

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 ממשד 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 ממשד 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 ממשד 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  
ממשד 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

## **עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.10.22, מוגשת בזו עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה, שגובשה בתיאום עם רשות ניירות ערך, ביחס לבקשה לאישור הסדר הפשרה מושא הליך זה (להלן: **"הבקשה"** ו-**"הסדר הפשרה"**).

היועצת המשפטית לממשלה תקדים ותאמר, כי היא התייצבה להליך ועמדתה מוגשת אף שאינה מתנגדת להסדר הפשרה, שכן בחינתו מעלה סוגיות רוחביות המעוררות היבטים עקרוניים המצדיקים כי בית המשפט הנכבד יידרש אליהם טרם אישור הסדר הפשרה, וביחס אליהם היא תבקש להרחיב ולהביע את עמדתה, כפי שיפורט להלן.

### **חלק ראשון - עיקרי העובדות הרלוונטיות ודוח הוועדה**

1. ביום 30.4.2020 פורסמו הסדרים שנכרתו בין הבנק ובין הרשויות בארצות הברית. ההסדרים נחתמו בעקבות חקירת הרשויות האמריקניות בחשד למעשים ומחדלים של עובדי קבוצת הבנק (כולל חברות בנות) שסייעו להונות את רשויות המס האמריקניות. מכח ההסדרים, שילמה קבוצת הבנק סכום כולל של 874 מיליון דולר.
2. בעקבות פרסומים על אודות חקירות קבוצת הבנק שהתנהלו כאמור על ידי הרשויות בארצות הברית, הוגשה ביום 1.3.2015 הבקשה לאישור שבכותרת וכן הוגשה אף בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן **"חוק החברות"**). הדיון בשני הליכים אלו אוחד. מעת לעת עוכבו ההליכים וזאת לבקשת הצדדים כאמור בבקשה.
3. בהמשך הדרך, כאמור בבקשה, עוכבו ההליכים מכח הסדר דיוני בין הצדדים, וזאת בכדי לאפשר לוועדה בלתי תלויה שהוקמה לצורך בחינת התנהלות הבנק (להלן: **"הוועדה"**) לבצע את עבודתה ולהגיש את המלצותיה. במסגרת ההסדר דיוני אליו הגיעו הצדדים, הוסכם כי תוגש בקשת אישור מאוחדת ומתוקנת לאור הזמן שחלף ולאור ההסדרים שנחתמו עם הרשויות בארצות הברית כאמור לעיל. בקשה זו הוגשה ביום 16.6.2020 (להלן: **"בקשת האישור המתוקנת"**).
4. לאחר פרסום בדבר הקמת הוועדה וחתימת ההסדרים כאמור לעיל, הוגשו עוד מספר הליכים נוספים אשר חלקם נמחק/נדחה (כאשר ערעור על החלטה למחיקת אחד מהם תלוי ועומד לפני בית המשפט העליון) והליך ייצוגי אחד עדיין תלוי ועומד ובו הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה (ת"צ 6828-05-20 **דקל נ' בנק הפועלים בע"מ ואח'**).
5. בבקשת האישור המתוקנת נטען כי המשיבים שניהנו כנושאי משרה (מנהלים/דירקטורים) בקבוצת הבנק בשנים הרלבנטיות, התרשלו כלפי קבוצת הבנק וזאת בשני נושאים מרכזיים. **האחד**, עצם האירועים נושא ההסדרים מול רשויות האכיפה בארצות הברית, היינו פרקטיקות בהן קבוצת הבנק סייעה ללקוחות הבנק לחמוק מרשויות המס בארצות הברית. **והשני**, התנהלות של קבוצת הבנק מול רשויות האכיפה בארצות הברית לאחר פתיחה בחקירה בשל הפרקטיקות הנ"ל, כאשר נטען שעקב התנהלות זו, שלא עמדה עם הציפיה של רשויות האכיפה בארצות הברית, הושת על הבנק תשלום נכבד, אשר לא היה מושת עליו לו היה פועל באופן שפעלו בנקים אחרים במקרים דומים. בבקשת האישור נטען שהמשיבים (הנתבעים הפוטנציאליים בתביעה הנגזרת) התרשלו בפיקוח על הנהלת הבנק בשני נושאים אלה, ובעניין ההתנהלות לאחר הפתיחה בחקירה אף התרשלו בעצמם באופן הטיפול (ולא רק על דרך של מחדל בפיקוח).

