



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5474/23

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט ח' כבוב

העותרים: 1. חברת דואר ישראל בע"מ  
2. מישאל וקנין

נגד

המשיבים: 1. שר התקשורת  
2. השר לשיתוף פעולה אזורי  
3. שר האוצר  
4. רשות החברות הממשלתיות  
5. היועצת המשפטית לממשלה

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ג בטבת התשפ"ד (4.1.2024)

בשם העותרים: עו"ד גיורא ארדינסט; עו"ד עמיחי וסרטיל;  
עו"ד אוהד מייזליק; עו"ד סער ענבר בן זאב

בשם משיב 1: עו"ד הלל ברק; עו"ד מאור קייקוב

בשם משיב 2: עו"ד אפרים דמרי

בשם משיבות 4-5: עו"ד ערין ספדי-עטילה; עו"ד מתניה רוזין

### פסק-דין

השופט ד' מינץ:

בעתירה שלפנינו התבקשנו ליתן צו על תנאי המורה למשיב 1 (להלן: שר התקשורת או השר) ולמשיב 2 (להלן: השר לשיתוף פעולה אזורי) להתייצב וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי אין תוקף להליך העברתו מכהונה של עותר 2, יו"ר דירקטוריון עותרת 1, חברת דואר ישראל בע"מ (להלן, בהתאמה: יו"ר הדירקטוריון או העותר ו-דואר ישראל, הדואר או החברה), ולחלופין מדוע לא תבוטל ההחלטה להעבירו מתפקידו. ביום

10.9.2023 ניתן צו על תנאי כמבוקש. באותו מועד גם ניתן צו ביניים המורה כי העותר לא יועבר מכהונתו עד להכרעה בעתירה.

הרקע לעתירה וטענות הצדדים

1. במוקד העתירה עומדת החלטת שר התקשורת והשר לשיתוף פעולה אזורי (להלן ביחד: השרים) להעביר את העותר מתפקידו כיו"ר הדירקטוריון של דואר ישראל. לצורך הבנת התמונה וטרם סקירת טענות הצדדים, אעמוד תחילה בקצרה על עיקרי סיפור הדברים בנוגע להעברתו מתפקידו.

2. אין חולק, הגם כי השרים ביקשו להמעיט מחשיבותו של האמור להלן, כי כבר בשיחה שהתקיימה בין שר התקשורת לבין העותר ביום 14.3.2023 העלה השר בפני העותר את עמדתו לפיה הוא סבור שעליו לסיים את תפקידו כיו"ר הדירקטוריון. לאחר השיחה, ביום 2.6.2023 פנו השרים למשיבה 4, רשות החברות הממשלתיות (להלן גם: הרשות) במכתב שכותרתו "קיום התייעצות עם הרשות בהתאם לסעיף 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975", בו ביקשו לקבל את עמדתה בנוגע לסיום תפקידו של העותר כיו"ר הדירקטוריון של הדואר (להלן: מכתב ההיוועצות). למכתב זה צורפה טיוטת מכתב משר התקשורת לעותר שכותרתו "שימוע – העברתך מכהונה כיושב ראש דירקטוריון חברת דואר ישראל בע"מ" (להלן: טיוטת מכתב השימוע). ביום 12.6.2023 נשלח לשרים מכתב מטעם הרשות ובו פירטה מדוע אין מקום להורות על העברת העותר מתפקידו (להלן: מענה הרשות). בחלוף פחות משבוע ימים מיום שהתקבלה עמדת הרשות, פנו השרים לעותר ביום 18.6.2023 וציינו כי הם שוקלים להעבירו מתפקידו נוכח הנסיבות המפורטות במכתב שצורף לפניה (להלן: פניית השימוע). המכתב היה חתום על ידי שר התקשורת ונשא כותרת "אי מילוי תפקידך כיושב ראש דירקטוריון בחברת דואר ישראל בע"מ כראוי" (להלן: מכתב השימוע). תוכנו של מכתב השימוע היה דומה וכמעט זהה לטיוטת מכתב השימוע שצורפה למכתב ההיוועצות. ביום 2.7.2023 הועברה לשרים תגובת העותר. ביום 17.7.2023 נשלח מענה מטעם השרים לעותר ובו נכתב כי לאחר התייעצות עם הרשות ולאחר בחינת המענה מטעמו, הוחלט על העברתו מכהונתו. בתמצית שבתמצית, בנימוקים שצורפו להחלטה נאמר כי העותר לא פעל להתוויית מדיניות ברורה בנושאים קריטיים לפעילות החברה באופן שהיה בו כדי לסייע לחברה להחזיר את אמון הציבור בה, להגדיל את הכנסותיה ולקדם את הבראתה ואת הליך ההפרטה שהחלה. בכלל זה, צוין כי העותר לא פעל להתוויית מדיניות ברורה בנושא שיפור השירות לציבור; בנושא הפיתוח העסקי של החברה ובפרט בשוק הסחר המקוון הבינלאומי והפנים ארצי; ובנושא בחינת השפעת סגירת יחידות הדואר. את ההחלטה על העברת העותר מכהונתו ביססו השרים על הוראת סעיף 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן: חוק החברות הממשלתיות או החוק), הקובע כי במקרה שדירקטור אינו ממלא את תפקידו כראוי,

רשאים שר התקשורת והשר לשיתוף פעולה אזורי (אשר קיבל את סמכויותיו של משיב 3, שר האוצר, לעניין זה) לסיים את כהונתו, לאחר היוועצות ברשות החברות הממשלתיות.

3. לעמדת העותרים, ההחלטה על העברת העותר מתפקידו נעשתה ללא כל סיבה עניינית, בניגוד מוחלט לעקרונות יסוד במשפט המנהלי והיא רצופה פגמים מהותיים היורדים לשורש העניין. ראשית, סעיף 22(א)(6) לחוק כלל אינו מאפשר להעביר יו"ר דירקטוריון בחברה ממשלתית מתפקידו אלא דירקטור בלבד, ועל כן ההדחה נעשתה בחוסר סמכות. כמו כן, מינויו וכהונתו של יו"ר דירקטוריון בחברה ממשלתית הם עניין פנימי של החברה, כאשר חברה ממשלתית איננה כפופה להחלטות של גורמים פוליטיים למעט במצבים מסוימים שהוגדרו במפורש בחוק. בכל מקרה לא התקיימו במקרה זה התנאים הקבועים בסעיף 22(א)(6) לחוק לסיום כהונתו של דירקטור. החלופות הקבועות בסעיף 22 לחוק אינן מקנות לשר שיקול דעת להעביר מתפקידו דירקטור שאינו נושא חן בעיניו או שאין לו אמון בו. השרים מנסים לטעון בחוסר תום לב ולשם הסתרת השיקולים הזרים שעמדו בבסיס ההחלטה כי העותר "אינו ממלא את תפקידו כראוי", אולם חלופה זו אינה מתקיימת במקרה זה. אין כל תשתית עובדתית לביסוס הטענה שהעותר לא ממלא את תפקידו כראוי ואף ההיפך הוא הנכון. עמדתם הנחרצת של גורמי המקצוע היא כי העותר ממלא את תפקידו בהצלחה רבה, אין כל ליקוי בעבודתו ולהדחתו צפויות השלכות שליליות על התהליכים בחברה. עמדה זו הובעה על ידי דירקטוריון החברה, רשות החברות הממשלתיות, החשב הכללי, ראש אגף תקציבים, גורמים בכירים נוספים במשרד האוצר ועוד. לדעתם, פעילותו של העותר כיו"ר הדירקטוריון יחד עם גורמי הנהלה נוספים הובילו למהפך במצב הפיננסי של הדואר, כאשר ממצב של הפסדי עתק של כשני מיליארד ש"ח, הדואר עבר למצב של רווח משמעותי. בתוך זמן קצר מכניסתו לתפקיד של העותר הוסרה הערת "עסק חי" שנרשמה בדוחותיה הכספיים של החברה לשנת 2021, ברבעון הראשון של שנת 2023 הרווח הנקי עמד על 23 מיליון ש"ח, ברבעון השני עמד על 151 מיליון ש"ח וברבעון השלישי נרשם רווח נקי בסך של 1.5 מיליון ש"ח.

4. מעבר לכך, להחלטה על הדחת העותר לא קדמה היוועצות עם רשות החברות הממשלתיות כפי שמורה החוק. פנייה לרשות החברות הממשלתיות בנושא זה נעשתה רק בחודש יוני 2023, בעוד שההחלטה על הדחת העותר התקבלה שלושה חודשים לפני כן כבר בחודש מרץ 2023. מדובר בפניה שנעשתה למראית עין בלבד, לאחר שהשר כבר קיבל את ההחלטה, הודיע ליו"ר הדירקטוריון ואף הצהיר עליה בתקשורת מספר פעמים. השרים גם התעלמו מעמדתה הנחרצת, המנומקת והמפורטת של רשות החברות הממשלתיות לפיה אין כל עילה חוקית להדחת העותר וכי הדחתו עלולה להביא לכישלון הליך הפרטת הדואר ולפגיעה ממשית בקופת המדינה, ולא ייחסו לה כל משקל ולו

למראית עין. השר לשיתוף פעולה אזורי אף הפעיל לחצים בלתי חוקיים על מנהלת רשות החברות הממשלתיות שכדי שתסטה מעמדתה המקצועית ותתמוך בהדחת העותר. ברי כי לא מדובר במילוי חובת ההיוועצות, ובוודאי שלא מדובר בהתייעצות בלב פתוח ובנפש חפצה כנדרש.

5. העותרים הוסיפו כי הלכה למעשה, ההחלטה כלל לא התקבלה על ידי שני השרים המנויים בסעיף 22(א)(6) לחוק. כאמור, שר התקשורת הודיע ליו"ר הדירקטוריון כבר ביום 14.3.2023 כי בכוונתו להדיח אותו. לטענת העותר באותה פגישה הודיע לו שר התקשורת כי בכוונתו למנות במקומו יו"ר דירקטוריון שיהיה "איש אמונו". לאחר שיחה זו שר התקשורת הצהיר על החלטתו להדיח את העותר מתפקידו בכלי התקשורת מספר פעמים. רק לאחר מכן, כאשר סמכויותיו של שר האוצר בעניין רשות החברות הממשלתיות הועברו לשר שיתוף פעולה אזורי ביום 19.4.2023, חָבַר השר לשיתוף פעולה אזורי לשר התקשורת כדי לקדם את הדחת העותר מתפקידו כיו"ר הדירקטוריון. אולם ההחלטה על הדחת העותר התקבלה על ידי שר התקשורת בגפו, עוד קודם לכן, כאשר שר האוצר (שהיה כאמור ממונה באותו מועד על החברות הממשלתיות) אף התנגד לכך. מעבר לאמור, השר לשיתוף פעולה אזורי אימץ באופן אוטומטי את עמדתו של שר התקשורת, לא בחן כלל את הנושא באופן עצמאי ולא הפעיל שיקול דעת ענייני. לראיה, השר לשיתוף פעולה אזורי כלל לא נימק את החלטתו, אף לא למראית עין, וגם על מכתב השימוע חתם שר התקשורת לבדו.

6. בנוסף על כך נטען כי הליך ההדחה פסול מיסודו בשל הפרה בוטה של חובת השימוע וזכות הטיעון שנמנעה מהעותר. ההחלטה על העברתו מתפקידו נמסרה לו באופן מפתיע בפגישה שהתקיימה בחודש מרץ 2023. מאז בחר השר לנהל את הליך ההדחה באמצעות כלי התקשורת בלבד, תוך הפרה בוטה של כללי הגינות בסיסיים. השרים שלחו לעותר מכתב הנחזה להיות מכתב שימוע אך מדובר במכתב שאינו מנומק, ושצורף לו כנספח מכתבו של שר התקשורת בלבד הכולל טענות מופרכות נגד הנהלת הדואר. מדובר בטענות עובדתיות שגויות, שנטענו מתוך מגמה ברורה להכפיש את הנהלת החברה ובהתעלם מהשיפור המשמעותי שחל במצבה בתקופת כהונתו של העותר כיו"ר הדירקטוריון, ממצבה בעבר ומאחריותו של משרד התקשורת לחלק מהבעיות שהוזכרו במכתב. כך למשל, בעוד שהשר טען שהדירקטוריון אינו פועל לשיפור השירות לציבור, בפועל הדירקטוריון הגדיר את רמת השירות כיעד מרכזי של החברה בתוכנית האסטרטגית והנהלה קידמה תהליכים ארוכי טווח כדי לשפר את רמת השירות תוך הקמת אגף שירות חדש. כך גם אחד מהישגיה המשמעותיים של צמרת החברה בתקופת כהונתו של העותר כיו"ר הדירקטוריון הוא קידום מהיר של חתימה על הסכמי הבראה אשר להם חשיבות עצומה לעתיד החברה, בעוד שהשר בחר להעלות בהקשר זה טענה מחוסרת בסיס כי ההנהלה היא זו שגרמה לעיכובים בחתימה על הסכמי הבראה. כך גם

טען השר כי הדירקטוריון לא התווה מדיניות ולא קבע אמות מידה לסגירת יחידות דואר, בעוד שאמות המידה לסגירת היחידות נקבעו במפורש ברישיון שנחתם על ידי השר עצמו בחודש פברואר 2023 בו נקבעו כללים לאספקת השירותים ופריסת יחידות הדואר.

7. כמו כן, ההחלטה על הדחת העותר היא החלטה פוליטית מובהקת המבוססת על שיקולים זרים. כפי ששר התקשורת הודיע במפורש לעותר, הדחתו נעשתה על רקע רצונו למנות ליו"ר דירקטוריון "איש אמונו", היינו מינוי המבוסס על זהות המועמד ללא קשר לכישוריו או לאופן שבו הוא ממלא את תפקידו. אף בטיוטת מכתב השימוע הנימוק המרכזי להדחה היה כי לשר התקשורת "אין אמון" בעותר. ההחלטה התקבלה זמן קצר בלבד לאחר שנכנס השר לתפקידו, עוד לפני שהכיר את פעילות הדואר ולפני ששוחח עם העותר. גם תזמון ההחלטה על הדחת העותר, בנקודת זמן קריטית בהתפתחות החברה המצויה בהליך הפרטה, מוכיח כי מדובר בהדחה ממניעים פוליטיים גרידא.

8. ההחלטה גם לא התקבלה על בסיס תשתית עובדתית מגובשת. שר התקשורת לא אסף את הנתונים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה, ולא קיים פגישת עבודה עם יו"ר הדירקטוריון או עם מנכ"ל החברה. השר לא התעניין בהיבטים השונים של אופן תפקוד הנהלת החברה, לא במצבה הפיננסי, לא בתכנית ההבראה ובאופן שבו הנהלת החברה מקדמת אותה ולא בחן את תהליכי ההתייעלות שקודמו מאז שהעותר נכנס לתפקידו. רק בשלב מאוחר יותר, כדי להצדיק את ההדחה בדיעבד, הציג השר באמצעי התקשורת ומבלי שפנה באופן ישיר לעותר, נתונים שאינם נכונים או בלתי רלוונטיים לעניין.

9. על כך הוסיפו העותרים כי מדובר במקרה מובהק של חוסר סבירות קיצוני, כאשר כלל הגורמים המקצועיים הציגו שיקולים כבדי משקל נגד הדחת העותר בעוד שלא קיים אף שיקול לכאורי התומך בהדחה. מדובר בהחלטה שרירותית הנעדרת תשתית עובדתית כלשהי. חוסר הסבירות הקיצוני אף בא לידי ביטוי בכך שההדחה נעשתה בנקודת זמן קריטית ביותר לעתיד החברה, בפתחו של הליך הפרטה כאמור, ולאחר שהחברה הצליחה במאמץ רב לשפר את מצבה אחרי תקופה ארוכה של משבר תפעולי ופיננסי. שעה שבמסגרת הליך הפרטה החברה צפויה להימכר לגורמים פרטיים תוך חודשים ספורים, אין אף שיקול ענייני שיכול היה לתמוך בהחלפת נושאי המשרה לתקופת ביניים קצרה של מספר חודשים.

10. מנגד טענו השרים כי אין כל מקום לטענה שהעברת העותר מתפקידו נעשתה שלא בסמכות, שכן מדובר בסמכות המסורה להם באופן מפורש בחוק. שעה שאין חולק כי בסמכות השרים להעביר דירקטור "רגיל" מתפקידו אם אינו ממלא את תפקידו כראוי, פשיטא כי עם פקיעת כהונתו של יו"ר הדירקטוריון כדירקטור, פוקעת גם כהונתו כיו"ר הדירקטוריון. גם אין מקום לצקת תוכן מחמיר ומצמצם לעילת העברה מתפקיד

המתבססת על אי מילוי תפקיד כראוי, כאשר די בכך שמדובר במצב שבו התנהלות הדירקטור איננה "כמו שצריך".

11. השרים עמדו על הרקע שעמד בבסיס ההחלטה להעביר את העותר מתפקידו. לטענתם, לאחר כניסתו של שר התקשורת לתפקידו, התגלה לו לאחר בירור מעמיק באמצעות גורמי מקצוע שונים במשרד ומחוצה לו, כי תפקודו של הדואר הוא בכי רע, וכי ההידרדרות במצבו נעוצה בהתנהלותו של העותר ולכל הפחות כי לא ניתן מענה על ידו לבעיות השונות בקצב משביע רצון. לטענת שר התקשורת גם גורמי מקצוע הביעו מורת רוח מתפקוד העותר, ובראשם מנכ"ל משרד האוצר, וכך גם נמתחה ביקורת על העותר על ידי מנהלת רשות החברות הממשלתיות.

12. לטענת השרים, על רקע זה הסמכות להעביר את העותר מתפקידו הופעלה כדין והליך העברתו מתפקידו היה ללא רבב. השרים ניסו להימנע מלנקוט בצעד זה, נתנו לעותר הזדמנויות שונות לקבל את עמדותיהם המקצועיות לטובת החברה והציבור, אולם העותר דחה הזדמנויות אלה מכל וכל. התשתית העובדתית נבחנה בעיון וביסודיות במשך חודשים ארוכים, נעשתה פנייה רשמית ומפורטת לרשות לשם היוועצות עמה כמצוות המחוקק, עמדתה של הרשות נבחנה לעומק במשך זמן רב, קוים הליך שימוע ורק לאחר מיצוי כל הטענות וההליכים הפעילו השרים את סמכותם והורו על העברת העותר מתפקידו בצירוף מכתב הנמקה ארוך ומפורט.

13. אין גם מקום לקבל את טענת העותר כי ההחלטה על העברתו מתפקידו התקבלה ללא כל דין ודברים עמו. לטענת שר התקשורת התקיימו ישיבות עם הצוות המקצועי של החברה והמשרד במהלך חודש ינואר 2023, שבאחת מהן עלו סוגיות הקשורות לתפקוד החברה ובהן רמת השירות הירודה, סוגיית סגירת הסניפים, עיכובים בהזמנות של לקוחות ועוד. בין חודש פברואר 2023 לאמצע חודש מרץ 2023 העביר ראש מטה שר התקשורת לטיפולו של מזכיר החברה תלונות רבות שהגיעו ללשכת השר מטעם ראשי רשויות שונות לגבי רמת השירות הירודה ולגבי סגירת סניפים. מכאן שהעותר ידע על דרישת השר לשפר את השירות בחברה, כאשר הצוות המקצועי של המשרד פנה לא אחת לחברה על אודות התלונות שעניינן השירות הלקוי שהיא מספקת לציבור.

14. גם הנתונים מצביעים על כך שהעותר כשל בתפקידו להביא לשיפור שירותי הדואר הניתנים לציבור הרחב, שכן מספר התלונות כלפי תפקוד הדואר גדל, והכנסותיו ירדו באופן חד מאז כניסתו של העותר לתפקידו. העותר טוען אמנם כי חל שיפור במצבה הפיננסי של החברה בתחילת שנת 2023, אולם עמדת השרים והדרג המקצועי במשרד התקשורת היא כי שיפור זה נבע מגורמים שאינם קשורים לביצועי החברה, כגון עליית הריבית, שחרור תעריפים שבוצע על ידי משרד התקשורת והסכמי ההבראה שאפשרו

מימון חיצוני לכוח האדם בחברה. לדוגמה, בשנת 2023 נוצר חיסכון בהוצאות שכר כתוצאה מפרישת עובדים (חיסכון שנתי אשר נאמר בסך של 190 מיליון ש"ח), ונוצר רווח הון ממכירת נדל"ן למדינה בסך של 146 מיליון ש"ח. רווח נוסף נבע מעלייה בהכנסות בנק הדואר כתוצאה מעליית הריבית במשק ועליית תעריפי העמלות שמשלם הציבור. לצד זאת, החברה רשמה תזרים מזומנים שלילי מפעילות שוטפת בשנת 2023 למרות מימון המדינה בהיקף של כ-1.8 מיליארד ש"ח. העובדות מצביעות אפוא על כך שכתוצאה מכהונת העותר כיו"ר הדירקטוריון, לחברה נגרמו נזקים של ממש כאשר הפסדיה מגיעים לשיעור ניכר, בעוד שהרווח המדומה שלה נוצר ממהלכים שאינם נובעים ממעשי העותר.

15. השרים הוסיפו וטענו כי אין כל בסיס לטענה שהחלטה על העברת העותר מתפקידו נעשתה מסיבות פוליטיות ונגועה בשיקולים זרים. הטענה כי מניעים פוליטיים עמדו בבסיס ההחלטה נטענה בעלמא וללא כל תשתית ראייתית ולו מינימלית ביותר. הנימוקים שעמדו בבסיס ההחלטה על העברת העותר מתפקידו מתמקדים בנתונים אשר הלכה למעשה אינם שנויים כלל במחלוקת עם גורמי המקצוע, וכך גם הממצאים עליהם הצביעו השרים מהם עולים ליקויים שונים. המחלוקת נעוצה בעמדת חלק מגורמי המקצוע על פיה יש להתייחס לממצאים אלה בשים לב למצבו הכללי של הדואר או במחלוקת מקצועית האם מדובר בנתונים המצביעים על תפקוד לקוי. אולם ההחלטה להעביר את העותר מתפקידו, המתבססת על התשתית העובדתית והמקצועית שהוצגה לשרים על ידי גורמי המקצוע, נטועה עמוק בטווח שיקול הדעת המינהלי שהחוק הקנה להם, והיא נועדה לקדם את טובת הציבור והחברה. מדובר בסוגיות המצויות בלב הפרוגטיבה הניהולית שעליה מופקדים השרים מכוח תפקידם. השרים התנהלו בלב פתוח ונפש חפצה, בסבלנות ובאחריות, המתנינו להתגבשותה של תשתית ראייתית נאותה, בחנו אותה, קיימו התייעצות יסודית ושימוע והתייחסו ביסודיות לכל אחת מטענות הרשות והעותר. השרים הדגישו כי חזקת התקינות המינהלית לא נסתרה וכי מדובר בסוגיה מסוג הסוגיות שעל בית המשפט להימנע מלהתערב בהן.

16. במהלך הדיון שהתקיים לפנינו ביום 4.1.2024 הוסיף וטען בא-כוח השר לשיתוף פעולה אזורי כי לשרים נתונה הסמכות להכתיב מדיניות מסוימת, ואנשי המקצוע מחויבים לממש מדיניות זו. מכאן כי שר רשאי להעביר מתפקידו איש מקצוע הפועל בניגוד למדיניות שהותוותה, וכך גם "מילוי תפקיד כראוי" בא בגדר מדיניות שהשר רשאי להכתיב.

17. רשות החברות הממשלתיות וכן משיבה 5, היועצת המשפטית לממשלה (להלן ביחד: המשיבות) הצטרפו לעמדת העותרים כי בהחלטה להעביר את העותר מתפקידו כיו"ר הדירקטוריון נפלו פגמים מהותיים היורדים לשורשו של עניין והמחייבים את

ביטול ההחלטה. המשיבות עמדו על חומרת הפגמים החותרים לטענתן תחת עקרון היסוד של חוק החברות הממשלתיות, שנועד להבטיח את עצמאות שיקול הדעת של הדירקטורים בחברה ממשלתית כך שיפעלו לטובת האינטרסים של החברה ולא יהיו נתונים להשפעה פוליטית על החלטותיהם.

18. המשיבות עמדו בהרחבה על ההסדרים הקבועים בדיני החברות ככלל ובחוק החברות הממשלתיות בפרט, אשר נועדו להבטיח את עצמאות הדירקטורים. עצמאות זו מתבטאת בין היתר באופן מינויו של דירקטור בחברה ממשלתית, בתנאי הכשירות המאפיינים תפקיד זה ובהסדרים הקבועים את אופן ההעברה מתפקידו. בהתייחס לחלופה הקבועה בסעיף 22(א)(6) לחוק שעניינה העברת דירקטור מתפקידו בשל כך שאינו ממלא את תפקידו כראוי, הדגישו המשיבות כי יישום סעיף זה מחייב רף גבוה של כשל במילוי התפקיד. כן נטען כי מכך שמעולם לא נעשה שימוש בעילה זו, יש ללמוד כי השימוש בה צריך להיעשות במקרים חריגים ביותר. בכל מקרה, נדרשת העמדת תשתית עובדתית מבוססת ומוצקה ממנה עולה כי נפל בהתנהלות הדירקטור פגם מהותי היורד לשורש העניין. מדובר במקרים שבהם הוכחה סטייה משמעותית מההתנהלות המצופה מדירקטור בחברה ממשלתית. לא בכדי קבע המחוקק כי החלטה כזו צריכה להתקבל לאחר התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות, המחזיקה בידע, במומחיות ובמידע הרלוונטיים ביחס לתפקוד החברה ונושאי המשרה בה. במקרה זה התשתית העובדתית עליה נסמכת החלטת השרים הינה חסרה ביותר ואינה מהווה בסיס ראוי להפעלת הסמכות.

19. בהקשר האמור נטען כי אין ממש בטענת השרים כי ההודעה שנמסרה לעותר כבר בחודש מרץ 2023 התבססה על דיונים מקצועיים ונתונים שהוצגו לשר התקשורת לפני כן, וכי ברקע להודעה עמד היקף התלונות שקיבל שר התקשורת מגורמים שונים. הנתונים מצביעים על כך שהחל ממועד הרישיון החדש שנחתם על ידי שר התקשורת בחודש פברואר 2023 התקבלו כלפי הדואר תלונות ספורות בלבד, באופן המביא למסקנה כי קיים ספק אם יכולה הייתה להתגבש תשתית עובדתית מספקת לביסוס ההודעה שמסר השר לעותר. מעבר לכך, בעת שנמסרה ההודעה לעותר בחודש מרץ 2023, השר הממונה על רשות החברות הממשלתיות באותה עת, שר האוצר, לא תמך בעמדת שר התקשורת ואף סבר כי לא יהיה זה נכון להחליף בעלי תפקידים בכירים באותו זמן.

20. גם התשתית העובדתית שנפרשה בהמשך כפי שהוצגה על ידי השרים במכתביהם אינה תומכת במסקנה כי העותר לא ביצע את תפקידו כראוי. התשתית שהציגו השרים מתמקדת בנושאים מתחומי פעולה שונים של הדירקטוריון ואינה מבססת טיעון באשר לתפקוד לא ראוי שלו. חלק הארי מהטענות העובדתיות שהוצגו במכתבי השרים, הופרך על ידי הרשות והעותר. השרים התעלמו מהנתונים שהציגה רשות החברות בהיותה הגורם

המקצועי האמון על החברות הממשלתיות ועל הפיקוח עליהן, דבר המקשה כשלעצמו על ביסוס תשתית עובדתית כנדרש. השרים בחרו להתמקד בנתונים מסוימים, לעתים תוך הצגת תמונת מצב חלקית, ולהתעלם מנתונים אחרים המבססים תשתית מוצקה באשר לתפקודו הנאות של העותר כיו"ר דירקטוריון בחברה המתמודדת עם אתגרים ניהוליים מורכבים ומשמעותיים ביותר.

21. הפעלת הסמכות נעשתה אף מבלי שקוימה חובת ההיוועצות הסטטוטורית עם רשות החברות הממשלתיות כדין, חובה אשר יש לקיימה בנפש חפצה ובנכונות לשמוע ולהשתכנע תוך מתן משקל משמעותי לעמדת הרשות. להודעה לעותר מחודש מרץ 2023 לא קדמה כל היוועצות עם רשות החברות הממשלתיות. גם בהתייחס למכתב ההיוועצות שנשלח בהמשך לרשות, הרי שברי כי לצורך קיום החובה הסטטוטורית האמורה לא ניתן להסתפק בפנייה חד-פעמית, בפרט שעה שבידי הרשות נתונים המנוגדים לעמדת השרים. אי קיום חובת היוועצות כראוי אף עולה מכך שלמכתב ההיוועצות צורף מסמך דומה וכמעט זהה למכתב השימוע שצורף לפניה שנשלחה לעותר. זאת חרף התייחסותה המפורטת של הרשות לנתונים ולטענות שצורפו למכתב ההיוועצות, מבלי שהשרים התייחסו כלל לנתונים העובדתיים ולטענות שהוצגו במענה הרשות, ומבלי לפנות אליה לבירור הפערים שעלו בין הנתונים שבידם לבין הנתונים שבידה. דברים אלה מקבילים משנה תוקף בשים לב למעמדה של הרשות כגוף מקצועי מרכזי בתחום פעילותן של החברות הממשלתיות.

22. במקרה זה נפלו גם פגמים בקיום חובת השימוע. כך, לאחר ששר התקשורת הודיע לעותר כבר בחודש מרץ 2023 כי הוא סבור שעליו לסיים את תפקידו, ולאחר שהועבר מענה מפורט מטעם העותר, בהנמקה שצורפה למסמך שבו הוחלט על העברת העותר מתפקידו נכללה תשתית עובדתית שונה ונוספו טענות שלא הופיעו קודם לכן במכתב השימוע. שינויים אלה נערכו מבלי שניתנה לעותר הזדמנות להתמודד עם התשתית המעודכנת ועם הטענות החדשות שהופנו כלפיו.

23. לטענת המשיבות אפוא, הפעלת הסמכות בנסיבות העניין מעוררת חשש ממשי לפגיעה בעצמאות הדירקטורים בחברה. החלטת השרים עלולה לגרום לאפקט מצנן שירתיע דירקטורים המכהנים כיום בחברות ממשלתיות מלהמשיך במילוי תפקידם לטובת החברה שבניהולם תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי ומקצועי. חשש נוסף להשלכות רוחב כתוצאה מהפעלת הסמכות נוגע לפגיעה בהליך ההפרטה המורכב בו מצויה החברה בתקופה זו ואף בהמשך יישום הליך ההבראה בו היא נמצאת.

24. סעיף 22(א) לחוק החברות הממשלתיות מגדיר את רשימת המצבים שבהם יחדל דירקטור בחברה ממשלתית לכהן, לפני תום התקופה שלה נתמנה. כך קובע הסעיף, כאשר סעיף קטן (6) הוא העומד במוקד ענייננו:

דירקטור יחדל לכהן לפני תום התקופה שלה נתמנה באחת מאלה:

(1) התפטר במסירת כתב התפטרות לשרים; השרים רשאים לעכב את תוקף ההתפטרות לא יותר מחודש ימים; (2) נעדר מארבע ישיבות רצופות של הדירקטוריון או משש ישיבות תוך שנה, זולת אם השרים, לאחר התייעצות עם הרשות, קבעו, בהודעה לחברה, שהיתה סיבה מוצדקת להיעדרות;

(3) נבצר ממנו למלא תפקידו והשרים, לאחר התייעצות עם הרשות, הודיעו על כך לחברה;

(4) הורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון או היא מחייבת, לדעתו, הפסקת כהונתו;

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

(6) הרשות, או השרים לאחר התייעצות עם הרשות, ראו, שאינו ממלא תפקידו כראוי והעבירו אותו, בהודעה לחברה, מכהונתו.

(7) הרשות קבעה כי הוא אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה, או פעל במעשה או במחדל בדרך הפוגעת ביכולת החברה לקיים הוראה או דרישה שניתנו כדין לפי סעיפים 59 ד או 59ה; הרשות תודיע על כך לשר האוצר ולחברה.

העברת דירקטור מתפקידו מוגבלת אפוא למצבים המפורטים בחוק, וביניהם לפי סעיף 22(א)(6) נמנה מצב שבו הדירקטור "אינו ממלא את תפקידו כראוי". היא אינה יכולה להיעשות לפי רצון השרים או הרשות, מבלי להתבסס על אחת מהעילות המפורטות בדין.

25. קביעת רשימה המפרטת עילות קונקרטיות שבהתקיימותן ניתן להעביר דירקטור מתפקידו, מתכתבת עם החשש מפגיעה בשיקול דעתם העצמאי של דירקטורים. החשש מפני פגיעה מעין זו בא לידי ביטוי בשורה של מנגנונים שונים שנקבעו בדין, החל משלב המינוי, המשך בהוראות לעניין תפקודם וכלה בהליך העברתם מתפקידם.

26. במישור מינוי דירקטורים, הדבר מתבטא למשל במסגרת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993, בו נקבעו הוראות שונות שנועדו להבטחת קיומו של הליך מינוי תקין של דירקטורים אשר יהיה מבוסס על שיקולים ענייניים הקשורים בקידום טובתה של החברה. בתוך כך נקבעו תנאי כשירות לכהונת דירקטור בחברה ממשלתית (סעיף 16א לחוק) והוסדרה פעילותה של הוועדה לבדיקת מינויים, ועדה חיצונית מקצועית במהותה אשר נועדה לבדוק את כשירותם והתאמתם של מועמדים לכהונה (סעיף 18ב לחוק; ראו עוד בהקשר זה: ע"מ 9341/05 התנועה

לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פסקאות 11-12 (19.5.2009) (להלן: עניין התנועה לחופש המידע); בג"ץ 6777/98 רוזנברג נ' הוועדה לבדיקת מינויים על-פי חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, פ"ד נב(5) 721, 736 (1998)). הסדרתה של ועדה זו נועדה להבטיח איוש מיטבי של דירקטוריונים בחברות ממשלתיות בהיבט המקצועי, ולכלום תופעה פסולה של מינויים פוליטיים לדירקטוריון חברה ממשלתית (עניין התנועה לחופש המידע, פסקאות 10-12).

עם זאת, יש להעיר כי החוק לא בלם כליל, במסגרת ההסדר האמור, את האפשרות למנות מועמד אשר מתקיימת לגביו זיקה "אישית, עסקית או פוליטית" לשר משרי הממשלה, אלא קבע לעניין זה הוראות מיוחדות. כך נקבע כי לא תינתן המלצת הוועדה לגבי מועמד כאמור אלא אם מצאה כי יש לו "כישורים מיוחדים" בתחומי פעולתה של החברה או שקיימים לגביו שיקולים של "כשירות מיוחדת אחרת" בנוסף לתנאי הכשירות הנדרשים על פי חוק לאותה כהונה (סעיף 18ג(א) לחוק). אף ניתנה האפשרות למנות מועמד כאמור על אף שהוועדה לבדיקת מינויים לא המליצה על מועמדותו, אם אושרה המועמדות על ידי הממשלה (סעיף 18(א) לחוק; ראו גם: בג"ץ 8173/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקאות 4-6 לפסק דינו של השופט א' שטיין (22.5.2022)). ההנחה היא כי זיקה פוליטית לשר משרי הממשלה איננה פוסלת מועמד ראוי מלהתמנות לתפקיד, אולם בהסדר האמור בא לידי ביטוי הצורך בכלם מפני מינויים בלתי הולמים הנובעים מזיקה פוליטית כזו או אחרת בלבד (ראו גם: בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הוועדה לבדיקת מינויים, כבוד השופט (בדימוס) מרדכי בן דרור, פ"ד נג(3) 769, 782-784 (1999); והשוו: בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 30 (12.10.2008)).

27. כך גם בפסיקת בית משפט זה הודגש כי על אף שמינוי דירקטור מתבצע על ידי השרים (לאחר התייעצות עם הוועדה לבדיקת מינויים), הקשר בין הדירקטור לבין הממנה מתנתק עם המינוי ופעילותו כדירקטור צריכה להיעשות מתוך שיקולים ענייניים-עסקיים ולטובת החברה בלבד (בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 43 (1991); בג"ץ 2000/19 ר"ח קובי נבון נ' מנהל רשות החברות הממשלתיות, פסקה 56 (18.11.2019) (להלן: עניין נבון)). וכך ככל דירקטור בכל חברה מסחרית, גם דירקטור בחברה ממשלתית חב בחובת אמונים ובחובת זהירות כלפי החברה בהיותו נושא משרה בה (סעיפים 252 ו-254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות)) וחלות עליו הוראות הדין על פיהן עליו להפעיל שיקול דעת עצמאי בהצבעה בישיבות הדירקטוריון (סעיף 106 לחוק החברות).

28. באופן דומה, פן זה של שמירה על עצמאות הדירקטורים וחובתם המקצועית לפעול לטובת החברה בא לידי ביטוי במובן מסוים גם בהליך העברת דירקטור מתפקידו. הפעלת הסמכות להעברת דירקטור מתפקידו אינה כפופה רק לחובות כלליות מתחום

המשפט המינהלי, כגון החובה להימנע משקילת שיקולים זרים ומן החובה לפעול לטובת הציבור (ראו למשל: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 417 (1993)). ההוראות המפורטות בדבר הנסיבות המצדיקות העברה מתפקיד של דירקטור מכתובות טווח מצבים ושיקולים מגודר שבו ניתן להפעיל סמכות זו. ברשימה נכללים מקרים שבהם תפקע כהונת דירקטור, כגון כאשר התפטר הדירקטור מתפקידו (סעיף 22(א)(1)) או התקיימה בו נסיבה הפוסלת אותו מלכהן בתפקידו (סעיף 22(א)(5)). בחלק מהמצבים, כבענייננו, מדובר בקביעה של רשות החברות הממשלתיות או השרים – למשל, אם השרים הודיעו לחברה (לאחר התייעצות עם הרשות) כי נבצר מהדירקטור למלא את תפקידו (סעיף 22(א)(3)); אם הרשות קבעה כי הדירקטור אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם ביצוע החלטה על הפרטת החברה (סעיף 22(א)(7)); ואם – לפי החלופה העומדת במוקד דיוננו – הרשות, או השרים (לאחר התייעצות עם הרשות) ראו כי הדירקטור "אינו ממלא את תפקידו כראוי" (סעיף 22(א)(6)).

29. מכל מקום, כאמור לעיל, השרים לא הוסמכו לפטר דירקטור בכל עת לפי שיקול דעתם, אלא רק בהתקיים אחת מהנסיבות שפורטו לעיל (ראו גם, למשל: יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בחברה 133 (1989)). בכל אחד מהמצבים האלה הנחת היסוד היא כי מדובר במי שאינו ממלא או אינו יכול למלא את תפקידו כמצופה ממנו, לטובת החברה.

30. הצדדים נחלקו באשר לגדר המצבים שבהם ניתן לקבוע כי דירקטור "אינו ממלא את תפקידו כראוי", כנדרש לפי הוראת סעיף 22(א)(6) האמורה. המשיבות טענו כי נדרש רף גבוה לצורך הפעלת הסמכות מכוח הסעיף, כאשר קביעה כזו יכולה להינתן רק כאשר הדירקטור פעל בסטייה משמעותית מההתנהלות המצופה מדירקטור בחברה ממשלתית וכאשר מדובר בפגם מהותי היורד לשורש העניין. זאת בהשראה מפסיקה שניתנה בתחומים אחרים לגבי הוראות חוק שבהן דובר בהעברה מתפקיד בשל אי תפקוד כראוי. כן טענו המשיבות כאמור כי נוכח העובדה שמאז חקיקת החוק ועד היום לא נעשה שימוש בסמכות השרים לפי סעיף זה, השימוש בה צריך להיעשות במקרים "חריגים ביותר". מנגד, לעמדת השרים די במצב שבו דירקטור אינו ממלא את תפקידו כמצופה – או במילותיהם: "כמו שצריך" – על מנת להעבירו מתפקידו. בעניין זה ביקשו השרים לקבל השראה מיתר הוראות החוק, וללמוד על אופי הסמכות בין היתר מן העובדה שמדובר ב"סעיף סל" שנועד לאפשר העברה מתפקיד במגוון רחב יותר של נסיבות מאלה החמורות המפורטות ביתר עילות הסעיף. כן הפנו השרים להוראת סעיף 33ד(ב)(1) לחוק על פיה די בכך שדירקטור ידע או אף היה עליו לדעת כי לא הוגשו דוחות כנדרש על ידי החברה, כדי לקבוע כי אינו ממלא את תפקידו כראוי.

31. אפתח ואומר כי אינני סבור, כעמדת המשיבות, כי השימוש בסעיף יכול להיעשות במקרים "חריגים ביותר" רק בשל כך שלא נעשה עד היום שימוש בסמכות הקבועה בסעיף זה להעברת דירקטור מתפקידו. השאלה אם נעשה שימוש בסעיף עד היום אם לאו, מסיבות שונות, איננה רלוונטית לעניין פרשנותו. כך גם אין מקום להשוואה שביקשו המשיבות לעשות לנסיבות העברה מתפקיד של גורמים אחרים שתפקידם שונה באופן מהותי מזה של דירקטור בחברה ממשלתית, כגון העברה מתפקיד של נאמן שמונה לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 בהתייחס לעילה שעניינה נאמן ש"אינו ממלא את תפקידו כראוי" (סעיף 55(א)(1) וסעיף 140(א)(1) לחוק האמור). אכן, בעניין ע"א 3823/21 שימור נ' ארז חבר, עו"ד, נאמן (21.7.2021) – אליו בין היתר הפנו המשיבות – ציינתי כי בית משפט של חדלות פירעון רשאי להעביר נאמן מתפקידו אם הוכח כי נפל בהתנהלותו פגם מהותי היורד לשורש העניין (שם, פסקה 9), אולם אין הנדון דומה לראיה. די אם אציין כי בענייננו מדובר בהפעלת סמכות מינהלית, בעוד שלגבי העברת נאמן מתפקידו מדובר בהפעלת סמכות שיפוטית; וכי אין מקום להשוואה בין מינויו של דירקטור בחברה ממשלתית לבין נאמן בהליכי חדלות פירעון בהתייחס בין היתר לאופי הסמכות השונה בתכלית הנתונה לכל אחד מגורמים אלה.

32. אלא מאי, לצורך הפעלת הסמכות להעברת דירקטור מתפקידו בשל כך שהוא אינו ממלא את תפקידו כראוי, נדרשת הנחת תשתית מוצקה, מבוססת וברורה בדבר סטייה מההתנהלות המצופה מדירקטור. העובדה שמדובר בסמכות הנתונה במקביל הן לרשות והן לשרים, וכי לצורך הפעלתה על ידי השרים נדרשת התייעצות עם הרשות, מדגישה כי נדרשת תשתית עובדתית הנסמכת על תפקודו המקצועי של הדירקטור לצורך העברתו מתפקידו לפי עילה זו. ככל החלטה מינהלית, גם החלטה זו צריכה להתבסס על תשתית עובדתית ראויה ובדוקה, בהתייחס לכלל הנתונים המרכזיים והדרושים לשם קבלתה.

בעניין זה אעיר במאמר מוסגר כי גם לא מצאתי ממש בטענת העותרים כי הסעיף האמור כלל לא מקנה סמכות להעברת יו"ר דירקטוריון מתפקידו אלא להעברת דירקטור בלבד. יו"ר דירקטוריון הוא בראש ובראשונה אחד מהדירקטורים המכהנים בדירקטוריון. מעבר לכך, כפי שגם ציינו השרים, הדבר עולה בפשטות מהוראת סעיף 33ד(ב)(1) לחוק הקובעת כך:

"ידע יושב ראש הדירקטוריון כי החברה פעלה כאמור בסעיף קטן (א)(1) או (3) או ידע דירקטור כי החברה פעלה כאמור בסעיף קטן (א)(2) או (3), או היה עליהם לדעת על כך ולא נקטו את כל האמצעים הנאותים כדי למנוע זאת, ידאו אותם לענין סעיף 22(א)(6) כמי שאינם ממלאים תפקידם כראוי, ורשאית הרשות, בהודעה לחברה, להעבירם מכהונתם."

היינו, גם יו"ר דירקטוריון, ולא רק דירקטור, נמנה על מי שניתן לראותו כמי שאינו ממלא את תפקידו כראוי לפי הוראת סעיף 22(א)(6) לחוק.

33. נוסף על התשתית הנדרשת להפעלת הסמכות על ידי השרים לפי סעיף 22(א)(6) לחוק, נדרשת על פי הסעיף גם היוועצות עם רשות החברות הממשלתיות. בהקשר זה נקבע מימים ימימה כי על היוועצות סטטוטורית להיות כנה, ממשית, "בלב פתוח ובנפש חפצה" (בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה (2) 85, 96 (1981); בג"ץ 3073/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד (3) 529, 539 (2000)). אף כי עמדת הגוף המייעץ איננה אלא בגדר עצה בלבד והיא אינה מחייבת את הרשות המינהלית, הגוף המייעץ אינו רשאי להתעלם מעמדה זו מבלי לשקול אותה (בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד (5) 729, 763 (2000); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1213-1217 (2011) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)). אין די בהיוועצות מן השפה לחוץ כדי "לצאת ידי חובה", לאחר שגיבשה הרשות המייעצת בפועל עמדה נחרצת בסוגיה לגביה נדרשת ההתייעצות (בג"ץ 2910/04 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד נט (3) 625, 640 (2005)). בהקשר זה, לא תמיד ניתן לברר האם התייעצות נעשתה באופן אמיתי ולא מדומה. לעתים נדרש להסתמך על ראיות נסיבתיות, כגון נסיבות שבהן התבטאה הרשות המינהלית באופן פומבי לפני שלב ההתייעצות באופן המוכיח כי דעתה נעולה (בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה (4) 533, 541 (1981); זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 1216).

34. על כך יש להוסיף את הכלל לפיו רשות מינהלית לא תפעיל סמכות באופן שיש בו כדי לפגוע באינטרס או בזכות של אדם לפני שניתנה לו הזדמנות נאותה להשמיע טיעונו לפניו. גם חובה זו, חובת השימוע, יש לקיים בלב פתוח ובנפש חפצה תוך נכונות לשמוע, ליתן הזדמנות אפקטיבית לנסות ולהשפיע על ההחלטה ולא על מנת לצאת ידי חובה (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח (3) 865, 889-891 (2004); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 461 (2010)). אכן, זכות השימוע היא זכות יחסית במובן זה שהיקפה ודרכי הגשמתה נגזרים מנסיבותיו המשתנות של כל מקרה. היא מוגבלת במצבים מסוימים ויש והיא תיסוג מפני אינטרסים מתחרים (בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל, הרב יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (30.7.2007); בג"ץ 9518/16 הרב נ' כנסת ישראל, פסקה סו (5.9.2017); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט (2) 481, 720 (2005)). בחינת קיומה והיקפה של חובת השימוע נגזרת בין היתר מטיב האינטרס הנפגע, אופי הפגיעה ועוצמתה (ראו למשל: בג"ץ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (23.3.2011)). עם זאת בענייננו, בהינתן חומרת הפגיעה הישירה בזכויותיו של מי שנקבע שאינו ממלא את תפקידו כראוי,

נראה כי אין חולק שמדובר בסוג המצבים שבהם נדרשת עמידה קפדנית על חובת השימוע, באופן שיתאפשר לו להציג את עמדתו.

מהכא להתם

35. אקדים ואומר כי במקרה זה נפלו לעניות דעתי מספר פגמים מצטברים היורדים לשורש העניין, המחייבים את קבלת העתירה. אתמקד להלן בהליך קבלת ההחלטה – החל מהשיחה שהתקיימה בין השר לעותר בחודש מרץ 2023 וכלה בהליך ההיוועצות והשימוע שנטען כי התקיימו לאחריה.

36. כאמור, ביום 14.3.2023 התקיימה שיחה בין השר לעותר שבה הודיע השר לעותר כי הוא סבור שעליו לסיים את תפקידו כיו"ר הדירקטוריון. זאת, כפי שמסר השר, על מנת שהחברה תוכל להשלים את תכנית ההבראה, לשפר את רמת איכות השירות הניתן לציבור ולקדם את הליכי הפרטה; כי ממידע שנחשף לשר עולה כי העותר אינו ממלא את תפקידו כראוי; וכי לשר אין אמון ביכולותיו ובמדיניות שנקט הדירקטוריון בראשותו.

תיאור זה של השיחה שהתקיימה בין השניים, על אף שזו אינה מתועדת או מוקלטת, אינו יכול להיות שנוי במחלוקת. זאת שכן מדובר כאמור בתיאור מפי שר התקשורת עצמו בטיוטת מכתב השימוע, שצורפה למכתב ההיוועצות שנשלח לרשות. טיוטת מכתב זו, הממוענת לעותר, הייתה חתומה על ידי השר לברו, ובכותרתה נכתב כאמור "שימוע – העברתך מכהונה כיושב ראש דירקטוריון חברת דואר ישראל בע"מ". בטיוטת המכתב נכתב כך:

1. בשיחתנו האחרונה בתאריך כ"ד באדר תשפ"ג, 14 במרץ 2023, הודעתי לך כי אני סבור שעליך לסיים את תפקידך כיו"ר דירקטוריון חברת דואר ישראל בע"מ [...] על מנת שהחברה תוכל להשלים בהצלחה את תכנית ההבראה, לשפר את רמת איכות השירות לציבור ולצעוד במהירות ובבטחה להפרטה המתוכננת. ציינתי בפניך, כי לאור המידע שנחשפתי אליו ולאור התנהלותך מול משרד התקשורת [...] בראשותי, ובניהולה של מנכ"לית המשרד היוצאת בחודשים האחרונים, עולה כי אינך ממלא את תפקידך כראוי. כמו כן, ציינתי בפניך כי אין לי אמון ביכולותיך, ובמדיניות שנקט דירקטוריון החברה בראשותך, להביא לסיום מוצלח של תכנית ההבראה, לשפר את השירות לציבור ולהוביל את החברה להפרטה מוצלחת ומהירה."

גם במכתב השימוע (מיום 18.6.2023) תוארו הדברים באופן דומה כאשר גם בפתח מכתב זה, ציין השר כי באותה שיחה הודיע לעותר כי הוא סבור שעליו לסיים את תפקידו; וכי לאור המידע שנחשף אליו עולה כי רמת השירות של החברה לציבור ירודה

וכי קיים חשש ממשי שהמשך התנהלות החברה בראשות העותר יפגע בסופו של דבר בסיכויי הצלחת ההפרטה והבראה החברה. כמו כן את מכתב השימוע סיים השר במילים אלה:

"לאור כל זאת, וכפי שציינתי בפניך בפגישתנו ביום 14.03.2023, אין לי אמון ביכולותיך ובמדיניות שנוקט דירקטוריון החברה בראשותך להביא לשיפור השירות לציבור ולפתח מנועי צמיחה בליבת פעילות החברה ובתחומים משיקים, תוך ניצול יתרונותיה של החברה ונכסיה (המוחשיים והבלתי מוחשיים). אני סבור כי אין לדירקטוריון החברה בראשותך את היכולת להביא לסיום מוצלח של תכנית הבראה ולהפרטת החברה באופן מהיר ומוצלח תוך מתן שירות ראוי לציבור בכלל ולאוכלוסיות החלשות בפרט" (פסקה 6; ההדגשה אינה במקור).

אם כן, שר התקשורת עצמו כתב במכתבו כי הודיע לעותר כבר בחודש מרץ 2023 כי הוא סבור שעליו לסיים את תפקידו; ושר התקשורת עצמו במכתבו הציג את הדברים כך שלפני העותר נפרשה באותה שיחה מחודש מרץ 2023 התשתית העומדת בבסיס העמדה כי על העותר לסיים את תפקידו.

37. מכאן אפוא כי טענות השרים שהחלטה על העברת העותר מתפקידו התקבלה רק "חודשים לאחר מכן" (למשל, בפסקה 49 לתגובה המקדמית מטעמם) או כפי שנטען בדיון לפנינו כי מדובר היה "בשיחת מסדרון" מקדימה בלבד, אינן עולות בקנה אחד עם התמונה המצטיירת מהמכתבים עצמם. כמפורט לעיל, אותה שיחה מחודש מרץ 2023 לא תוארה בטיוטת מכתב השימוע שצורפה למכתב ההיוועצות ובמכתב השימוע עצמו – מכתבים שנכתבו "בזמן אמת" ממש – כ"שיחת מסדרון" מקדימה או כשיחת פתיחה חסרת משמעות. אדרבה, השר מצא לנכון לפתוח את מכתבו בתיאור אותה שיחה, בפירוט הנאמר בה לעותר ובציון הנימוקים לכך שסבר כבר באותה עת כי על העותר לסיים את תפקידו. השר בחר אף לסיים את מכתב השימוע באזכור חוזר של השיחה מחודש מרץ 2023 ובהדגשה כי הנימוקים העומדים בבסיס החלטתו צוינו כבר אז, בשיחה זו.

על כך יש להוסיף כי בראיון לרשת גלי צה"ל מיום 5.6.2023 ציין השר: "אני החלטתי להדיח אותו רק שלושה חודשים אחרי שנכנסתי לתפקיד" (תמלול הריאיון לרשת גלי צה"ל מיום 5.6.2023, נספח 17 לעתירה, עמ' 9), כאשר שר התקשורת נכנס לתפקידו בחודש דצמבר 2022. היינו השר עצמו הבהיר בראיון לתקשורת כי ההחלטה התקבלה כבר בחודש מרץ 2023.

38. לא בכדי ביקשו השרים במהלך הדיון "להתנער" מאותה שיחה ולהפחית מחשיבותה. שכן, לא רק שלא קדם הליך היוועצות כדין לאותה שיחה, אלא שהשרים גם

התקשו לבאר על בסיס איזו תשתית עובדתית נסמכה הערכת השר בדבר האופן בו מילא העותר את תפקידו עוד קודם לחודש מרץ 2023. השרים הפנו בהקשר זה לפגישות עבודה שנעשו עם הצוות המקצועי של החברה במהלך חודש ינואר 2023, למצגות שהוצגו לשר לפני חודש מרץ 2023 וכך טענו כי התקבלו "תלונות רבות" ללשכת שר התקשורת מטעם ראשי רשויות. אולם, מדובר בתשתית עובדתית רעועה ביותר: שלוש פגישות עבודה כלליות; מצגות הכוללות סקירה כללית של שוק הדואר, שוק הסחר ושינויי רגולציה (נספח מ/ש/11 לתגובה מטעם המשיבות); ו"תלונות רבות" מצד ראשי רשויות, מרביתן מתייחסות לסוגיית סגירת יחידות הדואר, אשר לעמדת הרשות נעשתה בהתאם לתנאי הרישיון שניתן לדואר, כאשר ממילא החלטות על סגירת סניפי דואר אינן מסוג ההחלטות המתקבלות על ידי יו"ר הדירקטוריון.

39. בהקשר זה הועלתה טענה בדיון לפנינו כי מדובר בעניין של "מדיניות", שעמדה בבסיס ההחלטה הכללית על העברת העותר מתפקידו. אולם לא הוצגו לפנינו קווי פעולה ברורים או התווית דרך מצד השר לקידומה של "מדיניות" בנושאים מקצועיים מסוימים שהופרה על ידי העותר. בדיון לפנינו גם כלל לא הוסבר מהי אותה "מדיניות" שקודמה והופרה מלבד טענה כללית בדבר "מדיניות של שירות מספיק טוב ברשות הדואר", ואין צריך לומר כי מתן שירות "מספיק טוב" לציבור, אינו עניין של "מדיניות" כלל. מעבר לכך, בשים לב להוראות החוק, קשה למצוא בהפרת "מדיניות" כללית של השר, להבדיל מהתנהלות מקצועית הנוגעת לאופן קידום החברה, משום "אי מילוי" תפקיד של דירקטור כראוי.

40. מעבר לכך, קיימת מידה רבה של צדק בטענה כי המילים "אין לי אמון ביכולותיך", המסיימות את מכתב השימוע, מבטאות פן של הערכה אישית של יכולות העותר, להבדיל מהערכה המתבססת על תשתית מקצועית. זאת מבלי להתעלם מטענת השרים, שאינה משכנעת, כי מדובר ב"אבדן אמון" על רקע מקצועי. כאמור לעיל, לא בכדי הסמכות הקבועה בסעיף 22(א)(6) להעברת דירקטור מתפקידו הינה סמכות המסורה לרשות או לשרים בהתייעצות עם הרשות, דבר המלמד כאמור גם כן על אופייה המקצועי של הבחינה הנדרשת לצורך העברת דירקטור מתפקידו, תוך מתן משקל משמעותי לרשות, כגוף מקצועי אשר אמון על הפיקוח על החברות הממשלתיות, שהמלצותיה מבוססות על מומחיות, ידע וניסיון (וראו למשל: עניין נבון, פסקה 51).

41. בענייננו, לא רק שעולה כי בשיחה בין השר לעותר כבר התגבשה אצל השר ההחלטה על העברת העותר מתפקידו; ולא רק שלא הוצגה תשתית עובדתית מבוססת לגיבוש החלטה על העברת העותר מתפקידו באותו מועד; אלא שיש בשיחה כדי להשליך על בחינת הליך ההיוועצות והליך השימוע שנטען כי התקיימו לאחר מכן.

42. ונזכיר, לאחר שיחה זו נשלח מכתב היוועצות לרשות, ולאחר קבלת המענה מהרשות נשלח מכתב השימוע לעותר. הן בטיוטת מכתב השימוע שצורף למכתב ההיוועצות והן במכתב השימוע עצמו נכללו נימוקים דומים. הן שם והן שם הועלו טענות נגד התנהלות הדירקטוריון בראשות העותר, ובכלל זה כי הועמק גירעון החברה המצויה במשבר פיננסי; הדירקטוריון אינו מתווה מדיניות להנהלת החברה "לפיתוח עסקי ולפיתוח מנועי צמיחה"; העותר אינו עושה די במטרה להאיץ את הדיונים על הסכם המימון ותכנית ההבראה; והוא אינו מתווה מדיניות לשיפור התוצאות בתחום הסחר המקוון. כן נטען כי התקבלו תלונות רבות מהציבור על רמת שירות מצד החברה שאינה משייכה רצון; לא נעשו פעולות מצד הדירקטוריון שבראשות העותר כדי לשפר מדד זה; לא הותוותה מדיניות לסגירת יחידות דואר; והתקבלו תלונות רבות מגורמים שונים הנמצאים בממשק אישי עם העותר בשל התנהלותו.

43. טיוטת מכתב השימוע שצורפה למכתב ההיוועצות ומכתב השימוע שנשלח לבסוף לעותר, כללו את אותם הטיעונים תוך התעלמות מהמענה שניתן בתווך – בין שליחת מכתב ההיוועצות לרשות לבין שליחת מכתב השימוע לעותר – מטעם הרשות. זאת חרף העובדה שבמענה הרשות ניתנה התייחסות רחבה לטענות שהעלו השרים ונפרשה תמונה רחבה הן בקשר להכנסות החברה; הן בקשר לטענות בעניין פיתוח תחום הסחר המקוון; הן בהתייחס לטענות בדבר היעדר פיתוח עסקי של החברה; הן בנוגע לרמת השירות לציבור ולסגירת יחידות הדואר; והן בהתייחס להתארכות דיוני הסכם המימון ותכנית ההבראה. הרשות נתנה דעתה לכל אחת מטענות השרים ונתנה התייחסות מפורטת ומגובה בנתונים שונים בעניין התנהלות הדירקטוריון, כמו גם ביחס להתפתחויות שחלו בחברה ולאופן תפקוד ההנהלה. כל אלה לא נזכרו במכתב השימוע שנשלח לעותר ולא נעשה ניסיון להתמודד עם הנתונים והטענות שהעלתה הרשות, למעט אזכור קצר בדמות "תמיהה" על עמדת הרשות. במכתב השימוע שבו ועלו אפוא אותן טענות שנטענו בטיוטת מכתב השימוע, בהתייחס לאותם נתונים ותוך פרישת אותה תמונת מצב, בהתעלם מהטענות, הנתונים והתמונה שהציגה הרשות בהרחבה במענה מטעמה.

44. מכל האמור לעיל עולה אפוא כי שר התקשורת הודיע לעותר כבר בחודש מרץ 2023 על כוונתו להעבירו מתפקידו; התשתית העובדתית שהוצגה ברקע להודעה זו הינה חלשה ביותר; השר עצמו התבטא באמצעי התקשורת כי ההחלטה על הדחת העותר התקבלה כבר בחודש מרץ 2023; ולמכתב ההיוועצות שנשלח לאחר מכן לרשות צורפה טיוטת מכתב שימוע שהעתק דומה וכמעט זהה לו נשלח מאוחר יותר לעותר בגדר הליך "שימוע", תוך התעלמות ממענה מפורט מטעם הרשות, להתייחסות שניתנה ולנתונים שהוצגו במענה מטעמה. במצב דברים זה, מוקשה בעיניי לראות בהליך ההיוועצות והליך השימוע שנעשו בדרך כזו, כהליכים שעומדים בדרישות הדין.

45. על כל אלה ייאמר כי לעתירה צורף מכתב ממנהלת רשות החברות הממשלתיות מיום 23.6.2023 לנציב שירות המדינה ולמשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-מנהלי), בו תואר כי נעשה ניסיון מצד השר לשיתוף פעולה אזורי "להתערב בעבודתה המקצועית של הרשות", ובתוך כך התבקשה מנהלת רשות החברות הממשלתיות לסטות מעמדתה המקצועית בנושאים שונים, ביניהם עמדתה בקשר ל"התייעצות לקראת השימוע להדחת יו"ר הדואר והתנגדותי להדחה" (נספח 24 לעתירה). מכתב זה גם כן צובע את סוגיית ההתייעצות באור בעייתי, בלשון המעטה.

46. מצבור האירועים האמור לעיל מוביל אפוא למסקנה כי הפגמים המשמעותיים שנפלו בהליך מחייבים להביא לבטלות החלטת השרים. אמנם, לא כל פגם שנפל בהחלטה מינהלית יביא בהכרח לבטלותה (ראו, למשל: בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות, פסקה 21 (13.11.2018) (להלן: עניין גרמן); ע"א 3454/21 יינות ביתן בע"מ נ' פקיד שומה אשקלון, פסקה 25 (12.7.2023); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד-3001-2992 (2017)). כמו כן, אין חולק כי בעל הסמכות רשאי שלא לאמץ המלצה או ייעוץ שניתן במסגרת היועצות סטטוטורית. גם אין חולק כי קיום חובת שימוע בנפש חפצה אין משמעותו כי על הרשות לאמץ ככתבה וכלשונה את עמדתו של מי שעלול להיפגע כתוצאה מההחלטה. אולם הפגם במקרה זה לא נעוץ בכך שהשרים החליטו שלא לאמץ את עמדת הגוף עמו נדרשו לקיים היועצות סטטוטורית או את עמדת העותר שלגביו נדרש קיום חובת שימוע. בנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה, הצטברות נתונים עולה כי ההחלטה על העברת העותר מתפקידו התנהלה באופן לא כשר, תוך הפרה משמעותית של חובת היועצות סטטוטורית וחובת השימוע, אשר עולה כי נעשו למראית עין בלבד. מדובר בתמונה חריגה וברורה שאינה משתמעת לשני פנים, שאין בחזקת התקינות עליה ביקשו השרים להישען, כדי ליישרה.

47. אוסיף כי השרים טענו כי לא מדובר ב"מסע טיהור" כי אם ב"פיטורים נקודתיים" (פסקה 103 לתגובה המקדמית). אולם גם העברה "נקודתית" של אדם מתפקידו צריכה להיעשות בהתאם להוראות הדין ולפי כללי המנהל התקין.

48. בשולי הדברים יוער כי העותרים והשרים – כל אחד מצדו – האריכו דברים באשר להתפתחויות במצבו הפיננסי של הדואר ובתפקודו למן כניסת העותר לתפקידו, טענות אשר נתמכו בנתונים אשר כל אחד מהצדדים מלווה אותם בהסברים שונים. העותרים אחזו בעמדה כי מצבו של הדואר השתפר לאין ערוך מאז כניסתו של העותר לתפקיד; בעוד שלעמדת השרים מצבו של הדואר הולך ומתדרדר. אבהיר בהקשר זה כי המסקנה אליה הגעתי לביטול החלטת השרים אין משמעותה הכרעה באיזו מטענות העותרים או השרים בהקשר זה, ואין בית המשפט נדרש לקבוע קביעות באשר למצבו של הדואר לעת הזו או תרומתו של העותר לכך.

49. עוד יוער כי השרים כלל לא טענו כי מדובר היה ב"היוועצות מאוחרת" אשר יכולה בנסיבות חריגות לשמש תחליף להיוועצות מוקדמת שלא קוימה, וזאת נוכח עמדתם כי ההיוועצות נעשתה כדת וכדין, בזמנה ובמועדה. אולם גם אם הייתי מוכן להניח בפי השרים, לטובתם, את הטענה כי די במקרה זה בקיום היוועצות מאוחרת, הרי שאין מדובר בנסיבות שבהן היה בהיוועצות מעין זו כדי לרפא את הפגם. לא רק שספק אם ריפוי הפגם בדרך של היוועצות מאוחרת רלוונטי למקרה שבו מדובר בהיוועצות סטוטורית; אלא שבנסיבות האמורות לא ניתן לומר כי הורם הנטל ולו בקירוב, הרובץ לפתחו של המתייעץ ב"היוועצות מאוחרת", להראות כי מדובר היה בהתייעצות ממשית ולא למראית עין בלבד (ראו למשל: עניין גרמן, פסקה 20; בג"ץ 6644/16 התאחדות התעשיינים בישראל – פורום טחנות הקמח נ' שר הכלכלה והתעשייה, פסקה 44 (18.10.2017)). הוא הדין גם לגבי הטענה, שלא נשמעה, בקשר ל"שימוע מאוחר" (ראו למשל בקשר לאפשרות כי שימוע מאוחר ירפא את הפגם שבהפרת חובת השימוע: בג"ץ 7289/11 קרייזי וואו בולז בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פסקה 19 (9.5.2013)).

סופו של דבר, אם דעתי תישמע העתירה תתקבל, והצו על תנאי יהפוך למוחלט.

ש ו פ ט

#### השופט י' עמית:

אני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט ד' מיינץ, ואוסיף מספר הערות, תחילה בהתייחס לנסיבות המקרה שלפנינו ובהמשך במישור העקרוני.

1. הדחתו של העותר נעשתה, בין היתר, בניגוד לדעתם של החשב הכללי ושל הממונה על התקציבים במשרד האוצר; של המנכ"ל הנוכחי של הדואר; של מנהלת רשות החברות; ושל היועצת המשפטית לממשלה.

בחינה ממעוף הציפור של העברת העותר מתפקידו מלמדת כי ענייננו בהדחה חריגה ביותר, בלתי סבירה באופן קיצוני, וזאת על רקע העובדות שיפורטו להלן.

2. א. להודעתו של השר לעותר ביום 14.3.2023 לא קדמה התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות (עילה העומדת בפני עצמה).

ב. רשות החברות הממשלתיות, שעל פי חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן: חוק החברות הממשלתיות או החוק) יש לה מעמד מיוחד בכל הנוגע לחברות ממשלתיות, התנגדה לכל אורך הדרך למהלך ההדחה.

ג. ככלל, חברה ממשלתית נתונה לאחריותם של שני שרים שאחד מהם הוא שר האוצר והשני הוא השר שנקבע כאחראי לענייני החברה, כאמור בהגדרה בסעיף 1 לחוק:

"השרים" – שר האוצר יחד עם השר שנקבע לפי חוק זה  
כאחראי לענייני החברה.

סעיף 22(א)(6) לחוק, שמכווחו הוחלט להעביר את העותר מתפקידו, אף קובע במפורש כי "הרשות, או השרים לאחר התייעצות עם הרשות", הם המוסמכים להביא לסיום כהונתו. מכאן, שלצורך הדחה של יו"ר דירקטוריון חברה ממשלתית יש צורך בהסכמה של שני שרים. שר האוצר התנגד בשעתו למהלך שיזם שר התקשורת, וסבר כי אין מקום להחליף את העותר בעיתוי הנוכחי על סף הפרטת החברה. רק בהמשך – לאחר שעל פי החלטת הממשלה 460 מיום 19.4.2023 הועברו הסמכויות הנתונות לשר האוצר לפי חוק החברות הממשלתיות אל השר לשיתוף פעולה אזורי – הושגה הסכמה של שני השרים.

ד. מאז חקיקת חוק החברות הממשלתיות לפני כחמישים שנה, לא נעשה שימוש בסעיף 22(א)(6) לחוק, למעט במקרה אחד שבו הייתה כוונה לעשות שימוש בסעיף אך הדירקטור פרש מתפקידו עוד קודם לכן. בניגוד לחברי, אני סבור כי יש לעובדה זו רלוונטיות לעניין פרשנות סעיף 22(א)(6), לאור המשקל שיש לייחס לפרקטיקה שעל-פיה נוהגת הרשות המינהלית המופקדת על ישום הוראות החוק המסמיך (ראו, לדוגמה, פסק דיני בע"א 3847/16 עגלי תל שווק בקר בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה 11 ג (11.3.2018); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 19 לחוות הדעת של השופטת י' וילנר והאסמכתאות שם (4.7.2021)). הפרקטיקה של אי שימוש בסעיף 22(א)(6) לחוק מלמדת כי הצעד של העברת דירקטור מתפקידו נתפס כצעד מרחיק לכת.

עולה מאליה השאלה, מה יום מיומיים, ומה מותר העותר ממאות ואלפי הדירקטורים שניהנו לאורך השנים בחברות הממשלתיות? אם סבר הקורא כי ענייננו ביו"ר דירקטוריון שלאורך שנים דרדר את החברה למצבה הקשה עד שאמר השר הרלוונטי "עד כאן" – אזי לא זה המצב בענייננו. העותר נכנס לתפקידו רק ביום 23.2.2022, שנה וחודש בלבד בטרם נמסרה ההודעה בחודש מרץ 2023 על הכוונה להדיחו. ההתדרדרות ברמת השירות לציבור ובמצב הפיננסי של חברת הדואר, לא החלה

עם כניסתו של העותר לתפקיד. נהפוך הוא, העותר נכנס לתפקידו במיוחד על מנת להחזיר את דואר ישראל למסלול השיקום לקראת הפרטה.

ואם סבר הקורא כי הסיבה לצעד הדרמטי, שבוצע לראשונה כחמישים שנה לאחר חקיקת החוק, נובע מכך שבפרק הזמן הקצר של כשנה בכהונה הספיק העותר לקחת חברה מצליחה ולהוריד אותה לבירא עמיקתא – הרי שהנתונים האובייקטיביים מלמדים ההיפך. לאחר כניסתו של העותר לתפקיד נמחקה הערת "עסק חי", והוא הצליח תוך זמן קצר להגיע להסכם הבראה עם העובדים, מה שלא עלה בידי קודמיו (קדמו להסכם זה הסכם הבראה משנת 2015 והסכם התייעלות נוסף בשנת 2020 אך ללא הועיל).

ה. המחוקק מגלה רגישות מיוחדת לפגיעה אפשרית בהליכי הפרטה של חברה ממשלתית, ועל כך ניתן ללמוד מהוראת סעיף 22(א)(7) לחוק, הקובעת כי ניתן להפסיק כהונתו של דירקטור אם:

"הרשות קבעה כי הוא אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה, או פעל במעשה או במחדל בדרך הפוגעת ביכולת החברה לקיים הוראה או דרישה שניתנו כדין לפי סעיפים 59ד או 59ה; הרשות תודיע על כך לשר האוצר ולחברה".

הסמכות על פי סעיף זה, נתונה רק לרשות החברות הממשלתיות ולא לשרים. מקום שבו החברה פועלת לדעת רשות החברות דווקא לקידום הליכי הפרטה, אזי יש לקרוא את הוראת סעיף 22(א)(6) לחוק תוך הפניית מבט גם אל הוראת ס"ק (7). לאמור, במקרה של הפרטה, יש משקל רב עוד יותר לעמדתה של רשות החברות, ויש לדקדק עוד יותר בהפעלת הסמכות החריגה, כשלעצמה, להעברת דירקטור מתפקידו בשל תפקוד "לא ראוי", ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר ביו"ר דירקטוריון.

לא כך נעשה במקרה שלפנינו, שהשרים דחו, שמא התעלמו מעמדת רשות החברות, וכפי שהראה חברי, לא הניחו תשתית מבוססת לצורך הדוחק בהעברת העותר מתפקידו.

1. הדחת העותר נעשתה בעיתוי רגיש ביותר, שעה שהדואר עמד ביישורת האחרונה לפני הפרטתו. העותר קיבל את מכתב ההודעה על הדחתו בחודש יולי 2023, כאשר בחודש זה פורסם נוהל המכירה, המועד להגשת ההצעות נקבע ליום 12.9.2023 ועד סוף הרבעון הראשון של 2024 היה אמור להיבחר מציע מועדף (מכרזי הפרטה נדחו לבסוף במספר חודשים בעקבות המלחמה שפרצה בשבעה באוקטובר 2023).

יו"ר דירקטוריון, שמכיר את המהלכים שבוצעו מאז כניסתו לתפקיד, מאפשר להציג את החברה באופן אופטימלי למשקיעים הפוטנציאליים תוך השאת התמורה למדינה. הדחת יו"ר דירקטוריון בעיצומו של הליך הפרטה מלאה, מרחק מספר חודשים מקו הסיום של הליך שעמלו עליו שנים רבות, עלולה מטבע הדברים לפגוע בהליכי ההפרטה. הדברים נכונים במיוחד בענייננו, לאחר שמנכ"ל הדואר הבהיר כי אם העותר יודח על ידי השרים, אף הוא ילך בעקבותיו ויתפטר מתפקידו. לא בכדי, שר האוצר – טרם העברת סמכויותיו לשר לפיתוח אזורי – התנגד להדחתו של העותר בצינינו כי "בעיתוי הנוכחי בו מצויים ההליכים להפרטת החברה, לא יהיה זה נכון להחליף בעלי תפקידים בכירים בה". ובמכתב רשות החברות מיום 18.6.2023 נאמר כי "צו השעה מחייב התקדמות מהירה וממשית ליישום הפרטת הדואר [...] יש לפעול יחדיו לקידום הליכי ההפרטה ולהניח למחלוקת בין הצדדים, על מנת שנוכל בשבועות הקרובים לפעול לפרסום הליך מכירת הדואר, להבאת משקיעים ולסיום מוצלח של הליך ההפרטה, לטובת הציבור במדינת ישראל".

מכאן, שהדחת העותר הייתה עלולה לחבל, ושמא אף חיבלה, בעצם הליכי ההפרטה או שהייתה עלולה לגרום, ושמא אף גרמה, לכך שלא יתקבל המחיר המכסימלי האפשרי במסגרת ההפרטה.

לנוכח העובדה שביני לבני התקבלו 11 פניות של מתעניינים ברכישת חברת הדואר, והשלמת תהליך המכירה והכרזה על הזוכה צפויה להיות בחודש יוני שנה זו, שאלתי את באי כוח השרים בדיון שהתקיים בפנינו (דיון שמועדו הוקדם במיוחד לבקשת השרים), מה ההיגיון המעשי בהדחת העותר בשלב זה. לא קיבלתי תשובה לשאלה זו. צר לי לקבוע כי הדחת העותר סמוך כל כך להשלמת הליכי ההפרטה היא פעולה בלתי הגיונית, שמא אף מנוגדת להחלטת הממשלה על העברת הסמכויות לשר לשיתוף פעולה אזורי, באשר בהחלטה נאמר "יודגש כי לא ייעשה שינוי בהרכב ועדת השרים לענייני הפרטה הקבוע לעיל והליכי הפרטה שאושרו לא ייפגעו" (הדגשה הוספה – י"ע).

3. על רקע האמור לעיל, קשה שלא להביע תמיהה הכיחד ננקטה לדאשונה בתולדות החוק סנקציה של הדחת יו"ר דירקטוריון מכהן, כצעד ראשון, מבלי שננקטו לפני כן צעדים מתונים יותר ומבלי שמוצו אמצעים אחרים. כך, לדוגמה, על פי סעיף 26(ב) לחוק, הדירקטוריון חייב להתכנס ולקיים ישיבה מיוחדת על פי דרישת השרים, על מנת לדון "בעניינים המפורטים בדרישה והחלטותיה יובאו מיד לידיעת השרים והרשות", ועל הדירקטוריון חובה "לדון בכל ענין שהשרים או הרשות דרשו להעמיד על סדר היום" כאמור בסעיף 32(א)(8) לחוק. על פי סעיף 25 לחוק, יו"ר הדירקטוריון חייב למסור לשרים בכל עת לפי דרישתם "דין וחשבון בכתב על פעולות החברה ועל עבודת הדירקטוריון". מכאן שעומדים לרשות השרים כלים להעביר לתשומת לב הדירקטוריון

נושאים שאינם לשביעות רצונם, על מנת לאפשר לדירקטוריון לשנות דרכיו או להיערך לביצוע מהלכים כאלה ואחרים.

אם הוטרד שר התקשורת מסגירת סניף זה או אחר לנוכח תלונות שהגיעו אליו מראשי רשויות מקומיות, אזי נתונה לו הסמכות לערוך שינויים ברישיון שניתן לחברה לספק שירותי דואר, להוסיף על תנאי הרישיון או לגרוע מהם. למרבה האבסורד, השר עצמו חתם על שינוי תנאי הרישיון ביום 3.2.2023, ובעוד שבעבר סגירת הסניפים הייתה טעונה את אישורו, הרי שעל פי הרישיון המתוקן כבר אין צורך באישורו אלא בהודעה מראש למנכ"ל המשרד, שיכול להורות שלא לסגור את הסניף. בעמ' 13 ל"התייחסות לתגובה לשימוע", שצורפה להודעת השרים מיום 17.7.2023 על העברתו של העותר מתפקידו, נכתב כי הגיעו לשר תלונות של ראשי רשויות מקומיות על סגירת סניפים (חולון, אשקלון, אבן יהודה, פתח תקווה, בני ברק). אך אם סברו השר או מנכ"ל משרדו כי לא היה מקום לסגור סניף כזה או אחר ברחבי הארץ, יכולים היו לאכוף את רצונם על החברה (וראו פסק דיני בבג"ץ 4682/23 עמותת הרצליה למען תושביה נ' חברת דואר ישראל בע"מ (28.8.2023) שם נדחתה עתירה כנגד החלטת חברת הדואר לסגור סניף בעיר הרצליה). לכך יש להוסיף כי הרישיון המתוקן שניתן לחברה, איפשר לחברה לסגור יותר סניפים ממספר הסניפים שנסגרו בפועל.

4. על רקע האמור לעיל, נקל עלי לקבוע כי החלטת השרים להעביר את העותר מתפקידו היא החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, והמקרה שלפנינו אך מוכיח כי טוב עשה בית משפט זה כאשר פסל את תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה (בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: עניין עילת הסבירות)).

5. בדיון שנערך לפנינו, הפליג בא כוחו של השר לשיתוף פעולה אזורי וסיבר את אוזנו על כך שחובתם של פקידים ליישם את מדיניות השר, וכאשר פועלים נגד מדיניות שהתווה השר, הרי שאותו פקיד שפעל בדרך זו חורג מסמכותו.

לא בכדי נזעק חברי, השופט ח' כבוב, ושאל בתמיהה אם הכוונה ליו"ר הדירקטוריון – ולמרבה התמיהה נענה בחיוב. אלא שמשרת יו"ר דירקטוריון של חברה ממשלתית אינה משרת אמון ויו"ר הדירקטוריון אינו בגדר פקיד (על כך שאין משום פחיתות כבוד בתואר "פקיד" ראו פסקה 92 לפסק דיני בעניין עילת הסבירות). חובת האמונים של יו"ר דירקטוריון חברה ממשלתית אינה כלפי השר אלא כלפי החברה, ועליו להפעיל שיקול דעת עצמאי לטובת החברה בפעילותה העסקית השוטפת.

בנקודה זו, ומשעה שהזכרנו את חובתו של הדירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי, אנצל את המקרה שלפנינו כדי לעמוד בקצרה על טיבה ואופיה של החברה

הממשלתית ועל החשיבות הרבה בכיצור עצמאותם של נושאי המשרה בחברות הממשלתיות.

6. חברה ממשלתית מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים הם בידי המדינה [...]". מעצם טיבה של החברה הממשלתית, היא מהווה ישות משפטית נפרדת מזו של המדינה, וככלל כפופה לדיני החברות (סעיף 2 לחוק). לצד זאת, וכפי ששמה מעיד עליה, אין חולק כי בין החברה הממשלתית לבין הממשלה קיימת זיקה הדוקה שמתבטאת במגוון של היבטים שקשורים בתחומי פעילותה של החברה ועבודתה, ובכלל זה מינוי הדירקטורים, היבטים תקציביים, העברת מידע, ואף הכפפת החלטות שונות לאישור השר או הממשלה (ראו ביתר הרחבה אצל אברהם וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המינהלי 251 (1995)). אין זה מפתיע אפוא כי החברה הממשלתית נתפשה בעבר כמכשיר שמשקף מעין "פרדוקס" או "קונפליקט פנימי", כאשר מחד גיסא – המדינה בוחרת לנהל את העסק הרלוונטי כחברה עסקית רגילה על היתרונות הגלומים בכך; ומאידך גיסא – המדינה מעוניינת להבטיח אמצעי פיקוח ובקרה ולשמר בידה בלמים ומעצורים לתפעולה העסקי הרגיל של החברה (יוסף גרוס "החברה הממשלתית" הפרקליט ל 493 (תשל"ו); יוסף גרוס "אופיו המיוחד של דירקטוריון החברה הממשלתית" משפטים ח 339 (תשל"ז-תשל"ח)).

7. במהלך השנים (ויש שיפטירו: כדרכו של עולם), הזיקה בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי-ניהולי של החברות הממשלתיות הולידה תופעות בלתי רצויות שהצריכו התאמה של הוראות הדין. בדברי ההסבר להצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993 (ה"ח 2162, עמ' 72) (להלן: הצעת החוק) שהוגשה מטעמם של חברי כנסת מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, צויין כי המלצותיה של ועדה שהוקמה בשנת 1986 לצורך קביעת אמות מידה לכשירותם של דירקטורים בחברות ממשלתיות, לא יושמו. וכך נאמר בהמשך הדברים:

"הסיבות שהביאו להקמת הועדה, לא רק שלא עברו מן העולם אלא שתוקפן התעמק: המינויים היו, פעמים רבות מדי, חסרי שיקול דעת ענייני, פגעו ביכולת התיפקוד המקצועית של דירקטוריונים של חברות ממשלתיות והאיצו תהליך של פוליטיזציה של הדירקטוריונים".

(התייחסות לתופעה בעייתית זו בהקשר של מינויים פוליטיים בחברות ממשלתיות ראו גם אצל יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז 250, 278-280 (תשמ"ח) (להלן: זמיר); גל הררי "עוולת הרשלנות כאמצעי אלטרנטיבי לצמצום נגע המינויים הפוליטיים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות" עיוני משפט יז (2) 375-377 (1992) (להלן: הררי); עע"ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות

הממשלתיות, פסקה 10 (19.5.2009). בנסיון להתמודד עם תופעה זו, נחקק סעיף 18 ב לחוק דהיום, שמכוחו הוקמה הוועדה לבדיקת כשירותם והתאמתם של מועמדים לכהונת דירקטורים בחברות ממשלתיות (מרדכי בן-דרור "מינוי דירקטורים על פי חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975" המשפט ד 307, 308 (תשנ"ט)). זאת, בין היתר, על מנת להגן על עצמאותו של הדירקטוריון ולהבטיח קיומו של חיץ מתאים בין הדרג הפוליטי לבין החברה הממשלתית.

8. הצורך להקפיד שהזיקה בין הדרג הפוליטי לדרג הניהולי-מקצועי של החברה הממשלתית תישאר עניינית בלבד ובהתאם להוראות הדין, לא נועדה אך בשל הצורך למנוע את "הפסול המוסרי וחוסר ההגיינה הציבורית" שעלול להתלוות למינוי פוליטי (הרדי, עמ' 376). לא פחות מכך, הקפדה זו נדרשת בשל הצורך להבטיח את אי-תלותו של הדירקטור ויכולתו להפעיל שיקול דעת עצמאי בעת קבלת החלטות, וזאת לצד הצורך לשמור על תפקודה התקין של החברה הממשלתית ואמינותה בעיני הציבור. ודוק: החברה הממשלתית נדרשת לפעול "לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נהגת לפעול חברה לא-ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה, שיקולי פעולה אחרים [...]". (סעיף 4(א) לחוק). הבנה זו באשר למערך השיקולים שעל פיו נדרשת ככלל החברה הממשלתית לפעול, מחדדת את הצורך להבטיח כי החלטותיו של הדירקטור תתקבלנה באופן עצמאי ולא מתוך תלות בגורם המְמנה, קרי השרים. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' יוסף גרוס בספרו דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי (מהדורה שנייה, נובמבר 2011):

"לא יאוחר מיום מינויו של הדירקטור חייב הוא לנתק עצמו ממי שמינהו, והשיקול היחיד שחייב להנחותו הינו פעולה בתום לב לטובת החברה. טובת החברה אינה טובתם של בעלי השליטה. זהו מושג כללי המביא בחשבון את טובת כל בעלי המניות הנוכחים והעתידיים, את טובת העובדים, את טובת הנושים ואת טובת הקהילה. עיקרון זה חל גם על חברה ממשלתית, השר או המנכ"ל אינם רשאים להורות לדירקטורים שמינו כיצד עליהם לקבל החלטות ולהצביע" (שם בעמ' 8, ההדגשה הוספה – י"ע).

אכן, מבחינה מהותית ובכפוף לכל דין, בכך לא שונה דינו של דירקטור בחברה ממשלתית מדינו של דירקטור בחברה פרטית או ציבורית. אלה גם אלה נדרשים לשים לנגד עיניהם את טובתה של החברה, ואל להם להתפרק מחובתם להפעיל שיקול דעת עצמאי; וכשם שאסור לדירקטור בחברה פרטית או ציבורית להכפיף עצמו לרצונותיו של בעל השליטה, כך הדירקטור בחברה הממשלתית אינו בובה על חוט הנשלט בידי השר, וזאת חרף העובדה שמינויו של הדירקטור מתבצע על ידי השרים לאחר התייעצות עם הוועדה לבדיקת מינויים (סעיף 18(א) לחוק). דברים ברוח זו הובהרו בעבר בפסיקה וכן בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה (בג"ץ 4566/90 נבון נ' מנהל רשות החברות

הממשלתיות, פסקה 56 (18.11.2019); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 6.5000 "מינויים בחברות ממשלתיות ובתאגידים ציבוריים" בעמ' 32).

9. תנאי הכשירות לכהונת דירקטור בחברה ממשלתית ניצבים בשער הכניסה אל הדירקטוריון (סעיף 16א לחוק). תנאים אלה נועדו, בין היתר, להבטיח מלכתחילה כי ייבחר מועמד מתאים ובלתי תלוי. לעומת זאת, תנאי פקיעת הכהונה של דירקטור בחברה ממשלתית ניצבים בשער היציאה מן הדירקטוריון (סעיף 22א לחוק). תנאים אלה נועדו להבטיח שהפסקת כהונה של דירקטור בחברה ממשלתית בטרם נסתיימה תקופת מינויו, תיעשה גם היא מטעמים ענייניים בלבד. ואכן, בשונה מההסדר שחל לגבי חברות שאינן ממשלתיות (סעיף 230 לחוק החברות, התשנ"ט-1999), ההסדר בחוק החברות הממשלתיות מצמצם את האפשרות להביא לסיום כהונתו של דירקטור בטרם נסתיימה כהונתו, ומאפשר לעשות כן רק בהתקיים עילות ספציפיות (סעיף 22א לחוק). שני סוגי התנאים – תנאי הכשירות ותנאי סיום הכהונה – מהווים אפוא נדבך שנועד, בין היתר, להבטיח את עצמאותם של הדירקטורים בחברות הממשלתיות.

10. כפי שפירט חברי בחוות דעתו, ההוראה הרלוונטית לענייננו היא הוראת פקיעת הכהונה המעוגנת בסעיף 22א(6) לחוק. הוראה זו מאפשרת להביא לסיום כהונתו של דירקטור אם רשות החברות הממשלתיות או השרים בהתייעצות עמה, נוכחו לדעת כי הדירקטור "אינו ממלא תפקידו כראוי". [במאמר מוסגר: הוראת דומה מצויה בשורה ארוכה של דברי חקיקה, לדוגמה: סעיף 14(1) לחוק בנק ישראל, התש"ע-2010 שעוסק בהפסקת כהונה של המשנה לנגיד בנק ישראל; סעיף 29א(5) לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 שעוסק בהפסקת כהונה של חבר רשות החשמל; וסעיף 2ד לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 שעוסק בהפסקת כהונה של מנהל הרשות].

בראי הדיון לעיל בנוגע לחשיבות שימור עצמאותו של הדירקטור בחברה הממשלתית, ברי כי בקבעו הוראה זו שמאפשרת הפסקת כהונה של דירקטור ש"אינו ממלא תפקידו כראוי", המחוקק לא ביקש לאפשר מצב שבו חרב הפיטורין תרחף מעל ראשו של דירקטור כל אימת שהלה יקבל החלטות שאינן תואמות את רצונו של השר. שאם לא כן, היה בכך כדי לפגוע פגיעה אנושה בעקרון העצמאות של הדירקטור. מובן אפוא כי החלטה מסוג זה בדבר הפסקת כהונה של דירקטור, טעונה ביסוס עובדתי שמצביע על תפקוד מקצועי לקוי של הדירקטור, ובעניין זה אין לי אלא להסכים עם הדגשתו של חברי כי לצורך כך יש להניח "תשתית מוצקה, מבוססת וברורה בדבר סטייה מההתנהלות המצופה מדירקטור [...] הנסמכת על תפקודו המקצועי של הדירקטור" (פסקה 32 לחוות דעתו, ההדגשות במקור). כפי שהבהיר חברי, לא זה המקרה שלפנינו.

11. סוף דבר, שאני מצטרף כאמור לפסק דינו של חברי, השופט ד' מין.

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

אני מצטרף לחוות דעתם המקיפות של חבריי, השופט ד' מינץ והשופט י' עמית, אשר דנו באופן מעמיק בסוגיות הציבוריות והפרטיות המתעוררות בענייננו – הן במישור העירוני, הן בנסיבותיו הפרטניות של המקרה שלפנינו.

לצד זאת, מצאתי גם אני להוסיף מספר הערות בנוגע לאופיין הייחודי של חברות ממשלתיות, ובקשר לבעיית הנציג הייחודית המתעוררת בחברות אלו, בין היתר, בשל הדואליות הפונקציונלית שמאפיינת אותן. זאת, בשים לב לתפקידן המרכזי של החברות הממשלתיות בכלכלה הישראלית, כמו גם במערכת השלטונית הקיימת. בפרט אתיחס למעמדה, וחשיבותה, של רשות החברות הממשלתיות, כגוף המאסדר האמון על פיקוח ובקרת פעילותן של חברות אלו – ואשר ההתעלמות מקולה בנסיבות ענייננו, אינה ראויה ואינה רצויה. והכל, בשים לב לאפיון הדין החל על חברות ממשלתיות כבעל דואליות נורמטיבית; ותוך הארת הזווית התאגידית, דרכה ניבטים הפגמים אשר נפלו בהחלטת השרים בענייננו.

אקדמת מילין

1. סעיף 1(א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן: החוק או חוק החברות הממשלתיות) מגדיר חברה ממשלתית כך:

”חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה או בידי המדינה יחד עם חברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית”.

הוזה אומר, חברה ממשלתית היא חברה המצויה בבעלותה של מדינת ישראל, ונשלטת, הלכה למעשה, על-ידי ממשלת ישראל.

2. צורכי הכלכלה המודרנית הניעו את תהליך הקמתן של חברות בבעלות ממשלתית – שמטרתן לשלב את היתרונות העסקיים הגלומים במסגרות המשפטיות האזרחיות, בתוך מבנה פעילותה של רשות ממשלתית ציבורית. החברות הממשלתיות נועדו לשמש כלי לקידום מטרות ציבוריות שונות, למתן שירותים חיוניים לאזרחים ולממש תפקיד משמעותי במערכת השלטונית במדינת ישראל (בג"ץ 2000/19 נבון נ' מנהל רשות החברות הממשלתיות, פסקה 46 (18.11.2019) (להלן: עניין נבון); בג"ץ 7871/07 רפאל – רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ נ' שר האוצר, פסקאות 30 ו-32 (06.02.2011) (להלן: עניין רפאל); עע"ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות

החברות הממשלתיות, פסקה 9 (19.05.2009) (להלן: עניין התנועה לחופש המידע); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א' – המינהל הציבורי 495 (מהדורה שנייה מורחבת 2010) (להלן: זמיר)).

3. הקמתן של חברות ממשלתיות נעשית, לעתים, גם משיקולים מעשיים. בדרך זו, חוק החברות הממשלתיות מאפשר לממשלת ישראל, אשר הסמכות להקמת חברה ממשלתית נתונה בידה (ראו: סעיפים 5-6 לחוק החברות הממשלתיות), לעשות שימוש במודל היעיל שמציע חוק החברות. השימוש במודל זה, מבטיח גמישות רבה יותר לפעילות העסקית והציבורית ובתוך כך מאפשר "לגייס הון לצורך פיתוח, באמצעות הבורסה או בדרך אחרת, להיכנס לשותפויות עם חברות אחרות מישראל או מחוץ לישראל, וכן גם למכור בבוא הזמן את השליטה בחברה" (זמיר, בעמוד 496; ראו גם: אברהם וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי 22 (1995) (להלן: וינרוט)).

4. למעשה, נכון ליום 31.12.2022, פועלות במשק הישראלי כ-70 חברות ממשלתיות, המעסיקות כ-57,000 עובדים; מחזיקות נכסים בשווי של כ-256.4 מיליארד ש"ח; ונכון לשנת 2022, נהנות מהכנסות בסך של כ-81.6 מיליארד ש"ח (רשות החברות הממשלתיות דין וחשבון על החברות הממשלתיות לשנת 2022 9 (2023) (להלן: דו"ח הרשות)). בתוך כך, רשות החברות הממשלתיות מגדירה 16 חברות ממשלתיות כחברות 'עיקריות', להן "השפעה גבוהה על השווקים בהם הן פועלות ועל המשק בישראל", ושבידן מוחזקים כ-96% מכלל נכסי החברות הממשלתיות (דו"ח הרשות, בעמוד 15). על חברות אלו נמנות, בין השאר, חברת החשמל לישראל בע"מ, נתיבי הגז הטבעי לישראל בע"מ, רכבת ישראל בע"מ – וכן חברת דואר ישראל בע"מ, הניצבת במוקד העתירה שלפנינו (דו"ח הרשות, בעמוד 8).

5. החברה הממשלתית היא מעין 'יציר כלאיים', דהיינו, ישות תאגידית ששואבת את כוחה, וכפופה – הן למשפט הציבורי, הן למשפט הפרטי. הסינרגיה המתחייבת בין הדינים מעוררת, לא אחת, שאלות מורכבות וכבדות משקל אשר ליחס תחולתם של שדות המשפט השונים, כמו גם היחס בין הוראותיהם. נקודת האיזון אליה מבוקש להגיע, בסופם של דברים, היא זו בה המשפט הציבורי לא יציר את פעילותו ואת יעילותו של התאגיד ויאפשר לו להתנהל לפי שיקולים עסקיים, מחד גיסא; אך שגם המשפט הפרטי, לא ישמש כלי שרת בידי התאגיד על מנת לעקוף את הנורמות המחייבות את הרשות, מכוח דיני המשפט הציבורי, מאידך גיסא (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי 452 (כרך ג 2013) (להלן: ברק-ארז – מינהלי-כלכלי)).

6. חוק החברות הממשלתיות שואף, אם כן, להתוות בהוראותיו את שביל הזהב בין שני עולמות אלו. כך, בין היתר, הוקמה מכוח החוק רשות החברות הממשלתיות (ראו: סעיף 51 לחוק). תכלית הקמתה של הרשות הייתה לכונן גוף מאסדר, ייעודי, שיפקח על פעילותן של החברות הממשלתיות; ובין מטרותיה – לשפר ולייעל את הניהול

העסקי של חברות אלו; לשפר את מדדי הביצוע והיעילות שלהן; וכן להובילן לכדי רווחיות נאותה (ד"ח הרשות, בעמוד 10).

7. לשם השגת מטרותיו של חוק החברות הממשלתיות, ובראי המתח שהוזכר, הרי שחלק ניכר מההסדרים הקבועים כיום בחוק מבקשים לייצר חיץ בין הדרג הפוליטי לבין החברה, ולמנוע מעורבות של הממשלה בפעילותה העסקית השוטפת. זאת, תוך שמירה על עצמאותו של הדירקטוריון ועל מנת לאפשר לו להפעיל את שיקול דעתו לטובתה של החברה. בהשגת תכלית זו, מסייעים גם דיני החברות הכלליים – ובתוך כך חלים על דירקטור בחברה ממשלתית, ככל דירקטור, חובת האמונים וחובת הזהירות הקבועות בסעיפים 252 ו-254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות).

8. כפי שצוין להלן, עצמאות הדירקטוריון מתבטאת, בין היתר, באופן המינוי, כמו גם בתנאי הכשירות ובדרכי העברה מכהונה, כאשר זו האחרונה אפשרית אך ורק בהתקיים אחת העילות הקבועות בחוק החברות הממשלתיות. בהתייחס לסעיף 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות, המצוי במוקד ענייננו, הרי שזה קובע כי העברה כאמור אפשרית רק בנסיבות בהן ישנה תשתית עובדתית לכך שהדירקטור אינו ממלא תפקידו כראוי – וזאת, לאחר שהשרים נועצו ברשות, ובשונה מנסיבות המקרה שלפנינו.

9. אחר דברי הקדמה אלו, ובראי אותה דואליות פונקציונלית המאפיינת חברות ממשלתיות, אבקש בהמשך הדברים להאיר את 'הפרדוקס' הנובע מתחולתם של דיני התאגידים לצד המשפט המינהלי, בעת ובעונה אחת; שהלוא, הלכה למעשה, הדין החל על חברות ממשלתיות נדרש להתמודד עם אותן בעיות יסוד משותפות, הכרוכות בפעילות באמצעות נציגים – הן במסגרת דיני התאגידים, הן במסגרת המשפט המינהלי.

10. ודוק: כפי שיבואר להלן, מהוראות חוק החברות הממשלתיות עולה, כי המחוקק נתן דעתו לקשיים אלו גם יחד. בפרט, בחר המחוקק להטיל על רשות החברות הממשלתיות תפקיד משמעותי בהתמודדות עם הקשיים המתעוררים ביחס לחברות הממשלתיות, תחת שתי מסגרות הדינים הרלבנטיות.

11. סבורני, כי יהיה בדבריי אלו כדי לחדד את חומרת הפגם הנובע מהאופן שבו נערכה ההיוועצות ברשות החברות הממשלתיות בענייננו, כמו גם כדי להאיר את יתר הפגמים המינהליים שנפלו בהחלטת השרים כאן, גם מן הפן התאגידי שלהם.

12. סדר הדברים יהיה כדלהלן: תחילה, אתייחס לבעיות הנציג הייחודיות שמתעוררות בקשר לחברות הממשלתיות, בראי מערכות הדינים החלות עליהן, ובשים לב להוראות חוק החברות הממשלתיות. בתוך כך, אבקש להדגיש את התפקיד המרכזי שהוטל על רשות החברות הממשלתיות, לשם התמודדות עם כלל בעיות אלו. בראי דברים אלו, אעמוד גם על חומרת הפגם הגלום באופן שבו נערכה ההיוועצות ברשות בענייננו. לבסוף,

אדרש לכל יתר הפגמים שנפלו בהליך קבלת ההחלטה, עליהם עמדו חבריי בהרחבה, אך זאת מתוך פריזמת ההתבוננות של דיני התאגידים.

על השימוש בנציגים במינהל הציבורי ובתאגידים

13. "With great power there must also come – great responsibility" מימרה זו, אשר שורשיה הוותיקים נטועים עוד במהפכה הצרפתית, מבטאת את הרעיון לפיו כל אימת שבידי אדם או ארגון מופקד כוח להשפיע על אחר, יש לרסן כוח זה באמצעות הטלת מגבלות על אופן הפעלתו. רעיון זה קשור בטבורו בקשיים הנלווים באופן טבעי לפעילותו של ארגון, גוף או קבוצת פרטים על ידי שימוש בנציגים.

14. השימוש בנציגים יוצר, אם כן, תופעה מוכרת היטב, המכונה בספרות "בעיית הנציג" (Principal-Agent Problem) (ראו למשל: Zohar Goshen & Richard Squire, *Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance*, 117 COLUM. L. REV. 767 (2017); יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 295 (מהדורה חמישית 2018) (להלן: גרוס – דירקטורים); ע"א 7594/16 מולכו נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פסקה 34 (25.03.2021)). כפי שiorחב מיד, ההכרה בקשיים ובעלויות הכרוכים בשימוש בנציגים עוברת כחוט השני במשפט המינהלי ובדיני החברות גם יחד. הווה אומר, שתי מערכות דינים אלה מכירות בכך שהענקת כוח לנציג היא בבחינת שטר ושוברו בצדו.

15. המשפט המינהלי תחילה. בפסיקתנו נקבע, עוד מימים ימימה, כי:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן" (בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971)).

קביעה זו מבטאת את העיקרון הבסיסי לפיו רשות ציבורית, כל רשות ציבורית – לרבות ממשלת ישראל ושריה, היא נאמן ציבור. משכך, עליה להפעיל את הסמכויות שניתנו בידה או להשתמש בנכסי הציבור עליהם היא מופקדת, אך ורק לטובת הנהנה, דהיינו – הציבור (זמיר, בעמודים 35-36). נאמנות זו היא, הלכה למעשה, "כל תורת המינהל הציבורי על רגל אחת" (שם, בעמוד 37), והיא גם ההצדקה והמקור להטלת החובות המשפטיות שבמשפט המינהלי (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקים וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 461 (1993); זמיר, בעמוד 37; ראו והשוו, טענה לפיה חובות המשפט המינהלי והביקורת השיפוטית ביחס להפרתן נועדו להתמודד עם השפעתן של 'קבוצות אינטרס' על ההליך המינהלי: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 32-33 (כרך א 2010) (להלן: ברק-ארז)).

16. היטיב לתאר רעיון זה, רק לאחרונה, השופט ע' גרוסקופף, עת שציין כי "גם אם נניח כי "אדם הוא כל יכול ביחס לרכושו" (וכידוע, אין זהו המצב בשיטתנו), בוודאי שלא ניתן לומר כי שלוחו של אותו אדם הוא "כל יכול ביחס לרכוש מושא השליחות" (בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 18 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף (01.01.2024) (להלן: עניין עילת הסבירות)). דבריו אלו נאמרו בהתייחס לנציגי העם בפרלמנט, אך כוחם יפה, מכוח קל וחומר, בהתייחס לחובת הנאמנות המוטלת על הרשות המבצעת, לרבות גורמים נבחרים בה (להרחבה ראו: עניין עילת הסבירות, בפסקאות 91-97 לחוות דעתי).

17. כבעיה הכוללת מאפיינים דומים אנו נתקלים גם כשעסקנן בדיני החברות. שהלוא, ההפרדה המובנית בין הבעלות על התאגיד לבין השליטה בו, הופכת את "בעיית הנציג" לאתגר העיקרי עמו מבקשים להתמודד דיני התאגידים בכלל, ודיני החברות בפרט (זוהר גושן "בעיית-הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט 239, 240-242 (1996) (להלן: גושן); ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 294, 333 (2005); Tornetta v. Musk, 2024 WL 343699 at 104 (Del. Ch., Jan. 30 2024) (להלן: עניין Musk)). כפי שטוען גושן במאמרו הידוע, "בעיית הנציג" היא, הלכה למעשה, 'התיאוריה המאחדת' של דיני התאגידים, וכך "יש בכוחה להסביר את תפקידם של מכלול דיני התאגידים" (שם, בעמוד 242).

18. מתיאוריה למעשה, גושן מציין כי דיני התאגידים מטפלים בשלוש בעיות נציג אופייניות המתעוררות עקב הפעילות במסגרת תאגיד – (1) בעיית הנציג שבין ההנהלה ובין בעלי המניות (2) בעיית הנציג שבין בעלי המניות ובין בעלי תביעה אחרים (3) ובעיית הנציג שבין רוב בעלי המניות ובין מיעוטם (שם, בעמוד 242). להשלמת התמונה יצוין, כי ישנן סיטואציות ייחודיות המעוררות אף הן 'בעיות נציג' ייחודית בסביבה התאגידית, כמו למשל, כשעסקינן בתביעה נגזרת (להרחבה ראו: אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת?" ספר יורם דנציגר 211, 220 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019)).

19. לשם ההדגמה, על מנת להתמודד עם בעיית הנציג הראשונה, מוטלת על נושא משרה חובת אמונים כלפי החברה, מכוח סעיף 254 לחוק החברות (לנפקותה של חובה זו, ראו: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 332-333 (2003)). לצדה, מוטלת עליו גם חובת זהירות כלפי החברה (ראו: סעיף 252 לחוק החברות) ופסיקתנו אף הכירה בכך שבנסיבות מסוימות, הוא יחוב גם בחובת זהירות ישירה, כלפי בעלי המניות (ע"א 3417/16 פינרוס החזקות בע"מ נ' גולדשטיין, פסקה 61 (12.07.2021)).

20. כנגזרת של חובת האמונים המוטלת, בין השאר, על דירקטור, עליו גם להפעיל שיקול דעת עצמאי בעת ההצבעה בדירקטוריון (ראו: סעיף 106(א) לחוק החברות). החשש המרכזי עמו מתמודד סעיף 106(א) לחוק החברות הוא כי שיקול דעתו של הדירקטור יטה, באופן לא מוצדק, לטובת בעל השליטה, בניגוד לטובת החברה (עניין נבון, בפסקה 56; זוהר גושן ואסף אקשטיין דיני חברות 259 (2023) (להלן: גושן ואקשטיין)). כפועל יוצא, נפסק בעבר כי "מקום בו נושא המשרה מבטל את רצונו מפני רצונו של בעל השליטה, הוא חוטא באי הפעלת שיקול דעת עצמאי, התנהלות המהווה [אף היא] הפרה של חובת האמונים" (ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פסקה 111 (28.12.2016) (להלן: עניין ורדניקוב)).

21. בעיית נציג נוספת בה מטפלים דיני התאגידים היא, כאמור, בעיית הנציג שבין רוב בעלי המניות או בעל שליטה ובין מיעוט בעלי המניות והחברה עצמה. המקור של בעיה זו, גם הוא, בכך שעצם שליטתו של בעל השליטה בחברה מאפשרת לו "להשפיע לא רק על נכסיו שלו, אלא גם על עושרם של אחרים, ובפרט על בעלי מניות המיעוט" (עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תפשת מרובה לא תפשת", האומנם? על נורמות התנהגות, מנגנונים פרוצדורליים וביקורת שיפוטית בדיני התאגידים" ספר יורם דנציגר 133, 142 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019) (להלן: גרוסקופף ובן-ציון)), תוך ניצול השליטה לטובת הפקת טובות הנאה אישיות, בניגוד לטובת החברה ולטובתם של מיעוט בעלי המניות (אילן בלום, שרון חנס, רויטל יוסף ובני לאוטרבך "שווייה של שליטה בחברה ציבורית בעקבות רפורמות מקיפות בממשל התאגידי הישראלי" עיוני משפט נ"א 769, 770 (2022)).

22. לצד האיסור על קיפוח בעל מניה אחר, המוטל על כל בעל מניה, החובה המרכזית המוטלת על בעל שליטה היא חובת ההגינות אותה הוא חב כלפי החברה, ואשר אומצה באופן מפורש בסעיף 193 לחוק החברות (השוו לדין החל בדלאוור, המטיל על בעל שליטה חובת אמונים כלפי החברה; ראו למשל: עניין Musk, בעמודים 104-105, והאסמכתאות שם). חובתו זו נועדה אף היא להתמודד עם העובדה, שכאמור, עצם השליטה בחברה מאפשרת לבעל השליטה להשפיע על נכסיו הזולת (גרוסקופף ובן-ציון, בעמוד 142).

23. עד כה, חובת ההגינות נדונה בפסיקה בעיקר על רקע החובות המוטלות על בעל השליטה בעת מכירת שליטה, להבדיל מהפעלת שליטה (ראו למשל: ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984) (להלן: עניין קוסוי); ע"א 7657/17 רו"ח חן ברדיצ'ב בתפקידו כנאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר (18.06.2020) (להלן: עניין ברדיצ'ב)). הנה כי כן, רוחב ריעתה של חובת ההגינות, כמו גם נפקותה המעשית, טרם לובנו עד תום (ראו למשל: גרוסקופף ובן-ציון, בעמודים 143-142; עניין ורדניקוב, בפסקה 54). יחד עם זאת, ניתן לומר, בזהירות הנדרשת, כי חובת ההגינות היא חובה 'מוחלשת' בהשוואה לחובת האמונים (המוטלת על נושאי המשרה),

אך חובה 'מוגברת' בהשוואה לחובת תום הלב (המוטלת על כל בעל מניה) (ראו למשל: עניין ורדניקוב, בפסקה 55, והאסמכתאות שם; להצגת הדברים באופן גרפי, ראו: גרוסקופף ובן-ציון, בעמוד 148).

24. טרם סיום חלק זה אדגיש כי כאמור לעיל, דירקטור אינו רשאי לפעול כעושה דברו של בעל השליטה, וכך גם "מצדו השני של המטבע, אסור לבעל השליטה לפגוע בשיקול דעתו העצמאי של הדירקטור" (עניין ורדניקוב, בפסקה 111; סעיף 106(ב) לחוק החברות); לכך אדרש בהמשך הדברים, בהתייחס לנסיבות ענייננו. בתוך כך, וכפי שכבר נקבע, בעל שליטה המפר חובתו זו ומשמש כ'דירקטור צללים' או כ'דירקטור דה פקטו', צפוי, בין השאר, להיות כפוף לכלל החובות המוטלות על דירקטור (שם, בפסקה 111; סעיף 106(ג) לחוק החברות; גושן ואקשטיין, בעמוד 260).

הדין החל על חברות ממשלתיות – דואליות נורמטיבית בראי בעיית הנציג

25. לאחר תיאור ההיגיון המארגן שעומד ביסוד דיני התאגידים והמשפט המינהלי, אפנה כעת לדון בדין החל על חברה ממשלתית. כאמור, מסעיף 1(א) לחוק החברות הממשלתיות עולה כי חברה ממשלתית היא חברה הנשלטת על ידי ממשלת ישראל. שליטה זו, בצירוף השפעתן המשמעותית של החברות הממשלתיות על המשק ועל החברה, מהוות, כאמור, הצדקות מרכזיות להטלת המגבלות הייחודיות על אופן פעילותן של החברות הממשלתיות ולהסדרתן (ברק-ארז – מינהלי-כלכלי, בעמוד 453).

26. יחד עם זאת, כמו כל חברה אחרת, תכליתה של חברה ממשלתית היא, בראש ובראשונה – תכלית עסקית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור ועדת הכספים של הכנסת, "שיקולי פעולה אחרים" (סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות; השו: סעיף 11(א) לחוק החברות; ראו גם: ע"א 276/09 טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 21 (02.01.2011); בג"ץ 4682/23 עמותת הרצליה למען תושביה נ' חברת דואר ישראל בע"מ, פסקה 16 (28.08.2023)). עוד יודגש, כי ככל שלא נקבע בדין אחרת, חוק החברות חל במישרין גם על חברה ממשלתית (סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות; ע"א 2808/10 עזבון חיים שיף נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ, פסקה 9 (29.05.2012) (להלן: עניין שיף); זמיר, בעמוד 497).

27. מתח זה עמד, אם כן, בבסיס חקיקת חוק החברות הממשלתיות. כך עולה מדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק החברות הממשלתיות, התשל"ג-1973, ה"ח 1067, 314 (להלן: הצעת חוק החברות הממשלתיות)); וכך גם על-פי דו"ח ועדת ברק שעמלה על הכנת הצעת החוק (דין וחשבון הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות (1970) (להלן: דו"ח ועדת ברק)) ודנה בהרחבה ב'פרובלמטיקה הבסיסית' הנובעת ממתח זה, כמו גם בצורך לערוך 'איזון נאות' בין שני ההיבטים האמורים (דו"ח ועדת ברק, בעמודים 24-27; ראו גם: עניין נבון, בפסקה 43).

28. מאפייניה אלו של החברה הממשלתית, אשר מחד גיסא, היא חברה עסקית לכל דבר ועניין; אך, מאידך גיסא, היא נשלטת על ידי 'בעלת שליטה' מיוחדת במינה, ממשלת ישראל, אשר בתורה מחזיקה את הבעלות בחברה כנאמן הציבור – מציבים את החברה הממשלתית, כאמור, ב'הצטלבות הדרכים' שבין המשפט המינהלי ובין דיני החברות. ייחודיות זו, היא שמובילה לכך שחוק החברות הממשלתיות מבקש להתמודד עם הקשיים היסודיים עימם מתמודדים שתי מערכות דינים אלה, בעת ובעונה אחת.

29. בתוך כך ראוי לציין, כי לא אחת סיווגה פסיקתנו חברות ממשלתיות מסוימות, לא כל שכן כאלו אשר כלל מניותיהן מצויות בבעלות המדינה (דהיינו, חברות המהוות "חברה בבעלות ממשלתית מלאה", כהגדרתה בסעיף 1(א) לחוק החברות הממשלתיות) – כגופים דו-מהותיים. בדומה, נפסק גם כי על חברות אלה – חל עקרון הדואליות הנורמטיבית (בג"ץ 4289/00 הדי נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות 34-35 (10.12.2009), והאסמכתאות שם; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 204-205 (1995) (להלן: עניין און); ברק-ארז – מינהלי-כלכלי, בעמוד 501). הכוונה היא לכך שעקרונות המשפט המינהלי חלים על פעילותה של החברה במקביל לתחולתו של המשפט הפרטי עליה (שם, שם; ראו גם: דפנה ברק-ארז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית – מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט י"א 111, 113 (2007)).

30. מבלי להידרש לסיווגה של חברה ממשלתית פלונית כגוף דו-מהותי, נראה כי בראי הדואליות הפונקציונלית של החברות הממשלתיות, עקרון הדואליות הנורמטיבית עובר כחוט השני בחוק החברות הממשלתיות, זאת בשים לב לאופייה האמור של החברה הממשלתית, המצויה "[ב]אזור דמדומים" שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי (עניין און, בפסקה 204; עניין רפאל, בפסקה 32; השוו: וינרוט, בעמודים 20, 393-394).

ודוק: מצאתי להעיר, כי על אף הקרבה בין עקרון הדואליות הנורמטיבית ובין דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים, הרי שאין חד הם. הלוא, עקרון הדואליות הנורמטיבית עוסק במישור הדין החל ואילו דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים עוסקת בסיווג הגוף בו עסקינן. כך, על גוף שאופיין כדו-מהותי תחול דואליות נורמטיבית, אולם, גם מן העבר השני, על רשות מינהלית הפועלת בשדה המשפט הפרטי, חל עקרון זה (ראו למשל: ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 525-528 (2000); להרחבה, כמו גם לטענה כי מדובר בשני 'סוגים שונים' של דואליות נורמטיבית, ראו: אסף הראל גופים ונושאי משרה דו-מהותיים 200-205 (מהדורה שנייה 2019)).

31. אין כל כוונה לומר כי המשפט המינהלי, בטהרתו, חל על כל חברה ממשלתית באשר היא. כך, גם אין כל כוונה להידרש לדרך שבה יש לסווג חברה ממשלתית פלונית כגוף דו מהותי. ואולם, מחוק החברות הממשלתיות עולה כי המחוקק ביקש לעסוק הן בפן המינהלי של החברה הממשלתית, דהיינו – להסדיר באופן חיצוני את שליטתה של ממשלת ישראל בחברה הממשלתית, בעבור מדינת ישראל והציבור הישראלי, על ידי

פיקוח על התנהלותה ועל הנהלתה; הן כפן התאגידי של החברה הממשלתית, דהיינו – להסדיר באופן פנימי את הממשל התאגידי של החברה הממשלתית, את חובות האורגנים שלה כלפיה, את התנהלותה השוטפת ועוד.

32. לא זו אף זו. מעבר לאמור בחוק החברות הממשלתיות, אפיון הדין החל על חברה ממשלתית כבעל דואליות נורמטיבית מוביל לכך, שמעל הפעלת סמכויות הרשויות הציבוריות ביחס לחברה הממשלתית (למשל, הסמכויות הנתונות בידי השרים והרשות) – מרחפים באופן תמידי עקרונות המשפט המינהלי; וכך, גם מעל לפעילות המדינה כבעלת שליטה בחברה הממשלתית, מרחפים עקרונות דיני החברות.

חוק החברות הממשלתיות, אם כן, מבקש כאמור להביא לידי ביטוי, את כלל עקרונות אלה גם יחד וליישב את 'הפרדוקס' הטבעי שגלום בחברה הממשלתית (הצעת חוק החברות הממשלתיות, בעמוד 314; יוסף גרוס "החברה הממשלתית" הפרקליט ל 493, 494 (1975) (להלן: גרוס – החברה הממשלתית); וינרוט, בעמודים 40 ו-48).

33. שני מובנים אלה, המובן התאגידי והמובן המינהלי, של הדין החל על חברות ממשלתיות כוללים מאפיינים של יחסי אמונאות (עמיר ליכט "יחסי אמונאות בתאגיד – חובת האמון" משפט ועסקים י"ח 237, 238-239 (2014); יפעת נפתלי בן ציון דיני האמונאות במבט השוואתי – על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן 32-33 (2022); עניין קוטורי, בעמודים 277-278; וינרוט, בעמודים 102-106). זאת, בראי הצורך האמור לרסן את כוחם של הנציגים השונים הפועלים בסביבת החברה הממשלתית, מתוך ההבנה כי "כוח ללא אחריות משול להפקרות" (אוריאל פרוקצ'יה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" משפטים ח 13, 17 (1978)).

בהקשר זה יצוין, כי בעבר נטען כי המושג "חברה ממשלתית" אינו מדויק; שכן, הבעלות בחברה הממשלתית מצויה בידי המדינה, ואילו בידי הממשלה, המהווה אורגן של המדינה, נמסרה בנאמנות רק השליטה בה (ראו: זמיר, בעמוד 497, ה"ש 9; וינרוט, בעמוד 189); לכן, עוד במסגרת דו"ח ועדת ברק הוצע לעשות שימוש במספר מושגים אחרים, כגון "חברה ממלכתית", "חברה לאומית" או "חברת מדינה" (ראו: שם, בעמוד 40).

34. עוד מצאתי לציין, כי בהתאם לנתונים עליהם עמדתי בפתח דבריי, אשר להיקף פעילותן וחשיבותן של החברות הממשלתיות במשק הישראלי – אין ספק כי לחברות הממשלתיות תפקיד מרכזי בכלכלה הישראלית, כמו גם במערכת השלטונית. זאת, בשים לב לשירותים החיוניים אותם הן מספקות, למספר העובדים העצום אותו הן מעסיקות ולהון הרב בו הן מחזיקות (עניין התנועה לחופש המידע, בפסקה 9; זמיר, בעמוד 497; עניין רפאל, בפסקה 30).

כפי שנראה מיד, מאפייניהן אלו של החברות הממשלתיות הובילו את המחוקק לערוך הסדרה מקיפה יותר של פעילותן, בהשוואה לחברות אחרות, הן במישור התאגידי הן במישור המינהלי; כמו גם להקמת רשות ייחודית, אשר תפעל בשני מישורים אלה.

על תפקידה של רשות החברות הממשלתיות כגורם מאסדר

35. אחת הדרכים שהוצעו להתמודד עם הקשיים עליהם עמדתי לעיל, היא באמצעות הטעמתם של מנגנוני פיקוח מגוונים, שיאפשרו, בשעת הצורך, להכווין את החברה הממשלתית לביצוע המדיניות הממשלתית (דו"ח ועדת ברק, בעמוד 27; ראו גם: סעיפים 8(א), 11, 20, 25, 34 ו-41 לחוק החברות הממשלתיות, המגדירים החלטות ועסקאות של החברה הטענות אישור ממשלה, קובעים חובות גילוי ודיווח המוטלות על נושאי המשרה בה, וכן סעיף 68 לחוק, הקובע סנקציה פלילית על הפרת מקצתן של חובות אלו).

36. בתוך כל אלו, הוחלט גם על הקמת רשות ייעודית שתסייע בהתמודדות עם המתח הטבוע בדואליות הפונקציונלית של חברות ממשלתיות – היא רשות החברות הממשלתיות; וכך על-פי דו"ח הוועדה:

"גישתה של הוועדה בדבר האיזון בין עצמאות החברה הממשלתית מזה ופיקוח הרשות המבצעת באמצעות השרים מזה, מחייבת כי תוקם במסגרת הרשות המבצעת רשות מיוחדת שתטפל בבעיותיהן של כלל החברות הממשלתיות [...] רשות זו תרכז במסגרתה את כל הניסיון הממשלתי באשר לטיפול בחברות הממשלתיות ותהווה על-כן מוקד לאינפורמציה להנחיה ולמעקב אחר פעולותיהן של החברות הממשלתיות ותשמש גוף מדריך ומייעץ לשרים ולממשלה בהפעלת סמכויותיהם ביחס לחברות הממשלתיות [...] יהיה זה מתפקידה של הרשות לטפל בענינים המשותפים לכלל החברות הממשלתיות כגון, שכר ותנאי עבודה, ביטוח, יעוץ משפטי ועוד [...] יהיה זה מתפקידה של הרשות להכין כללי דיווח ובקרה הן כדי ליעל את פעולתן של החברות הממשלתיות והן כדי לרכז אינפורמציה על הנעשה בהן" (דו"ח ועדת ברק, בעמוד 36).

37. עוד הובהר במבוא להצעת החוק ובדברי ההסבר לה, כי לרשות שתוקם מיועדים 'תפקידים רבים' שעניינם ייעוץ ופיקוח (הצעת חוק החברות הממשלתיות, בעמוד 332); ואף הודגש, כי הפעלת מרבית סמכויות הממשלה והשרים הממונים, תהא כפופה להתייעצות קודמת עם הרשות (שם, בעמוד 316). מכל אלה עולה, כי עוד מראשית הדרך, נקשרה עצמאותן העסקית של החברות הממשלתיות עם ההכרה בתפקיד המכוון והמפקח של רשות החברות הממשלתיות, מקום בו אין מדובר בפעילות העסקית עצמה (עניין נבון, בפסקה 46).

38. על יסוד כל אלו, הוטלו על הרשות תפקידי יעוץ ופיקוח רבים, המוגדרים בסעיף 54 לחוק, מקצתם לגבי כלל החברות הממשלתיות ומקצתם לגבי 'סוגים' של חברות.

ביניהם, מתן ייעוץ לממשלה ולשרים בעניינים הנוגעים לחברות הממשלתיות; טיפול בעניינים המשותפים לכלל החברות הממשלתיות או סוגי החברות, לפי הנחיות הממשלה; מעקב אחר מילוי המלצות מבקר המדינה הנוגעות לחברות הממשלתיות וסיוע למילויין; ייעוץ וסיוע לחברות ממשלתיות בנייהול עסקיהן; מעקב רציף אחר הפעילות של כל אחת מן החברות הממשלתיות, הגשמת מטרותיה, מהלך עסקיה, מצבה הכספי ומדיניות השכר שלה; בדיקת דו"חות החברות הממשלתיות; טיפול וסיוע בהקמה וביצוע של פירוק, מיזוג, פשרה, סידור, חידוש וארגון מכירת מניות של חברות ממשלתיות; ייעוץ לוועדת השרים לענייני הפרטה (אשר הוקמה בסעיף 59א לחוק) בעניינים הנוגעים להפרטה; טיפול בביצוע החלטות הפרטה; ועוד.

39. על חשיבותו של המאסדר, בכלל, נכתב לא מעט. תפישת היסוד היא כי המאסדר הוא בעל מומחיות מיוחדת, והוא בקיא ומכיר זה מקרוב ביותר את הנושאים המצויים תחת תחום אחריותו. בתוך כך, מובלעת גם ההכרה בחשיבות ידיעותיו של המאסדר עם התחום מתוך הפרקטיקה הנוהגת ב'שטח'. ידיעות אלו, בשילוב עם התמצאותו של המאסדר בדברי החוק, הפסיקה והכתיבה האקדמית בתחום הרלוונטי – כמו גם יישומם של אלה בחיי המעשה, ובמגוון רחב של אירועים – נותנים בידי המאסדר את פריזמת ההתבוננות הרחבה ביותר בנוגע לסוגיות מורכבות העומדות על הפרק.

40. ועוד, מעבר למקצועיות וניסיונו הרב של המאסדר בתחומו, זוכה המאסדר גם לחזקת אובייקטיביות (להוציא מקרים של "שבי רגולטורי" (להרחבה, ראו: דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (04.07.2021)). היינו, שאין רואים בו גוף בעל אינטרסים אישיים, המונע מרצון להכתיב מהלכים עצמאיים משל עצמו. כל אלה – מחייבים מתן משקל ראוי והולם לעמדת המאסדר (להרחבה בדבר חשיבות עמדת המאסדר, ראו: חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין "המאסדר כידידו של בית המשפט" (טרם פורסם, צפוי לראות אור במהלך 2024); ראו גם: רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט, פסקה 10 (03.02.2019)).

41. כך למשל, במבט משווה למאסדרים מקבילים דוגמת הרשות לניירות ערך – הרי שאין זה מקובל כי מעמדה וקולה לא יישמע בתחומי אסדרתה המפורשים בדין. למעשה, עוד בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע כי ההוראות הקבועות בפרק הייעודי לה בחוק (פרק ו' בדברי ההסבר להצעת החוק; ופרק ז' בחוק היום), "הולכות בעקבות הסדרים שנקבעו לרשויות דומות, כגון רשות ניירות ערך לפי חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968" (הצעת חוק החברות הממשלתיות, בעמוד 330). במובן זה, יועדה הרשות לשמש ככל גוף מאסדר המוקם על-פי דין, וזו מידת החשיבות והרצינות שמצופה שינהגו בה ובעמדותיה.

42. מכל האמור עד כה עולה, אם כן, כי מכלול הסמכויות שניתנו לרשות החברות הממשלתיות נועדו לאפשר לה לממש את תפקידה, ובכלל זאת לפעול לשם הסדרת בעיית

הנציג – הן זו 'המינהלית' הן זו 'התאגידית'. כפי שיבואר מיד, גם יתר הוראות החוק, אשר אינן עוסקות ברשות החברות הממשלתיות, מטפלות בשתי בעיות אלה.

הוראות חוק החברות הממשלתיות כמבטאות את עקרון הדואליות הנורמטיבית

43. בהיבט התאגידי, חוק החברות הממשלתיות קובע מספר הסדרי ממשל תאגידי הייחודיים לחברה הממשלתית. כך הוא למשל, סעיף 19 לחוק, המסמיך את שר האוצר, בהתייעצות עם הרשות, להתקין תקנות מיוחדות בדבר הגמול וההוצאות שישולמו לדירקטור בחברה ממשלתית. כך גם סעיף 32(א)(4) לחוק מטיל על הדירקטוריון חובה לקבוע את תנאי העסקת המנהל הכללי, כמו גם את תנאי העסקת נושאי משרה בכירים ועובדים בחברה הממשלתית, באישור הממשלה ובהתאם לכללים שקבעה. זהו גם טיבו של סעיף 24(ב) לחוק, האוסר על המנהל הכללי של החברה הממשלתית לכהן כיושב-ראש הדירקטוריון, זאת על מנת לחזק את תפקידו הפיקוחי של הדירקטוריון (יוסף גרוס חוק החברות החדש 207 (מהדורה רביעית 2007)).

44. חוק החברות הממשלתיות קובע גם הוראות ייחודיות לגבי אופן פעילות הדירקטוריון. בתוך כך, החוק מסדיר את המניין החוקי בישיבות הדירקטוריון (סעיף 28 לחוק), את מועדי זימונן, קובע מי מוסמך לזמן ומגדיר את אופן מעורבותם של השרים והרשות בישיבות (סעיפים 26-27 לחוק). עוד מסדיר החוק את סמכות הדירקטוריון למנות ועדות מטעמו ולאצול מסמכיותו (סעיפים 29-30 לחוק).

45. לצד כל האמור, סעיף 32 לחוק החברות הממשלתיות קובע שורה ארוכה של פונקציות שעל דירקטוריון החברה הממשלתית למלא, ובכלל זה, כאלה שנועדו לממש את תכליתה העסקית של החברה, אשר מכולן עולה כי המחוקק ביקש להטיל אחריות מיוחדת וכבדת משקל על דירקטורים בחברה ממשלתית (יוסף גרוס "אופיו המיוחד של דירקטוריון החברה הממשלתית" משפטים ח 339, 361 (1976)).

46. חוק החברות הממשלתיות מבקש להגן גם על בעלי מניות המיעוט בחברה. כך, בשל ההשלכות המשמעויות הכרוכות בהפיכת חברה פלונית לחברה ממשלתית, הוטלה על המדינה חובה לרכוש את מניותיו של בעל מניות שרצונו בכך, לאחר שהפכה החברה לחברה ממשלתית ובשווין כפי שהיה במועד זה (סעיפים 9(א) ו-9(ג) לחוק החברות הממשלתיות; גרוס – החברה הממשלתית, בעמוד 496).

47. טול גם לדוגמא, את סוגיית מינוי נושאי משרה בחברה הממשלתית, ובפרט מינויים לדירקטוריון. יוער, כי הוראות חוק החברות הממשלתיות בהקשר זה, כוללות אופי מינהלי-תאגידי מעורב. כפי שציין היטב חברי, השופט עמית, תיקון מס' 6 לחוק החברות הממשלתיות בא לעולמו בשנת 1993, בין השאר, "על מנת להגן על עצמאותו של הדירקטוריון ולהבטיח קיומו של חיק מתאים בין הדרג הפוליטי לבין החברה הממשלתית"

(בפסקה 7 לחוות דעתו; ראו גם: מרדכי בן-דרור "מינוי דירקטורים על פי חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975" המשפט ד 307, 308 (1998) (להלן: בן-דרור)), כאשר לצד זאת, תיקון זה נועד "להבטיח איוש מיטבי של דירקטוריונים בחברות ממשלתיות בהיבט המקצועי והעסקי" (בג"ץ 8173/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט א' שטיין (22.05.2022)).

48. לשם כך, תיקון מס' 6 קבע תנאי כשירות קטגוריים לכהונה בדירקטוריון חברה ממשלתית (סעיף 16 לחוק), את אמות המידה לבחינת התאמתו של המועמד לצורכי החברה (סעיף 18ב(ג)(3) לחוק) וכן – אסר על מינויו של מועמד לדירקטוריון, אשר עיסוקיו "עלולים ליצור ניגוד-עניינים" עם תפקידו (סעיף 17(א)(3) לחוק) או כאשר הוא בעל זיקה כלכלית לחברה או להנהלתה (סעיף 17א לחוק). לצד כל זאת, "החוק [אף] שם "אזיקים" מסוימים על ידי השרים וכבל אותם לכישוריהם שחייבים כי יהיו אצל המועמדים המוצעים על ידם" (בן-דרור, בעמוד 316). למען שלמות התמונה, יצוין כי חוק החברות הממשלתיות כולל גם הוראות בדבר סמכויותיו, מינויו, השעייתו ופקיעת כהונתו של המנהל הכללי של חברה ממשלתית (ראו: סעיפים 37-43 לחוק).

49. אם בכך לא די, מכוח סעיף 18ב לחוק, הוקמה ועדה ציבורית הבודקת את כשירותם של מועמדים לדירקטוריון, לתפקיד יושב ראש הדירקטוריון ולמשרת המנהל הכללי (סעיף 18ב(א) לחוק), זאת על פי תנאי הכשירות המוזכרים, ובהתאם למאפייני החברה הממשלתית והמועמד (ראו: סעיפים 18ב(ג)(1) ו-18ב(ג)(3) לחוק). עוד נקבע, כי כל אימת שמצאה הוועדה כי למועמד פלוני ישנה זיקה לשר משרי הממשלה – הרי שהיא "לא תמליץ על מועמדותו זולת אם מצאה כי יש לו כישורים מיוחדים בתחומי פעולתה של החברה, או שקיימים לגביו שיקולים של כשירות מיוחדת אחרת" (סעיף 18ג(א) לחוק).

מסירת הכוח בידי הוועדה, במסגרת סעיף 18ב לחוק, נועדה אף היא להרחיק את הדרג הפוליטי מהליך המינוי ולהבטיח את קיומו של הליך מקצועי, ענייני ותקין (ראו למשל: בג"ץ 6777/98 רזנברג נ' הוועדה לבדיקת מינויים על-פי חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, פ"ד נב(5) 721, 733-735 (1998); בג"ץ 6212/18 אדס טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' השר להגנת הסביבה, פסקה 12 (07.01.2019)).

50. עינינו הרואות, כי הכללים שנקבעו לעניין מינוי נושאי משרה בחברה הממשלתית, ובפרט לדירקטוריון שלה, בין השאר במסגרת תיקון מס' 6 לחוק החברות הממשלתיות – נועדו לרסן את כוחם של השרים, תוך הגנה על עצמאות הדירקטורים (ראו: פסקה 26 לחוות דעתו של השופט מיינץ), כמו גם להבטיח את קיומו של ממשל תאגידי ראוי.

יודגש, כי צורך זה עולה גם מהקווים המנחים שמתווה ארגון ה-OECD לממשל

תאגידי תקין לחברות בבעלות ממשלתית, שם מצוין כי:

”יש להגביל את סמכותו של ישות הבעלות להנחות את החברה הממשלתית או את הדירקטוריון שלה לנושאים אסטרטגיים וליעדי מדיניות ציבורית בלבד. המדינה אינה צריכה להיות מעורבת בקבלת החלטות אופרטיביות [...]” (”תרגום הקווים המנחים של ה-OECD על ממשל תאגידי בחברות ממשלתיות” OECD 31 (2017)).

51. גם במישורים אחרים, מבקש חוק החברות הממשלתיות להפריד ”בין הניהול השוטף של חברה ממשלתית לבין הבעלים, קרי לבין המדינה השולטת בחברה” (עניין שיף, בפסקה 9) ’ולרסן’ את כוחו של הדרג הפוליטי כלפיה. דהיינו, להסדיר את הפן המינהלי של החברה הממשלתית.

52. כך, כפי שפירטו בהרחבה חבריי, כמו במישור מינוי הדירקטורים, כך גם במישור פיטורי הדירקטורים, ביקש המחוקק להגביל את כוחם של השרים (בפסקאות 24-25 ו-28 לחוות דעתו של השופט מין; בפסקאות 9-10 לחוות דעתו של השופט עמית; ראו גם: בג”ץ 4566/90 דקל נ’ שר האוצר, פ”ד מה(1) 28, 44 (1990)). שהלוא, בניגוד להוראה החלה על דירקטורים בחברות אחרות, המאפשרת לאספה הכללית לפטרם בכל עת, בכפוף לשימוע – כהונתו של דירקטור בחברה ממשלתית פוקעת אך ורק בהתקיים עילה מסוימת מתוך רשימה סגורה של עילות הקבועות בסעיף 22 לחוק (ראו: יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בחברה 133 (1989); השו: סעיף 230 לחוק החברות). מתוך רשימה זו, רק שתי עילות מאפשרות לשרים לפטר את הדירקטור, ואחת מהן היא, כאמור, העילה הקבועה בסעיף 22(א)(6) לחוק, המצוי במוקד ענייננו.

53. המסקנה המתבקשת מהאמור עד כה, היא כי כאשר רשות ציבורית, בכלל זה השרים, מפעילים כלפי החברה סמכות מכוח חוק החברות הממשלתיות, על הפעלת הסמכות חולשות שתי מערכות דינים, זאת בראי עקרון הדואליות הנורמטיבית.

54. ראשית, הפעלת הסמכות כפופה לעקרונות הכלליים של המשפט המינהלי, כמו גם להוראות חוק החברות הממשלתיות, הנושאות אופי מינהלי (פסקה 28 לחוות דעתו של השופט מין). כך היא, למשל, הפעלת הסמכות מכוח סעיף 22(א)(6), בו עסקינן. שכן, כפי שציין חברי, השופט מין, הפעלת סמכות זו כפופה לחובות הכלליות במשפט המינהלי, בדבר איסוף תשתית הולמת ומתן זכות טיעון (בפסקאות 32 ו-34 לחוות דעתו); וכך גם, הפעלת הסמכות מכוח סעיף 22(א)(6) כפופה לחובת ההיוועצות הסטטוטורית, אשר נקבעה בו באופן פרטני (פסקה 33 לחוות דעתו של השופט מין).

55. שנית, הפעלת הסמכות על ידי השר מהווה, הלכה למעשה, הפעלת שליטתה של הממשלה (המשמשת כאורגן של המדינה) – בחברה הממשלתית. משכך, הפעלת השליטה כפופה גם כן לחובות המוטלות מכוח דיני החברות על בעלי השליטה, ובתוך כך לחובת ההגינות ולאיסור הקיפוח.

56. החובות מכוח המשפט המינהלי ודיני החברות, כאמור, חלות בצוותא חדא. יש שהן חופפות, יש שהן מצטברות. ראוי לשאוף להרמוניה ביניהן. בתוך כך, תפקיד משמעותי ואחריות כבדה הוטלו על כתפיה של רשות החברות הממשלתיות, כגורם הרגולטורי המאסדר את פעילות החברות הממשלתיות, בשני מישורים אלה גם יחד.

57. אומנם, אין זה המקום להכריע בשאלת הנפקות המעשית של תחולת שתי מערכות הדינים, ובכלל זה ביחס לנפקות של הפרה של חובה מינהלית במישור האזרחי (ראו והשוו: רע"א 2063/16 הרב יהודה גליק נ' משטרת ישראל (19.01.2017); אהוד גוטל, ליאת דאטש ויובל פרוקצ'יה "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ" משפטים נ 713 (2021)); או, מן העבר השני, לדון במשמעותה המינהלית של הפרת חובה מכוח דיני החברות. אך יחד עם זאת, וכפי שאציין להלן, סבורני כי לא זו בלבד שנפלו פגמים מינהליים בהליך קבלת ההחלטה בענייננו, אשר די בהם כדי להצדיק את קבלת העתירה; אלא גם, שהליך קבלת ההחלטה מעורר שאלות כבדות משקל בהיבט התאגידי. כמו כן, הליך זה מעורר קשיים משמעותיים בהתייחס לחובת ההיוועצות ברשות החברות הממשלתיות, הגורם המאסדר בענייננו.

58. טרם אדרש לסוגיה זו מצאתי לציין, כי בדומה לחברי השופט מ'ינץ, גם אני סבור שסעיף 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות אכן מסמיך את השרים להורות על העברתו מתפקיד של יושב ראש דירקטוריון. יחד עם זאת, במחלוקת שנתגלעה בין חבריי בעניין זה, דעתי כדעת השופט עמית – כי יש להעניק משקל משמעותי לעובדה שבחלוף כמעט שנות דור, מאז נחקק החוק, שרי ממשלות ישראל בחרו שלא לעשות שימוש בסמכות חריגה זו, עד לענייננו של העותר (השוו: בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקה ל"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (13.11.2014)), וכך עשיתי גם אני.

אי קיומה של היוועצות כדין

59. כפי שעמדו על כך חבריי בחוות דעתם בהרחבה, וכפי שאדרש להלן, הדחתו של העותר נעשתה ללא היוועצות מקדימה עם הרשות, וחרף התנגדותה למהלך – לכל אורך הדרך. התעלמות זו מעמדת הרשות, ערערה, בין היתר, את התשתית העובדתית שעמדה ביסוד ההחלטה בדבר העברת העותר מתפקידו, וכפי שפורט בהרחבה גם בחוות דעתו של חברי, השופט מ'ינץ. אולם, נוסף על כך, החלטה זו גם מכרסמת במושכלות היסוד עליו מושתת ממשל תאגידי תקין – הן מכוח דיני החברות לבדם, ומקל וחומר, בראי תכליותיו והוראותיו של חוק החברות הממשלתיות.

60. כפי שעמדתי על כך לעיל, רשות החברות הממשלתיות היא הרגולטור האמון על החברות הממשלתיות. ככזו, הנחת המוצא היא כי אין לחשוד בה כמי שנגועה באי אלו שיקולים שלא מן העניין, שכן עצם מעמדה זה של הרשות – מקנה לה, כאמור, חזקת

אובייקטיביות. ודוק, אחד מתפקידיה העיקריים של הרשות הוא לומר את דברה בשם של אותם בעלי מניות שהיא אמונה על האינטרסים שלהם, כמו גם בשם האינטרס הציבורי; ואין בעמדתה, משום רצון או יומרה להכתיב את מהלכיה העסקיים של החברה – וכך גם היה בעניינו של העותר כאן. במובן זה, לא השתכנעתי כי היה טעם ענייני כלשהו בגינו מצאו המשיבים לנכון להתעלם, באופן גורף, מעמדתה של הרשות.

61. האופן בו נהגו המשיבים עם עמדת הרשות, אם כן, איננו נכון ואיננו רצוי, והוא מעורר לטעמי תמיהה רבה, זאת אף ביתר שאת בשים לב למכתבה של מנהלת הרשות, אשר הוזכר גם על ידי חברי, השופט מיינץ (בפסקה 45 לחוות דעתו); שכן, גישה שכזו ביחס למעמד הרשות עלולה לפגוע באינטרס הציבורי, ולכרסם באופן משמעותי בהיבט חשוב וחיוני מתפקידיה של הרשות – כגוף מפקח, שהמלצותיו מבוססות על מומחיות, ידע וניסיון (עניין נבו, בפסקה 46).

62. בעניינו, כאמור, העברת יושב ראש הדירקטוריון מתפקידו נעשתה מבלי שקוימה חובת ההיוועצות הסטטוטורית עם הרשות – בלב פתוח ובנפש חפצה, תוך מתן משקל משמעותי לעמדה זו. כך, משיושב ראש הדירקטוריון לא נענה בחיוב לבקשת השר כי יסיים את תפקידו כיושב ראש דירקטוריון החברה, פנו השרים למסלול ההעברה מכהונה, וזאת באמצעות שליחת מכתב לרשות ביום 02.06.2023 (להלן: מכתב ההיוועצות), בהתאם לדרישת סעיף 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות. הרשות מצידה, התנגדה נחרצות למהלך העברת יושב הראש מתפקידו; אך מכתבה בעניין זה לא קיבל מענה או התייחסות נוספת בעניין. חלף כך, המשיכו השרים בהליכי ההדחה, ופנו ביום 18.06.2023 במכתב ליושב הראש בדבר הכוונה להעבירו מתפקידו, תוך הזמנתו להשמיע את טענותיו בעניין. לאחר תכתובת נוספות ביניהם בעניין, ביום 17.07.2023 הועלתה על-ידי השרים על הכתב החלטתם הסופית להעביר את יושב ראש הדירקטוריון מתפקידו.

63. בתוך כך, התעלמו השרים התעלמות מוחלטת מעמדת הרשות, כמו גם מהנתונים שהוצגו על-ידה, ואשר עומדים בניגוד לטענות העובדתיות עליהן מושתתת החלטת ההדחה. כך למשל, הם פני הדברים בהתייחס למספר תלונות הציבור, אליו התייחסו השרים ככזה המלמד, כשלעצמו, על איכות השירות לציבור; שהלוא, נתוני הרשות מלמדים דווקא על ירידה בהיקף התלונות ובתלונות שנמצאו מוצדקות ביחס לתקופה הקודמת לכהונת יושב ראש הדירקטוריון; כך הוא בנוגע לטענה בדבר אובדן הכנסות; וכך הוא ביחס לטענת אי עמידת החברה בזמני המתנה על פי הרישיון.

64. מכל אלה, הרי שלא ניתן להימנע מן המסקנה לפיה חובת ההיוועצות הסטטוטורית עם הרשות – נעשתה מן השפה אל החוץ. ההתעלמות מהנתונים שהציגה הרשות מקבלת משנה תוקף, שעה שחברת הדואר מצויה בהליך הפרטה שביחס אליו, כאמור, נתון לרשות מעמד מיוחד מכוח החוק (ראו: סעיף 22(א)(7) לחוק, המייחד לרשות את הסמכות להעביר דירקטור בחברה ממשלתית מתפקידו אם "הוא אינו ממלא

את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה". בנוסף, היא מעוררת קושי מיוחד במישור ביסוס התשתית העובדתית העומדת בבסיס החלטת ההדחה, כפי שיבואר להלן.

הפגמים שנפלו בהחלטת השרים בראי דיני החברות

היעדרה של תשתית עובדתית

65. כפי שציין השופט מ'ינן, החלטת השרים להדיח את העותר לא נסמכה כלל ועיקר על תשתית עובדתית ראויה, לא כל שכן, כזו ההולמת את הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 22(א)(6) לחוק, המהווה התערבות חריגה בפעילות חברת הדואר (בפסקאות 32 ו-38 לחוות דעתו). יתר על כן, כפי שהוסיף על כך השופט עמית, אף יתכן "שהנתונים האובייקטיביים מלמדים ההיפך" (בפסקה 2 לחוות דעתו). לא זו אף זו. ההחלטה נתקבלה בניגוד לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, כמו גם לעמדת הרשות, שהיא כאמור הגוף המאסדר של פעילות החברות הממשלתיות, תוך התעלמות מוחלטת מהנתונים שהציגה הרשות בפני השרים (ראו: בפסקה 43 לחוות דעתו של השופט מ'ינן; פסקאות 59-64 שלעיל), וללא כל טעם מבורר. כל זאת, כאמור, על אף שמדובר בחברה ממשלתית 'עיקרית', על פי הגדרת הרשות (ראו: פסקה 4 שלעיל), אשר החלטות בעניינה, מטבע הדברים, בעלות השלכות משמעותיות במיוחד. זאת ועוד. כפי שהדגיש השופט עמית, בדיון שהתקיים לפנינו באי כוח השרים לא השכילו ליתן כל הסבר מדוע יש טעם ענייני בהדחת העותר כעת, כאשר חברת הדואר מצויה במצב כה רגיש, כשהליך ההפרטה מתקרב ל'ישורת האחרונה' שלו (ראו: בפסקה 2 לחוות דעתו).

אכן, כפי שציינו חבריי, החלטה שאינה מושתתת על תשתית עובדתית ראויה – אינה החלטה מינהלית תקינה (ראו למשל: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 352 (1998)).

66. על כך אוסיף, כי קבלת החלטה שכזו, ללא כל ביסוס עובדתי, תוך התעלמות מעובדות רלוונטיות, מעוררת קושי מסוים, גם במישור התאגידי. כאמור, כאשר השרים מפעילים את סמכותם מכוח חוק החברות הממשלתיות, הם מפעילים את שליטתה של הממשלה בחברה הממשלתית; ודומה כי עליהם להיות ערים לכך.

67. ציינתי לעיל, כי היקפה של חובת ההגינות המוטלת על בעל שליטה, בפרט בהתייחס להפעלת שליטה, טרם בורר עד תום בפסיקתנו. יחד עם זאת, סבורני כי קבלת ההחלטה באופן המתואר, לבטח בנסיבות בהן מצויה החברה – בעיצומו של תהליך הפרטה (השוו: פסקה 2 לחוות דעתו של השופט עמית), מעוררת קושי במישור חובת ההגינות המוטלת על בעל שליטה כלפי החברה (השוו: גרוסקופף ובן-ציון, בעמודים 146-145). הווה אומר, עמדתי היא, כי בנסיבות המתוארות, החלטה תקינה במישור דיני החברות, חייבת להתבסס על תשתית עובדתית כלשהי, שכן אין להלום מצב בו בעל

השליטה מגלה אדישות מוחלטת לנזקים שהחלטתו עלולה לגרום לחברה (השוו: עניין ברדיצ'ב, בפסקה 97).

הפגיעה בזכות הטיעון

68. להדחתו של העותר גם לא קדם הליך שימוע כדין. השתלשלות העניינים, עליה אין כל מחלוקת, מצביעה על כך שההחלטה על הדחתו התקבלה כבר בתחילת חודש מרץ 2023, באותה 'שיחת מסדרון'. כידוע, זכות הטיעון היא חלק מכללי הצדק הטבעי, חלה ביחס לכל החלטה מינהלית, כל אימת שזו עלולה לפגוע בזכות או באינטרס של הפרט, והפרתה – עשויה להביא לביטול המעשה המינהלי (ראו, מני רבים: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 554 (2005); בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 889-890 (2004); ברק-ארז, בעמודים 462-463).

69. כה טבעיים הם כללי הצדק הטבעי, עד כדי כך שלעתים הם חלים גם במשפט הפרטי בטהרתו. כך, למשל, גם ביחס לענייננו, דהיינו – בהתייחס לחובה לערוך שימוע בטרם פיטורין (אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ב – הזכות לכבוד האדם 1115-1116 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך, 2023); ברק-ארז, בעמוד 462, ה"ש 2).

70. על כך יש להוסיף, כי סעיף 230 לחוק החברות קובע במפורש, כי האסיפה הכללית אינה רשאית להורות על פיטוריו של דירקטור, אלא אם כן ניתנה לו "הזדמנות סבירה להביא את עמדתו" בפניה. דומה, כי בין השאר, תכליתה של הוראה זו היא לחזק את עצמאותו של הדירקטור אל מול בעל השליטה, שכן זימון האספה הכללית לשם פיטורי הדירקטור עלול לעורר "תהודה ציבורית רחבה שתפגע בחברה ובבעלי השליטה" (גרונס – דירקטורים, בעמוד 52).

אם כן, הפגיעה בזכות הטיעון בענייננו, כמוה כפגיעה בעצמאות הדירקטוריון; מכאן, שלא זו בלבד שהיא אינה עולה בקנה אחד עם כללי היסוד של המשפט המינהלי, הרי שהיא גם אינה תקינה בראי דיני החברות.

הפגיעה בעצמאותו של הדירקטוריון

71. ומעניין לעניין באותו עניין. עצם הדחתו של העותר מערער את תכליותיו של חוק החברות הממשלתיות ומהווה פגיעה אנושה בעצמאות הדירקטוריון של חברת הדואר. כאמור, עצמאות דירקטוריון החברה הממשלתית עוברת כחוט השני בחוק החברות הממשלתיות. היא מקודמת באמצעות מנגנונים שונים שיצר החוק, אשר תוארו בהרחבה לעיל, ואשר נועדו, בין השאר, "להרחיק" את השרים מפעילותה העסקית השוטפת של החברה.

72. לכך אוסיף, כי כפי שציין השופט עמית, "בכך לא שונה דינו של דירקטור בחברה ממשלתית מדינו של דירקטור בחברה פרטית או ציבורית" (בפסקה 8 לחוות דעתו). פגיעה בשיקול דעתו העצמאי של הדירקטור – אסורה, אם כן, על פי חוק החברות הממשלתיות, אך היא גם אינה תקינה במישור דיני החברות הכלליים. כאמור, סעיף 106 לחוק החברות מטיל על הדירקטור חובה להפעיל שיקול דעת עצמאי, וכך גם נאסר על בעל השליטה – כל בעל שליטה – לפגוע בעצמאותו זו (ראו: פסקה 24 שלעיל).

73. בדומה לכך, גם ההנמקה שניתנה להחלטת השרים מעוררת תהיות. כאמור בחוות דעתו של השופט מיןן, הן בטיוטת מכתב השימוע הן במכתב השימוע עצמו, ציין שר התקשורת כי הוא 'איבד אמון' בעותר (בפסקאות 36 ו-40 לחוות דעתו). בדומה לכך, גם בדיון שהתקיים לפנינו נטען כי העותר לא מילא אחר "מדיניות" השר ליתן שירות טוב ללקוחות חברת הדואר (ראו: פסקה 39 לחוות דעתו של השופט מיןן), וכלשון בא כוחו של השר לשיתוף פעולה אזורי "כאשר פועלים נגד מדיניות שהתווה השר וכאשר קיבלה אותה מדיניות את אמון הממשלה, אותו פקיד חורג מסמכותו".

74. תחילה יוער, כי על אף שבמונח פקיד אין משום פחיתות כבוד, מובן, כי יושב ראש דירקטוריון של חברה ממשלתית, אפילו הייתה חברה ממשלתית בבעלות מלאה, אינו פקיד ציבור, כפי שביקשו לטעון באי כוח השרים (על כך ראו בפסקה 5 לחוות דעתו של השופט עמית). כאמור לעיל, החברה הממשלתית, היא קודם כל חברה. יושב ראש הדירקטוריון של החברה הממשלתית הוא אודגן של החברה. ככזה, חובת האמונים המוטלת עליו אינה מופנית כלפי בעל השליטה, לא כל שכן כלפי השרים, אלא בראש ובראשונה – כלפי החברה. מובן, אם כן, כי 'אובדן אמון' של השר בדירקטור מסוים או ביושב ראש הדירקטוריון, אף אם ייצבע, לכאורה, בטעמים מקצועיים (על כך ראו בפסקה 40 לחוות דעתו של השופט מיןן), אינו יכול להיחשב אי מילוי התפקיד כראוי (לצורך סעיף 22(א)(6) לחוק), ועל כן – הוא אינו יכול להצדיק את הדחתו מתפקידו. כך הם פני הדברים גם ביחס לטענה הכוללנית שנטענה בפנינו, לפיה העותר אינו מקיים את "מדיניות" שר התקשורת.

סוף דבר

75. הקשיים עמם מבקשים להתמודד המשפט המינהלי ודיני החברות נושאים מאפיינים דומים. כך, שתי מערכות הדינים מכירות בצורך לרסן את הכוח של הנציגים הפועלים במסגרת הציבורית ובמסגרת התאגידית, בהתאמה. עמדתי לעיל על כך שהדין החל על חברה ממשלתית, המצויה בקו התפר שבין שני תחומים אלה – מבקש להתמודד עם כלל הקשיים הללו, בעת ובעונה אחת. בתוך כך, בידי רשות החברות הממשלתיות נמסר תפקיד מפתח בהתמודדות עם קשיים אלו.

76. הפגמים שנפלו בהחלטת השרים בענייננו ממחישים היטב את האתגר הכפול שמציב העיסוק בחברה ממשלתית. כאמור בחוות דעתם המקיפה של חבריי, הפגמים המינהליים שנפלו בהחלטת השרים מובילים, כשלעצמם, למסקנה מחויבת המציאות, כי דין החלטתם – בטלות.

77. בצד האמור, ציינתי כי פגמים אלו מעוררים גם קשיים משמעותיים בהתחשב בחובות המוטלות על חברה ממשלתית, כמו גם על הממשלה כבעלת השליטה בה, במישור דיני החברות. על כל אלה, יש להוסיף כאמור, גם את העובדה שהליך קבלת ההחלטה חותר תחת מעמדה החשוב של רשות החברות הממשלתיות, כגורם המאסדר.

78. בהתאם לאמור לעיל, אני מצטרף לחוות דעתם של חבריי, השופט מ'ינץ והשופט עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מ'ינץ.

ניתן היום, כ"ז באדר א' התשפ"ד (7.3.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט