

אכיפה עצמית - מחזון למציאות

ספטמבר 2009

רו"ח יוסי גינוסר, שותף, מנכ"ל, רו"ח בנימין דנאן, פאהן קנה ניהול בקרה בע"מ

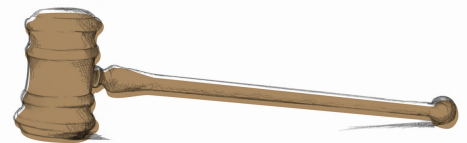
לאחרונה יצאה רשות ני"ע בחזון כולל של אכיפה עצמית וגילוי מרצון, אשר מעביר לחברות חלק מהאחריות לאיתור אי סדרים ולגילויים מרצון. רשות ני"ע הישראלית רוצה לאמץ מודל זה ונמצאת עדיין בתהליך קבלת ההחלטות לגבי אימוץ ויישום עקרונות האכיפה עצמית והגילוי מרצון. רשות ההגבלים העסקיים פרסמה כבר ב-1998 מתכונת לתוכנית אכיפה פנימית שעקרונותיה מתאימים לכל סוג של אכיפה עצמית.

הרשות ממליצה לערוך סקר סיכונים למטרת תוכנית האכיפה, לבנות את התוכנית על פי הסקר, ולעקוב אחר יישום התוכנית.

תוכניות אכיפה עצמית מקימות סביבות בקרה חיוביות בארגונים. מטרתיהן של תוכניות האכיפה הינן הגנת ההון של בעלי המניות, ויצירת סביבת עבודה בה סטנדרטים גבוהים של אתיקה ועידוד לביטחון הלקוח מהווים את הנורמה. במקרה של תביעה משפטית, אכיפה עצמית מאפשרת קו הגנה של תום לב ושיקול דעת עסקי¹.

בחזונה מאמצת רשות ני"ע בישראל את הגישה האמריקאית. אכיפה עצמית וגילוי מרצון נעשה נחוץ יותר לאור המעילות שהתרחשו בחברות ציבוריות גדולות בארה"ב בתחילת שנות

האלפיים כמו, Enron, Worldcom, Tyco, Xerox Peregrine System וכו'. בעקבות המעילות החל גל של תביעות כנגד דירקטורים על פעולות החברות בהן הם כיהנו (CENDANT, ENRON), מספר (WORLD.COM). מספר התביעות עלה ב-30%, וכתוצאה מכך, פרמיית ביטוח דירקטורים ונושאי משרה עלתה משמעותית, הביקוש למשרת דירקטור ירד פלאים, וכדי למשוך דירקטורים לשורותיהן, נאלצו חברות להעלות את משכורתם הממוצעת של דירקטורים בכ-18% בשנים 2003-2004. ב-2005, סקר של Grant Thornton LLP, הרשת הבינלאומית בה חבר משרדנו, מצא ש-65% מהמנהלים הבכירים טענו כי לגייס דירקטורים בלתי תלויים הפך לאתגר. במיוחד אחרי ש-12 דירקטורים של חברת WORLD.COM הסכימו לשלם \$61M שמתוכם \$25M יצא מכיסם הפרטי. מ-2004 עד



¹ Compliance Programs for Private companies by Jeff J. Marvil and Jerry J. Burgdoerfer

את המנגנון של גילוי מרצון. לאחר גילוי התנהגות פלילית או עבירה, החברה צריכה: לגלות מרצון לרשות ני"ע את העובדות, למנות חוקר חיצוני עצמאי בלתי תלוי, ולנקוט בהליכים משמעותיים נגד הגורם שביצע את העבירה. באוקטובר 2001, ה-SEC פרסם דו"ח לגבי חקירתה של חברת SEABOARD שבו הוא מסביר את 13 הפרמטרים להערכת המאמצים של חברה שמגלה מרצון עבירה כלשהי. במידה והחברה עמדה בכל או ברוב הפרמטרים הבאים ביכולתה לצמצם או לגמרי להימנע מקנס. הפרמטרים הם:

- 1) מה מהות ההתנהגות הפסולה - האם היא נובעת מאי זהירות, טעות, רשלנות, התנהגות פלילית, וכו'?
- 2) מה סיבת ההתנהגות הפסולה - לחץ פנימי על העובדים להשגת מטרות פיננסיות? או סביבת עבודה ללא חוקים? אילו פעולות של אכיפה עצמית התקיימו למנוע התנהגות פסולה?
- 3) באיזו רמת הנהלה בחברה התקיימה ההתנהגות הפסולה - האם ישנו שיתוף פעולה בין המנהלים או בורות של מנהלים בכירים? מה תדירות ההתנהגות הפסולה?
- 4) כמה זמן נמשכה ההתנהגות הפסולה?
- 5) מה גובה הנזק של ההתנהגות הפסולה - נזק למשקיעים, האם הייתה ירידה משמעותית בשווי המניה לאחר גילוי ההתנהגות הפסולה?
- 6) איך גילו את דבר העבירה? מי גילה?
- 7) בתוך כמה זמן הגיבה החברה לגילוי ההתנהגות הפלילית או עבירה?
- 8) מה הצעדים שנקטו של ידי החברה לאחר גילוי העבריינות - העובדים

ממונה בלתי תלוי בהנהלה, התלוי רק בדירקטורים או בוועדת ביקורת.

בתקופה שלאחר קריסת ENRON, סטנדרטים עסקיים חזקים של אכיפה עצמית הפכו לנורמה בשוק בארה"ב. כתוצאה מכך, קיום תוכנית אכיפה עצמית פונקציונאלית נחשבת כיום לסטנדרט בשוק ונדרשת על ידי לקוחות החברות כאבן בוחן להגינות.

גיבוש ובמיוחד יישום התוכנית מייצר כמה בעיות לחברה אשר יש לתת עליהן את הדעת:

- א. חוסר רצון העובדים לקבל על עצמם את העבודה הנוספת הנדרשת מהם
- ב. בדיקת התוכנית דורשת קיום בקרות אשר יש לבצען בתדירות גבוהה
- ג. התוכנית אינה אפקטיבית תמיד, עובדים לא תמיד מעזים לדווח להנהלה על אי סדרים (כגון במקרה של BOEING שבה פיתחו העובדים תרבות של שתיקה כיוון שלא האמינו שלהנהלה מחויבות אמיתית לתוכנית האכיפה העצמית)
- ד. ישום תוכנית אכיפה אינה מונעת לחלוטין ביקורת של ה-SEC
- ה. ישום התוכנית כרוך בעלויות לא מבוטלות, כאשר תועלתה קשה לכימות
- ו. ישנן חברות אשר אמצו את התוכנית למראית עין בלבד, אולם לא קיימו אותה בפועל. לדוגמה, בדצמבר 2005, הבנק ההולנדי ABN-AMRO שלם קנס של \$75M בגלל אי יישום בקרות של תוכנית אכיפה עצמית בשלוחותיו בדובאי ובניו יורק.
- ז. קיימת בעיה לממונה לשמר את אי תלותו, כיוון שהוא מהווה חלק מהנהלת החברה.

להשלמת תוכנית אכיפה עצמית, החברה צריכה לאמץ

2005 הסכום הממוצע להסדר כתוצאה מפעולות אכיפה של ה-SEC עלה מ-\$28M ל-\$71M.

לכאורה יכול היה ה-SEC לבצע חקירות שמטרתן להציף בעיות בחברות שתחת פיקוחו. הבעיה בפיתרון זה הינה היקף המשאבים העצום הנדרש לצורך כך, והגישה האמריקאית הדוגלת בהעברת חלק מאחריות האכיפה מהרשות המבצעת לחברות עצמן. SEC אימץ את הפיתרון של ה-US Sentencing Commission: אם החברה חוקרת ומציפה בעצמה בעיות, הדירקטורים יקבלו פטור או הקלה באחריות פלילית ואזרחית. ה-USSC הגדירה 7 הנחיות חשובות ליישום אכיפה עצמית²:

- 1) על החברה לקבוע ולזהות התנהגות פלילית
- 2) ההנהלה הבכירה צריכה להיות מיועדת ומעורבת בתוכנית האכיפה והפיקוח
- 3) על החברה למנוע גיוס עובדים בכירים בעלי עבר פלילי
- 4) על החברה להפיץ את המידע על תוכנית האכיפה העצמית לכלל העובדים באופן תקופתי
- 5) החברה צריכה לוודא שהתוכנית המיושמת כוללת מנגנון פיקוח וביקורת עצמית. כמו כן, עליה לבדוק את אפקטיביות התוכנית באופן תקופתי.
- 6) החברה צריכה לפרסם את קיום התוכנית, לתת תמריצים לביצוע נכון של התוכנית, ולנקוט בפעולות משמעותיות במקרים של התנהגות פלילית.
- 7) במקרה של זיהוי קיום התנהגות פלילית, החברה צריכה להגיב להתנהגות הפלילית ולמנוע התנהגות דומה בעתיד.

לבנייה ויישום של תוכנית אכיפה עצמית, מומלץ לחברה לגייס

² Federal Sentencing Guideline Manual – Chapter 8

- לחקור נושאים מורכבים כפתרון לבעיות האלה, החברה יכולה להשתמש במבקר פנימי חיצוני שלה. כיום, בכ- 85% מהחברות הבורסאיות מכהן מבקר פנימי חיצוני המתאפיין ב:
- רמת אובייקטיביות ואי תלות גבוהים
- הכרות עם העובדים
- הכרות עם החברה
- ברשותו כלי ביקורת שמאפשרים ביצוע העבודה

אבל לא לכל מבקר פנימי יש הידע הנדרש לבצע חקירה מעמיקה בחברה. לכן הפתרון המומלץ יכול להיות מבקר פנימי חיצוני, בעל כישורים חקירתיים. הדבר יאפשר לו להיכנס לחקירה במסווה של ביקורת פנימית ולכן להיתקל בפחות אנטגוניזם וליהנות משיתוף פעולה מצד העובדים. בתגובה לפנייתנו לד"ר צבי גבאי, הממונה החדש על האכיפה ברשות ני"ע, למדנו כי הרשות עדיין מגבשת את עמדתה לגבי יישום החזון והיא מתכוונת לפרסם את דרישותיה באתר האינטרנט שלה בעתיד. יחד עם דרישותיה, הרשות תפרסם מידע רקע וחומר עזר בנושא אכיפה עצמית וגילוי מרצון במטרה לעזור לחברות ליישם תוכנית אכיפה. לאור תשובתו של ד"ר גבאי, מומלץ לחכות לפרסום עמדתה של הרשות בנושא אבל ניתן להניח כי מודל האכיפה העצמית על פי הרשות יהיה דומה למודל האמריקאי, תוך כדי התחשבות בגודל החברות הציבוריות בישראל.

מה-SEC בזכות התגובה שלה לגילוי ההתנהגות הפלילית. בתוך כמה ימים לאחר הגילוי, החברה מיהרה לנקוט בפעולות כדי להסיר את כל העבריינות והגורמים לה.

לאחר פרסום דו"ח Seaboard ה-SEC התחילה לקנוס חברות שלא משתפות פעולה עם ה-SEC בחקירות. לדוגמה חברת XEROX קבלה קנס של \$10M ב-2002, AIG קבלה קנס של \$10M ב-2003, גם LUCENT קבלה קנס של \$10M ב-2004 כאשר ה-SEC הבהיר כי חלק מהקנס נובע מאי-שיתוף פעולה של החברה. לראשונה באוקטובר 2008, ה-SEC פרסם את המדריך לפעולות אכיפה שהיא מפיצה לעובדיה על מנת להנחות אותם בעבודות אכיפה. הדו"ח כולל פרטים נוספים לגבי קריטריונים של ה-SEC בחקירותיה. אבל חקירה עצמית של התנהגות פסולה מעלה כמה אתגרים וכמה בעיות לחברה, כגון:

- הקושי בחקירה באמצעות שכיר החברה
- הקושי למצוא עובד בלתי תלוי ואובייקטיבי
- לחצי ועד על העובד החוקר
- חוסר שת"פ מצד העובדים האחרים
- נטייה של המנהלים להאשים את העובדים ולא לקחת אחריות
- הקושי בחקירה באמצעות גורם זר חיצוני שלא מכיר את החברה
- אנטגוניזם של העובדים מול גורם זר החוקר את החברה
- מציאת גורם עם יכולת

האשמים נענשו או פוטרו? החברה גילתה את העבריינות לציבור ולרשויות הרלוונטיות? החברה פיצתה את קורבנות העבריינות?

(9) אילו תהליכים ביצעה החברה על מנת לתקן את הבעיות ולגלות את המידע הנדרש? האם הודיעו לוועדת הביקורת והדירקטוריון?

(10) האם החברה הייתה נאמנה למטרת גילוי כל האמת במהירות - האם ההנהלה או הדירקטוריון פיקחו על החקירה? האם החברה שכרה יעוץ או מבקר חיצוני לבצע חקירה מלאה ללא הגבלות?

(11) האם החברה מסרה ל-SEC את תוצאות חקירתה ומסמכים תומכים נאותים? האם דוח החקירה היה יסודי מספיק? האם החברה שיתפה פעולה עם ה-SEC?

(12) מה הפעולות שנקטו על ידי החברה כדי למנוע עבריינות דומה בעתיד?

(13) האם החברה שדיווחה על העבריינות היא החברה שבה התרחשה העבריינות? האם המבנה הארגוני השתנה מאז, כתוצאה מרכישה, מיזוג, שינוי מבני?

Seaboard, חברה בינלאומית ציבורית, גילתה בשנת 2000 כי החשבת של אחת מחברות הבנות שלה ביצעה רישום לא נאות של פקודות היומן משנת 1995, וכתוצאה מכך היא הקטינה באופן מהותי את הוצאות החברה במשך 5 שנים. אבל Seaboard נמנעה מקנס