

-באמצעות המגנ"א-

א.ג.נ.,

הנדון: פניה מקדמית לקבלת עמדת סגל הרשות בנוגע למינוי דירקטור חיצוני בחברת בוני
התיכון הנדסה אזרחית ותשתיות בע"מ ("החברה")

הרינו לפנות אליכם לשם קבלת עמדתכם בנוגע לעניין שבנדון:

1. רקע עובדתי

1.1. החברה פרסמה דוח זימון אסיפה כללית של בעלי המניות של החברה¹ שעל סדר יומה, בין היתר, אישור מינויו של רו"ח אבי ישראלי כדירקטור חיצוני בחברה ("מר ישראלי").

1.2. מר ישראלי היה שותף במשרד-קוסט פורר גבאי את קסירר – רואי חשבון ("משרד רו"ח") וזאת עד למועד פרישתו ממשרד רו"ח ביום 30 ביוני 2016 ("מועד הפרישה"). יצוין כי מר ישראלי החזיק בתיק הביקורת של החברה מטעם משרד רו"ח. כמו כן, כפי שנמסר לנו על ידי משרד רו"ח, רו"ח [REDACTED], שעבד תחת מר ישראלי בעת היותו שותף, התמנה לשותף במשרד רו"ח כשנה לפני פרישתו של מר ישראלי ממשרד רו"ח ומטפל נכון למועד מכתבנו זה בחברה מטעם משרד רו"ח.

1.3. כפי שנמסר לנו על ידי משרד רו"ח, בהתאם להסכם הפרישה בין משרד רו"ח לבין מר ישראלי, מר ישראלי היה זכאי לקבלת מענק פרישה בסכום קבוע שהיה אמור להיות משולם ב-24 תשלומים חודשיים וזאת עד ליום 1 ביוני 2018. נכון למועד מכתבנו זה, שולמו למר ישראלי 21 תשלומים מהתשלומים האמורים, כאשר נותרו שלושה תשלומים שטרם הועברו למר ישראלי בסך כולל של כ- [REDACTED] ש"ח (כולל מע"מ) ("יתרת התשלומים"), נוכח האמור להלן.

1.4. כפי שנמסר לחברה על ידי מר ישראלי, בהתאם לצו שיפוטי שהתקבל [REDACTED] [REDACTED], הוטלו עיקולים על חלק מנכסיו של מר ישראלי ובכלל זה סכומים המגיעים לו על פי הסדר הפרישה. כמו כן, [REDACTED] הטילו עיקול על כספים מתוך יתרת התשלומים (כהגדרת המונח לעיל) המגיעים ממשרד רו"ח. לאור הטלת העיקולים כאמור על יתרת התשלומים, משרד רו"ח מנוע מלהעביר את יתרת התשלומים כאמור וזאת עד לקבלת החלטה עניינית בעניין אופן חלוקת יתרת התשלומים כהגדרתם לעיל. יובהר כי כפי שנמסר לנו, מר ישראלי ניסה בעבר להעביר את יתרת התשלומים לחשבון נאמנות על שם עוה"ד של מר ישראלי [REDACTED]. היות ויתרת התשלומים

¹ פורסם ביום 10 ביוני 2019 (מס' אסמכתא: 2019-01-057001).

כאמור מיועדת לתשלום [REDACTED], לא התקבל אישור [REDACTED] להסרת העיקול הרשום לטובתם ולהעברת יתרת התשלומים לחשבון נאמנות כאמור.

1.5. כפי שנמסר לחברה על ידי משרד רו"ח, מר ישראלי חב סך של [REDACTED] למשרד רו"ח לבין מר ישראלי וזאת בגין תשלום מס ששולם על ידי משרד רו"ח למס הכנסה בקשר עם דמי הפרישה של מר ישראלי ("מחלוקת הכספית") ובגין כך כמה למשרד רו"ח זכות קיזוז מיתרת התשלומים. מר ישראלי מסר לחברה כי נכון למועד מכתב זה, טרם קיבל כל פניה פורמאלית מטעם משרד רו"ח בקשר עם המחלוקת הכספית וכי נודע לו לראשונה אודות "המחלוקת הכספית" בעקבות פניה בעל-פה שבוצעה לאחר פרסום דוח זימון האסיפה שעל סדר יומה אישור מינויו כדח"צ בחברה. יצוין כי למיטב ידיעת החברה נכון למועד זה, לא מתקיים הליך משפטי בקשר עם המחלוקת הכספית כאמור.

2. הסוגיה

א. האם קיומה של יתרה כספית כלפי מועמד לכהונה כדח"צ בחברה ו/או קיומה של מחלוקת כספית בין משרד רו"ח לבין מועמד לכהונה כדח"צ פוגמת באי התלות בין רואה החשבון לחברה על פי סעיף 9ב לחוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968 ותקנות רואי חשבון (ניגוד עניינים ופגיעה באי-תלות כתוצאה מעיסוק אחר), תשס"ח-2008 ("תקנות ניגוד עניינים").

ב. האם קיומה של יתרה כספית של רו"ח המבקר של החברה כלפי מר ישראלי ו/או קיומה של מחלוקת כספית כפי שתואר לעיל, יש בה כדי ליצור למר ישראלי "זיקה", כמשמעותה בהוראות סעיף 240(ב) חוק החברות, התשנ"ט – 1999 ("חוק החברות");

ג. האם נסיבות המקרה יש בהן כדי ליצור למר ישראלי ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור חיצוני בחברה או כדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור חיצוני, כאמור בסעיף 240 (ג) לחוק החברות.

3. המסגרת הנורמטיבית;

א. תקנות רואי חשבון (ניגוד עניינים ופגיעה באי-תלות כתוצאה מעיסוק אחר), תשס"ח-2008

3.1. סעיף 2(ב)(6) לתקנות ניגוד עניינים קובע כדלקמן:

נוסף על האמור בתקנת משנה (א), חזקה שרואה חשבון מבקר מצוי בניגוד עניינים או שנפגעה אי-תלותו במבוקר אם התקיים, במישרין או בעקיפין, אחד מאלה:

...

(6) הוא, קרובו או עובד בכיר שהוא מעסיק, שיש לו השפעה של ממש על עבודת הביקורת במבוקר או על צוות הביקורת העוסק בביקורת במבוקר – קיימו, במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות תאגיד שבשליטתם, קשר כלכלי או קשר עסקי מהותי עם הלקוח, לרבות עם נושאי משרה בלקוח או עובדים בכירים אחרים בו המשתתפים בקבלת החלטות ניהוליות בעבורו, בתקופת הביקורת או בשנה שקדמה לה, או שבתקופה האמורה ידוע שקשר כאמור יתחיל במועד ידוע;

לעניין פסקה זו, "קשר כלכלי או קשר עסקי מהותי" – לרבות עסקה חד-פעמית מהותית ולרבות קשרי ספק-לקוח, קשרי נותן שירות-מקבל שירות, השכרת נכסים, שותפות בעסקים, עסקאות משותפות, שותפות בנכסים וכיוצא באלה, וכן מתן הלוואות ללקוח או קבלת הלוואות מהלקוח; ואולם לא יראו כקשר כאמור הלוואה לרואה חשבון מבקר מתאגיד בנקאי בתנאי שוק ובמהלך העסקים הרגיל, שאינה מהותית לתאגיד הבנקאי, רכישה או השכרה של נכס, טובין או שירות, על ידי רואה החשבון המבקר, טובין או שירות, על ידי רואה החשבון המבקר, שלא כדי לסחור בהם, בתנאי שוק ובמהלך עסקיו הרגיל של המבוקר, ובלבד שהמדובר בעסקה שגרתית שאינה מהותית ללקוח ואשר על פי טיבה, אופיה ותנאיה מיועדת לציבור הרחב או לציבור לקוחות – שאינו משרד רואי החשבון – שהוא בעל מאפיינים מיוחדים, או קבלת שכר מהלקוח

"תקופת הביקורת" – התקופה השוטפת שלגביה נערכת הביקורת, לרבות פרק הזמן עד למועד שבו ניתנת חוות דעת רואה החשבון המבקר על הדוחות הכספיים לתקופה השוטפת.

3.2. החלטת הרשות בדבר אי תלות המבקר לפי סעיף 9ב לחוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968 מאוגוסט 1992.

"קשר כלכלי בין המבקר למבוקר":

למבקר או לקרובו קשר עסקי (קשרי ספק – לקוח, קשרי נותן שירותים-מקבל שירותים, השכרת נכסים, שותפות בעסקים, עסקאות משותפות, שותפות בנכסים וכדומה) עם המבוקר, חברה אם או חברה בת שלו למעט כשהמדובר בעסקה שיגרתית של קניית מוצר או שירות, בסכום לא מהותי, במהלך העסקים הרגיל, במחיר ובתנאים שהיו ניתנים ללקוח דומה.

3.3. כפי שתואר בסעיף 1 לעיל, משרד רו"ח ומר ישראלי סיכמו עוד לפני ה-30 ביוני 2016 את הזכאות לקבלת מענק פרישה בסכום קבוע שהיה אמור להיות משולם ב-24 תשלומים, היינו, מדובר בגמלה קבועה שסוכמה מראש. הסכומים שסוכמו לתשלום לא מותניים ברווחי משרד רו"ח ואף לא מותניים בשכ"ט שישולם למשרד רו"ח על ידי לקוחות המשרד. זאת ועוד, על פי הסכם הפרישה, משרד רו"ח היה אמור לסיים את מלוא תשלומי הפרישה להם התחייב למר ישראלי על פי ההסכם, כאשר העיכוב כאמור לעיל בהשלמת יתרת שלושת התשלומים האחרונים למר ישראלי על פי הסכם הפרישה נובעים בעיקר מעניינים שאינם קשורים למערכת היחסים בין משרד רו"ח למר ישראלי כפי שתואר בסעיף 1 לעיל.

3.4. בהתאם לעמדתכם מיום 21 בנובמבר 2004 שנמסרה למשרד רו"ח ושעניינה "מינוי שותפים לשעבר כדירקטורים בחברות ציבוריות המבוקרות על ידי משרדכם" ("העמדה משנת 2004"), נקבעו, בין היתר, מספר תנאים שבכפוף לעמידה בהם לא יראו במינוי של שותף לשעבר במשרד רו"ח לכהונה כדירקטור כפגיעה בתלות כדלקמן:

- 3.4.1. השותף שיתמנה להיות אחראי לחברה ציבורית לא יהיה מי שהיה כפוף ישירות בשנתיים שקדמו לפרישה לשותפים לשעבר שמונו לדירקטורים באותה החברה ;
- 3.4.2. השותפים לשעבר יימנעו מלהשתתף כדירקטורים בדיונים בנושא אישור שכ"ט משרד רו"ח בשנתיים הראשונות לכהונתם ;
- 3.4.3. חלוף תקופת צינון של שנה בין סיום ביקורת החברה על ידי השותף לשעבר ועד תחילת כהונתו כדירקטור, שאינו דירקטור חיצוני בה ;
- 3.4.4. מינוי שותף לשעבר אחד בלבד כדירקטור בכל חברה ציבורית המבוקרת על ידי משרד רו"ח ;
- 3.4.5. הדירקטורים הנ"ל לא יהיו מעורבים בעצם תהליך מינוי רו"ח המבקר ;
- 3.5. למיטב הבנתנו, התנאים האמורים לעיל מתקיימים והחברה, משרד רו"ח ומר ישראלי מסרו לחברה כי יפעלו לקיום התנאים האמורים לעיל במלואם. לאור האמור לעיל, אנו בדעה כי מינויו של מר ישראלי כדירקטור חיצוני בחברה אינו פוגע באי התלות של רואה החשבון המבקר.

לסיכום ביניים, לעמדת החברה הצדדים עומדים בהוראות העמדה משנת 2004 לעניין אי תלות רואה החשבון המבקר ואין במינויו הצפוי של מר ישראלי כדי לפגוע באי התלות של רואה החשבון המבקר.

ב. חוק החברות, תשנ"ט-1999

- 3.6. בהתאם להוראות סעיף 240(ב) לחוק החברות לא ימונה לכהונה כדח"צ מועמד שיש לו זיקה לחברה. להלן נוסח הוראות סעיף 240(ב) לחוק החברות :
- 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, ובחברה שאין בה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה – גם זיקה למי שהוא, במועד המינוי, יושב ראש הדירקטוריון, המנהל הכללי, בעל מניות מהותי או נושא המשרה הבכיר ביותר בתחום הכספים ; 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 ;
- 3.7. בהתאם לעמדת סגל משפטית מספר 17-101 : "זיקה" של דירקטור חיצוני לחברה מחודש יוני 2013, נקבע כי תכלית חוק החברות, בקשר עם מינוי דירקטורים חיצוניים ואיסור הזיקה שלהם לגורמים שקשורים לחברה ולבעל השליטה, הינה לחזק את עצמאות הדירקטור החיצוני ואת אי תלותו בחברה ובעל השליטה, וזאת

במטרה לאפשר לדירקטור החיצוני למלא את תפקידו כראוי. לאור תכלית זו, אסר המחוקק על זיקה בין הדירקטור החיצוני לבין החברה או בעל השליטה בה, וזאת מתוך חשש שהדירקטור החיצוני יעדיף את המשך הקשרים שלו עם החברה או בעל השליטה בה על פני קיום תפקידו כנדרש על פי דין כדירקטור חיצוני.

איסור הזיקה הורחב על ידי המחוקק גם ל"קרובו, שותפו, למעבידו" של המועמד, וכן "למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו" ("הצד המקורב"), מתוך חשש, כי עקב יחסי התלות ו/או האמון של המועמד עם הצד המקורב, גם קשרים עסקיים של הצד המקורב עשויים לפגוע בעצמאות המועמד ובאי תלותו בבעל השליטה.

3.8. כאמור לעיל, המועמד כיהן כשותף במשרד רו"ח וזאת עד ליום 30 ביוני 2016 היינו, לפני **למעלה משלוש שנים** ממועד פניה זו. נכון למועד פניה זו, לא מתקיימים התנאים היוצרים "זיקה" בינו לבין החברה שכן אינו מכהן כשותף במשרד רו"ח למעלה משנתיים.

3.9. כמו כן, קיומה של יתרה כספית של משרד רו"ח כלפי המועמד אינה עולה לכדי "קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל" שכן, מדובר ביתרת תשלום שהינה על פי הסדר פרישה שנחתם למעלה משלוש שנים לפני מועד פניה זו. כמו כן, למיטב ידיעת החברה, בין מר ישראלי לבין משרד רו"ח אין מערכת יחסים עסקית ולא הייתה מערכת יחסים עסקית בתקופה שממועד הפרישה למעט קיומה של יתרה כספית כאמור, כאשר "המחלוקת הכספית" מתייחסת רק לתשלומים הנובעים מהסדר הפרישה ולא ממערכת יחסים עסקית בין הצדדים.

3.10. יצוין כי לעמדת החברה, מתקיימים בנסיבות המקרה התנאים שנקבעו על ידי סגל רשות ניירות ערך במסגרת העמדה משנת 2004 לעניין "מינוי כדירקטור חיצוני וקיום "זיקה" לפי סעיף 240 לחוק החברות" שכן, על פי עובדות המקרה מר ישראלי היה זכאי לקבל על פי הסדר הפרישה **גמלה קבועה שסוכמה מראש** וכן, מר ישראלי **אינו זכאי לחלק מרווחי משרד רו"ח ואינו שותף בכל דרך שהיא בניהול המשרד ובפעילותו** לאור האמור לעיל, אנו בדעה כי מתקיימים אף התנאים הקבועים בעמדה משנת 2004.

3.11. נסיבות המקרה הייחודיות אף תומכות בכך שלא מתקיימת "זיקה" כהגדרת המונח בחוק החברות וזאת, בין היתר, לאור משך הזמן שעבר ממועד הפרישה של המועמד והנסיבות שבעטיין מנוע משרד רו"ח להעביר למר ישראלי את יתרת התשלומים כאמור נסיבות כאמור שאין בהם כדי לגרום לחשש כי קיומם של קשרים עסקיים של החברה עם משרד רו"ח עשויים לפגוע בעצמאות המועמד ובאי תלותו.

3.12. בהתאם להוראות סעיף 240(ג) לחוק החברות: לא ימונה יחיד כדירקטור חיצוני אם תפקידו או עיסוקיו האחרים יוצרים או עלולים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור, או אם יש בהם כדי לפגוע ביכולתו לכהן כדירקטור.

3.13. אנו סבורים כי בנסיבות העניין ולאור זאת שמר ישראלי אינו שותף למעלה משלוש שנים במשרד רו"ח, אין חשש כי עלול להיווצר לו ניגוד עניינים ככל שימונה לכהונה כדירקטור חיצוני בחברה.

3.14. יצוין כי כאמור בעמדת רשות ניירות ערך מיום 8 באוגוסט 2011 שפורסמה בעקבות פניה מקדמית, אחת מחובותיו המהותיות של דירקטור חיצוני הינה בחינה ואישור של הדוחות הכספיים של התאגיד, לרבות במסגרת תפקידו בוועדת הביקורת או בוועדה לבחינת הדוחות הכספיים. יובהר ויודגש כי במקרה דנן אין כל חשש כי מר ישראלי עלול להיות במצב של ניגוד עניינים במסגרת אישור הדוחות הכספיים שכן, דוחות כספיים של החברה אשר עתידים להיות מאושרים לאחר מועד פניה זו ומועד מינויו של מר ישראלי, אינם כוללים פרטים ונתונים מתוך דוחותיה הכספיים של החברה אשר מר ישראלי היה שותף לעריכת הביקורת בגינם בעבר וזאת לאור משך הזמן שחלף.

4. סיכום

- 4.1. קיומה של יתרה כספית של משרד רו"ח כלפי מר ישראלי אינה עולה לכדי קשר עסקי שכן, מדובר ביתרת תשלום על פי הסדר פרישה שנחתם למעלה משנתיים לפני מועד פנייה זו לפיו, היה זכאי מר ישראלי לתשלום גמלה קבועה שאינה תלויה ברווחי ו/או תוצאות משרד רו"ח. כמו כן, בין מר ישראלי לבין משרד רו"ח אין קשר עסקי ולא היה קשר עסקי בתקופה שממועד הפרישה.
- 4.2. משרד רו"ח, מר ישראלי והחברה, מקבלים את התנאים שהוטלו בעמדה משנת 2004 לעניין מינוי שותפים לשעבר במשרד רו"ח כדירקטורים בחברות ציבוריות המבוקרות על ידי משרד רו"ח כאמור בסעיף 3.4 לעיל.
- 4.3. לעמדתנו, קיומה של יתרה כספית על פי הסדר פרישה, שקיימת מניעה בדין לביצוע התשלומים על פיה (לאור עיקולים שהוטלו על הכספים האמורים), אינה מהווה קשר כלכלי או קשר עסקי מהותי.
- 4.4. כמו כן, קיומה של יתרה כספית כאמור אינה יוצרת למועמד "זיקה" כהגדרת המונח בחוק החברות וזאת מהטעמים המפורטים לעיל.
- 4.5. החל ממועד הפרישה ועד למועד מכתבנו זה, לא מתקיימים קשרים עסקיים מהותיים ואין קשרים כלכליים בין משרד רו"ח לבין מר ישראלי שאינם קשורים להסדר הפרישה של מר ישראלי ממשרד רו"ח.
- 4.6. לעמדת החברה, בנסיבות המקרה אין חשש כי יתקיים ניגוד עניינים בין תפקידו של מר ישראלי כדירקטור חיצוני בחברה לבין מעמדו כרואה החשבון המבקר של החברה בעבר או חשש כי מקרה כאמור יפגום ביכולתו לכהן כדירקטור בחברה וזאת בשל העובדות המתוארות לעיל.

לאור כל האמור לעיל, נודה לקבלת עמדתכם כי בנסיבות המתוארות לעיל אי התלות של משרד רו"ח לא נפגעה, ואין בהם כדי ליצור למר ישראלי "זיקה" כהגדרת המונח בחוק החברות.

יצוין כי משרד רו"ח מסכים עם עמדת החברה כפי שהיא מתוארת במכתב זה לעיל.

אנו מודעים לכך שפנייה זו ותשובת הרשות עשויים להתפרסם באתר הרשות, לפיכך נבקש לא לכלול את שם החברה ו/או את שמו של מר ישראלי כולל אי הכללת סכומים המפורטים בבקשה זו בפרסום באתר וזאת בשל עובדות המקרה כמפורט לעיל הנוגעות לסוגיות בדיני מעמד אישי.

עקב סד הזמנים הן לעניין מועד קיום האסיפה הכללית של החברה והן לעניין הצורך במינוי דח"צ בחברה בשל סיום כהונת דח"צ מכהן, נודה להתייחסותכם הדחופה בנושא.

נשמח לעמוד לרשותכם לשם מתן הבהרות נוספות, אם וככל שתידרשנה, ואנו מודים לכם מראש על שיתוף הפעולה.

בכבוד רב,

בוני התיכון הנדסה אזרחית ותשתיות בע"מ