

12 בנובמבר 2019

באמצעות המגנ"א

לכבוד:
איתי פלד, רו"ח
הרשות לניירות ערך
ירושלים

שלום רב,

הנדון: פניה מקדמית - בקשה לקבלת עמדת סגל רשות ניירות ערך

בשם מרשתנו, חברת מבני תעשיה בע"מ, הרינו מתכבדים לפנות אליכם כדלקמן:

א. הרקע לפנייה

1. ביום 4 בנובמבר 2019 הושלם מיזוגה של כלכלית ירושלים בע"מ ("כלכלית") עם ולתוך חברת מבני תעשיה בע"מ ("מבני תעשיה" וביחד עם כלכלית: "החברות המתמזגות"), אשר עובר לביצוע המיזוג היתה חברה בת של כלכלית, בדרך של מיזוג סטטוטורי על פי הוראות הפרק הראשון לחלק השמיני של חוק החברות, התשנ"ט-1999 ("חוק החברות" ו-"המיזוג", בהתאמה).
2. כתוצאה מהמיזוג, הפכה מבני תעשיה לחברה ללא בעל שליטה, בה מחזיקים מספר בעלי מניות מהותיים¹, אשר הגדול שבהם הינו מר דוד פורר ("מר פורר") המחזיק בכ-17% מהונה המונפק והנפרע של מבני תעשיה ובכ-19% מזכויות ההצבעה בה².
3. במועד השלמת המיזוג חלו שינויים בהרכב דירקטוריון מבני תעשיה, במסגרתם, בין היתר, מונה מר דוד גרנות לכהן בה כדירקטור חיצוני³. עוד יצוין, כי ביום 7 בנובמבר 2019 מונה טל פורר, בנו של מר דוד פורר, לכהן כיו"ר דירקטוריון החברה.
4. במקביל לכהונתו כדירקטור חיצוני במבני תעשיה כאמור, מכהן מר דוד גרנות כדירקטור בלתי תלוי ב"בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ("בזק"), זאת החל מיום 9 במאי 2017.
5. בהתאם לדיווחיה של בזק, ביום 24 ביוני 2019 התקבלה הודעה מאת חברת בי קומיוניקיישנס בע"מ ("בי-קום"), בעלת השליטה בבזק, בדבר חתימת הסכם מחייב עם Searchlight Capital Partners L.P. ותאגיד בשליטת משפחת פורר ("השותפים"), לפיו, בכפוף להתקיימותם של תנאים מתלים, לרבות קבלת אישורים רגולטורים שונים, ירכשו השותפים 51.9% מהונה המונפק והנפרע של בי-קום, המחזיקה בכ-26% מהונה המונפק והנפרע של בזק ("עסקת הרכישה"). יצוין, כי על-פי דוחות מיידיים שפרסמה בזק בימים 24 ביוני 2019 ו-3 בנובמבר 2019⁴ (בהתאם להודעות

¹ בהתאם להוראות חוק החברות, "בעל מניה מהותי" הינו מי שמחזיק בחמישה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של החברה או מזכויות ההצבעה בה.

² לפרטים נוספים ראו דוח מיידי על מי שנעשה בעל עניין בתאגיד שפרסמה מבני תעשיה ביום 7 בנובמבר 2019.

³ יצוין, כי עובר להשלמת המיזוג כיהן מר דוד גרנות כדירקטור חיצוני בכלכלית (החל מיום 21 במרץ 2017).

⁴ אסמכתאות: 2019-01-053256 ו-2019-01-107242, בהתאמה.

ועדכונים שנמסרו לבזק על ידי בי-קום), עם השלמתה של עסקת הרכישה, יהוו השותפים בעלי השליטה בבזק.

ג. השאלה המשפטית

6. השאלה שהוצגה בפנינו ובקשר עמה נעשית פניה זו, הינה כדלקמן - תחת ההנחה שעסקת הרכישה תושלם ושכתוצאה ממנה יהווה מר פורר בעל שליטה בבזק - האם כהונתו של מר דוד גרנות כדירקטור בלתי תלוי בבזק, תהווה זיקה אסורה לבעל מניות מהותי במבני תעשייה בהתאם להוראות סעיף 240(ב) לחוק החברות, השוללת את כשירותו של מר דוד גרנות מלהמשיך ולכהן כדירקטור חיצוני במבני תעשייה.

7. מהנימוקים המפורטים להלן, אנו סבורים כי כהונתו של מר דוד גרנות כדירקטור בלתי תלוי בבזק (בהינתן שמר פורר יהיה אחד מבעלי השליטה בה) אינה מהווה זיקה אסורה השוללת את כשירותו לכהן כדירקטור חיצוני במבני תעשייה.

כלומר - כהונה של נושא משרה בתאגיד שבעל השליטה בו הינו בעל מניות מהותי בחברה ללא בעל שליטה, אינה מהווה זיקה אסורה לעניין כהונתו של דירקטור חיצוני בחברה זו.

ג. המסגרת הנורמטיבית והניתוח המשפטי

8. סעיף 240 לחוק החברות קובע תנאי כשירות לכהונתו של דירקטור חיצוני בחברה. בתוך כך, נקבע בהוראות סעיף 240(ב), כדלקמן:

"240. (ב) לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שהוא קרוב של בעל השליטה, וכן מי שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל השליטה בחברה או לקרוב של בעל השליטה, במועד המינוי, או לתאגיד אחר, ובחברה שאין בה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה – גם זיקה למי שהוא, במועד המינוי, יושב ראש הדירקטוריון, המנהל הכללי, בעל מניות מהותי או נושא המשרה הבכיר ביותר בתחום הכספים; לעניין סעיף קטן זה –

"זיקה" - קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה, למעט כהונה של דירקטור שמונה כדי לכהן כדירקטור חיצוני בחברה שעומדת להציע לראשונה מניות לציבור; השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, רשאי לקבוע כי עניינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהוו זיקה;

"תאגיד אחר" - תאגיד שבעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא החברה או בעל השליטה בה." (ההדגשות אינן במקור)

9. פרשנות לשונית של הוראות החוק

9.1. מלשונו הפשוטה של סעיף 240(ב) לחוק החברות, עולה כי נעשתה הבחנה ברורה בין תאגידים בהם קיים בעל שליטה לבין תאגידים ללא בעל שליטה.

כחלק מהבחנה זו, הוחל איסור הזיקה ל"תאגיד אחר" ביחס לתאגידים בהם קיים בעל שליטה אולם איסור דומה לא הוחל על תאגידים בהם לא קיים בעל שליטה. כפועל יוצא של האמור לעיל - בתאגידים בהם קיים בעל שליטה נאסר קיומה של זיקה לבעל השליטה אך

לתאגיד בשליטתו בעוד שבתאגידים ללא בעל שליטה נאסר קיומה של זיקה לבעל מניות מהותי אך איסור כאמור לא הורחב גם לתאגידים בשליטת בעל המניות המהותי.

לפיכך, היות והגדרת "תאגיד אחר" לא הוחלה על בעל מניות מהותי, אין לנקוט בפרשנות הקוראת לתוך הוראות החוק מגבלה נוספת המרחיבה עוד יותר את מגבלות הכשירות ומונעת מנושא משרה המכהן בתאגיד שבעל השליטה בו הינו בעל מניות מהותי בחברה ללא בעל שליטה, מלכהן כדירקטור חיצוני בחברה כאמור.

9.2. בעניינינו, מכהן מר דוד גרנות כנושא משרה בתאגיד (בזק) העתיד להיות מצוי בשליטתו של בעל מניות מהותי (שאינו בעל שליטה) במבני תעשייה (מר פורר), ולפיכך לא מתקיימת זיקה אסורה בינו לבין מר פורר, אשר יש בה כדי לשלול את כשירותו כדירקטור חיצוני במבני תעשייה ולמנוע את המשך כהונתו.

9.3. בהקשר זה יצוין, כי מגבלות הכשירות המנויות בסעיף 240(ב) לחוק החברות, כפי שנקבעו במפורש בהוראות החוק, הינן רחבות ומפורטות מאוד ואף נעשו בהן מספר תיקונים. היקפן הרחב של מגבלות הכשירות כאמור, הביא לא פעם, לפסילתם של מועמדים ראויים רבים מלכהן כדירקטורים חיצוניים או בלתי תלויים בחברות שונות. יצוין, כי בניסיון לצמצם במקרים מסוימים את היקף תחולתן של מגבלות אלו, אף הותקנו תקנות החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), התשס"ז-2006.

נוכח האמור לעיל, נכון וראוי יהיה להיצמד למגבלות אותן כלל המחוקק במפורש בלשון החוק ולא להרחיבן בדרך פרשנית או בדרך של סברה, שאחרת אין לדבר סוף. להלן תובא דוגמא נוספת הממחישה זאת:

על פי הוראות סעיף 240(ב) כאמור נאסר קיומה של זיקה בין דירקטור חיצוני לבין קרובו של בעל השליטה, אך לא הורחב האיסור לתאגיד בשליטת של קרובו של בעל השליטה. נקיטה בדרך של פרשנות מרחיבה (בשונה מהיצמדות ללשון החוק) עלולה לקרוא לתוך הגדרת "תאגיד אחר" גם תאגיד בשליטת קרובו של בעל השליטה, וכן הלאה (שמא גם תאגיד בו קרובו של בעל השליטה הינו בעל מניות מהותי?).

על כן, הרחבה של מגבלות כשירות אלו, ככל שיש לה הצדקה, ראוי שתעשה רק באמצעות חקיקה מפורשת.

9.4. זאת ועוד. מהוראות חוק החברות ניכר כי כאשר ביקש המחוקק להרחיב את איסור קיום זיקה של דירקטור כך שיחול גם על תאגיד הנשלט על ידי בעל מניות כלשהו, ידע לעשות זאת במפורש.

האמור לעיל עולה הן מהגדרתו של המונח "תאגיד אחר" בסעיף 240(ב) - מכוחה הורחבה במפורש תחולת הזיקה האסורה גם לתאגיד בשליטתו של בעל השליטה והן מהוראות סעיף 345מב(א) לחוק החברות העוסקות בתנאי כשירותו של דירקטור בלתי תלוי בקרן לתועלת הציבור, כפי שיובאו להלן:

"345מב. (א) בסעיף זה -

"דירקטור בלתי תלוי", בקרן – יחיד שמתקיימים לגביו התנאים המפורטים להלן:

(1) ועדת הביקורת אישרה כי מתקיימים לגביו תנאי הכשירות האלה:

(ב) אין לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו, במישרין או בעקיפין, או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לקרן, לבעל מניות בה, לדירקטור או לנושא משרה בה, לקרוב של בעל מניות בה, של דירקטור או של נושא משרה בה או לתאגיד אחר, ולעניין קרן בניהול ציבורי – אין זיקה כאמור גם לתורם לה, לקרובו או לתאגיד בשליטתו;

"זיקה" - קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה; השר רשאי לקבוע כי עניינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהוו זיקה;

"תאגיד אחר" - תאגיד שבעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא הקרן, בעל מניות בה או דירקטור בה. (ההדגשות אינן במקור)

9.5. כלומר, בשונה מעניינינו, ביחס לכשירות כהונתו של דירקטור בלתי תלוי בקרן לתועלת הציבור קבע המחוקק במפורש, כי תרחיש במסגרתו דירקטור בלתי תלוי בקרן לתועלת הציבור מכהן במקביל כנושא משרה בתאגיד שבעל השליטה בו הינו בעל מניות כלשהו בקרן או דירקטור בה, מהווה זיקה אסורה הפוסלת את סיווגו כבלתי תלוי.

10. גם פרשנות תכליתית של הוראות החוק תומכת באי הרחבת הזיקה האסורה

10.1. מעבר ללשונו הפשוטה של סעיף 240(ב) לחוק החברות, גם תכליתו מביאה למסקנה כי אין להוסיף בדרך פרשנית מגבלות כשירות נוספות לאלו אשר נקבעו בו במפורש.

10.2. בנסחו את הוראות סעיף 240(ב), ביקש המחוקק לשרטט מעין "מעגלי זיקה", באופן שבו ככל שהתלות הפוטנציאלית בגורם אליו נאסרה הזיקה "הראשונית", המצוי "במעגל הפנימי", עלולה להשפיע על שיקול דעתו והחלטותיו של הדירקטור החיצוני באופן ברור ומובהק יותר, הורחב איסור הזיקה גם ל"ספיחיו" - קרי, לגורמים המצויים במעגלים שסביב הגורם אליו נאסרה הזיקה הראשונית.

כך, בחברה בה קיים בעל שליטה, נאסרה תחילה הזיקה לחברה עצמה, לאחר מכן לבעל השליטה בה - שהינו דמות דומיננטית אשר כוחה והשפעתה אינם מוטלים בספק⁵, ולבסוף אף לקרובו של בעל השליטה ולתאגיד בשליטתו של בעל השליטה.

10.3. מאידך, אם השפעתה של התלות הפוטנציאלית בגורם אליו נאסרה הזיקה הראשונית עמומה וגבולית, אין הצדקה להרחיב את איסור הזיקה גם לצדדים קשורים אליו.

⁵ זאת כפי שניתן ללמוד, בין היתר, מהוראות שונות בחוק החברות במסגרתן נקבעו הסדרים מיוחדים שמטרתם לאזן את כוח השפעתו של בעל השליטה בחברה, לדוגמה: אישור עסקאות עם בעל שליטה, אישור מדיניות תגמול, אישור תנאי כהונתו והעסקתו של מנכ"ל החברה, מינוי דירקטורים חיצוניים, האיסור על חברותו בוועדת הביקורת ובוועדת התגמול וכד'.

לפיכך, בחברה בה לא קיים בעל שליטה, נאסרה הזיקה לחברה עצמה, לאחר מכן לנושאי משרות מפתח בה - אשר בהיעדר בעל שליטה ניתן לראות בהם כגורמים להם השפעה מהותית על הכוונת פעילות התאגיד, ולבסוף גם לבעל מניות מהותי בה - הרחבה שאינה טריוויאלית ואינה מובנת מאליה נוכח עוצמת הזיקה הנמוכה יחסית. עם זאת, בכוונת מכוון, לא הורחבו מגבלות הזיקה במקרה זה גם לקרוביהם של נושאי המשרה או בעלי מניות מהותיים כאמור או לתאגידים בשליטתם, שהרי סביר להניח כי פוטנציאל השפעתם, אם בכלל קיים, הינו רחוק מאוד ובטל.

כך גם, הוראות החוק הדורשות רוב מיוחד למינוי דח"צ, תוך נטרול קולו של בעל השליטה, לא הורחבו באופן המחיל אותן גם על הצבעתו של בעל מניות מהותי.

10.4. מעבר לכך, נציין כי בכל הקשור להגבלת הזיקה לבעלי מניות מהותיים, המציאות מלמדת כי בחברה ללא בעל שליטה ישנם לא מעט כאלו (אשר בדרך כלל הינם גופים מוסדיים) אשר זהותם עשויה להשתנות מעת לעת בקלות יחסית (נוכח היקף החזקותיהם הנמוך).

כך, הרחבת מעגלי הזיקה האסורים לבעל מניות מהותי, עלולה להביא לכך שגם דח"צ שמונה כדיון (או דירקטור בלתי תלוי שסווג ככדיון), ימצא את עצמו נגוע בזיקה פסולה במהלך כהונתו, רק בשל העובדה שקבוצה מוסדית כלשהי הפכה להיות בעלת עניין בתאגיד לאורך תקופת כהונתו.

10.5. כלומר, גם בחינה תכליתית של הוראות החוק, מביאה למסקנה כי עצם הגבלת הזיקה ביחס לבעלי מניות מהותיים היא כשלעצמה הרחבה מהותית של מגבלות הכשירות החלות על הדירקטור החיצוני, הן לאור העובדה שמדובר בעוצמת זיקה נמוכה וכנגזרת מכך פוטנציאל השפעה נמוך על עצמאותו והן לאור מספר הגופים הפוטנציאליים המשמעותי העשוי להיכנס בגדר הרחבה זו והאפשרות לשינויים תכופים בזהותם, ולכן אין להרחיב בדרך פרשנית מעבר לכך ולהחיל גם על תאגיד בשליטתו של בעל מניות מהותי.

11. פגיעה בזכויות יסוד

11.1. מימד נוסף אותו יש לבחון עת מבקשים להטיל מגבלות על כשירותו של אדם לכהן כדירקטור חיצוני בחברה, קשור לזכויות יסוד המעוגנות בדין הישראלי אשר עלולות להיפגע כתוצאה מכך והאיזון אותו נדרש לערוך בין שמירה על זכויות יסוד אלו לבין הצורך להבטיח את עצמאותו של הדירקטור החיצוני.

בעניינינו, הן הזכות לקניין (של בעלי המניות בחברה) והן הזכות לחופש העיסוק (של הדירקטור החיצוני), עלולות להיפגע כתוצאה מהרחבה של מגבלות הכשירות בדרך פרשנית וללא בסיס מוצק בחקיקה. בהתאם לפסקאות ההגבלה הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, פגיעה בזכויות יסוד אלו תתכן רק בהתקיימם של תנאים מסוימים, אשר הראשון והבסיסי שבהם הינו שפגיעה כאמור תעשה על פי חוק.

11.2. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין פוגעים בקניינו של אדם. זכויותיו של בעל מניות בחברה הינן תולדה של הזכות הקניינית שלו במניה. הבעלות הקניינית בנכס גוררת אחריה חופש פעולה של הבעלים לגבי דרך השימוש והמימוש של הנכס, והיא חוסמת

בפני הזולת את האפשרות להתערב בהחלטותיו של בעל הזכות הקניינית ביחס לנכס. בעלי המניות, כבעלי זיקה קניינית לרכוש החברה, מקבלים את הזכות לקבל החלטות הנוגעות לרכושם וכן את הזכות להצביע ולהשפיע על ניהול רכושם, ורשאים להשתמש במניותיהם למען קידום האינטרסים הפרטיים שלהם. זכות זו משתקפת, בין היתר, בזכותם להשפיע על זהותם של הדירקטורים החיצוניים אשר יכהנו בחברה.⁶ כל מגבלה על כשירותו של דירקטור, מגבילה גם את יכולתם של בעלי המניות לבחור בו להיות מי שינהל את רכושם.

11.3. כמו כן, הרחבה של מגבלות הכשירות כאמור עלולה להוות פגיעה בחוק יסוד: חופש העיסוק, שהרי היא עלולה למנוע ממועמדים ראויים לא מעטים מלכהן כדירקטורים חיצוניים או כדירקטורים בלתי תלויים⁷ בחברות ציבוריות מסוימות. פגיעה אפשרית זו אף עלולה ומתחדדת, נוכח פוטנציאל השינוי הגדול יחסית בזהותם של בעלי מניות מהותיים בחברה ללא בעל שליטה, כך שכשירותו של דירקטור חיצוני מכהן יכול שתפסל במהלך כהונתו לאור הפיכתו של בעל מניות מסוים לבעל מניות מהותי וקיומה של זיקה אסורה ביניהם. ברי, כי הרחבה פרשנית של הזיקה האסורה גם לתאגיד בשליטתו של בעל מניות מהותי, מעלה באופן דרמטי את ההסתברות לקיומו של תרחיש כאמור.

יפים לעניין זה דבריו של הנשיא בדימוס אהרון ברק⁸:

"כל הוראת חוק המצמצמת את החופש החוקי הנגזר מהגדרתו של חופש העיסוק היא הוראה הפוגעת בחופש העיסוק. על כן, כל הסדר המטיל הגבלות על עצם הבחירה או הכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח-יד, מהווה הסדר הפוגע בחופש העיסוק... הוא הדין בתנאים מוקדמים אובייקטיביים לכניסה לעיסוק, כגון צמצום מספר הנכנסים לעיסוק או למקצוע על פי התנאים השוררים בעיסוק או במקצוע... הוא הדין באשר להגבלות על שעות עבודה... וכן הגבלות הנובעות משיקולים... או אתיים."

ובהמשך:

"הגבלה על חופש העיסוק חייבת לעגן עצמה בדבר חקיקה. הנחיות פנימיות, שאינן מעוגנות בחוק, אין בכוחן להגביל את חופש העיסוק. כללי אתיקה, שאינם מעוגנים בחוק, אינם יכולים להגביל את חופש העיסוק... מקובל הוא... לדרוש כי החוק הפוגע בזכות יסוד יהא פומבי, כללי, ידוע ומפורסם. חוק סתום (vague) אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, שכן ההגבלה אינה "בחוק". (ההדגשות אינן במקור)

⁶ הדרה בר מור, דיני תאגידיים, כרך ג', בעמ' 33 וכן יוסף גרוס, חוק החברות (מהדורה חמישית מורחבת, 2016), בעמ' 311.

⁷ נציין, כי הגדרת "דירקטור בלתי תלוי" בחוק החברות מחילה את מגבלות הכשירות הקבועות בסעיף 240(ב) לחוק החברות גם על דירקטורים בלתי תלויים.

⁸ אהרון ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד), בעמ' 613.

11.4. בנדון דידן, ברור כי חוק החברות לא קבע כי כהונה של נושא משרה בתאגיד שבעל השליטה בו הינו בעל מניות מהותי בחברה ללא בעל שליטה, מהווה זיקה אסורה לעניין כהונתו של דירקטור חיצוני בחברה כאמור.

הרחבה של מגבלות הכשירות בדרך פרשנית כך שיחולו גם על תאגיד בשליטתו של בעל מניות מהותי עלולה להוות פגיעה בזכויות יסוד, זאת מבלי שנקבעה במפורש בחוק החברות - לפיכך, קריאת מגבלות הכשירות הקבועות בסעיף 240(ב) צריכה להיעשות בצורה מצמצמת הנצמדת ללשונו המפורשת של החוק ואינה מרחיבה מעבר לכך.

ד. סיכום

12. בהתאם לניתוח המשפטי לעיל, אנו סבורים כי כהונתו של מר דוד גרנות כדירקטור בלתי תלוי בבזק (גם בהינתן שמר פורר יהפוך להיות אחד מבעלי השליטה בה) אינה מהווה זיקה אסורה בהתאם להוראות סעיף 240(ב) לחוק החברות השוללת את כשירותו לכהן כדירקטור חיצוני במבני תעשייה.

13. מרשתנו מתכוונת לכבד את הנחיית רשות ניירות ערך כפי שתקבל בתשובתה לפנייה זו. באם מרשתנו תבחר לאמץ עמדה שונה, היא מתחייבות ליידע אתכם מראש.

14. מרשתנו מודעת לכך שבקשה זו ותשובת הרשות לה עשויים להתפרסם בנוסחן המלא באתר הרשות. לצד זאת, אנו מבקשים בשם מרשתנו, כי טרם פרסום הפנייה והתשובה באתר הרשות, תינתן למרשתנו האפשרות לבחון השחרתם של פרטים מסוימים בה. כמו כן, נבקשכם לעדכן אותנו קודם לפרסום הפנייה והתשובה לה.

15. נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה או שאלה נוספת בקשר עם בקשת הנחיה מקדמית זו.

בכבוד רב,

אברהם וול, עו"ד איתיאל בן חיים, עו"ד

פישר בכר חן וול אוריון ושות'