



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6187/15

לפני :

כבוד השופט (בדימו') י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

המערערת :

פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן
לעמיתי "קרן הפנסיה של הסתדרות העובדים
הלאומית בע"מ"

נ ג ד

המשיבים :

1. מיכאל צולר
2. אברהם הירשזון
3. יהודה זיכרמן
4. ציון כהן
5. יונה גראור
6. מרדכי כהנא
7. משה כהנא
8. אברהם עיישה
9. אנשל אשכנזי
10. גדעון דורון ז"ל
11. אריק קודלר
12. מאיר לוי
13. ניסים רוני אקוקה
14. חיים אברהם
15. חיים בשארי
16. אמנון נגר
17. ליאורה כחלון
18. איתן רוזנמן
19. פושקין ניהול וייעוץ בע"מ
20. מלון הוד המדבר בע"מ

ובעניין :

היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
מיום 10.6.2015 (כבוד השופט הבכיר י' פדגון) ב-ת"א
2058/09

בשם המערערת :

עו"ד ארנון שגב ; עו"ד עופר יובל ; עו"ד הילה אהרונ

בשם המשיבים 1, 3, 4, 10, 11,
18 ו-19 :

עו"ד בעז בן צור ; עו"ד קרן שמש ; עו"ד אורי שנלר

בשם המשיב 2 :

עו"ד אלירם בקל ; עו"ד עודד גזית

בשם המשיבים

עו"ד נדב ויסמן ; עו"ד אור בר-און גיל ;
עו"ד אדם שפירא

5-9 ו-12-17 :

בשם היועץ המשפטי לממשלה : עו"ד אפי יגל

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 10.6.2015 (כבוד השופט הבכיר י' פרגו, ת"א (מחוזי ת"א) 2058/09) (להלן: פסק הדין). במסגרת פסק הדין נדחתה תביעה כספית של המערערת והמשיבה 20 בסכום כולל של כ- 190,000,000 ש"ח, נגד גורמים שכיהנו אצלן כנושאי משרה בגין שלוש פרשות שונות שאירעו בין השנים 1997 ל-2004 (להלן: התביעה).

עסקינן בתביעה של קרן פנסיה וחברה בת שלה, נגד המנהלים והדירקטורים שניהלו אותן בעבר. התביעה הוגשה, בין היתר, על רקע דוח ביקורת שנערך לבקשת משרד האוצר ובו נתגלו ליקויים רבים שנפלו לכאורה בהתנהלות נושאי המשרה – המשיבים דכאן. בית המשפט המחוזי בחן את הטענות לגופן וקבע כי לא נפל כל פגם בהתנהלות האישית של המשיבים. במסגרת הערעור אנו נדרשים להכריע אם יש מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי, ולחייב את המשיבים בגין הנזקים שלגישת קרן הפנסיה התנהלותם הסבה לה.

המסגרת העובדתית

2. במרכז הערעור ניצבת קרן ביטוח לעובדים קופת תגמולים וקרן פנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ (להלן: הקרן). עסקינן בקרן פנסיה ותיקה שהתאגדה ללא הון מניות ומנהלת תכניות פנסיה שתכליתן תשלום כספי קצבה ותשלומים נוספים לחברי הקרן ושאריהם. כפי שעולה מהשם שהוענק לקרן, היא הוקמה על ידי הסתדרות העובדים הלאומית (להלן: ההסתדרות הלאומית), ובהתאם הוקנה להסתריות הלאומית מעמד של "חבר תמידי" בקרן (מעמד זה עוגן בתקנון הקרן, להלן: התקנון). במסגרת התקנון נקבע כי לחבר התמידי 50% מזכויות ההצבעה באסיפה הכללית של הקרן; וכן זכות למנות את חברי מועצת המנהלים וחברי הוועד הפועל (כיום הכוונה ככל הנראה למנכ"ל, יו"ר הדירקטוריון וחברי הדירקטוריון). עוד נקבע כי "החבר התמידי יהיה פטור מכל תשלום שהוא לחברה וכן לא יהיה רשאי להפיק מהחברה את כל אותן ההנאות הכספיות והאחרות שאותן מפיקים החברים הרגילים" (סעיף 55 לתקנון); ובמקום אחר בתקנון צוין במפורש כי רווחי החברה יחולקו בין חבריה "הרגילים" (לשון התקנון), בעוד החבר "התמידי" אינו רשאי להשתתף ברווחים (סעיף 69 לתקנון).

3. בחודש אפריל 2007 פנה הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון לרו"ח ראובן סווירי על מנת שהלה יערוך דוח ביקורת על התנהלות הקרן, כאשר הדגש הושם על בחינת פעילות הקרן בין השנים 2002–2006 (להלן: הממונה ו-סווירי, בהתאמה). בחודש יוני 2008 מונה עו"ד ארנון שגב כמפקח מיוחד בקרן (להלן: המפקח). דוח סווירי הוגש בחודש יולי 2008 והצביע על ליקויים רבים בהתנהלותה של הקרן, שלשיטתו הסבו נזקים של ממש לכספי העמיתים (להלן: דוח סווירי). כחודש לאחר שהוגש הדוח, מינה הממונה את יעל אנדרון למנהלת המורשית של הקרן; והופקעו סמכויות הניהול מידי מנהליה הקודמים של הקרן (להלן: המנהלת המורשית).

כשנה לאחר מינויה, הגישה הקרן באמצעות המנהלת המורשית את התביעה שביסוד הערעור. התביעה הוגשה בשם הקרן וחברה שהייתה בבעלות הקרן – הוד המדבר מלון בע"מ (המשיבה 20) (להלן: הוד המדבר), נגד נושאי משרה ובעיקר דירקטורים, שכיחנו בחברות אלה. בחודש מרץ 2010 רכשה פסגות פנסיה בע"מ (להלן: פסגות) את הקרן, ומשכך ביום 17.7.2011 הותר לה לבוא בנעלי הקרן כ"תובע נאמן". עוד יצוין כי לאחר שהוגש הערעור, הגישה פסגות בקשה לשינוי שם המערערת מאחר שפסגות פנסיה בע"מ מוזגה עם חברת פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ (אתייחס אף לחברה זו כאל פסגות); וביום 25.1.2016 הורה הרשם ג' לובינסקי-זיו על קבלת הבקשה. למען הנוחות, אתייחס לתובעות בהליך שנוהל בבית המשפט המחוזי וכן למערערת בהליך שלפנינו כ-מערערת; וזאת על אף שהתביעה הוגשה כאמור בשם הקרן והוד המדבר יחד, בעוד הערעור הוגש על ידי פסגות בלבד במעמדה כנאמן לעמיתי הקרן.

4. עסקינן בתביעה של תאגיד נגד נושאי משרה שכיחנו בו. התביעה ייחסה למשיבים 1–18 שכיחנו כנושאי משרה בקרן ובהוד המדבר גרימת נזק לנכסי העמיתים שנוהלו על ידם. להלן תיאור תמציתי של המשיבים, כפי שהובא בפסק הדין ובכתבי הטענות של הצדדים. דמויות המפתח בהליך הם המשיב 1, מיכאל צולר, ששימש במועדים הרלוונטיים כנושא משרה, יו"ר דירקטוריון, דירקטור וחבר ועדת ההשקעות של הקרן; וכן כדירקטור בהוד המדבר (להלן: צולר). המשיב 2, אברהם הירשזון כיהן כיו"ר ההסתדרות הלאומית וכדירקטור ובעל זכות חתימה בהוד המדבר. המשיב 3, יהודה זיכרמן שימש כמנכ"ל ודירקטור בהוד המדבר; ונציג בשותפות שהייתה בבעלות הוד המדבר (להלן: זיכרמן). המשיב 4, ציון כהן, שימש כנושא משרה בקרן והתמנה למנכ"ל הקרן באפריל 2003 (להלן: כהן). המשיבים 5–9 שימשו כחברים בדירקטוריון של הקרן, בעוד המשיבים 11–18 שימשו כדירקטורים חיצוניים בקרן – וחלקם אף

שימשו כחברי ועדת הביקורת או ועדת ההשקעות של הקרן. המשיב 10, גדעון דורון ז"ל שימש כיו"ר דירקטוריון הקרן מחודש יוני 2003 עד לשנת 2007, והלך לעולמו במהלך ההליכים בבית המשפט המחוזי. המשיבה 19, פושקין ניהול וייעוץ בע"מ (להלן: פושקין), היא חברה פרטית שבבעלותו של צולר. אלא אם כן יצוין אחרת, משיבים 1–19 יכוננו יחד המשיבים; וייאמר כי המשיבים 1–19 הוגדרו יחדיו כ"משיבים" מטעמי נוחות, הגם שלא כל אחד מן המשיבים הללו היה מעורב בכל אחת מן הפרשות שאליהן אתייחס בפסק דין זה. עוד יוער כי בית המשפט המחוזי חילק את המשיבים לקבוצות, בהתאם לייצוג המשפטי שנשכר על ידם. הירשזון יוצג בנפרד; צולר, זיכרמן, כהן, פושקין והמשיבים 11 ו-18 יוצגו יחד וכוננו "קבוצת צולר"; בעוד משיבים 5–9 ו-12–17 יוצגו יחד וכוננו "קבוצת אשכנזי".

במסגרת התביעה הוטחו טענות קשות כלפי המשיבים במסגרת שלוש פרשות שאירעו בין השנים 1997 ל-2004, כאשר חלק מרכזי מהטענות הופנה כלפי צולר עצמו. אפנה לתיאור של אותן פרשות, תוך שאדרש בקצרה לליקויים שלטענת המערערת נפלו בהתנהלות המשיבים בכל אחת מהן ולסעדים שנתבעו בגינם.

(1) פרשת שיפוף המלון – השקעות הקרן במלון "הוד המדבר"

5. הפרשה הראשונה נסבה על מלון "הוד המדבר" השוכן לחוף ים המלח, שבבעלות חברת הוד המדבר (להלן: המלון). עד לחודש יולי 1997, החזיקה הקרן ב-20% ממניות המלון; יתרת מניות המלון היו בבעלות קופת חולים לאומית (60%) (להלן: קופת חולים) ובבעלות ההסתדרות הלאומית (20%). יצוין כי שלושת התאגידים הללו היו קשורים זה לזה וחלק מקבוצת ההסתדרות הלאומית. ביולי 1997 רכשה הקרן מקופת חולים את מניות המלון, כך שהיא הפכה לבעלים ב-80% מהון המניות של המלון; ובשנת 2001 רכשה הקרן אף את חלקה של ההסתדרות הלאומית – שאז הקרן הפכה לבעלים הבלעדיים במלון.

קודם לרכישת מניות קופת חולים, הוקמה ועדת מקצועית להערכת שווי המלון על מנת לאפשר לקרן לבחון את כדאיות רכישת זכויותיה של קופת חולים במלון ולצורך ההתחשבנות בין קופת חולים לקרן. חברי הוועדה היו נח גרינוולד, הכלכלן הרצל שלם ורו"ח אילנה דריהר, ולדברי המערערת היו אלה צולר והירשזון שיזמו את הקמתה (להלן: דוח גרינוולד). דוח גרינוולד הוגש ביום 14.4.1997 ונקבע בו כי שווי של המלון עומד על 15.8 מיליון דולר, תוך שצוין כי נדרשת השקעה נוספת של 4 מיליון דולר על מנת להביאו לרמה סבירה של ארבעה כוכבים. לנוכח קביעה זו, דוח גרינוולד הפחית משווי של המלון בפועל (שלהערכתו עמד אז על כ-19.3 מיליון

דולר), את ההשקעה הנדרשת במלון וקבע כי על הקרן לשלם לקופת חולים 9.5 מיליון דולר בגין אחזקותיה במלון (60%). ביום 20.7.1997 אישר דירקטוריון הקרן את רכישת מניות קופת חולים במלון.

6. בפועל, וחרף ההערכה שצוינה בדוח גרינוולד לעניין היקף ההשקעה הנדרש במלון, בין השנים 1998–2002 השקיעה הקרן כ-98 מיליון ש"ח בשיפוץ המלון, באמצעות שטרי הון (ללא הצמדה וריבית) שהנפיק המלון לקרן; וכן הוזרמו מהקרן כספים לשם כיסוי הפסדיו התפעוליים של המלון. בתום השיפוצים שנערכו במלון, הזמינה הקרן הערכת שווי למלון ממר ניקי פרימו, מתכנן ערים ושמאי מקרקעין; ובחוות דעתו מיום 3.5.2004 נקבע כי שווי השוק של המלון הוא 72 מיליון ש"ח. לדברי המערערת, עקב עדכון שווי השוק של המלון (שנערך כאמור בשנת 2004), נעשתה הפחתה של כ-107 מיליון ש"ח בדוחותיה הכספיים של הקרן לשנת 2003.

פרשת המלון נוגעת לצולר, הירשזון וזיכרמן וכן למשיבים 5–9 ו-11–13 שביניהם בתקופת הזמן הרלוונטית כדירקטורים בקרן ובמקביל אף כבעלי תפקידים בהסדרות הלאומית ובחברות שונות שהיו בבעלותה; ובהתייחסי למשיבים בקשר עם פרשת המלון הכוונה למשיבים אלה. לשיטת המערערת, היקף הכספים שהושקעו במלון לאורך השנים מעיד על כך שהמשיבים בפרשה זו לא בחנו את כדאיות עסקת רכישת המלון עוד בשנת 1997, וכן שבמשך שנים הזניחו את תפקידם ולא ביקרו או פיקחו על העברות הכספיים מהקרן למלון. עוד טענה המערערת כי הסכומים שהועברו למלון חרגו מכללי ההשקעה שחלו בתקופה זו על קרנות פנסיה, כפי שנקבעו בתקנה 41 כ לתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964 (להלן: כללי ההשקעה ו-תקנות מס הכנסה, בהתאמה). בשל התנהלות זו תבעה המערערת את המשיבים בפרשת המלון בגין נזקי השיפוץ שלשיתתה הסתכמו בסך של 162,498,800 ש"ח. המערערת אף הלינה על כך שההסדרות הלאומית לא השתתפה בעלות השיפוץ של המלון או בהפסדיו התפעוליים, על אף חלקה היחסי בבעלות בו, וסברה כי יש לראות בכך הפקת טובות הנאה של ההסדרות הלאומית ("החבר התמידי") מהקרן, שהיא אסורה לפי תקנון הקרן. התנהלות זו לדברי המערערת, מעידה על כך שנושאי המשרה ביכרו את האינטרסים של ההסדרות הלאומית, שמינתה אותם לתפקיד, על פני האינטרסים של עמיתי קרן הפנסיה; וכי הם פעלו בניגוד עניינים ובהפרת אמונים. בהתייחס לטענות אלה, תבעה המערערת השבה של 5,132,2000 ש"ח. לנוכח כלל האמור, טענה המערערת כי המשיבים בפרשת המלון ביצעו עוולה של הפרת חובת חקוקה ורשלנות, הפרו את תקנון הקרן שיש לראות בו משום הסכם הנאמנות עם העמיתים והפרו את חובות האמונים, האמון והזהירות שהם חבים לעמיתים.

על מנת שהתמונה לא תימצא חסרה, יצוין כי ביום 18.7.2011, לאחר שפסגות רכשה את הבעלות בקרן, נמכרו הזכויות במלון לארקיע קווי תעופה ישראלים בע"מ. שווי העסקה הועמד על כ-130 מיליון ש"ח.

(2) פרשת העברת דמי ניהול ל-ה.ע.ל תשורה

7. סיפור המעשה השני נסוב על חברת ה.ע.ל תשורה שהוקמה ביוזמת צולר על מנת לספק שירותי ניהול לקרן. קודם להקמת ה.ע.ל תשורה, שירותי הניהול סופקו לקרן על ידי חברת תשורה תשואה ושירות בע"מ (להלן: תשורה), שהייתה בבעלות צדדים שלישיים שאינם קשורים לקרן או להסתדרות הלאומית. בהסכם של הקרן עם תשורה משנת 1989, סוכם כי היא תשווק את הקרן בקרב הציבור הרחב וכן תעניק לקרן שירותים שונים – ובתמורה לכך תהא זכאית לדמי ניהול בשיעור שהוסכם על הצדדים.

בשנת 1996 נתגלעו מחלוקות מהותיות בין הקרן לתשורה, בין היתר בנוגע לשיתוף מידע ונתונים שהיו בידי תשורה, ועקב מחלוקות אלה נקטה הקרן בתביעה משפטית נגד תשורה. בחודש אוגוסט 2002 עלה בידי הצדדים לסיים את ההליך המשפטי על דרך הפשרה, והסכם הפשרה שגובש קיבל תוקף של פסק דין. בהסכם הפשרה הוסכם על סיום היחסים בין הצדדים – נקבע כי ניהול הקרן ותפעולה יהיו באחריות הקרן בלבד, ויתבצעו באופן בלעדי על ידי מוסדותיה המוסמכים. בהתאמה, נקבע כי דמי הניהול שהשתלמו עד לאותה עת לתשורה ישולמו ממועד ההסכם והלאה לידי הקרן; תוך שהוסכם כי חלק מאותם דמי ניהול ישולמו באופן זמני ולתקופה מוגבלת לידי תשורה. עוד הוסכם כי הקרן תוכל לשמור על השם "תשורה" ולהמשיך לעשות בו שימוש. ביום 17.11.2002, התכנסה האסיפה הכללית של הקרן ואישרה להעביר לידי צולר 18% מהסכום שנחסך לקרן מכך שחדלה לשלם דמי ניהול לתשורה בגין שנת 2003; וזאת מאחר שצולר הוא שהביא להסדרת וסיום היחסים עם תשורה ל"שביעות רצונה המלא של הקרן, העמיתים ובעלי המניות".

8. בהמשך לסיום היחסים בין הקרן לתשורה, ביום 17.11.2002 (ביום שבו התקיימה ישיבת האסיפה הכללית הנזכרת לעיל) הועלתה בישיבת דירקטוריון הקרן אפשרות הקמת "חברת ה.ע.ל-תשורה ניהול קרנות פנסיה בע"מ, שתיתן שירותי הנהלת חשבונות ומיחשוב לקרנות פנסיה". ביום 5.12.2002 נוסדה ה.ע.ל-תשורה בע"מ (לעיל ולהלן: ה.ע.ל תשורה), וההסתדרות הלאומית נרשמה כבעלת המניות היחידה בה; יצוין כי צולר הוא שחתום על מסמכי ההתאגדות של החברה בשם ההסתדרות הלאומית. באותו החודש, ביום 26.12.2002, אישר דירקטוריון הקרן להעביר את דמי הניהול

שגובה הקרן, בניכוי ההוצאות בפועל, לידי ה.ע.ל תשורה וזאת בהתאם להסכם שירותים שייחתם בין הצדדים. החל משנת 2003, ובפועל עוד טרם שנערך הסכם ההתקשרות בין הצדדים, העבירה הקרן את דמי הניהול לידי ה.ע.ל תשורה. צולר יחד עם עובדים נוספים של הקרן, עבר לעבוד בה.ע.ל תשורה ושימש כיו"ר הדירקטוריון שלה. לדברי המערערת, ביום 11.9.2003 הורה דירקטוריון הקרן על העברת טיטת ההסכם עם ה.ע.ל תשורה לאישור ועדת הביקורת של הקרן; ובו ביום ניתן אישור הוועדה. ביום 8.1.2004 אישר דירקטוריון הקרן את ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה, וזו הוחלה רטרואקטיבית מיום 1.1.2003; ביום 21.12.2005 הסכם זה הוארך. להשלמת התמונה, יצוין כי ה.ע.ל תשורה סיפקה שירותי ניהול לקרן ובמקביל אף לקרן ההמשך שהוקמה לה – יובלים ניהול קרנות פנסיה בע"מ (להלן: יובלים). ויבואר, כי יובלים הוקמה בשנת 1995 עקב הרפורמה שנערכה בענף הפנסיה שבגינה נסגרו קרנות הפנסיה הוותיקות לקליטת עמיתים חדשים, תוך שניתנה להן הרשות להקים קרנות חדשות – "קרנות המשך". במילים אחרות, חברת ה.ע.ל תשורה שימשה כחברת ניהול משותפת לשתי קרנות הפנסיה של ההסתדרות הלאומית.

ביום 7.9.2005 אישר דירקטוריון ה.ע.ל תשורה, בראשות צולר, חלוקת דיבידנד להסתדרות הלאומית בסך 1,672,024 ש"ח. כשנה מאוחר יותר ולאחר קרוב לארבע שנות פעילות, ביום 1.10.2006 חתמו הקרן וה.ע.ל תשורה על הסכם לסיום ההתקשרות ביניהם; לדברי המערערת, מבלי שהתקבל אישור דירקטוריון הקרן לכך. לגרסת המערערת, בין השנים 2003 עד 2006 העבירה הקרן דמי ניהול ל-ה.ע.ל תשורה בסכום כולל של כ-29 מיליון ש"ח; כאשר תשלומים אלה לא דווחו כנדרש במסגרת דוחות הקרן. בנוסף, נטען כי שכרו של צולר במשך כל תקופת ההתקשרות הסתכם ב-9 מיליון ש"ח – המהווים כשליש מסך הרווחים שהעבירה הקרן לה.ע.ל תשורה.

9. המערערת סברה כי הקמת ה.ע.ל תשורה נולדה בחטא, ונועדה להתגבר על האיסור שנקבע בתקנון שלפיו ההסתדרות הלאומית אינה רשאית להשתתף ברווחי הקרן. הוזה אומר, לגישת המערערת ההסתדרות הלאומית עשתה שימוש בה.ע.ל תשורה להברחת כספים מן הקרן לכיסה הפרטי של ההסתדרות הלאומית. ועוד לטענת המערערת, ישיבת האסיפה הכללית שבמסגרתה הוסכם על הקמת ה.ע.ל תשורה והעברת כספי הניהול לידיה התקבלה בחוסר סמכות, מאחר שלא הוזמנו אליה בעלי המניות של הקרן – הם העמיתים. כן נטען כי צולר הפר את חובות האמונים והנאמנות שחלו עליו כיו"ר הדירקטוריון של הקרן, מאחר שלא דיווח על עניינו האישי בייסוד ה.ע.ל תשורה. המערערת הוסיפה והעלתה טענות כלפי חברי הדירקטוריון של הקרן שאישרו את ההתקשרות בדיעבד, בחטף, מבלי שעמדו על טיב ההתקשרות ובכלל זאת

מבלי שנתנו את הדעת לכך שלפי התקנון לכתחילה לא ניתן היה לאשר את ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה, שכן היא הייתה בבעלות ההסתדרות הלאומית. בגין מעשים אלה טענה הקרן כי יש להטיל אחריות על צולר (ופושקין החברה שבבעלותו), הירשזון וכהן, וכן על יתר הדירקטורים שנגעו בדבר – משיבים 6–10 ו-12–18. במסגרת התביעה טענה המערערת כי יש להורות לצולר להשיב את כל הכספים שקיבל בגין ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה וכן לחייב את יתר המשיבים בפרשה זו בפיצוי בגובה טובת ההנאה שלכאורה נגזלה מעמיתי הקרן – סכום שהסתכם בסך של 11,554,777 ש"ח.

(3) פרשת ההשקעה בד"ש אייפקס והבונוס לצולר

10. הפרשה השלישית נסבה על שותפות שייסדה הוד המדבר ונוגעת להשקעותיה של אותה שותפות, וכן לבונוס שהוענק לצולר בגין השקעות אלה. ביום 22.4.2001 נוסדה שותפות הוד יובלים אחזקות (להלן: השותפות); הוד המדבר הייתה שותפה ב-80%, בעוד יובלים (קרן הפנסיה החדשה של ההסתדרות הלאומית) שותפה ב-20%. לדברי המערערת, יובלים הייתה בבעלות בלעדית של ההסתדרות הלאומית. הנהלת השותפות הורכבה משלושה נציגים – זיכרמן וכהן ייצגו את המלון; בעוד צולר ייצג את יובלים (ויוזכר כי בתקופה זו, צולר כיהן כדירקטור בהוד המדבר וכיו"ר הדירקטוריון בה.ע.ל תשורה). השותפות הוקמה על מנת לייצר פלטפורמת השקעה משותפת לקרן (הוותיקה) וליובלים (החדשה). מעת הקמתה, השקיעה השותפות במגוון השקעות, והעיקרית שבהן הייתה במניות של ברגר הולדינגס בע"מ, שלימים שינתה את שמה ל-ד"ש אייפקס הולדינגס בע"מ (לעיל ולהלן: ד"ש אייפקס). בסוף שנת 2001 החזיקה השותפות ב-15% ממניות ד"ש אייפקס; ועד לחודש ינואר 2004 הרחיבה את אחזקותיה לכ-89%. כפי שתיארה קבוצת צולר בהליך בבית המשפט המחוזי, ערכה של ד"ש אייפקס זינק החל משנת 2002, כך שבסוף 2005 שוויה הוכפל פי שישה. ביום 3.3.2004 הודיע הממונה לצולר כי החזקת הקרן בד"ש אייפקס, על אף שנעשית באמצעות המלון, מנוגדת לכללי ההשקעה שבתקנות מס הכנסה ומשכך נדרשה הקרן לדלל את החזקותיה בד"ש אייפקס.

במהלך שנת 2004, החליטה השותפות להעניק לצולר בונוס בגין הצלחת השקעותיה בד"ש אייפקס שיוחסה לצולר, בשיעור של 5% ממניות השותפות בד"ש אייפקס (להלן: הבונוס). קודם שניתן הבונוס הזמינה הנהלת הקרן חוות דעת משפטית מאת יועץ משפטי חיצוני; והוגשה לה אף חוות דעת נוספת בנושא על ידי היועץ המשפטי הקבוע של הקרן, עו"ד גדעון קורן (להלן: עו"ד קורן). ביום 31.3.2004 הציג

עו"ד קורן את חוות הדעת המשפטיות שהוכנו לעניין הבונוס, וציין כי אין מניעה עקרונית להעניק בונוס לנושא משרה בכפוף לכך שהחלטה תתקבל באורגנים המתאימים – במקרה זה הבעלים בשותפות: יובלים והוד המדבר. מאחר שהוד המדבר הייתה בבעלותה היחידה של הקרן, הנושא הועבר אף לאישורה. באותה הישיבה, ביום 31.3.2004, אישרה ועדת הביקורת של הקרן את הבונוס, והדירקטוריון החרה החזיק אחריה – ובהחלטות אלה הובהר כי סוג וגובה התגמול ייקבעו על ידי השותפות, שנוהלה כאמור על ידי צולר, כהן וזיכרמן. ביום 16.5.2004 התכנס דירקטוריון הוד המדבר וקבע כי "לאור תרומתו הרבה של נציג השותפים מר מיכאל צולר לעסקת רכישת מניות ברגר הולדינגס (הכוונה להשקעה בד"ש אייפקס-ע"ב)", תעניק לו השותפות, ללא תמורה, בונוס מיוחד וחד פעמי בגין עסקה זו בגובה 5% מסך המניות שמחזיקה השותפות בברגר הולדינגס, קרי 393,630 מניות". עוד נקבע כי הבונוס יועבר במניות או בתשלום לפי ערכן בשוק ביום הביצוע, לפי בחירת צולר. באותו היום התקבלה החלטה דומה בישיבת נציגי השותפות, תוך שצוין במפורש כי צולר לא נכח בחלק הישיבה שבה דנו בבונוס. בחודש אוגוסט 2004 הודיע צולר על מימוש הבונוס, סכום שעמד על כ-2.4 מיליון ש"ח. לגרסת המערערת מתן הבונוס לא דווח לממונה ואף לא קיבל ביטוי בדוחות הקרן, המלון או השותפות.

11. טענותיה של המערערת בפרשה זו הופנו כלפי צולר, זיכרמן, כהן ומשיבים 7–10, 12 ו-16–18. לדברי המערערת, התנהלות חברי הדירקטוריון וועדת הביקורת של הקרן בנוגע לבונוס לצולר מהווה הפרה של חובות הנאמנות האמונים והזהירות שהוטלו עליהם כנושאי משרה בקרן, תוך שנטען כי על אף שצולר לא נכח בישיבות שבהן התקבלו ההחלטות בעניינו, ניכר כי הייתה לו השפעה על הדברים. בתוך כך מצינת המערערת כי נפל פגם בשיקול דעתם של הדירקטורים בקרן שסברו כי יש להעניק תגמול לצולר כפי שמקובל ב"מגזר העסקי"; בעוד במקרה זה עסקינן בקרן פנסיה שמשמשת כנאמן על נכסי העמיתים. עוד נטען כי ההחלטה על אישור הבונוס היא עסקה הטעונה אישור מיוחד באסיפה הכללית, בהתאם לסעיף 270(3) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) שעניינו תנאי כהונה והעסקה. לחלופין נטען כי אישור האסיפה הכללית נדרש אף בהתאם לסעיף 278(ג) לחוק החברות, מאחר שלמרבית החברים בדירקטוריון הקרן היה עניין לאשר את הבונוס לצולר. משהחלטת הבונוס לא התקבלה על ידי האורגנים הנדרשים, טענה המערערת כי דינה בטלות; ועל צולר והמשיבים בפרשה זו להשיב את המניות "בעין"; או לפי ערכן הנסחר של המניות (סך של 8,317,402 ש"ח); או את ההטבה הכספית שניתנה לצולר בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין ומע"מ (סך של 3,770,632 ש"ח).

12. ביום 28.10.2009, כחודש לאחר שהוגשה התביעה לבית המשפט המחוזי, נחתם הסכם פשרה בין קבוצת הקרן שכללה את המערערת והוד המדבר (להלן: קבוצת הקרן), לבין חמישה תאגידים שבבעלות ההסתדרות הלאומית (להלן: קבוצת ההסתדרות ו-הסכם הפשרה, בהתאמה). בקבוצת ההסתדרות נכללו בין היתר ה.ע.ל. תשורה, השותפות ותאגידים נוספים. תכליתו העיקרית של הסכם הפשרה הייתה לייתר התדיינות משפטית ארוכת שנים בין קבוצת הקרן לבין קבוצת ההסתדרות, ובמבוא להסכם צוין כי הרקע לחתימתו הוא בין היתר דוח סווירי ומינוי המנהלת המורשית לקרן. יובהר כי הסכם הפשרה נחתם בנפרד מן ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי ושהוא בבסיס הערעור דנן; ועם זאת ניכר מהוראותיו כי הצדדים היו מודעים לכך שהתביעה מתקיימת וביקשו להמשיך לנהלה. ועוד יבואר כי הסכם הפשרה שמתואר כאן, וכהגדרתו לעיל, אינו קשור להסכם הפשרה שנחתם בשנת 2002 בין הקרן לתשורה (ראו פסקה 7 לעיל).

בהסכם הפשרה נקבע כי קבוצת ההסתדרות תשיב לקבוצת הקרן את כל הנכסים והמניות שבבעלותה, למעט מספר החרגות שצוינו בסעיף 4.1 להסכם. נוסף על כך, נקבעו הוראות לעניין סיום מתן שירותי הניהול לקרן (שכונו בהסכם שירותי תפעול) על ידי ה.ע.ל. תשורה. עוד נקבע וזה העיקר לענייננו, כי בכפוף להתקיימות התנאים המתלים שנקבעו בהסכם הפשרה, קבוצת הקרן מוותרת על כל תביעה, דרישה או טענה נגד קבוצת ההסתדרות (לרבות ההסתדרות הלאומית וקופת חולים) "או כלפי נושאי המשרה שלהם או של מי מהם (בעבר ובהווה)", בעניינים שנוגעים בין היתר לשירותי התפעול (קרי, שירותי הניהול שהעניקה ה.ע.ל. תשורה לקרן); כל אירוע שאליו מתייחס דוח סווירי; וכן כל אירוע שידוע לקבוצת הקרן במועד החתימה על הסכם הפשרה. יצוין כי קבוצת ההסתדרות הצהירה הצהרת ויתור מקבילה (סעיף 7.2 להסכם; הצהרות הוויתור יכוננו להלן: הוראת הוויתור). עם זאת הובהר כי אין בהוראת הוויתור כדי לגרוע מזכויות הצדדים לתבוע את "הנתבעים" – 30 גורמים שפורטו בנספח להסכם הפשרה, ובכללם המשיבים שבהליך זה (סעיף 7.3 להסכם).

13. משתוארה המסכת העובדתית הרחבה שעומדת ביסוד הערעור ובתוך כך השתלשלות העניינים שעומדת בבסיס כל אחת מהפרשות, אפנה להצגת קביעותיו וממצאיו של בית המשפט המחוזי.

מפאת המשקל (או היעדרו) שייחס בית המשפט לחוות הדעת שהגישו הצדדים ולעדויות של המומחים שעמדו מאחוריהן, ייאמר כבר עתה כי המערערת צירפה לתביעה חוות דעת מטעם פרופ' ירון זליכה, שכיהן בין השנים 2003 ל-2007 כחשב הכללי (להלן: פרופ' זליכה). המשיבים מצידם צירפו חוות דעת של פרופ' יורם עדן, רואה חשבון, בנושא השקעות הקרן; חוות דעת מאת מר מאיר שביט, שכיהן בין השנים 1992 ל-1995 כממונה על שוק ההון הביטוח והחיסכון, בנושא "ביטוח, גמל ופנסיה"; וכן חוות דעת מאת מר עופר פופס, יועץ כלכלי בתחום המלונאות והתיירות בישראל, בנושא שיפוט המלון (להלן: פרופ' עדן, שביט ו-פופס, בהתאמה).

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

14. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת המערערת וקבע כי בכל אחת משלוש הפרשות לא נפל פגם בהתנהלות המשיבים. פסק הדין נפתח בביקורת נוקבת על האופן שבו נערך דוח סווירי. נאמר כי לא ניתן "להגיע למסקנות כה מרחיקות לכת בדו"ח ביקורת, בוודאי לא ב'ביקורת עומק', מבלי לשוחח עם נושאי המשרה הנוגעים בדבר בקרן ועם הרפרנטים במשרד האוצר [...]" (ההדגשות במקור-ע'ב). ביקורת דומה הופנתה כלפי המפקח שמונה לקרן (כאמור, עו"ד שגב), וכלפי חוות הדעת מאת פרופ' זליכה שהוגשה מטעם המערערת. בהקשר זה הודגש כי העובדה שהמערערת לא ביקשה לזמן את נציגי משרד האוצר לעדות עומדת לה לרועץ. בהתבסס על האמור, קבע בית המשפט כי הוא מבכר את חוות הדעת השונות שהוגשו מטעם המשיבים, על פני חוות דעתו של פרופ' זליכה; וכי אין בכוונתו לייחס משקל לדוח סווירי.

זאת ועוד. נקבע כי בניגוד לטענת המערערת, דירקטוריון הקרן וועדות המשנה קיימו ישיבות סדירות שבמסגרתן נדונו בצורה מפורטת ואושרו באופן מושכל כלל הנושאים שקשורים להתנהלות הקרן והשקעותיה; וכן כי נערכו פרוטוקולים של כל אותן ישיבות – הגם שלא כולן הוצגו לתיק בית המשפט. קביעתו זו של בית המשפט הסתמכה על עדויות המשיבים, שאותן הוא מצא מהימנות. בית המשפט קבע שהוכח לפניו ללא כל ספק כי קיים חסר במסמכים רבים ומהותיים שהיו קיימים בזמנו וחסרים כיום ואיש אינו יודע היכן הם נמצאים; זאת, בין משום חלוף הזמן ובין משום האופן שבו נתפסו על ידי משרד האוצר. בהקשר זה העיר בית המשפט כי הן דוח סווירי הן חוות דעת פרופ' זליכה, וכך גם עולה מעדותו, לקו בכך שיצאו מנקודת הנחה שאין בלתם של המסמכים והפרוטוקולים שהוצגו לפניו, והתעלמו מכך שרבים מהם חסרים ולא בעטים של המשיבים; ומצד שני סווירי וכמוהו פרופ' זליכה התעניינו רק בניירת ונמנעו באופן מופגן מלפגוש את בעלי התפקיד ומי שהיו מעורים בדברים בעת

הרלוונטית. בהינתן האמור, נקבע כי הדירקטוריון וועדות המשנה קיימו דיונים כנדרש, רשמו פרוטוקולים, וקיבלו החלטות בנושאים שהובאו לפתחם (גם אם חלקם נרשמו באופן תמציתי, בהתאם לנוהג באותה תקופה); ואינדיקציה נוספת לקביעה זו היא העובדה שהקרן הייתה נתונה בפיקוח מתמיד וצמוד של משרד האוצר, ועל כן אם היו נופלים כשלים בהתנהלותה של זו – יש להניח כי הרגולטור היה מתריע על כך ב"זמן אמת". עוד ציין בית המשפט כי בשנים הרלוונטיות הקרן הייתה קרן הפנסיה היחידה שהצליחה לשמור על איזון אקטוארי, ואף בכך יש כדי להעיד על התנהלותה התקינה. לא זו אף זו, בית המשפט הטיל ספק בטוהר המניעים שעמדו ביסוד החלטת הממונה למנות לקרן מנהלת מורשית.

אלה נקודות המוצא העיקריות שמהן החל בית המשפט המחוזי את דרך הילוכו.

15. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער לעניין פרשת ההשקעה ושיפוף המלון. בית המשפט פתח בכך שעל אף שאין חולק שכל הכספים שהוקצו לכך על ידי הקרן אמנם הושקעו במלון, וכי איש מהמשיבים לא לקח לכיסו דבר – בתביעה מבוקש שהמשיבים יוציאו מכיסם כספים ויחזירו לקרן את השקעותיה במלון. נקבע שבכל אחד משלבי השיפוף, הנושא הובא לדיון לפני הדירקטוריון שאישר את היקף השיפוף וההשקעה בו; וכי בכל מקרה שיפוף בהיקף כה גדול לא יכול היה להתבצע ללא אישור הדירקטוריון בהליך מסודר. עוד נקבע, כי הערכת שווי השיפוף לפי דוח גרינוולד (שעמדה כאמור על 4 מיליון דולר) נועדה רק "כדי להביאו (את המלון-ע"ב) למצב תפעולי סביר"; וכי היה ברור לכל שעל מנת שניתן יהיה לאכלס את המלון ולהפכו לנכס כלכלי מניב העומד בתחרות עם בתי מלון אחרים, יידרשו השקעות כספיות נוספות ובהיקף משמעותי. בהינתן האמור, נקבע כי משהוכח שהליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון הקרן ובוועדות המשנה היה תקין; כי ההשקעות מצאו ביטוי בדוחות הכספיים; וכי השיפוף נעשה בידיעה של הרגולטור המפקח במשרד האוצר – לא נפל כל פגם בכך שהועברו כספים למלון לטובת שיפוצו, כאשר מדובר היה בשיפוף והשקעה בשלבים ובראייה לטווח ארוך. לעניין כדאיות ההשקעה במלון והיקפה, קבע בית המשפט כי אין להתערב בשיקול הדעת העסקי ובזכות הדירקטוריון וההנהלה לנהל את ענייני החברה, כל עוד הדברים נעשים על פי דין. למעלה מן הצורך, קבע בית המשפט כי ההחלטה להשקיע במלון, בהיותה השקעה ארוכת טווח, הייתה השקעה כדאית ונכונה; תוך שצוין כי חלק מהוצאות השיפוף נועדו בכלל לתיקון בלאי סביר ותפעול שוטף של המלון. בהקשר זה נדחתה עמדתו של פרופ' זליכה שלפיה היה על הקרן להשקיע את כספי העמיתים בנתיבי השקעה "רווחיים" יותר; תוך שצוין כי

מדובר בחכמה שבדיעבד, מה גם שכדאיותן הכלכלית של האלטרנטיבות שהוצעו על ידי פרופ' זליכה מוטלת בספק. עוד צוין כי פרופ' זליכה כלל לא בחן את רווחיות ההשקעה במלון, ואף התעלם מכך שההשקעה במלון העלתה את ערכו באופן מיידי והיא שאפשרה את מכירתו בשנת 2011 בתמורה ל-130 מיליון ש"ח; תוך שצוין כי אלמלא אצה הדרך לפסגות, דומה כי השקעה זו הייתה מוכיחה את עצמה עוד הרבה יותר. בית המשפט הוסיף וציין כי אף אם הייתה חריגה "בשיעור זניח" מכללי ההשקעה שנקבעו בתקנות מס הכנסה, אין לכך משמעות כאשר מדובר בהשקעה ארוכת טווח המתקנת את עצמה לאורך השנים, ולשיטת בית המשפט זו גם הסיבה לכך שמשרד האוצר לא מצא לנכון להתערב בסוגיה. בנוסף, נקבע כי לא נפל פגם בהחלטה להשקיע במלון באמצעות שטרי הון – שגם ביחס אליה לא מצא משרד האוצר להעיר – וכי ממילא אין חולק שכל שטרי ההון נפרעו. עוד נקבע כי הקרן לא יצאה נפסדת מכך שההסתדרות הלאומית לא השתתפה בעלות השיפוע, וזאת מאחר שאם היא הייתה לוקחת בהם חלק הדבר היה מוביל להאמרתו של מחיר רכישת זכויותיה במלון.

בית המשפט הוסיף וציין כי אף אם טענות הקרן לא היו נדחות לגופן, היה מקום לדחות את התביעה מחמת התיישנות ולחלופין מחמת שיהוי. ההחלטות בדבר רכישת המלון ושיפוצו התקבלו בין השנים 1997 ל-2002, ועם זאת התביעה הוגשה רק לקראת סוף שנת 2009 ולמעלה מ-7 שנים ממועד היווצרות העילה. בית המשפט קבע כי העובדות שעומדות ביסוד התביעה היו ידועות למערערת ועל כן לא הייתה כל מניעה להגשת התביעה במועדה; ודחה את טענותיה שלפיהן רק עם מינוי המנהלת המורשית נתגלו העובדות הקשורות בקבלת ההחלטות על שיפוע המלון. נקבע כי הנתונים בדבר השקעות הקרן במלון היו גלויים לאנשי משרד האוצר ולעמיתי הקרן במסגרת דוחותיה הכספיים של הקרן; וככל שהעמיתים לא היו מרוצים מהתנהלות הקרן, כבר אז ועוד קודם למינוי המנהלת המורשית, עמדה להם האפשרות להתערב בהליך קבלת ההחלטות של הדירקטוריון ולהגיש תביעה נגזרת נגד חבריו. בהקשר זה נטען כי העובדה שהעמיתים נמנעו מלפעול נגד הקרן, מעידה דווקא על שביעות רצונם מהאופן שבו נוהלה. עוד נקבע כי בכל מקרה דין התביעה להידחות בשל השיהוי הניכר שדבק בה, והנזק הראייתי הכבד שנגרם למשיבים עקב כך.

16. בית המשפט מצא אף לדחות את טענות המערערת בנוגע לפרשת ה.ע.ל. תשורה, ההתקשרות עמה והעברת דמי הניהול אליה. בעניין זה אימץ בית המשפט באופן מוחלט את גרסת המשיבים, וקבע כי יש לבחון את הדברים בראי אקורד סיום ההתקשרות עם תשורה. כאמור, תשורה הייתה חברה שהעניקה שירותי ניהול חיצוניים לקרן החל משנת 1989, כאשר בשנת 1995 התברר כי נפלו ליקויים בהתקשרות עמה –

ובראשם נושא שיתוף מידע בין תשורה ובין הקרן. על רקע ליקויים אלה הגישה הקרן תביעה משפטית נגד תשורה, שהסתיימה על דרך הפשרה. בית המשפט קבע כי ה.ע.ל תשורה הוקמה עם סיום הסכסוך עם תשורה, בדיעת ובשיתוף משרד האוצר; וכי משרד האוצר הוא שדרש כי תוקם לקרן חברה מנהלת נפרדת. עוד צוין, כי מאחר שבאותה תקופה הורה הממונה על הפרדת הניהול של קרנות ההמשך מקרנות הפנסיה הוותיקות, התעורר צורך להעביר את הניהול של יובלים (קרן ההמשך של הקרן) מידי הקרן – והחלופה של העברת הניהול של שתי הקרנות (הן זו הוותיקה, הן זו החדשה) לידי חברה שלישית הייתה היעילה והחסכונית מכל יתר החלופות שעמדו בפני הקרן. עוד נקבע כי ללא הקמת ה.ע.ל תשורה לא ניתן היה לנהל בצורה סדורה ומבוקרת את ענייני הקרן; וכי ניהול חשבונות הקרן באמצעות ה.ע.ל תשורה היה לשביעות רצונה המלא של הקרן ואף הביא לחיסכון בהוצאות לעמיתיה, וזאת בהשוואה לדמי הניהול ששולמו בעבר לתשורה ושמשולמים היום לפסגות. כן נקבע כי המעבר של צולר לה.ע.ל תשורה יחד עם עובדים נוספים של הקרן לא הסב נזק כלשהו לקרן, ואף ההיפך הוא הנכון: הדבר איפשר ניהול שוטף של הקרן באמצעות מי שהכיר היטב את פעילותה. בנוסף, נקבע כי אין פגם בכך ששכרו של צולר שולם לו באמצעות חברה שבבעלותו (פושקין). עוד נקבע כי מעבר העובדים לה.ע.ל תשורה נעשה בצורה מסודרת, בפיקוח ובקרה של משרד האוצר ולטובת עמיתי הקרן. על יסוד האמור קבע בית המשפט כי לא הייתה כל הפרת נאמנות, ניגוד עניינים או פגם כלשהו בהתנהלות של צולר ויתר המשיבים, ביחס לה.ע.ל תשורה; וכי ממילא לא נגרם לקרן נזק כלשהו.

בשלב הבא דן בית המשפט במתן הבונוס לצולר. בית המשפט פתח בכך שרכישת מניות ד"ש אייפקס הוכיחה את עצמה והביאה עמה תשואה גבוהה לשותפות, וכנגזרת מכך אף לקרן. משכך, נקבע כי לא זו בלבד שהשקעה זו לא גרמה נזק לעמיתי הקרן, היא אף היטיבה עימם. בית המשפט קיבל את גרסתו של צולר גם בעניין זה וקבע כי פעולותיו נעשו לטובת עמיתי הקרן ובידיעת משרד האוצר. עוד נקבע, כי ההצלחה האדירה של ההשקעה במניות ד"ש אייפקס שהובלה על ידי צולר, היא שהביאה את דירקטוריון הקרן לידי החלטה כי הוא ראוי לבונוס; וכי מדובר בהתנהלות נהוגה ומקובלת בראי תרומתו הגדולה לקרן. בית המשפט הוסיף וציין כי הוא שוכנע שהבונוס ניתן לאחר קבלת ייעוץ משפטי הולם שאישר כי אין מניעה לעשות כן, תוך שהוסיף כי לא הובאה בפניו חוות דעת משפטית שמבססת עמדה אחרת. בהקשר זה נקבע כי אין לבוא בטרוניה עם חברי הדירקטוריון שפעלו בהתאם לחוות הדעת המשפטיות שהונחו בפניהם. לסיכום נקודה זו קבע כי בית המשפט כי ההחלטה להשקיע במניות ד"ש אייפקס, לרבות בדרך ובאופן שבו הדברים נעשו, התקבלה בצורה סדירה ובסמכות; וכך גם נקבע בנוגע לבונוס שניתן לצולר בקשר עם השקעה זו.

17. יצוין כי בית המשפט התייחס לפרשת ה.ע.ל תשורה ופרשת הבנוס לצולר למעלה מן הצורך, וזאת לנוכח קביעתו כי ממילא יש לדחות את התביעה ביחס אליהן לנוכח תחולת הסכם הפרשה על שתי פרשות אלה. בית המשפט קבע כי במסגרת הסכם הפרשה הסכימו הצדדים לוותר על טענותיהם האחד כלפי השני, לרבות ביחס לנושאי המשרה של מי מהם (בעבר ובהווה), בעניינים הנוגעים לשירותי הניהול שסופקו על ידי ה.ע.ל תשורה; כל אירוע שאליו מתייחס דוח סווירי; וכל אירוע הידוע לקבוצת הקרן במועד חתימת הסכם זה. משכך, נקבע כי הפרשה השנייה והפרשה השלישית נכללו בדוח סווירי ועל כן חוסות תחת הסכם הפרשה. בית המשפט הוסיף בהקשר זה כי הסכם הפרשה מהווה פיצוי הולם בגין הנזקים שלהם טענה קבוצת הקרן. לעומת זאת, נקבע כי נושא ההשקעות שבוצעו במלון אינו כלול בהסכם הפרשה מאחר שהתאגידים שבקבוצת ההסתדרות אינם קשורים למלון. בית המשפט חידד כי הוא ער לכך שלפי הסכם הפרשה הוראת הוויתור אינה חלה על טענות הקרן כלפי "הנתבעים", קרי המשיבים (סעיפים 7.2, ו-7.3 להסכם), ואולם לשיטתו סעיפים אלה אינם יכולים לדור עם הרישא של סעיף 7.2.2 שלפיה ניתן פטור לנושאי משרה בעבר ובהווה מפני כל תביעה. לנוכח סתירה זו, פירש בית המשפט את הסכם הפרשה באופן שמעניק למערערת אפשרות לתבוע את המשיבים רק בעניינים שההסכם אינו נוגע להם, כדוגמת ההשקעות במלון.

משנדחו טענות הקרן בהתייחס לכלל נושאי התביעה, התייתר הדיון בשאלת האחריות האישית שבה נושא כל אחד מהמשיבים. עם זאת העיר בית המשפט, כי מחומר הראיות שהוצג בפניו עולה כי לא דבק רכב בהתנהלותם האישית של מי מאלה; נקבע שהחלטותיהם התקבלו בסמכות וכי הם פעלו למען ולטובת עמיתי הקרן. בהקשר זה נאמר כי דומה שהתנהלותם התקינה אף תרמה לאיזון האקטוארי של הקרן. עוד ציין בית המשפט כי אף אם היה מגיע למסקנה אחרת, שלפיה נפל פגם כלשהו באיזה מן ההחלטות, לא היה מקום להגיש תביעה אישית כלפי מי מנושאי המשרה; וזאת מאחר שהחלטותיהם התקבלו במסגרת מילוי תפקידם וכאמור, כשלנגד עיניהם עמדה טובתם של עמיתי הקרן.

18. טרם חתימת פסק הדין, קבע בית המשפט כי כל קבוצת משיבים תגיש את פירוט הוצאותיה ומסמכים התומכים בכך. בהמשך, ביום 12.10.2015, אישר בית המשפט את פרטת ההוצאות שהגישה כל אחת מקבוצות המשיבים. בתוך כך נלקחו בחשבון היקף התביעה והטענות שנטענו בה. כן צוין כי אין חשיבות לכך שהייצוג המשפטי של המשיבים (פרט להירשזון) מומן על ידי חברת ביטוח – נקבע כי מדובר

בביטוח אישי (אף אם הוא מומן על ידי הקרן) וכי ממילא משנדחתה התביעה זכאית חברת הביטוח להחזיר מלוא הוצאותיה. נוסף על כך, נקבע שאין כל פסול בכך שקבוצת צולר וקבוצת אשכנזי יוצגו בנפרד, ודומה כי הדבר מתבקש לנוכח מספר המשיבים והטענות השונות שהופנו כלפיהם. בהמשך להחלטה זו אישר בית המשפט פסיקות שהגישו המשיבים וקבע שהמערערת נדרשת לשלם להם סך כולל של 2.67 מיליון ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין.

טענות הצדדים

טענות המערערת

19. המערערת טוענת כי פסק הדין לוקה בכל אחד ממרכיביו, הן העובדתיים הן המשפטיים, ועל כן אינו יכול להיות על כנו. לשיטת המערערת, בית המשפט לא נתן את המשקל הראוי לכך שהפרשות נוגעות להתנהלותה של קרן פנסיה; ועל כן שגה בכך שלא בחן את מעשי המשיבים באספקלריית חובות הנאמנות, האמונים והזהירות שמוטלות עליהם. לשיטת המערערת פסק הדין נגוע במגמתיות ומטיל האשמות בלתי מבוססות על אנשי משרד האוצר והמפקח (כפי שצוין, עו"ד שגב), מבלי שמשרד האוצר היה צד להליך. עוד נטען כי בית המשפט בחן את חוות הדעת של המומחים באופן חד-צדדי והטיל על פרופ' זליכה חובות שלא מצא להטיל על המומחים מטעם המשיבים. טענה כללית נוספת מפנה המערערת כלפי המשקל שייחס בית המשפט לכך שהרגולטור לא העיר בזמן אמת על אודות התנהלותה של הקרן – לטענת המערערת, המדובר בהיפוך יוצרות המקנה לחברות מפוקחות חסינות כל אימת שהרגולטור לא מתערב במחדליהן.

20. לעניין ההשקעה במלון ושיפוצו, נטען כי בית המשפט המחוזי לא הכריע באופן ענייני בעילת תביעתה המרכזית – והיא העובדה שההשקעה במלון, תחת ניהולם של המשיבים, חרגה מכללי ההשקעה שנקבעו בתקנה 41 כ לתקנות מס הכנסה (לפי נוסחן דאז) שלפיהם הקרן הייתה רשאית להשקיע עד 4.5% מנכסיה "לפי שיקול דעתה". עוד טוענת המערערת כי שגה בית המשפט בכך שקבע כי התקיימו דיונים יסודיים ומעמיקים בדירקטוריון בעניין השקעות הקרן במלון; וזאת חרף העובדה שלא נמצאו פרוטוקולים שמעידים על דיונים מעין אלה. נוסף על כך, נטען כי לא היה מקום לקרוא לתוך הפרוטוקולים דברים שלא נכתבו בהם ושנטענו על ידי המשיבים בהליך המשפטי, שנים לאחר ששיבות אלה התקיימו; בפרט בהינתן שאין בנמצא החלטה ספציפית וקונקרטית שמאשרת את ההשקעה במלון, גם לא באופן תמציתי. בהקשר זה אף הודגש כי מצבה האקטוארי של הקרן אינו רלוונטי לבירור עמידת המשיבים

בחובות שהוטלו עליהם. המערערת טוענת כי לא היה מקום להחיל את "כלל שיקול הדעת העסקי" בבחינת שאלת סבירות ההשקעה במלון, כאשר אין מחלוקת שהקרן לא עמדה בכללי ההשקעה שנקבעו בתקנות מס הכנסה; משלא הופעל על ידי המשיבים שיקול דעת כלשהו; ומשכלל לא הוכח קיומה של החלטה בנדון. חשוב מכך, נטען כי אין תחולה לכלל שיקול הדעת העסקי כאשר עסקינן בקרן פנסיה שפועלת שלא למטרות רווח. לגופם של דברים נטען כי ההשקעה במלון לא השביחה את שווי המלון; כפי שאף עולה, לשיטת המערערת, מחוות דעתו של פרופ' עדן מטעם המשיבים.

המערערת מוסיפה וטוענת כי יש לראות בערך התמורה ששילמה הקרן להסתדרות הלאומית עבור אחזקותיה במלון (כאמור, 20%), כדיבידנד מוסווה ל"חבר התמידי" בניגוד להוראות התקנון. נוסף על כך נטען כי לא היה מקום לדחות את התביעה מחמת התיישנות או שיהוי בהגשתה, שכן עילת התביעה התגבשה רק ב-2004 עם הפחתת 107 מיליון ש"ח מדוחותיה הכספיים של הקרן (בשל עדכון שווי המלון); וכי ממילא מירון ההתיישנות החל רק לאחר מינוי המנהלת המורשית. עוד נטען כי המועד שבו הוגשה התביעה לא הסב למשיבים נזק ראייתי כלשהו; והוכחה לכך היא העובדה שבמהלך ההליך בבית המשפט המחוזי התברר כי בידי המשיבים מסמכים שאין למערערת (שהיא כאמור הקרן).

21. לשיטת המערערת לא היה מקום לדחות את התביעה בעניין ה.ע.ל תשורה והבנוס לצולר בהסתמך על הוראות הסכם הפרשה. לדבריה, הסכם הפרשה חל רק על תביעות בין קבוצת הקרן לבין קבוצת ההסתדרות ואינו מונע הגשת תביעת נגד רשימת "הנתבעים" שצורפה להסכם, שכוללת אף את המשיבים בהליך זה. לגופם של דברים, נטען כי בית המשפט המחוזי לא נתן את דעתו לכך שההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה היוותה למעשה מתן טובת הנאה אסורה להסתדרות הלאומית ("החבר התמידי" בקרן) וככזו מהווה הפרה של התקנון; ולכך שצולר היה נתון בניגוד עניינים כאשר כיהן כיו"ר הדירקטוריון בשתי החברות. לעניין הבנוס לצולר, נטען כי בית המשפט לא התייחס לכך שעסקינן במתן בונוס לנושא משרה בקרן פנסיה, ולעובדה שלפי חוק החברות נדרש היה לאשר את הבנוס באסיפה הכללית של הקרן ושל הוד המדבר; ושכל מקרה החלטות דירקטוריון הקרן וועדת הביקורת לוקות בכך שהן אינן כוללות התייחסות לסוגו ולגובהו של הבנוס, והותירו החלטה בעניין זה בידי השותפות.

לסיום טוענת המערערת כי שגה בית המשפט בכך שהטיל עליה הוצאות בסכומים ניכרים. לשיטתה, מאחר שהייצוג של קבוצת צולר וקבוצת אשכנזי מומן מכספי ביטוח אחריות מקצועית שהקרן עצמה רכשה עבור המשיבים, לא היה מקום

להטיל עליה את תשלום הוצאותיהם הריאליות. כך במיוחד משלא הייתה הצדקה לפיצול הייצוג של המשיבים – עובדה שהגדילה את היקף ההוצאות באופן משמעותי.

טענות המשיבים

22. קבוצת צולר וקבוצת אשכנזי הגישו סיכומים בנפרד, ואולם לנוכח הדמיון בקו הטיעון אציגו במשותף. טענתם המרכזית של המשיבים היא שיש לדחות את הערעור מאחר שיש בו משום ניסיון פסול לערער על קביעות וממצאים עובדתיים הנסמכים על עדויות וראיות, שנבחנו היטב על ידי בית המשפט ונמצאו מהימנות ומשכנעות. לשיטתם, המערערת לא הרימה את הנטל להוכיח את תביעתה שמבוססת על ניסיון מלאכותי לבחון את העובדות בחכמה שבדיעבד; ואף לא זימנה עדים רלוונטיים שעבדו בזמן אמת בקרן או אצל הממונה – מאחר שידעה כי הבאתם לא תשרת את טובתה.

23. לעניין ההשקעה ושיפוץ המלון, טוענים המשיבים כי אין מקום להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי שלפיהם התקיימו ישיבות דירקטוריון וועדות משנה סדירות ושקולות שבמסגרתן נבחן הנושא כנדרש; כי ישיבות אלה תועדו בפרוטוקולים שחלקם חסרים בשלב זה; כי הכספים הועברו למלון בהדרגה ובפיקוח; וכי השיפוץ נערך על רקע מצבו הירוד של המלון והתחרות שהציבו לו מלונות חדשים שהוקמו באזור, והצורך להביאו לרמה של חמישה כוכבים. עוד נטען כי טענת המערערת שלפיה לא התקיימו ישיבות של הגופים השונים בקרן אף מעוררת תמיהה מאחר שהקרן הייתה נתונה לפיקוח מתמיד וצמוד מצד משרד האוצר. המשיבים מוסיפים וטוענים כי משנקבע שלא נפל פגם בהליך קבלת ההחלטות בדירקטוריון הקרן, ונקבעו ממצאים פוזיטיביים שלפיהם הדירקטוריון פעל באופן סדור, בתום לב, ועל פי הנתונים שהונחו לפניו – ברי כי צדק בית המשפט כשבחר שלא להתערב בהחלטות אלה, על יסוד כלל שיקול הדעת העסקי; בפרט מאחר שההשקעה במלון הייתה במסגרת ההשקעות שנתונות "לשיקול דעתה" של הקרן, וככזו נועדה להשיג תשואה עודפת הכרוכה בנטילת סיכונים. עוד נטען כי הקרן לא הפרה את כללי ההשקעה, מאחר שלא כל הכספים שהועברו למלון שימשו לשיפוצו וחלקם הועברו למטרות נוספות – למשל להשקעה בד"ש אייפקס, באמצעות השותפות. ויצוין כי בתשובת המערערת לטענה זו, נטען כי ההשקעה בד"ש אייפקס אירעה רק בשנת 2002, בעוד ההשקעות החריגות אירעו בין השנים 1998 ל-2002. נוסף על כך, ובחזרה לעמדת המשיבים, נטען שאין לראות בכללי ההשקעה כללים נוקשים, והא ראייה שכללים אלה בוטלו בשנת 2002; החריגה מן הכללים בכל מקרה הייתה זניחה וחסרת משמעות; והממונה היה מודע להיקף ולשיעור ההשקעות בכל שנה. כן טוענים המשיבים כי

ממילא לא הוכח שההפרה הנטענת של כללי ההשקעה הסבה נזק כלשהו לעמיתים; והמשיבים מזכירים בהקשר זה כי בית המשפט בחן את סבירות ההחלטה למעלה מן הצורך וקבע כי היא הייתה "נכונה" אף בדיעבד.

זאת ועוד. נטען כי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט שלפיה יש לדחות את התביעה בעניין המלון גם בשל התיישנותה, וזאת מאחר שגורמים רבים היו ערים לעובדות שעומדות ביסוד עילת התביעה בזמן אמת ובהם: נושאי משרה שונים בקרן שלא נתבעו במסגרת הליך זה; הממונה שפיקח באופן שוטף על פעילות הקרן; וכן עמיתי הקרן שכלל הנתונים היו גלויים להם בדוחות הכספיים של הקרן. המשיבים מוסיפים כי השיהוי שדבק בתביעה הסב להם נזק ראייתי משמעותי; וכי מאחר שהממונה יצר כלפיהם מצג שאין לו טענות בנוגע לפרשות נושא התביעה – המערערת והממונה, שלשיטת המשיבים הוא שעומד מאחורי התביעה, מושתקים מלהעלות טענות בדיעבד נגד המשיבים.

24. לטענת המשיבים, מאחר שבמסגרת הסכם הפשרה זכתה המערערת לפיצוי מלא בגין העילות שעמדו לה לכאורה בכל הנוגע להתקשרות עם ה.ע.ל תשורה, היא איננה רשאית לתבוע גורמים נוספים בגין אותן עילות. לגופם של דברים, נטען כי המערערת מציגה את התמונה בצורה מעוותת – ההתקשרות עם חברת ה.ע.ל תשורה לא נועדה לאפשר טובות הנאה לצדדים שלישיים (קרי, ההסתדרות הלאומית), אלא הייתה החלופה היעילה ביותר למתן שירותי ניהול לקרן ולקרן ההמשך שלה; ועלתה בקנה אחד עם עמדת הממונה שלפיה יש להקים חברה שתעניק שירותי ניהול חיצוניים לקרן. נטען גם כי ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה נעשתה לאחר דיונים בדירקטוריון הקרן בנושא; ובתיאום ובעידוד משרד האוצר. עוד נטען כי ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה לא הסבה לקרן נזק; וכי בכל מקרה דמי הניהול היו משולמים לחברת ניהול כלשהי. אשר לבונוס לצולר, נטען כי המשיבים אישרו את הבונוס בתום לב, תוך הסתמכות על חוות דעת משפטיות בנושא. כן נטען כי מאחר שהבונוס ניתן על ידי השותפות שנשלטה רק באופן חלקי על ידי הקרן, הם לא נדרשו לאשרו; ולפיכך האישור העקרוני של דירקטוריון הקרן ושל ועדת הביקורת ניתן למעלה מן הצורך.

עוד נטען כי המערערת אפילו לא טרחה לנסות ולהוכיח את תביעתה ביחס לכל אחד מהמשיבים בנפרד; ומשכך ממילא לא הוכחה אחריותו הנפרדת של כל משיב ומשיב. לסיום מוסיפים המשיבים כי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי שמשקפת את ההוצאות הסבירות בנסיבות המקרה; תוך שהודגשו הסיכונים הכרוכים

במתן משקל, כפי שטוענת לו המערערת, לעובדה שהוצאות המשיבים בהליך המשפטי שולמו על ידי חברת ביטוח.

טענות הירשזון

25. הירשזון מצטרף באופן עקרוני לטענות המשיבים, ואולם מוסיף ומחדד מספר טענות הנוגעות רק אליו. לדברי הירשזון, למערערת מעולם לא עמדו טענות של ממש נגדו והוא צורף לתביעה רק בשל הערך השלילי וההד התקשורתי שכריכת שמו בתביעה הניבה. לטענתו, הוא מעולם לא שימש כנושא משרה בקרן וממילא לא נטל חלק בקבלת ההחלטות שאת סבירותן מבקשת המערערת להעמיד במבחן שיפוטי; ובכל מקרה ככל שלמערערת טענות נגד ההסתדרות הלאומית (שבזמנו הוא עמד בראשה) הרי שהיה עליה לתבוע אותה. הירשזון מוסיף וטוען כי יש לדחות את טענות המערערת כלפי התנהלותו כדירקטור בהוד המדבר – מאחר שבמסגרת תפקידו זה הוא נדרש לפעול לטובת המלון ולא לטובת הקרן; ועל כן לא זו בלבד שלא היה מצופה ממנו למנוע את השקעות הקרן במלון, אלא שאף לא הוכח כי היה ביכולתו לעשות כן. למעלה מן הצורך נטען כי אף אם הירשזון אחראי להחלטת ההשקעה במלון, הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין מעידים על כך שלא נפל פגם בהתנהלות נושאי המשרה בקרן, ומקל וחומר הדברים יפים ביחס להירשזון. בנקודה זו טוען הירשזון כי מאחר שהוא לא כיהן בהוד המדבר בשנים שרלוונטיות לשתי הפרשות האחרות, יש לדחות את טענות המערערת ביחס אליו.

הירשזון מוסיף וטוען כי אין מקום להתערב בהוצאות שנפסקו לטובתו בהליך בבית המשפט המחוזי, וזאת בין היתר מאחר שהוא לא זכה לכיסוי ביטוחי (משום שלא כיהן כנושא משרה בקרן) ונאלץ לשאת בכל הוצאות ההליך המשפטי מכיסו. נטען כי סכום ההוצאות שנפסק לטובת הירשזון הוא סביר בנסיבות העניין, בשים לב להיקף הסכום שנתבע, למורכבות ההליכים וריבויים ואף ביחס לשכר הטרחה שנפסק לטובת המשיבים האחרים.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

26. יממה לפני הדיון הראשון בערעור, הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו בהליך מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי דין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], מאחר שההליך מעורר מספר שאלות משפטיות שחורגות מעניינם של הצדדים (להלן: היועמ"ש). בראשית דבריו הדגיש היועמ"ש כי

למרות שתביעת המנהלת המורשית הוגשה בתמיכה ובהסכמת הממונה, הממונה לא היה צד להליך ועל כן קביעות בית המשפט ביחס אליו אינן מהוות מעשה בית דין.

עמדת היועמ"ש מתמקדת באחריות נושא משרה בקרן פנסיה. נטען כי לנוכח חשיבות החיסכון הפנסיוני ובשל "בעיית הנציג" שכרוכה בפעילות קרנות הפנסיה, שומה על גופים אלה וכל מי שעוסק מטעמם בניהול כספי החוסכים, לעמוד בחובת אמונים וחובת זהירות מוגברת כלפי העמיתים. עוד הודגש כי קרן פנסיה כפופה לחובת נאמנות סטטוטורית שחלה אף על כל מי שעוסק מטעמה בניהול נכסי העמיתים, וכי חובות אלה חמורות מן החובות שחלות על נושא משרה לפי חוק החברות. לנוכח חובות מוגברות אלה, טוען היועמ"ש כי לא היה מקום להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על פעולות המשיבים; וכי נדרש להחיל אמת מידה מחמירה יותר. ודברים אלה יפים במיוחד, מקום שבו קרן פנסיה פעלה בניגוד לדין.

עוד נטען, כי לא היה מקום לבסס את פסק הדין על הקביעה שהממונה פיקח וידע על מהלכי הקרן ביחס לכל אחת מהפרשות שבנדון. לשיטת היועמ"ש אף בהנחה שהממונה היה ער להחלטות שהתקבלו על ידי הקרן, לא היה מקום לפרש את שתיקתו כהסכמה לאותן הפעולות; בפרט מקום שלא נטען כי הוא אישר את החלטות הקרן. בהקשר זה מדגיש היועמ"ש כי אף במצב שבו היה מוכח כי הרגולטור תמך בפעולותיה, הדבר אינו גורע מאחריות הדירקטורים ונושאי המשרה למהלכי קרן הפנסיה שמנוהלת על ידם. לפיכך, נטען שקביעת בית המשפט מביאה להיפוך יוצרות – מחד גיסא, היא מטילה נטל בלתי סביר על הרגולטור, ומאידך גיסא, מסירה אחריות ממנהלי החברות המפוקחות – וזאת בניגוד גמור לכך שלכתחילה נקבע כי בענפים אלה יש חשש מוגבר להתקיימות כשלים ועל כן נקבע פיקוח ייעודי. בהקשר זה, מוסיף היועמ"ש כי לעובדה שהקרן הייתה מאוזנת מבחינה אקטוארית אין כדי להשליך על שאלת הפרת החובות המוטלות על נושאי המשרה בקרן פנסיה. נוסף על כך, היועמ"ש מצא להצטרף לטענות המערערת לעניין התיישנות התביעה בנושא המלון ושיפוצו, ומדגיש כי ידיעת משרד האוצר או הממונה אינה יכולה להתחיל את מירוץ ההתיישנות, זאת במיוחד כאשר התביעה הוגשה על ידי הקרן בשם עמיתה.

27. ניתנה לצדדים אפשרות להגיב לעמדת היועמ"ש, והם עשו כן. על מנת שלא להרחיב יתר על המידה, יצוין בתמצית כי המערערת הצטרפה לעמדת היועמ"ש, תוך שהדגישה כי לשיטתה אין להסתפק בבחינה התנהלות נושאי המשרה בהתאם לדיני התאגידים (ובכללם, חובות האמון והזהירות המוגברים שחלים על נושאי משרה בקרן פנסיה), ויש להחיל במקביל אף את דיני הנאמנות. לדברי המערערת מאחר שהקרן

משמשת כנאמן לנכסי העמיתים, יש לראות אף בנושאי המשרה שמכהנים בה כנאמנים או לכל הפחות כאמונאים החבים בחובות מוגברות כשל נאמן. עוד נטען כי לשיטת המערערת ובשונה במידת מה מעמדת היועמ"ש, אין להחיל בשום מצב את כלל שיקול הדעת העסקי על קרן פנסיה; ועל אחת כמה וכמה אין להחילו בנסיבות המקרה דנן.

המשיבים מצידם מתנגדים בתוקף לעמדה שהציג היועמ"ש. המשיבים טוענים כי אף אם ייתכנו מקרים שבהם ידיעת הרגולטור אינה רלוונטית לתחילת מירון ההתיישנות, עמדה זו לא חלה על נסיבות המקרה דנן שבהן הממונה הוא שיזם את הגשת התביעה והמשיך לפקח עליה אחרי שהוגשה. עוד נטען כי הסכמתו האקטיבית ולכל הפחות מודעתו המלאה של הממונה למהלכים שיזמה הקרן "בזמן אמת" מונעת ממנו לטעון נגד המשיבים כעת. בהקשר זה טוענים המשיבים כי בתקופת הזמן הרלוונטית נושאי המשרה בקרן לא חבו בחובת נאמנות; וכי אין למנוע קטגורית החלת כלל שיקול הדעת העסקי על ענייניה של קרן פנסיה, בפרט כאשר עסקינן בהחלטות שעניינן "השקעות חופשיות", ויש להחילו בהתאם לשיקולים המנחים את העבודה של נושאי משרה בקרן פנסיה. עוד נטען כי אף אם ייקבע שיש להחיל על המשיבים סטנדרט מחמיר יותר, הם ממילא עמדו בו – בהיות החלטותיהם סבירות, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. על מנת שהתמונה לא תימצא חסרה יצוין כי המשיבים ביקשו כי תגובת המערערת לעמדת היועמ"ש תימחק (או לפחות סעיפים מסוימים מתוכה), וזאת מאחר שלטענתם היא ניצלה לרעה את הרשות שניתנה לה על מנת לערוך מקצה שיפורים בטענותיה.

דיון והכרעה

28. לאחר בחינת טיעוני הצדדים בכתב על נספחיהם, ולאחר שהוספנו ושמענו את טיעוני הצדדים בשני דיונים שהתקיימו לפנינו, אציע לחבריי לדחות את הערעור. לא מצאתי להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי הנטועות במסכת העובדתית שנפרשה לפניו ובהתרשמותו מן העדים. חרף האמור, וכפי שעוד יפורט בהמשך, סבורתי כי פסק הדין מכיל מספר קביעות שלא ניתן להותיר על כנן ולהן אקדיש את עיקר הכרעתי; וזאת מבלי שהדבר ישליך על התוצאה שאליה הגעתי, שהיא כאמור דחיית הערעור.

אולם טרם שאפנה לטענות המערערת בהתייחס לקביעות בית המשפט המחוזי בנוגע להתנהלות המשיבים בשלוש הפרשות שתוארו לעיל, אסקור בקצרה את המסגרת הנורמטיבית שמסדירה את פעילותן של קרנות הפנסיה בישראל ובכלל זאת את החובות החלות על נושאי המשרה שמנהלים אותן.

29. אין להפריז בחשיבותו של החיסכון הפנסיוני לעת פרישה לגמלאות, מבחינה אישית וציבורית כאחת. קרנות הפנסיה נוסדו במטרה להבטיח כי עובד שהגיע לגיל פרישה יזכה לחיות ברמת חיים שאינה נופלת באופן קיצוני מרמת החיים שניהל לפני שפרש; "שזקנתו של אדם לא תבייש את צעירותו" (כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין ב- בג"ץ 6460/02 אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ס"ד (4) 411, 432 (2006)) ובבחינת "מקור הכנסה עיקרי לאחר גיל פרישה ומשענת לערוב יום" (המשנה לנשיא א' רובינשטיין ב- בג"ץ 3430/16 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' הממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון משרד האוצר, פסקה כ"ט (30.6.2016) (להלן: עניין התאחדות חברות לביטוח); וראו גם: לילך לוריא "מיצוי זכויות פנסיוניות" חוקים ח 169, 171 – 172 (2016)). מטעם זה, הוטלה על כל מעביד בישראל חובה להפריש תשלומים (בשיעור מינימלי הקבוע בחוק) לטובת ביטוח הפנסיה של כלל העובדים המועסקים על ידו:

"חיסכון זה מהווה מקור עיקרי של פרנסה לאחר גיל פרישה. מצב שבו אין לפרט חיסכון פנסיוני – עלול להביא אותו למעגל העוני לאחר הפרישה מהעבודה ולהשית את נטל הטיפול בו על כתפי הציבור. בני משפחתו של העובד והתלויים בו מבחינה כלכלית עלולים אף הם להיפגע בשל היעדרו של ביטוח פנסיוני. לנוכח חשיבותו של החיסכון הפנסיוני נחתם (בחודש נובמבר 2007) הסכם קיבוצי כללי לביטוח פנסיוני במשק בין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה, ובהמשך הוא הוחל על כלל העובדים והמעבידים במשק באמצעות צו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק, אשר בוטל בתאריך 27.9.2011 והוחלף בצו הרחבה [נוסח משולב] לפנסיה חובה 2011 (י"פ התשע"א 6302, עמ' 6938)."

(בג"ץ 2944/10 קוריצקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 6 (13.10.2015)).

30. קרן פנסיה היא גוף מבטח בענף ביטוח פנסיה. להבדיל מחברת ביטוח, קרן הפנסיה משלמת את הקצבאות המגיעות למבוטחים מתוך הכספים שלהם עצמם; קרי: כספים שהופרשו על ידי המבוטחים (ומעסיקיהם) ממשכורתם מדי חודש בחודשו, בתוספת התשואה שהשיגו כספים אלה ובניכוי הוצאות הניהול והתפעול של הקרן. לקרן הפנסיה אין אפוא מקור כספי חיצוני המשמש אותה להתחייבויותיה כלפי המבוטחים.

בפסיקה מקדמת דנא עמד בית המשפט העליון על מאפייניהן הייחודיים של קרנות הפנסיה הוותיקות, ובהם הערבות ההדדית בין המבוטחים ועקרון השוויון ביניהם:

"בין העמיתים בקרנות הפנסיה קיימת ערבות הדדית לגבי כלל המבוטחים. כל מבוטח יקבל, כשיארע אירוע ביטוחי, את המגיע לו מהקרן – מהקופה הכללית – לפי תקנות הקרן, כפי שיהיה בתוקף אותה שעה, ללא קשר לשאלה, כמה הפריש או כמה הופרש על-ידי מעבידו בגינו לקופת קרן הפנסיה. לא כן בביטוח מנהלים. כאן נקבע הסכום שיקבל המבוטח על-פי פוליסת הביטוח שבין המבוטח לחברת הביטוח, וסכום זה אינו קשור בביטוחים שנעשו על-ידי אחרים בחברת הביטוח ואין חברת הביטוח רשאית לשנותו. תנאי הביטוח, לרבות התשואה שיקבל בגין כספים ששילם לחשבון החיסכון שלו בחברת הביטוח, קבועים למשך כל תקופת הביטוח. יוצא, שלעומת ביטוח אישי הקיים לגבי כל מבוטח בחברת הביטוח, הביטוח בקרנות הפנסיה הוא ביטוח שיתופי, על פיו יש בכספים המופרשים היום לקבוע גם את מצבם של מבוטחים במשך תקופה ארוכה בעבר וגם את מצב המבוטחים של המחר." (ההדגשות שלי-ע"ב) (בג"ץ 2010/90 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה(1) 413, 405 (1990)).

הנה כי כן, הצטברות ההשקעה של המבוטחים השונים יחדיו היא שיוצרת את הביטחון כי כל מבוטח יזכה בבוא העת לקבל גמלה.

31. במרוצת השנים חלה שורה של רפורמות בשוק הפנסיה, שאין זה ממין העניין לפרטה כאן במלואה. לענייננו יצוין רק כי בשנת 1995 נסגרו קרנות הפנסיה הוותיקות (ובהן גם המערערות) להצטרפות עמיתים חדשים – וזאת בשל גירעונות כספיים ניכרים שנצברו בקרנות הפנסיה הללו, ולנוכח תחזית משרד האוצר כי כבר בתוך מספר שנים לפחות חלק מהקרנות לא יוכלו לעמוד בתשלום הגמלאות למבוטחים. על כן, מאז שנת 1995 ממשיכות קרנות הפנסיה הוותיקות לבטח רק את מי שהיו עמיתיהן טרם סגירתן לציבור.

בשנת 2005 חלה רפורמה גם בהוראות הדין המסדירות את פועלן של קרנות הפנסיה. בראשית דרכן, מעמדן של הקרנות לא נקבע בחקיקה ראשית ופעילותן הוסדרה בעיקרה בתקנות מס הכנסה (כללים לניהול ואישור קופות גמל), התשכ"ד-1964 (כהגדרתן לעיל: תקנות מס הכנסה). כיום מעוגנות ההוראות השונות הרלוונטיות לפעילותן של קרנות הפנסיה בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (להלן: חוק הפיקוח) הכולל הפניות לסעיפים מסוימים מחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981. חוק הפיקוח הוא תולדה של המלצות

שניתנו על ידי צוות בין-משרדי בראשות מנכ"ל משרד האוצר באותה עת, ד"ר יוסי בכר (דו"ח הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון (ספטמבר 2004)). במוקד עבודתו של הצוות עמדו סוגיות של ניגודי עניינים בניהול קופות הגמל, וחתירה להגברת התחרות בשוק (ראו: בג"ץ 2030/12 הדר נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון משרד האוצר, פסקה 10 (26.2.2013) (להלן: עניין הדר)).

32. סעיף 3 לחוק הפיקוח מעגן בחקיקה ראשית את חובות האמונים, הנאמנות והזהירות שבהן חבות קרנות הפנסיה כלפי עמיתיהן:

- (א) חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים.
- (ב) בניהול נכסי קופות הגמל, במתן שירות לעמיתיהן ובמילוי שאר תפקידיה לפי הוראות חוק זה, תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקידה לטובת כל אחד מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל ענין וכל שיקול על פני טובתם.
- (ג) חברה מנהלת תנהג בזהירות וברמת מיומנות שנאמן מיומן היה נוהג בהן בנסיבות דומות, ותנקוט את כל האמצעים הסבירים לשם שמירה על נכסי קופות הגמל שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה.
- (ד) הוראות סעיף זה יחולו –
 - (1) לגבי כל קופת גמל שבניהול החברה המנהלת, בנפרד, ולגבי העמיתים בכל קופת גמל כאמור;
 - (2) על כל מי שעוסק מטעם החברה המנהלת בניהול נכסי קופות הגמל.
- (ה) בסעיף זה, "עמית" – לדבות עובד של עמית-מעביד, וכן מוטב של עמית או עובד כאמור, לאחר מותם. (ההדגשות שלי-ע'ב').

הנה כי כן, סעיף 3(א) לחוק הפיקוח קובע באופן מפורש כי הקרן משמשת נאמן על הנכסים שבקופתה לטובת העמיתים. על פי סעיף 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות) מוסד הנאמנות מבטא "זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת"; ולאורכו של חוק זה פזורות הוראות המטילות על נאמן חובות אמון כלפי הנהנה ונכסי הנאמנות. כך, למשל: "במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות" (סעיף 10(ב)); "ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו" (סיפא לסעיף 13(א)).

ניכר כי המחוקק לא הסתפק בהחלה כללית של החובות שבחוק הנאמנות על קרן הפנסיה, ומצא לנכון להדגיש במסגרת סעיף 3(ב) לחוק הפיקוח כי על קרן הפנסיה חלות בעת מילוי תפקידיה אף שלוש חובות אמון מוגדרות: החובה לפעול באמונה ובשקידה לטובת העמיתים (בדומה לאמור בסעיף 10(ב) לחוק הנאמנות); החובה שלא

להפלות בין עמיתים; והחובה לשים את טובתם של העמיתים לפני כל עניין או שיקול אחר. נוסף לזאת סעיף 3(ג) לחוק הפיקוח מבהיר כי על קרן הפנסיה לנהוג כ"נאמן מיומן"; קרי: חלה עליה חובת זהירות, ובין היתר על הקרן לשמור על נכסי קופות הגמל שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה. לא מן הנמנע כי הצורך בהדגשה של חובות אמן וזהירות מסוימות נובע מן המאפיינים הייחודיים של פעילות קרנות הפנסיה (ראו והשוו: דברי השופט י' עמית בנושא חובת הזהירות על נושאי משרה בחברה ב-ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ', פסקה 44 (28.12.2016) (להלן: עניין ורדניקוב)).

33. כידוע מערכת היחסים שבין קרן פנסיה לבין המבוטחים בה מתאפיינת בפערי מידע וכוח ניכרים, שמעצם טיבם וטבעם מקימים חשש לניצול לרעה של יחסי הכוחות לטובתו של הצד "החזק". החשש מתגבר לנוכח העובדה שהנכס המנוהל על ידי הקרן הוא אותם כספים שהעמיתים חסכו "שקל לשקל" משך כל חייהם, על מנת שימשו אותם לעת שיבה. הדוקטרינה של חובות אמן התפתחה בפסיקה הישראלית מתוך הנחת מוצא שלפיה "כוח ללא אחריות משול להפקרות", ובמטרה לרסן את בעל הכוח העודף באמצעות פיקוח; ביטוי מובהק לכך הוא חובת האמונים החלה על נושא משרה בחברה (ראו: סעיף 254 לחוק החברות; דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק ב-ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 278 (1984) (להלן: עניין קוסוי); עמיר ליכט דיני אמונות – חובות האמן בתאגיד ובדין הכללי, עמ' 32-33 (2013)).

בהתייחס לתוכנה של חובת האמן, ציין השופט ברק בעניין קוסוי כי "חובת האמן היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו. זהו עיקרון כללי הטמון בשיטתנו, והפעלתו הלכה למעשה מחייבת קונקרטיזציה" (שם, בעמ' 278). לדברי פרופ' עמיר ליכט, מדובר בכללי התנהגות מחמירים למדי: "על האמונאי חל משטר משפטי קיצוני בחומרתו מבחינת כללי ההתנהגות הנדרשים ממנו לשם קיום חובת האמן ומבחינת הסעדים לרשות הנהנה (beneficiary) כלפי האמונאי במקרה של חשש להפרתה. למעשה, ניתן לומר בלא חשש להפרזה שמשטר זה של אקאונטביליות (accountability) ושל דיני החשבון (account) שבגדרו הוא המשטר המחמיר ביותר במשטר הלא עונשי." (עמיר ליכט "חובות אמן – אימתי?" חובות אמן בדין הישראלי 35, 36 (עורכים רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב, 2016)).

כאן המקום לבאר, כי ברי שאותן חובות החלות על קרן הפנסיה על פי חוק הפיקוח חלות גם על חברי הדירקטוריון שלה – שכן הדירקטוריון הוא שמתווה את מדיניות הקרן ומפקח על עבודת ההנהלה; והדבר אף נקבע באופן מפורש בסעיף 3(ד)(2) לחוק הפיקוח. שנית, חוק הפיקוח אמנם נחקק רק בשנת 2005, ואולם חובות האמון חלו על קרנות הפנסיה ביחסיהן עם המבוטחים עוד קודם לכן, מכוח תקנות מס הכנסה (סעיפים 41ה ו-41כג).

34. בבואנו ליצוק תוכן לחובות האמון, הנאמנות והזהירות החלות על קרנות הפנסיה ועל נושאי המשרה בהן, יש מקום להידרש לחובות החלות על חברי דירקטוריון בחברה מסחרית "רגילה" – ובין היתר איסור על ניגוד עניינים, על תחרות עם עסקי החברה, על ניצול הזדמנות עסקית של החברה, כאמור בסעיף 254(א) לחוק החברות; וכך גם לחובות הזהירות של דירקטורים כפי שהובהרו בפסיקה:

"באשר להתנהלותו של נושא המשרה ואופן הפעלת שיקול דעתו בזמן אמת, על נושא המשרה להיות מעורב בתהליך שקדם לקבלת ההחלטה; לפעול לאיסוף המידע הרלוונטי לצורך קבלת ההחלטות; להתעדכן במידע הנוגע לפעילות החברה ולגלות בקיאות בענייניה, להתמצא במצבה הפיננסי ולהיות נוכח בישיבותיה (ראו עוד בעניין אפריקה ישראל בפס' 41, שם ציינתי כי "על דירקטור ובעל תפקיד בחברה לקבל החלטה מודעת, פרי 'הליך של איסוף עיון, דיון, ובחינת נתונים, מסמכים ושיקולים רלוונטיים'"; והשוו, למשל, לעניין בוכבינדר, שם הוטלה אחריות על דירקטורים, בין היתר מכיוון שלא השתתפו כלל בישיבות הדירקטוריון במשך מספר שנים או השתתפו בחלק קטן מהן, לא קיימו פיקוח על ההנהלה של החברה ולא התעניינו כלל במצבה הפיננסי, ולמעשה שימשו חותמת גומי להחלטות ההנהלה; וראו ביתר הרחבה אצל חביב-סגל כרך א 502-503; גרוס – דירקטורים ונושאי משרה, עמ' 179-180; יוסף גרוס חוק החברות החדש 421-424 (מהדורה רביעית, 2007) (להלן: גרוס – חוק החברות))." (עניין ורדניקוב, פסקה 43).

ואולם במקרה דנן, וכפי שעוד יפורט בהמשך הדברים, איננו נדרשים לקבוע מסמרות בנוגע לטיבן והיקפן של החובות החלות על קרנות הפנסיה, וכך גם בנוגע לחובות נושאי המשרה בקרן פנסיה. שאלת היחס בין החובות המוטלות על נושאי משרה בקרן פנסיה מכוח חוק החברות, לבין אלה המוטלות עליה מכוח חוק הפיקוח, היא שאלה נכבדה שיש להותירה בשלב זה לעת מצוא (וראו בנוגע לניהול השקעות קרן הפנסיה: אסף חמדני "המשבר העולמי, גופים מוסדיים ושוק ההון בישראל: מסקנות ביניים" משפטים מ 309, 321-325 (ינואר 2011) (להלן: חמדני)).

35. לנוכח התכלית הסוציאלית שביסוד פעילותן של קרנות הפנסיה והאינטרס הציבורי הגלום בהבטחת קיום הולם של הפורשים לגמלאות, עמד בית משפט זה לא פעם על חשיבות קיומה של רגולציה פעילה והדוקה בשוק הפנסיוני:

”ייחודיותו של שוק החיסכון הפנסיוני והכשלים האינהרנטיים הטבועים בו מטילים על הרגולטור אחריות כבדה: 'על הממונה והבאים מכוחו להתייחס בחרדת קודש למטלות שעליהם, כאילו היו עוסקים בחיסכון הפנסיוני שלהם עצמם. אם הקופות נאמנות העמיתים, הממונה הוא 'אביהם של העמיתים', נאמן כלל הציבור וכל אחד ואחת מיחידיו... תפקיד הממונה הוא להגן על העמיתים ולהביא להגינות' (עניין הדד, פסקה ג' לחוות דעת).” (ההדגשה שלי-ע'ב') (עניין התאחדות חברות לביטוח, פסקה כ"ט).

בלא לגרוע מהאמור, יש להבהיר כי המעורבות הרגולטורית אינה מפחיתה מחובתם של נושאי המשרה בקרן הפנסיה לעמוד בחובות האמון המוטלות עליהם ולהפעיל שיקול דעת עצמאי בניהול ענייניה ונכסיה של הקרן.

טרם דיון – המשקל הנורמטיבי שיש לייחס לפיקוח הממונה

36. כאמור, ענף הפנסיה נהנה מפיקוח רגולטורי ייעודי של הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון שבמשרד האוצר. במסגרת הניתוח שערך בית המשפט המחוזי, ניתן משקל לא מבוטל לכך שהממונה לא התערב בהתנהלות הקרן "בזמן אמת". בית המשפט ראה בעובדה זו אינדיקציה לכך שהקרן – ובהתאם נושאי המשרה שכיחנו בה – פעלו באופן תקין. סבורתני כי בנקודה זו נתפס בית המשפט לכלל טעות מן הבחינה הנורמטיבית, ואבקש להעיר מספר הערות בנדון.

37. על פי ההגדרות המקובלות, רגולציה (regulation), או: "אסדרה" היא מערכת כללים מחייבים, שנלווה לה גורם שאמון על הפיקוח לציות לאותם כללים ולאכיפתם. לפיכך תפקידו של הרגולטור נחלק לשניים. האחד – הסדרת נורמות שתכליתן קביעת מדיניות וכללי התנהגות בתחום פעילות מסוים (לרוב ביחס להתנהלות הגופים הפרטיים שפועלים באותו ענף). השני – פיקוח והפעלת מערך בקרה מנהלי על הציות לאותן נורמות רגולטוריות, ואכיפה של הנורמות במקרים של הפרות (שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 4, 9, 11–13 (ספטמבר 2014); בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 52 (30.8.2015); בג"ץ

8938/11 "All For Peace" חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת, פסקה 29 (24.2.2015) (להלן: עניין All For Peace)). ובית משפט זה כבר התייחס בעבר לתפקידו ה"מאסדר" של הממונה בענף הפנסיה; ולכך שקיים צורך בקביעת כללים לשם הגנה על ציבור החוסכים – ראו: עניין הדר, פסקאות 21–22; עניין התאחדות חברות לביטוח, פסקה ל"ד).

הרגולטור איננו המנהל של החברות הפרטיות שנמצאות תחת פיקוחו – הוא מהווה עין פקוחה, שכבת הגנה חיצונית אפשר לומר, על ההתנהלות של אותם גופים. על כן, אין בהתנהלותו של הרגולטור כדי להפחית מהאחריות של נושאי המשרה בגופים הנמצאים תחת פיקוחו; ובוודאי שהדבר אינו יכול להעיד באופן בלעדי על אודות "תקינות" או סבירות פעילותם של הגופים הפרטיים. המסקנה העולה מהאמור היא, כי אין בעובדה שהמחוקק בחר להציב רגולטור ייעודי בענף מסוים כדי לגרוע מהאחריות שמוטלת על נושאי המשרה בחברות הפועלות בענף זה.

יצוין כי אף מבחינה מעשית יש כשל בייחוס משקל יתר בהקשר זה להתנהלות הרגולטור ב"זמן אמת". בניגוד לנושאי המשרה בחברה, הרגולטור מפקח על התנהלות הגופים שתחתיו בדיעבד (ex-post); תוך שמסורות לו סמכויות מסוימות שמכוחן הוא יכול להשפיע ולכוון את התנהלות הגופים מראש (ex-ante). בענייננו למשל, סמכות הממונה להעניק רישיון לעסוק בניהול קופות גמל או להקים קופת גמל, היא סמכות "מראש" (ראו: סעיפים 4 ו-13 לחוק הפיקוח; והשוו: עניין All For Peace, פסקה 29); בעוד סמכותו להורות על השבת כספים שלשיטתו נגבו או שולמו על ידי העמיתים בניגוד לדין וסמכותו להטיל עיצומים כספיים, הן סמכויות אכיפה "בדיעבד" (ראו למשל סעיפים 32(ו), ו-43 לחוק הפיקוח). נוסף על כך, הרגולטור ככל גוף מנהלי פועל במגבלות תקציביות ותחת סדרי עדיפויות. על כן, שיקולים רבים ומגוונים עשויים להנחות את פעילותו; ואין לראות בהיעדר פעולת אכיפה מצד הרגולטור כהיעדר צורך באכיפה. כפי שהעיר המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 9488/11 מיטראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה ט"ז (3.2.2015) ביחס לצורך בהסדרה ובפיקוח על ייבוא בשר ממקנה: "נציין בהיבט זה כי אין מדובר ב'משאב ציבורי' במובנו הקלאסי, בדומה למים או חשמל, למשל, שהרי ענייננו בהסדרתה של רגולציה לשירות הציבור ולא באספקה כלשהי; בעולם אידיאלי היה על הרשות לספק פיקוח ולמלא תפקידה בהתאם לצרכי השוק, אולם לצערנו אף משאבי הרשות מוגבלים הם, וגוזרים איפוא התמודדות מורכבת" (ההדגשה שלי-ע'ב'). שני מאפיינים אלה בפעילות הרגולטור – פיקוח בדיעבד והיותו נתון למגבלות תקציביות – מלמדים כי העובדה שרגולטור לא אכף נורמה מסוימת, אינה מעידה על כך שהיא לא הופרה.

ויובהר כי אין בדברים אלה כדי להקל או להמעט מן התפקיד שהוטל על הרגולטור, ומחובתו לעשות שימוש בסמכויות הנתונות לו על מנת להגן על אינטרסים ציבוריים.

38. בהינתן כלל האמור, על מנת שהתנהלות של הרגולטור, לא כל שכן שתיקתו, תהווה אינדיקציה להתנהלות נושאי המשרה בחברה, סבורתני כי צריך שיתקיימו נסיבות ייחודיות המצדיקות זאת; ונסיבות כאלה אינן מתקיימות במקרה זה. ראשית, מהמסכת העובדתית שנפרשה לפני בית המשפט המחוזי ניכר כי הממונה לא נתן אישור מראש לפעילות הקרן בשלוש הפרשות, ובתוך כך הממונה לא בחן את סוגיית ההשקעה במלון והתירה מראש; הממונה לא הרשה אפרוירית את ההתקשרות עם ה.ע.ל. תשורה; וכך גם בנוגע למתן הבונוס לצולר. העובדה שחלק מההחלטות או השינויים שערכה הקרן בפעילותה אירעו בעקבות הערות של הממונה (כך למשל, לפי פסק הדין ה.ע.ל. תשורה הוקמה על רקע הוראות הממונה להפריד בין פעילות הקרן (ויובלים קרן ההמשך) לבין ניהולה), איננה מהווה אישור מצד הממונה להתנהלות הקרן. הממונה אמון בין היתר על האסדרה של ענף הפנסיה ומתוקף תפקידו הוא קובע כללים ומבצע רפורמות שנוגעות לפעילותן של קרנות הפנסיה; ואולם שיקול הדעת ליישום אותם כללים והנחיות נתון לקרנות הפנסיה עצמן – ומשכך אין להטיל את האחריות להחלטות שקיבלה הקרן לפתחו של הממונה. והדברים אמורים במיוחד, בהינתן העובדה שבענייננו בסופו של יום הממונה הפעיל סמכויות אכיפה ביחס לקרן; מינה לה מנהלת מורשית ואף תמך בהגשת התביעה שביסוד הערעור. למעלה מן הצורך, יוער כי איני מוצאת להסתמך על הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין ביחס לידיעתו של הממונה על אודות המהלכים וקבלת ההחלטות בקרן, מבלי שהוא היה צד להליך בערכאה הדיונית או הגיש עמדה מטעמו.

לפיכך, אציע לחבריי שלא להותיר את קביעות בית המשפט ביחס להתנהלות הממונה על כנן, כך שלא נייחס להן משקל בבחינת התנהלות נושאי המשרה בקרן – קרי, המשיבים. כפי שפתחתי ואמרתי, וחרף עמדתי שפורטה לעיל, סבורתני כי אין להתערב ביתר ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי – והתוצאה שאליה הגיע בית המשפט נותרת על מכונה.

מן הכלל אל הפרט

39. טרם שאפנה לבחינת התנהלות המשיבים, אבקש להעיר שתי הערות מקדמיות. ראשית, ובנפרד משאלת התיישנות התביעה, אני סבורה כי יש ליתן את הדעת לפרק הזמן המשמעותי שחלף מאז האירועים שבגינם הוגשה תביעת המערערת. שיפוף המלון החל בשנת 1998 ונמשך לכל היותר עד לשנת 2002; ההתקשרות עם ה.ע.ל. תשורה

החלה בשנת 2002 והסתיימה בשנת 2006; והבונוס ניתן לצולר בשנת 2004. משכך בשלב שבו הוגשה התביעה, בחודש אוקטובר 2009, עברו כ-11 שנים מאז ההחלטות הראשונות בנושא (1998); 7 שנים מאז שהסתיים שיפוץ המלון והחלה ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה (2002); וכ-5 שנים מהמועד שבו הוחלט על מתן הבונוס לצולר. נכון להיום, חלפו כ-14 שנים לכל הפחות מאז ההחלטות שעומדות ביסוד אותם אירועים. משכך, חלוף הזמן מאז הפרשות מוסיף משוכה משמעותית בדרכה של המערערת (ראו והשוו: ע"א 4352/15 קורן נ' הראל, פסקאות 61–62 (2.8.2017) (להלן: קורן); ע"א establishment adoka 7589/13 מכון ויצמן למדע, פסקה 28 (8.6.2015) (להלן: adoka)). חלוף הזמן גרם לכך שמסמכים ועדים רבים שיכולים היו לסייע לבירור האמת, אינם בנמצא – ומבלי לקבוע מי מהצדדים "אשם" בכך; ניכר כי הדבר הקשה על בירור התביעה.

שנית, עיקר טענותיה של המערערת מופנות כלפי קביעות עובדתיות של בית המשפט המחוזי. כאן המקום לציין כי בית המשפט קיים חמישה ימי דיוני הוכחות שבמהלכם נשמעו 17 עדים, ביניהם נושאי משרה בקרן, גורמי מקצוע שהיו מעורבים בפרשות ומומחים שערכו את חוות הדעת שהגישו הצדדים; וכי היקף הפרוטוקולים של דיונים אלה משתרע על פני מאות עמודים. בנוסף, תיק בית המשפט מכיל עשרות רבות של מסמכים. הנה כי כן, הממצאים העובדתיים מבוססים על מסכת עובדתית נכבדת ומקיפה, שביסודה התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העדים שהופיעו בפניו. הלכה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים; וכלל אי-ההתערבות נכון ביתר שאת במקום שבו ממצאי העובדה נקבעו על סמך התרשמותו הישירה של בית המשפט מן העדים (ע"א 8712/13 אדלר נ' לבנת, פסקה 32 (1.9.2015); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פ"ד סג(3) 577, 590 והאסמכתאות שם (2010)). ענייננו אינו בא בקהלם של אותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות כזו.

40. יש להודות כי התמונה הכללית שמצטיירת מכלל החומר שהונח לפתחנו מעוררת תמיהות ותהיות בנוגע לחלק ממהלכי הקרן. כך שעה שהמסכת העובדתית שנתבררה מלמדת לכאורה כי הקרן פעלה ביד שלובה עם ההסתדרות הלאומית, ולא הקפידה להפריד את ענייני עמיתיה מענייני ההסתדרות כפי שמצופה היה שתעשה. עם זאת ניתוח הפרשות מצביע על כך שבנסיבות המקרה אין מקום לייחס אחריות למשיבים בעילות שנטענו נגדם, ואף לא הוכח כי שיפוץ המלון וההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה הסבו נזק. ואפרט.

(1) ההשקעה במלון ושיפוצו

41. טענותיה של המערערת בסוגיה זו נחלקות לשלוש. נטען כי לכתחילה ולכל אורך השנים שבהן שופץ המלון, דירקטוריון הקרן לא הפעיל את שיקול דעתו כנדרש: לא עמד על היקף השיפוצ, לא קיים דיונים בנושא והחמור מכל – לא קיבל החלטות קונקרטיות שאישרו באופן פוזיטיבי השקעה כה ניכרת במלון. עוד נטען כי שיעור ההשקעות במלון חורג מהרף שנקבע בכללי ההשקעה שנמנו בתקנות מס הכנסה. לדברי המערערת התנהלות זו מהווה הפרה של החובות שחלו על המשיבים בנושאי משרה בקרן פנסיה – ובפרט של החובה לנהל את נכסי הקופה באמון ובנאמנות. נוסף על כך, וכטענה חלופית, נטען כי החלטת ההשקעה במלון הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני.

42. אפתח בכך שמאחר שבית המשפט המחוזי דן בשאלת סבירות ההחלטה לגופה, וקבע כי עסקינן בהחלטה כלכלית ורווחית, איני מוצאת להידרש לסוגיית תחולת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטות של נושאי משרה בקרן פנסיה שטרם הוכרעה בפסיקת בית משפט זה (ראו: חמדני, בעמ' 325; ולעניין כלל שיקול הדעת העסקי בחברה ציבורית ראו: עניין ורדניקוב). המדובר בסוגיה עקרונית וחשובה שטומנת בחובה שיקולים לכאן ולכאן – כפי שעולה מכתבי הטענות של הצדדים בהקשר זה ומהעובדה שהיועמ"ש ביקש להביע עמדתו בנושא – והיא כרוכה בבירור היקף החובות שחלות על נושאי משרה בקרן פנסיה, שאף בנוגע אליה ציינתי כי עסקינן בסוגיה נכבדת שביום מן הימים נדרש יהיה לצקת בה תוכן. מאחר שבענייננו הקביעות העובדתיות מכריעות את הכף, איני נדרשת לדון בשאלה זו ואותירה בשלב זה בצריך עיון.

לעניין סבירות ההשקעה במלון, בית המשפט סמך את קביעתו על חוות דעתו של פופס מטעם המשיבים, כלכלן שמתמחה בענף המלונאות והתיירות בישראל, שממנה עולה כי "היה טעם רב בביצוע שיפוצ נרחב של מלון הוד המדבר בכדי שיוכל להישאר בתמונת התחרות ובכדי למנוע מהמלון להיות נדון לכליה"; בין היתר לנוכח מיקומו של המלון בים המלח ובהינתן מאפייניו הייחודיים – "ממוקם על שפת הים עם חוף פרטי, סמוך למרכז המסחרי וריכוז בתי מלון נוספים" (עמ' 77 לפסק הדין). בית המשפט דחה את עמדת פרופ' זליכה מטעם המערערת לעניין חוסר כדאיות ההשקעה במלון; ומצא לבכר מנגד את חוות הדעת מאת שביט, פרופ' עדן ועדויות צולר וזיכרמן – שנמצאו על ידו מהימנות ומשכנעות – ומהן עולה כי ההשקעה במלון הייתה משתלמת ורווחית, והיא זו שאפשרה את מכירתו בשנת 2011 בסכום של 130 מיליון ש"ח. קביעותיו של בית המשפט בהקשר זה הן קביעות עובדתיות מוצקות, המבוססות

על התרשמותו הישירה מן העדים והמומחים שהופיעו לפניו – ואין הצדקה להתערב בהן.

43. בית המשפט המחוזי שוכנע כי התקיימו ישיבות סדירות של הדירקטוריון וועדות המשנה (ועדת הביקורת וועדת ההשקעות) שבהן דנו באופן סדור ויסודי בכל הנושאים שעמדו על הפרק. בהקשר זה הפנה בית המשפט למספר עדויות של נושאי משרה שונים בקרן ובהם היועץ המשפטי עו"ד קורן, צולר, כהן ודירקטורים נוספים – עדויות שאותן מצא מהימנות – שלפיהן ישיבות דירקטוריון הקרן התקיימו באופן שגרתי אחת לרבעון ולעיתים בתדירות גבוהה יותר; וכך גם היה הנוהג בנוגע לישיבות של ועדת הביקורת וועדת ההשקעות. בית המשפט הוסיף וקבע כי הוא שוכנע, על יסוד העדויות שנשמעו לפניו, כי נערכו פרוטוקולים מסודרים של כל אותן ישיבות – הגם שחלק מהן לא הוצגו במסגרת ההליך. קביעה זו נסמכה בין היתר על פער במספור של הפרוטוקולים שהוצגו לו והעובדה שבמסמכים ובפרוטוקולים הקיימים ישנה הפניה לפרוטוקולים שאינם בנמצא. איני מוצאת להתערב בקביעות אלה, שמושגות על הרושם שהותירו עדויות המשיבים. בהחלט ייתכן ואף נחזה כי התקיימו ישיבות דירקטוריון וועדות משנה שהפרוטוקולים שלהם חסרים. העובדה שאין תיעוד לישיבה אינה מעידה בהכרח כי זו לא התקיימה. העדר תיעוד אמנם יוצר לכתחילה חסר ראייתי שפועל לרעת הצד שמבקש להוכיח התקיימותן של ישיבות שלא נמצא להן תימוכין בכתב, אולם ייתכנו מצבים שבהם בית משפט יקבע כי אלה התנהלו חרף העדרם של מסמכים שמעידים על כך וזאת על בסיס ראיות אחרות שבית המשפט מצא שיש להעדיפן – וכך אירע בענייננו.

את שקבע ביחס להתנהלותו הכללית של הדירקטוריון וועדות המשנה, קבע בית המשפט אף ביחס להשקעה במלון ושיפוצו; תוך שהוסיף וחידד כי בכל הנוגע להשקעה במלון ישנן אינדיקציות לכך שעוד בשלב שבו הוחלט לרכוש את מניות קופת חולים, דירקטוריון הקרן וועדות המשנה היו מודעים לכך שתידרש השקעה משמעותית ביותר בשיפוץ המלון. כך, בית המשפט הפנה לדברי הרצל שלם שהיה חבר בוועדת גרינוולד, בישיבת דירקטוריון הקרן מיום 20.7.1997 – הישיבה שבה אושר לרכוש את מניות קופת חולים – מהם עולה בבירור כי על מנת שהמלון יהיה נכס כלכלי מניב, נדרש להשקיע בו בהיקף משמעותי; וכי השיפוץ ישתרע ויעלה הרבה מעבר להערכה שצוינה בדוח גרינוולד. בית המשפט אף הסתמך על עדותו של יצחק נצר, שהיה המפקח על שיפוץ המלון, שממנה עולה כי הערכת עלות השיפוץ שבדוח גרינוולד לא לקחה בחשבון תקלות רבות שנדרש היה לתקן ושנתגלו רק לאחר שהמלון נרכש (למשל, טיפול בחריגות בנייה ודרישות שונות של משרד הבריאות). עוד קבע בית

המשפט על סמך עדויותיהם של צולר, משיב 11 וזיכרמן – שאומצו על ידו – כי הדירקטוריון עודכן באופן סדיר על אודות התקדמות השיפוף, וכי השיפוף נעשה בשלבים ועל דעת ובאישור הדירקטוריון וועדות המשנה. בית המשפט אף הוסיף וקבע כי נערכה בחינה מקצועית של היקף ההשקעה הנדרשת בשיפוף המלון; וכי לכתחילה היה ברור שמדובר בהשקעה ניכרת וארוכת טווח. כפי שניתן להתרשם, ממצאים עובדיים אלה מבוססים על מגוון רחב של עדויות שבית המשפט מצא אותן מהימנות וכן על מסמכים שהוצגו לו – ובהתאם להלכה שנזכרה, אין מקום להתערב בהם. בהינתן האמור, אין יסוד לשנות מקביעת בית המשפט בענייננו כי התקיימו ישיבות סדורות וענייניות בעניין שיפוף המלון, וזאת חרף החסר במסמכים בנושא. על מנת שהמהלך לא יימצא חסר, אציין כי לשיטתי לא היה מקום לייחס משקל לאיזון האקטוארי של הקרן בתקופה הרלוונטית, ומקובלת עליי הטענה כי ייתכן שנושאי משרה יפרו את החובות המוטלות עליהם אף בהינתן שמצבה האקטוארי של הקרן חיובי. ואולם מאחר שבית המשפט התייחס לסוגיה זו למעלה מן הצורך, ולא השתית את פסק דינו על כך, איני רואה טעם להרחיב בנדון.

44. ועתה לטענה כי ההשקעות בשיפוף המלון נעשו תוך הפרה של כללי ההשקעה שחלו באותה תקופה על קרן הפנסיה, כפי שפורטו בסעיף 41 כ לתקנות מס הכנסה שכותרתו "השקעות של קופת גמל לקיצבה". לנוכח חשיבותם של כללים אלה, אביאם כלשונם:

41. (א) קופת גמל לקיצבה תשקיע את כספיה כך שנכסיה המושקעים לפי הוראות תקנה 141, יהיו מושקעים בהשקעות ובשיעורים הבאים:
- (1) לפחות 93% באיגרות חוב מיועדות, איגרות חוב מוכרות, איגרות חוב של מדינת ישראל, מניות של קופה להשקעות וחכיות במקרקעין שנרכשו עד 29 באוגוסט 1957;
 - (2) עד 2% באיגרות חוב סחירות שאינן של מדינת ישראל;
 - (3) עד 2% במניות סחירות או בתעודות השתתפות, לרבות ניירות ערך שבהסדר;
 - (4) עד 4.5% בכל השקעה לפי שיקול דעת הקופה, לרבות פקדונות קצרי מועד בשקלים חדשים ומקרקעין שנרכשו אחרי 29 באוגוסט 1957, ובלבד שסך כל שיעור ההשקעה במקרקעין לא יעלה על 1.5%.

הכלל העיקרי לענייננו הוא זה שמפורט בס"ק (4) ומגביל את היקף ההשקעה "לפי שיקול דעת" קרן הפנסיה עד ל-4.5% מסך כל נכסיה. המערערת טוענת כי בין השנים 1998 ל-2003 הקרן חרגה מכלל זה באופן משמעותי, לפי הפירוט הבא: בשנת 1998 היקף ההשקעה במלון עמד על 4.69% מסך הנכסים; בשנת 1999 על 5.51%;

בשנת 2000 על 6.55%; בשנת 2001 על 7.02%; בשנת 2002 על 8.32%; ובשנת 2003 על 8.42%. מאחר ששיעור ההשקעה במלון עלה בכל השנים הללו על הרף של 4.5%, נטען כי מדובר בחריגה מהוראות הדין; ויש גם בכך כדי להצביע על ההתנהלות הפגומה של המשיבים. לדברי המערערת החישוב של היקף ההשקעה היחסי במלון מבוסס על הדוחות הכספיים של הקרן, ועל כן לא ניתן לחלוק עליהם; ויצוין בהקשר זה כי על אף שבחוות הדעת של שביט נטען כי ההשקעות במלון בין השנים 1997 ל-2007 עמדו במוצא על 5.1%; במהלך חקירתו, אישר הלה את הנתונים שהציגה המערערת בנדון (ראו עמ' 221–222 ו-225 בפרוטוקול הדיון מיום 13.3.2012).

בית המשפט המחוזי קבע כי "גם אם הייתה בתקופה מסוימת חריגה קטנה כלשהי 'בשיעור זניח' אין לכך כל משמעות, כאשר מדובר בהשקעה ארוכת טווח המתקנת את עצמה במהלך השנים" (בעמ' 104 לפסק הדין). בית המשפט לא סבר כי יש ליתן משקל משמעותי לעובדה שהקרן חרגה מכללי ההשקעה, וזאת בין היתר מאחר שהממונה לא מצא להעיר דבר על ההשקעה והיקפה בזמן אמת. קביעה זו אין בידי לקבל. כפי שכבר הוברר לעיל, העובדה שהממונה נמנע מלהתערב בהשקעות הקרן אינה משנה מן העובדה שהקרן סטתה מהכללים בנוגע להשקעה. ויצוין כי טענת המשיבים בהקשר זה, שלפיה הם היו רשאים להשקיע עד 7% מנכסי הקרן במלון מאחר שחלק מהכספים נותבו להשקעות השותפות בד"ש אייפקס – היא טענה מוקשית, ובכל מקרה ההשקעות במלון חרגו אף מרף זה. כללים כשם כן הם ויש לקיימם; והדברים יפים במיוחד בענייננו מקום שהתכלית של הכללים היא להבטיח הגנה על כספי החוסכים-העמיתים בדרך של פיקוח על הגופים המנהלים את קופות הגמל (בג"ץ 4556/93 הילמן נ' שר האוצר, פסקה 6 (21.8.1995)) – ועל כן נדרש היה להקפיד לקיימם כלשונם. יוער בהקשר זה כי אין נפקות אף לכך שבשנת 2002 כללי ההשקעה עודכנו – השינוי לא הוחל באופן רטרואקטיבי על ההשקעות של קרנות הפנסיה, ואין בו כדי לשנות מהעובדה שהקרן לא עמדה בשנים הרלוונטיות בהוראות הדין שחלו עליה.

עם זאת, בבחינת מכלול העובדות שקבע בית המשפט המחוזי, סבורתני כי אין די בהפרה של כללי ההשקעה – בנסיבות המקרה הספציפיות – על מנת להטיל אחריות על המשיבים, וזאת בין היתר בשים לב לחלוף הזמן. בין אם מדובר בהפרה זניחה בין אם לאו, לא הוכח כי עצם ההפרה של כללי ההשקעה בשנים אלה הסבה לקופת הקרן ובהתאמה לעמיתים, נזק כלשהו. יוזכר כי בית המשפט המחוזי קבע שההשקעה במלון הייתה כדאית וכלכלית, והיא שאפשרה את מכירתו בשנת 2011 ברווח. וביחס לנקודה זו כבר ציינתי שאיני מוצאת להתערב בה מאחר שהיא מבוססת על ממצאי עובדה ומהימנות. בהינתן כלל האמור, אציע לחבריי לדחות את הערעור בנושא ההשקעה במלון.

45. סוגיה נלווית לטענות המערערת בעניין ההשקעה במלון היא העובדה שבשנת 2001 רכשה הקרן את חלקה של ההסתדרות הלאומית במניות (%) 20, וזאת בהתאם לשווי המלון כפי שהוערך עוד בדוח גרינוולד. אין חולק כי בשנים שחלפו מאז דוח גרינוולד הקרן השקיעה בשיפוץ המלון ותפעולו, בעוד ההסתדרות הלאומית לא השתתפה בהוצאות – ולטענת המערערת בנסיבות אלה מניות ההסתדרות הלאומית נרכשו במחיר מופרז, ואף יש בכך משום מתן טובת הנאה ל"חבר התמידי" בקרן, שהיא אסורה לפי התקנון. מקובלת עליו קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה ככל שההסתדרות הלאומית הייתה משקיעה כספים במלון, גם שווי מניותיה היה עולה בהתאם – שאז היה על הקרן לשלם סכום גבוה מששילמה תמורתן בפועל. קביעה זו התבססה על עדותו של צולר שבית המשפט מצא אותה אמינה, ולפיה עוד בשנת 1997 כשנרכשו מניות קופת חולים, הוסכם כי ההסתדרות הלאומית תמכור את אחזקותיה במלון; ובהתאם לסיכום זה, ההסתדרות הלאומית לא השתתפה במימון השיפוץ ובהוצאות התפעוליות של המלון ושווי המניות שהיו באחזקתה נקבע בהתאם. אף בעניין זה עסקינן בקביעה עובדתית שאין להתערב בה; ובכל מקרה דומה כי היא מבוססת על היגיון כלכלי. ויצוין כי הדברים נאמרים מעבר לנדרש, מאחר שבמסגרת הערעור המערערת לא עתרה עוד לסעד בקשר עם רכישת מניות ההסתדרות הלאומית והדברים צוינו על ידה כתמיכה בטענותיה האחרות.

(2) העברת דמי ניהול לה.ע.ל תשורה והשכר ששולם לצולר

46. טענתה העיקרית של המערערת בנושא זה, היא שהתקשרות הקרן עם ה.ע.ל תשורה מהווה עסקה עם בעל עניין (ההסתדרות הלאומית) והביאה לכך שהוזרמו כספים מהקרן להסתדרות הלאומית באמצעות ה.ע.ל תשורה מבלי שדירקטוריון הקרן עמד על ניגוד העניינים הפוטנציאלי בעסקה מעין זה. המערערת עומדת על כך שההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה העניקה להסתדרות הלאומית טובת הנאה אסורה, שהיא השתתפות ברווחים של הקרן, המהווה הפרה של התקנון.

על פניו, ההתקשרות בין הקרן לבין ה.ע.ל תשורה טומנת בחובה קושי, שכן היא זו שמינתה את נושאי המשרה בקרן, והיא גם הבעלים של חברת ה.ע.ל תשורה; ומהנתונים שהוצגו לפני בית המשפט המחוזי בולטת בהיעדרה התייחסות מצד המשיבים לעובדה זו, טרם שאישרו את ההתקשרות. כפי שכבר צוין, המערערת סבורה כי יש בהתקשרות משום הפרה של האיסור שנקבע בתקנון שלפיו ההסתדרות הלאומית (החבר התמידי) אינה רשאית ליטול מרווחי הקרן. אולם זו שאלה של פרשנות אם רווחי הקרן כוללים אף את דמי הניהול; וטענת המשיבים בהקשר זה היא שכך או

אחרת שומה על הקרן לשלם דמי ניהול – בין אם לה.ע.ל תשורה ובין אם לחברת ניהול אחרת. ויצוין בהקשר זה כי לפי סעיף 58 לתקנון, הקרן רשאית לנכות מהסכומים שהיא גובה מהעמיתים ומעבידיהם את הוצאותיה – ודומה כי הכוונה גם לדמי הניהול. עוד בעניין זה, לפי תקנה 1 לחוק הפיקוח "כספי קופת גמל" אינם כוללים את ההוצאות ודמי הניהול שגבתה החברה המנהלת לפי חוק זה (והוראה דומה קיימת בתקנות מס הכנסה). מכל מקום בנסיבות המיוחדות של המקרה, כפי שעמד עליהם בית המשפט המחוזי, ובפרט בהתחשב בחלוף הזמן ממועד ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה – איני רואה להתערב בקביעות בית המשפט כי לא נפל פגם בהתקשרות הקרן עם ה.ע.ל תשורה; ואבאר.

47. מהמסכת העובדתית שנפרשה בבית המשפט המחוזי, ניכר כי התקיימו דיונים רבים בדירקטוריון הקרן על אודות ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה; וכי הדירקטורים קיבלו דין וחשבון שוטף בנושא. בית המשפט קבע כי יש לבחון את ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה על רקע סיום היחסים עם תשורה והוראת הממונה כי הקרן תחדול מלהעניק שירותי ניהול ליובלים (קרן ההמשך); ובראי נסיבות אלה – שאינן תלויות האחת בשנייה – התעורר צורך להקים חברת ניהול חיצונית שתספק שירותי ניהול לקרן וליובלים. קביעה זו התבססה על עדויות צולר, כהן והיועץ המשפטי של הקרן, שבית המשפט מצא מהימנות בין היתר מאחר שהן נתמכו במסמכים שהוצגו לפניו; וכן על חוות דעתו של שביט ועדויות נוספות שמהן עולה בבירור כי משרד האוצר דרש הפרדה בין החברה המנהלת לקרן הפנסיה. בהינתן האמור, ומבלי להפחית כאמור בחשיבות של בחינת מאפייני העסקה קודם לאישורה, בדגש על כך שעסקינן בהתקשרות עם ה"חבר התמידי" בקרן, יש קושי לקבוע כעת כי המשיבים הפרו את החובות שהוטלו עליהם.

בית המשפט הוסיף וקבע כי ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה השתלמה מבחינה כלכלית לקרן וכנגזרת מכך אף לעמיתה; וכי ללא הקמתה "לא ניתן היה לנהל בצורה סדורה ומבוקרת את חשבונות עמיתי הקרן וענייניהם" (בעמ' 142 לפסק הדין). קביעות אלה נסמכו על חוות הדעת מאת שביט, שבה פורט שיעור דמי הניהול שנגבו מהקרן בחתך של שנים. משכך ומעבר לאמור, אף אם היה נקבע כי התנהלות המשיבים בהקשר זה לוקה, לנוכח הקביעה העובדתית שלפיה ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה לא הסבה נזק לקרן (ודומה כי דווקא ההיפך הוא הנכון) – אין נזק שבגיננו ניתן לחייב את המשיבים בהשבה. ויוזכר כי הקרן ממילא הייתה נדרשת לשלם דמי ניהול לחברה כלשהי ועל כן אין לראות בעצם תשלום דמי הניהול כפגיעה ברווחים השייכים לעמיתים – מה גם

שהוברר בחוות דעתו של שביט כי מדובר היה בדמי ניהול בשיעור נמוך ביחס לדמי הניהול ששילמה הקרן לתשורה ושהיא משלמת היום לפסגות.

לעניין המשכורת ששילמה ה.ע.ל תשורה לפושקין – חברה פרטית שבבעלות צולר – בית המשפט המחוזי קבע כי המעבר של צולר לה.ע.ל תשורה נעשה במסגרת מעבר של עובדים רבים מהקרן לחברת הניהול; וכי הידע והניסיון של צולר תרמו לכך ששירותי הניהול שסופקו לקרן היו לשביעות רצונה. אין יסוד להתערב בקביעות אלה, ובהתאם אינני סבורה שנפל פגם בתשלומים שהועברו לצולר בגין עבודתו בה.ע.ל תשורה. ויוער בהקשר זה כי מעיון בפרוטוקולים של דירקטוריון הקרן ברי כי חבריו היו ערים למעורבותו הרבה של צולר בהקמת ה.ע.ל תשורה ולכך שלימים הוא אף כיהן כיו"ר הדירקטוריון שלה. הוברר אפוא כי צולר לא פעל בהסתר; ובכל מקרה לא הוכח כי לצולר היה עניין אישי בהקמת ה.ע.ל תשורה; ובית המשפט קבע כעובדה שנלמדת מהמסד הראייתי כי פעולותיו של צולר בנדון זה היו לטובת הקרן ועמיתיה.

(3) הבנוס לצולר בגין ההשקעות בד"ש אייפקס

48. איני רואה להתערב אף בקביעות בית המשפט בעניין מתן הבנוס לצולר. לדברי המערערת החלטת הבנוס לא התקבלה באורגנים המוסמכים של הקרן. לשיטתה, נדרש היה לקבל את החלטת הבנוס לצולר באסיפה הכללית של הקרן ושל המלון; ובכל מקרה, ההחלטה שהתקבלה בדירקטוריון של הקרן בנושא איננה תקפה משום שהיא אינה מתייחסת לסוג הבנוס ולגובהו.

בית המשפט המחוזי קבע כי הוא שוכנע שלא נפל פגם בהחלטה להעניק בנוס לצולר, וזאת בין היתר על יסוד חוות דעתו של שביט שלפיה לא הייתה מניעה עקרונית לחלק בנוס כאמור; וכי מאחר שלא מדובר בהוצאה ישירה מכספי הקרן, לא נפל כל פגם בהחלטות דירקטוריון הקרן וועדת הביקורת. בית המשפט סמך ידיו על חוות דעת זו וכן על עדות עו"ד קורן, שאותה הוא מצא אמינה – וקבע כי התנהלות המשיבים בהקשר זה הייתה תקינה, בפרט משפעלו בהתאם לחוות הדעת המשפטיות שהונחו לפנייהם. בית המשפט אף מצא להפנות לציטוטים מעדויותיהם של כהן והמשיב 18 שהעידו על התשואה הגבוהה שהסבה ההשקעה בד"ש אייפקס, ועל הרצון לתגמל את צולר על מנת לשמרו בתפקיד – והכל בהתאם לנוהג בשוק. אף בנושא זה מסקנותיו של בית המשפט המחוזי מבוססות על קביעות עובדתיות וממצאי מהימנות, ואין מקום להתערב באלה. זו גם התרשמותי למקרא העדויות. איני סבורה שנפל פגם בהתנהלות המשיבים שפעלו בהתאם לשתי חוות דעת משפטיות. אמנם דומה כי חוות דעת משפטית אין בה כדי להקנות "חסינות" לנושאי משרה בחברה מפני הטלת אחריות,

מקום שבו הם הפרו את החובות המוטלות עליהם; אולם סבורתני כי במקרה זה החלטת הבונוס התקבלה כדין – ראשית, ההחלטה התקבלה על ידי ארבעה אורגנים שונים: דירקטוריון הקרן, ועדת הביקורת של הקרן, דירקטוריון הוד המדבר, ודירקטוריון השותפות. ונוסף על כך, לא הוכח ולו לכאורה כי צולר השפיע בצורה כזו או אחרת על החברים באורגנים אלה לאשר את מתן הבונוס; וניכר כי הוא לא נטל חלק בישיבות שהתקיימו בנושא.

49. ועוד הערה בהקשר זה. השכר והתגמולים שניתנים לבכירים בחברות ציבוריות ובגופים פיננסיים בפרט, הוא נושא שמצוי בדיון ציבורי בישראל זה שנים רבות (וראו בהקשר זה: בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל, פסקה 1 (29.9.2016)). דיון זה אך מתבקש שעה שעסקינן בתגמול שמוענק לנושאי משרה בגופים מוסדיים שתפקידם לנהל כספים שמופקדים לצורך ביטוח פנסיוני. זאת מאחר שגופים אלה אמונים על ניהול חסכונות הפנסיה; ומפאת החשש שמבנה התגמול יכול שיצור מערכת תמריצים שמעודדת נטילת סיכונים מופרזת שאינה עולה בקנה אחד עם הצורך לנהל באופן מושכל את כספי החיסכון. לנוכח חשש זה, בשנת 2007 החלו להיקבע הוראות לעניין האופן שבו יש לקבל החלטה הנוגעת לתגמול נושא משרה בגוף מוסדי. הוראות אלה עודכנו עם השנים ובחודש אפריל 2014 פרסם הממונה מסמך מקיף בנושא (חוזר גופים מוסדיים 2014-9-2 "מדיניות תגמול בגופים מוסדיים" (10.4.2014); והוראות משלימות שנקבעו ב-חוזר גופים מוסדיים 2015-9-31 "מדיניות תגמול בגופים מוסדיים – תיקון" (7.10.2015)). מאחר שהוראות אלה לא חלו בתקופה שבה הוענק הבונוס לצולר אני רואה צורך לפרט, אולם דומני כי נודע משקל לכך שהוראות מעין אלו לא היו קיימות בתקופה הרלוונטית בבחינת סבירות ההחלטות שהתקבלו בהקשר זה.

50. טרם סיום, אני רואה להתייחס לשתי סוגיות נוספות שנדונו במסגרת פסק הדין והצדדים מצאו לייחד להן מקום בכתבי טענותיהם ובדיונים לפנינו – תחולת הסכם הפשרה על התביעה, והתיישנות התביעה בעניין פרשת המלון ושיפוצו. אקדים ואומר כי נראה שיש ממש בטענות המערערת ככל שהן נוגעות לסוגיות הללו; ואולם יובהר כי אף לעניינים אלה לא תהא השפעה על תוצאת פסק הדין. בתמצית יצוין כבר עתה כי לאחר ניתוח הסוגיות הגעתי לכלל מסקנה כי הוראת הויתור שבהסכם הפשרה אינה חלה על התביעה נגד המשיבים – ועל כן לא היה מקום לדחותה מטעם זה; וגם בסוגיית ההתיישנות דעתי שונה מן המסקנה שאליה הגיע בית המשפט. ואבאר.

51. כפי שתואר, הסכם הפשרה נחתם ביום 28.10.2009, כחודש לאחר שנפתח ההליך בבית המשפט המחוזי – ולא במסגרת הליך משפטי כלשהו, לרבות לא ההליך דנן. הצדדים להסכם הפשרה הם קבוצת הקרן (הקרן והוד המדבר, שהן כזכור התובעות בפסק הדין) מצד אחד, וקבוצת ההסתדרות שכללה בין היתר את הע.ל תשורה והשותפות, מצד שני. אין חולק כי במסגרת הסכם הפשרה הסכימו הצדדים לוותר על טענותיהם ההדדיות האחד כלפי השני, בנוגע "לכל אירוע שאליו מתייחס דוח הביקורת" (דוח סוירי-ע'ב') (סעיף 7.2 להסכם, הוגדר לעיל כ-הוראת הוויתור). עם זאת, וזו השאלה הפרשנית שהתעוררה לפני בית המשפט המחוזי, שאלה היא אם הוראת הוויתור חלה אף על ההליך דנן, קרי על תביעת הקרן נגד המשיבים – שהיו כאמור נושאי המשרה באותן החברות שהן צד להסכם הפשרה. להבנת הדברים יובאו להלן סעיפי ההסכם שרלוונטיים לענייננו:

7.2 בכפוף להתקיימותם של כל התנאים המתלים כקבוע בסעיף 10 של הסכם פשרה זה ומבלי לגרוע מהאמור בפסקאות 7.3 ו-14.8 ובכפוף לביצוע האמור בפסקא 7.4 של הסכם פשרה זה ומבלי להודות בחבות ו/או אחריות ו/או חובת פיצוי ו/או חובת שיפוי מכל מין וסוג שהוא, מתחייבים הצדדים כדלקמן:

7.2.1 קבוצת הקרן מצהירה, מאשרת ומתחייבת בזה כי היא מוותרת על כל תביעה, דרישה וטענה מכל מין וסוג שהוא, לרבות על פי כל דין כלפי התאגידים הנמנים על קבוצת העל ו/או כלפי ההסתדרות ו/או כלפי קופת חולים לאומית ו/או כלפי בעלי מניותיהם או של מי מהם (בעבר והווה) ו/או כלפי נושאי המשרה שלהם או של מי מהם (בעבר ובהווה) ו/או כלפי עובדיהם ויועציהם או של מי מהם (בעבר ובהווה) ("הגופים המופטרים"), לרבות אך לא רק בקשר עם (i) העסקאות וכן (ii) שירותי התפעול וכן (iii) כל אירוע שאליו מתייחס דו"ח הביקורת וכן (iv) כל אירוע הידוע לקבוצת הקרן במועד חתימתו של הסכם זה, ובקשר עם כל הנזקים וההפסדים אם וככל שנגרמו ו/או שייגרמו לקבוצת הקרן כתוצאה מהאמור בפסקאות משנה (i), (ii), (iii), ו-(iv). למניעת ספקות מובהר כי אין באמור בפסקא 7.2.1 זו (א) כדי לגרוע מזכויות קבוצת הקרן ו/או קבוצת העל כלפי מי מהנתבעים והם לא יבואו בגדר הגופים המופטרים והוראות פסקא 7.2.1 זו לא יחולו עליהם [...].

7.2.2 קבוצת העל מצהירה, מאשרת ומתחייבת בזה כי היא מוותרת על כל תביעה, דרישה וטענה מכל מין וסוג שהוא, לרבות על פי כל דין, כלפי כל התאגידים הנמנים על קבוצת הקרן ו/או כלפי בעלי מניותיהם או של מי מהם (בעבר ובהווה) ו/או כלפי נושאי המשרה שלהם או של מי מהם (בעבר ובהווה) ו/או כלפי עובדיהם ויועציהם או של

מי מהם (בעבר ובהווה) ו/או כלפי המנהל המורשה, בכל הקשור לאירועים.

למניעת ספקות מובהר כי אין באמור בסעיף 7.2 זה כדי לגרוע מזכויות קבוצת הקרן ו/או קבוצת העל לתביעת מי מהנתבעים.

7.3 קבוצת הקרן מצהירה בזאת כי יש לה תביעות, דרישות וטענות בגין נזקים נוספים שנגרמו לה על ידי הנתבעים או על ידי מי מהם, לרבות בגין סכומים שנגבו ממנה שלא כדין בגין שירותי התפעול, ולפיכך היא הגישה ביום 1.10.09 תביעה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב, במסגרת תיק אזרחי 2058/09 ("תביעת הקרן") והיא משמרת תחת ידה את מלוא הזכויות לנקוט הליכים משפטיים נוספים כנגד הנתבעים או כנגד מי מהם [...]".

כפי שעולה מהסעיפים שצוטטו, הצדדים להסכם (כאמור, קבוצת הקרן וקבוצת ההסתדרות) הסכימו לוותר על טענותיהם האחד כלפי השני; תוך שהותירו לעצמם את הזכות להוסיף ולתבוע את הרשימה של "הנתבעים" שמפורטת בנספח להסכם הפשרה, וכוללת את כל המשיבים בהליך זה. בית המשפט המחוזי קבע כי הוראת סעיף 7.2 להסכם הפשרה אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הוראת סעיף 7.3 להסכם – וזאת מאחר שבזו הראשונה ניתן פטור מאחריות לנושאי המשרה של הצדדים להסכם, בעוד סעיף 7.3 הקנה לצדדים להסכם אפשרות לתבוע את קבוצת "הנתבעים", רשימה שכוללת גם נושאי משרה של הצדדים להסכם. על מנת "להתגבר" על הסתירה בין ההוראות, פירש בית המשפט את תחולת סעיף 7.3 (שעניינה כאמור שמירה על זכותם של הצדדים לתבוע בין היתר את המשיבים דכאן) כנוגעת רק לאירועים שאינם נכללים בהסכם הפשרה, כגון – ההשקעה והשיפוץ של המלון. לנוכח פרשנות זו, נקבע כי הוראת הוויתור חלה על תביעת המערערת בעניין ההתקשרות עם ה.ע.ל תשורה והבנוס לצולר; ואולם אין לה נגיעה לטענות בעניין ההשקעה במלון ושיפוצו, וזאת מאחר שלקבוצת ההסתדרות אין כל קשר וחלק בשיפוץ המלון. על יסוד האמור, נקבע כי כבר מטעם זה יש לדחות את התביעה בעניין ה.ע.ל תשורה והבנוס לצולר.

52. לא אוכל להסכים עם בית המשפט המחוזי בעניין זה. לשון הסכם הפשרה ברורה ועל פניו עולה ממנה שכוונת הצדדים הייתה לוותר על התביעות ההדדיות של הקבוצות אחת כלפי השנייה (לרבות בעלי מניותיהם, נושאי משרה ועובדים); ובמקביל להותיר בידן את האפשרות לתבוע רשימת נתבעים מצומצמת שהפירוט שלה צורף להסכם הפשרה. דברים אלה קיבלו ביטוי מספר פעמים בהסכם הפשרה ועוברים כחוט השני בין הוראותיו. עמדה זו אף עולה בקנה אחד עם דברי המנהלת המורשית כפי שהובאו לפני ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת ביום 23.11.2009, וצוטטו במסגרת פסק הדין: "[...] אנחנו מקבלים תמורה הולמת מהעל תשורה בגין אותם נזקים

וזאת בלי לוותר על הזכות לתבוע את אותם אנשים שאנחנו סבורים שגרמו את הנזק הזה לקרן הפנסיה, כי אכן נגרם נזק לקרן הפנסיה". עוד יוער, כי מאחר שפרשת המלון הייתה ידועה לקרן "במועד חתימתו של הסכם זה (הסכם הפשרה-ע'ב)"; ואף נזכרה במסגרת דוח סווירי – דומה כי הסכם הפשרה חל גם על פרשה זו. ואולם כפי שצוין, אין להוראת הוויתור תחולה ביחס לרשימת הנתבעים – והמשיבים בכללם; ומשמע שאין להוראת הוויתור תחולה בענייננו גם בנוגע לפרשת המלון.

לשיטת המשיבים גם אם הוראת הוויתור לא נועדה לחול עליהם, ממילא הסכם הפשרה מביא לדחיית תביעת המערערת – וזאת מאחר שהוא הקנה למערערת פיצוי מלא בגין עילות תביעתה, ועל כן יש לראותן כעילות שמוצו. עוד נטען כי אין מקום לחייב את המשיבים להשיב כספים, במצב שבו לא ניתן להטיל אחריות דומה על החברות שבהן הועסקו. טענות אלה אין בידי לקבל. משלא הוכח כי הסכם הפשרה נסוב על אותן העילות שעומדות ביסוד התביעה, לא ניתן לקבוע כי הסכם הפשרה מיצה את עילותיה של המערערת בקשר למשיבים; ודומה כי מדובר בטענה מוקשית מקום שבהסכם צוין באופן ברור ויותר מפעם כי הצדדים שומרים לעצמם את הזכות לתבוע את "הנתבעים". נוסף על כך, מאחר שהמשיבים אינם צד להסכם הפשרה, לכאורה לא הייתה מניעה להגשת הודעת צד ג' בהליך בבית המשפט המחוזי כלפי אותן החברות שהן צד להסכם הפשרה; והמשיבים בחרו שלא לעשות כן. בהינתן כל האמור, הוראת הוויתור אינה חלה על התביעה ועל כן לא היה מקום לדחותה מטעם זה.

שאלת התיישנות התביעה בנושא המלון ושיפוצו

53. בית המשפט המחוזי קבע כי אף אם היה מגיע למסקנה שלמערערת עילת תביעה כלשהי בעניין ההשקעה במלון, התביעה נדונה לדחייה מחמת התיישנות. זאת מאחר שחלפו למעלה מ-7 שנים מהמועד שבו הושלם השיפוץ במלון ועד למועד שבו התביעה הוגשה. בתוך כך נקבע כי העובדות היו ידועות למערערת טרם מינוי המנהלת המורשית ועל כן ניתן היה להגיש את התביעה עוד קודם לכן. כן צוין כי משהנתונים שביסוד התביעה היו ידועים וגלויים לממונה וכן לעמיתי הקרן – לא הייתה כל מניעה שהם אלו שיגישו תביעה, ככל שהם סברו שיש לה בסיס. עוד קבע בית המשפט כי אף אם היה משתכנע שלא חלפה תקופת התיישנות, היה מקום לדחות את התביעה מחמת השיהוי הרב שדבק בה שהסב למשיבים נזק ראייתי משמעותי.

המערערת היא תאגיד, וכאשר עסקינן בתביעה של תאגיד הלכה היא כי מירון ההתיישנות ייפתח בעת שאורגן שלו ידע, או יכול היה לדעת, את העובדות המקימות את עילת התביעה; וזאת על יסוד תורת האורגנים שבאמצעותה ניתן לייחס לתאגיד

"תכונות אנושיות" – מחשבות ומעשים של האורגנים שלו (טל חבקין התיישנות 188 (2014)). בענייננו עסקינן בתביעה של תאגיד נגד נושאי המשרה שכינהו בו בתקופות שונות. במצב דברים כזה, הכלל הוא כי מירון ההתיישנות יחל בעת שאורגן ש"ידו לא הייתה במעל" ידע, או יכול היה לדעת, את העובדות המקימות את עילת התביעה (סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958; חבקין, בעמ' 189; ראו והשוו: עניין adoka, פסקה 13; ע"א 4845/04 קליין נ' עו"ד ורו"ח בלס, פסקאות 7 ו-8 (14.12.2006) (להלן: קליין); ע"א 5017/92 מרכז הארגונים בע"מ (בפירוק ובכינוס) נ' עוזר, פ"ד נא(2) 200, 210, 212 ו-213 (1997)). בהתאם לכלל זה לא היה מקום לקבוע כי עילת התביעה של המערערת התיישנה במהלך התקופה שבה המשיבים שלטו במערערת והלכה למעשה מנעו את מימוש זכות התביעה שלה. אציין בהקשר זה כי לא שוכנעתי כי בתקופות הרלוונטיות כיהנו בקרן נושאי משרה "תמימים" שידעו על העובדות שעומדות ביסוד התביעה ויכולים היו לנקוט בהליך המשפטי. העובדה שמנכ"ל הקרן בתקופה הרלוונטית (אהוד נחתומי), מספר דירקטורים, וגורמי מקצוע בכירים לא נתבעו בתביעת המערערת אינה מצביעה על כך שהם לא פעלו יחד עם המשיבים, ויכולים להיות שיקולים שונים לצירופם או אי-צירופם של נתבעים שונים (קליין, פסקה 8). ויוער כי מעיון בפרוטוקול דיוני ההוכחות שהתקיימו בבית המשפט המחוזי עולה כי גורמי המקצוע היו מעורבים בפרשות וקיבלו החלטות מקצועיות בקשר אליהן. משכך, ניתן לכל הפחות להטיל ספק אם אותם נושאי משרה וגורמי מקצוע (שלא נתבעו) יכולים היו מצד אחד לתמוך בהחלטות הקרן בקשר לפרשות; ומצד שני להגיש תביעה נגד המשיבים דכאן, המעסיקים הישירים שלהם ועמיתיהם לעבודה.

עוד אני רואה להעיר כי אני סבורה שהיה מקום לייחס לעמיתי הקרן את "כוח התביעה", בטענה שדוחות הקרן שהופקו באופן שוטף, מסודר ומבואר, היו גלויים לכל "לרבות לעמיתי הקרן"; וכי עמיתי הקרן לא נקטו בהליך כלשהו משום שהיו מרוצים מהתנהלות הקרן. כבר עמדתי לעיל על מערכת היחסים הייחודית שמתקיימת בין העמיתים לקרן. מערכת יחסים זו מתאפיינת בפערי כוחות וידע בין העמיתים לבין קרן הפנסיה. משכך, לעמית הבודד אין יכולת ובוודאי שלא תמריץ לנהל תביעה בהיקף כספי ניכר מול קרן פנסיה, החושפת אותו לסיכונים בלתי מבוטלים. על כן, העובדה שלעמיתים עומדת זכות להגיש תביעה נגזרת בשם קרן הפנסיה, אין בה כדי להשליך על מירון ההתיישנות לתביעה של התאגיד עצמו. מניין תקופת ההתיישנות מהמועד שבו העמיתים יכולים היו לדעת ב"כוח" את העובדות שעומדות ביסוד התביעה היא קביעה מסוכנת, שאין להותירה. כפי שצוין זה מכבר, לחיסכון הפנסיוני חשיבות עצומה עבור הפרט ועבור החברה כולה, ומסיבה זו (ואף לנוכח בעיית הנציג שטמונה בפעילות קרן הפנסיה) מצא המחוקק להטיל חובות קונקרטיות על נושאי משרה בקרן פנסיה וזאת

לצד החובות שמטיל עליהם חוק החברות; ולא בכדי קיימת רגולציה משמעותית בענף הפנסיה. קביעת בית המשפט בהקשר זה ממעיטה באופן משמעותי מהחובות שמוטלות על נושאי משרה, ומעבירה נטל כבד על כתפי העמיתים שלכאורה נדרשים לעבור על הדוחות הכספיים והדיווחים השונים של הקרן ולזהות הפרות כשהן קורות, וזאת אין להלום. עוד יצוין כי אף לא היה מקום לדחות את התביעה בשל העובדה שהקרן הייתה בפיקוח הממונה כל אותן שנים, בשל אותם טעמים שפורטו לעיל ביחס למשקל שיש להתנהלות הרגולטור בבחינת פעילותה של הקרן.

בהינתן האמור סבורתני, כפי שצוין בתחילה, שאין לקבוע כי התביעה בעניין ההשקעה והשיפוץ של המלון התיישנה. ועוד ייאמר כי גם לא הוכח שהתקיימו התנאים לדחיית התביעה מחמת שיהוי; שלגביה נקבע זה מכבר כי תחולתה במשפט האזרחי מוגבלת למקרים חריגים ונדירים (עניין קורן, פסקה 3 לפסק דינו של השופט נ' הנדל).

54. לעת סיום, אזכיר את שצינתי בראשית הדיון – אין מקום להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי לעניין התנהלות המשיבים בשלוש הפרשות, ובדין נדחתה התביעה שהוגשה נגדם. הדיון בהסכם הפשרה ובהתיישנות פרשת המלון אין בו כדי לגרוע מן האמור, ולא נעשה אלא משום שהצדדים הקדישו מקום נכבד בטיעוניהם לסוגיות אלה.

סוף דבר

55. אם תישמע דעתי, נורה על דחיית הערעור ונותיר את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי על כנה.

לא מצאתי להתערב בסכום ההוצאות שהושת על המערערת בבית המשפט המחוזי, כך בשים לב להיקף התביעה וההתדיינות. בצד האמור, משנפסקו ההוצאות על הרף הגבוה ולנוכח הסוגיות העקרוניות שהערעור העלה; ובהינתן העובדה שחלק מטענות המערערת התקבלו, אף שלא היה בהן כדי לשנות מן התוצאה הסופית של פסק הדין – אציע לחבריי לא לעשות צו להוצאות בערעור.

השופט (בדימ') י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, י"ד בסיון התשע"ח (28.5.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ')