעתו להשיבו לעבודה במשמרת-הלילה. שופט אדלר קבע "כי הנהלת מפעל רשאית לשנות סדרי העבודה, לרבות המשמרות בהן ישוּבּו העובד", כחלק מהפרוגטיבה

- של המעסיק לנהל את מפעלו, אך בהבעת החליט כי מאחר שהתרחשה פגיעה חדה בהכנסתו של המשיב עקב השינוי האמור, יש להמשיך לשלם למשיב את התשלום המיוחד שאותו קיבל בעבור עבודת-הלילה (מבלי שהעובד יבצע עבודה זו בפועל). לפיכך החלטה זו מתערבת בסופו של דבר בזכות-היתר הניהולית ובשיקוליו העסקיים של המעסיק, שכן אף-על-פי שניתן תוקף להחלטתו בדבר המשמרות, נדרש המעסיק לשלם שכר גבוה יותר, וכן לא הוכרה כלגיטימיות יכולתו (הפוטנציאלית, אילו היה מדובר בקיצוץ כוח-האדם במשמרת-הלילה) לחסוך בעלויות ההעסקה הנובעות מהחלטתו. מזווית אחרת, "הפררוגטיבה הניהולית" לשינוי זמני עבודה (שממלא התחייבה מהחוק הנוגע בשעות עבודה ומנוחה) לא הוחלה על המשמעות הכספית הנלווית לה. זאת ועוד, משמצא בית-הדין כי השיבוץ הקבוע היה ממילא בלתי-חוקי, ועל-כן שינויו היה מחויב-המציאות, קשה להבין את ההצדקה לקביעתו של בית-הדין כי הכנסתו הקבועה של המשיב במשמרת-הלילה נהפכה ל"תנאי חוזי" עקב חלופי הזמן ונסיבות נוספות.
43. "המעביד והנהלת המפעל אינם השחקנים היחידים במפעל. שותפים להם עובדי המפעל" (שם, בע' 328). ובהמשך: "עובדים ומעבידים אינם צרים זה לזה. הם פועלים בצוותא להצלחת המפעל. מפעל זה מהווה מקור פרנסה לשיניהם. מפעל זה מהווה גם מקור סיפוק לשיניהם. מעביד אינו רשאי לפגוע בעבודה של העובד באופן שלא יוכל לנצל את מיומנותו" (שם, בע' 330-331).
44. ברק, לעיל הערה 29, בע' 216.
45. גם דבריה של השופטת ברק כי "הזכות הניהולית עצמה... היא זכות נפרדת, חברתית. היא הזכות של המעביד לנהל את עיסוקו ולהפיק ממנו שניים, הכנסות – רווחה כלכלית וסיפוק" (שם בע' 216) אינם מעידים על הזדהות עם העמדה של סעיף 11 לחוק החברות, המתמקדת בתכלית של השאת הרווחים ומעניקה לה עדיפות.
46. התמקדות זו בזכות הניהולית, ולא בתכלית של השאת הרווחים העומדת מאחוריה, מוליכה את השופטת ברק להקבלה המוקשה בין זכויות הקניין המוקנות לעובדים לבין זו השייכת לבעל המפעל: "הזכות הניהולית, היא עצמה, אינה קניין. היא מתאפשרת ונובעת מהיות לאדם קניין. כזו היא גם הזכות לעבוד. היא מתאפשרת ונובעת מכך שלעובד יש הון אנושי, כוח עבודה. מבחינה זו דומות הזכויות..." (שם, שם)
47. פסק-הדין בעניין תאגוד בתי החולים (דב"ע נב/4-17 מ"י – ההסתדרות הכללית ואח', פד"ע כו 87, 98).
48. ע"ע 359/99 לאה לוי – רשות השידור, פד"ע לו 400, שבו הוחזרה לעבודה עובדת (אשר פוטרה במסגרת פיטורי-צמצום ללא היוועצות עם ארגון העובדים) בהסתמך על "הזכות לעבוד" ועיגון ההנמקה ב"חירות המעין קניינית" של העובד; וכן ע"ס ק 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח' – אי.סי.איי טלקום בע"מ, פד"ע לו 289 (להלן: עניין אי.סי.איי.).
49. ע"ע 375/99 החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא (1997) בע"מ – ג'אבר, פד"ע לה 245, 254 (שבו נידון עניינו של אדם ששימש מנכ"ל התאגיד שבשליטת המועצה המקומית כפר מנדא, ואשר לטענתו פוטר ללא כל סיבה משיקולים פוליטיים).
50. דוגמת חופש ההתאגדות – ראו: דב"ע נו/3-209 מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289; ע"ס ק 1008/00 הודן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (להלן: עניין הודן את ליבוביץ).
51. ברנזון, לעיל הערה 7, מתאר במאמרו מגמה של הרחבת החריג ההלכתי של החזרה לעבודה לא רק ביחס למצבים שבהם סוכל חופש ההתאגדות. אומנם בתיקון שאושר לאחרונה לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ס"ח 63 (להלן: חוק הסכמים קיבוציים) אומצה ההלכה ביחס להגנה על חופש ההתאגדות (סעיפים 333-333טז, ובמיוחד סעיף 333א, שתוקנו בתשס"א), אך כפי שברנזון מראה, בית-הדין הארצי ובתי-הדין האזוריים הרחיבו חריג זה (ראו אזכורים המובאים שם, הערה 46, בע' 188).
52. נושא נוסף, שחלו בו שינויים, וקשור אף הוא לפררוגטיבת המעביד – הפעם במישור

על תכליתה של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה ♦ 197

האינדיבידואלי – הנו הזכות לפטר, וכנושא נלווה לו, הסעד שיינתן במקרה של פיטורים 'שלא כדין'. בשני ההיבטים של סוגייה זו חלו שינויים משמעותיים המלמדים על מגמה חדשה מצד בית הדין הארצי. כזכור, היבט מרכזי ב'פרוגטיבת' המעביד, כפי שפורשה בעבר, נגע לזכות המעביד לשכור ולפטר עובדים כרצונו, בעוד המגבלות היחידות שחלו עליו היו אלו הנקובות במפורש בחוק, בהסכם קיבוצי או בהסכם אישי. עם הזמן, הושם דגש גם על חובת תום-הלב בהקשר זה, תוך הרחבת תוכנה לבדיקה מהותית – ולא רק טכנית – של הפיטורים... (דוידוב-מוטולה, לעיל הערה 33, בע' 82).

53. ברנזון, לעיל הערה 7, בע' 189. לדעתו, חידושים הלכתיים אלה "הם גם מסופקים מאוד מבחינה משפטית, גם מיותרים ובלתי נחוצים, גם מרחיקים מעבידים מבית הדין לעבודה ואף גורעים ממעמדו הבלתי הלוי של בית הדין לעבודה" (שם, בע' 198).

54. לעיל הערה 50.

55. ראו גם את התייחסותו של נשיא בית-הדין הארצי לעבודה סטיב אדלר בעניין **ביבס**, לעיל הערה 8, לפסק-הדין האמור.

56. עניין **הורן את ליבוביץ**, לעיל הערה 50, בפסקה 17.

57. לעיל הערה 48, בע' 303.

58. לעיל הערה 41.

59. עס"ק 40000/95 **הסתדרות וועד עובדי המנהל והמשק – מדינת ישראל**, פד"ע לה 103, 122-123 (להלן: עניין **ועד עובדי המנהל והמשק**).

60. אכן, וכפי שכבר נאמר קודם לכן, השופטים מתייחסים גם לזכות הקניין של בעל המפעל במפעלו, אך נראה כי אין הדבר מחדד מספיק את הנושא של השאת הרווחים בהקשרה של החברה העסקית. ראו לעניין זה גם את דעתו של ברנזון, לעיל הערה 7, בע' 201:

בכל מקרה שתי הזכויות "הקניניות" המתנגשות של המעביד והעובד אינן ברות השוואה נורמטיבית. הזכות הקניינית של המעביד במפעל הינה "זכות חזקה" במעמד נורמטיבי עליון של זכות יסוד חוקתית. אין כל מקום להשוואתה לזכות ההילכתית החדשה והמסופקת של העובד במפעל ושנולדה בפסיקה.

61. קול נוסף בכיוון זה נשמע גם במאמרו של דוידוב, לעיל הערה 5, בנוגע לאפשרות ייצוגם של העובדים כמיעוט במועצות מנהלים. דוידוב מציע מודל שלפיו יש לשתף עובדים כמיעוט בדיקטוריון, ומסביר כיצד מודל זה יכול להתיישב עם אחריותה החברתית של החברה העסקית: בדיני הקניין הולכת וגוברת ההכרה כי לצד מודל של "קניין כשליטה", המדגיש היבט אינדיבידואליסטי, קיים מודל של "קניין כשיתוף", המניח אדם הנטוע בקהילה חברתית. נראה כי ביחסים שבין בעלי המניות, העובדים והחברה עצמה ("המשאב"), מודל של "קניין כשיתוף" מתאים יותר "מקניין כשליטה", שכן המשאב הוא מכשירי גרידא (להבדיל ממשאב שבני אדם נוטים להתקשר אליו), ואילו ההקשר החברתי המאפיין את היחסים בין המשקיעים והעובדים מתאפיין ביחסי קרבה יותר מאשר זרות... הבעלות בקניין אינה רק זכות; היא גוררת עמה חובות. בדיני התאגידים, יש הסבורים כי התפיסה המודרנית המקובלת של הפירמה כאוסף של חוזים אינה שוללת אפשרות של דירקטורים עובדים, אלא להפך, שהרי תפיסה זו מדגישה את היות החברה מפגש של אינטרסים מתנגשים. באופן רחב יותר, תפיסות פרוגרסיביות מדברות על "אחריות חברתית" של תאגידים. הולכת וגוברת ההכרה שחברה צריכה לשרת, במידה כזו או אחרת, לא רק את בעלי המניות אלא גם קבוצות אחרות המושפעות מהחלטות בחברה (stakeholders) והעובדים בכלל זה. (שם, בע' 256)

וכן עם סעיף 11 לחוק החברות:

...אין זה נכון שרק בעלי המניות שואפים למקסם את יעילות החברה. עובדים רבים אמנם יעדיפו לעבוד פחות ככל האפשר תמורת אותו שכר... אולם ברמת הדירקטוריון גם העובדים שואפים למקסם את יעילות החברה. ככל שהחברה מצליחה יותר, העובדים ייהנו מביטחון

תעסוקתי רב יותר וממשכורות גבוהות יותר... שיתוף עובדים מהותי ישפר את תדמית התאגיד בעיני הציבור ויועיל בכך לעסקיו, בפרט בעידן בו מודעות צרכנים ל"אחריות החברתית" של תאגידים מסחריים הולכת וגוברת. (שם, בע' 259, 261; ההדגשות שלי – ע' ב')

בגישה נורמטיבית זו יש משום ביטוי לניסיון מעניין לשלב את סעיף 11 לחוק החברות עם הגישה החברתית המתפתחת במשפט. בין אם אנו מזדהים עם הצעה זו והנחותיה ובין אם לאו, גישה זו ראויה לשבח בשל נסיונה להתמודד ולהתייחס לסעיף המרכזי הקשור לתכליתה של החברה העסקית, ולגזור את זכויות העובדים מהשיקולים של יעילות והשאת הרווחים.

62. לעיל הערה 8.
63. שם, בע' 498.
64. שם, בע' 490.
65. שם, בע' 494 - 495.
66. שם, בע' 499. הנשיא אדלר הושפע מן העובדה שהנהג זופה רק מחמת הספק, כך שהיה יסוד לחשיבות של הנהלת שופרסל. נוסף על כך ניתן משקל לעובדה שתפקידו של המערער היה כרוך באופן, שכן הוא נדרש לצאת מחצר המפעל עם סחורה בעלת ערך רב.
67. שם, בע' 500.
68. שם, בע' 501.
69. השוו מאמרו של ברנזון, לעיל הערה 7. הכותב מזכיר גם את ביטול ההבחנה בין הסכם קיבוצי להסדר קיבוצי ואת חובת העבודה בתקופת הודעה מוקדמת כדוגמות נוספות לכרסום האמור, אך דוגמות אלה אינן מובהקות לענייננו. בן-ישראל, לעיל הערה 27, בע' 723 - 724, מציינת כי הטלתה של חובת נאמנות על המעביד כלפי העובד משמשת דוגמה נוספת לכרסום בזכות-היתר הניהולית.
70. חובות אלה נקשרות לשאלה עד כמה המעביד רשאי לקבל החלטות שונות הנוגעות בעובדיו באופן חד-צדדי. שתי הנחיות היוו את נקודת המוצא ביחס לשאלה זו – האחת, שתנאי מוסכם ניתן לשינוי רק בהסכמה (לאורו של פסק-הדין בעניין מילפלדר, לעיל הערה 35), והאחרת, שתנאי לא-מוסכם ניתן לשינוי באופן חד-צדדי – אולם לטענתה של רות בן-ישראל, בפועל המציאות שונה בשל חובת הגילוי וזכות השימוע. כאשר מדובר במערכת יחסי עבודה המוסדרת בצורה קיבוצית, זכות-היתר הניהולית מכורסמת, ומוטלת על המעביד חובת גילוי "אם עשוי לחול שינוי בסטטוס-קו כתוצאה מההחלטה שהוא מקבל... או שיש להחלטתו השלכות המשפיעות משמעותית על תנאי העבודה ויחסי העבודה" (עניין ועד עובדי המנהל והמשק, לעיל הערה 59).
- זאת, כדי לאפשר לארגון העובדים היציג לייצג נאמנה את העובדים ולמלא את תפקידיו בשמירה על האינטרסים שלהם. כן מוטלת על המעביד חובת היוועצות, המותנית בדרישה יזומה של ארגון העובדים היציג לקיומה. חובה זו הינה רלוונטית רק לאחר שהמידע נמסר לארגון העובדים. בס"ק (ח') 1012/00 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, ההסתדרות במרחב גלילי מערבי וועד העובדים בצינורות המזרח התיכון בע"מ (מפעל עכו) ואח' – צינורות הים התיכון בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 21.2.2000) חויב מעביד למסור לעובדים מידע פנימי הנוגע בנתוני הרווח וההפסד של חברה הנסחרת בבורסה, כדי שמידע זה ישמש את הארגון במשא-ומתן הקיבוצי ולצורך יישום הסכם קיים; בדב"ע 10/98-4 דלק, חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה – האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע לג 337, חויב מעביד למסור מידע לארגון העובדים על כל המפורטים, גם אלה שאינם מאורגנים, בשל טענת ההסתדרות שבפניטוריי צמצום כלכליים צריך להישמר יחס מספרי הוגן בין המפורטים העובדים במסגרת הסכם קיבוצי לבין אלה העובדים בחוזים אישיים; בס"ק (ת"א) 100098/00, עב (ת"א) 100001/00 ועד עובדי החברה האמריקאית הישראלית לגו בע"מ – החברה האמריקאית הישראלית לגו בע"מ, תק-עב 2000(2) 6903, בפסקה 7, חויבה החברה המשיבה להעביד לארגון העובדים מידע על העובדים המועסקים בה כדלקמן: "באשר לעובדים בחוזים אישיים תמסור המשיבה רשימת העובדים בה ויפורטו שמותיהם ותפקידיהם. באשר לעובדי קבלן ו/או חברות בנות יימסר מספר העובדים המועסקים בדרך זו לרבות תפקידיהם וללא כל פרטים מזהים אחרים."

71. בע"ע 359/99 לאה לוי – רשות השידור, פד"ע לו 400, נקבע בבית-הדין הארצי לעבודה כי גם כאשר אין תובת היוועצות מכוח חוק, הסכם קיבוצי ו/או נוהג, המעביד חייב לקיים חובת היוועצות גורפת בפיטורי-צמצום, ולא רק לגבי שמות המפוטרים, אלא גם לגבי היקף הפיטורים ואף לגבי עצם הצורך הכלכלי בפיטורים, וזאת מכוח דירקטיבות אירופיות ועקרון תום-הלב. ראו גם את פסק-דינה של השופטת ברק בעניין אי.סי.איי., לעיל הערה 48.
72. לעיל הערה 27, בע' 734. הצעתה נתמכת על-ידי עקרון תום-הלב וחלחול החובות הציבוריות לתחום המשפט הפרטי. להכרה בזכות הטיעון של מרצה בטרם נפלה ההחלטה על אי-הארכת מינויו, ראו, לאחרונה, ע"ע 1027/01 ד"ר יוסי גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל (טרם פורסם, ניתן ביום 7.1.2003).
73. במיוחד לנוכח משמעותה של חובת ההיוועצות, כפי שנוסחה בדב"ע נב/4-2 חברת תרכובות ברום בע"מ – הסתדרות הכללית – מועצת פועלי באר שבע, פד"ע כג 456, 464: "המדובר בחובה מוגברת, המבוססת על נכונותם של שני הצדדים הנוגעים בדבר לשמוע ולהשמיע, לשכנע ולהשתכנע". נציין כי לטווח הארוך, ובמובנם העמוק יותר של הדברים, יש מקום לטענה כי הגשמתן הנאותה של חובות אלה עשויה לפעול דווקא להעלאת רמת האמון ושיתוף-הפעולה בהקשר התאגידי באופן שאינו סותר בהכרח את תכליתו להשיא את רווחיו, אלא שאם זו ההצדקה, אזי מן הראוי לנמק את הדברים בצורה המתיישבת עם סעיף 11 לחוק החברות.
74. דב"ע 3-7/98 מועדים – משרד הביטחון, פד"ע לג 441 (להלן: עניין מועדים).
75. שם, בפסקה 8. הגישה האחת, המעדיפה את עניינם של בעלי ההון, מסתמכת על המצב בארצות-הברית:
- בארה"ב לא מוקנות לעובדים זכויות בדבר המשך עבודתם לאחר העברת ה"מפעל"... לא נחקקו חוקים המבטיחים לעובדים את שמירת המשכיות זכויותיהם בעת העברת עסק או תשלום מיצויי פיטורים בעת הפסקת עבודתם... המשפט האמריקאי מבוסס על מעבר חופשי של הון, ללא הגבלות, כאשר מתן זכויות לעובדים בעת העברת עסק נחשבת כהגבלה הפוגעת בשוק החופשי. עמדה זו, לדעת האמריקאים, מביאה את המשק לייעילות מקסימלית. (ההדגשות שלי – ע' ב')
- הגישה האחרת, המתחשבת יותר בעובדים, מסתמכת על הגישה האירופית:
- השיטה האירופאית... היא, הבטחת המשך תוזה העבודה של עובדים לאחר העברת המפעל בו הם מועסקים; למנוע את פיטוריהם בגלל העברת העסק; חיוב הנהלה הקודמת להודיע לארגון העובדים על המעבר, למסור לו מידע ולהתייעץ עימו... (ההדגשות שלי – ע' ב')
76. "מעסיק החתום על הסכם קיבוצי מתחייב במפורש או מכללא, שלא לעשות שינויים מרחיקי לכת בלי לאפשר לארגון היציג להביע את עמדתו ואף לנהל עימו משא ומתן בדבר הגנה על זכויות העובדים. בהתחייבות זו לא מוטלת על המעסיק חובה לקבל את דרישות הארגון היציג, אך מוטלת עליו חובה לשמוע את עמדות ארגון העובדים היציג ולדון בדרישותיו... היוועצות זו, בדומה להתייעצות על-פי כללי המשפט המינהלי, אסור שתהיה 'פורמלית' על מנת לצאת ידי חובה, אלא היא צריכה להיות מבוססת על 'נכונותם ההדדית של שני הנוגעים בדבר לשמוע ולהשמיע, לשכנע ולהשתכנע'... בעקבות הפרטת חברה חייבים העובדים להתרגל להנהלה חדשה ובעיקר לכללי התנהגות חדשים. בחברה פרטית מושם דגש על רווחיות החברה. לפני הפרטה, בהעדר תחרות, יכלה הנהלת השקם להשלים עם דברים מסוימים שלא קיימים בשוק תחרותי, ואילו לאחר הפרטה הנהלת החברה הפועלת בשוק תחרותי, תפעל לייעול הליכי העבודה... זכות עובדי שקם לפיצוי בעת 'הפרטת' החברה נובעת מניתוק הקשר ביניהם לבין משרד הביטחון והשינוי בבעלות שקם, העשוי לפגוע בזכויותיהם" (שם, בע' 465 - 471). ראו גם עניין ועד עובדי המנהל והמשק, לעיל הערה 59. במקרה זה הוגבל חופש הניהול של המעביד הפוטר אותו מהיוועצות וניהול משא-ומתן עם העובדים רק למקרים שאין להם נגיעה ישירה או משמעותית בעובדים, אך בכל שאר ההחלטות הניהוליות על המעביד להיוועץ תחילה עם ארגון העובדים.

77. עניין מועדים, לעיל הערה 74, בפסקה 13.
78. דב"ע נד/4-1 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – התעשייה האווירית לישראל בע"מ ורמת"א בע"מ, פד"ע כט 601, פסקה 19 (מקרה זה עסק בהפרדת אחד המפעלים של התעשייה האווירית).
79. שם, בפסקה 48.
80. עס"ק 17/99 הסתדרות העובדים הכללית החדשה וועד העובדים בחרסה ואח' – כור תעשיות בע"מ, פד"ע לד 510 (להלן: עניין חרסה).
81. שם, בע' 524.
82. ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק פויכטוונגר, פ"ד לח(3) 253, 283-285:
- החב בעל מניות בכלל, ובעל מניות שליטה בפרט, חובות כלפי החברה? נקודת המוצא העקרונית של המשפט המקובל האנגלי היתה, כי בעל מניות רשאי לעשות במניותיו כרצונו, ואין הוא חב כל חובת אמון, לא לחברה ולא לבעלי מניותיה האחרים. מניה היא נכס, ובעל המניה רשאי לעשות ברכושו כרצונו... הפסיקה הישראלית טרם דנה בסוגיה זו בהרחבה... במסגרת ערעור זה אין לנו צורך לעסוק בשאלה הרחבה, אם מוטלת על בעל מניה בכלל חובת אמון כללית כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים. עוסקים אנו בסוגיה חדשה, אשר לה השלכות מעשיות ועיוניות נרחבות, וטוב נעשה על כן, אם במיתוחה של סוגיה זו נלך בדרך הזהירה, תוך מתן תשובה לשאלות הקונקרטיים המתעוררות, ותוך נסיון לגבש עמדה כוללת על בסיס הנסיון המצטבר. לצורך הערעור שלפנינו נוכל להסתפק בפרופוזיציה הבאה: בעל מניות שליטה, המבקש למכור את מניותיו, חב חובת אמון לחברה באשר למכירתו זו ועליו לפעול כלפיה בתום לב ובהגינות, והוא מפר את חובתו אם הוא מוכר מניותיו לקונה, אשר למיטב ידיעתו ירוקן את החברה מנכסיה ויביא אותה למצב של אי-סולבנטיות... אמת הדבר, מניה היא נכס אשר בעליה רשאי לעשות בה כרצונו. אך רצון זה אינו בלתי מוגבל. אין לערוך בו דיספוזיציה אשר תביא לידיעת המוכר, לריקונה של החברה. אין בעל המניות רשאי להתנהג כך על פי הגישה כי "אחרי המבול". עליו להתחשב בחברה הנתונה לשליטתו. אין הוא רשאי למכור מניותיו לקונה, ביוזעו כי כתוצאה ממכירה זו ישתלט הקונה על החברה וינצל אותה ויביא לאבדנה.
83. השוו גם דברי ההסבר בהצעת חוק החברות ביחס לשינויים אורגניים (סעיף 362 ואילך בהצעת החוק, לעיל הערה 13): "...נקודת המוצא בפרק זה [הדן ברכישת חברות – ע' ב'] היא כי החברה היא רכושם של בעלי המניות, ולפיכך הם אלה שצריכים להחליט בדבר מכירתה."
84. על הקשר בין "השוק לשליטה" לבין קהילת העובדים, ועל האפשרות שרווחים ב"שוק לשליטה" נובעים גם מפגיעה ביחידים, ראו: A. Shleifer & L.H. Summers "Breach of Trust in Hostile Takeovers: Causes and Consequences" (A.J. Corporate Takeovers: Causes and Consequences (A.J. Shleifer & L.H. Summers, ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1988) 33 ולעומתם, הגישות המובאות בספרו של פרופ' י' שטרן רכישת חברות (נבו, תשנ"ו) 369, שלפיהן הפגיעה בעובדים בהשתלטויות העוינות הינה "מיתוס חסר בסיס".
85. סעיפים 314-342 לחוק החברות, וסעיף 346 לחוק ניירות-ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234.
86. א' ברק, לעיל הערה 29, בע' 230. ראו גם הצעתה של השופטת ברק, במאמרה, ליצירת חובה לספק עבודה בעת שינויים מבניים:
- בעשותו שינויים במקום העבודה על המעביד לקחת בחשבון את זכות היסוד של העובדים לעבוד. זוהי זכות נגטיבית, חירות המחייבת לא לפגוע בה מעבר למידה. לעתים רואים זכות זו גם כזכות פוזיטיבית המטילה חובה לעשות את המירב על מנת לספק עבודה. חובה זו לעשות פעולה פוזיטיבית חלה בעיקר על המדינה, אך חלה גם על המעביד. חובה זו חלה על המדינה בתקופת אבטלה. אך חובה זו חלה גם על המעביד הפרטי. בכוח עקרון תום הלב דורשת הזכות לעבוד לעיתים ממעביד לעשות מעשה פוזיטיבי על מנת להגן עליה (שם, בע' 226).
87. ביישראל, לעיל הערה 27, בע' 732-733.

88. ע"ע 1201/00 זילברשטיין נ' ערב חדש (עתונות) – אילת בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 17.12.2002), בפסקה 23.
89. עניין רקנט, לעיל הערה 3; עניין סער, לעיל הערה 7; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663.
90. חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ס"ח 284; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230; חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987, ס"ח 1208; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1988, ס"ח 152; בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מד(4) 749; בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; וראו גם א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, ירושלים, המכון למחקרי חקיקה, תשנ"ג) 163.
91. פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 41.
92. לעיל הערות 54-56 והטקסט הצמוד להן.
93. לעיל הערה 7. פסיקה דומה לזו שהתקבלה בעניין סער נפסקה עוד קודם לכן בבית-הדין הארצי לעבודה בע"ע 164/99 פרומר וצ'ק פוינט טכנולוגיות תוכנה בע"מ – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (להלן: עניין צ'ק פוינט), שבו נידון עניינו של מהנדס תוכנה אשר עזב חברה אחת ועבר לחברה מתחרה בניגוד לסעיף המגביל את עיסוקו. בית-הדין קבע בדעת רוב, גם פה ללא התייחסות לאינטרס של המעסיק להשיא את רווחיו, כי –
- לתניית הגבלת עיסוק בחוזה עבודה אישי אין ליתן, לכשעצמה, משקל רב. יש ליחס לתניה נפקות רק אם היא סבירה ומגנה בפועל על האינטרסים של שני הצדדים, לרבות המעסיק הקודם ובעיקר על סודותיו המסחריים. בהעדר קיומן של נסיבות כפי שיפורטו להלן, ובעיקר בהעדר "סודות מסחריים", גובר עקרון חופש העיסוק על עקרון חופש ההתקשרות. (פסקה 14 לפסקדינו של הנשיא אדלר; ההדגשה שלי – ע' ב')
- ראו גם ע"ע 1055/01 אירוקה אינטרנשיונל בע"מ – קורי, עבודה ארצי לג(22) 26 (ניתן ביום 6.3.2001); שבו התקיים יסוד נוסף מלבד מבחן הסוד המסחרי ותום-הלב:
- מבחינת דיני ההגבלים עסקיים, אירוקה הינה חברה גדולה המפעילה 37 חנויות ברחבי הארץ בעוד מר קורי מבקש, ככל הנראה, בשלב זה, להקים שתי חנויות. למעלה מאלה, טובת הציבור מחייבת עידוד התחרות בתחום זה ומבלי שמתקיים אחד התנאים שנקבעו כאמור בפסיקה, אין מקום להגביל את חופש התחרות. (פסקה 10 לפסק-הדין – ע' ב')
- בפסקה 15 לפסקדינו בעניין צ'ק פוינט קובע הנשיא אדלר רשימה מצומצמת המצדיקה לשיטתו הגבלה בחוזה של חופש העיסוק של העובד, אך גם ברשימה זו אין כל התייחסות לאינטרס של המעביד להשיא את רווחיו ולעניין ההגשמה של רצון הצדדים:
- א) סוד מסחרי: יש להגביל את חופש העיסוק של עובד כדי למנוע ממנו מלהשתמש, שלא כדין, ב"סוד מסחרי" השייך למעסיקו הקודם;... (ב) הכשרה מיוחדת: במקרה בו המעסיק השקיע משאבים מיוחדים ויקרים בהכשרת העובד...; (ג) תמורה מיוחדת עבור הגבלת העיסוק: יש לבחון האם העובד קיבל תמורה מיוחדת עבור התחייבות מצדו שלא להתחרות בעתיד במעסיק הנוכחי...; (ד) חובת תום הלב וחובת האמון: יש ליתן משקל לתום-לבם של העובד ו/או המעסיק החדש. בין עובד לבין מעביד קיימים יחסי אמון. (ההדגשות במקור)
- ראו גם בפסקה 20 לפסקדינו של הנשיא אדלר, המשמיעה את העדפתו הברורה של בית-הדין את חופש העיסוק: "בית-הדין לא ייתן צו-מניעה המגביל את חופש עיסוקו של העובד אלא אם כן עבודתו של העובד אצל המעסיק החדש, מאיימת על עצם קיומו של המעסיק הקודם." (ההדגשה שלי – ע' ב') מעניין שלדעת בית-הדין, סיכון קיומי מצדיק אכיפתה של תנייה חוזית המגבילה את יכולת התחרות של העובד, אך לא כך בהכרח סיכון רווחי המעביד ואי-הגשמת הציפיות שנטע העובד בליבו של המעביד.

