

22 ביוני 2020

עדכוני ממשל תאגידי: משולש הסמכויות והכוחות - הדירקטוריון ויו"ר הדירקטוריון-המנכ"ל- בעלי המניות

לקוחות נכבדים,

בימים האחרונים פורסם דוח בדיקה חיצוני בעניינה של כלל חברה לביטוח בע"מ ("דוח הבדיקה" ו-"כלל ביטוח", בהתאמה), אשר נכתב בהובלתו של שופט בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' יורם דנציגר ("הבודק החיצוני"). דוח הבדיקה דן בסוגיות ממשל תאגידי הרלוונטיות למערך היחסים, הסמכויות והכוחות שבין הדירקטוריון ויו"ר הדירקטוריון, המנכ"ל ובעלי המניות.

בין היתר, דוח הבדיקה קובע ממצאים בנושאים הבאים:

- תפקידו וסמכויותיו של יו"ר הדירקטוריון בכלל, ויו"ר פעיל בפרט;
- ניהול הקשר בין דירקטורים לבעלי מניות;
- עסקאות עם צדדים קשורים;
- בעל מניות בחברה שהוא גם בעל שליטה או נושא משרה בתאגיד בו משקיעה החברה השקעה פאסיבית;
- הליך מינוי נושאי משרה ואופן הצעת מנכ"ל מחליף.

יצוין, כי דוח הבדיקה נערך לבקשת ועדת הביקורת של כלל ביטוח, בשים לב לנסיבות ולאירועים פרטניים, והוא אינו מהווה הוראה או הנחיה רגולטורית מחייבת. עם זאת, חלק ממסקנותיו עשויות להיות רלוונטיות גם למקרים ולתאגידיים נוספים. לדוח הבדיקה המלא כפי שפורסם על-ידי כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ ("כלל החזקות"), החברה האם של כלל ביטוח, ביום 11 ביוני 2020, ראה [כאן](#).

רקע

ברקע הפרשה, היערכותה והפיכתה של כלל החזקות לחברה ללא גרעין שליטה בחודש דצמבר 2019. תחילת הפרשה, אשר הובילה לדוח הבדיקה, בפגישה שהתקיימה בין היו"ר והמנכ"ל של כלל החזקות (המכהנים גם כיו"ר ומנכ"ל כלל ביטוח, בהתאמה) בתחילת חודש מאי 2020, במהלכה הציע היו"ר למנכ"ל כי על רקע ביצועי החברה נכון כי יגיעו להסכמה על סיום כהונתו כמנכ"ל ביוזמתו. במסגרת חלופת מכתבים שהתקיימה בעקבות הפגישה האמורה המנכ"ל העלה תהיות לגבי תהליך הדחתו, שנעשה לטענתו ללא דיון מסודר בדירקטוריון וללא שימוע, וטען כי לשיטתו, הדחיפות נבעה מלחצים שהופעלו על היו"ר על-ידי בעלי מניות מיעוט בכלל החזקות להחליפו. היו"ר דחה את טענות המנכ"ל, ובכלל זה ציין בין היתר, כי הוא אמנם שמע את דעתם של בעלי מניות בכלל החזקות אך הפעיל את שיקול דעתו המקצועי בעניין. בעקבות אירועים אלו מונה כאמור הבודק החיצוני, וזאת בהסכמתה של כלל החזקות ובעצה אחת ובעידודו של הממונה על שוק ההון.

1.

תפקידו וסמכויותיו של יו"ר הדירקטוריון בכלל, ויו"ר פעיל בפרט

בדוח הודגש כי פגישת היו"ר והמנכ"ל נערכה בטרם עודכנו עליה כל חברי דירקטוריון כלל ביטוח (ומרביתם עודכנו עליה רק בדיעבד). בהקשר זה, צוינו, בין היתר, הדברים הבאים:

- **יו"ר דירקטוריון פעיל חובש שני כובעים - האחד כובע הדירקטור, והשני כובע של נושא משרה פעיל בחברה בשכר.** כיו"ר הדירקטוריון, רצוי כי יתערב פחות ככל הניתן בניהול השוטף על-ידי המנכ"ל. כיו"ר פעיל תפקידו רחב משל דירקטור רגיל וצפוי כי יעסוק גם בעניינים הנוגעים לניהול החברה ולא יהיה מוגבל לתפקיד פיקוחי בלבד, כאשר היחסים בין המנכ"ל ליו"ר הפעיל הם נגזרת של אופי החברה, גודלה וכיצד היא מגדירה את גבולות תפקידי היו"ר והמנכ"ל.
- לצד האמור, **הדירקטוריון הינו גוף קולקטיבי המקבל החלטות ברוב דעות ויו"ר הדירקטוריון (לרבות יו"ר פעיל) הינו חלק אחד ושווה מבין חברי הדירקטוריון, הוא שואב את סמכותו מהדירקטוריון ואין לו בכובעו כדירקטור, סמכויות אישיות.** מאחר שנושא מינוי ופיטורי מנכ"ל הינו בליבת סמכות הדירקטוריון, פניה של היו"ר למנכ"ל בנושא סיום תפקידו, בטרם לובן הנושא ברמת הדירקטוריון (ואפילו בטרם נועץ היו"ר עם כלל חבריו) יצרה מצב חדש ואולי גם בלתי הפיך, שלא בהכרח משקף את ההחלטה שהייתה מתקבלת בדירקטוריון אילו היה נערך דיון מעמיק וחופשי.
- לאור האמור, **בנושאים המסורים לדירקטוריון, ובפרט מינוי ופיטורי המנכ"ל שהינם בליבת נושאים אלו, חייב להתקיים דיון בדירקטוריון** וחייבת להתקבל החלטה של החברה הבת והחברה האם בנפרד, בטרם ננקטת פעולה.
- במסגרת דוח הבדיקה נכללה ההמלצה כי **תפקידו וסמכויותיו של היו"ר הפעיל, שהינם מעבר לקביעת סדר היום וניהול ישיבות הדירקטוריון, יוגדרו באופן מפורט ככל האפשר בנהלי החברה הפנימיים** ויאושרו על-ידי הדירקטוריון.

2.

ניהול הקשר בין דירקטורים לבעלי מניות

נסיבות המקרה בבסיס דוח הבדיקה, מבליטות את הצורך בחידוד המקרים בהם ניתן לשוחח עם בעלי מניות, האופן בו שיחות אלה צריכות להתקיים, האם ומתי עליהן להיות מתועדות וקשת הנושאים עליהם ניתן לדון בשיחות אלה. בקשר לבעלי המניות שהביעו באותו מקרה את עמדתם בפני היו"ר בדבר התאמת המנכ"ל לתפקידו, נקבע כי לא היה זה נכון מצידם להביע את עמדתם בפני היו"ר כאמור (אחד מאותם בעלי מניות הינו בעל היתר החזקה של עד 8% ממניות כלל החזקות, האוסר עליו לפעול באופן שיביא להכוונת פעילות כלל החזקות, ובעל המניות השני כלל אינו מחזיק בידי היתר החזקה והחזקותיו אינן מגיעות לשיעור של 5%).

דוח הבודק החיצוני כלל התייחסות לעצם קיומן של פגישות מסוג זה מנקודת המבט של החברה כחברת ביטוח ללא גרעין שליטה. בדוח הודגש כי אין דין פגישות בין דירקטורים לבעלי מניות בחברה פרטית כדין פגישות כאמור בחברה ציבורית; כי אין דין פגישות בין בעלי מניות לדירקטורים בחברה ציבורית עם בעל שליטה כדין פגישות כאמור בחברה ללא גרעין שליטה; וכי אין דין פגישות בין דירקטורים לבעלי מניות בחברה ללא גרעין שליטה כדין פגישות כאמור בחברה ללא גרעין שליטה שהיא חברת ביטוח.

עוד צויין כי גם אם אופי ההסדרים ואופן קיום הפגישות יכול להשתנות בין חברה לחברה וגם אם ההסדרים המשפטיים החולשים על פגישות מסוג זה שונים מחברה לחברה, אין בדין איסור על עצם קיומן.

יתירה מכך, ככלל, מפגשים בין בעלי מניות להנהלת החברה, והדירקטוריון בפרט, מהווים חלק מתרבות ארגונית תאגידית מבורכת ועשויים לצמצם את העלויות הכרוכות ב"בעיית הנציג" המתעוררת בחברה ללא גרעין שליטה בין בעלי מניות מפורזים להנהלת החברה. אולם, במקרה הנדון הנושא מורכב יותר בהתחשב במבנה המיוחד של כלל החזקות ובטיב המפגשים המדוברים. בנוסף, לא ניתן להתעלם מהוראות הדין שחלות ביחס לפגישות כאמור, לרבות בנוגע לאיסור מסירת מידע פנים, חובות האמון של הדירקטור המחייבות אותו לשקול את טובת החברה תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי, כאשר פעולה והצבעה בדירקטוריון בהתאם להנחיות בעל מניות עולה לכדי הפרת חובת האמונים כלפי החברה, וכן העובדה כי הפעלת כוח השפעה על חברי הדירקטוריון מצד בעל מניות עלולה להקים לבעל המניות אחריות כאילו הוא דירקטור (דירקטור צללים).

בנוסף, הגישה המעודדת אקטיביזם ומעורבות בעלי מניות מתעלמת ממספר ממדים עיקריים בחוק החברות, ובהם ההפרדה העקרונית וחלוקת הסמכויות בין בעלי המניות לדירקטורים, סעיפי האחריות בחוק החברות (חובת האמונים והזהירות) המדברים על "טובת החברה" ולא "טובת בעלי מניותיה" וכן הוראות חוק החברות בעניין תכלית החברה, שאינן מזהות את תכליתה עם טובת בעלי מניותיה בהכרח.

כמו כן, בחברות עם שליטה מבוזרת, פגישות סלקטיביות עם בעלי מניות מסוימים ומסירת מידע עודף בהן (אף אם אינו מידע פנים) עלולות לפגוע בעיקרון השוויון שבין בעלי המניות.

למרות הקשיים הנ"ל, בדוח צוין כי ככלל, המגמה הכללית בעולם הינה לעודד אקטיביזם של בעלי מניות, שיהדק את הפיקוח על מנהלי החברה ויתמקד בהשאת ערך מניות החברה. לפיכך, קובע הדוח כי על אף הקשיים והשאלות המתעוררות בנושא, המפגש בין בעלי מניות לדירקטורים אינו אסור, וככל הנראה גם מבורך.

בחברת ביטוח ללא גרעין שליטה, כמו כלל ביטוח, עולים היבטים נוספים מקיום פגישות כאמור מאחר שכלל ביטוח מצויה במצב ייחודי, בו מחד היא גוף משקיע, שמחזיק בעצמו במניות של חברות (באמצעות הנוסטרו וגופי הגמל והפנסיה), ובכובעה ככזו היא אף מחויבת לפעול לטובת החוסכים בכדי להשפיע על הגופים בהם היא משקיעה, ומאידך הינה גוף שמשקיעים בו. לאור מצב ייחודי זה, הרגולציה הרלוונטית קובעת כללים המבודדים את מקבלי החלטות ההשקעה בגוף המוסדי (ובפרט ועדות ההשקעה) מפני ההשפעה הפוטנציאלית של בעלי המניות שלהם. לפיכך, **הדוח קובע כי רגישות מפגשים כאמור בין בעלי מניות לדירקטורים בחברה מסוגה של כלל ביטוח מחייבת קביעת כללים ברורים ביחס לקיומם ולתוכנם וכי כלל החזקות, החברה האם, צריכה להסדיר בעצמה את הנושא ולאפשר נקודות מפגש מצומצמות יחסית בין דירקטורים לבין בעלי מניות, ובכלל זה לקבוע הסדרים שיכללו את האחראים בקבוצה על הנושא, אופן תיעוד המפגשים, תדירותם ועוד.** על-פי ההמלצה, ראוי כי יובא גילוי פומבי לטיבם של הסדרים כאמור.

מההיבט הפרקטי, הדוח כולל, בין היתר, את ההמלצות הבאות:

- (1) הדירקטוריון יקבע נוהל לפגישות בין דירקטורים לבין בעלי מניות, שיכלול את הנושאים המתאימים לדיון בפגישות כאלה ואת אופן עדכון הדירקטוריון בנושאים שעלו בהן.
- (2) באופן רגיל, היחידים שיורשו להגיע לפגישות ולקיים קשר עם בעלי המניות הינם היו"ר ו/או המנכ"ל (עם כפיפיו המקצועיים), וכי רק בנסיבות מסוימות ובכפוף לאישור הדירקטוריון מראש והנחיות היועץ המשפטי בדבר הנושאים עליהם ניתן לשוחח, יתקיימו פגישות של דירקטורים אחרים עם בעלי המניות.
- (3) ניתן לשקול כי פגישות כאמור יתקיימו בהשתתפות נציג או בעל תפקיד אחר בחברה.
- (4) יש לתעד את הנושאים שנדונו בפגישה ולהעביר את התיעוד לאחראי מוגדר בחברה.

(5) יש לפעול על מנת לעודד פגישות מרובות משתתפים עם בעלי מניות באמצעות אמצעים טכנולוגיים, בהן יתאפשר לבעלי המניות ולדירקטורים לקיים שיח, להעלות שאלות ולהשיב עליהן.¹

(6) ככלל, אין מקום לקיום פגישות של בעלי מניות עם דירקטורים של חברת הביטוח (בשונה מכלל החזקות, החברה האם הציבורית) או עם נושאי משרה אחרים בחברת החזקות או בחברת הביטוח (כפוף לאמור בס"ק (2) לעיל).

עסקאות עם צדדים קשורים

.3

הדיון בנושא זה בדוח הבדיקה נערך בקשר להתנהלות מול בעל מניות בכלל החזקות שהוא נושא משרה בחברה שעמה כלל ביטוח מקיימת קשרים עסקיים אקטיביים.

הפיכתה של כלל החזקות לחברה ללא גרעין שליטה מדגישה, לדעת הבודק החיצוני, את הצורך והחשיבות בחידוד הנהלים ואופן אישור העסקאות עם צדדים קשורים. כלל ביטוח אימצה נוהל כאמור במועד הפיכתה לחברה ללא גרעין שליטה, אשר אושר גם באורגנים של כלל החזקות.

בדוח הבדיקה נקבע, בין היתר, כי יש לבחון כיצד מעורבותו של צד קשור עולה כבר בשלב המשא ומתן ולדאוג לקביעת הסדרים המבטיחים כי משא ומתן בנסיבות כאלה יתבצע באופן המשיא ערך לחברה.

דוח הבדיקה כולל המלצות לגבי חידודים נוספים של הנוהל שאימצה כאמור כלל ביטוח, ובכלל זה: בחינת הרחבת הגדרת "צד קשור" גם למי שנודע לעובד החברה כי הוא בעל מניות בחברה וכן סיווג כצד קשור גם תאגיד שמכהן בו נושא משרה, שהיה נושא משרה בכירה בקבוצה התאגידית בשלוש השנים האחרונות.

בעל מניות בחברה שהוא גם בעל שליטה או נושא משרה בתאגיד בו משקיעה החברה השקעה פאסיבית

.4

דוח הבדיקה אף התייחס למצב בו החברה מתנהלת מול בעל מניות שהוא גם בעל שליטה או נושא משרה בכירה בתאגיד בו משקיעה החברה השקעה פסיבית. בדוח הודגש כי מצב כאמור, בו גופים מוסדיים המנוהלים תחת כלל ביטוח, מושקעים בתאגיד אחר, בכספים או בכספי אחרים, וקיימות מחלוקות בנוגע לאופן הצבעתם באסיפה הכללית של התאגיד האחר, בעוד התאגיד האחר או בעל השליטה בו הינם בעלי מניות או רוכשים מניות בכלל החזקות (בעלת השליטה בעקיפין באותם גופים מוסדיים), מעלה קושי וצורך מוגבר להגן על ההפרדה המוחלטת בין ועדות ההשקעה וחברות הקבוצה. החשש הוא לטענה לפיה הגופים המוסדיים של כלל ביטוח, בכובעם כבעלי מניות בתאגיד האחר, מושפעים מסיטואציה כאמור ופועלים בניגוד עניינים או הינם בעלי "עניין אישי שלילי" באישור עסקאות בתאגיד האחר.

בהמשך לכך, בדוח הבדיקה נכללה, בין היתר, ההמלצה כי כלל ביטוח תבצע ריענון לעובדיה הבכירים ביחס לצורך להמשיך ולהגן על נציגי כלל ביטוח שתפקידם לנהל את כספי העמיתים, מפני לחצים חיצוניים.

¹ לעניין זה, אנו מפנים אתכם לעמדת סגל משפטית שפרסמה רשות ניירות ערך בנושא שיחות ועידה בחודש נובמבר 2014 (העמדה זמינה כאן).

ביחס לאופן מינוי המנכ"ל ונושאי משרה בכירים בקבוצה, צוין בדוח כי ברירת המחדל צריכה להיות ועדת איתור (לרבות ביחס לכפופי מנכ"ל). עם זאת, יש מקרים שבהם יש הצדקה שלא להקים ועדת איתור, כגון מקרים מיוחדים בהם המנכ"ל או היו"ר (במקרה של מינוי מנכ"ל) מזהים הזדמנות לגייס מועמדים בעלי רקע והישגים מרשימים וניתן להסתפק בהתייצבות המועמד בפני ועדת משנה של הדירקטוריון, או בפני הדירקטוריון במליאתו, או בפני צוות בראשות המנכ"ל ומספר בכירים אחרים (במקרה של מועמד לתפקיד עובד בכיר). עוד צוין כי הדירקטוריון מחויב להיות ערוך דרך קבע לחילופים אפשריים בתפקיד המפתח של המנכ"ל וכן מונה קריטריונים ואמות מידה לבחינת מועמדים לכהונה בתפקידים בכירים בחברה.

עוד הוצע כי החברה תדון ותקבע מיהם אותם נושאי משרה (כפופי מנכ"ל) שתהליך מינויים טעון בחינה ואישור מראש של הדירקטוריון (בין במליאתו ובין באמצעות ועדה) וכי במקרים בהם יש צורך באישור תפקיד כאמור, ידון הדירקטוריון ראשית בהתאמת המועמד לתפקיד ורק לאחר מכן יקוים הליך אישור של תנאי כהונתו והעסקתו בהתאם למדיניות התגמול של החברה.

* * *

אנו עומדים לרשותכם ומזמינים אתכם לפנות אלינו בכל שאלה והבהרה נדרשת.

המידע הכלול במזכר זה נמסר בתמצית ולמטרות אינפורמטיביות בלבד, ואין בו להוות תחליף לייעוץ המשפטי הנדרש בכל מקרה לגופו. אין המשרד מתחייב לעדכן את האמור במזכר זה או את המכותבים אליו בשינויים במצב הנורמטיבי, החוקי או אחר שיש להם השלכה על האמור במזכר זה.

בכל שאלה או צורך בהבהרה בקשר עם העניינים המפורטים במזכר זה, ניתן לפנות לאנשי הקשר שלכם במשרדנו או ל:



עו"ד הדר ציקינובסקי שהרבני
hadar.sharabani@goldfarb.com
050-7452951/03-6089332



עו"ד גור נאבל, ראש תחום שוק הון
gur.nabel@goldfarb.com
052-4000322/03-6089802