

Omer Ben-Zvi, Adv.
Eitan Israeli, Adv.
Gal Rahav, Adv.
Michal Harel Cohen, Adv.
Partners
Menachem Gellman, Adv.
Guy Salomon, Adv.
Eyal Gilboa, Adv.
Eran Welt, Adv.



עומר בן-צבי, עורך דין
איתן ישראלי, עורך דין
גל רהב, עורך דין
מיכל הראל כהן, עורכת דין

מנחם גלמן, עורך דין
גיא סלומון, עורך דין
אייל גלבוש, עורך דין
ערן ולט, עורך דין

15.9.2008

ללקוחות וחברים,

שלום רב,

הנדון: הצעת החוק לתיקון מס' 10 בחוק החברות, התשנ"ט-1999

אנו מתכבדים להגיש לכם סקירה של עיקרי השינויים המוצעים בחוק החברות על פי תזכיר הצעת חוק שהתפרסם על ידי משרד המשפטים לתיקון מספר 10 בחוק החברות ("התזכיר"):

1. כללי

1.1 מטרת התזכיר הינה שיפור הממשל התאגידי של חברות בישראל, התאמתו למציאות הישראלית ולהתפתחויות ולעדכוני בתחום הממשל התאגידי במדינות רבות בעולם.

1.2 התזכיר מתבסס על המלצות הועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי בישראל בראשות פרופ' זהר גושן, המכהן כיום כיו"ר רשות ניירות ערך ("ועדת גושן"). כמו כן מציין התזכיר כבסיס להצעות התיקון שבו את עקרונות הממשל התאגידי הראוי שפורסמו על ידי הארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי (ה-OECD) ואומצו על ידי מדינות מפותחות בעולם המערבי.

1.3 מדובר בהצעה לתיקון חוק החברות שנוסחה על ידי משרד המשפטים ולמיטב ידיעתנו תואמת את עמדת רשות ניירות ערך. להערכת יוזמי התזכיר במשרד המשפטים הוא יוגש לכנסת כהצעת חוק מטעם הממשלה עד לסוף שנת 2008.

2. דירקטור צללים ונושא משרה צללים

2.1 התזכיר מציע להרחיב את הגדרות "דירקטור" ו-"נושא משרה" בחוק החברות על מנת לכלול בהן גם אדם שאינו ממלא תפקיד בחברה, אשר הדירקטוריון או אורגן אחר בחברה פועלים בהתאם להוראותיו בדרך כלל או לעניין מסוים.

2.2 מטרת הרחבת ההגדרות הינה להטיל אחריות מתאימה על אותו גורם שמכוון את פעולות החברה, מבלי לשאת בה בתפקיד פורמלי. התזכיר מכיר באבחנה בין "פעולה בהתאם להנחיותיו של אחר" לבין "הסתייעות בייעוץ תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי" אשר צריכה להבחן בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו.

3. הכללת נורמות מומלצות בתחום הממשל התאגידי בתקנון החברה

3.1 התזכיר מאפשר לחברות לאמץ בתקנותיהן הוראות ממשל תאגידי מסוימות, המפורטות בתוספת לחוק החברות (ראה סעיף 3.3 להלן). כמו כן מוצע להסמיך את שר המשפטים בהתייעצות עם רשות ניירות ערך להוסיף עקרונות לתוספת או לגרוע מהן, ללא צורך בהליך ממושך של תיקון חוק החברות. גמישות זו מיועדת לבחון את התאמת הוראות הממשל התאגידי המוצעות והוראות נוספות בעתיד לתנאי המשק הישראלי.

3.2 בהתאם להמלצות ועדת גושן מציע התזכיר כי תקבע חובת גילוי לפי חוק ניירות ערך שתחול על חברות ציבוריות ולפיה יהא עליהן לגלות בדיווחיהן האם הן מאמצות או שאינן מאמצות הוראות אלה. יצוין כי חובת גילוי זו של "אמץ או גלה" הינה דרישה ברמה נמוכה יותר מחובת גילוי של "אמץ או הסבר" (המטילה חובה להסביר מדוע לא מאמצת החברה הוראות מסוימות), המקובלת במקומות אחרים בעולם בנושא זה.

Israeli, Ben-Zvi, Attorneys at Law
1 Azrieli Center, Round Tower
25th floor, Tel-Aviv, Israel 67021

טל: 972-3-6099960
פקס: 972-3-6099961
e-mail: office@iblegal.com

ישראלי, בן-צבי, עורכי דין
מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול,
קומה 25, תל-אביב 67021

www.iblegal.com

3.3. להלן תמצית הוראות הממשל התאגידי המומלצות על פי התוספת המוצעת לחוק החברות:

3.3.1 על מנת לחזק את עצמאותו של הדירקטוריון, בחברה ציבורית שבה אין בעל מניות המחזיק בדבוקת שליטה (החזקה של לפחות 25% מכלל זכויות ההצבעה באסיפה הכללית), **רוב חברי הדירקטוריון יהיו דירקטורים בלתי תלויים**, ובחברה ציבורית שיש בה בעל דבוקת שליטה, **לפחות שליש מחברי הדירקטוריון יהיו דירקטורים בלתי תלויים**. כן מוצע כי בחברה ציבורית **נושאי משרה הכפופים למנכ"ל לא יכהנו כדירקטורים** וזאת כדי לשמור על אי תלותם.

התזכיר אינו כולל הגדרה של המונח "דירקטור בלתי תלוי". על פי המלצת ועדת גושן כדירקטורים בלתי תלויים יחשבו הדירקטורים חיצוניים וכן "דירקטורים עצמאיים" – דירקטורים שועדת הביקורת של החברה תבחן את הקשרים שבינם לבין החברה, בעלי השליטה ונושאי משרה בה לפחות אחת לשנה ותקבע כי אינם פוגעים בעצמאות הדירקטור.

ועדת גושן המליצה לקבוע נסיבות מסוימות שבהתקיימם תישלל עצמאות הדירקטור: א. קיום קשרים שאינם זניחים עם החברה, בעל השליטה בה או נושא משרה בה במועד המינוי או בשלוש השנים שקדמו למינוי; ב. זכאות הדירקטור לגמול שונה מהגמול המשולם לדירקטורים החיצוניים; ג. כהונה בדירקטוריון החברה במשך למעלה מ-9 שנים; וד. כהונה כנושא משרה בתאגיד אחר המצוי בשליטת החברה או בעל השליטה בה.

3.3.2 על כל חברה לדאוג לתכנית הכשרה לדירקטורים חדשים ותוכניות עדכון לדירקטורים מכהנים בתחום עסקי החברה והדין החל על החברה והדירקטורים. על הדירקטוריון למנות אחראי ליישום הוראה זו.

3.3.3 הדירקטוריון יקיים לפחות אחת לרבעון דיון בקשר לתפקוד המנהל הכללי ונושאי המשרה הכפופים לו, ללא נוכחותם. הוראת ממשל תאגידי מומלצת זו הינה בנוסף להצעת התזכיר (כאמור בסעיף 8.1 להלן) לחייב את ועדת הביקורת לקיים ישיבות אחת לרבעון עם מבקר הפנים או רואה החשבון המבקר בקשר לליקויים המתגלים וזאת ללא נוכחות יו"ר הדירקטוריון, המנכ"ל ומי שכפוף במישרין למנכ"ל.

3.3.4 **דירקטור חיצוני ימונה על פי החלטת האסיפה הכללית ללא השתתפות בעל השליטה או מי מטעמו בהצבעה**.

3.3.5 הדירקטוריון ידון במדיניות תגמול נושאי משרה שאינם דירקטורים וועדת הביקורת תדון במדיניות תגמול הדירקטורים. מדיניות התגמול תיקבע כך שיהא בה לקדם את מטרות החברה.

