

תורת האורגנים ועבירות הגבלים עסקיים - הרטוריקה וחיי המעשה

מאת

אמיר ונג, עו"ד*

מאמר זה עוסק בתורת האורגנים כבסיס לחבות פלילית לפי חוק ההגבלים העסקיים, ומטרתו לנסות לגשר בין הרטוריקה של הפסיקה והחוק לבין חיי המעשה. **בחלק א'** נציב כבסיס את התמצית התיאורטית של תורת האורגנים; נראה כיצד הדגישה הפסיקה מחד גיסא, שזיהוי האורגן הוא עניין נסיבתי המשתנה ממקרה למקרה, ומאידך גיסא ציינה שהאורגן צריך בכל זאת להשתייך תמיד "לצמרת" החברה. **בחלק ב'** נעבור לחיי המעשה ונציג סקירה כוללת של הפסיקה, שמלמדת שבפועל מעולם לא נמצא בישראל תאגיד חייב בדין מכוח תורת האורגנים, כאשר מבצע העבירה לא השתייך לדרג הכפוף ישירות למנכ"ל ומעלה. **בחלק ג'** נערוך השוואה בין אחריותם הפלילית של תאגידים במשפט הישראלי לבין האחריות המקבילה במשפט האמריקאי. אנו נראה כי המשפט האמריקאי מקים אחריות פלילית לתאגידים מכוח תיאוריות של שליחות, ומבחינה זו קיים הבדל ניכר וברור בין הדין הישראלי לדין האמריקאי, ובין חיי המעשה של שתי שיטות המשפט.

א. תורת האורגנים - הבסיס התיאורטי לזיהוי האורגן

ככלל, תאגיד יכול להימצא חייב בפלילים על בסיס שליחות או על בסיס תורת האורגנים. ההבדל בין הדוקטרינות חד: מכוח השליחות מיוחסת לתאגיד עבירה שביצע שלוחו, ואילו בתורת האורגנים נחשב התאגיד כמי שביצע בעצמו את העבירה מלכתחילה.

קיומה של אחריות פלילית שילוחית נחשבת בשיטתנו עניין חריג, ונראה שהיא אינה קיימת בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. על אף שבפסיקה נאמר שיייתכנו חריגים להעדרה של אחריות פלילית שילוחית, הרי שבפועל מדובר בחריגים מסוגים מסויימים בלבד, אשר אינם מתקיימים בתחום ההגבלים העסקיים. כך כתב בית המשפט העליון בעניין **שטרנשוס**:

"בישראל לא ידוע לי על שום פסק-דין, בו ייחסו לנאשם כוונה פלילית על דרך האחריות השילוחית או ההאצלה גרידא. בע"פ 325/64, בעמ' 57 פורטו החריגים (שמוינו בשלושה סוגים) בהם מפעילים עיקרון זה בפלילים:

* מחלקת הגבלים עסקיים, משרד רון גזית, רוטנברג ושות'. תודתי נתונה לעו"ד אייל שגיא על סיועם והערותיהם.

(א) הסוג הראשון דן בהרחבת כלל הנוכחות הלא-מקרית במקום העבירה תוך התנהגות המתפרשת כעידוד, וספק בלבי, אם אין לראות בכך סיוע לעברייני העיקרי, פשוטו כמשמעו; (ב) הסוג השני דומה במידת-מה לנושא הערעור, שכן הוא חל במקרים בהם נובעת האחריות במישורין מהפרה של חובת הזהירות המוטלת על הנאשם עצמו, אולם (להבדיל מענייננו) מדובר שם במקרים אשר בהם קיימת הוראה ספציפית בחוק המטילה על הנאשם אחריות פלילית בשל חוסר השגחה על מעשיו של אחר; (ג) הסוג השלישי, ההולך ומתרחב בימינו - הוא של עוונות וחטאים "סטטוטוריים", במיוחד לפי חוקי הרישוי למיניהם, בהם מטיל המחוקק במפורש אחריות שילוחית בשל מעשה הזולת, אף ללא מעשה פעיל מצדו (וזאת כדי להשיג את המטרה החיונית של טובת הציבור, שלמענה נקבע משטר הרישוי) או שבתי המשפט פירשו חוקים מיוחדים כאלה כמטילים אחריות שילוחית¹ (ההדגשות כאן ובהמשך אינן במקור, אלא אם נכתב אחרת).

רוצה לומר, עבירות הגבלים עסקיים אינן עבירות אחריות קפידה כי אם כאלה הדורשות מחשבה פלילית. החוק אינו קובע מפורשות אחריות שילוחית, ולפיכך לא תיתכן אחריות שילוחית בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים².

אחריות מכוח תורת האורגניזם תיתכן, כמובן, אך ורק אם אחד "האורגניזם" עבר עבירה³. כיום, הגדרת האורגניזם נמצאת בסעיף 23 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), המבטא את הדוקטרינה שפותחה בפסיקה עוד קודם לתיקון 39 לחוק העונשין⁴:

"היקף אחריותו הפלילית של תאגיד

23. (א) תאגיד יישא באחריות פלילית -

- (1) לפי סעיף 22, כשהעבירה נעברה על-ידי אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד;
- (2) לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, אם, בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד..."

1. הי"פ 95/80 שטרנשוס נ' מ"י, פ"ד לה(1) 661, 666.

2. ר' גס י. קדמי על הדין בפלילים (תשנ"ד-1994), עמ' 178.

3. יש לציין, שחריג לכך יהיה מקרה בו "העבירה" שעבר אחד האורגניזם היא עבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים ("אחריות של חבר בני אדם"). סעיף זה קובע אחריות למנהלי החברה במקרה בו "נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם". ממילא, ביצוע עבירה על ידי החברה הוא תנאי מוקדם לאחריותם של מנהלי החברה, ולכן לא יכולה אחריות לפי סעיף זה ליצור בדיעבד את אחריותה של החברה. ר' ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין (1984), עמ' 714-711.

4. י. קדמי על הדין בפלילים (עדכון והשלמה 1998), עמ' 48.

כפי שניתן לראות, סעיף החוק מבטא גישה מודרנית, לפיה זיהוי התאגיד נעשה, בין היתר, בהתאם לנסיבות העניין ולא רק לפי מיקום גרידא בפירמידת הניהול; לא רק "תפקידו" של האדם רלוונטי בסעיף 23(א)(2), כי אם גם "סמכותו ואחריותו", והדברים נבדקים בהתאם לנסיבות המקרה הספציפיות.

ואולם, ההתנתקות מן המבחן הפורמאלי - קרי, בחינה טהורה של המיקום בפירמידת הניהול בלבד - אין משמעותה התנתקות מן המבחן המהותי: "אורגן" חייב להשתייך לצמרת הארגונית ולהיות בעל מעמד בניהול עסקים ובקביעת מדיניות, שאחרת לא ניתן יהיה לראות בו alter ego של התאגיד (ואם נדייק, כעמדת בית המשפט האנגלי - ego של ממש, ולא ego חלופי⁵). ראו בעניין **שושנה פז**, את העמדה שהובאה מאז בהסכמה פעמים רבות:

"בפרשת Shacter, הנ"ל, שהוזכרה על-ידי השופט המלומד, לא הוחלט אלא זאת שלצורך התחיקה הפלילית שפורשה שם רואה-חשבון אחראי אחריות אישית בתור פקיד (officer) של החברה. לא נדונה שם השאלה אם מעשיו של רואה-החשבון הינם כמעשי החברה עצמה לענין אחריות החברה. דעתי היא שלא הוכחה זהות בין כהן ובין החברה עד כדי שאפשר לראות את כהן כמשתייך אל צמרת החברה המכוונת את ניהול עסקיה וקובעת את המדיניות שלה."⁶

לאור עמדה זו, סירב בית המשפט העליון לקבל באותו המקרה את העמדה שרואה החשבון של החברה ייחשב "אורגן" שמעשיו מחייבים את החברה בפלילים.

פרופ' א. לדרמן בחיבורו "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי משרה בכירים אחרים בתאגיד"⁷ טוען כך:

"ספק רב אם דמויות כחבר התאגיד, מבקר הפנים שלו, ובעל אחוזים בודדים מהון מניותיו המחזיק במשרה כלשהי בגוף המשפטי, מזכיר התאגיד - הם אורגנים של הגוף המשפטי מכוח משרותיהם. דומה כי למרות החשיבות של התפקידים שדמויות אלה נושאות בהם, אין לשייך אותן לצמרת ההיררכיה האחראית לקביעת מדיניות התאגיד, עניין המהווה אחת משתי אמות-המידה המצטברות לאפיון האורגנים.

...

אכן מכורח המציאות, הביטוי אורגנים ונושאי-משרה בכירים אחרים בתאגיד הוא אמורפי משהו, ואינו מתווה מסגרת מדויקת ואחידה לדיון. אולם הגיונו ברור. הוא נועד לחבוק את כלל הדמויות המכריעות ואת מוסדות הצמרת של

5. ראו את הסברו של Lord Reid בפסק הדין המוביל בעניין Tesco Supermarkets Ltd. v. Tesco, Nattrass, (1971) 2 All ER 127, 132 j.

6. ע"פ 109/72 מדינת ישראל נ' שושנה פז, פ"ד כח(1), 93, עמ' 101-102.

7. תשנ"ו פלילים ה' 101, 106-107.

גוף משפטי, האחראים לעיצוב מדיניותו ולהפעלת עיקר פעולותיו כלפי פנים וכלפי חוץ, בלא להתחייב לתוארי התפקידים והמשרות...

בפסק הדין הבריטי החשוב בעניין Tesco הובהר, כי האצלת סמכויות - אפילו כזו שבצדה מידה של שיקול דעת - אינה יוצרת "אורגנים" במקרה של הדרגים שמתחת להנהלה הראשית:

"There have been attempts to apply Denning LJ's words to all servants of a company whose work is brain work, or who exercise some managerial discretion under the direction of superior officers of the company. I do not think Denning LJ intended to refer to them. He only referred to those who 'present the directing mind and will of the company, and control what it does'.

I think that is right for this reason. Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of the company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion."⁸

גם דברי ההסבר להצעת החלק הכללי של חוק העונשין נתנו ביטוי לאותה הגישה:

"לפי סעיף קטן (ב) יישא תאגיד באחריות פלילית על עבירה רגילה - כלומר, המצריכה מחשבה פלילית או רשלנות - כאשר האדם שעשה את המעשה הוא, לפי סדרי המינהל של התאגיד, בעל תפקיד כה חשוב בניהול התאגיד עד שעקב כך ניתן לראות את מחשבתו הפלילית או את רשלנותו כמחשבה הפלילית או כרשלנות של התאגיד עצמו."⁹

ב. זיהוי האורגנים בפועל במשפט הישראלי

כתוצאה מכך, ניתן לראות בבירור, כי הפסיקה חייבה בפועל חברות באחריות פלילית לפי תורת האורגנים רק כאשר מדובר היה במנהלים מן הדרג הבכיר ביותר. קרי, הגם שלכאורה "תורת האורגנים" אינה כפופה עוד למבחן הפורמאלי של מיקום בהיררכיה הניהולית, המבחנים המהותיים לזיהוי האורגנים הובילו לכך שהפסיקה מוסיפה למצוא שרק עובדים בכירים ביותר ייחשבו כ"אורגנים" המחייבים את החברה באחריות פלילית.

8. עניין Tesco, לעיל ה"ש 5, 132f-h.

9. דברי ההסבר פורסמו במשפטים י' 203, 218.

ואכן, בבדיקה מקיפה של פסקי דין פליליים לא מצאנו, שאי פעם נמצא בישראל תאגיד חייב בדין מכוח תורת האורגניזם, כאשר המבצע היה בדרג נמוך מזה הכפוף ישירות למנכ"ל.

בעניין **פרומדיקו**, היו האורגניזם יו"ר הדירקטוריון והמנהלים הכלליים¹⁰; בעניין **חכמי**, העבירה נעברה על ידי מי שהחזיק בשליטה מלאה בחברה¹¹; בעניין **לאומי ושות'** - מר אברהם רובינשטיין, שהיה שני בהיררכיה רק למר אהרון רובינשטיין (שהיה חולה), ושעמד בראש הפירמידה הניהולית של החברה לעניין ההנפקה במסגרתה בוצעה העבירה¹²; בעניין **גלנט** - מנהל החברה ובעל השליטה בה¹³; בעניין **קלאב הוטלס** - שני המבצעים היו בעת ובעונה אחת בעלי מניות, חברי דירקטוריון ומנכ"לים משותפים¹⁴; בעניין **אגד** - המנהל הממונה על כל ענייניה הכספיים של אגד¹⁵; בעניין **חברת השקעות דיסקונט** - מנכ"ל החברה, מי שהיה מזכיר ויועץ משפטי, ומי שהיה מנהל כספים ודירקטור¹⁶; יש לציין, שבעניין **מודיעים**, בו בחן הנשיא ברק (אז השופט) מי ייחשב אורגן לעניין נהיגה ברכב, השאלה הושארה בצריך עיון, אך מלכתחילה נשאלה במובחן ביחס למנכ"ל ולאחראי על מחלקת הרכב דווקא, ולא ביחס לכל עובד אחר הנוהג ברכבי החברה¹⁷.

כך אף בתחום הפלילי של דיני ההגבלים העסקיים. בעניין **גיבור סברינה** הונחה הסוכן על ידי מנהל המכירות, והיתה מעורבות פעילה של מנהל המכירות והמנכ"ל¹⁸. בעניין **הפניקס**, היו אלה מנכ"לים וסגניהם אשר יצרו את הקרטל¹⁹. גם בעניין **אהליך יעקב** כל המעורבים היו מנהלים בכירים²⁰.

עניין **נחשתן** הוא מקרה מורכב בהיבט זה, אך ניתן לסכם שגם בו לא הורשע, בסופו של דבר, תאגיד על סמך מעשי עובד שלא היה כפוף לדרג המנכ"ל²¹. במקרה זה היו מעורבים שני עובדים: מר אלי נעמן - עובד בכיר שהיה כפוף למנכ"ל החברה, ומר יואב מגן - עובד שכפי הנראה היה מעט זוטר יותר. בבית המשפט המחוזי, ניכר היטב מפסק הדין המרשיע את חברת נחשתן באישום השני - האישום בו היה מעורב מר מגן - כי בית המשפט **התעלם** לצורך זה ממעשיו של מר מגן והרשיע את החברה **אך**

-
10. ת"פ 55/96 מ"י נ' **פרומדיקו**, פ"מ נו (2) 1, 179.
 11. ת"פ 331/92 מ"י נ' **חכמי**, פ"מ נו (3) 1.
 12. ע"פ 5734/91 מ"י נ' **לאומי ושות'**, פ"ד מט (2) 4, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.
 13. ע"פ 137/79 **גלנט** נ' מ"י, פ"ד לה (3) 746.
 14. ת"פ 1590/90 מ"י נ' **קלאב הוטלס**, פ"מ נב (4) 446.
 15. בית המשפט הבהיר, שמר לוי "נשאר בתפקידו זה כמנהל במשך שנים רבות, שעה שהממונה עליו, חבר נבחר של מזכירות אגד, היה מתחלף מידי תקופת בחירות". ע"פ 328/85 **אגד** נ' מ"י, פ"מ מח (1) 505.
 16. ת"פ (שלום תל אביב) 5678/99 **מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט**, תקדין שלום (1) 2002, 110.
 17. ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים** נ' מ"י, פ"ד מה (4) 364, פסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק: "האם ניתן לומר, כי תאגיד אחראי אישית בפלילים מקום שאורגן של התאגיד (כגון המנהל הכללי, האחראי על מחלקת הרכב), משתמש בדרך לנסיעה במסגרת ביצוע תפקידו בתאגיד, ואינו מקיים הוראות הניתנות בתמרו:?"
 18. ת"פ 4783/93 (שלום, בתל אביב-יפו) מ"י נ' **גיבור סברינה** (פ"ד מיום 15.2.1996).
 19. ת"פ (ירושלים) 417/97 מ"י נ' **הפניקס חברה לביטוח**, תק-מח (4) 2001, 381.
 20. ת"פ (ירושלים) 209/96 מ"י נ' **אהליך יעקב**, תק-מח (3) 2002, 708.
 21. ת"פ 238/94 מ"י נ' **נחשתן**, 1995 **הגבלים עסקיים** 3019357.

ורק בשל מעשיו של מר נעמן. בית המשפט הדגיש את מעמדו הבכיר של מר נעמן, את היותו כפוף למנכ"ל, ומעולם לא קבע בית המשפט המחוזי, שחברת נחושתן חייבת גם בשל מעשיו של מר מגן. הדברים ברורים בפסקה 9 לפסק הדין:

"... אף לא אחד הנתונים הללו נוגע לשאלה, אם יש לראות בפעולותיו של נעמן משום פעולת החברה... ואלה הנתונים המכריעים: את העבירה נשוא האישום האישום הראשון עבר נעמן בשעה שיורם אורפז היה מנהלה הכללי של נחושתן... את העבירה נשוא האישום השני עברו נעמן ומגן בשעה שעמיקם בן-צבי הוא מנהלה הכללי של נחושתן, שניהולו הביזורי לא יכול שלא להשאיר בידי נעמן שיקול דעת רחב מאוד, מה גם שלעת הזאת נמנה נעמן עם הנהלת נחושתן; נעמן הוא מנהל סניף תל-אביב ומנהל בפועל של סניף ירושלים (לרבות ריכוז פעילות ההרכבה בירושלים), ובשתי התקופות - אחראי על מערך השירות של שני הסניפים הללו וכפוף למנהל הכללי.

לא סניף בנק מנהל נעמן, אלא את עסקי השירות של נחושתן בשתי הערים הגדולות בארץ, בצד היותו חבר הנהלה הארצית. משום כך הוא נושא משרה בכיר בנחושתן ובתור שכזה אחד האורגנים שלה... מכל הטעמים הללו יש לראות בפעולתו (של נעמן) (ובאישום הראשון - המשותפת עם אורפז) את פעולת נחושתן."

בערעור בפני בית המשפט העליון זוכתה נחושתן מהאישום השני - הוא האישום בו היה מעורב מר יואב מגן אשר אינו כפוף למנכ"ל.²² היא זוכתה בשל כך שנמצאה פטורה מעבירת ניסיון - זו היתה עבירת האישום השני - עקב חרטה. ממילא לא ניתן לומר שפסק דינו של בית המשפט העליון הוא תקדים להרשעת חברה עקב מעשיו של עובד שאינו בדרג הכפוף ישירות למנכ"ל, שכן החברה כלל לא הורשעה. יתר האמירות שבערעור בנושא מעמדו של מר מגן, נועדו אך ורק לבסס את הרשעתו של מר מגן עצמו. מכל מקום, אין בהן כל קביעה ברורה ביחס לאפשרות הרשעתה של החברה בשל מעשי מגן כשלעצמו; נראה דווקא, שערכאת הערעור שמה דגש על העובדה שמר מגן פעל ביחד עם מר נעמן כמבצעים בצוותא.

כך יוצא, שבתו המשפט ציינו במספר מקרים כי הזיהוי המדוייק של האורגנים הוא סוגייה סבוכה,²³ אולם לא נדרשו לה במלוא קושיה מסיבות שונות. בעניין מודיעים, היה זה מן הטעם שהחברה עצמה נתפסה כמי שמודה בכך שאורגן מטעמה עבר את העבירה. במקרים אחרים, כפי שהראינו לעיל, היה זה מן הטעם הפשוט, שכתבי אישום הוגשו מלכתחילה רק כאשר מדובר היה בדרג הבכיר ביותר של החברה.

22. ע"פ 7399/95 נחושתן ואח' נ' מ"י, פ"ד נב(2) 105, 130.

23. ראו לדוגמה בעניין מודיעים, לעיל ה"ש 17, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק המציין, כי "שאלת המפתח הינה מיהו זה שנראה בו אורגן של התאגיד לצרכי הנהיגה וכיצד נבחין בין אורגן (שהאחריות לנהיגתו היא אישית) לבין עובד או שלוח (שהאחריות לנהיגתו - אם זו מוכרת - היא שילוחית)? שאלה זו קשה היא, והיא טרם נידונה בהרחבה בפסיקה." ראו גם לדוגמה בהקשר הניזקי בע"מ 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ ו-3 אח', פ"ד מח(5), 661, פסקה 20 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

השורה התחתונה, אם כן, היא זו: הגם שהרטוריקה בפסיקה מציינת פעמים רבות שתורת האורגנים אינה כפופה עוד למבחן פורמאלי הבודק מיקום היררכי בארגון, אין הדבר בא לידי ביטוי בהרשעות; בסופו של יום, ככל שבדיקתנו משגת, מעולם לא נמצא בישראל תאגיד חייב בדין מכוח תורת האורגנים אם מבצע העבירה לא השתייך לדרג הכפוף ישירות למנכ"ל ומעלה.

ג. חבות פלילית של תאגידים - ההשוואה המטעה לארה"ב

המשפט האמריקאי מרחיב במידה ניכרת את אפשרויות הפללתם של תאגידים. כפי שנראה כאן, הרחבה זו מבוססת על דוקטרינות של שליחות המספיקות להרשעתו של תאגיד בארה"ב. מבחינה זו, המשפט האמריקאי סוטה בבירור ובמידה ניכרת מדיני העונשין בישראל, והתקדימים האמריקאיים בתחום הפלילי של דיני ההגבלים העסקיים לא יוכלו להוות תקדים בעל כוח שכנוע בבית משפט ישראלי. בתחום זה חיי המעשה בארה"ב שונים ביותר, מאלו שבישראל, אך הסיבה איננה יישום מרחיב יותר של תורת האורגנים אלא הדוקטרינות של שליחות להרשעתו של תאגיד הרווחות בארה"ב המאיינות את הצורך בתורת האורגנים.

על מנת שיובנו דברינו היטב, נשוב לרגע אל המשפט הישראלי דווקא, ונצביע על האבחנה הברורה שיש בו בין תיאוריות אחריות נזיקית לתיאוריות אחריות פלילית.

כאשר המדובר בנזיקין, תאגיד אינו חב במעשיהם של "האורגנים" שבו בלבד; הוא חב בנזיקין למעשיהם של כל עובדיו מכוח סעיף 13 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), כל עוד העובד "עשה את המעשה תוך כדי עבודתו", או שהמעביד "הרשה או אישר" את המעשה.

יסודו של הכלל המצוי בסעיף 13 האמור הוא בדוקטרינת שליחות **אזרחית** המכונה **Respondent Superior**, היוצרת חבות של מעבידים למעשי שלוחיהם. ודוק: קיימת גם אחריות "אורגנית" בדיני הנזיקין היוצרת אחריות של **ישירה** של תאגיד, ועליה נוספת האחריות השילוחית מסוג **Respondent Superior**²⁴. כאשר מדובר באחריות בנזיקין, שתי דוקטרינות האחריות חלות זו בצד זו.

בית המשפט העליון בישראל איבחן מפורשות בין הפלילי לנזיקי, וציין במספר הזדמנויות, כי דוקטרינת **Respondent Superior** אינה יכולה ליצור אחריות פלילית. אין בכך הפתעה - דוקטרינה זו אינה שונה מכל תיאוריה אחרת של אחריות שילוחית, וכאמור ככלל, אין בפלילים אחריות שילוחית. בתי המשפט הבחינו היטב בין אחריות אורגנית, שבבסיסה "זהות" בין האורגן לתאגיד, לבין אחריות שילוחית, שבבסיסה

24. ראו טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (ירושלים 1969), עמ' 374-372, שם מוסבר כיצד מצטרפת האחריות הישירה של התאגיד לאחריותו למעשי הזולת (קרי, עובדיו).

אחריות מכוח דיני השליחות. ראו הדחייה המפורשת של דוקטרינת Respondent Superior בעניין אברהם לב²⁵:

"החובה למנוע ביצוע של עבירות במסגרת עיסוקיה חלה על חברה בע"מ כמו על מעביד פרטי... חובה זו כשאר תפקידיה וחובותיה, אין החברה מסוגלת לבצע אלא באמצעות אנשים בשר ודם בתור שלוחיה, שכן היא עצמה, בהיותה גוף משפטי, נעדרת כושר פעולה או חשיבה וכמוה כחומר ביד היוצר. אותם שלוחים הם בחלקם בגדר "המוח" (או "האני האחר") שלה, ואז מייחסים את ידיעתם ואת כוונתם גם לה; ובחלקם - בגדר "ידיה", ואז נושאים רק הם באחריות למעשיהם ולמחדליהם. הכלל הידוע בשטח האזרחי כ-Respondent Superior אינו חל בפלילים ומכאן שרק כלל "ההזדהות" (identification) הוא הבסיס להרשעתה של חברה במעשה פלילי שביצע אדם הנמנה עם סוג "האני האחר"."

בעניין מודיעים צוטט קטע זה בהסכמה על ידי הנשיא ברק²⁶, ועוד נכתב בפסק הדין לעניין האבחנה בין התחום הפלילי לנזיקי:

5. תורת האורגנים לא נועדה להטיל על תאגיד אחריות בגין אחריותם של האורגנים. לשם כך קיימת הדוקטרינה של אחריות שילוחית... אחריותו של התאגיד לפעילות האורגן היא אישית, תוך שבאמצעות הפעולות והמחשבות של האורגן עולה בידי התאגיד לקיים את יסודות הנורמה המשפטית אותה מבקשים להחיל עליו. בכך מתבלט שוני מהותי בין תורת האורגנים לבין האחריות השילוחית...

12. שכן בתחום הפלילי - להבדיל מדיני הנזיקין (ראה סעיפים 13-14 לפקודת הנזיקין) - אינו קיים עקרון כללי לפיו מוטלת אחריות פלילית שילוחית על התאגיד. העקרון הכללי הינו כי אחריות פלילית שילוחית קיימת רק במקום שהדין הפלילי הספציפי קבע במפורש קיומה של אחריות פלילית שילוחית, או שאחריות פלילית שילוחית - אף שלא נקבעה במפורש - מתבקשת מפירושה של לשון החוק על רקע תכליתו.

...

19. אכן, שאלת המפתח אינה אם עקרונית תאגיד עשוי לחוב בפלילים אישית בגין נהיגה אסורה של אורגן. שאלת המפתח הינה מיהו זה שנראה בו אורגן של התאגיד לצרכי הנהיגה וכיצד נבחין בין אורגן (שהאחריות לנהיגתו היא אישית) לבין עובד או שלוח (שהאחריות לנהיגתו - אם זו מוכרת - היא שילוחית)?

הדין האמריקאי, בניגוד גמור וברור לדין הישראלי, קובע אחריות פלילית לתאגידים על בסיס תיאוריית Respondent Superior, וזאת גם בעבירות הדורשות מחשבה

25. ע"פ 115/77 אברהם לב ו-3 אח' נ' מדינת ישראל ו-3 אח', פ"ד לב(2), 505, 519-520.

26. לעיל, ה"ש 17, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

פלילית ככלל ובעבירות בתחום דיני ההגבלים העסקיים בפרט. מבחינה זו, מקובל כי המשפט האמריקאי סוטה מן הדין האנגלי (והישראלי). ראו לדוגמה את ההסבר הבא:

"The analysis indicates that corporate criminal liability in the United States is far more extensive and less restrictive than corporate criminal liability frameworks in other countries and raises the question of why these differences have developed.

... The standards that courts use to attribute liability to a corporation are easily satisfied. Corporate liability in the United States is based on the imputation of agents' conduct to a corporation, usually through the application of the doctrine of respondeat superior.

Under this doctrine, three requirements must be met in order to impose liability on a corporation. First, a corporate agent must have committed an illegal act (the actus reus) with the requisite state of mind (the mens rea). If a particular agent, regardless of rank in the corporation, had the necessary state of mind, this mens rea can be imputed to the corporation...

Second, the agent must have acted within his scope of employment. The scope of employment includes any act that "occurred while the offending employee was carrying out a job-related activity." In fact, this requirement is so broad that courts may hold corporations liable even when corporations have forbidden the wrongful activities...

Nonetheless, even though corporate criminal liability is becoming more common in Europe, European standards for imputation of an agent's actus reus or mens rea to the corporate principal often differ from the American doctrine of respondeat superior. English law, for example, only imputes an agent's criminal intent to the corporation if the agent is the "alter ego" of the corporation, and courts usually define "alter ego" to mean an agent high up in the corporate hierarchy. In contrast, respondeat superior does not premise imputation of liability upon the rank of the corporate agent who possesses intent. Other imputation standards used in Europe lie somewhere between the British alter ego approach and the American law of respondeat superior."^{27 28}

V.S. Khanna, "Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?" (1996) 109 *Harv. L. Rev.* .27
.1477, 1487-1491

See also: Fischel and Sykes "Corporate Crime" (1996) 25 *J. Legal Stud.* 319 (noting that "The Court's .28
reliance on the tort law doctrine of respondeat superior is perhaps understandable, but misplaced. Respondeat superior liability is vicarious--the firm is liable for the consequences of its agents' acts, but .it is not separately liable." p. 335)

ראו גם בספרה המוביל של פרופ' Brickey על אחריות פלילית של תאגידים בדין האמריקאי, מבהירה המחברת, כיצד השאלה המהותית היחידה לאחריות תאגידים היא, במרבית המקרים, האם המעשים נעשו במסגרת סמכותם של העובדים.²⁹

התוצאה היא, אכן, שבארצות הברית תאגידים מורשעים בעבירות כמעט בכל מקרה בו מי מעובדיהם עבר עבירה. בניגוד למשפט הישראלי, לא מתבצעת שם כל בחינה שמטרתה זיהוי עובדים היכולים להיחשב "אורגנים" מבחינת מעמדם בארגון. על גישתו המרחיבה של הדין האמריקאי, קיימת ביקורת בארצות הברית³⁰ - לא נרחיב במסגרת זו על דבר הביקורת, שכן המשפט הישראלי אינו לוקה בבעיות אלו.

נראה שהבדל ברור זה בין המשפט האמריקאי לישראלי מתקיים גם בתחום דיני ההגבלים העסקיים. אכן, גם בעבירות הגבלים עסקיים מורשעים תאגידים בארצות הברית לאור מעשיהם ומחשבתם של עובדיהם על בסיס דוקטרינת **Respondent Superior**, ולא על בסיס תורת האורגנים.

במאמר הסוקר את נושא האחריות הפלילית בדיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית, נכתב:

"Under the common law doctrine of respondeat superior, an employer is only generally liable for the actions of an employee acting within the scope of her employment or acting with apparent authority. Accordingly, a corporate defendant may attempt to avoid respondeat superior liability where agents who have not been granted authority to take such actions commit antitrust violations. The courts, however, have construed the "scope of employment" and "apparent authority" requirements very broadly; as long as the agent acts within the scope of her employment or apparent authority, the corporation cannot absolve itself of liability even if the agent actually acted contrary to general corporate policy, against express instructions, or primarily for personal benefit."³¹

וכך, בפסיקה האמריקאית ניתן למצוא את ההנחיות שניתנו למושבעים בנוגע לאופן בחינת אחריות התאגיד למעשי עובדיו בעבירות הגבלים עסקיים, וההשוואה למול פסקי הדין בישראל מאלפת וברורה. בפסק הדין האמריקאי בעניין **הילטון**, לדוגמה, נבחנה אחריותה של רשת המלונות למעשיו של מנהל אחד ממלונות הרשת בפורטלנד, אורגון. מנהל זה הצטרף לחרם מאורגן של בתי המלון בעיר על מספר ספקים. בית המשפט לערעורים (Court of Appeals for the Ninth Circuit) אישר את ההנחיות הבאות שנתנה ערכאת הדיון לחבר המושבעים:

.29 Kathleen F. Brickey, **Corporate Criminal Liability** (2nd Edition, CBC), 3:01 - 3:04, 4:01

.30 ראו **שם**, ובמאמר שהובא **לעיל**, בה"ש 27.

.31 Raymond Krauze and John Mulcahy "Antitrust Violations" (2003) 40 **Am. Crim. L. Rev.** 241, 257-258. See also: Areeda Antitrust Law, para. 303 n.4

"Based upon this testimony, appellant requested certain instructions bearing upon the criminal liability of a corporation for the unauthorized acts of its agents. These requests were rejected by the trial court. The court instructed the jury that a corporation is liable for the acts and statements of its agents "within the scope of their employment," defined to mean "in the corporation's behalf in performance of the agent's general line of work," including "not only that which has been authorized by the corporation, but also that which outsiders could reasonably assume the agent would have authority to do." The court added: "A corporation is responsible for acts and statements of its agents, done or made within the scope of their employment, even though their conduct may be contrary to their actual instructions or contrary to the corporation's stated policies."³²

בית המשפט האמריקאי התרכזו אך ורק בשאלה, האם נעשו המעשים במסגרת עיסוקו של העובד (scope of employment), והרשיע את התאגיד משמצא שכך אכן היו הדברים. המבחנים בהם משתמש בית המשפט הם מבחנים לאיתור שליחות בלבד.

את הדין בישראל סקרנו לעיל, וכעת ניתן לסיים את ההשוואה לדין האמריקאי: הן מסעיף 23 לחוק העונשין והן מן הפסיקה עולה בבירור, שהדרך לבחינת אפשרות הרשעתו של תאגיד בישראל שונה לחלוטין מן המקובל בארה"ב (כפי שראינו בעניין הילטון לעיל). בית המשפט האמריקאי בוחן רק אם העובד פעל במסגרת סמכות/תפקידו, ואולם מבחן זה בבירור אינו משקף את הדין הישראלי. בדין הישראלי נדרשת בדיקה מקיפה לאורה יש לבחון, האם קיימת **הזדהות** בין התאגיד לבין האורגן.

סיכומו של פרק זה הינו לפיכך חד וברור: המקרים בדין האמריקאי בהם הורשעו תאגידיים בעבירות הגבלים עסקיים בשל מעשיהם של עובדים שאינם חלק מן הצמרת הניהולית, משקפים שוני דוקטרינרי חד לעומת המשפט הישראלי. אין זאת שבארה"ב נוהג יישום מרחיב יותר של תורת האורגנים; בארה"ב די בדוקטרינות של שליחות להרשעתו של תאגיד, ואין כלל צורך בתורת האורגנים. לטעמנו, יש להסיק מכך שלתקדימים האמריקאיים בנושא זה אין כל כוח משכנע במשפט הישראלי, כל עוד דבק הדין הישראלי בתורת האורגנים.

בשולי הדיון ובהערת אגב, מן הראוי להזכיר את ייחודו של הדין הישראלי בהיקף העבירות הפליליות בחוק ההגבלים העסקיים, שכן הפליליות הנרחבת חייבת, לטעמנו, לצמצם את מידת הנכונות להפעיל דוקטרינות אחריות רחבות. פליליותו הגורפת של חוק ההגבלים העסקיים הישראלי, הכוללת גם את מקרי הניצול לרעה של כוח מונופולי, היא, למיטב ידיעתנו, חסרת תקדים ויוצאת דופן בעולם. קיימים

מקומות ספורים בעולם בהם קרטלים מסויימים נחשבים עבירה פלילית³³. בארה"ב, הוראות חוק Sherman עשויות ליצור חובה פלילית גם למונופולים לעתים, אך הוראות אלה מופעלות בדרך זו בעיקר במקרי קרטל, ומכל מקום אין הן דומות בהיקפן לעבירת "הניצול לרעה" שבחוק הישראלי. בדין האירופי ובמדינות נוספות יש סמכות בדין להטלת קנסות מינהליים - סמכות שלא הוענקה בחוק ההגבלים העסקיים הישראלי - אך אין המדובר בעבירות פליליות ובעונשים פליליים. על כך יש להוסיף, שאחריות בפלילים של תאגיד בישראל לפי חוק ההגבלים העסקיים, מקימה אחריות פלילית גם למנהלי התאגיד (סעיף 48 לחוק). ואם כה רחבה היריעה הפלילית בישראל, על אחת כמה וכמה שיש להמשיך ולהימנע מקביעת אחריות שילוחית לשלל העבירות כדרך שעושים בתי המשפט בארה"ב.

33. באנגליה נחקקה לראשונה עבירת הגבלים עסקיים פלילית בשנת 2002, היא מוגבלת ל-Hard-core Cartels בלבד, ועד כה לא הוגשו כתבי אישום (למיטב ידיעתנו). ר' 5th Richard Whish **Competition Law** (5th edition, 2003, LexisNexis UK), p. 389.