

# אחריות מלווים למפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלווים – הניסיון האמריקני כמודל לקביעת ההסדר הישראלי הראוי

מרשה גלפי, רות פלאטו- שנער ועמיחי קרנר\*

- א. מבוא
- ב. שיקולים כלכליים בקביעת אחריות המלווה
1. הזיהום הסביבתי ככשל שוק
    - 1.1 זיהום סביבתי כהשפעה חיצונית (Externality)
    - 1.2 הוצאות עסקה גבוהות בהגנה על הסביבה (High Transaction Costs)
    - 1.3 תנאים סביבתיים נאותים כמוצר ציבורי (Public Good)
  2. שיקולי מדיניות כלכלית
    - 2.1 רווחי המלווה
    - 2.2 שיפור ברווחה המצרפית
    - 2.3 המלווה כמונע הנזק הזול
    - 2.4 עלייה במחיר עסקת ההלוואה
    - 2.5 תאוריית הכיס העמוק
  3. סיכום
- ג. הדין האמריקני – המשל ומוסר ההשכל
1. רלוונטיות הדין האמריקני לשיטה הישראלית
  2. הדין האמריקני
  3. אחריות המלווה – התפתחות הדין
    - 3.1 הפסיקה
    - 3.2 תיקון החוק
  4. השפעת התפתחות הדין על שוק האשראי ועל ערכים סביבתיים
  5. סיכום: הניסיון האמריקני הלכה למעשה
- ד. אחריות המלווה על פי הדין הישראלי
1. אחריות מלווה מכוח דיני איכות הסביבה

---

\* פרופ' אמריטוס מרשה גלפי, ראש המרכז לדיני איכות הסביבה, המכללה האקדמית נתניה.  
פרופ' אמריטוס, William Mitchell College of Law, סנט פול, מיניסוטה, ארצות-הברית.  
ד"ר רות פלאטו- שנער, מרצה בכירה, ראש המרכז לדיני בנקאות, המכללה האקדמית נתניה.  
ד"ר עמיחי קרנר, מרצה בתחומי בנקאות ושוק ההון, המכללה האקדמית נתניה.

2. אחריות מלווה מכוח דיני הנזיקין
  - 2.1 עוולת הרשלנות
    - 2.1.1 חובת זהירות
    - 2.1.2 הפרת החובה
    - 2.1.3 נזק
    - 2.1.4 קשר סיבתי
    - 2.1.5 סיכום
  - 2.2 עוולות נזיקיות אחרות
    - 2.2.1 הפרת חובה חקוקה
    - 2.2.2 מטрд ליחיד
    - 2.2.3 מטрд לציבור
3. אחריות מלווה מכוח דיני הבנקאות
4. הפרת חובת האמון
5. השתק מחמת מצג
6. סיכום עמדת הדין הישראלי
- ה. מסקנות והמלצות

## א. מבוא

החקיקה הדנה באיכות הסביבה בישראל, אינה מזכירה את הגופים הפיננסיים המעניקים הלוואות לפיתוח הכלכלי של המשק. עם זאת, ישנו קשר בין מדיניות האשראי של הגופים הפיננסיים המעניקים הלוואות ליזמים ולקבלנים, לבין אופן הפיתוח הסביבתי שנוצר בעקבות אותן הלוואות. מדיניות אשראי שתעניק עדיפות לפרויקטים "ירוקים" יותר, תעודד פיתוח סביבתי טוב יותר, ואילו מדיניות אשראי שאינה מתחשבת בשיקולי איכות הסביבה תגרום לנזקים סביבתיים.

הטלת האחריות למפגעים סביבתיים רק על היזמים-הלווים, עלולה לגרום במקרים שונים לכשל שוק סביבתי (Market Failure)<sup>1</sup>. קריסתם של יזמים-לווים

<sup>1</sup> המונח "כשל שוק" בעולם הכלכלי מתאר מצב שבו מנגנון השוק החופשי אינו מצליח באמצעות המשאבים הקיימים לספק מוצרים ושירותים ברמה המיטבית. לכן נדרשת התערבות חיצונית (חקיקתית או אחרת) על מנת שניתן יהיה לספק אותם ברמה זו. להרחבה בעניין כשל השוק ראו בטקסט שלהלן וכן ראו לדוגמה: DANIEL H COLE & PETER Z. GROSSMAN, PRINCIPLES OF LAW AND ECONOMICS, 314–318 (2004); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 40 (3rd ed. 2000). עקרונית, כשל שוק יכול להיווצר בהקשרים נוספים שאינם סביבתיים. נושא רחב זה, הדורש בדיקת כל סוגיה לגופה, חורג מתחומי המאמר.

אשר עסקיהם גרמו נזקים סביבתיים, מותרת בלא מעט מן המקרים נזק סביבתי שקשה לתקנו. יתר על כן, גם כאשר היזמים-הלווים מסוגלים לשלם עבור ניקוי הזיהום שגרמו, כמו גם לפצות את הנפגעים, אין בכך פתרון מושלם. זיהום הסביבה גורם במקרים רבים להשפעות שליליות בלתי הפיכות, ועל כן שום ניקוי ושום פיצוי אינו מספיק. מלווים וגופים פיננסיים הם אלו שמאפשרים את יכולת הפיתוח הסביבתי, באמצעות ההלוואות שהם מעניקים להקמת הפרויקטים, והם צפויים בעתיד להרוויח מפרעון ההלוואות האמורות. לאור זאת נשאלת השאלה אם לא ראוי לצרפם בדרך כלשהי למסגרת האחריות לנזקים הסביבתיים שנוצרים בעקבות אותה פיתוח כלכלי, ובדרך זו להקטין את כשל השוק שנוצר.<sup>2</sup>

האתגר העומד בפני מקבלי ההחלטות בהנהגת המדינה הוא לקבוע את הסטנדרטים הראויים לאחריות סביבתית של מלווים מצד אחד, ומן הצד האחר, לא לפגוע – או לפגוע כמה שפחות – ביכולת הפיתוח הכלכלי של אותם מלווים בפרט ושל המשק בכלל.<sup>3</sup> קביעת סטנדרטים של התנהגות למלווים ולגורמים פיננסיים, תעודד אותם להביא בחשבון את ההשפעות הסביבתיות שתיווצרנה בעקבות תהליך קבלת ההחלטות שלהם ושל היזמים שעמם הם פועלים בפיתוח הפרויקטים. מובן שככל שהמלווים יהיו רגישים יותר לבעיות איכות הסביבה, ניתן יהיה להטמיע טוב יותר במציאות הקיימת מדיניות סביבתית מתאימה.

כבר שנים רבות הנושא של אחריות מלווים למפגעים סביבתיים הוא נושא "חם" בארצות-הברית. החקיקה שם מטילה על המלווים אחריות בנסיבות מסוימות. מדובר באחריות פוטנציאלית לסכומים עצומים כאשר פרויקטים שהם מממנים גורמים לבעיות סביבתיות, ובעיקר לזיהום קרקע. עקב כך, כדבר שבשגרה מלווים אמריקנים נוקטים צעדים שונים כדי למנוע את חשיפתם לאחריות כזאת. מצב דומה קיים גם במדינות נוספות, אם מכוח הדין או בהתנדבות. דוגמה לכך הם עקרונות המשווה,<sup>4</sup> שלפיהם בנקים מתחייבים לבדוק מראש את הפוטנציאל לפגיעות סביבתיות של פרויקטים גדולים שהם מממנים, ולנקוט צעדים להקטנת פגיעות אלו. לעומת זאת, בישראל רק עכשיו הנושא מתחיל להתעורר בקרב המוסדות הפיננסיים, הרשויות

<sup>2</sup> בספרות המשפטית קיימת התנגדות רבה לגישה של הניתוח הכלכלי למשפט. להתנגדות בספרות ראו לדוגמה: Izhak England, *The Failure of Economic Justice*, 95 HARV. L. REV. 1162, 1176–1178 (1982); להתנגדות בפסיקה הישראלית ראו למשל: ע"א 3124/90 **סגן נ' אמסלם**, פ"ד מט(1) 102 (1995).

<sup>3</sup> ראו: Jonathan R. Macey, *Commercial Banking and Democracy: The Illusive Quest for Deregulation*, 23 YALE J. ON REG. 1 (2006). כך, למשל, אחריות רחבה מדי על המלווים תרתיע אותם ממימון פרויקטים הכרוכים בניקוי ופיתוח שטחים שהנם כבר מזוהמים, ובכך דווקא תפגע ההגנה על הסביבה.

<sup>4</sup> ראו "The Equator Principles", ניתן לצפייה בכתובת: [www.equator-principles.com/documents/Equator\\_Principles.pdf](http://www.equator-principles.com/documents/Equator_Principles.pdf) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

המנהליות והציבור. בשלב כה מאוחר, ניתן להניח שכבר התרחשו בארץ מפגעים סביבתיים שניתן היה למנוע. מנגד, בהתוויית דרך ההתמודדות עם הנושא בארץ, אנו יכולים ללמוד מהניסיון במדינות אחרות, ובעיקר מהניסיון המפותח בארצות-הברית. מאמר זה עוסק בשאלה, כיצד ראוי להסדיר את אחריות המלווים למפגעים סביבתיים בישראל.

בפרק ב' נוכיח ששיקולים כלכליים מצדיקים הטלת אחריות על מלווים בגין מפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלווים. נדון בו בהשלכות הכלכליות של חוסר אחריותם של המלווים, ולחלופין, של הטלת אחריות עליהם. מנייתוח זה עולה שיש הצדקה כלכלית להטיל אחריות על מלווים, אך לא בכל מקרה. בפרק מפורטת רשימת השיקולים הרלוונטיים לקביעת המקרים שבהם הטלת אחריות אכן מוצדקת.

בפרק ג' נסקור את התפתחות הדין האמריקני בנושא. סקירה זו מצביעה על קשיים חמורים שהתעוררו עקב גישתם של בתי המשפט ועל השפעת הפסיקה על שוק האשראי. התיקון החקיקתי שעשה הקונגרס לא הצליח לפתור את הבעיה במלואה. הפרק בודק מהם הלקחים שניתן להפיק מהניסיון בארצות-הברית.

בפרק ד' נעסוק בדין הישראלי הנוכחי ונבחן את אחריות המלווה על פי דיני איכות הסביבה, דיני הנזיקין, דיני הבנקאות ודיני החברות. מסקנת הפרק היא שאין אחריות ברורה של מלווים לפי אף אחד ממקורות אלה. עם זאת, איננו שוללים אפשרות שלפיה בתי המשפט ינסו בכל זאת להשתמש בתאוריות הקיימות על מנת להטיל אחריות על המלווים, לפחות במקרים מסוימים.

בפרק האחרון אנו מציעים את הדרך הראויה להסדרת הנושא בארץ. אנו מסבירים מדוע לא רצוי שבתי המשפט יקבעו את ההסדרים בעניין אחריותם הסביבתית של מלווים. במקום זאת, אנו מציעים לקבוע את אחריות המלווים מראש בדרך אדמיניסטרטיבית, ומציעים את המסגרת המתאימה לכך.

## ב. שיקולים כלכליים בקביעת אחריות המלווה

### 1. הזיהום הסביבתי ככשל שוק

זיהום סביבתי יוצר בעיה כלכלית אשר מובילה לכשל שוק. הסיבות לכשל השוק רבות. אנו נתמקד בשלוש מהן: (1) הזיהום הסביבתי כהשפעה חיצונית; (2) הוצאות עסקה גבוהות בהגנה על הסביבה ו-(3) תנאים סביבתיים תקינים כמוצרים ציבוריים.

## 1.1 זיהום סביבתי כהשפעה חיצונית (Externality)

השפעה חיצונית הנה מצב שבו פעולתו של פרט אחד משפיעה (השפעה חיובית או שלילית) על התועלת או על הרווחה של הפרט האחר, בלא שהפרט המשפיע מביא בחשבון את השפעתו על הפרט המושפע.<sup>5-6</sup> הבעיה היא שהשפעה זו גורמת לעיוות בהקצאת המשאבים במשק,<sup>7</sup> ועקב כך – להתנהגות לא מיטבית (בלתי יעילה) המונעת את השגת הרווחה המצרפית המקסימלית (Total Welfare Maximization). במקרה שלנו, היזם העסקי הלווה הנו הגורם המשפיע, והציבור הנו הגורם המושפע. בהיעדר הסדרים חוקיים ואכיפתם, הזיהום הסביבתי הנו ההשפעה החיצונית השלילית שאינה מובאת בחשבון על ידי היזם-הלווה.

זיהום סביבתי גורם לנזקים חברתיים שאינם נכללים בסעיף ההוצאות העסקיות של היזם.<sup>8</sup> כך, למשל, ללא התערבות חיצונית, יזם שבונה מפעל או מרחיב את המפעל הקיים, אינו מביא בחשבון שבמסגרת תהליך הבנייה של המפעל או במהלך הרחבת פס ייצור, ייפלטו חומרים לאוויר, יוזרמו שפכים מזוהמים לנחל סמוך ותיווצר פסולת שתזהם את הקרקע ומי התהום שעליהם נבנה המבנה. זיהום זה משפיע על בריאותם של האנשים שנושמים את האוויר, על יכולתם של אנשים לשתות את המים, על איכות וכמות היבול שניתן להפיק מהשדה החקלאי שנמצא בסמוך למפעל, ואף על הכחדת חלק מבעלי החיים שחיים באותו אזור. בדרך כלל, אם הוא אינו מחויב על פי חוק, לא יביא בעל המפעל בחשבון את השפעת הזיהום. הדין הקיים אינו מאפשר לנפגעים לחייב את בעל המפעל לפצותם על נזקיהם.<sup>9</sup> ולפיכך הזיהום

<sup>5</sup> דוגמה להשפעה חיצונית חיובית תהיה במקרה שבו בעל מגרש שותל בחלקתו עצים ופרחים אשר גורמים למראה ולריח טוב על כל הסביבה ולא רק במגרש עצמו.

<sup>6</sup> להסבר מפורט יותר של המונח "השפעה חיצונית" ראו למשל: COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 40-42; וכן ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" **משפטים** כב 421, 454-462 (1993).

<sup>7</sup> עיוות בהקצאת המשאבים הנו מצב שבו המשק משתמש בכל המשאבים הקיימים, אולם אינו מגיע לרווחה מצרפית מקסימלית, שכן השימוש בהם אינו נעשה באופן מיטבי. כך, למשל, מקרה שבו הפרט מקבל ספרי לימוד מקצועיים אולם אינו יודע כלל לקרוא או פרט שקיבל רכב אולם אינו יודע לנהוג ואין באפשרותו למצוא לו נהג שינהג בעבורו. שינוי בהקצאת המשאבים הקיימים במשק על ידי כך שרק פרט בעל ידע מקצועי יעניין באותם ספרים מקצועיים ורק פרט שיש באפשרותו לנהוג או להשתמש בשירותי נהיגה ישתמש ברכב, יוביל על בסיס אותם משאבים קיימים לרווחה מצרפית מקסימלית.

<sup>8</sup> בהקשר זה נציין כי לא כל הזיהום הסביבתי נגרם על ידי יזמים עסקיים. חלק מהזיהום נגרם על ידי אנשים פרטיים. כך, למשל, אדם שמעשן סיגריה או נוהג במכונית המונעת על ידי דלק יוצרים זיהום סביבתי. עם זאת, במאמרנו זה נתייחס רק ליזם העסקי שמוזהם.

<sup>9</sup> ראו: Albert C. Lin, *Beyond Tort: Compensating Victims of Environmental Toxic Injury*, 78 S. CAL. L. REV. 1439 (2005).

הסביבתי הנגרם על ידי היזום מהווה השפעה חיצונית שלילית.<sup>10</sup> מאידך, אם ניתן יהיה לחייב את בעל המפעל לשאת בכל אותם הנזקים שגרם, לא יהווה הדבר השפעה חיצונית שלילית. שכן בעל המפעל אמור להביא בחשבון נזקים אלו במהלך בניית המפעל או בתהליך הייצור.<sup>11</sup>

ההשפעה החיצונית השלילית של הזיהום הסביבתי יוצרת כשל שוק, מאחר שאינה מאפשרת הקצאת משאבים מיטבית.<sup>12</sup> ההסבר לכך נובע מהעובדה, שמחיר המוצר שדורש בעל המפעל עבור המוצר שהוא מייצר, אינו כולל אותן הוצאות חברתיות נוספות שנובעות מההשפעות החיצוניות השליליות, כמו למשל עלויות טיהור מי נחל שזוהמו על ידי המפעל או עלויות הניקוי של קרקע ציבורית שזוהמה. מצב זה, שבו בעל המפעל אינו מחויב בהפנמת כל ההוצאות העסקיות, גורם לחלוקת משאבים לא אופטימלית. חיוב בעל המפעל להפנים את ההוצאות החברתיות הנוספות, יגרום לבעל המפעל לייקר את מחיר המוצר, ועקב כך, להקטין את כמות המוצרים שהוא מייצר.<sup>13</sup> בהיעדר מנגנון אשר יחייב את בעל המפעל להפנים את אותן הוצאות חברתיות, כמות המוצרים שייצר בשוק תהיה מעל הכמות הרצויה, ומחיר המוצר שייקבע יהיה נמוך מהמחיר שאמור לשקף את עלות הייצור האמיתית שלן.<sup>14</sup>

## 1.2 הוצאות עסקה גבוהות כהגנה על הסביבה (High Transaction Costs)

בעולם דמיוני<sup>15</sup> שבו המשק פועל ביעילות; הרווחה החברתית המצרפית במשק

<sup>10</sup> בהקשר זה נציין כי כל אותם נזקים שניתן לחייב את בעל המפעל לשאת בהם, אינם נכללים בגדר השפעה חיצונית שלילית שכן, הם נלקחים בחשבון על ידי בעל המפעל במהלך הבנייה ו/או הייצור ולפיכך, אינם גורמים לעיוות בהקצאת המשאבים.

<sup>11</sup> כך, למשל, יהיה במקרה שבו כל מי שמעשן סיגריה ומזהם את הסביבה יחויב בתשלום לקרן מיוחדת שתקום לצורך פיצוי הניזוקים מאותו זיהום אוויר שנוצר.

<sup>12</sup> הקצאת משאבים אופטימלית תהיה במקום שבו המשק יהיה בשיווי משקל. דהיינו: במקום שבו עקומות הביקוש והיצע ייפגשו.

<sup>13</sup> בהקשר זה ראוי לציין כמה נקודות: ראשית, כי ההסבר בטקסט מתייחס לעקומות היצע וביקוש רגילות. שנית, שיעור העלייה במחיר המוצר ושיעור הקטנת הכמות המיוצרת תהיה תלויה בגמישות עקומות היצע והביקוש. שלישית, יעילות כלכלית תחייב השארת ההשפעה החיצונית השלילית על כנה במקרה שבו עלויות הפנמת ההשפעה החיצונית השלילית גבוהות יותר מאשר התועלת שתצמח עקב הפנמה של אותה השפעה חיצונית שלילית.

<sup>14</sup> עוד נציין כי השפעה חיצונית שלילית גורמת פרט לעיוות בהקצאת המשאבים גם לפגיעה בעקרונות הצדק מקום שבו אותן הוצאות חברתיות מוטלות על כתפיהם של אנשים אשר אינם נהנים מהמוצר שגורם להשפעה החיצונית השלילית: למשל, כאשר מפעל מייצר סיגריות והזיהום שמייצר המפעל פוגע באנשים שאינם מעשנים.

<sup>15</sup> מקובל לכתוב עולם הפועל על פי הנחות שמתוארות להלן כעולם הפועל על פי התאורמה של קוז (Coase Theorem). להרחבה בעניין זה ראו מאמרו של קוז הנחשב לאחד מאבני היסוד של

ידועה, והמשק מצוי באותה רווחה; ההוצאות והתועלות שנובעות מכל פעילות משקית ידועות; זכויות הקניין של הפרטים מוגדרים וידועים לכול; ואין הוצאות עסקה<sup>16</sup> (לרבות הוצאות בגין קבלת מידע);<sup>17</sup> הרמה המיטבית של ההגנה על הסביבה תושג באופן אוטומטי. כל הפרטים המצויים במשק מודעים לרמת הרווחה המצרפית המיטבית, ועקב כך, אם הם מתנהגים באופן רציונלי, הם יפעלו כדי להימצא בה.<sup>18</sup> כפי שיוסבר להלן, מזהמים וניזוקים סביבתיים ינהלו ביניהם משא ומתן שיוביל לשמירה על הרמה המיטבית של הזיהום הסביבתי. ובמילים אחרות, החלוקה בין הצדדים של כלל ההוצאות והנזקים תהיה בהתאם להקצאת הזכויות הקיימת בפועל. עם זאת, סך הרווחה החברתית המצרפית לא ישתנה. כך, למשל, במקרה שבו א' הוא בעל מפעל מזהם הגורם לשכנו ב' נזק בעלות של X, ולב' יש הזכות שלא להינזק מהזיהום של א', הרי שא' יאלץ לפצות את ב' בגובה הנזק שנגרם. אם א' לא יוכל לפצות את ב' במחיר הנזק – X, הרי שא' יאלץ להימנע מלזהם, ועקב כך המשק גיע לתוצאה יעילה, שלפיה א' לא יגרום זיהום בכל מקרה שבו התועלת מהזיהום נמוכה מגובה הנזקים שנגרמים. מנגד, במקרה שבו לא' מוענקת הזכות לזהם, ירכוש ב' מידיו של א' את הזכאות לזהם במחיר שיפחת מ-X, על מנת שא' יפסיק לזהם. או לחלופין, ב' יישא בנזקים שנגרמים בעקבות הזיהום.

---

הניתוח הכלכלי של המשפט: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960); לגישה הסוברת כי התאורמה של קוז אינה ישימה לחלק מהשווקים המשוכללים ראו: Israel Gilead, "Coase Theorem", *Competitive Market and Products: Liability Law*, 20 ISR. L. REV. 39 (1985).

<sup>16</sup> הביטוי "הוצאות עסקה" כולל בתוכו כל מגבלה שיש על היכולת לנהל מסחר יעיל בזכויות שבין הצדדים. דוגמאות להוצאות עסקה יכולות להיות: פערים במידע או מידע א-סימטרי; התנהגות לא רציונלית של אחד הצדדים; ועוד.

<sup>17</sup> בעולם דמיוני כזה, סך כל ההוצאות והתועלות החברתיות יהיה שווה לסך כל ההוצאות והתועלות הפרטיות. לדיון בסוגיית הוצאות עסקה ראו: Pierre Schlag, *The Problem of Transaction Costs*, 62 S. CAL. L. REV. 1661 (1989).

<sup>18</sup> ההסבר למניעה ו/או להקטנת העיוות בהקצאת המשאבים ולהגדלת הרווחה הנו כדלקמן: כשבעל המפעל מחויב על פי החוק לשאת בהוצאות הנזקים שייגרמו הרי בעל המפעל יאפשר את קרות אותם הנזקים בכל אותם המקרים שבהם ההוצאות שיידרשו לשלם בגין הנזקים שייגרמו קטנות מתוספת התועלת שהוא יפיק מהשימוש באותו משאב. בכל המקרים הללו, שבהם התועלת עולה על עלות ההוצאות, השימוש באותו משאב על אף הנזקים שנגרמים לפרט מסוים יקטין את העיוות בהקצאת המשאבים שכן, סך הרווחה במשק תגדל, מעבר לסך הרווחה המצרפית שהייתה קיימת במשק לפני השימוש באותו משאב שגורם כעת לנזקים.

במציאות אין הנחות כמו אלה שהוצגו בעולם הדמיוני.<sup>19</sup> הגנה על הסביבה מהווה בעיה כלכלית. זאת, משום שקיימים קשיים לא מבוטלים בהגדרת הרמה המיטבית של הגנה על הסביבה, כמו גם ביכולת להשיגה. מקצת מהקשיים נובעים מכך שאותם נזקים סביבתיים אינם ניתנים לכימות או להערכה במחירי שוק. כך, למשל, לא ניתן לאמוד את עלות הנזק שנגרם בעקבות זיהום קרקע מתחנת דלק או ממפעל שמכלי הדלק שלו נסדקו. הנזק שנגרם אינו רק לקרקע שבסביבת תחנת הדלק או המפעל, אלא גם למי תהום, לבעלי החיים המצויים באותה סביבה ולאחרים. הנזק אינו ניתן להערכה, שכן הוא אינו נמצא בבעלות פרטית ואף לא מתקיים לגביו מסחר אמיתי. איחוד כל הניזוקים לבעלות פרטית אחת היה מאפשר הגשת תביעה בגין מכלול הנזקים ולא רק בגין חלקם, כפי שמתקיים כיום.<sup>20</sup> הגשת תביעה זו, וחשיפה אפשרית של המזיק לתשלום הנזק, הייתה מחייבת אותו לנקוט משנה זהירות על מנת להפחית את האפשרות לגרימת נזקים עתידיים. אולם קיומן של הוצאות עסקה גבוהות בניסיון לאחד את כלל הניזוקים לבעלות פרטית אחת, מונע את אפשרות איחודם של כלל הניזוקים. בנוסף, ההוצאות הכרוכות בהגשת תביעות נפרדות על ידי בעלים רבים גבוהות אף יותר. כן, לחלק מהמשאבים המזוהמים אין כלל בעלים בהיותם משאבים טבעיים (למשל אוויר). בעקבות זאת, יכול המזיק-המזוהם להתחמק מלפצות את הניזוקים בגין אותם נזקים שיצר. דוגמה לכך יכולה להיות חוסר היכולת ליצור שיתוף פעולה מלא בין כלל הניזוקים על מנת להעריך באופן אמיתי את מכלול הנזקים שנגרמו. אי-פיצוי של המזיקים את הניזוקים, יוביל בהכרח לכשל שוק ולקיומו של משק לא מיטבי, שכן ייווצרו בו הוצאות חיצוניות של המזוהמים כלפי הניזוקים.

### 1.3 תנאים סביבתיים נאותים כמוצר ציבורי (Public Good)

מוצר ציבורי הוא מוצר שהשוק הפרטי אינו מייצר, משום שעלויות הייצור שלו גדולות מהרווחים (תועלות) שהיצרן יכול להפיק ממנו.<sup>21</sup> דוגמה בולטת למוצר ציבורי

<sup>19</sup> בעולם מציאותי קשה להגדיר מהי רווחה מצרפית מקסימלית, שכן קיים קושי ביכולת המדידה של התועלות שהפרטים מפיקים. פרט לכך, זכויות הקניין אינן מוגדרות באופן מושלם עניין היוצר אי-ודאות באשר לזכויות של הצדדים. אי-ודאות זו מגדילה את הוצאות העסקה בצורך לברר מי הוא בעל הזכויות והאם עקב כך הוא רשאי לזהם או נדרש לפצות. להצגת הקשיים השונים בהגשת מידע ראו: גלעד, לעיל ה"ש 6, 446-453.

<sup>20</sup> בהקשר זה נציין כי ככל שידוע לנו, מרבית התביעות שמוגשות כיום, בין בדרך של תביעות רגילות ובין באמצעות הגשת תביעות ייצוגיות, אם בכלל, בהתרחש נזק כזה, נעשות על ידי המדינה או ארגונים ירוקים. אולם תביעות כאלה לרוב אינן משקפות את כלל הנזקים שנוצרו מאותו זיהום שנוצר.

<sup>21</sup> להרחבה בעניין זה ראו למשל: COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42-43.



