



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4024/13

ע"א 5280/13

ע"א 5970/13

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט מ' מזוז

- המערערים בע"א 4024/13:
1. תקווה - כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ
 2. גדעון דרמן, רו"ח - בתפקידו כמנהל מורשה מיוחד של המערערת 1
 3. משה פישמן ו-77 אחי

נ ג ד

- המשיבים בע"א 4024/13:
1. אריה פינקוביץ
 2. דניאל רבס
 3. שנהב נועה רבס
 4. יהודית בראל
- (המשיבים 2-4 הם חליפיו של המנוח פרץ רבס ז"ל)
5. גדעון שרון
 6. הילה שרון
 7. גוני שרון
 8. דרור שרון
 9. אמנון שרון
 10. אורי שרון
 11. דן שרון
- (המשיבים 5-11 הם חליפיו של המנוח אריה שרון ז"ל)
12. עזבון המנוח יחיאל גוטוין ז"ל
 13. שמעון הורן
 14. מגדל חברה לביטוח בע"מ
 15. יהודה שפורן, רו"ח
 16. עזבון המנוח רו"ח הרי מילנר ז"ל

המערער בע"א 5280/13: אריה פינקוביץ

נ ג ד

- המשיבים בע"א 5280/13:
1. תקווה - כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ
 2. גדעון דרמן, רו"ח - בתפקידו כמנהל מורשה

- מיוחד של המערערת 1
3. משה פישמן ו-102 אח'
4. יהודה שפורן, רו"ח
5. דניאל רבס
6. שנהב נועה רבס
7. יהודית בראל
- (המשיבים 5-7 הם חליפיו של המנוח פרץ רבס ז"ל)
8. גדעון שרון
9. הילה שרון
10. גוני שרון
11. דרור שרון
12. אמנון שרון
13. אורי שרון
14. דן שרון
- (המשיבים 8-14 הם חליפיו של המנוח אריה שרון ז"ל)
15. עזבון המנוח יחיאל גוטוין ז"ל
16. נירה דן גור
17. שמעון הורן
18. מגדל חברה לביטוח בע"מ
19. עזבון המנוח רו"ח הרי מילנר ז"ל

יהודה שפורן, רו"ח

המערער בע"א 5970/13 :

נ ג ד

1. תקווה - כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ
2. גדעון דרמן, רו"ח - בתפקידו כמנהל מורשה מיוחד של המערערת 1
3. משה פישמן ו-77 אח'
4. אריה פינקוביץ
5. דניאל רבס
6. שנהב נועה רבס
7. יהודית בראל
- (המשיבים 5-7 הם חליפיו של המנוח פרץ רבס ז"ל)
8. גדעון שרון
9. הילה שרון
10. גוני שרון
11. דרור שרון
12. אמנון שרון
13. אורי שרון
14. דן שרון
- (המשיבים 8-14 הם חליפיו של המנוח אריה שרון ז"ל)
15. עזבון המנוח יחיאל גוטוין ז"ל
16. שמעון הורן
17. מגדל חברה לביטוח בע"מ
18. עזבון המנוח רו"ח הרי מילנר ז"ל

המשיבים בע"א 5970/13 :

שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
 בחיפה בת"א 163/03 שניתן ביום 21.3.2013 על ידי כב'
 השופטת ברכה בר-זיו

ה' בתמוז התשע"ה (22.6.2015)

תאריך הישיבה:

בשם המערערים בע"א
 4024/13 והמשיבים 1-3 בע"א
 5280/13 ובע"א 5970/13 :
 עו"ד אבני יאיר; עו"ד יהודה שועלי; עו"ד לימור
 פורר

בשם המערער בע"א 5280/13
 והמשיב 1 בע"א 4024/13
 והמשיב 4 בע"א 5970/13 :
 עו"ד יצחק אוסמו; עו"ד שושנה ארז

בשם המערער בע"א 5970/13
 והמשיב 15 בע"א 4024/13
 והמשיב 4 בע"א 5280/13 :
 עו"ד דוד פורר; עו"ד ירון ברמן; עו"ד אמיר אבני;
 עו"ד לימור לוי

בשם המשיבים 2-4 בע"א
 4024/13 והמשיבים 5-7 בע"א
 5280/13 ובע"א 5790/13 :
 עו"ד הראל טיקטין

בשם המשיבים 5-11 בע"א
 4024/13 והמשיבים 8-14
 בע"א 5280/13 ובע"א
 5790/13 :
 עו"ד אסף שימשי

בשם המשיב 12 בע"א
 4024/13 והמשיב 15 בע"א
 5280/13 ובע"א 5790/13
 ובשם המשיבה 16 בע"א
 5280/13 :
 עו"ד עודד ישראלי; עו"ד קובי רוזנברג

בשם המשיב 13 בע"א
 4024/13 והמשיב 17 בע"א
 5280/13 והמשיב 16 בע"א
 5790/13 :
 אין התייצבות

בשם המשיבה 14 בע"א
 4024/13 והמשיבה 18 בע"א
 5280/13 והמשיבה 17 בע"א
 5790/13 :
 עו"ד לוטן טייטלר

בשם המשיב 16 בע"א
 4024/13 והמשיב 19 בע"א

פסק-דיןהשופט צ' זילברטל:

שלושה ערעורים מאוחדים על פסק דינו מיום 21.3.2013 של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת ב' בר-זיו) בת"א 163/03 במסגרתו נדונה שאלת אחריותם של דירקטורים, מנכ"ל, רואי חשבון וחברת ביטוח לנזקי החברה התובעת.

למען הסדר הטוב, ובטרם אפנה לתיאור הרקע העובדתי – אציג את המערערים והמשיבים בשלושת הערעורים שבפנינו:

(-) תקווה – כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ – המערערת 1 בע"א 4024/13 והמשיבה 1 בע"א 5280/13 ובע"א 5970/13, היא חברה המעניקה לחוסים, בעלי לקות שכלית ברמות שונות, מסגרת מגורים, תעסוקה ופיקוח למשך חייהם בכפר הנמצא באזור טבעון (להלן: החברה והכפר, בהתאמה).

(-) גדעון דרמן, רו"ח – המערער 2 בע"א 4024/13 והמשיב 2 בע"א 5280/13 ובע"א 5970/13, הוא מנהל מיוחד של החברה, שמונה על-פי החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בנסיבות שיתוארו בהרחבה בהמשך (להלן: רו"ח דרמן).

(-) משה פישמן ו-77 אחרים – המערערים 3 בע"א 4024/13 והמשיבים 3 בע"א 5280/13 ובע"א 5970/13 הם הורים של חלק מהחוסים בכפר (לפי רשימה שצורפה להודעת הערעור). יצוין כי תאגיד הורי כפר התקווה בע"מ מחזיק ב-1,000 מניות יסוד של החברה.

(-) אריה פינקוביץ – המערער בע"א 5280/13, המשיב 1 בע"א 4024/13 והמשיב 4 בע"א 5970/13 כיהן כמנכ"ל החברה וכדירקטור בזמנים הרלוונטיים לתביעה (להלן: פינקוביץ).

(-) חליפיו ויורשיו של מר פרץ רבס ז"ל – המשיבים 2-4 בע"א 4024/13, המשיבים 5-7 בע"א 5280/13 ובע"א 5970/13. מר פרץ רבס ז"ל כיהן כדירקטור בזמנים הרלוונטיים לתביעה (להלן: רבס).

(-) חליפיו ויורשיו של מר אריה שרון ז"ל – המשיבים 5-11 בע"א 4024/13, המשיבים 8-14 בע"א 5280/13 ובע"א 5970/13. מר אריה שרון ז"ל כיהן כדירקטור בזמנים הרלוונטיים לתביעה (להלן: שרון).

(-) עזבון המנוח יחיאל גוטוין ז"ל – המשיב 12 בע"א 4024/13, המשיב 15 בע"א 5280/13 ובע"א 5970/13. יחיאל גוטוין ז"ל כיהן כדירקטור בזמנים הרלוונטיים לתביעה (להלן: גוטוין).

(-) שמעון הורן – המשיב 13 בע"א 4024/13, המשיב 17 בע"א 5280/13 והמשיב 16 בע"א 5970/13, כיהן כדירקטור בזמנים הרלוונטיים לתביעה (להלן: הורן).

(-) מגדל חברה לביטוח בע"מ – המשיבה 14 בע"א 4024/13, המשיבה 18 בע"א 5280/13 והמשיבה 17 בע"א 5970/13, ביטחה את הדירקטורים של החברה בזמנים הרלוונטיים לתביעה בפוליסת "ביטוח חבות נושאי משרה בחברה" (להלן: מגדל או המבטחת או חברת הביטוח).

(-) יהודה שפורן, רו"ח – המערער בע"א 5970/13, המשיב 15 בע"א 4024/13 והמשיב 4 בע"א 5280/13, כיהן כרואה החשבון והמבקר של החברה החל מיום 6.1.2002 ועד חתימת הדו"חות המבוקרים לשנת 2001 בשלהי שנת 2002 (להלן: רו"ח שפורן).

(-) עזבון המנוח הרי מילנר ז"ל – המשיב 16 בע"א 4024/13, המשיב 19 בע"א 5280/13 והמשיב 18 בע"א 5970/13. רו"ח הרי מילנר ז"ל כיהן כרואה החשבון והמבקר של החברה החל מיום היווסדה ועד ליום 6.1.2002 (להלן: רו"ח מילנר).

א. רקע

1. החברה העומדת במוקד הפרשה דנא היא חברה המעניקה לחוסים, בעלי לקות שכלית ברמות שונות, מסגרת מגורים, תעסוקה ופיקוח למשך חייהם. החוסים מתגוררים בכפר עצמו וכן בבתים פרטיים המוחזקים למטרה זו. החברה נוסדה בשנת

1965 כמלכ"ר, ומטרתה העיקרית, כפי שנוסחה בתזכיר ההתאגדות, היא "מתן עזרה לאנשים לקויי שכל ובמיוחד ההקמה והניהול של מוסדות לאשפוז ו/או טיפול ו/או שיקום ו/או חינוך של אנשים כאלה לרבות למשלח יד, לעיסוק ולכל עזרה אחרת למענם".

2. כעולה מפסק הדין קמא, בשנת 2002 התגלה לחלק מהורי החוסים כי החברה מצויה בחובות עצומים לבנקים ולנושים אחרים וכי לא מועברים כספים המגיעים לעובדים ולספקים. משכך, ביום 6.10.2002 הגישו אותם הורים לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה למתן צו הקפאת הליכים בהתאם לסעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) (פ"ש"ר 528/02). בהמשך תוקנה הבקשה, והתבקש מתן צו לפיו במהלך שלושים יום לא יהיה ניתן לפתוח או להמשיך בכל הליך נגד החברה, אלא ברשות בית המשפט, וכן התבקש ליתן לנאמן שיתמנה שהות לגבש הסדר או תכנית הבראה לחברה. בבקשה נטען, כי קיים חשש שהכפר ייסגר בשל מצבה הכלכלי של החברה, והחוסים יושלכו לרחוב חסרי כל. עוד נטען, כי מצב זה נגרם עקב הפרת חובת אמונים ופעולות תוך ניגוד אינטרסים של מנכ"ל הכפר ויו"ר הדירקטוריון, מר פינקוביץ. לטענת ההורים, פינקוביץ ניהל את הכפר שלא על פי דין, העביר את כספי החברה למימון פרויקטים פרטיים, מינה את בני משפחתו הקרובים לתפקידים שונים, ופעל שלא לטובת החברה עד שהביאה למצבה הנוכחי על סף קריסה כלכלית וסגירה.

לאחר שהתקיים דיון בבקשה, הודיעו באי-כוח הצדדים כי הגיעו להסכם פשרה, שלא חלות עליו הוראות סעיף 350 לחוק החברות, ואשר אין בו כדי למנוע ממי מהצדדים להגיש תביעה. במסגרת הסכם הפשרה, הוגשה הודעה מוסכמת מטעם המבקשים (הורי החוסים) ופינקוביץ בלבד, ולפיה פינקוביץ יחזיר לחברה מניות שהוקצו לו ולבני משפחתו, למעט מניית יסוד אחת, וייצא לחופשה בת שלושה חודשים, תוך ניצול ימי החופשה המגיעים לו. בתקופה זו ימונה כמנהל מפעיל לחברה רו"ח יום טוב בילו (להלן: רו"ח בילו) או רו"ח דרמן. למנהל המפעיל יוקנו כל סמכויות ניהול החברה. הוסכם כי המנהל המפעיל יגבש תכניות הסדר לאחזקת המניות בחברה, ויגבש הסדר פשרה עם נושי החברה. עוד הוסכם, כי המנהל המפעיל יערוך בדיקה באשר למצב החברה, ובמידה שלא יימצא כי בוצעה עבירה שיש עמה קלון מצד פינקוביץ, או אי סדרים כספיים החורגים במידה חמורה ממנהל תקין, או כי נגרמו לחברה נזקים חמורים – ישוב פינקוביץ לניהול החברה.

להסכם זה ניתן ביום 24.10.2002 תוקף של פסק דין, ונקבע, כי "בעל התפקיד המתמנה בהתאם למוסכם בין הצדדים ... הוא רו"ח גדעון דרמן (וזאת בהסכמתו)".

פסק דין זה סיים את ההליכים בתיק הנ"ל. כפי שיובהר בהמשך, להגדרתו של עו"ד דרמן כמנהל מפעיל יש השלכה על הסוגיה הביטוחית שתוצג להלן.

3. ביום 10.2.2003 ערך רו"ח דרמן דו"ח שכותרתו "ממצאי ביקורת חקירתית – מר אריה פינקוביץ" (להלן: דו"ח דרמן), המופנה לחברי הדירקטוריון של החברה, ובו מנויה שורה של מעשים ומחדלים המיוחסים לפינקוביץ, ואשר הובילו לנזקים גדולים לחברה. בסיכום הדו"ח נקבע כי פינקוביץ פעל ברשלנות, שלא על פי כללי מנהל תקין, וניצל את סמכותו וכוחו לטובתו האישית. הומלץ למועצת המנהלים שלא להחזיר את פינקוביץ לעבודתו, ובוודאי להימנע מכך עד לסיום החקירה המשטרתית וחקירת מס הכנסה בעניינו.

4. לרקע האמור, הגישו ביום 24.1.2003 החברה, רו"ח דרמן והורי חלק מהחוסים בכפר (להלן ביחד: התובעים) תביעה נגד פינקוביץ ונגד מי שכיהנו כדירקטורים של החברה בתקופה בה, כנטען, ביצע פינקוביץ פעולות שהובילו לקריסתה. התביעה הוגשה בטרם חלפו שלושת החודשים שבמהלכם אין ספק שמינוי רו"ח דרמן עמד בתוקפו. בתביעה נטען כי הדירקטורים התרשלו כשלא פיקחו על פעולותיו של פינקוביץ ולא ביקרו אותן, ושימשו "חותמת גומי" גרידא. התביעה הוגשה גם כנגד מגדל, חברת הביטוח אשר ביטחה את הדירקטורים, וכלפי רואי החשבון של החברה בזמנים הרלוונטיים לתביעה. פסק הדין שניתן בתביעה זו הוא נושא הערעור דנא. בפסק הדין קמא הובאו טענות הצדדים בהרחבה ובפירוט רב. להלן אביא את עיקר הטענות בתמצית.

ב. התביעה בבית משפט קמא

ב.1. טענות הצדדים ביחס לפעולותיו של פינקוביץ

5. התובעים טענו כי פינקוביץ התרשל בכל פעולותיו, נכשל בתפקידו כמנכ"ל וכדירקטור בחברה והפר את חובת הזהירות המוטלת עליו. משום כך הוא נושא באחריות לנזקי החברה שנגרמו עקב התרשלותו. לתמיכה בתביעתם צירפו התובעים, בין היתר, את תצהירו של מר מוטי דייג, קרוב משפחה של חוסה בכפר, אשר מונה כחבר דירקטוריון החברה ביום 25.11.2002 והחל משנת 2003 שימש כיו"ר הדירקטוריון (להלן: דייג); תצהיר של רו"ח דרמן אליו צורף דו"ח הביקורת שערך; ושתי חוות דעת של רו"ח בילו מיום 31.12.2007, אשר האחת נועדה לבחון את

התנהלות הדירקטורים, והשנייה נועדה לבחון את התנהלות רואי החשבון (להלן: ד"ח בילו).

כעולה מדו"חות וחות דעת אלה, בין השנים 1999-2002 העביר פינקוביץ סך של למעלה מ-17,000,000 ש"ח מהחברה לחברה בת של החברה, טבעון פלסטיק בע"מ (להלן: החברה הבת), אשר ירדו לטמיון. החברה הבת הוקמה בשנת 1991 כחברת "מיקור חוץ" בה עבדו החוסים בכפר במיון מוצרים ובאריזתם. נטען כי פינקוביץ הפך את המפעל של החברה הבת ממפעל קטן שנועד לספק תעסוקה למספר חוסים מצומצם לשם עבודת כפיים, למפעל תעשייתי מפסיד, שלא תאם את יכולות החוסים ואשר שאב מיליוני שקלים מהחברה. בכך, נטען, החטיאה החברה הבת את מטרת הקמתה, והיחס בין ההשקעות העצומות לבין התועלת הדלה של העסקת מספר חוסים מצומצם – לא עמד במבחן הסבירות.

התובעים טענו נגד פעולות נוספות של פינקוביץ אשר, לטענתם, הובילו למצב הקשה אליו נקלעה החברה, ובהן: העברת מאות אלפי שקלים לטובת מוסד שהוקם בשווייץ, "SLG תקווה" (להלן: תקווה שווייץ), אשר היה בבעלות פרטית של פינקוביץ ואחרים; חתימת ערבות בשם החברה לטובת תקווה שווייץ; משיכות כספים באמצעות כרטיס האשראי של החברה הבת ללא ראייה שכספים אלה שימשו לטובת החברה; העברת כספים מחשבון החברה הבת לחברה בבעלות פינקוביץ ורעייתו; והעסקת בני משפחתו של פינקוביץ בתפקידים ניהוליים, בתנאים משופרים, גם כשאלו נעדרו הכשרה והשכלה מתאימות.

פינקוביץ טען כי הטענות נגדו אינן מבוססות, וכי בתקופת כהונתו בחברה הוא פעל למען הכפר והחוסים בו והקדיש לכך את כל מרצו וזמנו. עוד טען כי ניהול הכפר היה תקין, וכי החברה נקלעה למשבר חולף בלבד.

2.ב. טענות הצדדים ביחס לפעולותיהם של יתר הדירקטורים

6. התובעים טענו כי הדירקטורים (להלן, ככל שאתייחס ל"דירקטורים" – הכוונה היא לדירקטורים הנתבעים, פרט לפינקוביץ) אפשרו לפינקוביץ לעשות בחברה כראות עיניו בניגוד לחוק ובניגוד להוראות תקנון החברה, וכי במעשיהם נהגו באופן החורג מהתנהלותו של דירקטור סביר. בעניינם של הורן וגוטוין נטען, כי בפועל ניתקו קשר עם החברה, לא נטלו כל חלק בניהול החברה ולא פיקחו על המתרחש בה. בעניינם של רבס ושרון נטען כי שימשו חותמת גומי של פינקוביץ, לא הבינו או לא היו מודעים

למעשיו, לא הכירו את מצבה הכלכלי של החברה וניזונו רק ממידע שנמסר להם על-ידי פינקוביץ עצמו, שביקש להניח את דעתם ש"הכל בסדר". בענייניו של רבס נטען גם כי הוא חתם על הדו"חות הכספיים של החברה למרות שלא בדק את הנתונים ולא הבין את תוכנם.

רבס ושרון טענו כי הם עשו כמיטב יכולתם לטובת הכפר, בהתנדבות ומתוך תחושת שליחות. רבס, שבמועדים הרלוונטיים לתביעה היה בן למעלה מתשעים, עבד בכפר כשלושים שנה כאחראי על התחום הסוציאלי ובמסגרת תפקידו ליווה את המשפחות והחוסים. לרבס, כך נטען, לא היה כל ידע בעניינים כספיים, לרבות בקריאת דו"חות כספיים, והוא התייעץ עם הגורמים המקצועיים וסמך עליהם. נטען כי העובדה שהוטעה ולא ידע או לא הבין חלק מן הנסיבות שהובילו להגשת התביעה אינו נובע מהזנחה או מרשלנות. בשם שרון נטען כי היה מרותק לביתו עקב מצבו הבריאותי הקשה החל מחודש אוקטובר 2000, ומאז הוא סיים בפועל את עבודתו ותפקידו בכפר, ולא היה מעורב בנעשה שם. עוד נטען, כי הדירקטורים סמכו על פינקוביץ ועל היועצים המקצועיים, ולא היו מודעים למצב הקשה אליו נקלעה החברה הבת, שכן להנהלת החברה נמסרו נתונים מופרכים, שלא שיקפו את האמור בדוחות הכספיים.

בשם גוטוין נטען כי הוא אדם חולה, ניצול שואה, שכבר הגיע לגבורות, ואשר היה ממקימי הכפר ובוניו (בתו חוסה בכפר מזה שנים רבות). נטען כי במשך שנים גוטוין פעל לטובת הכפר והחוסים, ללא כל תמורה, בהתייעצות עם גורמים מקצועיים, אשר בדיעבד הסתבר כי לא הביאו לידיעתו את כל המידע הרלוונטי לגבי הנעשה בכפר ולגבי ההשקעה בחברה הבת, ולמעשה חלקם הטעו אותו ואחרים אף הונו אותו. עוד נטען כי ברבות השנים חלה גוטוין וחלק גדול מזמנו שהה בחו"ל וכלל לא היה מעורה בנעשה בחברה.

בשם הדירקטורים נטען כי הקמת החברה הבת לא הייתה רשלנית, ולמעשה, על אף שהחברה הבת צברה הפסדים כבר משנת 1997, ועל אף שמיום הקמתה (בשנת 1991) העבירה החברה לחברה הבת סכומי כסף גבוהים – לא יוחסה לדירקטוריון רשלנות בגין שנים אלה. משכך, טענו הדירקטורים, לא ברור מדוע ההשקעה בחברה הבת הפכה לפתע למעשה רשלנית המצמיחה עילת תביעה, והיכן עובר קו הגבול בין השקעה לגיטימית להשקעה רשלנית. לטענת הדירקטורים, לכל היותר ניתן לטעון כי ההשקעה בחברה הבת הייתה השקעה בלתי מוצלחת שאינה מעידה על רשלנות. הודגש כי קבלת התביעה נגדם תביא למצב בו כל חברה מפסידה תוכל להגיש תביעת רשלנות נגד הדירקטורים שלה.

3.ב. טענות הצדדים ביחס לאחריות המבטחת

7. לטענת התובעים, מגדל ביטחה את הדירקטורים בפוליסת "ביטוח לחבות נושאי משרה בחברה" שמספרה 2520000311/02 (להלן: הפוליסה), ולפיכך על מגדל לפצות את התובעים בגין הנזקים שנגרמו עקב רשלנותם של הדירקטורים. בתגובה, טענה מגדל כי יש לדחות את התביעה נגדה בשל העדר כיסוי ביטוחי בהתאם לפוליסה וחריגיה.

מפי מגדל נשמעו כמה טענות עיקריות: ראשית, נטען, כי טרם הוצאת הפוליסה ניתנו תשובות כוזבות ומטעות בדבר מצבן של החברה והחברה הבת בטפסי ההצעה שמולאו ונחתמו על-ידי פינקוביץ, וכי אי-גילוי מידע זה מהווה הפרה של חובת הגילוי המוטלת על מבוטח. שנית, לטענת מגדל, מאחר והפוליסה היא על בסיס Claims Made, והיא מכסה אך ורק תביעות המוגשות לראשונה במהלך תקופת הכיסוי הביטוחי על פי הפוליסה (לרבות נסיבות העלולות להוביל לתביעות כאלה), נסיבות המקרה הנדון, שהיו ידועות טרם כריתת חוזה הביטוח ולא נמסרו למגדל, אינן מכוסות בפוליסה. שלישית, נטען, כי התביעה נסבה ברובה המכריע על מעשים שנעשו טרם תקופת הפוליסה או התאריך הרטרואקטיבי הקבוע בה. רביעית, לטענת מגדל, חלק מהמעשים המיוחסים לדירקטורים (ובהם – הפרה בוטה של חובת הנאמנות וכלל המעשים המיוחסים לפינקוביץ) מוחרגים מהפוליסה ואינם ניתנים לביטוח, כעולה מסעיף 263 לחוק החברות. לבסוף, נטען כי על-פי הוראת סעיף 4.14 לפוליסה, תביעה המוגשת ביוזמת החברה אינה כלולה בכיסוי הביטוחי.

