

בעניין:

1. בטר פלייס ישראל (ח"ת) 2009 בע"מ, ח"פ 6-434313-51 (בפירוק)
  2. בטר פלייס לאבס ישראל בע"מ, ח"פ 1-403696-51 (בפירוק)
  3. בטר פלייס שירותים גלובליים בע"מ, ח"פ 7-569241-51 (בפירוק)
  4. בטר פלייס מוטורוס בע"מ, ח"פ 4-421745-51 (בפירוק)
  5. Better Place Inc., company number 4453107 (בפירוק)
  6. Better Place Gmbh, company number CH-170.4.008.320-2 (בפירוק)
- ע"י מפרקי החברות – עו"ד שאול קוטלר ועו"ד (רו"ח) סיגל רוזנרכב  
וע"י ב"כ עו"ד ד"ר קובי קפלנסקי  
מרח' בית הלל 8, תל-אביב, 6701708  
טל: 03-5628292 ; פקס: 03-5628303  
דוא"ל: kaplansky-law.co.il(a mail)

המערערות

- נ ג ד -

1. שי אגסי ת"ז [REDACTED]  
ע"י ב"כ עו"ד אופיר צברי או דיבון פרקש  
מרח' מנחם בגין 52, תל-אביב, 6713701  
טל: 03-6557070 ; פקס: 03-6557080
2. Evan Thornley - ע"פ ייפוי כוח מוגבל
3. דן כהן, ת"ז [REDACTED]
5. אלן הורד גלמן, ת"ז [REDACTED]
12. Andrey Zarur – ע"פ ייפוי כוח מוגבל
13. Alastair Short, Adv
15. ג'ני כהן דרפער, ת"ז [REDACTED]  
ע"י ב"כ עו"ד ממושרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין  
מרח' יגאל אלון 98, תל-אביב, 6789141  
טל: 03-6078607 ; פקס: 03-6078666  
המשיבים 12, 2 ו-13 ע"פ ייפוי כוח מוגבל
4. משה קפלינסקי, ת"ז [REDACTED]
6. ד"ר בריק הרשקוביץ, ת"ז [REDACTED]
14. עו"ד מני נאמן, ת"ז [REDACTED]
16. תמיר פוליקר, ת"ז [REDACTED]
17. איתן הון, ת"ז [REDACTED]

**18. אברהם יעקבי, ת"ז**

ע"י ב"כ עו"ד ממשד ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות', עורכי דין

מרח' ברקוביץ 4, מגדל המוזיאון, תל אביב, 6423806

טל': 03-7770111, פקס': 03-07770101

דוא"ל: ebnlaw@ebnlaw.co.il

**7. עידן עופר, ת"ז****8. אמיר אלשטיין, ת"ז****9. ערן שריג, ת"ז**

ע"י ב"כ עוה"ד פנחס רובין או ירון אלכאוי ואח'

ממשד גורניצקי ושות', עורכי דין

משד' רוטשילד 45, תל-אביב, 6578403

טל': 03-7109191, פקס': 03-5606555

וע"י ב"כ עו"ד זאב שרף

ממשד זאב שרף ושות', עורכי דין

משד' רוטשילד 74, תל-אביב, 6578517

טל': 03-7914777, פקס': 03-7914778

**10. Kevin Adeson – ע"פ ייפוי כוח מוגבל**

ע"י ב"כ עו"ד יוסי אשכנזי

ממשד הרצוג פוקס נאמן ושות', עורכי דין

מרח' ויצמן 4, בית אסיה, תל-אביב, 6423904

טל': 03-6922020, פקס': 03-6966464

**11. Alan Zaltzman – ע"פ ייפוי כוח מוגבל**

ע"י ב"כ עוה"ד שרון לובצקי הס או שחר הרון

ממשד עמית פולק מטלון ושות', עורכי דין

מרח' ראול ולנברג 18, בית APM, בניין D

רמת החייל, תל-אביב, 6971915

טל': 03-5689000, פקס': 03-5689001

**19. Chartis Europe Limited****20. Starr Underwriting Agents Limited**

ע"י ב"כ עו"ד סיגל שלימוף-דרכטמן

ממשד גרוס אורעד שלימוף ושות', עורכי דין

מדרך מנחם בגין 7, רמת גן, 5268102

טל': 03-6122233, פקס': 03-6123322

**21. KPMG LLP 1866599**

ע"י ב"כ עוה"ד אלון פומרנץ, עומד מאירי, ארו נעים ואח'

ממשרד ליפא מאיר ושות', עורכי דין

מרח' ויצמן 2, תל-אביב, 6423902

טל': 03-6070600 ; פקס': 03-6965739

דוא"ל: [erezn@lipameir.co.il](mailto:erezn@lipameir.co.il)

**22. סומך חייקין, שותפה כללית**

ע"י ב"כ עוה"ד רם כספי או יורם בר או עמית לייזרוב או ירון קוכמן ואח'

ממשרד כספי ושות', עורכי דין

מרח' יעבץ 33, תל-אביב, 6525832

טל': 03-7961000 ; פקס': 03-7961001

**המשיבים****היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית

מרח' קריית מדע 5, בנין 133 קומה 5, הר חוצבים, ירושלים, 9777605

טל': 073-3929611 ; פקס': 02-6468027

**מתייצב להליך****עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

בהתאם להודעתו בדבר התייצבותו להליך דגן מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש), מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה מטעמו. העתק הודעה בדבר התייצבות היועץ המשפטי לממשלה להליך מצורף ומסומן כ**נספח א'**. כל ההדגשות בעמדה זו הוספו. בפתח דבריו, יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי אך לאחרונה נודע לו על אודות ההליך שבכותרת, אשר לא היה צד לו, ועל כן מוגשת עמדתו עתה.

**א. אקדמת מילין**

1. עניין לנו בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבי' השופט עופר גרוסקופף) מיום 12.9.2018, שניתן במסגרת ת"א 47302-05-16 בטור פלייס ישראל בע"מ (בפירוק) נ' אגסי (להלן: "הערעור" ו"פסק הדין" בהתאמה).

2. היות שעיקרי העובדות על אודות המערערות, 6 חברות פרטיות, שחלקן ישראליות וחלקן זרות (להלן גם: "**קבוצת בטר פלייס**"), והמיזם אותו ביקשו להוביל, הובאו בהרחבה הן בפסק הדין הן בכתבי בי-הדין דנן, הרי שיתואר בתמצית שבתמצית ובהתאם לפסק הדין, כי עסקינן בתובענה שהוגשה על ידי מפרקי המערערות, במסגרתה טענו המערערות, כי דירקטורים ונושאי משרה שכיהנו במערערות התרשלו בתפקידם, הפרו את חובת הזהירות והיו אחראים למצגי שווא כלפי צדדים שלישיים.
3. בפסק הדין קבע בית המשפט הנכבד קמא, **בין היתר**, וביחס לנטען כלפי נושאי המשרה והדירקטורים (המשיבים, למעט משיבים 19-22 – להלן: "**המשיבים**"), כי להגנת המשיבים ניצבת ההגנה הפרוצדוראלית הידועה בשם **כלל שיקול הדעת העסקי**. כמו כן נקבע, כי המפרקים, התובעים בשם המערערות, לא הציגו במסגרת התובענה כל טענה שיש בה כדי לסתור הגנה זו ולפיכך, ממילא, אין בטענות המערערות כדי לחייב את המשיבים, אף אם תתקבלנה כל טענותיהן העובדתיות.
4. בית המשפט הנכבד קמא מצא, כאמור, כי "**עיקר עילות התביעה חוסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי**" (פסק הדין, סעיף 157) תוך שקבע, כי ביחס לאף אחת מעילות התובענה לא הוכח ש"**הרשלנות הנטענת של מי מהנתבעים מקורה בחוסר תום לב או בניגוד עניינים**" (פסק הדין, סעיף 95) העשויים לשלול את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי. משכך, התמקד הדיון בפסק הדין בניתוח ובבחינת התקיימותו של התנאי השלישי לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי – היות "**ההחלטה מיוחדת**".
5. לאחר ניתוח הטענות שבעילות התביעה, הגיע בית המשפט הנכבד קמא למסקנה, כי תנאי "**ההחלטה המיוחדת**" התקיים ביחס להחלטות שהתקבלו בקבוצת בטר פלייס באופן המצדיק את החלת כלל שיקול הדעת העסקי, וכי הטענות הנשמעות כעת נגד ההחלטות שהתקבלו הן בגדר "**חוכמה שבדיעבד**". לפיכך, ובסיכומו של דבר, סולקה תובענת המערערות על הסף.
6. המערערות לא השלימו עם פסק הדין והגישו ערעור לבית המשפט הנכבד. יצוין, כי ערעורן אוחד עם ע"א 3860/19 **רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (בפירוק) נ' זיו האפט, רואי חשבון** (להלן: "**רוביקון ביזנס גרופ**"), שעניינו, למיטב ידיעת היועץ המשפטי לממשלה, הוא בשאלת הטלת חובת זהירות על רואי חשבון בחברה. למען הסדר הטוב ידגיש היועץ המשפטי לממשלה, כי עמדתו דכאן אינה עוסקת כלל בהליך בעניין **רוביקון ביזנס גרופ**.
7. בערעור המערערות, כמו גם בסיכומי טענותיהן, נטענו טענות שחלקן נטוע בנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך דנן. אולם, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להביע את עמדתו אך **ביחס לטענה הניצבת בליבת הערעור, ושעניינה בהתנגדות להחלת כלל שיקול הדעת העסקי "באזור חדלות הפירעון"**. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, טענה זו,

היוצאת נגד תחולת כלל שיקול הדעת העסקי באזור חדלות הפירעון, ושאלות משנה הכרוכות בה, **הן בעלות השלכות רוחב החורגות מנסיבותיו של ההליך דנן.**

8. היועץ המשפטי לממשלה יסביר: המערערות טוענות, בתמצית ובלי למצות כמובן את טענותיהן, כי הן פעלו באזור חדלות הפירעון, וחלקן אף היו מצויות בחדלות הפירעון. לטענתן, בפעולה באזור חדלות הפירעון מצויים הדירקטורים בניגוד עניינים מובנה בין חובותיהם כלפי בעלי המניות לבין טובת החברה ונושיה, באופן השולל את הגנת כלל שיקול הדעת העסקי אותו החיל בית המשפט הנכבד קמא. לשון אחרת ועיקר, טענתן המרכזית של המערערות היא, כי לא ניתן להחיל את כלל שיקול הדעת העסקי על החלטות דירקטורים ונושאי משרה שהתקבלו עת מצויה חברה באזור חדלות הפירעון.

9. בבסיס טענת המערערות מונחת למעשה השאלה – מהו סטנדרט הביקורת השיפוטי שיש להחיל ביחס לבחינת פעולותיהם של נושאי משרה בחברה המצויה באזור חדלות הפירעון?

10. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כלל שיקול הדעת העסקי חל אף באזור חדלות הפירעון ועל כן יש לדחות את טענת המערערות בנקודה זו.

11. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בתקופה שטרם הגעת החברה לחדלות פירעון, כלל שיקול הדעת העסקי חל באופן מובהק ומעניק הגנה, בהתקיים תנאיו ובנסיבות המתאימות, להחלטות שקיבלו נושאי המשרה והדירקטורים. עמדה זו מבוססת, בין היתר, על תכליותיו של כלל שיקול הדעת העסקי ועל כך שניגוד העניינים המובנה לו טוענות המערערות אינו קיים לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. פועל יוצא מכך הוא שסטנדרט הביקורת השיפוטי שיש להחיל על נושאי משרה באזור חדלות הפירעון הוא של כלל שיקול הדעת העסקי, חלף החלת סטנדרט ביקורת שיפוטי מחמיר יותר.

12. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס בעמדתו שלהלן לשאלה העקרונית ביחס לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי באזור חדלות הפירעון, כמו גם לסוגיות משנה הכרוכות בכך. בשולי דבריו, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה, בקצרה, לשאלת התאמת כלל שיקול הדעת העסקי לשמש כעילה לסילוק תביעה על הסף, וכן לחובות נושאי משרה באשכול חברות. מכל מקום, ידגיש היועץ המשפטי לממשלה, כי ממילא עמדתו שלהלן אינה נוגעת בנסיבות הפרטניות של ההליך דנן, כמו גם בשאלות אחרות המתעוררות במסגרתו וכאלו שעשויות לעלות ממנו.

## **ב. על אודות כלל שיקול הדעת העסקי בקצירת האומר**

### **כלל שיקול הדעת העסקי – תחילת דרכו והתפתחותו**

13. היועץ המשפטי לממשלה לא יכביר במילים על הורתו וצור מחצבתו של כלל שיקול הדעת העסקי ואך יחזור בקצרה, ובאופן לא ממצה, על מושכלות יסוד ביחס לכלל שיקול הדעת העסקי כדלקמן.

14. תחילת דרכו והתפתחותו של הכלל הידוע כיום ככלל שיקול הדעת העסקי, היא בפסיקתם של בתי המשפט בארצות הברית. בעבר הרחוק, כלל זה בא לידי ביטוי באי רצונם של בתי המשפט בארצות הברית להתערב בהחלטות עסקיות שקיבלו דירקטורים ונושאי משרה בתאגיד.

15. עיקרו ומשמעותו של כלל שיקול הדעת העסקי הם בכך שפעולה או החלטה של דירקטור אשר נעשות בהעדר ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מידע, אינן חשופות לבחינה בדיעבד של תוכנן על ידי בית המשפט. במקום זאת, הביקורת השיפוטית מופעלת על אופן קבלת ההחלטה בלבד.

16. יסודו של הכלל בארצות הברית משקף את הסביבה בה נוצר – סביבה משפטית רוויית תביעות בה חברי הדירקטוריון עמדו מול סיכון ממשי של חבות אישית בשל פיקוח או ניהול לקויים על ענייני החברה. זאת, לצד מערך תמריצים נאה שיש לתובע במשפט האמריקני. ואולם, "המשפט האמריקאי מגוון באופן ניכר על דירקטורים מפני חבות במילוי תפקידי הפיקוח שלהם על ההנהלה ובהתוויית המדיניות העסקית של החברה" (שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 320 (התשס"ט) (להלן: "חנס")). מניתוח הנתונים המובא במאמרו של חנס עולה, כי שיעור המקרים בהם דירקטורים שאינם נמנים עם מנהלי החברות בפועל נאלצים לשלם מכיסם סכום כלשהו, כתוצאה מתביעה שהוגשה נגדם (ומוגשות תביעות רבות כאלו בשנה), הוא קטן מאוד. על מעמדו הרם של כלל שיקול הדעת העסקי בארצות הברית כתב חנס בהאי ליסנה:

"מבין שלל הסיבות המבניות והמשפטיות התורמות לזהירות המופלגת בהטלת חבות אישית על דירקטורים נזכר כלל שיקול הדעת העסקי בראש הרשימה. העיקרון העומד בבסיס כלל זה, הנוהג ברוב מדינות ארצות הברית, הוא שבית המשפט לא יבחן את שיקול דעתם העסקי של הדירקטורים לגופו ודירקטורים לא יישאו באחריות לתוצאות הפעלת שיקול דעתם העסקי, אף אם היה מוטעה בעליל, אלא בכפוף לחריגים" (חנס, עמודים 320-321).

### כלל שיקול הדעת העסקי בישראל – יסודו ותכליותיו

17. חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות") מטיל בסעיפים 252-253 חובת זהירות על נושאי משרה כלפי החברה, מכוחה נדרשים הם לפעול ברמת מיומנות נאותה, ובתוך כך גם לנקוט באמצעי זהירות סבירים לצורך קבלת החלטות עסקיות בחברה. החוק קובע כדלהלן:

**"252(א) נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36**

**לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]".**

**"253. נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב 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".**

18. בפסק הדין בע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה (פורסם בנבו, 11.5.2003) הבהיר והדגיש כב' הנשיא אהרן ברק, כי "קיומה של חובת זהירות בין דירקטור לחברה מטיל על הדירקטור את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק לחברה. חובתו של הדירקטור אינה מוחלטת. אין הוא מבטח של החברה. החובה המוטלת עליו היא לנקוט באמצעי זהירות סבירים".

19. חובת הזהירות שהוטלה על נושאי משרה ויישומה בפועל נושאים מאפיינים ייחודיים בנוף הנזיקי. בהתאמה, בעוד שבמהלך עניינים רגיל, מצווה אדם להימנע מליטול סיכונים על מנת שלא יגרום חלילה נזק, הרי שמנושא משרה בחברה מצופה כי ייטול סיכונים כחלק ממילוי תפקידו בחברה, כל עוד הוא פועל לטובת החברה. זאת, משום ש"מטרתה העיקרית של חברה היא ניהול עסקים, וכידוע, נטילת סיכונים היא כורח בל יגונה בניהול עסקים. משמעה של חובת הזהירות המוטלת על נושא משרה בתאגיד היא כי על נושא המשרה לקבל בעבור החברה החלטות שיש בהן משום נטילת סיכון מושכלת, דהיינו, החלטות אשר, בשים לב למידע הקיים במועד קבלת ההחלטה, התועלת שעשויה לצמוח מהן לחברה הולמת את רמת הסיכון הכרוכה בהן. ודוק, לא רק שלנושא משרה מותר לקבל החלטות שיש בהן נטילת סיכון מושכלת, אלא שחובתו כלפי החברה היא ליטול החלטות מסוג זה. אם ימנע מכך, הרי שהחברה לא תקבל החלטות עסקיות רצויות, לא תשקיע את הכספים שהופקדו בידיה בצורה יעילה, ותחטא לתכלית לשמה הוקמה" (ראו תנ"ג (מחוזי מרכז) 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2015) (להלן: "עניין אוסטרובסקי")).

20. נוסף על כך, יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי הפסיקה הכירה בכך שהרחבה לא זהירה של חובת הזהירות והגברת האחריות המוטלת על דירקטורים ונושאי משרה עלולה **להרתיע**, מטבע הדברים, נושאי משרה מליטול סיכונים באופן שתיווצר הרתעת יתר (ראו ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ**, פסקה 68 לפסק דינו של כב' השופט י' עמית (פורסם בנבו, 28.12.2016) (להלן: "**עניין ורדניקוב**")), ואף **להרתיע מועמדים ראויים מלכהן כנושאי משרה**. תוצאה כזו עלולה לפגוע בסופו של דבר בחברה, ובבעלי מניותיה באופן ספציפי, וכן לפגוע בחברות נוספות המבקשות לפרוץ דרך בתחומן, בין היתר באופן שהן יתקשו לאתר נושאי משרה ראויים.

21. אופייה הייחודי של חובת הזהירות המוטלת על נושאי משרה בחברה והסיכון הטמון, בין היתר ולמשל, בהרתעת היתר שחובת הזהירות עלולה לגרום, משליכים, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שנקבע לא פעם, על **טיב הביקורת השיפוטית** בנוגע להחלטות המתקבלות על ידי דירקטורים ונושאי משרה (עניין **אוסטרובסקי**, סעיף 35). כך, ככלל, **נושא משרה שקיבל החלטה שלא מתוך ניגוד עניינים, בתום לב ובצורה מיועצת, ייחנה ממעין חסינות מפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן ההחלטה העסקית שקיבל – "זוהי מהותו המזוקקת של כלל שיקול הדעת העסקי"** (שם, סעיף 69). **הנטל לסתירת הגנה זו מוטל על התובע, וככל שלא יעלה בידו לעשות כן "יוסיפו נושאי המשרה ליהנות מהחזקה כי ההחלטה שקיבלו הייתה סבירה, והתביעה נגדם 'תיחסם'"** (עניין **ורדניקוב**, סעיף 75).

22. ודוק: התכליות העומדות בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי, כפי שהוכרו הן בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית הן בפסיקת בתי המשפט בישראל, **נעוצות באופיין המיוחד של ההחלטות העסקיות, אשר דורשות מטבען, ואף מחייבות לעיתים, נטילת סיכונים, לצד החשש מיצירת אפקט מצנן (הרתעת יתר) בקרב נושאי המשרה**. נטילת סיכונים אלה, שהיא רצויה ואף הכרחית מבחינה תאגידית, או הרצון להימנע מהרתעת יתר של מועמדים ראויים מלכהן כדירקטורים וליטול החלטות חדשניות, נחושות, נועזות ואף יצירתיות (במקרים המתאימים כמובן), **מהווה טעם מרכזי המצדיק את החלתו של כלל שיקול הדעת העסקי (רות רונן ושיר אשכול "כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבל החלטה 'מיועצת'" משפטים מז' 583, 594 (2018) (להלן: "רונן ואשכול"))**.

23. שיקול נוסף העומד בבסיס גיבושו והמצדיק אימוצו של כלל שיקול הדעת העסקי, הוא הצורך להישמר מפני "החוכמה שבדיעבד", "העלולה לגרום לבתי המשפט להעריך באופן מופרז את ההסתברות להתממשותו של סיכון עסקי, כפי שניתן היה לאומדה במועד נטילת הסיכון, כאשר בוחנים את הדברים בנקודת זמן מאוחרת, שבה כבר ידוע כי הסיכון התממש" (פסק הדין, סעיף 66).

24. כמו כן, מקובל למנות מספר שיקולים נוספים, דוגמת מגבלות מוסדיות של בית המשפט לבחינת ההחלטות העסקיות שקיבלו הדירקטורים, מנגנוני הפיקוח של השוק, המייצרים תמריצים מספקים לדירקטורים לפעול לטובת החברה,



ועוד (להרחבה ראו **רונן ואשכול**). יתרה מכך, אף תכליות של מניעת הליכים משפטיים יקרים, לא יעילים והגנה על נושאי משרה מפני התדיינויות יקרות תוך בזבז רב של משאבים, מצדיקות יישומו של הכלל.

### כלל שיקול הדעת העסקי בישראל – אימוצו ועיגונו

25. כבר בפסיקות מוקדמות של בית המשפט הנכבד ניתן להבחין בניצנים של הכרה ב"גידור" חבותם של נושאי משרה, קרי, ביטוי לדוקטרינה של שיקול דעת עסקי, אף בלי לכנותה בשם זה. כך, בשורת פסקי דין הוחלה חזקת תקינות על החלטות שהתקבלו בתום לב ובהליך סביר, ובכך נקבעה בהם למעשה חסינות לנושאי משרה אשר קיבלו החלטות עסקיות באופן האמור לעיל (להרחבה בעניין זה ראו: ע"א 333/59 **רוטלוי נ' ברשאי**, פ"ד יד 1156 (1960); ע"א 132/81 **ג'י.בי. טורס בע"מ נ' חאייק**, פ"ד לח(2) 425, 440 (1984); וע"א 131/88 **רוגובסקי נ' סביר**, פ"ד מד(2) 622, 622 (1990)).

26. בע"א 1694/92 **חברת אול שירותים נ' מושיץ**, פ"ד מט(2) 397, (1995) (להלן: "**עניין אול שירותים**") אוזכר כלל שיקול הדעת העסקי כפי שבא לידי ביטוי בארצות הברית, תוך שהובהר כי זהו המצב המשפטי גם בדיני הנזיקין הישראליים:

**"לא כל טעות בשיקול דעת עסקי מהווה הפרתה של חובת הזהירות. בארצות-הברית קיימת הוראה מיוחדת בדיני החברות שעניינה 'The Business Judgment Rule' ... שלפיה טעות בשיקול דעת עסקי, כשלעצמה, אינה מהווה הפרת חובת-הזהירות. גם אצלנו אין דיני הנזיקין- מבחינת היקפם הפנימי - משתרעים על כל טעות בהפעלת שיקול דעת מקצועי, כשפעילות מסחרית מחייבת מטבעה -נטילת סיכונים" (עניין אול שירותים, עמוד 412).**

27. ההלכה שניתנה בעניין **אול שירותים** עומדת בבסיס מרבית פסיקות בתי המשפט המחוזיים אשר יישמו לאורך השנים את כלל שיקול הדעת העסקי. לעניין זה, יפים דברי המלומד עמיר ליכט במאמרו "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" **משפט ועסקים** יט 475 (2016), הנוגעים לתחולת כלל שיקול הדעת העסקי בשיטת המשפט הישראלית:

**"לפחות חלק מפסקי הדין המאוחרים של בית המשפט הכלכלי משקפים סברה כי לנוכח ההתפתחות בפסיקה, ובעיקר לנוכח הלכת אול שירותים, כלל שיקול הדעת העסקי כבר נקלט אצלנו למעשה. עמדה נוספת, שיש לה תימוכין בפסיקה הנזכרת לעיל וכן בפסקי דין נוספים, עושה צעד נוסף ומחילה את כלל שיקול הדעת העסקי בשמו המפורש בין באופן ישיר, בין מניה וביה, ובין בדרך של היקש. מגמה**

זו הולכת וקונה לה שביתה. כאמור, אין בכך כשלעצמו משום שינוי בדין שלנו, אלא לכל היותר קריאה לוורד בשם אחר, תוך שהוא מדיף אותו ריח מתוק".

28. בשנת 2016 נפל דבר בישראל ולראשונה, המגמה המתוארת לעיל עוגנה בפסיקת בית המשפט הנכבד, אשר אימץ את כלל שיקול הדעת העסקי לדיני החברות הישראלים באופן מפורש ומחייב. בתחילה, עם פרסומו של פסק הדין בעניין ורדניקוב, ולאחר מכן, בשנת 2018, עם פרסומו של פסק הדין בע"א 4857/16 מנשה נ' יוז'ן אייר בע"מ (פורסם בנבו, 24.4.2018).

