

20 באפריל, 2015

לכבוד
רו"ח דוד טרגין
רשות ניירות ערך
רח' כנפי נשרים 22
ירושלים 95464

שלום רב,

הנדון: ביונדוקס פרמצבטיקה בע"מ ("החברה")

הרינו פונים אליכם בשם מרשתנו, ביונדוקס פרמצבטיקה בע"מ (להלן: "החברה"), על מנת לקבל את עמדתכם המשפטית לסוגיה שהתעוררה אגב ובעקבות רצונה של החברה לסווג את מר רמי אפשטיין, דירקטור בלתי תלוי בחברה (להלן: "מר אפשטיין"), כדירקטור הגיל (דהיינו, דירקטור תלוי), וזאת לאחר תקופת כהונה כדירקטור בלתי תלוי בת כשלוש שנים¹. גדר הספק לעניין זה נובע מכך שמר אפשטיין מכהן בדירקטוריון החברה מיום 9.5.2006, עוד לפני הפיכתה של החברה לחברה ציבורית ביום 7.6.2007. בתחילת הדרך, סווג מר אפשטיין כדירקטור תלוי ורק בשנת 2012 סווג כדירקטור בלתי תלוי. לאור כוונת החברה לשנות את סיווגו של מר אפשטיין לדירקטור תלוי, התעוררה הסוגיה הנוגעת למשך הזמן בו יכול מר אפשטיין להמשיך לכהן כדירקטור בחברה וזאת לאור הגדרת המונח "דירקטור בלתי תלוי" הקבועה בסעיף 1 לחוק, התשנ"ט-1999 (להלן: "החוק").

נבקש לציין כבר בראשית הדברים, כי דעתנו היא שאין כל מגבלה המונעת ממר אפשטיין לכהן בחברה כדירקטור תלוי (או בלתי תלוי לצורך העניין) וזאת על אף חוסר הבהירות בחוק בעניין זה ובפרט לגבי הוראות סעיף 1 לחוק (הגדרת דירקטור בלתי תלוי), 249(א), 249ב ו- 249ג לחוק. פרשנות שגויה של סעיפים אלו, במקרה דנן, תקצר את תקופת כהונתו של מר אפשטיין ויכולתו לכהן כדירקטור תלוי בחברה, דבר אשר יש בו כדי לפגוע בחברה, לרבות בבעלי מניות המיעוט בחברה ולעמוד בניגוד לרציונל שעמד מאחורי חקיקת סעיפים אלו.

רקע עובדתי בקצרה

1. החברה התאגדה ביום 22 ביולי 2003 כחברה פרטית והחלה את פעילותה בשנת 2005. ביום 7 ביוני 2007 הפכה החברה לציבורית עם רישום מניותיה למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב.
2. תחום פעילותה של החברה הוא מחקר ופיתוח של חיסון אוניברסלי נגד שפעת.
3. מר אפשטיין הינו אחד משלושת המייסדים של החברה ומכהן בה כדירקטור מיום 9.5.2006. בשנת 2012 סווג מר אפשטיין כדירקטור בלתי תלוי. סיווגו של מר אפשטיין כדירקטור בלתי תלוי בוצע בעקבות בקשתו של אחד הדירקטורים באותה עת לפרוש מוועדת הדירקטוריון שהיה חבר בהן. מר אפשטיין הסכים כי סיווגו ישונה לדירקטור בלתי תלוי, למרות שלא היה חייב בכך. הסכמתו נבעה מהעובדה הפשוטה שמר אפשטיין ראה לנגד עיניו את טובת החברה גרידא וכי מינויו לוועדות אלו, במקום גיוס דירקטור נוסף, תחסוך לחברה את ההוצאות הכרוכות בכך (לרבות שכר ואופציות).
4. במסגרת תפקידו כדירקטור בלתי תלוי, מכהן מר אפשטיין כחבר בוועדת ביקורת, ועדת מאזן וועדת תגמול.

¹ בשנת 2012 (פורסם לראשונה במסגרת הדוח התקופתי של החברה לשנת 2011) פרסמה החברה כי מר אפשטיין סווג כדירקטור בלתי תלוי וראו גם דיווח מיידי מיום 30.6.2013 (אסמכתא: 2013-01-078303). יצוין, כי לאור עמדת סגל רשות ניירות ערך מיום 27.2.2014, אשר התפרסמה במסגרת דיווח מיידי של חברת ביומידקס אינקובטור בע"מ (מס' אסמכתא: 2014-01-000675), אשר קבעה כי הליך סיווגו של דירקטור בלתי תלוי הינו קונסטיטוטבי, יש לראות את סיווגו של מר אפשטיין כדירקטור בלתי תלוי מתחיל החל ממועד סיווגו ככזה על ידי החברה, דהיינו החל משנת 2012. יתר על כן, ההגדרה לדירקטור בלתי תלוי נוספה לראשונה לחוק החברות במסגרת תיקון מס' 8 ונכנסה לתוקף ביום 29.9.2008, כך שבכל מקרה, לא ייתכן כי מר אפשטיין יסווג כדירקטור בלתי תלוי טרם תחולת התיקון.

5. במהלך תפקידו כדירקטור, צבר מר אפשטיין ידע וניסיון רב וחסר תחליף בתחום פעילותה של החברה. הידע והניסיון שצבר מר אפשטיין הוא ייחודי ומהווה נכס אסטרטגי לחברה. יש להבין, כי מחויבותו הרבה של מר אפשטיין לטובת החברה נובעת בעיקר מההזדהותו עם החברה ומעצם היותו חלק מהגרעין המייסד של החברה.
6. למר אפשטיין תרומה משמעותית ומתמשכת להישגי החברה ולהמשך ביסוס מעמדה והמוניטין שלה ברחבי העולם ובקרב משקיעים פוטנציאליים.
7. בסוף חודש דצמבר 2014 פירסמה החברה מסמך לרישום למסחר בארה"ב, הכולל תשקיף בקשר להצעה אפשרית של מנייתיה למסחר בארה"ב. ברור כי, דווקא בעת הזו, כהונתו של מר אפשטיין כדירקטור בחברה חשובה מאין כמוה וזאת לאור הידע, הניסיון והרקע המשפטי שלו.
8. ביום 12.2.2015 אישרה האסיפה הכללית של החברה את הארכת מינויו של מר אפשטיין כדירקטור בחברה לשנה נוספת ברוב עצום (99.7%).

הסוגייה המשפטית

9. גדר הספק העולה בענייננו הינה כדלקמן:
 - 9.1. האם לאור תקופת כהונתו הקצרה (כשלוש שנים) כדירקטור בלתי תלוי, חלה על מר אפשטיין מגבלת כהונה לתקופה בת 9 שנים (כקבוע בהגדרת המונח "דירקטור בלתי תלוי" שבסעיף 1 לחוק), או שמא, נוכח שירותו הקצר כדירקטור בלתי תלוי, לא צריכה לחול עליו מגבלת כהונה של 9 שנים בשל העובדה כי מאותו מועד ואילך ישונה סיווגו לדירקטור תלוי (מה גם שתקופת כהונתו כדירקטור בלתי תלוי הייתה קצרה ביותר ביחס לשנות כהונתו כדירקטור בחברה).
 - 9.2. אולם, במידה ועמדתכם היא כי יש להחיל על מר אפשטיין את מגבלת 9 השנים כאמור, הרי שגדר הספק בהקשר זה הינו לגבי המועד בו יש להתחיל למנות את מניין 9 השנים האמורות בהתאם לאחת הפרשנויות המפורטות להלן:
 - (א) את מניין 9 השנים הקבוע בהגדרת המונח "דירקטור בלתי תלוי" שבסעיף 1 לחוק, יש למנות החל מהמועד בו סווג מר אפשטיין לדירקטור בלתי תלוי, קרי משנת 2012;
 - (ב) את מניין 9 השנים האמורות יש למנות החל ממועד הפיכתה של החברה לחברה ציבורית, קרי ביום 6.7.2007.
10. המשמעות היא, כי במקרה דנן עומדים אנו בפני שלוש פרשנויות אפשריות:
 - 10.1. על פי הפרשנות שבסעיף 9.1 לעיל – לא תחול על מר אפשטיין מגבלת 9 השנים והוא יוכל להמשיך לכהן בדירקטוריון כל עוד יבחר בכך וכל עוד מינויו יאושר לפי החוק באסיפה הכללית. כאמור, פרשנות זו נראית לנו, בנסיבות העניין ולאור החוק, הפרשנות הנכונה.
 - 10.2. על פי הפרשנות שבסעיף 9.2(א) לעיל – מגבלת 9 השנים תחול על מר אפשטיין ואולם, מניינה יחל בשנת 2012 (עת ההודעה על סיווגו כדירקטור בלתי תלוי) ותסתיים בשנת 2021 והוא יוכל להמשיך לכהן בדירקטוריון החברה עד למועד זה.
 - 10.3. על פי הפרשנות שבסעיף 9.2(ב) לעיל – מגבלת 9 השנים תחול על מר אפשטיין ואולם, מניינה יחל במועד הפיכת החברה לחברה ציבורית, קרי ביום 6.7.2007 ותסתיים ביום 5.7.2016.
11. על כן, יש לבחון האם חלה על כהונתו של מר אפשטיין מגבלת 9 השנים. עמדת החברה היא כי אין להחיל את מגבלת 9 השנים במקרה דנן ואולם, ככל וייקבע כי מגבלה זו חלה, יש לבחון החל מאיזה מועד יש לבחון אותה: החל משנת 2012, במועד הודעת החברה על סיווגו של מר אפשטיין כדירקטור בלתי תלוי או לחילופין, החל מהמועד בו הפכה החברה לחברה ציבורית. נבחן סוגיות אלו להלן.

אין להחיל את מגבלת 9 השנים במקרה דנן

12. חוק החברות מתיר לחברה לסווג את מעמדם של הדירקטורים שלה כדירקטורים תלויים ובלתי תלויים. בעניינינו, מר אפשטיין כיהן במשך שנים רבות כדירקטור תלוי ורק במהלך שנת 2012 החליטה החברה לשנות את סיווגו לדירקטור בלתי תלוי. החברה מבקשת לשנות את סיווג זה בחזרה לדירקטור תלוי ומשמעות הדברים היא כי מר אפשטיין כיהן כדירקטור בלתי תלוי תקופה קצרה ומוגבלת יחסית של כשלוש שנים.

החברה סבורה, כי ממועד סיווגו מחדש של מר אפשטיין כדירקטור תלוי, אין להחיל עליו את מגבלת 9 השנים הנקובה בהגדרת המונח "דירקטור בלתי תלוי" בסעיף 1 לחוק, בפרט לאור תקופת שירותו הקצרה ככזה ולאור היותו אחד ממייסדי החברה אשר מרבית שירותו בדירקטוריון הייתה כדירקטור תלוי.

13. חיזוק לעמדה זו מצוי בהגדרת המונח "דירקטור בלתי תלוי" שבסעיף 1 לחוק הקובע כי:

"דירקטור בלתי תלוי" – דירקטור חיצוני או יחיד המכהן כדירקטור שמתקיימים לגביו התנאים המפורטים להלן, אשר מונה או סווג ככזה לפי הוראות פרק ראשון לחלק השישי:

(1) מתקיימים לגביו תנאי הכשירות למינוי דירקטור חיצוני הקבועים בסעיף 240(ב) עד (ו) וועדת הביקורת אישרה זאת;

(2) הוא אינו מכהן כדירקטור בחברה מעל תשע שנים רצופות, ולעניין זה לא יראו בהפסקת כהונה שאינה עולה על שנתיים כמפסיקה את רצף הכהונה;"

14. ס"ק (1) ו-(2) להגדרת המונח "דירקטור בלתי תלוי" מתייחסים לכשירותו של דירקטור לכהן ככזה, כאשר ס"ק (2) למונח מטיל מגבלה על סיווגו של דירקטור "בלתי תלוי" באופן שלא ניתן יהיה לסווג דירקטור כבלתי תלוי אם תקופת כהונתו בדירקטוריון החברה עולה על 9 שנים. אולם, מאחר והחברה מבקשת לשנות את סיווגו של מר אפשטיין מדירקטור בלתי תלוי לדירקטור תלוי (למעשה החזרתו לסיווגו המקורי), אין כל מניעה על פי החוק להמשיך כהונתו כדירקטור תלוי.

15. מעבר לכך, יש לבצע הבחנה ברורה בין דירקטור חיצוני ובין דירקטור בלתי תלוי.

16. סעיף 249ג לחוק מחיל מספר סעיפים מהחוק המתייחסים לדירקטור חיצוני, גם על דירקטור בלתי תלוי שהוא אינו דירקטור חיצוני:

"הוראות סעיפים 240(ו), 244, 245א, 246, 247, 249 ו-249א(א) יחולו גם על דירקטור בלתי תלוי."

17. סעיף 249א(א) לחוק הנוגע לדירקטור חיצוני, חל גם על דירקטור בלתי תלוי שאינו דירקטור חיצוני:

"חברה, בעל שליטה בה ותאגיד בשליטתו לא יעניקו למי שכהן כדירקטור חיצוני באותה חברה, לבן זוגו או לילדו טובת הנאה, במישרין או בעקיפין, ובכלל זה לא ימנו אותו, את בן זוגו או את ילדו, לכהונה כנושא משרה באותה חברה או בתאגיד בשליטת בעל השליטה בה, לא יעסיקוהו כעובד ולא יקבלו ממנו שירותים מקצועיים בתמורה, בין במישרין ובין בעקיפין, לרבות באמצעות תאגיד בשליטתו, אלא אם כן חלפו שנתיים מתום כהונתו כדירקטור חיצוני באותה חברה, ולעניין קרוב שאינו בן זוגו או ילדו – שנה מתום כהונתו כדירקטור חיצוני."

18. דירקטור בלתי תלוי מוגדר בסעיף 1 לחוק כאמור בסעיף 14 לעיל ואילו המונח דירקטור חיצוני הינו כמשמעותו בחלק השישי, פרק ראשון בסימן ה' לחוק.

19. כפי שניתן להיווכח, אין מחלוקת כי כל דירקטור חיצוני הינו דירקטור בלתי תלוי, אך לא כל דירקטור בלתי תלוי הינו דירקטור חיצוני. משמע, לא כל הוראה שתחול על דירקטור חיצוני צריכה לחול בהכרח על דירקטור בלתי תלוי. העובדה שמדובר בשני תפקידים שונים, הודגשה גם במסגרת דברי ההסבר להצעת החוק מיום 19 במאי 2008 (להלן: "תיקון 8"):

"מוצע לעודד חברות ציבוריות לכלול בדירקטוריון שלהן דירקטורים בלתי תלויים, נוסף על הדירקטורים החיצוניים, וכך לחזק את עצמאות הדירקטוריון."

20. ההבדל העיקרי בין דירקטור חיצוני ודירקטור בלתי תלוי הוא באופן מינויים. לדוגמה, בעוד שדירקטור בלתי תלוי ממונה על ידי רוב האסיפה הכללית, דירקטור חיצוני ממונה על ידי האסיפה הכללית ברוב רגיל ובלבד שיתקיים אחד מאלה: במניין קולות הרוב באסיפה זו ייכללו רוב מכלל קולות בעלי המניות, שאינם בעלי השליטה או בעלי עניין אישי באישור המינוי למעט עניין אישי שאינו כתוצאה מקשר עם בעל השליטה, המשתתפים בהצבעה, או שסך קולות המתנגדים למינוי מקרב אלה שאינם בעלי השליטה כאמור לא עלה על שיעור של שני אחוזים מכלל זכויות ההצבעה בחברה. העיקרון העומד מאחורי הוראה זו היא לנטרל במידת מה את השפעת בעלי השליטה בהחלטה בדבר מינוי הדירקטור החיצוני ולהקנות כוח בהחלטה זו לבעלי המניות שאינם בעלי השליטה ובעצם זה, מובן מדוע הדירקטור החיצוני נחשב כדירקטור מטעם הציבור.

21. הבדל נוסף הוא אורך כהונתם של דירקטור בלתי תלוי ודירקטור חיצוני. בעוד שעל פי סעיף 222 לחוק, דירקטור אשר מונה על ידי האסיפה הכללית (בין היתר, גם דירקטור בלתי תלוי), יסיים את כהונתו בתום האסיפה השנתית שתתקיים לראשונה לאחר מועד המינוי (דהיינו, לכל המאוחר בתום חמישה עשר חודשים לאחר האסיפה השנתית האחרונה, על פי סעיף 60(א) לחוק), תקופת כהונתו של דירקטור חיצוני עומדת על שלוש שנים.

