

מדינת ישראל

משרד המשפטים

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יועץ)

תאריך כ"ד טבת, תשס"ט
20 ינואר, 2009

תיקנו: ניגוד עניינים
מינויים 99-1

אל:

הנדון: מועמדות דירקטור מטעם המדינה לתפקיד בחברה ממשלתית בה הוא מכהן

1. ביום 24.12.2008 התקיים במשרדי דיון בהשתתפותכם בסוגיה שבנדון, בעקבות פניה של היועצת המשפטית לרשות החברות הממשלתיות מיום 17.12.08. הפניה מתייחסת לדירקטור בחברת [REDACTED], אשר הגיש מועמדות לתפקיד סמנכ"ל הכספים של החברה.

2. השאלה העולה היא כיצד על דירקטור לנהוג במקרה שהוא מבקש להתמנות למשרה בחברה בה הוא מכהן כדירקטור, בין אם כעובד או כיועץ חיצוני. שאלה זו היא עקרונית ונוגעת לכלל החברות הממשלתיות.

3. הגשת מועמדות כאמור מעלה חשש לניגוד עניינים ולמשוא פנים במספר רבדים. במסגרת זו מתעוררת גם שאלה בנוגע לקיומו של צורך בצינון.

4. חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, מתייחס לסוגיית ניגוד העניינים כחלק מהכשירות להתמנות כדירקטור. סעיף 17(א) לחוק קובע—
"סייגים

17. (א) אלה אינם כשירים להיות דירקטור:

.....

(2) עובד החברה ומי שמועסק בשירותה, למעט המנהל הכללי ונציג נבחר של עובדי החברה; יושב ראש הדירקטוריון לא ייחשב כעובד החברה לענין זה;
(3) אדם מקרב הציבור אשר עיסוקיו האחרים עלולים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור באותה חברה;"

בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 6.5000 בסעיף 5(א) בעמ' 21, נקבע כי הכלל האוסר על הימצאותו של עובד הציבור (ונציג הציבור) במצב של ניגוד עניינים (בג"צ 531/79 **סיעת הליכוד**

בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פ"ת, פ"ד לד(2), 566 חל גם על מקרים שאינם נתפסים בגדרה של הוראת סעיף 17(א) המפורשת.

5. דיני ניגוד העניינים הם בעלי תחולה רחבה וחלים, כאמור, גם על חברות ממשלתיות ועל הכהונה בדירקטוריונים שלהם. תפקידי הדירקטוריון הינם, בין היתר, לקבוע את מדיניות החברה ולפקח על ביצועה בידי המנכ"ל והעובדים. במקרה שנוצרו נסיבות שלא מאפשרות לדירקטור למלא את תפקידו לא יוכל להמשיך בכהונתו. סעיף זה, לפי לשונו, חל גם במהלך הכהונה של דירקטור.

6. סעיף 17(א)(2) קובע כי עובד חברה ומי שמועסק בשירותה אינו יכול לכהן כדירקטור. סעיף 17(א)(3) קובע כי ניגוד עניינים של אדם מקרב הציבור מונע ממנו לכהן כדירקטור. מצב בו דירקטור מבקש להתמנות לתפקיד בחברה נתפס בין שתי הוראות אלה. כאשר דירקטור מועמד להיות עובד עולים, בין היתר, החששות הבאים:

- כמועמד הוא בא במגע עם ועדת האיתור או ועדת המכרז, שחלק מחבריה יכולים להיות חבריו לדירקטוריון או עובדים הכפופים לדירקטוריון ולועדותיו. סיטואציה זו בעייתית עקב ידיעתם שהדירקטור ימשיך לכהן בתפקידו ובמעמדו ככזה אם לא ייבחר לתפקיד;
- יתכן והוא היה שותף לגיבוש תנאי הסף למשרה, או שהיה מעורב באופן אחר בנוגע למשרה, התפנותה, הגדרתה וכיו"ב;
- האדם שנבחר לכהן במשרה מגיע לתקופת ניסיון, ויכול להתעורר חשש שאם אחד מהדירקטורים מעוניין במשרתו - הוא יוכל להשפיע על המשך העסקתו.

כל אלה מובילים לחשש ממשי לניגוד עניינים. לאור חשש זה אין מנוס מהקביעה כי אדם המכהן כדירקטור בחברה מסוימת אינו יכול להתמודד בה בעת על משרה בחברה, ולהמשיך בכהונתו. האמצעי של השעיה אינו מספיק, כיוון שאותו אדם נשאר בפועל במעמד של חבר דירקטוריון, ועמית לעבודה של יתר הדירקטורים. זהו פתרון חלקי שאינו מסיר את החשש לניגוד עניינים. אפשרות ההשעיה אף אינה מעוגנת בחוק החברות הממשלתיות אלא לענין מצב בו הדירקטור חשוד בעבירה (סעיף 23).

7. לשאלת תחולת חוק יסוד: חופש העיסוק על כהונה כדירקטור, ועל הגבלת כהונתו של דירקטור מטעמים שונים, ובמקרה שלפנינו ניגוד עניינים, העמדה המקובלת היא כי לאדם אין זכות מוקנית להתמנות או לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית. כהונה כדירקטור בחברה מסוימת אף אינה מהווה עיסוק עיקרי של אדם (למעט מקרים חריגים של מי שמכהן במספר דירקטוריונים).

אף אילו היינו סבורים שקיימת פגיעה בחופש העיסוק בהגבלת כהונתו של דירקטור המבקש להתמנות לתפקיד בחברה, הרי שהגבלה זו היא לתכלית ראויה, ולדעתנו, אין היא עולה על הנדרש ואין פתרון מידתי יותר זולתה.

8. לפיכך, כאשר עולה לדיון בדירקטוריון נושא שנוגע להליך לבחירת עובדים בכירים בחברה, יש להבהיר לחברי הדירקטוריון, כי מי מהם שיהיה מעוניין להגיש מועמדות לא יוכל לקחת חלק בדיונים הנוגעים לכך, ועליו להתפטר מהדירקטוריון מעת הגשת המועמדות.

9. אשר לעניינו של [REDACTED], במקביל לכהונתו בדירקטוריון של [REDACTED], שם היה חבר בועדת בכספים ויו"ר ועדת הביקורת, הגיש את מועמדותו לתפקיד של סמנכ"ל כספים בחברה. בהתאם לאמור לעיל, ניגוד העניינים קיים מעצם העובדה שחבר דירקטוריון מתמודד על משרה בחברה, וקל וחומר במצב בו יש קשר ישיר בין תפקידו בדירקטוריון למשרה המבוקשת. כפי שנמסר לנו מרשות החברות הממשלתיות, ועדת הכספים בחברה זו מפקחת על סמנכ"ל הכספים ומרבית עבודתה מתבצעת ישירות מולו (תקציב, השקעות, גיוס כספים וכיוצא בזה); גם מול ועדת הביקורת מתקיים קשר ישיר, אם כי יותר מצומצם, והוא כולל נושאים שנוגעים אליו ישירות (דו"ח ביקורת על ההשקעות וכיוצא בזה).

10. לאור כל אלו, נראה כי אין מנוס מהקביעה כי על [REDACTED] להתפטר מתפקידו בדירקטוריון, או לחילופין להסיר את מועמדותו למשרת סמנכ"ל כספים.

11. מבחינת סמכויותיה של רשות החברות הממשלתיות במקרים כגון זה, אם מצאה הרשות כי מתקיימת בדירקטור נסיבה שפוסלת אותו מלהמשיך בכהונתו, כגון מועמדותו לתפקיד בחברה בה הוא מכהן, עליה להודיע לו על הימצאותו במצב של ניגוד עניינים, שמחייבו להתפטר מתפקידו כדירקטור (או לוותר על מועמדותו כאמור). סמכות זו נשאבת מסעיף 22(א)(5) לחוק שקובע כי:

"דירקטור יחדל לכהן לפני תום התקופה שלה נתמנה באחת מאלה:

.....

(5) נתקיימה בו אחת הנסיבות הפוסלות אדם מהיות דירקטור;

"....

במצב האמור, אם הדירקטור עומד על מועמדותו למשרה בחברה ובד בבד אינו משתחרר מכהונתו בדירקטוריון, הרשות רשאית להעבירו מכהונתו לפי הוראת סעיף 22(א)(6), הקובע כי דירקטור יחדל לכהן לפני תום התקופה שלה נתמנה אם "הרשות, או השרים לאחר התייעצות עם הרשות, ראו, שאינו ממלא תפקידו כראוי והעבירו אותו, בהודעה לחברה, מכהונתו".

12. שאלה נפרדת שהועלתה נוגעת לצורך בתקופת צינון לדירקטור שהתפטר מתפקידו, לאור האמור לעיל, לצורך התמודדות על תפקיד בחברה בה הוא מכהן. בחברה ציבורית, המחויבת במינוי דירקטור חיצוני, חל ס' 249 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 הקובע הסדר לגבי ניגוד עניינים וצינון לדירקטור חיצוני:

"חברה לא תמנה את מי שכיהן בה כדירקטור חיצוני לכהונה כנושא משרה בה, לא תעסיקו כעובד ולא תקבל ממנו שירותים מקצועיים בתמורה, בין במישרין ובין בעקיפין, לרבות באמצעות תאגיד בשליטתו אלא אם כן חלפו שנתיים מתום כהונתו כדירקטור חיצוני באותה חברה...."

הסדר זה נקבע בשל החשש שדירקטור חיצוני יפעל במהלך כהונתו לקבלת תפקיד בחברה או יקבל טובת הנאה בדרך זו, בניגוד לאינטרס של ציבור המשקיעים בחברה אותו הוא אמור לייצג. כאשר מדובר בחברה ממשלתית ניתן לומר, בהשאלה, כי דירקטור מטעם המדינה מייצג את אינטרס הציבור במובן הרחב, נוכח החזקות המדינה בחברה. כידוע, על דירקטור בחברה ממשלתית חלה הן חובת הנאמנות מכוח דיני החברות (סעיף 254 לחוק החברות) והן חובת האמונים שמקורה במשפט הציבורי.

האפשרות כי מינוי מחדש כאמור מעורר ניגוד עניינים המצדיק מעין תקופת צינון, או הימנעות ממינוי מחדש כאמור במשך תקופה מסוימת, צריכה להיבחן בידי הוועדה לבדיקת מינויים, כאשר תבחן את מועמדותו לקראת המינוי מחדש. הוועדה לבדיקת מינויים רשאית לשקול לקבוע את התקופה בה אין זה ראוי שדירקטור ישוב להתמנות לחברה בה כיהן בעבר והיה מועמד לתפקיד בה.

ככלל, תיחשב כתקופה סבירה לעניין זה תקופה שבין חצי שנה לשנה. תקופה זו ניתנת להארכה או לקיצור, בהתאם לנסיבות המקרה. הוועדה תבחן את תקופת הצינון המתאימה בשים לב, בין השאר, לתקופה בה כיהן אותו דירקטור טרם התפטרותו, התפקידים שמילא בדירקטוריון ובוועדותיו והעבודה המשותפת שלו עם נושאי משרה אחרים בחברה, וכיו"ב. כל מקרה יקבע לגופו, על פי נסיבות המקרה.

ב ב ר כ ה,

מלכיאל בלס

משנה ליועץ המשפטי לממשלה