

21 במאי 2018

לידי מר אביחי אביעד, רו"ח
לידי מר רון קליין, עו"דלכבוד
מחלקת תאגידים
רשות ניירות ערך

ג.א.ג.,

הנדון: היעדר "זיקה" של מועמדת לכהונת דירקטור חיצוני

בשם מרשתנו, רפק תקשורת ותשתיות בע"מ (להלן: "רפק" או "החברה"), אנו פונים אליכם לקבלת עמדה מקדמית בשאלת כשירותה של גבי מזי פנחוסוביץ (להלן: "מזי" או "המועמדת") לכהן כדירקטורית חיצונית בחברה.

רקע כללי

1. רפק הינה חברה ציבורית רשומה בישראל, שניירות ערך שלה רשומים למסחר בבורסה לניירות ערך בתל-אביב.
2. מזי הינה בעלת תואר ראשון בכלכלה וחשבונאות ותואר שני במנהל עסקים, ומכהנת במועד פניה זה כסמנכ"ל כספים של חברת איי.די.אי טכנולוגיות מים בע"מ (להלן: "איי.די.אי").
3. איי.די.אי הינה חברה פרטית רשומה בישראל, העוסקת בתחום תשתיות המים, בה מחזיקה דלק תשתיות בע"מ (להלן: "דלק תשתיות") 50% מהון המניות המונפק ויתרת הון המניות מוחזק על ידי אלפא מים פרטנס שותפות מוגבלת (אשר אינה קשורה לחברה ולמיטב ידיעתה, אף אינה קשורה לקבוצת דלק). דלק תשתיות הינה חברה פרטית רשומה בישראל הנמנית על קבוצת דלק.
4. למיטב ידיעת החברה, בעלי המניות באיי.די.אי הינם שולטים במשותף, ואין למי מהם זכויות עודפות ביחס לאחר. בהתאם לכך, כפי שנמסר לחברה, קבוצת דלק אינה מאחדת בדוחותיה הכספיים את תוצאותיה העסקיות של איי.די.אי, אלא מציגה את ההשקעה בה על בסיס שווי מאזני.
5. בשנים האחרונות עברה רפק שינוי במיקוד פעילותה, לתחום של ייזום בתחומי האנרגיה המתחדשת וייצור חשמל. בגדר כך, במהלך השנים 2012 ו-2013 התקשרה רפק ו/או חברה בבעלותה המלאה, בשלוש עסקאות לרכישת זכויות בחברות מיזם לקידומן, הקמתן והפעלתן של תחנות כוח פרטיות לייצור חשמל על בסיס גז טבעי ו/או קיטור (להלן: "חברות המיזם" ו-"תחנות כוח פרטיות"), לפי העניין, עם דלק תשתיות (להלן: "עסקאות הרכישה").

6. במסגרת עסקאות הרכישה, מכרה דלק תשתיות את מלוא זכויותיה בחברות המיזם לרפק ולחברה זרה, שהיוותה בעבר שותפה של רפק במיזמים אלה. עסקאות הרכישה הושלמו זה מכבר. כמקובל בתחום זה, עסקאות הרכישה כללו מרכיב של "פרמיה" במובן של תמורה נוספת עתידית, אשר מותנית בהגעה לסגירה פיננסית ביחס להקמתן של תחנות הכוח הפרטיות או במימוש ומכירה של זכויות רפק במיזמים אלה, על פי נוסחאות שנקבעו לעניין מזה. ביחס לשתיים מבין תחנות הכוח הפרטיות בוצעה

