

ת"פ 23842/11/11 - מדינת ישראל נגד גולן מדר, אליהו העליון, עופר השקעות בע"מ, עופר פיתוח השקעות בע"מ

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"פ 23842-11-11 מדינת ישראל נ' לוי ואח'

כב' השופט חאלד כבוב

מדינת ישראל

נגד

2. גולן מדר באמצעות ב"כ עו"ד ז' חן ועו"ד ע' בן משה
3. אליהו העליון באמצעות ב"כ עו"ד ד"ר ג' גובטובניק ועו"ד ע' גזית
4. עופר השקעות בע"מ
5. עופר פיתוח השקעות בע"מ באמצעות ב"כ פ' רובין, עו"ד נ' תל-צור, עו"ד א' הראל, עו"ד ה' שמעון ועו"ד ל' אפריאט

גזר דין (נאשמים 2-5)

1. ביום 19.11.2013 נתתי הכרעת דין מפורטת בעניינם של הנאשמים לאחר שמיעת הוכחות וסיכומים בתיק.

הכרעת הדין נפרשת על פני 150 עמודים וסוקרת את סיפור המעשה והראיות בתיק. אין בכוונתי לחזור על האמור בה במסגרת גזר הדין.

עם זאת, אזכיר בקליפת אגוז מי היו הנפשות הפועלות ובמה הורשעו.

נאשם 1, אברהם לוי (להלן: "לוי"), רואה חשבון בהשכלתו, שימש בתקופה הרלוונטית כמנכ"ל עופר השקעות וכן כמנכ"ל בפועל בעופר פיתוח. בנוסף, בתקופה הרלוונטית לכתב האישום שימש לוי כממלא מקום מנכ"ל מליסרון וכדירקטור בה והחזיק בשיעור של 3% ממניותיה. כמו כן, במסגרת תפקידיו היה לוי מורשה חתימה בחשבונות עופר השקעות, עופר פיתוח ומליסרון וניהל את ענייניהן הפיננסיים בצוותא עם נאשם 2.

2. נאשם 2, גולן מדר (להלן: "מדר"), שימש כמנהל הכספים של עופר השקעות, וכן ניהל את ענייניהן הכספיים של עופר פיתוח ושל מליסרון בצוותא עם לוי. מדר היה מורשה חתימה בעופר השקעות, עופר פיתוח ומליסרון. מתוקף תפקידו כמנהל כספי קבוצת עופר נכח מדר בישיבות הדירקטוריון של מליסרון.

נאשם 3, אליהו העליון (להלן: "**העליון**") הוא יועץ השקעות שעסק בתקופה הרלוונטית לכתב האישום במסחר באגרות חוב בחדר המסחר של פועלים סהר.

נאשמת 4, עופר השקעות בע"מ (להלן: "**עופר השקעות**"), היא חברה פרטית העוסקת בהשקעות בתחומי נדל"ן, בנקאות, מלונאות וכד'.

נאשמת 5, עופר פיתוח והשקעות בע"מ (לעיל ולהלן: "**עופר פיתוח**"), היא חברת אחזקות פרטית הנמנית על קבוצת עופר, שהייתה בשליטה מלאה, באמצעות חברות בנות, של עופר השקעות.

נאשמת 6, מליסרון בע"מ (לעיל ולהלן: "**מליסרון**") היא חברה ציבורית שמנייתיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, בעלת השליטה בחברת מליסרון היתה עופר השקעות, והיא החזיקה כ- 71% ממניות מליסרון.

3. עניינה של הפרשה הוא ברכישה מאסיבית של אגרות חוב (סדרה ד') שהנפיקה "**מליסרון**" על ידי "**עופר פיתוח**" בכספה של "**עופר השקעות**" בשוק המשני, ערב הרחבת הסדרה. בהכרעת הדין נקבע כי הרכישות, שהוצאו לפועל על ידי "**העליון**" בהוראת "**מדר**", נעשו, למצער גם, על מנת להשפיע על שער איגרת החוב לקראת הנפקת אגרות חוב נוספות מאותה הסדרה, ובכך להיטיב את מצבה של מליסרון.

כמתואר בהכרעת הדין, פעילות המסחר נשוא כתב האישום התרחשה בימים 26.11.2009-1.12.2009 במהלך ארבעת ימי המסחר שהתקיימו באותו חלון זמן רכשה עופר פיתוח אגרות חוב (סדרה ד') של מליסרון בהיקף של כ-24 מיליון ש"ח. מהראיות שהוצגו במהלך המשפט, עלה כי האופן בו בוצעו ההשקעות נועד לתמוך בשער איגרת החוב לקראת הרחבת הסדרה. עם זאת, נקבע כי להשקעות שביצעה החברה היה גם בסיס כלכלי איתן, שכן אגרות החוב של מליסרון היו נייר ערך שהחזקה בו תאמה את מדיניות ההשקעה של קבוצת עופר.

4. כאמור בהכרעת הדין, "**לוי**" - מי שהיה מנכ"ל הנאשמות 4 ו-5, ומליסרון זוכו מהאשמות שיוחסו להם בכתב האישום. לוי זוכה מחמת הספק, ואילו מליסרון זוכתה מאחר שהרכישות אמנם בוצעו בניירות הערך שלה, בהוראת מנהל כספים שלה, אך הם נרכשו על ידי עופר פיתוח בהוראת מדר - בכובעו כמנהל הכספים של עופר פיתוח.

5. ארבעת הנאשמים שהורשעו בהכרעת הדין, למעט עופר פיתוח ועופר השקעות שעניינן בפרשה זו זהה, שונים מאוד זה מזה בתפקיד שלקחו על עצמם בפרשה. על כן, על אף שיש חפיפה משמעותית בסעיפי החוק שמכוחם הורשעו הארבעה, יש במקרה זה מקום להרחיב בהבחנה ביניהם, לא רק בגין העובדה שהענישה בשיטתנו היא אינדיבידואלית, אלא גם כי מעשיהם של הנאשמים השונים מובחנים זה מזה.

אם נתרגם את האמור לעיל למושגים של הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, כפי שקבע המחוקק בתיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), הרי שעבור הנאשמים השונים בענייננו, יש לקבוע מתחמי ענישה שונים בתכלית זה מזה, גם במקרים בו מדובר באותה עבירה ממש.

6. נפנה כעת לגזירת דינם של הנאשמים בתיק זה.

בשלב ראשון, על בית המשפט לקבוע מתחם (או מתחמי) עונש הולם לעניינו של הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה כמתואר להלן. לאחר קביעת מתחם העונש ההולם, יש לבחון אם יש מקום לחרוג ממתחם העונש

בנסיבות העניין. אם יוחלט שלא לחרוג ממתחם העונש, מוטל על בית המשפט לקבוע את העונש לנאשם, בתוך המתחם שנקבע, בהתבסס על נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.

נדון כעת בעניינו של כל אחד מהנאשמים בנפרד, למעט החברות עופר פיתוח ועופר השקעות שנסיבותיהן זהות, או למצער דומות מאוד, ובהתאם גם הטענות לגביהן נטענו ביחד - הן על ידי המאשימה והן על ידי באי כוחן (המשותפים).

נאשם 2 - גולן מדר

7. מדר הורשע בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, היינו:

א. תרמית בקשר לניירות ערך בדרך של הנעה או ניסיון להניע לרכוש ניירות ערך - עבירה על סעיף 54(א)(1) לחוק ניירות ערך יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

ב. תרמית בקשר לניירות ערך בדרך של השפעה בתרמית על תנודות השער של ניירות ערך - עבירה על סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

ג. אי קיום הוראת סעיף 36 לחוק ניירות ערך ותקנות דו"חות תקופתיים ומיידיים - עבירה על סעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך.

ד. אי קיום הוראות סעיף 16(ב) לחוק ניירות ערך - עברה על סעיף 53(א)(2) לחוק ניירות ערך.

מתחם העונש ההולם בעניינו של מדר

8. סימן א'1 לחוק העונשין שכותרתו "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" מכתוב את האופן שבו יגזור בית המשפט את עונשו של מי שהורשע בדיון. כך, העיקרון המנחה בענישה הוא "**קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו**" (סעיף 40ב לחוק העונשין).

9. בטרם אפנה לקבוע את מתחם העונש ההולם לעניינו של מדר, אציין כי בהתאם לאמור בסעיף 40ג(א) בכוונתי לקבוע מתחם עונש אחד שיתייחס לכל העבירות בהן הורשע מדר, זאת מכיוון שמדובר בכמה עבירות המהוות למעשה אירוע אחד מתמשך. כך גם התייחס לדברים בא כוחה של המאשימה במהלך הטיעונים לעונש. כל העבירות בוצעו בשעה שמדר נתן הוראות קניית אגרות חוב במטרה לתמוך בשער אגרות החוב (סדרה ד') של מליסרון לקראת הרחבת הסדרה, בניגוד לדיון, ומבלי שהעניין ידווח לציבור.

10. כאמור, מדר הורשע בעבירות תרמית בניירות ערך וכן עבירות דיווח על פי חוק ניירות ערך. כבר רבות נכתב בבתי המשפט בכלל, ובבית משפט זה בפרט, על ערכן של ההגנות והשקיפות בשוק ההון - שניים מהיסודות החשובים ביותר בבסיסו של שוק הון מודרני ומשוכלל. במסגרת הכרעת הדיון התייחסתי לערך המוגן על ידי

סעיף 54 לחוק ניירות ערך (פסקאות 84-87):

"סעיף 54 לחוק ניירות ערך מונה שתי עבירות שמהוות תרמית בקשר לניירות ערך. האחת, הנעת אחר לרכוש או למכור נייר ערך על בסיס מצג כוזב. השנייה, השפעה, בדרך של תרמית, על שער נייר הערך:

54'. (א) מי שעשה אחד מאלה, דינו - מאסר חמש שנים או קנס פי חמישה מן הקנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין:

(1) הניע או ניסה להניע אדם לרכוש או למכור ניירות ערך ועשה זאת באמרה, בהבטחה או בתחזית - בכתב, בעל פה או בדרך אחרת - שידע או היה עליו לדעת שהן כוזבות או מטעות, או בהעלמת עובדות מהותיות;

(2) השפיע בדרכי תרמית על תנודות השער של ניירות ערך. לענין פסקה זו, חזקה כי מי שפעל לפי הוראות סעיף 56(א) לענין ייצוב מחיר ניירות ערך לא השפיע בדרכי תרמית כאמור.

מטרת-העל של הסעיף היא הגנה על ציבור המשקיעים מפני התערבות מלאכותית בשוק ההון. התערבות מסוות בשוק מעניקה יתרון בלתי הוגן שלרוב בא על חשבונם של משקיעים מקרב הציבור. עבירת התרמית בקשר לניירות ערך היא נדבך חשוב בשמירה על האינטרס הציבורי, יחד עם עבירת השימוש במידע פנים וחובות הגילוי המוטלות על חברות נסחרות. המשותף לכל אלה הוא שמירה על כללי משחק הוגנים. מן המפורסמות שחוסר שוויון בין הנפשות הפועלות בשוק פוגע ביכולת השוק לתפקד, לצמוח ולהתפתח, ובכלכלה המודרנית בה נדרש שוק ההון פעיל ויעיל, הפגיעה רחבה וקשה (ע"פ 1027/94 זילברמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 502, 514-515 (1999) (להלן: '**עניין זילברמן**')).

בקליפת אגוז, שוק הון יעיל ומשוכלל מתאפיין בעיקר ביכולתו 'לעצב' את מחיר ניירות הערך הנסחרים בו באופן דינמי ואוטומטי על ידי כוחות של היצע וביקוש. השוק מניח למשל שביקוש גובר לנייר ערך של חברה פלונית משמעו כי שוויה של חברה פלונית או של מוצריה גדל בהתאמה. כך, ההיצע והביקוש, הבאים לידי ביטוי בפקודות מכירה וקנייה, הם אלו שמעצבים, באופן מתמשך, את המחיר בו נסחר נייר הערך. על מנת שמחיר השוק ישקף את השווי בפועל הוא צריך להימדד על סמך פעולות טבעיות ורציונאליות של המשקיעים. כך, משקיע בנייר ערך לוקח בחשבון את הנתונים העומדים לפניו ומעריך את שווי החברה. ככל שיותר משקיעים שהתבססו על אותם הנתונים העריכו את החברה באופן דומה והשקיעו בה את כספם, כך סטטיסטית, הערכתם יותר מדויקת. כפי שהיטיב לציין כב' הנשיא א' ברק (ע"פ 5052/95 **ואקנין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 642, 655 (1996) (להלן: '**עניין ואקנין**')):

'מחיר נייר הערך משקף שיווי משקל בין היצע ממשי לבין ביקוש ממשי, אשר מקורו בתחזיות המשקיע בדבר תוחלת הרווח העתידית מאותה השקעה.'

ראו גם: זוהר גושן "תרמית ומניפולציה בניירות ערך: תאומים לא זהים" **משפטים** ל 591, 593-595 (תשנ"ט-תש"ס).

11. כאמור, מדר הורשע גם בעבירת דיווח, בכך שהביא לכך שלא דווח אודות המעורבות המאסיבית של קבוצת

עופר במסחר בני"ע של מליסרון. גם עבירה זו קיבלה התייחסות רחבה בפסיקה עד כה, והתייחסתי לראציונאל העומד בבסיסה בהכרעת הדין (פסקאות 351-352):

"לחובות הגילוי המוטלות על חברות ציבוריות ישנן מספר מטרות. האחת, כפי שצינתי לעיל, הנה לאפשר למשקיעים לכלכל את צעדיהם ולקבל החלטות מושכלות ומדעת. השנייה, הנה לרסן ולהגביל את כוחם של בעלי השליטה בחברות הציבוריות ובעיקר למנוע ניצול לרעה של מעמדם והכוח הנתון בידיהם, שכן "מניפולציה והתנהגות לא הגונה בשוק ההון משגשות בתנאי מסתורין וסודיות" (ע"א 5320/90 א. צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 831 (1992); ראו גם: ע"פ 37/07 פרנ' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] 136 (10.3.2008) (להלן: "עניין פרנ"); עניין ערד, בעמ' 345). בבסיס מטרות אלו עומדת תכלית זהה - שמירה על הוגנות שוק ההון.

העבירה הקבועה בסעיף 53(א)(4) לחוק מטילה, בין היתר, אחריות פלילית על מי שגרם לכך שדיוח או פרסום לציבור המשקיעים של חברה יהא מטעה. אחריות זו תחול בין אם מדובר בבעל השליטה או בנושא משרה בחברה ובין אם מדובר ביועצים חיצוניים דוגמת עורכי הדין ורואי החשבון של החברה או בכל אדם אחר, שהיה מעורב בכתיבת מסמכי הגילוי שפורסמו (ראו: לאה פסרמן-יוזפוב דיני ניירות ערך - חובת הגילוי 625-623 (2009) (להלן: "פסרמן-יוזפוב"); עדיני, 741-743).

12. מדר שימש כמנהל הכספים של עופר השקעות, וכן ניהל את ענייניהן הכספיים של עופר פיתוח ושל מליסרון בצוותא עם לוי. מדר היה מורשה חתימה בעופר השקעות, עופר פיתוח ומליסרון. מתוקף תפקידו כמנהל כספי קבוצת עופר נכח מדר בישיבות הדירקטוריון של מליסרון.

13. מהראיות שהוצגו במהלך המשפט, בראש ובראשונה הקלטות השיחות של מדר והעליון, והודעותיהם במשרדי הרשות, עלה כי כבר מראשית המסחר באגרות החוב של החברה, הייתה למדר כוונה כפולה - גם לרכוש את אגרות החוב כהשקעה עבור עופר, וגם "לתמוך" בשער לקראת ההנפקה לטובת מליסרון. הבהרתי גם כי שוכנעתי כי מדובר בשתי מטרות שחיו בסימביוזה זו לצד זו, ולא במטרה ראשית ומשנית.

כך, מעבר לעובדה שמדר הורה להעליון להגיע לשער היעד ביום האחרון למסחר, עלה מהשיחות, כי לכל אורך ימי המסחר, עמדו לנגד עיניו של מדר גם האינטרסים של מליסרון לצד האינטרסים של עופר כבעלת תיק ההשקעות.

14. המאשימה ייחסה ללוי ומדר תכנון מוקדם להשפיע על שער המניה של מליסרון. אולם, משעה שהחלטתי לזכות את לוי מחמת הספק, הבהרתי בהכרעת הדין כי לא ניתן עוד להרשיע את מדר במלא תכנית ההשפעה כפי שתוארה בכתב האישום. שכן לא הוכח שבימים, שבועות או חודשים שקדמו להרחבת הסדרה, הייתה בכוונת מי מהנאשמים להשפיע על שער אגרת החוב לקראת ההנפקה.

15. המאשימה, באמצעות עו"ד בכר, טענה כי יש לקבוע מתחם העונש הולם בענייניו של מדר על 2-4 שנות מאסר בפועל.

לעמדתו של ב"כ המאשימה, מדובר בפרשה חמורה ביותר, בה הופעל הון עצום, על ידי חברות משמעותיות מאוד במשק, על מנת להשפיע על שעריו של נייר ערך חשוב סחיר מאוד המוחזק על ידי חלקים גדולים בציבור באמצעות המשקיעים המוסדיים. עוד נטען כי התרמית שבוצעה חמורה במיוחד, שכן היא השפיעה הן על השוק

המשני, היינו המסחר בין המשקיעים השונים בשוק; והן על השוק הראשוני, בשל השפעתה על מחיר ההנפקה בהרחבת הסדרה.

16. עו"ד חן, בא כוחו של מדר, טען שעל אף שקיימת מגמת החמרה בענישה, מתחם העונש שמבקשת המאשימה חורג בצורה לא פרופורציונאלית מנסיבות האירוע ומהפסיקה הקיימת. לעמדתו יש לקבוע מתחם ענישה שאינו עולה כדי מאסר בפועל.

לטענת הנאשם, נקבע בהכרעת הדין באופן חד משמעי שלא התקיימה תוכנית השפעה כפי שנטען בכתב האישום, ולראייה, לוי זוכה מהאישומים שיוחסו לו. אמנם בהכרעת הדין נדחתה טענתו של מדר, לפיה "נסחף" והורה להשפיע על השער רק ביום האחרון של המסחר, אולם גם על פי הכרעת הדין מדובר בהיסחפות של ארבעה ימי מסחר, ולא תכנית ברורה שרקמה עור וגידים תקופה ארוכה עובר להרחבת הסדרה.

עוד נטען כי הוכח שההשקעה באגרות החוב של החברה בוצעה גם משיקולים כלכליים לגיטימיים. אמנם, נקבע בהכרעת הדין כי גם במקרה של מטרות מעורבות, היינו, מטרות כלכליות ולצדן מטרה להשפיע על שער נייר הערך, אין מקום לזיכוי, אולם יש לדבר השלכה על העונש שיש להטיל על הנאשם, שכן מדובר בפסיקה תקדימית שאימצה פרשנות מחמירה מבחינתו.

לעמדתו של עו"ד חן, יש מקום גם להתחשב בחלקם של גורמים אחרים בביצוע העבירות על ידי מדר. כך, אמנם לוי לא הורשע בתיק, אך הוא נתן בידי מדר את הסמכות וההוראה לרכוש את אגרות החוב של חברת מליסרון (סדרה ד') על ידי קבוצת עופר, בעלת השליטה. כך, יש גם להתחשב בעובדה שמדר לא עסק בפרטים הטקטיים של התרמית - כל אופן המסחר, ובכללו שימוש בשיטות מסחר מסוג "ניכוי שכבות" ו-"זנבות" היו כולם פרי תכנון וביצוע של העליון.

עוד נטען שמחקירתו של מדר ברשות ניירות ערך עולה בבירור שמדר לא הפנים את חומרת מעשיו בזמן אמת ולא הבין שהוא מבצע עבירה פלילית. הוא הודה שבשלב כלשהו במהלך ימי המסחר שקדמו להרחבת הסדרה, הוא היה מעוניין גם להעלות את שער נייר הערך, אך לא התכוון לבצע עבירה. הפעולות שביצע היו במהותן פעולות שנועדו לייצב את השער - אמנם הייצוב לא בוצע כפי שמאפשר החוק, אך בכל מקרה מדובר ברף הנמוך ביותר של מניפולציה של שער נייר הערך, כזה שכנראה היום היה מטופל באפיק של אכיפה מנהלית.

ב"כ הנאשם הוסיף והדגיש כי המתחם שמבקשת המאשימה מחמיר עם הנאשם מעל ומעבר לרמת הענישה הקיימת, וזאת כאשר בניגוד לרוב מכריע מגזרי הדין הרלוונטיים, לנאשם לא היה כל אינטרס כלכלי אישי בביצוע העבירה. מדר אמנם פעל תוך רצון להצטיין ולהתבלט לטובה בעבודתו, אך אין זה דומה לעבירות שמבוצעות מתוך תאוות בצע.

לטענת בא כוחו של מדר, הציבור העיקרי שנפגע מהעבירות שביצע מדר היה ציבור השורטיסטים, שבעצמם יוצרים עיוות במסחר ערב ההנפקה; ולראייה, רשות ניירות ערך שוקלת צעדים על מנת להגביל את פעילות מסחר של שורטיסטים לפני הנפקות. בהקשר זה נטען עוד כי רוב המסחר בוצע על ידי משקיעים מוסדיים המחזיקים מחלקות כלכליות שמתמחרות את ניירות הערך, ולא יתפתו לרכוש אגרות חוב שאינן מספקות את התשואה הנגזרת מהסיכון הגלום בהן.

17. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים, מצאתי לנכון לקבוע את מתחם העונש ההולם בעניינו של מדר

בין 9 ל-24 חודשי מאסר בפועל, בתוספת מאסר על תנאי וקנס. לאור העובדה שהעבירות שביצע מדר לא הונעו מתוך ניסיון להתעשר שלא כדין. מדובר במתחם ענישה מקל ביחס לעבירות כלכליות, ומקל בהרבה מהמתחם לו עתרה המאשימה, אך בנסיבות בעניין מצאתי כי הוא ראוי, כפי שיפורט להלן.

18. סעיף 40ט(א) קובע רשימה לא סגורה של נסיבות בהן יש להתחשב בעת קביעת מתחם העונש ההולם. נתייחס לנסיבות הרלוונטיות לענייננו:

א. **התכנון שקדם לביצוע העבירה** (תת סעיף 1) - בכתב האישום נטען כי מדר ולוי תכננו להשפיע על שער אגרות החוב מבעוד מועד. קיומה של תכנית כזו לא הוכח. לוי זוכה מחמת הספק מהעבירות בהן הואשם, ומדר הורשע בהתבסס על הראיות שהצטברו בארבעת ימי המסחר הרלוונטיים.

ב. **הנזק שנגרם מביצוע העבירה** (תת סעיף 3) - אין מחלוקת בין הצדדים כי פעולות המסחר שביצע העליון בהוראת מדר השפיעו על שער אגרת החוב (סדרה ד') של מליסרון. אמנם מדובר בהשפעה מתונה שקשה להעריכה באומדן כספי מדויק. אולם בכך לא מתמצה הנזק שנגרם מביצוע העבירה.

הנזק העיקרי שנגרם הוא הנזק שנגרם לשוק ההון בכללותו. מסחר שמנוהל על מנת להשפיע על שער מניה עומד בניגוד למושכלות היסוד של שוק ההון, וכאשר הוא מבוצע על ידי חברות כה משמעותיות בשוק הישראלי, בניירות ערך המוחזקים על ידי חלקים גדולים מהציבור, הפגיעה משמעותית בהרבה מערכה החשבונאי.

עוד ראיתי לציין שאמנם הכספים שהושקעו על ידי הנאשם היו כספי החברות הפרטיות, אך אלה הושקעו באג"ח של החברה הציבורית.

ג. **הסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע העבירה** (תת סעיף 5) - בעניין זה, מדובר בנסיבה משמעותית לקולה בעניינו של מדר, שכן אין מחלוקת שמדר ביצע את העבירות שלא לטובתו הכלכלית המיידית, אלא מתוך כוונה להיטיב עם מליסרון, ובאופן עקיף, עם קבוצת עופר.

19. המאשימה הפנתה לשורה ארוכה של פסקי דין, בהם ניכרת מגמה ברורה של החמרה בענישה בגין עבירות כלכליות, החמרה הבאה לידי ביטוי בהטלת עונשי מאסר משמעותיים בפועל:

א. בע"פ 1601 עיני נ' **מדינת ישראל** (14.3.2005) נדחה ערעורו של הנאשם על עונש של 5 שנות מאסר שנגזרו לו, מהן 2.5 שנים בחופף לעונש מאסר אחר אותו ריצה, בגין שורה ארוכה של עבירות: קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, תרמית בניירות ערך, עבירות דיווח ושיבוש הליכי משפט. יצוין כי מדובר במנכ"ל, דירקטור ובעל מניות בחברה אשר השפיע בתרמית על שער המניות שלה בהנפקה, וכן במשך תקופה ארוכה בשוק המשני. למותר לציין כי התנהלותו של עיני חמורה לאין ערוך מהתנהלותו של מדר בענייננו.

ב. בת"פ (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' אופריכטר** (7.6.2005) בו הורשע הנאשם בעבירות הנעה ומניפולציה. הנאשם פעל בתשעה ניירות ערך דלי מסחר שונים בתקופות שונות. על פי גזר הדין, הנאשם גרף לכיסו סכום של כ-30,000 ש"ח בתקופה של למעלה משנתיים. הנאשם הורשע במסגרת הסדר טיעון ונגזרה לו שנת מאסר בפועל.

ג. בת"פ (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' קקון** (4.2.2007) נגזרו על נאשם שהודה בעבירות תרמית בניירות ערך. על פי גזר הדין הנאשם פעל ב-4 מניות של חברות ציבוריות, בהיקף של 2 מיליון ש"ח לאורך תקופה של כשנתיים וחצי. נגזרה לו שנת מאסר בפועל.

ד. בע"פ (מחוזי ת"א) 70931/07 **מדינת ישראל נ' להולה** (18.6.2008) החמיר בית המשפט המחוזי את עונשו של נאשם שהורשע במסגרת הסדר טיעון חלקי. שם דובר במשקיע פרטי שביצע 121 עסקאות עצמיות על מנת להשפיע על שער ניירות הערך בהם סחר. לאחר שנידון ל-6 חודשי עבודות שירות בבית משפט השלום, החמיר בית המשפט המחוזי את העונש לכדי 8 חודשי מאסר בפועל.

ה. בע"פ 42925-01-12 **סרוסי נ' מדינת ישראל** (15.5.2012) התערב בית המשפט המחוזי בעונש שנקבע למערערים בבית המשפט השלום והעמיד אותו על 14 חודשי מאסר, במקום 20 חודשי מאסר. הוסבר שם (בפסקה 24) כי נורמת הענישה בעבירות תרמית בניירות ערך, שלא נלוות להן עבירות נוספות, עומדת על כ-12 חודשי מאסר, וכי הגם שיש להחמיר את הענישה בעבירות כלכליות, יש לעשות כן בצורה מדורגת.

יצוין כי כל פסקי הדין הנ"ל עוסקים בנאשמים שביצעו פעולות בניירות ערך הרבה פחות סחירים מאג"ח מליסרון, ובהיקפים קטנים בהרבה מ-24 מיליון ש"ח. מצד שני, בכל המקרים מדובר במי שביקשו להתעשר שלא כדין ופעלו מתוך בצע כסף, תוך ביצוע עסקאות מלאכותיות, שבינן ובין שיקולים כלכליים אותנטיים המרחק רב.

20. לצד גזרי הדין הללו, הפנתה המאשימה לשורת גזרי דין שניתנו בבית משפט זה בשנים האחרונות, שמרובם עולה בבירור מגמת ההחמרה בענישה בעבירות כלכליות:

א. בת"פ (מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' קאופמן** (24.10.2011) הורשע יועץ השקעות שגרף לכיסו רווח כספי אסור ולא חוקי בסכום של כ-1,545,000 ש"ח, על חשבון לקוחותיו, תוך ניצול שיטת המסחר לרעה - 22 חודשי מאסר בפועל במסגרת הסדר טיעון.

ב. בע"פ 4666/12 **גורבץ נ' מדינת ישראל** (8.11.2012) הותיר בית המשפט העליון על כנו עונש של 27 חודשי מאסר בפועל שנגזר בבית משפט זה למנהל השקעות שביצע שורה ארוכה של עסקאות עצמיות בין חשבונות בהם שלט, תוך שהוא גורף לכיסו סך של 300,000 ש"ח על חשבון לקוחותיו.

עמוד 8

ג. בת"פ (מחוזי ת"א) 64056-12-12 **מדינת ישראל נ' ברונפלד**
(26.2.2013) הורשע מנהל הנפקות בחברת חיתום בשורה של עסקאות מתואמות בין חשבון שניהל במסגרת תפקידו לבין חשבון פרטי שניהל, ובכך גרף לכיסו סכום של 50,000 - 100,000 ש"ח. על הנאשם נגזרו 10 חודשי מאסר בפועל במסגרת הסדר טיעון.

ד. בת"פ (מחוזי ת"א) 44510-12-12 **מדינת ישראל נ' חגאשי**
(6.3.2013) הורשע הנאשם, במסגרת הסדר טיעון בביצוע שורה של עסקאות מתואמות בין חשבונות לבין חשבונות בני משפחתו, על מנת לקזז מרווחי ההון שהיו בחשבונותיו האישיים וכך לחסוך בתשלום מס. כתוצאה מפעילותו קיזז הנאשם כ-49,000 ש"ח מס מחשבוניתיו. במסגרת הסדר הטיעון נגזר עליו לבצע 6 חודשי עבודות שירות

עניינם של הנאשמים בתיק דנא מובחן במידה רבה מעניינם של הנאשמים שהוזכרו לעיל. כך, בזמן שיתר גזרי הדין עוסקים במי שביצע עבירות מתוך בצע כסף אישי וישיר, לא כך בענייניו של מדר. כך גם, הפעולות שביצעו הנאשמים לעיל, בוצעו רק על מנת לבצע תרמית בני"ע, בעוד שאין מחלוקת כי מדר פעל גם מתוך שיקולים כלכליים רציונאליים ומתוך אמונה שהוא רוכש נכסים פיננסיים התואמים את מדיניות ההשקעה הסולידית שהוכתבה לו. מנגד, יש לשים לב שחלק ניכר מגזרי הדין הנ"ל היו מקלים מטבעם, בשל העובדה שהם היו פרי הסדר טיעון.

21. אין להקל ראש במעשיו של מדר. כפי שקבעתי בהכרעת הדין, שוכנעתי שלאורך ארבעת ימי המסחר מדר פעל על מנת להשפיע בתרמית על שער איגרת החוב. הדברים עלו באופן ברור מההוראות שנתן מדר להעליון, והובאו בהרחבה בהכרעת הדין.

עם זאת, מהשוואה לפסקי דין אליהם הפנתה המאשימה עולה באופן ברור שענייניו של מדר שונה מהמקרה הטיפוסי של מי שמבצע עבירות תרמית בניירות ערך. כך, אמנם מדובר בנייר ערך משמעותי בשוק ההון הישראלי, שנסחר בהיקפים גדולים, וגם הסכומים שהוזרמו על ידי קבוצת עופר בהוראת מדר באופן שישמש את המניפולציה היו גדולים מאוד; אולם כאמור, מנגד עומדת לזכותו של גולן העובדה שלא הונע על ידי בצע כסף ברמה האישית.

לא מדובר במי שביצע עבירות של מניפולציה לאורך תקופה ארוכה ומתוך בצע כסף אישי - דוגמת גורבץ וקאופמן שהוזכרו לעיל, אלא בתקופה קצרה וממוקדת ומתוך כוונה להיטיב עם החברות בהן היה נושא משרה.

בנוסף, יש להתחשב בעובדה שהעבירות בוצעו בנסיבות של מטרות מעורבות, היינו - לרכישות, שבוצעו שלא כדין, היה גם היגיון כלכלי מבוסס. בעיניי מניפולציה המבוצעת בסיטואציה של מטרות מעורבות, חמורה פחות ממניפולציה הנובעת מפעולות שכל מטרותן תרמיתית.

גזירת עונשו של מדר בתוך המתחם

22. ראשית יובהר כי בענייניו של מדר, כמו גם בעניינם של יתר הנאשמים בתיק זה, אין מקום לחרוג ממתחם הענישה שנקבע. בתיקים מסוג זה, בהם הנאשם מגיע מרקע נורמטיבי, אין משמעות לדיון באפשרויות

השיקום (סעיף 40ד לחוק העונשין), ואין זה גם מהמקרים בהם יש לחרוג מהמתחם לחומרה משיקולים של הרתעת הרבים (סעיף 40ז לחוק העונשין).

23. לזכותו של מדר העידו עו"ד יגאל דורון ומר יעקוב גוטרמן:

א. עו"ד דורון, שנמצא בקשר עבודה הדוק עם מדר בעשור האחרון, ביקש להעיד בפני בית המשפט על אופיו. עו"ד דורון ביקש להדגיש כי הוא ומדר אינם חברים, אלא נמצאים בקשרים מקצועיים בלבד, דווקא משום כך ביקש עו"ד דורון לפנות לבית המשפט ולשמש מליץ יושר למדר. בעדותו הוא תיאר את מדר כמנהל כספים לא טיפוסי, נטול "מרפקים", הגון ואף תמים במידה מסוימת.

ב. מר גוטרמן הוא אביה של רעייתו של מדר. מר גוטרמן התייצב להעיד בדיון מכיוון שגב' עירית גוטרמן מדר ילדה את בנם המשותף מספר שעות לפני הדיון, ונאלצה להסתפק בהגשת מכתב מטעמה לבית המשפט. מר גוטרמן העיד כי מדר הינו איש משפחה למופת, איש מצפוני וישר, המהווה השפעה חיובית מאוד על סביבתו. מר גוטרמן העיד עוד כי מאז שפרצה הפרשה, מדר חווה תחושות קשות מאוד של חרדה וייאוש.

אציין, כפי שגם ציין ב"כ המאשימה, שעדותו המאופקת והתמציתית של מר גוטרמן שנגעה גם במספר עניינים אישיים שלא מצאתי לנכון לפרט בגזר הדין מפאת צנעת הפרט, הייתה אמינה והותירה את חותמה על בית המשפט.

24. מדר גם פנה לבית המשפט באופן אישי. בפנייתו תיאר שלוש וחצי שנים של בושה, הימנעות מאירועים חברתיים ומקצועיים, ונדודי שינה. מדר הגדיר את העבירות שביצע כ"תאונה" והבהיר שהן אינן מאפיינות את פועלו לאורך השנים ואת אופיו.

25. בנוסף, הוגשו לבית המשפט מספר פניות מטעם גורמים שונים שביקשו לפנות לבית המשפט ולהאיר את אופיו החיובי של מדר:

א. רעייתו של מדר, גב' עירית גוטרמן מדר, שנבצר ממנה להעיד לזכותו של בעלה שכן ערב הדיון ילדה את בנם המשותף, פנתה בכתב לבית המשפט. במכתבה, מתארת גב' מדר את בעלה כאיש משפחה למופת, אב ובעל מסור. גב' מדר תיארה במכתבה גם את הקשיים שחווה מדר בשלוש וחצי שנים שחלפו מאז החלה החקירה בעניינו, שהתאפיינו בחרדה, תסכול ומבוכה גדולה בעקבות המצב אליו נקלע לראשונה בחייו.

במכתב, שהאופן המכובד בו נוסח לא מסתיר את הקושי שחוותה המחברת, עתרה גב' מדר שבית המשפט יראה בעבירות בהן הורשע מדר טעות חד פעמית החורגת באופן קיצוני מהדרך המוסרית והישרה בה נהג מאז ומעולם.

ב. ד"ר גדעון שטיאט, שכיהן בעבר כדירקטור בחברת עופר השקעות

וכיום מכהן כדירקטור בחברת מליסרון, פנה בכתב לבית המשפט ותיאר את מדר כמנהל כספים יוצא דופן בשקיפות, אמינות והיושרה שבה התנהל.

ג. יעקב הרפז, שעבד מול מדר לאורך השנים, בין היתר כשותף בחברת אקסלנס, ביקש למסור לבית המשפט כי לאורך שנות היכרות רבות התרשם שמדר הינו איש ישר ואמין הנאמן מאוד למשפחתו ולמקום עבודתו.

ד. עו"ד צבי אפרת, שותף במשרד עו"ד גורניצקי ושות', ומשמש כיועץ המשפטי הבכיר של חברות קבוצת עופר, ציין במכתבו כי הוא נמצא בקשר שוטף הדוק עם מדר כבר למעלה מעשור. על פי האמור במכתבו של עו"ד אפרת, מדר הינו אדם אמין, מסור ונאמן, שנהג להתייעץ לעיתים קרובות בנושאים משפטיים, והקפיד על קיום החוק והוראותיו. בהתאם, זכה לאמונם הבלתי מסויג של הממונים עליו. עוד הודגש במכתב כי על מדר עוברים ימים קשים מאוד בעקבות הפרשה.

ה. עו"ד דן חרמון, שהיה עו"ד במשרד גורניצקי ושות' ובהמשך עבד כעוזר מנכ"ל וכסמנכ"ל בעופר השקעות בין השנים 2002 ל-2011, פנה אף הוא בכתב לבית המשפט. עו"ד חרמון תיאר היכרות רבת שנים בינו לבין מדר, ומסר כי לאורך כל התקופה מדר הצטייר בעיניו כאדם בעל יושרה יוצאת דופן, אמין, ערכי וחרוץ, הפועל רבות כדי להשפיע לטובה על סביבתו.

ו. עו"ד אילנה סגיס, מנהלת התביעות בחברת הביטוח "כלל" מסרה שגם היא עובדת מול מדר במסגרת תפקידה. היא מתארת במכתבה כי מדר הוא אדם אמין ומקצועי, הנוהג "בצד השני" לסכסוכים עסקיים בהגינות ויושרה התורמים לפתרון של מחלוקות באופן חיובי.

ז. מר דוד פתאל, הבעלים והמנכ"ל של רשת מלונות פתאל, מסר כי בעשור שהוא עובד מול מדר, הוא התרשם כי מדובר באיש בעל שיעור קומה, נועם הליכות, חשיבה חיובית ואכפתיות.

ח. מר מאיר מנדלמן, המשמש כסוכן ביטוח של קבוצת עופר כ-35 שנה, הנמצא בקשר יומיומי עם מדר כעשור שנים, מסר כי מדר ניחן באישיות יוצאת דופן, יושר אישי מוחלט ומקפיד בקלה כבחמורה. מר מנדלמן הוסיף כי מדר נוהג בלויאליות מוחלטת כלפי עובדיו וכלפי מקום עבודתו.

26. ב"כ הנאשם טען כי כפי שעולה בבירור מהעדויות והמכתבים שהוגשו לבית המשפט, מדר הינו אזרח חיובי המשפיע לטובה על סביבתו. הוא עשה טעות קשה כאשר פעל כפי שפעל, אך לטענת הסניגור, עשה זאת מבלי להבין כי הוא מבצע עבירה.

27. סעיף 40יא כולל רשימה לא סגורה של נסיבות שיש להתייחס אליהן בעת גזירת עונשו של נאשם בתוך מתחם העונש שנקבע לו. נתייחס לנסיבות הרלוונטיות לעניינו של מדר:

א. **הפגיעה של העונש בנאשם והפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם** (תת סעיפים 1 ו-2) - מדובר בנאשם בעל עבר נורמטיבי, המועסק בחברה ציבורית בתפקיד בכיר. כאמור בעדותו של מר גוטרמן, למדר שלושה ילדים, ביניהם תינוק בן חודש ימים. ברור שעצם הכניסה לבית הסוהר מהווה מכה קשה למדר ומציבה קשיים של ממש בחיי היומיום של משפחתו.

ב. **התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה** (תת סעיף 7) - כפי שעלה מהעדויות והמכתבים שהוגשו לבית המשפט, מדר הינו איש משפחה בעל רקע נורמטיבי ביותר שהשפיע לחיוב על משפחתו, מכריו והקולגות שלו.

ג. **עברו הפלילי של הנאשם או היעדרו** (תת סעיף 11) - בדומה לנאשמים רבים בעבירות צווארון לבן, גם מדר נעדר כל עבר פלילי.

ד. מעבר לכל האמור לעיל, עומדת לזכותו של מדר נסיבה המנויה בתת סעיף 5, **הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה**. אין מחלוקת שמדר ביצע את העבירות שביצע בשל רצונו "להצטיין" בתפקידו ולהיטיב עם החברות בהן פעל. מהחקירה הראשונה שלו ברשות ניירות ערך עולה כי פעל בדרך שחשב שמצופה ממנו, על אף שלא הוכח כי קיבל הוראה מפורשת מלוי או כל גורם אחר לפעול כפי שפעל. כפי שיתואר בהמשך, במסגרת הדיון בעונש שייגזר לחברות שהורשעו, יש בנסיבה זו כדי להקל משמעותית עם מדר ולהחמיר, במידה מסוימת, עם החברות שבשמן פעל.

28. לאור כל האמור לעיל מצאתי לנכון לגזור על מדר את העונשים הבאים:

א. **12 חודשי מאסר בפועל.**

ב. **9 חודשי מאסר, אולם מדר לא יישא בעונש זה אלא אם יעבור על אחת העבירות מכוח חוק ניירות ערך בשנתיים שלאחר סיום תקופת שחרורו ממאסר.**

ג. **קנס של 100,000 ש"ח או 10 חודשי מאסר תחתיו. הקנס ישולם ב-4 תשלומים חודשיים רצופים החל מיום 1.3.2014 ובכל 1 לחודש אחריו.**

קבעתי קנס בסכום מתון ביחס לסכומים שהושקעו במסגרת מעשי הנאשם, וזה רחוק מלשקף את הקנס ההולם את הסכומים שהושקעו במעשי התרמית. יחד עם זאת, בשל קביעתי כי לא בצע כסף היה המניע של הנאשם, שלא הפיק ולא התכוון להפיק כל רווח כספי אישי - מצאתי להטיל עליו קנס כספי מתון.

נאשם 3 - אליהו העליון

29. מר אליהו העליון הורשע בעבירה של תרמית בקשר לניירות ערך בדרך של השפעה בתרמית על תנודות השער של ניירות ערך - עבירה על סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

עמוד 12

30. כאמור לעיל, וכמפורט בהכרעת הדין, העליון אייש עמדת מסחר של אגרות חוב בחדר המסחר של פועלים סהר. העליון עמד בקשר רציף עם מדר וקיבל ממנו את ההוראות בדבר רכישת אגרות החוב של מליסרון (סדרה ד') ערב ההנפקה. העליון הוא זה שניהל את הליך הרכישה, באופן שהותאם לאופי ההוראות שקיבל, ועל מנת לעשות כן הפעיל כמה שיטות מסחר, בהתאם לשיקול דעתו.

בהכרעת הדין נקבע, בהתבסס על הראיות שהובאו בפני בית המשפט, ובראש ובראשונה הקלטת השיחות בין מדר להעליון, חקירתו של העליון ברשות ניירות ערך ועדותו בבית המשפט, כי העליון ידע שהמסחר נועד לתמוך בשער אגרת החוב, וכך גם כיוון את פעולותיו. הדברים קיבלו משנה תוקף ביום האחרון, בו הורה מדר להעליון להביא את שער אגרת החוב ליעד ברור (117 אגורות).

31. למותר לציין כי הערך המוגן הרלוונטי לעבירה של השפעה בתרמית על תנודות השער של ניירות הערך, הוא הגינות המסחר בשוק ההון, כפי שתואר לעיל בעניינו של מדר.

32. יש לציין, שגם לטענת הפרקליטות יש הבדל גדול בין חומרת העבירה שביצע העליון לעומת העבירות שביצע מדר. אמנם, לשני הנאשמים לא היה אינטרס כלכלי ישיר בפירות ביצוע העבירה, אולם בעוד שבמדר, בכובעיו השונים, "הוטבע" האינטרס הכלכלי של החברות בהעלאת שער ההנפקה, הדבר לא נכון בכל הנוגע להעליון.

עם זאת, לטענת המאשימה ניתן לראות באופן שבו פעל העליון ותואר בהכרעת הדין, כי הוא "התגייס" למשימה באופן מוחלט, ולקח על עצמו את כל הניהול הטקטי של רכישת אגרות החוב, באופן ששיג את המטרה - לתמוך בשער אגרות החוב, וביום האחרון לרכישות - אף להגיע ליעד מוגדר.

לטענת המאשימה, לאור הדרך שבה התנהל העליון בפרשה, אין בהרשעתו כל תקדים או חידוש. כך, גם עם עורך דין או רואה חשבון נרתם למזימה תרמיתית של אחד מלקוחותיו, גם אם אין לו אינטרס ישיר בתוצאותיה, לא יימלט מאימת הדין.

בשורה התחתונה, המאשימה עתרה למתחם עונש הולם בעניינו של העליון שיכלול מרכיב משמעותי של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח.

33. בא כוחו של העליון, עו"ד ד"ר גובטובניק, טען כי הכרעת הדין בעניינו של העליון הייתה תקדימית לחלוטין, המשנה סדרי עולם בשוק ההון, מבחינת חלוקת התפקידים והאחריות המוטלת על העוסקים במסחר. לטענתו, העליון פעל על פי הנורמות שהיו רווחות בקרב ברוקרים בשוק ההון בתקופה הרלוונטית.

ד"ר גובטובניק הדגיש שאין מחלוקת על כך שככל שהייתה תוכנית השפעה, העליון לא היה חלק ממנה - הוא לא הוכנס לסוד העניינים ופעל על מנת למלא את רצונם של לקוחותיו כפי שזה שודר לו, באופן רציף בזמן אמת - לא היה כל רכיב של תכנון העבירה מבחינתו.

אין מחלוקת כי לא היה להעליון כל מניע כלכלי ישיר בביצוע המניפולציה באגרות החוב של מליסרון (סדרה ד'). ב"כ של העליון הדגיש בטיעונו כי לאור העובדה שלא הייתה כל מערכת יחסים מיוחדת בין העליון לקבוצת עופר, וממילא קבוצת עופר הייתה לקוח "קטן" במונחים של מסחר באג"ח, אין מקום גם לדבר על תמריץ כלכלי עקיף

או תמריץ מקצועי בהקשר של העליון. לטענתו, המניע של העליון בביצוע העבירות היה שכך תפס את תפקידו כברוקר - למלא את הוראות לקוחותיו, תוך הנחה שהפעולות המבוצעות על ידיהם נבדקו ונבחנו גם מהבחינה החוקית.

על מנת להמחיש עד כמה לא הפנים העליון שהדרך בה פעל היא אסורה, הזכיר ד"ר גובטובניק שהעליון היה זה שאיתר והעביר לידי רשות ניירות ערך את הקלטות השיחות בינו לבין מדר, אולם גם אחרי שהאזין לשיחות, וזמן לחקירה במשרדי הרשות, הוא לא התייעץ עם עורך דין, שכן הוא לא עלה על דעתו כי הוא נחשד בביצוע עבירה.

בנוגע לנזק שנגרם כתוצאה מביצוע העבירה, הפנה ב"כ של העליון לחוות דעתו של פרופ' עופר שהוגשה במהלך הדיון בתיק. לטענתו, אמנם נקבע בהכרעת הדין שממצאי חוות הדעת, אינם רלוונטיים להכרעת הדין - אך יש להם משמעות באשר לגובה הנזק שנגרם כתוצאה ממעשיו של העליון.

ב"כ של העליון עתר גם כי מתחם העונש לא יכלול רכיב של קנס כספי בניגוד למקובל בענישה על עבירות כלכליות, שכן נקבע בפסיקה לא אחת שמטרת הקנסות היא לעקר את התועלת הכלכלית שצמחה או הייתה אמורה לצמוח למי שביצע את העבירה, והדבר אינו רלוונטי בעניינו של העליון.

34. לאחר ששמעתי את הצדדים, הגעתי למסקנה שבעניינו של העליון יש לקבוע מתחם עונש הולם של עונש מאסר שלא יעלה על 6 חודשים, ואשר יבוצע בדרך של עבודות שירות, בכפוף להמלצת הממונה על עבודות השירות, בתוספת מאסר על תנאי וקנס.

אומר מיד כי בכל הנוגע לגזירת עונשו של העליון (בניגוד לעצם ההכרעה בדבר הרשעתו), דבריו של ב"כ הנאשם מקובלים עליי במידה רבה. אם נכניס את הדברים לתבנית הקבועה בסעיף 40ט לחוק העונשין, יש מספר נסיבות לקולה הקשורות בביצוע העבירה הגורמות לכך שמתחם העונש ההולם במקרה זה יהיה נמוך משמעותית מרמת הענישה הראויה בעבירות תרמית בניירות ערך:

א. **התכנון שקדם לביצוע העבירה** (תת סעיף 1) - אין מחלוקת שהעליון לא יזם את המסחר באגרות החוב של מליסרון ולא תכנן את רכישתו. הוא פעל, באופן מידי ומתגלגל בהתאם להוראות הלקוח - שהועברו לו באמצעות מדר. היוזמה של העליון באה לידי ביטוי רק באופן ביצוע ההוראות - היינו, הדרך שבה ניהל את רכישת אגרות החוב.

ב. **חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה** (תת סעיף 2) - כפי שנקבע במפורש בהכרעת הדין, אחריותו של העליון פחותה משמעותית מאחריותו של מדר. העליון היה הגורם המבצע, כשלאורך כל הדרך, מדר מפקח, מתעדכן ונותן הוראות.

ג. **הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה** (תת סעיף 5) - העליון ניהל את ההשקעות של עופר פיתוח באופן שישרת את מה שהבין שהלקוח מצפה ממנו. כך העליון תפס את תפקידו באותה עת - הוא לא שאל שאלות, עצם עניינים במודע, וביצע "את תפקידו" על הצד הטוב ביותר.

בהקשר זה, יש רלוונטיות לראשוניות ההרשעה. העליון טען, והטענה שלו נושאת משקל משמעותי בעיניי, כי הדרך בה נהג שיקפה את הנורמות שהיו מקובלות בקרב ברוקרים בשוק ההון. הוא לא ראה אז מתפקידו להרים דגל ולפנות לממונים עליו, על אף שהבין וידע היטב שכוונת קבוצת עופר הייתה לתמוך בשער אגרת החוב לקראת הרחבת הסדרה. במידה רבה, ראה העליון את תפקידו כמעין מקלדת משוכללת, תפיסה שנשללה מכל וכל בהכרעת הדין.

35. גם בחינה של רמת הענישה הקיימת מביאה למסקנה שיש לקבוע מתחם עונש המקל עם העליון. כך, אין מחלוקת על כך שזו הרשעה תקדימית בכל הנוגע לברוקרים בשוק ההון, שכן אין מדובר במקרה בו העליון סחר בתרמית עבור עצמו, אלא **בהוראת** לקוחותיו. שני הצדדים התייחסו בטיעוניהם לעניינו של זיו גולן. אתייחס לעניינו של גולן בקצרה שכן יש לו השלכות על עניינו של העליון.

ביום 22.4.2010 ניתנה החלטת ועדת המשמעת לפי חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה - 1995 בעניינו של זיו גולן.

זיו גולן היה בעל רישיון לניהול תיקי השקעות ובשנת 2004 ניהל תיקי השקעות בחברת כלל פיננסים וביצע פעולות בחשבון ניירות הערך של חברת השטיח המעופף וחברת הבת שלה, השטיח מימון. בהוראת השטיח מימון, רכש גולן לחשבונה את מניות השטיח המעופף בסך של 100,000 ש"ח. על פי הוראת הלקוח, פעל גולן כדי להעלות את שער השטיח המעופף, שהייתה דלת סחירות, בעד 3% בכל יום. בתוך שבועיים, עלה שער מניית השטיח המעופף ב-27%. בסופו של יום, במסגרת הסדר טיעון, הוטלו על גולן קנס של 40,000 ש"ח והתראה.

מובן מאליו שרף הענישה שנקבע בעניין גולן אינו מחייב את בית משפט זה, וברור שהוא היה מקל באופן קיצוני, אך הוא מהווה אינדיקציה לאופן שבו התייחסו הרשויות לעבירות מהסוג שביצע העליון. ניתן אמנם להבחין בין המקרים (עוצמת ההשפעה על נייר הערך מצד אחד, וחשיבות נייר הערך המושפע והסכומים שהושקעו בהשפעה מצד שני), אך בבסיס שניהם עומדת אותה תפיסת עולם לפיה, יש לבצע את הוראות הלקוח גם כאשר ברור שהן מנוגדות לחוק. כעת, כאשר בית המשפט מבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי הוא רואה התנהלות מסוג זה בחומרה, עליו להקשיח את הענישה **באופן מדורג**.

בע"פ 6020/12 **מדינת ישראל נ' עדן** (29.4.2013) התייחסה כב' השופטת ד' ברק ארז לאופן שבו יש להחמיר בענישה באופן מדורג כאשר משתנות הנורמות. אמנם באותו עניין דובר בעבירה של שימוש במידע פנים, אך הדברים נכונים לעניינו:

"האמת ניתנת להיאמר: לא תמיד מדיניות הענישה שננקטה על-ידי המחוקק ובתי המשפט הלמה את חשיבותן של התכליות שבבסיס האיסור. כאשר נחקקה העבירה לראשונה, העונש שבצידה היה עונש מתון - שנת מאסר או קנס בסך 100,000 שקל. אולם, במהלך הזמן חל שינוי ברור במדיניות החקיקתית. בחוק ניירות ערך (תיקון מס' 16), התשנ"ח-1998 הועלה רף הענישה בגין העבירה באופן שמאפשר הטלת מאסר בפועל של חמש שנות מאסר (פי חמש מן הרף המקורי) - תוך השוואתו לעונש המרבי שניתן להטיל בגין עבירה של תרמית בניירות ערך (ראו: סעיף 54 לחוק ניירות ערך). בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש כי ההצדקה להחמרה בענישה נעוצה בערכים הציבוריים המוגנים על-ידי העבירה: 'עיוות שוק ההון ופגיעה קשה בציבור' (הצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 16) (החמרת ענישה

על שימוש במידע פנים), התשנ"ח-1998). עמדה זו של המחוקק, מעבר לכך שהיא מוצדקת לגופו של עניין, מהווה מסר ברור שאין להתעלם ממנו.

הסוגיה של רף הענישה בעבירה שבפנינו טרם נדונה בפני בית משפט זה, לגופה. עם זאת, המגמה לפיה יש מקום לגישה מחמירה, המוצאת ביטויה גם בהטלתם של עונשי מאסר בפועל בכל הנוגע לעבריינות כלכלית עמדה נגד עיניו של בית המשפט בהקשרים רבים ומגוונים....

בית משפט זה אף עמד על כך שהתפשטותה של תופעת העבריינות הכלכלית, כמו גם סכנותיה, מחייבות להסיט את נקודת האיזון אל עבר הדגשת האינטרס הציבורי בענישה ראויה (ע"פ 6474/03 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 721, 727 (2004)) וכפי שציינתי, בהקשר אחר, בע"פ 4666/12 גורבץ נ' מדינת ישראל (8.11.2012) לגבי עבריינות כלכלית:

"חרף אופייה 'הנקי' היא 'מלוכלכת' לא פחות, ונזקיה אף עולים במקרים רבים על נזקיהן של עבירות רכוש מסורתיות" (שם, בפסקה 8).

אכן, חרף עמדה עקרונית זו, טרם הושת מאסר בפועל על מי שהורשעו בביצוע העבירה של שימוש במידע פנים בידי איש פנים. אל לנו להיקלע ל"מעגל שוטה" בשל כך, על יסוד גישה שתתריע תמיד כנגד החלתה של גישה ראויה בפעם הראשונה. כל זאת, בצד המודעות לכך שהעלאתו של רף הענישה צריכה להתבצע בהדרגה (השוו: ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (12.1.2011)). בית המשפט קמא היה מודע לזהירות זו, ולא יכול להיות ספק שהיה מחמיר עם מי שנדונו בפניו אף יותר ללא אותו שיקול נוסף.

כך, אני מוצא מקום להבהיר שבמקרים הבאים בהם יעמוד בפני בית המשפט ברוקר ששיתף פעולה במודע עם פעילות לא חוקית של לקוחותיו, ייקבע בעניינו מתחם עונש מחמיר בהרבה מאשר להעליון.

גזירת עונשו של העליון בתוך המתחם

36. העליון לא הביא עדי אופי מטעמו, אך פנה באופן אישי לבית המשפט. בדבריו, הוא הביע חרטה עמוקה על האופן שבו נהג בפרשה והדגיש כי מעולם לא התכוון לפגוע בשוק ההון, שהיה הבאר ממנה שתה לאורך שנים ארוכות. לאורך שנות קריירה ארוכות, מעולם לא צבר העליון רכוש משמעותי, פרט לשמו הטוב שהיה יקר לו מכל. לדבריו, מאז שהחלה החקירה בעניינו, חרב עליו עולמו.

העליון גם סיפר שההוצאות המשפטיות בהן היה עליו לשאת, מהוות נטל כלכלי כבד מאוד על משפחתו.

37. אכן, עצם ההרשעה בפלילים מהווה עונש קשה מאוד מבחינתו של העליון. כך, בניגוד למדר, שנהנה לאורך כל התקופה מאז פרוץ הפרשה מתמיכת קבוצת עופר, והמשיך את תפקידיו בה - העליון איבד את מקום עבודתו. העליון, שבמשך 30 שנה היה סוחר בשוק ההון, ונהנה לאורך אותם שנים ממוניטין של איש מקצוע ישר ואמין, מוצא עצמו לקראת גיל 60 ללא עבודה וללא רישיון לעסוק במקצוע.

38. כאמור, סעיף 40 קובע רשימה לא סגורה של נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה בהן יש להתחשב בעת גזירת העונש בתוך המתחם. בעניינו של העליון כאמור ניתן משקל **לפגיעה של העונש בנאשם**,

לרבות בשל גילו (תת סעיף 1); לנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו (תת סעיף 3); ולשיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק (תת סעיף 6).

בהקשר של שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות החוק, אציין כי בהחלט פעלה לטובתו של העליון העובדה שניהל את הגנתו בתיק, באמצעות בא כוחו, באופן ענייני ביותר, תוך התמקדות בסוגיות המורכבות של הרשעה תקדימית של ברוקר המבצע את הוראות הלקוח. כמו כן, ניתן משקל לשיתוף הפעולה של העליון עם חוקרי רשות ניירות ערך בשלבי החקירה הראשוניים.

39. בנסיבות אלה מצאתי לנכון לגזור על העליון את העונשים הבאים:

א. מאסר בפועל לתקופה של 3 חודשים שירוצה בדרך של עבודות שירות, כתלות בהמלצת הממונה על עבודות השירות.

ב. 6 חודשי מאסר אולם העליון לא יישא בעונש זה אלא אם יעבור על אחת העבירות מכוח חוק ניירות ערך בשנתיים שלאחר שחרורו ממאסר.

ג. קנס של 25,000 ש"ח או 4 חודשי מאסר תחתיו. הקנס ישולם ב-5 תשלומים חודשיים רצופים החל מיום 1.3.2014 ובכל 1 לחודש אחריו.

נאשמות 4 ו-5 - עופר השקעות ועופר פיתוח

40. נאשמות 4-5, חברות עופר השקעות בע"מ ועופר פיתוח השקעות בע"מ, הורשעו מכוח תורת האורגנים בעבירות שיוחסו להן בכתב האישום, היינו:

א. תרמית בקשר לניירות ערך בדרך של הנעה או ניסיון להניע לרכוש ניירות ערך - עבירה על סעיף 54(א)(1) לחוק ניירות ערך.

ב. תרמית בקשר לניירות ערך בדרך של השפעה בתרמית על תנודות השער של ניירות ערך - עבירה על סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך.

41. בעניינן של החברות הפנה ב"כ המאשימה להכרעת הדין בה נקבע (בפסקה 332) שהתכלית המרכזית העומדת ביסוד תורת האורגנים הנה קידום ההרתעה הפלילית ומניעת הישנות העבירה; לצדה של תכלית זו עומדת מטרה נוספת והיא לחלט מידי התאגיד את טובת ההנאה שנצמחה לו כתוצאה מביצוע העבירה על ידי אחד מאורגניו.

נטען כי כאשר הנאשמות הן חברות עוצמתיות כמו קבוצת עופר, על הקנס שייגזר להן להיות **משמעותי עבורן**, שכן מטרת הקנס היא לעקר את האינטרס הכלכלי בביצוע עבירות כלכליות, וקנס צנוע לא ייצר את ההרתעה הנדרשת.

לטענת המאשימה, האופן שבו אפשרה החברה למדר, נושא משרה בכיר, לנהל את ענייניה הכספיים בנקודה

רגישה ועם פוטנציאל משמעותי לניגודי עניינים היא נסיבה לחומרה לעניין של החברות, כך גם העובדה שהחברות לא עשו דבר על מנת לברר את העובדות לאחר מעשה ולא דרשו ממדר הסברים למעשיו.

המאשימה לא פרטה מה המתחם שלעמדתה יש לקבוע בעניין של החברות והסתפקה בכך שעתרה לכך שיוטל על החברות קנס מקסימאלי, בהתאם להוראות החוק הרלוונטיות לאותה תקופה - עבור כל חברה בנפרד, ועבור כל עבירה בנפרד.

42. בא כוחן של הנאשמות, עו"ד רובין טען כי ניתוח של פסיקה קיימת מגלה שהעונשים הממוצעים שהוטלו על חברות שהורשעו בעבירות ני"ע עמדו על 140-150 אלף ש"ח בלבד. הוא ציין כי במקרים חריגים ביותר, בהם נגזרו קנסות גבוהים יותר, התרחשו בנסיבות חמורות בהרבה מבעניין של הנאשמות.

עו"ד רובין טען שיש לזקוף לזכותן של הנאשמות, את העובדה שהן חברות פרטיות שנטלו על עצמן, מיוזמתן, שורה ארוכה של הגבלות והתחייבויות בתחום הממשל התאגידי השמורות בדרך כלל לחברות ציבוריות. כך, לחברות דירקטוריון המורכב מדירקטורים עתירי ניסיון ומעמד בעולם העסקי, והכולל דח"צים. החברות גם מנפיקות דוחות רבעוניים על אף שהדבר לא נדרש. עו"ד רובין טען כי החברות פעילות מזה 55 שנה מבלי שהוטל בהן דופי, וסיפר כי לאחר שימוע הכרעת הדין, התכנסו הדירקטוריונים של החברות המורשעות ואימצו תכנית אכיפה פנימית קפדנית באופן וולונטארי.

לטענת הסניגור, יש להתחשב בעובדה שהחברות הורשעו מכוח תורת האורגניזם. לטענתו, מדר לא עמד בראש הפירמידה התאגידית - הוא לא היה מנכ"ל, דירקטור או בעל שליטה - ולא הוכוון לבצע את המניפולציה שביצע על ידי אף אחד מאותם גורמים, ואף לא ידע אותם בדיעבד.

עו"ד רובין טען עוד שיש להבחין בין שתי החברות. בעוד שעופר השקעות רק הלוותה את הכסף שבאמצעותו בוצעו הרכישות של אג"ח מליסרון (סדרה ד'), עופר פיתוח היא זו שרכשה את אגרות החוב מטעמה.

בדומה למדר גם ב"כ החברות ביקש להדגיש שלהשקעה שבוצעה, על אף שנקבע כי בוצעה שלא כדין, היה בסיס כלכלי איתן, והחברות ראו ברכישת אג"ח מליסרון (סדרה ד) השקעה סולידית העומדת בקו אחד עם מדיניות ההשקעה של החברה, שלוי ומדר היו אמונים על הוצאתה לפועל.

43. בטרם אתייחס לעונש הראוי בענייננו, אציין כי אין מקום לקבל את ההבחנה שהנאשמות מבקשות מבית המשפט לעשות בין חברת עופר השקעות לבין חברת עופר פיתוח. לאורך המשפט כולו דיברו שתי החברות בקול אחד והבהירו באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי כל ניסיון להבחין ביניהן יהיה מלאכותי (להרחבה ראו פסקאות 340-341 להכרעת הדין).

44. כאמור לעיל, סעיף 54(א) קובע כי מי שעבר על אחת מהוראותיו, דינו - מאסר חמש שנים או קנס פי חמישה מן הקנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, ואם הוא תאגיד - פי עשרים וחמישה מן הקנס כאמור באותו סעיף. אלא שהסיפא המכבידה את ידה על מורשע שהוא תאגיד באה לעולם במסגרת תיקון 45 לחוק ניירות ערך מיום 27.1.2011, לאחר מועד ביצוע העבירות נשוא פרשה זו.

בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין כי הקנס לעבירה שנושאת בצידה עונש מאסר של למעלה משלוש שנים יעמוד על סך של 202,000 ש"ח (כיום - 226,000 ש"ח).

כך, לו הייתה העבירה מתבצעת היום, היה ניתן להטיל על החברות עונש מקסימאלי של 25*226,000 עבור כל אחת המעבירות בהן הורשעה, היינו, סכום מקסימאלי של 22,600,000 ש"ח (שהם שתי עבירות * שתי חברות * קנס מקסימאלי * 25). אולם, במצב הדברים הרלוונטיים להרשעה, הקנס המקסימאלי שביכולתו של בית המשפט לפסוק הוא 5*202,000, היינו 1,010,000 ש"ח בגין כל עבירה.

מכיוון שבנסיבות העניין, אין זה ראוי בעיניי להטיל קנס נפרד בגין עבירת המניפולציה ועבירת ההנעה, שכן שתיהן נבעו מאותה פעולה, הקנס שניתן להטיל על כל אחת מהחברות הוא 1,010,000 ש"ח בלבד.

45. מכיוון שזה המצב, אין טעם עוד לדון על מתחם ענישה הולם בנסיבות העניין.

החברות בהן עסקינן הן חברות מבוססות ועתירות נכסים. לראייה, במהלך ארבעת ימי המסחר נשוא כתב האישום, הן ביצעו רכישות בהיקף של כ-24 מיליון ש"ח רק של אגרות החוב של מליסרון. במהלך המשפט, פעמים רבות הבהירו העדים מטעם החברות, כי אלו היו סכומים לא מהותיים עבור קבוצת עופר, ולכן הופקדו לשיקול דעתו הבלעדי של מדר ושל לוי, תוך דיווח לאחור לדירקטוריון קבוצת עופר פעם ברבעון.

לו היו מתבצעות הרכישות לאחר התיקון לחוק ניירות ערך הייתי קובע את מתחם הענישה על סכום של 2-4 מיליון ש"ח, עבור כל אחת מהחברות, שכן עסקינן בהתערבות בוטה במסחר, בהיקף גדול מאוד, ובאופן שהשפיע על שער נייר סחיר ביותר הן בשוק המשני בימים קדמו להרחבת הסדרה, והן בשוק הראשוני במהלך הרחבת הסדרה עצמה. בתוך המתחם הייתי מביא לידי ביטוי את הנסיבות לקולה אליהן התייחס עו"ד רובין בטעונו: העובדה שהחברות מקפידות על משטר תאגידי מחמיר ביחס לחברות פרטיות, העובדה שלא הוכח שמדר קיבל "הוראות מלמעלה" לבצע את הרכישות באופן שיתמוך בשער, והעובדה שהרכישות כשלעצמן לא היו נטולות היגיון כלכלי מבחינת החברות.

מנגד הייתי מביא בחשבון שהחברות הנ"ל הטילו על מדר להשקיע סכומים של עשרות רבות של מיליוני ש"ח על פי שיקול דעתו הבלעדי, ללא בקרה או פיקוח בזמן אמת. עוד ייאמר בהקשר זה כי שוכנעתי שמדר עשה את שעשה מתוך ניסיון להצטיין בתפקידו, כך שגם אם לא קיבל הוראה מפורשת לנהוג כפי שנהג, בוודאי שלא קיבל הנחיות מפורשות להיזהר בעת ביצוע רכישות "בתוך המשפחה" מסוג זה.

46. לא התעלמתי מהסטטיסטיקה שהעמיד לפניי עו"ד רובין, לפיה בתי המשפט נוהגים להטיל על חברות קנסות בגובה של מאות אלפי שקלים בודדים, אולם ענייננו אינו העניין הטיפוסי כלל ועיקר.

עוצמתן הכלכלית של הנאשמות בענייננו, והדרך בה הפעילו את עוצמתן על מנת להשפיע על שער אגרות החוב של מליסרון, מחייב להטיל עליהן גובה מכפי שהחוק, במתכונתו באותה עת מאפשר. **על כן, עליי להסתפק בהטלת העונש המקסימאלי האפשרי בנסיבות העניין, היינו 1,010,000 ש"ח לעופר השקעות, ו-1,010,000 ש"ח לעופר פיתוח.**

סיכום

47. בתי המשפט אמרו את דברם בשנים האחרונות באופן הברור והמפורש ביותר בכל הנוגע לעבירות המכונות "עבירות צווארון לבן". אלה מבוצעות כמעט תמיד על ידי נאשמים נורמטיביים, בעלי משפחות ומשרות בכירות, שרובם תרמו לחברה ולמדינה ובחלקם אף משקיעים מזמנם וכספם לצורך סיוע והתנדבות

כיום, לאחר שנכנס לתוקפו תיקון 113 לחוק העונשין, ולאור התמורות שחלו בעונשים החלים על עבירות המבוצעות בשוק ההון, מתוך כוונה לאכוף את הנורמות הראויות על כלל השחקנים בשוק, בית המשפט מחויב לפעול על פי מצוות המחוקק ולגזור עונשים ההולמים את חומרת העבירות בנסיבותיהן, תוך בחינת הנזק שגורם ביצוע עבירות אלה לשוק ההון, אמון הציבור בו, ויכולתו של זה לשמש משענת להתפתחות הכלכלה במדינת ישראל.

לא אחת נאמר, ונדמה שהדבר טרם הופנם באופן מספק, שאמון הציבור בהגינות, יושרה, שקיפות והקפדה על כללי משחק ברורים הם מנשמת אפו של שוק הון מפותח. צמיחתו של שוק הון בריא ומשוכלל תלויה בוודאות שיש לציבור שכספו הופקד בידי מי שראויים לכך. כל הפרה של אמון זה, כמו במקרה של השפעה על השוק בדרכי תרמית, תיתקל בתגובה הולמת.

הפנמת כללים אלה מחייבת את בית המשפט לנקוט אמת מידה מחמירה גם כדי להרתיע את הפעילים בשוק ההון, שמא יתפתו לסטות מדרך הישר; וגם כדי להעביר מסר לכלל ציבור המשקיעים בדבר היותן של הרשויות האמונות על התנהלותו התקינה של השוק עומדות על המשמר.

נסיבותיו האישיות של מדר לא נעלמו מעיני, אך חרף זאת מצאתי, בסופו של דבר, כי אין מנוס משלחו למאסר מאחורי סורג ובריח עם כל הצער שבדבר. שכן, המחוקק כבר הורה לנו שהעונש חייב להלום את חומרת העבירה, ובנסיבות העניין, רק עונש מאסר בפועל יקיים את עיקרון ההלימה. נסיבותיו האישיות של מדר הביאו אותי להעדיף את הרף המתון (אף אם לא התחתון) של מתחם העונש ההולם שנקבע לו.

זכות ערעור בתוך 45 ימים מהיום.

ניתן היום, כ"ה שבט תשע"ד, 26 ינואר 2014, בהעדר הצדדים.