

- מזכר לקוחות -

עמדת סגל רשות ניירות ערך לגבי תיקון 16 לחוק החברות – שאלות ותשובות

ביום 15.3.2011 פורסם ברשומות תיקון מס' 16 (התשע"א-2011) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: **"תיקון 16"** ו-"**החוק**", בהתאמה). עיקריו של תיקון 16 בהחמרת תנאי הכשירות והכהונה בהם נדרשים לעמוד אורגנים שונים בתאגיד, התנהלות דירקטוריון וועדת ביקורת, עסקאות עם בעלי שליטה ובהקשחת כללי הממשל התאגידי המנחים את פעולתם, כמו גם בחיזוק בעלי מניות המיעוט, וזאת במטרה לייעל את הממשל התאגידי ולהתאימו "למציאות הישראלית ולעקרונות הנוהגים בתחום זה בעולם" (לשון דברי ההסבר להצעת החוק).

בהמשך למזכר שהועבר אליכם בחודש מאי האחרון, במזכר זה נבקש לעדכן וליידע בנוגע להבהרות סגל רשות ניירות ערך בנוגע לתיקון 16 אשר פורסמו ביום 26 באוקטובר 2011, וזאת בהמשך להבהרה נוספת אשר פורסמה על ידי הרשות ביום 6 ביולי 2011. בעמדת הרשות פורסמו שאלות אשר הופנו לרשות לעניין תיקון 16

1. ועדת הביקורת

• **נוכחות בדיוני ועדת הביקורת – על מנת לאפשר דיון חופשי מלחצים נקבע, כי מי שאינו רשאי להיות חבר בוועדת הביקורת¹, לא יהיה נוכח בדיוניה ובעת קבלת ההחלטות בה, אלא אם קבע יו"ר הוועדה כי הוא נדרש לצורך הצגת נושא מסוים. לכלל זה נקבעו הסייגים הבאים: (1) עובד חברה שאינו בעל שליטה בה או קרובו, רשאי להיות נוכח בישיבות הוועדה בעת הדיון ובתנאי שההחלטה תתקבל שלא בנוכחותו; (2) היועץ המשפטי ומזכיר החברה, ככל שאינם בעל השליטה או קרובו, רשאים להיות נוכחים בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות, אם ביקשה זאת הוועדה; (3) בעת שמשמשת ועדת הביקורת כוועדה לבחינת הדוחות הכספיים, יחולו כללי החוק הנוגעים למעמד זה. [סעיף 115(ה)]**

בנוסף, הסדרים מיוחדים נקבעו גם ביחס להשתתפותם של המבקר הפנימי ורואה החשבון של החברה [סעיף 116].

רשות ניירות ערך הבהירה כי, עובדים בחברה, שאינם בעל השליטה או קרובו, אך הינם בעלי קשרים לבעל השליטה רשאים להיות נוכחים בעת הדיון בוועדת הביקורת, בכפוף לאישור ועדת הביקורת, לדוגמה לצורך מתן שירותי הקלדה או שירותי מזכירות. לעמדת הרשות, אין בעצם שירותים אלה בכדי לפגוע בחופשיות הדיון, לפיכך, אין צורך כי ועדת הביקורת תידרש נקודתית, לשאלת נוכחותו של עובד הנותן שירותים אלו מדי ישיבה לגופה, ודי בנהול כללי הקובע מראש את זהות העובדים נותני השירותים כאמור שיוכלו לנכוח בישיבות.

¹ בעל השליטה או קרובו; יו"ר הדירקטוריון; כל דירקטור המועסק על ידי החברה או על ידי בעל השליטה בה או על ידי תאגיד בשליטת בעל השליטה; דירקטור הנותן שירותים, דרך קבע, לחברה, לבעל השליטה בה או לתאגיד בשליטת בעל השליטה; וכן דירקטור שעיקר פרנסתו על בעל השליטה. הסדר מיוחד נקבע בהקשר זה באשר לעובדי מדינה המכהנים בוועדת ביקורת בחברה ממשלתית או בחברת-בת ממשלתית. [סעיף 115(ב) ו-(ג)]

על אף האמור, מכוח סמכותה הכללית הטבועה של ועדת הביקורת לקבוע את נהליה וסדרי עבודתה, שיקול הדעת נתון בידיה גם בדבר נוכחותו של עובד פלוני שאינו בעל השליטה או קרובו, ולעובדים אלו לא קיימת זכות מוקנית להשתתף בישיבותיה. לפיכך, ועדת הביקורת רשאית ואף חובה עליה, **לקבוע כי עובד פלוני אינו רשאי להיות נוכח בישיבה, ככל והיא סבורה כי נוכחותו של העובד הפלוני עלולה לפגוע ביכולתה לקיים דיון חופשי נטול לחצים**, מכל סיבה שהיא (בין אם לאור קשריו לבעל השליטה או מכל סיבה אחרת). יובהר כי סמכותה האמורה של ועדת הביקורת חלה גם בקשר עם נוכחותם של מבקר הפנים ורואה החשבון המבקר בחברה בישיבותיה, לרבות בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות.

כמו כן, **יועצים חיצוניים** שאינם עובדי החברה (לדוגמא מעריך שווי) רשאים להיות נוכחים **בעת הדיון** בוועדת הביקורת, בכפוף לאישור יו"ר ועדת הביקורת, אשר יחליט על כך שלא בנוכחות היועץ החיצוני.

נוסף על כך, **יועץ משפטי חיצוני שאינו עובד של החברה, וכן יועץ משפטי, בין אם פנימי ובין אם חיצוני, שהינו בעל קשרים עם בעל השליטה**, רשאים להיות נוכחים **בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות** בוועדת הביקורת, אך ורק אם ביקשה זאת ועדת הביקורת. בעת החלטת ועדת הביקורת לבקש את נוכחותם, על הועדה לתת את הדעת, בין היתר, להתקיימותם של קשרים בין אותו אדם לבין בעל השליטה. לפיכך, כאשר שוקלת ועדת הביקורת לבקש נוכחות בישיבה, לרבות בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות, של יועץ משפטי או מזכיר חברה שהינו בעל קשרים עם בעל השליטה, **עליה לקבוע מפורשות כי נוכחותו אינה עלולה לפגום בהתקיימותו של דיון חופשי בישיבה**. יובהר, כי לצרכי הוראה זו, אין כל הבחנה בין יועץ משפטי המועסק בחברה או יועץ משפטי חיצוני הנותן שירותים משפטיים לחברה. עוד יובהר, כי אין באמור כדי לגרוע מחובות האמון והזהירות המוטלות על נושאי המשרה בהקשר זה בהתאם להוראות החוק.

לעניין **ועדת ביקורת המשמשת כוועדה לבחינת הדוחות הכספיים**, הבהירה עמדת רשות ניירות ערך, כי בהתאם לסעיף 115(ו) לחוק לא יחולו הוראות סעיף 115(ה) לחוק אלא הוראות תקנות החברות (הוראות ותנאים לעניין הליך אישור הדוחות הכספיים), התש"ע-2010, אשר לא קובעות הוראות בקשר לנוכחות בוועדה לבחינת דוחות הכספיים. יחד עם זאת, מכוח הסמכות הכללית הטבועה של ועדת הביקורת המשמשת כוועדה לבחינת הדוחות הכספיים לקבוע את נהליה וסדרי עבודתה, ככל שהועדה סבורה כי נוכחותו של גורם כלשהו עלולה להפריע לדיוניה, היא רשאית ואף חובה עליה לקבוע כי אותו גורם אינו רשאי להיות נוכח בישיבה.

לאור האמור לעיל, יש לראות בעמדת סגל הרשות כמטילה על ועדת הביקורת חובה לבדוק האם בדיוניה יש מישהו שנוכחותו עלולה להפריע בקיומו של דיון חופשי ונטול לחצים.

• **הסמכות להחליט מתי עסקה היא חריגה או מהותית** – החוק לא קבע עד כה מיהו האורגן בחברה המוסמך לקבוע מתי עסקה ספציפית תיחשב "עסקה חריגה" או "פעולה מהותית". תיקון 16 מקנה כעת לוועדת הביקורת את הסמכות להחליט לגבי פעולות על פי סעיף 255 לחוק האם הינן מהותיות, וכן להחליט האם עסקאות עם נושא משרה, עסקאות עם בעל שליטה או עסקאות שלמי מהם יש עניין אישי בהן, הינן עסקאות חריגות, בהתאם להגדרת מונח זה בחוק. כמו כן, רשאית ועדת

הביקורת לקבוע מראש כאמור לגבי סוג עסקאות או פעולות, לפי אמות מידה שתקבע אחת לשנה מראש. [סעיף 117(א1)]

האופן בו יש לקבוע **אמות מידה** בהתאם להוראות סעיף 117 – לצורך קביעת אמות המידה על ועדת הביקורת להתחשב, בין היתר, באופן פעילותה של החברה, תוצאותיה ותנאי השוק באותו מועד. **על אמות המידה להיות חד משמעיות, ברורות וקונקרטיות, באופן שלא ייותר שיקול דעת מהותי בידי ההנהלה בסיווגן.** אמות המידה בקביעת העסקאות שלא תהיינה חריגות נדרשות להתייחס לכל אחד מרכיביה של הגדרת עסקה חריגה בחוק (אילו עסקאות תהיינה במהלך עסקים רגיל, כיצד יקבעו תנאי שוק, מה יהא היקפה של עסקה שאינה אמורה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכוש או התחייבויותיה). על המבחנים אותם תגבש ועדת הביקורת להיות **אובייקטיביים בנסיבות העניין**, באופן שתוצאת יישומן תהא בהכרח זהה, ללא תלות בזכות המיישמים. בנוסף, על ועדת הביקורת להורות להנהלת החברה כי ככל ותתעורר שאלה פרשנית בדבר עמידה באמות המידה, יש להביא את השאלה בפני ועדת הביקורת.

להלן מספר דוגמאות לאופן קביעת אמות מידה אשר אמורות לענות לדרישות החוק: קביעת סוג המוצר/השירות שירכשו/ימכרו ויהיה בכך בכדי להיות במהלך העסקים הרגיל של החברה; קביעת שיעור תמורה ראוי מתוך המכירות/הרכישות של החברה בתקופת זמן קבועה; קביעת ספים כמותיים ריאליים בדבר היקף התמורה בעסקה ובדבר היקף המוצרים/השירותים שירכשו/ימכרו, לפי העניין; ועיגון האופן בו על ההנהלה לקבוע מה הם תנאי השוק בקשר עם עסקה קונקרטית, כגון קביעת מספר עסקאות אליהן על ההנהלה להשוות את העסקה לעסקאות בין קונה מרצון למוכר מרצון (arms and length) שביצעה החברה או שבוצעו בשוק הרלוונטי, וקביעת האופן לפיו יש לבחון כי העסקאות אליהן מבוצעת ההשוואה כאמור, הינן אכן בין קונה מרצון ומוכר מרצון. אין בדוגמאות אלה משום רשימה ממצה, והתאמתן של אמות המידה לצורך הגשמת מטרתן תלויה במאפייניה הספציפיים של כל חברה וחברה. **אין בקביעת אמות מידה כאמור בכדי להעיד על היותה של עסקה חריגה או שאינה חריגה.**

אין באפשרותה של ועדת הביקורת לקבוע אמות מידה בהתאם לסעיף 117 לחוק ועל פיהן לתת אישור גורף ומראש לעסקאות חריגות. ככל שעל פי אמות המידה שקבעה ועדת הביקורת עסקה הינה חריגה, על ועדת הביקורת לאשר אותה לגופה בהתאם להוראות הפרק החמישי לחלק השישי לחוק.

בקה לצורך בחינת נאותות סיווג עסקאות בפועל על ידי הנהלת החברה, בהתאם לאמות המידה **שנקבעו** – חובת הבחינה המוטלת על ועדת הביקורת הינה בחינה אחת לשנה של אמות המידה לגופן ואת מידת התאמתן לחברה. על ועדת הביקורת לבחון זאת, בין היתר, בהתאם למכלול השיקולים אשר עשויים להשפיע על מהות הקריטריונים המתאימים לסיווג עסקאות כעסקאות שאינן מהותיות או חריגות, לרבות תוך מתן הדעת לעסקאות שבוצעו בהתאם לאמות המידה שנקבעו במהלך השנה החולפת. בנוסף, על ועדת הביקורת לקבוע נוהל בקרה אשר יבוצע על ידי ועדת הביקורת או על ידי המבקר הפנימי, לצורך בחינת נאותות סיווג בפועל על ידי ההנהלה, בהתאם לאמות המידה שנקבעו, של עסקאות אשר בוצעו בשנה החולפת.

ככל שנודע על נסיבות שיש בהן כדי להשפיע על התאמת אמות המידה, על ועדת הביקורת לבחון את התאמתן באותו מועד, גם אם טרם חלפה שנה ממועד בחינתן לאחרונה. בנוסף, יש לציין כי בכל עת רשאית ועדת הביקורת או ההנהלה להביא עסקה נבחנת בפני ועדת הביקורת לצורך בחינת היותה מהותית או חריגה, לפי העניין.

2. עסקאות בעלי שליטה

• **רף שלוש השנים ביחס לעסקאות עם בעל שליטה – ככלל, עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי (לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה עניין אישי), וכן התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או קרובו, במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות חברה שבשליטתו, לעניין קבלת שירותים ממנו בידי החברה או באשר לתנאי כהונה והעסקה, לתקופה העולה על שלוש שנים, טעונה אישור אחת לשלוש שנים.** אישור זה יינתן בידי ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית גם יחד. יש לשים לב כי התיקון בעניין זה חל גם על **עסקאות קיימות**; לפיכך, סעיף התחולה לתיקון החוק קובע כי אישור לעסקה שכזו יינתן עד יום 15.11.2011, באסיפה הכללית הראשונה לאחר כניסת החוק לתוקף או עד תום שלוש שנים ממועד האישור הקודם, לפי המאוחר. הוראה זו תחול גם על עסקה של חברה שהפכה לחברה ציבורית, ביחס לתקופה שלאחר הפיכתה לחברה ציבורית.

על אף האמור, תיקון 16 קובע כי **עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או שלבעל השליטה עניין אישי בה** (שאינן בעניין תנאי כהונה והעסקה של בעל השליטה או קרובו), יכול שתאושר לתקופה העולה על 3 שנים ובלבד שועדת הביקורת אישרה כי התקשרות לתקופה כאמור סבירה בנסיבות העניין. [סעיף 275(א1)]

לעניין זה הבהירה עמדת רשות ניירות ערך, כי חברה רשאית להאריך עסקאות המנויות בסעיף 270(4) רישא לחוק החברות (עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי) בהתאם לתקנה 1(1) לתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעל עניין), התש"ס-2000 ("תקנות ההקלות"), ככל ומתקיימים התנאים הקבועים בתקנה האמורה². כמו כן, מוסיפה עמדת רשות ניירות ערך, וקובעת לעניין משך תקופת הארכה, כי אין זה סביר, כי הארכת עסקה כאמור תבוצע לפרק זמן ממושך, לא כל שכן לפרק זמן העולה על תקופתה המקורית של העסקה, כפי שאושרה לראשונה באסיפה הכללית. בנוסף, בעת אישור הארכת העסקה כאמור על פי תקנה 1(1) לתקנות ההקלות, על ועדת הביקורת לקבוע מפורשות כי התקשרות בה למשך תקופת הארכה הינה סבירה בנסיבות העניין. זאת תוך מתן הדעת, בין היתר, שהעסקה שבנדון הינה עסקה קיימת אשר הארכתה אינה מובאת לאישור האסיפה.

בנוסף הובהר, כי יש להביא לאישור אחת לשלוש שנים גם עסקאות בדבר תנאי כהונה והעסקה של בעל שליטה או קרובו אשר אושרו בהתאם לתקנה 1ב לתקנות ההקלות. כמו כן, גם מתן כתבי התחיבות לשיפוי או לפטור לבעל השליטה או קרובו בגין כהונתם בחברה מצריך אישור אחת

² "היא מאריכה עסקה קיימת (להלן - עסקה נוספת) ובלבד שהעסקה הקיימת בין אותם הצדדים אושרה לפי סעיף 275 לחוק או לפי תקנות ניירות ערך (הגבלות בענין ניגוד ענינים בין חברה רשומה לבין בעל שליטה בה), תשנ"ד-1994, ולא חל שינוי של ממש בתנאי העסקה הנוספת וביתר הנסיבות הצריכות לענין, לעומת העסקה הקיימת, או שאין בשינוי אלא כדי לזכות את החברה."

לשלוש שנים, היות ותנאי כהונה והעסקה, המוגדרים בסעיף 270(3) לחוק, כוללים, בין היתר, מתן התחייבות לשיפוי או פטור.

• **דיווח בדבר עסקאות עם בעל שליטה שאושרו לפני תיקון 16 -**

רקע - בהתאם לתיקון 16, ולעמדת רשות ניירות ערך מיום 6 ביולי 2011, עסקאות חריגות, מסוג העסקאות המנויות ברישא של סעיף 270(4) לחוק, אשר נכרתו עם החברה קודם לכניסת התיקון לתוקף, 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 יותר³) או שמלכתחילה לא נקצב מועד, תידרש ועדת הביקורת לקבוע את המועד הראוי⁴. קבעה ועדת הביקורת כי המועד המקורי שנקצב (ככל שנקצב) הינו ראוי, לא יידרש אישור מחודש של ההתקשרות עד לתום המועד האמור.

סוגיית הדיווח - רשות ניירות ערך הבהירה כי **על חברה ציבורית לדווח**, בהתאם להוראות תקנה 37א לתקנות ניירות ערך (דו"חות תקופתיים ומיידיים) התש"ל 1970, ובמסגרת הדוח התקופתי שלה, בקשר עם עסקאות בהתאם להוראות סעיף 270(4) רישא לחוק, שמשכן עולה על 3 שנים ואשר אושרו בעבר טרם כניסתו של תיקון 16 לתוקף, **בדבר קביעת ועדת הביקורת כי המועד המקורי שנקצב להתקשרות הינו ראוי או בדבר קציבת המועד הראוי על ידה.**

נשמח לעמוד לרשותכם לכל שאלה או הבהרה:

משה צ. נאמן, עו"ד mneeman@shibolet.com • רויטל בן-ארצי, עו"ד r.betnartzi@shibolet.com
• gilir@shibolet.com איתי לשם, עו"ד • ilesheem@shibolet.com גיל רוזנברג, עו"ד
• e.dayagi@shibolet.com שאול אדרת, עו"ד • s.adereth@shibolet.com אפרת דייגי, עו"ד
קרין אדלר, עו"ד • k.adler@shibolet.com • נועה גלרמן, עו"ד • n.gelerman@shibolet.com

**האמור במזכר זה ניתן כמידע כללי בלבד, ואין להסתמך עליו בכל מקרה פרטני
ללא ייעוץ משפטי נוסף**

3 ויודגש, ועדת הביקורת אינה יכולה בהקשר זה להאריך את תקופת ההתקשרות מעבר לתקופה שאושרה באסיפה הכללית.
4 מובהר, כי לעמדת סגל רשות ניירות ערך, עסקה שאינה קצובה בזמן, לא ניתן לקבוע לגביה כי תקופת ההתקשרות בה הינה סבירה
בנסיבות הענין.