



רשות ניירות ערך

מחלקת תאגידיים

ISRAEL SECURITIES AUTHORITY

רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים 95464

טל: 02-6556444 פקס: 02-6513160

www.isa.gov.il

ט"ז סיוון, תשע"ח

30 במאי 2018

לכבוד

עופר ינקוביץ, עו"ד

גיל צ'רצ'י, עו"ד

וקסלר ברגמן ושות', עורכי דין

באמצעות פקס: 03-5119394

הנדון: בקשת הנחיה מקדמית – רפק תקשורת ותשתיות בע"מ

סימוכין: מכתבכם מיום 21 במאי 2018

במענה לבקשה להנחיה מקדמית במכתבכם שבסימוכין (להלן: "המכתב"), הרינו להביא בפניכם את עמדת סגל רשות ניירות ערך (להלן: "סגל הרשות") בעניינה. עמדה זו מתייחסת לסוגיה שהועלתה במכתבכם והיא מבוססת על המסכת העובדתית שנפרשה על ידיכם במכתב ועליה בלבד, ובהנחה כי זו משקפת את כל הנתונים הרלבנטיים לנדון.

1. עובדות המקרה

1.1. רפק תקשורת ותשתיות בע"מ (להלן: "החברה") היא חברה ציבורית רשומה בישראל, שניירות ערך שלה רשומים למסחר בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. למועד זה החברה עוסקת בעיקר בתחום ייזום אנרגיה מתחדשת וייצור חשמל.

1.2. החברה מעוניינת למנות את הגברת מזי פנחוסוביץ לדירקטורית חיצונית בחברה (להלן: "המועמדת").

1.3. במועד זה מכהנת המועמדת כסמנכ"לית כספים בחברת איי.די.אי טכנולוגיות מיס בע"מ (להלן: "IDE"), חברה פרטית רשומה בישראל, אשר דלק תשתיות בע"מ (להלן: "דלק תשתיות") מחזיקה 50% מהון המניות המונפק שלה. דלק תשתיות היא חברה פרטית

רשומה בישראל בבעלות (100%) קבוצת דלק בע"מ (להלן, יחד עם חברות המוחזקות על-ידה: "קבוצת דלק"). יתרת הון מניות IDE מוחזקת על ידי שותפות אשר אינה קשורה לחברה, ולמיטב ידיעת החברה אינה קשורה לקבוצת דלק.

למיטב ידיעת החברה, בעלי המניות ב-IDE שולטים בה במשותף, ואין למי מהן זכויות עודפות ביחס לאחר.¹

1.4. בעבודתה כפופה המועמדת במישרין למנכ"ל IDE, ובעקיפין ליו"ר דירקטוריון IDE. אלו אינם מכהנים בנושאי משרה בדלק תשתיות או בדלק קידוחים.

1.5. בין החברה וחברות המוחזקות על-ידיה (להלן: "קבוצת החברה") לבין חברות בקבוצת דלק קיימים קשרים עסקיים כדלקמן:

1.5.1. רכישת זכויות מדלק תשתיות במיזמי הפעלת תחנות כוח פרטיות

1.5.1.1. במהלך השנים 2012-2013 התקשרה החברה ו/או חברה בבעלותה המלאה בשלוש עסקאות עם דלק תשתיות לרכישת זכויות בחברות מיזם, לקידומן, הקמתן והפעלתן של תחנות כוח פרטיות לייצור חשמל על בסיס גז טבעי או קיטור (להלן: "חברות המיזם", "עסקאות הרכישה" ו-"תחנות הכוח הפרטיות", לפי העניין). במסגרת עסקאות הרכישה מכרה דלק תשתיות את מלוא זכויותיה בחברות המיזם לחברה ולחברה זרה שהיוותה בעבר שותפה של החברה במיזמים אלה. עסקאות הרכישה הושלמו, אך כללו מרכיב "פרמיה" במובן של תמורה עתידית נוספת המותנית בהגעה לסגירה פיננסית ביחס להקמתן של תחנות הכוח או במימוש ומכירה של זכויות החברה במיזמים (טרם הגעה לסגירה פיננסית), על פי נוסחאות קבועות שנקבעו מראש ומבוססות על נתונים אובייקטיביים מדידים.

1.5.1.2. ביחס לשתיים מבין חברות המיזם בוצעה סגירה פיננסית בחודש מרץ 2016 ונערכה התחשבנות סופית בין הצדדים. באשר לחברת המיזם השלישית, למועד זה החברה מצויה בשלבים מתקדמים של משא ומתן למימוש זכויותיה במיזם, אשר בעקבותיו תושלם ההתחשבנות בין הצדדים. המשא ומתן החל לאחר שהודיעה החברה להפסיק את קידומו, דבר שהוביל להליך משפטי בין השותפים. בעקבות זאת, התמורה אשר תשולם לקבוצת דלק אינה קבועה, אך אינה צפויה לעלות על חמישה מיליון ש"ח. ציינתם כי מדובר בתשלום חד-פעמי מוגבל בקרות אירוע הצפוי להתרחש בטווח הזמן הקרוב וכי בכפוף להשלמת העסקה, לא צפויה עוד כל התחשבנות בין הצדדים בגין עסקאות הרכישה.

1.5.2. הסכם לאספקה והובלת גז טבעי מ"מאגר תמר"

1.5.2.1. חברות המיזם התקשרו בהסכמים לאספקה והובלה של גז טבעי לתחנות הכוח הפרטיות עם השותפות במיזם "מאגר תמר" (להלן בהתאמה: "הסכם הגז" ו

¹ כפי שנמסר לחברה, קבוצת דלק אינה מאחדת בדוחותיה הכספיים את תוצאותיה הכספיות של IDE אלא מציגה את ההשקעה בה על בסיס שווי מאזני.

– "מאגר תמר". דלק קידוחים, שותפות מוגבלת (להלן: "דלק קידוחים") הנשלטת על-ידי קבוצת דלק, הנה אחת מהשותפות במאגר תמר.

הואיל ומאגר תמר אינו מהווה אישיות משפטית, ההתקשרות בהסכמים מסוג זה נעשית מול השותפות בו, כאשר חברת "נובל" היא ה"מתאם" (Coordinator) אשר אמון על הליך המשא ומתן על תנאי ההסכם ועל יישומו מול לקוחות המאגר. למיטב ידיעת החברה, מאגר תמר אינו נשלט על ידי קבוצת דלק, ובשים לב לשיעורי החזקתה במאגר אין לה יכולת השפעה עודפת ביחס לשותפותיה. בנוסף, למיטב ידיעתכם, בהתאם להוראות "מתווה הגז" שגובש על ידי ממשלת ישראל קבוצת דלק מחויבת למכור ולהעביר את מלוא זכויותיה במאגר תמר בשנים הקרובות.

1.5.2.2. למועד זה תחנות הכוח הפרטיות טרם הוקמו ולכן הסכם הגז אינו "פעיל" והפעילות על פיו צפויה להתחיל רק עם תחילת פעילותן של התחנות. כמו כן, ובשים לב לחשיבות אספקת גז טבעי לפעילות רציפה ותקינה של תחנות הכוח, התקשרו חברות המיזם עם תאגיד זר בהסכם נוסף המשמש כחלופה וגבוי להסכם הגז שנחתם עם מאגר תמר. בהתאם לתנאי הסכם הגז החלופי והוראותיו של "מתווה הגז", אם ספק הגז החלופי יעמוד בלוחות הזמנים הנדרשים לתחילת האספקה, הרי שחברות המיזם תהיינה מחויבות לבטל את הסכם הגז עם מאגר תמר ו"להפעיל" את הסכם הגז החלופי. התחייבות זו היא התחייבות קשיחה, אשר אינה ניתנת לפרשנות או להפעלת שיקול דעת.

1.5.2.3. לצורך הדיון הנחתם, כי הקשרים העסקיים המגולמים בהסכם הגז אינם זניחים מנקודת ראותה של רפק.

1.5.3. הסכמי תדלוק מול "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (להלן: "חברת התדלוק")

חברות מקבוצת החברה קשורות בהסכמים עם חברת התדלוק, אשר גם היא נמנית על קבוצת דלק, לתדלוק רכבים בהיקף של 600 אש"ח בשנה.

2. בקשת החברה

לאור האמור, ביקשתם לקבל את הסכמת סגל הרשות לעמדתכם לפיה, בנסיבות העניין:

2.1. אין לראות במועמדת, במעבידה או במי שהיא כפופה לו במישרין או בעקיפין (להלן: "צד מקורב") כמי ש"מקיימים קשרים עסקיים דרך כללי" עם החברה, לעניין הוראות סעיף 240 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; ולחלופין-

2.2. אם עמדתכם כמתואר לעיל תידחה - כי טיב והיקף הקשרים העסקיים המתוארים לעיל מהווים קשרים זניחים שאינם מקימים למועמדת זיקה, ולפיכך אינם פוגמים בכשירותה לכהן כדירקטורית חיצונית בחברה.

3. עמדת החברה

3.1. לא מתקיימים קשרים עסקיים דרך כלל בין החברה לבין המועמדת או צד מקורב אליה

3.1.1. לעמדתכם, IDE שהיא האישיות המשפטית בה מועסקת המועמדת, היא שבאה בגדרי התיבה "מעביד". לגורם זה, כשלעצמו, אין קשרים עסקיים כלשהם עם קבוצת החברה, בכל אחת משלוש ההתקשרויות. בנוסף, המועמדת כפופה במישרין למנכ"ל IDE ובעקיפין ליו"ר הדירקטוריון בה. אלו אינם נושאי משרה בדלק תשתיות ואינם נושאי משרה או מעורבים בעסקיהן של דלק קידוחים או מאגר תמר. לפיכך, לעמדת החברה, אין לומר שלמעביד של המועמדת או לממונים עליה קשרים עסקיים עם החברה.

3.1.2. בנוסף, לעמדתכם, אין זה נכון לראות גם בקבוצת דלק כמי שהמועמדת כפופה לה. בשים לב לתכלית סעיף 240 לחוק החברות - מניעת חשש לקיומה של השפעה מהותית על המועמד לכהונת דירקטור חיצוני, ברי שהכוונה הייתה לגורם המצוי בעמדת מרות ברורה על המועמד. לפרשנותכם, המחוקק לא כיוון לכך שיש לראות את המועמד כמי שכפוף לכל שרשרת התאגידים המחזיקים בארגון בו המועמד הוא בעל תפקיד, מקל וחומר במשק ריכוזי וקטן דוגמת המשק הישראלי, שבו עלולה גישה מרחיבה מעין זו ליצור פסילה גורפת של כל מי שמועסק בחברה הנמנית על אשכול חברות גדול.

נגיעתה של המועמדת לקבוצת דלק, אינה בעוצמה המבססת חשש סביר או אף נראות של השפעה מהותית על המועמדת, ועל כן, אין די בה לפגום בכשירותה. לעמדתכם, במצב הדברים שבו המועמדת היא עובדת שכירה ב-IDE, שרק מחצית מהזכויות בה מוחזקות בידי קבוצת דלק, כאשר הקשרים העסקיים מתקיימים במהותם מול תאגיד אחר, ותוך שהמועמדת, מעבידה והגורמים הממונים עליה, אינם מעורבים בקשרים עסקיים אלה - לא מתקיימת אף אחת מתכליות החקיקה, הן בפן המהותי של חשש לפגיעה בעצמאות שיקול הדעת של המועמדת, והן בפן הציבורי של מראית פני הדברים.

3.1.3. כמו כן ציינתם ביחס להסכם הגז - כי הקשרים העסקיים עם החברה הם של מאגר תמר שאינו בשליטתה של קבוצת דלק, קל וחומר שאינו בשליטתה של IDE. אף שפורמאלית הסכם הגז נחתם עם כלל השותפים במאגר תמר, הפעילות העסקית של המאגר, בכלל, ומכוחו של הסכם הגז, מרוכזת ומנוהלת על-ידי המתאם - חברת "נובל". לכן, לטענתכם, ובהסתמך על עמדת סגל הרשות 17-101,² אין מקום לייחס את הקשר העסקי נושא ההסכם הנ"ל לקבוצת דלק. כמו כן, אין לייחס את הקשר העסקי למועמדת: היא אינה בעלת השליטה בדלק קידוחים, מנכ"ל או יו"ר הדירקטוריון של דלק קידוחים או בעלת תפקיד כלשהו במיזם מאגר תמר, ואף אינה מעורבת באופן כלשהו בניהולם של קשרים עסקיים אלה.

3.1.4. עוד ציינתם ביחס לעסקאות הרכישה - כי לדעתכם עסקאות אלו שהושלמו זה מכבר, לא היוו בשנתיים האחרונות ואינן מהוות במועד הפניה, כשלעצמן, קשרים עסקיים דרך כלל. באשר לעסקה התלויה - מדובר על תשלום חד פעמי בקרות אירוע הצפוי

² בעניין "זיקה של דירקטור חיצוני לחברה" (יוני 2013).

להתרחש בטווח הזמן הקרוב ולפיכך לדעתכם אף הוא אינו מהווה ניהול קשרים עסקיים דרך כלל.

3.1.5. בנסיבות אלה, לדעתכם, ניתן להימנע מפסילה אפריורית של המועמדת לכהונת דירקטורית חיצונית בחברה ולהסתפק במנגנונים הרגילים הקבועים בחוק החברות להתמודדות אד-הוק עם מצבים נקודתיים של ניגודי עניינים של נושאי משרה ובמערכים המקובלים של חובת האמונים וחובת הזהירות המוטלות על אלו.

3.2. הקשרים העסקיים הם זניחים

3.2.1. עסקאות הרכישה

לעמדתכם, אף אם עסקאות המיזם יסווגו כקשרים עסקיים "דרך כלל" - בשל היקפם, ניתן לקבוע כי הם זניחים עבור החברה, קבוצת דלק והמועמדת.

3.2.2. הסכם הגז

לעמדתכם, על אף שלא ניתן לקבוע כי הקשרים העסקיים המגולמים בהסכם הגז הם זניחים לחברה, בשים לב לכלל נסיבות העניין, הקשר של המועמדת לחברה זנית, הן מצד המועמדת והן מצד החברה:

- הקשרים העסקיים אינם של המועמדת עצמה אלא של גוף מקורב לה, כאשר המועמדת אין כל תפקיד בדלק קידוחים או במאגר תמר, ומכאן שאין לה כל דרך להיות מעורבת בקשרים העסקיים נושא הסכם הגז.
- למועד הפניה הסכם הגז אינו "פעיל" ואף אין ודאות בכך שימומש;
- גם כאשר הסכם הגז יופעל, הרי שלאור היקפי הצריכה הצפויה של קבוצת החברה באמצעות חברות המיזם, התמורה שתשולם על ידיה במסגרתו אינה צפויה לעלות על 5% מכלל ההכנסות הצפויות מהמאגר. בשים לב לשיעור ההחזקה ההונית של קבוצת דלק במאגר תמר (כ-16%), החלק המיוחס לקבוצת דלק בגין ההסכם הוא זניח ביחס למחזור הכנסותיה המאוחד³, ומקל וחומר שלמועמדת.
- התמורה שתשולם בגין אספקת הגז תיקבע בהתאם לנוסחה הקבועה בהסכם הגז, שהיא נוסחה "סגורה" המבוססת על נתונים אובייקטיביים ומדידים, באופן שאינה ניתנת לשינוי ואינה מאפשרת הפעלת שיקול דעת בעת חישוב התמורה.
- אם מביאים בחשבון את מחזור ההכנסות הצפוי לחברה מחברות המיזם בעת הפעלת תחנות הכוח הפרטיות, התמורה שתשולם על-ידי החברה בגין ההסכם זניחה עבורה.

³ ע"פ הדוחות הכספיים של קבוצת דלק ליום 31.12.2017. להערכת החברה ההכנסות הצפויות למאגר תמר מהסכם הגז מוערכות בעד כ-180 מיליון ₪ בשנה, מתוך סכום זה חלקה של קבוצת דלק מוערך בעד כ-30 מיליון ₪ בהשוואה למחזור הכנסות של כ-6.835 מיליארד ₪ ע"פ הדוחות המאוחדים של דלק לשנת 2017.

- מקום בו המועמדת נתפסת כבעלת ריחוק מהקשרים העסקיים, עד כי הם הופכים זניחים מנקודת ראותה, ניתן לאחוז בעמדה דומה, לפיה גם מנקודת ראותה של החברה כלפי המועמדת, משקלם של קשרים עסקיים אלה זניח.

3.2.3. הסכמי התדלוק

לעמדתכם, בהינתן היקפי ההתקשרות בהסכמי התדלוק (סך של כ-600 אלפי ש"ח בשנה), ניתן לקבוע כי הקשר זניח בעבור החברה, קבוצת דלק והמועמדת.

3.2.4. בחינת כלל הסכמים במצטבר

לעמדתכם, בשים לב לכלל האמור לעיל, התמורה הכספית המצטברת בגין ההתקשרויות בין החברה לבין קבוצת דלק היא זניחה לחברה, לקבוצת דלק⁴ ולמועמדת. בהקשר זה ציינתם, כי בחינת הזניחות המצטברת מניחה שהסכם הגז יופעל וכי קבוצת דלק תשמור על אחזקותיה במאגר תמר. מאידך הובא בחשבון מחזור ההכנסות הצפוי מתברות המיזם עם הפעלת תחנות הכוח, בתוספת מחזור ההכנסות הנוכחי של החברה. על כל אלה, הוספתם את הריחוק של המועמדת מכל אינטרס ישיר או מעורבות בניהולם של הקשרים העסקיים המדוברים.

4. עמדת סגל הרשות

הרינו להודיעכם כדלקמן:

4.1. סגל הרשות אינו מקבל את עמדתכם לפיה בנסיבות העניין, אין לגוף מקורב למועמדת, קשר עסקי עם החברה:

לעמדתנו, יש לראות במועמדת כמי שכפופה בעקיפין לקבוצת דלק. את המונח "כפוף בעקיפין" יש לפרש בשים לב לתכלית ההסדר התחיקתי הנוגע לכשירות דירקטור חיצוני - למנוע פגיעה בתפקיד המועמד לכהונה בידי מי שהמועמד תלוי בו, או מי שעשויה להיות לו השפעה מהותית על המועמד. לעמדתנו, בנסיבות העניין, בהן יש לקבוצת דלק שליטה ב-IDE (על אף שמשותפת), על פניו קיימת לקבוצת דלק (או לבעל השליטה בה) יכולת השפעה מהותית על נושאי המשרה ב-IDE (באשר לעצם כהונתם או לתנאיה). בהתאם, בנסיבות המקרה מתקיים החשש לפגיעה בניקיון שיקול הדעת של המועמדת בתפקידה כדירקטורית חיצונית בחברה.

ודוק: אין באמור כדי להוביל בהכרח למסקנה לפיה בנסיבות כגון אלו, מהווים הקשרים שבין הצדדים "זיקה" הפוגמת בכשירותו של מועמד לכהונה כדירקטור חיצוני, ולחברה קיימת אפשרות לשלול קיומה של זיקה כאמור בהתקיים התנאים שנקבעו לכך בדין. עם זאת, נקיטה בפרשנות צרה למונח "כפוף בעקיפין" הייתה עלולה למנוע בחינה של מהות הקשרים על ידי ועדת הביקורת של החברה, כמו גם גילוי חשוב למשקיעים אודות קיומם של הקשרים והבחינה שביצעה ועדת הביקורת בעניינם.

בנוסף, סגל הרשות אינו מקבל את עמדתכם לפיה אין ליחס את הקשר העסקי בגין הסכם הגז לקבוצת דלק, שכן מבלי להידרש לשאלת השליטה במאגר תמר, הסכם הגז נחתם מול

⁴ ע"פ דוחותיה הכספיים ליום 31.12.2017.

כל אחת מהשותפות במאגר, ביניהן דלק קידוחים, אשר להבנתנו נשלטת על-ידי קבוצת דלק.

4.2. עם זאת, סגל הרשות לא יתערב בעמדת החברה לפיה בנסיבות העניין ניתן לסווג את הקשרים בין החברה לבין קבוצת דלק כזניחים באופן שקיומם אינו מהווה זיקה הפוגמת בתנאי כשירותה של המועמדת, וזאת בכפוף לקיום יתר התנאים המנויים בתקנה 5(א) לתקנות החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), התשס"ז-2006.

עמדתנו זו מבוססת על נימוקי החברה כמוצג לעיל, ובעיקר, הריחוק בין המועמדת לבין קבוצת דלק והיעדר מעורבותה בקשרים העסקיים דעסקינן, לצד זניחות הקשרים מנקודת מבטה של קבוצת דלק – עובדה המפחיתה את פוטנציאל ההשפעה על ביצוע תפקידה של המועמדת בחברה.

4.3. יודגש, כי סגל הרשות אינו מביע עמדתו לגבי שאלות אחרות העשויות לעלות מהאמור במכתב זה. כמו כן יובהר, כי מכיוון שעמדת סגל הרשות מבוססת על העובדות המתוארות במכתב, כל שינוי בעובדות, בנסיבות או בתנאים שתוארו בו, עשוי לחייב מסקנה אחרת מזו המובאת במכתב תשובה זה.

4.4. 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,

אביחי אביעד, רו"ח

רפרנט

רון קליין, עו"ד

א. תחום ממשל תאגידי

קרן גיחז, עו"ד

א. תחום פניות מקדמיות

מחלקת תאגידיים