



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 8465/15

ע"פ 8867/15

ע"פ 8881/15

ע"פ 8900/15

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופטת ע' ברון

המערער בע"פ 8465/15: ג'קי בן זקן

המערערת בע"פ 8867/15: מנופים פיננסיים לישראל (מפל) בע"מ

המערערים בע"פ 8881/15: 1. איתן אלדר  
2. ארנה קפיטל זירת מסחר (2009) בע"מ

המערערת בע"פ 8900/15: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבה בע"פ 8465/15; ע"פ 8867/15 ו-ע"פ 8881/15: מדינת ישראל

המשיבים בע"פ 8900/15: 1. ג'קי בן זקן  
2. איתן אלדר  
3. מנופים פיננסיים לישראל (מפל) בע"מ

ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בת"פ 4312-10-13 שניתנו על ידי כבוד השופט ד' רוזן

תאריך הישיבות: י"ט בתמוז התשע"ו (25.7.2016)

כ"א בתמוז התשע"ו (27.7.2016)

בשם המערער בע"פ 8465/15 והמשיב 1 בע"פ 8900/15: עו"ד נבות תל-צור; עו"ד ירון ליפשיס; עו"ד ירון קוסטליץ; עו"ד ליה גוני

בשם המערערת בע"פ 8867/15 והמשיבה 3 בע"פ 8900/15: עו"ד אפרת ברזילי; עו"ד ליאת ברגמן-רביד

בשם המערערים בע"פ 8881/15: עו"ד מיכל רוזן-עוזר; עו"ד שי אלון; עו"ד רותי

והמשיב 2 בע"פ 8900/15 : ליטבק; עו"ד רם קרן; עו"ד ז'ק חן

בשם המערערת בע"פ 8900/15  
והמשיבה בע"פ 8465/15; ע"פ  
עו"ד אמיר טבנקין 8867/15 ו-ע"פ 8881/15 :

### פסק-דין

השופטת א' חיות:

המערערים בע"פ 8465/15, ע"פ 8867/15 ו-ע"פ 8881/15 (להלן בהתאמה: בן זקן, מנופים, אלדר ו-ארנה וביחד: המערערים) הורשעו בשורה של עבירות לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ולפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך) ונגזרו עליהם עונשי מאסר וקנסות. בהמלצתנו, חזרו בהם המערערים מן הערעורים שהגישו על הכרעת הדין והשאלה העומדת להכרעתנו בערעורים דנן היא - האם יש מקום להתערב בעונשי המאסר ובקנסות שהוטלו על המערערים. בן זקן ואלדר קובלים על חומרת עונשי המאסר שגזר עליהם בית המשפט המחוזי ואילו המדינה מערערת על מיעוט הקנסות שבתשלום חויבו בן זקן, אלדר ומנופים.

רקע הדברים

1. מנופים (שהפכה לימים לארנה סטאר גרופ בע"מ) היא חברה ציבורית אשר בתקופה הרלוונטית להליך הפלילי דנן נסחרה בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. בן זקן היה באותם המועדים אחד מבעלי השליטה במנופים. הוא החזיק ב-11% ממניותיה וכיהן בה כדירקטור. מאז תחילת שנת 2010 דנה מנופים באפשרות לבצע מהלכים שונים על מנת שמניית החברה תיכנס למדד תל-אביב 100 (להלן: מדד תל-אביב 100 או המדד). מדד זה עוקב אחר הביצועים של 100 החברות שהן בעלות שווי השוק הגבוה ביותר מבין כלל החברות הנסחרות בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. הכניסה למדד זה כפופה לעמידה בתנאי סף ובהם התנאי כי 25% ממניות החברה, לפחות, יוחזקו על ידי הציבור או לחלופין ש-20% ממניותיה, לפחות, יוחזקו על ידי הציבור ובלבד ששווי השוק של החברה יעלה על מיליארד ש"ח. רשימת החברות הנכללות במדד תל-אביב 100 מתעדכנת על ידי הבורסה פעמיים בשנה (ביום 15.6 וביום 15.12) ועל החברות המבקשות להיכלל בו לעמוד בתנאי הסף הנדרשים לשם כך שבועיים ימים לפני כל עדכון - דהיינו ב-31.5 וב-30.11, בהתאמה. נכון ליום 31.5.2010 מנופים לא הייתה כשירה להיכנס למדד תל-אביב 100 משום שכ-10% בלבד ממניותיה הוחזקו על ידי

הציבור. על כן ביום 14.11.2010 החליט דירקטוריון מנופים להנפיק לציבור 10% נוספים מהון המניות של החברה באופן שיעלה את שיעור האחזקות של הציבור במניות החברה מעבר ל-20%. בהנפקה שהתקיימה למחרת היום נמכרו כל המניות שהוצעו לציבור ולפיכך ביום 15.11.2010 היה שיעור האחזקות של הציבור במניות מנופים גבוה דיו כדי שהחברה תוכל להיכלל במדד תל-אביב 100. תנאי סף נוסף שהיה על החברה לעמוד בו באותו שלב הוא כי במועד הקובע לעדכון המדד (30.11.2010 - להלן: המועד הקובע), תהא החברה בין 100 החברות בעלות שווי השוק הגבוה ביותר מבין החברות העומדות בתנאי הסף הנדרשים לצורך כניסה למדד וכי שווי השוק שלה לא ירד אל מתחת למיליארד ש"ח. החברה עמדה גם בתנאים אלה וכיום 8.12.2010 הודיעה הבורסה על התווספותה של מניית מנופים למדד תל-אביב 100 החל מיום 15.12.2010.

כתב האישום ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. כשלוש שנים לאחר מכן, הוגש נגד המערערים ונגד שני נאשמים – צבי קולנברנר (להלן: צבי) וחברת אינטרנטיקה בע"מ (להלן: אינטרנטיקה) – כתב אישום אשר כלל שלושה אישומים בהם יוחסה למערערים, לצבי ולאינטרנטיקה שורה של מעשי מרמה שבוצעו במטרה להעלות את שער מניית מנופים כדי שבמועד הקובע תעמוד המניה בתנאי הסף שנדרשו לצורך כניסתה למדד. באישום הראשון נטען כי קודם ליום 15.11.2010, קשרו בן זקן ואלדר – פעיל בשוק ההון אשר עסק במסחר ותיווך בניירות ערך – קשר להשפיע במרמה על שער מניית מנופים בדרך של רכישת מניות החברה במהלך המסחר בבורסה. במסגרת הקשר הוסכם כי אלדר יהיה אחראי על ביצוע התכנית להעלאת שער המניה וירכוש מניות של מנופים במהלך המסחר ואילו בן זקן הופקד על מציאת המימון הדרוש לצורך מימוש תכנית המרמה, לרבות איתור משקיע שירכוש מאלדר את המניות שאותן רכש במהלך המסחר על פי התכנית. מיום 18.11.2010 ועד יום 30.11.2010 (להלן: התקופה הרלוונטית), כך על פי כתב האישום, רכש אלדר בהתאם לתכנית מניות של מנופים בערך נקוב של כ-17 מיליון, וזאת באמצעות חשבונות שהיו בשליטתו באותה העת ובהם חשבונה של ארנה. מרבית המניות שאותן רכש בתקופה הרלוונטית נמכרו על ידו מחוץ לבורסה לקונה בשם טימור בן יהודה (להלן: בן יהודה) שאותן כמשקיע על ידי בן זקן. כתוצאה מפעולותיהם אלו של בן זקן ואלדר וכן כתוצאה מרכישות נוספות של מניות מנופים שביצע צבי באמצעות אינטרנטיקה עלה שער מניית מנופים, כך על פי הנטען בכתב האישום, באופן שאפשר לה לעמוד במועד הקובע בתנאי הסף הנדרשים לצורך כניסה למדד תל-אביב 100. באישום השני נטען כי במסגרת הקשר שקשרו, תכננו בן זקן

ואלדר לפעול לפרסום כתבות חיוביות על אודות מנופים במטרה להניע את ציבור המשקיעים לרכוש את מניות החברה ואגב כך להעלות את שער המניה. עוד נטען באישום השני כי לצורך הגשמת מטרה זו פעלו בן זקן ואלדר על מנת להפיץ ידיעות כוזבות בנוגע לקיומו של משא ומתן מתקדם בין בן זקן למשקיעים יהודים-קנדיים המעוניינים לרכוש חלק מהשליטה במנופים. יצוין כבר עתה כי מאישום זה חזרה בה המדינה בשלב הסיכומים בבית המשפט המחוזי. באישום השלישי והאחרון נטען כי לאחר שהבורסה הודיעה על כניסתה הצפויה של מנופים למדד תל-אביב 100, קשרו אלדר וצבי קשר לפעול במהלך ימי המסחר שבין המועד הקובע למועד עדכון המדד בפועל (15.12.2010), על מנת למנוע ירידה בשער המניה ולשם כך רכשו במהלך אותה תקופה מניות של מנופים.

3. בית המשפט המחוזי זיכה את אלדר ואת בן זקן ומנופים מן העבירות שיוחסו להם באישום השני וזאת בעקבות חזרתה של המדינה מאישום זה. כמו כן זיכה בית המשפט את אלדר, ארנה, צבי ואינטרנטיקה מהעבירות שיוחסו להם באישום השלישי, בקבעו כי לא הוכח שפעולות המסחר של אלדר וצבי בימים שלאחר המועד הקובע נועדו להשפיע על שער המניה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי לא הוכח שהקשר הפלילי הנטען באישום הראשון יצא אל הפועל כבר ביום 18.11.2010 ומשמעותה של קביעה זו, אף שהדבר לא נאמר בהכרעת הדין "ברחל בתך הקטנה", היא כי המערערים זוכו גם מעבירה אחת מתוך שמונה עבירות של תרמית בניירות ערך שיוחסו להם באותו אישום. לעומת זאת, הרשיע בית המשפט המחוזי את בן זקן ואלדר בקשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499 לחוק העונשין וכן הרשיע אותם ואת מנופים וארנה בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 לחוק העונשין ובשבע עבירות של השפעה בדרכי תרמית לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך, לאחר שמצא כי בן זקן ואלדר פעלו כמתואר באישום הראשון מתוך מניעים אישיים פסולים במטרה להעלות את שער המניה של מנופים ולגרום לכניסתה למדד תל-אביב 100. כמו כן קבע בית המשפט כי בן זקן שלט בפעולות שנקט אלדר לצורך קידום התכנית שנקשרה ביניהם וכי אלדר פעל בשליחותו של בן זקן ועל פי הנחיותיו. עוד קבע בית המשפט כי יש להרשיע את מנופים וארנה בעבירות שיוחסו להם באישום הראשון בגין פעולותיהם של בן זקן ואלדר, בהתאמה, ובכל הנוגע למנופים הוסיף בית המשפט וקבע כי בן זקן ביצע את העבירות גם לטובתה של החברה וכי מר דני וקנין מנכ"ל החברה היה מודע לפעילותו של בן זקן שנועדה להכניס את מניית מנופים למדד.

4. בגין העבירות שבהן הורשעו כמפורט לעיל, גזר בית המשפט המחוזי על בן זקן ועל אלדר 36 חודשי מאסר בפועל, 18 חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 250,000

ש"ח או שנת מאסר תמורתו ועל מנופים וארנה גזר קנס בסך 250,000 ש"ח. בגזר דינו עמד בית המשפט המחוזי על חומרת המעשים שבהם הורשעו בן זקן ואלדר ועל הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה מכך ובראש וראשונה אמון הציבור בשוק ניירות הערך. בית המשפט הדגיש כי מדד תל-אביב 100 הינו אחד משני המדדים המרכזיים בבורסה של תל-אביב וכי הוא בעל השפעה ניכרת על שוק ההון בכלל ועל מכשירים פיננסיים עוקבי מדד (כגון תעודות סל) ועל מוסדות פיננסיים המשקיעים במניות הנכללות במדד, בפרט. בית המשפט הוסיף וקבע כי פעולותיהם של בן זקן ואלדר פגעו במוסדות ציבור ובקרנות פנסיה וחסכון המנהלות מאות מיליוני שקלים ואגב כך הסבו פגיעה ישירה ועקיפה לציבור כולו. כמו כן עמד בית המשפט על פעילותם המתואמת והמתוכננת של בן זקן ואלדר בדרך למימוש תכנית המרמה שקשרו וכן על כך שפעלו מתוך בצע כסף ובמטרה לגרוף הון עתק לכיסם. עוד קבע בית המשפט כי בן זקן ואלדר פעלו בצוותא חדא וכי בעוד שבן זקן היה בעל המאה ובעל הדעה ש"ניווט והנחה", אדר ניצל את מיומנותו בשוק ההון וקידם את הקשר הפלילי תחת הנהגתו.

בית המשפט ציין בגזר הדין כי בהתאם להלכות שיצאו מלפני בית משפט זה ראוי להחמיר בענישה על עבירות מן הסוג שבו הורשעו המערערים וקבע כי בהתחשב במדיניות הענישה הנוהגת בעבירות כלכליות ובהינתן הנסיבות המחמירות שבהן בוצעו העבירות במקרה דנן, מתחם העונש ההולם בעניינם של בן זקן ואלדר נע בין 30 ל-60 חודשי מאסר בפועל ובין 250,000 ש"ח עד מיליון ש"ח, ככל שהדבר נוגע לקנס. בקביעת העונש בתוך המתחם ציין בית המשפט כי יש להביא בחשבון את הפגיעה במשפחתם, בכיסם ובשמם הטוב של בן זקן ואלדר וכן את עברם הנקי. אשר לבן זקן ציין בית המשפט כי יש להביא בחשבון את תרומתו לחברה, לרבות ארגונים חברתיים שונים ומשפחות שכולות וכן לעיר אשדוד ולבני הנוער המתגוררים בה. אשר לאלדר ציין בית המשפט כי מדובר באדם בעל סגולות רבות העובד קשה על מנת להיחלץ מהחובות שאליהם נקלע בעבר, אך קבע כי אין בחוות הדעת השיקומית שהוגשה בענייננו – אשר נדונה בדלתיים סגורות – כדי להביא לחריגה לקולה ממתחם העונש ההולם שקבע. כמו כן הביא בית המשפט בחשבון את העובדה שנגד המערערים הוגשה תובענה ייצוגית ודחה את טענתם בנוגע להתנהלות לא הוגנת של המדינה בפרשה בכל הנוגע לאישום השני ממנו חזרה.

