

## מתי אחראי הדירקטור לכישלון? ניתוח כלכליסט

מאז פסק הדין שקטל את הדירקטורים של דסק"ש בפרשת רכישת מעריב ניכרת התמתנות כלפיהם. האם בית המשפט לוקח צעד לאחור או שהוא עדיין רואה בהם אחראים לנעשה בחברות?

משה גורלי 01.02.17 08:55

לפני כשנה וחצי הוטלה פצצה שהדיה נשמעו היטב בחדרי הישיבות של כל הדירקטוריונים ברחבי ישראל: שופט בית המשפט המחוזי-מרכז הפרופ' עפר גרוסקופף אישר בקשה לתביעה נגד דסק"ש, בהחלטה נוקבת שקטלה את שיקול הדעת של דירקטוריון החברה ברכישת מעריב. זאת, לאחר שהדירקטוריון אישר בתום דיון של כשעה וחצי בלבד את העסקה שהורידה לטמיון כ-360 מיליון שקל.

### • [בואו להתעדכן ולהגיב בפייסבוק של כלכליסט](#)

הפצצה של גרוסקופף היתה אפילו מהסוג הגרעיני: כדי לעקוף את הפטור הביטוחי שיש לדירקטורים במקרה של רשלנות, החמיר אתם גרוסקופף והגדיר את התנהגותם כ"פזיזות", שחושפת אותם, אם תתקבל התביעה, לחיוב אישי מכיסם.

"ההחלטה הזו הפכה מאז לשיחת היום בברנד"ה של הדירקטורים", אומר הפרופ' יוסי גרוס, מנור ומכשיר של דירקטורים, "בדירקטוריון דסק"ש ישבו מקצוענים ומומחים מהשורה הראשונה. 'אם הם נפלו, מה יהיה עלינו?' זה מה שאני שומע כל הזמן", מתאר גרוס את הבהלה והחשש שנוצרו לאחר החלטת דסק"ש-מעריב.



השופטים יצחק עמית (מימין) ועפר גרוסקופף

אך בחודשים האחרונים נדמה שנשמעות צפירות ארגעה מכיוון בתי המשפט: בקשות לאישור תביעות נגזרות נדחות, כשהן נעטפות ברטוריקה שמציבה את שיקול הדעת העסקי של הדירקטורים במרכז הבמה, ומסיגה לאחור את יצר ההתערבות של השופטים.

הדוגמה הבולטת, אך בהחלט לא יחידה, מינואר השנה היא דחיית הבקשה לתביעה נגזרת נגד שאול אלוביץ' ודירקטוריון בזק, כנגד חלוקת הדיבידנד והפחתת ההון בסכום הפנומנלי של 3 מיליארד שקל.

### אקטיביסטים נגד שמרנים

בשיח הבג"צי מקובל לחלק את השופטים לאקטיביסטים מול שמרנים בנטייתם להתערב בהחלטות ממשלה ובחקיקת הכנסת. כך גם בתחום הכלכלי-תאגידי, יש שופטים אקטיביסטים יותר ופחות בנטייתם להתערב בהחלטות עסקיות. גרוסקופף הוא מהאקטיביסטים, וכזהו גם עמיתו, שופט המחלקה הכלכלית בתל אביב חאלד כבוב. לתפיסת שניהם תביעות ייצוגיות ונגזרות הן כלי האכיפה וההרתעה האזרחיים, שמחליפים את שומרי הסף המנומנים מחוץ לתאגיד — הרגולטורים, ובתוכם — הדירקטורים וועדות הביקורת. הנמנום הזה מאפשר לבעלי שליטה ולעושי דברם, ובראשם המנכ"ל, לעשות בחברה כבתוך שלהם, כאשר הדירקטורים הם חותמת הגומי, כמו בסיפור דסק"ש-מעריב. לפי גרוסקופף

וכבוב, בתי המשפט, אמורים לסייע לנפגעים באמצעות פתיחת הדלת לתובעים מהציבור (בתביעות ייצוגיות), ולבעלי מניות המיעוט בחברה (בתביעות נגזרות).



יש הקושרים עמדה משפטית זו לרוח המחאה החברתית, ששינתה כליל את היחס לבעלי השליטה וההון שדימויים נהפך בן לילה ממושאי סגידה ציבורית ותקשורתית לטייקונים נכלוליים. הסמל הגדול של השינוי הזה הוא נוחי דנקנר שנהפך מהבן היקר של הכלכלה הישראלית לאויב הציבור מספר אחת, ובדרך הושלך לכל מדורי הגיהנום בבתי המשפט: לאחר שחטף גם מגרוסקופף בסיפור דסק"ש-מעריב, גם מאיתן אורנשטיין שמילא תפקיד מכריע בגירושו מאי.די.בי, ולבסוף גם מכבוב ששלח אותו לשנתיים מאסר על הרצת מניות.

### למי יש יותר כבוד

מול הנדיבות האקטיביסטית, ניצבת הדוקטרינה המצמצמת של "שיקול הדעת העסקי" (BJR) שמוטמעת בהדרגה בפסיקה, וקבלה לאחרונה את ההכרה הרשמית של בית המשפט העליון בפסק הדין של אלוביץ-בזק. גישה זו מחסנת את הדירקטורים מפני הטלת אחריות, אם פעלו כדון, שזה אומר: בתום לב, ללא נגיעה אישית ולאחר לימוד סביר של החומר לקראת ההחלטה.

לכן הפרופ' שרון חנס לא בטוח שבתי המשפט שינו מגמה ועברו מהאקטיביזם של דסק"ש ל"פסיביזם" של בזק. "הסברה שלי", אומר חנס, "היא שמדובר בחבלי קליטה של כלל שיקול הדעת העסקי. השוק לומד את פסקי הדין ומבין שיש לשפר את תהליך קבלת ההחלטות. וזה כבר מתבצע. עורכי הדין ודירקטורים נערכים אחרת לקבל החלטות, ולתעד נכון את התהליך. וזה מסייע לבתי המשפט לסלק תביעות, ולראות בהחלטות, גם כשהתוצאה לא טובה, תהליך טבעי ותקין של לקיחת סיכונים מושכלת ולא משהו לא תקין".

גרוס מפשט את המסר שיצא מהעליון בעניין אלוביץ: "אסור להפחיד, כדי לא להבריח דירקטורים. תפקידם להשיא רווחים לחברה, ובתפקיד הזה גלומים סיכונים, וכל עוד נהגו כדון אין לחייב אותם על כישלון עסקי שהוא חלק ממחיר נטילת הסיכונים".

לע"ד שחר בן מאיר, מהצד של התובעים הייצוגיים והנגזרים, הסבר אחר למגמת הארעה: "לדעתי פסק הדין של גרוסקופף לא הוטמע עדיין במערכת המשפטית, ובתי המשפט עדיין נותנים הנחות רבות לדירקטורים. בפרשת הדיבידנדים של אלוביץ נקבע במפורש שהממשל התאידי של בזק היה לקוי ופגום, ולכן היה מצופה כי יאפשרו לכל הפחות לנהל את התביעה הנגזרת. והנה, למרות הפגמים המשמעותיים, בקשת האישור נדחתה, מה שמוכיח לצערי כי בתי המשפט עדיין נותנים כבוד שלא באמת מגיע לדירקטורים בחברות הציבוריות".

מול בן מאיר עומדים עורכי הדין פנחס רובין וליאור פורת ממשרד גורניצקי שייצגו תאגידים ודירקטורים בכמה מפסקי דין ש"מיתנו" את גרוסקופף. "בעת האחרונה, ניתן לזהות מגמה של 'מידתיות' בהיקף הנורמות המוחלות על דירקטורים", אמרים רובין ופורת, שמשתימשים במלה "מידתיות" כאלטרנטיבה ל"התמתנות". ומוסיפים: "לנוכח תפקידו של הדירקטוריון, והצורך למנוע הרתעת-יתר של דירקטורים, ניתן לראות התמקדות של בתי המשפט בתהליכי קבלת ההחלטות, ופחות בתוכנה של ההחלטה. עניין אלוביץ-בזק עיגן את כלל שיקול הדעת שמתמקד באותה איכות תהליכית, תוך שהוא מקנה לדירקטוריון שיקול דעת רחב ביחס להחלטה לגופה. כך גם בפסקי דין נוספים שהבהירו כי הדירקטוריון אמון על התוויית מדיניות החברה ולא על ביצועה בפועל, ורשאי בעניין זה להסתמך ככלל על הנהלת החברה ועל יועצים חיצוניים".

### לחץ מאסיבי

ע"ד רון עדיני, אחד המייצגים בתביעת דסק"ש-מעריב, מתייחס למתח שבין דסק"ש-מעריב לבין אלוביץ-בזק, מזווית נוספת: "מאז שניתנה החלטת גרוסקופף החלו בעלי אינטרס מטעם בעלי ההון במשק הישראלי, להפעיל לחץ מאסיבי כמעט חסר תקדים כנגד ההחלטה, מתוך ניסיון לשנות את עמדת בתי המשפט בנושא אחריות דירקטורים. בכל כנס ויום עיון אפשרי הסבירו עורכי הדין של התאגידים הגדולים מדוע הטלת האחריות על הדירקטורים של דסק"ש היא הרת אסון. החלטת העליון בעניין אלוביץ-בזק מהווה מבחינתם 'תיקון' להחלטה בעניין דסק"ש-מעריב. אבל אני חושב שהשמחה מוקדמת, משום שכל החלטה נבדקת לגופה ולנסיבותיה. וכל הכרעה שיפוטית כרוכה גם בתפיסת עולמם של השופט. במידת האמונה שהוא

רוחש לדירקטורים ומנגד ברמת חשדנותו כלפיהם וכלפי בעלי השליטה, שמושכים בחוטיהם".

את פסקי הדין המרכזיים בענייני תאגידים בבית המשפט העליון, ובכלל זה את אלוביץ-בזק, כתב השופט יצחק עמית מהעליון, שאכן ממתן את האקטיביזם שמאמצים בתי המשפט המחוזיים.

כך למשל בפרשת מכתשים אגן קבעה שופטת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי דניה קרת-מאיר את כלל ה"הגינות המלאה" כאמת מידה מחמירה יותר לבחינת החלטות שנוגעות לבעלי שליטה במצב של חשש לניגוד עניינים. עמית, לעומתה, מסתפק באמת מידה מקלה יותר של "שיקול דעת עסקי מוגבר".

דוגמה נוספת שבה העליון הקל לעומת המחוזי ראויה לציון בגלל הדמיון והמסר האקטואליים שהיא מכוונת לפרשת פישמן וההלוואות הנדיבות-מפוקפקות שקיבל מהבנקים: שי נשר הגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד הדירקטורים בבנק הפועלים על הלוואות בסך 150 מיליון שקל לחברת טומהוק של נוחי דנקנר, שניתנו לפי הטענה ללא ביטחונות, תוך הפעלת שיקול דעת רשלני ונחפז. במחוזי ניטש מאבק על גילוי המסמכים הבנקאיים שחיוניים לביורור תביעה כזו. השופט כבוב הסכים לדלג על החיסיון הבנקאי ולקבל, בתנאים מסוימים, את בקשת נשר לגילוי. השופט הנדל, בבית המשפט העליון, הפך החלטה זו בנימוק שנשר לא הציג תשתית מספקת לקבלת המסמכים.

מסכם ד"ר גיל אוריון מ"פישר, בכר, חן, וול, אוריון": "המסרים המועברים לאחרונה מבתי המשפט מגדירים בצורה שקולה, מדודה וברורה יותר את המקרים שבהם דירקטורים ייחשפו לתביעות אישיות. העיקרון של שיקול הדעת העסקי על חריגיו זכה להגדרה מפורטת. הובהר כי הדירקטורים אינם עשויים מקשה אחת וכל אחד מהם נושא באחריות כדי חלקו ומידת מעורבותו בתהליך קבלת ההחלטות. עם זאת מן הראוי להבהיר ולהגדיר בצורה מפורטת יותר את כלל שיקול הדעת העסקי ולתחם את חריגיו".