

ניהול סיכונים

ניהול סיכוני הלבנת הון כחלק אינטגרלי מהפעילות העסקית

רקע

מה אומר לכם המונח "הלבנת הון"? צמד מילים זה נתפס בעיני רבים כקשור למאפיה או לפשיעה בינלאומית, ולא למציאות היומיומית, אך בפועל, הסיכון שתתרחש הלבנת הון הינו חלק מהסיכונים הכרוכים בפעילות עסקית, והוא רלוונטי לחברות, כמו גם לאנשים פרטיים.

לדוגמא, א' הסתבך בשנה האחרונה עם חובות בשוק האפור, לאחרונה קיבל א' הצעה מפתיעה מש', מלך השוק האפור, אשר א' חייב לו כמה עשרות אלפי דולרים: "פתח חשבון בנק על שם העסק שלך, ובמקום להחזיר לי את החוב, הפקד עבורי כסף מזומן לחשבון מדי יום", א' הבין שמדובר במשהו לא כשר, אך הרגיש כמי שזכה בפיס. נשאלת השאלה, האם בין א' ובין ה"זכייה" קיים מכשול נוסף?

חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן- "חוק איסור הלבנת הון"; "החוק") מגדיר "הלבנת הון" כביצוע פעולה, או סדרת פעולות, ברכוש שמקורו בפשיעה, במטרה להסתיר או להסוות את מקורו של הרכוש, את זהות בעלי הזכויות בו ואת מיקומו, להטמיעו ברכוש לגיטימי ולהכינו לשימוש חוזר. כך, פעולות הנחזות להיות לגיטימיות לכשעצמן, מהוות תהליך שבו "רכוש אסור", שהינו תוצר פשיעה, מאבד את התווית הפלילית שלו ונחזה להיות רכוש "כשר למהדרין" בהלבנת הון כרוכים שלבים רבים, החל מעבירת המקור שבאמצעותה הופק ההון, דרך פעולות ההלבנה השזורות לאורך "שרשרת ההלבנה",

וכלה בשימושים החוזרים שנעשים בהון לאחר שהולבן¹. בהתאם לחוק, קמה במשרד המשפטים יחידה מיוחדת לצורך אכיפתו- הרשות לאיסור הלבנת הון, המרכזת את המידע והדיווחים המתקבלים מגופים פיננסיים מתוקף החוק. מחליפה מידע עם גופים מקבילים בחו"ל וכן מעבירה מידע על פי קריטריונים מסוימים לגופי חקירה ממלכתיים.

בתחילת 2008, החליטה ועדת העיצומים על התאגידים הבנקאיים בישראל, המורכבת מנציגות המפקח על הבנקים ונציגי הרשות לאיסור הלבנת הון, להטיל עיצומים כספיים בסכומים גבוהים על שני בנקים ישראליים, בגין הפרת הוראות מכוח חוק איסור הלבנת הון. בהודעה מטעם בנק ישראל נמסר, כי ההפרות והליקויים העיקריים היו בנוגע לרישום פרטים מזהים של נהנים/ בעלי שליטה בתאגיד בהקשר לפעולות מסוימות, ובנוגע לאי דיווח או דיווח באיחור על פעולות בלתי רגילות (פעולות בסכומים מסוימים, או פעולות, אשר נראה כי מטרתן לשרת גורם אחר מאשר מבצע הפעולה או בעל החשבון הרשמי, או שאינן עולות בקנה אחד עם דרכי התנהגותו של הלקוח). בהמלצותיו לכלל המוסדות הפיננסיים באותה הודעה, התייחס בנק ישראל בעיקר לשיפור מערך ניהול סיכון הלבנת הון ומימון טרור במוסדות הפיננסיים, לרבות יישום גישה מבוססת סיכונים בנוגע להקצאת משאבים בתשתיות מחשוב ולהקניית ידע למנהלים ועובדים.

ניהול סיכוני הלבנת הון ברחבי העולם

מוסדות פיננסיים ברחבי העולם מפתחים, בתגובה לגלובליזציה של הפעילות העסקית, שינויים טכנולוגיים מהירים ודרישות רגולטוריות מחמירות, את ההתאמה בין סיכונים לצרכים, בעבודתם מול לקוחות וגורמי אכיפה. עם זאת, משימת המוסדות הפיננסיים הפכה לקשה במיוחד, מלווה בדילמות בין ההגנה על פרטיות לקוחות, אשר מצריכה אמצעי פיקוח קשיחים, לבין דרישת הלקוחות לאמצעים יעילים וגלובליים להעברות כספים מהירות, אשר מצריכה גמישות מירבית מצד המוסדות. גם הממשלות אינן מקלות על המוסדות הפיננסיים, בכך שהן דורשות מהם פיתוח של אמצעים כדי לאפשר תנועות כספיות מהירות, למטרת עידוד צמיחה, אך מנגד, מחמירות את הפיקוח והאכיפה,

¹ ההגדרה לקוחה בעיקרה מאתר משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/HalbantHon>

ודורשות מהם ליישם מנגנונים, שמטרתם ציות לחוק ומניעת הלבנת הון או ניצול לרעה של המערכת הפיננסית לפשיעה כלכלית. בנוסף, קיים לחץ ציבורי על מוסדות פיננסיים למזער את הסבירות לכך שטרוריסטים, סוחרי סמים וארגוני פשיעה ינצלו את המערכת הבנקאית ואת כספם, ויזכו לפרטיות ואנונימיות בעשותם כן. המוסדות הפיננסיים, מצידם, ביצעו התאמות רבות בכדי להתמודד עם שני האיומים העיקריים בפניהם הם ניצבים במקרה של טיפול לא נכון בסיכון הלבנת הון- קנסות ופגיעה במוניטין, החל במערכות ממוכנות לאיתור וגילוי פעילות בלתי רגילה וכלה בהקמה ותפעול של מחלקות ייעודיות למניעת הלבנת הון.

בנוסף לאמור לעיל, מעבר להיקף העסקות ופריסתן הגיאוגרפית, האתגר שמציבה הגלובליזציה בפני רגולטורים ובפני מוסדות פיננסיים נובע גם מהפערים הרבים הקיימים בין מדינות שונות בכל הקשור לחקיקה בנושא הלבנת הון. פערים אלה עשויים להוות מכשול בפני ההתמודדות עם סיכון הלבנת הון, די אם נשווה את מועדי החקיקה של חוקי איסור הלבנת הון במדינות שונות, בכדי להבין את הבעייתיות. לדוגמא, באוסטרליה, עד לפני שנתיים, לא היתה קיימת חקיקה מסודרת בנושא הלבנת הון. להלן טבלה המרכזת מספר נתוני מפתח להמחשת הפערים בין מדינות בתחום זה והקושי ביישום יעיל של החוק²:

המדינה	ישראל	סין	אוסטרליה	אנגליה	ארה"ב	ארגנטינה
שנת החקיקה כנגד הלבנת הון	2000	2003	2006	1994	1970	1996
האם נדרש זיהוי לקוחות רטרואקטיבי? (ראה/י הסבר בהמשך)	כן	לא	לא	לא	לא	לא
האם נדרשות בדיקות נאותות מיוחדות מאנשים חשופים פוליטית?	לא	לא	כן	כן	כן	כן
האם גישה מבוססת סיכונים מאושרת על ידי הרגולטור? (ראה/י הסבר בהמשך)	כן	לא	כן	כן	כן	כן

² הנתונים לקוחים מתוך אתר האינטרנט בנושא הלבנת הון של רשת היעוץ והשירותים הפיננסיים הגלובלית PricewaterhouseCoopers, בה חברה פירמת קסלמן וקסלמן, www.pwc.com/aml-kycguide

הנתונים בטבלה שלעיל משקפים את ההבדלים בין המדינות במועד החקיקה- היום שבו נחקק חוק איסור הלבנת הון- הוא היום שממנו והלאה מחוייבים המוסדות הפיננסיים בביצוע הפעולות לאכיפת החוק. אחת מדרכי ההתמודדות עם פערים, הנוצרים כתוצאה מחקיקה מאוחרת, הינה באמצעות דרישה לזיהוי רטרואקטיבי של לקוחות, קרי, בקשת אמצעי זיהוי מלקוחות קיימים, לאחר שנחקק החוק, למרות שחשבונותיהם נפתחו לפני כן והיו פעילים ללא אמצעי זיהוי כאמור. אם כי, ניתן לראות בטבלה, שברוב המדינות לא נדרש זיהוי רטרואקטיבי. גם בנוגע לבדיקת נאותות, הנדרשת בנוגע לאנשים חשופים פוליטית, קיימים פערים בין המדינות, היוצרים נקודת פתיחה שונה בהתמודדות של כל מדינה עם הסיכון להלבנת הון.

בכדי להתמודד עם פערים אלו, נוצרו יוזמות רבות בקרב ארגונים בינלאומיים וקמו מוסדות בינלאומיים אשר שמו להם ליעד את הלחימה בהלבנת הון, יצירת סטנדרטים בטיפול בה והטמעת צעדים אשר יובילו להפחתה של ניצול המערכת הפיננסית לניהול כספי טרור ופשע.

הארגונים המרכזיים אשר עוסקים בהתמודדות עם הלבנת הון הם קרן המטבע העולמית, האו"ם, FATF (Financial Action Task Force), ארגון בינלאומי העוסק במתודולוגיית הטיפול בהלבנת הון ומימון טרור, The EGMONT Group, ארגון בינלאומי המאגד 100 יחידות מודיעין פיננסי ומאפשר העברת מידע ביניהן, הבנק העולמי, ועוד.

הדרישות השונות בנוגע לאיסור הלבנת הון, הקיימות בכל מדינה, בצד העובדה שמוסדות פיננסיים רבים מרחיבים את פעילותם מעבר לגבולות מדינה זו או אחרת, מחייבות מוסדות פיננסיים לנקוט בפעולה ובחשיבה גלובלית, ובה בעת להתאים עצמם לחקיקה מקומית.

אחד הכלים, המצויים בידי חברות, ששוקלות להתפתח לשווקים חדשים, הוא מעקב שמבצעים ארגונים בינלאומיים, שחלקם נזכרים לעיל, אחר ההתפתחויות בתחומי החקיקה והאכיפה של איסור הלבנת הון במדינות שונות בעולם. אחת התוצאות המוכרות של מעקב זה הינה דוח, המופק על-ידי ה-FATF, ומכיל רשימת מדינות אשר מוגדרות כ-

NCCT-Non Cooperative Countries and Territories, כלומר, מכיל "רשימה שחורה" של מדינות, אשר מהוות פוטנציאל להלבנת הון בשל בעיות בחקיקה ובאכיפה בתחום. דוח זה סוקר את ההתפתחויות בנושא במדינות השונות, ומגדיר קריטריונים שונים להכללת מדינה ברשימה המוזכרת לעיל. בדוח המתייחס לשנים 2006-2007, תוארו מכלול קריטריונים, וביניהם:

- היעדר חובה לוידוא הזיהוי של בעל החשבון.
- היעדר דרישה לוידוא זהות נהנים ("נהנה"-אדם שבעבורו או לטובתו נעשית הפעולה ברכוש), כאשר מתעורר ספק בהנחה שהלקוח פועל עבור עצמו.
- היעדר חובה לזיהוי מחדש של מוטבים/נהנים מפעולות מסויימות בתאגיד, כאשר מתעורר ספק לגבי מעורבותם העסקית בו.
- היעדר דרישה ממוסדות פיננסיים לפתח תכנית הכשרה מתמשכת לעובדים ומנהלים למניעת הלבנת הון.

ל"רשימה השחורה", באופן טבעי, יש משקל בשיקולים הנלקחים בחשבון כיום בקרב פירמות לגבי מיקום עסקיהן. יש לציין, שישראל יצאה מרשימה זו בשנת 2003, אך חשוב לזכור, שכל מדינה עלולה למצוא עצמה חוזרת לרשימה זו אם לא תקפיד להתעדכן ולעדכן את חוקיה בתחום איסור הלבנת ההון ואת ההקפדה על אכיפתם.

הדרכים להתמודד עם סיכון הלבנת הון

לפי הערכה גסה של PricewaterhouseCoopers (PwC), לאורך השנים האחרונות הולבנו ברחבי העולם בין 1.5 ל- 2 טריליון דולר בשנה³. מוסדות פיננסיים רבים מטמיעים לעיתים פתרונות מהירים לתכניות מניעת הלבנת הון, אך התוצאה של פתרונות מהירים עלולה להיות עלויות גבוהות והשקעה רבה בצמצום הפערים בפתרונות הנוגעים לניהול סיכון הלבנת הון. מוסד פיננסי עשוי להשתמש בכלים טכנולוגיים, (מערכות לאיתור וגילוי פעילות בלתי רגילה או פעילות רגילה החייבת בדיווח), לצד שימוש בהון האנושי (לדוגמא,

³ ההערכה לקוחה מתוך פרסום של PwC ממאי 2008 - "Building Sustainable Efficiencies- Leveraging Anti-Money Laundering Investments".

