



מזכר תאגידיים ניירות ערך ושוק ההון – נובמבר 2022

לקוחות יקרים,

מתי נושא משרה שפנה לעצת עורך דינו יהיה מוגן בהגנה של הסתמכות על עצה משפטית? האם נאמן שמונה לחברה רשאי לבקש הסרת חסיון מדיוני ועדה בלתי תלויה עם עורכי דינה? מתי הוראות בתקנון החברה אינן חוקיות? על כל אלה במזכר שלפניכם.

עוד במזכר – תיקון לתקנות עסקאות בעלי ענין בנוגע לעסקאות של חברות ממשלתיות עם המדינה והצעה לתיקון תקנות בעניין גיוון מגדרי בדירקטוריון.

דגשים עיקריים:

- בעת התייעצות עם עורכי דין ועל מנת להנות מההגנה של פעולה לפי ייעוץ משפטי, נדרשים החברה ונושאי המשרה להעלות במפורש את כל השאלות הרלוונטיות בפני עורך הדין ואין די בהצגת העובדות. כך, על אף שאהובי התייעץ עם עורך דין שהוא מומחה בתחום ומסר לו את כל העובדות הרלוונטיות, בית המשפט קבע כי הגנת הסתמכות על עצה משפטית לא תחול, שכן עורך הדין לא נשאל במפורש לעניין חובת הדיווח לציבור אודות העסקה.
- הוראות שנקבעות בתקנון חברה ואשר מאיינות את שיקול הדעת של הדירקטורים הינן בטלות, וזאת לאור החובה המוטלת על דירקטורים בסעיף 106

לחוק החברות לפעול באופן עצמאי ולאור ניטרולם של הדירקטורים החיצוניים משנקבעת הוראה כזו.

- החסיון על ייעוץ משפטי שניתן לדירקטורים כאורגנים של החברה אינו שלהם באופן אישי אלא של החברה והאורגנים שלה. לפיכך אם מונה לחברה מפרק והוקנו לו סמכויות האורגנים של החברה, הוא רשאי לוותר על חסיון לגבי ייעוץ משפטי שניתן לוועדת הביקורת. ככל הנראה על אף שבית המשפט מותיר זאת בדיון עתידי, גם ייעוץ שניתן לדירקטור באופן פרטי על חשבון החברה מכח סעיף 266 לחוק החברות לא יהנה מחסיון.

תוכן עניינים:

פסיקה

3-4	1. אהובי נ' רשות ניירות ערך
4-5	2. טוביה לוסקין נ' גבעות עולם נפט בע"מ
6	3. הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ

חקיקה ועמדות רשות

6	4. תקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי עניין) (תיקון), התשפ"א-2021 <u>ושות'</u>
	<u>20.א.101</u>
6	5. הצעה לתיקון תקנות בעניין גיוון בדירקטוריון של תאגידים מדווחים, קרנות נאמנות וחברות ניהול תיקים גדולות

פסיקה

1. אהובי נ' רשות ניירות ערך ואח' – הפרת דיווח – אי דיווח על הפרת תיחום עיסוק

עתירה נגד החלטת ועדת האכיפה המנהלית, במסגרתה נקבע, בין היתר, כי יגאל אהובי (להלן: "העותר") או "אהובי") הפר את הוראות חוק ניירות ערך, בשל אי-פרסום דו"ח מיידי במועד על כך שהפר הוראת תיחום עיסוק שלקח על עצמו.

עובדות המקרה:

אהובי שהיה בעל השליטה ברבד בע"מ (להלן: "החברה" או "רבד") וכיהן כיו"ר דירקטוריון החברה, חתם בשנת 2011 על הסדר תיחום פעילות שעיקרו התחייבותו להימנע מפעילות מתחרה בפעילות החברה, לרבות בהתייחס לעסקאות נדל"ן המבוצעות על ידה במערב אירופה.

בחודש יולי 2018, החל אהובי לנהל משא ומתן לגבי רכישת נכס נדל"ן הממוקם במתחם שבדבלין אירלנד ("עסקת הצלברוק"). במקביל פעל אהובי למכירת השליטה ברבד ובחודש אוגוסט 2018, חתם על הסכם למכירת השליטה ברבד. העסקה למכירת השליטה הותנתה בהתקיימות תנאים מתלים עד ליום 22 בנובמבר 2018. בדיעבד אחד התנאים המתלים לא התקיים, וההסכם למכירת השליטה בוטל. ביום 26 בנובמבר 2018 אהובי עדכן במסרון את עורך דינו על חתימת הסכם לביצוע עסקת הצלברוק, על ידו באופן פרטי (הסכם שנחתם ביום 5 בנובמבר 2018) וציין כי נזכר שחלה עליו הגבלה לעשות עסקאות שמתחרות בחברה. לכן שאל האם להשלים באישי או שמא עליו להעביר את העסקה לרבד וציין כי הוא שווה נפש בין האפשרויות. בעקבות המסרון ייעץ עורך הדין לאהובי כי במקרה בו עסקת מכירת השליטה ברבד לא תצא לפועל, עליו להציע את עסקת הצלברוק לחברה, אולם ככל שמכירת השליטה תצא לפועל אין צורך להציע את עסקת הצלברוק לחברה. יצויין כי השיחה לא עסקה בחובת הדיווח על עסקת הצלברוק לציבור.

בהמשך הובאה עסקת הצלברוק לאישור משולש לצורך ביצועה ברבד, אולם האסיפה הכללית לא אישרה זאת והעסקה נותרה עסקה פרטית של אהובי.

וועדת האכיפה המנהלית קבעה כי הייתה מוטלת על העותר חובת דיווח לחברה על התקשרותו בעסקת הצלברוק לכל המאוחר עם חתימתו על העסקה (ביום 5 בנובמבר 2018) שכן באותו מועד היה אהובי עדיין בעל שליטה ויו"ר דירקטוריון החברה (מאחר ועסקת מכירת השליטה טרם הושלמה) ועסקת הצלברוק היוותה הפרה של הסדר תיחום הפעילות.

עיקרי קביעת ביהמ"ש (המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, השופט יעקב שרביט):

בית המשפט אימץ את קביעות וועדת האכיפה המנהלית לפיהן העותר ביצע הפרה של פרט חסר בדיווח, לאור זה שלא ניתן דיווח מיידי על עסקת הצלברוק לכל המאוחר ביום 5 בנובמבר 2018. עוד קבע בית המשפט כי התנהלותו של העותר מקיימת את רכיב ה"רשלנות חמורה" הנדרש לצורך ביסוס ההפרה וכי לא עומדת לעותר הגנה של הסתמכות על יעוץ משפטי (לגבי התקופה החל מיום 26 בנובמבר 2018).

לעניין הרשלנות החמורה:

בית המשפט קבע כי ההבדל בין רשלנות לרשלנות חמורה הינה במידת הסטייה מסטנדרט ההתנהגות המקובל. בית המשפט מקבל את עמדת וועדת האכיפה כי: (1) נודעת חומרה יתרה לעובדה כי העותר, בהיותו המחולל הבלעדי של האירוע אשר חייב בדיווח (הפרת הסדר תיחום פעילות) לא דיווח בזמן אמת למי מגורמי החברה ולמעשה הסתיר זאת מהם; (2) החומרה עולה מתקופת ההפרה, בית המשפט

מתבסס על החזקה הראייתית בסעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך, לפיה אם עברו למעלה מ- 7 ימים מהמועד הנדרש לדיווח ועד הדיווח, תהיה זאת ראייה לכאורה לכך שמי שחלה עליו חובת הדיווח נמנע מדיווח כדי להטעות¹; (3) מעמדו הבכיר של העותר כבעל השליטה ויו"ר הדירקטוריון של החברה; (4) בית המשפט קובע כי העובדה שאהובי פעל בתום לב והציע את העסקה לחברה אינה גורעת מהעובדה כי פעל ברשלנות חמורה, שכן כל עוד לא הושלמה עסקת מכירת השליטה, הייתה מוטלת על אהובי חובה להציע לחברה כל הזדמנות עסקית.

לעניין הסתמכות על ייעוץ משפטי:

בית המשפט חוזר על הכללים שנקבעו בפסק דין בטבע בשאלה מתי תחול ההגנה של עצה משפטית וקובע כי לאור העובדות הבאות לא תחול במקרה זה ההגנה:

(1) אהובי לא שאל מפורשות את עורך הדין לעניין חובת הדיווח;

(2) אהובי עדכן את עורך הדין רק כשלושה שבועות לאחר חתימת עסקת הצלברוק ולגבי תקופה זו לא יכולה לחול לגביו ההגנה.

עוד קובע בית המשפט שהעובדה שעורך הדין, שהוא מומחה בתחום, לא סבר כי יש חובה לדווח כל עוד הייתה קיימת האפשרות שעסקת מכירת השליטה תושלם, לא מלמדת שטעותו של אהובי לא הייתה בגדר רשלנות חמורה.

בית המשפט מעמיד את גובה העיצום הכספי על 200,000 ש"ח במקום 350,000 ש"ח שקבעה הוועדה וזאת לאור העובדה שוועדת האכיפה המנהלית ביטלה הליך בגין הפרה נוספת שפתחה הרשות. הליך זה בוטל בשל כך שהרשות פעלה שלא כדין בקבלת החלטתה על הפתיחה בהליך ובאזהרות שנתנה במסגרת החקירות שניהלה.

לפסק הדין לחץ כאן

להחלטת ועדת האכיפה המנהלית לחץ כאן

2. טוביה לוסקין נ' גבעות עולם נפט בע"מ – הוראות תקנון שאינן חוקיות הינן

בטלות

עובדות המקרה:

ערעור לבית המשפט העליון על פסק דין של בית המשפט המחוזי בעניין סכסוך בין בעלי מניות בחברת גבעות עולם נפט בע"מ (להלן: "החברה"), שהיא חברה פרטית והשלכות הסכסוך על שותפות מוגבלת ציבורית שהחברה היא השותף הכללי בה (להלן: "השותפות").

הנושא העיקרי בפסק הדין היה חוקיות הוראות בתקנון החברה, ובעיקר הוראה שקבעה כי החלטות בעניינים מקצועיים יתקבלו על ידי לוסקין, שהיה בעל מניות בחברה (כ- 27%) וכיהן כמנכ"ל עד שנת 2014, והוראה אחרת שקבעה כי לכל אחד מהדירקטורים מטעם לוסקין או מטעם קבוצת בן דוד (שהחזיקה כ- 73% ממניות החברה) תהיה זכות ווטו על החלטות שונות, לרבות בהקשר של עסקאות לרכישה או מכירה של זכויות נפט.

בשנת 2015 התקבל תיקון מס' 5 לפקודת השותפויות ("תיקון מס' 5") במסגרתו הוחלו על חברת השותף הכללי בשותפות מוגבלת ציבורית כללים חדשים וביניהם החובה למנות לדירקטוריון

¹ שעניינה הפרת דיווח כדי להטעות משקיע סביר.

דירקטורים חיצוניים. לאחר שהתקבל תיקון מס' 5 פנתה החברה למחלקת שוק ההון במשרדנו בבקשה לקבל חוות דעת ביחס לחוקיותם של הסעיפים האמורים בתקנון. חוות הדעת קבעה כי התקנון אינו מתיישב עם הוראות הדין ובפרט עם הוראות תיקון מס' 5 ועם כללי הממשל התאגידי. חוות הדעת קבעה כי העובדה שכל הכרעה בעניינים מקצועיים נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של לוסקין, נוגדת לסעיף 106 לחוק החברות, המחייב כל דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי וקובע כי הפרת חובה זו היא הפרת חובת אמון. זאת מאחר שזכות יתר זו של לוסקין גורמת לכך ששאר הדירקטורים מכפיפים את שיקול דעתם לשיקול דעתו שלו בתחומים רבים, וכך למעשה כלל לא מפעילים שיקול דעת עצמאי.

זאת ועוד, ההסדר האמור מרוקן מתוכן את תפקידם של הדח"צים ועל כן מנוגד לתכליתו של תיקון מס' 5 שכן במצב זה, הדח"צים אינם יכולים להשפיע על החלטות הדירקטוריון באופן רציני ומקצועי.

לעניין זכות הוטו של דירקטורים מטעם בעלי המניות קבעה חוות הדעת כי סעיף זה פוגע גם הוא בדח"צים שכן הוא מקנה לשאר הדירקטורים מעמד עדיף על הדח"צים.

דיון והכרעה (כב' השופטת דפנה ברק ארז)

בית המשפט מאמץ את מסקנות חוות הדעת שלנו כמפורט להלן. הוא מציין כי ביסוד ההתדיינות ניצב המתח בין כללי הממשל התאגידי לבין עקרון חופש החוזים שמסור לבעלי מניות. בית המשפט קובע כי יש קושי מבחינת ממשל תאגידי בחברה פרטית במצב שבו שיקול דעתם של חלק מהדירקטורים מתבטל לחלוטין לנוכח כוח ההכרעה של דירקטור אחר. זאת בשונה ממצב שבו כוח ההצבעה של דירקטורים אינו שווה או שניתנה זכות ווטו להחלטות מסוימות, מצב שהוא לגיטימי. בית המשפט קובע כי אינו נדרש להכריע האם די בקשיים האמורים מהיבטו של שיקול הדעת העצמאי כדי להפוך את המערכת ההסכמית לבלתי חוקית וזאת לאור הקשיים הבלתי עבירים שמתעוררים נוכח תיקון מס' 5 כמפורט להלן.

תיקון מס' 5 חייב חברה שהיא שותף כללי בשותפות מוגבלת ציבורית למנות דח"צים כדי להבטיח הגנה נאותה על בעלי יחידות ההשתתפות בשים לב לבעיית נציג שבין השותף הכללי לשותף המוגבל. הוראות חוק החברות אמנם מבהירות כי הדח"צים עשויים להיות מיעוט בדירקטוריון אך הן אינן מאפשרות לאיין כליל את השפעתם על קבלת החלטות של החברה. הסמכת דירקטור אחד לקבל החלטות בעניינים מקצועיים בגפו מרוקנת מתוכן את תפקידם של הדח"צים בחברה ומשאירה אותם "חיצוניים" לנעשה בחברה ללא אפשרת מעשית להשפיע על כך. הדברים אמורים ביתר שאת לנוסח זכות הוטו המוקנית רק לדירקטורים שאינם דח"צים. לפיכך מנגנון כאמור אינו יכול להיחשב כחוקי. בית המשפט קובע כי במקרה זה לא ניתן להפריד בין הסעיפים החוקיים בתקנון לסעיפים הלא חוקיים שאכן הסעיפים הלא חוקיים עומדים בבסיס מערכת היחסים בין הצדדים. לפיכך קובע בית המשפט סעד של הפרדה בין הצדדים ומחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי.

[לפסק הדין לחץ כאן](#)

3. הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ – למי שייד החסיון על ייעוץ משפטי שניתן לוועדת ביקורת?

עובדות המקרה:

ענייננו בבקשה של הנאמן מבית המשפט להורות לדירקטורים חיצוניים לשעבר בחברת אי די בי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק) (להלן: "החברה") להמציא לו את כלל המסמכים הנוגעים לייעוץ משפטי שניתן לוועדת הביקורת ולוועדה בלתי תלויה אשר הם כיהנו בהן, לרבות תכתובות אי-מייל, ווטסאפ עם עורך הדין של הוועדות וזאת נוכח סירובם של הדירקטורים ועורכי הדין שלהם למסור לנאמן את המסמכים המבוקשים, בנימוק שהם מוגנים בחיסיון עורך-דין-לקוח.

דיון והכרעה (בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, השופט חגי ברנר):

בית המשפט דוחה את טענת הדירקטורים כי הם זכאים לחיסיון עורך-דין-לקוח. מדובר בייעוץ משפטי שניתן לאורגנים של החברה ולא בייעוץ אישי לדירקטורים ובהתאם לחוק חדלות פירעון, הנאמן, עם מינויו, רוכש לעצמו את כלל סמכויות האורגנים של החברה – ביניהן, גם את סמכותן של הוועדות אותן מקים הדירקטוריון. לפיכך, כל סמכות שהייתה מוקנית לוועדה, מוקנית כעת לנאמן. זאת ועוד, הייעוץ לא ניתן לאינדיבידואל שקיבל את הייעוץ אלא לאורגן, ולפיכך האורגן, ולא האדם, הוא זה שמוסמך לוותר על החיסיון. בית המשפט מוסיף בהערת אגב, שגם אם היה מדובר בייעוץ לדירקטור, ספק אם ייעוץ כזה יכול להיות מוגן מפניו של נאמן שכן אין מדובר בייעוץ בעל אופי אישי אלא בייעוץ שיאפשר לדירקטור לפעול באופן מקצועי ולטובת החברה בכללותה. לעניין הטענה כי גם החברה מנועה מלראות את מסמכי הוועדות, קובע בית המשפט כי בתקופת חייה של חברה, וועדת הדירקטוריון זכאית להגנת החיסיון מפני החברה עצמה, שכן הנחת המוצא היא שבעל השליטה מכוון את פעילותה של החברה ויש בהעברת המידע אליו כדי לפגוע בתכלית המוסד של הוועדה הבלתי תלויה. במצב של מינוי נאמן, בעל השליטה יוצא מן התמונה והנאמן מייצג את האינטרס של החברה ושל הנושים גם יחד ולפיכך לא קיים ניגוד עניינים מובנה בינו לבין הוועדה הבלתי תלויה והוועדה הבלתי תלויה אינה זקוקה להגנה מפני הנאמן.

לפסק הדין לחץ כאן

חקיקה ועמדות רשות

4. תקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי ענין) (תיקון), התשפ"א-2021

ועמדת רשות בעניין

ביום 14 ביוני 2022 התפרסם תיקון לתקנות אשר יכנס לתוקף ביום 14 בספטמבר 2022. התיקון מרחיב את ההקלות החלות על חברות ממשלתיות, וזאת כדי לקדם את ההפרטה של מספר חברות ממשלתיות בהתאם להחלטות הממשלה, לרבות התעשייה האווירית, דואר ישראל, והחברה לשירותי איכות הסביבה.

בהמשך לתיקון התקנות האמור פרסמה רשות ניירות ערך עמדת סגל המפרטת את חובות הדיווח של חברות ממשלתיות אודות עסקאות שאושרו בהתאם לתקנות האמורות.

[לנוסח התיקון לחץ כאן](#)
[לעמדת סגל הרשות לחץ כאן](#)

5. הצעה לתיקון תקנות בעניין גיוון בדירקטוריון של תאגידים מדווחים, קרנות נאמנות וחברות ניהול תיקים גדולות

ביום 13 בנובמבר 2022 פירסמה רשות ניירות ערך נוסח להערות הציבור, הנוגע לדרישה לגיוון מגדרי בדירקטוריון (להערות עד 28 בדצמבר 2022), וזאת כחלק מהדיון בנושאי ESG, כאשר מוצע כי התקנות יחולו על תאגידים מדווחים, קרנות נאמנות וחברות ניהול תיקים גדולות. ההצעה כוללת חובת גילוי לעניין הגיוון המגדרי בדירקטוריון תוך פירוט מספר הדירקטורים מכל מגדר ושיעורם מסך חברי הדירקטוריון. יובהר כי ההצעה אינה משנה את החובה הקבועה כיום בסעיף 239(ד) לחוק החברות לפיה, בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה שאינם בעלי השליטה בחברה או קרוביהם הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני. עוד כוללת ההצעה חובה לגלות האם יש לתאגיד מדיניות לגיוון הון אנושי בחברה, אם לאו. ככל שקיימת מדיניות כאמור, התאגיד נדרש לפרט את עיקרי המדיניות והאופן בו הדירקטוריון פועל כדי ליישמה.

לצפייה בנוסח התקנות המוצע לחץ כאן

מזכר לקוחות זה אינו מהווה יעוץ משפטי ומוגש כשירות לקהל לקוחותינו.

נשמח לסייע ולייעץ בכל שאלה שמתעוררת.

[שיראל גוטמן עמירה, שותפה, ראשת מחלקת תאגידים, ניירות ערך ושוק ההון,](#)
shirel@agmon-law.co.il



[איריס ציבולסקי-חביליון, יועצת, תאגידים, ניירות ערך ושוק ההון,](#)
irisc@agmon-law.co.il

