

6 בפברואר 2011

לכבוד
ח"כ דוד רותם, יו"ר
ועדת החוקה, חוק ומשפט
הכנסת
ירושלים

פקס: 02-6753199

ח"כ רותם הנכבד,

הגדון: חוק החברות (תיקון 12) – בעיה בנוסח ל-7.2.2011

במסגרת הדיון בהצעת החוק שבנדון מוצע, כידוע, לחוקק הוראה שתיתן בידי מניות המיעוט בחברה את זכות הוטו לגבי מינוי דירקטורים חיצוניים (תיקון סעיף 239 לחוק החברות).

המכון התנגד להצעה, הדגיש את חריגותה בנוף דיני החברות העולמי ואף הציג בפני הוועדה הנכבדה את ההשלכות של קבלת ההצעה על התחרותיות של ישראל, אשר כיום ממוקמת באחד המקומות הגבוהים ב"הגנת בעלי מניות מיעוט".

בדיון האחרון של הוועדה הנכבדה, הודגשה העובדה כי קבלת ההצעה מניחה את בעל השליטה בחברה במצב של חוסר ברירה כך שעליו להיענות למעשה לתכתיב של המיעוט ולמנות לתפקיד הרגיש של דח"צ את מי שהמיעוט רוצה במינויו. לבעיה זו לא ניתן כל פתרון, אך שיו"ר הוועדה הביע וחזר הביע את העמדה - כי במצב בו מוצעים מינויי דח"צ והמיעוט מטיל ווטו על מינויים ודורש מינוי אדם מטעמו, לא ייחשב הדבר להפרה של הוראות דיני החברות (סיום הישיבה האחרונה מיום 18.1.2011).

מכל מקום, ככל שמשרד המשפטים יעמוד על כך כי מינוי כלל הדח"צים בחברה ייעשה רק בהתקיים רוב לכך מטעם המיעוט - מחויב המציאות לוודא כי לא יוצר מצב בו המיעוט ממנה אדם הקשור באינטרסים שלו ואפילו תלוי בו - לתפקיד של דח"צ. נזכיר כי כיום אוסר חוק החברות לגבי דח"צ - כל קיום כל "זיקה" בינו לבין החברה או בעל השליטה. **משעה שניתנת למיעוט זכות ווטו - יש לדרוש כי הדח"צ יהיה בטול זיקה או תלות גם במי שממנה אותו - קרי בעלי המניות מקרב המיעוט.** כפי שאין להעלות על הדעת מצב בו דירקטור המופקד על טובת החברה יהיה בעל זיקה כלכלית לבעל השליטה או לחברה - כך אין להתיר מצב בו יהיה דח"צ בעל תלות כלכלית בבעלי מניות המיעוט או במי שמנהל עבורם את האחזקה (קרי - המשקיע המוסדי).

דוק: להצעה זו נפקות ברורה לאור העובדה כי חלק גדול ביותר ממניות המיעוט בחברות הציבוריות מנהלות על ידי "משקיעים מוסדיים" הנמנים בעצמם על משקיעים גדולים במשק. יתירה מכך: לא

אחת המשקיע המוסדי נמנה על קבוצת חברות המתחרה בחברה הציבורית בה מנהל המשקיע המוסדי את אחזקתו.

זה נוסח התיקון המתחייב בסעיף 240 לחוק החברות – התואמת את האמור לעיל:

240. (א) כדירקטור חיצוני ימונה יחיד תושב ישראל הכשיר להתמנות לדירקטור; ואולם חברה ציבורית שמניותיה או חלק מהן הוצעו לציבור מחוץ לישראל או שהן רשומות בבורסה מחוץ לישראל, רשאית למנות דירקטור חיצוני שאינו תושב ישראל.

(1א) (1) כדירקטור חיצוני ימונה מי שהוא בעל כשירות מקצועית או מי שהוא בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית, ובלבד שלפחות אחד הדירקטורים החיצוניים יהיה בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית.

(2) השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, יקבע תנאים ומבחנים לדירקטור בעל מומחיות חשבונאית ופיננסית ולדירקטור בעל כשירות מקצועית.
(ב) לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במשרתו או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל מניות בחברה במועד המינוי, או לתאגיד אחר; לענין סעיף קטן זה –

"זיקה" - קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה, למעט כהונה של דירקטור שמונה כדי לכהן כדירקטור חיצוני בחברה שעומדת להציע לראשונה מניות לציבור; השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, רשאי לקבוע כי ענינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהוו זיקה;

"תאגיד אחר" - תאגיד שבעל מניות בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא החברה או בעל מניות בה.

דברי הסבר

תיקון מס' 12 לחוק החברות מציע כי דירקטור חיצוני ימונה מעתה רק בהתקיים רוב מקרב בעלי מניות המיעוט בחברה. כפועל יוצא מכך יוכל המיעוט, אם יתקבל התיקון, לכפות על בעל השליטה מינוי דירקטור חיצוני.

החרגת קשריו של דירקטור חיצוני עם מי שאינו בעל שליטה מכללי כשרותו וכשירותו פוגע בחובתו המקורית לפעול לטובת החברה בלבד, כקבוע בסעיף 254(א) לחוק החברות: "נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה". כפועל יוצא, יהפוך תיקון מס' 12 את הדירקטורים החיצוניים לדירקטורים מטעם בעלי מניות המיעוט, הפועלים לטובתם ולא לטובת החברה.

בין השיקולים שנעלמו מעיני מנסחי התיקון בהחרגת קשרי הדירקטורים החיצוניים עם בעלי מניות המיעוט ניתן למנות את מיהות בעלי מניות המיעוט בישראל – המשקיעים המוסדיים. קבלת התיקון לא תביא לכך שדירקטור חיצוני יגן על בעלי מניות בעלי אחזקות נמוכות שאין ביכולתם להתגונן בעצמם מפני עריצות בעלי מניות הרוב ככל שזו אכן קיימת, אלא יפעל מטעם קבוצות חזקות בעלות אחזקה דומיננטית המקנה להן ממילא את הזכות והיכולת למנות דירקטורים מטעםם לדירקטוריון החברה.

באותה מידה, שיקולי תחרות גם הם לא זכו להתייחסות בתיקון מס' 12 המאפשר לגוף עסקי או לבעליו לרכוש מניות מיעוט בחברה מתחרה על מנת להשפיע על ניהולה באמצעות היכולת למנות דירקטורים חיצוניים. לאור ההצעה לתיקון סעיף 115 לחוק לפיה יהיו דירקטורים חיצוניים רוב בוועדת הביקורת, יוצא כי יכולת ההשפעה על מינוי דירקטור חיצוני אינה דבר של מה בכך כי אם כלי כבד משקל בהשפעה על ניהול החברה.

הצעת המכון הישראלי לתכנון כלכלי היא כי במידה ויתקבל התיקון המבקש להכפיף את מינוי הדירקטור החיצוני לרצונם של רוב בעלי מניות המיעוט, הרי שיש לנהוג בהם באותה מידה בה נוהגים בבעל השליטה במובן זה שתיאסר קיומה של זיקת הדירקטור החיצוני להם ויובטח מינוי של אדם שחב כלפי החברה בלבד, בהתאם לדין הקיים והמקובל.