התובעים טענו בתגובה כי לא הוסתרו פרטים מהותיים, וכי במועד כריתת הפוליסה לא היה ידוע לחברה ולדירקטורים כי התנהלותם הקימה חשש לתביעת רשלנות נגדם. כמו כן, נטען כי הטיעון בדבר הכיסוי הרטרואקטיבי מלמד על חוסר תום לב מצדה של מגדל. לטענת התובעים, בשנת 2001 התעקשה החברה על מתן כיסוי רטרואקטיבי מיום 11.9.1996, וכך גם סוכם, ואילו בשנת 2002 חודשה הפוליסה תוך שינוי תאריך תחילת הכיסוי הרטרואקטיבי מצד מגדל, מבלי שהופנתה תשומת לב החברה לשינוי מהותי זה. לבסוף נטען, כי החריג לסעיף 4.14 לפוליסה בעניין תביעה המוגשת באמצעות החברה (המעוגן בסעיף 4.14.3) מאפשר הגשת תביעה בשם החברה כשזו מוגשת על-ידי "מפרק, כונס נכסים או מנהל מורשה אשר מונה על-ידי רשות מוסמכת". נטען כי בענייננו רו"ח דרמן הוא "מנהל מורשה" אשר מונה על-ידי בית

המשפט המחוזי לשם גיבוש תכנית הבראה לחברה. על כן התביעה דנא, שהגיש רו"ח דרמן בשם החברה בגדר תפקידו כמנהל מורשה, אינה מוחרגת מהכיסוי הביטוחי.

4.ב. טענות הצדדים ביחס לאחריות רואי החשבון

8. כאמור, התביעה דנא הוגשה גם נגד רואי החשבון של החברה בשנים הרלוונטיות: רו"ח שפורן, שהיה רואה החשבון והמבקר של החברה החל מיום 6.1.2002 ועד לחתימת הדוחות המבוקרים לשנת 2001 (סוף 2002), ורו"ח מילנר, שהיה רואה החשבון המבקר של החברה החל מיום היווסדה ועד למועד בו נכנס רו"ח שפורן לתפקידו כרו"ח מבקר של החברה. רו"ח מילנר נפטר עוד בטרם נחקר על תצהירו בבית משפט קמא.

בתביעתם טענו התובעים כי רואי החשבון התרשלו בתפקידם כרואי חשבון מבקרים של החברה והפרו את חובת הזהירות שלהם כלפי החברה, כשלא יישמו את כללי החשבונאות המקובלים בביקורת ובעריכת הדו"חות הכספיים של החברה לשנים 1999 ו-2000, ובעיקר כשלא ערכו דו"חות כספיים מאוחדים של החברה עם החברה הבת. כתוצאה מהתרשלות זו, נטען, הדו"חות הכספיים לא שיקפו כראוי את מצבה הכספי של החברה, וכללו אך ורק "נורית אזהרה", שעה שהיו צריכים לכלול התראות ואזהרות ברורות וחד-משמעיות, אשר היה בכוחן לגרום לדירקטורים להזדעק גם ללא ייעוץ מקצועי וסיוע בקריאה והבנה של הדו"חות הכספיים. נטען כי רואי החשבון התרשלו גם בכך שלא נקטו בשום פעולה אקטיבית ליידע את הדירקטוריון, את בעלי המניות, או את הורי החוסים בדבר ליקויים מהותיים, אשר התגלו בבקרה החשבונאית של החברה, ובכך מנעו גילוי מוקדם של כשלים אלה (אשר כללו בעיקר אי העברת אינפורמציה במועד ואי עריכת דו"חות כספיים במועד).

רו"ח שפורן ורו"ח מילנר (להלן ביחד: רואי החשבון) הגישו כתבי טענות נפרדים, אך מרבית טענותיהם היו דומות, ועל-כן אציגן להלן במאוחד.

רואי החשבון טענו כי הם הכינו את הדו"חות הכספיים של החברה בהתאם לכללי המקצוע וכנדרש מרואה חשבון סביר. עוד נטען, כי כתב התביעה המקורי הוגש רק נגד הדירקטורים, וכי אפילו בדו"ח בילו שצורף לכתב התביעה המתוקן צוין כי רואי החשבון הציגו בדו"חות שצורפו תמרורי אזהרה לגבי מצבה הכספי של החברה הבת, אך הדירקטורים התעלמו מהם. לטענת רואי החשבון, התובעים כלל לא הוכיחו את התקיימותם של יסודות עוולת הרשלנות, ובעיקר לא הוכיחו קיומו של קשר סיבתי

בין ההתרשלות הנטענת לבין נזקי החברה. בהקשר זה הדגישו רואי החשבון כי מהעדויות עולה שהדירקטורים כלל לא קראו את הדו"חות הכספיים, ולפיכך אופן הצגת הנתונים ממילא לא היה משנה את דרך פעולתם.

אשר לטענות בדבר התרשלותם של רואי החשבון, נטען כי הדו"חות הכספיים הם באחריות החברה בלבד, ועליה היה לערוך דו"חות כספיים מאוחדים עם החברה הבת שלה, בהתאם לגילוי דעת 57 של לשכת רואי החשבון בישראל. משלא עשתה כן, הדבר צוין באופן בהסתייגויות מפורשות שנכללו בדו"חות שערכו רואי החשבון. עוד נטען, כי בהתאם לדו"חות הכספיים הרלוונטיים, ולמיטב הבנתם ושיקול דעתם של רואי החשבון, החברה לא הייתה בסכנת חדלות פירעון באותו זמן, ועל-כן לא נדרשה "אזהרת עסק חי" בדו"ח רואה החשבון המבקר לשנה זו. רואי החשבון הוסיפו, כי במהלך מילוי תפקידם כרואי חשבון מבקרים, מעולם לא זומנו לאסיפה של בעלי המניות בחברה, ומעולם לא נדרשו לתת לבעלי המניות הסברים או אינפורמציה.

ג. פסק הדין קמא

9. בית משפט קמא פתח את פסק דינו בקביעה לפיה התובעים, שנפגעו ממעשיו של פינקוביץ, מנסים בתביעתם לקבל פיצוי מצדדים תמימים, שבמשך עשרות שנים פעלו לטובת החברה. צוין, כי התובעים מנסים לייחס לדירקטורים, מייסדי החברה, שגילם הממוצע הוא 85, עוולות והפרות של הדין, רק על-מנת להגיע ל"כיס העמוק" – המבטחת – לצורך כיסוי הנזקים הנזכרים. נדמה כי גישה "ערכית" זו של בית המשפט השפיעה במידה מסוימת על התוצאה אליה הגיע, ואשר התקשיתי להשלים עמה. בהמשך, דן בית משפט קמא בטענות התובעים, ולהלן אביא את עיקר מסקנותיו.

ג.1. פסק הדין קמא – פינקוביץ

10. לאחר בחינת הראיות וטענות הצדדים קבע בית המשפט המחוזי כי מי שהביא את החברה למצבה כפי שהיה ערב הגשת התביעה, היה פינקוביץ לבדו, שפעל תוך מרמה והפרת חובת האמונים שלו לחברה ולחברה הבת. הובהר, כי הן בהליך הראשוני שהגישו חלק מהורי החוסים באוקטובר 2010 והן בדו"ח דרמן ודו"ח בילו – האחריות למצבה של החברה יוחסה לפינקוביץ עצמו וכמעט שלא הוזכרו המחדלים המיוחסים בתביעה דנא לדירקטורים.

בית המשפט הדגיש, כי הפעולה העיקרית בגינה יש לייחס לפינקוביץ הפרת חובת אמונים היא העברת הכספים המסיבית מהחברה לחברה הבת. נקבע, כי החל משנת 2000 ואילך לא הייתה כל הצדקה להמשך פעילות המפעל של החברה הבת, אשר העסיק פחות מעשרה אחוזים מהחוסים בכפר, ובוודאי שלא הייתה הצדקה בשלב זה להמשיך להזרים לחברה הבת כספים.

צוין כי הכספים שהוזרמו לחברה הבת שימשו לתשלום בונוסים לפינקוביץ שלא כדין, שכן תשלום הבונוס היה מותנה ברווחיות החברה הבת. הבונוס ששולם לפינקוביץ הסתכם ב-2,776,800 ש"ח, לשנים 1990-2000, וזאת על אף שלמעט שנה אחת (1996) החברה הבת הייתה מצויה בהפסדים. מקופת החברה הבת נמשכו גם כספים בסכומים גבוהים לכיסוי נסיעותיו של פינקוביץ לחו"ל ולמטרות שונות.

נקבע כי פינקוביץ נקט פעולות נוספות העולות כדי הפרת אמונים מצדו – ובהן העברת כספים לחברת תקווה שווייץ, מתן דיווחים כוזבים לדירקטוריון ולהורי החוסים על מצב החברה, העברת מניות בחברה לו ולמשפחתו באופן שהקנה לפינקוביץ את השליטה בחברה, ומינוי בני משפחתו לתפקידים בכירים בחברה הבת ובתקווה שווייץ.

נוכח כל האמור לעיל, קבע בית המשפט כי גם בהיעדר כל ראייה בדבר ממצאי החקירה המשטרית וחקירת מס הכנסה נגד פינקוביץ, ניתן לקבוע בוודאות כי פינקוביץ פעל במרמה והפר את חובת האמונים שחב לחברות שבניהולו תוך ניצול סמכותו וכוחו לטובתו האישית. נקבע, כי מתוקף מעשיו אלה יש מקום לחייבו באופן אישי לפצות את החברה בגין הנזקים שגרם לה. פינקוביץ חויב בפיצוי החברה בסך של 1,488,630 ש"ח – מלוא הסכום אותו תבעו התובעים בעילת הפרת חובת האמונים. בית המשפט לא חייב את פינקוביץ בעילת הרשלנות, במסגרתה נטען לנזק של למעל מ-24 מיליון ש"ח, אשר הועמד, לצרכי אגרה, על סך של 12 מיליון ש"ח, וכלל לא התייחס לחבותו של פינקוביץ על-פי העילה האמורה..

2.ג. פסק הדין קמא – יתר הדירקטורים

11. כזכור, מדו"ח דרמן עולה כי ששת חברי דירקטוריון החברה היו פינקוביץ, הורן, גוטוין, אדלר, שרון, ורבס. בדו"ח צוין כי הורן שהה בארצות-הברית שנים רבות; גוטוין שהה בחו"ל תקופות ארוכות; אדלר נפטר; ושרון לא תפקד בשנים האחרונות הרלוונטיות לתביעה. מכאן שבדירקטוריון נותרו שני דירקטורים פעילים בלבד, פינקוביץ ורבס, בן ה-86. בית משפט קמא קבע כי בנסיבות אלה, כשלמעשה

דירקטוריון החברה לא פעל ולא תפקד בשנים הרלוונטיות לתביעה, לא קמה לחברה זכות תביעה כנגד הדירקטורים מלבד פינקוביץ, והאחריות המלאה למצבה של החברה, רובצת על החברה בעצמה ולבדה.

הודגש, כי בעל מניות, "שהוא החברה", אינו יכול לטעון נגד דירקטורים שהוא עצמו מינה בהיותו מודע לכישוריהם מחד ולמגבלותיהם מאידך. בית המשפט הוסיף, כי בעלי המניות לא מילאו את החובה המוטלת עליהם על-פי התקנון, לבחור את חברי הדירקטוריון "מזמן לזמן", ולמעשה הותירו בעינו את הרכב הדירקטוריון שנקבע עם היווסדה של החברה (בשנת 1965) מבלי לבחון או לדון באפשרות להחליף את חבריו. חובה זו, כך נקבע, נלמדת גם מסעיף 52(א) לחוק החברות, לפיו כאשר נבצר מהדירקטוריון להפעיל את סמכויותיו החיוניות לניהולה התקין של החברה, תוכל האסיפה הכללית ליטול סמכויות אלה ולפעול על פיהן. האסיפה הכללית לא נטלה סמכויות אלה, על-אף שהדירקטוריון לא תפקד, ואף לא מינתה דירקטורים נוספים או חלופיים, כפי שהתבקש בנסיבות העניין. על-כן, נקבע, די במחדלים אלו כדי לדחות את תביעת החברה נגד יתר הדירקטורים.

12. בנוסף, ובבחינת "למעלה מן הדרוש", קבע בית משפט קמא כי יש לדחות את תביעת החברה גם לגופה, כמפורט להלן.

צוין כי ממצע הפרוטוקולים שהוצגו על-ידי התובעים עולה כי עד שנת 1998 נוהלו ישיבות מסודרות של הדירקטוריון, וכי פרוטוקולים אלו חתומים על-ידי כל הדירקטורים שהשתתפו בישיבות. לעומת זאת, משנת 1998 ואילך כלל לא התקיימו ישיבות דירקטוריון "במניין חוקי" (בנוכחות לפחות חמישה דירקטורים, כנדרש בתקנון החברה), הפרוטוקולים בשנים אלה משקפים באופן חלקי בלבד את הישיבה, ומי שחתום עליהם הוא פינקוביץ בלבד (כאשר באחד המקרים רבס טען שחתמתו זויפה). בהקשר זה נקבע, כי אין ספק שהדירקטורים שפעלו החל משנת 1998 (רבס, גוטוין – בחלק מהתקופה, ושרון – ככל שתפקד) לא היו מודעים למעשיו של פינקוביץ וגם לא למצבה של החברה הבת. כן נקבע, כי לא נמצאה סיבה שבכוחה להצדיק חשד מצד דירקטורים אלה להתנהלות לא תקינה מצדו של פינקוביץ או למעקב אחר מעשיו. הובהר כי פינקוביץ שימש מנכ"ל החברה שנים רבות, פעל לטובת החברה והוביל לשגשוגה, ועל-כן, לא התעורר חשד שישנה לפתע עורו. בית המשפט נתן אמון בדבריהם של רבס וגוטוין לפיהם הם הסתמכו על הדיווחים שקיבלו בזמן אמת מאנשי המקצוע בתחום הכספים, ומעולם לא שמעו הסתייגויות מהם, ועל-כן האמינו כי המצב הכספי של החברה ושל החברה הבת כשורה. מכל מקום, ככל שהיה מקום לחשד

כאמור, הוא היא צריך להתעורר גם אצל בעלי המניות וגם אצל הורי החוסים, אשר קיבלו מידע מלא על הנעשה בחברה ואת דו"חותיה הכספיים.

נקבע כי מהראיות עלה במפורש שלרשות החברה עמדו יועץ משפטי, רואה חשבון וכן יועצים נוספים, אשר לא התריעו בפני הדירקטורים על מצב החברה. משכך, תהה בית משפט קמא, מדוע היה על הדירקטורים לפנות ולחפש תשובות לשאלות שלא התעוררו. עוד צוין, כי התובעים עצמם תבעו גם את רואי החשבון, בטענה לפיה הדו"חות לא כללו התראות ואזהרות ברורות, וכי הדירקטורים עצמם לא יכלו להבין את מצב החברה לאשורו ללא ליווי מקצועי. טענה זו, כך נקבע, עומדת בסתירה לטענת התובעים לפיה הדירקטורים התרשלו בכך שהתעלמו מ"נורות אזהרה".

לסיכום, ציין בית משפט קמא את הדברים הבאים:

"השתכנעתי לחלוטין כי הדירקטורים (למעט פינקוביץ) לא צפו אפשרות כלשהי כי מעשיהם עלולים לגרום נזק לחוסים או לחברה – וברור לי כי במידה והיו צופים אפשרות שכזאת – לא היו נותנים לכך יד. במצב הדברים שהיה קיים במועדים הרלבנטיים, ועל פי הראיות בפני, השתכנעתי גם כי לא יכלו לצפות נזק שכזה" (בפסקה 183 לפסק הדין קמא).

לרקע האמור, נדחתה תביעת החברה נגד הדירקטורים.

13. באשר לתביעת ההורים, נקבע כי הדברים מקבלים משנה תוקף, שכן הם חלק מבעלי המניות של החברה, וכל שנקבע לגבי תביעת בעלי המניות או החברה נגד הדירקטורים – יפה גם לגביהם. נקבע כי ההורים היו מעורבים באופן זה או אחר בנעשה בחברה ובחברה הבת, וכי נציגים מטעמם נטלו חלק בישיבות בהם נכחו פינקוביץ וחלק מהדירקטורים הנוספים. על אף מעורבות זו, ונורות אזהרה שהיו צריכות לעורר את חשדם (כמו, לדוגמא, מכתבו של פינקוביץ אליהם בבקשה להקדים את תשלום דמי האחזקה השנתיים, על מנת לאפשר המשך תפקוד של החברה), לא פעלו ההורים לבירור החשדות או להחלפת הדירקטורים המכהנים. משכך, דחה בית משפט קמא גם את תביעת ההורים נגד הדירקטורים.

3.3. פסק הדין קמא – חברת הביטוח

14. בית משפט קמא דחה את התביעה נגד חברת הביטוח.

נקבע כי מעשיו של פינקוביץ נכללים בחריג הקבוע בסעיף 4.4 לפוליסה, לפיו:

”המבטח לא יהיה אחראי לתשלום כל נזק כספי בקשר ו/או כתוצאה מכל תביעה: עולה מ-, נגרמה או נתרמה על ידי כל מעשה או מחדל בפועל של אי יושר או מרמה או מעשה או מחדל מכוון, המבוצע על ידי כל נושא משרה או שבוצע בהוראתו או באישורו או בידיעתו תוך כדי שימוש בתרמית, אי יושר, זדון או אי איכפתיות לתוצאות המעשה ו/או המחדל”.

נוכח קביעת בית משפט קמא כי מעשיו של פינקוביץ עלו כדי הפרת אמונים, נקבע כי יש לדחות את התביעה הביטוחית בכל הנוגע לנזקים הנובעים ממעשיו של פינקוביץ.

15. כמו כן, ומשנדחתה התביעה נגד הדירקטורים, נקבע כי ממילא יש לדחות את התביעה נגד המבטחת בגין נזקים שנטען לגביהם שנגרמו עקב הרשלנות המיוחסת לדירקטורים אלה בכתב התביעה.

בית משפט קמא הוסיף, כי גם אם היה קובע שיש להטיל אחריות על מי מהדירקטורים (בנוסף לפינקוביץ), היה מקום לדחות את התביעה נגד חברת הביטוח, נוכח האמור בסעיף 4.14 לפוליסה, בו נקבע כי המבטחת לא תהיה אחראית “לתשלום כל נזק כספי בקשר ו/או כתוצאה מכל תביעה שהוגשה או נוהלה ביוזמת או בהוראת החברה או כל נושא משרה”.

בית המשפט אף דחה את טענת התובעים לפיה תביעתם נכנסת בגדר הסייג לחריג, הקבוע בסעיף 4.14.3, המסייג את האמור והקובע כי חברת הביטוח תהיה בכל זאת אחראית לתשלום נזק כספי כאשר התביעה מוגשת על-ידי “מפרק, כונס נכסים או מנהל מורשה אשר מונה על ידי רשות מוסמכת”. נקבע, כי בניגוד לטענת התובעים, רו”ח דרמן, אשר גם בשמו הוגשה התביעה דנא, אינו “מנהל מורשה” אלא מונה כ”מנהל מפעיל”, ודי בכך כדי לקבוע כי הוא אינו עונה על ההגדרה הקבועה בפוליסה.

מעבר לכך, נקבע כי גם מבחינה מהותית, קיים הבדל בין מינוי “בעל תפקיד” מטעם בית משפט כנציגו של בית המשפט לצורך הקפאת הליכים, פירוק או פשיטת רגל, לבין מינויו של רו”ח דרמן על-ידי החברה לניהולה במקום פינקוביץ למשך שלושה חודשים – מינוי אשר קיבל תוקף של החלטת בית משפט כחלק מהסכם הפשרה שהוגש

על-ידי הצדדים. בהקשר זה הודגש כי החברה עצמה מעולם לא הייתה "חולה" ולא נדרשו כל הליכים לשיקומה מלבד החלפת המנכ"ל שלה.

עוד נקבע כי קבלת עמדת התובעים באשר למעמדו של רו"ח דרמן עלולה להוביל להשלכות רוחב, כך שכל חברה שמנהלה פעל תוך הפרת חובת האמונים שלו לחברה, תוכל להגיש בקשה לפירוק, לכינוס נכסים או למינוי מנהל מורשה, לפעול לסילוק המנהל המועל בהסכמה, למנות מנהל אחר תחתיו – ולבסוף לתבוע את חברת הביטוח שביטחה את הדירקטורים לכיסוי הנזקים שנגרמו לחברה.

בית משפט קמא לא נדרש למחלוקת בדבר הכיסוי הרטרואקטיבי, בקבעו כי בכתב התביעה המתוקן נאמר במפורש כי על מגדל לפצות את התובעים מתוקף הפוליסה, ועילת התביעה צומצמה לאמור בפוליסה בלבד, ללא התייחסות לכיסוי ביטוחי בתקופה שקדמה לאמור בפוליסה. משכך, נקבע, יש לדחות כל טענה העומדת בניגוד לאמור בכתב התביעה, ואין להיעתר לסעד שלא נדרש.

לרקע האמור, קבע בית המשפט כי יש לדחות את התביעה נגד מגדל, המבטחת.

4.4. פסק הדין קמא – רואי החשבון

16. בית המשפט עמד על כך שרו"ח מילנר היה ממייסדי החברה, ושימש כרואה חשבון שלה מיום היווסדה ועד שנת 2001, אז פוטר על-ידי פינקוביץ.

נקבע כי רו"ח מילנר אמנם לא איחד את הדוחות הכספיים של החברה הבת ושל החברה במשך השנים, אך במבוא לדו"ח הכספי העיר כי "לא נערכו דוחות כספיים מאוחדים עם החברה הבת כמתחייב מגילוי הדעת של לשכת רואי החשבון בישראל", ובדו"ח הכספי לשנת 1999 העיר כי "מבלי לסייג את חוות דעתנו הננו להסב תשומת לב לאמור בענין ההשקעה בחברה הבת שבגינה לא נעשו הפרשות". הערה דומה הופיעה גם בשנים קודמות. משכך, נקבע כי בנסיבות אלה נראה כי בעלי המניות הסכימו לדרך פעולה זו של רו"ח מילנר ז"ל, באופן המונע תביעה נגדו בגין אי איחוד הדוחות, ודי בכך בכדי לדחות את התביעה נגדו. בהקשר זה צוין כי בשנת 1999 שימש רו"ח מילנר כרואה החשבון של החברה בלבד ולא של החברה הבת, ולא עמדה בפניו התמונה המלאה אודות מצבה של החברה הבת.

עוד נקבע כי אין לייחס לרו"ח מילנר טעות או רשלנות בשיקול הדעת שהפעיל, שכן גם הוא, בדומה לדירקטורים, כיהן כרואה חשבון של החברה מאז היווסדה, ולא הוכח כי היה לו יסוד לחשוד בפנינקוביץ. כן קבע בית משפט קמא כי לא היה כל מקום להערת "עסק חי" לגבי החברה בשנת 1999, כאשר גילוי דעת מספר 58 של לשכת רואי החשבון קובע כי יש לתת הערת "עסק חי" כשיש חשש להמשך קיומו של העסק המבוקר, חשש כזה, כך נקבע, לא התקיים בענייננו. עוד נקבע כי התובעים לא הוכיחו את יסודות עוולת הרשלנות ופרטיה, וגם משום כך – דין התביעה נגד רו"ח מילנר ז"ל להידחות.

17. אשר לתביעה נגד רו"ח שפורן, נקבע כי הגורם העיקרי בגינו ניתן להטיל עליו אחריות כלפי החברה הוא היותו רואה החשבון גם של החברה הבת בשנים הרלוונטיות לתביעה. בית המשפט הדגיש כי מתוקף תפקידו זה, היה רו"ח שפורן ער להעברות הכספים המאסיביות לחשבונה של החברה הבת, להעברות הכספים מחשבונה של החברה הבת לצרכיו הפרטיים של פינקוביץ, ולמצבה הגרוע של החברה הבת שחייב בעניינה התראת "עסק חי".

מהראיות עולה, כך נקבע, כי רו"ח שפורן לא כלל בדוחות לשנת 2000 את כל המידע האמיתי בעניין החברה והחברה הבת, וגם אם נכללו בדו"חות אלה "סימנים שליליים ותמרורי אזהרה" – לא היה בהם די, שכן נדרשה הסתייגות מפורשת וחד משמעית, נוכח מודעותו של רו"ח שפורן למצבה של החברה הבת גם לאחר תום שנת הכספים אליה התייחס הדו"ח (לרבות ההשקעות המסיביות בחברה הבת לאחר 31.12.2000 ועד מועד חתימת הדוחות באמצע שנת 2002).

לרקע האמור, נקבע כי רו"ח שפורן התרשל בתפקידו כרואה חשבון מבקר של החברה והחברה הבת, כי הפר את חובת הזהירות שלו כלפי החברה, וכי עליו לפצות את החברה בגין הנזקים שנגרמו לו עקב התרשלותו זו, בסך של 2,158,761 ש"ח.

5.ג. סיכום פסק דינו של בית המשפט המחוזי

18. בית המשפט הבהיר כי למעט תביעת החברה, תביעות יתר התובעים נדחות: תביעתו של רו"ח דרמן נדחת, משום שתפקידו בחברה פקע כבר בתחילת שנת 2003, ותביעת ההורים נדחת, באשר נזקיהם לא הוכחו.

אשר לנזקים, נקבע כי פינקוביץ ורו"ח שפורן יחויבו בהתאם לגובה הנזק שמעשיהם גרמו כפי שהוערכו בכתב התביעה. כאמור, הנזק שיוחס לפינקוביץ בשל הפרת האמונים מצדו עמד על סכום של 1,488,630 ש"ח. רו"ח שפורן נתבע בגין נזק בסך של 2,158,761 ש"ח, ובית המשפט חייבו בסכום האמור.

ד. הערעורים דנא

כלפי פסק הדין קמא הוגשו שלושה ערעורים – מטעם התובעים, מטעם פינקוביץ ומטעם רו"ח שפורן. למען הסדר הטוב אזכיר את עיקר הטענות המוזכרות בכל אחד מהערעורים בקיצור נמרץ, ולאחר מכן אפנה לדיון בכל אחת מהסוגיות הדורשות הכרעה. בפרק הדיון יובאו טענות הצדדים בכל סוגיה וסוגיה ביתר פירוט.

1.1. ערעור התובעים – ע"א 4024/13

19. התובעים הפנו את ערעורם כלפי ארבע קביעות עיקריות שבפסק הדין קמא – (1) הקביעה כי הדירקטורים אינם אחראים לנזקי החברה; (2) הקביעה כי הפוליסה אינה מכסה את רשלנות הדירקטורים, גם אם היו נמצאים רשלנים; (3) הקביעה כי רו"ח מילנר ז"ל אינו אחראי לנזקי החברה; (4) הקביעה לפיה פינקוביץ יחויב רק בגין הסכום שנתבע בעילת המרמה והפרת האמונים ולא בגין עוולת הרשלנות. את טענותיהם ביחס לכל אחת מקביעות אלה אפרט, כאמור, בהמשך.

2.1. ערעורו של פינקוביץ – ע"א 5280/13

20. בערעורו, מבקש פינקוביץ כי תבוטל קביעת בית משפט קמא לפיה הוא הפר את חובת האמונים כלפי החברה והורי החוסים, ולחלופין, כי הדיון יוחזר לבית משפט קמא על מנת שישוב ויכרר את העובדות העומדות במחלוקת כראוי ובהתאם לסדרי הדין.

טענותיו העיקריות של פינקוביץ בערעור מכוונות, כאמור, כלפי קביעת בית משפט קמא כי פעולותיו השונות בכספי החברה עלו כדי מרמה והפרת אמונים. בין היתר, נטען כי כל ההשקעות בחברה הבת היו בידיעה מלאה של הדירקטורים ובעלי המניות, והן התבצעו לאחר התייעצות עם מומחים כלכליים ורואי חשבון; כי הכספים שהושקעו נועדו לתפעול שוטף של פעילות חוסי הכפר ורווחתם; כי העברת המניות לפינקוביץ ובני משפחתו נעשתה גם היא באישור הדירקטוריון, וכלל לא גרמה לנזק;

כי הבונוסים שקיבל מהחברה התקבלו בהתאם להסכם משנת 1995, בתקופה בה מוסכם כי הכפר נוהל ללא דופי; וכי לא הוכח כי כפר תקווה בשווייץ היה בבעלות פינקוביץ או כי הוא הוקם מכספי החברה.

3.ד. ערעורו של רו"ח שפורן – ע"א 5970/13

21. בערעורו טען רו"ח שפורן כי רכיבי עוולת הרשלנות בעניינו לא הוכחו, ובכלל זה לא הוכח כי התרשל, כי נגרם לחברה נזק, וכי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות הנטענת לבין הנזק הנטען. כן נטען, כי ככל שנגרם נזק לחברה הנובע ממעשיו של רו"ח שפורן, יש לייחסו גם לפינקוביץ ולדירקטורים, ומכל מקום לא היה בסיס לאבחנה בין אופן התנהלותו של רו"ח שפורן לבין אופן התנהלותו של רו"ח מילנר.

ה. דיון והכרעה

22. בטרם אעבור לדיון בסוגיות הדורשות הכרעה על-פי סדרן, אעיר כי פסק הדין קמא, האוחז כ-115 עמודים, כולל קביעות עובדתיות וממצאי מהימנות רבים, אשר, ככלל, אין בכוונתי להתערב בהם. בית משפט קמא בחן שורה של חוות דעת מומחים, שמע עדים רבים והתרשם באופן בלתי אמצעי מראיות נוספות, ולא מצאתי כי נפל פגם בקביעותיו העובדתיות המבוססות על התרשמות זו ואשר מצדיק התערבות של ערכאת הערעור. בהקשר זה יוער כי גם המערערים השונים (למעט פינקוביץ) מיעטו או נמנעו מהעלאת טענות המופנות כלפי ממצאים שבעובדה, והתמקדו בעיקר במסקנות המשפטיות המבססות את פסק הדין קמא. בדומה, אף אני אתמקד בבחינת הסוגיות המשפטיות אותן עוררו הצדדים בערעורים השונים, כשכלל המסד העובדתי לדיון יהא זה שנקבע על-ידי בית משפט קמא.

הדיון יחולק לארבעה חלקים עיקריים – בחלק הראשון תידון אחריות הדירקטורים לנזקי החברה; בחלק השני הסוגיה הביטוחית; החלק השלישי יוקדש לאחריותם של רואי החשבון; ובחלק האחרון תידון אחריותו של פינקוביץ. בכל חלק יוצגו עיקרי טענות הצדדים ביחס לסוגיה הנדונה, ולאחר מכן יובאו הניתוח המשפטי וההכרעה.

23. בערעור התובעים הובהר כי הוא מופנה כלפי החלטת בית משפט קמא לפטור את הדירקטורים מאחריות לנזק שנגרם לחברה בשל הזרמת הכספים לחברה הבת (בסך של כ-18 מיליון ש"ח) בלבד, ולא כלפי יתר הקביעות הנוגעות לנזקים הנוספים שנבעו ממעשיו של פינקוביץ.

לטענת התובעים, בית משפט קמא שגה בקבעו כי נבצר מהדירקטוריון כולו למלא את תפקידו, ובכך התייחס לכל הדירקטורים כמקשה אחת, ללא הצדקה. כך למשל, לגבי הורן נקבע כי הוא שוהה בחו"ל בשנים האחרונות, ובכלל זה במועדים הרלוונטיים לתביעה, אך הורן מעולם לא הגיש כתב טענות מטעמו, ומעולם לא טען כי נבצר ממנו למלא את תפקידו כדירקטור. התובעים טענו כי מגורים בחו"ל אינם פוטרים דירקטור מאחריותו לחברה. בדומה, נטען, גם רבס מעולם לא טען לנבצרות, וככלל – גיל מבוגר או חוסר ידע מקצועי אינם מעידים על נבצרות באופן אוטומטי. טענות דומות נטענו ביחס ליתר הדירקטורים, אשר לגישת התובעים, לא טענו לנבצרות (מלבד שרון, שטען לנבצרות החל משנת 2000 בלבד). נטען, כי ככל שמי מהדירקטורים ראה עצמו כלא כשיר לביצוע התפקיד מחמת גילו או מחמת מגורים בחו"ל, היה עליו להתפטר בזמן אמת, ולא להיתלות בנסיבות אלה כדיעבד כהצדקה לפטור מאחריות.

עוד נטען כי בית משפט קמא שגה בכך שקבע שהחברה מנועה מלתבוע את הדירקטורים בשל התנהלות בעלי המניות. נטען, כי בית משפט קמא התעלם מהעיקרון לפיו החברה היא אישיות משפטית נפרדת, והפך את החברה ובעלי מניותיה לגוף אחד. התובעים טענו כי בעלי המניות אינם צד להליך נשוא הערעור, וכי אין לייחס את המחדל המיוחס להם (בכך שלא החליפו את הדירקטורים משך שנים ארוכות) לחברה עצמה. מכל מקום, נטען, הקביעה לפיה בעלי המניות כשלו בפיקוח על חברי הדירקטוריון אינה מפחיתה ואינה מרככת את אחריותם של חברי הדירקטוריון עצמם.

התובעים הוסיפו וטענו כי אמנם הדירקטורים לא ידעו על מעשיו של פינקוביץ, אך אם היו נוהגים כדירקטורים סבירים הם היו יכולים לדעת על מעשיו ולמנוע אותם. בהקשר זה נטען, כי בית משפט קמא בחן טענה זו בכלליות, לגבי הדירקטוריון כולו, מבלי לבחון באופן פרטני האם כל אחד מהדירקטורים קיים את חובותיו כלפי החברה בתקופת כהונתו. לטענת התובעים, הדירקטורים הורן, רבס, שרון

וגוטוין, התרשלו בתפקידם משלא דרשו את המידע הנוגע למצבן הכספי של החברה ושל החברה הבת, משלא ביצעו את הבדיקות הנדרשות, ולמעשה לא פיקחו על פעילות המנכ"ל כנדרש מהם. נטען, כי אין בטענת הדירקטורים, לפיה לא הבינו בעניינים הכספיים וסמכו על המומחים, כדי לפטור אותם מאחריות שהייתה מוטלת עליהם לפעול באופן אקטיבי, להתעמק בנושאים הכלכליים והכספיים הנוגעים לחברה, ולנקוט עמדה עצמאית ביחס לעניינים המובאים לאישורם.

אשר לקביעה כי כעניין של מדיניות אין לחייב דירקטורים במקרה של כישלון עסקי, נטען כי היא עומדת בסתירה לקביעת בית משפט קמא לפיה מעשיו של פינקוביץ עלו כדי מרמה והפרת אמונים ונעשו במכוון, ולא מתוך שיקול דעת עסקי מוטעה.

נוכח האמור, מבקשים התובעים, כי תבוטל קביעת בית משפט קמא הפוטרת את הדירקטורים מאחריות לנזקים שגרמו ברשלנותם לחברה, וכי הם יחויבו לשלם לחברה את מלוא סכום התביעה שהועמד לצרכי אגרה על סך של 12 מיליון ש"ח בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה (23.1.2003).

24. בשם עיזבונותיהם או יורשיהם של הדירקטורים רבס, גוטוין ושרון הוגשו תשובות נפרדות לערעור, אך הטענות העקרוניות בהן דומות, ועל כן יוצגו במאוחד. ככלל, הדירקטורים סמכו ידיהם על קביעות בית משפט קמא, והדגישו את מחויבותם לכפר ולמטרתו, את פעילותם לטובת החוסים לאורך השנים, ואת העובדה שפעלו בתום לב גם בשנים הרלוונטיות לתביעה ובהתאם למצגים שהוצגו להם על-ידי פינקוביץ והיועצים המקצועיים. הדירקטורים הוסיפו כי אין לראות בהעברות הכספים מהחברה לחברה הבת "נזק", אלא השקעה כספית שנועדה לשם מימוש מטרות הכפר. לכל היותר, כך נטען, ניתן לייחס הפסדים אלה לטעות בשיקול הדעת העסקי של הדירקטורים, ועל כן אין לייחס להם אחריות לנזקים, ככל שנגרמו. כן הודגש, כי חלק מהדירקטורים הלכו לעולמם, והתביעה התנהלה כלפי עיזבונותיהם, דבר המחייב עמידה בנטל הוכחה מוגבר.

ה.2.1. דיון והכרעה

25. בפתח הדברים יצוין כי בנסיבות המקרה הנדון, עצם הדיון ברשלנותם ובאחריותם של הדירקטורים לנזקיה של החברה, בשים לב לאופייה של החברה ולמטרותיה ובשים לב למעורבותם ולמחויבותם הגבוהה של הדירקטורים לרווחתם של החוסים לאורך השנים, אינו פשוט כלל ועיקר. ניכר כי מוסכם על כל הצדדים כי

הדירקטורים אכן השקיעו חלק ניכר ממרצם וכישוריהם לטובת הכפר, וכי המניע לכהונתם כדירקטורים נבע מתחושת שליחות בדרך כלל, וחלקם אף פעלו לאורך שנים בהתנדבות. יתר על כן, חלק ניכר מבין הדירקטורים הלכו לעולמם זה מכבר, ויורשיהם חוששים מפני "אקורד הסיום הצורם", בדמות התביעה דנא, אשר יכתים את מורשתם ופועלם של יקיריהם.

משכך, כאמור, ברור כי הדיון ברשלנות המיוחסת לדירקטורים דורש רגישות רבה, והגם שמדובר בדיון משפטי "קר", איני מתעלם מההשפעה שיכולה להיות לקביעותיו של פסק דין זה על רגשותיהם של מי שככל הנראה הקדישו את חייהם לעשיית טוב, והאמינו כי הם פועלים כראוי וכדין, ועל רגשותיהם של הקרובים להם. עם זאת, מורכבות זו אינה פוטרת אותנו מהמלאכה המוטלת עלינו, והיא לדון בטענות המופנות כלפי הדירקטורים ולבחון את קביעותיו של בית משפט קמא בהקשר זה. אעיר כבר עתה, כי פעמים רבות מיוחסת רשלנות גם לאנשים תמי-לב, שמאמינים כי הם פועלים כראוי. ואמנם, חיוב בנזיקין בגין רשלנות אינו מעיד כי מי שנמצא "רשלן" פעל בזדון או מתוך כוונה להרע, אלא כי מעשיו או מחדליו לא תאמו את הסטנדרטים האובייקטיביים הנדרשים בנסיבות דומות. זאת, אף אם כוונותיו של המזיק היו תמימות (אם כי גם מי שפעל בזדון יכול להימצא רשלן – אך על כך להלן). כפי שיובהר בהמשך, לאחר העיון מצאתי כי מעשיהם של הדירקטורים עלו כדי רשלנות, וכי יש לחייבם באחריות לנזקיה של החברה. עם זאת, וברוח האמור לעיל, יש לקוות כי קביעות אלה לא יאפילו על מורשתם של הדירקטורים, על מפעל-חייהם, ועל מכלול פועלם המיטיב לאורך השנים.

ומכאן – לגופם של דברים.

26. השאלה העומדת במוקד התביעה נגד הדירקטורים היא האם התרשלו. כזכור, בית משפט קמא דחה את התביעה בהתבסס על מספר נימוקים עיקריים: ראשית, נקבע כי האחריות למצבה של החברה מוטל על בעלי המניות אשר לא מילאו חובתם להחלפת הדירקטוריון משעה שהתברר כי הדירקטורים אינם כשירים לביצוע תפקידם. שנית, בית משפט קמא לא מצא הצדקה לחשד מצד הדירקטורים להתנהלות לא תקינה של פינקוביץ או לצורך במעקב אחר מעשיו. שלישית, נקבע כי משהיועצים המקצועיים לא התריעו בפני הדירקטורים על מצב החברה, אין להטיל אחריות על הדירקטורים שלא עוררו שאלות כלפי השקעת הכספים בחברה הבת. אבחן קביעות אלה - אם כי לא על פי סדרן - להלן.

27. הבסיס לדיוננו הוא היקפה ותוכנה של חובת הזהירות המוטלת על נושאי משרה בתאגיד, ובכלל זה, על חברי דירקטוריון החברה. הלכה היא, כי חובת זהירות של דירקטור כלפי החברה מטילה על הדירקטור את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק לחברה. המבחן הקובע לעניין זה הוא מבחנו של הדירקטור הסביר (בשונה ממבחן "האדם הסביר"), במובן זה שכהונה כדירקטור מחייבת עמידה בתקן מיומנות תובעני של ניהול כמשלח-יד מקצועי. במילים אחרות, על כל דירקטור לנקוט בכל אותם אמצעי זהירות שדירקטור סביר היה נוקט בנסיבות העניין (ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 310 (2003) (להלן: עניין בנק צפון אמריקה)). חובה זו מעוגנת גם בסעיף 253 לחוק החברות הקובע כי:

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

סעיף זה דורש, למעשה, מנושא משרה בחברה לעמוד בשתי דרישות עיקריות – הראשונה היא לנקוט באמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות של פעולה המובאת לאישורו וכל מידע אחר שיש לו חשיבות לעניין זה, והשנייה היא שתתקיים בו מידה נאותה של מיומנות וכישורים. אומר כבר עתה, כי אף מבלי להידרש לשאלה האם עצם ההחלטה על העברת הכספים מהחברה לחברה הבת בענייננו הייתה סבירה, נראה כי רוב חברי הדירקטוריון הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם, ולא עמדו בשתי הדרישות המעוגנות בסעיף 253 לחוק החברות – "דרישות המיומנות" ו"דרישת היידוע".

28. כאמור, חלק ניכר מטענות ההגנה של הדירקטורים הוקדש לסבירות תוכן ההחלטה על העברת הכספים המאסיבית מהחברה לחברה הבת. נטען, כי המדובר בהשקעה לגיטימית שנועדה לממש ולהגשים את מטרות החברה על-ידי קיום המפעל אשר סיפק תעסוקה לחלק מהחוסים בכפר. לכל היותר, כך נטען, המדובר בהחלטה שנבעה מטעות בשיקול דעת עסקי, ומשכך נהנית מהגנת "כלל שיקול הדעת העסקי".

ואמנם, כלל שיקול הדעת העסקי, המעוגן בשיטות משפט רבות, מעניק הגנה לחברי דירקטוריון מפני ביקורת שיפוטית על תוכן החלטה שהתקבלה, ולמעשה מנחה את בית המשפט שלא להתערב בשיקול הדעת של נושאי המשרה בחברה, אפילו אם היה מוטעה, כל עוד מתקיימים מספר תנאים מקדימים. כלל זה נשען על התפיסה לפיה למערכת המשפט אין יתרון מוסדי בכל הנוגע להערכת סיכונים עסקיים, שהם חלק אינטגרלי מקבלת ההחלטות בשדה העסקי, המבוסס במידה רבה על התמודדות עם אי-ודאות. עם זאת, החסינות שכלל זה מקנה להחלטה העסקית אינה מוחלטת, ובניגוד לאי-ההתערבות בתוכן ההחלטה, בכל הנוגע לתהליך קבלת ההחלטות על-ידי נושאי המשרה בחברה, הדין מציב סטנדרטים ברורים וקובע מהם אמצעי הזהירות התהליכיים בהם עליהם לנקוט.

29. נוכח האמור, לא מצאתי לדון, בשלב זה, בשאלה האם ההחלטה על העברת הכספים מהחברה לחברה הבת הייתה בגדר החלטה על השקעה לגיטימית שנועדה למימוש מטרות החברה, או שמא המדובר בהחלטה שאינה סבירה מבחינה עסקית. זאת, אף מבלי להכריע בשאלה האם כלל שיקול הדעת העסקי אומץ בשיטת המשפט הישראלית ובאיזה אופן (רבים הביעו עמדתם כי הכלל אומץ הלכה למעשה בפסיקת בתי המשפט הישראליים כסטנדרט הביקורת לבחינת החלטות של דירקטוריונים, אך הדיון ביחס בין כלל זה לבין סעיף 253 לחוק החברות טרם לובן בפסיקה; ראו: יורם דנציגר ועמרי רחום-טוויג "עלייתו של שיקול הדעת העסקי ונפילתה של חובת הזהירות של דירקטורים" 99 יוסף גרוס 23, 37 – 43 (תשע"ה); עמיר ליכט "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" משפט ועסקים יט 475 (התשע"ה) (להלן: ליכט)).

30. נוכח האמור, השאלה הראשונה אותה יש לבחון היא, האם הדירקטורים הפרו את חובות הזהירות המוטלות עליהם מכוח סעיף 253 לחוק החברות. חובות אלה, כאמור, הן תהליכיות-פרוצדורליות באופיין, ואינן נוגעות לתוכן ההחלטות שקיבל הדירקטוריון, אלא לתהליך קבלת ההחלטה, או ליתר דיוק – להיעדרו.

כאמור, בית משפט קמא היה נחרץ מאוד בקביעותיו באשר לחוסר התפקוד של הדירקטוריון ונבצרותו בתקופה הרלוונטית לתביעה. כך למשל, נקבע כי:

"בפועל ניתן לומר כי אין לחברה דירקטוריון (ובכל מקרה לא ניתן לקיים כל אסיפות דירקטוריון ולקבל החלטות בעניינה של החברה בהעדר מניין חוקי) ... ממעט הפרוטוקולים שהוצגו על-ידי התובעים עולה תמונה

לפיה עד שנת 1998 נוהלו ישיבות מסודרות של הדירקטוריון, אשר דנו בכל העניינים הרלבנטיים לניהול החברה, וקיבלו דיווחים על הנעשה בחברה ... משנת 1998 ואילך לא התקיימו כל ישיבות דירקטוריון 'במניין חוקי', הפרוטוקולים חלקיים בלבד, ומי שחתום עליהם הוא פינקוביץ בלבד (כאשר במקרה אחד אפילו רבס טוען כי חתימתו זויפה) ... נכון יותר לומר לאור הראיות כי 'נבצר' מ[הדירקטורים] למלא תפקידם" (פסקאות 168 ו-172 לפסק הדין קמא; ההדגשות הוספו, צ.ז.).

31. גם הדירקטורים עצמם, בעדויותיהם ובכתבי טענותיהם, הציגו תמונה דומה, ממנה עולה כי הם לא היו מודעים להיקף ההחלטות על העברת הכספים מהחברה לחברה הבת, לא הבינו את ההשלכות של החלטות אלה, ולא עשו מאמץ מיוחד כדי להתגבר על פערי המידע והיעדר המיומנות שלהם. כך למשל, רבס בעדותו בבית משפט קמא אמר כי:

"לדאבוני הרב הייתי איזה שהוא פתי. האמנתי לכל דבר ומה שיותר גרוע, סמכתי על הצוות הכלכלי, שמה שכתוב בדו"ח, או מה שהוא סיפר זה מבוסס ... הוא אמר שהמפעל הוא רווחי וכולם האמינו לזה. שם ישבו אמנם מומחים, אז לא היו לי שום ספקות" (פרוטוקול הדיון מיום 23.1.2008, עמ' 12).

בהמשך, כשנשאל רבס אם היה מודע להיקף העברות הכספים לחברה הבת, השיב: "בשום פנים ואופן לא הייתי מקבל דבר כזה, גם לא קיבלתי את האינפורמציה הזו ... לא היה לי מושג מה שקראתי בתיק עכשיו שהוא הוציא מיליונים, 20 מיליון או קצת פחות על ההפסדים של המפעל" (פרוטוקול הדיון מיום 23.1.2008, עמ' 13).

בדומה, בסיכומים שהגיש גוטוין נטען כי הדירקטורים לא ידעו בזמן אמת על היקפי ההשקעות בחברה הבת ועל מצבה של החברה הבת. כן נטען כי:

"ניתן לומר אפוא בכל הנוגע לדירקטורים, כי גילם המתקדם, מצב בריאותם הירוד, ושהייתם בחו"ל (של גוטוין והורן) אמנם היו נסיבות שבכל אחת מהן לחוד, קל וחומר בצירופן ביחד, היה כדי לראות בדירקטורים כמי שנבצר מהם למלא את תפקידם. נסיבות אלה לא אפשרו לדירקטורים לגבש הכרה אובייקטיבית, קל וחומר להודיע עליה לחברה ולהורי החוסים, כי הם אינם מסוגלים עוד לתפקד כדירקטורים. אולם אין מדובר בנסיבות שאירעו כהרף עין ונפלו על הכפר כרעם ביום בהיר, אלא הן היו תוצאה של תהליך שארע במשך תקופה לא קצרה, עם הזדקנותם של הדירקטורים ... " (סיכומי גוטוין, בפסקאות 25-26, ההדגשות הוספו, צ.ז.).

32. אלו הן רק דוגמאות ספורות המבטאות את עמדת הדירקטורים, אשר גם התקבלה על-ידי בית משפט קמא, לפיה הם כלל לא היו מודעים לעסקאות אותן אישרו, כי המידע שהיה ברשותם היה חלקי ביותר ולעתים מוטעה, וכי, למעשה, הם כלל לא היו כשירים ומיומנים לכהן כדירקטורים בשנים הרלוונטיות לתביעה. בנסיבות אלה, ונוכח הוראותיו הברורות של חוק החברות באשר לחובת המוטלות על דירקטורים, אין מנוס מלקבוע כי הדירקטורים בענייננו הפרו באופן בוטה את חובת הזהירות המוטלת עליהם והמעוגנת בסעיף 253 לחוק החברות על שני חלקיה – הן את "דרישת המיומנות" והן את "דרישת היידוע", כפי שיפורט להלן.

דרישת המיומנות והכשירות

33. הדרישה שלפיה על הדירקטור להיות מיומן, מופיעה אמנם בסעיף 253 לחוק החברות שנוסחו הובא לעיל, אך מעוגנת גם בסעיף 224א לחוק החברות, הקובע את תנאי הכשירות לכהונה כדירקטור. על-פי סעיף 224א, לא ימונה לכהונה כדירקטור "מי שאין לו הכישורים הדרושים והיכולת להקדיש את הזמן הראוי לשם ביצוע תפקיד של דירקטור בחברה, בשים לב, בין השאר, לצרכיה המיוחדים של החברה ולגודלה". מבלי להיכנס לשאלה האם כל אחד מהדירקטורים שמונה היה מיומן, ובאיזו מידה, לצורך כהונה כדירקטור, ברור כי לפי עמדתם של הדירקטורים עצמם, בתקופה הרלוונטית לתביעה הם כלל לא היו יכולים להקדיש את הזמן הראוי לשם ביצוע תפקידם, נוכח מצבם הרפואי או שהותם בחו"ל.

34. נוכח האמור, השאלה המרכזית בה יש לדון היא, על מי מוטלת האחריות לכך שבדירקטוריון החברה כיהנו דירקטורים בלתי מיומנים ובלתי כשירים לביצוע תפקידם ולמילוי חובותיהם. עמדת הדירקטורים היא כי "נבצר" מהם למלא את חובותיהם, ומשכך אין לייחס להם כל אחריות. גם בית משפט קמא הביע עמדתו לפיה "האמור בסיפא [של חוות דעת בילו, צ.ז.] לפיו בשנים האחרונות 'בחרו' המנהלים לא להגיע ולהשתתף בקבלת ההחלטות, אינו 'מדויק' בלשון המעטה, ונכון יותר לומר לאור הראיות, כי 'נבצר' מהם למלא תפקידם".

35. לטעמי, אין לפטור את הדירקטורים מאחריות לאי-תפקודם בקביעה לקונית זו. סעיף 227א לחוק החברות קובע במפורש כי: "דירקטור שחדל להתקיים לגביו תנאי הדרוש לפי חוק זה לכהונתו כדירקטור או שמתקיימת לגביו עילה לפקיעת כהונתו כדירקטור יודיע על כך מיד לחברה, וכהונתו תפקע במועד מתן ההודעה". כלומר,

החוק מטיל בלשון ברורה על הדירקטור עצמו את החובה ליידע את החברה אם נסיבותיו האישיות השתנו, והוא כבר אינו מקיים אחר אחד מתנאי הכשירות לכהונה כדירקטור. אמנם נכון, ניתן לחשוב על אי-אלו תרחישים, כמו מוות או אובדן הכרה ממושך, בהם שינוי הנסיבות הוא כה דראסטי ופתאומי, באופן שלמעשה מונע מהדירקטור למסור הודעה על השינוי לחברה, אך איני סבור כי המקרה הנדון נמנה על תרחישים חריגים אלה. כך גם אין מדובר בענייננו במצב של חוסר יכולת מי מהדירקטורים להבין שאין הוא מסוגל עוד למלא תפקידו כראוי, כגון כאשר דירקטור נעשה סנילי או שהוא מאבד את שפיות דעתו, ר"ל. גם במצבים אלה הדירקטור אינו מודע למצבו ואינו יכול להודיע לחברה על מצבו זה. לא כך היו פני הדברים בענייננו.

36. בית משפט קמא, אשר מצטט את ממצאיו של דו"ח דרמן, מפרט מה היו נסיבותיהם האישיות של כל אחד מהדירקטורים הנתבעים אשר מנעו את תפקודם ומילוי חובותיהם כלפי החברה. כך למשל, נקבע כי הורן שהה בארצות-הברית כשבע שנים; כי גוטוין שהה בחו"ל תקופות ארוכות; וכי שרון לא תפקד בשנותיו האחרונות. כן צוין כי יוסף אדלר ז"ל נפטר, וככל הנראה בשל כך גם לא צורף כנתבע לתביעה דנא. על כן קבע בית משפט קמא, כי "בדירקטוריון החברה נותרו שני דירקטורים בלבד, אריה פינקוביץ ופרץ רבס, שכאמור בדו"ח רו"ח דרמן הוא בגיל 86 (וכפי שנאמר שם הוא היה מגיע לכפר מספר פעמים בשבוע לטפל בעניינים חברתיים בלבד)".

הנה כי כן, מקביעות אלה עולה בבירור כי אף אחד מהדירקטורים הנתבעים לא הפך מ"כשיר" ל"בלתי-כשיר" בפתאומיות או באופן אחר השולל ממנו את האפשרות להודיע על השינוי בנסיבותיו האישיות לחברה (למעט אולי שרון, אליו אתייחס בהמשך). מסקנה דומה אף עולה בסיכומיו של גוטוין, אשר טען כי השינוי בנסיבותיהם האישיות של הדירקטורים היה תהליכי ונמשך לאורך תקופה ארוכה (ראו הציטוט לעיל מפסקאות 25-26 לסיכומיו של גוטוין ז"ל).

ואמנם, שהותם של גוטוין ושל הורן בחו"ל תקופות ארוכות אינה מצדיקה לכשעצמה את הזנחת חובותיהם כדירקטורים או את הימנעותם ממסירת הודעה לחברה על שינוי בתנאי כשירותם. ביחס לגוטוין, למשל, קיבל בית משפט קמא את האמור בתצהירו לפיו שהה בשנים האחרונות מרבית השנה בשוויץ וכי מעת לעת היה מקבל דיווחים מפינקוביץ או מבעלי תפקידים ויועצים חיצוניים של הכפר, באשר לאיתנות הכספית של הכפר וכי מעולם לא שמע על בעיות כלשהן. אלא, שכפי שנאמר כבר בעניין בנק צפון אמריקה, מילוי חובותיו של דירקטור אינן יכול להתבצע ב"שלט

רחוק", וחלק מהותי בתפקוד תקין של הדירקטוריון הוא קיום ישיבות ונוכחות פעילה של הדירקטורים בהן:

"הדירקטוריון הוא אורגן מרכזי של החברה. הוא פועל באמצעות נושאי המשרה (הדירקטורים) המתמנים כחברי הדירקטוריון. על כל דירקטור מוטלת החובה להשתתף בהגשמת תפקידי הדירקטוריון. הדירקטוריון מגשים את תפקידיו, בין השאר באמצעות ישיבות הדירקטוריון וועדותיו. מכאן חובתו של כל דירקטור להשתתף בישיבות הדירקטוריון שעה שהוא מתכנס. לעתים מוטלת עליו אף החובה לדרוש את כינוסו של הדירקטוריון במקום שהוא נמנע מהתכנסות. דירקטור לא יכול להגשים את חובותיו בשלט רחוק. עליו להשתתף בישיבות הדירקטוריון. כמובן, חובת ההשתתפות בישיבות הדירקטוריון אינה חובה מוחלטת. דירקטור לא יפר את חובת הזהירות המוטלת עליו כלפי החברה, אם מטעמים ראויים יימנע מלהשתתף בישיבה זו או אחרת של הדירקטוריון. הכול הוא עניין של מידה וסבירות. הכול תלוי במספר ישיבות הדירקטוריון המתקיימות בשנה, במספר הדירקטורים, בגודל החברה, בטיב עסקי החברה, בעניינים הנדונים בה ובמספר החיסורים של הדירקטור" (פרשת בנק צפון אמריקה בפסקה 44, ההדגשות הוספו, צ.ז.).

הדברים יפים גם לענייננו. לא ניתן לקבל את דבריו של גוטוין, לפיהם הסתפק בדיווחים מפינקוביץ ביחס למצבה של החברה, באופן שיש בכך מילוי חובת הזהירות התהליכית שלו כלפי החברה. כאמור, חלק מדרישת המיומנות כוללת את הדרישה להקדיש זמן ראוי לענייניה של החברה, וההלכה הפסוקה הבהירה כי הקדשת הזמן אינה יכולה להתבצע ללא נוכחות פעילה בישיבות הדירקטוריון. יתר על כן, נוכחותו של גוטוין בשוויץ הוקדשה, בין היתר גם לניהול "תקווה שוויץ" לתקופה קצרה. העובדה שגוטוין היה כשיר לנהל את המוסד שהוקם בשוויץ מעידה כי לכל הפחות היה כשיר גם להודיע לחברה על שינוי בנסיבותיו האישיות כמתחייב מסעיף 227א לחוק החברות, וכי לא ניתן לייחס לו "נבצרות" או "חוסר כשירות" שמנעו ממנו למסור הודעה כאמור.

37. בדומה, לא מצאתי כי גילם המתקדם של הדירקטורים מעיד לכשעצמו על אי-כשירות או על "נבצרות" באופן אוטומטי. כידוע, ירידה במיומנויות אלה ואחרות הנלווית, לעיתים, לתהליכי הזדקנות, היא עניין סובייקטיבי. לא ניתן לקבוע באופן כוללני כי כל אדם שהגיע לגבורות אינו כשיר לכהן כנושא משרה בתאגיד מבלי לחטוא בגילנות (Ageism). הדירקטורים לא הוכחו כי גילם המתקדם הוביל לירידה במיומנות זו או אחרת שלהם, לא פירטו באיזה אופן גילם המתקדם מנע מהם למלא את

חובותיהם כדירקטורים ולא הביאו ראיות לכך. אמנם, נטען כי ככלל הדירקטורים היו מבוגרים ואף בית משפט הדגיש טענה זו ונראה שייחס לה משמעות, אך אני סבור כי מתן פטור גורף מאחריות נזיקית לנושאי משרה בתאגיד הנובע אך ורק מגילם המבוגר אינו ראוי ואינו רצוי. משכך, לא מצאתי כי שהותם בחו"ל של גוטוין והורן או גילם המתקדם של יתר הדירקטורים מובילים למסקנה כי "נבצר" מהם לבצע את תפקידם בנסיבות שבהן גם לא היו מסוגלים להודיע על השינוי בתנאי כשירותם לכהן כדירקטורים לחברה.

38. יוצא מן הכלל, בהקשר זה, הוא שרון, אשר לגביו קבע בית משפט קמא, תוך הפניה לדו"ח בילו, כי נכח בישיבות רק עד שנת 2000, ולאחר מכן נעדר בשל מחלה ופגיעה בתפקודו. יצוין עוד כי בסיכומים שהוגשו מטעם עזבונו של שרון, נטען כי לאחר שחלה באוקטובר 2000, פרש מכל תפקידיו בכפר. יתר הדירקטורים לא טענו כי הודיעו לחברה על שינוי בנסיבותיהם או על פרישה מתפקידיהם, וזאת, כאמור, ללא הצדקה ותוך הפרה של חובותיהם כלפי החברה. משכך, נראה כי למעט שרון, אשר לפחות לגבי חלק מהתקופה (החל מחודש אוקטובר 2000) הודיע על פרישה מתפקידו ועל היעדר כשירות, יתר הדירקטורים לא מילאו את חובת המיומנות ואת תנאי הכשירות, והפרו את חובתם להודיע על כך לחברה בעת הרלוונטית.

דרישת היידוע – החובה לקבלת מידע

39. כאמור, סעיף 253 לחוק החברות קובע כי על דירקטור לנקוט "אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו ... ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור". קביעת בית משפט קמא לפיה הדירקטוריון כלל לא תפקד בתקופה הרלוונטית לתביעה מייתרת, לכאורה, את הדיון בשאלה האם בידי הדירקטורים היה מידע מספק כדי לאשר את העברת הכספים מהחברה לחברה הבת. ברור כי הקביעות לפיהן הדירקטוריון היה בלתי כשיר למלא את תפקידו מובילות למסקנה לפיה הדירקטורים לא קיבלו ובוודאי שלא דרשו את מלוא המידע הרלוונטי לצורך אישור הפעולות.

40. ואולם, בית משפט קמא לא הסתפק בקביעה כי הדירקטוריון לא תפקד הלכה למעשה, אלא הוסיף וקבע כי יש לדחות את התביעה גם לגופה, שכן הדירקטורים לא התרשלו בפיקוחם על מעשיו של פינקוביץ. בין היתר, בית משפט קמא לא מצא "סיבה שהייתה מצדיקה חשד כי התנהלותו של פינקוביץ אינה תקינה" וכן קבע כי הסתמכותם של הדירקטורים על היועצים החיצוניים והמומחים אשר לא התריעו בפניהם על

סיכונים בעסקאות או על מצבה של החברה פוטרת אותם מאחריות: "מהראיות עלה במפורש כי עמדו לרשות החברה יועץ משפטי, רואה חשבון וכן יועצים נוספים וכל עוד אלה לא התריעו בפני הדירקטורים אודות מצב החברה מדוע היה על הדירקטורים לפנות ולחפש תשובות לשאלות שלא התעוררו?" (פסקה 180 לפסק הדין קמא. ההדגשה הוספה, צ.ז.). נוכח קביעות אלה, אשר במידה מסוימת סותרות את הקביעה הראשית של בית משפט קמא בדבר "נבצרות הדירקטוריון", אדרש בקצרה גם למהות החובה לקבלת מידע, ולשאלה האם אמנם הדירקטורים מילאו חובה זו כראוי.

41. מלשון סעיף 253 לחוק החברות ומפסיקת בתי המשפט עולה כי הדרישה לקבל מידע מלא צריכה אמנם להיות מציאותית וסבירה בהתאם לנסיבות העניין, אך על המידע להיות מהותי ונוגע באופן ישיר לכדאיות העסקית של הפעולה הטעונה אישור; כי הדירקטוריון צריך לבחון חלופות לפעולה המוצעת; וכי איסוף המידע צריך להיעשות באופן רציונאלי (על קריטריונים אלה כעומדים בבסיס החובה לאיסוף מידע בשיטות משפט זרות אך גם במשפט הישראלי – ראו ליכט, עמ' 497-510, 518-524, וההפניות שם). מכל מקום, ברור כי טרם קבלת החלטה או אישור פעולה, ועוד קודם לדרישת המידע הרלוונטי, על הדירקטורים להיות מודעים לטיב ההחלטה או הפעולה הנדונות:

"על דירקטור ובעל תפקיד בחברה לקבל החלטה מודעת, פרי הליך של איסוף עיון, דיון, ובחינת נתונים, מסמכים ושיקולים רלוונטיים. על כך אין חולק, אך תנאי מקדמי להחלטה מודעת לאישור עסקה, היא היותה מדעת, קרי, נדרשת ידיעה של הדירקטור אודות העסקה הרלוונטית" (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, בפסקה 41 (26.4.2015)).

מדברי הדירקטורים שהובאו לעיל, ניכר כי לפחות חלק מהם הודו בפה מלא כי כלל לא היו מודעים להיקף העברות הכספים לחברה הבת (ראו דבריו של רבס והטענות בסיכומיו של גוטווין, לעיל) ואחרים הרבו להסתמך על דיווחיהם הכלליים של פינקוביץ ויועצים או מומחים נוספים בדבר הפעולות הנדרשות ומצבה הכלכלי של החברה, מבלי לדרוש לבחון את המסמכים ואת הנתונים בעצמם, מבלי לקיים ישיבות דירקטוריון סדירות ותקינות שבהן תוחלפנה דעות ויתקיים דיון, ומבלי להציף שאלות רלוונטיות או לבחון חלופות עסקיות אפשריות. בנסיבות אלה, לא ניתן, לטעמי, לקבל את טענת הדירקטורים או את קביעת בית משפט קמא לפיה הדירקטורים פעלו כשורה באישור הפעולות על בסיס הסתמכותם על דברי המנכ"ל והיועצים.

42. אכן, דירקטור זכאי להיעזר בחוות דעת של מומחים בעלי מקצוע (סעיף 266 לחוק החברות). עם זאת, קבלת חוות דעת או עצת מומחה אינה פוטרת דירקטור מהפעלת שיקול דעת עצמאי באשר לטיב העצה ונכונותה (יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 171 (2010)). בענייננו, כאמור, הדירקטורים לא הציגו מסמכים או נתונים עליהם הסתמכו סמוך לאישור הפעולות על-ידיהם, ולא הפנו לפרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון מהם ניתן ללמוד כי אכן קיבלו חוות דעת מקצועיות ומבוססות שדירקטור סביר היה מסתמך עליהן טרם אישור פעולה כאמור, וכי הדבר נעשה תוך הפעלת שיקול דעת ולאחר עריכת בירור מתאים.

43. יודגש, כי גם קביעת בית משפט קמא לפיה לרשות החברה עמדו יועצים שונים אשר לא התריעו בפני הדירקטורים על מצב החברה אינה מתארת מציאות קונקרטית של היוועצות אקטיבית של הדירקטורים במומחים בנוגע להעברת הכספים לחברה הבת. למעשה, סמוך לקביעת בית משפט קמא לפיה יועצי החברה לא התריעו בפני הדירקטורים על מצב החברה, מדגיש בית המשפט כי על-פי עדותה, מנהלת החשבונות של החברה, הגב' קרסנר, פנתה בעניין מצב החברה לפינקוביץ ובנו בלבד, וכלל לא ידעה אם רבס ידע על מצב החברה (פסקה 182 לפסק הדין קמא). יתר על כן, בית המשפט הוסיף כי "בתצהירו של גוטוין הוא אומר במפורש כי פרט למצג של פינקוביץ, הדירקטורים הסתמכו גם על יועצים ומומחים שאמרו ש'הכל בסדר ושיש רווח'" (פסקה 180 לפסק הדין קמא). לטעמי, קבלת עדויות אלה עומדת בסתירה לקביעה לפיה הדירקטורים לא הפרו את חובת הזהירות שלהם כלפי החברה משהסתמכו על המצגים שהוצגו להם על-ידי מומחים ויועצים.

קביעותיו העיקריות של בית משפט קמא, כמו גם חלק ניכר מדברי הדירקטורים עצמם, מובילים למסקנה כי הדירקטורים לא היו מיוודעים בזמן אמת להיקף העברות הכספים מהחברה לחברה הבת, וכי הם אישרו פעולות אלה מבלי לאסוף את המידע הרלוונטי ומבלי לקיים ישיבות דירקטוריון כסדרן. טענת הדירקטורים לפיה אין לייחס להם אחריות לנזקה של החברה משום שהם הסתמכו על יועצים ומומחים, עליה הם חזרו גם במסגרת כתבי הטענות בערעורים דנא, נטענה בעלמא, ללא ביסוס עובדתי או ראשית ראיה קונקרטית לעניין זה – מי הם המומחים, מה היתה חוות דעתם, האם נערך בירור מינימאלי של האמור בה.

44. סיכומם של דברים עד כה: בניגוד לקביעת בית משפט קמא, אני סבור כי הדירקטורים רבס, גוטוין והורן הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם מכוח סעיפים 253, 224 ו-227א לחוק החברות, על שני רכיביה, וזאת בעיקר בהתבסס על טענות

הדירקטורים עצמם ועל קביעות בית משפט קמא. הדירקטורים נמנעו לאסוף מידע רלוונטי ולא דאגו לכך שיהיו מיודעים בפרטי העסקאות אותן אישרו מתוקף תפקידם, ובכך הפרו את חובת היידוע. כמו כן, לשיטתם של הדירקטורים הם אף איבדו מכישוריהם ומיכולתם להקדיש זמן לפעילותם כדירקטורים, ואף-על-פי-כן, נמנעו מלהודיע על כך לחברה, ללא הסבר מניח את הדעת להימנעות זו. יוצא מן הכלל הוא, כאמור, שרון, אשר נעשה בלתי כשיר ופרש מתפקידו בחברה החל מחודש אוקטובר 2000. משכך, הפרת חובת הזהירות על-ידו מוגבלת לתקופה שקדמה למחלתו ולהודעתו על פרישה.

משהגעתי לכלל מסקנה כי הדירקטורים התרשלו בכך שהפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם, יש להמשיך ולבחון את יתר רכיבי עוולת הרשלנות – כלומר: קיומו של נזק לחברה וקשר סיבתי בין ההתרשלות המיוחסת לדירקטורים לבין הנזק האמור.

הנזק והקשר הסיבתי

45. כדי לקבוע האם נגרם לחברה נזק והאם קיים קשר סיבתי בין התרשלות הדירקטורים לבין הנזק – ככל שנגרם, עלינו, בשלב זה, לקיים דיון בשאלה האם ההחלטה על העברת הכספים לחברה הבת בשנים הרלוונטיות לתביעה הועילה לחברה או הזיקה לה. שאלה זו עוסקת בתוכן ההחלטה שהתקבלה על-ידי הדירקטוריון ובסבירותה, בשונה מאופן ותהליך קבלת ההחלטה, בהם עסקנו לעיל.

בית משפט קמא הכריע כי ההחלטות על העברת הכספים לחברה הבת בין השנים 2000-2002 גרמו נזק לחברה וכי לא הייתה להן הצדקה:

”ככל שהעברה זו לא הביאה ל’שגשוג’ החברה הבת ... ניתן היה לומר כי מדובר בשיקול דעת מוטעה של פינקוביץ ... ואולם משנת 2000 ואילך, לא הייתה כל הצדקה להמשך פעילות המפעל ‘היצרני’, וגם לאור מספר החוסים שהועסקו בו (פחות מ-10% מהחוסים בכפר), הוא לא הצדיק את המשך קיומו למטרה לה נועד מלכתחילה. לבטח לא היה מקום להמשיך להזרים לחברה הבת כספים, משל היה ‘בור חסר תחתית’. המשך הזרמת הכספים – כאשר פינקוביץ מודע למצב הכלכלי החמור של החברה הבת ולחוסר התכלית שבהשקעת הכספים – מהווה הפרת חובת אמונים וגרם לפגיעה המהותית בחברה” (בפסקה 154 לפסק הדין קמא).

ביחס לקביעה זו טוענים הדירקטורים, כי בית משפט קמא שגה, וכי אין לראות בהעברת הכספים מהחברה לחברה הבת "נזק", אלא השקעה כספית שנועדה לממש את מטרות החברה ולתת פתרון תעסוקתי לחוסים בכפר. כן נטען, כי גם בהינתן שחלק מההשקעה במפעל בשנים האחרונות לא היה מוצדק או סביר, הרי שהתובעים הם אלו שהיו צריכים להוכיח מהי העלות הסבירה של הפעלת המפעל, ומהו שיעור התמיכה הסביר של החברה בו. משלא עשו כן, כך נטען, לא ניתן לקבוע מהו הנזק שנגרם לחברה.

46. אין בידי לקבל טענות אלה. משעה שהגעתי לכלל מסקנה כי הדירקטורים הפרו את חובת הזהירות התהליכית כלפי החברה, והפעולות אושרו מבלי שהדירקטורים היו מיוודעים באופן מלא לגביהן ומבלי שנחשפו למידע המלא והרלוונטי לצורך קבלת ההחלטות האמורות, הנטל להוכיח כי תוכן ההחלטות הנדונות היה סביר וכי החלטות אלה לא הסבו לחברה נזק, עובר לכתפי הדירקטורים עצמם (השוו: ע"א 3136/14 כבידי ואח' נ' אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ, בפסקאות 46 ו-56 (28.1.2016); תנ"ג (ת"א) 13663-03-14 ניומן נ' פיננסיטק בע"מ, בפסקאות 59-62 (24.5.2015)). זהו גם האופן בו פועל כלל שיקול הדעת העסקי בשיטות משפט אחרות:

"מידת הצלחתו של התובע בשלב הפרוצדורלי קובעת את ההיבט המהותי של רמת הביקורת השיפוטית שיפעיל בית-המשפט. העמידה בנטל נדרשת בכל תביעה נגד הדירקטור בטענה להפרה של חובת נאמנות, ואם התובע לא עמד בנטל, חזקת שיקול הדעת העסקי חוסמת כל תביעה נגד הדירקטור, למעט מקרים יוצאי-דופן במיוחד. לעומת זאת, אם התובע עמד בנטל והפריך את חזקת שיקול-הדעת העסקי, מתאפשרת תביעה בגין הפרה של חובת תום-הלב, חובת הזהירות או חובת האמון, לפי העניין, וסטנדרט הביקורת השיפוטית עולה לרמה הגבוהה של בדיקת ההגינות המוחלטת (entire fairness) של הפעולה או של העסקה כלפי החברה ובעלי מניותיה. במקרה זה מוטל על הדירקטור הנטל להוכיח את ההגינות המוחלטת של העסקה, לרבות ניהול הליך הוגן והשגת המחיר הטוב ביותר שהחברה יכלה להשיג בנסיבות העסקה" (שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 325 (התשס"ט); ההדגשות הוספו, צ.ז.).

47. העברת הנטל להוכחת העדרו של נזק או של קשר סיבתי לדירקטורים אשר הפרו את חובת הזהירות התהליכית המוטלת עליהם, סוטה אמנם מ"משטר הנטלים" הרגיל בהוכחת תביעת רשלנות, אך היא משלבת ומיישבת בין חובת הזהירות התהליכית לבין חובת הזהירות המהותית המוטלות על דירקטורים בחברה. לפי

האפשרות האחרת, של "משטר הנטלים" הרגיל בתביעת רשלנות, כל אחת מהחובות – התהליכית והמהותית – הייתה עומדת על רגליה שלה, ונבחנת באופן מלא ונפרד. להשקפתי, האפשרות הראשונה עדיפה, וזאת, בין היתר, בשל הבעייתיות הכרוכה בהפעלת ביקורת שיפוטית על תוכן החלטות הדירקטוריון, כמפורט לעיל.

48. יתר על כן, העברת הנטל לדירקטורים במקרה הנדון, ובמקרים אחרים בהם התובע הוכיח כי חובת הזהירות התהליכית הופרה על-ידי הדירקטורים, עולה בקנה אחד עם עקרונות דומים שהותוו בדיני הנזיקין בהקשרים אחרים. כך למשל, בתביעת נזיקין נגד נתבע שיצר בהתרשלותו עמימות ראייתית בנוגע לאחד מרכיבי התביעה, עשוי בית המשפט להניח לגבי אותו רכיב הנחה המיטיבה עם התובע ולהטיל על הנתבע את הנטל לסתור הנחה זו. "חזקת הנזק הראייתית" יכולה לקום הן כאשר המעשה שחולל את הנזק הראייתי נפרד מהמעשה שלפי הנטען גרם לנזק הישיר (למשל הימנעות מתייעוד רפואי), והן כאשר הנזק הראייתי מוטמע בתוך המעשה או המחדל הרשלני שלפי הנטען גרם לנזק הישיר. בסוג המקרים השני, ההתנהגות העוולתית היא אחת, אך היא זו שגרמה הן לנזק הראייתי והן לנזק הישיר. הנזק הראייתי מתבטא בחוסר יכולת להוכיח את הקשר הסיבתי בין התרשלותו המוכחת של הנתבע לבין הנזק הישיר – למשל כאשר רופא נמנע מלבצע בדיקה, ובדיעבד לא ניתן לקבוע אם ביצוע הבדיקה היה מציל את החולה. במקרה כזה, קיימת הצדקה להעברת הנטל לכתפי הנתבע על-מנת שיוכיח, נוכח העמימות הראייתית שנוצרה בשל מחדלו או מעשיו, כי אותו מחדל או מעשה לא גרמו לנזק הישיר (ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור פ"ד נח(5) 54, 64-65 (2004); גיא שני "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315, 321, 333-335 (התשע"א)).

באופן דומה, גם בענייננו, התובעים הוכיחו כי הדירקטורים אישרו את העברת הכספים לחברה הבת ללא הליך תקין, ובכלל זה – כי הדירקטורים לא היו מיוודעים על אודות היקף העברות הכספים לחברה הבת, כי ישיבות דירקטוריון לא התקיימו כסדרן, כי לא נרשמו פרוטוקולים המוכיחים מהם השיקולים שהובאו בחשבון טרם אישור הפעולות, וכי לא נאסף מידע רלוונטי ומספק ביחס לפעולות הנדונות. בנסיבות אלה, האופן הרשלני בו פעלו הדירקטורים הוא גם שיצר את העמימות הראייתית, ואת הקושי לקבוע כיצד היו מתקבלות החלטות לו היה הדירקטוריון מקיים הליך תקין ומיודע. בנוסף, ברור כי נוכח הפרת חובת הזהירות התהליכית המוטלת עליהם, מתערערת ההנחה לפיה הדירקטורים פעלו באופן סביר וכי תוכן החלטותיהם לא הסב נזק לחברה,

וגם משום כך ראוי להעביר לכתפיהם את נטל ההוכחה כי חרף הכשלים הפרוצדורליים, ההחלטות על העברת הכספים לחברה הבת לא הסבה נזק לחברה.

49. ואולם, הדירקטורים לא הציגו חוות דעת כלכלית המוכיחה כי ההחלטות להעביר כספים בהיקף הנטען מהחברה לחברה הבת בשנים הרלוונטיות לתביעה היו סבירות, ואף לא הציגו ניתוח כלכלי לפיו לפחות חלק מהעברות אלה היו לגיטימיות ומוצדקות. כמו כן, בית משפט קמא קבע כי לא הובאה כל ראיה המתייחסת לשימוש שנעשה בכספים שהועברו לחברה הבת (פסקה 154 לפסק הדין קמא). אין אפוא בפנינו נתונים מספקים כדי לבחון את תוכן ההחלטות על העברות הכספים לחברה הבת ואת סבירות החלטות אלה. על כן, לטעמי, יש לקבוע כי הדירקטורים לא הרימו את הנטל שהועבר לכתפיהם להוכיח כי החלטותיהם להעברת הכספים לחברה הבת, שהתקבלו תוך הפרת חובת הזהירות התהליכית כלפי החברה, היו סבירות ולא גרמו נזק לחברה. הטענות לפיהן יש לראות בהעברת הכספים השקעה לגיטימית בחברה הבת נטענו בעלמא וללא ביסוס המעוגן בראיות או בחוות דעת מקצועיות.

50. בנסיבות אלה יש לקבוע, כי טענת התובעים באשר לגובה הנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהעברות הכספים לחברה הבת לא נסתרה (חישוב הנזק מופיע בסעיף 19 להודעת הערעור של התובעים ומסתמך על האמור בחוות-דעתו של רו"ח בילו אשר, כנטען, סיכם את הנתונים המופיעים בדו"חות הכספיים של החברה ושל החברה הבת). כזכור, הן הדירקטורים והן חברת הביטוח טענו, כי יש לראות בהעברות הכספים הנזכרות השקעה לגיטימית אשר לא צלחה בסופו של דבר, אך לא מצאתי בין טענות הדירקטורים או הנתבעים האחרים טענה הכופרת בגובה הסכומים שהועברו מהחברה לחברה הבת (ראו למשל סעיף 56 לסיכומי חברת הביטוח בבית משפט קמא). משכך, ונוכח קביעתי לפיה הדירקטורים לא הרימו את הנטל המוטל לפתחם להוכיח כי לא גרמו נזק ברשלנותם, או כי הנזק שנגרם פחות מהנזק הנטען על-ידי התובעים, יש לקבל את גרסת התובעים באשר לגובה הנזק.

לכך יש להוסיף כי בית משפט קמא אף קבע באופן מפורש, כי לפחות החל משנת 2000 לא הייתה כל הצדקה להמשך פעילות המפעל, וכי המשך הזרמת הכספים בשנים אלה מהחברה לחברה הבת גרם לפגיעה מהותית בחברה. מכאן, שגם אם נאמץ את גבולות הגזרה ששרטט בית משפט קמא באשר לשנים בהן העברת הכספים לחברה הבת גרמה נזק לחברה (2000-2002), המדובר בסכום הגבוה מסכום התביעה, שהועמד על 12,000,000 ש"ח לצרכי אגרה.

51. לטענת הדירקטורים, אף אם הם הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם, ואף אם נגרם נזק לחברה, הרי שאין לייחס נזק זה להתרשלותם. נטען, כי הנזק שנגרם לחברה יכול היה להימנע לו רואי החשבון היו מתריעים באופן ברור על מצבה הכלכלי של החברה הבת ועל הסכנות הכלכליות הכרוכות בהעברת הכספים מהחברה אל המפעל. בנוסף, הדירקטורים סמכו ידיהם על קביעת בית משפט קמא לפיה יש לדחות את תביעת החברה והורי החוסים מאחר שבעלי המניות (ובהם ההורים) הם אלו שמינו את הדירקטורים בהכירם את כישוריהם (או את העדר הכישורים ...) ומאחר שלא מילאו את החובה, המוטלת על בעלי המניות מכוח תקנון החברה, לבחור את חברי הדירקטוריון "מזמן לזמן". לטענת הדירקטורים, הקשר הסיבתי בין התנהלותם לבין הנזק ניתן נוכח מחדליהם של גורמים שלישיים – רואי החשבון ובעלי המניות בחברה, ומשכך, אין לייחס לדירקטורים אחריות לנזק הנטען.

52. אין בידי לקבל טענות אלה. כידוע, לא אחת יימצאו כמה מזיקים שונים אשר במעשיהם או במחדליהם גרמו לנזק אחד, שאינו ניתן לחלוקה, והם יחויבו בפיצוי הניזוק "ביחד ולחוד" (ע"א 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 82 (2005); ג' טדסקי ואח' דיני הניזוקין: תורת הניזוקין הכללית 480 (התשל"ז)). על כן, גם אם יימצא כי מי מרואי החשבון היה אחראי לנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהחלטות הדירקטוריון להעביר כסף לחברה הבת, אין בכך כדי לנתק את הקשר הסיבתי שבין התרשלות הדירקטורים עצמם לבין הנזק שגרמו מעשיהם:

"מושכלת יסוד היא, שהתערבות גורם זר בין מעשה ההתרשלות לבין הנזק, אין בה כשלעצמה כדי לנתק את הקשר הסיבתי. ברגיל, פעולה רשלנית של אדם אחר אינה מנתקת את הקשר הסיבתי, ואפילו פעולה מכוונת של אדם אחר אינה מנתקת את הקשר הסיבתי אם ניתן היה לצפותה (ראו: ע"א 8199/01 עזבון המנוח מירו נ' מירו, פ"ד נז(2) 785, 791 (2003) ... ע"א 7021/99 עיזבון המנוח שלומי ויצמן ז"ל נ' סלע, פ"ד נו(1) 822, 830 (2001); ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1, 7 (1984)). כל רשלנות חייבת להיבחן לגופא על פי מבחן הצפיות, ובמקרים המתאימים, על פי מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר" (ע"א 7008/09 עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר בפסקה 22 לפסק דינו של השופט י' עמית (7.9.2010)).

53. לרקע האמור, ככל שייקבע בהמשך הדרך כי יש לייחס אחריות מסוימת גם לרואי החשבון בגין הנזק שנגרם לחברה, או לחלקו, תיקבע גם חלוקת האחריות בין המעוולים בהתאם למידת האשם שיש לייחס לכל אחד מהגורמים שיימצאו אחראים. מכל מקום, אחריותם של גורמים נוספים שהתורשו כלפי החברה אינה פוטרת את הדירקטוריון מאחריות לנזק שנגרם ברשלנותם, ואלו הם אכן מושכלות יסוד בדיני הנזיקין, כמובא לעיל.

54. בדומה, גם אם ניתן היה לייחס רשלנות לבעלי המניות, ואיני מחווה דעה בסוגיה לא פשוטה זו, הרי שאין בעובדה זו כדי להפחית מאחריותם העצמאית של הדירקטורים. העובדה שהדירקטוריון לא הוחלף על-ידי בעלי המניות, על-אף שהאסיפה הכללית הייתה מוסמכת לעשות כן, אינה גורעת מחובותיהם של הדירקטורים לפעול בהתאם לחובות הזהירות המוטלות עליהם (השוו: עניין בנק צפון אמריקה, בפסקה 59).

55. כמו כן, יוער, כי הדירקטורים לא שלחו הודעת צד ג' לחברה או למי מבעלי המניות, ועל כן רמיזת בית משפט קמא לפיה בעלי המניות עצמם, או חלק מהם, התרשלו בכך שלא פעלו בהתאם לסמכותם למנות דירקטורים חדשים, אינה מבוססת על ראיות או על הליך סדור של השמעת טענות על-ידי הצדדים הרלוונטיים בנושא זה. עוד יצוין, כי בית משפט קמא יצר זהות מוחלטת בין החברה (כתובעת בתביעה דנא) לבין בעלי המניות, שהיו מוסמכים להחליף את הדירקטוריון, וזאת מבלי להבהיר כיצד זהות זו מתיישבת עם העיקרון היסודי לפיו לחברה אישיות משפטית נפרדת. חוסר הבהירות המתואר מחזק אף הוא את מסקנתי לפיה לא היה מקום לדחות את התביעה נגד הדירקטורים בשל מחדליהם הנטענים של בעלי המניות.

56. לסיכום חלק זה: מצאתי כי הדירקטורים הפרו את חובות הזהירות כלפי החברה בכך שלא היו מודעים לטיב הפעולות אותן אישרו, לא אספו מידע כנדרש ביחס לפעולות אלה, ולא הודיעו לחברה על שינוי בנסיבותיהם האישיות אשר הפחית את כשירותם למלא תפקידם כדירקטורים. משכך, הועבר נטל ההוכחה באשר לסבירות תוכן ההחלטות עצמן אל כתפי הדירקטורים (הוכחה כי לא נגרם נזק או כי לא קיים קשר סיבתי), אך הם לא הרימו נטל זה. לבסוף, דחיתי גם את טענות הדירקטורים בדבר ניתוק הקשר הסיבתי בשל האחריות הנטענת של גורמים נוספים לנזק הנדון כמוסבר לעיל.

נוכח כל האמור לעיל, הדירקטורים אחראים לנזק שנגרם לחברה בגין העברות הכספיים לחברה הבת בתקופה הרלוונטית לתביעה, אשר הועמד לצרכי אגרה על סך של 12 מיליון ש"ח.

57. כאמור, יוצא מן הכלל הוא שרון, שאחריותו מוגבלת לתקופה שקדמה לפרישתו מתפקידיו (אוקטובר 2000). כיוון שהערכת סכום הנזק לסך של 12 מיליון הסתמכה, בין היתר, על קביעתו של בית משפט קמא, לפיה אין ספק כי החל משנת 2000 העברת הכספים לחברה הבת גרמה לנזקים לחברה – אציע כי שרון, אשר הודיע על פרישתו באמצע שנה זו, לא יחויב בנזקי החברה בגין העברת הכספים לחברה הבת, אשר הגיעו למעל 12 מיליון בשנים 2000-2002.

מכאן אעבור לסוגיה הבאה בה יש לדון והיא הסוגיה הביטוחית – האם הפוליסה מכסה את הנזקים שנגרמו בגין מעשיהם ומחדליהם של הדירקטורים.

ה.2. הסוגיה הביטוחית

58. כזכור, השאלה המרכזית העומדת במוקד המחלוקת בין התובעים לבין חברת הביטוח נוגעת לפרשנות המונח "מנהל מורשה" המופיע בחריג שבסעיף 4.14.3 לפוליסה, הקובע כי המבטחת לא תהיה אחראית לתשלום כל נזק כספי "בקשר ו/או כתוצאה מכל תביעה שהוגשה או נוהלה ביוזמת או בהוראת החברה או כל נושא משרה, למעט תביעה המוגשת על ידי מפרק, כונס נכסים או מנהל מורשה אשר מונה על ידי רשות מוסמכת". מדובר בחריג שאינו נדיר, הנכלל בפוליסות ביטוח אחריות דירקטורים בין היתר עקב חשש מפני קנוניה. הסייג לחריג נועד לאפשר כיסוי ביטוחי מקום שיוזם התביעה הוא בעל מעמד עצמאי כלפי החברה, מפעיל שיקול דעת עצמאי ומייצג גם אינטרסים נוספים, כגון אלו של נושי החברה.

ה.2.1 טענות הצדדים

59. לגישת התובעים, רו"ח דרמן הוא "מנהל מורשה אשר מונה על-ידי רשות מוסמכת", ועל כן, המבטחת צריכה לכסות את הנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהתרשלות הדירקטורים. נטען כי אמנם ההסכמה על מינוי רו"ח דרמן במקומו של פינקוביץ, כחלק מהצעדים שננקטו לטובת הבראת החברה, הושגה בין ההורים לבין פינקוביץ, אך בהמשך הובא ההסכם לאישורם של כלל הנושים והאפוטרופוס הכללי, ולהסכם ניתן תוקף של פסק דין. התובעים הדגישו, כי משניתן להסכם זה תוקף של

פסק דין, משמעות הדבר היא שרו"ח דרמן מונה לתפקידו על-ידי בית המשפט, והוסיפו כי ככל שהיו מבקשים לפטרו, היה צורך באישור לכך מבית המשפט. כן נטען, כי אין לפרש את עצם ההסכמה של כלל הנושים למינויו של רו"ח דרמן כמהלך המשנה את אופי תפקידו כמנהל מיוחד שמונה כחלק מהליכי הבראת החברה.

התובעים הוסיפו, כי יש לדחות את טענת המבטחת לפיה המונח "מנהל מורשה" המופיע בסעיף 4.14.3 לפוליסה מתוחם למשמעות מונח זה בארבעה דברי חקיקה מסוימים – חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; פקודת הבנקאות 1941; חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981; חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996. נטען כי מונח זה כלל לא הוגדר בפוליסה, ובוודאי שלא תוחם למשמעות מונח זה בחקיקה הנזכרת. כן נטען כי דברי חקיקה אלה אינם רלוונטיים לביטוח אחריות נושאי משרה בחברה הנדונה, שכן היא אינה בנק, חברת ביטוח, קופת חולים או תאגיד קבורה – עובדה שהייתה ידועה היטב למבטחת.

עוד טענו התובעים, כי שגה בית משפט קמא בקביעתו כי המבטחת פטורה מחובתה מאחר שהמעשים בגינם הוגשה התביעה נעשו בזדון, תוך מרמה והפרת אמונים. נטען, כי בכל הנוגע להעברת הכספים לחברה הבת, נהג פינקוביץ ברשלנות ולא מתוך מרמה. לחלופין נטען, כי גם אם הכיסוי הביטוחי של פינקוביץ נשלל בשל ביצוע מעשים מכוונים, אין בכך כדי לשלול את הכיסוי הביטוחי של יתר הדירקטורים שהתרשלו בכך שלא פיקחו על מעשיו.

באשר לטענה לפיה החברה הפרה את חובת הגילוי כלפי המבטחת, טענו התובעים כי בית משפט קמא שגה בקבעו כי "בשים לב להתנהלותו של מר פינקוביץ ... מן הסתם חטא לאמת גם במצגיו לחברת הביטוח – ויש ממש בטענת מגדל כי הפוליסה אינה בתוקף בשים לב למידע המטעה שנמסר לה" (פסקה 194 לפסק הדין קמא). נטען כי המבטחת לא הוכיחה טענתה כי הופרה חובת הגילוי, והעובדה שפינקוביץ הציג מצגי שווא לדירקטוריון, להורים וליועצים אינה הוכחה מספקת לקביעה שהפר את חובת הגילוי כלפי המבטחת. מכל מקום, נטען, גם אם פינקוביץ הפר את חובת הגילוי, אין בכך כדי לשלול את הכיסוי הביטוחי מיתר הדירקטורים.

לעניין הכיסוי הרטרואקטיבי, וקביעת בית משפט קמא כי טענה זו לא עלתה בכתב התביעה, נטען כי אמנם בכתב התביעה המתוקן (כמו גם בכתב התביעה המקורי) צוין כי יש להטיל על המבטחת חבות מכוח הפוליסה, אך לטענת התובעים יש לקרוא לתוך הפוליסה את הכיסוי הרטרואקטיבי. בנוסף, טענו התובעים כי סוגיית

הרטוראקטיביות נדונה בהרחבה במהלך ההליך, והמבטחת אף השיבה לגופה של טענת התובעים, כך שגם אם המדובר בהרחבת היריעה ושינוי חזית, הדבר נעשה בהסכמה מכללא.

נוכח האמור, מבקשים התובעים כי תבוטלנה קביעותיו של בית משפט קמא הנוגעות לחבות המבטחת, וכי המבטחת תחויב מכוח הפוליסה בכל הנזקים הנובעים מהמעשים והמחדלים הרשלניים המיוחסים לדירקטורים כמפורט לעיל.

60. בתשובתה, סמכה המבטחת ידיה על קביעותיו של בית משפט קמא, והדגישה כי הרציונל הכלכלי-ביטוחי העומד ביסוד החריג הקבוע בסעיף 4.14.3 לפוליסה הוא מתן אפשרות למפרק, כונס או מנהל מורשה להגיש תביעות במצב של פירוק או חדלות פירעון של המבוטח, ובכך לשמש פה לנושים (צדדי ג'). מצב זה, כך נטען, אינו דומה כלל לנסיבות מינויו של רו"ח דרמן, שכן החברה לא הייתה על סף קריסה כלכלית עובר למינויו, והמינוי הוא פרי הסכם בין התובעים לבין פינקוביץ בלבד, ולא הסדר המחייב את כלל הנושים. הובהר, כי רו"ח דרמן לא היה "זרועו הארוכה" של בית המשפט, לא נדרש לדווח לבית המשפט, בית המשפט לא שימש כמנחה ומפקח על פעילותו, וככלל – מינויו של רו"ח כמנהל מפעיל אינו דומה למינוי של מנהל מורשה, כמשמעו בדברי החקיקה הנזכרים לעיל. נטען, כי התובעים ידעו היטב כי רו"ח דרמן מעולם לא מונה ולא שימש ככונס נכסים או כמפרק, ולכן ביקשו להכתירו בתואר "מנהל מורשה" וכך לנסות ולהיכנס בשערי הפוליסה.

המבטחת הוסיפה וטענה כי מכל מקום, לא הוגשה נגדה על-ידי מי מהדירקטורים כל תביעה או הודעת צד ג', וגם משום כך אין לחייבה בנזקי החברה.

ה.2.2 דיון והכרעה

פרשנות סעיף 4.14.3 לפוליסה – האם יש לראות ברו"ח דרמן מנהל מורשה?

61. כזכור, בית משפט קמא קבע כי משנדחתה על-ידו התביעה נגד הדירקטורים, ממילא יש לדחות את התביעה גם נגד המבטחת בגין נזקים שנגרמו לחברה עקב רשלנותם הנטענת של הדירקטורים. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, קבע בית משפט קמא כי גם אם היה מוצא את הדירקטורים אחראים לנזקי החברה, עדיין היה קובע כי יש לדחות את התביעה כנגד המבטחת, שכן בנסיבות המקרה אין תחולה לסייג לחריג הקבוע בסעיף 4.14.3. בכך, למעשה, אימץ בית משפט קמא את פרשנות המבטחת

לסעיף האמור, הקובע, כזכור, כי המבטחת לא תהיה אחראית לתשלום כל נזק כספי "בקשר ו/או כתוצאה מכל תביעה שהוגשה או נוהלה ביוזמת או בהוראת החברה או כל נושא משרה, למעט תביעה המוגשת על ידי מפרק, כונס נכסים או מנהל מורשה אשר מונה על ידי רשות מוסמכת" (ההדגשות אינן במקור).

בעניין הנדון לא ראיתי לנכון לאמץ את עמדת בית המשפט המחוזי. אמנם, בנסיבות המקרה, נוכח אופי מינויו של רו"ח דרמן ונסיבות המינוי, הפכה פרשנות סעיף 4.14.3 לפוליסה לעניין מורכב, וקיימים נימוקים טובים וכבדי משקל לכאן ולכאן. עם זאת, ובעיקר נוכח העקרונות המנחים שנקבעו בקשר עם פרשנות פוליסות ביטוח, אני סבור כי יש לקבל את עמדת התובעים בעניין זה ואת פרשנותם המכלילה את תביעתו של רו"ח דרמן בכיסוי הביטוחי.

62. על-פי ההלכה הפסוקה, עקרון הפרשנות התכליתית מורה כי יש לפרש הגבלות על כיסוי ביטוחי בפוליסת ביטוח באורח מצמצם. בגדר כך נקבע, כי על המבטח להגדיר בפוליסה במפורש את החריגים לכיסוי הביטוחי כדי שיוסק דבר העדרו של כיסוי ביטוח בצורה המדויקת ביותר (ראו: ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573 (2007) בפסקה 62). יתר על כן, נפסק לא אחת כי, ככלל, יש להעדיף פרשנות שתקיים את הכיסוי הביטוחי על פני זו השוללת אותו, והמבטח צריך להראות שהתקיימות החריג לכיסוי הביטוחי, לו הוא טוען, היא הפירוש הסביר היחיד של סעיף הפטור (שם, שם; ע"א 1051/14 עדן בריאות טבע מרקט בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, בפסקה 36 (30.8.2015)). לטעמי, המבטחת לא הרימה נטל זה, וכפי שציינתי לעיל, פרשנותם של התובעים היא – לכל הפחות – אפשרות פרשנית סבירה ללשון סעיף 4.14.3 ולתכליתו, אם לא למעלה מזה.

63. אכן, אין חולק כי רו"ח דרמן לא הוגדר כ"מנהל מורשה" עת מונה לתפקידו במסגרת הסכם הפשרה שהושג בפש"ר 528/02. בית משפט קמא קבע כי לכאורה די בכך כדי לקבוע שתביעתו אינה עונה על ההגדרה הקבועה בסעיף 4.14.3 לפוליסה (ראו פסקה 192 לפסק הדין קמא). אלא שהגשת הבקשה למתן צו הקפאת הליכים נבעה, על-פי הנטען בבקשה עצמה, מחשש של הורי החוסים, שהם גם נושיה הבלתי מובטחים של החברה, מפני נזקים מידיים ובלתי הפיכים להמשך פעולת החברה, והיא נועדה לאפשר את המשך ניהול הכפר והגעה להסדר עם יתר הנושים, המשיבים לבקשה. לבקשה צורפו תצהירים של כמה מעובדי החברה ושל שניים מהורי החוסים, ובהם נטען כי: "במצב דברים הנוכחי ... נראה כי התמוטטות הכפר הינה עניין של ימים, ויש למנוע אותה בכל מחיר" (ראו בפסקה 9 לפסק הדין קמא).

64. אמנם, בדיעבד, ניכר כי הורי החוסים שהגישו את הבקשה האמורה הפריזו מעט בתיאור מצבה הכלכלי של החברה, והטענה לפיה הכפר על סף התמוטטות והחוסים עלולים להימצא ללא קורת גג בתוך זמן קצר התבררה, ככל הנראה, כמוגזמת (כך, מכל מקום, קבע בית משפט קמא). יש להניח, כי סמוך להגשת הבקשה למתן צו ההקפאה, התגלו מחדליו ומעשיו של פינקוביץ להורי החוסים, אך ההשלכות המדויקות של פעולותיו טרם התבררו במלואן. לשם כך, למעשה, ביקשו ההורים המבקשים כי פינקוביץ יועבר מתפקידו לאלתר וימונה במקומו "מנהל מפעיל", אשר, בין היתר, יערוך בדיקה באשר למצב החברה. מכל מקום, גם אם החברה לא עמדה על סף חדלות פירעון (וכך, כאמור, נקבע בבית משפט קמא), פתיחת ההליך על-ידי המבקשים ומינויו של רו"ח דרמן במסגרת הליך זה לבירור מצבה הכלכלי של החברה נבעו מהגילויים הקשים בדבר חובותיה הגבוהים של החברה לנושיה ועל מעשיו החמורים של פינקוביץ. גילויים אלה בהכרח ביססו חשש מוצדק וסביר לגורלה של החברה והמשך פעילותה.

בהקשר זה, ובמאמר מוסגר, אעיר כי קביעת בית משפט קמא לפיה החברה לא הייתה חדלת פירעון בעת הגשת הבקשה, נסמכה בעיקר על ההנחה שגם לאחר הוצאת הכספים המאסיבית מהחברה על-ידי פינקוביץ, החברה עדיין החזיקה בנכסי מקרקעין ששווים רב. משכך, נקבע, לכל היותר ניתן לומר שהחברה ניצבה בפני קושי ב"תזרים המזומנים" (ראו בפסקה 186 לפסק הדין קמא), אך מצבה הכלכלי היה ונותר איתן. אלא שככל שהועברו מהחברה למעלה מעשרים מיליון ש"ח שלא כדין, כטענת התובעים, ברור כי לא ניתן להמעיט בחומרתו של הנזק שנגרם לחברה, וניתן להבין את החשש של נושיה, ובפרט של הורי החוסים בכפר. כמו כן, נראה שמימוש נכסי המקרקעין של החברה, עליהם למעשה שוכן הכפר עצמו – אכן היה עלול להוביל לסגירת הכפר, כפי שחששו ההורים שהגישו את הבקשה לצו הקפאת הליכים.

65. מכל מקום, מהאמור לעיל עולה כי פתיחת ההליך שהוביל למינויו של רו"ח דרמן כ"מנהל מפעיל" נבעה מחשש של חלק מהורי החוסים לגורלה של החברה, שכן גורל החוסים היה תלוי בכך. לטעמי, חששם של ההורים היה כן ואותנטי, וזאת על אף שהתברר בדיעבד כי החברה לא עמדה בפועל באותה עת בפני חדלות פירעון פורמאלית. לא נקבע וגם לא נטען כי בשלב הגשת הבקשה למתן צו ההקפאה או בשלב אישור הסכם הפשרה בהליך האמור תכננו התובעים את מהלכיהם רק על-מנת שתביעתו העתידית של רו"ח דרמן תכוסה על-ידי הפוליסה בהתאם לסייג הקבוע בסעיף 4.14.3. נראה לי כי ייחוס תכנון כאמור לתובעים, אשר באותו שלב עוד היו

בחוסר וודאות ניכר לגבי מצב החברה והתנהלות נושאי המשרה בה, הוא מרחיק לכת. כמו כן, ניתן להניח שלו הגשת הבקשה לצו הקפאת ההליכים והסכם הפשרה שהושג בגדרו היו פרי תכנון מוקדם ומוקפד, היו התובעים דואגים להגדיר את תפקידו של רו"ח דרמן כ"מנהל מורשה" – כלשון הפוליסה, במקום להסתפק במונח "מנהל מפעיל" המאפשר פרשנויות שונות.

66. מעבר לנסיבות שהובילו למינויו של רו"ח דרמן כמנהל מפעיל ולמטרות המינוי, אשר כאמור, לגישתי, בעת המינוי היו דומות לנסיבות מינויו של מפרק או של כונס נכסים, גם הסכם הפשרה עצמו, אשר קיבל תוקף של פסק דין על-ידי בית המשפט, מחזק פרשנות זו. במסגרת הסכם הפשרה נקבע, בין היתר, כי המנהל המפעיל "יגבש תכניות הסדר לאחזקת המניות בחברה ויגבש הסדר פשרה עם נושי החברה". בית המשפט נתן תוקף של פסק-דין להסכם, וקבע כי בעל התפקיד המתמנה הוא רו"ח דרמן אשר הסכים למינוי האמור.

וידוגש, איני מתעלם משורת ההבדלים עליהם הצביעה המבטחת בין מינויו של רו"ח דרמן לבין מינוי "קלאסי" של מפרק או של כונס נכסים על-ידי בית משפט. אכן, הגדרת תפקידו של רו"ח דרמן כ"מנהל מפעיל" לא העניקה לו את מכלול הסמכויות והחובות המוטלות על מפרק או כונס נכסים מטעם בית המשפט. בין היתר, קביעותיו והחלטותיו לא חייבו את כלל הנושים, והוא היה מוסמך רק "לגבש הסדר פשרה עם נושי החברה". רו"ח דרמן אף לא נדרש לדווח על פעולותיו לבית המשפט או להגיש את הדו"ח שהכין לעיונו. הבדלים אלה מלמדים כי אמנם רו"ח דרמן לא מונה להיות מפרק של החברה או כונס נכסים שלה.

ואולם – וזה העיקר – בעת שהחברה נקלעה למשבר בניהולה, מינה בית המשפט, על פי הסכמת הצדדים, גורם חיצוני אשר יפעיל את החברה במקום המנכ"ל המכהן, יבחן את מצבה ויפעל להשגת הסכם עם כלל נושיה. בהסכם הפשרה לא נקבע כי המנהל המפעיל יהיה כפוף לדירקטוריון, ועצמאותו הניהולית, אשר באה לידי ביטוי בעיקר בהגשת התביעה על-ידי רו"ח דרמן נגד הדירקטורים, מאפיינת אף היא את יתר בעלי התפקידים הנזכרים בסעיף 4.14.3 (מפרק, כונס נכסים ומנהל מורשה). למצער, מינויו היה מעין "יציר כלאיים", אשר יכול, לדעתי, להיכלל במונח "מנהל מורשה" המופיע בסעיף האמור, וזאת נוכח תכלית הסעיף ועקרונות הפרשנות של חוזי ביטוח, כמפורט לעיל. רו"ח דרמן ינק את סמכויותיו מכתב המינוי שהוציא בית המשפט, במובחן מהאורגנים של החברה, וגם בכך באה לידי ביטוי עצמאותו ואי תלותו. כאמור

לעיל, מצב דברים זה מתיישב עם ההיגיון העומד ביסוד הסייג לחריג הביטוחי שבסעיף 4.14.3 לפוליסה.

67. מהטעמים האמורים, מקובלת עלי פרשנותם של התובעים, המכלילה בגדרי סעיף 4.14.3 את תביעתו של רו"ח דרמן, כפרשנות סבירה, ובמידה מסוימת אף עדיפה על פרשנותה של חברת הביטוח. כפי שטענה המבטחת עצמה, סעיף 4.14 נועד לשלול כיסוי ביטוחי עבור נזק כספי הנובע או קשור בתביעה שהוגשה או נוהלה ביוזמת החברה או נושא משרה בה. ואולם, כשהתביעה מוגשת על-ידי גורם חיצוני, המשמש פה לנושי החברה, יתקיים הכיסוי הביטוחי. עמדתי היא כי מינויו של רו"ח דרמן כ"מנהל מפעיל" של החברה בנסיבות בהן מונה, ומתוך מטרה לברר את מצבה, לשפרו, ולהגיע להסדר עם כלל נושיה, עולה בקנה אחד עם מטרות החריג לסייג הקבוע בסעיף 4.14.3, ועל כן יש לכלול את תביעתו בגדר התביעות שהכיסוי הביטוחי חל עליהן.

68. פרשנות סעיף 4.14.3 אמנם עמדה במוקד המחלוקת שבין חברת הביטוח לבין התובעים, אך בפי המבטחת נותרו עוד שתי טענות עיקריות, אשר לטעמה יש בהן כדי לפטור אותה מחובת תשלום תגמולי הפוליסה לתובעים. בטענות אלה אדון להלן.

הפרת חובת הגילוי

69. כאמור, בית משפט קמא קבע כי נוכח התנהלותו של פינקוביץ, ניתן להניח כי הוא "מן הסתם חטא לאמת גם במצגיו לחברת הביטוח", ומשכך יש ממש בטענת מגדל כי הפוליסה אינה בתוקף בשל המידע המוטעה שנמסר לה. עם זאת, הדגיש בית המשפט, כי הוא אינו נדרש לטענה זו "ביתר פירוט", שכן ממילא הגיע לכלל מסקנה כי דין התביעה נגד המבטחת להידחות.

70. לאחר העיון בקביעות בית משפט קמא, כמו גם בטענות חברת הביטוח בסוגיה זו, אני סבור כי יש ממש בטענות התובעים, לפיהן לא הוכח ואף לא נקבע כי החברה הפרה את חובת הגילוי כלפי המבטחת. ואמנם, כדי לבסס ממצא עובדתי לפיו החברה – באמצעות פינקוביץ – הפרה את חובת הגילוי כלפי המבטחת, לא די בהיקשים לוגיים המבוססים על התנהלותו הכללית של פינקוביץ, אלא נדרשת קביעה עובדתית וברורה המבוססת על ראיות המוכיחות כי המבטחת הוטעתה באשר למצב החברה טרם החתימה על הפוליסה. בית משפט קמא נמנע מקביעה עובדתית כאמור, ואף לא פירט מהן הראיות שיש בכוחן לבסס מסקנה זו.

גם המבטחת בסיכומי התשובה שלה בערעור לא פירטה מהו הבסיס הנורמטיבי לקביעת היקף חובת הגילוי, ולא ביססה טענתה – לא מבחינה עובדתית ואף לא מבחינה משפטית – כי החברה נדרשה למסור את דו"חותיה הכספיים של החברה הבת או נתונים אחרים הנוגעים לעבודת הדירקטוריון של החברה. משלא הונח מסד עובדתי ומשפטי באשר להיקף חובת הגילוי וכאשר לשאלה האם חובה זו הופרה בפועל, לא ניתן לקבל את טענת המבטחת בדבר בטלות הפוליסה.

71. למעלה מן הדרוש אעיר, כי אף אם אניח שפינקוביץ אכן הסתיר מידע מהותי שהיה ידוע לו באשר למצב החברה מהמבטחת, כלל לא בטוח כי מחדלו של פינקוביץ מוביל לשלילת הכיסוי הביטוחי מיתר הדירקטורים המבוטחים במסגרת הפוליסה.

אכן, לא פעם מתעורר מצב בו באמצעות פוליסה אחת מבוטחים מספר מבוטחים, אשר חלקם גרמו במתכוון למקרה הביטוח או מסרו מידע חלקי ומטעה למבטחת (לפני כריתת חוזה הביטוח או לאחריה). במקרים אלו, מובן כי המבוטחים שפעלו בזדון או הפרו את חובת הגילוי, יאבדו את זכאותם לתגמולי הביטוח. השאלה המתעוררת בנסיבות אלה היא, מה יהא דינם של המבוטחים "התמימים", שלא ידעו ולא היו שותפים להפרת חובת הגילוי או לגרימת מקרה הביטוח. האם גם מבוטחים אלה יאבדו את זכאותם מכוח הפוליסה?

הפסיקה הבחינה בין שני מצבים לעניין זה: במצב הראשון לכל המבוטחים אינטרס משותף באובייקט נשוא הביטוח, ובגדרו המבוטח התמים לא יהיה זכאי לתגמולי ביטוח אם שותפיו הפרו את חובת הגילוי או גרמו בזדון למקרה הביטוח. במצב השני, קיים הבדל בין האינטרסים של כל אחד מהמבוטחים בנושא הביטוח. במקרה כזה, המבוטח התמים יהיה זכאי לתגמולים מכוח הפוליסה:

"נוטה אני לקבל את ההבחנה בין שותפים לפוליסה שהם בעלי אינטרס זהה בנכס (כגון בעלים במשותף, שאז שותפים הם 'לטוב ולרע', ואין השותף התמים זכאי לכל פיצוי), לבין שותפים שהם בעלי אינטרס שונה (כגון משכיר ושוכר, שאז ניתן לראות בכך שתי פוליסות שונות, המכסות כל אחת אינטרס אחר, ואין השוכר התמים צריך להיפגע ממעשהו הזדוני של המשכיר). מקל וחומר סבור אני כי תקנת הציבור, והעיקרון הכללי על-פיו 'אין חוטא נשכר', מחייבים תוצאה כזו כאשר מדובר באינטרס זהה, כשהשותף המעורב באירוע ייחנה בעקיפין מזכאותו של שותפו התמים" (ע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837, 867-868 (1993) (להלן: עניין וייסנר))

ההבדל בין שני המצבים נעוץ ב"שיקולי מדיניות של תקנת הציבור שלא לעודד קנוניות בין מבוטחים, שמטבען קשות הן לגילוי ולהוכחה" (פסקה 17 בעניין וייסנר; שחר ולר חובת גילוי של מבוטחים בחוזי ביטוח 326-328 (2002)).

72. בענייננו, לא ניתן לדעתי להצביע על אינטרס זהה ומשותף של הדירקטורים ושל פינקוביץ. פינקוביץ פעל בשם החברה בעת ניהול ההתקשרות עם המבטחת, ובשם החברה רכש "ביטוח נושאי משרה" עבור הדירקטורים. מובן כי האינטרס הביטוחי של הדירקטורים במקרה זה אינו זהה לאינטרס החברה, והדבר דומה יותר לביטוח שרוכש מעסיק עבור עובדיו, כמתחייב על-פי חוזה ההעסקה ביניהם, מאשר לביטוח של עסק בו שותפים שניים, או לביטוח דירה שבבעלות בני זוג, שבהם זהות האינטרסים ברורה. בסופו של יום, רכישת הפוליסה עבור הדירקטורים היא הטבה או זכות שניתנת למבוטח, ואיני מוצא במקרים אלו זהות אינטרסים באובייקט נשוא הביטוח, שכן הדירקטורים הם בעלי אינטרס ישיר ומובהק לכך שהביטוח יכסה את פעולותיהם, ואילו החברה עשויה להיות אדישה לכך. המקרה הנדון הוא אף דוגמא טובה לכך שהדירקטורים, בכל הקשור לכיסוי הביטוחי, אכן היו תמי-לב, והחשש מפני קנוניות מבוטחים לא מתקיים בענייננו. זאת, בין היתר, משום שלדירקטורים יש עניין רב בשמירה על שמם הטוב, אשר משתרע מעבר לאינטרס הכלכלי הצר שלהם.

73. מכל מקום, ונוכח מסקנתי לפיה המבטחת כלל לא הוכיחה את טענתה בדבר הפרת חובת הגילוי על-ידי פינקוביץ, איני מכריע בשאלה נכבדה זו, ואציע להניחה לעיון נוסף עתידי. מובן, כי הכרעה בשאלה זו ביחס לביטוח של נושאי משרה, אך גם ביחס לביטוחים רבים אחרים, היא בעלת השלכות רוחב דרמטיות על שוק הביטוח וניהול הסיכונים בגדרו, ולא ראיתי צורך לטעת מסמרות בסוגיות אלה במקרה דנא (לשאלה דומה שהתעוררה בסוגיית הפרת חובת גילוי ושליטת פטור מאחריות לדירקטורים חיצוניים בשל כך, ראו: תנ"ג (ת"א) 35114-03-12 אשש נ' עטיה, פסקאות 137-140 (24.6.2015)).

הכיסוי הרטרואקטיבי

74. טענה נוספת שטענה המבטחת נוגעת למועד תחילת הכיסוי הרטרואקטיבי של הפוליסה. בין הצדדים אין מחלוקת כי הפוליסה הרלוונטית לתביעה דנא היא הפוליסה לשנת 2002, אשר כוללת, על-פי האמור בה, כיסוי רטרואקטיבי מיום 1.8.2000. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לנסיבות שינוי היקף הכיסוי הרטרואקטיבי, אשר לטענת

התובעים בפוליסה קודמת היה לתקופה ארוכה יותר (משנת 1996). קיצור משך הכיסוי הרטרואקטיבי בפוליסה לשנת 2002 נעשה, כך על-פי טענת התובעים, מבלי שהופנתה תשומת לב החברה לשינוי מהותי זה. בית משפט קמא לא נדרש לשאלה זו משקבע כי הטענה בדבר הכיסוי הרטרואקטיבי מעבר לאמור בפוליסה לא נזכרה בכתב התביעה.

75. אף אני לא מצאתי להידרש למחלוקת בין הצדדים בעניין זה, שכן לא מצאתי כי להכרעה בה תהיה השלכה אופרטיבית על תוצאת הערעורים שבפניי. כזכור, התובעים העמידו את סכום הנזק על 12,000,000 ש"ח לצרכי אגרה. לטענת התובעים, המסתמכת על חוות דעתו של רו"ח בילו, בשנת 2001 העבירה החברה לחברה הבת סך של 3,510,263 ש"ח, ובשנת 2002 העבירה החברה לחברה הבת סך של 8,978,680 ש"ח. כלומר, במהלך השנים 2001-2002 לבדן, אשר לגביהן אין מחלוקת כי הן כלולות בגדר הכיסוי הרטרואקטיבי של הפוליסה, הועברו מהחברה לחברה הבת מעל 12,000,000 ש"ח – סכום הנזק הנתבע. משכך, לא ראיתי חשיבות מעשית לדון במחלוקת בדבר נסיבות קיצור תקופת הכיסוי הרטרואקטיבי בפוליסה.

לסיכום חלק זה: אם תשמע דעתי, אציע לפרש את הפוליסה כך שתביעתו של רו"ח דרמן תחשב כתביעת "מנהל מורשה", ומשכך הכיסוי הביטוחי יחול על הנזקים הנובעים ממנה. כמו כן, ומאחר שאין מחלוקת כי הכיסוי הרטרואקטיבי בגדר הפוליסה חל על נזקים שנגרמו החל מאוגוסט 2000 ועד לשנת 2002, תחויב חברת הביטוח בנזק בסכום הנקוב בתביעה – סך של 12,000,000 ש"ח, שהוא, כאמור, נמוך יותר מהנזק שנגרם לחברה בגין סך כל העברות הכספים לחברה הבת בשנים אלו.

76. בשולי הדברים יוער, כי יש לדחות גם את טענת חברת הביטוח לפיה לא הוגשה כל תביעה או הודעת צד ג' נגדה על-ידי מי מהדירקטורים, ומשום כך אין לחייבה בנזקי החברה, וזאת נוכח הוראת סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, המקנה לצד שלישי זכות תביעה ישירה נגד מבטח האחריות, ויוצר יריבות ישירה בין הצד השלישי לבין המבטח (רע"א 4395/14 כהן נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ, פסקה ז' (19.8.2014)). בענייננו התביעה הוגשה נגד חברת הביטוח, ועל-כן היא נמצאת אחראית ביחד ולחוד עם הדירקטורים לנזקי החברה, גם מבלי שנשלחה כלפיה הודעת צד ג' על-ידי הדירקטורים. אגב, הוסבר כי הדירקטורים נמנעו ממשלוח הודעת צד ג' נוכח האגרה הגבוהה בה היה עליהם לשאת אם היו פועלים בדרך זו.

ה.3. אחריותו של רו"ח מילנר

ה.1.3. טענות הצדדים

77. ערעורם של התובעים מופנה גם כלפי קביעת בית משפט קמא לפיה יש לדחות את התביעה נגד רו"ח מילנר.

כזכור, בית משפט קמא קבע כי ניתן ללמוד על הסכמת בעלי המניות להגשת הדו"חות הכספיים של החברה ושל החברה הבת בנפרד על-ידי רו"ח מילנר מעצם העובדה שכך פעל מאז הקמת החברה הבת ועד לדו"ח לשנת 1999. משכך, קבע בית משפט קמא, מנועים בעלי המניות לתבוע את רו"ח מילנר בגין אי-איחוד הדו"חות. גם בהיבט זה, טענו התובעים, ביטל בית המשפט את ההפרדה בין החברה לבין בעלי מניותיה. כן טענו התובעים, כי לא הייתה מחלוקת בין המומחים השונים כי גילוי דעת 57 חייב איחוד דו"חות החברה עם דו"חות החברה הבת, וכי נוכח הגידול הניכר בהשקעה בחברה הבת בשנת 1999 לעומת שנים קודמות, כמו גם מצבה של החברה הבת, ההחלטה שלא לאחד את הדו"חות בשנה זו הייתה החלטה רשלנית. לטענת התובעים, לו היו הדו"חות מאוחדים, והנתונים היו מוצגים באופן בולט וברור – גם דירקטור "רשלן" יכול היה ללמוד כי החברה מצויה בקשיים כלכליים עקב ההשקעה בחברה הבת.

לטענת התובעים, רשלנותו של רו"ח מילנר הייתה אחת הסיבות לנזקי החברה, גם אם היו סיבות אחרות לנזקים אלה. נטען כי בענייננו היו כמה מעוולים רשלנים (הדירקטורים ורואי החשבון) אשר גם אם ייתכן שכל אחד מהם בנפרד היה גורם לנזק, הרי שכל אחד מהם היה גם יכול למנוע אותו. נטען כי בכלל הנזק שנגרם על-ידי רו"ח מילנר יש לכלול גם את הנזקים שנגרמו בתקופה שלאחר מועד הדו"חות, שכן בתקופה זו הוא עדיין ביצע עבודות עבור החברה, והיה עליו לדעת על התנהלות הכספית ועל הזרמת הכספים המאסיבית מהחברה לחברה הבת, זאת – לפחות עד ליום חתימתו על הדו"חות לשנת 1999 (25.4.2001).

נוכח האמור, ביקשו התובעים כי רו"ח מילנר יחויב ביחד ולחוד עם הדירקטורים ועם המבטחת במלוא סכום התביעה.

בתשובתו, חזר רו"ח מילנר על טענותיו כפי שנטענו בבית משפט קמא, וסמך ידיו על קביעותיו של בית המשפט אשר הובילו לדחיית התביעה נגדו.

78. בפתח הדברים יצוין, כי איני שותף למסקנת בית משפט קמא באשר לדחיית התביעה נגד רו"ח מילנר, רק בשל ההסכמה מכללא המיוחסת לבעלי המניות בעניין אי-איחוד הדו"חות של החברה עם החברה הבת. ראשית, גם אם כך נהג מילנר לאורך שנות כהונתו כרו"ח של החברה, היה עליו לשים לב לשינוי הנסיבות בשנים הרלוונטיות לתביעה, ובעיקר לשינוי הדרמטי בהיקף העברות הכספיים מהחברה לחברה הבת (בשנת 1998 הועברו 376,187 ש"ח מהחברה לחברה הבת, ובשנת 1999 הועברו 1,443,771 ש"ח מהחברה לחברה הבת. גם הפסדיה של החברה הבת גדלו בלמעלה משני מיליון ש"ח בשנת 1999 ביחס לשנת 1998). שינוי נסיבות זה דרש התייחסות מחודשת והפעלת שיקול דעת נוסף ביחס לשאלת איחוד הדו"חות, ולא ניתן להסתמך על "הסכמה שבשתיקה" או על הנוהג שאפיין את דפוס פעולתו של מילנר עד שנה זו כבסיס לדחיית התביעה. שנית, וכמו שכבר צוין לעיל, אין לזהות את בעלי המניות עם החברה, אשר לה אישיות משפטית נפרדת. תביעת החברה ותביעתו של המנהל המפעיל רו"ח דרמן עומדות היו על רגליהן, גם אם היה מקום ל"השתק שיפוטי" כלפי בעלי המניות (וכאמור, בניגוד לעמדת בית משפט קמא, איני סבור כי בנסיבות דנא יש מקום להפעלת השתק מסוג זה).

79. כמו כן, איני שותף גם לקביעת בית משפט קמא לפיה, מכיוון שגם רו"ח מילנר, כמו הדירקטורים, כיהן כרואה החשבון של החברה מאז היווסדה, לא היה לו יסוד לחשוד בפינקוביץ או במעשיו (ראו בפסקה 206 לפסק הדין קמא). תפקידו של רואה חשבון מבקר של חברה, כמו גם תפקידם של הדירקטורים, הוא להיות גורם מפקח ומבקר כלפי נושאי המשרה והאורגנים בחברה. העובדה כי אדם נושא בתפקיד פיקוחי או ביקורתי משך שנים רבות, וכי במהלך תקופת כהונתו לא התגלו אי-סדרים או פעולות אסורות על-ידי מי מנושאי המשרה בתאגיד, אינה מצדיקה, לכשעצמה, התעלמות מסימני אזהרה ברורים (כמו למשל השינוי המתואר בהשקעות בחברה הבת בין השנים 1998 ל-1999) או ירידה בסטנדרטים הפיקוחיים או הביקורתיים הנדרשים. על חובתו של רואה החשבון לחקור ולבדוק היטב את מצב החברה ואת האינפורמציה המוצגת בדו"חות הכספיים עמד בית משפט זה בהזדמנויות שונות:

"אין לצמצם את תפקיד רואה-החשבון למי שבודק מכאנית אסמכתאות ועושה חשבונות אריתמטיים. אין להתייחס אליו כאל מחבר ומחסר פרופסיונלי. תפקידו המרכזי לוודא שאין נעשות טעויות אם אלה נובעות

מחשבון, או ממעשים או מחדלים כלשהם, או גם כמובן ממעשי כזב. כדי לבצע את תפקידו זה עליו לגשת למלאכה עם מחשבה חקרנית, לאו דווקא חשדנית, אם ייתקל בשאלה משפטית תוך ביצוע הביקורת אזי חייב הוא לחקור אותה ולהיכנס לנבכייה ואם יש צורך אף לפסול את הפעולה" (ע"פ פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 446-445 (1996), ההדגשות הוספו, צ.ז.).

ובמקום אחר:

"קשה להסכים לדעה כי רואי-חשבון אינם חייבים לבחון ולבדוק היטב כל פרט וכל אינפורמציה, ולחקור כל חשד ממשי בטרם יאשרו שהמאזן מראה בצורה נכונה ומדויקת את מצבו העסקי של הגוף המבוקר. אם כי נכון שבביצוע תפקידם רשאים רואי-חשבון לפעול על סמך ידיעות וביאורים הנאמנים עליהם, אפילו יתגלה אחר כך שהיו כוזבים, אך כל זאת בתנאי שהשתמשו בזהירות ובחריצות ראויים כדי לבחון ולאמת את מהימנותם, ואם נותר ספק בנכונות הדברים, או שלא נחקרו באופן יסודי סימנים המעוררים חשד, לא יוכלו לחוות דעה חיובית על הדו"חות הכספיים ועל המאזן מבלי שיעירו הערות או שירשמו הסתייגות". (ע"פ פ 709/78 מדינת ישראל נ' אלמונים, פ"ד לד(3) 673, 680 (1980), ההדגשות הוספו, צ.ז.).

80. ואמנם, רו"ח מילנר העיר שתי הערות בדו"ח שערך: במבוא העיר, כבכל שנה בה ערך את הדוחות הכספיים של החברה, כי "לא נערכו דו"חות כספיים מאוחדים עם החברה הבת כמתחייב מגילוי הדעת של לשכת רואי החשבון בישראל", ובדו"ח הכספי לשנת 1999 (הוא הדו"ח הרלוונטי לענייננו) הוסיף, כי "מבלי לסייג את חוות דעתנו הננו להסב תשומת לב לאמור בעניין ההשקעה בחברה הבת שבגינה לא נעשו הפרשות". יוער, כי כעולה מפסק הדין קמא, הערה דומה הופיעה גם בשנים קודמות, אך בדו"ח הכספי לשנת 1999 מופיעה השוואה בביאור 3 בין ההשקעה בחברה הבת שבגינה לא בוצעו הפרשות בשנת 1999 לעומת ההשקעה בחברה הבת משנת 1998.

81. ואולם, בניגוד לקביעת בית משפט קמא, אני סבור כי ההסתפקות בהערות אלה בנסיבות המתוארות עולה כדי התרשלות מצדו של רו"ח מילנר ואינה פוטרת אותו מאחריות. כאמור, ההערות שהופיעו בדו"ח לשנת 1999 הופיעו באופן כמעט זהה גם בדו"חות קודמים, ועל-כן, לא היה בהם כדי לאותת לדירקטורים על החריגה הדורשת את התייחסותם המיוחדת לדו"ח שבפניהם. גורם נוסף שהיה בו כדי למתן את "דגלי האזהרה" הוא הביטוי "מבלי לסייג את חוות דעתנו", אשר גם בו יש איתות הרגעה לקורא הדו"ח ההדיוט.

82. רו"ח מילנר טען, ובית משפט קמא קיבל זאת, כי הגידול המשמעותי בהשקעת החברה בחברה הבת חל בשנת 2000 (אז הועברו 3,507,337 ש"ח והפסדי החברה הבת באותה שנה עמדו על סכום דומה). הנתונים אותם הציגו התובעים (ואשר לא נסתרו) באשר להעברות השנתיות מהחברה לחברה הבת ולהפסדי החברה הבת מעלים כי השינוי הדרמטי חל דווקא במעבר משנת 1998 לשנת 1999 כמוצג לעיל, ועל אף גידול משמעותי נוסף שחל במעבר משנת 1999 לשנת 2000 בהעברות הכספים, אני סבור כי לא היה מקום להתעלם מהשינוי הראשוני, שדרש התייחסות ואזהרה מובהקת בעת עריכת הדו"חות הכספיים והגשתם.

83. אני סבור כי רו"ח מילנר נדרש להסתייג באופן מפורש מהדו"ח לשנת 1999 באופן אשר היה מסב את תשומת לבם של הדירקטורים, אשר אינם בעלי מומחיות בתחום, או לחלופין להגיש דו"חות מאוחדים של החברה עם החברה הבת, כמתחייב מגילוי דעת 57 של לשכת רואי חשבון בישראל.

84. אשר לטענת רו"ח מילנר לפיה לא הוכח קשר סיבתי בין מעשיו לבין הנזק שנגרם לחברה, וכי הדירקטורים ממילא לא עיינו בדו"חות הכספיים ולא קיימו ישיבות דירקטוריון סדירות לדון בנושאים אלה – דינה להידחות. אשוב ואבהיר: לא מן הנמנע כי נזק אחד ייגרם בשל מעשיהם של כמה מעוולים, מבלי שעובדה זו תנתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו או מחדלו של מי מהם לבין הנזק שנגרם. סביר להניח כי לו היה רו"ח מילנר מגיש את דו"חותיה הכספיים של החברה לשנת 1999 במאוחד עם החברה הבת, או כולל אזהרה או הסתייגות ברורה ומפורשת בדו"ח הכספי לשנה זו המתריע על הגידול הניכר בהעברות הכספים לחברה הבת חרף הפסדיה, הנזק הכספי שנגרם לחברה היה יכול להימנע או לפחות להצטמצם. רשלנותם של הדירקטורים אינה יכולה לשמש הגנה לגורמים המפקחים הנוספים של החברה ולהצדיק התרשלות מצדם.

85. התובעים טענו כי אחריותו של רו"ח מילנר נובעת גם מכך שלא הוסיף הערת "עסק חי" לגבי החברה בשנת 1999 ומכך שלא התייחס בדו"ח הכספי שערך לפעולות שנעשו בחשבון לאחר תאריך המאזן ועד לתאריך החתימה על הדו"ח באפריל 2001. ואולם, בית משפט קמא דחה טענות אלה. ראשית, נקבע, כי בענייננו לא היה צורך בהערת "עסק חי" בהתאם לגילוי דעת 58 של לשכת רואי חשבון, שכן לא היה חשש להמשך קיומה של החברה באותה עת. שנית, בית משפט קמא עמד על כך שהתובעים לא הוכיחו כי רו"ח מילנר ידע או כי היה עליו לדעת על הפעולות שנעשו בחשבון

החברה לאחר תאריך המאזן. מדובר בקביעות עובדתיות בהן לא מצאתי להתערב, ועל כן אציע לדחות את ערעור התובעים המכוון אליהן.

86. לסיכום, אציע לקבוע כי רו"ח מילנר התרשל באופן עריכת הדו"ח לשנת 1999, וכי נוכח השינוי המשמעותי בהיקף העברות הכספיים מהחברה לחברה הבת והפסדיה של החברה הבת בשנה זו, היה על רו"ח מילנר להגיש את דו"חותיה של החברה במאוחד עם דו"חות החברה הבת. לחלופין, היה על רו"ח מילנר לכלול בדו"ח שהוגש אזהרות ברורות או הסתייגויות מפורשות באופן שהיה מסב את תשומת לבו של הדירקטור הסביר להשקעה החריגה בחברה הבת ולמצבה. לו היה נוהג כאמור, סביר כי היה בכך כדי לעורר מי מהגורמים המפקחים בחברה, באופן שהיה יכול לעצור או לפחות לצמצם את הזרמת הכספים מהחברה לחברה הבת, אשר כאמור לעיל, גרמה נזק ניכר לחברה.

87. הנזק שנגרם בשל רשלנותו של רו"ח מילנר ז"ל תחום, אם כן, לתקופה שבין מועד חתימתו על הדו"חות הכספיים לשנת 1999 (25.4.2001) לבין מועד סיום עבודתו כרו"ח מבקש של החברה (סוף שנת 2001). בתקופה זו, על-פי הנתונים שמסרו התובעים ואשר לא נסתרו, העבירה החברה לחברה הבת סך של 3,971,722 ש"ח, ועל כן, אחריותו של רו"ח מילנר, ביחד ולחוד עם הדירקטורים, מוגבלת לסכום זה.

ה.4. ערעורו של רו"ח שפורן ואחריותו לנזקי החברה

88. בית משפט קמא קבע כי רו"ח שפורן אחראי לנזקי החברה, בעיקר נוכח תפקידו כרואה החשבון המבקר הן של החברה והן של החברה הבת. מתוקף כך, נקבע, היה שפורן ער להעברות הכספיים המסיביות לחשבונה של החברה הבת, להעברות הכספיים מחשבונה של החברה הבת לצרכיו הפרטיים של פינקוביץ, ולמצבה הכלכלי הגרוע של החברה הבת. רו"ח שפורן ערער על פסק דינו של בית משפט קמא, וטען, בין היתר, כי יסודות עוולת הרשלנות לא הוכחו בעניינו, ובעיקר לא הוכח קיומו של נזק לחברה ולא הוכח קשר סיבתי בין אופן התנהלותו של שפורן לבין הנזקים הנטענים. כן נטען כי שפורן פעל בהתאם לכללי החשבונאות המקובלים, וכי לא היה מקום להבחין בינו ובין רו"ח מילנר, כפי שנקבע בפסק הדין קמא. שפורן הוסיף וטען כי העברת הכספים בסך 1.2 מיליון ש"ח בוצעה ביום 6.10.2002, ביום בו מונה רו"ח דרמן למנהל מפעיל בחברה, לאחר שכבר הוגשה הבקשה להקפאת הליכים, כשבעיות החברה כבר היו ידועות. משכך, נטען, לפחות ביחס לסכום זה לא ניתן לטעון כי הוא הועבר

בהסתמך על הדו"חות הכספיים ומבלי שהחברה הייתה מודעת למעשיו של פינקוביץ ולמצבה הקשה.

חלקים נרחבים מערעורו של שפורן הוקדשו לתוצאה האבסורדית, לדבריו, בה נמצא כי הוא לבדו נושא באחריות העיקרית לנזקי החברה ואילו חברי הדירקטוריון ורואה-החשבון הקודם לשפורן, שכיהן תקופה ארוכה ומשמעותית יותר כרואה חשבון מבקר של החברה, נמצאו פטורים מאחריות. הודגש כי חיובו של שפורן אף עלה בסופו של יום על חיובו של פינקוביץ, ומשכך, נטען, תוצאת פסק הדין אינה מתקבלת על הדעת.

89. בחלק ניכר מטענותיו של שפורן דנתי לעיל במסגרת הדיון בסוגיות אחרות, ואיני רואה טעם לחזור על הדברים. כך למשל, נדונו סוגיית הקשר הסיבתי שאינו מתנתק רק בשל קיומם של מעוולים נוספים והסוגיה שעניינה חובתו של רואה החשבון להציג דו"חות המשקפים נאמנה את מצבה הכלכלי של החברה. המסקנות שהוצגו בענייניו של רו"ח מילנר יפות גם לדיון באחריותו של רו"ח שפורן, ואף מקבלות משנה תוקף נוכח העובדה ששפורן שימש כרו"ח המבקר גם של החברה הבת בשנים הרלוונטיות לתביעה, כפי שצוין בפסק הדין קמא.

עוד יוער כי, טענתו העיקרית של שפורן לפיה הוא נמצא נושא לבדו בנטל האחריות לנזקי החברה בעוד כמעט כל יתר הנתבעים נמצאו פטורים, מתייתרת נוכח התוצאה אליה הגעתי בפסק דין זה, לפיה יש לייחס אחריות גם לדירקטורים ולרו"ח מילנר.

נוכח האמור, אני סבור כי יש לדחות את עיקר הטענות בערעורו של שפורן, אשר חלק לא מבוטל מהן מופנה גם כלפי קביעות עובדתיות של בית משפט קמא, אשר לא מצאתי מקום להתערב בהן.

90. עם זאת, מצאתי כי יש ממש בטענתו של שפורן, לפיה אין לייחס לו אחריות בגין סכום הכסף שהועבר ביום 6.10.2002, בסך של 1.2 מיליון ש"ח מהחברה לחברה הבת. כעולה מפסק הדין קמא, בתאריך זה ממש הוגשה הבקשה למתן צו להקפאת הליכים בפש"ר 528/02, ובה צוין, כאמור, כי הכפר מצוי בחובות גבוהים, וכי החברה נוהלה על-ידי פינקוביץ תוך הפרת חובת אמונים וניגוד אינטרסים (שפורן טעה בטענתו כי המדובר ביום בו מונה רו"ח דרמן כ"מנהל מיוחד").

נראה לי כי בנסיבות אלה קשה לייחס את העברת הכספים להסתמכות הגורמים הפיקוחיים בחברה – ובהם הדירקטוריון – על הדו"חות הכספיים החלקיים שהציג שפורן כמה חודשים קודם לכן. יש להניח כי ביום העברת הכספים, הוא יום הגשת הבקשה להקפאת הליכים, נושאי המשרה בחברה והדירקטורים כבר הכירו את הטענות והחשדות נגד פינקוביץ (גם אם באופן כללי בלבד), ולא ניתן לטעון מבלי לתמוך זאת בראיות, כי למצג שהוצג בדו"חות הכספיים הייתה השפעה מכרעת על אישור העברת הכספים לחברה הבת. אמנם הדירקטורים לא היו צד לבקשה להקפאת הליכים, אך בנסיבות בהן חלק ממשי מהורי החוסים חתומים על בקשה שכזו, ניתן להניח בסבירות גבוהה כי החשדות והטענות המתוארים בה היו מוכרים וידועים לבעלי התפקידים בכפר, ובהם הדירקטורים. מכל מקום, כדי לטעון שהדירקטורים לא היו מודעים להגשת הבקשה ולטענות המפורטות בה היה על התובעים להציג ראיות התומכות בכך.

91. נוכח האמור, אני סבור כי יש להפחית מחבותו של רו"ח שפורן 1.2 מיליון ש"ח, שכן לא הוכח קשר סיבתי בין אופן עריכת הדו"חות הכספיים על-ידו לבין העברת הכספים מיום 6.10.2002, ולהעמיד את חבותו – ביחד ולחוד עם יתר הדירקטורים – על סך של 958,761 ש"ח.

ה.5. ערעורו של פינקוביץ וסכום הנזק בו יחויב

ה.5.1. ערעורו של פינקוביץ – טענות הצדדים

92. בית משפט קמא קבע כי מלוא הנזק הנטען על-ידי התובעים נגרם על-ידי פינקוביץ לבדו, בגין הפרת חובת האמונים שלו לחברה בלבד (ולא בגין רשלנות). סכום התביעה בגין עילת הפרת חובת האמונים הועמד על-ידי התובעים על סך של 1,488,630 ש"ח בלבד (הנזק שנגרם בשל משיכת כספים באמצעות כרטיסי האשראי של החברה ומשיכות כספים מהחברה לטובת הקמת ומימון "תקווה שווייץ"), ועל-כן בית משפט קמא חייב את פינקוביץ בסכום זה בלבד.

93. בערעורו טען פינקוביץ כי בשני הרכיבים היחידים בהם נתבע לפיצוי כספי בגין הפרת אמונים (שימוש בכרטיס האשראי ומשיכת כספים לטובת "תקווה שווייץ") לא הוכחו טענות התובעים, ואף הופרכו בראיות שהוגשו לבית המשפט. נטען כי בית משפט קמא קבע כי לא הוכח שהושקעו ב"תקווה שווייץ" כספים מעבר לתרומות שהתקבלו בחברה למטרה זו, ועל-כן לא קמה לחברה עילת תביעה נגד פינקוביץ בעניין זה, ובוודאי לא עילת תביעה בשל הפרת חובת אמונים, שכן לחברה עצמה לא נגרם כל

נזק ממשיכת הכספים האמורים, שלא היו שייכים לה ולא נועדו לשימושה. אשר לשימוש בכרטיס האשראי של החברה, נטען, בין היתר, כי המדובר בכרטיס האשראי של החברה הבת ולא של החברה, ועל כן לחברה לא עומדת עילת תביעה בגין השימוש בכרטיס זה. כן נטען נגד מהימנות ותוכן דברי העדים שהעידו בעניין זה, וכי על בית המשפט היה לקבל את גרסתו של פינקוביץ, לפיה ההוצאות הנדונות הוצאו לטובת הכפר.

חלק ניכר מערעורו של פינקוביץ הוקדש לטענות לפיהן העברת הכספים לחברה הבת נועדה להגשים את מטרות החברה ולפעול לטובת המפעל ולטובת החוסים בכפר. לטענת פינקוביץ, הפסדיה של החברה הבת היו זמניים ופתירים, ולולא מהלכים נמהרים מצד הורי החוסים, מנהלי החברה והחברה הבת היו מוצאים פתרון ל"קושי התזרימי הזמני", והחברות היו ממשיכות להתנהל ביציבות כלכלית, כפי שהתנהלו משך שנים רבות.

94. בתשובתם טענו התובעים כי בית משפט קמא לא שייך את גובה הנזק בו חויב פינקוביץ למעשה זה או אחר שלו, אלא מצא כי כל פעולותיו עלו כדי הפרת חובת אמונים, וכי הוא אחראי לכל הנזקים שנגרמו לחברה, ועל-כן חייבו בסכום המקסימלי בו נתבע בגין עילה זו.

אשר לקביעת בית משפט קמא אשר פטרה את פינקוביץ מאחריות בעילת הרשלנות, וחייבו רק בגין הנזק שגרם במרמה והפרת אמונים, טענו התובעים בערעורם כי בית משפט קמא שגה בכך, וכי יש לחייב את פינקוביץ יחד עם יתר הדירקטורים במלוא סכום הנזק המיוחס להם בשל רשלנותם.

ה.2.5. דיון והכרעה

95. בפתח הדברים אדגיש כי טענותיו של פינקוביץ, בעיקרן, מופנות כלפי קביעות עובדתיות שנקבעו על-ידי בית משפט קמא, שאין מקום להתערב בהן. בית המשפט התרשם מעדויותיהם וממצאיהם של רו"ח דרמן, מר דייג ורו"ח בילו, ועל בסיס התרשמות זו וראיות נוספות קבע כי: "הוכח מעבר לכל ספק כי החל משנת 1999 ואילך ... פינקוביץ הפר חובה זו [חובת האמונים, צ.ז.], ופעולותיו, לא רק שלא נעשו לטובת החברה, אלא שנעשו בניגוד לטובתה" (פסקה 153 לפסק הדין קמא). טענותיו ועדותו של פינקוביץ נדחו על-ידי בית משפט קמא, וגרסתו והסבריו לפעולות השונות בגינן

נתבע נמצאו לא מהימנות. כאמור, בממצאים אלו לא מצאתי להתערב, חרף חזרתו של פינקוביץ על גרסתו וטענותיו גם בפנינו.

96. ואולם, השאלה המרכזית שמתעוררת נוכח קביעתו של בית משפט קמא לפיה פינקוביץ גרם למלוא הנזק הנטען על-ידי התובעים עת שהפר את חובת האמונים שלו כלפי החברה, היא זו: האם מעשיו אלה אינם נכללים גם בגדר עוולת הרשלנות והאם לא ניתן לחייבו בסכום הנזק שנתבע בגין עילה זו. מפסק דינו של בית משפט קמא עולה כי המדובר בשתי עילות תביעה נפרדות ושונות, ואין האחת מכילה את רעותה. משכך, ומשעה שפינקוביץ נמצא כמי שהפר את חובת האמונים, לפי פסיקת בית משפט קמא הוא אינו יכול להיחשב כ"רשלן", ויש לחייבו אך ורק בגין הסכום הנתבע בעילת הפרת חובת האמונים.

97. השקפתי בסוגיה זו שונה. הלכה היא כי התנהגות רשלנית היא התנהגות הסוטה מהסטנדרט הראוי, גם כשהיסוד הנפשי שהוביל להתנהגות זו הוא כוונה או זדון:

"לרשלנות כעילת תביעה בנזיקין משמעות רחבה יותר ופירושה התנהגות הנופלת מסטנדרט מסוים שנקבע בדין. המבחן הוא אובייקטיבי ... התנהגות שאינה תואמת את קנה המידה האובייקטיבי מהווה רשלנות ואחת היא אם המניע להתנהגות זו הוא רצון מכוון, או אי אכפתיות או חוסר תשומת לב" (אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנזיקין" 190 דניאל: עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 881, 887 (התשס"ח); פורסם במקור בהפרקליט כ"א 61 (1964)).

עמדה זו עוגנה בפסיקה, ובית משפט זה מצא כי עוולת הרשלנות מתקיימת גם במקרים בהם נקבע כי ההתנהגות המזיקה הייתה מכוונת. כך למשל, בע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169 (1987), נקבע כי קציני ים ששבתו לא רק יכלו לצפות שייגרם נזק לצד שלישי עקב השבתת האניות, אלא הם חזו את הנזק והתכוונו שאותו צד שלישי יינזק, וכי התנהגותם זו הייתה משום הפרת חובה בגדר עוולת הרשלנות. בדומה, בע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999), נדונה תביעה של ילדים נגד אביהם בגין נזקים נפשיים שנגרמו להם משזנח אותם. נטען כי האב התרשל והפר את חובת הזהירות כלפי ילדיו, ומשכך עליו לפצותם. בית המשפט קבע כי "העובדה כי האב חדל מלדאוג לילדים מתוך כוונה אינה גורעת מן האפשרות כי נתקיים יסוד ההתרשלות. כי ההתרשלות, במובנה הטכני, יכולה לכלול גם מעשים ומחדלים מכוונים, משום שהמבחן לקיום ההתרשלות הוא אי-הסבירות של

ההתנהגות והצפיות של הנזק" (בפסקה 13 לפסק דינו של השופט אנגלרד; וראו גם: יצחק אנגלרד "אחריות עובדי ציבור בניזיקין" ספר דניאל: עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 901, 907 (התשס"ח)). בנוסף, גם בפרשת בנק צפון אמריקה, בה נדונה אחריותם של דירקטורים, נקבע במפורש כי "אין מניעה כי אותה התנהגות עצמה תהא בה גם הפרת חובת הזהירות וגם הפרת חובת אמונים" (עניין בנק צפון אמריקה, פסקה 75).

עמדה זו לפיה גם התנהגות מכוונת עולה כדי רשלנות אומצה גם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011. בסעיף 386(ב) להצעת החוק נאמר כי הגדרה של התרשלות כוללת מעשה "לרבות מעשה שנעשה במתכוון, שאדם סביר לא היה עושה בנסיבות העניין", ובדברי ההסבר לסעיף זה צוין כי "ההוראה המוצעת קובעת מהי 'התרשלות'. 'התרשלות היא התנהגות הסוטה מקנה המידה של התנהגות האדם הסביר באותו נסיבות. ההוראה מבהירה כי גם גרימת נזק מכוונת שיש בה סטייה כאמור היא התרשלות".

98. הנה כי כן, בהתאם להלכה הפסוקה, אין מניעה לקבוע כי מעשים שנעשו מתוך כוונת זדון או מודעות מלאה ייחשבו כמעשים רשלניים, כל עוד הם סטו מרף ההתנהגות הסביר הנדרש. כך גם בענייננו: לו תשמע דעתי אציע כי פינקוביץ, אשר בעניינו נקבע כי הפר את חובת האמונים כלפי החברה בין היתר בכך שאישר את העברת הכספים המאסיבית מהחברה לחברה הבת, יחויב יחד עם יתר הדירקטורים בגין נזק זה. אמנם, קיים הבדל דרמטי בין הרשלנות שיש לייחס ליתר הדירקטורים לבין הרשלנות שיש לייחס לפינקוביץ, הבדל הנעוץ הן ביסוד הנפשי שהוביל להתרשלות והן בחומרת המעשים המיוחסים להם, אך בסופו של יום, העובדה שפינקוביץ ביצע מעשים בדרגת חומרה גבוהה יותר ומתוך מודעות או כוונה לטיבם אינה יכולה להצדיק את הוצאתו מגדרי עוולת הרשלנות. כאמור, התרשלות היא סטייה מסטנדרט ההתנהגות הסביר, אף אם סטייה זו נעשתה בזדון.

99. נוכח האמור, אציע כי פינקוביץ יחויב יחד עם יתר הדירקטורים בנזקי החברה שנגרמו בשל העברת הכספים לחברה הבת. כזכור, סכום התביעה הוגבל לצרכי אגרה לסך של 12 מיליון ש"ח, וזה הסכום בו אציע לחייב גם את פינקוביץ. במאמר מוסגר יצוין כי קביעתי לפיה הנזק המיוחס לדירקטורים מכוסה על-ידי הפוליסה אינה משתרעת גם על מעשיו של פינקוביץ, אשר כאמור, נבדלים מהמעשים המיוחסים ליתר הדירקטורים.

100. נוכח התוצאה אליה הגעתי לא ראיתי לדון ביתר טענותיו של פינקוביץ בערעורו הנוגעות לחיוביו בגין הפרת חובת האמונים, שכן משמצאתי שיש לחייבו בסכום התביעה המלא בגין עוולת הרשלנות, אין נפקות מעשית לדיון בחיוביו הנוספים בגין עילות אחרות.

ו. חלוקת האחריות בין המעוולים

101. כלפי החברה התובעת חבותם של כל המעוולים שנמצאו חייבים היא ביחד ולחוד (עד לסכום החבות שנקבעה לכל מעוול). ביחסים שבין המעוולים לבין עצמם, ש"גלגלו" את האחריות האחד על כתפי חברו, יש לקבוע את שיעור ההשתתפות על-פי שיעור האשם המוסרי של כל אחד מהם ביחס לשאר. ככלל, ענייננו בשלוש קבוצות של מעוולים – שלושת חברי הדירקטוריון שנמצאו אחראים לנזק (רבס, גוטוין והורן), פינקוביץ ורואי החשבון (מילנר ושפורן). להשקפתי יש לקבוע כי פינקוביץ נושא באחריות למרבית הנזק, בהיותו הגורם הפעיל ביצירתו, שאחריותו נובעת ישירות ממעשיו האקטיביים, במובחן מאחריות הדירקטורים ורואי החשבון המבוססת על מחדל בהפעלת הסמכויות ובקיום החובות המוטלות עליהם. לפיכך אציע כי ייקבע שפינקוביץ אחראי ל-60 אחוזים מהנזק, הדירקטורים רבס, גוטוין והורן אחראים ל-20 אחוז ורואי החשבון (כל אחד ביחס לחיובו-שלו) אחראים אף הם ל-20 אחוז. באשר לנזק שמעבר לסכומי הנזק להם אחראים רואי החשבון (דהיינו – נזק שמעל לסך של 4,930,483 ש"ח, שהוא סכום הנזק הכולל לו אחראים שני רואי החשבון), ועד לסך של 12,000,000 ש"ח, חלוקת האחריות בין פינקוביץ לבין שלושת הדירקטורים תהיה 70 אחוז לפינקוביץ ו-30 אחוז לדירקטורים. ביחסים שבין שלושת הדירקטורים לבין עצמם האחריות תתחלק בחלקים שווים.

ז. סיכום והוצאות

102. סוף דבר: בפרשה שלפנינו נתבעו מספר גורמים המעורבים ואחראים במידה זו או אחרת לשורת פעולות שהזיקו לחברה ופגעו ביכולתה לקדם את מטרותיה החשובות.

לו תשמע דעתי, אציע כי נבטל את פסק דינו של בית משפט קמא, ערעור התובעים יתקבל בעיקרו; ערעורו של פינקוביץ יידחה; וערעורו של רו"ח שפורן יתקבל באופן חלקי, והכל באופן שהנתבעים הבאים יחויבו לפצות את החברה על פי החלוקה הבאה:

א. רו"ח מילנר יחויב לפצות את החברה בסך של 3,971,722 ש"ח ביחד ולחוד עם פינקוביץ, הדירקטורים רבס, גוטוין והורן וחברת הביטוח. בחלוקה בין המעוולים הנ"ל יישא רו"ח מילנר ב-20 אחוז מסכום זה, הדירקטורים (בחלקים שווים ביניהם) יישאו ב-20 אחוז מסכום זה ופינקוביץ יישא ב-60 אחוז מסכום זה.

ב. רו"ח שפורן יחויב לפצות את החברה בסך של 958,761 ש"ח ביחד ולחוד עם פינקוביץ, הדירקטורים רבס, גוטוין והורן וחברת הביטוח. בחלוקה בין המעוולים הנ"ל יישא רו"ח שפורן ב-20 אחוז מסכום זה, הדירקטורים (בחלקים שווים ביניהם) יישאו ב-20 אחוז מסכום זה ופינקוביץ יישא ב-60 אחוז מסכום זה.

ג. ביתר נזקי החברה (מעבר לסכומי הפיצוי הנקובים בסעיפים א' ו-ב' לעיל), עד לסכום של 12,000,000 ש"ח (כלומר בסכום של 7,069,517 ש"ח), יחויבו, ביחד ולחוד, פינקוביץ, הדירקטורים רבס, גוטוין והורן וחברת הביטוח. בחלוקה בין המעוולים הנ"ל יישאו הדירקטורים הנ"ל (בחלקים שווים ביניהם) ב-30 אחוזים, ופינקוביץ יישא ב-70 אחוזים.

ד. לסכומים הנקובים בסעיפים א', ב' ו-ג' לעיל יתווספו הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי, 23.1.2003.

ה. מובהר, כי חיובם של רבס, גוטוין ומילנר פירושו חיוב עזבונותיהם.

ו. עוד מובהר, כי דין התביעה נגד שרון להידחות ועל כן ערעור התובעים ביחס אליו נדחה.

103. עוד אציע לחבריי לחייב את פינקוביץ ואת חברת הביטוח (ביחד ולחוד) בהוצאות התובעים (כהגדרתם בפסקה 4 לעיל) ובשכר טרחת עורך דינם בסכום כולל של 750,000 ש"ח להיום. רו"ח מילנר יישא בהוצאות התובעים ובשכר טרחת עורך דינם בסכום כולל של 100,000 ש"ח וזאת ביחד ולחוד עם חיובם הנ"ל של פינקוביץ ושל חברת הביטוח.

עוד אציע שלא ייעשה צו להוצאות ביחסים שבין התובעים לבין רו"ח שפורן, שכן הוא חויב בפיצוי אך ערעורו התקבל בחלקו.

באשר לשלושת הדירקטורים שנמצאו חייבים – אציע שלא לחייבם בנפרד בהוצאות התובעים שכן חבותם נמצאה מכוסה על ידי הביטוח.

לבסוף – מוצע לחייב את התובעים בהוצאות המשפט של שרון, לרבות שכ"ט עו"ד, בסכום כולל של 20,000 ש"ח.

מובהר כי פסיקת ההוצאות ושכר טרחת עו"ד מתייחסת לשתי הערכאות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. בית משפט קמא הגיע לתוצאה לפיה הדירקטורים פטורים מאחריות לאור גילם המתקדם ומאחר שאינם מבינים דבר במאטריה בה עסקינן; כי רו"ח מילנר פטור מאחריות מאחר שסמך על פינקוביץ'; וכי האחריות מגולגלת על התובעים-המערערים, מאחר שכבעלי מניות היה עליהם לשים לב לתפקודם הכושל של הדירקטורים ולדרוש את החלפתם. מסקנות אלה, אינן יכולות לעמוד באשר הן נוגדות מושכלות יסוד בדיני חברות. דירקטור אינו יכול להתגונן בטענה שהוא אינו מבין ואין לו הכישרים הדרושים או שגילו המתקדם לא אפשר לו לגלות עניין בנעשה. נהפוך הוא, אלה בדיוק הסיבות בגינן יש להטיל אחריות על הדירקטורים, ואני מצטרף אפוא לפסק דינו של חברי השופט זילברטל.

2. הדירקטורים של החברה, שחלקם הגדול כבר הלך לעולמו, היו אנשים טובים שביקשו לתרום לניהולו של הכפר, כמי שעניינם של החוסים היה קרוב לליבם (שניים מהם היו חברי קיבוץ ומן הסתם פעלו שלא על מנת לקבל שכר), והם כיהנו בתפקידם זה קרוב ל-35 שנה מבלי שהוחלפו. רבס, לדוגמה, עובד סוציאלי במקצועו, עבד בכפר כשלושים שנה כאחראי על התחום הסוציאלי, והוא אף לא התימר לטעון כי הבין דבר וחצי דבר בענייני כספים. כפי שטען בפנינו בהגינותו בא כוחו של רבס, הדירקטורים ש"רגליהם נוטעות במלחמת העולם הראשונה" לא קיבלו תגמול על פעולתם כדירקטורים והם ראו במה שעשו כשליחות מוסרית.

למקרא הדברים, דומה כי הדירקטורים בחברה השתייכו לדור אחר, והם לא היו מודעים לשינויים שחלו בחקיקה ובפסיקה בכל הקשור לתפקידיו ולאחריותו של הדירקטור בחברה. יפים לענייננו דברים שאמרתי בפרשה אחרת:

”את הכבוד והכיבוד שבתפקיד הדירקטור החליפו זה מכבר האחריות וחובת הזהירות הרובצות על הדירקטור מעצם תפקידו. לא הדירקטור של היום כדירקטור של פעם. הדירקטור של שנות האלפיים אינו יכול להיות תם שאינו יודע לשאול שמזדמן לפרקים להסב בצוותא ולשתות תה בישיבות הדירקטוריון. הדירקטור של ימינו נושא באחריות מקצועית על פי מבחן 'נושא משרה סביר' (סעיף 253 לחוק), וככזה, הוא נדרש להיות בעל 'הכישורים הדרושים והיכולת להקדיש את הזמן הראוי לשם ביצוע תפקיד של דירקטור בחברה' (סעיף 224 לחוק) (הדגשות הוספו – י"ע) (רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פס' 53 (26.4.2015)).

הדירקטורים סמכו באופן עיוור על מעשיו של פינקוביץ' כמנכ"ל, הם לא הבינו מה המצב הכספי של החברה והזרמת הכספים המסיבית למפעל של חברת הבת (שהמנכ"ל שלה היה בנו של פינקוביץ') נעלמה מעיניהם. הטענה לתחולת כלל "שיקול הדעת העסקי" במקרה דנן, היא חסרת יסוד, באשר על מנת להחיל את הכלל יש להראות כי הופעל בכלל שיקול דעת. לא הוצג כל פרוטוקול ממנו ניתן ללמוד כי נושא כדאיות ההשקעות בחברת הבת והיקף ההשקעות נדונו ו"עלו על השולחן". רבס עצמו אישר בחקירתו כי הפסד של 17 מליון ₪ הוא בלתי נסבל, אלא שהוא לא ידע על כך. גם שרון בכתב הגנתו טען כי הופתע מהיקף ההעברות הנטענות (אציין כי רבס, שרון ופינקוביץ' הרכיבו את "המנהלת" שעסקה באופן שוטף בענייני הכפר). המדובר בהשקעה של כ-17 מליון ₪ בחברת הבת לצורך העסקה של מספר חוסים (נטען כי בתקופת השיא המספר המכסימלי של חוסים שהועסקו במפעל עמד על כ-15 חוסים בלבד). בהשקעות אלה היה כדי לסכן את הכפר ועל כך נזעקו ההורים בתביעתם. על אחת כמה וכמה, בהתחשב בכך שעל פי תזכיר החברה ותקנונה, החברה לא הייתה רשאית להשקיע לשם רווח או פעילות עסקית, שהרי הכפר לא הוקם ולא נועד לשמש כחברה עסקית.

הדירקטורים העלו טענת הסתמכות על עצתם ומומחיותם של אחרים, אך גם לא הוצג מסמך או חוות דעת או עצה כלשהי, שעליה הסתמכו, כך שגם לטענה זו אין על מה לסמוך.

3. מכאן המסקנה כי הדירקטורים – שכיחנו שלא על מנת לקבל שכר אלא מתוך כוונה טובה – התרשלו בתפקידם, הגם שבתום לב מתוך חוסר ידע וחוסר הבנה, ובהיעדר הכישורים המתאימים לכהן בדירקטוריון. הדירקטורים לא הבינו ולא הפנימו כי החברה מזרימה מיליוני שקלים לחברת הבת. דומה כי מעיני הדירקטורים נעלמה גם המשמעות של ההסכם שקבע כי פינקוביץ' זכאי לקבל כשכר 6% מהמחזור של חברת הבת (להבדיל מהרווח), ככל שהסכם זה הובא בכלל לידיעתם.

בנקודה זו אתייחס לנושא הפוליסה.

4. אני שותף למסקנתו של חברי השופט זילברטל, כי יש לדחות את הטענה הסתמית שהעלתה המבטחת לפיה כביכול החברה הפרה את חובת הגילוי.

”טעם מרכזי ביסודה של חובת הגילוי הינו טעם כלכלי – מידע מוטעה אודות הסיכונים הנשקפים ממבוטח עלול לגרום סיווג מוטעה על-ידי המבטח, כך שהפרמיה הנקבעת למבוטח לא תשקף את רמת הסיכון של המבטח... אי-התאמה בין רמת הסיכון לגובה הפרמיה חותרת תחת ההיגיון העסקי-כלכלי שעליו מושתת חוזה ביטוח, ומהווה החצנת סיכונים על המבטח ועל כלל ציבור המבוטחים (בג”ץ 6215/12 באסטאקאר נ’ שר האוצר פס’ 18 (16.6.2015) (להלן: עניין באסטאקאר)).”

המבטחת, שידעה לגבות את פרמיות הביטוח לאורך השנים, לא טרחה לברר דבר אודות מצבה של החברה והדירקטוריון שלה. אפילו לא הוצג שאלון שהחברה נתבקשה למלא טרם הקמת הפוליסה, לא כל שכן שאלה ספציפית שהחברה נמנעה מלהשיב עליה (השוו ע”א 282/89 רוטנברג נ’ כלל חברה לביטוח בע”מ, פ”ד מו(2) 339, 350 (1992)). לכך יש להוסיף, כי ”מגמת החקיקה בענייני ביטוח הינה צמצום חובת הגילוי של המבוטחים, והכרה בזכות הביטול של המבטחים בגין הפרת חובה זו רק למצבים בהם פעל המבוטח בכוונת מרמה” (עניין באסטאקאר, פס’ 19). במקרה שבפנינו, המבטחת לא שאלה את החברה ולא ביקשה מסמכים למעט מאזן אחד, ולא התעניינה מי הדירקטורים החוסים תחת הכיסוי ביטוחי. נראה כי כל שעניין את החתם של המבטחת היה לגייס לקוח נוסף ולגבות את הפרמיה עבור פוליסה סטנדרטית (פוליסת מדף, להבדיל מפוליסה ש”נתפרה” במיוחד למידותיו של המבוטח). קיצורו של דבר, שהטענה להפרת חובת הגילוי הועלתה על ידי המבטחת בעלמא וללא ביסוס כלשהו.

5. אני מסכים עם חברי, כי פרשנות תכליתית של הפוליסה מטה את הכף לטובת הדירקטורים. זאת, על פי הכלל הפרשני לפיו במקרה של ספק בפרשנות ההגדרה של מקרה הביטוח או של החריגים, הספק פועל לרעת המבטח. כלל זה נוצר במהלך השנים, מכוחם של מספר כללי פרשנות חוזיים שהשתלבו זה בזה עד שהיו לאחד:

(-) כלל הפרשנות "נגד המנסח" (ראו, לדוגמה ע"א 769/86 רובינשטיין נ' זמרו, פ"ד מב(3) 581, 586 והאסמכתאות שם (1988)). כלל זה מצא כיום, לאחר תיקון תשע"א, את מקומו בסעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) הקובע כי "חווה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחווה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".

(-) כלל הפרשנות "נגד הצד החזק" (ראו, לדוגמה, ע"א 191/85 מדינת ישראל נ' חברת נוה שוסטר, פ"ד מ"ב(1) 573, 580-581 (1988); ע"א 4651/95 חמודה נ' מועצה מקומית עראבה, פ"ד נ(5) 81 (1997); ע"א 650/98 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נג(4) 433 (1999); ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' עו"ד שגב, פ"ד נח(4) 106, 134-137 (2004); ע"א 8729/07 אירונמטל בע"מ נ' קרן קיימת לישראל (12.11.2009)).

(-) כלל הפרשנות "נגד המבטח" – ראו, לדוגמה, ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 240-241 (1993); ע"א 631/83 "המגן" חברה לבטוח בע"מ נ' "מדינת הילדים" בע"מ, פ"ד לט(4) 561, 570-572 (1985)). כלל פרשנות זה נתפס ככלל הכרעה, כלל של "סוף הדרך" מקום בו כפות המאזניים מעויינות (ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומיניום בע"מ נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פס' 28 ו-40 (21.8.2013) (להלן: עניין אלומיניום)).

(-) חוזי ביטוח, ככלל, הינם חוזים אחידים, והכללים דלעיל כוחם יפה עוד יותר מקום בו מדובר בחווה אחיד (ראו, לדוגמה, ע"א 83/83 מדינת ישראל נ' אבידן פ"ד לט(1) 211 (1985); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998)).

לכללי פרשנות אלה, ניתן להוסיף כלל פרשנות חוזי נוסף לפיו יש להעדיף פרשנות המקיימת את ההסכם. כלל פרשנות זה קבוע בסעיף 25(ב) לחוק החוזים, הקובע כי "חווה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל" (ראו, לדוגמה, דעתה של כבוד השופטת בן-פורת בע"א 391/80 לסרטון נ')

שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237 (1984)). כפי שציינן חברי (פס' 59 לפסק דינו), המבטחת טענה כי את המונח "מנהל מורשה" המופיע בחריג שבסעיף 4.14.3 לפוליסה יש לפרש על פי משמעותו בארבעה דברי חקיקה, שאינם רלוונטיים בכלל למטרתה של הפוליסה שבפנינו (כמו חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994). פרשנות זו, מרוקנת למעשה מתוכן את הפוליסה ולא בכדי לא חזר ב"כ המבטחת בדיון בפנינו על הטענה לפיה יש לפרש את המונח "מנהל מורשה" על פי דברי חקיקה אלה.

המבטחת הפנתה לעניין אלומיניום, אך איני רואה כי יש בפסק דין זה כדי לקדם את עניינה. פסק הדין מדגיש כי "יש לפרש במידת האפשר תניה בפוליסה תוך עמידה על מכלול תניותיה של הפוליסה כמקשה אחת". על כלל פרשני זה אין חולק. במקרה דנן, התנייה מושא המחלוקת יכולה לשאת על גבה את הפרשנות הסבירה שהוצעה על ידי חברי, השופט זילברטל, להבדיל מהפרשנות הדחוקה עד-מאוד שהוצעה על ידי המבוטח בעניין אלומיניום. מקום בו קיימות שתי משמעויות סבירות באותה מידה מבחינה לשונית – ולטעמי הפרשנות שהוצעה על ידי חברי אף הגיונית וסבירה יותר מזו של המבטחת – אנו חוזרים לכלל הפרשנות שנזכר לעיל ולפיו יש להעדיף את הפירוש שנוח למבוטח.

6. התכלית האובייקטיבית של פוליסת אחריות מנהלים היא להגן על דירקטור שכשל. החריג בסעיף 4.14.3 לפוליסה, קובע כי החברה לא תהיה אחראית לתביעה ש"הוגשה או נוהלה ביוזמת או בהוראת החברה או כל נושא משרה". תכלית החריג היא למנוע תביעה ביוזמת החברה או בעל שליטה בחברה כנגד החברה, על מנת להיפרע מחברת הביטוח את הפסדי החברה הנובעים מכישלון עסקי גרידא. זה בוודאי לא המקרה שבפנינו, שאת ההורים ניתן לראות כנושים אמיתיים של החברה, שפעלו באמצעות רו"ח דרמן על מנת להגיש תביעה.

אני גם מתקשה גם לקבל את טענת המבטחת בדיון שבפנינו, ולפיה הביטוח על פי הפוליסה יכול להיות מופעל רק בסוף חייה של החברה, כאשר מתמנה לה "מפרק, כונס נכסים או מנהל מורשה". ביטוח אחריות דירקטורים נועד גם למקרים בהם מוגשת כנגד הדירקטורים תביעה בחיי החברה, אף אם החברה לא נכנסת להליכי פירוק, כינוס נכסים או הקפאה.

מבחינה מהותית, ניתן לראות את התביעה שהגישו ההורים כנגד ההנהלה המכהנת כמעין תביעה נגזרת, הגם שלא הוגשה במתכונת של תביעה נגזרת (התובעים

אינם בעלי מניות בחברה, ולטענתם, מאחר שרו"ח מילנר שלט בארגון ההורים לא ניתן היה לקבל החלטה על הגשת תביעה נגזרת הכוללת גם אותו). קשה להלום כי המבטחת יכולה הייתה להתנער מחבותה אילו הוגשה תביעה נגזרת, בטענה כי רק בעלי תפקידים כמו מפרק וכונס רשאים לייצג נושים וצדדי ג'.

7. ומזווית נוספת.

הדירקטורים ידעו והסתמכו על כך שלא יאונה להם כל רע בתפקידם, שהרי לשם כך בדיוק נעשה עבורם ביטוח אחריות דירקטורים. זו הייתה הציפיה הסבירה של הדירקטורים, ואם היינו שואלים אותם על ההבחנה בין "מנהל מפעיל" לבין "מנהל מורשה" מן הסתם היו מרימים גבה בתימהון. במקרה דנן, לא הוצגה הצעת ביטוח, ממנה ניתן ללמוד על מה שהוצע לחברה, וההנחה היא כי פינקוביץ', כמי שפעל בשם החברה, והדירקטורים עצמם, צפו כי הפוליסה תכסה אותם במקרים בהם תועלה כנגדם טענה לרשלנות.

הציפיה של הדירקטורים מתיישבת עם כלל פרשנות נוסף בדיני ביטוח והוא "מבחן הציפיות הסבירות של המבוטח" (ע"א 846/76 עטיה נ' אדרט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא (2) 780 (1997)). קיימות מספר גרסאות לשימוש בדוקטרינה זו.

במובנה "החלש" או "המרוכך", משמשת הדוקטרינה בכל מקרה של עמימות טקסטואלית (כפי שנעשה ברע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח, פ"ד נ (3) 281 (1996) (להלן: עניין רמת-חן)). זאת, בדומה לדוקטרינת ה-Implied Warranty המוכרת בארה"ב, במובן של אחריותו המשתמעת של המבטח שהפוליסה תתאים באופן סביר למטרתה המיועדת (עניין רמת חן, עמ' 289-299). במובנה "החזק" או "המחמיר", מאפשרת הדוקטרינה לבית המשפט, להתנתק מלשון הטקסט, ולפסוק כנגד חברת הביטוח, גם מקום בו לשון הטקסט היא חד-משמעית (להבחנות ולשיקולים שבבסיס הדוקטרינה ויישומה, ראה דודי שורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח – חובת גילוי, פרשנות ומגמות התפתחות 319-340 (התשס"ה). עוד על דוקטרינת הציפיות הסבירה ראה דודי שורץ וריבי שלינגר "חוזה הביטוח: חובות גילוי ופרשנות – התפתחויות בראי הנתוח הפסיכולוגי של המשפט" קרית המשפט ה 349 (התשס"ד-התשס"ה); דודי שורץ וריבי שלינגר "פרשנות חוזה הביטוח: פרשנות נגד המנסח ומבחן הציפיות הסבירה של המבוטח" קרית המשפט ג 345, 382-388 (ספר זכרון לחיים כהן, התשס"ג); שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך ראשון 150-153 (התשס"ה)).

לא אכחד כי הדוקטרינה בצורתה המחמירה, אכן מעוררת קשיים, וטרם נעשה בה שימוש בארצנו (עניין אלומיניום, פס' 29), אך איני רואה מניעה לילך בעקבות עניין רמת חן וליישם במקרה דנן את הדוקטרינה בצורתה המרוככת.

8. לסיכום, אני סבור כי היה מקום להטיל אחריות על הדירקטורים, אך יש להכיר בכיסוי הביטוחי שלהם, הן על פי כללי הפרשנות המקובלים בדיני ביטוח והן על פי הדוקטרינה של ציפיות המבוטח.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק דינו המקיף והממצה של חברי, השופט צ' זילברטל, ולהערות המשלימות של חברי, השופט י' עמית.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט צ' זילברטל.

ניתן היום, כ"ה באב התשע"ו (29.8.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט