

פנחס רובין
מוריאל מטלון
צבי אפרת
ג'ק סמית
דפנה טלגם
איל מרום
גור' סביר
עופר צור
איתר גפן
איל רז
אור הרצל
חיים פרידלנד
ליאור פורת
יהו אלכאי
שרון ורקר-שגיא
אלית אלקון מי-טל
אלי אליה
שלמה כהן
דניאל פטרמן (ר"ח)
גיל גרידי (ר"ח)
נועם רון
אלי כהן
כפיר ידגר
תימור בלן
יורם ערד
יאיר שילוני
ארי פריד
אורי גרוס
אורלי טונבאום
עידן בקי
אבירם הנדל
שרי שני
שגית אחונה-לבנה
הראל שחם
אבנר פינקלשטיין
מיכאל אילון
נורית טראוריק
תמר כהן
ליאור רלי
עופר פלישר
עדי בן-חור עפרוני
ראני מ. האגל-חיא
אלדד צברי
ענבל זכאי-זנורב
מירית בר-פזמן (ר"ח)
איתי אישקוביץ
דפנה מילביץ-בכרך
עדי נחמיאס-תניה
שגית עמית-אבן
קובי מרקוס
יועד כוכבי
ניר קידר
איתי רובין
ענבל רביד-בדנר
רונית רחנשטיין-בראל
מאיה הופטמן
שלמה אביעד זיזר
אסף אבטובי
אורי יצחק
יצחק לזר
יפתח פרבר
אסף הרצל
מורן ארז
הילה שמעון
אהוד כצלסון
גילה פונטה-שלשי
עידו נפתלי
אסף פרוסק
יואב קומר
יהונתן ראף
אבי מיר
דניאל סקאלד (ר"ח)
ענת אדלשטיין
רעות אושעיה
שרון זיתוני
דניאל לסרי
משה קריגר
אריאל זאבי
גלעד רזן (ר"ח)
שני מרחי
טיגיסט ביליאם-סלומון
ליאור ברן
יונתן היינה גלי
מעין מלמד
רועי צ'פניק
נטע פלד
אורי הלר
אריאל רואמי
אריאל דיינוס
עדי ביטון
לי כהן
אור לוטנברג
יואב מור
יואב מר
ג'ואנה יונסקי
אורי פרי
איתמר בן יהודה
ליאור גרינבלט
אבישי מרום
נורית ליפשיץ
נועה לוי
עמית לוי
בר סראפאן
טל סלע
אורי סמיט
שירן גבאי-מצגר
אלינור רדי
נהג חרובי
בת-חן מזור
יעל קליימן
רם שחורי
לירון גילאור
נמרוד סביל
מורן שני
אילי רבנר
דנה סואדמן
אוראל טהר-עזים
אמנון ביס
ענבר ברק-בילו (ר"ח)
בן גולדמן
אביעד רבינוביץ
דנה שגב
הראל שומר
מיכאל גופר
תום אלקלעי
חן שטרנברג
שירה פורת
ניר קנול
נתלי אופנהיים
שני יוסי
שמואל ברקוביץ
ד"ר דומיניק פוגל
אופיר שפרינגק
מרינה פורטוגלוב
עדי אייברמס
מורן בן משה
יעד גורדון
דניאלה סמל
הגר פיגל
סמדר רון
נועה שויצר
צבי זוהר, יועץ

לכבוד

רשות ניירות ערך - מחלקת תאגידיים

רח' כנפי נשרים 22,

ירושלים

גא"נ,

7 בדצמבר, 2016

באמצעות מערכת המגנ"א (טופס לא פומבי)

הנדון: בקשה להנחיה מקדמית - שיכון ובינוי בע"מ

לבקשתה של מרשתנו, שיכון ובינוי בע"מ ("החברה"), הרינו לפנות אליכם, בהתאם לנוהל פניה מקדמית, בבקשה לקבל את הנחייתכם המקדמית באשר לשאלה האם בנסיבות הרלוונטיות של המקרה הנדון ניתן יהיה לסווג את זיקתה של מועמדת לכהונה כדירקטורית חיצונית בחברה בהתאם לסעיף 240 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות") לחברה, כזיקה זניחה.

1. תשתית עובדתית ונסיבתית

- א. החברה הינה חברה ציבורית, שמניותיה רשומות למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ.
- ב. במחצית חודש פברואר 2017 עתיד מר יוסף אלשיך לסיים את כהונתו כדירקטור חיצוני בחברה. לקראת המועד האמור, מבקשת החברה לכנס אסיפת בעלי מניות, ולהעלות על סדר יומה את ההצעה למנות את הגב' עפרה רהב (להלן: "המועמדת") כדירקטורית חיצונית בחברה.
- ג. המועמדת כיהנה במשך שנתיים ועד ליום 1 במאי 2014 כנושאת משרה בחברה, בתפקיד סמנכ"לית קיימות. באותו יום סיימה את עבודתה בחברה, ומאותו מועד ואילך לא התקיימו בינה לבין החברה יחסי עובד-מעביד.
- ד. לאחר פרישתה מהחברה, החל מחודש מאי בשנת 2014, כיהנה המועמדת כסמנכ"לית פיתוח בחברת נתיבי ישראל, החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ (להלן: "נתיבי ישראל"). נתיבי ישראל הינה חברה ממשלתית העוסקת בפיתוח תשתיות כבישים בישראל. עבודתה של המועמדת בנתיבי ישראל הסתיימה בפועל בחודש מרץ 2016 (ויחסי עובד-מעביד התנתקו בחודש אוגוסט 2016, בתום ימי החופשה הצבורה ותקופת ההסתגלות להן היתה זכאית).
- ה. החברה, במישרין ובאמצעות חברות בת, התקשרה בהתקשרויות שונות עם נתיבי ישראל, בתחום סלילת כבישים וסלילת מסילות.
- ו. ככלל, ההתקשרויות עם נתיבי ישראל נעשו במסגרת של מכרזים שמפרסמת נתיבי ישראל, בהתאם ובכפוף לחוק חובת מכרזים והתקנות על פיו החלים על נתיבי ישראל כחברה ממשלתית ובקריטריונים אשר נקבעו על ידי נתיבי ישראל עבור כל התקשרות בנפרד.

סניף ראשי: שד' רוטשילד 45, תל אביב
סניף הרצליה: שד' אבא אבן 1 הרצליה פיתוח
טלפון: 03-7109191 פקס: 03-5606555
כתובת דוא"ל: office@gornitzky.com
משלוח דואר: ת.ד. 29141 תל אביב 6578403
עורכי דין ונוטריונים
www.gornitzky.com
נוסד ב- 1938

ירוחם גורניצקי (1997 - 1921)
בועז נהיר (2006 - 1930)
אריאל זליכוב (2009 - 1955)
דליה רזן (2000 - 1956)
הגר אלון-ויידמן (2013 - 1978)

* בעל רשיון עריכת דין במדינת ניו יורק
** בעל רשיון עריכת דין במדינות ניו יורק ומסצ'וסטס
*** בעל רשיון עריכת דין במדינות אנגליה ווויילס
**** בעל רשיון עריכת דין במדינת קליפורניה
***** בעל רשיון עריכת דין במדינת ויקטוריה, אוסטרליה

ז. כפי שנמסר לחברה על ידי המועמדת, עם קבלתה לנתיבי ישראל, ומתוך חשש לניגוד עניינים, לנוכח תפקידה בחברה, הוחלט על ידי נתיבי ישראל כי המועמדת לא תיקח חלק בדיונים ובקבלת החלטות בקשר עם מכרזים ופרויקטים בהם השתתפה החברה או תאגידים בשליטתה (והדבר גם הוסדר במסמך מטעם הוועדה לניגוד עניינים של חברת נתיבי ישראל). לפיכך, המועמדת לא לקחה חלק בדיוני ועדת מכרזים בנושאים הקשורים בחברה ו/או התאגידים בשליטה, ואף לא השתתפה בכל דיון, פגישה או החלטה שעסקו בפרויקטים בהם קשורות החברה או התאגידים בשליטתה.

ח. המועמדת לא הייתה חברה בוועדות המכרזים על סוגיהן של נתיבי ישראל בכל מקרה של מכרז שבו השתתפה החברה ו/או חברת בת שלה וכן לא היה לה כל קשר ו/או נגיעה בגיבוש ההתקשרויות של נתיבי ישראל מול החברה ו/או חברות בת שלה.

ט. ההתקשרויות בין החברה וחברות בת שלה לבין נתיבי ישראל בתקופת הזמן בה המועמדת כיהנה כסמנכ"לית פיתוח בנתיבי ישראל היו בהיקפים כ- 6% ממחזור ההכנסות המאוחד של החברה בשנים 2014-2015, וצפוי להוות פחות מ- 5% ממחזור ההכנסות בשנת 2016. עפ"י בדיקת החברה, הפרויקטים הנ"ל תרמו תרומה שולית בלבד לרווחי החברה בשנים הנ"ל.

י. בשולי הדברים ולמען שלמות התמונה נבקש להפנות את תשומת הלב, לעובדות הבאות:

(1) על פי תנאי מדיניות התגמול של החברה שהיו בתוקף במועד סיום עבודתה של המועמדת בחברה, 70% מהמענק השנתי לו הייתה זכאית כחלק מתנאי כהונתה והעסקתה שולמו לה בסמוך לאחר אישור הדוחות הכספיים השנתיים המתייחסים לשנת המענק, ואילו יתרת המענק תשולם בתשלום נדחה בסיום השנה העוקבת¹. תשלום החלק הנדחה יהיה כפוף לעמידת החברה בתנאי הסף שנקבע במדיניות התגמול עבור השנה החולפת, באופן אחיד וזהה לכל נושאי המשרה הרלוונטיים בחברה, כך שאם בשנה מסוימת תנאי הסף לא יתקיים, אזי החלק הנדחה לאותה השנה יבוטל ולא ישולם.

עבור עבודתה בחברה בשנת 2013 היתה המועמדת זכאית למענק בסך ■ ש"ח.

בהתאם להוראות מדיניות התגמול האמורות לעיל, כ- 70% מסך המענק לשנת 2013 שולמו למועמדת בחודש אפריל 2014; ואילו יתרת המענק (כ- 30% מהסכום הכולל, בסך של ■ ש"ח; להלן: "יתרת מענק 2013"), שולמה לה לאחר סיום העסקתה בחברה, בתשלום אחד בחודש אפריל 2015.

עבור עבודתה בחברה בחודשים ינואר-אפריל 2014 היתה המועמדת זכאית למענק בסך ■ ש"ח. כ- 70% מסך המענק שולמו למועמדת בחודש אפריל 2015, ואילו יתרת המענק (כ- 30% מהמענק הכולל, בסך של ■ ש"ח; להלן: "יתרת מענק 2014") שולמה לה לאחר סיום העסקתה בחברה, בחודש אפריל 2016.

¹ למעט רכיב מסוים שאינו נפרס.

(2) סכום יתרת המענק (2013 ו-2014) הינו זניח ושולי לחלוטין -

הן מבחינתה של החברה - סכום יתרת המענק (2013 ו-2014) מהווה כ- % מהונה העצמי של החברה ליום 31 בדצמבר 2015, וכ- % מסך כל התשלומים בגין יחסי עובד מעביד ששילמה החברה במהלך שנת 2015 ;

והן מבחינתה של המועמדת, שמסרה לחברה כי סכום יתרת המענק (2013 ו-2014) מהווה סכום זניח בהיבט כמותי - כ- % מסך כל התשלומים (ברוטו) ששילמה החברה למועמדת במהלך עבודתה בחברה וכ- % מסך הכנסותיה בשנים 2015 ו-2016.

(3) למעט תשלום יתרת המענק, לא היו קיימים כל קשרים עסקיים או מקצועיים בין המועמדת עצמה לבין החברה או בעלת השליטה בה בתקופה שלאחר ה- 1 במאי 2014 (קרי, למעלה משנתיים וחצי): במהלך השנתיים האחרונות המועמדת לא ביצעה כל פעולה עבור החברה ו/או בעלת השליטה בה, לא קיבלה כל תשלום מהחברה ו/או מבעלת השליטה בה, לא השתתפה בפורומים שונים של החברה ו/או בעלת השליטה בה ו/או הנהלתה, לא ייעצה לחברה ו/או בעלת השליטה בה ואף לא נתנה למי מהם שירותים.

(4) עוד יצוין כי במהלך תקופת עבודתה בשיכון ובינוי המועמדת היתה זכאית גם לתגמול הוני בהתאם לקבוע במדיניות התגמול של החברה. במועד סיום יחסי עובד-מעביד, הבשילו כ- יחידות RSU חסומות (בנוסף לכ- יחידות RSU חסומות שהחזיקה באותה עת) ויתר היחידות שהיו ברשות המועמדת פקעו.

עוד נציין למען השלמת התמונה, כי בחודש יוני 2015 קיבלה המועמדת תשלום דיבידנד בגין יחידות ה-RSU שלה שהבשילו וטרם שוחררו מחסימה, בסך ש"ח.

למען הסדר הטוב נדגיש, כי לטעמה של החברה העובדות המתוארות בפסקה זו לעיל אינן עולות כדי "זיקה"; ובכל אופן, גם אם יש בהן משום "זיקה", המדובר בזיקה זניחה לחלוטין.

2. ההנחיה המקדמית המתבקשת

החברה מבקשת, כי סגל הרשות יאשר כי לא יתערב בעמדת החברה, לפיה הזיקה של המועמדת לחברה ניתנת לסיווג כזניחה, וזאת על סמך נימוקי החברה המפורטים להלן.

3. המסגרת הנורמטיבית

א. חברה ציבורית חייבת במינוי לפחות שני דירקטורים חיצוניים. על כל דירקטור חיצוני להיות כשיר למינוי על פי הוראות סימן ה' לחלק השישי לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

ב. כשירות למינוי של דירקטור חיצוני קבועה בסעיף 240 לחוק החברות:

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;

לענין 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 ענינים 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."

ג. דירקטור חיצוני זכאי לקבל גמול והחזר הוצאות בהתאם להוראות חוק החברות ולתקנות החברות (כללים בדבר גמול והוצאות לדירקטור חיצוני) התש"ס-2000. דירקטור חיצוני לא יקבל כל תמורה אחרת שאינה על פי ההוראות כאמור.

244(ב) דירקטור חיצוני לא יקבל, נוסף על הגמול שלו הוא זכאי ולהחזר ההוצאות, כל תמורה, במישרין או בעקיפין, בשל כהונתו כדירקטור בחברה; לענין סעיף קטן זה לא יראו כתמורה מתן פטור, התחייבות לשיפוי, שיפוי או ביטוח לפי הוראות סימן ג' לפרק השלישי.

ד. על מנת לשמור על תכלית סעיף 240(ב) לחוק החברות אך יחד עם זאת לא "לאבד" מועמדים ראויים לכהונה כדירקטורים חיצוניים בחברות ציבוריות, נקבעה ההקלה הבאה בתקנה 5 לתקנות החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), התשס"ז-2006 (להלן: "**תקנות הזיקה**") לפיה ישנם מצבים בהם יראו קשרים עסקיים או מקצועיים כזניחים, כך שאלו לא יהוו זיקה כהגדרתה בסעיף 240(ב):

קיום קשרים עסקיים או מקצועיים, לא יהווה זיקה אם התקיימו כל אלה:

- (1) הקשרים זניחים הן מבחינת המועמד והן מבחינת החברה;
- (2) הקשרים החלו לפני מועד המינוי;
- (3) ועדת הביקורת אישרה קודם למינוי, בהתבסס על עובדות שהוצגו לפנייה, כי מתקיים התנאי שבפסקה (1);

(4) קיומם של קשרים עסקיים או מקצועיים כאמור וכן אישורה של ועדת הביקורת הובאו לפני האסיפה הכללית קודם לאישור המינוי.

4. עמדת החברה

לדעת החברה, בין המועמדת לבין החברה קיימת זיקה, שנוצרה מכוח הקשר העסקי בין החברה לבין מעבידתה לשעבר, בשנתיים האחרונות; ברם, בנסיבות המקרה הנדון, הזיקה של המועמדת לחברה ניתנת לסיווג כזיקה זניחה, כך שבכפוף לאישור ועדת הביקורת כנדרש בתקנות הזיקה, אין באמור לעיל להוות מכשול הפוגם בכשירות למינוי המועמדת כדירקטורית חיצונית בחברה.

5. עיקר הנימוקים לעמדת החברה

ואלו עיקר הנימוקים לעמדת החברה:

א. מיהותה של נתיבי ישראל חברה ממשלתית, זרוע של המדינה, לעומת מעביד פרטי

במקרה הנדון מתקיימת זיקה של המועמדת לחברה כתוצאה מקיומו של קשר עסקי בין מעבידה של המועמדת לבין החברה, במהלך השנתיים שקדמו למועד מינויה הצפוי. ברם, מאחר והמעביד במקרה הנדון הינו חברה ממשלתית, וטיב מערכת היחסים בינו לבין עובדיו שונה, במהותו, מטיב מערכת היחסים שבין עובד למעביד פרטי, מדובר בזיקה שהיא זניחה לכולי עלמא, ונסביר.

נקודת המוצא של הכללת המעביד בחלופות השונות הכלולות בהגדרת "זיקה" בחוק החברות, היא שעובדת היותו של המועמד לכהונת דירקטור חיצוני עובד (לשעבר) שלו, תפגום בשיקול הדעת העצמאי של אותו מועמד בשבתו כדירקטור חיצוני בחברה ו/או במראית פני מידת העצמאות שלו, שכן בהחלטות שונות הקשורות באותו מעביד, ישמור המועמד אמונים למעבידו לשעבר (או להיפך - יפעל כדי לפגוע במעביד הקודם).

כך, למשל, נימק סגל רשות ניירות ערך את החלטתו לדחות בקשה להנחיה מקדמית שהגיש בנק הפועלים בע"מ, בקשר עם כשירותו של מועמד לכהונת דירקטור חיצוני בבנק, שמעבידו עמד בקשרים עסקיים עם הבנק²:

"עמדה זו [של סגל הרשות, הח"מ] מתיישבת גם עם תכלית החוק, שכן קיים חשש שעצמאותו של הדירקטור החיצוני תפגע גם בשל קשרים עסקיים של מעבידו לשעבר עם החברה או בעל השליטה בה, **וזאת לאור יחסי האמון המיוחדים שנוצרו בין השניים במהלך התקופה בהם התקיימו ביניהם קשרי עובד מעביד.** [ההדגשה שלנו, הח"מ]."

ברם, הנחה זו אינה מתקיימת כאשר המעביד (לשעבר) הוא חברה ממשלתית, משום שבמערכת היחסים בין עובד/ת (לשעבר) עם המעביד (לשעבר) שהוא המדינה או חברה ממשלתית, לא נוצרים "יחסי אימון מיוחדים" במהלך תקופת העבודה. חובת האמונים

של עובד מדינה לחברה הממשלתית / למדינה, אינה שונה מחובת האמונים ששומרים לה שאר אזרחיה, גם אם אינם עובדי מדינה או חברה ממשלתית.

טול, למשל, מורה שעובד במשרד החינוך, פקח במשרד החקלאות או נתב בשירות חברת נמלי ישראל, ובחן את מערכת היחסים בינם לבין מעבידם (המדינה או החברה הממשלתית, לפי המקרה) - האם נוצרו בהם יחסי אימון מיוחדים? ! ודוק: אין מדובר במידת אימון בין אותם עובדים לבין הממונה עליהם (מנהל בית הספר, מרכז הפקחים או מנהל יחידת הנתבים, בדוגמאות המקריות דלעיל), אלא ביחסי אימון עם "המעביד", הוא המדינה או החברה הממשלתית.

ומכאן המסקנה, שאותו חשש שמא עצמאותה של המועמדת תפגע בשל קשרים עסקיים של נתיבי ישראל, מעבידתה לשעבר של המועמדת, עם החברה - הוא החשש שבעטיו דחה סגל הרשות את פניית בנק הפועלים - לא מתקיים במקרה הנדון, שכן במהלך עבודתה של המועמדת בנתיבי ישראל לא נוצרו בינה לבין מעבידתה יחסי אימון מיוחדים; ולמצער, נוצרו ביניהם יחסי אימון, אולם עוצמתם זניחה.

וראו גם את דברי נציגי משרד המשפטים בדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת, שעסקו בדברי חקיקה שעסקו בזיהוי האינטרסים של עובדי מדינה (לעומת עובדים אחרים) וזיקתם לבעל השליטה ואו כשירותם לכהן כדירקטור חיצוני:

"הזיקה של עובד מדינה לבעל השליטה היא לא זיקה כמו של כל עובד רגיל לבעל השליטה, זיקה אל המדינה היא זיקה מאד רחבה..."³

וכן:

"הרצון לתקנה הזאת התעורר ממקרים שבהם בן או בת הזוג של המועמד הוא עובד מדינה. חשבנו שבן הזוג לכשעצמו לא צריך להוות בעיה מבחינת המינוי של הדירקטור בחברה הציבורית, זאת לאור העובדה שהקשרים שבין המעביד, שהוא המדינה, לעובד הם לא כמו קשרים שיש לבעל השליטה והעובד, אלא קשרים מסוג אחר שאינם צריכים להשפיע על שיקול הדעת של הדירקטור שמכהן כדירקטור חיצוני..."⁴

ואם תמצי לומר, למרות האמור לעיל, כשקיים חשש שבמהלך כהונתה כדירקטור חיצונית תטה המועמדת חסד לטובת מעבידתה לשעבר, מאחר שבמהלך תקופת עבודתה בשירות המדינה נוצרו בינה לבין החברה הממשלתית יחסי אימון מיוחדים; בהכרח תגיע לתוצאה האבסורדית, שלכל מועמד שעבד בשירות המדינה יש זיקה של ממש לחברה, משום שמעבידו לשעבר (מדינת ישראל) עמד בקשר עם עסקי עם החברה, באמצעות התאגיד הממשלתי הרלוונטי - נתיבי ישראל. כמובן, שמסקנה זו משוללת כל בסיס הגיוני או צידוק משפטי.

עמ' 6 לפרוטוקול מס' 316 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 12 בינואר 2011.
עמ' 22-23 לפרוטוקול מס' 61 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 30.10.2006.

3

4

לאור האמור לעיל, החברה בדעה, שגם כאשר מתקיימת "זיקה" בין המעבידה לשעבר, נתיבי ישראל, לבין החברה, זיקה שלכאורה יש בה כדי ליצור זיקה גם של המועמדת לחברה, הרי שמאחר שנתיבי ישראל הינה חברה ממשלתית, הזיקה הזו הינה זיקה בלתי משמעותית. לשון אחר: היותו של המעביד (לשעבר) חברה ממשלתית, מרדדת ומוהלת את הזיקה הקיימת, עד כדי כך שהיא הופכת לזניחה, גם לשיטת בית שמאי.

ב. (אי) מעורבותה של המועמדת בקבלת החלטות רלוונטיות לחברה במעביד (הקודם)

לדעתה של החברה, צבר העובדות במקרה הספציפי של המועמדת (מעבר לנימוק הכללי האמור לעיל, לפיו אין דין זיקה של מעביד פרטי לחברה כדין זיקה של חברה ממשלתית לחברה), מלמד שהזיקה הספציפית של המועמדת, שנוצרה לכאורה כתוצאה מאותו קשר עסקי בין החברה הממשלתית (המעביד לשעבר של המועמדת) לבין החברה, היא זניחה, כפי שיפורט להלן.

ראשית, ההתקשרויות בין החברה לבין נתיבי ישראל, הן פרי מכרזים, ולא "מבחירה" או כתוצאה של משא ומתן בין צדדים בשוק החופשי. ככלל, התקשרות והזמנות עבודה שנעשות על ידי נתיבי ישראל חייבות במכרז פומבי, ולכן למועמדת (כמו ליתר עובדי נתיבי ישראל ומנהליה), אין יכולת להפעיל שיקול דעת או הטיה של העדפה פרסונלית בעד קבלן כזה או אחר. שיטת המכרזים בה חייבת נתיבי ישראל, לפי דין, מביאה לכך שלא יכולה היתה להיווצר אצל המועמדת עצמה אותה מידה או תכונה של היכרות עם החברה כקבלן, שתפגום בניקיון שיקול דעתה או בטוהר עצמאותה כדירקטור חיצונית בחברה.

שנית, המועמדת עצמה כלל לא עסקה בהתקשרויות של נתיבי ישראל עם החברה. לה עצמה לא היתה נגיעה להתקשרויות עם החברה או לקבלת החלטות בקשר עם אותן החלטות. לכן, גם אם ברמה הלשונית-טכנית, נוצרה "זיקה" בינה לבין החברה, "זיקה" שהיא תולדה של הקשר העסקי בין נתיבי ישראל מעבידתה לשעבר לבין החברה, הזיקה בטלה בשישים, זניחה כעפרא דארעא, מאחר והזיקה לא נגעה אליה ולא דבקה בה באופן אישי.

לאור האמור לעיל החברה בדעה, כי למרות קיומה לכאורה, על הנייר, של "זיקה" בין נתיבי ישראל לבין החברה, הרי שלה עצמה לא היתה זיקה לחברה, ואפילו לא לקבלת החלטות בנתיבי ישראל בקשר עם החברה. לכן, במבחן הענייני, שבו בודקים את עוצמת הזיקה של המועמדת, התוצאה היא שמידת הזיקה שלה עצמה לחברה היא קלושה, זניחה.

ודוק. כאשר נבחנת שאלת זניחות הזיקה, יש לבחון את מידת ההשפעה של הזיקה הקיימת באופן אישי ביחס לדירקטור, גם אם השאלה הובאה לשולחן, מהטעם שלמעביד הקודם של המועמד קיים או היה קיים קשר עסקי. כך במקרה הנדון, אכן נוצרה "זיקה" כתוצאה מקשר עסקי של המעביד (לשעבר) של המועמדת עם החברה. אבל בבחינת השאלה, האם הקשר העסקי של המעביד לחברה דבק במועמד עצמו ובאיזו

עוצמה, אתה מגלה על נקלה, כי במקרה הספציפי של המועמדת דכאן, הקשר פרום, הדבק לא קיים והזיקה - זניחה.

ג. התמונה הכללית / מראית פני הדברים :

בנוסף לנימוק הכללי (שנובע מהיותה של נתיבי ישראל חברה ממשלתית), ולנימוק הספציפי-אישי (לפיו למועמדת עצמה לא היה כל קשר עסקי לחברה במהלך השנתיים האחרונות, על אף הקשר העסקי של מעבידתה לחברה), בחנו גם את התמונה הכללית: האם יש בצירוף העובדות וההקשרים כדי ליצור תמונה כללית של זיקה, גם אם כל אחד ואחד מהקשר או ספק הקשרים, זניח.

בחנו, והגענו למסקנה ההפוכה, לפיה התמונה הכללית מלמדת כי ככל שקיימת זיקה של המועמדת לחברה, הרי שהיא אפסית; וכי דווקא מנקודת מבט חיצונית, ממעוף הציפור, מתגלה התמונה המלאה והנכונה, שהוראות החוק היבש עלולות היו להסתירה. הצטברות העובדות מלמדת, במקרה דכאן, על זיקה זניחה.

ואלו העובדות:

- ✓ המועמדת לא עובדת בחברה למעלה משנתיים וחצי;
- ✓ המועמדת עצמה לא היתה בקשר כלשהו עם החברה ו/או בעל השליטה יותר משנתיים;
- ✓ העובדת עבדה בשירות המדינה (בתאגיד ממשלתי) במשך פרק זמן קצר יחסית;
- ✓ בין מועד סיום עבודתה בפועל של המועמדת בנתיבי ישראל לבין תחילת כהונתה כדירקטורית חיצונית בחברה, אם תמונה, תחלוף כמעט שנה תמימה;
- ✓ המועמדת לא עסקה בענייני החברה בתפקידה בתאגיד הממשלתי, ולא היתה מעורבת בכל החלטה שהיא בהקשרה של החברה;
- ✓ היקף ההתקשרויות שבין החברה לבין נתיבי ישראל איננו משמעותי מבחינת החברה, לא מבחינת חלקן של התקשרויות אלו בסך מחזור ההכנסות של החברה ולא מבחינת תרומתן לרווחי החברה.

התמונה הכללית, לטעמה של החברה, מחייבת את המסקנה שהזיקה שנוצרה בחסות לשון החוק הכללית, אינה אלא זניחה.

כפי שעולה מעמדות סגל רשות ניירות ערך בפרסומים שונים, "תכלית חוק החברות בקשר עם מינוי דירקטורים חיצוניים ואיסור הזיקה שלהם לגורמים שקשורים לחברה ולבעל השליטה, הינה לחזק את עצמאות הדירקטור החיצוני ואת אי תלותו בחברה ובבעל השליטה, וזאת מתוך מטרה לאפשר לדירקטור החיצוני למלא את תפקידו כראוי"⁵. החברה בדעה ברורה, שהעובדה שקיימת זיקה בין נתיבי ישראל לבניה אינה

5 ראו למשל בעמדת סגל משפטית מספר 101-17 : "זיקה" של דירקטור חיצוני לחברה מיום 10.6.2011.

מחייבת את המסקנה לפיה קיימת גם זיקה של-ממש בין המועמדת לחברה, אלא להיפך: במבחן "כלל נסיבות המקרה" ברור שמדובר בזיקה זניחה, שכן אין כל חשש שמא תיפגם מידת עצמאותה של המועמדת ואי-תלותה בחברה.

סיכום .6

- א. כמפורט לעיל, עמדת החברה ויועציה המשפטיים הינה כי בנסיבות הקונקרטיות דנן, הגם שהתוצאה האריתמטית (תיאורטית) העולה מקריאת הגדרת "זיקה" בחוק החברות, היא כי מתקיימת 'זיקה' בין החברה למועמדת, המדובר בפועל בזיקה זניחה עד-דק, ואין מניעה כי החברה תפעל בהתאם לתקנה 5 לתקנות הזיקה, באופן שיאפשר את מינויה של המועמדת כדירקטורית חיצונית בחברה, למרות אבק הזיקה שדבק בה.
- ב. החברה מבקשת להבהיר כי היא תיישם את עמדתה של רשות ניירות ערך בסוגיה הנדונה, כפי שתתקבל.
- ג. החברה מודעת לכך שפנייה זו ותשובתכם לה עשויות להתפרסם באתר רשות ניירות ערך ומסכימה לפרסום פנייה זו כאמור. ברם, החברה מבקשת, בנסיבות הענין ומתוך רצון לשמור על צנעת הפרט, שלא לפרסם את שם החברה, את שמה של המועמדת, את תפקידה בחברה, את מועדי העסקתה ותנאי העסקה, תפקיד המועמדת בנתיבי ישראל ושמה של נתיבי ישראל; ובכלל - כל פרט שעלול להביא לזיהויה.
- ד. נשמח לעמוד לרשותכם למתן הבהרות נוספות, ככל שאלו נדרשות.

בכבוד רב,

איתי גפן, עו"ד

שרון ורקר-שגיא, עו"ד

העתק: שיכון ובינוי בע"מ