94. מועד התרחשות הסכסוך קדם בהרבה למועד חקיקתו של חוק החברות. עם זה, מאחר שפסקי הדין ניתן לאחר חקיקת חוק החברות, היה מקום שבית-המשפט יידרש לסעיף חשוב זה, ולו למטרות השראה.
95. עניין סער, לעיל הערה 7, בפסקה 17. אל מול מקרה זה ראו בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, שבו נידון מקרה של אדם שעבד בחברה ולא חתם על כל מסמך באשר לשמירת סודותיה המקצועיים. בית-המשפט הקנה מעמד עדיף לחברה והחליט להגביל את חופש העיסוק של עובד זוטר. בעניין זה, להבדיל מעניין סער, נומקה ההחלטה בשמירה על סודותיו המקצועיים של המעביד (ראו פסקה 6 לפסק-הדין). בעניין **יבין פלסט** דובר בסכסוך חוזי-תאגידי בין עובד ומעסיקו, אשר היה מאוגד כחברה בע"מ, ובכל-זאת העדיף בית-המשפט את זכותו של המעסיק, המאוגד כחברה, על זכותו של העובד לחופש העיסוק. עם זה, נראה כי יש לייחס את הדבר לחוסר תוס-הלב המשמעותי של העובד באותו מקרה: אכן, המקרה שלפנינו הוא קיצוני בעובדותיו. המעביד החדש התקשר עם העובד משום שביקש לדעת את הסודות המקצועיים של המעביד המקורי (בעיקר רשימת ספקים ולקוחות). בעבודתו החדשה אכן עשה העובד שימוש בידע הסודי, והתקשר עם ספקים ולקוחות של מעבידו המקורי. כל אלה יוצרים פגיעה קשה בזכויותיו של המעביד המקורי, ומזכים אותו בסעדים עליהם עמדו בתי הדין לעבודה. (פסקה 9 לפסק-דינו של השופט – כתוארו אז – אהרן ברק)
96. השוו: Recent Case: "Contract Law - Covenants Not To Compete - Pennsylvania Supreme Court Holds that Covenants Not To Compete Are Not Assignable by Default and Are Not Enforceable to Protect Financial Interests Alone - *Hess v. Gebhard & Co.*, 808 A. 2d 912 (Pa. 2002)" 116 *Harvard Law Review* (2003) 2238, 2244.
97. על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים, ראו ע' בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תוס-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט טו (תש"ס) 11. לעניין חופש החוזים ניתן להביא מעמדת המיעוט של השופט פליטמן בעניין צ'ק פוינט, לעיל הערה 93, בפסקה 22, המתמזגת לדעתנו בצורה ראויה יותר עם רעיון חופש החוזים, עם שיקולי האמון שבבסיסם של דיני החוזים, ובעקיפין גם עם שיקולי השאת הרווחים הקבועים בחוק החברות:
- משהעובד קיבל על עצמו התחייבות חוזית המגבילה חופש עיסוקו, צריך הוא גם להיות נכון לקיימה. לא יתכן מצב בו הוא יבחר לעצמו מתוך ההסכם את תניותיו הנוחות לו ויידחה בדיעבד את אשר אינו נראה לו. משמדובר בהתחייבות מפורשת של העובד שלא להתחרות במעביד, הרי אל מול עקרון חופש העיסוק על פי חוק יסודי: חופש העיסוק, עומד עיקרון חשוב לא פחות – עקרון כיבוד הסכמים, הנובע מתופש ההתקשרות וכיבוד אוטונומיית רצון הפרט על פי חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו.
98. לעיל הערה 3.
99. ראו דבריו של הנשיא ברק, שם, בע' 362: "אכן, עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה." אין לחדד אומנם כי מעמדה של אל-על כ"מוביל הלאומי" וכחברה ממשלתית (להבדיל ממעביד רגיל) שימש תמריץ נוסף להחלתו של עקרון השוויון ("עקרונות היסוד של המשפט, וביניהם עקרון השוויון, צריכים לקבל משקל כבד במיוחד בפעולותיה" – שם, בע' 365). אולם קריאת המהלך של פסק-הדין כולו מזהה כי מעמדו של עקרון השוויון נבע בסופו של יום מכוחו הוא ("לשיקול של השוויון – או איסור ההפליה – יש ליתן משקל נכבד" – שם, בע' 366).
100. השוו דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(4) 794, 749, בהתייחסותו למעמדו של בית-המשפט העליון, אשר נאמרו גם שם בהקשר של

התערבותו בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה: "חובתו של בית המשפט העליון – כפרשן המוסמך והסופי של החוק בישראל – לומר את דברו בשאלה חשובה זו."