5. בן זקן, אלדר וארנה ערערו על הכרעת הדין ועל גזר הדין. מנופים ערערה על הכרעת הדין בלבד ואילו המדינה ערערה על גזר הדין בטענה כי סכומי הקנסות שהוטלו על בן זקן, מנופים ואלדר נמוכים ומצדיקים התערבות. לבקשת בן זקן, עיכב בית משפט זה ביום 2.2.2016 (החלטת השופט ג'ובראן) את המועד שנקבע לביצוע עונש המאסר בפועל שנגזר עליו ואילו אלדר החל לרצות את עונשו ביום 28.12.2015. ביום 25.7.2016 וביום 27.7.2016 קיימנו דיונים בערעורים ובתום שמיעת הטענות כולן, ראינו לנכון להעלות בפני הצדדים הצעה לסיום הערעורים בהסכמה. המדינה הודיעה כי ההצעה אינה מקובלת עליה אך בהמשך לאותה הצעה ולהחלטה שניתנה על ידינו בהקשר זה ביום 28.7.2016, הודיעו המערערים כי הם אינם עומדים על הערעורים ככל שהם מתייחסים להכרעת הדין ומצמצמים את טענותיהם בערעורים לעניין העונשים בלבד. להלן תפורטנה, אפוא, הטענות שהעלו המערערים מזה והמדינה מזה כנגד גזר הדין.

ע"פ 8465/15 - ערעורו של בן זקן

6. בערעור שהגיש על גזר הדין טוען בן זקן כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו כי מתחם העונש ההולם בעניינו נע בין 30 ל-60 חודשי מאסר. לטענתו קביעה זו מהווה "החמרה וקפיצת מדרגה מהותית" (סעיף 177 לנימוקי הערעור) ברמת הענישה הנוהגת במקרים דומים ואף במקרים חמורים מעניינו והיא נסמכת על גזרי דין שניתנו במקרים שנסכיבותיהם שונות בתכלית מנסיבות הפרשה דנן. בתוך כך מפנה בן זקן לפסק הדין שניתן בע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ (25.12.2014) (להלן: עניין מליסרון) שאליו נדרש להלן, וטוען כי מתחם העונש ההולם בעניינו צריך להיות זהה או דומה למתחם העונש ההולם שנקבע באותו עניין (בין 9 ל-24 חודשי מאסר). בהקשר זה מוסיף בן זקן וטוען כי אף אם קיימת מגמת החמרה בענישה של מי שהורשעו בעבירות כלכליות, אין להחמיר בעונשו בהשוואה לעונשים שהוטלו במקרים דומים בתקופה שבה ביצע את העבירות שבהן הורשע. כמו כן טוען בן זקן כי בית המשפט שגה בקביעת העונש בתוך המתחם ולא נתן משקל מספיק לנסיבותיו האישיות ולתרומתו רבת השנים לחברה וכן לא נתן משקל מספיק לזיכוי מן האישום השני ומעבירה אחת מבין שמונה עבירות התרמית בניירות ערך שייחסה לו המדינה באישום הראשון. עוד נטען כי גזר הדין שזור בקביעות עובדתיות מרחיקות לכת באשר למידת הפגיעה בשוק ההון כתוצאה ממעשיהם של המערערים, הגם שלא הונחה לכך תשתית ראייתית מתאימה והגם שחלק מאותן קביעות עומדות בסתירה לקביעות אחרות של בית המשפט קמא. לבסוף נטען כי בית המשפט שגה משהרשיע את בן זקן ב-7 עבירות

של השפעה בדרכי תרמית ולא בעבירה רבת פריטים אחת ולכך צריך שתהא השפעה על העונש שייגזר.

ע"פ 8881/15 - ערעורם של אלדר וארנה

7. אלדר וארנה טוענים אף הם כי מתחם העונש שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי חורג באופן קיצוני ממתחם העונש ההולם שנקבע במקרים דומים ובפרט ממתחם העונש ההולם שנקבע בעניין מליסדרון, שנסיבותיו דומות לטענתם לנסיבות המקרה דנן. בהקשר זה נטען כי בית המשפט נסמך על גזרי דין שאינם משקפים את מדיניות הענישה הנוהגת במקרים הדומים למקרה דנן וקבע מתחם ענישה החמור משמעותית וכן גזר עונשים כבדים מהעונשים שנגזרו שם. כמו כן נטען כי בית המשפט שגה בקבעו שפעולותיו של אלדר עיוותו את מנגנון קביעת המדד ופגעו בקרנות פנסיה וחסכון, משום שלא הוכח וממילא לא נקבע כמצא כי מניית מנופים לא הייתה נכנסת למדד ללא פעולותיו. לטענת אלדר הוכח היפוכו של דבר. עוד נטען כי בית המשפט שגה בהתעלמו מכך שאלדר רכש את מניות מנופים עבור בן יהודה אשר רצה באמת ובתמים להשקיע במניות החברה וכי המחירים שבהם רכש אלדר את המניות בבורסה היו הגיוניים מבחינה כלכלית ובשערים דומים לעסקאות שבוצעו על ידי סוחרים אחרים. בנוסף נטען כי בית המשפט שגה משקבע כי אין בחוות הדעת השיקומית בעניינו של אלדר כדי להוביל לחריגה לקולה ממתחם העונש ההולם בעניינו. לבסוף נטען כי עונשו של אלדר צריך להיות נמוך משמעותית מהעונש שנגזר על בן זקן, אשר היה הגורם ש"משך בחוטים" והנחה את אלדר בפעולותיו וכן היה הגורם המרכזי שהיה צפוי ליהנות מהרווח שיופק כתוצאה מהרצת המניה.

ע"פ 8900/15 - ערעורה של המדינה

8. ערעורה של המדינה מופנה נגד שיעור הקנס שהושת על בן זקן, אלדר ומנופים. אשר לבן זקן ואלדר נטען כי בית המשפט שגה בקביעת מתחם הקנס וכן בקביעת שיעור הקנס שהטיל עליהם בתוך המתחם וכי אלה אינם עומדים, לשיטת המדינה, ביחס הולם לחומרת המעשים שבהם הורשעו ולמידת אשםם. בהקשר זה נטען כי בית המשפט שגה בהתעלמו מטיעוני המדינה באשר לאופן שיש לחשב את טובת ההנאה שצמחה לבן זקן ואלדר כתוצאה מביצוע העבירות (כ-4.4 מיליון וכ-600,000 ש"ח בהתאמה). כמו כן נטען כי בית המשפט התעלם ממדיניות הענישה הנוהגת בעבירות כלכליות לפיה יש להטיל סנקציות כספיות חמורות על החוטאים בהן כדי לאיין את התמריץ הכלכלי שבביצוע העבירה. אשר למנופים נטען כי בית המשפט שגה משהטיל עליה קנס שסכומו מצוי בתחתית המתחם ההולם שנקבע וכן כי שגה משהתחשב

במצבה הכלכלי של החברה פעמיים - הן בקביעת מתחם הקנס והן בקביעת שיעור הקנס בתוך המתחם. בהקשר זה נטען כי בקביעת שיעור הקנס היה על בית המשפט להביא בחשבון שיקולים של הרתעה וזאת במיוחד בהינתן העובדה שמנופים נהנתה באופן ישיר מתוצאות מעשי המרמה וכן בשים לב לכך שגורמים נוספים בחברה היו מודעים לפעילותו של בן זקן אשר נועדה להכניס את מניית החברה למדר.

תגובת המדינה לערעוריהם של בן זקן ואלדר

9. במענה לערעוריהם של בן זקן ואלדר טוענת המדינה כי עונשי המאסר שהטיל עליהם בית המשפט המחוזי עולים בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים וכי לא קמה עילה להתערב בהם. לטענתה אין ממש בטענה לפיה בית המשפט המחוזי שגה בקביעת מתחם הענישה בהסתמכו על פרשות חמורות מהפרשה דנן בצינה כי מדיניות הענישה הנוהגת היא רק שיקול אחד מיני רבים שעל בית המשפט להביא בחשבון בקביעת מתחם הענישה. המדינה מוסיפה וטוענת כי בשנים האחרונות חלה החמרה בענישה של מי שהורשעו בעבירות כלכליות בכלל ובעבירות על חוק ניירות ערך בפרט, וכן כי מידת הפגיעה בערכים המוגנים ונסיבות ביצוע העבירות במקרה דנן מלמדים כי מדובר בפרשה שהינה מן החמורות שידעה מערכת המשפט בתחום ניירות הערך. עוד טוענת המדינה כי בדין הטיל בית המשפט על בן זקן ואלדר עונשי מאסר החמורים מעונש המאסר שהוטל בעניין מליטרון שכן נסיבות ביצוע העבירה במקרה דנן חמורות מנסיבות ביצוע העבירות בפרשה הנ"ל. בנוסף טוענת המדינה כי אין ממש בטענה לפיה בית המשפט לא נתן משקל מספיק לנסיבותיהם האישיות של בן זקן ואלדר והיא מציינת כי עונש המאסר שהוטל עליהם ממוקם בתחתית המתחם שנקבע. כמו כן נטען כי אין ליצור מדרג ענישה בין אדר לבן זקן משום שהשניים פעלו כגוף אחד וחלוקת התפקידים ביניהם הצדיקה להתייחס אליהם באופן שווה. לבסוף נטען כי אין ממש בטענה לפיה שגה בית המשפט משהרשיע את המערערים בשבע עבירות של תרמית בניירות ערך ולא בעבירה מרובת פריטים אחת וכי מכל מקום חומרת מעשיהם אינה מושפעת מספירה טכנית של מספר העבירות שבהן הורשעו בלבד אלא ממכלול של שיקולים הצריכים לעניין.

תגובות בן זקן, אדר ומנופים לערעור המדינה



10. לטענת אלדר אין להחמיר בעונש הקנס שהוטל עליו שכן בפועל הוטל עליו קנס בסך 500,000 ש"ח, בהינתן העובדה שארנה אינה פעילה מזה מספר שנים ושהוא בעל המניות היחיד בה. כמו כן נטען כי אין ממש בטענת המדינה לפיה יש לחשב את טובת ההנאה שאלדר הפיק מפעולותיו בדרך המוצעת על ידה, שכן דרך החישוב שעליה נסמכת המדינה בטיעוניה יושמה בפסיקה במקרים של שימוש במידע פנים ולא בתיקים שבהם נדונו עבירות של תרמית בניירות ערך. בנוסף נטען כי אף אם יש לחשב את טובת ההנאה שהפיק אלדר בדרך המוצעת על ידי המדינה הרי שלפי חוות דעתו של המומחה מטעמו ומטעם ארנה, פרופ' רוני עופר, טובת ההנאה שאלדר הפיק מסתכמת לכל היותר בכ-100,000 ש"ח.

11. לטענת בן זקן המדינה לא הניחה תשתית עובדתית לצורך חישוב טובת ההנאה שצמחה לו כתוצאה ממעשי המרמה, ולשיטתו היה עליה להגיש חוות דעת מומחה לשם כך. בהקשר זה נטען כי לא ניתן להסתמך על החישוב שערכה המדינה משאין בו כדי ללמד מה היה השער של מניית מנופים בתום כל אחד מימי המסחר בתקופה הרלוונטית לאחר נטרול פעולותיו של אלדר. בנוסף נטען כי יש להביא בחשבון את העובדה שבן זקן לא מימש בפועל את טובת ההנאה שמייחסת לו המדינה.

12. לטענת מנופים עמדת המדינה לפיה אל לו לבית המשפט להתחשב במצבו הכלכלי של התאגיד הן בכואו לקבוע את מתחם הקנס ההולם והן בקביעת שיעור הקנס בתוך המתחם, נוגדת את לשון החוק והפסיקה. מכל מקום ואף שלא ערערה על גובה הקנס, טוענת מנופים כי לגישה בית המשפט לא נתן משקל מספיק למצבה הכלכלי של החברה, לכך שהחברה נעדרת עבר פלילי ולכך שפעולותיו הבלתי חוקיות של בן זקן לא נעשו בתמיכתה. גם מטעמים אלה, כך טוענת מנופים, אין להתערב בסכום הקנס שבו חויבה.

דיון והכרעה

13. מן הטעמים שיפורטו להלן, ולאחר שבחנתי את הטענות שהעלו המערערים מזה והמדינה מזה נגד גזר דינו של בית המשפט המחוזי, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את ערעורי שני הצדדים בהקשר זה, דהיינו כי יש להגדיל באופן משמעותי את סכומי הקנסות שהוטלו על בן זקן ואלדר ומנגד יש להפחית במידת מה מעונשי המאסר שהוטלו עליהם.

14. עד לחקיקת חוק ניירות ערך בשנת 1968 לא כללו דיני העונשין איסור מפורש על מעשי תרמית ומניפולציה בניירות ערך (ראו: יוסף ניצני ודניה קרת "הבורסה לניירות ערך והמערכת השיפוטית – הטיפול במניפולציה בניירות ערך" עיוני משפט טו 609, 612 (1990)). התכלית המרכזית המונחת בבסיס האיסור המופיע בהקשר זה כיום בסעיף 54(א) לחוק ניירות ערך, הינה "הצורך בהגנה על אמון הציבור בכלל, ועל ציבור המשקיעים בפרט, בשוק ניירות הערך, בהגינות המסחר שבו, ביעילותו ובתקינותו [...] מטרת ההוראה בחוק היא גם לשפר את יכולתו של המשקיע הסביר לקבל החלטות על בסיס כל המידע הרלוונטי, תוך נטרול אותם גורמים שיש בהם כדי לעוות את המידע שבידי המשקיע [...]". (ע"פ 5383/97 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 568, 557 (2000); כן ראו: ע"פ 1027/94 זילברמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 502, 514-515 (1999); זוהר גושן "תרמית ומניפולציה בניירות ערך: תאומים לא זהים" משפטים ל 591, 598-600 (2000) (להלן: גושן)). במהלך השנים שחלפו מאז חקיקתו של חוק ניירות ערך, ניכרת בחקיקה מגמת החמרה בענישה המתייחסת למעשי תרמית ומניפולציה כאמור. כך, בעוד שבעת חקיקת חוק ניירות ערך העונש שנקבע לצד עבירת תרמית או מניפולציה בניירות ערך עמד על עד 3 שנות מאסר או קנס בסך 20,000 לירות, כיום מאפשר חוק ניירות ערך (ביחד עם חוק העונשין) להשית על נאשם שחטא בעבירה זו עונש של עד 5 שנות מאסר וקנס בסכום של עד כ-900,000 ש"ח (ועד כ-5.5 מיליון ש"ח לתאגיד). החמרה זו עולה בקנה אחד עם מגמה רחבה יותר להחמיר בענישה בגין עבירות כלכליות בכלל ובגין עבירות בשוק ההון בפרט (ראו למשל: ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, בפסקה 339 והאסמכתאות הנזכרות שם (31.12.2008) (להלן: עניין הורוביץ); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, בפסקה קו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין והאסמכתאות הנזכרות שם (10.8.2015) (להלן: עניין שופרסל); ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל, בפסקאות 639-638 (12.1.2016) (להלן: עניין הבי)). זאת מתוך הכרה המתחזקת והולכת בחומרתן של עבירות כלכליות ובנזק שהן גורמות לפרט ולכלל (ראו למשל: עניין שופרסל, בפסקה קז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין). עמדה על כך השופטת פרוקצ'יה בע"פ 9788/03 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נח(3) 245 (2004) בציינה:

"העבריינות הכלכלית בתחומי החברה והכלכלה היא לרוב מתוחכמת, מסתייעת באמצעים מודרניים של הפקת מידע, וקשה לגילוי. נזקיה קשים לחברה בכללותה, למשק הכלכלי, ולאנשים הפרטיים הנפגעים ממנה במישרין. על מדיניות הענישה לשקף את הסכנה הגדולה הרובצת לפיתחה של העבריינות הכלכלית המתוחכמת, את היקף הקרבנות העלולים להיפגע ממנה, את הקושי והמורכבות שבאיתורה ואת ההוקעה הברורה של יסודות

השחיתות וניצול עמדות הכח, השליטה והמידע הכרוכים בביצועה" (שם, בעמ' 250).

15. עם זאת ואף שלנאשם אין "זכות קנויה כי יושט עליו עונש ברמה מסוימת בשל העבירה בה הורשע או כי בית המשפט לא יחמיר בעונשו מעבר לרמת הענישה הנוהגת במועד ביצוע העבירה" (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, בפסקה 76 (4.9.2007); כן ראו: ע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 והאסמכתאות הנזכרות שם (4.12.2011)), כבר נפסק כי "העלאת רף הענישה צריכה להיעשות בהדרגתיות, תוך בחינה כפולה של רף הענישה הנוהג, הן ביחס לעבירות הקונקרטיות שבפניו [בפני בית המשפט – א"ח], והן ביחס לעבירות אחרות בדיני העונשין" (ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, בפסקה 79 (12.11.2011) (להלן: עניין ימיני); כן ראו: ע"פ 4737/16 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 4 (27.7.2016); ע"פ 6020/12 מדינת ישראל נ' עדן, בפסקה 23 (29.4.2013); ע"פ 8333/15 מדינת ישראל נ' חאלדי, בפסקה 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (23.8.2016) (להלן: עניין חאלדי); ע"פ 3164/14 פן נ' מדינת ישראל, בפסקה 162 לפסק דינו של השופט מלצר (29.6.2015) (להלן: עניין פן)). דרישה זו יסודה בטעמים של אחידות הענישה ובקיום מדרג ענישה הגיוני בין העבירות השונות על-פי מידת חומרתן (עניין ימיני, שם). היא אף עולה בקנה אחד עם תיקון 113 לחוק העונשין, אשר נועד להבנות את שיקול הדעת השיפוטי במלאכת קביעת העונש (ראו למשל: דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 241; אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם הענישה ההולם" משפטים על אתר ו 1 (2013)).

16. כידוע אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או במקרים שבהם העונש שנגזר סוטה במובהק ממדיניות הענישה הראויה או הנוהגת במקרים דומים (ראו למשל: עניין הבי, בפסקה 620; ע"פ 8376/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (18.8.2016); ע"פ 7023/12 שרון נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (21.1.2013); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (29.1.2009)).

במקרה דנן וכפי שכבר צוין לעיל, הגעתי למסקנה כי הקנסות ועונשי המאסר שהטיל בית המשפט המחוזי על המערערים מצדיקים את התערבותנו כערכאת ערעור, משום שהם סוטים סטייה ניכרת מהמדיניות הנוהגת במקרים דומים - הקנסות לקולה ועונשי המאסר לחומרה - וכן משום שגם אם יש הצדקה לנקוט מדיניות מחמירה יותר

בעבירות מסוג זה, עונשי המאסר שהוטלו אינם עולים בקנה אחד עם עקרון ההדרגתיות שנקבע בפסיקה ושעליו עמדתי לעיל.

הקנסות

17. בית משפט זה פסק לא אחת כי מן הראוי להטיל קנסות משמעותיים על מי שהורשעו בעבירות כלכליות. על התכלית שנועדה מדיניות זו לשרת עמד בית המשפט, בין היתר, בע"פ 7159/13 ברזילי נ' מדינת ישראל (16.3.2015) (להלן: עניין ברזילי) בצינו כי "מדיניות הענישה הנוהגת הנוגעת לקנס כספי [...] אמורה להגשים את התכלית של מניעת כל טובת הנאה ממעשה העבירה, ואף יצירת מצב לפיו ביצוע העבירה לא יהא כדאי כיוון שהעבריינין צפוי לכך שייפגע בכיסו אף מעבר לשוויה של טובת ההנאה שצמחה לו בעבירה" (שם, בפסקה 10; כן ראו: ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, בפסקה 14 (31.5.2007) (להלן: עניין אריאל); עניין הורוביץ, בפסקה 342).

מדיניות זו יש ליישם גם כאשר הקנס מוטל לצד עונש מאסר (ראו למשל: ע"פ 6474/03 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 721, 727 (2004); עניין הורוביץ, שם; עניין אריאל, שם). לא כך נהג בית המשפט במקרה דנן בהטילו על המערערים קנסות אשר אינם מבטאים כלל וכלל את רמת הענישה הראויה וההולמת בהקשר זה.

18. סעיף 63(א) לחוק העונשין קובע כי "בשל עבירה שנתכוון בה הנאשם [...] להשיג טובת הנאה לעצמו [...] רשאי בית המשפט להטיל על הנאשם קנס פי ארבעה משוויים של הנזק שנגרם או של טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה [...] הכל לפי הגדול שבהם". האפשרות להטיל קנס על מי שהשיג לעצמו טובת הנאה בעבירות בכלל ובעבירות כלכליות בפרט, וזאת בשיעור המגיע כדי פי ארבעה משווי הנזק או טובת ההנאה, מבטאת את המדיניות המחמירה שראה המחוקק לנקוט בהקשר זה ומציידת את בית המשפט בכלי עונשי חשוב לצורך הגשמת תכליות הענישה בעבירות אלה. בעניין פ' התייחס בית המשפט להוראת סעיף 63(א) הנ"ל וקבע כי לצורך חישוב "טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה" ניתן להביא בחשבון גם רווחים בלתי ממומשים והלכה זו, אשר נפסקה בקשר לחישוב טובת ההנאה הנובעת מעבירות של שימוש במידע פנים, יפה על פי הגיונה וטעמיה גם למקרים של תרמית בניירות ערך כבעניינו (ראו לעניין זה שם, בפסקאות 102-106 לפסק דינו של השופט מלצר). בעניין פ' נפסק עוד כי לצורך חישוב טובת ההנאה יש לנסות ולבודד מהשינויים שחלו בשוויים של ניירות הערך בעקבות ביצוע העבירה, את השינויים שאין להם זיקה לביצוע העבירה

(שס, בפסקה 111). ואולם, טובת ההנאה שבה מדובר אינה תמיד קלה לחישוב בדרך זו משום שהדבר כרוך בשאלות של קשר סיבתי. אכן, ככל שבשערי ניירות ערך עסקינן יש לעיתים קושי לא מבוטל עד כדי חוסר אפשרות לבודד את טובת ההנאה שהושגה כתוצאה מהפעילות העבריינית, מתנודות אחרות בשוויים של ניירות הערך שאין להם זיקה לאותה פעילות (השוו: עניין אריאל, בפסקה 15). בהינתן קשיים אלה, סבורה המדינה כי יש להטיל על בן זקן ואלדר קנס בגובה מלוא העלייה בשווי אחזקותיהם במניית מנופים בתקופה הרלוונטית, וזאת משום שבעבירות של תרמית בניירות ערך כבענייננו, לא ניתן לטענתה לבודד את השפעת התרמית על שער המניה מהשפעות לגיטימיות אחרות על השער. על פי חישובי המדינה עומד סכום זה על כ-4.4 מיליון ש"ח ככל שהדבר נוגע לבן זקן ועל כ-600,000 ש"ח ככל שהדבר נוגע לאלדר. המדינה נסמכת בהקשר זה על עניין ברזילי שם נפסק, לטענתה, כי כאשר לא ניתן להפריד בין טובת ההנאה שהתקבלה במרמה ובין טובת ההנאה שהתקבלה באופן לגיטימי, יש להטיל קנס בגובה מלוא טובת ההנאה שהתקבלה.

19. אין הנדון דומה לראיה. בעניין ברזילי הורשע הנאשם (להלן: ברזילי) על פי הודאתו בעבירות של קבלת דבר במרמה והפרת אמונים בתאגיד וכן בעבירות דיווח לפי חוק ניירות ערך בכך שקיבל "דמי תיווך" מחברה טריידמוביל בע"מ (להלן: טריידמוביל), לאחר שקידם התקשרות חוזית בינה ובין חברת יפנאוטו – חברה ישראלית לרכב בע"מ (להלן: יפנאוטו) שבה היה בעל שליטה וכן כיהן בה כדירקטור, וזאת מבלי שיידע על כך את יפנאוטו. באותו מקרה ציין בית המשפט כי אף שקיימת אי-בהירות מסוימת באשר לשאלה האם חלק מהסכום שקיבל ברזילי מטריידמוביל היה תשלום לגיטימי עבור שירותי ייעוץ שנתן ברזילי באופן אמיתי לטריידמוביל, יש לזקוף לחובתו של ברזילי את מלוא הסכום ששולם לו (1,800,000 ש"ח לפחות), וזאת משום שברזילי ניסה את החשבונות שהוציא לטריידמוביל באופן ש"סיכל [...] את היכולת להבחין בין הסכומים הלגיטימיים שהועברו לו לכאורה, לבין דמי התיווך ששולמו לו שלא כדין" (פסקה 10 לפסק הדין), וכן משום שברזילי הודה בכל המיוחס לו בכתב האישום המתוקן ובכלל זה בעובדה שסכום "דמי התיווך" שקיבל מטריידמוביל בגין הפעילות העבריינית עמד על למעלה מ-1,800,000 ש"ח. בענייננו לעומת זאת אין מדובר בנתון שהמערערים הודו בו. יש אמנם טעם מסוים בטענה שהעלתה המדינה ולפיה, בדומה להתנהלותו של ברזילי, פעולות המרמה שביצעו המערערים בענייננו הן שיצרו קושי מובנה לבודד מתוך עליית שערי המניה את טובת ההנאה שנוצרה עקב הפעילות העבריינית. אולם, כבר נפסק כי הדוקטרינה של "נזק ראייתי" לא נקלטה בהליך הפלילי (ע"פ 2113/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 (6.4.2016)) וכי "נטל ההוכחה בכל מקרה רובץ על כתפי המאשימה" (ע"פ 7899/13 פלוני נ' מדינת ישראל,

בפסקה 27 והאסמכתאות הנזכרות שם (24.6.2014)). לא כל שכן הדוקטרינה של "נזק ראייתי מובנה" (למשמעותה של דוקטרינה זו ראו למשל: ע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר, בפסקה 113(ד) לפסק דינו של השופט עמית והאסמכתאות הנזכרות שם (4.12.2012)). על כן היה על המדינה להציג תחשיב מתאים בעניין זה ותחשיב כזה לא הוצג על ידה. המומחה מטעם אלדר וארנה, פרופ' רוני עפר, ניסה מצדו להציג תחשיב המבטא את ההשפעה הפסולה על שער המניה בתקופה הרלוונטית (ללא יום 4.11.2010), והגיע למסקנה כי השפעה זו מסתכמת ב-1.7 אגורות מתוך עלייה של 4 אגורות בשער המניה באותה תקופה (סעיף 102 לעיקרי הטיעון מטעם אלדר וארנה).

20. בהינתן שיקולי הענישה המפורטים לעיל ובשים לב למכלול הנתונים והעובדות הצריכים לעניין ובהם: הערך הנקוב שהחזיקו אלדר (15 מיליון ערך נקוב) ובן זקן (110 מיליון ערך נקוב) ערב הפעילות האמורה, הראיות שהוצגו ולפיהן מדובר ברווחים שבעיקרם לא מומשו (להתחשבות באי-מימוש רווחים לצורך קביעת גובה הקנס ראו: עניין 9, בפסקאות 106 ו-118 לפסק דינו של השופט מלצר), וכן הסדר הפשרה שהושג בתביעה הייצוגית שהוגשה נגד בן זקן, אני סבורה כי יש להעמיד את סכום הקנס שבו יחויב בן זקן על 800,000 ש"ח או עשרה חודשי מאסר תחתיו ואת סכום הקנס שבו יחויב אלדר על 500,000 ש"ח או שישה חודשי מאסר תחתיו. סכומים אלה עולים כדי פי שניים ושלושה על סכומי הקנס שהטיל בית המשפט המחוזי, ויש בהם כדי לבטא באופן ראוי יותר את רמת הענישה ההולמת בנסיבות המקרה דנן, ככל שהדבר נוגע לרכיב הקנס. בהקשר זה יוער כי אלמלא ההלכה הנוהגת עמנו לפיה אין ערכאת הערעור ממצה את הדין עם נאשמים (ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, בפסקה 109 (3.9.2012) (להלן: עניין גולד); ע"פ 5981/15 מדינת ישראל נ' סלוצקי, בפסקה 19 (5.7.2016); ע"פ 7760/15 מדינת ישראל נ' הייב, בפסקה 23 (10.5.2016); ע"פ 5980/15 מדינת ישראל נ' זדה, בפסקה 10 והאסמכתאות הנזכרות שם (23.3.2016); עניין חאלדי, בפסקה 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז), לא מן הנמנע כי היה מקום להטיל על בן זקן ואלדר קנסות כבדים עוד יותר. לעומת זאת אינני סבורה כי יש מקום לקבל את ערעור המדינה ככל שהוא מתייחס לקנס שהוטל על מנופים וזאת בהינתן מצבה הכלכלי העגום של החברה שעליו אין חולק וכן בשל כך שהקנס שהוטל על מנופים מצוי בתוך מתחם הענישה שלו טענה המדינה, אם כי בגבול התחתון שלו. מטעמים אלה ואף אם ניתן היה להשית על החברה קנס בשיעור גבוה יותר, לא מצאתי כי קמה עילה להתערב בעונש שהוטל עליה על פי אמות המידה שהותוו לעניין זה בפסיקה.

21. בן זקן ואלדר טוענים כי בקביעת מתחם עונש המאסר ההולם (בין 30 ל-60 חודשי מאסר) נסמך בית המשפט המחוזי על פסקי דין שנסיבותיהם שונות בתכלית מנסיבות הפרשה דנן ואשר על כן אינם משקפים את מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים. בעבר כבר נפסק כי "קביעת המתחם נעשית בדרך של הערכה, על יסוד כלל הנתונים והשיקולים העומדים לנגד עיני הערכאה הדיונית, ואין מדובר בפעולה אריתמטית, המבוססת על נוסחאות מתמטיות מדויקות [...]". (ע"פ 200/13 ברמן נ' מדינת ישראל, בפסקה 17 (5.2.2014)). ואולם, עיון בפסקי הדין שעליהם נסמך בית המשפט המחוזי לצורך קביעת המתחם מלמד כי יש צדק בטענה שהעלו בן זקן ואלדר בהקשר זה, בהינתן העובדה שיותר ממחצית פסקי הדין שאליהם מפנה בית המשפט המחוזי (ע"פ 4430/13; ע"פ 4666/12; ת"פ 9883-07-10; ת"פ 25530-12-09; ת"פ 4130-09) עניינם במקרים של גניבה בידי מורשה לצד עבירות של תרמית בניירות ערך ועבירות נוספות. במקרים כאלו נושאת עבירת התרמית בניירות ערך חומרה מיוחדת נוכח הפגיעה הישירה באינטרס הרכושי של המרשה והפרת יחסי האמון שבינו ובין המורשה עקב השימוש שנעשה בכספו (השוו: דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל, בפסקה 55 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (23.5.2011)); ע"פ 1559/08 שפירא נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (9.11.2008); עניין הבי, בפסקה 636 וההפניות הנזכרות שם)), וכך אף טענה המדינה עצמה במקרים אחרים (ראו למשל: ע"פ 4666/12 גורבץ נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (8.11.2012)). על חומרה יתרה זו הקיימת מקום שבו נלווית לעבירת התרמית בניירות ערך גם עבירה של גניבה בידי מורשה, ניתן ללמוד עוד מהשוואת העונש הקבוע לצד סעיף 393 לחוק העונשין בשל גניבה בידי מורשה (עד 7 שנות מאסר) עם העונש שקבוע לצד סעיף 54(א) לחוק ניירות ערך (עד 5 שנות מאסר) בשל תרמית בניירות ערך. על כן לא היה מקום לגזור גזירה שווה לעניין רמת הענישה מפסקי דין העוסקים בגניבה בידי מורשה לצד עבירות של תרמית בניירות ערך, ובוודאי שלא היה מקום לקבוע בענייננו מתחם ענישה חמור מזה שנקבע בחלק מאותם המקרים, כפי שעשה בית המשפט המחוזי.

22. המקרה אשר נסיבותיו הן הדומות ביותר לענייננו נדון בעניין מליסרון ועל כך אין המדינה חולקת (ראו פרוטוקול הדיון מיום 27.7.2016, בעמ' 33). כמו כן אין חולק כי מתחם הענישה שנקבע בעניין מליסרון (בין 9 ל-24 חודשי מאסר) ועונש המאסר שנגזר באותו עניין (12 חודשים) פחותים באופן משמעותי מן המתחם שנקבע ומעונשי המאסר שנגזרו בענייננו. אלא שלטענת המדינה ההחמרה בעונשם של בן זקן ואלדר

לעומת העונש שהוטל בעניין מליסרון מוצדקת, משום שנסיבות ביצוע העבירות בעניין מליסרון היו, לשיטתה, חמורות פחות מנסיבות ביצוע העבירות במקרה דנן.

בעניין מליסרון נדונה תרמית בניירות ערך שבמסגרתה הושקעו כ-24 מיליון שקלים באג"ח של חברת מליסרון, בין היתר, במטרה להעלות את ערך האג"ח בכורסה או למנוע את ירידתו קודם להנפקת אג"ח נוספות מאותה סדרה. על פי כתב האישום, בתקופה שקדמה להנפקה סיכמו מנכ"ל חברת עופר השקעות בע"מ ועופר פיתוח והשקעות בע"מ (להלן ביחד: עופר), מר אברהם לוי (להלן: לוי), ומנהל הכספים של עופר ומליסרון באותה תקופה, מר גולן מדר (להלן: מדר), להשתמש בחשבונות עופר על מנת להעלות את ערך האג"ח או למנוע את ירידתה. לשם מימוש התכנית, כך על פי כתב האישום, העביר מדר – בידיעתו ובהסכמתו של לוי – הוראות קניה לנאשם 3 בפרשה אשר במשך 4 ימים קנה אג"ח של מליסרון וגרם לעלייה בערכה. בית המשפט המחוזי זיכה את לוי מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום בקבעו כי לא הוכח מעבר לספק סביר כי לקח חלק בהוראות הקנייה של מדר לנאשם 3 בפרשה. עם זאת הרשיע בית המשפט את מדר, בין היתר, בעבירה של תרמית בניירות ערך בקבעו כי אף שמדר פעל מתוך מטרה לגיטימית (השקעה אמיתית עבור עופר) הוא פעל גם מתוך מטרה פסולה ("תמיכה" בשער האג"ח קודם להנפקה). בגין העבירות שבהן הורשע, העמיד בית המשפט המחוזי, כאמור, את מתחם העונש ההולם בעניינו של מדר על 9-24 חודשים וגזר עליו 12 חודשי מאסר בפועל וכן מאסר על תנאי וקנס.

המדינה לא ערערה על גזר הדין שניתן בעניין מליסרון לגבי מדר וערעור שהגיש מדר, נדחה על ידי בית משפט זה (למען שלמות יצוין כי ערעורה של המדינה באותו עניין נגד זיכוייה של מליסרון התקבל והוטל עליה קנס בגובה 1,100,000 ש"ח בגין עבירות של מניפולציה, הנעה בדרכי תרמית ודיווח).

23. המדינה טוענת, כאמור, לקיומם של הבדלים מהותיים בין עניין מליסרון ובין הפרשה נושא הערעורים בענייננו. הבדלים אלה מצדיקים לגישה את הפער המשמעותי במתחם הענישה שנקבע ובעונש המאסר שנגזר על בן זקן ואלדר לעומת העונש שנגזר על מדר. כך לטענת המדינה בעניין מליסרון לא הוכחה תכנית מרמה שרקמו לוי ומדר קודם הרצת האג"ח. מדר אף לא פעל ממניעים כלכליים-אישיים והמטרה הפסולה שלהגשמתה פעל לא הייתה המטרה היחידה שהניעה את פעולותיו. עוד מציינת המדינה כי פעולות התרמית של מדר נמשכו לאורך 4 ימים לעומת 7 ימי מסחר בענייננו. אכן, ההבדלים שעליהם הצביעה המדינה בין עניין מליסרון ובין ענייננו יש בהם כדי להצדיק שוני מסוים ברמת הענישה שיש ליישם בכל אחד מהמקרים. זאת



גם אם מביאים בחשבון את טענת אלדר לפיה בעניין מליסרון הושקע סכום כפול כמעט בהרצת האג"ח בהשוואה לסכום שהושקע בהרצת מניית מנופים, וכן את טענתו לפיה מליסרון הינה חברה משמעותית בהרבה ממנופים מבחינת הפעילות בשוק ההון (כפי העולה בבירור מהמסמך שהוגש במהלך הדיון בערעורים, הנושא תאריך 30.12.2010 והמציג, בין היתר, את משקלן של כל אחת מן המניות הכלולות במדד תל-אביב 100). אולם, גם אם יש טעם בטענה שהעלתה המדינה בהקשר זה נראה כי אין בהבדלים שעליהם הצביעה כדי להצדיק פער כה משמעותי (פי שלושה) בעונשי המאסר שהוטלו על בן זקן ואלדר לעומת עונש המאסר שהוטל על מדר בעניין מליסרון. על כן אני סבורה כי יש מקום להתערב בעונשי המאסר שהוטלו על בן זקן ועל אלדר ולהפחיתם במידת מה.

