

**בעניין :**

**בנק לאומי לישראל בע"מ, ח"צ 520018078**

ע"י ב"כ עו"ד נועם בר דוד ו/או הדר וייס  
ממשרד סלומון ליפשיץ ושות', עורכי דין  
מרחוב נתנזון 1, חיפה, 3303473  
טל' 04-8140500 ; פקס' 04-8557038

**המערער**

**- נ ג ד -**

**קלירשיפט ישראל בע"מ, ח"פ 513609545**

ע"י ב"כ עו"ד איתי ברכה ו/או טוביה יגר  
מדרך מנחם בגין 52 (מגדל סנוול), תל אביב, 6713701  
טל' 03-5522275 ; פקס' 03-6822275

**המשיבה**

**היועצת המשפטית לממשלה**

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה  
מרחוב קריית המדע 5, בניין B3, ירושלים  
טל' : 073-3929611/12 ; פקס : 02-6468027  
דוא"ל : [civil-dep@justice.gov.il](mailto:civil-dep@justice.gov.il)

**מתייצבת להליך**

**עמדה משלימה מטעם היועצת המשפטית לממשלה**

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 9.1.2023, מיום 1.3.2023 ומיום 23.4.2023, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש עמדה משלימה מטעמה, כפי שיפורט להלן.

כל ההדגשות בעמדה זו הוספו.



חגית שפיצר, עו"ד

המחלקה האזרחית - פרקליטות המדינה

ב"כ היועצת המשפטית לממשלה

היום, ט' באייר, תשפ"ג (30.4.2023)

## פתח דבר

1. בהליך זה נדון ערעור שהוגש על פסק דינו של כבוד בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו (כבוד השופטת אסתר נחליאלי חיאט) מיום 17.11.2021 שניתן בת"א (מחוזי (ה"פ) 32389-02-17 **קלירשיפט (ישראל) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (להלן: "**הערעור**" ו-"**פסק הדין**" בהתאמה).
2. במוקד ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי ניצבה עתירת חברת קלירשיפט, המבקשת שם (היא המשיבה כאן – להלן: "**קלירשיפט**" או "**המשיבה**"), במסגרתה ביקשה כי כבוד בית המשפט המחוזי יורה לבנק לאומי לישראל בע"מ (להלן: "**הבנק**" או "**המערער**") להמשיך ולתת לה שירותים לניהול החשבון בבנק.
3. הסוגיה המשפטית שהוכרעה בפסק הדין היא, האם רשימת התנאים שהציב הבנק לחברת קלירשיפט, אשר אך ורק בכפוף לביצועם ללא יוצא מן הכלל, היא תוכל להמשיך ולנהל את חשבונה בבנק – עולה כדי "סירוב בלתי סביר" המהווה הפרת החובה המוטלת על הבנקים להעניק שירותים, בהתאם לקבוע בסעיף 2 לחוק **הבנקאות (שירות ללקוח)**, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הבנקאות (שירות ללקוח)**").
4. היועץ המשפטי לממשלה הקודם הגיש את עמדתו המפורטת, בה נדרש, מנקודת מבט רחבה ולאור עקרונות וקווים מנחים שגובשו, לסוגיית סבירות הסירוב, בהתאם להוראות הדין שחלו באותה עת (להלן: "**עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי**").
5. יוזכר, כי במסגרת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי הודגש, שהיא מתייחסת למצב המשפטי שחל במועד הגשת העמדה, וכי עם קידומה של אסדרה מלאה בתחום הלבנת הון לגבי נותני שירותים פיננסיים, ואכיפתה של אסדרה זו, תפחת רמת הסיכון המובנה של גופים אלה. עם זאת, הובהר בעמדה, שהמוסדות הפיננסיים עדיין יידרשו להעריך את רמת הסיכון של לקוחותיהם ולהפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו.
6. בפסק הדין קבע כבוד בית המשפט המחוזי, כי יש מקום להיעתר לבקשת קלירשיפט, **בעת הנוכחית**, להמשיך לנהל את פעילותה באמצעות חשבון בבנק, מבלי לקבוע מסמרות נוספים בעניין. זאת, בין היתר, מאחר שנקבע שהדרישות שהציב הבנק לפני קלירשיפט הן מוגזמות ומופרכות, בהתחשב בניגוד העניינים האינהרנטי שבו מצוי הבנק, ככל הבנקים, ומכאן שמדובר בסירוב בלתי סביר. לצד זאת נקבע, שכל שהבנק יגבש תשתית ראייתית כפי שפורט בפסק הדין, תהיה פתוחה לפניו הדרך ליישם את מסקנותיו בהתאם.
7. הבנק הגיש ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון. במסגרת הדיון שהתקיים ביום 9.1.2023 בהליך הערעור לפני בית המשפט הנכבד, ובהתאם להחלטה שניתנה באותו מועד נקבע, כי יש לצרף את היועצת המשפטית לממשלה כמשיבה בהליך, שכן הוגשה הודעה על התייצבות היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא והוגשה עמדה מטעמו (להלן: "**ההחלטה**"). עוד נקבע בהחלטה, כי תוגש עמדה משלימה מטעם היועצת המשפטית לממשלה, בה תתייחס לקביעותיו של בית המשפט המחוזי, וכן לדרישות שונות שנויות במחלוקת בין הצדדים (מאפייני הבנק האמריקני שבו תפתח המשיבה חשבון וכן השימוש בזכות הקיזוז, לרבות האפשרות של עדכון המערער באשר לזהות הצדדים שזכות הקיזוז מופעלת בשמם ועבורם).
8. בהתאם לכך, היועצת המשפטית לממשלה שבה ונדרשה לסוגיות שעל הפרק, ותבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד, בדבר **ההתפתחויות האסדרתיות שחלו לאחרונה בתחום איסור הלבנת הון לגבי נותני שירותים פיננסיים.**

**כמו כן, לאור התפתחויות אלה, ולבקשת בית המשפט הנכבד, תוצג עמדתה המשלימה בהליך שבכותרת.**

למען הסר ספק יובהר, כי העמדה המשלימה מתייחסת לנושאים העולים מטענות הצדדים בהליך הערעור שבכותרת בלבד, ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד. אין בכך כדי לגרוע מההתייחסויות שהוצגו בעמדה מטעם היועץ במחוזי ביחס להיבטים נוספים, כגון "ניכוי מס במקור", שהמערער החליט לא לעמוד עליהם בטענותיו (ראו סעיף 62 בסיכומי המערער (המשיב שם) בבית המשפט המחוזי), ואשר לא הועלו בעניינם טענות במסגרת הליך הערעור.

### **המסגרת המשפטית-נורמטיבית**

9. בפרק זה תוצג המסגרת המשפטית-נורמטיבית בתחום איסור הלבנת הון לגבי נותני שירותים פיננסיים, תוך עדכון בדבר ההתפתחויות האסדרתיות שהתרחשו מאז הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי, ואשר חלות היום בתחום זה. (עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי – **מוצג א'**).