בהקשר שלנו היא אוויר נקי.<sup>22</sup>

נבהיר זאת בדוגמה. נניח כי חברה פרטית הגיעה למסקנה כי במקום מסוים האוויר מזוהם. לאור זאת, היא מעוניינת לייצר ולמכור אוויר נקי שאינו מזוהם. תהליך הייצור של האוויר כרוך בהוצאות של בניית מכונה, אשר תפיק את האוויר הנקי לאותה סביבה. לאוויר הנקי יש ערך כלכלי רב, אם כי לא ברור אם תהיה בידי החברה האפשרות לנצל את כל הערך הכלכלי של המוצר ולכסות את עלויות הייצור. ההסבר לכך נובע מכמה סיבות. ראשית, לחברה פרטית אין יכולת למנוע את האוויר הנקי מכל אותם פרטים שלא מעוניינים לצרוך אותו. שנית, עלויות החסימה של האוויר הנקי מכל אלו שמעוניינים לצרוך אותו, אולם אינם מעוניינים לשלם עבור צריכתו גבוהות. לפיכך אין זה משתלם לחברה הפרטית לחסום את הצריכה של האוויר הנקי מאותם אלה שאינם משלמים עבורו. שלישית, קיים קושי רב בזיהוי הפרטים שמפיקים תועלת מהאוויר הנקי, כך שלחברה יהיה קושי לאתר את הצרכנים הפוטנציאליים. פרט לכך, לא ניתן להעריך מהי רמת התועלת שהם הפיקו ולחייבם בהתאם. סיבות אלה מובילות את החברה הפרטית שלא לייצר מלכתחילה את האוויר הנקי, שכן אין ביכולתה לנצל אותו ערך כלכלי שטמון באוויר הנקי. אי-ייצור האוויר הנקי על ידי החברה או כל מוצר ציבורי אחר, יוצר כשל שוק ומחייב בדרך כלל התערבות של המדינה על מנת לחזור למשק יעיל. התערבות המדינה יכולה להתבצע בכמה דרכים, כמו ייצור האוויר הנקי על ידי המדינה או חקיקת חוקים ותקנות המחייבים את המזיקים הפוטנציאליים (בעלי המפעלים) להגביל או להפחית את הזיהום שהם מייצרים, וכך לשמור על האוויר הקיים נקי יותר.

כפי שראינו לעיל, זיהום סביבתי יוצר כשל שוק, שכן מנגנון השוק הקיים אינו מצליח לגרום למזהמים להפנים את הוצאות הנזקים הסביבתיים שהם מייצרים. אי לכך, נדרשת התערבות חיצונית, חקיקתית או אחרת, על מנת לגרום להפנמת הוצאות הזיהום על ידי המזהמים. התערבות חיצונית יכולה לחייב את המזהם לשאת בהוצאות המפגעים הכרוכים בזיהום או לשלם סכום חלופי, כמו קנס בגין גרימת זיהום. בפרק הבא נעמוד על כמה שיקולי מדיניות בקביעת אחריותם של המלווים לנזק שנוצר על ידי היזמים-הלווים.

## 2. שיקולי מדיניות כלכלית

בחלק זה של המאמר נציג את השיקולים השונים שעל בסיסם ניתן יהיה לקבוע את

<sup>22</sup> בהקשר זה נציין כי ייצור משאבים סביבתיים אינו אפשרי לגבי מרבית המשאבים שקיימים בטבע. אכן, ניתן לייצר מים מתוקים ונקיים מהמשאב (מים) שקיים בטבע באמצעות טיהור מים מזוהמים או התפלת מי ים וכך גם לנקות קרקע מזוהמת באמצעות ניקוי המשאב (הקרקע) המצויה בטבע, אולם לא ניתן לייצר משאב חדש של מים או קרקע מעבר לקיים בטבע.

המסגרת הראויה להטלת אחריות על המלווה, אם בכלל. העיקרון המקובל בכל המדינות המפותחות הוא שעל המזהם הגורם לנזק הסביבתי לשלם בגין נזקי הזיהום שגרם (Polluter Pays).<sup>23</sup> הדיון שנעשה בעיקרון זה לאורך כל השנים, מרבה לעסוק בשאלה מהו הנזק שנגרם בעקבות הזיהום, וכיצד ניתן לכמת אותו בכסף. עם זאת, כמעט שלא נערך דיון בשאלה מי גרם לאותו זיהום.<sup>24</sup>

מלווים אשר מעניקים הלוואה ליזמים, מעניקים להם את ה"חמצן" הדרוש להם כדי להתחיל בתהליך בניית הפרויקטים. מעורבותם של המלווים שונה מזו של יתר הנושים הקשורים לפרויקט, משום היותה גדולה ומשמעותית יותר. ללא אותה הלוואה, לא מעט מהיזמים לא היו יכולים לבצע את הפרויקטים המזוהמים. המלווים, בשונה מספקים ומעובדים, בוחנים עובר למתן הלוואה את יכולת בניית הפרויקט והשלמתו. בשל הבדלים אלה מתעוררת השאלה אם יש לראות את המלווים כחלק מהגורם האחראי לנזק הסביבתי.<sup>25</sup>

נזקי הסביבה יכולים להשפיע על המלווה בכמה מישורים. המישור הראשון הוא הטלת אחריות ישירה על המלווה בכל אותם מקרים שבהם הוא נכנס בנעלי הזים: כך, למשל, במקרה שבו המלווה פועל באמצעות אגרת החוב שניתנה לו כשעבוד בגין ההלוואה למימוש הפרויקט, תופס את החזקה במפעל או בנכס המזהם וגורם לנזקים סביבתיים;<sup>26</sup> או במקרה שבו במהלך בניית הפרויקט הבנק מתערב בנייהול עסקי הזים ובהחלטותיו היום-יומיות. אחריות ישירה זו של המלווה יכולה לעתים לעלות על שווי ההלוואה, שכן ניתן להטיל עליו אחריות בחלק מן המקרים לפעול לתיקון הנזקים הסביבתיים. המישור השני הנו הגדלת סיכוני המלווה בגין אי-פירעון ההלוואה בעקבות נזקים סביבתיים שגרם הלווה, ואשר הוא נדרש לתקנם בטרם פירעון ההלוואה. חובתו של הלווה לתקן את הזיהומים הסביבתיים, מעמידה בסיכון גבוה יותר את יכולתו של המלווה להיפרע מההלוואה. המישור השלישי הנו הפגיעה במוניטין של הגורם המממן. חלק לא מבוטל מהמוניטין של הגורמים המממנים,

<sup>23</sup> ראו למשל: Michael J. Gergen, *The Failed Promise of the "Polluter Pays" Principle: An Economic Analysis of Landowner Liability for Hazardous Waste*, 69 N.Y.U.L. REV. 624 (1994).

<sup>24</sup> ראו לדוגמה: Sanford E. Gaines, *The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos*, 26 TEX. INT'L L. J. 463, 472-473 (1991).

<sup>25</sup> לדיון בעניין הקשר הסביבתי שבין המלווים ליזמים (הלווים) יוצרי הזיהום ראו התייחסותנו בפרק 1.2.ד להלן.

<sup>26</sup> להסבר מפורט בנוגע לאפשרויות השונות שקיימות בפרקטיקה האמריקנית למימוש שעבודים שנעשו להבטחת הלוואות ראו: התייחסותנו בפרק ג' להלן; בנוגע לתהליך המימוש שקיים בפרקטיקה על פי הדין הישראלי נציין כי משיחה עם עורכי הדין שמתפלים במשכנתאות בכמה בנקים קיימת אי-אחידות בעניין. בבנק אחד נאמר שהבנק לא רוכש את הנכס הממושכן בכל מקרה ואילו בבנק אחר נאמר, שבמקרים קיצוניים הבנק אכן רוכש את הנכס ומפעיל אותו כבעלים.

ובעיקר בנקים, נובע מההגינות והיושר שהם מציגים לעיני כול. כללי האתיקה בביצוע השקעות חשובים להם במציאת לקוחות חדשים ובשמירה על לקוחות קיימים.<sup>27</sup> פגיעה באותם כללי אתיקה באמצעות מתן הלוואות ליוזמים שפוגעים בסביבה, תפגע במוניטין שצברו המלווים לאורך השנים וביכולתם למצוא לקוחות חדשים. כך, למשל, ניתן לראות את הפגיעה ביוקרה ובמוניטין שהייתה לבנק העולמי כשמימן פרויקטים במדינות מתפתחות, שגרמו נזקים סביבתיים משמעותיים.<sup>28</sup> עם זאת, במדינת ישראל ובמדינות אחרות שבהן כיום אין הקפדה על אכיפת חוקי איכות הסביבה (תת-אכיפה),<sup>29</sup> קשה יהיה לראות בבנק המממן מפעל מזהם כמי שאינו ממלא אחר כללי האתיקה המקצועית.

כל ההשפעות המתוארות בדיון זה נובעות מאחריותו של הלווה ומהשפעתו העקיפה של המלווה. הניתוח הכלכלי לעיל מוכיח את הצורך לדון בנושא האחריות הישירה של המלווה עצמו. במצב הקיים, בקבלת ההחלטה לממן את הפרויקט של הלווה, בדרך כלל המלווה לא מביא בחשבון את כל ההוצאות הסביבתיות השליליות הפוטנציאליות של הפרויקט. זאת, מאחר שהסיכון, שגרמת מפגעים על ידי הלווה תפגע בפירעון ההלוואה, הנו קטן ביותר. אולם החלטת המלווה לממן את הפרויקט קושרת אותו לגרמת המפגעים, משום שללא הענקת המימון, לא יבוצע הפרויקט ולא ייגרמו המפגעים. המפגעים הם ההשפעות החיצוניות השליליות של החלטת המלווה. לכן, כדי למנוע את כשל השוק או להפחיתו, יש צורך בקביעת הסדרים משפטיים שיחייבו את המלווה להפנים את ההוצאות הסביבתיות החיצוניות.

הקושי בעיצוב משטר המטיל אחריות על המלווה בגין נזקים סביבתיים שהלווה יוצר, נובע מהצורך לאזן בין שני מרכיבים חשובים. האחד, הרצון לגרום למלווה להתחשב בהשפעות סביבתיות וכך להימנע ממתן הלוואות לפרויקטים הפוגעים בסביבה. האחר, המשך תפקודו של שוק האשראי במשק, ללא חשש לחשיפת יתר במתן ההלוואות. כדי לשקול מהי דרגת האחריות שיש להטיל על המלווה נציג את שתי האפשרויות התאורטיות המצויות בשני קצוות קשת האחריות. האחד, הטלת אחריות מוחלטת על המלווה בגין זיהומים סביבתיים שהלווה יוצר. האחר, השארת המצב כפי שהוא כיום בישראל, דהיינו אי-הטלת אחריות על המלווה.<sup>30</sup>

הטלת אחריות מוחלטת על המלווה בגין כל הנזקים הסביבתיים שנגרמים בפועל

<sup>27</sup> Benjamin J. Richardson, *Ethical Finance in Britain: A Neglected Prerequisite for Sustainability*, 5 ENVTL. L. REV. 109 (2003)

<sup>28</sup> Ian A. Bowles & Cyril F. Kormos, *Environmental Reform at the World Bank: The Role of the U.S. Congress*, 35 VA. J. INT'L L. 777, 777-808 (1994-1995)

<sup>29</sup> בעניין זה ראו טקסט סביב ה"ש 112 להלן.

<sup>30</sup> להצגת מודל כלכלי למסגרת האחריות הרצויה ראו לדוגמה: Rohan Pitchford, *How Liable Should a Lender Be? The Case of Judgment-Proof Firms and Environmental Risk*, 85 AM. ECON. REV. 1171 (1995)

על ידי הלווה, אינה הוגנת, שכן המלווה אינו הגורם הישיר לנזק. פתרון זה גם אינו יעיל מבחינה כלכלית. יתר על כן, בחלק מן המקרים, אין ביכולתו של המלווה לצפות את הנזק שגורם היזם (הלווה) בשל ריחוק הנזק, ובחלק אחר של המקרים, הנזקים הסביבתיים שנגרמו בפרויקט לא נובעים מפיקוח רשלני של המלווה על הלווה. הטלת אחריות על המלווה אינה יעילה כלכלית גם משום שהאחריות בגין הנזק מוטלת יחד ולחוד על הלווה ועל המלווה.<sup>31</sup> הטלת אחריות ביחד ולחוד תפחית את אפקט ההרתעה כלפי הלווה ותגרום לביטול העיקרון של "המזהם משלם", עקב היותו של המלווה בעל הכיס העמוק (Deep Pocket).<sup>32</sup> במערכת היחסים שבין המלווה ללווה הדבר יגרום להרתעת יתר של המלווה, שכן בגין כל נזק סביבתי יפנו אליו. במקביל תיווצר הרתעת חסר ללווה-היזם, שכן היזם יאמין שתמיד יפנו למלווה בטרם יפנו אליו. מתן האפשרות למלווה להיפרע מהלווה-המזיק, לאחר שנדרש לשלם בגין הנזקים הסביבתיים, מייקר את הוצאות העסקה והנו בעל ערך נמוך במקרה שבו הלווה-המזיק חדל פירעון.

מנגד, השארת המצב כפי שהוא כיום – היינו אי-הטלת כל אחריות על המלווה – אינה יעילה כלכלית אף היא. זאת, מאחר שהמלווה יכול היה למנוע מראש את הזיהומים הסביבתיים הנגרמים בחלק מן המקרים.

האיזון בין השיקולים הנגדיים האלה מצביע על כך שהטלת אחריות חלקית או מוגבלת על המלווה לנזקים סביבתיים שנגרמים בעקבות פעולות היזם-הלווה הנה יעילה מבחינה כלכלית, ואף ניתן להצדיק את ההיגיון שבה, למרות הקושי בהגדרת המונח "חלקי" או "מוגבל". הגבולות העיקריים להטלת האחריות יתמקדו במקרים שבהם המלווה מפעיל שליטה ניהולית על הלווה ומקבל על עצמו אותם סיכונים סביבתיים שאותם יוכל להתמודד. עוד יתמקדו הגבולות באותם מקרים שבהם המלווה יכול היה להשפיע על היזם-הלווה להימנע ממפגעים סביבתיים, אולם הוא בחר להתעלם מיכולתו זו.<sup>33</sup> סוג אחר של מקרים שבהם יש הצדקה כלכלית להטיל אחריות על המלווה ולא להשאיר את הנזק על כתפי הציבור או על ניזוקים פרטיים, יתקיים כשמדובר בשני צדדים תמימים שאינם יוצרי הסיכון הסביבתי ושלא יכלו למנוע את

<sup>31</sup> להצגת הבעיות שמתעוררות עקב הטלת אחריות משותפת גם על המלווה ראו: Ronald Rothstein, *Rethinking the Joint and Several Liability of Lenders under CERCLA*, 29 VAL. U. L. REV. 1417 (1995).

<sup>32</sup> ראו: Gergen, לעיל ה"ש 23; לגישה המתנגדת להטלת אחריות על הבנק בשל היותו בעל כיס עמוק ולבעיות שיווצרו עקב הטלת האחריות ראו: Stephen N. Moelis, *CERCLA and Lender Liability: Why the Search for "Deep Pockets" Leads to Small Changes*, 12 CARDOZO L. REV. 213 (1990).

<sup>33</sup> בהקשר זה ראוי לציין כי אין מדובר ביכולת כללית של המלווה להשפיע על הלווה-היזם (כמו למשל הזכות הנובעת למלווה מהסכם ההלוואה להטיל וטו על נושאים מסוימים בעסקי הלווה), אלא למשל ביכולת השפעה ספציפית נזיקית-זיהומית בשל אירוע שעומד להתרחש ושהמלווה יודע עליו, הביע את דעתו בפני הלווה-היזם ומשיקולים זרים מאפשר ללווה-היזם לזהם.

הזיהום הסביבתי. על פי הגישה הכלכלית, באותם מקרים, מאחר שהמלווה בעל יכולות טובות יותר להתמודד עם תשלום הנזק מאשר הציבור או הניזוק הספציפי, יש להטיל על המלווה את האחריות.<sup>34</sup>

נציג כעת כמה שיקולי מדיניות שיסייעו בגיבוש מסגרת האחריות שיש להטיל על המלווה:<sup>35</sup>

## 2.1 רווחי המלווה

המלווים מעניקים הלוואות ליזמים ומרוויחים מהפיתוח הכלכלי שקיים במשק. ניתן לומר שרווחי המלווים מאותן הלוואות של הפיתוח הכלכלי של המשק הם צדו האחד של המטבע. צדו האחר הנו שיתופם באחריות הקיימת למניעת הנזקים הנובעים מאותו פיתוח כלכלי או שיתופם באחריות לנזקים שנוצרו בעקבות אותו פיתוח כלכלי. אין ספק כי על פי שיקול זה, הנאתו של המלווה מהפיתוח הכלכלי אף שרווחיו הם עקיפים, מהווה הצדקה להרחבת אחריות המלווה, לפחות באותם מקרים שבהם הנזקים הסביבתיים נגרמים על ידי הלווה, והמלווה יכול היה למנעם או למזער אותם בעלות מינימלית, אולם לא היה מעוניין בכך משום שהוא נהנה מאותם רווחים.

## 2.2 שיפור ברווחה המצרפית

בחלק זה הטענה להרחבת האחריות של המלווה היא, כי הטלת אחריות על המלווה תשפר את הרווחה המצרפית של המשק.

ההסבר לשיפור ברווחה המצרפית נוגע לטיב הפעילות הפיננסית של המלווים. במישור זה הטענה היא, שהשקעה של גוף פיננסי בהלוואות המביאות בחשבון שיקולים של איכות הסביבה, רווחית יותר מהשקעה בהלוואות שאינן מביאות בחשבון שיקולים אלה. לטענה זו ניתן לתת כמה הסברים. על פי הסבר אחד, נוסף על הבדיקות העסקיות הרגילות, מלווים בעלי רגישות סביבתית נוהגים לערוך גם בדיקה סביבתית לפני מתן הלוואה. בדיקה זו, פרט לבדיקות הסטנדרטיות, עוזרת להם לזהות לווים שמנהלים את הסיכונים הטמונים בחשיפה לאחריות באופן הטוב ביותר,

<sup>34</sup> כך, למשל, כאשר היזם-הלווה בעל מפעל לכימיקלים, משתמש בחומר חדש אשר גורם לפיצוץ לא צפוי ומונע את המשך היכולת של התושבים באזור להתגורר במקום. במקרה זה, בהנחה שהן הבנק והן תושבי האזור הנם צדדים תמימים אשר לא היה באפשרותם לחזות או למנוע את הסיכון, היות הבנק בעל יכולת טובה יותר להתמודד עם המשבר הכלכלי מאשר תושבי האזור, מוביל על פי שיקול זה, להטלת אחריות ברמה כזאת או אחרת, על הבנק.

<sup>35</sup> להצגת שיקולים נוספים שבהם ניתן לעשות שימוש להרחבת האחריות על המלווה במערכת היחסים שבין הבנק לצדדים שלישיים ראו: עמיחי קרנר **מימון נדל"ן לבניה** 25-77 (2005).

וכך מביאה לתשואה הטובה ביותר על ההשקעה.<sup>36</sup> הסבר שני לטענה האמורה הוא, שתוספת העלויות שנגבות עבור הבדיקה הסביבתית בטרם כניסת המלווה לעסקה ועבור הפיקוח המתבצע במהלך תקופת ההלוואה, נמוכה מהעלויות שיידרש היזם-הלווה לשלם בגין תיקון הנזקים הסביבתיים שנגרמים לסביבה בהלוואות רגילות, שאינן מביאות בחשבון את השיקולים הסביבתיים. שלישית, אם ניתן היה להטיל על הלווים המזהמים את מלוא התשלום בגין כל הנזקים הסביבתיים שהם גורמים, הרווחיות האמיתית של אותם לוויים הייתה נמוכה בהרבה מהרווחיות של לוויים המביאים בחשבון שיקולים אלה, והרווחה שלהם הייתה קטנה בהתאמה אף היא.<sup>37</sup> עם זאת, לא כל המלומדים מסכימים שהטלת אחריות על המלווים תוביל בהכרח להגדלת הרווחה המצרפית. ישנם מלומדים שסוברים כי הטלת אחריות גורפת, בלתי מבוקרת ובלתי מדודה, תוביל דווקא להקטנת הרווחה המצרפית ולא להגדלתה<sup>38</sup> – למשל, כאשר הרחבת האחריות תגרום לצמצום משמעותי במתן ההלוואות ובשל כך למשבר בשוק האשראי. יתרה מזאת, שיפור ברווחה המצרפית המוצג בחלק זה, תלוי באכיפה יעילה של חוקי הסביבה. בישראל האכיפה של חוקי הסביבה אינה יעילה, ולכן גם לא ברור אם תגדל הרווחה, ובאיזו מידה.<sup>39</sup> בנוסף, נציין כי התנהגות המלווים אינה תמיד רציונלית.

לאור האמור לעיל, נראה כי שיקול זה של שיפור ברווחה המצרפית, יצדד בהרחבת האחריות של המלווים, רק אם תתבצע אכיפה אפקטיבית של חוקי הסביבה, ורק באותם מקרים שבהם הטלת האחריות תוביל לגידול ברווחה המצרפית.

### 2.3 המלווה כמונע הנזק הזול

למלווים יש מכלול כלים פיננסיים המאפשרים להם לסייע לקיים מדיניות אכיפה השומרת על איכות הסביבה. בכלים אלה נעשה ממילא שימוש בעת הבדיקה הסטנדרטית שעורכים המלווים לפני העמדת הלוואות ללווים, כך שהתאמתם

<sup>36</sup> ראו: Michael V. Russo & Paul A. Fouts, *A Resource-Based Perspective on Corporate Environmental Performance and Profitability*, 40 ACADEMY OF MANAGEMENT J. 534 (1997); C.A. Mallin, B. Saadouni & R.J. Briston, *The Financial Performance of Ethical Investment Funds*, 22 J. BUS. FIN. & ACC. 483 (1995)

<sup>37</sup> בעניין זה נציין כי הכלים הקיימים כיום, אינם מדויקים ביכולתם לבדוק בראייה רטרואקטיבית מה היה קורה אילו היו מביאים בחשבון באותו פרויקט גם שיקולים סביבתיים וכיצד זה היה משפיע על החברה. בעייתיות נוספת שמתעוררת היא תקופת הזמן הקצרה שבה ניתן לבחון תוצאות אלה, וזאת לאור אי-המודעות של החברה ואי-פיתוח חוקי הרגולציה בתחום איכות הסביבה עד לשנים האחרונות.

<sup>38</sup> להצגת המקרים שבהם הטלת אחריות רחבה מדי על המלווה לנזקים הסביבתיים תוביל להקטנת הרווחה המצרפית ראו: Pitchford, לעיל ה"ש 30.

<sup>39</sup> ראו התייחסותנו להלן בפרק ד.1, טקסט ליד ה"ש 112.

לבדיקות נוספות של כדאיות לסביבה כרוכה בעלות מזערית. כך, למשל, המלווים יכולים לבנות או לרכוש מערכות לניהול סיכוני סביבה, שאין באפשרותם של כל הלווים, ובייחוד הלווים הקטנים, לרכוש. בנוסף, המלווים רוכשים מערכות אלה לטובת כלל ההלוואות שהם נותנים, ולפיכך עלות רכישת המערכות מתפרסת על פני כלל ההלוואות. המלווים, או לפחות המלווים המוסדיים הגדולים, יכולים גם להיערך באופן הטוב ביותר ליישום דרישות הדין הסביבתי ומדיניות הרשויות הסביבתיות, לפרשנותן ולניתוחן. באפשרות המלווים לשאת בהוצאות רכישתם או הפקתם של הדו"חות הסביבתיים הנדרשים לפני תחילת הקמת הפרויקט, ובהוצאות הפיקוח הנדרש במהלך תקופת ההלוואה. המלווים יכולים להשפיע על הפיתוח הסביבתי גם באמצעות חיוב הלווה לעמוד בתנאים סביבתיים מסוימים בעת ניצול כספי ההלוואה לצורך הקמת הפרויקט והפעלתו. בנוסף, למלווים אפשרות לכלול בהסכמי ההלוואה תניות שונות באשר לדרך הבנייה והתפעול של הפרויקט, כמו גם באשר לזכויות הפיקוח על הלווה לאורך כל חיי ההלוואה. זכויות אלה של המלווים לפני מתן ההלוואה ומכוח הסכמי ההלוואה מהוות כלי יעיל לשמירה על איכות הסביבה ולהקטנת אותם סיכונים כלכליים סביבתיים.<sup>40</sup>

מהשיקולים האמורים עולה כי למלווים יתרונות משמעותיים ביכולת למנוע את הנזק שנגרם על ידי הלווים. שיקולים אלה מאפשרים להרחיב בזהירות את יריעת האחריות של המלווים לאותם מקרים שבהם המלווה יכול באמצעות היתרונות היחסיים שיש לו, למנוע או להקטין את הנזק שנגרם על ידי הלווה.

#### 2.4 עלייה במחיר עסקת ההלוואה

הטלת אחריות על מלווים בגין זיהום סביבתי של לווים, תשפיע באופן ישיר על שוק האשראי, כי היא תאלץ את המלווים לנקוט משנה זהירות בטרם מתן ההלוואה ובמהלכה. במיוחד נכון הדבר באשר ללווים המבקשים מימון לצורך רכישה או הקמה של מפעלים פטרוכימיים, תחנות כוח או מפעלים לטיהור מים. אך הדבר נכון גם להלוואות המיועדות לרכישת קרקעות ולצרכים נוספים.<sup>41</sup> משנה זהירות זה כולל, בין היתר, קבלת חוות דעת סביבתית על הקרקעות או הנכסים שהלווה מתכוון להעמיד כבטוחות; קבלת דגימות מקרקעות שבעניינן מתעורר חשד לבעיות סביבתיות; עריכת פיקוח על תהליכי הבנייה או ההפעלה של הפרויקט נשוא המימון; בדיקה היסטורית של מבקש ההלוואה על מנת לגלות אם בעבר הוא היה מעורב בבעיות של שמירה על איכות הסביבה; ובדומה – בדיקה היסטורית של הנכס עצמו; הכנסת סעיפים בהסכם

<sup>40</sup> להרחבה בעניין ראו פרק ג' להלן.

<sup>41</sup> ראו למשל: Michele Beigel Corash & Lawrence Behrendt, *Lender Liability Under CERCLA: Search for a Safe Harbor*, 43 Sw. L. J. 863 (1990).

ההלוואה המטילים על הלווה-היזם חיובים שונים במקרה שיתגלה בעתיד זיהום הנובע מהפרויקט נשוא המימון; ורכישת ביטוח סביבתי.

אמצעי זהירות שנוקט המלווה נועדו בראש ובראשונה למנוע חשיפה שלו לאחריות בגין נזקים סביבתיים שנוצרים על ידי הלווה. נקיטת אותן פעולות תקטין את חשיפת המלווה, אם כי תייקר את עלות מתן ההלוואה.

ההסבר לעלייה במחירי ההלוואה (האשראי) של המלווים ולירידה בכמות הדרישות של האשראי על ידי הלווים נובעת מכך שהתנהגות מחיר האשראי במשק, תואמת כמעט תמיד את שיעור הריבית. ככל שיעלה שיעור הריבית על ההלוואות, כך יעלה גם מחיר האשראי. מנגד, הדרישה לאשראי על ידי הלווים מנוגדת לשיעור הריבית על ההלוואות. כשהריבית עולה עקב תוספת בסיכונים, הביקוש לאשראי על ידי הלווים יקטן. מובן, כי שיעורי העלייה במחירי האשראי ושיעורי הירידה בביקושים לאשראי תלויים בגמישות עקומות ההיצע והביקוש.

ההוצאות בגין נקיטת אמצעי הזהירות יכולות להיות מועמסות על הלווה, או שהמלווה יישא בהן בעצמו. העמסת ההוצאות על הלווה יכולה להיעשות בין בדרך של העלאת שיעור הריבית בגין ההלוואה ובין בדרך של הגדלת הוצאות העסקה.<sup>42</sup> נשיאה בהוצאות על ידי המלווה עצמו, משמעותה הקטנת הרווחים למלווה עקב הגידול בהוצאות. הניסיון מראה כי בסופו של דבר חלק כזה או אחר מההוצאות הסביבתיות של המלווה יועברו ללווה.

הגדלת הוצאות המלווה עקב נקיטת אמצעי זהירות נוספים תוביל לייקור במחיר האשראי ולירידה בכמות הביקושים לאשראי על ידי הלווים. כך גם אי-הוודאות שנגרמת למלווה בעקבות הסיכונים הנוספים המוטלים עליו עקב חוסר יכולתו למנוע לחלוטין את החשיפה לסיכון. ירידה בכמות הביקושים לאשראי תגרום – ברמה כזו או אחרת – להאטה בפיתוח הכלכלי של המשק, שכן רצונם של הלווים להשקיע יקטן. הקטנת ההשקעות יכולה להוביל לתהליכים נוספים כגון האטה בתהליך הבנייה במשק; פיטורי עובדים בעקבות חוסר בהתחלות בנייה; הקטנת הצריכה הציבורית; חיפוש שווקים אחרים להשקיע בהם; וכיוצ"ב. לכן, כששוקלים את הרחבת אחריות המלווה בגין נזקים סביבתיים הנגרמים על ידי הלווה, יש לערוך בדיקה מקדמית אשר תכלול את כלל ההשפעות המשקיות שתיגרמנה מכך.

<sup>42</sup> נטל ההוצאות לנקיטת אמצעי הזהירות יכול להתחלק באופן שווה בין כלל הלווים או בין אותם לוויים שחושפים את המלווה לסיכונים הנוספים. עם זאת, נראה לנו, כי למלווה יש קושי לזהות באופן מדויק או לחזות מיהם אותם לוויים בעייתיים אשר מגדילים את החשיפה של המלווה לאותם סיכונים נוספים. קושי זה מוביל בהכרח לזה שלפחות חלק מתוך ההוצאות יועמסו על לוויים שאינם מגדילים את החשיפה של המלווה לאותם סיכונים.



## 2.5 תאוריית הכיס העמוק

המצדדים בתאוריית הכיס העמוק ידגישו בנוסף, כי לאור איתנותם הפיננסית של המלווים, הם בעלי יכולת גבוהה יותר לשאת בעלות תיקון הנזקים ובתשלום פיצויים לניזוקים, בהשוואה ליתר הגורמים המעורבים בפרויקט, כגון ספקים, קבלני משנה, רוכשי יחידות בפרויקט, או הציבור בכללותו. יכולתם של המלווים להתמודד עם הנזק ולתקנו מקטינה את כמות הנזקים העקיפים שייווצרו בעקבות הנזקים הסביבתיים הראשוניים. התמודדות המלווים עם תשלום הפיצוי וחובת התיקון אפשרית בכמה דרכים. למשל על ידי חיוב הלווה למסור למלווה בטוחות גדולות יותר טרם מתן ההלוואה; העמסת תשלום הפיצויים ויתר התיקונים על הלווים האחרים של המלווה, כולם או חלקם, בדרך של הגדלת שיעור הריבית או גובה העמלות (פיזור הנזק על כלל הלווים); כן אפשרי קיזוז הנזקים מרווחים אחרים שייווצרו.

לדעתנו, שיקול זה של הכיס העמוק בעייתי, משום שהוא מתייחס אך ורק ליכולתו של המלווה לשלם ולא לעצם הצדקת הטלת האחריות על המלווה. בכך שונה שיקול זה משאר השיקולים המפורטים לעיל. בנוסף, שיקול זה מתעלם מהתחשבות בהשפעות המשניות של הטלת אחריות על המלווה, הנופלות על לוויים שאין להם כיס עמוק, ושלא יוכלו לקבל אשראי אם המלווה יעלה את מחירו.

## 3. סיכום

במקרים רבים מלווים מממנים פרויקטים הפוגעים באיכות הסביבה. בפרק זה הוסבר כיצד גרימת מפגעים סביבתיים על ידי לוויים גורמת לכשל שוק. במצב הקיים, הטלת אחריות משפטית על הלווים אינה מספיקה למנוע את התוצאה הזו. הטלת אחריות על המלווה יכולה להפחית את כשל השוק ולמנוע מפגעים מיותרים. מאידך גיסא, הטלת אחריות על המלווה בגין מפגעים הנגרמים על ידי הלווה, יכולה להביא להשפעות שליליות על שוק האשראי. לכן יש צורך לבחון באילו מקרים אכן מוצדק להטיל אחריות על המלווה. פרק זה דן בכמה שיקולים שיש להביא בחשבון בזיהוי המקרים שבהם יש להטיל אחריות על המלווה, והם: רווחי המלווה, שיפור ברווחה המצרפית, הטלת אחריות על מונע הנזק הזול ועלייה במחיר עסקת ההלוואה. לטעמנו, ראוי להטיל אחריות על המלווה במקרים שבהם ההצדקה להטלת האחריות גוברת על הסיכון לפגיעה בשוק האשראי.

## ג. הדין האמריקני – המשל ומוסר ההשכל

### 1. רלוונטיות הדין האמריקני לשיטה הישראלית

בדין האמריקני קיים ניסיון של עשרות שנים בנושא האחריות המשפטית של מלווים למפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלווים. התפתחות המשפט האמריקני בנושא זה ידעה עליות ומורדות. בתי המשפט, כמו גם בית המחוקקים והרשות המנהלית הסביבתית נטלו חלק בניסיונות להסדיר את אחריות המלווים. אולם לא תמיד נעשה הדבר באופן שיטתי, בהחלט לא באופן שהעניק למוסדות המלווים הדרכה ברורה על הצעדים הנדרשים כדי להתאים את התנהגותם לדרישות החוק. בעקבות זאת לאורך תקופה מסוימת אופיין הדין האמריקני בחוסר ודאות. להיעדר הוודאות היו תוצאות קשות על שוק האשראי, כגון מניעת לווים טובים מלקבל מימון. יתר על כן, אותה אי-ודאות סיכלה את מימוש מטרת החוק לקידום שמירת איכות הסביבה. בסופו של דבר, לאחר גלגולים שונים שיתוארו בהמשך הפרק, נפתרו רוב בעיות אלה. השיטה האמריקנית דהיום היא שיטה סבירה המאזנת בין אינטרס המלווים להעמיד הלוואות; לבין אינטרס הלווים – ובעיקר לווים העוסקים בפרויקטים העלולים להשפיע לרעה על הסביבה – לקבל הלוואות; ולבין האינטרס הציבורי של מניעת השפעות סביבתיות שליליות.

הלקח הרלוונטי לישראל אינו נמצא בתוכנן של הדרישות המוטלות על המלווים, אלא דווקא בהיסטוריה של פיתוח הדין ובדרך שננקטה לצורך קביעת הדרישות הנוכחיות. מהיסטוריה זו ניתן להפיק לקחים חשובים בשני תחומים עיקריים: ראשית, בנוגע לעצם הצורך להסדיר את אחריות המלווים באופן מסודר, מפורט וברור. שנית, בנוגע להתאמתם של מוסדות השלטון השונים בקביעת הדין הנדרש. לקחים אלה רלוונטיים מאוד בארץ. לכן, למרות ההבדלים בין שיטת המשפט האמריקנית לבין השיטה הישראלית, ולמרות ההבדלים בין המצב החברתי והכלכלי בשתי המדינות, חשוב לבדוק את הניסיון האמריקני כאמצעי לפיתוח הדין הישראלי באופן מוצלח.

### 2. הדין האמריקני

בארצות-הברית מתמודדים עם אחריות מלווים<sup>43</sup> למפגעים סביבתיים בעיקר בחוק הפדרלי Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act.<sup>44</sup> חוק זה עוסק בניקוי קרקע מזהמת, ומטרתו לפתור בעיות

<sup>43</sup> ככלל, הדין האמריקני בנושא אחריות מלווים לא מבחין בין בנק לבין מלווים אחרים. לכן הדיון להלן רלוונטי לכל סוגי המלווים.

<sup>44</sup> 42 U.S.C. 103 §§ 9601–9675 (2006). (להלן: CERCLA).

סביבתיות שכבר נגרמו ולמנוע המשך דליפת הזיהום הקיים לסביבה. בנוסף, ניתן להטיל אחריות סביבתית על מלווים מכוח חוקים פדרליים אחרים;<sup>45</sup> מכוח דינים מדינתיים ומקומיים;<sup>46</sup> ומכוח תאוריות של המשפט המקובל,<sup>47</sup> שבעיקרן הן עילות נזיקיות הישימות גם לעניינים סביבתיים. פיתוח הדין לפי כל אחד מהמקורות האלה שולי למדי, לאור תחולתו הרחבה של CERCLA ומיעוט השימוש היחסי שנעשה במקורות אחרים אלו.<sup>48</sup>

כדי להבין את היסטוריית הטיפול באחריות מלווים לפי CERCLA, יש להבין את הדרישות הבסיסיות של חוק זה, כמו גם את הפרקטיקה האמריקנית הנוהגת, להגנת ערך הנכס המשוועבד על ידי המלווה, ולמימוש שעבודים שנעשו להבטחת הלוואות. כאמור, החוק מתמודד עם ניקוי קרקע מזוהמת. החוק מטיל את האחריות להוצאות ניקוי הזיהום ולנזקים שנגרמים למקורות הטבע<sup>49</sup> על שלושה גורמים:

1. הבעלים בעבר ובהווה של מקור שממנו דלף לסביבה חומר מסוכן.
  2. המפעילים בעבר ובהווה של מקור שממנו דלף לסביבה חומר מסוכן.
  3. כל מי שהעביר, מסר או סידר את ההעברה או המסירה של חומר כאמור.<sup>50</sup>
- מכיוון שהחוק מגדיר בהרחבה את המונח "חומר מסוכן", יוצא שתחולתו של החוק רחבה ביותר.<sup>51</sup> האחריות על פי החוק היא אחריות חמורה, המוטלת ביחד ולחוד על כל הגורמים האחראיים. הממשל הפדרלי יכול לבצע את הניקוי בעצמו ולדרוש את החזר ההוצאות מהצדדים האחראיים, או לדרוש מהצדדים האחראיים לבצע את הניקוי בעצמם.<sup>52</sup> למעשה, האיום של ניקוי פדרלי לפעמים מספיק על מנת לגרום לצדדים האחראיים לבצע את הניקוי בעצמם, מתוך דאגה שההוצאות הבירוקרטיות

<sup>45</sup> ראו בעיקר (2006) 6901–6992k § 82 U.S.C. 42, הקובע תכנית לטיפול בפסולת מסוכנת על מנת למנוע בעיית סביבתית עתידית.

<sup>46</sup> לדיון בכמה מחוקים אלה, ראו: Lawrence P. Schnapf, *Lender Liability Today under Environmental Laws*, 60 CONSUMER FIN. L. Q. REP 147, 164–166 (2006).

<sup>47</sup> ראו לדוגמה: F.P. Woll & Co. v. Fifth and Mitchell Street Corp., 1997 WL 535936 (E.D. Pa. 1997); Edwards v. First Nat. Bank of North East, 712 A.2d 33 (Md. App. 1998).

<sup>48</sup> חוק ה-CERCLA מקל על התביעה, משום שהוא חל על דליפות של כל חומר מסוכן, היינו על קבוצת חומרים מקיפה יותר מזאת המטופלת לפי חוקים אחרים. בנוסף, CERCLA מאפשר לממשל לתבוע נזקים שנגרמו למקורות טבע, דבר שאינו אפשרי לפי רוב חוקי איכות הסביבה האחרים. מטעמים אלה הממשל בדרך כלל מעדיף להגיש את התביעה על פי CERCLA. ניתוח זה נובע מהחלפת תכתובות בנושא: E-mail from Mary Maloney Huss, Corporate Counsel for W.L.Gore & Associates, Inc., to Marcia Gelpe, author (Oct. 10, 2007, 8:45 CST) (התכתובות שמורות במערכת); ראו גם: Supporters to Oppose Pollution, Inc. v. The Heritage Group, 973 F. 2d 1320, 1324 (7th Cir. 1992).

<sup>49</sup> ס' 9607 ל-CERCLA.

<sup>50</sup> שם.

<sup>51</sup> ס' 9601(14) ל-CERCLA.

<sup>52</sup> ס' 9604 ו-9607 ל-CERCLA.

הכרוכות בפעולה פדרלית תייקרנה את עלות הניקוי באופן משמעותי. אם צד מסוים נשא לבדו בהוצאות הניקוי, הוא יוכל לחזור אל הצדדים האחרים ולהיפרע מהם.<sup>53</sup> ניקוי קרקע מזיהום של חומרים מסוכנים הוא הליך יקר להחריד. בשנת 2007 דווח שעלות הניקוי הממוצעת לפי חוק ה-CERCLA הייתה \$20,000,000<sup>54</sup> שעלול לגרום לקריסה כלכלית של כל גורם אחראי. לכן צדדים האחראיים לבצע את ניקוי הסביבה – בין שהם גופים שלטוניים ובין שהם גופים פרטיים – מחפשים כיס עמוק להשית עליו חלק מההוצאות, והמלווים מהווים מטרה נוחה לכך.

החוק מעניק הגנות מועטות מפני אחריות. אדם לא יישא באחריות, אם יוכל להוכיח שדליפת החומר המסוכן לסביבה נגרמה אך ורק בשל כוח עליון, מלחמה או מעשה של צד שלישי.<sup>55</sup> ההגנה האחרונה של מעשה צד שלישי צרה מאוד. היא תעמוד רק לאדם שיוכיח כי כאשר הוא רכש לראשונה אינטרס בנכס, הוא לא ידע ולא יכול היה לדעת, שהנכס מזוהם בחומר מסוכן,<sup>56</sup> כי הוא נהג בזהירות הראויה ביחס לחומר המסוכן, וכי נקט אמצעי מניעה כנגד מעשים של אחרים שיכלו לגרום לדליפה.<sup>57</sup> כדי להראות שלא יכול היה לדעת על הזיהום, עליו להוכיח כי ביצע חקירה נאותה בעניין הבעלות והשימוש שנעשה בנכס בעבר.<sup>58</sup>

לאור כל זאת, השאלה המרכזית מבחינת המלווה היא, האם האינטרס שיש לו בנכס של הלווה, הופך אותו לאחראי. אם כן, יש להניח שההגנות המוצמצמות של החוק לא תפטורנה אותו מאחריות.

<sup>53</sup> ס' 9613(f) ל-CERCLA. זה ארע בפרשת *F.P. Woll*, לעיל ה"ש 47. ראו גם: *F.P. Woll & Co. v. Fifth and Mitchell Street Corp.*, 2006 WL 2381778 (E.D. Pa. 2006).

<sup>54</sup> Philip L. Comella & Seyfarth Shaw, *Acquiring or Selling the Privately Held Company 2007, Environmental Issues and Liability Considerations*, 1610 PRACTICING LAW INSTITUTE 801, 811 (2007). אין פירוט במאמר זה אם הסכום כולל הוצאות משפטיות אם לא, או אם מדובר אך ורק באתרים הנכללים ברשימת ה-NPL (National Priorities List) הכוללת את האתרים המזוהמים הגדולים. מקורות אחרים נותנים אף הערכות גבוהות יותר. ראו למשל את המקורות המופיעים אצל: Ronald G. Aronovsky, *Federalism and CERCLA: Rethinking the Role of Federal Law in Private Cleanup Cost Disputes*, 33 *ECOLOGY L.Q.* 1, 8, fn. 16 (2006). ההערכות שם הן 140 מיליון דולר במוצק לנכס גדול או מזוהם בצורה קשה, והערכות גבוהות אף יותר להוצאות עתידיות. הערכה אחרת היא 40 מיליון דולר כממוצע לניקוי והוצאות עד 500 מיליון דולר לאתר בודד. ראו: Steven Ferrey, *Allocation and Uncertainty in the Age of Superfund: A Critique of the Distribution of CERCLA Liability*, 3 *N.Y.U. ENVTL. L.J.* 36, 37 (1994).

<sup>55</sup> ס' 9607 ל-CERCLA.

<sup>56</sup> ס' 9601(35)(A)(i) ל-CERCLA.

<sup>57</sup> ס' 9607(b)(3) ל-CERCLA.

<sup>58</sup> ס' 9601(35)(B) ל-CERCLA.

### 3. אחריות המלווה – התפתחות הדין

כאמור, CERCLA מטיל אחריות על הבעלים ועל המפעיל של נכס שממנו דלף זיהום לסביבה. על כן מלווה, אף אם נתן מימון לבעלים או למפעיל הנכס לצורך פיתוח הנכס, אינו נושא באחריות במקרה של דליפת זיהום מהנכס. יתר על זה, בחוק נכלל סעיף פטור הקובע שאין לראות כ"בעלים" או "מפעיל" – "אדם אשר, מבלי להשתתף בניהול הנכס [...] מקיים מאפייני בעלות שנועדה להגנת האינטרס הבטוחתי שלו בנכס".<sup>59</sup>

אולם הפרקטיקה האמריקנית של העמדת הלוואות והטיפול בהן, מעוררת אי-בהירות לגבי אופן יישום סעיף הפטור, ובשל כך עלול המלווה להיכלל במעגל הגורמים האחראיים לזיהום.

מלווים רבים עוסקים במידה כזו או אחרת בניהול הנכס או הפרויקט שהמימון ניתן לו, אם כדי להבטיח שהוא ינוהל באופן רווחי שיאפשר ללווה לפרוע את ההלוואה, ואם כדי להגן על האינטרס שלהם בנכסי הלווה, המשמשים להם כבטוחה. המעורבות יכולה ללבוש צורות שונות – החל בפיקוח פיננסי על הלווה וכלה בפיקוח יומיומי על הפעולות המבוצעות בפרויקט.<sup>60</sup> בנוסף, לעתים המלווה מחזיק מניות בחברה הלווה, והדבר מקנה לו את הזכות להיות מעורב בפעילות הניהול של החברה הלווה. מעורבות אינטנסיבית יותר יכולה לנבוע ממימוש שעבוד המוטל על נכסי הלווה. במקרים רבים, במסגרת הליכי המימוש, המלווה רוכש בעצמו את הנכס. הדבר יקרה בעיקר כאשר ערך הנכס בעת המימוש נמוך מסכום החוב. במקרים אלה, המלווה ירכוש את הנכס ויפעיל אותו לפרק זמן מוגבל בצפייה לעליית מחירים בעתיד. במקרים אחרים המלווה ירכוש את הנכס מתוך דאגה שמצב הנכס או הליכי המימוש דווקא יפחיתו את התמורה שניתן יהיה לקבל בעד הנכס בהליכי המימוש. גם במקרים אלה יצטרך המלווה להפעיל את הנכס תוך המתנה למכירתו, לעתים תוך מאמצים לתקן את הליקויים הקיימים בו. למעשה, לעתים קרובות המלווה הוא המציע היחיד המגיש הצעת רכישה בהליכי המכרז למכירת הנכס.<sup>61</sup> בכל המקרים הללו, המלווה הרוכש יהפוך לבעלי הנכס כמו גם לגורם המפעיל את הנכס.

מעמד זה של המלווה כ"בעלים" וכ"מפעיל" מעורר את שאלת היקף הפטור למלווים בחוק ה-CERCLA. שאלה זו מתעוררת בנוגע לשתי תקופות: "התקופה שקדמה למימוש", כשהמלווה מפקח על הלווה אך אינו מחזיק בנכס של הלווה;

<sup>59</sup> ראו: ס' (iii)(A)(20)9601 ל-CERCLA: "a person, who, without participating in the management of a [...] facility, holds indicia of ownership primarily to protect his security interest in the [...] facility"

<sup>60</sup> GRANT S. NELSON & DALE A. WHITMAN, REAL ESTATE FINANCE LAW § 4.48 (4th ed. 2002).

<sup>61</sup> למשל: U.S. v. McLamb, 985 F.2d 1284 (4th Cir. 1993) (להלן: עניין McLamb).

ו"התקופה שלאחר המימוש", כאשר המלווה רכש את הנכס במסגרת הליכי המימוש והפעיל אותו עד למכירתו. בנוגע לשתי התקופות, המשמעות שהוענקה לסעיף הפטור עברה כמה תהפוכות במהלך השנים.

### 3.1 הפסיקה

בעניין "התקופה שקדמה למימוש", נקטו בתי המשפט בשנות השמונים פרשנות זהירה לסעיף הפטור. ככלל נפסק כי זכויות המלווה מכוח הסכם ההלוואה, להשתתף בניהול הפיננסי של הלווה, והמגבלות שהמלווה הטיל על השימוש בכספי ההלוואה, לא מוציאות את המלווה ממסגרת סעיף הפטור.<sup>62</sup> עם זאת, הפטור אינו חל על מלווה המשתתף בניהול היומיומי השוטף של עסקי הלווה, לכאורה גם אם השתתפות זו נדרשת כדי למנוע ניהול שגוי מצד הלווה, שיפגע באינטרס המלווה להבטיח את פירעון החוב.<sup>63</sup> בנוסף נרמז שאם המלווה קבע מגבלות על השימוש בכספי ההלוואה אשר מנעו מהלווה להשתמש בכספים אלה לממן ניקוי נכס מזוהם, הדבר עלול להוציא את המלווה מגדרי הפטור ולהטיל עליו אחריות.<sup>64</sup> במילים אחרות, סעיף הפטור פורש כך שהוא חל על מלווים כל עוד אלה לא מעורבים בפעילויות הלווה באופן אינטנסיבי, וכל עוד הם אינם קשורים ישירות לגרימת הנזקים הסביבתיים.

גישה אחרת ננקטה בפסק הדין התקדימי בעניין *Fleet Factors*. פסק הדין צמצם באופן משמעותי את היקף הפטור למלווים, בקבעו שהפטור לא יחול על מלווה שהייתה לו "יכולת להשפיע" על נוהלי סילוק הפסולת המסוכנת. זאת, בלי קשר לשאלה אם המלווה אכן היה מעורב בפועל בעסקי הלווה, אם לאו.<sup>65</sup> מבחן זה של "היכולת להשפיע" הרחיב מאוד את אחריות המלווים. בית המשפט מצא פרשנות זו הכרחית לשם השגת מטרת החוק, וציין שפסיקתו תוביל לשני שינויים מעשיים שיועילו לסביבה: ראשית, לוויים פוטנציאליים ישפרו את דרך ההתמודדות שלהם עם חומרים מסוכנים, משום שהם יידעו שהמלווה יסרב להעמיד להם אשראי אם לא יתמודדו עם כך כראיות.<sup>66</sup> שנית, מלווים יפקחו בזהירות רבה יותר על נוהלי העבודה

<sup>62</sup> *Guidice v. U.S. v. Mirabile*, 1985 WL 97, 103 (E.D. Pa. 1985) (להלן: עניין *Mirabile*); *BFG Electroplating and Mfg. Co.*, 732 F. Supp. 556, 561-562 (W.D. Pa. 1989); *U.S. v. Nicolet, Inc.*, 712 F. Supp. 1193, 1204-1205 (E.D. Pa. 1989)

<sup>63</sup> עניין *Mirabile*, שם, פס' 8-9.

<sup>64</sup> עניין *Mirabile*, שם, פס' 7.

<sup>65</sup> *U.S. v. Fleet Factors Corp.*, 901 F.2d 1550 (11th Cir. 1990), *cert. denied*, 498 U.S. 1046 (1991) (להלן: עניין *Fleet Factors*).

<sup>66</sup> ההחלטה עוסקת ב"פסולת" מסוכנת, ואילו החוק עוסק ב"חומרים" מסוכנים. מההקשר של ההחלטה, ברור שבית המשפט התכוון לחומרים מסוכנים כהגדרתם בחוק ה-CERCLA.

של הלווים על מנת למנוע זיהום של הסביבה שיוביל לאחריות המלווים.<sup>67</sup> למרות קביעתו הברורה של פסק הדין בעניין *Fleet Factors*, לא כל בתי המשפט אימצו את מבחן "היכולת להשפיע".<sup>68</sup> יתרה מזו, בתי המשפט לא פירטו איזו מידה של מעורבות נדרשת על מנת להוכיח שהמלווה היה בעל "יכולת להשפיע".<sup>69</sup> אי לכך נוצרה אי-בהירות בשאלה, מתי מלווה המפקח על ניהול עסקו של הלווה, ייחנה מסעיף הפטור. גם בעניין "התקופה שלאחר המימוש", נקטה הפסיקה תחילה פרשנות רחבה לסעיף הפטור, אולם פסיקה מאוחרת יותר צמצמה מאוד את היקפו. בתחילה הוחל הפטור על מלווים שמימנו פרויקטים שדלפו מהם חומרים מסוכנים, גם אם הם הפכו לבעלי הנכסים במסגרת הליכי המימוש.<sup>70</sup> אולם בהמשך סירב בית המשפט לנקוט אותה גישה, ופסק כי מלווה שרכש את הנכס במכירת מימוש והחזיק בו למשך ארבע שנים, תקופה ארוכה יחסית, אינו נכלל במסגרת הפטור.<sup>71</sup> גם אם ניתן היה לכאורה להבין כי אורך התקופה הוא זה שהוביל לתוצאה האמורה, מפסקי דין נוספים התברר שאורך תקופת הבעלות אינו חשוב במיוחד, וגם בעלות של כמה חודשים עלולה להוציא את המלווה מגדרי הפטור.<sup>72</sup> בנוסף, נטל ההוכחה בנוגע לתחולת הפטור הוטל על המלווה.<sup>73</sup> שוב, גם הפסיקה הדנה ב"תקופה שלאחר המימוש", כמו הפסיקה שדנה ב"תקופה שקדמה למימוש", לא הייתה אחידה. כמה בתי משפט המשיכו לפסוק שהפטור חל על מלווה שרכש את הנכס לאחר המימוש, כל עוד הוא נקט צעדים סבירים למכור את הנכס.<sup>74</sup>

בעקבות פסקי דין אלה, מלווה שפעולותיו לא סטו מפעולות של מלווה סביר הנוקט אמצעים סבירים להגנת האינטרס הבטוחתי שלו בנכס, מצא עצמו מחוץ לגדרי

<sup>67</sup> עניין *Fleet Factors*, לעיל ה"ש 65.

<sup>68</sup> *In re Bergsoe Metal Corp.*, 910 F.2d 668, 673 (9th Cir. 1990); *Bancamerica Commercial Corp. v. Trinity Industries, Inc.*, 900 F. Supp. 1427, 1456–1457 (Kan. 1995). אי-הבהירות שנתרה בעקבות מחלוקת זו נדונה על ידי בית המשפט בפרשת *In re Cuyahoga Equipment Corp.*, 980 F.2d 110, 118–119 (2nd Cir. 1992).

<sup>69</sup> לסקירה מפורטת של מקרה זה ומקרים נוספים, ראו: William. D. Evans, *EPA's Lender Liability Rule: Exorcising the Polluted Mortgage*, 2 DICK. J. ENVTL. L. & POL'Y 127 (1993).

<sup>70</sup> ראו: עניין *Mirabile*, לעיל ה"ש 62; (N.D.; Ohio, 1985); ALLAN J. TOPOL & REBECCA SNOW, *SUPERFUND LAW AND PROCEDURE*, §3.24 (Updates by Caroline Broun, 2005).

<sup>71</sup> U.S. v. Maryland Bank & Trust Co., 632 F. Supp. 573, 579 (Md. 1986) (להלן: עניין *Maryland Bank*).

<sup>72</sup> עניין *Guidice*, לעיל ה"ש 62.

<sup>73</sup> עניין *Maryland Bank*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 578.

<sup>74</sup> עניין *Bancamerica Commercial*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 1457–1458; כן ראו: *Waterville Industries, Inc. v. Finance Authority of Maine*, 984 F.2d 549 (1st Cir. 1993).

הפטור. למען האמת, לא כל פסקי הדין החמירו כך עם המלווים.<sup>75</sup> אולם עניין זה לא הועיל למלווים. בשל אי-הוודאות המשפטית שנוצרה בשל פסקי הדין הסותרים, העדיפו המלווים לפעול על פי הגישה המחמירה ולא להסתכן בנשיאת אחריות על פי החוק.