24. מידת ההפחתה מביאה בחשבון את הדמיון שבין הפרשות העוסקות שתיהן בתרמית בניירות ערך שבוצעה במהלך המסחר בבורסה ונמשכה ימים אחדים במטרה להעלות את ערכו של נייר הערך, וכן את הצורך להחמיר בענישה בעבירות אלה אך זאת באופן הדרגתי ומדוד. עוד הובאה בחשבון בקביעת מידת ההפחתה העובדה כי אין בהכרעת הדין ממצא לפיו הרכישות שביצע אלדר בתקופה הרלוונטיות הן שהביאו לכך שמניית מנופים נכנסה למדד תל-אביב 100. זאת להבדיל מן העובדה כי פעולותיו של אלדר השפיעו על שער המניה עד כדי הכתבה למעשה של שער מניית מנופים בשלבים שבהם היה אלדר הגורם הדומיננטי במסחר (ראו את חוות דעתו של המומחה מטעם המדינה, יוסי בהיר, שסומנה ת/76). לבסוף הובאו בחשבון לכף החובה, היקף הנזק הפוטנציאלי הממשי שעשוי היה להיגרם כתוצאה מפעולותיהם אלה של אלדר ובן זקן (ראו: סעיף 40ט(א)(3) לחוק העונשין; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, בפסקה 191 (31.3.2005)) וכן הפגיעה באמון הציבור הנגרמת מעצם הניסיון לעוות את הרכבו של אחד המדדים המרכזיים בבורסה (השוו: עניין מליסרון, בפסקה נ לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; גושן, בעמ' 634; אסף אקשטיין "עירוב מטרות בעבירת המניפולציה בניירות ערך" משפט ועסקים טז 277, 292 (2014)).

25. בטרם אציין את ההפחתה בעונשי המאסר שאציע לחבריי יש צורך להתייחס לטענה שהעלה אלדר ולפיה יש לקיים מדרג של ענישה בינו ובין בן זקן. טענה זו טעמה עמה וזאת בשל השוני שבין שני מערערים אלה המתבטא בכך שבן זקן, בניגוד לאופן שניסה לצייר את עצמו, היה הגורם הדומיננטי ש"משך בחוטים" והנחה את אלדר בפעולותיו. בן זקן אף היה, כזכור, נושא משרה במנופים כחברה ציבורית ובעל שליטה בה. את מערכת היחסים בין בן זקן לאלדר בפרשה זו היטיב לתאר בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין בצינו:

“נאשם 1 [בן זקן] לא שימש בקשר הפלילי ובתכנית המרמית, אך בבחינת שותף. נאשם 2 [אלדר] פעל לטובתו של נאשם 1 ומטעמו. לנאשם 2 היו מטבע העולם מניעים אישיים [...] אבל, אבל גדול ורם, בחיבור בין שני הנאשמים [...] נאשם 1 שמר על כוחו להחליט ולאשר. נאשם 1 פעל לטובת הקשר הפלילי והתכנית המרמית, כשהוא מודע ושולט בצעדים הננקטים לקידום. ניכר היה בנאשם 2, לאורך כל התקופה הרלוונטית, כי הינו מכיר ויודע את מעמדו המכריע של נאשם 1” (פסקה 274 להכרעת הדין; כמו כן ראו פסקה 10 לגזר הדין).

למרות דבריו אלה, לא ראה בית המשפט המחוזי מקום ליתן לכך ביטוי בעונשים שגזר. דעתי שונה ולטעמי מן הראוי ליתן ביטוי בענישה להבדלים הקיימים במעמדם וברמת מעורבותם של בן זקן ואלדר בפרשה (השוו: עניין גולד, בפסקה 108).

26. בהינתן מכלול השיקולים שאותם מניתי לעיל אני סבורה כי יש להפחית את עונש המאסר שהוטל על בן זקן ולהעמידו על 26 חודשים בפועל ואילו את עונש שהוטל על אלדר יש להפחית ולהעמיד על 22 חודשים בפועל. בשולי הדברים אציין כי לא ראיתי מקום לייחס משקל לטענה שעלתה בטיעוניו של בן זקן ולפיה לא היה מקום להרשיעו ב-7 עבירות של השפעה בדרכי תרמית אלא בעבירה רבת פריטים אחת. זאת הן נוכח הודעת המערערים כי הם חוזרים בהם מן הערעורים ככל שהם נוגעים להכרעת הדין, והן משום שבנסיבות העניין יש להשקיף על הפרשה כמכלול ומספר העבירות שבהם הורשעו אין בו במקרה דנן כדי להשפיע על מידת החומרה הכרוכה במעשיהם ואף לא על עונשם (השוו: שם, בפסקה 109 והאסמכתאות הנזכרות שם).

27. סוף דבר - אציע לחבריי לקבל את ערעוריהם של בן זקן ואלדר במובן זה שעונשי המאסר בפועל שהוטלו עליהם יופחתו כמפורט בפסקה 26 לעיל באופן שעל בן זקן יוטלו 26 חודשי מאסר בפועל ועל אלדר - 22 חודשי מאסר בפועל. כמו כן אני מציעה לקבל את ערעור המדינה ככל שהוא נוגע לקנסות שהוטלו על בן זקן ואלדר במובן זה שהקנס שעל בן זקן לשלם יועמד על 800,000 ש"ח או עשרה חודשי מאסר תמורתו, והקנס שעל אלדר לשלם יועמד על 500,000 ש"ח או שישה חודשי מאסר תמורתו. לבסוף אציע כי בהתאמה להפחתת עונשי המאסר בפועל יופחתו גם המאסרים המותנים שהטיל בית המשפט המחוזי על בן זקן ואלדר וכי המאסר המותנה שהוטל על בן זקן יעמוד על 12 חודשי מאסר והמאסר המותנה שהוטל על אלדר יעמוד על 10 חודשים.

## ש ו פ ט ת

השופט א' שהם :

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי, השופטת א' חיות, ולתוצאה שאליה הגיעה. אף אני סבור כי יש להעמיד את עונשי המאסר ואת הקנסות שהושתו על בן זקן ועל אלדר, על הרמה שאותה הציעה חברתי.

אכן, תקופות המאסר שנקבעו על ידי בית משפט קמא מבטאים עליית מדרגה משמעותית בעבירות מסוג זה, וגם אם יש הצדקה להעלאת רף הענישה, מן הראוי שהדבר יעשה בהדרגה, כפי שהובהר על ידי חברתי (ראו, בהקשר זה, פסק דיני בע"פ 3141/16 פלוני נ' מדינת ישראל (29.8.2016), וכן ע"פ 4737/16 פלוני נ' מדינת ישראל (27.7.2016); ע"פ 3065/15 חסון נ' מדינת ישראל (26.6.2016)).

## ש ו פ ט

השופטת ע' ברון :

אני מסכימה.

## ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת א' חיות.

המערער יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 1.12.2016 עד השעה 10:00 בבית סוהר ניצן, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ו (12.9.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת