

איסור הלבנת הון: חידושים מקומיים ומגמות גלובליות

מאת

עידו באום*

הרשימה סוקרת התפתחויות חשובות שחלו בשנת התשע"ה בכל הנוגע למאבק בהלבנת הון. הרשימה מצביעה על מגמות ותופעות המאפיינות את המאבק בהלבנת הון בישראל ובעולם והמשפיעות על אופיו: האחת, דה-אנונימיזציה של אמצעי התשלום מחד גיסא ועליית השימוש באמצעי תשלום מוצפנים חוצי-גבולות, כגון ביטקוין, מאידך גיסא; השנייה, מאמץ רגולטורי מתמשך להרחבת רשת הדיווח על תנועות כספים; השלישית, הרחבת השימוש בחילוט והצהרות של בתי המשפט בדבר החמרת ענישתם של עברייני הלבנת הון. בראי מגמות אלה סוקרת הרשימה את תיקון 13 לחוק שאומץ ונכנס לתוקפו בשנה החולפת. התיקון לחוק מחיל חובות זיהוי והכרת הלקוח על עורכי דין ורואי חשבון ומחייב אותם להעריך מהו הסיכון להלבנת הון במקרה של מתן שירות עסקי ללקוח. ההסדר קובע כי במקרה שנשקף מהלקוח סיכון גבוה להלבנת הון חייב נותן השירות העסקי להימנע ממתן השירות. תיקון 13 לחוק נמנע מהטלת חובות דיווח על נותני שירות עסקי, בניגוד למפוקחים אחרים. סקירה זו בוחנת בעין ביקורתית את הקשיים ביישום החוק וחקיקת המשנה שבאה בעקבותיו. בצד הביקורת על ההסדר הייחודי והמקל שאומץ מציעה הסקירה גם פתרונות לחלק מהקשיים שמעורר ההסדר. בהמשך נידונה הפסיקה המתמקדת בסוגיית חילוט נכסים שבהם יש לצד שלישי זכויות קנייניות. הסקירה מצביעה על האופן שבו נשזרת מגמת הפסיקה בתיקון 13 לחוק. בהתייחס לענישה בתחום, הסקירה מצביעה על רטוריקה הקוראת להחמרה בענישה ועל היעדר ראיות אמפיריות בדבר התממשותה בפועל.

א. מבוא. ב. מגמות מקומיות בהקשר גלובלי; 1. דה-אנונימיזציה; 2. הרחבה של רשת הדיווח ומעבר לגישה מבוססת-סיכון; 3. הרתעה באמצעות חילוט

* סגן דקן בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למנהל. אני מודה לעמית מררי, תימור בלן, שלומית וגמן-רטנר, אביה אלף, אפרת ברזילי, גיל דחוח ושריג דמארי על הערות לטיוטה מוקדמת של המאמר שהוכנה לכינוס סיכום שנת המשפט תשע"ה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה וכן לחברי מערכת דין ודברים על הערות מחכימות לאורך העבודה על המאמר מתחילתו ועד תומו. תודה גם לעוזרות המחקר ענבר הרשקוביץ וגל רם שסייעו ביעילות ובמהירות באיסוף החומר ובהכנת המאמר לפרסום. האחריות לטעויות היא כמובן שלי בלבד. baumi@colman.ac.il

וענישה; 4. סיכום ביניים. ג. חובות זיהוי והכרת הלקוח והערכת הסיכון להלבנת הון; 1. תיקון 13 לחוק; (א) מהו "שירות עסקי"; (ב) זיהוי הלקוח והערכת הסיכון הנשקף להתרחשות הלבנת הון; (ג) עלויות יישום; (ד) סיכום ביניים; 2. תיקון 13 לחוק לעומת הצעת החוק; (א) זניחת מודל הדיווח לטובת מודל ההימנעות; (ב) שינויים נוספים; 3. סיכום. ד. **מנגנוני ענישה והרתעה**; 1. חילוט; 2. ענישה. ה. **סיכום**.

א. מבוא

רשימה זו תסקור את ההתפתחויות העיקריות בחוק איסור הלבנת הון, התש"ס–2000 (להלן – "החוק" או "חוק איסור הלבנת הון"), בדין ובפסיקה בתחום המאבק באיסור הלבנת הון בשנת תשע"ה ותצביע על המגמות בתחום זה ועל האופן שבו יש להבין את ההתפתחויות האחרונות בישראל בראי מגמות מקומיות במאבק בהלבנת הון ומגמות גלובליות.

חוק איסור הלבנת הון הוא דבר החקיקה המרכזי בדין הישראלי במאבק נגד תופעה בין-לאומית חוצת גבולות של הטמעת כספים שמקורם בפשיעה במערכת הפיננסית והעסקית הלגיטימית.¹ הלבנת הון היא כינוי לפעולות שבהן משתמשים עבריינים להעברת מיקומו של כסף או רכוש שהושג בעברה פלילית, ריבודו באמצעות גורמים שונים כגון אנשי אמון והשבתו לידי העברייני לשימוש למטרות לגיטימיות.²

המאבק בהלבנת הון הוא תופעה ייחודית למדי בנוף אסדרה האסדרה הבין-לאומית. את עקרונות האסדרה בתחום זה מגבש גוף בין-לאומי נטול סמכות מחייבת כלפי מדינות העולם, ה-Financial Action Task Force (FATF).³ ארגון ה-FATF הוקם בשנת 1989 כגוף בין-ממשלתי הקובע ומקדם סטנדרטים בין-לאומיים ויישום אפקטיבי של צעדים משפטיים, רגולטוריים ואכיפתיים למאבק בהלבנת הון, במימון טרור ובאיומים אחרים

1 יעל גרוסמן, רוני בלקין וסאלי ליכט **איסור הלבנת הון להלכה ולמעשה** 10 (2013); יהודה שפר "העבירות שבחוק איסור הלבנת הון: המאבק הבינלאומי בהלבנת הון במציאות הישראלית" **המשפט** יא 555, 556 (2007); אביה אלף "עורך הדין – שומר סף או שוטר סף? הכר את הלקוח" ע"פ חוק איסור הלבנת הון – רעידת אדמה ביסודות עריכת הדין? **המשפט** כ 269, 272 (2014); יעקב וינרוט "על עוד חלק מהליקויים בחוק איסור הלבנת הון" **הסניגור** 35, 200 (2013).

2 להסבר על תהליך ביצוע הלבנת הון ושלביו ראו אבי שקד **איסור הלבנת הון ומימון טרור – הציות לחוק והשפעתו על חוקי מס ופסקי דין אחרים** 47–48 (2015) וכן אתר ארגון Financial Action Task Force (FATF): http://www.fatf-gafi.org/document/29/0,3343,en_32250379_32235720_33659613_1_1_1_1,00.html#

3 יותר מ-120 מדינות, ובהן ישראל, פועלות על פי המלצות ה-FATF וכפופות לביקורת של הארגון ושל גופים דומים לו. על הארגון ראו אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 281–282; גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 590; שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 130–139.

הקשורים ליציבות המערכת הפיננסית הבינ-לאומית. ארגון ה-FATF פרסם בשנת 1990 רשימה של 40 המלצות המוכרות כסטנדרט בין-לאומי למאבק בהלבנת הון.⁴ המלצות ה-FATF מתעדכנות מעת לעת.

העקרונות שמגבש ה-FATF למאבק בתופעות הלבנת הון מאומצים במידה כזו או אחרת של אחידות בקרב המדינות שנרתמו למאבק בהלבנת הון בתהליך של soft law, המונע מתוך רצון של המדינות להימנע מהמשמעויות של אי-שיתוף פעולה במאבק נגד הלבנת הון או של אי-ציות להמלצות ה-FATF. הסנקציה העיקרית שמפעיל ה-FATF כדי לכפות את יישום המלצותיו היא הכללה ב"רשימה שחורה" של מדינות שמפרסם ה-FATF ואשר היכללות בה משקפת בעיני הארגון רמה לא מספקת של ציות להמלצותיו או סיכון גבוה להלבנת הון, או שניהם גם יחד.⁵ מבלי להקל ראש ברצון של רשויות אכיפת החוק בישראל להילחם בפשיעה, האסדרה בתחום איסור הלבנת ההון בישראל היא תולדה של לחץ בין-לאומי זה.⁶

חוק איסור הלבנת הון מאמץ בעיקרו את המלצות ארגון ה-FATF. החוק נועד ליצור בראש ובראשונה משטר של דיווח על פעולות כספיות אשר יאפשר להתחקות על פעולות הלבנת הון ועל מבצעייהן.⁷

חוק איסור הלבנת הון מבוסס על שלוש רגליים: הרגל הראשונה, מיסוד משטר רגולטורי של חובות זיהוי והכרת הלקוח (המכונות כאן יחד לשם קיצור "חובות זיהוי"), תיעוד פרטיו של הלקוח והפעולות שהוא מבקש לבצע, שמירת המידע, ובמקרה של הגופים המפוקחים שהחוק חל עליהם – גם דיווח על התנועות הכספיות של הלקוח

4 להמלצות ארגון ה-FATF ראו <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%202040%20Recommendations%20rc.pdf> (להלן – המלצות ה-FATF) לאחר הפיגועים במגדלי התאומים ב-11 בספטמבר 2001 פרסם הארגון תשע המלצות נוספות שעניינן מאבק במימון טרור. סוגיה זו לא תיבחן ברשימה זו.

5 ארגון ה-FATF מפרסם מדי שלושה חודשים רשימה מעודכנת של מדינות שלא אימצו או לא יישמו כנדרש את עקרונותיו. רשימה זו מכונה "הרשימה השחורה". ההשלכות של הכללת ישראל ב"רשימה השחורה" של ארגון FATF האיצו עד מאוד את השלמתם בשנת 2000 של תהליכי חקיקתו של חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן – "החוק" או "חוק איסור הלבנת הון"). הכללת ישראל ברשימה השחורה טמנה בחובה משמעויות קשות מבחינת פעילותם העסקית והפיננסית של בנקים, תאגידים ויחידים ישראלים בחו"ל. על הליך הכללת מדינות ב"רשימה השחורה" של ה-FATF ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 139-144. את הרשימה ניתן למצוא באתר הארגון: [http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))

6 הלחץ הבינ-לאומי התבטא בהכללת מדינת ישראל ב"רשימה השחורה" של 15 מדינות בעלות סיכון גבוה להלבנת הון של ה-FATF. ראו עופר אלקלעי **המדריך השלם לביקורת חקירתית – חקירה איתור ומניעת מעילות** 101, 107-108 (2011).

7 פרקים ג' ו-ד' לחוק איסור הלבנת הון.

לרשות לאיסור הלבנת הון; ⁸ הרגל השנייה, הפללת הפעולה בכספים שמקורם בעברות המנויות בחוק ואף הפללת התנהגות שיש בה כדי לאפשר או עקיפה של החוק או להקל עקיפה כזאת; ⁹ הרגל השלישית, האפשרות לחלט כספים שמקורם בעברה כדי להפחית את התמריץ להשגת רווחים בדרך של פעילות לא חוקית.¹⁰

החל משנת 2006 צורפה ישראל כחברה בארגון Moneyval השייך למועצת אירופה והוא ארגון שיתוף פעולה אזורי בסגנון FATF. בביקורת האחרונה שערך הארגון בישראל נדרשה המדינה להתאים את החקיקה לסטנדרטים הבין-לאומיים באמצעות הטלת חובות זיהוי, הכרת הלקוח ודיווח על נותני שירות עסקי.¹¹ מתוך 40 ההמלצות של הארגון עוסקות המלצות 22 (בעבר המלצה 12) ו-23 (בעבר המלצה 16) בקביעת חובות זיהוי, שמירת מסמכים ודיווח על מגזרים שונים של נותני שירותים עסקיים, ובהם עורכי דין, נוטריונים, רואי חשבון, חברות נאמנויות ונותני שירות לחברות, כאשר אלו מבצעים בעבור לקוחותיהם פעולות עסקיות במהותן.¹²

המלצות אלה משקפות אפוא תפיסה שלפיה יש לגייס למאבק למניעת הלבנת הון את שומרי הסף המלווים פעילות פיננסית ומסייעים לה.¹³ סוגיה זו עמדה במרכז ההתפתחויות במשפט הישראלי בתחום המאבק בהלבנת הון בשנת תשע"ה, עם אימוצו של תיקון 13 לחוק איסור הלבנת הון המחיל הסדר פיקוחי על עורכי דין ורואי חשבון.¹⁴ כפי שיוסבר, ישראל אימצה מודל פיקוח על עורכי דין ורואי חשבון הסוטה במידה ניכרת מהמודל שעליו ממליץ ה-FATF.

רשימה זו בוחנת את תיקון 13 לחוק בפרספקטיבה רחבה של מגמות ותופעות בתחום המאבק בהלבנת ההון בישראל ובעולם. הרשימה בוחנת לראשונה גם את יישומו של התיקון לחוק על רקע הבעיות שהוא מעורר ולאחר שפורסם צו נותני שירות עסקי שהוא "לב" ההסדר הרגולטורי.¹⁵ המודל הייחודי שאומץ בישראל מעורר קשיים פרשניים

8 חשוב להדגיש כי חובת הדיווח החלה על גופים פיננסיים ואחרים מתייחסת לתנועות כספים לגיטימיות ובלתי לגיטימיות כאחד. בנוסף, רציונל החוק מושתת על מערכת דיווח החובקת את כל השירותים הפיננסיים באופן שאי אפשר לחמוק ממנה. ראו אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273. חריג לחובת דיווח זו הוא חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 13), התשע"ד-2014, שהתקבל בכנסת ביום ג' באב התשע"ד (30 ביולי 2014) (להלן – תיקון 13 לחוק), המתייחס לעורכי דין ולרואי חשבון, ובו תעסוק רשימה זו ביתר פירוט להלן בפרק ג'.

9 סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון.

10 סעיפים 21 ו-22 לחוק איסור הלבנת הון.

11 הצעת חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 10), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 248.

12 המלצות ה-FATF 22 ו-23, לעיל ה"ש 4.

13 אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 271.

14 הרשימה תתמקד באיסור הלבנת הון ולא במניעת מימון טרור, אף כי בהיבטים מסוימים קיימת חפיפה בין שני התחומים.

15 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, ניהול רישומים של נותן שירות עסקי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ה-2014 (להלן – צו נותני שירות עסקי). מאמרה של אלף, לעיל

ויישומיים המציבים כבר עתה אתגרים בפני העוסקים בפרופסיות הנדונות. בסקירה זו ייבחנו ההצדקות למודל שאומץ וסיכויי הצלחת ההסדר, ויוצעו פתרונות לחלק מהכשלים הנקודתיים והבעיות המערכתיות.¹⁶

המשך הסקירה יהיה כדלהלן. פרק ב מצביע בתמצית על המגמות הכלליות בתחום המאבק בהלבנת הון בישראל תוך התייחסות לדינמיקה הגלובלית בסביבת האסדרה שבה פועל משטר הלבנת ההון. פרק ג סוקר את ההתפתחות החשובה ביותר בדין הישראלי בשנה החולפת, הלא היא אימוצו וכניסתו לתוקף של תיקון 13 לחוק. פרק זה מחולק לשני חלקים עיקריים: חלקו הראשון סוקר את תיקון 13 לחוק בראייה ביקורתית; חלקו השני בוחן את המשטר שאומץ לעומת הצעת החוק המקורית. פרק ד עוסק בכלי הענישה וההרתעה העומדים לרשות גורמי האכיפה והמשפט. פרק זה עומד קודם כול על ההתפתחויות בסוגיית החילוט, שהוא אמצעי אכיפה מרכזי במאבק בהלבנת הון. בחלקו השני עוסק פרק זה ברטוריקה הנמשכת של החמרת הענישה בתחום איסור הלבנת הון ומעלה תהיות באשר לאמינותה. בסיכום הרשימה יש התייחסות קצרה גם להתפתחות המרכזית בתחום המאבק בהלבנת הון בשנת תשע"ו, דהיינו הרחבתה של רשימת עברות המקור בחוק איסור הלבנת הון גם לעברות מס' חמורות.¹⁷

ב. מגמות מקומיות בהקשר גלובלי

בפרק זה אבקש לעמוד על תופעות ומגמות מרכזיות המלוות את המאבק בהלבנת הון ונזורות בו. התופעה הראשונה היא תולדה של המאמץ להפחית את השימוש בכסף מזומן ולהגביר את השימוש באמצעי תשלום אשר קל יותר להתחקות על המשתמשים בהם. גישה זו מביאה בסופו של דבר לדה-אנונימיזציה של המשתמשים באמצעי תשלום, לפחות מנקודת מבטן של המדינה ושל מערכות פיננסיות. מגמה בולטת שנייה היא החתירה להרחבת רשת הגורמים המחויבים לדווח על תנועות כספיות כדי ללכוד ברשת זו את כל האפיקים שדרכם עלול לנוע כסף או רכוש שמקורו בעברות פליליות. המגמה השלישית מתייחסת למכשירי האכיפה המרכזיים המשמשים למאבק בהלבנת הון – השימוש הגובר בחילוט לצורך הרתעה והרטוריקה בפסיקת בית המשפט הקורא לענישה חמורה בעברות על חוק איסור הלבנת הון.

ה"ש 1, הוא המקיף ביותר עד כה בעניין תיקון 13 לחוק, אך הוא נכתב טרם אישורו של צו נותני שירות עסקי, שהוא "ליבת המהלך", כלשונה של אלף והיה צפוי לעורר "חילוקי דעות מהותיים". שם, בעמ' 285.

16 ראו להלן בפרק ג.

17 חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 14) התשע"ו–2016, ס"ח 712.

1. דה־אנונימיזציה

אחת התופעות המקומיות והבין־לאומיות בעשורים האחרונים היא דה־אנונימיזציה של משתמשים באמצעי תשלום. סקירה זו אינה מתיימרת לקבוע מסמרות בשאלת רציונותה של תופעת הדה־אנונימיזציה. הסקירה תבקש להצביע על קיומה של התופעה, על תנועת הנגד שהיא מעוררת ועל הצורך להבין את ההתפתחויות בתחום של איסור הלבנת ההון בישראל בקונטקסט האמור.

אחד המאפיינים של השימוש באמצעי תשלום מודרניים הוא היכולת להפוך אינטראקציה פרסונלית לסחר חליפין שאינו מחייב מפגש בין־איש. ¹⁸ השימוש בכסף מזומן מחייב מפגש פיזי בין צדדים לעסקה או שלוחיהם. עם זאת מרגע שנעשה שימוש במזומן, יכול בעליו המקורי של הכסף לשמור על אנונימיות. לרשויות אכיפת החוק קשה יחסית להתחקות על מקורם של כספים ששולמו במזומן. אי אפשר לזהות את בעליו של כסף מזומן באמצעות בחינת אמצעי התשלום כשלעצמו; התשלום בכסף מזומן יכול להיעשות ללא רישום כלשהו ובאופן בלתי אמצעי; לאחר ביצוע התשלום במזומן אין אפשרות לדעת מי המשלם ומה היה מקור הכסף. תכונות אלה של הכסף המזומן מערימות קושי על משטרי אסדרה המבוססים על דיווח, מעקב וזיהוי מקורות כספיים ותנועות כספיות, כדוגמת משטר איסור הלבנת ההון.

ככלל, המעבר משימוש בכסף מזומן כאמצעי תשלום נפוץ לשימוש באמצעים חלופיים כגון צ'קים, כרטיסי חיוב ותשלומים אלקטרוניים הקל דרמטית את היכולת לעקוב אחר העברות כספים ולתעד את זהותם של מעביר ונעבר בכל פעולה כספית. לפיכך אין תמה כי במדינת ישראל ניתן להצביע על חתירה לצמצום השימוש באמצעי תשלום המאפשרים לצדדים לשמור על אנונימיות. מגמת הדה־אנונימיזציה מתבטאת בכמה דברי חקיקה אשר פועלם נועד להביא למזעור היכולת להשתמש באמצעי תשלום או במסמכים סחירים השוללים את היכולת לאתר את נותן התשלום ואת מקבלו ולעקוב אחריהם וכן בדברי חקיקה שנועדו לאפשר פיקוח על נותני שירותים שעלולים לשמש להלבנת כספים. למשל, בשנה האחרונה הוחל בקידומה של הצעת החוק לצמצום השימוש במזומן, ¹⁹ כמו כן הממשלה גיבשה תזכיר חוק לביטול מניות למוכ"ז, ואף גובשה הצעת חוק לתיקון חוק איסור הלבנת ההון המרחיבה את הגדרת המונח "כספים"

Bruce G. Carruthers, *The Meaning of Money: A Sociological Perspective*, 11 18
THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 51, 54 (2010) (“[i]ntroduction of the cash-nexus
depersonalizes human interactions and imposes the harsh and reductive logic of the
marketplace on authentic preexisting social relations. Personal social relationships
become anonymous economic transactions”)

19 הצעת חוק לצמצום השימוש במזומן, התשע"ה–2015, ה"ח ממשלה 962.

החייבים בדיווח על פי החוק גם לאמצעים סחירים שאינם מזומן או המחאות, כגון מניות למוכ"ז, כרטיסי תשלום משולמים מראש (pre-paid) וכיוצא באלה.²⁰ צעד רגולטורי משלים להרחבת היקף הדיווח ויכולת המעקב אחר תנועות כספים הוא המהלך להכנסת נותני שירותי מטבע (כגון חלפני כספים) למסגרת מנגנון אסדרה המחייב רישום של המבקשים לעסוק בתחום.²¹ ועדה במשרד המשפטים שיישום המלצותיה הופקד בידי ועדה אחרת במשרד האוצר, בחנה את העיסוק במתן שירותי מטבע בכללותו והמליצה על הרחבת אסדרת התחום.²² המהלך להחלתה של חובת רישום על העוסקים במתן שירותי מטבע יושם עוד קודם להמלצותיה של הוועדה האמורה במסגרת יישום מדיניות המלחמה בהלבנת הון. במובן זה, נכון לראות באסדרה המקדימה שהטילה חובת רישום על העוסקים בתחום תרומה של המאבק בהלבנת הון לאסדרת השירותים הפיננסיים בכללותם.²³ אמנם גם באמצעי תשלום שאינם מזומן ניתן לבצע פעולות של העברת כספים באופן המקשה עקיבה. כך למשל ניתן לסחר במסירה בלבד צ'קים שלא הוגבלה עבירותם או צ'קים למוכ"ז.²⁴ עם זאת במקרה זה אפשר להתחקות על כותב הצ'ק ועל מי שגלגל אותו באמצעות חקירת עושה הצ'ק המקורי, דבר שאינו אפשרי כמעט בשימוש במזומן.²⁵ סוג

- 20 תזכיר חוק החברות (ביטול האפשרות להקצות ניירות ערך למוכ"ז), התשע"ה–2015 www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/42358_x_AttachFile.doc; הצעת חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 10), התשע"ב–2011, ה"ח הממשלה 248.
- 21 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של נותני שירותי מטבע למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ד–2014 (להלן – צו נותני שירותי מטבע).
- 22 משרד המשפטים **המלצות הצוות לבחינת הרגולציה על נותני שירותי המטבע (2015)** index.justice.gov.il/Publications/News/Documents/FINALREPORT.pdf.
- 23 ראו גם צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של חבר בורסה למניעת הלבנת הון ומימון טרור) (תיקון), התשע"ה–2015, המחיל את חובות הזיהוי והדיווח על חשבונות המנוהלים בידי מנהלי זירות מסחר בניירות ערך. תחום זירות המסחר הוסדר רק לאחרונה על ידי הרשות לניירות ערך. אמנם המוטיבציה לאסדרת התחום אינה קשורה למאבק בהלבנת הון, אך אסדרה זו ראויה לציון בשל התוכנה המתבקשת כי קיומן של זירות מסחר מחייב לא רק אסדרה המגנה על המשקיעים ועל הסוחרים אלא גם כזו הנותנת את הדעת לאפשרות השימוש בזירות אלה לצורך הטמעת הון שמקורו בפעילות לא חוקית בתוך המערכת הפיננסית הלגיטימית. ביטוי גלובלי למגמה זו ניתן לראות למשל בחקיקתו בשנת 2010 של ההסדר המכונה Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) אשר אומץ במסגרת Hiring Incentives to Restore Employment Act, 26 USC § 6038D. חוק זה מחייב אזרחים אמריקאים, ובכללם גם כאלה החיים מחוץ לגבולות ארצות הברית, לדווח לשלטונות ארצות הברית על נכסים פיננסיים בארצות הברית ומחוצה לה. יותר מזה, החוק קובע הליך שבמסגרתו מחויבים מוסדות פיננסיים זרים לבדוק ולמסור מידע על נכסים פיננסיים של לקוחות אמריקאים אשר יש חשד כי חלה עליהם החובה לדווח לשלטונות ארצות הברית על הנכסים האמורים.
- 24 סעיף 30 לפקודת השטרות [נוסח חדש].
- 25 כמו כן תיקון שהוכנס בסעיף 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981 הביא לכך שרוב הצ'קים המונפקים כיום בישראל הם כאלה שסחירותם הוגבלה. ראו גם לירן

נוסף של אמצעי תשלום המעורר קשיי עקיבה הוא כרטיסים צוברי ערך (pre-paid), אשר השימוש בהם גובר בשנים האחרונות. ככלל השימוש בכרטיסים צוברי ערך יכול לסייע בצמצום תופעת הלבנת ההון בגלל היכולת לתעד תשלומים אלקטרוניים, אולם נדרשת חקיקה נוספת כדי להשוות את יכולת העקיבה אחר משתמשים בכרטיסים אלה.²⁶ ואכן, תזכיר חוק חדש מרחיב את הגדרת "כספים" בסעיף 1 לחוק איסור הלבנת הון באופן שיחול על כל אמצעי תשלום למוכ"ז, ובכלל זה כרטיסים צוברי ערך. המשמעות העיקרית של הרחבה זו תהיה בהטלת חובת דיווח גם על הכנסתם של אמצעי תשלום אלו לישראל והוצאתם ממנה.²⁷

תופעת הדה־אנונימיזציה של אמצעי התשלום אינה ייחודית לישראל.²⁸ לשם המחשה, בארצות הברית הורחבו בשנת 2011 חובות דיווח מכוה חוק איסור הלבנת הון אפילו למנפיקי שוברי שי.²⁹

שחיקת הפרטיות של משתמשים באמצעי תשלום מעוררת תופעה שניתן לתארה כתנועת נגד שעיקרה פיתוח אמצעי תשלום המקשים את היכולת לזהות את המשתמשים ולעקוב אחריהם, ושימוש באמצעים אלה. הביטוי הבולט ביותר של תנועת הנגד הוא השימוש הגובר באמצעי תשלום אלקטרוניים מוצפנים מבוססי רשת האינטרנט, המכונים לעתים "מטבעות וירטואליים", המאפשרים העברת תשלום ישירות ממחשב של משתמש אחד למחשב של משתמש אחר (peer to peer). היכולת לשמור על אנונימיות המשתמשים, אשר מאפיינת אמצעי תשלום אלה, זיכתה אותם בהגדרה הכוללת

חיים "משתלם לשלם? כרטיסים צוברי ערך ומקומם בעיצוב מדיניות תשלומים" **מחקרי משפט** ל 765, 777 (2016). המאמר זמין בקישור: <http://law.huji.ac.il/upload/liran.pdf>.

26 לעניין השימוש הגובר בכרטיסים צוברי ערך ולהצעה לאסדרה שתבטיח את זיהוי המשתמשים בכרטיסים אלה ואת יכולת העקיבה אחר הכרטיסים באופן שיתאים למשטר של איסור הלבנת הון הקיים, ראו שם, בעמ' 800–801.

27 תזכיר חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 15), התשע"ו–2015. החובה לדווח בכניסה או ביציאה מישראל על כספים מעוגנת בסעיף 9 לחוק איסור הלבנת הון. אמנם רישום של רוכש הכרטיס הראשון יקל את ההתחקות על השתלשלות השימוש בכרטיסים אלה, אך חקירה כזו הופכת מסובכת יותר לביצוע כאשר הכרטיס יוצא מגבולות המדינה. להצעה להחיל על כרטיסים אלה את חובת הדיווח המנויה בסעיף 9 בחוק ראו שם, בעמ' 803–804.

28 מדינות שבהן השימוש במזומן הוא נפוץ נתפסות כמדינות סיכון גבוה יותר להלבנת הון, ראו Liran Haim & Ronald Mann, *Putting Stored-Value Cards in their Place*, 18 LEWIS & CLARK L. REV. 989, 999 (2014).

29 ראו Mikhail Reider-Gordon, Joanna Rjtcey-Donohue and Truman Butler, *International Anti-Money-Laundering*, 46 THE INTERNATIONAL LAWYER 375, 381 (2012).

Cryptocurrency.³⁰ אמצעי התשלום המוכר ביותר מבין מאות סוגים קיימים של "מטבעות וירטואליים" אלה הוא ביטקוין (Bitcoin).³¹ ביטקוין מבוסס על תוכנה שפותחה בשנת 2008 והפכה להיות מערכת פתוחה לשימוש ציבורי החל משנת 2009. בשונה ממטבעות "רגילים", ביטקוין אינו מטבע של מדינה ואינו מנוהל על ידי בנק מרכזי כלשהו. הביטקוין מאוחסן על גבי מחשב וניתן להעברה באופן המבטיח את אנונימיות המעביר והנעבר, בדומה לכסף מזומן. יתרונו של הביטקוין על פני כסף מזומן הוא שניתן לשלם באמצעותו תשלומים ישירות ממחשב למחשב ללא תיווך כלשהו, ולכן שלא ככסף מזומן, אין נדרש מפגש פיזי של נותן התשלום ומקבלו כדי להשלים את פעולת התשלום, וניתן לבצעה באופן וירטואלי, ולכן גם באופן חוצה-גבולות.

טכנולוגיות המגבירות את היכולת לשמור על אנונימיות נחשבות בעיני ארגון ה-FATF לגורם סיכון במאבק נגד הלבנת הון.³² ביטקוין משמש למטרות לגיטימיות, אך תכונותיו הופכות אותו לאמצעי המציב אתגר לרשת הזיהוי והדיווח של חוקי איסור הלבנת הון.³³ באמצעות מטבעות מבוססי רשת כדוגמת ביטקוין מתאפשרת העברת כספים ותשלומים, גם חוצי-גבולות בין-לאומיים, מבלי לדווח על תנועת הכסף ובאופן העוקף את החובות הקיימות בחוק איסור הלבנת הון.³⁴

- 30 לפי ההערכות יש כיום יותר מ-500 סוגי מטבעות מוצפנים. ראו Crypto-Currency Market Capitalizations, <http://coinmarketcap.com>.
- 31 הורתו של הביטקוין במאמר אשר כותבו "סאטושי נקמוטו" הוא פסידונים שהעומד מאחוריו אינו ידוע. Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* (Oct. 2008), <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, מידע על ביטקוין, על אופן יצירתו, על מאפייניו ופעילותו ניתן למצוא באתר: https://en.bitcoin.it/wiki/Main_Page.
- 32 לעמדת ארגון ה-FATF במסמך המפרט הנחיות לעורכי דין ליישום גישה מבוססת-סיכון במאבק בהלבנת הון ראו FATF-GAFI, RBA GUIDANCE FOR LEGAL PROFESSIONALS (23 Oct. 2008) <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/5/58/41584211.pdf>.
- 33 מלבד האסדרה של חוק איסור הלבנת הון, מדינות רבות עדיין מתלבטות כיצד להתמודד עם התופעה. בקנדה אושר השימוש בביטקוין כהילך חוקי. Drew Hasselback, *Governments Ponder Legitimacy of Bitcoins*, FINANCIAL POST (19 Nov. 2013) <http://business.financialpost.com/2013/11/19/governments-ponder-legitimacy-of-bitcoins/>. למצוא בהודו. Andrew Mouton, *What a Bitcoin is Really Worth in India and China*, MARKET WATCH (1 Jan. 2014), <http://www.marketwatch.com/story/what-a-bitcoin-is-really-worth-in-india-and-china-2014-01-01>, ואזהרה רשמית ניתן למצוא בצרפת. Robin Sidel et al., *Central Banks Warn of Bitcoin Risks*, THE WALL STREET JOURNAL (5 Dec. 2013), <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303497804579239451297424842>.
- 34 בהעברות תשלומים אלקטרוניות הנעשות למשל באמצעות מערכות בנקאיות או גופים פיננסיים ונותני שירותי מטבע חייב הגוף לתעד, לדווח ואף לשמור את פרטי ההעברה למשך חמש שנים. ראו למשל: צו נותני שירותי מטבע, לעיל ה"ש 21. בנקים מחויבים לדווח כיום על העברות בין מדינות בסכומים העולים על מיליון שקלים. סעיף 8(7) לצו

על רקע הסיכונים והאתגר הרגולטורי הטמון באמצעי תשלום מבוססי רשת האינטרנט, שיגרו הרגולטורים של שוק ההון הישראלי בשנת 2014 אזהרה משותפת וחריגה לציבור ולפיה "אנונימיות זו עלולה להיות מנוצלת לצרכים פליליים, לרבות להלבנת הון, מימון פעילות בלתי חוקית ומימון טרור. רשויות אכיפת החוק עשויות, לפיכך, לסגור פלטפורמות למסחר במטבעות הווירטואליים המשמשים לצרכים לא לגיטימיים, תוך מניעת הגישה או השימוש בהן הלקוחות, שיתכן ומוחזק על ידי פלטפורמות אלו".³⁵

אף שניתן להצביע על התרחבות תופעת הדה־אנונימיזציה בחקיקה הישראלית, אין זו מגמה מוצהרת כשלעצמה. עם זאת אם אין בתופעה כדי למנוע שימוש באמצעי תשלום בידי משתמשים תמי לב למטרות לגיטימיות, ואם הפגיעה בפרטיות המשתמשים מידתית ונעשית למטרה ראויה, מוצע לראות בתופעה זו כלי פרשני. יצירת הרמוניה בין המשטר של איסור הלבנת הון בישראל למגמת הדה־אנונימיזציה משמעה העדפת מנגנונים המאפשרים מעקב לא רק אחר תנועות כספים אלא גם אחר זהותם של מעבירים ונעברים, כאשר הדבר נעשה למטרה של מלחמה בפשיעה ובהלבנת הון. לפיכך הרחבה של רשת הדיווח על תנועות כספים, שתידון להלן, עולה בקנה אחד עם התמורות בשימוש באמצעי תשלום מודרניים. לעומת זאת אימוץ משטר אסדרה המקשה על מעקב אחר מעבירים ונעברים של כספים אינו עולה בקנה אחד עם תמורות אלה.

2. הרחבה של רשת הדיווח ומעבר לגישה מבוססת-סיכון

מאז נחקק חוק איסור הלבנת הון בשנת 2000, מסתמנת בישראל הרחבה מתמשכת של רשת חובות הדיווח למגזרים פיננסיים, עסקיים ואחרים לפי הערכת הסיכון הנשקפת בעיני המחוקק לשימוש בגורמים אלה לצורכי הלבנת הון על פי לסטנדרטים בין־לאומיים.

איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשס"א–2001 (להלן – צו תאגידים בנקאיים). אשר למדינות המנויות בתוספת הרביעית לחוק איסור הלבנת הון חלה החובה על הבנקים לדווח גם בהעברות בסכומים של 5,000 שקלים ויותר. לפיכך השימוש בהעברות ישירות באמצעות מטבעות וירטואליים כדוגמת ביטקוין יכול לסייע למעוניינים בעקיפת חובת הדיווח. לביקורת המטילה ספק באפקטיביות משטר האיסור על הלבנת הון במקרה זה לנוכח סף הגבוה בסכומים שנקבעו ראו חיים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 802. כמו כן החובה לדווח על הכנסת כספים למדינה והוצאתם ממנה אינה חלה על העברת מטבעות מבוססי רשת כדוגמת ביטקוין.

35 בנק ישראל אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון, רשות ניירות ערך, רשות המסים, הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, הודעה לציבור בדבר סיכונים אפשריים הטמונים במטבעות וירטואליים מבוזרים (דוגמת ביטקוין) (19.2.2014).

פריסת רשת הדיווח החלה בשנת 2001, סמוך לאחר קבלת חוק איסור הלבנת הון בכנסת, אז הוחלה חובת הדיווח על הנכנסים והיוצאים לישראל, וכן הוחלו חובות זיהוי הלקוח וחובות דיווח על תאגידים בנקאיים ומוסדות פיננסיים כגון קופות גמל, חברות ביטוח וכן סוכני ביטוח.³⁶ החובות הורחבו בשנת 2010 גם לחברי בורסה ומנהלי תיקים.³⁷ בשנת 2011 הוחלו החובות על בנק הדואר,³⁸ ובשנת 2014 הוחלו על נותני שירותי מטבע, סוחרים באבנים יקרות, וכן הוחל המשטר הייחודי לנותני שירות עסקי שאינו כולל חובת דיווח, ובו ידובר בפרק הבא.³⁹ בשנת 2015 הוחלו חובות זיהוי ודיווח על זירות סוחר.⁴⁰

מגמת הרחבתה של רשת חובות הדיווח היא בעלת חשיבות רבה, שכן ייחודו של משטר איסור הלבנת הון הוא בהיותו מפליל גם פעולות של דיווח כוזב או פעולות שנועדו לגרום אי-דיווח.⁴¹

מגמת הרחבת רשת הדיווח עתידה להימשך, כי הרי כל פרצה שנסגרת משמעה זליגת כספים שמקורם בפשיעה לאפיקים אחרים, שגם אותם יש לסכור. המאבק בהלבנת הון הוא מטבעו מאבק מתמשך המצריך אסדרה דינמית, שכן אכיפה המקטינה את יכולתם של עבריינים להשתמש באפיק הלבנה קיים מגדילה את תמריצייהם של מלביני ההון לאתר אפיקי הלבנת הון חלופיים שהאכיפה טרם מיקדה בהם את עיניה.⁴² התחזית בדבר הצורך בהמשך הרחבת רשת הדיווח נובעת לא רק מהחיפוש המתמיד של עבריינים אחר אפיקי הלבנת הון חדשים אלא גם מדינמיות טכנולוגית. הרחבת המאבק בהלבנת הון בדרך של פריסה רחבה יותר של רשת חובות הדיווח אינה מובילה בהכרח לירידה

36 תקנות איסור הלבנת הון (דרכי דיווח על כספים בעת הכניסה לישראל או היציאה ממנה), התשס"א-2001; צו תאגידים בנקאיים, לעיל ה"ש 34; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של מבטח וסוכן ביטוח), התשס"ב-2001; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של קופת גמל וחברה המנהלת קופת גמל), התשס"ב-2001. לסקירת התפתחות החקיקה המרחיבה את המאבק נגד הלבנת הון בישראל ראו גם: שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219-222.

37 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של חבר בורסה למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2010; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של מנהל תיקים למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2010.

38 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של בנק הדואר למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2011.

39 צו נותני שירותי מטבע, לעיל ה"ש 21; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של סוחר באבנים יקרות למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ד-2014; צו נותני שירות עסקי, לעיל ה"ש 15.

40 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של זירת סוחר לחשבוננו העצמי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ו-2015.

41 סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון. גישה זו מאפיינת גם את החקיקה בתחום זה בארה"ב. ראו Money Laundering Control Act 1986, 18 U.S.C., 1956, 1957. השווו אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 199.

42 שם, בעמ' 130, משתמש אף הוא בדימוי המים המחפשים אפיק זרימה אחר.

בפשיעה או בניסיונות להלבנת הון אלא עלולה להוביל דווקא לתוצאה הפוכה: תחום רב יותר של מלביני ההון, ובעיקר עליית מדרגה ביכולות הטכנולוגיות של מלביני הון.⁴³ לשם כך מערכת האסדרה בתחום איסור הלבנת הון דורשת תחזוקה מתמדת. אף כי מגמת הרחבתה של רשת הדיווח צפויה להימשך, חל שינוי מובהק במגמה זו. בעבר הפעיל ארגון ה-FATF, באמצעות פרסום "הרשימה השחורה", לחץ על מדינות שלא צייתו להמלצותיו. בשנים האחרונות אימץ הארגון מדיניות מבוססת-סיכון.⁴⁴ השינוי נבע מביקורת קשה שהופנתה כלפי מדינות ה-FATF, בין היתר על רקע היעדר הוכחות בדבר האפקטיביות של המדיניות הקיימת. דוח שהוכן עבור קרן המטבע העולמית טוען כי המחקר האמפירי המבסס את יעילותה של מדיניות המאבק בהלבנת הון דל, כי קיים קושי למדוד את יעילותם של עקרונות ה-FATF בגלל יעדיהם המעורפלים, וכי קשה להעריך מה היקף הפעילות העבריינית שנמנעת בעקבות המשטר של איסור הלבנת הון בעולם.⁴⁵

בד בבד נמתחה ביקורת על ה-FATF בטענה כי הארגון הכניס מדינות לרשימה השחורה על בסיס בחינת תהליכי הציות וללא התחשבות באפקטיביות המאבק בהלבנת הון באותן מדינות.⁴⁶ בעקבות הביקורת שינה ה-FATF את גישתו. במסמך מתודולוגיה

43 על הצורך באסדרה דינמית, במיוחד בתחומים המאופיינים בשינויים טכנולוגיים ובגלובליזציה, ראו Ido Baum, *Innovative Regulation through Competition: A Response to Rapidly Evolving Markets*, 49 ISRAEL L. REV. 1 (2016). לטענה שאי אפשר להצביע על הצלחה של מודל האכיפה הקיים בתחום איסור הלבנת הון למניעת פשיעה, וכי עיקר יתרונותיו של המודל הם ביצירת מודיעין על עבריינים וכן פעילות טרור, ראו Michael Levi and Peter Reuter, *Money Laundering*, 34 CRIME AND JUSTICE 289 (2006). החוקרים טוענים גם כי היקף הסכומים המחולטים מעבריינים באמצעות חוקי איסור הלבנת הון הוא מזערי ביחס לרווחים מפשיעה.

44 על אימוץ מדיניות מבוססת סיכון ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 73 וכן בעמ' 128–130.

45 TERENCE C. HALLIDAY, MICHAEL LEVI AND PETER REUTER, *GLOBAL SURVEILLANCE OF DIRTY MONEY: ASSESSING ASSESSMENTS OF REGIMES TO CONTROL MONEY LAUNDERING AND COMBAT THE FINANCING OF TERRORISM* (2014). על היכולת להעריך את השפעת המדיניות של המאבק בהלבנת הון קובע הדוח כי "Systematic quantitative or qualitative data that would provide defensible bases for assessments and recommendations are not now available for most countries, nor likely to be available in the foreseeable future". שם, בעמ' 6. כמו כן ראו Donato Masciandaro and Alessio Volpicella, *Designing Financial Supervision: The Puzzling Case of the FIUs against Money Laundering*, 2 JOURNAL OF FINANCIAL REGULATION 79, 82 (2016). בה"ש 3 ו-4.

46 HALLIDAY LEVI AND REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 15, מצביעים על כך שביקורות הארגון במדינות המפוקחות התמקדו בציות טכני לתהליכים ולא בהשפעת הטמעתם של משטרי איסור הלבנת הון על המאבק בתופעה. שקד טוען כי המודל של סטנדרטים בין-לאומיים על ידי soft law מאפשר לארגון ה-FATF להתמודד במידה המיטבית עם הדינמיקה הבין-לאומית של המאבק בהלבנת הון. שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 115–120. עם זאת ה-FATF קובע מדיניות מאבק בהלבנת הון לרוב מדינות העולם בשעה שהסטנדרטים

חדש משנת 2013 אימץ ארגון ה-FATF תפיסה שלפיה מצופה כי כל מדינה תעריך בעצמה את סיכויי הלבנת ההון הייחודיים לה ותתעדף את התחומים שבהם היא מקדמת אסדרה על סמך הערכות אלה.⁴⁷

אימוץ גישה זו, המבוססת על הערכת סיכון, במקום אסדרה מבוססת-כללים, החל כבר בשנת 2007 ויושם גם באשר לחובות הדיווח. יש הרואים בהרחבת רשת הדיווח חלק ממגמה רחבה יותר של העברת אחריות לשומרי סף.⁴⁸ בפועל העברת אחריות כזו מתקיימת בעיקר במצב שבו שיקול הדעת בדבר חובת הדיווח מופקד אף הוא בידי שומרי הסף. לעומת זאת כאשר שומרי הסף מעבירים דיווחים אוטומטית וללא שיקול דעת עצמאי, קשה להסיק מכך על כוונה להסיט את האחריות אליהם. דיווח מבוסס-כללים אינו מותיר מרווח להפעלת שיקול דעת של המפוקח אלא מחייב מסירת מידע על העברות כספים כל אימת שמתקיימים התנאים המחייבים זאת. טכניקת פיקוח זו מציפה את רשויות איסור הלבנת הון ברחבי העולם בכמויות דיווחים עצומות, שרובן המכריע אינו מועיל ואינו נחוץ.⁴⁹ כאמור, משנת 2007 מקדם ה-FATF עמדה המאפשרת לשומרי הסף להעביר לרשויות דיווח מבוסס-סיכון כדי להביא לצמצום הדיווחים ולשיפור איכותם. בשנת 2008 פרסם ארגון ה-FATF מסמך המלצות לעורכי דין (ומסמך דומה לרואי חשבון) ליישום גישת דיווח מבוסס-סיכון גם בקרב פרופסיות אלה.⁵⁰ מוטב לקבל את המעבר של ארגון ה-FATF לגישה מבוססת-סיכון בקורטוב ספקנות. כיום עדיין אין בסיס מדעי מספק לצורך הערכה מדויקת של תחומי הכלכלה שבהם

נקבעים בעיקרם על ידי קבוצה מצומצמת של 34 מדינות בלבד, עובדה הפוגעת במידת מה בלגיטימיות שבה מתקבלת אכיפת הסטנדרטים במדינות השונות. שם, בעמ' 147.
 47 FATF, METHODOLOGY FOR ASSESSING COMPLIANCE WITH THE FATF RECOMMENDATIONS AND THE EFFECTIVENESS OF AML/CFT SYSTEMS 5 (2013) (להלן – מסמך המתודולוגיה). ראו גם HALLIDAY LEVI AND REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 22. בסעיף 45 למסמך המתודולוגיה מכיר ה-FATF בכך שייתכן כי מדינות שאינן מצייתות להמלצותיו בכל זאת מצליחות להילחם כדבעי בתופעת הלבנת ההון, וכי יש לבחון את האפקטיביות של משטר המאבק בהלבנת ההון ולא את רמת הציות הטכנית להנחיות הארגון.

48 אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273.

49 בתחומים מסוימים אומצה גישה שלפיה גופים מפוקחים נדרשים לדווח לרשות איסור הלבנת הון רק במקרה של חשד להלבנת הון. זהו למשל הדין באנגליה כאשר לעורכי דין. ראו לעיל דיון בפרק ג. בתחומים אחרים נהוגה מדיניות דיווח גורפת מעל סכום מסוים. זהו למשל הדין הנפוץ בנוגע לבנקים. מתברר כי אי אפשר להשוות איזו גישה אפקטיבית יותר כי גופי החקירה עמוסים מכדי להתמודד עם נטל הדיווחים ממילא. HALLIDAY LEVI AND

REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 20.

50 RBA Guidance, לעיל ה"ש 32.

מתקיים סיכון מוגבר להלבנת הון.⁵¹ לכן חוקרים מזהירים מפני בחירת תחומים אלה על סמך אינטואיציות רגולטוריות או בהסתמך על היקף הכספים הזורמים דרך התחום ללא קשר אמתי לרמת הסיכון הטמונה בו.⁵²

באשר למגמה הגלובלית לעניין הטלתה של חובת הדיווח על נותני שירות עסקי, ובמיוחד עורכי דין, מצטיירת תמונה מורכבת. אמנם ארגון ה-FATF עומד בהמלצתו להחיל חובות זיהוי הלקוח, תיעוד וכן דיווח על עורכי דין, אך המלצות אלה נתקלות בהתנגדות עזה בכמה ממדינות המשפט האנגלי-אמריקאי. אפשר לסרטט שתי גישות מנוגדות, שאינן ניתנות ליישוב זו עם זו, בכל הקשור לאימוץ המלצות ה-FATF באשר לעורכי דין.

בעמדת קיצון אחת מצוי הדין האנגלי שמחייב נותני שירות עסקי לדווח על חשד להלבנת הון או למימון טרור לרשות הלאומית למלחמה בפשע מאורגן, ה-National Crime Authority (NCA).⁵³ את הדיווח צריך לעשות עורך הדין הממונה על התחום של איסור הלבנת הון בפירמה ללא ידיעת הלקוח, שכן עדכון הלקוח בדיווח עלול להיחשב לשיבוש חקירה.⁵⁴ ה-NCA יכול לאפשר לעורך הדין להמשיך בביצוע הפעולה שמבקש הלקוח מבלי לעדכן את הלקוח על הדיווח, אולם כל עוד לא התקבל אישור כזה, ככלל מנוע עורך הדין מביצוע הפעולה שהלקוח מבקש אף שאין באפשרותו לעדכן את הלקוח על הסיבות למניעות.⁵⁵ הפרת חובת הדיווח היא עברה פלילית.⁵⁶

-
- 51 HALLIDAY LEVI AND REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 235, כותבים על המדיניות מבוססת-הסיכון שאימץ ה-FATF כי "The art and science of risk analysis are poorly developed with respect to money laundering".
- 52 HALLIDAY LEVI AND REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 23. כך למשל, אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 125, טוען כי הגאות בתחום הנדל"ן הופכת אותו ליעד להלבנת הון. קשה לחלוק על תחושה זו, אך קביעה זו אינה מבוססת על נתונים בדבר שיעור הלבנת ההון בתחום זה אלא על היות תחום הנדל"ן יעד השקעה אטרקטיבי בישראל. באותה מידה היה ניתן לשער כי העלויות הנלוות הרבות של עסקת נדל"ן בהיבטיה המשפטיים, המיסוי וכיוצא באלה דווקא מרחיקות מלביני הון.
- 53 חובת הדיווח קבועה בפרק 7 של Proceeds of Crime Act 2002 (POCA) ובמיוחד בסעיף 330 של POCA, הקובע כי בכל מקרה שבו נודע לגורם המפוקח על הלבנת הון או התעורר חשד להלבנת הון או היה צריך להתעורר בסבירות חשד כזה. ראו גם: The Law Society of England and Wales, PRACTICE NOTES, ANTI MONEY LAUNDERING Ch. 8 (22 Oct. 2013).
- 54 The Terrorism Act 2000 and Proceeds of Crime Act 2002 (Amendment) Regulations 2007, s. 21D.
- 55 The Terrorism Act 2000 and Proceeds of Crime Act 2002 (Amendment) Regulations 2007, s. 21Z.
- 56 עורכי דין שהפרו את חובת הדיווח נידונו למאסרים בפועל לתקופות של 6 עד 15 חודשים. ראו למשל: R. v. McCartan, [2004] NICA; R. v. Duff, [2002] EWCA Crim 2117; R. v. Griffiths, [2006] EWCA Crim 2155.

ההסדר האנגלי עלול אפוא להעמיד את עורך הדין החושד כי לקוחו מעורב בהלבנת הון בדילמה של הפרת חובת הסודיות וחסיון עורך דין-לקוח.⁵⁷ המלצתה של לשכת עורכי הדין האנגלית לעורכי הדין הנקלעים לדילמה כזו היא לברר את העובדות כמיטב יכולתם כדי לבסס חשד לכאורה (prima facie) בטרם העברת דיווח לרשות, כדי שלא יהיו חשופים לתביעה מצד הלקוח בגין הפרת חובת הסודיות.⁵⁸

הפרת חובות עורך הדין ומתן שירות ללקוח הן הפרות אתיות, ויותר מזה, הפרות אלה עלולות להיות הרות גורל גם במישור האחריות האזרחית. הענקת שירות ללקוח בסיכון גבוה להלבנת הון יכולה לחשוף את עורך הדין, בנסיבות מסוימות, לתביעה אזרחית מצד קרבנות העברה הפלילית שביצע הלקוח.⁵⁹

בעמדה מנוגדת מצויה ארצות הברית. ארצות הברית הייתה הראשונה בעולם לאמץ חקיקה למאבק בהלבנת הון, עוד קודם להקמת ה-FATF.⁶⁰ עם זאת בארצות הברית נדחתה לחלוטין המלצת ה-FATF להטיל חובת דיווח על עורכי דין.⁶¹ במקום זאת אימץ ה-American Bar Association, לאחר שיתוף פעולה עם ה-FATF, כללים וולונטריים לעורכי דין המנחים כיצד לבחון אם הלקוח הוא בבחינת סיכון להלבנת הון.⁶²

קנדה הצטרפה בשנת 2015 לארצות הברית בדחיית חובת הדיווח על עורכי דין. בעבר כבר ביטל בית המשפט העליון הקנדי את חובת עורכי הדין לדווח על עסקאות חשודות של הלקוח וקבע כי היא נוגדת את הצ'רטר הקנדי.⁶³ בשנת 2015 צמצם בית

57 לשם השוואה: בישראל ואף באנגליה חייב עורך הדין לפעול תמיד בנאמנות לטובת שולחו. סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. נראה כי חובה זו עומדת בסתירה להוראה האנגלית המחייבת עורך דין להסתיר מלקוחו את העובדה שדיווח על חשד בעניינו לרשויות.

58 לדיון במתח שבין חובות עורך הדין כלפי לקוחו לבין חובת הדיווח ראו The Law Society of England and Wales, לעיל ה"ש 53, פרק 6, <http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/aml/legal-professional-privilege>.

59 כך למשל באנגליה הצליחו קרבנות הונאה אשר עורך הדין סייע למבצעה להלבין את כספי העברה בתביעה אזרחית נזיקית שהוגשה נגד עורך הדין. ראו The Law Society of England and Wales, לעיל ה"ש 53, פרק 10, <http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/aml/civil-liability>.

60 רשות איסור הלבנת הון בארצות הברית, FinCEN, הוקמה בעקבות חקיקת ה-Bank Secrecy Act 1970. לרשות כפופים לא רק בנקים אלא גם ברוקרים, בתי קזינו, חלפני כספים וגורמים פיננסיים אחרים. לסקירה היסטורית של החקיקה למאבק בהלבנת הון בארצות הברית ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13-39.

61 עם זאת עורך דין בארצות הברית שהעניק שירות ללקוח מלבין הון עלול להיות חשוף להעמדה לדין פלילי אם היה צריך לדעת כי הוא שותף למעשה עברה. אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 292-293.

62 A.B.A., VOLUNTARY GOOD PRACTICES GUIDANCE FOR LAWYERS TO DETECT AND COMBAT MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING (23 April 2010) (להלן – (ABA Practices).

63 אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294.

המשפט העליון בקנדה עוד יותר את המשטר של איסור הלבנת הון על עורכי דין כאשר קבע כי הסעיפים של Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act 2000, המחייבים עורכי דין לזהות את הלקוח ולשמור תיעוד של הליך הזיהוי, אינם חוקתיים.⁶⁴ בית המשפט סבר כי זיהוי כזה עלול להעמיד את עורך הדין בניגוד עניינים עם חובתו לייצג את הלקוח. כללי לשכות עורכי הדין של המדינות השונות בקנדה אמנם מחייבים עורכי דין לתעד את זהות הלקוח, אך תיעוד זה נובע מחובה אתית, חוסה בחסיון עורך דין-לקוח, ורשויות החוק אינן רשאיות לחשוף אותו.

באוסטרליה קיימת התנגדות מתמשכת לעיגון רגולטורי של המלצות ה-FATF באשר לעורכי דין. לשכת עורכי הדין האוסטרלית מנמקת את התנגדותה להרחבת החובות המוטלות על עורכי דין בעלויות הכספיות הגבוהות של ציות למשטר איסור הלבנת הון וכן בפגיעה בסודיות ובחיסיון ביחסי עורך דין-לקוח.⁶⁵

משפחת מדינות ה-Common Law הן קבוצת השוואה רלוונטית לישראל במישור התאורטי בגלל המקור המשותף של הסודיות והחיסיון ביחסי עורך דין-לקוח.⁶⁶ ארצות הברית, קנדה ואוסטרליה הן כאמור שלוש המדינות הבולטות שאינן מיישמות את המלצות ה-FATF להטיל חובת דיווח על עורכי דין. הן מצויות בעמדת קיצון הפפית לדין האנגלי, שהטיל חובת דיווח כזו. ארצות הברית, שווייץ ואנגליה נחשבות לחלוצות החקיקה נגד הלבנת הון. שתי האחרונות מטילות חובת דיווח על עורכי דין. ישראל, סין, רוסיה ואיראן נחשבות למאחרות במאבק בהלבנת הון.⁶⁷ בחינת הדין הישראלי שאומץ בתיקון 13 לחוק צריכה להיעשות אפוא על רקע תמונה מורכבת זו. העובדה שאנגליה אימצה את חובת הדיווח מעידה כי אימוץ כזה אפשרי אף במדינה הנחשבת למולדת החיסיון ושהדין בה תופס אותו כמוחלט.⁶⁸ אם מדינת ישראל מעוניינת להעמיד עצמה בין מובילות המאבק בהלבנת הון, דומה כי עליה להטיל חובות מוגברות על נותני שירות

Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada, [2015] 1 SCR 401. 64

ראו את עמדת לשכת עורכי הדין האוסטרלית לוועדה הממשלתית בנושא זה: Law Council of Australia, Commonwealth Attorney-General's Department and AUSTRAC, STATUTORY REVIEW OF THE ANTI-MONEY LAUNDERING AND COUNTER-TERRORISM FINANCING REGIME IN AUSTRALIA (30 April 2014) http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/docs-2800-2899/2819_-_Statutory_Review_of_the_Anti-Money_Laundering_and_Counter-Terrorism_Financing_Regime.pdf 65

לטענת שקד, הסיבה העיקרית להתנגדותה של לשכת עורכי הדין בישראל לחובות דיווח נובעת מרוחב התחולה של החיסיון ביחסי עורך דין-לקוח בדין הישראלי לעומת הדין הקונטיננטלי. שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219. 66

ראו Michael J. Anderson and Tracey A. Anderson, *Anti-money Laundering: History and Current Developments*, 2015 JOURNAL OF INTERNATIONAL BANKING LAW AND REGULATION 521, 528 (2015). 67

IDO BAUM, PROFESSIONAL TESTIMONIAL PRIVILEGES: A LAW AND ECONOMICS APPROACH 41 (2008). 68

עסקי, ובכלל זה עורכי דין, בהסתייגות שלפיה הטלת אסדרה חודרנית כזו נחוצה אך ורק אם נשקף סיכון גבוה לניצול לרעה של פרופסיות אלה.

3. הרתעה באמצעות חילוט וענישה

הכלים המרכזיים שמעניק חוק איסור הלבנת הון בידי רשויות האכיפה כדי להרתיע את פעילותם של מלביני הון הם עונשי מאסר, קנסות וחילוט נכסים שהושגו בעברה. הענישה והחילוט נועדו למזער את התמריץ לביצוע של עברות על חוק איסור הלבנת הון בדרך של יצירת הרתעה על עבריינים עתידיים. גישה זו נשענת על התובנה שלפיה מי שמבצעים עברות שמהותן כלכלית פועלים ממניעים רציונליים מהבחינה הכלכלית, ועל כן ניתן להרתיעם מביצוע העברות באמצעות ייקור הסנקציה על המעשה האסור ונטילת רווחי העברה.⁶⁹

השימוש בסנקציית החילוט גם בשלבים מוקדמים של הליכים פליליים נגד חשודים בעברות פליליות ובהלבנת הון עוד בטרם הרשעה נהוג זה מכבר, וככלל קיימת מגמה של עלייה בהיקף הרכוש המחולט על ידי רשויות אכיפת החוק בישראל.⁷⁰ פסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"ה מעידה על המשך התמיכה של בתי המשפט בשימוש בכלי החילוט אף כאשר החילוט מופעל נגד נכסים המוחזקים בידי צד שלישי.⁷¹ בתחום הענישה ניכרת בשנים האחרונות מגמה בפסיקת בית המשפט העליון של החמרה בעברות

69 הגישה שלפיה הגדלת הסנקציה ללא שינוי בהסתברות לתפיסה משפיעה על התמריצים לביצוע העבירה, מיוחסת לפרופסור גארי בקר, מאבות היישום של הגישה הכלכלית במשפט בתחום המשפט הפלילי. ראו אלון הראל "משפט פלילי", בתוך: **הגישה הכלכלית למשפט** 637, 655–659 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). לעומת זאת לביקורת הגורסת כי החרפת הענישה אינה מועילה בהכרח, ובעיקר כי אין בנמצא בישראל די נתונים כדי לבסס את הטענות בדבר היעילות של החמרה בענישה, ראו באופן כללי: **דוח הוועדה הציבורית לבדיקת מדיניות הענישה ודרכי הטיפול בעבריינים** (2015).

70 להכרה באפשרות השימוש בחילוט בשלב מוקדם של הליכי האכיפה ראו בש"פ 6817/07 **מדינת ישראל נ' סיטבון** (פורסם בנבו, 31.10.2007). מדרוך מבקר המדינה בעניין המאבק בפשיעה מאורגנת עולה כי הנתונים הקיימים בידי רשויות המדינה על היקפי החילוט במסגרת המאבק בפשיעה מאורגנת ובפשיעה כלכלית אינם מדויקים, אך ניתן להצביע על מגמה של עלייה בהיקפי הרכוש המחולט. בשנת 2008 תפסה המשטרה רכוש בהיקף של כ-20 מיליון ש"ח, ואילו היקף הרכוש שנתפס בשנת 2014 היה כ-440 מיליון ש"ח. מבקר המדינה העיר כי למרות "העלייה הניכרת" בהיקף תפיסת הרכוש מדובר עדיין בהיקפים נמוכים ביותר ביחס להיקף ההון השחור הנאמד לפי הערכות משרד המשפטים ב-10 עד 15 מיליארד ש"ח. ראו **דוח מבקר המדינה 366 – המאבק הכלכלי בפשיעה החמורה ובפשיעה המאורגנת** 82–83 (2016).

71 ראו להלן בפרק ד.

"צווארון לבן", דהיינו עברות בעלות אופי כלכלי.⁷² בהיעדר נתונים על רמת הענישה בעברות על חוק איסור הלבנת הון ניתן להצביע רק על רטוריקה בפסיקת בית המשפט העליון הקוראת לענישה חמורה. עם זאת אי אפשר ללמוד מהפסיקה בשנת תשע"ה אם אכן הרטוריקה נתמכת בעונשים הולמים. אי־בהירות זו כשלעצמה ראויה לביקורת ומצדיקה עיון נרחב החורג מגבולותיה של רשימה זו.

4. סיכום ביניים

בפרק זה עמדתי על תופעות ומגמות עיקריות אשר לאורן אציע לבחון את ההתפתחויות בתחום הלבנת ההון בישראל: האחת, תופעת דה־אנונימיזציה של השימוש באמצעי תשלום. מדיניות הרמונית באשר לתופעה זו תומכת בהקניית אמצעים משפטיים לרשויות האכיפה לעקוב בקלות רבה יותר אחר תנועות הון; השנייה, הרחבת רשת הדיווח בישראל לשלל שומרי סף המעורבים בפעילות עסקית ופיננסית. מגמה זו תומכת אף היא בהרחבת חובות הדיווח המוטלות על עורכי דין ורואי חשבון, אך כאמור המגמות הגלובליות בהקשר הזה מעורבות; השלישית, התגברות השימוש בכלי החילוט כסנקצייה במסגרת המאבק בתופעות הלבנת הון וכן שימוש עקיב ברטוריקה הקוראת להטלת עונשים חמורים על עברייני הלבנת הון.

ג. חובות זיהוי והכרת הלקוח והערכת הסיכון להלבנת הון

האירוע החשוב ביותר במסגרת המאבק בהלבנת הון ומימון טרור בשנת תשע"ה היה כניסתו לתוקף ביום 2 בספטמבר 2015 של תיקון 13 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס–2000 (להלן – תיקון 13 לחוק), המטיל חובות הנוגעות לזיהוי והכרתו של הלקוח על ידי "נותני שירות עסקי" – דהיינו עורכי דין ורואי חשבון.⁷³ כפי שעולה

⁷² אין נתונים מדויקים על רמת הענישה בפועל, אך ניתן להצביע על רטוריקה הקוראת ליחס מחמיר יותר של בתי המשפט בבואם להעניש את מי שהורשעו בעברות צווארון לבן. ראו למשל: ע"פ (מחוזי ת"א) 26228-07-14 **מדינת ישראל נ' אוחנה**, פס' 18 והפסיקה המובאת שם (פורסם בנבו, 6.12.2015). בעברות שימוש במידע פנים אישר בית המשפט העליון בשנים האחרונות לראשונה הטלת עונש מאסר בפועל בע"פ 6020/12 **מדינת ישראל נ' ערן** (פורסם בנבו, 29.4.2013). בשנת 2015 הושת לראשונה עונש מאסר בפועל על עברה של הסדר כובל בתחום ההגבלים העסקיים בע"פ 5823/14 **שופרסל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.8.2015).

⁷³ ארגון FATF מתייחס לקבוצה זו בהגדרה הכוללת Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBP). יש הרואים בתיקון 13 לחוק חלק ממגמה של הרחבת האחריות על שומרי סף, בעלי תפקיד שיש בכוחם למנוע ביצוע עברות בידי המבצע העיקרי. ראו אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 271. נדמה כי בכל הקשור לעורכי דין, ובמקרה של תיקון 13 לחוק גם לרואי חשבון, נוקט המחוקק בישראל גישה זהירה שאינה

מדברי ההסבר להצעת החוק, מטרת תיקון 13 לחוק היא למנוע ניצול לרעה של נותני שירות עסקי לצורך ביצוע פעולות עסקיות המשמשות להלבנת הון או למימון טרור תוך ניצול שמם הטוב של נותני השירות, ובמקרה של עורך הדין גם תוך ניצול החיסיון המקצועי שחל על דברים ועל מסמכים שהוחלפו בינו לבין הלקוח.⁷⁴ בתיקון 13 לחוק נדחתה הכוונה להטיל חובת דיווח על נותני השירות שנכללה בהצעת החוק המקורית.⁷⁵ המחוקק הישראלי העדיף על פניה מודל שעיקרו אכיפה עצמית בעניין סיכוני הלבנת הון.⁷⁶ בחלקו הראשון של פרק זה אסקור את הרכיבים המרכזיים של תיקון 13 לחוק ואסביר את הרציונל שבבסיסו בפרספקטיבה ביקורתית. בחלקו השני של הפרק אבחן את תיקון 13 לחוק ביחס להצעת החוק המקורית ואדון בהבדלים שבין ההצעה לתיקון שאומץ.

1. תיקון 13 לחוק

(א) מהו "שירות עסקי"

תיקון 13 לחוק מחייב את נותני השירותים שעליהם הוחל החוק – עורך דין או רואה חשבון – בביצוע פעולות של הכרת הלקוח, זיהויו והערכת הסיכון מפני הלבנת הון. זאת, כאשר הם מתבקשים לבצע פעולות הנופלות בהגדרת "שירות עסקי".⁷⁷ בטרם אבחן את פרוצדורת זיהוי הלקוח והערכת הסיכון הנשקף ממנו להלבנת הון, ראוי להקדים ולדון בהגדרת "שירות עסקי".

הגדרתו של "שירות עסקי" בחוק כוללת חמש קטגוריות מרכזיות החובקות בעיני המחוקק פעולות בעלות סיכון גבוה יחסית להלבנת הון:⁷⁸

-
- רותמת את בעלי המקצוע הללו לשמירת סף במלוא מובן המילה. ראו נטע זיו ולימור זר-גוטמן **הצעת חוק תיקון איסור הלבנת הון (תיקון מס' 11), התשע"ב-2012 – נותן שירות עסקי** (נייר עמדה לוועדת חוקה חוק ומשפט, 16.6.2014). לדיון נרחב בכשלים של שומרי סף בשוק ההון ראו JOHN COFFEE, GATEKEEPERS 77–55 (2006).
- 74 הצעת חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 11) (נותני שירות עסקי), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 832 (להלן – הצעת החוק).
- 75 לפי הצעת החוק וטיוטת צו נותני שירות עסקי, לעיל ה"ש 15, חלה על עורך דין שהגיע למסקנה – על סמך הערכת סיכון שביצע – כי מהלקוח מבקש השירות נשקף "סיכון גבוה" להלבנת הון, חובה לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון. אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277. הצעת החוק המקורית דמתה אפוא למודל האסדרה הקיים כיום באנגליה.
- 76 ה-FATF אינו שולל אכיפה עצמית של משטר האסדרה על ידי ארגונים פרופסיונליים (Self Regulatory Organizations) אך דוגל בקיומה של חובת דיווח מבוססת-סיכון. ראו RBA Guidance, לעיל ה"ש 32, בעמ' 15–16.
- 77 סעיף 8 לחוק איסור הלבנת הון.
- 78 הרשימה היא תרגום מדויק למדי של הפעולות המנויות בהמלצה 22 של המלצות ה-FATF, לעיל ה"ש 4, הכוללות: "Buying and selling of real estate; managing of client money,"

1. קנייה, מכירה או חכירה לדורות של נדל"ן;
2. קנייה או מכירה של עסק;
3. ניהול נכסי הלקוח, כספים, חשבונות, השקעות וכיוצ"ב;
4. קבלה, החזקה או העברת כספים לצורך הקמה או ניהול תאגיד;
5. הקמה או ניהול של תאגיד, עסק או נאמנות לאחר.

המאפיין את הפעולות המנויות ברשימה זו הוא שהן כרוכות בפעולה פיננסית או בהעברת כספים, והן אינן פעולות ייחודיות לעורכי דין ורואי חשבון.⁷⁹ עורכי דין ורואי חשבון אינם מחויבים בביצוע פעולות זיהוי הלקוח והערכת סיכון כאשר מבוקש מהם ייעוץ מקצועי בתחום עיסוקם, ייצוג בפני רשויות, עבודת ביקורת (במקרה של רואי חשבון מבקרים) או כל פעילות אחרת שאינה נכנסת בגדר הפעולות המנויות ברשימה לעיל.

הגדרות "שירות עסקי" רוויות בקשיים פרשניים.⁸⁰ לעתים הגדרות אלה אינן מקיפות דיין, ולעתים הן עלולות לחבוק פעולות רבות מדי באופן המביא את החובות עד אבסורד ומטיל עלויות רבות על נותני השירות. הקושי העיקרי מנקודת מבטו של הרגולטור הוא במקרי הכלת חסר שבהם אין די בהגדרות כדי לחסום את הפוטנציאל להשתמש בנותני שירות עסקי לצורך הלבנת הון.

כך למשל ההגדרה המתייחסת לפעילות בנדל"ן סובלת מהכלת חסר. היא אינה כוללת שימוש בעורכי דין וברואי חשבון לצורך השכרת נכס אף כי גם בדרך זו ניתן להלבין הכנסה שמקורה בנדל"ן שהושג בפעילות לא חוקית.

לעומת זאת הגדרת קנייה ומכירה של עסק לוקה בהכלת יתר. היא עלולה לחול על כל השקעה של אדם במיזם עסקי, ולו השקעה קטנה יחסית ונטולת כל השפעה על התאגיד.⁸¹ קושי נוסף יכול להתעורר כאשר נותן השירות העסקי מסייע ללקוחו ברכישה

securities or other assets; management of bank, savings or securities accounts; organization of contributions for the creation, operation or management of companies; creation, operation or management of legal persons or arrangements, and buying and selling of business entities"

79 בהקשר זה ראוי להעיר כי על פי פרשנות הממונה על החוק, המופיעה בעמוד "שאלות נפוצות" באתר האינטרנט של הממונה על נותני שירות עסקי במשרד המשפטים, חל תיקון 13 לחוק גם על מי שאינו עוסק בעריכת דין אך מחזיק ברשותו רישיון עורך דין בר תוקף. למשל, מתווך נדל"ן המחזיק רישיון עריכת דין ומתבקש לבצע פעולות רכישה של נכסים בישראל עבור לקוח המתגורר בחו"ל חב בקיום הוראות החוק. <http://index.justice.gov.il/Units/FBPS/Pages/Faq.aspx>

80 על מידת אי-הוודאות שמעורר יישום החוק ניתן ללמוד מכך שכבר בחודש אוקטובר 2015, כחודש לאחר כניסת החוק לתוקף, כלל אתר האינטרנט של הממונה על שירות עסקי במשרד המשפטים תשובות לכ-54 שאלות נפוצות על פרשנות החוק ויישומו. שם.

81 ניטול לדוגמה עורך דין המייצג משקיע בחברת הזנק ישראלית בתחילת דרכה. חברות אלה מתאפיינות בקצב "שְׂרֵפֶת מזומנים" גבוה, ועל כן הן נדרשות לגייס כספים ממשקיעים

או מכירה של אופצייה לרכישה או מכירה של עסק. ניטול לדוגמה מצב שבו עורך דין מסייע ללקוח לבצע עסקת הלוואה לתאגיד, ובחוויה ההלוואה נקבע כי ההלוואה ניתנת להמרה למניות בהתקיים תנאים מסוימים (Convertible loan). מתן הלוואה אינו עניין הנופל בגדרה של הגדרת "שירות עסקי", אולם המרת ההלוואה למניות בעתיד יכולה להפוך את המלווה לבעל מניות בתאגיד, אולי אף לבעל השליטה בו. דהיינו, מדובר בפעולה שתחילתה אינה בהכרח "קנייה" של "עסק" ולפיכך אינה נופלת בהגדרת "שירות עסקי", אבל היא עלולה להתברר ככזו בדיעבד. מתעוררת אפוא השאלה אם חלה חובת הזיהוי והכרת הלקוח בעת הטיפול בהסכם ההלוואה בשלב המוקדם, או שמא מתגבשת החובה רק במועד ההמרה למניות, אשר עלולה להתבצע בעיתוי מאוחר יותר ואולי בליווי נותן שירות עסקי אחר. לא ברור אפוא מהו המועד שבו יש לבחון את מהות עסקת הלוואה, אם בכלל. פתרון יישומי לקושיה זו יכול להינתן בהערכה עצמאית של נותן השירות העסקי באשר לטיבה האמתי של הפעולה המבוקשת ממנו. כלומר, אם נותן השירות מעריך כי ההלוואה היא למעשה כסות לעסקה שמטרתה רכישת העסק, עליו לפעול לזיהוי הלקוח ולהערכת הסיכון הנשקף להלבנת הון. מנגד, אם נותן השירות מעריך כי אופציית ההמרה למניות הוכנסה להסכם ההלוואה כבטוחה בלבד, עליו להעריך את סיכויי הבטוחה להתמש בהסתמך על המידע המצוי בידיו.

עורכי דין ורואי חשבון מעניקים ללקוחותיהם מגוון שירותים. בחירת המחוקק לתחום את חובת הזיהוי לקטגוריות "שירות עסקי" מסוימות מעוררת מאליה את השאלה מתי ייעוץ משפטי או חשבונאי הופך ל"שירות עסקי" המחייב הגשת טופס ללקוח וביצוע פעולת זיהוי, הכרה והערכת סיכון. לשכת עורכי הדין, שנחלצה להדריך את עורכי הדין בקושיה זו, עומדת על כך שאי אפשר להצביע על כללים מובהקים לאיתור הרגע שבו הופך הייעוץ לשירות עסקי, אך מציעה להשתמש במבחן ה"פעולה מול גורמי

רבים ולהקצות להם מניות כנגד השקעתם. בגלל הסיכון הרב הטמון בהשקעות מסוג זה סבבי ההשקעה הם רבים, והנטייה של המשקיעים היא להשקיע במסגרת כל סבב השקעה סכומים קטנים יחסית ולצרף משקיעים נוספים כדי לפזר את הסיכון הטמון במיזם. חלק ניכר מהמשקיעים במקרים אלה הם יחידים, תאגידים וקרנות שאינם ישראלים. ניתן אפוא להעלות על הדעת מקרים שבהם עורך דין המייצג את המשקיע יידרש לבצע הליך של זיהוי והכרת הלקוח בהשקעות זניחות, נטולות יכולת השפעה כלשהי על החברה, ואף כאלה שעתידות להיות מדוללות בטווח זמן לא ארוך. הטעם לכך הוא שגם השקעה כזו יכולה לעלות כדי "קנייה" של "עסק" לפי סעיף 8(א)(2) לחוק איסור הלבנת הון. שאלה דומה מתעוררת ברכישה ובמכירה של דבוקת מניות מיעוט בחברה ציבורית בעסקה המתבצעת מחוץ לבורסה. החשש במקרים אלה הוא מפני הכלת יתר המטילה על נותני השירות העסקי עלויות בתהליכי זיהוי לקוח שיכולים להיות מורכבים, חוצי-גבולות, אף שמדובר בסכומי השקעה קטנים יחסית. עלויות הליך הזיהוי והערכת הסיכון יכולות אפוא לעלות על התוחלת שלו.

חוץ "כמבחן עזר.⁸² לפי מבחן זה מתגבשת החובה לבקש מהלקוח למלא את טופס פרטי הזיהוי כאשר עורך הדין מתבקש לבצע פעולה של שירות עסקי מול צד שלישי. לטעמי מבחן זה מוגבל וכוחו כמבחן עזר מצומצם למדי, וודאי שאינו יכול לעמוד כמבחן יחיד. מבחן הפעולה מול גורמי חוץ עלול לאפשר ללקוחות מתוחכמים לעקוף את מטרת המחוקק, דהיינו מניעת השימוש בעורכי הדין ורואי חשבון לביצוע פעולות עסקיות של הלבנת הון.

החשש העיקרי הוא מפני פיצול מניפולטיבי של השירות. פיצול כזה אפשרי למשל כאשר מהלך מסוים שאותו מבקש הלקוח לבצע מורכב משרשרת פעולות שהאחרונה בהן היא שירות עסקי, ואשר כל אחת מהן עומדת בפני עצמה, וניתן לפצלה מהמהלך הכולל הן בעיתוי הביצוע והן בזהות המבצע מבלי שהדבר ייחשב בהכרח לפיצול מלאכותי. למשל, לקוח עלול לבקש את סיועו של נותן השירות העסקי בהכנת התשתית המשפטית או החשבונאית הנדרשת לצורך פעולה פיננסית כגון רכישת חברה או השקעה בנכס מבלי לבקש מעורך הדין או מרואה החשבון לבצע את הפעולה עצמה. לאחר מכן יכול הלקוח ליטול את המסמכים הדרושים שהוכנו ולבצע את הפעולה בעצמו מול גורם חוץ ללא סיועו, ואולי אף ללא ידיעתו, של נותן השירות העסקי שבו נועץ. לדוגמה, לקוח יכול לשכור את שירותיו של נותן שירות עסקי כדי לבחון את התשתית לרכישת חברה מסוימת מבלי שתהיה ללקוח כוונה לבצע את פעולת הרכישה באותו מועד אלא מתוך כוונה להיות מוכן לבצע את הרכישה בהתקיים תנאי שוק מסוימים. במקרה כגון זה מתחדדת השאלה אם חלה על נותן השירות העסקי החובה לבצע פעולת זיהוי גם כאשר הוא מתבקש להעניק ללקוח שירות הכולל פעולות מקדמיות בלבד ללא ביצוע כל פעולה מול גורם חיצוני. לכאורה, בקשה לשירות מקדים כזה אמורה להוביל לביצוע השירות העסקי, אך לא תמיד כך הדבר. למשל, ייתכן שלקוח יבקש עצה מקצועית שאחריה יחליט להימנע מביצוע השירות העסקי על רקע המידע שיובא לידיעתו במסגרת הייעוץ המקדמי. כמו כן לעתים הלקוח מעוניין לפצל פיצול לגיטימי את השירות המקצועי כדי שהשירות המקדים יינתן בידי נותן שירות אחד, והשירות העסקי יינתן בידי נותן שירות אחר. דוגמה לקשיים אלה מתעוררת למשל במקרה שבו הלקוח שוכר עורך דין או רואה חשבון לצורך ביצוע בדיקת נאותות או הערכת שווי מקדימה בטרם ביצוע השקעה בעסק, בתאגיד או בנדל"ן. לשכת עורכי הדין סבורה כי ביצוע הערכת שווי אינו שירות המחייב את זיהוי הלקוח,⁸³ משום שהערכת שווי של נכס יכולה להתבצע גם שלא למטרת ביצוע עסקה. לעומת זאת בדיקת נאותות משפטית נתפסת כמהלך מקדים לביצוע עסקה, ולפיכך הממונה על ביצוע החוק במשרד המשפטים סבר כי נדרש זיהוי הלקוח

82 **ועדת היגוי לכללי איסור הלבנת הון על נותני שירות עסקי** פס' 67 (לשכת עורכי הדין בישראל, 3.9.2015).

83 שם, פס' 65.

קודם לעריכת בדיקת נאותות.⁸⁴ אף במקרה של בדיקת נאותות חשבונאית יכול להתעורר קושי בטענה כי מדובר בפעולה המקדימה בהכרח לביצוע עסקה בעבור הלקוח, שכן שירות כזה – אם אמנם הוא מוביל לביצוע עסקה לאחריו – אינו מחייב כי יישכרו שירותיו של אותו רואה חשבון או עורך דין לצורך השלמת עסקה אף כי יש להודות שזהו המצב המקובל. אעיר כי הגדרת "נותן שירות עסקי" בסעיף 8(א) לחוק מתייחסת לעורך דין או רואה חשבון שמתבקש לבצע שירות "בעבור הלקוח", ואף הכלל האתי מאמץ נוסח זה וחל במקרה של ביצוע פעולה "בשביל הלקוח". דהיינו, פרשנות דווקנית הנצמדת ללשון הטקסט מאפשרת לטעון כי חובת הזיהוי והכרת הלקוח אינה חלה, ואינה צריכה לחול, במקום שבו נותן השירות העסקי מסייע בידו של הלקוח בביצוע פעולות מקדימות, תהיינה אשר תהיינה, אך אינו מבצע את הפעולה העסקית בשביל הלקוח, אלא הלקוח הוא שמבצע את הפעולה בעצמו.

כזכור, המגמה הכללית בהסדר בחוק איסור הלבנת הון היא הרחבת רשת הדיווח, ללא קשר לשאלה אם קיים או לא קיים חשד להלבנת הון.⁸⁵ מגמה זו ראוי להעתיק גם לתיקון 13 לחוק, אף שבו הומרה חובת הדיווח בחובת הכרת הלקוח והערכת סיכון. לפיכך בהתחשב בהיותן של בדיקת נאותות או הערכת שווי מקדמית, בהסתברות גבוהה, צעדים המקדימים פעולה עסקית מול גורם חיצוני, יש הצדקה להחיל את חובת זיהוי הלקוח כבר בשלב זה, אלא אם הלקוח מתחייב כלפי נותן השירות כי השירות אינו נדרש למטרת שירות עסקי כהגדרתו בתיקון לחוק. גישה אחרת עלולה לתמרץ הפרדה מלאכותית של פעולות בידי לקוחות המעוניינים להלבין הון. יותר מזאת, ללא פרשנות כזו האפשרות עצמה של התנהגות אסטרטגית עלולה לעורר חשדנות מצד נותני שירות עסקי כלפי לקוחותיהם, ועצם קיומה של חשדנות כזו יכרסם ביחסי האמון בין נותן השירות ללקוח.⁸⁶

אף על פי כן ייתכנו מצבים שבהם פיצול בין השירות המקצועי המקדים לשירות עסקי יהיה לגיטימי, ומבחן הפעולה מול גורמי חוץ לבדו עלול להטעות. ניטול עורך דין שלקוח מבקשו להכין טיוטת חוזה לקראת עסקה. כאשר מדובר בעסקה למכירת עסק בבעלותו של הלקוח, אפשר שהלקוח ישלים את המשא ומתן ואת פרטי טיוטת החוזה בעצמו ללא סיוע נוסף של עורך הדין. אולם כאשר היקף פעילות העסק גדול יחסית או מורכב, ייתכן שלא יהיה סביר להשלים את מכירת העסק ללא שימוש בעורך דין. לטעמי, מבלי לפסול את השימוש במבחן הפעולה מול גורמי חוץ כמבחן עזר נוסף, המבחן העיקרי שראוי להחיל לצורך בחינת אופיו העסקי של השירות הוא מבחן "מהות

84 שם, פס' 71.2.

85 ראו הדיון לעיל בפרק ב.

86 לעמדה דומה, הרואה בהפרדה מלאכותית של פעולות אינדיקציה לקיומו של שירות עסקי המחייב ביצוע זיהוי הלקוח, ראו גם את תשובת הממונה על נותני שירות עסקי במשרד המשפטים לאחת השאלות הנפוצות באתר האינטרנט של משרד המשפטים. לעיל ה"ש 79.

השירות". דהיינו, כאשר מהות השירות המבוקש היא עסקית, או אף כאשר השירות המבוקש כולל בחלקו מהות עסקית ולא רק משפטית – שירות מעורב – יהיה נכון לראות בכך פעולה המחייבת זיהוי הלקוח והערכת מסוכנות.

מבחן מהות השירות כשמו כן הוא – מבחן מהותי. מבחן זה מחייב הפעלת שיקול דעת לעומת מבחן הפעולה מול גורמי חוץ שמציעה לשכת עורכי הדין, שהוא טכני בעיקרו. מבחן מהות השירות מחייב את נותן השירות העסקי להעריך מהי מהותו האמתית והכוללת של השירות המבוקש ממנו. מטבע הדברים, הערכה זו תהיה סובייקטיבית ותתבסס לעתים על מידע חלקי בלבד ועל ניסיונו של נותן השירות העסקי. בדוגמת מכירת העסק שהובאה לעיל יכול עורך הדין להכריע כי מהות השירות המבוקש ממנו היא "מכירת עסק" אם מתקיימים מקצת המאפיינים שבעטיים לא סביר להניח שהלקוח ירצה להשלים את הפעולה לבדו: גודל רב, אסדרה מורכבת, מחיר גבוה, מימון חיצוני לרכישה, צורך לקבל אישורים רבים, רוכש או מוכר זר ועוד.

ניתן לטעון נגד המבחן המהותי שהוא יגרום ליישום "מתגונן": נותני שירות עסקי שיבקשו לגונן על עצמם מפני חשש להפרת החוק ייטו לבצע את זיהוי הלקוח גם במצבים גבוליים. אף אם יש אמת בטענה זו, אין היא סיבה מספקת לדחיית המבחן המהותי. ראשית כול, בהסדר החוקי הייחודי שאומץ בתיקון 13 הניח המחוקק כי יש להעדיף את ההסתמכות על שיקול הדעת של נותני השירות העסקי בביצוע חובת הזיהוי על פני הסדר המחייב דיווח. העדפה זו נובעת מתוך הנחה כי עורכי דין ורואי חשבון ניחנים ביכולת לבצע הערכה מורכבת כזו ומתוך הרצון להותיר בידי עורכי הדין ורואי החשבון את עצמאות שיקול הדעת. יש להניח אפוא כי נותני שירות עסקי הם שיתקשו פחות מכל גורם אחר להעריך את מהותו של השירות המבוקש מהם. למעשה, לעתים נותני שירות עסקי מצויים אף בעמדה טובה מזו של הלקוח להעריך מהי מהות השירות המבוקש מהם. שנית, הטיעון בדבר הכלת יתר מבוסס במשתמע על החשש מפני הרתעת לקוחות שיבקשו לפנות לבעלי מקצוע אחרים כדי להימנע מהליך זיהוי הלקוח. יש לזכור בהקשר זה כי החלופה שעליה המליץ ה-FATF היא הטלת חובת דיווח רחבה על נותני השירות העסקי. לקוחות שיירתעו מפנייה לנותני שירות עסקי בשל החובה להשיב על טופס זיהוי הלקוח היו בוודאי נרתעים אילו ריחפה מעל הטופס שמילאו גם חובת דיווח לרשויות. כלומר, אף שיש חשש כי הכלת יתר בשל שימוש במבחן מהות השירות עלולה להביא שיעור גדול יותר של לקוחות לפנות לנותני שירות אחרים שאינם כפופים למשטר תיקון 13 לחוק, החלופה האחרת שעמדה בפני המחוקק הייתה גורמת להסטה גורפת עוד יותר של לקוחות לאפיקי שירות לא מפוקחים.

(ב) זיהוי הלקוח והערכת הסיכון הנשקף להתרחשות הלבנת הון

הפיקוח על עורכי דין ורואי חשבון לפי תיקון 13 לחוק מבוסס על מודל של הערכת סיכונים והימנעות ממתן השירות במקרה של חשש להלבנת הון. על פי ההסדר בתיקון

13 לחוק ויישומו באמצעות צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, ניהול רישומים של נותן שירות עסקי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ה–2014 (להלן "הצו" או "צו נותני שירות עסקי"), טרם ביצע שירות עסקי על עורך דין או רואה חשבון ("נותן השירות העסקי") להגיש ללקוחו טופס לזיהוי הלקוח והכרתו, שאותו ימלא הלקוח בעצמו, ובו יצוינו בין היתר פרטי הלקוח, פרטי העסקה, מקור הכספים למימון העסקה, פרטי הנהנים ממנה ואם הלקוח הוא איש ציבור זר.⁸⁷ נותן השירות העסקי רשאי להסביר ללקוח את מטרת מילוי הטופס אך אינו אמור לסייע ללקוח במילוי הטופס.

נותן השירות העסקי נדרש לאמת את זהותו של הלקוח (וגם את זהותם של נהנה או בעל שליטה אם יש כאלה) פנים אל פנים, ובאין אפשרות לאמת את זהות הלקוח בדרך זו מותר אימות באמצעות היוועדות חזותית.⁸⁸ לאחר מילוי הטופס ואימות זהות הלקוח, חובה על נותן השירות העסקי לעיין בו ולהעריך – תוך הפעלת שיקול דעת – אם הפעולה המבוקשת מצויה בסיכון גבוה להלבנת הון.⁸⁹ כמו כן עליו להעריך סיכון גבוה למימון טרור.⁹⁰

אם נותן השירות העסקי מעריך כי הפעולה המבוקשת אכן מצויה בסיכון גבוה להלבנת הון או למימון טרור, אזי כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין ומועצת רואי החשבון מטילים עליו חובה להימנע ממתן שירות זה.⁹¹ החובה מוסדרת במישור האתיקה המקצועית של נותני השירות העסקי.⁹²

87 במקרה של לקוח שהוא תאגיד ימלא את הטופס מורשה או מיופה כוח. ראו התוספת הראשונה לצו נותני שירות עסקי, לעיל ה"ש 15.

88 שם, סעיפים 6 ו-7.

89 שם, סעיף 2(ג). אם המידע המופיע בטופס אינו מספק, חייב נותן השירות העסקי לדרוש מהלקוח למלא את הטופס בשנית. אם בסופו של ההליך סבור נותן השירות העסקי כי הלקוח אינו מצוי בסיכון גבוה להלבנת הון, הוא רשאי להעניק את השירות העסקי המבוקש לאחר שאישר בחתימתו על גבי הטופס כי ביצע הערכת סיכון. ראו התוספת הראשונה לצו נותני שירות עסקי, תחת תת-הכותרת "אישור נותן השירות העסקי בדבר עיון בנתוני הכרת הלקוח". בסיום מילוי הטופס נדרש הלקוח לאשר בחתימתו את זהות הנהנה ולהצהיר כי הפרטים שמסר נכונים, וכי הוא נותן את הסכמתו שהטופס יישמר אצל נותן השירות העסקי. על נותן השירות העסקי לשמור את הטופס למשך חמש שנים לפחות, על פי סעיף 8 לצו.

90 סעיף 9 לצו נותני שירות עסקי, לעיל ה"ש 15, קובע כי נותן השירות העסקי חייב להשוות את זהות הלקוח לרשימת ארגוני הטרור המתפרסמת בין היתר באתר הרשות לאיסור הלבנת הון ולבחון סוגי לקוחות שיכול שייראו לקוחות בסיכון גבוה לפי רשימה המפורטת בתוספת הרביעית לצו. חובה זו יש לחזור ולקיים מדי שישה חודשים בנוגע ללקוחות נמשכים, שכן רשימות אלה מתעדכנות מעת לעת.

91 סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון קובע כי פעולה ברכוש אסור היא עברה פלילית. סעיף 20(1)(2) לחוק העונשין, התשל"ז–1977 קובע כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון קובע איסור על עשיית פעולה ברכוש, בידיעה שהרכוש אסור, וכמו כן קבעעד לאחרונה כי הכלל בדבר עצימת עיניים לא יחול לעניין סעיף זה.

כדי לסייע לנותן השירות העסקי בהערכת הסיכון פרסמה הרשות לאיסור הלבנת הון מסמך "דגלים אדומים" שיש בהם כדי להעיד על מידת המסוכנות של הלקוח.⁹³ גורמי הסיכון נשענים על אלה שפורטו בהמלצות ה-FATF, כגון היותו של הלקוח איש ציבור זר, לקוח ממדינה בסיכון או פעולה עם מדינה בסיכון, פעילות במזומנים בהיקף גדול ללא הסבר או היגיון עסקי, חשש שהלקוח קשור לגורמים עברייניים או לפעילי טרור, פעולות עסקיות ללא הסבר או היגיון עסקי, לקוח שלדעת נותן השירות העסקי מצוי בסיכון גבוה בין השאר בשל תחום עיסוקו או נתון אחר הנוגע לעניין המצוי בדיעתו, חשש בדבר מקורם הלגיטימי של הכספים ואף לקוח המסרב למסור פרטים הנדרשים למילוי הטופס כנדרש בצו.

ההבחנה המעשית בהערכת הסיכון להלבנת הון בין סיכון גבוה לבין סיכון רגיל היא סובייקטיבית ומעורפלת, ועל כן עלולה להיות קשה ליישום וקשה עוד יותר לאכיפה. לא מן הנמנע כי שני נותני שירות עסקי יעריכו את אותו הלקוח בהערכת סיכון שונה, דבר שיביא את האחד להימנע ממתן שירות ואת האחר להעניק את השירות המבוקש. מצב זה

לכאורה, במצב זה עורכי דין ורואי חשבון שלא ביצעו הערכת סיכון והעניקו שירות עסקי ללקוח יכולים ליהנות מהגנה של עצימת העיניים במקרה של ביצוע עברה פלילית אך עדיין חשופים לדין משמעתי. לעומת זאת במקרה שביצעו הערכת מסוכנות שהנביעה תוצאה של סיכון גבוה, ואף על פי כן העניקו את השירות העסקי, היו חשופים להעמדה לדין משמעתי ולדין פלילי גם יחד. בין שתי החלופות עלולים נותני השירות העסקי להעדיף להימנע מביצוע הערכת סיכון כדי להימנע מאחריות פלילית. משרד המשפטים גיבש אפוא בסעיפים 3(ב) ו-15 לתזכיר חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 15), התשס"ו-2015 הצעה לבטל את חריג עצימת העיניים בחוק איסור הלבנת הון. שינוי זה משווה את מצבם של כלל העוסקים מקרב הציבור הנקשרים בשירות עסקי כלשהו הקשור ברכוש אסור למעמדם של נותני שירות עסקי בחוק איסור הלבנת הון. ראו לעניין זה גם את הדיון בפרשת קמור בפרק ד' להלן.

92 לשכת עורכי הדין עיגנה במסגרת סעיפים 44 ו-44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 את האיסור האתי הקובע כי "לא יבצע עורך דין פעולה מחייבת שהתבקשה בשביל לקוח אם הוא מעריך, לפי סעיף 2(ג) לצו, שרמת הסיכון להלבנת הון או מימון טרור גבוהה". בנוסף, שרת המשפטים תיקנה בחודש אוגוסט 2015 את תקנה 1א לתקנות רואי חשבון (התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע), התשכ"ה-1961 והוסיפה עליה את פס' 1א(15) שקובעת כי מתן שירות עסקי ללקוח, מקום שבו רואה החשבון מעריך לפי סעיף 2(ג) לצו שרמת הסיכון להלבנת הון או למימון טרור היא גבוהה, תיחשב התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע. תיקון התקנות נכנס לתוקפו ב-2 בספטמבר 2015, אך לעניין שירות עסקי שהחל לפי יום התחילה וטרם הסתיים מעניק התיקון לתקנות פרק זמן של שנה ליישום בטרם יחול על ההתנהגות משטר הסנקציות הנובע מההסדר.

93 **דגלים אדומים במתן שירות עסקי** (הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, 2.9.2015) בקישור: <http://www.justice.gov.il/Units/HalbantHon/News/OnAgenda/Pages/RedFlags020915.aspx>

עלול להיווצר בתכיפות רבה מאוד.⁹⁴ למשל, הדין אינו מונע מנותן שירות עסקי אחד להסתמך על טופס זיהוי שמולא בפני נותן שירות עסקי אחר כל עוד כל אחד מנותני השירות העסקי מבצע בעצמו את זיהוי הלקוח והערכת הסיכון. יוצא אפוא כי לקוח המקבל שירות מצוות המונה כמה עורכי דין במשרד אחד רשאי למלא טופס זיהוי אחד, אבל כל אחד מעורכי הדין המעניקים לו שירות נדרשים לבצע הליך זיהוי והערכת סיכון עצמאי. ייתכן אפוא שעורכי דין מאותו משרד יעריכו את רמת הסיכון כל אחד אחרת. במקרה זה די בעורך דין אחד שיסבור כי רמת הסיכון גבוהה כדי למנוע את מתן השירות העסקי עד שהלקוח יניח את דעתו של עורך הדין החשדן. גישה זו מטילה עלויות מיותרות על פירמות גדולות של עורכי דין ורואי חשבון. לכאורה, שיטה זו מבטיחה כי הערכת הסיכון תהיה ברמה הגבוהה ביותר. בפועל יש חשש כי כל אחד מעורכי הדין יניח כי הערכת הסיכון של עמיתו לפירמה הייתה סבירה ולא יתעמק כדבעי בטופס. ראוי אפוא להסתפק בבדיקה שיעשה נותן שירות עסקי אחד בכל פירמה. לעומת זאת כאשר לקוח אחד שוכר כמה נותני שירות עסקי מכמה משרדים לביצוע פעולות בעבורו, מתחייבת הערכת סיכון עצמאית של כל אחד מנותני השירות אף שהדין מאפשר ללקוח להגיש לכל נותני השירות העסקי טופס זיהוי אחד. דוגמה לכך היא מצב שבו לקוח שוכר את שירותיהם של עורך דין ורואה חשבון לצורך רכישת עסק. דוגמה אחרת היא מצב שבו לקוח נעזר בשירותיו של עורך דין אחד לניהול משא ומתן בעסקה אך מבקש להפקיד את כספי התשלום באותה עסקה בנאמנות בידי עורך דין אחר.

מסמך "הדגלים האדומים" של הרשות לאיסור הלבנת הון אמנם מציין כי מצב שבו "הלקוח קיבל חלק מהשירות העסקי מנותן שירות עסקי אחר אשר לא השלים את הטיפול בנושא, סירב לספק את השירות המבוקש או שהיחסים עם נותן שירות עסקי אחר הופסקו" אמור להיות מסומן בדגל אדום. מצב זה מתאר מציאות שבה הלקוח פונה לכמה נותני שירות עסקי בזה אחר זה. דגל זה לא יונף כלל אם הלקוח יקפיד לפנות לנותני השירות העסקי בעת ובעונה אחת.⁹⁵ כמו כן החוק אינו מטיל כל חובה על נותן שירות עסקי לעדכן נותני שירות עסקי הבאים אחריו או אפילו להשיב להם באשר לסיבה שבעטייה החליט שלא להעניק שירות ללקוח גם אם פעל בגלל הערכת סיכון גבוהה. ממילא אין נותני שירות עסקי מאוחרים בזמן מחויבים להערכת הסיכון של נותן שירות עסקי קודם. לכן לקוח מניפולטיבי שיגיש לנותן שירות עסקי חדש ובו פרטים שונים מאלה שהוגשו לנותן שירות עסקי קודם יכול לצלוח כך את הערכת הסיכון המאוחרת.

94 מסמך ההנחיות לאסדרה מבוססת סיכון של ה-FATF צופה מצב כזה לאור העובדה שכל עורך דין צפוי לאמץ נוהל יישום משלו וגישה משלו להערכת הסיכון. RBA Guidance, לעיל ה"ש 32, בעמ' 10.

95 דגלים אדומים במתן שירות עסקי, לעיל ה"ש 93, סעיף 1.

נראה כי הדין אינו מחייב נותן שירות עסקי לשמור על טופס זיהוי הלקוח או על תיעוד הערכת הסיכון אם החליט שלא להעניק ללקוח שירות עסקי בסופו של דבר, או שהלקוח חזר בו מבקשת השירות. מכאן שאין מניעה כי לקוח ידרוש מנותן שירות עסקי שסירב לשרתו להשמיד את טופס הזיהוי ובכך ימזער את הסיכוי להוכיח כי טופס זיהוי שהגיש לנותן שירות מאוחר בזמן כלל שינויים לעומת טופס קודם. לפיכך מוצע לכלול בצו נותני שירות עסקי תיקון המחייב שמירה על טופס זיהוי הלקוח גם במקרה של סירוב להעניק שירות. תיקון כזה יש בו כדי להרתיע לקוחות מהגשת טפסים שונים, לאחר שסורבו, לנותני שירות עסקי אחרים. ההסדר צריך לחול הן במצב שבו נותן השירות מסרב לתתו והן במצב שבו הלקוח מושך את הפנייה ביזמתו, שכן יש חשש כי נותני שירות עסקי לא ינסו להימנע מצבירת מוניטין של סרבנים בכך שייעצו ללקוח למשוך את הפנייה אליהם. בצד זאת חייב ההסדר לכלול חובת סודיות וחסיון על פרטים בטופס הזיהוי שהייתה חלה עליהם חובת סודיות וחסיון עורך דין-לקוח אילו ניתן השירות ללקוח בסופו של דבר.

אכיפת החובות המעוגנות בתיקון 13 לחוק באשר לנותני שירות עסקי מחולקת לשני מישורים: המישור האחד מתייחס לקיום חובת זיהוי והכרת הלקוח ושמירת הטפסים שמילאו הלקוחות. הפיקוח על יישום חובות פרוצדורליות אלה, להבדיל מבחינת שיקול הדעת בהערכת הסיכון, מופקד בידי הממונה על נותני שירות עסקי במשרד המשפטים. מנגנון הפיקוח מאזן בין הצורך לוודא כי חובות הזיהוי נאכפות לבין הרצון להגביל את התדירה למשרדיהם של נותני שירות עסקי. לפיכך תיקון 13 לחוק מתיר לממונה לבצע ביקורות על עורכי דין ורואי חשבון אך ככלל, ביקורות הממונה תתבצענה באמצעות דרישה לקבלת טופסי הזיהוי והמידע מרחוק (off site).⁹⁶ אם ימצא הממונה כי נותן שירות עסקי הפר את הוראות הדין, הוא רשאי לזמן את נותן השירות העסקי לדיון בפני הוועדה להטלת עיצום כספי. לפי החוק. ועדה זו במשרד המשפטים תתחיל את פעילותה שנה לאחר כניסת החוק לתוקף, ב-2 בספטמבר 2016.⁹⁷ כמו כן במקרים המתאימים רשאי הממונה להפנות את בירור ההפרה לטיפול הערכאות המשמעטיות של לשכת עורכי הדין או מועצת רואי החשבון.⁹⁸

96 עם זאת החוק מתיר ביקורת במקום העבודה של נותן השירות העסקי במקרים מתאימים. ראו תקנות איסור הלבנת הון (הפעלת סמכות כניסה בידי מפקח לגבי גוף שבפיקוח שהוא נותן שירות עסקי), התשע"ה-2014. לפי סעיף 8(ב) לחוק, הממונה כפוף בעצמו לחובת סודיות, ולכן מסירת טפסים ומידע לממונה לא תיחשב לפגיעה בחסיון עורך דין-לקוח.

97 נדמה כי זו כוונת המחוקק, אולם סעיף 14 לחוק איסור הלבנת הון לא תוקן במסגרת תיקון 13 לחוק, ולכן כרגע אינו מחיל את האפשרות של הוועדה להטיל עיצום כספי על נותני שירות עסקי על פי סעיף 8 לחוק העיקרי. לכן כל עוד לא תתוקן השגגה, נראה שגם כאשר תחלוף שנה מיום כניסת החוק לתוקף, לא יוחל סעיף 14 על נותני שירות עסקי אוטומטית. הצעה לתיקון הנדרש מופיעה בסעיף 7 לתזכיר חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 15), התשע"ו-2015 שגובשה לאחרונה במשרד המשפטים.

98 סעיף 11ג(ג) לחוק.

קיומו של גוף פיקוח חיצוני וייחודי הוא הסדר ראוי. הטמעת משטר האסדרה על נותני שירות עסקי מחייבת פיתוח ידע נרחב, הכשרות מקצועיות וקיום ביקורות שיבטיחו את קיומו של ההסדר. הפקדת פיקוח זה בידי גוף שזו מטרתו ועיסוקו היחיד מבטיחה כי יוקדשו משאבים סבירים לביצוע פיקוח כזה ולגיבוש הידע וההכשרה הנדרשים לשם כך. מישור האכיפה השני והמורכב יותר מתייחס לביצוע הערכת הסיכון. מתן שירות עסקי ללקוח ב"סיכון גבוה" הוא הפרה של נורמות אתיקה מקצועית. מצב שבו יועמד לדין משמעותי נותן שירות עסקי בגין מתן שירות ללקוח ב"סיכון גבוה" מחייב כי גורמי האכיפה יגלו את עצם מתן השירות ויעמדו על כך שהלקוח שניתן לו השירות אמנם היה לקוח בסיכון גבוה. אפשרות כזו תיווצר כאשר לקוח יוחשד בעברה של הלבנת הון, אשר בוצעה באמצעות נותן שירות עסקי. אם נותן השירות העסקי היה צריך לדעת שיש לו חלק בהלבנת הון יהיה הוא עצמו חשוד בעברה פלילית, ואז אין רלוונטיות לדין המשמעותי.⁹⁹ כדי שיופעל הדין המשמעותי, והוא בלבד, על נותן השירות להעניק את השירות העסקי לאחר שהעריך הערכה לא סבירה את רמת הסיכון של הלקוח כרמת סיכון שאינה גבוהה.

טריבוונל משמעותי אינו יכול לשחזר את הליך בחינת הסיכון שביצע נותן השירות העסקי בזמן אמת, אלא לכל היותר לבחון אם הערכת הסיכון נעשתה בתום לב. כלומר, אם יתברר כי הלקוח ביצע פעולות הלבנת הון יהיה ניתן לבחון את טופס זיהוי הלקוח והכרתו ולקבוע בדיעבד על בסיס האמור בו אם נותן שירות עסקי תם לב לא היה אמור לזהות את רמת הסיכון בזמן אמת. החשש העיקרי המתעורר בשל הסובייקטיביות של הערכת הסיכון הוא מפני חכמה שבדיעבד בדבר הערכת נותן השירות העסקי את רמת המסוכנות של הלקוח. הפקדת האכיפה של בחינת שיקול הדעת בידי מערכת הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין ורואי החשבון מגדילה את ההסתברות כי העוסקים באכיפת הדין יהיו בעלי ניסיון מקצועי עשיר. הניסיון המקצועי של חברי הטריבוונל המשמעותי והיכרותם עם המציאות הנוהגת יכולים לסייע בנטרול השפעת הטיית של החכמה שבדיעבד. עם זאת בגלל אופייה המעורפל של ההפרה, בגלל הקושי להגיע לנותני שירות עסקי מפרים ובגלל הצורך לבחון בדיעבד תהליך סובייקטיבי, מתעורר החשש למיעוט מקרים שיובאו לערכאות המשמעותיות. זאת, משום שמערכת האכיפה יכולה להעדיף להעמיד לדין משמעותי רק נותני שירות עסקי שהפרו את הדין באופן המובהק ביותר כדי למזער את הסיכוי לזיכוי בדין. אם יובאו רק מקרים בודדים ומובהקים ביותר לדין משמעותי לא תושג ההרתעה הדרושה כלפי נותני שירות עסקי במקרים שבהם הם נדרשים למאמץ רב יותר כדי לעמוד על הסיכון הנשקף מהלקוח. כמו כן במצב כזה יידרש זמן רב יותר עד שהפסיקה בדין המשמעותי תתגבש לכדי קורפוס שיוכל להנחות את נותני השירות העסקי בהפעלת שיקול הדעת.

99 לאיסורים הפליליים החלים ממילא על נותני שירות עסקי ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 330–333.

(ג) עלויות יישום

תיקון 13 לחוק משית על נותני שירות עסקי עלויות יישום נכבדות, גלויות ונסתרות. התיקון לחוק אינו מופנה כלפי עורכי דין ורואי חשבון השותפים לפעילות לא חוקית או מודעים לה. כל כוונתו היא לעורר את מודעותם של נותני שירות עסקי תמימים לאפשרות שהלקוח מנצל את תמימותם לצורך ביצוע פעולות הלבנת הון מבלי שיהיו מודעים לכך. לכן הצו מחייב קיום הדרכות ואימוץ נהלים שמטרתם להגביר את המודעות לסיכון שבהלבנת הון.¹⁰⁰ אלה הן עלויות גלויות ומובנות. עלות גלויה נוספת היא החובה לקיים מדי שישה חודשים השוואה של רשימת הלקוחות לרשימת גופי טרור ופעילי טרור. ניתן לראות מיד כי במשרדי עורכי דין גדולים ועתירי לקוחות עתידה חובה זו לרתק משאבי כוח אדם ניכרים בהגיע מועד ההשוואה התקופתית. נוסף על כך, משטר רגולטורי המטיל על המפוקח חובה להפעיל שיקול דעת הוא משטר הטומן בחובו עלויות יישום גבוהות מאלה שמטיל משטר המבוסס על חובת דיווח אוטומטית. כך למשל המפוקחים נדרשים להשקיע משאבים כדי לגבש נהלים ליישום החובות וכן לפתח לעצמם כללים פנימיים פרטניים להפעלת שיקול הדעת המקצועי באשר למסוכנותו של כל לקוח. ככל שהמשטר עמום יותר מחד גיסא אך קיים חשש אמתי מפני אכיפה מאידך גיסא, כך גוברת הנטייה של נמען הפיקוח לנקוט גישה מחמירה, לעתים מחמירה ביתר, כדי למזער מראש את הסיכון להפרת החוק.

אף ללא המאפיין הייחודי של הפעלת שיקול הדעת בתיקון 13 לחוק יישומו של המשטר החדש כרוך בעלויות רבות, במיוחד במשרדים שבהם מספר רב של עורכי דין ולקוחות רבים. ניטול למשל משרד המייצג מספר רב של תאגידים המשתייכים כולם לקבוצה עסקית אחת המצויה בשליטתו של בעל שליטה יחיד. כל אחד מהתאגידים הוא לקוח של משרד עורכי הדין, ועל כן נדרש המשרד לקיים הליך זיהוי הלקוח והכרתו בכל אחד מהתאגידים. נוסף על כך, הדין מחייב לקיים הליך זיהוי והכרה של בעל השליטה בכל אחד מהתאגידים אף שבכולם מדובר באותו אדם. חובה זו יוצרת עלות זיהוי, הכרה ותיעוד כפולה ומכופלת, ובעיקר – מיותרת.

דוגמה נוספת לבעיית עלויות הזיהוי: עורך דין נשכר לייצוג קבוצת רוכשי דירות כנגד יזם שנקלע לקשיים. לעתים רוכשי הדירות מבקשים לבוא כקבוצה בנעליו של היזם ולרכוש ממנו את הפרויקט. קבוצת לקוחות כזאת יכולה למנות עשרות רבות של לקוחות, חלקם בארץ וחלקם זרים או נציגי מוטבים המתגוררים בחו"ל. אפשר שיהיו בהם גם בני זוג שמתחייב בירור זהותו של כל אחד מהם. כזכור, מתחייבת הערכת סיכון באשר לכל אחד מהלקוחות. אין לשכוח כי נותן השירות העסקי מחויב גם במקרים אלה לזהות את הלקוח אישית, פנים אל פנים, ובהיעדר אפשרות כזו – בהיוועדות חזותית. מתן השירות

100 סעיף 8(ה) לחוק איסור הלבנת הון. אף ה-FATF מדגישה כי גישה מבוססת-סיכון מחייבת הפעלת שיקול דעת, ולצורך כך נדרשת בניית ידע ויכולות. RBA Guidance, לעיל ה"ש 32, בעמ' 9-10.

לקבוצה עלול להפוך בעייתי עוד יותר אם יתברר כי חלק מחבריה יוערכו בסיכון גבוה להלבנת הון.

שתי הדוגמאות האחרונות ממחישות כיצד עלול ההסדר החל על נותני שירות עסקי לייקר, לעכב ואולי אף למנוע מתן שירות עסקי, הן ללקוחות תאגידיים גדולים והן ללקוחות יחידים הזקוקים לשירות. לשם השוואה, הכללים הוולונטריים בארצות הברית אינם מחייבים כלל לזהות את הנהנה אלא אם הדבר מתחייב לדעת עורך הדין לאחר הערכת הסיכון של מבקש השירות.¹⁰¹ ניתן להתאים פתרון זה לישראל ולהציע כי במקום שבו נתקל נותן שירות עסקי בקושי מעשי בזיהוי הנהנה יהיה עורך הדין פטור מזיהויו אחר שתיעד את נסיבות הקושי, אלא אם לדעתו הדבר מתחייב על רקע הערכת הסיכון המבוססת על הפרטים המצויים בידיו ועל נסיבות הקושי לאתר את הנהנה.

דרך נוספת למזעור עלויות בהפעלת שיקול הדעת ובנסיבות נוספות היא אימוץ מנגנון Pre-ruling.

ניכר בתיקון 13 לחוק חסרוננו של מנגנון פורמלי כזה שיוכל להיות מקור להסתמכות של עורכי דין ורואי חשבון הזקוקים למענה. הממונה על נותני שירות עסקי במשרד המשפטים אמנם מפרסם באתר האינטרנט של משרד המשפטים תשובות לשאלות נפוצות, והיות שהממונה רשות מנהלית נראה כי תשובותיו מחייבות את הרשות, אולם ברי שאין בכך די לנוכח אי-הוודאות המתעוררת בכל הקשור ליישום ההסדר החוקי החדש. לשכת עורכי הדין מצדה מפרסמת אף היא מסמכי הדרכה לעורכי דין, אולם מסמכים אלה אינם מחייבים את בית הדין המשמעתי של הלשכה במקרה שתוגש קובלנה נגד עורך דין בשל הפרת הוראות החוק. מומלץ אפוא לכוון מנגנון פרה-רולנינג בדומה לזה הקיים ברשות ניירות ערך, ברשות המסים וברשות ההגבלים העסקיים.¹⁰² מנגנון כזה, שיוכל לספק "נמל מבטחים" לפונים, ישפר במידה ניכרת את ההתמודדות עם ההסדר החדש אשר חדשותו ומאפייניו הייחודיים מערימים חוסר ודאות על הנוגעים בדבר. מנגנון פרה-רולנינג כזה יכול להיות מוקם במאמץ לא גדול יחסית במסגרת הממונה על נותני שירות עסקי במשרד המשפטים, אשר כבר עתה משיבה, תשובות לא רשמיות, לפניות וכוללת אתר אינטרנט ובו מענה לשאלות נפוצות. ניתן לקבוע כי הממונה יהיה רשאי להתייעץ עם הרשות לאיסור הלבנת הון ועם לשכת עורכי הדין או לשכת רואי החשבון כל אימת שתועלה סוגיה מורכבת הדורשת שיקול דעת רחב. ניתן לקבוע כי פניות לממונה יוגשו אך ורק בידי עורכי הדין או רואי חשבון. חובת הסודיות

101 ABA Practices, לעיל ה"ש 62, בעמ' 9.

102 אביה אלף קוראת גם היא להעמיד לרשות נותני שירות עסקי "גורם ביניים" שעמו יוכלו להתייעץ. ראו אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 298. לטעמי, אין די בגורם מייעץ. חשוב שהמענה יהיה מחייב באופן שיאפשר הסתמכות על חוות הדעת בתנאים המקובלים בדין בדבר הסתמכות על עצה משפטית כפי שנקבעו בפסיקה. ראו ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, פ"ד (3) 307 (2007); ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.2007).

החלה על הממונה מקטינה מאוד את הסיכון כי פנייה אליו "תעורר את המתים" ותוביל להגשת תלונה או לבידור כלפי הלקוח. אמנם יש חשש כי בתחילת הדרך תועלינה בפני הממונה שאלות רבות, והעומס שיוטל עליו יוביל לעיכובים במתן מענה, דבר שעלול לפגוע בנותני שירות עסקי הממתינים לקבלת החלטה. עם זאת, לטעמי, המחיר בטווח הקצר של ויתור על מתן שירות עקב עיכוב בקבלת פרה-רולינג עולה על הנזק שעלול להיגרם לנותני השירות העסקי בגין הפרת הוראות החוק. מנגנון הפרה-רולינג אינו יכול להחליף את הפעלת שיקול הדעת של נותן השירות העסקי בהערכת הסיכון להלבנת הון הנשקף מהלקוח. לטעמי, אי אפשר לכוון מנגנון פרה-רולינג לרכיב זה של החוק. למעשה, ההנחה הבסיסית והיסודית בלב ההסדר החוקי שאומץ בתיקון 13 לחוק היא כי נותני השירות העסקי הם בעלי המומחיות הרבה ביותר ומצויים בעמדה הטובה ביותר להעריך סיכון זה. לפיכך אין חשש כי מנגנון פרה-רולינג במתכונת המוצעת כאן יוביל להחלטה האוסרת על מתן השירות, אלא לכל היותר יוביל להרחבת פעולות זיהוי הלקוח הנדרשות מצדו של נותן השירות העסקי.

(ד) סיכום ביניים

בחלק זה הצבעתי על קשיים העולים מתיקון 13 לחוק במתכונתו הנוכחית. למשל, הערפול בהגדרת "שירות עסקי" בתיקון 13 לחוק, שעלול להביא להחטאת המטרה של מזעור השימוש בנותני שירות עסקי לצורך הלבנת הון. בהמשך הוצג מודל הערכת הסיכון, הכפוף לפיקוח עצמי של נותני השירות העסקי, והוסבר החשש מפני הרתעת חסר כלפי המפוקחים, דבר שעלול לפגוע אף הוא באפקטיביות של המאבק בהלבנת הון. סימני השאלה בדבר אפקטיביות האסדרה על נותני שירות עסקי מתחדדים לנוכח העלויות הרבות שמטיל ההסדר על המפוקחים, אשר חלקן מיותרות בעליל. בחלקו הבא של פרק זה אעמוד על ההבדלים בין הצעת החוק שקדמה לתיקון 13 לחוק לבין ההסדר שאומץ בסופו של דבר, ועל מה שניתן ללמוד מהבדלים אלה על הדרך שבה ראוי להתייחס להסדר שבתיקון 13 לחוק.

2. תיקון 13 לחוק לעומת הצעת החוק

(א) זניחת מודל הדיווח לטובת מודל ההימנעות

הסדר הפיקוח על עורכי דין ורואי חשבון הוא תולדה של תהליך חקיקה אינטנסיבי, שהתנהל בצל לחץ בין-לאומי ותוך שיג ושיח ממושך בין משרד המשפטים לבין קבוצות האינטרסים הפרופסיונליות הנוגעות בדבר.¹⁰³ מורכבותו של התהליך נלמדת מהדיונים

103 דברי החסבר להצעת החוק בעמ' 832, המדגישים את דרישת ארגון Moneyval (אשר ישראל הצטרפה אליו כמשקיפה) להתאמת החקיקה הישראלית בתחום הלבנת ההון לסטנדרטים הבין-לאומיים כפי שהמליץ ה-FATF. חקיקת החוק בשנת 2000 בוצעה על

הממושכים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת קודם לאישורו של החוק, וכן מהשינויים הניכרים שהוכנסו בתיקון 13 לחוק לעומת הצעת החוק המקורית.¹⁰⁴ השוני המהותי ביותר בין ההסדר בהצעת החוק לבין תיקון 13 לחוק כפי שנתקבל בסופו של דבר נוגע לביטול חובת הדיווח לרשויות במקרה של חשד להלבנת הון, שהוצע לכללה בסעיף 7(2)(1)(א) לחוק. בתיקון 13 לחוק נותרו חובת זיהוי, רישום, שמירה והכרת הלקוח בלבד, והושמטה חובת הדיווח. תחת חובת הדיווח נקבע כי עורך הדין או רואה החשבון לא ייתן שירות עסקי אלא אם יש בידי פרטי הזיהוי ולאחר ביצוע הערכת סיכון הלבנת הון (סעיף 2 לתיקון, סעיף 8(ב) לחוק המתוקן). המודל הרגולטיבי שאומץ בתיקון 13 לחוק ייחודי וחריג. הוא מבוסס בעיקרו על חובת הימנעות ממתן השירות העסקי במקרה שבו נותן השירות מעריך כי נשקף סיכון גבוה להלבנת הון.

במישור הבין-לאומי, ספק אם מודל ההימנעות עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים שעליהם ממליץ ארגון ה-FATF. ישראל היא אפוא אחת המדינות הבודדות שלא החילו על נותני שירות עסקי חובות דיווח, ובכך היא מצטרפת לארצות הברית, לקנדה ולאוסטרליה.¹⁰⁵ בשונה מקבוצת מדינות אלה, החוק הישראלי מחייב את נותן השירות העסקי לבצע הליך של זיהוי הלקוח והערכת סיכון. קיום הליך הזיהוי ותיעודו מפוקח מטעם המדינה באמצעות הממונה על נותני שירות עסקי. לעומת זאת שלא כדין האנגלי, שבו עוגנה בחוק חובת הדיווח לרשויות במקרה של סיכון להלבנת הון, הסתפק הדין הישראלי בהטלת חובה להימנע ממתן השירות, הכפופה לסנקציות משמעותיות. אפשר

רקע לחץ בין-לאומי ובעקבות הכללתה של ישראל ב"הרשימה השחורה" של מדינות בעלות סיכון גבוה להלבנת הון. השינוי הגדול ביותר בחוק – ביטול חובת הדיווח על נותני שירות עסקי – נובע מכניעה של משרד המשפטים לקבוצת לחץ בשל הצורך להציג לארגונים בין-לאומיים התקדמות כלשהי בציות לדרישות האסדרה על נותני שירות עסקי. אלמלא כן היה חשש שישראל תוחזר ל"הרשימה השחורה" של ה-FATF. ראו אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 284. אלקלעי טוען כי ההסדר המקל יחסית בישראל שהושג בשל מעורבות "קבוצות לחץ" הותיר "פתחים להמשך התופעה" של הלבנת הון. אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 129. התנגדות לשכת עורכי הדין הייתה הסיבה העיקרית לעיכוב בהטמעת אסדרה על נותני שירות עסקי בישראל. שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219. למחקר הטוען בכלליות כי עיצוב המשטר הרגולטורי למאבק בהלבנת הון בכל מדינה ומדינה מושפע משיקולים אינטרסנטיים של כלכלה פוליטית, ראו Masciandaro and Volpicella, לעיל ה"ש 45.

104 פרוטוקול מס' 199 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 17.6.2014; פרוטוקול מס' 205 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 24.6.2014; פרוטוקול מס' 225 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 21.7.2014; פרוטוקול מס' 226 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 21.7.2014.

105 אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294. ה-FATF עודנו עומד במסגרת המלצותיו על הצורך לחייב נותני שירות עסקי בדיווח במקרה של חשד להלבנת הון. ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 83–84. ככל הידוע, קנדה היא המדינה היחידה שבה נחקקה חובת דיווח אך בוטלה בשל התערבות של בית המשפט העליון באשר לעורכי דין (אך לא באשר לרואי חשבון).

לראות בפתרון הישראלי ניסיון יצירתי למצוא את "שביל הזהב" בין עמדת הקיצון האנגלית לעמדת הקיצון הנגדית של ארצות הברית, קנדה ואוסטרליה. אולם יש חשש כי מדובר בניסיון "ללכת בלי ולהרגיש עם". כלומר, להימנע מחובת דיווח ולמרות זאת לציית לאמות המידה הבין-לאומיות בעניין רתימת נותני השירות העסקי למאבק בהלבנת הון.

במישור המקומי מודל ההימנעות שעליו מבוסס תיקון 13 לחוק אינו מצטייר כתחליף העומד בשורה אחת במונחי יעילות האכיפה עם מודל חובת הדיווח שעליו אמר בית המשפט העליון: "טול מחוק איסור הלבנת הון את חובת הדיווח ונטלת ממנו את נשמתו".¹⁰⁶ אכן, מודל ההימנעות הוא חריג בנוף המקומי. הפיקוח החל על עורכי דין ורואי חשבון שונה בתכלית מזה החל על גופים אחרים הכפופים למשטר איסור הלבנת הון, ובמובן זה הוא בבחינת סטייה ניכרת מהמגמה של הרחבת רשת הדיווח על הגופים המפוקחים האחרים. מודל הדיווח החל על גופים פיננסיים ומתווכים פיננסיים אחרים מתאפיין בחובת דיווח שוטפת לרשות לאיסור הלבנת הון על תנועות כספים של לקוחות.¹⁰⁷

ההצדקה העיקרית לאימוצו של הסדר ישראלי ייחודי היא יחסי האמון בין עורך הדין לבין לקוחו, הבאים לידי ביטוי במיוחד בחיסיון החל על דברים ומסמכים שהוחלפו בין הלקוח לעורך דינו לפי סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.¹⁰⁸ הצדקה זו ראויה לביקורת. ראשית כול, אי אפשר להסביר את השוני בין המשטר הייחודי שאומץ בישראל לבין המשטר שאומץ באנגליה ובמדינות אחרות הכפופות לפיקוח של ה-FATF, שגם בהן קיימת הכרה בחשיבות הרבה של הגנה על יחסי האמון ועל החיסיון החל על תקשורת בין הלקוח לעורך דינו.¹⁰⁹ שנית, יש הטוענים כי ישראל סובלת מסיכון גבוה יחסית להלבנת הון.¹¹⁰ אם אמנם כך, המגמה הכללית בנוגע למנגנוני המאבק

106 ע"א 9796/03 שם טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 397, פס' 26 (2005). ראו גם אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 274.

107 צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של בנק הדואר למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2011; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של חבר בורסה למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2010; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של מנהל תיקים למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2010; צו נותני שירותי מטבע, לעיל ה"ש 21; צו תאגידי בנקאיים, לעיל ה"ש 34.

108 אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115.

109 ראו John Terrill and Michael Breslow, *The Role of Lawyers in Combating Money Laundering and Terrorist Financing: Lessons from the English Approach*, 59 N.Y. L. Sch. L. Rev. 433 (2015). חובת הדיווח לרשויות קיימת גם בשווייץ ובצרפת. ראו אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115.

110 אלקלעי מגדיר את ישראל "גן עדן להלבנת הון", משלל סיבות, ובהן גם העובדה שמדינת ישראל מעניקה אזרחות בתנאים מקלים לתושבים יהודים זרים והנהיגה מדיניות הסגרה מצמצמת, דבר שהוביל יהודים רבים להעביר הון לתחומה. שם, בעמ' 106. מעורבותם של

בהלבנת הון צריכה להיות אימוץ טכניקות פיקוח ואכיפה מחמירות המרחיבות את רשת הדיווח ולא מצמצמות אותה, אלא אם כן יוכח כי בקרב עורכי דין ורואי חשבון החשש לניצול לרעה קטן מזה שבקרב בעלי מקצוע אחרים. ככל הידוע, אין תשתית לטענה כזו. שלישית, ההסדר שאומץ אינו עולה בקנה אחד עם תופעת הדה-אנונימיזציה של אמצעי התשלום ומהלכי חקיקה אחרים שנועדו להגביל את השימוש במזומן ולשפר את יכולת העקיבה של רשויות אכיפת החוק אחר תנועות כספים.¹¹¹ רביעית, ההצדקה שתכליתה לגונן על יחסי האמון בין הלקוח לנותן השירות העסקי אינה מתקיימת במקרה של שירות שנותן רואה חשבון, שאינו נהנה מחיסיון סטטוטורי. במישור העקרוני, אין הצדקה להעניק לרואי חשבון הסדר פיקוח מועדף ביחס למתווכים פיננסיים ולבעלי מקצוע מפקחים אחרים. עם זאת אפשר לשער כי בכל הקשור למתן "שירות עסקי", כהגדרתו בתיקון 13 לחוק, העדיף המחוקק שלא ליצור פערי אסדרה בין עורכי דין ורואי חשבון המעניקים שניהם את סוגי השירותים המנויים בהגדרת שירות עסקי בחוק.¹¹² לטעמי, אין הצדקה משכנעת להחלטת המחוקק להימנע מלהשית על עורכי דין, בוודאי לא על רואי חשבון, חובת דיווח במקרה של סיכון גבוה להלבנת הון.

בנקים ישראלים בולטים בפרשות העלמת מס תורמת אף היא לדעה זו. ראו הדין בסיכום פרק זה.

111 ראו לעיל בפרק ב.

112 גישה זו סייעה בידי משרד המשפטים לקדם במהירות את אישור התיקון לחוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בשל החשש כי אילו ננקט יחס מחמיר יותר כלפי רואי חשבון, הייתה הצעת החוק נתקלת בהתנגדות של לשכת רואי החשבון מחשש להסטה של לקוחות המעוניינים בשירות עסקי מרואי חשבון לעורכי דין. על החשש מארביטראז' רגולטורי, הסטת הביקוש לשירותים ממי שאינם כפופים לאסדרה המחמירה, ראו גם אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289. יצוין כי השאלה אם החיסיון ביחסי עורך דין-לקוח בכלל חל על פעילות שאינה ייעוץ או ייצוג משפטי מצריכה ליבון. לכאורה, אין הצדקה לתחולת החיסיון על חילופי דברים ומסמכים שלא נועדו לצורך שירות משפטי, ולמעשה נראה כי החיסיון אינו חל ממילא על שירות עסקי, להבדיל מייעוץ משפטי או ייצוג בערכאות. הרטוריקה בדברי ההסבר של תיקון 13 לחוק נשענת אפוא על החשש כי חובת הדיווח תפגע ביחסי האמון שבין עורך הדין ללקוח ותביא בעקיפין לכך שהלקוח לא ימסור לעורך דינו אף את אותם דברים ומסמכים החיוניים לעורך הדין לשם מתן השירות המשפטי באופן שיפגע בייעוץ או בייצוג. שם, בעמ' 277. על טענה זו ניתן למצוא ביקורת בספרות האקדמית. ראו למשל את גישתם של Kaplow ו-Shavell, הסבורים כי חיסיון כשלעצמו עלול להתקיים תנאים מסוימים לעודד עקיפת החוק ולא ציות לו. Lewis Kaplow and Steven Shavell, *Private Versus Socially Optimal Provision of Ex-ante Legal Advice*, 8 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS & ORG. 306 (1992).

יש הטוענים כי לחוק איסור הלבנת הון בכלל ולמשטר האסדרה על נותני שירות עסקי בפרט נודע ערך חינוכי המכווין התנהגות רצויה.¹¹³ עמדה זו זכתה לביקורת מצדם של נציגי עורכי הדין במהלך חקיקת תיקון 13 לחוק.¹¹⁴ לאחרונה התחזק הממד הביקורתי המפקפק בערכו החינוכי של חוק איסור הלבנת הון על רקע שערוריות עברייניות בבנקים בין-לאומיים ובמוסדות גלובליים אחרים. גופים בין-לאומיים אלה מפוקחים על ידי משטר איסור הלבנת הון וכפופים לו כבר שנים רבות ובמהודק, ואף על פי כן התברר כי הם מעורבים בפרשיות חמורות ביותר המעידות על אי-הפנמה של הנורמות אשר משטר איסור הלבנת הון אמור לקדם.¹¹⁵ מקרים דומים של היעדר ציות לחוק מצד גופים פיננסיים גדולים שהיו אמורים להפנים את החוק ולציית לו מידיית התרחשו אף בישראל.¹¹⁶ לכאורה, אם נורמות איסור הלבנת הון מקיפות ומחמירות אינן משיגות את המטרה החינוכית, מוטלת בספק גם השפעת מודל ההימנעות המתון שאומץ בישראל בכל הנוגע להשגת המטרות החינוכיות שביסוד החוק.

יש חשש כי מודל ההימנעות אינו מספק לנותני שירות עסקי תמריץ רציונלי הולם להפנמת הערך החינוכי של הימנעות ממתן שירות ללקוח המצוי בסיכון גבוה להלבנת הון. לשם כך אציע לבחון את התהליך של קבלת החלטת ההימנעות מפרספקטיבה של ניתוח כלכלי והתנהגותי. אפשר לראות בתיקון 13 לחוק מודל המכונן יחסי שולח (אוכף החוק) ונציג (נותן השרות העסקי) האמור לפעול בשם השולח למניעת פעולות של

113 לטענה כי למשטר איסור הלבנת הון ערך חינוכי, וכי החשש לפגיעה בעבודתם של עורכי הדין אינו גבוה כפי שהוא מצטייר בעיני מתנגדי חובת הדיווח, ראו דיון בדיון האנגלי: Terrill and Breslow, לעיל ה"ש 109, בעמ' 435–436.

114 ראו למשל דברי עו"ד יעל גרוסמן בדיוני ועדה החוקה ("אני אישית לא חושבת שצוים צריכים לחנך. אם רוצים לחנך, יש דרכים אחרות ולא באמצעות הטלת מגבלות"), פרוטוקול מס' 199 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (17 ביוני 2014), בעמ' 8 וכן דברי עו"ד שריג דמארי, נציג לשכת עורכי הדין ("החוק הזה לא בא להתמודד עם העבריינים ועם אלה שמתחכמים. מטרתו של החוק הזה היא לחנך – כך טוענים אנשי הרשויות. יש קושי רב לחנך באמצעות החוק..."), פרוטוקול מס' 205 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (24 ביוני 2014) בעמ' 22.

115 HALLIDAY LEVI AND REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 53–54, מציינים כי דווקא הבנקים הגדולים בעולם נתפסו בשנים האחרונות כמעורבות בהלבנת הון ובהסתרת כספי לקוחות המעורבים בפשיעה.

116 בנק לאומי נדרש לשלם קנס בדולרים בסכום השווה ל-1.6 מיליארד שקלים לאחר שהודה בארצות הברית בהלבנת הון. על רקע זה הוגשו נגד מי שהיו נושאי המשרה הבכירים בבנק לאומי בתקופה הרלוונטית ונגד הבנק עצמו בקשות לאישור תביעות נגזרות בטענה להפרת חובות אמון וחובות זהירות של נושאי המשרה כלפי הבנק. ראו **דוח הוועדה הבלתי תלויה שמונתה על ידי דירקטוריון בנק לאומי לבדיקת פרשת החשבונות האמריקאיים** 19–20 (8.10.2015). בישראל השית בנק ישראל קנסות בהיקף של מיליוני שקלים על בנקים גדולים במשק שלא צייתו להוראות חוק איסור הלבנת הון. ראו למשל: אליצפן רוזנברג "בנק ישראל קנס את הפועלים ב-7.5 מיליון שקל" YNET (2.1.2011) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4007818,00.html>

הלבנת הון. הסתכלות כזו מכוננת מיד את "בעיית הנציג" המוכרת אשר מתעוררת כל אימת שהשולח מאציל לנציג את קבלת ההחלטות.¹¹⁷ בעת ביצוע הערכת הסיכון עלולות נותן השירות לטעות אחת משתי טעויות. הוא עלול לסווג לקוח תם לב כלקוח בסיכון גבוה (false positive), ומנגד הוא עלול לסווג לקוח בסיכון גבוה כלקוח תמים (false negative). יש לשער כי אוכלוסיית הלקוחות התמימים אינה מנסה להטעות את נותני השירות העסקי, ולכן שיעור הטעויות מהסוג הראשון יהיה נמוך. ממילא סוג טעויות זה אינו מטריד במיוחד את המחוקק משום שאין בו סיכון להלבנת הון. לכל היותר טעות מהסוג הראשון יוצרת עלויות עסקה מסוימות ונזק חלוקתי משום שהלקוח יצטרך לפנות לנותן שירות אחר שממנו יקבל את השירות, ובכך תיפגע הכנסתו של נותן השירות הראשון בשל טעותו.

הטעויות מהסוג השני הן שמטרידות את מנוחתן של רשויות אכיפת החוק. בעטייה של טעות מסוג זה עלול נותן שירות עסקי לסייע להלבנת הון – סיוע לא מכוון שאותו מבקש החוק למנוע. שיעור טעויות אלה עלול להיות גבוה יחסית בגלל המוטיבציה של מלביני הון להסתיר מעורך הדין או מרואה החשבון את הכוונה להלבין הון. כפי שהוסבר בפרק זה, תיקון 13 לחוק מותיר די והותר פרוצדורות שדרכן ניתן למזער את הסיכוי שנותן השירות העסקי יסווג את הלקוח ב"סיכון גבוה". מכך נובע שבמקרים רבים לא יזוהה נותן השירות העסקי את ניסיון הלבנת ההון. יש להניח שרק במקרים מעטים יזוהה ניסיון הלבנת ההון במובנה. שיעור מסוים של המקרים יעורר התלבטות. במקרים גבוליים אלה יעמוד נותן השירות בפני קושי להעריך אם הלקוח מצוי בסיכון גבוה או לא.

ההכרעה של נותן השירות הרציונלי במקרי גבול תיגזר משקלול התמריצים הכלכליים שיעמדו בפניו. אם יסווג את הלקוח ברמת הסיכון הגבוהה, יפסיד בוודאות ומיד את ההכנסה המובטחת מהלקוח. אם יעניק את השירות ללקוח, יסתכן בסנקציות במישור האתי, שההסתברות להטלתן ומידת חומרתן אינן ודאיות, ומועד הטלתן רחוק ממועד הוויתור על ההכנסה מהלקוח.

התובנות של חוקרי הכלכלה ההתנהגותית, עמוס טברסקי ודניאל כהנמן, מלמדות כי בבחירה בין הפסד ודאי לתוחלת הפסד יועדף הפסד ודאי אם תוחלת הפסד גבוהה יותר.¹¹⁸ כאשר תוחלת הפסד נמוכה, יועדף הסיכון להפסד על פני הפסד ודאי. אם כך, במקום שבו הלקוח הוא "גבולי", הסיכויים להעמדה לדין משמעותי אינם ודאיים, והסנקציה עודנה מעורפלת, ייטו נותני שירות עסקי רבים ליטול את הסיכון ולהעניק את השירות העסקי. הנטייה תגבר ככל ששכר הטרחה שיוצע יהיה גבוה יותר, כלומר ככל

117 ראו Lucia Dalla Pellegrina and Donato Masciandaro, *The Risk Based Approach in the New European Anti-Money Laundering Legislation: a Law and Economics View*, 5 REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 290 (2009).

118 Daniel Kahneman and Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 ECONOMETRICA 263 (1979).

שההפסד הוודאי המידי יהיה גבוה יותר. ניתוח זה מחזק את החשש שהשפעתו של תיקון 13 לחוק תהיה פחותה מכפי הרצוי, בוודאי באשר להיקף ההשקעה הרגולטורית שהוא מטיל על המפוקחים.

(ב) שינויים נוספים

שינויים בולטים נוספים שעברה הצעת החוק בטרם אומצה ונחקקה כתיקון 13 לחוק ראויים אף הם לעיון.

ראשית כול, תשומת הלב מופנית להקמתו של מפקח ייעודי חדש. על אכיפת הוראות חובת הזיהוי והכרת הלקוח הופקדה הממונה על נותני שירות עסקי.¹¹⁹ בכך שונה מודל הפיקוח והאכיפה מזה של יתר המפוקחים במשטר איסור הלבנת הון בישראל. אשר לגופים מפוקחים אחרים, הופקדו הפיקוח והאכיפה בידי הרגולטור הקיים בתחומם. למשל, האחרייות לאסדרת המשטר במוסדות בנקאיים מסורה בידי המפקח על הבנקים, האחרייות לאסדרת המשטר בקרב גופים הפעילים בשוק ניירות ערך מסורה בידי הרשות לניירות ערך.¹²⁰ השוני במודל הפיקוח על נותני שירות עסקי שאומץ בתיקון 13 לחוק לעומת הצעת החוק גרר עמו צמצום מסוים של סמכויות הבקרה שהוקנו לממונה. בהצעת החוק המקורית נכללה הסמכה לממונה לקיים ביקורת בכל עת במשרדי נותן השירות העסקי, תוך החלת הוראות סעיפים 235א עד 235ד לפקודת מס הכנסה לעניין תפיסת מסמכים. לעומת זאת בתיקון לחוק בגרסתו הסופית נקבע, ככלל, כי הפיקוח יתבצע מרחוק, וכי רק נסיבות מיוחדות מאפשרות לממונה לקיים ביקורת במשרדי עורך דין או רואה חשבון תוך החלת הוראות סעיפים 235א עד 235ד לפקודת מס הכנסה לעניין תפיסת מסמכים. הרחקת הפיקוח תואמת את מגמת תיקון 13 לחוק להבטיח ככל האפשר "שטח סטרילי" ביחסי עורך דין-לקוח אך אינה מתיישבת עם הצורך להבטיח רמה גבוהה של ציות להסדר החוקי. עם זאת הפקדת הפיקוח על קיום חובות זיהוי בידי גורם ייעודי שזהו כל עיסוקו במשרד המשפטים מגדילה את הסיכוי שיוקדשו לעניין תשומת לב ומשאבים הולמים.

שנית, מודל ההימנעות הייחודי שאומץ בתיקון 13 לחוק מסביר הבדל נוסף בין הצעת החוק לבין התיקון שאומץ בפועל: רשימת בעלי המקצוע הכלולים בהגדרת "נותן שירות עסקי". בהצעת החוק המקורית נכללו בהגדרה זו מתווך במקרקעין, עורך דין, רואה

119 סעיף 111ג(ג) לחוק מסמיך את הממונה על נותני שירות עסקי לפנות לגורם המוסמך בלשכת עורכי הדין או במועצת רואי החשבון בבקשה לפתוח בהליך משמעותי נגד עורך דין או רואה חשבון בחשד להפרת הצו.

120 סעיף 2א(ד) לצו תאגידיים בנקאיים, שם; סעיף 20 לצו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של חבר בורסה למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2010; סעיף 18 לצו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של מנהל תיקים למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2010.

חשבון, יועץ מס מייצג ומי שעיסוקו במתן שירותי נאמנות (סעיף 3 לתיקון). בתיקון שאומץ בפועל נותרו ברשימה עורכי דין ורואי חשבון בלבד, ויתר נותני השירותים הושמטו. הסיבה להשמטת יתר נותני השירותים נעוצה בהיעדר הצדקה ובחוסר רצונו של המחוקק להשית עליהם משטר אסדרה נוח מזה שהושת על יתר הגורמים המפוקחים מכוחו של חוק איסור הלבנת הון.

הבדל מעניין שלישי בין הצעת החוק לתיקון שהתקבל בפועל הוא הוספת הגדרת המונח "לקוח". בתיקון לחוק נוספה הגדרה כזו באופן המחריג לקוח שהוא "מעסיק". לפיכך עורך דין המועסק בחברה כיועץ משפטי פנימי או רואה חשבון המועסק בחברה כמנהל כספים, אינם נדרשים לקיים את חובות החוק באשר לחברה המעסיקה (סעיף 8ב(א) לחוק המתוקן). החרגה זו מבוססת על הנחה שלפיה נותן שירות עסקי שמועסק בחברה אינו זקוק להליך זיהוי והכרה של החברה, שכן הוא בקי בנעשה בה ממילא, ולכן אי אפשר לנצלו לביצוע פעולות של הלבנת הון מבלי ידיעתו.¹²¹ זוהי הנחה בעייתית, משתי סיבות: ראשית כול, בהיעדר הגדרה מפורטת של המונח "מעסיק" ניתן לנצל פטור זה כדי להעסיק נותן שירות עסקי במשרה חלקית שאינה מונעת ממנו להעניק בד בבד שירות עסקי פרטי ועצמאי ללקוחות נוספים. במצב כזה ניתן להעלות על הדעת למשל רואה חשבון שיעניק שירות ניהול כספים לכמה מעסיקים שאצל כל אחד מהם יועסק במשרה חלקית ולא יהיה מחויב בביצוע פעולות זיהוי הלקוח, הכרתו והערכת מסוכנותו; שנית, קיומו של פער רגולטורי בחובות החלות על נותן שירות עסקי חיצוני לחברה לעומת החובות החלות על נותן שירות עסקי זהה המועסק בחברה יוצרת תמריץ ארביטרז' רגולטורי למי שמעוניין לנצל את נותני השירות העסקי לצורכי הלבנת הון לפעול אסטרטגית במסגרת תאגיד תוך ניסיון להסתיר את מהותה האמתית של הפעילות מנותן השירות המועסק בתאגיד.¹²² אמנם נותן שירות עסקי המועסק בתאגיד יכול

121 למען שלמות התמונה, גם ארגון ה-FATF מחריג יועצים משפטיים פנימיים מתחולת המלצותיו. ראו המלצות ה-FATF, לעיל ה"ש 4, בפרק (e) Glossary. מובן כי נותן שירות עסקי המועסק בחברה ומודע לפעולות הלבנת הון המתבצעות באמצעותה עובר עברה פלילית על פי סעיף 3(א) לחוק אם הוא נותן ידו להסתרת, או הסוואת, מקור הרכוש או הכספים, או נותן ידו לכך שיימסר דיווח כוזב או שלא יימסר דיווח במקום שקיימת חובה בחוק למסירת דיווח, על פי סעיף 3(ב) לחוק. אולם ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם יועץ משפטי או מנהל כספים המועסקים בתאגיד ינצלו לרעה ללא ידיעתם באופן שהיה ניתן למנוע אותו אילו הושתה עליהם חובת הערכת מסוכנות. ראו למשל הפרשה שבה המדינה מייחסת במסגרת כתב אישום שהוגש נגד בעלי השליטה בחברה הציבורית ב.יאיר משיכת כספים במרמה מהחברה תוך עברה על חוק איסור הלבנת הון לצורך מימון ראש ארגון פשיעה. תומר גנון "הפרקליטות: ב.יאיר מימנה את ראש ארגון הפשיעה איציק אברג'יל", **כלכליסט** (6.9.2015) בקישור: <http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3668721,00.html>

122 לדוגמאות לניצול פערים בהיקף התחולה של חסיון עורך דין-לקוח בדין המדינתי בארצות הברית ראו Ido Baum, *Corporate Attorney Client Privilege: Who represents the Corporation?*, 3 REVIEW OF LAW & ECONOMICS 61 (2007).

להכיר טוב יותר את הפירמה, את מנהליה ואת בעל השליטה, אך מנגד בהיותו תלוי בתאגיד לפרנסתו, יש חשש שירחיק עצמו וימנע מבירור מידע שיש בו כדי לעורר חשש להלבנת הון.¹²³ כמו כן מידת ההיכרות של יועץ משפטי פנימי בתאגיד עם עסקי בעל השליטה ומקורותיו הכספיים פוחתת אם התאגיד מוחזק בשרשור. ניטול לדוגמה יועץ משפטי בתאגיד המתבקש להכין הסכם להלוואת בעלים שנותן בעל שליטה המחזיק את התאגיד בשרשור. במצב זה ספק אם יש ליועץ ידיעה מלאה על מקורותיו הכספיים של הבעלים. בהיעדר חובת זיהוי הלקוח, יש חשש כי בעלי שליטה המבקשים להלבין הון יפעלו בדרך זו.

סוגיה רביעית שלא נכללה בהצעת החוק המקורית אך נוספה בנוסחו הסופי של תיקון 13 לחוק עניינה בעל שליטה בתאגיד שהוא הלקוח. בנוסחו הסופי תיקון 13 לחוק מחייב זיהוי של בעל השליטה בכל עת שניתן השירות העסקי ללקוח שהוא תאגיד (סעיף 8ב(1) לחוק המתוקן). הגדרת "שליטה" בתאגיד היא מושג חמקמק, אשר ייתכנו בעניינו חילוקי דעות עובדתיים ומשפטיים גם יחד.¹²⁴ לפיכך הטלת החובה על הלקוח למלא בטופס את זהותו של בעל השליטה מעוררת קושי.¹²⁵ למשל, כיצד ינהג מנכ"ל המבקש לשכור את שירותיו של עורך דין כדי לקדם עסקת מכירת חברה אשר נחזית להיות חברה ללא בעל שליטה ואף מתנהלת כך במוצהר, אך בעלי העניין המרכזיים בה מבקשים לראות בהם בעלי שליטה לצורך ביצוע המכירה?¹²⁶ לטעמי, בשל המורכבות המשפטית הטמונה בהגדרת המושג "שליטה", ובמיוחד בזיהוי בעלי שליטה, מוטב לתקן את החוק באופן שיתיר ללקוח או לנציגו להתייעץ עם נותן השירות העסקי בבואו להשיב על שאלה זו בטופס הזיהוי. תיקון כזה נדרש גם באשר למילוי פרטיהם של מוטבים או "אחרים" בטופס.¹²⁷

- 123 לדעה שלפיה עצמאותו של עורך דין המשמש יועץ משפטי פנימי בתאגיד נפגעת, ועל כן אין להעניק לו חסיון עורך דין-לקוח, ראו את ההלכה של בית המשפט האירופי: C-550/07 Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v. Commission (2010).
- 124 לדיון במורכבותה של הגדרת "שליטה" ראו ע"פ 3506/13 **דוד הבי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.1.2016). בפסקה 223 מסביר השופט יורם דנציגר כי זיהוי השליטה ייעשה באמצעות "מבחן מהותי-איכותי", כי שליטה יכולה להיחשב גם "שליטה בכוח" (פוטנציאלית) אף אם לא הופעלה, וכי בעל שליטה יכול להיחשב גם מי שמחזיק מניות מועטות, למשל אם בתאגיד שתי קבוצות משקיעים ובעל מניות מסוים הוא "לשון המאזניים".
- 125 ראו גם הדיון לעיל בפרק ג(1).
- 126 מצב זה עמד במוקד הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בת"צ (מחוזי ת"א) 4242-09-12 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן** (פורסם בנבו, 18.2.2013).
- 127 טופס זיהוי הלקוח כולל התייחסות למצב שבו פעולה נעשית בעבור "אחר". בהנחה ש"אחר" אינו "בעל שליטה" בתאגיד, שכן לבעל השליטה יוחד חלק אחר בטופס הזיהוי, מיהו "אחר"? האם למשל חובה להתייחס בשדה זה לבעלי מניות מיעוט? בעלי עניין? לכאורה כאשר ה"אחר" אינו מודע כלל לביצוע הפעולה, קשה לייחס לו כוונה להלבנת הון. לכן נראה כי מוטב להימנע מפרשנות מרחיבה מדי של המונח "אחר" אף על פי שנכלל

סוגיה חשובה אחרונה שבה שונה התיקון לחוק מהצעת החוק המקורית מתייחסת לשימוש במזומן. בהצעת החוק נקבע כי לנותן שירות עסקי אסור לקבל תשלום במזומן בסכום הגדול מ־50 אלף שקלים. איסור זה הושמט בתיקון 13 לחוק, אך במקום זאת הוכנס האיסור ככתבו וכלשונו בסעיף 2(ה) להצעת חוק צמצום השימוש במזומן, התשע"ה–2015.¹²⁸ את השינוי הזה דרש יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, שדנה בהצעת החוק, בניגוד לדעת משרד המשפטים, אשר נציגיו ביקשו לעמוד בצדק על הגישה שלפיה המיקום הגאוגרפי הנכון של הגבלת השימוש במזומן בהקשר של נותני שירות עסקי הוא תיקון 13 לחוק. נסביר: הצעת חוק צמצום השימוש במזומן מטילה מגבלה כללית על התשלום במזומן עבור שירות עסקי מעל סף מחיר מסוים. בעקבות דרישתו האמורה לעיל של יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט הוכנסה להצעת החוק הזו ההוראה המיוחדת בעניין עורכי דין ורואי חשבון שנדרה אליה מתיקון 13 לחוק איסור הלבנת הון. השתלת ההוראה הייחודית גורמת לשני פערים בהצעת חוק צמצום השימוש במזומן: האחד, סכום הסף שמעליו יוגבל ככלל השימוש במזומן בהצעת החוק מפורט בתוספת להצעת החוק, אולם אשר לעורכי הדין ולרואי החשבון נקבע הסכום של 50 אלף שקלים בחוק עצמו, דבר שעלול להערים קושי על עדכון החוק ובכל מקרה יוצר דיסהרמוניה בהצעת החוק. בהקשר זה יצוין כי לשון החוק אינה אוסרת במפורש קבלת כמה העברות של סכומים קטנים מ־50 אלף שקלים באופן שהסכום המצטבר יעלה על הרף הקבוע בחוק. אפשר שקושי זה ייפתר אם העברות כאלה יסווגו כ"דגל אדום" שיש בו כדי לאותת על ניסיון להתחמק מתחולת החוק ויקימו חזקה לכך שמדובר בהעברות חשודות, חזקה אשר ניתנת לסתירה בידי הלקוח.