אורי ברגמן
אורה דביר
דורון דן
עופר ינקוביץ
טלי סלטון-ישועה
אבי בן-יעקב
דרור תורן
יעל מושקוביץ
יוסי פלח
ערן שוסטר
יגאל קולוף
שרון דרוי ויצלבסקי
דנה שוורץ-אשטר
אורן פכטהולד
מיכל גורן
שגיא פלדמן
רויטל ראובן
תומר צדוק
לימור ארגוב-שנהב
מיכל לדר
ערן ולט
הילה גולדפלד
שגיא נתן
ערן פודם
גיל צ'רצ'י
אלי אביב
אוראל בר דיין
מרינה סימקין
יוספה כהנא וינקר
יונתן ליבצ'יק
מעין פלד
אוהד רבפוגל
דנה וקנין
יסמין שמי
רויטל נררט שמואלוב
עידן מטלין
פאינה פונר
יוסי ברגמן
שי בר-דוד
אוהד גורפינקל
לוטם אזולאי
סתיו לוי
נעמה ברון
שחר רוזנטל
כרמל נודלר
רות מרלה
בן נחשון
נועם דורון
ניצן יכימוביץ
עופר ליכטמן לוי
שי בוטבול
שירה גולדברג
אייל טל
אלכס סחרוב
דן טולדנו
חיים לנקרי
שרון סבן
יעקב וקסלר, יועץ
רון סלפטר, יועץ
דוד מרטיין, יועץ

סגירה פיננסית בחודש מרץ 2016, ונערכה התחשבות סופית בין הצדדים. ביחס למיזם שלישי, גם כאן תהיה זכאית קבוצת דלק לתמורה נוספת בעת הגעה לסגירה פיננסית כאמור או בתרחישי מימוש שונים של חברת המיזם הרלבנטית, ככל שאירוע כאמור יתרחש טרם הגעה לסגירה פיננסית. בכל מקרה, התמורה האמורה נקבעת בהתאם לנוסחה קבועה, אשר סוכמה בעת ההתקשרות בהסכם לרכישת חברת המיזם, והינה מבוססת על נתונים אובייקטיביים ומדידים. למועד זה, רפק מצויה בשלבים מתקדמים של משא ומתן לעסקה למימוש זכויותיה בחברת מיזם זה, אשר בעקבותיו תושלם ההתחשבות בין הצדדים, אשר מוערכת בהיקף של מיליוני ש"ח בודדים. בכפוף להשלמתה של עסקה זו, לא צפויה עוד כל התחשבות בין הצדדים בגין עסקאות הרכישה. להשלמת התמונה יצוין, כי משא ומתן זה החל, בין היתר, לאחר שרפק הודיעה ביחד עם שותף נוסף שאין היא מעוניינת להמשיך לקדם את המיזם, דבר שהוביל להליך משפטי המתנהל בין השותפים בחברת המיזם. התמורה אשר תשולם לקבוצת דלק במקרה כאמור אינה קבועה, עם זאת, אינה צפויה לעלות על חמישה מיליון ש"ח. מכל מקום, מדובר על תשלום חד פעמי מוגבל בקרות אירוע הצפוי להתרחש בטווח הזמן הקרוב, ולפיכך, אינו עונה לדעת החברה להגדרה של ניהול "קשרים עסקיים דרך כלל".

7. בשים לב לכך שגז טבעי הינו חומר גלם בסיסי להפעלתן של תחנות הכוח הפרטיות, התקשרו חברות המיזם עם השותפות במיזם "מאגר תמר" בהסכמים לאספקה והובלה של גז טבעי (להלן: "**הסכם הגז**"). דלק קידוחים, שותפות מוגבלת, הנמנית על קבוצת דלק, שהינה אחת השותפות במיזם של "מאגר תמר". למיטב ידיעת החברה, קבוצת דלק **אינה שולטת** במיזם של "מאגר תמר". כמו כן, הואיל ומיזם "מאגר תמר" אינו מהווה אישיות משפטית, ההתקשרות בהסכמים מסוג זה מתבצעת מול השותפות במיזם זה, כאשר השותף המרכזי במיזם, חברת "נובל", הינה בעלת מעמד של "המתאם" (coordinator) של "מאגר תמר", ובהתאם להתנהלות הן בשלב המשא ומתן על תנאי הסכם הגז והן במהלך יישומו של הסכם הגז, מתבצעת מול חברה זו. בהתאם להוראות הסכם הגז, הגורם מולו צפויה לפעול קבוצת החברה במהלך השוטף של קיום הסכם הגז הינו חברת "נובל". כמו כן, בשים לב לשיעורי החזקתה של קבוצת דלק ב"מאגר תמר", למיטב ידיעתה של החברה, אין לקבוצת דלק יכולת השפעה עודפת על פני כלל השותפים האחרים ב"מאגר תמר". בנוסף ראוי לציין, כי למיטב ידיעת החברה, בהתאם להוראותיו של "מתווה הגז" שגובש על ידי ממשלת ישראל, קבוצת דלק מחוייבת למכור ולהעביר את כל זכויותיה ב"מאגר תמר" במהלך השנים הקרובות.

