



רשות ניירות ערך
ISRAEL SECURITIES AUTHORITY
www.isa.gov.il מחלקת תאגידים

כ"א אב תשע"ח

2 אוגוסט 2018

לכבוד,

באמצעות מערכת יעל

Noble Assets (BVI) Limited.

הנדון: בקשת הנחיה מקדמית – Noble Assets (BVI) Limited. (להלן: "החברה")

סימוכין: מכתבכם מיום 28 ביוני 2018

במענה לבקשה להנחיה מקדמית במכתבכם שבסימוכין (להלן: "המכתב"), הרינו להביא בפניכם את עמדת סגל רשות ניירות ערך (להלן: "סגל הרשות") בעניינה. עמדה זו מתייחסת לסוגיה שהועלתה במכתבכם והיא מבוססת על המסכת העובדתית שנפרשה על ידיכם במכתב ועליה בלבד, ובהנחה כי זו משקפת את כל הנתונים הרלבנטיים לנדון.

1. עובדות המקרה

1.1. החברה בוחנת את מועמדותו של עו"ד גיורא גוטמן לכהונת דירקטור חיצוני בחברה (להלן: "עו"ד גוטמן" או "המועמד"). המועמד הינו שותף בכיר ומנהל מחלקת שוק ההון של משרד דורון, טיקוצקי, קנטור, גוטמן & עמית גרוס, עורכי דין (להלן: "משרד גוטמן"). כפי שנמסר לחברה על ידי עו"ד גוטמן, משרדו ייצג את פועלים אי.בי.אי. חיתום והנפקות בע"מ (להלן: "החתם המתמחר") בביצוע בדיקות נאותות עבורה בקשר עם טיוטת תשקיף ההנפקה ותשקיף ההנפקה של החברה. החתם המתמחר חתם על ההודעה המשלימה מכוחה הוצעו ניירות ערך לציבור.

1.2. למיטב ידיעת החברה, בין משרד גוטמן, המועמד ובין החברה לא התקיים כל קשר ישיר מלבד בדיקת הנאותות המשפטית שביצע המשרד באמצעות עו"ד גוטמן עבור החתם המתמחר. משרד דורון גוטמן ועו"ד גוטמן לא קיבלו כל שיפוי מהחברה במסגרת העבודה עבור החתם המתמחר.

1.3. במסגרת בדיקותיו המקצועיות, עו"ד גוטמן קיבל גישה ל"חדר מידע מאובטח", בו ניתנה לו גישה לכל המסמכים המשפטיים אשר היו דרושים לצורך ביצוע עבודות הבדיקה עבור

החתם המתמחר. כמו כן, קיבלו משרד עו"ד והמועמד הצהרת מנהלים בנוסח מקובל אשר הופנתה, בין היתר, לחתם המתמחר ולמשרד גוטמן, וכן היו חלק מהמוענים במכתבי הנוחות וחוות הדעת הזרות אשר ניתנו על ידי עורכי דין זרים בקשר עם התשקיף.

במסגרת בדיקת הנאותות שערך, נתן משרד גוטמן לחתם המתמחר מכתב נוחות, לפיו ביצע עבורו את בדיקות הנאותות הנדרשות בקשר עם נאותות הגילוי בתשקיף, בנוסח מקובל בשוק.

שכר הטרחה בגין עבודות בדיקת הנאותות עבור החתם המתמחר שולם למשרד גוטמן ישירות על ידי החתם המתמחר אשר גבה את הוצאות הבדיקות המשפטיות והחשבונאיות מהחברה. שכר הטרחה כאמור הינו זניח ביחס לסך ההכנסות השנתיות של המשרד.

2. השאלה המשפטית

על רקע האמור לעיל ביקשתם לקבל את עמדתנו בשאלת כשירותו של המועמד לכהן כדירקטור חיצוני בחברה, לנוכח החשש כי השירותים שנתן לחתם המתמחר של החברה ייצרו "ניגוד עניינים" כאמור בסעיף 240(ג) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

3. עמדת החברה והמסגרת המשפטית לעמדתה

לעמדתכם אין לעו"ד גוטמן ניגוד עניינים אשר עלול למנוע ממנו להתמנות לתפקיד של דירקטור חיצוני בחברה, ואין בייצוג שהעניק לחתם המתמחר כדי ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור או לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור. מכאן, שלא קיימת מניעה למנות את עו"ד גוטמן כדירקטור חיצוני. עמדת החברה מבוססת על הנימוקים הבאים:

3.1. סעיף 240(ג) לחוק החברות, קובע כי "לא ימונה יחיד כדירקטור חיצוני אם תפקידו או עיסוקיו האחרים יוצרים או עלולים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור, או אם יש בהם כדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור". לדעתכם, על פי לשון הסעיף, צריכים להתקיים אחד מן התנאים הבאים על מנת למנוע אפשרות של כהונה כדירקטור חיצוני: (1) תפקידו או עיסוקיו האחרים של המועמד לכהונה "יוצרים... ניגוד עניינים" עם תפקידו כדירקטור חיצוני - דהיינו, ניגוד עניינים בפועל; ו - (2) תפקידו או עיסוקיו האחרים כאמור "עלולים ליצור ניגוד עניינים" או יש בהם "כדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור" - דהיינו, ניגוד עניינים פוטנציאלי.

3.2. לעניין קיומו של ניגוד עניינים בפועל, עמדתכם היא כי תנאי זה אינו מתקיים לאור העובדה שהשירותים שהוענקו על ידי המועמד הסתיימו זה מכבר והוא אינו מייצג עוד את החתם המתמחר בקשר עם החברה.

3.3. לעניין ניגוד עניינים פוטנציאלי, החשש הוא ממצבים של תביעות עתידיות שעשויות להיות מוגשות כנגד החברה בגין עילות הקשורות להנפקה, ושבעקבותיהן עלול מטבע הדברים למצוא עצמו החתם המתמחר כחלק מהנתבעים. אז, משרד גוטמן, לרבות עו"ד גוטמן, עלול להיות חשוף להודעת צד ג' של החתם המתמחר, מכוח מכתב הנוחות שניתן לחתם המתמחר. כמו כן, לעמדת החברה יכולה לעלות סברה רחוקה אך אפשרית, ששיקול דעתו של עו"ד גוטמן כדירקטור חיצוני עלול להיות מושפע מאירועים שונים שעלולים להתעורר

במסגרת תפקידו בין חובותיו האתיות, בכובעו כעורך דין שהעמיד שירות משפטי ללקוח, לבין חובת האמונים שהוא חב לחברה מכוח חוק החברות.

3.4. לדעתכם, העובדות המתוארות עשויות לכל היותר להביא לניגוד עניינים פוטנציאלי זניח שניתן לנטרול, ככל שיקום, וכי התוחלת להתקיימותו נמוכה מאוד בנסיבות העניין. עוד הוספתם, כי חלות על הדירקטור חובות מכוח החוק אשר אינן ניגפות אל מול חובותיו האתיות של עורך הדין בכובעו כבודק עבור החתם המתמחר.

לעמדתכם, אין לפרש את סעיף 240(ג) לחוק החברות באופן בו כל אפשרות של ניגוד עניינים פוטנציאלי, לרבות מקרים קיצוניים שהתוחלת להתממשותם נמוכה מאד, תיצור מניעה לכהונה כדירקטור חיצוני. החברה בדעה כי ניגוד עניינים פוטנציאלי יתהווה לכדי ניגוד עניינים אשר עלול למנוע מאדם כהונה בתפקיד דירקטור חיצוני רק במקום בו התוחלת להתממשותו גבוהה, או לכל הפחות לא נמוכה, וכן בהתאם לעוצמת ניגוד העניינים הפוטנציאלי, שבמקרה דנן אינה גבוהה.

כמו כן לעמדת החברה, יש לבחון את נסיבות העניין דרך אספקלריה של סבירות ומידתיות, כאשר פרשנות לפיה יש לקחת בחשבון גם אירועים קיצוניים ובלתי סבירים, תהווה פרשנות מחמירה של הדין. אימוץ פרשנות כזו תשלול מראש כל אפשרות של מועמדים טובים וראויים רבים לשמש כדירקטורים חיצוניים. בנוסף, החשש מניגוד עניינים במקרה של תביעה פוטנציאלית עתידית הינו חשש מובנה שקיים לגבי כל דירקטור המכהן בחברה ישראלית, שכן הרוב המוחלט של התובענות הנגזרות בארץ מוגשות כנגד דירקטורים מכהנים בחברה. בהקשר זה גם התפתחה לאחרונה פרקטיקה בחברות ציבוריות, לפיה במצב בו מוגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת מוקמת ועדת תביעות בלתי תלויה, בה לרוב לא מכהנים הדירקטורים "הנגועים" ו/או אינם מהווים את הרוב בה.

3.5. לבסוף ציינתם כי החברה ועו"ד גוטמן מוכנים להתחייב שבמקרה של תביעה שתוגש כנגד החברה או החתם המתמחר, המועמד יפסול את עצמו מלהשתתף בדיונים הקשורים לתביעה זו.

4. עמדת סגל הרשות

4.1. הרינו להודיעכם כי בנסיבות העניין, ובין היתר בשים לב לנימוקיכם כמוצג לעיל, סגל הרשות לא יתערב בעמדת החברה לפיה עיסוקיו האחרים של המועמד אינם יוצרים או עלולים ליצור ניגוד עניינים שיש בו כדי לפגוע אפריורית ביכולתו לכהן כדירקטור חיצוני בחברה. עם זאת, אין בכך כדי לגרוע מחובתו של המועמד להימנע, במהלך כהונתו כדירקטור חיצוני בחברה, מכל פעולה העשויה ליצור ניגוד עניינים בתפקידו על-פי הוראות הדין.

4.2. יודגש, כי סגל הרשות אינו מביע עמדתו לגבי שאלות אחרות העשויות לעלות מהאמור במכתב זה. כמו כן יובהר, כי מכיוון שעמדת סגל הרשות מבוססת על העובדות המתוארות במכתב, כל שינוי בעובדות, בנסיבות או בתנאים שתוארו בו, עשוי לחייב מסקנה אחרת מזו המובאת במכתב תשובה זה.

4.3. לבסוף, הרינו להודיעכם, כי בהתאם לנוהל טיפול בפניות מקדמיות לרשות ניירות ערך (פורסם באתר האינטרנט של הרשות בחודש יוני 2008), הפנייה המקדמית והתשובה לה עשויים להתפרסם באתר הרשות.

בכבוד רב,

רעות קסלר, רו"ח

רון קליין, עו"ד

קרן גיחז, עו"ד

רפרנטית החברה

א. תחום ממשל תאגידי

א. תחום פניות מקדמיות

מחלקת תאגידיים

העתק:

שמעון ושות' - עורכי דין, באמצעות פקס מס': 03-6133355