



רשות ניירות ערך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

מחלקת תאגידיים

יחידת הביקורת

דוח ריכוז ממצאים בנושא סיווג ואישור עסקאות בין חברה לבעל השליטה

דצמבר 2015

הקדמה

יחידת הביקורת של מחלקת תאגידיים ("סגל הרשות") ביצעה ביקורת רוחב בנושא סיווג ואישור עסקאות בין חברה לבעל השליטה במדגם שכלל 4 חברות ציבוריות אשר ביצעו בשנים האחרונות מספר עסקאות מול בעל השליטה ("חברות המדגם"). העסקאות שנבחנו במהלך הביקורת התייחסו בעיקר לעסקאות שאושרו ו/או בוצעו במהלך השנים 2012-2013.

בביקורת נבדק הליך סיווג עסקאות של חברות המדגם עם בעלי השליטה בהן כעסקאות חריגות או שאינן חריגות, אישור העסקאות בהתאם לסיווג שיוחס להן והגילוי שניתן להן במסגרת הדיווחים המידיים והתקופתיים של חברות המדגם. במסגרת הביקורת לא נבחן אופן יישום תיקון 22 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ("חוק החברות"), המתייחס להגדרת עסקה זניחה וקיום הליך תחרותי.

דוח ריכוז ממצאים זה מפרט את הסוגיות שעלו בביקורת אלו, את טענות החברות ואת עמדת סגל הרשות בקשר אליהן וזאת במטרה להביא בפני ציבור התאגידיים המדווחים את עמדות סגל הרשות בעניינים אלה כדי לתרום לשיפור התנהלותם ולטיוב הדרך שבה יישמו את הוראות הדין (Best Practice).

רקע

עסקאות של חברה עם בעלי השליטה בה, טעונות אישור בהתאם להוראות הפרק החמישי לחלק השישי של חוק החברות. סעיף 275 לחוק החברות, קובע כי עסקאות חריגות של חברה עם בעל שליטה ועסקאות הקשורות לתנאי כהונה והעסקה טעונות אישור של ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית, ובלבד שבמניין קולות הרוב באסיפה ייכללו לפחות חצי מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה.

תכלית ההסדר בקשר עם אישור עסקאות עם בעל שליטה הינה להתמודד עם בעיית הנציג בחברה הציבורית. הקושי המובנה בעסקה בין החברה לבין בעל השליטה נעוץ בהימצאותו של בעל השליטה משני צדי המתרס בעסקה, דבר המקים חשש ממשי מפני ניצול כוחו של בעל השליטה לפגיעה במיעוט, על ידי אישור עסקאות בחברה הציבורית שייטיבו עמו על חשבון בעלי מניות המיעוט באותה חברה.

כחלק מתפקידה ואחריותה, ובהתאם לסעיף 117(א1) לחוק החברות, על ועדת הביקורת לבחון עסקאות עם בעלי השליטה ולקבוע האם הן חריגות, היינו, האם העסקאות מבוצעות במהלך העסקים הרגיל, בתנאי שוק והאם הן עשויות להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה, ובהתאם לקביעתה לסווג כעסקאות חריגות או שאינן חריגות.

כמו כן, תכליתה של חובת הגילוי המוסדרת בתקנות ניירות ערך בכלל ובתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידיים), התש"ל-1970 ("תקנות הדוחות") ותקנות ניירות ערך (עסקה בין חברה לבין בעל שליטה בה), התשס"א-2001 בפרט, הינה ליצוק תוכן להליכי האישור שנקבעו בחוק החברות, שכן החובה לספק גילוי נאות בנוגע לעסקה עם בעל שליטה, הינה חיונית על מנת לאפשר לבעלי המניות לגבש דעה מושכלת בנוגע לעסקה, ולהפעיל שיקול דעת בנוגע לכדאיותה הכלכלית.

על חשיבות הגילוי בעסקאות בעלי שליטה עמד בית המשפט העליון בפרשת ברנוביץ¹ וציין "חובות הגילוי במישור של עסקאות עם בעלי ענין, אשר הם במקרה שלנו בעלי השליטה בחברה הציבורית והפרטית [...] נושאות אופי מיוחד. בנוסף למטרה של שיחרור מידע לשם קבלת החלטה רציונאלית מצדו של המשקיע הסביר ויעילות השוק, מודגשת כאן המטרה של פיקוח על בעלי השליטה בתאגיד והרתעתם מפני פעולות אשר יהא בהן משום SELF DEALING, משמע, עשייה לביתם על חשבון שאר בעלי המניות מן הציבור".

ובפרשת אייזנברג קבע בית המשפט המחוזי²:

"אחת המטרות המרכזיות העומדות בבסיס הגילוי היא מטרה הרתעתית, המקבלת אופי מיוחד, כאשר מדובר בעסקאות עם בעלי שליטה, בהן יכולים בעלי השליטה להטות את העסקה לטובתם, באופן שלא יטיב עם יתר בעלי המניות".

¹ ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו (2) 818 (1992).
² ת"פ (ת"א) 40200/99 מדינת ישראל נ' שלמה בן יצחק אייזנברג, פורסם בנבו (16.09.2003).

סוגיות שעלו במסגרת ממצאי הביקורת

1. ממצאים הקשורים לניתוח החומרים המוצגים בפני ועדת הביקורת בעת אישור עסקה עם בעל שליטה, סיווגה ואישורה

1.1. קביעת אמות מידה לביסוס תנאי שוק בעת אישור עסקת מסגרת

ועדת הביקורת אישרה להתקשר עם בעל השליטה בעסקה לרכישת מגוון רחב של חומרי גלם המשמשים את החברה לפעילות הייצור השוטפת. לאור העובדה כי העסקה כללה מגוון גדול של מוצרים שמחיריהם אינם קבועים, קבעה ועדת הביקורת כי העסקה תבוצע באופן שוטף על פי הצעות מחיר שיתקבלו מעת לעת. מבדיקתנו עלה כי על מנת לוודא כי ההתקשרות אכן מבוצעת בתנאי שוק, נהג סמנכ"ל הכספים בחברה לקבל אחת לרבעון ממנכ"ל החברה שבבעלות בעל השליטה הצהרה כי כל העסקאות שבוצעו במהלך הרבעון, בוצעו בתנאי שוק.

עמדת סגל הרשות

לעמדת סגל הרשות, מנגנון בחינת תנאי השוק שהוגדר על ידי ועדת הביקורת אינו מגדיר להנהלת החברה אמות מידה ברורות לסיווג עסקאות כחריגות ויתרה מכך, האופן שבו פעלה הנהלת החברה לצורך בחינת תנאי השוק אינו עולה בקנה אחד עם קביעת ועדת הביקורת.

במסגרת תיקון 16 לחוק החברות קבע המחוקק כי האורגן שמוסמך לבדוק חריגותה של עסקה הוא ועדת הביקורת. עם זאת ועל מנת להקל על תהליך הסיווג, במיוחד בחברות אשר מבצעות עסקאות רבות מול בעל השליטה, נקבע כי ועדת הביקורת יכולה לקבוע מראש אחת לשנה אמות מידה לגבי סוג של עסקאות שעל פיהן תסווג העסקה. לעמדת סגל הרשות, לצורך קביעת אמות המידה על ועדת הביקורת להתחשב, בין היתר, באופי פעילות החברה, תוצאותיה ותנאי השוק באותו מועד. אמות המידה נדרשות, במידת האפשר, להיות ברורות, חד משמעיות וקונקרטיות, באופן שלא יוותר שיקול דעת מהותי בידי הנהלה בסיווג העסקאות. על המבחנים שתגבש ועדת הביקורת להנהלת החברה לצורך ההכרעה בנדון להיות אובייקטיביים עד כמה שניתן בנסיבות העניין, באופן שתוצאת יישומן תהיה בהכרח זהה, ללא תלות בזהות מיישם.

כמו כן, על ועדת הביקורת לבחון את אמות המידה אחת לשנה וכן לדאוג כי יתקיים בחברה נוהל בקרה, אשר יבוצע על ידי ועדת הביקורת או על ידי המבקר הפנימי, לצורך בחינת נאותות סיווג עסקאות בפועל על ידי הנהלה, בהתאם לאמות המידה. להלן מספר דוגמאות לאמות מידה שעשויות להידרש לצורך העניין: 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 הנהלה לקבוע מהם תנאי השוק בקשר עם עסקה קונקרטית, כגון קביעת מספר עסקאות אליהן יש לבצע השוואה וכדומה³.