6. בראשית שנה זו, גובשו המלצות הוועדה, וזאת לאחר תהליך ארוך כמפורט בבקשה, והוגשו לדירקטוריון הבנק. דוח הוועדה עסק, כאמור בבקשה, בשני הנושאים העיקריים שעלו בבקשת האישור. הנושא האחד סבב סביב התנהלות הבנק מול לקוחותיו באספקלריה של סיוע להתחמקות מתשלום מס בארצות הברית. סוגיה זו נבחנה בין היתר בראי של "אורות אדומים" שנדלקו או היו אמורים להידלק אגב פרשה דומה של בנק אחר (פרשת UBS). הנושא השני, הוא התנהלות הבנק מול רשויות האכיפה בארצות הברית, בין היתר, תוך הזדקקות לשאלה האם נפל פגם בהתנהלותם של מי מנושאי המשרה בהקשר זה, או בפיקוחם על התנהלות הבנק בתהליך.
7. כאמור בבקשה ובנספח ג' לבקשה, הוועדה קבעה כי "קיימת אפשרות מסתברת להפרת חובות זהירות מצד מספר נושאי משרה לשעבר בקבוצת הבנק". לצד זאת נקבע, כי נושאי המשרה הנ"ל לא פעלו ממניע אישי או היו במצב של ניגוד עניינים ולא פעלו תוך הפרה מודעת של החוק. בנוסף נקבע כי "קיימת אפשרות מסתברת להפרת חובות אמונים של נושאי משרה לשעבר בפועלים שווייץ".
8. בהמשך לאמור לעיל דנה הוועדה בהשבת תגמול ששולם למי מנושאי המשרה. כאמור בבקשה ובנספח ג' לבקשה, הוועדה קבעה כי "אין מקום לדרוש את השבת התגמול מאותם גורמים" וזאת בהתבסס על שורת נימוקים המפורטים שם, ובין היתר השוואה לעניין לאומי בו כלל הסדר הפשרה השבת תגמולים מידי נושאי משרה;<sup>1</sup> וכן בשל היעדר תחולתו של התיקון לנוהל בנקאי תקין מספר 301A (להלן: "**נב"ת 301A**"). ביחס לנימוקים אלה יפורט להלן.
9. למרות הקביעה כי קיימת אפשרות מסתברת להפרת חובות בידי נושאי המשרה, הוועדה המליצה לדירקטוריון הבנק להימנע מהגשת תביעה נגד נושאי המשרה, וזאת לאור ההסדר שהתגבש עם המבטחים כאמור בהסדר הפשרה וכן בשל שיקולי רוחב שונים. בהמשך לכך, הוגש דוח הוועדה לעיונו ואישורו של דירקטוריון הבנק שקיים, כנטען בבקשה, דיונים מעמיקים והחליט לאמץ את הדוח.
10. כאמור בבקשה הסכימו המבטחים לשלם לבנק סכום של 135 מליון דולר ארצות הברית (כ-430 מליון ש"ח). סכום זה ימצה את עילות התביעה של קבוצת הבנק כהגדרתן בהסכם הפשרה, ויתקבל חלף הגשת תביעה נגד המשיבים וכל צד שלישי בקשר עם עילות התביעה כפי שהוגדרו בהסכם. מתוך סכום זה מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר תשלום של 4.65 מליון דולר ארצות הברית (בצירוף מע"מ) למייצגים ולמבקשת ישולם סך של 690 אלף דולר ארצות הברית בצירוף מע"מ כגמול, וסך של 300 אלף ש"ח בגין החזר הוצאות.
11. על פי הוראותיו, תוצאת הסדר הפשרה היא סילוק הדדי של הטענות בקשר עם פרשת המס בין תאגידי קבוצת הבנק, נושאי המשרה והעובדים והמבקשת בבקשת האישור, מעשה בית דין, וסילוק מלא, סופי ומוחלט של חבות המבטחים בקשר עם ההליכים, התביעות והטענות הקיימות והפוטנציאליות בקשר עם עילות התביעה ופרשת המס.
12. להלן תובא התייחסות להיבטים שונים שעולים בענייננו – ושלעמדת היועצת המשפטית לממשלה יש לתת עליהם את הדעת טרם אישור הסדר הפשרה בתובענה הנגזרת.

<sup>1</sup> תנ"ג (תל אביב-יפו) 815-09-13 בארי לנואל נ' גליה מאור (נבו, 14.09.2016) (להלן: "**עניין לאומי**").

