

משרד המשפטים
לשכת הדובר

ירושלים: י"ט טבת, תשס"ו
19 ינואר, 2006
29120

תאריך הפניה: 18/01/2006

שם הפונה: אורי רונן

הגורם הפונה: דה מרקר

טלפון:

פלאפון:

זימונית:

נושא: ועדת גושן

שאלה:

בתגובה לפרסום המלצות ועדת גושן אמרה לחמן-מסר ל"הארץ" (9.1.2006):

"קוד אתי נהוג במדינות שבהן חוק החברות לא נותן מענה לסוגיות של ממשל תאגידי. אם יש מקום לתקן את החוק, יש לבחון זאת בראייה ציבורית רחבה אשר לעת הזו לא קיימת. רק באחרונה תוקן חוק החברות וחלק מהתחומים שבקוד האתי נבחנו ונדחו על ידי הכנסת וגופים מקצועיים אחרים. החשש הוא שהקוד ייהפך לעלה תאנה שלא ברור אם הוא נאכף או לא. אם הנורמה נכונה, היא צריכה להיהפך לחוק."

הבה נניח שמשנה טרי מסכים עם כל מילה. אבל מה תגובתה של דידי לטענה כי לחמן-מסר לא עשתה כמיטב יכולתה לשדרג את דרישות חוק החברות בעניין משטר חברות. למשל, להעלות את מספר הדחצים הנדרשים על פי חוק לפחות לשליש מחברי הדירקטוריון (כפי שמוצע בקוד גושן).

1. האם לדעתה של דידי שני דירקטורים חיצוניים/עצמאיים בדירקטוריון של 12 בחברה שהציבור מחזיק בה 49% או 51% הוא שיעור מספק?

2. האם דידי יכולה להצביע על ניסיון שעשתה להעלות את שיעור הדחצים הנדרש בחוק החברות ועל מי שהכשיל ניסיון זה ונסיונות אחרים בתחום דרישות משטר חברות בחוק החברות.

3. מה תגובתה של דידי לטענה כי לא עשתה מספיק מאמצים לגיוס פוליטיקאים, רגולטורים כגון משה טרי, ותקשורת, כדי ליצור את התנאים הנדרשים לשדרוג חוק החברות בתחום משטר חברות?

4. האם משרד המשפטים יואיל בטובו להפנותני להתבטאות פומבית של אחד משרי המשפטים בהווה ובעבר (לבני, לפיד ואחורה עד ביילין) בנושא תיקונים לחוק החברות בנושא משטר חברות.

שאלת המשך:

הכתבה כפי שאני רואה אותה תסביר את הביקורת של דידי על גישת אמץ או גלה/הסבר ומנגד ביקורת שדרישות חוק החברות לגבי משטר חברות נמוכות מדי.

ואז תישאל השאלה למה לא לקבוע סטנדרטים של משטר חברות בדרישות הרישום של הבורסה כנהוג בארה"ב. תובא דעתו של אקדמאי בכיר התומך בגישה זו. גושן יסביר למה הוא מתנגד.

האם לחמן-מסר עשויה לתמוך בגישת "דרישת הרישום". מצד אחד אני זוכר שהיא דוגלת שהדרישות יהיה של מדינת ההתאגדות ואיתם יהיה אפשר להיסחר בכל בורסה. מצד שני, במצגת שלה באוני' תל אביב נכתב:

ראוי להדגיש, כי גם במדינות כגון אנגליה בהן סוגיית מבנה ומשטר קבועה בכללי הבורסה ולא בחקיקה ראשית, מקור סמכותה של הבורסה לקבוע כללים אלו הוא בחקיקה ראשית.

כנ"ל לגבי כללים שנקבעו בכללי הבורסות וברשות לניירות בארה"ב, אשר מקור הסמכתם ב *Sarbanes-Oxley Act of 2002 (sect. 406)*

האם לאור הויכוח הקשה בין דידי לטרי והסכנות שבהמלצת ועדת גושן, תשקול דידי לתמוך בדרך השלישית. כלומר, לתמוך בשינוי החברות כך שיתן סמכות מפורשת לבורסה בענייני משטר חברות (סמכות להעלאות מפעם לפעם את הסטנדרטים המינימלים שבחוק).

תשובה:

חוק החברות שנכנס לתוקף בתחילת שנת 2000, כולל בתוכו הסדרים רבים הנוגעים למשטר תאגידי. הסדרים אלו נכללו לאחר מאבקים ממושכים עם גורמים שונים שניסו למנוע את חקיקתם. מאבקים אלו נמשכו גם לאחר חקיקת החוק ועד הרגע האחרון ממש, נעשו ניסיונות למנוע את כניסתו לתוקף בטענות כי הוא כולל הסדרים רבים אשר אינם קבועים במדינות אחרות וכי הוא מטיל נטל כבד ביותר על החברות ועל מי ששולט בהן.

הניסיונות לביטול ההישגים הרבים בנוגע לממשל תאגידי נמשכים עד היום. משרד המשפטים, במקביל למאמציו הרבים להכשלת ניסיונות אלו אינו נמנע מבחינת ההסדרים הקיימים על מנת לעדכנם ול"שדרגם" כלשונך. בתיקון העיקרי הראשון לחוק החברות, (ממרץ 2005) הוכנסו הוראות חדשות הנוגעות לממשל תאגידי שנועדו להגביר ולשפר את הפיקוח על חברות ציבוריות. כך למשל נקבעו הוראות חדשות ביחס לכשירותם של הדירקטורים החיצוניים בחברה וביחס לחובה למנות דירקטורים בעלי מומחיות חשבונאית ופיננסית. כמו כן הורחבו המקרים בהם נדרש לאשר עסקאות עם בעל השליטה ברוב מיוחד, ונקבעו הוראות בקשר לתביעה נגזרת שנועדו לעודד את השימוש בכלי ובכך להגביר את האכיפה.

כל התיקונים שלעיל נעשו תוך כדי דיונים בהצעת חוק פרטית שהוגשה בידי מספר חברי כנסת ביוזמתו של מר יוסי הולנדר וגורמים נוספים מן הסקטור הפרטי, במטרה לבטל הוראות קיימות הנוגעות לממשל תאגידי. כך למשל, ניסה המציע לבטל את ההוראה בחוק המחייבת הפרדה בין תפקידי היו"ר והמנכ"ל, שאין צורך לומר כי היא מחוייבת בממשל תאגידי תקין. רק לאחר מאמצים רבים שלנו נהדפו ניסיונות אלו.

עד כאן באשר לשאלותיך לעניין מאמציה של הגב' לחמן מסר לשידרוג חוק החברות אם כי לא מובן כלל מדוע היא מופנית אל דידי באופן אישי. הטיפול בחוק החברות ובתיקונו אינו טיפול פרסונלי אלא הוא טיפול כלל מערכתי המרוכז על ידי בהנחייתה של הגב' לחמן מסר.

ולגופם של דברים.

1. חוק החברות מחייב חברה ציבורית למנות שני דירקטורים חיצוניים. ועדת גושן סבורה כי לא די בשני דירקטורים חיצוניים. לדעתה, לפחות שליש מבין הדירקטורים צריכים להיות חיצוניים.

ככלל נציין הזכות למנות דירקטור היא אמצעי שליטה ופגיעה בה היא פגיעה בזכות הקניין ובחופש החוזים. פגיעה כזאת יכול שתעשה רק אם היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (חוק יסוד). ודוק, גם בארצות הברית שבה נקבע כי על רוב הדירקטורים להיות בלתי קשורים לחברה, ההוראה אינה חלה במקרים בהם יש בעל שליטה בחברה והיא אינה מונעת מינוי דירקטורים הקשורים לבעל השליטה. מכאן שבמודל של חברות שבהן מבנה

השליטה הוא כמו בישראל אין בארצות הברית חובה למנות דירקטורים בלתי תלויים. ההוראה בארצות הברית המחייבת מינוי של רוב דירקטורים בלתי קשורים לחברה, נועדת להתמודד עם בעיות הקשורות לשלטון מנהלים בהעדר בעל שליטה ולכן יש חשיבות לקביעה כי הרוב יהיה בלתי תלוי. לעומת זאת, תפקידו של הדירקטור החיצוני לפי החוק הישראלי שונה. תפקידו להתמודד עם בעיות הנובעות דווקא מקיומו של בעל שליטה. הדירקטור החיצוני בהיותו אובייקטיבי ובלתי תלוי בבעל השליטה אמור להציף בעיות ולעורר דיון ותהיות בקרב דירקטורים האחרים. אין הכוונה כי הדירקטור בקולו הוא, יביא להכרעות מסויימות שלא היו מתקבלות בלעדיו. אם כך היה המצב הרי גם הצעת גושן למינוי שלישי אין בה די והיה צריך לדרוש רוב של דירקטורים חיצוניים ולא רק שניים או שלישי. בנסיבות אלו אנו סבורים כי יש לחייב מינוי של המספר היעיל ביותר שיביא לתוצאה הנ"ל. לדעתנו די בשניים על מנת לעורר את הדיון בדירקטוריון ואין חשיבות לעניין זה למספר החברים בדירקטוריון.

2. קוד ממשל תאגידי כנורמה בת אכיפה - אף אם דעתנו לעיל, אינה מקובלת על מאן דהוא, הדרך הראויה לשנות את ההוראה הקבועה בחוק היא תיקונו תוך קיום הליכי חקיקה תקינים. ועדת גושן מתעלמת מעיקרון החוקיות הנוהג בשיטתינו ומהוראות מפורשות הקבועות בחקיקה ראשית, עוקפת אותן, ללא דיון ציבורי ותוך התעלמות מהליכי חקיקה תקינים. הטוען כי המלצות הועדה אינן כופות אלא וולונטריות ועל כן אין בהן כדי לפגוע בעיקרון החוקיות, אינו אלא מיתמם. הועדה מציעה לחייב כל חברה ציבורית לגלות אם אימצה את המלצותיה אם לאו. אי גילוי או גילוי חלקי יוביל להטלת סנקציות כפי שמציין יו"ר רשות ניירות ערך בראיונות שנתן, למשל לעניין פרט מטעה. לגישתנו, אין מקום לחייב חברות לפעול לפי נורמות חוץ משפטיות שלא נקבעו בחקיקה אלא במסמך המתקרא "קוד" שאין לו כל מעמד משפטי.

משרד המשפטים פעל ויפעל לקידום ושיפור דיני החברות בכלל, והממשל התאגידי בפרט. המשרד יבחן את המלצות הועדה כשם שהוא בוחן כל חומר רלוונטי העשוי לסייע לו לשם קידום מטרותיו. הכל יעשה בשקיפות מרבית, תוך שמיעת כל הגורמים הרלוונטיים וקיום הליכי חקיקה תקינים. כך למשל ניתן יהיה להוסיף, בהליך חקיקה תקין, תוספת לחוק החברות, כדוגמת התקנון המצוי, אשר תקבע נורמות דיספוזיטיביות זאת להבדיל ממסמך חוץ משפטי. יש להיזהר משימוש במונחים הלקוחים מחו"ל ואשר זרים לשיטת משפטנו. אלה אינם אלא עדיים מנצנצים שעשויים לעוות את עיני הציבור מלראות ולהעריך נכונה את החברה הציבורית ואת עמידתה בהוראות החוק.

לשאלתך בדבר האפשרות לתקן את חוק החברות כך שתוענק סמכות מפורשת לבורסה לקבוע סטנדרטים גבוהים מאלו הקבועים בחוק החברות - כפי שצינו לעיל, ניתן לשקול אפשרויות שונות שיהא בהם כדי לשנות את הסטנדרטים הקבועים בחוק החברות ובלבד שהדבר יעשה תוך שקיפות מרבית ובהליך חקיקה תקין. במסגרת זו ניתן בהחלט לשקול מתן הסמכה מפורשת

בחוק, לבורסה, לאחר בחינת הסוגייה והשלכותיה, שמיעת הגורמים הרלוונטיים והסדרה
מפורטת בחוק .