

16 ביוני 2016

לידי מר אשר סופן, עו"ד
באמצעות מערכת המגנ"אלכבוד
רשות ניירות ערך
רחוב כנפי נשרים 22
ירושלים

ג.א.נ.,

הנדון: פניה מקדמית - כשירותם של דח"צ ודב"ת בשל "כהונה צולבת"

בהמשך לשיחות שהתקיימו בנושא ובשם מרשתנו, אפריקה ישראל למגורים בע"מ (להלן: "החברה"), אנו מתכבדים לפנות אליכם בבקשה לקבלת עמדה מקדמית בנושא שבנדון, כמפורט להלן.

1. הצגת הנושא

1.1 ביום 7.6.2016, על רקע פרישתו של מר זאב וורמברנד מדירקטוריון החברה מיוזמתו שלו, אישר דירקטוריון החברה את מינויו של מר שמואל מאיר מסנברג לדירקטור בחברה, וזאת עד למועד האסיפה השנתית הבאה של החברה.

1.2 מר מסנברג מכהן כדירקטור חיצוני בחברת נעמן גרופ (נ.ו) בע"מ (להלן: "נעמן").

1.3 הגב' ורד רז אביו מכהנת בחברה כדירקטורית חיצונית מחודש נובמבר 2012 (לאחר שכהונתה חודשה באסיפה כללית מחודש אוקטובר 2015). הגב' רז אביו מכהנת גם כדירקטורית בלתי תלויה (להלן: "דב"ת") בחברת נעמן.

1.4 בהתאם להוראות סעיף 240(ד) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"), לא יכהן דירקטור בחברה פלונית כדירקטור חיצוני בחברה אחרת אם אותה שעה מכהן דירקטור בחברה האחרת כדירקטור חיצוני בחברה הפלונית. ברצון החברה לסווג את מר מסנברג כדב"ת. בהתאם לסעיף 249.ב' לחוק החברות, תנאי לסיווג כאמור הינו, כי הדירקטור המועמד לסיווג כדב"ת מקיים את תנאי הכשירות של דירקטור חיצוני, ובכלל אלו, סעיף 240(ד) ה"ל.

1.5 למיטב הבנת החברה, התכלית המונחת בבסיסו של סעיף 240(ד) לחוק החברות, בדומה לתנאי הכשירות האחרים, הינו להבטיח את עצמאותו ואי תלותו של הדירקטור החיצוני, בהיותו מעין "כלב שמירה" של ציבור המשקיעים בדירקטוריון החברה ציבורית¹ (כמו גם את כישוריו המקצועיים ויכולתו למלא תפקיד זה). מכאן,

¹ ע"פ (מחוזי-ת"א) 1828/93 בנק למסחר נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ו(3) 379, 394 (1996).

אורי ברגמן
אורה דביר
דורון דן
עמית פינס
עופר ינקוביץ
טלי סלטון-ישועה
אבי בן-יעקב
דרור תורן
יעל מושקוביץ
יוסי פלח
ליהי בלומנפלד
ערן שוסטר
יגאל קולוף
שרון דרורי ויצלבסקי
דנה שוורץ-אשתי
אורן פכטהולד
אורית רימין גולד
מיכל גורן
רונית אשד לוי
שגיא פלדמן
רויטל ראובן
תומר צדוק
לימור ארגוב-פישפאן
מיכל לדר
ערן ולט
הילה גולדפלד
ערן פודם
חופית וסרמן
ענבר מקין
אוהד חן
מאיה אקרמן
גיל צ'רצ'י
אלי אביב
אוראל בר דיין
מרינה סימקין
נטע הרשקוביץ
אפרת שלו
שני אזרן
יוספה כהנא וינקלר
טל רון
שגיא פדוראנו
אהרון וולטר
רוית רנרט שמואלוב
תומר דרובל
עידן מטלין
פאינה פונר
יוסי ברגמן
יעקב וקסלר, יועץ
רון סלפטר, יועץ
דוד מרטיין, יועץ

דרישת היעדר הזיקה לחברה או בעל השליטה בה (שעלולה ליצור תלות בלתי רצויה בגורמים אלו), איסור ניגוד העניינים לעיסוקיו האחרים (שעלול למנוע ממנו מלקחת חלק בישיבות הדירקטוריון) וכד'.

1.6 בהינתן זאת, ככל שדברים אמורים בסעיף 240(ד) לחוק החברות, נראה, כי הוא מיועד למנוע פגיעה אפשרית בעצמאותו של הדירקטור החיצוני כלפי דירקטור אחר המכהן באותה חברה (להלן: "הדירקטור האחר"), בהיותו נתון "לפיקוחו" של הדירקטור האחר, בחברה פלונית בה משמש הדירקטור האחר כדירקטור חיצוני. רוצה לומר, סעיף 240(ד) לחוק החברות נועד להסיר חשש לתקלה אפשרית, שעלולה לנבוע מכהונה מקבילה של שני דירקטורים בשתי חברות ציבוריות שונות, **בהיפוך תפקידים של "מפקח ומפוקח"** (להלן: "כהונה צולבת"), ולמנוע בכך מצבים בלתי רצויים מסוג של "מאזן אימה" או של "שמור לי ואשמור לך".

1.7 על רקע האמור לעיל, נקל להיווכח, כי תכלית זו אינה רלבנטית בהיעדר היפוך תפקידים כאמור של "מפקח ומפוקח", כגון, כאשר מדובר בשני דירקטורים חיצוניים, המכהנים במקביל בשתי חברות ציבוריות. שהרי, בכל אחת משתי החברות, אין האחד נתון לפיקוחו של האחר, ואין חשש להיווצרותם של המצבים הבעייתיים המתוארים לעיל. כפי שנמסר לחברה במהלך שיחות עם סגל רשות ניירות ערך, גם עמדת רשות ניירות ערך הינה, כי הוראת סעיף 240(ד) אינה פוגעת בכשירותו של מועמד לכהונת דירקטור חיצוני בהיעדר קיומה של "כהונה צולבת" מסוג זה של סימטריה בהיפוך התפקידים.

2. השאלה המתעוררת

כמתואר בחלק העובדתי לפנייה זו, ה"ה רז אביו ומסנברג אינם מכהנים כדירקטורים חיצוניים הן בחברה והן בנעמן, אלא כדירקטור/ית חיצוני/ת באחת החברות וכדב"ת בחברה האחרת (ולעניין מר מסנברג – מועמד לכהן כדב"ת). על רקע האמור לעיל, עולה השאלה האם פרשנות זו של סעיף 240(ד) לחוק החברות חלה, גם מקום בו עסקינן בכהונה מקבילה של דירקטור חיצוני ודב"ת, או שהיא ישימה רק למצבי כהונה מקבילה של דירקטורים חיצוניים.

3. עמדת החברה

לדעת החברה, בתנאים המתוארים לעיל, מר מסנברג כשיר לכהן כדב"ת בחברה זו, מהנימוקים הבאים:

3.1 כידוע, במהלך השנים האחרונות, עם נטיית המחוקק לעבר חיזוק מנגנוני ממשל תאגידי והגברת עצמאות הדירקטוריון, הלך והתבסס מעמדו של הדב"ת כמקבילה שקולה לדירקטור החיצוני, למעט בכל הנוגע למנגנוני מינוי והפסקת כהונתו. בהתאם לכך, למעט הוראות החוק העוסקות במינוי ובהפסקת כהונתו של הדירקטור החיצוני, הוחלו על הדב"ת כל הוראותיו של חוק החברות הנוגעות לדירקטור חיצוני, ובכלל זאת, תנאי הכשירות, תקופת הכהונה המקסימלית, מגבלות התגמול ותקופת הצינון². לאור זאת, לשם

² יגרוס "הדירקטור החיצוני בעידן של ממשל תאגידי חדש" מחקר מס' 07920100, עמ' 30 2012

המחשה, על פי הגדרת "דב"ת" בסעיף 1 לחוק החברות, כל דירקטור חיצוני עונה על הגדרת דב"ת (אך ההיפך אינו נכון, בשל השוני במנגנוני המינוי)³.

3.2 בשים לב לשוני נקודתי זה בהגדרת שני התפקידים, שאינו מעלה או מוריד לעניין התכלית המונחת בבסיסו של סעיף 240(ד) לחוק החברות, ניתן לקבוע, כי אין כל יסוד ענייני לעריכת הבחנה בפרשנותו של הסעיף, בין אם מדובר בדירקטור חיצוני ובין אם מדובר בדב"ת. כלומר, אם מקובלת פרשנות לפיה לצורכי איסור כהונה צולבת על פי סעיף 240(ד) המונח "דירקטור" משמעו, "למעט כדירקטור חיצוני", פשיטא, שניתן לפרשו גם כבא להוציא כהונה כדב"ת.

3.3 גם לגופם של דברים, בשים לב להיעדר הזיקה של הדירקטור החיצוני והדב"ת לחברה ולבעל השליטה בה, שניהם כשירים לפקח על הדירקטורים האחרים, המקיימים בדרך כלל זיקה כאמור, מחד גיסא, ואף אחד מהשניים אינו מצופה לפקח על האחר, מאידך גיסא. על כן, גם במצב דברים זה, לא עולה חשש להיווצרותם של המצבים הבעייתיים מסוג "מאזן אימה" או "שמור לי ואשמור לך" ונמצא, כי תכליתו של סעיף 240(ד) נשמרת באותה מידה.

4. סיכום

4.1 לאור האמור לעיל, החברה הינה בדעה, כי אין מניעה מלסווג את מר מסנברג כדב"ת בחברה, בשל כהונתה של הגב' רז אביו כדב"ת בנעמן.

4.2 בהתאם לנוהל הרשות לענין פניה מקדמית, החברה מתחייבת, כי תודיע לרשות ניירות ערך מראש אם וככל שתחליט על אימוץ עמדה שונה מזו שתבוא לידי ביטוי בתשובתה של רשות ניירות ערך במענה לפניה זו.

4.3 החברה מודעת לכך, כי יכול והפניה ותשובתה של רשות ניירות ערך יפורסמו בנוסחן המלא באתר האינטרנט של רשות ניירות ערך.

למותר לציין, כי אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה והבהרה, ככל שיידרש.

בכבוד רב,

עופר ינקוביץ, עו"ד
גיל צ'רצ'י, עו"ד
וקסלר, ברגמן ושות', עורכי-דין

העתק: אפריקה ישראל מגורים בע"מ

³ י. גרוס "הדירקטור החיצוני בעידן של ממשל תאגידי חדש" מחקר מס' 07920100, עמ' 32 2012