

ממשל תאגידי ואחריות תאגידית

מה להגיש בישיבות דירקטוריון במקום ביסקוויטים וקפה?

"ימי הקפה והביסקוויטים נגמרו. רשות ניירות ערך לא תשלים עוד עם התנהלות פאסיבית של הדירקטורים ועם התבטלותם בפני ההנהלות של החברות הציבוריות." כך הצהיר נחרצות היו"ר הקודם של רשות ניירות ערך, משה טרי, בכנס שנערך לאחרונה. אמנם, הנושאים שנדונו בכנס, שותרתו הייתה "אחריות דירקטורים" לא היו חדשים, אך העוצמה והנחרצות שבהן הם נאמרו, גרמו לדירקטורים רבים להבין, שנדרשת בחינה מחודשת של תהליכי העבודה שלהם. טרי שלח להם מסר ברור, שמטרתו להבטיח, שהם ימלאו את תפקידם כהלכה. זאת, לאור כפל תפקידיהם - התווית מדיניות עסקית לחברה, ופיקוח על ניהול עסקי החברה, שטומנים בחובם סכנה לקונפליקט פונקציונלי מובנה.

דרישתו של טרי להגברת האפקטיביות של עבודת הדירקטוריון, משקפת לא רק את הלך הרוח הציבורי והשיפוטי בישראל, אלא גם את השינויים שהתרחשו בתחום זה בעולם, ובעיקר בארצות הברית ובבריטניה. כמו בישראל, גם בארצות הברית ובבריטניה, עד לסוף שנות השמונים של המאה העשרים, היה מצופה מדירקטור לאמץ גישה סמי-פסיבית במסגרת ישיבות הדירקטוריון, לבחון את הנושאים המוצגים על ידי ההנהלה ולהגיב במידת הצורך. היקף ההשקעה והמעורבות הנמוכים שנדרשו מתפקיד הדירקטור, איפשרו לרבים להיות חברים במספר לא מועט של דירקטוריונים במקביל, ולנופף בסמל הסטאטוס המכובד. שנות האלפיים הביאו עמן רוחות אחרות, ומשקיעים אמריקאים ובריטיים חדלו לראות בעין יפה דירקטורים החברים בו זמנית במספר דירקטוריונים. זאת, מתוך ההבנה, שיקשה על דירקטור להיות חבר בו זמנית ביותר מ-3-4 דירקטוריונים, ועדיין לגלות הבנה ובקיאות מלאים במתרחש באותן חברות ולמלא את תפקידו באופן אופטימאלי.

בכדי לעודד חברות ישראליות לאמץ סטנדרטים בינלאומיים, בכל הקשור לניהול הממשל התאגידי¹ שלהן, במיוחד ככל שהדבר קשור בהרכב ותהליכי עבודת הדירקטוריון וועדותיו, הקימה רשות ניירות ערך את ועדת גושן לבחינת קוד ממשל תאגידי בישראל. הועדה ניסחה המלצות המתמקדות, בין היתר, בהרכב ועבודת הדירקטוריון וועדת הביקורת, אישור עסקאות עם בעלי שליטה ויצירת מנגנוני בקרה נוספים בחברה. על אף שאין חובה חוקית לאמץ המלצות אלו, חברות רבות בישראל שוקדות מזה זמן על בחינת ההמלצות ואימוץ מוקדם ווולונטרי של חלקים רבים ממסמך זה. עם זאת, יישום טכני של ההמלצות חוטא לעיקר, ועל כך הושם הדגש בכנס שערכה הרשות. גם אם טכנית, חברה תעמוד בכל המלצות וועדת גושן, אין די בכך להבטיח את אפקטיביות עבודת הדירקטוריון, את איכות הדיונים בחדר הדירקטוריון, את זרימת המידע, את שיקוף התהליכים המרכזיים המתרחשים בחברה, את מידת המעורבות שייקחו הדירקטורים בתהליכי קבלת ההחלטות, את ההתחשבות בכלל האינטרסים של מחזיקי העניין של החברה ועוד קצרה היריעה מלהוסיף.

