

רשימת נסיבות לבחינת פגם במהימנות גופים מפוקחים ע"י הרשות

רקע

רשות ניירות ערך (להלן - "הרשות") מסדירה את פעילותם של גורמים שונים בשוקים הפיננסיים (להלן - "גופים מפוקחים"). הרשות מפקחת על תקינות פעילותם של הגופים המפוקחים על מנת לשמור על ענייניו של ציבור המשקיעים וכספי הציבור. בין גופים אלה ניתן למנות את מנהלי קרנות הנאמנות, מנהלי התיקים, יועצי ההשקעות ואחרים.

כחלק מהרגולציה של הרשות כגוף מפקח, עוסקת היא בבחינת הכשירות והמהימנות (FIT AND PROPER) של חלק ניכר מהגורמים המפוקחים על ידה או מבקשי אישור הפעולה ממנה (רישיון, רישום, היתר וכו', כולם יכוננו להלן לשם הנוחות - "היתר"). זאת, על דרך של בחינת התקיימות זדשות אלה במבקש או בפעיל בעצמו, או על דרך של בחינת התקיימותן בגורמים אחרים הקשורים אליו, למשל - בעלי היתר שליטה בו, נושאי משרה בו וכיו"ב.

בקביעת המחוקק כי על הרשות לבחון את סוגיות המהימנות ביחס לחלק ממפוקחיה יצר הוא למעשה למקצועות מסוג זה, רף כניסה ערכי גבוה וסטנדרט פעילות ויושרה שנועדו להבטיח שמירה על כספי הציבור.

כפי שיוצג להלן, הרשות עשויה להידרש לבחינת המהימנות הן בשלב מתן ההיתר והן בשלב בחינת נטילתו, בדרך של ביטול היתר קיים או התלייתו (להלן יכוננו ביחד - "נטילת היתר").

לאחרונה פורסם חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010 (להלן - "חוק אכיפה מנהלית"). מטרתו העיקרית של חוק הינה לכונן את הליך האכיפה המנהלית, כשלצדו נערכו תיקונים נוספים שמטרתם שיפור ההגנה על ציבור המשקיעים בניירות ערך, בעלי היחידות בקרנות הנאמנות והלקוחות של בעלי ההיתרים. במסגרת חוק אכיפה מנהלית הובהרה סמכות הרשות בכל הנוגע לאי מתן היתר בשל גילוי של פגם במהימנות כמו גם נטילתו של היתר שניתן, עקב גילוי פגם כאמור.

בבואה לתת היתר, הוסמכה הרשות בחוק לשקול את מהימנות המבקש, מבלי ששיקול דעתה הותווה בסעיפי החוק. לעומת זאת, בעת נטילת ההיתר, תוחם החוק את שיקול דעתה של הרשות באופן שיתואר להלן.

הרשות הוסמכה לבטל היתרים בשל פגם במהימנות, לרבות פגם במהימנות של גורמים קשורים, כפי שיפורט להלן, אך נקבע כי נטילה כאמור תעשה על בסיס רשימת נסיבות שיש בהן כדי להעיד על פגם במהימנות, אשר לאורה, ולאורה בלבד, תבחן הרשות הכרעה כאמור. לשם כך, נדרשה הרשות לקבוע ולפרסם רשימת נסיבות שהתקיימותן מהווה ראיה לכאורה לפגם אפשרי

במהימנות¹. פרסומה של רשימה זו יסייע ביצירת בהירות באשר לאופן בו תפעיל הרשות את שיקול דעתה במקרים אלה.

בחינת המהימנות נעשית ביחס לכל אלה²:

1. מנהל קרן, לרבות בחינת מהימנות של בעל שליטה בו וכן של נושאי משרה במי מהם³, לפי סעיף 15(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד – 1994 (להלן – "חוק השקעות משותפות").
2. נאמן לקרן, לרבות בחינת מהימנות של בעל שליטה בו וכן של נושאי משרה במי מהם, לפי סעיפים 9(א) ו-10א לחוק השקעות משותפות.
3. בעלי רישיון⁴, לרבות בחינת מהימנות של בעל שליטה בתאגיד בעל רישיון וכן של נושאי משרה⁵ בתאגיד בעל הרישיון או בבעל השליטה בו - לפי סעיף 10(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, שיווק השקעות וניהול תיקי השקעות, התשנ"ה – 1995 (להלן – "חוק הייעוץ").
4. בעל היתר שליטה במנהל קרן⁶ או נושא משרה בו, לפי סעיף 23ד לחוק השקעות משותפות⁷.

¹ בחלק מן החיקוקים מדובר בראיה לכך שהגורם המורשה אינו ראוי לשמש בעל רישיון. נייר זה יתייחס לשניהם כאחד.

² פרט למנויים ברשימה להלן יש להזכיר גורמים נוספים, אשר ביחס אליהם הוצע במסגרת תיקוני חקיקה שטרם הושלמו או שטרם נכנסו לתוקף, לקבוע הסדרי מהימנות דומים:

- חברות מנהלות זירות סוחר (וכן בעלי שליטה בהן ונושאי משרה בהן או בבעלי השליטה בהן), לפי חוק ניירות ערך (תיקון מס' 42), התש"ע-2010 שפורסם בתאריך 15 ביוני 2010. כניסתו לתוקף של החוק מותנית בפרסום תקנות מכוחו. התקנות מונחות על שולחן וועדת הכספים של הכנסת לאישורה;
- נאמנים לתעודות התחייבות לפי הצעת חוק ני"ע (תיקון מס' 48) (תעודות התחייבות), התשע"ב-2011 (וכן בעלי שליטה בהם ונושאי משרה בהם או בבעלי השליטה בהם). התיקון אושר בקריאה ראשונה ביום 21 בנובמבר 2011;
- בנוסף, מוצע הסדר דומה ביחס לחתמים (וכן בעלי שליטה בהם ונושאי משרה בהם או בבעלי השליטה בהם) לפי ההצעה לתיקון תקנות ני"ע (חיתום) (תיקון מס' ...) התשע"ב – 2011. למעשה הדרישה מוחלטת בתקנות המוצעות בעקיפין גם על המפיצים בהתאם לתקנות האמורות, או לפחות על חלק ניכר מהם (זאת משום שהצעת תיקון תקנות החיתום מציעה לשנות את תנאי הכשירות למפיץ כך שהחלופה המרכזית של תנאי הכשירות הקבועים בה "רשאי לשמש כחתם" תשונה ל- "הוא רשום במעמד פעיל במרשם החתמים").

³ "נושא משרה" מוגדר לפי סעיף 1 לחוק השקעות המשותפות "נושא משרה בכירה כהגדרתו בחוק ניירות ערך, וכן לגבי מנהל קרן – חבר ועדת השקעות כהגדרתה בסעיף 20(א), ולגבי נאמן – מי שממונה בנאמן על מילוי חובות הנאמן ותפקידיו כאמור בסעיף 78".

⁴ ביחס לבעלי רישיון יחידים נדרש אישורו של מותב וועדת האכיפה המנהלית (לפי סעיף 10(א)2 לחוק הייעוץ) לשם נטילת רישיון או התלייתו עקב פגם במהימנות. החלטת המותב גם היא נשענת על האמור ברשימה זו. לשם יעילות הדיון, הרשות רשאית להורות כי המותב יחליט, במסגרת הליך כאמור בסעיף 10(א)2 גם לעניין ביטול או התליית הרישיון של תאגיד מורשה שבשמו פועל יחיד בעל רישיון, אם מצאה כי התקיימו נסיבות המנויות ברשימה לפי סעיף 10(א)4 המעידות הן על פגם במהימנותו של היחיד כאמור והן על פגם במהימנותו של התאגיד שבשמו פועל היחיד.

⁵ הגדרת "נושא משרה" בחוק הייעוץ מפנה להגדרת המושג בחוק החברות: "נושא משרה" - מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי.

⁶ היה בעל היתר השליטה תאגיד, תיבחן אף מהימנותו של היחיד שהוא בעל השליטה בבעל היתר.

⁷ יוצא אם כן, שבחינת המהימנות של בעל השליטה ושל נושאי משרה בו, עשויה לבוא לעולם הן אגב בחינת האישור הניתן למנהל הקרן כאמור בסעיף 1 והן אגב שקילת היתר הניתן לבעל השליטה עצמו כאמור בסעיף זה (וכן בעת שקילת ביטולם של אלה).

בנוסף, קיימת בחוקים השונים חובת הודעה של הגורמים אשר ביחס אליהם נבחנת המהימנות, בדבר פגם במהימנות לכאורה שנפל בהם.⁸

רשימת נסיבות זו תשמש ביחס לכל אחד מהמנויים ברשימה דלעיל.

כללי -

הבחינה לפי החוקים האמורים נעשית ביחס לגוף המפוקח עצמו וכן ביחס לגורמים אחרים הקשורים לפעילותו של הגורם המפוקח עצמו, הכל כפי שפורט לעיל (נושאי משרה, המשתתפים בקבלת החלטות השקעה וכיו"ב). אולם, באותם מקרים בהם סמכות הרשות ליטול היתרים מוגבלת לגורם המפוקח בלבד⁹ בחינת מהימנותם של הגורמים הקשורים הללו נעשית לצורך בחינת השאלה האם ליטול היתרו של הגורם המפוקח עצמו, ולא כפעולה ישירה אל מול הגורם שלגביו נבחנת המהימנות.

ברור כי נודעת חשיבות לתפקידו של היחיד שלגביו נבחנת המהימנות לשם בחינת כשירות הגוף המפוקח. ככל שמדובר בתפקיד בכיר או מרכזי יותר, כך לפגם במהימנות שנמצא ביחיד נפקות גדולה יותר לבחינת התקיימות תנאי המהימנות בגוף המפוקח; ככל שנטילת היתר של תאגיד מפוקח נבחנת לאור פגם במהימנותו של נושא משרה בו, תיבחן מידת השפעתו של נושא המשרה על פעילות התאגיד מחד, ומידת אחריותו של התאגיד לפעולה זו ככל שבוצעה במסגרת תפקידו בתאגיד מאידך.

במכלול השיקולים יינתן משקל לזכויות יסוד של המפוקח; כנגד עצמת הפגיעה במהימנות בהתאם לנסיבות דלעיל, יינתן משקל לרמת הפגיעה בחופש העיסוק וזכויות הקניין הטמונה בנטילת היתר, תוך הבחנה בין הפגיעה בנטילת היתר מיחיד לעומת נטילת היתר מתאגיד.¹⁰

בכל מקרה של התקיימות אחת או יותר מהנסיבות, יילקחו בחשבון שיקולים נוספים ובהם מרחק הזמן בין המעשים לבין מועד הבחינה¹¹, אופן התנהלות הגורם המפוקח במהלך התקופה שחלפה, ומידת ההשפעה הצפויה של המעשה ושל תגובת הרשות על שוק ההון, אמון הציבור בו בכלל, ובגורמים שמנהלים את כספי הציבור בפרט.

הנסיבות המפורטות ברשימה הן אירועים אשר התקיימותם מהווה סיבה לבחון קיומה של פגיעה במהימנות המפוקח. התקיימות הנסיבות לא תוביל בהכרח להחלטה כי נפל פגם

⁸ לעניין זה, ראו סעיפים: 9א, 13א, 23ב, 23ב1 לחוק השקעות משותפות; סעיף 27(ג) לחוק הייעוץ.

⁹ כך למשל, כאשר נבחנת מהימנותו של נושא משרה בחברת ניהול תיקים, מכיוון שהרשות אינה מאשרת העסקתו של גורם זה או אחר כנושא משרה בחברה, אזי קביעה כי נפל פגם במהימנותו של זה, יש בה כדי להשפיע, במקרים מסוימים, על מהימנות חברת ניהול התיקים ואולם אין היא מאפשרת פעולה ישירה מול נושא המשרה (להבדיל מבחינת ביצוע הפרות על ידו לדוג'); מנגד - כאשר מדובר בבעל היתר שליטה במנהל קרן למשל - בחינת בעל השליטה רלוונטית הן לבחינת נטילת היתר מנהל הקרן והן לבחינת נטילת היתר השליטה באופן ישיר (ראו לעניין זה הערת שוליים 6 לעיל).

¹⁰ ושני אלה, לעומת נטילת היתרי שליטה, אשר אינה נתפסת כפגיעה בחופש העיסוק.

¹¹ למרות זאת, בנסיבות בהן הבחינה מתארכת (כמו למשל כאשר חקירה מתארכת), או בנסיבות בהן הרשות מצאה לנכון להמתין לתוצאות הליך כלשהו, יינתן לחלוף הזמן לכשעצמו משקל מועט.

במהימנות, ובוודאי שלא תגרור אחריה באורח אוטומטי הכרעה לפיה נפל פגם המצדיק נטילת היתר. הנסיבות המנויות ברשימה הינן אך בסיס להפעלת שיקול דעת הרשות לעניין זה¹².

בבחינת המהימנות תינתן זכות שימוע לגורם המפוקח ולא בכל מקרה יגרום קיומה של אחת או יותר מהנסיבות לנטילת היתר. באופן טבעי, לא כל הנסיבות שוות משקל; חלק מן הנסיבות הכלולות ברשימה הן מטיבן חמורות יותר מן האחרות מבחינת מהותן, נסיבותיהן והזיקה שלהן לפעילות המפוקחת. כן ייתכן, כי במקרים שונים, תיחס הרשות לאותה נסיבה משקל שונה, בהתאם למהותיותה במקרה המסוים. ולבסוף, ייתכן שמשקלן המצטבר של מספר נסיבות או של התקיימות הנסיבות בקרב מספר גורמים, יביא לתוצאה אחרת מאשר כל אחת מהן בפני עצמה.

יובהר, כי בחינת המהימנות נעשית במסגרת הליך מנהלי שמטרתו להגן על תקינות הפעילות בשוק ההון ועל ענייניו של ציבור המשקיעים בו, הליך אשר אינו מותנה בקיומו של הליך פלילי או בתוצאותיו (ככל שקיים כזה).

בשולי הדברים, נזכיר כאן רשימה הצהרתית נוספת שפרסמו באופן משותף שלושת הרגולטורים המרכזיים המסדירים את הפעילות בשוק ההון הישראלי- רשות ניירות ערך, הפיקוח על הבנקים ואגף שוק ההון ביטוח וחסכון במשרד האוצר¹³. הרשימה המשותפת הנזכרת הינה הצהרתית, ואין מקורה בחיוב או הסמכה מפורשים בדין. הרשימה פורסמה מתוך תפיסה כי ראוי לתת מידה מסוימת של בהירות בנוגע לפרמטרים המשמשים את שלושת הרגולטורים בעת שהם בוחנים את שאלת המהימנות של המפוקחים השונים. לשיתוף פעולה זה ולרשימת הנסיבות המשותפת שהוא הוליד נודעת חשיבות מיוחדת נוכח העובדה שבתי ההשקעות הגדולים כמו גם הבנקים, מפוקחים לא אחת על ידי יותר מרגולטור אחד, כאשר כל אחד מהרגולטורים בוחן ענף פעילות מסוים של המפוקח וביחס לכולם כמעט קובע הדין דרישת מהימנות.

יחד עם זאת, הרשימה המחייבת לעניין הגורמים המפוקחים על ידי הרשות, אשר פורטו לעיל, היא רשימה זו והיא בלבד.

מובהר בזאת, כי שימוש בסמכות הרשות נשוא נייר זה, שמור למקרים בהם הבחינה האמורה תעלה, כי מדובר בהתנהגות שננקטה תוך סטייה מהותית מאופן ההתנהגות הראוי או שלהתנהגות השפעה חמורה בשל היקף הנזק שנגרם או שעלול היה להיגרם בעקבותיה. משמע, למקרים בהם ההתנהגות האמורה מקימה חשש לפגיעה עתידית בעניינו של ציבור המשקיעים, ומשכך מצדיקה בחינת נטילת היתר.

¹² כך לדוגמה לא כל פירוק או פשיטת רגל יהיו עילה לנטילת היתר בשל פגם במהימנות; נדרש יהיה לבחון את הנסיבות שהביאו לפירוק או לפשיטת הרגל ואת התנהלות הגורם המפוקח בהקשר זה.

¹³ רשימה זו, פורסמה באתרי האינטרנט של הרגולטורים ובעיתונות בדצמבר 2010.

להלן רשימת נסיבות שעשויות להעיד על פגם במהימנות, בכפוף לבחינת הרשות¹⁴:

- (1) הרשעה בעבירה, הגשת כתב אישום או חקירה פלילית בקשר עם ביצוע עבירה;
- (2) קביעה כי בוצעה עבירת משמעת¹⁵, הגשת כתב טענות משמעותי או פתיחה בהליך לחקירת ביצועה של עבירה כאמור;
- (3) הטלת אמצעי אכיפה מנהליים, לרבות הטלת עיצומים כספיים, הוצאת דרישה לתשלום עיצום כספי או כתב טענות מנהלי או פתיחת בירור מנהלי בקשר עם ביצוע הפרה¹⁶;
- (4) התקשרות בהסדרים מנהליים החלופיים בטיבם להגשת כתב אישום או ניהול הליך מנהלי, כגון תשלום כופר, צו מוסכם או התקשרות בהסכם להפסקת הליכים מותנית, בשל ביצוע של עבירה או הפרה¹⁷;
- (5) שלילת היתר בשל פגם במהימנות - שלילת רישיון, סירוב לקבלת היתר או מניעת עיסוק במקצוע או בתחום כלשהו עקב פגם במהימנות, בין אם ההיתר ניתן עפ"י דין או ע"י איגוד מקצועי;
- (6) ממצאים בהליכים משפטיים אזרחיים בדבר הפרה שנקבעו בהליך אשר במסגרתו ניתנה למפוקח האפשרות להציג את עמדתו - בין כצד בהליך ובין באופן אחר (כגון מתן עדות או תצהיר בבית המשפט);
- (7) ממצאי ביקורת ותלונות לקוחות - ממצאי ביקורת הרשות, גורם פיקוח אחר, מבקר עצמאי, מבקר פנימי¹⁸, ממצאי מערך האכיפה הפנימית או תלונות מצטברות של לקוחות - הכל בעניינים מהותיים ובתנאי שנמצאו מבוססים;
- (8) פיטורין בעקבות גילוי ממצאים המעידים על התנהגות לא נאותה לכאורה, כאשר יש להם זיקה לפעילות המפוקחת על ידי הרשות ובתנאי שנמצאו מבוססים;
- (9) פירוק בשל חדלות פירעון, הכרזה כפושט רגל או אי עמידה בהתחייבויות כלכליות מהותיות הקשורות בתחום העיסוק המפוקח.

ברשימה זו, "עבירה" או "הפרה" - עבירה או הפרה לפי חוקי ני"ע או עבירה או הפרה כלכלית אחרת אשר מפאת מהותה, חומרתה ונסיבותיה אין אדם ראוי להיות בעל היתר (לרבות גניבה, שוחד, זיוף, הונאה וכיו"ב), ולרבות עבירת משמעת, והכל בין בארץ ובין בחו"ל.

¹⁴ בכל מקרה בו קבעה הרשות כי נפל פגם במהימנות, לאור קיומו של הליך ביניים כלשהו (כגון פתיחה בבירור או בחקירה, הגשת כתב טענות מנהלי או כתב אישום וכדומה), וההליך האמור הסתיים ללא קביעת אשמה, מכל סיבה שהיא, יביא הדבר לבחינה חוזרת של ההחלטה שנתקבלה במישור המהימנות [משמע - הגורם המוסמך להחליט בשאלת המהימנות - הרשות/ וועדת הרישיונות/ מותב וועדת האכיפה המנהלית - יבחן האם הנתון החדש (ההחלטה שלא להגיש כתב אישום, הזיכוי וכיו"ב) משנה את ההחלטה שנתקבלה קודם לכן].

¹⁵ עבירת משמעת הינה עבירת משמעת מכוח חוק (לפי החוק עצמו או לפי הסדרת משנה מכוחו, כגון לפי תקנון הבורסה, עבירת משמעת לפי כללי לשכת עורכי הדין וכדומה).

¹⁶ בהמשך לאמור בה"ש 14 לעיל, החלטה הנוגעת לפגם במהימנות תיפקע בדרך כלל בסיומו של הליך אכיפה מנהלי, המבוסס על אותן נסיבות.

¹⁷ יובהר, כי ככל שמדובר בהסדר אכיפה בו התקשרה הרשות עם מי ממפוקחיה, לא יהווה ההסדר נסיבה בפני עצמו לבחינת מהימנות. עם זאת, עשוי ההסדר להיות רכיב התומך או משלים למסקנות בחינת מהימנות שהתקיימה לאור נסיבה אחרת.

¹⁸ יש לציין כי אין בנסיבה זו בכדי לשנות את היקף חובת חשיפת מידע הנוגע לביקורת פנים.

פרסום מחייב, תחילה ותחולה-

רשימה זו היא רשימת הנסיבות המחייבת. עם זאת יוזכר, כי הרשות רשאית להוסיף או לגרוע מן הרשימה מעת לעת. הודעה על פרסום הרשימה, כל שינוי בה ובמועד תחילתה, תפורסם ברשומות.

כקבוע בלשון הסעיפים המסמיכים שפורטו בנייר זה, הרשימה נכנסת לתוקף בחלוף 30 ימים מיום הפרסום. כן נקבע כי כל שינוי ברשימה, לא יחול על הליך תלוי ועומד¹⁹.

¹⁹ סעיף 10(א) לחוק הייעוץ; סעיפים 10א(ב), 15(א) ו- 23ד(ב) לחוק השקעות משותפות.