בניית צוותי טיפול בדיווח ותחקור של מקרים החשודים כפעילות למטרת הלבנת הון) כדי להתמודד עם סיכוני הלבנת הון. יישום, הטמעה ושימוש נכון בכלים טכנולוגיים עשוי להביא לחיסכון רב במשאבים ומנוף ליציבות עסקית.

בהתחשב בכך שלרוב, ההוצאות על פתרונות מתאימים הן בלתי נמנעות והסיכונים והמשמעויות לאי ציות הם רבים (כאמור, קנסות, פגיעה במוניטין ועוד), חשוב לכל מוסד פיננסי לדעת לשאול את השאלות המתאימות, כדי למצוא את הפתרונות האופטימליים. להלן תובא סקירה של דוגמאות לשאלות בסיסיות, שמוסד פיננסי צריך לשאול את עצמו לצורך התמודדות עם סיכוני הלבנת הון:

כדי לבחון את יעילות הכלים הטכנולוגיים בהם נעשה שימוש, יש לשאול, בין השאר, את השאלות הבאות:

1. האם המערכת המיושמת סורקת את כלל הפעולות המתבצעות?
2. האם המערכת המיושמת מסמנת לקוחות כפוטנציאליים לביצוע פעילות בלתי רגילה או רק מסמנת את הפעולות עצמן?
3. האם המערכת המיושמת מאפשרת למוסד הפיננסי לחקור בעצמו את הפעולות או הלקוחות אשר זיהה כבלתי רגילים ולתעד את חקירתו?
4. האם המערכת מאפשרת שימוש במילות מפתח לטובת חיפוש בכל המידע הקיים אודות לקוחות?
5. האם המערכת מספקת מספר רב מדי של התרעות שווא?

לצד יישום של פתרונות טכנולוגיים, אשר מהווים יסוד הכרחי לטיפול בסיכון הלבנת הון, רצוי שמוסד פיננסי יבחן, בין היתר, את השאלות הבאות:

האם ההתייחסות למאבק בהלבנת הון היא כאל השקעה לטווח ארוך?

תכנית למניעת הלבנת הון ואמצעי פיקוח מתאימים אמורים להפוך לחלק אינטגרלי מהתרבות העסקית. הדגש הוא על כך שההשקעה בניהול הסיכון איננה הוצאה חד-

פעמית אלא חלק מתהליך מתמשך של התמודדות עם סיכוני פשיעה כלכלית (ראה/י גם דיון ב"גישה מבוססת סיכונים" בנושא בהמשך המאמר).

האם מתקיימת חלוקה של הידע בקרב העובדים?

חלוקת הידע בקרב העובדים הינה תנאי הכרחי לצמצום סיכוני הלבנת הון, ומהווה חלק משינוי הגישה כלפי הלבנת הון מגישה ריאקטיבית לגישה פרו-אקטיבית. כך, גם אם עובדים מומחים או בעלי ידע רב יעזבו את המוסד הפיננסי, תרבות עסקית של שיתוף וחלוקה בידע תתרום לכך שגם עזיבת מומחה כזה או אחר לא תפגע ביכולת המוסד הפיננסי להתמודד עם סיכונים, ותשדר אל העובדים האחרים והלקוחות, כי התאגיד מאמין במקצוענות ומעודד אותה בקרב אנשיו. יש לציין, כי מוסדות פיננסיים רבים בעולם הואשמו בכך שהעסיקו יועצים ומומחים חיצוניים לטיפול בהלבנת הון, בעוד שהזניחו את הידע של אנשיהם, ובכך תרמו לכישלון בהתמודדות עם הלבנת הון. בהתאם, חשוב לזכור שהשימוש ביועצים ובמומחים אמור לשרת ליווי והטמעה של ידע, ולא להחליף את הטמעת הידע בקרב העובדים.

מהו מעמדו ותפקידו של קצין ציות/ איסור הלבנת הון?

בארגונים רבים קיים קצין ציות/ איסור הלבנת הון, או פונקציה דומה בשם אחר, האחראית על יישום מדיניות הלבנת ההון. בהקשר לכך, נשאלות השאלות: למי מדווח קצין איסור הלבנת הון? מהם תחומי האחריות של קצין איסור הלבנת הון בנוסף לתפקידו בנוגע למניעת הלבנת הון? האם יש חבר הנהלה בכירה המפקח על הלבנת הון בנוסף עליו? התשובה לשאלות אלו תלויה בגודל הארגון ובאופי הפעילות העסקית.

האם מיושמת גישה מבוססת סיכונים למניעת הלבנת הון ומימון טרור?

אחד מכלי התמודדות עם הלבנת הון הוא "גישה מבוססת סיכונים", שמשמעותה מיקוד משאבי פיקוח ואכיפה בתחומים בעלי סיכון גבוה. מטרת הגישה היא מזעור הסיכון להלבנת הון, בד בבד עם חסכון בפרוצדורות גורפות עבור כלל הלקוחות, והיא מבוססת על הערכת הסיכון, באופן מתמשך ולא נקודתי, על פי קריטריונים מוגדרים, כגון: סוגי לקוחות, סוגי מוצרים פיננסיים ומיקום גאוגרפי של הפעילות העסקית/ ניהול החשבון. יישום ראוי של הגישה, לדעתנו, מתחיל באחריות ההנהלה הבכירה ובקביעת מדיניות נגד הלבנת הון ומימון טרור, דרך הטמעה של תהליכים בארגון והקפדה מוגברת על הנושא

בעת פעילות מול לקוחות. בנוסף, הגברת המודעות של צוותי העובדים לנושא וקיום הכשרות וריענונים, הינם תנאי מפתח להצלחה.

דוגמאות לשאלות מנחות בנושא יישום גישה מבוססת סיכונים:

- האם המוסד הפיננסי מבצע ניתוח פערים מול רגולציה ומול פרסומים של ארגונים בינלאומיים?
- האם טפסים של זיהוי לקוחות וטפסים של הצהרה על נהנים הינם אחידים או מותאמים לרמת הסיכון?
- האם ישנם נהלים מתאימים לטיפול בחשבונות הקשורים לאנשים חשופים פוליטית?
- האם יש נהלים מתאימים לבנקאות קורספונדנט? (שירותים עבור בנק אחר אשר מייצג לקוח; זהות הנהנה במקרה כזה אינה ודאית) האם מוגדרת רמת אישור גבוהה לפעולות כאלו?

לסיכום, הבנת הסיכונים הגלומים בהלבנת הון תוביל לכך שההתמודדות עם סיכוני הלבנת הון תהפוך לאתגר של מנהלי סיכונים במוסדות פיננסיים, ולא תשאר בגדר חובתם של קציני הציות בלבד. מוסד פיננסי, אשר ישתמש באסטרטגיית הטיפול בהלבנת הון ומניעתה כמודל ליעילות, עקביות, ואחריות, ייתפס בעיני בעלי מניות, לקוחות ואף גורמי אכיפה כמוסד רציני, מתקדם ובטוח להשקעה.

אחרית דבר

ומה עלה בגורלו של א' שהוזכר בתחילת המאמר? ובכן, התשובה תלויה לא מעט בהנהלת הבנק אליו פנה. אמנם לבנקים ולמוסדות הפיננסיים השונים אין דרך סבירה לחקור את א', ולהגיע לאמת בדבר כוונותיו, אך עם זאת, אם הנהלת הבנק קראה את הדו"ח האחרון של ה-FATF, ושמה לב, שכאשר יש ספק אם הלקוח פועל עבור עצמו, יש לדרוש ממנו מסמכים, בכדי לוודא מי הנהנה בחשבון, ובנוסף לכך, הוטמעה בקרב מנהלי הסניפים ובקרב העובדים ההבנה מהי הלבנת הון וכיצד יש להתמודד עם סיכונה, אזי א' עשוי להתקל בסירוב לפתיחת החשבון, כאשר לא יוכל לספק את המסמכים המתאימים, או עשוי להיות מועבר דיווח בגין פעילותו לרשות לאיסור הלבנת הון.

דיני תאגידים

תיקון מס' 8 לחוק החברות ותזכיר הצעת חוק החברות (תיקון מס' 10) חידושים בתחום הממשל התאגידי בישראל*

ביום 29 בספטמבר 2008 ייכנס לתוקף תיקון מס' 8 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן - "חוק החברות"), הקובע הסדרים שונים, שמטרתם לחזק את עצמאות הדירקטוריון בחברות ציבוריות. במקביל, בחודש יוני 2008, פרסם משרד המשפטים להערות הציבור את תזכיר הצעת חוק החברות (תיקון מס' 10), התשס"ח-2008 (להלן - "תזכיר הצעת החוק"), הכולל תיקונים נוספים לחוק החברות בתחום הממשל התאגידי (corporate governance). הסדרי תיקון מס' 8 לחוק החברות (להלן - "תיקון מס' 8") וההסדרים המוצעים במסגרת תזכיר הצעת החוק משקפים את רוח מסקנות הועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי בישראל, בראשותו של פרופ' זהר גושן, שפורסמו בדצמבר 2006, ומסקנות הועדה לבחינת הצעדים הדרושים להגברת מעורבות הגופים המוסדיים בשוק ההון בישראל, בראשותו של פרופ' אסף חמדני, שפורסמו בינואר 2008. להלן מובאת סקירה קצרה של עיקרי תיקון מס' 8 ועיקרי התיקונים המוצעים במסגרת תזכיר הצעת החוק.

* המאמר נכתב על ידי ד"ר שחר הדר, עו"ד, ממשד 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.

תיקון מס' 8

תיקון מס' 8 קובע, כי חברה ציבורית תהא רשאית לקבוע בתקנונה, כי יכהנו בה דירקטורים בלתי תלויים (ראה/י הגדרה להלן) במספר שתקבע. בנוסף, מציע תיקון מס' 8 הוראה בדבר השיעור המומלץ לדירקטורים הבלתי תלויים שיכהנו בחברה ציבורית, לפיה, אם אין בחברה הציבורית בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה (25% או יותר מכלל זכויות ההצבעה בחברה) יהיו רוב חברי הדירקטוריון דירקטורים בלתי תלויים, ואם יש בחברה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה כאמור, יהיו לפחות שליש מבין חברי הדירקטוריון דירקטורים בלתי תלויים (לעניין השיעור המומלץ של דירקטורים בלתי תלויים, ייחשב דירקטור חיצוני כדירקטור בלתי תלוי)¹. יודגש, כי תיקון מס' 8 אינו מטיל על חברות ציבוריות חובה לקבוע הוראה כאמור או לאמץ את המלצת תיקון מס' 8 בדבר שיעור הדירקטורים הבלתי תלויים.

תיקון מס' 8 מגדיר "דירקטור בלתי תלוי" כדירקטור שמתקיימים לגביו תנאי הכשירות של דירקטור חיצוני לעניין העדר זיקה וניגוד עניינים, ובלבד שהצהיר על כך וועדת הביקורת של התאגיד אישרה זאת². בנוסף, קובע תיקון מס' 8, כי מי שמכהן כדירקטור בחברה מעל תשע שנים רצופות (לעניין זה הפסקת כהונה שאינה עולה על שנתיים לא תיחשב כהפסקה ברצף הכהונה) לא ימונה כדירקטור בלתי תלוי³.

במקביל לאימוץ ההוראות בדבר דירקטורים בלתי תלויים, קובע תיקון מס' 8, כי אין למנות כדירקטור בחברה ציבורית וכי לא יכהן דירקטור בחברה ציבורית, מי שאין לו הכישורים והיכולת להקדיש את הזמן הראוי, לצורך ביצוע תפקידו כדירקטור בחברה ציבורית⁴.

1 הסדר דומה קיים בכללי הבורסות המרכזיות בארה"ב, כגון נאסד"ק, כללי הנאסד"ק קובעים (כחובה ולא כאפשרות), כי רוב חברי הדירקטוריון של חברה רשומה למסחר בבורסה יהיו דירקטורים בלתי תלויים. יחד עם זאת, קובעים כללי הנאסד"ק פטור מדרשה זו לחברה רשומה שיש בה בעל שליטה. פטור זה הינו בנוסף לפטור הקיים לחברות זרות, הנסחרות בנאסד"ק ובחורות לפעול בהתאם לכללי הדין המקומי.

2 ההבדל העיקרי בין דירקטור חיצוני לדירקטור בלתי תלוי יהיה בדרך מינויו, בתקופת הכהונה ובאפשרות הפסקת הכהונה.

3 יציין, כי במסגרת תיקון מס' 8 הורחבה הגדרת "זיקה" לעניין דירקטור חיצוני ודירקטור בלתי תלוי. כזכור, קובע חוק החברות כי אחת הכשירויות הנדרשות לדירקטור חיצוני ודירקטור בלתי תלוי בחברה ציבורית הינה העדר זיקה כלכלית לחברה ולבעל השליטה בה. במסגרת התיקון, הורחבה דרישת העדר הזיקה גם לגבי מי שהמועמד להיות דירקטור חיצוני או בלתי תלוי כפוף לו במישרין או בעקיפין (בנוסף לקרובו, שותפו, מעבידו של המועמד או תאגיד שהוא בעל השליטה בו).

4 תיקון מס' 8 קובע חובה על המועמד לתפקיד דירקטור בחברה ציבורית להצהיר כי יש לו את הכישורים המתאימים והיכולת להקדיש את הזמן הראוי לצורך מילוי תפקיד זה.

תזכיר הצעת החוק

תזכיר הצעת החוק כולל שורה של תיקונים חשובים בתחום הממשל התאגידי בישראל. בחלקם, מהווים התיקונים אימוצים של הסדרים קיימים בארה"ב, ומכאן שאימוצם לא יהווה חידוש רב לחברות, המאגדות בישראל ונסחרות בבורסות בארה"ב, ובחלקם מהווים תיקונים מוצעים אלה שינויים ושיפורים להסדרים ישראליים (כגון מנגנון הדירקטור החיצוני).

עיגון בחקיקה של נורמות מומלצות

ככלל, ניתן לחלק את הוראות חוק החברות כיום לשני סוגים: הוראות קוגנטיות, שאין להתנות עליהן, והוראות דיספוזיטיביות, שהן בבחינת ברירת מחדל וניתן להתנות עליהן. במסגרת תזכיר הצעת החוק, מוצע לקבוע בתוספת לחוק החברות, סוג חדש של הוראות - נורמות מומלצות, שאימוצן הוא וולונטרי, באמצעות דרישת "אמץ או הסבר", דהיינו, החברה תדרש לציין במסגרת הדוח התקופתי, האם אימצה את ההוראות האמורות, ואם לא אימצה, על החברה ליתן הסבר לכך. הנורמות המומלצות כוללות, בין היתר, את ההסדרים הבאים:

- א. בחברה ציבורית, נושאי משרה הכפופים למנכ"ל לא יכהנו כדירקטורים⁵.
- ב. החברה תדאג לתוכנית הכשרה לדירקטורים חדשים וכן לתוכניות עדכון לדירקטורים מכהנים.
- ג. הדירקטוריון יקיים מעת לעת, ולפחות אחת לרבעון, דיון בקשר לתפקוד המנכ"ל ונושאי המשרה הכפופים לו, שלא בנוכחותם⁶.
- ד. הדירקטור החיצוני יתמנה על ידי המיעוט, ללא תמיכת בעל השליטה. נורמה מומלצת זו הינה בנוסף להוראות חוק החברות בדבר מינוי דירקטורים חיצוניים. כזכור, קובע כיום חוק החברות כי מינוי דירקטורים חיצוניים טעון אישור של שליש מקרב בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה או בעלי מניות מטעמם, המשתתפים בהצבעה. כמפורט בהמשך, במסגרת תזכיר

5 יש לציין, כי דרישה זו הינה נוקשה יחסית לדרישות עצמאות הדירקטוריון בארה"ב. כך, חברה הנסחרת בנאסד"ק יכולה למנות נושאי משרה לדירקטוריון החברה כל עוד רוב חברי הדירקטוריון הינם בלתי תלויים. 6 הוראה דומה הקובעת חובה לקיום ישיבות בנוכחותם הבלעדית של דירקטורים בלתי תלויים ("executive sessions") קיימת בכללי הנאסד"ק.

הצעת החוק, מוצע לתקן את הוראות חוק החברות בדבר מינוי דירקטורים חיצוניים, ולקבוע כי מינוי דירקטור חיצוני יהיה טעון אישור של רוב בעלי המניות שאינם קשורים לבעל השליטה.

ה. הדירקטוריון ידון במדיניות תגמול נושאי המשרה שאינם דירקטורים, וועדת הביקורת תדון במדיניות תגמול דירקטורים. הוראות אלו מתווספות להסדרים הקוגנטיים של חוק החברות בעניין זה. בהתאם להוראות חוק החברות, שכר דירקטורים בחברה ציבורית כפוף לאישור ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית, ואילו עסקה עם נושא משרה כפופה לאישור ועדת הביקורת והדירקטוריון (במקרה של עסקה חריגה) או לאישור הדירקטוריון בלבד, במקרה של עסקה שאינה חריגה (אלא אם נקבע אחרת בתקנון). במסגרת תזכיר הצעת החוק מוצע אף לקבוע הסדר קוגנטי, לפיו כל עסקה של חברה ונושא משרה בה, שאינו דירקטור, באשר לתנאי כהונתו, תדרוש אישור ועדת ביקורת ודירקטוריון, בין אם מדובר בעסקה חריגה, ובין אם לאו.

ו. הצבעה בכתב באסיפה הכללית תתאפשר באמצעות האינטרנט.

מבנה וסמכויות ועדת הביקורת

חוק החברות קובע, כי בועדת הביקורת יכהנו כל הדירקטורים החיצוניים, אך אין הוא קובע את מספר חברי הועדה (ובלבד שלא יפחתו משלושה). במסגרת תזכיר הצעת החוק, מוצע, כי רוב חברי ועדת הביקורת ובהם יושב ראש הוועדה, יהיו דירקטורים חיצוניים, והמניין החוקי לקבלת החלטות בועדת הביקורת יהיה רוב של הדירקטורים המכהנים בועדה ורוב של הדירקטורים החיצוניים מבין הדירקטורים שנכחו בקבלת ההחלטה. יש לציין, כי הסדר זה שונה מהמקובל בארה"ב - כללי הנאסד"ק קובעים, בהוראה מקבילה, כי כל חברי ועדת הביקורת ימונו מקרב הדירקטורים הבלתי תלויים. בנוסף, בדומה לעקרונות פעולה המקובלים על ידי חברות הנסחרות בארה"ב, סמכויות ועדת הביקורת בנוגע למבקר הפנים ורואה החשבון המבקר יורחבו, וועדת הביקורת תקיים לפחות אחת לרבעון התייעצות עם מבקר הפנים או רואה החשבון המבקר, ללא נוכחות ההנהלה.

דירקטורים חיצוניים

במסגרת המגמה לחיזוק מעמדו של הדירקטור החיצוני, כאמצעי פיקוח ובקרה על אופן ניהולן של חברות, מוצע, כי בחירתו של דירקטור חיצוני תהיה טעונה רוב קולות מקרב בעלי המניות שהשתתפו בהצבעה, ושאינם בעלי שליטה או בעלי מניות מטעמם. בנוסף, החברה ובעל השליטה לא יוכלו למנוע את מינויו של דירקטור חיצוני לתקופת כהונה נוספת של שלוש שנים, אם רוב מקרב המיעוט מעונין בהמשך כהונתו. כמו כן מוצע, כי דירקטורים חיצוניים יוכלו להתמנות אם סך קולות המתנגדים לא עולה על שני אחוזים מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

כיום, קובע חוק החברות, כי מינוי דירקטור חיצוני כפוף לאישור האסיפה הכללית, ובלבד שהתקיים אחד מאלה: (א) במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי שליטה או בעלי מניות מטעמם (במניין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים), או (ב) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים ב- (א) לא עלה על שיעור של אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.

אישור עסקאות עם בעל שליטה

במטרה לחזק את מעמד בעלי מניות המיעוט, ובכלל זה הגופים המוסדיים, כאמצעי פיקוח ובקרה, מוצע, כי אישור עסקאות עם בעל שליטה, הכפופות לאישור בעלי מניות, יהיה על-ידי רוב קולות מקרב בעלי המניות שאין להם עניין אישי בעסקה. במקרים בהם סך קולות המתנגדים לא עולה על שני אחוזים מכלל זכויות ההצבעה בחברה, ניתן יהיה לאשר את העסקה.

כיום קובע חוק החברות, כי עסקאות אלו, הכפופות לאישור האסיפה הכללית, יאושרו, בתנאי שהתקיים אחד מאלה: (א) במניין קולות הרוב באסיפה הכללית ייכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה, המשתתפים בהצבעה (במניין כלל הקולות של בעלי המניות האמורים לא יובאו בחשבון קולות הנמנעים); (ב) סך קולות המתנגדים מקרב בעלי המניות האמורים ב- (א) לא עלה על שיעור של אחד מכלל זכויות ההצבעה בחברה.