



רשות ניירות ערך

ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

מחלקת תאגידיים
רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים 95464
טל: 02-6556444 פקס: 02-6513160
www.isa.gov.il

6.7.2011

עמדת סגל משפטית מספר 15-101: תיקון 16 לחוק החברות – שאלות ותשובות

העמדה המתוארת בנייר זה משקפת את פרשנות סגל הרשות בקשר עם הוראות החוק ומיושמת בפועל על ידו

הקדמה

ביום 15 במרס 2011 פורסם ברשומות חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א – 2011 (להלן: "תיקון 16"). עיקר התיקון האמור לחוק החברות, התשנ"ט – 1999 (להלן: "החוק") נכנס לתוקף ביום 15 במאי 2011. תכליתו של תיקון זה הינה ייעול הממשל התאגידי בחברות הציבוריות, ובפרט: כשירות דירקטורים חיצוניים ודירקטורים בלתי תלויים; כשירות לכהונה ואופן הפעולה של ועדת הביקורת; התנהלות הדירקטוריון; תביעות נגזרות; עסקאות עם בעלי שליטה; עיצומים כספיים; הצעות רכש; והוראות מומלצות לממשל תאגידי.

לאור העובדה שמדובר בתיקון המשנה באופן מהותי הסדרים קודמים, מצא סגל הרשות לנכון לפרסם את תשובותיו לשאלות שהופנו אליו בקשר להסדרים ששונו בחוק. במסגרת זו מובאת להלן קבוצה ראשונה של שאלות ותשובות.

1. דירקטורים חיצוניים

1.1. שאלה: האם סעיף 249 לחוק כנוסחו לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 16, חל על דירקטורים חיצוניים אשר סיימו את כהונתם קודם למועד כניסתו לתוקף של תיקון 16?
תשובה: סעיף 249 המתוקן אינו חל על דירקטורים חיצוניים אשר הסתיימה תקופת כהונתם עובר למועד כניסתו לתוקף של תיקון 16. למותר לציין כי סעיף 249 המתוקן אינו חל גם על קרובו של דירקטור חיצוני אשר תקופת כהונתו הסתיימה עובר למועד כניסתו לתוקף של תיקון 16.

1.2 **שאלה:** סעיף 239(ד) לחוק קובע שבדירקטוריון בו כל הדירקטורים הם בני מין אחד, קיימת חובה למנות דירקטור חיצוני בן המין השני. תיקון 16 הרחיב את החובה גם כאשר קיימים דירקטורים בני המין השני, אך הם בעלי השליטה או קרוביהם. האם חובת המינוי של דירקטור בן המין השני חלה גם מקום בו מדובר על הארכת כהונה של דירקטור חיצוני מכהן?

תשובה: מינוי של דירקטור חיצוני לכהונה בתפקיד כפוף להוראות סעיף 239(ד) לחוק, בין אם מדובר על תקופת כהונה ראשונה ובין אם מדובר על הארכת כהונה. על כן, במועד בו נדרשת החברה למנות דירקטור חיצוני עליה לעמוד בכל הוראות הדין, לרבות סעיף 239(ד) לחוק. לפיכך, אם אין בחברה דירקטור בן המין השני במועד בו נדרשת החברה למנות דירקטור חיצוני (בין אם מדובר במינוי לכהונה ראשונה, ובין אם מדובר בהארכת כהונה לתקופה שניה או שלישית), עליה לוודא כי ימונה אדם העומד בדרישות הדין גם בהקשר זה.

2. **כהונת יו"ר – מנכ"ל**

שאלה: האם יו"ר דירקטוריון חברה אשר התמנה גם למנכ"ל אותה חברה (לאחר שקיבל לכך אישור ברוב מיוחד בהתאם לסעיף 121(ג) לחוק) רשאי להתמנות גם לכהונה כמנכ"ל חברה בת?

תשובה: התיקון לסעיף 95 לחוק קובע מספר הוראות:

האחת - מניעת כהונה משולבת של קרובי משפחה כיו"ר ומנכ"ל בחברה, אלא על פי אישור של רוב מיוחד של האסיפה הכללית על פי הקבוע בסעיף 121(ג) לחוק. השניה, איסור על מי שכפוף מנכ"ל לשמש כיו"ר. איסור זה לא ניתן להתנות עליו (להלן - "האיסור הראשון").

השלישית, האיסור על יו"ר דירקטוריון לכהן בתפקיד נוסף בחברה, זולת דירקטור או יו"ר דירקטוריון בחברה בת (להלן - "האיסור השני"). גם על האיסור השני לא ניתן, ככלל, להתנות ומטרתו להחיל את איסור הכהונה הכפולה גם לתפקידים בחברות בנות שאינם בהכרח כפופים למנכ"ל החברה.

לעמדת סגל הרשות, במקרה בו אדם מכהן כיו"ר וכמנכ"ל החברה כדין בהתאם לאישור על פי סעיף 121(ג) לחוק, אזי אין במינויו כמנכ"ל גם בחברת בת משום עקיפה של איזה מבין האיסור הראשון או האיסור השני, ומכאן שניתן למנותו לתפקיד מנכ"ל חברת הבת.

3. **ועדת הביקורת**

שאלה: האם לאור המגבלות הקבועות בסעיף 115(ב)(1) לחוק, דירקטור בחברה המכהן גם כדירקטור בחברה אחרת שבשליטת בעל השליטה, רשאי לכהן כחבר בוועדת הביקורת של החברה? אם התשובה לאמור חיובית - כיצד יש לבחון האם התמורה בגין הכהונה כאמור מהווה את עיקר פרנסתו של הדירקטור?

רקע: במסגרת תיקון 16 תוקן סעיף 115(ב1) לחוק והורחבה רשימת אלו שאינם כשירים לכהן בוועדת הביקורת, באופן שדירקטור אינו כשיר להתמנות לוועדת הביקורת בכל אחד מהמקרים הבאים:

- א. הינו יו"ר הדירקטוריון;
- ב. הדירקטור **מועסק** בידי החברה, בידי בעל השליטה בה או בידי תאגיד בשליטתו;
- ג. הדירקטור **נותן שירותים**, דרך קבע, לחברה, לבעל השליטה בה או לתאגיד בשליטתו;
- ד. עיקר פרנסתו של הדירקטור על בעל השליטה.

תשובה: לעמדת סגל הרשות, עצם כהונתו של אדם כדירקטור אינה בגדר 'העסקה' או 'מתן שירותים' לצורך הוראות הסעיף האמור. מסקנה זו עשויה להשתנות, לדוגמא, אם תפקידו וסמכויותיו של הדירקטור חורגים מגדר התפקידים והסמכויות המוקנים לדירקטור על פי הוראות הדין, כגון במקרים בהם מדובר בדירקטור "פעיל".

במספר פניות שנעשו לסגל הרשות הוצע כי יראו בדירקטור כמי שעיקר פרנסתו היא על בעל השליטה אם למעלה מחמישים אחוז מהכנסותיו של הדירקטור הינן על בעל השליטה או תאגידיים בשליטתו, ובכלל זה החברה הציבורית עצמה (להלן – "מבחן עיקר פרנסתו"). סגל הרשות החליט שלא להתערב בעמדה זו.

יחד עם זאת, אין לעמדת סגל הרשות לקחת בחשבון לצורך המבחן האמור (הן במונה והן במכנה), גמול והחזר הוצאות המשולם על ידי החברה עצמה (הכוונה לאותה חברה שבועדת הביקורת שלה מבקש הדירקטור לכהן) לדירקטור המבקש לכהן בוועדת הביקורת, אם גמול זה אושר כדין ואינו עולה על הגמול לו זכאים הדירקטורים החיצוניים המכהנים בחברה.

כך לדוגמא, אם פלוני מכהן כדירקטור חיצוני בחברה וכל פרנסתו נובעת מהגמול שהוא מקבל מהחברה **בהתאם לתקנות החברות (כללים בדבר גמול והוצאות לדירקטור חיצוני), התש"ס – 2000**, לא יראו בכך הפרת הוראות סעיף 115(ב1) לחוק.

הטעם לכך הוא, כי מבחן עיקר פרנסתו לא נועד להוסיף על מבחני הכשירות להם כפופים דירקטורים חיצוניים. העובדה כי גמול הדירקטורים החיצוניים, המשולם על פי החוק, אינו יוצר זיקה לדירקטור חיצוני, גם אם מדובר בעיקר פרנסתו, לא השתנתה במסגרת תיקון 16.

בהתאם, מקום בו הגמול אותו מקבל הדירקטור לא היה מהווה "זיקה", אשר הייתה מונעת ממנו לכהן כדירקטור חיצוני, לא יראו בגמול בסכום זה כמונע ממנו לכהן בוועדת הביקורת גם אם אינו דירקטור חיצוני, ועל כן יש לנטרלו במסגרת בדיקת זכאותו לכהן בוועדת הביקורת. עלה הגמול על האמור לעיל, או לא אושר כדין, יילקח בחשבון מלוא הגמול הניתן לדירקטור לצורך הבחינה האמורה.

יובהר, כי בהתאם להוראות החוק, העמידה בתנאי הכשירות צריכה להתקיים בכל מהלך תקופת הכהונה ואיננה מוגבלת רק למועד המינני.

4. עסקאות בעלי שליטה

4.1 שאלה: כיצד יש לאשר עסקאות בהתאם להוראות **סעיף 270(4)** **רישא** לחוק, קרי, עסקאות חריגות עם בעל השליטה או עסקאות חריגות שלבעל השליטה יש בהן עניין אישי, שמשכן עולה על 3 שנים ואשר אושרו בעבר, טרם כניסתו של התיקון לתוקף?
רקע: עם כניסתו לתוקף של תיקון 16 ובהתאם למנגנון האישור שנקבע בו במסגרת סעיף 275(א1)(2), הרי שלא ניתן לאשר עסקאות חריגות עם בעל השליטה או שלבעל השליטה עניין אישי בהן אם אינן קצובות בזמן. בהתאם להליך שנקבע שם, על ועדת הביקורת לקצוב את הזמן באופן שבפני הדירקטוריון ובעלי המניות הבאים לאשר את העסקה בהתאם לסעיף 275 יעמדו כחלק מהנימוקים לאישור העסקה, גם הנימוקים למשך הזמן שנקצב בידי ועדת הביקורת. סעיף זה חל גם על עסקאות קיימות שאושרו טרם כניסתו של תיקון 16 לתוקף.

עמדת סגל: עמדת סגל הרשות הינה, כי הפרשנות הראויה של הוראות הדין הנוגעות לעסקה חריגה מסוג העסקאות המנויות ברישא של סעיף 270(4) לחוק, אשר נכרתו עם החברה קודם לכניסת התיקון לתוקף, כפי שמתאפשרת מקריאה משולבת של הוראות המעבר (סעיף 49(ז) לתיקון 16) וסעיף 275(א1)(2) לחוק, הינה כי עסקאות שכאלה כפופות לבחינת סבירות משך הזמן שנקצב להן במקור, בידי ועדת הביקורת. הגיעה ועדת הביקורת למסקנה כי משך הזמן אינו סביר (משום שצריך היה להיות קצר יותר¹) או שמלכתחילה לא נקצב מועד, תידרש ועדת הביקורת לקצוב את המועד הראוי². קבעה ועדת הביקורת כי המועד המקורי שנקצב (אם נקצב) הנו ראוי, לא ידרש אישור מחדש של ההתקשרות עד לתום המועד האמור. ויובהר – עסקאות מהסוג האמור שנכרתו עובר לתיקון לא כפופות לאישור אסיפה כללית עד הגיע תום המועד שנקצב בידי ועדת הביקורת כאמור.

למען הסר ספק יובהר, כי עסקאות מן הסוגים המנויים בסיפא סעיף 270(4) לחוק (קרי עסקאות שכן, גמול בגין כהונה ובכלל זה מתן שירותי ניהול בידי בעל שליטה או קרובו או תאגידים בשליטתם) שאושרו בעבר לתקופה בלתי קצובה או תקופה שמשכה עולה על שלוש שנים טעונות אישור מחדש אחת לשלוש שנים, וזאת בהתאם להוראות סעיף 275(א) לחוק על ידי ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית.

4.2 שאלה: סעיף 270(4) סיפא לחוק החברות קובע כי יש לאשר את תנאי כהונתו והעסקתו של בעל השליטה או קרובו במסגרת האסיפה הכללית בהתאם להוראות סעיף 275 לחוק. במסגרת תיקון 16 נוספה דרישה לפיה, הליכי האישור לפי סעיף 275 יידרשו גם בעת התקשרות עם בעל השליטה בה או עם קרובו, במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות חברה שבשליטתו, **לעניין קבלת שירותים ממנו בידי החברה**. אילו "שירותים" נדרש לאשר בהתאם לתיקון האמור?

¹ ויודגש, ועדת הביקורת אינה יכולה בהקשר זה להאריך את תקופת ההתקשרות מעבר לתקופה שאושרה באסיפה הכללית.

² מובהר כי לעמדת סגל הרשות, עסקה שאינה קצובה בזמן לא ניתן לקבוע לגביה כי תקופת ההתקשרות בה הינה סבירה בנסיבות העניין.

תשובה: ה"שירותים" שסעיף 4)270 מתייחס אליהם, אלו שירותי ניהול וייעוץ (היינו - שירותי נושאי משרה בכירה, מזכירות חברה, כספים ושירותים אחרים הדומים במהותם; שירותי ניהול וייעוץ אינם כוללים לדוגמא שירותי תחזוקה, ניקיון או תפעול בדרגים לא ניהוליים), אותם מעמיד בעל השליטה או קרובו לחברה (במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות חברה שבשליטתו).

איש קשר: עו"ד אמיר הלמר, עו"ד צפנת מזר

טל. 02-6556444, פקס 02-6513160