

כאשר לדירקטוריון יש גורו

האם רשאים נושאי משרה של חברה להסתמך על מידע ממקורות לא רציונליים כגון ידעונים ובעלי אוב בקבלת החלטות? בישראל טרם נפסקה הלכה בנושא, אבל נראה כי עקרונותיה כבר מקובלים אצלנו: החלטת דירקטוריון יכולה להיחשב "הזויה", אבל אסור לה להיות הזויה מממש

עמיר ליכט

שגרתי ובין ההחלטה. כלומר, שהמנהלים הסתמכו על המידע, לרבות על מקורו, בקבלת ההחלטה, ולאמלא אותו מידע או מקורו היו מקבלים החלטה אחרת – למשל להימנע מהפעולה כליל או לשנות את מועדה או את תנאיה. שנית, נניח שההחלטה מזיקה לחברה במובן שהחלטה חלופית הייתה חוסכת לחברה הוצאות ידועות מראש או את ההרפתקה הכושלת כולה.

עוד נניח כי בעניין ההחלטה הזו נושאי המשרה אינם נגועים בעניין אישי. כלומר, שום טובת הנאה אישית – ממונית או אחרת – אינה עשויה לצמוח להם מהסתמכות על המידע הלא-שגרתי.

זו הנחה מרחיקת לכת. בסביבה התאגידית בישראל יש לרוב החברות בעלי שליטה, והדיווחים מקשרים אותם לא פעם למידע המיוחד. מבחינה מעשית-מציאותית, נושא משרה ברדעת שבעל השליטה מעורב במינוי אינו יכול להתעלם במפגיע ממאווי בעל השליטה ולהחזיק במשרתו לאורך זמן. אך

מעט לעת אנו שומעים על חברות שקיבלו החלטות עסקיות על סמך מידע ממקורות לא שגרתיים. התבטאות של אדם דגול בקשר למועד מסוים שאין בו ברכה או למקום פלוני שיש בו אוצרות גנוזים, מסר עלום ובו קטעי ניבים סתומים או צירופי מספרים – כל אלה נקשרו בעיתונות לצעדים עסקיים משמעותיים, לעיתים גם בחברות ציבוריות.

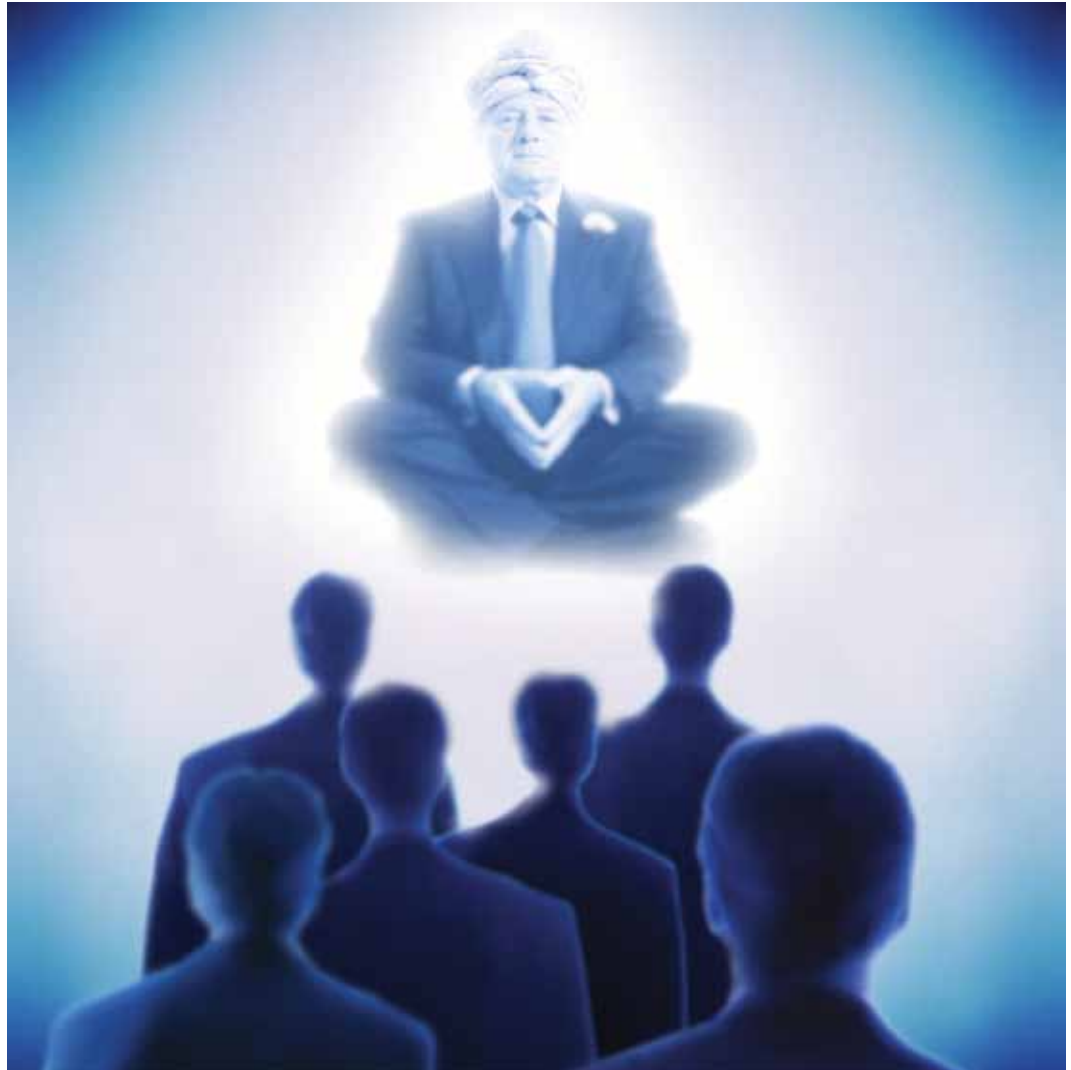
עד כמה רשאים נושאי המשרה של חברה – הדירקטורים וההנהלה הבכירה – להסתמך על מידע ממקורות מקוריים כאלה בהכונת ענייני החברה? מה חובתו של היועץ המשפטי במצב כזה? ככל הידוע, טרם נפסקה בישראל הלכה בסוגיה זו, אך זו תביעה הממתינה ליומה.

ככל פעולה של נושאי משרה בחברה, גם החלטות מן הסוג הנדון כאן נחלשות על ידי שתי החובות העיקריות החלות עליהם, חובת האמון וחובת הזהירות. כדי להקל את הניתוח ולפשט אותו, ראשית נניח שקיים קשר סיבתי בין המידע הלא-



פרופ' עמיר ליכט, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; מומחה לדיני חברות ולדיני ניירות ערך

לכאורה כל החלטה עסקית שקיבלו המנהלים על בסיס מידע שסביר לאסוף בנסיבות נתונות ומשום שסברו בתום לב שהיא לטובת החברה חוסה תחת כנפי שיקול הדעת העסקי. ולא היא



כאמור, נניח שאין עליו לחץ סמוי מסוג זה או שלא ניתן להוכיחו. בנסיבות הכמעט סטריליות שתארנו, לנושאי המשרה אין לכאורה בסיס לחשש מפני אחריות משפטית. בהיעדר ניגוד עניינים חובת האמון אינה אמורה להתעורר, כך שהחובה הרלוונטית היא חובת הזהירות. הדין בישראל בסוגיה זו מתקדם מאוד, ובעיקרו תואם את הדין של דלאור משום שהוא משקף את כלל שיקול הדעת העסקי (Business Judgment Rule) הנהוג שם. במה דברים אמורים? סעיף 252 לחוק החברות, המטיל על נושאי משרה חובת זהירות כלפי החברה,

אין בו נפקות ממשית לאחריותם. זאת מכיוון שאין בו יותר מאשרור של תחולת סעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין, הקובעים את עוולת הרשלנות על בסיס חובת זהירות מושגית. גם אלמלא סעיף 252, נושא משרה חב חובת זהירות מושגית כלפי החברה כמי שעלול לפגוע בה במהלך דברים צפוי. חובת הזהירות של נושאי משרה אכן הוכרה בישראל שנים קודם לחוק החברות בפרשת **דוטלוי נ' ברשאי**. עם זאת, חובת הזהירות המושגית החלה על נושא משרה שונה שוני מהותי מזו החלה על אדם סביר ואף על בעל מלאכה סביר. האחרונים מצויים להימנע מסיכונים כדי לא להסב נזק, ואילו הראשון,

דאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור.”

בדומה לדוקטרינה האמריקאית, גם הכלל הישראלי כולו מוכוון הליך (process-oriented), אם לפי סעיף 253 ואם לפי הפסיקה שקדמה לחוק החברות. בפרשת **רוטלוי** הנזכרת נמנע בית המשפט העליון מלעייין בתבונת ההחלטה העסקית שקיבלו מנהלים של חברה קטנה, אולם הטיל עליהם אחריות בגין התרשלות מכיוון שלא טרחו כלל לברר לאילו עסקות יופנו כספי החברה. אכן, בספרות נשמעה עמדה מאת פרופ' שרון חנס כי ראוי לאמץ את כלל שיקול הדעת העסקי בדיני החברות בישראל, ובית המשפט

העליון התייחס לעניין אגב אורחא בפרשת **שגיא נ' כפר ביאליק**. אולם לדעתי, כאמור, זולת הכינוי האמריקאי, כלל שיקול הדעת העסקי כבר חל בדין שלנו ואינו טעון אימוץ.

מכאן ואילך העניינים מסתבכים. לכאורה, כל החלטה עסקית שקיבלו המנהלים על בסיס מידע שסביר לאספו בנסיבות, אם סברו בתום לב שהיא לטובת החברה, חוסה תחת כנפי שיקול הדעת העסקי. ולא היא. הדין בדלאוור קובע את הגבול שבגדרו נהנה שיקול הדעת העסקי מחסינות, לאמור: כל עוד ההחלטה רציונלית. אף שהדרישה מושמעת באופן נחרץ, היא אינה כלילת הבהירות. למעשה, אפשר לאתר בפסיקה שם שני מובנים של הדרישה לרציונליות, ונכנה אותם "רציונליות תוכנית" ו"רציונליות הליכית".

רציונליות תוכנית מוכרת יותר בכינוי waste – בזבוז משווע. משמעה הוא שההפסד לחברה נגרם מהחלטה שאינה יכולה לקדם את טובתה בשום דרך רציונלית. התבטאויות בפסיקה אפילו מייחסות להחלטה כזו אופי לא מוסרי (unconscionable). לפני שנים רבות הוזכרה הדוקטרינה בקשר לתגמול בכירים חריג וללא פשר, אך נדמה היה שהיא הפכה לאות מתה. לאחרונה שב בית המשפט והפיח בה חיים בקשר לתשלומי פרישה גבוהים במיוחד, לר-

על פי הגדרת תפקידו להנהיג את החברה להשגת תכליתה, מצוּוה להעמיד את נכסי החברה בסיכון, וכל המרבה הרי זה משובח. ניהול לפי שיקולים עסקיים והימנעות מסיכון כדי להישמר מנזק (הפסד כספי) הם תרתי דסתרי.

דיני החברות של ישראל מושכים אפוא את ידיהם לחלוטין מתוכן ההחלטה העסקית – מסיבה זו, ולא בגלל מומחיותו או אי-מומחיותו של בית המשפט בעסקים. זאת גם אם סיכויי ההחלטה להביא לרווח קלושים ואפילו אם היא מוטעית או מטופשת. לכל דבר ועניין, תוכן החלטה עסקית שהתקבלה בתום לב (כיסוד נפשי) חסין מביקורת, והמחליט חסין מאחריות. ביטוי לכך ניתן למשל בעניין **גליקמן נ'**

ברקאי: "בית-המשפט לא יתערב בשיקול-דעת ההנהלה ולא ישים את שיקול-דעתו במקום שיקול-דעת ההנהלה אפילו בעניינים עקרוניים וחשובים, ואפילו אם שיקול-דעת ההנהלה לא היו תואמים את שיקולי בית-המשפט או היו אולי מוטעים, כל עוד היו אלה שיקולים שנשקלו בתום-לב ולטובת החברה לפי הבנת ההנהלה וכל עוד היו הם שיקולים כנים ובתום-לב".

דברים דומים מושמעים תדיר על ידי בית המשפט של דלאוור, לדוגמה בפרשת *Gagliardi v. Trifoods*: "That plaintiff regards the decision as unwise, foolish, or even stupid in the circumstances is not legally significant; indeed that others may look back on it and agree that it was stupid is legally unimportant, in my opinion."

חובת הזהירות המושגית של נושא משרה משמיעה לפיכך אך ורק חובה תהליכית – לקבל החלטות על בסיס מידע מהותי שסביר לאסוף בנסיבות נתונות. הא ותו לא, וללא תלות בתוכן ההחלטה. כלל שיקול הדעת העסקי מעוגן אצלנו כיום בסעיף 253 לחוק החברות: "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 לכ-

בעוד בתי המשפט בדלאוור שבים ומכריזים כי מבחינת תוכנה יכולה החלטה עסקית להיות טיפשית, בוטה ואפילו לא-רציונלית, הם מדגישים כי ההליך לקבלתה חייב להיות רציונלי

בות בונס והטבות, למנכ"ל חברת Citigroup שפורטר לאחר שהביא אותה אל עברי פי פחת. טעמה של הדוקטרינה הוא שהתנהגות כזו היא ראייה לחוסר תום לב של הדירקטורים.

הדרישה לרציונליות הליכית מביאה אותנו לנושא שבו פתחנו. בעוד בתי המשפט בדלאוור שבים ומכריזים כי מבחינת תוכנה יכולה החלטה עסקית להיות טיפשית, בוטה ואפילו לא-רציונלית (התייחסות מתעתעת משהו לאור האמור לעיל), הם מדגישים כי ההליך לקבלתה חייב להיות רציונלי. הליך קבלת החלטות, שביודעין מתבסס על מידע שנאסף באופן לא-רציונלי, נחשב אף הוא לפעולה בחוסר תום לב. בפרשת In re Holly Farms נאמר עליו שהוא הפרה

"רציונלית" של החובה לפעול בתום לב לטובת החברה:

Action that obviously is not 'rationally' designed to maximize corporate or shareholder interests, is best understood as a 'rational' breach of the duty to proceed in the good faith pursuit of appropriate interests.

הקביעה כי דירקטורים

פעלו בחוסר תום לב – למשל כשהתבססו ביודעין על מידע שנאסף באי-רציונליות – גוררת השלכות כבדות. היסוד הנפשי של תום הלב משמש כאן כנקודת ההשקה בין חובת הזהירות לחובת האמון. היזק במצב נפשי של חוסר תום לב – "רשלנות זדונית" כפי שהייתה בפרשת **מפעלי רכב אשדוד נ' צ'זיק** – יכול לבסס אחריות להתרשלות, כלומר הפרה של חובת זהירות. אך לא זו בלבד שהגנת שיקול הדעת העסקי לא תעמוד למנהלים, אלא שפעולה כזו נחשבת להפרה של חובת האמון שלהם כמי שביודעין פעלו שלא לטובת החברה. או אז עומדות כלפיהם סנקציות מחמירות. השלכה קשה במיוחד נובעת מהעובדה שבנסיבות כאלה הם אינם יכולים ליהנות מכיסוי ביטוחי לפעולתם או מתניות פטור או משיפוי בקשר אליה.

בשולי הדברים, לאור ההקשר שבו הסוגיה מתעוררת בארץ לעיתים, ראוי להעיר כי במסורת ישראל

יש סימוכין לדחייה של התנהלות אישית על בסיס הליכי איסוף מידע לא-רציונליים, להבדיל מהדרכה רוחנית ודתית. התורה אוסרת על ניחוש ועל עוננות: "לא תנחשו ולא תעוננו" (ויקרא יט, כו); "לא ימצא בך מעביר בנו ובתו באש קסם קסמים מעונן ומנחש ומכשף" (דברים יח, ח). רש"י מפרש את הפסוק בויקרא: "לא תעוננו – לשון עונות ושעות. שאומר יום פלוני יפה להתחיל מלאכה, שעה פלונית קשה לצאת". גישתו התקיפה של הרמב"ם נגד התנהלות כזו ראויה לציטוט נרחב (משנה תורה, עבודה זרה יא, ח-ט, טז):

"איזה הוא מעונן אלו נותני העיתים, שאומרין באצטגנינות יום פלוני רע, יום פלוני טוב, יום פלוני ראוי לעשות בו מלאכה פלונית, שנה פלונית או חודש פלוני רע לדבר פלוני. אסור לעונן, אף על פי שלא עשה מעשה אלא הודיע אותן הכזבים שהסכלים מדמין שהן דברי אמת ודברי חכמה. וכל העושה מעשה מפני האצטגנינות, וכיוון מלאכתו או הליכתו באותו העת שקבעו הוברי שמיים הרי זה לוקה, שנאמר ולא תעוננו... ודברים

האלו כולן דברי שקר וכזב הן; והן שהטעו בהן עורבדי עבודה זרה הקדמונים לגויי הארצות כדי שינהו אחריהן. ואין ראוי לישראל שהן חכמים מחוכמים להימשך בהבלים אלו ולא להעלות על הלב שיש בהן תעלה".

לסיכום, אף שלמיטב ידיעתי אין בישראל פסיקה המטילה אחריות בגין אי-רציונליות, תוכנית או הליכית, עקרונות ההלכה וטעמיה כבר מוכרים אצלנו, והדין נראה נכון ורצוי לגבי שתי הצורות של אי-רציונליות. הדרישה לרציונליות מבטאת תפיסה חברתית שבה אדם יכול לנהוג בענייניו שלו כראות עיניו, ולהיוועץ לשם כך גם בידעונים ובבעלי אוב, אך כאשר מופקד בידיו כוח על ענייניו של האחר אין לקבל היזקקות למידע שנאסף באופן לא-רציונלי, תהא החלטתו לאורו אשר תהא. במילים אחרות, ההחלטה העסקית יכולה להיחשב "הזויה", אך אל לה להיות הזויה.

הדרישה לרציונליות מבטאת תפיסה חברתית שבה אדם יכול לנהוג בענייניו שלו כראות עיניו, אך כאשר מופקד בידיו כוח על ענייניו של האחר אין לקבל היזקקות למידע שנאסף באופן לא-רציונלי