10. אחד מעקרונות המאבק הבין-לאומי בהלבנת הון ומימון טרור, הוא גיוס הסקטור הפרטי למניעת פעילות זו וזאת, בהתאם לסטנדרטים הבין-לאומיים שנקבעו על ידי ארגון ה-Financial Action Task Force (להלן: "FATF"). בהתאם, הוטלו חובות זיהוי, דיווח, בקרה וניהול רישומים על מוסדות פיננסיים ובעלי מקצוע מסוימים, והכל כפי שיפורט בהמשכם של הדברים.

11. בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 7 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: "החוק"), קבע נגיד בנק ישראל בצו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשס"א-2001 (להלן: "הצו הבנקאי") חובות זיהוי ודיווח לרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור.

12. בסעיף 2א לצו הבנקאי, אשר נכנס לתוקפו ביום 2.8.2014, מעוגנת החובה להכיר את הלקוח, ואף הפניה לצורך יישומו לכללים שקבע המפקח על הבנקים בהוראת ניהול בנקאי תקין מספר 411 בנושא "מניעת הלבנת הון, זיהוי לקוחות וניהול רישומים", אשר נכנסה לתוקף בשנת 2002 (להלן: "הוראה 411").

- העתק מהוראה 411, בנוסח הרלוונטי למועדים הנזכרים בהליך קמא (נוסח התיקון מיום 23.11.2016), צורף כנספח 1 למוצג א'.

13. כבר עתה יצוין, כי נוסח הוראה 411 מיום 23.11.2016, אשר הובא במסגרת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי (להלן: "הוראה 411 הקודמת") עודכן לאורך השנים, בין היתר, על רקע מסמכי מדיניות והמלצות שפרסמו גופים שונים ובהם ה-FATF וה-BIS, שנגעו ליישום אפקטיבי של איסור הלבנת הון ומימון טרור, בפרט עבור המגזר הבנקאי. במסגרת השינויים שחלו בהוראה 411 (להלן: "הוראה 411 העדכנית"), ישנה הרחבה של גורמי הסיכון אותם נדרש התאגיד הבנקאי להביא בחשבון כחלק מקביעת מדיניות ונהלי הכר את הלקוח, כאשר חלוקת גורמי הסיכון נעשתה לפי לקוחות, מדינות וטריטוריות ומוצרים, שירותים וערוצי הפצה.

עם זאת, חשוב להדגיש, כי על אף ההרחבות השונות שבוצעו בהוראה 411 העדכנית, **לא חל שינוי בעקרונות האסדרתיים לניהול הסיכון במערכת הבנקאית.**

בהתאם, יובאו בתמצית סעיפים רלוונטיים מהוראה 411 העדכנית, תוך הפניה לסעיפים דומים מהוראה 411 הקודמת, שהוצגו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי.

- העתק הוראה 411 בנוסח העדכני מיום 5.12.2022 מפורסם באתר המרשתת של בנק ישראל.

14. הוראה 411 עוסקת בניהול הסיכון שתאגיד בנקאי בישראל ינוצל לפעילות של הלבנת הון ומימון טרור, דבר אשר עלול לגרום לפגיעה בשמו הטוב של התאגיד הבנקאי, באמון הציבור בו ובמערכת הבנקאית כולה ואף בשמה הטוב של מדינת ישראל.

15. נוסף על כך, הוראה 411 מבוססת, בין היתר, גם על המסמכים התורתיים של הארגונים הבין-לאומיים המובילים את ההתמודדות עם הלבנת הון ומימון טרור, הן ברמה הכללית (ארגון ה-FATF) והן ברמה הפרטנית של תאגידים בנקאיים (ועדת באזל).

16. יצוין, כי בשנת 2014 פרסמה ועדת באזל' מסמך מעדכן למסמך קודם משנת 2001, בו אומצו ההמלצות של ה-FATF משנת 2012; ובאוקטובר 2014 פרסם ה-FATF אף הוא מדריך בשם "Guidance for Risk-Based Approach – The Banking Sector".

17. בשני המסמכים הללו מוצג ניתוח של הגישה מבוססת הסיכון, וכן המתודה הראויה לניהול סיכונים הלבנת הון ומימון טרור, שתפורט להלן.

### **"הכר את הלקוח" והערכת הסיכון**

18. נקודת המוצא של הוראה 411 היא, כאמור, הכרת הלקוח, ולשם כך על התאגיד הבנקאי לקבוע מדיניות שתתייחס לפרמטרים שונים המופיעים בהוראה, ביניהם: מטרת פתיחת החשבון; הפעילות המתוכננת בו; עיסוקו של הלקוח; זיקה לישראל; הכרת העסק; אפיון הלקוחות והספקים בחשבון עסקי ועוד.

19. יודגש, כי הליך "הכר את הלקוח" אינו מתחיל ומסתיים בפתיחת החשבון ללקוח, אלא מדובר בהליך אשר מתקיים באופן שוטף ביחס לחשבון הלקוח ולפעילות בו. בסעיפים 9-10 להוראה 411 העדכנית, נקבעה חובתו של התאגיד הבנקאי לעגן מספר עקרונות בסיסיים של "הכר את הלקוח", במסגרת מערך ניהול הסיכונים והבקרה הפנימית שלו: מדיניות קבלת לקוחות, זיהוי לקוחות ובקרה שוטפת אחרי חשבונות (ראו סעיפים 4(א) ו-8 להוראה 411 הקודמת).

20. בסעיפים 28 ו-29 להוראה 411 העדכנית נקבעו עקרונות להגדרת חשבונות של לקוחות בסיכון גבוה לעניין איסור הלבנת הון ומימון טרור ואופן ניהולם (ראו סעיף 15 (א) להוראה 411 הקודמת).

21. אם כן, הערכת הסיכון הגלום בלקוח ובפעילותו, המכונה גם "הסיכון המובנה" (Inherent risk) מורכבת מסוג הלקוח, פעילותו והיקפה.

לעניין סוג הלקוח – יש חשיבות לשאלה האם הלקוח הוא תאגיד או יחיד, תושב ישראל או תושב חוץ, שכיר או עצמאי, זיקתו של הלקוח לסניף והאם הוא איש ציבור.

לעניין סוג הפעילות והיקפה – יש לבחון את תחולת צו איסור הלבנת הון על פעילות הלקוח. במסגרת זו, ככל שהיקף הפעילות הצפוי או הקיים בחשבון, גדול יותר, כך גם הסיכון גדול יותר.

ריבוי פעולות מעלה גם הוא את רמת הסיכון, שכן הוא מקשה על הניטור השוטף של הפעילות בחשבון.

מידת הסיכון הגלומה בסוג הפעילות מורכבת מפרמטרים כמו: חשבון פרטי או עסקי, פעילות במזומנים, העברות לחוץ-לארץ, פעילות בהמחאות, פעילות מול מדינות בסיכון גבוה להלבנת הון ולמימון טרור, היגיון כלכלי או עסקי בפעילות, בנקאות קורספונדנטית, בחינה אם הלקוח פועל עבור עצמו או עבור צדדים שלישיים, אם קיים רישיון שניתן מהמאסדר וכו'.