זו אף זאת, הואיל ותחנות הכוח הפרטיות טרם הוקמו, למועד פניה זו הסכם הגז אינו "פעיל" והפעילות על פיו צפויה להתחיל רק עם תחילת פעילותן של תחנות הכוח הפרטיות. זאת ועוד, בשל החשיבות באספקה של גז טבעי לפעילות רציפה ותקינה של תחנות הכוח הפרטיות, התקשרו חברות המיזם גם בהסכם לאספקה והובלה של גז טבעי עם תאגיד זר, המשמש חלופה וגיבוי להסכם הגז עם "מאגר תמר" (להלן: "**הסכם הגז החלופי**"). לעניין זה יובהר, כי בהתאם לתנאי הסכם הגז החלופי והוראותיו של "מתווה הגז", אם וככל שספק הגז החלופי יעמוד בלוחות הזמנים הנדרשים לתחילת הספקה, הרי שחברות המיזם תהיינה מחוייבות לבטל את הסכם הגז עם "מאגר תמר" ו"להפעיל" את הסכם הגז החלופי. יצוין, כי ההתחייבות האמורה - להודיע על ביטולו של הסכם הגז עם שותפי "מאגר תמר" - הינה התחייבות קשיחה, אשר אינה ניתנת לפרשנות ואו להפעלת שיקול דעת.

בנסיבות אלה ניתן לומר, כי למועד פניה זה לא מתקיימים למעשה "קשרים עסקיים דרך כלל" מכוחו של הסכם הגז, מה עוד שכמוסבר לעיל, אף אין וודאות שקשרים עסקיים אלה יגיעו לידי מימוש. עם זאת, לנוכח האפשרות שהסכם הגז יתממש במהלך תקופת כהונתה של המועמדת וטרם יציאתה של קבוצת דלק ממיזם "מאגר תמר", נדון להלן בהשלכותיו, בהנחה שאכן כך יהיה.

8. להשלמת התמונה יצוין, כי חברות מקבוצת רפק קשורות בהסכמי תדלוק לרכבים (להלן: "**הסכמי התדלוק**") עם "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (להלן: "**חברת התדלוק**"), הנמנית אף היא על קבוצת דלק. היקפם הכספי של התקשרויות אלה זניח באופן מובהק.

9. תיאור סכמטי מרכז של מכלול הזיקות בין המועמדת, רפק וקבוצת דלק, מצורף לנוחותכם לפניה זו.

הסוגיה לדיון

10. נבקש לקבל את הסכמת הרשות לעמדה לפיה בנסיבות המתוארות בפניה זו :

- א. אין לראות במועמדת או בצדדים מקורבים אליה כמי ש"מקיימים קשרים עסקיים דרך כלל" עם רפק, לעניין הוראות סעיף 240 לחוק החברות; **לחילופין** -
- ב. גם אם עמדת רפק כמתואר בס"ק א' לעיל תידחה, הרי שטיב והיקף הקשרים העסקיים כאמור אינם מקיימים למועמדת, זיקה שאינה זניחה, ולפיכך אינם פוגמים בכשירותה לכהן כדירקטורית חיצונית ברפק.

מסגרת נורמטיבית

חוק החברות ותקנותיו

11. מי שממונה לדירקטור חיצוני נדרש לעמוד, בתנאי הכשירות הקבועים בחוק החברות. סעיף 240 לחוק החברות עוסק בכשירות הנדרשת במועד המינוי וקובע -

"(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...;

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;

12. בהתאם לסמכותו כאמור לעיל, קבע השר תקנות המגדירות אילו ענינים לא יהוו זיקה (להלן "זיקה זניחה"). תקנה 5(א) לתקנות החברות (ענינים שאינם מהווים זיקה), תשס"ז-2006 (להלן: "תקנות הזיקה הזניחה") קובעת, כלהלן:

"(א) 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 לפניה, כי מתקיים התנאי שבפסקה (1).
- (4) בחברה ציבורית - קיומם של קשרים עסקיים או מקצועיים כאמור וכן אישורה של ועדת הביקורת הובאו לפני האסיפה הכללית קודם לאישור המינוי.

13. מן המקובץ עולה, כי לא יכהן כדירקטור חיצוני בתאגיד אם יש לו, למעבידו, לשותפו או למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין, זיקה לתאגיד, אלא אם עסקינן בזיקה זניחה מנקודת הראות של המועמד

ומנקודת הראות של התאגיד, והתקיימו הוראות תקנה 5(א) דלעיל.

תכלית האיסור על כהונה של מי שיש לו זיקה לחברה כדירקטור חיצוני

14. לאור תפקידו הייחודי של הדירקטור החיצוני, נדרש כי הוא יהיה עצמאי ונעדר תלות בתאגיד (ובמקרה שלנו - רפק) או בבעל השליטה בו. הגדרת "זיקה" נועדה להבטיח עצמאות זו. הטעם בכך שהגדרת זיקה כוללת גם קיום קשרים עסקיים עם התאגיד או בעל השליטה בו הוא החשש שהדירקטור החיצוני יעדיף את המשך קיום אותם קשרים המשרתים את טובתו האישית על פני טובת התאגיד. הקשרים הללו עלולים להוות מנוף בידי התאגיד או בעל השליטה בו, כדי "לקרוא לסדר" דירקטור חיצוני שעה שאופן פעולתו אינו מתיישב עם האופן המצופה ממנו בידי מי שבכוחם להשפיע על המשך קיום הקשרים העסקיים עמו.

מטעם זה, הורחב גדר איסור הזיקה גם לגורמים אחרים הקשורים בקשר הדוק לדירקטור החיצוני (קרובו, שותפו, מעבידו, הממונה עליו), מתוך חשש שמא פוטנציאל הפעלת הלחץ על הצד המקורב, שלו קשרים עסקיים עם התאגיד, יביא להפעלת לחץ על הדירקטור החיצוני מכיוונו של הצד המקורב כאמור.

ראו לעניין זה את עמדת הרשות לעניין קיומה של זיקה (עמדת סגל משפטית 101-17¹, להלן "עמדת הרשות").

15. טעם נוסף שמציינת הרשות בקשר עם התכלית בבסיס הגדרת הזיקה הינו הנראות, קרי החשש ממראית עין לקיומה של השפעה מהותית על הדירקטור החיצוני.

16. בענייננו התעוררה כאמור השאלה האם בהינתן, כי לתאגידים בקבוצת דלק קשרים עסקיים עם תאגידים בקבוצת רפק כמפורט לעיל, יש ליחסם למועמדת ולראות בה כמי שיש לה (או לצד מקורב אליה) קשרים עסקיים דרך כלל עם החברה, ואם כן - האם אלה עולים כדי זיקה שאינה זיקה זניחה.

האם מתקיימת "זיקה" של החברה עם מי שהינו בבחינת "מעביד" של המועמדת או "מי שהיא כפופה לו"?

17. כאמור לעיל, האיסור על קיומה של זיקה לדירקטור חיצוני הורחב גם ל"קרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המיניו או בשנתיים שקדמו למועד המיניו, זיקה לחברה".

18. את הקשרים העסקיים המתנהלים בין קבוצת החברה לבין תאגידים שונים מקבוצת דלק ניתן לחלק לשלוש קבוצות: עסקאות הרכישה, הסכמי התדלוק והסכם הגז.

19. לדעת החברה, אין חולק כי איי.די.אי, שהינה האישיות המשפטית בה מועסקת המועמדת, היא שבאה בגדרי התיבה "מעביד". כמוסבר לעיל, לגורם זה, כשלעצמו, אין קשרים עסקיים כלשהם עם קבוצת החברה, בכל אחת משלוש הקבוצות. על כן אין לומר שלמעביד של המועמדת קשרים עסקיים עם החברה.

20. כמו כן, בעבודתה כפופה המועמדת במישרין למר אמנון לוי, שהינו מנכ"ל איי.די.אי, ובעקיפין (אף שגם זו בעינינו הרחבה של מושג הכפיפות) למר אבשלום פלבר, שהינו יו"ר דירקטוריון איי.די.אי. למיטב ידיעת החברה ה"ה לוי ופלבר אינם מכהנים כנושאי משרה בדלק תשתיות. כאן המקום לציין, כי לדעת החברה, עסקאות הרכישה שהושלמו זה מכבר, לא היוו בשנתיים האחרונות ואינן מהוות במועד הפניה, כשלעצמן, קשרים עסקיים דרך כלל.

21. עם זאת, כמתואר לעיל, לתאגידים אחרים מקבוצת דלק קשרים עסקיים, לכאורה, עם חברות המיזם של רפק מכוחו של הסכם הגז. כפי שהוסבר לעיל, קשרים עסקיים אלה מתייחסים ל-"מאגר תמר" שאינו בשליטתה של קבוצת דלק, קל וחומר שאינו בשליטתה של איי.די.אי. יתרה מזו, עיון בעמדת הרשות בנושא

¹ http://www.isa.gov.il/Download/IsaFile_7758.pdf

זה מלמד בבירור, כי אין מקום לייחס את הקשרים העסקיים הנ"ל 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.

22. כמו כן, הממונים על המועמדת, ה"ה לוי ופלבר, גם הם אינם נושאי משרה או מעורבים בעסקיהן של דלק קידוחים ו/או "מאגר תמר". על כן, גם אין לומר, כי הממונים על המועמדת מוחזקים כבעלי קשרים עסקיים אלה.

23. בשולי חלק זה, נתייחס לאפשרות, לפיה יש לייחס את הקשרים העסקיים נשוא הסכם הגז לקבוצת דלק. לעניין זה, יצוין, כי למיטב ידיעת החברה, קבוצת דלק **אינה שולטת** במיזם "מאגר תמר". זאת ועוד, הפעילות העסקית של "מאגר תמר", בכלל, ומכוחו של הסכם הגז, בפרט, מרוכזת ומנוהלת על ידי המתאם, היא חברת "נובל". על כן, גם על פי עמדת הרשות, אין מקום לייחס לקבוצת דלק את הקשרים העסקיים נשוא הסכם הגז (אף שפורמלית הסכם הגז נחתם עם כלל השותפים ב"מאגר תמר").

24. לדעת החברה, אף אין זה נכון לראות בקבוצת דלק, כמי שהמועמדת כפופה לה. אמנם מושג הכפיפות אינו מוגדר בחוק החברות, ועל כן יש להיזקק לפרשנותו. ואולם, בשים לב לתכליתו של סעיף 240 לחוק החברות של חשש לקיומה של השפעה **מהותית** על המועמד לכהונת דירקטור חיצוני, ברי שהכוונה הינה לגורם **המצוי בעמדת מרות ברורה על המועמד**. הדוגמא הקלאסית לכך הינה ממונה ישיר במקום עבודתו של המועמד (במישרין) או מנהלו הכללי של מקום העבודה בו מועסק המועמד (בעקיפין). מאידך גיסא, קשה להעלות על הדעת, שבחלופה זו כיוון המחוקק לכך, שיש לראות את המועמד כמי שכפוף לכל שרשרת התאגידים המוחזקים בארגון בו המועמד הינו בעל תפקיד. שכן, במשק ריכוזי וקטן יחסית דוגמת המשק הישראלי עלולה גישה מרחיבה מעין זו ליצור פסילה גורפת של כל מי שמועסק בחברה הנמנית על אשכול חברות גדול, ובכך להתפרס הרחק אל מעבר לנדרש. מאידך גיסא, כפי שהוסבר לעיל, הממונים על המועמדת אינם נושאי משרה או מעורבים בעסקיהן של דלק קידוחים ו/או "מאגר תמר".

25. עוד נוסף, כי אין אנו עוצמים עיניים לנוכח קיומה של נגיעה מסויימת בין המועמדת לבין קבוצת דלק. אלא שלדעתנו, בנסיבות המתוארות לעיל, נגיעה זו אינה בעוצמה המבססת חשש סביר או אף נראות של השפעה מהותית על המועמדת, ועל כן, אין די בה לפגום בכשירותה של המועמדת. שכן במצב הדברים המתואר של עובדת שכירה באי.די.אי., שרק מחצית מהזכויות בה מוחזקות בידי קבוצת דלק, כאשר הקשרים העסקיים מתקיימים במהותם מול תאגיד אחר, שאינו מצוי בשליטתה של קבוצת דלק, תוך שהמועמדת, מעבידה והגורמים הממונים עליה, אינם מעורבים בקשרים עסקיים אלה, לא מתקיימת אף אחת מהתכליות המונחות בבסיסו של סעיף 240 לחוק החברות – הן בפן המהותי של חשש לפגיעה בעצמאות שיקול הדעת של המועמדת, והן בפן הציבורי של מראית פני הדברים.

26. בנסיבות מוגבלות אלה, ניתן לדעתנו להימנע מפסילה אפריורית של המועמדת לכהונת דירקטורית חיצונית 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 נושאי משרה.

27. למעלה מן הצורך נציין, כי כוחם של הנימוקים המתוארים לעיל יפה בעיקרו לקשרים העסקיים נשוא הסכמי התדלוק. על אחת כמה וכמה נכון הדבר, שעה שהיקפם הכספי של קשרים אלה זניח ביותר, ובהתחשב בכך, שאם יש בהם כדי ליצור מניעה, ניתן ממילא להפסיקם קודם למינויה של המועמדת (או לאשרם כקשרים זניחים, באופן מובהק).

28. לסיכום חלק זה, אנו בדעה, כי בנסיבות המתוארות לעיל לא מתקיימים קשרים עסקיים דרך כלל בין המועמדת (או גורם מקורב אליה) לבין רפק, ועל כן אין מניעה למנותה כדירקטורית חיצונית בחברה זו.

בחינה של זניחות הקשרים העסקיים

29. ככל שעמדת החברה, כמוסבר לעיל, אינה מקובלת על הרשות, נעבור לבחינת כשירותה של המועמדת באספקלריה של תקנות הזיקה הזניחה.
30. לצורך הדיון, נניח כי מנקודת ראותה הישירה של רפק, לא ניתן לקבוע, כי הקשרים העסקיים המגולמים בהסכם הגז הם זניחים.
31. חרף זאת, בשים לב לכלל נסיבות העניין, אנו סבורים שזיקתה של המועמדת לרפק היא זניחה, גם תחת ההנחה, כי זיקתה הישירה של רפק לדלק קידוחים אינה זניחה. ונסביר.
32. לצורך טיעון זה, אנו נסמכים על החלטת סגל הרשות מיום 29.3.2017 שלא להתערב בעמדת חברה ציבורית שהינה בנק, בקשר עם זניחות הזיקה של דירקטורית חיצונית ששימשה יו"ר של אגודה שיתופית חקלאית (אגש"ח) שהיו לה קשרים עם הבנק בהיקפים שאינם זניחים מהפן הכמותי. בנימוקיה ציינה הרשות כי הטעם המונח בבסיס עמדתה שלא להתערב בעמדת הבנק לפיה הזיקה זניחה מנקודת ראותה של הדירקטורית החיצונית היתה:
- "מאפייני תפקידה של גבי **** באגש"ח בשים לב למכלול עיסוקיה, ומעורבותה בקשר העסקי של האגש"ח ותאגידי האגש"ח עם הבנק".
33. כוחה של הנמקה זו בנסיבות ענייננו יפה שבעתיים בבחינת "מקל וחומר". שכן, למועמדת אין כל תפקיד בדלק קידוחים ו/או ב"מאגר תמר", ומכאן שאין לה כל דרך להיות מעורבת בקשרים העסקיים נשוא הסכם הגז.
34. זו אף זאת, בעמדת הרשות נקבע מפורשות, כדלקמן:
- "3. בשולי הדברים, ניתן לקחת בחשבון בעת בחינת הזניחות גם את העובדה שהקשרים העסקיים אינם של המועמד עצמו אלא של צד מקורב, וכן להתייחס למידת הקרבה או לכל נסיבה רלוונטית אחרת הקשורה למהות הקשר בין הדירקטור החיצוני לבין הצד המקורב.
4. אף שדרך כלל לא יהיה בכל אחת מהנסיבות הללו כשלעצמה כדי לבסס זניחות, ייתכנו מקרים בהם שילוב של מספר נסיבות כאמור בצירוף בחינת היקף הקשרים העסקיים, יבססו זניחות."²
35. לדעתנו, כוחו של "מבחן הריחוק" יפה גם ביחס לתאגיד ולא רק ביחס למועמד לכהונת דירקטור חיצוני. לפיכך, מקום בו המועמדת נתפסת כבעלת ריחוק מהקשרים העסקיים, עד כי הם הופכים זניחים מנקודת ראותה (ובענייננו, מדובר בהתקשרות בהיקף של עשרות ואולי מאות מיליוני ש"ח בשנה בהשוואה להיקף הכנסתה של המועמדת כנושאת משרה שכירה), ניתן לאחוז בעמדה דומה, לפיה גם מנקודת ראותה של רפק **כלפי המועמדת**, משקלם של קשרים עסקיים אלה זניח, קל וחומר משעה שפעילותה של רפק מתאפיינת במחזוריים בהיקף של מאות מיליוני ש"ח כמו גם הון העצמי בסדר גודל דומה ושעה שלמועד פניה זו הסכם הגז אינו "פעיל" ואף אין וודאות בכך שימומש, כמוסבר בפתח פניה זו.
36. זאת ועוד, גם כאשר הסכם הגז יופעל, הרי שלאור להיקפי הצריכה הצפויה של קבוצת החברה באמצעות חברות המיזם ותחנות הכוח הפרטיות, התמורה שתשולם על ידי קבוצת החברה במסגרתו של הסכם הגז

2

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_7758.pdf

אינה צפויה לעלות על 5% מכלל ההכנסות הצפויות להתקבל בגין אספקת הגז המוזרם ממאגר תמר. בשים לב לשיעורי ההחזקה ההונית של קבוצת דלק במאגר תמר (כ-16%), החלק המיוחס לקבוצת דלק הינו זניח ביחס למחזור הכנסותיה המאוחד של קבוצת דלק על פי דוחותיה הכספיים ליום 31.12.2017 (להערכת החברה התמורה על פי הסכם הגז צפויה להסתכם בעד כ-180 מיליון ש"ח בשנה, מתוכה חלקה של קבוצת דלק - עד כ-30 מיליון ש"ח בשנה בהשוואה למחזור הכנסות של כ-6.835 מיליארד ש"ח על פי הדוחות המאוחדים של דלק לשנת 2017).

בנוסף, התמורה אשר תשולם בגין אספקת הגז תיקבע בהתאם לנוסחה הקבועה בהסכם הגז, כאשר נוסחה זו הינה "סגורה" ומבוססת על נתונים אובייקטיביים ומדידים, באופן שאינה ניתנת לשינוי ואינה מאפשרת הפעלתו של שיקול דעת בעת חישובה של התמורה.

מכאן ניתן לטעון, כי אם וככל שיופעל הסכם הגז, הרי שהחלק המיוחס לקבוצת דלק מתוך התמורה המשולמת על ידי קבוצת רפק הינו זניח לקבוצת רפק (זאת, תוך הבאה בחשבון של מחזור ההכנסות הצפוי מחברות המיזם בעת הפעלתו), ובהתאם לדוחות הכספיים של קבוצת דלק ליום 31.12.2017, כפי שפורסמו על ידה לציבור, סכום זה הינו זניח אף לקבוצת דלק, ומקל וחומר שגם למועמדת

37. מטבע הדברים, מסקנת הדברים בכל הנוגע לקשרים העסקיים נשוא הסכם הגז, הנאמדים בסכומים נכבדים, ישימה גם ביחס לעסקאות הרכישה, ובפרט המיזם השלישי, במקרה בו יש לראות בעסקה האמורה כיוצרת קשר עסקי דרך כלל, ולהסכמי התדלוק, אשר היקפם מסתכם בכ-600 אלפי ש"ח לשנה.

38. בשים לב לכל האמור לעיל, התמורה הכספית המצטברת נשוא ההתקשרויות בין קבוצת רפק לבין קבוצת דלק, הינה זניחה לקבוצת רפק, ובהתאם לדוחות הכספיים של קבוצת דלק ליום 31.12.2017, כפי שפורסמו על ידה לציבור, סכום זה הינו זניח אף לקבוצת דלק ומקל וחומר שגם למועמדת.

39. למען שלמות התמונה יצוין, כי בחינת הזניחות "המצטברת" מניחה שהסכם הגז יופעל, וכי קבוצת דלק תשמור על אחזקותיה ב-"מאגר תמר". מאידך גיסא, בהינתן שהסכם הגז ימומש רק בכפוף להפעלה של תחנות הכוח, הרי שלצורכי בחינת הזניחות הובא בחשבון מחזור ההכנסות הצפוי מחברות המיזם עם הפעלת תחנות הכוח, בתוספת מחזור ההכנסות הנוכחי של קבוצת רפק. על כל אלה, יש להוסיף את "מבחן הריחוק" של המועמדת מכל אינטרס ישיר או מעורבות בניהולם של הקשרים העסקיים המדוברים.

סיכום

40. לאור כל האמור נבקש לקבל את אישורכם, כי לא תתערבו בעמדת החברה, לפיה אין בקיומם של הקשרים העסקיים של תאגידים בקבוצת דלק עם קבוצת רפק, כמפורט בפניה זו, כדי לפגום בכשירותה של המועמדת לכהונת דירקטורית חיצונית ברפק, בין מחמת שאין היא או צד מקורב אליה מקיימים קשרים עסקיים דרך כלל עם רפק ובין בשל זניחותם של קשרים עסקיים אלה, בשים לב למידת ריחוקם מהמועמדת ושאר נסיבות העניין.

41. החברה מודעת לכך כי הפניה אליכם ותשובתכם יתפרסמו באתר רשות ניירות ערך.

אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה והבהרה לה תידרשו בקשר עם נושא פניה זו.

בכבוד רב,

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