

דוח ממצאים בדבר תגמולים לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה

מחלקה מקצועית - יולי 2020

הקדמה

בחודש יוני 2020, פרסמה רשות ניירות ערך דוח ריכוז ממצאים בנושא תגמולים לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה (להלן - "דוח הממצאים"). דוח הממצאים מהווה תוצר של מחלקת ביקורת והערכה בשיתוף עם מחלקת תאגידים (להלן - "סגל הרשות") והינו מבוסס על ביקורת רוחב בנושא תגמולים לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה, בארבעה תאגידים מדווחים (להלן - "הביקורת" ו-"חברות המדגם" בהתאמה).

במסגרת הביקורת נבחנו התגמולים שניתנו לבעלי שליטה, לקרוביהם ולמנכ"ל החברה בחברות המדגם, בתקופה מיום 1 בינואר 2017 ועד 31 בדצמבר 2018 (להלן - "תקופת הביקורת"), לעניין אישורם בהתאם להוראות הדין, התאמתם להסכמי ההתקשרות והסכמי העסקה וכן לעניין הגילוי שניתן אודותיהם.

דוח הממצאים מפרט מספר סוגיות מרכזיות שעלו במסגרת הביקורת וזאת במטרה לשקף בפני תאגידים 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 אותן לחלוטין, בין היתר, היות שלחברות נותר מרחב תמרון מסוים באשר לאופן יישום ההסדרים.

כך לדוגמה, בשנת 2011 נכנס לתוקפו תיקון 16 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן - "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 הדיריקטוריון וועדת הביקורת בכל הנוגע לעסקאות עם בעל שליטה או לעסקאות אשר לבעל השליטה יש עניין אישי באישורן. בהקשר דומה, בשנת 2012 נכנס לתוקפו תיקון 20 לחוק החברות (להלן - "תיקון 20"), אשר הסדיר את תגמול הבכירים בחברות ציבוריות ובחברות אג"ח. תיקון 20 חייב את החברות, בין היתר, לקבוע **מדיניות תגמול** שתסדיר את הקווים 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.

להלן סקירה תמציתית של ממצאי הביקורת

1. היעדר אישור האסיפה הכללית את ההסכם למתן שירותים על ידי החברה לבעלי השליטה בחברה
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 (להלן - **"הסכם השירותים"**).

הסכם השירותים אושר על ידי ועדת הביקורת והדירקטוריון **כעסקה לא חריגה** וזאת, בין היתר, כיוון שהינו **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

לעמדת החברה, המבוססת גם על ייעוץ משפטי שניתן לה, מדובר בעסקה שהינה במהלך העסקים הרגיל של החברה ולפיכך אינה עסקה חריגה ואישורה במוסדות החברה בוצע כדין. קביעה זו, התבססה בין היתר על רקע בחינת התקיימותן במקרה הנדון של אינדיקציות רבות שהוזכרו בפסיקת בתי המשפט בישראל, לרבות העובדה כי מזה שנים רבות מעניקה החברה באופן שיטתי, שוטף ורציף שירותי מטה בתשלום 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 וכן, אין ספק שעסקאות אלו הינן חוזרות ונשנות. בנוסף טענה החברה כי 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. עוד הוזכר כי מדי שנה ההסכם נבחן ואושר על ידי ועדת הביקורת.

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 ואף שלחברה 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 ושגרתית במהלך פעילותה השוטפת של החברה, וספק שהחברה 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 של החברה. כמו כן, עצם העובדה שמדובר לטענת החברה בעסקה זניחה, אינה פוטרת כשלעצמה מאישור האסיפה הכללית, שכן האמור מהווה עמידה רק בתנאי אחד להגדרת עסקה כעסקה שאינה חריגה בהתאם לחוק החברות. 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 אילולא הועסקו בהתאם להסכם העסקה, "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 שמספר ימי החופשה המנוצלים לא פחת. כמו כן, נהגו בסוף השנה לפדות את יתרת ימי החופשה שלא נוצלו, לרבות ימי החופשה שנוצלו והומרו בימי עבודה בשישי.

נוכח האמור, עלה ספק האם הנוהג המתואר לעיל עולה בקנה אחד עם הסכמי העסקתם של בעלי השליטה שאושרו ידי אורגני החברה.

עמדת סגל הרשות

בהתאם להסכמי העסקה שנחתמו ותוארו במסגרת התשקיף, בעלי השליטה בחברה זכאים לשכר בעלות חודשית הכוללת **תגמול עבור כלל עבודתם**. 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, ההחלטה להמיר ימי חופשה שנוצלו בפועל בימי עבודה בימי שישי, תוך צבירתם ופדיונם במועד מאוחר יותר מהווה לכאורה **תוספת שכר** מעבר למה שנקבע ותואר במסגרת התשקיף.

לפיכך, 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, בוטל הנוהג 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 בחברה". עם זאת, בפועל, חושב המענק בהתבסס על הרווח המיוחס לבעלים **חלק** 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. 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. החברה נדרשה לפעול בעקביות לעניין אופן חישוב המענק השנתי על פי הרווח השנתי המאוחד מכאן ואילך.

לקישור לדוח הממצאים כפי שפורסם על ידי סגל הרשות [לחץ/י כאן](#).

יובהר כי האמור לעיל אינו בגדר ייעוץ מקצועי ואינו מהווה תחליף לקריאה מלאה של דוח הממצאים ולבחינת מכלול ההשלכות הנגזרות מכוחו. עוד מומלץ כי חברות תסתייענה ביועציהן המשפטיים במשמעויות אפשריות שונות הנובעות מדוח ממצאים כאמור.

בברכה,

המחלקה המקצועית