

לכבוד
מר יעקב יודקביץ', רו"ח ועו"ד
מחלקת תאגידים, רשות ניירות ערך
כנפי נשרים 22
ירושלים

באמצעות המגנ"א

שלום רב,

הנדון: פניה מקדמית בנוגע לתגמול יו"ר דירקטוריון שהינו דירקטור בלתי תלוי בבנק ללא גרעין שליטה

הרינו לפנות אליכם בהתאם לנוהל פניה מקדמית לרשות ניירות ערך ("הרשות") לצורך לקבלת עמדתכם בנוגע לקביעת תנאי תגמול בבנק הפועלים בע"מ ("הבנק", שהינו תאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה) ליו"ר דירקטוריון, המכהן כדירקטור בלתי תלוי ("דב"ת") לפי הוראות חוק החברות, תשנ"ט-1999 ("חוק החברות") ואשר עולים על גמול דירקטורים לפי תקנות החברות (כללים בדבר גמול והחזר הוצאות לדירקטור חיצוני) – תש"ס, 2000 ("תקנות הגמול"), הכל כמפורט להלן.

א. רקע עובדתי:

1. דירקטוריון הבנק מנה עד לאחרונה 9 חברים, מהם 3 דירקטורים חיצוניים ("דח"צים") לפי הוראות חוק החברות, 2 דח"צים לפי הוראת ניהול בנקאי תקין 301 (דירקטוריון) של הפיקוח על הבנקים ("הוראה 301") אשר מונו גם כדירקטורים בלתי תלויים לפי הוראות חוק החברות וכן 4 דירקטורים אחרים.
2. לאחרונה התפטר מכהונתו בבנק מי שכיחן כיו"ר הדירקטוריון בשל מצבו הבריאותי וימים ספורים לאחר התפטרותו הוא נפטר. דירקטוריון הבנק נותר עם 8 חברים, מהם רק 3 דירקטורים רגילים, כאשר כהונתו של אחד מהדירקטורים הרגילים תסתיים בחודשים הקרובים ללא אפשרות הארכה (בשל כך שלפי הוראות הדין מוגבלת תקופת הכהונה האפשרית של הדירקטורים בבנק ללא גרעין שליטה).
3. דירקטוריון הבנק בחר לכהונת יו"ר הדירקטוריון את מר ראובן קרופיק, דירקטור המכהן בבנק כ-4.5 שנים והינו דירקטור חיצוני לפי הוראה 301 וכן דירקטור בלתי תלוי לפי הוראות חוק החברות.¹ הדירקטוריון סבר כי דירקטור זה הינו המועמד המתאים ביותר לתפקיד מבין חברי הדירקטוריון המכהנים אשר היו כשירים להתמנות כיו"רים (היינו מבין כל הדירקטורים שאינם דח"צים לפי חוק החברות).
4. עד למינויו לתפקיד יו"ר הדירקטוריון, היה זכאי מר קרופיק לגמול המורכב מגמול קבוע וגמול השתתפות בשיבות, כמו יתר הדירקטורים (שאינם יו"ר) המכהנים בבנק.
5. לאור השינוי המשמעותי בהיקף תפקידו בבנק, כפי שיפורט בפניה זו להלן, וכתלות גם בעמדת הרשות במענה לפניה זו, ככוונת הבנק להביא לאישור ועדת התגמול, הדירקטוריון והאסיפה הכללית של בעלי מניות הבנק תנאי כהונה מעודכנים למר קרופיק בגין כהונתו כיו"ר הדירקטוריון התואמים את הוראות הדין והוראות הפיקוח על הבנקים, העולים על הגמול המשולם ליתר הדירקטורים והמשקפים את הגידול המשמעותי בהיקף תפקידו ופעילותו בבנק.

ב. הסוגיה הנדונה:

6. בחודשים יולי-אוקטובר 2018 פרסמה רשות ניירות ערך עדכון לתשובתה לשאלה האם ניתן למנות דירקטור בלתי תלוי כיו"ר דירקטוריון כדלקמן ("עמדת הרשות – כהונת דב"ת כיו"ר"):
"שאלה: 7.101. האם ניתן למנות דירקטור בלתי תלוי ליו"ר דירקטוריון של חברה? (עדכון מיולי 2018)
תשובה: כן, ובלבד שיתקיימו התנאים המצטברים הבאים: המינוי אינו כרוך בהעלאת שכרו של הדירקטור הבלתי תלוי; יודגש כי במידה שחברה מינתה דירקטור בלתי תלוי לתפקיד יו"ר הדירקטוריון הוא יהיה מנוע מלכהן בוועדות הדירקטוריון השונות (ביקורת, מאזן, תגמול) וזאת לאור הקבוע בסעיף 115(ב) לחוק. אוקטובר 2018"
- הסוגיה בה מבוקשת עמדת הרשות בפניה מקדמית זו הינה, האם בנסיבותיו המיוחדות של הבנק, שהינו תאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה ולאור הוראות הדין וכללי הממשל התאגידי המיוחדים החלים עליו בשל כך, ניתן להחריג מתחולת העמדה האמורה את המקרה הספציפי של הבנק, בו מונה לאחרונה כיו"ר דירקטוריון דירקטור בלתי תלוי, כך שיוכל (באישור האורגנים המוסמכים לרבות האסיפה הכללית) לקבל תגמול בגין כהונתו כיו"ר דירקטוריון העולה על הגמול שקיבל כדירקטור.

¹ המינוי כפוף לאישור המפקח על הבנקים או אי התנגדותו.

ג. המסגרת הנורמטיבית:

7. **הוראות חוק החברות.** המונח "דירקטור בלתי תלוי" מוגדר בסעיף 1 לחוק החברות כך:
 "דירקטור בלתי תלוי" – דירקטור חיצוני או יחיד המכהן כדירקטור שמתקיימים לגביו התנאים המפורטים להלן, אשר מונה או סווג ככזה לפי הוראות פרק ראשון לחלק השישי:
 (1) מתקיימים לגביו תנאי הכשירות למינוי דירקטור חיצוני הקבועים בסעיף 240(ב) עד (ו) וועדת הביקורת אישרה זאת;
 (2) הוא אינו מכהן כדירקטור בחברה מעל תשע שנים רצופות, ולעניין זה לא יראו בהפסקת כהונה שאינה עולה על שנתיים כמפסיקה את רצף הכהונה";

סעיף 240 לחוק החברות קובע בחלקיו הרלבנטיים כך:

"(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;

...

(ו) **בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב) לא יכהן כדירקטור חיצוני יחיד שיש לו**, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, **קשרים עסקיים או מקצועיים למי שאסורה זיקה אליו לפי הוראות סעיף קטן (ב), גם אם הקשרים כאמור אינם דרך כלל, למעט קשרים זניחים, וכן יחיד שקיבל תמורה בניגוד להוראות סעיף 244(ב);** קוימו קשרים או התקבלה תמורה כאמור בעת כהונת הדירקטור החיצוני, יראו בכך, לענין סעיפים 245א, 246 ו-247 הפרת תנאי מי התנאים הדרושים למינויו או לכהונתו כדירקטור חיצוני."

