

# אם תרצו אין זו אגדה – קידום אלטרנטיבות לאכיפה פלילית נגד תאגידים, ללא תיקון חקיקה

צבי גבאי\* והדר ישראלי\*\*

- א. מבוא
- ב. סקירת התפתחות הפרקטיקה בארצות-הברית
  1. הפרקטיקה שפיתח ה-DOJ
  2. הפרקטיקה שפיתחה ה-SEC
  3. לא הכול ורוד: ביקורת על השימוש בהסכמי NPA ו-DPA
- ג. שיקול הדעת בהעמדה לדין של תאגידים בישראל
- ד. הצידוקים בעד מתן שיקול דעת רחב לתביעה לערוך הסכמי NPA ו-DPA עם תאגידים
  1. הימנעות מנזק משני שקשה לאמוד את היקפו
  2. הרתעה אפקטיבית יותר
  3. חיסכון במשאבים ציבוריים
  4. הרחבת יכולות והישגים בתחום האכיפה
- ה. הפרקטיקה והדין הקיימים בישראל.
  1. הדין המצוי-לקונה חוקית וצורך בהשלמת החסר
  2. אכיפה מינהלית ופלילית לפי חוק ניירות ערך-החריג המעיד על הדין הרצוי
  3. הסדרי אכיפה בארץ-פרשת אייפקס-פסגות כמקרה מבחן
  4. כבר היו דברים מעולם – פרשות סימנס וטבע
  5. היעדר מניעה ליצור פרקטיקה רשמית

---

\* ד"ר למשפטים. ראש מחלקת שוק ההון ורגולציה פיננסית במשרד ברנע ג'פה לנדה, ובעבר הממונה על האכיפה ברשות ניירות ערך.

\*\* עורכת דין. שותפה במשרד ברנע ג'פה לנדה. מובילה את תחום הצווארון הלבן והאכיפה המינהלית.

\*\*\* תודה מיוחדת מסורה לעו"ד חגי קסל ממשרד ברנע ג'פה לנדה, על תרומתו המשמעותית בכל שלבי כתיבת מאמר זה, בחשיבה ביקורתית, במחקר יסודי ובהערות בונות. בלעדיה מאמר זה לא היה נראה כפי שהוא.

1. לפני סיום: מה כבר נכתב על הסכמי NPA ו-DPA ולמה מצאנו לנכון לחדש.
2. מסקנות וקריאה לפעולה.

## א. מבוא

זה כמה עשורים, ענישת תאגידים היא אתגר משפטי. בפועל, הסנקציה היחידה היא, למעשה, כספית. לעיתים לא מדובר בסנקציה הולמת או מרתיעה, לעיתים קרובות, סנקציה זו פוגעת בפועל בבעלי המניות ולפעמים אף בעובדי החברה ונושיה. במקרים אלה, ההליך הפלילי מחטיא את יעודו – הרתעת המעורבים במעשים הפסולים ותיקון תרבות תאגידית פסולה, תוך פגיעה מינימלית ככל האפשר במי שהם חפים מפשע. לדעתנו אפשר ואף צריך לשכלל את האלטרנטיבות לאכיפה פלילית כנגד תאגידים בישראל. זאת בין היתר באמצעות גיבוש הסדרים בדבר הגשת כתב אישום נדחה (prosecution Deferred agreement (להלן: "DPA") או הימנעות מהגשת כתב אישום Non-prosecution agreement (להלן: "NPA"). הסדרים אלה יכולים לייצר חלופות בעלות ערך רב, שיש בהן כדי לתת מענה של ממש למגבלותיה של הסנקציה הכספית. הצורך בגיבוש מצע נורמטיבי שיאפשר עריכת הסדרים כאלה הושמע כבר בעבר, הן על ידי בית המשפט העליון,<sup>1</sup> והן בספרות, בין היתר במאמריהם של כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן,<sup>2</sup> ושל ד"ר אסף אקשטיין,<sup>3</sup> כשהמשותף לכולם הוא העמדה שלפיה יש לעשות זאת באמצעות תיקון חקיקה.

איננו חולקים על הצורך בתיקון חקיקתי, אשר יסדיר באופן מלא את השימוש בכלים אלה. אך, לטענתנו, אין פירוש הדבר כי נגזר עלינו להמתין להסדרה בחקיקה ראשית ולשבת בחיבוק ידיים עד אז. אנו סבורים כי אפשר וצריך לגבש ולהטמיע כלים אלה כבר עתה, תוך התבססות על החקיקה והפסיקה הקיימת, בשילוב שיקול הדעת הנתון לרשויות התביעה באשר לאופן הפעלת סמכותן.

במאמר זה נציג פתרונות השואבים השראה מהמודל הנהוג בארצות-הברית, מודל אשר התפתח גם הוא במרוצת השנים על ידי גופי אכיפה, שלא מכוח חקיקה ראשית. נבקש להראות כי בדיוק כפי שבארצות-הברית לא היה צורך

1 דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פס' יח' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 2.4.2015).

2 מיכל אגמון-גונן "התאגיד במשפט הפלילי – חישוב מסלול מחדש" ספר יורם דנציגר 65 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019).

3 אסף אקשטיין "הסדרים מותנים בדיני תאגידים" מחקרי משפט לב 451 (2019).

בחקיקה ראשית כדי ליצור פרקטיקה המותאמת להשגת אכיפה אפקטיבית יותר כנגד תאגידים, הדבר אפשרי גם בישראל וכבר עתה.

מקרה משרד רואי החשבון Arthur Andersen (להלן: "אנדרסון") הוא דוגמה פרדיגמטית המבהירה וממחישה את המניעים שהביאו לביסוס הפרקטיקה שהתפתחה בהקשר זה בארצות-הברית. לדעתנו, מניעים אלה יפים וטובים גם עבור מערכת המשפט הפלילית בישראל. באותו מקרה, בעקבות מעורבותו בפרשת Enron (להלן: "אנרון"), הוגש כתב אישום נגד אנדרסון – אחד מחמשת משרדי ראיית החשבון המובילים בעולם (דאז). בתחילת המילניום הנוכחי, אנרון, אחת מחברות האנרגיה הגדולות בעולם, קרסה במהירות שהפתיעה רבים. זאת לאחר שהסתבר שדוחותיה הכספיים הטעו את ציבור המשקיעים באשר למצבה הפיננסי האמיתי. אנדרסון היה משרד ראיית החשבון שביקר את דוחותיה הכספיים של אנרון, ובעקבות קריסתה המפתיעה, הוגש נגד אנדרסון כתב אישום בגין מעורבותו בפרשה. עצם העמדת אנדרסון לדין הביאה לקריסתה של פירמת הענק, ולפיטורין של עשרות אלפי עובדיה. כשחושבים על זה, לא מדובר בתוצאה מפתיעה מאוד. איזו חברה תשכור שירותי ראיית חשבון ממשרד שמואשם בפלילים במעשים הקשורים בתפקודו המקצועי? גם אם נניח בצד את העובדה שאנדרסון זוכתה בסופו של דבר, קריסתה גרמה לנזקים חברתיים וכלכליים אדירים. אדרבה, העובדה שזוכתה בסופו של הליך אך מחריפה את עוצמת הצער שבדבר. אין ספק שגם כיום, יותר מעשרים שנים לאחר שפרשת אנרון התפוצצה, במקום חמישה משרדי רו"ח בין-לאומיים מובילים בעולם נותרו עם ארבעה ("ה"ביג-5" הפך בעקבות קריסת אנדרסון ל"ביג-4"). הלא הציבור ניזוק בצורה משמעותית, נזק שנגרם, כאמור, מעצם ההעמדה לדין. נזקים אלה הם דוגמה מובהקת להשלכות העשויות להגרם בשל אי-התאמתה של מערכת המשפט הפלילי באופן אופטימלי להשגת אכיפה אפקטיבית כנגד תאגידים.

ניכר שגם התביעה הפדרלית (The Department of Justice, ה-"DOJ") הבינה שכדי להימנע מ"אפקט אנדרסון" וחיסול תאגידים נוספים, על הנזק ההיקפי הכרוך בכך, יש צורך בהפעלת מנגנוני אכיפה שונים מאלה המופעלים נגד חשודים ונאשמים בשר ודם. לכן, כמה שנים לאחר התפוצצות פרשת אנרון, כחלק מההליך שנוהל כנגד פירמת רואי החשבון הענקית KPMG בשנת 2004, בקשר לייעוץ מס פסול, נחתם בסופו של דבר הסדר מסוג DPA – הסכם הדוחה את הגשת כתב האישום, ומקנה לתאגיד החשוד הזדמנות לבצע פעולות תיקון שיאפשרו בסופו של דבר את סגירת התיק. לרוב, כחלק מהסדרים כאלה, התאגיד מתחייב לערוך תוכנית לתיקון הכשלים שהביאו לחשדות. זאת, למשל, על ידי שיפור וחיוק מנגנוני הפיקוח, הדיווח והציות הפנימיים שבו באופן שיקטין את הסיכוי להישנות הפרת חוק בעתיד. כמו כן, לרוב, התאגיד מתחייב

לשלם קנס משמעותי. במקרה של KPMG, נוסף על תשלום קנס בסך של כ-500 מיליון דולר והתחייבות להטמיע מנגנוני תיקון, פיקוח, דיווח וציות כמפורט לעיל, נקבעה בהסכם עם התביעה הפדרלית תקופת פיקוח בת שלוש שנים. במסגרת זו, החברה התחייבה להגיש לתביעה הפדרלית דיווחים תקופתיים על קיום ההתחייבויות לתיקון, כאשר דיווחים אלה נערכו על ידי גורם אובייקטיבי שנקבע בהסכם למטרה זו. עם תום תקופת הפיקוח, ומילוי כל יתר תנאי ההסכם בהצלחה, נמנעה התביעה הפדרלית מהגשת כתב אישום כנגד KPMG.<sup>4</sup>

הסדר זה עם KPMG גובש ובוצע בלי שהדבר הוסדר בדבר חקיקה כלשהו בארצות-הברית. מדובר בפרקטיקה שהתפתחה, בין היתר ובפרט, על ידי תובעים כלליים פדרליים במזכרים הכוללים הנחיות מינהליות לתובעים, אשר מפורסמים מעת לעת בארצות-הברית.

המזכר הראשון שהתייחס להסדרים כאלה פורסם בשנת 1999 על ידי סגן התובע הכללי הפדרלי דאז, Eric Holder.<sup>5</sup> במהלך השנים שלאחר מכן, הקריטריונים לעריכת ההסכמים גובשו באמצעות מזכרים נוספים שפורסמו על ידי התובעים הכלליים השונים. הפרקטיקה פותחה והתגבשה כדי לשפר את המענה של רשויות אכיפת החוק להפרת חוק מצד תאגידים, תוך הפקת לקחים ויישום הניסיון שהצטבר בשל יישומה. כך, למשל, מזכר שפורסם בשנת 2015 מטעם סגנית התובע הכללי דאז Sally Yates (להלן: "מזכר Yates") שם דגש על הצורך בהתמקדות באכיפה נגד אינדיבידואלים בתאגידים, להבדיל מהתמקדות בתאגיד עצמו.<sup>6</sup> זאת כדי לתמרץ את התאגיד לשתף פעולה ולחשוף את האורגנים שהם האחראים האמיתיים למעשים הפסולים. לפי המזכר של Yates, הכלים הניתנים לתביעה במסגרת NPA ו-DPA אמורים לסייע בדיוק בכך, שכן אפשר להשתמש בהם כדי לתמרץ את החברה לחשוף את הראיות ואת המעשים של האינדיבידואלים המעורבים במעשים הפסולים בתמורה להפחתת עוצמות האכיפה כנגדה (קרי, בתמורה לאי-הגשת אישומים או הגשת אישום נדחה).

4 ראו Joshua G. Berman & Machalagh Proffit-Higgins, *Prosecuting Corporations: The KPMG Case and the Rise and Fall of The Justice Departments 10-Year War On Corporate Fraud* American UNIVERSITY CRIMINAL LAW BRIEF 25 (2007).

5 ראו Holder Eric, Deputy Attorney General, *Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys: Principles of Federal Prosecution of Corporations* (June 16, 1999).

6 ראו Memorandum from Sally Quillian Yates, Deputy Att'y Gen., U.S. Dept' of Justice to All U.S. Att'ys et al., *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing* (Sept. 9, 2015).

מזכר Yates מבטא היטב את התובנה כי בסופו של יום – תאגידים פועלים רק באמצעות אורגניהם. מכאן,<sup>7</sup> כי כדי לזכות בהקלות בעוצמת האכיפה – עליהם לשתף פעולה מלכתחילה עם רשויות האכיפה, על דרך חשיפת המידע הדרוש ביחס לאורגנים, האינדיבידואלים, האחראיים למעשים הנחקרים. כמו כן, מזכר Yates משקף את התפיסה שלפיה במקרים המתאימים ראוי להקל משמעותית עם התאגיד ולהימנע ממיצוי מלוא חומרת הדין נגדו, כאשר הוא משתף פעולה באופן מלא וחושף את המידע הנדרש בנוגע למעשיהם של נושאי המשרה אשר לכאורה ביצעו את העבירות.<sup>8</sup>

עם זאת חשוב לזכור כי, מזכר Yates משקף ומבטא את האינטרסים של התביעה הכללית. הוא לא נועד לרצות את התאגידים, אלא נועד לייצר כלי אפקטיבי שיסייע לתובעים לחקור הפרות חוק תאגידיות ולהעמיד לדין את האחראים. ללא תמריץ משמעותי, תאגידים לא יעשו זאת ולא יחשפו בפני התביעה מידע, שלעיתים אף עשוי להיות מוגן בחיסיון עורך דין לקוח. קרי, התביעה הפדרלית בארצות-הברית הבינה שמערכת המשפט הפורמלית, כשלעצמה, לא נותנת מענה מספק למציאות המורכבת שבה קשה להשיג ראיות בייחס למעשהו של אורגן בודד. על כן, כדי למצות את חקר האמת באופן מיטבי ולהביא את האחראים האמתיים לדין – על מערכת המשפט לגבש ולשכלל כלים אלטרנטיביים. לדעתנו, הדברים יפים גם בהקשר הישראלי ועל כן נכון ואף ראוי כי גם הנחיות פרקליט המדינה בישראל באשר להעמדה לדין וענישה של תאגידים יאפשרו פיתוח פרקטיקה דומה לזו שהתפתחה בארצות-הברית.<sup>9</sup>

בהתאם, טוב תעשה התביעה בישראל אם תעדיף, במקרים המתאימים, להימנע מהעמדת תאגידים לדין תוך העדפת עקרונות השיקום וחשיפת האמת על פני עקרון הגמול.<sup>10</sup> גישה זו תואמת את כוונת המחוקק, כפי שהיא משתקפת בסימן א' 1 לחוק סדר הדין הפלילי,<sup>11</sup> לאפשר לרשויות האכיפה מסלול ביניים המותאם במיוחד לתאגידים. מסלול זה מאפשר טיפול מידתי בהפרות חוק, בלי לנקוט הליך פלילי מלא, אשר במקרה של הרשעה מסתיים בהטלת קנס כספי בלבד.<sup>12</sup> גישה זו, כך אנו מאמינים, תשרת את האינטרס הציבורי בצורה

7 “Because a corporation only acts through individuals, investigating the conduct of individuals is the most efficient and effective way to determine the facts and extent of any corporate misconduct” שם בעמ' 4, ס' 2.

8 שם, בעמ' 3, ס' 2.

9 הנחיית פרקליט המדינה 1.14 “מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד” (2.10.2019).

10 כפי שעולה, בין היתר, מחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012.

11 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

12 ראו בעניין זה גם עמדתה של מיכל אגמון-גונן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 26.

המיטבית. שכן, מחד גיסא, תאגידיים מפרי חוק יטופלו על ידי גופי האכיפה באופן שיגדיל משמעותית את הסיכוי לסלק מקרבם את ה"עשבים השוטים". ואילו, מאידך גיסא, יתאפשר לתאגידיים אלה להמשיך ולהתקיים, לתרום לכלכלה ולשרת את כל הגורמים התלויים בהם שלא חטאו. למעשה, בדרך זו, תוגשם המטרה השיקומית של מערכת המשפט הפלילי בקשר עם תאגידיים.

כאמור, לעמדתנו, אין צורך להמתין לתיקון חקיקה, העלול להתממה עוד שנים ארוכות.<sup>13</sup> אפשר, במגבלות אשר ידונו להלן בהרחבה, להתחיל לפתח פרקטיקה של אכיפה הסכמית בדומה לנעשה בארצות-הברית כבר עתה, תוך התבססות על סמכויותיה של התביעה בקשר עם העמדה לדין או גניזת תיק חקירה.<sup>14</sup>

בחלקו הראשון של המאמר נסקור את הפרקטיקה הקיימת בארצות-הברית ואת תהליך גיבושה. בין היתר נתמקד בנימוקים שגרמו לתביעה הפלילית הפדרלית ולרשות ניירות ערך האמריקאית, ה־ Securities and Exchange Commission (להלן: ה־"SEC") לבחור להתקשר בהסכמים במקום למצות את הדין עד תום עם תאגידיים מפרי חוק, ונבין את הצורך הבסיסי שהסכמים אלה ממלאים.

לאחר מכן נתמקד בשיקול הדעת המוקנה לתביעה, הן בישראל והן בארצות-הברית. שיקול דעת זה, כך לדעתנו, הוא הבסיס המאפשר יצירת מנגנונים אלטרנטיביים לאכיפה פלילית כנגד תאגידיים.

בפרק הבא נסקור את הצידוקים בעד מתן שיקול דעת רחב המאפשר התקשרות בהסדרי אכיפה, ונראה כי מדובר בצורך של ממש גם בארץ. עם זאת, וכפי שיפורט להלן, נראה כי בישראל קיימת לקונה (חסר) חקיקתית, שאפשר לראות בה, לכאורה, חסם לקידום הפרקטיקה המוצעת על ידנו בהיעדר תיקון חקיקה. לדעתנו, אין מדובר בחסם, ואפשר כבר עתה להסתמך על מנגנון הסדרי אכיפה שנקבע בחוק ניירות ערך ועל הסכמת תאגידיים כאלטרנטיבה להיעדר הבסיס החקיקתי. מטבע הדברים, טוב יעשה המחוקק אם ישלים את מלאכת החקיקה. אך, לגישתנו, אין מניעה חוקית לפתח פרקטיקה זו גם קודם לכן. יתרה מזאת, אנו סבורים כי מדובר בהגשמת כוונת המחוקק תוך מתן הגנה משוכללת וטובה יותר לאינטרסים ציבוריים חשובים. לסיום, נתייחס לדברי מלומדים שהביעו את עמדתם בקשר עם הסדרי NPA ו־DPA, ונעמוד על הדומה והשונה בין עמדתם לגישתנו.

13 ראו דבריו של כב' השופט רובינשטיין בפרשת נמלי ישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42, בפס' כג'.

14 U.S. Dep't of Justice, U.S. Attorney's Manual, 9-28.00 et seq, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*.

## ב. סקירת התפתחות הפרקטיקה בארצות-הברית

לפני שנפתח בסקירת התפתחות פרקטיקת עריכת הסכמי NPA ו-DPA בין התביעה לנאשמים בארצות-הברית, חשוב להבהיר במה דברים אמורים. בהסכם מסוג DPA גוף האכיפה מתקשר בהסכם עם התאגיד מפר החוק. לפי הסכם זה גוף האכיפה משהה את הפתיחה בהליך האכיפה או קידומו לתקופת זמן מוגדרת ובהתקיים תנאים מסוימים הקבועים בהסכם, וכך בתום אותה תקופה – הליך האכיפה יבוא על סיומו. הליכים אלו הם פליליים, כאשר גוף האכיפה הוא בעל סמכויות אכיפה פליליות כדוגמת ה-DOJ, או אזרחיים, כאשר גוף האכיפה מחזיק בסמכויות אכיפה אזרחיות כדוגמת ה-SEC או ה-15.CFTC.NPA הוא הסכם בעל מאפיינים דומים, אך הוא מביא את ההליך לסיומו מהר יותר שכן כלולה בו, מראש, התחייבות שלא להגיש כתב אישום מלכתחילה, ובניגוד לפרקטיקה שהתפתחה בהסכמי DPA בהליכים פליליים, התיק נסגר בלי שהובא בפני בית משפט ובלי שאושר על ידו.

### 1. הפרקטיקה שפיתח ה-DOJ

סוגי ההסכמים שתיארנו עד כה הם, למעשה, פרקטיקות מבוססות עם סטנדרטים ברורים באשר לבסיס העובדתי הנדרש, לסוג הסנקציות הנלוות להסכמים מסוגים אלה ועוד. אולם, מכיוון שלא מדובר באמצעים שגובשו והוגדרו בחקיקה, נדרשו זמן והתנסויות רבות שהביאו, בהדרגה, לגיבוש הפרקטיקה של עריכת הסכמי NPA ו-DPA בין תאגידיים לגופי אכיפה. הצעד הראשון בתהליך זה היה ההסכם שנערך בין ה-DOJ לבין חברת Salomon Brothers בשנת 1992, בעקבות חקירה שעניינה הצעות מחיר אסורות במכרזים פדרליים ומסחר בניירות ערך תוך הפרות של דיני התחרות.<sup>16</sup> ה-DOJ בהסדר שכונה אז "הסדר פשרה אזרחי" הסכימה לא להגיש כתבי אישום בפרשה. בתמורה הסכימה החברה לשלם קנס בגובה 290 מיליון דולר, סכום אסטרונומי בשעתו, ולהקים מערך ציות פנימי במטרה למנוע הישנות המקרה. ההסכם כלל גם התייחסות להעמדתו לדין והרשעתו המוסכמת של מנהל בכיר בחברה, פול מוזנר, שישב ארבעה חודשים בכלא פדרלי ושילם קנס בסכום של 1.1 מיליון דולר ל-17.SEC.<sup>17</sup> ה-DOJ נימקה את הפעולה החדשנית הזו ואת הסכמתה לוותר

<sup>15</sup> Commodity Futures Trading Commission.

<sup>16</sup> Department of Justice, Press Release: Department of Justice and SEC Enter \$ 290 Million in Treasury Securities Case Settlement with Salomon Brothers (May 20, 1992).

<sup>17</sup> Leonard Orland, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, 1 BROOK. J.

על הליך פלילי כנגד החברה בכך שהחברה שיתפה פעולה באופן משמעותי וחסר תקדים עם החקירה שנוהלה, ובשילוב עם הקנס הכספי האדיר ששולם – התייתר הצורך בהגשת כתב אישום כנגד החברה.<sup>18</sup> בהמשך, בחודש יוני 1993, הושג הסכם מסוג NPA בין ה-DOJ לבין חברת Sequa, שבו הוסכם שהתביעה לא תגיש כתב אישום נגד התאגיד וחברות הבנות בגין הונאה בייצור ושיווק חלקי מנועי מטוסים, זאת כפוף להתחייבות החברה לממן בדיקות של חלקי המטוסים, ולבצע שינויים פרסונאליים בהנהלה. נוסף לכך, החברה התחייבה להמשיך ולסייע בחקירה, בין היתר באמצעות ויתור על חיסיון עורך דין-לקוח<sup>19</sup> ושיתוף התביעה במידע שללא הויתור היה נותר חסוי. בדומה למקרה Salomon Brothers, גם בעניין Sequa ה-DOJ ביססה את הסכמתה להימנע מהגשת כתב אישום על שיתוף הפעולה המשמעותי לו זכתה מצד התאגיד; על נכונות החברה לבצע שינויים פרסונאליים ומבניים; וכן להשלכות האפשריות של הגשת כתב אישום, העלולה לגרום נזק כלכלי משמעותי ובלתי מכוון לחברה ולצדדים שלישיים חפים מפשע כגון עובדי החברה, ספקיה ולקוחותיה.<sup>20</sup>

הצעד המשמעותי הבא במסלול זה היה בשנת 1994, עניינה של חברת Prudential Securities, שנחקרה בקשר להונאת משקיעים,<sup>21</sup> והגיעה להסכם DPA עם ה-DOJ כדי לשים את הפרשה מאחוריה. למעשה מדובר בהסכם ה-DPA המקיף הראשון מסוגו בארצות-הברית, שבו, בשעתו, השתמשו במגוון אמצעים חדשניים, לרבות מינוי שופט פדרלי בדימוס כמשגיח תאגידי; השבה של סכומים משמעותיים למשקיעים שהונגו; פיקוח ודיווח רגולטיבי על ידי משרד עורכי דין חיצוני; והכרה של התאגיד בביצוע המעשים האסורים. גם כאן, בין שיקוליה שלא להגיש כתב אישום, התביעה הפדרלית מנתה את שיתוף הפעולה של החברה עם החקירה, ואת הנזק העצום שעלול היה להיגרם

.CORP. FIN. & COM. L. 59 (2006)

18 ש.ם.

19 United States Attorney's Office, *Announcement of Decision Not to Prosecute Sequa Corporation* (June 24, 1993); reprinted in Press Releases Issued by U.S. Attorney, Mary Jo Southern District of New York, 1248 PLI/Corp. 197, 211-14 (2001). ראו גם White, Press Release (June 24, 1993) (concerning Sequa/Chromalloy) להרחבה ראו גם Arthur F. Mathews, *Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements*, 18 NW. J. INT'L L. & BUS. 303, 424, note 470 (1997-1998).

20 Sharon Oded, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecurital Balance in Balancein Times of Economic Meltdown*, 2 L. J. SOC. JUST. 65 (2011)

21 Deferred Prosecution Agreement, *U.S. v Prudential Securities Incorporated* (S.D.N.Y 1994).



לכ-18,000 עובדי החברה ולמשקיעים בעקבות הגשת כתב האישום.<sup>22</sup> הסכם זה הפך מאז למעין תוכנית-אב להסכמים הבאים בין התביעה הפדרלית לבין תאגידים מפרי חוק, הכוללת רכיב של לקיחת אחריות והכרה בפעילות האסורה מצד התאגיד; הסכמה לשיתוף פעולה מלא עם רשויות האכיפה; ביצוע שינויים ארגוניים כפי הנדרש; וכן הסכמה לתשלום סכומי כסף משמעותיים כהשבה או קנס.<sup>23</sup>

בהמשך, בשנת 1999 פרסם סגן התובע הכללי הפדרלי דאז Holder, מזכר המפרט את העקרונות המנחים לניהול חקירות והגשת כתבי אישום כנגד תאגידים. מטרתו הייתה ליצור סטנדרטים ברורים להנחיית התובעים הפדרליים בתהליך קבלת החלטות בנוגע לחקירות, העמדה לדין, או ניהול משא ומתן להסדרי טיעון בנוגע לפשיעה תאגידית.<sup>24</sup> המסמך מנה תשעה גורמים שעל התביעה לשקול בבואה לקבל החלטה כיצד לנהוג עם תאגיד החשוד בפלילים. המזכר מפרט את האפשרויות העומדות בפני התובעים: הימנעות מהגשת כתב אישום; עריכת הסכם NPA או DPA; וכמובן הגשת כתב אישום והעמדה לדין.<sup>25</sup> בשנת 2003, במזכר Thompson,<sup>26</sup> נוספה גם הנחיה שלפיה יש לשקול את מידת שיתוף הפעולה של התאגיד עם רשויות החקירה והתביעה. המיוחד במזכר זה הוא בהפיכת השיקולים שפורטו במזכר Holder כהמלצות לשיקולים שתובעים פדרליים חייבים לשקול בהחלטות על העמדה לדין של תאגידים.<sup>27</sup> למעשה משנת 2003 ואילך גבר השימוש שהתביעה הפדרלית עשתה בהסדרים מסוג NPA ו-DPA בקשר עם תאגידים החשודים בהפרת חוק. לשם

<sup>22</sup> לדברי Mary Jo White, התובעת הפדרלית של המחוז הדרומי בניו יורק (דאז), כפי שפורסם בין היתר ב: Scot J. Paltrew, *Prudential Film Agrees to Strict Fraus Settlement*, LOS ANGELES TIMES (oct. 28, 1994), <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1994-10-28-mn-55889-story.html>.

<sup>23</sup> Deferred Prosecution: Should Corporate Settlement Agreements Be Without Guidelines?: Hearing before the Subcommittee on Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 110th Cong. 2nd Session, March 11, 2008, p. 139; Orland גם, *17 בעמ' 61*.

<sup>24</sup> Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, לעיל ה"ש 14.

<sup>25</sup> Preliminary Observations on DOJ's Use and Oversight of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements Before the Subcommittee on Commercial and Administrative Law of the H. Comm. on the Judiciary, 111th Cong. 7 (2009) (statement of Eileen R. Larence, Director, Homeland Security and Justice, Government Accountability Office).

<sup>26</sup> Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Att'y Gen., to Heads of Department Components, United States Attorneys (Jan. 20, 2003) (on Principles of Federal Prosecution of Business Organizations).

<sup>27</sup> *United States v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330, 338 (S.D.N.Y. 2006)

המחשה, בין השנים 2002 ל-2005 התקשרה ה-DOJ בכמות כפולה של הסדרי NPA ו-DPA, בהשוואה לעשור שקדם לשנים אלה. מגמת הגידול ניכרת גם כשמשווים את כמות ההסדרים שנערכו בשנת 2003 (כחמישה)<sup>28</sup> עם מספרם בשנת 2007 (כשלושים וחמישה).<sup>29</sup> זאת ועוד, נוסף על עליה בכמות ההסדרים ניכרת המגמה להכללת תניה הכוללת התחייבות של התאגיד למנות מפקחי ציות בלתי תלויים – קרי, שאינם נושאי משרה בתאגיד.<sup>30</sup> כאמור, קריסתו של משרד רו"ח אנדרסן בעקבות העמדתו לדין בגין מעורבות בפרשת אנרון, הביאה להפגמת התביעה את התובנה כי קריסת חברות ופגיעה בעשרות אלפי עובדים, בעלי מניות, ספקים, נושים ועוד הם נזק העולה עשרות מונים על התועלת שבהעמדת תאגידי לדין פלילי. ולכן הסדרי NPA ו-DPA הם הדרך הטובה ביותר להימנע מנזקים אלה.<sup>31</sup> כאמור, אין ספק שזיכוייה של אנדרסן על ידי בית המשפט העליון האמריקאי, בשנת 2005,<sup>32</sup> הגביר עוד יותר את המודעות לצורך בנקיטת משנה זהירות בכל הקשור בהעמדת תאגידי לדין כדי למנוע פגיעה כה קשה באינטרס הציבורי.<sup>33</sup>

## 2. הפרקטיקה שפיתחה ה-SEC

צעד נוסף וראוי לציון נעשה בשנת 2010, עת גם ה-SEC החלה לכרות הסדרים מהסוג האמור עם תאגידי אשר נחקרו או נתבעו על ידה. כחלק מצעד זה,

<sup>28</sup> Lawrence D. Funder & Ryan D. McConnell, *Devolution of Authority: The Department of Justice's Corporate Charging Policies*, 51 St. Louis L.J. 1, 1 (2006)

<sup>29</sup> ראו לעיל ה"ש 23, בעמ' 140.

<sup>30</sup> ראו לעיל ה"ש 25, בעמ' 19; כך נעשה בשנת 2009 ב-26 מתוך 57 המקרים שנבחנו על ידי המשרד הפדרלי לאחריות ממשלתית (Government Accountability Office).

<sup>31</sup> כפי שעולה מראיונות לתקשורת שהעניקו בכירים בתביעה הפדרלית. לדוגמה, כך התבטאה Mary Jo White, שהייתה תובעת פדרלית מטעם המחוז הדרומי של ניו יורק בין השנים 1993–2002: "What has happened is that since Arthur Andersen, the Justice Department, to its credit, has focused on the awesome collateral consequences of moving against an entire entity criminally. The stigma of that, the reputational hit of that is too severe for most companies to survive. And so, they have turned to what they consider to be a lesser sanction with lesser collateral consequences. And that is the deferred prosecution agreement, which can take many forms" (Editor, Interview with Mary Jo White, Debevoise, New York, New York, CORPORATE CRIME REPORTER (Dec. 12, 2005) <https://bit.ly/4k2mfm9>

<sup>32</sup> Arthur Andersen LLP v. United States, 544 U.S. 696 (2005)

<sup>33</sup> ראו Beth A. Wilkinson & Alex Young K. Oh, *The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective*, 27 NYSBA INSIDE (2009).

פרסמה ה-SEC הודעה לתקשורת בדבר כוונתה לשכלל את האכיפה שלה נגד תאגידים באמצעות תמרוץ תאגידים ויחידים לשתף פעולה עם החקירה ולסייע ל-SEC. בין הכלים שצוינו להשגת מטרה זו היו הסדרים מוסכמים מסוג NPA ו-DPA. כחלק מההודעה האמורה, Khuzami, הממונה על האכיפה ב-SEC (דאו), שכינה בעברו כתובע פדרלי במחוז הדרומי של ניו יורק, התייחס ליוזמה זו כאל מהלך המשנה את כללי המשחק עבור מחלקת האכיפה, שכן אין תחליף למידע פנימי על אודות הפרות חוק, שיכול להתקבל רק מעדים המשתפים פעולה. Khuzami הסביר כי סוג כזה של ראיות מגביר את יעילות החקירות ומאפשר ל-SEC להגיב במהירות להתפתחויות בשטח, להקפיא נכסים ולשפר את ההגנה המוענקת למשקיעים.<sup>34</sup>

עד הכרזה זו ושינוי הפרקטיקה שבא בעקבותיה, ההסדרים שבהם התקשרה ה-SEC כללו תמיד הגשת נוסח פסק דין מוסכם לבית המשפט, בד-בבד עם התקשרות בהסדר שבמסגרתו הנתבעים הסכימו לשלם קנסות ופיצויי השבה, בלי שהם נדרשו להודות בעובדות המיוחסות להם, כל עוד אין הם מכחישים באופן פומבי את אותן עובדות. לעומת הסדרים אלה, המכונים לעיתים "הסדרי לא מודה לא מכחיש", הסדר ה-NPA הראשון שערכה ה-SEC הושג בדצמבר 2010 בעניין Carter's, Inc.<sup>35</sup> במקרה זה, החברה נחקרה על ידי ה-SEC באשר לחשדות בדבר הכללת פרטים חשובונאיים מטעים או בלתי נכונים בדוחות שפרסם התאגיד. הוסכם כי ה-SEC תמנע מהגשת תביעה כנגד התאגיד (קרי, הושג הסכם מסוג NPA), כפוף לכך שהחברה תשתף פעולה עם חקירת ה-SEC או כל רשות אחרת, בקשר עם מעשיו של נושא המשרה שנתפס כאחראי הישיר להפרות. הסכם ה-NPA האמור היה בהמשך גם הבסיס להתקשרות דומה עם ה-DOJ, שחקרה גם היא את מעשיו של אותו נושא משרה אחראי. מעניין לציין כי בשונה ממרבית הסכמי ה-NPA שערכה ה-DOJ, שבהם נדרשו התאגידים לקבל אחריות על מעשיהם הפסולים, ההסכם שערכה ה-SEC עם Carter's, Inc. לא כלל פירוט של הבסיס העובדתי להפרות הנטענות ביחס לתאגיד ובהתאם לא נכללה בו הודאה של התאגיד בעובדות כלשהן או לקיחת אחריות משפטית ביחס אליהן. בהודעה לתקשורת שליוותה את פרסום ההסכם נכתב כי בין השיקולים לעריכת ההסכם, ה-SEC הביא בחשבון, בין היתר, את שיתוף הפעולה היוצא דופן של החברה במהלך החקירה ופעולות הריפוי הרבות בהן נקטה החברה,

SEC Press Release, SEC Announces Initiative to Encourage Individuals and Companies to Cooperate and Assist in Investigations (January 13, 2010) 34

Non Prosecution Agreement, SEC v. Elles, Civ. Action No. 10-CV-4118 (N.D. Ga. Dec. 20, 2010) 35

כחלק מההחלטה לא לפתוח בהליך אכיפה נגד החברה ולא לכלול תשלום קנסות או חובות ציות ודיווח מתמשכות במסגרת הסדר האכיפה.  
 בחודש מאי 2011, הודיעה ה-SEC על עריכת הסכם DPA ראשון מצידה, עם חברת Tenaris, S.A.<sup>36</sup> יצרנית צינורות פלדה מלוקסמבורג, בקשר עם הפרות שונות של ה-FCPA ("Foreign Corrupt Practices Act") – חוק האוסר מתן שוחד לעובד ציבור זר, וגם איסורים וחובות שונות בתחום ניהול הספרים של חברות. בנימוקיה להחלטתה להתקשר בהסדר זה ציינה ה-SEC כי השהיית הליכי האכיפה נגד החברה התבססה בעיקרה על כך שהחברה זיהתה את ההפרה בעצמה, דיווחה עליה באופן יזום לרשויות, ושיתפה פעולה באופן מלא עם גופי האכיפה שחקרו את הפרשה.<sup>37</sup> בה-בעת, התקשרה Tenaris בהסכם NPA עם ה-DOJ ושילמה קנס כספי כנגד התחייבות לסגירת ההליכים הפליליים כנגדה ללא הגשת כתב אישום.

צעד נוסף בהתפתחות הפרקטיקה הושג בהסכם ה-NPA שנערך בדצמבר 2011 עם הגופים הממשלתיים Freddie Mac – תאגיד המשכנתאות הפדרלי, הפועל בחסות הממשל האמריקאי ועוסק במסחר ותיווך בשוק המשני של אג"ח משכנתאות ועם Fannie Mae – התאחדות המשכנתאות הפדרלית הלאומית, הפועלת בחסות הממשל האמריקאי, ומוסמכת להעניק הלוואות ובטחונות. הסכם זה היה בקשר עם הפרות הנוגעות למשבר הלוואות הסאב-פריים בין שנת 2006 לשנת 2008.<sup>38</sup> בשונה מההסכם בעניין Carter's, Inc. שבו יושם מודל הסכמי מסוג "לא מודה לא מכחיש" והחברה לא נדרשה להודות כי מעשיה מקימים אחריות משפטית להפרה של הדין, במקרה של ענקיות הדיור הממשלתיות הן נדרשו (והסכימו) להודות בהפרה ולא לחלוק או לערער על הרקע העובדתי שפורט בהסכם.<sup>39</sup>

אם כן, הצגנו כיצד התפתחה פרקטיקת האכיפה ההסכמית נגד תאגידים בארצות-הברית, צעד אחר צעד, תוך תהליך של למידה והפקת לקחים ממקרה

SEC Press Release No. 2011-112, Tenaris to Pay \$5.4 Million in SEC's First-Ever Deferred Prosecution Agreement (May 17, 2011), <https://bit.ly/3CUBv3U> 36

SEC Press Release No. 2011-112; Deferred Prosecution Agreement with Tenaris S.A. (May 17, 2011) 37

SEC Press Release, SEC Charges Former Fannie Mae and Freddie Mac Executives with Securities Fraud; Companies Agree to Cooperate in SEC Actions (Dec. 16, 2011); Non-Prosecution Agreement between the SEC and Fannie Mae (Dec. 13, 2011); Non-Prosecution Agreement between the SEC and Freddie Mac (Dec. 13, 2011). 38

שם: "each company agreed to accept responsibility for its conduct and not dispute, contest, or contradict the contents of an agreed-upon Statement of Facts without admitting nor denying liability" (ההדגשה הוספה – המחברים). 39

למקרה ותוך התבססות על שיקול הדעת הרחב המוענק לגופי האכיפה בהחלטותיהם על פתיחה בהליכים אלה, ללא הסדרה בחקיקה ראשית. בהקשר זה מעניין לציין כי שיקול דעת זה עמד לביקורת שיפוטית בשנת 2011 עקב החלטת בית המשפט הפדרלי שלא לאשר הסדר מסוג "לא מודה לא מכחיש" שהושג בין ה-SEC לחברת Citigroup.<sup>40</sup> בית המשפט הפדרלי לערעורים נדרש לשאלות מהותיות באשר לחלוקת הסמכויות בין הרשות השופטת לרשות המבצעת ולחשיבות שבהימנעות מהתערבות בשיקול דעת הרשות המבצעת, אלא במקרים נדירים. בהתאם נקבע כי אל לו לבית המשפט להימנע מאישור הסדר בין התביעה לנאשם או נתבע רק מן הטעם שהסדר לא כולל הודאה באחריות משפטית, חרף הודאה בהתקיימותן של העובדות המתוארות בהסדר. זאת, חרף עמדתו של בית המשפט הפדרלי בערכאה הראשונה, אשר סבר כי ישנו חוסר היגיון אינהרנטי בהודאה בעובדות המקימות הפרה ללא הודאה באחריות משפטית להפרה. נימוקו העיקרי של בית המשפט לערעורים לעמדתו היה האינטרס הציבורי הרב בהשגת הסדרי אכיפה.<sup>41</sup> גישה זו זכתה לחיזוק נוסף כמה שנים לאחר מכן בפסק הדין בעניין *Fokker*,<sup>42</sup> שבו נקבע כי על הביקורת השיפוטית באשר לבחינת החלטות התביעה על אופן ההעמדה לדין צריכה להיות מצומצמת מאוד. עמדה זו נובעת מתפיסת בית המשפט העליון של ארצות-הברית,<sup>43</sup> שלפיה רשויות התביעה הן המתאימות ביותר לבחון את עוצמת הראיות בתיק, משקלו של עיקרון ההרתעה, סדר העדיפויות באכיפה, ומיקומו הנכון של התיק הספציפי במסגרת מדיניות האכיפה הכוללת.

### 3. לא הכול רוד: ביקורת על השימוש בהסכמי NPA ו-DPA

כפי שראינו לעיל, ה-DOJ וה-SEC קידמו אכיפה הסכמית נגד תאגידים, באופן שאפשר להם להרתיע תאגידים מפרי חוק בפועל ובכוח, תוך שימת דגש על אמצעים שנועדו לחזק את מנגנוני הבקרה ופיקוח בתאגיד ולמנוע הישנות הפרה. עוד ראינו כי מדובר באכיפה הנעשית, על פי רוב, ללא פיקוח שיפוטי ונגד תאגידים שלעיתים טרם הוגש נגדם כתב אישום. בהקשר זה, הושמעה בארצות-הברית ביקורת נגד פרקטיקה זו. כך, למשל, הובע חשש כי גופי אכיפה ינצלו לרעה את כוחם הרב בתהליך זה, שכאמור נעשה על פי רוב בהסכמה, ובלו

40. SEC v. Citigroup Global Markets Inc., 2011 WL 5903733 (S.D.N.Y. Nov. 28, 2011)

41. United States SEC v Citigroup Global Mkts., 752 F3d 285, 295 [2d Cir 2014]

42. United States v. Fokker Services B.V., 818 F.3d 733 [D.C. Cir. 2016]

43. Cmty. For Creative Non-Violence v. Pierce, 786 F.2d 1199, 1201, 252 US App. D.C.

.United States v. Batchelder, 442 US 114, 115 [1979] 37; ראו גם (D.C. Cir. 1986)

שתנאי ההסכם נדרשים לאישור גורם חיצוני. לדוגמה, ב-DPA שבו התקשרה יצרנית התרופות העניקת Bristol-Myers Squibb בשנת 2005, חויבה החברה "לתרום" חמישה מיליון דולר למימון לימודי אתיקה עסקית בפקולטה למשפטים Seton Hall. לא במקרה היה זה המוסד האקדמי שבו למד פרקליט המחוז הפדרלי שערך את ההסדר, כריסטופר כריסטי, את לימודי התואר במשפטים.<sup>44</sup> חשש נוסף שעלה בקשר עם פרקטיקת האכיפה ההסכמית המדוברת הוא שגופי אכיפה עלולים לכפות על תאגידים שינויים פנימיים ותהליכים פנימיים שעלותם גבוהה והאפקטיביות שלהם מוטלת בספק. תובע פדרלי, מוכשר ככל שיהיה, אינו בעל מומחיות בתחום הממשל התאגידי וגיבוש מדיניות ובקורת פנים-ארגוניות. הסכמי NPA ו-DPA יכולים להיות מכשיר שבאמצעותם נכפה על תאגידים להטמיע שינויים ארגוניים לא יעילים.<sup>45</sup> יתרה מזאת, במקרים החמורים, שינויים פנים-ארגוניים המוטמעים על פי דרישה של גוף אכיפה כזה או אחר עלולים אף להיות מזיקים, מכיוון שהם מעוותים את מאזן הכוחות בין האורגנים השונים בתאגיד ועלולים להשפיע באופן שלילי על תהליכי ניהול סיכונים "נורמליים" בתאגיד.<sup>46</sup>

איננו חולקים על ביקורת זו. אכן, באכיפה הסכמית מהסוג הנדון קיים סיכון אינהרנטי לניצול לא הוגן ולא יעיל של כוחו הרב של גוף האכיפה אל מול התאגיד. במקרים רבים, עצם קיומו של הליך אכיפה כנגד התאגיד מסב לו נזק, ונכונותו "לשלם" מחירים כבדים כדי לשים את הליך האכיפה מאחוריו מעוותת את מאזן הכוחות שאמור לייצר הסכם הוגן, המשקף בצורה ראויה את האינטרסים השונים. ובכל זאת, אין בביקורת מוצדקת ונכונה זו כדי לאיין את האינטרס הציבורי הרב בשימוש בהסכמי ה-NPA ו-DPA. בהסכמים אלה יש ערך רב. אולם מכיוון שמדובר בחששות לגיטימיים, חשוב להכיר בקיומם ולוודא שאימוץ כלי אכיפה אלה בישראל יעשה תוך מתן מענה לסיכונים האמורים ולאחר תהליך הפקת לקחים מהניסיון האמריקאי.

44 ראו לדוגמה: Jennifer Arlen, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in PROSECUTORS IN THE BOARD ROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 5 (Anthony Barkow & Rachel Barkow, eds, 2011).

45 שם, בעמ' 5 ו-16. ראו גם: Jennifer Arlen & Marcel Kahan, *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution*, NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, WP No. 16-04; Law & Economics Research Paper Series, WP 16-06 18, 30-31, 34 (2016); Rachel Delaney, *Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements*, 93 MARQ. L. REV. 875, 890 (2009).

46 ראו Arlen & Kahan שם, בעמ' 35 ו-37. ראה גם Delaney שם, בעמ' 887-888.

## ג. היתכנות יישום הפרקטיקה האמריקאית בישראל – שיקול הדעת של התביעה כמפתח

גם בישראל החלטה על העמדה לדין ותנאיה נתונה בידי התביעה, כאשר סמכותה להפעיל שיקול דעת ולהחליט על העמדה לדין מצויה בסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1962 (להלן: ה"חוסד"פ): "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין" (ההדגשה הוספה).<sup>47</sup> הסיפא של הסעיף, שנוסף לחוק רק לקראת סוף שנות החמישים של המאה הקודמת, מאפשרת לתובע לשקול ולהתחשב במכלול נסיבות העניין (הכוללות את "עניין הציבור") בבואו להחליט על העמדה לדין.<sup>48</sup> שנים רבות לאחר מכן, בתיקון 82 לחוסד"פ נוספה בסעיף 67א(ה) הוראה המרחיבה עוד יותר את שיקול הדעת התביעתי, ומאפשרת לתובע להציע הסדר עוד טרם הגשת כתב אישום אם נסיבות העניין בכללותן מתאימות לכך. במהלך השנים ניכרה מגמה ברורה בחקיקה ובפסיקה להרחבת מתחם שיקול הדעת התביעתי בהחלטה על העמדה לדין. מגמה זו הביאה למעשה לקיבוע התפיסה שלפיה יש להעניק לתביעה שיקול דעת רחב ביותר. ההחלטה הנורמטיבית באשר ל"נסיבות העניין בכללותן" וקיומו או היעדרו של "עניין לציבור" מצויה בידי התביעה, ומרחב שיקול הדעת המוענק לה כה רחב עד כי יש בה, למעשה, להשפיע על מדיניות האכיפה של חוקים ועבירות באופן שיכול אפילו להיות שונה מתפיסת המחוקק את אותן עבירות.<sup>49</sup>

ודוק, לא מדובר ב"מחטף" של התביעה הכללית, אלא בפרי גישה מודעת ומכוונת הבאה לידי ביטוי בפסיקה. כך, לשם המחשה, בית המשפט העליון התבטא לא אחת בדבר רוחב שיקול הדעת המסור לתביעה. כפי שהיטיבה לומר השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בפרשת קצב:

"שיקול הדעת של התביעה בדבר 'עניין לציבור', אף הוא שיקול דעת רחב ביותר [...] . הוא תואר בעבר כמעט כשיקול דעת מוחלט [...] . עם זאת, ברור ונהיר הוא כי אין מדובר בשיקול דעת מוחלט

<sup>47</sup> אין החוק מבחין בין אדם לבין תאגיד, לעניין זה ראו ס' 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. להרחבה ראו גם לעיל ה"ש 9.

<sup>48</sup> הסעיף תוקן בתיקון 82 לחוסד"פ. ראו ס' 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 82) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (הנוסח "שאינו במשפט עניין לציבור" הוחלף ל"שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין"); לעמדתנו, מדובר בהרחבה.

<sup>49</sup> ראו יניב ואקי "מרחב שיקול הדעת בהחלטה על העמדה לדין" משפט מפתח 1, 17 (2013).

החסין מביקורת שיפוטית. רוחב שיקול הדעת נגזר מן הצורך להפקיד בידי הגורם המקצועי את ההערכה הנורמטיבית באשר לערכים השונים שיש להתחשב בהם בתהליך קבלת החלטה בעניין העמדה לדין במובנה הרחב. ברשות הגורם המקצועי לא רק הכישורים והמיומנות, אלא גם הידע, הנתונים והניסיון המצטבר בהכרת מערכות אכיפת החוק והאינטרסים החברתיים הרלוונטיים המשמשים בקבלת החלטה" (ההדגשות הוספו).<sup>50</sup>

בפסק דינו בעניין בונדרנקו,<sup>51</sup> שב והדגיש בית המשפט העליון מפי השופט מזוז את שיקול הדעת הרחב הנתון לרשויות התביעה לגבי הסכמי טיעון וקבע כי החלטות מעין אלה נטועות עמוק במתחם שיקול הדעת הרחב של התביעה:

"הלכה ידועה היא מימים ימימה, עליה חזר בית משפט זה פעמים רבות, כי לרשויות התביעה מסור שיקול דעת רחב ביותר בכל הנוגע לנקיטת הליכים פליליים – בין החלטה על העמדה לדין ובין החלטה על סגירת תיק, מחוסר ראיות או בהעדר ענין לציבור – כמו גם באשר לניהול ההליך הפלילי, לרבות החלטה על הסדר טיעון".<sup>52</sup>

לעניין שיקולי המדיניות, העיר השופט מזוז כי:

"ברבות השנים חל שינוי מהותי בגישה לתופעת הסדרי הטיעון, לא רק בבחינת ההכרה בהם כ'הכרח בל יגונה', אלא גם מתוך עמידה על היתרונות הכרוכים במוסד הסדר הטיעון. ביטוי מובהק לגישה החדשה ניתן למצוא בדברים להלן מפסק הדין בעניין פלוני הנ"ל, שניתן בהרכב מורחב של 9 שופטים, המשקפים את המעבר מגישה מסויגת וחשדנית כלפי הסדרי טיעון לגישה חיובית ואף מעודדת [...]".<sup>53</sup>

השופט מזוז אף ציטט מעניין פלוני:<sup>54</sup>

50 בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 17 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2008).

51 בג"ץ 625/18 בונדרנקו נ' מדינת ישראל (נבו) 5.7.2018.

52 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופט מזוז, אשר ציטט מתוך בג"ץ 6711/16 בני משפחת המנוח מנשרוב ז"ל נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פס' 19–20 (נבו) 9.11.2016.

53 ענין בונדרנקו לעיל ה"ש 51, בפס' 22 לפסק הדין של השופט מזוז.

54 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, עמ' 590 ואילך (2002).



"הכול מסכימים כי האינטרס הציבורי במובנו הרחב מחייב את בתי-המשפט לעודד קיומם של הסדרי טיעון. קיום הסדרי טיעון מאפשר פריסה רחבה יותר של אכיפת החוק ובכך יש כוח מרתיע כשלעצמו, העשוי לאזן את אפקט ההקלה בעונש במקרה הקונקרטי. הסדר טיעון אשר נכרת בהתאם לכללים ועל-פי שיקולים ראויים, מקצר את עינוי הדין של הנאשם ושל נאשמים פוטנציאליים הממתינים לכתב-אישום נגדם. ההסדר מסייע לרשויות האכיפה בהעמדת עבריינים נוספים לדין, והוא מבטיח ענישה שאינה מרוחקת בזמן ממועד ביצוע העבירה. הוא חוסך את המשאבים הרבים המושקעים בניהול הליך פלילי, לעתים מורכב וממושך, המכביד הן על התביעה הן על הנאשם, והוא מפנה את בית-המשפט העמוס לעיפה לעיסוק בתיקים אחרים. מבחינה ערכית, יש להסדר הטיעון ערך מוסף כאשר העבריין מקבל על עצמו אחריות למעשיו".<sup>55</sup>

כחלק מסמכותה הרחבה של התביעה עומדות לרשותה אפשרויות שונות לניהול וטיפול בתיקים פליליים: סגירת התיק ללא תנאי; הגשת כתב אישום; או סגירת תיק בתנאים. עם זאת, ישנה לקונה במבנה החוקי הקיים כיום, עקב אי-השלמת תהליך החקיקה, חרף כוונתו הברורה של המחוקק לעשות זאת. בשל לקונה זו – עליה יורחב בהמשך – חסר הבסיס החוקי לעריכת הסדרים מותנים, כגון NPA או DPA, בעבירות שונות. כפי שציינו לעיל ונסביר בהרחבה בהמשך, אנו סבורים כי אפשר לפתח פרקטיקת NPA ו-DPA ישראלית גם טרם ישלים המחוקק את מלאכתו.

כבר בשנות האלפיים המוקדמות זיהו היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות, כי נקיטת אחת משתי החלופות המרכזיות, סגירת התיק מחוסר עניין לציבור או הגשת כתב אישום, לא בהכרח מספקת מענה מיטבי לאירוע הפלילי. לכן התחדדה התובנה כי נוסף על חלופות אלה, נדרשת אלטרנטיבה נוספת לטיפול. בשנת 2004 מינה היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, צוות שקיבל עליו את המשימה לבחון מנגנונים להטיית תיקים מההליך הפלילי, בין היתר באמצעות חלופות להליך פלילי במישור השיקומי. בהמשך בחן מזוז חלופות נוספות ובמסגרתן גובשה הצעת חוק ממשלתית לתיקון ה"פ"פ,<sup>56</sup> שעיקרה פיתוח מנגנון לסגירת תיק בשל היעדר עניין לציבור וזאת כפוף למילוי

55 שם, בעמ' 607.

56 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ראו גם מבקר המדינה קובץ דוחות ביקורת לשנת 2011, פרק שני, בעמ' 44-45 (2011).

תנאים מסוימים.<sup>57</sup> בחודש מאי 2013 נכנס לתוקפו תיקון מס' 66 לחסד"פ שעיקרו סגירת תיק בהסדר מותנה, המאפשר לתביעה להטות את עניינו של חשוד כזה או אחר אל מחוץ למערכת המשפט הפלילי ללא מעורבות בית המשפט.

ואכן, המחוקק סבר כי האינטרס הציבורי מחייב הוספת כלי אכיפה שיאפשר למערכת המשפט להגיב לעבירות מסוימות, בנסיבות מתאימות, בצורת הסדר מותנה, להבדיל מבחירה באחת משני הקצוות: הגשת כתב אישום או גניזת התיק. יש בהוספת כלי אכיפה בצורת הסדר מותנה משום מתן מענה מידתי וראוי בנסיבות מסוימות ובעבירות מסוימות, מבחינת האינטרס הציבורי. זאת כאשר הבחירה בין החלופות, אופן הטיפול בהן, והתנאים שיוטלו במסגרתן, נתונה בידי התובע. בהקשר זה, על תובע המבקש להשתמש בכלי זה לשקלל את התשתית הראייתית וסיכויי ההרשעה מחד גיסא, ואת השיקולים שיביאו בנסיבות העניין להגשמת האינטרס הציבורי באופן מיטבי מאידך גיסא.<sup>58</sup> כך, בבואו לבחון את סבירות החלטת תובע השוקל אם להגיע להסדר סגירה מותנית על פי תיקון מס' 66 או להעמיד לדין, יטה בית המשפט שלא להתערב, אלא במקרים של חוסר סבירות קיצונית או פגיעה בעיקרון הצדק, כפי שבא לידי ביטוי, בין היתר, בפסיקה עקבית של בית המשפט העליון.<sup>59</sup>

עוד יוער בהקשר זה כי גם לדעת ועדת ברק,<sup>60</sup> אשר בעקבות המלצותיה חוקק חוק החברות, התשנ"ט-1999, אין להשתמש בדין הפלילי במסגרת דיני החברות, וכי יש לעודד שימוש במנגנונים אלטרנטיביים, אזרחיים ומינהליים, לשמירת הוראות החוק.<sup>61</sup>

#### ד. הצידוקים בעד מתן שיקול דעת רחב לתביעה לערוך הסכמי NPA ו-DPA עם תאגידים

כאמור, לדעתנו, ועל בסיס שיקול הדעת הרחב המסור לתביעה הכללית בבואה להחליט אם להעמיד לדין או לגנוז תיק, כבר עתה יש מקום להתחיל לערוך הסכמים מסוג NPA ו-DPA עם תאגידים, ולא להמתין להשלמת מלאכת החקיקה של הסדרי סגירת תיק מותנית. לדעתנו, כפי שנראה להלן, אין מניעה

57 ש.ם.

58 ראו ואקי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 20-21.

59 דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו) (15.12.2021).

60 הוועדה לניסוח חוק החברות החדש בראשותו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' אהרן ברק (1995).

61 ראו יוסף גרוס "טובה האכיפה הפנימית מהאכיפה המנהלית" תאגידים ח (3) 89 (2011).

חוקית לעשות זאת בסוגי תיקים מסוימים. אך טרם נדון בכך, ובשים לב לביקורת המוצדקת שהושמעה בארצות-הברית נגד פרקטיקה זו, אנו מבקשים לעמוד על היתרונות הגדולים הגלומים בה. כוונתנו בעיקר לאלה: (1) הימנעות מנזקים הנגרמים אגב משפטים פליליים; (2) יצירת הרתעה אפקטיבית יותר; (3) חיסכון ויעילות בשימוש מושכל במשאבים ציבוריים; ו- (4) הרחבת ההישגים המופקים מהליך האכיפה.

## 1. הימנעות מנזק משני שקשה לאמוד את היקפו

בשימוש נכון ובהתקיים תנאים מסוימים, סנקציות מינהליות והסדרים המאפשרים הימנעות מאישום פלילי, יכולים לייצר הרתעה אפקטיבית ומידתית, תוך הימנעות מגרימת נזקים סביבתיים קשים לצפייה מראש אשר עלולים להיגרם מההליך הפלילי. עבריינות תאגידית היא תחום מתאים במיוחד לענישה באמצעות סנקציות אלטרנטיביות מכיוון שבהיעדרן מתמצה ההליך הפלילי שמתנהל נגד תאגיד לקנס כספי המוטל עליו. הסכמי NPA ו-DPA לא מונעים הטלת סנקציה כספית על תאגיד. אולם, לצד אפשרות זו, הם מאפשרים השגת יעדים נוספים, וכל זאת בלי לחשוף את התאגיד, בעלי המניות בו, עובדיו, נושיו ועוד קשת של בעלי עניין, להשלכות הרחב העוללות להיגרם בשל העמדת התאגיד לדין או הרשעתו.

אין סיבה שהלקח שנלמד בארצות-הברית מקריסתה של אנדרסן לא ייושם גם כאן בארץ. שימוש בהסדרים מוסכמים מאפשר לצמצם ואף למנוע נזקים משניים אלה, בלי לוותר על הצורך בהרתעה ובמתן מענה אכיפתי הולם למקרים של עבריינות תאגידית. אדרבה, במקרים רבים הסדרים מוסכמים מסוג NPA ו-DPA יכולים לתת מענה מידתי יותר ויעיל יותר, במקרים שבהם המאזניים נוטות אל עבר הימנעות מהגשת כתב אישום פלילי עקב חשש לפגיעה "סביבתית" מערכתית.<sup>62</sup> זאת ועוד, השימוש בפרקטיקה זו מתיישב טוב יותר עם עקרון השיריות של המשפט הפלילי, בייחוד נוכח השלכותיו הפוגעניות. לפי עיקרון זה יש להשתמש במשפט הפלילי כמוצא אחרון בלבד, וככלל, כאשר הדבר אפשרי, יש להעדיף אמצעי הסדרה חלופיים.<sup>63</sup>

*Who Is Too Big to Fail: Are Large Financial Institutions Immune from Federal Prosecution?: Hearing Before the Subcomm. on Oversight and Investigations of the H. Comm. on Financial Services*, 113 Cong. 1 (2013) (statement of Mythili Raman) ("Oftentimes, our assessment [...] is that one of the middle-ground resolutions is most appropriate, a deferred prosecution or a non prosecution agreement")

יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין א 38-40 (מהדורה שנייה, טובה אולשטיין עורכת 2010); ראו גם רון שפירא מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית 40 (2019).

בהקשר זה נכון להתעכב לרגע על הבדל מעניין בין מערכת המשפט האמריקאית למערכת המשפט הישראלית, ולוודא כי הבדל זה לא משפיע על הצורך בנקיטת הליך חלופי שיימנע את ההשלכות הקשות של ניהול הליך פלילי נגד תאגיד. בקליפת אגוז יאמר כי, אחריות פלילית של תאגידים בארצות-הברית מבוססת על תיאוריית השליחות, בעוד בישראל, אחריות זו מבוססת על תורת האורגניזם. בפועל, במקרים רבים השימוש בתיאוריית שונות לביסוס אחריות התאגיד מתכנס לתוצאה דומה, אולם בהחלט ייתכנו מקרים שבהם תיאוריית שונות יובילו לתוצאות שונות. כך, למשל, אם יועץ חיצוני לתאגיד מבצע עבירה במהלך פעילותו עבור התאגיד – ייתכן מאוד שלפי דיני השליחות מעשיו ייוחסו לחברה מתוקף היותו שליח של החברה בקשר עם הפעילות החשודה. מצד שני, בהחלט ייתכן שאותו יועץ חיצוני לא ייחשב אורגן של החברה, ומעשיו לא ייוחסו לחברה לפי תורת האורגניזם כבסיס לאחריות פלילית לחברה. לכן, עשויה לעלות טענה שלפיה פרקטיקת האכיפה ההסכמית בארצות-הברית התפתחה ככלי שנועד לתת לגופי התביעה האמריקאית גמישות אל מול הקשיחות הגלומה בתיאוריית האחריות השילוחית, היוצרת מעין אחריות קפידה לתאגיד כאשר שלוח שלו מבצע עבירה.

אנו סבורים כי אין בטענה זו ממש. בפועל, גם גופי האכיפה וגם בתי המשפט בארצות-הברית נמנעו לאורך השנים מלשייך באופן אוטומטי את מעשיהם ומחשבתם של שלוחי תאגיד – עובדים, יועצים ומנהלים שאינם אורגניזם – לתאגיד, ויצרו סוגים של טענות שהתאגיד יכול לטעון להגנתו, במטרה להימנע מנשיאה באחריות פלילית.<sup>64</sup> משמע, במבחן המעשה, לא נכון לומר שהסכמי NPA ו-DPA הקנו לרשויות התביעה והאכיפה גמישות מסוימת שלא הייתה בידיהם או שנועדו לתת מענה לנוקשות מכבידה הנובעת משיטת המשפט האמריקאית. לפיכך, לעניות דעתנו, בהחלט יש מקום לשאוב מפרקטיקה זו בארצות-הברית השראה בכל הקשור באכיפה כנגד תאגידים בארץ.

## 2. הרתעה אפקטיבית יותר

אחת ממטרותיו של הליך אכיפה היא יצירת הרתעה ספציפית (כלפי מפר החוק) וכללית (כלפי מפרי חוק פוטנציאליים בציבור בכללותו). התוצאה האפשרית היחידה המושגת מניהול הליך פלילי נגד תאגיד היא הרשעה וקנס, אך ההרתעה המושגת מניהול הליך זה מוגבלת. הסדרים מוסכמים מאפשרים לתביעה לשכלל את רכיב ההרתעה ולמנף אותו כדי לשרת בצורה טובה יותר את האינטרס

<sup>64</sup> ראו למשל, Eli Lederman, *Corporate Criminal Liability: The Second Generation*, 46 STETSON L. REV. 71, 72–73 (2016).

הציבורי. כך, למשל, גוף אכיפה המוכן במקרה מסוים להימנע מפתיחת הליך אכיפה פלילי העלול להביא לתוצאות הרסניות במיוחד עבור תאגיד – למשל, שלילת היתרים כאלה ואחרים או יכולת השתתפות במכרזים – יכול להשתמש בעמדת המיקוח החזקה שלו מול התאגיד כדי לגרום לשינויים רצויים בתאגיד. כך, לדוגמה, שינויים פרסונליים, שיפור הממשל התאגידי, הציות וכיוצא באלה. כלומר, ההרתעה הספציפית יכולה להיות מתועלת לפעולות ולמעשים בשטח המיטיבים לשרת, לדעת התביעה, את האינטרס הציבורי – בוודאי בהשוואה לתועלת המוגבלת של תשלום קנס. בה-בעת, גם ההרתעה הכללית כלפי תאגידיים שלא הפרו את החוק מתחזקת.<sup>65</sup> לשם המחשה, בנאום בפני לשכת עורכי הדין של העיר ניו יורק בשנת 2012, ציין עוזר התובע הכללי הפדרלי (דאז) לני ברואר (Lanny Breuer) את ההשפעה ה"טרנספורמטיבית" שהיתה להסכמי NPA ו-DPA על חברות באופן כללי.<sup>66</sup> לדבריו, הסכמים אלה השפיעו הלכה למעשה באופן רוחבי על תרבות ארגונית בתאגידיים, ושיפרו את המאמצים המושקעים בגיבוש תכניות ציות פנים-תאגידיות בחברות בארצות-הברית ובעולם. כלומר, לא זו בלבד שהסכמי NPA ו-DPA לא פוגעים בהרתעה הכללית, אלא שהם תורמים לאפקטיביות ההרתעה ולהגברת הציות לחוק.<sup>67</sup> בהקשר זה, מן הראוי לזכור את החשש שהוזכר לעיל כי עורכי הדין העובדים בגופי אכיפה אינם מומחים לממשל תאגידי ובמקרים רבים אין להם היכרות עם האופן שבו תאגידיים עסקיים מנוהלים ומתנהלים. עורכי דין אלה הם מומחים בנייתו מעשים ונסיבות שהתרחשו בעבר והערכתם לאור סעיפי חוק המשרטטים את גבולות המותר והאסור, ובעלי ניסיון בהוכחת יסודות העבירה או ההפרה הרלוונטית באמצעות הראיות שנאספו בשלב החקירה. מדובר בנייתו רטרוספקטיבי של מעשים ותהליכים שהתרחשו בעבר, לעיתים שנים לאחר התרחשותם. הרעיון שניתוח כזה מעניק לתובע את הכלים לקבוע עבור תאגיד תהליכי בקרה וקבלת החלטות בזמן אמת דומה לרעיון שאפשר ללמוד שחיה בהתכתבות, בלי להיכנס למים. כאמור, לגישתנו מדובר בחשש מוצדק. אך בה-העת, מדובר בחשש שאפשר לתת לו מענה בקלות. מכיוון שהחשש מבוסס על חוסר ניסיון של תובעים, הפתרון מצוי במעורבותם של מומחים לממשל תאגידי ותהליכי בקרה תאגידיים יעילים. אפשר לחשוב על דרכים רבות לשילוב

Cindy R. Alexander & Mark A. Cohen, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, 52 AM. CRIM. L. REV. 537 (2015) 65

Lanny A. Breuer, Assistant Att'y Gen., U.S. Dep't of Justice, Speech at the New York City Bar Ass'n (Sept. 13, 2012) 66

שם. 67

מומחים כאלה בגיבוש המנגנונים שתאגידים יידרשו להטמיע במסגרת הסכם ה-DPA או NPA. לדעתנו חשובה קיומה של מומחיות זו בשלב גיבוש ההסכם.

### 3. חיסכון במשאבים ציבוריים

מטבע הדברים, ניהול הליכי אכיפה עד מיצויים בפסק דין סופי וחלוט כרוך בהשקעת משאבים רבים, הן מצד התביעה והן מצד ההגנה. במערכת המשפט האדברסרית בישראל, גם כאשר הליך אכיפה מנוהל בצורה יעילה, מדובר בתהליך האורך שנים רבות. ברור אם כן כי שימוש בהסדרים מוסכמים – הדורשים כתנאי בלעדי שיתוף פעולה בין התביעה לבין התאגיד – מפחית משמעותית את עלויות ההתדיינות; חוסך משאבים ציבוריים רבים הן לתביעה והן למערכת בתי המשפט; ומפחית בצורה ניכרת את היקף משאבי המערכת המושקעים במקרה מסוים.<sup>68</sup> מבדיקה אמפירית של הסדרים מוסכמים (הסדרי טיעון "רגילים", והסדרים מסוג NPA ו-DPA) בארצות-הברית בין השנים 1997–2011 עולה כי במקרים שבהם מדובר בעבירות חמורות, אך בנסיבות שבהן הוכחת האשמה קשה עבור התביעה, הנטייה היא להתקשר בהסדרי DPA ו-NPA. במקרים שבהם האשם מובהק יותר – נמצא שההעדפה הייתה לכיוון עריכת הסדרי טיעון "רגילים". ללמדנו כי כאשר מדובר בתיקים קשים יותר מבחינת התביעה, שההליך המשפטי בעניינם צפוי להיות מורכב יותר, וככל הנראה ארוך יותר, מתקבל פתרון יעיל מערכתית באמצעות עריכת הסכמים מסוג NPA ו-DPA.<sup>69</sup>

נתונים אלה נכונים לא רק לארצות-הברית. גם בישראל, אחד העקרונות המנחים את שיקול דעת התביעה הוא יעילות. קרי, סיום תיקים פליליים בדרך יעילה. לכן, השימוש בהסדרי טיעון במקרים שבהם הדבר אפשרי וראוי – הוא נפוץ מאוד במערכת המשפט הישראלית. משכך, גיבוש כלים נוספים בדמות הסכמי NPA ו-DPA, שיאפשרו להשלים את הטיפול בתיק ללא ניהול הוכחות אך תוך השגת תוצאות המשרתות את האינטרס הציבורי וחסכון במשאבים ציבוריים יקרים – הוא תוצאה רצויה.<sup>70</sup>

Louis Kaplow & Steven Shavell, *Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior*, 102 J. POL. ECON. 583 (1994) (cooperation in the form of self-reporting lowers enforcement costs) 68

ראו Alexander & Cohen, לעיל ה"ש 33, בעמ' 591. 69

ראו קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי" משפט, חברה ותרבות | משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 217 (אלון הראל עורך 2017). 70

## 4. הרחבת יכולות והישגים בתחום האכיפה

לא אחת נשמעת ביקורת על כך שיש בהסדרי טיעון על סוגיהם השונים משום ויתור על אינטרסים ציבוריים חשובים, כגון מיצוי חקר האמת, גמול ראוי ולא מקל מדי לעברייני וכדומה. בדרך כלל יש מידה מסוימת של צדק בביקורת זו. זאת שכן הסדר, מעצם טיבו וטבעו, כרוך בוותורים שעושים שני הצדדים להסדר, כדי לגדר את הסיכונים שלהם ולהבטיח אינטרסים החשובים להם יותר מאלה שעליהם הם מוותרים. בהקשר זה מעניין לציין כי הניסיון האמריקאי עם הסדרי NPA ו-DPA מלמד שהויתור על מיצוי ההליך המשפטי מצד התביעה לא מתבטא בהכרח בויתור על ההרתעה המופקת מההליך. כך, למשל, דווקא השימוש הגובר בהסכמי NPA ו-DPA בין השנים 2004 ל-2015 לשם אכיפת עבירות שחיתות ושחד לעובדי ציבור זרים במסגרת ה-Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), אפשר לתביעה לפעול בצורה פומבית – מבחינת מספר החקירות והתיקים שנפתחו – בכמות גדולה יותר של תיקים. בכיר במחלקת ה-FCPA ב-DOJ התבטא בעניין זה באותה תקופה ואמר במפורש שאילולא היו ל-DOJ האפשרויות להגיע להסדרי NPA ו-DPA, היו נפתחים פחות תיקים.<sup>71</sup> זו גם גישת ה-OECD, אשר קשרה בין היכולת להשתמש בהסכמים אלו לבין העליה המרשימה באכיפת עבירות FCPA בארצות-הברית.<sup>72</sup> והמספרים מדברים בעד עצמם: בין השנים 2004 ל-2015, 70 מתוך 85 תיקי האכיפה כנגד תאגידים, נסגרו באמצעות הסדר מוסכם. יתר על כן, סגירת תיקים באמצעות הסכמי NPA ו-DPA הייתה מקור כלכלי חשוב עבור המחלקות הרלוונטיות ב-DOJ, שכן אכיפה בגין הפרות של ה-FCPA מאירה תאגידים באור שלילי מאוד ועקב מצבם הפגיע הם מוכנים לשלם סכומים משמעותיים כדי להימנע מהליך אכיפה.<sup>73</sup> שורת בכירים ב-DOJ התבטאו בנושא לא פעם, והדגישו את ההיבט היעיל של הסכמים אלה מבחינת מיקסום עלויות ביחס לתועלת המופקת עבור ה-DOJ: מצידו האחד של המטבע פעולות אכיפה משמעותיות ויעילות תקציבית, ומצידו השני, הכנסה גבוהה.<sup>74</sup>

71 Mark Mendelsohn, *On the Rise of FCPA Enforcement*, 24 CORP. CRIME REP. 35 (2010).

72 Org. for Econ. Co-operation & Dev., Phase 3 Report On Implementing The OECD Anti-Bribery Convention in the United States 20, 63 (2010).

73 יש הרואים בקנסות המשולמים בהסדרים אלה כמעין "עלות עסקה", המוזרמת אל אוצר המדינה. ראו בעניין זה לדוגמה, Mike Koehler, *Totally Milking the FCPA Cash Cow?*, FCPA PROFESSOR (June 3, 2013).

74 Mike Koehler, *Corporate FCPA Enforcement in 2014 Compared to Prior Years*, ראו Mike Koehler, *Former Attorney General* וגם FCPA PROFESSOR (Jan. 13, 2015).

בהקשר זה נזכיר את החשש מיצירת כלי אכיפה "יעיל מדי" עבור התביעה. כלי שעלול להביא להפללת יתר גם בתיקים חלשים ראייתית, שלו היו מנוהלים בבית משפט עד תומם – היו מסתיימים בזיכוי מלא או חלקי. פתרון אפשרי לחשש מוצדק זה הוא התנאי המקדמי שקבע המחוקק הישראלי בסעיף 67א(ב) לחסד"פ שלפיו תובע רשאי להתקשר עם חשוד בהסדר לסגירת תיק בתנאים רק אם "קיימות [בתיק] ראיות מספיקות לאישום בעבירה". אפשר כמובן לחשוב על מנגנונים נוספים להתמודדות עם החשש מאכיפת יתר גם בתיקים גבוליים מבחינה ראייתית או נורמטיבית. החשוב הוא, בשלב זה של הדיון הציבורי, להכיר בחשש ולוודא שהטמעת הסכמי NPA ו-DPA בארץ תיעשה לאורו של חשש זה ותוך ניסיון להתגבר עליו.

## ה. הפרקטיקה והדין הקיימים בישראל

### 1. הדין המצוי – לקונה חוקית וצורך גדול בהשלמת החסר

כאמור, המסגרת הנורמטיבית לעריכת הסדר בין התביעה לבין נאשם מצויה בסעיף 1' לחסד"פ. רלוונטיות ביותר לעניינו הן הוראות סעיף 67א, ובפרט ס"ק (ב) המעניקות לרשויות התביעה שיקול דעת רחב ביותר שלא להעמיד חשוד לדין ולהציע לו הסדר. זאת אם נסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדין נוכח ההסדר ומילוי תנאיו. עם זאת, ס"ק (ג) מצמצם את סוגי העבירות שבהן אפשר לערוך הסדר, לחטא או עוון, או לעבירה מסוג פשע המנויה בתוספת השישית לחסד"פ, אשר נכון למועד כתיבת שורות אלה – טרם הושלמה. משמעות הדבר היא כי כוונתו הברורה של המחוקק היא לאפשר לתביעה מרחב שיקול דעת שיאפשר לה להגיע להסדר בדבר אי-העמדה לדין גם בעבירות פליליות מסוג פשע. עם זאת, המחוקק לא השלים את המלאכה ולא פירט עדיין בתוספת השישית לחסד"פ את עבירות הפשע שבהן תוקנה לתביעה סמכות להגיע להסדר בדבר אי-העמדה לדין. על אף האמור, הסדרים אחרים הקיימים בחקיקה ראשית ספציפית, מלמדים כי בעבירות שונות, שכוללות, במהותן, תצורה כלשהי של מרמה, הביע המחוקק את כוונתו הברורה ליתן לרשויות התביעה סמכויות כאלה, כפי שיורחב להלן. במילים אחרות, המחוקק הביע בצורה ברורה את כוונתו להרחיב את מרחב שיקול הדעת הקיים לתביעה,

---

*Alberto Gonzales Criticizes Various Aspects of DOJ FCPA Enforcement*, FCPA  
 .PROFESSOR (Apr. 4, 2013)



ולאפשר לה לערוך הסדרים מותנים טרם העמדה לדין גם בעבירות פשע חמורות מסוימות, אך לא השלים את מלאכת החקיקה שבה החל. מדברי ההסבר לתיקון מס' 66 עולה כוונתו הברורה של המחוקק, לתת בידי רשויות האכיפה אפשרויות ביניים, בין סגירת התיק לבין הגשת כתב אישום, במקרים שבהם אין הצדקה או צורך לנהל הליך פלילי מלא, על משמעויותיו, ויש עניין ציבורי בתיעול עניינו של חשוד לתוכנית שיקום.<sup>75</sup> אך, כאמור, המחוקק טרם השלים את המשימה שהציב לעצמו. מאז חקיקת תיקון מס' 66 לחסד"פ, דרך תיקונים נוספים לחוק שחוקקו בשנים 2014–2019,<sup>76</sup> פרסום הנחיית היועץ המשפטי לממשלה ב-3 בינואר 2019,<sup>77</sup> ועד היום – נותרה התוספת השישית ריקה.

עולה כי קיימת לקונה בשל מעשה חקיקה שטרם הושלם, ולכן מתחייב לשאול מהי משמעותה של לקונה זו? לדעתנו, ברור בהקשר זה כי לא מדובר בהסדר שלילי, וכי יש לשאוף לאפשר לתביעה להתקשר בהסדרים דומים גם בעבירות מסוג פשע כדוגמת קבלת דבר במרמה, גניבה בידי מורשה, רישום כוזב במסמכי תאגיד ועוד.

האם, לאור עקרון ההרמוניה החקיקתית והפרשנית, קיים צידוק למנוע מהתביעה להפעיל את שיקול דעתה באופן דומה גם במקרים שבבסיסם התנהגות מרמתית, אך לא בתחומי הדין שבהם התיר המחוקק הסדרים כאלה (כגון תחום ניירות ערך)? כמה שונה מידת המרמה של גניבה בידי מורשה בתאגיד ציבורי גדול ממידת המרמה שבעבירה כגון סחר במידע פנים? כובד משקלה של שאלה זו אף מתעצם לאור הוראת סעיף 3 לחסד"פ הקובעת כי בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק.<sup>78</sup> לפיכך ניכר כי אף לבתי המשפט מוקנית הסמכות לאשר כל הסדר אשר, לדעתו, משרת את האינטרס הציבורי ומאזן נכונה בין כלל השיקולים הנוגעים לאכיפה וענישה.

<sup>75</sup> דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט–2008. ראו גם מיכל אגמון-גונן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 26.

<sup>76</sup> ראו: חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 68), התשע"ד–2014; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 79), התשע"ז–2017; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 82), התשע"ח–2018; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון 87), התשע"ט–2019.

<sup>77</sup> הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3042 "נוהל והנחיות להפעלת סימן א'1 בפרק ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 – 'הסדר מותנה'" (3 ינואר 2019).

<sup>78</sup> בהקשר זה יצוין גם ס' 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981 וההסמכה מכוחו "לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק".

זאת ועוד, על ההכרח בהשלמתה של נורמה בלתי שלמה כתב פרופ' ונשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק, את הדברים הבאים:

"[...] כמו בפרשנות גם במילוי חסר, המרכיב המרכזי הוא תכלית הנורמה ומטרתה. בפרשנות מורכב המרכיב התכליתי על גבי המרכיב הלשוני. במילוי חסר אין השופט נותן משמעות למרכיב הלשוני והוא פועל מעבר לפרשנות הלשונית של הנורמה. תחתה באה הפעילות היוצרת של השופט, הממלא את חוסר השלמות של הנורמה המשפטית מתוך רצון להגשים את תכליתה".<sup>79</sup>

כידוע, מכוחן של הוראות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הוסמך שופט בישראל, להשלים חסר בחקיקה. הוראות אלו אף קובעות את המקורות אליהם יפנה השופט לצורכי ההשלמה ואת סדר הפניה למקורות אלה. המקור הראשון הוא ההיקש. זוהי דרך טבעית להשלמת חסר בחקיקה. כאשר אין ההיקש מניב נורמה משלימה, על השופט לפנות למקור השני: עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. כאשר השופט מגיע למסקנה פרשנית שלפיה קיימת אי-שלמות הנוגדת את תכלית החקיקה, הוא ניצב בפני חסר משפטי ועליו לפנות להשלמת (מילוי) החסר.<sup>80</sup> נוסף כי תורת ה"חסר" חלה בכל ענפי המשפט החקיקתי ועשויה להתקיים גם במשפט המינהלי והפלילי,<sup>81</sup> ואפשר להכיר בחסר בדין המהותי ובדין הדיוני (האזרחי או הפלילי).<sup>82</sup> לענייננו, התוספת השישית ה"ריקה" היא תשתית לשימוש בהוראות הקיימות בחוק, ולא להימנעות משימוש בהן. דהיינו – לא מדובר בהסדר שלילי. כפי שנפרט בהמשך, ראוי ואפשר לסגור את החלל שנוצר עקב נורמה בלתי שלמה, מתוך רצון להגשים את התכלית לה הניח המחוקק תשתית. לדעתנו, החסר בתוספת השישית בחדס"פ לא צריך למנוע את פיתוחה ואת יישומה של פרקטיקת הסדר עם תאגידים גם בעבירות מסוג פשע כבר עכשיו. לגישתנו, מדובר בצו השעה. כחברה ב-OECD נתונה ישראל לביקורות תקופתיות בתחומים שונים. כך, למשל, כבר בביקורת של ה-OECD משנת 2015 באשר ליישום אמנת מניעת השוחד בישראל צוין כי לתביעה בישראל מידה מועטה מאוד של ניסיון באכיפת עבירות כלכליות מסוג הונאה, מס והלבנת הון.<sup>83</sup>

79 אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 457 (1992).

80 אהרן ברק "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ 233, 264-265 (התשנ"א).

81 שם, בעמ' 266.

82 שם, בעמ' 270.

83 OECD Working Group on Bribery: Phase 3 Report on Implementing the OECD

לפי הנתונים שמדינת ישראל סיפקה באותה שנה ל-OECD, דובר באכיפה דלה בתחום: שתי הרשעות בשנת 2009; שלוש הרשעות בשנת 2010; שתי הרשעות בשנת 2011; הרשעה אחת בשנת 2012; ארבע הרשעות בשנת 2013; ושמונה הרשעות בשנת 2014.<sup>84</sup> כמו כן, בשנת 2015 דווח על ארבע חקירות בלבד. שלא במפתיע, הומלץ כי ישראל תגביר מאמצים, תפנה משאבים ותעניק הדרכה לרשויות האכיפה בנושא. יתרה מכך, באותה הזדמנות חוקרי ה-OECD הביעו "חשש משמעותי" מכך שבחלוף שבע שנים ממועד הוספת האיסור על שוחד עובד ציבור זר לחוק העונשין, ועל אף החשדות הרבים שהועלו, רשויות התביעה בישראל לא ביצעו כל אכיפה בנושא. זאת אף על פי שבפגישות עם חוקרי הארגון, ציינו נציגי רשויות התביעה, כי הם מודעים להנחיות הנוגעות לאכיפה של עבירות שוחד עובדי ציבור זרים. בדו"ח אף צוין כי כדי להגביר את יעילות האכיפה בתחום עבירות השוחד, השחיתות והמרמה ה-OECD תומכת בפרקטיקה של קיום שימוע מקדמי המשמש תשתית לגיבוש הסדרים אלטרנטיביים דוגמת אלה הנדונים במאמר זה.<sup>85</sup>

בעקבות הביקורת האמורה, כבר בשנת 2014 פורסם תזכיר חוק העונשין בדבר אחריותם הפלילית של תאגידי שביין מטרותיו היו עדכון היקף אחריותו הפלילית של תאגיד והוספת חובת פיקוח,<sup>86</sup> באמצעות תיקון סעיף 23 לחוק העונשין. נכון למועד כתיבת שורות אלה התזכיר לא הבשיל כדי תיקון חקיקה, ובהיעדר המנגנון האלטרנטיבי שהוצע בו – הרחבת האחריות התאגידית באמצעות יצירת חובת פיקוח – גדלה התועלת שיכולה לצמוח למערכת אכיפת החוק בישראל בשל שימוש בהסדרי NPA ו-DPA. למרבה הצער, גם לאחר הבעת החשש המשמעותי מטעם ה-OECD, כאמור, נוכח האכיפה הדלה בישראל בתחום העבירות הכלכליות, המצב נכון למועד כתיבת שורות אלה לא השתפר במידה ניכרת. אומנם, בעדכון של ה-OECD לשנת 2017 נמסר כי חלה עלייה משמעותית במספר ההליכים הפליליים שנפתחו בתחום אכיפת השחיתות, השוחד והמרמה בישראל,<sup>87</sup> אך ככל הנראה הטבה זו לא סימנה מגמה מתמשכת.

בשנת 2021 פרסם ארגון השקיפות הבין-לאומית (גוף מחקר מוביל המפרסם את מדד מקובל ומוכר לדירוג מידת השחיתות במדינות העולם) דו"ח שבו ניתן לישראל הציון הנמוך ביותר אותו קיבלה בדוחות של הארגון מאז שנת 2012.<sup>88</sup>

.Anti-Bribery Convention in Israel (June 2015)

84 ראו לעיל ה"ש 16, בעמ' 43.

85 שם, בעמ' 31.

86 תזכיר חוק העונשין (תיקון מס'...) (תיקון – אחריות פלילית של תאגידיים), התשע"ה – 2014.

87 OECD, Anti-corruption and integrity (Jun 19 2024) <https://bit.ly/3EJ2JuR>

88 2021 Corruption Perceptions Index reveals a decade of stagnating corruption levels

כמו כן, בשנת 2022, התריע הארגון כי זוהתה מגמה ממשית של ירידה במספר החקירות וכתבי האישום שנפתחו והוגשו בישראל בתיקי שחיתות למיניהם, ולפיכך הארגון הוריד את הדירוג של ישראל בתחום אכיפת השחיתות מסיווג "אכיפה פעילה" לסיווג הפחות "אכיפה מתונה"<sup>89</sup>. ואומנם, נתונים אלה מלמדים כי הצורך בהגברת האכיפה בתחומים הנדונים עצום ומכאן – אין ספק שיש אינטרס ציבורי אדיר בהרחבת יכולתה של התביעה הפלילית להשתמש בהסכמים מסוג NPA ו-DPA כדי להגביר את רמות האכיפה בתחומים אלה.

כן יש לתת את הדעת לכך שבהנחיית פרקליט המדינה בדבר עריכת הסדרי טיעון, אשר עודכנה לאחרונה בפברואר 2009,<sup>90</sup> הסדר טיעון מוגדר כהסכם בין התביעה לנאשם (או בא כוחו) באשר לסעיפי האישום או לפרטים בכתב אישום; בדבר העונש אשר יוטל על הנאשם; או באשר לנושא אחר הקשור בתוצאות המשפט. בהנחייה מוזכרת גם עמדתו של הנשיא (דאז) שמגר בעניין פלוני,<sup>91</sup> משנת 1991, שלפיה רצוי שבית המשפט יטה לכבד הסדרי טיעון אף על פי שאינו "זרועה הארוכה של התביעה". בדומה למסקנות בית המשפט העליון האמריקאי כמפורט לעיל,<sup>92</sup> קבע בית המשפט העליון הישראלי בעניין מרקוביץ,<sup>93</sup> כי על התביעה, בהיותה "מופקדת על שמירת עניינו של הציבור", לשקול שיקולים מעשיים טרם החלטתה להתקשר בעסקת טיעון, והיא הגורם הנכון והיעיל להפעיל שיקול דעת בהקשר זה. ההנחיה מדגישה את החשיבות בתיאום מלא בין המערכות השונות (הליכי מס, הליכים אזרחיים) ובכריכת ההליכים יחדיו בהסכם.<sup>94</sup>

כמו כן, כחלק מהנחיית פרקליט המדינה בדבר מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד אשר פורסמה באוקטובר 2019, ואשר מטרתה המפורשת היא להתוות את מדיניות התביעה בשיקולי העמדה לדין של תאגיד ובגיבוש עמדה ביחס לדרכי הענישה של תאגידים,<sup>95</sup> מופיע ניתוח של השיקולים אותם יש לבחון בכוא התביעה להחליט על העמדה לדין של תאגיד. בין מכלול

amid human rights abuses & democratic decline, TRANSPARENCY INTERNATIONAL  
(Jan 25, 2022) <https://bit.ly/4gL44hZ>

Transparency International, 2021 Corruption Perceptions Index reveals a decade of  
stagnating corruption levels amid human rights abuses & democratic decline (oct 11  
2022) <https://bit.ly/4gT6JpL>

הנחיית פרקליט המדינה 8.1 "הנחיות לעריכת הסדר טיעון" (12 פברואר 2009).

ע"פ 2034/91 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 16.6.1991).

ראו לעיל ה"ש 43.

ע"פ 4900/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45 (1993).

הנחיית פרקליט המדינה 8.1, לעיל ה"ש 90, בעמ' 6.

הנחיית פרקליט המדינה 1.14 "מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד"  
(2 אוקטובר 2019).

השיקולים, הכוללים את נסיבות העבירה; את מאפייניו של התאגיד החשוד; את מידת הכשל בתרבות הציות בתאגיד; את מידת המעורבות של נושאי המשרה הבכירים; את עברו הפלילי של התאגיד ואת מידת שיתוף הפעולה של התאגיד עם החקירה. יש לשקול גם את התוצאות הקשות של הגשת כתב אישום כנגד התאגיד, כגון הפגיעה בבעלי המניות, בעובדי התאגיד או בנושיו.<sup>96</sup> שיקול משמעותי נוסף המופיע בהנחיות האמורות הוא קיומם של אמצעי אכיפה חלופיים, ובלשון ההנחה: "קיומם של אמצעי אכיפה חלופיים להעמדה לדין פלילי, שנקיטתם יכולה למצות את האינטרס הציבורי ביחס לתאגיד באותן הנסיבות", תוך הפניה מפורשת לפרקטיקה הנהוגה של אכיפה מינהלית לפי חוק ניירות ערך. ואכן, מילים צלולות וברורות אלה מלמדות עד כמה מבינה הפרקליטות את היתרונות הרבים הטמונים בהרחבת הכלים העומדים לרשותה בתחום עריכת הסדרים אלטרנטיביים לניהול הליך פלילי מלא ועד כמה היא עצמה רוצה בהם כדי להצליח לשרת את האינטרס הציבורי באופן מיטבי.

קשה שלא להבחין בדימיון שבין הנחיות אלו, הנוגעות להסדרי טיעון פליליים בישראל, לבין העקרונות המנחים שהוצגו לעיל במסגרת סקירת הנחיות התביעה הפדרלית לפרקליטים בארצות-הברית בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת לקראת עריכת הסכמי NPA ו-DPA עם תאגידים. כאמור, בהנחיית פרקליט המדינה בהקשר להעמדה לדין ולענישת תאגידים קיימת הפניה להסדר הקבוע בחוק ניירות ערך, ולפרקטיקה שהתפתחה מכוחו. כפי שיפורט להלן, אין הפניה זו מפתיעה, שכן בתחום זה המחוקק השלים את מלאכתו, ויצר תשתית חוקית המאפשרת קיומם של הסדרי אכיפה אלטרנטיביים. לפיכך, לדעתנו, השאיפה צריכה להיות יצירת הרמוניה פרשנית ופרקטית, וכך סמכות זו תופעל גם ביחס לעבירות נוספות שאין כל ספק בהצדקה לנהוג בקשר אליהן באורח דומה לזה המותר בתחום העבירות בניירות ערך.

<sup>96</sup> אומנם, באופן רגיל, התחשבות בפגיעה בגורמים הקשורים לתאגיד אשר לא מעורבים בחקירה, מקומה בשלב הענישה ולא בשלב ההחלטה על העמדה לדין. עם זאת, במקרים חריגים אפשר להתחשב בשיקולים אלה גם בשלב העמדה לדין. בהקשר זה יצוין, לדוגמה, כי באשר לעבירות שוחד לעובדי ציבור זרים, רשויות האכיפה בישראל מחויבות לעקרון הקבוע בס' 5 לאמנת ה-OECD למניעת שוחד לעובדי ציבור זרים, שלפיו בהחלטה על העמדה לדין, ובכלל זה תאגידים, לא ישקלו שיקולים דומים. ראו גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1110 "איסור מתן שוחד לעובד ציבור זר – סעיף 291א לחוק העונשין" (נובמבר 2009).

## 2. אכיפה מינהלית ופוליטית לפי חוק ניירות ערך – החריג כדוגמה לדין הרצוי בעבירות נוספות

בדומה לנהוג בארצות-הברית, בישראל מצוי הסדר ייחודי המסמיך את התביעה לערוך הסדרים בדבר אי-העמדה לדין בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך"). מכוח הסדר חוקי זה, עורכות רשות ניירות ערך (להלן: "הרשות") והפרקליטות והפרקטיקה הנהוגה מכוחו ע"י רשות ניירות ערך (להלן: "הרשות") הסכמים מסוג DPA ו-NPA.<sup>97</sup>

חוק ייעול הליכי אכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011 (להלן: "חוק האכיפה המינהלית") הוסיף לחוק ניירות ערך את פרק ט' שכותרתו "הסדר להימנעות מנקיטת הליכים או להפסקת הליכים, המותנית בתנאים". לפי סעיף 54 שבפרק זה, יושב ראש הרשות מוסמך שלא לקיים הליכים נגד חשוד בהפרה או בעבירת ניירות ערך, וחלף זאת להתקשר בהסכם אכיפה מותנה, שבו מתחייב יושב ראש הרשות להימנע מנקיטת הליכים או הפסקתם (להלן: "הסדר אכיפה מותנה"). מתכונת זו דומה מאוד למתכונת ההסדרים הרגולטוריים שנערכו ללא הסמכה מפורשת טרם תיקון החוק.<sup>98</sup> בדברי ההסבר להצעת החוק אף צוין כי אחד מיתרונותיו של כלי זה הוא החיסכון בזמנו של בית המשפט, שהנו משאב ציבורי מוגבל. דבר זה מאפשר, בין היתר, לטפל ביותר מקרים, להגביר את היעילות באכיפה ולקצר את משך ההליך.<sup>99</sup> מטעמי הרמוניה חקיקתית, במלאכת ניסוח הסעיף נעשה מאמץ מכוון להתאים את נוסחו להצעת החוק בעניין הסדר לסגירת תיק בתנאים במסגרת תיקון 61 לחסד"פ.<sup>100</sup> בסעיף 54 לחוק שנוסף גם הוא כחלק מחקיקת חוק האכיפה המינהלית, נוספה לארגז הכלים אפשרות עריכת הסכם שלפיו החשוד מתחייב לקיים את התנאים שפורטו בהסדר, וזאת כנגד התחייבות פרקליט מחוז להימנע מהגשת כתב אישום ולסגור את התיק שנפתח נגד החשוד (להלן: "הסדר מותנה"). הוספת כלי הסדר מותנה לחוק ניירות ערך ייצרה מנגנון דומה להסדרים אחרים שבהם אין מעמידים לדין, דוגמת המנגנון של צו מוסכם הקיים בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, וההסדר שנקבע בתיקון 66 לחסד"פ ועוגן בסעיפים

97 ראו אקשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 496.

98 שרון ידן "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 169, 179 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016).

99 שם, בעמ' 435; ראו גם דברי ההסבר לפרק ט' בהצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"ח-2010.

100 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008.

67א-67ב לחסד"פ. הסדר מסוג זה נועד לשמש את התובע בתיקים אשר אלמלא הסמכות לעריכת הסדר מותנה היו, ככל הנראה, נסגרים מחוסר עניין לציבור, והן בתיקים אשר היו מוגשים לבית המשפט ובלבד שהתובע סבר כי, תחת נסיבות התיק, מילוי תנאי ההסדר עונים על העניין הציבורי.<sup>101</sup> על התכליות העומדות בבסיס מנגנון ההסדר המותנה בחוק ניירות ערך, אפשר ללמוד מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה שעניינה הסדר המותנה בחסד"פ<sup>102</sup> ולפיה מדובר בכלי אכיפה מידתי המאפשר הלימה טובה יותר בין חומרת העבירה ונסיבותיה לבין התגובה החברתית הננקטת כלפי העברין. ההנחיה מאפשרת הטלת סנקציה מתאימה ללא הגשת כתב אישום על כל המשמעויות שבכך, והכול תוך הפחתת העומס מהתביעה ומבתי המשפט.<sup>103</sup>

על אף הדמיון בין התכליות, ההסדר המותנה בחוק ניירות ערך הוא בעל מאפיין משמעותי שנעדר היום מההסדר המצוי בחסד"פ: ההסדר המצוי בחוק ניירות ערך חל גם על עבירות מסוג פשע ולא מחייב הודיה מצד החשוד. לעומת זאת, ההסדר המצוי בחסד"פ חל כיום רק על עבירות חטא ועוון וזאת אף על פי שברור שיועד לחול גם על עבירות מסוג פשע. כאמור, הסדר זה לא חל כיום רק מכיוון שהמחוקק טרם השלים את התוספת השישית לחסד"פ, שאמורה לפרט את עבירות הפשע עליהן יחול ההסדר.

### 3. הסדרי אכיפה בארץ – פרשת אייפקס-פסגות כמקרה מבחן

בשנים 2009–2010 ניהלה רשות ניירות ערך חקירה פלילית נגד בית ההשקעות פסגות ונגד כמה ממנהליו הבכירים בשל חשדות לקיומה של פעילות אסורה בחשבון הנוסטרו, פעילות שמטרתה הייתה להשיא, במרמה, מחירי מניות ("הרצת מניות"). בעקבות החשדות הפליליים שהתגבשו נגד מנהלי פסגות, הסתמנה בפרקליטות האפשרות לפתוח בהליך פלילי נגד התאגיד עצמו, מכוח סעיף 23 לחוק העונשין, הקובע כי תאגיד יישא באחריות פלילית בגין מעשה שביצע אורגן שלו.<sup>104</sup> באותה תקופה, פסגות ניהלה מגעים מתקדמים לרכישתה על ידי קרן אייפקס וההסכם שהתגבש וגם הדרישות הרגולטוריות להיתר שליטה בחברות העוסקות בתחומי השירותים הפיננסיים הצריך אישורים רגולטוריים שונים, לרבות מטעם הרשות והפרקליטות. לימים הודיעה אייפקס כי היא לא

101 ראו רשות ניירות ערך הנחיה בעניין הסדר הפסקת הליכים מותנית לפי סימן ב לפרק טו בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

102 ראו לעיל ה"ש 77.

103 ראו לעיל ה"ש 101.

104 ראו, לדוגמה, ת"פ 8073/06 מדינת ישראל נ' סרוסי (נבו), הרשעה מיום 11.9.2011, גזר דין מיום 11.12.2011, שם הורשע גם התאגיד בעבירות דומות.

מתכוונת להשלים את העסקה בשל קיום החקירות ובשל הסיכון לפתיחת הליכים פלייליים ומינהליים. הדבר הוביל את פסגות לנהל מגעים עם הרשות לשם הגעה להסכם שיביא את הליך האכיפה לסימום, ובכך לסלול את הדרך להשלמת העסקה המשמעותית המתגבשת.

בחודש ספטמבר 2010, בהמשך לפגישות בין בכירים ברשות ניירות ערך לרבות יושב ראש הרשות, לבין נציגי אייפקס ופסגות, הבשיל המשא ומתן לכדי הסכם שלפיו הרשות לא תקדם את ההליך הפליילי נגד פסגות (ותאגידים נוספים), ובתמורה לכך אייפקס תתחייב שבכירי פסגות יעזבו את תפקידם. כן הוסכם כי פסגות תפעל לשינוי הממשל התאגידי, תציג תוכנית אכיפה מפורטת בפני הרשות ותשלם למדינה פיצוי בסך 150 מיליון ש"ח.<sup>105</sup> בעקבות ההסדר, הגיש מנכ"ל פסגות דאז, שהודח מתפקידו, עתירה נגד החלטת פרקליט המדינה להתנות את סגירת התיק הפליילי כנגד קבוצת פסגות בהדחתו, בטענה כי מדובר בהחלטה שהתקבלה בחריגה מסמכות. בתשובתה, טענה המדינה כי מדובר בהסדר ראוי שיש אינטרס ציבורי לקיימו. זאת, בין היתר, כדי למנוע אובדן אמון מצד הציבור במקרה של העמדה לדין והרשעה. אך, בעיקר, כי מן הראוי להשתמש בדרכים חלופיות שיכולות להשיג את אותן המטרות בדרך פוגענית פחות, בין היתר, בהתחשב באופן שבו הציבור עלול לתפוס את הסיכון לביטחון כספי הפנסיה שלו.<sup>106</sup> הדברים נתמכו בשעתו גם על ידי פרקליט המדינה, שציין במכתב לאייפקס כי הגיע למסקנה שלפיה התועלת הציבורית שתצמח מן ההסדר גדולה מזו שתצמח מהליך פליילי, משום שמדובר בתאגיד השקעות מוביל המנהל כספי משקיעים בהיקף נרחב, וכי אם ימוצה הליך פליילי – עלולים להיגרם נזקים לציבור גדול של משקיעים.<sup>107</sup> חשוב להבהיר בהקשר זה כי הפרשה קדמה לחקירתו של חוק אכיפה מינהלית,<sup>108</sup> ולמעשה ההסדר נערך על בסיס שיקול הדעת המינהלי המסור לרשות ולפרקליטות בניהול פעילותן, וללא הסמכה מפורשת בדין להתקשר בהסדר מסוג זה.

בפרשת אייפקס-פסגות הוכיחו הרשות והפרקליטות עד כמה נכונה האמרה "Where there is a will there is a way", והשכילו ללכת בנתיב יצירתי ותקדימי כדי לשרת באופן המיטבי את האינטרס הציבורי. זאת גם בהיעדר אמירה מפורשת בחוק שלפיה מותר לערוך הסדר מסוג זה או אחר, וגם כאשר מדובר בעבירות מסוג פשע. אדרבה, אנו סבורים כי מחובתה של התביעה בכל מקרה להפעיל שיקול דעת ולשאול את עצמה מה עלולות להיות ההשלכות להעמדה

105 ראו ידן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 185.

106 שם, בעמ' 187.

107 שם, בעמ' 188.

108 חוק לייעול הליכי אכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011.



לדין של כל אדם, ובייחוד תאגידיים, ובמידת הצורך – למצוא פתרונות יעילים המונעים נזק לחפים מפשע ומפיקים את המיטב והמירב מהליך האכיפה. זו תכלית קיומה.

#### 4. פסגות לא לבד – פרשות סימנס וטבע

ראינו אם כן כי, חוק ניירות ערך מספק תשתית חוקית להסדרי אכיפה מותנים, וכי רשות ניירות ערך והפרקליטות אף קידמו הסדרים אלטרנטיביים לפני חקיקת חוק האכיפה המינהלית. אולם, בהקשר זה מעניין לציין כי תשתית חוקית זו מאפשרת לתביעה להתקשר בהסדרי אכיפה גם במקרים שאינם מבוססים על דיני ניירות ערך. למעשה, בפועל, בכל הקשור בסמכויות האכיפה של רשות ניירות ערך, נוצרה פרקטיקה שלפיה השתמשו בחוק ניירות ערך והסמכויות הכללות בו, כ"חוק אחר המסמך את התביעה לסגור תיק בתנאים", כדי להשיג הסדרים גם בעבירות אחרות, כגון מתן ולקיחת שוחד – עבירת פשע המצויה בחוק העונשין – שסווגו כ"עבירות נלוות" לעבירות ניירות ערך.<sup>109</sup>

כך, למשל, באפריל 2016 נחתם הסדר להפסקת הליכים מותנית בהתאם לפרק ט' 1 לחוק ניירות ערך, בין מחלקת ניירות ערך בפרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה) לבין חברת Siemens, בגין עבירות שוחד לפי חוק העונשין ועבירות נוספות "שנעברו בקשר לעבירות לפי חוק ניירות ערך".<sup>110</sup> במסגרת ההסכם, אשר היה במהותו הסכם מסוג DPA, הסכימה החברה לתשלום של 160 מיליון ש"ח לקופת המדינה וכן הסכימה למינוי גורם מבקר – "מוניטור". זאת, בין היתר, כדי "למנוע עבירות שוחד לפי סימן ה' לפרק ט' בחוק העונשין". עוד הוסכם כי אם החברה לא תמלא התחייבויותיה על פי ההסכם, יוגש נגדה כתב אישום.<sup>111</sup> פרקליט המדינה דאז, שי ניצן, נעתר לבקשת חברת Siemens העולמית להגיע להסדר. בפרקליטות הסבירו כי ההחלטה להתקשר בהסדר עם סימנס העולמית התבססה בין היתר, על הנימוקים המוכרים מהפרקטיקה המקבילה בארצות-הברית. כך, למשל, כחלק מההסדר, נימקה הפרקליטות את ההסדר, בין היתר, בכך שמדובר בתאגיד גלובלי שחטא במתן שוחד, אך הציג ראיות לכך שביצע תהליך יסודי של שינוי התרבות הארגונית הקלוקלת שנהגה בו. כחלק מהשינוי, כך הוסבר, הוחלפו גורמים שהיו אחראים אישית למתן שוחד וכן ננקטו צעדים שונים למניעת הישנות המעשים. נוסף על כך הוסבר כי התאגיד

109 ראו אקשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 498.

110 אתר רשות ניירות ערך "הסדר להפסקת הליכים מותנית בתנאים בהתאם לסימן ב' לפרק ט' 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 שנערך ביום 15 באפריל 2016" בעניין Siemens.

111 שם. להרחבה ראו גם אקשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 497-498.

התקשר בהסדרי אכיפה דומים ברחבי העולם. לכן, כך על פי הפרקליטות, "המדינה סברה שחתימה על ההסדר עם סימנס העולמית לצד העמדתם לדין של חברת סימנס ישראל ומקבלי השוחד משרתת את תכליות האכיפה נגד תאגידים ועונה על האינטרס הציבורי בנסיבות אלו".<sup>112</sup>

מקרה סימנס לא היה מקרה בודד. בינואר 2018 נחתם הסדר נוסף להפסקת הליכים מותנית בהתאם לפרק ט'1 לחוק ניירות ערך, בין מחלקת ניירות ערך בפרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה) לבין חברת טבע, בקשר עם עבירות שוחד לפי חוק העונשין ובעבירות דיווח לפי חוק ניירות ערך. גם כאן התקשרה החברה החשודה בהסדר דומה בארצות-הברית בנוגע לעבירות FCPA, הסדר שבעקבותיו יישמה כבר תוכנית ציות מעמיקה אשר נועדה למנוע הישנות הפרות עתידיות; מינתה מנהל ציות ואכיפה גלובלי; סיימה את העסקתם של עובדים רלוונטיים לביצוע העבירות המדוברות; וביצעה שינויים בהנהלה. כחלק מההסכם שנחתם בישראל, הסכימה טבע לשלם 75 מיליון ש"ח לקופת המדינה, ולהימנע מכל הצהרה פומבית אשר סותרת את האמור בהסכם. עוד הוסכם כי אם החברה לא תמלא התחייבויותיה, יוגש נגדה כתב אישום.<sup>113</sup>

מכאן כי הלכה למעשה, בעניינן של סימנס ושל טבע, התקשרה התביעה עם תאגידים מפרי חוק במה שהוא למעשה "גרסאות מקומיות" להסדרים מסוג DPA ו-NPA. הסיבה המרכזית לעריכת הסכמים אלה היא, שמדובר בדרך הראויה והיעילה ביותר להבאת תיקים אלה לסיומם. מכיוון שכך, נמצאה הדרך להגיע לתוצאה הרצויה, אף על פי שמדובר בעבירות המסווגות בחוק העונשין כפשע (ולא נכללו בתוספת השישית לחסד"פ, שכן, כאמור לעיל, היא לא הושלמה מעולם), ואף על פי שמדובר בהפעלת חוק ניירות ערך בלי שההסדרים כללו נסיבות שיש בהן משום עבירות ניירות ערך.

## 5. אין מניעה ליצור פרקטיקה רשמית

אנו סבורים כי הלקונה שבאי-השלמתה של התוספת השישית לחדס"פ לא צריכה למנוע את פיתוחה ואת יישומה של פרקטיקת עריכת הסדרים מותנים עם תאגידים, גם בעבירות מסוג פשע שאין בעניינן הסדרה ספציפית לכך מחוץ לחוק העונשין. לדעתנו, שיקול הדעת הרחב שהוענק לתביעה מקים גם חובה.

<sup>112</sup> גלי גינת חדשות פלילים וואלה! News (29.5.2016) <https://news.walla.co.il/item/2965551>  
 ראו גם אלה לוי-וינריב משפט גלובס (29.5.2016) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001127979>

<sup>113</sup> אתר רשות ניירות ערך "הסדר להפסקת הליכים מותנית בתנאים בהתאם לסימן ב' לפרק ט'1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 שנערך ביום 14.1.2018" בעניין טבע.

יש להשתמש בשיקול דעת זה כדי להגשים את האינטרס הציבורי באופן מיטבי. ומהצד השני, לתאגיד ולאורגנים שמנהלים אותו מוקנית החירות הבסיסית להתקשר בהסדר, כאשר הדבר מקדם את האינטרסים שלהם. פרקטיקה ה-NPA ו-DPA נשוא מאמר זה נובעת מהמפגש של שני אלה: שיקול דעתה וחובתה של התביעה למקסם את האינטרס הציבורי באמצעות סמכויות האכיפה שהוענקו לה, וחופש החוזים המוענק לאנשים פרטיים ותאגידיים כאחד. מכיוון שכך, אנו סבורים כי פרשנות אחרת, שלפיה אותה לקונה חקיקתית צריכה למנוע עריכת הסדרים בעבירות מסוג פשע עד השלמת מעשה החקיקה, חוטאת לכוונת המחוקק. פרשנות כזו עלולה לפגוע ביכולתה של התביעה הכללית להגשים את התכליות הציבוריות שבסמכותה להגשים ופוגעת בתאגידיים שלהם עשוי להיות אינטרס ברור ומובהק בהפסקת הליך פלילי באמצעות הסכם NPA או DPA.

לגישתנו, כוונת המחוקק ברורה: יש לאפשר, מבחינה עקרונית וערכית, הסדרים עם תאגידיים גם בעבירות ברף החומרה העליון של חוק העונשין. כמו בפרשת אייפקס-פסגות, הסדר מותנה הוא פרי הסכמה בין הצדדים, ולא (בהכרח) נדרשת הוראה מפורשת בחוק.<sup>114</sup> באופן דומה, אפשר לגבש פרקטיקה ממקרה למקרה כבר עתה, על בסיס שיקול הדעת המוקנה לתביעה, בלי להמתין למחוקק. אפשר ואף רצוי לקדם זאת באמצעות הוצאת הנחיות מפרקליט המדינה לפרקליטות, שיקדמו אחידות בהפעלת שיקול הדעת המסור לפרקליטים בהתאם למדיניות, לערכים, לעקרונות ולמדיניות התביעה, ובכך לקדם באופן מיטבי את האינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית כנגד תאגידיים.<sup>115</sup>

אומנם, בבואנו ליישם כאן בארץ פרקטיקה שמקורה ועקרונותיה גובשו בארצות-הברית, שומה עלינו לוודא שניתן מענה נאות לחששות ולביקורת שהושמעה כנגד הפרקטיקה בארצות-הברית. כמו כן יש לוודא כי היישום מביא בחשבון שלא כל דבר שנכון לעולם התאגידי האמריקאי, המובל על ידי תאגידי ענק, נכון גם לעולם התאגידי הישראלי, הקטן בהרבה. אך, כאמור, החשוב בעניינו לצורך מאמר זה הוא לקדם את הפרקטיקה גם ללא תיקון חקיקה. זאת מכיוון שמדובר בכלי חשוב ואפקטיבי, שיכול לקדם גם כאן בארץ את האינטרס הציבורי. אנו יודעים זאת בוודאות, מכיוון שהתביעה עצמה אמרה לנו כך, בהנמקות להתקשרות בהסדרים בעניין אייפקס-פסגות, סימנס וטבע.

<sup>114</sup> כידוע, גם עובר לתיקון 66 לחסד"פ, ערכה התביעה הסדרים עם חשודים, כאשר קיום הסנקציות אשר סוכמו בין הצדדים שימש במכלול השיקולים לסגירת תיק משיקולי מדיניות ו"חוסר עניין לציבור". ראו ואקי לעיל ה"ש 49, בעמ' 21.

<sup>115</sup> שם, בעמ' 23-24.

לכן, לדעתנו, הגיעה העת להתחיל להשתמש בהסכמי NPA ו-DPA במקרים המתאימים. מטבע הדברים, טוב יעשה המחוקק אם ישלים את מלאכת חקיקת התוספת השישית לחסד"פ בקשר עם סגירת תיקים מותנית גם בעבירות מסוג פשע, איך אין צורך להמתין לו. יתרה מכך, פיתוח הפרקטיקה כבר עתה יאפשר להליך תיקון החקיקה, לכשיגיע, להישען על קרקע מוצקה יותר של ניסיון נצבר, והיכרות עם האתגרים שהתעוררו כאשר מיישמים בארץ פרקטיקה אמריקאית, כדי לטייב את ההסדר החקוק.

## ו. לפני סיום: מה כבר נכתב על הסכמי NPA ו-DPA ולמה מצאנו לנכון לחדש

שלושה מלומדים התייחסו לפנינו להיבטים השונים של הסדרי האכיפה נשוא מאמר זה: השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן, ד"ר שרון ידין וד"ר אסף אקשטיין. שלושתם הדגישו את התועלת הרבה בהסדרים אלה, ועם גישה זו אנו, כמוכן, מסכימים. עם זאת, כל אחת ואחד מהם הדגישו היבט מסויים הקשור בגיבוש פרקטיקה כזו, שאליה אנו מבקשים להתייחס.

מסקנתה המרכזית של השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן היא כי יש צורך בתיקון חקיקה טרם אפשר יהיה לפתח בישראל פרקטיקת הסכמי NPA ו-DPA, במסגרתם תאגיד עובר תהליך של "שיקום כפוי" בשל חיובו בגיבוש מנגנוני ציות, פיקוח ובקרה. כאמור לעיל, איננו חולקים על כך שהסדרה חקיקתית מפורשת רצויה, ואף עדיפה. אולם, לטעמנו, כשמדובר בפרקטיקה הסכמית, לא נכון להתבונן בחובות המוטלות על תאגיד כאילו היו פסק דין מחייב שנכפה עליהם שלא מרצונם. הבסיס האמיתי, בלעדיו אין, עליו מושתתים הסדרי טיעון כלל ובוודאי הסדרים מסוג NPA ו-DPA הוא יסוד ההסכמה. ללא הסכמה, שלפיה התאגיד מקבל על עצמו חובות בתחום הציות והבקרה, אי אפשר כלל לחייב את התאגיד לעשות דבר. למעשה, גם השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן הכירה בכך שהסכמה היא הבסיס בלעדיו אין, כשהסבירה כי אי אפשר להגיע להסדר הכולל תוכנית שיקום עם תאגיד אלא אם כן התאגיד קיבל על עצמו תוכנית שכזו באופן וולונטרי.<sup>116</sup> אולם בהמשך היא טוענת כי מכיוון שהחסד"פ מתנה את הסמכות להכניס אדם פרטי לתוכנית שיקום בפיקוח קצין מבחן, ומאחר ששירות המבחן הוקם מכוח חקיקה ראשית, הרי שאי אפשר לערוך הסדר דומה עם תאגיד בהיעדר גוף מבחן ייעודי לתאגידיים שהוקם מכוח חוק.<sup>117</sup> בכל

<sup>116</sup> ראו מיכל אגמון-גונן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 26.

<sup>117</sup> שם, בעמ' 29 למאמר. עמדה זו עולה גם מדבריה של השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן בהחלטתה לאשר את הסדר הטיעון בעניין סימנס ישראל: "נראה כי ראוי לשקול, כפי

הכבוד, איננו מסכימים עם מסקנה אחרונה זו, ואנו מסתמכים בהקשר זה על עמדתם של השופטים רובינשטיין ודנציגר בפרשת נמלי ישראל,<sup>118</sup> כפי שנפרט להלן.

בפרשת נמלי ישראל דנו שופטי בית המשפט העליון בדבר השוני המהותי בין שיקום תאגיד לשיקום אדם פרטי. בפסק דינו של השופט רובינשטיין, בתמיכת השופט דנציגר, נקבע כי אין מניעה עקרונית להטיל על תאגיד צו מבחן, באמצעות שירות מבחן, או למנות מומחה לבחינת אופי פעילותו. לפי בית המשפט העליון, תאגיד אינו לקוח רגיל של שירות המבחן, ואם צריך, שירות המבחן יוכל להיעזר במומחים לנושאי פעילותו של התאגיד, במימון התאגיד. הטלת שירות לתועלת הציבור על תאגיד במקרים המתאימים עשויה להיות תרומה מרעננת לחברה הישראלית. תאגיד שיבצע פרויקט מסוים בתחום הקרוב לתחום עיסוקו עשוי ליתן שירות גדול למען הציבור.<sup>119</sup> השופט רובינשטיין הרחיב בעניין והדגיש כי הטלת צווי מבחן ושירות לתועלת הציבור על תאגיד היא אפשרית ומוצדקת, היא מגוונת את דרכי הענישה לתאגיד, ומשווה את מצבו הנורמטיבי, ככל האפשר, לאדם פרטי.<sup>120</sup> גם השופט דנציגר, בהחלטתו לתמוך בדעתו של השופט רובינשטיין, הדגיש כי אין החוק, במתכונתו הנוכחית, שולל את יכולתו של שירות המבחן לערוך תסקיר בעניינו של תאגיד.<sup>121</sup>

בדיון הנוסף בפרשת נמלי ישראל, התייחס הנשיא דאז, השופט גרוניס, לצורך באמצעי אכיפה "יצירתיים" אשר יניעו רפורמות פנימיות בתאגיד, יקדמו תרבות ארגונית ראויה, וזאת בהתחשב בתכלית השיקומית הדרושה.<sup>122</sup> נוסף על כך, התייחס הנשיא דאז גרוניס להיקש המתבקש מהדין האמריקאי, ובפרט להנחיות הענישה ביחס לתאגידיים.<sup>123</sup> אך העיקר הוא כי, נקבע לבסוף בדיון

---

שנעשה בהנחיות הענישה האמריקניות, לייחד פרק בחוק העונשין לענישת תאגיד, וכן להתייחס לטיבם וטבעם של תאגידיים גם בפרק על הבניית שיקול הדעת בענישה, ובחסד"פ. ככל שיוסדר גם עניין הסדרי הטעון בחקיקה, יש לייחד להסדרי טיעון עם תאגידיים גם כן פרק נפרד שיעסוק בתכניות ציות, מינוי בקרים ושאלות הנוגעות לתאגידיים כנאשמים. אני סבורה כי העשרת ארגז הכלים של התביעה ובתי המשפט בענישת תאגידיים יביא לשיקומם, מה שיתרום לחברה בכללותה" ת"פ (מחוזי ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס ישראל בע"מ, בעמ' 63 לפסק הדין (נבו) 20.11.2017.

118 רע"פ 8487/11 חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה, פ"ד סה(3) 845 (2012).

119 שם, בעמ' 866-867 בפס' כז-כח לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

120 שם, בעמ' 869.

121 שם, בעמ' 888.

122 פרשת נמלי ישראל, לעיל ה"ש 118, פס' 29-30 לפסק הדין של השופט גרוניס.

123 שם, בפס' 43 לפסק הדין של השופט גרוניס; ראו גם U.S. Sentencing Commission

הנוסף בפרשה, בדעת רוב, כי קיימת סמכות חוקית להטיל על תאגיד התחייבות להימנע מעבירה כעונש יחיד או לצד חיוב בתשלום פיצוי.

לדעתנו מדובר בחיזוק לגישתנו הדוגלת בכך שאפשר גם ללא תיקון חקיקה לקדם ולפתח פרקטיקת אכיפה הסכמית מסוג NPA ו-DPA עם תאגידים. אנו סבורים כי הדבר אפשרי על בסיס שיקול הדעת הרחב המוקנה לתביעה, הסכמת הצדדים ופרשנות תכליתית ראויה של החקיקה במתכונתה הקיימת, וגם הדיון הנוסף בעניין נמלי ישראל מחזק זאת.

גם ד"ר ידן התייחסה לפרקטיקת האכיפה ההסכמית במאמרה "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות". במאמר זה טוענת ד"ר ידן, כי חקיקה ראשית אף עלולה לפגוע במטרותיה של פרקטיקה כזו. כפי שמתארת ד"ר ידן, קיימת בישראל רגולציה "שקטה", כאשר חוזים רגולטוריים נערכים על ידי רגולטורים גם ללא הסמכה מפורשת ליצירתם, ולעיתים הסכמות אלה מעוגנות לאחר מעשה במסגרת חקיקה ראשית. אומנם, חוזים שכאלו מעוררים קושי מסוים באשר להיקפה של ההסכמה המשפטית המפורשת המוקנית לרשות הרגולטורית בפעילותה, שכן על פי עקרון חוקיות המנהל – כל סמכות מינהלית צריכה שיהא לה מקור ישיר או עקיף בחוק. לטענת ד"ר ידן, חוזים רגולטוריים רבים נמצאים במתחם אפור בו החוק אינו אוסר מפורשות את הפעולה, אך גם אינו מסמיך במפורש לבצעה.<sup>124</sup> מצד שני, קיימים גם חששות משמעותיים מפני עיגון חקיקתי מלא של חוזים רגולטוריים, שכן במצב כזה חוזים אלו עלולים להפוך "ממכשיר רגולציה הסכמית גמיש ונתון לשיקול דעת רחב, למכשיר של רגולציה כופה של ציווי ושליטה".<sup>125</sup>

לעניות דעתנו, צדקה ד"ר ידן כשכתבה כי "רגולציה היא מטבעה עניין השמור ל'שטח', לשיקול הדעת המוקנה לסוכנות הרגולטורית ליישם וליזום כללים משפטיים במטרה לתקן כשלי שוק ולקדם את מטרות המחוקק".<sup>126</sup> עם זאת, אי אפשר להתעלם מכוחן הרב ממילא של רשויות רגולטוריות ומהצורך לייצר פיקוח אפקטיבי על פעילותן. רגולציה "שקטה" הנמצאת בטווח שבין המותר לאסור לא יכולה להתבצע במחשכים ואינה יכולה להתבצע ללא פיקוח. מכאן החשיבות בהבניית שיקול דעתה של התביעה בבואה להתקשר בהסכמים מסוג NPA ו-DPA מכוח הנחיות פרקליט המדינה שיבנו את אופן הפעלת שיקול דעתה. הנחיות פרקליט מדינה הן מתכונת טובה להבניה זו. זאת משום שהן

.Guidelines: Chapter 8 – Sentencing of Organizations

ראו ידן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 204.

שם, בעמ' 206.

שם, בעמ' 208.

משמרות, מחד גיסא, את שיקול הדעת של הפרקליטים בכל מקרה ומקרה. אך, יוצרות, מאידך גיסא, מסגרת בעלת עקרונות והיגיון פנימי ברור, המאפשרת פיקוח אפקטיבי על הפעלת שיקול הדעת הרחב.

גם, ד"ר אקשטיין, במאמרו "הסדרים מוסכמים ביני תאגידיים" התייחס לצורך בפיקוח על התקשרויות בהסדרי NPA ו-DPA עם תאגידיים במסגרת האכיפה הפלילית. לעמדתו, איתה אנו מסכימים, מן הראוי כי הסדרים אלה יכללו גם שימוש במוניטור (מפקח) חיצוני ואובייקטיבי כזה או אחר, ותוך הפקת לקחים מהפרקטיקה ומהניסיון שהצטבר בהקשר זה בארצות-הברית.<sup>127</sup> עם זאת, על אף החששות שהציג, איננו שותפים להמלצתו לערב את בית המשפט שיידרש לאשר כל אחד מההסכמים.<sup>128</sup> אנו סבורים כי אין לבית המשפט עדיפות על התביעה הכללית בכל הקשור בהערכת האינטרס הציבורי האכיפתי של הסכמי אכיפה. בית המשפט אינו "יועץ-משפטי-על" לתביעה, ואל לו לשים עצמו בנעלי הרשות המוסמכת שהחלטותיה נמצאות בגדר "מתחם הכיבוד", והיא זו המחזיקה את הידע, הניסיון והמקצועיות הדרושים לקבלת החלטה בעניין הסדר עם נאשם.<sup>129</sup> בפרט, הרשות היא זו המחזיקה את הידע על אודות הליכים אחרים, מדיניות האכיפה בהיבט רוחבי בתקופה מסוימת, הנושאים שבהם קיים אינטרס ציבורי גבוה או נמוך יותר באכיפה בתקופה מסוימת וכיוצא באלה. לבית המשפט אין כלל את האפשרות לאסוף את הנתונים ביחס לכל אלה. בהתאם, לא בכדי נקבע לא פעם כי, משום שהיקף שיקול הדעת של התביעה לעניין העמדה (או אי-העמדה) לדין הוא רחב מאוד, ועומדות לה מגוון רחב של אפשרויות פעולה, מרחב התפרשותה של הביקורת השיפוטית עליה בהקשר זה צריך להיות צר.<sup>130</sup> בהקשר זה נוסף עם זאת כי, חרף מומחיותה של התביעה בניהול הליכי אכיפה, אין היא מומחית לניהול ממשל תאגידי ולמנגנוני ציות ובקרה. לכן, בהקשר זה, לדעתנו יהיה נכון לייצר מנגנון שבו מומחים רלוונטיים ואובייקטיביים יהיו מעורבים בגיבוש והפיקוח על הצעדים האופרטיביים שאותם יתחייב התאגיד ליישם במסגרת ההסכם.

## ז. מסקנות וקריאה לפעולה

במאמר זה ביקשנו לחבר קו המתחיל מפרקטיקת הסדרי NPA ו-DPA בארצות-הברית, בעיקר במהלך העשור הראשון למילניום; דרך חקיקת חוק

127 אקשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 500.

128 שם, בעמ' 501.

129 ראו ה"ש 46 לעיל, פרשת קצב, בפס' 10-11 לפסק הדין של השופט ריבלין.

130 ראו ואקי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 22.

האכיפה המינהלית בישראל בשנת 2011; עבור בתיקון 66 לחסד"פ והסדרת סגירת תיק מותנית בדין הישראלי בשנת 2013 ואשר נמשך עד להסדרים שנערכו בעשור השני למילניום כאן בארץ בעבירות מסוג פשע. זאת חרף העובדה שמלאכת החקיקה שהחלה בתיקון 66 לחסד"פ טרם הושלמה.

מדובר בקו רצוף וברור, שעצם קיומו נובע מצורך פרגמטי ברור – האכיפה הפלילית הפורמלית בישראל כנגד תאגידים מוגבלת ביותר. הסנקציה היחידה היא קנס כספי, והתועלת הציבורית המופקת מניהול הליכי אכיפה פליליים כנגד תאגידים מוגבלת במקרה הטוב, ומזיקה בצורה לא מידתית במקרה הרע. חלופות ראויות הן צו המציאות. לכן חלופות אלה פותחו בארצות-הברית, ולכן הן החלו להתפתח כאן בישראל, אם כי לא די הצורך. בעת כתיבת שורות אלה, מדובר, אם תרצו, בפרקטיקה אנקדוטית, מהוססת, העושה את צעדיה הראשונים. לגישתנו, אין מניעה חוקית להגביר את הקצב, ולהמשיך בצעדים בטוחים לגבש הסדרי NPA ו-DPA עם תאגידים חשודים במקרים המתאימים, ובדרך זו לפתח פרקטיקה הסכמית ישראלית מקומית.

אומנם נכון שטוב יעשה המחוקק אם ישלים את מלאכת החקיקה שבה החל בתיקון 66 לחסד"פ, אך ניתן ורצוי שלא להמתין לתיקון חקיקה זה. כפי שהראינו לעיל, לדעתנו קיימת לתביעה סמכות להפעיל שיקול דעת רחב בהקשר זה, ואפשר להשתמש בו כדי לגבש הסדרים תוך התבססות על יסוד ההסכמה של התאגידים מפרי החוק לתניות ההסדר. זאת ועוד, חוק אכיפה מינהלית מאפשר לתביעה להתקשר בהסדרים בגין עבירות "נלוות" לעבירות ניירות ערך, ובפועל, השתמשו במנגנון זה כדי להתקשר בהסדרים בגין עבירות השוחד החמורה ועבירות חוק עונשין אחרות. ניסיון יקר ערך זה, וההסדרים שיגובשו עד השלמת מלאכת החקיקה כאמור, ייטיבו גם עם ההסדר החקיקתי העתידי (לכשיבוא), משום שיתבסס כבר על ניסיון פרגמטי שילמד ממקרה למקרה כאן בארץ, נוסף על הפקת לקחים מהפרקטיקה האמריקאית.

להשלמת התמונה נוסיף כי אין להירתע מהיעדרה של הוראת חוק מפורשת המתירה לכפות על חברה אימוץ של תוכנית אכיפה. אנו סבורים שאפשר להניח כי קיימים די תמריצים לתאגידים להסכים באופן וולונטרי לאמץ תוכנית פיקוח ודיווח, כשהעיקרי שבהם הוא ההתחייבות שלא יוגש כתב אישום, כפוף למילוי התחייבויותיו של התאגיד על פי ההסכם. אכן, נדרש פיקוח על התביעה בגיבוש פרקטיקה כזו, אך פיקוח שכזה יכול להיעשות בכמה דרכים. דוגמה אחת שעליה הצבענו היא באמצעות פרסום הנחיות לפרקליטים והבניית שיקול הדעת בנוגע להעמדה לדין, ענישה והתקשרות בהסדרים מותנים מסוג DPA ו-NPA בעניינם של תאגידים. ברור כי קיימות דרכים נוספות, שנכון שיגובשו ויתפתחו ממקרה למקרה, תוך צבירת ניסיון רב יותר, שישרת במידה מרבית את טובת הציבור.