29. כך, בעניין ורדניקוב, הוכרעה שאלת מעמדו של כלל שיקול הדעת העסקי במשפט הישראלי ונקבע, כי עקרונותיו של כלל שיקול הדעת העסקי "חלחלו אל המשפט הישראלי והם מהווים כיום חלק בלתי נפרד מדיני החברות בישראל" (עניין ורדניקוב, סעיף 74).

30. היועץ המשפטי לממשלה ידגיש, כי כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא: "כלל שיקול הדעת העסקי אינו משנה את נורמת ההתנהגות אשר הייתה ונותרה החובה לנהוג בזהירות ראויה בניהול ענייניה של החברה (דהיינו, שלא להתרשל). כלל שיקול הדעת העסקי קובע סטנדרט ביקורת שיפוטית ייחודי להתנהלות נושאי משרה, לפיו יסתפק בית המשפט בעמידתם במבחן פרוצדוראלי, המוודא כי נושא המשרה קיבל החלטה מיועצת בתום לב וללא ניגוד עניינים... במילים אחרות, כלל שיקול הדעת העסקי אינו פוטר את נושאי המשרה מהחובה לפעול בזהירות ראויה בניהול בענייני החברה, אלא רק ממיר את הביקורת השיפוטית על עמידתם בסטנדרט הנדרש מביקורת מהותית ("האם ההחלטה העסקית הייתה רשלנית?") לביקורת פרוצדוראלית ("האם ההחלטה העסקית התקבלה באופן ראוי?") (פסק הדין, סעיף 62).

31. כאמור, שלושת רכיביו של כלל שיקול הדעת העסקי, כפי שגם אומצו והוכרו באופן מפורש ומחייב בפסיקת בית המשפט הנכבד – הם היעדר הפרה של חובת הזהירות יחד עם העדר הפרה של חובת האמונים – אשר מחילה על נושאי משרה חובת תום לב ואיסור ניגוד עניינים (סעיף 254 לחוק החברות). כאשר כלל זה מיושם הוא מקנה "חסינות" להחלטה של דירקטורים שהתקבלה תוך קיום שלושת התנאים: החלטה מיועצת (על בסיס מידע רלבנטי מלא), ללא ניגוד עניינים ובתום לב. בהתאם לכלל שיקול הדעת העסקי בית המשפט לא יתערב בשיקול הדעת של הדירקטורים, גם אם בדיעבד התברר כי ההחלטה הייתה שגויה. בכך מגשים כלל שיקול הדעת העסקי את הרציונל האמור לאפשר החלטות עסקיות שיש בהן נטילה של סיכון. פועלו של יישום הכלל מוסבר בידי כבי' השופט עמית בעניין ורדניקוב:

"כלל שיקול הדעת העסקי הוא במהותו כלל היוצר לטובת הנתבע חזקה הניתנת לסתירה, ועל התובע הנטל הראשוני לסתור את 'חזקת התקינות' המוקנית לנושאי המשרה מכוח כלל זה. דהיינו, עליו להראות כי ההחלטה התקבלה בחוסר תום לב סובייקטיבי (דהיינו מתוך רצון לפגוע בחברה או מתוך חוסר אכפתיות של מקבל ההחלטה בנוגע לחובתו לדאוג לטובת החברה); מתוך ניגוד עניינים (דהיינו כאשר מקבל ההחלטה הוא בעל אינטרס אישי מנוגד בהקשר הרלוונטי ולכן מתעורר החשש שמא הוא הפר חובת אמון); או שההחלטה שהתקבלה הייתה בלתי 'מיועדת' (דהיינו מבלי שנבחנו הנסיבות והעובדות המרכזיות הנוגעות לעניין) (חנס – כלל שיקול הדעת העסקי, עמ' 324). ככל שלא יעלה בידי התובע לעשות כן, יוסיפו נושאי המשרה ליהנות מהחזקה כי ההחלטה שקיבלו היתה סבירה, והתביעה נגדם 'תיחסס' (עניין ורדניקוב, סעיף 75).

32. סיכומו של דבר, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כלל שיקול הדעת העסקי, על תכליותיו וחשיבותו אומץ, הוכר ועוגן במשפט הישראלי והוא מחייב.

### ג. כלל שיקול הדעת העסקי חל באזור חדלות הפירעון

33. לראשונה במסגרת הערעור, העלו המערערות טענה לפיה היה על בית המשפט הנכבד קמא ליתן בפסק הדין משקל לכך שהמערערת 5 – חברת האם – פעלה "בסביבת חדלות פירעון" הולכת ומעמיקה" ושהחברות הצאצאיות נמצאו בחדלות פירעון. לטענת המערערות, "שגה כב' בימ"ש קמא כשהניח כי סטנדרט הביקורת שיש להחיל הוא כלל שיקול הדעת העסקי, שכן סביבת חדלות פירעון מהווה 'כשל' המחייב סטנדרט ביקורת של 'בחינה מוגברת'" (עמוד 8 לסיכומי המערערות).

34. היועץ המשפטי לממשלה יביע עמדתו בשאלה המשפטית שעניינה בתחולת כלל שיקול הדעת העסקי עת מצוי התאגיד ב"אזור חדלות הפירעון" תוך שיתייחס לסוגיות משנה הנגזרות משאלה זו.

35. כלל שיקול הדעת העסקי מהווה סטנדרט ביקורת שיפוטי שהוא בגדר ברירת המחדל לבחינת החלטות שהתקבלו על ידי דירקטורים ונושאי משרה (עניין ורדינקוב סעיף 67 לפסק דינו של כב' השופט י' עמית). ככלל, ברירת המחדל משתנה והכלל לא יחול כאשר התובע מרים את הנטל המוטל עליו ומוכיח כי התקיים אחד החריגים לכלל – או כאשר שיקול דעתו של הדירקטוריון נחשב כמוכתם בניגוד עניינים ספציפי (מה שיביא להחלה של מבחן ההגינות המלאה) או בניגוד עניינים מובנה (מה שיביא להחלת סטנדרט הביניים).

36. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הימצאותה של החברה **בקרבה** לחדלות פירעון, או **באזור** חדלות הפירעון, כשלעצמה, **אינה** משנה את החובות החלות על נושאי המשרה ו**אינה** מעמידה, **באופן מובנה**, את נושאי המשרה במצב של ניגוד עניינים השולל את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי.

37. למען שלמות התמונה יצוין, כי עמדה זו, ביחס **להעדר ניגוד העניינים בסביבת חדלות הפירעון** (ולמעשה תחולת כלל שיקול הדעת העסקי), התקבלה בין היתר בפסיקת בתי המשפט של מדינת **דלאוור** בארצות הברית. **שם**, מראשית שנות ה-80, פותחה עילת תביעה המכירה בהטלת חבות על מנהלי חברה בכל בקשור לנסיבות אשר קדמו לקריסת החברה והפיכתה לחדלת פירעון, והידועה בשם עילת "**העמקת חדלות הפירעון**" ("**Deeping Insolvency**"). עילה זו, כשמה כן היא, עוסקת בהארכת חיי חברה בחדלות פירעון על חשבונם של הנושים, "**שעה שהמנהלים היו מודעים לחדלות הפירעון ועשו כן במזיד**" (ראו: איל גבע "חובת הזהירות כלפי נושים בסביבת חדלות פירעון" **ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסי גרוס** 197, 218 (א' ברק ואח' עורכים, 2015) (להלן: "**גבע**").

38. יש לציין שדיני חדלות הפירעון בישראל אינם דומים לדין האמריקני, אלא שואבים השראה מהמשפט האנגלי, ולכן, בהקשר זה "שאיבה" מהמשפט האמריקני צריכה להיעשות בזהירות ובהתאמות הנדרשות.

39. בתחילת שנות האלפיים החל בארצות הברית כרסום ברעיון של תביעה בגין עילת העמקת חדלות פירעון, זאת על אף גבולותיה הצרים ממילא, כאשר הדיון שינה פניו והתמקד בעיקר **בתוקפה של החובה כלפי נושים עת החברה פועלת באזור חדלות הפירעון**.

40. המניע "ההיסטורי" לדיון כולו הוא אמרת אגב של השופט אלן מבית המשפט העליון במדינת דלאוור, בעניין Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Commc'ns Corp., Civ. A. No. 12150, 1991 WL 277613. (Del. Ch., 1991) (להלן: "**עניין CL**"). בעניין CL עוגנה למעשה התפיסה לפיה חובותיהם של נושאי המשרה בדין האמריקני הן לקדם את השאת ערך החברה וערך השקעות בעלי המניות בה. בעניין CL מובהר (ביחס למדינת דלאוור), כי חובות אלו אינן משתנות **גם כאשר חברה נמצאת ב"אזור חדלות הפירעון"** (zone of insolvency). יש לציין, שבאותו מקרה פסע בית המשפט במדינת דלאוור צעד נוסף, והחיל תפיסה זו גם על חברה שנמצאת בחדלות פירעון. אולם, **באמרת אגב** קבע בית המשפט, כי ייתכן שבנסיבות של הימצאות באזור חדלות הפירעון, חובות המנהלים תוסטנה מבעלי המניות לכלל בעלי העניין – דוגמת אינטרסים של הנושים:

"In managing the business of a solvent corporation **in the vicinity of insolvency** circumstances may arise when the right (both the efficient and fair) course to follow for the corporation may **diverge from that the**

stockholders (or the creditors, or the employees, or any single group interested in the operation) would make if given the opportunity to act".

41. בשנת 2007 נדרש בית המשפט העליון במדינת דלאוור לסוגיה זו והוציא תחת ידיו שני פסקי דין משמעותיים, שקיבעו את ההלכה הנוהגת לעניין התנהלות נושאי משרה הן בסביבת חדלות הפירעון והן במצב של חדלות פירעון (שעמדת היועץ המשפטי לממשלה כלל אינה עוסקת בו).

42. פסק הדין בעניין **Trenwick America** משנת 2007 (*Trenwick America Litig. Trust v. Ernst & Young*) 2007 *aff'd*, *Trenwick America Litig. Trust v. Billett*, 931 A.2d 438 (Del. ; (L.L.P., 906 A.2d 168 (Del. Ch 2006) (2007) שלל את תחולתה של עילת תביעה בגין העמקת חדלות פירעון בדין של מדינת דלאוור, תוך שהודגשה בו חשיבות יישום כלל שיקול הדעת העסקי גם באשר לקבלת החלטות בידי דירקטוריון של חברה חדלת פירעון. קרי, העילה לא הוחלה בפסיקה זו, לא במציאות של חדלות פירעון וממילא לא במציאות של אזור חדלות הפירעון.

43. באותה השנה, ניתן גם פסק דין בעניין *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*, 930 A.2d 92 (Del. 2007) הפירעון", קרי הרגע בו חובות הדירקטוריון צריכות להיות מופנות כלפי נושי החברה, הוא נקודת חדלות הפירעון הכלכלית ולא סביבתה. לפיכך, מכל מקום, רק בחדלות פירעון קיימת חובה על נושאי המשרה לשיקול שיקולים לטובת הנושים, בעוד שבאזור חדלות הפירעון חובות נושאי המשרה מופנות כלפי החברה וממילא אין ניגוד עניינים כנטען.

44. בית המשפט העליון של מדינת דלאוור, שמט את הקרקע תחת דוקטרינה המשנה את מערך החובות של נושא המשרה בעת שהחברה מצויה ב'אזור חדלות הפירעון'.

45. כך גם בפסיקה עדכנית יותר, הטענה לפיה החלטות המתקבלות בידי נושאי משרה בסביבת חדלות הפירעון נחשבות להחלטות הנגועות בניגוד עניינים, נדחתה מפורשות בבית המשפט במדינת דלאוור גם בשנים האחרונות (ראו: *Scott M. Himes and Quadrant Structured Prods. v. Vertin* 102 A.3d 155,177 (Del. Ch. 2014) וכן את *Brent Weisenberg, The Quagmire of the 'Dual Fiduciary'*, *New York Law Journal*, (24.3.2016)).

46. אף אם יונח שחברה נמצאת ב"אזור חדלות פירעון" הרי שתחולת כלל שיקול הדעת העסקי אינה נשללת, וזאת ממספר טעמים אותם יפרט היועץ המשפטי לממשלה להלן.

#### אין דין ייחודי שחל ב"אזור חדלות הפירעון"

47. חובת הזהירות של נושאי משרה קבועה בסעיף 252 לחוק החברות, ומפורטת לעניין חברה המצויה בחדלות פירעון בסעיף 288 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: "חוק חדלות פירעון"). בסעיפים אלה נקבע

מפורשות, כי חובת הזהירות של נושא המשרה היא כלפי החברה. בסעיף 252(א) לחוק החברות נקבע, כי: "נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]". בהתאמה, ולעניין חברה המצויה בחדלות פירעון, נקבע בסעיף 288(א) לחוק חדלות פירעון, כי: "ידע דירקטור או מנהל כללי או היה עליו לדעת כי התאגיד נמצא בחדלות פירעון ולא נקט אמצעים סבירים לצמצום היקפה, רשאי בית המשפט, לבקשת הנאמן או הממונה, לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים לגבי התאגיד, להורות כי הדירקטור או המנהל הכללי יישא באחריות כלפי התאגיד לנזקים שנגרמו לנושי התאגיד בשל מחדלו".

48. כדי לעודד את נושאי המשרה להשיא את ערכה של החברה, מקובל להקביל את טובת החברה לטובת מי שזכאי לערך השיורי בה. כאשר החברה סולבנטית, בעלי המניות זכאים לערך השיורי בה, וכאשר החברה נמצאת בחדלות פירעון, הערך השיורי שייך לנושים. לעניין זה יפים דבריה של המלומדת ציפורה כהן בספרה פירוק חברות כרך ב' 917-918 (מהדורה שניה, 2000):

"לאינטרסים של הנושים יש מעמד מיוחד כאשר החברה עוברת למצב של חוסר סולבנטיות – אפילו טרם התקבלה החלטה לפירוק החברה. במצב של חוסר סולבנטיות יש להקנות מעמד מיוחד לאינטרסים של הנושים, שכן בנסיבות אלה הנושים הם אלה הנושאים בסיכון לנוכח העובדה שבעלי המניות זכאים להיפרע רק אחריהם... מצבים כאלה של חדלות פירעון צריך אפוא שיעבירו את נקודת הכובד המרכזית – בשיקוליהם של נושאי המשרה בחברה – מבעלי המניות לנושים".

49. המערערות טענו, כי על נושאי משרה בחברה המצויה באזור חדלות הפירעון לשנות את נקודת המבט ולהטות את כובד המשקל לבחינת טובת הנושים. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, טענה זו חסרת בסיס, אינה משקפת את הדין הקיים ויוצרת קשיים במישור הדין הראוי, ועל כן יש לדחותה.

50. המשטר המשפטי החל על התאגיד משתנה בהתאם למצבו של התאגיד. בהיות התאגיד סולבנטי, לדיני החברות הבכורה. לפי דיני החברות, על התאגיד והאורגנים שלו לפעול להשאת רווחי החברה. לעומת זאת, על תאגיד שהוא חדל פירעון חלים דיני חדלות הפירעון, שתכליתם להשיא את שיעור החוב הנפרע לנושים, לחלק את נכסי החברה לנושים בהתאם לסדר הפירעון הקבוע בדין, ובמידת האפשר – להביא לשיקומו הכלכלי של התאגיד.

51. ודוק: דיני חדלות הפירעון חלים כאשר מתקיים מצב כלכלי של חדלות פירעון. חדלות פירעון היא מצב מוגדר: "חדלות פירעון היא מצב כלכלי שבו חייב אינו יכול לשלם את חובותיו במועד, בין אם מועד פירעונם הגיע ובין אם לאו, או שהתחייבויות החייב, לרבות התחייבויות עתידיות ומותנות שלו, עולות על שווי נכסיו" (סעיף 2, חוק חדלות פירעון).

52. היועץ המשפטי לממשלה יציין, כי לעיתים דיני חדלות הפירעון חולשים אף על אירועים שקרו טרם כניסת החברה להליכי חדלות פירעון, אך זאת, רק כאשר התרחשו במועד בו החברה הייתה חדלת פירעון **במובן הכלכלי**. כך לדוגמה, דיני חדלות הפירעון יכולים להביא לביטולן של עסקאות או הענקות שביצעה החברה טרם הפתיחה בהליכים (סעיפים 96 ו-98 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980, סעיפים 219-220 לחוק חדלות פירעון).

### **אין הגדרת זמן מובהקת לאזור חדלות הפירעון**

53. "אזור חדלות הפירעון" הוא כינוי בספרות המקצועית, המתאר את התקופה בה החברה נמצאת בקשיים כלכליים ומתקרבת למצב של חדלות פירעון, אך היא **טרם מצויה בחדלות פירעון במובנה הכלכלי**. במקרים רבים, חדלות פירעון היא סופה של תקופה ארוכה שבמהלכה מתדרדר התאגיד מבחינה כלכלית עד שהוא נהיה חדל פירעון. התקופה בה חברה נמצאת באזור חדלות הפירעון יכולה להיות ארוכה או קצרה, גלויה או נסתרת, מובנת או "סתומה", היא עשויה להתבטא באופן שונה בחברות מסוגים שונים והיא יכולה להתקיים בעוצמה שונה – החל מקושי כלכלי, זמני וחולף, ועד הימים הסמוכים לפתיחה בהליכי חדלות פירעון.

54. אשר על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש קושי להגדיר ולהצביע על **מועד מדויק** הקודם לחדלות הפירעון הכלכלית בו ניתן לקבוע כי החברה נמצאת בקשיים פיננסיים המצדיקים הסטת החובה מבעלי המניות לנושים. התייחסות שונה בדיון ל"אזור חדלות הפירעון" עלולה לגרום לחוסר ודאות משמעותי ומזיק לנוכח העמימות והאמורפיות של מונח זה.

55. אזור חדלות הפירעון מחדד את המתח שבין בעלי המניות לבין הנושים. בעלי המניות יעדיפו, במקרים רבים, לקחת סיכונים כדי לחלץ את התאגיד מהמשבר הכלכלי שאליו נקלע, וזאת גם אם הסיכויים להצלחתם נמוכים. לעומתם, עשויים הנושים להעדיף לצמצם סיכונים בתקופה זו כדי להקטין את הפסדיהם. עם זאת, קביעה כי באזור חדלות הפירעון נושאי המשרה נמצאים בניגוד עניינים בשל עניינם של הנושים, תקדים למעשה את הנקודה בה על החברה להתנהל לטובת הנושים ותיצור חובת זהירות יציר פסיקה של נושאי המשרה כלפי הנושים, וזאת, אף בשלב מוקדם, שלעיתים אינו מחייב זאת. הטלת חובת זהירות של נושאי המשרה כלפי הנושים כבר באזור חדלות הפירעון יכולה להביא לקשיים בלתי מבוטלים. קשיים אלה פורטו בדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון כבסיס לכך שלא נקבעה חובת אמון ישירה של הדירקטורים כלפי הנושים כל זמן שהתאגיד לא חצה את קו חדלות הפירעון ולהלן יובאו עיקריהם:

55.1 **ראשית**, הטלת חובה זאת בשלב זה עלולה לפגוע בסיכויי ההבראה של החברה, שכן היא תוביל להתנהלות מתגוננת של נושאי המשרה, שיימנעו מנטילת סיכונים ראויים שיכולים להביא להבראת החברה, ויקבלו החלטות מתגוננות, המונעות נזקים גרידא.



**55.2 שנית**, הטלת חובה על נושאי המשרה לדאוג לטובת הנושים היא חובה כללית ומעורפלת, שכן **הנושים אינם מקשה אחת** ויכולה להיות ביניהם שונות רבה בהקשר של סיבולת הסיכון, לאינטרסים הלבר נשייתיים וכדו' (טובתם של נושים מובטחים, מחזיקי אגרות חוב, עובדים, ספקים, נושים נזיקיים וכדומה עשויה להיות שונה משמעותית). שונות זו מקשה על קביעת סטנדרט פעולה אחיד לשמירה על האינטרסים של הנושים (ראו גבע, בעמודים 208-210).

**55.3 שלישית**, בחינת עמידתם של הדירקטורים במילוי החובה תיעשה רק לאחר שהסיכון התממש והחברה כבר תהיה חדלת פירעון. מכאן עולה חשש **להטיה לרעה של הבחינה**.

**55.4 רביעית**, ב"אזור חדלות הפירעון", להבדיל מחדלות פירעון של ממש, קיים עדיין אינטרס שיורי **לבעלי המניות**. לפיכך, הטלת חובת זהירות של נושאי משרה כלפי הנושים בלבד אינה מוצדקת, ואולם הטלת חובת זהירות הן כלפי בעלי המניות הן כלפי הנושים, עלולה להציב את נושא המשרה בפני קונפליקט כשחובות אלו תסתורנה זו את זו (להרחבה ראו עמוד 741 לדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון).

**56**. מסיבות אלו, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כפי שסבר המחוקק, כי ב"אזור חדלות הפירעון", כאשר האינטרס השיורי בחברה שייך לבעלי המניות בחברה, **אין לקבוע כי חובת הזהירות של נושאי המשרה מופנית כלפי הנושים כמייצגי טובת החברה**.

**57**. משעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, כי **באזור חדלות הפירעון חובת הזהירות של נושאי המשרה אינה מופנית כלפי הנושים כמייצגים את טובת החברה**, הרי שדירקטורים המכהנים בחברה שנמצאת באזור חדלות הפירעון אינם נמצאים בניגוד עניינים בין השאת טובת הנושים לבין השאת טובת בעלי המניות, וניגוד העניינים המובנה הנטען – **אינו מתקיים**. לאור זאת, גם הניסיון לטעון להיעדר תחולה של כלל שיקול הדעת העסקי באזור חדלות הפירעון, על בסיס ניגוד עניינים זה, אינו יכול לעמוד.

**58**. לצד זאת, **ברי שעל נושאי משרה ודירקטורים בחברה להכיר בצורה נאותה את מצבה הכלכלי, את ההיבטים העסקיים, המאזניים או התזרימיים הממקמים את החברה באותו "אזור חדלות פירעון"**, ועליהם לקחת בחשבון במסגרת השיקולים הנשקלים על ידיהם את כלל הנתונים הכלכליים הרלוונטיים. הנתון שחברה מצויה באזור חדלות הפירעון הוא נתון רלוונטי, ועל חברה ונושאי המשרה בה, בהתאם לנסיבות כל מקרה, לערוך שיקול דעת מותאם מבחינה פיננסית, לרבות האפשרות להיוועץ במקרים המתאימים. ואכן, לא בכדי, תנאי זה נכלל בדרישה כי ההחלטה שהדירקטורים יקבלו תהיה "מיועצת" לצורך הענקת ההגנה שבכלל שיקול הדעת העסקי. מכל מקום ועיקר – המבחן באמצעותו יבחנו ההחלטות שהתקבלו הוא מבחן תהליכי של בחינת שיקול הדעת העסקי.



59. בשולי הדברים יבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי שאלה חשובה נוספת היא שאלת תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי על קבלת החלטות לאחר שהחברה הגיעה למצב כלכלי של חדלות פירעון. אולם, מאחר ששאלה זו חורגת מההליך דנן, לא יידרש אליה היועץ המשפטי לממשלה במסגרת עמדה זו.

#### סעיף 288 לחוק חדלות פירעון אינו חל באזור חדלות הפירעון

60. לא נעלם מעיניו של היועץ המשפטי לממשלה, כי בפסק הדין ובכתבי הטענות קיימת התייחסות, הגם ששולית ותמציתית, לסעיף 288 לחוק חדלות פירעון. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 288 לחוק חדלות פירעון אינו חל בנסיבות המקרה דנן כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא (פסק הדין, סעיף 133), לנוכח כניסתו של חוק חדלות פירעון לתוקף ביום 15.9.2019.

61. יתרה מכך, מעיון בכתבי הטענות עולה, כי אף אין מחלוקת בין הצדדים בדבר אי תחולת סעיף 288 לחוק חדלות פירעון, ולא בכדי ההתייחסות לסעיף זה נעשתה הן בפסק הדין הן בכתבי הטענות, כאמור, בשולי הדברים.

62. לצד זאת, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה בקצירת האומר והרבה מעבר לנדרש, לסעיף 288 לחוק חדלות פירעון, כדלהלן.

63. תחולתו של סעיף 288 לחוק חדלות פירעון רלוונטית רק למציאות בה החברה מצויה בחדלות פירעון, הא ותו לא.

64. היועץ המשפטי לממשלה יבהיר, כי סעיף 288 לחוק חדלות פירעון מטיל על דירקטור ומנהל כללי שידעו או שהיה עליהם לדעת שהתאגיד נמצא בחדלות פירעון, חובה אקטיבית לנקוט אמצעים סבירים לצמצום היקפה.

65. בהתאם לסעיף 43 לחוק חדלות פירעון, עם פתיחת הליכי חדלות הפירעון, ניטלת השליטה בתאגיד מידי האורגנים ועוברת לנאמן, בעל תפקיד חיצוני, המשמש כזרועו הארוכה של בית המשפט.

66. מציאות זו משפיעה, מטבע הדברים, על מערך התמריצים של האורגנים להחליט להגיש בקשה לפתיחה בהליכי חדלות פירעון לגבי התאגיד. האורגנים של התאגיד מכירים היטב, וטוב מאחרים, את מצבו הכלכלי של התאגיד, והם הגורם הטוב ביותר לקבל את ההחלטה מתי יש להכניסו להליכי חדלות פירעון. ואולם, חשש מפני איבוד השליטה בתאגיד יוצר עבורם תמריץ להימנע מהליכי חדלות פירעון הגם שיתכן שזהו הדבר הנכון לעשות. תמריץ זה עלול להשהות את מועד כניסתו של התאגיד להליכי חדלות פירעון, ובכך לפגוע בסיכויי להשתקם (ראו לעניין זה עמוד 628 להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי; וכן ראו דוד האן דיני חדלות פירעון כרך ב' 314-315 (מהדורה שניה, 2018)).

67. סעיף 288 לחוק חדלות פירעון נועד לתת מענה לתמריץ שלילי זה וליישב בין האינטרס האישי של נושא המשרה המושך לכיוון "דחיית הקץ" לבין טובתו של התאגיד עצמו. הטלת חבות אישית על נושא המשרה, כלפי התאגיד, לנזקים שנגרמו לנושי התאגיד, נועדה לתמרץ את נושא המשרה לפעול באופן אקטיבי לצמצום חדלות הפירעון, בין היתר, תוך נקיטת הפעולות המנויות באותו סעיף כמקימות חזקה כי ננקטו אמצעים סבירים לצמצום היקפה של חדלות הפירעון.

68. אולם, אף שיש טעם עיוני בטענה כי בשל התגברות ניגודי העניינים בין הנושים לבין בעלי המניות ב"אזור חדלות הפירעון" יש להטיל חובת זהירות כלפי הנושים כבר בשלב זה, השיקולים הנוגדים רבים ומשמעותיים יותר, ובסופו של דבר נקבע בחוק, **במפורש**, כי תחולתו של הסעיף היא כאשר התאגיד **נמצא במצב כלכלי של חדלות פירעון**, כהגדרתה בסעיף 2 לחוק, ולא כאשר התאגיד נמצא באזור חדלות הפירעון, כפי שטענו המערערות. לעניין זה נאמר בעמוד 741 לדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי כך :

**"החוק המוצע מצמצם את התקופה שבמהלכה חלה חובה זו למועד שבו התאגיד נמצא בחדלות פירעון ולא לתקופה שבה קיים חשש או סבירות לחדלות פירעון של התאגיד.... אכן, צמצום החובה לתקופה זו בלבד אינו מטיל חובה, לפי סעיף זה, על דירקטור שלא פעל למניעת חדלות הפירעון של התאגיד. למרות זאת מוצע שלא להרחיב את חובתו של הדירקטור לתקופה הקודמת למועד שבו היה התאגיד לחדל פירעון. זאת כדי לצמצם את ניגודי האינטרסים שבפניהם יעמוד הדירקטור ולהקל עליו למלא את חובותיו".**

כמו כן, ראו דברי עורך הדין יוסף זינגר, נציג משרד המשפטים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת :

**"עכשיו, ניסינו להתחיל בצורה מצומצמת, לא דיברנו מראש על מצב שבו התאגיד קרוב לחדלות פירעון. אם היינו מנסחים את הסעיף הזה ממש בצורה נקייה, אני חושב שהיינו מדברים לא רק על התקופה שבה התאגיד בחדלות פירעון אלא גם כשהוא קרוב לחדלות פירעון. כדי לצמצם את זה, כדי לא להתחיל מיד בהתחלה בחובה שיכולה להיות רחבה מידי, אנחנו כן רוצים לצמצם, לדבר על תאגיד בחדלות פירעון. זה שהגדרה של חדלות פירעון לא תהיה חדה כל כך או לא כל כך ברורה כך שבדיעבד יהיה קשה להפעיל אותה, עדיין, מבחינת עולם התמריצים ועולם הכוונת הפעילות של הדירקטוריון אני חושב שזה מייצר ערך חיובי ודבר נכון"** (פרוטוקול ישיבה 444 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 2017.7.23).

69. כיוון שהשאלה האם התאגיד נמצא במצב של חדלות פירעון יכולה גם היא לעתים להיות שאלה מורכבת, גם גידור החובה לשלב זה, כפי שעשה החוק, אין בו כדי ליצור ודאות מוחלטת עבור נושאי המשרה, והפתרון שניתן בהקשר זה הוא אינו שלילת האחריות, אלא יצירת חזקות שנועדו להבהיר מהן הפעולות הנדרשות מנושא משרה לצמצום היקפה של חדלות הפירעון.

70. לסיום פרק זה יעיר היועץ המשפטי לממשלה כי, כאמור, אין מחלוקת שסעיף 288 לחוק חדלות פירעון אינו חל **בענייננו**. לצד האמור יודגש, כי מדובר בסוגיה מורכבת המעוררת עניין, משום שיש בה כדי להתוות דרכם של נושאי משרה בחברות ואת האופן בו הם נוטלים סיכונים. על כן, לא רצוי לעסוק בה בלי להקדיש לה את תשומת הלב המתאימה ובמקרה המתאים. עם זאת, מכיוון שהשאלה האם החובה מכוח סעיף 288 לחוק חדלות פירעון היא חובה חדשה אם לאו עלתה בשולי הדברים, מצא היועץ המשפטי לממשלה להבהיר את עמדתו לגבי מטרת סעיף 288 בקיצור נמרץ ובאופן שאינו ממצה, כדלקמן.

71. חובת הזהירות הכללית המוטלת על נושא משרה חלה כלפי החברה ללא קשר למצבה הכלכלי. ברם, **טובת החברה** עשויה להשתנות כאשר היא נכנסת למצב כלכלי של חדלות פירעון והזכאים לערך השיווי בה משתנים. במצב זה התכלית של **השאת רווחים מוחלפת בצמצום חדלות הפירעון** – סעיף 288 מדגיש את השינוי האמור.

72. לפיכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה **מטרת הסעיף היא ליצור קונקרטיזציה של היבט מסוים של חובת הזהירות** הקיימת לפי חוק החברות **ולהבהיר** כיצד היא חלה בהקשרי **חדלות פירעון**. עם זאת, החשש מהחמרה של החובה הקיימת בשל הבהרת החובה עמד לפני המחוקק כבר בעת חקיקת החוק, והוא שעמד, למשל, בבסיס קביעת "הגנת נמל מבטחים" שהוקנתה לדירקטור שנקט פעולות מתאימות בזמן שידע, או היה עליו לדעת, שהחברה מצויה בחדלות פירעון.

73. פרשנות זו נלמדת מלשון החוק הקובעת, כי חובת נושאי המשרה היא כלפי התאגיד, ונתמכת בכך שהחוק מסייג את האפשרות הניתנת בחוק החברות לפטור או לשפות את נושאי המשרה מאחריות בשל נזק שנגרם עקב הפרת חובת הזהירות כלפיה. ברי, כי סייג זה מתייתר אם לא רואים בסעיף זה יישום נקודתי של חובת הזהירות לפי חוק החברות.

74. הסבר זה ניתן גם בעת הדיונים בהצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת:

**"יוסף זינגר (נציג משרד המשפטים):**

הסעיף הזה יותר ממה שהוא חובה חדשה, הוא ספציפיקציה וחידוד של חובה שבגדול אפשר היה לגזור אותה באופן כללי.

גור בליי (היועץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט):

הוא אפילו נותן הגנות, זאת אומרת, אפשר לראות בזה אפילו תרומה במובן הזה.

יוסף זינגר (נציג משרד המשפטים):

במובן מסוים אפשר לראות בו גם סעיף שאולי נותן יותר הגנות.<sup>1</sup>

לעמדות השונות בעניין זה ראו: האן, 252-244, ואהוד קמר וקובי קסטיאל "סמכות ללא אחריות? תגובה להצעה לביטול חבות נושאי משרה לפי חוק חדלות פירעון" עיוני משפט מג 255, 256-257 (2020).

#### ד. כלל שיקול הדעת העסקי כעילת סף

75. מכתב הערעור עולה, כי אחת השאלות אותן מציבות המערערות היא האם כלל שיקול הדעת העסקי מתאים לשמש כעילה לסילוק על הסף בתביעה אזרחית?

76. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בתמצית ומבלי להתייחס ליישום הדברים בהליך דנן, כלל שיקול הדעת העסקי יכול וראוי לשמש בסיס לקביעה כי כתב תביעה אינו מראה עילת תביעה. זאת, באמצעות יישום תקנה 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ג – 1983 לפיה "אין הכתב מראה עילת תביעה", בהתבסס על תכליות כלל שיקול הדעת העסקי עצמו (לעניין זה, ראו במיוחד את הצידוק שבבסיס הכלל העוסק במניעת תביעות סרק, מניעת התדיינויות מיותרות ויקרות והצפה של תביעות – חנס, עמודים 335-337) ועל תכליות הענקת הסמכות לבית המשפט לסלק תביעה על הסף (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 375 (מהדורה 11, 2013); ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, סעיף 24 (2011) (להלן: "עניין מכבי שירותי בריאות").

77. היועץ המשפטי לממשלה ידגיש, כי למעשה, הרציונל העומד בבסיס כלל שיקול הדעת העסקי הוא גם הנימוק לכך שהכלל מתאים לשמש במקרים המתאימים כעילה לסילוק על הסף של תובענות שעניינן בתקיפת שיקול הדעת העסקי שהופעל על ידי הדירקטורים. לעניין זה יפים הדברים שכתבו רונן ואשכול: "מאחר שתביעות נגד דירקטורים עשויות להיות בהיקפים של מיליוני שקלים ואף יותר מכך, קיים תמריץ לתובעים פוטנציאליים להגיש תביעה בשל הפרת חובות הזהירות של הדירקטוריון, גם אם סיכוייה של התביעה נמוכים. הגשת התביעה כשלעצמה עשויה להסב נזק לחברה ולדירקטורים גם אם לא תתקבל, ולו בשל העלויות של ניהול ההליך המשפטי ובשל השפעתה על הדוחות הכספיים של חברות ציבוריות" (רון ואשכול, בעמוד 597).

<sup>1</sup> (פרוטוקול ישיבה 444 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (23.7.2017))

78. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרים מתאימים ראוי לצמצם למינימום הכרחי ניהולו של הליך משפטי ארוך, סבוך ויקר, וזאת באופן שבירור הטענה בדבר תחולת כלל שיקול הדעת העסקי על ההחלטות נשוא ההליך יעשה בשלב מוקדם של ההליך.

79. החשיבות שבמתן אפשרות לדחיית תביעות נגד דירקטורים ונושאי משרה על הסף, בין השאר, באמצעות כלל שיקול הדעת העסקי, עולה למשל מההשלכות הטמונות בתובענות אלו על שוק הביטוח, ועל החברות הציבוריות בשוק ההון ובעלי מניותיהן, שנדרשים לשלם את פרמיות הביטוח. בתמצית, ניהול הליכים ארוכים ויקרים נגד נושאי משרה ודירקטורים עשוי כשלעצמו למצות חלק ניכר מפוליסות הביטוח שמונפקות להם (שמכסות גם הוצאות הגנה), גם אם בסופו של יום ימצא כי שיקול דעתם היה סביר או כי יש להעניק להם את הגנת כלל שיקול הדעת העסקי. מצב זה, כשלעצמו, יש בו כדי להגדיל את סיכונם של המבטחים, אשר בתורם יגלגלו את העלויות על החברות ובעלי מניותיהן שנושאים בתשלומי פוליסת ביטוח נושאי המשרה. כל אלה, מלבד התוצאה השלילית כשלעצמה, עשויים אף להביא לקושי בגיוס נושאי משרה ראויים.

80. ואכן, בפסיקתו של בית המשפט במדינת דלאוור (Chancery Division) למשל, מוחל כלל שיקול הדעת העסקי כעילת סף ומאפשר לבית המשפט לדחות את התביעה נגד הדירקטוריון בשלב מקדמי ובטרם קיום הליכים יקרים של גילוי מסמכים ושמיעת ראיות (להרחבה על התפתחות הדין במדינת דלאוור – ראו **רונן ואשכול**, עמוד 599 ואילך).

81. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה יעיר, כי בהתאם למושכלות יסוד ראשוניים בפסיקה ובספרות, קביעה כי כתב תביעה אינו מראה עילה ובתוך כך סילוק התביעה על הסף **ראוי לה שתיעשה בזהירות מרובה**, ורק מקום "**שנעלה מספק שאין סיכוי, ולו קלוש ביותר, לקבלת התביעה, אם תישמע לגופה**" (עניין **מכבי שירות בריאות**). דברים אלה יפים גם לסילוק כאמור, בהתבסס על הגנתו של כלל שיקול הדעת העסקי (רע"א 1383/07 **חברת שמעון צרפתי בע"מ נ' שתולים מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ** (פורסם בנבו, 14.4.2010); יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 384 (מהדורה שביעית, 1995)).

82. לפיכך, בהיבט הנורמטיבי, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה במקרים המתאימים ובהתאם לנסיבות, כלל שיקול הדעת העסקי יכול להידון כעילת סף. אולם, כאמור, היועץ המשפטי לממשלה אינו נוקט עמדה ביחס למקרה הפרטני דנן.

## ה. חובות נושאי משרה באשכול חברות

83. בשולי הדברים, יעיר היועץ המשפטי לממשלה הערה ביחס לחובות נושאי משרה באשכול חברות, אשר בית המשפט הנכבד קמא התייחס אליהן בפסק הדין כדלהלן:

"... לפיכך מקובלת עלי, ברמה העקרונית, טענת התובעות כי הימנעות מהפעלת שיקול דעת עצמאי עלולה, בנסיבות מתאימות, לשלול את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי. ואולם, במה דברים אמורים? באותם מקרים בהם ההחלטה העסקית בה עסקינן מונחת לפתחו של נושא המשרה הנתבע, והוא זה שנדרש להכריע בה. לעומת זאת, כאשר ההכרעה מתקבלת על ידי גורם המצוי במעלה ההיררכיה התאגידית, ממילא אין לבוא בטענות בגין 'אי הפעלת שיקול דעת עצמאי' כלפי נושאי משרה שפעלו ליישום ההחלטה, בהתאם להנחיות שניתנו להם. כך, למשל, לא ניתן לבוא בטענות למנכ"ל חברה על כך שלא הפעיל שיקול דעת עצמאי מקום בו פעל בהתאם להנחיית דירקטוריון, ולא ניתן לבוא לדירקטוריון בטרוניה מסוג זה כאשר פעל על פי הנחיית האסיפה הכללית".

ובהמשך:

"... במצב דברים זה, נדרשים על פי רוב הדירקטורים ונושאי המשרה בחברות הבנות לפעול על פי ההנחיות שניתנו על ידי חברת האם, ולא ניתן לראות בפעולה מסוג זה משום הפרה של חובותיהם כלפי החברות הבנות. לשון אחרת, תפקידן של החברות הבנות הוא לממש החלטות אשר התקבלו על ידי חברת האם, וממילא לא ניתן לבוא לנושאי המשרה בחברות אלו בטענות על כך שמילאו את חובתם".

84. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש קושי עם קביעה זו, שעשויה להתפרש כמעין "הקלה" ביחס לדרישה החלה על נושאי משרה באשכול חברות להפעיל שיקול דעת עצמאי, בעוד שלא כך היא:

**ראשית**, למרות שמפסק דינו של בית המשפט קמא עשוי להתפרש אחרת, בחוק החברות לא אומצה התורה הקונצרנית לפיה אשכול חברות פועל כולו כיחידה כלכלית אחת (להרחבה, ראו אירית חביב-סגל **דיני חברות** כרך א 327 (2007)). לעניין זה, בדברי ההסבר של הצעת חוק החברות נאמר במפורש כי "הצעת הוועדה לא כללה פרק על אשכול החברות (הקונצרן), אף שהיתה מודעת לכך כי עניין זה הוא בעל חשיבות בישראל, לאור מבנה החברות הקיימות בה" (עמוד 8 לדברי ההסבר להצעת חוק החברות).

**שנית,** חוק החברות קובע במפורש את חובתו של דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי. סעיף 106(א) לחוק החברות קובע כדלקמן:

**"דירקטור, בכשירותו ככזה, יפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בדירקטוריון, לא יהיה צד להסכם הצבעה ויראו באי-הפעלת שיקול דעת עצמאי כאמור או בהסכם הצבעה הפרת חובת אמונים".**

85. נושאי המשרה בחברה פלונית מחויבים להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס לכל החלטה שמתקבלת על ידם בכובעם כנושאי משרה באותה חברה (ראו עניין **ורדניקוב**, סעיף 37). אף אם מדובר באשכול חברות, ואף אם השליטה האפקטיבית מצויה "במעלה הפירמידה", הרי שכל חברה וחברה היא אישיות משפטית נפרדת העומדת בזכות עצמה. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה לעיל, חובות הזהירות והאמונים שחב הדירקטור הן ראשית לכל כלפי החברה שבה הוא מכהן.

86. לעיתים, טובתו של קונצרן החברות בכלליותו היא גם טובתה של החברה הבודדת, במיוחד כאשר פעילותה של החברה הבודדת שלובה בפעילות הכוללת. כך, אין מניעה כי מנהלי החברה יביאו בחשבון בהחלטותיהם גם את אינטרס הקונצרן, כשיקול משני (ראו פר"ק (י-ם) 16739-08-14 עו"ד **יצחק מולכו נגד בנק מזרחי טפחות בע"מ** (פורסם בנבו, 29.6.2016)), עם זאת, בראש ובראשונה על מנהלי החברה לשקול את טובתה היא.

87. **אשר על כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי כלל שיקול הדעת העסקי חל באזור חדלות הפירעון.**



אביעד אמרוסי, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות המדינה

המחלקה האזרחית

היום, כ"ה בניסן ה'תשפ"א, 7 באפריל 2021