

29 בדצמבר, 2015

באמצעות מערכת המגנ"א

לכבוד
 עו"ד ניר שוורצברג
 עו"ד רון קליין
 מחלקת תאגידים
 רשות ניירות ערך
 רחוב כנפי נשרים 22
ירושלים

א.ג.נ.,

הנדון: פנייה מקדמית – בעניין בקשה לפטור מהגשת תשקיף

בשם מרשתנו, ביוטיים אינק. ("ביוטיים"), הרינו מתכבדים לפנות אליכם בבקשה כדלקמן:

א. רקע עובדתי

1. ביוטיים הינה חברה ציבורית אשר התאגדה במדינת קליפורניה, ארה"ב ואשר מניותיה נסחרות בבורסת New York Stock Exchange ("NYSE"). ביום 3 לספטמבר, 2015, ביצעה ביוטיים "רישום כפול" בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ("הבורסה בתל אביב") ומתוקף כך, כפופה היא לחובות הגילוי בהתאם להוראות פרק ה'3 לחוק ניירות ערך התשכ"ח-1968 ("חוק ניירות ערך").
2. ביוטיים הינה חברה ביוטכנולוגיה העוסקת בתחום החדשני של רפואה רגנרטיבית. הטכנולוגיות העיקריות של החברה עוסקות בתאי גזע (stem cells) אשר יכולים להפוך לכל סוגי התאים בגוף האדם בזכות התכונה הקרויה "polipotency", לשימוש בתחומים השונים של הרפואה, לרבות לטיפול במחלות הקשורות לגיל האדם. רוב פעילות ביוטיים מתבצעת בארצות הברית, עם יישויות קשורות ברחבי העולם, ביניהם ישראל.
3. נכון למועד פנייתנו זו, ביוטיים מחזיקה ב-19,418,952 מניות חברת הבת Oncocyte Corporation ("חברת הבת"), ללא ערך נקוב, אשר מהווים 76.4% מהון המניות המונפק והנפרע של חברת הבת.
4. להערכת ביוטיים, שווייה של חברת הבת עומד על כ-100-75 מיליון דולר ארה"ב.
5. חברת הבת אף היא עוסקת בתחום פעילות ביוטיים, ומפתחת ערכות אבחון למעבדות העוסקות במחקר ובפיתוח של תרופות למחלת הסרטן. בראשיתה, חברת הבת התמקדה בעיקר בפיתוח תרופות נגזרות של תאי גזע עובריים (embryonic stem-cells) לטיפול בסרטן. בימים אלו, חברת הבת ממקדת את מאמציה בפיתוח ובדיקות קליניות של ערכות אבחון למגוון רחב של סוגי סרטן, כגון סרטן השד, שלפוחית השתן והריאות. עד היום מימנה חברת הבת את פעילותה העסקית באמצעות גיוסי הון והלוואות בעלים.
6. בכוונת ביוטיים, בעלת המניות העיקרית של חברת הבת, לחלק דיבידנד בעין על ידי חלוקת מניות חברת הבת לכלל בעלי מניות ביוטיים. בין בעלי המניות של ביוטיים נמנים

גם בעלי מניות ישראלים. בפני בעלי המניות של ביוטיים לא עמדה החלטת השקעה בגין חלוקת הדיבידנד בעין וכן לא נדרש אישור בעלי המניות בגין החלוקה כאמור.

7. בחודש נובמבר 2015 פרסמה חברת הבת מסמך רישום (Form 10) ל- Securities Exchange Commission ("SEC") בהתאם לחוקי ניירות ערך בארצות הברית, וכן הגישה בקשה לרישום למסחר של מניותיה בבורסה של NYSE ("מסמך הרישום")¹, מתוך כוונה להשלים את הרישום למסחר במהלך חודש דצמבר 2015. מסמך הרישום כולל גילוי מקיף, מלא ותשקיפי (ואשר כפוף לביקורת של ה-SEC), בין היתר, על פעילות חברת הבת, הדוחות הכספיים לתקופה האחרונה של חברת הבת וכן כל מידע נוסף אשר מחויבת חברת הבת בגילוי לצורך קבלת אישור ה-SEC להנפקת ניירות הערך שלה ב-NYSE.

8. יצוין, כי חלוקת המניות של חברת הבת לבעלי מניות ביוטיים מתוכננת לחודש דצמבר 2015 לאחר קבלת תוקף למסמך הרישום על ידי ה-SEC. מסמך הרישום הסופי יפורסם לציבור טרם חלוקת המניות ולאחר הרישום למסחר ב NYSE תדווח חברת הבת, באופן שוטף, וכמתחייב בהוראות הדין בארה"ב.

ב. האישור המקדמי המתבקש

9. רשות ניירות ערך (להלן: "הרשות") מתבקשת לאשר כי חלוקת הדיבידנד בעין על ידי ביוטיים כאמור לעיל אינה מהווה הצעה או מכירה לציבור בהתאם לחוק ניירות ערך, ולפיכך קיים פטור מפרסום תשקיף בישראל לשם ביצוע חלוקת הדיבידנד כאמור או להודיע כי היא לא מתכוונת לנקוט פעולות מטעמה (no action) בקשר עם חלוקת הדיבידנד בעין כאמור.

ג. עמדת החברה בקצרה

10. לאחר בחינת הסוגיה, סבורה החברה כי חלוקת מניותיה של חברת הבת כדיבידנד לבעלי מניות ביוטיים אינה מחייבת פרסום תשקיף וכי הדבר עומד בקנה אחד עם עמדות רשות ניירות ערך, כמתואר להלן.

ד. להלן נימוקי הבקשה:

11. סעיף 15 לחוק ניירות ערך קובע כדלקמן:

"15. (א) לא יעשה אדם הצעה לציבור אלא על פי תשקיף שהרשות התירה את פרסומו או על פי טיוטת תשקיף שאושרה ונחתמה כאמור בסעיף 22 והוגשה לרשות.

(ב) לא יעשה אדם מכירה לציבור אלא על פי תשקיף שהרשות התירה את פרסומו."

¹ ניתן לעיין במסמך הרישום בקישורית הבאה:

<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1642380/000114036115042557/0001140361-15-042557-index.htm>

12. "הצעה לציבור" מוגדרת בסעיף 1 לחוק ניירות ערך כדלקמן:
"פעולה המיועדת להניע ציבור לרכוש ניירות ערך; בלי לגרוע מכלליות האמור, גם אלה:
(1) רישום ניירות ערך למסחר בבורסה; (2) פניה לציבור להציע הצעות לרכישת ניירות ערך."
13. בחודש אפריל 2005 פרסמה הרשות את עמדה מס' 103-14² ("עמדה 103-14"), אשר במסגרתה קבעה הרשות, כי חלוקת מניותיו של תאגיד כדיבידנד בעין לציבור בעלי מניות, אשר יוצרת נגישות לראשונה לניירות הערך לציבור, מבלי שקיים במועד החלוקה או לאחריה מידע שוטף אודותיהם, היא בבחינת הצעה לציבור והמחייבת פרסום תשקיף. יחד עם זאת, במצב ובו התאגיד שמניותיו מחולקות הינו תאגיד מדווח, או ניירות הערך של התאגיד כאמור נסחרים בבורסה בחו"ל, אין הדבר "יוצר נגישות לראשונה" ועל כן חלוקת הדיבידנד בעין אינה דורשת פרסום תשקיף.
דה פקטו, עמדה 103-14 קובעת, כי במצבים בהם הציבור יהיה חשוף למידע שוטף אודות תאגיד לפני חלוקת ניירות הערך שלו כדיבידנד בעין, וזאת, כאשר המידע כאמור הינו מידע שוטף אשר תאגיד מדווח או תאגיד המדווח על פי פרק ה'3 לחוק ניירות ערך חייב בפרסומו, אותו תאגיד יהיה פטור מחובת פרסום תשקיף.
14. במקרה דנן, אנו סבורים כי אין בחלוקת המניות של חברת הבת משום "נגישות לראשונה לניירות ערך לציבור" וכי חלוקת מניות חברת הבת עומדת בקנה אחד עם עמדה 103-14 ועם עמדות נוספות שפרסמה הרשות, כפי שיפורט בהרחבה להלן.
15. ראשית כל, במסגרת הדיווחים השוטפים של ביוטיים בבורסה בארצות הברית ובבורסה בישראל נכלל מידע מקיף ורחב הן ביחס לפעילות חברת הבת והן ביחס לניירות הערך אשר הונפקו על ידי חברת הבת ובבעלות ביוטיים.
16. בנוסף, כאמור לעיל, פרסמה חברת הבת מסמך רישום בהתאם לחוק ניירות הערך האמריקני, כאשר לאחר אישורו על ידי ה-SEC, מניותיה של חברת הבת ירשמו למסחר ב-NYSE וחברת הבת תוכל לבחור, אם תעמוד בכללי הבורסה, אם לבצע "רישום כפול" בהתאם לפרק ה'3 לחוק ניירות ערך.
לטעמנו, מובן מאלין כי מכיוון שחברת הבת הגישה מסמך רישום ל-NYSE, שהינה בורסה המנויה בתוספת השנייה לחוק ניירות ערך, אין כל הגיון שחברת הבת תפרסם מסמך רישום בישראל.
17. בתשובה לפנייות מקדמיות בעניין קבוצת דלק בע"מ והחברה לישראל בע"מ, שתיהן מיום

² העמדה התפרסמה באתר הרשות:

http://www.isa.gov.il/Corporations/Staf_Positions/SLB_Decision/Public_Offers/Documents/IsaFile_845.pdf#search=103%2D14

30 ביולי, 2014 ("עמדת הרשות בדלק"³, או "עמדת הרשות בחברה לישראל"⁴), טענה הרשות כי גילוי שיפורסם לגבי מניות שחולקו כדיבידנד בעין לאחר החלוקה, יוצר נגישות לראשונה לניירות הערך לציבור ועל כן לא חל ה"חריג" המאפשר לרשות לפטור מפרסום תשקיף (כהגדרתו בעמדת הרשות בדלק). וכך נכתב בתשובות אלו:

"ודוק, בענייננו, בשונה מעמדת הסגל, אמנם לאחר חלוקת מניות החברה החדשה כדיבידנד בעין הן תסחרנה ויפורסם לגביהן גילוי בהתאם להוראות הדין הזר של הבורסה בניו יורק (שהינה בורסה בחו"ל), אך קודם למועד החלוקה לא יתקיים מסחר וכן לא יפורסם על ידי החברה החדשה מידע כאמור".

18. לעמדתנו, הדיווח אודות חברת הבת במסמך הרישום, יוצר "נגישות לראשונה" לציבור ועל כן, לא רק שמקרה זה שונה במהותו מעניין דלק והחברה לישראל, אלא שהמקרה דן תואם את המהות והעיקרון שעמדו בקביעתה של הרשות בעניינים אלו. כאמור לעיל, חברת הבת הגישה מסמך רישום, הכולל גילוי מקיף, מלא ונרחב ביחס לפעילותה, מצבה הפיננסי וניירות הערך שיונפקו על ידה ב-NYSE. על כן, המידע הנדרש בהתאם לעמדות רשות ניירות ערך כבר גלוי למשקיעים הישראלים וזאת למרות שטרם התקבל אישור סופי של ה-SEC ואף שטרם התחילו להיסחר מניות חברת הבת ב-NYSE.

19. זאת ועוד, במסגרת החלטה 2008-1 של הרשות⁵ ("החלטה 2008-1") מחודש אוקטובר 2008,⁶ בחנה הרשות שתי פניות מקדמיות שעניינן השאלה האם הצעת ניירות ערך בידי תאגיד זר, המופנית לכלל בעלי המניות בתאגיד הזר או בתאגיד זר אחר במסגרת הצעת זכויות או הצעת רכש חליפין או החלפת מניות אגב מיזוג או הליך דומה, הנעשית בעיקרה מחוץ לישראל, בתמורה למניות התאגיד הזר או התאגיד הזר האחר שבידיהם, הינם בגדר "הצעה לציבור" והאם קמה מכוח זה חובת פרסום תשקיף.

20. על אף שהליך הקצאת ניירות הערך בפניות דלעיל אינו דיבידנד בעין, הסוגיה שנבחנה דומה מאד למקרה דנן. במסגרת ההחלטה כאמור, קבעה הרשות כי הפניות הללו לא יחייבו פרסום תשקיף, ככל והן עונות על כל התנאים הבאים:

"1.1. נעשית בידי תאגיד זר (קרי, תאגיד הנסחר בבורסה זרה או בשוק מוסדר ולכן חלים עליו דיני ניירות ערך זרים, ואשר איננו תאגיד מדווח או תאגיד רישום כפול ומכאן שחוק ניירות ערך הישראלי לא חל עליו עד למועד ההצעה).

1.2 ההצעה מופנית לכלל המחזיקים במניות התאגיד הזר או במניות תאגיד זר אחר.

³ פורסם באתר הרשות:

http://www.isa.gov.il/Corporations/Staf_Positions/Preliminary_Inquiries/Oner/Documents/Isafile_3108149.pdf

⁴ פורסם באתר הרשות:

http://www.isa.gov.il/Corporations/Staf_Positions/Preliminary_Inquiries/Oner/Documents/חברה20%לישראל20-%20תשובה20%נוסח20%סופי.pdf

⁵ פורסם באתר הרשות:

http://www.isa.gov.il/Corporations/Staf_Positions/Plenary_Decisions/Documents/IsaFile_3333.pdf

⁶ אשר פורסמה בחודש דצמבר 2008.

1.3 פנייתו של התאגיד הזר לבעלי המניות בישראל במסגרת העסקה, נעשית באותו אופן בו נעשית הפניה לכל יתר בעלי המניות (קרי - למעט דיוור ישיר לכתובות כלל המחזיקים ובהם הישראלים, לא נעשים מאמצי שיווק דווקא ביחס למחזיקים הישראלים) [הסימונים במקור]

21. בדומה לתנאים כאמור לעיל, בענייננו, חלוקת הדיבידנד בעין של מניות חברת הבת היא חלוקה של תאגיד זר; חלוקת הדיבידנד בעין מופנית לכל המחזיקים במניות ביוטיים; והפנייה לבעלי המניות בישראל נעשית באותו אופן בו נעשית הפניה לכל יתר בעלי המניות.

22. בנוסף, במסגרת פרשת מיילן⁷ טענה הרשות במסגרת עמדה שהגישה לבית המשפט⁸, כי המכנה המשותף למקרים בהם החלטת הרשות הייתה שלא להתערב בעמדה לפיה לא מתקיימת הצעה לציבור ולכן אין חובת פרסום תשקיף, היה קיומם של אחד או יותר מהשיקולים הבאים:

"העדר זיקות לישראל בבחינת מדינת התאגדות, מקום מסחר, מקום פעילות; שיעור ומספר לא מהותי של ניצעים בישראל; קיומו של מסמך תשקיפי המפורסם בהתאם להוראות הדין הזר; קיומו של פיקוח של רגולטור מקביל זר; העדר יצירת שוק או חדש נגישות לראשונה לניירות ערך שאין עליהם מידע מאחר שהחברות נסחרות בבורסות; המשך דיווח של החברות הממוזגות בבורסה מחוץ לישראל לאחר השלמת העסקה."

עושה רושם שבענייננו, מתקיימים מרבית השיקולים דלעיל-

(א) "העדר זיקות לישראל בבחינת מדינת התאגדות, מקום מסחר, מקום פעילות":
חברת הבת היא חברה זרה.

(ב) "שיעור ומספר לא מהותי של ניצעים בישראל": **אין לביוטיים יכולת להעריך מהו שיעור ההחזקה על ידי מחזיקים ישראלים במניותיה.**

(ג) "קיומו של מסמך תשקיפי המפורסם בהתאם להוראות הדין הזר": **כאמור לעיל, חברת הבת פרסמה מסמך רישום בהתאם לחוק ניירות ערך בארצות הברית.**

(ד) "קיומו של פיקוח של רגולטור מקביל זר": **חברת הבת כפופה לביקורת של ה-SEC.**

(ה) "העדר יצירת שוק או חדש נגישות לראשונה לניירות ערך שאין עליהם מידע מאחר שהחברות נסחרות בבורסות": **למרות שמניותיה של חברת הבת טרם התחילו להיסחר בבורסת NYSE, אנו בדיעה כי פרסום מסמך הרישום עונה על סוגיית ה"נגישות לראשונה".**

⁷ תא 40274-09-15 PERRIGO COMPANY PLC נ' MYLAN N.V ואח' (פורסם בנבו, 28/10/2015).

⁸ פורסם באתר הרשות:

http://www.isa.gov.il/Corporations/Staf_Positions/Emdot/emdot/Documents/181015.pdf

(ו) "המשך דיווח של החברות הממוזגות בבורסה מחוץ לישראל לאחר השלמת העסקה": **לאחר אישורה של ה-SEC תחל חברת הבת לדווח באופן שוטף.**

23. פרשת מיילן, שונה מהמקרה דנן, בכך שהחברה (פריגו) שאת מניותיה רצו להציע לציבור (במסגרת הצעת רכש במקרה הספציפי הזה) הייתה חברה הרשומה במסגרת הסדר הרישום הכפול – ואילו בענייננו, חברת הבת אינה תאגיד מדווח ואינה תאגיד רישום כפול.

ה. סיכום

24. לאור הנימוקים כמפורט לעיל, נבקש את אישורכם כי חלוקת דיבידנד בעין של מניות חברת הבת על ידי ביוטיים אינה מהווה הצעה או מכירה לציבור בהתאם לחוק ניירות ערך, ולפיכך קיים פטור מפרסום תשקיף בישראל, או לחילופין, נבקש כי תודיעו לנו שהרשות אינה מתכוונת לנקוט פעולות מטעמה (no action) בקשר עם חלוקת הדיבידנד בעין כאמור.

25. לאור כוונתה של ביוטיים לבצע את חלוקת הדיבידנד כבר במהלך חודש דצמבר 2015, ולאור סד הזמנים הצפוף, נודה לקבלת תשובת סגל הרשות בהקדם.

26. ביוטיים מצהירה שהיא מודעת לכך שפנייה מקדמית זו, ותשובת הרשות אליה, יכול ויפורסמו באתר האינטרנט של הרשות.

27. נשמח לעמוד לרשותכם למתן הבהרות נוספות, ככל שאלו יידרשו.

בכבוד רב,

אילן גרזי, עו"ד
פרל כהן צדק לצר ברץ