



ר ש ו ת נ י י ר ו ת ע ר ך
ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

כ"ח בשבט התשע"ה
17 בפברואר 2015

התנועה למען
איכות השלטון בישראל (ע"ר)

17. 02. 2015

sh000574

נ ת ק ב ל

לכבוד
התנועה למען איכות השלטון (ע"ר)
יפו 208
ירושלים

באמצעות פקס : 02-5000076

שלום רב,

שלום רב,

**הנדון: מינוי פרופ' עודד שריג ליו"ר דירקטוריון חב' מגדל אחזקות ביטוח
ופיננסיים**

סימוכין : מכתבכם מיום 16 בפברואר 2015

ברצוני להודות לכם על פנייתכם. אציין כבר בפתח הדברים, כי תשובתי מתייחסת אך ורק להוראות הדן ולפעולות הרשות מכוחן, ואין בה כדי לנקוט עמדה כלשהי ביחס למישורו והתאמתו של מועמד כלשהו לתפקיד זה או אחר במי מהחברות הציבוריות.

הרשות בחנה את ההליך המבוקש לאישור המינוי של פרופ' עודד שריג לדירקטור (וליו"ר דירקטוריון) במגדל אחזקות ביטוח ופיננסיים (להלן – "מגדל אחזקות") ומצאה שהוא עולה בקנה אחד עם הוראות חוק החברות. בנוסף טיפלה הרשות בדוח זימון האסיפה בהתאם לסמכויותיה כדי להבטיח שיהיה בו את המידע הנדרש לקבלת החלטה.

בקצירת האומר עמדת הרשות הינה:

א. מינוי דירקטורים בחברה ציבורית, מהווה את הדרך המקובלת (בעולם כולו) למימוש כוח שליטה בחברה והוא אינו כפוף להליכי אישור מיוחדים בהתאם להוראות חוק החברות (בהתאם להליכי אישור עסקאות בעלי עניין).

ב. הליכי האישור המיוחדים על פי חוק החברות שמורים לעסקאות של החברה בהם קיים חשש לתיעול משאבי החברה לטובת בעלי השליטה או נושאי המשרה בחברה. לעמדת הרשות ותשלום המוענק על ידי בעל השליטה לדירקטור בחברה אינו בגדר עסקה של החברה ואינו כפוף למארג האישורים הנדרש על פי דין מקום שהחברה היתה מבקשת להעניק לו תשלום ממשאביה שלה.



ר ש ו ת נ י י ר ו ת ע ר ך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

ג. תיקון 20 עוסק במבנה התמריצים של נושאי המשרה בחברה ובדרך האישור של תנאי כהונה והעסקה שהחברה הינה צד להן. תיקון 20 אינו מונע העסקתם של דירקטורים בחברה כאשר אלו עובדים או מעניקים שירותים נוספים בין השאר לבעל השליטה בחברה.

ד. דיני החברות מחייבים את נושאי המשרה של החברה בחובות אמונים וזהירות ללא קשר לשאלה האם הם מקבלים שכר וממי הם מקבלים אותו. כך גם בעל שליטה המכהן כדירקטור כפוף לאותן החובות ואסור לו להימצא בניגוד עניינים ולסקול את טובתו האישית לפני טובת החברה.

רקע

1. ביום 27 בינואר 2015 זומנה אסיפה כללית על-ידי מגדל אחזקות לאישור מינויו של פרופ' עודד שריג כיו"ר דירקטוריון מגדל אחזקות ללא שכר בגין כהונתו כדירקטור.

2. במסגרת הזימון ציינה החברה כי "בהתאם להחלטת הדירקטוריון ובהתאם למגבלה שפרופ' עודד שריג נטל על עצמו, למען הזהירות, עד לאוגוסט 2016, לא יחא פרופ' עודד שריג מעורב ולא יטפל בענייני הגופים המוסדיים בקבוצה ובהם חברת הבת מגדל חברה לביטוח בע"מ ומגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ, למעט כמתחייב מכהונתו בחברה על פי דין" ("התחייבות שריג").

3. נוכח התחייבות פרופ' שריג כפי שבאה לידי ביטוי בדוח זימון האסיפה ביקש סגל הרשות מהחברה להבהיר ולהוסיף גילוי נרחב בדבר משמעות התחייבות זו והשפעתה על פעילות החברה וכן על יכולתו של שריג למלא את תפקיד יו"ר הדירקטוריון בחברה נוכח המגבלות שנטל על עצמו.

4. כמו כן ביקש סגל הרשות כי החברה תבהיר בדוח זימון האסיפה כי פרופ' שריג מועסק בחברת אליהו חברה לביטוח בע"מ (להלן – "אליהו") וכי הוא מקבל שכר מאליהו ובשלב זה וכל עוד לא יוחלט אחרת הוא לא יקבל שכר מהחברה.

5. דוח מתקן של זימון האסיפה בעקבות דרישות הגילוי של סגל הרשות פורסם ביום 2 בפברואר 2015.



רשות ניירות ערך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

6. בחקשר זה נבקש להבהיר כי בהתאם לגילוי שנתנה החברה אין, נכון למועד זה, מגבלות חוקיות ואו רגולטוריות המונעות מפרופ' שריג להתמנות לתפקיד יו"ר דירקטוריון מגדל אחזקות או לבצע תפקיד זה. ככל שקיימות מגבלות כאלו או שמגבלות שכאלו יוטלו בעתיד על ידי הרגולטור הרלוונטי כמובן שהחברה תידרש ליתן לכך גילוי ואף לבחון מחדש את יכולתו לבצע את התפקיד וההשלכות הנובעות מכך.

אישור מינוי דירקטור בעסקה של החברה

7. ממכתבכם שבסימוכין עולה הטענה כי החברה הינה צד להסכם העסקה שבין פרופ' שריג לבעל השליטה (דרך חברה פרטית שבשליטתו) וזאת מכיוון שבגילוי שניתן בזימון האסיפה צוין כי בעלת השליטה במגדל אחזקות תישא בהוצאות שכרו של פרופ' שריג (סעיף 14 למכתבכם שבסימוכין). כפועל יוצא, לשיתכם הסכמת מגדל אחזקות למינוי פרופ' שריג חופכת את ההתקשרות בין שריג לבין בעלת השליטה במגדל אחזקות לעסקה חוזרת אישור באורגני החברה.

8. איננו מסכימים עם עמדה זו והיא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק החברות. עמדה זו גם אינה מתיישבת עם הפרקטיקה הקיימת בחברות רבות בשוק ההון מזה שנים, במסגרתה ממונים, בעל השליטה ועובדים המועסקים על-ידו, כדירקטורים בחברות. משמעותה המעשית הינה צמצום, עד כדי ביטול, יכולתו של בעל השליטה לממש את כוח השליטה שלו באמצעות מינוי דירקטורים לחברה באסיפה הכללית של החברה.

9. חוק החברות קובע דרישות אישור מיוחדות לגבי התקשרויות של חברה ציבורית עם בעלי ענין ונושאי משרה. בנסיבות מסוימות דרישות אלו כוללות את החובה לקבל אישור של האסיפה הכללית הכולל רוב של בעלי מניות המיעוט. ואולם, אין דרישה כאמור ביחס למינוי של דירקטור רגיל (לחבדיל מדירקטור חיצוני). ככלל, בהיעדר הוראה אחרת בתקנון החברה, מינוי דירקטורים נתון להכרעת האסיפה הכללית של בעלי המניות ברוב רגיל (ראה סעיף 59 לחוק החברות). סגל הרשות תבהיר כבר לפני שנים רבות כי מינוי דירקטור, ואפילו יהא זה בעל השליטה עצמו, מבלי להתקשר עימו בקשר עם תנאי כהונה והעסקה, אינו טעון אישור אסיפה כללית ברוב מיוחד.¹

10. אין חולק כי מינוי דירקטורים בחברה הינו הדרך המקובלת למימוש כוח השליטה של בעל השליטה בה. הכפפת מינוי הדירקטורים להסכמת בעלי מניות המיעוט אינה

¹ עמדת סגל משפטיות 101-6 (יוני 2005).