22. יתרה מכך, הוראת סעיף 249ב לחוק קובעת כי:

"חברה ציבורית...רשאית לסווג דירקטור כדירקטור בלתי תלוי אם הוא כשיר להתמנות ככזה לפי פסקאות (1) ו-(2) להגדרה "דירקטור בלתי תלוי" שבסעיף 1...".

מהוראה זו למדים אנו כי יש להבחין בין כהונתו של דירקטור חיצוני לבין כהונתו של דירקטור בלתי תלוי במובן זה שדירקטור חיצוני נבחר על ידי החברה ככזה בעוד שלגבי סווגו של דירקטור בלתי תלוי, הזכות והסמכות לסווגו, כדירקטור בלתי תלוי או כדירקטור תלוי נתונה בידי החברה עצמה ולא בידי האסיפה הכללית. במילים אחרות, בחירתו של דירקטור (בין אם הוא תלוי או בלתי תלוי) נתונה בידי האסיפה ואילו סווגו, כתלוי או בלתי תלוי נתונה בידי החברה עצמה.

אין אם כן מגבלה שמר אפשיין ימשיך לכהן בדירקטוריון החברה כדירקטור תלוי. המגבלה היחידה החלה עליו הינה לגבי המשך כהונתו כדירקטור בלתי תלוי, או במילים אחרות, לגבי "כשירותו" להמשיך לכהן כדירקטור בלתי תלוי. לכן, כל עוד מר אפשיין יכהן כדירקטור תלוי בחברה, יהא הוא רשאי להמשיך לכהן בדירקטוריון החברה והוראת סעיף 249 לחוק לא תחול עליו. הוראת סעיף 249 לחוק חלה אך ורק על דירקטורים בלתי תלויים, כקבוע בסעיף 249ג לחוק. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, בפרט לאור העובדה כי תקופת כהונתו של מר אפשיין כדירקטור בלתי תלוי הינה חלקית ביותר (כשלוש שנים) ביחס לכל תקופת כהונתו כדירקטור בחברה.

23. בנוסף, מובן כי קביעת "תקופת הצינון" בסעיף 249(א) לחוק (לעיל ולהלן: "תקופת צינון") לעניין קבלת תגמול של דירקטור חיצוני מהחברה נועדה להבטיח אי תלות של דירקטורים חיצוניים בחברה ציבורית, לבטח כאשר הדירקטור החיצוני ממונה לכהונה בת שלוש שנים. יחד עם זאת, הרחבת תחולת הסעיף גם על דירקטורים בלתי תלויים באופן דווקני אינה עולה בקנה אחד עם הוראות אחרות של החוק, אשר חלות, בין היתר, על דירקטורים בלתי תלויים (כפי שראינו לעיל) וכן פוגעת בתפקודן התקין של חברות ציבוריות, כאשר הפגיעה בחברה, במקרה דנן, במידה ותאומץ פרשנות דווקנית לסעיף 249(א), תהא בולטת במיוחד ועם השלכות חמורות ורבות לעתידה של החברה.

24. מלבד זאת, לא נראה שהמשך כהונתו של מר אפשיין כדירקטור תלוי יפגע בתכלית הסדרת מינויו של הדירקטור הבלתי תלוי שקבע המחוקק - "לשפר את איכות ואמינות הממשל התאגידי"², בוודאי כאשר מינויו מאושר גם ככה באסיפה הכללית של החברה.

25. מהמקובץ עולה, כי פרשנות דווקנית של סעיף 249(א) לחוק על מינויו של מר אפשיין כדירקטור תלוי בחברה אינה עומדת בקנה אחד עם הרציונל להסדרת תפקידו של הדירקטור הבלתי תלוי וכן, עומדת בניגוד להוראות חוק אחרות.

יש גם לזכור, שמר אפשיין הסכים לשנות את סיווגו לדירקטור בלתי תלוי לבקשת החברה וכמהלך שנועד לטובת החברה גרידא וכך לחסוך לה את ההוצאות הכרוכות בגיוס דירקטור חלופי. עושה רושם, שלא החברה ולא מר אפשיין היו נאותים לעשות מהלך זה לו הדבר היה בסופו של יום פוגע בחברה.

² ד"ר יחיאל בהט, חברות - החוק החדש והדין לאחר תיקון 16, מהדורה 12 תשע"א-2011, כרך ב', עמ' 399.

מגבלת 9 השנים תחל משנת 2012

26. כאמור לעיל, מר אפשטיין החל את כהונתו בחברה כדירקטור תלוי ורק לאחר מספר רב של שנים שונה מעמדו לדירקטור בלתי תלוי ואף זאת לתקופה קצרה בת כשלוש שנים. הנה כי כן, רוב שנותיו של מר אפשטיין כדירקטור בחברה, היו במעמד וסיווג של דירקטור תלוי ורק תקופה קצרה יחסית מכלל תקופת שירותו הייתה במעמד וסיווג של דירקטור בלתי תלוי. במצב דברים זה, מן הראוי הוא כי תקופת מניין 9 השנים תחל מעת הפיכתו של מר אפשטיין לדירקטור בלתי תלוי בלבד. חיזוק לכך ניתן למצוא בסיפא של הוראת סעיף 249ב לחוק שכותרתו "סווג דירקטור כדירקטור בלתי תלוי" לפיה "לא יראו בכהונה כדירקטור בחברה טרם הסיווג כדירקטור בלתי תלוי, כזיקה לחברה."

מגבלת 9 השנים תחל מיום שהחברה הפכה לציבורית

27. מכיוון שהחברה הפכה לחברה ציבורית רק בחודש יוני 2007 ומכיוון שסעיף 249ב לחוק החברות קובע כי רק חברה ציבורית ו/או חברת אג"ח רשאיות לסווג דירקטור כדירקטור בלתי תלוי, ברור כי אין ולא צריך לכלול במסגרת תקופת 9 השנים גם את התקופה שבה הדירקטור התלוי מכהן ככזה במועד שבו החברה הייתה חברה פרטית. מכאן עולה, שגם אם יהיה מי שיסבור שיש לכלול במסגרת תקופת 9 השנים גם את השנים בהן כיהן מר אפשטיין כדירקטור תלוי, התקופה תחל להיספר רק 9 שנים לאחר הפיכת החברה לחברה ציבורית, דהיינו החל מיום 7 ביוני 2007 ועד ליום 7 ביוני 2016.

28. נבקש להוסיף לסיום כי לפני מספר ימים הגישה החברה לרשות ניירות ערך בארה"ב טיוטת תשקיף לרישום מניותיה בארה"ב. המשמעות היא, כי מיד לאחר שהחברה תנפיק את מניותיה בארה"ב, יחולו עליה תקנות החברות (הקלות לחברות שניירות הערך שלהן רשומים למסחר בבורסה מחוץ לישראל), הת"ש-2000 (להלן: "התקנות"). אשר על כן, מכיוון שסעיף 5א לתקנות מקנה לחברה את האפשרות להאריך כהונה של דירקטור בלתי תלוי מעבר לתקופת 9 השנים הקבועות בסעיף 1 לחוק החברות, מן הראוי הוא לראות את סעיף זה חל בענייננו כבר עתה.

כמו כן, בהתאם לדין האמריקני, המגבלה שכביכול קיימת למר אפשטיין לשמש כדירקטור תלוי בחברה, בהתאם לסעיף 249(א) לחוק, אינה קיימת.

סוף דבר

29. כפי שתואר לעיל, החברה סבורה כי אין כל מניעה שמר אפשטיין ימשיך לכהן כדירקטור בחברה, בין אם כדירקטור תלוי ובין אם כדירקטור בלתי תלוי. יחד עם זאת, מכיוון שמדובר בסוגייה ייחודית, בפרט לאור התקופה הקצרה בה כיהן מר אפשטיין כדירקטור בלתי תלוי ביחס לכלל תקופת שירותו כדירקטור, נודה לקבלת עמדתכם בעניין ומתחייבים לפעול לפי הנחיותיכם.

30. החברה מסכימה לפרסום פניה מקדמית זו.

31. אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה/הבהרה.

בברכה,

אילן גרזי, עו"ד

פרל כהן צדק לצר ברץ