

תל-אביב, 27 באוקטובר 2019
סימוכין: 10108.0000

לכבוד

רשות ניירות ערך

מחלקת תאגידים

רח' כנפי נשרים 22

ירושלים 95464

באמצעות המגנ"א

א.ג.נ.,

הנדון: פנייה מקדמית - אופטיבייס בע"מ

בשם מרשתנו, אופטיבייס בע"מ (להלן: "החברה" או "אופטיבייס"), אנו מתכבדים לפנות אליכם בפנייה מקדמית בנוגע לשאלת כשירותו של דירקטור בלתי תלוי בחברה במקרה של ביצוע השקעה של יו"ר דירקטוריון פעיל של אותה חברה במיזם הזנק ("סטארט-אפ") בבעלותו ובייסודו של הדירקטור הבלתי תלוי, והכל בנסיבות המפורטות במכתב זה להלן.

1. רקע

1.1. אופטיבייס הינה חברה דואלית אשר מניותיה רשומות למסחר ב-Nasdaq Global Market (להלן: "נאסדק") ובבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ("הבורסה בת"א"). בנוסף, אגרות חוב של החברה נסחרות בבורסה בת"א בלבד.

1.2. דירקטוריון החברה מונה חמישה חברים כדלהלן: מר אלכס הילמן, יו"ר דירקטוריון פעיל; מר ראובן שוורץ, דירקטור; מר דני לוסטיגר, דירקטור בלתי תלוי; גב' אורלי גרטי-סרוסי, דירקטורית חיצונית ומר חיים לבנסקי, דירקטור חיצוני.

1.3. מר דני לוסטיגר הוא המייסד והבעלים נכון למועד מכתב זה, בכ-23% במיזם הזנק ("סטארט-אפ") בתחום פיתוח חבישות לטיפול בפצעים קשי טיפול בשילוב המינרל נחושת (להלן: "המיזם"). בעל המניות הגדול ביותר במיזם היא חברת [REDACTED] המחזיקה במועד מכתב זה בכ-30% מההון המונפק של המיזם ובכ-[REDACTED] בדילול מלא. יצוין, כי בין מר לוסטיגר ו-[REDACTED] לא קיים הסכם הצבעה.

1.4. בימים אלה המיזם מבצע סיבוב גיוס ממשקיעים שונים. הגיוס מתבצע באמצעות העמדת הלוואות למיזם, אשר תהיינה המירות למניות רגילות של המיזם בגיוס עתידי בהנחה מסוימת על שווי הגיוס העתידי, אך בכל מקרה לפי שווי מינימלי של המיזם של [REDACTED] מיליון דולר ארה"ב (להלן: "דולר"). בהתקיימות תנאים מסוימים ההמרה למניות תבוצע לפי שווי של [REDACTED] מיליון דולר.

1.5. מר אלכס הילמן מעוניין להשקיע במסגרת הגיוס האמור סכום שלא יעלה על 100,000 דולר ארה"ב. במקרה של המרת ההלוואה, היקף החזקותיו של מר הילמן יעמוד, בהנחת המרת ההלוואות לפי שווי מינימלי של 1 מיליון דולר, על כ-1.4% מההון המונפק של המיזם בלבד. ככל שההמרה למניות תבוצע לפי שווי חברה של 1 מיליון דולר, שיעור ההחזקה של מר הילמן במיזם יעמוד על כ-1% בלבד. ההשקעה האמורה על ידי מר הילמן לא תקנה לו השפעה מהותית כלשהי במיזם, ובכלל זה, למר הילמן לא תהיה כל זכות למינוי דירקטורים, לא תהיה לו זכות וטו כלשהי וכיו"ב. מר הילמן לא יהיה מעורב בצורה כלשהי בניהול המיזם, לא יעבוד במיזם ו/או יכהנו בו כנושא משרה בו ולא יהיה זכאי לתמורות אחרות כלשהן מאת המיזם, למעט אלה אשר ינבעו לו כתוצאה מהחזקת מניות המיזם (לאחר המרת ההלוואה), ככל שתהינה.

1.6. על פי הצהרתו של מר הילמן, כפי שנמסרה לחברה, סכום ההשקעה של מר הילמן במיזם הינו זניח עבורו.

1.7. יצוין, כי מר אלכס הילמן מעניק שירותים מסוימים לבעלת השליטה בחברה, Capri Family Foundation, וגורמים קשורים לה, ומשכך, הוא אינו מסווג כדירקטור בלתי תלוי הן על פי החוק בישראל והן על פי כללי נאסדק. בנוסף, החברה מייחסת למר הילמן, מטעמי זהירות, עניין אישי בהתקשרויות החברה עם בעלת השליטה או התקשרויות כאמור שלבעלת השליטה עניין אישי בהן.

2. המסגרת הנורמטיבית

2.1. כידוע, תנאי הכשירות של דירקטור בלתי תלוי זהים לאלה של דירקטור חיצוני, כקבוע בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"). תנאי הכשירות הרלוונטיים לענייננו כאמור, הינם כדלהלן:

"(ב) לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שהוא קרוב של בעל השליטה, וכן מי שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל השליטה בחברה או לקרוב של בעל השליטה, במועד המינוי, או לתאגיד אחר, ובחברה שאין בה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה – גם זיקה למי שהוא, במועד המינוי, יושב ראש הדירקטוריון, המנהל הכללי, בעל מניות מהותי או נושא המשרה הבכיר ביותר בתחום הכספים; לענין סעיף קטן זה –

"זיקה" – קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה, למעט כהונה של דירקטור שמונה כדי לכהן כדירקטור חיצוני בחברה שעומדת להציע לראשונה מניות לציבור; השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, רשאי לקבוע כי עניינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהיו זיקה;

"תאגיד אחר" – תאגיד שבעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא החברה או בעל השליטה בה." [ההדגשה שלנו]

2.2. במסגרת שאלות ותשובות שפרסמה רשות ניירות ערך (שאלה 101.ב.14) בנוגע לפרשנות המונח "שותפו" בהגדרת זיקה כתבה הרשות, כי לעמדתה, "...יש לפרש בהרחבה את המונח "שותפו" כך שגם קשרים שאינם עונים להגדרת שותפות בפקודת השותפויות, יכולים להיחשב כשותפות לעניין סעיף 240(ב) לחוק. למשל, בנסיבות מסוימות, ייחשבו בעלי מניות בחברה פרטית כשותפים. יובהר כי לחברה עומדת אפשרות לשלול קיומה של זיקה לשותף של הדירקטור החיצוני בהתקיים התנאים שנקבעו לכך בתקנות החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), ובמסגרת בחינה זו לקחת בחשבון בין היתר גם את מאפייני היחסים בין השותפים. מהותיות הקשרים תיבחן על ידי ועדת הביקורת, כך שגם יינתן גילוי חשוב למשקיעים אודות קיומם של הקשרים והבחינה שביצעה ועדת הביקורת בעניינם".

2.3. סעיף 240(ו) לחוק החברות קובע כי קשרים זניחים לא יהוו "זיקה" אשר שוללת את תנאי הכשירות:

"(ו) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב) לא יכהן כדירקטור חיצוני יחיד שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, קשרים עסקיים או מקצועיים למי שאסורה זיקה אליו לפי הוראות סעיף קטן (ב), גם אם הקשרים כאמור אינם דרך כלל, למעט קשרים זניחים, וכן יחיד שקיבל תמורה בניגוד להוראות סעיף 244(ב); קוימו קשרים או התקבלה תמורה כאמור בעת כהונת הדירקטור החיצוני, יראו בכך, לעניין סעיפים 245א, 246 ו-247 הפרת תנאי מן התנאים הדרושים למינויו או לכהונתו כדירקטור חיצוני." [ההדגשה שלנו]

2.4. בנוסף, סעיף 5(ב) לתקנות החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), תשס"ז-2006 (להלן: "תקנות הזיקה") קובע גם הוא כי היותם של הקשרים זניחים עשויים לשלול קיומה של זיקה: "א) קיום קשרים עסקיים או מקצועיים, לא יהווה זיקה אם התקיימו כל אלה:

(1) הקשרים זניחים הן מבחינת המועמד והן מבחינת החברה;

(2) הקשרים החלו לפני מועד המינוי;

(3) ועדת הביקורת אישרה קודם למינוי, בהתבסס על עובדות שהוצגו לפניו, כי מתקיים התנאי שבפסקה (1);

(4) בחברה ציבורית – קיומם של קשרים עסקיים או מקצועיים כאמור וכן אישורה של ועדת הביקורת הובאו לפני האסיפה הכללית קודם לאישור המינוי.

ב) קיום קשרים עסקיים או מקצועיים שהחלו לאחר שהדירקטור החיצוני מונה, לא יהווה זיקה אם התקיימו כל אלה:

(1) בקשרים מתקיים האמור בתקנת משנה (א)(1);

(2) הדירקטור החיצוני הצהיר כי לא ידע ולא יכול היה לדעת באופן סביר על היווצרותם של הקשרים או הכוונה ליצירתם וכי אין לו שליטה על קיומם או על סיומם; על הצהרה לפי פסקה זו יחולו הוראות סעיף 241(ב) ו-(ג) לחוק;

(3) ועדת הביקורת אישרה, בהתבסס על עובדות שהוצגו לפנייה, כי מתקיים

התנאי שבפסקה (1) " [ההדגשה שלנו]

3. עמדת החברה וניתוח משפטי

אנו סבורים, כי בנסיבות העניין, השקעתו של יו"ר דירקטוריון החברה במיזם אינה צריכה לפגוע בסיווגו של מר לוסטיגר כדירקטור בלתי תלוי בחברה, וזאת מהסיבות המפורטות להלן.

3.1. הזיקה היחידה שעשויה להתקיים למר לוסטיגר, בנסיבות העניין, היא במקרה בו מר לוסטיגר ומר הילמן יוגדרו כ"שותפים" בהתאם לעמדת הרשות המפורטת בסעיף 2.2 לעיל וזאת בהמשך לקשרים עסקיים הקיימים בין מר הילמן לבין גורמים הקשורים לבעלת השליטה בחברה, כמתואר בסעיף 1.7 לעיל.

3.2. בנסיבות העניין, ההשקעה של מר הילמן לא תקנה לו השפעה מהותית כלשהי על אופן התנהלות המיזם וזאת לאור שיעור החזקותיו הנמוך במיזם (לאחר ביצוע המרת ההלוואה). כאמור, למר הילמן אין זכות למינוי דירקטור ואין זכויות וטו כלשהן. בנוסף, הון המניות במיזם מורכב מסוג אחד של מניות בעלות זכויות שוות וקיימים בעלי מניות גדולים אחרים במיזם. בהתאם, אופי ההשקעה הפסיבי של מר הילמן אינו עולה, לדעתנו, כדי "שותפות" בין מר לוסטיגר למר הילמן.

3.3. סכום ההשקעה במיזם עבור מר הילמן הינו זניח על פי הצהרתו, כמפורט לעיל. האמור נכון גם ביחס למיזם, אשר אינו תלוי בצורה כלשהי בהשקעה האמורה לצורך "סגירת" סיבוב ההשקעה. לאור זאת, אף שלשון חוק החברות ותקנות הזיקה מתייחסות לשאלת הזניחות לצורך בחינת כשירות הדירקטור טרם מינויו, או לאחר מינויו אם התברר הדבר דרך אגב (וכן לתנאים נוספים אשר אינם מתקיימים בהכרח בענייננו), אנו סבורים כי לשאלת הזניחות משקל רב בעצם קביעת קיומה של זיקה לכתחילה. לדעתנו, זניחות הקשר שעשוי להיווצר כתוצאה מביצוע ההשקעה, הן עבור מר הילמן והן עבור מר לוסטיגר, גורמת לכך שלא נוצרה זיקה כלל ועיקר כתוצאה מההשקעה ואין כל חשש לפגיעה בשיקול דעתו של הדירקטור הבלתי תלוי כתוצאה מביצוע ההשקעה האמורה.

3.4. בנוסף לאמור לעיל נציין, כי בכוונת החברה להביא את ביצוע ההשקעה גם בפני ועדת הביקורת של החברה לצורך ביסוס זניחות הקשר כאמור, וכי הדבר יקבל ביטוי גם במסגרת מסמכי זימון האסיפה הכללית הקרובה של החברה בה יובא לאישור מינויו מחדש כדירקטור של מר לוסטיגר.

4. בהתאם לנוהל פנייה מקדמית, אופטיביסיס הודיעה לנו כי בכוונתה ליישם את הנחיית הרשות, כפי שתקבל בתשובתה לפנייה זו. אופטיביסיס מתחייבת כי תודיע לרשות מראש על אימוץ עמדה שונה מזו שתבוא לידי ביטוי בתשובת הרשות לפנייה זו.

5. אופטיבייס מודעת לכך שפניה זו ותשובת הרשות לפניה, עשויות להיות מפורסמות בנוסחן המלא באתר הרשות. עם זאת, אופטיבייס מבקשת לשמור בסודיות את כל הפרטים ביחס למיזם, ובאופן פרטני, סכומי הגיוס ושיעורי החזקה, בשל העובדה שמדובר בחברה פרטית שגילוי בעניינה עלול לפגוע בה.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.

בכבוד רב,

אדוה ביתן, עו"ד

גרוס, קלינהנדלר, חודק, הלוי, גרינברג, שנהב ושות'