3.3.6 החברה תאפשר הגשת כתבי הצבעה בכתב באסיפה הכללת באמצעות האינטרנט.

4. חיזוק ההפרדה בין ממלאי תפקיד יו"ר הדירקטוריון ותפקיד המנכ"ל בחברות ציבוריות

4.1 חוק החברות קובע כי בחברה ציבורית לא יכהן מנכ"ל החברה בתפקיד יו"ר הדירקטוריון שלה אלא על פי אישור ברוב מיוחד של האסיפה הכללית המתייחס בכל פעם לתקופת כהונה שלא תעלה על שלוש שנים. מטרת הוראה זו הינה להבטיח את תקינות החיץ בין הדירקטוריון, המתווה מדיניות ומפקח, לבין המנכ"ל שהוא הגורם המבצע.

4.2 לשם חיזוק מטרה זו התזכיר מוסיף כי גם כהונת קרובו של המנכ"ל כיו"ר הדירקטוריון החברה תהא טעונה אישור מיוחד של האסיפה הכללית כאמור. כמו כן מוצע על פי התזכיר לאסור לחלוטין על מי שכפוף למנכ"ל, במישרין או בעקיפין, לכהן כיו"ר הדירקטוריון של החברה.

5. חובת הדירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי

על פי התזכיר מוצע לקבוע מפורשות כי במסגרת חובת האמונים הדירקטור חייב להפעיל שיקול דעת עצמאי בעת ההצבעה בדירקטוריון ובועדותיו ולא לפעול לפי הנחיותיו של אדם אחר.

נציין כי הצעה זו סותרת, לכאורה, את התוספת להגדרת ה"דירקטור צללים" כאמור בסעיף 2 לעיל, שכן הכרה באדם כדירקטור צללים (שהדירקטורים האחרים פועלים לפי הוראותיו) מהווה למעשה הודאה בהפרת חובת אמונים על ידי כל או חלק מחברי הדירקטוריון (שאינם מפעילים שיקול דעת עצמאי). אנו מקווים כי סתירה זו תיושב בהמשך הליך החקיקה.

6. המלצות ועדה תוגשנה לדירקטוריון זמן סביר מראש

על פי התזכיר מוצע להבהיר כי החלטות או המלצות של ועדות דירקטוריון הטעונות אישור הדירקטוריון, יובאו לידיעתם של הדירקטורים זמן סביר קודם לדיון בדירקטוריון, על מנת לאפשר לדירקטוריון בחינה יסודית של ההחלטות הטעונות אישור או המלצה מקדמית של ועדה, כגון עסקאות בעלי עניין.

7. הרכב ועדת הביקורת ומניין חוקי בישיבותיה

7.1. חוק החברות דורש כי בועדת הביקורת יכהנו כל הדירקטורים החיצוניים ומספר חבריה לא יפחת משלושה. במטרה להבטיח ולחזק את עצמאות ועדת הביקורת, מציע התזכיר כי רוב חברי ועדת הביקורת יהיו דירקטורים חיצוניים וכי כיו"ר הועדה יכהן דירקטור חיצוני.

7.2. בנוסף מציע התזכיר כי המניין החוקי לקבלת החלטות בועדת הביקורת יהיה רוב של הדירקטורים החברים בוועדה ורוב של דירקטורים חיצוניים מבין הדירקטורים שנכחו בעת קבלת ההחלטה.

7.3. על פי החוק כיום נדרשת חברה ציבורית למנות לפחות שני דירקטורים חיצוניים וזאת כדרישת מינימום. באם יאומצו התיקונים האמורים לעיל אזי בחברה ציבורית בה מכהנים רק שני דירקטורים חיצוניים יכללו בועדת הביקורת שלושה חברים בלבד ולצורך קיום מניין חוקי תידרש נוכחות של כל הדירקטורים החיצוניים המכהנים. מובהר כי באפשרות החברה הציבורית למנות שלושה דירקטורים חיצוניים ובמקרה זה תוכל ועדת הביקורת לכלול עד חמישה חברים.

8. הרחבת תפקידי ועדת הביקורת

8.1. התזכיר מציע לחייב את ועדת הביקורת לקיים לפחות אחת לרבעון ישיבה עם מבקר הפנים או רואה החשבון המבקר בקשר לליקויים בניהול עסקי החברה, ללא נוכחות של יו"ר הדירקטוריון, המנכ"ל וכל מי שכפוף במישרין למנכ"ל.

8.2. כמו כן מוצע להוסיף לאחריות הועדה את התפקידים הבאים: אישור תכנית עבודה של מבקר הפנים; בחינת מערך ביקורת הפנים ותפקודו של מבקר הפנים; קביעת הסדרים לגבי אופן הטיפול בתלונות עובדים לגבי ליקויים בניהול העסקי של החברה וההגנה שתוענק לאותם עובדים; בחינת היקף עבודת רואה החשבון המבקר ושכרו.

9. הרחבת סמכות שר המשפטים להתקין תקנות בעניין הליך אישור הדוחות הכספיים

התזכיר מציע להבהיר כי סמכות שר המשפטים לקבוע הוראות ותנאים לעניין הליך אישור הדוחות הכספיים על פי חוק החברות כוללת גם את הסמכות לחייב מינוי ועדת דירקטוריון לבחינת הדוחות הכספיים, לקבוע תנאי כשירות לחברים בועדה זו ומידת זיקתם לחברה או לבעל השליטה בה.

נציין כי על פי עמדת רשות ניירות ערך התיקון המוצע הינו לצורך הבהרה בלבד וכי טיוטא של תקנות חדשות, המחייבות חברות מדווחות להקים "ועדת מאזן" שתדון בדוחות הכספיים קודם לאישורם על ידי הדירקטוריון, צפויה להיות מוגשת לוועדת הכספים בשבועות הקרובים.

10. הקלות באפשרות בעל מניות להגיש תביעה נגזרת

10.1. על מנת לאפשר לבעלי המניות, אשר לרוב אינם חשופים למידע הרלוונטי, להגיש תביעה נגזרת (תביעות מוגשות בשם החברה על ידי בעלי המניות, דירקטורים או נושים לשם אכיפת זכויות החברה) מוצע בתזכיר

להסמיך את בית המשפט ליתן צו גילוי מסמכים קודם להגשת בקשה לאישור התביעה הנגזרת, וזאת אם יש תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור התביעה כתביעה נגזרת.

10.2. על מנת להקל על תובעים פוטנציאליים לממן את עלות הגשת התביעה הנגזרת מוצע להסמיך את רשות ניירות ערך לממן תביעות נגזרות, באם שוכנעה כי יש בתביעה עניין לציבור וכי יש סיכוי סביר שבית המשפט יאשרה כתביעה נגזרת.

11. העלאת הרוב הנדרש למינוי דירקטור חיצוני

11.1. כיום דורש חוק החברות כי מינוי דירקטור חיצוני יתקבל ברוב קולות בעלי המניות המשתתפים באסיפה ובלבד שיתקיימו אחד מהתנאים הבאים: א. לפחות שליש מבעלי המניות, שאינם בעלי שליטה או מי מטעמם הנוכחים ומשתתפים בהצבעה, יתמוך במינוי; או ב. ששיעור המתנגדים למינוי מקרב בעלי המניות האמורים לא יעלה על 1% מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

11.2. על פי הצעת התזכיר ישונו תנאי הרוב כך שבתנאי א' - במקום תמיכת שליש בלבד של קולות בעלי המניות שאינם בעלי שליטה או מי מטעמם הנוכחים בהצבעה יידרש רוב קולות של בעלי מניות כאמור; אך לעומת זאת בתנאי ב' יועלה שיעור החזקות מתנגדים למינוי ל- 2%. לפיכך בחירתו של דירקטור חיצוני תהיה טעונה רוב קולות מקרב בעלי המניות שהשתתפו בהצבעה ושאינם בעלי שליטה או מטעמם, אולם בכדי למנוע מצב שמיעוט קטן יכריע בשאלת המינוי מוצע כי הדירקטור החיצוני יוכל להתמנות אם סך קולות המתנגדים לא עלה על 2% מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

12. הרחבת מגבלת העדר "זיקה" בין דירקטור חיצוני מכהן לבין החברה ובעל השליטה

12.1. על פי חוק החברות קיום קשרי עבודה, קשרים עסקיים או מקצועיים יחשבו "זיקה" אסורה בין הדירקטור החיצוני לבין החברה או בעל השליטה באם הקשרים האמורים הינם "דרך כלל", להבדיל מקשרים כאמור שהם חד פעמיים.

12.2. על פי הצעת התזכיר ההבחנה בין קשרים דרך כלל לבין קשרים חד פעמיים תהא רלוונטית רק לגבי מועמד למינוי כדירקטור חיצוני. לעומת זאת, לאחר המינוי הדירקטור החיצוני אינו רשאי לקיים גם קשר חד פעמי עם החברה או בעל השליטה.

13. חובת הארכת כהונת הדירקטור החיצוני לפי דרישת המיעוט

על פי הצעת התזכיר החברה תחוייב להאריך את כהונתו של דירקטור חיצוני לאחר תום שלוש שנות כהונה ראשונות בתקופה נוספת של שלוש שנים, באם הציגו זאת בעלי מניות המחזיקים בלמעלה מ- 1% מזכויות ההצבעה בחברה והצעת המינוי לתקופת כהונה נוספת כאמור אושרה באסיפה הכללית על ידי רוב קולות מקרב בעלי המניות, שאינם בעלי שליטה או מי מטעמם, הנוכחים ומשתתפים בהצבעה.

14. תנאי כהונת נושאי משרה יאושרו על ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון

14.1. על פי חוק החברות התקשוריות של חברה עם נושאי משרה בה, שאינם דירקטורים, טעונים אישור ועדת הביקורת והדירקטוריון רק עם מדובר בהתקשרות ב"עסקה חריגה" (עסקה שאינה בתנאי שוק, אינה במהלך העסקים הרגילי או שעשויה להיות לה השפעה מהותית על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה).

14.2. במטרה להגביר את השקיפות והבקרה בכל הנוגע לאישור תנאי השכר של נושאי משרה בחברות התזכיר מציע להייב את אישור ועדת הביקורת והדירקטוריון להתקשרויות אלו אף אם אינם בבחינת עסקה חריגה.

14.3. הצעה זו מסייגת למעשה את סמכות המנכ"ל בחברה ציבורית על פי סעיף 251 לחוק החברות לפיו מינוי נושאי משרה הכפופים למנכ"ל (כמו גם פיטוריהם) יהיו בסמכות מנכ"ל החברה.

15. הגדלת הרוב המיוחד הנדרש לאישור עסקאות בעלי שליטה

15.1. על פי חוק החברות התקשוריות של חברה ציבורית עם בעל שליטה בה בעסקה חריגה וכן התקשרות עימו בעניין תנאי כהונתו או תנאי העסקת קרובו, טעונים אישור האסיפה הכללית ברוב קולות שמתקיימים בו אחד משני התנאים: א. במניין קולות הרוב נכלל לפחות שליש מקולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי הנוכחים באסיפה; או ב. שיעור החזקות המתנגדים להתקשרות מקרב בעלי המניות האמורים אינו עולה על 1% מזכויות ההצבעה בחברה.

15.2. התזכיר מציע כי לעניין אישור עסקאות כאמור **יעלה הרוב הנדרש בתנאי א' משליש לרוב בעלי המניות שאינם להם עניין אישי עסקה**; כן מוצע לקבוע כי ניתן לאשר את העסקה על פי תנאי ב' במקרה ששיעור **אחזקות המתנגדים אינו עולה על 2%** מזכויות ההצבעה בחברה במקום 1% על פי החוק הקיים.

16. שכלול מנגנון הצעת הרכש המלאה

16.1. חוק החברות מאפשר למציע בהצעת רכש מלאה להשלים את הרכישה באמצעות כפיית מכירה על ניצעים שלא נענו להצעה, באם הם מחזיקים פחות מחמישה אחוז מהון מניות החברה. על פי התזכיר מוצע **לאפשר כפיית מכירה של המניות בהצעת רכש מלאה באם נענו להצעה רוב מקרב הניצעים**.

16.2. על פי הדין הקיים כל ניצע בהצעת רכש מלאה רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לסעד הערכה אף אם נענה להצעת הרכש המלאה. על פי התזכיר, **המציע יהא רשאי להגדיר מראש בתנאי הצעת הרכש האם סעד הערכה יוקנה לכל הניצעים** (ובכך להגדיל את סיכוייו שהצעת הרכש תתקבל) **או** **סעד הארכה יוקנה רק למי שלא נענה להצעת הרכש**.

16.3. מנגנון כפיית המכירה בהצעת רכש מלאה מתייחס רק למניות חברת המטרה. על פי התקנות בעניין הצעת רכש מחוייב המציע שנענה בהצעת רכש מלאה לפרסם הצעת רכש לניירות הערך ההמירים של החברה אולם כיום לא ניתן לכפות מכירה של ניירות הערך ההמירים. התזכיר מציע **לאפשר למציע לרכוש בכפיה את ניירות הערך ההמירים במקרים ובתנאים בהם ניתן לכפות על בעלי המניות למכור את מניותיהם**, דהיינו במקרה של הענות רוב המחזיקים בנייר הערך ההמיר להצעת הרכש.

17. הסמכת רשות ניירות ערך להטיל עיצומים כספיים בשל הפרת חובות על פי חוק החברות

על פי התזכיר מוצע להסמיך את רשות ניירות ערך להטיל עיצומים כספיים על תאגידים מדווחים בשל הפרת חובותיהם על פי חוק החברות, כגון: אי-קביעת מספר מזערי של דירקטורים בעלי כשירות חשבונאית ופיננסית; אי מינוי יו"ר דירקטוריון, ועדת ביקורת, מנכ"ל או מבקר פנים; אי מינוי שני דירקטורים חיצוניים לפחות; ועוד.

18. הסמכת רשם החברות לסרב לתת שירותים ל"חברה מפרה"

על פי התזכיר מוצע להסמיך את רשם החברות, בנוסף לסמכותו להטיל עיצומים כספיים, להכריז על חברה כ"חברה מפרה" במקרה של אי תשלום אגרות או אי הגשת דו"ח שנתי. משהוכרזה חברה החברה מפרה רשאי רשם החברות לסרב לרשום שינוי שם של החברה או מטרתיה, שיעבוד על נכסים של החברה המפרה. כמו כן רשאי רשם החברות לסרב לרשום חברה חדשה, אשר בעלי מניותיה הינם: בעלי מניות בחברה מפרה, חברה מפרה עצמה או דירקטור של חברה מפרה שהוטל עליו עיצום כספי.

כל המידע הנכלל בסקירה זו הינו בבחינת מידע כללי בלבד ואינו בגדר חוות דעת או יעוץ משפטי מוסמך.

נשמח לעמוד לרשותכם להבהרות ולכל מידע נוסף שיידרש.

בכבוד רב,

גל רהב, עו"ד
ישראלי, בן צבי, עורכי דין