



רשות ניירות ערך
ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

מחלקת תאגידים www.isa.gov.il

עמדת סגל

עמדות סגל הרשות המובאות להלן הינן עמדות מקצועיות המשקפות החלטות ועמדות של הסגל בסוגיות הנוגעות ליישום דיני ניירות ערך ודיני החברות. תוכן העמדות המפורסמות מנחה את הרשות והסגל בהפעלת סמכותם והציבור יוכל להשתמש בהן ולהחילן בנסיבות דומות.

26.10.2011

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

הקדמה

ביום 15 במרס 2011 פורסם ברשומות חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א – 2011 ("תיקון 16"). תכליתו של תיקון זה לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ("החוק") 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 ששנונו בחוק.

במסגרת זו מובאת להלן קבוצה שניה של שאלות ותשובות.

ועדת הביקורת

1. סעיף 117 לחוק – קביעת אמות מידה לעסקאות חריגות ומהותיות

רקע: בין התפקידים שהוספו לוועדת הביקורת במסגרת תיקון 16 הוסמכה היא 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 עניין אישי בהן הינן עסקאות חריגות, בהתאם להגדרת מונח זה בחוק. עוד נקבע בהקשר זה, כי ועדת הביקורת רשאית להחליט כאמור לגבי סוג של פעולות או עסקאות, לפי אמות מידה שתקבע אחת לשנה מראש. מטרתו של המחוקק במתן האפשרות לוועדת הביקורת לקבוע אמות מידה כאמור, הינה בעיקר לאפשר להנהלת חברה, אשר במסגרת פעילותה השוטפת מבצעת עסקאות מרובות עם בעל השליטה במהלך העסקים הרגיל או שיש בה פעולות מרובות של נושאי משרה בה בהתאם לסעיף 254(א) לחוק, לפי העניין, לתפקד תוך יישום עקרונות וקריטריונים שימנעו את הצורך באישורים מיוחדים על פי דין. קריטריונים ועקרונות כאמור צפויים להפיג את החשש הגלום

בהיות העסקה חריגה או מהותית, לפי העניין, ובעיקר החשש שמתקיים מביצוע עסקאות שלא בתנאי שוק או מקום שכמות העסקאות ניכרת.

1.1 **שאלה:** מהו האופן בו יש לקבוע אמות מידה כדי שאלו תענינה להוראות סעיף 117 לחוק?

תשובה: לצורך קביעת אמות המידה על ועדת הביקורת להתחשב, בין היתר, באופי פעילות החברה, תוצאותיה ותנאי השוק באותו מועד. אמות המידה נדרשות להיות ברורות, חד משמעיות וקונקרטיות, באופן שלא יוותר שיקול דעת מהותי בידי ההנהלה בסיווגן. אמות המידה בקביעת העסקאות שלא תהיינה חריגות נדרשות להתייחס לכל אחד מרכיביה של הגדרת עסקה חריגה בחוק, קרי, יש לקבוע אלו הן העסקאות שתהיינה במהלך עסקים רגיל, כיצד יקבעו תנאי שוק, וכן מה יהא היקפה של עסקה שאינה עשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכוש או התחייבויותיה. על המבחינים שתגבש ועדת הביקורת להנהלת החברה לצורך ההכרעה בנדון להיות אובייקטיביים בנסיבות העניין, באופן שתוצאת יישומן תהיה בהכרח זהה, ללא תלות בזהות מיישם. כמו כן, על ועדת הביקורת להורות להנהלת החברה כי ככל ותתעורר שאלה פרשנית בדבר עמידתה של עסקה באמות המידה יש להביא את השאלה בפני ועדת הביקורת.

להלן יובאו מספר דוגמאות לאופן קביעת אמות מידה אשר עשויות לענות לדרישות החוק כאמור: קביעת סוג המוצר/השירות שירכשו/ימכרו ויהיה בכך בכדי להיות במהלך העסקים הרגיל של החברה; קביעת ספים כמותיים ריאליים בדבר היקף התמורה בעסקה ובדבר היקף המוצרים/השירותים שירכשו/ימכרו, לפי העניין; קביעת שיעור תמורה ראוי מתוך המכירות/הרכישות של החברה בתקופת זמן קבועה; עיגון האופן בו על ההנהלה לקבוע מהם תנאי השוק בקשר עם עסקה קונקרטית, כגון קביעת מספר עסקאות אליהן על ההנהלה להשוות את העסקה לעסקאות בין קונה מרצון ומוכר 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. יובהר, כי אין בדוגמאות אלו משום רשימה ממצה, וכי התאמתן של אמות המידה לצורך הגשמת מטרתן תלויה במאפייני כל חברה. עוד יובהר, כי אין בקביעת אמות מידה כאמור בכדי להעיד על היותה של עסקה חריגה או שאינה חריגה.

1.2 **שאלה:** האם רשאית ועדת הביקורת לקבוע אמות מידה לעסקאות שתהוונה עסקאות חריגות תוך מתן אישור גורף מראש להנהלת החברה להתקשר בהן?

תשובה: לא. ועדת הביקורת אינה רשאית מכוח סעיף 117 לחוק ובאמצעות קביעת אמות מידה ליתן אישור גורף ומראש לעסקאות חריגות. ככל ובהתאם לאמות מידה שקבעה ועדת הביקורת עסקה הינה חריגה, על ועדת הביקורת לאשרה לגופה באופן קונקרטי לפי הוראות הפרק החמישי לחלק השישי לחוק.

1.3 **שאלה:** מהן חובותיה של ועדת הביקורת בקשר עם עסקאות שהנהלת החברה סיווגה אותן על פי אמות המידה כעסקאות שאינן חריגות או מהותיות, לפי העניין? בפרט, האם נדרשת ועדת הביקורת במקרה כזה לבחון אחת לשנה לגבי כל עסקה או איזה חלק מהן, האם הן עומדות באמות המידה?

תשובה: ככלל, חובת הבחינה המוטלת על ועדת הביקורת אחת לשנה הינה בחינה של **אמות המידה לגופן** ואת מידת התאמתן לחברה. את בחינת ההתאמה כאמור על ועדת הביקורת לבצע בהתאם למכלול השיקולים העשויים להשפיע על מהות הקריטריונים המתאימים לסיווג עסקאות כעסקאות שאינן מהותיות או חריגות, לפי העניין, וכמפורט לעיל, ולרבות תוך מתן הדעת לעסקאות שבוצעו בהתאם לאמות המידה במהלך השנה החולפת.

נוסף על כך, בקשר עם עסקאות שבוצעו במהלך השנה החולפת ואשר סווגו על ידי הנהלת החברה כעסקאות שאינן חריגות או מהותיות, לפי העניין, על ועדת הביקורת לדאוג כי יתקיים בחברה נוהל בקרה, אשר תבוצע על ידי ועדת הביקורת או על ידי המבקר הפנימי, לצורך בחינת נאותות סיווג עסקאות בפועל על ידי ההנהלה, בהתאם לאמות המידה.

יובהר, כי על אף שבהתאם ללשון הסעיף נדרשת בחינת אמות המידה אחת לשנה, ברי כי ככל ונדע על קיומן של נסיבות שיש בהן בכדי להשפיע על התאמת אמות המידה, הרי שעל ועדת הביקורת לבחון את התאמתן באותו מועד, גם אם טרם חלפה שנה ממועד בחינתן לאחרונה. עוד יובהר, כי קביעת אמות מידה הינה פררוגטיבה של ועדת הביקורת וכי בכל מקרה באפשרותה ובאפשרות ההנהלה להביא עסקה נבחנת בפני ועדת הביקורת לצורך בחינת היותה מהותית או חריגה, לפי העניין.

2. סעיף 115(ה) לחוק – זהות הנוכחים בישיבות ועדת ביקורת

רקע: במסגרת תיקון 16 הוסף סעיף 115(ה) לחוק, הקובע כי מי שאינו רשאי להיות חבר בוועדת הביקורת לא יהיה נוכח בישיבות בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות, אלא אם כן קבע יושב ראש הוועדה כי הוא **נדרש לשם הצגת נושא מסוים**. זאת, כדי לאפשר דיון חופשי בלא לחצים על ידי מי שאינו רשאי להיות חבר הוועדה עקב זיקתו לחברה או לבעל השליטה בה. תיקון זה הינו נדבך נוסף להוראות שנקבעו בתיקון 16, אשר מטרתן חיזוק, העצמה והרחבת עצמאותה של ועדת הביקורת.

החוק מתייחס באופן נפרד לרואה החשבון המבקר והמבקר הפנימי כאשר על פי סעיפים 116(א) ו-116(ג) לחוק רואה החשבון המבקר – ככל והעניין נוגע לדוחות הכספיים של החברה ומבקר הפנים של החברה רשאים לנכוח בישיבות הוועדה.

לכלל שעוגן בסעיף 115(ה) לחוק נקבעו שני חריגים הקובעים זהות בעלי תפקידים שרשאים להיות נוכחים בישיבת ועדת הביקורת, בחלקה או במלואה, **שלא רק** לשם הצגת נושא מסוים.

החריג הראשון קובע, כי עובדים של החברה שאינם בעל השליטה או קרובו רשאים להיות נוכחים **בעת הדיון** בוועדת הביקורת, אך אינם רשאים להיות נוכחים בעת קבלת ההחלטות ("החריג הראשון").

החריג השני קובע, כי יועץ משפטי של החברה ומזכיר החברה (לעניין זה: "נושא המשרה") שאינם בעל השליטה או קרובו רשאים להיות נוכחים הן בעת הדיון והן בעת קבלת ההחלטות, אם ביקשה זאת הוועדה ("החריג השני").

2.1 שאלה: האם בהתאם להוראות סעיף 115(ה) לחוק, עובדים בחברה שאינם בעל השליטה או קרובו שהינם בעלי קשרים לבעל השליטה רשאים להיות נוכחים **בעת הדיון** בוועדת הביקורת?

תשובה: כן, בכפוף לאישור ועדת הביקורת. מטרתו של חריג זה היתה לאפשר נוכחותם בישיבות ועדת הביקורת של אותם עובדים שנוכחותם נדרשת בכדי לאפשר את התנהלותה התקינה של הישיבה, לדוגמא לצורך מתן שירותי הקלדה או שירותי מזכירות וכיו"ב. לעמדת סגל הרשות, מאחר ומתן שירותים מסוג זה אין בו בפני עצמו בכדי לפגוע בחופשיות הדיון, הגשמת תכלית החקיקה אינה מחייבת הידרשות נקודתית של ועדת הביקורת לשאלת נוכחותו של עובד הנותן שירותים אלו מדי ישיבה לגופה ודי בנוהל כללי הקובע מראש את זהות העובדים נותני השירותים כאמור שיוכלו לנכוח בישיבות.

על אף האמור, מכוח סמכותה הכללית הטבועה של ועדת הביקורת לקבוע את נהליה וסדרי עבודתה נתון בידיה שיקול הדעת גם בדבר נוכחותו של עובד פלוני שאינו בעל השליטה או קרובו בישיבה 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 עשויה לפגוע ביכולתה לקיים דיון חופשי נטול לחצים, בין אם לאור קשריו של העובד לבעל השליטה או מכל סיבה אחרת. לא מן המותר לציין בעניין זה, כי סמכותה זו של ועדת הביקורת חלה גם בקשר עם נוכחותם של מבקר הפנים ורואה החשבון המבקר בחברה בישיבותיה, לרבות בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות.

2.2 שאלה: האם יועצים חיצוניים שאינם עובדי החברה (לדוג' – מעריך שווי) רשאים להיות נוכחים **בעת הדיון** בוועדת הביקורת?

תשובה: כן, בכפוף לאישור יו"ר ועדת הביקורת. מטרת חקיקתו של סעיף 115(ה) לחוק היתה לקבוע איזון בין עקרון עצמאות ועדת הביקורת אשר מחייב תנאים שיאפשרו דיון חופשי ונטול לחצים, לבין הצורך לאפשר דיונים יעילים ורציניים בהם יהיה נוכח כל מי שנחוץ ודרוש לוועדת הביקורת לצורך הדיון. לאור העובדה שלעיתים שלב הצגת הנושא ושלב הדיון בוועדת הביקורת הינם חופפים בחלקם, ולאור העובדה שלעיתים ישנו צורך בנוכחות יועץ חיצוני גם בשלב הדיון בוועדת הביקורת, יו"ר ועדת הביקורת רשאי לאשר נוכחות יועץ חיצוני בדיוני ועדת הביקורת, ובלבד שההחלטה תתקבל בלא נוכחותו.

2.3 שאלה: האם יועץ משפטי חיצוני שאינו עובד של החברה, וכן יועץ משפטי, בין פנימי ובין חיצוני, שהינו בעל קשרים עם בעל השליטה, רשאי להיות נוכח בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות בוועדת הביקורת?

תשובה: כן, בכפוף לאישור ועדת הביקורת. על פי לשון סעיף 115(ה)(2) לחוק, נוכחותו של היועץ המשפטי או מזכיר החברה בעת הדיון ובעת קבלת החלטות מחייבת בקשה של ועדת הביקורת. בעת החלטת ועדת הביקורת לבקש נוכחותו של אחד מאלו, על ועדת הביקורת ליתן את הדעת, בין היתר, להתקיימותם של קשרים בין אותו אדם לבין בעל השליטה. בהתאם לכך, לעמדת סגל הרשות כאשר שוקלת ועדת הביקורת לבקש נוכחות בשיבה, לרבות בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות, של יועץ משפטי או מזכיר חברה שהינו בעל קשרים עם בעל השליטה, עליה לקבוע מפורשות כי נוכחותו אינה עשויה לפגום בהתקיימותו של דיון חופשי בשיבה.

לא מן המותר לציין, כי אין באמור לעיל בכדי לגרוע מחובות האמון והזהירות המוטלות על נושאי המשרה בהקשר זה בהתאם להוראות החוק. יצוין עוד, כי לצרכי הוראה זו לא תבוצע ככלל הבחנה בין יועץ משפטי המועסק בחברה לבין יועץ משפטי חיצוני הנותן שירותים משפטיים לחברה.

2.4 שאלה: האם סעיף 115(ה) לחוק חל גם על ועדת ביקורת המשמשת כוועדה לבחינת הדוחות הכספיים?

תשובה: לא. על פי סעיף 115(ו) לחוק, על אף הוראות סעיף 115(ה), על ועדת ביקורת המשמשת כוועדה לבחינת הדוחות הכספיים לפי סעיף 171(ה) לחוק יחולו ההוראות לפי אותו סעיף בעת הדיון בדוחות הכספיים. מכוח סעיף 171(ה) לחוק תוקנו תקנות החברות (הוראות ותנאים לעניין הליך אישור הדוחות הכספיים), התש"ע – 2010 אשר לא קובעות הוראות בקשר לנוכחות בוועדה לבחינת דוחות כספיים.

עם זאת, מכוח סמכותה הכללית הטבועה של ועדת הביקורת המשמשת כוועדה לבחינת דוחות כספיים לקבוע את נהליה וסדרי עבודתה, נתון בידה שיקול הדעת בדבר נוכחותם של גורמים שאינם חברים בוועדה. ככל שהוועדה סבורה כי נוכחותו של גורם כלשהו עשויה להפריע לדיוניה, היא רשאית ואף חובה עליה לקבוע כי אותו גורם אינו רשאי להיות נוכח בשיבה.

עסקאות בעלי שליטה

3. הארכת עסקאות באמצעות תקנה 1(1) לתקנות ההקלות

שאלה: האם ניתן להאריך עסקאות המנויות בסעיף 270(4) רישא לחוק באמצעות שימוש בתקנה 1(1) לתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי עניין) התש"ס-2000 ("תקנות ההקלות")?

רקע: תקנה 1(1) לתקנות ההקלות עוסקת בהארכה של עסקה חריגה עם בעל שליטה או שלבעל השליטה עניין אישי בה ("העסקה הקיימת"). בהתאם להוראות התקנה, ככל והעסקה הקיימת אושרה לפי סעיף 275 לחוק, וכן שלא חל שינוי של ממש בתנאי העסקה הקיימת וביתר נסיבות העניין, או שאין בשינוי אלא כדי לזכות את החברה, אזי הארכת העסקה אינה טעונה אישור של האסיפה הכללית. במסגרת תיקון 16 נקבע, כי עסקה חריגה עם בעל השליטה או שלבעל השליטה עניין אישי בה (שאינו בעניין תנאי כהונה והעסקה של בעל השליטה או קרובו) מצריכה אישור אחת לשלוש שנים, אלא אם קבעה ועדת הביקורת מפורשות כי התקשרות בה לתקופה ארוכה יותר הינה סבירה בנסיבות העניין.

תשובה: כן. לעמדת סגל הרשות חברה **רשאית** להאריך עסקאות המנויות בסעיף 270(4) **רישא** לחוק בהתאם לתקנה 1(1) לתקנות ההקלות, ככל ומתקיימים התנאים הקבועים בה¹. בדבר משך תקופת ההארכה - לעמדת סגל הרשות 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. נוסף על האמור, לעמדת סגל הרשות בעת אישור הארכת עסקה כאמור על פי תקנה 1(1) לתקנות ההקלות, על ועדת הביקורת לקבוע מפורשות כי התקשרות בה למשך תקופת ההארכה הינה סבירה בנסיבות העניין. זאת, תוך מתן הדעת בין היתר שהעסקה שבנדון הינה עסקה קיימת אשר הארכתה אינה מובאת לאישור האסיפה.

4. אישור חוזר של עסקה על פי תקנה 1ב. לתקנות ההקלות

שאלה: האם יש להביא לאישור אחת לשלוש שנים גם עסקאות בדבר תנאי כהונה והעסקה של בעל שליטה או קרובו אשר אושרו בהתאם לתקנה 1ב לתקנות ההקלות?
תשובה: כן.

5. אופן אישור כתב התחייבות לשיפוי ופטור לבעל שליטה או קרובו

שאלה: האם לאור סעיפים 270(4) ו- 275(1א) לחוק מתן כתבי התחייבות לשיפוי או לפטור לבעל שליטה או קרובו בגין כהונתם בחברה מצריך אישור אחת לשלוש שנים?

תשובה: כן. תנאי כהונה והעסקה מוגדרים בסעיף 270(3) לחוק וכוללים, בין היתר, מתן כתב התחייבות לשיפוי או פטור.

עם זאת יצוין, כי סגל הרשות הציע למשרד המשפטים לתקן את תקנות ההקלות ולקבוע הקלה ייעודית לפיה מתן **כתבי התחייבות לשיפוי** לבעל השליטה או קרובו בנושאי משרה בחברה לא יהא טעון אישור של האסיפה הכללית בהתאם להוראות סעיף 275 לחוק, ככל שתנאי ההתקשרות בקשר עם בעל השליטה או קרובו פחותים מתנאי ההתקשרות של יתר נושאי המשרה בחברה, או זהים להם (ובכפוף לזכות ההתנגדות המוקנית לבעלי המניות על פי תקנה 1ג. לתקנות ההקלות).

¹ ויודגש, לעמדת סגל הרשות לא ניתן להאריך עסקאות המנויות בסעיף 270(4) **סיפא** באמצעות שימוש בתקנה 1 לתקנות ההקלות.

6. דיווח בדבר עסקאות עם בעל שליטה שאושרו לפני תיקון 16

שאלה: אופן אישור עסקאות בהתאם להוראות סעיף 270(4) רישא לחוק, שמשכן עולה על 3 שנים ואשר אושרו בעבר, טרם כניסתו של תיקון 16 לתוקף - בהמשך לשאלה 4.1 בעמדת סגל משפטית מספר 15-101², - האם על חברה לדווח בדבר קביעת ועדת הביקורת, כי המועד המקורי שנקצב להתקשרות הינו ראוי או בדבר קציבת המועד הראוי על ידה, לפי העניין?

תשובה: לעמדת סגל הרשות, קביעה כאמור של ועדת הביקורת, מחויבת בדיווח בהתאם להוראות תקנה 37א. לתקנות ניירות ערך (דו"חות תקופתיים ומיידיים), התש"ל-1970 ("תקנות הדוחות"). למותר לציין, כי התייחסות לקביעה זו תידרש גם במסגרת הדוח התקופתי של החברה, בהתאם להוראות תקנה 22 לתקנות הדוחות.

אנשי קשר: עו"ד אמיר הלמר, עו"ד ורד סלומון, עו"ד צפנת מזר

טל. 02-6556444, פקס 02-6513160

² ר' החלטה זו באתר האינטרנט של הרשות בכתובת http://www.isa.gov.il/Download/IsaFile_5855.pdf