## **הפחתת הסיכון (Risk mitigation)**

22. קיימות מספר דרכים להפחתת הסיכון המובנה בלקוח ובפעילותו:
- א) ביצוע "הכר את הלקוח" מוגבר ודרישת אסמכתאות;
  - ב) ניטור מוגבר של הפעילות ובקורות;
  - ג) דיווח על פעילות בלתי רגילה לרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור לפי סעיף 9 לצו הבנקאי;
  - ד) קביעת מגבלות על היקפי פעילות מסוימת;
  - ה) איסור על סוגי פעולות מסוימים, כגון העברות בין-לאומיות בנסיבות מסוימות או פעילות מול מדינות בסיכון;
  - ו) סיום ההתקשרות עם הלקוח, קרי, סגירת החשבון.
23. בסעיפים 31-34 ו-40 להוראה 411 העדכנית, הוטלה חובה על תאגיד בנקאי לקיים מעקב שוטף אחר חשבונות לקוחותיו, לצורך איתור פעילות חריגות בחשבון ועל מנת לערוך בחינה מושכלת ומנומקת של שאלת הדיווח לרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור על פעילות בלתי רגילה (ראו: סעיף 14 להוראה 411 הקודמת).
24. תאגיד בנקאי שזיהה אגב ביצוע "הכר את הלקוח" את הלקוח או את הפעילות בחשבון כבעלי סיכון גבוה, צריך לנקוט אחת או יותר מהפעולות הנקובות בסעיף 30 להוראה 411 העדכנית (ראו: סעיף 15 להוראה 411 הקודמת).
25. בהתאם לסעיף 39 להוראה 411 העדכנית, תאגיד בנקאי, אשר מזהה פעילות בלתי רגילה, נדרש להעביר לרשות לאיסור הלבנת הון דיווח, כאמור בסעיף 9 לצו (ראו: סעיף 14 להוראה 411 הקודמת).
26. למען הסר ספק יובהר, כי הדיווח לרשות לאיסור הלבנת הון אינו חזות הכל מבחינת ניהול הסיכונים של התאגיד הבנקאי ואינו ממצה את קשת הצעדים אותם נדרש התאגיד הבנקאי לנקוט. קיימות נסיבות בהן גם כאשר מדובר בפעולה בודדת, ובוודאי כאשר הפעילות הבלתי רגילה של הלקוח נמשכת ואף גדלה, התאגיד הבנקאי נדרש לנקוט אחד או יותר מהצעדים הנוספים שננקבו לעיל.
27. סעיף 50 להוראה 411 העדכנית, עוסק בסירוב סביר לפתוח חשבון ולנהלו או לבצע פעולות עבור הלקוח. זאת, בין היתר, כאשר יש לבנק יסוד סביר להניח, כי הפעולה קשורה להלבנת הון או למימון טרור (ראו סעיף 24 להוראה 411 הקודמת).
28. סעיף 50 להוראה 411, נותן את הכלים בידי התאגיד הבנקאי להפסקת ניהול חשבון או לאי ביצוע פעולה בהתקיים אחד או יותר מהתנאים המפורטים בסעיף. ברי, כי השימוש בסעיף זה צריך להיעשות במשורה ובמקרים המתאימים בלבד, לאור החובה של תאגיד בנקאי ליתן שירותים בנקאיים, כאמור בסעיף 2(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).
- כמו כן יצוין, כי תאגידים בנקאיים נוטלים סיכון כאשר הם מאפשרים את ניהולו של חשבון העשוי לשמש לצורך הלבנת הון או מימון טרור, ובעיקר סיכון מוניטין וסיכון משפטי. לפיכך, יש מקום לאפשר להם לנהל את הסיכונים באופן רחב יחסית. זאת, לאחר גיבוש תשתית ראייתית מספקת ומבלי שיתקבלו על ידם החלטות שרירותיות.
29. כפי שפורט לעיל, הוראות נוהל 411 הן הוראות שמפרסם המפקח על הבנקים, המתעדכנות מעת לעת, אשר נועדו לניהול סיכונים הבנקים ביחס לאיסור הלבנת הון ואיסור מימון טרור. כעת יופנה בית המשפט הנכבד

להפנות לכללים המנחים שנקבעו בפסיקתו, בבחינת מקרה בו בנק מסרב לתת שירות ללקוח או מבקש להפסיק לתת שירות ללקוח, בטענה כי הדבר נועד למנוע פעילות הקשורה להלבנת הון.

30. בסעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), שכותרתו "חובה לתת שירותים מסוימים", נקבע כי:

**"2. (א) לא יסרב תאגיד בנקאי סירוב בלתי סביר לתת שירותים מהסוגים הבאים:**

- (1) קבלת פקדון כספי במטבע ישראלי או במטבע חוץ;
- (2) פתיחת חשבון עובר ושב במטבע ישראלי וניהולו כל עוד מתקיימת אחת מאלה:
  - (א) החשבון ביתרת זכות לטובת הלקוח;
  - (ב) הלקוח עומד בתנאי ההסכם בינו לבין התאגיד הבנקאי בקשר לניהול החשבון;
- (3) מכירת שיקים בנקאיים במטבע ישראלי ובמטבע חוץ;
- (4) (נמחקה)

אולם אין חובה לתת שירות שיש בו משום מתן אשראי ללקוח.

**(ב) התניית תנאים בלתי סבירים למתן שירות דינה כדין סירוב בלתי סביר לתיתו. ..."**

31. מכאן, שעל תאגיד בנקאי המעניק שירותי חיוני לציבור, חלה חובה לתת את אותם שירותים בנקאיים המנויים בסעיף, למעט במקרים המהווים "סירוב סביר".

32. כאשר בית המשפט העליון נדרש לשאלה מתי יחשב סירוב של בנק למתן שירות כסירוב סביר – נקבע על ידו בבג"ץ 8886/15 רפובליקנים מחו"ל בישראל (ע"ר) נ' ממשלת ישראל (נבו 2.1.2018) תחת ידי המשנה לנשיאה (כתוארו אז), כבוד השופט מלצר, כהאי ליסנא:

**"בית משפט זה טרם עסק במישרין בשאלה מתי יחשב סירוב כסירוב סביר, ואולם השאלה נדונה בספרות ונתעוררה במספר פרשות שנדונו בבתי המשפט המחוזיים (ביחס לאיסור הנזכר בחוק הבנקאות). הפסיקה הסתייגה בעקרונות מהמשפט המנהלי, והעניקה לבנקים מתחם סבירות, בגדרו יוכלו להפעיל את שיקול דעתם בעניין. באשר לקשת המקרים האופייניים לקבלת החלטה סבירה בדבר סגירת חשבון, הוזכרו מקרים של התנהגות בלתי הוגנת, או רשלנית מצד הלקוח בניהול חשבון, באופן הגורם נזק לבנק או לציבור – בין אם מדובר בפעילות בלתי חוקית הקשורה להלבנת הון, מימון טרור, פעילות ספקולטיבית וכיוצא באלה... נטל ההוכחה לסבירות הסירוב – מוטל על הבנק. בהקשר זה נקבע, כי אין די בחשש ערטילאי ואין די בטענה כללית וסתמית, כי קיים חשש להתנהלות בלתי תקינה בחשבון, אלא על הבנק להצביע על מעשים ופעולות קונקרטיות שיש בהם כדי להצביע על קיומו של חשש ממשי (ראו: רע"א 6582/15 עמותת איעמאר לפיתוח וצמיחה כלכלית נ' בנק הדואר, חברת דואר ישראל בע"מ בפסקה 14 (01.11.2015))" (פסקה 59 לפסק הדין).**

לעניין "סירוב סביר" של בנק ראו גם: ע"א 3794/18 טולדנו נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, (נבו 2.10.2019) (להלן: "עניין טולדנו"), וכן לאחרונה ע"א 4432/21 בנק מרכנתיל דיסקונט, סניף כפר יאסיף נ' סלימאן סלימאן (נבו 7.4.2022) (להלן: "בנק מרכנתיל דיסקונט").

