

הכול מספרים: לערב את סוכנויות הדירוג במאבק בטרור

מלאני גולדברג

ענף הבנקאות טוען זה מכבר נגד רגולציית יתר וחוסר היעילות שבה, ובמידה רבה של צדק, כפי שמוכיחה בבירור העלייה במימון הטרור דרך ערוצי הבנקאות המסורתיים, למרות תקנות ותביעות המנסות לבלום זאת. אולם, יש חלופות לתביעות ולרגולציה שיכולות לאלץ את הבנקים לציית לדרישות. החלופה היעילה ביותר תהיה להבטיח שסוכנויות דירוג האשראי יורידו את דירוג הבנק שמממן טרור. סיכויי ההצלחה של שיטה זו טובים בזכות ההשפעה הרבה של סוכנויות הדירוג על הבנקים. לכן, הדרך המועדפת לבלימה אפקטיבית של מימון הטרור היא לאלץ את סוכנויות הדירוג להביא בחשבון הפרות סנקציות של OFAC מצד הבנק או תביעות ATA התלויות ועומדות נגדו, בבואן לשקלל את דירוג הבנק.

מילות מפתח: מימון טרור, OFAC, סוכנויות דירוג אשראי, ATA

מבוא

מאז פרוץ המשבר הפיננסי ב־2008 מתנהל ויכוח בין קובעי המדיניות לגבי הדרך הטובה ביותר לפקח על המוסדות הפיננסיים הגדולים. באופן כללי מתמקד הדיון בשאלה – כיצד לייצב את הכלכלה ואת ענף המימון האמריקאי מבלי לפגוע בדינמיות שלו? אולם היבט הולך וגדל בדיון כבר אינו קשור להשפעות מבית של הרגולציה הבנקאית, אלא לשאלה אחרת. מכיוון ש"מימון הטרור שובר שיאים חדשים ... [ומכיוון ש-] ארגונים גדולים ברחבי העולם מעוניינים בגישה למערכת הפיננסית [האמריקאית]", הרגולציה על הבנקים הפכה למוקד עניין בנושא המאבק בטרור.²

מלאני גולדברג היא עורכת דין בחברה העוסקת בליטיגציה בתחום ניירות ערך פדרליים, בשיקגו, אילינוי. היא מומחית ברגולציה בתחום הלבנת הון.

מאז 1985 מנסה ממשלת ארצות-הברית לפקח על המוסדות הפיננסיים באופן שיניא אותם ממימון הטרור.³ המאמצים החשובים ביותר נעשו לראשונה ב-1992, כאשר הקונגרס העביר את 'חוק המאבק בטרור' (ATA). החוק מתיר לאזרחים שנפגעו מטרור (או לבני משפחותיהם שנותרו בחיים) בארצות-הברית או מחוצה לה לתבוע את הטרוריסטים, את ארגוניהם ואת המממנים שלהם בגין נזקים אזרחיים.⁴ כמו כן, בשנת 2001 הקים הנשיא בוש את 'הרשות לפיקוח על נכסים זרים' (OFAC) במטרה לבלום את "יכולתם של טרוריסטים לממן את פעולותיהם" באמצעות מאמצים רגולטוריים.⁵ כפי שמפורט בהמשך, שני הפתרונות נמצאו בלתי יעילים, דבר המעלה את השאלה כיצד להניא ביעילות את הבנקים מהשתתפות במימון טרור. מאמר זה טוען שיש חלופה: מעורבות של סוכנויות דירוג האשראי. לסוכנויות הדירוג יש השפעה רבה על הבנקים, ואם הן יחויבו לשקלל הפרות סנקציות של OFAC או תביעות התלויות ועומדות מכוח חוק ATA בתהליך דירוג הבנק, הדבר עשוי להיות כלי רב-עוצמה שימנע מהבנקים לממן טרור בארצות-הברית ומחוצה לה.

הכישלונות של חוק ATA

בתגובה לחטיפת ספינת הטיולים 'אקילה לאורו' ב-1985 בידי פלסטינים, שבה נרצחו אזרחים אמריקאים, העביר הקונגרס בשנת 1992 את חוק ATA למאבק בטרור, המעניק סעד אזרחי פרטי לאזרחים שנפגעו בפעולות טרור.⁶ חוק ATA מאפשר לקורבנות טרור יחידים או לבני משפחותיהם לתבוע פיצויים משולשים מטרוריסטים.⁷

עד פיגועי ה-11 בספטמבר 2001⁸ נעשה שימוש בחוק ATA רק לעתים נדירות. בשנת 2002 הובא אחד המקרים הראשונים בפני בית הדין לערעורים של המחוז השביעי בארצות-הברית. בית המשפט הרחיב את החוק כך שיאפשר להוריו של אזרח אמריקאי שנהרג בישראל על ידי חמאס לתבוע שתי עמותות צדקה אמריקאיות, שלכאורה העבירו כספים לחמאס.⁹ בשנת 2008 נתן גם השופט ריצ'רד פוזנר פרשנות מרחיבה לחוק, כאשר השווה מתן תרומות לחמאס ל"מתן אקדח טעון לילד (שאף הוא אינו מעשה אלים), [שכן שני המקרים הם] מעשה המסכן חיי אדם".¹⁰

ואולם, נראה שבית המשפט העליון של ארצות-הברית הגביל את תחולת חוק ATA בפסיקתו מ-24 באפריל 2018 בתיק ג'סנר נגד 'הבנק הערבי'. בתיק זה סבר בית המשפט העליון שמי שאינו אזרח ארצות-הברית אינו יכול לתבוע תאגידים זרים, לרבות בנקים, בבתי משפט בארצות-הברית על פי 'חוק נזקי זרים' (ATS), בגין מעשים שנעשו מחוץ לשטחי ארצות-הברית, ככל שהדין הבינלאומי לא אכף אחריות תאגידית כפי שחוק זה מאפשר.¹¹ החוק שנחקק בשנת 1789 העניק במקור

לבתי משפט אמריקאיים סמכות שיפוט בתביעות נגד זרים שהואשמו בהתנהגות בלתי הולמת מחוץ לגבולות ארצות-הברית,¹² והוא אפשר לזרים לבקש סעד בבתי משפט בארצות-הברית בגין הפרת זכויות אדם.¹³ עם זאת, בפסיקתו בתיק 'קיובל נגד רויאל דאץ' פטרוליום' משנת 2013¹⁴ הגביל בית המשפט העליון את תחולת חוק ATS. בפסק הדין ציין בית המשפט כי חוק ATS יכול לשמש ישויות זרות נגד ישויות זרות המתדיינות בבתי משפט אמריקאיים רק אם ההפרה "נוגעת וקשורה לשטח אמריקאי".¹⁵ אף על פי שבית המשפט העליון טרם החליט באשר לתחולת חוק ATA, יש קווים דומים בינו לבין חוק ATS. נקודה זו הודגשה על ידי נתבעים במקרים הרלוונטיים, כלומר תיק 'פרימן נגד HSBC' או 'לינדה נגד הבנק הערבי'.¹⁶ בתיק פרימן הגישו 130 משפחות של אזרחים אמריקאים שהיו קורבנות טרור בעיראק בשנים 2004 ו-2011 תביעה נגד הבנקים HSBC, 'קרדיט סוויס' ומספר בנקים מרכזיים נוספים. התביעה טוענת כי החל משנת 2014, למעלה מ-1,000 חיילים אמריקאים נהרגו או נפצעו ממטעני חבלה שתוכננו ויוצרו על ידי איראן, שלא ניתן היה להכניסם אילו צייתו הבנקים לסנקציות של OFAC. התביעה טוענת שנרקמה קנוניה בין הבנקים לבין איראן, שבמסגרתה הועברו "מיליארדי" [...] דולרים דרך ארצות-הברית באופן שנועד לעקוף את יכולתן של רשויות הפיקוח ואכיפת החוק בארצות-הברית לעקוב אחר העסקאות,¹⁷ וכי הכספים הללו הועברו ישירות לארגוני טרור, אשר פצעו והרגו חיילים אמריקאים בעיראק.¹⁷ אף כי מקרה זה עדיין תלוי ועומד, יש סיכוי שבית המשפט העליון לא יחיל את החלטתו בתיק ג'סנר על תיק פרימן, שכן הוא עוסק באזרחים אמריקאים, ומשום שהבנקים הנתבעים ביצעו בפועל את המעשים הבלתי חוקיים הללו בתחומי ארצות-הברית, והדבר עשוי להתברר כהפרה אשר "נוגעת וקשורה לשטח אמריקאי".¹⁸

תיק לינדה שנפתח בשנת 2004 היה הראשון שבו נעשה שימוש בחוק ATA, כאשר קורבנות טרור אמריקאים תבעו בנקים בגין מוות ופציעות.¹⁹ התביעה ביקשה להטיל אחריות על 'הבנק הערבי' "בגין מקרי מוות ופציעות חמורות כתוצאה ממעשי טרור בינלאומיים שביצעו ארגוני טרור פלסטיניים בין השנים 2000 ל-2004".²⁰ לאחר יותר מעשר שנות התדיינות מצא חבר המושבעים את הבנק הערבי אחראי, שכן הוא:

סיפק ביודעין תמיכה חומרית לחמאס בכך שניהל באופן לא חוקי חשבונות של חמאס... שקיבל המחאות רבות שהופנו במפורש ל [...] "חמאס" ... הבנק הערבי [גם] סיפק ביודעין תמיכה חומרית לארגוני טרור... שסייע במיליוני דולרים בהעברות ישירות למשפחות של מחבלים מתאבדים ופעילי טרור אחרים ... [וכן] סיפק ביודעין תמיכה חומרית לחמאס בכך שניהל חשבונות עבור אחד-עשר ארגונים בשליטת חמאס.

בשנת 2015 אישר בית הדין לערעורים של המחוז השני בארצות-הברית את פסק הדין של חבר המושבעים, וציין כי אחריות הבנק הוכחה "[על ידי] נפח של ראיות נסיבתיות על כך שהנאשם ידע שלקוחותיו הם טרוריסטים".²¹ עם זאת, פסק הדין התהפך ב־2018, כאשר הוחלט כי "תמיכה חומרית" אינה עומדת בדרישת חוק ATA לתמיכה בטרור בינלאומי.²² לאחר מכן הוצע לערוך משפט חדש לגמרי, אולם במקום זאת הצדדים הגיעו להסדר.²³ עם זאת, השינוי המפתיע וההפכפך של המחוז השני צריך לעורר חשש בקרב אלה המבקשים למנוע מבנקים להמשיך לממן טרור באמצעות חוק ATA, במיוחד בתקופה שאחרי תיק ג'סנר. למרות ההבדלים הניכרים בין העובדות בתיקי לינדה, פרימן וקייבל – כלומר, שהבנק הערבי ובנק HSBC הפרו את תקנות OFAC בתחומי ארצות-הברית, הרי בניגוד לתיק ג'סנר, אין לדעת כיצד תשפיע עתה מגמה זו של הגבלת התחולה על אכיפת חוק ATA. הקונגרס אומנם העביר את חוק ATA כדי "להטיל אחריות" בכל נקודה לאורך שרשרת הסיבתיות של הטרור, כולל זרימת הכסף,²⁴ אך בעשרות שנות ההיסטוריה שלו החוק מעולם לא עזר לתובע לזכות,²⁵ והוא עשוי להיחלש עוד יותר בעקבות הפסיקה בתיק ג'סנר. בכל מקרה הוא מגביר את הצורך לחפש נתיב שונה מאשר הגשת תביעות, במסגרת המאבק נגד מימון הטרור.

חוסר היעילות של OFAC

לאחר שהטרוריסטים האחראים לפיגועי ה־11 בספטמבר השקיעו כמעט 500 אלף דולר כדי להוציא לפועל את המתקפה, וניצלו את האנונימיות של המערכת הפיננסית כדי להעביר כספים דרך עסקאות רגילות, הבינו הרגולטורים "כי נושא מימון הטרור מחייב את תשומת לב הממשלה".²⁶ לפני פיגועי ה־11 בספטמבר, התקנות נגד הלבנת הון "מעולם לא נועדו לאתר או לשבש עסקאות מהסוג שמימן את פיגועי ה־11 בספטמבר", אלא רק למאבק בפשע המאורגן.²⁷ לפיכך הקים הנשיא בוש ב־2001 את OFAC, שנועדה "[לבלום] את היכולת של טרוריסטים לממן את פעולותיהם" באמצעות מאמצים רגולטוריים המבוססים על מטרות של ביטחון לאומי.²⁸

כחלק מניהול ואכיפה של סנקציות כלכליות מזהה OFAC אנשים המועדים לפעילות טרור, מסייעת לבנקים לציית לסנקציות ומשיתה קנסות כספיים על אלה המפרים את האיסורים, בין אם באמצעות תביעות משפטיות ובין אם באמצעות הסדרים.²⁹ הרגולציה התרחבה במידה רבה במהלך השנים, שכן "אף אחד אינו מעוניין להיות הבנק שבו יתבצעו העסקאות למימון פיגועי ה־11 בספטמבר הבאים".³⁰ עם זאת, הבנקים "מוציאים הון רב כדי להראות התקדמות בהתמודדות עם בעיות אלה, אבל אין זה אומר שהם מתמודדים עם הבעיות בחוכמה".³¹ מוסדות פיננסיים כבר השקיעו מיליארדים במאמצי ציות, אך עדיין אינם עומדים בציפיות הרגולטור.³²

כאשר OFAC מגלה שבנק הפר סנקציות, היא מכריעה בין הגשת תביעה לבין הסדר. אלא שבפועל תמיד מגיעים להסדר, כפי שמעידה העובדה שבכל 16 שנות פעילותה של OFAC היא מעולם לא הגישה תביעה.³³ חלק מהסדרי הפשרה של OFAC כללו הסכמי תביעה דחויים באישור משרד המשפטים, אשר "במסגרתם התאגיד הנאשם משלם קנסות, אינו מתווכח על כך שגרם עוול ומבטיח לבצע רפורמה – כל זאת לנוכח האיום המרחף מעליו של כתב אישום פלילי עתידי, במקרה שלא תתבצע רפורמה".³⁴ אולם מפרי תקנות OFAC הולכים ומתרבים, ושני בנקים במיוחד – 'קרדיט סוויס' ו-HSBC – מוכיחים עד כמה OFAC אינה יעילה ככלי להניא את הבנקים ממתן סיוע לטרור.³⁵

בשנת 2009, לאחר העברת מאות מיליוני דולרים לגופים שהוטלו עליהם סנקציות,³⁶ הגיע בנק קרדיט סוויס להסדר על הפרות OFAC שביצע ושילם 536 מיליון דולר.³⁷ על פי משרד האוצר האמריקאי, במשך יותר משני עשורים, בנק קרדיט סוויס "הסיר במכוון חומרי מידע... כדי שההעברות הבנקאיות לא יתגלו על ידי המסננים [של OFAC]", והנחה לקוחות "לזייף העברות בנקאיות כדי שגם [תשלומים] אלה לא יתגלו".³⁸ זאת ועוד, קרדיט סוויס הבטיח ללקוחות שהוא "יבדוק ידנית" את התכתובות על מנת להבטיח ש-OFAC לא תעלה על ההעברות הבלתי חוקיות. קרדיט סוויס אפילו סיפק ללקוחותיו "חוברת שכותרתה 'כיצד להעביר תשלומים דולריים', אשר כללה הוראות תשלום מפורטות כיצד להימנע מהפעלת [...] מסנני OFAC".³⁹ עוזר התובע הכללי במשרד המשפטים האמריקאי, לני א. ברוייר מהמחלקה למשפט פלילי, ניסח זאת באופן בוטה: "בעיקרו של דבר, קרדיט סוויס אמר לגופים הכפופים לסנקציות, 'יש לנו עבורכם שירות שיעזור לכם לחמוק מהפיקוח על הבנקים בארצות הברית'".⁴⁰

עם זאת, במקום לנקוט צעדים משפטיים החליטה OFAC להסתפק בהסדר פשרה, וטענה כי קרדיט סוויס שיתף פעולה עם הרגולטורים כדי לחשוף "נתונים, תכתובות ותיעוד מאחורי ההתנהגות הבלתי הולמת"; התחייב לנהל "חקירה פנימית מקיפה"; "הסכים לשפר את תוכניות הציות שלו לסנקציות כדי שיהיו שקופות לחלוטין בפעולות התשלומים הבינלאומיות שהוא מבצע";⁴¹ וכן, מכיוון ש-OFAC לא הצליחה לייחס הפרות לאדם מסוים, לא ניתן היה לנקוט מהלך משפטי של תביעה.⁴²

כמעט עשר שנים חלפו מאז הסדר הפשרה, ולא ברור אם מישו ב-OFAC עוקב אחר קרדיט סוויס כדי לוודא שהוא מציית לתקנות כיום. אולם בדצמבר 2016 מצאה רשות הפיקוח על ענף המימון (FINRA) כי קרדיט סוויס שב והפר את הסנקציות, וקנסה את הבנק ב-16.5 מיליון דולר בגין היעדר "יישום ראוי של מערכת הפיקוח האוטומטית למעקב אחר תנועות כסף חשודות"⁴³ – דבר שקרדיט סוויס הבטיח לעשות במסגרת ההסדר עם OFAC מ-2009.

נוסף על כך, אף על פי שהחלטה בדבר אמצעי הרתעה חדשים עברה בקונגרס,⁴⁴ שנתיים אחרי ההסדר עם קרדיט סוויס התגלה עבריון חדש במכ"ם של OFAC: בנק HSBC. העבירות של HSBC נראו דומות לאלו של קרדיט סוויס. הן התגלו בהודעת דואר אלקטרוני פנימית מאפריל 2001 שנשלחה מ-HSBC אירופה ל-HSBC ארצות-הברית, ובה נאמר:

הורינו ל'בנק מלי' לשנות את מבנה התשלומים [שלו]... כך שיזין בשדה 52 רק 'אחד מלקוחותינו', וכך ימנע את הסיכוי שהם יזינו למחשב שם לקוח עם 'אזכור איראני' – דבר...[שהוא] הפרה של תקנות OFAC... המפתח הוא... שהוראת התשלום היוצאת מ-HSBC לא תציין את 'בנק מלי' כשולח – אלא רק את HSBC".⁴⁵

הודעת דוא"ל זו אישרה במפורש את ההתחמקות ממסנני OFAC, אשר אפשרה לבצע העברות בהיקף של 500 מיליון דולר בקירוב לאיראן⁴⁶ ולגורמים אחרים ש-OFAC הטילה עליהם סנקציות.⁴⁷ בעוד OFAC מנסה להחליט מה לעשות בנוגע להפרות הרבות של HSBC, הסנאט האמריקאי פרסם דוח ביקורת חריף על התחמקותו של בנק HSBC ממסנני OFAC. הדוח טען כי:

HSBC... [1] לא התייחס לסניף המקסיקני שלו כאל בעל סיכון גבוה, למרות הלבנת הכספים והסחר בסמים במדינה... [2] העביר שבעה מיליארד דולר בשטרות של בנק אמריקאי אל [גופים שהוטלו עליהם סנקציות]... [3] עקף אמצעי הגנה אמריקאיים לחסימת עסקאות עם טרוריסטים, סוחרים סמים ומדינות סוררות, כולל התרת 25 אלף עסקאות במהלך שבע שנים, מבלי לחשוף את הקשרים שלהן; [4] סיפק דולרים אמריקאיים ושירותים בנקאיים לבנקים מסוימים בערב הסעודית, למרות הקשרים שלהם למימון טרור; [5] קלקל תוך פחות מארבע שנים 290 מיליון דולר בהמחאות נוסעים אמריקאיות "חשודות במיוחד".⁴⁸

למרות דוח הסנאט והפרסום השלילי בעקבותיו החליטה OFAC להגיע שוב להסדר פשרה, ואילצה את HSBC לשלם קנסות בסך 1.9 מיליארד דולר.⁴⁹ "סכום של 1.9 מיליארד דולר אולי נראה גבוה, אבל זה יכול היה להיות הרבה יותר גרוע",⁵⁰ אמר רוברט פסטון, עורך מדור העסקים ב-BBC. פסטון הסביר כי OFAC למעשה הטילה על HSBC עונש על תנאי בשל העברת מיליארדי דולרים לטרוריסטים. אין ספק שזו הייתה האפשרות המועדפת על HSBC, שכן "אילו העמידו לדין את HSBC בגין עבירות אלה, פירוש הדבר היה שממשלת ארצות-הברית וגופים אחרים אינם יכולים עוד לנהל עסקים עם הבנק – מצב משפיל ומזיק מאוד מבחינתו".⁵¹ OFAC הסבירה כי אופציה זו מועדפת גם מבחינתה של ארצות-הברית, שכן הבנק "בחר הנהלה בכירה חדשה", וגם הפעם OFAC לא מצאה "אף נושא משרה יחיד או קבוצה של נושאי משרה בבנק שפעלו יחדיו, אשר עשו את המעשים בכוונה".⁵²

אולם, ועדת בית הנבחרים של השירותים הפיננסיים הגיעה ב־2016 למסקנה כי OFAC בחרה בהסדר פשרה לא משום שסברה כי קשה יהיה לזכות בתביעה, אלא משום ש"בכירים במשרד המשפטים חששו שתביעה נגד הבנק 'עלולה לגרום אסון פיננסי עולמי'".⁵³

למותר לציין כי הממשלה חייבת להימנע מגרימת אסון פיננסי עולמי, אולם התוצאה הייתה שהבנקים פשוט לא נדרשו לשאת באחריות בגין מתן סיוע כספי לטרוריסטים. ההימנעות הבלתי נסלחת הזו של הממשלה מתביעה הגיעה לשיאה בכך שחוק ATA החל לבסוף לשמש בתביעות אזרחיות⁵⁴ נגד העבריינים הגדולים ביותר בתחום, כולל הבנקים HSBC וקרדיט סוויס, כפי שנדון לעיל. גארי אוסון, אחד מעורכי הדין של התובעים בתיקים של לינדה ושל HSBC הסביר את הצורך להשתמש בחוק ATA: "הסדרי הפשרה עם הממשלה אינם מותחים קו בין העדויות על קיומה של הסתרה נרחבת של הנאשמים שהתנהלו מול [אותם טרוריסטים] הממומנים על ידי אותם בנקים. [לכן התביעות שלנו] מותחות את הקו המקשר."⁵⁵

פתרון מעשי

ב־16 השנים שחלפו מאז הקמת OFAC וב־12 השנים שחלפו מאז הגשת התביעה הראשונה מכוח חוק ATA לא חלה ירידה משמעותית, אם בכלל, בשימוש שעושים טרוריסטים בבנקים כדי להיעזר בהם למימון פעילותם.⁵⁶ אולם יש דרך חלופית ללחוץ על הבנקים לציית לסנקציות, והיא מצויה בתחום הרחב של הלבנת הון, ולא רק בתחום של סיכול מימון הטרור: מעורבות של סוכנויות דירוג האשראי. האמצעי היעיל ביותר הוא שסוכנויות הדירוג יכללו בשיקוליהן הפרות סנקציות של OFAC ותביעות ATA תלויות ועומדות, בבואן לחשב את הדירוג של הבנק. סוכנויות הדירוג נמנות עם השחקנים החזקים ביותר בענף המימון, ותפקידן לתת למשקיעים מושג אילו השקעות הן הבטוחות ביותר.⁵⁷ כאשר סוכנות דירוג מפנה את תשומת הלב למצב מסוכן, היא מורידה את הדירוג של הבנק. ההורדה משפיעה על ההשקעות ויוצרת "אפקט צינור", ולכן מוסדות פיננסיים גדולים כמו בנקים תלויים מאוד בדירוג שלהם. בעבר, כמו למשל בזמן משבר הסאב־פריים ב־2008, סוכנויות הדירוג נטו להתייחס "בקלות ראש רבה" לדירוג מוסדות פיננסיים, והדבר הוביל לאסון:

ערב משבר 2008, שיעור מדהים של חובות מבוססי משכנתא דורגו כ־AAA, בזמן... שלמעשה הם היו ממש זבל. כך גם לגבי חברות כמו אנרון, ליהמן ברדרס ו־AIG. ימים ספורים לפני שפשטו רגל, [שלוש סוכנויות הדירוג הגדולות] עדיין דירגו את כל החברות הכושלות האלה כהשקעות בטוחות.⁵⁸

גם סוכנויות הדירוג אינן מגיבות להאשמות שבנקים מסייעים לטרוריסטים באמצעות מימון: הדירוג של אף אחד מהבנקים שבדקנו לא הורד⁵⁹ בעקבות הפרת הסנקציות

של OFAC, או בשל תביעות ATA התלויות ועומדות נגדו.⁶⁰ הדבר מלמד שהסוכנויות אינן סבורות שהקיימות של הבנק מושפעת מההפרות ומהתביעות הללו.⁶¹ גישה מרושלת ועקבית זו כלפי ההפרות מעודדת שלא במתכוון את הבנקים להמשיך בפעילות המפרה את הסנקציות של OFAC, שכן הבנקים יודעים שדירוגם לא יושפע מכך.

בעיני מרבית הבנקים הדירוג חשוב עד כדי כך שהם מוכנים לשלם עד 2.5 מיליון דולר רק כדי להיות מדורגים.⁶² "היעדר מקורות אובייקטיביים [...] כמו גם ירידה בהשקעות במחקר צפויים להבטיח שסוכנויות ימשיכו למלא תפקיד חיוני בשווקים הפיננסיים העולמיים", אף על פי שחלק מהבנקאים "נוטים יותר ויותר לבקש מהלקוחות לגלות גמישות ולא לקשר בין השקעות לדירוגי אשראי".⁶³ ייתכן שבעוד מספר שנים אכן נהיה עדים לשינוי בגישה, אך לעת עתה דירוג הבנק עודנו חשוב למשקיעים, והבנקים מייחסים חשיבות לדירוג שלהם. משום כך סוכנויות הדירוג יכולות להפעיל לחץ אפקטיבי על הבנקים כדי שישנו את התנהגותם, ובעקבות זאת תופסק הזרמת הכספים לגורמי טרור.

אחת הדרכים להבטיח שסוכנויות הדירוג ישקללו הפרות סנקציות של OFAC ותביעות ATA בבואן לקבוע את דירוג הבנק היא רגולציה נכונה של השיטות המשמשות את סוכנויות הדירוג. הקונגרס עשה צעד בכיוון זה כאשר העביר ב־2006 את חוק הרפורמה בסוכנויות דירוג האשראי, המאפשר לרשות האמריקאית לניירות ערך (SEC) לפקח על שיטות פעולה מסוימות של סוכנויות דירוג.⁶⁴ לאחר מכן, בשנת 2010 העביר הקונגרס את חוק דוד-פרנק (Dodd-Frank) שהביא להקמתה של 'רשות דירוג האשראי' (OCR) בתוך הרשות האמריקאית לניירות ערך, במטרה "לשפר את הרגולציה, את האחריות התאגידית ואת השקיפות של סוכנויות הדירוג".⁶⁵ חוק דוד-פרנק חייב את רשות דירוג האשראי לפקח על סוכנויות הדירוג, וכן להבטיח את ההגנה על המשתמשים בדירוג האשראי; לקדם דיוק בדירוגי אשראי; להבטיח שדירוגי האשראי לא יושפעו מניגודי עניינים יתר על המידה; ולהתחייב להגביר שקיפות וגילוי כלפי משקיעים.⁶⁶ לאור זאת יש כיום מסגרת משפטית לרגולציה לגבי המתודולוגיה של סוכנויות דירוג, אולם, אין עדיין אף תקנה המתמקדת בשיטות הפעולה של סוכנויות הדירוג,⁶⁷ ולכן יידרשו תקנות נוספות שינסחו הנחיות כאלה.

המשטר הרגולטורי החדש יכול לסמכות לאלץ סוכנויות דירוג לשקלל הפרות סנקציות של OFAC ותביעות ATA בדירוגי הבנקים שלהן. כאשר משרד המשפטים יפתח בחקירה של בנק בעניין מימון טרור או כאשר יגיע עימו להסדר פשרה, תידרש סוכנות הדירוג על פי חוק לשקלל מידע חדש זה בדירוג הבנק, באופן שיביא ככל הנראה להורדת הדירוג. הצעת חקיקה ספציפית היא אומנם מחוץ לתחומי מאמרו זה, אולם הנקודה העיקרית היא שמשרדי הממשלה שכבר מפקחים על סוכנויות

הדירוג צריכים לחייב אותן להגדיר את השפעת מימון הטרור על הקיימות של הבנק. אם סוכנויות הדירוג יידרשו להביא בחשבון את הפעילויות הבלתי חוקיות הללו, יהיה בכך תמריץ חזק לבנקים להפסיק את העברת הכספים לטרוריסטים. שיקול כזה יעלה בקנה אחד עם ההתחייבות של כל סוכנות דירוג לדרג את האיכות או את "ערך האשראי" של ההשקעות.⁶⁸ הפרת סנקציות של OFAC עלולה להשפיע באופן ניכר על הקיימות של הבנק, ולכן דירוג הבנק צריך לשקף זאת. למרות ש-OFAC טרם העמידה לדין בנק, הקונגרס יכול עדיין להגדיל כרצונו את הקנסות על מי שמפר את סנקציות OFAC, כפי שעשה בעבר,⁶⁹ או לכפות על OFAC לתבוע את הבנקים המפרים במקום להגיע להסדר איתם. שתי האפשרויות הללו מאיימות באופן בולט על הקיימות של בנקים, ומלבד החובה המוסרית למנוע טרור, יש לסוכנויות הדירוג חובה מקצועית לדרג את המוסדות הפיננסיים הללו באופן הולם.

זאת ועוד, לא ברור מה תהיה הכרעת בית המשפט העליון בתקופה שאחרי תיק ג'סנר בנוגע לשימוש בחוק ATA בתביעות נגד בנקים בגין סיוע במימון טרור. אם בית המשפט יקבל פרשנות מרחיבה של חוק ATA, ודאי שתהיה לכך השפעה על הקיימות של בנקים, שכן במקרה כזה הם יהיו חשופים לאי-ספור תביעות נוספות. יתר על כן, הבנקים יצטרכו לשלם פיצויים משולשים מכוח חוק ATA,⁷⁰ וסביר להניח שמצב זה יביא אותם לנסות ליישב תביעות רבות בהסדר פשרה. תשלומים כבדים כאלה ודאי ישפיעו על "ערך האשראי" של הבנק, ולכן ישתקפו בדירוג. ב-16 השנים שחלפו מאז פיגועי ה-11 בספטמבר, איום הטרור לא הצטמצם אלא להפך, הוא גבר.⁷¹ ואף על פי שהמלחמה בטרור עדיין לא הניבה תוצאות של ממש, יש קרבות בחזיתות אחרות וניתן לנצח בהם. רגולציה ראויה לגבי סוכנויות דירוג האשראי באופן שיביא אותן לשקלל את השתתפות הבנקים במימון פעולות טרור היא דוגמה לקרב כזה. הורדת דירוג בנק בשל מימון טרור היא כלי אפקטיבי להניא בנקים מהפרת סנקציות, שכן הדירוג חשוב להם מאוד. חלופה כזו עדיפה במיוחד, משום שקרוב לשני עשורים מאז הוקמה OFAC והוגשו תביעות אזרחיות מכוח חוק ATA, דומה כי הבנקים לא ממש מוגבלים על ידי קנסות או תביעות מסוג זה. אומנם מניעת טרור פיננסי אינה זהה למניעת הלבנת הון, אך ניתן להילחם בטרור באמצעות כלי נשק נגד הלבנת הון, ואף לנצח.

הערות

1 Zacks Equity Research, "Congress Moves to Repeal Dodd Frank: Custodian Banks to Gain", NASDAQ, March 9, 2018, <https://www.nasdaq.com/article/congress-moves-to-repeal-dodd-frank-custodian-banks-to-gain-cm932512>

- Tracy Kitten, "Terrorist Financing a Growing Worry for US Banks", Bank Info Security, March 16, 2016, <http://www.bankinfosecurity.com/interviews/terrorist-financing-growing-worry-for-us-banks-i-3125> 2
- Paul Barrett, "The Big Bet to Hold Banks Liable for Terrorism", Bloomberg Businessweek, February 19, 2015, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-02-19/are-credit-suisse-rbs-standard-chartered-hsbc-and-barclays-terrorist-banks-> 3
- 18 U.S.C. § 2333(a). 4
- "Terrorist Financing: US Agency Efforts and Inter-Agency Coordination", CRS Report for Congress, August 3, 2005, <https://fas.org/sgp/crs/terror/RL33020.pdf> 5
- Barrett, שם. 6
- 18 USC. § 2333(a). 7
- Barrett, שם. 8
- Boim v. Holy Land Foundation*, 291 F.3d 1000 (2002). 9
- Boim v. Holy Land Foundation*, 549 F.3d 685, 690 (2008). 10
- Jesner v. Arab Bank, PLC*, Docket No. 16-499, <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/jesner-v-arab-bank-plc/> 11
- Alison Frankel, "Human Rights Lawyers Look for Silver Lining in *Kiobel* Black Cloud", *Reuters*, April 17, 2013, <https://reut.rs/2KJhHnM> 12
- 28 U.S.C. § 1350. 13
- Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S. Ct. 1659, 1669 (2013). 14
- שם. הערה: יש מחלוקת בין המבקרים בנושא תחולת חוק ATS. ראו: 15
- Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 120 (2d Cir. 2010); *Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co., LLC*, 643 F.3d 1013, 1021 (7th Cir. 2011); *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.*, No. 09-7125 (D.C. Cir. 2011).
- "HSBC Case," Osen Law LLC, Practice Areas, Anti-Terrorism Act (ATA), <http://www.osenlaw.com/case/hsbc-case> 16
- שם. 17
- Freeman v. HSBC Holdings PLC*, 1:14-cv-06601, <https://www.courtlistener.com/docket/4323872/freeman-v-hsbc-holdings-plc/> 18
- "Arab Bank Case", Osen Law LLC, Practice Areas, Anti-Terrorism Act (ATA), <http://www.osenlaw.com/case/arab-bank-case> 19
- שם. 20
- Linde v. Arab Bank, PLC*, 04-cv-2799 and related cases, April 8, 2015, <https://bit.ly/2zpRntp>. 21
- Eliot Kim, "Summary: Second Circuit Opinion in *Linde v. Arab Bank*", Lawfare, February 26, 2018, <https://www.lawfareblog.com/summary-second-circuit-opinion-linde-v-arab-bank> 22
- שם. 23
- שם. 24
- Sean Savage, "Supreme Court will not hear case regarding American victims of Palestinian terror," JNS, April 2, 2018, <https://www.jns.org/u-s-supreme-court-will-not-hear-case-on-american-victims-of-palestinian-terror/> 25

- למרות שהמקרה אינו מלמד על מוסדות בנקאיים, ההחלטה מציינת כי "הקורבנות נדרשו להוכיח שהם היו היעד המכוון, או שהתוקפים התכוונו לפגוע באינטרסים אמריקאיים" על מנת לעשות שימוש בחוק ATA.
- 26 KPMG US, "Terrorist Financing and Anti-Money Laundering Regulation," YouTube, January 27, 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=7Ldx2EVYnJI> (citing *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, available at <http://govinfo.library.unt.edu/911/report/index.htm>).
- 27 שם.
- 28 "Terrorist Financing: US Agency Efforts and Inter-Agency Coordination", שם.
- 29 DOT, OFAC, Financial Sanctions, <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Pages/default.aspx>
- 30 KPMG US, שם.
- 31 שם.
- 32 שם.
- 33 DOT, OFAC, Resource Center, Financial Sanctions, Civil Penalties and Enforcement, "Additional Select Settlement Agreements", <https://bit.ly/2J84HCw>
- 34 Barrett, שם.
- ב-2009, קרדיט סוויס שילמו 536 מיליון דולר קנס. ב-2010, רויאל בנק אופ סקוטלנד שילמו 500 מיליון דולר, וברקליס שילמו 298 מיליון דולר. ב-2012 שילמו סטנדרט צ'רטרד 667 מיליון דולר, ו-1.9 HSBC מיליארד דולר.
- 35 שם.
- 36 Claudio Gatti & John Eligon, "Iranian Dealings Lead to a Fine for Credit Suisse", *New York Times*, December 15, 2009, <https://www.nytimes.com/2009/12/16/business/16bank.html>
- 37 Dep't of Justice, Office of Public Affairs, News, "Credit Suisse Agrees to Forfeit \$536 Million in Connection with Violations of International Emergency Economic Powers Act and New York State Law," December 16, 2009, <https://www.justice.gov/opa/pr/credit-suisse-agrees-forfeit-536-million-connection-violations-international-emergency>
- 38 שם.
- 39 שם.
- 40 שם.
- 41 שם.
- 42 CBS News, "Why No Prosecution for HSBC Money Laundering?" YouTube, December 11, 2012, <https://www.youtube.com/watch?v=4C0S50pVKQE>
- 43 "FINRA Fines Credit Suisse Securities (USA) LLC \$16.5 Million for Significant Deficiencies in its Anti-Money Laundering Program", FINRA, Newsroom, News Releases, December 5, 2016, <https://bit.ly/2hRJ7rl>
- 44 Baker & Hostetler, "\$1.1 billion and counting – the new era of OFAC enforcement", LEXOLOGY.COM, March 4, 2014, <https://bit.ly/2NBPg8W>
- "הקונגרס [העלה] את התקרה מ-11 אלף דולר ל-250 אלף דולר לכל הפרה, או כפליים מהערך של העסקה האמורה".

- 45 DOT, OFAC, Resource Center, Financial Sanctions, Civil Penalties and Enforcement, Documents, Settlement Agreement HSBC Holdings PLC, December 10, 2012, <https://bit.ly/2KMXrld>.
- 46 Bank Melli מספק שירותי בנקאות באיראן ובעולם. "Company Overview of Bank Melli Iran, Inc.," Bloomberg, <https://bloom.bg/2N0BZFU>.
- 47 HSBC Settlement, שם.
בנקים אחרים שהשתמשו בטקטיקות מתחמקות כוללים את: (1) ברקליס, שהשתמש "בשיטה המכונה 'תשלומי כיסוי' כדי 'לעקוף חקיקה אמריקאית [אפילו שמתעורר סיכון מוסרי אם נמשיך להשתמש בתשלומי כיסוי, אבל זה מה שהתעשייה עושה]"; וכן (2) סטנדרט צ'רטרד, שהצהירה כי למרות "שהמשיכה לעשות עסקים בחשאי... נחשפה 'ההנהלה... לאחריות פלילית חמורה'. מסופר כי הנהלת סטנדרט צ'רטרד בלונדון השיבה: 'אמריקאים מ-ם, מי אתם שתגידו לנו, שאר העולם, שאסור לנו לעשות עסקים עם האיראנים?' ראו Barrett, שם.
- 48 "US Vulnerabilities to Money Laundering, Drugs, and Terrorist Financing: HSBC Case History", US Senate Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, July 17, 2012, *available at* <https://bit.ly/2N4AeYa>.
- 49 HSBC Settlement, שם.
Robert Peston, "HSBC to Pay \$1.9bn in US Money Laundering Penalties", BBC News, December 11, 2012, <http://www.bbc.com/news/business-20673466>.
- 51 שם.
- 52 CBS News, "Why No Prosecution for HSBC Money Laundering", שם.
- 53 "Too Big to Jail: Inside the Obama Justice Department's Decision Not to Hold Wall Street Accountable", US House of Representatives, Committee on Financial Services, July 11, 2016, http://financialservices.house.gov/uploadedfiles/07072016_oi_tbtj_sr.pdf; *See also*, Kevin McCoy, "Report: DOJ Overruled Recommendation to Prosecute HSBC", *USA Today*, July 11, 2016, <https://usat.ly/2u9UvVp>.
- 54 HSBC Case, שם.
- 55 Barrett, שם.
- 56 שם.
- 57 Patrick Kingsley, "How Credit Ratings Agencies Rule the World", *The Guardian*, February 15, 2012, <https://www.theguardian.com/business/2012/feb/15/credit-ratings-agencies-moodys>.
- 58 שם, "סוכנויות הדירוג ליבו את המשבר ב-2008... האם אינן עושות את אותו דבר [עכשיו?]".
- 59 רק דירוגי S&P של הבנקים שהוזכרו במאמר זה ייבחנו כאן. דירוגים אלה כוללים את קרדיט סוויס: A, חיובי; HSBC: AA-, שלילי; הבנק הערבי: BB-, שלילי, https://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/home
- 60 S&P Global, Ratings, "Credit Suisse AG," https://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/ratings/entity/-/org-details/sectorCode/FI/entityId/114352

- ראו גם: S&P, "Credit Suisse AG 'A/A-1' Ratings Affirmed On Higher Loss Absorbing Capacity, Legal Entity Restructuring; Outlook Stable", November 16, 2016, https://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest/article/-/view/type/HTML/id/1757074.
- 61 ראו: Reem Heikal, "What is a Corporate Credit Rating?", Investopedia, <http://www.investopedia.com/articles/03/102203.asp>
- 62 שם. "באופן תיאורטי, [תשלום] זה יוצר ניגוד עניינים משום שהוא נותן לסוכנות תמריץ לתת לחברות את הדירוג שהן רוצות...[אבל גם] הסוכנויות עצמן יעילות רק בהתאם למידת הישיר של הלקוחות שלהן".
- 63 Shankar Ramakrishnan, "Influence of Ratings Agencies Hard to Dismiss", *Reuters*, July 2, 2012, <https://reut.rs/2L5epaC>.
- 64 Denise Finney, "A Brief History of Credit Ratings Agencies," Investopedia, June 4, 2018, <http://www.investopedia.com/ask/answers/102814/who-regulates-credit-rating-agency.asp>.
- 65 "About the Office of Credit Ratings", SEC, <https://www.sec.gov/ocr/Article/ocr-about.html>.
- 66 שם.
- 67 שם, Ramakrishnan.
- 68 שם, Kingsley.
- 69 DOT, OFAC, Resource Center, Financial Sanctions, Civil Penalties and Enforcement, Documents, Settlement Agreement HSBC Holdings PLC שם.
- 70 18 U.S.C. § 2333(a).
- 71 Pamela Engel, "The Terrorist Threat is Worse Now than it was Before 9/11", *Business Insider*, September 11, 2016, <http://www.businessinsider.com/are-we-safer-now-than-on-911-2016-9>.