

אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים*

עלי בוקשפן, ** אסא כשריים***

המאמר דן במקומן של תוכניות אתיקה בחברות עסקיות ובהתוויית מתכונת מומלצת להתייחסות משפטית הולמת לתחום אתי זה. אף שקיומם של קודים אתיים בחברות עסקיות נהוג כבר יותר ממאה שנה בצורה כזו או אחרת, בעשור האחרון קיבלה תופעה זו חשיבות הולכת וגוברת בארצות-הברית כמדריכת התנהגות וכמעצבת אתוס וזהות תאגידיים. שיאה של המגמה האמורה בא לידי ביטוי בשנתיים האחרונות, כמענה פוטנציאלי לסקנדלים התאגידיים שבמסגרתם נחשפו נורמות תאגידיות וחשבונאיות פגומות בחברות-ענק אמריקאיות, דוגמת Enron, WorldCom, Tyco International ו-Adelphia Communications. גם בישראל, אף שהאקלים התאגידי המקומי אינו מורגל עדיין בקודים אתיים, מתחילים לצוץ ניצנים של התעניינות בתופעה זו. המאמר עוסק בחלקו הראשון במיפוי מושגי, שנועד ליצור סדר ולכידות בביליל המושגים המשמשים בשיח העוסק בסוגיית אימוצם והטמעתם של קודים אתיים בחברות עסקיות. חלקו השני של המאמר מוקדש לדיון על-אודות ההתייחסות החקיקתית המצויה והרצויה לקודים אתיים בחברות עסקיות, לצורך התוויית המודל החקיקתי הראוי במשפט הישראלי. חלקו השלישי של המאמר מעלה את הטיעונים המשפטיים בעד קודים אתיים בחברות עסקיות, תוך שילובם עם דיני החברות הנוהגים. במסגרת זו מוצגת התפיסה שלפיה קודים אתיים עשויים ללטש ולגשר – לטובת החברה עצמה ולטובת הציבור בכללותו – בין

* הכותבים, אשר השתתפו בניסוח ההצעה לחקיקה חדשה בנושא "טיפול אתיקה בארגונים", מבקשים להודות ליתר החברים בצוות הניסוח – פרופ' דוב יורעאלי ז"ל, עו"ד מרק ליידין, פרופ' זאב סגל ועו"ד יסמין קשת. תודה מיוחדת לעו"ד יסמין קשת, שהשתתפה גם בעדכון ההצעה המופיעה בסיכום המאמר, ולא לעד שרף על סיועו המסור בעזרת-מחקר.

** עלי בוקשפן, SJD, מרצה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

*** אסא כשר, PhD, מופקד הקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה ע"ש לאורה שוורץ-קיפ, פרופסור-אמריטוס לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב וכן יועץ אקדמי במכללה לביטחון לאומי. חתן פרס ישראל לפילוסופיה כללית, 2000.

התפיסה ה"כלכלית" והתפיסה ה"חברתית" ביחס לתכלית החברה העסקית. שילוב זה מתבקש ביתר שאת לנוכח התמורה החברתית המתפתחת במשפט הפרטי הישראלי, ולנוכח חוק החברות החדש. חלק זה עוסק גם בחשיפת החיזוק הטמון בקודים האתיים לפילוסופיה המרשה והרצונית אשר עומדת בבסיסו של חוק החברות; במקומם המבטיח של קודים אתיים ביצירת תרבות ארגונית חדשה; ובבשורה הטמונה בהם בכל הנוגע להתמודדות עם בעיית-היסוד של דיני החברות, היא "בעיית הנציג", ולמזעור חשיפתם של נושאי-המשרה בחברה לחובות משפטיות בכלל ולחובות האמונים והזהירות בפרט. חלקו הרביעי של המאמר מביא את הטיעונים המוסריים בעד קודים אתיים בחברות עסקיות, וחלקו החמישי והאחרון מביא דברי סיכום ומציג את המודל החקיקתי המוצע.

הקדמה

- פרק א: מיפוי מושגי – אתיקה, מסמכי אתיקה וקודים אתיים
- פרק ב: ההתייחסות החקיקתית לקודים אתיים בחברות עסקיות
1. הנחיות השפיטה הפדרליות (Federal Sentencing Guidelines)
 2. Sarbanes-Oxley Act of 2002 ותקנות הבורסות בארצות-הברית
 3. החקיקה בישראל
- פרק ג: הטיעונים המשפטיים בעד תוכניות אתיקה בחברות עסקיות – מקומם של קודים אתיים בדיני החברות
1. קודים אתיים כמיישבים בין התפיסה ה"כלכלית" והתפיסה ה"חברתית" של תכלית החברה העסקית
 - (א) קוד אתי כמגשר בין התפיסות המתחרות ביחס לדיני החברות
 - (ב) קוד אתי כמושג-שסתום להחלת נורמות חוקתיות
 - (ג) סיכום
 2. קודים אתיים כמחזקים את אופיים המרשה והרצוני של דיני החברות
 3. קודים אתיים כאמצעי להבניית תרבות ארגונית חדשה ולמזעור של "בעיית הנציג" ושל החשיפה המשפטית לחובותיהם של נושאי-המשרה ולחובות משפטיות אחרות
 - (א) כללי
 - (ב) הקוד האתי כמכשיר למזעור בעיית הנציג
 - (ג) הקוד האתי כטענת הגנה לנושאי-המשרה
- פרק ד: הטיעונים המוסריים בעד קודים אתיים בחברות עסקיות
- פרק ה: סיכום

הקדמה

קודים אתיים מוכרים בתחומי חיים מגוונים, ואינם המצאה חדשה. הם שכיחים באיגודים מקצועיים, במוסדות ובארגונים שונים, דוגמת תאגידים ללא מטרת רווח, בתי-ספר, אוניברסיטות, צבא ועוד ועוד.¹ באופן דומה, קודים אתיים קיימים גם במסגרתן של חברות עסקיות,² ובאלה מתרכז המאמר הנוכחי, אשר נועד לחזק את התופעה, להצדיקה ולהתוות מתכונת מומלצת להתייחסות משפטית הולמת לתחום אתי זה.

אף שקיומם של קודים אתיים בחברות עסקיות נהוג כבר יותר ממאה שנה בצורה כזו או אחרת,³ בארבעים השנים האחרונות, ובמיוחד בעשור האחרון, קיבלה תופעה זו חשיבות הולכת וגוברת כמדריכת התנהגות וכמעצבת אתוס וזהות תאגידיים. אף שמגמה זו חופפת – ובחלקה מוסברת – על-ידי השינוי בגישות השוררות ביחס לעולם העסקים וביחס לתכלית החברה העסקית,⁴ אין לכתוד כי קיומם של קודים אתיים בחברות עסקיות

-
- 1 ראו: Ethics Resource Center *Creating A Workable Company Code of Ethics: A Practical Guide to Identifying and Developing Organizational Standards* (Washington D.C., 2nd rev. ed., 2003) 5–6.
- 2 קודים אתיים אינם נחלתן של חברות גדולות בלבד. מחקרים שנערכו באיחוד האירופי מראים כי שכחותם גוברת בצורה מתמדת גם בתחום החברות הקטנות. לעניין זה ראו: European Commission *European SMEs and Social and Environmental Responsibility* available at http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/smes_observatory_2002_report4_en.pdf (7.5.2005).
- 3 בהקשר זה ניתן להזכיר את מה שנחשב הקוד הראשון: Thomas Percival's Code of Medical Ethics מתחילת המאה התשע-עשרה. ראו: Ethics Resource Center, *supra* note 1, at p. 5. כמו-כן ראוי להזכיר את מסמך ה"אני מאמין" (Credo) שכתב רוברט ג'ונסון, אשר ייסד את Johnson & Johnson בשנת 1886 מתוך מטרה אידיאליסטית "להקל את הכאב והמחלה", מטרה אשר הורחבה לכלל אידיאולוגיה עסקית שהציבה את השירות ללקוח ואת הדאגה לעובדים לפני רווחיהם של בעלי המניות; וכן את הפרוספקט שנוסח על-ידי מסרו איבוקה, מייסדה של חברת סוני, ב-7 במאי 1946, בטוקיו המשתקמת לאחר מלחמת-העולם השנייה, שבו נכתב, בין היתר: "אנחנו נחסל כל התעניינות בלתי הוגנת ברווחיות, נדגיש כל העת את העבודה המהותית והתיוניות – ולא סתם נחתור לצמיחה". ג'יימס קולינס וג'רי פאורס לנצח נבנו – 18 חברות מופת (מהדורת זהב, 1997) 55, 64.
- 4 האימוץ של קוד אתי על-ידי חברות והעיסוק בנושא האחריות החברתית של חברות נמצאים בעלייה מתמדת בשנים האחרונות הן בארצות-הברית והן באירופה. לעניין זה ראו: European Commission "Corporate Promoting a European Framework for Social Responsibility" (Green Paper, 2001) available at http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/csr/greenpaper_en.pdf (29.5.2005).
- כמו-כן ראו לאחרונה כנס של ארגון ISO (International Organization for

זכו בדהיפה ובעידוד משמעותיים באמצעות רגולציה פדרלית. רגולציה זו התפתחה רבות בארצות-הברית בשנות התשעים, והגיעה לשיא בשנתיים האחרונות, כמענה פוטנציאלי לסקנדלים התאגידיים שבמסגרתם נחשפו נורמות תאגידיות וחשבונאיות פגומות בחברות-ענק אמריקאיות, דוגמת Enron, WorldCom, Tyco International ו-Adelphia Communications. סקנדלים אלה יצרו בקיעים לא-מעטים בפרדיגמה הכלכלית לדיני החברות ובאמונה בכוחם של כוחות השוק הכלכליים, והעלו את נושא הקודים האתיים בחברות עסקיות אל קדמת סדר-היום.⁵ כיום, מכל מקום, קיומם של קודים אתיים בחברות עסקיות בארצות-הברית הינו עובדה שגורה ונפוצה מאוד, המשקפת פרקטיקה עסקית ומשפטית מקובלת עד כדי כך ש-90% מהחברות המופיעות ברשימת ה-Fortune 500, וכמחצית מבין כלל החברות, אימצו סוג כלשהו של קוד אתי.⁶

למעשה, גם בישראל, אף שהאקלים התאגידי המקומי אינו מורגל עדיין בקודים אתיים, מתחילים לצוץ ניצנים של התעניינות בתופעה זו. כך, רק באחרונה הועלו שתי יוזמות הקוראות במישרין לפעול לאימוצם של קודים אתיים כחלק מהתרבות העסקית הישראלית: הראשונה, הצעת-חוק פרטית⁷ לטיפול אתיקה בארגונים, אשר פורסמה על-ידי כמה

Standardization) שנערך בשטוקהולם ביוני 2004, ואשר עסק בהסדרת הנחיות למעורבות חברתית של ארגונים (להלן: כנס ISO). להעמקה ראו הדו"ח המפורט שהוכן והוגש לקראת הכנס האמור: *ISO Advisory Group on Social Responsibility Working Report on Social Responsibility* (April 2004) available at [http://www.iso.org/iso/en/info/Conferences/SRConference/pdf/Working%20Report%20on%20SR\(Apr30\)Conf.pdf](http://www.iso.org/iso/en/info/Conferences/SRConference/pdf/Working%20Report%20on%20SR(Apr30)Conf.pdf). אף שנושא הקודים האתיים משיק לא במעט לקודים חברתיים (ראו, למשל, את "הקוד לניהול חברתי בעסקים" של ארגון "מעלה" (2004), נגיש ב-http://www.maala.org.il/SIP_storage/files/6/176.doc (27.5.2005) ואת עקרונות סליבן לאחריות חברתית, נגיש ב-<http://www.thesullivanfoundation.org/gsp/default.asp> (27.5.2005), מאמר זה מתמקד בקוד האתי מתוך אמונה כי אימוצו והטמעתו של קוד זה הינו בסיסי ומקדמי גם לגיבושה של אחריות חברתית ראויה.

5 ראו: Ethics Resource Center, *supra* note 1, at pp. 2-3. בהקשר האמריקאי ניתן להזכיר כבר עתה את ה-Sarbanes-Oxley Act of 2002 Pub. L. 107-204, 116 Stat. (להלן: Sarbanes-Oxley Act (2002)); את חקיקת ניירות-ערך של רשות ניירות-הערך האמריקאית (ה-SEC); ואת העדכון להנחיות השפיטה הפדרליות (The Federal Sentencing Guidelines).

6 ראו: "The Good, The Bad, and Their Corporate Codes of Ethics: Enron, Sarbanes-Oxley, and the Problems With Legislating Good Behavior" 116 *Harv. L. Rev.* 2123, 2125 (1996). חלק מהחברות אימצו נורמה זו ממניעים ערכיים, חלקן עשו זאת כי חשבו שהדבר יניב להן רווח עודף, וחלקן, בעיקר בשנים האחרונות, עשו זאת עקב תמריצים בחקיקה ובמדיניות המשפטית.

7 עלי בוקשפן, דב יורעאלי, אסא כשר ואחרים טיפוח אתיקה בארגונים - הצעה לחקיקה חדשה (בהוצאת שבי"ל ישראל, 2003). הצעה זו, בשינויים קלים, הונחה על שולחן

אנשי־מקצוע מתחום האתיקה, העסקים והמשפט; והשנייה, הצעה שהועלתה על־ידי רשות ניירות־ערך בישראל.⁸ תוקף חקיקתי נוסף, אף אם משתמע, לנושא אימוצם והטמעתם של קודים אתיים בחברות עסקיות בישראל עולה מחוק החברות החדש שהתקבל בשנת 1999.⁹ חוק מודרני ומקיף זה, אשר מהווה נכון להיום את דבר החקיקה הארוך ביותר בספר החוקים בישראל, מצהיר אומנם, כבר בין סעיפיו הראשונים, כי תכליתה של החברה העסקית היא "לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה", אולם הוא ממשיך וקובע כי אין מדובר בהכרח בתכלית כלכלית "רוזה". החוק מכיר גם במקומה החברתי של החברה העסקית, בקובעו כי ניתן – ואולי אף בלתי־נמנע – "להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, גם את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור".¹⁰

בגישה זו אין לראות משום רבולוציה, אלא אבולוציה טבעית, שכן חברות עסקיות רבות משמשות מסגרת חברתית קולקטיבית ארוכת־טווח, המקרינה על צדדים רבים הקשורים אליה. נקודה זו נתמכת במאפייניו של התאגיד המודרני, ובעיקר באישיותו המשפטית הנפרדת והעצמאית, בגודלו, בחשיפתו החברתית ובחשיבותו החברתית־הכלכלית. מאפיינים אלה מזמינים בחינה מחודשת של ההבחנה בין אחריות החברתית של החברה כגוף פרטי לבין אחריותו של גוף ציבורי, וסיווגה של החברה העסקית כחוד־חנית לקידום של יעדים חברתיים, לרבות סולידריות חברתית, אשר בסופו של יום יתוגמלו על־ידי הציבור ויועילו גם לרווחיה של החברה עצמה.¹¹

אימוצם והטמעתם של קודים אתיים בחברות עסקיות עשוי במבט ראשון ליצור מתח בין יעדיה הכלכליים והחברתיים של החברה העסקית, ואולי אף לעורר את הרתיעה ממעורבותו של המשפט בתחום חברתי־מוסרי זה. עם זאת, וכפי שנראה במאמר זה, לא רק שאין בנקודות אלה כל קושי, אלא ההפך הוא הנכון. תחום זה של קודים אתיים בהקשרה של החברה העסקית מסייע ביצירת איזון ראוי ומועיל בין מקומה החברתי למקומה הכלכלי של החברה העסקית. זאת ועוד, כל עוד עסקינן בקודים פנימיים ועצמיים של כללי התנהגות מוסרית וחברתית המנוסחים ומוטמעים על־ידי החברות עצמן בהתאם לאופיין ויעדיהן, יש בכך כדי לבטא באופן אוטונומי וולונטרי את זהותה ואת הכרתה של החברה

הכנסת: הצעת חוק לטיפול אתיקה בארגונים, התשס"ד-2004, פ/1820 (להלן: הצעת החוק לטיפול אתיקה בארגונים), נגיש ב־ http://www.ti-israel.org/_Uploads/18Law_suggestion_2004.pdf (3.7.2005).

8 ראו להלן בפרק ב.

9 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות). למעשה, גם הפסיקה בישראל חווה בשנים האחרונות "תמורה" חברתית ביחס למעמדה של החברה העסקית, ומטילה עליה אחריות משפטית הולכת וגוברת כלפי נמענים נרחבים.

10 סעיף 11 לחוק החברות.

11 נקודה זו מפותחת בחיבור שמצוי בשלבי כתיבתו הסופיים: עלי בוקשפן "חליפות ותמורות חברתיות בדיני החוזים ובדיני החברות בישראל – על התפתחותה של אחריות חברתית במשפט הפרטי בישראל".

העסקית עצמה במקומה ובאחריותה החברתית לתרבות הסובבת שבקרבה היא פועלת. במובן זה, מעורבותו של המשפט בנושא הקודים האתיים מוגבלת אך למתן סיוע ועידוד בכל הנוגע לאימוץ ולהטמעתם כ"מסגרת" אוטונומית המתרחשת "מחוץ למשפט", ואילו ההצהרה גופא על הערכים המובילים והסדרתם של כללי ההתנהגות הראויים מתרחשים במסגרתם של הפורומים והארגונים החברתיים והעסקיים עצמם.¹² ככזו, הסוגיה מהווה מעין "חוליה חסרה" המפגישה ומגשרת בין משפט ואתיקה, כמו גם בין יעדיה הכלכליים ויעדיה החברתיים והמוסריים של החברה העסקית. בסופו של יום, האבולוציה העסקית המשתקפת בארצות הברית, וכן בחוק החברות החדש בישראל, מסמנת כי התנהגותה האתית של החברה העסקית והפועלים מטעמה, והדרך שבה היא מתייחסת לקהילות בתוכה ומחוץ לה, לא רק שאינם עומדים בסתירה ליעדיה התועלתניים ולשיקולי רווחיותה והצלחתה לאורך זמן, אלא אף מחזקים אותם.¹³ גם אם קשר זה אינו מדיד במדויק, אין עוד ספק שהוא קיים ומסייע לשרידותה לאורך זמן של החברה העסקית ברוח מסקנתם של מחברי הספר לנצח נבנו:¹⁴

"בניגוד לדוקטרינה של מנהל עסקים, אנחנו לא מצאנו כי 'מקסום ההון של בעלי המניות' או מקסום 'הרווח' הם הכוח המניע המכריע או המטרה המרכזית במהלך ההיסטוריה של מרבית החברות בעלות החזון. בדרך

12 על הקשר בין משפט ואתיקה ראו גם את דבריו של השופט יצחק זמיר בבג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 61-62: "אכן, המשפט הוא הקובע את הגבול בין משפט לבין אתיקה. יתירה מזאת. המשפט נוגס באתיקה. כללי אתיקה עשויים להפוך כללי משפט. כך קובע מפעם לפעם המחוקק, וכך גם פוסק מפעם לפעם בית המשפט, כאשר מתברר כי אין בכוחה של האתיקה, כשהיא לעצמה, למנוע התנהגות פסולה או תוצאה חמורה. במצב כזה המשפט נחליץ, לא פעם, לסייע לאתיקה... אכן, מערכת המשפט שואפת, באמצעות התחיקה והפסיקה גם יחד, להעלות את רף הערכיות בחברה, ובכלל זה לשפר את אורחות המינהל הציבורי. זהו תפקידה. טוב שהיא עושה זאת. היא עושה זאת היטב: היא הצליחה לקדם ערכים ולהשריש נורמות של חברה מתוקנת. אולם המשפט אינו יכול, ואינו צריך, לבוא במקום האתיקה, אלא במידה חלקית, באופן נקודתי, בתהליך מבוקר וזהיר."

13 השוו דברים שאמר השופט יעקב טירקל בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 112-113: "...חוששני, כי היום, יותר מבעבר, על ישראל לשמור מכל משמר על פרחי הערכים של תום לב, של הגינות, ושל יושר ולא לרמוס אותם, אף לא בגלילי המכבש הכבד של התחרות החופשית. פריחתם של ערכים אלה לא רק עושה את היחסים בין יחיד החברה לאנושיים אלא גם מפריחה את ישראל כמדינה וכתברה. כוחה יונק מהם ובלעדיהם הוא תש. יותר מכך, התחרות החופשית אינה יכולה להשיג את יעדיה העיקריים - פיתוח המשק הלאומי ורווחת הכלל והפרט - אלא אם כן מושתתים היחסים בין יחיד החברה - לרבות אלה המתחרים זה בזה - על בסיס מוצק של ערכים ולא על חולות נודדים."

14 קולינס ופאורס, לעיל הערה 3, בעמ' 60-61.

כלל הן חתרו לעבר מספר רב של מטרות, ועשיית כסף הייתה רק אחת מהן – ולא בהכרח הראשונה. למעשה, אצל רבות מהחברות בעלות החזון, העסקים היו מאז ומתמיד יותר מאשר פעילות כלכלית גרידא, יותר מאשר רק אופן להרוויח כסף. במשך ההיסטוריה של מרבית החברות בעלות החזון ראינו אידיאולוגיית גרעין שהרחיקה מעבר לשיקולים הכלכליים. וכאן נקודת המפתח – הייתה להן אידיאולוגיית גרעין מושרשת במידה רבה יותר מאשר לקבוצות ההשוואה במחקר שלנו.¹⁵

הנה כי כן, תופעת הקודים האתיים בחברות עסקיות נשורת היטב במגמות שקיימות כיום בעולם ואשר נובטות גם בישראל. בהתאם, העמדה המובעת במאמר היא כי האקלים התאגידי בישראל בשל לאימוצם ולהטמעתם של קודים אתיים, וכי רגולציה הולמת יכולה לשמש בהקשר זה מורת־דרך וזרו. אמונתנו היא כי רגולציה בתחום זה, במיוחד כאשר היא אינה מתערבת בתוכן הקוד האתי אלא רק בתמריצים להטמעתו האפקטיבית, יכולה להיות מסר מדרבן, מוביל וחינוכי אשר מכבד את האוטונומיה של החברות העסקיות ואת משטרן הפנימי, ואינו פוגע כלל בדינמיות של פעולותיהן וברעיון השוק החופשי. אדרבה, ההתעוררות העולמית מראה כי "השוק" ובעלי־העניין הקשורים לחברות העסקיות בשלים וממתנים לרפורמה בתחום זה ולהפיכתן של חברות עסקיות ל"אזרחיות טובות יותר".¹⁵ מכל מקום, גם אם הרגולציה בתחום מתמהמהת, אין הכרח להמתין לרגולציה כזו, שכן גם במציאות הנורמטיבית והעסקית הנוכחית יהיה נכון ומומלץ לחברות ולפועלים מטעמן לאמץ ולהטמיע באופן וולונטרי תוכניות אתיקה אפקטיביות, על היתרונות המרובים הגלומים בהן.

המאמר יאורגן באופן הבא: בחלק הראשון ייערך מיפוי מושגי, אשר ייצור סדר ולכידות בבלייל המושגים המשמשים בשיח העוסק בסוגיית אימוצם והטמעתם של קודים אתיים בחברות עסקיות. אף שהמונח "קוד אתי" משמש בית־קיבול למסמכים שונים ומגוונים, הוא נבדל מהמושג "אתיקה" במובנו הרחב של הביטוי, וחלק זה יתחיל בהבהרת המינוחים השונים ומשמעותם. חלקו השני של המאמר ידון בהתייחסות החקיקתית המצויה והרצויה לקודים אתיים בחברות עסקיות. מאחר שבעשור האחרון חלו התפתחויות רבות בתחום זה, יסקור חלק זה את ההתפתחויות הללו לצורך התוויית המודל החקיקתי הראוי במשפט הישראלי. חלקו השלישי של המאמר יעלה את הטיעונים המשפטיים בעד קודים אתיים בחברות עסקיות, תוך שילובם עם דיני החברות הנוהגים. חלק זה יעסוק בתפיסה שלפיה קודים אתיים עשויים ללטש ולגשר – לטובת החברה עצמה ולטובת הציבור בכללותו – בין התפיסה ה"כלכלית" והתפיסה ה"חברתית" ביחס לתכלית החברה העסקית. שילוב זה מתבקש ביתר שאת לנוכח התמורה החברתית המתפתחת במשפט הפרטי הישראלי, ולנוכח חוק החברות החדש. נוסף על כך יעסוק חלק זה בחשיפת החיזוק

15 להתעניינות העולמית הגוברת בתחום אחריות החברתית של חברות, ראו לאחרונה כנס ISO, לעיל הערה 4.

הטמון בקודים האתיים לפילוסופיה המרשה והרצונית אשר עומדת בבסיסו של חוק החברות; במקומם המבטיח של קודים אתיים ביצירת תרבות ארגונית חדשה; ובכשורה הטמונה בהם בכל הנוגע להתמודדות עם בעיית-היסוד של דיני החברות, היא "בעיית הנציג", ולמזעור חשיפתם של נושאי-המשרה בחברה לחובות משפטיות בכלל ולחובות האמונים והזהירות בפרט. חלקו הרביעי של המאמר יביא את הטיעונים המוסריים בעד קודים אתיים בחברות עסקיות, וחלקו החמישי והאחרון יביא דברי סיכום ויציג את המודל החקיקתי המוצע.

פרק א: מיפוי מושגי – אתיקה, מסמכי אתיקה וקודים אתיים

אדם הנתקל לראשונה בקוד אתי רואה לפניו בדרך-כלל קטלוג של כללי "עשה" וכללי "לא תעשה", האמורים לחול עליו או על זולתו בחברה כלשהי, בארגון, בקהילה מקצועית או כדומה. קטלוג הכללים שלפניו אינו מדבר בעד עצמו. בדרך-כלל לא ברור לאדם הנתקל לראשונה בקוד כזה מה הופך את רשימת הכללים שלפניו ל"קוד אתי" – לקובץ בעל מעמד, בעל ערך, בעל תוקף. למראה קטלוג הכללים הזה, אין לאדם מושג למה אלה הכללים, ולא רק חלק מהם; למה אלה, ולא אחרים במקומם; למה אלה, ולא אחרים נוסף עליהם; וכן הלאה. רושם זה הנוצר באדם הנתקל לראשונה בקוד אתי כזה הינו טבעי. אין טעם לבוא אל אדם כזה בטענות. מן הראוי להבהיר לו מהי אתיקה, מהו מסמך אתיקה ומהו קוד אתי, לפני שחושפים אותו למסמך מסוים, לקוד זה או אחר.

אתיקה של גוף כלשהו היא תפיסה סדורה בדבר ההתנהגות הראויה במסגרתו. האתיקה של חברה היא תפיסה סדורה בדבר ההתנהגות הראויה במסגרת החברה, בין היתר – ההתנהגות הראויה של עובדיה בתור עובדיה וההתנהגות הראויה של בעליה בתור בעליה. האתיקה של קהילת הרופאים היא תפיסה סדורה בדבר ההתנהגות הראויה של רופא בתור רופא. כך בכל מקצוע, בכל ארגון ובכל גוף אחר.

תפיסה סדורה אינה קטלוג. תפיסה סדורה של ההתנהגות הראויה לאדם במסגרת ארגון כלשהו עומדת על שלוש תפיסות-משנה: תפיסה ביחס לשאלה מהו ארגון, תפיסה ביחס לשאלה מהי הוהות של הארגון הנידון, ותפיסה ביחס לשאלה מה דורשת מן הארגון המעטפת החברתית שבתוכה הוא מתפקד, ובפרט המעטפת של המשטר הדמוקרטי. זהו המבנה הבסיסי של כל אתיקה ארגונית מפותחת. במקביל נוכל לשרטט את המבנה הבסיסי של כל אתיקה מקצועית.

לפיכך, אתיקה של ארגון עסקי מסוים עומדת על שלוש תפיסות, שכל אחת מהן היא תשובה סדורה לשאלה יסודית:

1. מהו, באופן כללי, ארגון עסקי?
 2. מהי, באופן ייחודי, הזהות של הארגון הנידון?
 3. מהן הדרישות של המעטפת החברתית מארגון עסקי בעל זהות כזו הפועל בתוכה?
- כל תשובה סדורה לאחת מן השאלות הללו היא תפיסה הנותנת מקום להנחיות מעשיות בדבר ההתנהגות הראויה במסגרת הארגון האמור. העובדה שמדובר בארגון יוצרת חובות, שהינן חלק מתפיסת ההתנהגות הראויה. בין החובות הללו – חובות בדבר האחריות של אדם במסגרת הארגון, בדבר יחסי הסמכות שבינו לבין זולתו באותו ארגון, וכיוצא באלה. אלה חובות הניתנות לניסוח כללי, קרי, ניסוח במונחים של ארגון כלשהו, ולא דווקא של הארגון שעל הפרק. גם העובדה שמדובר בארגון עסקי יוצרת חובות, הנעוצות בתפיסה סדורה בדבר מהותו של העולם העסקי. בין היתר נמצא כאן חובות ביחס לבעלי המניות או ביחס לבעלי השליטה בארגון העסקי בתור שכאלה. גם חובות אלה ינוסחו במונחים כלליים ההולמים כל ארגון עסקי, ולא דווקא את הארגון הנידון. במקביל, האתיקה של מקצוע מסוים עומדת, בין היתר, על תשובה סדורה לשאלה מהו מקצוע. גם זו תהיה תשובה כללית, האמורה לחול הן על המקצוע שלפנינו והן על כל מקצוע אחר.¹⁶

בניגוד לתשובה לשאלה הראשונה, שהינה כללית, התשובה לשאלה השנייה הינה תשובה ייחודית. היא אמורה לשרטט את זהותו של הארגון העסקי שעל הפרק. אפשר לתאר את הזהות הייחודית של ארגון בעזרת פרמטרים מסוימים. לדוגמה, האם הארגון העסקי "חם" או "קר", או ביתר פירוט, האם הוא אמור להתנהל באופן היוצר בעובדיו תחושת בית, על-ידי כך שהוא מאפשר להם להעלות במסגרתו בעיות אישיות החורגות מתחום הפעילות במסגרת הארגון, או שמא הוא אמור להתנהל באופן שאינו יוצר בהם תחושת בית. כפי שברור מדוגמה זו, התשובה לשאלת הזהות של הארגון העסקי הנידון יוצרת חובות בתחום ההתנהגות הראויה במסגרת הארגון. מנהל בארגון המזהה את עצמו כארגון "חם" אמור לבטא תכונה זו ביחסיו כמנהל בארגון עם העובדים שהוא ממונה עליהם.

התשובה לשאלת הזהות של הארגון יכולה להתנסח בדרכים שונות. אפשר להציג רשימה של ערכים האמורים להתבטא בכל פעילות הנערכת במסגרת הארגון. לדוגמה, ארגון, ובכלל זה ארגון עסקי, יכול לשרטט את זהותו באמצעות רשימת ערכים, ביניהם ערך המקצועיות. המשמעות של הופעת ערך המקצועיות במסגרת רשימת הערכים המכוננת את הזהות הייחודית של הארגון כוללת, בין היתר, את החובה של כל אדם הפועל במסגרת הארגון להיות בעל-מקצוע ולפעול בתור שכזה. גם למעטפת החברתית שהארגון הנידון פועל בתוכה יש זהות האמורה להתבטא

16 ראו אסא כשר "אתיקה מקצועית" סוגיות אתיות במקצועות הטיפול והייעוץ הנפשי (גבי שפיר, יהודית אכמון וגבריאל וייל עורכים, 2003) 15.

בצורה נאותה בכל רחבי החברה. לדוגמה, חברת אזרחים של מדינה בעלת משטר דמוקרטי עומדת, בין היתר, על שמירה מתמדת על כבוד האדם. כל אדם וכל ארגון אמורים לשמור על כבוד האדם בכל מעשיהם והליכותיהם במסגרת המדינה. ארגון עסקי אמור לקיים שגרת פעילות המבטאת את כבוד האדם גם ביחסים הפנימיים שבין עובדיה לבין עצמם וגם ביחסים החיצוניים שבין עובדיה לבין זולתם, דוגמת לקוחותיה ואף מתחריה. לעיתים קרובות ארגון מציג ערכים דוגמת כבוד האדם במסגרת הזהות הייחודית שלו, כדי לבטא בכך נאמנות לכבוד האדם, לא מפני שהמעטפת החברתית כופה זאת על הארגון, אלא מפני שהוא עצמו רוצה בכך, מפני שכזו היא זהותו.

המעטפת הדמוקרטית כוללת, בין יתר מרכיבי הזהות שלה, לא רק את כבוד האדם, שהינו ערך בעל מעמד מוסרי, אלא גם את שלטון החוק, שהינו ערך בעל מעמד מוסרי עקיף, מפני שהחוק והחוקים של מדינה דמוקרטית אמורים להיות ביטויים משפטיים של עקרונות המוסר שביסוד המשטר הדמוקרטי, קרי, עקרונות ההגיונות, ובכלל זה עקרונות של צדק ושוויון.

מבין שלוש השאלות הללו, שהתשובות הסדורות להן מכוננות את האתיקה של הארגון, לשאלה השנייה, בדבר הזהות הייחודית של הארגון, יש מעמד מיוחד הטעון הבהרה. התשובה לשאלה הראשונה, בדבר מהותו של ארגון עסקי, נמצאת בספרות המקצועית המתאימה בתחומי האתיקה, המשפט או הניהול. תשובה לשאלה השלישית, בדבר דרישותיה של המעטפת החברתית הדמוקרטית, ניתן לגזור מחוקתה של המדינה, ממגילת הזכויות של האזרחים וכן מהספרות המקצועית המתאימה בתחומי הפילוסופיה, מדע המדינה, האתיקה והמשפט. לעומת זאת, התשובה לשאלה השנייה מוכרחה להיווצר אחרת. קהילת הארגון, יהיו אלה הבעלים או ההנהלה או העובדים או כיוצא באלה, אמורה לעבור תהליך של גיבוש הזהות של הארגון, אם במתכונת של רשימה מכוננת של ערכים ואם במתכונת אחרת. לעיתים תהליך הגיבוש הוא תהליך של ניסוח התפיסה השלטת בארגון בין כה וכה – אם גם באופן מובלע – בדבר זהותו הייחודית, אולם לעיתים תהליך הגיבוש הוא תהליך שבו מתגבשת לראשונה התפיסה עצמה, באופן משותף, אחראי ומחייב. בכל מקרה, גיבוש התפיסה של הארגון בדבר זהותו, בתור חלק מגיבוש האתיקה הכוללת שלו, אינו עניין של מה-בכך אם יש לארגון עניין רציני בעיסוק שיטתי באתיקה שלו.

צירוף התשובות לשלוש השאלות שלפנינו מאפשר לארגון העסקי לגבש, ראשית, את תפיסת הזהות הארגונית שלו כארגון עסקי בעל אופי ייחודי, הפועל במסגרת המעטפת החברתית של המשטר הדמוקרטי, ושנית, את האתיקה הארגונית שלו, שהיא התפיסה הסדורה שלו בדבר ההתנהגות הראויה במסגרתו, התנהגות האמורה לשקף את תפיסת הזהות הארגונית שלו.

באופן טבעי, תהליך של ניסיון לגבש את הזהות העצמית של הארגון העסקי יכול להצליח או להיכשל, מסיבה כזו או אחרת. בנסיבות של כישלון נעסוק מאוחר יותר. בנסיבות של הצלחה ניתן לצפות לכך שהזהות הארגונית המגובשת תוצג באופן ברור במסמך מחייב של הארגון העסקי. מסמך כזה יכול להיות בגדר "מסמך זהות" ויכול להיות בגדר "מסמך אתיקה". ההבדל בין השניים חשוב. מסמך זהות מציג את הזהות העצמית של

הארגון העסקי, ואילו מסמך אתיקה מציג את תפיסתו של הארגון העסקי בדבר ההתנהגות הראויה במסגרתו. מסמך יכול להיות גם מסמך זהות וגם מסמך אתיקה, אם הוא מציג את התפיסה הסדורה של הזהות העצמית ומבסס עליה את התפיסה הסדורה בדבר ההתנהגות הראויה. מסמך זהות יכול להיעצר בהצגת הזהות העצמית, ולא לעשות את הצעדים הבאים לעבר הצגת התפיסה של ההתנהגות הראויה. מסמך אתיקה יכול להציג את תפיסת ההתנהגות הראויה מבלי להציג את תפיסת הזהות העצמית. מסמך כזה יתפרש כמסמך שמובלעת בו תפיסה של זהות עצמית של הארגון העסקי, אבל היא אינה באה בו לידי ביטוי ישיר, מעבר למסקנות בדבר ההתנהגות הראויה.

מסמך זהות יכול להציג את החזון של הארגון העסקי. מסמך המציג את החזון הינו מטבעו מסמך שמשמעת ממנו תפיסה של התנהגות ראויה, התנהגות שהינה בגדר חתירה למימוש החזון. תפיסה כזו אינה סדורה, אינה מלאה ואינה מדויקת מטבעה. לפיכך עיסוק שיטתי ואחראי באתיקה של הארגון העסקי לא יסתפק בגיבוש חזון ובהצגתו, אלא יעשה כמה צעדים נוספים של הצגת התפיסה הסדורה בדבר ההתנהגות הראויה במסגרתו והטמעתה בארגון העסקי.

הצגה תמציתית של תפיסה סדורה כזו לובשת את הצורה של רשימה מכוונת של ערכים. ערך, בהגדרתו, הוא מה שמוצג בגדר הראוי. לומר על מקצועיות, לדוגמה, כי היא ערך פירושו לומר שהמקצועיות הינה בגדר הראוי, ובלשון אחר, כי מן הראוי להיות מקצועי ולנהוג בתור שכזה. בכך מוצג חלק מתפיסת ההתנהגות הראויה. בעולם האתיקה הארגונית והמקצועית הולכים ורבים מסמכי אתיקה המציגים רשימה מכוונת של ערכי הארגון או של ערכי המקצוע.

הסכנה שבהצגת רשימה מכוונת של ערכים היא בראייתה כרשימת סיסמאות שהתוכן הנורמטיבי שלהן אינו מוגדר דיו. לפיכך מסמך אתיקה המשתמש בהצגה של ערכים יהיה מוצלח יותר אם יציג את הערכים הללו באופן המוציא אותם מגדר סיסמאות מעורפלות והופך אותם למרכיבים ברורים של הראוי. צעד כזה של הבהרה ייתן לכל אחד מן הערכים תוכן שיוכל להיות משותף לכל מי שאמור לנהוג בהתאם למסמך האתיקה.

דרך אחת להבהיר את הערכים היא לכלול במסמך האתיקה עצמו הגדרות שיבהירו אותם היטב בכמה משפטים. דוגמה מובהקת לכך היא הקוד האתי של צה"ל, "רוח צה"ל: ערכים וכללי יסוד",¹⁷ בחלק הערכים. דרך אחרת לעשות זאת היא להבהיר את הערכים לא במסמך האתיקה עצמו, אלא באחד העזרים של תוכנית האתיקה, קרי, בתוכנית להטמעת תוכנו של מסמך האתיקה. כך נהגה לפני כמה שנים משטרת ישראל, באמצעות ספר שהיה אמור להבהיר את מסמך האתיקה שלה. שאלת הדרך המתאימה להבהרת הערכים תלויה בטיבה של תוכנית ההטמעה של הערכים הללו, שבה נעסוק להלן. מסמך אתיקה הינו קוד אתי רק אם הוא מציג כללים מעשיים בתחום ההתנהגות הראויה. מסמך אתיקה המסתפק בהצגת ערכים מאפשר אומנם הסקת מסקנות בדבר

17 ראו אסא כשר אתיקה צבאית (1996) נספח א.

ההתנהגות הראויה, אולם הוא עושה זאת ברמת המשתמע, ולא ברמת הנאמר. מסמך אתיקה שגזור מן התפיסה של הזהות העצמית מערכת של כללים בדבר ההתנהגות הראויה בהקשרים השונים של הפעילות במסגרת הארגון העסקי, ואשר מציג אותם באופן ברור, מסודר ומחייב, הינו בגדר "קוד אתי" – מערכת כללים המציגה את האתיקה של הארגון העסקי.

קוד אתי יכול לכלול עקרונות אחדים של התנהגות ראויה, אולם הוא יכול להיות גם מפורט יותר ולהציג כללים רבים. שוב, ההכרעה בין שתי הדרכים הללו תלויה בתוכנית המלאה של הטמעת האתיקה בארגון העסקי. אין מקום להכרעה גורפת בזכות אחת הדרכים או נגדה.

קוד אתי מוצלח מכוון את ההתנהגות לעבר הסטנדרטים של ההתנהגות הראויה, יותר משהוא מרחיק אותה מן האפשרות של התנהגות שהינה לא-ראויה עד כדי כך שהיא פלילית לכאורה. כאן יש להדגיש את ההבדל העמוק בין הטעם הבסיסי של המערכת הנורמטיבית של האתיקה לבין הטעם הבסיסי של המערכת הנורמטיבית של החוק הפלילי. המערכת הנורמטיבית של האתיקה בארגון עסקי מסוים מסמנת "רף" של ההתנהגות הראויה בו. מן הראוי שכל אדם באותו ארגון עסקי ינהג באופן שהתנהגותו תהיה מעל לגובה ה"רף" הזה. לעומת זאת, המערכת הנורמטיבית של החוק הפלילי מסמנת "סף" של התנהגות: כל מי שהתנהגותו הינה לכאורה מתחת ל"סף" הזה אמור להיות מטופל על-ידי המערכות לאכיפת החוק, דהיינו, המשטרה, הפרקליטות, בית-המשפט ולעיתים בית-הסוהר.¹⁸ לפיכך קוד אתי מוצלח ירבה להציג כללי "עשה", שהנהוג לפיהם מתנהג כראוי בהיותו נמצא כל הזמן מעל "הרף".¹⁹

בדרך-כלל "הרף" האתי של ההתנהגות גבוה מן "הסף" של ההתנהגות הפלילית.²⁰ לפיכך עידוד אנשים להתנהג בהתאם לסטנדרטים האתיים של "הרף" הוא בדרך-כלל בגדר עידוד להתנהג באופן המרחיק אותם מן הסכנה של התנהגות עבריינית, מתחת ל"סף" הפלילי. עידוד שעולה יפה, ואשר מביא אנשים לידי פעולה ברמה האתית הדרושה, הינו לכן בעל ערך רב גם מבחינת השמירה על החוק.

