

תנ"ג 14-12-17044

לפני כבוד השופט מגן אלטוביה

במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי

בתל אביב-יפו

תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

נחתם ביום 20.1.2021

בעניין:

המבקש:

משה אהרונ, ת"ז [REDACTED]
על ידי ב"כ עוה"ד תומר ברם ו/או עידו קוסובר
מרח' זיבוטנסקי 3 (מרכז גירון), רעננה 4336303
טל': 03-5568286; פקס': 03-5568285
- נגד -

המשיבים:

1. בנק מזרחי טפחות בע"מ, ח.צ. 520000118 ואח'
ע"י ב"כ עו"ד רם כספי ממשרד כספי ושות', עורכי דין
מרח' יעבץ 33, תל-אביב, 65258
טל': 03-7961000; פקס': 03-7961001
וכן ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר י. לשם ו/או ד. קדם ממשרד מיתר ושות', עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טל': 03-6103100; פקס': 03-6103111

2-8. יעקב פרי ואח'
על ידי ב"כ עו"ד ממשרד ניר כהן, לשם ושות', עורכי דין
מרחוב ברקוביץ 4, תל אביב
טל': 03-6968270; פקס': 03-6968277

המשיבות המצטרפות:

9. United Mizrahi Bank (Switzerland) Ltd (חברה זרה)
10. בנק מזרחי חברה לנאמנות בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רם כספי ממשרד כספי ושות', עורכי דין
מרח' יעבץ 33, תל-אביב, 65258
טל': 03-7961000; פקס': 03-7961001
וכן ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר י. לשם ו/או ד. קדם ממשרד מיתר ושות', עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טל': 03-6103100; פקס': 03-6103111

ובעניין:**היועץ המשפטי לממשלה**

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב – אזרחי
מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת"ד 33051, תל אביב 6133001
טל': 073-3736222/9 ; פקס': ממוחשב 02-6468005 / 02-6467863

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 3.12.2020 מוגשת בזו עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, אשר גובשה יחד עם גורמי רשות ניירות ערך, במענה לתגובות הצדדים בהליך שבכותרת.
2. תגובות הצדדים לעמדת היועץ המשפטי לממשלה היטיבו לשקף את המשבר שנוצר בשוק ביטוח נושאי המשרה הישראלי, ואת חשיבות פסיקת בית המשפט בהסדר הפשרה שעומד על הפרק.
3. שוק ביטוח נושאי המשרה הישראלי חווה טלטלה משמעותית בשנים האחרונות. מפניות שהגיעו בעת האחרונה לרגולטורים הרלוונטיים – רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון ורשות ניירות ערך – עולה, כי בענף ביטוחי זה הולך וגובר הקושי בהשגת ביטוח, באופן שיכול לבוא לידי ביטוי במחירי הפוליסות, היקף הכיסוי וסכומי ההשתתפות העצמית הנדרשים מהחברות המבוטחות, ולהקשות על ההתנהלות התקינה של החברות ונושאי המשרה בהן. הקושי האמור, תואר בהרחבה בתגובת המבטחים, אשר ציינו כי תביעות נגזרות נגד נושאי משרה בטענת רשלנות בפיקוח, הטמעת נהלים, ניהול סיכונים או שיקול דעת מוטעה הן "חריגות ביותר בעולם", וכי לא הוגשו, למיטב ידיעתם, תביעות מקבילות נגד אף אחד מנושאי המשרה של בנקים ומוסדות פיננסיים בעולם שהגיעו להסדרים דומים עם הרשויות האמריקאיות (פסקאות 4 ו-5 לתגובת המבטחים). התוצאה היא, כי "החל מאמצע שנת 2019, מבטחי משנה רבים, לרבות חלק ניכר מהמבטחים, לא מוכנים "לכתוב" עסקים חדשים במדינת ישראל, לא מוכנים לחדש ביטוחים ללקוחות קיימים, ובכל מקרה גבולות האחריות על פי הפוליסות ירדו באופן משמעותי בעשרות אחוזים. החל מהמחצית השנייה של 2020, יש קושי ממשי להשיג כיסוי בתחום ביטוחי הדירקטורים ונושאי המשרה לחברות ישראליות ולמוסדות פיננסיים. דמי הביטוח שהחברות נאלצות לשלם בימים אלה, אם הן מצליחות להשיג ביטוח, גבוהים במאות אחוזים מבעבר" [הדגשה לא במקור – ל.ו.].
4. לצד תיאור ההשפעה שיש לפשרות בתביעות בעלות סיכויים נמוכים על השוק, ביקשו הצדדים בתגובותיהם להציג דוגמאות בדבר הגורמים למצב זה. ראשית, המשיב 1 והמבקש קבלו על כך שהיועץ המשפטי לממשלה מעודד את בית המשפט לשקול את ההשלכה שתהיה לאישור הסדר הפשרה על השוק כולו. נראה, כי העובדה שהסדרי פשרה קודמים אושרו מבלי שהובאו בחשבון השלכות הרוחב הכרוכות באישור כאמור, לכל הפחות תרמה להיווצרות המשבר המתואר. שנית, מעמדת המבטחים עולה, כי מניע משמעותי לנכונותם להתפשר הוא הערכת הסיכונים והסיכויים הטמונים בהמשך ההליכים וחוסר הוודאות בנוגע לתנאים להטלת אחריות בשל היעדר פיקוח בדין הישראלי. שלישית, גורם נוסף שמעמדת המבטחים נראה כי היווה גם הוא מניע לנכונותם להגיע לפשרה בעניין דכאן, הוא הערכת העלויות הגבוהות שיהיו לניהול ההגנה בהליך זה.
5. בהתאמה, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה להלן לגורמים אלה ולביטוי שהם מקבלים בהסדר הפשרה שעל הפרק.

