

# מדינת ישראל

## משרד המשפטים

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה  
(משפט ציבורי-מינהלי)

14/12/2020

לכבוד  
חה"כ דוד אמסלם,  
שר הדיגיטל הלאומי

שלום רב,

### הנדון: מכתבך בנושא 'בחירת אופן מינוי דירקטורים ברשות החברות'

סמך: מכתבך למנהל רשות החברות הממשלתיות, עו"ד יעקב קווינט, מיום 6.12.2020; מכתבי אליך מיום 30.11.2020

העתק ממכתבך שבנדון, בגדרו התייחסת לטיוטת חוות דעתי בעניין 'נבחרת הדירקטורים – הליך מינויים של דירקטורים בחברות הממשלתיות' שהועברה אליך ביום 30.11.2020, התקבל אצלי. מאחר וממכתבך זה למנהל רשות החברות הממשלתיות עולה כי שוררים בינינו פערים מסוימים בתפיסת המצב העובדתי וכן ביחס למצב החוקי, אבקש להשיב על הטענות שעלו במכתבך.

1. למען הסדר הטוב אציג להלן את עיקרי טיוטת חוות דעתי אליה התייחסת במכתבך. טיוטת חוות הדעת סוקרת את המצב העובדתי והמשפטי ביחס למינויים של דירקטורים בחברות הממשלתיות עובר ולאחר קיומו של הליך פומבי, תחרותי ושוויוני בדמות 'הליך נבחרת הדירקטורים', המבוצע בידי רשות החברות הממשלתיות מחודש נובמבר 2013 ועד היום, משך 7 שנים רצופות, לצורך גיבוש רשימת מועמדים הראויים לכהונת דירקטור לשימושם של השרים. **טיוטת חוות הדעת ביקשה לבאר את המצב המשפטי בכל הנוגע להפעלת סמכות מינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות. הטיוטה קובעת כי במצב המשפטי הקיים לאחר הקמת מאגר נבחרת הדירקטורים, וקיומו של הליך פומבי, תחרותי ושוויוני בגדרו (משך 7 שנים רצופות), שיטת מינוי הנעדרת מנגנון פומבי, תחרותי ושוויוני, אינה מגשימה את התכליות שבבסיס הסמכות שהופקדה בידי השרים למינוי דירקטורים בחברות הממשלתיות. זאת, גם בשים לב למאפייני החברות הממשלתיות ולמאפייני תפקיד הדירקטור לפי דין. כידוע החברות הממשלתיות מהוות מרכיב חשוב בנכסי המדינה והציבור והן פועלות, ככלל, לפי שיקולים עסקיים. כמו כן, הדירקטוריון הוא האורגן המרכזי בחברה האחראי על הובלתה, ובכלל זה אחראי על קביעת מדיניות החברה ופיקוח על ביצועה בידי ההנהלה. הדירקטוריון אף אחראי על מינוי המנכ"ל, ובעקיפין אף יכול להשפיע דרכו על מינוי בעלי תפקידים נוספים בהנהלת החברה ואף מעבר לכך. עקב מאפיינים אלה מחייב הדין כי דירקטור בחברה הממשלתית יהא גורם מקצועי ועצמאי שיפעל לשם השאת רווחיהן של החברות הממשלתיות שהן רכוש הציבור. תפקודן המיטבי והשאת רווחיהן של החברות הממשלתיות למען הציבור כולו הם שאמורים להכווין אף את פעולות השרים הממנים דירקטורים. על כן, טיוטת חוות הדעת קובעת, כי במצב המשפטי הנוכחי דרך המלך למינויים של דירקטורים בחברות הממשלתיות היא ככלל באמצעות הצעת מועמדים שנבחרו בהליך פומבי, תחרותי ושוויוני – קרי מתוך מאגר נבחרת הדירקטורים, תוך שמירת הליך תואם הנבחרת כהליך חריג ומצומצם, או בהליך פומבי, תחרותי ושוויוני אחר אותו יקבעו השרים. המהות איננה קידוש הנבחרת אלא ביטוי לעיקרון של הליך פומבי, תחרותי ושוויוני.**

2. במכתבך שבנדון הועלו הטענות הבאות בהתייחס לאמור בטיטת חוות הדעת. **ראשית**, נטען כי נבחרת הדירקטורים אינה רלוונטית לימינו או משהיא אינה מאפשרת ייצוג של כלל המגזרים שבציבור הישראלי ומשהיא אינה משקפת את מדיניות הממשלה הקיימת ו"כמובן את שרי הליכוד והמחנה הלאומי על משרדיהם השונים". **שנית**, נטען כנגד הצורך בהליך נבחרת הדירקטורים מקום בו קובע החוק את הקריטריונים לפיהם נבחרים המינויים של הדירקטורים לחברות הממשלתיות, ובכלל זה בחינתם על ידי הוועדה לבדיקת מינויים בראשות כב' השופטת (בדימוס) בלה גילאור הפועלת מכוח סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975. **שלישית**, נטען כנגד חוקיות טיטת חוות הדעת, בין היתר, בשים לב לגיבושה בסמוך לסיום כהונתי כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה. לשם העמדת הדברים על דיוקם אבקש להשיב עתה על טענות אלה לפי סדר העלאתן.

3. **טיטת חוות הדעת עוסקת בשאלת הליך המינוי שהשרים נדרשים לערוך במציאות המשפטית הקיימת, לשם בחירת המועמדים לתפקיד דירקטור בחברה הממשלתית.** לעניין זה קובעת טיטת חוות הדעת את העיקרון המתבקש מפרשנות הדין לפיו מינויים של דירקטורים לחברות הממשלתיות צריך להיעשות על בסיס הליך פומבי, תחרותי ושוויוני תוך שמובהר כי הליך זה יכול שיהיה באמצעות הליך נבחרת הדירקטורים שמבצעת רשות החברות הממשלתיות בשנים האחרונות, ושב עוסק מכתבך, או במסגרת הליך תחרותי אחר שייקבע על ידי השרים בתיאום עם הרשות. הנקודה המכרעת אינה דווקא הליך נבחרת הדירקטורים, כפי שעוצב על ידי רשות החברות הממשלתיות, אלא קיומו של הליך תחרותי, שוויוני ופומבי כדרך המלך להבדיל ממינוי שיכול שיתבצע בשירות, לא בשקיפות ולא בהליך שוויוני או תחרותי. לצד קביעה עקרונית זו, הנשענת על פסיקת בית המשפט העליון הקיימת בנושא והנחיית היועץ המשפטי לממשלה (הנחיה מספר 6.5000 שעניינה "מינויים בחברות ממשלתיות ובתאגידים ציבוריים"), מתייחסת הטיוטה גם ליחס שבין הליך נבחרת הדירקטורים אל מול נוהל תואם הנבחרת, המאפשר בחינה של מועמדים שנבחרו לתפקיד מחוץ לנבחרת הדירקטורים.

4. יודגש; שיטת מינוי המבוססת על הליך פומבי, תחרותי ושוויוני, הוכרה בשיטת המשפט הישראלית כשיטה שיש בה להבטיח את בחירתו של המועמד הטוב ביותר לתפקיד, עצמאותו ומקצועיותו של המועמד, תוך שמירה על שוויון ההזדמנויות, על היעדר שרירות ומשוא פנים ותוך ניתוק הליך הבחירה משיקולים לא ענייניים ומהקשרים פוליטיים. לעומת זאת, שיטת מינוי ללא כל מנגנון מקדמי תחרותי מקימה חשש רב להתערבותם של שיקולים זרים במינוי, לפגיעה בעצמאותו ובמקצועיותו של המועמד שייבחר לתפקיד. בכך היא מקימה חשש לפגיעה בתפקוד החברות הממשלתיות המהוות כאמור נכסי הציבור ופועלות למענו.

5. **באשר לטיעון לפיו נבחרת הדירקטורים אינה נותנת מענה לייצוג של מגזרים שונים ומוכשרים בציבור הישראלי**, יצוין כי בטיעון זה אין ממש. נהפוך הוא. בבסיס הקביעה העקרונית שבטיטת חוות הדעת, ולפיה מינוי לתפקיד דירקטור צריך להיעשות על בסיס הליך פומבי, תחרותי ושוויוני, ניצבת ההכרה כי הליך בחירה כאמור יעמיד לבחירת השרים את הצעות המועמדים הטובים ביותר לתפקיד תוך שמירה על מתן הזדמנות שווה לכל אדם מוכשר מהציבור המבקש להיבחר לתפקיד ולא רק למועמדים שהשר מכיר או שנמנים על מפלגתו. זאת, שכן במסגרת ההליך האמור נקבעים מראש הקריטריונים לפיהם ייבחנו כלל המועמדים שיבקשו להתמודד לתפקיד, כאשר ההתמודדות פתוחה לכל אדם מהציבור העונה על תנאי הסף, והבחירה במועמד שיוצע לתפקיד בסיום ההליך נעשית לאחר עריכת השוואה בין כשירותם והתאמתם של מועמדים פוטנציאליים שונים לפי

קריטריונים שגובשו מראש. מטבע הדברים, הליך זה מבטיח כי בחירת המועמדים שיוצעו לתפקיד תהיה על רקע כישוריהם והתאמתם של המועמדים לתפקיד ולא על רקע קשריהם, זיקתם הפוליטית או היכרותם האישית עם השרים הממנים. מכאן, שהליך זה גם מבטיח את עצמאות שיקול דעתם של המועמדים שייבחרו לתפקיד כפי הנדרש לפי הדין (להרחבה בעניין יתרונותיו של ההליך התחרותי ראה פסקאות 24-28 לטיוטת חוות הדעת). בנוסף, במסגרת גיבוש ההליך וקביעת הקריטריונים שלפיהם ייבחרו המועמדים שיוצעו לתפקיד קיימת האפשרות להתייחס להיבטי הגיוון החורגים מן הגיוון המתחייב ממילא לפי החוק ושאותם מבקשים השרים לקדם ובלבד שמדובר בגיוון רלוונטי. יצויין כי כבר בהליך הנבחרת הראשון נקבע כי יינתן ייצוג הולם לנשים ולבני המיעוט הערבי ובהליך הנבחרת שנערך ב-2017 ניתנה עדיפות לאנשים עם מוגבלות, עולים חדשים, יוצאי אתיופיה, חרדים, ערבים ונשים. בנסיבות אלה, נראה כי העיקרון שנקבע בטיטת חוות הדעת שהועברה להתייחסותך בנוגע לדרך בחירתם של מועמדים לתפקיד דירקטור בחברה הממשלתית (היינו, הליך פומבי, תחרותי ושוויוני) עולה בקנה אחד עם המטרות שהצהרת שבכוונתך לקדם בעניין זה ואפילו מגשים בצורה מיטבית יותר מטרות אלו מדרך בחירה הנשענת על היכרותם של השרים עם המועמדים ותו לא, שהיא מוגבלת יותר בהיקפה מטבע הדברים ואינה מאפשרת התמודדות שוויונית למועמדים טובים ומתאימים שהשרים לא מכירים.

#### 6. **באשר לשאלת עצם הצורך בנבחרת הדירקטורים (וביתר דיוק, הצורך בהליך פומבי, תחרותי**

**ושוויוני) לאור קיומם של תנאי כשירות בחוק**, הרי שכאמור בטיטת חוות הדעת, אין בתנאי הכשירות המפורטים בחוק לבדם שמהווים **תנאי סף** ומבטיחים את כשירותם **המינימלית** של המועמדים לתפקיד, כדי להגשים את התכלית שבבסיס סמכות המינוי שהופקדה בידי השרים, כפי שזו נקבעה בפסיקת בית המשפט העליון, **והיא בחירתו של המועמד המתאים ביותר לתפקיד הדירקטור, אשר ייטיב עם ההגנה על נכסי הציבור ועל השבחתם לטובת הציבור כולו**. תכלית זו מקבלת משנה תוקף בנסיבות העניין בהתחשב במאפייניהן של החברות הממשלתיות וחשיבות פעילותן של הדירקטוריון בהן לפי הדין. החברות הממשלתיות בחלקן אמונות על אספקת המצרכים או השירותים החיוניים והרגישים לכלל הציבור, ובכלל זה, מוצרים ביטחוניים, חשמל, מים, דואר ודיור ציבורי. בהתאם, מינוי דירקטורים מקצועיים ומנוסים הוא הכרחי לניהולן התקין של החברות הממשלתיות. כמוסבר לעיל, מינוי המבוסס על הליך פומבי, תחרותי ושוויוני, יש בו להבטיח כי מבין כלל המועמדים הפוטנציאליים ייבחרו המועמדים הטובים ביותר לתפקיד ובכך יש בו להגשים את התכליות שבבסיס הסמכות למינוי דירקטורים בחברות הממשלתיות, ובכלל זה הבטחת מקצועיות ועצמאות המועמד שייבחר. בעניין זה נשוב ונדגיש – חוות הדעת עוסקת בחובה לקיים הליך פומבי, תחרותי ושוויוני ולא דווקא בהליך המתקיים במסגרת נבחרת הדירקטורים במתכונתה הנוכחית.

#### 7. **באשר לחוקיות העמדה ומועד גיבושה**; כאמור, טיוטת חוות הדעת עוסקת בשאלה **משפטית**

הנוגעת לדרך החוקית לבחירתם של מועמדים לתפקיד דירקטור בחברה הממשלתית בידי השרים. החוק מתייחס אך ורק לתנאי הכשירות המינימאליים ולא מתייחס לדרך המינוי לתפקיד. לכך יש להוסיף את הפרקטיקה הנהוגה מזה שבע שנים במסגרת מינויים מתוך הנבחרת הם שהיוו את דרך המלך. ביטול הנבחרת ואיון העיקרון אודות הליך מינוי פומבי, תחרותי ושוויוני מהווה סטייה מהותית מהדין, החזרת הגלגל לאחור ממצב של יותר שוויון למצב של פחות שוויון ופעולה באופן שאינו תואם את פסיקת בית המשפט העליון, את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, את דו"חות

מבקר המדינה מהשנים 1989, 1991, 1998 ו-2017, ואת הפרקטיקה הנוהגת. כך, בדו"ח מבקר המדינה על מינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות, התשנ"ח-1998, נאמר על ידי המבקר, כי "נמצא שהשרים בוחרים רבים ממועמדיהם לתפקיד דירקטור מקרב חוג מכריהם ומקורביהם. תופעה זו פוגעת בעיקרון של מתן הזדמנות שווה לכל מועמד מתאים, ויש בה כדי לפגוע בחברות, שכן הן "מפסידות" מועמדים פוטנציאליים. לדעת משרד מבקר המדינה, מן הראוי להקים מאגר חיצוני שאינו תלוי בשרים של מועמדים לתפקיד דירקטור. מאגר כזה עשוי להכיל מועמדים שהיכולות המקצועיות והניהוליות שלהם עולות על אלו של מועמדים שהשרים מציעים, ואשר התאמתם להוביל את החברות הממשלתיות בישראל בשנות האלפיים מושתתת על כישורים, ולא על קשרים". בדו"ח ביקורת מיוחד של המבקר בנושא "מינוי דירקטורים בחברות הממשלתיות" מחודש דצמבר 2017, בגדרו עמד המבקר על חשיבותו של קיום ההליך ותועלתו לשיפור תפקודן של החברות הממשלתיות, נאמר כי "הקמת המאגר היא מהלך חיובי ונכון אם כי לא חף מליקויים. המאגר נועד לתקן את המצב ששרר שנים לפני הקמת הנבחרת, כאשר למועצות המנהלים של חברות ממשלתיות מונו דירקטורים על בסיס שיקולים מפלגתיים על פני שיקולים ענייניים. על הרשות ועל השרים להמשיך לפעול [...] כדי לקדם את מוסד "הדירקטוריון" ונבחרת הדירקטורים בחברות הממשלתיות שתכליתה בחירת המועמדים הטובים והאיכותיים ביותר, תוך שמירה על שוויון הזדמנויות והיעדר משוא פנים תוך ניתוק הבחירה משיקולים בלתי ענייניים ומהקשרים פוליטיים, לרבות אינטרסים פוליטיים-מפלגתיים כפי שנעשה בעבר, שבסופו של דבר פוגעים בתפקוד החברות הממשלתיות, ובמשתמע באינטרס הציבורי". באשר להליך תואם הנבחרת, העיר המבקר במסגרת הדוח כי הצעת השרים למועמדים במסגרת הליך תואם נבחרת "ראוי שתיעשה באמצעות תהליך תחרותי, שיווינוי ושקוף ובהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה". ויודגש, הקביעה המשפטית בדבר החובה לקיים הליך פומבי, תחרותי ושיווינוי לצורך מינויים של דירקטורים לחברות הממשלתיות נובעת מהמצב המשפטי הקיים, כפי המפורט בטיוטת חוות הדעת. בהקשר זה יובהר כי העובדה שבשנים האחרונות מתקיים הליך תחרותי, כאמור, משפיעה אף היא על המצב המשפטי ואף משקפת אותו.

8. בהתייחס לטיעון שמא חוות הדעת גובשה כעת משיקולים לא ענייניים, יצוין כי אף בטיעון זה אין ממש. **ראשית**, שאלת דרך בחירתם של המועמדים לתפקיד דירקטור בחברה הממשלתית ומעמדו של הליך נבחרת הדירקטורים היא שאלה שנבחנה כבר בעבר בסמוך להקמתה של נבחרת הדירקטורים על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי) דאז, מר אבי ליכט. בחוות דעתו של מר ליכט, נקבע כי "קיומה של רשימת מועמדים שאותרו בהליך פומבי ופתוח, על בסיס קריטריונים מקצועיים ואמות מידה שוויוניות, מטילה על השרים האחראיים חובה מוגברת להציע מועמדים מקרב הציבור בעלי כישורים שאינם נופלים מאלה של המועמדים שעלו בהליך" (מכתבו של מר ליכט מיום 28.4.2014 מצורף למכתב זה)<sup>1</sup>. בעקבות הקביעה האמורה גובש הליך תואם הנבחרת אשר עוגן ב"נוהל טיפול במועמדים מצטיינים שאינם ברשימת מומלצי הרשות לשרים" אותו פרסמה בשעתו רשות החברות הממשלתיות לשרים. **שנית**, מאז הוקמה הנבחרת ועד היום פעלו השרים למינוי דירקטורים מתוך נבחרת הדירקטורים כאשר רק מינויים ספורים בשנים האחרונות נעשו מחוץ לנבחרת ולפי נוהל תואם הנבחרת שפורסם. מכאן שהסוגיה לא

<sup>1</sup> יצוין כי חוות דעתו של מר ליכט נשלחה אל שר התחבורה דאז, אשר "הודיע כי בחינת מועמדיו תהיה על בסיס פנייה לכלל הציבור באמצעות פרסום בעיתונות", היינו בהליך פומבי, שוויוני ותחרותי.

התעוררה בשנים האחרונות ולא נדרשנו לחוות דעת נוספת בעניין. לעומת זאת מאחר ובתקופה האחרונה בוצעו עשרות רבות מאוד של מינויים מחוץ לנבחרת, ועל פי נוהל תואם נבחרת באופן שהפך את החריג לכלל לדרך המלך. מצב זה העלה את הצורך בהעמדת המצב המשפטי המחייב והנכון על כנו על פי הדין לעניין אופן הפעלת סמכות המינוי בידי השרים. מכאן, גובשה טיוטת חוות הדעת, הקובעת כי המצב המשפטי הנוכחי מקים חובה משפטית למינויים של דירקטורים לחברה ממשלתית בהליך פומבי, תחרותי ושוויוני תוך שמירת הליך תואם הנבחרת כהליך חריג ומצומצם. טיוטת חוות הדעת הועברה להתייחסותך במטרה לאפשר קיום שיח משותף בטרם גיבושה הסופי.

9. בנסיבות העניין, ולאחר בחינת הטענות שהועלו בשיחה שהתקיימה בינינו וגם במכתבך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי העמדה העקרונית המוצגת בטיטוט חוות הדעת שלי היא סופית ומחייבת. בהתאם, מצורפת כעת גרסה סופית של חוות דעתי. עם זאת, יובהר שוב כי החובה היא לקיומו של הליך פומבי, תחרותי ושוויוני ולא דווקא בהליך המתקיים במסגרת נבחרת הדירקטורים במתכונתה הנוכחית.

10. על יסוד האמור לעיל ובחוות הדעת המצורפת, נבקשך לפעול באחת מהדרכים הבאות:

- 1) לפעול בהקדם ככל שמתאפשר להשלמת גיבוש הליך נבחרת חדשה. זאת, בהתחשב בחלופי הזמן מאז גובשה רשימת המועמדים המרכיבה את נבחרת הדירקטורים הנוכחית.
- 2) לחילופין, וככל שתחליט לפעול לקידום הליך, פומבי תחרותי ושוויוני אחר, לפעול לקידומו בהקדם האפשרי. לעניין זה, יוער כי לאור היות רשות החברות הממשלתיות הרגולטור והגורם המייעץ בכל הנוגע לחברות ממשלתיות, הליך כאמור, גם אם אינו מבוצע על ידה, צריך להיות בתיאום עמה.
- 3) בכל הנוגע למינוי מועמדים שלא נבחרו במסגרת הנבחרת או בהליך פומבי, תחרותי ושוויוני אחר, הדבר יוכל להיעשות רק אם יינקט באופן חריג ומצומצם כמפורט בחוות הדעת המצורפת. לעניין זה יובהר כי עד שיושלם גיבוש ההליך התחרותי שיוחלט על ידכם, ושבגדרו ייבחרו המועמדים שיוצעו לכהונת דירקטור בחברה הממשלתית, יש לפעול להצעת מועמדים לתפקיד מתוך מאגר הנבחרת הקיים תוך שניתן יהא להציע מועמדים שמחוץ למאגר הנבחרת באופן חריג ומצומצם על פי אמנת המידה המפורטות בחוות הדעת. עוד יובהר, כי החלטה בעניין זה תתקבל לאחר שתניתן לשרים ההזדמנות להסביר את החשיבות והצורך במינויו של המועמד שהוצע לכהונה ומטעמים שיירשמו.

בברכה,

דינה זילבר

משנה ליועץ המשפטי לממשלה

(משפט ציבורי-מינהלי)

העתק :

היועץ המשפטי לממשלה

מר מאיר לוין, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי-פיסקלי)

מר יעקב (ינקי) קווינט, מנהל רשות החברות הממשלתיות

גבי דלית זמיר, היועצת המשפטית לרשות החברות הממשלתיות

מר דני חורין, ממונה בכיר ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מינהלי)

גבי רוני טלמור, ממונה בכירה ייעוץ וחקיקה (משפט כלכלי)

גבי אמוהאי (ציונה) טגניה, ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מינהלי)