101. תיקון תשנ"ה (2), ס"ח 334, התקבל בכנסת ביום 9.1.1995.
102. ייתכן שהדבר נבע ממעמדה של חברת אל-על כחברה ממשלתית ומן העובדה שהאירוע קדם לחקיקתו של חוק החברות. למרות זאת, חשיבותו הפוטנציאלית, מרכזיותו וקרבתו של סעיף 11 לחוק החברות לנושאי פסק-הדין מצדיקים את אזכורו ואת ההתייחסות המנחה אליו גם בנסיבותיו של פסק-דין זה.
103. עניין רגנט, לעיל הערה 3, בע' 354-355. בדיון המקורי שנערך בבג"ץ, נשוא הדיון הנוסף, קבעו השופטים י' זמיר וד' ביניש כי הנתונים שהובילו לקביעת גיל הפרישה המוקדם אינם מתחייבים ממהות התפקיד. למשל, ביחס להופעה הנאה ציין זמיר כי אפשר שהופעה נאה תהיה גם לאנשים מבוגרים, כך שלמעשה הדרישה היא להופעה צעירה, וזו דרישה שניזונה לדבריו מסטריאוטיפ שיצרו חברות התעופה, וביניהן אל-על, ובדיוק נגד סטריאוטיפים כאלה בא חוק שוויון ההזדמנויות להילחם.
104. שם, בע' 355.
105. שם, בע' 380:
- דבר אחרון: דעתי היא – פרשתי אותה על פני דפים רבים בחוות-דעתי בדיון המקורי – כי תקנת הציבור וחוק שוויון ההזדמנויות מקנים זכות לדיילי אוויר להמשיך ולעבוד באל-על עד גיל 65, כמוהם כעובדי הקרקע. חיובם של הדיילים לפרוש מאל-על בגיל 60 – כפי שנקבע בהסכם הקיבוצי – חיוב פסול הוא בהיותו עומד בניגוד לתקנת הציבור ולהוראות חוק שוויון ההזדמנויות. בהזדמנויות, נתקשתי להסכים לעת הדיון המקורי – ומתקשה אני להסכים אף עתה – כי חוק שוויון ההזדמנויות מחייב את אל-על להמשיך ולהעסיק דיילי אוויר בתפקידי דיילות אוויר דווקא לאחר גיל 60 ועד לגיל 65. אני מבדיל ומבחין אפוא – בחדות ובאורח חד-משמעי – בין זכותו של עובד להמשיך ולעבוד במקום עבודתו לבין השאלה אם זכאי הוא עובד – בנסיבות מסוימות – להמשיך ולעבוד בעבודה ספציפית דווקא באותו מקום עבודה. (ההדגשה במקור)
106. זרעים להתמודדות כזו מצויים בדבריו הבאים של הנשיא ברק:
- זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לחשלום ה"מחיר" באה כלפי השלטון... אך מקום שזכויות האדם, כמו השוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון. (שם, בע' 355)
107. שם, בע' 357-358.
108. שם, בע' 377:
- בדרך הטבע, יהיה זה המעביד שיקבע ראשון – מבחינה כרונולוגית – מהו אופיים או מהותם של תפקיד או של משרה במפעלו, ומה מתחייב מאופיים או ממהותם של תפקיד פלוני או של משרה אלמונית. אלא שקביעת המעביד לא תהא קביעה סופית; יהא עליה על אותה קביעה לעבוד את ביקורתו של בית-המשפט אם אך תעלה השאלה לפניו להכרעה בה. בביקורת זו – והיא עיקר לענייננו – ראוי לו לבית-המשפט כי יקצוב מרחב-מחיה למעביד, מרחב בו רשאי מעביד לקבוע את אופיים ואת מהותם של תפקיד או של משרה במפעלו. אכן כן: בית-המשפט יוסיף ויעביר את קביעת המעביד בכורה-היתוך של איסור ההפליה – איסור הפליה מחמת גיל או מכל טעם אחר – ואולם בעשותו כן יפעל בית-המשפט במעמד של ביקורת משפטית על מעשי הזולת ולא במעמד של מי שאמור לקבוע נורמות ראשוניות. נזכור-נא, אל-נשכח: מדברים אנו במעביד שהעסק עסקו הוא: הוא הנושא בסיכונים והוא שישא בהפסדים; הוא ולא אחר. אם אלה הם פני הדברים, ראוי כי גם דברו יישמע; יישמע ויובא במניין השיקולים – הגם שלא יכריע. (ההדגשה שלי – ע' ב')

