

6 אפריל 2021

לכבוד

גב' רעות קסלר, רו"ח
ס' ראש אשכול מכשירים פיננסיים; ע' תחום בנקאות וביטוח
רשות ניירות ערך
רח' כנפי נשרים 22
ירושלים, 95464

שלום רב,

הנדון: פניה מקדמית - בנק ירושלים בע"מ (להלן: "הבנק")

הרינו מתכבדים לפנות אליכם בפניה מקדמית כמפורט להלן:

עניינה של פניה זו הינה לקבלת עמדתכם המשפטית לסוגיה שהתעוררה בבנק אגב תיקון תקנה 83 לתקנון ההתאגדות של הבנק (להלן: "תקנון הבנק") העוסקת בתקופת הכהונה של דירקטורים חיצוניים, והתאמתה לאפשרות הקיימת בחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"). קרי: הארכת תקופת כהונתו המקסימלית של דירקטור חיצוני מתקופה של שש שנים, המורכבת משתי תקופות כהונה בנות שלוש שנים כל אחת, לתקופת שלוש שנים, המורכבת משלוש תקופות כהונה בנות שלוש שנים כל אחת. בהקשר זה, התעוררה השאלה המשפטית, האם תיקון תקנה זו יחול גם על דירקטורים חיצוניים המכהנים בבנק, עובר למועד התיקון.

נבקש לציין כבר בפתח מכתבנו, כפי שנמסר לכם בעל פה בשיחה המקדימה עם היועצת המשפטית של הבנק ומזכירת הבנק, כי לדעת הבנק אין כל מגבלה המונעת החלה של תיקון התקנה האמורה גם על דירקטורים חיצוניים המכהנים בבנק עובר למועד התיקון מאחר והתיקון מתיישר עם החוק, כפי שיוסבר להלן.

א. רקע עובדתי:

1. ביום 9 למרץ 2021, פרסם הבנק דוח זימון אסיפה כללית של בעלי המניות של הבנק¹, שעל סדר יומה, בין היתר, תיקון תקנון הבנק, לרבות בהתייחס לתיקון תקנה 83 לתקנון הבנק העוסקת בתקופת כהונת דירקטורים חיצוניים². התיקון המוצע מבטל את המגבלה שנקבעה בתקנון הבנק ביחס לתקופת כהונת דירקטורים חיצוניים שנקצבה לשש שנים, כך שתחול ברירת המחדל הקיימת לעניין זה בסעיף 245(א) לחוק החברות, לפיה תקופת כהונתם המקסימלית תהיה תשע שנים.

2. בהקשר זה יצויין כי לאחר תיקון 16 לחוק החברות³, האסיפה הכללית של הבנק החליטה ביום 29 לינואר, 2012, לתקן את תקנון הבנק ולהגביל את כהונתו של דירקטור חיצוני למקסימום 6 שנים (בהתאם לאפשרות שנכללה בחוק החברות), לצורך זה הוספו בתקנה 83 לתקנון הבנק המילים הבאות: "על אף האמור בסעיפים 245-247 לחוק החברות, כהונתו הכוללת של דירקטור חיצוני לפי חוק החברות ודירקטור חיצוני לפי כללי בנק ישראל לא תעלה על שש שנים".

ב. הסוגיה המשפטית והמסגרת הנורמטיבית:

3. על רקע האמור לעיל ולמען הזהירות, עשויה לעלות שאלה האם ניתן להחיל את התיקון של תקנה 83 לתקנון הבנק, ככל שיאושר על ידי האסיפה הכללית, גם על דירקטורים חיצוניים המכהנים בבנק כיום, עובר לאישור האסיפה הכללית של הבנק, כך שכהונתם המצטברת המקסימלית תוכל לעמוד על 9 שנים. כאמור, אנו סבורים שאין כל מניעה לכך.

¹ דיווח מיידי בדבר זימון אסיפת בעלי המניות של הבנק מיום 9 במרץ, 2021 (מס' אסמכתא 030177-01-2021).
² נכון למועד פניה זו, דירקטוריון הבנק מונה 9 חברי דירקטוריון, כאשר 3 מתוכם הינם דירקטורים חיצוניים כמפורט בדוח הכספי שפרסם הבנק ביום 9 במרץ, 2021 (מס' אסמכתא 029892-01-2021).
³ חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011, פרסם בספר החוקים 2281 ט' באדר ב' התשע"א, 15.3.2011 (להלן: "תיקון 16").

4. לדעת הבנק, לא רק שחוק החברות אינו אוסר את החלת התיקון האמור בתקנון הבנק גם על דירקטורים חיצוניים מכהנים, אלא שזהו המצב הנכון בראיית החוק, ומשכך, ככל שהאסיפה הכללית תאשר את תיקון תקנה 83 לתקנון הבנק, ניתן יהיה להחילו מיידי גם על דירקטורים חיצוניים המכהנים בבנק כיום, עובר לאישור האסיפה הכללית את התיקון.

5. סעיף 245(א) לחוק החברות קובע כך:

"תקופת כהונתו של דירקטור חיצוני תהא שלוש שנים, ורשאית החברה, על אף הוראות סעיף 240, למנותו לשתי תקופות נוספות, של שלוש שנים כל אחת" (ההדגשות אינן במקור).

קרי, ישנה אמירה מפורשת של המחוקק בסעיף זה, לפיה כהונה כדירקטור חיצוני אינה מהווה זיקה בעת הארכת כהונתו לתקופות נוספות⁴ ולפיכך, ניתן יהיה למנות דירקטור חיצוני לתקופות נוספות לאחר סיום תקופת כהונתו הראשונה ו/או השנייה, לפי העניין.

6. עוד מוסיף סעיף 245(א3) לחוק החברות וקובע:

"על אף הוראות סעיף קטן (א), חברה רשאית לקבוע בתקנונה כי תקופת כהונתו הכוללת של דירקטור חיצוני לא תעלה על שש שנים; קבעה החברה הוראה כאמור בתקנונה, תחול ההוראה רק לגבי דירקטור חיצוני שמונה לראשונה לאחר קביעתה".

7. בהצעת החוק⁵ נקבע, בין היתר, שבכדי שלא לפגום באי-התלות של דירקטור חיצוני מכהן, אזי הוראה המגבילה את תקופת הכהונה לשש שנים, תחול רק לגבי דירקטור חיצוני שמונה לאחר תיקון התקנון, כאשר מגבלה זו לא תחול לגבי דירקטור חיצוני המכהן בעת תחילת תיקון החוק המוצע, כדי לאפשר את מינויים לכהונה שלישית.

8. המחוקק נקט בגישת "שתיקה מדעת" ולא הורה על הסדר שלילי במקרה ההפוך, בו חברה מתקנת את תקנונה במהלך כהונתו של דירקטור חיצוני, כך שתתאפשר הארכת תקופת כהונה של דירקטור חיצוני מכהן לתקופת כהונה מקסימלית של 9 שנים בהתאם לחוק החברות. זהו ההסדר הרצוי מבחינת המחוקק, ולכן לא נקבעו מגבלות על תחולתו, ופנייתנו זו כאמור הינה רק לשם הזהירות. לו חפץ המחוקק להגביל תיקון זה לדירקטורים חיצוניים מכהנים בלבד, היה עליו לציין זאת במפורש כמו שצויין ביחס לקיצור תקופת הכהונה המקסימלית.

9. על כן, יש לפרש את ההוראה בסעיף 245(א) לחוק החברות, כך שהיא תחול לענייננו גם על דירקטורים חיצוניים המכהנים בבנק עובר לאישור האסיפה הכללית של הבנק את התיקון לתקנון, ככל שיאושר על ידי האסיפה הכללית.

10. זאת ועוד, יובהר כי הרציונל האוסר על הגבלת כהונה מצטברת של דירקטור חיצוני מכהן מתשע שנים לשש שנים הינו החשש מפגיעה באי התלות של דירקטור חיצוני מכהן⁶. חשש זה אינו מתקיים במצב בו חברה מבקשת לתקן את תקנונה, כך שהתקופה המקסימלית של כהונת דירקטור חיצוני תהיה תשע שנים במקום שש שנים ולהחיל את התיקון גם על דירקטור חיצוני מכהן בעת התיקון. בעניין זה, לאור אופן המינוי של דירקטור חיצוני, אין כל הבדל בין מינוי הדירקטור לכהונה נוספת, כך שיכהן סך הכל שש שנים, שאיננה יוצרת תלות, לבין הארכת כהונתו לכהונה שלישית, כך שיכהן סך הכל תשע שנים, (אף שאפשרות זו לא היתה קיימת עת מונה לראשונה). עוד יצוין כי הפרוצדורות הקיימות להארכת כהונת דירקטור חיצוני, המפורטות בסעיף 245(א1) לחוק החברות, מצמצמות ביותר את החשש מפגיעה באי התלות של הדירקטור החיצוני בחברה ו/או בבעל השליטה.

⁴ בהתייחס לנושא זה, ראו גם תשובת רשות ניירות ערך מיום 23 לאוגוסט, 2015 לבקשת הנחיה מקדמית- שהוגשה על ידי אפריקה ישראל מגורים בע"מ, סעיף 4.3.
⁵ הצעות חוק הממשלה- 496, כ"ד באדר התש"ע, 10.3.2010. שם בדברי ההסבר לסעיף 25 ו- 44 (ה) להצעת החוק עמ' 577 (להלן: "הצעת חוק")
⁶ ראו הערת שוליים 5 לעיל.

ג. עמדת הבנק:

11. מהנימוקים המפורטים לעיל, אנו סבורים כי הארכת הכהונה של דירקטור חיצוני מכהן, משש שנים לתשע שנים בהתאם לחוק החברות, מתיישבת עם תכלית החקיקה בקביעת המגבלה של תקופה מקסימלית של תשע שנים. תקופת תשע השנים הינה התקופה האופטימלית, גם לדעת המחוקק, לכהונת דירקטור חיצוני. בדברי ההסבר בהצעת החוק נאמר שתקופת כהונה של שש שנים היא קצרה מדי ומאלצת חברות להחליף דירקטור חיצוני שרכש ניסיון ומומחיות בתחום העיסוק של החברה, ולכן החוק איפשר להאריך את התקופה בשלוש שנים נוספות לתשע שנים.

12. דברים אלה נכונים ויפים גם לגבי הסוגיה המשפטית המתוארת במסמך זה בפניכם. שניים מתוך שלושת הדירקטורים החיצוניים בבנק, שתקופת כהונתם השניה תסתיים בטווח של כחצי שנה עד שנה, צברו ידע, מומחיות וניסיון משמעותיים ביותר בתחומי עיסוקו של הבנק ונכון וראוי יהיה שהם יוכלו להמשיך ולכהן בדירקטוריון הבנק, לפקח על פעילותו ולתרום מניסיונם הרב. הדברים חשובים במיוחד בתקופה זו של משבר כלכלי עקב מגיפת הקורונה, ושינויי המאקרו שחלו בעקבותיה, אשר יש להם השפעה משמעותית על תחומי העיסוק העיקריים של הבנק (משכנתאות, אשראי צרכני וליווי בניה).

ד. סוף דבר:

13. כאמור, פנייתנו זו הינה למען הזהירות ולדעת הבנק ניתן ונכון להחיל את תיקון תקנה 83 לתקנון הבנק כאמור לעיל, ככל שיאושר על ידי האסיפה הכללית, גם על דירקטורים חיצוניים המכהנים בבנק עובר לאישור האסיפה הכללית של הבנק לתיקון האמור, כך שניתן יהיה למנות דירקטורים חיצוניים שמכהנים בבנק לתקופת כהונה נוספת, שלישית במספר, של 3 שנים נוספות, באופן שכהונתם המצטברת המקסימלית תהיה 9 שנים חלף 6 שנים כקבוע בתקנון הבנק כיום.

14. הבנק מבקש שככל שעמדת הרשות לא תעלה בקנה אחד עם עמדת הבנק, אזי בטרם תתקבל החלטה סופית, תיקבע פגישה יחד עם נציגי הבנק על מנת לאפשר לבנק לשטוח ולהבהיר את טענותיו בפני הרשות בעל פה.

15. הבנק מודע לכך כי הפניה אליכם ותשובתכם עשויים להתפרסם באתר רשות ניירות ערך.

16. למותר לציין שהבנק יפעל בהתאם להוראות ועמדת הרשות.

17. נודה להתייחסותכם המהירה על מנת לאפשר שהות מספקת לבנק להתארגנות לאיוש דירקטורים חיצוניים מקצועיים כנדרש על ידי בנק ישראל.

18. אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה, ככל שתדרש.

בכבוד רב,

בנק ירושלים בע"מ

עו"ד מיכל קופרשטיין, מזכירת הבנק

עו"ד שרית וייסטון, היועצת המשפטית