



רשות ניירות ערך

מחלקת ביקורת והערכה

דוח ריכוז ממצאים בנושא תגמולים לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה

יוני 2020

הקדמה

מחלקת ביקורת והערכה בשיתוף עם מחלקת תאגידיים ("סגל הרשות") ערכה ביקורת רוחב בנושא תגמולים לבעלי שליטה, לקרוביהם¹ ולמנכ"ל החברה, בארבעה תאגידיים מדווחים (בהתאמה, "הביקורת" ו-"חברות המדגם").

במסגרת הביקורת נבחנו התגמולים שניתנו לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה בתקופה מיום 1.1.2017 ועד ליום 31.12.2018 ("תקופת הביקורת"), לעניין אישורם בהתאם להוראות הדין, התאמתם להסכמי ההתקשרות והסכמי העסקה וכן לעניין הגילוי שניתן אודותיהם.

דוח ריכוז ממצאים זה מפרט מספר סוגיות מרכזיות שעלו במסגרת הביקורת וזאת במטרה לשקף בפני תאגידיים מדווחים את עמדות סגל הרשות בכל הנוגע לסוגיות אלה.

רקע

לאורך השנים נקבעו מנגנונים בחוק החברות אשר נועדו להתמודד עם בעיית הנציג ועם החשש כי מנהלי החברה ובעלי השליטה בה ינצלו את כוחם לרעה וישתמשו במשאבי החברה לטובתם האישית. הסדרי אישור התגמול כאמור מקטינים משמעותית חששות אלו, אולם אינם מבטלים לחלוטין, בין היתר, היות שלחברות נותר מרחב תמרון מסוים באופן יישום ההסדרים.

כך לדוגמה, בשנת 2011 נכנס לתוקפו תיקון 16 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 ("תיקון 16" ו-"חוק החברות") אשר אימץ את המלצות הוועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי (המכונה "ועדת גושן"). מטרתו של תיקון 16 הייתה, בין היתר, לעגן הוראות המחזקות את כוחם של בעלי מניות המיעוט ואת עצמאות הדירקטוריון וועדת הביקורת בכל הנוגע לעסקאות עם בעל שליטה או עסקאות שלבעל השליטה יש עניין אישי באישורן, כהגדרתן בהוראות הדין. בהקשר דומה, בשנת 2012 נכנס לתוקפו תיקון 20 לחוק החברות ("תיקון 20"), אשר מסדיר את תגמול הבכירים בחברות ציבוריות ובחברות אג"ח. תיקון 20 חייב את החברות, בין היתר, לקבוע מדיניות תגמול שתסדיר את הקווים

¹ תגמולים - כהגדרתם בתקנה 21(ג) לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), תש"ל-1970; בעלי שליטה - כהגדרתם בסעיף 268 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 ("חוק החברות"); קרוביהם - כהגדרתם בסעיף 1 לחוק החברות.

המנחים לקביעת תנאי כהונתם והעסקתם של נושאי משרה בחברה וביניהם מנכ"ל החברה, בעל השליטה וקרוביו המכהנים כנושאי משרה בחברה; להביא את מדיניות התגמול לאישור האסיפה הכללית ברוב מיוחד (מקרב מי שאינו בעל עניין אישי באישור העסקה); להביא את תנאי כהונתם והעסקתם של נושאי המשרה בחברה, לרבות בעל שליטה המכהן כנושא משרה, לאישור ועדת התגמול (אם בעל שליטה - זאת בנוסף לקבלת אישור הדירקטוריון והאסיפה הכללית ברוב מיוחד); וכן להביא את תנאי כהונתו והעסקתו של מנכ"ל החברה, ושל נושאי משרה אחרים - אם הם חורגים ממדיניות התגמול, לאישור האסיפה הכללית ברוב מיוחד.

הוראות אישור התגמולים לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה והגילוי, מנויות, בין היתר, בחוק החברות, תקנות החברות (הקלות בעסקאות עם בעלי ענין), תש"ס-2000, תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), תש"ל-1970, תקנות ניירות ערך (עסקה בין חברה לבין בעל השליטה בה), תשס"א-2001 ותקנות ניירות ערך (דוחות כספיים שנתיים), תש"ע-2010.