### 3.2 תיקון החוק

השלב הבא בהתפתחות הדין היה הרחבת סעיף הפטור וצמצום אחריות המלווים בחקיקה. בשנת 1992 התקינה הרשות להגנת הסביבה (Environmental Protection Agency [EPA]) תקנות המיועדות לצמצום אחריות מלווים.<sup>76</sup> לאחר שביט משפט פדרלי פסק שתקנות אלה חסרות תוקף משום שהותקנו ללא סמכות,<sup>77</sup> החליט הקונגרס להתערב בעניין בעצמו. בשנת 1996 הוכנס תיקון ל-CERCLA באמצעות חקיקת ה-Asset Conservation, Lender Liability and Deposit Insurance Protection Act of 1996.<sup>78</sup>

התיקון לחוק שימר את הנוסח המקורי של הפטור, אשר חל, כאמור, על כל אדם אשר "מבלי להשתתף בניהול הנכס [...] מקיים מאפייני בעלות שנועדה בעיקר להגנת האינטרס הבטוחתי שלו בנכס". אולם החידוש החשוב בתיקון לחוק הוא מתן הגדרה מפורטת יותר לפטור זה.<sup>79</sup> עקב זאת, מלווים שבעבר בתי המשפט הטילו עליהם אחריות, לא נחשבים כאחראים על פי התיקון לחוק.

ראשית, התיקון הבהיר את משמעות המונח "השתתפות בניהול". בעניין "התקופה שקדמה למימוש", החוק רואה כעת את המלווה כמי שהשתתף בניהול בשלושה מקרים: (א) אם המלווה מעורב בטיפול בחומרים המסוכנים שברשותו של הלווה; (ב) אם המלווה מעורב בהחלטות התפעוליות של העסק או המפעל (להבדיל מהחלטות פיננסיות או מנהליות), אך מרחיק את עצמו מפעולות הטיפול בחומרים המסוכנים;<sup>80</sup> (ג) אם המלווה מפעיל את העסק או המפעל אך נמנע באופן מכוון

<sup>75</sup> בעניין *McLamb*, לעיל ה"ש 61, המלווה רכש את הנכס מכוח היותו המציע היחיד שהשתתף בהליכי מכירת הנכס, והיה בעליו במשך שישה חודשים וחצי. לא הוטלה עליו אחריות כבעלים. ראו גם עניין *Waterville Industries*, שם. שם הצדדים נכנסו ל-Sale-leaseback arrangement, צורת מימון שונה ממשכון, אבל דומה לו בתכונותיה הרלוונטיות לעניין.

<sup>76</sup> 57 Fed. Reg. 18344 (1992), codified at 40 C.F.R. Part 300, Subpart L.

<sup>77</sup> *Elley v. E.P.A.*, 15 F.3d 1100 (1994). החלטה זו, נצפתה מראש על ידי מלומדים שונים. ראו: *Developments in Banking Law 1991*, 11 ANN. REV. BANKING L. 1, 9-147 (1992).

<sup>78</sup> Pub. L. No. 91-190, §§ 2501-2505, 110 Stat. 3009 (1996).

<sup>79</sup> שם, ס' 2502(b). כן ראו סעיפים קטנים (E)-(G) להגדרה "Owner or Operator" ס' 9601(20) ל-CERCLA.

<sup>80</sup> ס' 9601(f)(i)-(ii) ל-CERCLA.



ממעורבות בהיבטים הסביבתיים של הפעלתו.<sup>81</sup> דבר זה נועד למנוע ממלווה, אשר מנהל בפועל את העסק, ליהנות מהפטור על ידי יצירת הבחנה מלאכותית בין פעילות כללית לבין מחויבות סביבתית. על פי ההגדרות החדשות, התנאי לאחריות המלווה הוא שהמלווה עסק בפועל בפעילויות העסק. יכולת להשפיע על ענייני העסק, ללא שליטה בפועל, אינה מספקת לצורך הטלת אחריות.<sup>82</sup> יתרה מזו, מעורבות שולית בפעילות, כמו מתן ייעוץ שנועד להגן על האינטרס הבטוחתי של המלווה, דרישה לשמירה על הכללים הסביבתיים, בדיקת העסק או הנכס, דרישה לקיים את הוראות החוקים הסביבתיים, ואפילו ביצוע ניקוי מכוח דין, לא ייחשבו השתתפות בניהול.<sup>83</sup> בנוגע ל"תקופה שלאחר המימוש", החוק מכיר בכך שבעלות המלווה נולדה עקב מימוש האינטרס הבטוחתי, ורק לשם כך. לכן החוק פוטר מלווים שנוקטים הליכי מימוש, כל עוד הם פועלים למכירת הנכס לאחר בהזדמנות הראשונה הסבירה.<sup>84</sup> מלווה שעומד בתנאי זה, יכול להמשיך את הפעילות העסקית של הלווה או לחסל אותה באופן מסודר, ויכול אפילו לעסוק בניקוי החומרים המסוכנים.<sup>85</sup> בדומה, המלווה לא ייחשב אחראי בתור מי שטיפל בסילוק החומרים המסוכנים,<sup>86</sup> רק משום שמכר את הנכס נשוא המימוש, ואפילו אם הנכס כלל חומרים מסוכנים.<sup>87</sup> אף שהתיקון לחוק מצמצם את המקרים שבהם מלווים נושאים באחריות, הוא לא מעניק למלווים הגנה מוחלטת. ראשית, החוק לא מגדיר מה הכוונה במונח "הגנת האינטרס הבטוחתי". כך, למשל, לא ברור אם מלווה שקיבל שיעור מסוים בהון של הלווה במסגרת הליכי המימון, נכלל בהגדרה זו. שנית, החוק לא מגדיר מהי

81 ש.ם.

82 ש.ם.

83 ס' 9601(20)(F)(iv) ל-CERCLA. השתתפותו של המלווה בניהול עסקו של הלווה לפני שנוצר האינטרס הבטוחתי כשלעצמו, לא מטיל אחריות; בנוסף ראו: ס' 9601(20)(F)(iii) ל-CERCLA.

84 ס' 9601(20)(E)(ii) ל-CERCLA. החוק דורש מכירה של הנכס תוך פרק זמן סביר מבחינה עסקית ובתנאים מסחריים סבירים, ומאפשר להתחשב בתנאי השוק ובדרישות חוקיות ורגולטוריות לצורך קביעת פרק הזמן הסביר.

85 ש.ם. יתרה מזו, המונח "מימוש" מוגדר בחוק בהרחבה, וכולל העברת בעלות למלווה בין שנעשתה באופן וולונטרי ובין שלא, בין שנעשתה באופן רשמי ובין שלא, כל עוד מטרתה הייתה להגן על האינטרס הבטוחתי של המלווה. ראו: ס' 9601(20)(G)(iii) ל-CERCLA.

86 ס' 9607(a)(3) ל-CERCLA.

87 ראו גם: Ashland Oil, Inc. v. Sonford Products Corp., 810 F. Supp. 1057, 1061 (Minn. 1993). אף שמקרה זה נדון על פי התקנות של המשרד להגנת הסביבה, תקנות שכיום נחשבות בלתי חוקיות, ניתן לכאורה להחילו גם על התיקון שנעשה בחוק, בשל הדמיון בין השניים. אך ראו: Tanglewood East Homeowners v. Charles-Thomas, 849 F.2d 1568 (5th Cir. 1988). במקרה זה נפסק שמלווים עלולים להיות אחראיים כמארגנים ("Arrangers"). פסק דין זה ניתן לפני פרסום התקנות ולפני התיקון לחוק, לכן ספק אם הוא מהווה אסמכתא תקפה על פי הדין הנוכחי.

"ההזדמנות הראשונה הסבירה". במקרה של התדיינות נגד המלווה על ידי המדינה או גורם אחר, יחויב בית המשפט לקבוע לאור עובדות המקרה הספציפי, עד כמה היה המלווה מעורב בניהול הנכס.<sup>88</sup> כך גם יצטרך בית המשפט לקבוע, אם המלווה שרכש את הנכס במסגרת הליכי מימוש ובהמשך מכר אותו, החזיק בנכס לתקופה העולה על משך הזמן הסביר לצורכי מכירתו. הנטל הוא על המלווה להוכיח שהוא מקיים את דרישות הפטור.<sup>89</sup> עקב כך, מלווים חשופים עדיין להוצאות התדיינות משמעותיות בעניינים אלה, גם אם בסוף לא יוכרו כאחראיים.<sup>90</sup> יש להניח שבמקצת מן המקרים מלווים ימצאו את עצמם במצב שבו עדיף להם לשלם את עלויות הניקוי, כולן או חלקן, מאשר לנהל התדיינות משפטית מסוכנת.

#### 4. השפעת התפתחות הדין על שוק האשראי ועל ערכים סביבתיים

מעקב היסטורי אחר התפתחות הדין בנושא אחריות המלווים, מגלה את הניסיונות הכושלים ליצור איזון בין כמה ערכים נוגדים: הרצון לגייס את המלווים למאבק לשמירה על הסביבה ולהתמודדות טובה יותר עם חומרים מסוכנים; החיפוש אחר כיס עמוק שיישא בהוצאות הניקוי היקרות; והצורך להבטיח שהמלווים ימשיכו להזרים הון למשק ולאפשר את התפתחותו.

התנהגותם של המלווים בתקופה שבה הורחבה אחריותם בפסיקה, ולפני שצומצמה בתקנות ובתיקון לחוק בשנות התשעים, הראתה כי מלווים ניסו להימנע ממתן הלוואות, המובטחות בנכס שעלול להטיל עליהם אחריות מכוח חוק ה-CERCLA. בנוסף, בהלוואות שנתנו, נשאו המלווים דווקא בפחות, אחריות סביבתית.<sup>91</sup> מרוב חשש להיחשב כבעלי "יכולת להשפיע", נמנעו מלווים מלכלול במסמכי ההלוואה סעיפים המחייבים את הלווים לטפל בחומרים מסוכנים באופן ראוי, וכן נמנעו מלפקח על כך שהלווים יצייתו לדיני איכות הסביבה.<sup>92</sup> הם גם נמנעו

<sup>88</sup> ראו למשל עניין *F.P. Woll*, לעיל ה"ש 47, פס' 17; *BDP, Inc. v. Watumull Properties*, 2004 WL 1103023 (D. Or. 2004); *Kelley v. Tiscornia*, 104 F.3d 361 (6th Cir. 1996); עניין *Ashland Oil*, שם, בעמ' 1059.

<sup>89</sup> *U.S. v. Pesses*, 1998 WL 937235 (W.D. Pa. 1998); *Stearns & Foster Bedding Company v. Franklin Holding Corp.*, 947 F. Supp. 790, 802-803 (D. N.J. 1996). מצד שני, הרשות טוענת שבתביעת השתתפות נגד מלווה על ידי צד אחר, על התובע הנטל להוכיח שהמלווה לא נכלל בגדרי הפטור; וכן ראו *Schnapf*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 156.

<sup>90</sup> עניין *Pesses*, שם; עניין *Ashland Oil*, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1059-1060.

<sup>91</sup> Joseph Macchione, *Lender Liability under CERCLA in Light of the Asset Conservation, Lender Liability and Deposit Insurance Protection Act of 1996: Does the Act Spell Lender Relief or Continued Heartburn?*, 16 TEMP. ENVTL. L. & TECH. J. 81, 93-94 (1997).

<sup>92</sup> Macey, לעיל ה"ש 3.

מלסייע ללווים ולשתף עמם פעולה במקרים של הלוואות בעייתיות, ונמנעו ממימוש נכסים שעלולים להיות כפופים לניקוי מכוח החוק, לפעמים אפילו תוך שהם זונחים נכסים אלה.<sup>93</sup> במילים אחרות, אמנם אחת ממטרותיו של פסק הדין *Fleet Factors*<sup>94</sup> הושגה, אולם האחרות הוחמצו.

לפרקטיקה שהתפתחה בעקבות הלכת *Fleet Factors* נודעו גם השלכות כלכליות שליליות. לא הועמדו הלוואות לעסקים קטנים בעלי נכסים מזוהמים, והדבר מנע הן את פיתוח העסקים הקטנים עצמם והן את ניקוי הנכסים המזוהמים.<sup>95</sup> יתרה מזו, בנקים בחרו לא לממש שעבודים מחשש שהם ייחשבו בעלים של נכס מזוהם, ובכך ייצא שכרה של ההלוואה בהפסדה,<sup>96</sup> כמו גם בסיכון ממשי לאי-סולבנטיות של המלווה עצמו.<sup>97</sup>

השפעות שליליות אלה פגעו גם ברשויות שלטוניות שנתנו בעצמן הלוואות לעסקים, ולכן היו כפופות לאחריות שאת היקפה לא יכלו לצפות במדויק. בנוסף, כמה רשויות פדרליות השתלטו על מוסדות פיננסיים כושלים ופעלו כמנהלים מפעילים או ככונסים שלהם. מאחר שרבים מהמוסדות הפיננסיים האלה היו חשופים לאחריות מכוח החוק בשל הלוואות שנתנו, היה חשש שגם הרשויות הפדרליות תיחשפנה לאחריות בשל ההשתלטות האמורה.<sup>98</sup>

מעניין שגם חלק מהארגונים למען איכות הסביבה, שבדרך כלל ביקשו להרחיב מעגל הגורמים האחראיים למפגעים סביבתיים, הבינו שהרחבת אחריות המלווים בעקבות הלכת *Fleet Factors*, תוביל לכך שמלווים יפקחו פחות על ההיבטים הסביבתיים של הפרויקטים שהם מממנים. בהבינם שמלווים יכולים להיות כוח משמעותי במניעת נזקים סביבתיים, רצו קבוצות אלה לשמר את המניע שלהם

<sup>93</sup> שם.

<sup>94</sup> עניין *Fleet Factors*, לעיל ה"ש 65.

<sup>95</sup> *Lender Liability Issues under Superfund: Hearing Before the Subcomm. on Superfund, Ocean, and Water Protection of the S. Comm. On Environment and Public Works*, 102<sup>nd</sup> Cong. 36 (1992) (statement of Charles E. Waterman, Chairman and Chief Executive Officer, south Holland Trust & Savings Bank, South Holland, Illinois, representing the American Bankers Association).

<sup>96</sup> שם, בעמ' 37.

<sup>97</sup> לא כולם מסכימים בעניין מידת החומרה של השפעות אלה. אולם באי-הסכמה זו מתעלמים מההשלכה של המספר המועט של המקרים על הבנקאים הזהירים. ראו: Patricia A. Shackelford, *Easing the Credit Crunch: A "Functional" Approach to Lender Control Liability under CERCLA*, 19 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 805, 806 (1992).

<sup>98</sup> ראו: *Environmental Lender Liability Issues: Hearing Before the Comm. on Banking, Housing and Urban Affairs*, 102<sup>nd</sup> Cong. 51-52 (1992) (statement of L. William Seidman, Chairman, Federal Insurance Deposit Corporation, Washington, D.C.) (העתק שמור במערכת); כן ראו: Schnapf, לעיל ה"ש 46, בעמ' 150.

לעשות כן.<sup>99</sup>

## 5. סיכום: הניסיון האמריקני הלכה למעשה

מהניסיון האמריקני במשך כשלושה עשורים עולים כמה לקחים חשובים: ראשית, בעולם המודרני אין להשאיר את המלווה מחוץ למעגל האחריות. בתי המשפט לא ישלימו עם מצב כזה וימצאו דרכים להטיל אחריות על המלווים, גם אם החוק אינו קובע אחריות כזו במפורש. הטענה כי ראוי להטיל אחריות על מלווים בגלל יכולתם למנוע מפגעים סביבתיים הנה טענה משכנעת. יתר על כן, קל לראות במלווים כיס עמוק היכול לשאת בהוצאות גבוהות, כאשר אין מקור אחר לממן תיקונו של מפגע סביבתי במלואו. תפיסה זו עשויה להשפיע על שופטים העומדים בפני מפגע שלא יטופל ללא השתתפות המלווה. בנוסף, שופטים ירצו לעודד את המלווים להפעיל לחץ על לווייהם כדי למנוע מראש גרימת מפגעים סביבתיים.

שנית, הפוטנציאל להרחבת אחריות המלווים אינו תלוי במבנה חוקי מסוים. היעדר חוק דומה ל-CERCLA בישראל אינו מבטיח ששופטים ישראליים לא יטילו אחריות סביבתית על מלווים. הדוגמה הטובה לכך היא הפרשנות הרחבה שנקטה בעניין *Fleet Factors* – פרשנות שלא נבעה מתוכן החוק עצמו, אלא מתפיסת בית המשפט את הדרך היעילה ביותר לשמור על איכות הסביבה. פסק הדין בעניין *Fleet Factors* נומק במפורש בתכלית של גיוס המלווים לעודד את הלווים להיות זהירים יותר בטיפול בחומרים העלולים לזהם את הסביבה.<sup>100</sup> במילים אחרות, לא נוסח החוק הוא שהביא להטלת אחריות על המלווים, אלא ההצדקה של הטלת אחריות על המלווים היא שהביאה לפרשנות החוק, בדרך שנקט בית המשפט.

שלישית, מתקופת הביניים שלאחר הפרשנות הרחבה של עניין *Fleet Factors* אך לפני תיקון החוק, ניתן לראות כי הטלת אחריות מוגזמת על מלווים לא תשיג את המטרה של הגנת הסביבה, ועלולה אף לפגוע בה, כמו גם בשוק האשראי. מלווים, כמוסדות שמרניים, נקטו צעדי זהירות מתאימים על מנת להגן על עצמם מפני אחריות פוטנציאלית. בראש ובראשונה הם נמנעו ממתן מימון במקרים שבהם התעורר חשש אפשרי לבעיות סביבתיות. המלווים גם היססו לפקח על הפעילויות הסביבתיות של הלווים, מחשש שפיקוח כזה ייחשב כמעורבות בעסקי הלווה ויטיל עליהם אחריות מסיבה זו. כל זה פגע בשוק האשראי מבלי להביא לשיפור באיכות הסביבה. כמו כן, החלטות של מלווים לא לממש את זכויותיהם בנכסים המשועבדים המזוהמים פגעו ביציבות המלווים והשאירו את אותם נכסים מזוהמים.

רביעית, באשר לגוף המוסמך לקבוע את היקף אחריות המלווים: הניסיון

<sup>99</sup> Macey, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.

<sup>100</sup> ראו דיון בטקסט ליד ה"ש 64-65 לעיל.

האמריקני מוכיח כי בתי המשפט אינם המוסדות המתאימים ביותר לכך. ראינו שפסיקתם של בתי המשפט האמריקניים גרמה לאי-ודאות קשה, בשל פרשנות בלתי צפויה של הוראות החוק. אי-הוודאות נבעה גם מחוסר היכולת של בתי משפט לקבוע את כללי המשחק באופן אחיד וגורף. יתרה מזו, בתי המשפט לא הבינו את כל ההשלכות הפרקטיות של קביעתם, ולעתים – כפי שקרה בעניין *Fleet Factors* – אף קבעו פרשנות הסותרת בפועל את מטרות החוק. בעקבות כך לא רק שמטרות החוק לא הושגו, אלא נגרמה פגיעה קשה באינטרסים הרלוונטיים של הצדדים הנוגעים בדבר.

חמישית, גם התערבות המחוקק לא הייתה מוצלחת לגמרי. החוק לא הצליח לפתור לחלוטין את אי-הוודאות שנוצרה בפסיקה, משום שהחוק לא נוסח – ולא יכול להיות מנוסח – במידת הפירוט הנדרשת כדי לצפות את כל המקרים שעשויים להתעורר ולתת להם מענה, בפרט לאור הסוגיות המורכבות המעורבות בשוק האשראי.

לקחים אלה ישמשו אותנו בבואנו לקבוע את הפתרון המשפטי הרצוי בישראל.

## ד. אחריות המלווה על פי הדין הישראלי

### 1. אחריות המלווה מכוח דיני איכות הסביבה

הדין הישראלי בענייני סביבה מקיף למדי, אם כי לא מושלם, וכולל שורה ארוכה של חוקים כמו גם תקנות רבות.<sup>101</sup> הדיון באחריות המלווה בדין הישראלי מחייב העלאת שני מצבים. הראשון, כאשר המלווה מפעיל את אתר הבניה או מעורב בניהול עסקי הלווה, אולי בעקבות אי-פירעון ההלוואה (להלן: "המלווה המפעיל"). השני, אחריות המלווה אך ורק מכוח מעמדו כמממן, כאשר המלווה אינו מפעיל את הפרויקט של הלווה.

<sup>101</sup> החוקים העיקריים הנם: חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961; חוק המים, התשי"ט-1959; חוק שמירת הנקיון, התשמ"ד-1984; חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992; חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988; חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 (שיכנס לתוקף ב-1 בינואר 2011, יחליף את החוק למניעת מפגעים בנוגע לזיהום אוויר, אך לא בעניין זיהום רעש וריח). חוקים רבים נוספים שמטפלים במגוון רחב של נושאים קובעים אף הם דרישות סביבתיות, כגון: פקודת בריאות העם, 1940; חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968; חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. לניתוח תחולת החקיקה על קרקע מזוהמת, ראו: אור קרסין **שיקום קרקעות מזוהמות בישראל, מדיניות ומשפט** (פרסום המרכז למדיניות סביבתית, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2005).

בעניין אחריות המלווה המפעיל: בחקיקה הישראלית אין אזכור מפורש של אחריות מלווה כמפעיל, אך אין צורך בכך. המלווה נושא באחריות כמו כל מפעיל אחר. החוקים הסביבתיים מטילים אחריות על מי שגורם לזיהום.<sup>102</sup> כאשר תאגיד או אחד מעובדיו מפר את חוקי הסביבה, מוטלת אחריות גם על נושא משרה בתאגיד, כולל מנהלים פעילים, שותפים (למעט שותפים מוגבלים), וכן עובדים האחראיים על התחום שבו בוצעה העברה.<sup>103</sup> אין בחקיקה הישראלית חריג הפוטר את המלווה מאחריות, כפי שמופיע בחוק ה-CERCLA בארצות-הברית, הפוטר את המלווה מאחריות כאשר הוא מפעיל את הפרויקט או את העסק של הלווה, או אף הופך לבעלו, כל עוד הוא עושה זאת רק כדי לשמור על האינטרס הבטוחתי שלו.<sup>104</sup> על כן, באופן עקרוני, ניתן להטיל על המלווה המפעיל הן אחריות פלילית והן אחריות אזרחית לפי חוקי הסביבה השונים. אף שאין פסיקה המטילה אחריות כזאת על מלווים, האפשרות עדיין קיימת.

עניין אחר הוא אחריותו של המלווה במעמדו כמלווה. ניתן לפרש את לשונם של כמה חוקים באופן כזה המטיל אחריות על המלווה. לדוגמה, חוק המים קובע: "חייב אדם להימנע בכל פעולה המזהמת מים או עלולה לגרום לזיהום מים, במישרין או בעקיפין, מיד או לאחר זמן".<sup>105</sup> ניתן לפרש את האיסור בחוק המים כחל גם על המלווה, משום שבאמצעות המימון שנתן ללווה אפשר לו לעסוק בפעולות המזהמות – או העלולות לזהם – מים. אולם פרשנות רחבה כזו לא תתאפשר בנוגע לחוקי סביבה אחרים. לדוגמה, חוק שמירת הניקיון, החוק העיקרי המתמודד עם השלכת פסולת מוצקה, קובע: "לא ישליך אדם פסולת, פסולת בנין או גרוטאות רכב ברשות הרבים או מרשות הרבים לרשות היחיד, ולא ילכלך את רשות הרבים".<sup>106</sup> נראה כי פרשנות סבירה של לשון החוק האמור לא תאפשר להטיל אחריות משפטית על הבנקים.

בנוסף, גם אם ניתן לנקוט פרשנות רחבה בנוגע לחוקי הסביבה הקיימים, ספק אם בתי המשפט יעשו כן. ככל שהצלחנו למצוא, נושא האחריות הסביבתית של המלווים התעורר בישראל רק במקרה אחד.<sup>107</sup> שם, שופטת בית משפט המחוזי בחיפה

<sup>102</sup> ראו לדוגמה: ס' 11 לחוק למניעת מפגעים; ס' 20 לחוק המים; ס' 13 לחוק שמירת הניקיון.  
<sup>103</sup> ראו לדוגמה: ס' 11 לחוק למניעת מפגעים; ס' 20 לחוק המים; ס' 15 לחוק שמירת הניקיון; בעניין זה נציין כי החוק לשמירת ניקיון מעניק לנושא משרה הגנה אם הוא יכול להוכיח כי הוא "עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו", שם, ס' 15(ב). לעומת זאת לפי ס' 20 לחוק המים, עליו להוכיח "שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט את כל האמצעים הסבירים כדי למנוע או להפסיק את העבירה". ברור שכמעט בלתי אפשרי לעמוד בהוכחה הנדרשת.

<sup>104</sup> ראו טקסט בסמוך לה"ש 79-90 לעיל.

<sup>105</sup> ס' 20(א) לחוק המים.

<sup>106</sup> ס' 2 לחוק שמירת הניקיון.

<sup>107</sup> בש"א (מחוזי חי') 9462/04 תעשיות אלקטרוכימיות בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תק-מח (2004) 5495 (2)04.

סירבה לבקשה מפורטת לחייב בנקים לתקן הפרת חוקי סביבה. מקרה זה דן במפעל גדול לייצור פ.ו.י.סי באזור עכו שנסגר בעקבות שרפה ופיצוץ גדול. שלושה בנקים גדולים הלוו בעבר סכומים גדולים לחברה בעלת המפעל. להבטחת ההלוואות הם קיבלו שעבודים על המפעל לרבות על חומרים רעילים שנמצאו במפעל ושימשו כחומר גלם. לפי בקשת הבנקים, מונו מנהלים מיוחדים לתקופת מעבר, שתפקידם היה לשמור על המצב הקיים תוך בחינת אפשרות לשקם את המפעל או למכור אותו. הרעלים, אשר נותרו במפעל בשל הפסקת פעילותו, היוו סכנה גדולה לשכנים ולסביבה. שישה חודשים לאחר סגירת המפעל, המשרד לאיכות הסביבה (כשמו אז) הוציא צו פינוי רעלים לפי סעיף 16א לחוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993, צו שעלות ביצועו יקרה למדי. הצו הופנה אל מנכ"ל החברה, אבל המדינה ביקשה שבית המשפט יחייב את הבנקים לממן בעצמם את פינוי הרעלים בשל השעבודים שהיו להם על אותם חומרים, ואשר לטענת המדינה מעניקים לבנקים בעלות עליהם. השופטת סירבה לבקשה. היא התייחסה להגדרת "מחזיק" בחוק כ"מי שבבעלותו, בחזקתו, בהשגחתו, או בפיקוחו מצויה פסולת חומרים מסוכנים",<sup>108</sup> וקבעה שהבנקים לא נכללים בהגדרה זו, ולכן אין להטיל עליהם את הוצאות ביצוע הצו או פינוי החומרים המסוכנים מהמפעל: "הבנקים אמנם תמכו בהקפאת ההליכים שנועדה להביא הסדר נושים ומימנו [...] הוצאות הפעילות השוטפת, אך נשייתם המובטחת בשעבודים אינה הופכת אותם למחזיק, לאחראי בלעדי בחומרים המסוכנים, כי לא עשו פעולות לתפיסת הנכסים האמורים וביקשו כאמור להטיל את הפיקוח על גורם אוביקטיבי כמו הכנ"ר".<sup>109</sup> בדברים אלה אימצה השופטת פרשנות מצומצמת של המונחים "השגחה" ו"פיקוח". היא לא בדקה אם לאור נסיבות העניין, הבנקים יכלו להשגיח או לפקח על הטיפול בחומרים במפעל, אלא רק עמדה על כך שמעמדם כנושים מובטחים לא הפך אותם למחזיקים.

עקב כך, מי שפינה את החומרים המסוכנים בסופו של דבר היה המדינה. עם זאת, בהמשך פסק הדין מציינת השופטת כי "מאחר וההוצאות בגין פינוי החומרים המסוכנים יהיו כהוצאות פירוק, עמדתי היא שצריך לחלק את ההוצאה בחלקים שווים בין הבנקים והמדינה"<sup>110</sup> (ההדגשה הוספה). במילים אחרות, אף שהשופטת סירבה להטיל על הבנקים אחריות לפי דיני איכות הסביבה, היא אינה שוללת את האפשרות שבסופו של דבר, אם החברה תיכנס לפירוק, יוטלו חלק מהוצאות הפינוי על הבנקים מכוח דיני הפירוק. ככל שידוע לנו, נכון למועד כתיבת שורות אלה, הליכי הפירוק עדיין מתנהלים, והוצאות כאמור טרם הושטו על הבנקים.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> היחס בין "רעלים" בצו לבין "חומרים מסוכנים" הנדונים בפסק הדין מסובך, וביורו אינו דרוש לצורך הדיון הזה. פסק הדין לא דן בעניין זה כלל.

<sup>109</sup> פרשת תעשיות אלקטרוכימיות, לעיל ה"ש 107, בעמ' 5498.

<sup>110</sup> שם.

<sup>111</sup> על פי שיחה עם עו"ד אורי גאון, ב"כ הבנקים, מיום 18.2.2008. לאחרונה קבע בית המשפט

בדרך כלל, אין לצפות פרשנות רחבה של אחריות לפי חוקי הסביבה בשל אופיים הפלילי. שופטים מהססים לנקוט סנקציה פלילית כשאין מקור ברור להטלת אחריות פלילית.<sup>112</sup> הפסיקה הישראלית מאמצת את הגישה שלפיה עברות פליליות צריכות להיקבע בחוק באופן מפורש.<sup>113</sup> כמוכן, גם הדרישה להוכחה מעל לספק סביר, החלה גם בעברות סביבה,<sup>114</sup> מונעת פרשנות רחבה או יצירתית של חוקי הסביבה הפליליים בישראל. בארצות-הברית, לעומת זאת, לא מתעוררת בעיה של פרשנות רחבה לחוקי סביבה. גם בארצות-הברית הפרת חוקי סביבה כפופה לסנקציות פליליות, אך האכיפה העיקרית מתבצעת באמצעות סנקציות כספיות אזרחיות; אם בדמות הוצאות ניקוי, קנסות אזרחיים המוטלים על ידי בתי המשפט, או עיצומים כספיים וסנקציות מנהליות אחרות. לפיכך השיקולים המיוחדים באשר לפרשנות מרחיבה של הוראות הדין הפלילי, לא מונעים פרשנות רחבה של בסיסי אחריות אחרים.

עדות נוספת המעוררת ספקות באשר למוכנות השופטים לפרש את החוקים הסביבתיים באופן רחב היא כשלון הפסיקה הישראלית להתייחס להפרות סביבתיות ברצינות מספיקה. גם כאשר פסקי הדין הישראליים מציינים את חשיבות ההגנה על הסביבה, ההחלטה הסופית בדרך כלל רחוקה מהטלת הסנקציה הנדרשת על מנת "לתת שיניים" לחוקים הסביבתיים.<sup>115</sup> רק לאחרונה החלו בתי המשפט הישראליים להטיל קנסות בסכומים גבוהים על מזהמים רציניים, אך החלטות אלה עדיין נדירות. כך, למשל, בין הקנסות המשמעותיים שהוטלו על מזהמים לאחרונה ניתן למנות 700,000 ש"ח שהוטלו על חברת "כרמל כימיקלים" בגלל עברות על ארבעה חוקים

אחריות של גורמים שונים לפיצוי העובדים. בפסק דין זה, הבנקים לא היו בין הנתבעים. ראו: בש"א (מחוזי חי') 8816/08 **עזבון המנוח מרצ'ל בודואגה ז"ל נ' תעשיות אלקטרו כימיות**, תק-מח 08(3) 1121 (2008).

<sup>112</sup> חיזוק להסבר זה ניתן למצוא בכנס שנערך במכללה האקדמית נתניה במהלך שנת 2005, במסגרת המרכז לדיני איכות הסביבה בראשותה של פרופ' מרשה גלפי, שם כמה שופטים הביעו את דעתם שקיים קושי להטיל אחריות פלילית בתחום זה ללא כוונה ברורה של החוק; בנוסף, ראו לדוגמה: ת"פ (שלום ת"א) 5404/02 **מדינת ישראל נ' מיכאל קסטרו יצור וציפוי רהיטי מתכת בע"מ**, תק-של 05(1) 27989 (2005) (להלן: פרשת קסטרו).

<sup>113</sup> ראו: רע"פ 7861/03 **מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון**, תק-על 06(2) 1437, פס' 10 לפסק דינה של השופטת רייך-שפירא (2006) (להלן: פרשת גליל תחתון); ת"פ (שלום צפת) 1801/03 **מדינת ישראל נ' עלמה – מושב עובדים של הפועל המזרחי בע"מ**, תק-של 05(2) 2163 (2005); רע"פ 5389/01 **המועצה האזורית לב-השרון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(4) 364 (2003) (להלן: פרשת לב-השרון).

<sup>114</sup> ראו לדוגמה: פרשת קסטרו, לעיל ה"ש 112; ת"פ (שלום חדרה) 5469/99 **מדינת ישראל נ' נוה שלוח בע"מ**, תק-של 04(3) 19437 (2004).

<sup>115</sup> אלון טל "התועלת מאי ציות לחוקי סביבה: המקום של ניתוח כלכלי בקביעת קנסות למזהמים" **סביבה ומדיניות – קובץ מחקרים מכון ירושלים לחקר ישראל, המרכז למדיניות סביבתית** 11 (עמיר אידלמן, אלון טל וניר בן-אהרון עורכים, 2002).



סביבתיים;<sup>116</sup> ו-1,200,000 ש"ח שהוטלו על חברת "מגנזיום ים המלח" בגלל גרימת זיהום אוויר.<sup>117</sup> גם במקרה הידוע של הזרמת שפכים לים על ידי השפד"ן, הזרמה שנמשכה כמה שבועות וגרמה לסגירת חופים, איסור דיג ושיט ולכלוך הים והחופים, הקנס עמד על 800,000 ש"ח בלבד.<sup>118</sup> סכומים אלה זניחים בהשוואה לקנסות הטיפוסיים בארצות-הברית, ששם קנסות במשפטים סביבתיים פליליים מגיעים ל-<sup>119</sup> \$35,000,000.

קנסות בסדר גודל של \$200,000, שהוא לא רחוק מסכום הקנס המקסימלי שנפסק בארץ, אינם נדירים שם.<sup>120</sup> בארצות-הברית קנסות אזרחיים מוטלים אף בסכומים גבוהים יותר.<sup>121</sup> פער המחירים בין ישראל לארצות-הברית אינו מצדיק את הפער הגדול הזה בסכומי הקנסות המוטלים על המזהמים. כמו כן, לא סביר להניח שיש פער גדול כל כך בהיקף ההפרות או בהיקף הנזק הסביבתי כדי להצדיק את הפער העצום בסנקציות. המסקנה היא אפוא שבתי משפט ישראלים לא מתייחסים לעברות סביבתיות במידה רבה של חומרה.

מאידך, יש גם סימנים נגדיים, המצביעים על כך שבעתיד, מתוך דאגה לאיכות הסביבה, יכול להימצא בית משפט שיפרש את החוקים באופן רחב יותר, ויטיל אחריות על המלווה בגלל יכולתו למנוע את הנזק הסביבתי. לאחרונה, אף שהקנסות

<sup>116</sup> ראו: ת"פ (שלום חי) 4831/01 מדינת ישראל נגד כרמל כימיקלים, תק-של 369 (3)05 (2005). במקרה זה, כמו במקרים אחרים, החברה הסכימה לשלם קנס גבוה רק תמורת החלטה לא להרשיע את המנהלים בפועל, אלא רק לחייב אותם בשירות לתועלת הציבור. ראו: הודעה של המשרד לאיכות הסביבה (כמתואר דאז) בעניין גזר דין שהוטל על נושאי משרה בגין הזרמת שפכים לים ללא היתר (3.7.2009) ניתן לצפייה בכתובת: [www.sviva.gov.il/Environment/Static/Binaries/law/00921\\_1.pdf](http://www.sviva.gov.il/Environment/Static/Binaries/law/00921_1.pdf) (נבדק לאחרונה ב-4.8.2009).

<sup>117</sup> ראו: ת"פ (שלום ב"ש) 4042/07 המשרד להגנת הסביבה תל-אביב נ' מגנזיום ים המלח בע"מ (טרם פורסם, 30.3.2008), ניתן לצפייה בכתובת: [www.sviva.gov.il/Environment/Static/Binaries/law/01090\\_full\\_1.pdf](http://www.sviva.gov.il/Environment/Static/Binaries/law/01090_full_1.pdf) (נבדק לאחרונה ב-4.8.2009) (להלן: פרשת מגנזיום ים המלח).

<sup>118</sup> ראו: ת"פ (שלום ת"א) 9467/04 מדינת ישראל נ' איגוד ערים דן לכיבוי, תק-של 26292 (2)07 (2007).

<sup>119</sup> סכומים אלה זניחים בהשוואה לקנסות הטיפוסיים בארצות-הברית, שם קנסות במשפטים סביבתיים פליליים מגיעים עד \$35,000,000. ראו: <http://cfpub.epa.gov/compliance/resources/reports/endofyear/fy2007/waterhighlights/#1255> (נבדק לאחרונה ב-20.10.2009).

<sup>120</sup> ראו: *Fujicolor Processing Pleads Guilty to Environmental Crime*, E.P.A (9.6.2007) <http://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/3dcd568e448fb35e852572a000658eed/6e804a59dc74584d8525734e0063d7cd!OpenDocument> (נבדק לאחרונה ב-7.8.2009) (קנס של \$200,000 בגין עברה על Clean Water Act).

<sup>121</sup> *Cases and Settlements*, U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, ניתן לצפייה בכתובת: [cfpub.epa.gov/compliance/cases/](http://cfpub.epa.gov/compliance/cases/) (נבדק לאחרונה ב-7.8.2009).

עוד לא גבוהים ממש, הם גבוהים יותר מהסכומים הקודמים.<sup>122</sup> בנוסף, לאחרונה החלו בתי משפט להטיל סנקציות על נאשמים באופן אישי.<sup>123</sup> חיזוק נוסף למסקנה שלפיה ייתכן שבתי משפט יפרשו את החוקים פרשנות רחבה, נובע משני פסקי דין של בית המשפט העליון. בשני המקרים הואשמו רשויות אזוריות בהפרת החוק משום שנמנעו מלהפעיל את סמכויותיהן לפקח על אתרי פסולת שנמצאו בתחומן. אתר הפסולת הופעל בידי גורם פרטי. לרשות המקומית סמכות לנקוט צעדים כדי לסגור את האתר ולהפסיק את גרימת המפגעים הסביבתיים על ידיו, אך היא לא עשתה כן. בשני המקרים דן בית משפט העליון ביישום החוק למניעת מפגעים, הקובע:

"כל מקום בחוק שמדובר בו על גרימת מעשה פלוני, רואים אדם כאילו גרם לאותו מעשה גם אם הוא נעשה במקום הנתון לשליטתו או לפיקוחו, או על ידי מי שנתון לשליטתו או לפיקוחו, והוא לא נקט כל האמצעים הסבירים למניעתו; הטוען כי נקט אמצעים כאמור – עליו הראיה".<sup>124</sup>

בפרשת **לב-השרון**<sup>125</sup> זיכה בית המשפט את המועצה האזורית. כעבור שלוש שנים, בפרשת **גליל תחתון**,<sup>126</sup> על סמך עובדות די דומות, הרשיע בית המשפט את הרשות האזורית בהפרת החוק.<sup>127</sup> שני פסקי דין אלה מבוססים על הסעיף האמור בחוק למניעת מפגעים, סעיף שאין כמוהו בחוקי סביבה אחרים. לכן פסק הדין בפרשת **גליל תחתון** אינו תקדים ביחס לחוקים אחרים. עם זאת, הוא מגלה שינוי בגישה של בית

<sup>122</sup> סקירת הפסיקה בנושא איפת חוקי איכות הסביבה, באתר האינטרנט של המשרד להגנת הסביבה, מגלה את התבנית הזו. עדיין לא ניתן להעריך את השפעתם של שני חוקי סביבה חדשים הכוללים סנקציות מחמירות. חוק אחד הוא חוק אוויר נקי, שיכנס לתוקף רק בשנת 2011 (ראו: ס' 93 לחוק). השני הוא חוק הגנת הסביבה (המזהם משלם) (תיקוני חקיקה) התשס"ח-2008, הקובע גם עיצומים כספיים משמעותיים במקרים רבים. חשוב לציין שגם לפני חקיקת החוקים האלה, החוק אפשר הטלת קנסות הרבה יותר גבוהים מאלה שבתי משפט קבעו בפועל.

<sup>123</sup> ראו לדוגמה: פרשת **מגנזיום ים המלח**, לעיל ה"ש 117.

<sup>124</sup> ס' 14 לחוק למניעת מפגעים.

<sup>125</sup> פרשת **לב השרון**, לעיל ה"ש 113.

<sup>126</sup> פרשת **גליל תחתון**, לעיל ה"ש 113.

<sup>127</sup> השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט בפרשת **לב השרון**, לעיל ה"ש 113, כתב את פסק הדין בפרשת **גליל תחתון**, שם. כל שאר השופטים הסכימו אתו. השופט דורנר, שכתב את פסק הדין בפרשת **לב השרון**, שם, לא ישב בהרכב השופטים שדן בבית המשפט בפרשת **גליל תחתון**. בפרשת **גליל תחתון**, שם, פס' 15, נפסק על סמך חוקים שונים המטילים חובה על הרשות האזורית לשמור על בריאות הציבור ולסלק מפגעים, כי אם נגרם זיהום בגלל מחדלה של הרשות למלא את חובתה, ניתן להטיל עליה אחריות.

המשפט לענייני איכות הסביבה וגם אולי הגברת המוכנות לפרש חוקי סביבה באופן רחב.

חוק סביבתי אחד השונה מיתר החוקים הסביבתיים הוא החוק למניעת מפגעים סביבתיים. חוק זה מאפשר להטיל אחריות על מי שגורם זיהום סביבתי בדרך של מחדל.<sup>128</sup> פרשנות המונח "מחדל" נדונה בפסק הדין **העמותה למען איכות סביבה וחיים בנהריה**.<sup>129</sup> שם נקבע שניתן לתבוע את הנתבע בגלל מחדלו אך ורק כאשר המחדל עצמו יצר את המפגע. דוגמה לכך הנה כאשר מפעל משתמש בחומרים הגורמים לזיהום מים, ומפעיל המפעל לא טיפל בחומרים אלה לפני שהם דלפו לנחל סמוך. בית המשפט סירב לחייב רשויות ציבוריות שונות בגלל הימנעותן מלנקוט צעדים להפסקת זיהום שנוצר על ידי גורם פרטי, ואמר: "במחדל ישיר ומידי דיבר המחוקק [...] לא כך מחדל שנמצא במעגל החיצוני של גורם הזיהום, בבחינת מחדל עקיף הבא לידי ביטוי בהעדר פיקוח, אכיפה או הסדרה (רגולציה) מצד הרשות המינהלית".<sup>130</sup> לדעת השופט, החוק נועד לא על מנת להוסיף גורמים האחראיים למפגע, אלא כדי להוסיף אכיפה פרטית "כלפי הגורמים שיצרו בפועל את הזיהום, במעשה או במחדל".<sup>131</sup>

לסיכום, גם אם ניתן יהיה לפרש חוק סביבתי כחל גם על מלווים מכוח היותם הגורם האחראי להפרת החוק, לא ברור אם בתי המשפט אכן יעשו כך. שאלה אחרת היא, האם מלווה יוכל להיחשב אחראי כ"מסייע" למי שהפר חוקי סביבה. חוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע בסעיף 31:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

<sup>128</sup> ס' 2(ב) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים.

<sup>129</sup> ע"א (מחוזי חי') 1933/05 **העמותה למען איכות סביבה וחיים בנהריה נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ**, תק-מח 3(07) 7773 (2007).

<sup>130</sup> שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>131</sup> שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית. נכון שבנוסף בית המשפט התייחס למעמד המיוחד של הרשות באותו חוק, נימוק נוסף שפטר את הרשות מאחריות, אבל הלשון המצוטטת ברורה, ואין לצפות שבית המשפט בעתיד יבחין בין מעמד המלווה למעמד הרשות ב"מעגל החיצוני", כדי להטיל אחריות על המלווה למרות הסירוב להטיל אחריות על הרשות.

ראו גם: בר"ע (מחוזי י"ם) 3049/07 **מעצ - החברה הלאומית לרכיבים בישראל בע"מ נ' קן**, תק-מח 3(07) 12006 (2007) (להלן: **פרשת מעצ**), שם נקבע שניתן לראות את מעצ כאחראית לפי החוק בגלל רעש שנבע מעבודותיה בהרחבת הכביש. בית המשפט הדגיש שהבסיס להטלת האחריות נבע מהמחדל של מע"צ לנקוט צעדים שבהם ניתן היה לנקוט למניעת הרעש, שם, ס' 12 לפסק דינו של השופט עדיאל. השופט הבחין בין מצב זה למצב שבו הנתבע לא עשה מאומה.

ההגדרה נראית לכאורה מתאימה לתפקידו של המלווה, משום שמימון הניתן על ידי המלווה מאפשר את בניית הפרויקט או הפעלת העסק הגורם לעברה. אולם הפסיקה שעסקה בסוגיית הסיוע, מעוררת ספק רב אם ניתן להטיל אחריות פלילית על המלווה במקרים כאלה, לאור רמת המחשבה הפלילית הנדרשת בעברת הסיוע. הפסיקה דרשה מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת; מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע את העברה העיקרית; וביצוע פעולת הסיוע מתוך מטרה לסייע למבצע העיקרי.<sup>132</sup> ספק אם דרישות אלה מתקיימות לגבי המלווה. ניתן להניח שהמלווה אכן מודע לכך שהמימון שלו תורם לבניית הפרויקט או הפעלת העסק של הלווה. אולם בהנחה שיש צורך במודעות לכך שהבנייה או ההפעלה מפרה את החוקים הסביבתיים, יהיה קשה להוכיח אותה, משום שהיא נבחנת באופן סובייקטיבי. רק במקרים מיוחדים, כגון במקרים שבהם נציג המלווה ביקר באתר של הלווה והעברות היו ברורות לעין; או כאשר הלווה קיבל הודעה רשמית על הפרת החוק מהרשות המקומית או מהמשרד להגנת הסביבה, והמלווה בדק את המסמכים של הלווה וידע על קבלת ההודעה; יכול להיות שתתקיים במלווה המודעות הנדרשת. בנוסף, המודעות קיימת כאשר ללווה רקע היסטורי של ביצוע עברות סביבתיות, והדבר היה ידוע למלווה. אולם קושי נוסף מתעורר לגבי היסוד השלישי הנ"ל. כנראה מודעות לכך שהלווה עומד לבצע את הפעולה המפרה את החוק, אינה מספקת, ויש צורך להוכיח מודעות של המלווה לכך שהלווה עומד להפר את החוק.

לסיכום, לפי החקיקה הסביבתית הישראלית, קיים סיכוי קטן להטלת אחריות סביבתית על המלווה, כל עוד הוא אינו מפעיל את הפרויקט של הלווה ולא מקבל בעלות בנכס.

## 2. אחריות מלווה מכוח דיני הנזיקין

לצורך הדיון באחריות הנזיקית של המלווה, כמו לגבי הדיון באחריותו מכוח החקיקה הסביבתית, יש להבחין בין המקרים שבהם המלווה מפעיל את הפרויקט המזהם, לבין המקרים שבהם המלווה הנו רק מממן. במקרה הראשון המלווה נושא באותה אחריות נזיקית שיש לכל מפעיל או בעלים של נכס הגורם לנזק. אמנם במקרים אלה, הטלת אחריות נזיקית על המלווה אינה פשוטה, בגלל הקשיים הקיימים בכל התביעות הסביבתיות. הקושי העיקרי הנו בהוכחת הקשר הסיבתי בין התנהגות הנתבע וחלקו בייצור הזיהום לבין הנזק שנגרם לתובע. מאמר זה אינו המקום המתאים לדון בשאלה זאת, שכבר נדונה במקורות אחרים.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> ע"פ 7580/02 ג'אבר נ' מדינת ישראל, תק-על 3735 (3)05, פס' 8 לפסק דינו של השופט גרוניס (2005).

<sup>133</sup> ראו למשל: (2009) 27.1-27.6 §§ MICHAEL DORE, LAW OF TOXIC TORTS.

בפרק להלן נתמקד באחריות הנזיקית של המלווה כמממן גרידא, ולא כמפעיל או כבעלים.

## 2.1 עוולת הרשלנות

### 2.1.1 חובת זהירות<sup>134</sup>

שאלה לא פשוטה היא, האם יש להכיר בחובת זהירות של בנק, כלפי נפגעים מנזקים סביבתיים, שנגרמו בשל פרויקט שמימן הבנק? לגבי סוג הפעולות העלולות להוביל להכרה בחובה כזו, ניתן להצביע באופן כללי על שלושה סוגי פעולות:

א. פעולות הבנק בנוגע להחלטה אם להעמיד את המימון, לרבות אישור תכניות הבנייה או הביצוע של הפרויקט. כך, למשל, בנק סביר יכול לצפות, וצריך לצפות, שעקב הסכמתו לממן פרויקט מבלי לוודא שהלווה השיג את כל האישורים הנדרשים על פי חוקי איכות הסביבה (הכוללים את חוקי הבנייה אם מטרתם לשמור על איכות הסביבה) לצורך הקמת הפרויקט, עלול הפרויקט לגרום נזקים סביבתיים; הוא הדין כשבנק נתן מימון לפרויקט בנייה מבלי לוודא שהפרויקט המתוכנן עומד בדרישות חוקי הבנייה ותכניות המתאר הרלוונטיות; ובדומה, בנק המממן בידועין עסק הפועל בניגוד לדרישות הסביבתיות בחוק רישוי עסקים, יכול לצפות וצריך לצפות את הנזק העלול להיגרם עקב הפרת החוק.

ב. פעולות הבנק במהלך חיי ההלוואה לצורך הגנה על ההלוואה, כגון פיקוח על חשבון הפרויקט, התנאת כל תשלום הקשור לפרויקט באישור הבנק, או פיקוח מיוחד המתבצע באתר הפרויקט עצמו על ידי מפקח מטעם הבנק. בנק סביר יכול לצפות, וצריך לצפות, שאם נציג הבנק מבקר בשטח שבו מוקם הפרויקט ונותן לווה הוראות ביצוע העלולות לגרום נזקים סביבתיים, נזקים אלה אכן עלולים לקרות ולפגוע בכלל הציבור; אם במהלך ביצוע הפרויקט מתגלה הפרה בלתי צפויה של הוראות הדין הסביבתי, יישא הבנק בחובת זהירות אם לא ינקוט את הצעדים הסבירים המתבקשים בנסיבות על מנת לטפל בה. צעדים סבירים יכולים לכלול אי-העמדת מימון נוסף לפרויקט – בהנחה שזכות זו שמורה לבנק בהסכם ההלוואה, דרישה

<sup>134</sup> לעניין חובת הזהירות ראו: ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113, 128-137 (1985) (להלן: פרשת גורדון); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז (1) 113, 123 (1982); ע"א 343/74 גרובנר נ' עירית חיפה, פ"ד ל (1) 141 (1975); ראו גם: אריאל פורת "דיני הנזיקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373 (1997). ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319 (1989). ישראל גלעד "על היחס בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות" משפטים טו(2) 446 (1985).

מהלווה לשנות את תכניות הביצוע, דרישה מהלווה לפעול לתיקון הבעיה, ועוד.  
 ג. פעולות הבנק במסגרת מימוש הפרויקט. הכוונה בעיקר למקרים שבהם הבנק משתלט על הפרויקט לצורך השלמת הבנייה או מכירתו. בנק סביר יכול לצפות, וצריך לצפות, שאם הוא פועל בשטח או מבצע עבודות בנייה תוך כדי הפרת החוקים הסביבתיים, עלולים להיגרם נזקים סביבתיים עקב כך. כל הפעולות המתוארות לעיל מעוררות קושי עקרוני, משום שמדובר בפעולות שגרתיות הנעשות על ידי הבנק אך למען האינטרס האישי של הבנק ולא לטובת צדדים שלישיים. עם זאת, אם הבנק יכול היה לצפות, וצריך היה לצפות, שעקב אותן פעולות ייגרם נזק לצדדים שונים, עלול הדבר לשמש בסיס להכרה בחובת זהירות. בעניין זה אין חשיבות לשאלה אם מדובר במעשה של הבנק או במחדל שלו (למשל, האם הבנק משחרר באופן מכוון כספים לפרויקט, או נכשל באי-עצירת התשלומים). גם אין חשיבות לשאלה אם הבנק ידע או לא ידע על כך שמעשיו עלולים לגרום נזק סביבתי. חובת הזהירות חלה הן על מעשים והן על מחדלים,<sup>135</sup> היא מותנית במבחן הצפיות ולא במבחן הידיעה בפועל,<sup>136</sup> והיא חלה גם על מעשים מכוונים.<sup>137</sup>

שאלה אחרת נוגעת לסוג הניזוקים הפוטנציאליים. בעניין זה ניתן להצביע על קבוצות שונות של ניזוקים אפשריים. כך למשל רוכשי דירות בפרויקט בנייה שמומן על ידי הבנק על קרקע מזוהמת או קרקע שמאגר המים שלה מזוהם; עובדים במפעל לחומרים מסוכנים אשר בנייתו או הרחבתו מומנה על ידי הבנק; בעלי חלקות סמוכות לפרויקט הממומן, שממנו זולגים חומרים רעילים לאותן חלקות;<sup>138</sup> ועוד. אך יותר מכך, ייתכנו מקרים שבהם הציבור הרחב הוא הנפגע מהנזקים הסביבתיים שנגרמו על ידי הפרויקט, כגון במקרים של זיהום אוויר או זיהום מקורות מים. אף שמדובר בקבוצה גדולה ובלתי מוגדרת, היא עשויה לקיים את מבחן השכנות הנדרש, כל עוד ניתן היה לצפות שייגרם לה נזק.

שיקול שיכול להשפיע על ההכרה בצדדים שלישיים כניזוקים פוטנציאליים, הוא כשלבנק יש אינטרס אישי להבטיח שאותם צדדים לא ייפגעו מהבעיה הסביבתית. אם הבנק, במסגרת הגנת האינטרס הכלכלי שלו עצמו, יוקח בחשבון נזקים העלולים להיגרם לצד שלישי כלשהו, משמעות הדבר היא שהבנק צופה את הנזק העלול להיגרם לאותו צד, והדבר יכול לשמש בסיס להטלת חובת זהירות כלפי אותו ניזוק. כך לדוגמה במימון פרויקט בנייה של בניין מגורים, לבנק יש אינטרס שהבנייה תושלם כמתוכנן והרוכשים יקבלו את הדירות שרכשו, על מנת להבטיח שכספי

<sup>135</sup> ס' 36 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: "פקודת הניזוקין").

<sup>136</sup> שם.

<sup>137</sup> ע"א 413/64 אברהמי נ' ראש העירייה, חברי המועצה ובני העיר תל-אביב-יפו, פ"ד יט (1) 114, 119 (1965); ע"א 312/63 אלון נ' פלד, פ"ד יז (1) 2572, 2574 (1963).

<sup>138</sup> השוו לפרשת LaSalle Bank v. Lehman Bros. Holdings Inc., 237 F. Supp. 2d 618 (2002).

הרכישה יופקדו בחשבון הבנק של הקבלן ויקטינו את חובו לבנק, כמו גם כדי למנוע מצב שבו הרוכשים ידרשו תשלום מהבנק על פי הערכויות הבנקאיות שהוא הנפיק להם.<sup>139</sup> אם בעיה סביבתית כלשהי מונעת מהקבלן למסור לרוכשים את הדירות, למשל אי-קבלת אישור אכלוס משום שלפרויקט אין מערכת ביוב תקנית, עלול להיפגע מכך גם הבנק, לפחות בחלק מן המקרים, כמוסבר לעיל. לפיכך לצורך הגנה על האינטרס האישי שלו, על הבנק להביא בחשבון נזקים אפשריים לרוכשי הדירות,<sup>140</sup> ולכן קל יותר להכיר בקבוצה של רוכשי הדירות כניזוקים פוטנציאליים לצורך הטלת חובת הזהירות. לעומת זאת, הסוגיה סבוכה יותר כאשר מדובר על שכנים למקרקעי הפרויקט, שבדרך כלל הבנק לא מקדיש תשומת לב מיוחדת לאינטרס שלהם. הכרה בשכנים אלה כסוג של ניזוקים פוטנציאליים, מהווה החמרת רף האחריות של הבנק. ודאי כך כאשר מדברים על הציבור בכללותו.

ההכרה בחובת זהירות מושפעת משיקולי מדיניות משפטית. ההלכה היא כי חובת זהירות צומחת במקום שניתן לצפות את הנזק, אלא אם כן קיימים שיקולי מדיניות השוללים את האחריות.<sup>141</sup>

מבחינת שיקולי מדיניות, נראה כי אין סיבה לשחרר את הבנק מאחריות במקרים שבהם הוא יכול וצריך לצפות את הנזק. בנק, כמו כל מזיק אחר, חייב לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק. אין מטילים על הבנק חובה מוחלטת. חובתו היא אך לנקוט אותם אמצעים, שמלווה סביר היה נוקט בנסיבות העניין. לא כל טעות בשיקול דעת היא התרשלות. קיימים סיכונים של חיי יום-יום, שכל אדם חייב ליטול אותם, כחלק מהציוויליזציה המודרנית. אך אם הבנק התרשל ויצר סיכון בלתי סביר, אין כל סיבה לשחררו מאחריות בנזיקין. בדרך זו יובטח כי הבנק ינקוט אמצעי בטיחות בעתיד כדי למנוע הישנותו של האירוע הרשלני, והדבר יביא לנקיטת אמות מידה ונהלים, אשר יבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים במקרים הבאים. בנוסף, כפי שהוסבר לעיל, הבנק עשוי להימצא בעמדה טובה יותר מן היזם למנוע מלכתחילה את הנזק. זאת, בשל הכלים הפיננסיים, המשפטיים והטכניים העומדים לרשותו, ואשר אינם נחלתם של מרבית היזמים.<sup>142</sup>

מצד שני, ניתן למנות גם שיקולים כנגד הטלת חובת זהירות על הבנק, אם כי לא כולם עומדים כאשר מדובר באחריות סביבתית.

<sup>139</sup> על פי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974.  
<sup>140</sup> אין פירושו של דבר שהבנק צריך לבדוק את תכניות הבנייה ולפקח על כך שהבנייה תיעשה בהתאם לתכניות. הבנק אינו אמור להחליף את הקבלן. אולם ככל שמדובר בעניין מהותי לפרויקט, ממילא אינטרס הבנק יגרום לכך שהבנק ידרוש התחייבות של הקבלן ודיווח של המפקח, על התאמת הבנייה בפועל לתוכניות.

<sup>141</sup> ראו פרשת גורדון, לעיל ה"ש 134, בעמ' 130; וכן פרשת ועקנין, לעיל ה"ש 134, בעמ' 114.  
<sup>142</sup> ראו טקסט בסמוך לה"ש 40 לעיל. השוו: אריאל פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט תשנ"ב-תשנ"ג 301, 325 (1992-1993).

הטלת אחריות על הבנקים משמעותה ייקור העלויות בגין אותו שירות, וגלגול עלויות אלה על כלל הלקוחות. נזקים סביבתיים עלולים להיות גבוהים במיוחד ולגרום לעלויות עצומות. הטלת אחריות גבוהה על הבנקים עלולה להניא אותם ממתן השירות, ועקב כך ייפגעו אותם פרויקטים אשר ללא המימון הבנקאי לא יוכלו להתבצע. ראוי להזכיר כי במקרים רבים מדובר בפרויקטים חיוניים לציבור כמו תחנות כוח ומפעלי מים. מצד שני, לציבור אין עניין בבניית פרויקטים חיוניים כאלה או בהפעלתם באופן הפוגע בסביבה במידה העולה על החוק. בנוסף, הבנק לא יצטרך לשאת בעלות הנזק, אם ינקוט את צעדים הנדרשים על מנת למנוע את הנזק, כמו בדיקה על ידי מומחים ופיקוח על כך שהפרויקט מוקם באופן שאינו פוגע בסביבה. בדרך כלל עלות צעדי המניעה נמוכה מעלות הנזק. כמו כן הבנק יכול להגן על עצמו על ידי עריכת ביטוח מתאים, שגם עלותו זניחה ביחס לעלות הנזק.<sup>143</sup>

שיקולים נוספים נגד הטלת אחריות, קשורים לעצם תפקידו של הבנק בנוגע לפרויקט: בדיקת הסיכונים הסביבתיים של הפרויקט אינה בתחום המומחיות של הבנק ואינה מעיסוקיו. כמו כן, גם אם הבנק עורך בדיקות כלשהן בתחום, הדבר נעשה אך לצרכיו הפרטיים של הבנק, כשרמת הבדיקה מצומצמת אך לבעיות סביבתיות העוללות לפגוע ביכולתו של הלווה לפרוע את החוב. הטלת חובה על הבנקים לערוך בדיקות סביבתיות מקיפות תגרום לכך שהבנקים יידעו יותר על ההשלכות הסביבתיות של הפרויקט. ידיעה בפועל על בעיות סביבתיות תוביל להטלת אחריות על הבנק בגין רשלנות. ניצול העובדה שהבנק עורך בדיקות סביבתיות מסוימות, על מנת להטיל עליו אחריות בשל כך כלפי צדדים שלישיים ואף כלפי הציבור בכללותו, הופכת את הבדיקה מיתרון לחיסרון.<sup>144</sup> מצד שני, הבנק אינו נדרש לערוך את הבדיקות בעצמו, אלא להיעזר בשירותיו של מומחה, כך שבעלות נמוכה יחסית ניתן לקבל תמונה מקיפה בדבר מצבו הסביבתי של הנכס. אם הבדיקה העלתה בעיות סביבתיות, הבנק לא יכול להתכחש להן בטענה שמטרת הבדיקה הייתה בסך הכול לצורכי הבנק עצמו. אכן, ייתכן שללא ידיעת הבנק על הבעיות הסביבתיות נכנס הוא לא יישא באחריות להן. אבל כעת, כשהבנק יודע עליהן, השיקול להטלת אחריות חזק יותר. אם כעת הבנק לא יעשה דבר, הוא ייחשב אחראי.

הרחבת חובת הזהירות כלפי צדדים שלישיים איננה מובנת מאליה. בית המשפט העליון פסק לאחרונה<sup>145</sup> כי יש להיזהר מפני הרחבת יתר של חובת הזהירות הבנקאית כלפי מי שאינם לקוחות הבנק. באותו מקרה דובר באחריות בנק כלפי יורשים של לקוח, לאחר שהתגלה כי מנהל העיזבון מעל בחשבונות הבנק של המנוח.

<sup>143</sup> להיבטים הכלכליים ראו לעיל בפרק ב.2.

<sup>144</sup> ראו: דיון בטקסט סמוך לה"ש 91 לעיל.

<sup>145</sup> ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוח אופלגר ז"ל, פ"ד נט(2) 349, 371-370 (2004).



בית המשפט מנה שם כמה טעמים כנגד הרחבת האחריות כלפי צדדים שלישיים. יש לבדוק אם הדברים, שנאמרו בהקשר של אחריות הבנק לניהול הכספים המופקדים בידי, מתאימים גם בנוגע לנזקים סביבתיים.

ראשית נפסק, כי בין הבנק לבין לקוחו קיימת מערכת של יחסי קירבה הדוקים, המצדיקה רמת זהירות גבוהה במיוחד, אולם קרבה כזו אינה קיימת כלפי מי שאינו לקוח הבנק. שנית, לקוח הבנק מסתמך במידה רבה על הבנק, ואילו הסתמכותם של צדדים שלישיים היא ברמה נמוכה יותר. נימוקים אלה יפים גם לעניין האחריות הסביבתית. נימוק נוסף שנתן בית המשפט הוא שהטלת חובת זהירות הדוקה מדי לשמירה על אינטרסים של צד שלישי, עלולה להתנגש עם החובות המוטלות על בנק כלפי לקוחו, שכלפיו חב הבנק בראש ובראשונה חובת זהירות כמו גם חובות חוזיות וחובת אמון. נימוק זה חל גם בעניינים סביבתיים, אך הוא מביא למסקנה הפוכה. על הבנק לדאוג לטובת לקוחו הלווה, ומבחינה משפטית אין להניח שהפרת חוקי סביבה פועלת לטובת הלווה. לכן אין להטיל על הבנק חובה להמשיך ולממן פרויקט, אם הפרויקט מפר חוקי סביבה ועלול לגרום נזק לצדדים שלישיים.

לבסוף, בית המשפט פסק שהטלת חובה רחבה מדי על הבנק כלפי מי שאינם לקוחותיו, עלולה לתרגם את עצמה למעורבות בלתי רצויה מצד הבנק בפעילות הלקוח, בשל חששו של הבנק להיחשף לאחריות נזיקית. מעורבות כזו פוגעת באוטונומיה של הלקוח לנהל את ענייניו לפי ראות עיניו, בלא שהבנק "ינשוף בעורפו" ויתחקה אחר מעשיו. נדמה כי הטיעון האחרון חלש בנוגע לנושאים סביבתיים. ספק אם הערך של אוטונומיית הלקוח יכול להצדיק את שחרור הבנק מחובת הפיקוח, כאשר בכוחו של הפיקוח למנוע את הפרת הוראות החוקים הסביבתיים ולהקטין את הסיכון לפגיעה בסביבה. מצד שני, ניתן גם לטעון כי הטלת האחריות הסביבתית על הבנק מעבירה את נטל קבלת ההחלטות הנדרשות מכתפי הלקוח הלווה לכתפי הבנק. לא תמיד דבר זה רצוי, בפרט כאשר קיימות דרכים מגוונות לפתרון ליקוי סביבתי, כמו הפעלת מתקני ציוד שונים או שינוי תהליך הייצור. כך שבמקרים אלה עדיף להשאיר את יכולת הבחירה בידי הלקוח, ובכך בעצם לשמר את האוטונומיה שלו. על כן יש צורך להגדיר את אחריות הבנק באופן כזה שתחייב אותו לנקוט בצעדים סבירים להבטיח שהלווה אכן מטפל בבעיות סביבתיות, ואין להטיל על הבנק את האחריות לטפל בהן בעצמו.

גם בארצות-הברית, מעטים המקרים בהם נדונה אחריות מלווה לנזקים סביבתיים על פי עוולת הרשלנות.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> ראו: Gussack Realty Co. v. Xerox Corp., 224 F.3d 85 (2000); Seats v. Hooper, 1999 WL 674321 (E.D. Pa. 1999); Corestate/New Jersey National Bank v. DEP, במאמרו של Schnapf, לעיל ה"ש 46, בעמ' 164, הערה 81; ופסקי הדין המאוזכרים בה"ש 47 לעיל.

## 2.1.2 הפרת החובה

הכרה בקיום חובת זהירות עדיין אינה מספיקה על מנת להטיל אחריות. כעת יש לבדוק אם הבנק אכן הפר את החובה, או במילים אחרות – האם התרשל. במסגרת זו בודקים שני דברים: ראשית, האם הסיכון שיצר המזיק הוא בלתי סביר. שנית, האם המזיק נקט באמצעי זהירות סבירים למניעת הסיכון.<sup>147</sup> אמצעים אלה אינם קבועים, והם משתנים על פי סוג ומידת הסיכון, סוג הניזוק, האמצעים למניעת הסכנה, ושאר נסיבות המקרה.<sup>148</sup> במספר מקרים אימצו בתי המשפט בישראל מבחן המבוסס על "נוסחת Learned Hand", תוך שהם משקללים את עלות מניעת הנזק, ההסתברות לקרות הנזק, גובה הנזק הצפוי והאינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון.<sup>149</sup>

כאמור, בישראל קיימת חקיקה לא מעטה בנושאים סביבתיים. פרויקטים רבים נדרשים לעמוד בדרישות החוק השונות ולהשיג אישורים מתאימים. לפיכך, אמצעי הזהירות הראשון בו על הבנק לנקוט עוד לפני חתימת הסכם ההלוואה והעמדת המימון ללווה, הוא בדיקה לפיה הלווה השיג את כל האישורים וההיתרים הנדרשים לצורך ביצוע הפרויקט. כך לגבי בניית פרויקטים חדשים והרחבת פרויקטים קיימים, יש לבדוק שהלווה קיבל את כל היתרי הבנייה הנדרשים, כולל ביצוע השינויים הנדרשים בתוכניות הבנייה והכנת תסקירי השפעה על הסביבה.<sup>150</sup> לגבי פרויקטים תעשייתיים או עסקיים, יש לבדוק את הצורך ברשיון עסק, הכולל לעיתים גם דרישות סביבתיות, ולוודא שבידי הלווה רשיון עסק תקף.<sup>151</sup> בנוסף, לגבי פרויקטים הדורשים היתרים סביבתיים מיוחדים, כמו פרויקטים המזרימים שפכים לים ממקורות יבשתיים,<sup>152</sup> יש לבדוק אם הלווה בעל היתר כנדרש.

הבעיה היא שלא פעם גיוס מימון לפרויקט נעשה עוד קודם להשלמת ההליך התכנוני, בשלב בו טרם הושגו האישורים הנדרשים וטרם מולאו דרישות החוק. במקרים כאלה כדאי לבנק לקבוע במפורש בחוזה המימון, שהשגת האישורים היא תנאי מתלה להענקת האשראי בפועל, כולו או חלקו, בהתאם לשלב ביצוע הפרויקט לגביו נדרש כל אישור ואישור, וכמובן להציג את האישורים לבנק ולהקפיד לפעול בהתאם.

147 ראו: פרשת סבג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 109.

148 דנ"א 1740/91 בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' פרוסט, פ"ד מז(5) 31, 48 (1993).

149 ראו: פרשת סבג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107-109; וכן פרשת גרובנר, לעיל ה"ש 134, בעמ' 158.

150 על פי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ותקנות התכנון והבנייה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003, ק"ת 6246.

151 ס' 1, 5 ו-7 לחוק רישוי עסקים וצו רישוי עסקים (עסקים טעוני רישוי), התשנ"ה-1995, ק"ת 5669.

152 ראו ס' 2 לחוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים.

שאלה קשה יותר היא האם על הבנק לוודא, מלבד קיומם של ההיתרים והרשיונות עובר למתן ההלוואה, שהלווה אכן ממשיך לקיים את דרישות ההיתרים והרשיונות גם במהלך שלבי ביצוע הפרויקט. נראה כי בלא מעט מן המקרים, חובה כזו תטיל על הבנק מעמסה כבדה, הן תפעולית והן כספית, ותרחיב את גרי אחריותו יתר על המידה בהתחשב בשיקולים שפורטו לעיל. באותם מקרים, פתרון ביניים אפשרי הוא לחייב את הלווה להמציא לבנק אחת לתקופה שתיקבע מראש, דו"ח מומחה מטעמו של הלווה על כך שהלווה עומד בדרישות ההיתרים. אם בדוח"ות תתגלה הפרה בלתי צפויה של הוראות הדין הסביבתיות, יהיה על הבנק לנקוט את צעדים הסבירים המתבקשים בנסיבות על מנת לטפל בה, כמוסבר לעיל.<sup>153</sup>

אמצעי הגנה מומלץ לבנק הוא הכנסת תניות סביבתיות לחוזה ההלוואה. פרט להצהרת הלקוח על כך שכל הדרישות החוקיות מולאו, מומלץ לבנק להטיל על הלווה את ההתחייבויות הבאות: התחייבות לדווח לבנק מיד על כל בעיה סביבתית שהתעוררה; התחייבות להודיע לבנק על כל הוראה, הודעה או צו שהתקבלו מהרשויות השונות הנוגעות לנושאים סביבתיים, וכן על כל הליך משפטי, תלונה או פנייה מהציבור או מגורמים אחרים בעניינים סביבתיים; התחייבות לכבד כל הוראה של המשרד לאיכות הסביבה או הרשויות המוסמכות בתחום הסביבתי, ולספק לבנק דוחות תקופתיים על התאמה לכל דרישות הרשויות; התחייבות למסור לבנק לפי דרישתו כל מידע ומסמך הנוגעים להיבטים הסביבתיים של הפרויקט; הסמכת הבנק ליצור קשר ישיר עם המשרד לאיכות הסביבה ושאר הרשויות בתחום הסביבתי לצורך קבלת מידע ומסמכים הנוגעים לפרויקט; וכמובן – התחייבות הלווה לתקן מיד כל הפרת חוק וכל נזק סביבתי שהתגלה. כל אחת מפעולות אלה תקיים בדרך כלל את נוסחת Learned Hand שהוזכרה לעיל, כאשר לוקחים בחשבון את העלות הנמוכה של הצעד המניעתי מול גובה הנזק העלול להיגרם בגין הקמת הפרויקט ללא היתר או הפעלת העסק ללא רשיון. לעומת זאת, חיוב הלקוח לערוך ביטוח סביבתי הוא רעיון הדורש בחינה זהירה. פרט לשאלה אם ניתן לרכוש בארץ ביטוח כזה, העלות עשויה להיות יקרה מדי. לכן דרישה כזו כאמצעי זהירות תלויה בסוג הפרויקט ובמידת הסכנה לסביבה הכרוכה בה.

### 2.1.3 נזק

ברוב המקרים אין בעיה להוכיח את הנזק שנגרם, אם כי ישנם מקרים שבהם הנזק מהחשיפה לזיהום יופיע רק לאחר זמן משמעותי.<sup>154</sup> שאלה קשורה היא סוגיית ריחוק הנזק. פקודת הנזיקין קובעת כי פיצויים יינתנו

<sup>153</sup> ראו: התייחסותנו לעיל בתת-הפרק הדין בחובת הזהירות.

<sup>154</sup> ראו: DORE, לעיל ה"ש 133, ס' 7.8.

רק על נזק "שבא במישרין מעוולת הנתבע".<sup>155</sup> נזק אחר ייחשב נזק מרוחק שאינו מזכה בפיצויים. הקביעה מתי מדובר בנזק ישיר או קרוב, המזכה בפיצויים, לבין נזק רחוק שאינו מזכה בפיצויים, נעשית גם היא לפי מבחן הצפיות: הנזק הקרוב הוא נזק שאפשר היה וצריך היה לצפותו מראש.<sup>156</sup>

#### 2.1.4 קשר סיבתי

יסוד לא פשוט להוכחה הוא קיום קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם בפועל.<sup>157</sup> פקודת הנזיקין הישראלית קובעת כי אדם ייחשב כגורם לנזק אם התרשלותו הייתה "הסיבה או אחת הסיבות לנזק".<sup>158</sup> לשם כך יש לבדוק: האם אלמלא ההתרשלות לא היה הנזק נגרם ("קשר עובדתי"); והאם קיימת הצדקה להטלת אחריות על אותו אדם ("קשר משפטי").<sup>159</sup> נטל הוכחת הקשר הסיבתי מוטל על הניזוק התובע, ובעניינים סביבתיים מלאכה זו אינה קלה כלל. ברוב המקרים הראיות שמביא הניזוק הן נסיבתיות, ובחינתן אינה פשוטה.<sup>160</sup>

עקב בעיות בהוכחת הקשר הסיבתי במקרים רבים, תימנע מהניזוק האפשרות להוכיח שפעולות הלווה הן אלו שגרמו לנזקו. במקרים אלה, ברור שהניזוק גם לא יצליח להוכיח קשר סיבתי בין מימון הבנק לבין הנזק. אך מה לגבי המקרים שבהם הניזוק יוכל להוכיח שפעולות הלווה גרמו לנזקו? מכיוון שהנזק הסיבתי נגרם בפועל על ידי הלווה, יכול הבנק לכאורה לטעון להיעדר קשר סיבתי בינו לבין הנזק. אולם הדבר אינו בהכרח כך ותלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה. דוגמה בולטת לכך היא כאשר מפקח מטעמו של הבנק, אשר ביקר באתר הפרויקט, נתן ללווה הוראת ביצוע, אשר ביצועה בפועל על ידי הלווה גרם לנזק סביבתי (למשל הנחת פסולת או איחסון חומרים מסוכנים שלא לפי הוראות החוק). במקרה כזה מתקיימים הן הקשר הסיבתי העובדתי והן הקשר הסיבתי המשפטי. דוגמה נוספת היא מקרה שבו בנק נתן מימון ללווה מבלי לבדוק שהלווה אכן השיג את האישורים הנדרשים על פי חוק. עקב כך

<sup>155</sup> ס' 176(1) לפקודת הנזיקין.

<sup>156</sup> ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פד יח(4) 716, 701 (1964).

<sup>157</sup> להרחבה בעניין זה ראו: ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" **משפטים** יד 15 (1984); אריאל פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות העובדתית לשם הרחבת היקף האחריות הנזיקית" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א** 240, 223 (1991).

<sup>158</sup> ס' 64 לפקודת הנזיקין.

<sup>159</sup> ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד מו(5) 727, 747-748 (1992). ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נגד קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 226 (2004). גלעד, לעיל ה"ש 157, בעמ' 16-17, 24-27.

<sup>160</sup> על השיטות לבחינת ראיות נסיבתיות, שיטת ההסתברות המתמטית ושיטת ההסתברות האינדוקטיבית, ראו: פרשת **קיבוץ מעיין צבי**, שם, בעמ' 283-284, העוסקת בנושא קרוב, נזק לעובד במפעל אסבסט. ראו גם: דניאל פיש דיני איכות הסביבה בישראל 220 (2002).

נבנה הפרויקט באופן בלתי חוקי ותוך גרימת נזקים סביבתיים. נדמה כי גם כאן מתקיימים הקשר הסיבתי הנדרש. העניין ברור פחות במקרה שהבנק המשיך לממן את הפרויקט מבלי לבדוק אם ביצעו גרם להפרת חוקים סביבתיים.

שאלה אחרת נוגעת לניתוק הקשר הסיבתי. פקודת הנזיקין קובעת כי אדם לא ייחשב כמי שגרם לנזק אם "אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק".<sup>161</sup> אולם הפסיקה אימצה גם כאן את מבחן הצפיות וקבעה כי התערבות גורם זר אינה מנתקת את הקשר הסיבתי, כל עוד היה על המזיק לצפות את הנזק. אף חומרת רשלנותו של הגורם המתערב אין בה כשלעצמה כדי לפטור את המזיק מאחריות, אם חייב היה לצפות את אשר אירע.<sup>162</sup> לכן, בענייננו, התערבות הלווה אינה מנתקת את הקשר הסיבתי בין הבנק לבין הנזק הסביבתי שנגרם, כל עוד היה על הבנק לצפות את הנזק עקב התרשלנותו.

### 2.1.5 סיכום

עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת המשקפת שיקולי מדיניות משפטית. ככלל נראה שיש מקום להטיל על הבנק חובת זהירות בגין נזקים סביבתיים שנגרמו על ידי הלווה, לפחות באותן פעולות (או מחדלים) וכלפי אותם ניזוקים כמתואר בפרק זה לעיל. בבדיקת יסודות העוולה ותוך ניתוח העובדות הקונקרטיות של המקרה, יהיה על בית המשפט לאזן בין הטלת אחריות חמורה מדי שבה לא יוכלו הבנקים לעמוד, לבין נקיטה של מידת הזהירות ההכרחית.

## 2.2 עוולות נזיקיות אחרות

### 2.2.1 הפרת חובה חקוקה

הבסיס לעוולה של הפרת חובה חקוקה הוא חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק;<sup>163</sup> ככלל, כפי שהוסבר לעיל, חוקים בתחום איכות הסביבה אינם מטילים כל חובה ישירה על המלווה במעמדו כמממן בהקשר של מפגעים סביבתיים המיוצרים על ידי הלווה. לאור זה, נראה כי על פי החקיקה הקיימת לא יישא המלווה באחריות לפי עוולה זאת.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> ס' 64(2) לפקודת הנזיקין.

<sup>162</sup> 684/76 אייל נ' פוקסמן, פ"ד לא(3) 358, 349 (1977); ע"א 576/81 בן-שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1, 8-10 (1984). גלעד, לעיל ה"ש 157, בעמ' 24; פרשת קני בתים, לעיל ה"ש 159, בעמ' 748-749.

<sup>163</sup> ס' 63 לפקודת הנזיקין.

<sup>164</sup> בהקשר זה יש לציין כי בימים אלו שוקד המפקח על הבנקים על ניסוח טיוטת הוראה של נוהל

## 2.2.2 מטрд ליחיד

"מיטרד ליחיד הוא כשאדם [...] מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפוששים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם".<sup>165</sup>

כאשר המלווה מממן פרויקט הגורם לזיהום סביבתי, למשל מזורים מים מזוהמים לקרקע של אחרים, ניתן לטעון שהמלווה מנהל את עסקו באופן המפריע לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר. הבעיה בקביעת אחריות המלווה היא, כמובן, שהנזק נגרם על ידי הלווה ולא על ידי המלווה עצמו. גם אם המלווה יצר את התנאים שאפשרו לגרימת העוולה על ידי הלווה, בסופו של דבר הלווה ולא המלווה הקים את הפרויקט או הפעיל את עסקו באופן שגורם לנזק. בדרך כלל תהא זו הגנה טובה המשחררת את המלווה מאחריות.

לאחרונה נדונה טענה דומה בפרשת מעצ.<sup>166</sup> תושבים בבתי מגורים סמוכים לכביש, טענו שעבודות של מע"צ בהרחבת הכביש יגרמו להם מטрд ליחיד בגלל הרעש הצפוי להיגרם עקב התנועה בכביש המורחב. מע"צ טענה שכלי הרכב שישתמשו בכביש הם אלה שיגרמו לרעש, ולא הכביש עצמו. במילים אחרות, גם אם היא יצרה את התנאים לגרימת העוולה, היא לא יצרה את המטרד. בית המשפט דחה את הטענה והטיל אחריות על מע"צ, אולם זאת בגלל המעמד המיוחד של מע"צ כרשות ציבורית, וכן בשל הוראותיו המיוחדות של החוק שנדון שם – חוק למניעת מפגעים. לאור הנמקותיו, פסק הדין לא יצדיק הטלת אחריות על גורם בלתי ישיר מכוח חוקים סביבתיים אחרים, וכן לא יצדיק הטלת אחריות על מלווה פרטי שאינו רשות ציבורית. על כן יהיה קשה להטיל על מלווה אחריות בגין מטрд ליחיד, גם לפי הפרשנות הרחבה של פסק הדין.

## 2.2.3 מטрд לציבור

"מיטרד לציבור הוא מעשה שאינו כדין או מחדל מחובה משפטית, כשהמעשה או המחדל מסכן את החיים, הבטיחות, הבריאות, הרכוש

בנקאי תקין, בנושא אחריות הבנקים בתחום איכות הסביבה. כמו כן הונחה לאחרונה על שולחן הכנסת לדיון מקדמי, הצעת חוק בנושא ניקוי קרקעות, המציעה להטיל אחריות מסוימת גם על מלווים. ראו: הצעת חוק שיקום קרקעות מזוהמות, התשס"ח-2007, אם הצעת החוק תאושר, תתעורר השאלה, האם ניתן לתבוע את המלווה בעילה של הפרת הוראה חקוקה.

<sup>165</sup> ס' 44 לפקודת הנזיקין.

<sup>166</sup> פרשת מעצ, לעיל ה"ש 131.

או הנוחות של הציבור, או שהוא מכשול לציבור להשתמש בזכות  
מזכויות הכלל".<sup>167</sup>

גם עוולה זאת ככל הנראה, אינה מתאימה להטלת אחריות על המלווה. העוולה מבוססת על "מעשה שאינו כדין" או "מחדל מחובה משפטית". כפי שהוסבר לעיל, הדין הקיים אינו אוסר מימון פרויקטים המייצרים זיהום ואינו מטיל חובה ברורה על המלווה במקרים כאלה.

### 3. אחריות מלווה מכוח דיני הבנקאות

החקיקה הבנקאית אינה דנה בשאלת אחריותם של בנקים בתחום איכות הסביבה. בשנת 2008 פרסם המפקח על הבנקים טיוטה של הוראת ניהול בנקאי תקין בנושא "סיכונים סביבתיים". על פי הטיטה, מוטל על דירקטוריון הבנק לקבוע עקרונות לניהול החשיפה לסיכונים סביבתיים ולמנות מנהל בכיר שיהיה אחראי על ניהול הסיכון. בנוסף, הבנק מחויב להגדיר ולהסדיר אמצעים לזיהוי, אמידה וניהול החשיפה לסיכון סביבתי; לקבוע מנגנונים לניטור ובקרה של החשיפה לסיכונים סביבתיים; לעגן את מדיניות הבנק בנושא בנהלים; להעמיד אמצעים להתמודדות עם הנושא לרבות הכשרת העובדים; ולערוך ביקורות פנימיות. במילים אחרות, הטיטה קובעת את העקרונות הכלליים להתמודדות עם הנושא, אך משאירה את התוכן המעשי לשיקול הדעת של הבנק.

כדוגמה להסדרת התחום על ידי רשויות הפיקוח על הבנקים, ניתן להביא את הדין האמריקני. בארצות-הברית קבעה הרשות המפקחת על בנקים ומוסדות פיננסיים (Federal Deposit Insurance Corporation – FDIC) הנחיות ברורות להתמודדות עם סיכונים סביבתיים.<sup>168</sup> הנחיות אלה קובעות כי על המוסדות הפיננסיים לקבוע תכנית לניהול סיכונים סביבתיים, שתשמש את הבנק כחלק מתהליך קבלת ההחלטות העסקיות בבנק. התכנית צריכה לקבוע את הפרוצדורות לזיהוי והערכת הסיכון, בהתחשב עם צרכי הבנק והפרקטיקות הנהוגות בו, ותוך הערכת הסיכונים הספציפיים שעלולים להתעורר במגזרים שבהם פועל הבנק; על מועצת הדירקטורים של הבנק לבדוק ולאשר את התכנית; מועצת המנהלים תמנה מנהל בכיר בעל הכשרה בתחום הסביבתי, כקצין ציות מיוחד האחראי על יישום התכנית בבנק;<sup>169</sup> התכנית תדאג להדרכה הולמת לעובדי הבנק באשר לתהליך אישור

<sup>167</sup> ס' 42 לפקודת הניזקין.

<sup>168</sup> Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) Lender Environmental Risk Management Guidelines ניתן לצפייה בכתובת: [www.fdic.gov/news/news/financial/2006/fi106098a.pdf](http://www.fdic.gov/news/news/financial/2006/fi106098a.pdf) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>169</sup> בישראל ניתן להשתמש בקצין הציות הקיים בבנק על מנת שיבחן זאת. בעניין קצין הציות של

הלוואה ללקוח: על הבנק לדרוש דו"ח סביבתי לפני אישור ההלוואה. גם במסמכים שעליהם חותם הלקוח ייכללו נתונים סביבתיים הנוגעים לפרויקט. בנוסף, על נציג הבנק לבקר באתר הפרויקט על מנת להעריך את הסיכונים הסביבתיים הקיימים. אם במהלך ההליכים לקראת אישור ההלוואה מתעורר חשד ספציפי לליקוי סביבתי, על הבנק לערוך חקירה מקיפה יותר לרבות פנייה לרשויות הגנת הסביבה על מנת לברר אם ללווה או לנכס היסטוריה של בעיות סביבתיות; הערכת הנזק הסביבתי תימשך לאורך כל תקופת ההלוואה ותכלול פיקוח הן על הלווה והן על מקרקעי הפרויקט; אם מתגלה חשש לזיהום סביבתי שעלול להשפיע לרעה על שווי המקרקעין המהווים בטוחה להלוואה, הבנק רשאי להפעיל את זכויותיו על פי הסכם ההלוואה, ולדרוש מהלווה לנקוט את הצעדים הסבירים הנדרשים להגנה על שווי המקרקעין.<sup>170</sup> ראוי לציין כי על פי הנחיות ה-FDIC, אם מתגלה זיהום בנכס, לא מוטל על הבנק כל חיוב לדווח לשלטונות. ההשכלה היחידה היא כפיפות הלווה לסנקציות הקבועות בחוזה ההלוואה, אם לא יפעל לתיקון הליקוי. למען האמת, בארצות-הברית אין צורך להטיל על הבנק חיוב פרט לכך. לאור האכיפה היעילה של חוקי איכות הסביבה שם, הבנקים יודעים שבעיה סביבתית המתגלה בנכס המשמש בטוחה להלוואה, מסכנת את האינטרס הכלכלי של הבנק עצמו. נשאלת השאלה אם בשל רמת האכיפה הנמוכה של חוקי איכות הסביבה בישראל, ראוי יהיה לקבוע אצלנו אחרת?

תופעה נוספת שניתן להצביע עליה עקב ההכרה הגוברת של הבנקים בחשיבות הסיכונים הסביבתיים, היא ניסוח קודים וולונטריים שבהם מתחייבים הבנקים לפעול כדי לשפר את ניהול הסיכונים הסביבתיים והערכתם. דוגמה לכך הם עקרונות המשווה (Equator Principles).<sup>171</sup> עקרונות המשווה חלים על פרויקטים בסכום של 10 מיליון דולר ומעלה.<sup>172</sup> על פי עקרונות המשווה, הבנקים נדרשים לקבוע את רמת הסיכון הסביבתי של הפרויקט, בהתאם לקריטריונים שנקבעו באותם עקרונות.<sup>173</sup> פרויקטים בדרגת סיכון גבוהה ובינונית מחויבים לבצע סקר הערכת השפעה על הסביבה.<sup>174</sup> לצורך הכנת הסקר נדרשת התייעצות עם קבוצות עניין רלוונטיות כמו אוכלוסייה מקומית וארגונים ירוקים.<sup>175</sup> כן נדרשת הכנת תכנית לניהול וניטור

הבנק ראו: הוראת המפקח על הבנקים: ניהול בנקאי תקין, הוראה 308 "קצין ציות", ניתן לצפייה בכתובת [www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul\\_takin/h308.pdf](http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/h308.pdf) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>170</sup> ראו גם את: The Federal Reserve Board, 2000 Supervisory Policy and Issues § 2010.5, Environmental Liability (2000) ניתן לצפייה בכתובת: [www.federalreserve.gov/Board/Docs/SupManual/bhc/200707/2000p1.pdf](http://www.federalreserve.gov/Board/Docs/SupManual/bhc/200707/2000p1.pdf) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>171</sup> לעיל ה"ש 4.

<sup>172</sup> שם, טווח (Scope), בעמ' 2.

<sup>173</sup> שם, מוצג (Exhibit) 1, בעמ' 6.

<sup>174</sup> שם, עקרונות 2-3 בעמ' 2; שם, מוצג (Exhibit) 2, בעמ' 7.

<sup>175</sup> שם, עקרון 5, בעמ' 3.



ההשפעות הסביבתיות הצפויות ופתרונות לצמצומן, על ידי הלווה.<sup>176</sup> הדגש הוא על טיפול בסוגיות סביבתיות לכל אורך חיי הפרויקט ולא רק בשלב אישורו. לכן העקרונות קובעים בנוסף, שלגבי פרויקטים ברמת סיכון גבוהה ובינונית, הבנק רשאי להתנות את המימון במינוי מומחה סביבתי שילווח את הפרויקט לכל אורך שלבי ביצועו.<sup>177</sup> עוד קובעים העקרונות כי בהסכם הלוואה יש לכלול תניות סביבתיות שונות. אם הלווה הפר תניות אלה, "הבנק יעבוד עם הלווה יחדיו על מנת להבטיח ציות לתניות במידה האפשרית. אולם אם הלווה לא יצליח לחזור ולציית לתניות, שמורה לבנק הזכות להפעיל את הסעדים העומדים לרשותו".<sup>178</sup> בפועל מנוסחים הסכמי מימון רבים כך שעמידה בתנאי עקרונות המשווה היא תנאי סף לכל משיכה ממסגרת האשראי של הפרויקט. ואי-עמידת הלווה בעקרונות מהווה הפרה של הסכם המימון, המאפשרת לבנק לבטלו ולעצור את המימון.<sup>179</sup>

יזמה דומה היא ההצהרה בדבר סביבה ופיתוח בר קיימא (UNEP Statement by Financial Institutions on the Environment and Sustainable Development), שנערכה בחסות התכנית הסביבתית של האו"ם (UNEP) וכיום התומים עליה 160 בנקים ברחבי העולם.<sup>180</sup> אף בנק ישראלי לא אימץ את כללי המשווה או עקרונות הצהרת האו"ם. עם זאת, חלק מהבנקים הגדולים החלו לאחרונה לנקוט ביזמות מסוימות בתחום הסביבתי, כגון פרסום דוח "ות אחריות חברתית הכוללים גם התייחסות לנושאים סביבתיים".<sup>181</sup>

#### 4. הפרת חובת האמון

חובת האמון היא החובה המחמירה ביותר במשפט האזרחי. חובת האמון דורשת מאדם לא רק לפעול בתום לב ובזהירות מוגברת, אלא גם – ובעיקר – להפעיל את הכוח שניתן לחב האמון מבלי לנצל לרעה. עליו למלא את תפקידו אך לתכלית לשמה נמסר לו הכוח, ללא מניעים זרים, ותוך שמירה על אינטרס הצד השני.<sup>182</sup>

<sup>176</sup> שם, עקרון 4, בעמ' 3.

<sup>177</sup> שם, עקרון 9, בעמ' 5.

<sup>178</sup> שם, עקרון 8(d), בעמ' 4.

<sup>179</sup> ראו: אתר אדם טבע ודין, ניתן לצפייה בכתובת: [www.adamteva.org.il/\\_Uploads/dbs/AttachedFiles/IUEDBanks\(1\).pdf](http://www.adamteva.org.il/_Uploads/dbs/AttachedFiles/IUEDBanks(1).pdf) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>180</sup> ראו: [www.unepfi.org/signatories/statements/fi/index.html](http://www.unepfi.org/signatories/statements/fi/index.html) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>181</sup> ראו: דירוג מעלה 2008, ניתן לצפייה בכתובת: [www.maala.org.il/heb/tools/ranking/2008/default.asp?ContentID=477](http://www.maala.org.il/heb/tools/ranking/2008/default.asp?ContentID=477) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>182</sup> Ruth Plato-Shinar, *The Bank's Fiduciary Duty: an Israeli – Canadian Comparison*, 22 BANKING AND FINANCE LAW REVIEW I (2007); השוו: רע"א 6830/00 ברנוביץ' נ' תאומים, פ"ד (נז) 691, 700–701 (2003); ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד (נז) (4) 289, 332 (2003); אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י' (1980).

הלכה מושרשת בדיני הבנקאות שלנו היא שהבנק חב חובת אמון ללקוחותיו.<sup>183</sup> בשנים האחרונות הרחיבו בתי המשפט את חובת האמון הבנקאית גם כלפי צדדים נוספים,<sup>184</sup> ולאחרונה אף הוכרה חובת אמון בנקאית כלפי הציבור בכללותו.<sup>185</sup> הוסבר כי "קיומו של חוזה כללי עם הציבור מרחיב את מעגל הזכאים לסמוך על הבנק, אל הציבור הרחב. קיום חוזה כזה מטיל חובות אמון על הבנקים כלפי הציבור ללא קשר ישיר לשירות המסוים שניתן או לנסיבות הקונקרטיות המלוות את הלקוח בפעולתו בבנק. ניתן לומר כי החוזה הכללי יוצר רף התחלתי של חובת אמון כלפי הציבור בכללותו, ואלה יועצמו עוד יותר אם הנסיבות המיוחדות יחייבו זאת".<sup>186</sup> הבנק מהווה "סוכנות חברתית", ומכאן אחריותו לדאוג לטובת ורווחת הציבור.<sup>187</sup> המצדדים בגישה זו סבורים כי הטלת חובת אמון כלפי הציבור בכללותו, יכולה להוביל להטלת חובות כלליות שאינן באות לביטוי רק במישור יחסים מול אדם מסוים, וכך גם להטיל עליו אחריות בשל מימון עסקאות הפוגעות באיכות הסביבה.<sup>188</sup>

לעומת זאת, במישור המעשי, הטלת חיוב מעשי על הבנק להגן על הסביבה מכוח חובת אמון כלפי כלל הציבור, היא גישה מרחיקת לכת בהשוואה לפסיקת בתי המשפט עד כה. אף שבפסקי דין לא מעטים הוכרה לכאורה חובת אמון כלפי כלל הציבור, בתי המשפט פסקו כך בדרך כלל בצורה לאקונית, תוך כדי דיון בחובת אמון כלפי הלקוח או כלפי צד שלישי קונקרטי כדוגמת ערב.<sup>189</sup> מקרה שבו בית המשפט אכן ביסס את החלטתו על חובת האמון כלפי כלל הציבור היה פרשת **אי אנד ג'י**.<sup>190</sup> שם נפסק כי בנק אינו חייב להמשיך ולאפשר ללקוחו לחרוג ממסגרת האשראי שאושרה לו, תוך הדגשת האינטרס הציבורי בבקרה ראויה על האשראי הבנקאי. "לא רק שבכך נשמרת הדלת להלוואות מהינעל, אלא גם נשמרת קופת הציבור הנקראת

183 ראו: Plato-Shinar, שם, בעמ' 31.

184 Ruth Plato-Shinar, *An Angel named 'The Bank': The Bank's Fiduciary Duty as the Basic Theory in Israeli Banking Law*, 36 COMM. L. WORLD REV. 27 (2007)

185 רע"א 9374/04 **אי אנד ג'י מערכות מתקדמות למורה נהיגה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, תק-על 4)1065, פס' 6(ב) (2004); ת"א (שלום בית-שאן) 275/92 **בנק המזרחי המאוחד נ' לוי ואח'**, תק-של 2)001153, 1159 (2000); ע"א (מחוזי ת"א) 1655/97 **לניר (י.ל.) סחר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון**, תק-מח 2)991706, פס' 2 (1999); ת"א (מחוזי ת"א) 2759/98 **יעקובי נ' בנק דיסקונט**, תק-מח 2)048038, פס' 3 (2004); ת"א (מחוזי י"ם) 5272/03 **אילוז נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, תק-מח 1)047155, פס' 9 (2004).

186 מיכל רובינשטיין, בעז אוקון "הבנק כ'סוכנות חברתית'" **ספר שמגר** ג 819, 826 (2003).

187 שם, בעמ' 833; ה"פ (מחוזי י"ם) 2247/03 **רשף נ' יוסף**, תק-מח 1)046761, פס' 13 (2004); לביקורת על גישה זו של חובת אמון כלפי כלל הציבור, ראו: Plato-Shinar, לעיל ה"ש 184, בעמ' 33-35.

188 רובינשטיין ואוקון, לעיל הערות 186, בעמ' 832.

189 Plato-Shinar, לעיל ה"ש 184, בעמ' 44, הערות 65-66.

190 לעיל ה"ש 185.

מדי פעם לכסות גירעונות לא מבוקרים שנוצרו בעקבות הפקרות באשראי.<sup>191</sup> שני האינטרסים הציבוריים המוזכרים על ידי בית המשפט הם אינטרסים הקשורים קשר חזק בפעילותם העיקרית של הבנקים – הענקת אשראי, ומכאן מובנת הנטייה להטיל על הבנקים חובת אמון רחבה בפעילותם זו. פסק הדין התייחס לאחריות כלפי הציבור כדי להצדיק את סירוב הבנק לתת אשראי ללקוח. עניין אחר הוא להתייחס לאחריות כלפי הציבור על מנת לחייב את הבנק לנקוט אמצעים פוזיטיביים כדי להגן על אינטרס הציבור, כגון על האינטרס הסביבתי. לאור זאת נראה כי חובת האמון כלפי כלל הציבור אינה נימוק חזק דיו להטלת אחריות סביבתית על המלווה.

סיבה מרכזית להטלת חובת אמון כלפי כלל הציבור היא הדרך שבה תופסים בתי המשפט את הבנקים כגופים מעין-ציבוריים.<sup>192</sup> בתי המשפט ציינו לא אחת כי הבנקים ממלאים תפקידים ציבוריים רבים. הם משמשים שלוחים לביצוע המדיניות הממשלתית ומהווים צינור להעברת כספי מדינה לציבור. הבנקים זוכים לגיבוי מאת בנק ישראל להבטחת פקדונותיהם של לקוחותיהם, ובכלל – יש בפעילותם מאפיינים של שירות חיוני לציבור. השאלה אם הבנקים אכן מהווים גוף מעין-ציבורי חורגת מנושא מאמר זה. אך גם בהנחה שזהו מעמד, נראה לנו שאף בהצדקה זו אין כדי להטיל על הבנקים אחריות סביבתית כלפי הציבור. גם אם מוטל על הבנק מעמד מעין ציבורי המחייב אותו לפעול באופן פוזיטיבי לטובת הציבור, מעמד זה לא דורש ממנו למנוע מפגעים סביבתיים. אם נבחן את כללי המשפט הציבורי נגלה כי לא מוטלת אחריות סביבתית מיוחדת על גופים ציבוריים שלא גרמו את הנזק הסביבתי בעצמם. ההצעה להטיל על הרשויות חובה לשקול שיקולים סביבתיים בהחלטותיהן השונות,<sup>193</sup> טרם התקבלה בפסיקה.

חריג מסוים לקביעה זו מהווה פרשת **גליל תחתון**.<sup>194</sup> שם נפסק באופן יוצא דופן, שניתן להרשיע רשות מקומית שלא השתמשה בסמכויותיה לפקח כיאות על אתרים לא חוקיים לסילוק פסולת שהוקמו על ידי גורמים פרטיים (אתרים "פיראטיים"). בית

<sup>191</sup> שם, פס' 6(ה) לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>192</sup> פרשת **רשף**, לעיל ה"ש 187; ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573, 585 (1994); ת"א (שלום ת"א) 786/93 **סטילר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, תק"ש 96(3) 3407, פס' 54-51 ו-61 לפסק דינה של השופטת שיצר (1996); ב"ש"א (שלום חי') 17234/07 **בנק הפועלים בע"מ נ' רימון**, תק"ש של 07(4) 13747, פס' 5 (2007); ע"א (מחוזי ת"א) 2344/00 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' המפרס חב' לניהול וקבלנות בע"מ ואח'**, פ"ד סג(2) 446, פס' 9 (2003); ע"א (מחוזי ת"א) 2855/00 **ויינטרוב נ' בנק איגוד לישראל בע"מ**, תק"מ 3(3) 9338, פס' 27 (2003); ת"א (שלום ת"א) 62294/96 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל נ' בי. אי. קי. יבוא ושיווק בע"מ**, פס' 1 ו-47 לפסק דינו של השופט אוקון (לא פורסם, 1998.2.8); ע"א 1570/92 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר**, פ"ד מט(1) 369, 384 (1995).

<sup>193</sup> מרשה גלפי "שיפור ההגנה על איכות הסביבה: פרק ביישום עקרונות המשפט המנהלי" **מאזני משפט** ג 9 (2003).

<sup>194</sup> לעיל ה"ש 113.

המשפט הגיע למסקנה זו על סמך שני נימוקים עיקריים: (א) משום שהאתרים הפיראטיים המצויים בתחומי המועצה נתונים "לשליטתה ולפיקוחה" של המועצה במובן החוק למניעת מפגעים; (ב) לאור אחריותה של הרשות להבטיח את בריאות הציבור על פי חוק, היא מחויבת לטפל במפגע ולפעול לסילוק האתר. אולם כשמדובר על אחריות סביבתית של הבנקים, נימוקים אלה אינם תופסים. ראשית, אין חיקוק המטיל על הבנקים אחריות לסלק מפגעים, לטפל בבעיות סביבתיות של לקוחותיהם, או לדאוג לבריאות הציבור. לא רק זה, אלא שהחיקוקים הנזכרים בפסק הדין חלים רק על בעיות מסוימות של זיהום, ולא על כלל הבעיות הסביבתיות. שנית, מידת השליטה של הרשות המקומית על המקום שבו הוקם האתר הפיראטי גבוהה בהרבה ממידת השליטה של הבנק על מקום הפרויקט של לקוחו, אם בכלל קיימת שליטה כזו. שלישית, ניתן לשער שבית המשפט מצא לנכון להפוך את סמכות המועצה לסמכות חובה מכיוון שמלבד המועצה לא נמצא כל גורם מתאים אחר לטיפול באתרים הפיראטיים שבתחום המועצה. אולם כשבוחנים את אחריות הבנק, ברור כי הגורם המתאים לטיפול בבעיות הסביבתיות שמתגלות בפרויקט הוא הלווה שגרם לבעיות הסביבתיות בעצמו.

קבענו לעיל כי חובת האמון כלפי כלל הציבור אינה מכשיר מתאים להטלת אחריות כללית על הבנק להגנת הסביבה. עם זאת, ייתכן שמכוח חובת האמון כלפי גורם ספציפי, תוכר אחריות סביבתית של הבנק כלפי אותו גורם. הפסיקה קבעה כי יחסי אמון נולדים כאשר לצד אחד כוח ושליטה על ענייניו או נכסיו של האחר, בין שדה-יורה עקב יחסים משפטיים מוגדרים כגון יחסי שליחות, ובין שדה-פקטו מעצם השליטה הפיזית.<sup>195</sup> כן הוכרו יחסי אמון כאשר צד אחד שם את אמונו ומבטחו בצד השני ומסתמך על עצתו, והאחרון מודע לכך.<sup>196</sup> לפיכך, אם במקרה מסוים תוכח שליטה של הבנק על נכסים או אינטרסים סביבתיים של הלקוח או צדדים שלישיים, או שתוכח הסתמכות מיוחדת של אדם על עצת הבנק בעניינים סביבתיים, כי אז ייתכן שתוכר אחריותו הסביבתית של הבנק כפי אותו גורם.<sup>197</sup>

בשולי הדיון בחובת האמון הבנקאית נזכיר את סעיף 11 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, הקובע כי אף שתכלית החברה (הבנק) לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, היא יכולה לשקול גם את ענייניו של הציבור. במסגרת "ענייניו של הציבור" ניתן לכלול שיקולי אחריות סביבתית. אולם נכון להיום סעיף 11 נתפס כהצהרה כללית להבדיל מהוראה אופרטיבית.<sup>198</sup> הסעיף דורש מהבנק בסך

<sup>195</sup> ע"א 817/79 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 277 (1984).

<sup>196</sup> Plato-Shinar, לעיל ה"ש 184, בעמ' 33-34.

<sup>197</sup> Lippy v. Society National Bank, 100 Ohio App. 3d 37 (1995).

<sup>198</sup> הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432. ראו גם: יחיאל בהט "תכלית החברה ומטרותיה בהצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995" **שערי משפט** (3) 277, 280 (1998); עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 522 (2007); צפורה כהן **בעלי מניות בחברה זכויות תביעה**

הכול "לשקול" את עניין הציבור, להבדיל מקבלת החלטה מחייבת לקידומו של אינטרס הציבור. הסעיף גם אינו מסביר את היחס בין מטרת החברה לרווחים לבין שיקולי טובת הציבור.<sup>199</sup> בפועל בתי המשפט כמעט שאינם מתייחסים לסעיף 11, והעמדה החברתית שלו טרם אומצה בשיח המשפטי הנוגע לחברות העסקיות.<sup>200</sup> לאור כל זאת נראה לנו כי על פי הדין הקיים, אין בכוחו של הסעיף להטיל על הבנק אחריות בעניינים סביבתיים. עם זאת, לאור התגברות הקולות הקוראים להכיר בחשיבותו של הסעיף וליישם את עקרונותיו הלכה למעשה,<sup>201</sup> אולי בעתיד תשתנה גישת הערכאות באופן כזה שהסעיף יפורש כמתיר – ואולי אף מחייב – התחשבות בעניינים סביבתיים.<sup>202</sup>

## 5. השתק מחמת מצג

כאמור, הבנק עורך בדיקות שונות ולעתים גם בדיקות סביבתיות, בבואו לשקול אם להעניק מימון ללקוח. הסיבה לבדיקות אלה היא הגנה על אינטרס הבנק עצמו, אשר מממן את הפרויקט. אולם גורמים שונים, בין שאלו הלווה ובין שאלו צדדים שלישיים, עלולים להבין מהסכמתו של הבנק לתת את המימון, כאילו פירושה אישור בדבר תקינות הנכס. העיקרון המשפטי המסתתר מאחורי טענות אלו, הוא השתק מחמת מצג. אם הבנק יצר מצג כלפי צדדים שלישיים בדבר תקינות הנכס מבחינה סביבתית, ואותם צדדים שינו את מצבם לרעה בהסתמך על המצג, יהיה הבנק – ביחסו עם אותם צדדים – מנוע מלטעון לעובדות הסותרות את תוכן המצג שיצר.<sup>203</sup>

**ותרופות** א 354–358 (מהדורה שנייה, 2007); לגישה שלפיה מדובר בחובה של ממש, ראו: ידידיה צ' שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" **משפטים** לב(2) 327, 330, 343–344, 354–357 (2002); יוסף גרוס **חוק החברות החדש** 31 (2000).

<sup>199</sup> זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" **משפטים** לב(2) 381, 383 (2001–2002). יחיאל בהט **חברות – החוק החדש והדין** 221, 254 (מהדורה שמינית, תשנ"ז).

<sup>200</sup> ראו: בוקשפן, לעיל ה"ש 198, בעמ' 423, 427–428.

<sup>201</sup> ראו: שטרן, לעיל ה"ש 198, בעמ' 343–344, 358–365, אם כי בעמ' 369 הוא מודה כי ספק אם הסעיף ישנה את התנהלותן של חברות הלכה למעשה; וכן בוקשפן, שם, בעמ' 519–531.

<sup>202</sup> השו: בהט, לעיל ה"ש 199, בעמ' 254, המדבר במפורש על קיום חובה לשקול את טובת הציבור במקרים של נזק מוחשי ומידי לסביבה, גם אם הוא לא בהכרח יגרום לחיוב החברה בפלילים או בניזקין.

<sup>203</sup> מנחם מאוטנר "יוצרי סיכונים ונקלעי סיכונים – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" **משפטים** טז 92, 106–107 (1986).

הקושי העיקרי הוא בקביעה מתי הבנק יצר מצג כאמור. עקרון המצג הוכר בשורת פסקי דין שעסקו בליווי פיננסי לקבלני בנייה.<sup>204</sup> אולם מסקירת פסקי הדין שעסקו בנושא ניתן לראות כי השתק מכוח מצג הוכרה במקרים שבהם הבנק עשה דבר מה נוסף מלבד מתן האשראי לפרויקט, וזאת עוד לפני שהצד השלישי התקשר בחוזה עם הקבלן-הלווה, או ביצע את החיוב המוטל עליו על פי החוזה האמור. המעשה האקטיבי הנוסף שנקט הבנק, הוא זה אשר הניע את הצד השלישי להסתמך על הבנק ולשנות את מצבו לרעה עקב כך. יתרה מזו, פסקי הדין בסוגיית הליווי הפיננסי עסקו בהסתבכות פיננסית של הקבלן, ובדקו אם ניתן להטיל אחריות על הבנק לנזקים הכספיים שנגרמו לנפגעים. נשאלת השאלה אם עילת המצג יכולה לשמש גם בתביעות סביבתיות נגד הבנק? למשל טענה של רוכשי דירות כי רכשו את דירתם בפרויקט המלווה על ידי הבנק, מתוך הנחה שהבנק אכן וידא שהפרויקט הוקם בהתאם לתוכנית המתאר החלה במקום<sup>205</sup> ולהיתרי הבניה,<sup>206</sup> או לדרישות סביבתיות אחרות. טענות ממין זה יכולות להיטען גם על ידי הלווה עצמו, במקרים שבהם קיבל הלוואה לרכישת נכס, ורק לאחר השלמת הרכישה נתגלה בנכס ליקוי סביבתי, כגון זיהום קרקע או מי תהום. העובדה שהבנק הסכים לממן את הרכישה, לאחר שערך בדיקות שונות מטעמו בנוגע לנכס, בפרט במקרים שבהם הבטוחה להלוואה היא הנכס הנרכש עצמו, עלולה להתפרש על ידי הלווה כאישור של הבנק בדבר תקינות הנכס, בין השאר מבחינה סביבתית.<sup>207</sup>

לכאורה קיים קושי לראות בעצם הסכמת הבנק להעמדת המימון, מצג מצד הבנק בדבר תקינות הנכס או הפרויקט מבחינה סביבתית. תכלית הבדיקות והפיקוח של הבנק היא למזער את הסיכון שנטל הבנק על עצמו. התועלת שמפיקים יתר הצדדים הקשורים לנכס או לפרויקט מהפיקוח של הבנק, היא אך נלווית לתועלתו של הבנק. יתרה מזו, הבדיקות של הבנק נועדו להבטיח את הצלחת הפרויקט במישור הפיננסי בלבד. אין זה מתפקידו של הבנק לשאת באחריות להצלחת הפרויקט, זולת זו

<sup>204</sup> לפסקי הדין העוסקים בעילת המצג ראו: Ruth Plato-Shinar, *Construction Loans in Israel: Bank's Liability Towards Third Parties*, 23(2) INTERNATIONAL CONSTRUCTION LAW (2006) 187; Plato-Shinar, *REVIEW* 187 (2006), לעיל ה"ש 184, בעמ' 38.

<sup>205</sup> השוו: ע"א 8343/01 **עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים)**, פ"ד נח(6) 400 (2004), שם הובטחו לרוכשים דירות נופש לרבות מתקני נופש ופיתוח סביבתי מתאים, אך בסופו של דבר נמסרו להם דירות רגילות.

<sup>206</sup> ת"א (שלום ת"א) 93787/01 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נטף**, תק-של 02(4) 9170 (2002) (להלן: פרשת **נטף**), הובטחה לרוכשים חנות בתוספת רחבת ישיבה חיצונית מקורה, אך בשל העדר אפשרות להשיג את היתר הבנייה הנדרש נמסרה להם החנות ללא הקירו מעל רחבת הישיבה החיצונית.

<sup>207</sup> דוגמאות למצבים כאלה, ראו: פרשת *Seats*, לעיל ה"ש 146; וכן *Mattingly v. First Bank of Lincoln*, 947 P.2d 66 (1997) במקרה דומה נפסק שהתנהגות הבנק עולה כדי הפרת חוזה ומרמה: *Foote v. Fleet Financial Group*, 2004 WL 1541923 (R.I., 2004).

הכלכלית, 208

עם זאת, ייתכן שבמקרים מיוחדים אחריותו של הבנק תתפשט גם להיבטים סביבתיים. זאת, כאשר הבנק יצר מצג מסוים באשר לתקינות הסביבתית של הפרויקט או הנכס, הנפגעים הסתמכו על המצג ועקב כך שינו מצבם לרעה; או כאשר הבנק יצר מצג שגרם לצדדים שלישיים להבין שהפיקוח של הבנק על ההיבטים הסביבתיים של הפרויקט מיועד להגן גם עליהם. בהקשר זה ייתכן גם מצב שבו הקבלן או היזם הוא שהציג את המצג כלפי אותם צדדים, והבנק היה מודע לכך ולא נקט אמצעים כלשהם להבהרת המצב המשפטי האמיתי; ראוי להדגיש שבפסקי הדין הנזכרים לעיל שבהם הוכר מצג, הבנק עשה דבר מה נוסף מלבד מימון הפרויקט והפיקוח עליו, ואותו דבר מה נוסף הוא שגרם לבתי המשפט להכיר בהיווצרותו של מצג. כמובן ראוי להטיל על הבנק אחריות באותם מקרים שבהם הבנק התחייב ישירות כלפי צדדים שלישיים בנוגע לתקינות הסביבתית של הפרויקט, דבר היוצר קשר חוזי ישיר בין הצדדים; אחריות תוטל גם על בנק אשר הטעה אדם בנוגע לתכונותיו הסביבתיות של הנכס או הפרויקט, לרבות הטעה שנגרמה בתום לב אך ברשלנות, ולרבות הטעה על ידי מחדל, או אי-גילוי של מידע מהותי מקום שמוטלת על הבנק חובת גילוי שכזו; כל אלה הם מקרים מיוחדים שבהם תוטל אחריות על הבנק מכוח עילות שבדין הכללי.

## 6. סיכום עמדת הדין הישראלי

מהדיון שלעיל עולה כי על פי הדין הישראלי הקיים, קשה להטיל אחריות על מלווים בגין מפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלווים. רק בנסיבות חריגות ייתכן שתוטל אחריות כזו, כשהעילות הרלוונטיות הן רשלנות, הפרת חובת אמון או מצג. נכון להיום, הפסיקה הישראלית אינה מטילה אחריות סביבתית על המלווים. עם זאת, אם בתי המשפט ימצאו לנכון, קיימת אפשרות להרחיב את אחריות המלווים בהסתמך על התאוריות האמורות.

## ה. מסקנות והמלצות

בעולם גוברת המגמה לראות ניהול סיכונים סביבתיים כחלק הכרחי וחשוב בניהול סיכונים פיננסיים והערכתם. סיכונים אלה יכולים להתגלם בצורות רבות, אם בשל הפרת חוק על ידי הלווה המביאה להטלת קנסות משמעותיים עליו; אם כחשיפה לתביעות ענק של נפגעי זיהום ו/או ארגונים סביבתיים כנגד הגורם המזהם; ואם עקב

<sup>208</sup> פרשת נטף, לעיל ה"ש 206, פס' 15; יחיאל בהט "מימון בניה ב'פרויקט סגור' – בטוחות ואחריות הבנק" הפרקליט מה 56, 68–70 (2000).

פגיעה במוניטין של הלווה בשל עמדות ציבוריות-חברתיות. כל אלה פוגעים ברווחיות הלווה, ובשל כך על הבנק המלווה להביאם בחשבון.<sup>209</sup> סיכונים אלה עלולים לפגוע לא רק בבנקים עצמם, אלא במשק כולו, אשר פעילותו הכלכלית נסמכת על יציבות הבנקים. בשל חשיבות הנושא והסיכון הרב המגולם בו, מתעורר הצורך בהסדרת הנושא בצורה רשמית.

כפי שהוסבר בפרק ב' לעיל, שיקולים כלכליים שונים מצדיקים הטלת אחריות על המלווים בגין מפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי לוויהם. עם זאת, אין בכך כדי להצדיק את המסקנה שלפיה הטלת אחריות על המלווים מוצדקת בכל מקרה. מאידך גיסא, ברור שהמצב הנוכחי, כאשר אין למלווים ישראלים אחריות כלשהי, גם הוא אינו רצוי. מצב זה מחייב בניית שיטה המתאימה לבחינת המקרים שבהם יש להטיל אחריות על המלווים, תוך התחשבות בשיקולים כלכליים, משפטיים, מנהליים ואף מוסריים.

באופן מסורתי קיימת התנגדות להתערבות שלטונית בתחום הבנקאי.<sup>210</sup> ניתן להבין את חששם של הבנקים בישראל מאחריות נוספת שתוטל עליהם, בפרט בתחום הסביבתי שבו עד כה לא הוטלה עליהם כל אחריות. אולם הניסיון האמריקני מראה כי התערבות מנהלית ותחיקתית בתחום איכות הסביבה יכולה להועיל לבנקים. ראינו כי בארצות-הברית מצאו לנכון בתי המשפט להרחיב את אחריות המלווים. הרחבה זו התגלתה במשך השנים כבעייתית, אם בשל רוחב האחריות שהוטלה על המלווים, ואם בשל אי-הוודאות שנגרמה עקב פסקי דין סותרים ולא ברורים. כאמור, בעיות אלו נפתרו רק על ידי התערבות המחוקק באמצעות חקיקת חוק המצמצם את אחריות הבנקים וקובע את גבולותיה באופן יחסי ברור.<sup>211</sup> באופן דומה יש להנהיג גם בישראל התערבות מידתית שתוביל לקביעת הסדר מאוזן, המתחשב באינטרסים של כל הצדדים המעורבים, בקשיים היישומיים שהבנקים עלולים להיתקל בהם.

עם זאת, לדעתנו, אין לאמץ בישראל את הפתרון שאומץ בארצות-הברית. החקיקה האמריקנית בנושא אחריות המלווה מתמקדת בעיקרה באחריות לניקוי קרקע מזוהמת. לעומת זאת, המסגרת המשפטית בארץ שונה. על אף קיומם של חוקים המטילים אחריות להוצאות הניקוי, אין הם מהווים את הכלי העיקרי שלנו לטיפול באחריות למפגעים סביבתיים. הכלי העיקרי שלנו הנו מערכת של קנסות פליליות, וכמתואר, ספק רב אם ניתן להטיל אותם על המלווים. על כן אנו סבורים שבישראל יש צורך לחייב את המלווים בדרך אחרת. פתרון יעיל הוא להשתמש

<sup>209</sup> ראו: תמר גנות ואורן עזריה "אחריות בנקאית לסביבה ניהול סיכונים סביבתיים בבנקים ובגופים פיננסיים" 6 (2006), ניתן לצפייה בכתובת: [www.adamteva.org.il/\\_Uploads/dbsAttached/Files/IUEDBanks\(1\).pdf](http://www.adamteva.org.il/_Uploads/dbsAttached/Files/IUEDBanks(1).pdf) (נבדק לאחרונה ב-8.9.2009).

<sup>210</sup> סיני דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכח חוק או מכח קודים אתיים – מה עדיף?" הפרקליט מו 241 (2002).

<sup>211</sup> ראו לעיל בפרק ג.3.



במערכת הקיימת של אכיפת הוראות המפקח על הבנקים, כפי שיוסבר להלן. בנוסף, אין להגביל את הטיפול בארץ לזיהום קרקע, אלא יש לחייב את הבנקים להתחשב גם בזיהום משאבי הטבע האחרים, כמו האוויר והמים, ובנוסף בפגיעות באתרים טבעיים וציבוריים, כמו חוף ים ושמורות טבע. בישראל ישנן בעיות זיהום חמורות של המשאבים האלה, ואין להשאירם מחוץ למעגל השיקולים של המלווים.

הסדרת אחריות הבנקים בתחום איכות הסביבה יכולה להיעשות בכמה רמות: בחקיקה ראשית, באמצעות הסדרה מינהלית, או על ידי בתי המשפט בפסיקתם.

התערבות ישירה בחקיקה ראשית היא הצעד החמור ביותר. חקיקה ראשית מאופיינת בהיעדר גמישות ואינה ניתנת לשינוי בקלות תוך התחשבות בשינויי השוק או תוך לקחים מהניסיון בשימוש בכלים רגולטוריים חדשים. גמישות הנה ערך חשוב במיוחד בנושא אחריות הבנקים בעניינים סביבתיים, שהוא נושא חדש ללא הבנה ברורה קודמת על ההשפעות הכלכליות של צעדים שונים. בנוסף, יש צורך במידה רבה של מומחיות בקביעת הדרישות המתאימות. מדובר במומחיות גם בעניינים סביבתיים, גם בעניינים פיננסיים וגם בעניינים כלכליים. מומחיות כזאת אינה מצויה בבית המחוקק כמו שברשויות המינהל. תהליך החקיקה עלול להיות ממושך.

גם המכשיר השיפוטי הוא מכשיר בעייתי לצורך הסדרת אחריותם של הבנקים בתחום איכות הסביבה. הפסיקה פותרת סכסוך קונקרטי, ותוצאותיה אינן מספיקות לצורך התוויית מדיניות כללית. החלטות בית המשפט ניתנות על בסיס מקומי ואינדיבידואלי, ועל כן לא ניתן לדעת את תוצאותיהן מראש. דבר זה פוגע בוודאות המשפטית ואינו מאפשר לבנקים לכלכל את צעדיהם. בארצות-הברית, כאמור,<sup>212</sup> אי-הוודאות המשפטית שנגרמה בשל הפסיקה הבלתי אחידה, גרמה לבנקים לנקוט זהירות יתר ולסרב לממן פרויקטים גם במקרים שבהם הגישה השמרנית לא הייתה מוצדקת לגופה, דבר שהביא לעליית מחיר האשראי ולא-יכולתם של לוויים מתאימים לקבל הלוואות.<sup>213</sup> יתר על כן, אין לבתי משפט היכולת או ההסמכה לאזן בין כל האינטרסים החשובים הנוגעים למידת האחריות שיש להטיל על הבנקים. פסיקתם של בתי משפט מבוססת על טענות של שני הצדדים לסכסוך קונקרטי, ללא הצגת כל השיקולים הנוגעים לגורמים אחרים, העלולים להיות מושפעים מההלכה הפסוקה, בפני השופטים. בנוסף, מאחר שהחלטות ניתנות על בסיס קונקרטי ומשתנות ממקרה למקרה, מחייב הדבר להביא כל סכסוך לבתי המשפט. דרך זו, המחייבת ריבוי התדיינות בערכאות, אינה שיטת אכיפה יעילה. ההסתמכות על בתי המשפט גם אינה פתרון מעשי עבור הנפגעים בשל הזמן הרב שנדרש למימוש הזכויות בבתי המשפט, דיונים עלולים להימשך שנים, ותוצאותיהם אינן ברורות

212 ש.ם.

213 ראו לעיל פרק ג.4.

מראש.<sup>214</sup>

לאור כל זאת נראה כי ראוי להסדיר את אחריותם של הבנקים בתחום איכות הסביבה, באמצעות פיקוח מנהלי. לרגולטור, להבדיל מבית המשפט, יש יכולת להביא לשולחן את כל הגורמים בעלי העניין, תוך אכיפת שיתוף פעולה בניסוח ההסדר החוקי. לרגולטור צוות מומחים, ידע ומקצועיות ספציפית בתחום, המאפשרת לו לחקור ולנתח את כל הפתרונות האפשריים ואת תוצאותיהם הכלכליות, לצורך ניסוח ההסדר.

לאור ההשלכות הכלכליות החשובות והניסיון הספציפי הנדרש בתחום הבנקאי, נראה כי ההסדרה צריכה להיעשות על ידי הרשות המפקחת על הבנקים, ולא על ידי המשרד להגנת הסביבה. המפקח על הבנקים הוא הגוף האחראי לפעילותם התקינה של הבנקים.<sup>215</sup> החוק נותן בידיו מגוון רחב של כלים וסמכויות לשם כך.<sup>216</sup> תפקיד המפקח לזהות את הסיכונים הקיימים בפעילות הבנקאית ולהנחות את הבנקים כיצד להתמודד עמם. עם זאת, בשל החשש שהפיקוח על הבנקים לא יהיה רגיש דיו לעניינים הסביבתיים, ועל מנת ליהנות מהניסיון והידע שנצבר בתחום הסביבתי, יהיה על המפקח להתיעץ התייעצות אמיתית עם הרשויות הסביבתיות, במהלך ניסוח ההסדר. בנוסף, ובהנחה שהמפקח יבקש לשמוע את דעתם של הבנקים בעניין, חשוב לשמוע במקביל את עמדתם של הארגונים הסביבתיים השונים, על מנת לקבל תמונה מאוזנת של המצב. תהליך התקנת הוראה מחייבת על ידי המפקח, קל לביצוע בהשוואה לחקיקה ראשית, והפיקוח על ביצועה לא אמור להכביד על המפקח באופן בלתי סביר, מאחר שהמפקח על הבנקים ממילא מפקח על התהליך הכללי של בדיקת הסיכונים בבנקים.<sup>217</sup> בנוסף, להוראה כוח הרתעתי בשל הסנקציות הקבועות בגין הפרתה. ראשית, הפרת ההוראה עלולה לגרום להטלת עיצום כספי על הבנק בסך מיליון ש"ח.<sup>218</sup> שנית, אם המפקח סבור שהבנק פעל בדרך הפוגעת בניהולם התקין של עסקיו, והבנק מסרב לדרישת המפקח לתיקון הפגם, רשאי המפקח לנקוט שורה של צעדים נגד הבנק ומנהליו.<sup>219</sup> בעוד שחוקי איכות הסביבה מאופיינים בארץ בתת-אכיפה, הרי הוראות המפקח על הבנקים מקוימות על ידי הבנקים בקפדנות רבה, וכפופות לביקורת ואכיפה נוקשה של המפקח. בנוסף, להפרת הוראות המפקח יש תוצאות גם במישור המשפט הפרטי. ההלכה היא<sup>220</sup> כי הפרת הוראות המפקח אינה

<sup>214</sup> השוו: דויטש, לעיל ה"ש 210, בעמ' 246.

<sup>215</sup> ס' 5(א) רישא לפקודת הבנקאות, 1941.

<sup>216</sup> ס' 5(ג), 8א, 8ג, ו-78 לפקודת הבנקאות.

<sup>217</sup> ראו טקסט ליד ה"ש 40 לעיל.

<sup>218</sup> ס' 14(ח1) לפקודת הבנקאות.

<sup>219</sup> ס' 8א, 8ג לפקודת הבנקאות. במקרים חמורים במיוחד רשאי נגיד בנק ישראל להתערב ולהטיל

סנקציות, מכוח ס' 8 לפקודת הבנקאות.

<sup>220</sup> ראו: ע"א 4415/03 אהרנשטאם נ' בנק פועלי אגודת ישראל בע"מ, פ"ד נט(1) 799 (2004).

עניין פנימי בין הבנק לבין המפקח, אלא יכולה להוות בסיס לתביעת לקוח או ערב נגד הבנק. אמת, בארצות-הברית התערבות הרגולטור מבוססת על חקיקה ופסיקה סביבתית שאצלנו לא קיימת. אולם גם בהיעדר חקיקה סביבתית המתייחסת בבידור לאחריות הבנקים, ואולי דווקא בשל כך, ראוי היה שהמפקח על הבנקים יתערב ויפנה את תשומת לבם של הבנקים להתעצמות החשיפה לסיכונים הסביבתיים בשנים האחרונות, ולצורך להתייחס לסיכונים אלה לאורך כל תהליך קבלת ההחלטות העסקיות בתחום האשראי.

למעשה, כיום קיימת הוראה של המפקח על הבנקים בנושא של ניהול סיכוני אשראי.<sup>221</sup> אף שהוראה זו עוסקת במגוון רחב של סיכונים (סיכוני שוק, סיכון נזילות, סיכון אשראי, סיכון תפעולי וסיכון משפטי) היא אינה מתייחסת באופן ספציפי לסיכונים סביבתיים. נראה כי נוסח פקודת הבנקאות<sup>222</sup> רחב דיו לשמש מקור הסמכה למפקח, להרחיב את ההוראה האמורה בדבר ניהול סיכוני אשראי ולכלול בה גם סיכונים סביבתיים.<sup>223</sup>

מכל מקום, המפקח על הבנקים בחר ללכת בכיוון אחר, ובתחילת שנת 2008 פרסם, כאמור, את טיוטת הוראת ניהול בנקאי תקין. טיוטה זו, גם אם תהפוך להוראה מחייבת, תהיה בבחינת צעד חשוב בכיוון, אך לא מספיק. על המפקח לקבוע במדויק את החובות המוטלות על הבנק המלווה בהקשר זה. צעד זה מומלץ גם כי הוא יכול למנוע את התערבות בתי המשפט בעניין באופן לא מוצלח, כפי שקרה בארצות-הברית. חשוב שהמפקח על הבנקים יקבע דרישות מחייבות, ולא רק הצעות. מטרת ההוראות צריכה להיות לא רק שמירה על יציבות הבנקים, אלא גם שמירה על האינטרס הציבורי בהגנת הסביבה, מטרה שהבנקים כיום לכאורה לא מתחשבים בה. הבנקים יודעים שאכיפת החוקים הסביבתיים חוקי איכות הסביבה בישראל אינה רצינית. הם גם יודעים שבמקרים רבים הלווה לא יידרש לשלם על גרימת מפגעים סביבתיים, וכי ערך הנכס המשמש לבנק כבטוחה לא ייפגע בגלל זיהומו. סביר להניח

<sup>221</sup> המפקח על הבנקים: ניהול בנקאי תקין, הוראה 339 "ניהול סיכונים", ניתן לצפייה בכתובת: [www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul\\_takin/h2134.pdf](http://www.bankisrael.gov.il/deptdata/pikuah/nihul_takin/h2134.pdf) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

<sup>222</sup> ס' 5(1) לפקודת הבנקאות, המסמך את המפקח ליתן הוראות ניהול תקין לבנקים.

<sup>223</sup> ראוי לציין שגם מסמך "באזל 2" (Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version (June 2006)), אשר פורסם בשנת 2006 על ידי ועדת הפיקוח על הבנקים בבנק להסדרים בינלאומיים בבאזל (BIS – Bank of International Settlements – Basel Committee on Banking Supervision) ועוסק בהלימות ההון הנדרשת מהבנקים, אינו דן במפורש בסיכונים סביבתיים. המסמך מתמקד בשלושה סיכונים עיקריים: סיכון אשראי, סיכון שוק וסיכון תפעולי. אולם דורש (בסעיף 732) מהבנק לאמוד ולהתמודד עם "כל הסיכונים המהותיים" שבפניהם הוא ניצב, לרבות סיכוני מוניטין וסיכונים אסטרטגיים. לאור זאת יכללו גם סיכונים סביבתיים במסגרת המסמך. ניתן לצפייה בכתובת: [www.bis.org/publ/bcbs128.html](http://www.bis.org/publ/bcbs128.html) (נבדק לאחרונה ב-5.8.2009).

שבנק סביר גם ימעיט בערכה של אכיפה נמרצת בעתיד. כפי שהוסבר במאמר, כישלוננו של הבנק לנקוט צעדים סבירים למניעת גרימת מפגעים סביבתיים על ידי הלווה, יפגע לא רק בלווה או בבנק, אלא במשק כולו. הפגיעה הזו מצדיקה הטלת דרישות כופות על הבנק. מומלץ שהמפקח יקבע צעדים ספציפיים שהבנקים חייבים לנקוט, גם בנוגע לאופן הערכת הסיכונים הסביבתיים של הפרויקטים שהם שוקלים לממן, וגם בתגובה לבעיות סביבתיות שהתגלו בפרויקטים שכבר קיבלו מימון והנם במהלך ביצוע. דרישות מפורטות מומלצות כדי למנוע בעיות של אי-ודאות כפי שהתעוררו בארצות-הברית. הוראות המפקח צריכות להתייחס לא רק לבחינת סיכונים סביבתיים כחלק ממערך הסיכונים שעל הבנקים לשקול, אלא גם לקבוע פרקטיקה חדשה לטיפול במימון פרויקטים ורכישת נכסים. בנוסף, על המפקח על הבנקים לקבוע הנחיות כיצד על הבנק לממש נכס שניתן כבטוחה להלוואה והנו מזהם או חשוד בזיהום, כאשר כל מטרתו של הבנק היא לפרוע את ההלוואה על ידי מימוש הנכס הממושכן. כאמור, בארצות-הברית קיימות הנחיות ספציפיות בעניין. דומה, יש לקבוע גם בארץ את גבול אחריות הבנק בתקופת המימוש.

לסיכום, הצעתנו היא שהמפקח על הבנקים יקבע במדויק את הצעדים הדרושים באמצעות הליכים הכוללים התחשבות רצינית בעמדתם של כל בעלי העניין הרלוונטיים; שהוא יחייב את הבנקים לשקול השפעות סביבתיות של פרויקטים לפני שהם מסכימים למימנם; שתהיה הגדרה ברורה של המקרים שבהם אין לממן פרויקטים בגלל פגיעתם הידועה או הפוטנציאלית בסביבה; שהוראות המפקח יכללו פירוט הן של הצעדים שעל הבנקים לנקוט בהערכת הסיכונים הסביבתיים, הן של הצעדים שיש לנקוט אם תתגלנה בעיות סביבתיות בפרויקט אחרי מתן המימון ובמהלך ביצועו, והן לגבי שלב מימוש הבטוחות במקרה של אי-פירעון ההלוואה; ובנוסף, שהדרישות האלו תהיינה מחייבות ותיאכפנה באופן רציני. לטעמנו, אין להגביל את הוראות המפקח רק להלוואות בסכומים גדולים מאוד, כפי שנעשה למשל בעקרונות המשווה.<sup>224</sup>

הדיון לעיל התייחס לבנקים, אולם הוראות דומות צריכות להיקבע גם בנוגע לגופים החוץ-בנקאיים העוסקים במתן אשראי ומימון פרויקטים. יתרה מזו, כללי הפיקוח צריכים להיות אחידים לכל רוחב השוק ולהבטיח רמת רגולציה אחידה. השיקולים שמנינו לעיל בדבר הצורך בניהול סיכונים סביבתיים, נכונים למלווים חוץ-בנקאיים באותה מידה כמו לבנקים עצמם. בהקשר זה אנו סבורים שיש להתחיל באכיפת הנושא במערכת הבנקאית, ולאחר הטמעתו בבנקים ניתן יהיה לקבוע כללים דומים לגופים חוץ-בנקאיים.

אם תיקבענה על ידי הרגולטור הוראות מחייבות למלווים כמוצע על ידינו לעיל, יהיה על בתי המשפט לכבד אותן ולהימנע מלהטיל על המלווים דרישות התנהגות

<sup>224</sup> לעיל ה"ש 4.

נוספות. גם אם בתי המשפט יחליטו להרחיב את אחריות המלווים על סמך העילות המפורטות לעיל, יהוו הוראות הרגולטור את מסגרת האחריות הראויה, וישמשו אינדיקציה להתנהגות נאותה מצד הבנקים. כך למשל בנוגע לעוולת הרשלנות, אם מלווה פעל על פי הוראות הרגולטור, הוא פעל על פי סטנדרד ההתנהגות הסביר ולכן לא ייחשב כמי שהפר את חובת הזהירות. בדומה, פסיקת פיצויים, צו מניעה או כל סעד אחר לנפגעים סביבתיים תיעשה רק במקרים שבהם המלווה הפר את דרישות הרגולטור. עם זאת, אם הבנק יצר מצג מפורש כלפי הלווה או צד שלישי, שלפיו הוא נוקט צעדים העולים על דרישות הרגולטור, ראוי לשקול הטלת אחריות על הבנק על פי תאוריית המצג, גם אם הבנק מילא אחר הוראות הרגולטור.

מטרת המאמר היא ליישם את לקחי הניסיון האמריקני בקביעת השיטה הראויה בישראל. אנו סבורים כי אם בתי המשפט יפעלו במסגרת המתווה שיקבע הרגולטור ולא יטילו על המלווים דרישות נוספות, יושג האיזון הראוי בין אינטרס המלווים, אינטרס המשק, ואינטרס השמירה על איכות הסביבה.