ועדת גושן ביססה במידה רבה את המלצותיה על הקוד הבריטי לממשל תאגידי, המכונה "The Combined Code". אחד הנושאים המופיעים בקוד הבריטי, שלא אומצו על ידי ועדת גושן, הינו הדרישה של הקוד הבריטי מחברות, לבצע אחת לשנה תהליך של בחינת אפקטיביות עבודת הדירקטוריון, הן כקבוצה והן ביחס לכל אחד ואחד מחבריו ולדווח על כך לציבור המשקיעים. המדובר בתהליך המבוצע ביוזמת הדירקטוריון ובו מועברים לחברי הדירקטוריון שאלונים הדורשים מהם להתייחס לאפקטיביות עבודת הדירקטוריון, על היבטיה השונים. לשאלונים אלו מתווספים במקרים רבים ראיונות המיועדים להרחיב את הדיון ואשר בהם ניתנת לדירקטורים הזדמנות לחוות דעה על אופן עבודת הדירקטוריון, להצביע על כשלים משמעותיים (במידת הצורך) ולתת המלצות לשיפור תהליכי עבודת הדירקטוריון. בסופו של התהליך מתקבלות מסקנות לגבי תהליכי השיפור שהדירקטוריון צריך לבצע בעבודתו, או מתקבל אישור על כך שהדירקטוריון פועל באופן אפקטיבי.

¹ ממשל תאגידי- שם כולל לעקרונות, כללים ותהליכים, החיוניים לניהולם הזהיר והראוי של תאגידים, בהיבטי בקרה ופיקוח. בין היתר מתייחס המונח לעבודת הדירקטוריון וועדותיו ולמערכות היחסים בין הנהלת החברה לדירקטוריון ובין האורגנים השונים בחברה.

מסקר שנערך בשנת 2006 על ידי PwC בקרב החברות הגדולות הנסחרות בבריטניה (FTSE 350), עולה כי 83% מתוך החברות שנסקרו, מבצעות אחת לשנה תהליך של בחינת אפקטיביות עבודת הדירקטוריון. 41% מביניהן, משתמשות לצורך כך בשאלונים, 25% משתמשות בראיונות, ו 34% משתמשות בשילוב של שני הכלים. יותר ממחצית החברות אף מדווחות לציבור את תוצאות התהליך ואת השיפורים שהן מתכוונות לבצע כתוצאה מהמסקנות שהתקבלו.

על פי הפרקטיקה המקובלת, אפקטיביות עבודת הדירקטוריון נמדדת בשני מימדים: המימד הראשון הוא מימד התכונות והמאפיינים של חברי הדירקטוריון, והמימד השני הוא מימד תהליכי וסדרי עבודת הדירקטוריון.

המימד הראשון מורכב משלושה קריטריונים - כישורי הדירקטורים, המידה שבה הדירקטורים, כקבוצה, מייצגים את כלל מחזיקי העניין של החברה, ומאפייני האישיות שלהם. כישורי הדירקטורים הוא הקריטריון האובייקטיבי ביותר, והוא מתייחס להשכלה, לניסיון ולכישורים המקצועיים של חברי הדירקטוריון, כך שנקבוצה, הדירקטוריון יכיל את כל רכיבי הכישורים הנדרשים בכדי לבצע את תפקידו כהלכה. כך לדוגמה, חוק החברות ודרישות רשות ניירות ערך בישראל מדגישים את חשיבות נוכחותם של דירקטורים בעלי מיומנות חשבונאית ופיננסית², ובצדק. לא יתכן לקבל החלטות עסקיות ללא רקע פיננסי וידע מקצועי בקריאת דוחות כספיים. אולם, בצד דירקטורים עם מיומנות מסוג זה, חשוב לכלול גם דירקטורים בעלי ידע וניסיון רלוונטיים בתעשייה ובשווקים בהם פועלת החברה. קריטריון נוסף במסגרת מימד זה הינו המידה שבה דירקטורים מייצגים את כלל מחזיקי העניין של החברה. כך לדוגמה, הרגולטור בישראל שם את הדגש על ייצוג הולם של בעלי המניות של החברה, ולפיכך, בחברות ציבוריות, לצד דירקטורים הממונים על ידי בעל השליטה, נדרשים להיכלל גם דירקטורים חיצוניים מקרב הציבור. עם זאת, מכיוון שהכלל הוא שמהרגע שדירקטורים נכנסים לחדר הישיבות, מוטל עליהם לפעול לטובת החברה,

² חוק החברות, התשנ"ט-1999 דורש את קיומו של מספר מזערי של דירקטורים בעלי מיומנות חשבונאית ופיננסית, ותקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), התש"ל-1970, מכילות דרישות גילוי בנוגע לדירקטורים בעלי מיומנות חשבונאית ופיננסית, לרבות בדבר הסיבה לאי עמידה בדרישות חוק החברות בנושא.

ולא לייצג עמדה ספציפית של בעל עניין מסוים, יש לוודא שהדירקטוריון כקבוצה מייצג נאמנה את העובדים, הלקוחות, הספקים ויתר מחזיקי העניין של החברה, ולא רק את בעלי מניותיה. מאפייני האישיות של הדירקטורים הינו קריטריון חשוב נוסף במסגרת זו, אך בניגוד לפרמטרים הקודמים, פרמטר זה קשה במיוחד למדידה. במסגרת זו נכללים נושאים כגון: תקשורת בין אישית טובה, יכולת קבלת החלטות, חזון, חשיבה אסטרטגית, מהימנות, שיקול דעת, הגינות ויכולת להפגין עמדה עצמאית ולהתמודד עם קונפליקטים.

המימד השני בבחינת אפקטיביות עבודת הדירקטוריון, הינו מימד תהליכי וסדרי עבודת הדירקטוריון. במסגרת זו נבחנים נושאים כגון תדירות ישיבות הדירקטוריון, הנושאים הנידונים בישיבות, איכות החומרים המועברים לדירקטורים לפני הישיבות והמועד בו הם מועברים, אופן עיבוד החומרים והשתתפות מומחים בישיבות הדירקטוריון במידת הצורך. היבט נוסף הוא חלוקת הזמן בישיבות בין הצגת חומרים ובין דיון בהם, וכן בין דיון בנושאים הקשורים לביצועי העבר לבין דיון בנושאים הקשורים לתוכניות עתידיות. עוד נבחנים נושאים כגון איכות הבקרה של הדירקטוריון על כך שמובאים לידיעת חבריו כל הנושאים הדורשים התייחסות ובחינה מצדו, איכות היחסים בין הדירקטוריון וההנהלה וכיצד באלה.

בדיקה של אפקטיביות עבודת הדירקטוריון עדיין אינה דבר שבשגרה בקרב חברות ישראליות, למעט כאלו שנסחרות בבורסות זרות, ולפיכך מאמצות את הנוהג והדרישות במדינות בהן הן נמצאות. אמנם, סביר להניח שיימצא מי שיטען, שתהליכים מסוג זה הינם מיותרים, ונעשים אך ורק לצורך מירוק התדמית הציבורית. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהשתתפות בתהליך זה, אחת לשנה, מחייבת את הדירקטורים לקחת פסק זמן, ולבחון מחדש את השגרה שהתרגלו אליה. בתקופה עמוסה במידע וקדחתנית, כמו זו שאנו נמצאים בה, תהליך כזה יהיה בעל ערך מוסף משמעותי לדירקטורים ולמנהלים של חברות. לסיכום, להלן כמה שאלות, שרצוי שדירקטורים ישאלו את עצמם בימים אלה של "חשבון נפש" וגם בימים כתיקונם.

חמש שאלות לדוגמה שרצוי שדירקטורים ישאלו את עצמם:

- (1) האם כל חברי הדירקטוריון מכירים ומבינים את ליבת העסקים של החברה, הסיכונים והאתגרים העומדים בפניה, הכיוונים האסטרטגיים שלה, והמשאבים שידרשו בכדי שתעמוד ביעדיה?
- (2) האם ישיבות הדירקטוריון בנויות כך שנותר זמן מספיק לניהול דיון איכותי אודות הנושאים שעל הפרק?
- (3) האם ההחלטות, המתקבלות על ידי הדירקטוריון, מבטאות את האינטרס של החברה, ומייצגות נאמנה את עמדות חברי הדירקטוריון? האם נעשית בקרה על כך שהחלטות הדירקטוריון מיושמות במלואן?
- (4) האם כל חברי הדירקטוריון תורמים באופן אקטיבי לדיונים הנערכים בישיבות, תוך שימוש בכישורים ובניסיון שלהם?
- (5) האם הדירקטוריון מכיל את הפורטפוליו האופטימאלי של כישורים, יכולות ומאפייני אישיות, והאם הדירקטוריון, בהרכבו, מייצג נאמנה את כלל מחזיקי העניין של החברה?

דיני תאגידים

באילו נסיבות ניתן להסתמך על חוות דעת עו"ד כהגנה במשפט פלילי?^{*}

באילו נסיבות תוכל הסתמכותו של נאשם על עצתו המשפטית של עורך דינו להוות הגנה מאחריות פלילית? לאחרונה דן בית המשפט בסוגיה זו בהרחבה בעניין **מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ** (ע"פ 845/02).

פסק הדין בעניין תנובה עסק בשיתוף הפעולה בין מפעלי הבשר של תנובה ובין חברת מאיר עזרא בנוגע ליבוא ושיווק בשר כשר קפוא (להלן: "**פרשת תנובה**"), במסגרתו הסכימו הצדדים הנ"ל להסדרי שיווק, אשר נערכו בעקבות ייעוץ משפטי שקיבלו הצדדים לפיו הסדרים אלה אינם הסדרים כובלים¹. לפיכך, טענו הנאשמים, בין היתר, כי קמה להם ההגנה מכוח סעיף 34³ לחוק העונשין, שכותרתו "טעות במצב המשפטי". סעיף זה קובע כי:

"לענין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר". (ההדגשה אינה במקור).

בית המשפט המחוזי מצא, כי בנסיבות הקונקרטיות של המקרה, יש לקבל את טענת ההגנה של טעות במצב המשפטי שהעלו המשיבים.

^{*} המאמר נכתב על ידי ד"ר שחר הדר, עו"ד, ממשרד גרוס, קלינהנדלר, חודק, ברקמן ושות' (GKH&BW). כל המידע הנכלל במאמר זה הינו בבחינת מידע כללי בלבד, ואינו בגדר חוות דעת או ייעוץ משפטי מוסמך. על המשתמש/ת לקבל עצה מקצועית נפרדת לפני כל פעולה משפטית או אחרת המסתמכת על המאמר. המחבר והמערכת אינם נושאים באחריות כלשהי כלפי הקוראים.

¹ הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

בית המשפט העליון בפרשת תנובה, בערעור על פסק הדין הנ"ל, בוחן את יסודות ההגנה, המהווה חריג לעקרון היסוד בדיני העונשין, הקובע, שאי ידיעת הדין הפלילי אינה משמשת הגנה מפני אחריות בפלילים, ואת תנאי קיומה. פסק הדין בפרשת תנובה מציין, כי סעיף 34³⁴ לחוק העונשין, המצוטט לעיל, כולל שני יסודות:

- יסוד ראשון – "הטעות" - מבחן סובייקטיבי – הנאשם אכן טעה טעות כנה ובתום לב בדין הפלילי.
- יסוד שני – היותה של הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר" - מבחן אובייקטיבי – רק טעות, שהינה בלתי נמנעת באורח סביר, עשויה לפטור את הנאשם מאחריות פלילית.

לאור לשונו הרחבה של סעיף 34³⁴ לחוק העונשין, שאינה קובעת מגבלה על מקור הטעות בדין או על סיבתה, קבע בית המשפט העליון, שלשון הסעיף מאפשרת לכלול בגדר ההגנה גם טעות שמקורה בהסתמכות על עצתו המשפטית השגויה של עורך דין, ואין להגביל את תחולת ההגנה להסתמכות על עצה או פרשנות של גורם רשמי (כגון רשות רגולטורית). יחד עם זאת, אמות המידה לשם בחינת התקיימותה של ההגנה, כאשר מבקש נאשם להשתית את הגנתו על עצת עורך דין הן קפדניות יותר מאלה הנדרשות, כאשר נאשם מבקש להשתית את הגנתו על עצתו או עמדתו המשפטית של גורם רשמי מוסמך.

בית המשפט העליון קבע, כי כדי שתקום ההגנה בדבר טעות במצב המשפטי בעניינו של אדם מסוים, טענת הנאשם, כי הסתמך על חוות דעתו של עורך דין, צריכה כשלעצמה לעמוד במבחן הסבירות. זאת ועוד, בהתאם למבחן הסובייקטיבי, על מנת ליהנות מההגנה של טעות במצב המשפטי, הסתמכותו של הלקוח על עצת עורך דינו צריך שתיעשה בתום לב.

בין הנתונים הראויים לשמש אבן בוחן לקיומה של הגנת הטעות בדין עקב הסתמכות על ייעוץ משפטי, וכדי שההסתמכות על עצת עורך דין תשמש טענת הגנה על פי סעיף 34יט, קובע בית המשפט מספר אמות מידה ככלי עזר:

על הייעוץ המשפטי להתבסס על מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית, היינו על הנאשם, המבקש לקבל חוות דעת משפטית, לחשוף בפני הגורם המייעץ את כל העובדות הרלוונטיות למקרה שלגביו מתבקשת חוות דעת.

על אדם המבקש לקבל חוות דעת לפנות לעורך דין בעל מומחיות בתחום. יחד עם זאת, פנייה לעורך דין, שלכאורה אינו בעל המומחיות המיוחדת (כגון: מס, הגבלים עסקיים, ניירות ערך וכד'), כשלעצמה, אין בה לשלול את תוקפה של ההגנה, בכפוף לתום ליבו של הפונה.

מן הראוי, שבד"כ תהא חוות הדעת בכתב.

אם יש אפשרות לקבל חוות דעת מרשות מוסמכת, יש לפנות אליה ולא להסתמך על חוות דעת של עורך דין פרטי בלבד – כאשר קיימת אפשרות ממשית לקבל מרשות מוסמכת את עמדתה המשפטית, טעות בדין של נאשם, שהעדיף להסתמך על עצתו המשפטית של עורך דינו, נראית כטעות שאינה "בלתי נמנעת באורח סביר", ונטל כבד יוטל על הנאשם להסביר, מדוע החליט להסתפק בעצת עורך דינו בלבד.

עוד הודגש, כי תנאים אלה אינם מהווים רשימה סגורה, והם עשויים להשתנות בהתאם למקרה הספציפי העומד לפני בית המשפט.

זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בפרשת תנובה, פסק בית המשפט העליון בפרשת **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (ע"פ 5672/05)** (להלן: "**פרשת טגר**"). פסק הדין עסק בערעור על הרשעת חברת טגר ובעליה וחברת אס.אר.אס. הנדסה וסוכנויות בע"מ ובעליה, בבית

המשפט המחוזי בירושלים, בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים בעניין רכישת חלקי חילוף לתעופה ממשד הביטחון. גם כאן העלו הנאשמים, בין היתר, את טענת ההגנה בדבר הסתמכות על חוות דעת של עורך דין לפני ביצוע העבירה. פסק הדין בעניין פרשת טגר בוחן ומאיר באור שונה את השאלה שנבחנה על ידי בית משפט העליון בפרשת תנובה.

בהתייחסה לסוגיית הצורך לפנות לרשות מוסמכת על מנת לקבל את עמדתה, נוקטת השופטת ברלינר עמדה שונה מזו שהוצגה על ידי בית משפט העליון בפרשת תנובה:

..."גם כאשר קיימת אפשרות לקבל pre-ruling איני בטוחה שיש מקום לקבוע כלל גורף שעצת עורך דין פרטי לא תספיק על מנת להקים טענה של טעות במצב משפטי".

השופטת ברלינר מדגישה כי טענת ההסתמכות על עצת עורך דין הינה מקרה פרטי של טעות במצב המשפטי, והיא כפופה לשני תנאים: (א) תום לב – מהתנהגותו של המתייעץ עם עורך הדין ניתן ללמוד על ניסיון כן ואמיתי לדעת מהן דרישות החוק ולעמוד בהן, ו (ב) דרישת הסבירות – על ההסתמכות על עצת עורך הדין לעמוד בתנאי של סבירות; זו אופפת את ההסתמכות לאורך הדרך והיא משתרעת הן על מהלך ההתייעצות והן על ההחלטה להסתמך על העצה, לרבות עצם הפנייה לעורך הדין, בחירת עורך הדין, המידע שנמסר לו והיקפו וכיוצא בזה.

לסיכום, על אף העובדות הדומות ופערי הזמן הקצרים בין פסקי הדין בפרשת תנובה ובפרשת טגר, נוקט בית המשפט העליון בעמדות שונות ומאיר באור שונה נקודה משפטית מרכזית. עתה נותר להמתין ולראות כיצד יישמו ויתמודדו בתי המשפט עם הלכות אלו.