

משרד המשפטים – רשות התאגידים

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

נייר עמדה : ענישה תאגידית

10.1.2018

כללי

בנייר עמדה תמציתי זה נבקש להתייחס לקול הקורא שהוציא משרד המשפטים (14.12.2017) בענין "גיבוש רעיונות לקראת הצעת תיקון חקיקה בנושא דרכי ענישה לתאגיד". מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה מברך על היוזמה לשפר ולטייב את דרכי הענישה לתאגידים. מהלך זה הוא חשוב ומתבקש, בשים לב לכך שהתאגיד מהווה אבן יסוד לעשייה כלכלית וחברתית בחברה המודרנית, ובאמצעותו מתבצעת עיקר הפעילות המשקית. כיום, הענישה הפלילית כלפי התאגיד מתרכזת ולמעשה מתמצית בהטלת קנסות כספיים. מהלך ענישתי זה הוא צר ואין בו מענה מספק למגוון ולמורכבות המופעים של הפרות-חוק והשלכותיהן. אנו בדעה כי כוחו הפוליטי העולה של התאגיד, והיותו שחקן ראשי במשק ובחברה בישראל, מזמינים טיוב וגיוון של דרכי הענישה הנוהגות.¹

ראוי בעינינו להגדיר תחילה את תכלית הענישה התאגידית, והיא כפולה : ליצור הרתעה אפקטיבית, בד בבד עם יצירת תהליך של הבראה ושיקום. ביסודו של תהליך שיקומי לתאגיד עברייני – תהליך שכיום נעדר כליל מספר החוקים - עומדת השאיפה להמריץ את בעלי התאגיד ליצור תרבות ארגונית של ציות לחקיקה הרלבנטית, ולשפר את מערך הפיקוח על האורגנים בחברה. אנו שותפים לדעה לפיה הקנס הפלילי אינו מספיק להשגת תכליות אלה. סנקציה כספית צפויה בדרך כלל להרתיע, ואולם בהעדר גמישות וגיוון היא עלולה להחמיץ את יעדי הענישה הכוללים. כך, תאגידים עשויים לראות בקנס את מחיר ההתנהגות, ושיקולים של עלות מול תועלת ידחפו אותם להמשיך את הפעילות העבריינית בתמורה לתשלום קנס (כגון תשלום קנסות עבור חניה אסורה, פגיעה נמשכת באיכות הסביבה, הפעלת עסק ללא רשיון, וכיו"ב). תמחור ההתנהגות העבריינית מקבל חיזוק שעה שניתן לגלגל את הקנסות על ציבור הלקוחות של התאגיד, בהיות הקנסות מורכבים אך ורק מכסף. במקרים הפוכים, קנסות עלולים להימצא דווקא קשים מדי, ולגרור הכבדה משמעותית על התאגיד,

¹ לניתוח כוחו הפוליטי של התאגיד כשיקול באכיפה עונשית ראו דיון במאמרה של הדרה בר מור, "התאגיד כיצור ריאלי : איכות הסביבה כמקרה בוחן", מאזני משפט ח' תשע"ג, בפרק 5.

עד כדי סגירה של הפעילות העסקית. במצבים כאלה, גיוון הסנקציה הפלילית עשוי לסייע לענישה מידתית ונאותה. גיוון סל הסנקציות מסייע מכיוון נוסף, והוא: יצירת מדרג של ענישה לפי טיב העבירות ונסיבותיהן. כיום, הגיוון בין המקרים השונים של הפרות החוק מושג בעיקר באמצעות רמות שונות של קנסות, וזאת בהעדף אפשרות להטיל על תאגיד עונש מסוג מאסר. באמצעות גיוון הכלים העונשיים ניתן ליצור תעודף של הגנה על ערכים חברתיים משמעותיים, להבחין טוב יותר בין מקרים קשים למקרים קלים, ולהגיב ביתר גמישות לתופעות עברייניות בעלות אופי חדש ומשתנה (החל מעבירות אינטרנטיות וכלה בהתגברות עבירות השחיתות בישראל).

גיוון הענישה התאגידית עולה בקנה אחד עם מגמות מודרניות של הדין בתחום האכיפה. נציין שלוש דוגמאות רלבנטיות להיקש ולימוד: האחת – חיזוקה של האכיפה המנהלית; השניה – יצירת מסלול של הסדרים רגולטוריים וכללי ציווי פרטניים; והשלישית – גיוון הסעדים העומדים לרשות התובע הייצוגי ובית המשפט במסגרת הכרעה בתובענה ייצוגית. בתחום האכיפה המנהלית: הסנקציה של עיצומים כספיים הולכת ותופסת מעמד חשוב ככלי יעיל של אכיפה, לצד ולעיתים גם חלף ענישה פלילית. חקיקה כלכלית עכשווית עושה שימוש נרחב במכשיר זה, כמו למשל בתחום ניירות ערך, הגבלים עסקיים והגנת הצרכן.² עיצומים כספיים הם אמנם סנקציה כספית; ואולם הטלתם על ידי הרשות המנהלית בהליך שאופיו מנהלי מסייעת לגיוון הטיפול בהפרות החוק וליצירת מנעד של חומרה בין הפרות קשות שתטופלנה באמצעות הדין העונשי המסורתי, לבין הפרות פחותות

² ראו בין השאר:

חוק ההגבלים העסקיים – פרק ז' 1
 חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 – פרק ח"ג
 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 – פרק ה' 1
 החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 – סעיף 43
 חוק לקידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 – פרק ב' סימן ג' ופרק ג' סימן ב'
 חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000
 חוק החברות, התשנ"ט-1999 – פרק רביעי סימן ב' וסימן ד'
 חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011 – פרק ב'
 חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 – סעיף 44 - סעיף 44
 חוק בנק ישראל, התש"ע-2010 – פרק י"ב
 חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 – פרק ז' 1 – סימן א' ו- סימן ב'
 חוק הפיקדון על מכלי משקה, התשנ"ט – 1999 – ס' 11 ו-ס' 15-16
 חוק לסילוק ולמיחזור צמיגים, התשס"ז – 2007 – ס' 12-13
 חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח – 1988 – ס' 5-א-ח
 חוק אוויר נקי, התשס"ח – 2008 – סימן ג'
 חוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א – 2011 – פרק י'
 חוק להסדרת הטיפול באריות, התשע"א – 2011 – פרק ח'
 חוק הגנת הסביבה (פליטות והעברות לסביבה - חובות דיווח ומרשם), התשע"ב – 2012 – פרק ה'
 חוק לטיפול סביבתי בציד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, התשע"ב – 2012 – פרק ט'
 חוק הטיס, התשע"א-2011 – פרק י'
 חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 – ס' 48
 פקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981 – פרק ח"ג סימן א'

בחומרתן, שמקומן בטיפול מנהלי. זאת ועוד: האכיפה הפלילית אינה מתמצית בעיצומים כספיים, אלא שניתן באמצעותה להטיל סנקציות נוספות. כך, חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, מסמיך ועדת אכיפה מנהלית לנקוט באמצעי אכיפה מגוונים: תשלום לנפגע ההפרה (סעיף 52נד), נקיטת פעולות לתיקון ההפרה ומניעת הישנותה (סעיף 52נה), הטלת איסור לכהן כנושא משרה בכירה בגוף מפקח (סעיף 52נו), ביטול או התליה של רישיון, אישור או היתר (סעיף 52ז).

בתחום ההסדרים הרגולטוריים, אלה הם הסדרים חוזיים הנכרתים בין הרגולטור למפר החוק, ובגדרם המפר נוטל על עצמו בהסכמה התחייבויות שונות, שנועדו להבטיח ציות לחוק, ובכלל זה אמצעי אכיפה לתיקון ההפרה ומניעת הישנותה. פרק ט' לחוק רשות ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ענינו: "הסדר להימנעות מנקיטת הליכים או להפסקת הליכים, המותנית בתנאים". הוראות פרק זה מסמיכות את יו"ר הרשות לניירות ערך "שלא לקיים לגבי אותה הפרה או עבירה הליכים, ולהתקשר עם המפר או החשוד, לפי העניין... בהסדר, ובלבד שסביר כי מילוי תנאי ההסדר יענה על העניין לציבור בנסיבות המקרה" (סעיף 54ב).³ נזכיר גם את מוסד הצו המוסכם שלפי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. הוראה זו מסמיכה את הערכאה השיפוטית הדנה בעבירות שלפי החוק לתת תוקף של צו להסכמה בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין מפר החוק. הסכמה זו עשויה לכלול התחייבות כספית של המפר, לצד צווי עשה או צווים להימנעות מעשייה.

במישור התובענות הייצוגיות: חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006, מסמיך את בית המשפט לפסוק "סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" (סעיף 1(4)). בתי המשפט מפעילים הוראה זו באופן גמיש, ומעניקים בתובענות אלה סעדים מגוונים, שתכליתם בין השאר להשיב לציבור את מה שנגזל ממנו כתוצאה מהפרת החוק.⁴ אמנם, התובענות הייצוגיות ממוקמות בתחומי הדין האזרחי; ואולם עיצובן הגמיש והתגברות השימוש בהן, לצד מגוון הסעדים שהן מאפשרות, אלה מלמדים על הצורך ביצירת מנעד גמיש של סעדים שיהא בהם כדי להלום את הפרת החוק הקונקרטי, נסיבותיה והשלכותיה.

גיוון הענישה התאגידיה משתלב במגמות אלה של הדין. הוא מתחייב מתוך האינטרס להגביר את אפקטיביות האכיפה. כמובן, ראוי להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בבחירת הענישה התאגידיה

³ לעיון בשימוש שעושה הרשות לניירות ערך בחוזים רגולטוריים עיינו: שרון ידן, "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות", **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 169 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

⁴ ראו למשל: ת"צ (מרכז) 11930-04-12 **אבידן ואח' נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט** (כב' הש' ע' גרוסקופף, החלטה מיום 17.3.2016): ניתן להטיל על המועצה להימורים לגבש וליישם תכנית לגמילה מהימורים או סיוע למשפחות נפגעי הימורים, במקרה של הפרת האיסור בדבר הטעיית הצרכן המעוגן בחוק הגנת הצרכן (בס' 42 להחלטה).

הראויה. ככלל, אנו בדעה כי יש לשמור על הקנס הפלילי כדרך המלך של הענישה התאגידית. הטעמים לכך נעוצים בעקרון השוויון בפני החוק, בשיקולי הרתעה יעילה ובהיתכנות האכיפה.

הקנס מקדם ערכים אלה משום שהוא בעל צביון אחיד, צפוי להרתיע ואינו מצריך מאמץ חריג לצורך גבייתו. לצד הקנס או כחלופה לו, במקרים המתאימים, ניתן לגוון את דרכי הענישה ולהוסיף סל של כלים ענישתיים, בעיקר בתחום השיקומי (לענין זה, ראו דיון להלן). הבחירה בדרכי ענישה חלופיות תיעשה מתוך התחשבות בשיקולים אלה: חומרת העבירה והערך המוגן שנפגע; הנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירה ומידת חומרתן (כגון תכנון מוקדם לעומת מעשה אקראי, ביצוע בצוותא חדא על ידי בעלי תפקידים רבים, התמשכות העבירה, עבר פלילי קודם); האם נגרם נזק לפרט או לחברה, טיב הנזק והיקפו; השלכות הקנס על מצבו הכלכלי של התאגיד; התאמת התאגיד הקונקרטי לעבור תהליך שיקומי.

נבקש להדגיש, כי לדעתנו ענישה תאגידית אינה יכולה להמיר ענישה של בעלי התפקידים האחראים לעבירות. ראוי להימנע מלאפשר לאלה האחראים אישית לחמוק מאחריות על ידי גלגולה על התאגיד. מודל של ענישה אפקטיבית צריך לשלב בין אחריות תאגידית לבין אחריותם האישית של האורגנים בחברה.

להלן נתייחס לשאלות המוצגות בקול הקורא.

1 - תוכנו של צו מבחן תאגידי

א1. תכנית אכיפה פנימית – הוראה לתאגיד לגבש תכנית אכיפה פנימית, לרבות שינוי תכנית אכיפה קיימת, היא בעינינו חלק חשוב של תהליך השיקום והעלאת התאגיד על פסים של עשייה נורמטיבית והתרחקות מהתנהלות עבריינית. לצד גיבוש תכנית אכיפה פנימית, יש ליתן הנחיות ברורות בדבר היישום. יישום תכנית האכיפה הפנימית צריך לכלול הטמעה על ידי הפצה פנים-תאגידית, הדרכה של עובדים ובעלי תפקידים, דיווחים שוטפים של בעלי תפקידים לגורם פנימי רלבנטי (יועץ משפטי/מבקר החברה), ובנוסף דיווח ופיקוח חיצוני תקופתי של קצין מבחן. כחלק מהליך השיקום, ניתן לשקול לחייב את התאגיד לגייס עובדים בעלי כשירויות או הכשרות מתאימות, ולהקנות לעובדים השתלמויות מתאימות, במגמה לפתח תרבות ארגונית של ציות לחוק.

ב1. הוראות לתיקון ליקויים בתאגיד – מתן הוראות לתיקון ליקויים הוא חיובי. סעד זה אוחד את השור בקרניו, והוא יוצר מינוף של אירוע הפרת החוק כהזדמנות לשיפור ולמניעה עתידית. ניתן להתלות את גזירת העונש לתקופת מבחן שבה ייעשה מעקב אחר יישום התכנית לתיקון הליקויים. עם זאת, בהפעלת אמצעי זה יש להיזהר שלא להתערב בשיקול הדעת העסקי של התאגיד ולהותיר

לו את הבחירה כיצד להתנהל תוך כיבוד החוק. צריך לזכור שבית המשפט חסר את הכלים לקבל החלטות בעלות אופי עסקי או מסחרי, ואין זה מסמכותו. ההוראות לתיקון הליקויים צריכות להתמקד בנושאים הישירים הקשורים בהפרת החוק שבקשר אליה נפתח ההליך הפלילי.

ג1. הוראות לתיקון נזק – תשלום נזיקי במסגרת ההליך הפלילי מוכר באופן חלקי במסגרת דיני העונשין הכלליים (סעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977), וכן במסגרת הוראות-חוק ייעודיות (למשל, תשלום לנפגע ההפרה לפי סעיף 52 נד לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968). ככלל, נראה לנו כי אין זה נכון, במסגרת זו המבחן, לטפל בפן הנזיקי. אנו ממליצים שצו המבחן יתמקד בראייה קדימה, בתיקון הליקויים ובתכנית אכיפה למניעת הישנות העבירה בעתיד. הנושא הנזיקי הוא ענין להכרעה נפרדת, המתקבלת אגב תביעה אזרחית שהניזוק מגיש לבית המשפט האזרחי. המסגרת האזרחית היא המסגרת הדיונית הנכונה לברר את טיב והיקף הנזק של הניזוק הקונקרטי. עם זאת, ראוי להבחין בין נזקים פרטיים שהם ברי פיצוי במסגרת תביעה אזרחית, לבין נזקים ציבוריים כלליים (כגון פגיעה באיכות הסביבה). נזקים כלליים עשויים להיות מטופלים במקרים הראויים גם במסגרת צו המבחן (למשל: הוראה לניקוי חופים, טיהור מים וכיו"ב).

ד1. הוראה בדבר פרסום דבר העבירה וההרשעה – נראה לנו כי מהלך זה אינו צריך להוות חלק מסל כלי הענישה. פרסום שלטוני יזום עלול לעורר תחושת רדיפה ולפגוע ביכולת השיקום.

ה1. שירות לטובת הציבור או הקהילה – אנו מצדדים בהוראות מסוג זה. דווקא אצל התאגיד ישנם אמצעים טובים להענקת שירות לציבור, בין אם בתחום עיסוקו ובין אם במסגרת כללית. רצוי שמסגרת השירות תהיה קשורה לעבירה שבוצעה, אך דבר זה אינו הכרחי, ובלבד שהשירות יינתן לטובת הקהילה ולפרויקטים מוגדרים וייעודיים, למשל: העסקת אנשים עם מוגבלויות, מימון תכניות גמילה, מימון תכניות לימוד והעשרה לשיקום אסירים ולאוכלוסיות מוחלשות, פעילות לניקיון ולשילוט מתחמים ציבוריים וכיו"ב. חשוב שהשירות יהיה משמעותי, כדי למנוע זילות לענין זהות בעלי התפקידים המבצעים, נראה שאין מקום לחייב את התאגיד לבצע את השירות באמצעות בעל תפקיד מסוים, שכן הענישה אינה מוטלת על פרט מסוים אלא על התאגיד. כדי להבטיח שהשירות שיינתן יהיה מקצועי ואמין, אפשר לשקול להמיר את ביצוע השירות בעין במימון כספי לביצוע השירות על ידי אחר.

■ מוצע להוסיף כלי ענישתי נוסף: **צו הרחקה** של התאגיד מפעילות מסוימת או מתחום מסוים, או הרחקה של בעלי תפקידים מסוימים שסרחו מנשיאה בתפקיד מסוים בחברה, לתקופה מוגדרת.

2 - חוות דעת להטלת צו מבחן תאגידי ופיקוח על קיומו

הקמת שירות מבחן לתאגידיים היא מהלך הכרחי לצורך גיוון הענישה הפלילית והטלת סנקציות, כגון צו לגיבוש וליישום תכנית אכיפה פנימית וצו שירות לתועלת הציבור. שירות המבחן התאגידי יסייע בשני שלבים: תחילה, בית המשפט יעזור בחוות דעת מקצועית של שירות המבחן לגבי עצם היתכנות הטלת צו מבחן והאם ראוי להטילו בנסיבותיו של התאגידי הקונקרטי; לאחר שהוטל צו מבחן, קציני המבחן יתמנו כגורמי פיקוח העוקבים אחר ביצוע הצו השיפוטי על ידי התאגידי. תפקידם בשלב זה הוא להגיש דיווחים לגורמי אכיפת החוק ולבית המשפט, בהתאם להנחיותיהם.

א2. עובדי מדינה או גופים פרטיים – אנו רואים חשיבות בכך שקציני המבחן יהיו עובדי מדינה. בדרך זו ניתן יהיה להבטיח מחויבות של העובדים לאינטרס הציבורי, העדר ניגוד עניינים, כפיפות לכללי האתיקה ועבודה נקיית כפיים.

ב2-ג. כישורים - נראה כי הכישורים הנדרשים מקציני מבחן לתאגידיים הם כישורים משפטיים, וכי בתפקיד זה נכון להעסיק עורכי דין.

ד2. מימון - בנטל עלויות הפיקוח תישא המדינה ולא התאגידי. הטעם לכך נעוץ בהשקפה לפיה ההליך השיקומי הוא ענינה של החברה ומצוי באינטרס הציבורי הכולל, ולא מתמצה באינטרס הפרטי של התאגידי. בנוסף, הטלת נטל המימון על התאגידי עלולה ליצור אפליה לא הוגנת בין תאגידיים בעלי ממון לבין תאגידיים צעירים או "עניים", בה בעת שדווקא אלה עשויים להיות בעלי פוטנציאל שיקומי גבוה. עם זאת, ניתן לחייב את התאגידי בתשלום אגרה.

עד כאן, התייחסותנו לשאלות שהוצגו בקול הקורא. נציין כי נוכח פרק הזמן הקצר ביותר שעמד לרשותנו, ההתייחסות היא תמציתית. ככל שתראו בכך צורך, נשמח להידרש למחקר אקדמי מקיף. אנו מוצאים מקום להפנות את תשומת הלב לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בת.פ. 4368-05-16 מ"י נ' **סימנס ישראל בע"מ ואח'**, מיום 20.11.2017 (כבי' השי' ד"ר מיכל אגמון-גונן), בו ניתן למצוא הפניות לחומר משפטי בארץ ובחו"ל בתחום הענישה התאגידיית.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה, וכן להשתתף בדיונים, שתקיימו בנושא ככל שתראו זאת לנכון.

בכבוד רב ובברכה,

ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס, מנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה