

תנ"ג 89-03-15
לפני כב' השופט אלטוביה מגן

במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו

המבקשת:

ד"ר שולמית שרון

ע"י ב"כ עו"ד א. רחימי ממשרד פורת, רחימי, עורכי דין
מרחוב תובל 40 (מגדל ספיר), רמת גן, 5252247
טל: 03-9444814 ; פקס: 03-9444924
וכן ע"י ב"כ עו"ד ר. דקל
משדרות רוטשילד 22, תל אביב, 6688218
טל: 03-7549999 ; פקס: 03-7549998

-נגד-

המשיבים:

1. בנק הפועלים בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד יגאל ארנון ושות', עורכי דין
ממרכז עזריאלי 5, תל אביב, 6702501
טל: 03-6087850 ; פקס: 03-6087723

2. יאיר סרוסי ו-27 אח'

על ידי ב"כ עו"ד ממשרד אגמון ושות', רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין
מרחוב יגאל אלון 98 (מגדל אלקטרה – קומה 47), תל אביב
טל: 03-6078607 ; פקס: 03-6078666

31. זיו האפט, רואי חשבון שותפות מס' 540180262

32. סומך חייקין רואי חשבון שותפות מס' 540002383

על ידי ב"כ עוה"ד ניר כהן ו/או אמיר בן ארצי
ממשרד ניר כהן, לשם, בן ארצי ושות', עורכי דין
מרחוב ברקוביץ 4, תל אביב
טל: 03-6968270 ; פקס: 03-6968277

ובעניין:

ד"ר הראל פרימק

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר עינת סולניק ו/או שקד הרן
מהמחלקה המשפטית של "לובי 99" בע"מ (חל"צ)
טל' 052-8911800 ; פקס 03-3183460 esolnik@lobby99.org.il

היועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד ליאב וינבאום מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
מרחוב מנחם בגין 154, בית קרדן, תל אביב, 6492107, ת"ד 33051
טל 073-3736222/9 ; פקס' 073-3736490/1

הבהרה כאמור בהחלטת בית המשפט מיום 30.10.2022

בהתאם לבקשת בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 30.10.2022 (להלן: "ההחלטה") מוגשת בזו הבהרה מטעם היועצת המשפטית לממשלה שגובשה בתיאום עם רשות ניירות ערך.

1. בעמדה שהוגשה מטעם היועצת המשפטית לממשלה ביום 30.10.2022 (להלן: "העמדה") פורט, כי אחד השיקולים שיש לשקול עובר לקבלת החלטה בבקשת האישור (כהגדרתה שם) הוא בחינת מקורות התשלום של סכום הפשרה. בתוך כך הובאה התייחסות לכך שהוועדה הבלתי תלויה שהוקמה לצורך בחינת התנהלות הבנק, לא מצאה לנכון להמליץ על השתתפות מי מנושאי המשרה בסכום הפשרה או על השבת תגמול על ידי מי מהם.

2. במענה לבקשת בית המשפט הנכבד יובהר, כי התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לאפשרות חיובם של נושאי משרה בחברה (או חלק מהם) בהשתתפות בסכום הפשרה או בחלק ממנו, לרבות בדרך של השבת תגמולים כאמור בעמדה לא נובעת מהוראה מפורשת בחוק החברות התשנ"ט-1999 (להלן "חוק החברות") או בדין אחר. הסוגיה טרם נדונה בהלכה פסוקה של בית המשפט העליון. לפיכך מבוססת ההתייחסות על אמירות של בית המשפט בעניין **לאומי**¹ שנזכר בעמדה הקודמת וכן על הרציונאלים שביסוד הליכי התביעה הנגזרת, שבשונה מתביעה אזרחית רגילה בין מזיק לניזוק – היא הליך קבוצתי במסגרתו בית המשפט נדרש גם לשיקולים ציבוריים, רחבים יותר מאשר עניינם של הצדדים הישירים להליך.²

עניין **לאומי** הינו אכן המקור העיקרי בפסיקה שעוסק בנושא. אלא שבאותו מקרה הובא לאישורו של בית המשפט הסדר פשרה בתביעה נגזרת שכלל תשלום החזר חלקי של תגמולים על ידי שלושה נושאי משרה שהיו נתבעים בהליך, מה שאין כן במקרה שלפנינו.

3. ההתייחסות לחיוב כאמור במסגרת העמדה הובאה משום שהסדר הפשרה נושא הליך זה טומן בחובו פיצוי גבוה במונחים אבסולוטיים, המשקף ממילא תוחלת נזק משמעותי וחמור שנגרם לקבוצת הבנק, ולצד זאת לפי הוראות הסדר הפשרה, האחראיים הלכאוריים לאירועים ולגרימת הנזק (בגין האירועים שבמוקד ההסדרים מול רשויות האכיפה בארצות הברית ובפרט בגין ההתנהלות המאוחרת מול רשויות האכיפה שם, כמפורט בדוח הוועדה הבלתי תלויה) אינם נושאים בכל חלק מהפיצוי לקבוצת הבנק. העמדה כללה התייחסות לנימוקי הוועדה הבלתי תלויה לכך שאין לאבחן בין האירועים כאן לאירועים נושא עניין לאומי, והובהר בה מדוע אין בנימוקים אלה כדי להצדיק הימנעות מתשלום מכיסם של נושאי המשרה. עוד צוין בעמדה העדר ההתייחסות בדוח הוועדה לכימות סכום הפשרה ורכיביו השונים של הנזק שנגרם לקבוצת הבנק בשל מחדלי הנתבעים. ממילא אין דוח הוועדה מתייחס לשאלה אילו תגמולים קיבלו נושאי המשרה הנתבעים, אם בכלל, כנגזרת מרווחים שהוערכו ביתר. לגבי תגמולים כאלה צוין בעמדה, כי קיימת הצדקה מוגברת להשבתם. מוצע איפוא כי בית המשפט הנכבד יקבל מהצדדים התייחסות להיבטים עובדתיים אלה כבסיס לדיון בשאלת חיובם הישיר של נושאי המשרה.

4. ככל שאכן שולמו תגמולים כאמור – כפי שנטען בהתנגדות מטעמו של ד"ר הראל פרימק מיום 27.10.2022 – הרי שבהתאם לשיקולים שהותוו בעניין לאומי, אל מול החשש מפני השפעה מצננת על

¹ תנ"ג (תל אביב-יפו) 815-09-13 בארי לנואל נ' גליה מאור (נבו 14.9.2016), בפסקה 53.

² ראו תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 20.1.2021 בתנ"ג 17044-12-14 משה אהרוני נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, בפסקאות 8-9, וסעיפים 42-43 בעמדה.

מנהלים, עומדות תכליות מרכזיות של מנגנון התביעה הנגזרת, ובהתאם שיקולים בבחינת הסדרי פשרה בתביעה נגזרת – חיזוק הממשל התאגידי והרתעת נושאי המשרה מהפרת חובותיהם.³ בלשונו של בית המשפט הנכבד בעניין **לאומי** שהובאה גם בעמדה:⁴

"ימצאתי בהקשר זה להדגיש כי אל מול החשש ליצירת אפקט מצנן ביחסי העבודה בין הבנק לבין נושאי המשרה ומנהליו עומד כתמונת ראי ערך חשוב ובלתי מבוטל של חיזוק כללי הממשל התאגידי. ככל שאדרש לבחון האם ההסכם עונה על צרכי הבנק ליצירת נורמות התנהגות, יצירת הרתעה מידתית והנחלת כללי ממשל תאגידי ראויים בקרב נושאי המשרה ועובדי..."

5. כך למשל, במועד תשלום התגמול (ככל ששולם) טרם ידעה החברה כי הרווחים מהם נגזר התגמול עתידים להילקח מהתאגיד וזאת באופן ישיר (כבמקרה כאן על דרך חילוט) או באופן עקיף (על דרך של נזק שיגרם לבנק אותו ניתן לייחס לתקופה הרלבנטית). ואולם, אם בדיעבד הסתבר⁵ שרווחים אלה יחולטו או יפגעו בדרך אחרת כתוצאה מהפרת חובות נושאי המשרה שנהנו מתגמולים המבוססים על הרווחים, מתקיימת הצדקה לפחות לפיצוי חלקי המבוסס על הרווחים הנ"ל, לרבות במסגרת הסדר פשרה.⁶ ניתן לטעון כי פיצוי (במקרים המתאימים) מנושאי המשרה המקושר לגובה התגמולים ששולמו בגין רווחים שהתברר בדיעבד כי לא היתה הצדקה לקבלם, אף עולה בקנה אחד עם העקרונות הכלליים העומדים בבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט.⁷ יתכנו נסיבות בהן ההצדקה להשבה מובהקת במיוחד. לדוגמה, ככל שנמצא קשר הדוק וישיר בין ההפרה לבין תגמולים ששולמו לנושאי משרה, גוברת ההצדקה לפיצוי מתוך תגמולים אלה, אולם קשר כזה אינו נדרש על מנת להצדיק פיצוי המקושר לתגמולים כאמור.

6. בהקשר זה של ההרתעה וטיוב הממשל התאגידי, בחינת עצם נשיאת נושאי המשרה בחלק (גם אם מצומצם בהיקפו ביחס לסכום הפשרה הכולל) מסכום הפשרה, תלויה בשני קריטריונים עיקריים. **האחד**, היקף הנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהתנהלותם. כך, ככל שנגרם נזק כבד יותר בשל התנהלות נושאי משרה באופן שמפר את חובותיהם כלפי קבוצת הבנק, וככל שהנזק נבע מאירוע מרכזי יותר בחיי החברה, גוברת ההצדקה לנשיאה של נושאי המשרה האחראים לנזק, לפחות בחלק מהפיצוי שישולם לחברה. **השיקול האחר** הוא חומרת ההפרה המיוחסת לנושאי המשרה. ככל שההפרה חמורה יותר, והסטיה מסטנדרט ההתנהגות המצופה גדולה יותר, גוברת ההצדקה להטיל על נושאי המשרה לשאת בחלק מהפיצוי לחברה (מה גם שיתכן שבנסיבות אלו תישלל האפשרות של החברה להיפרע מכספי הביטוח לפי הוראות חוק החברות). ככל שימצא בית המשפט כי התנהלות נושאי המשרה בפרשה, כפי שתוכח לפניו, לרבות באמצעות ממצאי הוועדה הבלתי תלויה ככל שיובאו לפני בית המשפט הנכבד, הינה חמורה יותר ומעידה על סטיה גדולה יותר מנורמת ההתנהגות המצופה מנושאי משרה בחברה ציבורית גדולה ומשמעותית כמו הבנק, כך הסתפקות בפיצוי מקופת המבטח בלבד, ללא נשיאה של נושאי המשרה

³ Ehud Kamar, *Shareholder Litigation Under Indeterminate Corporate Law*, 66 University of Chicago Law Review 899 (1999).

⁴ תנ"ג (תל אביב-יפו) 815-09-13 בארי לנואל נ' גליה מאור (נבו 14.9.2016), בפסקה 53.

⁵ לרבות על דרך קביעה כדוגמת קביעת הוועדה בעניין מי מנושאי המשרה בעניין שבכותרת.

⁶ וראו לעיל פירוט לעניין רווחי הבנק שחולטו בידי הרשויות האמריקאיות בפסקה 26 לעמדה; להרחבה על מנגנון ה-clawback במסגרת מדיניות תגמול, הרציונלים בבסיסו וההיסטוריה שלו, ראו מעין ויסמן, אסף חמדני וקובי קסטיאל "התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד" **משפט ועסקים** כד 799, 884 (2021) (להלן: "**התביעה הנגזרת בישראל**").

⁷ ראו סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

בחלק כלשהו מהפיצוי, תאיין את יסוד ההרתעה בהליך ותחטא לתכליות התביעה הנגזרת. בנסיבות אלו מצטמצם גם החשש מהרתעת יתר של נושאי משרה.⁸ אכן, תשלום ישיר של נושאי המשרה עלול להיות בעל אפקט מצנן לכהן כנושא משרה ולקבל החלטות עסקיות בתנאים של אי ודאות, ולכן יש חשיבות להתרשמותו של בית המשפט הנכבד מחומרת האירוע וממידת הסטייה מסטנדרט ההתנהגות המצופה מנושא משרה.

יובהר כי הקריטריונים המשקפים את מגמת הדין והפסיקה אינם מתיימרים להיות ממצים, וסביר להניח שיתפתחו וידויקו בשים לב גם לנסיבותיו של כל מקרה.

7. על כל האמור לעיל יש להוסיף כי בהינתן סכום פשרה נתון, כל חלק מסכום הפשרה שלא מושת על נושאי המשרה, נופל על כתפיהן של חברות הביטוח. גם אם קיימת לקבוצת הבנק עילת תביעה מבוססת כלפי נושאי המשרה המבוטחים, בהינתן כריתת הסדר פשרה בשלב מוקדם, לא מוצתה הבחינה האם מדובר בהפרות ברות ביטוח. בהקשר זה יוזכר שוב כי מנגנון הביטוח נושא בחובו קושי אינהרנטי בראייה על פני זמן ולרוחב שוק ההון.⁹

8. בטרם סיום יבוקש להבחין בין הסוגיה שבענייננו לבין חובת השבת תגמולים (Clawback) מכח מדיניות התגמול של חברה, לפי סעיף 267 לחוק החברות והפרט השני בחלק ב' לתוספת הראשונה א' לחוק זה (המתייחס למקרה של הצגה מחדש בדוחות הכספיים, ואינו דורש אשם או קשר סיבתי),¹⁰ ומכח הוראת נוהל בנקאי תקין מספר A301, המתייחסת לנסיבות רחבות יותר, אליה הובאה התייחסות בעמדה. הסדרים אלה, שכאמור בעמדה אין טענה כי הם חלים בענייננו, יוצרים הסדר שונה אך בעל קווי דמיון לסוגיה שלפנינו, הנוגעת לשיקול דעתו של בית המשפט באישור הסדר פשרה בתביעה נגזרת נגד נושאי משרה.

9. הוראות חוק החברות ונוהל A301 מתייחסים להסדר שיש חובה לקבוע במדיניות התגמול של החברה הציבורית – הבנק – במטרה להשיב לבנק תגמול משתנה ששולם אם וכאשר בוצעה הצגה מחדש בדוחות הכספיים של הסכום עליו התבסס אותו תגמול משתנה. ודוק: הוראות אלו אינן יוצרות הסדר שלילי לגבי קביעת הוראות השבה בנסיבות אחרות. מכל מקום, מדובר בהוראה המחייבת לקבוע תניה חוזית הניתנת לאכיפה בידי החברה הציבורית – או הבנק – במקרה שמתקיימים התנאים שנקבעו בה. מאמר שפורסם לאחרונה לגבי הסדרי Clawback מציע כי מבחינה נורמטיבית, ראוי שעיצוב הסדר Clawback יתבסס על ראציונלים הדומים לאלה שהוצעו לעיל – קידום הרתעה והכוונת התנהגות – ואולם שראוי לעשות שימוש מרוסן במנגנון ההשבה תוך איזון בין חומרת הנסיבות מצד אחד, והחשש מהרתעת יתר מצד שני.¹¹ כפי שצוין בעמדה, עצם העובדה שלא חל מנגנון חוזי של Clawback בנסיבות העניין (ואכן, גם במקרה שלפנינו וגם בעניין לאומי לא היתה הצגה מחדש המצריכה הפעלת מנגנון כזה, אפילו היה

⁸ ראו התביעה הנגזרת בישראל, עמוד 815.

⁹ ראו הציטוט בעמדה מתוך התביעה הנגזרת בישראל, בעמוד 815, וכן עמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום בתנ"ג - 12-17044 14 משה אהרוני נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ.

¹⁰ בעמדת סגל רשות ניירות ערך מספר 101-21 מיום 5.10.2016, מובהר כי התנאים שיש לקבוע במדיניות התגמול בעניין השבת תגמול במקרה של הצגה מחדש הינם טכניים, ו"כך, לדוגמא, אין לכלול במדיניות התגמול תנאי לפיו הצגה מחדש תגרור השבה רק מקום בו התרחשה בשל התרשלנות נושא המשרה או אשמה מסוג כלשהו".

¹¹ אסף אקשטיין, דן בן אריה ויואב סטולר, מנגנון להשבת תגמול Claw-back תיאוריה 'ראיות ומדיניות'.

קיים) אינו מוציא את הצורך לבדוק האם חומרת המקרה הנדון בהסדר הפשרה, בשים לב להיקפו ונסיבותיו, אינו מצדיק השבה מצידם של נושאי המשרה כמפורט לעיל.

10. על בסיס השיקולים המפורטים לעיל חוזרת היועצת המשפטית לממשלה ומציעה כי בית המשפט הנכבד יקבל מהצדדים את דוח הוועדה המלא וכן השלמות בהיבטים שלא נכללו בו – כימות רכיבי הנזק שנגרם לקבוצת הבנק בשל התנהלות נושאי המשרה בפרשה נושא ענייננו וכן תגמולים ששולמו לנתבעים בשל רווחים של קבוצת הבנק בתקופות הרלבנטיות – וכי ישקול להנחות את הצדדים לתקן את הסדר הפשרה באופן שבשים לב לאמות המידה המוצעות לעיל, ישאו מי שכיהנו כנושאי משרה בחברה (או חלק מהם) בחלק מסכום הפשרה מתוך רווחים ששולמו להם כאמור.



ליאב וינבאום, עו"ד

משנה לפרקליטת מחוז תל
אביב (אזרחי)