

בעניין שבין:

**פרופ' עומר דקל**, בעל ת.ז. 058436619  
מרחוב לילך 91, רעות

על ידי ב"כ ד"ר שחר ולר, עו"ד  
נחלת יצחק 32א, קומה 5, ת"א  
טל' 03-7746333; פקס' 03-7746330

המבקש

- נגד -

- לבין:
1. **בנק הפועלים בע"מ**, ח.צ. 520000118  
יהודה הלוי 63 תל-אביב 66883
  2. **יאיר סרוסי**, ת.ז. 053654927  
מרחוב גדעון 10, רמת-גן
  3. **ציון קינן** ת.ז. 053508594
  4. **ארי פינטו** ת.ז. 069042505
  5. **אמנון דיק**, ת.ז. 051770568  
מרחוב אחד העם 84, תל-אביב
  6. **דפנה שוורץ**, ת.ז. 050172667  
מרחוב הסביון 4, רחובות
  7. **מאיר ויצ'נר**, ת.ז. 059681593  
מרחוב מרגוע 12, תל-אביב
  8. **עידו שטרן**, ת.ז. 031571904  
מרחוב פנקס 76, תל-אביב
  9. **אפרת פלד**, ת.ז. 027224773  
מרחוב הנרקיסים 19, רמת-גן
  10. **עודד ערן**, ת.ז. 053378824  
מרחוב יהודה הלוי 63, ת"א
  11. **יעקב פאר**, ת.ז. 052242609  
מרחוב רימלט אלימלך 4, רמת-גן
  12. **משה קורן**, ת.ז. 1228998  
מרחוב יהודה הלוי 63, תל-אביב

המשיבים

**מהות התביעה**: הטעיה בניירות ערך, נזיקת

**סכום התביעה הקבוצתי**: אינו ניתן להערכה בשלב זה אך עולה על סך של 2.5 מיליון ₪

**סכום התביעה האישי**: אינו ניתן להערכה בשלב זה

## בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש להשתמש בסמכותו בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), ולהורות כלהלן:

א. לאשר את התובענה בתיק העיקרי, ת"צ 05-20-\_\_\_\_, כתובענה ייצוגית, על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 ("חוק תובענות ייצוגיות").

העתק כתב התביעה מצורף **כנספח א**.

ב. להגדיר את הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית כדלקמן:

"כל מי שרכש מניה או מניות של בנק הפועלים בע"מ לאחר יום 1.3.2015 ועד יום 30.4.2020."

לחילופין יתבקש בית-המשפט הנכבד להגדיר את הקבוצה בכל דרך אחרת לפי שיקול דעתו.

(יודגש מיד כי נוכח העובדה שבקשה זו עוסקת במידע שלא גולה לציבור עד עצם היום הזה, אין מידע פומבי המאפשר להגדיר במדויק את הקבוצה. המבקש שומר אפוא על זכותו לעתור לתיקון הבקשה, ובכלל זה תיקון של הגדרת הקבוצה, לאחר שיגיעו לידי מסמכים המאפשרים הגדרה מדויקת כאמור).

ג. לחייב את המשיבים לפצות את חברי הקבוצה כהגדרתה לעיל במלוא סכום התמורה שנגרע מהם עקב אי-הגילוי וההטעיה כמפורט להלן.

ד. כל סעד אחר אשר בית המשפט יראה לנכון לתת, כאמור בסעיף 20(ג) לחוק.

ה. לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק, את התובענה כתובענה ייצוגית, בכל שינוי שיקבע בית המשפט הנכבד ביחס לבקשה, הכל כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי להבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית.

ו. להורות בהתאם לסעיף 25 לחוק, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד.

ז. לפסוק לטובת המבקשת גמול מיוחד, כאמור בסעיף 22 לחוק, לנוכח הטרחה והסיכון שבהגשת התביעה ובניהולה, לנוכח התועלת שבהגשת התובענה לכלל חברי הקבוצה, ולנוכח החשיבות הציבורית שיש בהגשת התובענה.

ח. לפסוק לטובת עורך הדין המייצג שכר טרחה מיוחד, עבור הטיפול בתובענה לרבות הבקשה לאישור, בהתאם לאמור בסעיף 23 לחוק.

ט. להשית על המשיבים את הוצאות הבקשה ושכר טרחת עורכי דין בצירוף מס ערך מוסף כדין.

כל ההדגשות בבקשה זו הוספו, אלא אם כן נאמר אחרת.

ואלו נימוקי הבקשה:

## א. מבוא

1. עניינה של בקשה זו בסדרת הטעיות שביצעו המשיבים, במחדל ובמעשה אקטיבי, תוך הפרה של הוראות חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 ותקנות שהותקנו מכוחו ("ההטעיות"). עניינן של ההטעיות הוא בהחלטות שהמשיב 1 קיבל (והתוצאות של החלטות אלה) בעת שנוהלה נגדו חקירה בקשר לסיוע שניתן על ידו ללקוחות להעלים מס מרשויות המס של ארצות-הברית ("החקירה"). יודגש מיד כי חקירה מעין זה שנערכה לבנק נעשת **במימונו של הבנק** ועיקרה הוא למעשה **חקירה עצמית**, כלומר: הבנק הוא שממנה בעלי מקצוע הבודקים את היקף הסיוע שניתן על ידו להעלמות מס.
2. הגם שעיקר החקירה הוא, כאמור, חקירה פנימית, אופן ניהולה של החקירה אינו נתון להחלטותיו השרירותיות של המוסד הפיננסי הנחקר. בעניין זה גובשו קווים מנחים (guidelines). ניהול החקירה לפי קווים מנחים אלה הוא **פרקטיקה מתחייבת**, שכן סטייה ממנה צפויה להוביל לכך שרשויות החקירה האמריקאיות לא יקבלו את ממצאי החקירה העצמית של הבנק והדבר יוביל לבזבוז עצום של משאבי הבנק כמו גם להתארכות החקירה.
3. לפי הקווים המנחים שנקבעו על ידי הרשויות האמריקאיות, אבן הפינה של ביצוע חקירה פנימית הינה מינוי של בעל תפקיד המכונה **בודק בלתי-תלוי (Independent Examiner)**. הגם ששכרו של בעל תפקיד זה משולם בידי המוסד הפיננסי הנחקר – שוררת אי-תלות גמורה בינו לבין המוסד הנחקר. הבודק הבלתי-תלוי אף מתחייב למסור לרשויות האמריקאיות כל מידע שייאסף על ידו בקשר לחקירה. נוסף על מינויו של בודק בלתי-תלוי נהוג לקיים את החקירה הפנימית באמצעות פירמת רואי חשבון חיצונית למוסד הפיננסי. תפקידה זו הוא לאסוף נתונים בקשר ללקוחות שהבנק סייע להם להעלים מס. זאת, בין היתר, באמצעות מה שמכונה "חשבונאות פורנזית".
4. היום ידוע שבנק הפועלים **לא** פעל בהתאם לקווים המנחים שנקבעו על ידי הרשויות האמריקאיות בדבר אופן ניהול החקירה הפנימית. בתחילת שנת 2015 נמסרו לבנק צווי גילוי מסמכים שחייבו אותו לאסוף מידע נתונים וחומרים ולמסור אותם לרשויות האמריקאיות. ניתן היה לצפות שהבנק ימנה **מיד** בודק בלתי-תלוי וכן פירמת רואי חשבון חיצונית לצורך קיום הצווים. אולם הבנק לא עשה כן. מטעמים **לא ידועים**, ואשר **מעולם לא דווחו לציבור המשקיעים**, הבנק ביקש למלא אחר הצווים שניתנו לו באמצעות משרדי עורכי דין בישראל ובארצות-הברית. לא זו בלבד שדרך פעולה זו הייתה מנוגדת לקווים המנחים שנקבעו על ידי רשויות החקירה האמריקאיות, אלא שהיא הייתה **חריגה** ביחס לאופן שבו פעלו מוסדות פיננסיים אחרים שהיו תחת חקירה. אין תמה אפוא בשלב מסוים דרשו הרשויות האמריקאיות מהבנק למנות בודק בלתי-תלוי וכן פירמה חיצונית של רואי חשבון (הבנק התקשר עם בודק בלתי-תלוי בראשית שנת 2017 ועם פירמת רואי חשבון חיצונית בחודש מאי 2017).
5. מצב הדברים שנוצר הוא אפוא זה: במשך כשנתיים ימים (2015-2016) השקיע הבנק משאבים מרובים במסירת חומרים לרשויות אמריקאיות וכל אלה היו לשווא וירדו לטמיון כאשר התברר שהרשויות אינן מוכנות לקבל את ה"חקירה הפנימית" שבוצעה על ידו. התוצאה: נגרם לבנק נזק כלכלי ישיר וודאי וכן נזק כללי עקיף ומשמעותי הנובע מהתמשכות מיותרת של חקירה.
6. משקיע סביר שעיין בדיווחי הבנק **לא יכול היה להבין את הפגמים הדרמטיים שנפלו בחקירה וממילא הוא לא יכול היה לעמוד על משמעותם השלילית מבחינת הבנק**. עיון בדיווחי הבנק מגלה שהבנק גילה טפח אך הסתיר טפחיים. כך, תוך שימוש בניסוחים חידתיים שהמשקיע הסביר אינו צפוי לרדת לחקרם.

7. החל מראשית שנת 2016 הבנק דיווח שהוא מעריך כי "רוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות".<sup>1</sup> בדיווח לרבעון הראשון לשנת 2017 צוין כי "החקירה הפנימית והעברת המידע לרשויות נמשכים" וכי "קבוצת הבנק עומדת להחליף עם הרשויות האמורות טיוטות". הרושם שיצר דיווחים אלה הינו שבראשית שנת 2017 הגיעה הפרשה ליישורת האחרונה שלה וכי קיים סיכוי סביר להסדר במהלך שנת 2017. והנה, בדיווח לרבעון השני של שנת 2017 חזר הבנק על הדיווח שלפיו "החקירה הפנימית והעברת המידע לרשויות הבנק נמשכים..." תוך התוספת המשמעותית הבאה: "ובמקביל נבדקים, באמצעות צדדים שלישיים, המתודולוגיה ואופן הבדיקות שערכה קבוצת הבנק". **מדובר במשפט סתום שלא ניתן להבינו כלל את משמעותו מרחיקת הלכת.** דיווח זה חזר על עצמו גם ברבעון השלישי לשנת 2017 עד שבדו"ח השנתי והתקופתי לשנת 2017 (אשר פורסם בשנת 2018) דווח כך:

"כמו כן, לבקשת ה-DOJ הנתונים הכמותיים, המתודולוגיה ואופן הבדיקות שערכה קבוצת הבנק נבדקים ומתוקפים במקביל באמצעות צדדים שלישיים (Independent Examiner) אף הליך זה טרם הושלם"

8. תמונה מלאה ומדויקת יותר של המגעים בין הבנק לבין הרשויות החוקרות האמריקאיות מופיעה בדברים (החמורים) שכתב משרד המשפטים האמריקאי עם ההגעה להסדר עם הבנק. וכך נכתב על ידו:

"However, the Bank's initial cooperation was deficient, marked by an inadequate internal investigation, the failure to timely disclose relevant facts, and the provision of incomplete and, in certain cases, inaccurate information and data to the Department. For example, the Department uncovered evidence of the criminal misconduct of a BHS senior executive and board member in July 2016 through its own investigation, with no assistance from the Bank. In addition, the Bank provided unreliable data to the Department regarding, among other things, the identification of U.S. related accounts at BHS, and did not engage an external accounting firm for the purpose of assisting in providing data to the Department until May 2017. Thereafter, the Department required the appointment of an independent examiner, whose work began in early 2017. As a result of the Bank's delayed cooperation, the Department's efforts to timely resolve the investigation of the Bank were hindered, and the Department's efforts to prosecute certain potentially culpable individuals were thwarted."

[[U.S. Department of Justice, Re U.S. v. Bank Hapoalim B.M Deferred Prosecution Agreement \(letter of April 22, 2020\)](#), at 2]

**נספח 2** העתק עמודים 1-3 מתוך מסמך ההסדר המוסכם (DPA) של הבנק עם משרד המשפטים האמריקאי

9. המעיין בדיווחי הבנק לא יכול היה להעלות על דעתו את התמונה הקשה הנגלית מהדיווח של משרד המשפטים האמריקאי. דיווחי הבנק לקו בהטעיה מרובעת:

---

<sup>1</sup> בנק הפועלים, **דוח תקופתי לשנת 2015** (מיום 29.2.2016), בעמ' 122. דיווח זה נמסר גם בדוחות Q1, Q2, ו-Q3 של הבנק לשנת 2016.

- א. ראשית, הבנק לא דיווח בשנת 2015 שהוא החליט (משום מה) שלא לפעול בהתאם לקווים המנחים שלפיהם יש למנות בודק בלתי-תלוי ופירמה חיצונית של רואי חשבון (הטעיה מס' 1);
- ב. שנית, מחודש פברואר 2016 עד יום 30.3.2017 הבנק דיווח שהוא מעריך כי רוב החומר שהתבקש להעביר ל-DOJ הועבר זה-מכבר למרות שלא היה להערכה זו על מה שתסמוך (הטעיה מס' 2);
- ג. שלישית, הבנק לא דיווח לציבור על עמדת ה-DOJ כפי שזו הובהרה לבנק בשלב מסוים (בשלהי שנת 2016 או בתחילת שנת 2017), שדחתה את ממצאי חקירתו הפנימית הראשונה, ודרשה כי ימנה Independent Examiner ויבצע את החקירה או חלקה מחדש (הטעיה מס' 3);
- ד. רביעית, הבנק גם לא דיווח למשקיעים מה היה שיעור הנזק שנגרם לו, במישרין ובעקיפין, כתוצאה ממחדליו למנות Independent Examiner מיד לאחר שניתנו לו צווי גילוי המסמכים בראשית שנת 2015 (הטעיה מס' 4).

10. לא ניתן לחלוק על כך שהמידע המדובר הוא מידע מהותי. מדובר במידע המלמד הן על איכות ורמת הניהול של הבנק, הן על המועד שבו החקירה צפויה להסתיים והן על שיעור העלויות הנובע מהחקירה. ככל הנראה, גם הנזק הישיר שנגרם לבנק עקב החלטתו שלא למנות כבר מלכתחילה בודק בלתי-תלוי הוא בשיעור מהותי.
11. ואם לא די באמור אזי ברור שהחלטת הבנק שלא לפעול בהתאם לקווים המנחים לניהול חקירה פנימית השפיע לרעה על יכולתו של הבנק להגיע להסדר מוסכם עם רשויות התביעה האמריקאיות. זאת, מכיוון שככלל, שיקול מרכזי המנחה את רשויות התביעה האמריקאיות בהחלטתן אם להעמיד לדין פלילי תאגיד, או אילו סנקציות להשית עליו, הוא מידת שיתוף הפעולה של התאגיד עם החקירה הפלילית המתנהלת כנגדו. משרד המשפטים האמריקאי אף הודיע כי גובה הקנס שהושת על הפועלים בגדרי ההסדר המוסכם עמו נקבע בשים לב לשיתוף הפעולה הלקוי של הבנק בתחילת החקירה. וכך פורסם (מתוך הצהרה לעיתונות של משרד המשפטים האמריקאי מיום 30.4.2020):<sup>2</sup>

"Both the penalty and fine amounts take into consideration that the Bank, after initially providing deficient cooperation through an inadequate internal investigation and the provision of incomplete and inaccurate information and data to the Government, thereafter conducted a thorough internal investigation..."

12. מעבר לכך, החלטות שגויות שקיבל הבנק בקשר לחקירה גרמו לבנק נזק כלכלי מוחשי. רק להמחשת היקף המחדל של הבנק בהקשר זה ראו הטבלה שלהלן, שפורסמה במסגרת כתבה בעיתון גלובס ביום 2.4.2019 (עוד קודם שהפועלים הגיע להסדר מוסכם עם רשויות התביעה האמריקאית) והשוותה בין שלושת הבנקים הישראליים, שנחקרו בפרשת הסיוע ללקוחותיהם בהעלמת מס, על-ידי משרד המשפטים האמריקאי (תוך אזכור העובדה כי "למרות שללאומי הייתה פעילות גדולה יותר מול לקוחות אמריקאים לעומת הפועלים, הוא יצא ממנו יותר בזול"י):

<sup>2</sup> ראו <https://www.justice.gov/opa/pr/israel-s-largest-bank-bank-hapoalim-admits-conspiring-us-taxpayers-hide-assets-and-income>

העלויות המשפטיות של הבנקים בגין החקירה בארה"ב		
הסכום במיליוני שקלים	למי שילם	הבנק
800*	עו"ד פיני רובין, עורכי דין אמריקאיים ובודק חיצוני, ומשרד רו"ח דלויט	פועלים
200	עו"ד דליה טל, עורכי דין אמריקאיים, משרד רו"ח דלויט ומוניטור שמונה לאחר החקירה	לאומי
186	עורכי הדין רם כספי ורלי לשם, משרד עורכי דין אמריקאי ומשרד רו"ח KPMG	מזרחי טפחות

\*הסכום לא סופי שכן החקירה טרם נגמרה

**נספח 3** העתק כתבתה של עירית אבישר, "מעל מיליארד שקל: הרווח הפנטסטי של יועצי הבנקים מההסתבכות בארה"ב", **גלובס** (2.4.2019).

13. הנה-כי-כן, הוצאות החקירה שהבנק נשא בהן היו **יותר מפי ארבעה (!)** מאלו של בנקים ישראלים אחרים במצבו, לרבות בנק שהיקף פעילותו מול לקוחות אמריקאים הייתה גדולה מזו של הפועלים. יוער כי הוצאות החקירה של הבנק האמירו לבסוף לסכום העולה על מיליארד ש"ח.

14. למניעת ספקות יובהר ויודגש: בקשה זו **לא** עוסקת בפער העצום בין הוצאות החקירה בפרשה זו שבהן נשא הפועלים לבין ההוצאות שבהן נשא בפרשה כל בנק ישראלי אחר. בקשה זו גם **אין עניינה כלל** בשאלה האם הפועלים פעל כדי להיפרע ממאן-דהוא את הנזק העצום שנגרם לבנק וחלקו משתקף מן הפער הנ"ל. **הבקשה הנוכחית עניינה אך ורק בהסתרת הבנק ממשקיעיו לאורך שנות החקירה, בניגוד לדיון, את עצם היווצרות הפער האמור ואת הסיבות להיווצרותו (לרבות בשל אופן התנהלות הבנק מול משרד המשפטים האמריקאי); ובהטעיית המשקיעים בקשר לכל אלו.**

15. במצב הדברים הרגיל שבו תאגיד מדווח מגלה מידע שלילי באיחור ניתן לבצע מה שמכונה 'חקר אירועי (event study)'. חקר האירוע נעשה ביחס לתגובת המניה למידע השלילי החדש שמוסרת החברה. חקר האירוע מאפשר לבדוק בכלים סטטיסטיים אם אמנם נגרם נזק לציבור בעלי המניות של התאגיד עקב אי-הדיווח ומהו שיעורו של נזק זה. אולם המקרה דנא מתייחד בכך **שהבנק מעולם לא דיווח לציבור כהלכה על נפתולי החקירה** ולכן לא ניתן לערוך חקר אירוע כאמור. המידע בדבר עלויות החקירה, ההסתבכות של החקירה ומשך החקירה **דלף וזלג לשוק** עם התמשכות החקירה. אף היו פרסומים בעיתונות בקשר לכך. לדוגמה, ביום 25.6.2017 פורסמה בעיתון TheMarker כתבה שכותרתה "ההסתבכות של הפועלים בארה"ב מעמיקה: נאלץ לשכור את שירותיו של משרד דלויט"<sup>3</sup>. קיימים מודלים כלכליים (שאף אומצו בפסיקה) המאפשרים לקבוע את שיעור הנזק שנגרם לבעלי מניות במקרה של זליגת מידע. בנייתו של מודל כזה מחייבת מידע מדויק (למשל: בדבר המועד המדויק שבו התחוויר לבנק שעליו למנות בודק בלתי-תלוי). מאחר שאין ברשות המבקש מידע מדויק כזה לא ניתן היה לתמוך בקשה זו במודל כאמור. אולם כאשר מידע מהותי שלילי מוסתר מבעלי המניות הדבר ליניפוחי של שער המניה (פער בין השער כפי שהיה אילו המידע השלילי היה מפורסם לבין שער המניה כפי שהוא בפועל). לכן, במקרה דנא ניתן לומר שקיימת הסתברות גבוהה שנגרם

<sup>3</sup> מעניין לציין שבתקופת פרסום זה ירד שער המניה ב-3% לערך (בתקופה שמיום 22 ועד יום 27 ביוני) וכי ביום הפרסום עצמו מניית הבנק ירדה בשיעור של 1.31% למרות שמדד מניות הבנקים עלה.

נוק לבעלי מניותיו של הבנק עקב ההטעיות כאמור, אולם על הסמך המידע החלקי המצוי ברשות המבקש לא ניתן לכמת את נזק.

16. דרך הילוכה של בקשה זו היא כדלקמן: לאחר שנעמוד בקצרה על הצדדים לבקשה נפרט את העובדות העיקריות ונראה שלא יכול להיות ספק כיום שהבנק נמנע מלגלות מידע מהותי שלילי לציבור המשקיעים (פרק ג). לאחר מכן נעמוד על עילות התביעה שההטעיות מקימות לציבור בעלי המניות ולסעדים המגיעים להם (פרק ד) ולבסוף נראה שכל התנאים לאישורה הגשתה של תובענה ייצוגית מתקיימים במקרה דנא (פרק ה).

## **ב. הצדדים**

17. המבקש הוא פרופסור למשפטים. הוא החזיק במניות הבנק מחודש אפריל 2016 עד חודש מרץ 2020. למען הסדר הטוב, והגם שהדבר אינו רלוונטי לצורך הכרעה בבקשה זו, יצוין כי המבקש הוא שותפו של הח"מ.

18. **המשיב 1**, בנק הפועלים בע"מ - הוא בנק מסחרי המספק מגוון שירותים בנקאיים ומניותיו רשומות למסחר בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. החל משנת 2011 ידוע לבנק כי רשויות התביעה האמריקאיות חוקרות את הפועלים שוויץ בע"מ ("פועלים שוויץ"), חברת בת בבעלות מלאה של הבנק, בקשר עם חשד לסיוע ללקוחות אמריקאים בהעלמת מס בארצות-הברית.

19. המשיב 2 כיהן כיו"ר הדירקטוריון של הבנק מיום 1.8.2009 וכיהן בתפקיד עד יום 31.12.2016. המשיב 3 כיהן כמנכ"ל הבנק מיום 27.8.2009 עד 31.7.2016. המשיב 4 כיהן כמנכ"ל הבנק מיום 1.8.2016 עד יום 2.10.2019. המשיב 5 כיהן כדירקטור מיום 24.3.2010 עד יום 28.4.2018. המשיב 6 כיהנה כדח"צ מיום 6.4.12 עד יום 5.4.2018. המשיב 7 כיהן כדירקטור מיום 24.11.2009 עד יום 4.9.2018. המשיב 8 כיהן כדירקטור מיום 24.9.2012 עד יום 4.9.2018. המשיב 9 כיהנה כדירקטורית מיום 24.1.2007 עד יום 4.9.2018. המשיב 10 מונה לתפקיד יו"ר הבנק מיום 1.1.2017 ומכהן בתפקיד עד היום. המשיב 11 מונה לכהן כדירקטור ביום 6.10.2010 וכהן עד יום 6.10.2019. המשיב 12 מונה לדירקטור ביום 3.8.1992 ומשמש בתפקיד עד היום.

20. התקופה הרלוונטית לבקשה מתחילה בחודש מרץ 2015 ומסתיימת בחודש אפריל 2020 ("התקופה הרלוונטית"). בתקופה הרלוונטית כל המשיבים שימשו כנושאי משרה של הבנק וכולם אחראים לכך שהדיווחים של הבנק יהיו מדויקים ומלאים וכי הבנק יגלה לציבור המשקיעים מידע מהותי.

## **ג. העובדות העיקריות**

1.ג. **חקירת הרשויות האמריקאיות, הסדר הבנקים השוויצריים והחלטתו התמוהה של הבנק שלא למנות Independent Examiner (בוזק בלתי-תלוי)**

21. מאז שנת 2006 או 2007 מנהל משרד המשפטים האמריקאי (U.S. Department of Justice) ("משרד המשפטים האמריקאי" או "ה-DOJ") חקירות נגד מוסדות פיננסיים זרים (לא אמריקאים) בחשד שסייעו ללקוחות אמריקאים להעלים מס מן הרשויות בארצות-הברית. ציון דרך משמעותי בהקשר זה היה פרשת הבנק השוויצרי הגדול UBS AG. במחצית שנת 2008 פורסם שמתקיימת חקירה נגדו ובתחילת שנת 2009 פורסם שהוא נטל אחריות למעשי סיוע להעלמת מס שביצעו עובדיו ושילם לממשלת ארצות-הברית קנס בסך של 780 מיליון דולר ארה"ב.

22. במהלך שנת 2013 דיווח הפועלים, כי להפועלים שוויץ נמסר על-ידי הרשויות בשוויץ כי הוא נמנה עם בנקים שוויצריים הנחקרים על-ידי הרשויות האמריקאיות. עוד דיווח הפועלים כי במחצית השנייה של שנת 2011 הוא מסר "מידע סטטיסטי" אודות עסקיו עם לקוחות אמריקאיים לרשויות שוויץ.

#### **נספח 4** עמ' 106 לדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2012

23. ביום 29.8.2013 פורסם ברבים כי הרשויות האמריקאיות הגיעו להסדר עם הרשויות בשוויץ שלפיו בנקים שוויצריים שיבחרו להצטרף להסדר ויעמדו בתנאיו לא יועמדו לדין בארצות-הברית בהקשר זה ("הסדר הבנקים השוויצריים"). מדובר בבנקים שסווגו באותו הסדר כמשתייכים ל"קטגוריה 2", "קטגוריה 3", ו"קטגוריה 4", הכל בהתאם למידת החומרה של התנהלותם בקשר עם סיוע ללקוחות אמריקאיים להעלים מס, כפי שהרשויות האמריקאיות ראו זאת. כך נקבע בהסדר הבנקים השוויצריים, כי בנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 2" (שכללה בנקים שלא היו תחת חקירה פלילית של ה-DOJ אך היה להם יסוד לסבור כי ביצעו עבירות פליליות בקשר עם סיוע ללקוחותיהם להעלים מס) שיעמדו בתנאי ההסדר יוכלו לחתום עם משרד המשפטים האמריקאי על Non-Prosecution Agreement (NPA) - כלומר, הסדר מוסכם בדבר אי-העמדה לדין; ואילו בנקים מ"קטגוריה 3" ומ"קטגוריה 4" (שבה נכללו מוסדות שלא היה להם יסוד לסבור כי הפרו את חוקי המס האמריקאיים) שיעמדו בתנאי ההסדר יוכלו לקבל ממשרד המשפטים האמריקאי Non-Target Letter, כלומר, מכתב הצהרה כי אינם יעד לחקירה פלילית.

24. משרד המשפטים האמריקאי פרסם כי הסדר הבנקים השוויצריים לא יחול על 14 בנקים שוויצריים שלגבי פעילותם מתנהלת זה-מכבר חקירה (כלומר, בנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 1"). הפועלים דיווחו כי באותו מועד הודיע משרד המשפטים האמריקאי שהפועלים שוויץ נתון לחקירה ולכן לא ייכלל בהסדר. יוער, כי בנקים ישראלים נוספים, ובהם בנק לאומי לישראל בע"מ ("לאומי") ובנק מזרחי טפחות בע"מ ("מזרחי") סווגו אף הם כמשתייכים ל"קטגוריה 1" – הקטגוריה החמורה ביותר.

#### **נספח 5** עמ' 109-110 לדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2013

25. הסדר הבנקים השוויצריים סוכם במסמך של כ-11 עמודים של משרד המשפטים האמריקאי ושל ה-Swiss Federal Department of Finance שנחתם ביום 29.8.2013 ("מסמך ההסדר" או "מסמך הסדר הבנקים השוויצריים"). מסמך ההסדר מגדיר, בין היתר, בחלק I של המסמך:

**"Independent Examiner"** means a qualified independent attorney or accountant; the [DOJ] Tax Division reserves the right to object to a particular attorney or accountant, but will not unreasonably withhold approval"

#### **נספח 6** העתק מסמך הסדר הבנקים השוויצריים

26. לגבי בנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 2" נקבע בחלק II של מסמך ההסדר כי כל בנק שוויצרי המבקש NPA חייב ("must", בלשון מסמך ההסדר) להעביר למשרד המשפטים האמריקאי, עד יום 31.12.2013, מכתב אשר חייב, בין היתר - "provide the identity and qualifications of the Independent Examiner" (סעיף B.2 לחלק II למסמך ההסדר).

27. מסמך ההסדר ממשיך ומפרט, שכל בנק שוויצרי המבקש NPA חייב לשתף פעולה באופן מלא ("must fully cooperate") בגילוי לרשויות האמריקאיות של מידע רב לגבי חשבונות הלקוחות האמריקאיים, ובין היתר:

א. לגבי האופן שבו נבנה, נוהל ופוקח מערך חשבונותיהם של לקוחות אמריקאיים בין-לאומיים, לרבות הדיווח הפנימי בבנק ותקשורת אחרת עם ובין ההנהלה (סעיף D לחלק II למסמך ההסדר);



- ב. שמות ותפקידי היחידים שבנו, תפעלו או פיקחו על עסקי הבנק עם לקוחות אמריקאיים ;
- ג. כיצד הבנק שירת את הלקוחות הללו ;
- ד. הצגה שמית ותיעוד, מתורגמת כהלכה, התומכת בגילוי המידע הנ"ל ;
- ה. המספר הכולל של חשבונות לקוחות אמריקאיים ושווי דולרי מקסימלי כולל שלהם [בחלוקה לפי תקופות מסוימות – עד ליום 1.8.2008, בין 1.8.2008 לבין 28.2.2009, ולאחר 28.2.2009];
- ו. מידע לגבי חשבונות לקוחות אמריקאיים שנסגרו בתקופה הרלוונטית, לרבות המספר הכולל של החשבונות, וביחס לכל חשבון - שוויו המקסימלי, מספר הלקוחות האמריקאיים הקשורים לכל חשבון, טיבו של הקשר שלהם לחשבון (אינטרס כספי, בעלות, מורשה חתימה, וכיו"ב); האם החשבון הוחזק על-ידי על שם יחיד או תאגיד ; האם הוחזקו בחשבון ניירות ערך אמריקאיים ; שמו ותפקידו של כל מנהל תיק לקוחות, יועץ, מנהל נכסים, או כל יחיד או תאגיד אחרים שמילאו תפקיד דומה בבנק בקשר עם חשבונות אלו ;
- ז. מידע לגבי העברת כספים אל החשבון וממנו בתקופה הרלוונטית על בסיס חודשי, לרבות האם הופקדו במזומן ; האם הועברו באמצעות צד ג' (לרבות מנהל נכסים, יועץ פיננסי, נאמן, מורשה חתימה, עורך-דין, רואה-חשבון וכיו"ב); זהות כל מוסד כספי או מתווך ומקום מושבם שהעבירו כספים לחשבון ; זהות כל מדינה שממנה או אליה הועברו כספים מן החשבון.
28. סעיף D.3 לחלק II למסמך ההסדר מוסיף וקובע :

"Prior to the execution of an NPA, the Swiss Bank will, at its expense, have the information described in Paragraph II.D.2, above, **verified by an Independent Examiner. The verification will include a statement that the Independent Examiner has confirmed that the due diligence standards set out in Paragraph I.B.9, above, were applied** in collecting the information described in Paragraph II.D.2, above".

29. מסמך ההסדר ממשיך ומפרט, ביחס לבנקים המבקשים Non-Target Letter - כלומר, בנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 3" - כי גם הם חייבים להודיע ל-DOJ עד ליום 31.10.2014 על זהותו וכישוריו של הבודק הבלתי-תלוי (סעיף III.B למסמך ההסדר); ולהעסיק על חשבונם את ה-Independent Examiner כדי לערוך חקירה פנימית עצמאית ("an independent internal investigation") (סעיף III.D למסמך ההסדר) ובהמשך לאשר ל-DOJ נתונים שונים ולהגיש דוח לגבי אופן ניהול החקירה הפנימית ותוצאותיה (סעיף III.E למסמך ההסדר).
30. לבסוף, מסמך ההסדר קובע כי גם בנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 4" נדרשים לעמוד בתנאים הנ"ל בקשר עם מינוי בודק בלתי-תלוי (סעיפים IV.B ו-IV.C למסמך ההסדר).
31. הנה-כי-כן, מינויו של בודק בלתי-תלוי הוגדר במסמך ההסדר באופן רשמי על-ידי משרד המשפטים האמריקאי כבריח התיכון של כל הסדר מוסכם עם בנקים - לרבות בנקים שהתנהלותם נתפשה מלכתחילה על-ידי ה-DOJ כחמורה-פחות מזו של הפועלים, שסווגו כמשתייך ל"קטגוריה 1" - לצורך סיום ההליכים נגדם.
32. ההקפדה של ה-DOJ על מינויו של בודק בלתי-תלוי, כפי שהיא משתקפת גם ממסמך ההסדר, הושתתה למצער על שני טעמים. האחד, **עצמאותו** של בעל-תפקיד זה. אומנם מדובר בבעל-תפקיד הנשכר על-ידי הבנק הנחקר, אך אין בעל-תפקיד זה מספק לבנק ייצוג רגיל אלא חובתו, בין היתר, היא לגלות למשרד המשפטים

האמריקאי כל ממצא או עובדה רלוונטיים, גם אם הם פועלים לרעת הבנק הנחקר. וכך תוארו הדברים על-ידי ה-DOJ:<sup>4</sup>

"The independent examiner is not an advocate, agent, or attorney for the bank, nor is he or she an advocate or agent for the government. He or she must provide a neutral, dispassionate analysis of the bank's activities. Communications with the independent examiner should not be considered confidential or protected by any privilege or immunity."

33. הטעם השני, **יכולותיו בתחום החשבונאות הפורנזית**. מכיוון שחלק ממשימתו של ה-Independent Examiner היא, כאמור, לאסוף מידע ולתקף את המידע שנאסף (to verify), תוך יישום כללי due diligence ספציפיים (כמפורט במסמך ההסדר) - בעל-תפקיד זה חייב להיות מי שמשלב יכולות משפטיות עם יכולות חשבונאות פורנזית (שאותן הוא משיג לעתים בעזרת משרד רואי חשבון חיצוני). יכולות אלו נדרשות כדי לאתר פריטים ספציפיים של מידע מתוך מאגרי המידע שברשות הבנק (תוך שימוש בכלים של data analytics) גם אם מאגרי המידע המקוריים של הבנק לא הובנו מראש לצורך קצירת המידע המדובר. לדוגמא: קביעת הסטטוס המיסויי המדויק של לקוח הבנק על-פי הדין האמריקאי עשויה להיגזר מתוך מידע אודות הלקוח שאינו מפורט במאגרי המידע של הבנק - כגון, היות מקום הולדת הלקוח בארצות-הברית, כפי שניתן ללמוד עליה מתוך צילום דרכון לא-אמריקאי שנסרק על-ידי הבנק לתיק הלקוח. וכך תוארו הדברים על-ידי ה-DOJ:<sup>5</sup>

"The key issue for a bank in selecting an independent examiner is to select one who has the ability to verify and report on the elements required under the Program for that bank. An attorney or accountant who is perfectly suited to act as an independent examiner for a small bank, for example, may not be well suited to act as an independent examiner for a large bank. The bank should ensure that an independent examiner is not merely qualified, but also competent and capable of meeting his or her responsibilities under the Program for that particular bank."

34. יובהר עוד, כי דרישות אלו של משרד המשפטים האמריקאי בקשר עם הבדוק הבלתי-תלוי נועדו, בין היתר, כדי לסייע ל-DOJ לאתר לקוחות אמריקאיים החשודים בהעלמת מס, בעיקר כאלו שהעבירו למקומות אחרים את הכספים שהחזיקו בבנקים עימם מתקשר ה-DOJ בהסדרים מוסכמים (לעתים בהתחשב בכך שאין הבנק רשאי להעביר ל-DOJ שמות של לקוחות אלו).<sup>6</sup>

35. הנה-כי-כן, ה-DOJ התווה אמות-מידה ברורות בהקשר זה. רק להמחשה, בעלון מידע שהפיצה פירמת עורכי-הדין הבין-לאומית Latham & Watkins LLP ביום 8.11.2013 המליצה ללקוחותיה כך:<sup>7</sup>

"Banks should select an Independent Examiner who has substantial experience identifying and evaluating potential criminal conduct by the bank and its US account holders under US tax laws. Banks that participate in the Program, but

4 ראו והשוו Department of Justice, The Tax Division's Comments About the Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks (November 5<sup>th</sup>, 2013), at 2

5 ראו והשוו Department of Justice, The Tax Division's Comments About the Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks (November 5<sup>th</sup>, 2013), at 2

6 ראו U.S. SENATE PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS, [OFFSHORE TAX EVASION—MAJORITY AND MINORITY STAFF REPORT](#) (2014), at 169-170

7 ראו Latham & Watkins, 1608 CLIENT ALERT NEWS FLASH (8.11.2013), at 1-2

fail to identify or accurately describe US tax-related offenses to DOJ, could be disqualified and ultimately prosecuted.

...