33. היבט נוסף של פעולות להפחתת סיכון מלקוח על ידי הבנק, בשל התגברות סיכוני הציות שמקורם בפעילות חוצת גבולות (Cross border), נקבע במכתב המפקח על הבנקים מיום 16.3.2015, אשר צורף כנספח להוראה 411 (להלן: "מכתב המפקח על הבנקים"), לפיו, תאגידים בנקאיים נדרשים לקבוע מדיניות, נהלים ובקורות ביחס לסיכונים הגלומים בפעילות חוצת גבולות של לקוחות התאגיד הבנקאי. כל זאת, בדגש על חביונות מס מחוץ לגבולות המדינה שבה נפתח החשבון, בין אם הלקוח תושב באותה מדינה ובין אם לאו, בגישה מבוססת סיכון.

34. במסגרת סעיף 10 למכתב המפקח על הבנקים נקבע, כי סירוב לפתוח חשבון ללקוח אשר אינו משתף פעולה עם התאגיד הבנקאי באופן שנדרש ליישום מדיניותו של התאגיד הבנקאי ונהליו לעניין סיכון Cross border וכן סירוב להמשיך לתת שירותים בנקאיים בחשבון קיים, לרבות משיכת הכספים בחשבון, באופן אשר חושף את התאגיד הבנקאי לסיכון שייחשב כמשתף פעולה עם הלקוח לשם עקיפת חקיקה זרה, החלה על הלקוח, ייחשבו כסירוב סביר לעניין חוק הבנקאות (שירות ללקוח).

#### **רמת הסיכון הנשקפת מנותני שירותים פיננסיים**

35. בשנת 2016 נחקק **חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים)**, התשע"ו-2016 (להלן: "**חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים**"). במסגרת חוק זה הוקם מאסדר פיננסי חדש שסמכויותו ניתנו לממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: "**הממונה**"). במסגרת סמכויות אלו הופקד הממונה על אסדרת תחום השירותים הפיננסיים (לרבות גופים אשר פעלו כנותני שירותי מטבע) ונקבע, כי פעילות זו תידרש בקבלת רישיון ותפקוח על ידי הממונה.

36. במהלך השנים, פעל הממונה לאסדרה והקמה של מערך הפיקוח על נותני שירותים פיננסיים לרבות מתן רישיונות ופרסום אסדרה בתחום. עם זאת, לא הושלמה האסדרה הנוגעת להיבטי הלבנת הון ביחס לנותני שירות בנקאי פיננסי, וזאת עד סוף שנת 2021. בפסק הדין שניתן על ידי כבוד בית המשפט קמא הוצג המצב הקיים אז כמעין "וואקום אסדרתי". ואולם, כפי שיפורט בהמשך, המצב המשפטי והאסדרתי כיום שונה באופן מהותי מהמצב המשפטי במועד מתן פסק הדין.

37. במקביל, במסגרת **הערכת סיכונים לאומית בתחום איסור הלבנת הון** שנערכה בישראל לראשונה בשנת 2017, וממצאיה אומצו על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז וצוות ההיגוי שהוא עמד בראשו, וכן על ידי הוועדה המתמדת בראשות ראש אגף חקירות ומודיעין של המשטרה – זוהה השימוש בנותני שירותי מטבע, כתחום בסיכון גבוה להלבנת הון וזאת במסגרת המשטר האסדרתי שהיה קיים באותה עת, ואולם כפי שיובהר בהמשך, משטר זה השתנה לאורך השנים האחרונות באופן מהותי – דבר אשר השפיע גם על רמת הסיכון של תחום זה.

38. יצוין, כי צוות ההיגוי והוועדה המתמדת הנ"ל הוקמו מכוח החלטת ממשלה 4618 בנושא "המאבק בפשיעה החמורה ובפשיעה המאורגנת ותוצריה" (2006). הנוסח הפומבי של **הערכת הסיכונים הלאומית** נמצא באתר המרשתת של הרשות לאיסור הלבנת הון בכתובת:

<http://www.justice.gov.il/Units/HalbantHon/Pirsumim/Pages/RiskManagement.aspx>

39. בחודש נובמבר 2021, טרם השלמת האסדרה, פרסמה הרשות לאיסור הלבנת הון ממצאים עדכניים במסגרת מסמך "**תיקוף הערכת הסיכונים הלאומית**", ובו פורטו סיכונים הלבנת ההון העדכניים למשק הישראלי והיקף ההתמודדות מולם. מסמך זה מספק נתונים ופירוט על הסיכונים המרכזיים להלבנת הון עד סוף שנת 2021, ומסקנותיה מאפשרות לסקטור הפרטי, ולגופי האכיפה והביטחון ולמאסדרים הפיננסיים להתכונן ולהתמודד באופן ממוקד ומבוסס סיכון למול הסיכונים העדכניים, ולשמור על יושרת כלכלת ישראל.

ביחס לרמת סיכונים הלבנת הון כאשר מדובר בנותני שירותים פיננסיים, נמצא במסמך "**תיקוף הערכת הסיכונים הלאומית – גופי אכיפה – 2021**", כי:

**"לסיכום, היקף הפעילות הפיננסית בתחום הולך ועולה וקיימת אפשרות לניצולו לרעה לצרכי פשיעה. יחד עם זאת, בשנים האחרונות חל שיפור משמעותי בהסדרה, כך שיש להבחין בין נותני שירותים פיננסיים בעלי רישיון הפועלים תחת הסדרה ופיקוח לבין**

אלה שאינם. כמו כן, בוצעו פעולות על ידי גופי האכיפה. לפיכך, הסיכון כלפי נותני שירותי מטבע בעלי רישיון פחת ועומד על בינוני – גבוה (4). הסיכון של נותני שירותי פיננסי שאינם בעלי רישיון עומד על גבוה (5). דירוג הסיכון של נותני שירותי מטבע הפועלים בתחומי סיכון, דוגמת קריפטו, עומד על גבוה (4.5). (שם, בעמ' 36 למסמך).

ראו גם מסמך נוסף שפרסמה הרשות לאיסור הלבנת הון במקביל (טרם השלמת האסדרה): "תיקוף הערכת הסיכונים הלאומית בתחום איסור הלבנת הון של הרגולטורים הפיננסיים - 2021". במסמך זה נמצא כי: "הסיכון להלבנת הון הנשקף למערכת הבנקאית מפעילות נותני שירותים פיננסיים מוערך כגבוה (5) (הערכה זו זהה להערכת הסיכונים הקודמת)" (שם, בעמ' 9).

- מסמכי תיקוף הערכת הסיכונים הלאומית, מפורסמים באתר המרשתת של הרשות לאיסור הלבנת הון.

40. ככלל, תאגידים בנקאיים, ככל המוסדות הפיננסיים, נדרשים ליישם בפעילותם גישה מבוססת סיכון. גישה זו דוגלת בבחינת כל מקרה לגופו ואי נקיטת צעדים באופן גורף לגבי סקטורים או אוכלוסיות שלמות, מבלי להתחשב ברמת הסיכון של הלקוח הספציפי. לפיכך, כאשר לקוח מסווג בסיווג גבוה, נדרש התאגיד הבנקאי לנקוט צעדים מוגברים לצורך התמודדות והפחתת הסיכון.

41. יובהר, כי אין משמעה של גישה מבוססת סיכון הנחיה גורפת למוסד הפיננסי להימנע מלבצע עסקאות, ואף לא הנחיה גורפת להימנע מלקיים מערכת יחסים עסקית עם לקוחות מסוימים. תפקידה של גישה מבוססת סיכון הוא לסייע למוסדות פיננסיים לנהל בצורה אפקטיבית את הסיכונים הפוטנציאליים של הלבנת הון ומימון טרור. בה בעת, לנוכח החלטת המחוקק להציב את התאגידים הבנקאיים בחזית המאבק בהלבנת הון ומימון טרור מחד גיסא, ולנוכח האפשרות להטיל עליהם סנקציות אם לא יעמדו בחובותיהם לעשות כן מאידך גיסא, מן הראוי להקנות להם מתחם שיקול דעת רחב יחסית בהקשר זה, ובלבד שהחלטותיהם מבוססות על תשתית ראייתית מספקת ומתועדת ואינן שרירותיות, או מביאות בחשבון שיקולים זרים.

42. עניין נוסף שמבוקש להביא בפרק זה, אשר אמנם לא נוגע ישירות לרמת הסיכון הנשקפת מנותני שירותים פיננסיים, אך יש בו כדי להביא להצגת התמונה המלאה לפני בית המשפט הנכבד, ביחס לקשיים העומדים לפני חברות פינטק, הוא פרסום דו"ח של רשות התחרות בחודש מאי 2021 (טרם השלמת האסדרה כאמור) בעניין "חברות הפינטק וקשיים בפעילותן מול המערכת הבנקאית", אשר גם הוזכר בסעיף 34 לפסק הדין. במסגרת הדו"ח, עמדה רשות התחרות עמדה על הקשיים שבהם נתקלות חברות פינטק בפעילותן מול המערכת הבנקאית, באופן המקשה עליהן לפעול בשוק ולשמש כאיום תחרותי על הבנקים. במסגרת בדיקת רשות התחרות, אמנם לא נמצאו ראיות שהתנהלות הבנקים נובעת מאיום התחרות שהבנקים רואים מחברות הפינטק, אך נמצא כי מבנה המערכת הבנקאית ויחסי התחרות שבין חברות הפינטק לבנקים מייצרים לבנקים תמריץ שלילי מובנה, לאפשר למתחריהם גישה למערכת הבנקאית.

בהתייחסות המפקח על הבנקים לדו"ח (נספח ב'), צוין, כי לשיטתו הקשיים העומדים לפני חברות הפינטק נובעים מהצורך בביסוס אסדרה ופיקוח ייעודיים לחברות אלו. עוד צוין, כי בחינות וניתוחים שנערכו בפיקוח על הבנקים בנושא, לא העלו שום אינדיקציה לכך שהבנקים רואים את הפעילות מול חברות הפינטק כאיום תחרותי.

- הדו"ח מפורסם באתר המרשתת של רשות התחרות.



## ההתפתחויות שחלו באסדרת תחום נותני שירותים פיננסיים לאחר הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה

### בבית המשפט המחוזי

43. כאמור לעיל, במהלך התקופה שחלפה מאז הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי, פעל הגוף המפקח הרלוונטי, כאמור, רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, להשלים את אסדרת פעילות נותני השירותים הפיננסיים, לרבות בכל הנוגע לסיכוני הלבנת הון.

44. ראשית, במועד כתיבת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי, בקשות שונות, לרבות, בקשתה של המשיבה, לקבלת רישיון נמצאו בהליכי בירור. גופים אלה פעלו במסגרת אישור המשך עיסוק שקיבלו בהתאם להוראות המעבר הקבועות בסעיף 115 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים.

מאז שהוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי, הממונה על שוק ההון בחן את רוב רובן של בקשות הרישיון, העניק רישיונות, ואף דחה למעלה מאלף בקשות לרישיון, בין השאר על רקע מידע פלילי בתחום הלבנת הון. על כן, במצב הדברים העדכני היום, מרבית הגופים אשר הגישו בקשה לרישיון קיבלו רישיון מאת רשות שוק ההון.

45. ודוק, במסגרת הליכי הרישוי בוחנת רשות שוק ההון את כלל פעילות החברה, במסגרת שורה של פרמטרים, בהתאם להוראות נוהל רישוי שירותים פיננסיים (להלן: "נוהל הרישוי") שפרסמה הרשות. נוהל הרישוי מבוסס על סטנדרטים בין-לאומיים, ודומה במידה רבה לסטנדרטים הנהוגים באיחוד האירופי וכן בבריטניה. בהתאם לנוהל נבחנים, בין היתר, היבטי יושר ויושרה של נושאי משרה ובעלי שליטה; היבטים צרכניים; מדיניות ניהול סיכונים והתמודדות עם סיכון להלבנת הון של מבקש הרישיון, והתאמתו לתחום הפעילות של החברה; עמידת החברה בהוראות הדין; פעילות החברה עם צדדים שלישיים; מידע שהתקבל מרשויות אחרות ואופי הציות של המשיבה לגופים חיצוניים שפעילותה כפופה להם; איתנות פיננסית; ועמידה בדרישות הון עצמי.

- נוסח הוראות "נוהל הרישוי" מפורסם באתר המרשתת של רשות שוק ההון.

46. מבקשי הרישיון נדרשים להגיש מסמכים ונהלים מפורטים לעיון ובחינת רשות שוק ההון. נוסף על כך, ובהתאם לצורך, הרשות מקיימת מפגשים עם מבקשי הרישיון כדי להתרשם מפעילותם העסקית ואופן ניהול הסיכונים, וכן מנושאי המשרה ובעלי השליטה בגופים מבקשי הרישיון.

47. יובהר, כי רק לאחר השלמת בחינת כלל ההיבטים הרלוונטיים, מתקבלת החלטה לעניין מתן הרישיון. הווה אומר, מתן הרישיון למשיבה מלמד על כך שרשות שוק ההון בחנה את המסמכים ונהלים שהגישה המשיבה ואת זהות הגורמים הפועלים במסגרתה, ומצאה כי יש לתת לחברה רישיון לעסוק בתחום.

48. שנית, בניגוד למצב המשפטי שחל בתחום זה בעת הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי, בזמן שחלף פעלה רשות שוק ההון להסדיר את פעילותם של נותני שירותים פיננסיים ופרסמה מספר הוראות מאסדר, אשר מסדירות את פעילותם של נותני שירותים פיננסיים, לרבות בתחום איסור הלבנת הון.

49. כך, לאחר הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי, ביום 14.11.2021 נכנס לתוקפו צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של נותני שירות בנקסי ונותני שירותי אשראי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשפ"א-2021 (להלן: "צו נותני שירותים פיננסיים"), שהותקן מכוח חוק איסור הלבנת הון.

50. בצו נותני שירותים פיננסיים נקבעו חובות משטר איסור הלבנת הון ומימון טרור, המוטלות על נותני שירותים פיננסיים, וזאת בהתאם לסטנדרטים בין-לאומיים של ארגון ה-FATF. במסגרת זו זה הוסדרו הוראות לעניין חובת זיהוי לקוח וניהול סיכונים הלבנת הון, כך שהחלתו על נותני שירותים פיננסיים מהווה צעד משמעותי במסגרת הפיקוח על גופים אלה בהיבטי מניעת הלבנת הון, הסדרה אשר הייתה חסרה בתקופה מיום 1.10.2018 ועד יום 14.11.2021 (מועד התקנת הצו). כמו כן, פורסמו מטעם רשות שוק ההון הוראות מאסדר שעניינן אסדרה ופיקוח על נותני שירותים פיננסיים לעניין הלבנת הון – חוזר ניהול סיכונים הלבנת הון ומימון טרור אצל נותני שירותים פיננסיים מוסדרים; חוזר התקשרות מרחוק עם מקבל שירות באופן מקוון; וכן נספח לחוזר – פטור מחתימת מקור בזיהוי פנים אל פנים.

51. עוד יצוין, ביחס לצו נותני שירותים פיננסיים, כי רשות שוק ההון החלה בביצוע פעולות ביקורת לבדיקת עמידת נותני שירות נכס פיננסי בהוראות הצו.

52. לאור זאת, פחתו הסיכונים הכרוכים בפעילותם של נותני שירותים פיננסיים.

53. בנוסף, לאור ההתפתחויות באסדרה ובעקבות כניסתו לתוקף של צו נותני שירותים פיננסיים בו הוטלו, בין היתר, חובות זיהוי, רישום ודיווח לרשות לאיסור הלבנת הון על נותני השירות בנכס פיננסי כמצוין לעיל, בוצעו עדכונים בהוראות הפיקוח על הבנקים.

הדבר בא לידי ביטוי בתיקון הוראה 411 והוספת **נספחים א'3 ו-א'4 להוראה 411 העדכנית**, בהקלות מסוימות (רישום נהנים ובעלי שליטה) בקשר לניהול חשבונות לבעלי רישיון למתן שירות פיננסי, שחל לגבי פעילותם כבעלי רישיון תקף מכח הצו, לפי חוק איסור הלבנת הון ולפי חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

כמו כן, נדרשו התאגידים הבנקאיים לבחון עדכון של המדיניות והנהלים הנוגעים לפעילות מול נותני שירותים מוסדרים בדגש על נותני שירות בנכס פיננסי, ובכלל זה, לערוך בחינה מחודשת של היקף המידע הנדרש מנותן השירות בנכס פיננסי הנדרש לצורך עריכת ניהול הסיכונים וקביעת המגבלות על סוגי ויעדי פעילותו (מכתב המפקח על הבנקים בנושא "פעילות התאגידים הבנקאיים מול לקוחות בעלי רישיון למתן שירות בנכס פיננסי" מיום 23.5.2021, באתר המרשתת של בנק ישראל).

54. יצוין, כי במסגרת העדכונים שנעשו בהוראה 411 העדכנית, הוכר רישיון הפיקוח על שירותים פיננסיים מוסדרים, כמקטין סיכון לעניין גופים העוסקים בפעילות במטבע וירטואלי. כך, בסעיף 87א(ב)(1) להוראה 411 נקבע כי –

**"תאגיד בנקאי לא יסרב לתת שירותי תשלום אגב פעילות במטבע וירטואלי רק בשל היות מקור הפעילות קשור במטבעות וירטואליים, אם נותן השירות במטבעות וירטואליים שהינו צד לפעילות במטבעות וירטואליים קיבל רישיון מהממונה על רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון למתן שירות בנכס פיננסי בישראל בגין שירות במטבע הוירטואלי". (ראו לעניין זה: ע"א 2963/21 בנק מרכנתיל דיסקונט נ' רועי ערב, נבו 22.1.2023).**

55. לצד זאת, הגם שהסיכון להלבנת הון בתחום נותני השירותים הפיננסיים הופחת בכל הנוגע למקבלי הרישיונות מטעם רשות שוק ההון, ובכללם גם קליירשיפט, עם אסדרת התחום (אשר מלכתחילה הוגדר כבעל סיכון גבוה נוכח טיבו), הוא עודנו קיים.

## מן הכלל אל הפרט

56. כפי שפורט בעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז שהוגשה לבית המשפט מחוזי ובעמדה המשלימה לעיל, תאגידים בנקאיים, כדוגמת המערער, כפופים לצו ולהוראות נוספות, המטילים עליהם חובות למניעת הלבנת הון ומימון טרור המבוססות על הסטנדרטים הבין-לאומיים בתחום כפי שקבע ארגון ה-FATF. בהתאם לסעיף 2א לצו, ולהוראה 411, תאגידים בנקאיים מחויבים לזהות את הלקוח, להכיר באופן מעמיק את פעילותו וכן לבקר ולנטר אותה באופן שוטף, וזאת, על-מנת להקטין את הסיכון שייעשה שימוש בתאגיד הבנקאי לצרכי הלבנת הון או מימון טרור.

57. לאור עובדה זו, הכירו בתי המשפט בכך שעל הבנקים הוטל תפקיד מעין ציבורי במלחמה בהלבנת הון. לעניין זה ראו למשל רע"א 6582/15 עמותת איעמאר לפיתוח וצמיחה כלכלית נגד בנק הדואר (נבו 1.11.2015) וכן ע"א 3497/13 אימפריה יאסין להשקעות ומימון בע"מ נגד בנק הפועלים בע"מ (נבו 11.11.2015).

58. לפיכך, כאשר תאגיד בנקאי סבור למשל, שהלקוח הוא לקוח בסיכון גבוה, שפעילותו של לקוח אינה עולה בקנה אחד עם ציפיותיו לגבי הפעילות בחשבון, או שקיים חשש בנוגע למקור הכספים בחשבון, עליו לנקוט אמצעי בקרה מוגברים כאמור, בין היתר, דרישת מסמכים, ניטור פעילות מוגבר, דיווח על פעולה בלתי רגילה לרשות לפי סעיף 9 לצו הבנקאי, קביעת מגבלות על פעילות בחשבון, סגירת החשבון ועוד.

59. החלטה של בנק על סגירת חשבון, הטלת מגבלות על פעילות בחשבון קיים או סירוב לפתוח חשבון, ככל שהיא נובעת ממשטר איסור הלבנת הון החל על הבנק, צריך שתהיה מבוססת רק על חובותיו של הבנק בהתאם לדין ובכלל זאת לצו ולהוראה 411. זאת, גם אם הלקוח של הבנק מציע שירותים דומים לשירותים שניתנים על-ידי הבנק.

60. מן העבר השני ניצבים נותני השירותים הפיננסיים, כדוגמת המשיבה, שהם בעלי רישיון בהתאם להוראות חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים, ומתוקף כך חלות עליהם הוראות אסדרה ייעודיות לרבות, צו נותני שירותים פיננסיים, והם מפוקחים על ידי הממונה על שוק ההון.

61. בבחינת הסוגיה שבמחלוקת כאמור, האם רשימת התנאים שהציב הבנק לחברת קלירשיפט אשר אך ורק בכפוף לביצועם ללא יוצא מן הכלל, היא תוכל להמשיך ולנהל את חשבונה בבנק – עולה כדי "סירוב בלתי סביר" המהווה הפרת החובה המוטלת על הבנקים להעניק שירותים, בהתאם לקבוע בסעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) – יש לעשות שימוש במבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה, הבוחנים מתי ייחשב סירוב כ"סירוב סביר" או כ"סירוב בלתי סביר", בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה (ראו לדוגמא: עניין "בנק מרכנתיל" ועניין "טולדנו" לעיל).

62. בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט המחוזי, צוין שעם קידומה של אסדרה מלאה בתחום הלבנת ההון, ואכיפתה של אסדרה זו, סביר, כי רמת הסיכון המובנה של הסקטור תפחת, אולם עדיין יידרשו המוסדות הפיננסיים להעריך את רמת הסיכון של לקוחותיהם ולהפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו.

63. כיום, לאור ההתפתחויות באסדרת התחום שפורטו לעיל, לא קיים עוד מעין "ואקום אסדרתי" בפיקוח על נותני שירותים פיננסיים, אותו ציין בית משפט קמא בפסק הדין. רשות שוק ההון כאמור העניקה רישיונות, פרסמה הוראות בתחום, והתחילה לבצע גם צעדים לפיקוח ואכיפה על ביצוע הוראות צו נותני שירותים פיננסיים.

64. על כן, כאשר קיימת כיום אסדרה מלאה בתחום איסור הלבנת הון ביחס לנותני שירותים פיננסיים, לרבות פיקוח ואכיפה על פעילות זו, ניתן לומר בכלליות כי רמת הסיכון של גופים מסוגה של המשיבה פחתה לעומת

**המצב שהיה קיים בעת הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי. ודוק, חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים מוסדרים נועד להגביר את הפיקוח והאסדרה על תחום נותני השירותים הפיננסיים ואף לאפשר פתיחת חשבון בנק לנותני שירותים פיננסיים, בין השאר, לצורך קידום תחרות עסקית מול התאגידים הבנקאים. לשם כך נעשה מעבר ממשטר של רישום נותני שירותי מטבע (תחום שאופיין כבעל סיכון מוגבר להלבנת הון), למשטר של רישוי לפי תחומי פעילות. אמנם, כחלק מניהול סיכונים, על תאגיד בנקאי לזהות ולהעריך את הסיכון הגלום בפעילות, וכן לנקוט בצעדים לצורך הפחתת הסיכון; ואולם כאשר עסקינן בפעילות גופים המצויים תחת אסדרה, כמו האסדרה שתוארה לעיל, רמת הסיכון המובנה של אותו גוף פוחתת.**

65. עוד יצוין שישנה חשיבות רבה בדבר פתיחת חשבונות בנק ללקוחות, אשר שם מתנהלת עיקר פעילותם הכספית. סגירת חשבון בנק מהווה סנקציה בעלת השלכות אקוטיות על נותני השירותים הפיננסיים, מאחר שהוא "מקור חיותם" העסקי, ועל כן יש לנקוט בחלופה זו במשורה, ולאחר שנקטו אמצעים חלופיים פוגעניים פחות, והכול בהתאם לקבוע בסעיף 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) ולהוראות הדין.

66. ככלל, בנק רשאי להציב דרישות נוספות לדרישות שקבועות בחוק ביחס לפעילות של גוף מפקח המבקש לנהל חשבון. זאת הואיל ועל הבנק מוטלות חובות נרחבות לפיקוח על הנעשה בחשבונות, ועל מנת לצמצם את הסיכונים רשאי הוא לקבוע מדיניות שתאפשר לו לקיים חובות אלו. על המדיניות להיות אחידה לכלל הלקוחות, ושהדרישות יעמדו במבחן הסבירות, שאחרת סירוב הבנק לפתוח חשבון בשל מדיניות מחמירה שקבע עשויה להיחשב כסירוב בלתי סביר (ראו: ה"פ 9761-03-20 בת שבע קובי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, סעיף 30 (נבו 22.4.2021)).

67. בהקשר זה, היועצת המשפטית לממשלה תבקש להתייחס לקביעתו של בית המשפט המחוזי בסעיף 39 לפסק הדין, לפיה אין להסתפק במבחן "הראיה המינהלית" לבחינת המבחן הראייתי שעל הבנק להוכיח בסירוב למתן שירותים. בעניין "בנק מרכנתיל דיסקונט" חזר לאחרונה בית המשפט הנכבד על רף ההוכחה הנדרש, בקובעו כי:

**"13. ... עוד נקבע בפסיקת בית משפט זה כי נטל ההוכחה המוטל על הבנק אינו ברמת ההוכחה הנחוצה במשפט האזרחי, דהיינו מאזן ההסתברויות, אלא ברמה נמוכה יותר, הקרובה יותר לרף הראייתי הנדרש בהליך מינהלי (עניין בנק הדואר, פסקה 14; עניין הר הצלחה, פסקה 18; עניין טולדנו פסקה 25)".**

מכאן, שבבחינה האם הסירוב של הבנק הינו סירוב סביר, אין לסטות מרף ההוכחה הנדרש הקבוע בפסיקת בית המשפט הנכבד.

כמו כן, המבחן הראייתי הנדרש הוא מנקודת המבט של הבנק, ולא מנקודת המבט של המאסדר, כמבחן "מאסדר סביר", כפי שקבע בטעות, בכל הכבוד, בית משפט קמא.

יש לזכור שעל הבנק מוטלות חובות למניעת הלבנת הון בחשבונות, תוך סיכון מוניטין וסיכון משפטי. בהתאם, יש מקום לאפשר לו לנהל את הסיכונים, תוך עמידה בקבוע בדין, ולאחר גיבוש תשתית ראייתית מספקת.

68. לא למותר לציין, כי על הבנק להצביע על מעשים ופעולות קונקרטיות שמבססים קיום של חשש ממשי להתנהלות בלתי תקינה ואין טעמים אחרים ברקע הדברים. (לעניין זה ראו לדוגמה "עניין טולדנו").

69. כפי שפורט בפסק הדין ובכתבי הטענות, המשיבה מספקת שירות המרת מטבע באמצעות שיטת הקיזוז, שבמסגרתה היא מאפשרת ללקוחותיה בישראל להעביר כספים במטבע שקלי למוטב בארצות הברית, אשר מקבל את הסכום המועבר במטבע דולרי (ההעברה מתבצעת על ידי הגדרת מועד להעברת הכספים, בהתאם

לשער המרה (שנקבע). השימוש בקיזוז מהווה פרקטיקה מקובלת בענף העסקי של תחום העברות והמרות המטבע, ועומד מאחוריה רציונל עסקי המסייע לתחרות בשוק החופשי ובאופן המסייע להוזלת עלויות, ומאפשר שירות יעיל ומהיר ללקוח. בפרקטיקה זו מבוצע רישום מלא של הצדדים לעסקה, לרבות כלל מרכיבי הפעולה. לצד האמור, יצוין שבשל טעמי נזילות, ניהול תזרים ומהירות הביצוע, וכן בשל העובדה שהחברה שעושה שימוש בזכות הקיזוז מנהלת חשבונות בנק במספר מדינות במקביל בהן היא מקיימת פעילות, לעיתים לא מבוצעת בפועל העברת כספים אקטיבית, מאחר ובידי החברה האפשרות לבחור כיצד תבוצע העברת הכספים, ומאילו חשבונות בנק, בהתאם ליתרות הכספים.

70. יצוין, כי הן בארצות הברית והן במדינות נוספות החברות בארגון ה-OECD ישנן עשרות חברות ציבוריות, אשר מיישמות הלכה למעשה את שיטת הקיזוז במסגרת פעילותן להעברת כספים בין מדינות, באמצעות תשתיות המערכת הבנקאית. יובהר, כי על פעילות החברה בשיטת הקיזוז חלות כל ההוראות הרלוונטיות והפיקוח של רשות שוק ההון לעניין דיווחים ומניעת הלבנת הון.

71. עוד יצוין, בהינתן המודל העסקי של קיזוזים, במקרה שמתעורר חשד של הבנק להלבנת הון בחשבון, ולצורך ביצוע החובות המוטלות על הבנק, אין מניעה שהבנק ידרוש מידע אודות זהות הצדדים שזכות הקיזוז מופעלת בשמם ועבורם, לצורך בירור החשד וניהול הסיכון. יובהר, כי ניתן לעשות שימוש במידע רק לצורך המטרה שלשמה התבקש, ולא משיקולים זרים, והכול בתום לב.

72. השימוש בקיזוז מהווה למעשה את המודל העסקי העיקרי שעל בסיסו פועלת המשיבה וחברות נוספות בתחום. במידה וחברה מחזיקה ברישיון לתת שירות פיננסי, ומפוקחת על ידי רשות שוק ההון, יש ליתן את הדעת שביצוע העברות כספים ללא שימוש בקיזוז, תסכל את המשך הפעילות העסקית.

73. מכאן, שסירוב אשר אינו מאפשר לגופים מפוקחים לפעול באמצעות קיזוז כשלעצמו ומטעם זה בלבד, יכול לעלות כדי סירוב בלתי סביר.

74. ואולם צריך גם לקחת בחשבון, שמודל עסקי זה, מקשה עד אינו מאפשר לבנק לקבל מידע מלא על מהות הפעולות הנעשות בחשבון, ומקשה על יכולת הניטור אחר החשבון והפעילות בו כנדרש במסגרת הדין, ומכאן על היכולת להעריך את מאפייני וסיכון הפעילות, גם בהינתן שמדובר בגוף מפוקח.

75. על מנת שבנק יוכל לנהל את סיכוני הלבנת הון ומימון טרור, להם הוא נחשף כחלק מניהול החשבון, נדרש לבנות מנגנון ניטור ובקרה ייעודי המתאים לסיכון הנשקף מהמודל העסקי של החברה (קיזוזים ופעילות חוצה גבולות), מנגנון בו על החברה לקחת חלק ולשתף פעולה ביישומו. על פניו, מגבלה לפיה כל העברת כספים תתבצע באמצעות העברה בפועל (סוויפט), אמנם תאפשר לבנק מעקב אחר הפעילות, אולם יש בה כדי לפגוע במהות פעילותה העיסקית של החברה.

76. מכאן, שבהינתן מודל הפעילות העיסקית של החברה והקיזוזים המתוארים, לצד החובות המוטלות על הבנקים לניהול סיכוני הלבנת הון ומימון טרור – התנאות תנאים או דרישות הנוגעים להגדרת הגוף הפיננסי שבו ינוהל החשבון הזר שממנו יבוצע הקיזוז, יכולה כשלעצמה להיות סבירה.

בתוך כך, ישנה חשיבות למאפייני פעילות, ניהול הסיכונים וסביבת הבקרה של הבנק או התאגיד האמריקאי בו ינוהל החשבון הזר. לדוגמא, יש לבחון את מוניטין הבנק או התאגיד האמריקאי לעניין מניעת הלבנת הון ומימון טרור. במסגרת זו, יש לבחון בין היתר, האם הוא היה נתון לחקירת הלבנת הון או איסור מימון טרור או לפעולה אסדרתית אחרת. עם זאת, אין לקבוע שגוף זה יהיה דווקא קורספונדנט של בנק לאומי.

77. בהפעלת סמכותו של בנק על בסיס שיקולי איסור הלבנת הון, עליו למלא את חובותיו לפי דין, ובכלל זאת לפי הצו הבנקאי והוראה 411, בתום לב (ראו את דרישת תום הלב כתנאי לפטור מאחריות בסעיף 24 לחוק איסור הלבנת הון) ובהתאם לתכליותיו של הדין שהן מניעת ניצולו של הבנק לרעה ומאבק בפשיעה החמורה ובמימון טרור.

78. לעניין תום הלב, ומבלי שיהיה בכך משום התייחסות למקרה זה, יודגש, כי על הבנק להיזהר מלמנוע פעילות פיננסית אחרת מחמת שיקולים עסקיים או להגביל פעילות לקוחות בשל שיקולי תחרות. מן הראוי, כי הבנק יערוך את הבדיקות הנדרשות במסגרת ניהול סיכונים על בסיס שיקולים של הלבנת הון בלבד.

79. כאמור, לאור ההתפתחויות האסדרתיות תחום איסור הלבנת הון לגבי נותני שירותים פיננסיים המפורטות בעמדה זו, פחתה רמת הסיכון המובנה של הסקטור. עם זאת, התאגידים הבנקאיים עדיין נדרשים להמשיך ולהעריך את רמת הסיכון של לקוחותיהם ולהפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו.