



רשות ניירות ערך

רשות ניירות ערך ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים 95464

טל: 02-6556444 פקס: 02-6513160

www.isa.gov.il

6 בספטמבר, 2017
ט"ו באלול, תשע"ז

לכבוד,

לינור יוכלמן, עו"ד

מזכירת קבוצת "בזק"

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

באמצעות מערכת יעל

הנדון: בקשת הנחיה מקדמית – בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "החברה")

סימוכין: מכתבכם מימים 28/02/2017, 12/05/2017 ו-22/05/2017

במענה לבקשה להנחיה מקדמית במכתבכם שבסימוכין, לרבות חוות הדעת (על השלמותיה) שצורפה להם ואומצה על-ידי החברה (להלן: "המכתב") הרינו להביא בפניכם את עמדת סגל רשות ניירות ערך (להלן: "סגל הרשות") בעניינה. עמדה זו מבוססת על המסכת העובדתית שנפרשה על ידיכם במכתב ועליה בלבד, ובהנחה כי זו משקפת את כל הנתונים הרלבנטיים לנדון.

1. העובדות הרלוונטיות לסוגיה

עיקרי העובדות כפי שפורטו במכתב הינן כדלקמן:

1.1. החברה מעוניינת להציע את מינויו של מר [REDACTED] [REDACTED] (להלן: "המועמד") כדירקטור בלתי תלוי בחברה.

1.2. המועמד הינו קצין בדרגת [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], אשר כיהן [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] של צה"ל. מאז סיום התפקיד נמצא המועמד בחופשת פרישה שהסתיימה ביום 31.12.2016.

1.3. לחברה, לחברות הבנות שלה – בזק בינלאומי בע"מ (להלן: "בזק בינלאומי"), די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ (להלן: "Yes" וביחד: "הקבוצה"), ולמיטב ידיעת החברה - גם לחברת חלל תקשורת בע"מ (המצויה בשליטת בעל השליטה בחברה) (להלן: "חלל"), קיימות התקשרויות חוזיות עם מערכת הביטחון.

להלן פירוט מאפייני ההתקשרויות האמורות ומעורבותו של [REDACTED] [REDACTED] בהן:

1.3.1. כללי

אגף [REDACTED] בצה"ל מופקד על מדיניות [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] של צה"ל. ייעודו המרכזי של אגף [REDACTED] סובב סביב אפיון צרכי ההתעצמות הלוגיסטית של כוחות היבשה של צה"ל, בעוד שמימוש הדרישה המבצעית עבור מערכת הביטחון על חלקיה

וזרועותיה מתבצע במישור העסקי והחוזי על ידי היחידה הנוגעת בדבר בתוך משרד הביטחון - מנהל הרכש והייצור (להלן: "מנה"ר").

בהתאם, הליך קבלת החלטות העסקיות, הכספיות והחוזיות, לרבות בכל הנוגע להתקשרויות עם בזק והחברות הקשורות אליה, מרוכז בידי משרד הביטחון, כאשר ה"צד המזמין" בהסכם הוא יחידת מנה"ר. כל ההיבטים של ההתקשרות – החל מקביעת הפרמטרים לזכייה במכרז, קביעת הזוכה במכרז, ניהול המשא ומתן או ההתמחרות וגיבוש התנאים המסחריים של ההתקשרות – נמצאים בידי משרד הביטחון ומתקיימים ללא מעורבות של צה"ל, ואף תוך איסור חמור על מעורבות צה"ל, לרבות אגף [REDACTED]. בהתקשרויות מסוג זה, לצה"ל, לרבות אגף [REDACTED] בתחומים שתחת אחריותו, שמור תפקיד של העלאת הצורך המבצעי וסיוע למשרד הביטחון באפיון הטכני של המענה לאותו צורך. בדומה להליך כריתת ההתקשרות, המנה"ר נותר כגורם שאחראי על מגוון הסוגיות העסקיות, החוזיות והכספיות במהלך הקשרים השוטפים מול החברות.

1.3.2. התקשרות עם בזק

1.3.2.1. התקשרות לאספקת שירותי טלפוניה ניידת ושירותי קשר, שהחלה בשנת 1985,¹ אשר הצד המזמין בה הוא מנה"ר ולא צה"ל.

1.3.2.2. בשנת 2015, בתקופת כהונת המועמד כראש אגף [REDACTED], נערכה על ידי משרד הביטחון בדיקת הארכת ההתקשרות האמורה עם בזק, וזו הוארכה על פי הסדר של "ספק יחיד". לצורך כך נדרשה, בין היתר, התייחסות של אחת היחידות הכפופה לאגף [REDACTED], בנוגע להיות בזק "ספק יחיד". בהתאם, בשנת 2012, ניתן אישור להיות בזק "ספק יחיד", ובשנת 2015 ניתן אישור נוסף להמשך ההתקשרות עם בזק. בהליך טכני ושגרתי זה לא הייתה כל מעורבות של המועמד [REDACTED] [REDACTED]. הדברים הובאו, לכל היותר, לידיעת המועמד במסגרת יידוע בדיעבד על הסוגיות השוטפות בטיפול אנשי האגף, כמו מאות סוגיות שוטפות נוספות, מבלי שנוצרה הזדמנות מעשית להבעת המלצה או התערבות בעניין.

1.3.3. התקשרות עם בזק בינלאומי

1.3.3.1. התקשרות לאספקת שירותי תקשורת אינטרנט (ISP), לצד התקשרויות מזדמנות של מערכת הביטחון עם בזק בינלאומי בהתמחרות נקודתית בין הספקים השונים ולצד התמודדות של בזק בינלאומי במכרז מערכת הביטחון בעניין ניהול קווי נתונים. ההתקשרות מוסדרת באמצעות הסכם שהצד המזמין בו הוא מנה"ר, ולא צה"ל.

1.3.3.2. במשך חיי ההתקשרות עם בזק ובזק בינלאומי, הממשק היחיד בין החברות לבין צה"ל עניינו בטיפול בתקלות ובפעולות תחזוקה מהותיות בצידוק הקשר המסופק על ידי החברות. לעניין זה, נוהגת אבחנה בין תחזוקה בדרגים א' ו-ב' (תחזוקה שוטפת ותיקון תקלות בעלות מורכבות מוגבלת) לבין תחזוקה בדרגים ג' ו-ד' (פעולות תחזוקה יסודיות ותיקון תקלות מורכבות). ככלל, לצה"ל היכולת העצמאית להפעיל תחזוקה בדרגים א' ו-ב', ומעורבות החברות נדרשת בעיקר לשם פעולות

¹ בין השנים 2009-2011 התקיים תהליך של צמצום היקף ההתקשרות בין מערכת הביטחון לבזק (כפי שהיה נהוג בעבר) - תהליך שהושלם עוד קודם לכניסת המועמד לתפקיד [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].

תחזוקה בדרגים ג' ו-ד'. ככל שמתקיים ממשק כזה, מדובר בממשק בעל אופי טכני ולא מקצועי שגרתיו או צמוד, אשר האמונים עליו מטעם צה"ל הינם גורמים זוטרים באופן יחסי באגף, והדברים אינם מגיעים לטיפול הדרג הבכיר של אגף ולגופים הממונים עליו.

1.3.4. התקשרות עם Yes

1.3.4.1. התקשרות לאספקת שירותי טלוויזיה לוויינית.

1.3.4.2. למיטב ידיעת המועמד, התקשרות זו הייתה במלואה מחוץ לתחומי טיפולו של אגף

■: ההתקשרות החוזית היא בין מנה"ר לבין Yes; והגורם בצה"ל שהיה אמון על האפיון הטכני של צרכי ההתקשרות והפעילות השוטפת לאחר כריתתה, היה, למיטב ידיעת החברה, אגף כח אדם בצה"ל.

1.3.5. התקשרות עם חלל

1.3.5.1. למערכת הביטחון מספר הסכמים עם חלל בעניין שימוש ביכולות הלווייניות שלה.

1.3.5.2. התקשרות זו הייתה מחוץ לתחומי טיפולו של אגף ■: ההתקשרות החוזית,

לרבות הסוגיות העסקיות והכספיות היא בין חלל לבין מנה"ר; האפיון הטכני של צרכי ההתקשרות והפעילות השוטפות לאחר כריתת ההתקשרות נעשים על-ידי המנהל למחקר, פיתוח אמצעי לחימה ותשתית טכנולוגית (מפא"ת) של משרד הביטחון; והקשר המקצועי והעסקי השוטף נותר בתחום טיפולים של אותם שני גופים, על-פי אותם עקרונות.

1.3.6. סך הכנסות הקבוצה מצה"ל וממשרד הביטחון הסתכמו בפחות מ-■ מכלל הכנסותיה

בשנים 2015 ו-2016. בנוסף, לפי נתונים שקיבלה החברה מחלל, סך הכנסותיה של חלל

מהתקשרויות עם הממשלה הסתכמו ב-■ מסך הכנסות חלל בשנת 2016.²

1.4. למועמד עצמו אין "זיקה" ישירה לקבוצת בזק או לבעל השליטה בה, מלבד, לכל היותר, קשר זניח לחלוטין כצרכן פרטי של שירותי טלפוניה ושירותים דומים של קבוצת בזק.

1.5. סוגיית כשירותו של המועמד לכהן כדירקטור בחברה נבחנה דרך הפריזמה של דיני הצינון בפרשה מהשירות הציבורי (להלן: "דיני הצינון") על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כוועדה למתן היתרים לפי חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969 (להלן: "וועדה למתן היתרים"). בהחלטתו מיום 8.12.2016 קבע בית המשפט, כי מוצדק לפטור את המועמד מתקופת הצינון הסטטוטורית בת שנה, שהייתה אמורה על פי החוק להתחיל במועד פרישתו מצה"ל ולהסתיים בסוף שנת 2017.

2. בקשת החברה

לאור האמור, ביקשתם לקבל את אישור סגל הרשות לכך שלא יתערב בעמדת החברה, לפיה:

2.1. לא התקיימה זיקה בין המועמד לבין החברה בהתאם לסעיף 240 לחוק החברות, התשנ"ט-1999

(להלן: "חוק החברות"), ולחילופין, כי אין לראות במועמד כמי שיש לו זיקה בהתאם לתקנות

החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), התשס"ז-2006 (להלן: "תקנות הזיקה").

² לחברה אין יכולת לפלח רק את ההכנסות (של הקבוצה או של חלל) המצויות "בגזרת האחריות" של אגף ■. מובהר כי סגל הרשות אינו מתייחס לנתונים אשר הובאו בחוות הדעת שקיבלה החברה, מכיוון שעל-פי הכתוב במכתב החברה מיום 28.2.2017, נתונים אלו הובאו על-ידי כותב חוות הדעת ואינם נתוני החברה.

2.2. לנוכח העובדה שהמועמד כבר אינו משרת בצה"ל, הרי שגם לאחר מינויו לא יחולו על הקבוצה מגבלות כלשהן בהתקשרויות עם צה"ל ו/או משרד הביטחון ולא יידרשו פרוצדורות מיוחדות לאישור התקשרויות כאלו.

3. עמדת החברה בבקשה

עמדת החברה נסמכת, בעיקר על הטעמים הבאים:

3.1. הגדרת הזיקה, על חלופותיה, אינה מתקיימת בעניינו של המועמד

3.1.1. היעדר קשר ישיר

על סמך מבנה חלוקת התפקידים בין המערכים השונים של מערכת הביטחון, מבחינה מהותית אין לאגף [REDACTED] של צה"ל או לאנשיו קשר ישיר לגוף האזרחי המתקשר עם מערכת הביטחון.

2.1.1. היעדר קשר עקיף

אין לראות במנה"ר ובמשרד הביטחון גוף שהוא מעבידו של המועמד או מי שהמועמד "כפוף לו" לצורך הגדרת הזיקה:

3.1.1.1. משרתי צה"ל אינם עובדים של משרד הביטחון, ולמעשה אף אינם עובדים כלל, שכן על פי פסיקת בית המשפט העליון, משרתי הקבע אינם עובדים ולא מתקיימים בעניינם יחסי עובד-מעסיק. כמו כן, בהתאם לפרשנות המקובלת, צה"ל על יחידותיו כגוף אחד אינו כפוף למשרד הביטחון כגוף שני, ושני הגופים הם "שווי זכויות" בתוך מערכת הביטחון של ישראל, מערכת הסרה למרותה של ממשלת ישראל.

3.1.1.2. אין לתת למונח "מעביד" או למונח "כפוף" פרשנות מחמירה בהקשר של השירות בצה"ל:

- הגדרת משרתי צה"ל כ"עובדי" של משרד הביטחון הייתה שוללת מכל קצין, נגד וחייל בצה"ל לשנתיים את הזכות לכהן כדירקטור בלתי תלוי או חיצוני במרבית החברות הציבוריות בישראל המקיימות מערכת התקשרות (שאינה זניחה כשלעצמה) במסגרתה הן מספקות שירותים או מוצרים למערכת הביטחון. אותו הגיון היה מאפשר אף להרחיב את פסילת המועמדים לכהונה ולכלול את כל מערך השירות הציבורי, שפורשיו היו נחשבים לשנתיים מתפקידי כהונה כדירקטור חיצוני או בלתי תלוי בחברה ציבורית בעלת התקשרות מהותית עם המדינה.

- תוצאה זו קשה במיוחד אף בהתייחס לשירותים המסופקים על ידי חברת בזק והחברות הבנות שלה שהינם בעלי אופי צרכני. החלה דווקנית של מגבלה זו על עובדי הגופים הנזקקים לשירותי בזק ובזק בינלאומי משמעה שהזיקה לעניין הכהונה בדירקטוריון של בזק תתהווה באופן אוטומטי ביחס לכל אדם שבשנתיים האחרונות עבד במקום עבודה כלשהוא, שאינו קפסולה סגורה, במדינת ישראל.

- גם אם נכיר בחוסר הגיון של החלת המגבלה על כלל משרתי צה"ל, הרי שאין להרחיב את כלל הפסלות לפי חוק החברות גם לעניין אותם אנשי צה"ל

שתחום עיסוקם כולל השקה לתחום עיסוקיה של החברה הציבורית או גוף קשור אליה. סעיף 240 לחוק החברות כולל מגוון רחב וקזואיסטי של "אופציות פסילה" החלות על המועמדים הפוטנציאליים לכהונה כדירקטור חיזוני או בלתי תלוי, והוראותיו אינן כוללות הרחבה כאמור. הרחבת "אופציות הפסילה" תוך הגבלת חופש העיסוק של המועמדים הפוטנציאליים לכהונה, שומה עליה שהיתה נעשית על-פי הוראת חוק מפורשת, ואין כך הדבר.

- אין ללמוד מהמגבלות הרחבות של דיני הצינון לענייננו. דינים אלה מיועדים על-פי מהותם להסיר כל ספק, לא רק באשר לקיום ניגוד עניינים ממשי בין הפורש לבין מעסיקו "האזרחי" החדש, אלא אף באשר לחשש מפני פגיעה במראית פני התקינות – שהמעבר של הפורש מהשירות הציבורי נובע ממניעים בלתי כשרים העלולים להביא לניגוד עניינים בתפקידו הציבורי עוד טרם סיומו. בענייננו, לנוכח קביעת הוועדה למתן היתרים כי החשש מפני הפגיעה במראית פני התקינות היא שולית עד בלתי קיימת, עד כדי הצדקה לפטור את המועמד לחלוטין מתקופת הצינון הסטטוטורית, אין לכאורה כל הצדקה לפקפק בקביעותיה של ערכאה זו ולהוציאן לדיון מחדש על סמך אותם טעמים שכבר נבחנו וזכו למענה בפסיקתה.

3.2. זניחות הקשרים

גם אם בניגוד לאמור לעיל, מתחייב לקבוע כי בעניינינו של המועמד מתקיימת "זיקה" כאמור בסעיף 240 לחוק החברות, מדובר בקשרים זניחים כמשמעותם בתקנות הזיקה, וזאת לאור היקף ההתקשרות הכולל של מערכת הביטחון על זרועותיה עם קבוצת בזק (ר' סעיף 1.3.6 לעיל), וזניחות התקשרויות אלו מבחינת המועמד עצמו, שלא נדרש לעסוק בהן באופן מהותי כלשהו במסגרת תפקידו.

4. עמדת סגל הרשות

4.1. הרינו להודיעכם כי סגל הרשות לא יתערב בעמדתכם לפיה במכלול הנסיבות המפורטות לעיל, הקשרים שהתקיימו בין המועמד לבין החברה והחברות הקשורות אליה, הינם קשרים זניחים בהתאם לתקנה 5(א) לתקנות הזיקה, ובלבד שיתקיימו הוראות תקנה 5(א)(3) ו-4) לתקנות אלו.³ עמדת הסגל נסמכת, בין היתר, על השיקולים הבאים:

- היקף ואופי מעורבותו של המועמד בהתקשרויות הנדונות, הן במועד כריתת ההתקשרות והן במהלך חיי ההתקשרות, בשים לב לכך שהקשר הישיר מול הקבוצה ומול חלל נעשה בעיקרו באמצעות המנה"ר ולא באמצעות אגף ██████████ בצה"ל;
- סיום תפקידו של המועמד בצה"ל עובר למינוי המתוכנן, ופרק הזמן שחלף ממועד סיום תפקידו בפועל ועד למועד זה (למעלה משנה);

³ ועדת הביקורת תאשר, קודם למינוי, בהתבסס על עובדות שהוצגו לפניו, כי הקשרים זניחים בן מבחינת המועמד והן מבחינת החברה, וכן, קיומם של קשרים כאמור ואישורה של ועדת הביקורת יובאו לפני האסיפה הכללית קודם לאישור המינוי.

- טיב מערכת היחסים בין משרתי צה"ל לבין צה"ל ובעיקר בין משרתי צה"ל למשרד הביטחון, המקטינה את החשש לפגיעה בעצמאותו של הדירקטור הבלתי תלוי (בשונה, למשל, ממערכת היחסים שבין עובד לבין מעסיקו הישיר בסקטור הפרטי); ו –

4.2. היקף ההכנסות של החברה מכלל ההתקשרויות עם צה"ל ועם מערכת הביטחון, אשר אינו עולה על ■ מכלל הכנסות הקבוצה.⁴

4.3. בהתאם, סגל הרשות לא יתערב בעמדתכם לפיה בנסיבות העניין כפי שהוצגו במכתבכם, לאחר מינויו של המועמד לדירקטור בלתי תלוי בחברה, לא יידרשו אישורים מיוחדים על-פי דין להתקשרויות הקבוצה עם צה"ל או עם משרד הביטחון, אך ורק בשל תפקידו הקודם של המועמד בצה"ל.

4.4. יודגש, כי סגל הרשות אינו מביע עמדתו לגבי שאלות אחרות העשויות לעלות מהאמור במכתבכם. בנוסף, מכיוון שעמדה זו מבוססת על העובדות המתוארות במכתב, יש להבהיר כי כל שינוי בעובדות, בנסיבות או בתנאים המתוארים בו, עשוי לחייב מסקנה אחרת מזו המובאת במכתב תשובה זה.

4.5. לבסוף, הרינו להודיעכם, כי בהתאם לנוהל טיפול בפניות מקדמיות לרשות ניירות ערך (פורסם באתר האינטרנט של הרשות בחודש יוני 2008), הפנייה המקדמית והתשובה לה עשויים להתפרסם באתר הרשות.

בכבוד רב,

קרן גיחז, עו"ד
אחראית תחום פניות מקדמיות

רון קליין, עו"ד
אחראי ממשל תאגידי

מחלקת תאגידיים

⁴ בשנים 2015 ו-2016.