Significantly, the DOJ explained that, in the context of the Program, the bank's Independent Examiner will not be acting as a representative, agent or attorney for the bank. The Independent Examiner's communications with the bank will not be protected from disclosure to the DOJ or other third parties under the attorney-client or other privileges. **Participating Swiss banks should thus engage separate legal counsel (a) to provide legal advice to the bank in a privileged context and (b) to serve as the Independent Examiner. Senior DOJ officials have stated that Independent Examiners who are not qualified to identify US tax noncompliance, lack independence or have a conflict of interest will be rejected, which could lead to the bank being disqualified from the Program".**

עלון מידע Latham & Watkins LLP מיום 8.11.2013 **נספח 7**

36. על יסוד מסמך הסדר הבנקים השווייצריים, בין חודש מרץ 2015 לבין חודש ינואר 2016, 80 בנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 2" מילאו אחר הוראות מסמך ההסדר כדי להגיע להסדר NPA עם משרד המשפטים האמריקאי (שבדרך זו גבה מהם סכום של 1.36 מיליארד דולר בקנסות).<sup>8</sup>

## 2.ג. התנהלות בנקים אחרים מ"קטגוריה 1" בקשר עם מינוי Independent Examiner

37. כאמור, הפועלים, כמו גם לאומי ומזרחי, סווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 1". פירוש הדבר כי שלושת הבנקים הללו, כמו גם בנקים נוספים בעולם שסווגו לאותה קטגוריה, לא היו זכאים להיכלל בהסדר הבנקים השווייצריים, ומכאן שהם השתייכו לקטגוריה החמורה ביותר לפי ההסכם בין שוויץ לבין ארצות הברית

38. עם זאת, כל אחד מן הבנקים הנ"ל חתר להגיע להסדר מוסכם עם ה-DOJ. הטעם לכך פשוט: מצד אחד, החשיפה לאחריות פלילית מכוח הדין האמריקאי היא רחבה יחסית, בשל השימוש בדין האמריקאי בדוקטרינה הקרויה Respondeat Superior, המחמירה עם תאגידיים מכיוון שמכוחה ניתן להטיל עליהם אחריות פלילית גם בשל מעשי עובדים זוטרים של הבנק; ומצד שני, עצם ניהול הליך פלילי כנגד מוסד בנקאי, לא-כל-שכן אם יורשע בדין פלילי, עלול להביא לא רק לפגיעה קשה במוניטין של הבנק, ולשלילת רישונו כמוסד בנקאי (למשל, בארצות-הברית); אלא אף מעמיד אותו בסכנה של חדלות פירעון ממש. הדוגמא הקלאסית המוזכרת בהקשר זה היא של פירמת ראיית החשבון ארתור אנדרסן, שהתעקשה מול ה-DOJ על חפותה ובסיום ההליך הפלילי נגדה אף זוכתה; אלא שעד אז נקלעה לחדלות פירעון וקרסה.

39. כחלק מן החקירה שהתנהלה נגדם, שלושת הבנקים הישראליים נדרשו על-ידי משרד המשפטים האמריקאי - כל בנק בתקופה הרלוונטית שבה הואצו מגעיו מול ה-DOJ בניסיון להגיע לסיום מוסכם של הפרשה - לספק מידע ונתונים בקשר עם קשת ענפה של נושאים וסוגיות הנוגעים לפעילות הבין-מדינתית עם לקוחותיהם האמריקאיים.

<sup>8</sup> ראו <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-reaches-final-resolutions-under-swiss-bank-program>; Yvan Lengwiler and Albana Saljihaj, *The U.S. Tax Program for Swiss Banks: What Determined the Penalties?*, 154 SWISS J. ECON. STAT. 23 (2018).

40. להמחשת היקף המידע והנתונים שנדרשו: כעולה מדיווחיו של מזרחי, משרד המשפטים האמריקאי דרש בין היתר נתונים כמותיים המתיחסים לחשבונותיהם של הלקוחות האמריקאיים בתקופה המתחילה ביום 1.1.2002; ומידע בנוגע לתקשורת פנים וחוץ של הבנק באמצעים שדרים אלקטרוניים; מידע בנוגע לתפעול ולשיווק שנעשו בבנק, לציות, להדרכת עובדים, לתגמולים, למסמכי מדיניות ונהלים; לדוחות ביקורת פנים וביקורת של גורמי חוץ הנוגעים לפעילות עם לקוחותיהם האמריקאיים; ועוד שורה ארוכה של מסמכים ונתונים.

**נספח 8** עמ' 338-340 לדוח התקופתי של מזרחי לשנת 2015

41. יודגש, כי כדי לספק את המידע הנ"ל נדרש כל אחד מן הבנקים הנ"ל, לרבות הפועלים, להקים **מאגר מידע ממוכן**, הכולל את כל המידע הכמותי הנוגע ללקוחות האמריקאיים כפי שנדרש על-ידי משרד המשפטים האמריקאי. מדובר במאגר מידע נרחב שהקמתו נמשכת זמן לא מבוטל. כך, כעולה מדיווחיו של מזרחי, למשל, למשרד המשפטים האמריקאי נמסר "תאור מפורט ומקדמי של תהליך המיפוי של המידע הזמין באמצעים ממוכנים בקבוצת הבנק... המתיחס לחשבונות של הלקוחות האמריקאיים ולשדרים אלקטרוניים, כדי להשיב על דרישת המידע והנתונים של משרד המשפטים בארצות הברית בכל הנוגע לעסקי קבוצת הבנק עם לקוחותיה האמריקאים, הן בהיבטים הכמותיים והן בהיבטים האיכותיים...". התייחסות מקדמית של מזרחי לדרישות משרד המשפטים האמריקאי נמסרה על יסוד ביקורים שערכו באתרי הבנק השונים ומפגשים עם נושאי תפקידים "כדי להעריך את ההיקף והמורכבות של המידע והנתונים שנדרשו על ידי משרד המשפטים בארצות הברית" (נספח 7 לעיל, בעמ' 338-340).

42. כדי לעמוד בדרישות אלו של ה-DOJ הבנקים לאומי ומזרחי שכרו, כל אחד בנפרד, את שירותיו של בודק בלתי-תלוי אשר ניהל את החקירה הפנימית אצלם תוך התחייבות למסור למשרד המשפטים האמריקאי את הנתונים והמידע שיאספו על ידו. כחלק ממהלך זה נשכר על-ידי כל אחד מן הבנקים, בנפרד, משרד רואי חשבון חיצוני שעסק באיסוף ותיקוף הנתונים והמידע שנדרשו על-ידי ה-DOJ. לאומי ומזרחי עשו כן כבר מתחילת המגעים שניהל כל אחד מהם עם ה-DOJ.

43. כך למשל דיווח מזרחי כי "לצורך איסוף המידע והנתונים שנדרשו כאמור על ידי משרד המשפטים בארצות הברית שכר הבנק בחודש אוגוסט 2014 את שירותיהם של **מומחים חיצוניים לתיחקור ולתיקוף נתונים** ושל יועצים משפטיים בארצות הברית שהצטרפו לצוות היועצים המשפטיים (המקומיים והאמריקאיים) של קבוצת הבנק...". (נספח 7 לעיל בעמ' 339-340).

44. בדומה, לאומי דיווח כבר ביום 30.8.2012, כי "הקבוצה מבצעת בדיקה של הנושא על ידי גורמים חיצוניים שנשכרו על ידה לצורך כך".

**נספח 9** עמ' 266, 437 מהדוח התקופתי של לאומי לשנת 2012

45. להשלמת התמונה יובהר עוד, כי משרד המשפטים האמריקאי מנהל את החקירות הפליליות כנגד תאגידים (לרבות כנגד הבנקים הישראליים שסווגו כאמור כמשתייכים ל"קטגוריה 1") לפי הנחיות מינהליות הקרויות ה-Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.<sup>9</sup> אחד העקרונות המרכזיים בהנחיות אלו מתמקד בבחינת **שיתוף פעולה** של התאגיד עם רשויות התביעה (ראו הנחיה 9-28.700 ל-Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, שכותרתה "The Value of Cooperation"). בהנחיות אלו

<sup>9</sup> הנחיות התביעה מהוות חלק ממה שמכונה ה-Justice Manual (בעבר, ה-Unites States Attorneys' Manual). ראו Justice Manual, [Title 9](#).

נקבע כי שיתוף פעולה שכזה יהווה "נסיבה מקלה" ("mitigating factor") בקשר עם ההחלטה אם להעמיד את התאגיד לדין. בהנחיות אלו נקבע עוד, כי שיתוף פעולה מצד התאגיד דרוש כדי לפזר את חוסר הבהירות סביב האירועים בתאגיד מושא החקירה. על רקע זה קובעות ההנחיות כי שיתוף פעולה מלא - צבירת "cooperation credit", כלשון ההנחיות - מחייב את התאגיד לגילוי מלא<sup>10</sup>. וכך נקבע בהנחיות:

"In order for a company to receive any consideration for cooperation under this section, the company must identify all individuals substantially involved in or responsible for the misconduct at issue, regardless of their position, status or seniority, and provide to the Department all relevant facts relating to that misconduct. If a company seeking cooperation credit declines to learn of such facts or to provide the Department with complete factual information about the individuals substantially involved in or responsible for the misconduct, its cooperation will not be considered a mitigating factor..."

46. אם כן, בנקים ישראלים אחרים שנאלצו לקיים חקירה פנימית בהתאם לדרישת הרשויות האמריקאיות מינו מתחילת החקירה בודק בלתי-תלוי. מינוי כזה התחייב והתבקש הן בשל הקווים המנחים שנקבעו בשנת 2013 הן משום שמינוי כזה הוא אבן הפינה של שיתוף הפעולה של התאגיד עם החקירה.

3.ג. **התנהלותו הפזיזה והחריגה של הבנק החל משנת 2015 בסוגית מינוי Independent Examiner ומחדלו לדווח על כך (הטעיה מס' 1); ודיווחו החל מחודש פברואר 2016 ועד 30.3.2017 על כך שרוב החומר שהתבקש להעביר ל-DOJ הועבר (הטעיה מס' 2)**

47. בהתאם לדיווחי הפועלים, דרישות משרד המשפטים האמריקאי למידע הוצגו לו במהלך פגישות בחודשים ינואר-פברואר 2015, ובמרצת שנת 2015 ובחודשים ינואר-פברואר 2016.

**נספח 10** עמ' 376-377 לדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2014

**נספח 11** עמ' 121-122 ו-328-329 לדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2015

48. ברם, בשונה מלאומי וממזרחי, ותוך סטייה גם מאמות-המידה שנקבעו במסמך הסדר הבנקים השוויצריים, הפועלים החליט שלא לשכור את שירותיו של Independent Examiner, למצער כפי שבעל-תפקיד זה הוגדר במסמך הסדר הבנקים השוויצריים. בהקשר זה, בין היתר, לא נשכר משרד רואי-חשבון חיצוני בעל יכולות חשבונאות פורנזית שיבצע איסוף ותיקוף של מידע ונתונים רלוונטיים במתכונת שנדרשה על-ידי ה-DOJ.

49. המועד המדויק שבו החליט הפועלים לפעול כך אינו ידוע למבקש, באשר הבנק מעולם לא פרסם דיווח או הבהרה בנושא. רק לאחר שיתנהל במסגרת התביעה הנוכחית הליך גילוי מסמכים אפשר שניתן יהיה להצביע על המועד המדויק. יצוין כי הבנק דיווח לראשונה על מינויו של Independent Examiner בדו"ח התקופתי לשנת 2017 (אשר פורסם בשנת 2018).

50. מכל-מקום, המדובר במחדל חמור כשלעצמו, כמובן, ובמהלך העולה כדי פזיזות ממש מצד הפועלים. זאת, בהתחשב בכך שמסמך הסדר הבנקים השוויצריים, שהוחל על בנקים שהתנהלותם נתפשה על-ידי ה-DOJ כחמורה פחות מזו של הפועלים, העמיד מינוי Independent Examiner במרכז ההסדר עם הבנקים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 2" (שכזכור, הפועלים לא זכה להיכלל בו בשל כך שהתנהלותו נתפשה בעיני ה-DOJ

ראו סעיף A להנחיה 9-28.700 ל-Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

כחמורה יותר); ובהתחשב בכך שבעת קבלת החלטתו בדבר אופן ניהול איסוף המידע עבור ה-DOJ ידע הפועלים כי התנהלותו בעניין זה חריגה וסוטה מן האופן שבו נהגו בנקים אחרים במצבו, לרבות לאומי ומזרחי.

51. להמחשת חומרת המחדל של הפועלים יובהר, כי בשים לב לכך שהאופן שבו יש לאסוף מידע ונתונים ולתקפם באמצעות Independent Examiner הוגדר באופן מפורש על-ידי ה-DOJ בגדרי מסמך רשמי שפרסם, הוא מסמך הסדר הבנקים השוויצריים, הרי שהחלטתו של הפועלים שלא לפעול בהתאם למסמך זה משולה, מבחינת משמעויותיה, ומבחינת הפיזיות והחומרה הכרוכים בה, להחלטה של בנק ישראלי שלא לקיים את הוראות נוהל בנקאי תקין שמפרסם הפיקוח על הבנקים!

52. ודוק: מי שהציב את הסדר הבנקים השוויצריים כ-benchmark רלוונטי על-פיו עליו לפעול בקשר עם אחריותו בגין פרשת הלקוחות האמריקאים היה הפועלים עצמו! יתר-על-כן, מי שהבהיר להפועלים כי הסדר הבנקים השוויצריים הוא benchmark רלוונטי עבור הבנק היה המפקח על הבנקים. כך, בדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2014 הודיע הפועלים כי אף שאין ביכולתו להעריך את היקף החשיפה שלו בגין הפרשה, המפקח על הבנקים הורה לו לבצע הפרשה בדוחותיו. וכך הבהיר הפועלים לפי איזו אמת-מידה ביצע את ההפרשה הנ"ל - שהייתה מוגבלת בהיקפה וחסכה לבנק את הצורך בביצוע הפרשה גדולה יותר - והכל בהוראת המפקח:

"על-פי הוראת המפקח חושב סכום ההפרשה הנ"ל על בסיס אומדן של הסכום שהיה כנראה על הפועלים שוויץ לשלם לשלטונות ארצות-הברית לפי הנוסחה הקבועה בהסדר השוויצרי,<sup>11</sup> אילו היה נכלל הפועלים שוויץ בקטגוריה 2 שלפי ההסדר השוויצרי, זאת הגם שההפרשה האמורה מתייחסת לקבוצת הבנק בכללותה" (נספחים 9 ו-10 לעיל).

53. יתר-על-כן, הגם שמדובר בסטייה בלתי-סבירה ופיזיה מאמות-המידה הרגולטוריות שנקבעו במסמך הסדר הבנקים השוויצריים ואף אומצו כחלק מן הפרקטיקה הנהוגת על-ידי בנקים במצבו של הפועלים שביקשו להגיע להסדר עם רשויות התביעה האמריקאיות, הפועלים גם לא נקטו בצעד המינימלי המתבקש - והוא לקבל מראש הסכמה של משרד המשפטים האמריקאי, ה-DOJ, להתנהלותו החריגה זו.

54. מכל-מקום, והוא עיקר לענייננו: בניגוד לדין, ותוך הטעיית המשקיעים, הפועלים לא דיווח על החלטתו שלא למנות בודק בלתי-תלוי הגם שמדובר בהחלטה חריגה שתוצאותיה היו עלולות להיות קשות (כפי שאכן אירע בפועל). זאת, אף שהחלטה זו של הבנק הייתה כבר בעת קבלתה מנוגדת לא רק לתנאי הסדר הבנקים השוויצריים, המשקף את דרישות משרד המשפטים האמריקאי מבנקים שאת התנהלותם החשיב ה-DOJ מלכתחילה כחמורה פחות מזו של בנקים כמו הפועלים שסווגו כמשתייכים ל"קטגוריה 1"; ואשר הפועלים עצמו, בהוראת הפיקוח על הבנקים, היה מי שנוקק להסדר הבנקים השוויצריים כ-benchmark (כאשר היה נוח להפועלים הדבר - לצורך ביצוע הפרשה מוגבלת בהיקפה בדוחותיו הכספיים); אלא גם מנוגדת להתנהלות בנקים אחרים שסווגו ל"קטגוריה 1", לרבות לאומי ומזרחי. וכאמור, החלטה זו התקבלה על-ידי הפועלים מבלי שביקש עבודה אישור מן ה-DOJ ומבלי שתיאם אותה עימו.

55. במקום זאת, בדוח התקופתי לשנת 2015, שפורסם ביום 29.2.2016, דיווח הפועלים:

<sup>11</sup> ראו בעמ' 113 לדוח התקופתי של הבנק ההגדרה של "ההסדר השוויצרי" (שם מבהיר הבנק כי "ביום 29 באוגוסט 2013 פורסם כי שלטונות ארצות-הברית ושוויץ הגיעו להסדר (ההסדר השוויצרי), לפיו בנקים שוויצריים אשר יבחרו להצטרף להסדר השוויצרי ויעמדו בתנאיו (ביניהם, תשלום קנס, מסירת מידע נרחב אודות החשבונות של לקוחותיהם האמריקאים, אודות כספים שהתקבלו מבנקים אחרים ועוד), לא יועמדו לדין בארצות הברית...").

"הבנק, באמצעות נציגיו, מסר ומוסר ל-DOJ ול-NYDFS מידע וחומרים שונים בדבר פעילות קבוצת הבנק מול לקוחות אמריקאים. הבנק, באמצעות נציגיו, ממשיך לעמוד בקשר ולשתף עמם פעולה ונציגי הבנק צפויים להמשיך ולהיפגש עם נציגי הרשויות. במהלך התקופה שחלפה משנת 2011 נעזרת קבוצת הבנק ביועצים משפטיים חיצוניים מארצות-הברית, שווייץ וישראל ובוצעו בדיקות פנימיות בקשר לפעילות בנקאית מול לקוחות אמריקאים. הבנק ממשיך וצפוי להמשיך לערוך בדיקות פנימיות, בין השאר, על מנת להשלים את איסוף המידע והחומרים אשר נדרשו ונדרשים, מעת לעת, על-ידי הרשויות בארצות-הברית, ככל שהדבר ניתן ובגבולות הדין. הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות וניתן להניח שבמרוצת השנה יתקיימו איתן דיונים ביחס לחומרים".

(נספח 10 לעיל).

56. הודעה זהה פורסמה גם בדוחות התקופתיים של הבנק לרבעונים הראשון, השני והשלישי של שנת 2016, שפורסמו בימים 19.5.2016, 11.8.2016, ו-17.11.2016, בהתאמה.

**נספח 12** העתק עמ' 88 ו-233 מדוח Q1 של הפועלים לשנת 2016

**נספח 13** העתק עמ' 105 ו-237 מדוח Q2 של הפועלים לשנת 2016

**נספח 14** העתק עמ' 106 ו-246 מדוח Q3 של הפועלים לשנת 2016

57. יודגש, כי קודם לדוח התקופתי של שנת 2015, שפורסם כאמור ביום 29.2.2016, הבנק פרסם בדוחותיו התקופתיים כי "הבנק, באמצעות נציגיו, מסר ומוסר לרשויות הנ"ל מידע וחומרים שונים בדבר פעילות קבוצת הבנק מול לקוחות אמריקאים".

**נספח 15** עמ' 259-260 מדוח Q3 של הפועלים לשנת 2015

58. כן יודגש, כי בדוח התקופתי לשנת 2016, שפורסם ביום 30.3.2017, כבר נמנע הבנק מלפרסם כי "הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות...", ובמקום זאת פרסם כי "החקירה הפנימית והעברת המידע לרשויות נמשכים".

**נספח 16** עמ' 192-193 מן הדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2016

59. עם זאת, למען הסר ספק יובהר, כי הבנק לא פרסם במועד זה (30.3.2017), ולמעשה לא פרסם מעולם, דיווח, הודעה או הבהרה על פשר השוני בנוסח הודעתו לגבי השלב שבו הוא מצוי בכל הנוגע להעברת החומר הדרוש לרשויות האמריקאיות; ובמחדלו זה פעל הפועלים לטשטש ולהטעות את המשקיעים ביחס לדרמה שהתחוללה ביחסיו עם ה-DOJ בנוגע למינוי Independent Examiner וביחס לאופן איסוף ותיקוף המידע והנתונים הרלוונטיים אודות הלקוחות האמריקאיים שנתבקש הבנק להעביר ל-DOJ.

60. הנה-כי-כן, הבנק החליט, על דעת עצמו, שלא לפעול לפי אמות-המידה של הרגולטור הרלוונטי - בענייננו, משרד המשפטים האמריקאי; ואף לחרוג מן הפרקטיקה המקובלת שעל-פיה נהגו בנקים אחרים במצבו של הפועלים, לרבות לאומי ומזרחי; וכל זאת עשה הפועלים מבלי שפנה מראש למשרד המשפטים האמריקאי כדי לקבל את אישורו להתנהלות חריגה זו. וחמור מכל - לענייננו - הפועלים לא דיווח כלל למשקיעים על החלטתו והתנהלותו זו, חרף המשמעויות הדרמטיות שהיו לה (כפי שיפורטו להלן), כבר במועד קבלת ההחלטה.

61. בכך הטעה הפועלים את המשקיעים הטעה חמורה (הטעה מס' 1).

62. יתר-על-כן, כאמור, הבנק דיווח למשקיעים, החל מיום 29.2.2016 ועד ליום 30.3.2017, כי "הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות". כפי שיובהר להלן, אף ביחס לפרט זה, שעניינו התיאור שמסר הבנק ביחס לשלב שבו הוא מצוי בתהליך איסוף המידע שהוא נדרש להעביר ל-DOJ ותהליך התקדמות המגעים להסדר מול ה-DOJ - הבנק הטעה את המשקיעים (הטעיה מס' 2).

63. למעשה, לאחר שנחתם ה-DPA עם משרד המשפטים האמריקאי התברר כי לדידו, למעשה שיתוף הפעולה הרלוונטי של הפועלים עם ה-DOJ החל רק בשנת 2017 (!). וכך הבהיר ה-DOJ (ראו נספח 1 לעיל):

"[T]he Bank began to cooperate with the Department's investigation in late 2014. However, the Bank's initial cooperation was deficient... In 2017, the Bank enhanced its efforts in order to cooperate fully with the Department's investigation. The Bank replaced its lead outside counsel, accepted responsibility, and took the following steps, among others, as part of its cooperation: conducted an extensive internal investigation, including the review of more than 2,000,000 documents from over 300 custodians in a variety of countries; made regular presentations to the Department on a wide variety of factual topics, including the provision of relevant facts about individual wrongdoers; produced over 1,000,000 pages of documents, including producing documents from foreign countries... collected, analyzed and organized voluminous new evidence and information for the Department; interviewed, and/or facilitated the Department's interviews of, numerous current and former Bank employees and former members of BHS's Board of Directors; assisted the Department with requests under the Tax Treaty and various Mutual Legal Assistance Treaties; and litigated and appealed in various courts in an attempt to obtain permission to disclose certain employee identities and documents for production to the Department..."

[[U.S. Department of Justice, Re U.S. v. Bank Hapoalim B.M Deferred Prosecution Agreement \(letter of April 22, 2020\)](#), at 2-3]

64. הנה-כי-כן, אף שעד ליום 30.3.2017 למעשה דיווח הבנק וקיבע בקרב המשקיעים את ההבנה כי "הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות"; במציאות רק בשנת 2017 החל הבנק לשתף פעולה כראוי עם רשויות התביעה האמריקאיות.

4.ג. **מחדלו של הבנק לדווח גם על כך שה-DOJ דחה את מתכונת איסוף המידע שהבנק נקט בה וחייב את הבנק למנות Independent Examiner ופירמת רואי חשבון חיצונית ולנהל מחדש את תהליך איסוף ותיקוף המידע והנתונים (הטעיה מס' 3)**

65. כפי שיפורט להלן, לא רק שהפועלים לא דיווח על החלטתו החריגה מלכתחילה, החל משנת 2015, שלא למנות Independent Examiner במתכונת שדורש ה-DOJ, ובכך הטעה את המשקיעים (הטעיה מס' 1); ולא רק שהבנק הטעה את המשקיעים בדווחו לפרק-זמן מסוים של כשנה (מבלי לתקן זאת בהמשך) כי הוא "מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות" (הטעיה מס' 2); אלא שבהמשך הבנק הוסיף והטעה את המשקיעים פעם נוספת **בכך שלא דיווח** על כך שמשרד המשפטים האמריקאי **סירב**



לקבל כמות-שהם את המידע והנתונים שאסף הבנק ולמעשה, ואף להלכה, דרש מן הבנק כי ימנה Independent Examiner ויפעל מחדש לקיים את תהליך איסוף ותיקוף המידע והנתונים הרלוונטיים אודות הלקוחות האמריקאיים שנתבקש הבנק להעביר (הטעיה מס' 3).

66. המועד המדויק שבו החליט הפועלים לפעול כך אינו ידוע למבקש, באשר הבנק מעולם לא פרסם דיווח או הבהרה בנושא. רק לאחר שיתנהל במסגרת התביעה הנוכחית הליך גילוי מסמכים אפשר שניתן יהיה להצביע על המועד המדויק.

67. יובהר מייד, למידע אחרון זה היו, כבר באותה עת, נפקויות מרחיקות-לכת: ראשית, לעניין העלויות הכספיות הנוספות שבאחת התווספו לצורך השלמת החקירה הפנימית בבנק כדי למסור ל-DOJ את המידע והנתונים שנדרשו, כפי שנדרשו; שנית, לעניין פרק-הזמן שיידרש כדי להגיע להסדר מוסכם עם ה-DOJ, שבאחת התאריך משמעותית, על כל המשמעויות הכרוכות בכך, לרבות בקשר עם ריתוק משאבי ההון והאנוש של הבנק לעיסוק בכך, ולמוניטין של הבנק; שלישית, לעניין מידת שיתוף הפעולה של הבנק עם ה-DOJ - פרמטר שה-DOJ רואה בו קריטריון חשוב לצורך ההחלטה כיצד לנהוג בתאגיד החשוד בפלילים.

#### ג.4(א) **מחדלו של הבנק לדווח על סירוב ה-DOJ לקבל את תוצאות החקירה הפנימית שניהל הבנק - עד לפרסומים בעיתונות בחודש יוני 2017**

68. כאמור, בדוח התקופתי לשנת 2015, שפורסם ביום 29.2.2016, דיווח הפועלים כי "הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות וניתן להניח שבמרוצת השנה יתקיימו איתן דיונים ביחס לחומרים". הבנק חזר על דיווח זה במסגרת הדוחות התקופתיים שפרסם במהלך שנת 2016 וחדל מכך רק ביום 30.3.2017, עת פורסם הדוח התקופתי לשנת 2016.

69. בין לבין, ביום 6.10.2016, פרסם הפועלים דיווח מידי בנושא "לקוחות אמריקאים" בזו הלשון:

"ביום 5.10.2016 התכנסו הנהלת ודירקטוריון הבנק לדיון בנושא הערכת חשיפת הבנק בקשר עם חקירת הרשויות האמריקאיות בקשר עם עסקי קבוצת הבנק עם לקוחות אמריקאים, זאת בעקבות פגישה נוספת שהתקיימה ביום שישי ה- 30.9.2016 בארה"ב בין נציגי הבנק ועורכי הדין החיצוניים של הבנק לבין נציגי משרד המשפטים האמריקאי (ה-DOJ). במהלך אותה פגישה נדונו גם שיטות אפשריות מסוימות לגיבוש הסדר בין קבוצת הבנק לבין משרד המשפטים האמריקאי וכן נדונו באופן ראשוני עקרונות חישוב של רכיבים מסוימים אשר עשויים להיות חלק מהסכום שאפשר שתשלם קבוצת הבנק למשרד המשפטים האמריקאי במסגרת הסדר מוסכם, אם וכאשר יצליחו הצדדים להגיע להסכמה ביחס להסדר.

בעקבות הפגישה והדברים שנאמרו בה, לפי אומדן ראשוני גם צפוי הבנק להגדיל את ההפרשה בקשר לנושא זה בסך בשקלים חדשים השווה לכ- 70 מליון דולר ארה"ב (אשר יתווסף להפרשה בסך 50 מליון דולר שבוצעה בזמנו), כך שסך ההפרשה תסתכם לסך בשקלים חדשים השווה לכ- 120 מליון דולר ארה"ב.

הפרשה בהתאם תיכלל בספרי הבנק ברבעון השלישי של שנת 2016, דבר אשר עשוי להשפיע מהותית על תוצאות הבנק ברבעון זה.

הבנק ימשיך באיסוף נתונים ובעריכת חישובים על בסיס האמור והמשך שיחותיו עם הרשויות האמריקאיות.

האמור לעיל, אינו מתייחס לבדיקה המתנהלת על-ידי מחלקת השירותים הפיננסיים של מדינת ניו-יורק...

נוכח אי הודאות אשר עדיין שוררת, לרבות ביחס לרכיבים נוספים אשר הבנק עלול להידרש לשלם בגינם במסגרת הסדר אפשרי עם משרד המשפטים האמריקאי, ואשר לא נכללים באמדן הראשוני האמור, אפשר שהתוצאות בסופו של דבר יהיו שונות באופן מהותי מסכום ההפרשה האמור.

**נספח 17** דיווח מיידי של הפועלים מיום 6.10.2016

70. יודגש, למען הסר ספק, כי האמור לעיל בדבר הגדלת ההפרשה בקשר לפרשה בסך של 70 מיליון דולר ארה"ב **לא התייחס** לגידול בהוצאות הבנק עקב סירוב ה-DOJ לקבל את אופן איסוף המידע הדרוש על-ידי הבנק ודרישת ה-DOJ מן הבנק למנות Independent Examiner: **ראשית**, בדוח התקופתי לרבעון השלישי של שנת 2016 דיווח הבנק **בנפרד** על גידול בהוצאות המשפטיות (מבלי לפרט את הסיבה לגידול) ועל ההפרשה הנוספת האמור. וכך דיווח הבנק:

"ההוצאות התפעוליות והאחרות הסתכמו בתשעת החודשים של שנת 2016 ב-6,889 מיליון ש"ח, בהשוואה ל-6,479 מיליון ש"ח בתקופה המקבילה אשתקד, גידול בשיעור של כ-6.3%. **הגידול נובע בעיקרו מעדכון ההפרשה בגין חשיפת הבנק בקשר עם חקירת הרשויות האמריקאיות, בקשר עם עסקי קבוצת הבנק עם לקוחות אמריקאים בסך של 255 מיליון ש"ח, כמו גם גידול בהוצאות המשפטיות הקשורות בחקירה זו.**"

**נספח 18** עמ' 27-28 מדוח Q3 של הפועלים לשנת 2016

71. **שנית**, אף בדוח התקופתי לרבעון השלישי של שנת 2016, שפורסם ביום 17.11.2016, המשיך הבנק לכלול את הדיווח הסטנדרטי ששילב בדוחותיו התקופתיים הקודמים בזו הלשון:

"הבנק, באמצעות נציגיו, מסר ומוסר ל-DOJ ול-NYDFS מידע וחומרים שונים בדבר פעילות קבוצת הבנק מול לקוחות אמריקאים. הבנק, באמצעות נציגיו, ממשיך לעמוד בקשר ולשתף עמם פעולה ונציגי הבנק צפויים להמשיך ולהיפגש עם נציגי הרשויות. במהלך התקופה שחלפה משנת 2011 נעזרת קבוצת הבנק ביועצים משפטיים חיצוניים מארצות-הברית, שוויץ וישראל ובוצעו בדיקות פנימיות בקשר לפעילות בנקאית מול לקוחות אמריקאים. הבנק ממשיך וצפוי להמשיך לערוך בדיקות פנימיות, בין השאר, על מנת להשלים את איסוף המידע והחומרים אשר נדרשו ונדרשים, מעת לעת, על-ידי הרשויות בארצות-הברית, ככל שהדבר ניתן ובגבולות הדין. **הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות** וניתן להניח שבמרוצת השנה יתקיימו איתן דיונים ביחס לחומרים".

**(נספח 13 לעיל, עמ' 106 ו-246 לדוח Q3 של הפועלים לשנת 2016)**

72. ביום 23.3.2017 פרסם הבנק דוח מיידי בנושא "צפי להפרשות והוצאות מהותיות ברבעון הרביעי לשנת 2016", שבו הודיע על הגדלת ההפרשה "בקשר עם החשיפה הנובעת מחקירת משרד המשפטים האמריקאי... בכ- 25 מיליון דולר (המתווספים לסך של כ- 120 מיליון דולר אשר הופרש בעבר), כך שסכום ההפרשה הכולל צפוי לעמוד על סך השווה בשקלים חדשים לכ- 145 מיליון דולר ארה"ב...".

**נספח 19** דיווח מיידי של הפועלים מיום 23.3.2017

73. בדוח התקופתי לשנת 2016 שפרסם הבנק שלושה ימים לאחר-מכן, ביום 30.3.2017, **שינה הבנק את אופן הדיווח שלו אודות הפרשה** והפעם **לא כלל** בדוח הצהרה על ש"רוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות...". כפי שנהג לפרסם בדוחותיו התקופתיים הקודמים. במקום זאת, הבנק דיווח הפעם על החקירה כך:

"במסגרת החקירה המתנהלת נגד קבוצת הבנק על-ידי רשויות ארצות-הברית בקשר עם חשד כי קבוצת הבנק סייעה ללקוחות אמריקאים בהעלמת מס מרשויות המס האמריקאיות, מבצעת קבוצת הבנק, בסיוע יועצים משפטיים חיצוניים מארצות-הברית, שוויץ וישראל, חקירה פנימית בקשר עם פעילות קבוצת הבנק מול לקוחות אמריקאים ומעבירה למשרד המשפטים האמריקאי... למחלקת השירותים הפיננסיים של מדינת ניו-יורק... ול-Federal Reserve בניו-יורק, מידע וחומרים העולים מהחקירה הפנימית, ככל שהדבר ניתן ובגבולות הדין. החקירה הפנימית והעברת המידע לרשויות נמשכים. נציגי קבוצת הבנק, אשר עומדים בקשר ונפגשים עם נציגי הרשויות בארצות-הברית, צפויים להמשיך ולהיפגש עם הרשויות האמורות."

(נספח 15 לעיל, עמ' 193 לדוח התקופתי השנתי של הפועלים לשנת 2016)

74. דיווח זה של הבנק נכלל בדוח התקופתי לרבעון הראשון של שנת 2017, בתוספת הערה כי "קבוצת הבנק עומדת להחליף עם הרשויות האמורות טיוטות ולדון עמן ביחס למידת האחריות שתיקח על עצמה במסגרת הסדרים מוסכמים (אם יושגו)".

**נספח 20** עמ' 124-125 מדוח Q1 של הפועלים לשנת 2017

75. עם זאת, למען הסר הספק, באף לא אחד מדיווחים אלה הבנק לא דיווח על הסיבה לכך שעתה אין הוא מצהיר עוד על כך ש"רוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות..." כפי שדיווח קודם לכן; ובאף לא אחד מדיווחים אלה הבנק לא פרסם דיווח, הודעה או הבהרה על פשר השינוי בנוסח הודעותיו לגבי התקדמות התהליך מול ה-DOJ.

76. יתר-על-כן, באף לא אחד מדיווחים אלה הבנק לא דיווח על כך שה-DOJ דחה את המידע והנתונים שאסף הבנק בגדרי החקירה הפנימית שניהל; ועל כך שה-DOJ למעשה חייב את הבנק לחזור ולערוך מחדש את החקירה הפנימית שכבר ערך, או את חלקה, על כל המשמעויות הישירות והעקיפות שיש לכך.

77. להמחשת חומרת התנהלותו בהקשר זה של הפועלים - שכאמור הוסתרה על-ידי הבנק ממשקיעיו בניגוד לדין יוזכרו שוב הדברים הקשים שכתב משרד המשפטים האמריקאי על התנהלות הבנק באותה תקופה (נספח 1 לעיל).

78. מחדלי דיווח אלו של הבנק עולים כדי הטעיה חמורה. המדובר בהטעיה של הבנק את המשקיעים המשולה להטמנת פצצה ממש בהשקעתם במניית הבנק, שבהמשך אומנם תתפוצץ בפניהם: כך, משקיע שרכש את מניית הבנק קודם ליום 30.3.2017 עשה כן בידיעה שהחקירה הפנימית המתנהלת בבנק לפי דרישת ה-DOJ קרובה לסיום, על כל המשתמע מכך, בעיקר בקשר עם גזילת משאבי הבנק ועם האפשרות להביא לכלל סיום את פרשת הלקוחות האמריקאים.

79. בדומה, משקיע שרכש את מניית הבנק לאחר שה-DOJ דחה את תהליך איסוף המידע והנתונים וחייב את הבנק לחזור ולערוך מחדש את החקירה הפנימית, השקיע במניית הבנק מבלי שידע כי למעשה החקירה האמריקאית עתידה להימשך עוד זמן רב ולעלות לבנק הון עתק, במישרין ובעקיפין.

#### ג.4(ב) הפרסומים בעיתונות בחודש יוני 2017

80. הדיווח על מחדלו של הבנק בקשר עם מינוי Independent Examiner, מלכתחילה, כמו גם המידע על דחיית ה-DOJ את ממצאי החקירה הפנימית שניהל הבנק, פורסמו לבסוף בעיתונות(!).

81. כך, ביום 25.6.2017 פורסם בעיתון TheMarker כי "ההסתבכות של הפועלים בארה"ב מעמיקה: נאלץ לשכור את שירותיו של משרד דלויט". בגוף הכתבה פורסם:

"החקירה המתנהלת נגד בנק הפועלים על ידי רשויות המס של ארה"ב, בחשד שסייע ללקוחות אמריקאים להעלים מס, עשויה להתעכב ולעלות לבנק בסכומים נוספים - לאחר דיונים ופגישות שקיימו באחרונה נציגי הבנק ויועציו המשפטיים עם נציגי משרד (DOJ) הוחלט כי הפועלים ישכור על רקע החקירה את שירותיו של משרד רואי החשבון והייעוץ העסקי-כלכלי דלויט טוש... אנשי דלויט יצטרפו לבצע, בין השאר, בדיקות בנוגע למתודולוגיה ולחישובים שבהם השתמשו בהפועלים כדי להכין את הנתונים של הלקוחות האמריקאים של הבנק בישראל, ארה"ב, שוויץ ולוקסמבורג. ייתכן כי בדלויט יבדקו גם את הודעות האימייל שנשלחו בשנים הרלוונטיות לפרשה. מקורות המקורבים לחקירה ציינו כי גם בבנקים אחרים עלה הצורך במינוי יועצים נוספים במהלך הדיונים עם משרד המשפטים האמריקאי..."

לדלויט יש כבר ניסיון בתחום חקירות המס בארה"ב. המשרד ליווה בעבר את בנק לאומי בפרשת הסיוע ללקוחות אמריקאים בהעלמת מס... במקרה זה דלויט ליווה את הבנק מתחילת ההליך המשפטי. כך היה גם בבנק מזרחי טפחות, שנמצא עדיין בהליך חקירה, ושכר את שירותיו של משרד רואי החשבון והייעוץ העסקי סומך חייקין KPMG עם תחילת ההליך.

הפועלים, לעומת זאת, שוכר את שירותי דלויט אחרי תקופה לא-מבוטלת שבה טיפלו בפרשה משרד עורכי הדין גורניצקי ושות' בראשות פיני רובין, עורכי דין אמריקאים, ועו"ד רוברט הנוך ממשרד קוברא אנד קים - שלא הספיקו למשרד המשפטים האמריקאי.

שכירת שירותי דלויט צפויה להשית על הפועלים הוצאות של עד עשרות מיליוני ש"ח.

החקירה בארה"ב עלתה לבנק כמיליארד שקל, נכון לתחילת 2017... בסכום זה נכללות הפרשות של ... כ-250 מיליון שקל ששולמו לעורכי הדין המלווים את הבנק."

**נספח 21** העתק מן הכתבה (מיכאל רוכוורגר, TheMarker, מיום 25.6.2017)

82. כתבה דומה התפרסמה גם במהדורה באנגלית של עיתון הארץ.
83. מיותר לציין כי פרסומים אלו לא רק שאינם תחליף חוקי לחובת הבנק לדווח על ההתפתחויות המפורטות בהם; אלא שבהיעדר דיווח מסודר מצד הבנק מדובר אף בהחמרת ההטעיה מול המשקיעים: כך, אין בפרסומים אלו בעיתונות כדי להבהיר למשקיעים (אם בכלל נחשפו לפרסומים אלו) מה חומרת הבעיה שהתגלעה ביחסי הבנק מול ה-DOJ ומה השפעותיה הצפויות.
- ג.4(ג) מחדלו של הבנק לדווח על סירוב ה-DOJ לקבל את תוצאות החקירה הפנימית שניהל הבנק - לאחר הפרסומים בעיתונות**
84. למרות הפרסומים בעיתונות, והמשמעויות הדרמטיות הנגזרות מן הדרמה שהתחוללה במגעיו של הבנק עם ה-DOJ בסוגיית מינוי ה-Independent Examiner ואיסוף ותיקוף המידע והנתונים שנדרש הבנק להעביר ל-DOJ, הפועלים המשיך להטעות את המשקיעים ובעלי המניות בנושא זה, תוך שהוא נמנע מלפרסם דיווח מלא על הקשיים בהתנהלות מגעיו מול ה-DOJ בקשר עם המידע והנתונים שעליו להעביר ל-DOJ, ובמקום זאת מסתפק בפרסום **רמזים מעורפלים וסתומים**, שאין בהם כדי לקיים את חובת הגילוי המוטלת עליו.
85. כך, ביום 15.8.2017 פרסם הבנק את הדוח התקופתי שלו לרבעון השני של שנת 2017, וכלל בו דיווח זהה לזה שעליו דיווח בדוח התקופתי לרבעון הראשון, בשינוי הבא:

"החקירה הפנימית והעברת המידע לרשויות מהבנק ומבנק הפועלים שוויץ נמשכים ובמקביל נבדקים, באמצעות צדדים שלישיים, המתדולוגיה ואופן הבדיקות שערכה קבוצת הבנק".

**נספח 22** עמ' 130 מדוח Q2 של הפועלים לשנת 2017

86. משקיע סביר אינו יכול להבין את המשפט הסתום (והחדש) שהופיע לראשונה בדיווחי הבנק בדבר בדיקה של הבדיקות שערכה קבוצת הבנק. למה הכוונה ב"מתודולוגיה ואופן הבדיקות שערכה קבוצת הבנק"? מדוע יש צורך בבדיקה של אלה? אין לכך תשובות בדיווח.

87. לא זו בלבד, אלא שהבנק הוסיף להטעיה זו נדבך נוסף על-ידי כך שכלל בדוח ה-Q2 לשנת 2017 דיווח על רווחיו מפעילות "מגזר אחר", שממנו עלתה כביכול תמונה הפוכה, לפיה לכאורה ההוצאות המשפטיות הכרוכות בחקירת הרשויות האמריקאיות קטנו. וכך דיווח הבנק:

"הרווח הנקי המיוחס לבעלי מניות הבנק של מגזר אחר בפעילות ישראל במחצית הראשונה של שנת 2017 הסתכם בסך של 54 מיליון ש"ח בהשוואה להפסד בסך של 9 מיליון ש"ח בתקופה המקבילה אשתקד. השינוי בין התקופות נבע מירידה בהפרשה בקשר עם חקירת עסקי קבוצת הבנק עם לקוחות אמריקאים בשל ירידת שער הדולר, לצד קיטון בהוצאות המשפטיות הכרוכות בה..."

**נספח 23** עמ' 19 ו-34 מדוח Q2 של הפועלים לשנת 2017

88. ביום 3.10.2017 פרסם הבנק דיווח מיידי על "החלטה בדבר יציאה מפעילות בשוויץ ועדכון בדבר החקירה האמריקאית", ובגדרו דיווח, בין היתר, כי "הבדיקות הפנימיות אשר מבצעת קבוצת הבנק... נמשכות. קבוצת הבנק ממשיכה לאחרונה לדון באינטנסיביות רבה יותר עם הרשויות האמריקאיות על הממצאים שעלו במהלך החקירה והבדיקות, ובפרט על ממצאים בקשר לפעילות בנק הפועלים שוויץ מול לקוחותיו האמריקאים".

**נספח 24** דיווח מיידי של הפועלים מיום 3.10.2017

89. ביום 23.11.2017 פרסם הבנק דיווח מיידי על "צפי להפרשה מהותית בדוחות הרבעון השלישי לשנת 2017" ובגדרו דיווח כי (השיבוש במקור): "בהמשך לשיחות ופגישות שהתקיימו במהלך החודשים ספטמבר-נובמבר עם משרד המשפטי האמריקאי... ועל בסיס נתונים שנאספו ועובדו במהלך תקופה זו על-ידי קבוצת הבנק, הגם שטרם הושגה הסכמה כלשהי עם ה-DOJ וטרם נדונו כל הרכיבים האפשריים, כמו קנס שבשלב זה לא ניתן להעריכו... צפוי הבנק להגדיל בדוחות הכספיים לרבעון השלישי לשנת 2017... את סכום ההפרשה בקשר עם החשיפה הנובעת מחקירת הרשויות האמריקאיות... גם נכון למועד זה, אין ביכולתו של הבנק להעריך באופן מהימן את היקף החשיפה או את טווח החשיפה של קבוצת הבנק בקשר עם חקירת הרשויות האמריקאיות...".

**נספח 25** דיווח מיידי של הפועלים מיום 23.11.2017

90. חמישה ימים לאחר-מכן, ביום 28.11.2017, במסגרת הדוח התקופתי לרבעון השלישי של שנת 2017, דיווח הבנק כי "החקירה הפנימית והעברת המידע לרשויות מהבנק ומבנק הפועלים שוויץ נמשכים, לרבות ביחס למידע ונתונים נוספים שנתבקשו על-ידי הרשויות האמריקאיות וכמקביל נבדקים, באמצעות צדדים שלישיים, המתודולוגיה ואופן הבדיקות שערכה קבוצת הבנק".

**נספח 26** עמ' 134 מדוח Q3 של הפועלים לשנת 2017

91. רק בדו"ח התקופתי של הבנק לשנת 2017 (אשר פורסם בשנת 2018) דיווח לבסוף הבנק על כך שמונה על ידו Independent Examiner.

**נספח 27** עמ' 198-199 לדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2017

92. הנה-כי-כן, הבנק לא דיווח על האירוע הדרמטי שהתחולל במגעיו מול ה-DOJ - אירוע שבעקבותיו הבנק נאלץ לחדול מלדווח כי "רוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות"; לשכור משרד רואי חשבון חיצוני (משרד דלויט); ולנהל מחדש את החקירה הפנימית שנדרש כדי לאסוף ולתקף מידע ונתונים רלוונטיים עבור ה-DOJ. הבנק לא דיווח על כך מעולם, לרבות לאחר שמידע על האירוע הדרמטי הני"ל דלף ופורסם בעיתונות, באופן שאי-הדיווח ברקע פרסומים אלו רק העצים את הטעיית המשקיעים.

**5.ג נזקי התנהלות הבנק מול ה-DOJ ואי-גילוי הבנק את מלוא הנזקים הללו (הטעיה מס' 4)**

93. כפי שיפורט להלן, התנהלותו הפזיזה והחריגה של הבנק מול רשויות התביעה האמריקאיות גרמה לבנק לשורת נזקים, ישירים ועקיפים.

94. בעיקר מדובר בארבעה סוגי נזקים: **ראשית, הוצאות ישירות** שנגרמו לבנק כתוצאה מן הצורך לנהל מחדש את החקירה הפנימית בבנק, הפעם על דרך מינוי Independent Examiner וחזרה מחדש על פעולות לאיסוף ותיקוף מידע ונתונים בהתאם לדרישות ה-DOJ. **שנית, נזקים עקיפים** כתוצאה מהתמשכות ההליכים מול ה-DOJ בקשר עם פרשת הלקוחות האמריקאיים, לרבות נזקים הנובעים מריתוק משאבי אנוש והון, אובדן תשומת לב ניהולית שנדרש הבנק להקדיש לפרשה זו, ונזקי מוניטין ניהולי; **שלישית, נזקים עקיפים** כתוצאה מחוסר ודאות וחוסר יכולת מתמשכים להעריך כיאות את היקף החשיפה הכספית לקנסות מול ה-DOJ בפניה עומד הבנק, וזאת בהיעדר מאגר מידע מקובל וראוי (בעיני ה-DOJ) ובהיעדר מידע ונתונים רלוונטיים ומתוקפים. **רביעית, נזקים עקיפים** כתוצאה מחשיפה מאוחרת של הפרות דין וליקויים בהתנהלות הבנק, שנחשפו רק כאשר החל הבנק לערוך חקירה פנימית במתכונת שדרש ה-DOJ.

95. יודגש, כי הגם שספג נזקים אלו, הבנק נמנע מלדווח על כל אחד מהם, גם כאשר נודע לו על היווצרותם (הטעיה מס' 4).

**5.ג.א) הנזקים שנגרמו לבנק כתוצאה מהתנהלותו הפזיזה והחריגה מול ה-DOJ**

**הוצאות נוספות בשל הצורך לחזור מחדש על החקירה הפנימית כולה או חלקה**

96. הנזק הישיר והמידי כתוצאה מהתנהלותו הפזיזה והחריגה של הבנק מול ה-DOJ בקשר עם מחדל הבנק מלמנות כבר בשנת 2015 Independent Examiner במתכונת שנדרשה על-ידי ה-DOJ היה כמובן ההכרח לשאת בהוצאות משפטיות ומינהליות נוספות בשל הצורך לחזור מחדש על החקירה הפנימית כולה או חלקה, הפעם במתכונת שה-DOJ דרש.

97. מדובר בנזק שעל רובו, אם לא על כולו, למעשה הבנק ידע כבר במועד שבו ה-DOJ הבהיר לו כי אינו מקבל את תוצאות חקירתו הפנימית, כלומר הבנק ידע על הנזק כבר בשלהי שנת 2016 או בתחילת שנת 2017.

98. המועד המדויק שבו ידע הפועלים על הנזק שנגרם לו אינו ידוע למבקש, באשר הבנק מעולם לא פרסם דיווח או הבהרה בנושא. רק לאחר שיתנהל במסגרת הבקשה הנוכחית הליך גילוי מסמכים אפשר שניתן יהיה להצביע על המועד המדויק.

99. גם שיעור הנזק שנגרם לבנק אינו ידוע לאשורו, הגם שיש אינדיקציה חזקה לגובהו. כך ידוע כי הוצאותיו של הפועלים על ניהול החקירה הפנימית הסתכמו בלמעלה מפי ארבעה(!) מאלו שבהן נשא לאומי הגם שללאומי הייתה פעילות בהיקף נרחב יותר מול לקוחות אמריקאים.

**הנזקים העקיפים כתוצאה מהתמשכות ההליכים מול ה-DOJ - נזקי ריתוק משאבי אנוש והון; נזקי מוניטין ניהולי; נזקי חוסר ודאות; וחשיפה מאוחרת של הפרות דין וליקויים בהתנהלות הבנק**

100. כעולה מדיווחי הבנק עצמו, לבנק נגרמו נזקים עקיפים לא מבוטלים בשל התנהלותו הפזיזה והחריגה מול ה-DOJ החל משנת 2015 בקשר עם מחדלו למנות Independent Examiner במתכונת שנדרשה על-ידי ה-DOJ.

101. כך למשל, ביום 26.3.2018, במסגרת הדוח התקופתי לשנת 2017, דיווח הבנק, בין היתר, כך:

"קבוצת הבנק, בסיוע יועציה המשפטיים, העבירו וממשיכים להעביר ל-DOJ, ל-NYDFS ול-Federal Reserve בניו-יורק נתונים, מידע ומסמכים ככל שהדבר ניתן ובגבולות הדין. החקירה ואיסוף המידע והמסמכים כמו גם עדכון ותיקוף מאגר המידע הכמותי ביחס ללקוחות האמריקאים של הבנק בישראל ובבנק הפועלים שוויץ (לרבות הסניף בלוקסמבורג והסניף בסינגפור אשר נסגר בשנת 2012) טרם הסתיימו. כחלק מהחקירה הועברו לרשויות בארצות-הברית נתונים ומידע כמותי אודות לקוחות אמריקאים בבנק ובהפועלים שוויץ הגם שעדכון המאגר טרם הושלם. כמו-כן, לבקשת ה-DOJ הנתונים הכמותיים, המתודולוגיה ואופן הבדיקות שערכה קבוצת הבנק נבדקים ומתוקפים במקביל באמצעות צדדים שלישיים (Independent Examiner). אף הליך זה טרם הושלם.

...

בטרם השלמת עדכון ותיקוף מאגר הלקוחות האמריקאים והגעה להסכמות עם הרשויות האמריקאיות בדבר הקריטריונים לקביעת אוכלוסיית הלקוחות הרלוונטיים לחישוב, התקופות הרלוונטיות לחישוב, רכיבי החישוב ואופן החישוב, קבוצת הבנק ויועציה המשפטיים אינם יכולים להעריך באופן מהימן את היקף או טווח החשיפה.

...

ההפרשה שכלל הבנק בדוחותיו מבוססת על רכיב זה [רכיב אובדן המס שנגרם לרשויות המס – הח"מ] וחושבה בהתבסס על המידע הכמותי הקיים בידי קבוצת הבנק נכון למועד פרסום הדוחות הכספיים בגין לקוחות אלה. המידע שעל בסיסו בוצעה ההפרשה עודכנו כפוף לעדכון ולתיקוף. לפיכך, אפשר שקבוצת הבנק תידרש לשלם גם בגין לקוחות אמריקאים נוספים, עם זאת אפשר שטענות קבוצת הבנק ביחס ללקוחות מסוימים תתקבלנה ואלו יוחרגו מהאוכלוסייה הרלוונטית לתשלום.

(נספח 26; עמ' 198-199 מן הדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2017)

102. במקביל, באותו דוח ממש כתב יו"ר הדירקטוריון כך:

"החקירה של עסקי קבוצת הבנק עם לקוחות אמריקאים - לצד בנקים אחרים בעולם, אנו ממשיכים להתמודד עם חקירת הרשויות האמריקאיות בקשר עם עסקי קבוצת הבנק עם לקוחות אמריקאים. הדבר דורש מאיתנו הוצאות כספיות משמעותיות, מאמץ ניכר של עובדי הבנק העוסקים בנושא, ותשומת לב ניהולית רבה. אנו מקוים כי נוכל לסיים את הטיפול בעניין בקרוב, אך מודעים לכך שעד להשלמת המלאכה, קיימת אי ודאות לגבי אופי ההסדר ועלותו לבנק."

נספח 28 עמ' 5 לדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2017

103. הצהרת יו"ר דירקטוריון הבנק על נזקי החקירה המתמשכים פורסמה גם בדוח התקופתי לשנת 2018:

"משקולת החקירות האמריקאיות ממשיכה ללוות אותנו וטרם הוסרה. רשמנו השנה הוצאות ניכרות בקשר לניהול החקירות. הקדשנו לה תשומת לב ומשאבים ניהוליים רבים..."

**נספח 29** עמ' 5 מן הדוח התקופתי של הפועלים לשנת 2018

104. דיווח הבנק כאמור בדוח התקופתי לשנת 2017, ממנו עלו הנזקים לבנק הנובעים מהתמשכות החקירה, חזר, בשינויים קלים, גם בדוחות התקופתיים שפרסם הבנק לרבעון הראשון, השני, השלישי והשנתי של שנת 2018.

**נספח 30** עמ' 130-131 מדוח Q1 של הפועלים לשנת 2018

**נספח 31** עמ' 147-148 מדוח Q2 של הפועלים לשנת 2018

**נספח 32** עמ' 151-153 מדוח Q3 של הפועלים לשנת 2018

**נספח 33** עמ' 181-182 מן הדוח התקופתי השנתי של הפועלים לשנת 2018

**נספח 34** עמ' 113-114 מדוח Q1 של הפועלים לשנת 2019

**נספח 35** עמ' 123-124 מדוח Q2 של הפועלים לשנת 2019

**נספח 36** עמ' 127-129 מדוח Q3 של הפועלים לשנת 2019

105. יודגש, כי תהליך איסוף הנתונים והמידע שנדרש הפועלים לבצע מחדש השפיע לרעה לא רק על משך הזמן שהתארך עד להגעה להסדר עם משרד המשפטים האמריקאי, אלא גם על יכולתו של הבנק להעריך את החשיפה שעומדת על התמודד ולצמצם את נזקי חוסר הודאות שבפניה עמד. כך למשל, במסגרת הדוח התקופתי לרבעון השני לשנת 2018 דיווח הבנק (נספח 30 לעיל):

"בטרם השלמת עדכון ותיקוף מאגר הלקוחות האמריקאים והגעה להסכמות עם הרשויות האמריקאיות בדבר הקריטריונים לקביעת אוכלוסיית הלקוחות הרלוונטיים לחישוב, התקופות הרלוונטיות לחישוב, רכיבי החישוב ואופן החישוב, קבוצת הבנק ויועציה המשפטיים אינם יכולים להעריך באופן מהימן את היקף או טווח החשיפה.

...

עם זאת, כעולה מהסדרים של בנקים אחרים ומשיחות שהתקיימו עם ה-DOJ במהלך החודשים האחרונים בהן נדונו היבטים מסוימים הנוגעים לאופן חישוב הסכומים שתידרש קבוצת הבנק לשלם, אגב תהליך איסוף הנתונים והמידע שעודנו נמשך, מעריך הבנק, כי הסכומים שתידרש קבוצת הבנק לשלם ל-DOJ יכללו, לכל הפחות, את השבת סכומי רכיב אובדן המס... ההפרשה שכלל הבנק בדוחותיו הכספיים מבוססת על רכיב זה וחושבה בהתבסס על המידע הכמותי הקיים בידי קבוצת הבנק נכון למועד פרסום הדוחות הכספיים בגין לקוחות אלה. המידע שעל בסיסו בוצעה ההפרשה עודנו כפוף לעדכון ולתיקוף. לפיכך, אפשר שקבוצת הבנק תידרש לשלם גם בגין לקוחות אמריקאים נוספים, עם זאת אפשר שטענות קבוצת הבנק ביחס ללקוחות מסוימים תתקבלנה...

...

במהלך התקופה שחלפה מפרסום הדוחות הכספיים השנתיים של הבנק לשנת 2017 המשיכה קבוצת הבנק לעדכן ולטייב את מאגר המידע הכמותי ביחס ללקוחות האמריקאים של הבנק ושל בנק הפועלים שוויץ. בהתבסס על האמור ועל המידע הכמותי המעודכן בדבר אוכלוסיית הלקוחות האמריקאים, הגדיל הבנק ברבעון הראשון של שנת



2018 את סכום ההפרשה בקשר עם החשיפה הנובעת מחקירת הרשויות האמריקאיות בסך של כ-17 מיליון דולר (כ-60 מיליון ש"ח), אשר התווספו לסך כולל של כ-348 מיליון דולר אשר הופרשו בעבר. סכום ההפרשה הכולל בעניין זה עומד, נכון ליום 30 ביוני 2018, על סך השווה לכ-365 מיליון דולר (כ-1,332 מיליון ש"ח), סכום זה כולל גם הפרשה בגין חשיפה לסכומים כלפי רשויות אחרות בארצות-הברית (שאינן ה-DOJ) בשיעור של 30% מסכום ההפרשה בגין ה-DOJ..."

106. עוד יודגש, כי התנהלותו של הבנק, ובמרכזה החלטתו שלא למנות Independent Examiner ושלא לפעול לפי המקובל בקשר עם איסוף ותיקוף מידע ונתונים עבור ה-DOJ, גרמו גם לנזקים עקיפים כתוצאה מגילוי מאוחר של הפרות נוספות של הדין. כך, ביום 15.11.2018, בגדרי הדוח התקופתי לרבעון השלישי של שנת 2018, דיווח הבנק (ראו נספח 31 לעיל, בעמ' 152):

"לבנק נודע לאחרונה, במסגרת החקירה הפנימית שהוא עורך בקשר עם חקירת הרשויות האמריקאיות, כי במסגרת התפעול של אחת ממערכות המחשוב של הבנק המשמשת, בין השאר, להעברת מידע ותכתובות מאובטחות בין יחידות שונות בקבוצת הבנק בארץ ובחו"ל, מסמכים ומידע של אותן יחידות ובכלל זה מסמכים ומידע מסניפי בנק הפועלים (שוויץ) בע"מ נשמרו בשרתי הבנק בארצות-הברית או נגישים משרתים אלה, וזאת באופן שאפשר שאינו עולה בקנה אחד עם דיני סודיות בנקאית והגנת הפרטיות. הבנק, בסיוע יועצים חיצוניים, פועל למיפוי החומרים על מנת לעמוד על היקפם וטיבם, ועדכן רשויות שלטוניות רלוונטיות בעניין זה. במסגרת זו ועל רקע ההליכים בארצות-הברית, נקט הבנק בצעדים על מנת לשמר את מצב המערכת האמורה ואת המסמכים והמידע השמורים בה במצבם הנוכחי. קבוצת הבנק בוחנת את ההשלכות המשפטיות והרגולטוריות, הכוללות גם חשיפות כספיות שבשלב זה קשה להעריך את הסתברות התממשותן והיקפן."

107. הנה-כי-כן, לא ניתן לחלוק על הנזקים העקיפים שנגרמו לבנק כתוצאה מהתנהלותו הפיזיה והחריגה מול רשויות התביעה האמריקאית בקשר עם מינוי Independent Examiner במתכונת שנדרשה על-ידי ה-DOJ.

108. יוער, כי המועד המדויק שבו ידע הפועלים על כל אחד מן הנזקים העקיפים שנגרמו לו אינו ידוע למבקש, באשר הבנק מעולם לא פרסם דיווח או הבהרה בנושא. גם שיעור הנזק המדויק שנגרם לבנק אינו ידוע לאשורו למבקש. רק לאחר שיתנהל במסגרת התביעה הנוכחית הליך גילוי מסמכים אפשר שיהיו בידי המבקש הפרטים הרלוונטיים.

#### ג.5(ב) אי-גילוי הבנק את הנזקים הישירים והעקיפים שנגרמו לו כתוצאה מהתנהלותו הפיזיה והחריגה מול ה-DOJ החל משנת 2015

109. למרות הנזקים הישירים והעקיפים שספג הבנק בשל התנהלותו הפיזיה והחריגה מול רשויות התביעה האמריקאית החל משנת 2015 בקשר עם מחדלו למנות Independent Examiner במתכונת שנדרשה על-ידי ה-DOJ - הבנק נמנע מלדווח למשקיעים על נזקים אלו כראוי.

110. אשר לנזקים הישירים - ההוצאות הנוספות הכרוכות בניהול חקירה שבהן נדרש הבנק לשאת עקב התנהלותו מול ה-DOJ - הרי שאלו לא גולו במועד שבו הבנק ידע עליהן (לכל המאוחר בשלהי שנת 2016 או בתחילת שנת 2017, כאשר ה-DOJ דחה את ממצאי חקירתו הפנימית שבוצעה ללא Independent Examiner). נזקים אלו נחשפו אט אט בדיווחיו התקופתיים של הבנק במהלך השנים שלאחר-מכן. כחלק מן ההטעיות שביצע, הבנק לא קשר בין נזקים אלו לבין התנהלותו הפיזיה והחריגה.

111. על הנזקים העקיפים שנגרמו לו הבנק לא דיווח כלל, וממילא לא קשר אותם להתנהלותו הפיזיה והחריגה מול ה-DOJ או הבהיר מה מלוא משמעויותיהם.

## 6.ג זליגת מידע מתקן לשוק

112. כאמור, הבנק הטעה את המשקיעים, **ראשית**, בכך שמעולם לא דיווח על מחדלו החל משנת 2015 בקשר עם מינוי Independent Examiner במתכונת הנדרשת על-ידי ה-DOJ (**הטעיה מס' 1**); **שנית**, בדיווחו החל מחודש פברואר 2016 ועד ליום 30.3.2017 על כי רוב החומר שהתבקש להעביר ל-DOJ הועבר זה-מכבר (**הטעיה מס' 2**); **שלישית**, במחדלו לדווח על עמדת ה-DOJ, כפי שהובהרה לבנק בשלב מסוים (בשלהי שנת 2016 או בתחילת שנת 2017), שדחתה את ממצאי חקירתו הפנימית הראשונה ודרשה כי ימנה Independent Examiner ויבצע את החקירה כולה או חלקה מחדש (**הטעיה מס' 3**). מעבר לכך, הבנק גם מעולם לא דיווח למשקיעים על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה ממחדליו למנות Independent Examiner כבר עם תחילת החקירה הפנימית בשנת 2015 (**הטעיה מס' 4**).
113. בכך גרם הבנק, החל משנת 2015, ל"ניפוח" מחיר מניית הבנק, או שהתנהלותו בקשר עם הסתרת המידע וההטעיות כמתואר לעיל תמכה בקיום "מחיר מנופח" של מניית הבנק.
114. עד למועד הגשת תביעה זו הבנק מעולם לא גילה, כנדרש על-פי דין, ובצורה מלאה, את פרטי המידע שהסתיר כמתואר לעיל; ולא תיקן את ההטעיות שגרם.
115. עם זאת, במהלך הזמן, המידע שהסתיר ושלגביו הטעה הבנק החל "לזלוג" ו"לדלוף" לשוק ההון.
116. זליגה זו של "מידע מתקן" נבעה לפחות מכמה מקורות שונים:
117. **ראשית**, פרסומים בעיתונות. למיטב ידיעת המבקש, גילוי חלק מהמידע שהבנק הסתיר כמתואר לעיל, החל עם הפרסומים בעיתונות ביום 25.6.2017 אודות הסתבכות הבנק במגעיו מול ה-DOJ.
118. **שנית**, כמתואר לעיל, במהלך השנים החלו להיחשף מתוך דיווחי הבנק, בעקיפין, פרטים אודות הנזקים שנגרמו לבנק בשל התנהלותו כאמור מול ה-DOJ בעניין מינוי Independent Examiner. **חלק** מנזקים אלו (כגון ההוצאות הישירות המיותרות שבהן נשא הבנק כתוצאה מן הצורך לקיים את החקירה או חלקה מחדש) ניתן לדלות מדיווחים של הבנק בדבר הוצאותיו (במובחן מן הסכומים שהפריש בדוחותיו לטובת הקנסות שהיה צפוי לשלם בסיום החקירה). **חלק אחר** מנזקים אלו (בעיקר נזקים עקיפים) נחשף כתוצאה למשל מהודעות יו"ר דירקטוריון הבנק בפנייה למשקיעים במסגרת הדוחות התקופתיים השנתיים לשנים 2018-2017 אודות "הוצאות כספיות משמעותיות, מאמץ ניכר של עובדי הבנק העוסקים בנושא, ותשומת לב ניהולית רבה" שנדרשים מן הבנק בשל התמשכות החקירה".
119. **שלישית**, עצם התמשכות החקירה הפנימית שניהל הבנק והמגעים עם רשויות התביעה האמריקאית חשפה אט-אט בפני המשקיעים את העובדה כי הבנק הסתבך בהקשר זה, על כל המשתמע מכך.
120. **רביעית**, ניתן להניח כי מסחר של אנשי פנים במניית הבנק, מתוך נכונות מצידם לסחור במניית הבנק במחירים מסוימים, גילה לשוק את המידע שהוסתר מן המשקיעים.

## 7.ג סיכום ביניים - ההטעיות והנזק שנגרם לבעלי מניות בתקופת זליגת מידע מתקן

121. סיכום-של-דבר, הבנק הטעה את משקיעיו בארבעה מעשי הטעיה נפרדים:
- א. בכך שלא דיווח על החלטתו-מחדלו מלכתחילה, במהלך שנת 2015, עם תחילת החקירה הפנימית שניהל, שלא למנות Independent Examiner במתכונת הנדרשת על-ידי ה-DOJ (**הטעיה מס' 1**);

- ב. בדיווחו החל מחודש פברואר 2016 ועד ליום 30.3.2017 על כי רוב החומר שהתבקש להעביר ל-DOJ הועבר זה-מכבר **(הטעיה מס' 2)** ;
- ג. במחדלו לדווח על עמדת ה-DOJ, כפי שהובהרה לבנק בשלב מסוים (בשלהי שנת 2016 או בתחילת שנת 2017), שדחתה את ממצאי חקירתו הפנימית הראשונה ודרשה כי ימנה Independent Examiner ויבצע את החקירה או חלקה מחדש **(הטעיה מס' 3)** ;
- ד. הבנק גם מעולם לא דיווח למשקיעים בצורה מסודרת על הנזקים שנגרמו לבנק, במישרין ובעקיפין, כתוצאה ממחדליו למנות Independent Examiner כבר עם תחילת החקירה הפנימית בשנת 2015 **(הטעיה מס' 4)**.

122. נדגיש, כי לבנק עצמו נגרם, כתוצאה מהתנהלותו הפיזיה והחריגה מול ה-DOJ, נזק ישיר בהקשרים הבאים : **ראשית, הוצאות ישירות** שנגרמו לבנק כתוצאה מן הצורך לנהל מחדש את החקירה הפנימית בבנק, הפעם על דרך מינוי Independent Examiner וחזרה מחדש על פעולות לאיסוף ותיקוף מידע ונתונים בהתאם לדרישות ה-DOJ. **שנית, נזקים ישירים** כתוצאה מהתמשכות ההליכים מול ה-DOJ בקשר עם פרשת הלקוחות האמריקאיים, לרבות נזקי מוניטין ונזקים הנובעים מריתוק משאבי אנוש והון ואובדן תשומת לב ניהולית שנדרש הבנק להקדיש לפרשה זו ; **שלישית, נזקים עקיפים** כתוצאה מחוסר ודאות וחוסר יכולת מתמשכים להעריך כיאות את היקף החשיפה הכספית לקנסות מול ה-DOJ בפניה עומד הבנק, וזאת בהיעדר מאגר מידע מקובל וראוי (בעיני ה-DOJ) ובהיעדר מידע ונתונים רלוונטיים ומתוקפים. **רביעית, נזקים עקיפים** כתוצאה מחשיפה מאוחרת של הפרות דין וליקויים בהתנהלות הבנק, שנחשפו רק כאשר החל הבנק לערוך חקירה פנימית במתכונת שדרש ה-DOJ

123. תביעה זו אין עניינה בנזקים הישירים שנגרמו לבנק ; אלא עניינה אך ורק במעשי הטעיה הנ"ל של הבנק כלפי המשקיעים. שכן, מעשי הטעיה אלו הביאו ל"ניפוח" שער מניית הבנק או שתמכו במחיר "מנופח" כזה.

124. **בשונה ובנפרד** מן הנזקים הישירים לבנק, לחלק מבעלי מניות הבנק, שרכשו את המניה במחירה המנופח כאמור ומחזיקים בה מאז או שמכרו אותה בתקופה שבה זלג מידע מתקן לשוק, נגרם כתוצאה מן ההטעיות הנ"ל נזק אישי.

125. כפי שעולה מחוות דעת מומחה המצורפת לבקשה זו, כאשר תאגיד שמניותיו נסחרות בבורסה אינו מפרסם מידע מהותי שלילי הדבר גורם לכך ששער המניה הוא "מנופח", כלומר : שער המניה גבוה יותר מהשער שבו היא הייתה אילו גולה המידע לשוק.

126. יוער כי חוות דעת המומחה אינה קובעת מהו שיעורו המדויק של הנזק שנגרם לבעלי המניות. זאת, משום הקושי האינהרנטי לעשות כן נוכח העובדה שהבנק מעולם לא גילה את המידע כאמור. יתר על כן, מאחר שהבנק לא גילה מעולם את המידע הרלוונטי לא ניתן לערוך 'ניתוח מאורע' כפי שהדבר נהוג בעת שתאגיד מפרסם מידע שלילי באיחור. במילים אחרות, במקרה דנא הימנעות הבנק מגילוי המידע הסבה לקבוצה נזק ראייתי על כל המשתמע מכך.

#### ד. המסגרת הנורמטיבית - עילות התביעה והסעדים

127. העובדות המפורטות לעיל מקימות כנגד המשיבים, או מי מהם, מספר עילות תביעה וזכות לתובע לקבלת סעדים, הכל כמפורט להלן.

#### 1.4 חובת הגילוי בשוק המשני והאחריות בגין הפרתה

128. סעיף 36(א) לחוק ניירות ערך, שכותרתו "חובת דיווח של תאגידים", קובע כי "תאגיד שניירות ערך שלו הוצעו לציבור על פי תשקיף חייב להגיש לרשות דו"חות או הודעות לפי פרק זה כל עוד ניירות הערך שלו נמצאים בידי הציבור; תאגיד שניירות ערך שלו נסחרים בבורסה או רשומים בה למסחר חייב להגיש דו"חות או הודעות לפי פרק זה לרשות ולבורסה". סעיף 36(ג) לחוק ניירות ערך קובע כי התקנות ששר האוצר יתקין בדבר הפרטים שיש לכלול בדיווחים כאמור "יתייחסו לכל ענין החשוב, לדעת שר האוצר, למשקיע סביר השוקל קניה או מכירה של ניירות ערך של התאגיד".
129. סעיף 1א44(א) לחוק ניירות ערך, שכותרתו "פרט מטעה", קובע כי "בטיטת תשקיף, בתשקיף, בדוח, בהודעה, במסמך או במפרט הצעת רכש, המוגשים לפי חוק זה לרשות (בסעיף זה – דיווח), לא יהיה פרט מטעה". סעיף 1 לחוק ניירות ערך מגדיר "פרט מטעה" על דרך הריבוי - "לרבות דבר העלול להטעות משקיע סביר וכל דבר חסר שהעדרו עלול להטעות משקיע סביר".
130. בתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידים), תש"ל-1970 ("תקנות הדוחות") נקבעו... בין היתר קובעת תקנה 36(א) לתקנות הדוחות כי "בדוח יובאו פרטים בדבר כל אירוע או ענין החורגים מעסקי התאגיד הרגילים בשל טיבם, היקפם או תוצאתם האפשרית, ואשר יש להם או עשויה להיות להם השפעה מהותית על התאגיד, וכן בדבר כל אירוע או ענין שיש בהם כדי להשפיע באופן משמעותי על מחיר ניירות הערך של התאגיד".
131. תקנה 37א2 לתקנות הדוחות, שכותרתה "חובת עדכון", קובעת כי "הגיש התאגיד דוח על אירוע או ענין (להלן - הדוח המקורי) העשויים להתרחש במועד מאוחר למועד הדוח המקורי (להלן - אירוע או ענין אפשריים), יגיש התאגיד דוח על כל התפתחות מהותית שחלה ביחס לאירוע או הענין האפשריים...".
132. מכוח הסדרים אלו, המשקפים את עקרון היסוד של דיני ניירות ערך - עקרון הגילוי הנאות - מחויב הבנק בדיווח על כל מידע מהותי. תכליות ההסדר, כך נקבע בפסיקה, הן להבטיח מסחר יעיל והוגן בשוק ההון; לאפשר למשקיעים לקבל החלטות השקעה על יסוד נתונים אמיתיים ומהימנים; להגן על הציבור ולשמור על אמונו בשוק ההון; ולייצר הרתעה של בעלי הכוח בחברות הציבוריות ולקדם משטר ממשל תאגידי יעיל ותקין. ראו ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 830-831 (1992) ("עניין ברנוביץ"); רע"א 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 97, 104-106 (1997); רע"פ 11476/04 מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (21.2.2010) ("עניין דסק'ש"), בפסקאות 119-124.
133. מידע מהותי, נקבע בפסיקה, הוא "כל עובדה אשר לו המשקיע הסביר בניירות ערך היה יודע אודותיה, היה בכך כדי לשנות באופן משמעותי את מכלול האינפורמציה שעל בסיסה יקבל החלטות הנוגעות להשקעה בניירות ערך בחברה הנוגעת לעניין..." ("עניין ברנוביץ, בעמ' 837). בהמשך הבהיר בית-המשפט העליון, בעניין דסק'ש (בפיסקה 137), כי –

"מידע מהותי למשקיע הסביר משמעו - עובדות אשר ידיעתן עשויה להביא לשינוי בתמונת הנתונים הניצבת בפניו, שעל יסודה הוא מקבל את החלטתו בעניין נייר הערך; עובדה מהותית לענין זה משמעה עובדה העשויה להוות מרכיב חשוב בנכונותו של אדם לרכוש או למכור נייר ערך; עובדה היא מהותית אם קיים סיכוי של ממש כי להשמטתה תהיה השפעה של ממש, ישירה או עקיפה, על ההחלטה אם לבצע עסקה, אם לאו; לצורך היותו של נתון ענין מהותי החייב בגילוי, אין הכרח כי הוא יהווה נתון מכריע לצורך החלטה בדבר ביצוע עסקה. די בכך שיהווה נתון אחד מתוך מכלול נתונים חשובים רלבנטיים לצורך כך... מידע מהותי עשוי להיחשב ככזה גם אם הוא נראה שולי וטריביאלי כשהוא עומד לעצמו, ובלבד שבהצטרפו למסכת נתונים כוללת, חשיבותו עשויה להפוך מהותית".

134. חוק ניירות ערך מטיל אחריות בגין הפרת חובת הגילוי לא רק על התאגיד עצמו אלא מטיל אחריות ביחד ולחוד גם על דירקטורים של התאגיד, על בעל השליטה בו, ועל המנהל הכללי שלו (סעיפים 31, 38, 52יא לחוק ניירות ערך).

## 2.ד מהותיות המידע שלא גולה על-ידי הבנק

135. כאמור, הבנק לא גילה, והטעה, בארבעה הקשרים:

- א. בכך שלא דיווח על החלטתו-מחדלו מלכתחילה, במהלך שנת 2015, עם תחילת החקירה הפנימית שניהל, שלא למנות Independent Examiner במתכונת הנדרשת על-ידי ה-DOJ (הטעיה מס' 1);
- ב. בדיווחו החל מחודש פברואר 2016 ועד ליום 30.3.2017 על כי רוב החומר שהתבקש להעביר ל-DOJ הועבר זה-מכבר (הטעיה מס' 2);
- ג. במחדלו לדווח על עמדת ה-DOJ, כפי שהובהרה לבנק בשלב מסוים (בשלהי שנת 2016 או בתחילת שנת 2017), שדחתה את ממצאי חקירתו הפנימית הראשונה כמות-שנעשתה ודרשה כי ימנה Independent Examiner ויבצע מחדש את החקירה או חלקה (הטעיה מס' 3);
- ד. הבנק גם מעולם לא דיווח למשקיעים בצורה מסודרת על הנזקים שנגרמו לבנק, במישרין ובעקיפין, כתוצאה ממחדליו למנות Independent Examiner כבר עם תחילת החקירה הפנימית בשנת 2015 (הטעיה מס' 4).

136. יודגש, כי אין מדובר בגילוי מידע המכונה "מידע רך", אלא בעיקר מדובר באי-גילוי ובהטעיה לגבי מידע "קשה", כלומר, מידע הנוגע לאירועי עבר.

137. מבלי לגרוע מן האמור, כתוצאה מכך שהבנק לא גילה מידע על אירועי העבר כמפורט לעיל, הוא גם נמנע מלדווח בזמן אמת כראוי על מידע בנוגע לעתיד, כגון על התמשכותה הצפויה של החקירה ועל הגידול הצפוי בעלויותיה.

138. יודגש עוד, כי עסקינן באי-דיווח של הפועלים על אירועי עבר שהשלכותיהם לעתיד לא התמצו אך בנזק כספי ישיר לבנק, אלא היו רחבות יותר. כך למשל, כעולה מדברי יו"ר דירקטוריון הפועלים עצמו, התמשכות החקירה גרמה לריתוק מתמשך של משאבי הון ואנוש של הבנק לטובת החקירה. בדומה, דחיית ה-DOJ את ממצאי חקירתו הפנימית הראשונה של הפועלים (שנעשתה ללא Independent Examiner) עלולה הייתה להשפיע גם על האופן שבו תפש ה-DOJ את מידת שיתוף הפעולה של הבנק עם החקירה.

139. מהותיות המידע שלא גולה, או שביחס אליו הבנק הטעה, נובעת מכמה טעמים, מכל אחד מהם כשלעצמו, לא-כל-שכן בשל משקלם המצטבר:
140. המסקנה בדבר מהותיות המידע נגזרת מבחינת הפן האיכותי של המידע שהוחסר מן המשקיעים.
141. ראשית, מעצם ההחלטה לפעול בניגוד לרגולציה (זו של ה-DOJ בעניין ניהול חקירות פנימיות בתאגידים החשודים בפלילים), ובניגוד למקובל בקרב בנקים אחרים במצבו של הפועלים; וכל זאת מבלי לדווח על כך ומבלי לדווח על השלב שבו הרגולטור קבע כי התנהלות הפועלים אומנם לא עמדה בדרישותיו הרגולטוריות ודרש ממנו לנהל מחדש את החקירה הפנימית, כולה או חלקה.
142. להמחשת מהותיות העניין יובהר, כי בשים לב לכך שהאופן שבו יש לאסוף מידע ונתונים ולתקפם באמצעות Independent Examiner הוגדר באופן מפורש על-ידי ה-DOJ בגדרי מסמך רשמי שפרסם, הוא מסמך הסדר הבנקים השוויצריים, הרי שהחלטתו של הפועלים שלא לפעול בהתאם למסמך זה משולה להחלטה של בנק ישראלי שלא לקיים את הוראות נוהל בנקאי תקין שמפרסם הפיקוח על הבנקים!
143. ודוק: כאמור, מי שהציב את הסדר הבנקים השוויצריים (שעקרונותיו מעוגנים במסמך ההסדר) ב-benchmark רלוונטי על-פיו על הבנק לפעול בקשר עם גילוי מידע למשקיעים אודות אחריותו בגין פרשת הלקוחות האמריקאים (באופן שהוא אף מנוע מלטעון אחרת) היה הפועלים עצמו! כאמור, בגדרי דוחותיו התקופתיים לשנת 2014 דיווח הפועלים כי החליט להפריש בגין החקירה סכום שאותו קבע... בהתאם להסדר הבנקים השוויצריים.
144. יתר-על-כן, להפועלים הובהר כי הסדר הבנקים השוויצריים הוא benchmark רלוונטי עבורו על-ידי המפקח על הבנקים, כאשר הלה הורה לו לבצע כבר בשנת 2014 הפרשה בדוחותיו והורה לו לעשות כן בהתאם להוראות הסדר הבנקים השוויצריים.
145. יוער, כי מהותיות המידע שהוסתר על-ידי הפועלים מתעצמת עוד יותר וזאת ברקע דיווחיו של בנק אחר, מזרחי, שאף הוא נחשד על-ידי ה-DOJ כמו הפועלים בביצוע עבירות פליליות דומות, אך בסמוך לאחר שנדרש על-ידי ה-DOJ "לספק נתונים ומידע", דיווח כי "לצורך איסוף המידע והנתונים שנדרשו כאמור על ידי משרד המשפטים בארצות הברית, שכר הבנק בחודש אוגוסט 2014 את שירותיהם של מומחים חיצוניים לתיחקור ולתיקוף נתונים ושל יועצים משפטיים בארצות הברית, שהצטרפו לצוות היועצים המשפטיים (המקומיים והאמריקאים) של קבוצת הבנק..." (מזרחי, דוח תקופתי לשנת 2015, בעמ' 339). הפועלים, מצידו, בחר מלכתחילה להשמיט את המידע על כך שבכל הקשור לאיסוף המידע והנתונים ותיקופם לא נהג כפי שמזרחי ובנקים אחרים נהגו ואף לא כפי שה-DOJ דורש; ומצד שני, כאמור, הפועלים ניסה לייצר רושם בדוח התקופתי שלו לשנת 2015 (ואף בדיווחיו לאחר-מכן, עד ליום 30.3.2017) כי "הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות".
146. שנית, מעצם החלטת הבנק לדווח על החקירה האמריקאית בכלל, ועל השימוש בהסדר הבנקים השוויצריים כ-benchmark רלוונטי עבורו (למשל, בקשר עם הסכומים שהבנק החליט להפריש בגין חשיפתו בפרשה) - נגזר בהכרח כי על הבנק היה לדווח כי בכל הקשור לפרוצדורה של ניהול החקירה הפנימית החליט על דעת עצמו לסטות מהסדר הבנקים השוויצריים ולהימנע ממינוי Independent Examiner במתכונת שהוכתבה על-ידי ה-DOJ בגדרי הסדר זה ממש. לשון אחר, מעת שהחליט לחשוף בפני המשקיעים כי הוא משתמש בהסדר הבנקים השוויצריים כאמת-מידה רלוונטית להתנהלותו בפרשה, לא יכול היה הבנק שלא לחשוף כי מדובר באמת-מידה שהוא משתמש בה בסלקטיביות (לפי נוחותו).

147. בדומה, מעצם החלטת הבנק לדווח החל מיום 29.2.2016 (ועד ליום 30.3.2017) על כי "הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות", נגזר בהכרח כי על הבנק היה לדווח על ההתפתחות שאירעה בהתנהלותו מול רשויות התביעה האמריקאיות, כאשר הללו סירבו לקבל את ממצאי החקירה הפנימית שקיים כמות-שהם וחייבו את הבנק למנות Independent Examiner ולחזור על החקירה שקיים, כולה או חלקה. ראו גם תקנה 2א37 לתקנות הדוחות המחייבת לדווח על כל התפתחות מהותית שחלה ביחס לאירוע או ענין אפשריים שעליהם כבר דווח.
148. יתר-על-כן, גם כאשר דיווח הבנק על התפתחויות מול ה-DOJ הוא עשה כן באופן חלקי ואשר לא היה בו כדי לאפשר למשקיע סביר לעמוד על חשיבות העניין. אכן, כפי שהודגש בפסיקה:

"משהחליטה החברה לדווח אודות... [עניין מסוים] הרי שהיה עליה לעשות זאת באופן מלא. במילים אחרות, הדיווח עצמו מקים חובה לגלות כל פרט רלוונטי שיש בו כדי להבהיר את האמור בו. לכן, גם אם מדובר בדיווח אודות מידע שמלכתחילה לא הייתה חובה לדווח אודותיו, משהחברה בחרה לדווח - היה עליה לעשות כן באופן מלא, והיא אינה יכולה להשמיט ממנו פרטים מהותיים".

[ת.א. (כלכלית) 68338-10-18 בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' ע.א.ד.א. ליעד אחזקות (2006) בע"מ (1.12.2019), בפסקה 42 לפסק-דינה של כבוד השופטת רות רוני]

149. יודגש בהקשר זה, כי יש ליתן דגש מיוחד על האופן שבו משקיע סביר היה מבין את הדיווח על הערכת הבנק על כי רוב החומר שהתבקש להעביר הועבר זה-מכבר; ואת מצבו של הבנק בהשוואה לבנקים אחרים כמו לאומי ומזרחי. משקיע סביר היה מבין מכך כי סיום ההליך מול הרשויות האמריקאיות קרוב, וכי מצבו של הפועלים אינו נופל מזה של מזרחי למשל. ואומנם, אף הבנק עצמו כרך יחד עם הדיווח על כך ש"הבנק מעריך שרוב החומר שהתבקש הבנק להעביר עד כה הועבר לרשויות האמריקאיות", באותה הנשימה, פרט מידע נוסף, והוא כי "ניתן להניח שבמרוצת השנה יתקיימו איתן דיונים ביחס לחומרים". ברי כי משקיע סביר יבין מכך כי הבנק עומד בפני שלב גיבוש תנאי ההסדר עם ה-DOJ; ומכל-מקום משקיע סביר לא יעלה בדעתו כי קיימת אפשרות כי הבנק יידרש לקיים מחדש את החקירה הפנימית שביצע, כולה או חלקה; וכי שלב גיבוש תנאי ההסדר עם ה-DOJ רחוק מרחק של שנים.
150. שלישית, התנהלותו הפזיזה והחריגה של הבנק מול רשויות התביעה האמריקאיות בקשר עם מינוי Independent Examiner במתכונת שנדרשה על-ידי ה-DOJ היא כשלעצמה גוזרת את מהותיות המידע, וזאת בשל הסיכון שהעמידה בו את הבנק - לא רק לכך שיישא בהוצאות נוספות או להתמשכות החקירה, אלא לעצם היכולת של הבנק להגיע להסדר מוסכם עם ה-DOJ, וכן לגובה הסנקציה - הקנס - שיושת על הבנק. זאת, בין היתר, בהתחשב בכך שלדידו של ה-DOJ, מידת שיתוף הפעולה של הבנק עימו היא אחד הקריטריונים המרכזיים להחלטתו כיצד לנהוג בתאגיד החשוד בעבירה פלילית. בקיצור, המהותיות בענייננו נובעת מן "המשחק המסוכן" של הבנק בנושא המשפיע על עצם ההחלטה אם יועמד לדין פלילי. נזכיר בהקשר זה, כי עבור מוסד בנקאי, עצם העמדתו לדין פלילי (גם אם יזוכה) היא הרסנית. ובכל זאת הפועלים בחר "להמר" על הפרת הוראות מסמך הסדר הבנקים השוויצריים באשר לאופן ניהול החקירה הפנימית בבנק.

151. מעבר לדרוש, בדיעבד אומנם התברר מה שניתן היה לדעת בקלות גם מלכתחילה, כי גובה הקנס שהושת על הפועלים ייקבע בשים לב לאי-שיתוף הפעולה של הבנק עם ה-DOJ בתחילת החקירה. וכך הבהיר ה-DOJ עצמו (מתוך ההצהרה לעיתונות ביום 30.4.2020):<sup>12</sup>:

"Both the penalty and fine amounts take into consideration that the Bank, after initially providing deficient cooperation through an inadequate internal investigation and the provision of incomplete and inaccurate information and data to the Government, thereafter conducted a thorough internal investigation..."

152. על סוג סיכונים אלו שקיימת חובת גילוי מידע לגביהם עמד בית-המשפט העליון בע"א 1928/93 **רשות ניירות ערך נ' גבור סברינה מפעלי טקסטיל בע"מ**, פ"ד מט(3) 177, 188 (1995) (ההדגשה בקו במקור):

"קיימים מצבים... שבהם פעילות ההנהלה מביאה במישרין לחסרון כיס לחברה, הבא לידי ביטוי בדו"חות הכספיים שלה ובשווי ניירות הערך הנסחרים. עם זאת, הדו"חות הכספיים של חברה אינם חזות הכול, ולא מעטים המקרים שבהם ההשפעה של מצב דברים מסוים באה לידי ביטוי גם כשלחברה נשקף סיכון פוטנציאלי (היכול להתבטא בסיכון לחסרון כיס או בסיכון למניעת רווח). יש שמחירי ניירות הערך ישקפו סיכון זה הגם שלא בא לכלל מימוש".

153. בהקשר זה יש להדגיש גם כי מהותיות המידע נובעת מכך שהמידע המדובר משליך במישרין על יכולתו של המשקיע הסביר להעריך את "קיומן של נורמות ניהול בלתי סבירות בחברה..." (עניין גבור, בעמ' 190).

154. **רביעית**, מהותיות המידע נובעת גם מן האיתות (סיגנל) הגלום באירועים המדוברים בכל הקשור לאיכות הממשל התאגידי בבנק ולאופן ניהולו. נזכיר, כי לדידו של הפועלים, מדובר מלכתחילה בעניין מהותי דווקא מכיוון שבהפועלים עצמו אירעו בשנים שקדמו להטעיות הנ"ל מספר אירועים שחשפו ליקויי ממשל תאגידי בבנק, ונושא הממשל התאגידי בבנק היה נושא רגיש. נזכיר, למשל, את דוח הפיקוח על הבנקים לבחינת תהליכי ממשל תאגידי בבנק בבירור טענה כנגד מנכ"ל לשעבר (שעליו דיווח הבנק ביום 26.12.2017), ממנו עולה כי "התהליך שביצע הבנק היה לא שקוף, ללא אתגור, בקרה ופיקוח מספקים; ובוצע באופן שאינו הולם את הוראות הפיקוח על הבנקים וכללי ממשל תאגידי תקין".

155. חובת הבנק לדווח על המידע שלא גולה מתעצמת אפוא בשל ההכרח להגביר את השקיפות מול המשקיעים דווקא בכל הנוגע לאיכות הממשל התאגידי בבנק ולאופן ניהולו, כדי שיוכלו לקבל החלטות השקעה מושכלות. והנה, באירועים מול ה-DOJ, שלא גולו על-ידי הבנק, היה כדי לאותת למשקיעים וללמדם כיצד מתנהל הבנק וכיצד מתקבלות בו החלטות שהשפעתן לעתים גדולה מאד מבחינה כספית (כזכור, בענייננו בשל החלטות הבנק לגבי אופן ניהול החקירה, ללא Independent Examiner, נשא הבנק בהוצאות הגבוהות בלמעלה מפי ארבעה מההוצאות שבהן נשאו לאומי ומזרחי). כך למשל, בוודאי ניתן לומר כי התנהלות הבנק מול ה-DOJ בקשר עם החקירה הפנימית בבנק לא הייתה שמרנית כפי שהייתה התנהלותם של בנקים אחרים, כמו לאומי ומזרחי. אלא שבהיעדר גילוי מצד הבנק, ונוכח מעשי ההטעיה הנ"ל, נמנע מן המשקיעים מלדעת זאת.

<sup>12</sup> ראו <https://www.justice.gov/opa/pr/israel-s-largest-bank-bank-hapoalim-admits-conspiring-us-taxpayers-hide-assets-and-income>



156. **חמישית**, פרטי המידע שהבנק לא גילה הם פרטים שיכולים היו להבהיר את אופן התקדמות המגעים בין הבנק לבין רשויות התביעה האמריקאית לקראת הסדר מוסכם ואת אופן ההסדר. בין היתר, פרטים אלו יכולים היו לסייע למשקיע הסביר להעריך את אופן התקדמות החקירה הפנימית שקיים הבנק ואת משמעות המכשולים והקשיים שבהם נתקל הבנק (או יצר בעצמו) לעתיד לבוא.

157. **שישית**, על מהותיות הפרטים שלגביהם הטעה הבנק את המשקיעים, כמתואר לעיל, ניתן ללמוד גם מן ההתעניינות התקשורתית בהם. כך, כבר ביום 25.6.2017 פורסמה, כאמור (נספח 21), כתבה בעיתון TheMarker בה תואר כי "ההסתבכות של הפועלים בארה"ב מעמיקה: נאלץ לשכור את שירותיו של משרד דלויט". בשנת 2019 פורסמה כתבה בעיתון **גלובס** המתארת בין היתר כיצד בניגוד ללאומי ולמזרחי בהפועלים לא שכרו פירמת רואי חשבון חיצונית וכיצד בהמשך נאלץ הפועלים לשכור את דלויט וכן Independent Examiner (עירית אבישר, "מעל מיליארד שקל: הרווח הפנטסטי של יועצי הבנקים מההסתבכות בארה"ב", **גלובס** 2.4.2019)). לאחר שנחתם ה-DPA של הפועלים מול ה-DOJ, פורסמו והובלטו הפרטים שהחסיר הבנק ממשקיעיו בכתבות שונות בעיתונות, לרבות בעיתונות **שאינה כלכלית**: ראו למשל רחלי בינדמן, "בנק הפועלים סגר את פרשת העלמות המס בארה"ב: ישלם קנס של 875 מיליון דולר", **Ynet** (30.4.2020), שבו תואר בין היתר כי "הקנס הגבוה שספג בנק הפועלים נובע בין היתר מכך שהבנק 'בשלים הראשונים של החקירה סיפק מידע חסר ולא מספק במסגרת הליך חקירה פנימי לא מספק שביצע שבמסגרתו סיפק מידע לא מדויק לרשויות האמריקניות".

158. **ולבסוף**, קיימת אפשרות סבירה שדובר במידע המחייב גילוי גם מבחינת הפן **הכמותי**. נוכח העובדה שאין ברשות המבקש די נתונים בעניין זה, ובפרט לא ביחס לכל אחת מארבע ההטעיות כאמור לעיל, יש קושי לכמת את שיעור הנזק. למרות כן, קיימת אפשרות סבירה שהנזק שנגרם לבנק עולה על 5% מהרווח הנקי שלו לשנה מסוימת ובוודאי שהוא עולה על 5% מתוך הוצאות החקירה. המבקש שומר על זכותו להשלים את טענותיו בעניין זה לאחר שיומצאו לו מסמכים בקשר לכך.

### 3.ד הנזק והקשר הסיבתי

159. כתוצאה ממעשי ההטעיה של הבנק, כפי שתוארו לעיל, רכשו משקיעים מניות של הפועלים במהלך התקופה שהחלה ביום 1.3.2015 והסתיימה ביום 30.4.2020 וזאת מבלי שהיה בידיהם בעת הרכישה מידע שהוא מהותי למשקיע הסביר, שאילו היה מגולה היה משתקף בשער המניה באופן שמחיר המניה היה נמוך יותר.

160. יתר-על-כן, בשל מהותיות המידע שהוסתר על-ידי הבנק ממשקיעיו, אפשר להניח באופן סביר כי חלקם כלל לא היה רוכש את מניית הבנק אילו היה יודע כי הבנק החליט להתנהל בקשר עם חקירת הרשויות האמריקאיות באופן הסוטה לא רק מן המקובל והנהוג על-ידי בנקים אחרים במצבו של הפועלים; אלא גם בניגוד להוראות "הרגולטור" עצמו (רשויות התביעה האמריקאיות), כפי שהן משתקפות ממסמך הסדר הבנקים השוויצריים.

161. מכל-מקום, המסקנה הבלתי נמנעת היא כי המשקיעים שהוטעו רכשו את מניות הפועלים במחיר שאלמלא ההטעיות לא היה "מנופח" כפי שהיה. למשקיעים אלו נגרם אפוא נזק מחמת מעשי ההטעיה של הבנק.

162. כידוע, בע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל** (7.6.2007) ("עניין **רייכרט**"), בפסקאות 80-84 קבע בית-המשפט העליון כי בקביעת אופן הפיצוי יש להיזקק לעקרונות דיני הנזיקין, ובפרט לעקרון השבת המצב לקדמתו. ראו גם ת.צ. (כלכלית) 44126-01-15 **ע.א.ד.א. ליעד אחזקות (2006) בע"מ נ' בזק החברה**

הישראלית לתקשורת בע"מ (27.8.2018), בפיסקה ד'; שרון חנס ואלון קלמנט, "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות ערך", **עיוני משפט** ל"ה (תשע"ג) 639, בעמ' 642.

163. נזכיר, כי בשלב הבקשה לאישור תביעה ייצוגית "מתמקד הדיון בעצם קיומו של נזק **לכאורי** לחברי הקבוצה, ובית המשפט אינו נדרש לבחון את גובה הנזק. המבקש אינו חייב בשלב זה להצביע על חישוב מדויק של היקף הנזק של חברי הקבוצה, וחישוב זה מתבצע בשלב הבא של הדיון במסגרת הדיון בתביעה לגופה" (ת.א. (כלכלית) 68338-10-18 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' ע.א.ד.א. ליעד אחזקות (2006) בע"מ** (1.12.2019) ("עניין בזק"), בפסקה 93; וראו גם בפסקה 105); וראו סעיפים 4(א) ו-4(ב) לחוק תובענות ייצוגיות (המורים כי "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק").

164. כאמור, עצם העובדה שמחיר מניית הפועלים לא שיקף את המידע השלילי המהותי שהבנק הסתיר מלמדת כי מדובר היה במחיר "מנופח". די בכך כדי להוכיח נזק לכאורי, באופן המינימלי הנדרש בשלב בקשה לאישור תביעה ייצוגית.

165. חשוב להבהיר, כי גם אם נניח כי הדרך הטובה ביותר לקבוע מהו הנזק שגרמו מעשי ההטעיה של הבנק המתוארים לעיל הוא בחינת ההתרחשויות במועד שבו גילה הבנק (באופן מלא) מידע המתקן את ההטעיות; הרי שהמקרה שבפנינו הוא מקרה **חריג, שכן הבנק מעולם לא פרסם כהלכה ובאופן מלא ושלם מידע שיתקן את ההטעיות**. לכל היותר ניתן לטעון כי **מידע "המתקן" את ההטעיות זלג** לשוק ההון או כי הייתה **"התפוגגות" מידע**, שעניינה התפכחות של השוק בהדרגה.

166. במצב דברים זה, ומשיקולי מדיניות, לרבות שיקולי הרתעה - שתכליתם שלא לאפשר לתאגיד, שלא גילה מעולם את דבר ההטעיה שהטעה את משקיעיו ולמעשה "חטא" פעמיים, ליהנות מן ההפקר - יש להכריע בסוגיית הקשר הסיבתי והנזק בשלב הבקשה לאישור גם בלא חוות-דעת מומחה או בלא חוות-דעת מומחה לעניין גובה הנזק.

167. נזכיר, כי בית-המשפט הכלכלי פסק לאחרונה כי "מאחר שהמחוקק הטיל את החובה על התאגיד - יכול המשקיע להניח כי אם קיים מידע מהותי ביחס לחברה, הוא יפורסם בדרך שנקבעה בחוק, בדיווחים רשמיים של החברה...קביעה לפיה פרסום באמצעים אחרים יכול להוות תחליף לפרסומים של החברה, תצמצם את חובת הגילוי של החברה ובמקביל תגדיל את המוטיבציה של משקיעים לבזוז משאבים על איסוף המידע ואימותו. הטלת נטל שכזה על ציבור המשקיעים **עלולה ליצור בלבול ביחס לאיתור מקורות המידע המהימנים ובחינת השאלה האם מדובר במידע מהותי אם לאו**" (עניין **בזק**, בפיסקה 37). בהקשר זה קבע בית-המשפט, כי במקרה של מידע מהותי שלא פורסם על-ידי התאגיד המדווח עצמו, אלא הגיע לשוק בדרכים אחרות, יש לדחות את הדיון בשאלת הנזק לשלב בירור התביעה לגופה. וכך נקבע (עניין **בזק**, בפיסקה 37):

"שאלה נפרדת בהקשר זה היא האם העדר הפרסום על-ידי החברה גרם לנזק לציבור המשקיעים לנוכח פרסום המידע באמצעים אחרים וההשלכה של הפרסום הזה על מחיריהם של ניירות הערך. שאלה זו תידון - ככל שיהיה בכך צורך - במסגרת הדיון בתביעה לגופה".

168. יובהר, כי בהמשך, בשלב בירור התביעה לגופה, ניתן יהיה להכריע בסוגיית הקשר הסיבתי והנזק על יסוד אחת מן הדרכים הבאות (או בכל דרך אחרת שיקבע בית-המשפט):

א. שיטת "חסרון הכיס", שאף אומצה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין **רייכרט**, בפיסקה 82 ("בהתחשב באופייה הנזיקי של התביעה בגין פרט מטעה בתשקיף לפי החוק, נראה שהשיטה הראויה לחישוב הנזק בתביעה זו היא חסרון הכיס..."). כידוע, על-פי שיטה זו, "על-מנת לקבוע את הפגיעה בערכה של מניה בודדת, משרטטים מומחים כלכליים שני קווים: הקו הראשון, המכונה 'קו ערך' ('value line'), הנו קו היפותטי המייצג את 'הערך האמיתי' של המניה בכל יום במהלך התקופה שבין פרסום המידע המטעה לבין מועד גילוי, והוא משקף את המחיר אותו היו הרוכשים מוכנים לשלם עבור המניה בכל יום בו נסחרה אילו היה בידם המידע הנוגע למצבה של החברה לאשורו. הקו השני, המכונה 'קו המחיר' ('price line'), מתאר את מחיר המניה בפועל בכל המועדים האמורים. לאחר התווית 'קו הערך' ו'קו המחיר', ניתן לחשב את הנזק הפרטני שנגרם לכל אחד מחברי קבוצת התובעים בהתאם לפער בין הקווים ביום בו רכש את המניה ובהתחשב במספר המניות שרכש..." (עניין **רייכרט**, בפיסקה 87).

ב. **"מודל זליגה"**, הבוחן את תגובת מניית הבנק בתקופת זליגת המידע לשוק ההון, ואת הפרש בתקופה זו, ביחס לכל יום מסחר, בין התשואה **הצפויה** של מניית הבנק לבין התשואה **בפועל** (בין אם הפרש זה חיובי ובין אם שלילי). סכום תשואות **שיוריות** אלו, בניכוי תשואות אלו בימי מסחר שבהם הגיע לשוק מידע (שלילי או חיובי) משמעותי הנוגע ספציפית לבנק - משקף את השפעת זליגת המידע המתקן לשוק על שער המניה. ראו והשוו *Glickenhau & Co. v. Household International, Inc.*, 787 F.3d 408 (7<sup>th</sup> Cir. 2015).

ג. שיטת **"חסרון הכיס המקורבת"**. לפי שיטה זו יש לבחון את התשואה בתקופת ההטעיה של תיק השקעה דומה במאפייניו לנייר הערך שבו נעשתה ההטעיה (חנס וקלמנט במאמרם הנ"ל בעמ' 782). לפי שיטה זו יהיה זכאי כל רוכש בתקופת ההטעיה "לפיצוי על פי התשואה העודפת של תיק ההשקעה החלופי על-פי התשואה העודפת של תיק ההשקעה החלופי על התשואה שהשיג נייר-הערך שנרכש בפועל ממועד הרכישה עד למועד המכירה או עד לתום תקופת ההטעיה, לפי המאוחר" (שם, שם).

#### 4. ד אחריות המשיבים

169. מכל האמור לעיל עולה כי המידע שפורט לעיל בגדר ארבעת מעשי ההטעיה שביצע הבנק היה מידע מהותי למשקיע הסביר, שלא גולה.

170. המשיב 1 - הפועלים, אחראי מכוח החובות המוטלות על-פי דין על תאגיד מדווח. הפועלים פרסם דוחות המכילים פרטים מטעים ולא גילה למשקיעים את פרטי ההטעיה.

171. המשיבים 2-16, שכיהנו בתקופה הרלוונטית כדירקטורים בהפועלים, אחראים מכוח דיני ניירות ערך כמפורט לעיל.

172. המשיבה 17 - בעלת השליטה בבנק, נושאת באחריות מכוח דיני ניירות ערך כמפורט לעיל. משיבה זו הייתה מודעת להטעיה הואיל וחלק מאורגניה של המשיבה היו חלק מדירקטוריון הפועלים.

## **ה. התובענה מקיימת אחר דרישות חוק תובענות ייצוגיות והדיון בה על דרך של תובענה ייצוגית, מתחייב, יעיל והוגן**

173. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "החוק") במשולב עם סעיף 4(א)1 לחוק מציבים שתי דרישות לאישורה של תובענה כתובענה ייצוגית. **האחת:** שהתביעה תעסוק בנושא המפורט בתוספת השנייה לחוק; **השנייה:** שמבקש האישור יהא "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה". בענייננו שתי הדרישות מתקיימות:

א. התביעה היא "בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה" ומכאן שהיא נכנסת בגדרו של פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

ב. למבקש קמה עילה תביעה אישית בגין החזקתה בניירות ערך של הפועלים בכל התקופה הרלוונטיות לבקשה ואי-הגילוי המעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם הקבוצה (כזכור, המבקש החזיק במניית הפועלים מחודש אפריל 2016 עד חודש מרץ 2020).

174. להלן יפורטו הדברים.

### **ה.1 למבקש עילת תביעה אישית נגד המשיבים**

175. העובדות שפורטו לעיל מקיימות למבקש עילת תביעה אישית נגד המשיבים. המבקש היה הייתה בעל מניות הפועלים מחודש אפריל 2016. הוא היה רשאי לקנות את המניות על יסוד ההנחה שהבנק פועל במסגרת החקירה בהתאם לאמות-המידה המקובלות על מוסדות פיננסיים אחרים, ולפי הקווים המנחים (guidelines) שנקבעו בהסכם ארה"ב-שוויץ בקשר למינויו של בודק בלתי-תלוי. ככל הידוע, מדובר בהנחיות אשר משרד המשפטים האמריקאי דרש מכל המוסדות הפיננסיים הזרים שנחקרו על ידו לפעול לפיהן.

176. סעיף 8(א) לחוק מונה תנאים נוספים לאישורה של תובענה כייצוגית:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת;
- ...
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

177. כפי שיפורט בשורות הבאות, כל התנאים הללו מתקיימים בנסיבות המקרה הנוכחי.

### **ה.2 קיימות שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה**

178. כתוצאה מכך שהבנק לא גילה כהלכה את המידע המהותי בקשר להתפתחות החקירה, קיים קושי בעת הזו להגדיר את הקבוצה. הבנק מעולם לא גילה את פרטי הדין ודברים שהיו לו עם משרד המשפטים האמריקאי

בקשר למינויו של בודק בלתי-תלוי. לכן אין די מידע פומבי על-מנת להגדיר בעת הנוכחית את הקבוצה לפי התאריך המדויק שבו נרכשו המניות.

179. חרף האמור, מקרה של הטעיה (או אי-גילוי) בדיני ניירות ערך הוא מקרה מובהק המתאים להליך ייצוגי שכן ברור לגמרי שהתובענה מעוררת שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה:

- א. המסכת העובדתית הרלוונטית לכל אחד מחברי הקבוצה זהה;
- ב. סוג הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא זהה;
- ג. הסעד המבוקש משותף לכלל חברי הקבוצה – השבת המצב לקדמותו בהנחה שהבנק היה מגלה את המידע כהלכה.
- ד. הוראות הדין הרלוונטיות, כפי שפורטו לעיל, חלות ביחסים שבין המשיבים לבין כל אחד מחברי הקבוצה, כך שגם העילות והשאלות המשפטיות, הנובעות מהמסכת העובדתית המשותפת, משותפות לכלל חברי הקבוצה.

180. ויודגש: לצורך אישורה של תובענה כייצוגית אין דרישת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה, העובדתיות והמשפטיות. די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, משותפות לחברי הקבוצה (רע"א 8332/96 שמש נ' דן רייכרט ואח', פ"ד נה(5) 276, 296 (2001); רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996)).

181. גם התנאי המופיע בסיפא של סעיף 8(א)(1) לחוק מתקיים בענייננו, שכן לאור המסכת העובדתית שנפרשה לעיל, קיימת אפשרות סבירה שבית המשפט יכריע בתובענה לטובת המבקש וחברי הקבוצה.

182. קודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נפסק שעל המבקש לאשר תובענה כייצוגית להראות שקמה לו עילה לכאורה (רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 719-720 (1998)). בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בירה, פ"ד נא(2) 312, 327-328 (1997) פסק בית-המשפט (בהקשר של תובענה ייצוגית מכוח חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968) כדלקמן:

“נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובענה, ועליו לשכנע את בית-המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי.”

183. ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי, פסקה 15 (5.7.2012) קבע בית המשפט כך:

“...ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות המשיבה. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת “אפשרות סבירה” להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה.”

184. הנה כי כן, די בכך שהמבקש יראה שקיימת “אפשרות סבירה” ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט תוכרענה לטובת הקבוצה. בעניין זה ברור שאין להעמיד בפני המבקשת “דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע” כלשונו של בית המשפט.

185. בענייננו קיימות עילות תביעה מוצקות נגד המשיבים כמפורט לעיל. בשים לב לכך, ברור כי קיימת "אפשרות סבירה", ואף יותר מכך, שהשאלות שבמחלוקת תוכרענה לטובת הקבוצה. לכן, גם תנאי זה מתקיים בענייננו.

### ה.3 תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

186. תביעתו האישית של כל אחד מחברי הקבוצה מבוססת על עילות זהות ומעוררת שאלות מהותיות משותפות של חוק ועובדה. לכל אחד מחברי הקבוצה אף נגרם בדיוק אותו סוג של נזק.

187. אמנם אין למבקשים מידע מדויק על אודות מספרם של חברי הקבוצה, אולם ברור שקבוצת המחזיקים במניותיו של הבנק בכל רגע נתון היא קבוצה גדולה מספיק לצורך עמידה בתנאים הדרושים לצורך הגשתה של תובענה ייצוגית. יוזכר כי מדובר בבנק הנחשב לגדול בישראל.

188. בשים לב לזהות בשאלות העובדתיות והמשפטיות ובהתחשב בגודלה המשוער של הקבוצה יעיל יותר לנהל את התובענה דנא בדרך של תובענה ייצוגית. ניהול הדיון בדרך זו יביא לחסכון בכסף ובזמן שיפוטי יקר.

### ה.4 עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת

189. המבקש מוכן להשקיע מזמנו, מכספו וממרכו לשם ניהול תובענה זו, לטובת כלל חברי הקבוצה. האינטרסים של המבקש זהים לאינטרסים של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, דבר שיבטיח כי התביעה תנהל בדרך הולמת לטובת כלל חברי הקבוצה.

190. כמו כן, בא-כוחו של המבקש הינו עורך-דין ותיק וניסיון רב בניהול תביעות בכלל, ותובענות ייצוגיות בפרט, והוא מאמין כי ביכולתו לנהל הליך זה באופן הולם וראוי, הכל כפי שמתחייב מנסיבות העניין.

### ה.5 עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב

191. התביעה מושא בקשה זו, מוגשת בתום לב וממניעים כשרים. מטרת התביעה היא לתקן את העוול שנעשה לבעלי המניות של הבנק המשיב, ולהעמיד אותם במצב שבו הם היו אילו בוצע הגילוי כהלכתו.

192. המבקש מאמין בכנות ובלב שלם כי סיכויי התביעה להתקבל הם גדולים.

193. משכך, המבקש ובא כוחו ייצגו וינהלו את התביעה בתום לב ולטובת כלל חברי הקבוצה.

194. לבית-המשפט הנכבד הסמכות העניינית והמקומית לדון בתביעה. הגם שלא ניתן להעריך בשלב מהו שיעור הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה אין קושי לקבוע שכתוצאה מאי הגילוי הנזק המצרפי שנגרם לכלל בעלי המניות של הבנק עולה על סך של 2.5 מיליון ש"ח.

195. בקשה זו נתמכת בתצהירו של המבקש ובחוות דעת מומחה של ד"ר איציק אלפי.

**נספח 37** חוות דעתו של ד"ר איציק אלפי

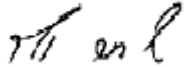
## ו. סוף דבר

196. כאשר בוחנים את הדיווחים של הבנק על יסוד המידע הידוע כיום (מידע שנחשף עם השגת ההסכם בין הבנק לבין ממשלת ארצות-הברית) לא יכול להיות ספק שהבנק חתר להסתיר את העובדה שהוא פעל בניגוד לנוהג המקובל במקרים אלה, בחוסר זהירות ותוך התעלמות מהוראות במזכר ההבנות שבין ממשלת ארצות-הברית לשוויץ. הבנק יצר את הרושם שהחקירה עומדת בפני סיום ואז שינה לפתע את הדיווח מבלי להסביר את אשר אירע. המידע שלא גולה הוא מידע מהותי מכל כיוון של התבוננות.

197. המקרה דנא מתייחד בכך שהבנק לא גילה מעולם את המידע המהותי. דבר זה גורר נזק ראייתי. הן מבחינה זו שעד מועד הגשת בקשה זו חסרים פרטים מהותיים לגבי הדין ודברים שבין הבנק לבין הרשויות האמריקאיות, הן בכל הקשור להערכת הנוק. מצב דברים זה צריך להיזקף כמובן לחובת הבנק. כל תוצאה אחרת תהווה תמריץ שלא לגלות מידע מהותי בתקווה שזה ידלוף לשוק שלא באמצעות דיווח של התאגיד.

198. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית כמפורט ברישא. כן מתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאותיה של בקשה זו ובתשלום שכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

היום, 4 מאי 2020



---

ד"ר שחר ולר, עו"ד  
ב"כ המבקש