א. שקילת השלכות רוחב במסגרת אישור הסדר פשרה קונקרטי

6. במסגרת תגובותיהם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה טענו הצדדים, כי השלכות הרוחב שאותן מבקש היועץ המשפטי לממשלה מבית המשפט לשקול בדונו באישור הסדר הפשרה הן בגדר שיקול "זר" וחיצוני לסוגיה" (פסקה 2 לתגובה מטעם המשיב 1). כך, נטען, כי יש לקחת בחשבון שיקולים אלה בעת קביעת "כללי המשחק" – קרי קביעת סטנדרט אחריות נושאי משרה, כללים ראייתיים ודיוניים לתביעות נגזרות וייצוגיות ודרישות סף שעל המבקשים לעמוד בהן. אולם, נטען, כי שיקולים אלה אינם רלבנטיים בעת אישור הסדר פשרה קונקרטי. לטעמם, אם "סבור היוה"מ שקיים כשל שוק בתחום התביעות הנגזרות, שבעטיו מתפשרות חברות ביטוח בסכומים גבוהים מדי... הרי שיש לחפש את כשל השוק בסיבות שגורמות לחברות ביטוח להעריך את סיכוןן בתביעות בסכום משמעותי" (פסקה 6 לתגובה מטעם המשיב 1). בהתאמה, נטען, כי הפתרון "אינו בהפחתה של סכום הפשרה שנקבע בענייננו, על רקע החוקים וההלכות הקיימים, אלא בתיקון החוקים ושינוי ההלכות באופן שהסיכון יפחת".
7. החשיבות שבשקילת השלכות הרוחב שעשויות להיות לאישור הסדר פשרה קונקרטי הודגשה בעמדתו הקודמת של היועץ המשפטי לממשלה, אשר תמציתה תובא להלן בשנית.
8. הפסיקה הדגישה בעבר, כי על בית המשפט לוודא שלא יאושרו הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות שאינם מקנים לחברי הקבוצה את הפיצוי המגיע להם או את ההטבה המשקפת כראוי את נזקיהם, ומנגד עליו לוודא שלא יאושרו תביעות סרק הפוגעות בציבור כולו (ת"צ (מחוזי ת"א) 32117-08-16 הפטר גילמור נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2019)).¹ גם בית המשפט העליון עמד על החשיבות בבחינת שיקולי רוחב החורגים מעניינה של התביעה הקונקרטית, במסגרת דיון באישור תובענה ייצוגית או במסגרת אישור הסדרי פשרה בהליכים כאלה. ראו למשל בע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי פד"י (4) 673, בסעיף 3 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (בדעת מיעוט, אך לא בעניין זה): "כנגד היתרונות הגדולים הגלומים בתובענה הייצוגית... מלווה הגשתה בקשיים ניכרים, בעלויות כבדות ובסיכונים שעשויה להיות להם השלכה בלתי רצויה על מגזרים רחבים של המשק. שימוש בלתי נכון ובלתי זהיר בה עלול לפגוע בפרטים מתוך הקבוצה התובעת, להסב נזק לגופים הנתבעים, ואף לפגוע בטובת המשק כולו. אישורה של תובענה ייצוגית במקרה לא ראוי עלול לגרום בזבוז משאבים, להגביר באופן ניכר את נטל הביטוח על תאגידים ונושאי משרה בתאגידים, העשוי בעקיפין ליפול על שכם הציבור, ועלויותיה הכבדות עלולות להניע נתבעים להתפשר גם ללא אמון בצדקת התביעה, ובלבד שלא יאלצו לשאת בנטל הכספי האדיר הכרוך בהגנה מפניה..."² דברים דומים נקבעו גם בשנים האחרונות על ידי בית המשפט העליון. כך, למשל, ראו בעניין מרקיס, שם עמד בית המשפט העליון על החשיבות לבחון בעניין זה את הנזק הרוחבי שעלול להיגרם כתוצאה מתביעות סרק, "החורג מד' אמותיו של התאגיד הנתבע", ועלול להיות מגולגל על כתפי הציבור "לרוב בדרך של העלאת מחירים".³ כאמור, הדברים יפים, ככלל, גם

¹ יצוין, כי הליך ערעורי על פסק דין זה תלוי ועומד בבית המשפט העליון (רע"א 2298/19 אביב נ' הנסיך). בהליך לפני בית המשפט העליון הוגשה עמדה מפורטת על ידי היועץ המשפטי לממשלה בה הוצגו כמה הסתייגויות מקביעות בית המשפט המחוזי במישור עילת התביעה שנדונה שם.

² יצוין כי פסק הדין ניתן עוד לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"). ראו דברים דומים של הנשיא ברק בעניין ע"א 8430/99 אנליסט אי.אס.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2001), ובעניין ע"א 1509/04 דנוש נ' נטע פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2007). לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות ראו: ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל בפס' 6 לפסק הדין של כבוד הנשיא (דאז) גרוניס (פורסם בנבו, 29.9.2013).

³ ע"א 8114/14 מרקיס נ' סונול ישראל בע"מ, פס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.8.2018).

בנוגע לתביעות נגזרות, וברי שטענות הצדדים בתגובותיהם (לפיהן אין לשקול שיקולי רוחב במסגרת אישור הסדר פשרה) **אין מתיישרות עם פסיקת בית המשפט העליון.**

9. בהקשר זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי כחלק משיקולי הרוחב שיש לשקול באישור הסדר פשרה, על בתי המשפט לבחון את עמידתה של בקשת האישור, ברמה הלכאורית, בתנאים לאישור תביעה נגזרת הקבועים בחוק, ובכלל זה שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה. גם בעניין זה דומה שיש מקום להקיש מההוראות המפורשות בחוק תובענות ייצוגיות בעניין זה, לפיהן **תנאי לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית הוא שקיימת עילת תביעה לכאורה בבסיס בקשת האישור.** ראו גם לאחרונה בעניין **בן אביר**,⁴ שם נקבע על ידי בית המשפט העליון, שתכלית סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות היא: **"למנוע ניצול לרעה של מנגנון הפשרה בין היתר על דרך הגשת תובענות סרק"**. כידוע, בהקשרים רבים, ולאור העקרונות המשותפים,⁵ בתי המשפט ראו להקיש מדיני תובענות ייצוגיות לתובענות נגזרות, והיועץ המשפטי לממשלה סבור, **שכך נכון לעשות גם בסוגיה זו.**

10. לסיכום עניין זה, קיימת חשיבות רבה כי בית המשפט בבואו לאשר הסדר פשרה קונקרטי ישקול את ההשלכות שיהיו לאישור על השוק. נראה, כי מתן משקל לא מספק להשלכות הרוחב על ידי בית המשפט הנכבד, עשוי **לאפשר** את היווצרותו של כשל שוק. זאת שכן, בחוסר הוודאות הקיים – דיוני ומהותי – נוצר **לצדדים תמריץ להתפשר במקרה הנקודתי גם כאשר סיכויי התביעה נמוכים.** בית המשפט הנכבד, הוא הגורם העיקרי בהקשר זה, שהינו בעל היכולת (וגם התפקיד, כאמור לעיל) ליתן ביטוי להשלכות הרוחב בניהול ההליך, וזאת במסגרת החלטתו אם לאשר הסדר פשרה.

ב. החשיבות בהבהרת הסיכון המשפטי שבהטלת אחריות בשל מחדל בפיקוח

11. אחד השיקולים המרכזיים שעל בית המשפט הנכבד לשקול, שעה שהוא דן בהסדר פשרה הוא "השיקול של הסיכוי שהתביעה היתה מתקבלת לו היה הדיון בה נמשך עד תומו, מול הסיכון שהתביעה היתה נדחת". סכום הפשרה צריך ככלל לשקף את סיכויי התביעה". תנ"ג (כלכלית) 45914-09-12 **דיין נ' אי די בי חברה לאחזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 31.10.2013) [הדגשה לא במקור – ל.ו.]. הנה כי כן, על בית המשפט לבחון את סיכויי התביעה בכללותה ואת חוזקן של עילות התביעה ולהעריך מולן את הפיצוי המוצע.

12. בענייננו, קיימת חשיבות מיוחדת לבחינה מעמיקה של עילת התביעה שעומדת על הפרק – רשלנות בשל היעדר פיקוח. בחינה מעמיקה זו נדרשת הן לצורך הערכת הסדר הפשרה הקונקרטי, והן בשל החשיבות בהבהרת הסיכון המשפטי שמטילה תביעה בעילה זו על החברות וחברות הביטוח. לעניין זה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להצביע על חוסר הוודאות האופף את עמדת הדין הישראלי בנוגע לעילת היעדר או הכשל בפיקוח. בשונה מהפסיקה האמריקאית, שכפי שיפורט להלן, יצרה דוקטרינה פסיקתית ברורה בהקשר זה, בחקיקה ובפסיקה הישראלית טרם עוצבו כללים ברורים בנוגע לעילת הרשלנות בפיקוח והתנאים אשר בהתקיימם תוטל אחריות בגינה.

13. מיעוט העיסוק של **הפסיקה** בישראל בנושא עשוי היה להיות מפתיע לאור העובדה שבעשור האחרון הוגשו מספר תביעות נגזרות רחבות היקף שעילתן רשלנות בשל היעדר פיקוח של הדירקטוריון (ראו

⁴ רע"א 2935/20 **בן אביר נ' דלתא** בפס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.11.2020).

⁵ ראו למשל: ע"א 8550/16 **לנואל נ' מאור** (פורסם בנבו, 19.3.2018); רע"א 1365/17 **בנק הפועלים בע"מ נ' נשר** בסעיף 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.3.2017); רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי** בסעיף 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.12.2013); ע"א 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור** בסעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (פורסם בנבו, 12.9.2018); רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן**, בסעיפים 14-12 לפסק דינו של כב' השופט סולברג ובסעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט עמית (פורסם בנבו, 26.4.2015).

למשל תנ"ג 41255-11-16 **טלמור נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ** (פורסם בנבו, 6.4.2020) ותנ"ג 815-09-13 **לנואל נ' מאור** (פורסם בנבו, 14.9.2016). אולם, הליכים אלה הסתיימו בהסדר פשרה מבלי שבית המשפט נדרש לשאלות הנוגעות לנטל ההוכחה אותו צריך להרים מי שמעוניין להגיש תביעה בעילה זו, ולרוב גם, כמו במקרה זה, בשלבים מוקדמים, טרם דיון בבקשה לאישור או בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק החברות**"). עמדת המבטחים מצביעה על כך שהליכים מסוג זה, שבישראל מסתיימים בהסדרי פשרה באישור בית המשפט, כמעט ואינם מוגשים במקומות אחרים בעולם, מאחר ששם קיימים נטלי הוכחה וסדרי דיון שמצמצמים מאוד את סיכויי התביעה, אם היא בכלל מוגשת. כך, נוצר מצב בו בישראל המבטחים ממשיכים "לקנות סיכון" ולסיים תיקים בפשרה, כדי שלא יאלצו לממן ניהול הגנה יקרה בהליך שיימשך תחת חוסר ודאות לגבי סיכויי התביעה. אולם, עצם ההגעה להסדרי פשרה כאמור והיעדר דיון בנטל להוכחת עילת היעדר הפיקוח, המבחן להטלת אחריות בגינה וההגנות העומדות מפני אחריות כזו – מחמירים את המשבר בשוק ביטוח נושאי המשרה בישראל, כפי שעולה מתגובת המבטחים.⁶

14. לפיכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימת חשיבות כי בית המשפט הנכבד, בדונו בהסדר הפשרה הקונקרטי יתן דעתו לצורך המתגבר בעיצוב כלל האחריות, נטל ההוכחה וההגנות (והשלבים בהליך בהם יידונו) בתביעה שעילתה מחדל בפיקוח. אמנם, עשויה להישמע הטענה, כפי שמנסים הצדדים לטעון, כי אין מקומו של דיון כאמור במסגרת אישור הסדר פשרה קונקרטי. עמדה זו נכונה אולי מנקודת המבט של המתדיין בהליך מסוים, אולם היא אינה מתיישבת עם תכליתה של התביעה נגזרת, שהיא הליך ייחודי, קיבוצי, עם משמעויות רחבות החורגות מעניינו הקונקרטי של ההליך הפרטני, שנועד להביא גם להכוונת התנהגות ולאכיפת וביצור נורמות כלליות במשטר התאגידי. לא בכדי, הגשת תביעה נגזרת ואישור הסדר פשרה בה טעונות את אישורו של בית המשפט.⁷ הדעת נותנת, שבפיתוח הדין המהותי, לחקיקה ולפסיקה (אשר היתה בעלת תפקיד מכריע בעיצוב כללים מרכזיים המשפיעים על אחריות נושאי המשרה, כגון כלל שיקול הדעת העסקי) תפקיד משותף בעיצוב "כללי המשחק". בהקשר זה, מעניין לציין, כי פסק הדין שפיתח את הדוקטרינה הדלאוורית בקשר להטלת אחריות בשל כשל בפיקוח מצד נושאי משרה ודירקטורים, שיוזכר להלן, פיתח אותה בהקשר דומה של אישור הסדר פשרה.

15. להלן יבהיר היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בנוגע לתפקידו הפיקוחי של הדירקטוריון ויפרוש בתמצית את עיקרי הדוקטרינה הדלאוורית האמורה.

16. תפקיד מרכזי של הדירקטוריון הוא לפקח על ניהולה התקין של החברה. סעיף 92 לחוק החברות קובע, כי "הדירקטוריון יתווה את מדיניות החברה ויפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי ופעולותיו". סעיף 252 לחוק מעגן את חובת הזהירות של נושא משרה, וסעיף 253 לחוק קובע כי "נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב

⁶ ראו לעניין זה מעין ויסמן, אסף חמדני וקובי קסטיאל "התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד, זמין כאן: [file://main-jr-fs4/Citrix-Profiles2016/Redirect/IratD/Downloads/SSRN-id3768340.pdf](https://main-jr-fs4/Citrix-Profiles2016/Redirect/IratD/Downloads/SSRN-id3768340.pdf) ("יכולתה של חברת הביטוח לחסום פשרות לא מוצדקות תלויה ביכולתה להעריך באופן מושכל את ההסדר שמובא לאישורה... Baker ו- Griffith שחברות הביטוח מסתמכות בעיקר על סטטיסטיקה של תשלום בפשרות קודמות לצורך הערכת הפשרה. כאשר ההחלטות בהן בית המשפט מאשר פשרות לא כוללות הנחיות באשר לחובותיהם של נושאי המשרה וסיכויי התביעה קשה מאוד לחברת הביטוח להעריך את הסיכון המשפטי וכך לקבל החלטה מושכלת באשר לפשרה המובאת לאישורה. כך, נוצר מעין "מעגל שוטה" שבו חברת הביטוח מסתמכת על פשרות קודמות, שהסתמכו גם הן על פשרות קודמות, ולא על הנחיות של בתי המשפט" (שם, בעמ' 19).

⁷ וראו לעניין זה ויסמן, חמדני וקסטיאל הכותבים כי: "לבית המשפט תפקיד חשוב בקביעת נורמות התנהגות ראויות ובהבהרת המצב המשפטי גם במסגרת בקשות לאישור פשרות. כפי שהבחינה האמפירית שביצענו העלתה, פיקוח בית המשפט על הסדרי פשרה מתמקד בעיקר בבחינת סיכויי ההליך למול התמורה שמוצעת בהסדר הפשרה. לשיטתנו, גם בשלב זה רצוי לכלול אמירות משמעותיות של בתי המשפט כדי להכווין את התנהגות הצדדים בעתיד" (שם, בעמ' 60).

לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור".

17. לענין אחריות דירקטור בעילה של מחדל בפיקוח, ניתן לשאוב ולקבל השראה מהפסיקה במדינת דלאוור, ארצות הברית, כפי שעשתה הפסיקה הישראלית בהקשרים אחרים. בתי המשפט בדלאוור מבחינים בין אחריות דירקטור לגבי החלטה שהתקבלה בדירקטוריון, והתברר כי היתה מוטעית בהסתכלות בדיעבד – שביחס אליה פותח כלל שיקול הדעת העסקי, לבין אחריות דירקטור בעילה של מחדל בפיקוח, קרי לגבי נושא שלא הגיע כלל לדיון בדירקטוריון וממילא אין זה רלבנטי ליישם כפשוטו את כלל שיקול הדעת העסקי.

18. פסק דין מרכזי בפיתוחה של הדוקטרינה הדלאוורית הוא In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A. 2d 959 (Del. Ch. 1996) שעסק גם הוא באישור הסדר פשרה בתביעה נגזרת שעילתה רשלנות בפיקוח. התביעה הנגזרת התבססה על הטענה כי חברי הדירקטוריון התרשלו בפיקוח על עובדי החברה שהפרו את הדין, מה שהביא להטלת קנס על החברה על ידי הרשויות.

19. בבוחנו את הסדר הפשרה המוצע נדרש בית המשפט בדלאוור לנקודות החוזק והחולשה בעילות התביעה ולתמורה המוצעת לתאגיד בגינן (שם, בעמוד 961). בית המשפט הבהיר, ראשית, כי תביעה זו אינה חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי שכן בסיסה במחדל של הדירקטוריון לפעול ולא בהפעלת שיקול דעת. כמו כן, בית המשפט הבהיר, כי במסגרת חובת הפיקוח המוטלת על הדירקטוריון הוא אינו יכול להניח כי החברה פועלת בהתאם לחוק וכי עליו לוודא כי בתאגיד מוטמעות מערכות בקרה פנימית, יידוע ודיווח נאותות המאפשרות לו ולהנהלה הבכירה לוודא את עמידת התאגיד במערכת הדינים שחלה עליו (שם, בעמוד 970). אולם, החלטת הדירקטוריון בנוגע לפרטים ולהיקף המידע שיגיעו אליו כתוצאה מהטמעת מערכות הדיווח היא עניין של שיקול דעת עסקי. שנית, באשר לנטל על הטוען כי הופרה חובת הזהירות בהקשר של מחדל בפיקוח, נקבע כי עליו להראות שהדירקטורים פעלו בחוסר תום לב וכי היה כשל עקבי או מתמשך של הדירקטוריון באימוץ ויישום מנגנוני פיקוח פנימיים בחברה. בהקשר זה נקבע, כי:

"only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight -- such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists -- will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability. Such a test of liability -- lack of good faith as evidenced by sustained or systematic failure of a director to exercise reasonable oversight -- is quite high. But, a demanding test of liability in the oversight context is probably beneficial to corporate shareholders as a class, as it is in the board decision context, since it makes board service by qualified persons more likely, while continuing to act as a stimulus to *good faith performance of duty* by such directors."

"The theory here advanced כי : is possibly the most difficult theory in corporation law upon which a plaintiff might hope to win a judgment". על בסיס זה, ולנוכח מסקנתו כי ממילא סיכוייה של עילת תביעה מעין זו נמוכים, גם מבחינת הנטל וגם לפי נסיבות אותו מקרה, אישר בית המשפט את הסדר הפשרה למרות שמצא כי טמונים בו יתרונות צנועים מאוד לחברה (עמוד 972 לפסק הדין).

20. בפסיקה מאוחרת יותר בעניין *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006), חזר בית המשפט העליון בדלאוור על הלכת *Caremark*, וחיידד כי אחריות על דירקטורים בשל הפרת חובת הפיקוח טוטל רק במקרה שבו הדירקטוריון לא פעל להטמעת מנגנוני בקרה ודיווח פנימיים בחברה, או במקרה שמנגנונים כאלה נקבעו – אולם הדירקטוריון חדל במודע מלקיים בקרה ופיקוח על היישום בפועל של מנגנונים אלה, באופן שמונע מהדירקטורים להיות מיודעים לגבי סיכונים או בעיות שדורשים את התייחסותם (חלופה אחרונה זו נהוג להוכיח באמצעות "דגלים אדומים" שהיה על הדירקטורים לראות ומשקפים התנהלות בעייתית וכך שמערכות הפיקוח שהוטמעו בחברה אינן יעילות (אסף אקשטיין וגדעון פרחומובסקי "אחריות בגין מחדל בפיקוח" **אתר הממשל התאגידי של אוניברסיטת תל אביב** 18 (2017)). בית המשפט הדגיש, כי בשני המקרים יש להוכיח חוסר תום לב של הדירקטורים, אשר פורש בפסיקה כהתעלמות מודעת של הדירקטוריון מחובותיו. בית המשפט אף הוסיף, כי בבחינה בדיעבד יש להקפיד על הבחנה בין תוצאות לא רצויות במסגרת פעילות החברה לבין הפרה של חובות הדירקטורים ("the plaintiff's complaint seek to equate a bad outcome with bad faith"). ואולם, בהתאם להלכת *Caremark*:

"in absence of red flags good faith in the context of oversight must be measured by the directors' actions 'to assure a reasonable information and reporting system exist' and not by second-guessing after the occurrence of employee conduct that resulted in an unintended adverse outcome".

21. גישה דומה ביחס לאחריות במחדל של דירקטורים ניתן לזהות בע"א 610/94 **בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה** פ"ד נז(4) 289, 310 (2003). כבוד הנשיא (דאז) ברק קבע שם, כי: "דירקטור סביר צריך להתעניין בענייני החברה ולהכיר אותה. עליו להיות מודע למצבה הפיננסי. דירקטור אינו יכול לקיים את חובותיו בדירקטוריון אם אין לו מושג של ממש על הנעשה בחברה, או שההתעניינות שלו היא ספורדית ושטחית" (שם, בפסקה 46). עם זאת, הבהיר הנשיא ברק, כי: "חובתו של הדירקטור אינה מוחלטת. אין הוא מבטח של החברה. החובה המוטלת עליו היא לנקוט אמצעי זהירות סבירים. אכן, סבירות האמצעים אינה דורשת נקיטת כל האמצעים האפשריים למניעת הנזק. הסבירות דורשת נקיטת אמצעי זהירות סבירים למניעת הנזק" (שם, בפסקה 28).

22. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהמשך לכך, ובהתאם לאימוץ כלל שיקול הדעת העסקי על ידי הפסיקה הישראלית, אשר הוא המקבילה של דוקטרינת המחדל בפיקוח מקום בו התוצאה השלילית נגרמה במעשה ולא במחדל, נראה כי גם בישראל אין זה רצוי שהנטל להוכחת היעדר פיקוח יהיה קל מדי, באופן אשר יגרום להקבלה, מניה וביה, בין התוצאה הלא-רצויה בעטייה הוגש ההליך, לבין הפרת חובות נושאי משרה. יתרה מכך, ראוי כי הוכחת תביעות מסוג זה תדרוש עמידה בנטל הוכחה מחמיר יותר לעומת תביעות בגין רשלנות בשל החלטות פוזיטיביות של הדירקטוריון (בדומה לע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ** (פורסם בנוב 28.12.2016)). כאשר מתרחשת בחברה פעולה המפרה את החוק, אין להסיק מכך בהכרח התרשלנות של הדירקטורים, אם לא הוכח כשל של ממש במילוי תפקיד הפיקוח של הדירקטוריון, ואם לא הוכח כי הדירקטוריון פעל בחוסר תום לב.

23. כשם שהסביבה העסקית צריכה לאפשר התממשות סיכונים עסקיים או ניהוליים, מבלי שייחשבו לכתחילה להפרת חובות, כך צריך להניח כי פיקוח הדירקטוריון על פעילות החברה אינו יכול למנוע באופן מלא הפרות חוק ותקלות אחרות. עם זאת, יבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי נטל ההוכחה של אחריות כזו אינו צריך להיות מיושם בצורה שהופכת את העילה של הפרת חובת הפיקוח לבלתי ניתנת להוכחה, כפי שיש הטוענים כי יושם בפסיקה מאוחרת של בתי המשפט בדלאוור (אקשטיין ופרחמובסקי, בעמוד 15).

24. לסיכומם של הדברים, יש לקבוע נטל הוכחה שיאפשר דיון בתובענות ראויות ומבוססות המקיימות את תכליות התביעה הנגזרת, מביאות לאכיפת הדין על נושאי משרה ודירקטורים בתאגידים, ולהרתעה מפני הפרת הדין. לצד זאת, יש לוודא כי נטל ההוכחה שנקבע לא יעודד הגשת תובענות סרק הפוגעות במוסד התובענה הנגזרת בכללותו, ומביאות להשלכות בעייתיות רבות על המימשל התאגידי בישראל, לרבות על שוק הביטוח של אחריות נושאי משרה ודירקטורים בתאגידים, באופן שעלול גם להקרין על הנכונות של אנשים ראוים לקחת על עצמם תפקידים בשוק זה.

ג. קניית עלויות ההתדיינות

25. לבסוף, יעיר היועץ המשפטי לממשלה הערה קצרה בנוגע לגורם האחרון עליו הצביעו המבטחים להתפשרותם בהסדר – עלויות ההגנה בהליך. בתגובתם הבהירו המבטחים, כי התמריץ לגיבוש הסדר הפשרה היה סילוק החשיפה הפוטנציאלית למבטחים, חלף המשך הליכים משפטיים ארוכים העלולים להזיק להם, לבנק ולנושאי המשרה בו (פסקה 9.1 לתגובת המבטחים). כמו כן, בעמדת המבטחים הובהר, כי אף על רקע שוק ביטוח קשה בהשוואה בין-לאומית, "ישראל נתפסת בשנתיים האחרונות בעיני מבטחי המשנה והמבטחים הפעילים בתחום זה, כטריטוריה שבה רף הגשת תביעות נגזרות מסוג אלה, הינו רף נמוך שמהווה תמריץ שלילי למבטחי המשנה לפעול בישראל" (פסקה 6 לתגובת המבטחים).

26. לעניין זה יבקש היועץ המשפטי לממשלה לעמוד על כך, כי ככלל, במקרים המתאימים, ראוי שבחינת עילות סף תעשה בשלב מוקדם ככל שניתן של ההליך הנגזר. זאת, במיוחד כאשר מדובר בשאלות סף משפטיות שלא מעורבים בהן היבטים עובדתיים מורכבים הדורשים בירור, וכאשר לא קיימת חפיפה בין בירור שאלות הסף, לבירור העילה הפרטנית העומדת בבסיסה של בקשת אישור התביעה הנגזרת.⁸ זאת שכן תוצאה של דחיית התביעה נגד נושאי משרה לאחר הליך משפטי יקר וממושך, עדיין מעמידה לפני נושאי המשרה והמבטחים שלהם עלויות גבוהות של ניהול ההגנה, על כל המשתמע. בהיקש מפסק הדין בת"א (מרכז) 47302-05-16 **בטר פלייס ישראל (ח.ת.) בע"מ (בפירוק) נ' אגסי** (פורסם בנבו, 12.9.2018) לעניין יישום כלל שיקול הדעת העסקי כעילת סף.⁹ נראה, כי בקשה לאישור תביעה נגזרת שלא תוכיח באופן נאות את התקיימות התנאים להטלת אחריות, ולא תראה עילה על פני הדברים, אינה צריכה להמשיך ולצרוך את משאבי הצדדים ואת משאבי בית המשפט הנכבד, ובוודאי שאינה צריכה להוביל לפשרה בהיקף כספי כאילו היתה עילת תביעה משמעותית על הפרק (והשוו לעניין Caremark).

27. לבסוף, ניתן וחשוב לייצר תמריצים שליליים נוספים להגשת תביעות סרק בדמותן של הטלת הוצאות ריאליות על מגישהן, כמו גם צמצום או שלילה של טובות הנאה שעשויות לתמרץ הגשת תביעות סרק,

⁸ השוו: רע"א 6552/20 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' א.לוי השקעות ובניין בע"מ (פורסם בנבו, 2.12.2020).

⁹ פסק הדין הנ"ל תלוי ועומד בערעור בפני בית המשפט העליון (ע"א 7829/18).

דוגמת פסיקת גמול ושכר טרחה (להרחבה בעניין זה ראו אלון קלמנט, פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית, משפטים מא 2011 בעמ' 87-89).



ליאב וינבאום, עו"ד
משנה לפרקליטת מחוז תל
אביב (אזרחי)