

ת"צ 37693-06-15

במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי

לפני כבוד השופט סגן הנשיא ח. כבוב

בתל אביב-יפו

יוליאן בנדל

בעניין:

ע"י ב"כ עוה"ד אמיר שאשא ו/או ליאור צמח ממשרד צמח-שאשא, עורכי דין  
מרח' הפקדון 1, ת"ד 205 חיפה 31000  
טל': 04-8530540 ; פקס': 04-8530555

המבקש

## **- נגד -**

2. אפריקה ישראל תעשיות בע"מ (בכינוס נכסים)

4. שאול דבי ו-4 אח'

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד וקסלר ברגמן ושות', עורכי דין  
מרח' יהודה הלוי 23, תל אביב  
טל': 03-5119393 ; פקס': 03-5119394

3. משרד רו"ח סומך חייקין

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד כספי ושות', עורכי דין  
מרח' יעבץ 33, תל-אביב 65258,  
טל': 03-7961000 ; פקס': 03-7961001

1. אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ו-9 אח'

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד ארדינסט, בן נתן טולידאנו ושות', עורכי דין  
מרח' ברקוביץ 4, מגדל המוזיאון, תל-אביב 6423806  
טל': 03-7770111 ; פקס': 03-7770101

7. נדב גרינשפון

21. איזי כהן

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד יגאל ארנון ושות', עורכי דין  
ממרכז עזריאלי 1, תל-אביב 67021  
טל': 03-6087850 ; פקס': 03-6087723

18. ד"ר אייל יניב ו-2 אחרים

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד מיתר ושות', עורכי דין  
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת-גן 5250608  
טל': 03-6103100 ; פקס': 03-6103111

**22. אבי מוטולה**

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד נשיץ, ברנדס אמיר ושות', עורכי דין

מרח' תובל 5 תל אביב 6789717

טל': 03-6235000 ; פקס: 03-6235006

המשיביםובעניין:**היועץ המשפטי לממשלה**

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב – אזורי

מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת"ד 33051, תל אביב 6133001

טל': 073-3924888 ; פקס': 02-6468005

**עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.4.2021 מוגשת בזו עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לסוגיית הבעלות בפוליסת ביטוח נושאי משרה, שהתעוררה אגב דיון בהסדר הפשרה שגיבשו ביניהם מבקש בקשת אישור ניהול התובענה שבנדון כייצוגית, נושאי המשרה, מבקרי הפנים ורואי החשבון המבקרים, בחברת אפריקה ישראל תעשיות בע"מ (להלן: "**הסדר הפשרה**").

היועץ המשפטי לממשלה, יפרוש להלן את עמדתו בנוגע לשאלת הבעלות בפוליסת הביטוח, ולשאלה המתלווה אליה בדבר מעמדו של נאמן שמונה במסגרת הליך חדלות פירעון של חברה, המבקש למנוע או להגביל את יכולתם של נושאי המשרה בחברה לעשות שימוש בתגמולי הפוליסה. זאת, למשל, במסגרת הגשת בקשה לבית המשפט הדן בבקשת אישור ניהול תובענה כייצוגית נגד נושאי המשרה בחברה וחברת הביטוח שביטחה את אחריותם ככאלה, כפי שהוגשה בענייננו. יובהר, כי למרות שלצורך הבהרת הדברים יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפוליסת הביטוח הספציפית שעומדת לדיון, הוא אינו נוקט עמדה בנוגע לעובדותיו של ההליך שבכותרת, אלא, ובהתאם להחלטת בית המשפט, פורש את עמדתו בנוגע לשאלה המשפטית העקרונית.

**א. עיקרי העובדות הרלוונטיות**

1. נגד חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן: "**אפריקה ישראל**" או "**חברת האם**") וחברת אפריקה ישראל תעשיות בע"מ (להלן: "**אפריקה תעשיות**" או "**חברת הבת**") ונושאי המשרה בשתי החברות, הוגשה במהלך שנת 2015 בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית בעילה של פרט מטעה והפרות חובות דיווח (להלן: "**בקשת האישור**" ו-"**התביעה**").
2. חברת האם נקלעה לחדלות פירעון ובהמשך לכך אושר הסדר חוב, שבמסגרתו נקבע, כי הוא חל על התביעה נגד החברה האם. עם זאת, הצדדים הסכימו ביניהם כי ההסדר לא יחול על בקשת האישור והתביעה בנוגע לחברת הבת.
3. ביום 29.10.2020 הורה בית משפט של חדלות פירעון על מתן צו לפתיחת הליכים בעניינה של חברת הבת (להלן: "**הצו לפתיחת הליכים**") ומינה נאמן לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן ובהתאמה: "**הנאמן**" ו"**חוק חדלות פירעון**").
4. ביום 15.11.2020 נעתר בית המשפט הנכבד לבקשת הנאמן ועיכב את הליכי התובענה הייצוגית נגד החברה הבת.

5. ביום 7.12.2020 הוגש לאישור בית המשפט הנכבד הסדר הפשרה בין המבקש, נושאי המשרה המשיבים וחברת הביטוח. ההסדר שהוגש לאישור מבוסס על תגמולים בסך 5 מיליון שקלים חדשים שתשלם חברת הביטוח לקבוצה המיוצגת (בעלי המניות בתקופה הרלוונטית בחברת הבת). חברת הבת עצמה אינה חלק מהסדר הפשרה, ואינה מחויבת בתשלום כל שהוא מכוחו, אלא רק נושאי המשרה בה וחברת הביטוח המבטחת בשמם ועבורם.
6. ביום 27.1.2021 הוגשה לבית המשפט הנכבד [בהתאם לסעיף 18ד לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006] עמדת הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים במסגרתה הודיעו הגורמים המקצועיים כי הם אינם מוצאים מקום להביע עמדה לגופו של הסדר הפשרה, לחיוב או לשלילה.
7. ביום 2.3.2021 הגיש הנאמן הודעה לבית המשפט הנכבד בה הודיע כי אין בהסדר הפשרה, אם יאושר, כדי לסלק טענות, תביעות או דרישות של חברת הבת או הנאמן כלפי נושאי המשרה בחברה, וכי לא יהיה באישור ההסדר כדי לפטור אותם מאחריותם בגין המעשים והמחדלים המתוארים בהליך כלפי החברה ונושיה.
8. בהודעתו לבית המשפט טען הנאמן, כי פוליסת ביטוח חבות דירקטורים ונושאי משרה (להלן: "הפוליסה" או "פוליסת הביטוח"), מהווה חלק ממסת הנכסים הכפופה להליכי חדלות פירעון של החברה, וכל שימוש בה מהווה הפרה של הצו לפתיחת הליכים ושל חוק חדלות פירעון. כמו כן, טען הנאמן, כי מאחר שהחברה היא בעלת הפוליסה, הרי שאם חברת הביטוח תשלם את סכום הפשרה בענייננו, יהיה הדבר על חשבונה בלבד ולא יהיה בו כדי לגרוע מהיקף הכיסוי של פוליסת הביטוח בגין נזקים שנגרמו לחברה ו/או לנושיה כתוצאה ממעשים ומחדלים נושא התובענה, אם אכן יוכחו.
9. לבסוף, טען הנאמן, כי האירועים נושא התובענה הייצוגית נחקרים על ידיו וכי המסכת העובדתית המתוארת בבקשת האישור מקימה בראש ובראשונה זכות תביעה לחברה, מאחר שהיא הנפגעת הראשית, בעוד הנזק לבעלי המניות הוא נזק תוצאתי אינצידנטלי שנבע ממעשים וממחדלים אשר הביאו לחדלות פירעונה של החברה. לפיכך, נטען כי החברה, באמצעות קופת הנשייה, זכאית לתגמולי הביטוח לפי הפוליסה, אשר יחולקו לנושים על פי סדרי הקדימה הקבועים בחוק.
10. הנאמן ביקש מבית המשפט הנכבד להורות על קבלת עמדת הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי בקשר עם הבקשה לאישור הסדר הפשרה, אולם בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 22.4.2021 קבע, כי הגורם המתאים להביע את עמדתו בהקשר זה הוא היועץ המשפטי לממשלה, שעמדתו משקפת שקלול של כלל האינטרסים הרלוונטיים. לפיכך, החליט היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו להליך ועל הבעת עמדתו כאמור להלן.

## ב. השאלה המשפטית

11. בהחלטתו הנזכרת לעיל, הפנה בית המשפט הנכבד אל היועץ המשפטי לממשלה את השאלה העקרונית בדבר הבעלות בפוליסת ביטוח מהסוג העומד לדיון בהליך זה, וזאת כדי להכריע בשאלת הסמכות של נאמן בהליכי חדלות פירעון, אשר עם מינויו נכנס בנעלי החברה חדלת הפירעון, למנוע את השימוש בכספי הכיסוי הביטוחי מכוח הפוליסה במסגרת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שהוגשה נגד נושאי המשרה בחברה.
12. כפי שיובהר להלן בהרחבה, למרות שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה הבעלות בפוליסת ביטוח מהסוג הנ"ל היא, אכן, של החברה, אין בכך ככלל כדי לייצר לנאמן בהליכי חדלות פירעון של החברה זכות וטו על יכולתם של נושאי המשרה וחברת הביטוח להגיע לפשרה עם צד ג' כלשהו הטוען כי נפגע מהתנהלותם של נושאי המשרה, ולשלם את תגמולי הפוליסה או חלקם לצד ג' זה, בקרות מקרה ביטוחי. לצד זאת,

סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי במקרים חריגים בהם בית המשפט של ההליך הייצוגי ימצא כי התנהגות הצדדים להסדר הפשרה עולה כדי חוסר תום לב בקיום חוזה הביטוח או בשימוש בזכות הנובעת ממנו, יוכל בית המשפט להחליט שלא לאשר את הסדר הפשרה בהליך הייצוגי, או לבחון את האפשרות להמתין עם האישור הנ"ל פרק זמן נוסף (למשל עד שתביעת הנאמן תוגש ותוכל להידון לפני בית המשפט). הכל כמפורט להלן.

### ג. הבעלות בפוליסת הביטוח והזכות לתגמולי הפוליסה

13. עם מתן צו לפתיחת הליכים נגד חייב שהוא תאגיד, קובע סעיף 25 לחוק חדלות פירעון כי הליכים נגד התאגיד יוקפאו וכי "נכסי קופת הנשייה יעמדו לפירעון חובות העבר של התאגיד והוצאות הליכי חדלות הפירעון, בלבד". סעיף 216 לחוק חדלות פירעון קובע, לגבי חייב שהוא תאגיד, כי בנכסי קופת הנשייה ייכלל כל נכס של התאגיד במועד מתן הצו לפתיחת הליכים וכל נכס שיוקנה לתאגיד עד למועד חיסולו. "נכס" מוגדר בסעיף 1 לחוק חדלות פירעון כ-"מיטלטלין, מקרקעין או זכויות".
14. בהקשר של פוליסת הביטוח נראה שניתן לציין שני סוגי זכויות חוזיות. הראשון הוא הבעלות בפוליסה והשני הוא הזכות לקבל תגמולי ביטוח בקרות מקרה הביטוח. ודוק, ההבחנה בין שני סוגי הנכסים היא הבחנה רוחבית שמוכרת ומקובלת בדיני הביטוח. בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק חוזה ביטוח"), ההבחנה היא בין מבטח, מבוטח ומוטב. מבוטח הוא הצד המתקשר שעמו נכרת חוזה הביטוח והוא עשוי להיות במצבים מסוימים המוטב (למשל בביטוח תאונות אישיות) ובמצבים אחרים המוטב עשוי להיות אחר (כמו למשל בביטוח חיים ריסק). על כן, בעוד בעלות בפוליסה עצמה, כעיקרון, מקנה את היכולת לשלוט על הכיסוי שזו מעניקה, לשנות את תנאיה, לגרוע או להוסיף מתוכה מוטבים ועוד, היא כשלעצמה אינה מקנה זכות לקבלת תגמולי הביטוח, ואלה יוקנו למי שיוגדר בפוליסה כמוטב או לצד ג', וזאת רק בקרות מקרה ביטוח.
15. לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, ואלא אם מחוזה הפוליסה עולה אחרת, הבעלות בפוליסת ביטוח שעניינה חבות דירקטורים ונושאי משרה היא של החברה, ואילו הדירקטורים ונושאי המשרה המכהנים בחברה הם במעמד של מוטבים. כך למשל, אם נושא משרה מכהן מסיים את תפקידו ומתמנה נושא משרה אחר במקומו ברי כי הפוליסה אינה "הולכת אחר הראשון" לתפקידו בחברה אחרת, אלא היא תחול במקום זאת על נושא המשרה שימונה במקומו. במילים אחרות, החברה היא בעלת הזכות לשנות את תנאי הפוליסה, ולגרוע ממנה או להוסיף לתוכה מוטבים, והיא אף מוגדרת לרוב בפוליסות ביטוח שונות כ-policyholder. מסקנה זו עולה מחוק חוזה ביטוח ומהנוהג שבשוק, ולמסקנה דומה הגיעו גם בתי המשפט האמריקנים שהתחבטו בסוגיה.<sup>1</sup>
16. עם זאת, מאחר שגם כוחו של בעל פוליסה עשוי להיות כוח מוגבל בנוגע לקבלת תגמולי הביטוח עצמם, מסקנה זו אין בה כדי לקבוע כי החברה (לרבות נאמן הנכנס בנעליה בהליכי חדלות פירעון) הינה גם הבעלים או בעלת זכויות ווטו על השימוש בתגמולי הביטוח.

<sup>1</sup> David R Lewison & Geraldine E. Ponto, D&O Liability Insurance in Bankruptcy: Who will Reap the Benefits, 1 PRATT'S J. BANKR. L. 366, 369 (2005). Acands, Inc. v. Travelers Cas. and Sur. Co., 435 F.3d 252, 260 (3d Cir. 2006) (citing Estate of Lellock v. The Prudential Ins. Co. of Am., 811 F.2d 186, 189 (3d Cir. 1987)); In re Louisiana World Exposition, Inc., 832 F.2d 1391, 1399 (5th Cir. 1987); In re SN Liquidation, Inc., 388 B.R. 579, 583-584 (Bankr. D. Del. 2008); In re World Health Alternatives, Inc., 369 B.R. 805, 809 (Bankr. D. Del. 2007); In re Allied Digital Technologies Corp., 306 B.R. 505, 509 (Bankr. D. Del. 2004).

#### **ד. מעמדו של נאמן שהתמנה במסגרת הליכי חדלות פירעון בעניינה של החברה ויכולתו למנוע או להגביל את השימוש של נושאי המשרה בחברה בתגמולי הפוליסה**

17. בעוד ההכרעה בנוגע לבעלות בפוליסת הביטוח עצמה פשוטה יחסית, ההכרעה בנוגע לזכות בתגמולי הפוליסה מורכבת יותר. מורכבות זאת נובעת מכך שפוליסת ביטוח דירקטורים ונושאי משרה כוללת כמה כיסויים ביחד. לרוב, היא כוללת שלושה כיסויים שונים: הראשון הוא כיסוי לדירקטורים ונושאי המשרה, שמקובל לכנות בלשון הפוליסות ה"ל side A; השני הוא כיסוי לחברה עצמה בגין פיצוי תמורת שיפוי שזו האחרונה העניקה לנושאי המשרה, אותו מקובל לכנות בלשון הפוליסות side B; והשלישי הוא כיסוי על תובענות ייצוגיות בניירות ערך בהן נתבעת החברה עצמה, מה שמקובל לכנות בלשון הפוליסות ה"ל side C. שלושת הכיסויים ה"ל נכללים לרוב תחת תקרה כספית אחת שסוכמת את התשלום המרבי מתוך הכיסויים שבפוליסה ("סכום הביטוח" בלשון חוק חוזה ביטוח).

18. ככלל, בדיון על מעמדו של הנאמן ויכולתו למנוע מדירקטורים ונושאי משרה להפעיל את פוליסת הביטוח, עשוי הנאמן להעלות שני סוגי טיעונים אשר בכל אחד מהם מעמד החברה או הנאמן (הבא בנעליה) שונה, וכל אחד מהם מייצר שאלה משפטיות שונה. סוג הטענות הראשון, אשר עלה גם בענייננו, הוא כי לחברה עצמה עשויות לעמוד טענות נגד נושאי המשרה, שהיא מעוניינת לתבוע בגין את נושאי המשרה ואת חברת הביטוח ועל כן שימוש בכיסוי הביטוחי של הדירקטורים ונושאי המשרה יפחית את התגמולים הפוטנציאליים שתקבל החברה אם תזכה בתביעתה (בשפה של פוליסות הביטוח ניתן להמשיג את הטענה הזו בתור שתי תביעות נגד אותם נושאי משרה שמתחרות על התגמולים הנובעים מהכיסוי המוענק תחת Side A). הסוג השני של הטענות, **שלא** עלה בענייננו, אולם הוא רלוונטי לא פחות לדיון בסוגיה העקרונית, נובע מכך שגם החברה עצמה מבוטחת לעיתים תחת הפוליסה (בכיסוי שתואר לעיל כ-Side C), ולכן שימוש בפוליסה על ידי הדירקטורים יקטין את הכיסוי הביטוחי העומד לחברה אם תתבע בתביעה המכוסה על ידי הפוליסה ותימצא אחראית במסגרת התביעה (טענה זו ניתן להמשיג בתור תחרות בין Side A ל-Side C). בעוד שבסוג הטענות הראשון מעמדה של החברה הוא של **תובעת** ולכן דומה למעמדו של כל צד שלישי אחר שטוען כי נפגע על ידי נושאי המשרה והדירקטורים, בסוג הטענות השני החברה היא במעמד של **נתבעת** ולכן חובשת את 'כובעה' כמוטבת נוספת בפוליסה. הדיון המשפטי להלן יתמקד תחילה בסוג הטענות השני, ולאחר מכן בסוג הטענות הראשון.

#### **ד.1. החברה כנתבעת**

19. מאחר שמהות הטענה היא תחרות בין שני מוטבים באותו חוזה ביטוח אשר קובע תקרה אחת לכיסוי הביטוחי שלהם, הרי שניתוח טענה של החברה לפגיעה בכיסוי הביטוחי שלה צריך להתחיל, כמו בכל מקרה בו קיים חוזה, מניתוח לשון הפוליסה המסוימת בה עסקינן. פוליסות ביטוח רבות קובעות מדרג תשלומים (order of payments) אשר מסדיר את השאלה. כך למשל, הפוליסה בהליך שבענייננו קובעת כי המבטח ישלם תחילה את תגמולי הביטוח לנזק המכוסה תחת side A, לאחר מכן שארית תקרת הפוליסה תשמש לתשלום לנזק המכוסה תחת side B (אם מנכ"ל החברה ביקש בכתב תשלום של חלק זה), ורק הסכום שיוותר לבסוף ישמש לכיסוי הנזק לחברה המכוסה תחת side C. מבלי לפגוע באמור לעיל, עיון בפוליסה בענייננו מראה, כי היא כוללת הערה מפורשת לפיה חדלות פירעון של חברה או אדם המבוטחים בפוליסה לא ישחררו את המבטח מחבותו להעדיף את התשלומים לפי המדרג שפורט לעיל.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> עמ' 31 לפוליסה, סעיף 6' ל-2 Endorsement No.

20. אם הפוליסה לא קבעה מראש מדרג תשלומים המאפשר להכריע מהו המדרג הראוי, יש לבחון מהותית ותכליתית האם יש בכיסוי שניתן לתאגיד במסגרת הפוליסה כדי להפוך את תגמולי הביטוח ל"נכס" של החברה. בהקשר זה, אחד המבחנים שאומצו בפסיקה האמריקנית הוא, האם מיצוי של תגמולי הביטוח יהיה בעל השפעה שלילית על קופת הנשייה ויגרום לדלדולה – the proceeds will be property of the estate if depletion of the proceeds would have an adverse effect on the estate to the extent the policy actually protects the estate's other assets from diminution<sup>3</sup>, או במילים אחרות האם הכיסוי הביטוחי מגן בפועל מפני הפחתת נכסי קופת הנשייה. מאחר שללא קרות מקרה ביטוחי אין למבוטח זכות בתגמולי הביטוח הרי שאם לא קיימת תביעה תלויה ועומדת נגד החברה (שמהווה לפי תנאי הפוליסה מקרה ביטוחי כחלק מכיסוי Side C), או דרישה לשיפוי מצד הדירקטורים ונושאי המשרה שלה (שמהווה לפי תנאי הפוליסה מקרה ביטוחי כחלק מכיסוי Side B), אלא הטיעון של החברה מתבסס על תביעות ספקולטיביות או תיאורטיות שטרם באו לעולם – ככלל אין בכך כדי להפוך את תגמולי הביטוח לנכס של החברה.<sup>4</sup>

21. לפיכך, עומדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי הזכות של חברה (לרבות בעל תפקיד הנכנס בנעליה במסגרת הליכי חדלות פירעון) לתגמולי Side C בקרות מקרה ביטוחי היא תיאורטית כל עוד לא הוכח אחרת, ומכאן, שבמקרים בהם הפוליסה לא קבעה מראש מדרג תשלומים (כלומר, שלא כמו בענייננו), אך גם לא עומדת כלפי החברה תביעה קונקרטית המכוסה ב-Side C בפוליסה (או מקרה ביטוחי המכוסה ב-Side B בפוליסה), אזי לא יהיה בכוחה של החברה (לרבות בעל תפקיד כאמור) למנוע את תשלום תגמולי הביטוח (Side A) לצדדי ג' שנפגעו מהתנהלות נושאי המשרה. וכאמור לעיל, עצם העובדה שהחברה היא בעלת הפוליסה (ה-Policyholder) אינה מעלה או מורידה לעניין מסקנה זו.

## 2.ד. החברה כתובעת נגד נושאי המשרה וחברת הביטוח

22. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס עתה לסוג הטיעונים הראשון מבין השניים שתוארו לעיל אשר הועלה גם בהליך זה. הנאמן בענייננו טוען, כי מאחר שלטעמו המסגרת העובדתית על בסיסה הוגשה בקשת האישור עשויה להקים זכות תביעה גם לחברה חדלת הפירעון כלפי נושאי המשרה (ומתוך כך כלפי חברת הביטוח שביטחה את חבותם), הוא מתנגד לשימוש של נושאי המשרה בתגמולי הפוליסה באופן שיקטין את היקף התגמולים בהם קופת הפירוק עשויה לזכות ככל שתביעה שיגיש הנאמן (בשם החברה) נגד נושאי המשרה והדירקטורים תתקבל.

23. לעומת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, הדין בנוגע לטענות מסוג זה עיקרו בכלל לפי 'כל הקודם זוכה'. החברה או הנאמן אינם שונים מכל צד ג' "נפגע" אחר שעשוי להחליט לתבוע את נושאי המשרה. כך, בטרם הגיש את תביעתו, ברי כי לא עומדת לו זכות לעכב או להגביל שימוש בפוליסת ביטוח חבות נושאי משרה ודירקטורים במערכת היחסים עם צד ג' "נפגע" אחר שהקדים אותו וכבר הגיש תביעה. היטיב לתאר זאת בית המשפט של פירוק של מדינת דלאוור בדונו בבקשה של נאמן להגביל את הוצאות ההגנה שתוכל חברת הביטוח לשלם לנושאי המשרה, שכתב כי: "The Trustee's real concern is that payment of defense costs may affect his rights as a plaintiff seeking to recover from the D&O

<sup>3</sup> In Re Allied Digital Technologies Corp., 306 B.R. 505, 512 (Bankr.D.Del. 2004).

<sup>4</sup> Michael H. Reed, Competing Claims to D&O Liability Insurance Proceeds: The Directors and Officers versus the Bankruptcy Trustee, 6PRATT'S J. BANKR. L. 667, 680 (2010); Epling, R. L., Brennan, K. A., & Johnson, B. intersections of Bankruptcy law and insurance Coverage litigation. Norton-Journal of Bankruptcy Law and Practice, 21(2), 103, 110 (2012) (analyzing the Downey Financial Case); In re Adelphia Commc'ns Corp., 298 B.R. 49, 53 (S.D.N.Y. 2003); R Lewison & Ponto, pg. 370.

Policy rather than as a potential defendant seeking to be *protected by* the D&O Policy. In this way, Trustee is no different than any third party plaintiff suing defendants covered by a wasting policy. No one has suggested that such a plaintiff would be entitled to an order limiting the covered defendants' rights to reimbursement of their defense costs.<sup>5</sup> על בסיס

זה, כמו בכל מקרה ביטוחי אחר, עצם הטענה שקיים צד ג' שנוקו עשוי היה להיות מכוסה על ידי הפוליסה אך **טרם הגיש תביעה רלוונטית**, לא צריכה להגביל, כשלעצמה, את יכולתו של המבוטח בביטוח האחריות לעשות שימוש בפוליסה כדי לפצות נפגע אחר **שכן הגיש כבר את תביעתו**.

24. גם לו תשמע הטענה כי החברה אינה נפגע "קלאסי", משום שלרצונה לתבוע את נושאי המשרה מתווספת עמדתה הן כמוטבת נוספת בפוליסה והן כבעלת הפוליסה (כלומר, שילוב בין שני סוגי הטיעונים שהוצגו לעיל), לעמדת היועץ המשפטי לממשלה אין בכך כדי לשנות מהעמדה לפיה נאמן הנכנס בנעלי החברה ומעוניין למנוע את תשלום תגמולי הביטוח לצד ג' בשל שאיפתו לתבוע בעצמו (בשם החברה) את נושאי המשרה ולזכות בתגמולי הביטוח אינו יכול להתנגד לתשלום על בסיס זה בלבד.

25. הדברים נלמדים ראשית מהוראות סעיף 68 לחוק חוזה ביטוח, שקובע כי "בביטוח אחריות רשאי המבטח – ולפי דרישת הצד השלישי חייב הוא – לשלם לצד השלישי את תגמולי הביטוח שהמבטח חייב למבוטח, ובלבד שהודיע על כך בכתב למבוטח 30 ימים מראש והמבוטח לא התנגד תוך תקופה זו...".

26. בפסיקה נקבע, כי "הסעיף אינו מפרט את הטעמים שבעטיים רשאי המבוטח להתנגד לתשלום תגמולי הביטוח לצד השלישי. אולם בפסיקה הובהר כי התנגדות המבוטח להסכם פשרה עשויה להישען על טעמים רבים ומגוונים, כגון הרצון להימנע מתשלום השתתפות עצמית; רצון להימנע מייקור עתידי של פרמיות הביטוח כתוצאה מהפעלת הפוליסה; חשש מפגיעה במוניטין המקצועי שלו עקב הכרה באחריותו כלפי צד שלישי או קיומה של הגנה טובה העומדת לו כלפי הצד השלישי, אך אינה עומדת למבטח, כגון טענת קיזוז... **בכל מקרה, על המבוטח לפעול בתום לב ובסבירות בעת השימוש בזכות ההתנגדות והוא אינו יכול להעלות התנגדויות סתמיות ללא צורך אמיתי**. (ר' ת"א 745772/03 **הראל חברה לביטוח בע"מ נ' שנע 1984 יועצים בע"מ** (פורסם בנבו 17.6.04)) – ראו בת"א (שלום ת"א) 32439-09-17 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' נטו מ.ע. אחזקות בע"מ** (פורסם בנבו 16.1.2019).

27. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ספק אם התנגדות שמקורה ברצונו של המבוטח לתבוע בעצמו מוטב אחר תחת הפוליסה, בוודאי כאשר זו מתבססת על תביעה תיאורטית שטרם באה לעולם, עולה בגדר התנגדות שמבוססת על "צורך אמיתי". הנאמן במקרה זה אינו שונה מכל נפגע אחר השוקל לתבוע גם הוא את המבוטח ואת חברת הביטוח, וחושש גם הוא ממיצוי כספי הפוליסה במסגרת תביעה של צד אחר שכבר הוגשה. העובדה שלצד 'כובעו' זה כתובע פוטנציאלי הוא חובש גם כובעים נוספים של בעל הפוליסה ושל מוטב נוסף שמבוטח תחתיה (בסוג כיסוי אחר), אין בה כדי לשנות ממסקנה זו.

28. בנוסף לאמור לעיל, דברים אלה ניתנים להקשה גם מהוראת סעיף 71(ב) לחוק חוזה ביטוח, בה נקבע כי "פעולה של המבוטח, של המבטח, של הנאמן בפשיטת רגל, של המפרק, של כונס הנכסים או של המנהל, אין בכוחה לגרוע מזכויות הצד השלישי לפי סעיפים 68 ו-69". הנה כי כן, כניסתה של החברה לחדלות פירעון אינה משנה את מערך הזכויות לפי סעיף 68 לחוק חוזה ביטוח ואת זכות ההתנגדות המוקנית לה, כפי שהוצגה לעיל, שהשימוש בה צריך להיעשות בתום לב.

**3. ד. החריג: מקום שבית המשפט מוצא כי ישנו חשש לחוסר תום לב במסגרת גיבוש הסדר הפשרה**

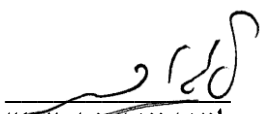
<sup>5</sup> In Re Allied Digital Technologies Corp., pg. 512; In re World Health Alternatives, Inc. 369 B.R. 805 (Bankr. D. Del. 2007).

29. בצד האמור לעיל, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי ייתכנו מקרים חריגים בהם יוכח (במובחן מטענה בעלמא) לפני בית המשפט הדין באישור הסדר פשרה שיש לו השפעה מהסוג הנ"ל על כספי פוליסת הביטוח, כי התנהגות הצדדים להסדר הפשרה עולה כדי חוסר תום לב בקיום חוזה הביטוח או בשימוש בזכות הנובעת ממנו. במקרים כאלה, יוכל בית המשפט להחליט שלא לאשר את הסדר הפשרה בהליך הייצוגי/הנגזר, או לבחון את האפשרות להמתין עם האישור הנ"ל פרק זמן נוסף (למשל, עד שתביעת הנאמן תוגש ותוכל להידון אף היא על ידי בית המשפט).

## ה. סיכום

30. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה :

- א. למרות שבדרך כלל החברה היא בעלת פוליסת ביטוח נושאי המשרה, מאחר שגם כוחו של בעל פוליסה עשוי להיות כוח מוגבל בנוגע לקבלת תגמולי הביטוח עצמם, לא נגזר מכך כי יש לחברה (לרבות לנאמן הנכנס בנעליה מתוקף הליכי חדלות פירעון) זכות למנוע מחברת הביטוח לשלם את תגמולי הפוליסה לצד ג' שנפגע מפעולות/מחדלים של נושאי המשרה המבוטחים בה.
- ב. בכל הנוגע לטענה אפשרית של הנאמן כי שימוש כאמור בתגמולי הפוליסה יפגע בחברה חדלת הפירעון בכובעה **כתבועת פוטנציאלית** שאחריותה מכוסה גם היא תחת הפוליסה – הרי שלרוב חוזה הפוליסה קובעים מראש את מדרג הכיסויים, ומקום שלא נקבע מדרג כזה אך מנגד גם לא התרחש אירוע ביטוחי המקנה לחברה כמוטבת את הזכות לתגמולי ביטוח, ככלל לא יוכל הנאמן (הנכנס בנעלי החברה) לבלום את השימוש האמור בתגמולי הפוליסה.
- ג. בכל הנוגע לטענה אפשרית של הנאמן כי שימוש כאמור בתגמולי הפוליסה יפגע בחברה בכובעה **כתבועת פוטנציאלית** נגד נושאי המשרה (וחברת הביטוח), העיקרון השליט בעניין זה הוא "כל הקודם זוכה" ומכאן שתביעה תאורטית שטרם באה לעולם לא מקימה לנאמן (הנכנס בנעלי החברה) זכות למנוע שימוש בתגמולי הפוליסה כמתואר לעיל.
- ד. בצד האמור, גם במקרים בהם המסקנה היא שלבעל התפקיד לא קמה זכות למנוע את השימוש בתגמולי פוליסת הביטוח, ייתכנו מקרים (גם אם חריגים) שבהם בית המשפט הדין באישור הסדר פשרה המשפיע באופן הנ"ל על כספי פוליסת הביטוח ימצא כי התנהגות הצדדים להסדר הפשרה עולה כדי חוסר תום לב בקיום חוזה הביטוח או בשימוש בזכות הנובעת ממנו. במקרים כאלה, יוכל בית המשפט, אם ימצא את הדבר לנכון וצודק בנסיבות העניין, להחליט שלא לאשר את הסדר הפשרה בהליך הייצוגי/הנגזר, או לבחון את האפשרות להמתין עם האישור הנ"ל פרק זמן נוסף (למשל עד שתביעת הנאמן תוגש ותוכל להידון אף היא לפני בית המשפט).

  
**ליאב וינבאום ע"ד**  
**משנה לפרקליטת מחוז תל**  
**אביב (אזרחי)**  
**ב"כ היועץ המשפטי לממשלה**