



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7058/17

ע"א 8044/17

ע"א 8053/17

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער בע"א 7058/17 : נתן מלמד

נ ג ד

המשיבים בע"א 7058/17 :
41-1. ציונה ליבוביץ ו-40 אחרים
42. דוד מלמד
43. AIG ישראל חברה לביטוח בע"מ
44. האודן סוכנות לביטוח (2002) בע"מ
45. אפולו בית השקעות וניהול פיננסי בע"מ
46. אפולו אחזקות בע"מ
47. אילן מורגן

המערערים בע"א 8044/17 : 41-1. ציונה ליבוביץ ו-40 אחרים

נ ג ד

המשיבים בע"א 8044/17 :
1. נתן מלמד
2. דוד מלמד
3. AIG ישראל חברה לביטוח בע"מ
4. האודן סוכנות לביטוח (2002) בע"מ
5. אפולו בית השקעות וניהול פיננסי בע"מ
6. אפולו אחזקות בע"מ
7. אילן מורגן

המערער בע"א 8053/17 : דוד מלמד

נ ג ד

המשיבים בע"א 8053/17 :
41-1. ציונה ליבוביץ ו-40 אחרים
42. נתן מלמד
43. AIG ישראל חברה לביטוח בע"מ

44. אפולו בית השקעות וניהול פיננסי בע"מ
 46. אפולו אחזקות בע"מ
 47. אילן מורגן

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-
 יפו מיום 11.7.2017 בת"א 24088-08-13 שניתן על ידי כב'
 השופטת דניה קרת-מאיר

תאריך הישיבה: כ"ו באדר ב' התשע"ט (2.4.2019)

בשם המערער בע"א 7058/17,
 המשיב 1 בע"א 8044/17
 והמשיב 42 בע"א 8053/17 : עו"ד רמי פרגן ; עו"ד ישי קרובי ; עו"ד שי מודלי

בשם המשיבים 41-1 בע"א
 7058/17, המערערים בע"א
 8044/17 והמשיבים 41-1
 בע"א 8053/17 : עו"ד מימון אביטן ; עו"ד עזרא-ליאור כדורי

בשם המשיב 42 בע"א
 7058/17, המשיב 2 בע"א
 והמערער בע"א 8053/17 : עו"ד איל גונן

בשם המשיבות 43 ו-44 בע"א
 7058/17, המשיבות 3 ו-4
 בע"א 8044/17 והמשיבה 43
 בע"א 8053/17 : עו"ד דרור זמיר ; עו"ד הדס אדלר, עו"ד בן בלוך

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת דניה קרת-מאיר) מיום 11.7.2017 בת"א 24088-08-13 (להלן: "פסק הדין"). ערעורים אלה מעוררים מספר שאלות, מרביתן בתחום דיני הביטוח, אשר החשובה בהן היא היקף תחולתה של דוקטרינת "המבוטח התמים" במשפט הישראלי.

רקע

1. המערערים בע"א 8044/17 (להלן: "המשקיעים" ו-"ערעור המשקיעים", בהתאמה), הפקידו כספים בידי בית ההשקעות "אפולו בית השקעות וניהול פיננסי

בע"מ" (המשיב 5 לערעור המשקיעים. להלן: "בית ההשקעות"). חלק מכספם ירד לטמיון, עקב מעשי תרמית שבוצעו על ידי מר אילן מורגן (המשיב 7 לערעור המשקיעים. להלן: "מורגן"), "הרוח החיה" מאחורי בית ההשקעות, ובעל השליטה בו בפועל, גם אם לא פורמאלית (ראו פירוט בהמשך). בשנת 2015 הורשע מורגן (על פי הודאתו, במסגרת הסדר טיעון) בגין מעשי התרמית מושא עניינו, ונידון למאסר בפועל לתקופה של 68 חודשים (ת"פ (מחוזי ת"א) 32224-01-15 מדינת ישראל נ' מורגן (כב' השופט חאלד כבוב. גזר דין מיום 1.4.2015. להלן: "ההליך הפלילי" ו-"גזר הדין"). במסגרת גזר הדין חויב מורגן, בין היתר, לפצות את המשקיעים בסכום כולל של 1 מיליון ש"ח.

2. בתביעה שהגישו המשקיעים לבית משפט קמא (להלן: "התביעה"), תבעו את נזקייהם, אותם העמידו על סך של כ-3.3 מיליון ש"ח, ממורגן עצמו (המחוסר כנראה יכולת כלכלית, כנלמד מגזר הדין) ומשורה של גורמים נוספים:

- (1) בית ההשקעות;
- (2) חברת אפולו אחזקות בע"מ – הבעלים של בית ההשקעות (המשיב 6 לערעור המשקיעים. להלן: "אפולו אחזקות");
- (3) מר דוד מלמד (המערער בע"א 8053/17, המשיב 2 לערעור המשקיעים, והמשיב 42 לערעור נתן כהגדרתו להלן. להלן: "דוד" ו-"ערעור דוד", בהתאמה) – אשר שימש כמנהל תיקים יחיד בבית ההשקעות בעת הרלוונטית.
- (4) מר נתן מלמד (המערער בע"א 7058/17, המשיב 1 לערעור המשקיעים, המשיב 42 לערעור דוד. לעיל ולהלן: "נתן", ו-"ערעור נתן", בהתאמה) – אשר כיהן כדירקטור וכמנהל כללי בבית ההשקעות, בעת הרלוונטית (כך על פי דיווחי בית ההשקעות. ראו פירוט בהמשך);
- (5) חברת הביטוח AIG ישראל חברה לביטוח בע"מ (המשיב 3 לערעור המשקיעים, והמשיב 43 לערעור דוד ולערעור נתן), אשר ביטחה את בית ההשקעות באמצעות האודן סוכנות לביטוח (2002) בע"מ (המשיב 4 לערעור המשקיעים והמשיב 44 לערעור נתן). חברת הביטוח AIG וסוכנות הביטוח האודן ייקראו להלן ביחד, לצורך הנוחות: "חברת הביטוח" או "המבטחת".

3. בעקבות הגשת התביעה, שלחו נתן ודוד הודעות צד ג', בין היתר, נגד מורגן, חברת הביטוח, והאחד נגד רעהו. תביעת המשקיעים נגד מורגן, נגד בית ההשקעות ונגד אפולו אחזקות התקבלה במלואה – פסק דין בהעדר הגנה, על מלוא סכום התביעה, ניתן נגד מורגן ביום 30.6.2014, ונגד בית ההשקעות ואפולו אחזקות ביום 8.12.2014.

התביעה נגד דוד ונתן התקבלה באופן חלקי: בית משפט קמא קבע כי הם חבים בפיצוי המשקיעים, ביחד ולחוד, אך העמיד את גובה הנזק על סכום של 2,029,580.5 ש"ח, הנמוך מסכום התביעה. התביעה נגד חברת הביטוח נדחתה, וכך גם הודעות צד ג'.

4. הערעורים שלפנינו חולקים על דחיית התביעה נגד חברת הביטוח; ועל גובה הפיצוי שנפסק (דוד ונתן טוענים כי הפיצוי מופרז; המשקיעים כי אינו מספק). דוד ונתן חולקים גם (כל אחד בנפרד) על עצם חיובם בפיצוי המשקיעים; על דחיית הודעות צד ג' שהגישו; ועל הימנעות בית משפט קמא מלקבוע את חלוקת הנזק בין שניהם.

הכול, כפי שיפורט להלן ביתר הרחבה.

תמצית העובדות

5. המשקיעים הפקידו כאמור כספים בידי בית ההשקעות, תאגיד מורשה, אשר אחז בתקופה הרלוונטית ברישיון לניהול תיקים מרשות ניירות ערך, והיה מבוטח בפוליסת ביטוח אחריות מקצועית מטעם המבטחת. דוד שימש בתקופה הרלוונטית כמנהל התיקים היחיד בבית ההשקעות, וכמתחייב אחז ברישיון לייצוג השקעות ולניהול תיקי השקעות מטעם רשות ניירות ערך. הוא השקיע את כספי התובעים, בין היתר, במניותיהן של שתי חברות שלימים התברר כי היו "חברות קש" בבעלותו של מורגן, ונעדרו כל פעילות כלכלית ממשית. אין חולק כי כספי התובעים שהושקעו במניותיהן של חברות הקש ירדו לטמיון, ושולשלו, בדרך לא דרך, לכיסו של מורגן.

חברות הקש בהן מדובר הן: Global Capital & Financial Corp, ו- Prudential Global Real Estate Corp. (חברות ציבוריות שהתאגדו בשנת 2011 בקנדה. לעיל ולהלן ביחד: "חברות הקש"); מניות חברות הקש בהן הושקעו הכספים הן משלושה סוגים: Global Capital & Financial Corp common shares; Global Capital & Financial Corp preferred shares; Prudential Global Real Estate Corp. (להלן: "מניות הקש"). מניות הקש נסחרו בבורסה לניירות ערך של פרנקפורט עד לחודש אוגוסט 2012, אז הוחלט על הפסקת המסחר בהן, על רקע חשדות שהתעוררו לגבי טיבן. רכישות המשקיעים בוצעו בשנים 2011-2012.

6. מבחינה פורמאלית, בית ההשקעות לא היה באותה עת בבעלותו של מורגן: בית ההשקעות נרכש אומנם בחודש יולי 2008 על ידי אפולו אחזקות (בשמה הקודם) – חברה

פרטית אשר 90% ממניותיה היו בבעלות מורגן. ואולם, בחודש יוני 2009 חתמו נתן ואפולו אחזקות על הסכם במסגרתו העביר מורגן את מניותיו באפולו אחזקות לנתן בנאמנות עיוורת. עוד הוסכם אז על התפטרות מורגן מתפקידו כדירקטור בבית ההשקעות, וכניסתו של נתן לתפקיד זה במקומו (להלן: "הסכם ההעברה"). בית ההשקעות דיווח על התפתחויות אלה לרשות ניירות ערך, והחל מאותה עת הוצג נתן כבעל השליטה בו (כעולה מהחלטת רשות ניירות ערך מיום 20.8.2013, בדבר ביטול רישיון ניהול התיקים של בית ההשקעות, על רקע חוסר מהימנות בעל השליטה. להלן: "החלטת רשות ניירות ערך").

לימים, נקבע בהליך הפלילי, כי חרף השינויים האמורים "היה מורגן גורם מעורב, דומיננטי ובעל השפעה הן בענייניה השוטפים של החברה לרבות שיווק וגיוס לקוחות, גיוס עובדים לחברה וחתומה על שיקים הקשורים לפעילותה; הן בקביעת אסטרטגית ההשקעות בחברה ועל כן הוא היה נושא משרה בחברה" (שם, פסקה 3). כלומר, הלכה למעשה המשיך מורגן לשלוט גם לאחר הסכם ההעברה הן בבית ההשקעות, והן בחברות הקש, ואילו נתן שימש כ"איש קש" שלו. יצוין עוד, כי על אפולו אחזקות רבץ שעבוד צף בדרגה ראשונה לטובת חברת "מורגן לומברד ערביות כספיות בע"מ" (להלן: "מורגן לומברד"), שבעל המניות היחיד בה הוא מורגן.

7. אוסיף, ולא בשולי הדברים, כי ההליך הפלילי אינו כתב האישום הראשון שהוגש נגד מורגן בגין תרמית בשוק ההון. מורגן ריצה בעבר עונש מאסר ממושך בארצות הברית בגין הרשעות בעבירות הקשורות בשוק ההון. בהמשך, לאחר שובו ארצה, הוגש נגדו באוגוסט 2010 כתב אישום (מתוקן) לבית משפט השלום בתל אביב-יפו (ת"פ 16048-10-09), בגין שורה של עבירות בשוק ההון, שביצע אגב גיוס כספים במגזר החרדי בישראל. גיוס כספים זה נגדע באיבו, בין היתר, בשל פעילות חקירה של רשות ניירות ערך (להלן: "החקירה"); כאשר על רקע החקירה, התגבש בשנת 2009 הסכם ההעברה שתואר לעיל (יצוין כי גזר הדין שניתן על פי הסדר טיעון בהליך הפלילי, כלל צירוף של התיק האמור שהתנהל בבית משפט השלום).

פסק דינו של בית משפט קמא

8. מורגן, כאמור, לא הגיש כתב הגנה, וניתן נגדו פסק דין על מלוא סכום התביעה. בית המשפט קמא אימץ את כלל העובדות שנכללו בפסק הדין בו הורשע מורגן (מתוקן) היות פסק דין מרשיע חלוט במשפט פלילי ראייה לכאורה בהליך האזרחי בהתאם להוראות סעיף 42א. לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971, וקבע כי התרמית

ברכישת המניות בוצעה על ידו. על רקע זה פנה לבחון את טענות המשקיעים כלפי דוד ונתן, ואת טענות הצדדים כלפי חברת הביטוח.

9. לגבי דוד – קבע בית המשפט קמא כי הוא התרשל בהתנהלותו כיועץ השקעות והפר את חובות האמון המוטלות עליו לפי חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995 (להלן: "חוק הייעוץ"). זאת, משום שנמנע מהפעלת שיקול דעת עצמאי, ורכש את מניות הקש בניגוד להערכתו המקצועית, מתוך כניעה ללחץ בלתי פוסק שהפעיל עליו מורגן, וללא בדיקה מקצועית וראויה של ההשקעה. בקביעותיו התבסס בית משפט קמא, בין היתר, על מכתב ששלח דוד בזמן אמת למורגן ונתן, בו תיאר את השתלשלות העניינים בנוגע לרכישת המניות. בית משפט קמא דחה את טענת דוד כי מעשה התרמית של מורגן ניתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו או מחדליו שלו לבין כל נזק שנגרם למשקיעים, וקבע כי יש לקבל את תביעת המשקיעים נגדו (עמודים 10-14 לפסק הדין קמא).

10. לגבי נתן – קבע בית משפט קמא כי אחזקת המניות בנאמנות על ידו, והתנהלותו כדירקטור בבית ההשקעות, ביססו את החיץ אותו ביקש מורגן לייצר, בין מראית בית ההשקעות כלפי חוץ, לבין פעילותו של מורגן בו בפועל. נקבע כי נתן היה ער לעברו הפלילי של מורגן בארצות הברית, ולחקירת רשות ניירות ערך בעניינו, עוד לפני שהתקשר עם מורגן בהסכם ההעברה. הוא ידע כי מטרת העברת המניות אליו בנאמנות ומינויו כדירקטור בבית ההשקעות הייתה ליצור הפרדה בין הבעלות הפורמאלית במניות לבין שליטתו של מורגן בפועל בבית ההשקעות. נקבע כי נתן הגיע לבית ההשקעות לעיתים רחוקות, ומורגן הוא ששלט בו וניהל אותו. אף שמעשה התרמית בוצע על ידי מורגן, קבע בית משפט קמא כי התנהלותו של נתן מצדיקה הטלת אחריות עליו בגין הפרת חובת זהירות ובגין חוסר תום לב.

11. לגבי חברת הביטוח – בית משפט קמא דחה את התביעה נגדה, ואת הודעות צד ג' נגדה. הוא קבע כי התשובות שמסר נתן, במענה לשאלון שהציגה לו חברת הביטוח עובר לכריתת חוזה הביטוח, הפרו באופן בוטה את חובת הגילוי המוטלת על מבוטח על פי הוראות חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק חוזה הביטוח"). עוד נקבע כי במכלול הנסיבות אי הגילוי מצד נתן עולה בגדר מתן תשובות בכוונת מרמה בהתאם להוראות סעיף 7(ג)(1) לחוק חוזה הביטוח. וכן, כי "מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אף בדמי ביטוח מרובים יותר, אילו ידע את המצב לאמיתו" (כלשון סעיף 7(ג)(2) לחוק חוזה הביטוח), דהיינו היה מסרב באופן מוחלט לבטח את בית ההשקעות, לו היה מודע למעורבותו של מורגן ולעברו הפלילי. לפיכך, נקבע כי פוליסת הביטוח בטלה בגין

אי גילוי, וחברת הביטוח פטורה מחבותה בהתאם להוראות סעיף 7(ג) לחוק חוזה הביטוח.

בנוסף, מצא בית המשפט קמא כי חל בנסיבות העניין החריג הקבוע בסעיף 7 לפוליסה, לפיו המבטחת לא תהא אחראית לשפות את המבוטח בגין תביעה או נזק הנובעים ממעשי תרמית או אי יושר של דירקטור או של שותף של המבוטח. הוא קבע כי על פי הממצאים העובדתיים אליהם הגיע, היה מורגן בזמן הרלוונטי שותף בבית ההשקעות, ולכן חל החריג הפוטר את חברת הביטוח. בית משפט קמא דחה את הטענה כי יש להכיר בתוקפו של הביטוח כלפי דוד, בהתאם לדוקטרינת "המבוטח התמים". הוא דחה גם טענות לפיהן חברת הביטוח הייתה מנועה מלהעלות בכתב הגנתה טענות חדשות, שלא בא זכרן במכתב דחיית התביעה ששלחה למשקיעים. הנמקתו בסוגיות אלה תוצג ביתר הרחבה בפרק הדיון.

12. סוגיית הנזק – המשקיעים תבעו סכום כולל של 3.3 מיליון ש"ח. חלקם בגין הקרן שהשקיעו, חלקם בגין הקרן ואובדן רווחים. בית משפט קמא קבע כי אין דרך לחשב את הרווח הנטען, וכי הפיצוי המרבי אותו ניתן לפסוק הוא פיצוי אשר ישיב את המצב לקדמותו, כלומר ישיב למשקיעים את מלוא הסכומים שהשקיעו ברכישת מניות הקש, שאיבדו ערכן לחלוטין. הוא קבע כי התובעים לא עמדו בנטל הוכחת הנזק הנתבע על ידם, משלא פעלו לאיסוף נתונים ומסמכים שהיו בשליטתם, וכי אלמלא מצויה הייתה הודאה של דוד בסכומי הקרן אותם השקיע במניות הקש, לא ניתן היה לפסוק למשקיעים פיצוי כלשהו. בית משפט קמא אימץ את הטבלה שנכללה בתצהירו של דוד (להלן: "הטבלה של דוד" או "הטבלה"), המפרטת את מספר המניות הנרכשות ושער קניה ממוצע, עבור כל משקיע; ועל בסיסה פסק פיצוי כולל לטובת המשקיעים בסכום של 2,029,580.5 ש"ח.

13. בית משפט קמא דחה את כלל הודעות צד ג' שהוגשו, ולא דן בחלוקת האחריות לנזק בין נתן לבין דוד, ובינם לבין מורגן.

תמצית טענות הצדדים בערעורים שלפנינו

הערעור מטעם המשקיעים (ע"א 8044/17)

14. הערעור שהוגש מטעם המשקיעים מופנה כלפי שתי סוגיות: דחיית התביעה נגד חברת הביטוח, וקביעת שיעור הנזק בפסק הדין.

15. דחיית התביעה נגד חברת הביטוח – המשקיעים טוענים כי הסתמכו על קיומו של ביטוח תקף - הן לבית ההשקעות, הן לנושא המשרה (נתן) הן למנהל התיקים (דוד). אלמלא הייתה לבית ההשקעות פוליסת ביטוח, לא היה זכאי לרישיון; אילו לא היה לבית ההשקעות רישיון, לא היו מפקידים בידיו כספים. התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא שגויה לשיטתם, שכן היא מתעלמת מהסתמכותם האמורה; מותירה אותם בפני שוקת שבורה; ואינה עולה בקנה אחד עם הרציונל של חוק חוזה הביטוח – מתן הגנה לצדדים שלישיים, שהם הקורבנות הפוטנציאליים העיקריים של מעשה מעילה או רשלנות מצד נושאי המשרה בחברה. לשיטתם, מדיניות משפטית ראויה ומאוזנת מחייבת הכרה בחובתה של חברת ביטוח להעניק כיסוי ביטוחי למנהל תיקים שהתירשל – כך שהמשקיעים יוכלו להיפרע מחברת הביטוח בעלת הכיס העמוק, והמבטח הוא שיאלץ לגבות את הכספים חזרה מהמעוול שיצר את הנזק.

16. עוד טוענים המשקיעים, כי ביחס לביטוחים בתחום שוק ההון יש לדרוש מחברת הביטוח לערוך בדיקות מקיפות ומשמעותיות יותר עובר לחתימת חוזה הביטוח. זאת, לאור ההשלכות האפשריות של אי גילוי על הנפגעים הפוטנציאליים (המשקיעים), אשר אין ביכולתם להשפיע על טיב הגילוי שמבוצע כלפי חברת הביטוח. באופן ספציפי, נטען כי בנסיבות ענייננו עיון בדו"ח רשם החברות של בית ההשקעות, היה מעלה את דבר קיומו של שעבוד ספציפי בלתי מוגבל על כלל נכסי אפולו אחזקות לטובת מורגן לומברד – פרט מידע שאמור היה לעורר תהיה מצד חברת הביטוח. על כן, שגה בית משפט קמא בקביעתו כי ממילא לא היה באפשרותה של חברת הביטוח לגלות את המידע שהוסתר ממנה.

17. המשקיעים מוסיפים וטוענים כי חברת הביטוח לא העלתה את מכלול נימוקיה לדחיית תביעתם בהזדמנות הראשונה שעמדה לרשותה, וכבר משום כך היה מקום לדחות את טענותיה המאוחרות, בהתאם להנחיות המפקח על הביטוח ולהלכה הפסוקה בעניין זה. הם מדגישים כי למכתב הדרישה ששלחו לחברת הביטוח צירפו עותק מטיוטת כתב התביעה, בו נכללו טענות המרמה; וכי תשובתה של חברת הביטוח למכתב התקבלה רק בחלוף כחודשיים (להלן: "מכתב הדחייה"), בנימוק לקוני לפיו הפוליסה בוטלה בינאר 2013 (נימוק ממנו חזרה חברת הביטוח בהמשך, במהלך ההליך בבית משפט קמא). הם טוענים כי חברת הביטוח הייתה מודעת לטענת המרמה, אך בחרה מסיבותיה שלה להתבסס במכתב הדחייה על טענות אחרות. קביעתו של בית משפט קמא כי חברת הביטוח העלתה את טענת ביטול הפוליסה כטענת סף בתום לב שגויה; וכך גם קביעתו כי מתקיים בענייננו חריג שאוזכר ברע"א 10641/05 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אסולין (4.5.2006) (להלן: "עניין אסולין"), בדבר נסיבות חריגות של מרמה.

לשיטתם, משנמנעה חברת הביטוח מלהעלות את טענת ביטול הפוליסה מחמת מרמה במכתב הדחייה, היה מקום לקבוע כי נפלה טענת ההגנה היחידה עליה התבססה במהלך הדיון בתובענה.

18. באשר ליישומה של דוקטרינת "המבוטח התמים" בענייננו – שגה בית משפט קמא לשיטת המשקיעים באופן ניתוחו את שאלת "תמימותו" של דוד, ועל כן גם במסקנתו הנגזרת כי דוד איננו "מבוטח תמים". "תמימות המבוטח" צריכה להיבחן ביחס לסיבה שבגינה מסרבת חברת הביטוח להעניק כיסוי ביטוחי. קרי, בענייננו, ביחס לטענת חברת הביטוח למרמה ואי גילוי מצדם של בית ההשקעות, נתן ומורגן בעת עריכת פוליסת הביטוח. אין מחלוקת כי דוד לא היה שותף למרמה ולאי הגילוי. הקביעה המתבקשת על כן היא כי דוד הוא מבוטח תמים, בעל אינטרס שונה מאפולו השקעות, מורגן ונתן, הזכאי לקבל כיסוי ביטוחי מלא מחברת הביטוח במקרה של תביעת רשלנות נגדו, תהא דרגת הרשלנות אשר תהא.

19. בעניין הנזק – המשקיעים מאמצים את קביעות בית משפט קמא אודות ערכי הקרן, אך טוענים כי שגה בדחותו את תביעתם בגין אובדן הרווחים (תביעה שהוגשה על ידי חלק מהמשקיעים). עוד הם טוענים, כי ראיות בדבר ערכי הקרן הוגשו על ידם לבית משפט קמא במסגרת תצהיריהם, ועל כן שגה בית משפט קמא בקביעתו כי אלמלא הודאת בעל הדין מצד דוד, מתחייב היה לדחות את תביעתם בשל אי הוכחת נזק.

הערעור מטעם דוד (ע"א 8053/17)

20. מישור האחריות – לטענת דוד, שגה בית משפט קמא כאשר לא קיבל את טענתו כי מעשיהם של נתן ומורגן ניתקו את הקשר הסיבתי שבין מעשיו לבין הנזק שנגרם למשקיעים. הוא שגה גם בכך שלא קיבל את הודעות צד ג' שהגיש דוד נגד מורגן (אשר כלל לא הגיש כתב הגנה), ונגד נתן, ובכך שלא קבע כי על מורגן ונתן, ביחד ולחוד, לשפות אותו בגין הסכום בו חויב בפסק הדין. זאת, לאור העובדה שמורגן הוא האחראי למעשי התרמית החמורים, ונתן הוא שאפשר אותם (שכן, במועד קבלתו של דוד לעבודה ידע נתן על עברו של מורגן, והיה ער לכך כי מורגן מנסה להרחיק עצמו מבית ההשקעות, למראית עין, באמצעותו). לחילופין, גם על פי כללי חלוקת האחריות בין מעוולים במשותף, נושאים מורגן ונתן באשמה מוסרית כבדה ביותר, ויש לחייבם במלוא הפיצוי.

21. מישור הנזק – לטענת דוד, המשקיעים לא הציגו מסמכים ונתונים בסוגית הנזק, אף שמסמכים כאמור מצויים היו בשליטתם. משכך לא הוכיחו את נזקם. בית משפט קמא

שגה כאשר פסק להם פיצוי, ושגה כשהסתמך על הטבלה שצירף לצורך קביעת שיעור הנזק. הסכומים שבטבלה מייצגים את עלות רכישת המניות לפי שער קניה ממוצע, ולא את כמות המניות שהייתה בתיקי המערערים במועד הרלוונטי לחישוב הנזק. הם אינם ראייה לנזק שנגרם בפועל.

22. אחריות חברת הביטוח – לטענת דוד, הביטוח אותו רכש בית ההשקעות הוא ביטוח אחריות מקצועית למנהלי תיקי השקעות, בהתאם לדרישות הדין ורשות ניירות ערך. עריכתו ותוקפו הם תנאי למתן רישיון ניהול תיקים לבית ההשקעות. כפי שקבע בית משפט קמא, דוד היה רשאי להסתמך עליו, ואכן הסתמך עליו. משבחרה חברת הביטוח שלא להציג לדוד שאלון, ולא לקיים הליך חיתומי לגביו טרם הוצאת הפוליסה, היא מנועה מלכפור בתוקפו של הכיסוי הביטוחי של דוד, על יסוד טענות הנוגעות לתשובות לשאלון שסיפק נתן, בשם בית ההשקעות. זאת, הן מכוח סעיפים 6–7 לחוק חוזה הביטוח, הן מכוח השתק. בנוסף, שגה בית משפט קמא כאשר בחן האם דוד הוא מבוטח תמים על פי אופן התנהלותו ברכישת מניות הקש בתיקי המשקיעים. שאלת היותו "מבוטח תמים" צריכה הייתה להיבחן ביחס לשלב הטרם-חווי (קרי, טרם עריכת הפוליסה), ולא בקשר לאירועים נשוא מקרה הביטוח. עוד נטען, כי גם אם דוד התרשל בהתנהלותו, שגה בית משפט קמא כאשר ייחס לו פזיזות.

הערעור מטעם נתן (ע"א 7058/17)

23. מישור האחריות – לטענת נתן, רכישת מניות הקש בתיקי המשקיעים היא תולדה של שני גורמים: מעשה נוכלות ומרמה מצד מורגן; ורשלנות פושעת של דוד. נתן לא היה מעורב ברכישת מניות הקש ולא היה חבר בוועדת ההשקעות. הוא לא עקב אחרי עבודתו של דוד, ולא היה זה מתפקידו לעשות כן. במועד בו גילה על רכישת המניות פנה לדוד, וזה מסר לו כי ערך בדיקות לגביהן וכי אין סיבה לממשן. דוד הסתיר מנתן את מעורבותו של מורגן ברכישת המניות, ואת הלחצים שהופעלו על ידו. באשר לאחזקתו של נתן במניות אפילו אחזקות בנאמנות – עורך דינו של מורגן הבטיח לו בשעתו כי מדובר בהסכם כשר לחלוטין, אשר יוגש לרשות ניירות ערך, וכי מנהל ההשקעות יהיה היחיד שינהל את תיקי ההשקעות. נתן אינו קשור לכן למעשי התרמית ושגה בית משפט קמא עת קבע אחרת. הוא פעל כדירקטור סביר, אשר נקט את אמצעי הזהירות הדרושים. גם רשות ניירות ערך, אשר הונחו בפניה כל נסיבות המקרה, לא מצאה פסול בהתנהגותו ולא הגישה נגדו כתב אישום. באשר לטענה כי היה אחראי למצג שווא, טוען נתן כי מרבית המשקיעים הצהירו כי הגיעו לבית ההשקעות טרם החלה מעורבותו, וכי אינם מכירים אותו. עוד הוא טוען, כי שגה בית משפט קמא בכך שחייב אותו ואת דוד בתשלום

סכום פסק הדין ביחד ולחוד, מבלי להבחין בהיקף אחריותו של כל אחד מהם. לטענת נתן, לא ייתכן כי חלקו, כמי שלא היה קשור ברכישת מניות הקש ולא ידע על רכישתן, יהיה זהה לחלקו של דוד, אשר רכש את המניות בהנחיית מורגן מבלי לבדוק את טיבן. בנוסף, שגה בית משפט קמא בכך שלא דן בהודעות צד ג' שהגיש נתן נגד דוד ומורגן.

24. מישור הנזק – כמו דוד, טוען גם נתן כי התובעים לא עמדו בנטל הוכחת הנזק, משלא צירפו כל מסמך רלוונטי מטעמם אף שהיה בכוחם לעשות זאת, ועל כן, שגה בית משפט קמא כאשר פסק להם פיצוי. כן שגה בית משפט קמא בהתבססותו על הטבלה של דוד לצורך קביעת שיעור הנזק, ממספר טעמים: (1) לא הוכח כי תיק ההשקעות של המשקיעים הפסיד בכללותו (משמע, יש להתחשב גם ברווחים שהניב התיק לאורך השנים); (2) בית משפט קמא קבע כי התובעים יכולים לתבוע את ערכי הקרן, אך הטבלה של דוד אינה מייצגת את ערכי הקרן (אף לשיטת דוד עצמו), אלא סכומי רכישה ממוצעים. בנוסף, קיימת אפשרות שחלק מהמניות המופיעות בה מומשו; (3) הטבלה אינה הודאת בעל דין מטעם דוד, משום שדוד טען שהסכומים שבה אינם מדויקים; (4) ממילא לא ניתן להחיל את ההודאה לגבי נתן, אשר מעולם לא אישר את הטבלה. הודאות של אחרים יכולות לשמש נגד בעל הדין, רק אם נעשו במסגרת מערכת יחסים מיוחדת, שאינה מתקיימת בענייננו.

25. אחריות חברת הביטוח – טענות נתן בהקשר זה דומות בעיקרן לטענות המערערים האחרים. בתמצית: שגה בית משפט קמא כאשר אפשר לחברת הביטוח להעלות טענות אשר לא העלתה בהזדמנות הראשונה; דוד הוא מבוטח תמים בעל אינטרס נפרד, אשר את תום לבו יש לבחון בשלב הטרם חוזי ולא בשלב רכישת המניות; אין תחולה בענייננו לחריג הקבוע בסעיף 7 לפוליסה שעניינו מרמה; חברת הביטוח יכולה הייתה לגלות בנקל את מעורבותו של מורגן; חברת הביטוח לא עמדה בנטל להראות שמבטח סביר לא היה מתקשר בחוזה הביטוח.

טענות המבטחת (המשיבה לשלושת הערעורים)

26. חובת הגילוי – המבטחת טוענת כי הפוליסה מכוחה היא נתבעת הוצאה במרמה, לאחר שהמבוטחים, באמצעות נתן, שיקרו והסתירו מידע מהותי בשש שאלות שונות בטופס הצעת הביטוח. חוות דעת מומחה מטעמה, שלא נסתרה, הוכיחה כי לו הייתה יודעת כי מאחורי בית ההשקעות עומד עבריין מורשע בעבירות בתחום ניירות ערך, הייתה בוודאות מסרבת לבטח את בית ההשקעות, בכל פרמיה שהיא, וכמוה גם כל חברת ביטוח אחרת. עסקינן במקרה חמור של מרמה מכוונת. מפני מקרי מרמה שכאלה ביקש

המחוקק להגן על חברות הביטוח באמצעות סעיף 7 לחוק חוזה הביטוח – המציין שתי חלופות בהן תהיה חברת ביטוח פטורה לחלוטין מחבות: התשובות ניתנו בכוונת מרמה או אי גילוי בעניין שהיה גורם למבטח סביר שלא להתקשר בחוזה ביטוח. בענייננו קבע בית משפט קמא, ובצדק לשיטת חברת הביטוח, כי שתי החלופות מתקיימות.

27. ביחס לטענה כי היה עליה לערוך חקירה עצמאית בעניין המידע שנשאל בשאלון, טוענת חברת הביטוח כי הטלת חובה שכזו אינה סבירה. חברת ביטוח רשאית וצריכה להסתמך על פרטים שהיא מקבלת מהמבוטח עובר להתקשרות בחוזה הביטוח. לשם כך הטיל המחוקק על המבוטח חובת גילוי וקבע סנקציה מתאימה בגין הפרתה; והפסיקה אף הרחיבה את חובת הגילוי המוטלת על המבוטח, וכללה בה חובה לגלות באופן יזום מידע מהותי. בנוסף, בית משפט קמא ניתח את המסמכים שעמדו לפניו, והגיע למסקנה כי גם מבחינה עובדתית, לא היה באפשרותה לגלות בבדיקות בסיסיות את דבר מעורבותו של מורגן בבית ההשקעות.

28. דוקטרינת "המבוטח התמים" – ביחס לטענת "המבוטח התמים", מדגישה חברת הביטוח כי הכרה בכיסוי ביטוחי לדוד בנסיבות העניין משמעותה כי חברת הביטוח תידרש לשלם למשקיעים את מלוא הנזקים, בשם כל המזיקים. הלכה למעשה ייהנו מורגן ונתן מביטוח שהושג במרמה; וחברת הביטוח תיאלץ לשלם בגין סיכון שמעולם לא התכוונה ליטול על עצמה. סעיף 7 לחוק חוזה הביטוח ירוקן אם כך מתוכנו.

בע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837 (1993) (להלן: "עניין וייסנר"), שם נדונה הדוקטרינה, הגיעו השופטים לשיטתה למסקנה כי הדין בארץ ובעולם, כמו גם תקנת הציבור, מחייבים כי הפוליסה לא תחול גם לגבי מבוטח תמים, כדי שלא ייצא חוטא נשכר (וזאת מעבר לטענתה כי דוד כלל אינו תמים). פסק דינו של בית משפט זה בע"א 4024/13 תקווה – כפר להכשרה מקצועית בגבעות זייד בע"מ נ' פינקוביץ (29.8.2016) (להלן: "עניין כפר תקווה"), עליו מסתמכים המערערים, שונה מאוד מענייננו ואינו מסייע בידם. באותו מקרה חברת הביטוח לא העבירה שאלון ולא שאלה את המבוטח כל שאלה, בעוד שבענייננו הועבר שאלון מפורט, אשר נענה באופן שקרי. מדובר בהפרת חובת גילוי מהותית וגורפת השוללת באופן מוחלט את הנפקת הפוליסה. מכל מקום, סוגיית "המבוטח התמים" נדונה בעניין כפר תקווה באוביטר בלבד, ולא נקבעה בו כל הלכה. דוקטרינת "המבוטח התמים" מעולם לא הוכרה בדין הישראלי.

ביחס לטענת המערערים כי יש לבדוק את תמימותו של דוד בנוגע לחיתום ולמילוי השאלון – טוענת חברת הביטוח כך: ראשית, אין כל סיבה להניח כי לו היה

מתבקש דוד למלא את השאלון, היה המידע שלפניה שונה. לדוד לא הייתה ידיעה אישית לגבי הרקע של מורגן ושל נתן, והוא היה פונה אליהם ופועל על פי הנחיותיהם, כפי שנהג בעניין ההשקעות; שנית, לגבי תלונתו של דוד על כך שכלל לא נתבקש על ידי חברת הביטוח למלא שאלון – טוענת המבטחת כי כאשר חברת ביטוח מתקשרת בחוזה ביטוח מול חברה, היא מתנהלת מול מנכ"ל החברה או מורשי החתימה וההתקשרות של החברה. אין לה עניין מול עובדי החברה, היכולים להתחלף מעת לעת, והיא אינה מחתימה אותם כעניין שבשגרה על שאלונים; שלישית, ככל שטענת המערערים ביחס להיותו של דוד "מבוטח תמים" מתייחסת לשלב כריתת החוזה ולסוגיית אי הגילוי, הרי שממילא מתקיימת בענייננו החלופה הנוספת הקבועה בסעיף 7 לחוק חוזה הביטוח, לפיה אף חברת ביטוח לא הייתה מבטחת את בית ההשקעות אף בדמי ביטוח מרובים יותר. התקיימות חלופה זו היא בגדר עובדה מוכחת בתיק. לחלופין, אם טענת המערערים לגבי היות דוד מבוטח תמים מתייחסת לתרמית שבוצעה בהשקעות – הרי שבית משפט קמא כבר קבע כי דוד לא היה מבוטח תמים.

29. החרגה מהפוליסה – המבטחת טוענת כי מעבר לשאלת הגילוי, המשפיעה על עצם תוקפה של הפוליסה, הנזקים בהם עסקינן ממילא מוחרגים מן הפוליסה. זאת, בהתאם לחריגים מספר 7 ו-15 לפוליסה, המחריגים מגדרה תביעה או הפסד הנובעים ממעשה הונאה של דירקטור או שותף של המבוטח (חריג 7), או הפרה מכוונת של הוראות החוק (חריג 15). בנסיבות ענייננו אין חולק כי מורגן נכלל בהגדרת דירקטור או שותף, ולכן חל חריג 7. כך קבע גם בית משפט קמא. איש מהמערערים לא ערער על קביעה זו, ועל כן היא בעינה עומדת ודי בה כדי לדחות את כלל הערעורים כלפי חברת הביטוח.

30. העלאת טענות חדשות שלא נזכרו במכתב הדחייה – באשר לטענת התובעים כי חברת הביטוח מנועה מלהעלות טענות דחיית כיסוי מעבר לאלו שפירטה בתגובתה לפנייה הראשונית שבוצעה אליה – טוענת חברת הביטוח כי בהתאם להלכה שנקבעה ברע"א 3735/14 מנורה נ' קסליו אירועים בע"מ (22.7.2014) (להלן: "עניין מנורה"), שעניינה במקרה זה לזה שלפנינו, הרי שמקום בו מבטחת מעלה בתום לב טענת סף במכתב הדחייה, אין לדרוש ממנה להעמיק חקר בטענות חלופיות העומדות לזכותה, ואי העלאתן באותו שלב לא תמנע ממנה להעלותן בהמשך, ככל שטענת הסף תידחה. פסקי הדין אליהם מפנים המערערים שונים מהותית מענייננו. בענייננו, חברת הביטוח לא טענה במכתב הדחייה כי אין כיסוי על פי הפוליסה, אלא כי הפוליסה בוטלה על ידה עוד בינואר 2013 (טענה ממנה חזרה בהמשך, עקב פגם טכני).

31. טענת המשקיעים כי הסתמכו על קיומו של ביטוח תקף – בעניין זה טוענת חברת הביטוח כי: (1) הטענה מהווה הרחבת חזית אסורה, משנטענה לראשונה (ובהיקף מצומצם) בסיכומי התובעים בערכאה קמא; (2) הטענה לא הוכחה ואפילו לא נטענה על ידי איש מהמשקיעים בתצהיריהם; (3) בצדק קבע בית משפט קמא כי אין בשאלה האם המשקיעים הסתמכו על קיומה של הפוליסה או לא כדי להעלות או להוריד לצורך הכרעה בשאלה בדבר קיומו של כיסוי ביטוחי; (4) עסקינן בפוליסת אחריות מקצועית שהיא במהותה פוליסת שיפוי. היריבות הישירה מכוחה תובעים המשקיעים את חברת הביטוח בהליך זה, אינה יוצרת להם זכות עצמאית ואינה יוצרת לחברת הביטוח חבות מקום שזו אינה קיימת. הפוליסה נועדה לשפות את המבוטח בגין פיצוי שעליו לשלם לצד ג' שנפגע מרשלנותו. לפיכך, יש לבחון לא רק האם קיימת חבות של המבוטח כלפי הצד השלישי, אלא גם האם קיימת חבות של המבטחת כלפי המבוטח על פי תנאי הפוליסה.

32. למען שלמות התמונה יצוין, כי לחברת הביטוח טענות רבות בדבר הרחבת חזית מצד המערערים, שלא מצאתי צורך להרחיב בהן לאור התוצאה אליה הגעתי.

דיון והכרעה

33. בתום הדיון שנערך לפנינו, הצענו לצדדים להגיע להסדר בהתאם למתווה שהצענו. משהודיע אחד הצדדים כי אינו מסכים להצעה, נדרשת הכרעתנו בערעורים. אומר כבר בפתח הדברים, כי לאחר עיון בטענות הצדדים, מצאתי שדין ערעורם של המשקיעים להידחות, ודין הערעור מטעם דוד והערעור מטעם נתן להתקבל באופן חלקי, לעניין הצורך בקביעת חלוקת האחריות ביניהם לנזק שנגרם.

34. קביעותיו של בית משפט קמא אודות עצם אחריותם של דוד ושל נתן לנזקי המשקיעים, הן קביעות מפורטות ומנומקות. הן מבוססות על התרשמותו הבלתי אמצעית מהעדויות שהוצגו לפניו, ומעוגנות היטב בחומר הראיות שעמד לפניו ובדין. כידוע, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בעניינים שבעובדה, לגביהם קיימת עדיפות לערכאה המבררת המתרשמת באופן ישיר מהעדויות שלפניה (ע"א 640/85 קופר נ' איגוד המוטסכים, פ"ד מד(1) 594, 598 (1990); ע"א 558/96 שיכון עובדים בע"מ נ' רזנטל, פ"ד נב(3) 568, 563 (1998); חמי בן-נון וטל חבקינ הערעור האזרחי 470 (מהדורה שלישית, 2012)). לא הובא בפנינו טעם המצדיק לסטות מכלל זה, בנסיבות ענייננו.

הדיון שלהלן יתמקד איפוא בסוגיות הבאות: (1) שיעור הנזק; (2) אפשרות המבטחת להעלות בכתב הגנתה טענות שלא נכללו בתשובתה הראשונית; (3) שאלת

חבותה של המבטחת, בדגש על סוגיית תחולתה של דוקטרינת "המבוטח התמים" בענייננו, כמו גם שאלת תחולתו של חריג 7 לפוליסה; (4) חלוקת האחריות לנזקי המשקיעים בין דוד לבין נתן, וגורל הודעות צד ג'.

שיעור הנזק

35. המשקיעים טענו לנזק שנגרם להם עקב אובדן ההשקעה במניות הקש, אשר איבדו כליל את ערכן; וחלקם גם לנזק בגין אובדן הרווחים שהיו אמורים להתקבל מההשקעה. בית משפט קמא קבע כי המשקיעים לא הציגו את המסמכים הרלוונטיים להוכחת הנזק שתבעו, אף שהיה בכוחם לעשות זאת. המומחה מטעמם ציין שהמסמכים לא הועברו אליו, ושכמצב הראיות הקיים לא ניתן לדעת כמה השקיע כל משקיע, כמה כסף הוא משך מהחשבון, ואם הוא מימש רווחים (פרוטוקול מיום 7.9.2015, עמודים 21-25, 50-51). על רקע זה ציין בית משפט קמא כי המשקיעים לא עמדו בנטל הוכחת הנזק, וכי אלמלא הודאתו של דוד בסכומי הנזק, לא ניתן היה לפסוק להם כלל פיצוי. בהמשך ניתוחו, הסתמך על טבלה שכלל דוד בתצהירו, בה ראה בית המשפט קמא הודאת בעל דין מצדו לעניין גובה הנזק, כדי לפסוק למשקיעים פיצוי כולל בסך של 2,029,585.5 ש"ח.

דוד טוען כי שגה בית משפט קמא כאשר התייחס לטבלה כהודאת בעל דין מצדו, וכי הסכומים שבה אינם מייצגים נאמנה את הנזק (אשר הוכחש על ידו). נתן טוען אף הוא כי הסכומים בטבלה אינם מדויקים, וכי ממילא הטבלה אינה מהווה הודאת בעל דין מטעמו. שניהם טוענים כי בהינתן הקביעה כי המשקיעים לא הוכיחו נזקם, לא היה מקום לפסוק להם כלל פיצוי; ואילו המשקיעים מצדם טוענים כי שגה בית משפט קמא בקביעתו כי לא הוכיחו את נזקם, שכן צירפו תצהירים אודות סכומי השקעתם.

36. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי צדק בית משפט קמא בקביעתו כי יש לראות בטבלה הודאת בעל דין מצד דוד, ובקביעתו כי יש לבסס עליה את סכומי הפיצוי, בהעדר ראיות אחרות לסתור. אבהיר מסקנה זו. בתצהיר העדות הראשית מטעמו, הקדים דוד לטבלה את התיאור הבא:

לשם הזהירות בלבד ומבלי להודות בטענות התובעים ומבלי לגרוע מטענתי כי יש לדחות את התביעה כנגדי על הסף ו/או לגופה וכי אין לשלם לתובעים דבר, אטען כי החישוב הנכון והמדויק הינו כדלקמן: יובהר כי החישוב בוצע לפי כמות המניות * שער קניה ממוצע.

משמע, דוד הבחין היטב בין מה שהוא כופר בו - אחריותו להפסד שנגרם למשקיעים, לבין עמדתו בעניין אופן החישוב הנכון של הנזק הנטען. משעה שנקבעה אחריותו להפסד, המידע שמסר לעניין חישוב הנזק מהווה "הודאה" פורמלית הנכללת בכתבי הטענות או הנמסרת בגדר הליך דיוני המיועד לכך, כלומר הודאת בעל דין. היא "מובילה לצמצום המחלוקת ופוטרת את בעל הדין שכנגד מלהביא ראיות להוכחת עמדתו בנושא ההודאה" (ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פ"ד סג(3) 577, 599 (2010)). כלומר, גם אם המשקיעים לא הציגו ראיות לתמוך בסכום הנזק המלא שנתבע על ידם (3.3 מיליון ש"ח), די בהודאתו של דוד כדי לבסס את זכותם לפיצוי מצדו בגובה הסכומים שציין.

37. דוד ונתן טוענים כי הסכומים שצינו בטבלה אינם מייצגים נאמנה את הנזק. בין היתר, משום שאין הם מביאים לידי ביטוי מימושים של מניות, ומאחר והטבלה מחושבת על פי "שער קניה ממוצע". אמת, טבלה המבוססת על נתוני רכישות, אינה מבטאת מימושים, ככל שהיו כאלו. כן ייתכן כי שער הקניה הכלול בטבלה אינו השער המדויק בו נרכשו המניות בפועל, אלא שער מקורב שחושב על פי מיצוע השערים בסמוך למועד הרכישה. אפס, כפי שציין בצדק בית משפט קמא, הטבלה מהווה בסיס לחישוב הנזק. דוד ונתן לא הציגו ראיות אחרות לסתור, ועל כן היא מהווה לכל הפחות אומדן מקורב לגובה הנזק. אין לקבל את טענתם כי מאחר והחישוב אינו מדויק, אין לפסוק כל פיצוי לתובעים.

38. נתן טוען גם כי ההודאה של דוד אינה יכולה להיחשב הודאת בעל דין מצדו, ועל כן אין לה "תחולה" מולו. צודק נתן כי ההודאה אינה הודאת בעל דין מצדו, ואולם מכך לא נובע כי אין היא יכולה לשמש ראיה נגדו. התביעה נגד דוד ונתן היא תביעה אחת, שהתבררה יחדיו. הטבלה שדוד צירף היא חלק מחומר הראיות בתביעת המשקיעים נגד נתן. בית המשפט המחוזי הסביר מדוע אפשר להסתמך עליה. כזכור, דוד היה מנהל התיקים היחיד בבית ההשקעות, ומי שהורה על רכישת המניות. הוא הגיש את הטבלה לצורך "החישוב הנכון והמדויק" של הנזק (כלשונו). נתן לא הציג ראיות אחרות לסתור. מדובר על כן בראיה המספיקה לביסוס הנזק גם במישור התביעה מול נתן.

39. לבסוף, לא ניתן לקבל את טענתו של נתן, כי בקביעת גובה הנזק יש להתחשב גם ברווחים שהניב יתר תיק ההשקעות של המשקיעים לאורך השנים. אין כל קשר בין הסכומים שהושקעו במניות הקש לסכומים שהושקעו בכלים פיננסים אחרים. מדובר בסכומים נפרדים ומובחנים – טכנית ומהותית. בין אם שאר כספם של המשקיעים הושקע באפיקים אשר הניבו רווח, ובין אם לאו, אין לכך כל רלוונטיות לסוגיה שלפנינו – היא

ההשקעה הפסולה במניות הקש, אשר ירדה לטמיון. מדובר בנוזק מובחן, אשר אפשר לתבוע בגינו מבלי צורך להידרש לביצועי שאר תיק ההשקעות. גם טענת האשם התורם שהעלה נתן, לפיה יש לייחס למשקיעים אשם תורם משום שבחרו שלא לממש את מניותיהם לאחר שהפגינו עליות שערים, היא טענה חסרת בסיס – זכותו של משקיע להחליט אם ומתי לממש את המניות שנרכשו עבורו ובכספו. אין חולק כי למשקיעים לא היה כל מידע לגבי התרמית שמאחורי המניות, ועל כן לא ניתן לייחס כל אשמה למשקיע שבחר שלא לממשן במועד זה או אחר.

40. לסיכום, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא, לפיה סכום הנזק שהוכח, הן כלפי דוד, הן כלפי נתן, הוא 2,029,585.5 ש"ח.

מועד העלאת נימוקי הדחייה על ידי חברת הביטוח

41. לטענת כל המערערים, שגה בית משפט קמא כאשר אפשר לחברת הביטוח במסגרת ההליך קמא, להעלות טענות אשר לא בא זכרן במכתב הדחייה. המחלוקת בעניין זה נעוצה באופן יישומן הנכון של הנחיות המפקח על הביטוח, וההלכה הפסוקה, על נסיבות המקרה שלפנינו. ויובהר: עסקינן בשתי הנחיות של המפקח על הביטוח (מיום 9.12.1998 ומיום 29.5.2002), אשר קבעו כללים בנוגע להתנהלות המבטחת בעת מתן מענה לתביעת המבוטח או צד ג' (להלן ביחד: "ההנחיה"). על פי ההנחיה, על המבטחת למסור תשובתה בכתב; וכאשר היא מבקשת לדחות את התביעה, עליה לפרט את כל נימוקי הדחייה בהזדמנות הראשונה. זאת, אלא אם מדובר בעובדות או נסיבות אשר נוצרו לאחר מועד הדחייה או שהמבטחת לא הייתה יכולה לדעת עליהן במועד זה (ראו, בין היתר, עניין מנורה).

42. מעמדה הנורמטיבי של ההנחיה, כמו גם הטעמים העומדים בבסיסה, נדונו בעניין אסולין, ואיני רואה צורך לחזור על פירוט הדברים. בתמצית, נקבע כי להנחיה, לרבות הסנקציה הקבועה בה, מעמד מחייב, חרף פגיעתה בזכות הגישה לערכאות של חברות הביטוח. שכן, היא נועדה להגן על ציבור המבוטחים מפני מצב של פערי מידע ביחס לעמדתה המלאה של חברת הביטוח; ולאפשר להם לבחון את צעדיהם באופן מושכל (וראו גם: רע"א 2121/14 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אייש (8.7.2014) (להלן: "עניין אליהו"); רע"א 4009/19 חתמי לויטס חברי סינדיקט מספר 1414 ASC נ' מודיעין אזרחי בלדרות מאובטח בע"מ (12.11.2019); ירון אליאס דיני ביטוח 968-970 (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: "אליאס"). עם זאת, במרוצת השנים התפתחו לכלל מספר חריגים. בעניין אסולין נקבע כי יתכנו נסיבות חריגות אשר יצדיקו סטייה מההנחיה –

"כאלה שהצדק זועק בהן כנגד יישום ההנחיה, כגון שנטען למרמה של המבוטח" (פסקה ד(6)). בעניין אחר הובהר כי אין ביכולתה של ההנחיה להוסיף לפוליסה את מה שאין בה, כלומר להוביל לכיסוי בגין סיכון שהוחרג ממנה, או כלל לא נכלל בה מעצם הגדרתו (ראו רע"א 4339/08 עזבון המנוחה סלים ז"ל נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה י"ג (24.7.2008)). לסקירה בעניין החריגים לכלל ראו אליאט, עמ' 980-993).

43. בעניין מנורה נדון עניינה של מבטחת אשר דחתה בקשה לפיצוי על פי הפוליסה, בנימוק של היעדר פוליסת ביטוח בתוקף. כשנתבעה בבית משפט, העלתה טענת הגנה חלופית לפיה הנכס בוטח בביטוח חסר. בית משפט קמא הורה על מחיקת הסעיפים הרלוונטיים מכתב הגנתה. בית משפט זה (כבוד השופטת (בתוארה אז), אסתר חיות), הפך את החלטתו, בסוברו כי –

כאשר מבטחת מעלה, בתום-לב, טענת סף מסוג זה אין לדרוש ממנה כבר בשלב משלוח מכתב הדחייה להעמיק חקר בטענות חלופיות היכולות לעמוד לזכותה. ממילא אין לדרוש ממנה כי תכלול במכתב הדחייה את כל הטענות החלופיות אשר יכול ותעמודנה להגנתה אם המבוטח יבחר להגיש נגדה תביעה משפטית (פסקה 8).

יחד עם זאת, הודגש כי –

ככל שיש בידי חברת הביטוח במועד משלוח מכתב הדחייה המידע הדרוש לביסוס הטענות החלופיות, מן הראוי שתעלה גם אותן במכתב הדחייה ולא תסתפק באמירה לקונית וכללית בדבר "שמירת זכויות" לגבי טענות חלופיות. זאת גם אם מכתב הדחייה נסמך בעיקרו, כמו בענייננו, על טענת סף בדבר העדר חוזה ביטוח (שם).

44. בענייננו, איפשר בית משפט קמא למבטחת להעלות נימוקים נוספים מעבר לאלו שפורטו בתשובתה הראשונית. הוא נימק עמדתו בכך שמתקיימים בענייננו חריגים אשר הוכרו בפסיקה כמצדיקים סטייה מההנחיה: ראשית, חברת הביטוח העלתה את טענת ביטולה של הפוליסה כטענת סף בתום לב; שנית, מדובר בנסיבות חריגות של מרמה בהן הצדק זועק כנגד יישום ההנחיות. לא מצאתי כי יש מקום לשנות מהתוצאה אליה הגיע. אמנם, ניתן להטיל ספק בתוקפו של הנימוק הראשון, לאור זאת שהמבטחת קבלה את מכתב הדרישה יחד עם כתב התביעה, ועל כן על פניו לא הייתה מניעה בידה מלהתייחס גם לטענות דחייה חלופיות, המתייחסות לסוגיית המרמה; ואולם, די לטעמי בנימוק השני (נסיבות חריגות של מרמה), כדי להצדיק את המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא.

45. סעיפים 6-8 לחוק חוזה הביטוח, עוסקים בחובת הגילוי הטרומי חוזית המוטלת על המבוטח (סעיף 6), ובתוצאות הפרתה (סעיפים 7-8). סעיף 7(א) קובע כי אם "ניתנה לשאלה בעניין מהותי תשובה שלא הייתה מלאה וכנה, רשאי המבטח, תוך שלושים ימים מהיום שנודע לו על כך וכל עוד לא קרה מקרה הביטוח, לבטל את החוזה בהודעה בכתב למבוטח". סעיף 7(ג) לחוק חוזה הביטוח, הרלוונטי לענייננו, עוסק במצב בו התרחש מקרה הביטוח טרם בוטל החוזה, ומעניק למבטח תרופה של תשלום יחסי או פטור מלא מתשלום דמי הביטוח:

קרה מקרה הביטוח לפני שנתבטל החוזה מכוח סעיף זה, אין המבטח חייב אלא בתגמולי ביטוח מופחתים בשיעור יחסי, שהוא כיחס שבין דמי הביטוח שהיו משתלמים כמקובל אצלו לפי המצב לאמיתו לבין דמי הביטוח המוסכמים, והוא פטור כליל בכל אחת מאלה:

- (1) התשובה ניתנה בכוונת מרמה;
- (2) מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אף בדמי ביטוח מרובים יותר, אילו ידע את המצב לאמיתו; במקרה זה זכאי המבוטח להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר קרות מקרה הביטוח, בניכוי הוצאות המבטח.

כלומר, מבוטח חייב לענות על כל שאלה מהותית שהוצגה לו בחוזה ביטוח בתשובה מלאה וכנה. בנוסף, על המבוטח לגלות כל מידע מהותי למבטח, אף אם לא נשאל לגבי אותו פריט מידע באופן ספציפי. מבטח אשר גילה בטרם קרות אירוע ביטוחי כי המידע שנמסר לו לא היה מלא וכן, רשאי לבטל את חוזה הביטוח. מבטח אשר גילה זאת לאחר קרות האירוע הביטוחי, רשאי להפחית את תגמולי הביטוח בשיעור יחסי, ובנסיבות מסוימות יהיה פטור כליל מתשלום תגמולי הביטוח (ראו בג"ץ 6215/12 באסטאקאר נ' שר האוצר, פסקה 5 (16.6.2015) (להלן: "עניין באסטאקאר"); רע"א 9849/17 פיקאלי נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ, פסקאות 10 ו-63 לחוות דעתי (4.6.2019)). על פי המלומד אליאס שלוש קבוצות עיקריות של עניינים נכללות בגדר עניין מהותי כמשמעו בסעיפים הנ"ל: (1) עניינים אשר יש בהם כדי להשפיע באופן ישיר על סיכויי התממשותו של הסיכון המבוטח; (2) עובדות שונות הנוגעות לתכונותיו המיוחדות של מושא הביטוח; (3) עניינים שונים הנוגעים לעברו הביטוחי או האיש של המבוטח, קרי, ל"סיכון המוסרי" הגלום בו, ובכלל זה עבר פלילי הרלוונטי למושא הביטוח (אליאס, עמ' 365-363).

על רקע הקדמה קצרה זו, אפנה לבחון את החלטת בית משפט קמא.

46. בית משפט קמא קבע כי דוד התרשל בתפקידו כמנהל תיקים. אין מחלוקת כי דוד כמנהל תיקים, נכלל בכיסוי הביטוח של הפוליסה. אף על פי כן, קבע בית משפט קמא כי חברת הביטוח אינה חייבת בתשלום למשקיעים, וזאת על בסיס הוראות סעיף 7(ג) לחוק חוזה הביטוח.

47. בית משפט קמא בחן בהרחבה את התשובות שניתנו על ידי נתן במענה לשאלון שנתבקש למלא על ידי חברת הביטוח, עובר לכריתת חוזה הביטוח. הוא קבע כי התשובות שניתנו על ידו לא עמדו בחובת הגילוי המוטלת על פי החוק, וכי חברת הביטוח פטורה על כן מחבותה על פי הפוליסה. בית משפט קמא הגיע למסקנה כי שני החדריגים המנויים בסעיף 7(ג) לחוק חוזה הביטוח מתקיימים בענייננו: הראשון, משום שיש לראות בתשובות שסיפק נתן בגדר מתן תשובות בכוונת מרמה; השני, משום שאין ספק כי חברת ביטוח סבירה לא הייתה מבטחת את בית ההשקעות, גם תמורת דמי ביטוח מרובים יותר, לו הייתה מודעת למעורבותו של מורגן בבית ההשקעות ועברו הפלילי. קביעות אלה מבוססות היטב בראיות שהיו לפני בית המשפט קמא, ובמיוחד בממצאים שהתקבלו בהליך הפלילי, ואין הצדקה להתערב בהן.

48. בהמשך ניתוחו, פנה בית משפט קמא לבחון את הטענה לפיה חברת הביטוח אינה זכאית להשתחרר מהתחייבויותיה כלפי דוד, על פי דוקטרינה של "המבוטח התמים". אף שציין כי הטענה מהווה הרחבת חזית, משנזכרה לראשונה בסיכומים, החליט לדון בה לגופה ודחה אותה על בסיס קביעתו כי דוד אינו מבוטח תמים. שלושת הערעורים שלפנינו חולקים כאמור על קביעה זו. בטרם אפנה לבחון את טענותיהם בסוגיה, אציג את דוקטרינת "המבוטח התמים", ואדון בשאלת תחולתה במשפט הישראלי.

דוקטרינת "המבוטח התמים"

תחולת הדוקטרינה במשפט הישראלי

49. דוקטרינת "המבוטח התמים" פותחה בעיקר בארצות הברית. ביסודה עומדת התפיסה לפיה כאשר פוליסת הביטוח מכסה שני מבוטחים או יותר, אין שחרור המבטח מחבות כלפי אחד המבוטחים בשל התנהגות פסולה מצדו של מבוטח זה, משחרר את המבוטח מחבות כלפי מבוטח אחר שידו לא הייתה במעל. במילים אחרות, במקרה של ריבוי מבוטחים, הגנה העומדת למבטח כלפי מבוטח פלוני בשל אשמו, אינה עומדת לו

בהכרח כלפי מבוטח אלמוני תם לב (לדיון בדוקטרינה ראו: Howell v. Ohio Cas. Ins. Co., 327 A.2d 240 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1974); Steigler v. Ins. Co. of N. Am., 384 A.2d 398 (Del. 1978); St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Molloy, 433 A.2d 1135 (Md. 1981)).

50. דוקטרינת "המבוטח התמים" זכתה למספר אזכורים בפסיקת בית משפט זה, אך שאלת תחולתה במשפט הישראלי טרם הוכרעה עד היום (לדיון בדוקטרינה, ובקליטתה בדין הישראלי, ראו אליאס, עמ' 1038-1040; שחר ולר חובות גילוי של מבוטחים בחוזי ביטוח 326-328 (2002)).

51. פסק הדין המרכזי במסגרתו נדונה הדוקטרינה על ידי בית משפט זה הוא עניין וייסנר. באותו מקרה ניהלה המערערת במשותף עם שניים אחרים, מועדון, אשר שריפה שפרצה בו כילתה את תחולתו וגרמה נזק למבנה בו פעל. השלושה תבעו את תגמולי הביטוח מהמבטחת, וזו סירבה לשלם, בין היתר, בטענה כי השריפה נגרמה או הייתה יזומה על ידי המבוטחים עצמם. בית משפט זה התייחס לדוקטרינת "המבוטח התמים" (שם, פסקה 16), תוך התמקדות בהקשר נשוא עניינו: מקרי הצתה שבהם נטען כי אחד מן המבוטחים אחראי להצתה, והתעוררה שאלה לגבי זכותו של המבוטח השני (the innocent co-insured) לתגמולי הביטוח.

בסופו של דבר, הוכרע עניין וייסנר על בסיס הקביעה העובדתית כי המערערת אינה נבדלת משותפיה במעורבותה הנטענת להצתה, וסוגיית "המבוטח התמים" לא דרשה הכרעה. ואולם, אגב אורחא הובעה העמדה לפיה ההבחנה בין שותפים לפוליסה שהם בעלי אינטרס זהה בנכס המבוטח (כגון בעלים במשותף), לבין בעלי אינטרס שונה (כגון משכיר ושוכר) היא רלוונטית לענייננו; וכי במקרה של בעלי אינטרס זהה, שיקולים של תקנת הציבור תומכים במסקנה כי הפרת החיוב על ידי אחד מהמבוטחים, פוטרת את המבטחת כלפי כולם. עוד הובהר כי השאלה מתעוררת כאשר מדובר בפוליסה משותפת, המכילה חיוב אחד המוטל על המבטחת כלפי כולם (שם, שם).

52. בפסק דינו של בית משפט זה בעניין כפר תקווה, נזכרה שוב הדוקטרינה, ונשנתה ההבחנה בין מצב שבו לכל המבוטחים אינטרס משותף באובייקט נשוא הביטוח, לבין מצב בו קיים הבדל בין האינטרסים השונים (שם, פסקה 71, תוך הפניה לעניין וייסנר). גם כאן נפרש הדיון בבחינת למעלה מן הדרוש, ומבלי לטעת מסמרות, שכן טענת חברת הביטוח באותו מקרה – לבטלות הפוליסה עקב אי גילוי – ממילא נדחתה בכללותה.

הנושא נזכר גם בחוות דעתו של חברי, השופט יצחק עמית, ברע"א 1219/18 פרץ נ' שלמה חברה לביטוח בע"מ (18.6.2018) (להלן: "עניין פרץ"), כ"תמיכה לגישה לפיה אין להלקות צד שלישי תם לב בגין חטאי המבוטח" (פסקה 25).

הערה: בעניין פרץ נקבע, ברוב דעות השופטים דוד מין ויעל וילנר כנגד דעתו של השופט יצחק עמית, כי שחרור מבטח בביטוח אחריות מחובתו כלפי המבוטח, בגין מסירת מידע כוזב לחברת הביטוח לאחר שאירע מקרה הביטוח, משחררת את המבטח גם מחובתו כלפי ניזוק תם לב. לסוגיה זו יש אומנם קווי דמיון מסוימים לנושא בו עסקינן, ואולם קיימים גם הבדלים משמעותיים, ועל כן לא ניתן ללמוד מהאמור שם למקרה הנידון כאן.

53. סבור אני כי הגיעה העת להכיר בכך שלדוקטרינת "המבוטח התמים" יש תחולה גם במשפט הישראלי, ולמקד את הדיון בשאלה מהו היקף התחולה של דוקטרינה זו. משמעותה של דוקטרינת "המבוטח התמים" היא כי במצבים מסוימים, בהם מכסה אותו חוזה ביטוח מספר מבוטחים, הגנתה של חברת הביטוח מפני חבות על פי הסכם הביטוח היא הגנה חלקית, החלה רק במערכת היחסים שבינה לבין אחד המבוטחים, שבשל התנהלותו פטורה חברת הביטוח מאחריותה כלפיו (להלן: "המבוטח האשם"), ואין להגנה תחולה במערכת היחסים שבינה לבין מבוטח אחר, שבהתנהגותו לא נפל כל פגם (להלן: "המבוטח התמים").

54. ההצדקה להכרה בדוקטרינת "המבוטח התמים" היא שבמצבים מסוימים, הגנה הניתנת לחברת הביטוח במישור היחסים שבינה לבין המבוטח האשם אינה מצדיקה, מבחינת התכליות שביסודה, הענקת הגנה לחברת הביטוח גם ביחסיה עם מבוטחים אחרים אותם מכסה חוזה הביטוח. טלו, למשל, את המצב בו בעלי דירות בבית משותף מתאגדים יחדיו, ועורכים ביטוח מפני שריפות, המכסה את כלל הדירות הבניין. לימים, מתרחשת שריפה, ומתברר כי אחד מבעלי הדירות גרם לה במתכוון. פשיטא כי בעל הדירה שגרם בזדון לשריפה לא יוכל לתבוע בגין הנזק שנגרם לדירתו, ואולם האם חברת הביטוח תהיה פטורה גם מאחריותה כלפי יתר בעלי הדירות בבית המשותף? דומני כי התשובה השלילית ברורה על פניה. חוזה הביטוח בדוגמה זו כורך אומנם מספר מבוטחים (בעלי הדירות בבית המשותף), ואולם הפטור שניתן לחברת הביטוח מול אחד מהם (בעל הדירה שהצית את הבניין) אינו מצדיק שחרורה מאחריות כלפי מכלול המבוטחים (בעלי הדירות שאינם אחראים לשריפה).

עיון בעובדות עניין וייסנר מספק דוגמה נוספת לשימוש בדוקטרינת "המבוטח התמים": כזכור, פסק דינו של בית המשפט העליון עסק בתביעתם של שלושה שותפים, אשר ניהלו מועדון שנשרף. כאמור, תביעתם של כל השלושה, שהיו שוכרים של המבנה שנשרף, בגין הנזקים שנגרמו למועדון ולתכולתו נדחתה, משנקבע כי הם גרמו במכוון לשריפה, ולא ניתן לראות מי מהם כמבוטח תמים (להלן: "תביעת השוכרים"). ואולם, בחוזה הביטוח בו דובר הייתה מבוטחת נוספת, בעלת נכס המקרקעין, שלא נטען כי הייתה מעורבת בגרימת השריפה. בעלת המקרקעין הייתה אף היא צד להליך בבית המשפט המחוזי, ותבעה פיצוי בגין הנזקים למבנה (להלן: "תביעת הבעלים"). והנה עיון בפסק דינו של בית המשפט העליון מגלה כי תביעת הבעלים התקבלה בבית המשפט המחוזי, וחברת הביטוח כלל לא ערערה על קביעה זו (ראו עמ' 860 לפסק דינה של השופטת שושנה נתניהו בעניין וייסנר). לפנינו איפוא דוגמה נוספת לכך שהגנה העומדת כלפי תביעת חלק מהמבוטחים (תביעת השוכרים) אינה עומדת כנד תביעת מבוטח תמים (תביעת הבעלים) (לדוגמה נוספת מסוג זה ראו ת"א (שלום ת"א) 152675/02 דורנט 1991 ישראל בע"מ נ' איילון חברה לביטוח בע"מ (12.12.2004). השופט ירון בשן) (הצתת רכב על ידי שוכר בעסקת ליסינג אינה משחררת את חברת הביטוח מאחריותה כלפי בעלת הרכב)).

55. ההכרה בקיומם של מצבים בהם יש הצדקה להחיל את דוקטרינת "המבוטח התמים", אין משמעה כי יש להחילה ביחס לכל מקרה של מבוטחים באותה פוליסת ביטוח, וביחס לכל טענת הגנה העומדת לחברת הביטוח. אכן, לדידי, שאלת המפתח אינה האם יש להחיל את דוקטרינת "המבוטח התמים" במשפט הישראלי, אלא מהם תחומיה של דוקטרינה זו – באילו מצבים יש להחילה ובאילו מצבים אין להחילה. לבחינת סוגיה זו אעבור עתה.

התנאים להחלת דוקטרינת "המבוטח התמים"

56. ההבחנה המרכזית העולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון שעסקו בדוקטרינת "המבוטח התמים" היא בין מבוטחים בעלי אינטרס משותף באובייקט נשוא הביטוח, לבין מבוטחים בעלי אינטרסים שונים. ביסוד הבחנה זו עומדת השאלה האם לפנינו מצב של ריבוי נושים בחיוב אחד בלתי מצטבר (להלן: "נושים יחד") או מצב של נושים נפרדים, המחזיקים בחיובים כלפי אותו נושה (להלן: "נושים נפרדים"). אבהיר עניין זה.

כאשר מדובר במבוטחים בעלי אינטרס משותף (למשל, בעלים במשותף של רכוש שנשרף), הרי שחברת הביטוח נושאת בחבות אחת להעניק פיצוי בגין הפגיעה באינטרס המשותף (הנזק לרכוש המשותף), ואולם הנשייה בחבות זו מוחזקת בידי מספר מבוטחים. זהו מצב של ריבוי נושים בחיוב אחד, אליה מתייחס סעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, שכן על החייב (חברת הביטוח) מוטלת רק חבות אחת לשלם בגין מקרה הביטוח, הגם שהזכות לתבוע ממנו את קיום החיוב (תשלום תגמולי הביטוח) עומדת למספר נושים (מבוטחים) (ראו עניין וייסנר, עמ' 860; מיגל דויטש "ריבוי נושים" דיני חובבים – חלק כללי 384-391 (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: "דויטש")).

לעומת זאת, כאשר מדובר במבוטחים בעלי אינטרס שונים (למשל, בעלי דירות שונות בבית משותף או משכיר ושוכר של מבנה), הרי שהחבות קמה אומנם בעקבות אותו אירוע (שריפת הבניין), ואולם מבחינה אנליטית הזכות של כל מבוטח היא זכות נפרדת לפיצוי, מאחר שהיא מתייחסת לאינטרס אחר, ואין מדובר בחיוב אחד כלפי שני נושים. ודוק, בחלק מהמצבים, החבות של המבטחת כלפי כל אחד מהמבוטחים היא לא רק נפרדת, אלא גם מצטברת לחבות כלפי יתר המבוטחים. כך, למשל חבות חברת הביטוח כלפי כל אחד מבעלי הדירות בבית המשותף ביחס לנזקים שנגרמו לדירתו (להבדיל מהנזקים לרכוש המשותף) היא חבות נפרדת ומצטברת, כאשר כל בעל דירה יכול לתבוע את הנזק לדירתו בלבד (אך ביחס לנזקים לרכוש המשותף המדובר בריבוי נושים בחיוב אחד. ראו דויטש, עמ' 359-364). לעומת זאת, במצבים אחרים של מבוטחים בעלי אינטרסים שונים החבות של חברת הביטוח אינה מצטברת, ואולם עדיין לא ניתן לומר כי מדובר במצב של ריבוי נושים בחיוב אחד (ראו דויטש, עמ' 333-335). כך, למשל, כאשר חברת ביטוח מכסה באותו חוזה ביטוח את האחריות של מספר גורמים, אשר התרשלו במעשים או מחדלים שונים, שגרמו לנזק אחד – כגון ביטוח אחריות מקצועית של משרד עורכי דין, כשעורך הדין האחד התרשל בייצוג בבית המשפט המחוזי ועורך הדין השני התרשל בייצוג בבית המשפט העליון, והתוצאה המצטברת מההתרשלויות בייצוג היא הפסד הלקוח בהתדיינות. במצב דברים זה נראה כי מדובר במבוטחים בעלי אינטרסים שונים (אירוע הביטוח ביחס לכל אחד מהם הוא שונה), ואולם החבות הקמה בגין שני האירועים הביטוחיים עשויה להיות לנזק עליו יש לפצות רק פעם אחת (צירוף מעשי התרשלות גרם לנזק אחד).

הערה: כאשר מדובר בתביעה של מבוטח ומוטב, או של מבוטח וניזוק בביטוח אחריות (כפי שהיה בעניין פרץ), הרי שמדובר בריבוי נושים בחיוב אחד, שכן חבותו של

המבטח היא אחת, ורק האפשרות לתבוע אותה עומדת לשני נושים: המבוטח והמוטב או המבוטח והניזוק, לפי העניין.

57. בצד ההבחנה האמורה בין מבוטחים בעלי אינטרס משותף (נושים יחד) לבין מבוטחים בעלי אינטרס שונה (נושים נפרדים) יש להבחין גם בין אירועים שונים העשויים להקנות הגנה למבטח. הבחנה מרכזית בהקשר זה היא בין אירועים הנוגעים להיווצרות חוזה הביטוח (להלן: "הגנות מוקדמות") לאירועים הנוגעים לביצוע הסכם הביטוח, כגון הפרה של התחייבות המוטלת על המבוטחים או אי עמידה בנטל המוטל עליהם (להלן: "הגנות מאוחרות") (השוו עניין פרץ, פסקה 23 לחוות דעתו של השופט יצחק עמית; כן השוו דניאל פרידמן ונילי כהן "ריבוי חייבים" דיני חיובים – חלק כללי 245 ואילך (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: "פרידמן וכהן")).

58. פסקי הדין בהם נדונה דוקטרינת "המבוטח התמים" במשפט הישראלי עסקו במצב הדברים בו לא הייתה מחלוקת כי חוזה הביטוח תקף, ואולם התעוררה שאלה האם קמה חבות של חברת הביטוח על פיו, לאור טענת הגנה שקמה לה בגין התנהלות אחד המבוטחים במהלך ביצוע הסכם הביטוח. כך, למשל, בעניין וייסנר לא הייתה מחלוקת בדבר תוקפו של הסכם הביטוח, אך התעוררה שאלה האם חברת הביטוח פטורה מחובתה לשלם את כספי הביטוח למבוטח התמים לאור אירוע מאוחר – גרימת השריפה על ידי המבוטחים האחרים. במצב דברים זה עסקינן בשאלת השפעת הגנה מאוחרת השוללת חבות כלפי מבוטח פלוני על מבוטח אלמוני תמים.

59. שאלה שטרם נדונה בפסיקה הישראלית, היא השלכתה של הגנה מוקדמת על החבות כלפי המבוטח התמים. על מנת להמחיש עניין זה נוכל להיעזר בפסק הדין האמריקאי שניתן בעניין Illinois State Bar Ass'n Mutual Insurance Co. v. Law Office of Tuzzolino & Terpinas 2015 IL 117096 (S.C. of Ill.) (להלן: "עניין טוזולינו וטרפינס"). להלן תמצית עובדותיו.

טוזולינו וטרפינס היו שותפים במשרד עורכי דין (להלן: "הפירמה"), שהחזיק בפוליסת ביטוח אחריות מקצועית (להלן: "הפוליסה"). טוזולינו הוא זה שמילא את שאלון חידוש הפוליסה, ובעשותו כן ענה תשובה שקרית על אחת השאלות. כחודש לאחר חידוש הפוליסה התקבלה בפירמה תביעה בגין רשלנות מקצועית של טוזולינו והפירמה, והשאלה שהתעוררה הייתה האם עילת הביטול של חברת הביטוח פועלת רק כלפי השותף שהטעה (טוזולינו) או גם כלפי השותף תם הלב (טרפינס).

הסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון של אילינוי (לאחר שעמדת המבטחת התקבלה על ידי הערכאה הראשונה, נדחתה בערעור, וניתן אישור להגשת בקשת רשות ערעור לעליון), אשר בחן האם בהתאם לחוקי מדינת אילינוי, ניתן לבטל פוליסת ביטוח בכללותה, בשל אי גילוי מהותי בטופס הבקשה.

בית המשפט, בדעת רוב, קיבל את עמדת המבטחת והורה על ביטול החוזה כלפי שני השותפים. הוא ציין כי סעיף 154 ל-Illinois Insurance Code, אשר עניינו באי גילוי מצד המבוטח (או מי מטעמו), מציב שני תנאים לביטול: (1) הצהרה בלתי נכונה; (2) אשר ניתנה בכוונה לרמות או אשר משפיעה באופן מהותי על הסיכון שהמבטח נוטל על עצמו. הוא הדגיש כי גם אי גילוי הנעשה בתמימות יכול להוות על פי הסעיף בסיס לביטולה של פוליסה מעיקרא, אם נמצא כי השפיע על הסיכון שחברת הביטוח נטלה על עצמה. בית המשפט עמד על כך כי דוקטרינת "המבוטח התמים" יושמה במדינת אילינוי באופן טיפוסי במקרים של הצתה או ונדליזם מצד אחד המבוטחים, אשר עניינם החרגות מהפוליסה (Policy exclusion) (כלומר, טענה להעדר כיסוי בשל תחולת אחד מהחריגים הנקובים בפוליסה). יישום הדוקטרינה בהקשר זה הוא הגיוני, ציין, שכן שאלת "תמימותו" של המבוטח היא רלוונטית כשעסקינן בהחרגה של מעשים מכוונים (Intentional act) מהפוליסה. לעומת זאת, הדוקטרינה נראית בלתי רלוונטית מקום בו עסקינן בביטול הפוליסה – תרופה שממילא מיושמת גם במקרים של אי גילוי תמים (כלומר, בלתי מכוון), בהם המוקד הוא כשאלה האם חברת הביטוח ניפקה את הפוליסה תחת התרשמות מוטעית לגבי מידת חשיפתה לסיכון. ובלשון דעת הרוב: "The innocent insured doctrine makes sense in that context [enforcement of policy exclusions – O.G.] because the insured's innocence is relevant to whether an intentional act invokes an exclusion to coverage. But the innocent insured doctrine appears irrelevant to rescission, a recognized remedy for even innocent misrepresentations."

דעת המיעוט, לעומת זאת, סברה כי שיקולי מדיניות ציבורית תומכים בהחלת הדוקטרינה גם בנסיבות אותו עניין, משני טעמים מרכזיים: ראשית, משום שלטרפינס הייתה ציפייה סבירה להיות מבוטח במקרה של אירוע רשלנות מקצועית. זאת, בהתבסס על ההיסטוריה שלו עם המבטחת, והעדר אשם מצדו למצג המטעה. אם המבטחת רצתה להיות זכאית לשלול ממנו את תגמולי הביטוח בשל מעשי שותפו, היה עליה לציין זאת במפורש בתנאי הפוליסה; שנית, אי הכרה בקיומו של כיסוי במקרים מסוג זה יפגע בציבור הלקוחות, אשר בהיעדר נכסים מספיקים של המתרשל עצמו להיפרע מהם, ייוותר ללא פיצוי על נזקיו. תוצאה זו אינה מתיישבת עם הרציונל של הגנה על ציבור הלקוחות,

העומד בבסיס חיובם של עורכי דין לרכוש ביטוח אחריות מקצועית. עוד צוין בדעת המיעוט, כי אם אי גילוי יכול לשלול כיסוי ביטוחי מכל אחד ואחד מעורכי הדין בשותפות עורכי דין (כך, לעמדת הרוב) – היקף ההשפעה הפוטנציאלית על ציבור עורכי הדין ולקוחותיהם, במקרים של פירמות גדולות ומרובות שותפים, הוא מטריד מאוד.

60. עמדת הרוב בעניין טוזולינו וטרפינס יכולה להתפרש כמייצגת אחת משתי גישות:

ראשית, גישה המצמצמת את תחולת הדוקטרינה של "המבוטח התמים" להגנות מאוחרות בלבד, תוך שלילה של האפשרות להחילה ביחס להגנות ראשוניות. גישה כזו ניתן לבסס על הטענה כי ככל שמתקיימת הגנה ראשונית, יהיה טיבה אשר יהיה, קמה לחברת הביטוח עילה להשתחרר מחוזה הביטוח בכללותו, ואם כך, הרי שיש להגנה תוקף כלפי כלל המבוטחים, ובכללם מבוטחים תמימים;

שנית, גישה המצמצמת את תחולתה של דוקטרינת "המבוטח התמים" להגנות מבטח שתחולתן מותנית באשם. לפי גישה זו יש לאבחן בין טענת הגנה של המבטח שהתקיימותה תלויה באשם המבוטח (למשל, קיומה של "כוונת מרמה" מצד המבוטח במסירת פרט מטעה, השוללת חבות לפי סעיף 7(ג)(1) לחוק חוזה הביטוח), לבין טענת הגנה של המבטח שהתקיימותה אינה תלויה באשם המבוטח (למשל, אי גילוי בנסיבות בהן "מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אף בדמי ביטוח מרובים". סעיף 7(ג)(2) לחוק חוזה הביטוח). לפי גישה זו לטענת ה"מבוטח התמים" עשויה להיות רלוונטיות רק באותם מצבים בהם טענת ההגנה של המבטח מותנית באשם, שאז תום ליבו של "המבוטח התמים" עשוי לשמש משקל נגד להגנת המבטח. לעומת זאת, כאשר טענת ההגנה שמעלה חברת הביטוח נובעת ממצב דברים אובייקטיבי, ואינה תלויה באשם המבוטח, ממילא אין רלוונטיות לדוקטרינת "המבוטח התמים".

61. עמדה גורפת, השוללת כל אפשרות להחיל את דוקטרינת "המבוטח התמים" ביחס להגנות מוקדמות נראית מרחיקת לכת. הטעם לכך הוא שגם ביחס להיווצרות חוזה הביטוח, ניתן להעלות על הדעת נסיבות בהן הפגם נוגע לחבות כלפי חלק מהמבוטחים, באופן שאינו מונע את פיצול חוזה הביטוח, כך שתוקפה של טענת ההגנה המקדמית יוגבל לאותם מבוטחים שבהתנהלותם נפל דופי, והיא לא תפגע בכיסוי ממנו נהנים המבוטחים התמימים. טלו, למשל, מצב בו חברת הביטוח שאלה קודם לעריכת חוזה ביטוח אחריות מקצועית האם רישיונו של מי מהמבוטחים נשלל בעבר. נניח כי על שאלה זו ניתנה תשובה מטעה בכוונת מכוון ביחס לאחד המבוטחים. האם מכך נבקש להסיק כי

חברת הביטוח רשאית להשתחרר מחוזה הביטוח ביחס לכלל המבוטחים? האין להסתפק במקרה זה משחרורה של חברת הביטוח מאחריותה כלפי אותו מבוטח לגביו נמסר מידע מטעה, או, לכל היותר, לאחריות הנובעת מפעולתו של אותו מבוטח? דוגמא זו מלמדת כי כשם שהרציונל של הגנה מאוחרת יכול להיות מוגבל לחלק מהמבוטחים, כך גם רציונל של הגנה מוקדמת. אם כך – ספק אם תחולת הדוקטרינה צריכה להיות מוגבלת להגנות מאוחרות בלבד.

ודוק, לעובדה כי מדובר בהגנה מוקדמת (להבדיל ממאוחרת) עשויה להיות השלכה על היקף תחולת הדוקטרינה. ניתן להניח כי טענות אלה יהיו רלוונטיות יותר לכלל המבוטחים, מאשר טענות הגנה מאוחרות. ואולם, לשיטתי, לא ניתן לקבוע בעניין זה כלל גורף, אלא יש לבחון כל טענת הגנה לגופה – ולקבוע האם היא משליכה על החבות כלפי כלל המבוטחים או רק על החבות כלפי מבוטחים שבהתנהלותם נפל הפגם.

62. שונה המצב ביחס לגישה לפיה יש לצמצם את תחולת דוקטרינת "המבוטח התמים", כך שהיא תופעל רק כאשר הגנת המבטח היא הגנה התלויה באשם. כאשר הגנת המבטח אינה תלויה באשם המבוטח, טענת המבוטח לתום לב אינה ממין העניין, וממילא אין בה כדי לספק לו הגנה. הגנת המבטח נובעת מקיומו של מצב דברים מסוים, ואין היא תלויה במידת האחריות או ברמת הידיעה של המבוטח ביחס לאותו מצב דברים.

63. סיכום ביניים: לשיטתי הגיעה השעה להכיר בטענת "המבוטח התמים", ואולם מן הראוי לעצב את ההגנה, ולתחם אותה, בשים לב לשלושה מישורים של התייחסות:

א. היחס בין האינטרסים המבוטחים: מבוטחים בעלי אינטרס משותף באובייקט נשוא הביטוח (נושים יחד), לעומת מבוטחים בעלי אינטרסים שונים (נושים נפרדים).

ב. המועד בו קמה ההגנה לה טוען המבטח: הגנה מוקדמת לעומת הגנה מאוחרת.

ג. טיב ההגנה לה טוען המבטח: הגנה התלויה באשם לעומת הגנה שאינה תלויה באשם.

64. שלושת הפרמטרים שהוצגו לעיל מאפשרים להבחין בין שמונה מצבים שונים, המפורטים בטבלה הבאה:

הגנה מאוחרת		הגנה מוקדמת		
תלויה באשם	שאינה תלויה באשם	תלויה באשם	שאינה תלויה באשם	
מצב 4	מצב 3	מצב 2	מצב 1	מבוטחים בעלי אינטרס משותף (נושים יחד)
מצב 8	מצב 7	מצב 6	מצב 5	מבוטחים בעלי אינטרסים שונים (נושים נפרדים)

65. בעניין וייסנר נדונו נסיבות המשתייכות למצב 4 – מבוטחים בעלי אינטרס משותף כלפיהם העלתה חברת הביטוח טענת הגנה מאוחרת התלויה באשם. בית המשפט נטה לדעה כי במצב דברים זה, הן מהשיקול המשפטי שמדובר בנשייה יחדיו והן מ"שיקולי מדיניות של תקנת הציבור, שלא לעודד קנוניות בין מבוטחים, שמטבען קשות הן לגילוי ולהוכחה", הגנת המבטח יפה גם כנגד המבוטח התמים (עמ' 864). עמדה זו הייתה מקובלת בעבר בארצות הברית, ואולם במהלך הזמן ניכרת מגמה שונה, המבקשת לנתק בין המבוטחים בקטגוריה זו (המקרה הנפוץ הוא זה בו אחד מבני הזוג גורם לשריפה של דירת המגורים, והשאלה המתעוררת היא האם בן הזוג האחר, שאינו מעורב במעשה ההצתה, ולעיתים מזומנות הוא הקורבן שלה, זכאי לתבוע את חברת הביטוח. לדיון בהתפתחות הדין בסוגיה זו במדינות השונות בארצות הברית ראו Benjamin M. Parrott, *For Better or For Worse? The Iowa Supreme Court's Decision to Compensate the Innocent Coinsured Spouse in Sager v. Farm Bureau Mutual Insurance Company*, 54 DRAKE L. REV. 561 (2006); Willy E. Rice, *Destroyed Community Property, Damaged Persons, and Insurers' Duty to Indemnify Innocent Spouses and Other Co-Insured Fiduciaries: An Attempt to Harmonize Conflicting Federal and State Courts' Declaratory Judgments*, 2 Est. Plan. & CMTY. PROP. (L.J. 63 (2009)). סוגיה זו אינה מתעוררת בענייננו, שכן, כפי שיובהר, עסקינן במבוטחים בעלי אינטרסים שונים, ולפיכך אציע לחבריי כי נותיר את ההכרעה בה לעת מצוא.

66. כאשר עסקינן במבוטחים בעלי אינטרסים שונים, הנכוונות להפעיל את דוקטרינת "המבוטח התמים" גבוהה יותר. הטעם לכך הוא שהזיקה בין המבוטחים חלשה יותר, וההצדקות לקשור את גורלו של המבוטח התמים במבוטח שנפל אשם בהתנהלותו פחותות. יחד עם זאת, גם במצב דברים זה אין לקבל את טענת "המבוטח התמים", כאשר ההגנה לה טוען המבטח אינה תלויה באשם (מצבים 5 ו-7). ההסבר לכך הוא שתום ליבו

של המבוטח אינו מועיל, במצב דברים זה, לשלול את הגנת המבטח. מכאן שגם ביחס למבוטחים בעלי אינטרסים שונים, דוקטרינת ה"מבוטח התמים" אינה חלה בכל המצבים, אלא תחום השתרעותה מוגבל למצבים בהם ההגנה לה טוען המבוטח תלויה באשם המבוטח.

67. ויובהר, כאשר הגנת המבטח היא הגנה מוקדמת התלויה בתום לב (דהיינו מצבים 2 ו-6), מתעוררת השאלה האם ובאילו נסיבות ניתן להכיר בדוקטרינת ה"מבוטח התמים". מהאמור לעיל, מתחייבת המסקנה כי כאשר עסקינן במבוטחים בעלי אינטרסים נפרדים (מצב 6), יתכנו לשיטתי מצבים בהם תופעל דוקטרינת ה"מבוטח התמים" (ראו פסקה 61 לעיל). מאידך, היקף תחולתה של הדוקטרינה בנסיבות אלה מעורר שאלות לא פשוטות, ביחס לאפשרות להפריד את חוזה הביטוח, על מנת ליחס את עילת הביטול לחלק מהמבוטחים בלבד. מאחר שהכרעה במקרה שלפנינו אינה מצריכה היזקקות לנושא זה, אציע לחבריי להותיר גם עניין זה בצריך עיון.

68. הטבלה הבאה משקפת, איפוא, את הצעתי ביחס להיקף פרישתה של דוקטרינת ה"מבוטח התמים" בשיטתנו:

הגנה מוקדמת		הגנה מאוחרת		
שאינה תלויה באשם	תלויה באשם	שאינה תלויה באשם	תלויה באשם	
מצב 1 אין תחולה	מצב 2 ספק בתחולה	מצב 3 אין תחולה	מצב 4 ספק בתחולה	מבוטחים בעלי אינטרס משותף (נושים יחד)
מצב 5 אין תחולה	מצב 6 תחולה חלקית	מצב 7 אין תחולה	מצב 8 תחולה מלאה	מבוטחים בעלי אינטרסים שונים (נושים נפרדים)

אי תחולת דוקטרינת ה"מבוטח התמים" בענייננו

69. ומהדיון העקרוני בסוגיה, למקרה בו עסקינן. בית משפט קמא קבע כי בענייננו האפשרות לשקול תחולתה של פוליסה על צד תמים תתעורר רק אם קיים לצד הטוען לתחולתה אינטרס נפרד מיתר המוטבים בפוליסה, והוא אכן מבוטח תמים. הוא המשיך וקבע כי אף אם יש מקום לראות בדוד כבעל אינטרס שונה בפוליסה (לעומת החברה המעסיקה), ממילא אין לראות בו מבוטח תמים, שכן התנהלותו בנוגע לרכישת המניות עלתה בגדר פזיזות (עמוד 47 לפסק הדין). בעניין זה סבורני כי נפלה שגגה מלפני בית משפט קמא. רכישת מניות הקש על ידי דוד היא האירוע הרשלני המהווה, על פי הנטען,

את מקרה הביטוח. לכאורה, אמור היה אירוע זה להיות מכוסה על ידי הפוליסה, שמטרתה לבטח את מנהל התיקים במקרה של רשלנות מצדו. אלא שכאן קמה הטענה של חברת הביטוח לפיה היא פטורה מתשלום, בשל אי הגילוי המהותי כלפיה בשלב יצירת החוזה. יישום נכון של דוקטרינת "המבוטח התמים" (ככל שיש מקום ליישמה בנסיבות ענייננו), היה מחייב אם כן לבחון את "תמימותו" של דוד ביחס לאירועים המבססים את הפטור הנטען מחבות (קרי, סוגיית אי הגילוי), ולא ביחס לאירועים המבססים את עצם החבות הנטענת (קרי, סוגיית ההתרשלות ברכישת המניות).

אין חולק כי דוד לא היה מעורב בכריתת חוזה הביטוח ובמצגים שהוצגו לחברת הביטוח עובר לכריתתו. הוא אף לא היה מודע לאי הגילוי שאפף את נסיבות כריתתו (איש מהצדדים גם לא טען אחרת). משכך, יש לראות בו מבוטח תמים, במובן אליו מתכוונת הדוקטרינה.

70. כמו כן סבורני שניתן לקבל את ההנחה שעסקינן במקרה של מבוטחים בעלי אינטרסים שונים, שכן המבטח נשא באחריות לשפות בגין חבות כל אחד מהמבוטחים בהם עסקינן, דוד מנהל התיקים מזה, ונתן הדירקטור מזה, כאשר האירועים בגינם הם נושאים באחריות כלפי המשקיעים הם אירועים שונים – נתן בשל הסכמתו לשמש כאיש קש, ודוד בגלל רכישת מניות הקש.

71. ועדיין, לאור הניתוח שהוצג לעיל לא ניתן במקרה בו עסקינן להחיל את דוקטרינת "המבוטח התמים" (למקרה קרוב במשפט האמריקאי, שאף בו הושגה אותה תוצאה, השוו (Home Ins. Co. v. Dunn 963 F.2d 1023 (7th Cir. 1992)). בדין הישראלי, מתן תשובה שאינה מלאה וכנה בעניין מהותי, מובילה לתוצאה שלמבטח יש אפשרות לבטל את הסכם הביטוח "תוך שלושים יום מהיום שנודע לו על כך וכל עוד לא קרה מקרה הביטוח" לפי סעיף 7(א) לחוק חוזה הביטוח. ככל שמקרה חוזה הביטוח קרה לפני שנתבטל החוזה מכוח סעיף 7(א), פטור המבטח כליל מחובתו לשלם את תגמולי הביטוח לפי סעיף 7(ג)(2) לחוק, אם מדובר בעניין שלאורו "מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אף בדמי ביטוח מרובים". בפסיקה נקבע מפורשות כי "כאשר עסקינן באי-מתן תשובה מלאה וכנה לשאלה בכתב שנשאל המבוטח על ידי המבטח, אין הכרח כי תתלווה לכך כוונת מרמה מצד המבוטח, על מנת שלמבטח יעמוד הפטור מתשלום תגמולי הביטוח לפי סעיף 7(ג)(2) לחוק" (ע"א 2230/92 צמח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(2) 256, 261 (1994) (להלן: "עניין צמח"); ע"א 282/89 רוטנברג נ' כלל, פ"ד מו(2) 339, 361 (1992) (להלן: "עניין רוטנברג")).

כך, בעניין צמח ניתנה תשובה לא נכונה לשאלה שהוצגה למבוטחת בביטוח חיים, בעניין מהותי. בית משפט זה קבע כי אין נפקות לכך שלא הוכחה כוונת מרמה מצד המבוטחת; ופסק כי גם בעלה של המבוטחת (המוטב בפוליסה) אינו זכאי לתגמולי הביטוח, שכן מבטח סביר לא היה מתקשר בחוזה הביטוח לו ידע את המצב לאמיתו (קרי, קבע כי המבטחת זכאית לפטור הקבוע בסעיף 7(ג)(2) לחוק חוזה הביטוח).

ויובהר: הפסיקה הבחינה בהקשר זה בין מצב של אי מתן תשובה מלאה וכנה שסעיף 6(א) חל עליה, לבין מצב של אי גילוי מהותי שסעיף 6(ג) חל עליו. לגבי המקרה האחרון נקבע (בדעת רוב בעניין רוטנברג), כי תנאי לזכאותה של המבטחת לפטור מכוח סעיף 7(ג)(2) לחוק חוזה הביטוח, היא כוונת מרמה מצד המבוטח. לעומת זאת, כאשר עסקינן באי מתן תשובה מלאה וכנה, שהובילה את חברת הביטוח להתקשר בחוזה שלא הייתה מתקשרת בו לו ידעה את המצב לאמיתו – לא נדרשת הוכחה של כוונת מרמה מצד המבוטח, כדי לבסס את זכאותה של המבטחת לפטור האמור. ואם מלכתחילה לא נדרשת כוונת מרמה לביסוס הפטור – הרי שקשה להלום טענה כי תמימותו של אחד מן המבוטחים בפוליסה, מחסנת אותו מפני תוצאת הפטור.

72. מהאמור לעיל עולה המסקנה שלחברת הביטוח עומדת במקרה בו עסקינן טענת הגנה מוקדמת שאינה תלויה באשם (דהיינו עסקינן במצב 5), היא הטענה כי ניתנה לה תשובה שאינה מלאה וכנה בעניין שלאורו "מבטח סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אף בדמי ביטוח מרובים יותר, אילו ידע את המצב לאמיתו" (סעיף 7(ג)(2) לחוק חוזה הביטוח). ביחס לטענות הגנה מסוג זה, כפי שהובהר, אין טענת "המבוטח התמים" יכולה לעמוד (ראו פסקאות 62 ו-66 לעיל).

73. להשלמת התמונה אזכיר כי לחברת הביטוח עומדת במקרה דנן גם טענת הגנה מקדמת התלויה באשם (מצב 6), הטענה שניתנה תשובה שלא הייתה מלאה וכנה "בכוונת מרמה" (סעיף 7(ג)(1) לחוק חוזה הביטוח). ואולם, כמובהר, את השאלה אם כנגד הגנה מסוג זה עשויה לעמוד טענת "המבוטח התמים" אציע להותיר בצריך עיון (ראו פסקאות 61 ו-67 לעיל).

74. לאור כל האמור, סבורני כי צדק בית משפט קמא במסקנתו כי חברת הביטוח אינה חייבת בתשלום לאור הוראות סעיף 7(ג)(2) לחוק חוזה הביטוח לחוק החלות על נסיבות ענייננו, וכי אין בדוקטרינת "המבוטח התמים" כדי לשנות בנסיבות העניין ממסקנה זו.

75. בית משפט קמא הגיע למסקנה כי חברת הביטוח אינה חייבת בתשלום, מטעם נוסף – הוא תחולת חריג 7 לפוליסה. סוגיה זו, אשר גם נגדה מופנים הערעורים שלפנינו, תדון להלן.

76. כותרת הפוליסה בה עסקינן (כמופיע על דף השער) היא: Professional Liability – Financial Institutions and Organizations. הכותרת המופיעה בראש העמוד הראשון לפוליסה, היא – "Professional Indemnity & Infidelity Insurance For Stock Brokers, Investment Consultants, Underwriters, Portfolio or Fund Managers". במסגרת הפוליסה, מתחייבת חברת הביטוח לשפות את המבוטח בגין כל סכום אותו יחויב לשלם בגין תביעות שיוגשו נגדו לראשונה במהלך תקופת הביטוח, אשר הן תוצאה של אחד מן האירועים הנקובים בפוליסה. זאת, עד לסכום שלא יעלה על תקרת הביטוח - 3 מיליון ש"ח. בין האירועים המוזכרים בפוליסה נמנים (מבלי למצות): "Breach of professional duty, negligent act, error or omission" (סעיף (a) בעמוד 1 לפוליסה); ו- "Dishonest or Fraudulent Acts on the part of an Employee" (סעיף (e) בעמוד 1 לפוליסה. ההדגשה הוספה). הפוליסה מגדירה מיהו עובד לצרכי הפוליסה (עמודים 2-3 לפוליסה), כאשר הגדרה זו כוללת בגדרה גם דירקטורים בתנאים מסוימים (כאמור אין חולק, כי הפוליסה הייתה אמורה לכסות הן את אחריותו של דוד, שהיה עובד שכיר של בית ההשקעות, והן את אחריותו של נתן, שהיה דירקטור ומנכ"ל בבית ההשקעות).

77. בנוסף, כוללת הפוליסה גם שורה של תניות מחריגות, אשר בהתקיימן לא תהא המבטחת חייבת בשיפוי המבוטח בשל תביעות או אובדן. תניה מחריגה מספר 7, הרלוונטית לענייננו, מתייחסת לנזקים שמקורם (בין היתר) ברמייה של שותף (ובלשון הפוליסה: "The Insurer shall not be liable to indemnify the insured for any claim or claims or loss or losses: [...] (7) Arising out of any dishonest, fraudulent, criminal or malicious act, error or omission of any director or partner of the insured"). בית המשפט קמא קבע כי התניה המחריגה חלה בענייננו, וכי גם מטעם זה אין חברת הביטוח חייבת בשיפוי בגין החבויות כלפי המשקיעים. בבסיס מסקנה זו עמדה קביעתו כי יש לראות במורגן כשותף בבית ההשקעות, לאור הממצאים העובדתיים אודות מעורבותו הרבה בפעילותו השוטפת של בית ההשקעות.

78. אין אני מוצא עילה להתערב בקביעת בית משפט קמא לפיה יש לראות במורגן שותף, ואף לא בקביעה כי ההחרגה חלה ביחס לכיסוי אחריותו של נתן. ואולם, ספק בעיניי אם המסקנה כי ההחרגה חלה בעניין כיסוי אחריותו של דוד משכנעת. האחריות המיוחסת לדוד כלפי המשקיעים אינה מבוססת על כך שנטל חלק ביודעין במעשה המרמה, אלא היא מבוססת על עילת הרשלנות. הבסיס לחיוב דוד בתשלום למשקיעים, במסגרת פסק הדין קמא, הוא קביעת בית משפט קמא כי דוד התרשל בתפקידו כמנהל תיקים, בכך שנענה לדרישתו של מורגן לרכוש את מניות הקש (וזאת מבלי שידע כי מדובר במניות קש, או שמורגן הוא רמאי). אין חולק כי הפוליסה מעניקה כיסוי לדוד במקרי רשלנות מצדו. לכן, ספק אם יש להכיר בתחולתה של התניה המחריגה מקום בו אחריותו היא תוצאה של התרשלנות, וזאת אפילו אם התרחשה על רקע נסיבות של מרמה מצד שותף (לשון אחר: מקום בו אחריותו של דוד אינה מבוססת על כך שנטל חלק במרמה, אלא על כך שנפל ברשלנות קורבן לה).

79. זאת ועוד, פרשנות אחרת לפוליסה יוצרת אי-הלימה עם הוראות החוק והתקנות ביחס לחובת הביטוח המוטלת על מנהל תיקים. ויובהר: סעיף 20ג(א) לחוק הייעוץ (שכותרתו "חובת בעל רישיון לקיים את התנאים לעניין ביטוח, הון עצמי, ערבות בנקאית, פיקדון וניירות ערך"), קובע כי –

תאגיד מורשה לא יעסוק בעיסוק נושא הרישיון, בעת שאינו עומד בתנאים ובסכומים שנקבעו לעניין ביטוח, הון עצמי, ערבות בנקאית, פיקדון או ניירות ערך, לפי סעיף 7(ב)(3) או (ג)(3) או (4) או לפי סעיף 8(ב)(4) או (5), לפי העניין.

סעיף 27(א) לחוק הייעוץ מחייב בעל רישיון להגיש לרשות ניירות ערך אחת לשנה הודעה לעניין קיום דרישות ביטוח והיקפו. סעיף 38(א) לחוק הייעוץ (בשילוב עם התוספת השנייה לחוק) מקנה לרשות סמכות להטיל עיצום כספי על מי שעסק בניהול תיקים בעת שלא עמד בתנאים ובסכומים שנקבעו לעניין ביטוח כאמור בהוראות סעיף 20(ג) לחוק הייעוץ. סעיף 4(א) לתקנות הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות (הון עצמי וביטוח) התש"ס-2000 (להלן: "התקנות"), קובע כי:

מנהל תיקים יערוך ביטוח לכיסוי חבותו בשל מעשה או מחדל רשלני כפי לקוח; ובשל מעילה באמון של עובדיו כלפי לקוח; הביטוח ייעשה אצל מי שהוא בעל רישיון לפי חוק הפיקוח באופן שיכסה תביעות בשל אירועים שאירעו בתקופת הפוליסה, גם אם הוגשו בתוך שנה מתום תקופת הפוליסה

סעיף 4(ב) לתקנות קובע את גובה הביטוח הנדרש, כנגזרת של שווי הנכסים הכולל (כאשר מדובר בשווי נכסים שאינו עולה על 75 מיליון שקלים, מדובר ב-9% אחוזים משווי הנכסים הכולל או 1 מיליון שקלים, לפי הגבוה). מכלול הוראות חוק אלה מלמד על החשיבות שמייחסים המחוקק והרגולטור לחובת הביטוח של מנהל התיקים.

80. בהינתן הוראות החוק האמורות, פירוש הפוליסה כנעדרת כיסוי כלפי דוד בגין הנזקים שגרם למשקיעים בהתרשלותו, בשל תחולתה של התניה המחריגה – מוביל לתוצאה קשה, העומדת לכאורה בסתירה לחובת הביטוח הקבועה בחוק. שהרי, ממכלול הוראות החוק שהובא לעיל, עולה באופן ברור כי מנהל תיקים שכיר העובד בחברת ניהול תיקים חייב להיות מבוטח מפני מקרי רשלנות ומעילת אמון מצדו במהלך עבודתו. זהו תנאי הכרחי לקבלת רישיון של חברה לניהול תיקים, ולא בכדי טענו המשקיעים כי בהפקידם כספים בידי מנהל תיקים מורשה, הסתמכו על קיומו של ביטוח תקף.

81. בנסיבות העניין איננו נדרשים אומנם להכריע בעניין – שהרי בין אם חלה התניה המחריגה ובין אם לאו – המסקנה כי חברת הביטוח אינה חייבת בתשלום, עומדת בעינה, וזאת לאור פגם אי-הגילוי שנדון לעיל, המקנה לחברת הביטוח פטור מחובתה לשלם את תגמולי הביטוח. יחד עם זאת, למען העמדת דברים על מכונם, מצאתי לנכון להבהיר כי לשיטתי ראוי לפרש החרגה כאמור בחוזה הביטוח בצורה מצרה, באופן שלא תסכל את תכליתה של חובת הביטוח המוטלת על מנהלי תיקים.

טענות נוספות נגד חברת הביטוח

82. כמפורט לעיל, למערערים טענות לרשלנות חברת הביטוח, אשר לשיטתם הייתה חייבת לעמוד מלכתחילה על מעורבותו של מורגן בבית ההשקעות, ולהימנע מלבטח את עסקו. אינני סבור שהונחה תשתית עובדתית המבססת טענות אלה, בנסיבות המקרה בו עסקינן. אין להטיל על חברות הביטוח חובות בדיקה מופרזות, שעלותן עולה על תועלתן. חברת הביטוח התבססה על שאלון שמילא נתן, אדם שלא הייתה לחברת הביטוח סיבה לפקפק באמינותו. אכן, בדיעבד הסתבר כי נתן הסכים להעמיד עצמו כאיש קש לרמאי, אך על כך יש לבוא בטענות לנתן, ולא לחברת הביטוח. מכאן שגם טענה זו אין מנוס מלדחות.

83. משנדחו מכלול טענות הערעורים נגד חברת הביטוח, יש לאשר את קביעת בית המשפט קמא כי המבטחת פטורה כליל מכיסוי האחריות לנזקי המשקיעים.

הודעות צד ג' וחלוקת האחריות בין המעוולים

84. כאמור, נתן ודוד הגישו הודעות צד ג' נגד המבטחת, נגד מורגן, ואחד נגד השני. בית משפט קמא דחה את הודעות צד ג' נגד חברת הביטוח, לאור המסקנות אליהן הגיע בדבר אי-חבותה, כמפורט לעיל. הודעות צד ג' האחרות נדחו אף הן, ללא שהוקדש לכך דיון נפרד. בית משפט קמא לא דן בחלוקת האחריות הפנימית בין דוד לנתן לנזק שנגרם למשקיעים, ואף לא בחלוקת האחריות בינם לבין מורגן. מצאתי לנכון להשלים חוסר זה, ולקבוע את חלוקת האחריות בין שלושת המעוולים (מורגן, דוד ונתן), האחראים לאותו הנזק (ראו סעיף 84 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] שעניינו שיפוי בין מעוולים). זאת, על בסיס ממצאיו של בית משפט קמא בעניין התנהלותם וחלקם באירועים שהובילו להתרחשות הנזק (לעניין היחס בין משלוח הודעת צד ג' לנתבע אחר באותו התיק, לבין קביעת שיפוי בין מעוולים בהתאם להוראת סעיף 84 האמור, ראו: רע"א 2237/12 שירותי בריאות כללית נ' טוויל (14.6.2012)).

85. בית משפט קמא קבע בראשית הדיון שערך ועל בסיס פסק הדין הפלילי, כי התרמית ברכישת המניות בוצעה על ידי מורגן. מפסק דינו עולה באופן מפורש כי מורגן הוא האחראי הראשי והראשון במעלה לנזקים שנגרמו למשקיעים. מורגן לא הגיש כתב הגנה במסגרת ההליך, וניתן נגדו פסק דין על מלוא סכום התביעה. בנסיבות אלה, יש לקבוע כי מורגן חב בשיפויים של דוד ושל נתן בגין מלוא הסכום בו חויבו כלפי המשקיעים (בהתאם לסכומים אותם ישלמו בפועל). למרות שספק אם יש לכך משמעות מעשית, אבהיר כי לדוד ולנתן עומדת גם זכות שיפוי כלפי בית ההשקעות ואפולו אחזקות. באשר לחלוקת האחריות הפנימית, בין דוד לבין נתן - לאחר שבחנתי את הממצאים אליהם הגיע בית משפט קמא ואת חלקם היחסי במסכת האירועים שהובילה ליצירת הנזק, הגעתי למסקנה כי יש מקום לחלק את האחריות ביניהם לנזק שנגרם למשקיעים, בשיעור של 60% (נתן) ו-40% (דוד). בקביעה זו הבאתי בחשבון שני שיקולים נוגדים: מצד אחד אשמו של נתן, אשר היה מודע לעברו של מורגן, והסכים לשמש כאיש קש מטעמו, הוא בדרגת חומרה גבוהה מאשמו של דוד, המבוסס על רשלנות והפרת חובת אומון בתום לב בלבד; מצד שני, תרומתו הסיבתית של דוד להתרחשות הנזק עולה על זו של נתן, שכן הוא זה שרכש את מניות הקש בעבור המשקיעים (לשיקולים השונים בחלוקת האחריות בין מעוולים, ראו פרידמן וכהן, עמ' 191-194). למען הסר ספק, יובהר כי אחריותם של כל המעוולים - בית ההשקעות, אפולו אחזקות, מורגן דוד ונתן - כלפי המשקיעים היא ביחד ולחוד לגבי מלוא הסכומים. חלוקת האחריות המפורטת לעיל היא במישור היחסים הפנימיים שבין המעוולים.

86. לאור כל האמור, אציע לחבריי לדחות את הערעור מטעם המשקיעים, ולדחות חלקית את הערעור מטעם נתן, ואת הערעור מטעם דוד – למעט הקביעות המפורטות בפסקאות 84-85 לעיל.

87. עוד אציע, כי בשים לב למכלול הנסיבות לא נטיל הוצאות בערכאתנו, ואף נורה על ביטול חיובם של דוד ושל נתן בהוצאות לטובת המבטחת בהליך קמא. זאת, בשים לב לכך שהשאלות שהתעוררו בנסיבות המקרה לגבי חבות המבטחת, הן שאלות כבדות משקל, בעלות פנים לכאן ולכאן, והטענות שהועלו בעניינה רחוקות מגדר טענות סרק. במצב דברים זה, ובשים לב לתוצאה הקשה של ההליכים מבחינת דוד ונתן, הנאלצים לשלם בגין מעלליו של מורגן, סברתי כי ראוי לנהוג עימם בדרך בית הלל, ולהימנע מלחייב אותם בהוצאות.

88. למען הסר ספק, מובהר כי החלטת השופטת דפנה ברק-ארז מיום 20.11.2017 בע"א 7058/17 והחלטת השופטת יעל וילנר מיום 5.3.2018 בע"א 8053/17 – לעכב ביצוע הליכים למימוש דירות המגורים של נתן ודוד, בהתאמה – יבוטלו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לפסק דינו רחב היריעה של חברי, השופט ע' גרוסקופף.

כשלעצמי, אני סבור כי אין לטעת מסמרות לגבי המצבים השונים בהם תוכר או תידחה דוקטרינת המבוטח התמים. במקרה דנן, קיימת זיקה הדוקה בין התרמית של מורגן כלפי המשקיעים לבין הפרת חובת הגילוי הטרומי חוזית על ידי נתן, במענה לשאלון שנתבקש למלא על ידי חברת הביטוח עובר לכריתת חוזה הביטוח. יש בכך כדי לחזק את התוצאה אליה הגיע חברי, ולפיה אין להחיל את הדוקטרינה בנסיבות אלה.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט ע' גרוסקופף ומצטרף להערתו של חברי
השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, י"ד באדר התש"ף (10.3.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט