



רשות ניירות ערך

מחלקת תאגידיים

רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים 9546434

טל': 02-6556444 פקס: 02-6513160

דוא"ל: corporate@isa.gov.il

www.isa.gov.il

י"ט כסלו תש"ף

17 דצמבר 2019

לכבוד

עוה"ד ניר דרש ורז מלצר

באמצעות דואר אלקטרוני

הרצוג פוקס נאמן – עורכי דין

הנדון: פנייה מקדמית - מיזוג Menlo-Foamix סימוכין: מכתבכם מיום 26 לנובמבר 2019 ("המכתב")

במענה לפנייתכם בסימוכין בעניין עסקת מיזוג של חברת, Menlo Therapeutics Inc עם Foamix Pharmaceuticals Ltd הרינו להביא בפניכם את עמדת סגל רשות ניירות ערך (להלן: **סגל הרשות**) בנדון. עמדה זו מבוססת על המסכת העובדתית שנפרשה על ידכם במכתב ועליה בלבד, ובהנחה כי זו משקפת את כל הנתונים הרלוונטיים לנדון.

1. הרקע לפנייה ומסכת עובדתית

1.1. הרוכשת, חברת Menlo Therapeutics Inc, תאגיד זר שאינו תאגיד מדווח בישראל, היא חברה ציבורית המאוגדת על פי דיני מדינת קליפורניה (להלן: **הרוכשת**). מניות הרוכשת נסחרות בבורסת ה-NASDAQ, אשר הינה בורסה זרה.

1.2. ביום 10 בנובמבר 2019 התקשרה הרוכשת עם Foamix Pharmaceuticals Ltd (להלן: **פואמיקס**) בהסכם מיזוג על דרך של החלפת מניות, לפיו, במועד השלמת הסכם המיזוג, תרכוש הרוכשת את מלוא הונה המונפק של פואמיקס, וזאת כנגד הקצאת מניות וזכויות מותנות לקבלת מניות ברוכשת (להלן: **הסכם המיזוג או העסקה**).

1.3. פואמיקס, אף היא תאגיד זר, היא חברה ציבורית המאוגדת על פי דיני מדינת ישראל, אשר נכון למועד זה, מניותיה נסחרות ב-NASDAQ בלבד.

1.4. העסקה

- 1.4.1. בהתאם לתנאי הסכם המיזוג, העסקה תצא אל הפועל כמיזוג משולש הופכי, הכולל מיזוג סטטוטורי על פי הוראות חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: **חוק החברות**) בין חברה בבעלות מלאה של הרוכשת שהתאגדה על פי דיני מדינת ישראל (להלן: **החברה הייעודית**), לבין פואמיקס, אשר תוצאתו היא שהחברה הייעודית (כחברת היעד) תתחסל, ופואמיקס (כחברה הקולטת) תשרוד את המיזוג.
- 1.4.2. עם השלמת העסקה, תהפוך פואמיקס לחברה פרטית בבעלות מלאה של הרוכשת, ומניותיה יימחקו ממסחר ב-NASDAQ.
- 1.4.3. השלמת העסקה מותנית בשורה של תנאים מתלים, ובכלל כך בקבלת אישור אסיפות בעלי המניות של פואמיקס והחברה הייעודית.
- 1.4.4. בתמורה למניות פואמיקס שבבעלותם, יהיו זכאים כלל בעלי המניות הנוכחיים בפואמיקס, לקבל במועד השלמת המיזוג, בגין כל מניה של פואמיקס אשר הוחזקה על ידם מיד לפני מועד השלמת המיזוג: א. מניות הרוכשת בהתאם ליחס החלפה הקבוע בהסכם המיזוג. ב. יחידה של זכויות מותנית לקבלת מניה ברוכשת (CSR), אשר תהא ניתנת להמרה למניות של הרוכשת בהתאם לתנאים הקבועים בהסכם המיזוג.
- 1.4.5. יחידות הזכות המותנית לקבלת מניה יומרו באופן אוטומטי למניות רגילות ברוכשת בכפוף לעמידה בתנאי ביצוע שקבעו בהסכם המיזוג. יחידות הזכות המותנות לא תהיינה עבירות (למעט באישור הרוכשת ובתנאים נוספים אשר נקבעו בהסכם המיזוג – כדוגמת מקרה של העברה מכוח חוק או על פי צו בית משפט) ולא יקנות למחזיקים בהן כל זכויות הצבעה או זכות לקבלת דיבידנד מהרוכשת כל עוד לא יומרו למניות ברוכשת.
- 1.4.6. בנוסף על האמור לעיל, פואמיקס הקצתה לנושאי משרה ועובדים בה יחידות מניה חסומות, זכויות לרכישת מניות וכתבי אופציה, אשר בהתאם לתנאי תוכנית התגמול על פיהם הוקצו, יומרו במועד השלמת העסקה ליחידות מניה חסומות, זכויות לרכישת מניות וכתבי אופציה ברוכשת בהתאמה, והכל מבלי שתידרש השקעה כלשהי על ידי מחזיקי יחידות המניה החסומות וכתבי האופציה. בהקשר זה ציינה החברה כי בכוונת הצדדים להגיד בנפרד בקשת פטור בהתאם לסעיף 15ד לחוק ניירות ערך בעניין. בנוסף, מחזיקי יחידות מניה חסומות וכתבי אופציה יהיו זכאים להקצאות נוספות של יחידות מניה חסומות וכתבי אופציה, ובמקרה שיחידות הזכות המותנית לקבלת מניה יומרו למניות הרוכשת, בכפוף לעמידה בתנאים אשר נקבעו בהסכם המיזוג.
- 1.4.7. הרוכשת תפרסם Joint Proxy Statement/תשקיף על גבי טופס S-4 – מסמך המהווה גם מסמך רישום למסחר של המניות אשר יוקצו לבעלי מניות פואמיקס במסגרת עסקת המיזוג וכתוצאה מהמרה למניות של יחידות הזכות המותנות

ויחידות התגמול ההוני המופרטות לעיל, וגם Proxy Statement עבור האסיפות של בעלי מניות של פואמיקס והרוכשת לאישור העסקה.

1.5. פנייה לבעלי המניות בפואמיקס במסגרת העסקה :

1.5.1. כפי שנמסר לחברה, סמוך לאחר מועד זה, בכוונת פואמיקס לזמן וליתן הודעה בדבר כינוס אסיפה מיוחדת של בעלי המניות בפואמיקס (להלן: **האסיפה הכללית המיוחדת**) ולקבוע מועד קובע לצורך השתתפות באסיפה כאמור, וזאת בין היתר, לצורך קבלת אישור בעלי המניות למיזוג במסגרת העסקה (לרבות בקשר עם החלפת מניות פואמיקס במניות הרוכשת). כל זאת, תוך עמידה בהוראות חוק החברות והתקנות שהותקנו מכוחו החלות על פואמיקס.

1.5.2. בנוסף, תוך זמן סביר ממועד החתימה על הסכמים סופיים ובמקביל לפרסום על ידי הרוכשת את ה-Joint Proxy Statement/תשקיף על גבי טופס S-4, בכוונת פואמיקס להגיש ל-SEC על גבי טופס Schedule 14A, זימון לאסיפה הכללית המיוחדת יחד עם אותו המסמך (Joint Proxy Statement/תשקיף) בשפה האנגלית, אשר יכלול, בין היתר, נוסח מלא של החלטות אשר על סדר היום (לרבות פירוט בדבר החלפת מניות פואמיקס במניות הרוכשת), הודעות לבעלי המניות וכתבי ההצבעה.

1.5.3. עוד בכוונת פואמיקס לשלוח באמצעות דיוור ישיר את הנוסח הסופי של ה-Joint Proxy Statement/תשקיף לכלל בעלי המניות בפואמיקס.

1.5.4. נוסח ה-Joint Proxy Statement/תשקיף ומסמכים נוספים הרלוונטיים לאסיפה הכללית המיוחדת ואשר יוגשות ל-SEC, יהיו זמינים ללא תשלום באתר הדיווחים של ה-SEC.

1.6. מחזיקי ניירות ערך הישראלים בפואמיקס :

1.6.1. על פי המידע שהועבר לנו על ידי פואמיקס, ובהתאם למידע המצוי בידי פואמיקס נכון למועד הפנייה, 9.1% מניירות הערך של החברה מחזיקים על-ידי ישראלים, מתוכם 4.1% באמצעות מניות, 4.6% באמצעות האופציות לעובדים ו-0.4% באמצעות יחידות מניה חסומות לעובדים.

2. הפנייה

הרוכשת מבקשת לקבל את אישור רשות ניירות ערך כי לא תתערב בעמדת החברה, לפיה ביצוע הקצאת ניירות ערך בחברה למחזיקים הישראלים אינו מהווה הצעה או מכירה לציבור ואינה טעונה פרסום תשקיף לפי סעיף 15 לחוק ניירות ערך, ו/או לחילופין כי לא יינקטו על ידי הרשות פעולות אכיפה עתידיות (No Action) בקשר עם כך.

3. עמדת החברה

החברה סוברת כי בנסיבות המקרה אין לראות בהקצאת ניירות ערך למחזיקים הישראלים "הצעה לציבור" כמשמעותה בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, וכתוצאה לא חלה על החברה חובת

פרסום תסקיף בישראל, וזאת לנוכח מספר טעמים שיוצגו להלן, הנשענים, בין היתר, על החלטות ופניות מקדמיות אחרות שהובאו בפני הרשות. בתוך כך, מציינת החברה את החלטת מליאה 1-2008,¹ את תשובת סגל הרשות לפנייה המקדמית בעניין Saguaro,² ואת תשובת סגל הרשות לפנייה המקדמית בעניין KLA-Tencor Corporation,³ אשר נסיבותיו, על פי החברה, כמעט זהות לחלוטין לענייננו, וכן את הנימוקים שעלו בעמדות אלה.

3.1. הרוכשת היא תאגיד זר, אשר מניותיה נסחרות בבורסה זרה, מבלי שהציעה בעבר ניירות ערך בישראל או נדרשה לדווח על פי חוק ניירות ערך בישראל.

3.2. הרוכשת ופואמיקס רשומות למסחר ב-NASDAQ וכפופות לחובות הדיווח החלות מכח הדינים בארה"ב. הרוכשת ופואמיקס אינן כפופות (עובר ולאחר עסקת המיזוג) לחובות הדיווח על פי חוק ניירות ערך.

3.3. לרוכשת אין ומעולם לא הייתה כל כוונה לפנות בהצעה לציבור בישראל, ומעורבות ה"ציבור" בישראל הינה תוצאת לוואי ואגבית של הסכם המיזוג.

3.4. למחזיקים הישראלים לא הייתה ציפייה כי על מכירת מניות פואמיקס יחול חוק ניירות ערך, שכן את מניות פואמיקס הם רכשו בעסקאות בבורסה או מחוץ לבורסה בארה"ב.

3.5. פואמיקס מעולם לא פנתה בהצעה לציבור בישראל באמצעות תסקיף, והצעותיה לציבור היו בארה"ב בלבד ומכוח הדין החל בארה"ב. לפיכך, למחזיקים הישראלים לא הייתה ציפייה כי הם ייהנו מהגנות כלשהן מכוח חוק ניירות ערך.

3.6. הרוכשת תעמיד לרשות בעלי מניות פואמיקס (ובכללם המחזיקים הישראלים) מידע מלא אודות מניותיה במסגרת ה-Joint Proxy Statement/תסקיף על גבי טופס S-4, אשר יוגש ל-SEC לשם הקצאת מניותיה ורישומן למסחר ב-NASDAQ. האסיפה הכללית של פואמיקס לאישור המיזוג תיערך לאחר פרסום התסקיף לעיל, כך שלבעלי מניותיה יהיה את כל המידע אודות החברה ועסקת המיזוג הצפויה.

3.7. לאחר השלמת עסקת המיזוג, לבעלי המניות הישראלים תהיה נגישות שוטפת למידע של הרוכשת על פי דיווחיה השוטפים בבורסת ה-NASDAQ.

3.8. הזכאות להקצאת ניירות הערך של הרוכשת במסגרת העסקה, הינה לכלל בעלי המניות בפואמיקס, כאשר תנאי העסקה הינם זהים לכלל בעלי מניות פואמיקס, ואין כל התייחסות מיוחדת לקבוצת מחזיקי ניירות הערך הישראלים.

3.9. הפנייה לבעלי ניירות הערך הישראלים בפואמיקס במסגרת העסקה, נעשית באותו אופן בו נעשית הפנייה לכלל בעלי המניות כמתואר בסעיף 1.5 לעיל, ולא נעשים מאמצי שיווק או פעולות אחרות כלשהן דווקא ביחס למחזיקי ניירות ערך ישראלים.

3.10. בפני מחזיקי התגמול ההוני המפורטים בסעיף 1.4 לעיל לא עומדת כל החלטת השקעה ואין להם כל שיקול דעת בדבר השתתפותם במיזוג (כפי שהוסבר בסעיף 1.4 לעיל),

¹ ראו החלטת מליאה 2008-1 בקישור זה.

² ראו את תשובת סגל הרשות בעניין Saguaro בקישור זה.

³ ראו את תשובת סגל הרשות בעניין KLA בקישור זה.

לדירקטוריון פואמיקס סמכות לנקוט בכל פעולה בקשר עם התגמול ההוני ותמורתו שבמיזוג, וזאת מבלי להיזקק לאישורים).

3.11. תוצאה לפיה הצבעה באסיפה כללית לצורך אישור המיזוג, המאפשרת לכלל בעלי המניות להשתתף בהחלטה על גורל מניותיהם, תחייב פרסום תשקיף בישראל והחלת הרגולציה הישראלית אינה סבירה, שכן החל ממועד רישומה למסחר בבורסת ה-NASDAQ כלל בעלי המניות בפואמיקס רכשו ומכרו מניות של תאגיד זר בבורסה זרה (או מחוצה לה), והצביעו מכוח החזקותיהם במניות אלה, והכל ללא הגנת המחוקק הישראלי.

3.12. מתן פטור מפרסום תשקיף בישראל בקשר עם המיזוג לעיל עולה בקנה אחד עם החלטת מליאת הרשות ועמדת הרשות בפניות המקדמיות השונות כמפורט לעיל.

4. הרינו להודיעכם כי על בסיס העובדות המתוארות במכתב, ומבלי להסכים עם כלל נימוקיכם, סגל הרשות לא יתערב בעמדתכם לפיה לא מתקיימת בנסיבות העניין "הצעה לציבור" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק. זאת, בהתאם לעמדות קודמות של הרשות ונוכח מיעוט זיקות של עסקת המיזוג לישראל. בכלל זה, הצהרתכם כי המיזוג מתבצע מחוץ לישראל מבלי שמבוצעים מאמצי שיווק או פעולות אחרות כלשהן דווקא ביחס למחזיקי ניירות ערך הישראליים; ההצעה מופנית לכלל מחזיקי ניירות הערך של פואמיקס; והחברות נסחרות בבורסה מחוץ לישראל בלבד.

5. יודגש, כי סגל הרשות אינו מביע עמדתו לגבי שאלות אחרות העשויות לעלות מהאמור במכתבכם. בנוסף, מכיוון שעמדה זו מבוססת על העובדות המתוארות במכתב, יש להבהיר כי כל שינוי בעובדות, בנסיבות או בתנאים המתוארים בו, עשוי לחייב מסקנה אחרת מזו המובאת במכתב תשובה זה.

6. לבסוף, הרינו להודיעכם, כי בהתאם לנוהל טיפול בפניות מקדמיות לרשות ניירות ערך (פורסם באתר האינטרנט של הרשות בחודש יוני 2008), הפנייה המקדמית והתשובה לה עשויים להתפרסם באתר הרשות.

בכבוד רב,

צפנת מזר – לייסט, עו"ד טיראן ששון, עו"ד