

## בבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו

**בפני:** כבוד השופט ד"ר ג' קלינג - אב"ד  
כבוד השופט ד"ר ע' מודריק  
כבוד השופט ד"ר ע' קפלן-הגלר

ע"פ 331/94  
ע"פ 366/94

**המערער:** 1. משה קרן (בע"פ 331/94)  
2. חנן ברק

**ע"י ב"כ:** 1. עו"ד ג' אדרת  
2. עו"ד פירדי

### נגד

**המשיבה:** מדינת ישראל (בע"פ 366/94)

**ע"י ב"כ:** עו"ד ח' שניר

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב יפו (כבוד  
השופטת ברכה אופיר תום) שניתן ביום 3.11.93 בתיק פלילי 3348/90  
ועל גזר הדין שניתן בבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו

## פסק דין

**השופט ד"ר ג' קלינג:**

### העובדות

1. משה קרן, חנן ברק וכן אדם שלישי בשם אבי כוכבא הורשעו בעבירות של שימוש במידע פנים. משה קרן הורשע בעבירה על סעיף 52ג' לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 וחנן ברק ואבי כוכבא הורשעו בעבירות על סעיף 52ד' לחוק ניירות ערך. משה קרן נידון למאסר של ששה חדשים, שירוצה בעבודות שרות וכן מאסר על תנאי לתקופה של 18 חדש, בתנאי שבמשך שלש שנים לא יעבור עבירה על חוק ניירות ערך. כן הוטל על משה קרן קנס בסכום של 28,000 ש"ח. חנן ברק נידון לשלשה חדשי מאסר שירוצו בעבודות שירות ומאסר על תנאי של תשעה חדשים, בתנאי שבמשך שנתיים לא יעבור על חוק ניירות ערך וכן לתשלום קנס בסכום של 21,000 ש"ח. הערעורים מכוונים הן להרשעה והן לעונש.
2. במחצית הראשונה של 1990, שהיא התקופה שבה התרחשו האירועים נשוא כתב האישום שעל פיו הורשעו המערערים, שימש ד"ר משה קרן כמזכיר חברת פז בע"מ, וכן כמזכיר בחברת חיפושי נפט של פז בע"מ. קרן ניהל עבור עצמו תיק השקעות בניירות ערך בסניף חיפה של בטוחה ניירות ערך והשקעות בע"מ. ברק וכוכבא שמשו באותה תקופה כיועצים וכמנהלים של תיקי השקעות בסניף חיפה של בטוחה. שותפות מוגבלת, שעל שותפיה נמנו ישראלמקו אינק., י.ו.א.ל. ירושלים אויל אקספלוריישן בע"מ וחברת חיפושי נפט של פז בע"מ, עסקה בקידוחי נפט בשני פרוייקטים ים-1 וים-2. המטרה היתה למצא נפט וגז על המדף היבשתי, מול נמל אשדוד. הקידוחים החלו ב-1989. כשנה לאחר תחילת הקידוחים התרחשו שני אירועים. הראשון שבהם קרה באפריל 1990 והוא היה נשואו של אישום מס' 1 שממנו זוכו כל הנאשמים, ולכן אין בו ענין בערעור שבפנינו. האירוע השני הוא נשוא אישום מס' 2 שבו הורשעו שני המערערים. קרן הורשע בעבירה על סעיף 52ג' וברק - בעבירה על סעיף 52ד'. בסעיפים אלה נאמר:

"52ג. איש פנים בחברה העושה שימוש במידע פנים, דינו - מאסר שנה או קנס 9,000 ש"ח.

52ד. העושה שימוש במידע פנים אשר הגיע לידו, במישרין או בעקיפין, מאדם אשר הוא יודע כי הוא איש פנים בחברה, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 4,500 ש"ח."

### "איש פנים"

3. מיסודותיה של העבירה על סעיף 52ג' הוא שהיא נעשית על ידי "איש פנים". עו"ד אדרת, בא כחו של קרן, הקדיש חלק ניכר מטעונו בבית משפט השלום וכן בערעור לשלילת מעמדו של קרן כאיש פנים, כהגדרתו בסעיף 52א' לחוק ניירות ערך:

#### "איש פנים", בחברה -

- (1) דירקטור, מנהל כללי, בעל מניות עיקרי בחברה או אדם אחר שמעמדו או תפקידו בחברה או קשריו עמה נתנו לו גישה למידע פנים ביום הקובע או תוך ששת החדשים שקדמו לו; לענין זה, "היום הקובע" - היום שבו נעשה שימוש במידע פנים;
- (2) בן משפחה של אחד המנויים בפסקה (1);
- (3) תאגיד בשליטתו של אחד המנויים בפסקאות (1) ו-(2);

לטיעונו של קרן לענין זה התייחס בית משפט השלום באמרו (בע' 52):

"הרבה מאמצים הקדיש הנאשם בנסיונו לומד מעמדו כאיש פנים בחברת פז. אך אלה לא שכנעונו. התקשורתו של הנאשם על כך שלא שימש כמזכיר חברת פז אלא כממלא מקום בלבד, ונסיונותיו לתאר את מקומו השולי בחברה (עמ' 400, 401) נראו בעיני כהיתממות וכנסיון עקר להתחמק מאחריות, ולו על ידי טיעונים אבסורדיים. שאינם מעוררים אלא גיחוך... מכל שהובא בפני, בהקשר דברים זה, שוכנעתי, כי קרן תפס עמדה מרכזית בפז. אשר היתה שותפה פעילה בפרויקט הקדוח. ומכאן, גם הסקתי שהיתה לו נגישות למידע בחברת פז. ככלל וכפועל יוצא מכך. גם למידע הקונקרטי הקשור בשותפות המוגבלת. בפרט, נגישות זו למקורות המידע - THE ACCESS TEST - היא אשר קבעה בעיני מעמדו של קרן כאיש פנים. לצורך הענין הנדון."

לאחר שעיינו היטב בטיעונו המפורט של עו"ד פירדי בפנינו, אין לנו מה להוסיף על דבריה של השופטת המלומדת. זאת אמרנו, ללא התייחסות לטיעונו של באת כח המשיבה כי מדובר בממצאים עובדתיים שערכאת ערעור לא תתערב בהם. לענין זה אין לנו אלא לאמץ את הנטען על ידי באת כח המשיבה בסעיפים 13.2 ו-13.3 לטיעוניה:

"13.2 מערער-1 (קרן) הוא בבחינת אדם אחר שמעמדו או תפקידו בחברה או קשריו עמה, נתנו לו גישה למידע פנים, במובן סעיף 52א' לחוק ניירות ערך.  
13.3 מעמדו של מערער-1 כאיש פנים נגזר עקב שני מאפיינים: האחד, נגישותו למידע, והאחר תפקידו בחברת פז חיפושי נפט."

מוסיף עו"ד אדרת וטוען שגם אם מקבלים את שנאמר בפסק הדין, כי מעמדו של קרן בחברת חיפושי נפט של פז הינו של "איש פנים", אין הדבר עושה אותו "איש פנים" לגבי מידע של השותפות. לטענת המערער השותפות אינה תאגיד שניירות הערך שלו נסחרים בבורסה. לכן, לטענת המערער, אין חוק ניירות ערך חל על מידע פנים המתייחס לעניני השותפות.

טיעון זה מתעלם מהגדרת מידע פנים בסעיף 52א', מידע פנים הוא מידע על התפתחות בחברה. לו הסתיימה ההגדרה בכך, יתכן שהיה ממש בטיעונו של עו"ד אדרת. אולם בהמשכה של ההגדרה מדובר על התפתחויות חיצוניות העשויות להשליך על מצבה של החברה. אין ספק שלהתפתחויות בשותפות הייתה השפעה על מצבה

של חברת פז חיפושי נפט. מכיוון שכך, גם מידע על ענייניה של השותפות, שיש בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה, הינו בגדר מידע פנים של חברת פז חיפושי נפט, שבה היה קרן "איש פנים".

4. ברק הורשע בעבירה על סעיף 52ד', בכך שעשה שימוש במידע פנים שקיבל מקרן, בידעו שקרן הוא איש פנים. גם ברק כופר בהיותו של קרן איש פנים וכן בכך שהוא, ברק, ידע על היותו של קרן איש פנים. משנדחתה הטענה כלפי היותו של קרן איש פנים, נותרה השאלה אם צדק בית משפט השלום בקבעו שברק ידע כי קרן הוא איש פנים. לאחר שהגיע לקרן המידע, שעל פרטיו יהיה צורך להתעכב בשלב מאוחר יותר, הוא התקשר לסניף חיפה של בטוחה ודיבר עם כוכבא. כוכבא מסר את המידע לברק ולאחרים. מיד לאחר קבלת המידע רץ כוכבא עם ברק ועם אחרים למטה, למחשב, כדי להעביר פקודות בבורסה. בית המשפט סמך קביעותיו אלה, לא רק על הודעותיו של כוכבא ברשות ניירות הערך, שיתכן ואין להסתמך עליהן כלפי ברק, אלא גם על דבריו של כוכבא בבית המשפט. כוכבא העיד (בע' 630):

**"זה שירדתי מלמעלה למטה אני חשבתי שיש לי איזה סקופ לא נורמלי, שאחר כך התברר שזה לא סקופ. הם גם התרגשו מזה."**

ברק אמר בהודעתו (ת/29 ע' 15):

**"... ידענו שהידיעה שהוא מוסר לנו - משה קרן - היא ידיעה על תוצאות בדיקת הגז שדווח על גילוי קודם לכן ושהתוצאות טובות ושכדאי לקנות את המניות שכן ערכן יעלה כשייוודע בציבור."**

בצדק העירה השופטת המלומדת בשולי דברים אלה (ע' 48 להכרעת הדין):

**"בדבריהם אלה, נראה, יישמו הנאשמים, אולי מבלי משים, את הגדרת המחוקק למונח "מידע פנים". קרי, "שכדאי לקנות... שכן ערכן יעלה כשייוודע בציבור".**  
**אם כך חשבו הם, שהיו כאמור יועצי השקעות מנוסים ומיומנים, קל לנחש מה היה חושב ציבור המשקיעים בכללו."**

5. יוסף כי בדבריהם אף הביעו ברק וכוכבא את אמונם במידע שקיבלו מקרן. ברק אמר בהודעתו (ת/29 ע' 15) כי סמך על האיש שמסר את הידיעה מאחר וידע שהוא עובד חברת פז שהיא חברת האם של חברה השותפה בקידוח ים-2. גם בעדותו בבית המשפט אישר ברק כי כאשר כוכבא אמר לו שקרן התקשר, הוא ידע שזה משה קרן שעובד בחברת פז (ע' 738 וע' 783).

העולה מכל האמור הוא שברק ידע על זיקתו של קרן לשותפות. אפילו לא ידע שזיקה זו מקנה לקרן מעמד של "איש פנים" לענין הגדרתו של מידע פנים, אין בכך כדי להועיל לברק. שאלת הסיווג של מעמדו של קרן, היא שאלה משפטית. תנאו של סעיף 52ד' בדבר הידיעה על היות מקור המידע איש פנים, אינו מדבר בידיעה על מעמדו המשפטי של מקור המידע, אלא אך ורק על התשתית העובדתית. כאמור, צדק בית משפט השלום בקבעו כי ברק ידע את זיקתו העובדתית של קרן לשותפות.

#### משמעות המידע

6. ביום 8.5.90 שלחה השותפות לבורסה הודעה (ת/12ב) שבה נאמר, בין השאר:

**"חברת ישראל מקו מודיעה בשם השותפים בעסקת "נגב 2" כי נכון למועד ההודעה הגיע הקידוח לעומק של 5,238 מ' והוא אמור להמשך עד לעומק של כ-5,300 מ' כמתוכנן. בעומק של 5,234 נתגלו סימני גז, אך לא התקבלה בשלב זה כל אינדיקציה בדבר המצאות שכבת מאגר בעומק זה והקדיחה נמשכת..."**

לאור ממצאים מהקידוח שהתקבלו ביום 10.5.90, החליטו החברים בשותפות על דיווח נוסף. בשעה 16:56 נשלחה הודעה נוספת (ת/12א):

"חברת ישראל מקו מודיעה בשם השותפים בעסקת "נגב 2" כי נכון למועד ההודעה הגיע קידוח "ים-2" לעומק של 5,329 מטר, בהמשך להודעה מיום 8.5.90 מודיעה החברה, כי בנוסף לסימני הגז שהמשיכו להופיע החל מעומק של 5,234 מטר ועד לעומק אליו הגיע הקידוח, התגלו גם סימני נפט נזלי קל ביותר (קונדנסט) בעומק של 5,307 מטר. עד סיום המדידות החשמליות תתקבל החלטה על המשך הבדיקות והקדיחה."

בית משפט השלום עמד על השוני שבין שתי ההודעות (בע' 32 להכרעת הדין):

"בעוד, בת/12 ב' קיימת הסתייגות בולטת לגבי המימצא, שאין בו "כל אינדיקציה בדבר המצאות שכבת מאגר", הרי בת/12א', קיימת, לכאורה הדגשת חשיבותו של הארוע, כאשר, מובהר כי "בנוסף לסימני הגז" נתגלו "גם" "סימני נפט נזלי". התנסחות זו, יש בה להעיד, לכאורה, על דרך חשיבתם של השותפים, אשר סברו, כפי הנראה, כי התופעה אשר החלה, לכאורה, לתת אותותיה עוד ביום 17.4.90, וקבלה ביטוייה בת/12ג', המשיכה להתרחש ברצף, עד שניתן היה להאמין שאין המדובר עוד בתופעה חד-פעמית, אלא בתופעה המובילה לקראת הגילוי המיוחל."