[ההדגשות כאן ובהמשך הפניה הוספו ואינן במקור]

סעיף 244 לחוק החברות קובע כך:

- "(א) דירקטור חיצוני זכאי לגמול ולהחזר הוצאות, כפי שיקבע השר בהתייעצות עם רשות ניירות ערך.
 (ב) **דירקטור חיצוני לא יקבל, נוסף על הגמול שלו הוא זכאי ולהחזר הוצאות, 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."

היינו, בתמצית, לפי הוראות חוק החברות:

7.1. דירקטור בלתי תלוי נדרש לקיים תנאי כשירות מסוימים שנקבעו כתנאי לכהונת דירקטורים חיצוניים ובהם גם ובעיקר הדרישה **להעדר זיקה** בין הדירקטור לבין החברה שנתיים עובר למינויו כדירקטור ובמשך כל תקופת כהונתו.

7.2. בנוסף, **בגין כהונתו כדירקטור בחברה**, זכאי דב"ת **לגמול לפי תקנות הגמול** ונאסר עליו לקבל תמורה אחרת בגין כהונה זו.

8. הוראות הפיקוח על הבנקים לענין מינוי דירקטורים חיצוניים בתאגיד בנקאי.

סעיף 24 להוראה 301 קובע בחלקיו הרלבנטיים כך:

"דירקטורים חיצוניים

24. (א) לפחות שליש מהדירקטורים יהיו דירקטורים חיצוניים.

התאגיד הבנקאי רשאי למנות בין הדירקטורים החיצוניים כאמור את הדירקטורים החיצוניים ואת הדירקטורים הבלתי תלויים שמונו לפי חוק החברות; אלא אם נאמר במפורש אחרת, יחולו על הדירקטורים כאמור, נוסף על ההוראות הרלוונטיות בחוק החברות, כל הוראות המתייחסות לדירקטורים חיצוניים בהוראה זו.

(ב) **לצורך הוראה זו, "דירקטור חיצוני" - מי שמתקיימים לגביו התנאים להלן:**

(1) **הדרישות המפורטות בסעיף 240 לחוק החברות**, אולם לענין פסקה זו:

(i) "שליטה", - כהגדרתה בחוק הבנקאות (רישוי).

...
 (iii) "זיקה" - בנוסף לקבוע בסעיף 240 (ב) לחוק החברות, יראו זיקה המונעת מינוי גם כאשר מתקיימת זיקה למחזיק מעל 5% מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד הבנקאי.

...
 הוראות סעיפים 239(ד), 241, 244, 245(א), 245(א3), 245(ב), 246, 247, ו-249 לחוק החברות יחולו על דירקטור חיצוני לפי הוראה זו."

סעיף 13א להוראת ניהול בנקאי תקין מס' 301A (מדיניות תגמול בתאגיד בנקאי) של הפיקוח על הבנקים ("הוראה 301A") קובע כך:

13א. (א) למרות האמור בסעיף 13 לעיל, חברי הדירקטוריון, לרבות יושב ראש הדירקטוריון, יקבלו תגמול קבוע בלבד.

(ב) תגמול יושב ראש הדירקטוריון

(1) גובה התגמול של יושב ראש הדירקטוריון ייקבע ביחס לאופן התגמול של חברי הדירקטוריון בתאגיד הבנקאי ובהתחשב, בין היתר, בגודלו של התאגיד הבנקאי, במורכבות פעילותיו וכן בהתחשב בהיקף המשרה של יושב ראש הדירקטוריון.

(2) למרות האמור לעיל, התאגיד הבנקאי רשאי לשלם ליושב הראש תנאים סוציאליים והוצאות נלוות בהתאם לנהוג בתנאי ההעסקה של נושאי המשרה בתאגיד הבנקאי, כהגדרת "נושא משרה" בחוק החברות.

(ג) תגמול חברי הדירקטוריון האחרים

תגמול כל הדירקטורים בתאגיד הבנקאי, למעט יושב ראש הדירקטוריון, ייקבע באופן זהה ובהתאם לאופן קביעת גמול דירקטור חיצוני על פי תקנות החברות (כללים בדבר גמול והוצאות לדירקטור חיצוני), התש"ס-2000."

היינו, לפי הוראות הפיקוח על הבנקים החלות על כל תאגיד בנקאי:

8.1. בכל בנק נדרשת כהונתם של דירקטורים חיצוניים/בלתי תלויים אף מעבר לדרישה הקבועה בחוק החברות (2) דירקטורים חיצוניים בחברה ציבורית רגילה, לעומת לפחות 1/3 מהדירקטורים כדירקטורים חיצוניים לפי הוראה 301 בתאגיד בנקאי);

8.2. דרישת הכשירות העיקרית שהינה תנאי לכהונה כד"צ לפי הוראה 301 הינה דרישת העדר הזיקה הקבועה בסעיף 240(ב) לחוק החברות, בהתאמות מסוימות (הרחבת המונח "שליטה" כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי), איסור זיקה גם לבעל מניות מהותי ועוד);

8.3. התגמול של כל הדירקטורים בתאגיד בנקאי צריך להיקבע באופן זהה ולפי תקנות הגמול, למעט התגמול של יו"ר הדירקטוריון שגובה התגמול שלו צריך להיקבע ביחס לאופן התגמול של יתר חברי הדירקטוריון, ובהתחשב, בין היתר, בגודלו של התאגיד הבנקאי, במורכבות פעילותיו וכן בהתחשב בהיקף המשרה של יו"ר הדירקטוריון.

9. **הוראות פקודת הבנקאות, 1941 ("פקודת הבנקאות") החלות על תאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה.**

סעיף 11ה לפקודת הבנקאות קובע בחלקיו הרלבנטיים כך:

11ה. (א) **על מינוי דירקטורים בתאגיד בנקאי בלא גרעין שליטה, כהונתם והפסקת כהונתם, יחולו הוראות סעיף 11ג(א), למעט פסקה (3), וכן הוראות אלה:**

...
 (ב) (1) **בתאגיד בנקאי בלא גרעין שליטה, לא ימונה ולא יכהן כדירקטור מי שמתקיים בו אחד מאלה:**

(א) הוא או קרובו מחזיקים באמצעי שליטה מכל סוג שהוא, בתאגיד הבנקאי, בתאגיד הנשלט בידי התאגיד הבנקאי או במחזיק מהותי למעט החזקה במניות סחירות בשיעור שאינו עולה על רבע אחוז מההון המופק והנפרע של מי מהם;

(ב) **מי שבשנתיים שקדמו למועד המינוי או ממועד המינוי ואילך, יש לו, או למי שהוא בקשר קרוב עמו, זיקה לתאגיד הבנקאי או לתאגיד שבשליטתו של התאגיד הבנקאי, לנושא משרה בתאגיד הבנקאי או למחזיק מהותי וכן מי שממועד המינוי ואילך, יש לו זיקה לקרוב של נושא משרה בתאגיד הבנקאי, לקרוב של מחזיק מהותי או לשותף של מחזיק מהותי; לעניין זה, כהונה כדירקטור בתאגיד בנקאי בלא גרעין שליטה של מועמד לכהונה נוספת כאמור, לא תיחשב זיקה;**

(2) **בלי לגרוע מהוראות פסקה (1)(ב), לא יכהן כדירקטור יחיד שיש לו, או למי שהוא בקשר קרוב עמו, קשרים עסקיים או מקצועיים עם התאגיד הבנקאי או עם תאגיד שבשליטתו של התאגיד הבנקאי, עם נושא משרה בתאגיד הבנקאי, או עם מחזיק מהותי שהציע את אותו מועמד לכהונת דירקטור, גם אם הקשרים כאמור אינם דרך כלל, למעט קשרים זניחים;**

(ד) הוראות סעיף זה גוברות על כל הוראה סותרת בדיון.
(ה) בסעיף זה –

...
"קשר קרוב" – כהגדרתו בסעיף 36ב(א) לחוק הבנקאות (רישוי);

"זיקה" – קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל, למעט קשרים זניחים,

וכן כהונה כנושא משרה, ואולם קשרים עסקיים קמעונאיים שבין תאגיד ללקוח לא ייחשבו כזיקה;
היינו, לפי הוראות פקודת הבנקאות, דרישת העדר הזיקה החלה בחברה ציבורית "רגילה" על דירקטורים חיצוניים ועל דירקטורים בלתי תלויים (וחלה בנוסף גם על דח"צים לפי הוראה 301 בכל תאגיד בנקאי) **חלה על כל הדירקטורים המכהנים בתאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה.** ויודגש, דרישת העדר הזיקה הקבועה בפקודת הבנקאות זהה כמעט לחלוטין לזו הקבועה בחוק החברות (ולמעשה גם לזו הקבועה בהוראה 301 בנוגע לדח"צים לפי הוראה 301) גם אם קיימים הבדלים מינוריים בנוסח ההוראות.
עוד חשוב לציין שהוראות פקודת הבנקאות בנוגע למינוי דירקטורים בבנק ללא גרעין שליטה קובעות במפורש שהן גוברות על כל הוראה סותרת בדיון.

10. **עמדת רשות ניירות ערך בנוגע למינוי דירקטור בלתי תלוי כיו"ר דירקטוריון.** כאמור בסעיף 6 לעיל, בחודשים יולי-אוקטובר 2018 פרסמה הרשות את העמדה המעודכנת הבאה:

"שאלה: 7.101. האם ניתן למנות דירקטור בלתי תלוי ליו"ר דירקטוריון של חברה? (עדכון מיולי 2018)
תשובה: כן, ובלבד שיתקיימו התנאים המצטברים הבאים: המינוי אינו כרוך בהעלאת שכרו של הדירקטור הבלתי תלוי; יודגש כי במידה שחברה מינתה דירקטור בלתי תלוי לתפקיד יו"ר הדירקטוריון הוא יהיה מנוע מלכהן בוועדות הדירקטוריון השונות (ביקורת, מאזן, תגמול) וזאת לאור הקבוע בסעיף 115(ב) לחוק. אוקטובר 2018"

יצוין כי עובר לעדכון האמור כללה עמדת רשות ניירות ערך תנאי נוסף למינויו של דב"ת כיו"ר והוא שלא מדובר ביו"ר דירקטוריון פעיל.

ד. עמדת הבנק

לעמדת הבנק שתפורט להלן, ראוי להחריג מתחולת עמדת הרשות האמורה את המקרה הספציפי של הבנק, כך שיו"ר דירקטוריון הבנק, שהוא גם דירקטור בלתי תלוי, יוכל (באישור האורגנים המוסמכים לרבות האסיפה הכללית) לקבל תגמול בגין כהונתו כיו"ר דירקטוריון העולה על הגמול שקיבל כדירקטור. לעמדת הבנק, שהינו תאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה, הוראות הדין החלות ביחס לתנאי הכהונה של יו"ר דירקטוריון בבנק שהינו גם דירקטור בלתי תלוי, ובפרט הוראות חוק החברות, אינן מונעות תשלום גמול העולה על גמול דח"צים לדב"ת בגין כהונתו כיו"ר דירקטוריון, ותשלום גמול כאמור אינו מקים כשלעצמו זיקה ליו"ר המונעת את המשך כהונתו. עמדה זו נתמכת בלשון החוק כמו גם בשיקולים חשובים ומשמעותיים לפרשנות לשון זו, ומתחזקת בשל היותו של התגמול כפוף ממילא למגבלות הכלולות בחוק תגמול לנושאי משרה בתאגידי פיננסיים (אישור מיוחד ואי-התרת הוצאה לצורכי מס בשל תגמול חריג), תשע"ו-2016 ("חוק התגמול") והוראות נב"ת 301A.

11. **הדין אינו מונע תשלום שכר לדב"ת בגין כהונתו כיו"ר דירקטוריון בבנק ללא גרעין שליטה.**

11.1. חוק החברות ותקנות הגמול שהותקנו לפיו אוסרים על תשלום גמול לדח"צ/דב"ת מעבר לגמול דירקטורים **בגין עצם הכהונה כדירקטורים**, אולם אינם מתייחסים לגמול בגין כהונה כיו"ר דירקטוריון, ובפרט למי שמכהן למעשה כיו"ר דירקטוריון פעיל. סעיף 244 לחוק החברות קובע כך:

(א) דירקטור חיצוני זכאי לגמול ולהחזר הוצאות, כפי שיקבע השר בהתייעצות עם רשות ניירות ערך.

(ב) **דירקטור חיצוני לא יקבל, נוסף על הגמול שלו הוא זכאי ולהחזר הוצאות, 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.

סעיף 249 לחוק החברות מחיל שורת הוראות החלות על דירקטורים חיצוניים גם על דירקטורים בלתי תלויים ובהם גם את הוראת סעיף 244.

היינו, לענין עצם תשלום גמול לדב"ת המכהן כיו"ר בגין כהונתו זו כיו"ר במובחן מכהונתו כדירקטור אין בסעיף 244 כל התייחסות בחוק החברות.² לאיסורים ומגבלות ביחס ליצירת זיקה נתייחס בהמשך. נראה כי המחוקק לא ראה

² ראה גם סעיף 13.4 להלן בדבר עמדת הפיקוח על הבנקים ביחס לאפשרות תשלום גמול הגבוה מזה שנקבע לפי תקנות הגמול לדירקטור חיצוני לפי הוראה 301, אשר גם לגבי חלות הוראות חוק החברות החלות על דח"צים/דב"תים, לרבות סעיף 244.

לנכון להתייחס לאפשרות של גמול לדח"צ בגין כהונה כיו"ר משום שנראה שהוראות חוק החברות בנוסח הנוכחי מונעות כהונה של דח"צ כיו"ר (בעוד הן אינן מונעות כהונה של דב"ת כיו"ר, ראה סעיף 13.8 להלן).

12. **חוק החברות אינו אוסר תשלום גמול ליו"ר דירקטוריון שהינו דב"ת וראוי לאפשר תשלום גמול בפרט בבנקים ללא גרעין שליטה.** כהונה כיו"ר דירקטוריון בבנק בכלל ובבנק ללא גרעין שליטה בפרט הינה כהונה בהיקף פעילות שונה לחלוטין מהיקף הפעילות של דירקטור אחר (שאינו יו"ר). תפקיד של יו"ר דירקטוריון של בנק גדול הוא בדרך כלל תפקיד במשרה מלאה בהיותו הגורם האחראי על תפקודו התקין של הדירקטוריון ועל קיום חובותיו הרבות, לרבות היותו הגורם המקשר בין הנהלת הבנק לבין הדירקטוריון.³ זו גם הציפיה המפורשת של הפיקוח על הבנקים, כפי שלמשל מצאה את ביטוייה בדברי ההסבר לתיקון להוראת ניהול בנקאי תקין 301 (דירקטוריון) משנת 2017 ("נב"ת 301"):

"הפיקוח מצפה כי יו"ר דירקטוריון יהיה נוכח באופן קבוע בישיבות הדירקטוריון, ... דבר הנגזר, בין היתר, מהציפייה **כי יו"ר הדירקטוריון יכהן בתפקיד במשרה מלאה.**"

בעוד יו"ר דירקטוריון בבנק גדול מכהן בד"כ במשרה מלאה, מטבע הדברים הזמן שמקדישים יתר הדירקטורים לענייני הבנק, ובפרט להכנה לקראת ישיבות הדירקטוריון וועדותיו והשתתפות בהן הינו פחות. להערכתנו "היקף המשרה" הממוצע על-פני זמן של שאר הדירקטורים המשקף את הזמן המושקע על-ידם בעיקר בהכנה לישיבות ובהשתתפות בהן, הינו כ- 1/3 משרה.

השוני הגדול בהיקפי המשרה, כמו גם באופי התפקיד והציפיות הנגזרות ממנו, מצביע בבירור על כך שתגמול יו"ר הדירקטוריון בגין כהונתו כיו"ר אכן הינו בגין כהונה כיו"ר ואינו מהווה תגמול בשל כהונתו כדירקטור כפי שאוסר סעיף 244(ב) לחוק החברות. כמו כן, שוני זה מדגיש את הקושי המשמעותי לתגמול יו"ר דירקטוריון הפועל בהיקף משרה מלאה באותו אופן והיקף בו מתוגמל דירקטור בגין כשליש משרה.

אם הציפיה של הפיקוח על הבנקים הינה שיו"ר הדירקטוריון יכהן במשרה מלאה בתאגיד בנקאי ככלל, הרי שבבנק בלא גרעין שליטה, יש חשיבות גדולה עוד יותר לדרישה, וזאת בשים לב לחשיבות הרבה שיש לפיקוח של הדירקטוריון על הנהלת הבנק בתאגיד כזה והצורך בשמירה על חוזקו ועצמאותו של הדירקטוריון במאזן הכוחות, הבלמים והאיזונים אל מול ההנהלה. בהקשר זה יצוין כי בשלושת הבנקים הגדולים בישראל (כולל בבנק, עד להתפטרותו של יו"ר הדירקטוריון הקודם בחודש יוני 2020), ששלושתם גם תאגידיים בנקאיים ללא גרעין שליטה, כיהנו/מכהנים יושבי ראש דירקטוריון במשרה מלאה.

13. **תשלום גמול ליו"ר דירקטוריון שהינו דב"ת אינו יוצר זיקה ואינו פוגע בכשירותו לכהונה מהטעמים הבאים:**
13.1. **בבנק ללא גרעין שליטה כל הדירקטורים המכהנים הינם הלכה למעשה, בשל דרישות הדין, דירקטורים "בלתי**

תלויים" ואין סיבה ליצור הבחנות מלאכותיות בנוגע לתפקידים או לתנאי כהונתם. כתוצאה מהוראות סעיף 11ה לפקודת הבנקאות, תנאי הכשירות ההכרחי ביחס לכל הדירקטורים המכהנים בבנק ללא גרעין שליטה הינו היעדרה של כל זיקה לבנק, לתאגיד בשליטתו, לנושא משרה בבנק או למחזיק מהותי, וזאת בשנתיים שקדמו למועד המינוי ובמשך כל זמן כהונה. כפי שצוטט לעיל, לשון דרישת העדר הזיקה בפקודת הבנקאות דומה והינה כמעט זהה לדרישת העדר הזיקה הקבועה בסעיף 244(ב) לחוק החברות, הן ביחס לתקופה בה אסורה הזיקה (שנתיים לפני המינוי ובמשך כל תקופת הכהונה), הן ביחס לגורמים אליהם אסורה הזיקה (המועמד/דירקטור, קרובו, שותפו, מעבידו, מי שהוא כפוף אליו, תאגיד בשליטתו) והן ביחס למונח זיקה (יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים, כהונה כנושא משרה, למעט קשרים זניחים).

13.2. **פרשנות לפיה תשלום גמול ליו"ר דירקטוריון בגין כהונתו כיו"ר יוצרת זיקה אסורה לא היתה מאפשרת לכן תשלום ליו"ר דירקטוריון בבנק ללא גרעין שליטה, בין אם הוא דירקטור רגיל ובין אם דב"ת.** זאת, שכן אסורה זיקה, יחסי עבודה וקשרים עסקיים גם בין דירקטור רגיל לבין בנק ללא גרעין שליטה מכח הוראות פקודת הבנקאות (שהן כאמור זהות למעשה להוראת סעיף 244(ב) לחוק החברות). העובדה שהמחוקק בחר להשתמש בלשון דומה באשר לדרישת העדר הזיקה בחוק החברות (ביחס לכהונת דח"צים ודב"תים בכל חברה ציבורית) ובפקודת הבנקאות (ביחס לכהונת כל הדירקטורים בתאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה) מצדיקה נקיטה בגישה פרשנית התומכת בהרמוניה חקיקתית ואינה מביאה לכדי תוצאה אבסורדית שלא ניתן לתגמל כלל יו"ר דירקטוריון כלשהו בבנק ללא גרעין שליטה.

לאור האמור, אך מובן הוא שהדרישה להעדר הזיקה החלה על כל הדירקטורים לא מנעה מהבנקים ללא גרעין שליטה, לתגמל בהתאם להוראות ניהול בנקאי תקין את יושבי ראש הדירקטוריונים שלהם בתגמול העולה על גמול דירקטורים במשך שנים ארוכות (כל אחד מהבנקים מאז הפך לבנק ללא גרעין שליטה – החל משנת 2012 ואילך).

לפיכך, לעמדת הבנק, יש לפרש את הדרישה להעדר זיקה הכלולה בסעיף 244(ב) לחוק החברות כמו גם בסעיף 11ה לפקודת הבנקאות, **לפחות ביחס לתאגידיים בנקאיים ללא גרעין שליטה, באופן כזה שלא נוצרת זיקה בין**

³ ראה סעיף 28 להוראה 301.

הדירקטור או היו"ר לבין הבנק בשל עצם הכהונה בתפקיד היו"ר והקשרים והתגמול הנובעים מכהונה זו, אלא כדרישה המונעת קשרים אחרים נוספים על אלה הנובעים מהכהונה. היינו, עצם הכהונה בתפקיד היו"ר דירקטוריון ותנאי הכהונה והתגמול הנובעים ממנה, לא צריכים להקים זיקה פוסלת, שאם לא כן לא ניתן יהיה לעולם לעמוד בהוראות החוק. כך, אדם שהינו ספק של הבנק (ובהנחה שקשריו העסקיים עם הבנק אינם זניחים), לא יוכל לכהן כדירקטור/יו"ר דירקטוריון באותו בנק אם הוא בנק ללא גרעין שליטה, בשל איסור קיומה של זיקה. עם זאת ברור שאם השירות היחיד הניתן על-ידי אותו אדם לבנק הינו של כהונה כיו"ר דירקטוריון בתמורה לתגמול הנקבע ומאושר כחוק ועומד במגבלות שיפורטו להלן, הרי שבמקרה זה לא קמה זיקה לאותו אדם ולכן הוא כשיר לכהן כיו"ר דירקטוריון.

13.3. **הרציונל החל בחברות עם גרעין שליטה בנוגע לכהונת דירקטורים בלתי תלויים ותגמולם אינו חל בחברות ללא גרעין שליטה בכלל, ובפרט אינו חל בבנקים ללא גרעין שליטה.** ההקפדה על תגמולם של דירקטורים בלתי תלויים בחברות ציבוריות ככלל מוסברת בצורך לשמור על עצמאותם ואי תלותם של דירקטורים אלה בבעל השליטה ותאגידים בשליטתו (לרבות החברה הציבורית הנשלטת עצמה). זאת, על-מנת שלא יפעלו בכהונתם כדב"תים לרצות את בעל השליטה מתוך כוונה או ציפיה שברצותו הוא יוכל למנותם או לפעול למינויים לתפקידים בשכר. בחברה ללא גרעין שליטה, ובפרט בתאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה חשש זה אינו קיים בכל הנוגע למינויו של דב"ת כיו"ר דירקטוריון. זאת, מכיוון שיו"ר הדירקטוריון נבחר לתפקידו על-ידי חברי הדירקטוריון בלבד, ללא מעורבות של בעל השליטה (שאינו קיים כלל) או בעל מניות אחר ואף ללא מעורבות של הנהלת הבנק. יתירה מכך, בבנק ללא גרעין שליטה, מציעה ועדה סטטוטורית חיצונית בראשות שופט (בדימ') את המועמדים לכהונת דירקטורים לאסיפה הכללית ועל-אף שקיימת אפשרות לבעלי מניות המחזיקים בשיעור של 2.5% להציע בעצמם מועמדים לכהונה, השימוש בזכות זו נדיר.⁴

13.4. **הפיקוח על הבנקים דן בסוגיה לאחרונה והביע עמדתו שכהונה כיו"ר דירקטוריון, לרבות עצם האפשרות של תגמול העולה על גמול דירקטורים, אינה מקימה זיקה.** סוגיית תגמולם של יו"ר הדירקטוריונים בבנקים ללא גרעין שליטה נדונה על-ידי הפיקוח על הבנקים במהלך שנת 2019. בחודש אוגוסט 2019 פרסמה המפקחת על הבנקים (דאז) מכתב בנוגע לעקרונות לקביעת תנאי הכהונה של יושב ראש דירקטוריון בבנק בלא גרעין שליטה ("מכתב הפיקוח"). במכתבה כתבה המפקחת ד"ר בר, בין היתר, כך:⁵

"תנאי הכהונה של יושב ראש הדירקטוריון, לרבות הגמול שלו הוא זכאי, צריכים להיות תואמים לתפקידו, כמי שאחראי לתפקודו התקין של הדירקטוריון ולקיום החובות המוטלות עליו, ובכלל זה על הבנת הסביבה המשתנה והסיכונים המתהווים.

בנק ללא גרעין שליטה יקבע את תנאי הכהונה של יושב ראש הדירקטוריון בהתאם לעקרונות שלהלן. הפיקוח על הבנקים לא יתערב בתנאי הכהונה של יושב ראש הדירקטוריון שיקבעו כאמור, ובלבד שהם ייקבעו לתקופה של עד תום שנת 2020, שבמהלכה נבחן את הגדרות התפקיד ותנאי הכהונה החדשים של יושבי ראש הדירקטוריון בתאגידים בנקאיים בלא גרעין שליטה ואת הצורך בתיקון ההוראה."

ובהמשך המכתב נכתב כך:

"עצם כהונה כיושב ראש הדירקטוריון בבנק בלא גרעין שליטה, אינה בגדר "קיום יחסי עבודה או קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל" כקבוע בהגדרת זיקה, ובלבד שתפקידיו וסמכויותיו אינם חורגים מגדר התפקידים והסמכויות המוקנים לו לפי הוראות החוק. לפיכך, על דירקטוריון הבנק לוודא שהתפקידים והסמכויות של יושב הראש לא יחרגו מאלה המוקנים לו לפי הוראות החוק.

על האורגנים המאשרים את תנאי הכהונה לוודא שאין בהם, לרבות ברכיבי הגמול על מכלול הזכויות והחובות הכרוכות בהם, כדי להוות זיקה בהתאם לפקודה או כדי לפגוע באי התלות ובעצמאות של יושב ראש הדירקטוריון.

⁴ באסיפה הכללית הראשונה של הבנק כתאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה, בעת שעמדו לבחירה 5 משרות כהונה של דירקטורים לאסיפה הכללית, כל המועמדים שהוצעו לאסיפה הכללית הוצעו על-ידי הוועדה למינוי דירקטורים בתאגידים בנקאיים, ובעלי מניות בבנק לא הציעו כלל מועמדים.

⁵ מכתב הפיקוח זמין בקישור הבא:

<https://www.boi.org.il/he/BankingSupervision/LettersAndCircularsSupervisorOfBanks/LettersOfTheBankingSupervisionDepartment/201904.pdf>

יודגש כי הצורך לעגן את מעמדו של יושב ראש הדירקטוריון כחלק מהדירקטוריון ולבדלו מהנהלת הבנק, לרבות באמצעות קביעת תגמולו ביחס לאופן התגמול של יתר חברי הדירקטוריון כקבוע בהוראה 301A, מקבל משנה תוקף בתאגיד בנקאי בלא גרעין שליטה.

היינו, לעמדת הפיקוח על הבנקים, עצם כהונתו של יו"ר הדירקטוריון בבנק ללא גרעין שליטה אינה באה בגדר "יחסי עבודה או קיום קשרים עסקיים או מקצועיים" ואינה מקימה זיקה ויש לתגמל אותו ביחס לאופן התגמול של יתר חברי הדירקטוריון (אשר זכאים לגמול לפי תקנות הגמול) כקבוע בסעיף 13א להוראת נב"ת 301A:

(ב) תגמול יושב ראש הדירקטוריון

(1) גובה התגמול של יושב ראש הדירקטוריון ייקבע ביחס לאופן התגמול של חברי הדירקטוריון בתאגיד הבנקאי ובהתחשב, בין היתר, בגודלו של התאגיד הבנקאי, במורכבות פעילויותיו וכן בהתחשב בהיקף המשרה של יושב ראש הדירקטוריון.

(2) למרות האמור לעיל, התאגיד הבנקאי רשאי לשלם ליושב הראש תנאים סוציאליים והוצאות נלוות בהתאם לנהוג בתנאי ההעסקה של נושאי המשרה בתאגיד הבנקאי, כהגדרת "נושא משרה" בחוק החברות.

יצוין כי במכתב הפיקוח נכתב, כי הפיקוח על הבנקים ישקול עד תום שנת 2020 את הסוגיה וישקול את הצורך בתיקון ההוראות בעניין.

בהמשך למכתב הפיקוח, הפיקוח על הבנקים לא מנע מהבנקים ללא גרעין שליטה לקבוע תנאי כהונה ליו"ר דירקטוריון, העולים משמעותית על גמול דירקטורים לפי תקנות הגמול, ובהם גם שני בנקים ללא גרעין שליטה שיו"ר הדירקטוריון בהם הינו דירקטור חיצוני לפי הוראה 301.6 שני הבנקים האמורים הביאו לאישור מראש תנאי תגמול מותנים ליושבי ראש הדירקטוריונים שלהם, כאשר התנאי היה שהוראות הדין (לרבות אישור הפיקוח על הבנקים) יאפשרו את מתן התגמול. בסמוך לפרסום מכתב הפיקוח דיווחו שני הבנקים כי התקיימו התנאים למתן התגמול.

חשוב להדגיש כי הוראה 301 מחילה ביחס לדירקטורים חיצוניים לפי הוראה 301 (כאמור בראשות שני הבנקים האמורים דובר בתנאי הכהונה של יו"רים שהם דח"צים לפי הוראה 301) שורת הוראות החלה על דירקטורים חיצוניים לפי הוראות חוק החברות ועל דירקטורים בלתי תלויים, ובהם גם את הוראת סעיף 244 לחוק החברות ממש בדבר זכאותם של דח"צים כאמור לגמול דירקטורים בלבד בגין כהונתם כדירקטורים, את הדרישה להעדר זיקה (של הדח"צ ומקורבים אליו) הקבועה בסעיף 240 לחוק החברות ואף את תקופת הצינון בת השנתיים לאחר תקופת הכהונה, הקבועה בסעיף 249 לחוק החברות.

כלומר, כאשר הסוגיה הובאה לפתחו של הפיקוח על הבנקים בקשר עם כהונתו של דח"צ 301, נקט הפיקוח על הבנקים בעמדה שאפשרה (כפוף לסייגים שפורטו במכתב הפיקוח) תגמול החורג מגמול דירקטורים ליו"ר דירקטוריון, למרות הוראות סעיפים 244 לחוק החברות והוראות איסור הזיקה הקבועות בפקודת הבנקאות.

13.5. ההוראות הרגולטוריות החלות על בנק ללא גרעין שליטה – דין ספציפי הגובר על ההסדר הכללי

שיאו מותאם למשטר הממשל התאגידי בבנקים כאמור. ההסדר הרגולטורי הפרטני החל על בנק ללא גרעין שליטה בנושא כשירותם של דירקטורים לכהונה, מינויים ותגמולם, ובפרט ביחס לכהונת יו"ר דירקטוריון, הינו הסדר מקיף וכולל התואם את כללי המשטר התאגידי המחמירים החלים בבנקים ללא גרעין שליטה. הנושא של כשירות היו"ר ותגמולו בבנקים ללא גרעין שליטה הינו נושא שנבחן ומטופל באופן ממוקד על-ידי הפיקוח על הבנקים, הגוף הרגולטורי העיקרי האחראי על שמירת הניהול התקין וההתנהלות התאגידי של הבנקים. **כאמור לעיל, הוראות פקודת הבנקאות החלות על בנקים ללא גרעין שליטה (סעיף 11ה) אף קובעות מפורשות שהן גוברות על כל הוראה סותרת בדין.** בהינתן כל אלה, ובמיוחד כאשר הפיקוח על הבנקים איפשר את תגמולם של יו"רים שהם דירקטורים חיצוניים לפי הוראה 301, נראה שמהעמדה הכללית שפרסמה הרשות בעניין כהונת יו"ר שהינו דב"ת ראוי להחריג את המקרה הספציפי של בנקים ללא גרעין שליטה שזכה כאמור להסדר ספציפי.

13.6. גמול ותנאי העסקה המאושרים ומשולמים לפי חוק בגין כהונת היו"ר בבנק ללא גרעין שליטה לא צריכים להקים זיקה. תנאי ההעסקה של יו"ר הדירקטוריון מובאים לאישור בועדת התגמול, בדירקטוריון

⁶ ראוי לציין כי באותם שני בנקים כיהנו/מכהנים יו"ר דירקטוריון שהינם דח"צים לפי הוראה 301, אם כי למיטב ידיעתנו הם לא סווגו כדירקטורים בלתי תלויים לפי הוראות חוק החברות.

ובאסיפה הכללית. תנאים אלה כפופים לכל המגבלות והתנאים הקבועים בחוק החברות (בפרט לאחר תיקון 20), בחוק תגמול לנושאי משרה בתאגידים פיננסיים (אישור מיוחד ואי-התרת הוצאה לצורכי מס בשל תגמול חריג), תשע"ו-2016 ("חוק התגמול") ובהוראות נב"ת 301A והוראות נוספות של הפיקוח על הבנקים. עמדה לפיה תנאי העסקה העומדים בכל התנאים, המגבלות והתקרות הקבועים בהוראות הדין האמורות וגם אושרו כדין על-ידי האורגנים המוסמכים של הבנק, אינה צריכה להקים זיקה היא העמדה המתבקשת. עמדה אנאלוגית דומה גם הובעה על-ידי רשות ניירות ערך בקשר עם התגמול המשולם לדירקטורים חיצוניים לפי הוראות חוק החברות. רשות ניירות ערך הבהירה בעמדה שפרסמה לאחר תיקון 16 לחוק החברות,⁷ כי "העובדה כי גמול הדירקטורים החיצוניים, המשולם על פי החוק, אינו יוצר זיקה לדירקטור חיצוני, גם אם מדובר בעיקר פרנסתו, לא השתנתה במסגרת תיקון 16". זאת, למרות העובדה שגם ביחס לתגמול דח"צים מאפשרות התקנות הרלבנטיות גמישות לא מועטה בהיקף התגמול.

לנוכח העובדה שחוק התגמול מגביל בשנים האחרונות את תקרת התגמול שניתן לשלם ליושבי ראש דירקטוריון (כמו גם לנושאי משרה אחרים בבנקים), וכן שבהתאם להוראת נב"ת 301A ממילא תגמול היו"ר מוגבל לתגמול קבוע בלבד ואינו יכול לכלול מענקים ותגמול משתנה, עולה כי בפועל גורם מכריע ומשפיע על תגמול היו"ר, לכל הפחות בכל הבנקים הגדולים בישראל, הוא המחוקק והרגולטור. הגמישות הקיימת למעשה לאורגנים הפנימיים בבנקים להשפיע על תגמול היו"ר הינה מוגבלת ואינה מקימה חשש מעשי ליצירת "מנוף" של הבנק כלפי יו"ר הדירקטוריון שעלול לגרום להטיית שיקול דעתו. אפילו אם היה חשש מועט כזה ביחס לתאגיד בנקאי "רגיל" הרי שהוא אינו קיים ביחס לתאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה, שבו עצם מינויו של יו"ר הדירקטוריון, כמו גם תנאי כהונתו נקבעים למעשה על-ידי חברי הדירקטוריון (באישור האסיפה הכללית).

13.7. איסור מתן תגמול ליו"ר דירקטוריון שאינו דירקטור "רגיל" עלול להגביל את מספר המועמדים

לכהונת יו"ר דירקטוריון. בדירקטוריונים של בנקים מכהנים דירקטורים חיצוניים לפי חוק החברות, דירקטורים חיצוניים לפי הוראה 301 (שפעמים רבות כמו בבנק הם גם מסווגים כדירקטורים בלתי תלויים לפי חוק החברות) ודירקטורים "רגילים". אם מגבלות רגולטוריות יאפשרו מתן תגמול רק לדירקטורים "רגילים" הדבר עלול לצמצם מאד את מספר המועמדים הפוטנציאליים לכהונת יו"ר ולמנוע ממועמדים מוכשרים ובעלי יכולות להתמודד על התפקיד רק מכיוון שבעת מינויים סווגו כדירקטורים בלתי תלויים, וזאת כאשר למעשה כל הדירקטורים בבנק ללא גרעין שליטה הינם "בלתי תלויים" ונדרשים לאי תלות. כך למשל, בנסיבות הקיצוניות אליהן נקלע הבנק – אם נדרש היה למנות יו"ר דירקטוריון קבוע רק מבין הדירקטורים "הרגילים" המכהנים, היו רק שני מועמדים פוטנציאליים (בבנק מכהנים כאמור 3 דח"צים לפי חוק החברות, 2 דח"צים 301 שהינם גם דירקטורים בלתי תלויים, ומבין שלושת הדירקטורים הרגילים, כהונתו של אחד עומדת להסתיים בחודשים הקרובים). ושוב ראוי להזכיר, ממילא כל הדירקטורים המכהנים בבנק ללא גרעין שליטה (לרבות היו"ר) נדרשים להיות בלתי תלויים.

חשוב במיוחד לאפשר לכמה שיותר מועמדים מבין חברי הדירקטוריון לכהן כיושבי ראש פוטנציאליים גם לנוכח העובדה שבשונה מחברה ציבורית רגילה, במקרה של בנק ללא גרעין שליטה, דירקטוריון הבנק לא יכול למעשה לפעול למינויו של מועמד חיצוני, מתאים ככל שיהיה, לכהונת יו"ר דירקטוריון. על-מנת להתמנות כיו"ר דירקטוריון של בנק ללא גרעין שליטה, על המועמד לעבור תהליך ארוך ורווי אי ודאות, שתחילתו בתהליכי הסינון שמבצעת הועדה למינוי דירקטורים והמשכו בבחירה באסיפה הכללית (כאשר לפי הוראות פקודת הבנקאות מספר המועמדים המוצעים לאסיפה גדול ממספר הכהונות העומדות לבחירה). רק לאחר שמועמד נבחר כדירקטור על-ידי האסיפה הכללית ומינויו אושר על-ידי הפיקוח על הבנקים, הוא כשיר לעמוד לבחירה כיו"ר דירקטוריון אם יזכה בתמיכת חברי הדירקטוריון.

13.8. יישום הוראות הדין החל מקשה על הממשל התאגידי בבנקים ללא גרעין שליטה ולא מוצדק להרחיב

את המגבלות עוד יותר בדרך פרשנית. למעשה בתאגיד בנקאי ללא גרעין שליטה, ההבחנה בין סוגי הדירקטורים השונים המכהנים: דח"צים לפי חוק החברות, דח"צים לפי הוראה 301, דירקטורים בלתי תלויים ודירקטורים אחרים, הינה כמעט תמיד הבחנה די שרירותית, אשר קשה לתאר איזו מטרה היא משרתת לבד מהצורך למלא אחר דרישות הדין והרגולציה. הבחנה זו בין סוגי הדירקטורים השונים מקשה על ההתנהלות בבנקים ללא גרעין שליטה באופן שקשה להצדיקו. כך למשל בעוד שתנאי הכשירות לכהונה כדירקטור בבנק ללא גרעין שליטה הינם זהים למעשה לכל הדירקטורים (סעיף 11 לפקודת הבנקאות, ראה סעיף 9 לעיל) בשל

⁷ עמדת הרשות זמינה בקישור הבא:

http://www.isa.gov.il/%D7%92%D7%95%D7%A4%D7%99%D7%9D%20%D7%9E%D7%A4%D7%95%D7%A7%D7%97%D7%99%D7%9D/Corporations/Staf_Positions/SLB_Decision/Control_Oner/Documents/IsaFile_5855.pdf

הוראות חוק החברות (סעיפים 115 ו-118א) נמנע מדירקטורים חיצוניים לפי חוק החברות לכהן כיו"ר דירקטוריון של בנק ללא גרעין שליטה.

בחודש ספטמבר 2019 פרסמו משרד המשפטים ורשות ניירות ערך קול קורא להתייחסות הציבור לצורך בהתאמות בכללי הממשל התאגידי ביחס לחברות ללא גרעין שליטה. יש לקוות כי בעקבות קול קורא זה יבוצעו התאמות בדיון וברגולציה החלה על חברות ללא גרעין שליטה בכלל ועל בנקים ללא גרעין שליטה בפרט, כך שתבוטל ההבחנה הלא מוסברת בין סוגי הדירקטורים בבנקים ללא גרעין שליטה או לפחות ימוזערו השלכותיה. נראה גם שהקול הקורא משקף נכונות של הרגולטור לבחון את ההבדלים והצרכים השונים של חברות ללא גרעין שליטה בהשוואה לחברות נשלטות. בעוד שתיקונים רלבנטיים רבים בכללי הממשל התאגידי לעניין זה מצריכים שינויים והתאמות בחקיקה, הסוגיה הנדונה בפנייתו של הבנק אינה מחייבת לדעתנו תיקון חקיקתי, אלא די בנקיטה בדרך פרשנית שאינה מרחיבה עוד שלא לצורך ובאופן שאינו מתחייב את המגבלות והסרבול הנובעים מהוראות החוק הקיים.

ראוי להבהיר, הגם שחלק מהנימוקים והטיעונים המובאים בפניה זו רלבנטיים גם לסוגיות נוספות מעבר לתגמולו של יו"ר הדירקטוריון בבנק ללא גרעין שליטה, פנייתו של הבנק מכוונת לסוגיה ולמקרה הפרטניים של הבנק ובנסיבותיו, היינו המקרה של תגמול יו"ר דירקטוריון שהינו דב"ת בבנק ללא גרעין שליטה ובנסיבות המיני של הבנק כפי שתוארו בפניה לעיל.

14. **דרך הפעולה המוצעת לאישור תנאי כהונה ליו"ר הדירקטוריון.** לאור עמדתו של הבנק שפורטה לעיל וככל שהרשות לא תביע את התנגדותה, בכונתו של הבנק לנהוג באופן הבא ביחס לתנאי כהונתו של יו"ר הדירקטוריון שנבחר:

- 14.1. להביא לאישור ועדת התגמול, הדירקטוריון והאסיפה הכללית תנאי כהונה העומדים בכל מגבלות הדיון (חוק החברות, חוק תגמול בכירים, והוראות הפיקוח על הבנקים, לרבות הוראה 301A ומכתב הפיקוח) גם אם הם עולים על הגמול הקבוע בתקנות הגמול (לו זכאים יתר הדירקטורים המכהנים בבנק);
- 14.2. במסגרת הדיון בתנאי הכהונה של יו"ר הדירקטוריון ימלא הבנק אחר כל התנאים שנקבעו במכתב הפיקוח על הבנקים ובכללם:

14.2.1. הדירקטוריון יבחן ויודא שהתפקידים והסמכויות של יו"ר הדירקטוריון אינם חורגים מגדר התפקידים והסמכויות המוקנים לו לפי הוראות הדיון;

14.2.2. ועדת התגמול והדירקטוריון יודאו שאין בתנאי כהונתו של היו"ר, לרבות רכיבי הגמול על הזכויות והחובות הכרוכות בהם, כדי לפגוע בכשירותו של היו"ר לכהונה כדירקטור בבנק (בהיותו תאגידי בנקאי בלא גרעין שליטה) או כדי לפגוע באי התלות ובעצמאות של היו"ר;

14.2.3. תנאי כהונת היו"ר ייקבעו בהתחשב, בין היתר, בגודלו של הבנק, במורכבות פעילויותיו ובהיקף משרת הכהונה (ככל הנראה משרה מלאה). בהתאם להוראה 301A יתייחסו ועדת התגמול והדירקטוריון גם ליחס בין היקף תגמול היו"ר להיקף התגמול השנתי הממוצע לדירקטור בבנק ולסבירותו של יחס זה בהתחשב בהיקפי תפקידו של היו"ר, סמכויותיו והאחריות הנלווית לתפקיד.

14.2.4. בדוח לזימון האסיפה הכללית שבה יובאו תנאי הכהונה לאישור ינתן, בין היתר, גילוי לעמידה בכל התנאים שנקבעו במכתב הפיקוח (כאמור בסעיף זה לעיל), לכהונתו של יו"ר הדירקטוריון כדירקטור בלתי תלוי ולכך שלעמדת הבנק אין בכהונתו או בתנאי כהונתו כדי ליצור לו זיקה הפוגעת בכשירותו לכהונה.⁸

14.2.5. אם יחולו עדכונים בעמדת הפיקוח על הבנקים ביחס לתגמול יו"ר דירקטוריון בבנק ללא גרעין שליטה, כפי שמשתקפת למועד זה במכתב הפיקוח, הבנק יערוך התאמות בתנאי הכהונה של היו"ר ככל שיידרשו.

14.2.6. מובהר כי לנוכח הוראות חוק החברות, יו"ר הדירקטוריון לא יכהן בועדת הביקורת ובעדת התגמול במשך כל תקופת כהונתו כיו"ר דירקטוריון.

ה. סיכום

15. מבוקשת כאמור עמדת סגל הרשות בשאלה האם בנסיבותיו המיוחדות של הבנק, שהינו תאגידי בנקאי ללא גרעין שליטה ולאור הוראות הדיון וכללי הממשל התאגידי המיוחדים החלים עליו בשל כך, ניתן להחריג מתחולת עמדת הרשות – כהונת דב"ת כיו"ר את המקרה הספציפי של הבנק, בו מונה לאחרונה דירקטור בלתי תלוי כיו"ר דירקטוריון. כאמור, לעמדת הבנק, בנסיבות המתוארות בפניית הבנק, שהינו תאגידי בנקאי ללא גרעין שליטה, אין מניעה להביא לאישור האורגנים המוסמכים בבנק תנאי כהונה ותגמול ליו"ר הדירקטוריון, שהינו דירקטור בלתי תלוי לפי הוראות חוק החברות, העולים על הגמול לפי תקנות הגמול לו זכאים יתר הדירקטורים המכהנים וכי תנאי כהונה ותגמול כאמור (בתנאים שפורטו בסעיף 14 לעיל) לא ייחשבו כמקיימים ליו"ר הדירקטוריון זיקה הפוגעת בכשירותו להמשיך כהונה כדירקטור בלתי תלוי.

⁸ יצוין כי הבנק נהג באופן כזה בדוח לזימון האסיפה הכללית בשנת 2019 בה הובאו לאישור תנאי הכהונה של יו"ר הדירקטוריון הקודם (שהיה דירקטור "רגיל" ולא דב"ת).

16. בהתאם לנוהל פנייה מקדמית לרשות, הבנק מתחייב כי אם יבחר לאמץ עמדה שונה מעמדת הרשות כפי שתובא בתשובתה לפנייה זו, הבנק יודיע על כך מראש לרשות.
17. הבנק מודע לכך שפנייה זו, בצירוף תשובת הרשות, עשויים להתפרסם באתר האינטרנט של הרשות. עם זאת, ביחס לפרסום הפניה, נראה שיש לתת משקל לכך שהפניה המקדמית הינה בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן (מינוי דב"ת כיו"ר דירקטוריון בבנק ללא גרעין שליטה) ולפיכך עמדת הרשות בסוגיה לא אמורה להוות תקדים רחבי הנוגע למספר רב של גופים מפוקחים. במקרה שיוחלט על פרסום הפניה, נבקשכם לעדכן אותנו על כך מראש.
18. אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.

בכבוד רב ובברכה,

עמית לוי, עו"ד

יעל אלמוג, עו"ד

העתק: מר יאיר אבידן, המפקח על הבנקים
גב' רוני טלמור, משרד המשפטים