הפער הנוסף בהצעת החוק הוא שזו אמנם נועדה בעיקרה להגביל שימוש במזומן כאמצעי תשלום, אך היא יוצרת מגבלה על נותני שירות עסקי גם במקרה של קבלת סכום במזומן שאינו תשלום, כגון סכום שמועבר לצורך שמירה בנאמנות או לצורך תפקידים אחרים שנותני שירות עסקי יכולים למלא. אף בהיבט זה הוראת החוק המושתלת היא חריג שאינו במקומו הטבעי, והיה ראוי להבהיר היבט זה בתיקון חקיקה.

בטופס כמעין סעיף סל. למרות זאת ייתכנו מקרים מורכבים. ניטול למשל מצב שבו בעל המצוי בהליכי גירושין מאשתו מבקש מעורך דינו להשקיע עבורו בנאמנות כספים מבלי לגלות את דבר הנאמנות לאישה, בשעה שברור כי האישה טוענת לזכויות בנכסי הבעל. האם במקרה כזה יש לראות באישה שאינה מודעת לכספים המוכמנים מוטבת אחרת שיש לה זכויות בנכס? ספק אם הבעל יוכל להכריע בשאלה זו לבדו בעת מילוי הטופס. למעשה, ספק אם רצוי בכלל להותיר את ההכרעה בידיו של הבעל במקרה כזה. למקרה שעובדותיו יכולות לעורר בעיה דומה, ראו ע"פ 29/13 בירנבאום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.2.2014), שבו הורשע בעל עניין בעברת דיווח מטעה לפי חוק ניירות ערך לאחר שסיכם עם עורך דין שירכוש מניות ולא יחשוף את הנאמנות בגלל גירושיו.

להבהרת הקשיים העולים משילוב הפערים שהוצגו לעיל ניתן לבחון את הדוגמה הזאת: סכסוך בין שותפים בעסק מובא בפני מגשר, שהוא עורך דין. המגשר מביא את הצדדים לידי הסכם למכירת העסק, ובמסגרת ההסכם מתבקש המגשר לשמור בנאמנות סכום במזומן הגדול מ-50 אלף שקלים והמצוי בקופת העסק, שיחולק בתום המכירה בין השותפים. במקרה כזה אוסרת הצעת חוק איסור השימוש במזומן על המגשר לקבל לידי את הסכום במזומן אף אם הצדדים אינם יכולים להסכים על פעולה אחרת בסכום זה. יתר על כן, לא ברור אם בעשותו פעולה של גיבוש הסכם בין השותפים הנצים יש לראות במגשר נותן שירות עסקי, ואם כן, מי הם לקוחותיו. דומה כי במקרה כזה ייטיב המגשר לעשות אם יבקש מהצדדים להיות מיוצגים על ידי עורכי דין שינסחו את ההסכם ביניהם באופן שיתפוגג החשש כאילו הוא עצמו נותן את השירות העסקי. מלבד זאת, קושי יישומי מסוג זה היה ניתן לפתור אד הוק לו אילו הסדיר החוק מנגנון פרה-רולינג אפקטיבי.

לסיום חלק זה אעיר כי מתחלתו של תיקון 13 לחוק הוחרג מתן שירותים עסקיים למדינה, לרשויות ממשלתיות, לרשויות מקומיות ולמוסדות לאומיים. הרקע להחרגה זו נעוץ בהעדר חשש לכאורה להלבנת הון באמצעות גופים אלה, אף שהנחה כזו אינה מחויבת המציאות כלל. זמן לא רב לאחר אישורו של החוק נחשפה ברבים חקירה נרחבת, שבה על פי החשד נעשה שימוש רחב היקף ברשויות מקומיות ובגופים הקשורים לרשויות אלה לצורך הטיית כספים קואליציוניים תוך העברת חלק מהכספים העברה לא חוקית למטרות שוחד. אילו נחשפה פרשה זו קודם לאישורו של החוק, ספק רב אם היה החרג האמור נותר בעינו.¹²⁹

3. סיכום

המלצות ה-FATF הן עקרוניות יישום, ומטבע הדברים אין כלל אחיד שהוא one size fits all.¹³⁰ ברי אפוא שישראל יכולה להתאים את משטר איסור הלבנת ההון שלה לתנאי הארץ ותושביה. בפרק זה סקרתי את תיקון 13 לחוק, המטיל על נותני שירות עסקי חובת זיהוי הלקוח, הכרת הלקוח והימנעות ממתן שירות עסקי אם נשקף מהלקוח סיכון גבוה להלבנת הון. תיקון 13 לחוק סטה ממשטר חובת הדיווח המומלץ שעליו ממליץ ה-FATF סטייה שאינה מבוססת כדבעי. בכך אימצה ישראל גישה שאינה עולה בקנה

129 סעיף 8(ד) לחוק איסור הלבנת הון. ראו חן מענית "פרשת ישראל ביתנו: המשטרה ממליצה להעמיד לדין 36 חשודים" גלובס (21.10.2015) בקישור <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001075188>.

130 HALLIDAY LEVI AND REUTER, לעיל ה"ש 45, בעמ' 41, מציעים לסגת מגישה של רשימת הסטנדרטים האחידה והיישום האחיד שמחיל כיום ארגון ה-FATF ולאמץ במקומה גישה של קבוצות של מדינות אשר הסטנדרטים שלה יותאמו לכל קבוצת מדינות בעלות מאפיינים דומים.

אחד עם תופעת הדה־אנונימיזציה או עם המגמה של הרחבת רשת הדיווח על תנועות כספים. אי אפשר להצביע על מאפיינים ייחודיים של חובת הסודיות המקצועית ושל החיסיון בישראל לעומת מדינות אחרות המצדיקים סטייה כזו, ואין לסטייה מהמלצות ה־FATF ביסוס תאורטי או אמפירי ייחודי. אין אלא להסיק מכך כי ההחלטה היא פרי לחצים מוצלחים של הגורמים המפוקחים בעלי העניין, אשר זכו לביטוי גם בפלטפורמות ציבוריות.¹³¹ לטעמי, בשל הערכות שלפיהן ישראל מצויה בסיכון מוגבר להלבנת הון, היה ראוי לאמץ משטר המרחיב את רשת הדיווח ומצמצם את האנונימיות של תנועות כספים ורכוש במקרים של חשד לסיכון גבוה להלבנת הון.¹³²

ההסדר הייחודי שאומץ בתיקון 13 לחוק מעורר שאלות פרשניות המקשות על הפעלתו ומציבות אתגר בפני נותני שירות עסקי שיידרשו ליישמו. בהתחשב בהיותה של ישראל מעוניינת במידת האפשר ליישם את עקרונות ה־FATF במלואם, מתבקשת פרשנות המקרבת את ההסדר הישראלי להסדר המומלץ, ככל האפשר.

באיזה אופן ראוי לפרש את התיקון לחוק? אילו הוחלה חובת דיווח מבוססת־סיכון, לנוכח החשש מפגיעתה בסוד שיחם של נותני השירות העסקי עם לקוחותיהם, היה מוצדק להגביל את המקרים שבהם תחול החובה לדיווח אך ורק למצבים שבהם מתקיים סיכון גבוה להלבנת הון. אני סבור כי משלא אומצה חובת הדיווח, נוצר מצב הפוך: מתוך הבחירה במודל רגולטורי המגונן בהרחבה על סוד שיחם של נותני השירות העסקי ולקוחותיהם, מתבקשת גישה מרחיבה למקרים שבהם יידרש נותן השירות העסקי לבצע הליך של זיהוי. למשל, היה נכון לחייב את נותני השירות העסקי לתחקר את הלקוח במקרים שבהם הערכת הסיכון פחותה מסיכון גבוה כדי להפיג את החשש או לאמתו. לסיום, מומלץ לאמץ מנגנון פרה־רולינג מחייב שיקל על אי־הוודאות ביישום הדין.

ד. מנגנוני ענישה והרתעה

1. חילוט

החילוט הוא אמצעי אכיפה מרכזי שרתם חוק איסור הלבנת הון כדי למזער פעולות בכספים שהושגו מפעילות לא חוקית. התפתחות הפסיקה בעניין זה בשנת תשע"ה משקפת את הרחבת מוטת הכנפיים של איסור הלבנת הון גם לפעילים במגזר העסקי שאינם כפופים ישירות למנגנוני הזיהוי והדיווח בחוק. במובן זה עומדת הפסיקה בזיקה

131 ראו למשל את התגייסותו לטובת עורכי הדין של שופט המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל־אביב חאלד כבוב, במסגרת כינוס ציבורי של לשכת עורכי הדין: אלה לוי־וינריב "כבוב: הטלת חובת דיווח על עורכי דין תחסל את משרדי עוה"ד הקטנים" **גלובס** (28.10.2012).

132 ראו אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 106.

הדוקה לתיקון 13 לחוק ולמודל ההימנעות הטמון בו. אמנם תיקון 13 לחוק אינו מוזכר בפסק הדין בפרשת **קמור**, שהוא פסק הדין המרכזי של בית המשפט העליון בתחום איסור הלבנת הון בתקופה הנסקרת ברשימה זו, אך לפסק דין זה זיקה הדוקה לתפיסה שעליה מושתת התיקון לחוק.¹³³ פרשת **קמור** מעבירה אף היא אחריות ושיקול דעת למניעת הלבנת הון לבעלי עסק ונותני שירות, בדומה לתיקון 13 לחוק.

בפרשת **קמור** דן השופט נעם סולברג בשאלה זכותו של מי גוברת, זכותו של בעל חוב לקבלת תמורה המובטחת באמצעות שעבוד המוטל על כלי רכב אשר אותו מכר לחייב, או זכותה של המדינה מכוח צו לחילוט תמורת המכירה של כלי הרכב, שניתן בעקבות הרשעת החייב במשפט פלילי. השאלה התעוררה בעקבות הרשעת יוסף (אסי) אבוטבול ונאשמים אחרים בעברות על חוק איסור הלבנת הון, התש"ס–2000 ובעברות לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה, התש"סג–2003. לצד גזירת עונשם של הנאשמים הורה בית המשפט על חילוט שני כלי רכב מסוג ב.מ.וו. אשר רכש אבוטבול מחברת קמור, יבואנית כלי רכב מסוג זה. תמורת הרכישה בסך של 257,223 שקלים לכל אחד מכלי הרכב שולמה בין היתר באמצעות צ'קים דחויים, שנסחטו מחברות עסקיות, קרבנות ארגון הפשיעה. על כלי הרכב שנרכשו נרשם משכון לטובת המוכרת קמור, להבטחת תשלום תמורתם. כמה מהצ'קים הדחויים לא נפרעו, ונותרה יתרת חוב בסך של 150,000 שקלים לטובת המערערת.¹³⁴ שני כלי הרכב היו מושא להתדיינות ממושכת.¹³⁵ בתום ההליך הפלילי שבו הורשעו הנאשמים ביקשה המדינה לחלט את תמורת המכירה של כלי הרכב לטובת אוצר המדינה, אך נתקלה בהתנגדות קמור, אשר טענה כי זכויותיה הקנייניות בכלי הרכב, המובטחות באמצעות שעבוד, עדיפות על זכותה של המדינה לחילוט.¹³⁶

שאלה אחת שעמדה לדיון היא אם ניתן לראות בעסקה בין אבוטבול לקמור עסקה שבה מכרה קמור לאבוטבול רק זכות במקצת מכלי הרכב, החלק שבגיננו שולמה התמורה בפועל, ואילו החלק הממושכן נותר בבעלותה ועל כן לא ניתן לחלטו. בית המשפט המחוזי דחה את ניסיונה של קמור להציג את עסקת המכירה כך.¹³⁷ לשיטת בית המשפט המחוזי, מצד אחד מכרה קמור לאבוטבול כלי רכב, ומצד האחר רכשה קמור

133 ע"א 7025/12 **קמור רכב (1990) בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.5.2014).

134 שם, פס' 2.

135 שם. קודם להגשת כתב האישום נתן בית משפט צו ארעי לתפיסתם של כלי הרכב על ידי המשטרה. לאחר הגשת כתב האישום הפך הצו הארעי לצו זמני, ומאוחר יותר הורה בית המשפט המחוזי על מכירת שני כלי הרכב ועל החזקת התמורה בידי המדינה עד לסיום ההליך הפלילי. כלי הרכב נרשמו על שם אשתו ועל שם אחותו של אבוטבול, ואף על פי כן קבע בית המשפט המחוזי כי הם שייכים לאבוטבול – קביעה שאף היא נתקפה בערעור לבית המשפט העליון ונותרה בעינה. בש"פ 10015/07 **אביטל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.12.2007).

136 פרשת **קמור**, לעיל ה"ש 133, פס' 3.

137 שם, פס' 6.

מאבוטבול זכות משכון בנכס להבטחת התשלום הסופי.¹³⁸ השאלה השנייה אפוא שעמדה לדיון הייתה אם נרכשה הזכות האמורה בתמורה ובתום לב, שאז שוללים הסייגים בחוק איסור הלבנת הון את האפשרות לחלט זכות זו מידי קמור. בית המשפט העליון קבע כי קמור לא עמדה בנטל להוכיח כי רכשה את הזכויות בתום לב.¹³⁹

לשיטת בית המשפט, מטרתו של החילוט היא בראש ובראשונה לקדם את אינטרס הציבור בניהול מלחמה יעילה בתופעות של פשיעה בכלל ובארגוני פשיעה בפרט באמצעות פגיעה בתשתית הכלכלית של פעילות עבריינית, בין היתר בנטילת רווחי העברה. במקרה הנדון נעשה מימון רכישת כלי הרכב בין השאר באמצעות שימוש בצ'קים שנשחטו. לפיכך נקבע כי הם בגדר "רכוש שהושג, במישרין או בעקיפין... כתוצאה מביצוע העברה", כלשון סעיף 21(א)(2) לחוק איסור הלבנת הון. סעיף זה וכן סעיף 5(1) לחוק מאבק בארגוני פשיעה מסמיכים את בית המשפט להורות על חילוט רכוש זה.¹⁴⁰

נוסף על התכלית ההרתעתית ציין בית המשפט העליון כי יש לחילוט תכלית בעלת אופי קנייני, היינו "הוצאת רכוש שאינו שייך לעבריין, ואינו מוחזק על-ידו כדין, מידי, שכן הושג בעבירה".¹⁴¹

מעצם טיבו עלול החילוט לפגוע בזכויות הקניין החוקתיות של צד שלישי תמים, ועל כן מתחייב איזון ראוי על מנת להבטיח שלא תיפגענה זכויות אלה פגיעה לא ראויה ולא צודקת.¹⁴² בית המשפט מחדד כי הסייגים לחילוט רלוונטיים למי שיוכיח זכות קניינית בנכס מסוים – להבדיל מנושה הנשען על זכות אובליגטורית בלבד. בכך מאשרר פסק הדין פסיקה קודמת של בית המשפט העליון בפרשת **סיטבון**, שדחתה את הניסיון של צדדים שלישיים להסתמך על זכות אובליגטורית כהגנה מפני חילוט,¹⁴³ גישה שהיא מחמירה יחסית לדין האמריקאי שבה הוכרו בנסיבות מסוימות גם זכויות לנושים לא מובטחים אף כנגד חילוט פלילי.¹⁴⁴

138 ש.ם.

139 ש.ם, פס' 13.

140 ש.ם, פס' 10.

141 ש.ם, פס' 10. הבחנה זו הנסמכת, על פסק הדין בע"פ 7475/95 **מדינת ישראל נ' בן שטריט**, פ"ד נב(2) 385, 410–411 (1998), אינה טריוויאלית. התכלית המעין-קניינית מושגת אם החילוט מוביל להשבת הרכוש שהושג בעברה לבעליו, אולם החוק אינו מחייב כי אכן כך ייעשה, ועל כן האופי הקנייני של התכלית מושג רק בחלקו, בנטילת רכוש ממי שאינו בעליו. בכך משרת האופי הקנייני של התכלית אך ורק את מטרת ההרתעה, ולא נראה כי יש הצדקה תאורטית לטעון כי התכלית החוקית היא בעלת מאפיינים קנייניים עצמאיים.

142 פרשת **קמור**, לעיל ה"ש 133, פס' 11. נזכיר כי אף לאחר מימוש החילוט עומדת לקמור האפשרות להגיש נגד החייבים תביעה אזרחית רגילה לתשלום החוב. ש.ם, פס' 17.

143 **סיטבון**, לעיל ה"ש 70, פס' 52.

144 ש.ם, פס' 48, מציין בית המשפט כי "במשפט האמריקאי נודעת בשאלה זו – הגם שלא ביחס לשלב הסעדים הזמניים – הבחנה בין הליך חילוט אזרחי לפלילי. בהליך האזרחי (המתנהל בעקבות חקירה פלילית) נתון רק לנושים מובטחים מעמד להשיג על תפישת

אמנם פסק הדין בפרשת **קמור** נשען בעיקר מהלכו על הסייג בסעיף 18(א)(2)(ב) לחוק מאבק בארגוני פשיעה, שלפיו "בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש, כולו או חלקו... [כאשר] הטוען לזכות ברכוש הוכיח את זכותו ברכוש וכי רכש אותה אחרי ביצוע העבירה שבקשר אליה התבקש החילוט, וכן הוכיח כי עשה כן בתמורה ובתום לב..." עם זאת דרך ניתוח זו תחול גם על סייג דומה במהותו בחוק איסור הלבנת הון.¹⁴⁵ בדומה להיגיון שעליו מושתת תיקון 13 לחוק, המכוון למנוע ניצול לרעה של עורכי דין ורואי חשבון באמצעות העלאת מודעותם לאפשרות של ניצולם לרעה, קובע השופט סולברג (על דעת עמיתיו השופטים צ' זילברטל וס' ג'ובראן) כי "הדרישה [להוכחת תום לב] מרתיעה צדדים שלישיים מלהיכנס מלכתחילה, בחוסר תום-לב, לעסקאות עם עבריינים, מכיוון שבמקרה שהרכוש יחולט לא תעמוד להם ההגנה שבסייג. באופן זה, תוגשם תכלית החוק לפגיעה בתשתית הכלכלית של הארגון באופן רחב יותר מהפגיעה הישירה בארגון".¹⁴⁶

תרומתו החשובה של פסק הדין בפרשת **קמור** היא בספקו מידע באשר למאפייני ההתנהגות אשר תיתפס כחסרת תום לב. בית המשפט קבע כי ניתן ללמוד על חוסר תום לב של קמור "מהתנהלותה החריגה אל מול אבוטבול ואנשיו, שסטתה ממהלך עסקיה הרגיל" – בעיקר הסדרי התשלום החריגים תוך שימוש בצ'קים דחויים שבעליהם אינם צדדים לעסקה ללא בדיקת הסיבה לכך – ועל מודעותה של קמור למקור הכסף ששימש לרכישת כלי הרכב בייחוס מודעותו של בכיר בתאגיד קמור לתאגיד עצמו באמצעות תורת האורגנים – כל זאת בהתחשב בתדמיתו השלילית של אבוטבול.¹⁴⁷

בית המשפט הציב מעין תמרור אזהרה המחייב נותני שירותים לתת את הדעת, בין היתר, על מקבץ של "דגלים אדומים" הכולל את תדמיתו של מי שעמו נקשרת העסקה, את מאפייני העסקה ואת אופן התשלום, כתנאי לקבלתה של טענת תום לב. בכך מטיל בית המשפט על נותני השירותים את האחריות לבחון את מידת מסוכנותו של הלקוח בדומה לחובה המוטלת הטלה גורפת יותר על נותני שירות עסקי בתיקון 13 לחוק איסור הלבנת הון.

הרכוש... בהליכי חילוט פליליים לעומת זאת הוכרו הנושים הבלתי מובטחים כמי שיכולים להיכנס בגדרי הסייג לחילוט רכוש של הנידון, מאחר שבידם 'legal interest' ברכוש זה, ותוך שנקבע כי פרשנות זו תואמת את כוונת המחוקק האמריקאי" (ההשמטות אינן במקור – ע"ב).

145 סעיף 23 לחוק איסור הלבנת הון קובע כי "על חילוט רכוש לפי חוק זה יחולו, בשינויים המחויבים, הוראות סעיפים 36 עד 36 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973". סעיף 36(א) לפקודה זו קובע כי "בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש... אם הוכיח מי שטוען לזכות ברכוש כי... רכש את זכותו ברכוש בתמורה ובתום לב ובלי שיכול היה לדעת כי הוא שימש או הושג בעבירה".

146 פרשת **קמור**, לעיל ה"ש 133, פס' 12.

147 שם, פס' 13.

החובה לשקול את תדמיתו השלילית של אדם בעת התקשרות בעסקה עמו אינה טריוויאלית.¹⁴⁸ מחד גיסא תדמית שלילית עלולה לדבוק באדם שלא בצדק, ומאידך גיסא לא כל בעל עסק ונותן שירות בודק בציזיותיו של הלקוח ומודע לתדמית הציבורית המלווה אותו. ניכר כי בית המשפט העליון לא התעלם מהקושי הגלום בקביעת אמת מידה שכזו לבחינת תום הלב של צד שלישי הטוען לזכות קניינית בנכס מחולט. השופט סולברג סייג והוסיף כי "מן הראוי להדגיש, כי לא כל מצב שבו מבצע מאן דהוא עסקה עם אדם בעל תדמית שלילית בעיני הציבור יוביל למסקנה כי פעל שלא בתום-לב (ועל כן הסייג לחילוט לא יחול בעניינו), בוודאי לא כאשר אותו אדם טרם הורשע בפלילים והוא מוחזק חף מפשע. גם מודעות לכך שאדם הוא עבריין אינה מנביעה בהכרח מודעות לכך שהכסף שבו הוא משתמש הוא תוצאה של עבירה. עם זאת, בעניינו כאמור מצטרפות נסיבות רבות המלמדות על מודעות של המערערת, בעוצמה חזקה דיה, לאופיו של הארגון כמו גם לשיקים שהושגו בעבירה".¹⁴⁹

ניתן לגזור מבחן שיקולים משולב מנסיבותיה של הלכת **קמור**. ראשית כול, ככל שתדמיתו הציבורית של הלקוח שלילית יותר, כך נדרשת ערנות רבה יותר של בעל העסק או נותן השירות לסיכון של הלבנת הון. אמנם היותו של הלקוח אדם שתדמיתו עבריינית אינה מונעת כשלעצמה את מתן השירות, אך כאשר לתדמית השלילית מצטרפות נסיבות חריגות באשר לאופן ביצוע העסקה ראוי שידלקו נורות האזהרה של בעל העסק או נותן השירות. עוסק המתקשר בעסקה שגרתית יוכל למצוא הדרכה מסוימת בבואו להעריך אם הוא ראוי להתקשר בתום לב בעסקה עם הלקוח אם ייעזר בתוספת הרביעית לצו נותני שירות עסקי שעניינה לקוחות שיכולו שיראו לקוחות המצויים בסיכון גבוה.¹⁵⁰ אגב, ניתן לחמוק מהסנקצייה הגלומה בהלכת **קמור** באופן פשוט למדי. תוצאת פסק הדין מטילה על מי שנקשר בעסקה עם מלבין הון את הסיכון כי רכושו יחולט בעתיד. עם זאת התממשות סיכון זה מותנית בהליך משפטי נגד העבריין העיקרי וכן בכך שהצד השלישי לא יקבל את מלוא התשלום במזומן אלא יקבל במסגרת התשלום על העסקה זכויות קנייניות להבטחת התשלום העתידי ברכוש שיועבר לידי של הזולת. מכאן שמוכר או נותן שירות המעוניין להימנע מסיכון כאמור יעדיף מעתה לדרוש תשלום מידי ומלא בגין השירות או המכר.

148 לא נראה כי בית המשפט ביקש להרתיע כל אדם מהתקשרות בעסקת מכר פשוטה כל אימת שתדמיתו של המשלם עבריינית ויש חשש כי מקור כספו אינו חוקי. מסמך הנחיות FATF לעורכי דין לעניין הערכת סיכון מצייין כי המוניטין של לקוח מסוים יכול להיות גורם בהערכת הסיכון הנשקף ממנו להלבנת הון. RBA Guidance, לעיל ה"ש 32, בעמ' 30. עם זאת חשוב להבחין בין יכולת הערכת הסיכון של עורכי דין שאמורים לרכוש הכשרה, ידע ונסיון בהערכת סיכון לעומת עוסק שלא הוכשר לכך.

149 פרשת **קמור**, לעיל ה"ש 133, פס' 14.

150 סעיף 6 לתוספת לצו נותני שירות עסקי מתייחס למשל ל"לקוח אשר נותן השירות העסקי סבור כי הוא בסיכון גבוה, בין השאר לאור תחום עיסוקו או נתון אחר הנוגע לעניין שנמצא בידעתו".

למרות האפשרות לחמוק מהשלכות הלכת **קמור** פסק הדין משיג תוצאה התנהגותית רצויה מבחינת קידום המאבק בהלבנת הון. ראשית כול, הטלת סיכון על מוכר או נותן שירות מגדילה את הסיכוי שיסרב לשתף פעולה עם מלביני הון. שנית, הגבלת יכולתם של עבריינים לשלם עבור רכוש באמצעי תשלום שאינם מזומן מקטינה את מנעד האפשרויות העומדות בפניהם להלבנת הון. כמובן, ככל שתצומצם אפשרות השימוש במזומן בישראל, כך תתעצם האפקטיביות של פסק הדין.

לסיכום, פסק הדין בפרשת **קמור** משתלב היטב במגמת החקיקה כפי שהיא משתקפת בתיקון 13 לחוק. הלכת **קמור** מרחיבה את המאבק בהלבנת הון בדרך של הטלת סיכון על מוכרים ונותני שירותים במקום שבו אין חובת דיווח. בשונה מהביקורת שנמתחה בפרק הקודם על חריגותו של ההסדר בתיקון 13 לחוק, הגישה בפרשת **קמור** דווקא מוצדקת. במקום שבו לא הוטלו חובות דיווח בחוק על עוסקים, יצירת תמריצים לנקיטת משנה זהירות ולהימנעות במקרה של חשש להלבנת הון היא הגישה הרצויה. וכך פעל בית המשפט בעניין **קמור**.

2. ענישה

בשנים האחרונות ניכרת בפסיקת בית המשפט העליון מגמה כללית של החמרה בענישה המושתת בעברות כלכליות. מגמה זו ניכרת במיוחד בתחומי עבריינות "צווארון לבן"¹⁵¹ בהיעדר נתונים על מגמת הענישה בתחום העברות על חוק איסור הלבנת הון, שאף הוא משתייך למשפחת העברות הכלכליות, ניתן להצביע רק על המאפיינים הרטוריים של פסקי הדין הבולטים בעניין חומרת הענישה.

דוגמה לכך ניתן לראות בפרשת **חג'אמה**. ייחודיותו של פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **חג'אמה** (שניתן בידי השופט י' דנציגר, בהסכמת השופטים ד' ברק-ארוז וס' ג'ובראן) היא בחומרה שמייחס בית המשפט לא רק לעברות כלכליות שבביצוען נצמח רווח לעברייין, ולא רק להימנעות מקיומה של חובת הדיווח הנדרשת לרשות לאיסור הלבנת הון, אלא אפילו להימנעות מרישום כנדרש – במקרה זה רישום אצל רשם נותני שירותי מטבע.¹⁵² זאת, מתוך הכרה של בית המשפט כי היעדר רישום כחוק מקשה על מעקב אחר קיומה של חובת הדיווח וגילוי מלכתחילה של מי שמפר את החובה בחוק.

בשנים 1997–2005 עסק חג'אמה בניכיון צ'קים תמורת עמלה וניכה צ'קים בהיקף של קרוב לחצי מיליארד שקלים. פעילות זו מחייבת רישום אצל רשם נותני שירותי מטבע לפי משטר הבקרה שהנהיג חוק איסור הלבנת הון וכן דיווח לפקיד השומה

151 ראו האסמכתאות המובאות בה"ש 72, לעיל.

152 ע"פ 4316/13 מדינת ישראל נ' חג'אמה (פורסם בנבו, 30.10.2014).

ולמנהל מס ערך מוסף. חג'אמה נמנע מקיום חובות אלה.¹⁵³ כתב האישום בעניינו עסק בארבע פרשיות, שכולן נוגעות לפעילות ניכיון צ'קים שביצע. חג'אמה הורשע בכך שפעל בשיטתיות, לאורך תקופה ממושכת ובשיטות של ערמה. כך למשל צוין כי בתקופה שבין 1.5.2002 לבין 1.1.2006 ניכה צ'קים בהיקף כולל של כ-264 מיליון שקלים, בהימנעו מלדווח דיווחים נחוצים באשר ל-1,480 פעולות של ניכיון צ'קים בהיקף שאינו נופל מ-117.5 מיליון שקלים. כמו כן בשנים 2002 ו-2003 ניכה חג'אמה 4,455 צ'קים בהיקף של כ-54 מיליון שקלים, תוך שימוש במגוון שמות ולא בשמו שלו.¹⁵⁴ נפסק כי בכך פעל חג'אמה להימנע מדיווח על פעולות החייבות דיווח לפי סעיף 7 לחוק איסור הלבנת הון. בנוסף, בידעו כי "נסיבותיו האישיות מונעות קבלת אישור" לרישומו כנותן שירותי מטבע דאג להסתיר את פעילותו באמצעות רישום כוזב של פעילותו בחברה בשליטת אשתו.¹⁵⁵ בבית המשפט המחוזי הורשע חג'אמה בעיסוק במתן שירותי מטבע בלא רישום במרשם.¹⁵⁶ עברות נוספות שבהן הורשע חג'אמה הן העלמת מס ושיבוש חקירה.¹⁵⁷

בית המשפט המחוזי דחה את טענת חג'אמה כי נמנע מלדווח על פעולותיו רק כדי להימנע מתשלום מסים וקבע כי "התקיימה אצלו מודעות לכך שהתנהלותו – במסגרתה ניכה שיקים תוך שימוש בחברות קש והסתרת זהות לקוחותיו וזהותו שלו – תוביל בהסתברות גבוהה להפרת חובות הדיווח שבחוק איסור הלבנת הון. על כן, בהסתמך על הלכת הצפיות, נקבע כי התקיים במערער היסוד הנפשי שבעבירה לפי סעיף 3(ב) לחוק איסור הלבנת הון והוא הורשע בה".¹⁵⁸

153 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנציג. אסדרת התחום של נותני שירותי מטבע היא סוגיה נרחבת החורגת מתחום מאמר זה. עם זאת יצוין כי באסדרת תחום זה חלה התקדמות ניכרת במסגרת צו נותני שירותי מטבע, לעיל ה"ש 21. בשל מציאות שלפיה נותני שירותי מטבע משמשים כלי להלבנת הון בידי ארגוני פשיעה זכה הנושא לטיפול בסדר עדיפות גבוה במשרדי המשפטים והאוצר. טיפול זה הוביל לפרסומו של דוח מקיף בנושא בידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי) עו"ד אבי ליכט ולהקמת צוות ליישומו של הדוח בראשות היועץ המשפטי של משרד האוצר עו"ד יואל בריס. בעקבות עבודת מטה זו פרסם ביום 26.8.2015 משרד האוצר את תזכיר חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים חוץ מוסדיים), התשע"ה-2015. ראו גם באתר משרד המשפטים: <http://index.justice.gov.il/Units/HalbantHon/News/OnAgenda/Pages/FinancialServicesLaw300815.aspx>

154 עניין חג'אמה, לעיל ה"ש 152, פס' 2.

155 שם, פס' 3.

156 שם, פס' 7. בנוסף, "עמד בית המשפט על כך שבביקורת שנערכה בעסקו של המערער התגלה כי בין השנים 2002-2006 הסתכם מחזור העסק בסך של למעלה מ-262,000,000 ש"ח, מתוכם 117,525,539 ש"ח בעסקאות ניכיון החייבות בדיווח, שכן הן עסקו בניכיון שיקים במזומן בשווי 50,000 ש"ח, או יותר, כשחלק ניכר מהן בוצעו בדרך של פיצול השיק המנוכה למספר שיקים בכדי להימנע מחובת דיווח".

157 שם, פס' 4 ו-5.

158 שם, פס' 8.

בבית המשפט העליון נדון ערעורו של חג'אמה על חומרת העונש וערעור שכנגד של המדינה על קולת העונש – 36 חודשי מאסר לריצוי בפועל (בניכוי ימי מעצר); 15 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים לבל יעבור עברה לפי חוק איסור הלבנת הון או עברת מס שהיא פשע; שמונה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים לבל יעבור עברה אחרת מן העברות שבהן הורשע בתיק; קנס בסך 750,000 שקלים וכן הסכמה של המערער לשלם 3,700,000 שקלים במזומן חלף חילוט נכסים בתוך 60 ימים מיום מתן גזר הדין.

ההחלטה להחמיר בעונשו של חג'אמה התבססה על מכלול סוגי העברות שבהן הורשע, עברות המס ועברות הלבנת ההון גם יחד. עם זאת הדגיש בית המשפט כי "חומרה רבה נודעת גם לעבירות הלבנת הון. מתוך הכרה בכך שתופעת הלבנת ההון גורמת, כשלעצמה, לפגיעה בערכיה של החברה קבע המחוקק עבירות אלה כעבירות עצמאיות בחוק איסור הלבנת הון שתכליתו לנטרל את הרווח שמפיקים עבריינים מפעילותם העבריינית ולהרתיעם, ואשר לאורו נקבע בפסיקה כי הנוטלים חלק בהלבנת הון צפויים לעונשים חמורים".¹⁵⁹

עצם ההתחמקות מרישום כחוק באופן שיש בו כדי לשרת את ההימנעות מדיווח נתפסה כמעשה חמור בבית המשפט, באמרו: "ודוק, במסגרת ההתמודדות עם תופעת הלבנת ההון ולנוכח החשש כי שירותיהם של נותני שירותי מטבע ינוצלו על ידי גורמים עברייניים כדי להסתיר את מקור הונם האסור ולהקשות על האפשרות להתחקות אחר פעולותיהם, נקבע בחוק איסור הלבנת הון כי נותני שירותים אלו חייבים ברישום מסודר ובחובות דיווח קפדניות. קיומן של חובות אלו נועד לאפשר פיקוח על תנועות הון והוא תנאי הכרחי לקיום אפקטיבי של החוק ולהגשמת תכליתו".¹⁶⁰

לחובתו של המערער זקף אפוא בית המשפט העליון את העובדה שעסק במשך שמונה שנים בניכיון צ'קים וניכה צ'קים בסכום עתק של כחצי מיליארד שקלים בהתעלמו מן החוק בהסתירו את פעילותו; את העובדה שהפיק הכנסות עתק בסך של עשרות מיליוני שקלים שהוסתרו מן השלטונות;¹⁶¹ את הימנעותו מרישום כנותן שירותי מטבע וכן מלדווח לרשות לאיסור הלבנת הון על עסקאות החייבות בדיווח בהיקף עצום של כ-117,500,000 שקלים – באופן שפגע "בערך החברתי המוגן שביסודו של חוק איסור הלבנת הון ופגע במימוש תכליתו להילחם בתופעת ההון השחור במדינה ולסייע כך במלחמה בפעילות עבריינית".¹⁶²

בית המשפט סבר במכלול הנסיבות כי יש להחמיר בעונשו של המערער והעמיד אותו על ארבע שנות מאסר וחצי לריצוי בפועל, לצד הקנס שהושת עליו והתשלום שעליו

159 שם, פס' 18.

160 שם, פס' 19.

161 שם, פס' 20.

162 שם.

הסכימו הצדדים. חשוב לציין כי בית המשפט העיר כי היה מחמיר עוד יותר בעונשו של המערער אלמלא הנוהג המקובל בבית המשפט העליון שלא למצות את חומרת הדין בערעור.¹⁶³

הרטוריקה המחמירה של פסק הדין בפרשת **חג'אמה** משתלבת אפוא היטב בשתי מגמות שנסקרו לעיל: האחת, החתירה לדה-אנונימיזציה של משתמשים בכספים, והאחרת הרחבת רשת הדיווח.

מעניין להשוות את פרשת **חג'אמה** לפרשת **זפּרני**, שאף היא נדונה והוכרעה בתשע"ה בבית המשפט העליון.¹⁶⁴ בפרשת **זפּרני** הורשע הנאשם, שהיה עובד עירייה, הדיינו עובד ציבור, בעברות של פעילות בארגון פשע, הלבנת הון במסגרת ארגון פשיעה, סיוע של עובד ציבור לארגון פשיעה ומרמה והפרת אמונים על חלקו בארגון של פעילות הימורים לא חוקית.¹⁶⁵

בנמקו את דחיית הערעור חזר השופט הנדל לפסיקה שניתנה כעשור שנים קודם לכן: "על עבירות של הלבנת ההון נאמר כי מדובר ב'...[...] מכת מדינה השולחת גרורות ממאירות לכל מגזרי המשק כמעט. זאת פעילות פלילית הכרוכה בפשע המאורגן והמסכנת את החברה, את הכלכלה ואת אזרחי המדינה'".¹⁶⁶

במרכז פרשת **זפּרני** עמדה פעילות של הלבנת הון לאורך תקופה ממושכת של כשבע שנים, בדומה לפרשת **חג'אמה**, שלובה בהעלמת מס וברכיבים מחמירים נוספים ביחס לפרשת **חג'אמה** – היות העבריין עובד ציבור והיותו חלק מרכזי בארגון פשע: "המערער היה אחראי במישורין ל'מכבסת הכספים' עת ניצל את תפקידו כעובד בכיר בעיריית אשדוד, פתח על שמו חשבונות קש שדרכם התנהלה התשתית הכלכלית של הארגון וסייע בהסוואת והסתרת המקורות הכספיים שהגיעו מעסקים אסורים. מעשי המערער מגוונים הם וחלקם השתרעו על תקופה ארוכה עד ל-7 שנים. הוא הושיט ידו גם לקופת המדינה ונטל ממנה סכומי עתק כשנתן לגיטימציה במעשיו להעלמת מס..."¹⁶⁷ המערער היה במקרה הזה "רואה החשבון, גזבר ושר האוצר" של ארגון פשע.¹⁶⁸

על אף הנסיבות המחמירות במקרה זה הותיר בית המשפט העליון על כנו את העונש, המקל לעומת פרשת **חג'אמה**, שגזר בית המשפט המחוזי על העבריין במסגרת הסדר טיעון: עשרה חודשי מאסר לריצוי בפועל, מאסר מותנה לתקופה של שבעה חודשים וקנס כספי על סך כחצי מיליון שקלים.

163 שם, פס' 25.

164 ע"פ 3647/13 **זפּרני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.2.2014).

165 שם, פס' 4.

166 שם. בית המשפט הפנה לפסק הדין בבש"פ 10157/03 **איסקוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.12.2003).

167 שם.

168 שם, פס' 5.

ההשוואה האנקדוטלית בין שתי החלטות ענישה שניתנו באקראי באותה שנה היא בעלת ערך מוגבל מאוד מהבחינה העיונית. נוסף על כך, אפשר להסביר את התוצאה המקלה יחסית בפרשת זפּרני בניטיים של בתי המשפט להימנע מהתערבות בהסדרי טיעון. אף על פי כן הפערים מעוררים תמיהה.

בהקשר זה ראוי לציין כי את הפער הניכר בין הענישה בפועל לבין העונשים המרביים הקבועים בחוק בעברות על חוק איסור הלבנת הון – עד עשר שנות מאסר. יש הטוענים כי רף הענישה המרבי בישראל נופל מזה של מדינות אחרות, ולפיכך אינו עולה בקנה אחד עם רצונה של מדינת ישראל להצטייר כפועלת נחרצות למיגור התופעה.¹⁶⁹ מנגד, יש המציינים שחומרת הענישה שקבע המחוקק על הפרת חובת בתחום איסור הלבנת הון עולה בהרבה על הענישה בגין הפרת חובות דיווח בחוקים אחרים ומעידה על החומרה הרבה שהמחוקק מייחס לתופעה.¹⁷⁰

בתקופה הנסקרת ברשימה זו בולט גזר דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **אוחנה**, שזכתה לכינוי "פרשת הבנק המחתרתי בבורסת היהלומים".¹⁷¹ בעניין זה הורשע סוחר יהלומים בבורסת היהלומים בשורה ארוכה של עברות מס, זיוף, מרמה והלבנת הון על שתחת השתייכותו העסקית הלגיטימית "הפעיל בנק 'שחור', בו הומרו כספים ונפרטו שיקים בהיקפי ענק ללא כל דיווח לרשויות, נמסרו ליהלומנים חשבוניות מס כוזבות והוברחו כספים בסכומי עתק. הנאשם הפעיל מנגנון רמייה משוכלל ומיומן, מנגנון רמייה תעשייתי שפעל לאורך שנים".¹⁷² בגזרו את הדין הגדיר השופט דוד רוזן את מעשי הנאשם: "סיכול מכוון ושיטתי של חובות הדיווח העומדות בליבו של משטר איסור הלבנת ההון".¹⁷³ בית המשפט גזר על הנאשם עונש מאסר של עשר שנים לריצוי בפועל, מאסר על תנאי של שנתיים וקנס של מיליון שקלים.¹⁷⁴ נעיר כי לצורך קביעת מתחם הענישה המחמיר הסתמך בית המשפט בעיקר על פסיקה בדבר חומרת הענישה בעברות מס.¹⁷⁵

ככל שיש בחומרת הענישה כדי להרתיע, דומה כי גזר דינו החמור של בית המשפט בפרשת **אוחנה** מיטיב להעביר את המסר הנדרש.

169 בארצות הברית נקבע עונש מרבי של 20 שנות מאסר על עברות הלבנת הון, ואף במדינות כגון איי קיימן והפיליפינים שנכללו בעבר ביחד עם ישראל ב"רשימה השחורה" נמצאה רמת ענישה מחמירה מן הענישה המרבית בישראל. ראו אלקלעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115 וכן 121.

170 אלף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273.

171 פרשת **אוחנה**, לעיל ה"ש 72.

172 שם, פס' 3.

173 שם, פס' 12.

174 שם, פס' 27.

175 שם, פס' 18 והפסיקה המובאת בה.

ה. סיכום

בשנת תשע"ה נפרסו כנפיו של חוק איסור הלבנת הון והורחבו במידה שהוחל, מלבד על מוסדות פיננסיים, על מגזרי עיסוק נוספים, ובראשם נותני שירות עסקי – עורכי דין ורואי חשבון. הרחבה זו מסמנת את המשך מאמציה של ישראל להעמיד עצמה בשורה אחת עם המדינות המפותחות בעולם בכל הקשור לעמידה באמות המידה הבין-לאומיות למאבק בהלבנת הון. דא עקא, שבכל הקשור להרחבת האסדרה על נותני שירות עסקי, בחרה ישראל להימנע מהטלת חובת דיווח במקרים של סיכון גבוה להלבנת הון, ותחת זאת החילה משטר המחייב את נותני השירות העסקי לזהות את הלקוח, להעריך את הסיכון להלבנת הון הנשקף ממנו ולהימנע ממתן שירות עסקי כהגדרתו בחוק במקרה של סיכון גבוה.

מודל ההימנעות אינו תואם את מגמת הרחבתה של רשת הדיווח על בעלי מקצוע בתחומים לא פיננסיים. הוא אף אינו מתיישב עם תופעה גלובלית גוברת של חקיקה ואסדרה החותרת לדה-אנונימיזציה של אמצעי תשלום באופן שיקל את העקיבה אחר תנועות כספים.

ארגון ה-FATF, הקובע את הסטנדרטים הבין-לאומיים המומלצים בתחום המאבק בהלבנת הון, אינו שולל את האפשרות של כל מדינה ומדינה לאמץ מדיניות פיקוח ואכיפה התואמת את המציאות המקומית על בסיס מאפייני הסיכון הייחודיים לאותה מדינה. עם זאת אימוץ מודל ההימנעות בתיקון 13 לחוק נעשה ללא תימוכין משכנעים במישור האמפירי והכלכלי בנוגע להקלות הייחודיות שהוענקו בו לעורכי דין ורואי חשבון. במישור המשפטי נשען התיקון לחוק על הרצון לגונן על חסיון עורך דין-לקוח, אך כפי שצוין בסקירה זו, באנגליה הושתה על עורכי דין חובת דיווח אף שהדין האנגלי מכיר בחסיון עורך דין-לקוח בדומה לדין בישראל. באשר לרואי חשבון אף הנימוק המשפטי אינו מתקיים, בהעדר כל חסיון ביחסי רואה חשבון-לקוח.

בסקירה זו הצבעתי על החשש כי תיקון 13 לחוק יתקשה להביא לצמצום ניכר של השימוש לרעה בעורכי דין ורואי חשבון. ההישגים הדלים יחסית של משטרי אכיפה הכוללים חובות דיווח רחבות על גופים פיננסיים מחדדים את הספק בדבר יכולתו של מודל "רך" יותר להשיג תוצאות מוצלחות במניעת עבריינות.

מלבד זאת, מודל ההימנעות המעוגן בתיקון 13 לחוק מעורר שאלות פרשניות ויישומיות לא מעטות אשר עתידות להטיל על נותני שירות עסקי עלויות רבות. בצד ההרחבה למשל יוצרת החובה לזהות בכל מקרה ומקרה את הנהנה או את בעל השליטה קושי יישומי, במיוחד כאשר נותן שירות עסקי משרת קבוצה גדולה של נהנים. קושי זה אפשר שייפתר באמצעות גורם מוסמך שיוכל לסייע לנותני שירות עסקי במתן פרשנות מוסמכת או הקלה במקרים של אי-בהירות בדין או קושי ניכר ביישום.

בשנה החולפת הורחב גם השימוש בסנקציית החילוט כלפי צדדים שלישיים לא עברייניים שיש להם זכות קניינית ברכוש המחולט עקב הרשעתו של עברייני. פסק דינו

של בית המשפט העליון בפרשת קמור טומן בחובו משמעויות לכלל נותני השירותים ובעלי העסקים בהטילו אחריות אף עליהם לבחון אם נסיבות ההתקשרות בינם לבין הלקוח מקימות חשד להלבנת הון, ככל שהם מעוניינים להתגונן בפני סיכון עתידי של חילוט זכויות קנייניות. נוסף על כך נמשכה המגמה של בתי המשפט להצהיר על החמרת הענישה בעברות הלבנת הון אם כי אי אפשר לקבוע בוודאות אם מלבד הרטוריקה הלוחמנית עומדים בתי המשפט במילתם.

המאבק בהלבנת הון ממשיך לעמוד במוקד הדיון הציבורי, המשפטי והרגולטורי. בשנת תשע"ו התמקד המאבק הממשלתי בהלבנת ההון בקידומה של הצעת החוק הממשלתית משנת 2012, שבה ביקשה הממשלה לכלול עברות מס חמורות כעברות מקור לעניין חוק איסור הלבנת הון.¹⁷⁶ לפי הצעת החוק, יוספו להגדרת "עבירה" בחוק איסור הלבנת הון עברות מס חמורות, כגון עברה על סעיף 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], שעניינו השמטה, דיווח כוזב ודיווח מרמה לרשויות המס. סעיף 34 לחוק איסור הלבנת הון קובע כי החוק יחול אף על רכוש שמקורו בעברה שנעברה לפני תחילתו של החוק.

זימה זו היא חלק מהצעת חוק שגיבש משרד האוצר כדי להעמיק את גביית המסים ולמזער את תופעת "ההון השחור" בישראל. ההצעה נכללה במקור בחוק ההסדרים אך פוצלה ממנו. אחרי הפיצול המשיכה הממשלה לעמוד מאחורי הצעת החוק, ואף הרשות לאיסור הלבנת הון צידדה בה. הצעת החוק עולה בקנה אחד עם המלצות ה-FATF, ועל כן היה צפוי שתאומץ בחוק בסופו של דבר, ואכן כך קרה.¹⁷⁷

הפיכת עברות מס לעברות מקור מעוררת שאלות מורכבות החורגות מהיקפה של רשימה זו. בענייננו, צירוף עברות מס חמורות למכלול עברות המקור מציב אתגר נוסף מבחינת החובות המוטלות על נותני שירות עסקי לפי תיקון 13 לחוק איסור הלבנת הון. נותני שירות עסקי יהיו מחויבים לכלול במסגרת הערכת המסוכנות של הלקוח את האפשרות שהלקוח מבקש לעשות בהם שימוש לצורך הלבנת כספים שמקורם בעברות מס. ההערכה אם כספים או רכוש של הלקוח דווחו כחוק לרשויות המס ושולם עליהם מס כדין אינה פשוטה כלל ועיקר. ראשית כול, אין במידע שהלקוח מספק במסגרת טופס הזיהוי די פרטים לצורך ביצוע הערכה כזו. בטופס הזיהוי אין הלקוח נדרש לציין דבר באשר לחבות המס על הרכוש או הכספים מושא השירות העסקי המבוקש. שנית, רק למיעוט מקרב נותני השירות העסקי המומחיות המקצועית בתחומי המיסוי כדי להעריך בכל מקרה ומקרה את תחולת חוקי המס. שלישית, מנוסח החוק נראה כי הערכת

176 סעיף 5 להצעת חוק העמקת גביית המסים והגברת האכיפה (תיקוני חוק והוראת שעה), התשע"ג-2012, ה"ח הממשלה 148. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה בכנסת הנוכחית ביום 11 באוקטובר 2015.

177 חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 14), התשע"ו-2016, ס"ח 712.

המסוכנות מחייבת התייחסות גם למצב בו מקור הכספים בעבירות מס שנעברו במדינות זרות, דרישה המעצימה עוד יותר את האתגר בהערכת הסיכון. ניתן להעצים את יכולת הערכת הסיכון של נותני השירות העסקי באמצעות הכללת שאלות נוספות בטופס הזיהוי, כגון אלה: האם למיטב ידיעתך קיימת חבות מס בגין הכספים או הרכוש הנוגעים לשירות המבוקש בישראל או במדינה אחרת, האם שולם מס כדין עבור הכספים או הרכוש האמור? והאם ידוע לך על הליך כלשהו של רשויות המס בישראל או במדינה אחרת בעניין הכספים או הרכוש האמור? לנוכח הרחבתו של חוק איסור הלבנת הון גם לעברות מס חמורות, ובהתחשב בחומרה שמייחס הדין לעברות מס, ראוי לשקול הכנסת שאלות נוספות כגון אלה לטופס זיהוי הלקוח בצו נותני שירות עסקי.