אלכס הלפמן, מנהל ישראל מקו, העיד באשר לאירועי 10.5.90:

"אנחנו אחרי 45 מיליון \$, בעומק של 5200 מטר, אחרי שב-4700 זו היתה המטרה שלנו ולא ראינו שום עליה בפיק, ו-5200 משהו, פתאום התגלה לנו פיק. זה חגיגה ..."

#### מסירת מידע פנים

7. בית משפט השלום תיאר (בע' 34) את מסירת המידע על ידי קרן. עוד לפני שליחת ההודעה (ת/12א), התקשר קרן לכוכבא והודיע לו את הפרטים שקיבל על הקידוח ממנכ"ל ישראל מקו וממנכ"ל פז. כפי שנאמר בפסק הדין של בית משפט השלום, אמר קרן באותה שיחה (ע' 34):

"כי עומדת לצאת הודעה לבורסה על התגלית "היותר מעניינת" האמורה, בהוסיפו כי נתגלו סימנים לגז מעובה, וכי יתכן ובימים הקרובים תצאנה הודעות מעניינות נוספות. דומה, כי בתחום טעון זה, בו גלום "חלום" הנפט - כביטוי של הנאשם 2 (כוכבא) - די במלים אלה כדי "להקפיץ" את המשקיע הסביר ולהריצו אל הבורסה, כפי שאכן קרה לנאשם 2. שכן, מיד עם קבלת המידע ירד זה בריצה במדרגות אל המחשב, כשהוא גורר עימו את חבריו, להם העביר גם בפעם זו, את המידע אותו קיבל מן הנאשם 1 (קרן), על מנת שיהנו ממנו, גם הם."

בית המשפט ציין כי הוא סומך את תיאור העובדות על הודעותיו של קרן ברשות לניירות ערך.

בא כחו של קרן הרחיב טיעונו בתמיכה לגרסה שביום 10.5.90 לא היה בידי קרן כל מידע שמסירתו לאנשי בטוחה עלולה היתה להיחשב למסירתו של מידע פנים. קביעותיו של בית המשפט תואמות את טיעונו של עו"ד אדרת. עו"ד אדרת מסכים (בע' 14 לעיקרי טיעונו בכתב) כי מנכ"ל פז, ד"ר סני, מסר לקרן כי נשלחה הודעה לבורסה בנוגע לקידוח ים-2. לטיעונו של קרן לא נאמר לו אותה שעה מה תכנה של ההודעה שנמסרה לבורסה.

עוד טוען קרן כי לא הובא לידיעתו תכן הישיבה של השותפים בשותפות, אשר קדמה להודעה ת/12א. גם אם כך הם הדברים, אין זה גורע מידיעתו של קרן על עצם משלוח ההודעה לבורסה.

אפילו התקבלה גרסתו של קרן שלא ידע את תכן ההודעה ולא יכול היה למסרו לאנשי "בטוחה", הרי ידע על מציאת הקונדנסט, שנזכר בהודעה ת/12א'.

המערערים הקדישו מאמץ ניכר לבירור משמעותו של המונח קונדנסט. אלא שלענינם של הערעורים אין לכך כל חשיבות. די שבעיני המערערים ובעיני הציבור היתה משמעות חיובית ביותר להימצאותו של הקונדנסט. גם אם בית המשפט היה קובע שאיש מהמערערים לא ידע במה מדובר, חשיבות יש להשלכות הצפויות של מידע זה על התנהגותו של ציבור המשקיעים, כהגדרתו של "מידע פנים".

ד"ר סני, מנכ"ל פז חיפוש נפט, העיד כי שיתף את קרן בכל המידע שהגיע אליו בקשר לקידוח. גם אם הדברים לא נאמרו לקרן בהקשר להודעה לבורסה, די בכך שקרן עצמו קישר בין הדברים וסבר על יסודם, כי בעקבות ההודעה לבורסה יחול שינוי במגמת המסחר במניות של התאגידים השותפים בשותפות.

### הודעות המערערים ברשות ניירות הערך

8. המערערים מלינים על כך שבית המשפט סמך פסק דינו על הודעותיהם שנמסרו ברשות ניירות הערך. לטענת המערערים אין לסמוך על הודעות אלה באשר נגבו באמצעי לחץ.

קרן (בע' 445) דיבר על כפיה פסיכולוגית, ועל לחץ. אין ספק שאנשים כמערערים יהיו במצוקה מתחילתה של החקירה נגדם. אלא שפרט לאותה מצוקה, והרצון להחליץ ממנה, לא הוכחו לבית המשפט נסיבות כלשהן שיש לראות בהן כפיה הפוגמת בערכן ובמשמעותן של ההודעות.

בית המשפט קבע (ע' 39) כי ההודעות אמינות, ודחה את השגותיהם של המערערים כלפיהן. בין השאר, תמך בית המשפט קביעתו זו בשני נימוקים ראשיים: אישיותם של המערערים והתמונה הברורה שעלתה מההודעות בדבר מודעותם לשימוש שעשו במידע פנים. אינני רואה מקום להתערב בקביעה זו של הערכאה הראשונה.

### האם המידע היה ידוע לציבור

9. תנאי הוא בהגדרה של "מידע פנים" שבסעיף 52א', כי המידע שבו מדובר "אינו ידוע לציבור". לטענת המערערים המידע היה ידוע לציבור, ולכן אינו יכול להיות בגדר מידע פנים.

בית המשפט נזקק לטיעון זה ודחה אותו (ע' 40 להכרעת הדין). אמנם פורסמו בעתונות (נ/12) ידיעות רבות שהתייחסו לקידוחי נפט על ידי השותפות. אלא שידיעות אלה התבססו על שמועות בלבד. התייחסות הציבור למידע ומידת האימון באותן ידיעות, מצאו ביטויים בירידות שערים שנרשמו בתחילת המסחר ביום 10.5.93. התפנית במסחר שהביאה לעליות בשעריהן של המניות הקשורות בשותפות, עם פשוט המידע על רכישת מניות על ידי מקורב ופרסום ההודעה שנמסרה לבורסה, מלמדים על הפער שבין שהיה ידוע לציבור לפני כן, לבין המידע שקרן העביר לאנשי בטוחה.

לעתים יש בהבאת המידע מפי מקור מוסמך תוספת אותו נופך ההופכת שמועה למידע, שעל בסיסו ניתן לפעול. הדבר דומה לאשר נאמר על ידי הנשיא אולשן לענין העבירה של מסירת ידיעה סודית בע"פ 93/64 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח"3) 589, בע' 591:

**"יש ובידי האויב נמצאת כבר ידיעה בענין מסויים אלא שהוא מעוניין למצא אישור לידיעה זאת כדי שיהיה בטוח בה. דבר זה אינו מונע מהידיעה, שיש בה משום אישור, להיות ידיעה סודית."**

10. בשוחח קרן עם כוכבא, הוא שאל אותו תחילה אם היתה הפסקה במסחר בבורסה, בעקבות ההודעה (ת/12א) שנשלחה לבורסה. רק לאחר ששמע מכוכבא כי לא היתה הפסקת מסחר, מסר את המידע והורה על רכישת

מניות (כוכבא ע' 624). שאלתו של קרן בדבר הפסקת המסחר, מעידה על החשיבות שהוא ייחס למידע שבהודעה (ת/12א), ומהתשובה שקיבל למד שהמידע טרם הגיע לציבור. כך הבינו את הדברים גם כוכבא וברק שמיהרו לרוץ לחדר הקלדניות. ברק אמר בהודעתו (ת/29):

**"הבנו שהידיעה שהוא מסר לנו היא ידיעה על תוצאות בדיקת הגז שדווח על גילוי קודם לכן ושהתוצאות טובות וכשכדאי לקנות את המניות שכן שערן יעלה כשיוודע הדבר בציבור."**

על האמור ביסס בית משפט השלום את קביעתו שהמידע שמסר קרן ושקרן עשה בו שימוש, לא היה אותה שעה בידי הציבור, ואין מקום להתערב בקביעות אלה.

11. המערערים ניסו להצביע בטיעוניהם על כך שהמסחר במניות הושפע מהשמועות שנפוצו ומידיעות שפורסמו בעתונות. אולם מגליונות המסחר בבורסה נראה כי כניסתה של בטוחה (סניף חיפה) למסחר היתה הגורם המכריע שהשפיע על עליות המחירים, ובעקבותיה הצטרפו גם אחרים באותה מגמה. השפעתה של פעילות בטוחה על המסחר, היתה ברורה.

#### מהותיות המידע

12. מאשר נאמר עד כה עולה מהותיותו של המידע שהעביר קרן. ניתן לסכם ענין זה בדבריה של השופטת המלומדת (בע' 45):

**"... הנאשמים עצמם, בהיותם אנשים המעורים בשוק ההון, ובהיותם "העושים" במידע, הם ואנשי השדה עמם מייצגים בעיני את המשקיע הסביר, בתגובותיהם למידע, ובדבריהם עליו..."**

ובהמשך (ע' 48) נאמר שהנאשמים יישמו:

**"...אולי מבלי משים, את הגדרת המחוקק למונח "מידע פנים", קרי "שכדאי לקנות... שכן ערכן יעלה כשיוודע בציבור." אם כך חשבו הם, שהיו כאמור יועצי השקעות מנוסים ומיומנים, קל וחומר לנחש מה היה חושב ציבור המשקיעים בכללו."**

#### רכישת מניות עבור קרן

13. לחלופין, טוען בא כוחו של קרן שלכל היותר ניתן היה להרשיע את מרשו בעבירה על סעיף 52ג' ולא בעבירה על סעיף 52ב' שבה הורשע. לטענת עו"ד אדרת, אחד מיסודות העבירה לפי סעיף 52ג' הוא השימוש שעשה איש פנים במידע הפנים. מכיון שבפועל לא נרכשו מניות עבור קרן לא היה כאן שימוש במידע פנים. הוראתו של קרן לכוכבא היתה כי ירכש עבורו מניות נפט או מניות הקשורות בכך "שלא יסבכו אותו" (ע' 31 לסיכומיו של קרן). עצם האמירה של קרן שהוא מעוניין ברכישת מניות שלא יסבכו אותו, מצביעה על כך שקרן היה מודע לכך שיש פסול במעשהו, אלא שרכישת מניות שלא בחברה שבה הוא פועל, עשויה לטשטש את העקבות של מעשהו.

כוכבא לא רכש מניות עבור קרן, מכיון שהוראת הרכישה ניתנה בהגבלת שער. לטענת קרן, משלא נרכשו המניות עבורו, לא התקיים יסוד ה"שימוש" במידע הפנים, ואין להרשיעו בעבירה על סעיף 52ג'.

ניתן לומר שעצם מתן הוראה לרכישת מניות הינה בגדר שימוש במידע הפנים, אפילו לא הושלמה העסקה. אלא שצודקת באת כח המשיבה בטיעונה כי עצם מתן ההוראה לכוכבא היה בגדר "עסקה" כמשמעה בסעיף 52א' לחוק.

"שימוש" הוגדר בסעיף 52ב' ועל פי סעיף קטן (א)(1) "שימוש" כולל עשיית עסקה. על פי סעיף 52ב'(ב)(2) "עסקה" כוללת גם "התחייבות לביצוע" קניה של נייר ערך. הוראה לרכישת מניות, גם אם היא בהגבלת שער, הינה "התחייבות לביצוע". לכן מתן ההוראה לכוכבא הינו בגדר "שימוש" כמשמעו בסעיף 52ג'.

14. אפילו אין לראות בהוראתו של קרן לרכישת מניות משום שימוש במידע פנים, הרי לאור סעיף 52ב'(א)(2) די היה בכך שבמסור קרן את מידע הפנים, הוא ידע או שהיה לו יסוד סביר להניח כי יעשה שימוש במידע הפנים.

על פי סעיף 52ב'(א)(2) נחשב אדם לעושה שימוש במידע כאשר "המוסר מידע פנים... לאדם אשר הוא יודע, או שיש יסוד סביר להניח, כי יעשה שימוש במידע הפנים... לצורך עסקה או ימסור אותו לאחר."

טיעונו של קרן כי לא היה לו סיבה להניח שעל יסוד המידע שלו תינתנה הוראות קניה, הינו היתממות. מה טעם יש להתקשרות לסניף בטוחה בחיפה, אם לא לשם מסירת מידע על מנת שעובדי בטוחה יפעלו על פיו. אין גם הסבר אחר לשאלה שהציג קרן לכוכבא אם כבר יש הפסקת מסחר.

15. כלפי הטענה הסומכת את קיומו של יסוד "השימוש" על סעיף 52ב'(א)(2), דהיינו על ניצול המידע על ידי אחר, טוען קרן כי עומדת לו ההגנה שבסעיף 52א(4) שזו לשונו:

**"52א(4) לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם הוכיח אחת מאלה: (4) מטרת השימוש במידע פנים לא היתה או בעיקרה לא היתה, עשיית ריווח או מניעת הפסד לעצמו או לאחר..."**

כאן נדרש כי העושה שימוש במידע הפנים, יעשה כן לשם עשיית רווח. אלמלא הוראת הרכישה על ידי קרן היוותה שימוש במידע, לא היה נושא באחריות פלילית, גם אם צריך היה לצפות שאנשי בטוחה יעשו שימוש במידע הפנים, באשר לא היה צפוי לקרן רווח מכך. אלא שכאמור, די בקביעה שקרן נתן הוראה לרכישת מניות עבורו, על מנת שיתקיים יסוד ה"שימוש".

לאור כל האמור, הנני מציע שלא לקבל את ערעורו של קרן על הרשעתו.

#### **שימוש במידע הפנים על ידי ברק**

16. ברק הורשע בעבירה על סעיף 52ד', בכך שעשה שימוש במידע הפנים שהגיע לידו בבצעו עסקאות, כאשר מידע הפנים היה בידיו.

בית משפט השלום אימץ (בע' 57 לפסק הדין) את הפירוש לסעיף 52ד', המצריך קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הימצאותו של מידע הפנים בידי המערער לבין ביצוע העסקאות על ידיו.

ברק טוען כי העסקאות בוצעו ללא קשר למידע הפנים, אלא על יסוד הידיעות שפורסמו בכלי התקשורת, וכן על בסיס גרף המניה (נ/20) וניתוחו. לאישוש גרסתו זו הצביע ברק על רכישות שנעשו על ידו בבקרו של 10.5.93, וזאת כמובן ללא כל זיקה למידע הפנים שהתקבל רק בשעות אחרי הצהרים.

השופטת המלומדת היתה ערה לטיעון האמור, והרשיעה את ברק על אף זאת. לגישתה, שימשו הרכישות בבקרו של אותו יום לרועץ לברק. בצדק כתבה כי ברק לא הביא הסבר לאי רכישתה בבקרו של כל כמות המניות, שהצדיקו ניתוחיו הוא.

בטיעונו בכתב (בע' 52) מעלה ברק הסבר שלפיו אין רוכשים את כל הכמות הרצויה בבת אחת, אלא מחלקים זאת למנות. אין בהסבר זה כדי לתרץ את רכישת המניות סמוך לסגירת המסחר, ומיד לאחר קבלת מידע הפנים. אם אכן התכוון ברק לרכוש עוד מניות באותו יום, יש להניח שהיה רוכשן במהלכו של יום המסחר ולא דוקא בסופו. מה עוד שברק עצמו דיבר על כוונתו להשלים את רכישת המניות ב-13 במאי (ע' 727).

מה הביאו להקדים אותן רכישות לסופו של 10 במאי, אם לא מידע הפנים שהתגלגל לידיו. ברק אישר דברים אלה בהודעתו (ת/29 בע' 3):

**"בכל מקרה הגשנו אני, אבי כוכבא, שמעון לוי ומרק אלפסי פקודות לקניית יואל 5, חיפושי נפט ונפטא, וזאת עשינו בעקבות הידיעה שקבלנו ממשה קרן שידוע לי שהוא עובד בחב' פז ונדמה לי שוא מזכיר החברה".**

לשאלה אם הוא, ויתר אנשי בטוחה, הגישו את פקודות הביקוש בעקבות הידיעה שקיבלו, השיב ברק (ת/29 בע' 6):

**"בעיקרון כן. וסמכנו על האיש שמסר את הידיעה מאחר שידענו שהוא עובד החברה פז..."**

טוען עו"ד פירדי, בשמו של ברק, כי גם אם ביצע את המיוחס לו, יש לזכותו מהעבירה על סעיף 52ד', באשר ברק לא רכש מניות לעצמו, אלא "רק מילא את חובת הנאמנות שלו כלפי לקוחותיו" (ע' 64 לטיעון בכתב), מתוך "מחויבות עמוקה כלפי הלקוחות לפעול כמיטב יכולתו ובזריזות המירבית".

בא כחו של ברק מתרעם על כך שבית משפט השלום לא נזקק לטענה זו. מוטב היה לו שלא להעלותה, ועל כל פנים לא לחזור עליה בערעור. לא יעלה על הדעת שהפועל למען זולתו, תוך חובת נאמנות כלפיו, יהיה רשאי לבצע עבירות כדי להיטיב עם מי שהוא פועל למענו.

עיקרה של ההוראה שבסעיף 52ד' מכוון כלפי אנשים מסוגו של ברק הפועלים למען לקוחותיהם. קבלת טיעונו של עורך דינו, משמעה מתן חירות להפרת החוק, לכל הסוחרים למען אחרים. דבר זה עשוי לרוקן את האיסור מכל משמעות. זאת אמרתי מבלי תת את הדעת על כך שלברק עשויה היתה לצמח טובת הנאה בעקיפין, מכך שלקוחותיו יכירו לו תודה על פעולותיו למענם, פעולות שנעשו על יסוד מידע שבידו לקבל.

מכאן שהנני מציע לדחות גם את ערעורו של ברק על הרשעתו.

## גזר הדין

17. מאז מעשיהם של המערערים, ואף לאחר שהורשעו, נגזרו על שימוש במידע פנים ענשים חמורים מאלה שנגזרו עליהם. המערערים טוענים שראוי היה שלא להרשיעם ותחת ההרשעה והענישה, ראוי היה להעמידם במבחן.

למקרא טיעוניהם של המערערים קיימת תחושה שנשכח מהם שאין בית משפט של ערעור יושב תחת הערכאה הראשונה, ושוקל את שיקוליה, אלא בוחן הוא אם נפלה שגגה במעשה ידיו של בית משפט השלום, ואם יש לתקנה על ידי התערבות של בית משפט של ערעור. לנגד עיני בית משפט השלום היה טיעונם של המערערים כי ראוי שעניינם יסתיים בהעמדה במבחן ולא בהרשעה, ולא מצאתי פגם כלשהו בהנמקתו של בית משפט השלום את דחייתה של גישה זו. משום חשיבותו של הענין, ומשום כבודם של באי כח המערערים שהרחיבו בטיעוניהם בהקשר זה, חזור ואתייחס לסוגיה שהעלו. הרחיב בענין זה בעיקר בא כחו של ברק. עיסוקו של ברק היה בניירות ערך.

מאז טענו לערעור שבפנינו, קיבל תוקף חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995. על פי סעיף 7 לחוק, אחד התנאים לקבלת רשיון יועץ הוא שהמבקש לא הורשע בעבירה. כך גם לענין רשיון מנהל תיקים, פי סעיף 8 לחוק. על פי סעיף 10(א) לחוק, ניתן לבטל רשיון אם בית משפט קבע כי בעל הרשיון הפר הוראת כל דין הנוגע לניירות ערך.

חושש ברק שהרשעתו בהליך זה עלולה להיות אבן נגף בדרכו, בעיסוקו בניהול תיקי השקעות. לדבריו (ע' 71 לטיעון בכתב), זו מיומנותו היחידה ועל כך פרנסתו ופרנסת משפחתו. המסמך לקוח מתוך "דינים ועוד" באדיבות הוצאת הלכות

ראשית ייאמר, שהמבחן לא נועד לעבירות שבכאן ולעבריינים כמערערים. העמדה במבחן מעמידה במרכז השיקולים את העברייני, והמבחן נועד ליתן לעברייני הזדמנות נוספת תוך עמידה בהשגחתו של קצין המבחן. העמדה במבחן דוחקת הצידה מטרות אחרות של הענישה, ובראש ובראשונה מטרת ההרתעה. בענינו יש חשיבות רבה ביותר ליסוד ההרתעה. מטבען של עבירות אלה שקשה להתחקות על ביצוען וקשה להגיע למבצעה. משמע שחששו של העושה שימוש במידע פנים מועט, בעוד ששכרו עשוי להיות מרובה. על שיקולים אלה יש להוסיף את הנזק האדיר שגורם שימוש במידע פנים לשוק ניירות הערך, על כל הנוטלים בו חלק. שימוש במידע פנים משמיט את האמון של המשקיעים בשוויין ההזדמנויות, כאשר כולם משתיתים את החלטותיהם על מידע זמין וידוע לכל. שימוש במידע פנים יוצק בלב הנהנים ממנו ובלב השומעים על השימוש בו, ספק בתקינות הליכי המסחר, ובמהימנות האחרים הנוטלים חלק בהליכי המסחר. שימוש לרעה במידע פנים הינו כרקובן החודר בסתר ופושא ומכלה את הפרי.

לאור כל אלה יש להעמיד כל מי שעומד בפני הפיתוי לשימוש במידע פנים על חוסר הכדאיות בכך. לכן יסוד ההרתעה הוא גורם מכריע בענישה על עבירות כעבירה שבה הורשעו המערערים. בנסיבות אלה אין מקום להעמידם למבחן ללא הרשעה.

18. יתר על כן, להרשעת המערערים יש חשיבות נוספת והיא שההרשעה תכביד עליהם ותצריך שיקול דעת של המופקדים על שערי הכניסה לעיסוקים שונים, שמותנים בהעדר הרשעה, או בבחינת טיב ההרשעה. במשפטנו, בדרך כלל עניין זה אינו מסור לבית המשפט. יש והמחוקק הסמיך את בית המשפט לצוות על שלילתו או התלייתו של רשיון. כך נעשה בסעיף 16 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996. אבל בענינו אין לבית המשפט סמכות לקבוע דבר לענין העיסוקים המוסדרים בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות. שיקול הדעת בעניין זה מסור למופקדים על הפעלת החוק. כך למשל נקבע בסעיף 48 לחוק, שהרשות מוסמכת לתת רשיון למי שעסק בישראל, ערב פרסומו של החוק, בניהול תיקים או בייעוץ השקעות לפחות שבע שנים, גם אם אינו ממלא אחר תנאי מן התנאים שבסעיפים 7 או 8. כזכור, אחד התנאים בסעיפים אלה הוא העדר הרשעה בעבירה.

19. על כך ששיקולים שעומדים בפני הרשות המופקדת על העיסוק שונים ומיוחדים לאותה רשות ולאותו מקצוע ניתן ללמוד מעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה פ"ד מ"ד(1) 353. שם עורך דין הועמד לדין בפני בית דין משמעתי של לשכת עורכי הדין. עורך הדין טען להתיישנותה של העבירה. בית המשפט העליון דחה טענה זו בגלל העדרה של הוראה בענין זה בחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961. אלא שהוסיף בית המשפט ואמר (בע' 363) שדין משמעתי שאינו קובע תקופת התיישנות עוסק בעבירות:

**"שענייני שמירת רמתו, ייחודו וכבודו של המקצוע, עליו נמנים האנשים אליהם מופנה החוק, וההגנה על הציבור מפני אלה ששוב אינם ראויים לשמש באותו מקצוע."**

לאחר שבית המשפט הצדיק קיומה של התיישנות לגבי עבירות שאינן מקצועיות, מקום שם המשמעת נשכרת מצעדים הננקטים בסמיכות לאירוע, המשיך בית המשפט ואמר (בע' 363):

**"אך הסבר זה אינו יפה לעניין עבירות משמעטיות מקצועיות, שלגביהן חלף העתים אין בו כדי להפוך עורך דין שסרח או רופא שסרח להיות ראוי לשמש במקצוע עריכת הדין או הרפואה גם אם הזמן שחלף מעת ביצוע העבירה המשמעטית רב וארוך הוא."**

אין בכוונתנו להביע דעה על כשירותם של המערערים לעסוק בעיסוק כלשהו. כל שאמרנו הוא שהרשעתם תגרום לכך שהיה וירצו לעסוק בעיסוק המצריך את בדיקת ההרשעה זו תעשה על ידי הרשות המוסמכת לכך, כאשר על המערער יהיה להביא עניינו לשיקולה של אותה רשות. בהעדר הרשעה יתכן ותשומת לבה של אותה רשות כלל לא תופנה לענין שבפנינו.

20. עוד טענו המערערים כי החמיר עמם בית משפט השלום יתר על המידה. לאור כל שנאמר עד כה ברור הוא כי המסמך לקוח מתוך "דינים ועוד" באדיבות הוצאת הלכות אין הדברים כך.

מודע הנני לזמן הרב שחלף מאז ביצעו המערערים את המעשים שבגינם הורשעו. טיבן של עבירות אלה הוא שהחקירה והדין בהן מצריכים זמן ניכר. יעיד על כך היקפו של הפרוטוקול בתיק זה והיקף עיקרי טיעונם של באי כח המערערים. עם כל הצער על הימשכות ההליכים גם בפנינו, אין בכך כדי לאזן את אשר נאמר לעניין חומרת הענישה.

לפיכך הנני מציע לדחות את הערעורים על כל חלקיהם ולאשר את פסק דינו של בית משפט השלום.

### השופט ד"ר עודד מודריק:

אם דעתי תשמע יהיה מקום יהיה מקום לקבל את ערעורו של קרן ולזכותו בדין. ערעורו של ברק יתקבל באופן חלקי בלבד. הערעורים מבוססים על פרשת דברים אחת, הסובבת סוגיות שימוש במידע פנים לפי חוק ניירות ערך תשכ"ח (להלן: "החוק"). חברי, אב בית הדין, ד"ר קלינג הניח את התשתית הנסיבתית ואת נושאי הדין העיקריים. כדי להמנע מחזרה מיותרת, אשתמש בכך כמצע להערותי.

### ערעורו של קרן

אלה הסוגיות שבדעתי להתייחס אליהן, ככל הניתן בקצירת אמרים: א) איזהו "איש פנים"; ב) מהו "מידע מהותי"; ג) ההנחיה לסוכן הבורסה; ד) טיבו של "שימוש במידע פנים".

### איזהו "איש פנים"

קרן שימש כממלא מקום מזכיר חברת "פז חברת נפט בע"מ" ומכוח תפקידו זה, גם כמזכיר חברת הבת "חפושי נפט של פז בע"מ" (להלן: "פז") פז החזיקה בשישה אחוזים בשותפות לקידוח נפט (להלן: "השותפות"). המידע הנטען להיות "מידע פנים" אודותיו נסב כתב האישום נוגע לשותפות. על כן נטען כי קרן אינו יכול לשאת באחריות בגין שימוש במידע זה לפי שרק תאגיד שניירות ערך שלו הוצעו לציבור בתשקיף או נסחרים בבורסה עשוי לשמש מושא לפעילות במידע פנים (סעיף 52 לחוק, הגדרת "מידע פנים" ו"חברה"). השותפות, לכל הדעות, אינה עומדת בהגדרת תאגיד כזה.

בנידון זה מקובלת עלי השקפת אב בית הדין כי קרן הוא "איש פנים" בפז וכי בשל חלקה של פז בשותפות עשוי קרן להחשב כ"איש פנים" גם לעניין מידע על השותפות שיש לו או יכולה להיות לו השפעה על מצבה של פז ועל מחיר ניירות הערך שלה (או של חברת האם, אם פז אינה נסחרת בבורסה).

אלא שמטעמים שיתבררו בהמשך עלי להוסיף ולהקשות האם קרן הוא "איש פנים" גם בחברת "י.ו.א.ל ירושלים אויל אקספלוריישן בע"מ" (להלן: "יואל"), שגם לה חלק בשותפות ושאת מניותיה ביקש כוכבא, סוכן הבורסה שלו, לרכוש עבורו, לאחר ששמע את המידע על השותפות. כיוצא בזה האם קרן הוא "איש פנים" בכל אחת מן החברות המרכיבות את השותפות.

התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. נסיוני להשיב יראה כי דעתי אינה חרוצה דיה.

סעיף 52 לחוק מגדיר "איש פנים" כך:

"(1) דירקטור, מנהל כללי, בעל מניות עיקרי בחברה או אדם אחר שמעמדו או תפקידו בחברה או קשריו עמה נתנו לו גישה למידע פנים..." (ההדגשה שלי: ע.מ.)

פרופ' גרוס מצא שניתן לחלק את אנשי הפנים לארבעה מעגלים: איש פנים מרכזי, איש פנים פנימי, איש פנים חיצוני, קרובים ומקבלי מידע מאלה (י. גרוס, "האיסור בדבר ניצול מידע פנים בחברות" עיוני משפט טו (תש"ן) 481, 496).

האם קרן, ביחס ליואל, הוא בחזקת "אדם... שקשריו עמה נתנו לו גישה למידע פנים"; או, לשון אחר, האם הוא איש המעגל החיצוני (לפי הסווג של פרופ' גרוס).

בהקשר למעגל החיצוני עשוי אדם להחשב כאיש פנים אם מעמדו, תפקידו וקשריו עם החברה הקנו לו גישה למקורות הידע (The Access Test). נראה שמבחן מקובל (גרוס, שם, 499) זה שימש את הכרעת הדין של השופטת קמא. אולם פרופ' גרוס העיר, בצדק, כי:

**"למעשה אין גבול לאפשרויות ויש למצוא את נקודת האיזון הנכונה בין הצורך למנוע ניצול מידע פנימי לבין התוצאה הבלתי רצויה, שלפיה יחוייבו בפלילים ובהשבת כספים אנשים הרחוקים מהחברה..." (שם, 496).**

אכן יואל היתה בעלת חלק בשותפות, כמוה כפז (אמנם באחוזים שונים). כבר אמרתי כי מידע על השותפות עשוי להיות בחזקת "מידע פנים" לכל אחת ממרכיביה. אולם במה דברים אמורים? במידע מהותי (לטיבה של "מהותיות" ראה את הדיון בפיסקה הבאה) לחברה. קשריו של איש הפנים החיצוני עם החברה צריכים להיות כאלה שיקנו לו גישה למידע מהותי ולאפשר לו להעריך את משמעות המידע ביחס לחברה. מגעיו של קרן עם השותפות איפשרו לו נגישות למידע על השותפות. המידע, כשם שהוא נוגע לפז הוא גם נוגע לכל אחת ממרכיבות השותפות אך מהי "מהותיותו" ביחס לכל חברה המרכיבה את השותפות? ניתן להניח שמכוח יחסי השותפות נוצרו קשרים כלשהם בין ממלאי תפקידים שהם אנשי פנים בכל אחת ממרכיבות השותפות, יואל והאחרות. האם הקשרים הללו, ככל שהם נוגעים לקרן, אפשרו לו נגישות למידע שניתן היה לו לקבוע שהוא מהותי עבור מי ממרכיבות השותפות?

היחס: קרן - מידע על השותפות - פז, שונה לחלוטין מן היחס: קרן - מידע על השותפות - חברה שותפה אחרת. ביחס הראשון יכולתו של קרן להעריך את מהותיות המידע בהקשר לחברה שהוא בה איש פנים "פנימי", אינה מוטלת בספק. ביחס השני מותנית יכולתו בטיבם הקונקרטי של הקשרים שבין קרן למרכיבי השותפות ולהשפעה המעשית שיש למידע על התפתחויות בחברה השותפה.

אנחנו חסרים תשתית עובדתית ראויה כדי לקבוע אם בנסיבות העניין קשריו של קרן עם מרכיבי השותפות מעמידים אותו בחזקת איש פנים בהם. השופטת אופיר, בערכאה הראשונה, לא ראתה צורך לדון בטיב הקשרים שבין קרן לבין מרכיבי השותפות. בשל כך לא נוצר מסד המידע שעליו ניתן להניח מסקנה כלשהי.

ודוק. לא סגי בידיעה של קרן שבשוק הון לא יעיל כשוק מניות הנפט, כל מידע על התפתחות בחברה העוסקת בחפשי נפט עשוי, כמעט בודאות, להשפיע על כל מניות הנפט. שכן חרף הידיעה הזאת, שהיא נחלת צבור המשקיעים כולו, איש לא יטען כי המידע על השותפות הפך את קרן לאיש פנים בחברות הנפט שאין להן זיקה לשותפות ואין לו עמהן כל קשר.

על פי הספק הנובע מהעדר בסיס מידע מספיק לגיבוש החלטה לא אוכל לקבוע שקרן היה בחזקת "איש פנים" ביחס ליואל או מי מחברות השותפות.

סיכומה של נקודה זו הוא שמהות הקשר בין קרן לחברות מרכיבות השותפות והשפעתו על מעמד קרן כאיש פנים נותרו מתנוודדים בין שמיים וארץ מבלי שניתן לפסוק ממצא נגדו.

**מהו "מידע מהותי"**

"מידע פנים" מוגדר בחוק כך:

**"מידע על התפתחות בחברה, על שנוי במצבה, על התפתחות או שנוי צפויים, או מידע אחר על החברה אשר אינו ידוע לצבור ואשר אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שנוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה"**

השופטת אופיר קראה בהגדרה מימד של מהותיות המידע. נראה כי השקפתה התקבלה על דעתו של חברי ד"ר קלינג. אלא שדרישת המהותיות אינה כלולה בחוק במפורש. השופטת אופיר סברה כי הבטוי: "מידע... אשר אילו נודע בציבור היה בו כדי לגרום **שנוי משמעותי** במחיר נייר הערך של החברה" מבטא מהותיות. לו יהי כן. אך סוג זה של מהותיות מעורר שאלות מסדר כפול. ראשית, מהו המבחן שמכוחו ניתן לקבוע את ה"שנוי המשמעותי" הפוטנציאלי. שנית, מיהו ה"צבור" שעל ידיעתו יש להחיל את אותו מבחן.

לעניין מבחנו של "שנוי מהותי" הצביעה הערכאה הראשונה על שתי גישות אפשריות. האחת היא גישה היפותטית - מקדימה (ex ante); לאמור מהותיות המידע נבחנת על פי השפעתו התיאורטית האפשרית על המשקיע או את ההשפעה התיאורטית האפשרית על מחיר נייר הערך.

הגישה השניה היא של מבחן השוק לאחר מעשה (post factum), דהיינו מה היתה השפעת גלוי המידע בפועל על צבור המשקיעים ועל שער נייר הערך.

שני המבחנים אינם קלים לשימוש. קשה לאמוד מראש השפעה אפשרית של מידע על מחיר נייר ערך וכן קשה קביעה לאחר מעשה של גורמי ההשפעה על השער (גרוס, שם, 505). לשון החוק נוקטת, לכאורה, את המבחן המקדים. אף על פי כן, בעקבות מגמת הפסיקה האמריקאית, תתכן אפשרות של שילוב הגישות [ראה: S.E.C v. Texas Gulf Sulphur (1968) 401 F.2d 833 וכן, על דרך אנלוגיה, ע"א 5320/90 ברנוביץ נ' הרשות לניירות ערך פ"ד מו(2) 818, 837].

מקובלת עלי מסקנת השופטת קמא, שנתאשרה על ידי אב בית הדין, כי המידע בעניין דנן לא היה ידוע לצבור וכי הוא "מידע מהותי" ככל שהוא נוגע לפז. מורכבות השימוש במבחני המהותיות מעצימה את הקושי, עליו עמדתי בפיסקה הקודמת, ביחס למהותיות המידע בהקשר לכל אחת מיתר מרכיבות השותפות.

## ההנחיה לסוכן הבורסה

היסוד ההתנהגותי של האישום הנדון כולל חילופי דברים בין קרן לבין סוכן הבורסה שלו, כוכבא, שבמהלכם מסר הראשון לאחרון מידע פנים והנחה אותו לבצע עבורו פעילות בורסאית מסויימת. דומה לי שתוכנה המדוייק של ההנחיה לא נתבאר כל צרכו ואין בו ממצא מספק של עובדה. מה שידוע ואינו שנוי במחלוקת הוא שכוכבא החליט לרכוש, עבור קרן, מניות יואל. הרכישה לא יצאה מן הכוח אל הפועל שכן הוראת הרכישה היתה תוך הגבלת שער והמסחר, אותו יום, הניב שערים גבוהים יותר.

גירסת התביעה, כעולה מכתב האישום, היא שקרן הנחה את כוכבא לרכוש עבורו "מניות נפט למעט מניות פז". מנגד, גירסת קרן היתה שהוא אישר לסוכנו לרכוש עבורו מניות נפט או מניות קשורות לעסקי נפט "שלא יסבכו אותי" (עמ' 515, 427, 436, 450, 480, 481, לפרוטוקול בית משפט קמא).

ממצא העובדה היחיד, בהקשר זה, הכלול בהכרעת הדין קמא הוא:

**"כך עשה (קרן) כשהוא מאיץ בנאשם 2 לבצע עבורו, מיידית, עיסקות רכישה מהותיות...הוראות אלה התייחסו לכמויות משמעותיות של מניות נפט שהגיעו כדי רבע משווי תיקו בבטוחה" (עמ' 36 להכרעת הדין).**

היינו הממצא אינו מתייחס לשאלה האם קרן הגביל את כוכבא על ידי הגדרה זו או אחרת של המניה שהוא חפץ לרכוש. הסימוכין לכך שהוא הנחה לרכוש כל מניית נפט להוציא פז נמצאים בהודעת הסוכן כוכבא ברשות ניירות הערך (ת/3). אך גם להיפך יש סימוכין לכך שהנחיותיו הגבילה את הסוכן שלא לרכוש מנייה של חברות השותפות. כך אפשר להבין את הביטוי "מניות נפט שלא יסבכו אותי". הודעתו של כוכבא אינה ראייה נגד קרן כיון שלא הוגשה על פי הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות. מכל מקום הערכאה הראשונה לא קבעה ממצא ברור הנסמך על ראייה מסויימת.

על כן אינני רואה דרך לנגדי אלא להניח שההנחיה היתה כפי שקרן טען לה; היינו רכישת מניית נפט או קשורת נפט מסוג שלא יסבך אותו.

עד הנה הולכו הדברים במסדרון וסכום התקנתם לכניסה לטרקלין הדיון בשימוש האסור במידע, הוא בשילוב שבי ממצאי עובדה למסקנות כדלקמן:

- א. קרן היה בחזקת "איש פנים" בפז;
- ב. המידע על השותפות שהגיע אליו הוא "מידע פנים" ביחס לפז.
- ג. קרן לא היה מוחזק כ"איש פנים" ביחס לכל אחת מן המרכיבות השותפות האחרות ויאל בכללן;
- ד. בהנחותו את סוכן הבורסה שלו, על בסיס המידע שבידו, ביקש קרן שיירכשו עבורו מניות נפט "שלא יסבכו אותו". הוא לא נקב במניה מסויימת.
- ה. כוכבא ניסה לרכוש עבור קרן את מניית יואל אך הבקשה שניתנה בהגבלת שער לא סופקה.

### טיבו של "שימוש במידע פנים"

החוק [סעיף 52ב(א)] מגדיר שני סוגי שימוש במידע פנים שהם, לכאורה, רלוונטיים. הראשון יכונה "עשיית עסקה" [סעיף 52ב(א)(1)] והשני "מסירת מידע" [סעיף 52ב(א)(2)]. אברר אותם כסדרם.

**עשיית עסקה** - "העושה עסקה בנייר ערך של חברה...כאשר מידע פנים מצוי בידו". קרן הואשם בכך שביקש לבצע עסקה במניית יואל על בסיס מידע הפנים שבידו. אין נפקא מינה שהעסקה לא יצאה לפועל שכן בגדר עשיית עסקה בא גם נסיון לבצע עסקה שנכשל. וכן לית מאן דפליג שהעובדה שקרן פעל באמצעות סוכנו אינה מוציאה אותו מכלל "העושה עסקה" לפי ששלוחו של אדם כמותו.

השאלה שאני מבקש להציב היא: מה משמעות הבטוי "עסקה בנייר ערך של חברה". שתי תשובות אפשריות לכך. האחת, פי פשוטו של מקרא, היא עשיית עסקה בנייר ערך של כל חברה ללא זיקה כלשהי לחברה שבה העושה הוא איש פנים. השניה, נוקטת כתיב וקריא ומסייגת את העשייה האסורה לעסקה במניות החברה שבה העושה הוא איש פנים.

פשוט וברור הוא שאם הפרשנות הראשונה נכונה כי אז יש מקום לשקול במסגרתה את אחריותו של קרן לעשיית שימוש במידע פנים. אולם, אם הפרשנות השניה נכונה כי אז לא קם בסיס להרשעת קרן בסוג זה של שימוש שכן לא עשה עסקה במניות פז, כלל ועיקר.

הפרוש הראשון נובע מלשון הכתוב ובמידה מסויימת מהגיגונו. לשון הכתוב אינה מסייגת את מושא העסקה. "חברה" נאמר, היינו כל חברה על דרך הכלל ובלוי ידוע. אין כל אינדיקציה מסייגת לחברה שבה מכהן העושה כאיש פנים. עם זה יש להסמיך את הרישא של ההגדרה אל הסיפא שלה. לאמור עשיית העסקה נסמכת ל"כאשר מידע פנים בידו". קא משמע לן שעשיית העסקה היא פועל יוצא של מידע הפנים, הא בדא קשורים קשר סיבתי. מכאן גם נגזר הגיונה של פרשנות זו. המחוקק ביקש לשמור על שוויון הזדמנות לכל הפועלים בשוק ההון. הוא גרס איסור ניצול מידע פנים באופן המקנה יתרון לבעל המידע על פני שאר המשקיעים. לכן, משהגיע לאיש פנים מידע פנים המניע אותו לבצע עסקה במניית חברה אחרת - עשיית העסקה היא פרי ניצול יתרון המידע שבידי המבצע. ענייננו הוא דוגמה טובה לכך. המידע שהגיע לקרן הוגדר כמהותי וכנסתר מידיעת צבור המשקיעים. משמעות המידע, במקרה הקונקרטי הזה היא, שכדאי לבצע עסקה במניות נפט מכל סוג (המשמעות היתה בולטת יותר אילו היה מתבקש מן המידע שאין להשקיע במניות פז או מניות חברות השותפות אך השקעה במניות נפט אחרות, תצלח). ברור שהמידע הקנה לקרן יתרון רב על פני צבור המשקיעים הרחב.

עם זה, יש להודות, שהפרשנות האמורה עשויה להוליך למצבים קשים שאין להניח שהחוק התכוון לכלול אותם בתחום האיסור. למשל, נניח שאיש פנים בחברה מובילה בתחום התרופות יודע על מאזן שלילי עתידי של החברה והוא מחליט, עקב כך, להסיט אמצעים המצויים בידו ממקורות שונים להשקעה במניות מתחום אחר. הקשר הסבתי ברור, אך האם באמת כוון החוק לכך שבעלי עניין וממלאי תפקידים בחברות שמניותיהם נסחרות בבורסה לא יוכלו לנהל תיקי השקעה אישיים? אינני סבור כך. הפרוש השני משמיע לנו שהעסקה האסורה על ידי החוק היא עסקה בנייר ערך של חברה ללא זיקה לחברה שבה העושה הוא איש פנים.

עיסקה במניות החברה שבה אותו אדם איש פנים. מבחינת לשון החוק צריך לקרוא אל הבטוי "מידע פנים" את הגדרתו, כדי לראות את הזיקה האמורה.

הנה כך: "העושה עיסקה בנייר ערך של חברה... כאשר מידע על התפתחות בחברה... מצוי בידו". לא מתקבל על הדעת שהשימוש הכפול בתיבה "חברה" מכון פעם אחת **לכל חברה** ופעם שניה **לחברה מסוימת** בלבד. פרוש זה עשוי לשקף תכלית חקיקתית האומרת שמצד אחד אין להעניק לבעל המידע יתרון בעיסוק בנייר הערך נושא המידע ומצד שני אין לגרום לשיתוק פעילויות בשוק ההון.

סימוכין מסויימים בכון האופציה הפרשנית השניה אפשר לראות באילוסטרציה המובאת על ידי פרופ' גרוס: "איש מקצוע, העושה סקרים גאולוגיים עבור חברה פלונית וסבור שבמקום פלוני יימצא נפט, אסור לו לנצל מידע זה לתועלתו. אולם, האם אסור לו לנצל מידע זה כדי לקנות מניות של **חברת נפט אחרת** העוסקת בקידוחים באותו איזור? מאחר שאין לו כל קשר או מעמד בחברה האחרת, הרי שלא ייחשב בגדר איש פנים לצורך כך" (שם, 499). גם הדין האנגלי נוקט לשון ברורה. הוא אסור על בעל מידע פנים לעשות עיסקה בניירות ערך של **החברה שלגביה הוא נחשב כאיש פנים** או עיסקה בניירות ערך של חברה אחרת כאשר המידע נוגע לעיסקה שנערכה בין שתי החברות או נוגעת לניירות הערך שלהן [Company Securities (Insider Dealing) Act 1985 sec. 1, 2].

כשלעצמי אני סבור שהאופציה הפרשנית הראשונה מתקבלת על הדעת. שימוש בה – תוך תחימת גבולות מסגרתה כדי שלא תרחב מדי - עשוי לשקף מדיניות חקיקתית רצויה. על כל פנים המחוקק יכול היה לנקוט את הניסוח הבריטי המצמצם. הוא לא עשה כן והדבר אומר דרשני.

אף על פי כן, אין זה ראוי לילך בדרך זו בעניין שלפנינו. הטעם לכך הוא שאיש לא גרס את הפרשנות הזאת בפני הערכאה הראשונה. אין לה זכר בכתב האישום, בטיעוני התביעה ובפסק הדין קמא. עו"ד אדרת, בשמו של קרן, טען לפנינו כי: "החוק בעניין זה ברור וקובע כעבירה רק מצב בו איש הפנים בחברה עושה שימוש במידע הפנים בקשר לאותה חברה בה הוא איש פנים ואשר את מניותיה הוא קונה/מוכר" (עמ' 2 לתשובת המערער לסיכומי המשיבה). התיזה הזאת גם לא שימשה נושא לטיעון ולדיון לפנינו. על כן אני סבור שעד שאבוא להחיל אותה על מערכת נסיבתית קונקרטיית, מן הראוי שיקדם לדבר, סיעור מוחות דו צדדי בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור. כיון שלא כך היה, אניח לרעיון עד שתמצא שעתו.

על פי התיזה הפרשנית שעבירת השימוש על דרך של עשיית עיסקה מתגבשת רק כשמושא העיסקה הוא נייר ערך של החברה שבה הנאשם הוא איש פנים, אין מקום להרשיע את קרן בכך שהרי הוא הוציא את מניות פז מכלל הנחיית הרכישה שנתן. זה ועוד זה. אפילו קיבלתי את ההשקפה שקרן נחשב ל"איש פנים" בכל אחת מחברות השותפות, עדין היתה בהשקפה הפרשנית הנדונה כדי לפוטרו מאחריות שכן הוא נהנה מטובת הספק שמא הנחיית הרכישה שנתן כוונה אל מניות נפט **מחוץ לשותפות**. מכאן שההנחיה היתה לעיסקה במניות של חברות שקרן לא היה בהם איש פנים כלל ועיקר.

**מסירת מידע** - "המוסר מידע פנים...לאדם אשר הוא יודע, או שיש יסוד סביר להניח, כי יעשה שימוש במידע הפנים...". לחלופה זו שני יסודות: (1) מסירת מידע פנים לאחר; (2) מודעות, או מודעות לאפשרות הסבירה שמקבל המידע יעשה בו שימוש.

אציין שתי הערות המקדימות את ברור יסוד האחריות לפי חלופה זו. ראשית, יש להניח כי חלופה זו אינה כוללת בתוכה את החלופה הראשונה. דהיינו העבירה היא במסירת מידע פנים לאחר לשם שימוש במידע בידי מקבל המידע ולא לשם ביצוע עיסקה עבור מוסר המידע. שנית, מן ההכרח להשליך מפרשנות החלופה הראשונה אל פרשנות חלופה זו. על כן, גם התגבשות החלופה השניה מותנית בכך שהשימוש במידע יהיה על דרך של עיסקה בניירות הערך של החברה שבה מוסר המידע הוא "איש פנים". מסקנה זו הכרחית משום שמבלעדיה ישלל המתאם (קוהרנטיות) שבין הוראות החוק.

בפרשה דנן יסוד מסירת מידע הפנים על ידי קרן לכוכבא, סוכנו, אינו צריך עוד לברור. קשה ממנו ברור היסוד השני, היינו עניין המודעות לשימוש אפשרי במידע בידי כוכבא.

בא כוחו של קרן יגע יגיעה גדולה, הן בדיוני הערכאה קמא והן בטיעונו לפנינו, להראות כי לשולחו לא היתה מודעות לכך שכוכבא יעשה שימוש במידע שהוא קיבל ממנו. להיפך הוא ביקש להראות באותות ובמופתים שהחברה בה עבד כוכבא ("בטוחה") קנתה לה שם בזכות הקפדה מלאה על קיום פעילות חוקית בניירות ערך וכי הסוכן עצמו קנה את אמונו המוחלט, על פי נסיון רב שנים, שלא ייצא כשל חוקי מתחת ידיו. על כן נטען כי לקרן לא היתה כל ידיעה או יסוד סביר להניח שלאור בקשתו כי יירכשו עבורו מניות מסוימות ינצל סוכנו כוכבא את המידע לעצמו או ימסרנו לאחרים.

דומה לי שבא כוח המערער צדק באומרו שהערכאה קמא לא פסקה את פסוקה גם בעניין זה. לאחר הצגת הטיעון של קרן אומרת הפיסקה הרלוונטית בהכרעת הדין:

"לא זו בלבד שקרן עצמו לא טען, בחקירתו ברשות, כי נתן אמון כזה בחברו אלא שאף הוכח כי לא כוכבא היה הראשון שיזם את השימוש במידע, אלא קרן, הוא עצמו, הזמינו לעשות כן, בהאיצו בו שירכוש **עבורו**, מיידית מניות נפט, על סמך אותו מידע" (עמ' 53 להכרעת הדין. ההדגשה שלי).

אין כאן דבר בעניין המודעות בפועל או בכוח של קרן לשימוש במידע על ידי כוכבא. הדרך היחידה ליישב את מסקנת השופטת קמא היא להניח שזו סברה שגם מסירת מידע לסוכן - שלוח, שיפעל באמצעותו עבור השולח באה בגדר החלופה השניה של שימוש אסור במידע פנים.

סברה זו אינני יכול לקבל. נראה שגם התביעה איננה אוחזת בה. שכן גב' שניר, בסיכום טענותיה לפנינו, ביקשה לסמוך יתבה על כך שקרן דיבר עם כוכבא בזהותו כברוקר ומתוך הכרות עם האווירה ששררה בין היועצים בסניף בו עבד כוכבא. אין זה סביר, בנסיבות אלה, ששקרן לא העלה בדעתו שלא ייעשו שימושים נוספים במידע אחרי שהוא הרשה לעצמו לעשות כן (עמ' 17 לסיכומי המשיבה בערעור). הנטל המוטל על התביעה הוא להוכיח מודעות **בפועל** מצד קרן לכך שכוכבא עתיד להשתמש במידע, או מודעות **לאפשרות הסבירה** ששימוש כזה ייעשה (כלומר העבירה היא של "כוונה רגילה" ואין בה עירוב פרובלמטי של גרימה מכוונת ורשלנית כאחד). בפרשה אחרת עמדה השופטת אופיר על כך שכאשר נמסר מידע פנים לאדם שהוא פעיל בשוק ההון, כגון סוכן בורסה, מתקיימת **חזקה שבעובדה** כי אדם כזה ימהר לנצל את המידע שקיבל לטובתו או לטובת לקוחותיו (מ"נ' ה' ה' הפמן). הנחה עובדתית זו מקובלת עלי. אולם זו, מטבע ברייתה, ניתנת לסתירה. אין היא חזקה חלוטה (השווה סתירת החזקה בפרשת ה' הפמן).

בענייננו אפשר היה להשתמש בחזקה הנ"ל ולקבוע כי גירסת קרן על שלל תמיכותיה, הנוגדת את הגיון החזקה, אינה אמינה. הדבר לא נעשה.

אף גם זה. נניח שאמת המבחן לסבירות אפשרות השימוש במידע, מצד מקבל המידע, היא אובייקטיבית. אפשר לומר **באורח אובייקטיבי כללי** כי סביר להניח שמנהל תיקים המקבל מידע פנים לא יעמוד בפני הפיתוי להשתמש בו. אולם, תוקף ההנחה הכללית צריך להבחן על פי מערכת נסיבות קונקרטיות. דהיינו, האם במערכת היחסים שבין קרן לכוכבא מתקיימת ההנחה הכללית שכוכבא כמנהל תיקים סביר להניח שיעשה שימוש במידע פנים הנמסר לו על ידי קרן. השאלה הזאת הצריכה ליבון והכרעה במישור עובדתי. כלומר, גם מבחן אובייקטיבי נכרך בברור תשתית נסיבתית קונקרטית רלוונטית. בענייננו לא היה ברור כזה. לפי דעתי, הדבר נבע מזוית ההשקפה של השופטת קמא אשר שיוותה לנגד עיניה את השימוש במידע בידי כוכבא **עבור קרן** כבסיס לעבירת שימוש. היא לא התייחסה לשימוש במידע על ידי כוכבא, **עבור עצמו או עבור לקוחותיו** כבסיס לעבירה כזו.

על כן אני סבור שהיסוד השני של שימוש על ידי מסירת מידע לא הוכח כדבעי.

המסקנה הזאת מייטרת את הדיון בטענות אחרות שהשמיע המערער. בכל זאת, למעלה מן הצורך אני מבקש להעיר גם לטענת עו"ד אדרת כי עומדת לקרן, מול טענת השימוש במידע על דרך מסירה, ההגנה הקבועה בסעיף 52א(4) לחוק. זה לשונה:

"(א) לא ישא אדם באחריות פלילית... אם הוכיח אחת מאלה:

(4) מטרת השימוש במידע פנים לא היתה, או בעיקרה היתה, עשיית רווח או מניעת

נטל השכנוע הוא על הנאשם. עליו להצביע, תוך עמידה במאזן הסתברויות על כך שמסירת המידע לא נועדה לשם הפקת רווח בידי בעל היתרון הנובע מן המידע (ראה: ת"פ 1327/92 מ"י נ' פריאל). בנסיבות ענייננו לא יכול היה קרן לעמוד בנטלו שכן ברור כשמש שהנחייתו לכוכבא כוונה לעשיית רווח לעצמו. אין נפקא מינה שלא נמצא בסיס להרשיע את קרן בחלופה של שימוש במידע על דרך עיסקה. מסירת המידע לאחר נבעה מרצון להפיק רווח.

בנסיון להתגבר על מצב הדברים טען עו"ד אדרת להבחנה במימד הזמן (העדר סימולטניות) בין מסירת המידע לבין גיבוש כוונת הרווח. שכן לפי טענתו קרן מסר לכוכבא את המידע הנדון על רקע רצון לברר מפי האחרון אם, לעת ההיא, נמסר המידע לבורסה והוחלט על הפסקת מסחר. כוכבא, שהעריך מייד את חשיבות המידע, שאל את קרן אם רצונו לרכוש מניות. כך הווה שכוכבא יזם את עשיית העיסקה לאחר שמידע הפנים כבר היה בידיו.

הטיעון מתוחכם, אך לא הייתי רואה לקבל אותו משני טעמים. הטעם הראשון והעיקרי שהוא אינו מתיישב עם ממצאי העובדה של הערכאה הראשונה. השופטת קבעה כי קרן "מיהר לעשות כן (להורות לרכוש מניות)...כך עשה כשהוא מאיץ בנאשם 2 (כוכבא) לבצע עבורו, מיידית, עסקאות רכישה מהותיות ברגעים האחרונים ועל סף סגירת המסחר בבורסה" (עמ' 36 להכרעת הדין) וכן "הוכח כי לא כוכבא היה הראשון שיזם את השימוש במידע אלא קרן, הוא עצמו, הזמינו לעשות כן, בהאיצו בו שירכוש עבורו, מיידית, מניות נפט, על סמך אותו מידע" (שם עמ' 53). הטעם השני הוא שגם לפי תאור הנסיבות שבפי הסניגור מדובר בחילופי דברים שהם מקשת זמן אחת, שאין להפריד את חלקיה באורח מלאכותי.

כללו של דבר, אני מציע לחברי לזכות את המערער מעבירת שימוש במידע פנים על כל חלופותיה.

## ערעורו של ברק

אני מצטרף לעיקרי מסקנותיו של אב בית הדין בענין ערעורו של ברק, אך לדעתי מתחייב צמצום הרשעתו לעבירה מוגדרת אחת וכן מתחייבת גישה עונשית שונה.

ברק הורשע בעבירה של שימוש במידע שמקורו באיש פנים לפי סעיף 52א לחוק שזה לשונו: **"העושה שימוש במידע פנים אשר הגיע ליידו, במישרין או בעקיפין, מאדם אשר הוא יודע כי הוא איש פנים בחברה"**.

טענת האישום מתייחסת למידע שמסר קרן לכוכבא, אשר התברר לעיל. ברק, כמוהו ככוכבא, סוכן בורסה (broker) הפועל מטעם חברת בטוחה, שמע את המידע האמור ומיהר לבצע עסקת רכישת ניירות ערך עבור לקוחותיו. לכאורה, נתפס ברק על הודאתו:

**"בכל מקרה הגשנו אני, אבי כוכבא, שמעון לוי ומרק אלפסי פקודות לקניית יואל 5, חיפושי נפט ונפטא. וזאת עשינו בעקבות הידיעה שקבלנו ממשה קרן שידוע לי שהוא עובד בחב' פז ונדמה לי שהוא מזכיר החברה... וסמכנו על האיש שמסר את הידיעה מאחר שידענו שהוא עובד החברה פז..." (הודעה ת/29).**

אולם מעמדו של ברק מעורר שאלות אחדות, בהן כאלה שהערכאה הראשונה - אולי בשל שגגה בעניין עובדתי - לא שקלה אותן. הערות נוגעות לסוגיות הבאות: א) מעמדו של ברק כ"מטופטף"; ב) דין "מטופטף" מסדר שני; ג) מהותיות המידע (חידושו; ד) שימוש במידע פנים; ה) הגנה; ו) בין ברק לנאשמים אחרים.

## מעמדו של ברק כ"מטופטף"

מידע פנים עשוי לעשות דרכו מפה לאוזן; מפיו של איש הפנים, בנקודת המוצא, וממנו בשרשרת, העשויה להסתעף בשרשרות משנה או לחוג במעגל עד אין סוף כמעט. מי שזוכה ללקוט את המידע ישירות מפי איש הפנים יחשב כנעבר [או "מטופטף" (tippee)] מסדר ראשון. הבאים בשרשרת הם מטופטפים מסדר שני.

ברק נחשב בעיני השופטת אופיר כנעבר מדרגה ראשונה לפי ש"נכח, כאמור, בשיחה הטלפונית בין קרן לכוכבא". ממצא זה קשה להבנה. הוא אינו מתיישב עם הנסיבות. בכתב האישום נאמר כי קרן מסר את מידע הפנים, בשיחה טלפונית, לכוכבא וכי כוכבא מסר את המידע לברק ולאחרים. בהכרעת הדין נכתב כי: "מייד עם קבלת המידע (מקרן) ירד (כוכבא) בריצה במדרגות אל המחשב, כשהוא גורר עמו את חבריו, להם העביר גם בפעם זו את המידע אותו קיבל מן הנאשם 1...". (ההדגשה שלי).

מתבקש, לכאורה, שהן כתב האישום והן הכרעת הדין אינם מבחינים בין ברק לשני מקבלי מידע אחרים (נאשמים 4, 5), מבחינת מעמדם כ"מטופטים" מסדר שני. אלא שבכל זאת, השופטת אופיר שררבה בדבריה גם מעין ממצא בדבר נוכחותו של ברק בשיחה הטלפונית של קרן וכוכבא, שבו ראתה יתד למסקנתה שברק הוא נעבר מסדר ראשון. נוכחות בשיחה טלפונית הוא ביטוי הכולל סתירה פנימית. לכן ראוי להרים את המסך ולהתבונן בראיות שהוליכו אל הממצאים.

העדויות העוסקות בנקודה זו הן של כוכבא ושל ברק עצמו. כוכבא העיד כי בעת הרלוונטית ישב באחד בחדר במשרדי בטוחה ביחד עם ברק. לפתע נשמעה הודעה בכריזה ולפיה מתבקש כוכבא לטלפון לשיחה עם קרן. הוא קם, יצא מן החדר והלך לקיים את השיחה בטלפון אחר (עמ' 565 לפרוטוקול בימ"ש קמא). בשובו מסר את המידע שקיבל לחבריו וברק ביניהם (ת/3 שצוטט בפסק הדין קמא). כיוצא בזה העיד גם ברק כבר בחקירתו ברשות:

"בשעות הצהריים...אבי כוכבא...קיבל טלפון מלקוח שלו בשם ד"ר משה קרן. אני ישבתי בחדרו באותה עת. את השיחה מד"ר משה קרן הוא קיבל במרכזיה ודיבר איתו בטלפון מחוץ לחדר. אני לא שמעתי את השיחה...אבי כוכבא סיפר לי את תוכן השיחה. אני לא שמעתי ישירות" (ת/29). ההדגשה שלי. וראה גם עמ' 729 לפרוטוקול בימ"ש קמא)

על כן נראה לי שאין מנוס אלא להתערב, בשלב הערעורי הזה, ולהבהיר את ממצא העובדה; לאמור, ברק היה אף הוא בגדר נעבר מסדר שני.

### דין "מטופף" מסדר שני והשלכותיו

קביעת הערכאה הראשונה שברק נחשב כנעבר מסדר ראשון הסיירה ממדוכת הדיון את שאלת תיחום גבולות איסור שימוש במידע שמקורו באיש פנים והיקף תחולתו על נעברים מסדר שני. הואיל וקביעה זו התחלפה, בשלב הזה, בממצא אחר, נראה שאין אנו בני חורין להתעלם מן הסוגיה אשר נטענה במלוא ענות גרון, מפי עו"ד פירדי, בא כוחו של ברק.

כבר איזכרתי לעיל את לשון האיסור. קריאתו הפשוטה אינה מעוררת קושי. על פני הדברים נראה שכל מי שעושה שימוש במידע פנים בא בגדר האיסור ובלבד שהוא יודע כי מקור המידע הוא איש פנים [ראה: ת"פ 1327/92 מ"י נ' פריאל (לא פורסם)]. לפי זה, "טופף" שיהלך מקצה ארץ ועד קציה יכרוך בכנפי האיסור את כל הבאים בסוד העניין, היודעים אל נכון מיהו המקור ומשתמשים במידע. עו"ד פירדי גרס כי הדבר אינו מתקבל על הדעת. הוא הציע לקרוא את האיסור באופן המצמצם את היקפו. לאמור, האיסור יחול רק בנסיבות של קבלת מידע ישיר מאיש הפנים או בנסיבות של קבלה עקיפה כאשר לאיש הפנים יש עניין בהעברת המידע לגורמים מסדר שני ושלישי.

לצמצום היקף האיסור יש סימוכין בספרות שפרשה את הדין האנגלי ובפסיקה האמריקאית. נוסח האיסור בחוק דומה מאוד ללשון הדין האנגלי [Company Securities (Insider Dealing) Act 1985 s.1 (3)]. המלומדים Mayson, French, & Ryan בפרשם את הדין האנגלי הבחינו בין הנעבר הישיר (המכונה אצלם "איש פנים מסדר שני" - secondary insiders) לבין נעבר מסדר שלישי (tertiary insiders). הוראות האיסור "תופסות" את הראשונים אך נראה כי אינם מתפרשות על האחרונים [352 (1992-3) On Company Law וגם Boyle ב-12.20.1 (Vol.1) Gore-Browne On companies (44th Ed.)]. הפסיקה האמריקאית הציבה דרישה שמלבד הוכחת ידיעת הנעבר שמקור המידע הוא באיש פנים יוכח כי הנעבר ידע שהמידע "טופף" תוך הפרת חובת הנאמנות של איש הפנים לחברה [Chairella v. U.S. 445 US 222; Dirks v. S.E.C 463 US 146; U.S v. Chestman 94 F2d (1991) 551].

יש טעם רב בצמצום גדרי האיסור. אין ספק שככל ש"סינדרום החד-גדיא" הולך ומתגבר, פוחתת סבירות יחוס עבירה לכלולים בו. תוצאתו אינה סבירה. פיזור המידע גורע מדיוקו ואמינותו וממילא נשלל ההגיון האצור באיסור, היינו מניעת יתרון בלתי הוגן לבעל המידע על פני צבור המשקיעים. פרופ' גרוס הבהיר, בחיבורו, כי כריכת הנעברים מסדר שני בעבירה פלילית, מבלי שיש להם חובת אימון כלשהי כלפי מקור המידע, עלולה לפגוע בפעילויות רבות של איסוף מידע וניתוחו שהן רצויות לשוק ההון לשם שיפור יעילותו (שם, עמ' 501 - 502). אולם, נראה שדבריו מתייחסים אל הדין הרצוי וברי לו שהדין המצוי הוא רחב היקף כפי שניתן ללמוד מפשוטו של מקרא.

כשלעצמי אני סבור שתחולה רחבה מדי של האיסור אינה רצויה, הן מפני שאינה משרתת את מטרת האיסור והן משום שהיא עשויה לפגוע בפעילות רצויה של איסוף מידע. הצמצום המוצע על ידי בא כוח המערער אינו מקובל עלי. לפי הצעתו יכלל בגדר האיסור רק מקבל מידע שאיש הפנים כיוון אליו, במישרין או בעקיפין, את המידע. הצעה כזאת מחזירה את הדגש אל מזימתו הפלילית של מוסר המידע. לזו ניתן בטויו בדין האוסר מסירת מידע פנים לשם שימוש בידי אחר. אולם, עשוי להיות אינטרס חשוב למנוע שימוש במידע פנים גם אם המקור איבד קשר עם מהלכי המידע שהפיץ. הכל כדי לשמור על שוק הון הוגן וראוי.

הגישה האמריקאית היתה מתקבלת על דעתי. היא מוסברת כך: איש פנים המוסר מידע פנים, פוגע בחובת האמון (fiduciary duty) המתקיימת בינו לבין החברה או בעלי מניותיה. ל"מטופטף" חובת אמון נגזרת אותה הוא נוטל על עצמו בשעה שהוא משתמש במידע פנים שהגיע אליו בידיעה שאיש הפנים היפר את חובת האמון. השימוש במידע, בנסיבות כאלה, כמוהו כשיתוף פעולה עם המקור בהפרת חובת האמון. ממילא מתבקש שמקום שה"מטופטף" אינו יודע על הפרת חובת האמון מצד המקור, אין השימוש במידע, מצדו, עולה בעבירה.

גם המלומד ד"ר עומרי ידליון, דן באפשרות לקרא לתוך הוראות סעיפים 52ג ו-ד, את חובת האמון הנ"ל. הוא הודה "שיש פה עיקום לשון הכתוב בצורה די ברוטלית", אך סבר כי העיקרון ראוי לשילוב בדין ולו במסגרת סעיפי ההגנות ובמיוחד הוראת סעיף 52ג[א][9] (ידליון, שימוש במידע פנים על ידי אנליסטים (קובץ הרצאות בדיני ני"ע פרסום של עמותת המסיימים של הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית ירושלים).

יהא הדבר כאשר יהא. גם אם נתבונן בנסיבות על פי הנסיון הנ"ל לצמצם את היקף האיסור (בין בקריאת הצמצום אל תוך ההוראה המהותית ובין בשילובה במסגרת ההגנה) נראה שברק "נלכד" ברשת האיסור. שכן ברק, ידע היטב מיהו מקור המידע, מהו תפקידו בחברה, כיצד נמסר המידע ממנו לכוכבא. הפרת האמון בעצם מסירת המידע, מזוית ההשקפה של ברק, מתבקשת מאליה.

## מהותיות המידע והחידוש שבו

מקובלנו שהאיסור אינו חל על שימוש במידע פנים שאינו מהותי או על שימוש במידע, אפילו הוא מהותי, שתוכנו היה ידוע לצבור.

על טיבה של "מהותיות" עמדה הערכאה הראשונה ובהערותי לעניין קרן החריתי - החזקתי אחריה. בא כוחו של ברק טען כי המידע שנמסר מפי קרן שונה מזה שנמסר לברק. קרן דיווח לכוכבא על "גז מעובה" ואילו כוכבא דיווח לברק - בלשונה של האחרון - "שצריכה לצאת הודעה על מציאת גז באיכות טובה" (ת/29א). ההבדל אינו מילתא זוטרתא, שכן "גז מעובה" הוא גילוי חדש ואולי רב ערך יותר לעניין סכויי גילוי נפט ואילו גילוי גז "סתם" אין בו מאומה מבחינת הפרוספקטיבה של גילוי הנפט ובמיוחד אין בו חידוש לעומת הודעות קודמות בדבר גילוי גז שיצאו מן החברה אל הבורסה.

אני מוכן להניח שהיה פער מסויים בין תכני המידע בהעברותיו השונות. זה טיבו של "טלפון שבור" והדבר גם מתקבל על הדעת שכן סוכני הבורסה שהעבירו את המידע בינותם אינם אנשי מקצוע בתחום חיפוש נפט ואין להניח שטרחו לדקדק במונחים שנקטו בסוד שיחם. אולם אין בכך כדי לגרוע ממהותיות המידע על פי המבחנים שהציבה הערכאה הראשונה. אין טעם לחזור על הדיון בסוגייה. דיי בכך שאציין כי פי המערער ענה בו שידע ושיער כי המידע יגרום להפסקת מסחר בבורסה (במניות הנפט) וכי הוא וחבריו הבינו "שהידיעה שהוא מוסר לנו - משה קרן - היא ידיעה על תוצאות בדיקת הגז שדווח על גילוי קודם לכן ושהתוצאות טובות ושכדאי לקנות את המניות שכן שערן יעלה כשיודע הדבר בציבור" (ת/29א). אין לך הודאה ברורה יותר במהותיות המידע על כל מאפייניו מושג זה.

הוכח בפני הערכאה הראשונה שהמידע היה חדש במובן זה שתוכנו לא חפף באופן מלא את שהיה ידוע בצבור. שכן מבחינה אובייקטיבית היה מדובר בהודעה לבורסה על גילוי קונדנסט (מושג שפרוש תוכנו הפטרו - כימי הווה נושא למחלוקת) שעל החידוש שבו סב הדיון בעניין קרן. מבחינה סובייקטיבית, לעניין ברק, מדובר בתוצאות בדיקת גז המעידות על איכות טובה. גם בכך די כדי להוסיף על המידע שכבר הוחזק בידי הצבור. ודוק, בהקשר ל"חלום הנפט", רגישות השוק כל כך גדולה עד שצל הרים נדמה כהרים וריח הגז משלהב את הדמיון כמראה פרץ נפט. זה השוק וכזה טיבו ועל כן צריך למוד את ההיתרים והאיסורים על פי "כללי המשחק" המיוחדים לו.

## שימוש במידע פנים

על טיבו של "שימוש" עמדתי בהקשר לערעורו של קרן. הגעתי למסקנה כי בגדרו באה עיסקה בניירות הערך של החברה שבה פועל איש הפנים (אם כי לשון החוק "סובלת" גם פרוש רחב יותר). החלת אותו מבחן על פעולתו של ברק כורכת אותו בשימוש במידע רק בשל קניית מניות פז. הוא פטור מאחריות בשל רכישת מניות אחרות.

## הגנה

חכתי בדעתי שמא עומדת לברק ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(9) לחוק לאמור: "בנסיבות העניין היתה הצדקה לביצוע העיסקה".

הוכח כי ברק רכש, עבור לקוחותיו, כבר בשלבי המסחר המוקדמים באותו יום, את אותם ניירות ערך שרכש בעקבות המידע. השופטת אופיר התרשמה שהרכישות המוקדמות בוצעו על פי מיומנותו של ברק, איסוף המידע הטכני העקבי והמקצועי שביצע ועל פי מעקב גראפי אחר תנודות ניירות הערך הללו שקיים. נמצא, שהמידע שהגיע עדיו, בשלב המאוחר של המסחר, לא היה מרכיב יחידי בשיקול הדעת שלו. היה זה מידע שנוסף על המידע הבסיסי שכבר הניעו לרכוש ניירות ערך אלה קודם לכן ועל כן משקלו לא היה מוחלט. אכן, השופטת קמא התרשמה כי "הרכישות נושא האישום הזה, נעשו על ידו לא על סמך הניתוח הטכני אלא בהחלטה של רגע שבאה בעקבות אותה שיחה טלפונית בין קרן לכוכב...". בכך אין לי סיבה להתערב. אולם שאלה היא אם לנוכח ההחלטות שגיבש מבעוד יום ואשר הניעוהו לרכוש את המניות הללו, לא הצדיקה מחויבותו כלפי לקוחותיו להוסיף ולרכוש את המניות הללו, בהתקבל המידע הנוסף.

חברי, אב בית הדין, התייחס לדברים אם גם שלא מזוית בחינה של ההגנה וכך אמר:

**"לא יעלה על הדעת שהפועל למען זולתו, תוך חובת נאמנות כלפיו, יהיה רשאי לבצע עבירות כדי להיטיב עם מי שהוא פועל למענו. עיקרה של ההוראה שבסעיף 52 מכון כלפי אנשים מסוגו של ברק הפועלים למען לקוחותיהם. קבלת טיעונו של עורך דינו, משמעה מתן חרות להפרת החוק, לכל הסוחרים למען אחרים. דבר זה עשוי לרוקן את האיסור מכל משמעות"**

דעתי אינה נחרצת כל כך. ראשית לעתים הדין פוטר את הפועל מתוך חובת נאמנות ומבצע עבירה (ראה: סעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות). על כך אפשר להשיג ולומר שרק פטור מפורש בדין עשוי לגבור על העבירה ולא פטור נחבא המוצא מבין קפלי לשונו הרחבה של הדין. שנית, טיבה של הגנה הוא שהיא מתקיימת במקום שהנסיבות מצביעות על התגבשות עבירה. על כן אם לא במקרה דנן אימתי תחול ההגנה הנידונה?

אף על פי כן אני מצרף דעתי למסקנתו של ד"ר קלינג. אינני סבור שחובתו של ברק כלפי לקוחותיו הצדיקה את ביצוע העבירה. הוא יכול היה לממש את חובתו כלפי לקוחותיו בדרך חוקית ומקצועית. אכן כך נהג בבוקרו של יום. השגת מידע בלתי חוקי אינה הדרך היחידה שבאמצעותה יכול היה ברק לפעול בניירות הערך הללו ועל כן לא היתה לפעולתו הצדקה (דוק והבחן בין זה לבין פעולה של איש מקצוע, כגון חוקר פרטי, הנאלץ, לפגוע בפרטיות כדי לקיים חובה מקצועית כלפי שולחו).

כבר הזכרתי לעיל את הערותיו של ד"ר ידלין והצעתו להקנות משמעות רחבה להוראות ההגנה על מנת שבדרך זו תצומצם יריעת ההתפרשות של האיסור ככל שהוא נוגע ל"מטופטים" מסדר שני ושלישי. אלא, שבחינת הצעתו מלמדת שהנסיבות שהוא היה רואה אותן כנסיבות המצדיקות שימוש במידע פנים בידי מי שקיבל מידע כזה אינן דומות לנסיבות עניינינו (דוק שם והבחן ע' 29 - 31).

## בין ברק לנאשמים אחרים

משהצעתי שינוי של ממצא עובדתי שלפיו הושווה מעמדו של ברק כ"מטופטף מסדר שני" למעמדם של סוכני הבורסה שנאשמו עמו, כלום אינו דין שיש לזכותו מאשמה כשם שזוכו הם? התשובה לכך שלילית ופשוטה. היא נובעת ממצא עובדתי המבחין בין אותם נאשמים לבין ברק. השופטת קמא האמינה לנאשמים הללו (או לפחות היתה מוכנה להנות את הנאשמים מטובת הספק) שלא היו מודעים לרכיבים הפיזיים של "טפטוף" המידע. הם הונעו לפעול בניירות הערך מתוך אמון מלא בכוכבא ובברק וחיקוי פעולתם. ספק היה זמן למסור להם את פרטי המידע ולפיכך הם לא הושפעו כלל מתוכנו. ענייניו של ברק שונה. הוא קיבל מידע מפי כוכבא וכאמור גם ידע מיהו מקור המידע. הוא אישר (ראה לעיל) את הקשר הסיבתי החד משמעי שבין עצם קבלת המידע, מהותו ומיהות מוסר המידע לבין החלטתו לרכוש את ניירות הערך.

## סיכום עד כאן

הצעתי העולה מן המקובץ היא לדחות את ערעורו של ברק כנגד הרשעתו ככל שהיא נוגעת לשימוש במידע שמקורו באיש פנים על ידי רכישת מניות פז. מאידך אני מציע לקבל את ערעורו ולזכות אותו מאחריות לשימוש במידע שמקורו באיש פנים בכל הנוגע לרכישת מניות אחרות (י.ו.א.ל., נפטא).

## העונש

אילו נטתה הכף בכיוון חוות דעתי לא היה צריך לגזור לקרן עונש כלל ועיקר וכן את רכיב הקנס בעונשו של ברק היה צריך לצמצם נוכח סברתי שיש לזכותו משניים משלושת האישומים המיוחסים לו. אלא, שלעת הזאת אני כבר יודע אלא נכון שדעתי, דעת מיעוט. על כן אנקוט עמדה לענין הערעור לעונש כדלקמן:

## קרן

אני סבור שראוי להקל בעונשו של קרן. הוא נדון לעונש מאסר בן 6 חודשים לריצוי בעבודת שרות, עונש מאסר מותנה וכן לעונש קנס בשיעור המקסימלי האפשרי. אינני רואה מקום להתערב בקנס שנגזר. הצעתי היא שעונש המאסר בעבודת שרות יומר בעונש של 6 חודשי מאסר מותנה. בהתחשב בכך שגם הערכאה הראשונה גזרה מאסר מותנה שתוקפו למן גזר הדין אני מציע שהתנאי הנקבע כאן יהיה לשנה מהיום. התנאי הוא שלא יעבור עבירה מן העבירות בהן הורשע.

בהציעי את זאת, אינני מקל ראש בהתנהגות שבה ראתה הערכאה הראשונה וראו חברי להרשיעו. מדובר באדם שיש לו נגישות למידע פנים והוא ביקש לנצל את המידע הרגיש שברשותו כדי להערים על ציבור המשקיעים בשוק ההון, לזכות ביתרון בלתי הוגן ולשלשל לכיסיו את רווחי המעשה הבלתי כשר. צריך גם לשוות לנגד העינים את הרגישות של שוק ההון בכלל ומניות הנפט בפרט. בנתוני שוק רגיש אין עצה ואין תושיה אלא בתגובה מתאימה כלפי עוברי עבירה על מנת לשמור על השוק מפני שיבוש טוטאלי.

אולם, לעולם נבחנת סוגיית העונש בהתייחס לנסיבותיו המיוחדות של האירוע בר העונשין. נסיבות עניינינו, ככל שהן נוגעות לקרן, אינן מצביעות על מזימה ותחבולה לעשות ולהעשיר על פי ניצול מידע הפנים שברשותו של קרן. נראה למדי שקרן נגרר והתפתה לעשות את המעשה הנדון.

הן מדובר באדם שאין לו כל עבר פלילי, הוא שלט במידעי פנים בפז תקופה ארוכה והנה תיק ההשקעות שלו סב על 40 אלף שקלים בלבד ולא נכרה בו עד לאירוע כל תנועה החשודה אלי ניצול המידע שבידו. גם במקרה הקונקרטי מדובר היה בהשקעה שכללה לכל היותר להניב רווח של 1,000 שקלים. קרן אף הגביל את השערים שבהם הנחה את סוכנו לסחור ולכן גם לא יכול היה לממש רווח כזה. עובדה שבסופו של דבר לא הצטרף לקרן ולמכור הגבילת השער.

הוא ציין בפני סוכנו שהוא מבקש לרכוש מניות ש"לא יסבכו אותי". סך הדברים מורה כמעט שולל את ההיפוטיזה שמדובר בתחבולן, ערמומי שביקש לעשות עושר ולא במשפט. הוסף על אלה את הזמן שחלף מאז האירוע ואת העובדה שהדין מעיקרה מייחס משקל מועט יחסית לעבירות בהן הורשע קרן והרי לך טעם לגישה המקלה שאני מציע לאחוז בה וטעם לסברתי שהשופטת קמא לא נתנה משקל ראוי לכל הנסיבות השוקלות לצרכי ענישה.

## ברק

הערכאה הראשונה גזרה לברק עונש של קנס בשיעור המקסימלי האפשרי (24,000 שקל) וכן מאסר לתקופה של 3 חודשים שירוצה בעבודת שרות, מאסר מותנה לתקופה של 9 חודשים.

מדובר בעבירה על חוק ניירות ערך שביצע סוכן בורסה, אשר ממנו צריך היה לצפות למילוי קפדני של הוראות הדין. סוכני הבורסה הם, על פי מהות תפקידם, נוטרי החוק בכל הקשור למסחר בשוק ההון. כבר הבהרתי לעיל את רגישותו של שוק ההון ואת החשיבות הגדולה של שמירה על כללים תקינים של מסחר בו. הדברים מצדיקים כמובן תגובה עונשית בת ממש כדי לשמי שאוחר בידו, במידה מסויימת, את ההגה המנווט פעילות בורסאית יגדור עצמו לפעולה בתוך ד אמות הדין.

על אף האמור, דעתי היא שראוי להקל בעונשו של ברק. דומה בעיני שכל הנימוקים שעליהם הצביע סניגורו להצדקת גישה מקלה הם נימוקים ראויים להשמע ולא נחה דעתי שניתן להם משקל ראוי בגזר דינה של הערכאה הראשונה.

ברק הוא אדם בגיל העמידה, נשוי ואב לשלושה ילדים, שרת שרות קרבי בצה"ל ונפצע במלחמת יום הכיפורים, פציעה שבעטיה נקבעה לו דרגת נכות. עברו נקי לחלוטין. הוא פועל בתחום יעוץ להשקעות למעלה מ-10 שנים וכל מי שבא עמו במגע ובכלל זה מנכ"ל חב' בטוחה העיד כי ברק מוכר כמנהל תיקים ישר, הגון ואחראי המצטיין ברמה מקצועית גבוהה, ובאמינות אישית.

מתבקש כי העבירה הנדונה היא בגדר מעידה חד פעמית של ברק. יתר על כן, לא היתה זו מעידה מתוכננת, יזומה או אפילו פעילות שתחילתה התהוות אקראית והמשכה ביוזמה מובילה מצד המבצע. שהרי, מבחינת ברק, המידע האסור בשימוש נפל לידיו באופן מקרי מפי כוכבא. כוכבא אץ רץ לנצל את המידע שהגיע לידיו והדביק בהתלהבותו את הסוכנים שעבדו לידיו, בכללם ברק. זהו רגע של אובדן יכולת לעמוד בפני פיתוי ולקיים שיקול דעת מאוזן כראוי.

ברק מעד בשימוש במידע פנים שהגיע אליו מכלי שני. בוודאי שעונשו צריך לעמוד ביחס מופחת כלשהו לעונשו של מקבל המידע מן הסדר הראשון.

הדין אינו מייחס חומרה רבה לסוג זה של הפרה. הא ראה, שהעונש המקסימלי הקבוע בחוק הוא מאסר לתקופה של 6 חודשים. רק עבירות מעטות עלי ספר החוקים הן בנות עונש כזה. מן המקסימום צריכים לגזור לאחור את השפעתן של הנסיבות המקלות.

זה ועוד זה. לא מכבר נחקק חוק להסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות שמכוחו אדם אשר הורשע בעבירה לפי חוק ניירות ערך עשוי להפסל מעיסוק בתחום זה. העבירה דנן בוצעה הרבה קודם לחקיקת החוק. הדברים התגלגלו כך שפסק הדין בערעור זה ניתן למעלה מ-7 שנים לאחר ביצוע העבירות ואילמלא נמשכו ההליכים כפי שנמשכו יכול היה ברק לשאת בעונש הרבה לפני שהחוק עלה על דל מחשבת המחוקקים.

איני סבור שנכון להגות את ברק ממסילת עיסוקו המקצועי. חד פעמיות החריגה ושאר הנסיבות צריכים לעמוד לו בנדון זה. אף על פי כן, משהיה החוק החדש לעובדה אפשר ששאלת רישוי עיסוקו של ברק תצטרך לבחינה והוא יהיה זקוק לחסדיה של הרשות המומסמכת להעניק לו רישיון גם חרף הרשתו בדין.

בא כוחו של ברק ביקש שנשקול אפשרות להמנע מהרשתו של המערער ולהסתפק בענישתו בלי הרשעה. איני רואה לקבל חלופה זו. אני סבור שקבלתה תפגע בכוחו המרתיע של הדין והעונש וכבר הבעתי את גישתי לענין מקומם ותפקידם של הפועלים בשוק ההון בשמירה על חוקיות פעולתם ופעולת הזולת הכרוכים בהם.

על פי מערכת הנסיבות הזו הנוטלת בחשבון גם את שיקולי ההרתעה החשובים עליהם הצביעה הערכאה הראשונה, הייתי מציע להעמיד את עונשו של ברק על שלושה חודשי מאסר מותנה לתקופה של שנה מהיום. התנאי הוא שלא יעבור עבירה לפי סעיף 52 לחוק ניירות ערך. לצד זה יוותר הקנס שקבעה הערכאה הראשונה על כנו.

## ד"ר ע' קפלן-הגלר:

הריני מצרפת דעתי לחוות דעתו של חברי המכובד, השופט ד"ר ג. קלינג, באשר לשני הנאשמים.

ויוסף. רואה אני עין בעין עם דברי חברי המכובד, השופט ד"ר ע. מודריק, באשר לבסיס העובדתי למיהותו של המערער, ברק, כמטופף / נעבר מסדר שני, כמובא וכמפורט בחוות דעתו.

אולם - אין הפגיעה בחובת אימון מצד **המעביר** - כדי להשליך לפליליות מעשה על ידי **נעבר**, בבחינת חובת אימון נגזרת, אותה נוטל על עצמו נעבר כזה בעת שימוש במידע פנים אשר הגיע אליו. לענין זה - מקובלים עלי דבריה של השופטת ב. אופיר-תום **המבחינה** בין הדין דכאן לדין האמריקאי, וראה ת"פ 327/92 מ"י נ' פריאל ואח' (לא פורסם) שם עת' 62.

אכן, טענות שובות עין ולב העלו סניגורים מלומדים, עוה"ד ויינרוט ופירדי באשר לסוגיה זו בסכומיהם בכתב כבעל פה.

עיקריהן - כי הוראות סעיף 52 ד' לחוק, בבטוי "בעקיפין", בו נקט - באה **למנוע** מצב בו איש הפנים ינסה להסתיר **מעורבותו**, בנקיטת שרשרת אנשים אשר האחרון אשר בהם יפעל **בעבורו**, מבלי יכולת חשיפתו. אין החוק חל, כטענתם, באותו מקרה בו המטופף מדרגה **ראשונה**, על דעתו, וללא ידיעת איש הפנים - העביר המידע למטופף/נעבר השני.

כאמור, טענות אלו - דינן להדחות.

פשוטו של מקרא - ענינו בעושה שימוש במידע פנים אשר הגיע לידו, בין במישרין ובין **בעקיפין**, כאשר נבחנת **ידיעתו** של הנעבר באשר להיות האדם ממנו הגיע לידו המידע האמור, איש פנים בחברה.

שמע מינה, עסקינן בתכלית חקיקה אשר בקביעת איסורים - בין תאמר בפסול המוסרי, באפשרות ניצול עליונות מידע המושג דוקא מכח גישה קרובה לתאגיד המנפיק נייר הערך...עליונות זו מנוצלת לטובתם האישית של המקורבים לתאגיד, תוך ניצול ופגיעה אפשריים במשקיעים מקרב הציבור הרחב, שאין להם זיקה קרובה ומידע מלא לגבי אותה פעילות עסקית... "וגו' - וראה י. גרוס "האיסור בדבר ניצול מידע פנים בחברות", עיוני משפט ט"ו (3); -בין תאמר אמינות שוק ההון, ובין תאמר עליה במחיר ההון - שם עמ' 490, 491, וראה סיפא עמ' 500, וראה הצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 6) תשמ"א 1980 (הצעות חוק 1483 בעמ' 13). וראה באשר לענין זה א. ברק שקול דעת שפוטי (חלק ראשון) ת"א (1987) ע' 92.

תכלית חקיקה בפליליות מעשה נעבר כנאשם דכאן. ענינה במניעת העברת מידע פנים לאורך שרשרת אשר חותמה המובהק בידיעת הנעבר למקור נביעתה, כלשון סעיף, והענשתו בהתאם.

תכלית חקיקה - במניעת משחק מחבואין מאחורי גב אחר, אפילו תאמר לא ידע המעביר בעת מסירת מידע למי יועבר, בזהותו; (וראה גם פריאל, שם עמ' 61).

כי כך, לא יחסי vis a vis לפיד צורב של מידע פנים, בידיעת זהות מועבר אליבא מעביר עסקינן לצורך סעיף זה, אלא בבחינת ידיעת נעבר בדבר זהותו/מקורו/מעמדו של מעביר מידע הפנים.

כי כך, כאמור, נכנס נאשם במלוא קומתו מסגרת הוראות סעיף 52 ד' בפליליות מעשיו, כהוכחתם כנסקר וכמפורט.

לאחר קריאת טעוני הצדדים ושמיעתם - ראיתי לקבל הערעור באופן אשר הקנסות ישארו בעינם ואילו עונש המאסר בעבודות שירות, כפי גזירתו על שני הנאשמים כמדתם - יומר בעונש מאסר על תנאי כדלקמן:

על הנאשם קרן הריני גוזרת עונש מאסר על תנאי של 6 חודשים למשך שנה מהיום והתנאי כי לא יעבור עבירות בהן הורשע.

על הנאשם ברק הריני גוזרת עונש מאסר של 3 חודשים למשך שנה מהיום והתנאי הוא כי לא יעבור על סעיף 52ד. כמו כן, מצרפת אני דעתי לדעתו של חברי הנכבד, הד"ר מודריק בנפקותם לענין הנאשם ברק באשר לחוק להסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות.

ואם ראיתי לגזור העונש במידות האמורות - הרי ראיתי להסתכל על **תיקרתה** של ענישה בעבירות בהן הורשעו הנאשמים שנים, בגזירה מתבקשת מפסיקה דומה, (וראה למשל ת"פ 7577/92 מ"י נ' אוסטרובסקי (לא פורסם); ת"פ 6026/86 מ"י נ' פלג (לא פורסם), כאשר אל אלה מצטרפת עובדת חלוף הזמן מאז תחילת ההליך ועד היום (וראה בהשלכה נגזרת לעניננו הלכת יסוד ע"פ 786/84, ע"פ 795/84 הלוי ואח' נ' מ"י לט(2) 714, בעמ' 716, 717).

העולה במקובץ הוא שהערעורים על ההרשעה נדחים ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט ד"ר ע' מודריק, והערעורים על חומרת העונש מתקבלים כנגד דעתו החולקת של השופט ד"ר ג' קלינג, ועונשו של משה קרן יועמד על מאסר על תנאי של ששה חדשים למשך שנה מהיום, והתנאי הוא כי לא יעבור עבירות כעבירות שבהן הורשע, עונשו של חנן ברק יועמד על שלשה חדשי מאסר למשך שנה מהיום, והתנאי הוא כי לא יעבור עבירות בעבירות שבהן הורשע, ועונשו של חנן ברק יועמד על שלשה חדשי מאסר למשך שנה מהיום, והתנאי הוא כי לא יעבור סעיף סעיף 25ד' לחוק ניידות ערך תשכ"ח-1968.

הקנסות שהוטלו על ידי בית משפט השלום יעמדו בעינם.

ניתן היום, 14.7.97, והודע.