

SHIMONOV & Co.

law firm

Israel Shimonov
Amir Bartov
Dudi Berland
Nir Cohen Sasson
Oren Elkabetz
Jonathan Robinson
Ayana Wechsler
Corinne Bitton
Liron Azriel
Shimrit Melman
Ran Felder
Barak Baruch
Ayelet Berkovits
Maayan Blumenfeld
Benjamin Ben Zimra
Nimrod Zohar
Ben Peleg
Ido Lachman
Yonatan Gelbach
David Mizrahi
Matan Hayouka

Igor Katz,
Head of Professional Dept.

מגדלי הארבעה, מגדל דרומי, קומה 34
רחוב הארבעה 30, תל אביב 6473926
HaArba'a Towers, South Tower, 34th fl.
30 HaArba'a St., Tel Aviv 6473926
טל: 972-3-6111000 פקס: 972-3-6133355
דוא"ל: mail@shimonov.com E-mail:

www.shimonov.com

ישראל שמענוב
אמיר ברטוב
דודי ברלנד
ניר כהן ששון
אורן אלקבץ
יונתן רובינזון
עיינה וקסלר
קורין ביטון
לירון עזריאל
שמרית מלמן
רן פלדר
ברק ברוך
איילת ברקוביץ
מעייין בלומנפלד
בנימין בן זמרה
נמרוד זוהר
בן פלג
עידו לכמן
יונתן גלבך
דוד מזרחי
מתן חיוקה

איגור כץ,
מנהל מחלקה מקצועית

תל אביב, 28 ביוני, 2018

באמצעות המגנ"א

מספרנו: 4799

לכבוד

עו"ד רון קליין

מחלקת תאגידים

רשות ניירות ערך (להלן: "הרשות")

ג.א.ג,

הנדון: פנייה מקדימה לקבלת עמדת סגל הרשות בנוגע למינוי דירקטור חיצוני בחברת Noble Assets (BVI) Limited (להלן: "החברה").

בשם החברה ולבקשתה, אנו פונים אליכם לשם קבלת עמדתכם בנוגע לעניין שבנדון:

רקע ועובדות

1. החברה התאגדה ביום 12 ביוני 2017 כחברה פרטית המאוגדת לפי דיני איי הבתולה הבריטיים. ביום 6 בספטמבר 2017 הנפיקה החברה לציבור איגרות חוב (סדרה א') אשר נרשמו בבורסה בתל אביב (להלן: "ההנפקה") וממועד זה הפכה החברה לתאגיד מדווח ולחברת אגרות חוב, כמשמעות המונחים בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך") וחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"), בהתאמה.

2. החברה בוחנת את מועמדותו של עו"ד גיורא גוטמן לכהונת דירקטור חיצוני בחברה (להלן: "עו"ד גוטמן"), חלף רו"ח ד"ר הדס גלנדר המכהנת כדירקטורית חיצונית בדירקטוריון החברה, אשר ככל הנראה תאלץ להודיע על סיום תפקידה בקרוב, לאור העובדה שמונתה לאחרונה כשותפה בכירה בפירמת ראיית החשבון קוסט פורר גבאי את קסירר, E&Y – ואשר לא יאפשר לה להקדיש את הזמן הדרוש לתפקידה כדירקטורית חיצונית יחד עם תפקידה החדש ב-E&Y.
3. עו"ד גוטמן הינו שותף בכיר ומנהל מחלקת שוק ההון של משרד דורון, טיקוצקי, קנטור, גוטמן & עמית גרוס, עורכי דין (להלן: "משרד עורכי דין החתם" או "משרד דורון גוטמן"). כפי שנמסר לחברה על ידי עו"ד גוטמן, הוא 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 כחתם מתמחר (החתימה מכוח סעיף 22 לחוק ניירות ערך ולא מכוח התחייבות חיתומית).
4. כפי שנמסר לנו מעו"ד גוטמן ומהחברה, בין משרד דורון גוטמן, עו"ד גוטמן ובין החברה לא התקיים כל קשר ישיר מלבד בדיקת הנאותות המשפטית שביצע משרד דורון גוטמן באמצעות עו"ד גוטמן עבור החתם המתמחר, בקשר עם הפעילות המתוארת בטיטת תשקיף החברה והתשקיף הסופי אשר קיבל את היתר רשות ניירות ערך והבורסה לניירות ערך בתל אביב. משרד דורון גוטמן ועו"ד גוטמן לא קיבלו כל שיפוי מהחברה במסגרת העבודה עבור החתם המתמחר. במסגרת בדיקותיו המקצועיות, עו"ד גוטמן קיבל גישה ל"חדר מידע מאובטח", בו הייתה לו גישה לכל המסמכים המשפטיים אשר היו דרושים לו לביצוע עבודות הבדיקה עבור החתם המתמחר. כמו כן, קיבלו משרד דורון גוטמן ועו"ד גוטמן מהחברה, הצהרת מנהלים בנוסח מקובל, אשר הופנתה גם לחתם המתמחר, למשרד עורכי דין החתם ולמשרד שמעונב, עורכי הדין של החברה לצורך ההנפקה, וכן היו חלק מהממוענים במכתבי הנוחות וחוות הדעת הזרות אשר ניתנו על ידי עורכי דין זרים בקשר עם התשקיף. במסגרת בדיקת הנאותות שמשרד עורכי דין החתם ערך באמצעות עו"ד גוטמן עבור החתם המתמחר, הוא נתן לחתם המתמחר מכתב נוחות, לפיו ביצע עבורו את בדיקות הנאותות הנדרשות בקשר עם נאותות הגילוי בתשקיף, בנוסח מקובל בשוק (להלן: "מכתב הנוחות לחתם המתמחר").
5. כפי שנמסר לנו על ידי עו"ד גוטמן, שכר הטרחה בגין עבודות בדיקת הנאותות כאמור לעיל, שולם למשרד דורון גוטמן ישירות על ידי החתם המתמחר (אשר למיטב ידיעתנו גובה את הוצאות הבדיקות המשפטיות והחשבונאיות מהחברה). לעניין זה יצוין כי שכר הטרחה בסך של כ-30 אלפי דולר ששולם למשרד דורון גוטמן בגין הבדיקות שביצע עבור החתם המתמחר, הינו זניח ביחס לסך ההכנסות השנתיות של המשרד דורון גוטמן.

השאלה המשפטית

6. על רקע האמור לעיל ולמען הזהירות בלבד, עשויה לעלות שאלה בקשר עם כשירותו של עו"ד גוטמן להיות מועמד ולהתמנות לתפקיד של דירקטור חיצוני בדירקטוריון החברה, וליתר דיוק, האם יש בייצוג שהעניק עו"ד גוטמן לחתם המתמחר כדי להוות "ניגוד עניינים", כאמור בסעיף 240(ג) לחוק החברות, באופן שעשוי לפגוע בתנאי כשירותו של עו"ד גוטמן לכהונת דירקטור חיצוני בדירקטוריון החברה.

עמדת החברה והמסגרת המשפטית לעמדתה

7. לדעת החברה, בהתאם לעובדות המתוארות לעיל, אין לעו"ד גוטמן ניגוד עניינים אשר עלול למנוע ממנו להתמנות לתפקיד של דירקטור חיצוני, 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. זאת, מהנימוקים הבאים:

8. סעיף 240(ג) לחוק החברות, קובע כך:

"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" (ההדגשות אינן במקור).

9. על פי לשון הסעיף, צריכים להתקיים אחד מן התנאים הבאים על מנת למנוע אפשרות של כהונה כדירקטור חיצוני: [א] אם תפקידו או עיסוקיו האחרים של המועמד לכהונה "יוצרים... ניגוד עניינים" עם תפקידו כדירקטור חיצוני - דהיינו, ניגוד עניינים בפועל; ו-[ב] אם תפקידו או עיסוקיו האחרים כאמור "עלולים ליצור ניגוד עניינים" או אם יש בהם "יכדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור" - דהיינו, ניגוד עניינים פוטנציאלי. יצוין למען הסדר הטוב, כי הייצוג שהעניק משרד עורכי דין החתם באמצעות עו"ד גוטמן לחתם המתמחר אינו עולה כדי "זיקה", כהגדרת מונח זה בסעיף 240 לחוק החברות, וזאת משום כך שהשירותים המשפטיים שהוענקו על ידי משרד עורכי דין החתם באמצעות עו"ד גוטמן ניתנו לחתם המתמחר כצד שלישי, ולא לחברה, לבעל השליטה בה או להנהלת החברה. לנקודה זו משקל כבד, שכן מהות הבדיקות שמבצע החתם המתמחר לפני שהוא חותם על התשקיף, נשענות, בין היתר, על הבדיקות המשפטיות שמבוצעות, וחזקה כי אלה בוצעו על ידי צד "נקי" ולא קשור לחברה ולבעלי השליטה בה, על מנת שהבדיקות תבוצענה באופן ניטרלי לחלוטין.

10. אין ולא יכול להיות חולק כי התנאי שנקבע בתיבה הראשונה של סעיף 240(ג) לחוק החברות, דהיינו - ניגוד עניינים בפועל, אינו מתקיים, שכן השירותים שהעניק עו"ד גוטמן הסתיימו זה מכבר, והוא אינו מייצג עוד את החתם המתמחר בקשר עם החברה.

11. יחד עם זאת, עולה השאלה האם עצם העובדה שמשרד עורכי דין החתם באמצעות עו"ד גוטמן ייצג בעבר את החתם המתמחר בקשר עם החברה, עשויה ליצור ניגוד עניינים פוטנציאלי עם תפקידו של עו"ד גוטמן כדירקטור חיצוני בחברה, בין היתר, בשל חשש ממצבים של תביעות פוטנציאליות שעשויות להיות מוגשות, חלילה, כנגד החברה בגין עילות הקשורות להנפקה, ושבעקבותיהן עלול מטבע הדברים למצוא עצמו החתם המתמחר כחלק מהנתבעים, ואז משרד עורכי דין החתם, לרבות עו"ד גוטמן, עלול להיות חשוף להודעת צד ג' של החתם המתמחר, מכוח מכתב הנוחות שניתן לחתם המתמחר. כמו כן, 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 (הוא החתם המתמחר), לבין חובת האמונים שהוא חב לחברה מכוח חוק החברות.

12. לדעת החברה, העובדות המתוארות מעלה עשויות לצייר תמונה אשר לכל היותר תתאים למצב של ניגוד עניינים פוטנציאלי זניח שניתן לנטרול, ככל שיקום. לא זו אף זו, החברה בדעה כי התוחלת להתקיימות אותו ניגוד עניינים פוטנציאלי זניח הינו נמוך מאוד בנסיבות העניין. בל נשכח כי חלות על דירקטור חובות מכוח החוק (חובת אמונים וכו'), אשר אינן ניגפות אל מול חובותיו האתיות של עורך הדין בכובעו כבודק עבור החתם המתמחר. כמו כן, אין לפרש את סעיף 240(ג) לחוק החברות באופן בו כל אפשרות של ניגוד עניינים פוטנציאלי, לרבות מקרים קיצוניים שהתוחלת להתממשותם נמוכה מאוד (כבמקרה דנן), 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 להתממשות הניגוד העניינים הפוטנציאלי גבוהה, או לכל הפחות לא נמוכה, וכן בהתאם לעוצמת ניגוד העניינים הפוטנציאלי, שבמקרה דנן אין חולק כי אינו גבוה. כמו כן, יש לבחון את נסיבות העניין דרך אספקלריה של סבירות ומידתיות. החברה סבורה כי פרשנות לפיה יש לקחת בחשבון גם אירועים קיצוניים ובלתי סבירים, תהווה פרשנות מחמירה של הדין, החורגת מן הפרשנות הנהוגה במשפטנו של סבירות ומידתיות כאמור. אימוץ פרשנות מחמירה מעין זו 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 הדירקטורים המכהנים בחברה, כאשר בהקשר זה התפתחה לאחרונה פרקטיקה בחברות ציבוריות, לפיה במצב בו מוגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת מוקמת ועדה, ועדת תביעות בלתי תלויה, בה בדרי"כ לא מכהנים הדירקטורים "הנגועים" /או אינם הרוב בה¹.

13. ואכן, פסיקת בית המשפט העליון קבעה מפורשות שאת כלל ניגוד העניינים יש לפרש בצמצום ובצורה מדודה ואחראית. יפים לענין זה דברי השופט עמית בבג"ץ 10145/17 עו"ד אבי שינדלר נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 23.01.2018), כדלקמן:

¹ לעניין זה ראו קטע מתוך תנ"י (כלכלית) 815-09-13 בארי לנואל נ' גליה מאור (פורסם בנבו, 11.03.2015): "הפרקטיקה של הקמת ועדות תביעה בלתי תלויות מקובלת בדין התאגידי בארצות הברית שם הוכרה הוועדה כגוף פנימי, מעין ועדת משנה של דירקטוריון התאגידי, שמטרתה לבחון טענות בעניין תביעות נגזרות של בעלי מניות כנגד חברי דירקטוריון אחרים. חברי הוועדה לרוב הם דירקטורים שלא היו מעורבים בפרשה נשוא התביעה הנגזרת ואינם תלויים באילו הקשורים לתביעה. על פי רוב מדובר בדירקטורים שהצטרפו לדירקטוריון לאחר התרחשות האירועים המדוברים נשוא התביעה הנגזרת, כאשר לעיתים אלה אף צורפו במיוחד לשם הקמת הוועדה וכן בדירקטורים בלתי תלויים או דירקטורים חיצוניים של החברה, בצירוף מומחה אחד או יותר מתחום המשפטי או הפיננסי, שגם הם מומחים בלתי תלויים בחברה וחיצוניים לה. לאחר דיון ובחינה של מכלול הנתונים הרלוונטיים חברי הוועדה יכולים להחליט אם לפעול להגשת תביעה או להגיע להסכמות כאלה ואחרות עם הנתבע או לזנוח את טענות התביעה לכאורה...".

“אין חולק על חשיבות העיקרון והכלל של ניגוד עניינים. אך יש להישמר גם שלא למתוח כלל זה מעבר למידתו, אחרת אין לדבר סוף. את כלל ניגוד העניינים יש ליישם בצורה זהירה ואחראית (השוו ע”א 6983/94 פחימה נ’ פרץ, פ”ד נא(5) 829, 835 (1998)), מאחר שיישום קיצוני וקנאי של הכלל עלול לפגוע ולסכל מן היסוד את תכלית הפעולה המינהלית או את תכלית החוק: “עם כל חשיבותו של הכלל האוסר על ניגוד עניינים בפעילותו של הגוף המינהלי, המדובר הוא בעקרון שיש להגשימו עד לקצה גבול האפשר אך בלא לפגוע בתכליותיה של הפעולה המינהלית ובאפשרות המעשית להגשימה. החלתו צריכה להשתלב במסגרת המערך המינהלי, בלא לפגוע בבסיסו ובמטרותיו. נדרש, אפוא, להחיל את עקרון האיסור על ניגוד עניינים, ככל הניתן, בלא לפגוע במטרה העיקרית שלשמה נועדה, ומתבצעת הפעולה המינהלית. אולם לעולם, נדרש לצמצם את ניגוד העניינים הבלתי נמנע עד לגבולות המינימום האפשרי, ולא לאפשר את צמיחתו ל’גידול פרא’” (בג”ץ 3346/09 פרום משפטי למען ארץ ישראל נ’ שר החינוך, [פורסם בנבו] בפסקה 27 (26.4.2009)).”

וכן ראו את קביעות בית המשפט העליון בע”א 6983/94 שמעון פחימה נ’ מיכאל פרץ, נא(5) 829 (1998), כדלקמן:

“מובן, שכל אימת שקיים ניגוד עניינים, יש לעשות למניעתו. עם זאת, יש ליישם את הכלל בצורה זהירה ואחראית, משום ששימוש בו בצורה קיצונית ובלתי מאוזנת עלול להרחיק אנשים טובים ומוכשרים מתפקידים שאותם מתאימים הם למלא, בלי שקיים חשש של ממש לפגיעה בטוהר המידות. לפיכך, פותחו בפסיקה כללים לתחימת מיתחם הפסלות. הפסלות איננה אוטומטית (בג”ץ 358/65 אדרי נ’ דנינו, ראש המועצה המקומית חצור ואח’ [6]). הדרך למנוע ניגוד עניינים ולהימנע ממנו אינה בהכרח כזו שנושא המשרה יאלץ למשוך ידו כליל משני העיסוקים היוצרים את חשש ניגוד העניינים (בג”ץ 6641/93 הנ”ל [4]). הנטייה היא בדרך-כלל להכשיר ולא לפסול (בג”ץ 170/67 דבי נ’ יו”ר המועצה המקומית מבשרת ציון ואח’ [7]).”²

14. זאת ועוד; יצוין כי החברה ועו”ד גוטמן מוכנים להתחייב כי במקרה של תביעה שתוגש, חלילה, כנגד החברה או החתם המתמחר, עו”ד גוטמן יפסול את עצמו מלהשתתף בדיונים הקשורים לתביעה זו.³

סיכום

15. לדעת החברה עצם העובדה שעו”ד גוטמן ייצג בעבר את החתם המתמחר בהנפקה אינה עולה כדי ניגוד עניינים בפועל, ולכל היותר יכולה לעלות בנסיבות קיצון לכדי ניגוד עניינים פוטנציאלי, אשר ניתן לריפוי, ולפיכך לדעת החברה אינה מהווה מניעה למינויו של עו”ד גוטמן כדירקטור חיצוני בחברה.

16. החברה מבקשת כי סגל הרשות לא יתערב בעמדה זו של החברה.

² יצוין, כי הפסיקה המצוטטת מעלה מקורה בתחום המשפט המנהלי. יחד עם זאת, ניתן לגזור גזירה שווה מהעולם הציבורי בכל הקשור לדוקטרינת ניגוד העניינים. כידוע במגזר הציבורי חלה הקפדה יתרה בקשר עם נושא זה של ניגוד עניינים וקיימים הסדרי ניגוד עניינים של נושאי משרה בגופים ציבוריים לרבות במשרדי הממשלה, אשר אינם מונעים כהונה אלא מייצרים הסדר המאפשר כהונה ובמקרים הרבה יותר מובהקים של ניגוד עניינים פוטנציאלי מאשר במקרה דנן שהינו רך מאוד ואשר תוחלת ההתממשות של ניגוד העניינים הפוטנציאלי נמוך מאוד.

³ לעניין זה יצוין שממילא סעיף 278 לחוק החברות אוסר על בעל עניין אישי באישור פעולה מסוימת של החברה מלהשתתף בקבלת ההחלטה ובדיונים בקשר עמה.

17. החברה מבקשת שככל שעמדת הרשות לא תעלה בקנה אחד עם עמדת החברה, אזי בטרם תתקבל החלטה סופית, תיקבע פגישה בהשתתפות החברה ובאי כוחה הח"מ על מנת לאפשר לחברה לשטוח ולהבהיר את טענותיה בפני הרשות בעל פה. עוד מבוקש כי עד לקיום הפגישה האמורה, לא יפורסם דבר הפנייה.

18. ידוע לחברה כי פנייתנו זו והתשובה לה עשויים להתפרסם. יחד עם זאת, סגל הרשות מתבקש כאמור שלא לפרסם את הפנייה והתשובה כאמור עד לקיום פגישה, ככל שתידרש, ולמועד קבלת החלטה סופית. בנוסף, ככל שתפורסם פנייתנו זו, ומטבע הדברים, מתבקש סגל הרשות להשחיר בה מידע פרטי הנוגע לעו"ד גוטמן, בהתאם למה שישוכם עם סגל הרשות.

19. למותר לציין שהחברה תפעל בנוגע למינויו של עו"ד גוטמן בהתאם להוראות ועמדת הרשות.

20. אנו עומדים לרשותכם לכל שאלה או הבהרה, ככל שתידרש.

בכבוד רב,

שמעון ושות' – עורכי דין