

טיוטא להערות הציבור

הערות ניתן להעביר עד ליום ה-31 לאוקטובר 2011
אשת קשר: עו"ד דניאל רימון

כתובת: רשות ניירות ערך רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים 95464
פקס: 02-6513160

רשימת נסיבות לבחינת פגם במהימנות גופים מפוקחים ע"י הרשות

רקע

רשות ניירות ערך (להלן - "הרשות") מסדירה את פעילותם של גורמים שונים בשווקים הפיננסיים (להלן - "גופים מפוקחים"). הרשות מפקחת על תקינות פעילותם של הגופים המפוקחים על מנת לשמור על ענייניו של ציבור המשקיעים וכספי הציבור. בין גופים אלה ניתן למנות את מנהלי קרנות הנאמנות, מנהלי התיקים, יועצי ההשקעות ואח'.

כחלק מהרגולציה של הרשות כגוף מפקח, עוסקת היא בבחינת הכשירות והמהימנות (FIT AND PROPER) של חלק ניכר מהגורמים המפוקחים על ידה או מבקשי אישור הפעולה ממנה (רישיון, רישום, היתר וכו', כולם יכוננו להלן לשם הנוחות - "היתר"). זאת, על דרך של בחינת התקיימות דרישות אלה במבקש או בפעיל בעצמו, או על דרך של בחינת התקיימותן בגורמים אחרים הקשורים אליו, למשל - בעלי היתר שליטה בו, נושאי משרה בו וכיו"ב.

בקביעת המחוקק כי על הרשות לבחון את סוגיות המהימנות ביחס לחלק ממפוקחיה יצר הוא למעשה למקצועות מסוג זה, רף פניסה ערכי גבוה וסטנדרט פעילות ויושרה שנועדו להבטיח שמירה על כספי הציבור.

כפי שיוצג להלן, הרשות עשויה להידרש לבחינת המהימנות הן בשלב מתן ההיתר והן בשלב בחינת נטילתו, בדרך של ביטול היתר קיים או התלייתו (להלן יכוננו ביחד - "נטילת היתר").

לאחרונה פורסם חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010 (להלן - "חוק אכיפה מנהלית"). מטרתו העיקרית של החוק הינה לכונן את הליך האכיפה המנהלית, כשלצדו נערכו תיקונים נוספים שמטרתם שיפור ההגנה על ציבור המשקיעים בניירות ערך, בעלי היחידות בקרנות הנאמנות והלקוחות של בעלי ההיתרים. במסגרת חוק אכיפה מנהלית הובהרה סמכות הרשות בכל הנוגע לאי מתן היתר בשל גילוי של פגם במהימנות כמו גם נטילתו של היתר שניתן, עקב גילוי פגם כאמור.

בבואה לתת היתר, הוסמכה הרשות בחוק לשקול את מהימנות המבקש, מבלי ששיקול דעתה הותווה בסעיפי החוק. לעומת זאת, בעת נטילת ההיתר, תוחם החוק את שיקול דעתה של הרשות באופן שיתואר להלן.

הרשות הוסמכה לבטל היתרים בשל פגם במהימנות, לרבות פגם במהימנות של גורמים קשורים, כפי שיפורט להלן, אך נקבע כי נטילה כאמור תעשה על בסיס רשימת נסיבות המעידות על פגם במהימנות, אשר לאורה, ולאורה בלבד, תבחן הרשות הכרעה כאמור. לשם כך, נדרשה הרשות לקבוע ולפרסם רשימת נסיבות שהתקיימותן מהווה ראיה לכאורה לפגם במהימנות¹. פרסומה של רשימה זו יסייע ביצירת בהירות באשר לאופן בו מפעילה הרשות את שיקול דעתה במקרים אלה.

בחינת המהימנות נעשית ביחס לכל אלה²:

1. מנהל קרן, לרבות בחינת מהימנות של בעל שליטה בו וכן של נושאי משרה במי מהם³, לפי סעיף 15(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד – 1994 (להלן – "חוק השקעות משותפות").
2. נאמן לקרן, לרבות בחינת מהימנות של בעל שליטה בו וכן של נושאי משרה במי מהם, לפי סעיפים 9(א) ו-10 לחוק השקעות משותפות.
3. בעלי רישיון⁴, לרבות בחינת מהימנות של בעל שליטה בתאגיד בעל רישיון וכן של נושאי משרה⁵ בתאגיד בעל הרישיון או בבעל השליטה בו - לפי סעיף 10(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, שיווק השקעות וניהול תיקי השקעות, התשנ"ה – 1995 (להלן – "חוק הייעוץ").

¹ בחלק מן החיקוקים מדובר בראיה לכך שהגורם המורשה אינו ראוי לשמש בעל רישיון. נייר זה יתייחס לשניהם כאחד.

² פרט למנויים ברשימה להלן יש להזכיר גורמים נוספים, אשר ביחס אליהם הוצע במסגרת תיקוני חקיקה שטרם הושלמו או שטרם נכנסו לתוקף, לקבוע הסדרי מהימנות דומים:

- חברות מנהלות זירות סוחר (וכן בעלי שליטה בהן ונושאי משרה בהן או בבעלי השליטה בהן), לפי חוק ניירות ערך (תיקון מס' 42), התש"ע-2010 שפורסם בתאריך 15 ביוני 2010. כניסתו לתוקף של החוק מותנית בפרסום תקנות מכוחו. התקנות מונחות על שולחן וועדת הכספים של הכנסת לאישורה;
- נאמנים לתעודות התחייבות לפי חוק ני"ע (תיקון מס' ..) (תעודות התחייבות), התשע"א-2011 (וכן בעלי שליטה בהם ונושאי משרה בהם או בבעלי השליטה בהם). התיקון קיבל את אישור וועדת השרים לענייני חקיקה ביום 23 בספטמבר 2011 ועתיד להתפרסם כהצעת חוק ממשלתית בשבועות הקרובים;
- בנוסף, מוצע הסדר דומה ביחס לחתמים (וכן בעלי שליטה בהם ונושאי משרה בהם או בבעלי השליטה בהם) לפי ההצעה לתיקון תקנות ני"ע (חיתום) (תיקון מס' ...) התשע"א – 2011. תקנות אלה מונחות לקיום חובת היוועצות אצל שר המשפטים. למעשה הדרישה מוחלת בתקנות האמורות בעקיפין גם על המפיצים בהתאם לתקנות האמורות, או לפחות על חלק ניכר מהם (זאת משום שהצעת תיקון תקנות החיתום מציעה לשנות את תנאי הכשירות למפיץ כך שהחלופה המרכזית של תנאי הכשירות הקבועים בה "רשאי לשמש כחתם" תשונה ל- "הוא רשום במעמד פעיל במרשם החתמים").

³ "נושא משרה" מוגדר לפי סעיף 1 לחוק השקעות המשותפות "נושא משרה בכירה כהגדרתו בחוק ניירות ערך, וכן לגבי מנהל קרן – חבר ועדת השקעות כהגדרתה בסעיף 20(א), ולגבי נאמן – מי שממונה בנאמן על מילוי חובות הנאמן ותפקידיו כאמור בסעיף 78".

⁴ ביחס לבעלי רישיון יחידים נדרש אישורו של מותב וועדת האכיפה המנהלית (לפי סעיף 10(א)2) לחוק הייעוץ) לשם נטילת רישיון או התלייתו עקב פגם במהימנות. החלטת המותב גם היא נשענת על האמור ברשימה זו. לשם יעילות הדיון, הרשות רשאית להורות כי המותב יחליט, במסגרת הליך כאמור בסעיף 10(א)2 גם לעניין ביטול או התליית הרישיון של תאגיד מורשה שבשמו פועל יחיד בעל רישיון, אם מצאה כי התקיימו נסיבות המנויות ברשימה לפי סעיף 10(א)4) המעידות הן על פגם במהימנותו של היחיד כאמור והן על פגם במהימנותו של התאגיד שבשמו פועל היחיד.

⁵ הגדרת "נושא משרה" בחוק הייעוץ מפנה להגדרת המושג בחוק החברות: "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.

4. בעל היתר שליטה במנהל קרן⁶ או נושא משרה בו, לפי סעיף 23ד לחוק השקעות משותפות.⁷

בנוסף, קיימת בחוקים השונים חובת הודעה של הגורמים אשר ביחס אליהם נבחנת המהימנות, בדבר פגם במהימנות לכאורה שנפל בהם.⁸

רשימת נסיבות זו תשמש ביחס לכל אחד מהמנויים ברשימה דלעיל.

כללי -

הבחינה לפי החוקים האמורים נעשית ביחס לגוף המפוקח עצמו וכן ביחס לגורמים אחרים הקשורים לפעילותו של הגורם המפוקח עצמו, הכל כפי שפורט לעיל (נושאי משרה, המשתתפים בקבלת החלטות השקעה וכיו"ב). אולם, באותם מקרים בהם סמכות הרשות ליטול היתרים מוגבלת לגורם המפוקח בלבד⁹ בחינת המהימנות של הגורמים הקשורים הללו נעשית לצורך בחינת השאלה האם ליטול היתרו של הגורם המפוקח עצמו, ולא כפעולה ישירה אל מול הגורם שלגביו נבחנת המהימנות.

ברור כי נודעת חשיבות לתפקידו של היחיד שלגביו נבחנת המהימנות לשם בחינת כשירות הגוף המפוקח. ככל שמדובר בתפקיד בכיר או מרכזי יותר, כך לפגם במהימנות שנמצא ביחיד נפקות גדולה יותר לבחינת התקיימות תנאי המהימנות בגוף המפוקח; ככל שנטילת היתר של תאגיד מפוקח נבחנת לאור פגם במהימנותו של נושא משרה בו, תיבחן מידת השפעתו של נושא המשרה על פעילות התאגיד מחד, ומידת אחריותו של התאגיד לפעולה זו ככל שבוצעה במסגרת תפקידו בתאגיד מאידך. בנוסף, תיבחן מעורבותו של הגורם שלגביו נבחנת המהימנות באירוע הנוגע לתאגיד שבו כיהן כנושא משרה או ששימש כבעל היתר בו.

במכלול השיקולים ייתן משקל לזכויות יסוד של המפוקח; כנגד עצמת הפגיעה במהימנות בהתאם לנסיבות דלעיל, ייתן משקל לרמת הפגיעה בחופש העיסוק וזכויות הקניין הטמונה בנטילת היתר, תוך הבחנה בין הפגיעה בנטילת היתר מיחיד לעומת נטילת היתר מתאגיד.¹⁰

בכל מקרה של התקיימות אחת או יותר מהנסיבות, יילקחו בחשבון שיקולים נוספים ובהם מרחק הזמן בין המעשים לבין מועד הבחינה¹¹, אופן התנהלות הגורם המפוקח במהלך התקופה שחלפה, ומידת ההשפעה הצפויה של המעשה ושל תגובת הרשות על שוק ההון, אמון הציבור בו בכלל, ובגורמים שמנהלים את כספי הציבור בפרט.

⁶ היה בעל היתר השליטה תאגיד, תיבחן אף מהימנותו של היחיד שהוא בעל השליטה בבעל היתר.

⁷ יוצא אם כן, שבחינת המהימנות של בעל השליטה ושל נושאי משרה בו, עשויה לבוא לעולם הן אגב בחינת האישור הניתן למנהל הקרן כאמור בסעיף 1, והן אגב שקילת ההיתר הניתן לבעל השליטה עצמו כאמור בסעיף זה (וכן בעת שקילת ביטולם של אלה).

⁸ לעניין זה, ראו סעיפים: סעיפים 9א, 13א, 23ב, 23ב1 לחוק השקעות משותפות; סעיף 27(ג) לחוק הייעוץ.

⁹ כך למשל, כאשר נבחנת מהימנותו של נושא משרה בחברת ניהול תיקים, מכיוון שהרשות אינה מאשרת העסקתו של גורם זה או אחר כנושא משרה בחברה, אזי קביעה כי נפל פגם במהימנותו של זה, יש בה כדי להשפיע, במקרים מסוימים, על מהימנות חברת ניהול התיקים ואולם אין היא מאפשרת פעולה ישירה מול נושא המשרה (להבדיל מבחינת ביצוע הפרות על ידו לדוג'); מנגד - כאשר מדובר בבעל היתר שליטה במנהל קרן למשל - בחינת בעל השליטה רלוונטית הן לבחינת נטילת היתר מנהל הקרן והן לבחינת נטילת היתר השליטה באופן ישיר (ראו לעניין זה הערת שוליים 6 לעיל).

¹⁰ ושני אלה, לעומת נטילת היתרי שליטה, אשר אינה נתפסת כפגיעה בחופש העיסוק.

¹¹ למרות זאת, בנסיבות בהן הבחינה מתארכת (כמו למשל כאשר חקירה מתארכת), או בנסיבות בהן הרשות מצאה לנכון להמתין לתוצאות הליך כלשהו, ייתן לחלוף הזמן לכשעצמו משקל מועט.

הנסיבות המפורטות ברשימה הינם אירועים אשר עצם התקיימותם מהווה סיבה לבחון האם הנסיבות בהן התקיימו יש כדי להצביע על קיומה של פגיעה במהימנות המפוקח. אינדיקציות להתקיימות הנסיבות בלבד לא מובילות להחלטה כי נפל פגם במהימנות בהכרח, ובוודאי שאינן גוררות אחריהן באורח אוטומטי הכרעה לפיה נפל פגם המצדיק נטילת היתר, שכן הנסיבות המנויות ברשימה הינן אך בסיס להפעלת שיקול דעת הרשות לעניין זה.

משמע, לא בכל מקרה יגרום קיומה של אחת או יותר מהנסיבות לנטילת היתר. באופן טבעי, לא כל הנסיבות שוות משקל; חלק מן הנסיבות הכלולות ברשימה הן מטיבן חמורות יותר מן האחרות מבחינת מהותן, נסיבותיהן והזיקה שלהן לפעילות המפוקחת. כן ייתכן, כי במקרים שונים, תיחס הרשות לאותה נסיבה משקל שונה, בהתאם למהותיותה במקרה המסוים. ולבסוף, ייתכן שמשקלן המצטבר של מספר נסיבות או של התקיימות הנסיבות בקרב מספר גורמים, יביא לתוצאה אחרת מאשר כל אחת מהן בפני עצמה.

יובהר כי בחינת המהימנות נעשית במסגרת הליך מנהלי שמטרתו להגן על תקינות הפעילות בשוק ההון ועל ענייניו של ציבור המשקיעים בו, הליך אשר אינו מותנה בקיומו של הליך פלילי או בתוצאותיו (ככל שקיים כזה).

בשולי הדברים, נזכיר כאן רשימה הצהרתית נוספת שפרסמו באופן משותף שלושת הרגולטורים המרכזיים המסדירים את הפעילות בשוק ההון הישראלי- רשות ניירות ערך, הפיקוח על הבנקים ואגף שוק ההון ביטוח וחיסכון במשרד האוצר. רשימה זו, פורסמה בעיתונות ב- 8 לדצמבר, 2010. הרשימה המשותפת הנזכרת הינה הצהרתית, ואין מקורה בחיוב או הסמכה מפורשים בדין. הרשימה פורסמה מתוך תפיסה כי ראוי לתת מידה מסוימת של בהירות בנוגע לפרמטרים המשמשים את שלושת הרגולטורים בעת שהם בוחנים את שאלת המהימנות של המפוקחים השונים. לשיתוף פעולה זה ולרשימת הנסיבות המשותפת שהוא הוליד, שהינו סוג של כר נסיבות בסיסי משותף- נודעת חשיבות מיוחדת נוכח העובדה שבתי ההשקעות הגדולים כמו גם הבנקים, מפוקחים לא אחת על ידי יותר מרגולטור אחד, כאשר כל אחד מהרגולטורים בוחן ענף פעילות מסוים של המפוקח וביחס לכולם כמעט קובע הדין דרישת מהימנות.

יחד עם זאת, הרשימה המחייבת לעניין הגורמים המפוקחים ע"י הרשות, אשר פורטו לעיל, היא רשימה זו והיא בלבד.

מובהר בזאת, כי שימוש בסמכות הרשות נשוא נייר זה, שמור למקרים בהם הבחינה האמורה תעלה, כי מדובר בהתנהגות שננקטה תוך סטייה מהותית מאופן ההתנהגות הראוי או שלהתנהגות השפעה חמורה בשל היקף הנזק שנגרם או שעלול היה להיגרם בעקבותיה. משמע, למקרים בהם ההתנהגות האמורה מקימה חשש לפגיעה עתידית בענייניו של ציבור המשקיעים, ומשכך מצדיקה בחינת נטילת ההיתר.

להלן, רשימת נסיבות שיש בהן כדי להעיד או שעשויות להעיד על פגם במהימנות, בכפוף לבחינת הרשות:

- (1) הרשעה בעבירה, הגשת כתב אישום¹² או חקירה פלילית¹³ בקשר עם ביצוע עבירה;
- (2) קביעה כי בוצעה עבירת משמעת, הגשת כתב טענות משמעתי או פתיחה בהליך לחקירת ביצועה של עבירה כאמור;
- (3) הטלת אמצעי אכיפה מנהליים, לרבות הטלת עיצומים כספיים, הוצאת דרישה לתשלום עיצום כספי או כתב טענות מנהלי או פתיחת בירור מנהלי בקשר עם ביצוע הפרה;
- (4) התקשרות בהסדרים מנהליים החלופיים בטיבם להגשת כתב אישום או ניהול הליך מנהלי, כגון תשלום כופר, צו מוסכם או התקשרות בהסכם להפסקת הליכים מותנית, בשל ביצוע של עבירה או הפרה;
- (5) שלילת היתר בשל פגם במהימנות- שלילת רישיון, סירוב לקבלת היתר או מניעת עיסוק במקצוע או בתחום כלשהו עקב פגם במהימנות, בין אם ההיתר ניתן עפ"י דין או ע"י איגוד מקצועי;
- (6) ממצאים בהליכים משפטיים בדבר הפרות דין;
- (7) ממצאי ביקורת ותלונות לקוחות - ממצאי ביקורת הרשות, גורם פיקוח אחר, מבקר עצמאי, מבקר פנימי, ממצאי מערך האכיפה הפנימית או תלונות מצטברות של לקוחות - הכל בעניינים מהותיים ובתנאי שנמצאו מבוססים;
- (8) פיטורין בעקבות גילוי ממצאים המעידים על התנהגות לא נאותה לכאורה, כאשר יש להם זיקה לפעילות המפוקחת על ידי הרשות;
- (9) פירוק בשל חדלות פירעון או אי עמידה בהתחייבויות כלכליות מהותיות הקשורות בתחום העיסוק המפוקח;
- (10) התנהלות שיש בה משום פגיעה בפעילות הפיקוחית של הרשות - הצגת פרטים או מצגים כוזבים או מוטעים, השמטת מידע או חוסר שיתוף פעולה בוטה.

ברשימה זו, "עבירה" או "הפרה" - עבירה או הפרה לפי חוקי ני"ע או עבירה או הפרה כלכלית אחרת אשר מפאת מהותה, חומרתה ונסיבותיה אין אדם ראוי להיות בעל היתר (לרבות גניבה, שוחד, זיוף וכיו"ב), ולרבות עבירת משמעת, והכל בין בארץ ובין בחו"ל.

הערות ציבור -

¹² החלטת הפרקליטות לעניין זה נשענת בדרך כלל על תשתית ראייתית מספיקה למישור המנהלי. זיכוי הנאשם בהמשך, שאינו מחמת הספק, עשוי להביא לבחינת עניינו של הנאשם מחדש.
¹³ חקירה פלילית בחשד לביצוע עבירה יכול שתקים תשתית ראייתית מספקת לבחינת מהימנות. במקרה בו הסתיימה חקירה פלילית בסגירת התיק, תבחן גם העילה לסגירת התיק.

רשימה זו מפורסמת בזאת באתר האינטרנט של הרשות לשם קבלת הערות ציבור. הערות יתקבלו עד ליום ראשון ה-31 לאוקטובר 2011. את ההערות יש להעביר בכתב – בדואר או בפקס - לאשת הקשר שפרטיה מובאים בראש מסמך זה.

פרסום מחייב-

לאחר בחינת ההערות שיתקבלו במועד, כאמור לעיל, תפרסם הרשות את הרשימה הסופית והמחייבת באתר האינטרנט של הרשות. כמו כן, הודעה על פרסום הרשימה, כל שינוי בה ובמועד תחילתה, תפורסם ברשומות.¹⁴

תחילה ותחולה-

כקבוע בלשון הסעיפים המסמיכים שפורטו בנייר זה, הרשימה נכנסת לתוקף בחלוף 30 ימים מיום הפרסום. כן נקבע כי כל שינוי ברשימה, לא יחול על הליך תלוי ועומד.¹⁵

¹⁴ סעיף 10(א) לחוק הייעוץ; סעיפים 10א(ב), 15(א)1, ו-23ד(ב) לחוק השקעות משותפות.
¹⁵ סעיף 10(א) לחוק הייעוץ; סעיפים 10א(ב), 15(א)1, ו-23ד(ב) לחוק השקעות משותפות.