18 לתיאור מפורט של ההבחנה בין "הרף" לבין "הסף" ראו כשר, לעיל הערה 16, וכן אסא כשר "אתיקה, משפט ושיפוט" ספר שמגר (תשס"ג-2003) 433.

19 לדוגמה של קוד אתי שיש בו ניסיון לנסח את כל הכללים באופן חיובי, ראו כשר, לעיל הערה 17, שם.

20 יוצאים מן הכלל הם המצבים שבהם המחוקק כופה בחוק התנהגות לפי האתיקה, כפי שנעשה בישראל במסגרת חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ס"ח 327, או במצבים שבהם ארגון או קהילה מרשים לעצמם להציב את "הרף" האתי שלהם מתחת לרמה של "הסף" הפלילי, כפי שקורה באתיקה העיתונאית במקומות שונים בשאלות של חסיון מקורות.

פרק ב: ההתייחסות החקיקתית לקודים אתיים בחברות עסקיות

בפרק זה ייסקרו ההתפתחויות החקיקתיות, בעיקר בארצות-הברית, בתחומם של הקודים האתיים בחברות עסקיות, ויידונו היוזמות שהועלו לאחרונה בישראל. תשתית זו תשמש אותנו בדברי הסיכום – לאחר הבאת נימוקים מוסריים ומשפטיים לטובת אימוץ והטמעתם של קודים אתיים בחברות עסקיות – להצעת המודל הרגולטיבי הרצוי בישראל. כפי שכבר נאמר בהקדמה, קודים אתיים בחברות עסקיות אינם תופעה חדשה, ושוורשיה נמצאים עמוק בתחילת המאה העשרים,²¹ אך הפעילות החקיקתית שתרמה רבות לתפוצתם התרחשה בעיקרה בעשור האחרון.

1. הנחיות השפיטה הפדרליות (Federal Sentencing Guidelines)²²

הדחיפה החקיקתית הראשונה לאימוץ של קודים אתיים על-ידי חברות עסקיות בארצות-הברית נעשתה ב־Federal Sentencing Guidelines (להלן: הנחיות השפיטה הפדרליות או ההנחיות). אף שבהנחיות אלה, אשר ראו אור לראשונה בשנת 1991, אין אזכור ישיר של המונח "קוד אתי" אלא במשתמע בלבד, בעדכון שנעשה לאחרונה בהנחיות אלה (בנובמבר 2004) המונח כבר מוזכר במישרין.²³ פרק 8 להנחיות אלה מסדיר את הענישה הפלילית של ארגונים, ומצוינות בו אמות-מידה שונות להקלה בעונשן של חברות אשר נמצאו אשמות בהתנהגות פלילית. בחלוקה גסה, ההנחיות מאפשרות שתי דרכים לקבלת נקודות מקילות בגזירת העונש. הדרך הראשונה מתחשבת, בסייגים מסוימים, בקיומה של "תוכנית אפקטיבית" למניעה וגילוי של הפרות חוק, והדרך השנייה היא דיווח עצמי, שיתוף-פעולה ונטילת אחריות.

לענייננו, חשוב יותר להזכיר את הדרך הראשונה, שלפיה אחת מאמות-המידה להקלה בעונש היא שלארגון יש "an effective program to prevent and detect violations of law", או בשמה האחר של התוכנית – "effective compliance and ethics program".

21 ראו לעיל הערה 3.

22 ראו: U.S. Sentencing Guidelines Manual Ch. 8 (November 2002) available at <http://www.uscourts.gov/2004guid/tabconchapt8.htm> (27.5.2005).

23 שינויים אלה באו בעקבות דו"ח של ה־Commission's Ad Hoc Advisory Group on the Organizational Sentencing Guidelines, שהוגש לקונגרס ב־7 באוקטובר 2003, ובעקבות חקיקתו של ה־Sarbanes-Oxley Act 2002, שנחקק בתגובה על הסקנדלים התאגידיים האחרונים אשר חשפו נורמות תאגידיות וחשבונאיות פגומות בחברות-ענק אמריקאיות, דוגמת Enron, WorldCom, Tyco International ו־Adelphia Communications.

אפשרות זו להקלה במקרה של העמדה פלילית לדין הניעה חברות רבות בארצות-הברית לאמץ תוכניות כאלה.²⁴ אף שתוכניות אלה לא נועדו בראשית דרכן להיות תוכניות אתיקה, במובנו הרחב של הביטוי, הן הביאו בכל-זאת גם לידי אימוצם של קודים אתיים, שכן במקרים רבים תוכניות כאלה, שמטרתן לוודא כי החברה אינה עוברת עבירות פליליות, אינן יכולות להיות אפקטיביות (כנדרש על-ידי הנחיות השפיטה) מבלי שיהיה בהן מרכיב אתי שיחולל שינוי בהתנהגותם של העובדים בחברה. מעבר לכך, באופן טבעי נוצרה התופעה שחברות רבות אשר החלו את התהליך של חשיבה עצמית וחינוך עובדיהן החליטו ליצור תוכנית רחבה יותר שכללה גם קוד אתי לארגון.²⁵

24 במבט שטחי על הנתונים ניתן לטעון כי הנחיות אלה לא הועילו רבות, מכיוון שמספר החברות שזכו בניקוד על יישום תוכנית אפקטיבית הינו קטן ביותר: "The Organizational Guidelines provide strong incentives for organizations to establish compliance programs. Although effective programs do not guarantee immunity from prosecution, the existence of a qualifying compliance program may influence a prosecutor's decision to prosecute. However, few organizations receive full credit for compliance programs. For example, in 1997, one organization was sentenced for criminal conduct despite having an 'effective program to prevent and detect violations of law.' In 2001, no organization received a reduction in its culpability score for having an effective compliance program." Tania Brief & Terrell McSweeney "Corporate Criminal Liability" 40 *Am. Crim. L. Rev.* (2003) 337, 361. עם זאת, כנגד טענה זו עולה הטיעון הבא: "The extremely small number of organizations that received credit at sentencing for effective compliance programs and self-reporting, based on Commission data files, is potentially misleading because it seriously understates the value of an effective compliance program... An effective compliance program enables organizations to detect violations at an earlier stage than might otherwise occur, and it may thus give them the opportunity to self-report and qualify for lenient treatment under government policies." *Report of the Ad Hoc Advisory Group on the Organizational Sentencing Guidelines* (October 2003) 27, available at <http://www.ussc.gov/corp/advgrprpt/advgrprpt.htm> (15.4.2005) (hereinafter: *Report of Advisory Group*)

25 ראו: Diana E. Murphy "The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics" 87 *Iowa L. Rev.* (2002) 697, 715. ראו Patricia J. Harned "A Word from the President: Ethics and Compliance – One World or Two?" 2(11) *Ethics Today Online* (July 2004) available at http://www.ethics.org/today/et_v2n110704.html#pres (27.5.2005): "In fact, you can't ask why it's important to comply with law and regulation without entering into a discussion about ethics... Drawing a line between ethical behavior and compliance, in reality, isn't all that easy to do"

"Experience suggests that good ethics programs and good compliance programs are interdependent; each is incomplete without the other. A good compliance program must emphasize values and moral responsibility, because this increases the program's effectiveness among employees. A good ethics program must help employees to know and obey the law if it is to have any relevance to the company in its actual environment."

בעקבות הסקנדלים וההתמוטטות של כמה חברות ענק בשנים האחרונות (אשר חלק מהן, למרבה הפרדוקס, גיבשו תוכניות compliance ואפילו קוד אתי), ובעקבות הצורך בעדכון ההנחיות עקב חלוף הזמן, קיבלה הוועדה שהופקדה על ניסוח ההנחיות החלטה לשנות את ההגדרה המקורית של "התוכנית האפקטיבית",²⁶ ולהרחיבה למעורבות פעילה של נושאי-המשרה הבכירים של הארגון ביישום התוכנית ובקידום תרבות ארגונית.²⁷ מאחורי השינוי עמד הרעיון להעלות את הסטדנדרטים הנדרשים שעמידה בהם תופה את הארגון בהגנה, וזאת לצורך השבחת הניסיון להטמיע תוכניות אפקטיביות בארגונים. יתר על כן, התמריץ לאימוץ תוכניות כאלה בארגונים הוגבר כאשר נקבע בשנת 1999, בתזכיר של התובע הפדרלי המרכזי של ארצות-הברית לתובעים הפדרליים השונים במדינות, כי יש להתחשב בקיומה ובהטמעתה של תוכנית אפקטיבית כחלק מהשיקולים אם להגיש בכלל תביעה נגד חברה (ולא רק כחלק משיקוליו של בית-המשפט אם להקל בעונש לאחר שהחברה כבר הורשעה).²⁸ בתזכיר משנת 2003 חזק שוב התובע הפדרלי הראשי החדש את העמדה האמורה, והביע אותה בצורה מפורשת יותר.²⁹ למעשה, אם כך, ניתן

26 ראו: <http://www.ussc.gov/PRESS/rel0404.htm> (9.4.2005).

27 ראו: Report of Advisory Group, *supra* note 24, at p. 55.

28 בהמשך לאמור בהערה 24 לעיל, ייתכן שזהו הסבר נוסף מדוע אי-אפשר למצוא שימוש רב בהקלה בעונש שההנחיות מאפשרות.

29 גישה זו של רשויות התביעה והוועדה הפדרלית עוררה ביקורת על התערבותן של רשויות המנהל בהחלטתן של החברות על המבנה שלהן ועל החלטותיהן הפנימיות, במיוחד בהינתן שלקוד האתי יש עלויות. לטענת המבקרים, גם אם רצוי לעשות זאת, את ההחלטה הזו צריך לקבל המחוקק. ראו לעניין זה: John S. Baker, Jr. "Reforming Corporations through Threats of Federal Prosecution" 89 *Cornell L. Rev.* (2004) 310, 319-320: "But how is it legitimate for the guidelines to tell corporations, before there is any indication of wrongdoing on their part, that they will be punished more severely if they do not adopt a corporate 'integrity' program? The organizational guidelines, however, allow for increased punishment for failing to take 'good citizen' actions – actions that the government does not require of individuals and .that are not clearly defined"

לראות שהקוד האתי (בגרסתו החלשה יותר - גרסת ה־compliance program), נהפך לחלק מהותי מהתרבות הנוהגת בארצות־הברית,³⁰ שכן קיומה של תוכנית אפקטיבית (המשולבת בדרך־כלל עם קוד אתי) יכול לא רק להביא לידי הקלה בעונש במקרה של גזירת עונש, אלא אף למנוע מלכתחילה הגשת כתב־אישום.

השפעתן של הנחיות השפיטה הפדרליות לא הצטמצמה רק לאימוץ ישיר של תוכניות אפקטיביות וקודים אתיים על־ידי ארגונים, אלא התפשטה גם לרשויות אחרות בארצות־הברית, אשר החלו לדרוש מחברות לקיים תוכניות כאלה כחלק מהעבודה מולם או כתנאי להתקשרות בחוזה.³¹ התרחבות זו לא פסחה גם על המשפט האזרחי. בשנת 1996 התייחס השופט Allen להנחיות השפיטה בפסק־הדין הידוע בעניין *Caremark* שניתן בבית־המשפט במדינת דלוור, אשר משפיע רבות על דיני החברות בארצות־הברית וגם מחוץ לה.³² באותו מקרה הואשמה חברת *Caremark*, אשר עסקה בתחום התרופות, בעריכת חוזה תגמול לא־חוקיים עם רופאים באזורים שונים בארצות־הברית. כתוצאה מכך, נאלצה החברה לשלם קנס של מאתיים וחמישים מיליון דולר. בעלי המניות תבעו את חברי הדירקטוריון של החברה בתביעה נגזרת על הפרת חובת הזהירות שלהם. טענתם הייתה שחברי הדירקטוריון לא פיקחו באופן ראוי על החברה, ובמחדלם הביאו לידי כך שהחברה הייתה צריכה לשלם את הקנס. השופט Allen התבקש לאשר את הסכם הפשרה, ואף שהעילה שנידונה לפניו הייתה עילה תאגידית הנוגעת בחובת הזהירות של נושאי־המשרה (וכבר בכך חורגת מתחולתן הפלילית הפורמלית של הנחיות השפיטה), הוא מצא מקום לציין בכלליות רבה את משמעותן של ההנחיות בנושא האחריות הנובעת מפעילות במסגרת התאגיד:³³

"...I note the potential impact of the federal organizational sentencing guidelines on any business organization. Any rational person attempting in good faith to meet an organizational

30 על חובה כזו ניתן להסיק גם במדינות אחרות. ראו, למשל, באוסטרליה: Christine Parker & Olivia Conolly "Is There a Duty to Implement a Corporate Compliance System in Australian Law?" 30 *Australian Bus. L. Rev.* (2002) 275. מאמר זה מנסה להעלות את הסברה כי ניתן להסיק חובה כזו גם במשטר המשפטי הקיים בישראל כיום. ראו להלן פרק ג.

31 ראו: "[T]he U.S. Department of Justice, the Department of Health and Human Services, the Environmental Protection Agency, the Securities and Exchange Commission, and the Occupational Safety and Health Administration have issued guidelines and standards relevant to organizational compliance efforts." *Report of Advisory Group, supra* note 24, at p. 48.

32 ראו: *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) (להלן: עניין *Caremark*).

33 *Ibid*, at p. 972. ראו:

governance responsibility would be bound to take into account this development and the enhanced penalties and the opportunities for reduced sanctions that it offers."

על־אף התפתחויות אלה, אי־אפשר להתעלם מהפרשיות האחרונות אשר זעזעו את ארצות־הברית בפרט ואת הכלכלה העולמית בכלל – פרשיות נפילתן של חברות דוגמת Worldcom, ומעל לכולן פרשת Enron. נפילתה של חברת Enron, שהיוותה מודל של קוד אתי ותוכנית שיתוף־פעולה עם החוק, מעלה שאלות נוקבות ביחס לייעילותו של אמצעי זה במניעת התנהגות לא־הולמת ובהגנה על הקהילות השונות המעורבות בדיני החברות. אכן, מבקרי הקודים האתיים מביאים את חברת Enron כדוגמה לחוסר האפקטיביות של הקודים האתיים בהכוונת התנהגות ובמניעת עברות.³⁴

לא בכדי הגיבה הוועדה שעסקה בעדכון הנחיות השפיטה הפדרליות ביצירת זיקה עמוקה יותר בין תוכניות compliance לבין תוכניות אתיקה, בהבינה כי רק כך תושג רמת שמירה גבוהה יותר על החוק ועל רמת התנהגות ראוייה יותר של החברה העסקית.³⁵ בהתאם לכך אימצו ההנחיות החדשות, אשר הוצעו לקונגרס ונכנסו לתוקף ב־1 בנובמבר 2004,³⁶ התייחסות מפורשת לתוכניות אתיקה בחלק ב שלהם: "Remedying harm from criminal conduct, and effective compliance and ethics program" [ההדגשה הוספה]. המצדדים בקודים האתיים (ואנו ביניהם) אינם רואים את פרשת Enron כהוכחה ניצחת לחוסר יעילותו של מנגנון הקוד האתי. במקום זה, הוועדה הפדרלית לשפיטה, הפועלת לעדכון הנחיות השפיטה, מנסה להפנים את הלקח מפרשיות עגומות אלה באמצעות ניסוחן של חובות רחבות יותר על מנהלי החברה, ובהדגשת החובה ליצור תרבות ארגונית ברמות הגבוהות של הארגון. באופן דומה, לדעתנו, ניתן להשתמש בפרשיות האחרונות בארצות־הברית כמנוף מצוין להפקת לקחים במסגרת אימוצו של מודל ראוי, דוגמת זה המובא בפרק הסיכום של מאמר זה, ביחס לתפקידם ומקומם של קודים אתיים בחברות עסקיות.

2. Sarbanes-Oxley Act of 2002³⁷ ותקנות הבורסות בארצות־הברית

כחלק מהתגובה על הפרשיות התאגידיות האמורות לעיל, אשר זעזעו את ארצות־הברית, חוקק ה־Sarbanes-Oxley Act, אשר מחייב את רשות ניירות־הערך האמריקאית (ה־SEC) להתקין תקנות שידרשו כללי גילוי נאות חמורים יותר. ביתר פירוט, סעיפים 406–407

34 ראו: Baker, *supra* note 29, at p. 336.

35 ראו: Report of Advisory Group, *supra* note 24, at pp. 37-38.

36 הנוסח המוצע נגיש ב־(9.4.2005) www.uscc.gov/2004guid/rfmay04_corp.pdf.

37 לעיל הערה 5.

מחייבים התקנת תקנות הדורשות גילוי נאות בנושא הקוד האתי.³⁸ אכן, בתקנות ה־SEC ניתן למצוא תקנות המשלימות את החוק אשר דורשות מחברות לגלות בדיווחיהן התקופתיים אם הן אימצו קוד אתי, ואם לא, לנמק מדוע לא עשו כן. ההגדרה של קוד אתי בתקנות אלה הינה רחבה מאוד:³⁹

"[T]he term 'code of ethics' means written standards that are reasonably designed to deter wrongdoing and to promote:

- (1) Honest and ethical conduct, including the ethical handling of actual or apparent conflicts of interest between personal and professional relationships;
- (2) Full, fair, accurate, timely, and understandable disclosure in reports and documents that a registrant files with, or submits to, the [SEC] and in other public communications made by the registrant;
- (3) Compliance with applicable governmental laws, rules and regulations;
- (4) The prompt internal reporting of violations of the code to an appropriate person or persons identified in the code; and
- (5) Accountability for adherence to the code."

למעשה, גם חקיקה זו משנה את הכינוי "compliance programs" ל־"code of ethics", ויש בה כדי לסמן את השינוי מגישת "סף" של שמירה על החוק לגישת "רף" של הטמעת אתיקה בארגון ברוח הדברים שהובאו בפרק א למאמר:⁴⁰

"This description of the necessary elements of a code of ethics differs from prior regulatory standards for compliance codes in several key respects. As the name of the new code implies, the SEC standards call for an ethics oriented code, not just one aimed at achieving law compliance. Indeed, law compliance is treated as a subset of the broader body of ethical behavior that should be required under codes of ethics. Law compliance is apparently not

38 ראו: Harned, *supra* note 25: "But in light of Sarbanes-Oxley and other regulatory efforts, we are now observing more and more organizations merging their ethics and compliance functions. It's harder to say that one can exist wholly apart from the other"

39 ראו: 17 CFR 228, 229 and 249.

40 ראו: *Report of Advisory Group, supra* note 24, at p. 40.

even the most important type of ethical conduct to be promoted by these codes, being addressed only third in the list of types of misconduct or unethical behavior a code must address and combat."

את יישום כללי ה-SEC ניתן למצוא, למשל, בתקנה 303A.10 של הבורסה של ניו-יורק (NYSE).⁴¹ תקנה זו קובעת כי חובה על החברות הרשומות בבורסה לגלות אם יש להן קוד אתי (ואם לא אומץ קוד כזה - להסביר מדוע), ומה היקף תחולתו על גורמים חשובים בארגון. כמו-כן נדרש גילוי של כל פטור שניתן למנהלים בחברות ממחויבות לקוד האתי (אחד הכשלים שהתגלו בפרשת Enron), וכן פירוט על כל שינוי שנעשה בקוד האתי. תקנות הבורסה קובעות כי הקוד יכול לכלול כל מה שהחברה רוצה, אך חייבת להיות בו התייחסות לנושאים הבאים:⁴² conflicts of interest; corporate opportunities; confidentiality; protection and proper use of company assets; compliance with laws, rules and regulations (including insider trading laws); encouraging the reporting of any illegal or unethical behavior.

כביקורת על חקיקה הנוגעת בקודים אתיים באמצעותם של דיני ניירות-הערך - אשר מיועדים רק לתאגידים שניירות-הערך שלהם נסחרים על-ידי הציבור (ולא לכלל הארגונים) ואשר מושתתים על עקרון הגילוי הנאות - ניתן לפקפק עד כמה יש בכך כדי לעודד התנהגות אתית. לנו נראה כי בגישה זו יש משום התמקדות בתמריצים לאימוצם של קודים אתיים כ"מס־שפתיים", ולא דווקא בהטמעתם האפקטיבית.⁴³ זאת עוד, בניגוד להנחיות השפיטה הפדרליות, אשר נושאות אופי וולונטרי בצורה של "גור" וחלות על כל סוגי הארגונים, החקיקה והתקנות בתחומם של דיני ניירות-הערך הופכות דרישה זו לחובה שחלה רק על תאגידים נסחרים, ואשר נושאת אופי ענישתי, ולא חינוכי במהותו.⁴⁴

41 ראו: <http://www.nyse.com/lcm/1078416930909.html?enable=section&number=3&ssnumber=303A.00> "Listed Companies Manual" available at (31.5.2005).

42 ראו: *Ibid.* למעשה, התקנות קובעות כי חייבת להיות בקוד האתי התייחסות לנושאים החשובים ביותר, ביניהם הנושאים המפורטים - ניסוח שמשאיר מקום נרחב לפרשנות.

43 בהקשר זה ניתן להעלות את השאלה אם מס־שפתיים זה אינו מס שאנו מוכנים לשלם בהנחה שהוא יביא בעקבותיו שינוי, גם אם איטי, בנורמות ההתנהגות. השוו את דבריהם של מחברי הספר לנצח נבנו, לעיל הערה 3, בעמ' 79: "קודם כל המחקר בפסיכולוגיה חברתית מראה בבירור כי כשאנשים קמים בפומבי להביע תמיכתם בהשקפה מסוימת, הרי שהם יטו במידה ניכרת יותר להתנהג בצורה עקבית לנקודת ההשקפה הזאת אפילו אם הם בעבר לא דגלו בהשקפה הזאת... שנית - ומה שחשוב יותר - החברות בעלות החזון לא רק מצהירות על אידיאולוגיה - הן גם נוקטות צעדים כדי לדאוג לכך שהאידיאולוגיה תופץ ברחבי החברה ותהיה משמעותית יותר מכל מנהיג אינדיבידואלי."

44 סוגיה זו מעוררת גם שאלות לגבי חובותיהם של נושאי-המשרה בארגון, האם נושא-משרה

3. החקיקה בישראל

בישראל קיימות כיום שתי יוזמות חקיקה המכוונות לעודד את התופעה של קודים אתיים בחברות עסקיות: הצעה אחת שואבת את השראתה מן המודל של הנחיות השפיטה הפדרליות,⁴⁵ ואילו האחרת שואבת את השראתה מחוקי גיירות-הערך האמריקאיים. ההצעה הראשונה, הנוגעת בטיפוח אתיקה בארגונים, נוסחה על-ידי כמה אנשי-מקצוע בתחום האתיקה, המשפט והעסקים, והוגשה לכנסת כהצעת-חוק פרטית.⁴⁶ בבסיס ההצעה עומדת הגישה שאינה מחייבת אומנם את אימוצם והטמעתם של קודים אתיים (ואף קובעת כי אי-אימוצו של קוד אתי אין בו כדי להיות שיקול נגד נתבעים או נאשם בכל הליך משפטי), אך מציעה תמריצים לחברות אשר בחרו לעשות כן. הצעה זו, שקיבלה כאמור את השראתה מהנחיות השפיטה הפדרליות, מנסה לעודד את נושא הקודים האתיים בארגונים על-ידי מתן "גורים" לחברות, דוגמת הקלות באחריות פלילית ואורחית, ולא על-ידי שימוש ב"מקלות". הפילוסופיה העומדת מאחורי הצעה זו היא אם כן פילוסופיה מתירה, אשר מתחברת עם הפילוסופיה של חוק החברות החדש, אשר דוגל באופיים המרשה (הדיספוויטיבי) של דיני החברות. דגשה העיקרי של הצעה זו הוא בבחינת ההטמעה האפקטיבית והאמיתית של נורמות אתיות באמצעות אמות-מידה שונות, ואין היא מסתפקת באימוצו של מסמך או בפרסום רשמי של החברה. במילים אחרות, הצעת החקיקה לטיפוח אתיקה בארגונים מטרתה עמוקה, והיא בנויה באופן כזה שאין די בעצם קבלתו של קוד אתי, אלא הארגון נדרש להראות כי יישם והטמיע את הקוד האתי, הלכה למעשה, בהתמדה ובשקיפה סבירה. לפי החוק המוצע, תוכנית האתיקה הפנימית תיחשב אפקטיבית אם

שלא דאג לאימוצו של קוד אתי - ובעקבות כך לא זכתה החברה בהקלות במדיניות ובהקלות בענישה - יכול להיות חשוף לתביעה בגין הפרת חובת הוזהירות כלפי החברה? דיון בשאלה זאת ובשאלות דומות לה ראו להלן בפרק ג.

45 לפני שנים אחדות עשתה רשות ההגבלים העסקיים מאמץ להנהיג הסדר דומה לזה המוצע בהנחיות השפיטה הפדרליות, אך לא לצורך הנחלת קוד אתי, אלא לשם מניעת הפרתו של חוק ההגבלים העסקיים. על-פי רשות ההגבלים העסקיים, היתרונות הטמונים באימוץ תוכניות אכיפה פנימיות על-ידי תאגידים הם, בין היתר: טיפוח ערוץ תקשורת עם הרשות, סימון גבולות החוק, הגנה מפני הרשעה אישית של נושאי-משרה בתאגיד והגנה מפני תביעות בגין הפרת חובות האמון והוזהירות של נושאי-משרה. ראו מתכונת תוכנית אכיפה פנימית (רשות ההגבלים העסקיים, התשנ"ט) 9-17. מכל מקום, הסדר זה, על-אף דגשו הנקודתי ואולי בגללו, טרם הושרש בישראל. על-פי נתונים שמסרה רשות ההגבלים העסקיים ביולי 2002, הודיעו רק כמאה ושלשים חברות כי אימצו תוכנית אכיפה פנימית, אף שייתכן כי המספר גבוה יותר מאחר שחברות שאימצו תוכנית כזו אינן נדרשות להודיע על כך. ראו הצעת החוק לטיפוח אתיקה בארגונים, לעיל הערה 7, בעמ' 15, בהצטרף-שוליים 15.

46 הצעת החוק לטיפוח אתיקה בארגונים, שם. ההצעה מבוססת על בוקשפן, יורעאלי, כשר ואחרים, לעיל הערה 7.

הארגון והפועלים מטעמו שוקדים באורח סביר ונאות על יישומה בפועל באמצעות יצירת קוד אתי; על מינוי מקרב הארגון של "נאמני אתיקה"; על הטמעה יעילה ומשמעותית של הקוד האתי בקרב הפועלים בארגון (למשל, על-ידי חינוך והסברה באמצעות השתתפות בסדנות, באמצעות הפצת פרסומים המבהירים באופן מעשי מה נדרש מעובדיו ובאמצעות תיקון והבהרה של טעויות); על העדפה מובהקת במינויים למשרות מובילות של עובדים שיש ביכולתם להקריין יושרה ונאמנות; ועל הפעלת אמצעים סבירים לשם אכיפתו של הקוד האתי. מן הראוי לעדכן אמות-מידה אלה ברוח התפתחויות שחלו לאחרונה בהנהגות השפיטה האמריקאיות, ולכך נתייחס בסיכום המאמר.

נוסף על הצעה זו עומדת בימים אלה על הפרק גם הצעת תיקון לתקנות ניירות-ערך בישראל ברוח ה־Sarbanes-Oxley Act.⁴⁷ הצעה זו, שגובשה במשותף על-ידי הרשות לניירות-ערך ועל-ידי פורום מנהלי הכספים הראשיים (CFO),⁴⁸ יוצאת מנקודת-ההנחה שחברה תעדיף לאמץ קוד אתי, ולא לדווח על העדרו, כדי להימנע מהתווית השלילית העלולה לדבוק בה. על-פי התיקון המוצע, תחויב כל חברה הכפופה לדיני ניירות-ערך לדווח בדו"חות התקופתיים והמידיים שלה על אימוצו של קוד אתי, על כל שינוי בו, את שמו ותפקידו של האחראי לקוד האתי בארגון ואת דרך פרסומו של הקוד האתי על-ידי התאגיד. ההצעה מגדירה מהו קוד אתי, וקובעת כי מדובר ב"מסמך שיטתי הקובע כללי התנהגות אתית מחייבים לנושאי משרה בכירה בתאגיד ועובדים בתאגיד, בשים לב לאופי עסקיו ופעילותו של התאגיד, אשר נועד לקדם לפחות את כל אלו..." הגדרה דומה, אם כי רחבה יותר, מופיעה גם בהצעת החוק לטיפוח אתיקה בארגונים, שלפיה קוד אתי הוא "מסמך שיטתי המציג כללי אתיקה מחייבים ומסביר אותם, בין השאר על יסוד התכונות המכוננות של הארגון וערכי הדמוקרטיה". הגדרת התחומים שעל הקוד האתי לקדם (לפי תקנות ניירות-הערך המוצעות) דומה מאוד להגדרה הרחבה של הבורסה של ניו-יורק, אשר משתמשת גם היא בדיבור "לפחות", המרמז על יומרתו הרחבה.⁴⁹ כך, בין התחומים שעל הקוד האתי לקדם, לפי ההצעה לתיקון תקנות ניירות-ערך, נמנים: קיום הוראות כל דין, מניעת ניגודי עניינים, איסור ניצול של הודמנויות התאגיד לטובה אישית, שמירה על סודיות מידע, הגנה על נכסי התאגיד, עידוד היוועצות במקרים של דילמות אתיות ועידוד לדיווח על הפרת כל דין. חולשתה של הצעה זו, לדעתנו, טמונה בתחולתה הצרה יחסית רק על חברות הנסחרות בבורסה לניירות-ערך, ובהתמקדותה באימוצו ובתוכנו של הקוד האתי, ולא בהטמעתו.

בצד שתי יוזמות חקיקה ספציפיות אלה, גם חוק החברות החדש עצמו מעיד על

47 טיוטת תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים) (תיקון), התשס"ד-2004 (להלן: הצעת התיקון לתקנות ניירות-ערך), נגיש ב-http://www.isa.gov.il/download/hokim/a230_code_of_ethics.pdf (4.7.2005)

48 פורום מנהלי הכספים הראשיים הינו עמותה המאגדת את מנהלי הכספים הראשיים בחברות ציבוריות ובחברות פרטיות.

49 ראו לעיל הערה 41 והטקסט הנלווה אליה.

התייחסות אוהדת וחוקה, אף אם משתמעת, למקומם של קודים אתיים בתרבות התאגידית בישראל. כך, בסעיף-הליבה של חוק קודיפיקטיבי זה, הוא סעיף 11, אשר זכה בפרק נפרד בשם "תכלית החברה", נקבע כי על החברה "לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, גם את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור". בענינו נראה כי אמירה זו של המחוקק כמוה כקריאה מעשית לחברות ולפועלים מטעמן לנסח – כלפי פנים וכלפי חוץ כאחד – את העקרונות הכלכליים והחברתיים שעומדים בבסיסה של החברה ואשר על-פיהם היא פועלת.

פרק ג: הטיועונים המשפטיים בעד תוכניות אתיקה בחברות עסקיות – מקומם של קודים אתיים בדיני החברות

קודים אתיים בחברות עסקיות טומנים בחובם את הפוטנציאל להיות מסמך בעל תוקף משפטי ועסקי מכונן. מסמך זה – אשר מנוסח ומוטמע על-ידי החברה עצמה, רצוי בשיתוף כל שדרותיה – מעוצב בהתאם לאופייה וליעדיה, ונדרש מטבעו לסוגיות-היסוד של זהותה של החברה ומחויבותה לקהילות הקשורות אליה. באותה נשימה, מסמך זה יכול לבטא וללטש את התמודדותה העמוקה והיעילה של החברה גם עם הדילמות הבסיסיות ביותר בדיני החברות. בפרק זה נציג שלוש מבין הסוגיות המהותיות ביותר שעשויות לצאת נשכרות מניסוחם ומהטמעתם של קודים אתיים. הסוגיה הראשונה נוגעת בשאלה המִטְ-משפטית אם מטרתם של דיני החברות עצמם היא מטרה כלכלית או מטרה חברתית. קוד אתי, אף שלמראית-עין הוא מתקשר יותר לגישה החברתית של דיני החברות, מהווה בעצם גשר בין שתי הגישות, כפי שניתן ללמוד מהספרות המצביעה על הקשר בין קוד אתי ומחויבותה החברתית של החברה העסקית לבין רווחיותה והצלחתה. הסוגיה השנייה עוסקת במתח שבין הגישה ה"מרשה", הדיספוזיטיבית, לבין הגישה ה"כופה", הקוגנטית, לדיני החברות. כפי שנראה להלן, עידוד השימוש בקודים אתיים אינו פוגע בהחלטותיה הוולנטריות של החברה, ואינו עומד בסתירה לגישה המודרנית בדיני החברות, אשר דוגלת בפילוסופיה המתירנית והמרשה המותרת למתאגדים לקבוע כרצונם את מתכונת התאגדותם ואופייה; ההפך הוא הנכון. הסוגיה האחרונה נוגעת ב"בעיית הנציג"⁵⁰ הנובעת מתופעת ההפרדה בין הבעלות לבין השליטה בתאגיד המודרני. תוכניות אתיקה אפקטיביות עשויות להביא עימן בשורה של ממש בכל הנוגע להתמודדות עם "מטרת-העל"

50 זוהר גושן "בעיית הנציג כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה (1997) 239.

של דיני החברות, קרי, מזעור בעיית הנציג באמצעות יצירת תרבות ארגונית המטפחת נורמות התנהגות ראויות ורצויות, כמו גם מינויים ראויים, דיווח ופתיחות.

1. קודים אתיים כמיישבים בין התפיסה ה"כלכלית" והתפיסה ה"חברתית" של תכלית החברה העסקית

(א) קוד אתי כמגשר בין התפיסות המתחרות ביחס לדיני החברות

"...דומה שהמגמה המודרנית והמתפתחת 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... הטלת חובת תום הלב על מנהלי חברה, המנהלים משא ומתן בשם חברה עם צד שלישי, היא ביטוי נוסף לתפיסות הנוהגות עתה בדבר חובת האמון והזהירות המוטלת על המנהלים גם כלפי צדדים מחוץ לחברה, כפי שמתחייב מן ההתפתחויות בחיי החברה והמשק."⁵¹ [ההדגשה במקור]

אחת ההתלבטויות המרכזיות כיום בדיני החברות היא שאלת תכליתה של החברה העסקית – אם זו צריכה להיות "חברתית" או "כלכלית". כפי שהודגם במקום אחר,⁵² בדיני החברות קיימת מחלוקת עתיקת-יומין בין אלה המצדדים בעמדה כי תכלית החברה העסקית הינה תכלית "כלכלית" (או בשמה האחר – "קניינית"), המחוברת בדרך-כלל לעניינם של בעלי המניות, לבין אלה הסוברים כי לחברה העסקית יש תכלית חברתית רחבה יותר המקרינה על עניינן של "קהילות" שונות הקשורות אליה, דוגמת עובדים, נושים, מנהלים, צרכנים והציבור בכללותו.⁵³ אכן, הצגת דברים זו הינה מוקצנת, ובפועל קיימת דיפוזיה הדדית גם בעיניהם של התומכים בכל אחת מהגישות. לפיכך יהיה נכון יותר לומר כי ההבדל בין הגישות נעוץ בעיקר בשאלת מינונם הראוי של שיקולים חברתיים מגוונים במסגרתם של דיני החברות. ככלות הכול, גם הגישה הכלכלית-הקניינית ביחס לתכליתה של החברה העסקית מוצדקת בשמם של שיקולים חברתיים, וגם באמצעותה מקודמות במישרין או בעקיפין מטרות חברתיות.⁵⁴

51 דבריו של השופט מאיר שמגר בד"נ 7/81 פנידר חברה להשקעות ופיתוח בע"מ נ' דוד קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 695-696.

52 עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א (תשס"ד) 229.

53 הגורמים הקשורים אל החברה העסקית נקראים בדרך-כלל "קהילות", אף שנראה כי במובן מסוים החברה העסקית, כפקעת של חוזים, הינה כשלעצמה קהילה בועיר-אנפין (אף אם תכליתית).

54 המחשה לתועלת החברתית העקיפה המופקת מפעילותן של חברות ניתן לראות בנתונים

מטבע הדברים, שאלת תכליתה של החברה העסקית הינה שאלה טעונה ובעלת חשיבות מעין־אקסיומטית, אשר יש בה כדי להשליך על סוגיות דוקטרינריות רבות בדיני החברות ומחויץ להם.⁵⁵ לפיכך אין פלא ששאלה זו מרחפת ברקעם של דיני החברות מקדמת דנא. בעוד ההשקפה המקובלת בתחום המימון רואה את תכליתה המרכזית של החברה העסקית בהשאת רווחיהם של בעלי המניות (stockholders) – להבדיל מיתר בעלי־העניין הקשורים לחברה, דוגמת נושיה, עובדיה ואף הציבור (stakeholders)⁵⁶ – הכתיבה המשפטית נעה בגלים בעניין זה.⁵⁷ כמדגם מייצג לכתיבה ענפה ומגוונת זו, ניתן לציין את ה"ויכוח" הקלסי בין Berle ו־Dodd, אשר החל בשנות השלושים ונמשך עד שנות השישים,⁵⁸ וכן שני מאמרים מהעת האחרונה, אשר די בכותרותיהם ללמד על מקומה

על הכנסות המדינה ממיסים לשנים 2001 ו־2002. הנתונים מראים כי נתח מס ההכנסה שהתקבל בשנים אלה כתוצאה מפעילותן של חברות הינו משמעותי ביותר. בשנת 2001 נגבו 73,765 מיליון שקלים מס הכנסה, מתוכם 19,138 מיליון שקלים מחברות, 9,423 מיליון שקלים ממנהלי חברות ו־34,880 מיליון שקלים משכירים (היתר מעצמאים). בשנת 2002 נגבו 68,180 מיליון שקלים מס הכנסה, מתוכם 15,900 מיליון שקלים מחברות, 9,300 מיליון שקלים ממנהלי חברות ו־34,200 מיליון שקלים משכירים (היתר מעצמאים). בהתחשב בכך שרבים מבין השכירים מועסקים בחברות, נתחו של מס ההכנסה המתקבל כתוצאה מפעילותן של חברות הינו משמעותי אף יותר (הנתונים מבוססים על דו"ח של מנהל הכנסות המדינה – נגיש ב־4.4.2005) <http://www.mof.gov.il/hachnasot/>.

55 דוגמת סוגיות הנוגעות במבנה החברה ובמשטרה, בתוכנן של חובות האמונים והזהירות וכלפי מי הן מופנות, בהיקפן של חובות תום־הלב החוזיות בהקשר של חברות עסקיות ועוד.

56 ראו, לדוגמה: Richard A. Brealey & Stewart C. Meyers *Principles of Corporate Finance* (Boston, 7th ed., 2003). בספר זה, שהינו אחד מספרי הלימוד של תורת המימון המקובלים בתוכניות ה־MBA בארצות־הברית, נאמר: "The fundamental financial objective of the firm is to maximize the value of the cash invested in the firm by its stockholders." *Ibid*, at p. 5

57 ראו: Michael Bradley, Cindy A. Schipani, Anat K. Sundra & James P. Walsh "The Purposes and Accountability of the Corporation in Contemporary Society – Corporate Governance at a Crossroads" 62 *L. & Contemp. Probs.* (1999) 9

58 ראו: Merrick E. Dodd, Jr. "For Whom Are Corporate Managers Trustees" 45 *Harv. L. Rev.* (1931–1932) 1049; Adolf A. Berle, Jr. "Corporate Powers as Powers in Trust" 44 *Harv. L. Rev.* (1931) 1404; Adolf A. Berle, Jr. "For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note" 45 *Harv. L. Rev.* (1932) 1365, 1367–1368; Joseph L. Weiner, "The Berle-Dodd Dialogue on the Concept of the Corporation" 64 *Colum. L. Rev.* (1968) 1458. לימים הסתיים הויכוח בכך ש־Berle קיבל את עמדתו של Dodd, והסכים, ולו באופן פרגמטי, כי למנהלי החברה מותר לפעול למען החברה בכללותה: Adolf A. Berle, Jr. *Power Without Property – A New Development in American Political*

ומורכבותה של סוגיית תכלית החברה העסקית: המאמר האחד, "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation", נכתב על-ידי Allen, המוכר כשופט שסייע רבות לפיתוחם של דיני החברות המודרניים במדינת דלוור בארצות-הברית;⁵⁹ והמאמר האחר, "The End of History for Corporate Law", פורסם במשותף על-ידי Hansmann ו-Kraakman, פרופסורים לדיני חברות בבתי-הספר למשפטים של האוניברסיטת ייל והארורד.⁶⁰

במאמרם של האחרונים נטען כי קיים כיום מכנה משותף רחב ביחס לתכלית החברה העסקית, שלפיו דיני החברות מיועדים בעיקרם להשאת רווחיהם של בעלי המניות.⁶¹ מול מאמר זה עומד מאמרו של Allen. מאמר זה מעניין במיוחד לנוכח נקודת-מבטו הניטרלית וה"דיווחית" על דיני החברות. תחושתו הבלתי-אמצעית – כשופט לשעבר שפיתח רבות את דיני החברות בדלוור בעשורים האחרונים – בדבר הדרך שבה המשפט מתייחס הלכה למעשה לתכלית החברה הינה על-יכן בעלת ערך מיוחד. Allen משקיף על דיני החברות כעל מוצר חברתי ודינמי, ופותח בשאלה הבסיסית בדיני החברות ובוו הנגזרת ממנה, דהיינו: מהי חברה ולטובת מי אלה השולטים בה צריכים לפעול?⁶² תשובתו היא כי במשפט קיימות למעשה בו-זמנית שתי תפיסות מתנגשות לכאורה ביחס לחברה ולסמכויותיה: התפיסה הקניינית (property conception)

Economy (New York, 1959) 107–110; Adolf A. Berle, Jr. "Corporate Decision Making and Social Control" 24 *Bus. Lawyer* (1968) 149, 150. ראו גם: John K. Galbraith *The New Industrial State* (London, 1967), הנוטה אף הוא לכיוון אחריותה של החברה העסקית כלפי החברה בכללותה.

59 ראו: William T. Allen "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation" 14 *Cardozo L. Rev.* (1992) 261

60 ראו: Henry Hansmann & Reinier Kraakman "The End of History for Corporate Law" 89 *Geo. L. J.* (2001) 439. כותרת המאמר, ולמעשה גם תוכנו, שואלים מספרו של Fukuyama, אשר עורר בשעתו סערה בטענת-היסוד שלו שלפיה קץ ההיסטוריה מבטא את נצחונה המוחלט של התפיסה הקפיטליסטית הליברלית. ראו: Francis Fukuyama *The End of History and the Last Man* (New York, 1992). לאזכור חלקי של ספרות בעניין זה, ראו אוריאל פרוקצ'יה "הבעלות על הפירמה וסייגיה – נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני חברות" משפטים כב (תשנ"ג) 301; ידידיה צ' שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב (תשס"ב) 327; זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב (תשס"ב) 381.

61 ראו: Hansmann & Kraakman, *ibid*, at pp. 439, 468.

62 השוו דבריו הבאים של השופט Frankfurter: "To say that a man is a fiduciary only begins analysis. It gives direction to further inquiry: To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from duty?" *SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80 (1943), 85–86. ראו גם ע"א 817/79 קוסוי

והתפיסה החברתית (social-entity conception). התפיסה הראשונה דוגלת בראיית החברה העסקית כקניינם הפרטי של בעלי המניות (ומכאן שמה). על-פי תפיסה זו, מטרת החברה היא לקדם את מטרות בעליה (השאת עושרם), ותפקיד הדירקטורים, כנציגיהם של בעלי המניות, הוא לקדם בנאמנות אינטרסים אלה. לפי התפיסה האחרת, החברתית, החברה אינה רכושם הפרטי של בעלי מניותיה, אלא מוסד חברתי שיש לו גם מטרות חברתיות ומוסריות.⁶³ החברה העסקית נוצרת וממשיכה את חייה רק באמצעות הסכמה שלטונית; ואפיוני האישיות המשפטית שלה, האחריות המוגבלת שלה והחיות הנצחית שלה ניתנים על-ידי המדינה כדי להשיא את הרווחה המצרפית. בהתאם לכך, תפקידי הדירקטורים מתפרשים אל מעבר להשאת רווחיהם של בעלי המניות, לעבר קידום עניינם של גורמים נוספים המושפעים על-ידי החברה.⁶⁴

חשיבותו המיוחדת של המאמר של Allen אינה מתמצית רק בטענה המפורשת הנאמרת בו בדבר קיומן הברזומני של התפיסות השונות ביחס לתכלית החברה, אלא גם במה שעולה מבין שורותיו. ניתוח הטיעונים המובאים על-ידי Allen לתיאור הגישות השונות בשאלת תכליתה של החברה העסקית חושף את העובדה הפשוטה כי בכל גישה טמונה למעשה הכרה הדדית בקיומה ובבלתי-נמנעותה של הגישה האחרת. למשל, Allen אומר כי התפיסה החברתית, הטומנת בחובה כמובן גם שיקולים כלכליים ומצרפיים, לא הפגינה מעולם התעלמות שיטתית משיקולי רווחיות,⁶⁵ ובאופן דומה, אין בגישה הכלכלית-

נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח', פ"ד לח(3) 253, 280-279 Frank. H. Easterbrook, 1991) Daniel. R. Fischel *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, 1991).
 63 מעניין שכיום גם המושג "קניין" אינו מוחלט וחד-משמעי. בצד אלה הרואים בקניין אי של חירות שלילית עומדים רבים המאמינים כי הקניין טומן בחובו מרכיב של אחריות חברתית. ראו דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, שם גורסים הנשיא ברק והשופטים אור וריבלין כי הקניין נושא בחובו מרכיב של אחריות חברתית. לגישה הפרוגרסיבית לקניין, הגורסת כי "הקניין הוא מוסד חברתי (קטגוריה משפטית) שיצרו בני-אדם, ושביכולתם לעצב אותו כרצונם על פי צורכיהם והעדפותיהם הערכיות", ראו חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, תש"ס) 97. בהשאלה לענייננו ניתן להקשות אם גם החברה העסקית אינה מוסד חברתי שיצרו בני-אדם, ושביכולתם לעצב אותו כרצונם על-פי צורכיהם והעדפותיהם הערכיות. בהקשר זה ניתן שוב למקם את הקוד האתי כמכשיר להשגת מדיניות כזו ולהגשמתה בהתאם לראיית החברה העסקית שעל הפרק. במובן זה, הקוד האתי משמש חלק בלתי-נפרד מכל ארגון, אשר מגדיר כיצד החברה העסקית נשורת במערך החברתי של החברה בכללותה.

64 גישה זו מכונה גם "the institutionalist conception", "the managerialist conception", "the social entity conception" ו-"the social entity conception".

65 Dodd, למשל, אינו טוען כי על החברה לזנוח את ייעודה העסקי, אף אם מוטל עליה מדי פעם להקריב את רווחיה, אלא מתמקד בחובתה להיות אזרחית טובה יותר ומתחשבת בקהילות ובערכים נוספים. ראו: Dodd, *supra* note 58.

הקניינית כדי למנוע התחשבות בשיקולים חברתיים אשר עשויים להתיישב עם התפיסה הכלכלית עצמה ואף לקדם אותה. אכן, הדיה של הגישה ה"חברתית" עשויים להישמע לעיתים גם תחת העמדה ה"כלכלית", שכן הזכויות וההגנות המוענקות לקהילות הקשורות לחברה ולערכים חברתיים מגוונים, אף אם מקורן בדינים שחיצוניים לדיני החברות, מעידות על קבלה של אחריות חברתית מסוימת המוטלת על החברה העסקית גם על-ידי אלה הדוגלים בתפיסה הקניינית הצרופה.

סקירת הגישות השונות בשאלת תכליתה של החברה העסקית מעלה כי אין זה אפשרי לדגול, במיוחד בעידן הנוכחי, בהתייחסות חד-ממדית לשאלה זו. החברה העסקית, בצד היותה כלי כלכלי ומימוני, הינה גם גוף בעל משמעות חברתית ופוליטית הולכת וגוברת.⁶⁶ כך בסוף המאה התשע-עשרה וכך, על אחת כמה וכמה, כיום. נראה כי הגיעה העת להודות בשניות זו, להכיר במשמעותה החברתית-הכלכלית של החברה העסקית, על כל המשתמע מכך, ולהכיר בציפיותיהם המוצדקות של בעלי-העניין הקשורים לחברה, לרבות הקהילה בכללותה.

שילוב בין הגישות השונות בשאלת תכליתה של החברה העסקית, תוך איזון ראוי בין יעדים חברתיים מגוונים במסגרת היעד הכללי של השאת רווחים, אינו רק בלתי-נמנע, אלא אף עשוי להתגלות כמועיל. בראיית מקרו, אין התפיסות מוציאות זו את זו, ויש אף ביכולתן לפרנס רבות זו את זו, שכן כיצד תושג, כבר מהבחינה הקיומית, ההתחשבות החברתית המתבקשת מהחברה העסקית אם זו לא תשרוד ותרוויח כספים לאורך זמן? וכיצד, מאידך גיסא, תוכל החברה העסקית להתמיד בהשאת רווחיה אם תימצא זונחת לאורך זמן את עניינם של אלה – דוגמת העובדים, הספקים, הנושים והקהילה בכללותה – אשר מייטיבים ומתבקשים לשתף פעולה עימה? המשפט הישראלי, כך נראה, מזמין איזון מן הסוג האמור בחוק החברות החדש. סעיף 11(א) לחוק החברות, הנדרש לשאלת תכליתה של החברה העסקית ומצוי בסימן המוקדש לו בלבד, קובע:

"תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את ענייניהם 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."

אף שהסעיף נראה כתומך בפרדיגמה הכלכלית לדיני החברות, אין להכחיש כי הוא ער לכך שהחברה העסקית הטיפוסית, כשחקן חברתי בכלל וכשחקן חברתי משמעותי בפרט, אינה יכולה להימלט מאחריות חברתית נרחבת יותר.⁶⁷ גישה זו מביאה בחשבון גם

66 ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364; וראו גם ספרה המאתגר של נעמי קליין בלי לוגו (2002).

67 ראו, לאחרונה, את דבריו של השופט מצא, אשר נאמרו בהקשר של הסדרים כובלים, בע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629, 632: "אכן, ניהולו של תאגיד הוא

את טובתן וציפייתן הלגיטימית של כלל הקהילות הקשורות לחברה העסקית, ותחזוק בסופו של יום את הנכונות לשיתוף-פעולה ולתיאום בין החברה העסקית לבין החברה האנושית אשר סובבת אותה וקשורה אליה.⁶⁸

לכאורה, מבט ראשוני ושטחי עשוי לדחוף למסקנה כי עצם קיומו של קוד אתי-ערכי – אשר מנחה את החברה ואת הפועלים מטעמה להתנהג בצורה שאינה משיאה בהכרח בכל מקרה נתון את רווחיה של החברה – מטה את הכף לכיוון העדפתה של הגישה החברתית לדיני החברות, שהרי ככלות הכול, הקודים האתיים מתרכזים בציפיות של הוולת ובערכים חברתיים משותפים, ולא דווקא ברווחיהם של בעלי המניות. עם זאת, מבט מפורט ומעמיק יותר מציף גישה אחרת – אשר מקבלת חיזוק מאימוץ הוולונטרי של מחויבויות אתיות וחברתיות על-ידי חברות עסקיות – שלפיה קיים קשר חזק בין רווחיות לבין סולידריות והתנהגות אתית.⁶⁹ זאת ועוד, ניסוחו של קוד אתי יוביל כל חברה נתונה להתלבטות

עניין רציני. מילוי תפקיד ניהולי בתאגיד כרוך באחריות כבדה, המיועדת לא רק להבטחת ענייניהם של התאגיד עצמו, של בעלי מניותיו ושל נושיו, אלא גם להבטחת ענייניו של הציבור. "להתעניינות העולמית הגוברת בתחום זה ראו לאחרונה כנס ISO, לעיל הערה 4. ראו גם בדברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2, אשר מבהירים כי "העמדה העקרונית המוצגת בסעיף תכלית החברה היא, כי החברה היא ביסודה מכשיר עסקי, המיועד לקידומן של מטרות כלכליות של המשקיעים". את ההגדרה זו, לדברי הצעת-החוק, "יש לפרש באופן רחב ונאור, ולאפשר לחברה המסחרית, במסגרת שיקוליה העסקיים הכלליים, לפעול אף לקידום האינטרסים של מי שאינם בעלי מניותיה", ביניהם "עובדי החברה, נושיה וגם הציבור הרחב". דברי ההסבר מבהירים בהמשך כי סעיף התכלית כולל "הצהרה כללית", אשר "מיועדת לשמש כמעין מצפן לניווט עיניניה של החברה" בסוגיות קונקרטיות שונות. למשל, "דירקטורים לא יצאו ידי החובות המוטלות עליהם בחוק כלפי החברה, אלא אם שקלו את טובתה העסקית כשיקול עליון ודומיננטי" [ההדגשות הוספו]. עם זאת, החוק מאפשר לדירקטורים "להביא בחשבון, במסגרת שיקול הדעת העסקי הלגיטימי שלהם, גם את טובתן של קהילות חלופיות".

69 למחקר המצביע על הישגים פיננסיים מוגברים לחברות שאימצו קודים אתיים ראו: Klaus Fischer & Nabil Khoury *The Impact of Ethical Ratings on Canadian Security Performance: Portfolio Management and Corporate Governance Implications* available at <http://132.203.59.36/CIRPEE/cahierscirpee/2005/files/CIRPEE05-Edward L. Pittman & Frank J. Navran: ראו: 01.pdf> (31.5.2005) "Corporate Ethics and Sarbanes-Oxley" (July 2003) available at <http://www.ethics.org/resources/wslawyer.html> (4.7.2005): "Apart from legal requirements, at least two academic studies have suggested that a commitment by corporate management to follow an ethical code of conduct confers a variety of benefits. One study of the largest public companies found that companies that were publicly committed to following a code of ethical corporate conduct as part of their internal control strategy had higher performance in both financial and

ולהידרשות במישרין לשאלת האיזון בין הדילמות הבסיסיות בחייה של החברה בהתאם לאופייה ולטיב פעילויותיה. לנוכח עיסוקן של הקוד האתי הטיפוסי בזהותה של החברה, כמו גם בנורמות ההתנהגות המנחים אותה ואת הפועלים מטעמה, אך טבעי כי יש בו כדי לאזן ולגשר בין עניינה האנוכי של החברה בהשאת רווחיה לבין ציפיותיהן המוצדקות של הקהילות הסובבות אותה. בכך יש כדי להביא את החברה העסקית לידי מימוש יעדיה והשאת רווחיה תוך הכרת מעמדה וההקשר החברתי הרחב יותר שבו היא פועלת, מבלי לפגוע בהכרח ברווחיה לטווח הארוך.⁷⁰

non-financial terms. However, this study also concluded that the superior performance was not due to the mere existence of a legalistic code of ethics, but to the 'tone at the top.' In instances in which companies demonstrated superior performance, ethics codes reflected the values upon which the corporate culture was based"

בהקשר זה ניתן לציין כמובן גם את המחקר המקיף שנערך לצורך כתיבת הספר לנצח נבנו, לעיל הערה 3, וכן מחקרים שנעשו ביחס לשוק המניות האנגלי: "The general conclusion from this study is that there is strong evidence to indicate that larger UK companies with codes of ethics, e.g. those who are explicit about business ethics, out perform in financial and other indicators those companies who say they do not have a code. Having a code of business ethics might, therefore, be said to be one hallmark of a well managed company" <http://www.ibe.org.uk/DBEPsumm.htm> (27.5.2005)

70 דוגמה מעניינת לכדאיות שבהתנהגות האתית ולפוטנציאל הטמון בה לגישור בין התפיסה הכלכלית לחברתית ניתן למצוא במאמר: Allen B. Warwick "Reinventing the Wheel: Firestone and the Role of Ethics in the Corporation" 54 *Ala. L. Rev.* (2003) 1455 המתאר תהליך פנימי שעברה חברת Firestone. כתוצאה מתקלה כלשהי בייצור, גילתה החברה כי מכרה מוצרים פגומים (גלגלי רכב) שעלולים לגרום פגיעה קשה בלקוחות ובצדדים שלישיים, לרבות תוצאות קטלניות עקב תאונות-דרכים. בשלב זה עלתה לפני הדירקטוריון השאלה אם להורות על איסוף המוצר מן החנויות או להמשיך למכור אותו תוך התכחשות למידע. המאמר מציע כי קוד אתי יכול לפתור את המלכוד של חברי הדירקטוריון בקבלת החלטה הנכונה, כפי שניתן ללמוד משתי דוגמות אחרות. הדוגמה הראשונה היא חברת Johnson & Johnson, אשר קיבלה החלטה מודעת להחזיר מוצר פגום מהמדפים, למרות העלויות, על-סמך קוד אתי ברור ומנוסח היטב. בצורה מפתיעה, לא רק שלא נוצרו לה הפסדים כתוצאה מפיצויים, אלא המקרה התפרש טוב על-ידי הצרכנים ולא פגע בשווייה של החברה. הדוגמה השנייה היא חברת Bristol-Myers, שפועלת בשוק זהה פחות או יותר לזה של חברת Johnson & Johnson, ואשר גם אצלה התגלה מוצר פגום. אלא שלהבדיל מחברת Johnson & Johnson, לחברת Bristol-Myers לא היה קוד אתי, והיא קיבלה החלטה לאסוף בחזרה מהמדפים רק חלק מהמוצרים. החברה נכנסה לסחרור של תביעות, והחברה נפגעה גם במחיר המניה שלה כתוצאה מכך. מהתנהלות השוואתית זו ניתן להסיק כי פעולה על בסיס קוד אתי ומבט חברתי, כפי שעשתה חברת Johnson &

לפיכך, ומאחר שקוד אתי מייצג את בחירתה (הדיספוזיטיבית) של כל חברה נתונה בשיקולים האתיים והחברתיים המנחים את פעילותה, ניתן להציע כי סעיף 11 עצמו, כסעיף-ה"מצפן" של החברה העסקית, מזמין כל חברה להבהיר כלפי עצמה, כלפי הקשורים אליה וכלפי הציבור את השיקולים הכלכליים, האתיים והחברתיים המנחים אותה. דבר זה נכון במיוחד ביחס לחברה שניירות-הערך שלה נסחרים בציבור ואשר מחויבת בחובת הגילוי הנאות.⁷¹ המסמך הנכון ביותר להתמודדות עם דילמות מהסוג האמור ולפתרון הוא הקוד האתי, אשר יחייב את בעלי המניות ונושאי-המשרה בהפעילם את החברה, וינחה בצורה הברורה ביותר את ציפיותיהם של החברה ושל אלה הקשורים אליה.⁷²

(ב) קוד אתי כמושג-שסתום להחלת נורמות חוקתיות

זה עשור מתפתחת בישראל "המהפכה החוקתית", לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד העוסקים בכבוד האדם ובחופש העיסוק. חוקי-יסוד אלה הולכים ומפלסים להם דרך אל תוך המשפט הפרטי, עקב בצד אגודל, תוך חלחולן של נורמות של התנהגות ציבורית, שוויון, הגינות

Johnson, הינה נכונה יותר גם מבחינתם של בעלי המניות. למודל כלכלי שנעשה להנחיות השפיטה הפדרליות ראו: Anita F. Young & Robert Young "Corporate Social Responsibility: The Effects of the Federal Corporate Sentencing Guidelines on a Representative Self-Interested Corporation" No. 10-2003 ICCSR Research Paper Series, available at <http://www.nottingham.ac.uk/business/ICCSR/pdf/ResearchPdfs/10-2003.PDF> (30.09.05).

71 לדוגמה, חברת Google, אשר יצאה לאחרונה להנפקה בבורסה האמריקאית, הציגה כבר בתשקיף שלה גישה שלפיה החברה אינה מסתפקת בהשאת רווחתם של בעלי המניות, אלא שואפת להשיג מטרות נוספות.

72 כדוגמה לעניין זה ניתן להביא את פסק-הדין הידוע *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 459 (Mich. 1919). במקרה זה תבעו בעלי המניות את החברה על החלטתה להוריד מחירים ולחלק הטבות לעובדים מתוך תפיסה חברתית של מייסד החברה הנרי פורד. באותו פסק-דין פסל בית-המשפט את ההחלטה, בהיותה מנוגדת לתכלית החברה להשיא את רווחיהם של בעלי המניות. ניתן להציע כי קוד אתי, שהיה מגדיר מראש את כללי המשחק ואת האפשרות לשקול שיקולים חברתיים, היה מוליך את בית-המשפט למסקנה שונה, בהשליכו על ציפיותיהם הסבירות של כלל המעורבים באותה חברה. המחשה נוספת ליתרונותיו של קוד אתי ניתן לראות גם בנסיבות של פסק-הדין ע"ע 300178/98 ביבס נ' שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481. נראה כי חילוקי-הדעות בין השופטת אלישבע ברק לבין הנשיא סטיב אדלר היו יכולים להיפתר אילו היה לחברת שופרסל קוד אתי המסדיר את ההתנהגות הנדרשת מהעובדים, לרבות את יחסה של החברה למעשים שהמערער נחשד בהם. או-אז היו פיטוריו של העובד, אשר עמדו במוקד הדיון, ברורים יותר ומתבקשים מאליהם. במילים אחרות, גם במקרה זה, כמו במקרה של *Dodge v. Ford Motor Co.*, ניתן להניח כי קוד אתי שנוסח על-ידי החברה היה משפיע על החלטתו של בית-המשפט, ובכך אף מחוק את האוטונומיה של התאגיד.

וסבירות והחלתן על המשפט הפרטי, או בלשונו של השופט אהרן ברק בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום:⁷³

"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."⁷⁴

למרות דברים כוללניים אלה, קיימת עדיין לקונה חקיקתית רחבה בתחום החברות הפרטיות, ולא ברור באיזו מידה הן חשופות לנורמות חוקתיות. בהשאלה מלשונו של השופט זמיר, בהתייחסו לנושא דומה: "...הכיוון ברור אך הנתיב טרם סומן. הנסתר רב מן הנגלה."⁷⁵

מגמה זו, המצטרפת למגמת העמעום בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי,⁷⁶ מעוררת

73 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

74 שם, בעמ' 530.

75 ע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 207. ראו גם את דבריו הבאים: "אולם טעות היא לחלק את הקניין באופן חד בין קניין פרטי לבין קניין ציבורי. לא כל הנכסים נופלים בגדר 'דירה פרטית' או בגדר 'בנין ציבורי'. המציאות מורכבת יותר. יש בה גוונים וגווני גוונים. היא מכירה גם בנכסים שיש בהם יסודות של קניין פרטי המעורבים, במינון גדול או קטן, עם יסודות של קניין ציבורי. לדוגמא, כיצד יש למיין קמפוס של אוניברסיטה, אצטדיון של אגודת ספורט או חנות כלי-בוז?" שם, בעמ' 203-204. כן ראו: Joseph William Singer "The Reliance Interest in Property" 40 *Stan. L. Rev.* (1988) 611.

76 ראו את דברי השופט זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 310: "...כיום גלוי וידוע שאין הפרדה ברורה ונוקשה בין תחום זה [של המשפט הציבורי] לבין תחום זה [של המשפט הפרטי]. אין ביניהם אלא רשת נמוכה, שאפשר ללא קושי רב להסתנן דרכה או לדלג מעליה. התחומים מתערבבים זה בזה, יותר ויותר, ואין בכך רע." ראו גם את דברי השופט חשין, שם, בעמ' 384: "אומרים לנו כי ימינו אלה אינם כימים עברו, וכי כיום - שלא כבעבר - ההפרדה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי אינה כה נוקשה וברורה. בסוף-כלי-הסופות, כך מוסיפים ואומרים לנו, המשפט הפרטי והמשפט הציבורי - שניהם כאחד - מסתופפים תחת קורת-גג אחת, ובדרך הטבע נוצר ביניהם תהליך של אוסמוזה: עיקרים ודוקטרינות מן התחום האחד חודרים ומחלחלים אל התחום האחר - ולהיפך - ולעתים מזומנות נגלה כי כלל פלוני מן התחום האחד מצא את מקומו גם בתחום האחר. עירבוב התחומים, כך שומעים אנו, מוליד 'יצורי כלאיים' - מעין דו-חיים - ויצורים אלה סרים, ולו בחלקים, גם למשמעתו של המשפט הפרטי גם למשמעתו של המשפט הציבורי." והשוו, למשל: Duncan Kennedy "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction" 130 *U. of Penn. L. Rev.* (1982) 1349.

את השאלה ביחס לתחולת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, במיוחד בהקשרם של תאגידיים כשחקנים חברתיים משמעותיים. לדעתנו, ולנוכח הגדרת הקוד האתי כ"מסמך שיטתי המציג כללי אתיקה מחייבים ומסביר אותם, בין השאר על יסוד התכונות המכוננות של הארגון וערכי הדמוקרטיה"⁷⁷, אך מתבקש כי הקודים האתיים יהוו, בין היתר, מסמכים אוטונומיים המבטאים את הכרתה ומחויבותה של החברה העסקית הנתונה גם לערכי-היסוד של השיטה החברתית.

(ג) סיכום

אימצו והטמעתו של קוד אתי על-ידי כל חברה נתונה תחיד בצורה הטובה, הייחודית והאוטונומית ביותר את ייעודו של סעיף 11 לחוק החברות להנחות בשאלת-היסוד של תכליתה של החברה העסקית ומקומה בהקשר החברתי הרחב יותר שבו היא פועלת. הסתפקות בקיומו של סעיף 11 לחוק החברות, ללא פירוט עצמאי בקוד אתי של כל חברה בדבר תמהיל השיקולים הכלכליים והחברתיים המובילים אותה, תותיר את המלאכה לבתי-המשפט ולמחוקק, אשר ינגסו בסופו של דבר ביכולתה האוטונומית של כל חברה לגבש השקפה משלה לגבי היחס בין השאת רווחיה לבין אתיקה. בהקשר זה ניתן לשער כי דווקא בשל העובדה שהחברות עצמן אינן עושות כן, נוהה הפסיקה – כמערכת חיצונית לחברות עצמן – לעברה של גישה חברתית אשר נחזית כמוהלת יתר על המידה את יעדיה העסקיים האפריוריים של החברה העסקית.⁷⁸ לטעמנו, חקיקה שיפוטית כזו אינה רצויה, ובעניין זה החירות והאחריות מסורות בראש ובראשונה להכרעתן של החברות עצמן, כפי שעולה מייעדי המרשים של חוק החברות, נושא שנפנה אליו כעת.

2. קודים אתיים כמחזקים את אופיים המרשה והרצוני של דיני החברות

"התכלית הבסיסית המונחת ביסוד חוק החברות היא זו המעניקה חופש לצדדים המקימים את החברה – ולאסיפה הכללית לאחר שזו הוקמה – לעצב את החברה על פי השקפתם שלהם. מרבית ההוראות הן דיספוזיטיביות..."⁷⁹

חוק החברות החדש בנוי על פילוסופיה הדוגלת בגישה מרשה לדיני החברות. יטען

77 ראו הגדרת הקוד האתי בהצעת החוק לטיפוח אתיקה בארגונים, לעיל הערה 7.
78 ראו לעניין זה בוקשפן, לעיל הערה 52, וכן עלי בוקשפן "על תכליתה של החברה העסקית מבעד למשקפיהם של דיני העבודה" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 163.
79 פסק-דינו של הנשיא אהרן ברק בבג"ץ 6432/02 איגוד קופות הגמל הענפיות נ' שר האוצר, פ"ד נז(3) 918, 930 (להלן: עניין איגוד קופות הגמל הענפיות).

הטוען: חיוב חברה לקבל קוד אתי כמוה כהתערבות חיצונית בהחלטותיה של החברה, התערבות אשר מנוגדת לפילוסופיה של החוק. טענה זו קלה להפרכה.

ראשית, יש לזכור כי גם החקיקה הקיימת בארצות-הברית וגם החקיקה המוצעת בישראל אינן מחייבות אימוצו של קוד אתי, אלא רק יוצרות את התנאים והתמריצים לקבלתו. החקיקה בתחום ניירות-הערך אינה מתערבת בתוכנו של הקוד האתי, אלא רק דורשת גילוי נאות של הקוד האתי או של הסיבות לאי-אימוצו, מתוך אמונה כי חברות יעדיפו לקבל קוד אתי מאשר להודיע כי אין להן קוד כלל ומהן הסיבות לכך. הצעת החוק לטיפול אתיקה בארגונים עושה עוד פחות מכך, ופועלת אך כמיטיבה ביחס לחברות הבוחרות לאמץ ולהטמיע קודים אתיים.⁸⁰

שנית, החקיקה הקיימת והחקיקה המוצעת אינן קובעות את תוכנו המדויק של הקוד האתי. חלק מהתקנות (למשל, התקנות של הבורסה של ניו-יורק) דורשות אומנם שהקוד יכלול התייחסות לנושאים מסוימים, אולם הן אינן קובעות את התוכן עצמו, אלא מותירות אותו לקביעת החברה עצמה. זאת ועוד, רבות מהחקיקות ומהתקנות הנוגעות בקודים אתיים קובעות במפורש כי תוכנו של הקוד האתי ייקבע על-ידי החברה בהתאם לתחום עיסוקה, גודלה ושאר מאפייניה, בדומה לדרישה מן החברה לאמץ תקנון מבלי לקבוע מה יהיה תוכנו.⁸¹

בדברים אלה אין כדי להמעט מהחשיבות של קביעת אמות-מידה חקוקות להטמעת האפקטיביות של הקוד. בעניין זה, אשר נוגע בתהליך ולא בתוכן, יש לדעתנו מקום

80 ראו סעיף 7 להצעת החוק לטיפול אתיקה בארגונים (המקביל לסעיף 4ד) בנוסח שהונח על שולחן הכנסת), לעיל הערה 7: "על אף האמור לעיל, אי אימוצה של תוכנית אתיקה פנימית אפקטיבית לא ישמש שיקול נגד נתבעים או נאשמים בכל הליך משפטי." לגישה וולונטרית דומה ראו את דבריו של הנשיא ברק ביחס לטענות נגד תקנות שהתקין שר האוצר בנוגע לקופות-הגמל הענפיות, תקנות שחייבו הקמת ועדת השקעות על-מנת לזכות בהקלות ממס. בהקשר של הטענה כי חיוב זה מוביל למעשה להתערבות בהחלטותיה הדיספוזיטיביות של החברה, אומר הנשיא ברק: "אכן, דיני המס מעמידים ברירה בפני קופות הגמל. הרשות בידיהן לבחור בדרך אחת שתגרור אחריה הנחות במס או בדרך אחרת שאין עימה הנחות במס. ברירה זו אין בה כפייה בלתי חוקית. קופת הגמל אינה חייבת לבחור באופציה שיש עימה הטבות מס. חופש הבחירה שדיני התאגיד מעמידים לרשותה נתונים בידיה." עניין איגוד קופות הגמל הענפיות, שם, בעמ' 929-930. מאידך גיסא, ראוי לציין גם את עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן באותו פסק-דין, הטוענת כי על רקע חוקי המס, האמירה כי ההחלטה הינה דיספוזיטיבית אינה מציאותית: "אמירה לפיה קרן שאינה מוכנה למלא אחר התקנות רשאית שלא לעשות כן תוך ויתור על הטבות המס, היא השמטת הקרקע מתחת לעצם קיומן של הקרנות, שאינן יכולות להתקיים ללא הטבות המס שניתנו להן במשך שנים במצב הניהול הנוכחי." שם, בעמ' 941-948.

81 סעיפים 15-19 לחוק החברות. במובן זה הקוד האתי מתיישב עם עקרון אי-ההתערבות המקובל דיני החברות. השוו ע"א 667/76 גליקמן בע"מ נ' ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 281, 286.

להתערב ולקבוע אמות-מידה ברורות - שאותן נציע בסיכום למאמר - לנוכח "כשלי השוק" שהתגלו בסקנדלים התאגידיים האחרונים בארצות-הברית.⁸² לפי תפיסה זו, אשר מופיעה גם בהצעת החוק לטיפול אתיקה בארגונים, אם בחרו החברה ונושאי-המשרה שלה לאמץ קוד אתי, אך חשוב יותר - אם פעלו להטמעתו האפקטיבית, יוגש להם ה"גור", ראשית, בעצם הימנעותן ממעורבות במעשים אסורים. אך אף אם חלילה תהיה החברה מעורבת בכל-זאת במעשה אסור, יהיו החברה ונושאי-המשרה בה זכאים להקלות באחריותם הפלילית או האזרחית.

בכך אין כדי להתערב בתוכן הקוד האתי, אלא אך בתמריצים להטמעתו האפקטיבית, דבר שיש בו כדי לסייע בהתפתחותה של תרבות עסקית חדשה בישראל. מעורבות כזו הינה בעלת מסר מדרבן, מוביל וחינוכי, שאינו פוגע כלל בדינמיות וברעיון השוק החופשי. אדרבה, ההתעוררות העולמית מראה כי השוק מחכה לרפורמה בתחום זה, ויגמול לחברות עסקיות שייחפכו לאזרחיות טובות יותר.

יתר על כן, על-מנת שקוד אתי יהיה אפקטיבי באמת, ולא ישמש רק מס-שפתיים, עליו להיווצר בעקבות תהליך של חשיבה וגישה בארגון. תהליך זה אמור ליצור חריש עמוק בחברה, לכלול את מנהליה הבכירים ביותר כמו-גם את העובדים הזוטרים ביותר, ולשקף את ערכיה ואת תפיסת-עולמה של החברה. התמקדות בתהליך זה מובילה אף היא למסקנה שיצירתו של הקוד האתי משקפת למעשה, ובמובן העמוק ביותר, החלטה רצונית של החברה עצמה. החקיקה בתחום זה, אם כך, מתמקדת אך בתהליך ובמסגרת, כמו-גם בתגמול הטמעתו הנכונה.

לסיכום, לדעתנו לא רק שהכנסתו של הקוד האתי כמסמך מוסרי-משפטי לפרקטיקה התאגידית אינה מנוגדת לתפיסה המרשה של דיני החברות, אלא ההפך הוא הנכון. הקוד האתי הינו מכשיר המאפשר לחברה להביא לידי ביטוי את תפיסת-עולמה, והוא אינו כלי "מחייב", אלא כלי "מאפשר" ובונה שהחברה עצמה מרכיבה ומטמיעה אותו. במילים אחרות, באמצעי זה יש כדי לתרום לייחודיותה ולאוטונומיה של החברה העסקית יותר מכל אמצעי אחר. הוא מבדיל אותה מחברות עסקיות אחרות, ותורם ליכולתה להשיא את רווחיה על-פי תפיסת-עולמה.

82 דרך כזו ננקטה בסעיף 3 להצעת החוק לטיפול אתיקה בתאגידיים, לעיל הערה 7, שבו מופיעים כמה אפיונים המבטיחים את הטמעתה של תרבות עסקית ראויה בהתאם להחלטותיהם הערכיות הפנימיות של התאגידיים.

3. קודים אתיים כאמצעי להבניית תרבות ארגונית חדשה ולמזעור של "בעיית הנציג" ושל החשיפה המשפטית לחובותיהם של נושאי-המשרה ולחובות משפטיות אחרות

(א) כללי

דיני החברות הקלאסיים מיועדים, רובם ככולם, למזער את המתח הטבוע במתכונת פעילותה של החברה העסקית, אשר נובע מהפרדת הבעלות מהשליטה. תופעה זו, שנסקרה עוד בספרם הידוע של Berle & Means משנת 1932,⁸³ מיקדה את הניתוח התאגידי בהשקפה על בעל המניה כנטול השפעה ושליטה על הנעשה בנכסיו, הן בשל הקושי והסרבול הכרוכים מטבע הדברים בניהול עסקים דינמיים באופן קולקטיבי, והן בשל מערכת התמריצים האישית שלו. מהשקפה קניינית קלאסית, המשלבת את זכות הבעלים לתזרים המזומנים עם זכותו לשלוט בנכס שבבעלותו, הוסטה נקודת-המבט אל הקשיים הנובעים מהפיצול הבלתי-נמנע בין שני רכיביה האמורים של הזכות הקניינית הקלאסית ומאובדן מאפיין השליטה, ככל שהדברים אמורים בזכותו הקניינית של בעל מניה פסיבי בחברה ציבורית. יש האומרים כי המילה "שליטה" מתאימה לדיני החברות כולם ומצדיקה אותם. חברה, שהינה בהגדרתה גוף שאינו בבעלותו המלאה של יחיד, מעוררת באופן בלתי-נמנע הפרדה של הבעלות מן השליטה, וממילא לעיוות בהחלטותיו של הנציג השולט. תופעה זו, המכונה גם "בעיית הנציג", הולידה תילי-תילים של ספרות כלכלית ומשפטית, אשר איתרה את הקונפליקטים הנובעים מהתמריצים של בעלי השליטה ("הנציגים") להיטיב עם עצמם על-חשבון ה"בעלים" הפסיביים אשר אינם מעורבים בשליטה.⁸⁴

לבעיית הנציג, אשר נעוצה ברעיון של יחסי כוח-כפיפות, יש מהדורה נוספת בהקשר התאגידי, והיא מידת כוחו של העובד הזוטר, אשר יושב בסניף מרוחק ויכול לגרום בפעולתו לנזק עצום לחברה ואף לחיובו האישי של נושאי-המשרה. בעיית נציג זו מעוררת שאלות משפטיות ועסקיות נכבדות לא פחות מאשר בעיית הנציג הקלאסית שתוארה לעיל, והיא מטרידה לא-מעט, למשל, חברות בין-לאומיות המעוניינות לשמור על אחידותן של נורמות התנהגות רצויות ברחבי העולם (ולפקח עליהן) הן בתוך החברה, ביחס לעובדיה, והן מחוץ לחברה, ביחס ללקוחותיה, לספקיה ולציבור הרחב. טענתנו היא כי גם בהקשרים אלה הקוד האתי יכול לשמש מכשיר מגובש ומאחד

83 ראו: Adolf A. Berle & Gardiner C. Means *The Modern Corporation & Private Property* (New York, 1932). למודל כלכלי של התופעה ראו את המאמר הקלאסי: Michael C. Jensen & William H. Meckling "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" 3 *J. of Fin. Econ.* (1976) 305.
84 ראו גושן, לעיל הערה 50, וכן עלי בוקשפן "הערות על הקשר בין בעיית היסוד בדיני תאגידיים, חקיקה צרכנית וחוזים אחידים" הפרקליט מד (1999) 314.

בחברה העסקית, שיהיה בו כדי ליצור תרבות ארגונית שקופה, ברורה ונוחה לפיקוח ולאכיפה, שבה יקשה על "נציגיה" השונים של החברה לקבל החלטות פגומות. זאת ועוד, פעולה אמיתית ושיטתית על-פי קוד אתי מפותח ומגובש תוכל לשמש, בתנאים מסוימים, טענת הגנה לנושאי-משרה בחברה, אשר למרות מאמצי הפיקוח וההטמעה לא הצליחו למנוע לחלוטין עברות על החוק של עובדים שונים של החברה. ככלות הכול, לא כל עברה בתאגיד ניתנת למניעה, ועל-כן לאורך זמן יש להתמקד בניסיון להעלות את הרף ולעודד התנהגות ראויה אשר תוביל ממילא הן לשמירה על החוק והן להשבחתה של התרבות העסקית. בהתאם, נסקור בחלק זה את המגמות החדשות בעולם הרואות את הקוד האתי ככלי למזעור בעיית הנציג ולהגנה על נושאי-המשרה בחברה.

(ב) הקוד האתי כמכשיר למזעור בעיית הנציג

מלבד החיוב הטמון בקוד האתי, אשר מיועד להוביל לנטישת-מה של האנוכיות ולהתחשבות בציפיותיו המוצדקות של הזולת, ביכולתו של קוד אתי ליצור גם אווירה של פתיחות בחברה ודיווח על פעולות לא-ראויות. קיומו של קוד כזה – ובעקבותיו של תרבות ארגונית המעודדת התחשבות בציפיות הזולת, דיווח נכון וטיפוח מצפון חברתי של החברה ושל הפועלים מטעמה – יכול אם כן לשמש כשלעצמו אמצעי למזעור בעיית הנציג במובנם העמוק ביותר של הדברים. יפים לעניין זה דברים שהובאו בדו"ח הוועדה לרפורמה בהנחיות השפיטה, אף שנאמרו ביחס להנהלה הבכירה:⁸⁵

"This type of regular monitoring of code compliance should help to ensure that a company develops a culture promoting ethical conduct at the top. If carried out diligently by fellow executives, these accountability promoting actions will help to ensure that no top executive feels completely confident that his or her violation or disregard of ethics code requirements will simply go undetected or ignored. Rather, in such an environment, top executives will expect ongoing compliance pressures and accountability demands

85 ראו: *Report of Advisory Group, supra* note 24, at p. 40. מגמה חקיקתית הדורשת מנושאי-המשרה לעשות יותר מאשר שמירה מינמלית על החוק באה לידי ביטוי גם בתקנות החדשות של ה-SEC, כפי שנסקרו לעיל: "While they are presently limited to certain key executives of publicly traded concerns, the SEC's standards regarding codes of ethics seem likely to be a signal of more ethics-based compliance program requirements in future government standards. Compliance programs that are aimed at ensuring only compliance with legal requirements may increasingly be viewed as partial measures." *Ibid, ibid*

as the norm, leading to a healthy degree of attention to the ethical implications of contemplated actions."

הקוד האתי משתלב לפיכך עם המגמה המודרנית בדיני החברות, שרואה את נושאי-המשרה בחברה כאחראים לפעולותיו של התאגיד, ואשר עשויה להטיל עליהם אחריות אישית בגין פעולותיו של התאגיד. הרעיון העומד בבסיס גישה זו הוא הרתעת נושאי-המשרה מפני התחבאות מאחורי מסך ההתאגדות והבאתם לידי הפנמת המחיר של החלטותיהם הפגומות והלא-חוקיות. באמצעות תמריץ שלילי זה המחוקק שואף להפוך את החברה ואת נושאי-המשרה בה ל"שוטרים עצמיים" שתפקידם שמירה על החברה והחוק.⁸⁶ במובן זה ניתן לראות את הקוד האתי כ"ספר ההפעלה" והמניעה של השוטר העצמי.⁸⁷ עם זאת, הקוד האתי יכול כאמור לסייע במזעור בעיית הנציג של העובד הזוטר והמרוחק, אשר גם לו עשויה להיות השפעה על מעשיה ומחדליה של החברה. הקוד האתי, כמסמך מנחה, יכול לתת לכל עובד את הכלים להתמודדות עם הדילמות שהוא נחשף אליהן ברוח ערכיה של החברה, תוך הקפדה על נהלים, על פעילות חוקית⁸⁸ ועל פעילות ראויה.⁸⁹

86 ראו את דבריו של השופט אהרן ברק בע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 387: "נראה שעמדתו של המחוקק הינה, כי בהטלת אחריות פלילית כעין שילוחית בגין עבירת נושא משרה קודמו המטרות החברתיות שהחוק בו מצויה עבירת נושא המשרה בא להגשים. הטלת אחריות פלילית כעין שילוחית על נושאי המשרה נועדה להמריץ אותם לנקוט באמצעים נאותים ולהבטיח כי אמצעי זהירות יקויימו על מנת למנוע ביצוע עבירות במסגרת התאגיד. היא גם באה להטיל אחריות על נושאי משרה בכירים אשר קיימת הסתברות גבוהה כי היו מעורבים בביצוע העבירות של התאגיד, אך לא ניתן להוכיח זאת. אחריות זו היא מוחלטת וכעין שילוחית, שכן נושא משרה המוכיח כי הוא לא ביצע את העבירה (לא באשר ליסוד העובדתי, ולא באשר ליסוד הנפשי) שבגינה נמצא התאגיד אחראי, אינו משתחרר מאחריותו. עצם ביצוע אותה עבירה הוא תנאי מספיק לאחריות נושא המשרה, אלא אם כן הוכח כי לא היה מודע לביצוע של אותה עבירה או לא התרשל באפשרו את ביצועה."

87 "חברה הנושאת באחריות לפעולות האורגנים, תעשה פעולות - בעיקר באמצעות בעלי המניות - לסילוקם של האורגנים שפעלו שלא כדין" (שם, בעמ' 383).

88 ראו: Ethics Resource Center, *supra* note 1, at p. 33: "Corporate ethics officers often express concern that their employees struggle to recognize ethical dilemmas when they arise in the workplace. For this reason, we recommend that your code offer some guidance to employee, so they will have a sense of the priorities you'd like them to consider when they face a tough situation". לעלייה ברמת השמירה על החוק בחברה: "על רקע הפרשות הקשות הגובלות בעבירות פליליות שאירעו בארץ ובעולם תוהים רבים בשומעם את הדיבורים על אתיקה מה יש לדבר על אתיקה בעת שמבוצעות עבירות פליליות קשות. אולם יש יסוד להניח שהעלאת הרמה של השמירה על האתיקה תעלה גם את הרמה של השמירה על החוק. יש קשר בין שתי

לסיכום, הקוד האתי והטמעתו האפקטיבית יכולים לשמש אמצעי להעצמת כל שדרות החברה, ולתת בידי הפועלים מטעם החברה כלים מעשיים ומקובלים על הכל לדיווח על חריגה מנורמות ההתנהגות הראויות ולהתמודדות עימה.⁹⁰

(ג) הקוד האתי כטענת הגנה לנושאי־המשרה

על־פי דיני החברות, נושאי־המשרה בחברה חב שתי חובות אישיות עיקריות כלפי החברה: חובת האמונים⁹¹ וחובת הזהירות.⁹² בתמצית, חובות אלה חותרות להקפדה על רמת התפקוד המקצועי של נושאי־המשרה ועל פעולתם בתום־לב ולטובת החברה. תכליות אלה יכולות להיות מקודמות בצורה עמוקה וטובה באמצעות הקוד האתי. כך, חובת האמונים קובעת כי נושאי־המשרה –

”ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה – (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים; (2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה; (3) יימנע מניצול הודמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר; (4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לעניניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה.”⁹³

נושאים אלה, הנוגעים בליבה של בעיית הנציג, הינם למעשה תחומי עיסוקם השגרתי

המטרות. ישנו מצב שבו אתה קצת מתחת לרף האתיקה וקצת מעל לרף החוק ולכן נדמה לך שפעולותיך הן 'בסדר'. אבל הן לא בסדר והדרך להידרדרות לא ארוכה. אם נעלה את רמת השמירה על האתיקה ונקרב את הבריות בתוך ארגון או בתוך מקצוע למצב שאחוז יותר גבוה שלהם יהיה מעל הרף האתי ולא מתחתיו ממילא הם יתרחקו גם מעל הסף החוקי...” נגיש ב־ <http://www.ti-israel.org/Articles/Article.asp?ArticleID=47&CategoryID=47> (4.7.2005).

89 ראו לעניין זה מאיר תמרי “קווים מנחים לכתובת קוד אתי לתאגיד כללי”, נגיש ב־ http://www.etika.org.il/mamarim/Dr_Tamari/code-eti.htm (28.5.2005): “קיימת בישראל מדיניות שכר שוויונית שבה קבלת תוספות שכר וטובות הנאה תלויים בדיווחים כוזבים על הוצאות במסגרת העבודה. סובסידיות והיטלים ומנגנוני הגנה אחרים מביאים הן לידי בזבוז משאבים והן לידי נהלים עסקיים פסולים...”

90 ראו לעניין זה גם: Elletta S. Callahan, Terry M. Dworkin, Timothy L. Fort & Cindy A. Schipani "Integrating Trends in Whistleblowing and Corporate Governance: Promoting Organizational Effectiveness, Societal Reasonability and Employee Empowerment" 40 *Am. Bus. L. J.* (2002) 177

91 ראו סעיף 254 לחוק החברות.

92 ראו סעיף 252 לחוק החברות.

93 ראו סעיף 254(א) לחוק החברות.

והבסיסי ביותר של קודים אתיים.⁹⁴ במילים אחרות, ניתן לומר שבהפעלתו הנכונה של הקוד האתי יש כדי למנוע מלכתחילה את הפרתה של חובת האמונים. נוסף על כך, קודים אתיים המוטמעים כהלכה עשויים לשמש טענת הגנה כנגד תביעה בגין הפרת חובת הזהירות. חובת הזהירות קובעת כי "נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור".⁹⁵ כיום, לנוכח תפקידו המפקח ומתווה המדיניות של הדירקטוריון,⁹⁶ ולנוכח תפקידי הניהול והביצוע של המנכ"ל,⁹⁷ ברור למדי תפקידו המניעתי וההגנתי של הקוד האתי על נושא המשרה, במיוחד בהקשר של תפקידו ה"מיניסטריליים". שכן אימוצו והטמעתו השיטתית של קוד אתי מפורט וראוי יספיק פעמים רבות לצורך הרמת הנטל על ידי נושא המשרה להוכיח כי הפעילו השגחה סבירה על הכפופים להם. אסמכתה טובה לגישה זו ניתן למצוא בפסק הדין הידוע של השופט Allen בעניין Caremark שניתן בדלור:⁹⁸

"Thus, I am of the view that a director's obligation includes a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exists, and that failure to do so under some circumstances may, in theory at least, render a director liable for losses caused by non-compliance with applicable legal standards."

אף שדבריו של השופט, כפשוטם, משמעם שאי-יצירת תוכנית הטמעה אפקטיבית תיצור אחריות,⁹⁹ פורש פסק הדין כמקים הגנה לנושא המשרה כנגד תביעה בגין הפרת

94 השוו לדרישות הסף של הקודים האתיים לפי כללי הבורסה לניירות-ערך של ניו-יורק וכן הצעת התיקון לתקנות ניירות-ערך, לעיל הערה 47, הקובעות כי על הקוד האתי לקדם, בין היתר, "מניעת ניגודי עניינים בין ענייני התאגיד ועניינים אישיים של נושא משרה בכירה..." ו"איסור על ניצול הזדמנויות התאגיד", המוכרים גם כחלק מחובות המושגה של חובת האמונים המוסדרת בסעיף 254 לחוק החברות.

95 סעיף 253 לחוק החברות.

96 סעיף 92 לחוק החברות.

97 סעיף 121 לחוק החברות.

98 עניין Caremark, לעיל הערה 32, בטקסט הנלווה להערת-שוליים 27.

99 ראו, למשל: "The United States decision in Caremark recognised that United States directors generally do have a duty to ensure a corporate information and reporting system is in place to monitor compliance. In Australia, after the AWA appeal and CLERP reforms to duties of

חובת זהירות במקרים שבהם פעלו הללו ליצירת תוכנית אפקטיבית להטמעת קוד אתי.¹⁰⁰
ברוח זו תפסה לה הלכת *Caremark* מקום של כבוד בפסיקה האמריקאית:¹⁰¹

"Citing *Caremark*, the Fourth Circuit recently ruled in *Dellastatious v. Williams* that directors can avoid liability in shareholder derivative suits by showing a good faith attempt to create 'an adequate corporate information-gathering and reporting system.' The Sixth Circuit held in *McCall v. Scott*, another derivative suit in the *Caremark* line, that directors can breach their fiduciary duty if they intentionally or recklessly disregard 'red flags' that should alert them to fraudulent practices within the organization. According to the court in *McCall*, even 'unconsidered inaction can be the basis for director liability because... ordinary business decisions... can significantly injure the corporation and make it subject to criminal sanctions.' It has thus become critical for corporate directors to make sure that their organization has implemented effective programs for 'legal and regulatory compliance.'"

delegation and the business judgment rule, directors arguably have a basic duty to monitor both business performance and compliance with law and corporate policy. ראו גם *Report of Advisory Group, supra* note 24, at p. 32 וכך: Brief & McSweeney, *supra* note 24: "Furthermore, corporate directors who knowingly institute ineffective compliance programs can be held personally liable for corporate misconduct"

100 עם זאת, קיימת ביקורת על הלכה זו, אשר מעמידה לנושאי-המשרה סף נמוך מדי של הוכחה. ראו: Warwick, *supra* note 70, at p. 1459: "So what message does the *Caremark* decision send to corporate directors and shareholders? At least initially, this landmark decision seems to require corporate boards to implement, or maintain, adequate reporting systems designed to identify illegal activity within the corporation or risk facing personal liability if the illegal activities result in losses for the corporation and its shareholders. However, as Chancellor Allen noted in the *Caremark* decision, only an 'utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists' is ground for liability stemming from a breach of the duty to monitor. This suggests that any good faith effort on the part of the board will satisfy this standard, and only where sustained violations have gone undetected or unnoticed without action by the board to remedy the monitoring process will liability be placed upon the board"

101 ראו: Murphy, *supra* note 25, at p. 714.

סימנים לאימוצה האפשרי של גישה זו גם בישראל ניתן למצוא כיום בפסיקת בית-המשפט העליון. כך, בפסק-הדין בעניין צפון אמריקה¹⁰² פירט הנשיא אהרן ברק את תפקידו הפיקוחי של הדירקטוריון:¹⁰³

"קיומה של חובת זהירות בין דירקטור לחברה מטיל על הדירקטור את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק לחברה. חובתו של הדירקטור אינה מוחלטת. אין הוא מבטח של החברה. החובה המוטלת עליו היא לנקוט באמצעי זהירות סבירים. אכן, סבירות האמצעים אינה דורשת נקיטה בכל האמצעים האפשריים למניעת הנזק. הסבירות דורשת נקיטה באמצעי זהירות סבירים למניעת הנזק. השאלה אינה מהם האמצעים שמבחינה פיזית מונעים נזק, השאלה הינה, מהם האמצעים שיש לדרוש כי יינקטו לשם מניעת הנזק... אי נקיטה באותם אמצעים מהווה התרשלות של הדירקטור... המבחן לסבירות ההתנהגות הוא אובייקטיבי. נוסחה כללית זו יש לתרגם כמובן לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה... האמצעים שיש לנקוט בהם כדי לצאת ידי חובת זהירות זו משתנים על פי הנסיבות השונות. חלקם של אמצעים אלה עניינם פעולות בגדרי הדירקטוריון עצמו; חלקם בשימוש בסמכויות השונות שהדין מעניק לדירקטור בפעולותיו מחוץ לדירקטוריון, כגון קבלת מידע, הסתייעות באנשי מקצוע, וכיוצא בהן פעולות המסייעות לדירקטור הסביר במילוי תפקידו."

דבריו אלה של הנשיא אהרן ברק מבהירים כי פעולות של הדירקטוריון שמטרתן פיקוח ומניעת פגיעה בחברה – ובענייננו קבלתו והטמעתו האפקטיבית של קוד אתי המנסה להבטיח פעילות תקינה של כל שדרות החברה – יאפשרו לו ככל הנראה להרים טענת הגנה חזקה כנגד תביעה בגין הפרת חובת הזהירות.¹⁰⁴ זאת, במיוחד לנוכח העובדה שמנגנון הפיקוח הפנימי של הדירקטוריון, "שפעילותו התקינה מכוונת למנוע התנהגות בלתי ראויה של נושאי משרה בחברה", הינו "יותר יעיל ויותר צמוד" בהשוואה למנגנוני פיקוח אחרים.¹⁰⁵

גישה דומה ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט קדמי בעניין דן.¹⁰⁶ דן, אז אגודה

102 ע"א 610/94 גדליה בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289 (להלן: עניין צפון אמריקה).

103 שם, פסקה 28 לפסק-דינו של הנשיא אהרן ברק.

104 מאידך גיסא, כדי לשמר את אופיו הוולונטרי של הקוד האתי, הצעת החוק לטיפול אתיקה בתאגידים קובעת כי אי-אימוצה של תוכנית אתיקה פנימית אפקטיבית לא ישמש שיקול נגד נתבעים או נאשמים בכל הליך משפטי.

105 עניין צפון אמריקה, לעיל הערה 102, בפסקה 59 לפסק-דינו של הנשיא אהרן ברק.

106 ע"פ 8511/96 דן אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 871 (להלן: עניין דן).

שיתופית, הועמדה במקרה זה לדין בעקבות התנהגות לא־נאותה של אחד מנהגיה. בית־משפט השלום מצא כי האמצעים שנקט התאגיד די בהם לזכותו בהגנה שמעניק סעיף 39 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים.¹⁰⁷ בית־המשפט המחוזי הפך החלטה זו, והדיון הגיע לפתחו של בית־המשפט העליון. כך ניתח השופט קדמי את הסוגיה:¹⁰⁸

"גם אנכי סבור, כי המערערת לא הוכיחה - במידה המוטלת עליה - כי נקטה ב'כל האמצעים הסבירים' להבטחת קיום הוראותיו של סעיף 4 לצו על ידי נהגיה. בית המשפט המחוזי הצביע בהקשר זה - להמחשה - על אי מיצוי כוחה של הנקיטה ב'אמצעי משמעת' בהקשר זה. דברים אלה מקובלים עלי, וגם אנכי סבור: כי נדרשת בהקשר זה נקיטה מאסיבית יותר באמצעי משמעת, תוך פרסום נאות של תוצאותיהם מצד אחד; וכי ראוי שתילוה לכך פרסומת נאותה של חובות הנהגים כלפי הנוסעים וזכותם להתלונן על הפרתן של חובות אלו מצד שני. כאמור, אין בדברים אלה כדי להציג את 'כל האמצעים הסבירים' שבידי המערערת לנקוט על מנת לפטור עצמה מן האחריות לפי סעיף 39 הנ"ל; ותכליתם אך להמחיש את משמעותה של הדרישה בדבר נקיטה ב'כל האמצעים'."

דבריו של השופט קדמי מלמדים כי קיימת בדין הישראלי התייחסות לנושא של תהליכי הטעמה של כללים והתנהגות ראויה, אף שבמקרה זה נפלה ההגנה על כשל בתהליך ההטמעה. ניתן אם כן להניח כי אילו הייתה דן מאמצת קוד אתי ברור ופועלת להטמעתו, היה הדבר מאפשר לה לחסות תחת ההגנה הטמונה בסעיף האמור.¹⁰⁹ חיוזק נוסף למגמה האמורה ניתן למצוא גם בדבריו של השופט מצא בפסק־הדין בעניין ישי כהן נ' מדינת ישראל.¹¹⁰ במקרה זה הואשם מנהל בחברה בהפרה של סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים,¹¹¹ אף שאותו מנהל היה חדש בחברה ונכנס לתחום שלא היה בתחום התמחותו, ואף שהעברה התרחשה בחודשיו הראשונים בחברה. נוסף על כך, המנהל לא היה מודע כלל לעברה, מכיוון שהחווה הפגום נכרת על־ידי עובד בכיר אחר שלה, שלא

107 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ס"ח 24.

108 עניין דן, לעיל הערה 106, בעמ' 878.

109 ראוי לציין כי אף־על־פי שבמקרה זה נידונה ההגנה העומדת לתאגיד, ולא לנושאי־המשרה, יש בכך כדי לבסס את הפוטנציאל הטמון באימוץ והטמעה אפקטיבית של קוד אתי כהגנה מפני הפרת חובת הזהירות הכרוכה בהעדר פיקוח.

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

111 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים). סעיף 48 לחוק קובע כך: "נעברה עבירה לפי חוק זה, בידי חבר־בני־אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר־בני־אדם, מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל - או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה".

יידע את המערער מראש או בדיעבד בדבר ההסדר שנכרת. השופט מצא קבע כי משהחליט המחוקק לייחד לתחום ההגבלים העסקיים חקיקה מיוחדת, מן הראוי שנושא המשרה יקדיש זמן לתחום זה, וידאג בצורה פעילה לשמירה על החוק. בהתאם, כדי ליהנות מההגנה שהסעיף מעניק, עליו לנקוט את כל האמצעים הסבירים כדי לוודא שמירה על החוק.¹¹²

"אכן, ניהולו של תאגיד הוא עניין רציני. מילוי תפקיד ניהולי בתאגיד כרוך באחריות כבדה, המיועדת לא רק להבטחת ענייניהם של התאגיד עצמו, של בעלי מניותיו ושל נושיו, אלא גם להבטחת ענייניו של הציבור... האחריות הפלילית, שסעיף 48 לחוק מטיל על מנהלים ונושאי משרה אחרים בתאגיד, מהווה ערובה מרכזית וחשובה לשמירת ענייניו של הציבור ולמניעת פגיעה בו. מהוראת סעיף 48 נובע, כי על מנהל תאגיד מוטלת חובה לנקוט – באופן יזום, ואף בהיעדר חשש לביצוע עבירה – אמצעים סבירים לשמירת הוראותיו של החוק." [ההדגשות הוספו]

גם בסוגיה זו, בדומה לעניין דן אשר נידון לעיל, נדרש בית המשפט לפירוש המושג "אמצעים סבירים", וקבע כי המנהל לא נקט את כל האמצעים הסבירים על-מנת לשמור על החוק. גם כאן, ניתן להניח שהטמעתו וקיומו של קוד אתי מפורט – הכולל התייחסות גם לתחום ההגבלים העסקיים, בהתאם לחברה הנתונה ואופי פעילותה – היה עשוי למנוע את התרחשות העבירה ולהוות אמצעי סביר שיש בו כדי לזכות בהגנת הסעיף. סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים הינו אך ביטוי אחד למשפחת ההגנות המגוונות והרבבות העומדות לנושאי-משרה בספר החוקים הישראלי, אם הללו נקטו אמצעים סבירים למניעת הפגיעה בחוק.¹¹³ מבט מהיר על חוקים אלה, בצירוף הגישה העולה מעניין ישי

112 עניין ישי כהן, לעיל הערה 110, בעמ' 632.

113 ראו, למשל: סעיף 19 לחוק הפיקדון על מכלי משקה, התשנ"ט-1999, ס"ח 170; סעיף 71ד(א) לפקודת בריאות העם, 1940, ע"ר 239; סעיף 9ג(א) לחוק הדרכים (שילוט), התשכ"ו-1966, ס"ח 6; סעיף 16ב(א) לחוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993, ס"ח 28; סעיף 11ג(א) לחוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, ס"ח 58; סעיף 15(א) לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984, ס"ח 142; סעיף 53(ה) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234; סעיף 222 לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התש"ל-1970, ע"ר 70; סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 111; סעיף 15(ב) לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 187; סעיף 21 לחוק לפיקוח על יצוא של בעלי חיים ותוצרת מן החי, התשי"ז-1957, ס"ח 44; סעיף 39(א) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, ס"ח 62; סעיף 9(ב) לחוק הגנה על עובדים בשעות חירום (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 374; סעיף 25(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248; סעיף 8(ג) לחוק הודעה מוקדמת על פיטורים והתפטרות, התשס"א-2001, ס"ח 378; סעיף 21(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, ס"ח 201; סעיף 7(א) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984, ס"ח 194; סעיף 13(א) לפקודת זכויות יוצרים, תא"י 364; סעיף 12א(ד3)(1) לחוק הכניסה

כהן, מוביל למסקנה כי המחוקק מזמין למעשה אימוץ והטמעה של קודים אתיים בתחומים אלה, שכן במסמכים אלה ניתן לקבוע הליכים שיטתיים שיוטמעו בחברה לשם הבטחת פעילות רצויה במסגרתה, בהתאם לאופייה וטיב עיסוקיה. קביעה כזו פועלת כתמריץ לנושא המשרה לפקח ולהטמיע את הנורמות שנקבעו על ידי המחוקק בארגון שהוא מופקד עליו, שכן הדבר יעניק לו הגנה ופטור מפני אישום אישי.

לסיכום חלק זה, לניסוח והטמעה של קוד אתי באופן שיטתי, בהתאם לאופייה של החברה ולטיב פעילויותיה, יש אם כן פוטנציאל הגנתי חדשני ורב-עוצמה מבחינת נושאי המשרה, ואם אלה חוששים רבות מהטלתה של אחריות אישית, מוגש להם כלי זה כמנגנון הגנה הממוזער בה בעת גם את חשיפתם המשפטית וגם את הסיכון להפרתן של נורמות ההתנהגות המוטלות על החברה ועל הפועלים מטעמה.¹¹⁴

לישראל, התשי"ב-1954, ס"ח 354; סעיף 111א(א) לפקודת המכרות, תא"י 910; סעיף 89(א) ו-89(ב) לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, ס"ח 55; סעיף 55(א) ו-55(ב) לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ס"ח 208; סעיף 11(א) ו-11(ב) לחוק סימון כלי רכב (מניעת גניבות) (הוראת שעה), התשנ"ח-1998, ס"ח 290; סעיף 60(ד) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, ע"ר 103; סעיף 38(א) ו-38(ב) לחוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953, ס"ח 115; סעיף 5א14 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח חדש], התשל"א-1971, ס"ח 130; סעיף 125(א) לחוק תאגידי מים וביו, התשס"א-2001, ס"ח 454. רשימת חוקים זו הינה רשימה חלקית של החוקים שבהם מופיעה הוראה מן הסוג האמור. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך שאף על פי שהרעיון הכללי הנובע מן החוקים והה, קיימים הבדלים בין הניסוחים השונים שבחר המחוקק בכל אחד מהחוקים. חלק מהחוקים מטילים חובה פעילה על נושא המשרה לפקח על הפעילות הרלוונטית בתאגיד, ואילו חוקים אחרים מאפשרים פטור מאחריות במקרה שבו נושא המשרה עשה כל מה שניתן כדי למנוע את דבר העברה. הבדל נוסף שעולה מקריאת החוקים השונים טמון בהגדרת המונח "נושא משרה", הגדרה שמשתנה מחוק לחוק. הבדלים אלה אינם מהותיים לצורך הדיון במאמר זה ולכן לא נרחיב את הדיון בהם.

114 לנוכח זה ניתן לגרוס כי גם חששם של נושאי המשרה מהאחריות שהוטלה עליהם מכוח סעיף 54(ב) לחוק החברות (אשר אפשר "הרמת מסך סלקטיבית" נגדם ואשר בוטל לאחרונה בתיקון מס' 3 לחוק החברות), היה יכול להתפוגג באמצעות אימוץ והטמעה אפקטיבית של קודים אתיים. ראו עלי בוקשפן "הרמת המסך מעל הרמת המסך - ההצגה צריכה להימשך והשחקנים צריכים להיראות" תאגידיים ב/3 (2005) 92.

פרק ד: הטיעונים המוסריים בעד קודים אתיים בחברות עסקיות

במסגרת פעילותו בחברה עסקית אדם יכול לרצות בקוד אתי כדי להתרחק באמצעותו מן הסכנה של העונש הצפוי לו אם יעבור על החוק, ייתפס בקלקלתו, יועמד לדין ויימצא אשם. כיוצא בזה, אדם יכול לרצות בקוד אתי לא רק כדי להתרחק מן העונש, אלא גם כדי להתקרב אל הפרס, אל כל מה שמובטח לו אם לחברה העסקית שבמסגרתה הוא פעיל יהיה קוד אתי שהוא ואחרים נוהגים על-פיו.

במסגרת חברה עסקית אדם יכול לרצות בקוד אתי מפני שהוא מעוניין בהצגה ברורה של האתיקה של הארגון, בין היתר מפני שהצגה כזו עוזרת בסימון זהותו של הארגון ובמאמץ למלא את ייעודו בדרכים נאותות. באותה מסגרת, אדם יכול לרצות בקוד אתי מפני שבתהליך גיבושו של קוד זה הוא מקווה להתניע תוכנית הטמעה של הקוד האתי, שתעלה את רמת האתיקה של הפעילות בארגון שלו.

לבסוף, ייתכן שבמסגרת חברה עסקית אדם ירצה להנהיג קוד אתי, להטמיעו ולפעול על-פיו מטעמים מוסריים, שאינם הטעמים המשפטיים כמות שהם ואינם הטעמים האתיים כמות שהם, אלא יש להם ייחוד משלהם. כדי להבין את האפשרות הזאת, צריך להקדים ולהבין את הרעיון המרכזי בהבחנה שבין טעמים מוסריים, טעמים אתיים וטעמים משפטיים. בקיצור נמרץ, הטעמים המוסריים נוגעים ביחסים שבין אדם לחברו באשר הם אדם וחברו, שגם הוא אדם. די לי בידיעה כי מה שעומד לפניי הוא אדם לדעת כי אסור לי בשום פנים ואופן לתכנן את הריגתו – ועל אחת כמה וכמה להוציא לפועל את התוכנית – מפני שהוא אינו נושא חן בעיניי, מתחרה בי, מפריע לביצוע פשוט של תוכניותיי וכדומה. באשר הוא אדם, אסור לי להביא לידי מותו, אלא בנסיבות של כורח ההגנה העצמית. לעומת זאת, הטעמים האתיים נוגעים ביחסים שבין אדם לחברו באשר האדם מחזיק במקצוע מסוים, פועל במסגרת ארגון מסוים, ממלא תפקיד מסוים או כיוצא באלה. היחסים האתיים אינם מתקיימים בין בני-אדם באשר הם בני-אדם ותו לא, אלא בין בני-אדם באשר לפחות אחד מהם הינו בעל-מקצוע, נושא-תפקיד או כיוצא באלה.

אפשר לומר על היחסים המוסריים שהם "דקים", ועל היחסים האתיים שהם "עבים". הרעיון המתבטא במינות זה הוא שבמסגרת תיאור היחסים המוסריים שבין בני-אדם, התיאור של כל אחד מהם הינו "דק": אדם, במצב מסוים. לעומת זאת, במסגרת תיאור היחסים האתיים שבין בני-אדם, התיאור של אחד מהם לפחות, ועל-פי-רוב של שניהם, הינו "עבה": אדם, המחזיק במקצוע מסוים או פועל בארגון מסוים או ממלא תפקיד מסוים או כדומה. בלשון אחר, תמונת היחסים המוסריים עומדת על הרעיון הכללי של כבוד האדם באשר הוא אדם. לעומת זאת, תמונת היחסים האתיים עומדת גם על הרעיון של כבוד האדם, שהרי לפנינו בני-אדם, אבל גם על הרעיונות הגלומים באתיקה של המקצוע שלו או של הארגון שלו או של התפקיד שלו. היחסים האתיים בין מפקד לבין חייליו כוללים לא רק את העובדה שכולם בני-אדם וכולם אזרחי המדינה, אלא גם את התפיסה של המקצוע

(מפקד) ושל הארגון (הצבא של מדינה דמוקרטית). באותו אופן, היחסים האתיים בין עובד בחברה עסקית לבין לקוח שלה כוללים לא רק את כל מה שמתחייב מן הרעיון הכללי של כבוד האדם, באשר שניהם בני-אדם, אלא גם את כל מה שמתחייב מן האתיקה של הארגון, של התפקיד שאותו אדם ממלא בארגון ולעיתים קרובות אף של המקצוע שלו – ראיית-חשבון או עריכת-דין, לדוגמה.

מסקנה שראוי להדגיש היא כי היחסים האתיים כוללים בתוכם את היחסים המוסריים, אולם הם רחבים מהם בהרבה. כאשר אדם מציג טעם אתי, ייתכן שמדובר בטעם מוסרי מובהק של שמירה על כבוד האדם, אבל ייתכן שמדובר בטעם אתי שאינו בגדר טעם מוסרי צרוף – לדוגמה, טעם של שמירה על כבוד המקצוע או כבוד הארגון.

לשם שלמות התמונה נוסף כי המונחים "מוסר" ו"אתיקה" משמשים בערבוביה גמורה בתולדות הפילוסופיה והמחשבה המדינית והחברתית, עד כדי כך שאדם מן היישוב עשוי לחשוב בתום-לב כי יש להם אותה משמעות בדיוק. זוהי טעות רווחת שמן הראוי לשרש אותה מן הדיון המושכל. לפנינו מערכות שיקולים שונות שאין לבלבל ביניהן. גם במסגרת הספרות המקצועית העוסקת באתיקה מקצועית בכללותה, או באתיקה של מקצוע או ארגון או תפקיד מסוימים, הולכת ומשתרשת ההבחנה בין המשמעות של "אתיקה" לבין המשמעות של "מוסר".

הטעמים המשפטיים הינם טעמים מסוג שלישי. המערכת המשפטית מחייבת התנהגות בהתאם להסדרים מפורטים, שאף אם הם בגדר האפשרות המוסרית, אין הם בגדר החובה המוסרית. אין חובה מוסרית לקיים הליך מסוים, לדוגמה, מפני שאת מטרות החוק המחייב את קיום ההליך הזה היה אפשר להשיג גם אחרת. עם זאת, יש חובה משפטית לקיים את ההליך הזה מפני שהוא נדרש בהסדר המעוגן בחוק.

המערכת המשפטית שונה גם מן המערכת האתית, כפי שראינו בפרק א של מאמר זה.¹¹⁵

לאחר שהבהרנו, על רגל אחת, את טיבם של הטעמים המוסריים, נחזור אל האפשרות שאדם ירצה בקוד אתי, במסגרת חברה עסקית, מטעמים מוסריים. כאן נזכיר שני טעמים מוסריים בזכות הנהגתו של קוד אתי בחברה עסקית.

ראשית, כפי שראינו בפרק א של מאמר זה, קוד אתי של חברה עסקית מסוימת הבנוי כהלכה עומד על שלוש תפיסות: תפיסה כללית בדבר טיבה של חברה עסקית, תפיסה בדבר הזהות הייחודית של החברה שלפנינו, וכן תפיסה של דרישות המעטפת החברתית – בפרט הדמוקרטית – מן הפעילות הנערכת במסגרת החברה העסקית הזאת. מכיוון שהמשטר הדמוקרטי הינו בעל ערך מוסרי, בהיותו מימוש של עקרונות צדק ("שלטון ההגינות"),¹¹⁶ קוד אתי של חברה עסקית העשוי כהלכה כולל גם תפיסה בדבר דרישות מוסריות שהחברה העסקית אמורה לעמוד בהן בפעילות הנעשית במסגרתה.

115 ראו גם כשר "אתיקה, משפט ושיפוט", לעיל הערה 18.

116 ראו אסא כשר רוח איש (2000) שער ראשון.

שנית, התנהגות בהתאם ל"רף" של ההתנהגות הראויה בארגון, כפי שהוא מסומן בקוד האתי של הארגון, מרחיקה את הפועלים במסגרת הארגון מן "הסף" של ההתנהגות הפלילית. להעלאה של רמת השמירה על החוק במדינה דמוקרטית יש ערך מוסרי מפני שמערכת החוקים של מדינה דמוקרטית אמורה להיות מימוש משפטי של עקרונות צדק, שהינם עקרונות מוסריים – אם לא בלשון המפורשת של החוק, אזי לפחות באופן מובלע, כלומר, על-פי הדין, על יסוד הפרשנות שבתי-המשפט מעניקים לחוק.¹¹⁷ לפיכך העלאה של רמת הציות לחוק, כפי שהוא מתפרש על-ידי בתי-המשפט, כמימוש של העקרונות המוסריים שביסוד המשטר הדמוקרטי, חזקה עליה שהיא מעלה את הרמה של ההתנהגות בהתאם למוסר.

פרק ה: סיכום

מאמר זה מתמקד בטעמים התומכים באימוצן האוטונומי של "תוכניות אתיקה" ובהטמעות האפקטיביות על-ידי חברות עסקיות. ההקשר העסקי, לא פחות מכל הקשר אנושי אחר, טעון בדילמות ומתחים יומיומיים הנזקקים לקול מכוון לכיד. ככל שהדברים אמורים בחברה העסקית, כשחקן חברתי שעוצמתו הולכת ומתגברת בעידן הנוכחי, מתחדד מקומה של תוכנית האתיקה במזעור בעיית הנציג וביצירתה של תרבות עסקית וחברתית המאזנת בין מטרת החברה העסקית להשיא את רווחיה לבין אחריותה להתחשב בציפיותיהם הלגיטימיות של אלה הקשורים לפעילותה.

ההתייחסות המשפטית לתוכנית האתיקה, הטומנת בחובה קוד אתי, ראוי שתיעשה בזהירות ותוך עירנות למרכיביה של אותה תוכנית. באשר לניסוחו של הקוד האתי עצמו, תוכנו – כמסמך זהות מכוון ואוטונומי – נכון שייקבע על-ידי כל חברה בהתאם לאופייה, לגודלה ולתחומי פעילותה. בהתאם, מקומו של הדין בקביעה אפריורית של אותם עקרונות והסדרים אשר ייקבעו בקוד האתי צריך להיות מזערי ככל האפשר, אף שניתן לשרטט

117 על הקשר בין חוקיה של מדינה דמוקרטית לבין הצדק ראו, בין היתר: John Rawls *Justice as Fairness – A Restatement* (Cambridge, Mass., Erin Kelly ed., 2001); Ronald Dworkin *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality* (Cambridge, Mass., 2000); וכן כשר, שם. מובן שבין חוקיה של כל מדינה דמוקרטית ייתכן שנמצא חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם עקרונות הצדק, שהרי חוקיה של מדינה אינם נכתבים על-ידי פילוסופים, אלא במסגרת תהליך פוליטי והתפתחות היסטורית. אף-על-פי-כן, במדינה דמוקרטית חזקה על חוק שהוא הולם את עקרונות הצדק שביסוד המשטר (ואם הוא אינו כזה, מן הראוי להיאבק לתיקונו או להשמטתו מספר החוקים, אם בחקיקה ואם בפסיקה).

נקודות "גנריות" אשר ימצאו את מקומן בקוד האתי הטיפוסי, כגון (בסדר האלפביתי): אחריות, אמינות, יושר, כבוד האדם, מקצועיות, רגישות לאפשרות של מראית־עין לא־טובה.¹¹⁸

לעומת זאת, בכל הנוגע לתהליך הטמעתו האפקטיבית של הקוד האתי, אין לחשוש מהתייחסות חקיקתית מפורטת יותר, שכן זו אינה באה לפגוע באוטונומיה של החברה הנתונה בקביעת ערכיה היסודיים, אלא לאפשר הטמעה אפקטיבית, המיועדת להשיג שינוי של ממש בתרבות העסקית ולמנוע מצב שבו הקוד אתי ייותר כמס־שפתיים וכגימיק בלבד. צעדים אלה משותפים לכלל החברות, ויאפשרו בחינה חיצונית ואובייקטיבית של יעילות ההטמעה. בעניין זה אנו מציעים לפנות לאמות־המידה שהובאו בהצעת החוק לטיפול אתיקה בארגונים,¹¹⁹ ולהוסיף עליהן עדכונים בהשראת התיקונים שהוכנסו להנחיות השפיטה הפדרליות, בנובמבר 2004, כחלק מלקחי הסקנדלים התאגידיים בארצות־הברית. כך, הצעתנו היא כי תוכנית אתיקה תיחשב אפקטיבית אם יאומצו לפחות הצעדים הבאים:¹²⁰

(א) הארגון יגבש קוד אתי שיחייב אותו ואת נושאי־התפקיד שבו, ואשר יש בהפעלתו כדי להעלות את רמת האתיקה בפעילותו ובכך להפחית את הסכנות של התנהגות לא־חוקית במסגרתו.

(ב) (1) דרג הניהול הבכיר בארגון (קרי, הדירקטוריון, ואם אין לארגון דירקטוריון, אזי גוף הניהול הבכיר של הארגון) ידע ויעודכן כל העת בדבר תכניה והפעלתה של תוכנית האתיקה הפנימית, ויפעיל פיקוח סביר בכל הנוגע להטמעתה האפקטיבית.

(2) נושאי־המשרה הבכירים בארגון יבטיחו את קיומה של תוכנית אתיקה פנימית. בין היתר ימנה הארגון מקרבו נושאי־תפקיד מדרג בכיר או קבוצה של נושאי־תפקיד בכירים (נאמני אתיקה), ויטיל עליהם את האחריות המעשית הכוללת והיומיומית ליישום של הקוד האתי, להטמעתו, לאכיפתו, לדיווח תקופתי – פעם בשנה לפחות – לדרג הניהול הבכיר בארגון על מידת האפקטיביות של תוכנית האתיקה, ולהערכתה ועדכונה התקופתיים. לצורך כך יינתנו לנושאי־התפקיד או לנושאי־התפקיד כאמור משאבים וסמכויות הולמים וגישה ישירה לדרג הניהול הבכיר בארגון.

(ג) הארגון ימנה למשרות בכירות שיש עימן סמכות מהותית, ויאציל שיקול־דעת בעניינים משמעותיים, רק לאלה שהארגון יודע – או יכול לדעת – כי הם פועלים ללא דופי ובעקביות על־פי תוכנית האתיקה הפנימית, וכי יש ביכולתם להקרין יושרה ונאמנות לתרבות הארגון ובמיוחד לקוד האתי.

118 לעיון במגוון של קודים אתיים ניתן לפנות לאתרים הבאים: http://www.iit.edu/departments/csep/codes/codes_index.html (28.5.2005); <http://www.codesofconduct.org/> (28.5.2005); <http://www.ethics.org/about.html> (28.5.2005).

- (ד) הארגון ידאג להטמעה אפקטיבית, מתמדת ומשמעותית של הקוד האתי בקרב כל הפועלים מטעמו, ובמיוחד בקרב כלל גורמי ההנהלה והעובדים, בין היתר על-ידי נקיטת הפעולות הבאות:
- (1) נקיטת צעדים סבירים לצורך הצגה והסברה תקופתית ועקבית של הקוד האתי ושל היבטיה השונים של תוכנית האתיקה לכלל אלה הפועלים מטעם הארגון;
 - (2) הקמת מערכות של ניטור ובקרה שיש בהן כדי לאתר ולמנוע התנהגות לא-אתית ובמיוחד לא-חוקית של אלה הפועלים מטעם הארגון, ושימוש במערכות אלה;
 - (3) הקמת מערכת נגישה, אשר יכולה לכלול גם מנגנון המבטיח סודיות, שבה יוכלו הפועלים מטעם הארגון – ובמידת האפשר גם הציבור – להיוועץ או לדווח על התנהגות לא-אתית ובמיוחד לא-חוקית בארגון מבלי לחשוש מהתנכלויות, ועידוד השימוש במערכת זו;
 - (4) מתן תמריצים להתנהגות ללא דופי בהתאם לתוכנית האתיקה;
 - (5) הקמת מנגנון שיהיה חייב, לאחר גילוי פעילות לא-אתית ובמיוחד לא-חוקית בארגון, לפעול מטעם הארגון ולנקוט אמצעים סבירים וידועים מראש לתיקון המעוות, בתגובה ראויה על אותה פעילות ולשם מניעת פעילויות דומות בעתיד, לרבות אמצעי משמעת, פרסום נסיבות המקרה ועריכת שינויים – ככל שאלה נדרשים – בתוכנית האתיקה הפנימית.
- (ה) הארגון יעריך באופן תקופתי, לא פחות מפעם בשנה, את האפקטיביות של תוכנית האתיקה ואת הסיכונים להפרת החוק מצד הארגון והפועלים מטעמו, וינקוט את הצעדים הדרושים על-מנת לעצב, להטמיע או לשנות כל דרישה המצוינת בסעיף זה לצורך הקטנת הסיכון להפרת החוק אשר זוהה באמצעות תהליך זה. לדעתנו, גישה זו תביא עימה בשורה בכל הנוגע לשינוי התרבות העסקית הנוהגת, ותאפשר את הפחתת החשיפה המשפטית של חברות ושל הפועלים מטעמן. אף שגישה מעין זו מקובלת בהנחיות השפיטה האמריקאיות ובפסיקה שבאה בעקבותיה, ומובאת גם בהצעת החוק לטיפול אתיקה בארגונים, ניתן לבססה גם באמצעות הכלים המשפטיים הקיימים כיום בדיון הישראלי, ואין צורך להמתין לרפורמה חקיקתית בעניין. ככלות הכול, שעתו היפה של המשפט היא כאשר הוא נרתם לביסוסם של עקרונות כלכליים ואתיים ומשתלב בהם. חבל להתמיץ שעה זו.