³ להרחבה ראה גם עמדת סגל משפטית מספר: 101-15 תיקון 16 לחוק החברות – שאלות ותשובות חלק שני שפורסמה באוקטובר 2011.

1.2. עסקת "גב אל גב" כביסוס לתנאי שוק

במספר מקרים שנבחנו מצאנו כי ועדת הביקורת ביססה את סיווג העסקאות כלא חריגות על העובדה שמדובר בעסקאות "גב אל גב" באופן שבו בעל השליטה מכר לחברה מוצרים במחיר הזהה למחיר שבו הוא רכש את המוצרים מהספק. לעמדת החברה העובדה כי החברה משלמת בעסקה תשלום זהה לתשלום שמשלמים בעלי השליטה מבלי שניתנה לבעלי השליטה כל הטבה כספית, די בכך כדי לבסס תנאי שוק.

עמדת סגל הרשות

לעמדת סגל הרשות, עסקה במסגרתה בעל השליטה מהווה "צינור" לצורך הזמנת שירותים או מוצרים עבור החברה, כאשר החברה מקבלת את המוצרים או השירותים ומשלמת לבעל השליטה "גב אל גב", אכן יכולה להיחשב כעסקה בתנאי שוק בתנאים מסוימים וזאת מקום שברור כי בעל השליטה אינו מפיק עבור עצמו הטבות כלכליות מביצוע העסקה. כך לדוגמה, במקרה בו מדובר בהסכם שכירות "גב אל גב" מול בעל השליטה, לצורך ביסוס תנאי השוק, על החברה לוודא בין השאר שלא חלו שינויים במחירי השכירות או בתנאי השכירות מהמועד בו שכר בעל השליטה את הנכס מצד ג' ועד למועד בו החברה שוכרת את הנכס מבעל השליטה.

1.3. היעדר ביסוס לקביעת תנאי שוק על ידי ועדת הביקורת

חברה אישרה התקשרות עם בעל השליטה שעניינה תכנון של פרויקט הנדסי במדינה זרה, שעה שנכון למועד אישור העסקה לחברה אין ניסיון בפרויקטים דומים שבוצעו באותה מדינה זרה. בחינת תנאי השוק התבססה על כך שהרווחיות הגולמית המתוכננת בעסקה אמורה להיות זהה לרווחיות הגולמית הממוצעת של החברה.

עמדת סגל הרשות

על פי רוב, רווחיות גולמית ממוצעת של חברה אשר נובעת מסוגים שונים של פרויקטים ו/או מפרויקטים במיקומים גיאוגרפיים שונים אינה יכולה, כשלעצמה, לבסס תנאי שוק לגבי פרויקט ספציפי במיקום גיאוגרפי ספציפי. בהקשר למקרה הנדון יצוין כי מחומרים שהועברו לסגל הרשות עולה שקיימת שונות גבוהה ברווחיות של הפרויקטים השונים שמבצעת החברה. כך לדוגמה, קיימים פרויקטים בעלי רווחיות גולמית של עשרות אחוזים ופרויקטים אחרים בעלי הפסד גולמי.

אשר על כן, הואיל והרווחיות הגולמית הממוצעת נגזרת משקלול הרווחיות בפרויקטים בעלי שונות גבוהה, ומאחר ולא הונחו בפני ועדת הביקורת נתונים בדבר עסקאות בעלות מאפיינים דומים למאפייני העסקאות שהובאו לאישורה, סבר סגל הרשות כי לא קיים ביסוס מספק לטענת החברה לפיה הוכחו תנאי שוק בעסקאות שנבחנו והחברה אף פרסמה גילוי בנוגע לעמדת סגל הרשות.

1.4. אי הצגת נתונים המבססים את אומדן העלויות הצפוי בפני האורגנים של החברה בבואם

לאשר את ההתקשרות עם בעל השליטה

באחת החברות מצאנו כי בעת אישור עסקאות בשני פרויקטים שביצעה החברה מול בעל השליטה הסתמכה ועדת הביקורת על אמירה כללית של ההנהלה, לפיה רווחיות הפרויקט אינה נופלת מהרווחיות הממוצעת של החברה, וזאת מבלי לקיים בחינה אודות הנתונים המבססים את הצהרת ההנהלה בקשר עם רווחיות הפרויקט, כגון: הוצאות צפויות, שקלול הוצאות בלתי צפויות וכיוצא בזה או לקבל הסברים בקשר לעקרונות התחשיב. כמו כן, לא הוצגו בפני ועדת הביקורת אומדני העלויות של כל אחד משלבי הפרויקט השונים.

עמדת סגל הרשות

לדעת סגל הרשות, על החברה היה להציג בפני ועדת הביקורת את אומדן העלויות של הפרויקטים השונים במועד אישור העסקאות על מנת שזו תוכל לבסס תנאי שוק באופן ראוי.

2. ממצאים הקשורים לאישור וסיווג עסקאות עם בעל שליטה

מקרה א'

במהלך הביקורת נמצא כי חברת בת של החברה (מוחזקת 50% על ידי החברה ו-50% ישירות על ידי בעל השליטה) ביצעה מספר רב של עסקאות מול חברות שלבעל השליטה עניין אישי בהן מבלי להביאן לידיעת ועדת הביקורת, מבלי לסווגן כדין, מבלי לאשרן כדין ומבלי שניתן לגביהן גילוי במסגרת דיווחי החברה. סך הכל הובאו לידיעתנו עשרות עסקאות שבוצעו מול בעל השליטה, הכוללות הסכמי שכירות, הסכמי מכירה, הסכמים למתן שירותים נלווים לפעילות חברת הבת ועוד, בהיקפים של החל ממאות דולרים בודדים ועד למיליוני דולרים לשנה לעסקה.

לעמדת החברה, על אף שהיא פעלה במהלך השנים לאשר עסקאות בין חברת הבת לבין חברות שלבעל השליטה עניין אישי בהן כעסקאות של החברה ועל אף שבכוונתה להמשיך ולפעול כך למען הזהירות, קיים ספק אם אישור כזה בכלל נדרש.

לעמדת החברה, חברת הבת הנה חברה פרטית המוחזקת 50% בידי החברה ו-50% על ידי בעל השליטה. אותה חברת בת נחשבת "בעלת השליטה" כשעסקינן בהתקשרות בין החברה (באמצעות חברות בשליטתה) לחברת הבת, מצד שני כאשר חברת הבת מתקשרת בעסקאות עם חברות שלבעל השליטה עניין אישי בהן היא הופכת להיות ה"ציבור" עליו יש להגן מול בעל השליטה. דואליות זו מעלה סתירה פנימית, שכן יש להחליט - האם חברת הבת היא לצורך הדיון בעלת השליטה, או שמא היא החברה.

לעמדת החברה, ספק אם עסקאות של חברת הבת שהיא חברה המוחזקת בשיעור של 50% בלבד על ידי החברה (בעל השליטה מחזיק ב-50% מחברת הבת באופן ישיר) ושאינה נשלטת על ידי החברה מחייבות גם הן אישור כעסקה "של החברה", כהגדרת מונח זה בחוק החברות. ויובהר - החברה אמנם מחזיקה ב-50% מחברת הבת אך שיעור זה אינו מקנה לה שליטה שכן 50% הנותרים מוחזקים על ידי בעל השליטה. בהתאם, גם לפי כללי החשבונאות החברה אינה מאחדת את דוחות הבת אלא מציגה אותם לפי שווים המאזני (אקוויטי).

עוד לעמדת החברה, בחברה קיים בעל שליטה נוסף שאינו קשור לחברות שהזמינו את העבודות מהחברה ואילו היו העסקאות שלא לטובת החברה, האחרון לא היה נותן יד לאישורן.

לאור האמור לעיל, החברה בדעה כי ספק אם יש לראות בהתקשרויות האמורות כעסקאות של החברה לצורך אישור ודיווח על פי חוק ניירות ערך. על אף האמור, לאור יעוץ משפטי שקיבלה, החברה הביאה את חלק מהעסקאות לאישורה של ועדת הביקורת כאילו היו עסקאות של החברה וכאילו היו מהותיות בהתאם לתקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי עניין), התש"ס-2000.

עוד ציינה החברה כי מתוך רצון לאמץ התנהלות תאגידית מיטבית בכוונת החברה לאשר את כל ההתקשרויות של חברת הבת עם חברות בשליטת בעל השליטה כהתקשרויות של החברה אשר לבעל השליטה עניין אישי בהן.

באשר לעסקאות שבוצעו מול בעל השליטה ללא ידיעת החברה, בהתאם לקווים מנחים שאומצו על ידי הדירקטוריון מרבית העסקאות הינן זניחות וחלקן עסקאות שאינן זניחות אך גם אינן מהותיות. בכוונת החברה להביא לאישור האורגנים המוסמכים את כל מערך העסקאות שבין חברת הבת לבין חברות בשליטת בעל השליטה, אשר טרם אושרו כדיון, באופן אשר יבטיח המשך שיתוף פעולה עם חברות הקשורות לבעל השליטה.

עמדת סגל הרשות

1. לעניין טענת החברה בדבר הדואליות הקיימת בהתייחסות סגל הרשות להתקשרויות של חברת הבת עם החברה ועם חברות שלבעל השליטה עניין אישי בהן - מבנה האחזקות בחברת הבת בכלל ושל בעל השליטה בפרט, אכן יוצר מצב בו התקשרויותיה של חברת הבת הן עם החברה (באמצעות חברה בת בבעלות מלאה) והן עם חברות שלבעל השליטה עניין אישי בהן הינן עסקאות שלבעל השליטה יש בהן עניין אישי. עם זאת, סגל הרשות סבור כי מצב זה משקף את המציאות - בשני סוגי העסקאות מתקיים החשש שעמד בבסיס קביעת חובות אישור מיוחדות לעסקאות עם בעל שליטה - בעסקאות בין חברת הבת לבין החברה ישנו חשש שתהיה פגיעה בחברה, וזאת לאור האינטרס האישי של בעל השליטה אשר נובע מהחזקתו הישירה ב-50% ממניות של חברת הבת לעומת החזקתו בחברה, ואילו בעסקאות של חברת הבת מול בעל השליטה, ישנו חשש שחברת הבת תיפגע וזאת לאור האינטרס האישי של בעל השליטה בחברות המזמינות את הפרויקטים.
2. לעניין טענת החברה בדבר קיומו של בעל שליטה נוסף - העובדה שקיים בעל שליטה נוסף בחברה, אשר אינו קשור לחברות המזמינות ושלמעשה העסקאות הן רק מול אחד מבעלי השליטה בחברה, אינה מייצרת את הצורך באישור העסקאות כעסקאות עם בעל שליטה. עמדה זו, אשר באה לידי ביטוי בפרסום הרשות עוד בשנת 2002, מתבססת על כך שבין בעלי השליטה שהינם מחזיקים ביחד מכוח הסכם, מתקיימים קשרים עסקיים, ועל כן לכל אחד מהם יש עניין אישי באישור עסקאות עם האחר. הדבר מקבל משנה תוקף כאשר החברה קשורה במקביל גם בעסקאות עם בעלי השליטה האחרים.

3. לעניין טענת החברה לפיה עסקאות של חברת הבת אינן עסקאות של החברה - על פי עמדת סגל הרשות 101-1, יראו עסקה של חברה פרטית בשליטת החברה הציבורית עם בעל השליטה בחברה הציבורית כעסקה של החברה הציבורית. שליטה בהקשר זה הינה שליטה משפטית, היינו היכולת לכוון את פעילות התאגיד. אין מחלוקת כי החזקת החברה ב-50% מחברת הבת יוצרת לה שליטה משפטית. הטיפול החשבונאי בהחזקה בחברת הבת אינו רלוונטי לשאלה משפטית זו. החזקתו של בעל השליטה ב-50% הנוספים בחברת הבת אולי מצמצמת את התמריץ הכלכלי שלו להטיב עם חברות אחרות בשליטתו בעת שאלו מתקשרות עם החברה הבת, אך עדיין לא מאיינת אותו ומכאן חובת האישור.

מקרה ב'

באחד מהמקרים שנבחנו מצאנו כי חברה לא זיהתה שתי עסקאות שבוצעו מול בעל השליטה ולפיכך הן גם לא אושרו על ידי האורגנים הרלוונטיים בחברה. החברה עדכנה את סגל הרשות כי ועדת הביקורת של החברה אישרה את שתי העסקאות כעסקאות שאינן חריגות ושהינן זניחות. בנוסף, למן הרגע בו גילתה החברה כי העסקאות האמורות לא אושרו כדיון, נקטה החברה במספר פעולות למניעת הישנות מקרים כדוגמת אלו תוך הוספת מנגנוני בקרה נדרשים.

3. חובת גילוי בקשר עם עסקאות של החברה עם בעל שליטה בה

3.1. אי מתן גילוי בנוגע לעסקאות עם בעל השליטה

באחת מחברות המדגם עלה כי חברה לא דיווחה על 2 עסקאות שסווגו כלא חריגות על ידי ועדת הביקורת בדוח מיידי וזאת בהתאם לאמור בתקנה 37א(6) לתקנות הדוחות.⁴ עוד עלה מבדיקתנו כי אותה החברה לא דיווחה על 4 עסקאות בדוח התקופתי בהתאם לאמור בתקנה 22א) לתקנות הדוחות.

3.2. אי גביית מלוא התמורה בגין התקשרות עם בעל השליטה והפסקתה טרם סיומה

חברה התקשרה עם חברות בשליטת בעל השליטה בהסכם למתן שירותים הנדסיים כאשר בתמורה למתן השירותים אמורה הייתה החברה לקבל סכום קבוע שאושר על ידי ועדת הביקורת במסגרת אישור העסקה. במספר מקרים שבחנו מצאנו כי בפועל החברה לא סיימה את מלוא העבודה לה התחייבה במסגרת הסכמי ההתקשרות וכפועל יוצא גבתה מהחברות שלבעל השליטה ענין אישי בהן סכומים הנמוכים מסכום התקבולים אותן החברה הייתה זכאית לקבל במסגרת העסקאות, כפי שאושרו על ידי ועדת הביקורת. יצוין בהקשר זה כי לטענת החברה בכל הסכמי ההתקשרות מול בעל השליטה יש סעיף המאפשר לכל אחד מהצדדים את סיום ההסכמים בהודעה של 30 יום מראש תוך תשלום בגין העבודות שכבר בוצעו בפועל. לעמדת החברה, בחלק מן העסקאות המזמינות עשו שימוש בסעיף זה והעבודה בפרויקט הופסקה. בכל מקרה, לעמדת החברה, היא קיבלה את מלוא התשלומים בגין השירותים שהיא סיפקה בפועל.

⁴ נכון למועד הביקורת תקנה 37א(6) לתקנות הדוחות אשר חייבה הגשת דוחות מיידיים על עסקאות לא חריגות עם בעלי שליטה הייתה בתוקף. ב-18 אוקטובר 2015, פורסמו ברשומות תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידיים) (תיקון מספר 3), התשע"ו-2015, אשר בין השאר ביטלו את תקנה זו. התיקון צפוי להיכנס לתוקף ביום 17 בינואר 2016.

יצוין בהקשר זה כי במסגרת הדיווח אודות העסקה לא ניתן גילוי אודות המנגנון לאפשרות סיום ההתקשרות בין החברה לבעל השליטה.

עמדת סגל הרשות

מנגנון הפסקת ההתקשרות בין הצדדים, כפי שתואר בתגובת החברה, הינו מהותי ומהווה חלק אינטגרלי מהסכם ההתקשרות. לאור האמור, לעמדת סגל הרשות היה על החברה לכלול את המנגנון להפסקת ההתקשרות במסגרת תיאור העסקה בדיווחיה.

כמו כן, הלכה למעשה החברה לא גבתה את מלוא התמורה עליה סוכס במסגרת ההתקשרויות המקוריות שהוצגו בפני ועדת הביקורת, גם אם לא ניתנו כל השירותים על פי ההסכם.

לעמדת סגל הרשות, על חברה הקשורה בעסקה עם בעל שליטה לדווח לציבור המשקיעים על ביצוע העסקה ובכלל זה על שינויים שחלו בביצועה ובתמורה המשולמת במסגרתה והסיבות לכך.

4. הרכב ועדת הביקורת והנוכחים בישיבותיה

סעיף 115 לחוק החברות קובע:

"מי שאינו רשאי להיות חבר בוועדת ביקורת לא יהיה נוכח בישיבות הוועדה בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות, אלא אם כן קבע יושב ראש הוועדה כי הוא נדרש לשם הצגת נושא מסוים; ואולם –

(1) עובד החברה שאינו בעל שליטה או קרובו, רשאי להיות נוכח בישיבות הוועדה בעת הדיון, ובלבד שההחלטה תתקבל בלא נוכחותו..."

מסקירת פרוטוקולים של ישיבות ועדת הביקורת באחת החברות עלה כי במספר רב של פעמים, לאחר דיוני ועדת הביקורת ובעת קבלת ההחלטות על ידי ועדת הביקורת, אין אזכור לכך שמוזמני הישיבה (מנכ"ל החברה וסמנכ"ל הכספים) יצאו מהישיבה בשלב קבלת ההחלטות, ובחברה אחרת נמצא כי בעל השליטה השתתף בישיבת ועדת הביקורת בעת הדיון באחד מהנושאים שעמדו על סדר יומה של ועדת הביקורת שעניינו **אינו** קשור לעסקאות עם בעלי השליטה. בהמשך הפרוטוקול, לא נמצא אזכור נוסף המעיד על יציאתו של בעל השליטה מהישיבה.

בקשר עם ממצאי הביקורת נמסר על ידי חברה אחת כי יתכן והיא נדרשת לזמן הסתגלות לשם עריכת פרוטוקולים באופן המשקף נכונה את הוראות תיקון 16 לחוק החברות, דהיינו רישום קפדני של האירועים שבהם נושאי משרה יצאו/נכנסו לישיבה והחברה השנייה בטוחה כי בעל השליטה יצא מהישיבה טרם קבלת החלטותיה של ועדת הביקורת וכי הדבר לא נכתב בפרוטוקול מפאת טעות אנוש.

עמדת סגל הרשות

במסגרת תיקון 16 לחוק החברות הוסף סעיף 115(ה) לחוק החברות, הקובע כי מי שאינו רשאי להיות חבר בוועדת הביקורת לא יהיה נוכח בישיבותיה בעת הדיון ובעת קבלת ההחלטות, אלא אם כן קבע יושב ראש הוועדה כי הוא נדרש לשם הצגת נושא מסוים. בכל מקרה קובע הסעיף כי עובדים של החברה שאינם בעל השליטה או קרובו רשאים להיות נוכחים בעת הדיון בוועדת הביקורת, אך אינם רשאים להיות נוכחים בעת קבלת ההחלטות. מהפרוטוקולים שהועברו לידינו, לא ניתן ללמוד האם נושאי המשרה שאינם חברי ועדת הביקורת היו נוכחים בעת קבלת ההחלטות בוועדה.

5. התחייבות החברה לבחינת הקשר בין התגמולים לבין תרומת החברות שבשליטת בעל

שליטה לחברה

חברה ציבורית אשר התאגדה במדינה זרה התחייבה במסגרת תשקיף ההנפקה כי דירקטוריון החברה יבחן מידי שנה בשנה את הקשר בין התגמולים שניתנו לחברות שבשליטת בעל השליטה לבין תרומתן לחברה, לרבות בחינה האם התמורה המשולמת בהתאם להסכמים שתוארו לעיל הינה הוגנת וסבירה.

מסקירת הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון שבמסגרתן אושרו הדוחות הכספיים השנתיים לשנים 2011-2013 עלה כי תהליך בחינת הקשר בין התגמולים לחברות בשליטת בעל השליטה לבין תרומתן לחברה לא תועד לגבי הדוחות השנתיים לשנים 2011 ו-2013 וכי לגבי הדוח השנתי של שנת 2012 אמנם מתועד במסגרת הפרוטוקולים כי התקיים דיון בנושא, אך מהפרוטוקול לא ניתן ללמוד אודות הבחינה שנעשתה בפועל, מאחר והחומרים שהוצגו בפני הדירקטוריון כחלק מהדיון לא תועדו ונשמרו.

למרות האמור, נמסר מהחברה כי הנהלת החברה הציגה בפני הדירקטוריון תחשיב מפורט של עלויות הניהול השנתיות שניתנו על ידי בעל השליטה לחברה ואף הוצגו בפני הדירקטוריון הסיבות לכך שלדעת הנהלת החברה מדובר בעלויות סבירות והוגנות, תוך הצגת ההתרחבות המשמעותית של החברה בהיקפי פעילותה.

לאור הסברי החברה בנוגע לבחינה שבוצעה על ידי הנהלת החברה, סגל הרשות לא מצא לנכון להביע את עמדתו בנוגע לתהליך הבחינה. יחד עם זאת, סגל הרשות סבור כי בעתיד מן הראוי שדירקטוריון החברה יבצע, או שלכל הפחות יוודא, כיצד בוצעה בחינת הנהלה ועל אלו פרמטרים היא נסמכת.

6. נושאים נוספים שעלו אגב הביקורת

ישנה חשיבות רבה בקביעת מסגרת עקרונית אשר יבטיחו את יעילות הדירקטוריון פעילותו וניהול ישיבותיו ועמידתו בהוראות הדין. כך לדוגמה, הכנה מראש של חומר רקע והפצתו לדירקטורים זמן סביר מראש ותיעוד מפורט של הישיבות, עשויים לסייע לדירקטוריון למלא את תפקידו באופן יעיל. **מסגרת עקרונית זו מהווה נדבך נוסף לדין הקיים, והיא אינה באה להחליפו או לתקנו, אלא להוות כלי בקרה חשוב בהתנהלותו של התאגיד ובדיווחיו.**

6.1. מיפוי הקשרים העסקיים של בעל השליטה

אחת הדרכים להגברת יכולתה של ועדת הביקורת לפקח על עסקאות עם בעלי עניין בכלל ועם בעלי שליטה בפרט הינה אימוץ מנגנונים לאיתור עסקאות כאלה. לדוגמה, מנגנון הממפה את הקשרים העסקיים של בעל השליטה אשר מאפשר לחברה ביצוע בדיקות לאיתור עסקאות שעשוי להיות לבעל השליטה עניין אישי בהן, מנגנון הכולל בחינה משותפת מעת לעת המזהה אילו עסקאות עלולות להיות כרוכות בניגודי עניינים פוטנציאליים, או מנגנון המבוסס על הצהרות בעל השליטה ביחס לעסקאות שהחברה מבקשת להתקשר בהן.

במהלך הביקורת מצאנו כי חברות אינן נוהגות לעשות שימוש במנגנונים אקטיביים לאיתור עסקאות עם בעל השליטה במטרה לצמצם את הסיכון כי עסקאות בעלי עניין לא יובאו לאישור ועדת הביקורת כנדרש. שימוש במנגנונים כגון האמור לעיל אף מקבל משנה תוקף לאור העובדה שבמהלך הביקורת נמצא כי בחלק מהחברות בוצעו עסקאות מול בעל השליטה מבלי שסווגו או אושרו כעסקאות עם בעל השליטה.

6.2. תיעוד פרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון

במהלך הביקורת מצאנו מקרים בהם לא נשמר תיעוד של ישיבות הדירקטוריון ו/או של מסמכים שהועברו לדירקטורים טרם התדיינות בנושא מסוים. ראוי כי חברה תשמור ותתעד מסמכים הקשורים בהחלטות הדירקטוריון וועדותיו וזאת למען הסדר הטוב ועל מנת שהחברה תוכל לעקוב, לבקר ולהוכיח את תהליכי קבלת ההחלטות בחברה.

6.3. תיעוד הצעות המחיר ששימשו את ועדת הביקורת לצורך ביסוס תנאי שוק

במסגרת עסקה בין החברה לבין בעל השליטה, שעניינה רכישת חומרי גלם מחברה בשליטת בעל השליטה, נקבע על ידי ועדת הביקורת כי רכש חומרי הגלם יתבצע בהתאם לנהלי הרכש המחייבים בין היתר, קבלת מספר הצעות מחיר עבור רכש מבעל השליטה. במענה לבקשת סגל הרשות להמציא לו את התיעוד והאישורים בנוגע לקבלת הצעות המחיר כאמור בקביעת ועדת הביקורת, התקבלו דוגמאות לצילומי מסך המתארים ציטוטי מחיר מספקים שונים ואשר למיטב הבנת סגל הרשות אינם מהווים את התיעוד הנדרש בהתאם לנאמר בדיווח המידי של החברה בעניין העסקה האמורה ובקביעתה של ועדת הביקורת.

לאור התיעוד החסר, לא היה ניתן לבדוק במסגרת הביקורת את הצעות המחיר שקיבלה החברה בהתאם לאמת המידה שנקבעה על ידי ועדת הביקורת. יחד עם זאת, לאור עמדת החברה לפיה ליקוי התיעוד אותר וטופל על ידה תוך זמן קצר ממועד העסקה, סגל הרשות לא מצא לנכון להביע את עמדתו בעניין זה.

* * *