ממצאי הביקורת

1. היעדר אישור האסיפה הכללית את ההסכם למתן שירותים על ידי החברה לבעלי השליטה בחברה

סעיפים 270(4) ו-275(א) לחוק החברות קובעים, בין היתר, כי **עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה עניין אישי, טעונה את האישורים של הבאים: ועדת הביקורת, דירקטוריון החברה, ואסיפת בעלי המניות ברוב מיוחד** (מקרב מי שאינו בעל עניין אישי באישור העסקה). **'עסקה חריגה'** מוגדרת בסעיף 1 לחוק החברות כ"עסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה, עסקה שאינה בתנאי שוק או עסקה העשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה".

בשנת 2017 התקשרה אחת מחברות המדגם בהסכם עם בעלי השליטה בה, לפיו **החברה** תספק לפעילותם הפרטית ולפעילות חברות פרטיות בשליטתם שירותי מזכירות ומשרד, שליחויות, הנהלת חשבונות, שירותים כלכליים וכן שירותים משפטיים ("**הסכם השירותים**").

הסכם השירותים כאמור אושר על ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון כעסקה **לא חריגה** עם בעל שליטה וזאת, בין היתר, כיוון שקבעו כי הסכם השירותים הינו במהלך העסקים הרגיל של החברה. זאת, על אף שהשירותים האמורים אינם מהווים חלק מהשירותים המסופקים על ידי החברה ללקוחותיה כחלק מליבת העסקים של החברה.

תגובת החברה

לדעת החברה מדובר בעסקה שהינה במהלך העסקים הרגיל של החברה ולפיכך אינה עסקה חריגה ואישורה במוסדות החברה בוצע כדין - עמדה זו מבוססת גם על ייעוץ משפטי שניתן לחברה. הקביעה כי ההתקשרות בהסכם השירותים נעשתה במהלך עסקים רגיל, התבססה בין היתר על רקע בחינת התקיימותן במקרה הנדון של אינדיקציות רבות שהוזכרו בפסיקת בתי המשפט בישראל, לרבות -

(א) העובדה כי מזה שנים רבות מעניקה החברה באופן שיטתי, שוטף ורציף שירותי מטה בתשלום;

(ב) העובדה שהשירותים מוענקים גם לצדדים שלישיים שונים ובכלל זה לחברות בנות ונכדות

של החברה, וכן לצדדים שלישיים בלתי קשורים לקבוצה שהינם שותפים עסקיים של החברה בפרויקט מסוים ואשר נעשים בתמורה מלאה, כחלק או במסגרת הפרויקטים אשר מבצעת החברה, ומשכך ניתן לראות בהם ככרוכים בפעילותה העסקית השוטפת של החברה. לעמדת החברה אין ספק כי עסקאות אלו הינן חוזרות, במסגרת פעילותה השוטפת ואין החברה הייתה מחויבת בביצוען ;

(ג) אין מדובר בעסקה בתחום פעילות חדש לחברה והעסקה אינה משנה את פעילות החברה ולא משיתה עליה צורך בהערכות מיוחדות או העמדת אמצעים שאינם משמשים אותה במהלך עסקיה הרגיל, וכן – העסקה אינה בהיקפים חריגים.

לעמדת החברה מבחן "ליבת העסקים" מהווה רק אחד מבין מספר מבחני עזר שצוינו בספרות ובפסיקה לצורך סיווג עסקאות שאינן במהלך עסקים רגיל. אין מדובר במבחן בלעדי אלא מבחן עזר, אחד מבין מספר מבחנים, המהווה אינדיקציה בלבד. לאור האמור החברה בעמדה כי לא נפל כל פגם באופן סיווג ואישור העסקה. יצוין בהקשר זה כי מידי שנה בוחנת ועדת הביקורת של החברה את אופן יישומו של הסכם השירותים בפועל וכי מידי שנה ועדת הביקורת אישרה את אופן יישומו של ההסכם, כמו גם את קביעתה שההסכם הינו בהיקפים זניחים לפעילות החברה.

עמדת סגל הרשות

סגל הרשות סבור כי על מנת לבחון האם הסכם השירותים מהווה חלק ממהלך העסקים הרגיל של החברה יש לבחון האם עסקה למתן שירותי ניהול כאמור מהווה חלק מליבת העסקים של החברה. לשם כך יש לבחון האם החברה מתקשרת בעסקאות מסוג זה באופן תדיר, נשנה ונמשך אל מול צדדים שלישיים כדבר שבשגרה.

לעמדת סגל הרשות, בשים לב לתחום פעילותה של החברה, מתן שירותי מטה כאמור לעיל אינם מאפיינים את פעילות החברה בשגרה ואינם חלק מליבת עסקיה.

אומנם החברה תיארה מספר התקשרויות נוספות בעסקאות למתן שירותי מטה, אך אין מדובר בעסקאות העומדות בפני עצמן אלא בעסקאות נלוות לשירותים נוספים אותם מעניקה החברה לפרויקטים משותפים בהם התקשרה. על כן, ספק אם מדובר בעסקאות הנעשות באופן חוזר ושגרתי במהלך פעילותה השוטפת של החברה, וכי החברה תעניק שירותי מטה כאמור גם לצדדים בלתי קשורים. לפיכך, עמדת סגל הרשות היא כי הענקת שירותי מטה על-ידי החברה אינה חלק ממהלך העסקים הרגיל שלה.

עוד יצוין כי עצם העובדה שמדובר לטענת החברה בעסקה זניחה, איננה פוטרת כשלעצמה מאישור האסיפה הכללית, שכן האמור מהווה עמידה רק בתנאי אחד להגדרת עסקה כעסקה שאיננה חריגה בהתאם לחוק החברות – עסקה שלא עשויה להשפיע באופן מהותי על רווחיות החברה, רכושה או התחייבויותיה.

לפיכך לעמדת סגל הרשות, מדובר בעסקה שאינה במהלך העסקים הרגיל של החברה וככזו מהווה עסקה חריגה של החברה הציבורית עם בעלי השליטה שנדרש היה לאשרה בהתאם לקבוע בסעיף 275 לחוק החברות.

בהמשך לביקורת ולנוכח העובדה שהחברה חולקת על עמדת הרשות בנושא זה פרסמה החברה את עמדת סגל הרשות כאמור ותגובתה במסגרת הדוח התקופתי לשנת 2019.

2. תוספת ימי חופשה תמורת עבודה בימי שישי ופדיונם

בתיאור הסכמי העסקה של אחת מחברות המדגם, שנחתמו עם בעלי השליטה בחברה צוין כי בעלי השליטה יהיו זכאים לשכר חודשי קבוע, אשר כולל את כלל התשלומים שהיו זכאים לקבלם אילו לא הועסקו בהתאם להסכם העסקה שנחתם, "לרבות התשלום עבור שעות נוספות, כונוניות, פרמיות, קריאות פתע וכן כל הרכיבים והתשלומים החודשיים והשנתיים כגון: תוספות השכר ותוספות לשכר...".

מהביקורת עלה שבעלי השליטה בחברה נוהגים לנצל ימי חופשה במהלך השבוע (ימים א'-ה') ולאחר מכן להמיר את ימי החופשה בימי עבודה שבוצעו על ידם בימי שישי, כך שלמעשה מספר ימי החופשה המנוצלים לא פחת. כמו כן, נהגו בחברה בסוף השנה לפדות את יתרת ימי החופשה שלא נוצלו על ידי בעלי השליטה ובכללם גם ימי החופשה שנוצלו והומרו בימי עבודה בשישי. לנוכח האמור עלה ספק האם הנוהג של המרת יום חופש שמומש באמצע השבוע (ימים א'-ה) ביום עבודה ביום שישי, תוך צבירתם ופדיונם עולה בקנה אחד עם הסכמי העסקתם של בעלי השליטה שאושרו ידי אורגני החברה.

עמדת סגל הרשות

כפי שצוין לעיל, בהתאם להסכמי העסקה שנחתמו ותוארו במסגרת התשקיף, בעלי השליטה בחברה זכאים לשכר בעלות חודשית הכוללת תגמול עבור כלל עבודתם². על פניו, מההסכמים המתוארים בתשקיף עולה כי מדובר בהסכמי העסקה גלובליים הכוללים תשלום בגין כלל ימי עבודתם, לרבות ימי שישי כאשר חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל עליהם.

לפיכך, החלטת החברה להמיר ימי חופשה שנוצלו בפועל על ידי בעלי השליטה בימי עבודה בימי שישי, תוך צבירתם ופדיונם של ימי החופשה במועד מאוחר יותר מהווה לכאורה תוספת שכר מעבר למה שנקבע ותואר במסגרת התשקיף.

לנוכח האמור, לעמדת סגל הרשות נראה כי פדיון ימי חופשה שנצברו בגין עבודה בימי שישי חורגת מהסכמי העסקה שאושרו ומהגילוי שניתן בתשקיף החברה אשר על בסיסו התקבלה החלטת ההשקעה בניירות הערך של החברה.

תגובת החברה

נוכח הספק שהתעורר כי הנוהג האמור אינו עולה בקנה אחד עם הסכמי העסקה שאושרו על ידי אורגני החברה, החברה ביטלה את הנוהג כאמור ואף הוחלט שבעלי השליטה ישיבו את הכספים ששולמו להם בגין ימי החופשה שנצברו לזכותם בגין עבודתם בימי שישי. גילוי בנוגע לאמור ניתן במסגרת הדוח התקופתי לשנת 2019.

3. אופן חישוב המענק לבעל השליטה

בהתאם להסכמי העסקה של בעלי השליטה, באחת מחברות המדגם, המענק השנתי לו זכאים בעלי השליטה מוגדר כלהלן: "הרווח השנתי מפעילויות נמשכות (לאחר מיסים), בהתאם לדוחותיה הכספיים השנתיים המאוחדים והמבוקרים של החברה, לפני מענקים לנושאי משרה

² במסגרת הסכמי העסקה שנחתמו עם בעלי השליטה, שלא כל פרטיהם תוארו במסגרת התשקיף, צוין: "לרבות שעות נוספות, כונוניות, פרמיות, קריאות פתע וכן כל הרכיבים והתשלומים החודשיים והשנתיים כגון: תוספות השכר ותוספות לשכר...".

בחברה. " עם זאת, המענק חושב בהתבסס על הרווח המיוחס לבעלים חלף הרווח המאוחד.

תגובת החברה

תחשיב המענק אכן צריך לקחת בחשבון גם את חלק הרווח המיוחס לבעלי זכויות שאינן מקנות שליטה, אשר לא נלקח בחשבון נוכח טעות טכנית. במקרה של החברה, השפעת הטעות על המענק המצטבר לאורך השנים (בחלקן שולמו כספים ביתר ובחלקן בחסר) הייתה שבעלי השליטה קיבלו תשלום נמוך מהמגיע להם על פי הדין בסכום לא מהותי. לנוכח האמור, שולמו סכומים בהיקף לא מהותי לבעלי השליטה, וניתן על כך גילוי במסגרת הדוח התקופתי לשנת 2019.

עמדת סגל הרשות

על החברה להקפיד לחשב את התגמולים בכלל, והמענקים להם זכאים בעלי השליטה בפרט, בהתאם להסכמי העסקה שנחתמו ואושרו בהתאם להוראות הדין. בהקשר זה יצוין כי חישוב המענק בהתבסס על הרווח השנתי המאוחד, יכול שישפיע, כמו במקרה דנן, בחלק מהשנים על הקטנת המענק ובחלק על הגדלתו. כמו כן, על החברה לפעול בעקביות לעניין אופן חישוב המענק השנתי על פי הרווח השנתי המאוחד מכאן ואילך.

* * *