## חלק שני – התייחסות לבקשת גילוי דוח הוועדה

13. הצדדים חלוקים בעיניהם סביב שאלת פרסומו של דוח הוועדה. לבקשה לאישור הסדר פשרה צורף רק "תקציר מנהלים" של הדוח (להלן: "התקציר"), שאף נכלל בדיווחי החברה לרשות ניירות ערך ולבורסה.
14. עיון בבקשה לגילוי דוח הוועדה המלא, בתשובת הבנק לבקשה ובתגובה מעלה שהצדדים חלוקים באופן מהותי, הן ביחס לעקרונות הכלליים – היינו האם יש כלל מקום לפרסם את הדוח והאם עומדת למבקש או "קבוצת המבקשים" הזכות לעיין בו, והן ביחס לשאלה אם לא די בפרסום התקציר, המשקף לדעת הבנק בצורה מהימנה את תוכן הדוח וכפי שאף פורסם לציבור לפי כללי המהותיות בהתאם לדיני ניירות ערך.
15. בפתח הדברים יאמר כי הח"מ פנה לב"כ הבנק בבקשה לקבל את הדוח המלא לעיונו בצוותא עם מספר גורמים מצומצם ביותר במשרד המשפטים ורשות ניירות ערך. בדוח שהתקבל פרטים מסוימים הושחרו על ידי ב"כ הבנק, וזאת מהשיקולים המוזכרים בתגובתו לבקשה דכאן.
16. בשאלה העקרונית עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שככלל, פרסום דוחות של ועדות בלתי תלויות נדרש לצורך הגשת התנגדות ביחס להסדר הפשרה שהוגש ולצורך החלטה בבקשה לאישור הסדר כאמור.
17. הסדר פשרה בתביעה נגזרת אינו עניין של התובע הנגזר ושל החברה בלבד. הדין קובע כי ההסדר יועמד לעיונם של צדדים שלישיים ותינתן להם הזדמנות להביע את עמדתם ביחס להסדר הפשרה, עובר להכרעתו של בית המשפט בבקשה לאישורו. (ראו סעיף 202(ב) לחוק החברות. הסדר דומה ומפורט יותר נקבע לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006). לפיכך, מעמדם של מתנגדים אפשריים לאישור הסדר הפשרה, לבוא ולהביע את עמדתם לפני בית המשפט הנכבד אינו בחד אלא בזכות. מידת חשיפתם של מתנגדים פוטנציאליים למסמכים הקשורים להליך, ובפרט למסמכים עליהם מבוסס הסדר הפשרה, הינה תנאי הכרחי למימושה של זכות זו.
18. הדבר אינו מבוסס אך ורק על עיקרון הפומביות של ההליך המשפטי; הדבר אף אינו מבוסס רק על חשיבותו הציבורית של הליך ספציפי זה או אחר, אלא נובע כאמור מהמעמד שהקנה המחוקק למתנגדים הפוטנציאליים בהליכים מסוג זה.
19. בהתאם, נקודת המוצא ביחס לפרסום דוח של ועדת תביעות מיוחדת צריכה להיות כי הדוח יועמד לפני בית המשפט הנכבד וכי יהיה פתוח לעיונם של מתנגדים פוטנציאליים להסדר פשרה בהליך.<sup>2</sup> דוח הוועדה הוא הבסיס סביבו מעוצב הסדר הפשרה ועליו מתבסס הדירקטוריון בבואו לאשר את ההסדר בטרם יובא לאישור בית המשפט הנכבד. כשם שבית המשפט הנכבד, במסגרת ההכרעה בבקשה לאישור הסדר פשרה, נזקק לתשתית המלאה לצורך הכרעה בבקשה לאישור, כן זקוקים המתנגדים הפוטנציאליים הנ"ל לתשתית זו. במסגרת תשתית נדרשת זו נכללים המסמכים והמידע עליהם מבוסס הסדר הפשרה, כאשר דוח הוועדה הינו אבן ראשה בין מסמכים אלה, הן על מנת להתרשם מעבודת הוועדה, והן על מנת

<sup>2</sup> חאלד כבוב, עינבל בלאו ואחד פיליפ "ועדת תביעות בלתי תלויה בדיני התאגידים הישראלים" ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסי גרוס 71, 89 (א' ברק ואח' עורכים, 2015): "שקיפות ותיעוד פעולות הוועדה: פעילותיה של ועדה זו לרבות החלטותיה, אמורות להיות מתועדות ושקופות לכל. בפרט שעסקינן בחברות ציבוריות, פרוטוקוליה והחלטותיה אמורות להיות מתועדות ופתוחות לעיני הציבור (במגבלות הדין בסוגיות בדבר חיסיון, נהלי פרוצדורה וכו')."

לבחון את הפשרה שהוצעה והתאמתה לממצאי הוועדה. החלטת דירקטוריון הבנק להתקשר בהסדר הפשרה קשורה קשר גורדי לאמור בדוח.

20. הדברים יפים מקל וחומר משעה שבחלק הארי של המקרים, בית המשפט מתבקש (במסגרת הבקשה לאישור הסדר הפשרה) שלא לבחון לגופה את החלטת הדירקטוריון, ולאמץ את דוח הוועדה ואת הסדר הפשרה אליו הגיעו הצדדים בעקבותיו, תוך החלה של "כלל שיקול הדעת העסקי"<sup>3</sup>. מובן כי ככל שמשקלו של דוח הוועדה משמעותי יותר בהגעה לפשרה, כך יש חשיבות רבה יותר בבחינתו על ידי קבוצת הגורמים שהוזמנו להביע עמדה ביחס להסדר הפשרה.

21. אם מבקשת החברה למנוע או לצמצם את חשיפת הדוח או חלקים ממנו לפני בית המשפט או מתנגד פוטנציאלי, עליה הנטל לשכנע מדוע יש מקום לעשות כן, תוך הצבעה על פגיעה האפשרית באינטרס של החברה, כגון סוד מסחרי או עניין אחר, המצדיקים פגיעה בזכותו של צד להליך.

22. אכן, לא ניתן לפסול האפשרות כי מחמת טעם מיוחד יעלה צורך לבצע "השחרה" של חלקים מסוימים בדוח, לאחר שהוכח לפני בית המשפט הנכבד כי נזק משמעותי ובלתי הפיך יכול להיגרם כתוצאה מחשיפה הדוח המלא ביחד עם חלקים אלה. עם זאת, שיקול הדעת בעניין זה צריך להיות מסור לבית המשפט הנכבד, ועם כל הכבוד, לא לחברה עצמה שלה עניין באי חשיפת מידע והשלמת אישור הפשרה ללא התנגדויות או כל קושי אחר.

23. עיון בתגובת הבנק לבקשה בענייננו מעלה שהטעם המיוחד שזכר בה שלא לפרסם את דוח הוועדה המלא נעוץ בחשיפה משפטית של הבנק אל מול המאסדרים הזרים (בארצות הברית ובשווייץ) והחשש שיש בהצגת הדוח המלא כדי לפגוע בחובות הסודיות החלות על הבנק ובחסינות עליהם שמר לכל אורך התנהלות ההליכים בארצות הברית. לעמדת הבנק: "**כרסום בחסינות או בהוראות הסודיות עלול לפגוע בהשלמת הפרשה מול הרשויות האמריקאיות או ביחסים עם הרשויות; לדחיית מועד השלמת הפרשה; ואף לפתיחה מחודשת של החקירה** עקב מידע חסוי או סודי שגולה"<sup>4</sup>.

24. היועצת המשפטית לממשלה אינה מבקשת להביע עמדה בשאלה האם בנסיבות מקרה זה אכן מוצדק לקבל את בקשת הבנק ואם האמור בעמדת הבנק אכן מבסס טעמים מיוחדים מספיקים לצמצום החשיפה של המידע הדרוש לצורך בחינה ראויה של הסדר הפשרה. כאמור, נציגי היועצת המשפטית לממשלה אינם יודעים מהו המידע שהושחר בדוח וממילא אין ביכולתם לבחון את הטענות שהועלו ביחס לחשיפה המשפטית הפוטנציאלית לה טוען הבנק.

25. לפיכך, ראוי שבית המשפט הנכבד יבקש פירוט נוסף על האמור בתשובת הבנק בכל הקשור לחשיפה שיכול ותגרם לבנק כתוצאה מהצגת הדוח (גם אם מושחר) לפני המתנגדים הפוטנציאליים, המקור הנורמטיבי ו/או האחר לחשיפה אפשרית זו, התכנות החשיפה הנ"ל וכל פרט אשר בית המשפט הנכבד גורס שעליו לקבל עובר להכרעה האם לפניו מקרה נדיר ומיוחד המצדיק את אי הצגת הדוח לפני המתנגדים הפוטנציאליים. האמור לעיל נאמר על רקע פער בפירוט בתשובת הבנק, המקמצת בעובדות ומידע ביחס לחשיפה, ומפרטת בנושאים אחרים.

<sup>3</sup> הגם שבכך לא עוסקת עמדה זו, הרי משמעות התהליך שתואר לעיל הינו סוג של "הפרטת" הליך האכיפה האזרחי והוצאתו מגדרי בית המשפט הנכבד, אשר "השירות" היחידי שהצדדים להסכם הפשרה מבקשים הינו מתן תוקף של פסק דין להסכם הפשרה.

<sup>4</sup> סעיף 3 לתגובת הבנק [הדגשות במקור – ל.ו.].

## חלק שלישי – היקף הפשרה ומקורותיה

26. דומה שאין חולק שסכום הפשרה משמעותי מאוד בערכים מוחלטים, וכפי שעולה מהבקשה, חסר תקדים בתביעות מסוג זה. ניתוח של סכום הפשרה ביחס לתשלומים בהם נשאה קבוצת הבנק מראה כי כ-377 מיליון דולר מתוך הסכום ששולם לשלטונות האכיפה בארצות הברית הינם בגדר תשלום בר-פיצוי,<sup>5</sup> כ-217 מיליון דולר ארצות הברית שולמו בגין Restitution – פיצוי עבור אובדן מס שנגרם לרשויות האמריקאיות כתוצאה מפעילות לקוחות הבנק, וכ-160 מיליון דולר שולמו כחילוט (Forfeiture) של רווחי הבנק כתוצאה מהפעילות מושא חקירת המס. כאמור, הפיצוי ששולם לבנק **על ידי המבטחים** בהסדר הפשרה הוא 135 מיליון דולר – 15.4% מתוך הסכום ששולם ו-36% מהנזק בר-הפיצוי על פי פוליסת הביטוח.

27. עיון בבקשה ובהסדר הפשרה מעלה כי נעדר הימנה כל פירוט ביחס לאופן חישוב סכום הפשרה (במובחן מניתוח של יחסיותו מול היקף הפוליסה, התשלומים שהבנק שילם וכו'). דומה שרק במסגרת תמצית המנהלים בנספח ג' לבקשה, קיימת התייחסות לסכום הפשרה ומובהר שהנ"ל הוצע על ידי המבטחים במסגרת משא ומתן שנוהל עימם, כאשר ההצעה נראתה הוגנת וראויה.

28. בגדר כך לא נמצא במסמכים שהוגשו לבית המשפט או בדוח הוועדה כימות של ההוצאות העודפות של הבנק, אותן שילם כתוצאה מניהול מוטעה (כנטען בבקשה ובדוח) של ההליך מול רשויות האכיפה בארצות הברית. הוא הדין בגידול בקנסות או בתשלומים אחרים בהם חויב הבנק בידי רשויות האכיפה בארצות הברית, וזאת כתוצאה מהתנהלותו מולן (ככל שאכן היה גידול כזה). הגם שבהתאם לעילות הבקשה, חלק מהפיצוי ששולם בגין רשלנות בהתנהלות הבנק אל מול רשויות החקירה בארצות הברית, הבקשה והסדר הפשרה שותקים בכל הקשור בכימות וגילוי הוצאות ו/או קנסות אלו, דבר שמקשה על בחינת דיות הסדר הפשרה אל מול הנזק הכולל שניתן לייחס למשיבים בשים לב לממצאי הוועדה.

29. מעבר להעדר פירוט אודות אופן חישוב סכום הפשרה והשיקולים שהביאו את המשתתפים במשא ומתן להסכים על סכום זה, הרי שיש מקום אף להתייחס **למקורות התשלום**. לעניין זה בולטת בעיקר המלצת הוועדה לפיה היא אינה רואה לנכון להמליץ על השתתפות של מי מנושאי המשרה/דירקטורים בקבוצת הבנק ו/או השבת תגמול על ידי מי מהם.

30. מהאמור לעיל עולה תמונה לפיה, מחד גיסא מוצג פיצוי גבוה במונחים אבסולוטיים המשקף תוחלת נזק משמעותית שנגרמה לקבוצת הבנק. מאידך גיסא, האחראיים הלכאוריים לאירועים ולגרימת הנזק (בגין עניין המס בארצות הברית ובפרט בגין ההתנהלות המאוחרת מול רשויות החקירה שם) אינם נושאים בכל חלק מהפיצוי לקבוצת הבנק.

31. בהקשר זה ראוי לציין כי תכלית מרכזית של אכיפה פרטית בדיני החברות באמצעות תביעה נגזרת היא חיזוק הממשל התאגידי והרתעת נושאי המשרה מהפרת חובותיהם.<sup>6</sup> כך, בעניין **לאומי**, קבע בית המשפט הנכבד כי כחלק **מטובת הבנק** יש לבחון את השאלה האם ההסדר מביא לחיזוק ההרתעה של נושאי משרה בו וחיזוק כללי הממשל התאגידי:<sup>7</sup>

<sup>5</sup> בתנ"ג 17044-12-14 אהרוני נ' **בנק מזרחי טפחות בעמ ואח'** (נבו 11.5.2021) (להלן: "אהרוני") נקבע כי "כיסוי ביטוחי לפיצוי או שיפוי בשל תשלומים עונשיים (קנסות, תשלומי כופר וכד') ספק אם הוא ראוי ויכול שהוא מנוגד לתקנת הציבור".

<sup>6</sup> Ehud Kamar, *Shareholder Litigation Under Indeterminate Corporate Law*, 66 University of Chicago Law Review 887 (1999), 899.

<sup>7</sup> עניין **לאומי**, בפסקה 53.

*"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..."*

32. אכן, יש צורך לנקוט זהירות מפני הרתעת יתר שתפגע בנכונותם של נושאי משרה פוטנציאליים לכהן ככאלה, וליטול סיכונים במסגרת תפקידם, וזאת, בין היתר, בשים לב לכלים שהעניק חוק החברות להגנה על נושאי משרה מפני תביעות – פטור, שיפוי וביטוח.<sup>8</sup> לפיכך, בבחינת השאלה האם ראוי שנושאי המשרה ישתתפו בתשלום סכום הפשרה, באופן שלא ייצור אפקט מצנן ביחס לכהונתם או תפקודם, יש להביא בחשבון מספר שיקולים.

33. **ראשית**, במקרה בו קיבלו נושאי המשרה תגמולים מבוססי ביצועים או רווחים, שבדיעבד הסתבר כי הוערכו ביתר ביחס לתקופה הרלוונטית, בשל האירועים לגביהם נקבעה אחריותם של נושאי המשרה, ההצדקה להשבתם במסגרת הסדר פשרה מתקיימת ביתר שאת.<sup>9</sup> בהקשר זה יש מקום להתייחס לנימוקי הוועדה בשלהם לא ראתה לנכון לחייב את נושאי המשרה בהשבת התגמולים המשתנים שקיבלו:

33.1. ההשוואה לעניין לאומי – הוועדה מאבחנת את ענייננו מהסדר הפשרה בעניין לאומי, שבו בהסדר שנערך מול הרשויות האמריקאיות הודה בנק לאומי (לפי הנטען בבקשה) בקיומו של יסוד נפשי להפרה. לשיטת הוועדה, הודאה זו, אשר לא קיימת בהסדר של קבוצת הבנק, הצדיקה דרישה להשבת תגמול מה שאין כן בעניין דכאן, כאשר המסקנות לעניין האחריות של נושאי המשרה (ברובם) הסתכמו בכך ש"קיימת אפשרות מסתברת" להפרת חובת זהירות מצד מספר נושאי משרה לשעבר בקבוצת הבנק. **אלא**, שמפסק הדין שאישר את הסדר הפשרה בעניין לאומי עולה כי "הוועדה [הבלתי תלויה] הגיעה לכלל מסקנה כי מבחינה עובדתית אמנם ישנה אפשרות מסתברת להפרת חובת הזהירות על ידי נושאי המשרה ולקיומה של רשלנות בהתנהלותם של בעלי תפקיד בקבוצת הבנק, אך לא נמצא שנושאי המשרה העדיפו את טובתם האישית על פני טובת הבנק, ומשכך אין לקבל את הטענות שהועלו בדבר הפרת חובת אמונים...".<sup>10</sup> לפיכך, יקשה לקבל את האבחנה שמנסים חברי הוועדה לערוך בין שני העניינים, וזאת על בסיס היסוד הנפשי בו הודה הבנק בעניין לאומי, להבדיל מקביעת האחריות של נושאי המשרה כאשר על פי מסקנות הוועדה הבלתי תלויה שם (כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטת בית המשפט) הייתה, בדומה לענייננו, אפשרות מסתברת להפרת חובת זהירות. בהתאם, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי אין בכוחה של אבחנה זו, לעניין היסוד הנפשי של הבנק, להשליך על ההצדקה להשבת התגמולים של נושאי המשרה.

<sup>8</sup> ביחס לאיזון הדרוש בהקשר זה, וכן לתועלת מתשלום גבוה לחברה לצד השתתפות מסוימת (לאו דווקא בגובה הנזק שנגרם), ראו **התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד**, עמוד 10.

<sup>9</sup> וראו לעיל פירוט לעניין רווחי הבנק שחולטו בידי הרשויות האמריקאיות בפסקה 13; להרחבה על מנגנון ה-clawback הרציונליים בבסיסו וההיסטוריה שלו, ראו **התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד**, עמוד 66.

<sup>10</sup> פסקה 6 לפסק הדין בעניין לאומי.

33.2. היעדר התחולה של הוראות ניהול בנקאי תקן A 301 (להלן: "נב"ת 301A") – ביום

13.8.2015 נוספה לנב"ת 301A דרישה לפיה מדיניות והסכמי התגמול של תאגיד בנקאי יכללו התניה לפיה כל תגמול משתנה שיוענק לעובד יהיה בר השבה, בהתקיים הקריטריון להשבה. נקבע כי התאגיד הבנקאי יגדיר קריטריונים ספציפיים להפעלת התניית ההשבה בנסיבות חריגות במיוחד, לרבות: פעילות בלתי-חוקית, הפרת חובת אמונים, הפרה מכוונת או התעלמות ברשלנות חמורה ממדיניות התאגיד הבנקאי, כלליו ונהליו, וכן הונאה או התנהגות בלתי ראויה מכוונת שבגינן נתונים התבררו כמוטעים והוצגו מחדש בדוחות הכספיים של התאגיד. הוועדה עמדה על כך שנב"ת 301A אינו חל על המקרה דנן, וזאת, הן משום שההסכמים עם נושאי המשרה נחתמו עובר לכניסתו לתוקף, והן כיוון שלא התקיימו הנסיבות החריגות שפורטו בו. לעניין זה תבקש היועצת המשפטית לממשלה להתייחס כדלקמן. ראשית, שני נימוקים אלה להיעדר תחולתו של נב"ת 301A יפים גם לעניין לאומי, כמתואר לעיל, ולמרות זאת שם נקבע כי יושבו תגמולים משתנים שקיבלו נושאי משרה. שנית, וחשוב מכך, לא ברור מדוע היעדר התחולה של החובה לקבוע קריטריונים להשבה, שוללת באופן גורף כל השבה של תגמולים שבדיעבד התברר כי לא הייתה הצדקה לקבלם, ולו מכוח העקרונות הכלליים העומדים בבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>11</sup> בהקשר זה באה לידי ביטוי באופן מובהק התכלית של חיזוק הממשל התאגידי העומדת, כאמור, בבסיס התביעה הנגזרת. שהרי, קיים אינטרס ציבורי ברור לפיו הסעדים בתביעה כנגד נושא משרה שנמצא אחראי לנזק שנגרם לחברה בה הוא מכהן, יכללו השבה ולו חלקית של התגמולים שקיבל ביתר כשאלה נגזרו מרווחים שנדמה היה שצמחו לחברה, בשעה שטרם התגלה הנזק שנגרם או היקפו.

34. **שיקול רלוונטי נוסף** בהקשר זה, של נשיאת נושאי המשרה בחלק (גם אם מצומצם בהיקפו ביחס לסכום הפשרה הכולל) מסכום הפשרה, הוא היקף הנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהתנהלותם. כך, ככל שנגרם נזק כבד יותר, וככל שהנזק נבע מאירוע מרכזי יותר בחיי החברה, ההצדקה לנשיאה של נושאי המשרה, שתחת אחריותם אירע הנזק, בחלק מהפיצוי שישולם לחברה, גבוהה יותר.

35. **נוסף על כך**, יש להביא בחשבון גם את חומרת ההפרה המיוחסת לנושאי המשרה, ובכלל כך הסיכויים שייקבע שהופרה חובת אמונים או שהופרה חובת זהירות בכוונה או בפזיזות – הפרות שהביטוח אינו מכסה בהתאם להוראות סעיפים 261 ו-263 לחוק החברות.<sup>12</sup> ככל שההפרה חמורה יותר, ההצדקה להטיל על נושאי המשרה לשאת בחלק מהפיצוי לחברה משמעותית יותר, וזאת בשל שקלול הסיכון שאם יימשך ההליך עד תומו הם יצטרכו לשלם מכיסם את הפיצוי על הנזק שנגרם, משעה שהביטוח לא יכסה זאת. כמו כן, יש להביא בחשבון את קיומו או העדר קיומו של פטור לנושאי המשרה והסיכויים שהעילות הנטענות מכוסות במסגרת כתבי הפטור.<sup>13</sup>

36. על כל האמור לעיל יש להוסיף, כי יש לשקול באם הפשרה המשולמת מכיסן של חברות הביטוח בלבד, עולה בקנה אחד עם האינטרס של בעלי המניות. כך:<sup>14</sup>

*יהאם לבעלי המניות יש אינטרס בהגשת תביעות נגד נושאי משרה רק לצורך קבלת פיצוי מקופתה של חברת הביטוח? כפי שנסביר בהמשך, זו הגישה המקובלת כיום בפסיקה בישראל. אך לדעתנו,*

<sup>11</sup> ראו סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

<sup>12</sup> למעט הפרת חובת אמונים כאשר נושא המשרה פעל בתום לב והיה לו יסוד סביר להניח שהפעולה לא תפגע בטובת החברה.

<sup>13</sup> יש לציין בהקשר זה כי בענייננו, עולה מדוח הוועדה הבלתי תלוייה כי כתבי הפטור לא חלו בעת קרות האירועים נושא התביעה.

<sup>14</sup> **התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד**, בעמוד 16.



ובהתאם לקונצנזוס בספרות האקדמית, התשובה לשאלה זו שלילית. **לבעלי מניות בחברה ציבורית אין אינטרס באכיפה פרטית שכל תכליתה קבלת פיצוי, בדיעבד, מחברת הביטוח, שאותו הם מממנים, מראש, באמצעות תשלום פרמיות...** בעלי המניות הם אלו שמממנים את הכיסוי הביטוחי לנושאי המשרה. חברות הביטוח פועלות משיקולי רווח, והפרמיות שהן גובות ישקפו את העלות שתוטל עליהן עקב תביעות נגד נושאי משרה. תשלום פיצוי על ידי חברות הביטוח מוביל להתייקרות פרמיות הביטוח. שימוש בתביעות נגד נושאי משרה—דרך ביטוח האחריות—ככלי לפיצוי חברות על כשלים ניהוליים וסיכונים עסקיים יביא את חברות הביטוח לייקר משמעותית את הפרמיות ואף לצמצם את הכיסוי הביטוחי. כיוון שבעלי המניות בחברות ציבוריות הם לרוב מבוזרים, הם יממנו את ייקור הפרמיה גם בחברות ציבוריות אחרות. מעגליות זו מפחיתה את האינטרס שלהם בפיצוי."

37. לאור כל האמור לעיל, ואף שאינה רואה מקום להתנגד להסדר הפשרה, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי על בית המשפט, בטרם קבלת החלטה האם לאשר את הסדר הפשרה, לבחון, ראשית, מה הבסיס לסכום המבוקש ולקבל לשם כך את מלוא הנתונים וההסברים שלהבנתה אינם מונחים בשלב זה לפתחו. שנית, יש להביא בחשבון בבחינת הסדר הפשרה את השיקולים שצוינו בחלק זה של העמדה.

### **חלק רביעי – מקומו של כלל שיקול הדעת העסקי באישור הסדר פשרה**

38. הבקשה לאישור הסדר פשרה נשענת באופן משמעותי על ההליך שביצעה הוועדה ועל הליך (ועצם) קבלת המלצותיה בידי דירקטוריון הבנק. בבקשת האישור נטען כי יש להעניק משקל מכריע לעמדתו של הבנק, שהתביעה הנגזרת מנוהלת בשמו. נטען כי ככל שהחלטת הבנק לאשר את הסדר הפשרה התקבלה ללא ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיועד – היא חוסה תחת כלל שיקול הדעת העסקי, ועל בית המשפט להימנע מלהתערב בשיקול דעתו. כפועל יוצא מכך, עליו לאשר את הסדר הפשרה.

39. בעניין **גוטליב**,<sup>15</sup> התווה בית המשפט את מסגרת הבחינה ביחס לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי על מסקנותיה של ועדה בלתי תלויה לגיבוש הסדר פשרה, שאומצו בידי הדירקטוריון. בית המשפט שם קבע, כי הבחינה השיפוטית תיעשה בהליך דו שלבי – בשלב הראשון, תיבחן הפרוצדורה בה נקטה הוועדה לרבות אי תלותה ומקצועיותה; בשלב השני, תיבחן סבירות ההחלטה לגופה לרבות ביחס לסיכויי התביעה – זאת, כאשר מתקיימת מקבילית כוחות בין השלבים. עוד נקבע בפסיקה כי המלצות הוועדה אינן מחייבות את דירקטוריון החברה, וכמובן שאינן מחייבות את בית המשפט, אך סטנדרט הביקורת השיפוטית שיוחל על החלטת דירקטוריון לקבלת המלצותיה של ועדת תביעות בלתי תלויה יושפע מהמידה בה הוועדה אכן תרמה וסייעה לדירקטוריון החברה לקבל החלטה עצמאית ולא נגועה ביחס לשאלה האם על החברה להגיש את התביעה נשוא הבקשה להגשת תביעה נגזרת.<sup>16</sup>

40. בסעיף 51 לבקשה מצויין כי השליטה בבנק פוזרה וכי חברי דירקטוריון הבנק הוחלפו. בהמשך לכך, אין מחלוקת על כך שבעת בחינת ההסדר בידי בית המשפט הנכבד יש לייחס משקל הן לעבודתה של הוועדה, לאי תלותה ולמקצועיותה (כנטען בבקשה) והן לאישור הדירקטוריון את המלצותיה. זאת, מבלי לגרוע מסמכותו של בית המשפט לבחון את הסדר הפשרה גם לגופו בשים לב ל"מקבילית הכוחות" האמורה.

<sup>15</sup> תנ"ג (מחוזי ת"א) 32690-10-11 **גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ** פסקאות 97-99 (נבו, 3.9.2012).

<sup>16</sup> עניין לאומי, בפסקאות 46-47.

41. מבלי להביע עמדה לעניין תחולת כלל שיקול הדעת העסקי בענייננו, יצויין כי אחת ההצדקות המרכזיות שעולה מהבקשה באשר להחלת כלל שיקול הדעת העסקי על החלטת הדירקטוריון לאמץ את הסדר הפשרה, נוגעת למשקל המכריע שיש להעניק, כפי הנטען, לשיקול של טובת הבנק באישור הסדר הפשרה.

42. אכן, אין חולק שטובת החברה אמורה לעמוד בבסיס החלטות הדירקטוריון ולהשליך על אחריות נושאי המשרה בחברה, והיא גם המצפן להחלטות הדירקטוריון בעניינים המובאים להחלטתו במסגרת ההליך הנגזר. **אולם לעניין זה אין דינו של בית המשפט כדין הדירקטוריון. בהחלטה של בית המשפט הנכבד אם לאשר הסדר פשרה בהליך נגזר שיקול זה הוא שיקול מרכזי אולם אינו שיקול בלעדי.**

43. השיקולים ששוקל בית המשפט כמפורט לעיל, רחבים יותר מאלה שנדרש דירקטוריון החברה להביא בחשבון בעת אישור הסדר הפשרה. לפיכך, קיימת חשיבות בהפעלת סמכות בית המשפט ובחינתו את ההסדר באופן עצמאי בראי השיקולים המפורטים לעיל.

### **חלק חמישי – חובת ההשגחה**

44. עוד מבוקש להביא לתשומת ליבו של בית המשפט הנכבד את העובדה שעמדת הוועדה גובשה ביחס לטענה משפטית שנכון למועד זה טרם גובשה הלכה ברורה בפסיקה לגביה, והיא גדר אחריות הדירקטוריון ונושאי המשרה אגב טענה של מחדל בפיקוח.

45. במסגרת תמצית החלטת הוועדה, קיים דיון גם בשאלת ניתוח סיכויי ההליך. לאור העמימות בקביעות בבקשה ובתמצית החלטת הוועדה בנושא זה, שוב עולה הקושי בהעדרה של הלכה ברורה בדיון הישראלי ביחס למחדל בפיקוח של הדירקטוריון. מדובר בחסרים בתוכנה של חובת הזהירות ואמת המידה השיפוטית להפרתה. בעניין **אהרוני** ציין כב' השופט אלטוביה כי: "הסדר הפשרה יונק סבירותו מהחשש כי בית משפט בישראל יאמץ את הלכת In re Caremark Intl' 689 A 2d 959 1996 Del Ch. Lexis 125 ... בכל הקשור להיקף חובות דירקטוריון ודירקטור לרבות באשר ליישום תוכנית אכיפה פנימית" וכי "דומה שקביעה זו בעניין Caremark שהייתה נכונה וראויה כבר בשנת 1996 ראוי שתאומץ כאמת מידה ראויה ונכונה גם בישראל בשנת 2021".

46. העמימות המשפטית בנוגע לאמת המידה, לפיה יבחן בית המשפט את הפרת חובת הזהירות במקרים של מחדל בפיקוח, עשויה לתמרץ את הצדדים להגיע להסדרי פשרה בשל הקושי להעריך את הסיכונים והסיכויים בהליך ובמטרה לחסוך בהוצאות המשפט. לעניין הצורך המתגבר בעיצוב כלל האחריות, מופנה בית המשפט הנכבד לעמדה שהוגשה בידי היועץ המשפטי לממשלה דאז בעניין תנ"ג 17044-12-14 **אהרוני נ' מזרחי**.<sup>17</sup>

### **סעיף עוללות**

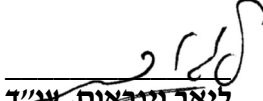
47. בסעיף 5 להסדר הפשרה מוגדר היקף מעשה בית הדין מכוחו של הסדר הפשרה, כך שזה כולל את כל העניינים משפטיים הקיימים והעתידיים, בין בישראל ובין מחוץ לישראל, הקשורים במישרין או בעקיפין לפרשת המס ולעילות התביעה, הן בשם קבוצת הבנק, הן נגד קבוצת הבנק והן נגד נושאי המשרה והעובדים. כמו כן קיים בו ויתור על כל זכות, טענה, תביעה או דרישה כלפי המבטחים, בכל

<sup>17</sup> גם הספרות עמדה על החשיבות שבפיתוח הדין בידי בית המשפט במסגרת אישור הסדרי פשרה בתביעות נגזרות, ר' **התביעה הנגזרת בישראל: סיכום ביניים ומבט לעתיד**, בעמוד 24.

הקשור לפרשת המס ו/או לעילות התביעה באופן ישיר או עקיף. נראה כי מעשה בית הדין מנוסח בצורה רחבה יתר על המידה, כך שהוא מתייחס גם למי שאינו צד לתביעה וכן גם ביחס לעילות שאינן העילות הנגזרות שבתביעה. על בית המשפט הנכבד לשקול אפוא, את היקף מעשה בית הדין במסגרת הכרעתו בבקשה.

### סיכום

מהמקובץ עולה, כי אף שהיועצת המשפטית לממשלה אינה רואה מקום להתנגד להסדר הפשרה, ישנם מספר היבטים שלעמדתה יש לתת עליהם את הדעת בטרם אישורו. זאת, במספר רבדים – ראשית, ביחס לתשתית המונחת לפני בית המשפט לצורך אישור ההסדר, יש מקום לדרוש את קבלת דוח הוועדה המלא כמו גם פירוט נוסף ביחס לכימות הנזק והצדקה לסכום הפשרה; שנית, יש מקום לבחון, בראי תכליות התביעה הנגזרת, את מסקנת הוועדה לפיה המבטחים ישלמו את מלוא סכום הפשרה; שלישית, אופן תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי באישור הסדר פשרה בתביעה נגזרת והצורך לשקול שיקולים רחבים מאלה ששוקל הדירקטוריון; רביעית, החשיבות של עיצוב כלל האחריות במקרים של מחדל בפיקוח; וחמישית, היקף מעשה בית הדין.

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