

הכל לפרוטוקול

בשנה האחרונה נקבעו מספר הלכות מרכזיות בקשר לאחריות דירקטורים ותפקידו של הפרוטוקול בהקשר זה. סקירה משפטית | עו"ד אילן גרזי, שותף בכיר וראש מחלקת שוקי הון וניירות ערך ועו"ד ניר זוהר, משרד פרל כהן צדק לצר ברץ



עו"ד אילן גרזי (צילום: תומר יעקובסון)

“רישום פרוטוקול, הליך שנחשב עד לאחרונה יחסית כאקט טכני, שינה את פניו והפך לכלי העיקרי אשר מסייע לבתי המ”ש לבחון את תהליך קבלת ההחלטות ע”י הדירקטורים”

יוצג תהליך קבלת ההחלטה מתחילתו ועד סופו. נשאלת אפוא השאלה, האם הסתמכות על פרוטוקול קול ישיבת הדירקטוריון, אכן כמעט תמיד יכולה ללמד על תהליך קבלת החלטה מושכל וחשוב מכך, האם לא צפוי כי מעתה והלאה דירקטוריונים ינהלו פרוטוקולים מפורטים מלאכותית רק על מנת שיוחל “כלל שיקול הדעת העסקי” כמעטה הגנה אישית לאחריהם, בעוד שבפועל, תהליך קבלת ההחלטה לא ישתנה? לא מן הנמנע כי בית המשפט ידרש לבחון סיטואציה זו או דומה לה בהמשך הדרך ואנו בדעה, כי לצורך יצירת שקיפות והלימות בין המבחינים לסבירותן של החלטות הנלקחות ע”י דירקטוריונים ואחריותם האישית של דירקטורים, מן הראוי כי בנושאים הרי גורל להתנהלות החברה, יוקלטו הישגות כן שישקפו נאמנה את עמדת הדירקטורים ואת האפשרות לבחון את עמידתם ב”כלל שיקול הדעת העסקי”. מעבר לכך וחשוב אף יותר, על הדירקטוריון לקבל באופן שוטף הנחיות מהיועצים המשפטיים של החברה ביחס למכלול השיקולים שצריכים להיבחן לצורך קבלת החלטה העומדת בקנה אחד עם שיקול הדעת העסקי הראוי.



כב' השופט עמית הייתה, כי במצב הדברים הרגיל, אחריהם הדירקטור תהיה אישית והחובות יוטלו על כל דירקטור בנפרד. כב' השופט עמית אף ציין, כי קשה לחשוב על מצב שבו תוגש תביעה נגד דירקטור ריון כקולקטיב מבלי להבחין בין חברי הדירקטוריון השונים, בין אם על-פי סוגיהם (דירקטור חיצוני, דירקטור בלתי תלוי או דירקטור רגיל), מומחיותם (מומחיות חשבונאית ופיננסית או מומחיות אחרת), מידת מעורבותם בקבלת החלטה וכדומה. אין כמובן רשימה סגורה להבחנה האפשרית בין חברי הדירקטור ריון. בד בבד, כב' השופט עמית היה מודע כי החלטתו עלולה להשפיע על התנהלות הדירקטורים במסגרת ישיבות הדירקטוריון ולכן התריע כי יש להישמר מפני דיבורים לפרוטוקול כדי לצאת ידי חובה. אין חולק על כך שחובותיו של הדירקטוריון היא לקבל גם החלטות שיש בהן סיכון מושכל. אם ימנע מכך, הרי שהחברה לא תקבל החלטות עסקיות רצויות ותחטא לתכלית שלשמה הוקמה.

ממגמת הפסיקה בשנה האחרונה, אנו למדים כי תהליך נאות של קבלת החלטה, כמעט תמיד, חייב להסתמך על פרוטוקול מפורט וברור, אשר במסגרתו



עו"ד ניר זוהר (צילום: לואיז גרין)

מדובר בחברה קטנה או גדולה. הדגש בפסק הדין בעניין זה הושם על כך שלרישום פרוטוקולים מפורטים אין עלות גבוהה במיוחד לעומת התועלת בהם, אשר עשויה לשלעצמה להגביר את הוודאות בנוגע לאופן תהליך קבלת ההחלטה בדירקטוריון.

עושה רושם, שהשינוי התפישתי של מהות הפ”רוטוקול, שניסחה כב' השופטת רונן להנחיל בפסקי דינה, לצד בחינה מהותית של תפקוד הדירקטורים ובכלל כך עמידתם בחובותיהם כלפי החברה (למשל, במובחן מטובת בעלי מניות שמינו אותם) כבר החל להשפיע באופן בלתי אמצעי גם במקרים שבהם לא נדרש בית המשפט לבחון את מתקיים “כלל שיקול העסקי”, אך כן נדרשת בחינה בנוגע לאחריהם של הדירקטוריון ולחובותו כלפי החברה. בהחלטה בעניין רמי אוסטרובסקי נ’ דסק”ש (פורסמה ביום 9.8.2015), אשר ניתנה על ידי כב' השופט עופר גרוסקופף, נקבע כי כתב פטור ושיפוי לנושאי משרה בגין הפרות עתידיות של חובת הזהירות כלפי החברה לא יחול במקרים בהם הדירקטור חרג במודע, או לכל הפחות מחוסר איכפתיות, מחובת הזהירות. לצורך בחינת החריגה מחובת הזהירות, נתן בית המשפט משקל רב לפרוטוקול הדירקטוריון שאישר את ההתקשרות ובכלל כך, לאורכו של הפרוטוקול אשר עמד על שני עמודים בלבד, לעובדה כי לא הוצגה הצדקה לרכישת מעריב ולתועלת שרכישה זו עשויה להביא לחברה, לכך שלא היה ברור האם הוצגו בפני הדירקטוריון כל הסיכונים הכרוכים בעסקה, לכך שאישור ההתקשרות בעסקה ניתן כבר בדיון הראשון שהתקיים בנושא לאחר שעה וחצי בלבד.

הלימות בין המבחינים לסבירותן של החלטות

העצמת משקלו הראייתי של הפרוטוקול יכולה להביא גם לתוצאות פחות רצויות בכל הקשור להליך התקין של ניהול הפרוטוקול במסגרת הישיבות. דוגמא לכך מעלה כב' השופט יצחק עמית במסגרת ערעור שפורסם בשנת 2015 עוד לפני שפורסמה ההחלטה בעניין פיננסטיק - אפריקה ישראל להשקעות בע”מ נ’ רפאל כהן (פורסם ביום 26/4/2015). במסגרת הע”רעור כהן כב' השופט עמית, בין היתר, האם אחריות הדירקטוריון היא אישית או קולקטיבית. נטייתו של

התפישות שהיינו עדים להן בקשר לאחריות דירקטורים, חובת האמונים והזהירות שהם חבים כלפי החברה ותפקידו של הפרוטוקול בכל אלה, עברו תמורות בשנים האחרונות וב- עיקר בשנה האחרונה. השימוש בפרוטוקול כראייה איננו דבר חדש, ואף יש לכך עיגון בסעיף 108 לחוק החברות, הקובע כי פרוטוקול חתום מהווה ראיה לכאורה לאמור בו. אולם, רישום פרוטוקול, הליך שנחשב עד לאחרונה יחסית כאקט טכני, אשר אמור לשקף את עיקרי הדברים שנאמרים במסגרת ישיבות הדירקטוריון וועדותיו השונות, שינה את פניו והפך אט-אט לכלי עיקרי (ולעתים בלעדי) אשר מסייע לבתי המשפט לבחון באמצעותו את תהליך קבלת ההחלטות ע”י הדירקטורים באופן מהותי. בחינה זו נדרשת במצבים שבהם מתבקש בית המשפט לבחון אם פעולה של הדירקטוריון יכולה לחוס תחת “כלל שיקול הדעת העסקי”. הכלל קובע כי כל עוד נהג הדירקטור בתום לב, לא היה מצוי בניגוד עניינים וקיבל החלטה מודעת לאחר דיון ועיון בנתונים ובשיקולים הרלוונטיים, לא יראו אותו כמי שהפר את חובותיו כלפי החברה, וזאת גם אם בדיעבד החלטות שקיבל התבררו כלא מוצלחות מבחינה עסקית.

על סמך הפרוטוקולים

ניתן לאתר את תחילתה של מגמה זו בהחלטה בעניין גיא ניומן נ’ פיננסטיק (פורסמה ביום 24/5/2015) ע”י בית המשפט הכלכלי (כב' השופטת רות רונן). בהחלטה נקבע, בין היתר, כי בחינת השאלה האם התקבלה החלטה מושכלת בדירקטוריון לאחר שהתנהל דיון כן ואמיתי, לאחר שנשאלו השאלות הנכונות ולאחר שנבדקו הנתונים המתאימים לצורך קבלת החלטה מודעת, כך שהחלטת הדירקטוריון תחסה תחת ההגנה של “כלל שיקול הדעת העסקי”, תיעשה בעיקר על סמך הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון, כאשר פרוטוקול מפורט אמור לשקף, באופן שאינו משתמע לשני פנים את תהליך קבלת ההחלטה. עוד קבע בית המשפט במקרה זה, ולראי שונה בפסיקה, כי במידה ו”כלל שיקול הדעת העסקי” לא יחול מהסיבה שלא התקבלה החלטה מודעת, על הדירקטוריון יהיה להוכיח כי החלטתו הייתה החלטה סבירה - נטל ההוכחה עובר למעשה לדירקטוריון. מגמת העצמת משקלו הראייתי של פרוטוקול הדירקטוריון ממשיכה גם בפסקי דין נוספים של כב' השופטת רונן. לדוגמה, בפסקי דין שולמית בן לביא נ’ העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים (פורסם ביום 20/10/2015), בית המשפט לא הסתפק בעדויות וטען כי היה צריך לצרף, בין היתר, את הפרוטוקולים הרלוונטיים על מנת לבסס את תחולתו של “כלל שיקול הדעת העסקי”. ההכרעה בשאלה אם התקבלה בדירקטוריון החלטה מודעת ומושכלת בהתאם ל”כלל שיקול הדעת העסקי” תיעשה קודם כל על סמך הפרוטוקולים של ישיבת הדירקטוריון. בפסקי דין נוסף, התובע הייצור גי דב גולדשטיין נ’ פינרוס החזקות בע”מ (פורסם ביום 24/2/2016), הדגיש בית המשפט, כי כל חברה מחויבת לנהל פרוטוקולים מסודרים ואין חשיבות אם