



## רשות ניירות ערך

מחלקת תאגידים

רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים 9546434

טל': 02-6556444 פקס: 02-6513160

דוא"ל: corporate@isa.gov.il

www.isa.gov.il

י"ב תשרי תשפ"א

30 ספטמבר 2020

לכבוד,

אדוה ביתן, עו"ד

גרוס, קלינהנדלר, חודק, גרינברג, שנהב ושות'

בשם חברת אופטיבייס בע"מ

באמצעות מערכת יעל

ג.נ.,

הנדון: מענה לפנייה מקדמית בעניין כהונתו של דירקטור בלתי תלוי בחברת אופטיבייס

סימוכין: מכתבכם מיום 27.10.2019 ומכתבכם המשלים מיום 5.1.2020

במענה לבקשה להנחיה מקדמית במכתבכם מיום 27.20.2019 שבסימוכין ("הפניה"), הרינו להביא בפניכם את עמדת סגל רשות ניירות ערך ("סגל הרשות") בעניינה. עמדה זו מתייחסת לסוגיות שהועלו במכתביכם והיא מבוססת על המסכת העובדתית שנפרשה על ידיכם במכתביכם ועליה בלבד, ובהנחה כי זו משקפת את כל הנתונים הרלבנטיים לנדון.

### 1. עיקרי העובדות הרלוונטיות

#### החברה

1.1. אופטיבייס בע"מ ("החברה") היא חברה דואלית אשר מניותיה רשומות למסחר ב-Nasdaq Global Market ("הנאסד"ק") ובבורסה לניירות ערך בתל אביב, ואגרות החוב שלה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל אביב בלבד.

1.2. דירקטוריון החברה מונה חמישה חברים, מתוכם שני דחצי"ים ודירקטור בלתי תלוי אחד – מר דני לוסטיגר ("מר לוסטיגר" או "הדירקטור הבלתי תלוי").

1.3. יו"ר הדירקטוריון של החברה, מר אלכס הילמן ("יו"ר הדירקטוריון" או "מר הילמן"), מעניק שירותים מסוימים לבעלת השליטה בחברה, Capri Family Foundation, ולגורמים הקשורים לה. מר הילמן אינו מסווג כדירקטור בלתי תלוי בחברה הן על פי החוק בישראל

והן על פי כללי הנאסד"ק. בנוסף, מטעמי זהירות, החברה מייחסת לו עניין אישי בהתקשרויותיה עם בעלת השליטה או בהתקשרויות שבהן יש לבעלת השליטה עניין אישי.

#### המיזם שייסד הדירקטור הבלתי תלוי

1.4. מר לוסטיגר הוא המייסד והבעלים במיזם הזנק ("המיזם"). נכון למועד הפניה, הוא מחזיק בכ-23% מהון המניות המונפק של המיזם, לצד בעל מניות נוסף במיזם שמחזיק בכ-30% מהון המניות המונפק של המיזם. בין שני בעלי המניות האמורים במיזם לא קיים הסכם הצבעה. בנוסף אליהם, נכון למועד המכתב המשלים ישנם עשרה משקיעים נוספים המחזיקים בהון המניות המונפק של המיזם בשיעורים משתנים.

1.5. נכון למועד הפניה, המיזם מצוי בעיצומו של סבב השקעה ("סבב ההשקעה"), המתבצע באמצעות גיוס הלוואות למיזם, שתהיינה המירות למניות רגילות של המיזם, לפי הנחה מסוימת של שווי הגיוס העתידי, אך בכל מקרה לפי הערכת שווי מינימלי של המיזם בסך של כ-1 מיליון דולר.

1.6. לפי המתואר במכתב המשלים, סבב ההשקעה נמצא בשלבי סיום ובאמצעותו צפוי המיזם לגייס סכומים שונים, ממספר משקיעים חדשים. הסכומים שיגויסו בסבב ההשקעה אינם עתידים לשנות באופן מהותי את מבנה האחזקות של בעלי המניות המהותיים במיזם.

#### כוונתו של יו"ר הדירקטוריון להשקיע במיזם

1.7. יו"ר הדירקטוריון מעוניין להשתתף בסבב ההשקעה, ולהעמיד במסגרת זו הלוואה למיזם, בסכום שלא יעלה על 100,000 דולר. אם הלוואה זו תומר בעתיד למניות, היקף החזקותיו במיזם יעמוד על שיעור משוער שנע בין כ-1% לכ-1.4% מהון המניות המונפק של המיזם, כתלות בשווי לפיו תבוצע ההמרה.

1.8. לפי הנטען בפניה, ההשקעה האמורה של יו"ר הדירקטוריון לא תקנה לו השפעה מהותית במיזם. בנוסף, לא תהיה לו כל זכות למינוי דירקטורים במיזם, זכות וטו כלשהי וכיוצא בזאת. בנוסף, יו"ר הדירקטוריון לא יהיה מעורב בצורה כלשהי בניהול המיזם, לא יעבוד במיזם, לא יכהן בו כנושא משרה ולא יהיה זכאי לתמורות אחרות כלשהן מאת המיזם, למעט תמורות שינבעו מהחזקת מניות המיזם בהנחה שההלוואה תומר למניות.

1.9. כפי שנמסר לחברה, סכום השקעתו של יו"ר הדירקטוריון במיזם הוא זניח הן מנקודת מבטו, על פי הצהרתו, והן ביחס לסך ההשקעות במיזם.

#### 2. הבקשה נושא הפניה

החברה מבקשת כי סגל הרשות לא יתערב בעמדתה לפיה, בנסיבות העניין, השקעתו של יו"ר הדירקטוריון במיזם אינה צריכה לפגוע בסיווגו של מר לוסטיגר כדירקטור בלתי תלוי בחברה. כוונת החברה להביא את המידע בדבר השקעתו של יו"ר הדירקטוריון במיזם גם בפני ועדת הביקורת של החברה, לצורך ביסוס זניחות הקשר כאמור, והדבר יקבל ביטוי גם במסגרת מסמכי זימון האסיפה הכללית הקרובה בה יובא לאישור מינויו מחדש של מר לוסטיגר.

#### 3. המסגרת הנורמטיבית

3.1. סעיף 1 לחוק החברות התשנ"ט-1999 ("החוק") מגדיר "דירקטור בלתי תלוי" בין היתר כדירקטור שמתקיימים לגביו תנאי הכשירות למינוי דירקטור חיצוני הקבועים בסעיף 240(ב) עד (ו) לחוק.

3.2. סעיף 240(ב) לחוק קובע כי :

"לא ימונה לדירקטור חיצוני יחיד, שהוא קרוב של בעל השליטה, וכן מי שיש לו, לקרובו, לשותפו, למעבידו, למי שהוא כפוף לו במישרין או בעקיפין או לתאגיד שהוא בעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, זיקה לחברה, לבעל השליטה בחברה או לקרוב של בעל השליטה, במועד המינוי, או לתאגיד אחר, ובחברה שאין בה בעל שליטה או מי שמחזיק בדבוקת שליטה – גם זיקה למי שהוא, במועד המינוי, יושב ראש הדירקטוריון, המנהל הכללי, בעל מניות מהותי או נושא המשרה הבכיר ביותר בתחום הכספים; לענין סעיף קטן זה – "זיקה" - קיום יחסי עבודה, קיום קשרים עסקיים או מקצועיים דרך כלל או שליטה, וכן כהונה כנושא משרה, למעט כהונה של דירקטור שמונה כדי לכהן כדירקטור חיצוני בחברה שעומדת להציע לראשונה מניות לציבור; השר, בהתייעצות עם רשות ניירות ערך, רשאי לקבוע כי ענינים מסוימים, בתנאים שקבע, לא יהוו זיקה; "תאגיד אחר" - תאגיד שבעל השליטה בו, במועד המינוי או בשנתיים שקדמו למועד המינוי, הוא החברה או בעל השליטה בה"

3.3. סעיף 240(ו) לחוק מוסיף וקובע כי :

"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, לענין סעיפים 245א, 246 ו-247 הפרת תנאי מן התנאים הדרושים למינויו או לכהונתו כדירקטור חיצוני".

3.4. בהתאם לעמדת סגל הרשות, כפי שפורסמה בשאלה ותשובה 101ב.14,<sup>1</sup> יש לפרש בהרחבה את המונח "שותפו" כך שגם קשרים שאינם עונים להגדרת המונח "שותפות" בפקודת השותפויות, יכולים להיחשב כשותפות לענין סעיף 240(ב) לחוק. כך למשל, בנסיבות מסוימות, ייחשבו בעלי מניות בחברה פרטית כשותפים לענין זה. בשו"ת הובהר כי לחברה עומדת אפשרות לשלול קיומה של זיקה לשותף של הדירקטור החיצוני בהתקיים התנאים

<sup>1</sup> קישור לעמדה באתר: [זמין כאן](#).

שנקבעו לכך בתקנות החברות (עניינים שאינם מהווים זיקה), התשס"ז-2006, ובמסגרת בחינה זו לקחת בחשבון בין היתר גם את מאפייני היחסים בין השותפים. מהותיות קשרי השותפות תיבחן על ידי ועדת הביקורת, ובדרך זו, מובטח שיינתן גם גילוי למשקיעים על אודות קיומם של הקשרים והבחינה שביצעה ועדת הביקורת בנדון.

#### 4. עמדת החברה

4.1. טענתה של החברה היא שהשקעת יו"ר הדירקטוריון במיזם אינה צריכה לפגוע בסיווגו של מר לוסטיגר כדירקטור בלתי תלוי בחברה.

4.2. לעמדת החברה, הזיקה היחידה שעשויה להתקיים למר לוסטיגר, בנסיבות העניין, היא במקרה שיראו ביו"ר הדירקטוריון כ"שותפו", בהתאם לעמדת הרשות בשו"ת 14.ב101; וזאת בהמשך לקשרים עסקיים הקיימים בין יו"ר הדירקטוריון לבין בעלת השליטה בחברה.

4.3. ואולם, לגישת החברה, בנסיבות העניין אופי ההשקעה הפסיבי של יו"ר הדירקטוריון במיזם אינו עולה לכדי "שותפות" בינו לבין מר לוסטיגר. זאת, בין היתר, משום ששיעור החזקתו של יו"ר הדירקטוריון במיזם לאחר ביצוע המרת ההלוואה צפוי להיות נמוך; לא תהיה לו זכות למינוי דירקטור או זכויות וטו כלשהן במיזם; והון המניות במיזם מורכב מסוג אחד של מניות בעלות זכויות שוות כאשר קיימים בעלי מניות גדולים אחרים במיזם.

4.4. זאת ועוד, לגישת החברה, סכום ההשקעה במיזם זניח הן מנקודת מבטו של יו"ר הדירקטוריון, על פי הצהרתו, והן ברמת המיזם, אשר אינו תלוי בצורה כלשהי בהשקעה האמורה לצורך קידום וסיום סבב ההשקעה. לפיכך, נטען כי בהתאם לצורך אף ניתן להביא את הנושא גם בפני ועדת הביקורת של החברה לצורך ביסוס זניחות הקשרים העסקיים הנוצרים בגין העסקה, כפי שבכוונתה לעשות.

#### 5. עמדת סגל הרשות

5.1. כאמור לעיל, עמדת סגל הרשות היא שיש לפרש בהרחבה את המונח "שותפו" כך שגם קשרים שאינם עונים להגדרת המונח "שותפות" בפקודת השותפויות יכולים להיחשב כשותפות לעניין סעיף 240(ב) לחוק. כך למשל, ככלל, שיתוף פעולה עסקי, ובפרט השקעה בחברה פרטית או במיזם, מצביע על יחסי "שותפות". עם זאת, סגל הרשות מבהיר כי בבחינת קיומה של שותפות לעניין סעיף 240(ב) יש לשים את עיקר הדגש על **מהותם** של קשרי השותפות ולא על צורתם או אופן מיסודם. יש לבחון אפוא, האם קשרים כאמור עלולים, לפי טיבם ואופיים, לפגוע בעצמאותו של הדירקטור החיצוני בחברה.

5.2. בלי לגרוע מכלליות האמור, ובלי להסכים בהכרח לכלל נימוקיכם, הרינו להודיעכם כי בנסיבות המקרה, סגל הרשות לא יתערב בעמדתכם לפיה השקעת יו"ר הדירקטוריון במיזם אינה עולה כדי "שותפות" בינו לבין לוסטיגר לעניין סעיף 240 לחוק. זאת, בכפוף לאישור ועדת הביקורת של החברה כי מתקיימים תנאי הכשירות הקבועים בסעיף 240(ב) עד (ו) לחוק, לאחר בחינת הקשרים האמורים, ובכפוף למתן גילוי מלא על מאפייני היחסים בין יו"ר הדירקטוריון לבין הדירקטור הבלתי תלוי, ועל בחינת ועדת הביקורת שבוצעה בנושא.

- 5.3. קביעה זו מבוססת על מספר מאפיינים ייחודיים שמתקיימים במקרה דנן, ובכללם העובדה כי השקעתו של יו"ר הדירקטוריון במיזם צפויה להיות פאסיבית לחלוטין, בהיקף זניח לצדדים המעורבים במיזם, ובשיעור החזקה פוטנציאלי נמוך בהנחת המרה מלאה. כמו כן, קיימים מנגנונים שמבטיחים שיו"ר הדירקטוריון לא יוכל להשפיע על הנעשה במיזם, ושומר לוסיטיגר או הצלחת המיזם לא יהיו תלויים בו בשום שלב.
- 5.4. למעלה מן הצורך, יוער כי סגל הרשות אינו מקבל את עמדת החברה לפיה שאלת הזיקה במקרה דנן התעוררה לכאורה משום קיומם של קשרים עסקיים בין יו"ר הדירקטוריון לבין בעלת השליטה. יו"ר הדירקטוריון הוא נושא משרה בחברה, ולכן לו היה מוגדר כשותפו של מר לוסיטיגר, הייתה מתקיימת זיקה אסורה לפיה סעיף 240(ב) לחוק החברות בין שותפו של הדירקטור לבין החברה. בנסיבות אלה לא הייתה ניצבת בפני ועדת הביקורת אפשרות לשלול את קיומה של הזיקה באמצעות בחינת זניחות הקשרים העסקיים.
- 5.5. יודגש, כי סגל הרשות אינו מביע עמדה לגבי שאלות או סוגיות אחרות העשויות לעלות מהאמור במכתבכם. בנוסף, מכיוון שעמדה זו מבוססת על העובדות המתוארות במכתבכם, מובהר כי כל שינוי בעובדות, בנסיבות או בתנאים המתוארים בו, עשוי לחייב מסקנה אחרת מזו המובאת במכתב תשובה זה.
- 5.6. 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,

ורד פיליכובסקי סיסיק  
יועצת משפטית בפועל

יונתן חיימי ארנרייך  
אחראי תחום ממשל תאגידי

מחלקת תאגידיים