

על חובת הסודיות של ועדה בלתי-תלויה (בעקבות ת"פ

(51538-12-20)

מאת

אהוד אפרים* ואלון לוקסנבורג**

ביום 20.07.2022 הורתה השופטת מיכל אגמון-גונן על ביטול האישומים שהוגשו נגד שאול אלוביץ', בנו אור, דירקטור שמונה מטעמו ומזכירת חברת בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: **"אלוביץ'"** ו-**"בזק"** בהתאמה) בגין "הדלפת" מידע הנוגע לפעילותן של הוועדות הבלתי-תלויות שהקים דירקטוריון בזק לשם ניהול הליך המו"מ ביחס לעסקאות עם חברות שהיו בבעלותו של אלוביץ' באותה עת.¹

החלטת השופטת אגמון-גונן עוררה סערה תקשורתית נרחבת,² וביום 06.09.2022 הגישה פרקליטות המדינה ערעור בעניינה לבית המשפט העליון.³ במסגרת רשימה זו, נבקש להתמקד בקביעה העיקרית עליה מושתתת הכרעת השופטת אגמון-גונן – היעדרה של חובת סודיות על עבודת ועדה בלתי-תלויה. בתוך כך נטען, כי עם קבלת ההחלטה על הקמת הוועדה (אף אם מדובר במנגנון וולונטרי), חלה על עבודתה חובת סודיות – בין אם מעצם תכליתה ואופייה, ובין אם מכוח סעיף 117(ב1) לחוק החברות,⁴ אשר נחקק עובר להקמת הוועדות מושא ההחלטה בעניין **"אלוביץ'"** ומשמש כמקור חוקי מחייב; וכן, כי ההבחנה שנעשתה במסגרת ההחלטה בין **"מידור"** בעלי העניין מדיוני הוועדה לבין **"סודיות"** עבודתה על בסיס סעיף 278 לחוק החברות, היא הבחנה מלאכותית הסותרת את תכלית הסעיף.

* עו"ד, בוגר תואר ראשון במשפטים (LL.B) במשפטים מאוניברסיטת תל-אביב, בוגר תואר ראשון בכלכלה והיסטוריה של המזרח"ת מאוניברסיטת חיפה.
** בוגר תואר ראשון במשפטים (LL.B) ובחשבונאות מאוניברסיטת תל-אביב.
אנו מודים לשרון חנס, לקובי קסטיאל ולחברי מערכת פורום עיוני משפט על הערותיהם המועילות.

אזכור מוצע: אהוד אפרים ואלון לוקסנבורג "על חובת הסודיות של ועדה בלתי-תלויה" **פורום עיוני משפט (תגובות משפט)** מז' (28.9.2022) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/efraimluxenburg>

¹ ת"פ 51538-12-20 **מדינת ישראל נ' אלוביץ'** (נבו 20.07.2022) (להלן: "עניין אלוביץ'"); ס' 149 (4) ו-150 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982.

² ראו, למשל, אבישי גרינצייג "דרמה בתיק ניירות הערך של בזק: השופטת ביטלה אישומים מרכזיים נגד שאול אלוביץ' ובכירים לשעבר בחברה" **גלובס** 20.07.2022 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001418604>; תומר גנון "ההחלטה בתיק בזק: קבורת חמור למוסד שהוקם כדי לדאוג למשקיעים" **כלכליסט** 20.07.2022 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/hy7itbrh5; משה גורלי "ביטול האישומים בתיק בזק: מכה בתל אביב, לא בירושלים" **כלכליסט** 20.07.2022 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/hy12zqsh5.

³ ע"פ 5955/22 **מדינת ישראל נ' אלוביץ'**.

⁴ ס' 117(ב1) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

רקע

במהלך העשור הקודם התקשרה בזק, חברת התקשורת המובילה והגדולה בישראל, בשתי עסקאות מהותיות בסך כולל של כ-2 מיליארד ש"ח – **הראשונה**, עסקה לרכישת מניות המיעוט (עסקת Going-Private) של חברת די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (להלן: "YES" ו-"עסקת בזק-יס" בהתאמה); **והשנייה**, עסקה לרכישת רצועות שידור לווייני מחברת חלל תקשורת בע"מ, במטרה להבטיח את שידורי YES לאחר התפוצצות הלוויין עמוס 6 (להלן: "חלל" ו-"עסקת יס-חלל" בהתאמה).

מאחר שכלל החברות הרלבנטיות (בזק, YES ו-חלל) נשלטו באותה עת על-ידי אלוביץ', הן עסקת בזק-יס, הן עסקת יס-חלל סווגו כעסקאות בעלי עניין עבור בזק – הטענות אישור של מוסדות החברה בהתאם למנגנון פרוצדוראלי המכונה "אישור משולש", היינו ועדת הביקורת, דירקטוריון החברה והאסיפה הכללית (לרבות תמיכתם של מרבית בעלי המניות נטולי העניין האישי).⁵ לשם בחינת העסקאות, החליט דירקטוריון בזק על הקמת ועדות בלתי-תלויות, שבין חבריהן יימנו הדירקטורים החיצוניים המכהנים בלבד – וביניהן תופקד הסמכות לנהל מו"מ בשם החברה.⁶ בתוך כך יודגש, כי בהחלטת דירקטוריון בזק בדבר הקמת ועדה בלתי-תלויה בקשר עם עסקת בזק-יס, נקבע כי כלל בעלי העניין האישי **ימודרו** מעבודת הוועדה.

מאמצי הוועדות הבלתי-תלויות שהקימה בזק הניבו פרי – ולאחר גיבושם של תנאים מוסכמים, זכו שתי העסקאות לאישורים הנדרשים בדיון. עם זאת, לימים התגלה כי מזכירת הוועדות כאמור (שכיהנה, כדרך כלל, כמזכירת בזק והאחראית על האכיפה הפנימית) העבירה בזמן אמת מידע עסקי וחומרים חסויים הנוגעים לעבודת הוועדות הבלתי-תלויות לידי אלוביץ', בנו אור ודירקטור שמונה מטעמו (להלן יחד: "**קבוצת אלוביץ'**"). בגין מעשים אלו, הוגש בסוף שנת 2020 כתב אישום נגד מזכירת החברה וקבוצת אלוביץ' המייחס להם עבירות של קבלת דבר במרמה (מידע חסוי), מרמה והפרת אמונים בתאגיד והכללת פרט מטעה בדיווח.⁷

עיקרי ההחלטה בעניין אלוביץ'

בהחלטה מיום 20.07.2022, הורתה השופטת מיכל אגמון-גונן על ביטול האישומים שהוגשו נגד מזכירת החברה וקבוצת אלוביץ' בגין "הדלפת" המידע מן הוועדות הבלתי-תלויות. כך נקבע, כי לא עלה בידי המאשימה להצביע על מקור להטלת **חובת סודיות** על דיוני הוועדה ועל החומרים המועברים לעיונה – בין אם מכוח החוק והפסיקה באותה עת, ובין אם מכוח החלטה וולונטרית של דירקטוריון בזק;⁸ ובהינתן שהאישומים שיוחסו למזכירת החברה ולקבוצת אלוביץ' מתבססים על

⁵ סי' 270 (4) ו-275 לחוק החברות.

⁶ דיווח מידי של בזק מיום 13.03.2015, <https://maya.tase.co.il/reports/details/953936/2/0>.

⁷ סי' 415 ו-425 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; סי' 36 ו-53(א)(4) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

⁸ עניין **אלוביץ'**, לעיל ה"ש 1, פס' 74.

קיומה של חובת סודיות כאמור, הרי שטענות המאשימה בנדון הן בגדר "הנחת המבוקש" – כאשר בפועל לא הוצגו למשקיעים מצגים מרמתיים.⁹

עוד הודגש, כי יש להבחין בין **סודיות** דיוני הוועדה (החלה גם לאחר סיומם) לבין **מידור** בעל השליטה מדיוני הוועדה (איסור על השתתפות והצבעה בדיונים עצמם בלבד) בשל היותו בעל עניין אישי, כנדרש מכוח סעיף 278 לחוק החברות.¹⁰ בכך, הבהירה השופטת אגמון-גונן כי אין בהטלת חובה למדר את בעל השליטה מדיוני הוועדה הבלתי-תלויה כדי לגזור הטלת חובה מקבילה בדבר סודיות תוכן הדיונים, לרבות ביחס למסמכים שהוצגו במסגרתם.¹¹

על יסוד האמור נקבע, כי הגם שהמעשים המתוארים בכתב האישום טומנים בחובם פגם מוסרי, אלו אינם נמנים בגדר אותם מקרים חריגים המצדיקים אכיפה פלילית – ולכן ראוי שיתבררו במישור האזרחי בלבד.¹²

המסגרת הנורמטיבית לפני האירועים מושא ההחלטה בעניין אלוביץ'

עובר להקמתן של הוועדות מושא ההחלטה בעניין אלוביץ' בימים 27.10.2013 ו-24.11.2016,¹³ נדון מוסד הוועדה הבלתי-תלויה בהרחבה רק במסגרת ההחלטה בעניין **מכתשים-אגן**.¹⁴ באותו המקרה, נדונה בקשה לאישור תביעה נגזרת שהוגשה ביחס לעסקת מיזוג שנכרתה בין חברת מכתשים-אגן לבין רוכשת זרה נטולת זיקה לבעלת השליטה, חברת כור תעשיות בע"מ (להלן: "**כור**"). בקשת האישור התמקדה אפוא באופציה לרכישת 40% ממניות החברה בחזרה שהוענקה לכור מטעם הרוכשת – אשר אפשרה לה למעשה ליהנות מעליית ערך עתידית, ככל שזו תתרחש, ועל-כן היוותה תמורה עודפת ביחס לזו שניתנה ליתר בעלי המניות במכתשים-אגן. בעקבות כך נטען, כי קבלת תמורה בלתי-שוויונית מצד כור עולה כדי הפרת חובותיה כבעלת שליטה כלפי מכתשים-אגן, כמו גם קיפוח של בעלי מניות המיעוט.¹⁵

חרף העובדה כי העסקה סווגה כעסקת בעלי עניין עבור כור וזכתה לכל האישורים הנדרשים בדיון,¹⁶ השופטת קרת-מאיר קבעה כי אין בכך כדי להקנות לה "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית;¹⁷ ולצד זאת, עמדה על התועלת הטמונה בדבר כינונו של הליך המדמה מו"מ בתנאי שוק, מקום בו ניצב בעל השליטה משני הצדדים של עסקה גורלית לחברה (כגון עסקת מיזוג בין חברת אם לחברת בת).¹⁸

⁹ שם, פס' 4, 38, 74 ו-99.

¹⁰ שם.

¹¹ שם, פס' 65 ו-74.

¹² שם, פס' 152.

¹³ פעילות הוועדות הסתיימו בימים 26.01.2015 ו-09.02.2017 בהתאמה.

¹⁴ ת"צ 26809-01-11 **כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ** (נבו 15.05.2011) (להלן: "עניין מכתשים-אגן").

¹⁵ שם, פס' 1.

¹⁶ סעיפים 270(4) ו-275 לחוק החברות.

¹⁷ עניין **מכתשים-אגן**, לעיל ה"ש 14, פס' 4. ב. גישה זו אומצה בהמשך על-ידי בית המשפט בעליון. ראו ע"א 7735/14 **אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ'**, פס' 86 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 28.12.2016) (להלן: "עניין ורדניקוב").

¹⁸ עניין **מכתשים-אגן**, לעיל ה"ש 14, פס' 4. ג. "בעניין זה מקובלת עלי אבחנתם של **חמדני וחנס** במאמרם הגינות מלאה? בין עיסקאות בהן מצוי בעל השליטה בניגוד עניינים שמשמעותן אינן גורלית לבעלי המניות, שאז יחול בעקרון כלל שיקול הדעת העסקי – לבין עיסקאות שבהן מצוי בעל השליטה בניגוד עניינים מסוג **going private** בהן המיעוט נדרש לוותר על אחזקותיו בחברה". בכך אימצה למעשה השופטת קרת-מאיר את הצעת המלומדים פרופ' אסף חמדני

בתוך כך, בהחלטה בעניין **מכתשים-אגן** התוותה השופטת קרת-מאיר מספר עקרונות ליבה הנוגעים לאופן פעילותה של ועדה בלתי-תלויה, אשר משפיעים על אופן פעילותן של וועדות אלה עד היום, ובהם – מתן סמכות מוחלטת לוועדה לקבל החלטות ביחס לעסקה שעל הפרק (לרבות דחייתה); ניהול מו"מ ממשי ולא למראית עין; **הדרת** נציגי בעל השליטה מפעילות הוועדה; והעסקתם של מומחים ויועצים בלתי-תלויים (כלכליים ומשפטיים) ללווי הוועדה.¹⁹

חשוב לומר, כי ועדה בלתי-תלויה היא אמנם מנגנון וולונטרי שהשימוש בו נתון לשיקול דעת הדירקטוריון, אולם מאז פרסומה של החלטת השופטת קרת-מאיר בעניין **מכתשים-אגן** בשנת 2011, נעשה שימוש נרחב במוסד זה בשוק ההון הישראלי ביחס לעסקאות בהן לבעל השליטה עניין אישי.²⁰ כפי שצוין בפסיקה ובספרות האקדמית, תכליתה של הוועדה הבלתי-תלויה היא להגן על בעלי מניות המיעוט מביצועה של עסקה המבכרת את האינטרסים של בעל השליטה על פני האינטרסים הסותרים שלהם. זאת, באמצעות גיבושה של עסקה המיטיבה עם בעלי מניות המיעוט תוך שימוש במנגנון המבקש לגשר על פערי המידע שבינם לבין בעל השליטה.²¹ לשם השגתה של תכלית זו, מנהלת הוועדה הליך המדמה מו"מ על עסקה בתנאי שוק בין צדדים בלתי-תלויים, תוך הפקעת "המושכות" מכלל חברי הדירקטוריון (ביניהם גורמים שמונו מטעם בעל השליטה) ומהנהלת החברה.²²

לצד קביעות שיפוטיות אלו, בשלהי שנת 2013 נחקק סעיף 117(ב) לחוק החברות – המטיל על ועדת הביקורת חובה לקיים "**הליך תחרותי**" או "**הליך אחר**", טרם הבאתה של עסקה עם בעל השליטה לפי סעיף 270(4) לחוק החברות לאישור מוסדות החברה.²³ בדומה למוסד הוועדה הבלתי-תלויה, נועד סעיף 117(ב) לחוק החברות להביא לניהולו של הליך המדמה, ככל הניתן, מו"מ בתנאי שוק; ואולם, הגישה המקובלת היא כי אין בסעיף כאמור משום חובה סטטוטורית להקמת ועדה בלתי-תלויה, אלא מדובר אך במנגנון אפשרי העומד לרשות ועדת הביקורת.²⁴

האמנם אין חובת סודיות על עבודתה של ועדה בלתי-תלויה?

אנו סבורים כי קביעת השופטת אגמון-גון לפיה לא מוטלת חובת סודיות על דיוני ועדה בלתי-תלויה מתעלמת מחיוביותו של רכיב זה לעבודת הוועדה, סותרת את הוראות הדין ואף חותרת תחת תכליותיו; וכפועל יוצא, לא ניתן היה לבטל את האישומים על בסיס נימוק זה. תחת זאת, ראוי היה למקד לטעמנו את הדיון בשאלה אחרת החורגת מרשימה זו – והיא הפער שבין המישור האזרחי למישור הפלילי, בשים לב ל"חלופת הביניים" הניצבת בידי הרשות בדמות פתיחה בהליך אכיפה

ופרופ' שרון חנס במאמר שנכתב כשנתיים קודם לכן. ראו אסף חמדני ושרון חנס "הגינות מלאה? בעלי שליטה, חובות דירקטוריון וביקורת שיפוטית" **משפט ועסקים** ט' 75, 96-99 (2008).

¹⁹ עניין **מכתשים-אגן**, לעיל ה"ש 14, פס' 3.4.

²⁰ שם; אסף חמדני ושרון חנס "הגינות מלאה! עיון נוסף בביקורת השיפוטית על עסקאות בניגוד עניינים" **משפטים** מז' 761, 769-770 (2018).

²¹ ת"צ 40404-03-16 **שרון עצמון נ' אסם השקעות בע"מ**, פס' 52 (נבו 4.8.2020) (להלן: "עניין אסם במחוזי").

²² חנס וחמדני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 775; ע"א 8762/20 **שרון עצמון נ' אסם השקעות בע"מ**, פס' 15 (נבו 9.12.2021).

²³ מדובר במופע הראשון של הטלת חובה חוקית ביחס לתהליך גיבוש העסקה, להבדיל ממנגנון אישורה. חוק החברות (תיקון מס' 22), התשע"ד-2013; עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 17, פס' 84 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁴ חמדני וחנס, לעיל ה"ש 20, בעמ' 775; עניין **אלוביץ'**, לעיל ה"ש 1, בפס' 57; מיכל אגמון-גון "הטוב (בעלי מניות המיעוט)!! הרע (בעלי מניות השליטה)!! ובית המשפט – התערבות בתי המשפט בעסקאות בעלי עניין שעברו את הליכי האישור בחברה" **ספר גרוס** 47, 55 (2015).

מנהלית. עמדתנו מושתתת על שני טעמים עיקריים – **האחד**, תכלית מוסד הוועדה הבלתי-תלויה וסעיף 117(ב) לחוק החברות; **והשני**, מלאכותיות ההבחנה בין **מידור** בעלי עניין מדיוני הוועדה לבין **סודיות** עבודתה..

תכלית מוסד הוועדה הבלתי-תלויה וסעיף 117(ב) לחוק החברות. בין אם מדובר במנגנון וולונטרי ובין אם לאו,²⁵ משהוקמה ועדה בלתי-תלויה שומה עליה לפעול בהתאם לעקרונות הבסיס בדיני החברות וכללי ממשל תאגידי תקין, והכל לשם הגשמת התכלית המשותפת לה ולסעיף 117(ב) לחוק החברות, היינו **לניהולו של הליך מו"מ דמוי שוק בין צדדים בלתי-תלויים**.²⁶

על-כן, חובת הסודיות המוטלת על דיוני הוועדה היא חלק בלתי-נפרד מטבעה – ואילו שלילת חובה זו משמעה שמיטת ההצדקה הרעיונית להקמת הוועדה. ברי, כי העברת מידע בדבר תוכן דיוני הוועדה, ובכלל זאת מידע עסקי חסוי הנוגע לאסטרטגיית המו"מ שלה ולפעולות השונות שמבוצעות על-ידה, תביא בהכרח לפגיעה באפקטיביות עבודתה – ומכך עולה כי סודיות עבודת הוועדה היא אחת מאבני היסוד עליה מושתתת הקמתה. יפים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דברי השופט חגי ברנר בהחלטה מאוחרת שעניינה בחיסיון עו"ד-לקוח על דיוני ועדה בלתי-תלויה:²⁷

"התכלית של מוסד הוועדה הבלתי תלוייה הוא שמירה על האינטרסים של החברה בכללותה מפני אינטרסים אחרים של בעלי השליטה, שלא בהכרח עולים בקנה אחד עם טובת החברה. על כן, ברי כי לעת חיותה של החברה, ועדה כזו זכאית להגנת החסיון מפני החברה עצמה, וזו לא תוכל לדרוש לקבל לידיה את הדברים והמסמכים שהוחלפו בין הוועדה לבין היועץ המשפטי שלה (שכן הנחת המוצא היא שבעל השליטה מכון את פעילותה של החברה)"

לצד האמור, אף אם במועד הקמת הוועדה הבלתי-תלויה לא התקבלה החלטה בקרב אורגני החברה בדבר **סודיות** דיוניה (ולא כך הדבר ביחס לוועדה שהוקמה בקשר עם עסקת בזק-יס),²⁸ יש לטעמנו

²⁵ בהקשר זה יצוין, כי לוועדה בלתי-תלויה אמנם מוקנית סמכות מלאה במו"מ עם בעל השליטה (לרבות דחיית הצעתו), אולם המלצותיה (לאישורה של עסקה) כפופות לאישור דירקטוריון החברה. על-כן, דומה כי מעמדה אינו כשל ועדת דירקטוריון מכוח סעיף 110(א) לחוק החברות, אך גם אינו כשל ועדה מייצעת מכוח סעיף 110(ג) לחוק החברות.

²⁶ חשוב לומר, כי עמדתנו זו אינה בגדר חידוש בדיני החברות ובדיני ניירות הערך. במקרים שונים ומגוונים נקבע כי אף אם מדובר בהליך וולונטרי או בהליך שהתקיים "לשם הזהירות", הרי שיש לבחון בראי התכליות וההסדרים הקבועים בחוק. לעניין זה, ראו תנ"ג 37733-12-14 **קוסובר נ' דוניץ**, בעמ' 44 (נבו 25.03.2018): "טענת המשיבים כי הדיון בדירקטוריון נערך לצורך הזהירות בלבד – אינה מעלה ואינה מורידה. דומה הדבר לגוף שבחר לערוך מכרז אף אם אינו מחויב לעשות כן על פי הדין. משבחר לערוך את המכרז – הרי שחלים עליו כל דיני המכרזים"; עוד ראו ת"צ 29520-03-13 **לייטקום (ישראל) בע"מ נ' חבס השקעות (1960) בע"מ**, פסי' 75 (נבו 19.07.2015): "אף על דיווח מיידי וולונטרי חל עיקרון הגילוי הנאות והתכליות העומדות בבסיסו. לשון אחר, אף אם חברה מזוהת בחרה לפרסם דיווח מיידי לציבור שאינה מחויבת בפרסומה על פי דין, הרי שעל דיווח מיידי שכזה להכיל את מלוא האינפורמציה הדרושה למשקיעים כדי שיהיה ביכולתם לקבל החלטה רציונאלית ומודעת בביצוע פעולות בניירות ערך וכן עליו להיות דיווח אשר תוכנו מונע היווצרותם של פערי מידע בין ציבור המשקיעים השונים"; ולבסוף, ראו את תקנה 2א37 לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידיים), התש"ל-1970 המטילה חובת עדכון ביחס לדיווחים מידיים קודמים שפורסמו, ובכלל זאת מצייתת מפורשות כי תחולתה נוגעת גם לדיווחים קודמים שפורסמום היה וולונטרי.

²⁷ חדל"ת 43652-09-20 **הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ**, פסי' 27 (נבו 29.8.2022).

²⁸ בהחלטה על הקמת הוועדה הבלתי-תלויה, נקבע כי כלל בעלי העניין האישי **ימודרו** מעבודת הוועדה (ראו לעיל). מידור זה מצא את ביטויו, בין היתר, בקביעת מתכונת לעדכון דירקטוריון בזק בעבודת הוועדה באמצעות יו"ר הוועדה,

לראות בסעיף 117(ב) לחוק החברות כמקור חוקי המחייב הטלת חובת סודיות כאמור. בהינתן שהקמת ועדה בלתי-תלויה היא אחת החלופות העומדות בפני ועדת הביקורת בבואה לפעול בהתאם לחובתה לקיים "הליך תחרותי" או "הליך אחר" מכוח סעיף 117(ב) לחוק החברות,²⁹ עליה לשרת כאמור את תכלית הסעיף – ניהולו של הליך המדמה מו"מ בין צדדים בלתי-תלויים בתנאי שוק. לפיכך, המסקנה המתבקשת היא כי העברת מידע הנוגע לפעילות הוועדה תפגע באפקטיביות עבודתה, תמנע ממנה לנהל כדבעי הליך בלתי-תלוי ולהשיא את תועלתם של בעלי מניות המיעוט, ובכך תביא גם להפרת החובה הקבועה בסעיף 117(ב) לחוק החברות.

בשולי חלק זה נבקש להדגיש, כי שאלת סודיות דיוני הוועדה אינה השאלה הרלבנטית הבלעדית לאירועים שהתרחשו בעניין **אלוביץ'**, ואילו לצדה ניצבת לטעמנו גם שאלת זכאותו של בעל השליטה לעיין בפרוטוקולי הדיונים כאמור **בדיעבד** בהתאם לדין הנוהג. כך, גם כאשר מדובר בבעל השליטה המכהן כדירקטור בחברה,³⁰ זכות עיונו מכוח כובע זה מוגדרת בסעיף 265 לחוק החברות – וזו תחומה למידע ה-"**דרוש למילוי חובותיו כדירקטור**" בלבד, כאשר החברה אף רשאית למנוע מהדירקטור לבדוק מסמך כלשהו, ככל שסברה כי הוא פועל בחוסר תום לב או שבדיקתו עשויה לפגוע בטובת החברה.³¹ בכל הנוגע לבעל שליטה המבקש לעיין בפרוטוקולים של ועדה בלתי-תלויה בכובעו כדירקטור, מדובר בעיון בפרוטוקולים של אורגן **שהוא אינו חבר בו** אשר נוגעים לעסקה שיש לו בה **עניין אישי**, ולכן מוטל לגישתנו ספק רב בדבר חיוניות העיון לשם מילוי תפקידו כדירקטור כהלכה, כאשר עיון זה אף עשוי לפגוע בטובת החברה – בוודאי לאור תכליות מוסד הוועדה הבלתי-תלויה, ובהינתן שנקבע מנגנון אלטרנטיבי, פומבי ושקוף לקבלת עדכונים מיו"ר הוועדה.

מלאכותיות ההבחנה בין מידור בעלי עניין מדיוני הוועדה לבין סודיות עבודתה. לאורך ההחלטה בעניין **אלוביץ'**, מדגישה השופטת אגמון-גונן כי אין בקביעה הנוגעת למידור בעלי העניין מעבודת הוועדה הבלתי-תלויה (מכוח סעיף 278 לחוק החברות) כדי ללמד גם על קיומה של חובת סודיות.³² במילים אחרות, השופטת אגמון-גונן סבורה שיש לראות בסעיף 278 לחוק החברות, האוסר על השתתפותם והצבעתם בדיון הרלבנטי, משום הסדר שלילי שאינו מטיל חובת סודיות ביחס לדיוני הוועדה.

דעתנו שונה. לשונו של סעיף 278 לחוק החברות אמנם אינה מטילה מפורשות חובת סודיות, אולם בהינתן שתכליתו של סעיף זה היא למנוע **מבעלי עניין גישה והשפעה** על חברי הארגון הרלבנטי,³³

באופן פומבי ושקוף בהתאם לשיקול דעתו, ובמספר רב של התייחסויות לאי-תלות הוועדה בחברה או בבעלי השליטה בה (ראה לעיל ה"ש 6, בעמודים 12-13). בכך, התקבלה לגישתנו החלטה אקטיבית על סודיות עבודת הוועדה, וזאת טרם כניסתו לתוקף של סעיף 117(ב) כשלושה חודשים לאחר מכן (ושנה לפני סיום פעילות הוועדה).

²⁹ עניין **אסם במחוזי**, לעיל ה"ש 21, פס' 257.

³⁰ מקובל לפרש בצמצום את זכותם של בעלי מניות לקבלת מידע מכוח סעיף 184 לחוק החברות. ראו רע"א 6830/15 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 28 (נבו 12.01.2016); רע"א 981/18 **קידוחי מוסא בע"מ (זריל קינג) נ' עלי בדארנה**, פס' 5 (נבו 02.05.2018).

³¹ סעיף 265 לחוק החברות; ערן רוזמן **חוק החברות** 613-615 (2021).

³² עניין **אלוביץ'**, לעיל ה"ש 1, פס' 39: "כפי שאפרט, כיוון שחוק החברות קובע כללים ברורים לעניין מידור בעלי עניין מהליך אישור עסקאות בהן יש להם עניין אישי, לא ניתן להסיק מקביעה זו של דירקטוריון החברה [בדבר מידור בעלי העניין], גם בהנחה שתוכח, על איסור העברת מידע שהגיע לוועדה או על סודיות דיוניה".

³³ **שם**, פס' 48.

אנו סבורים כי תחולתו (לרבות החובות המוטלות מכוחו) משתנה כתלות באופי ההליך המתנהל וההחלטה שעל סדר היום. כך, מקום בו מדובר בהחלטה פרטנית המתקבלת במסגרת ישיבה אחת, אין בהכרח בגילוי מידע לבעל העניין בתום הישיבה (ולאחר קבלת ההחלטה) כדי להשפיע על מקבלי ההחלטות;³⁴ עם זאת, במקרים העוסקים בהליך המתנהל על-פני פרק זמן ממושך (כגון עבודת ועדה בלתי-תלויה) – כל העברת מידע לבעל העניין טרם סיום ההליך שלא בהתאם למנגנון שהותווה במועד הקמת הוועדה, תשפיע בהכרח על מקבלי ההחלטות, בין אם במישרין ובין אם בעקיפין, בין אם במועד ובין אם לאו. למעשה, מסירת מידע בזמן אמת על המתרחש בדיוני הוועדה אינו שונה לטעמנו מנוכחותו של בעל השליטה בדיון עצמו, בבחינת האזנת סתר. ולפיכך, בהקשר של ועדה בלתי-תלויה, צפוי בעל השליטה לכלכל את צעדיו מראש בהתאם למידע שקיבל הנוגע לאסטרטגיית המו"מ של הוועדה, ובכך להשפיע על עבודתה.

יתרה מכך, הואיל ותכלית הוועדה היא להגן על בעלי מניות המיעוט, עצם הא-סימטריה בין המידע שבידי בעל השליטה לעומת המידע שבידי לבעלי מניות המיעוט פוגעת בתכלית זו כשלעצמה, ומעלה חשש כי הוועדה אינה משרתת את המטרה לשמה הוקמה.

סיכום

האירועים מושא ההחלטה בעניין **אלוביץ'** מגלמים את המתח שבין המישור האזרחי לבין המישור הפלילי במלוא עוצמתו. בהחלטתה, עמדה השופטת אגמון-גונן על מתח זה, אולם ביקשה לבסס את הכרעתה בעיקר על טעם אחר – היעדר מקור המטיל חובת סודיות על עבודת הוועדה הבלתי-תלויה. כפי שהראינו ברשימה זו, אנו סבורים כי קביעת השופטת אגמון-גונן אינה עולה בקנה אחד עם תכליתם המשותפת של מוסד הוועדה הבלתי-תלויה וסעיף 117(ב1) לחוק החברות (המשמש כמקור חוקי מחייב), המבקשים שניהם לקדם הליך מו"מ דמוי שוק בין צדדים בלתי-תלויים ככלי מהותי להגנה על זכויות בעלי מניות המיעוט; וכן, כי ההבחנה אותה ביקשה השופטת אגמון-גונן לייצר בין **מידור לבין סודיות** היא הבחנה מלאכותית, אשר סופה להביא דווקא ליצירת מעורבות מצד בעלי העניין בהליך קבלת ההחלטות בחברה (בין אם במישרין ובין אם בעקיפין) – וזאת בניגוד גמור לתכלית סעיף 278 לחוק החברות. אנו תקווה כי סוגיות אלו תידונה בהרחבה בהמשך.

³⁴ בהנחה שהחשש מפני חשיפת עמדתם אינו חזק דיו על מנת לכונן תמריץ לשינויה מראש (אקס-אנטה). חשש זה תלוי, בין היתר, בזהות הגורם בעל העניין האישי – היינו אם מדובר ב-"דירקטור רגיל" או בבעל השליטה.