

תכניות אכיפה פנימית: על האתגרים העומדים לפתחו של הרגולטור הישראלי

מאת

עו"ד איתי משיח • עו"ד ד"ר צבי גבאי¹

א. מבוא

שני דברי חקיקה דרמטיים היכו גלים בישראל בעת האחרונה, בפרט בכל הנוגע לממשל תאגידי ולאחריותם של נושאי משרה ובעלי שליטה: חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011 (להלן: "חוק האכיפה המינהלית") ותיקון מס' 16 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"). בעוד שחוק האכיפה המינהלית מאפשר הטלת סנקציות כספיות משמעותיות ואף הגבלת עיסוק על יחידים ועל תאגידים (גם אם המעשים העומדים בבסיס הסנקציות נעשו ללא כוונת זדון), הרי שתיקון 16 לחוק החברות מאפשר לרשות ניירות ערך (להלן: "הרשות") להטיל עיצומים כספיים גם על הפרת הוראות דיני החברות.

דברי החקיקה הללו יצרו, להלכה ולמעשה, חשיפה מוגברת של תאגידים, נושאי משרה ובעלי שליטה, לסנקציות מינהליות משמעותיות (שעוצמתן אף מתגברת אם נלקח בחשבון גם האיסור הקבוע בדין על ביטוח ושיפוי מפני הפרות אלו). כפועל יוצא, החלו הגופים המפוקחים על-ידי רשות ניירות ערך לתור אחר דרכים להגן על עצמם מפני הסנקציות המינהליות המשחרות לפתחם. המסקנה שתאגידים רבים הגיעו אליה, בעצה אחת עם יועציהם המשפטיים, היתה, כי יש לאמץ תכנית אכיפה פנימית, ויפה שעה אחת קודם.

תכניות אכיפה אפקטיביות, כפי שנבקש להראות במאמר זה, לא זו בלבד שעשויות לספק הגנה לתאגידים מפני הליכי אכיפה מנהליים,² אלא אף עשויות להוות כלי יעיל בידי התאגיד ונושאי המשרה הבכירים בו, לפקח על הנעשה בתוכו, ומטעמו, לאתר הפרות ביעילות וכן לסייע בהשרשת תרבות ארגונית המתבססת על ציות, אתיקה

1 הכותבים עובדים במשרד עו"ד גורניצקי ושות'. ד"ר צבי גבאי הוא שותף במשרד ושימש כממונה על האכיפה ברשות ניירות ערך. מר איתי משיח הוא עורך-דין במשרד המתמחה בתחום שוק ההון ודיני ניירות ערך.

2 חוק האכיפה המינהלית קבע, במסגרת תיקון לסעיף 52סד(ג) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך"), כדלקמן:
"קבע התאגיד נהלים מספקים למניעת הפרה כאמור בסעיף קטן (ב), מינה אחראי מטעמו לפיקוח על קיומם, לרבות לעניין הדרכת עובדי התאגיד לקיומם, וכן נקט אמצעים סבירים לתיקון הפרה ולמניעת הישנותה, חזקה כי המנהל הכללי או השותף, לפי העניין, קיים את חובתו כאמור בסעיף קטן (א)".

ויושרה תאגידיים. בהתאם, תאגידיים שלא יאמצו תכניות אכיפה פנימית עלולים למצוא עצמם בעמדת נחיתות משמעותית ואף להציב את נושאי המשרה שבתאגיד בעמדת נחיתות ביחס לעמיתיהם בתאגידיים אחרים. תאגיד שלא יאמץ תכנית שכזו יקשה על נושאי המשרה שלו להגן על עצמם בטענה שנקטו ב"כל האמצעים הסבירים" למניעת הפרות, ובנוסף עלול להזמין תהיות כנגד התאגיד עצמו, בנוגע לסיבות לאי-אימוץ תכנית אכיפה פנימית.

ודוק, לצד המגמה המבורכת של אימוץ תכניות אכיפה, אל לנו לשכוח כי אנו מצויים רק בתחילת הדרך. דווקא כעת, אנו סבורים כי על הרגולטורים לנקוט במספר צעדים הכרחיים על מנת לוודא שהמשך התהליך יתנהל כדבעי, ושתוצאות התהליך תקלענה לכוונת המחוקק אשר עמדה בבסיס חקיקתו של חוק האכיפה המינהלית. בהקשר זה אין להתעלם מכך שבארצות הברית נצבר כבר ניסיון רב בתחום, במשך למעלה משני עשורים, אשר כולל בתוכו הנחיות וקריטריונים שפורסמו על ידי גופי אכיפה פדרליים, פסיקה והחלטות של גופי אכיפה אשר התבססו במסגרת החלטותיהם על קיומה (או היעדרה) של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית וכן לקחים שהופקו עקב טעויות שנעשו בתחום זה במשך השנים.

במאמר זה אנו מבקשים לנתח את הפרקטיקה שגובשה והתפתחה בארצות הברית במטרה ללמוד, כיצד נראית תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית הלכה למעשה, וכיצד על גופי האכיפה להעריך את האפקטיביות של אותן תכניות, במסגרת ההחלטה בדבר פתיחה בהליך אכיפה כנגד התאגיד ונושאי המשרה בו או במסגרת ההחלטה בדבר ענישתם של אלה, כאשר הם נמצאו אחראים בדין. לטענתנו, טוב יעשו גופי האכיפה בארץ אם ילמדו מפרקטיקה זו במטרה להגביר את הוודאות המשפטית בתחום ולאפשר לחברות לאמץ תכניות אכיפה פנימית העומדות בציפיות הרגולטור, אך גם במטרה להימנע מהטעויות שביצעו הגופים המקבילים להם בארצות הברית. ידוע הוא, כי "אין חכם כבעל ניסיון", ובמקרה זה, המדובר בניסיון האמריקאי, שלטענתנו רלוונטי גם למערכת המשפט הישראלית.

מכיוון שהמטרה המרכזית של תכנית אכיפה פנימית היא בניית מערך של בקרה פנימית ופיקוח על התנהלות התאגיד, נקדיש בפרק ב' למאמר זה מעט תשומת לב לאחריות הפיקוחית בתאגיד, הן של נושאי משרה בו והן, במקרים מסוימים, לחובת פיקוח המוטלת על התאגיד עצמו. בפרק ג' נדון בקצרה ביתרונותיהן של תכניות אכיפה פנימית, וזאת גם אם תאומץ גישתם של אלה הסוברים כי תכניות אכיפה פנימית אינן מסוגלות לצמצם, הלכה למעשה, את אירועי הפרת החוק בתאגיד. בפרק ד' נפנה למסמך שפורסם על ידי רשות נירות ערך בחודש אוגוסט 2011, שהינו בלי ספק אחד הפרסומים החשובים ביותר עד כה בארץ בתחום האכיפה הפנימית, וכותרתו "קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך וניהול ההשקעות" (להלן: "מסמך הקריטריונים")³ ונתח את שורשיו האמריקאים. בתוך כך נבחן מסמכים מקבילים, ובהם הנחיות וקריטריונים, שפורסמו על ידי רשויות

3. למסמך המלא ראה: http://www.isa.gov.il/Download/IsaFile_5913.pdf.

אכיפה פדרליות בארצות הברית, ובכלל זה רשות ניירות הערך האמריקאית, ה-U.S. Securities and Exchange Commission (להלן: "ה-SEC"), בנושא אכיפה פנימית. בפרק ה' נעבור מהצהרות למעשים ונבחן, כיצד בפועל נלקחו תכניות אכיפה פנימית בחשבון על ידי בתי משפט ורשויות האכיפה בארצות הברית, וכיצד נראית תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית כאשר ארגון מחליט לקחת את הנושא ברצינות. לקראת סיום, בפרק ו', נדון בממצאים ובמסקנות של ועדה מיוחדת שהוקמה בארצות הברית לבחינת האופן שבו התייחסה מערכת המשפט הפלילית הפדרלית לתחום האכיפה הפנימית, תוך הדגשת הלקחים הרלוונטיים גם עבור מערכת המשפט הישראלית, הנמצאת עדיין בתחילת דרכה בכל הקשור לתחום האכיפה הפנימית.

ב. על חשיבות האחריות הפיקוחית בתאגידים

המושג "אחריות מנהלים" הינו מושג מוכר בחקיקה הישראלית, בעיקר בתחום הכלכלי-צרכני. על פי המודל המוכר, ישנם מקרים שבהם עבירה על החוק המבוצעת על ידי תאגיד גוררת אחריה הטלת אחריות על מנהליו, גם כאשר לא היו מעורבים באופן ישיר בביצוע העבירה. הרציונל העומד בבסיס אחריות זו הוא, כי מנהלים ונושאי משרה בתאגידים הינם בעלי יכולת מעשית וממשית להשליט נורמות התנהגות ראויות בתאגיד ולצמצם בדרך זו את האפשרות להפרות דין בתאגיד המנוהל על ידיהם.⁴

הדוגמה המובהקת ביותר מתחום דיני ניירות ערך לעבירה מסוג זה, מצויה בסעיף 53(ה) לחוק ניירות ערך:

53" (ה) נעברה עבירה מן המפורטות בסעיף זה בידי תאגיד, אחראים לעבירה גם הדירקטורים של התאגיד והמנהל הכללי, אלא אם הוכיחו אחת מאלה:

(1) שהעבירה נעברה שלא בידיעתם ולא היה עליהם לדעת עליה או שלא יכלו לדעת עליה;

(2) שנקטו כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את העבירה."

כפי שצוין לעיל, הוראות חוק המטילות אחריות לעבירות שמבצע תאגיד על נושאי משרה בכירים בתאגיד, אינן נחלתם הבלעדית של דיני ניירות ערך. הוראות חוק מקבילות ניתן למצוא, בין היתר, בדיני המס, בדיני העבודה, בחוק ההגבלים העסקיים (עליהם נעמוד בקצרה בהמשך), בחוקי איכות סביבה ובחוקים צרכניים

4. ראו גם צבי גבאי אכיפה מנהלית בדיני ניירות ערך (2012) (להלן: "גבאי"), בעמ' 367-368.

שונים⁵. ההגנות העומדות לרשותם של אותם נושאי משרה בכירים בתאגיד, החבים בחובת הפיקוח, מתחלקות, באופן כללי, להגנות בעלות יסוד נגטיבי (על נושא המשרה להוכיח, כי לא ידע, ולא היה עליו לדעת, על ביצוע העבירה), ולהגנות בעלות יסוד פוזיטיבי (על נושא המשרה להוכיח, כי נקט בכל האמצעים הסבירים על מנת למנוע את העבירה).

במטרה להגביר את הוודאות המשפטית סביב חובת הפיקוח בתאגידים בתחום דיני ניירות הערך, נקבעו בסעיף 52ד(ג) לחוק ניירות ערך - אשר חוקק במסגרת חוק האכיפה המינהלית - הפעולות הבסיסיות, שעם ביצוען יראו את המנהל כאילו נקט באמצעים סבירים כדי לפקח ולמנוע הפרות בתאגיד שבניהולו. בהתאם לנוסח הסעיף, נקיטת אותן פעולות בסיסיות (כמפורט להלן) תקים חזקה בדבר קיום חובת הפיקוח. בדרך זו יכול מנהל להגן על עצמו במקרה של ביצוע הפרות שלא בידיעתו וללא מעורבותו, ואף במחיר (שאינו מחיר פשוט, כלל ועיקר) של צמצום שיקול דעתה של ועדת האכיפה המינהלית.

הפעולות הבסיסיות שעל מנהל לנקוט כדי להקים את חזקת קיום חובת הפיקוח, על פי סעיף 52ד(ג) האמור, הינן:

(א) קביעת נהלים מספקים למניעת הפרה בתאגיד;

(ב) מינוי אחראי מטעם המנהל לפיקוח על קיום הנהלים ויידוע העובדים על קיומם;

(ג) נקיטת אמצעים לתיקון הפרה ומניעת הישנותה. אולם, מהם "נהלים מספקים"? מתי תנוח דעתה של רשות ניירות ערך כי אכן ננקטו "אמצעים לתיקון הפרה ומניעת הישנותה"? עינינו הרואות, כי למרות שהמחוקק ביקש להגביר את הוודאות המשפטית, עדיין, אם להתבסס על מילות החוק גרידא, רב הנסתר על הנגלה. בעניין זה, יפים דבריה של נציגת משרד המשפטים בדיוני ועדת הכספים של הכנסת, עו"ד רביד דקל, סביב ניסוחו של סעיף 52ד(ג) לחוק ניירות ערך, בקשר עם התנהלותו המצופה של מנהל החב בחובת פיקוח בתאגיד:

"התיבה הזאת של עשה ככל יכולתו, נכון שעד היום זה היה רק בפלילי, אבל יש כבר פסיקה של בית משפט שנוסכת איזשהו תוכן בחובה הזאת החובה הזאת מתחלקת לשני ראשים: האחד, כל מיני פעולות שנושא המשרה בתאגיד צריך לעשות כדי להטמיע במסגרת התאגיד את החובה של האנשים לפעול לפי החוק, מה מסגרת ההוראות החוקיות, ימי עיון,

5. יש לשים לב, כי דיני ניירות ערך מתייחסים, בהקשר זה, לדירקטורים ולמנכ"ל, בעוד שחוקים אחרים, לרבות חוק ההגבלים העסקיים שיוזכר בהמשך פרק זה, נוקט בלשון "מנהל פעיל"; לפרטים נוספים, ראו גבאי, בעמ' 369-365.

נהלים ודברים כאלה... זה כתוב. הראש השני שהפסיקה דרשה מנושא משרה... התייחס למה קורה ברגע שהוא מאתר הפרה. ברגע שהוא מאתר הפרה, הוא צריך לעשות מיד להפסקתה, ואם זה משהו שהוא חד פעמי ועבר מן העולם ואין כבר מה לעשות, הוא צריך לעשות פעולות למניעת הישנותה..."⁶.

גם רשות ניירות ערך, במסגרת "מסמך הקריטריונים", הדגישה את אחריות הגורמים האמונים בתאגיד על חובת הפיקוח:

"תכנית אכיפה פנימית מתחילה בהנהגת התאגיד - ב'רוח המפקד' ובהצהרת מחויבות של מנהיגות התאגיד על כך שציות לדיני ניירות ערך בכלל, ולהוראות תכנית האכיפה בפרט, הנו אחד הנושאים החשובים והמהותיים בתפקוד התאגיד וחלק בלתי נפרד מדרך פעולתו ותפקודו."⁷

בהתאם ל"מסמך הקריטריונים", הדירקטוריון הינו האורגן האחראי לוודא שהתאגיד יגבש, יאמץ ויישם תכנית אכיפה פנימית, והוא הנושא באחריות העליונה לפיקוח על ביצועה, הלכה למעשה. מכוח עיקרון זה, מוטלת על הדירקטוריון החובה לקבוע, מי הגורם האחראי מטעמו לפקח על ביצוע תכנית האכיפה, וכן לוודא, כי התהליך, בכללותו, מבוצע באופן יסודי ומהותי. אותם "אמצעים סבירים" (לשון סעיף 23(ה)(2) לחוק ניירות ערך המאוזכר לעיל) שעל מנהלים לנקוט בהם על מנת להקים את חזקת הפיקוח, נדונו בעבר בפסיקה הישראלית, בין היתר, בהקשר של דיני ההגבלים העסקיים. סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") קובע כך:

"נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל - או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה" (הדגשות אינן במקור - א.מ, צ.ג.).

על פי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים (שנוסחו מזכיר, ולא במקרה, את סעיף 53(ה) לחוק ניירות ערך), אם הוכח, כי אדם ממלא תפקיד של "מנהל פעיל", על אותו אדם מוטל הנטל להוכיח כי לא ביצע עבירה לפי סעיף 48 לחוק. לצורך כך עליו להוכיח, כי:

(1) לא ידע על ביצוע העבירה;

6. פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 23 (2010.6.23).

7. ראו בעמוד 5 ל"מסמך הקריטריונים".

(2) נקט בכל האמצעים הסבירים להבטחת שמירתו של חוק ההגבלים העסקיים. התשובה לשאלה, מהם אותם "אמצעים סבירים" (לשון סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים), משתנה על פי נסיבות המקרה והיא תלויה, בין היתר, במעמדו של הנאשם, בתפקידו ובסמכויותיו. דוגמה טובה לנסיבות בהן נקבע, כי לא ננקטו "אמצעים סבירים", ניתן למצוא בפרשת **ישי כהן**.⁸ באותו מקרה הורשע מנכ"ל של תאגיד בגין הסדר כובל בו היה קשור התאגיד, אף על פי שאותו מנכ"ל מונה לכהונתו כשלושה חודשים בלבד לפני חידושו של אותו הסדר כובל וכלל לא ידע על ביצוע העבירה (או על נסיבות שיש בהן כדי להעלות חשד לביצוע העבירה). בית המשפט קבע, כי המנכ"ל לא הצביע על אמצעי כלשהו שנקט לצורך הבטחת שמירתו של חוק ההגבלים העסקיים, כפי שמתחייב מסעיף 48 האמור, וכי המנכ"ל היה מחויב לתת הוראות כלליות לעובדיו, שיהא בהן כדי להרחיק מביצוע עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, וכן לשוחח עם המנהלים הכפופים לו על חשיבות השמירה על קיום הוראות החוק האמור.

מדבריו של כב' השופט מצא מתוך פרשת **ישי כהן**, ניתן ללמוד על הרציונל והתכלית שמייחס בית המשפט לתפקיד ניהולי בתאגיד, והחובות הנגזרות מאחריות זו:

"אכן, ניהולו של תאגיד הוא עניין רציני. מילוי תפקיד ניהולי בתאגיד כרוך באחריות כבדה, המיועדת לא רק להבטחת ענייניהם של התאגיד עצמו, של בעלי מניותיו ושל נושיו, אלא גם להבטחת ענייניו של הציבור... מהוראת סעיף 48 נובע כי על מנהל תאגיד מוטלת חובה לנקוט - באופן יזום, ואף בהיעדר חשש לביצוע עבירה - אמצעים סבירים לשמירת הוראותיו של החוק. אמצעים אלה מוטל על מנהל לנקוט תוך זמן סביר לאחר כניסתו לתפקידו, ואף אם קיומה של דרישה זו מחייב שינוי מסוים בסדר העדיפויות הניהולי הרגיל, אין המדובר בדרישה מופרזת שמנהל סביר אינו יכול לעמוד בה"⁹ (הדגשות אינן במקור - א.מ., צ.ג.).

יש לציין, כי גם בארצות הברית זכתה חובת הפיקוח בתאגידים להתייחסות נרחבת. כך למשל, בדוח שפרסמה ועדה מיוחדת שהורכבה מבכירי מערכת האכיפה הפדרלית, ובהם שופטים ותובעים, אנשי אקדמיה ומומחים לאכיפה פנימית, בתחילת שנת 2012, בנושא תכניות אכיפה פנימית וענישה פדרלית (להלן: **"הוועדה המייעצת"**),¹⁰ התייחסה הוועדה לחובתם של דירקטורים ונושאי משרה בכירים לפקח על פעילות

8. ע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629 (להלן: **"פרשת ישי כהן"**) (5.1.2004), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.

9. שם, בעמ' 632.

10. את נוסח הדוח המלא ניתן למצוא באתר האינטרנט של ה-Ethics Resource Center בכתובת הבאה: <http://www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf>; דיון רחב יותר בדוח הוועדה המייעצת יובא בהמשך, בפרק ו' למאמר זה.

התאגיד, ובכלל זה החובה לקדם באופן אקטיבי תרבות ארגונית המעודדת התנהגות אתית ומחויבת לציות לחוק:¹¹

"Boards of directors and senior executives should demand compliance/ethics programs that are effective in preventing and detecting misconduct and help build ethical and law-abiding cultures. Corporate leaders should require regular assessment of company compliance and ethics efforts including measures of the corporate culture and incorporate commitment to compliance and ethics as a key factor in all performance reviews and compensation systems, including those of senior officers. The board should ensure that the chief ethics and compliance officer is a senior corporate officer with sufficient empowerment, autonomy, resources, and access to senior management and the board of directors to be effective. The compliance and ethics program should reach all parts of the business. Boards also should include at least one director with expertise on effective compliance/ethics management and familiarity with FSGO standards¹²"

(הדגשות אינן במקור - א.מ, צ.ג.)

הפסיקה בארה"ב בשנים האחרונות ייחסה אף היא חשיבות ניכרת לאופן שבו פועלים הגורמים המפקחים בתאגיד לאיתור הפרות, ולאמצעים בהם הם נוקטים שעה שהפרות כאמור אכן מאותרות. גורמי פיקוח בתאגידים תומרצו לבצע את עבודתם באופן יסודי ורציני, באמצעות מסרים ברורים מצד הרגולטורים ובתי המשפט, כי פיקוח יסודי, רציני ומקיף - ייענה בהקלות משמעותיות בענישה, דוגמת פרשת Caremark,¹³ ומאידך - יישום מלאכותי או לא מספק, כגון אימוץ תכנית "מן המדף" והשארטה "על המדף", ייענה בענישת הגורמים המפקחים בתאגיד בגין הפרת חובת הפיקוח, דוגמת פרשת WSI.¹⁴

יש לציין, כי ניתן להבחין במגמת התפתחות בחקיקה הישראלית בכל הקשור לאחריות לפיקוח בתאגיד, ולפיה לא רק נושאי משרה הם האחראים במקרה של הפרה על ידי עובד התאגיד, אלא יש לייחס, במקרים מסוימים, אחריות גם לתאגיד עצמו. דוגמה לכך ניתן למצוא באחד התיקונים שנעשו בעת האחרונה לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 (להלן: "חוק הייעוץ"). במסגרת תיקון זה (תיקון מס' 13),¹⁵ חוקק פרק ב'1 לחוק

11. ראו בעמוד 26 לדוח הוועדה המייעצת.

12. ראו בעמוד 14 לדוח הוועדה המייעצת.

13. ראו בפרק ה.1 למאמר זה להלן.

14. ראו בפרק ה.3 למאמר זה להלן.

15. חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 13), התש"ע-2010, התקבל בכנסת ביום כ"ד בשבט התש"ע (8 בפברואר 2010), ופורסם ברשומות ביום ב' באדר התש"ע (16 בפברואר 2010).

הייעוץ המסדיר את הענקת שירותי הייעוץ, השיווק וניהול ההשקעות בידי "עוסק זר", ובתוכו סעיף 10(א) הקובע כדלהלן: **"תאגיד מורשה חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת הפרה של ההוראות המפורטות להלן, בידי העוסק הזר שעמו התקשר למתן שירותים ללקוחותיו..."**. בהתאם למודל האחריות הפיקוחית הקיימת לגבי נושאי משרה בתאגיד, ממשיך הסעיף וקובע, כי אם **"הפר העוסק הזר הוראה מההוראות המפורטות בסעיף קטן (א), חזקה כי התאגיד המורשה הפר את חובתו לפי הסעיף הקטן האמור, ודינו - כמפורט להלן, לפי העניין, אלא אם כן הוכיח כי עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו האמורה..."** (הדגשות אינן במקור - א.מ., צ.ג.).

דוגמה נוספת למגמה זו, לפיה מוטלת על התאגיד עצמו חובת פיקוח, ניתן למצוא במסגרת הצעת חוק הגז (בטיחות ורישוי) (תיקון מס' 4), התשע"ב-2012,¹⁶ שעל פיה תאגיד בעל רישיון ספק גז חייב לפקח על סוכנים הפועלים מטעמו; ובלשון ההצעה:

"27. (א) בעל רישיון ספק גז הרשאי לעסוק בהספקת גז באמצעות סוכן מטעמו לפי הוראות סעיף 12א, חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת הפרה של ההוראות לפי חוק זה המפורטות בתוספת השלישית, בידי הסוכן.

(ב) הפר הסוכן הוראה מההוראות לפי חוק זה המפורטות בתוספת השלישית, חזקה כי בעל רישיון ספק גז שמטעמו הוא פועל הפר את חובתו לפי סעיף קטן (א), ודינו - העונש לפי סעיף 25 שהיה ניתן להטיל על בעל הרישיון אילו הפר את ההוראה בעצמו, אלא אם כן הוכיח בעל הרישיון כי עשה כל שניתן כדי למלא חובתו" (הדגשות אינן במקור - א.מ., צ.ג.).

חשוב להדגיש, כי התפתחות חקיקתית זו אינה עניין של מה בכך. תכליתה הברורה הינה להרחיב את קשת האחראים (לשון אחרת - החייבים בדין וחשבון) הפוטנציאליים בנסיבות שבהן מופר החוק כתוצאה מפעולה של עובד, נושא משרה או ספק שירותים של התאגיד. במילים אחרות, אם עד כה התמקדה החקיקה בהטלת אחריות אישית על אותו אדם שעבר עבירה בתאגיד והטלת אחריות פיקוחית על הגורמים האמונים על הפיקוח בתאגיד, הרי שכעת ניתן להטיל אחריות (הגוררת עמה סנקציות, במקרה של הפרת החובה) גם על התאגיד עצמו, כישות משפטית נפרדת. המשמעות לכך היא אדירה, שכן פועל יוצא של הרחבה זו הוא למעשה הוספת חוליה נוספת בשרשרת הפיקוח בתאגיד - חוליית בעלי המניות. עד עתה, יכלו בעלי המניות בחברה "להסתפק" במינוי גורמים מפקחים על התנהלות התאגיד, שכן מקום בו לא עשו אלה האחרונים מלאכתם למניעת הפרות חוק - הם הם אלה שנשאו באחריות לכך. כעת, משחרב הסנקציות מונחת על צווארם (בפועל, על כיסם), סביר להניח כי תגבר המוטיבציה שלהם לנקוט באמצעים אקטיביים ויעילים עוד יותר על מנת להבטיח כי נעשים כל המאמצים לצורך איתור ומניעת הפרות בתאגיד על ידי

התאגיד. מוטיבציה זו יכולה לבוא לידי ביטוי בפיקוח הדוק יותר על הדירקטורים שמונו מטעמם, בהשתתפות ערה ופעילה באסיפות בעלי המניות בהן מוכרעים נושאים הנוגעים לממשל תאגידי ואכיפה פנימית, בדרישה לקבלת דין וחשבון מפורט ותדיר יותר בנוגע לממשל התאגידי בחברה, לצד הדיווחים על מצבה העסקי-פיננסי ועוד. מעניין יהיה להמשיך ולעקוב אחר התפתחות מגמה זו ולבחון את השלכותיה על התנהלותם של תאגידים בעתיד בהקשר זה.

על כל פנים, בין שמדובר בחובת פיקוח בה חייבים דירקטורים ונושאי משרה בתאגיד ובין שמדובר בחובת פיקוח של התאגיד עצמו, הרי שחובה זו כוללת בניית נהלי עבודה פנימיים ובקורות פנימיות אשר יבטיחו כי פעילות התאגיד נעשית על פי החוק ומתוך שאיפה להימנע מהפרת החוק. תכניות אכיפה פנימית מעלות את מודעותם של כל עובדי ומנהלי התאגיד להוראות הדין בתחומים מסויימים, ומסדירות נהלים פנימיים ובקורות אשר יבטיחו ציות לחוק בתחומים אלה.

ג. היתרונות באימוץ תכניות אכיפה אפקטיביות

"Our economy and our society are better off when corporations and their employees obey the law and operate within ethical frameworks that direct them to 'do the right thing'..."¹⁷

כפי שצוין לעיל, אימוץ תכנית אכיפה אפקטיבית הינו אחת הדרכים באמצעותן מתמלאת חובת הפיקוח. כמו כן, אימוץ תכנית כאמור עשוי להביא, במקרים המתאימים, להקלה בעונשו של תאגיד ושל הגורמים האחראים על הפיקוח בתאגיד, במקרים בהם נעברו עבירות על ידי התאגיד, על ידי עובד התאגיד, נושא משרה בו או נותן שירותים לו, ובאופן דומה להקלה באמצעי האכיפה ובעיצומים הכספיים המוטלים על גופים אלה בהליכי אכיפה מינהליים בהם נוקטת הרשות. יתרה מכך, במקרים מסויימים, תהליך אפקטיבי של אימוץ, יישום ו"תיחזוק" תכנית אכיפה פנימית, עשוי אף להביא את רשויות התביעה להחליט, כי לא יהא זה ראוי או מוצדק להעמיד לדין את מי מהגורמים שהוזכרו לעיל, או לפתוח בהליך אכיפה מינהלי כנגדם.¹⁸

כלומר, תכניות אכיפה פנימית אפקטיביות מביאות עמן שני יתרונות משמעותיים ומובהקים: הקלה בסנקציות אשר תוטלנה במקרה של הפרה או עבירה וכן, במקרים מסויימים, אי-פתיחה בהליך אכיפה. יתרון נוסף שיש בתכניות אכיפה אפקטיביות, הקשור בטבורו לשני יתרונות אלה ובמידה רבה נובע מהם, הוא מניעת הפגיעה

17. ראו בעמ' 8 לדו"ח הוועדה המייעצת.

18. בקונטקסט הפלילי, אי-העמדה לדין בנסיבות אלה תבסס בעיקר על סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982, הקובע כי על תובע להעמיד לדין אדם פלוני אם יש כנגדו ראיות מספיקות לאישום, אלא אם "היה סבור שאין במשפט ענין לציבור". לעניות דעתנו, כאשר יש בחברה תכנית אכיפה פנימית המופעלת על ידי הגורמים הרלוונטיים בחברה ברצינות ובאופן אפקטיבי, תוכל התביעה לקבוע, במקרים רבים, כי נסיבות העניין אינן מצדיקות את העמדת התאגיד לדין.

במוניטין ובשמך הטוב של חברות שבהן בוצעו הפרות או עבירות. יתרון זה מושג כאשר תכנית האכיפה הפנימית מביאה להקלה בענישה ובוודאי כאשר היא מביאה לאי-פתיחה בהליך אכיפה מלכתחילה. ודוק, אין להמעיט בערכן של ההשלכות העשויות להיות לעצם ההחלטה לפתיחה בהליך אכיפה. במקרה של פירמת רואי החשבון הענקית ארתור אנדרסון, למשל, הוגש כתב אישום כנגד הפירמה בעקבות קריסתה של אחת מלקוחותיה - חברת אנרון האמריקאית. כתוצאה מכך, איבדה אנדרסון חלק ניכר מלקוחותיה ומוניטין הפירמה ניזוק בצורה אנושה, עוד בטרם החליט בית-משפט כלשהו אם יש ממש באישומים אשר הוגשו כנגדה.¹⁹ בסופו של דבר, זוכתה הפירמה בבית המשפט הפדרלי העליון, אך בשלב זה כבר לא נותר מפירמת רואי החשבון דבר.²⁰

ואם במניעת פתיחה בהליכי אכיפה עסקינן, הרי שהדרך הטובה והבטוחה ביותר לעשות זאת היא במניעת התרחשותן של הפרות ועבירות. אך האם תכניות אכיפה אכן מסוגלות לעשות זאת? לעניות דעתנו, התשובה לשאלה זו חיובית, אך כפי שיובהר להלן, גם אם מניעת הפרות חוק היא מטרה הנמצאת מחוץ להישג ידה של הטובה בתכניות האכיפה - אנו סבורים כי התועלת בגיבוש ובאימוץ תכנית אכיפה עולה על העלויות והמשאבים אותם משקיעות חברות במסגרת תהליך זה.

תחילה, נבקש להרחיב מעט על טענתנו דלעיל, כי תכניות אכיפה המקוימות על ידי החברות שאימצו אותן ברצינות, אכן מצליחות להפחית את מקרי הפרת החוק באותן חברות. בעניין זה, ולמען ההגינות, מן הראוי לציין כי עד כה, ככל שידוע לנו, לא הוכח אמפירית בצורה מובהקת, כי תכניות אכיפה אכן מפחיתות הפרות חוק.²¹ יחד עם זאת, תהיה זו טעות מרה להתמקד דווקא בנתון זה לשם גיבוש מדיניות משפטית בקשר עם תכניות אכיפה פנימית. בתחום שוק ההון, למשל, מבוצעות הפרות לא מעטות עקב טעויות של עובדים ומנהלים, אשר כלל לא היו מודעים לכך שהם פועלים בניגוד לדין. כאן, באה לידי ביטוי מובהק פעולתה של תכנית האכיפה הפנימית: במסגרת התכנית, לומדים העובדים והמנהלים מה קובעים דיני ניירות הערך בקשר עם ביצוע תפקידם, ואין צורך להיות בקי בחכמת הנסתר על מנת להסיק כי העלאת מודעותם של עובדי ומנהלי חברה לגבי חובותיהם החוקיות תביא, ככל הנראה, לירידה בהיקף הטעויות הנגרמות עקב בורות או חוסר מודעות מספיקה. ולא זו אף זו. תכניות האכיפה לא רק מגבירות את מודעות הגורמים הרלוונטיים בחברה לחובותיהם החוקיות בתחום דיני ניירות הערך, הן גם קובעות דרכי פעולה ונהלים פנימיים אשר יבטיחו, עד כמה שניתן, כי אותם גורמים אכן יפעלו בצורה העולה

19. ראו:

Amitai Aviram, "Corporate Decisionmaking: In Defense of Imperfect Compliance Programs" **32 Fla. St. U.L.Rev. 763, 770.**

20. **Arthur Andersen LLP v. United States**, 544 U.S. 696 (2005).

21. ראו בעניין זה

Kimberly D. Krawiec, "Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model," **32 Fla. St. U.L.Rev. 571, 591-597 (2005).**

וכן, ראה Aviram, לעיל הי"ש 19, בעמ' 765.

בקנה אחד עם הוראות הדין. בשני אופנים אלה (העלאת מודעות וקביעת נהלי עבודה) מצמצמות תכניות האכיפה את הסיכוי להפרות דין הנגרמות כתוצאה מטעויות, מבורות או מחוסר תשומת לב.

אך גם בכך לא מתמצית התועלת החברתית המופקת כתוצאה מאימוץ ממשי של תכנית אכיפה פנימית. לדעתנו, תכניות אכיפה פנימית המאומצות ברצינות עשויות לצמצם גם את כמות הפרות החוק הנגרמות בכוונה. הכיצד? ברי, כי נהלי עבודה ומודעות אינם מסוגלים למנוע ממי שרוצה לעבור על החוק לעשות כן. אולם, נהלי עבודה ומודעות גבוהה יותר להוראות הדין והרציונלים העומדים בבסיסם עשויים בהחלט להשפיע על התרבות הארגונית ועל האווירה הכללית השוררת בחברה בכל הקשור להקפדה ולשמירה על דיני ניירות ערך. כשקיימת בחברה תרבות ארגונית המחזקת נורמות התנהגות חיוביות והקפדה על החוק, קטנה המוטיבציה של יחידים בחברה לעבור על החוק, הן מכיוון שפעולה כזו נתפסת כשלילית בעיני סביבת העבודה הקרובה והן מכיוון שהסיכוי להיתפס (על ידי עמית לעבודה, שיגלה את הפרת החוק ויחשוף את המעשה) גדל.²² מסקנת דברים אלה היא, כי גם אם אין הוכחה אמפירית מובהקת לכך שתכניות אכיפה מסוגלות להיות אפקטיביות במובן של הקטנה בפועל של מקרי הפרות החוק, הרי שההיגיון הבריא וניסיון החיים של כל אדם שמצא עצמו בסביבה בה יש הקפדה על קיום החוק תומכים במסקנה, כי הפוטנציאל החיובי הטמון בתכניות האכיפה הוא ממשי, וכי מטעמי מדיניות משפטית יש מקום לתמרץ חברות לגבש ולאמץ תכניות אכיפה פנימית.

יחד עם זאת, כפי שנאמר לעיל, עמדתנו היא, כי גם אם נניח כי תכניות האכיפה הפנימית אינן משפיעות בפועל על הסיכוי הסטטיסטי, כי יתרחש אירוע של הפרת חוק בתאגיד, עדיין יש היגיון וטעם בתימרוץ חברות לגבש ולאמץ תכניות כאלה. בעניין זה אנו מבקשים להסתמך על תופעה שאותה תיאר המלומד ד"ר אמיתי אבירם כ"תופעת הפלצבו של תכניות אכיפה לא מושלמות".²³ לטענת אבירם, קיימת נטייה ידועה ומתועדת היטב להעריך ביתר ובצורה מוגזמת סיכונים הנתפסים כחשובים או בולטים באופן יחסי. הערכה מוגזמת זו גורמת לאנשים להימנע מפעילויות העשויות לחשוף אותם לסיכונים אלה באופן שאינו תואם את ההסתברות האמיתית להתממשות אותו סיכון.²⁴ במילים אחרות, נטייה זו גורמת לתמחור מוטה ומוטעה של הסיכון, מבלי שתהיה לכך הצדקה אמיתית. כך למשל, הערכת יתר כי חברה

22. להרחבה על התיאוריות הסוציולוגיות המזהות את חששם של אנשים מפני תגובת סביבתם החברתית כאשר הם עוברים על החוק ואת נטייתם הטבעית של אנשים לתפוס את עצמם כמוסריים, הנוהגים באופן מוסרי, כשני גורמים מרכזיים ומשמעותיים שתוצאתם המוכחת אמפירית היא ציות לחוק, ראו למשל:

Paul H. Robinson & John M. Darley, "The Utility of Desert", 91 Nw. U.L.Rev. 453 (1997); Zvi Gabbay, "Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices", 2005 J. Disp. Resol. 349, 386-387.

23. ראו Aviram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 773-778, ובלשונו של ד"ר אבירם: "The Placebo Effect of Imperfect Compliance Programs"

24. שם, עמ' 774.

ציבורית כלשהי תבצע הפרת חוק עלולה להביא להזדקת רגליהם של משקיעים מהשקעה בניירות הערך של אותה חברה, למרות שלכאורה אין הצדקה לכך.²⁵ באופן דומה, חשש מוגזם מהחשיפה להליכי אכיפה מינהליים מצד רשות ניירות ערך יכול להדיר את רגליהם של מועמדים מוכשרים וראויים מכהונה כדירקטורים או כנושאי משרה בחברות ציבוריות.²⁶ בשני המקרים המתוארים לעיל, תוצאתה של הערכת היתר המוטעת לגבי התממשות הסיכון היא פגיעה בשוק ההון, אם בדרך של אי-השקעה גם מקום שקיימת הצדקה לכך ואם בדרך של הימנעות אנשים ראויים מלכהן בתפקידים משמעותיים בגופים המפוקחים על ידי רשות ניירות ערך.

טענתו של ד"ר אבירם היא, כי תכניות אכיפה פנימית נתפסות בקרב הציבור כמכשירים המסוגלים להקטין את ההסתברות להתרחשות הפרת חוק, גם אם בפועל אין כך הדבר, ובדרך זו נוצר "אפקט הפלצבו" המאזן את הנטייה להערכת יתר של הסיכון להפרת חוק, ומאפשר תמחור מדויק יותר של הסיכון.²⁷ אבירם ממשיך וטוען שמסיבה זו, על גופי אכיפה לתמרץ באופן פומבי וממשי תהליכי גיבוש ואימוץ של תכניות אכיפה פנימית, שכן ללא תמריץ וגיבוש כאלה, הציבור יחדל מליחס לתכניות האכיפה את היכולת למנוע הפרות דין וכתוצאה יתבטל "אפקט הפלצבו" והערכת היתר המוגזמת לגבי התממשות הסיכון להפרות אלה תשוב להשפיע בצורה שלילית על שוק ההון.²⁸ באופן דומה, אם רשות ניירות ערך תפגין - במעשיה כמו גם בדבריה - כי תכניות אכיפה פנימית המקוימות ברצינות אכן מספקות הגנה נאותה לנושאי המשרה הבכירים בחברה - יהיה בכך כדי לנטרל את הערכת היתר (ככל שהערכה כזו קיימת) לגבי החשיפה האמיתית להליכי אכיפה מצד הרשות.

מעניין להיווכח כי הרגולטורים הישראליים שהתייחסו לתכניות אכיפה פנימית, בחרו לציין יתרונות נוספים, חשובים ומשמעותיים, לאימוץ תכניות אכיפה, מעבר ל"שיקולי ענישה" גרידא. כך למשל, במסגרת "מסמך הקריטריונים" ציינה הרשות, כי אף על פי שאין כיום חובה חקוקה לעשות כן, הרי שתהליך אימוץ תכנית אכיפה ויישומה הינו "צעד ראוי של התאגיד, לטובת ציבור המשקיעים בו וציבור הלקוחות שלו (לפי העניין), וכן לטובת התאגיד עצמו, הנהלתו ועובדיו".²⁹ אך רשות ניירות ערך אינה חלוצה בהיבט זה. גם רשות ההגבלים העסקיים (בראשותו של ד"ר דוד תדמור, הממונה על רשות הגבלים העסקיים דאז), בניסיונה לגרום לחברות לאמץ מנגנון

25. שם, עמ' 774-775.

26. ודוק, אין המדובר בדוגמה מופרכת הנעדרת קשר למציאות. עיון בעתירות שהוגשו כנגד החוק לייעול הליכי אכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, מלמד כי חשש כאמור קיים גם קיים. וראו לדוגמה **עיתרת איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל (ע"ר) נ' מ"י**, בעקבותיה נפתח תיק בג"צ 3803/11. בעמ' 41 לעתירה, פסקה 269:

"חשש של אדם שמה בזמן כלשהו ייקבע כי הוא נהג ברשלנות בתחום עיסוקו הינו סיכון משמעותי, ואם לא תינתן לו אפשרות לבטח את עצמו מפניו, בין אם על ידי רכישת ביטוח ובין אם על ידי הבטחת שיפוי, תיווצר על ידי כך פגיעה קשה מאוד בתנאי העיסוק שלו ואף הרתעה משמעותית מפני עצם הפעילות באותו תחום עיסוק."

27. ראו Aviram, לעיל ה"ש 19, עמ' 773-774.

28. שם, עמ' 777-778.

29. מתוך "מסמך הקריטריונים", בעמוד 2.

אכיפה פנימית בתחום ההגבלים העסקיים, פרסמה כבר בשנת 1998 מודל, ובו ההתייחסות הבאה:

”יישום מלא של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית יבטיח בין השאר, כי...

- יצומצמו ואף ימנעו, כתוצאה משמירה מפני הפרת החוק, הוצאות יעוץ והתדיינויות משפטיים, קנסות העלולים להיות מושטים על התאגיד, פגיעה בתדמיתו של התאגיד הנגרמת כתוצאה מפרסומים שליליים והפרעות לניהולו התקין של התאגיד.
- תעודד התפתחות שוקים תחרותיים, לרווחת כל השחקנים המתחרים.
- מנהלי התאגיד ירכשו יכולת לזהות פעילות של מתחרים, ספקים או צרכנים העומדת בסתירה להוראות חוק ההגבלים העסקיים.
- ייפתחו לתאגיד ערוצי תקשורת טובים יותר עם רשות ההגבלים העסקיים.
- יישום ראוי של תכנית אכיפה פנימית על ידי תאגיד מאפשר לו לנצל את יתרונותיו התחרותיים בסביבת פעילותו, באופן זהיר, העולה בקנה אחד עם המצב החוקי, והכל מבלי לפגוע ברמת היוזמה והחדשנות המאפיינות אותו וביכולתו להיות מתחרה נמרץ ותקיף.³⁰

נמצאנו למדים, כי קיימים יתרונות רבים בתהליכי גיבוש ואימוץ תכניות אכיפה פנימית, המביאים עמם תועלות ציבוריות רצויות. יתרונות אלה מהווים הצדקה מספקת וראויה לנקיטה במדיניות משפטית עקבית וברורה מצד רשויות האכיפה בארץ, אשר תתמרץ חברות לגבש ולאמץ תכניות אכיפה פנימית, וכפי הנראה הם שעמדו בבסיסה של היוזמה בה נקטה רשות ניירות ערך בפרסום ”מסמך הקריטריונים”. המדובר בפרסום רב משמעות, אשר השפיע באופן מיידי על שוק ההון בישראל במובן זה, שגופים רבים מאוד המפוקחים על ידי הרשות החלו להפנות משאבים ותשומת לב ניהולית, ברמות הגבוהות ביותר בארגון, לבחינת חשיפותיהם להפרות בתחום דיני ניירות ערך ולאימוץ תכניות אשר יצמצמו חשיפה זו. מכיוון שכך, נפנה עתה לניתוח שורשיו האמריקאים של המסמך ונסה לתרום להבנתו וליישומו הנכון.

30. מתוך מסמך ”מתכונת תכנית אכיפה פנימית” שפורסם ביום 1.11.1998. ניתן לעיין בנוסח המלא בארכיון אתר האינטרנט של רשות ההגבלים העסקיים - <http://archive.antitrust.gov.il/ANTGetItemHtml.aspx?ID=1790>

ד. "מסמך הקריטריונים", שורשיו ומקביליו האמריקאים

כאמור לעיל, במקביל לחקיקת חוק האכיפה המינהלית, פרסמה רשות ניירות ערך בחודש אוגוסט 2011 את "מסמך הקריטריונים". במסמך זה ביקשה הרשות להתוות את העקרונות שיילקחו בחשבון במסגרת בחינת הרשות, אם תכנית האכיפה שאימץ התאגיד הינה אפקטיבית, אם לאו. מדיניות האכיפה של הרשות בעניין זה צפויה להיות מיושמת בזהירות ובהגדרתיות; ובלשונה של הרשות: "צעד אחר צעד, תוך הפקת לקחים מיישומה מדי תקופה... בכוונת הרשות לבחון את הקריטריונים וכל הדרוש לעדכן או לשנות מהם כיישום לקחים מהניסיון שיצטבר".³¹ אמות המידה שפורטו ב"מסמך הקריטריונים" הינן, בקליפת אגוז:

- (א) אחריות הדירקטוריון וההנהלה לגיבוש, לאימוץ וליישום של תכנית האכיפה;
- (ב) התאמת התכנית לתאגיד ולנסיבותיו הייחודיות, לאחר בדיקת הפעילות העסקית וביצוע סקר ציות בתחום דיני ניירות הערך;
- (ג) קביעת נהלים וסדרי טיפול;
- (ד) החלת התכנית על כל דרגי התאגיד;
- (ה) מינוי ממונה על האכיפה;
- (ו) הטמעה נאותה של התכנית בכל הדרגים;
- (ז) פיקוח ועדכון;
- (ח) טיפול הולם בכשלים ובהפרות והפקת לקחים מהם.

דווקא בעת הזו, דומנו כי טוב תעשה הרשות אם תביט מעבר לאופק (בשני מימדים - הן במימד הזמן והן במימד הגיאוגרפי) ותנסה ליישם חלק מלקחיהם של גופי האכיפה האמריקאים, אשר הספיקו לצבור ניסיון בן למעלה משני עשורים בתחום תכניות האכיפה הפנימית והשפעתן על חקירת הפרות המתבצעות בתאגידים, ובעיקר, השפעת תכנית אכיפה אפקטיבית על תוצאתן של אותן חקירות. נקודת מוצא טובה לבחינה זו ניתן למצוא בפרסומים של גופי אכיפה מקבילים בארצות הברית.³² כפי שניתן יהיה להתרשם מהסקירה שלהלן, קיים דמיון רב בין "מסמך

31. ראו "מסמך הקריטריונים", סעיף 1 (פסקה אחרונה).

32. להרחבה, מעבר למקורות המוזכרים במאמר זה, ניתן לראות גם את המלצות ה-OECD משנת 2009 בנושא המלחמה בשוחד של בכירי ממשל זרים בעסקאות בינלאומיות, והשפעתן על תחום תכניות האכיפה; השפעות המשבר הפיננסי העולמי על הצורך ביעול מערך האכיפה הפנימית בתאגידים, ובעניין זה את חקיקת ה-Dodd-Frank Act בשנת 2010, אשר עסק, בין היתר, בתיגמול על ידי ה-SEC של "מלשינים" בתאגידים; ועוד.

הקריטריונים" שפרסמה הרשות לבין מסמכים משמעותיים ביותר שפורסמו על ידי גופי אכיפה פדרליים בארצות הברית, ומכאן, על דרך ההיקש, חשוב להכיר היטב את האופן שבו יושמו מסמכים אלה בפועל ואת הלקחים שהופקו בארצות הברית בחלוף למעלה מעשרים שנות אכיפה פנימית.

17. הנחיות ה-FSGO: אמות מידה להחלטות שיפוטיות בהקשר של אכיפה פנימית

ההתייחסות המרכזית הראשונה לתכניות אכיפה בארצות הברית, מצד גוף שלטוני, היתה לפני למעלה משני עשורים, בחודש נובמבר 1991, במסגרת קביעת הנחיות לענישת תאגידים אשר הורשעו בביצוע עבירות פדרליות - Federal Sentencing Guidelines for Organizations, ובקיצור ה-FSGO (להלן: "ההנחיות" או "הנחיות ה-FSGO"). המדובר בהנחיות שאומצו על-ידי גוף פדרלי שהוקם על פי חוק משנת 1984, ה-U.S. Sentencing Commission, ומטרתן הייתה הבניית שיקול הדעת השיפוטי במסגרת קביעת גזר דינם של נאשמים במערכת המשפט הפדרלית.³³

במסגרת התייחסות זו, נקבע בהנחיות ה-FSGO, כי תאגידים המקיימים משטר של פיקוח עצמי יזכו בהקלה בעונשם. הקלה זו באה על רקע התפיסה השגורה בארצות הברית באשר לאחריותם הפלילית של תאגידים לפיה, חברות "עומדות בנעלי עובדיהן" ולפיכך, אחראיות למעשיהם אפילו כאשר יש במעשים אלו משום הפרת נהלי החברה עצמה.³⁴ ההנחיות ביקשו להבחין בין תאגידים שעמלו קשה על מנת למנוע גרימת עבירות, לבין אלו ש"העלימו עין", או אף יצרו נסיבות שעודדו התנהגות פסולה. כתוצאה מכך, אימצו ההנחיות את שיטת "הגזר והמקל": מחד, מתן קרדיט (לרבות על דרך של הפחתה משמעותית בעונשים) לחברות אשר אימצו תכניות אכיפה אפקטיביות והיו מסוגלות להראות, כי נקטו באמצעים ממשיים לזיהוי ולמניעת הפרות חוק; ומאידך, ענישת חברות אשר הכילו, עודדו או מחלו על התנהגות בלתי הולמת מצד עובדיהן. שיטה זו ביקשה, למעשה, להמיר את תפקיד התאגיד (לרבות הגורמים המפקחים בו, ומטעמו) מ"עובר-אורח תמים" המקווה כי עובדיו ישכילו ליישם כללי התנהגות נאותה, לתומך פעיל ומשמעותי בקיומה של תרבות הציות והאתיקה במקום העבודה.

בדרך זו, סיפקו ההנחיות תמריץ ממשי עבור תאגידים אמריקאים לגבש ולאמץ משטר של פיקוח עצמי. אך ה-U.S. Sentencing Commission לא הסתפק באמירות כלליות בעניין זה, ובמסגרת הנחיות ה-FSGO צוינו אינדיקציות (ובלשון ההנחיות: "צעדים") - המתעדכנות (ומתפרסמות) על בסיס שנתי -

³³. Sentencing Reform Act of 1984, Pub. L. No. 98-473, 98 Stat. 1987.

³⁴. או בעמוד 1 לדוח הוועדה המייעצת.

לקיום תכנית אכיפה אפקטיבית.³⁵ הנחיות ה-FSGO היוו פריצת דרך בתחום, לא רק מכיוון שסיפקו את התמריץ המשמעותי הראשון עבור תאגידים ליישם תכניות אכיפה רשמיות, אלא גם משום שקבעו את הציפיות השלטוניות לגבי מה צריכות תכניות אלו לכלול. מכיוון ש"מסמך הקריטריונים" הישראלי הושפע, בין היתר, מהנחיות ה-FSGO, סברנו כי יש טעם ותועלת בהשוואת המסמכים, שכן הדבר עשוי לתת הקשר ענייני ל"מסמך הקריטריונים" ולתרום לאופן שבו יש לקרוא ולהבין אותו:

הנושא	מתוך הנחיות ה-FSGO המעודכנות לשנת 2011 ³⁶	הקריטריונים המקבילים מתוך "מסמך הקריטריונים" של רשות ניירות ערך
קביעת סטנדרטים לאכיפה פנימית	הארגון יכונן סטנדרטים ופרוצדורות על מנת לזהות ולמנוע התנהגות פלילית.	הנהלים יסדירו את כל הנושאים הרלוונטיים לתאגיד בתחום דיני ניירות ערך, כפי שאלו עלו בתהליך מיפוי הוראות הדין הרלוונטיות לפעילות התאגיד. התכנית תותאם לתאגיד ולנסיבותיו הייחודיות, לאחר בדיקת הפעילות העסקית וביצוע סקר ציות בתחום דיני ניירות הערך.
ניהול פיקוח והפעלת התכנית	(א) הסמכות הפיקוחית (governing authority) תהיה מודעת לתוכנה ולהפעלתה של התכנית ותפעיל יכולת פיקוחית סבירה בהתייחס ליישומה ולאפקטיביות של התכנית.	הדירקטוריון וההנהלה אחראים לגיבוש, אימוץ ויישום של תכנית האכיפה. הממונה על האכיפה אחראי על יישום תכנית האכיפה. על התאגיד למנות לתפקיד אדם בעל כישורים, ידע וניסיון

35. החשובים מבין העדכונים היו התיקון משנת 2004 אשר הפך את ההגדרה לתכניות אכיפה אפקטיביות למפורטת ומוחשית בהרבה, בהשוואה לרשימת "שבעת הצעדים" המקורית, וקבע, כי על הדירקטוריון להיות מודע לתוכן הפעולה ולהפעיל יכולת פיקוח סבירה בנוגע להשלכותיה והאפקטיביות שלה; והתיקון משנת 2010 אשר קבע, כי יש מקום לתת קרדיט לחברות בגין אימוץ תכניות אכיפה פנימית, ובלבד שתצבענה על קיומם של ארבעה תנאים: (א) החברה איתרה את העבירה בעצמה; (ב) החברה דיווחה ללא דיחוי על העבירה לרשויות; (ג) אין חשש כי יחיד המשמש כאחראי על תחום האכיפה הפנימית בחברה היה מעורב בעבירה; (ד) לגורם האחראי (ברמה היומיומית) על תחום הציות בחברה, הוקנתה הסמכות לדווח אישית לדירקטוריון על כל עניין שמעורבים בו התנהגות פלילית או פוטנציאל להתנהגות פלילית. לגרסה העדכנית של הנחיות ה-FSGO, ראו - http://www.uscc.gov/Guidelines/2011_guidelines/Manual_HTML/8b2_1.htm

36. בתרגום חופשי מאנגלית. למקור, ראו בה"ש 35 לעיל.

הקריטריון/ים המקביל/ים מתוך "מסמך הקריטריונים" של רשות ניירות ערך	מתוך הנחיות ה-FSGO המעודכנות לשנת 2011 ³⁶	הנושא
<p>ההולמים את תפקידו ותחומי אחריותו. בנוסף, יש להבטיח כי לממונה על האכיפה הוקנו הסמכויות, הועמדו לרשותו משאבים מתאימים והוטלו עליו מטלות באופן שיאפשר לו למלא תפקידיו כהלכה.</p>	<p>(ב) כוח אדם בדרגה בכירה בארגון יבטיח, שלארגון יש תכנית אפקטיבית, בהתאם להנחיות ה-FSGO. ליחידים אלה תוצמד אחריות כוללת לתכנית.</p> <p>(ג) ליחידים פרטניים בתוך הארגון תואצל האחריות היום יומית לתכנית. יחידים בעלי אחריות תפעולית ידווחו באופן תדיר לכוח אדם בדרגה בכירה וככל שחוץ גם להנהלת החברה או לוועדה מטעמה, לגבי האפקטיביות של התכנית. על מנת ליישם אחריות זו, יש לתת בידי אותם יחידים את המקורות ההולמים, הסמכות המתאימה וגישה ישירה להנהלת החברה או לוועדה מטעמה.</p>	
	<p>הארגון ישתמש במשאבים סבירים על מנת שלא לכלול במסגרת סמכות מהותית (substantial authority) של הארגון, יחידים כלשהם שלגביהם הארגון יודע, או היה עליו לדעת באמצעות הפעלת בדיקת נאותות, כי הם פועלים באופן לא חוקי או שהתנהגותם אינה תואמת לתכנית.</p>	<p>בדיקת נאותות לגבי יחידים בדרגות בכירות</p>
<p>על התאגיד לנקוט צעדים כדי להבטיח כי בעלי השליטה, הדירקטוריון, נושאי המשרה, עובדי התאגיד ונותני השירותים החיצוניים יכירו את התכנית ויהיו מחויבים לה.</p>	<p>הארגון ינקוט בצעדים סבירים על מנת להציג באופן תקופתי ובאופן פרקטי את הסטנדרטים והפרוצדורות שלו, כמו גם היבטים אחרים בתכנית, בפני כל הגורמים הרלוונטיים, על ידי עריכת תכנית הדרכות אפקטיבית וכן להפיץ מידע באופן ההולם את תפקידם ותחומי אחריותם של העובדים השונים בתאגיד.</p>	<p>הטמעת התכנית</p>

הקריטריון/ים המקבילים מתוך "מסמך הקריטריונים" של רשות ניירות ערך	מתוך הנחיות ה-FSGO המעודכנות לשנת 2011 ³⁶	הנושא
<p>תכנית האכיפה אינה מנגנון של "שגר ושכח". על ההנהלה והדירקטוריון לפקח ולעקוב אחר הפעלתה ולבדוק תקופתית אם יש לעדכן את הוראותיה.</p> <p>על התאגיד ליצור מנגנונים פנימיים, המאפשרים לנושאי המשרה בו, לדירקטורים, לעובדים ולנותני שירותים, לדווח ולהתריע בפני הממונה על האכיפה על ליקויים וכשלים בקשר לקיום הוראות דיני ניירות ערך, או הפרת התכנית.</p>	<p>הארגון ינקוט בצעדים סבירים: (א) כדי להבטיח שהתכנית של הארגון נאכפת, לרבות פיקוח ובקרה שיאפשרו זיהוי התנהגויות פליליות; (ב) כדי להעריך בצורה תקופתית את אפקטיביות התכנית; (ג) כדי לאפשר לעובדי החברה וסוכניה לדווח (גם באופן אנונימי או חשאי) על הפרות חוק פוטנציאליות או על הפרות בפועל, ללא חשש מפעולת תגמול מצד החברה או מצד מפר החוק.</p>	<p>פיקוח על יישום והפעלת התכנית</p>
<p>החלת התכנית על כל דרגי התאגיד - התאגיד, דרך נושאי המשרה הבכירים בו - מנהלים, ודירקטורים, וכלה בבעלי השליטה בו. יש לנקוט אמצעים כדי להבטיח מחויבות של כל דרגי התאגיד לנהלים האמורים.</p> <p>ביחס לנותני שירותים לתאגיד - יש לנקוט גם לגביהם אמצעים שיבטיחו מחויבותם לציות לנהלי החברה, ככל שהללו רלוונטיים להם. זאת למשל, על דרך של הסכמים עימם, או קבלת אישורים והתחייבויות רלוונטיים מהם (למשל, קיום אמצעים הולמים אצל נותני שירותים אלו כדי לוודא אבטחת מידע ומניעת שימוש במידע פנים).</p>	<p>התכנית של הארגון תקודם ותיאכף באופן עקבי בכל הארגון, באמצעות -</p> <p>(א) תמריצים מתאימים; ו-</p> <p>(ב) צעדי משמעת מתאימים</p> <p>בגין התנהגות פלילית ובגין כישלון בנקיטת צעדים סבירים שימנעו או יזהו התנהגות פלילית.</p>	<p>החלה רוחבית של התכנית בארגון</p>
<p>על התאגיד לנקוט באמצעים הולמים כנגד מפריס, לרבות, במקרים מתאימים, טיפול משמעותי במי שהפר את הוראות דיני ניירות ערך או את הוראות תכנית האכיפה.</p>	<p>לאחר שהתנהגות פלילית זוהתה, הארגון ינקוט בצעדים סבירים כדי להגיב כראוי להתנהגות הפלילית ולמנוע התנהגויות דומות בעתיד, לרבות ביצוע התאמות דרושות לתכנית.</p>	<p>נקיטת צעדים לטיפול בהפרות</p>

מבט בוחן בטבלה דלעיל מלמדנו, כי באופן כמעט גורף (למעשה, למעט הדרישה הקיימת בהנחיות ה-FSGO לקיים בדיקת נאותות לגבי יחידים בתאגיד המכונים בדרגות בכירות, אשר אינה קיימת ב"מסמך הקריטריונים"), יש התאמה מלאה בין הקריטריונים המפורטים ב"מסמך הקריטריונים" לבין האינדיקציות שפורטו בהנחיות ה-FSGO. מכאן ניתן להסיק, כי הרגולטור האמריקאי והרגולטור הישראלי תופסים באופן דומה את נושא האכיפה הפנימית בתאגידים, ומכיוון שכך - ישנו טעם רב בלימוד הלקחים שהופקו בארצות הברית במהלך השנים שחלפו מאז אומצו שם תכניות האכיפה בכל הנוגע ליישום הנחיות ה-FSGO, ובפרט באשר לתפקידו של הרגולטור בעיצוב יחסם של תאגידים לתכניות האכיפה וגיבוש סטנדרטים מקובלים בתחום.

2ד. מסמך ה-"Principles of Federal Prosecution of Business Organization": קביעת אמות מידה לתביעה הפדרלית בהקשר של תוכניות אכיפה

משסקרנו את הנחיות ה-FSGO הקובעות, כאמור, את המסגרת השיפוטית לתחום האכיפה הפנימית בארה"ב, נבקש לגעת בתמצית בהנחיות המקבילות המופנות אל התביעה הפדרלית, ובפרט למשקל שהתובעים מתבקשים לייחס לתכניות האכיפה במסגרת ההחלטה אם להגיש כתב אישום כנגד תאגיד, לרבות ההחלטה לגבי חומרת העבירות שתיוחסנה לאותם תאגידים במסגרת כתב אישום, ככל שיוחלט להגישו. מסמך ה-"³⁷Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", אשר נוסח על ידי משרד המשפטים האמריקאי, נועד להתוות כללים ברורים להתנהלות התביעה הפדרלית בקשר עם שורה ארוכה של נושאים הנוגעים בתחום אחריותם הפלילית של תאגידים בארצות הברית.

סעיף 9-28.800 למסמך זה, שכותרתו: "Corporate Compliance Programs", קובע, בין היתר, את הדגשים הבאים:³⁸

- תכניות אכיפה מיושמות על ידי הנהלות תאגידים כדי לזהות ולמנוע התנהגויות בלתי הולמות ועל מנת להבטיח שפעילויותיו של תאגיד מתנהלות בהתאם לדין הפלילי והאזרחי החל, על תקנותיו והוראותיו.
- משרד המשפטים מעודד מערכת משטור פנימי (Self-Policing) על-ידי תאגידים, לרבות גילוי וולונטרי לרשויות האכיפה אודות הפרות דין שמגלה התאגיד בעצמו.

37. הנחיות אלה כוללות בתוכן גם את תכני ה-"Holder Memorandum" אשר פורסם במקור בשנת 1999, וקבע, בין היתר, את האופן שבו תכניות האכיפה צריכות להיבחן על ידי התובעים הפדרליים בקבע אם להגיש כתב אישום כנגד תאגידים עסקיים.

38. בתרגום חופשי מאנגלית. למקור, ראו - http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrn.htm

- קיומן של תכניות אכיפה, כשלעצמו, אינו מספיק כדי להצדיק אי-העמדה לדין של תאגיד בגין עבירות פליליות שמבוצעות על ידי נושאי משרה בו; התאגיד אינו יכול להתחמק מאחריות על ידי אימוץ כללים מופשטים שאוסרים על עובדים מלנקוט בפעולות בלתי חוקיות.
- הגורמים המשמעותיים בהערכת תכניות אכיפה הינם:
 - (א) האם תכנית האכיפה מעוצבת כראוי לצורך מניעה וזיהוי אפקטיביים של הפרות חוק המבוצעות על-ידי עובדים;
 - (ב) האם הנהלת התאגיד אוכפת את התכנית, או שמא מתמרצת עובדים להגיע להישגים עסקיים תוך הפרה של חוקים;
 - (ג) האם התכנית מיושמת בתום לב;
 - (ד) האם התכנית עובדת בפועל.
- לצורך מתן מענה לשאלות אלו, על התובע לשקול את:
 - (א) מידת הנהירות של תכנית האכיפה;
 - (ב) היקף ההתנהגות הפלילית (מספר ורמת העובדים המעורבים, מידת הרצינות, משך הזמן, והתדירות של הפרות החוק);
 - (ג) הפעולות המונעות שנקטו על-ידי התאגיד (לרבות נקיטה בהליכים משמעותיים כנגד מבצעי הפרות קודמות);
 - (ד) שינויים שבוצעו בתכניות האכיפה הפנימית, לאור לקחים שהופקו מאירועי העבר.
- על התובעים לשקול את המהירות שבה ניתן גילוי על-ידי התאגיד אודות התרחשות העבירה.
- על התובעים לנסות ולהעריך, האם תכנית אכיפה של תאגיד הינה תכנית "על הנייר" או שמא היא מעוצבת, מיושמת, נבחנת ומתוקנת, באופן הולם ואפקטיבי. בכלל זה, על התביעה הפדרלית לקבוע, באיזו מידה סיפק התאגיד לצוות התביעה את האפשרות לבקר, לתעד, לנתח ולהפיק תועלת מתוצאות מאמצי האכיפה של התאגיד.
- על התביעה הפדרלית לקבוע, האם עובדי התאגיד מודעים באופן הולם לתכנית האכיפה, והאם הם משוכנעים במחויבות התאגיד לתכנית.

3ד. מדריך האכיפה של ה-SEC

מדריך האכיפה שאימצה ה-SEC ("The Enforcement Manual")³⁹ (להלן: "מדריך האכיפה") גובש במטרה לשמש בסיס להתייחסות סגל האכיפה ברשות (Division of Enforcement) בעת חקירת הפרות הדין הפדרלי בתחום ניירות הערך.

בסעיף 6.1.2 למדריך האכיפה, תחת הכותרת: "Framework for Evaluating Cooperation by Companies", מפורטת המסגרת הרצויה להערכת מידת שיתוף הפעולה עם הרשות, על ידי חברות, על דרך של אזכור הדוח שפורסם בעניין חברת Seaboard (ראו התייחסות בהרחבה בהמשך המאמר):

- משטור עצמי (Self-Policing) טרם גילוי ההפרה, לרבות נהלי ציות פנימי אפקטיבי ושמירה נאותה על "רוח המפקד" ("Tone at the Top").
- משטר של דיווח פנימי אודות הפרות חוק, הכולל, בין היתר, בחינה מקיפה לגבי טבעה של ההפרה, משכה, מקורותיה ותוצאותיה, וכן גילוי מהיר, מלא ואפקטיבי של ההפרה לציבור, לרגולטור ולאורגנים הרלוונטיים בתוך החברה.
- תיקון נזקי ההפרה ומניעת הישנותה, לרבות הטלת סנקציות משמעותיות על המפרים (אשר עשוי להגיע לכדי פיטורין, במקרים המתאימים), שיפור נהלי הבקרה הפנימיים למניעת הישנות של העבירות, ופיצוי נפגעי ההפרה, ככל שהדבר אפשרי;
- שיתוף פעולה עם רשויות האכיפה, ובכלל זה, דיווח מלא לסגל הרשות בדבר נסיבות התרחשות ההפרה כמו גם מאמצי התיקון והפקת הלקחים אשר נעשו על ידי החברה בתגובה להפרה.

כאמור לעיל, לא ניתן להתעלם מהדמיון הרב שבין הקריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית אפקטיבית, כפי שפרסמה הרשות בארץ, ובין קריטריונים ודגשים שפורסמו על ידי התביעה הפדרלית, ה-SEC והגוף האמון על הנחיות הענישה הפדרליות בארצות הברית. בה בעת, וכפי שניתן להתרשם מן הסקירה דלעיל, ישנם דגשים נוספים שפורסמו מעבר לים, שאינם נמצאים ב"מסמך הקריטריונים", אשר מעמיקים את הבנת תחום האכיפה הפנימית ואשר יכולים לסייע לכל העוסקים בתחום בארץ, ובכלל זה החברות, יועציהן החיצוניים וכן רגולטורים וגופי האכיפה.

כך למשל, מהנחיות התביעה הפדרלית עולה, כי אחת האינדיקציות להערכת ממשיותה של תכנית אכיפה פנימית היא כמות השינויים והעדכונים שעברה, כלקח ממקרים שהתגלו אגב הפעלת התכנית. המדובר בדגש חשוב ולגמרי לא מובן מאליו, שכן רגולטור שאינו מנוסה דיו בתחום האכיפה הפנימית עשוי לטעות ולחשוב, שתכנית אכיפה הדורשת עדכונים ותיקונים, בעיקר על רקע הפרת חוק בתאגיד, אינה תכנית טובה. בעניין זה מדגישה התביעה הפדרלית בכבודה ובעצמה, כי ההיפך הוא הנכון. דווקא עדכונים הנערכים לתכנית בעקבות הפרות המתגלות בתאגיד מעידים כי החברה פועלת לגלות ולזהות הפרות חוק, וכי תכנית האכיפה חשובה ורלוונטית לפעילות התאגיד, ולכן התאגיד משקיע מאמץ, זמן ומשאבים כדי לעדכן את התכנית. דוגמה נוספת ניתן למצוא בהנחיות ה-FSGO, אשר הדגישו את חשיבות בדיקות הנאותות שצריכה חברה לערוך לנושאי משרה האמונים על האכיפה הפנימית בה.

כעת, מטבעם של דברים, ומכיוון שעיינינו כבר נשאות אל מעבר לים, טוב נעשה אם נוסיף ונתבונן גם באופן שבו יושמו, הלכה למעשה, העקרונות, ההנחיות והקריטריונים שפורסמו, ובאופן שבו עושה המערכת האמריקאית שימוש בתמריצים חיוביים ובתמריצים שליליים על מנת לכוון התנהגות של תאגידים בתחום האכיפה הפנימית. על כל אלו נבקש לעמוד בפרק הבא.

ה. על תמריצים חיוביים ותמריצים שליליים

על פי הצהרת הרשות וכפי שמפורט ב"מסמך הקריטריונים" ובאמות המידה לניתוב תיקים לחקירה פלילית או להליך אכיפה מינהלי, שפרסמה הרשות ביולי 2012 באתר האינטרנט שלה,⁴⁰ קיומה של תכנית אכיפה אפקטיבית יהווה שיקול מקל בבוא הרשות לבחון את סוג הליך האכיפה שיינקט כנגד תאגיד ומנהליו וכן בשקילת היקף אמצעי האכיפה המנהליים אשר יוטלו עליהם, במידה שנקבע במסגרת הליך שכזה, כי הופרה חובת הפיקוח או כי יש מקום להטיל אמצעי אכיפה על התאגיד. בעקבות הצהרות אלה של הרשות, השקיעו חברות רבות משאבים ומאמצים בבניית תכניות אכיפה פנימית, ועתה, לאחר שתכניות רבות אומצו, הציפיות מהרשות כי תנהג בפועל כפי שהצהירה, גבוהות הן. אמנם, בישראל טרם עמדו תכניות אכיפה פנימית במבחן המציאות, אך בארצות הברית כבר הצטבר ניסיון מעשי רב לגבי האופן שבו משפיעות תכניות אכיפה פנימית על החלטות גופי האכיפה. במסגרת זו, בחרנו ארבעה מקרים שונים, שמהם ניתן ללמוד לא מעט על האופן שבו השתמשו רשויות האכיפה בארה"ב על מנת לתמרץ (באופן חיובי או באופן שלילי) תאגידים לפתח וליישם מערך אכיפה פנימית רציני, אמיתי ואפקטיבי. המקרה הראשון מדגים את האופן שבו השפיעו קיומה והפעלתה של תכנית אכיפה פנימית על קביעת בית-המשפט לעניין עמידה בחובת הזהירות של דירקטורים בחברה הרשומה בדלאוור; המקרה השני מדגים, כיצד הפעלת בקרות פנימיות וטיפול נחוש ומהיר בהפרות חוק המתגלות במסגרת

40. ראו הפרסום באתר הרשות בכתובת http://www.isa.gov.il/Download/IsaFile_6948.pdf.

בקרות אלה יכולה לגרור אחריה החלטה על אי-פתיחה בהליך אכיפה כנגד התאגיד; המקרה השלישי מדגים, כיצד מגיב רגולטור כאשר הוא נתקל בתכנית אכיפה "מן המדף" אשר נשארה "על המדף", ולמעשה מעולם לא הותאמה לפעילות התאגיד ולא יושמה בפועל; והמקרה הרביעי והאחרון מדגים, בפירוט רב, כיצד נראית תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית, וכיצד עצם קיומה והפעלתה משפיעים בצורה דרמטית על החלטותיהם של מספר גופי אכיפה בעניין אחריות התאגיד ש"בשמו" נעברו עבירות חמורות ביותר.

17. פרשת Caremark⁴¹ - אחריות פיקוחית אקטיבית כחלק מחובת הזהירות שחייבים בה דירקטורים

עובדות המקרה נסובו סביב הליכים שנפתחו כנגד חברת Caremark International Inc., חברה ציבורית אמריקאית שעסקה בתחום התרופות והשירותים הרפואיים. החברה נתבעה בגין עבירות פליליות שביצעו סוכני המכירות שלה לצורך הגדלת כמויות מוצרי החברה שנמכרו, שבעטיין נאלצה החברה להגיע להסדר טיעון עם התביעה הפדרלית. הסדר זה כלל, בין היתר, השתתפות קנס בסך של רבע מיליארד דולרים על החברה. בד בבד, הוגשה תביעה נגזרת כנגד הדירקטורים של החברה (בסדר גודל כספי דומה) על-ידי בעלי מניות בחברה שטענו, כי הדירקטורים לא פיקחו כיאות על החברה, על עובדיה ומנהליה, ולא עשו די למניעת ביצוען של העבירות האמורות, כמתחייב מתפקידם. בכך, טענו התובעים, הסבו הדירקטורים לחברה הפסד כספי ניכר. השאלה העיקרית שעמדה איפוא לפתחו של בית המשפט, היתה, האם הדירקטוריון מילא אחר חובת הזהירות בה הוא חב והאמנם נתן דעתו, במידת תשומת הלב הדרושה, לסיכון להפרת חוק בתאגיד.

במהלך הדיון, שהתנהל בבית המשפט המיוחד לסוגיות תאגידיות שבמדינת דלאוור והגיע לסיומו בשנת 1996, הובהר, כי הדירקטוריון הפעיל בחברה תכנית אכיפה שנועדה למנוע מעובדי החברה לבצע עבירות על החוק. במסגרת התכנית, הופץ לעובדי החברה מדריך ובו הנחיות פנימיות ביחס לדרישות החוק החלות עליהם, לפי תחומי פעילותם. כמו כן, הופעלה מערכת בקרה פנימית כדי לוודא כי העובדים נוהגים בהתאם למדיניות העסקית והאתית של החברה, ובנוסף ננקטו מספר פעולות ברמת הנהלת החברה, במטרה לייעל ולהגביר את הפיקוח על פעילות החברה (ובכלל זה קבלת יעוץ משפטי בנוגע לחוקיות פעילות זו). לאור כל אלו, החליט בית המשפט, כי אין מקום להטיל אחריות אישית על הדירקטורים.

בפסיקה זו, החמיר בית המשפט בדלאוור את סטנדרט ההתנהגות המצופה מדירקטורים במסגרת חובת הזהירות בה הם חבים, שכן עתה כוללת חובה זו

41. ראו:

In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

פיקוח אקטיבי מצדו של הדירקטוריון במטרה לאתר ולמנוע הפרות. מאידך, הגבירה פסיקה זו את הוודאות המשפטית בקשר עם עמידה בחובת הזהירות של דירקטורים, שכן בית המשפט יצר, הלכה למעשה, אמצעי הגנה עבור הגורמים האחראים על הפיקוח בתאגיד. כך למשל, דירקטורים בחברות דלאוריות יודעים עתה, כי ככל שיפעילו את סמכותם באופן אקטיבי ויפקחו כדבעי על יישום תכנית האכיפה בתאגיד, כך יגבר הסיכוי כי יהיו מוגנים "ביום סגריר" מפני תביעות אישיות בגין הפרות המבוצעות בחברה על ידי מי מעובדיה, נושאי המשרה בה או נותני השירותים לה. במסר כפול זה נעוצה חדשנותו של פסק הדין, אשר היווה למעשה את הדחיפה הממשית הרצינית ביותר להתפתחות תחום הציות והאכיפה הפנימית בארצות הברית.

ה. מקרה Seaboard: כך ייעשה לתאגיד שיזם חקירה פנימית, זיהה הפרה, דיווח עליה ושיתף פעולה עם חקירת ה-SEC

דוח ה-SEC משנת 2001 בעניין Seaboard⁴² היה תולדה של חקירה פנימית של חברת Seaboard Corp, במסגרתה חשפה החברה, מיוזמתה, פעולות חשבונאיות בלתי הולמות אשר השפיעו על מבנה הנכסים של החברה ועל האופן שבו נרשמו הוצאותיה של החברה בדוחות הכספיים. בעקבות חשיפה זו, פתחה ה-SEC בהליכים כנגד חשבת בחברה אשר היתה אחראית לאותה התנהלות בלתי תקינה. לצד זאת, הודיעה ה-SEC, כי החליטה שלא לפתוח בהליכים כנגד החברה עצמה, למרות שפרסום דוחות כספיים שאינם משקפים נכונה את מצבה הכספי של החברה הינו מעשה מהחמורים שיכולה חברה ציבורית לעשות. בדוח האמור, שיבחה ה-SEC את Seaboard Corp על פעולתה הנחרצת לחשיפת העבירות החשבונאיות, פיטורי העובדת שעברה את העברות (וכן שניים מהממונים עליה), שיתוף פעולה מלא עם חקירת ה-SEC, ושיפור תהליך הדיווח הכספי של החברה על מנת למנוע הישנות הפרות דומות בעתיד. ה-SEC אף הגדילה לעשות כאשר פירטה רשימה בלתי ממצה של קריטריונים, שלאורם יוחלט במקרים עתידיים, האם (ובאיזו מידה) יינתן קרדיט לתאגידים - אשר עשוי להגיע אף לכדי אי-פתיחה בהליכי אכיפה - בשל כך שהפעילו מנגנונים כגון שיטור עצמי (Self-policing), דיווח עצמי (Self-reporting) ושיתוף פעולה עם ה-SEC.

להלן כמה מהקריטריונים העיקריים שפורטו בדוח ה-SEC בהקשר זה:

- **טבעה של ההפרה הנדונה** - במסגרת זו ייבדק אם ההפרה נבעה מטעות בתום לב, רשלנות, אדישות, או התנהגות מכוונת;
- **מיקום ההפרה בתאגיד** - במסגרת זו תיבחן דרגת הבכירות של האדם בהנהלת התאגיד אשר היה מודע (ואולי שותף) להפרת החוק; כמו כן

תיבחן שיטתיות ההתנהגות הבלתי חוקית ומידת שכיחותה בתאגיד, שכן אין דומה הפרת חוק המאפיינת את פעילות התאגיד להפרה שהינה מקרה יחיד ומבודד;

- **משך ההפרה** - במסגרת זו ייבחנו היקף ההפרה והתמשכותה. כך למשל, במקרה של חברה ציבורית ייבחן, אם הפרת החוק החלה עוד טרם הפיכת החברה לציבורית, ואם הפרת החוק סייעה לחברה להפוך לציבורית;
- **היקף הנזק שהסבה ההפרה למשקיעים** - במסגרת זו ייבחן, בין היתר, אם חלה צניחה משמעותית במחיר ניירות הערך הנסחרים של התאגיד עקב גילוי ההפרה והדיווח אודותיה;
- **הגורם להתנהגות הפסולה** - במסגרת זו ייבחנו הגורמים אשר הביאו להתנהגות הפסולה. כך למשל, הפרת חוק עלולה להיגרם כתוצאה מלחץ על העובדים לעמוד ביעדים מסחריים שאפתניים במיוחד או תרבות של אי-ציות שהושרשה בחברה על ידי בכירי החברה;
- **נהלי האכיפה הפנימית שהיו בחברה בעת התרחשות ההפרה** - במסגרת זו תיבחן תכנית האכיפה הפנימית של החברה, מתוך ניסיון להתחקות אחר הנסיבות אשר הובילו לביצוע ההפרה חרף קיומן של בקורות פנימיות. כך למשל, ייבדק אם מערכת הבקרה הפנימית של החברה הוטעתה, כיצד אותרה ההתנהגות הפסולה ומי הגורם אשר חשף אותה;
- **הצעדים בהם נקטה החברה עם גילוי ההפרה** - במסגרת זו ייבדק פרק הזמן אשר חלף מאז גילוי ההפרה ועד לתגובת החברה, וכמובן שתגובת החברה תיבחן בדקדקנות. כך למשל, ייבדק אם בתגובתה הביאה החברה להפסקה מיידי של ההפרה; אם האחראים לאותה התנהגות פסולה נותרו בתפקידם ו/או בתוך הארגון; אם החברה דיווחה באופן מיידי ומלא על גילוייה של הפרת החוק לציבור המשקיעים ולרגולטור, כאשר מתבקש לעשות כן; אם החברה אימצה נהלים חדשים ותהליכי עבודה פנימיים כדי למנוע הישנות התנהגות פסולה מעין זו; באיזו מידה קיבלו דירקטוריון החברה וועדת הביקורת דיווחים על ההפרה ועל חקירת נסיבותיה והצעדים בהם נוקטת החברה על מנת לוודא הימנעות הישנותה של ההפרה בעתיד וכיוצא באלה;
- **שיתוף פעולה עם הרשויות** - מבחינתה של ה-SEC, שיתוף פעולה עם הרשויות הרלוונטיות מהווה קריטריון חשוב המעיד על רצינותו של תאגיד לעשות כל שביכולתו על מנת שהפרות חוק לא יישנו.

ניתן לראות בבירור, כי חלק ניכר מקריטריונים אלה קשורים, בדרך זו או אחרת, להליך של אימוץ ויישום תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית בחברה. משכך, גם אם הדבר לא נאמר במפורש, הרי שההחלטה בפרשת Seaboard הבליטה את החשיבות באימוץ תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית בתאגידים.

ה-SEC ביקשה להעביר לתאגידים הציבוריים בארה"ב את המסר הברור, לפיו היא מעודדת תאגידים לבצע שיטור עצמי ודיווח עצמי, כמו גם תיקון של הפרות ושיתוף פעולה עם צוות המליאה:

"We hope that this Report of Investigation and Commission Statement will further encourage self-policing efforts and will promote more self-reporting, remediation and cooperation with the Commission staff. We welcome the constructive input of all interested persons. We urge those who have contributions to make to direct them to our Division of Enforcement. The public can be confident that all such communications will be fairly evaluated not only by our staff, but also by us. We continue to reassess our enforcement approaches with the aim of maximizing the benefits of our program to investors and the marketplace" ⁴³

(הדגשות אינן במקור - א.מ., צ.ג.)

גישת ה-SEC, כפי שזו הובעה בעניין **Seaboard**, ביקשה לייצר ודאות בקרב תאגידים בנוגע לצעדים שעליהם לנקוט בכדי לזכות בתגמול או בקרדיט הראוי בנסיבות בהן תתגלה הפרה או עבירה על ידי מי מעובדי התאגיד, נושאי המשרה בו או נותן שירותים לו. ה-SEC תבחן איפוא את מידת הבוטות ומשכה של ההפרה, התרבות הארגונית שהובילה להפרה, מידת הנזק למשקיעים, מידת הכישלון של מערכי ההגנה הפנימיים, המהירות והאפקטיביות של תגובת החברה, מידת העצמאיות של החקירה הפנימית לבירור נסיבות ההפרה, הפעולות שנקטה החברה למניעת הישנות ההפרה, ומידת שיתוף הפעולה של החברה עם ה-SEC.⁴⁴

דוח ה-SEC בעניין **Seaboard** היה חדשני בשני מובנים עיקריים: ראשית, ההחלטה היוותה את ההנחיה הכתובה הראשונה של ה-SEC לחברות תחת חקירה, ובכך הסירה את ענן המסתורין שאפף עד אז את החלטות ה-SEC בנושאי אכיפה וציות. שנית, וכאן גלומה לטעמנו חשיבותה של ההחלטה, המקרה הדגים באופן מוחשי, כי חברה המשתפת פעולה באופן מלא עם ה-SEC, יכולה - בהינתן הנסיבות המתאימות - למנוע מעצמה הליכי אכיפה כלשהם, גם כאשר ההפרות אשר בוצעו בחברה ועל ידי החברה הן חמורות ביותר. בכך, יצרה ה-SEC תמריץ חיובי משמעותי ביותר עבור חברות ועבור

⁴³ <http://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm>

⁴⁴ יצוין, כי בשנים שלאחר פרשת **Seaboard**, פורסמו מספר החלטות במקרים דומים, שבהם ה-SEC בחרה להעניש בחומרה תאגידים אמריקאים, כאשר הנימוק המרכזי והמפורש היה היעדר שיתוף פעולה מלא בחקירה, מצד החברה הנחקרת; ראו לדוגמה ההסדר שנחתם עם חברת Xerox Corporation בשנת 2002, שכלל, מלבד תביעה כנגד התאגיד בבית משפט פדרלי בגין עוולות הונאה, גם קנס בגובה תקדימי לאותה תקופה, של כ-10 מיליון דולר. ראו:

<http://www.sec.gov/litigation/complaints/complr17465.htm>

הגורמים המפקחים והמנהלים הבכירים בחברות, לפתח תכנית אכיפה פנימית אשר תאפשר לחברה לאתר בעצמה הפרות חוק ולהגיב בשיטתיות ובנחישות על מנת להפסיק את ההפרה ולהפיק לקחים אשר יאפשרו את מניעת הישנותה.

יתרה מזאת, אנו סבורים, כי גדולתה האמיתית של ההחלטה שניתנה בעניין Seaboard נעוצה באמירה המשתמעת של ה-SEC, כי בנסיבות מסוימות, **דווקא הימנעות מנקיטת פעולות אכיפה על ידי הרגולטור יכולה להגביר את ההגנה על ציבור המשקיעים**. זאת, תוך שבירת הפרדיגמה המקובלת בקרב גופי אכיפה בארץ ובעולם, לפיה אי-נקיטת פעולות אכיפה כנגד תאגידים מנוגדת באופן אינהרנטי לאינטרס של ציבור המשקיעים. לעניות דעתנו, דברים אלה נכונים במיוחד בתחום דיני ניירות הערך. מטרתו העיקרית של הרגולטור בתחום זה הינה "שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך"⁴⁵. מושכלות יסוד הן, כי שמירה זו על ציבור המשקיעים נעשית באמצעות הטלת חובת גילוי על חברות שניירות הערך שלהן נסחרות בציבור או מוצעות למסחר על ידי הציבור. ובלשונו של בית המשפט העליון:

"עקרון הגילוי הנאות בשוק ההון הוא אבן פינה במכלול הכללים המעצבים את דרכי הפעילות בשוק זה. בלעדיו לא תתכן מערכת אמון בין המשקיע לבין מנגנון השוק, וללא אמון זה מתערערים יסודותיו של שוק זה.

עקרון הגילוי הנאות, משמעו מסירת פרטי מידע מלאים ומדויקים על מצבו העסקי ועל פעולותיו של התאגיד החייב בדיווח, ככל שאלה נדרשים לצורך קבלת החלטות בידי המשקיע הסביר. עקרון הגילוי הנאות מהווה כלל יסוד, בריח תיכון שעליו נשענים יסודותיו של שוק ההון... הגילוי הנאות, שעניינו חשיפה מלאה ועדכנית של מצב התאגיד, הוא אמצעי ההגנה העיקרי על המשקיע הסביר בפעילותו בשוק ההון."⁴⁶

אין רגולטור - טוב, יעיל ויסודי ככל שיהא - אשר מסוגל לחשוף בעצמו את כל המידע הדרוש למשקיע לגבי כל אחת מהחברות הנמצאות תחת פיקוחו. על מנת למלא אחר ייעודו ותפקידו - שמירה על ציבור המשקיעים באמצעות גילוי מידע מהותי למשקיע - על הרגולטור לתמרץ חברות לבדוק את עצמן ולחשוף הפרות חוק כל אימת שהפרות כאלה מתגלות. לעיתים, מבוסס תמריץ זה על הרתעה המושגת בשעה שחברות שלא גילו מידע כנדרש נותנות על כך את הדין. אך לעיתים, כך לימדה אותנו ה-SEC במקרה של Seaboard, מבוסס תמריץ זה על יצירת מציאות משפטית ברורה במסגרתה חברות המאותרות הפרות אשר בוצעו

45. סעיף 2 לחוק ניירות ערך.

46. רע"פ 11476/04 מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', פסקאות 119-120 לפסה"ד (21.2.2010), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il

במסגרת פעילותן העסקית אינן חוששות מחשיפת המידע הנדרש למשקיע, ונקיטה בכל הצעדים המתבקשים על מנת למנוע הישנות הפרות שכאלה בעתיד.

ה.3. מקרה WSI: השלכות יישום תכנית אכיפה שנרכשה "מן המדף" והושמה "על המדף"

Wunderlich Securities Inc. (להלן: "WSI") הינו בית השקעות שמרכזו בממפיס, טנסי, שבארצות הברית, העוסק בהענקת שירותי ייעוץ השקעות וברוקראז' ללקוחות מן הציבור בפריסת סניפים רחבה בארצות הברית. בהליך האכיפה המינהלי שהוגש כנגד WSI בשנת 2011 נטען, כי בית ההשקעות הפר מספר הוראות חוק בתחום ייעוץ ההשקעות, שעיקרן גביית עמלה שלא כדין מן הלקוחות, אי-מסירת הגילוי הנדרש ללקוחות ובעיקר - אי-קבלת ההסכמות הדרושות מהלקוחות על פי חוק ייעוץ ההשקעות האמריקאי⁴⁷. נוסף על הפרות אלו, נטען כנגד WSI, כי לא אימץ תכנית אכיפה פנימית וקוד אתי כנדרש מבתי השקעות המפוקחים על ידי ה-SEC. במקביל לפתיחה בהליך אכיפה מינהלי כנגד בית ההשקעות, נפתחו הליכים מקבילים גם כנגד קצין הציות באותה תקופה וכנגד המייסד ומנכ"ל בית ההשקעות, שהואשמו בסיוע ובגרימת חלק מההפרות האמורות.

בהחלטה מחודש מאי 2011 קבעה ה-SEC, כי המנכ"ל נושא באחריות הפיקוח הכוללת, כי מתפקידו היה לוודא כי בית ההשקעות עומד בכל חובותיו הרגולטוריות וכי בעצם מינויו של קצין ציות הנעדר ניסיון ממשי ברגולציה הרלוונטית לתחום עיסוקו של WSI יש משום הפרת אחריות זו. מן ההחלטה עולה, כי מספר חודשים לפני שבית ההשקעות נרשם במרשמי ה-SEC כגוף המורשה לפעול בתחומי ייעוץ השקעות (בנוסף לעיסוקו הקיים בתחום הברוקראז'), רכש קצין הציות תכנית אכיפה "מן המדף" בנושא ייעוץ השקעות, וזאת בידיעה ובהסכמת המנכ"ל. "תכנית מדף" זו כללה מספר דוגמאות לנהלים מומלצים ופרוצדורות רלוונטיות לפעילות של ייעוץ השקעות והיא צורפה למדריך שבו החזיק כבר בית ההשקעות בהקשר של פעילות הברוקראז' של החברה. דא עקא, כי בית ההשקעות לא יצק כל תוכן ממשי לנהלים אלה ולא הייתה בהם התייחסות לאופי הספציפי של פעילות בית ההשקעות - ייעוץ השקעות וברוקראז'. בשנת 2007 שכר בית ההשקעות את שירותיה של חברה מייעצת במטרה לבחון את מערך האכיפה הפנימית, ובין מסקנותיה של החברה המייעצת, הומלץ לבית ההשקעות לאמץ תכנית אכיפה ברורה, שתהא "תפורה" לפעילות בית ההשקעות ובהתאם לסקר ציות מקדים. חרף המלצות אלה, נמנע בית ההשקעות מלנסח נהלים פנימיים ברורים בהתאם לדרישות הרגולטוריות, ומכיוון שכך גם לא השכיל לאתר ולהפסיק את הפרקטיקות הפסולות אשר השתרשו בבית ההשקעות בקשר עם מגעיו עם הלקוחות.

בהחלטת ה-SEC, אשר התקבלה במסגרת הסדר עם החברה, המנכ"ל וקצין הציות, הודגשה האחריות הכוללת של התאגיד והגורמים המפקחים שבו להבטיח כי כל הדרישות הרגולטוריות הרלוונטיות מקוימות, לרבות אימוץ תכנית אכיפה פנימית וקוד אתי. בהתבסס על האמור, הושתו על שלושת הנתבעים עיצומים כספיים כבדים, ובית ההשקעות התחייב לממן יועץ עצמאי בתחום האכיפה הפנימית והציות אשר יבצע ביקורות תקופתיות במשך שלוש שנים מיום אישור ההסדר. החלטה זו מבוססת על חובה פוזיטיבית בדין החל על בתי השקעות בארצות הברית - לגבש ולאמץ תכניות אכיפה פנימית (חובה שאינה קיימת כיום, כשמדובר במשטר החל על חברות שהנפיקו ניירות ערך לציבור). אך יחד עם זאת, החלטה זו מדגימה את החשיבות שבתהליך גיבוש ואימוץ תכנית האכיפה, ולא פחות מכך, בהטמעתה ובהפיכתה לגורם בעל השפעה ממשית על אופן התנהלות התאגיד. עצם קיומו של מסמך הנושא את הכותרת "תכנית אכיפה פנימית" אין בו ולא כלום, כאשר מדובר בקליפה ריקה מתוכן וריקה מהשפעה על הנעשה בתאגיד.

4ה. מקרה Morgan Stanley: על כוחה האדיר של תכנית אכיפה אפקטיבית

במקרה זה, הואשם והורשע בכיר לשעבר ב-Morgan Stanley - תאגיד הענק האמריקאי, באפריל 2012, בביצוע עבירות לפי ה-U.S. Foreign Corrupt Practices Act המכונה בקיצור "FCPA", והאושר על מתן שוחד לפקידים זרים. כפי שעלה בחקירת המקרה, אימצה Morgan Stanley תכנית אכיפה פנימית אשר נוהלה באופן שוטף ויסודי, ועובדה זו היא שגרמה לתביעה הפדראלית ול-SEC, שלא לנקוט בהליכים כלשהם כנגד Morgan Stanley.

כתב האישים שהוגש על ידי התביעה הפדרלית, כמו גם התביעה האזרחית שהוגשה על ידי ה-SEC (להלן: "תביעת ה-SEC"), התבססו על מערכת יחסים שפיתח מנהל סניף Morgan Stanley בסין עם פקיד ציבור סיני אשר ניהל, באמצעות תאגיד בבעלות ובשליטת המדינה, נכסי נדל"ן עבור מחוז בשנחאי. בין השנים 2004 ל-2007 העביר הבכיר מ-Morgan Stanley לפקיד הסיני תשלומים בסכומי כסף משמעותיים כשוחזר בעד קידום השקעות נדל"ן של Morgan Stanley. בהודעה שפרסם משרד המשפטים האמריקאי בקשר עם פרשה זו הודגש, כי אותו מנהל סניף הודה, כי ניסה לחמוק ממערכות הבקרה הפנימיות שהיו ב-Morgan Stanley ובכך מעל בחובתו כנושא משרה בבית ההשקעות הענק.⁴⁸ בנוסף, מכיוון שה-FCPA קובע גם סנקציות בתחום דיני ניירות ערך חתם אותו בכיר על הסדר גם עם ה-SEC, שבמסגרתו, בין היתר,

48. להרחבה ראו גם את הפרסום הרשמי של משרד המשפטים האמריקאי: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>

הורחק לצמיתות משוק ההון וחוייב לשלם קנס בגובה של למעלה מ-3 מיליון דולר.⁴⁹

בשל נסיבות המקרה, ובהתחשב בעמדתו הבכירה של מנהל הסניף, יכולים היו התביעה הפדרלית וה-SEC לפתוח בהליכים כנגד Morgan Stanley עצמה בגין הפרות חוק חמורות ביותר. ברם, רשויות האכיפה הפדרליות בחרו שלא לעשות כן, כשהטעם המרכזי להחלטה זו היה אימוצה ויישומה של תכנית אכיפה פנימית, מבעוד מועד, והפעלתה באופן ראוי ומקיף. נימוק זה הודגש בהודעות שפרסמו התביעה הפדרלית וה-SEC בעניין זה, כפי שניתן לראות, לדוגמה, בציטוט הבא:

"After considering all the available facts and circumstances, including that Morgan Stanley constructed and maintained a system of internal controls, which provided reasonable assurances that its employees were not bribing government officials, the Department of Justice declined to bring any enforcement action against Morgan Stanley related to Peterson's conduct. The company voluntarily disclosed this matter and has cooperated throughout the department's investigation."⁵⁰

יתרה מזאת. הן בכתב האישום שהוגש כנגד מנהל הסניף והן בתביעת ה-SEC כנגדו, יוחד פרק נפרד, אשר השתרע על פני מספר עמודים, ובו תיאור מפורט של תכנית האכיפה שאימץ Morgan Stanley בתחום מניעת שחיתויות ושחיד פקידים זרים. פירוט זה שירת מטרה כפולה: מחד, באופן זה הבהירו רשויות האכיפה הפדרליות האמורות, כיצד לדעתן צריכה תכנית אכיפה פנימית להיראות ואיך היא צריכה לעבוד כדי שתוכר כתכנית אכיפה אפקטיבית המצדיקה את אי-העמדת התאגיד לדין; ומאידך, השתמשו רשויות האכיפה בהדרכות שעבר אותו מנהל סניף, בנהלים הפנימיים להם היה כפוף ובחומרים הרבים שהיה עליו לקרוא ולחתום עליהם, כדי להוכיח כי אותו מנהל סניף היה מודע היטב לחומרת מעשיו וכי היה מודע לכך שהמדובר במעשים האסורים על פי חוק ועל פי נהלי Morgan Stanley. כך למשל, בחרו רשויות האכיפה הפדרליות להדגיש, בין היתר, את הנסיבות המפורטות להלן:

- הערכת סיכונים ועדכון נהלים באופן תדיר - מכתב האישום ומתביעת ה-SEC עולה בבירור, כי לתפיסת רשויות האכיפה הפדרליות, תכניות

49. לפירוט נוסף, ראו את (1) הודעת התביעה הפדרלית על ההסדר: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>; (2) כתב האישום: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/petersong/petersong-information.pdf>; וכן (3) נוסח התביעה האזרחית שהגישה ה-SEC: <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf>.

50. ראו בסעיף קטן (2) בהערות שוליים 48 לעיל.

אכיפה של תאגידים אינן מוצרים סטטיים. על חברות לשוב ולבחון את הנהלים הפנימיים שלהן, ולעדכן אותם מפעם לפעם, כך שישקפו את אופן ההתנהלות הטוב ביותר ("Best Practice"). במקרה הקונקרטי של Morgan Stanley נמצא, כי החברה אימצה נהלים ברורים המגדירים התנהגות נאותה, בין היתר בכל הקשור באותו תאגיד שבבעלות ובשליטת ממשלת סין, במטרה להבטיח כי עסקאות תיערכנה בתיאום ובאישור ההנהלה ובכך למנוע תשלומים לא ראויים לפקידי ציבור זרים. עוד נמצא, כי Morgan Stanley פעלה לפי אותם נהלים פנימיים, אשר נגעו באופן מפורש באיסור מתן שוחד ובסוגי פעילויות "מועדות לפורענות", כגון: הענקת מתנות, בילויים עסקיים, תשלומים עבור נסיעות, ארוחות וכדומה. נהלים אלה, כך נמצא, עודכנו באופן שוטף, על מנת לשקף התפתחויות רגולטוריות וסיכונים ספציפיים. בנוסף, במסגרת נהלים אלה, קיים Morgan Stanley מערכת בקרה פנימית אשר נועדה להבטיח מתן דין וחשבון (accountability) ביחס לנכסי החברה, וגם בדרך זו למנוע מעובדי החברה להציע, להבטיח או לשלם תמורה כלשהי לפקידי ציבור זרים.

- קיום הדרכות שוטפות** - מכתב האיטום ומתביעת ה-SEC עולה, כי על תאגיד לספק לעובדיו הדרכות שוטפות בנושאי ציות וחקיקה הרלוונטיים לפעילותו, ובמסגרת זו להעביר לעובדים את מחויבותו החד-משמעית של הארגון לציות לחוק בתחומי פעילות אלה. במקרה הקונקרטי של Morgan Stanley, נמצא, כי בין השנים 2002 ל-2008 עבר אותו מנהל סניף בסין לפחות שבע הדרכות בתחום ה-FCPA, והאופן שבו משליך החוק על פעילותו של Morgan Stanley. הדרכות אלה הועברו בצורות שונות, החל מהדרכות פרונטליות, דרך קיום שיחות ועידה בהשתתפות האחראים ב-Morgan Stanley על תחום הציות וה-FCPA, ועד שימוש בלומדות אינטרנטיות אשר פותחו בצורה ייעודית על ידי הארגון. עוד נמצא, כי החברה תרגלה ותדרכה באופן תדיר את עובדיה בנושא הנהלים הפנימיים, וכי למנהל הסניף האמור הופץ לא אחת חומר הדרכה כתוב (שחלקו אף נשמר במשרדו של מנהל הסניף בסין) אשר נגע במישורין ב-FCPA.

- הפצת תזכורות לעובדים** - מן המסמכים שהגישו רשויות האכיפה הפדרליות לבתי המשפט עולה, כי לתפיסתם, תכניות אכיפה אפקטיביות כוללות שימוש בתזכורות פשוטות ולא יקרות כדי "למסמר" את המסר החד-משמעי בדבר חשיבות הציות בתרבות הארגונית של התאגיד. במקרה הקונקרטי של Morgan Stanley, יידע קצין הציות של הארגון את אותו מנהל סניף האמור באופן מפורש, כי עובדיו של התאגיד הסיני אשר ניהל את המקרקעין באחד ממחוזות שנחאי נחשבים ל"פקידים זרים" על פי ה-FCPA, ומשום כך מתן טובות הנאה לעובדי אותו תאגיד סיני ייחשב לשוחד. עוד נמצא, כי במשך השנים שנבדקו, קיבל אותו מנהל סניף לפחות 35 "תזכורות ציות" לגבי ה-FCPA, אשר כללו תכנים ספציפיים, וכי מנהל הסניף בסין נדרש לאשר בכתב כי הוא מציינת

להוראות ה-FCPA, במסמכים שנשמרו בתיקו האישי של המנהל. נוסף על אישורים אלה, נדרשו כל עובדי Morgan Stanley לאשר על בסיס שנתי את המחויבות שלהם לתכנית האכיפה הפנימית של הארגון, אשר כלל פרק ספציפי הנוגע בהוראות ה-FCPA.

- **תיעוד ההדרכות** - מכתב האיטום ותביעת ה-SEC ניכר, כי תנאי להיותה של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית הוא מידת יכולתו של תאגיד לתעד את ההדרכות שהוא מעביר לעובדיו, ולהפיק נתונים בדבר מאמצי האכיפה הפנימית המושקעים בתאגיד. במקרה של Morgan Stanley, תיקו המסמכים הרלוונטיים בצורה שיטתית ומסודרת ממנה ניתן היה לדלות בקלות את כמות ההדרכות שעבר אותו מנהל סניף בסין בקשר ל-FCPA, את כמות התזכורות שקיבל בנושאי ציות לרגולציה הרלוונטית וכיוצא באלה.

- **בקורות פנימיות ובדיקות נאותות (Due Diligence)** - מהמסמכים שהוגשו על ידי רשויות האכיפה הפדרליות לבתי המשפט עולה כי לגישתם, על תאגידי לעקוב אחר העסקאות המבוצעות במסגרת פעילותם ולערוך ביקורות פנימיות אקראיות לצורך זיהוי הפרות חוק, שבהקשר של ה-FCPA, באות לידי ביטוי בצורת מתן טובות הנאה לפקידי ממשל זרים. בעניין זה, על תאגידי לערוך בדיקות נאותות מקיפות לגבי השותפים העסקיים שלהם ולקבוע נהלים מחמירים לגבי תשלומים המבוצעים אליהם ובאמצעותם. במקרה של Morgan Stanley, דרש הארגון מעובדיו - לרבות מאותו מנהל סניף בסין - לתת גילוי מלא אודות הקשרים העסקיים החיצוניים שלהם, על בסיס שנתי, תוך פיקוח קבוע, באמצעות כוח אדם ייעודי ומיומן, על עסקאות המבוצעות ביחידות העסקיות השונות של Morgan Stanley (בין היתר באמצעות ביקורות אקראיות של עובדים ספציפיים), במטרה לזהות תשלומים שאינם נאותים.

- **גילוי וולונטרי ושיתוף פעולה עם הרשויות** - מכתב האיטום ומתביעת ה-SEC עולה, שוב, כי רשויות האכיפה הפדרליות מייחסות משקל רב למידת שיתוף הפעולה של ארגון, שבמסגרת פעילותו בוצעה הפרת חוק, עם גורמי האכיפה החוקרים אותו.

לעניות דעתנו, התנהלותן והחלטותיהן של רשויות האכיפה הפדרליות בפרשיית Morgan Stanley מהוות אבן דרך חשובה ביותר בגיבושם של סטנדרטים ברורים בתחום האכיפה הפנימית וביצירת הוודאות המשפטית הנדרשת כתמריץ לחברות לפעול בשקידה הראויה לכינון של תכניות אכיפה פנימית. במקרה זה, ניצלו התביעה הפדרלית וה-SEC את הפרשיה שהובאה בפניהם כדי להבהיר לקהיליה העסקית, מהי לדעתן תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית ומהי ההגנה שתכניות כאלה מסוגלות להעניק לתאגידי המפעילים אותן כשמבוצעת הפרת חוק. אך כאן, אין המדובר בהצהרות ובמילים גבוהות בעלמא אלא בפעולות שנעשו בשטח,

בין אם על ידי Morgan Stanley שהפעילה תכנית אכיפה פנימית אופרטיבית וממשית, ובין אם על ידי רשויות האכיפה אשר החליטו להימנע מפתיחה בהליכי אכיפה כנגד התאגיד בהתבסס על תכנית האכיפה הפנימית הזו. למעשה, ניתן להבחין בשילוב של שלושה מרכיבים שבאו לידי ביטוי בטיפול הרשויות במקרה של Morgan Stanley, שיש בהם כדי לתמרץ תאגידים להפגין מחויבות גבוהה לתרבות הציות הנוהגת בהם:

(א) התייחסות פומבית ומפורשת לקיומה (או להיעדרה) של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית בחברה;

(ב) ניתוח מפורט לגבי תרומתה (או השפעת היעדרה) של תכנית זו ביחס להתנהלותו הפנימית ותרבותו הארגונית של התאגיד;

(ג) התייחסות מפורשת למשקל ולחשיבות שייחס גוף האכיפה הרלוונטי לקיומה (או להיעדרה) של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית במסגרת החלטתו בעניין אחריות התאגיד ואחריותם של הגורמים המפקחים בתאגיד בגין הפרות החוק שבוצעו בתאגיד. בנוסף, מן הראוי לציין, כי במקרה של Morgan Stanley היו מעורבים שני גופי אכיפה שונים, האחד בעל סמכויות פליליות והשני בעל סמכויות אזרחיות, אך שניהם שלחו מסר אחיד לגבי תוכנה, היקפה ומשקלה של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית, והאופן שבו יובא קיומה של תוכנית כזו בחשבון במסגרת שיקולי האכיפה הנשקלים על ידם. במילים אחרות, על מנת ליצור תמריץ ממשי ואפקטיבי עבור תאגידים לאמץ תכניות אכיפה פנימית הכרח הוא, כי רגולטורים ידברו בשפה ברורה על הנושא, ידברו בשפה אחת על הנושא ולא פחות מכך, כי ינהגו בהתאם לאמירות אלה.

הדוגמאות שהובאו לעיל יוצקות תוכן של ממש להצהרות ולקווים המנחים ששרטטו ופרסמו גופי האכיפה השונים בארצות הברית, ואין לנו ספק כי באמצעותן תרמו גופי אכיפה אלה רבות להתגבשותם של סטנדרטים מוכרים בתחום האכיפה הפנימית ולתיאום ציפיות ברמה הפרקטית ביותר בין ה"מפקחים" לבין ה"מפוקחים". יחד עם זאת, גם בארצות הברית לא תמיד עשו גופי האכיפה די בכדי לתמרץ חברות לאמץ תכניות אכיפה פנימית אפקטיביות ושלא במפתיע - גם שם נעשו טעויות בתחום זה. כפי שהוזכר לעיל, האופן שבו הפעילו גופי האכיפה הפדרליים בארצות הברית את ההנחיות בדבר תכניות אכיפה פנימית עמד במוקד בדיקתה של הוועדה המייעצת. לימוד הלקחים שפרסמה הוועדה חשוב לא פחות מהכרת הדוגמאות שפורטו לעיל, לפיתוח תחום האכיפה הפנימית כאן בארץ.

1. אתגרים והמלצות

תחום האכיפה הפנימית הינו תחום הולך ומתפתח בארצות הברית מאז שנות ה-90 של המאה ה-20, תחום אשר זכה לתשומת לב של הרגולטורים האמריקאים - בפרסומים שונים ובהחלטות בדבר הליכי אכיפה ספציפיים; של בתי המשפט - במסגרת דיונים לגבי תוכן והיקף חובותיהם של דירקטורים ונושאי משרה; ובקרב האקדמיה - במחקרים ובפיתוח תיאוריות המצדיקות או שוללות תחום זה. בנוסף, בתחילת שנת 2011, בחלוף כשני עשורים מפרסום הנחיות ה-FSGO, ולאחר שהתפתחה פרקטיקה בתחום תוכניות האכיפה הפנימית, הוקמה הוועדה המייעצת העצמאית של מרכז המחקר לאתיקה (Ethics Resource Center's Independent Advisory Group)⁵¹ אשר הורכבה מבכירי מערכת האכיפה בדימוס, שופטים ותובעים פדרליים, אנשי אקדמיה ומומחים בתחום האכיפה הפנימית (Compliance). הוועדה המייעצת ביקשה לבחון את אופן היישום בפועל של הנחיות ה-FSGO בשנים שחלפו מאז פרסומן, ולזהות את הטעון שיפור בתחום תוכניות האכיפה הפנימית בתאגידים בארצות הברית. במסגרת הדוח הסופי שפרסמה הוועדה המייעצת בתחילת שנת 2012, תחת הכותרת: " A Call to Action for More Effective Promotion and Recognition of Effective Compliance and Ethics Programs " נדונו באופן מעמיק, בין היתר, האתגרים המשמעותיים בתחום תוכניות האכיפה הפנימית, מתוך כוונה לעורר דיון מחודש בקרב כל הגורמים המרכזיים בתחום (ובכלל זה ה-SEC, משרד המשפטים האמריקאי, התביעה הפדרלית, וכן הנהלות בכירות בתאגידים, בדירקטוריונים וכיו"ב). לעניות דעתנו, האתגרים המרכזיים אשר זוהו על ידי הוועדה המייעצת הינם רלוונטיים גם (ואולי במיוחד) למציאות המשפטית הישראלית, הנמצאת בתחילת דרכה בכל הקשור לאכיפה הפנימית. כפי שהוצג בפרקים הקודמים, מקורות אמריקאים שונים שימשו השראה והכוונה ביצירת התשתית להכרה בתוכניות אכיפה פנימית בארץ, ומכאן שישנו היגיון רב ובריא בלימוד הלקחים שהופקו בארצות הברית לאחר עשרים שנה של התנסות פרקטית בתחום זה.

הלקח הראשון מתוך דוח הוועדה המייעצת שאנו מבקשים להדגיש במאמר זה הינו, כי על גופי האכיפה ובתי המשפט להתייחס לתוכניות האכיפה הפנימיות הקיימות בחברות הנחקרות והעומדות לדין. במסגרת התייחסות זו, יש לבחון את התקיימותן ויישומן של ההנחיות הרגולטוריות הרלוונטיות (בישראל, לדוגמה, יהיה זה "מסמך הקריטריונים"), בפרט ביחס לחברות גדולות. על פי ממצאי הוועדה המייעצת, בעשרים השנים שחלפו מאז אומצו הנחיות ה-FSGO, נשפטו בארצות הברית 3,433 תאגידים, אך רק לגבי חמישה(!) מהם, היתה התייחסות פומבית כלשהי לתכנית האכיפה שאימצו.⁵² כפועל יוצא, קשה מאוד לדעת, באיזו מידה תוגמלו תאגידים בגין

51. ה-Ethics Resource Center (ה-ERC) הינו מוסד ללא כוונת רווח המוקדש למחקר עצמאי ולקידום סטנדרטיים אתיים גבוהים בארגונים ציבוריים ופרטיים. ראו גם באתר האינטרנט: <http://www.ethics.org>.

52. על פי ההערכות, מדובר בחברות קטנות יחסית, שלא היו להן תוכניות אכיפה מקיפות ומורכבות כדוגמת אלו שאומצו על-ידי החברות הגדולות; ראו: United States Sentencing Commission, FY 1992- FY 2010, וכן ראו בעמוד 37 לדוח הוועדה המייעצת.

אימוץ תכנית אכיפה אפקטיבית. יתרה מזאת, מיעוט בהתייחסות לתכניות אכיפה פנימית, מצד גופי האכיפה ובתי המשפט, עלול להעביר מסר לפיו אין המדובר בגורם בעל משמעות ממשית לצורך הליכי אכיפה פליליים ואחרים, וכפועל יוצא - להביא לנסיגת חברות ממחויבותן לתכניות האכיפה שכבר אומצו. ברי, כי אין זה המסר הרצוי במחוזותינו.

דומה, כי המדובר בלקח רלוונטי מאוד לישראל. אין צורך להמתין עשרים שנה, ואפשר (ואף רצוי) כבר עתה להפוך את קיומן של תכניות אכיפה פנימית לגורם משמעותי בהחלטת גורמי האכיפה השונים בבואם לבחון את אחריותם של התאגיד ונושאי המשרה הבכירים בו. ודוק, עצם קיומה של תכנית אכיפה פנימית בחברה אינו מחייב כי המדובר בתכנית אכיפה אפקטיבית, שנהליה הועברו כראוי לכלל עובדי התאגיד וכי החברה והעובדים מטעמה או בשמה אכן נוהגים על פיה הלכה למעשה. משכך, אין די באזכורה של תכנית אכיפה במסגרת החלטת גורמי האכיפה הרלוונטיים או בית המשפט, ויש מקום לניתוח התכנית ומידת תרומתה לזיהוי הפרות ולמניעתן, בדומה לאופן שבו פעלו התביעה הפדרלית וה-SEC בפרשת **Morgan Stanley**.⁵³ בעניין זה, המליצה הוועדה המייעצת למשרד המשפטים האמריקאי להנחות את תובעיה בדבר האופן שבו אמורה תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית, שהוכנה מבעוד מועד, להשפיע על תנאי הסדרי טיעון הנכרתים עם תאגידים.⁵³ אנו סבורים, כי המלצה זו יפה גם למקומותינו, אם במסגרת הנחיות פרקליט המדינה או במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המסדירות את התנהלות התביעה הכללית בארץ והמתפרסמות באתר משרד המשפטים.⁵⁴

הלקח השני מתוך דוח הוועדה המייעצת הינו, כי יש למנוע עד כמה שניתן חוסר עקביות מצד הרגולטורים השונים ביחס לתכניות אכיפה פנימית. הוועדה המייעצת המליצה בהקשר זה לקבוע הנחיות ברורות ומכניזם קבוע אשר ינחה את מנגנוני הרגולציה השונים ביחס לתכניות אכיפה פנימית. בהעדר מכניזם כזה, קשה מאוד לדעת, מה מחפשים הרגולטורים בבואם להעריך את אפקטיביות תכניות האכיפה בתחומים המפוקחים על ידם (כגון: הגבלים עסקיים, איכות הסביבה, ניירות ערך ועוד).⁵⁵ יתרה מזאת, דרישות שונות, מצד רגולטורים שונים עלולות לגרום לבלבול בקרב תאגידים אשר ישפיע לרעה על האופן שבו מוטמעות תכניות אכיפה.

בארץ, היתה זו הרשות להגבלים עסקיים אשר הכירה לראשונה בצורך באכיפה פנימית בתאגידים. אך עם השנים דומה כי יוזמה ברוכה זו נזנחה על ידי הרשות להגבלים עסקיים, מבלי שהיכתה שורשים עמוקים בתרבות התאגידית בישראל. לאחר מכן, הגיעה תורה של רשות ניירות ערך, שבמקביל לחקיקת חוק האכיפה המינהלית, פרסמה את "מסמך הקריטריונים" אשר גרם לחברות ציבוריות רבות

53. ראו בעמ' 85-88 לדוח הוועדה המייעצת.

54. למאגר הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ראו: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/YoezMespati/HanchayotNew/>; למאגר הנחיות פרקליט המדינה, ראו: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/PraklitotHamedina/HanchayotPM/>.

55. ראו למשל בעמ' 88-89 לדוח הוועדה המייעצת.

להשקיע זמן ומשאבים בגיבוש ובאימוץ תכניות אכיפה פנימית. דא עקא, כי הפרקליטות הפלילית, המקבלת לידיה את התיקים הפליליים הנחקרים על ידי הרשות, נמנעה, מסיבותיה ומשיקוליה, מלתמוך באופן פומבי ב"מסמך הקריטריונים" והותירה את שוק ההון לתהות ולנחש, כיצד תתייחס לתכניות אכיפה פנימית במסגרת ההחלטה הרת הגורל אם להעמיד לדין תאגיד כזה או אחר או את מנהליו. ברור, כי בכך, נפגם התמריץ שהיה לחברות המפוקחות על ידי רשות ניירות ערך לאמץ תכניות אכיפה. אנו סבורים, כי גם כאן משמשת פרשיית **Morgan Stanley**⁵⁶ דוגמה מוצלחת לאופן שבו שני גופי אכיפה שונים חוברים יחדיו על מנת להעביר מסר אחיד וברור לגבי מרכיביה של תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית. אין סיבה ששיתוף פעולה מסוג זה לא יתקיים גם בארץ, לטובת הקהילה העסקית וציבור המשקיעים כולו.

הלקח השלישי מתוך דוח הוועדה המייעצת נוגע בחשש שהובע בדוח ולפיו תכניות אכיפה פנימית רבות אינן ממצות את הפוטנציאל הגלום בהן מכיוון שדרישות הרגולטור בתחום האכיפה הפנימית לא תמיד מובנות דיין. הוועדה המייעצת מצאה מתאם חיובי בין יכולתם של מנהלים בכירים בחברות לאמץ וליישם תכניות אכיפה אפקטיביות לבין יכולתם להבין את הפעולות הספציפיות ואת ההחלטות המצופות מהם.⁵⁷ על מנת ליתן מענה לממצא זה, המליצה הוועדה על עדכון וחיידוש ההנחיות הקשורות לבקורות ולנהלים פנימיים, תוך התאמתן להתפתחויות בעולם העסקי. אולם, באותה עת, יש לאפשר למנהלים הבכירים בתאגיד לנהל את החברה על פי הבנתם ולתת להם את האוטונומיה הדרושה לעשות זאת. נגזרת הדברים היא, כי בנסיבות מסוימות מותר לטעות, ועצם קיומה של טעות אינו מעיד בהכרח על קריסת מערכת הבקורות הפנימיות בתאגיד או אי-תפקודה. יתרה מזאת, מכיוון שטעויות הן בלתי נמנעות (וכפי שידוע לכל "מי שלא עושה - לא טועה"), על הרגולטור לעודד חברות ומנהליהן לאתר באופן פעיל טעויות ולא לחשוש מחשיפתן ותיקונן בנחישות ובמהירות. זהו הלקח המרכזי הנלמד מפרשיית **Seaboard**⁵⁸ אשר פורטה לעיל, ונדמה כי יש טעם והיגיון כי גם הרגולטורים בארץ יפעלו באופן דומה, ויעודדו את הגופים המפוקחים על ידם לחשוף טעויות מבלי לחשוש כי ייענשו בשל כך.

בהקשר זה, רגולטורים יכולים לחדד את הנחיותיהם באשר לאופן שבו על תאגידים להטמיע ולקיים תכניות אכיפה פנימית. כך למשל, בספרות המקצועית בארצות הברית הוצע, כי תכניות אכיפה פנימית צריכות לשמש תאגידים כרכיב בהערכת עובדיהם, אך באופן שאינו מצומצם ללשון התכנית אלא גם לרוחה, כך שתאגידים יתגמלו עובדים בגין התנהלות מוסרית יותר וישרה יותר.⁵⁹ מכיוון שמדובר בהנחיה העשויה להיות קשה להבנה ובוודאי קשה להטמעה ויישום, יש טעם והיגיון בכך

56. ראו בפרק 4 למאמר לעיל.

57. ראו בעמוד 5 לדוח הוועדה המייעצת.

58. ראו בפרק 2 למאמר לעיל.

59. ראו בעמוד 100 לדוח הוועדה המייעצת.

Heineman, B. W. High Performance with High Integrity (pp. 94-99), Boston, MA: Harvard Business Press (2008).

שגופי האכיפה הרלוונטיים יתנו את דעתם לשאיפה זו, ועל האופן שבו הגופים המפוקחים על ידם יכולים להגשים אותה. דוגמה נוספת לדרישה של הרגולטור שיכולה להיות מפורשת בדרכים שונות, היא הדרישה לעריכת חקירה פנימית יעילה ומקיפה כאשר מתעורר חשש להפרת חוק. בעניין זה - בוודאי בישראל, מקום שבו טרם התפתחו סטנדרטים ברורים וידועים לגבי האופן שבו יש לערוך חקירה פנימית שכזו - מן הראוי שגופי האכיפה יפרסמו הנחיות ברורות אשר יתנו את האופן הראוי שבו יש לעשות זאת ("Best Practice").

לסיום, הלקח הרביעי שבחרנו להביא מתוך דוח הוועדה המייעצת הינו הצורך במומחיות ובהיכרות מספקת עם תחום הציות והאכיפה הפנימית. ואם נכונים הדברים בארצות הברית, לאחר עשרים שנות אכיפה פנימית, הרי שהדברים נכונים שבעתיים בשוק הישראלי, המצוי בשלבי הראשונים של בחינת תחום זה. בהקשר זה, המליצה הוועדה המייעצת על תמרוץ תאגידים לנסות ולוודא, כי יש בידיהם המומחיות המספקת לצורך בנייתה והפעלתה של תכנית אכיפה פנימית, ולא פחות חשוב מכך - פיתוח מומחיות זו גם בקרב הרגולטורים וגופי אכיפת החוק.⁶⁰ רק בדרך זו ניתן יהיה לפתח דיאלוג פורה בין "מפקח" ל"מפוקח" בהקשר הספציפי של אפקטיביות האכיפה הפנימית בתאגידים, דיאלוג אשר אין ספק בליבנו כי יתרום רבות לפיתוח המקצועיות בתחום זה ולשיפור איכות האכיפה הפנימית בתאגידים.

2. סיכום דבר

במאמרנו זה ביקשנו להצביע על כמה מהצמתים המרכזיים בתחום האכיפה הפנימית בארצות הברית בשני העשורים האחרונים, שבמהלכם קרם התחום עור וגידים, תוך התמקדות בדרכים שבהן השתמשו גופי האכיפה האמריקאים על מנת לתמרץ תאגידים לגלות מחויבות אמיתית, כנה, ורצינית למערך הציות והאכיפה הפנימית בתאגידים. סקירה וניתוח אלה לא נעשו אך לשם סיפוק סקרנות אקדמית גרידא, אלא תכליתם העיקרית הינה להאיר את עיני העוסקים בתחום זה בישראל, בהעדר ניסיון פרקטי עשיר באשר לאופן שבו ניתן להיעזר בתכניות אכיפה פנימית. כפי שהראינו, קיימת חשיבות רבה להתבטאויות פומביות ומפורטות בתחום, ומבחינה זו - טוב עשתה רשות ניירות ערך בפרסום "מסמך הקריטריונים", אשר ביחד עם חוק האכיפה המינהלית נתן דחיפה משמעותית לעיסוק בתחום האכיפה הפנימית בארץ. אולם, כפי שהובהר לעיל, בהצהרות אין די, ועתה - לאחר שחברות רבות אימצו תכניות אכיפה פנימית - הגיעה השעה, במסגרתה תעמוד למבחן מידת הרצינות שיפגינו התאגידים שאמצו תכניות אכיפה בהפעלתה הלכה למעשה, ותיבחן מידת הרצינות והיסודיות של הרשות (ובשאיפה גם גופי אכיפה נוספים) בהתייחסותה לתכניות אכיפה אלה, בייחוד תכניות שהופעלו ברצינות ובצורה אפקטיבית. אין, ולא יכולה להיות, תכנית אכיפה פנימית אשר תמנע לחלוטין הפרות, ולכן ברור, כי עצם קיומה של הפרה אינו מעיד על היעדר אפקטיביות של תכנית האכיפה הפנימית. על

60. ראו למשל, פסקה d בעמוד 79 וכן פסקה a שבעמוד 90 לדוח הוועדה המייעצת.

מנת להעריך אפקטיביות של תכנית, על גופי האכיפה הרלוונטיים לבחון את הפעלתה בעת החקירה או הברור העובדתי בגין ההפרה, ולתת פומבי לממצאיהם ולמסקנותיהם. בדרך זו, יתרמו גופי האכיפה לקביעת סטנדרטים ברורים בתחום, אשר יביאו עמם הפעלה ראויה של תכניות אכיפה פנימית טובות.

כאן בארץ אנו מצויים, כאמור, בתחילת הדרך. בארצות הברית כבר הופקו לקחים על ידי הממשל הפדרלי לאחר עשרים שנות אכיפה פנימית. יחד עם זאת, כפי שהודגם לעיל, קיים דמיון רב בין הקריטריונים שפרסמה רשות נירות ערך בעניין תכניות אכיפה אפקטיביות להנחיות ולקריטריונים שפרסמו גופי אכיפה אמריקאים בתחום זה. המדובר בתחום שהצטבר אודותיו ידע רב, הן אקדמי והן מעשי, ואך מתבקש הוא, שהפרקטיקה והאקדמיה הישראלית יטו אוזניהן וישאפו ללמוד מהנעשה בארצות הברית בעניין זה, תוך אימוץ הטוב והישמרות מפני הרע. אנו תקווה, כי במאמרנו זה תרמנו, ולו במעט, לתהליך למידה חשוב זה.