

איגוד המבקרים הפנימיים
כנס שנתי 17.1.19

**ביקורת פנים ככלי להפחתת אחריות
דירקטורים ונושאי משרה**

ד"ר לאה פסרמן-יוזפוב, עו"ד
מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו
חברה ועדת אכיפה מינהלית לפי חוק ניירות ערך (לשעבר)

lpaserman@ono.ac.il

נייד: 052-5453117

מיהו נושא משרה?

• חוק החברות

- סעיף 1 – " "נושא משרה" – מנהל כללי, מנהל עסקים ראשי, משנה למנהל כללי, סגן מנהל כללי, כל ממלא תפקיד כאמור בחברה אף אם תוארו שונה, וכן דירקטור, או מנהל הכפוף במישרין למנהל הכללי;"

• חוק ניירות ערך

- סעיף 1 - "נושא משרה" – כהגדרתו בחוק החברות;
- סעיף 1 - "נושא משרה בכירה" – כהגדרתו בסעיף 37(ד);
- סעיף 37(ד) - "נושא משרה בכירה" – נושא משרה, כהגדרתו בחוק החברות, וכן יושב ראש דירקטוריון, דירקטור חליף, יחיד שמונה לפי סעיף 236 לחוק החברות מטעם תאגיד המכהן כדירקטור, חשב, מבקר פנימי, מורשה חתימה עצמאי, וכל ממלא תפקיד כאמור גם אם תואר משרתו שונה, וכן נושא משרה בכירה בתאגיד בשליטת התאגיד, אשר יש לו השפעה מהותית על התאגיד וכל יחיד המועסק בתאגיד בתפקיד אחר, המחזיק חמישה אחוזים או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות המוצא או מכוח ההצבעה; לעניין זה:

הפסיקה – גם נושא משרה בפועל

• פרשת "פלד – גבעוני" (ע"פ 350613 הבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 12.1.16)) – גם נושא משרה בפועל:

"הפרשנות הראויה לסיפא להגדרת המונח נושא משרה" שבס' 1 לחוק החברות מאפשרת ללכוד ברשתה את אלו הממלאים הלכה למעשה פונקציות בכירות בחברה תוך הימנעות מנשיאה בתפקיד פורמלי בה. כח ללא אחריות פירושו הפקרות"

אחריות דירקטורים ונושאי משרה

- אחריות אזרחית
 - אחריות כללית – לפי תורת האורגנים
 - חוק החברות
 - חוק ניירות ערך
- אחריות מינהלית
 - חוק ניירות ערך
 - חוק ההגבלים העסקיים
- אחריות פלילית
 - אחריות ישירה
 - אחריות פיקוחית

תורת האורגנים

- העובדה כי נושא משרה פעל בשם החברה ולטובתה אינה מסירה ממנו אחריות אישית, גם אם הוא עצמו לא נהנה מההפרה או מהעבירה.
 - אחריות אישית בנזיקין
 - אחריות אישית בפלילים
- תנאי להטלת אחריות אישית הוא כי התקיימו בנאשם או בנתבע יסודות ההפרה

חוק החברות

- אחריות בגין הפרת חובת הזהירות (פס"ד מעריב)(תנ"ג 12-09-10466(מחוזי מרכז) אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2015))
- אחריות בגין הפרת חובת האמונים (פרשת פאנגאיה)(תנ"ג 12-09-20136(מחוזי מרכז) ביטן נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו 21.1.13))
- האחריות היא כלפי החברה ולא כלפי בעלי מניות או נושים אינדיבידואלים
- סעד – פיצויים כספיים
- דרך הגשת התביעה - תביעות נגזרות
- ערכאה דיונית - מחלקה כלכלית, בית משפט מחוזי

טענת הגנה - כלל שיקול הדעת העסקי

Business Judgment Rule

- פס"ד ורדניקוב (ע"א 773514 ורדניקוב נ' אלוביץ (פורסם בנוב 28.12.16))
- "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית מהותית על החלטה עסקית. תנאים להחלה:
 - ההחלטה התקבלה שלא מתוך ניגוד עניינים
 - ההחלטה התקבלה בתום לב (סובייקטיבי)
 - ההחלטה הייתה "מיודעת", לאחר עיון בנתונים ושקילת שיקולים רלוונטיים.
- . החלטה המקיימת את שלושת התנאים נהנית מ"חזקת תקינות" ובימ"ש לא יידרש לתוכן ההחלטה גופה. יבדוק רק את דרך קבלת ההחלטה

מתי החלטה תחשב למיודעת?

השופטת רות רונן (פרשת פיננסיטק) (תנ"ג (מחוזי ת"א) 13663-03-14 ניומן נ' פיננסיטק בע"מ (פורסם בנבו 24.5.15))

"דירקטוריון הוא גוף המקבל החלטות בהתאם למנגנון קבוע מראש. בתקנון החברה נקבע ככלל תהליך מובנה לצורך קבלת החלטות – תהליך המתבצע כאמור בישיבות הדירקטוריון ולא ב"שיחות מסדרון". ראיות ביחס לתהליך שהתבצע בישיבת הדירקטוריון עובר לקבלת ההחלטה, הן לכן ראיות רלוונטיות. ראיות ביחס לעמדות ודעות שלא נדונו שלא נבדקו במסגרת ישיבת דירקטוריון מסודרת, אינן רלוונטיות לגבי תחולת הכלל של שיקול-הדעת העסקי".

חוק ניירות ערך

- אחריות לפרט מטעה בתשקיף (סעיף 31)
- אחריות לפרט מטעה בדיווח (סעיף 38ג)
- אחריות לכל הפרה של חוק ניירות ערך (סעיף 52א)
- אחריות ישירה כלפי בעלי מניות, מחזיקי כתבי אופציה, בעלי איגרות חוב וכו'.
- סעד – פיצויים
- דרך הגשת התביעה - תביעות ייצוגיות
- ערכאה דיונית – מחלקה כלכלית, בימ"ש מחוזי
- **קיימות הוראות דומות בחוק השקעות משותפות בנאמנות**

טענות הגנה בחוק ניירות ערך

• סעיף 33 :

האחריות לפי הסעיפים 31 או 32 לא תחול –

(1) על מי שהוכיח שנקט כל האמצעים הנאותים כדי להבטיח שלא יהיה פרט מטעה בתשקיף, בחוות הדעת, בדו"ח או באישור, הכל לפי הענין, וכי האמין בתום לב שאכן אין בו פרט כזה, ומילא חובתו לפי סעיף 25(ד);

• סעיף 38ג:

(א) הוראות סעיפים 31 עד 34 יחולו, לפי העניין ובשינויים המחוייבים:

(1) על תאגיד, דירקטור של תאגיד, המנהל הכללי שלו ובעל שליטה בו – לגבי פרט מטעה שהיה בדוח, בהודעה או במסמך שהגיש התאגיד לפי חוק זה (בסעיף זה – דיווח);

• סעיף 52יג:

האחריות לפי סעיפים 52יא ו-52יב לא תחול –

(1) על מי שהוכיח שנקט כל האמצעים הנאותים כדי למנוע את ההפרה

קיימות טענות הגנה דומות בחוק השקעות משותפות בנאמנות

אכיפה מינהלית- חוקי ניירות ערך

- חוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968
- חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד – 1994
- חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, שיווק השקעות וניהול תיקי השקעות, התשנ"ה – 1995
- עיצום כספי "פשוט" – ועדה פנימית של חברי מליאת רשות ניירות ערך;
הפרות טכניות. חל על התאגידים בלבד. סנקציות – עיצומים כספיים
- הליך מינהלי- ועדת אכיפה מינהלית; הסדר אכיפה מינהלי. סנקציות -
עיצומים כספיים, הגבלת כהונה. ערעור – מחלקה כלכלית בבימ"ש מחוזי

אחריות פיקוחית- פלילי

מותנית בקיום הוראת חוק מפורשת

• סעיף 53(ה) לחוק ניירות ערך:

"נעברה עבירה מן המפורטות בסעיף זה בידי תאגיד, אחראים לעבירה גם הדירקטורים של התאגיד והמנהל הכללי, אלא אם הוכיחו אחת מאלה:

(1) שהעבירה נעברה שלא בידיעתם ולא היה עליהם לדעת עליה או שלא יכלו לדעת עליה;

(2) שנקטו כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את העבירה."

• סעיף 224א לפקודת מס הכנסה.

"224א. חבר בני-אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים 220-215, יראו כאשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה מנהל פעיל, שותף, מנהל חשבונות או פקיד אחראי, נאמן או בא כוח של אותו חבר, אם לא הוכיח אחת משתי אלה:

(1) העבירה נעברה שלא בידיעתו;

(2) שהוא נקט בכל האמצעים הסבירים להבטחת מניעת העבירה."

אחריות פיקוחית – פלילי (המשך)

• סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים:

"נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל - או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה".

אחריות פיקוחית – פלילי (המשך)

- הצ"ח לתיקון ס' 48 לחוק ההגבלים העסקיים (התקבלה בוועדת הכלכלה בכנסת)
 - (א) נושא משרה בתאגיד חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי חוק זה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו – שנה מאסר והקנס הקבוע ליחיד בשל אותה עבירה.
 - (ב) נעברה עבירה לפי חוק זה בידי תאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן הוכיח כי עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו.
 - (ג) בסעיף זה, "נושא משרה" – מנהל פעיל בתאגיד, שותף, למעט שותף מוגבל, או פקיד האחראי מטעם התאגיד על התחום שבו בוצעה העבירה."
- **דירקטור נמחק מהגדרת נושא משרה**
- **נוסח דומה מצוי בעשרות חוקים כגון:** חוק קידום התחרות בענף המזון, חוק ציוד רפואי, חוק הדיור המוגן, חוק להסדרת הטיפול באריזות וכו'

אחריות פיקוחית - מינהלי

• חוק ניירות ערך - סעיף 52סד:

(א) המנהל הכללי של התאגיד ושותף למעט שותף מוגבל, חייבים לפקח ולנקוט את כל האמצעים הסבירים בנסיבות העניין למניעת ביצוע הפרה בידי התאגיד או השותפות, לפי העניין, או בידי עובד מעובדיהם.

(ב) בוצעה הפרה, למעט הפרה המנויה בפרטים (9) עד (11) בחלק ג' של התוספת השביעית ולמעט הפרה לפי סעיף 54(א1) פרט להפרות כאמור שבוצעו על ידי התאגיד, חזקה היא כי המנהל הכללי בתאגיד או שותף למעט שותף מוגבל בשותפות, לפי העניין, הפר את חובתו לפי סעיף קטן (א), ויראו אותו כמבצע הפרה של הוראה המנויה בחלק ג' לתוספת השביעית, ואולם לא יהיה ניתן להטיל עליו אמצעי אכיפה למעט אחד או יותר מאמצעי האכיפה כמפורט להלן, לפי העניין, אשר היה ניתן להטיל עליו אילו הוא היה המפר:

אחריות פיקוחית- מינהלי (המשך)

(ב) הוכיח המנהל הכללי של התאגיד או שותף למעט שותף מוגבל בשותפות, לפי העניין, שמילא את חובתו לפי סעיף קטן (א), לא תחול עליו החזקה לפי סעיף קטן (ב).

(ג) קבע התאגיד נהלים מספקים למניעת הפרה כאמור בסעיף קטן (ב), מינה אחראי מטעמו לפיקוח על קיומם, לרבות לעניין הדרכת עובדי התאגיד לקיומם, וכן נקט אמצעים סבירים לתיקון הפרה ולמניעת הישנותה, חזקה כי המנהל הכללי או השותף, לפי העניין, קיים את חובתו כאמור בסעיף קטן (א)."

תכנית אכיפה פנימית

- רשות ניירות ערך פרסמה:
- "קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות תערך וניהול השקעות" (אוגוסט 2011)
- שאלות ותשובות בנוגע לקריטריונים, כולל התייחסות לתחומים ספציפיים כמו בנקאות

קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית

- תכנית אכיפה פנימית היא מנגנון וולונטרי אותו מאמץ ומיישם תאגיד באופן שוטף כדי לאתר ולמנוע הפרות ועבירות וכדי לוודא ציות של התאגיד ושל יחידים להוראות חוק ניירות ערך, חוק השקעות משותפות בנאמנות וחוק הייעוץ
- יישומה בפועל של תכנית אכיפה יעילה על ידי התאגיד יכול שייזקק בידי רשות ניירות ערך לזכות התאגיד או יחידים בו במסגרת שיקול דעתה ביחס להפעלת סמכויותיה האכיפתיות על פי דין
- נטל הטיעון וההוכחה לקיומה ויעילותה של תכנית האכיפה היא על הטוען לכך

אמות מידה להכרה בתכנית כתכנית יעילה

- אחריות הדירקטוריון וההנהלה לגיבוש, אימוץ ויישם של תכנית האכיפה
- התאמת התכנית לתאגיד ולנסיבותיו הייחודיות, לאחר בדיקת הפעילות העסקית וביצוע סקר ציות בתחום דיני ניירות ערך
- קביעת נהלים וסדרי טיפול
- החלת התכנית על כל דרגי התאגיד
- מינוי ממונה על האכיפה
- מבקר פנימי אינו יכול לשמש ממונה על האכיפה שכן "המבקר הפנימי עוסק בביקורת הדרג הביצועי אשר הממונה על האכיפה נכלל בו"
- הטמעה נכונה של התכנית בכל הדרגים
- פיקוח ועדכון
- טיפול הולם בכשלים והפרות והפקת לקחים מהם

יש לכם הרבה עבודה
צאו לדרך!!!