

Israel Shimonov
Oren Elkabetz
Jonathan Robinson
Nir Cohen Sasson
Dudi Berland
Igor Katz
Liron Azriel
Corinne Bitton
Ran Felder
Barak Baruch
Eyal Natanian
Maayan Blumenfeld
Benjamin Ben Zimra
Asaf Ohayon
Nadav Katz

מגדל רוגובין תדהר, קומה 23, דרך מנחם בגין 11, רמת גן 5268104
Rogovin Tidhar Tower, 23rd fl.
11 Menachem Begin Rd., Ramat Gan 5268104
טל: 972-3-6133355 פקס: 972-3-6111000
דוא"ל: mail@shimonov.com

www.shimonov.com

ישראל שמענוב
אורן אלקבץ
יונתן רובינזון
ניר כהן ששון
דודי ברלנד
איגור כץ
לירון אזריאל
קורין ביטון
רן פלדר
ברק ברוך
איל נתניאן
מעייני בלומנפלד
בנימין בן זמרה
אסף אוהיון
נדב כץ

רמת גן, **1921** ביולי 2016
מספרנו: 2707

לכבוד
מחלקת תאגידים
רשות ניירות ערך ("הרשות")

באמצעות מערכת המגני"א

ג.א.נ.,

הנדון: מניעת כהונת מר ברק רוזן כנושא משרה בכירה בגוף מפקח

בשם מרשתנו, ישראל-קנדה (ט.ר.) בע"מ (להלן: "החברה"), הננו פונים אליכם בפניה מקדמית כמפורט להלן:

1. רקע

1.1 ביום 14 ביולי 2014 פתחה רשות ניירות ערך בהליך מנהלי (להלן: "ההליך המנהלי") מכוח סמכות יו"ר הרשות לפי סעיף 52 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך" או "החוק") בגין הפרה לפי ס"ק (4) לחלק ג' לתוספת השביעית לחוק וזאת כנגד (בין היתר) מר ברק רוזן (להלן: "רוזן") אשר נמנה על בעלי השליטה בחברה ואשר כיהן (ונכון למועד פנייה זו עדיין, מכהן) כמנכ"ל וכדירקטור בחברה.

1.2 ביום 16 ביוני 2015 התקבלה החלטת הוועדה בהליך המנהלי לפיה בהחלטת הוועדה נחלקו חברי הוועדה לדעת הרוב של יו"ר הוועדה השופטת (בדימוס) אופיר תום ושל ד"ר סוקולר ולדעת המיעוט של ד"ר פסרמן יוזפוב. דעת הרוב הטילה על רוזן אחריות לפי ס"ק (4) לחלק ג' לתוספת השביעית לחוק (להלן: "ההפרה המנהלית" ו-"החלטת הוועדה", בהתאמה) וכן הטילה על רוזן אמצעי אכיפה כדלקמן (להלן ביחד: "אמצעי האכיפה"):

(א) עיצום כספי בסך 250,000 ש"ח בפועל, סכום זהה על תנאי;

(ב) מניעת כהונה כנושא משרה בכיר בגוף מפקח למשך 9 חודשים מיום כניסתה לתוקף של החלטת הוועדה (להלן: "מניעת הכהונה").

1.3 ביום 6 בספטמבר 2015 הגיש רוזן לבית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב יפו (להלן: "בית המשפט") עתירה מנהלית כנגד החלטת הוועדה כי התקיימה הפרה מנהלית ולחילופין – על חומרת אמצעי האכיפה של מניעת הכהונה שהוטלה על רוזן (ועליה בלבד) (להלן: "העתירה המנהלית"). ביום 23 במאי 2016 התקבל פס"ד מאת כב' השופטת רות רוזן לפיו הוחלט לדחות את העתירה המנהלית לרבות ביחס להתערבות באמצעי האכיפה שהוטלו על ידי הוועדה. ביום 30 במאי 2016 אישר בית המשפט את בקשתו של רוזן כי מניעת הכהונה תחל ביום 15 ביולי 2016 ותסתיים בתום 9 חודשים, קרי ביום 14 באפריל 2017 (להלן: "תקופת מניעת הכהונה").

1.4 לאור כישוריו וניסיונו רב השנים של רוזן כמנכ"ל החברה ולאור העובדה כי רוזן הינו חיוני והכרחי לפעילות החברה (לחברה יש תלות, בין היתר, ברוזן¹) באופן שלדעת חברי ועדת הביקורת נטרול רוזן ממעורבותו בחברה במהלך תקופה של 9 חודשים יגרום נזק לחברה ולבעלי מניותיה, החברה מגישה בקשה זו על מנת שבמהלך תקופת מניעת הכהונה, רוזן יהיה מעורב (לא כמנהל ו/או כנושא משרה ו/או כבעל תפקיד) בענייני החברה באופן שמעורבותו של רוזן לא תהווה הפרה של מניעת הכהונה.

לעניין זה יצוין, כי בתום תקופת מניעת הכהונה, רוזן ישוב לכהן כדירקטור וכמנכ"ל משותף בחברה (ביחד עם מר עופר פלדמן) בהתאם למתווה אשר פורסם על ידי החברה בדוח זימון אסיפת בעלי מניות של החברה מיום 22 ביוני 2016 (מס' אסמכתא 2016-01-064108).

2. מעורבותו של רוזן בפעילות החברה

2.1 כאמור בסעיף 1.4 לעיל, מוצע כי במהלך תקופת מניעת הכהונה רוזן יהיה מעורב בפעילות החברה, ככל שיידרש על ידי החברה, באופן המפורט להלן (להלן ביחד: "שירותי תיווך"):

א. רוזן יתווך בעסקאות נדל"ן אותם הוא יאתר עבור החברה לרבות עסקאות לרכישת קרקעות ו/או רכישה ו/או השקעה בנכסים מניבים. ו/או מכירה של אלו מהנדל"ן המפורט לעיל. בעניין זה יצוין, כי רוזן התחייב (הן בכובעו כבעל שליטה בחברה) לתיחום פעילות כמפורט בסעיף 9(2) לדוח פרטים נוספים אשר צורף לדוח תקופתי 2015) (להלן: "מנגנון תיחום הפעילות") ולפיכך כל עסקה שהינה במסגרת מנגנון תיחום הפעילות בחברה כפופה למנגנון תיחום הפעילות;

~~ב. רוזן יתווך בין שותפים אסטרטגיים, משקיעים ורוכשים לבין החברה;~~

~~ג. רוזן יפעל למכירת יחידות לרוכשים פוטנציאליים בפרויקטים קיימים ו/או עתידיים של החברה.~~

האמור בסעיף זה לעיל יקרא להלן ביחד: "הסדר מעורבותו של רוזן".

2.2 לעניין זה יודגש ויובהר כי במסגרת הסדר מעורבותו של רוזן, רוזן:

א. לא ישתתף בישיבות הדירקטוריון ו/או ועדותיו ולא ישתתף בישיבות הנהלה אלא אם תאושר נוכחותו מראש על ידי האורגן הרלוונטי לשם הצגת הנושא שעל סדר יומה של הישיבה בלבד (כגון בהצגה של עסקה חדשה בה הוא שימש כמתווך עבור החברה) ~~ו/או~~, ודוק, הוא לא ישתתף בדיון ובקבלת החלטות;

ב. לא יהיה בעל זכויות חתימה בחברה ~~ו/או בחברות המוחזקות על ידי החברה~~;

ג. לא יציג את עצמו כנושא משרה של החברה ו/או עובד של החברה – אלא כמתווך בלבד² (לפי העניין ובהתאם לסוג מעורבותו כאמור בסעיף 2.1 לעיל) בלבד – ולא יהיה מוסמך לחייב את החברה ו/או לא יציג את עצמו כמי שמוסמך לעשות כן;

ד. לא יהיה מעורב באישור דוחות מיידיים ו/או עיתיים;

ה. לא יהיה מעורב בשלב קבלת החלטות בחברה;

ו. לא יכהן כנושא משרה בכירה בחברות בנות ו/או כלולות של החברה.

לעניין זה יודגש ויובהר כי אין במתן שירותי התיווך על ידי רוזן לחברה כדי להפוך את רוזן למנהל ו/או נושא משרה בחברה ו/או נותן שירותי ניהול וייעוץ שהינו בדרג ניהולי ו/או כבעל תפקיד (אלא נותן שירותי תיווך בלבד כדוגמת צדדים שלישיים המעניקים שירותים כאמור לחברה כגון רו"ח, עו"ד, יועץ כלכלי, מתווך וכדומה).³

2.3 **היקף מתן שירותי התיווך – שירותי התיווך יינתנו לחברה על ידי רוזן על בסיס שוטף בהתאם לדרישות וצרכי החברה, כפי שיהיו מעת לעת, על בסיס שעתיד אד הוק על בסיס עסקת תיווך ספציפית.**

2.4 **תקופת ההתקשרות - תקופת ההתקשרות תהיה מיום 15 ביולי 2016 (או מועד מאוחר יותר ככל שהסדר מעורבותו של רוזן יהיה כפוף לאישורים הנדרשים על פי דין) ועד לתום 9 חודשים מהמועד האמור, קרי**

¹ בעניין זה ראה סעיף 11.8 וסעיף 20.1 לדוח תיאור עסקי התאגיד לשנת 2015 אשר צורף לדוח התקופתי של החברה לשנת 2015 (פורסם ביום 31 במרץ 2016, מס' אסמכתא 2016-01-022254).

² אין באמור לעיל כדי למנוע מרוזן להציג את עצמו כבעל השליטה בחברה וכמי ש"ייסד", ביחד עם אסף טוכמאיר, את החברה.

³ ראה בעניין זה גם סעיף 4.1 להלן.

עד ליום 14 באפריל 2017. כאמור במבוא לבקשה זו, רוזן ישוב לכהן כמנכ"ל משותף בחברה (ביחד עם מר עופר פלדמן) בתום תקופת מניעת הכהונה.

2.5 **התמורה** – אם וככל שרוזן יהיה זכאי לתמורה בגין שירותי התיווך, תשלום התמורה יהיה כפוף לקבלת כל האישורים הנדרשים על פי דין.

2.6 **ביטוח ושיפוי; הגבלת אחריות; וסודיות** - (1) רוזן יהיה אחראי לבטח את עצמו בקשר עם מתן שירותי התיווך לחברה (ככל שיינתנו בתקופת ההתקשרות). יובהר כי החברה לא תבטח את רוזן בגין מתן שירותי התיווך על ידו; (2) רוזן לא יישא בכל אחריות כלפי החברה מכל מקור שהוא ועל פי כל עילה שהיא לרבות בנזיקין, בכל הקשור למתן שירותי התיווך וזאת למעט במקרה בו ייקבע על ידי בית משפט מוסמך כי רוזן פעל בזדון או ברשלנות בקשר עם מתן שירותי התיווך לחברה. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, חבותו של רוזן לשפות את החברה במקרה של נזקים שייגרמו לחברה כתוצאה משירותי התיווך, ככל שייקבע על ידי בית משפט בהתאם לאמור לעיל, לא תעלה על התמורה אשר תשולם לרוזן (בכפוף להוראות כל דין); (3) רוזן יתחייב כלפי החברה לשמירה על סודיות כמקובל ובהתאם להוראות כל דין.

2.7 **אי קיום יחסי עובד מעביד** - בין רוזן לבין החברה לא יתקיימו יחסי עובד מעביד לכל עניין ומטרה שהם ואין במתן שירותי התיווך כדי ליצור יחסי עובד מעביד בינו לבין החברה.⁴

2.8 לעניין זה יובהר, כי במהלך תקופת מתן שירותי התיווך רוזן ימשיך לעסוק בעיסוקיו הנוספים (שלא בתחום פעילות החברה כמתחייב על פי המנגנון לתיחום פעילות) בעיקר בארה"ב ובקנדה כפי שהוא עושה גם כיום.

3. השאלה המשפטית

האם הסדר מעורבותו של רוזן מהווה הפרה של מניעת הכהונה אשר הוטלה כאמור על ידי רוזן.

4. דין

4.1 דין משפטי

4.1.1 סעיף 52 לחוק קובע כדלקמן:

"מצא המותב כי מפר שהפר הוראה המנויה בחלק ג' של התוספת השביעית, אינו ראוי לכהן כנושא משרה בכירה בגוף מהגופים המפורטים להלן (בסעיף זה – גוף מפוקח), רשאי הוא לקבוע כי לא יהיה רשאי לכהן כנושא משרה בכירה במשך תקופה שלא תעלה על שנה אחת, ובאישור בית המשפט – על חמש שנים, ממועד כניסתה לתוקף של ההחלטה:..."

הגדרת נושא משרה בכירה בחוק (סעיף 1) מפנה לסעיף 37(ד) לחוק הקובע כדלקמן:

"בפרק זה, "נושא משרה בכירה" – נושא משרה, כהגדרתו בחוק החברות, וכן יושב ראש דירקטוריון, דירקטור חליף, יחיד שמונה לפי סעיף 236 לחוק החברות מטעם תאגיד המכהן כדירקטור, חשב, מבקר פנימי, מורשה חתימה עצמאי, וכל ממלא תפקיד כאמור גם אם תואר משרתו שונה, וכן נושא משרה בכירה בתאגיד בשליטת התאגיד, אשר יש לו השפעה מהותית על התאגיד וכל יחיד המועסק בתאגיד בתפקיד אחר, המחזיק חמישה אחוזים או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות המוצא או מכוח ההצבעה;..." [ההדגשות אינן במקור – י.ש.]

4.1.2 פרשנות המונח "מועסק"

אמצעי אכיפה של מניעת כהונה הינו אמצעי אכיפה חריף וקשה שיש להשתמש בו במשורה ורק במקרים מתאימים היות והוא פוגע בזכותו החוקתית של אדם לחופש העיסוק, הינו בעל משמעות כבדה – לעיתים כבדה מידי – של אובדן מקום עבודה או עיסוק, גם אם לתקופה מוגבלת.⁵

⁴ יצוין בעניין זה כי גם נכון למועד פנייה זו בין החברה לבין רוזן לא מתקיימים יחסי עובד מעביד והוא לא מועסק על ידי החברה.

לפיכך לעמדתנו יש לפרש את אמצעי האכיפה הנ"ל בפרשנות דווקנית ומצומצמת. קרי, את המונח "מועסק" יש לפרש בהתאם לפרשנות המקובלת היוצרת יחסי עובד מעביד בין חברה לבין עובד וזאת להבדיל מקבלת שירותים מצד שלישי שאינה מקימה יחסי עובד מעביד בין החברה לבין הצד השלישי.

בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] המונח "מעביד" או "מועסק" מוגדר כ"מי שמעסיק אדם במסגרת יחסי עבודה";

חיזוק לפרשנות זו של החברה ניתן למצוא בגרסאות קודמות לסעיף 52נו לחוק עובר לאישורו ונוסחו הסופי כפי שנידון בוועדת הכספים של הכנסת (להלן: "ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 52נו" ו-"ועדת הכספים", בהתאמה). ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 52נו מלמדת כי נוסח אמצעי אכיפת מניעת כהונה הסמיך את יו"ר הרשות לפנות לבית המשפט בבקשה שייתן צו ציות נגד מפר שאינו מקיים את האיסור שהוטל עליו במסגרת הליך אכיפה מנהלי. להלן הנוסח כפי שאושר על ידי מליאת הרשות בחודש נובמבר 2008⁶:

"... (5) לגבי ההפרות המנויות בחלק א' של התוספת השביעית, בתוספת לחוק הייעוץ או בתוספת לחוק השקעות משותפות – לקבוע כי המפר לא יהא רשאי לכהן כנושא משרה בתאגיד מדווח, בחתם, או בתאגיד בעל רישיון לפי חוק הסדרת העיסוק או במנהל קרן או בנאמן לפי חוק השקעות משותפות, וכן לא יוכל להיות מועסק על ידי גורמים כאמור ולא יוכל ליתן להם שירותים (להלן – גורמים מפקחים)... " [ההדגשה אינה במקור – י.ש.]

למעשה סעיף 52נו בגרסתו הקודמת בהצעת החוק הרחיב את האיסור בדבר מניעת כהונה בגוף מפוקח הן לאדם ה"מועסק" על ידי החברה והן לאדם הנותן "שירותים" לחברה. הרחבה זו נמחקה בגרסאות מאוחרות יותר שעלו לדיון בוועדת הכספים מאחר וחברי ועדת הכספים גרסו כי אין לה מקום.⁷

חיזוק נוסף לפרשנות זו של החברה טמון בסעיף 115(ב)(1) ובסעיף 270(4) לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"). תיקון 16 לחוק החברות (כפי שפורסם ברשומות בחודש מרץ 2011) הרחיב את סעיף 115(ב)(1) לחוק החברות באופן שהורחבה רשימת אלו שאינם כשירים לכהן בוועדת הביקורת וכן סעיף 270(4) הרחיב את סוגי ההתקשרויות גם לקבלת שירותים מבעל שליטה או קרובו כדלקמן:

"...115"

(ב) (1) אלה לא יהיו חברים בוועדת ביקורת: יושב ראש הדירקטוריון וכל דירקטור המועסק בידי החברה או המועסק בידי בעל שליטה בה או בידי תאגיד בשליטת בעל שליטה כאמור, דירקטור הנותן שירותים, דרך קבע, לחברה, לבעל שליטה בה או לתאגיד בשליטת בעל שליטה כאמור, וכן דירקטור שעיקר פרנסתו על בעל השליטה; " [ההדגשה אינה במקור – י.ש.]

"...270"

"(4) עסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עסקה חריגה של חברה ציבורית עם אדם אחר שלבעל השליטה יש בה ענין אישי, לרבות הצעה פרטית שלבעל השליטה יש בה ענין אישי; וכן התקשרות של חברה ציבורית עם בעל השליטה בה או עם קרובו, במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות חברה שבשליטתו, לענין קבלת שירותים בידי החברה וכן אם הוא גם נושא משרה בה - באשר לתנאי כהונתו והעסקתו, ואם הוא עובד החברה ואינו נושא משרה בה - באשר להעסקתו בחברה; "... " [ההדגשה אינה במקור – י.ש.]

למעשה המחוקק הן בסעיף 115(ב)(1) והן בסעיף 270(4) לחוק החברות התייחס מפורשות לאבחנה בין "מועסק" לבין "נתינת/קבלת שירותים".

⁵ ראו צבי גבאי, אכיפה מנהלית בידיני ניירות ערך, 291-300 (2012).

⁶ שם, בעמוד 296.

⁷ שם, בעמוד 297.

ביחס לסעיף 115(ב)1 (1) לחוק החברות המחוקק אסר על דירקטור המועסק על ידי החברה ו/או בעל השליטה בה ו/או דירקטור הנותן שירותים ו/או שעיקר פרנסתו על בעל השליטה לכהן בועדת הביקורת. ביחס לסעיף 270(4) לחוק החברות הרחיב המחוקק את סוגי העסקאות הדורשות אישור בהתאם לפרק החמישי לחלק השישי לחוק החברות באופן שגם קבלת שירותים מבעל השליטה בחברה או מקרובו יהיו כפופים לאישורים הנדרשים בהתאם לפרק האמור.

קרי, מקום שבו בחר המחוקק להרחיב את המונח "מועסק", המחוקק בחר לעשות כן באופן ישיר ולא הותיר זאת לפרשנות, וזאת להבדיל מהגדרת "נושא משרה בכירה" לחוק שם המחוקק בחר להיות עם המונח "מועסק". המחוקק מודע להבדל בין "מתן שירותים" ל"העסקה" ובמקרה דנן, בו היה ניסיון להרחיב את ההגדרה גם ל"נותן שירותים", הגדרה זו צומצמה ל"מועסק" בלבד.

לפיכך, לאור כל האמור לעיל החברה סבורה כי הסדר מעורבותו של רוזן אינו מהווה הפרה של מניעת הכהונה שכן רוזן לא יכהן כנושא משרה בחברה ו/או כבעל תפקיד ו/או לא יהיה בדרג ניהולי בחברה אלא יעניק שירותי תיווך בלבד.

בעניין זה ראוי להזכיר את עמדת סגל הרשות מספר 15-101: "תיקון 16 לחוק החברות – שאלות ותשובות" מיום 6 ביולי 2011 (להלן: "**עמדת רשות 15-101**") בה נדרשה הרשות לסוגיה אילו "שירותים" נדרש לאשר בהתאם לסיפא של סעיף 270(4) לחוק החברות כמפורט להלן:

"ה"שירותים" שסעיף 270(4) מתייחס אליהם, אלו שירותי ניהול וייעוץ [הדגשה הינה במקור – י.ש.] (היינו - שירותי נושאי משרה בכירה, מזכירות חברה, כספים ושירותים אחרים הדומים במהותם; שירותי ניהול וייעוץ אינם כוללים לדוגמא שירותי תחזוקה, ניקיון או תפעול בדרגים לא ניהוליים [הדגשה אינה במקור – י.ש.]), אותם מעמיד בעל השליטה או קרובו לחברה (במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות חברה שבשליטתו)"

מעמדת רשות 15-101 עולה כי שירותי ניהול וייעוץ שאינם בדרגים ניהוליים אינם עולים לכדי "שירותים" כמוגדר בסיפא של סעיף 270(4) ומשכך אינם טעונים אישורים על פי סעיף 275 לחוק החברות ובלבד שמתן שירותים כאמור אינם עולים לכדי עסקה חריגה, הנכללת בגדר הרישא של סעיף 270(4), שאז קבלתם תהיה טעונה אישורים על פי סעיף 275 לחוק החברות.

למעלה מן הצורך יצוין כי, למיטב ידיעת החברה ועל פי מה שנמסר לה מרוזן, עיקר הכנסתו של רוזן (לרבות באמצעות חברת קנדה ישראל מגדלי יוקרה בע"מ המעניקה שירותי ניהול לחברה) אינה נסמכת על החברה.

כאמור בעובדות המפורטות במבוא לפנייה זו, רוזן יעניק לחברה שירותי תיווך כשם ששירותים אלו מוענקים לחברה על ידי מתווכים ויועצים חיצוניים של החברה (כדוגמת מתווכים, סוכני מכירות, רו"ח, עו"ד וכדומה) והוא לא יהיה מעורב בקבלת ההחלטות בחברה. קרי, הסדר מעורבותו של רוזן לא יעלה לכדי שירותים הניתנים בדרגים ניהוליים שכן הפונקציה שלו תהיה לתווך בין החברה לבין צדדים שלישיים.

פרשנות המונח "תפקיד אחר"

4.1.3

בבואנו לבחון את המונח "תפקיד אחר" עולה השאלה האם כל תפקיד שבעל מניות המחזיק בחברה מעל ל-5% מהון המניות המונפק והנפרע של חברה או מזכויות ההצבעה בה ומועסק בחברה ייחשב כנושא משרה בכירה בחברה (להלן: "**בעל מניה מהותי**")? האם לצורך העניין בעל מניה מהותי העובד בחברה כפועל בנין יענה להגדרה "תפקיד אחר" והחברה תצטרך לדווח עליו כנושא משרה בכירה בחברה? האם אותו גורם יצטרך למעשה להפסיק את עבודתו כפועל בנין בחברה בתקופת מניעת הכהונה?

לדידנו פרשנות זו אינה מקובלת ואינה עולה בקנה אחד עם רציונל הגילוי הטמון בסעיף 37(ד) לחוק שהרי סעיף 37(ד) לחוק מטרתו הינה חובת גילוי של בעל עניין או נושא משרה בכירה בחברה ואין זה הגיוני שעובד כאמור לעיל ייחשב למעשה כנושא משרה בכירה בחברה. בנוסף, סעיף 37(ד) מנסה להתגבר על כהונת נושא משרה "צללים", קרי אדם המתפקד כפועל כנושא משרה בחברה אך תוארו אינו תואם את תפקידו, במקרה האמור יראו כנושא משרה בכירה בחברה "**כל ממלא תפקיד כאמור גם אם תואר משרתו שונה**", משמע גם כאן המונח "תפקיד" מדבר על תפקיד בדרג ניהולי בחברה שמכהן כנושא משרה בכירה אף אם התואר שלו אינו מפורט בסעיף 37(ד).

לעמדתנו המבחן נועד לבחון האם אותו בעל עניין עובד ו/או מעניק שירותים בדרג ניהולי (בדומה לעמדת רשות 15-101) ובדומה לעמדת רשות 21-105 "גילוי בדבר תגמול בכירים" (להלן: "**עמדת רשות 21-105**")

שם מצוין מפורשות כי הגילוי שניתן ביחס לבעלי עניין יינתן בקשר עם שירותים שנתן בעל העניין כ"בעל תפקיד" בחברה או בחברה בשליטתה. הווה אומר כי במקרה בו בעל העניין לא נותן שירותים לחברה כ"בעל תפקיד", תקנה 21 לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומיידיים), תש"ל-1970 (להלן: "תקנה 21" ו-"תקנות הדוחות", בהתאמה) לא מחייבת גילוי אודות התגמול אותו קיבל בעל העניין.⁸ בעניין זה ראוי לציין כי בעמדת רשות 21-105⁹ מצוין מפורשות כי תחולת תקנה 21 הינה רחבה יותר מהמבחנים הקבועים בהגדרת נושא משרה בכירה בסעיף 37(ד) לחוק, דבר המהווה חיזוק נוסף לפרשנות זו לפיה יש לפרש את המונח "תפקיד" כבעל עניין שמכהן בדרג ניהולי בחברה.

לדידנו אין חולק כי הדברים נכונים גם כשמדובר במתווך ו/או סוכן מכירות. כפי שהדגשנו לעיל, הסדר מעורבותו של רוזן קובע מפורשות כי רוזן לא יכהן בתפקיד ניהולי בחברה אלא יעניק לחברה שירותי תיווך בלבד ואין לראות בו כמי שמועסק בחברה "בתפקיד אחר".

4.2 היסטוריה חקיקתית של סעיף 37 לחוק ניירות ערך

4.2.1 סעיף 37 לחוק עוסק בחובת הודעה של בעל עניין או של נושא משרה בכירה לתאגיד על פרטים הנדרשים לדיווח על ידי התאגיד בקשר עם החזקות בעל העניין או נושא המשרה הבכירה בניירות הערך של התאגיד. בהקשר זה יצוין כי לאורך השנים יושמו הקלות דיווח למי שרמת חשיפתו למידע עודף בקשר לתאגיד היתה פחותה עקב היעדר קרבה למידע עודף ומקורותיו, ועיקר המיקוד בנושא הינו כלפי מי שנגישותו למידע עודף גדולה יותר (להלן: "בעל נגישות למידע"), כך שמי שאינו בעל נגישות למידע, לא צריך לדווח באותו היקף ותחולת דיווח. לדוגמא, דיווחים על החזקות בעלי עניין ונושאי משרה בכירה בניירות ערך של התאגיד מכוח תקנה 33 לתקנות הדוחות הוחלו בתיקון משנת 2008 לתקנות הדוחות (כפי שפורסם ברשומות בחודש יוני 2008) גם על נושאי משרה בכירה, ובתיקון משנת 2015 (כפי שפורסם ברשומות בחודש אוקטובר 2015), המתואר בסעיף 4.2.5 להלן, יושמה הקלה על מי שאינו בעל נגישות למידע.

4.2.2 על מנת להבין את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 37(ד) לחוק, יש לבחון גם את ההיסטוריה החקיקתית של הגדרת בעל עניין בחוק ניירות ערך. בתיקון 11 לחוק ניירות ערך (כפי שפורסם ברשומות בחודש דצמבר 1990) שונתה הגדרת בעל עניין, כך שחלף הגדרת בעל עניין כ"מי שמחזיק בעשרה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של התאגיד או מכוח ההצבעה בו..." הוגדר בעל עניין בנוסחו של החוק כיום, קרי כ"מי שמחזיק בחמישה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של התאגיד או מכוח ההצבעה בו..."

בעת תיקון 11 לחוק ניירות ערך, הגדרת נושא משרה בכירה כללה, בין היתר, את ההגדרה "יחיד המועסק בתאגיד בתפקיד אחר, המחזיק חמישה אחוזים או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות המוצא או מכוח ההצבעה"¹⁰. ככזה, יחיד המועסק בתאגיד אשר החזיק בחמישה אחוזים מההון המונפק של התאגיד נדרש היה לדווח על כל שינוי בהחזקות. בין אם אז ובין אם היום, יחיד כאמור אשר מחזיק בפחות מחמישה אחוזים מההון המונפק של התאגיד אינו נדרש לדווח על שינוי בהחזקותיו בניירות ערך של התאגיד, כמפורט בסעיף 4.2.2 זה לעיל.

4.2.3 לאורך כל ההיסטוריה החקיקתית, המחוקק הוביל קו במסגרתו שינוי בהחזקות בניירות ערך של תאגיד של בעל נגישות למידע, הוא איתות לשוק, וזאת לאור כך שבאופן טבעי קיימים לאדם כאמור פערי מידע, שאינם קיימים למי שאינו בעל נגישות למידע. על כן, תחולת הדיווח של אדם בעל נגישות למידע הינה ברף גילוי גבוה יותר.

4.2.4 בעבר כאמור, מי שלא הועסק ולא חלה עליו הגדרה אחרת של נושא משרה בכירה היה הופך להיות בעל עניין רק שהגיע להחזקה איכותית של עשרה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של התאגיד. במהלך השנים, על מנת ליצור קורלציה בחקיקה, עדכנו את סעיף 37(ד) לחוק, וכך לדוגמא, בתיקון 35 לחוק (כפי שפורסם בחודש מרץ 2008) הורחבה הגדרת נושא משרה בכירה גם למי שהינו מורשה חתימה עצמאי, וזאת מאותו רציונל שמורשה חתימה עצמאי הינו בעל נגישות למידע ואף הוא צריך לדווח לחברה על שינוי החזקות, וזאת ללא תלות בשיעור החזקותיו בניירות ערך של התאגיד.¹¹

דוגמא נוספת לכך היא הרחבה כלפי נושא משרה בכירה בתאגיד בשליטת התאגיד, אשר יש לו השפעה מהותית על התאגיד, מכוח היותו בעל נגישות למידע בתאגיד אשר לו השפעה מהותית על התאגיד, ואשר

⁸ לעניין זה יובהר כי אין האמור גורע מהגילוי הנדרש בהתאם לתקנה 22 לתקנות הדוחות.

⁹ שם, בעמוד 2.

¹⁰ ההגדרה כאמור נקבעה בתקנה 1 לתקנות הדוחות, במסגרת תיקון מספר 3 לתקנות הדוחות (כפי שפורסם ברשומות בחודש נובמבר 1987).

¹¹ בין היתר לאור העובדה כי הינו מורשה חתימה אשר בכוחו לחייב את התאגיד בלא צורך בחתימתו של גורם נוסף בתאגיד לעניין פעולה מסוימת, ועל כן בידי מצוי המידע.

גם הוא צריך לדווח לחברה על שינוי החזקות, וזאת ללא תלות בשיעור החזקותיו בניירות ערך של התאגיד.

אלו להבדיל מיחיד שמועסק בחברה בתפקיד אחר, שגם אם הוא מחזיק בשיעור של 4.99% מהון המניות המונפק של התאגיד, הוא לא צריך לדווח לחברה על שינוי החזקות.

4.2.5 לאחרונה, עם הרחבת מגמת הדה-רגולציה שמנהיג פרופ' האוזר, יושב ראש הרשות הנוכחי, הקו המנחה השתכלל, וכך לדוגמא, כפי שהוזכר בסעיף 4.2.1 לעיל, מי שאינו בעל נגישות למידע, לרבות בעל עניין מכוח אחזקות שלא מועסק בחברה, נדרש לדווח לתאגיד רק אחת לרבעון, ולא באופן מיידי, על שינויים בהחזקותיו כאשר השינוי המצטבר הוא בשיעור 2% לפחות מההון המונפק והנפרע של התאגיד או של חברה מוחזקת, לפי העניין, או 10% לפחות מסך כל הערך הנקוב של סדרת תעודות ההתחייבות שלו או של חברה מוחזקת, לפי העניין, או בניירות ערך המירים שמימושם יביא לשינוי בהחזקה כאמור.

4.2.6 יצוין כי בעוד הגדרת "נושא משרה" בחוק החברות הינה למטרת חובות אמון, זהירות ואופן אישור עסקאות לאור בעיית הנציג, סעיף 37(ד) לחוק ניירות ערך רלוונטי לשינוי החזקות, מצבת נושאי משרה בכירה ומצבת החזקות בניירות ערך של התאגיד, וגילוי על תגמולים של נושאי משרה בכירה מכוח תקנה 21.

4.3 מניעת כהונה בראי היסטוריה חקיקתית של סעיף 37 לחוק ניירות ערך

לאור ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 37 לחוק, הרי שהמבחן העיקרי אינו המבחן האם היחיד מועסק או נותן שירותים, וזו לא המהות העיקרית, אלא עיקר המיקוד הינו בהיות אדם בעל נגישות למידע. ברגע שנגדע "חבל הטבור" של המידע מרוזן, הואיל ונאסר עליו בתקופת מניעת הכהונה להשתתף בישיבות הדירקטוריון וועדותיו, וכן בישיבות הנהלה, מכל מין וסוג שהוא, והשירותים היחידים שהוא נותן לחברה הם שירותי תיווך אד הוק שבמהותם הם שירותי צד ג', אזי כוונת המחוקק במניעת הכהונה מתקיימת.

4.4 הסתמכות על הסדר רוז'נסקי

4.24.1 ביום 9 באוגוסט 2015 פרסמה חברת להב אל.אר רילאסטייס בע"מ (להלן: "להב") דיווח מיידי לפיו (בין היתר) מר הלל (איליק) רוז'נסקי (להלן: "רוז'נסקי"), אשר כיהן באותו מועד כסגן יו"ר דירקטוריון להב ונמנה על בעלי השליטה בה, הגיע להסדר עם פרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה) להפסקת הליכים מותנית בתנאים בהתאם לסימן ב' לפרק ט'1 לחוק בו נקבע כי כנגד רוז'נסקי לא יוגש כתב אישום בגין עבירות על החוק וחוק העונשין, תשל"ז-1977. בנוסף, רוז'נסקי התחייב כי לא יכהן כנושא משרה בכירה בגוף מפוקח במשך 8 חודשים בהתאם לסעיף 52נו לחוק וזאת החל מיום 2 בספטמבר 2015.

4.24.2 ביום 17 באוגוסט 2015 פרסמה להב דוח מיידי בדבר זימון אסיפה כללית של בעלי מניותיה (להלן בסעיף 4.24 זה: "דוח הזימון") שעל סדר יומה הועלה לדיון ואישור (בין היתר) קבלת שירותי יעוץ מרוז'נסקי בתקופת מניעת כהונתו כנושא משרה בכירה בחברה (להלן: "הסדר רוז'נסקי").

4.24.3 ביום 8 בספטמבר 2015 פרסמה להב דוח מיידי משלים לדוח הזימון לפיו התווספו בדוח הזימון האמור השלמות לאור הערות סגל הרשות.

4.24.4 כאמור לעיל הרשות לא התערבה בהסדר רוז'נסקי ויתר על כן, למיטב ידיעתנו, העירה הערות שנגעו לגילוי הנדרש בדוח הזימון ומתוקף הערות אלו פרסמה להב דוח מיידי משלים. בעניין זה יצוין כי אומנם הטלת אמצעי האכיפה על רוז'נסקי הייתה במסגרת הסדר שלו (בין היתר) עם פרקליטות תל-אביב (מיסוי וכלכלה) אך, כפי שנבדק על ידינו (תוך בירור מול הגורמים המטפלים), ההסדר האמור לא כלל התייחסות מפורשת למתן שירותי ייעוץ על ידי רוז'נסקי ומתן שירותי הייעוץ בתקופת מניעת כהונתו של רוז'נסקי היה כפוף (בכל עת) לביקורת של הרשות מכוח הסמכות המוקנית לה על פי החוק (והתקנות על פיו) וחוק החברות (סעיף 363א(ב)(9)) כאמור להלן.

כשם שהרשות לא התערבה בהסדר רוז'נסקי אין זה ראוי והגיוני שהרשות תתערב במקרה דנן שכן הסדר מעורבותו של רוזן אינו שונה במהותו מהסדר רוז'נסקי. יתר על כן, לעמדתנו היות שמדובר בהסדר שמנע הגשת כתב אישום פלילי (לאחר הליך של שימוע) מדובר במקרה חמור יותר מהמקרה דנן. בהסדר רוז'נסקי דובר על קבלת שירותי יעוץ כללי שמהותם קרובה לשירותי ניהול ובמקרה דנן עסקינו בשירותי תיווך אד הוק.

החברה סבורה כי הסדר רוז'נסקי מהווה תקדים בו הרשות יכולה הייתה לחוות את דעתה בעניין ומשלא עשתה כן (ויתרה מכך, בפועל הרשות בחרה למעשה ב-No Action) החברה רשאית להסתמך על הסדר

רוזינסקי, שהיה כאמור תחליף להגשת כתב אישום ותחליף להליך פלילי, בהסדר מעורבותו של רוזן ואין זה הוגן כעת לשנות את החלטת הרשות היות שמדובר באמצעי אכיפה שהוטל על מפר בהליך אכיפה מנהלי. נקיטת מדיניות שונה כעת תגרור אחריה אכיפה לא שוויונית של הרשות במקרים שהינם דומים במהותם והלכה למעשה תהווה אפלייה, עקרונית שהרשות חרטה על דגלה בכלל ובאכיפה מנהלית בפרט.

4.24.5 | בעניין זה יצוין כי בהיסטוריה החקיקתית של הליכי האכיפה המנהליים ביקשה הרשות לאכוף אמצעי אכיפה מגבילי עיסוק באמצעות פניה לביהמ"ש להוצאת "צו ציות" להחלטה של ועדת האכיפה המנהלית. בסופו של יום בחר המחוקק להתמודד עם החשש מפני היעדר ציות בתחום הגבלת העיסוק על ידי הטלת עיצום כספי כפי שנקבע בסעיף 363א(ב)(9) לחוק החברות כדלקמן:

"בחברה מכהן דירקטור או נושא משרה שוועדת אכיפה מינהלית אסרה את מינויו בניגוד להוראות סעיף 226א; ואולם לא יוטל עיצום כספי על הממנה או החברה אם הדירקטור או נושא המשרה לא הודיע על האיסור לממנה או לחברה, לפי העניין;"

אילו הרשות סברה כי הסדר רוזינסקי עומד בניגוד למניעת הכהונה שהוטלה עליו, עמדו לרשות כל הכלים לכך, החל מהתערבות בדוח הזימון כאמור לעיל ועד הטלת עיצום כספי כאמור בסעיף 363א(ב)(9) לחוק החברות.

5. סיכום

- 5.1 | לאור כל האמור לעיל, החברה בדעה כי הסדר מעורבותו של רוזן ([שירותי תיווך אד הוק](#)) אינו מהווה הפרה של מניעת הכהונה.
- 5.2 | בהתאם לנוהל הרשות לעניין פניה מקדמית, החברה מתחייבת להודיע לרשות מראש אם וככל שתחליט על אימוץ עמדה השונה מזו שבאה לידי ביטוי בתשובת הרשות במענה לפניה זו.
- 5.3 | החברה מודעת לכך כי יכול והפניה והתשובה של הרשות יפורסמו בנוסחן המלא באתר האינטרנט של הרשות.
6. | אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה ו/או הבהרה, ככל שיידרש.

בכבוד רב,

ישראל שמענוב, עו"ד לירון עזריאל, עו"ד
שמענוב ושות' – עורכי דין