ר ש ו ת נ י י ר ו ת ע ר ך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

מתיישבת עם הוראות חוק החברות, ולמעשה חותרת תחת מושכלות היסוד שלו (כמו גם של דיני החברות המקובלים בעולם). מסיבה זו דרישות הרוב המיוחד אינן חלות על מינויים של כלל הדירקטורים, אלא רק על מינוי דירקטורים חיצוניים (סעיף 240 לחוק החברות), על מינוי של יו"ר דירקטוריון אשר יכהן גם כמנכ"ל החברה (סעיף 95 לחוק החברות), או כאשר קיימת הוראה מיוחדת בתקנון החברה.

11. לעומת זאת, מקום בו חברה ציבורית מבקשת להתקשר בעסקה עם בעל השליטה או עם נושא משרה שלה, לרבות בקשר עם תנאי כהונתם והעסקתם, קובע חוק החברות מנגנוני אישור מיוחדים הקבועים בחלק השישי לחוק (פרק רביעי א' ופרק חמישי). מטרתם של מנגנונים אלו להעביר את קבלת ההחלטות בחברה לאורגן בלתי נגוע שכן מדובר בהתקשרות בה מתקיים חשש לתיעול כספים או נכסים של החברה לבעלי השליטה או נושאי המשרה, על חשבון בעלי מניות המיעוט, ויתכן כי לא מובאים באישורה רק שיקולים ענייניים.

12. חובות אישור אלו אינן חלות כאשר מדובר במינוי דירקטור בלבד, להבדיל מאישור תנאי כהונתו והעסקתו של דירקטור על-ידי החברה. כאמור, בנסיבות בהן החברה אינה מוציאה משאבים מכיסה לא קם החשש שעומד ביסוד הליכי האישור המיוחדים של עסקאות בעלי שליטה. יתרה מכך, גם כאשר מדובר בגמול דירקטורים הניתן על-ידי החברה, שאינו עולה על הסכום המרבי שנקבע ביחס לגמול דירקטורים חיצוניים, כלל לא נדרש אישור האסיפה הכללית.² קל וחומר כי לא קמה חובת אישור באסיפה הכללית כאשר לא ניתן כל גמול על-ידי החברה בגין הכהונה.

13. עמדה לפיה תשלום על-ידי בעל השליטה לדירקטור בחברה, הופך כשלעצמו את החברה לצד להתקשרות, מנוגד לבסיסם של דיני החוזים ואף לדיני החברות, שכן מחד היא מסכלת את יכולת בעל השליטה בחברה למנות את עצמו או את עובדיו, אחת שמי מחם מקבל שכר אצל בעל השליטה, לתפקיד דירקטור בחברה, למרות שהחברה הציבורית עצמה אינה נושאת בשכר, ומאידך היא מכפיפה לכאורה את הסכם ההעסקה שבין בעל השליטה לבין עובדיו לאישור החברה, שכלל אינה צד להתקשרות.

14. הקושי בגישה זו מודגש לנוכח העובדה שניתן יהיה למנות את בעל השליטה עצמו ללא שכר בחברה מבלי שיהיה כפוף לאישורים המיוחדים שבפרק החמישי לחוק החברות (שכן הוא יכול שלא לשלם לעצמו), אולם את עובדיו לא. לגישה מצמצמת כזו אין אחיזה בדין.

² תקנה 1א לתקנות החברות ותקלות בעסקאות עם בעלי ענין, חת"ש-2000.



ר ש ו ת נ י י ר ו ת ע ר ך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

15. ניסיונכם להרחיב את תחולת המונח "עסקה" ולהחילו גם מקום שמדובר בתקשרות בין נושא משרה לגורם אחר שאינו תחברה לרבות בעל השליטה הינו מלאכותי ואין בו צורך. ההצמדות להגדרת "עסקה" בחוק החברות ככזו המתייחסת לעסקה של התברה לצורך בחינה של הצורך באישור מיוחד אינה סמנטית. היא המבחינה בין הכלל הקנייני של הצורך באישור מיוחד באסיפה במקרים בהם התברה מעבירה מנכסיה לצד קשור לבין כלל האחריות הנגזר מעצם כהונתו של בעל השליטה או מי שיש לו בו עניין אישי וסוגיות של אחריות העולות מכהונתו של מי שיכול ומתקיים בו ניגוד עניינים בין טובתו האישית לבין טובת התברה.

חובות האמונים של דירקטור

16. אי תחולתם של הליכי האישור של עסקאות בעלי עניין על מינוי דירקטור בחברה מקום בו הוא מקבל את שכרו מבעל השליטה אינו מותיר את התברה "חשופה" לפגיעה מצד הדירקטור.

17. דיני החברות מחייבים את נושאי המשרה של התברה בחובות אמונים וזהירות המופנות כלפי התברה (סעיפים 252-254 לחוק החברות). חובות אלו קובעות במפורש ובאופן שאינו משתמע לשני פנים כי על נושאי המשרה בחברה לנהוג בתום לב ולטובת התברה ובאופן ספציפי להימנע מפעולות שיש בהן ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או ענייניו האישיים ויראו בפעולה בניגוד לאמור כהפרת חובת האמונים כלפי התברה. יתרה מכך, דיני החברות רואים באי הפעלת שיקול דעת עצמאי (ס' 106 לחוק החברות) כהפרת חובת האמונים של נושא המשרה בחברה בעוד הם אינם מאפשרים לחברה לפטור או לשפות את נושאי המשרה שלה בגין הפרת חובות האמונים.

18. לפיכך דירקטור הפועל בניגוד עניינים במסגרת תפקידו בחברה בקשר עם פעולה או החלטה ספציפית, ואינו שם את טובתה של התברה לפני טובתו האישית מפר את חובת האמונים שלו והתברה יכולה להיפגע ממנו בגין נזקה. היה והתברה תימנע מכך יכול בעל מניות להיכנס בנעליה ולתבוע בשמה באמצעות מנגנון התביעה הנגזרת.

19. גישה זו אינה פוסלת מכחונת מראש, אלא מניחה כי יכול שיתקיים בנושא משרה בחברה חשש לניגוד עניינים במצבים מסוימים. הטיפול במצבי ניגוד העניינים טמון במנגנוני האישור של התחלטה הקונקרטית תוך מתן אפשרות לבחון אותה בדיעבד דרך כלי האכיפה הפרטית (התביעה הנגזרת והייצוגית).



ר ש ו ת נ י י ר ו ת ע ר ך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

השפעת תיקון 20 על תשלומים מצד בעל השליטה לדירקטור בחברה

20. תיקון 20 לחוק החברות נועד לקשור את מבנה התמריצים בחברה והסכומים שמבקשת החברה לשלם לנושאי המשרה שלה לטובתה של החברה ובעלי המניות שלה. לשם כך, נקבעה חובה לקבוע מדיניות תגמול בחברה (פרק רביעי א' לחוק החברות). תיקון 20 כיוון לכך שהתקשרויות בגין כהונה והעסקה בחברה ייבחנו מול מדיניות התגמול בחברה בעת אישורן.

21. תיקון 20 מטיבו מתייחס לעסקאות שהחברה צד לה ואינו עוסק באישור עסקאות של דירקטורים עם גורמים מחוץ לחברה. התיקון לא התיימר למנוע העסקתם של דירקטורים בחברה אשר עובדים או מעניקים שירותים נוספים בין השאר לבעל השליטה בחברה.

22. בחקשר זה ישנן זוגמאות רבות בהן דירקטורים בחברות ציבוריות מועסקים על-ידי בעלי השליטה באותן חברות. כפי שצוין, ישנן גם חברות ציבוריות רבות בהן בעלי השליטה עצמם וקרובי משפחתם מכהנים כדירקטורים בחברות הציבוריות. לא קיימות דרישות מינוי מיוחדות למקרים אלו. ככל שחברה ציבורית מבקשת לתגמל דירקטורים אלו בגין כהונתם, עליה לעמוד בדרישות אישור מיוחדות כקבוע בחוק וכן לבחון את הגמול אל מול מדיניות התגמול בחברה. לעומת זאת, מכיוון שעסקה בין בעל השליטה לבין דירקטור בחברה אינה מאושרת בחברה, היא גם אינה נבחנת מול מדיניות התגמול. בכך תיקון 20 נצמד לעקרון היסוד של האישיות המשפטית המוגבלת של החברה ואינו מכוון לעסקאות הנעשות מחוץ לחברה ושלא על חשבונה.

23. סיכומו של דבר, הדין אינו אוסר על מינוי דירקטור המועסק על-ידי בעל השליטה בחברה, ואינו מחייב דרישות אישור מיוחדות לשם מינוי כאמור.

הגילוי הנדרש בקשר עם תשלום המשולם לנושא משרה על-ידי בעל השליטה

24. במישור הגילוי על פי הדין הקיים עצם כינוס אסיפה למינוי דירקטור בחברה ללא אישור מקביל של הסכם העסקה בחברה, אינו מחייב התייחסות לשכר הדירקטור במקומות חיצוניים לחברה.



ר ש ו ת נ י י ר ו ת ע ר ך
ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

CHAIRMAN

יושב ראש

25. יחד עם זאת, תקנה 21 לתקנות ניירות ערך (דו"חות תקופתיים ומיידיים) התש"ל-1970 (לחלן – "תקנות הדוחות") מסדירה את אופן הגילוי אודות תגמוליהם של נושאי המשרה ובעלי העניין בחברה הכפופים לתקנה תוך פירוט רכיבי התגמול השונים. כך, תקנה 21(א) לתקנות הדוחות קובעת כי: "בדוח יפורטו התגמולים שנתנו, כשנת הדיווח, כפי שהוכרן בדוחות הכספיים לשנת הדיווח, בשל כל אלה כמפורט בחלקים ב' ו-ג' בתוספת השישית". על-פי תקנה 21(א)1 לתקנות הדוחות, חובת הגילוי בקשר עם גמול נושאי המשרה הרלוונטיים חלה "אם התגמולים ניתנו לו בקשר עם כהונתו בתאגיד או בתאגיד שבשליטתו, בין אם התגמולים ניתנו על ידי התאגיד ובין אם נתנו על ידי אחר..." (ההדגשה הוספה).

26. מכאן, כי תקנה 21(א)1 לתקנות הדוחות מחייבת גילוי במסגרת הדו"ח חשנתי של התאגיד, של הגמול שניתן בפועל לנושא המשרה בחברה על-ידי בעל השליטה "בקשר עם כהונתו בתאגיד" ו"כפי שהוכרו בדו"חות". גילוי זה יינתן מקום שמדובר בנושא משרה אשר גילוי לגביו נדרש בהתאם להוראות התקנה כאמור.

27. למותר לציין כי הרשות אינה מביעה כל עמדה לגבי כשירות המינוי בהיבטים אחרים, לרבות עמידתו בהוראות רגולטוריות הקשורות בהיות החברה בעלת השליטה בחברת ביטוח המפוקחת על ידי אגף שוק ההון.

בכבוד רב ובברכה,

פרופ' שמואל האוזר