

BARNEA

Barnea. Further together

איך זה נראה כשזה מצליח – תפקיד האכיפה הפנימית בהליכי אכיפה "חיצוניים"

ד"ר צבי גבאי, ראש מחלקת שוק הון, משרד ברנע ג'פה לנדה ושות'

13 בינואר 2020

- מנגנוני ציות אפקטיביים: אמצעי להשגת המטרה – ארגון בעל תרבות ציות גבוהה.
- תכנית אכיפה פנימית - כלי נפוץ וזמין עבור תאגידים לצורך איתור ומניעת הפרות של הוראות הדינים השונים.
- מנגנון וולונטרי, אשר מאומץ ומיושם על ידי תאגידים באופן שוטף.
- אימוץ ויישום אפקטיבי של תכנית אכיפה פנימית יעילה ייצקף לזכות החברה ונושאי המשרה בה, ויישקל על ידי גופי האכיפה בבואם להפעיל את סמכויותיהם.

תזכורת - תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית

USSG § 8B2.1 – EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAM

- מדריך הענישה האמריקאי ("Guidelines Manual") מתווה את הדרך לבתי המשפט בארה"ב להכיר באופן רשמי בקיומם של מנגנוני ציות אפקטיביים כשיקול בענישה.
- על מנת "לזכות" בנקודות זכות, אשר יפחיתו מחומרת העונש, על התאגיד להוכיח קיומה של תכנית ציות ואתיקה אפקטיבית, ובין היתר, יהיה עליו:
"exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law"
- מבחינת המחוקק והרגולטורים בארה"ב, כישלון למנוע או לאתר הפרה במקרה נקודתי אינו מצביע על כך שתכנית האכיפה אינה אפקטיבית במניעה ואיתור התנהגות פלילית.

הדרכות - איזו בדיקה נעשתה בחברה על מנת להחליט אילו עובדים צריכים לקבל הדרכה על אילו נושאים?

אחריות אישית - האם מנהלים נשאו באחריות אישית על התנהגות מפרה שהתרחשה תחת פיקוחם?

מנהיגות - האם לדירקטוריון החברה הייתה גישה למומחים בנושא אכיפה וציות?

01

02

03

הקריטריונים של ה-DOJ למדידת אפקטיביות

יועצת מיוחדת אשר נשכרה על ידי ה-DOJ לטובת הנושא, ניסחה שאלות שעל תובעים לשקול בבואם להעריך מאמצי אכיפה הנעשים בארגון מסוים.

הרשימה הייתה מגוונת וכללה שאלות כגון:

הנהלה בכירה ודרג ביניים – האם נושאי המשרה הבכירים, באמצעות דבריהם ופעולותיהם, תמכו או פעלו למגר את סוג ההתנהגות המפרה?

01

אוטונומיה ומשאבים – כמה משאבים הושקעו באנשים שאמונים על ציות ואכיפה? האם היו פעולות שלא יצאו לפועל, שונו או נבחנו ביתר קפידה כתוצאה של מאמצי אכיפה פנימיים?

02

נהלים – כיצד החברה מעריכה האם נהלים ומדיניות פנימית נאכפו בצורה אפקטיבית?

03

ניהול סיכונים – מהי המתודולוגיה בה השתמשה החברה על מנת לזהות, לנתח ולטפל בסיכונים שעמדו בפניה? איזה סוג מידע אספה החברה על מנת לזהות את סוג ההתנהגות המפרה?

04

הדרכות ותקשורת – כיצד העריכה החברה האם עובדיה יודעים מתי עליהם להתייעץ עם גורמים מומחים? כיצד מדדה החברה את אפקטיביות ההדרכות לעובדיה?

05

הקריטריונים של ה-DOJ למדידת אפקטיביות

NPAs and DPAs

- בארה"ב קיימת פרקטיקה מרובת שנים לפיה רשויות האכיפה השונות (לדוגמה, ה-DOJ וה-SEC), מכוח סמכותן הכללית להתקשר בהסכמים, מתקשרות בהסכם עם התאגיד החשוד בהפרה, שלא לפתוח בהליכים פליליים או מנהליים או שלא להמשיכם, תחת תנאים מסוימים הנקבעים בהסכם.
- הסכמים אלו מכונים Deferred prosecution agreements ("DPAs") ו- Non-prosecution agreements ("NPAs"). בהסכמים מסוג DPA, כתב אישום כבר הוגש לבית המשפט המתאים על ידי התביעה. בהסכמים מסוג NPA, טרם הוגש כתב אישום רשמי.

נמצא כי
תכנית
האכיפה
אפקטיבית,
מה עכשיו?

NPAs and DPAs

- סעיף 9-28.1000 ל - U.S. Attorneys' Manual, תחת החלק העוסק בהעמדה לדין פלילי של תאגיד, מתווה את הדרך לתובעים הפדראליים לשקול את קיומה ויעילותה של תכנית אנכיפה פנימית כשיקול בהחלטה להעמיד לדין וכן בהחלטה האם לסיים את ההליך בדרכים חלופיות:

"Although neither a corporation nor an individual target may avoid prosecution merely by paying a sum of money, a prosecutor may consider the corporation's willingness to make restitution and steps already taken to do so. A prosecutor may also consider other remedial actions, such as **improving an existing compliance program or disciplining wrongdoers**, in determining whether to charge the corporation and how to resolve corporate criminal cases

נמצא כי
תכנית
האנכיפה
אפקטיבית,
מה עכשיו?

DPAs

- רשות ניירות ערך האמריקאית (ה-SEC) התוותה **ארבעה קריטריונים** לקבלת ההחלטה להתקשר בהסכם מסוג DPA:
- **נקיטת פעולות באופן עצמאי על ידי התאגיד** טרם גילוי ההפרה על ידי הרשות, הכוללת ביסוס של הליכי ציות אפקטיביים.
- **דיווח עצמאי** אודות ההפרה נשוא ההליך, הכולל בחינה מעמיקה של טיב ההפרה, היקפה, מקורה והשלכותיה, על מנת לדווח בצורה התכופה ביותר לציבור, לרשויות ולארגונים בעלי רגולציה עצמית.
- **תיקון**, לרבות פיטורים או הליכים משמעותיים כנגד עובדים שביצעו הפרות; שינוי ושיפור בקרות ונהלים פנימיים למניעת הישנות ההתנהגות, ופיצוי נאות של הנפגעים מההפרה.
- **שיתוף פעולה עם רשויות החוק**, תוך העברת כלל המידע הרלוונטי אודות ההפרה.

DPAs

- בעניין **Gisela de Leon-Meredith**, Exchange Act Release No. 44970 (23.10.2001) התוותה רשות ניירות ערך האמריקאית (ה-SEC) כללי אצבע לאורם יש לבחון את קיומם של ארבעת הקריטריונים, אשר ביניהם:
 - הדרך בה נוצרה ההפרה – האם זו תוצאה של לחץ על עובדי התאגיד להשגת תוצאות ספציפיות? מדיניות של הפקרות שנקבעה על ידי מנהיגי התאגיד? **אילו נהלים פנימיים היו קיימים** שמטרתם הייתה למנוע את ההתנהגות הבלתי הולמת? **מדוע ההליכים שהותוו בנהלים לא הצליחו** לעצור את ההתנהגות?
 - גילוי ההפרה – **כיצד התגלתה ההתנהגות** הלא הולמת ועל ידי מי?
 - עיתוי תגובת התאגיד – כמה זמן לאחר גילוי ההפרה בוצעה **תגובה אפקטיבית מצד התאגיד**?
 - פעולות מרפאות – **באילו צעדים נקט התאגיד לאחר גילוי ההפרה**? האם ההתנהגות הלא ראויה הופסקה מיד על ידי התאגיד? האם היה גילוי מצד התאגיד כלפי הציבור, הרגולטורים?

BARNEA



- DPAs
דוגמאות





באוגוסט 2005 KPMG התקשרה ב-DPA עם ה-DOJ, במסגרתו ניתן קנס של \$456 מיליון בגין עבירות פליליות הקשורות להונאת המס הגדולה ביותר (נכון לעת ההיא).

ללא קשר להסכם, תשעה אנשים כולל שישה מנהלים לשעבר בחברה הועמדו לדין פלילי. הטענות כלפיהם היו בקשר עם יצירת, שיווק וביצוע הונאתי של מקלטי מס.

החברה הודתה בהונאה אשר הניבה לפחות \$11 ביליון בהפסדי מס מזויפים, ועלתה לארה"ב לפחות \$2.5 ביליון בהתחמקות מתשלום מס.

DPAs - דוגמאות



כחלק מההסכם, יחולו הגבלות ללא מגבלת זמן על עבודת החברה הנוגעת למיסוי, לרבות חיסול שני תחומי עיסוק - ייעוץ מס עבור פרטים בעלי אמצעים, ועמידה בסטנדרטים גבוהים במיוחד בכל הנוגע למתן חוות דעת והחזרי מס.

ההסכם דרש מהחברה ליישם ולתחזק תכנית ציות ואתיקה אפקטיבית, **להסכים למינוי מוניטור עצמאי על ידי הרשות אשר יפקח על העמידה של החברה בתנאי ההסכם.**

DPAs - דוגמאות

Regions Financial Corporation (2014): ה-SEC הגישה תביעה בגין הונאה שביצעו שלושה מנהלים בכירים בתאגיד, בכך שסיווגו בכוונה הלוואות בגובה 168 מיליון דולר כהכנסות של החברה. באותה עת, החברה לא קיימה בקרות חשבונאיות נאותות. חרף חומרת המעשים הנטענים, ה-SEC התקשרה בהסכם DPA עם החברה על בסיס שיתוף הפעולה שלה ועל בסיס כך שהחברה נטלה על עצמה פעולות מתקנות מקיפות, כולל יצירת חטיבת נכסים חדשה עם מנהלים חדשים.

DPAs - דוגמאות



Walmart Inc. (2019): החברה הואשמה בהפרות של ה- Foreign Corrupt Practices Act שהתרחשו, בין היתר, במקסיקו, ברזיל, סין והודו. ה-DOJ וה-SEC התקשרו ב-NPA עם החברה לפיו לא יפתח נגדה הליך פלילי והליך מנהלי, זאת בתמורה ל-\$144.7 מיליון ול-\$138 מיליון, בהתאמה. בנוסף, **כלל ההסכם עם ה-DOJ כללו מינוי מוניטור עצמאי למשך שנתיים.**

החברה לא קיבלה נקודות זכות בגין גילוי וולונטרי שכן לא דיווחה לרשות מבעוד מועד על ההתנהגות מושא ההפרה.

החברה קיבלה את מלוא הקרדיט בגין שיתוף פעולה בחקירה הנוגעת לברזיל, סין והודו, וקרדיט חלקי בגין שיתוף פעולה בנוגע לחקירה במקסיקו. שיתוף הפעולה המלא כלל ניהול חקירה פנימית יסודית, זיהוי ייזום של נושאים אשר לרשות יהיה עניין בהם וכן סיפקה עדכונים שוטפים לרשות וסיפקה מידע באופן שוטף.

NPAs - דוגמאות

Monitor: NPAs – DPAs

- מוניטור עצמאי - פונקציה הממונה בדרך כלל על ידי התאגיד החשוד במסגרת NPAs ו- DPAs
- תפקידו להעריך ולפקח על מערך הציות בתאגיד, ולוודא כי התאגיד עומד בתנאי ההסכם
- ב-2008, מי שהיה אז סגן התובע הכללי בארה"ב, Morford פרסם מזכר שנועד להכווין את התובעים בנוגע לשימוש במוניטור בהסכמי NPAs ו- DPAs.
- ב-2010 עודכן מדריך זה וכעת הוא מונה עשרה עקרונות
- טרם התחלת תהליך בחירת המוניטור על התביעה והתאגיד לדון יחדיו בכישורים הנדרשים למוניטור, בהתבסס על עובדות המקרה. יש להימנע מניגודי עניינים פוטנציאליים וקיימים.
- על המוניטור להיות עצמאי ובלתי תלוי, ואינו יכול להיות עובד או סוכן של התאגיד או של התביעה.
- תפקיד המוניטור- להעריך ולנטר את עמידתו של התאגיד בתנאי ההסכם, אשר נוסח בכוונה לצמצם את הסיכון להתרחשות חוזרת של ההפרה.
- לשם מילוי חובותיו, יכול והמוניטור יצטרך להבין את התמונה המלאה והמקיפה ביותר של ההתנהגות מושא ההפרה המתוארת בהסכם, אך יש לשים לב שתחומי אחריותו לא יהיו רחבים יתר על המידה.

Monitor: NPAs –DPAs

- שמירה על תקשורת בין הרשות, התאגיד והמוניטור הינה אינטרס משותף של הצדדים. במקרים מסוימים, יהיה זה ראוי שהמוניטור ידווח באופן תקופתי בכתב הן לרשות והן לתאגיד עצמו.
- אם התאגיד בוחר שלא לקבל את המלצות וליישמן תוך זמן סביר, על המוניטור והתאגיד לדווח על כך לרשות, בצירוף נימוקים. במקרה זה, הרשות תצטרך לקחת זאת בחשבון במסגרת החלטתה האם התאגיד עמד בתנאי ההסכם.
- במסגרת ההסכם יש לציין באופן ברור מהן סוגי ההתנהגויות, אשר לא היו חלק מההסכם או שעדיין לא התרחשו, שלגביהן יצטרך המוניטור לדווח ישירות לרשות.
- משך פעולתו של המוניטור ייקבע בהתאם לנסיבות ולפעולות המרפאות הנדרשות לביצוע על מנת לקיים את המנדט של המוניטור.
- רוב ההסכמים כוללים אפשרות להאריך את תקופת עבודתו של המוניטור במקרה והתאגיד לא מילא התחייבויותיו על פי ההסכם. בנוסף, על הסכם לספק אפשרות לסיום מוקדם של עבודתו של המוניטור אם התאגיד הוכיח לרשות שינוי בנסיבות שמייתר את נוכחותו של המוניטור.
- על ההסכם לפרט מה תפקידה של הרשות בפתרון סכסוכים שעלולים לצוץ בין המוניטור והתאגיד.

BARNEA

בישראל, פונקציית המוניטור אינה מובנית, כשם ש-NPAs ו-DPAs אינם נפוצים.

לאחרונה, טיפלנו בחברה אשר עמדה בפני הליך בירור מנהלי. הצלחנו לסיים את ההליך במסגרת הסדר אכיפה מנהלי.

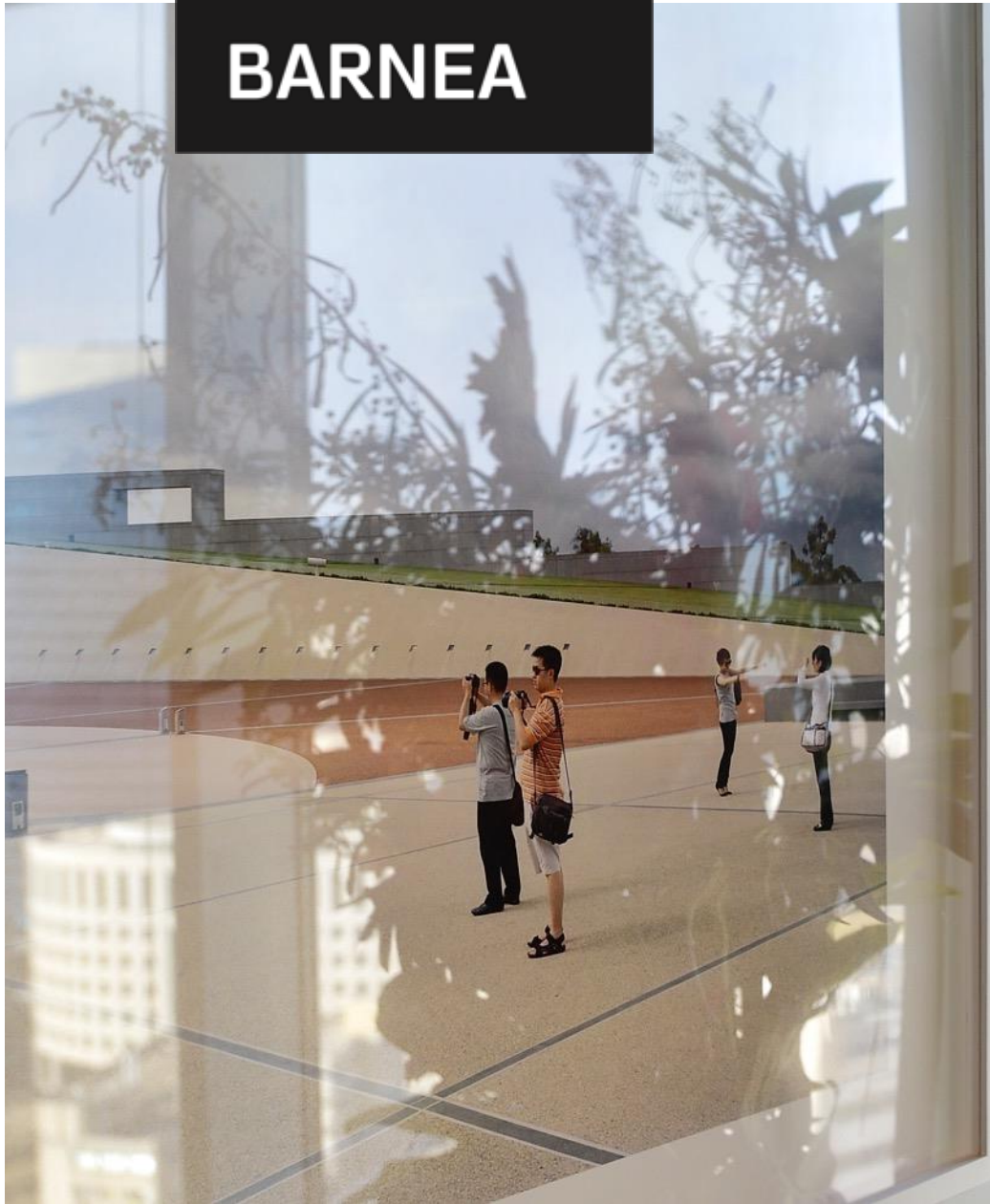
כחלק מתנאי ההסדר, החברה הודתה בהפרות המנהליות והתחייבה לשלם עיצום כספי ולנקוט בצעדים למניעת הישנות הפרות. בין היתר, מינוי אדם בנוסף לקצין הציות הקיים בחברה, הסדרה בנהלים של ההליכים בחברה במסגרתם התרחשו הפרות מושא ההסכם וכן מינוי בודק חיצוני אשר הרשות והחברה יסכימו על זהותו. תפקידו של הבודק לוודא גיבוש ויישום אפקטיבי של תכנית האכיפה הקיימת ובדיקה של התיקונים והשיפורים שנעשו בנהלים. בנוסף, הבודק יגיש דו"ח רבעוני על פעילותו.

פונקציית המוניטור בישראל

מקורות סמכות אפשריים ליצירת NPAs ו-DPAs בישראל - הסדר אכיפה מנהלי

- ב-17 בינואר 2011, התקבל בכנסת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), אשר מכוחו הוכנסו תיקונים לחוק ניירות ערך, כמו גם לחוקים אחרים.
- במסגרת התיקונים, סעיף 54ב לחוק ניירות ערך, מסמיך את יו"ר רשות ניירות ערך להיקשר בהסדר המכונה הסדר אכיפה, עם המפרים.
- לשון הסעיף: "היה ליושב ראש יסוד סביר להניח כי בוצעה הפרה או יסוד סביר לחשד כי בוצעה עבירת ניירות ערך, רשאי הוא, בהתאם לשיקולים הקבועים בסעיף 52מד ובאישור מותב שימנה לשם כך, שלא לקיים לגבי אותה הפרה או עבירה הליכים, ולהתקשר עם המפר או החשוד, לפי העניין (בסימן זה – חשוד) בהסדר, ובלבד שסבר שנסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדין נוכח עריכת ההסדר ומילוי תנאיו"

BARNEA



מקורות סמכות אפשריים ליצירת

- NPAs ו-DPAs בישראל -

החלטה שלא להעמיד לדין או

סגירת תיק

סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982:

"(א) ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמידה לדין"

סעיף 67א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982:

"ראה תובע כי קיימות ראיות מספיקות לאישום בעבירה, רשאי הוא, על אף האמור בסעיף 62(א), שלא להעמיד חשוד לדין, ולהציע לו הסדר (בסימן זה – הסדר), אם ראה כי נסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדין נוכח עריכת ההסדר ומילוי תנאיו"

לפי סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981: **"מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשתמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד"**, ניתן להחיל את הסמכות המוקנית מכוח סעיפים 62 ו-67א(ב) גם על תאגידים.

אף פרקליט המדינה, בהנחיה מס' 1.14 הנוגעת למדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד, פותח ואומר כי הפרשנות לפיה אדם ותאגיד שתיהן ישויות משפטיות, תקפה גם לאפשרות להטיל אחריות פלילית על תאגידים (סעיף 23 לחוק העונשין, התשל"ז-1973).

מקורות סמכות אפשריים ליצירת NPAs ו-DPAs בישראל - החלטה שלא להעמיד לדין או סגירת תיק

BARNEA

- יישום תכנית אכיפה פנימי אפקטיבית הינו שיקול מכריע בהחלטה של רשויות התביעה בארה"ב האם להתקשר בהסכם עם התאגיד החשוד.
- בישראל, קיימים מקורות סמכות לפרקטיקה זו הן בהליכים מנהליים והן בהליכים פליליים.

סיכום

מצגת זו מיועדת להצגה בכנס ומובאת כהעשרה מקצועית.

מצגת זו לא מהווה ייעוץ משפטי, הינה למטרות אינפורמטיביות בלבד, ואין בה ובכל הכלול בה משום תחליף לייעוץ משפטי; משרד ברנע ג'פה לנדה ושות' אינו אחראי לכל נזק שייגרם, אם יגרם, כתוצאה מהסתמכות על מצגת זו.

מצגת זו הינה רכושו של משרד ברנע ג'פה לנדה ושות' ואין להעתיק, לשכפל, לצטט, להפיץ או לפרסם בכל אופן מצגת זו או חלקים ממנה ללא רשות מפורשת, מראש ובכתב, של משרד ברנע ג'פה לנדה ושות'.

Disclaimer

BARNEA

Barnea. Further together

תודה

לפרטים נוספים : ד"ר צבי גבאי

zgabbay@barlaw.co.il