- כפי שראינו קודם לכן, גם הנשיא ברק מחשיב את עניינו של המעביד, אך בקול חלש יחסית בהשוואה לזה של השופט חשין (שם, בע' 348-349):
- ...בקביעת המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד יש להתחשב בהגדרת התפקיד על ידי המעביד. בסופו של דבר, זהו עסקו שלו. עם זאת המעביד אינו המכריע, ומילתו שלו אינה המילה האחרונה. דעתו שלו – ודעתם של מעבידים אחרים באותו סוג של עסק – תובא בחשבון כאחד הנתונים הקובעים את המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד. (ההדגשות שלי – ע' ב')
109. שם, בע' 378-379.
110. ראו דעתו של הנשיא ברק כי בהסכם קיבוצי יש לתת משקל חלש לאוטונומיה של הרצון הפרטי ולחופש החוזים הנגזר ממנו, שכן אף ששיקול זה "חזק בחוזה היחיד", שיקול זה נחלש בהסכם קיבוצי, שבו אין נדרשת כלל הסכמתו של העובד" (שם, בע' 365). השופטת ביניש מצטרפת לדעה זו, ואומרת "כי דווקא כאשר מדובר בהסכם קיבוצי, השיקול של כיבוד האוטונומיה של רצון הפרט נחלש, כאשר היחיד אינו הצד לחוזה, אלא מחויב על-פיו" (שם, בע' 383). לעומת דעה זו, ראו דבריו של השופט זמיר:
- אמנם מדובר בהסכם קיבוצי ולא בחוזה אישי. ונכון הדבר, כפי שנאמר לא פעם, כי הסכם קיבוצי דומה יותר לחוק מאשר לחוזה. אך האם קל יותר או ראוי יותר לבטל סעיף בחוק מאשר סעיף בחוזה אישי? להיפך. המסקנה היא, שביטול סעיף בהסכם קיבוצי מחייב זהירות יתירה, גם משום שהוא פוגע באוטונומיה של רבים, גם משום שהוא דומה לביטול סעיף בחוק, וגם משום שהוא מאיים לשבש את יחסי העבודה הקיבוציים. (שם, בע' 373)
111. שם, בע' 375.
112. שם, שם.
113. שם, בע' 364. הנשיא ברק מונה בע' 364-365 את הערכים והעקרונות אשר ההתנגשות ביניהם מעצבת את תקנת הציבור בנסיבות המקרה:
- מחד גיסא**, עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי של הצדדים להסכם הקיבוצי – בענייננו, האוטונומיה של הרצון הפרטי של אל-על – שממנה נגזרים חופש החוזים והערך בדבר קיום החוזה. כן יש להעמיד בצד זה של המאזניים את קניינו של המעביד ואת חופש העיסוק שלו, שמהם מתבקשת הכרה בחירותו לעצב את קנייני-עסקו כרצונו. **מאידך גיסא**, עומדים כבודו של הדייל המבוגר והצורך להבטיח את שווינו. ייתכן כי יש להציב בצד זה של המשוואה גם את חופש העיסוק של העובד, שממנו מתבקשת הכרה בזכותו להמשיך בעיסוקו ככל שיוכלתו תאפשר לו. (ההדגשות במקור)
- ראו גם את דבריה של השופטת ביניש, האומרת כי "חופש החוזים וכיבוד האוטונומיה של רצון הפרט הינם ערכים חשובים בשיטתנו המשפטית, אך במלאכת האיזון של הערכים אין ליתן לו משקל מכריע כנגד ערכי יסוד אחרים בשיטתנו. דומה, כי מסיבות טובות אף הועם זוהרו של הערך של חופש החוזים בחברה בת זמננו". (שם, בע' 382)
114. שם, בע' 370:
- תקנת הציבור – ולצדה העיקרון של תום הלב (הקבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים) – משמשים שניהם מכשירים חשובים להגבלת חופש החוזים... חופש החוזים הוא ערך חוקתי חשוב ביותר. ההגבלות עליו, מטבע הדברים, לא נועדו למוטט אותו.
115. רעיון דומה הובע על-ידי אייזנברג – M.A. Eisenberg "The Emergence of Dynamic Contract Law" 88 *California Law Review* (2000) 1745, 1747:
- The basic contracts principle rejects single-value theories of contract, such as autonomy theories, and instead accepts multiple values and even conflicting values. Part of the human moral condition is that we hold many proper values, some of which will conflict in given cases. Part of the human social condition is that many values are relevant to the creation of a good world, some of which

will conflict in given cases. Contract law should not attempt to escape these moral and social conditions. In contract law, as in life, all meritorious values should be taken into account, even if those values may sometimes conflict

116. עניין רקנט, לעיל הערה 3, בע' 372-373.

117. למעשה, גם "חוקת-המגן", הקוגנטית במהותה, גוברת על עקרון חופש החוזים ועל חירותו של המעסיק להתמקד בהשאת רווחי החברה העסקית, בשמם של ערכים חברתיים מרכזיים בעיני המחוקק. בהקשר זה ניתן להצביע על ניצניה של מגמה חדשה אשר דנה במעמדם של חוקי-המגן לאורו של עקרון תוס-הלב, ואשר יש בה כדי להצביע על אפשרות לחיזוקם העקיף בעתיד של זכות-היתר הניהולית ושל חופש החוזים (אף שאין התפתחות זו מיוחדת רק למעסיק המאוגד כחברה עסקית). עקרון תוס-הלב, המוכר היטב בכל שיטת המשפט הישראלית, מוכר ומושרש גם בדיני העבודה, ודי אם נזכיר לעניין זה את בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה צבוריים ב"ש נ' ב"ד הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, אשר ניתן בהקשרם של יחסי עבודה ונחשב לאחת ההלכות המנחות במשפט הישראלי ביחס לחובת תוס-הלב. בהקשר של מאמר זה מן הראוי להצביע על התלבטותו של בית-הדין לעבודה בשאלה עד כמה יוכל צד לחוזה עבודה להתנכר לחוזה שעליו תתם בטענה כי חוזה זה סותר חקיקת-מגן כופה. הגנת הציבור באמצעות העיקרון הנורמטיבי המקודם באמצעות עקרון תוס-הלב אינה בהכרח סמוקה פחות מהגנת הציבור באמצעות חקיקת-המגן, וככלות הכל יישום דומה מוכר זה מכבר בשיטת המשפט ביחס לדרישה פטרנליסטית אחרת, היא דרישת הכתב, המהותית בדיני המקרקעין (ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185), ועל-כן נראה כי התפתחות בעניין זה גם בדיני העבודה הינה צפויה למדי. לעניין זה נזכיר את הלכת בוכריס (דב"ע נה/145-3 משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1), שבה נזרעה האפשרות לכך שעקרון תוס-הלב עשוי לגבור במקרים קיצוניים על זכויות-מגן; וכן את ע"ע 1182/02 חיים קאזיס, עו"ד – ארייט, תק-אר 2002(3) 1586 (ניתן ביום 10.11.2002), שדן בהסכם בין מתמחה במשפטים לבין עורך-דין שבו נקבע כי המתמחה לא יקבל שכר. הנשיא אדלר אינו מקבל את אפשרות השתקתו של המתמחה מלהתכחש לחוזה בנסיבות העניין, אך אינו מוציא לחלוטין מכלל אפשרות כי יש בכוחו של עקרון תוס-הלב לגבור על חקיקת-המגן, ובמילותיו: "אף לו סברתי שבמקרים נדירים ביותר תוכל טענה בדבר חוסר תום לב לגבור על הקוגנטיות של החוק..." (פסקה 5). וראו גם, לאחרונה, ד"מ 2426/02 אבו עוביד כאניה נ' תאפז גטאס (טרם פורסם, ניתן ביום 6.1.2003).

