Afik & Co. – Your Law Firm in Tel Aviv
THE ART OF LEGAL ADVICE

דירקטור כקצין ציות - חובת הפיקוח הפרואקטיבי לקראת עלייה לישראל/ גלעד בר-עמי, עו"ד*

בתום משא ומתן מפרך מול הרגולטור ושנים בבתי משפט נקבע הקנס של החברה לשלם ואולם רגע לאחר התשלום, מוגשת תביעה נגזרת בדרישה לחייב את הדירקטורים לשפות את בעלי המניות בעלות ההפרה, וזאת גם אם ידם לא הייתה במעל. האם ניתן להציל את הדירקטורים מהתביעה הנגזרת?

כנושא משרה, דירקטור חב בחובת אמונים ובחובת זהירות כלפי החברה. חובת הזהירות התפתחה כמעין ענף של דיני הנזיקין, המבוסס על סטנדרט התנהגות אובייקטיבי הדורש מנושא המשרה, בעיקרם של דברים, שלא להתרשל במילוי תפקידו.[1] על רקע זה ניתן לסווג את ההפרות ל-3 דרגות: 1) הפרות שבוצעו במכוון על ידי הדירקטור (בין לטובת החברה ובין לטובתו האישית); 2) הפרות שבוצעו בשוגג, למשל, בשל טעות בהבנת הדין; ו- 3) הפרות שבוצעו על-ידי צד ג' (דוגמת עובד זוטר) המיוחסות לנושא המשרה, בשל הפרת חובת הפיקוח של נושא המשרה.[2] אך האם יישום כלל שיקול הדעת העסקי[3] מגן על נושאי משרה או שהם מחויבים להיות פרואקטיביים כדי לקבל הגנה?

במקרה שהובא בפני בית המשפט בדלאוור בשנת 1996 בפרשת Caremark[4] נדון עניינה של חברת תרופות שעובדיה, באמצעות תשלומים לא חוקיים, הגדילו את מכירותיה ללא ידיעת הדירקטורים. בתביעה הנגזרת שהוגשה נקבע כי במסגרת חובת הפיקוח, על הדירקטוריון לנקוט בנורמות התנהגות פרואקטיביות - לוודא שמידע על בעיות חוזרות יגיע אליו בזמן ולא להמתין לדיווח בכדי לפעול למניעת ההפרה, כלומר, בית המשפט שלל אפשרות לפעול תוך עצימת עיניים ובאדישות, בניסיון להסתתר מאחורי כלל שיקול הדעת העסקי. בשנת 2020 ציין בית המשפט המחוזי בתל אביב במסגרת הליך הסדר טיעון בפרשת אפריקה-ישראל/נגב קרמיקה כי הנחיית פרקליט המדינה משנת 2019 המאפשרת לעתים הקלות לתאגידים כאשר קיימת תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית, בפועל קובעת סטנדרט התנהגות המחייב דירקטוריון לאמץ תוכנית אכיפה מתאימה.[5] ביולי, 2025, בפסק דין של בית המשפט הכלכלי בחיפה[6], צוין שבית המשפט בדלאוור משנת 2019 בעניין Marchand v. Barnhill, הרחיב את הלכת Caremark כך שקיימת חובת פיקוח מוגברת לגבי נושאים קריטיים לפעילות החברה והובהר שהמגמה בארה"ב היא עידוד תיעוד הפיקוח וחיוב בפיקוח מהותי ואקטיבי ולא רק כדי לצאת ידי חובה.

לסיכום, על אף שנכון לאמצע שנת 2025 בתי המשפט בישראל טרם אימצו באופן רשמי את פסיקת בתי המשפט האמריקנים, הרי שנראה כי אין מדובר בשאלה של אם, אלא בשאלה של מתי וכיצד. משכך, על כל דירקטור, לוודא את קיומם ויישומם של מנגנוני פיקוח אפקטיביים, שכן תוכנית אכיפה לא מספקת שנשארה במגירה לא תועיל, ויש להיוועץ עם עורך דין הבקיא בתחום הן לצורך ניסוח תוכנית ציות והן באופן שוטף לעדכונה, יישומה ותיעוד. לכך חשיבות גדולה לא רק כדי למנוע תביעות על הפרת חובת הזהירות, אשר בהן יכול שכתבי שיפוי[7] וביטוח[8] יסייעו אך גם זאת לא תמיד[9], אלא גם כדי למנוע אחריות פלילית במקרים מסוימים, לרבות כאשר לא התקבל ייעוץ משפטי או התעלמו מהייעוץ[10] או אם עורך הדין לא היה ברמה מספקת[11].

www.afiklaw.com

---

*עו"ד גלעד בר-עמי הינו עו"ד בכיר במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) שהינו חלק מרשת המשרדים BOKS International (www.boks-international.com) ומתמקד בתחום החוזים, משפט מסחרי, דיני חברות, דיני תקשורת (עסקאות ורגולציה), עסקאות בינלאומיות, יבוא ובעבר שימש כאחראי על ציות בפועל בחברת פלאפון תקשורת בע"מ. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

[1] ע"א 1137/23 דרעי נ' קרן קיימת לישראל (05.05.2025), בית המשפט העליון, כב' הנשיא יצחק עמית, השופטת יעל וילנר, השופט חאלד כבוב - https://he.afiklaw.com/caselaw/17891

[2] תנ"ג (מחוזי ת"א) 59581-06-18 כהן נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (19.01.2020), בית המשפט המחוזי בתל אביב, כבוד השופטת רות רונן - https://he.afiklaw.com/caselaw/18674

[3] ראו: על שיקול הדעת העסקי ומנגנוני אישור עסקאות בחברה/עו"ד שלי וילנר, פורסם באפיק משפטי 361 - 18.04.2022 https://he.afiklaw.com/articles/a361

[4] ראו: כשהדירקטור נכנס לאטרף מכיוון שפרצו לך למאגר המידע/עו"ד אסנת נתאי, פורסם באפיק משפטי 424 - 16.10.2024 https://he.afiklaw.com/articles/a424

[5] תפ (ת"א) 59453-07-19 מדינת ישראל נ' אבי מוטולה (22.07.2020), המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, כב' השופטת מיכל אגמון-גונן - https://he.afiklaw.com/caselaw/11113

[6] תנ"ג 64048-07-24 עמית גנסין חברת עורכי דין נ' בתי זקוק לנפט בע"מ (13.07.2025), המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בחיפה, כב' השופט מוחמד עלי - https://he.afiklaw.com/caselaw/18103

[7] ראו: כתב שיפוי לדירקטורים ונושאי משרה/עו"ד יניב פרידהוף, פורסם באפיק משפטי 244 - 22.11.2017 https://he.afiklaw.com/articles/a244

[8] ראו: התנערות חברות הביטוח ממימוש הכיסוי הביטוחי/עו"ד יניב פרידהוף, פורסם באפיק משפטי 200 - 16.03.2016 https://he.afiklaw.com/articles/a200

[9] ראו: דירקטור: שאפו על כתב השיפוי אבל מה באמת הוא שווה?/עו"ד יניב פרידהוף, פורסם באפיק משפטי 286 - 03.07.2019 https://he.afiklaw.com/articles/a286

[10] ראו: האם נתניהו פושע מלחמה או רק מנהל רע? או: למה מנכ"ל חברה נדרש לייעוץ משפטי/עו"ד דורון אפיק, פורסם באפיק משפטי 428 - 11.12.2024 https://he.afiklaw.com/articles/a428

[11] ראו: אין כמו חוות דעת משפטית טובה (ובחינם) בתור לרופא!/ עו"ד דורון אפיק, פורסם באפיק משפטי 362 - 01.06.2022 https://he.afiklaw.com/articles/a362

Afik & Co. – Your Law Firm in Tel Aviv
THE ART OF LEGAL ADVICE

Director as a Compliance Officer - The Proactive Supervision Duty on the Way to Israel/ Gilad Bar-Ami, Adv.*

At the end of arduous negotiations with the regulator and years in the Courts, the company's financial penaly was set, but a moment after payment a derivative lawsuit is filed demanding that the directors be obligated to indemnify the shareholders for the violation, even if they were not involved therein. Can the directors be saved from the impending derivative lawsuit?

As an officer, a director has a fiduciary duty and a duty of care towards the company. The duty of care has developed as a kind of branch of torts law, based on an objective standard of conduct that requires the officer, in essence, not to be negligent in the performance of his or her duties[1]. Against this background, the breaches of the duty can be classified into three levels: 1) Breaches committed deliberately by the director (whether for the benefit of the company or for his personal benefit); 2) Breaches committed inadvertently due to a misunderstanding of the law; and 3) Breaches by a third party (for example, a junior employee) attributed to the officer, due to a breach of the officer's duty to supervise[2]. However, does the application of the business judgment rule[3] protect officers or are they obligated to be proactive in order to enjoy the defense?

In a case brought before the Delaware Court in 1996 in the Caremark case[4], a pharmaceutical company which employees, via making illegal payments, increased sales without the knowledge of the directors. In the filed derivative lawsuit it was determined that as part of the duty to supervise the board of directors must adopt proactive behavioral norms to ensure that information about recurring problems reaches them in a timely manner and not wait for a report before taking action to prevent the breach. Meaning, the Court negated the possibility of acting with a blind eye and indifference, in an attempt to hide behind the business judgment rule. In 2020, the Tel Aviv District Court noted in the framework of a plea bargain proceeding in the Africa-Israel/Negev Ceramics case that the Israeli State Attorney's directive of 2019, which sometimes allows for leniencies for corporations when there is an effective internal enforcement plan, in practice establishes a standard of conduct that requires a board of directors to adopt an appropriate enforcement plan.[5] In July, 2025, in a judgment of the Haifa Economic Court[6], it was noted that the Delaware Court decision of 2019 in the case of Marchand v. Barnhill expanded the Caremark rule to include an increased obligation to supervise matters critical to the company's operations, and clarified that the trend in the United State is to encourage the documentation of supervision and to observe substantive and active supervision, rather than a superficial one.

In summary, although as at mid-2025 the Courts in Israel have not yet officially adopted the rulings of the American Courts, it seems that this is not a question of if but of when and how. Thus, every director must ensure the existence and implementation of supervision mechanisms, as an insufficient enforcement plan that remains in the drawer will not be helpful, and it is necessary to consult with an attorney who is knowledgeable in the field both for the purpose of formulating a compliance plan and for updating, implementing and documenting it on an ongoing basis. This is of great importance not only to prevent lawsuits for breach of the duty of care, in which letters of indemnity[7] and insurance[8] can help, but also not always[9], but also to prevent criminal liability in certain cases, including when legal advice was not received or the advice was ignored[10] or if the lawyer was not at a sufficient level[11].

www.afiklaw.com

*Gilad Bar-Ami is senior lawyer at Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com), which is part of the BOKS International (www.boks-international.com) network of offices, focusing primarily on commercial law, corporate law, telecommunications law (transactions and regulation), international transactions and imports. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com

[1] Civil Appeal 1137/23 Deri v. Jewish National Fund (May 5, 2025), Supreme Court, the Honorable President Yitzhak Amit, Judge Yael Willner, Judge Khaled Kabub - https://www.afiklaw.com/caselaw/18681

[2] Derivative Claim (Tel Aviv District) 59581-06-18 Cohen v. Bezeq Israel Communications Company Ltd . (19.01.2020), Tel Aviv District Court, Honorable Judge Ruth Ronen - https://www.afiklaw.com/caselaw/18682

[3] See: On business judgement and corporate transaction approval mechanism/Shelly Wilner, Adv, published in Afik Law 361 18.04.2022 - https://www.afiklaw.com/articles/a361

[4] See: When a Director "Enters an Atraf State" (Goes Frenzy) Because of a Data Breach / Osnat Nitay, Adv, Published in Afik Legal 424 16.10.2024 - https://www.afiklaw.com/articles/a424

[5] Appeal (Tel Aviv) 59453-07-19 State of Israel v. Avi Motola (July 22, 2020), Economic Department of the Tel Aviv-Jaffa District Court, the Honorable Judge Michal Agmon-Gonen - https://www.afiklaw.com/caselaw/18683

[6] Derivative Claim 64048-07-24 Amit Gnessin Law Firm v. Oil Refineries Ltd. (13.07.2025), Economic Department of the Haifa District Court, Honorable Judge Muhammad Ali - https://he.afiklaw.com/caselaw/1f8103

[7] See: Indemnification Letter for Officers and Directors/Yaniv Friedhoff, Adv., published in Afik News 244 22.11.2017 - https://www.afiklaw.com/articles/a244

[8] See: Refusal of Insurance Companies to Respect D&O Insurance Coverage/Yaniv Friedhoff, Adv.,published in Afik News 200 16.03.2016 - https://www.afiklaw.com/articles/a200

[9] See: Not any Indemnification Letter Actually does the Work/Yaniv Friedhoff, Adv., Published in Afik News 286 03.07.2019 - https://es.afiklaw.com/articles/a286

[10] See: Is Netanyahu a War Criminal or Just a Bad Manager? Or: Why Does a CEO Need Legal Advice/Doron Afik, Esq., published in Afik 428 11.12.2024 - https://www.afiklaw.com/articles/a428

[11] See: The is Nothing Like a Good Free Legal Opinion on the Line to the Doctor! /Doron Afik, Esq., Published in Afik News 362 01.06.2022 - https://www.afiklaw.com/articles/a362

Afik & Co. – Your Law Firm in Tel Aviv
THE ART OF LEGAL ADVICE

El director como responsable de cumplimiento: El deber de supervisión proactiva en el camino a Israel/ Gilad Bar-Ami, Adv.*

Al final de arduas negociaciones con el regulador y años en los tribunales, se determinó pagar la multa de la empresa, pero un momento después del pago, se presenta una demanda derivada exigiendo que los directores estén obligados a indemnizar a los accionistas por la violación, incluso si no estuvieron involucrados. ¿Es posible salvar a los directores de la demanda derivada?

Como funcionario, un director tiene el deber fiduciario y el deber de cuidado hacia la empresa. El deber de cuidado se ha desarrollado como una especie de rama del derecho de daños, basado en un estándar objetivo de conducta que requiere que el oficial, en esencia, no sea negligente en el desempeño de sus funciones.[1] En este contexto, las violaciones se pueden clasificar en 3 niveles: 1) violaciones que fueron cometidas deliberadamente por el director (ya sea en beneficio de la empresa o en su beneficio personal); 2) Violaciones cometidas inadvertidamente, por ejemplo, debido a un malentendido de la ley; y 3) violaciones cometidas por un tercero (como un empleado subalterno) atribuidas al oficial, debido a un incumplimiento del deber de supervisión del oficial.[2] Pero, ¿la aplicación de la regla de juicio comercial[3] protege a los oficiales o están obligados a ser proactivos para recibir protección?

En un caso presentado ante el tribunal de Delaware en 1996 en el caso Caremark, [4] el caso de una empresa farmacéutica cuyos empleados, a través de pagos ilegales, aumentaron sus ventas sin el conocimiento de los directores. En la demanda derivada que se presentó, se determinó que, como parte de la obligación de supervisión, el consejo de administración debe adoptar normas de comportamiento proactivas, para garantizar que la información sobre problemas recurrentes le llegue de manera oportuna y no esperar un informe para actuar para prevenir la violación, lo que significa que el tribunal descartó la posibilidad de actuar con la vista gorda e indiferencia, en un intento de esconderse detrás de la regla del juicio empresarial. En 2020, el Tribunal de Distrito de Tel Aviv señaló en el marco de un procedimiento de negociación de culpabilidad en el caso África-Israel/Negev Ceramics que la directiva del Fiscal del Estado de 2019, que a veces permite clemencias para las corporaciones cuando existe un plan de aplicación interno efectivo, en la práctica establece un estándar de conducta que requiere que una junta directiva adopte un plan de aplicación apropiado.[5] En julio de 2025, en una sentencia del Tribunal Económico de Haifa[6], se señaló que el tribunal de Delaware de 2019 en el caso de Marchand v. Barnhill amplió la regla de Caremark para incluir una mayor obligación de supervisar asuntos críticos para las operaciones de la compañía, y aclaró que la tendencia en los Estados Unidos es fomentar la documentación de la supervisión y obligar a una supervisión sustantiva y activa, y no solo cumplir con una obligación.

En resumen, aunque a mediados de 2025, los tribunales israelíes aún no han adoptado oficialmente el fallo de los tribunales estadounidenses, parece que no se trata de una cuestión de si, sino de cuándo y cómo. Por lo tanto, todo director debe garantizar la existencia e implementación de mecanismos de supervisión efectivos, ya que un plan de ejecución insuficiente que permanece en el cajón no será útil, y es necesario consultar con un abogado con conocimientos en el campo tanto con el fin de formular un plan de cumplimiento como de manera continua para actualizarlo, implementarlo y documentarlo. Esto es de gran importancia no solo para evitar demandas por incumplimiento del deber de cuidado, en las que las cartas de indemnización[7] y el seguro[8] pueden ayudar, sino también [9]para prevenir la responsabilidad penal en ciertos casos, incluso cuando no se recibió asesoramiento legal o se ignoró el asesoramiento[10] o si el abogado no tenía un nivel suficiente.[11]

*Gilad Bar-Ami es abogado senior en Afik & Co., Abogados y Notarios (www.afiklaw.com), , que forma parte de BOKS International (www.boks-international.com), centrándose principalmente en derecho comercial, derecho corporativo, derecho de las telecomunicaciones (transacciones y regulación), transacciones internacionales e importaciones. Para más detalles: +972-3-6093609 o al correo electrónico: afiklaw@afiklaw.com

[1] Apelación Civil 1137/23 Deri v. The Jewish National Fund (5 de mayo de 2025), Corte Suprema, el Honorable Presidente Yitzhak Amit, Juez Yael Willner, Juez Khaled Kabub - https://es.afiklaw.com/caselaw/18672

[2] Reclamación derivada (distrito de Tel Aviv) 59581-06-18 Cohen v. Bezeq Israel Communications Company Ltd . (19.01.2020), Tribunal de Distrito de Tel Aviv, Honorable Jueza Ruth Ronen - https://es.afiklaw.com/caselaw/18675

[3] Ver: Sobre el juicio empresarial y el mecanismo de aprobación de operaciones corporativas/Adv. Shelly Willner, publicado en Afik Law 361 18.04.2022 - https://es.afiklaw.com/articles/a361

[4] Ver: Cuando un director "entra en estado de Atraf" (se vuelve frenético) debido a una filtración de datos/Adv. Osnat Natai, publicado en Afik Legal 424 16.10.2024 - https://es.afiklaw.com/articles/a424

[5] Caso Penal (Tel Aviv) 59453-07-19 Estado de Israel contra Avi Motola (22.07.2020), Departamento Económico del Tribunal de Distrito de Tel Aviv-Jaffa, el Honorable Juez Michal Agmon-Gonen - https://es.afiklaw.com/caselaw/18678

[6] Reclamación derivada (Haifa) 64048-07-24 Bufete de abogados Amit Gnessin contra Oil Refineries Ltd. (13.07.2025), Departamento Económico del Tribunal de Distrito de Haifa, el Honorable Juez Muhammad Ali - https://es.afiklaw.com/caselaw/18670

[7] Ver: Carta de indemnización para funcionarios y directores/Adv. Yaniv Friedhoff, publicada en Afik Shappi 244 22.11.2017 - https://es.afiklaw.com/articles/a244

[8] Ver: Desautorización de la cobertura de seguros por parte de las compañías de seguros / Adv. Yaniv Friedhoff, publicado en Afik News 200 16.03.2016 - https://es.afiklaw.com/articles/a200

[9] Ver: No cualquier carta de indemnización hace realmente el trabajo ?/Adv. Yaniv Friedhoff, Publicado en Afik News 286 03.07.2019 - https://es.afiklaw.com/articles/a286

[10] Ver: ¿Netanyahu es un criminal de guerra o un mal gerente? O: ¿Por qué el director ejecutivo de una empresa necesita asesoramiento legal?/Adv. Doron Afik, publicado en Afik News 428 11.12.2024 - https://es.afiklaw.com/articles/a428

[11] Ver: ¡ No hay nada como una buena opinión legal gratuita en la línea con el médico ! / Adv. Doron Afik, Publicado en Afik News 362 01.06.2022 - https://es.afiklaw.com/articles/a362