



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4154/14

ע"א 6316/14

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט (בדימוס) צ' זילברטל

המערערים בע"א 4154/14
והמשיבים בע"א 6316/14: 1. הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה
כלכלית הוגנת
2. ניסן ויסמן
3. עזריאל ז'ולטי

נ ג ד

המשיבים בע"א 4154/14
והמערערים בע"א 6316/14: 1. דוד כהן
2. רונה ארליצקי (כהן)
3. חנה תדמור
4. גדעון תדמור

המשיבות בע"א 4154/14
והמשיבות הפורמאליות בע"א 6316/14: 5. קבוצת דלק בע"מ
6. כהן פיתוח ומבני תעשייה בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 22.4.2014 בת"צ 2484-09-12 שניתן על ידי כבוד
השופט ח' כבוב.

תאריך הישיבה: י"ד בסיון התשע"ו (20.6.2016)

בשם המערערים בע"א 4154/14 והמשיבים בע"א 6316/14
עו"ד גיל רון; עו"ד אהרן רבינוביץ;
עו"ד אלעד מן; עו"ד יעקב אביעד

בשם המשיבים 1-4 בע"א 4154/14 והמערערים בע"א 6316/14
עו"ד ברק טל; עו"ד יאנה רבינוביץ; עו"ד גיל
אוריון; עו"ד אלעד אופק.

בשם המשיבות בע"א 4154/14
 והמשיבות הפורמאליות בע"א
 : 6316/14

עו"ד פנחס רובין; עו"ד ירון אלכואי; עו"ד שגית
 אוחנה ליבנה; עו"ד אהוד כצנלסון.

פסק-דין

השופטת א' חיות:

שני ערעורים על החלטת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופט ח' כבוב), בבקשה לאישור תובענה ייצוגית הנוגעת לעסקה לפיה רכשה קבוצת דלק בע"מ (המשיבה 5 בע"א 4154/14 והמשיבה 4 בע"א 6316/14 – ולהלן: דלק) את המניות שהחזיקו משפחות כהן ותדמור (המשיבים 1-4 בע"א 4154/14 והמערערים בע"א 6316/14 - להלן: משפחות כהן ותדמור או המשפחות) בחברת כהן פיתוח ומבני תעשייה בע"מ (המשיבה 6 בע"א 4154/14 והמשיבה 5 בע"א 6316/14, להלן: החברה). הבקשה, שהוגשה על ידי בעלי מניות מן הציבור, המערערים בע"א 4154/14 (להלן: המערערים), התקבלה בחלקה בלבד ומכאן ערעורם (ע"א 4154/14), ואילו המשפחות מלינות בערעור שהגישו (ע"א 6316/14) על קבלת הבקשה ולו בחלקה.

רקע

1. החברה הינה חברה ציבורית הנסחרת מאז שנת 1982 בבורסה לניירות ערך בתל אביב והיא עוסקת בעיקר בתחום חיפושי הנפט והגז באמצעות אחזקותיה בשותפות "אבנר חיפושי גז ונפט – שותפות מוגבלת" (להלן: אבנר), שבבעלותה זכויות בשדות גז שונים ובהם "תמר" ו-"לוויתן". החברה הוקמה בשנות החמישים של המאה הקודמת על ידי בני הזוג חיים ושרה כהן המנוחים, שהעבירו בשנת 1972 את מניותיהם לשני בניהם – עקיבא תדמור המנוח ודוד כהן יבדל"א. בחלוף השנים חלו שינויים בשיעור ההחזקות בחברה ובשנת 2011 (התקופה הרלבנטית לערעורים שלפנינו) החזיקה חנה תדמור, אלמנתו של עקיבא תדמור (המשיבה 3 בע"א 4154/14), 18.80% ממניות החברה; בנה, גדעון תדמור (המשיב 4 בע"א 4154/14) החזיק 6.34% ממניות החברה (להלן ביחד: משפחת תדמור) ואילו דוד כהן ובתו, רונה אורליצקי (המשיבים 1 ו-2 בע"א 4154/14, ולהלן ביחד: משפחת כהן) "החזיקו יחד" (כהגדרתו של מונח זה בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך)), 25.96% ממניות החברה, בהתאם להסכם הצבעה בין השניים שעליו דיווחה החברה ביום 2.2.2010 (להלן: הסכם אורליצקי-כהן). סך כל החזקותיהם של משפחות כהן ותדמור בתקופה הרלבנטית הסתכמו, אפוא, בכ-51.1% ממניות החברה. עד לחתימת הסכם אורליצקי-כהן דיווחו

המשפחות על החזקותיהם בחברה בנפרד, כך שבדיווחיה עד לחודש פברואר 2010 הצהירה החברה כי אין לה בעל "שליטה" (כהגדרתו של מונח זה בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות)), וממועד זה ואילך החלה החברה לדווח כי בעלת השליטה בה היא משפחת כהן וזאת בעקבות הסכם אורליצקי-כהן, שהעמיד את החזקותיה בחברה על למעלה מ-25%.

2. במסגרת הדו"ח הכספי השנתי של החברה לשנת 2010, שפורסם ביום 31.3.2011 דיווחה החברה כי:

"...לצורך הכרעה בזהות בעל השליטה בתאגיד, החברה סבורה כי, הגם שלמיטב ידיעתה אין בין בעלי המניות [הכוונה למשפחות כהן ותדמור - א.ח.] הסכם לעניין החזקותיהם במניותיה, הרי שלכאורה, מערכת הנסיבות הממושכת והמפורטת לעיל עשויה לעלות כדי "החזקה יחד", העולה כדי שליטה משותפת של בעלי המניות. יודגש כי מדובר בסוגיה משפטית המצויה בבחינה, לרבות מול רשות ניירות ערך".

ואכן, ביום 14.2.2011 פנו משפחות כהן ותדמור אל הרשות לניירות ערך (להלן: הרשות), וביקשו לקבל את עמדתה בשאלה האם ניתן לראות בהן כמחזיקות יחד במניות של החברה וכבעלות השליטה בה, בציינם כי כל אחד מבני המשפחות בוחן אפשרויות לביצוע מהלכים שונים בקשר לאחזקותיו בחברה. המשפחות הוסיפו והבהירו בפנייתן כי בכוונתן "לכבד את הנחיית הרשות כפי שתתקבל בתשובתה לפנייה זו". בעקבות הפנייה התנהל במשך מספר חודשים דין ודברים בין המשפחות לרשות, במהלכו ביצעו המשפחות, לבקשת הרשות, בדיקות שונות לגבי פעולות שעשתה החברה בעבר ושהיו נעשות באופן שונה אילו הן היו מוכרזות כבעלות השליטה בחברה באותה העת. ביום 24.8.2011 שלח בא-כוח המשפחות מזכר לחברה בו פורט "סיכום ההסכמות (בעל פה) אליהן הגיעו החברה והרשות" (להלן: המזכר). במזכר נכתב כי הוסכם שהחברה תפרסם דיווח מיידי לבורסה בנוסח שצורף למזכר ובו תיידע את ציבור המשקיעים כי המשפחות הן בעלות השליטה בחברה מקדמת דנא ואילו "הרשות לא תביע עמדה ו/או תשלח תגובה כלשהיא לחברה בעקבות פרסום הדיווח המיידי (הגם שבעל פה הובהר כי הוא משקף את עמדתה)". עוד צוין במזכר כי הרשות הסכימה שלא להטיל עיצומים כספיים על החברה בעקבות פרסום הדיווח המיידי בשל הפרות שבוצעו לכאורה על ידי החברה טרם פרסומו.

סמוך לאחר קבלת המזכר, ביום 29.8.2011, פרסמה החברה דיווח מיידי שכותרתו "זהותם של בעלי השליטה בחברה" (להלן: דיווח אוגוסט), בו נאמר בין היתר:

3.7 ככלל התקבלו לאורך השנים החלטות בחברה בהסכמה משותפת בין בעלי המניות המרכזיים [משפחות כהן ותדמור - א.ח.], וזאת כפי שנמסר לחברה, הגם שאין ושלא היה ביניהם כל הסכם וכל החלטה נדונה והתקבלה לגופה (למעט הסכם הצבעה אשר נחתם בין ד"ר דוד כהן לבין ביתו גב' רונה אורליצקי [...]).

3.8 בעלי המניות המרכזיים לא דווחו בעבר כמחזיקים יחד במניותיהם בחברה או כבעלי שליטה בחברה.

[...]

5. [...] לאחר השלמת בחינת מכלול הנסיבות [...] ולאחר קבלת הסכמתם של בעלי המניות המרכזיים לכך, החליטה החברה כי הבחינה האמורה מעלה כי יש לראות בבעלי המניות המרכזיים כ"מחזיקים יחד" בהתאם להגדרת מונח זה בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968) בכ- 51.09% מזכויות ההצבעה בחברה ומתוקף כך גם כבעלי "שליטה" בחברה מקדמת דנא [ההדגשות במקור – א.ח.].

למען שלמות התמונה יצוין כבר עתה, בחריגה מהתיאור הכרונולוגי של השתלשלות הדברים, כי במסגרת הליך הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגש על ידי המערערים כשנה לאחר פרסום דיווח אוגוסט, הגישו המשפחות "הודעת הבהרה" בה צוין כי בפגישה שקיימו המשפחות עם נציגי הרשות (מע/63) באותו שלב, הבהירה להן הרשות כי "על אף החלטת סגל הרשות לא להתערב בהחלטתם לדווח על המשיבים 1-4 כמחזיקים יחד במניות ובשליטה בחברה מקדמת דנא הם חשופים לפעולות אכיפה בשל טענה להפרת חובת הדיווח בנוגע לדיווחים שניתנו בעבר בהקשר זה", וכי אין בהימנעותה של הרשות מהטלת עיצומים כספיים על החברה משום חזרה מעמדתה זו.

3. כשלושה חודשים לאחר דיווח אוגוסט דיווחה החברה לראשונה כי משפחות כהן ותדמור בוחנות אפשרות למכור את מלוא אחזקותיהן בחברה (דיווח מיידי מיום 8.11.2011, מע/8), וביום 30.11.2011 נחתם הסכם למכירת מלוא אחזקותיהם של משפחות כהן ותדמור בחברה לדלק תמורת סכום כולל של 283 מיליון ש"ח (להלן: הסכם רכישת המניות). העסקה שיקפה ערך של 84.57 ש"ח למניית החברה, שנסחרה באותו יום בבורסה בשער של 54.87 ש"ח. בד בבד עם חתימת הסכם רכישת המניות נחתם בין הצדדים מסמך נלווה (להלן: המסמך הנלווה, מע/40), שכותרתו "החזקה

ביחד ושאלת קיומם של בעלי שליטה בכהן פיתוח ומבני תעשייה בע"מ". במסמך זה נכללו, בין היתר, ההצהרות וההסכמות הבאות:

3. הדיווח המידי שפרסמה החברה ביום 29 באוגוסט 2011 [...] – נעשה בתיאום עם רשות ניירות ערך.

[...]

5. על אף האמור לעיל, מובהר כי הסוגיה טרם נדונה בבית המשפט ואין ודאות כי אם יעמוד הנושא לדיון משפטי תהיה מסקנת הדיון זהה לזו אשר אליה הגענו אנו ובאי כוחנו.

6. עוד מובהר כי הגם שאנו תומכים במסקנות כפי שהובאו בחוות דעתם של באי כוחנו מיום 24 באוגוסט 2011 ובדיווח, והגם שהחברה אימצה את המסקנות כאמור, אין אנו אחראים כלפיכם או מי מטעמכם בנוגע למסקנות המשפטיות (להבדיל מהמסכת העובדתית) המובאות במכתב על צרופותיו, והשלכותיהן על העסקה מושא הסכם המכירה. מובהר כי שום דבר בהסכם המכירה לא יתפרש בניגוד לאמור בסעיף זה לעיל.

המסמך הנלווה לא נכלל בדיווח המידי מיום 1.12.2011 שפרסמה החברה על אודות הסכם רכישת המניות.

4. המערערים שהינם, כאמור, בעלי מניות מקרב הציבור בחברה הגישו ביום 2.9.2012 בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המשפחות ונגד דלק והחברה, בה טענו כי דלק הפרה את החובה המוטלת עליה בסעיף 328(א) לחוק החברות לפרסם הצעת רכש מיוחדת, וכי על פי סעיף 333(ג) לחוק החברות אי פרסום הצעת רכש מיוחדת מהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). המערערים הוסיפו וטענו כי התנהלותן של המשפחות, בין היתר, בכך שפרסמו דיווח מטעה (דיווח אוגוסט) בדבר החזקה יחד של המשפחות, כביכול, במניות החברה הובילה לכך שפרמיית השליטה בגין רכישת המניות על ידי דלק שולמה להן בלבד בעוד שאילו היו המשפחות נוהגות כחוק, הייתה פרמיה זו משתלמת, למצער בחלקה, ליתר בעלי המניות בחברה ובכללם בעלי המניות מקרב הציבור. על כן, כך נטען, התנהלותן הביאה לכך שהמשפחות התעשרו שלא כדין על חשבון יתר בעלי המניות כמשמעות הדבר בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט). טענתם המרכזית של המערערים בהקשר זה הייתה כי בניגוד לנטען בדיווח אוגוסט, המשפחות לא החזיקו יחד במניות החברה ולא שלטו בה מקדמת דנא, מאחר שהחזקה משותפת כזו חייבת להיות מעוגנת בהסכם

ואילו המשפחות עצמן הודו במסגרת אותו הדיווח כי מעולם לא התקשרו ביניהן בהסכם כאמור. משכך טענו המערערים כי במועד כריתתו של הסכם רכישת המניות לא היה בחברה בעל מניות שהחזיק 45% ממניותיה. על כן היה על דלק לפרסם הצעת רכש מיוחדת בהתאם להוראת סעיף 328(א) לחוק החברות ומשהופרה חובה זו על ידי דלק, כך נטען בבקשה, נמנעה מבעלי מניות מקרב הציבור האפשרות להתנגד לעסקה והתאפשר למשפחות לנכס לעצמן את מלוא פרמיית השליטה. לחלופין נטען בבקשה כי אם ייקבע שמשפחות כהן ותדמור החזיקו ביחד במניות החברה ושלטו בה מקדמת דנא, כאמור בדיווח אוגוסט, כי אז עליהן לפצות את ציבור המשקיעים בגין הנזק שנגרם לו בעקבות פרסום דיווחים מטעים לאורך השנים שקדמו לאותו הדיווח בהם דווח כי אין בחברה בעל שליטה. עוד נטען כי התנהלותן המטעה של החברה והמשפחות לאורך השנים בהקשר זה עולה כדי עוולת תרמית. להשלמת התמונה העובדתית יצוין כי בשלב מסוים הסכימה הרשות לממן את בקשת האישור אך זאת באשר לעילות התביעה החלופיות שנטענו בה בלבד.

החלטת בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט המחוזי בחן תחילה את סוגיית ההחזקה יחד במניות החברה על ידי משפחות כהן ותדמור "מקדמת דנא" כאמור בדיווח אוגוסט, והגיע אל המסקנה כי משדיווחה החברה לאורך השנים כי אין בה בעל שליטה, אין מקום לאפשר לה לשנות באופן רטרואקטיבי מאותם דיווחים ולהכיר בכך שמשפחות כהן ותדמור "החזיקו יחד" במניות החברה והיו בעלות השליטה בה, בניגוד לאמור שם. בית המשפט קמא קבע עוד כי מידע בדבר קיומם של בעלי מניות המחזיקים יחד בשיעור משמעותי ממניות החברה, הינו מידע מהותי המקים חובת גילוי כלפי ציבור המשקיעים והדגיש כי סיווג רטרואקטיבי של מחזיקים שדיווחו על החזקותיהם בנפרד כמחזיקים יחד יש בו משום פגיעה קשה בעקרון הגילוי ואיסור ההטעה ועלול להותיר את הדבר "בידיהם של החברה ובעלי השליטה בה, כחומר בידי היוצר". בית המשפט הוסיף וקבע כי סיווג רטרואקטיבי שכזה יגרום נזק שיש קושי מהותי לכמת ולרפא ואף מטעם זה אין מקום לאפשר לחברה או לשולטים בה בפועל לשנות בדיעבד את הדיווחים לגבי זהות בעלי השליטה בחברה. מסקנה זו, כך קבע בית המשפט קמא, אף עולה בקנה אחד עם הרצון לספק וודאות לציבור המשקיעים, ובמובן זה היא תואמת את ההלכה שנקבעה בע"א 5105/09 שפירא '1 Credit Local Dexia (17.6.2012) (להלן: עניין שפירא). בית המשפט דחה את טענת משפחות כהן ותדמור לפיה ציבור המשקיעים בחברה ידע הלכה למעשה כי הן בעלות השליטה בחברה חרף דיווחיה הרשמיים וציין כי הראיות שהציגו המשפחות בתמיכה לטענה זו אינן משכנעות. כמו כן דחה בית המשפט המחוזי את

טענת המשפחות לפיה הן ביקשו להסדיר את זהות בעלי השליטה בחברה בעקבות החובה "החדשה" כביכול משנת 2011 לדווח על זהות בעלי השליטה בחברה. בית המשפט קבע כי חובה זו הייתה קיימת עוד משנת 2007 והייתה ידועה לחברה ואף על פי כן, כך נקבע, דיווחה החברה ביום 7.8.2007 וביום 22.7.2008 כי אין בה בעל שליטה. עוד קבע בית המשפט קמא כי על פי סעיף 1 לחוק ניירות ערך החזקה משותפת במניות מצריכה קיומו של הסכם ואילו בדיווח אוגוסט נאמר מפורשות כי לא היה "כל הסכם או בכתב או בעל פה" בין המשפחות, בציינו כי "אין להמעיט בחשיבותה של הבחינה הפורמאליסטית של החזקה יחד". מטעמים אלו קבע בית המשפט קמא כי בניגוד לאמור בדיווח אוגוסט, לא ניתן לקבל את טענת המשפחות לפיה החזיקו יחד במניות החברה מקדמת דנא.

עם זאת, סבר בית המשפט קמא כי דיווח אוגוסט עצמו הפך את המשפחות לבעלות השליטה בחברה שכן דיווח זה יצר לראשונה החזקה משותפת שלהן במניות, ומכאן שממועד פרסומו של הדיווח ואילך הן החזיקו יחד ביותר מ-45% ממניות החברה ושלטו בה. כתוצאה מכך, היה על המשפחות לגישתו של בית המשפט קמא לפרסם הצעת רכש מיוחדת בשל כך שהפכו באותו שלב לבעלי השליטה בחברה, והעובדה שלא פרסמו הצעה כזו יש בה לכאורה, על פי שיטתו, משום הפרת החובה החקוקה הקבועה בסעיף 328(א) לחוק החברות, כאמור בסעיף 333(ג) לחוק החברות. בית המשפט לא התעלם מכך שסעיף 328(א) לחוק החברות מתייחס לפרסום הצעת רכש מיוחדת במקרה של רכישת מניות אשר כתוצאה ממנה עולה שיעור החזקותיו של הרוכש מעל ל-45% מזכויות ההצבעה בחברה שבעבר לא היה בה בעל שליטה. עם זאת, קבע בית המשפט קמא כי ניתן להחיל חובה זו על המשפחות בענייננו בעקבות דיווח אוגוסט שהינו לשיטתו המועד הקובע לעניין זה, ובלשונו "ביום בו חברו משפחות כהן ותדמור ל"החזקה יחד" בלמעלה מ-45% ממניות החברה הן הפרו את החובה החלה עליהן לבצע הצעת רכש מיוחדת, לפי סעיף 328 לחוק החברות". במסקנתו זו נסמך בית המשפט קמא על פסק הדין שניתן בע"א 7414/08 תרו תעשיות וקחות בע"מ נ' Sun Pharmaceutical Industries Ltd (7.9.2010) (להלן: עניין תרו), בו נקבע כי תכליתו של מנגנון הצעת הרכש המיוחדת היא להתמקד בתוצאת הרכישה או בהיווצרות השליטה ולא באופן שבו נוצרה. בית המשפט הוסיף וקבע כי מסקנה זו תמנע ממחזיקים במניות לעקוף את הוראת סעיף 328(א) לחוק החברות באמצעות "יצירת שליטה או ביצור שליטה בדרך אחרת שאיננה רכישה", והזכיר בהקשר זה את עמדת הרשות משנת 2001 שכותרתה "הסכם הצבעה היוצר שליטה בחברה אינו אפשרי ללא הצעת רכש" (להלן: עמדת הרשות משנת 2001), אשר אף היא נועדה למנוע אפשרות לעקיפת החובה הקבועה בסעיף 328(א).

6. לאחר שקבע כי המשפחות הפרו את החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת בעקבות דיווח אוגוסט, פנה בית המשפט לבחון את תוצאות ההפרה. בית המשפט קמא עמד על כך שסעיף 333(א) לחוק החברות מורה כי מניות שנרכשו תוך הפרת החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת תהפוכנה למניות רדומות, וכן כי הפרת החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת מהווה עוולה נזיקית כלפי יתר בעלי המניות בחברה. עם זאת, סבר בית המשפט כי במקרה דנן אין לנקוט בסנקציה של הרדמת המניות בציינו כי הפעלתה של סנקציה זו אפשרית כל עוד המניות מוחזקות בידי מפר החובה ואילו במקרה דנן מכרו המשפחות את מניותיהן בחברה לדלק בהסכם רכישת המניות מנובמבר 2011. בית המשפט הוסיף וקבע כי בנסיבות המקרה דנן אף עומדת למשפחות ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין, לפיה מי שפעל מתוך אמונה סבירה בקיומה של הרשאה חוקית חסין מפני תביעה נזיקית. על כן, כך קבע, יש לפטור אותן גם מאחריות בגין הפרת החובה החקוקה כאמור בסעיף 333(ג) לחוק החברות. הטעם לכך, על פי גישתו של בית המשפט קמא נעוץ במגעים שניהלו המשפחות עם הרשות טרם שהחברה פרסמה את דיווח אוגוסט וכן בעובדה כי הרשות החליטה, בשונה ממקרים אחרים בעבר, שלא להתערב בהכרזה כי משפחות כהן ותדמור שולטות בחברה מקדמת דנא. בית המשפט לא התעלם מכך שהיו לרשות הסתייגויות מן האופן שבו התנהלו משפחות כהן ותדמור ואף לא מכך שלהנחיות הרשות ולעמדותיה אין תוקף משפטי מחייב, אך הוא הוסיף וקבע כי יש לייחס חשיבות לעמדה שאותה נקטה כאמור בהדגישו כי, כעניין של מדיניות, יש לעודד פניות מקדמיות של חברות ציבוריות לקבלת עמדת הרשות כדי שיוכלו לפעול בהסתמך עליה. עם זאת, סבר בית המשפט המחוזי כי העובדה שהמשפחות עקפו את החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת בנסיבות שתוארו, עשויה להקים לחברי הקבוצה עילת תביעה מכוח הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, בכל הנוגע ל"תמורה העודפת" שאותה קיבלו המשפחות בגין מכירת מניותיהן לדלק. ובלשונו:

"חרף העובדה שמצאתי שאין מקום להחלתן של שתי התוצאות האמורות - הפיצוי הנזיקי והרדמת המניות - ברי כי עקיפת החובה לבצע הצעת רכש מיוחדת, הגם שנעשתה בהסתמך על עמדת רשות נירות ערך, אינה יכולה להקנות למשפחות כהן ותדמור את השליטה הקבועה (יחד) בלמעלה מ-45% מזכויות ההצבעה בחברה, משנדחתה הטענה כי שליטה קבועה זו הייתה בידיהן קודם לכן. הוא הדין לגבי קבלת התמורה הכספית בידיהן כנגד מכירת שליטה קבועה זו. על כן, מצאתי כי קיימת עילת תביעה לכאורה לחברי הקבוצה המיוצגת בבקשה דנן, ביחס לאותה "תמורה עודפת" שנתקבלה בידי בני משפחות כהן ותדמור כנגד מכירת 51% ממניות החברה. זאת, כפי שטענו המבקשים,

בעילה של עשיית עושר ולא במשפט" [פסקה 39 להחלטה].

בית המשפט אישר, אפוא, את הבקשה כנגד המשפחות בעילה זו בלבד. בית המשפט ראה להוסיף ולהעיר כי אמנם ספק בעיניו "האם ניתן להכשיר השגת שליטה בחברה שלא כדין באמצעות מכירתה לאחר", אלא שבמקרה דנן נוכח פרק הזמן הרב שחלף ובשל ההסתמכות על עמדת הרשות, לא מצא מקום לאשר למערערים לנהל את התובענה הייצוגית בעילות האחרות.

7. המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא ולפיה השליטה בלמעלה מ-45% ממניות החברה נרכשה למעשה בעקבות דיווח אוגוסט וכי זהו המועד שבו היה על המשפחות לפרסם הצעת רכש מיוחדת בהתאם לחוק, הובילה בהכרח אל המסקנה לפיה הסכם רכישת המניות מנובמבר 2011 לדלק לא חייב פרסום הצעת רכש מיוחדת על ידי דלק. משכך, נדחו כל טענות המערערים בהקשר זה. טענה נוספת שהעלו המערערים ולפיה המשפחות ודלק תכננו מראש כיצד תוכל דלק להשיג שליטה בחברה מבלי לפרסם הצעת רכש מיוחדת, נדחתה אף היא על ידי בית המשפט קמא אשר קבע כי המערערים לא הניחו תשתית ראייתית מספקת לביסוסה ולו לכאורה. בית המשפט הפנה בהקשר זה לתצהירו של מנכ"ל דלק באותה תקופה, אסי ברטפלד (להלן: ברטפלד), אשר העיד כי דלק לא הייתה מעורבת בהליכים שהובילו לסיווגן של משפחות כהן ותדמור כמחזיקות יחד וכשולטות בחברה, וציין כי גרסתו זו לא נסתרה. בנסיבות אלה, כך נקבע, אין לקבוצה עילת תביעה כלשהי נגד דלק.

הליכי הערעור

8. המערערים הגישו ערעור לבית משפט זה על החלטתו של בית המשפט קמא שלא להתיר להם לנהל תובענה ייצוגית בעילות התביעה העיקריות שפורטו על ידם בבקשת האישור ואילו המשפחות מצדן הגישו לבית המשפט קמא בקשה לקיים דיון חוזר בהחלטת האישור, בהתאם לסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). בהינתן הערעור שהגישו המערערים, עתרו המשפחות להעביר אל בית משפט זה את הדיון החוזר על מנת שיישמע ביחד עם הערעור. ביום 26.8.2014 נעתר בית המשפט קמא (סגן הנשיאה (דאז) ע' מודריק, השופטת ד' קרת מאיר והשופט ח' כבוב) לבקשת המשפחות והורה על העברת הדיון כאמור. על פי סעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט, משהועברה בקשה לדיון חוזר לבית המשפט העליון יש לדון כה כבערעור ומסיבה זו סווג ההליך כערעור בזכות. בערעור זה משיגות

המשפחות נגד ההחלטה לאשר למערערים לנהל נגדן תובענה ייצוגית בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

טענות המערערים בהליכי הערעור

9. לטענת המערערים בית המשפט קמא שגה בקובעו כי דיווח אוגוסט יצר מצב חדש והפך את המשפחות למחזיקות ביחד. המערערים מונים שלושה נימוקים לביסוס טענתם זו: האחד – דיווח אוגוסט איננו הודעה היוצרת שינוי במצב הדברים, אלא דיווח הצהרתי המכריז כי יש לשנות את ההתייחסות למערכת הנסיבות הקיימת, אשר לגביה נקבע כי היא אינה יוצרת שליטה בחברה מקדמת דנא. לטענת המערערים, משלא חל שינוי במצב העובדתי לא ניתן לקבוע כי בעקבות דיווח אוגוסט נוצרה לראשונה שליטה של המשפחות בחברה מאותו מועד ואילך; השני – חוק ניירות ערך קובע כי החזקה ביחד יכולה להיווצר רק על פי הסכם, והסכם כזה אינו קיים בענייננו ואף המשפחות לא טוענות לקיומו. משכך ניתן לכל היותר לראות בדיווח אוגוסט כדיווח ההופך את המשפחות לשולטות בחברה בכל הנוגע לחובות החלות על בעל שליטה אך לא לעניין הזכויות הנגזרות מכך; השלישי – המשפחות לא פרסמו הצעת רכש במועד דיווח אוגוסט, ולכן הכרזתן כמי ששולטות בחברה מבלי שנשאו בחובה הנגזרת מהודעה זו מבטלת את זכויותיהן מכוחה. המערערים מוסיפים ומפנים למסמך הנלווה שבו הוסכם כי משפחות כהן ותדמור אינן אחראיות כלפי דלק בכל הנוגע למסקנות המשפטיות שייקבעו לעניין סיווג המשפחות כמחזיקות יחד וכשולטות בחברה. לטענתם, מסמך זה מלמד כי המשפחות ודלק היו מודעות לפסול שבהתנהלותן ולכך שהמהלכים שביצעו המשפחות במטרה לזכות בפרמיית השליטה לא יעמדו בביקורת שיפוטית.

10. המערערים טוענים עוד כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו שעומדת למשפחות ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין וזאת משום שלשיטתם דיווח אוגוסט שהצהיר כי המשפחות מחזיקות יחד במניות החברה מקדמת דנא, לא פורסם מכוח הוראת חיקוק או בהתאם לה, כדרישת סעיף 6 לפקודת הנזיקין, אלא להיפך שכן בית המשפט המחוזי קבע כי ההצהרה שלפיה המשפחות מחזיקות יחד בחברה מקדמת דנא נעשתה בניגוד לחוק החברות. עוד נטען כי המהלכים שביצעו המשפחות אף לא נעשו לפי הרשאה חוקית שכן הרשות אינה מוסמכת ליתן הרשאה לבעלי מניות שאין ביניהם הסכם להכריז על עצמם כמחזיקים ביחד, אלא לכל היותר לחוות דעת ביחס לפרשנות הראויה של הדין, וממילא אין לה סמכות להורות על פטור מהצעת רכש. המערערים מוסיפים וטוענים כי אין למנוע מניזוק לתבוע את המזיק אך משום

שהרשויות – שהיו מודעות לעוולה – לא פעלו נגד המזיק ומכל מקום, גם אם ניתן לראות בעמדת הרשות אינדיקציה להתנהגות סבירה אין היא מהווה הרשאה חוקית. המערערים מוסיפים וטוענים בהקשר זה כי בהודעת ההבהרה שהגישו המשפחות לבית המשפט המחוזי נכתב כי הרשות הודיעה להם ב-“זמן אמת” כי היא אינה מוצאת לנכון להתערב במסקנת החברה בעניין השליטה אך הבהירה כי אין בעמדתה זו כדי לפטור את החברה מאחריות בגין טענה להפרה של חובות הדיווח שחלו על פי דין טרם דיווח אוגוסט. על כן, לשיטת המערערים, גם לשון ההודעה מלמדת כי אין בעמדת הרשות משום הרשאה חוקית למעשיהן של המשפחות. טעם נוסף לאי תחולת ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין הוא, לטענת המערערים, חוסר תום הלב של המשפחות בשל כך שהן “הציבו מחסום בפני בירור העובדות”. בהקשר זה טוענים המערערים כי התצהיר שאותו צירפו המשפחות בתמיכה לטענותיהן היה של רונה אורליצקי, שלא הייתה מעורבת בעסקה והתבססה בעיקר על עובדות שנמסרו לה על ידי גדעון תדמור, בעוד אשר הוא, שהיה לשיטת המערערים “הרוח החיה מאחורי העסקה”, נמנע מלהגיש תצהיר מטעמו. כמו כן נטען כי משפחות כהן ותדמור וכן דלק היו מודעות לסיכון שהמהלך שנקטו לא יצליח ועל כן חתמו על המסמך הנלווה, המלמד לטענת המערערים כי המשפחות עצמן לא האמינו בקיומה של הרשאה חוקית.

11. לעניין אחריותה של דלק טוענים המערערים כי היא נושאת באחריות כלפי חברי הקבוצה משום שהייתה מודעת לפסול שבהתנהלותן של המשפחות. לשיטת המערערים, עמדת הרשות שלא להתערב בדיווח אוגוסט והסכם רכישת המניות אינה פוטרת את דלק מאחריות לפרסום הצעת רכש מיוחדת ולפיכך יש להרדים את המניות שרכשה מהמשפחות. המערערים מוסיפים וטוענים כי גם אם תיוותר על כנה קביעתו של בית המשפט קמא לפיה המשפחות הן אלה שהיו אמורות לפרסם הצעת רכש מיוחדת בעקבות דיווח אוגוסט, שגה בית המשפט בקובעו כי חוק החברות אינו מאפשר להרדים מניות שהועברו מידי מי שהפר את חובת הפרסום כאמור לצד שלישי. לשיטתם קביעה זו מאפשרת לעקוף את הוראות סעיף 328(א) לחוק החברות ושוללת מיתר בעלי המניות את הזכות לחסום את רכישת השליטה בחברה. לבסוף טוענים המערערים כי בית המשפט המחוזי טעה כשדחה את בקשתם לנהל נגד המשפחות תובענה ייצוגית בשל פרסום דיווחים מטעים לאורך שנים לפיהם לא החזיקו ביחד במניות החברה. לטענתם, גם אם תיוותר על כנה קביעתו של בית המשפט קמא לפיה יש לדחות את בקשת האישור בגין עילות התביעה העיקריות יש חשיבות לאפשר להם לנהל תובענה ייצוגית בעילה החלופית הנסמכת על הטעיית ציבור המשקיעים במשך שנים בהדגישם כי הרשות תומכת בעילה חלופית זו ומסייעת במימון ההליך מטעם זה.

12. לטענת המשפחות שגה בית המשפט קמא בקובעו כי הן הפרו לכאורה את החובה הקבועה בסעיף 328(א) לחוק החברות לפרסם הצעת רכש מיוחדת במועד דיווח אוגוסט. לטענתן המערערים כלל לא טענו בבקשת האישור כי היה עליהן לפרסם הצעת רכש מיוחדת במועד זה ולגישתן די בכך על מנת להתערב בקביעתו זו של בית המשפט קמא ולבטלה. עוד טוענות המשפחות כי סעיף 328(א) לחוק החברות מחייב ביצוע הצעת רכש מיוחדת רק במקרים שבהם התקיימה "רכישה" של מניות היוצרות שליטה או דבוקת שליטה. במקרה דנן, כך נטען, שליטתן בחברה לא נוצרה עקב רכישת מניות וגם מטעם זה לא היה מקום להחיל עליהן את הוראות סעיף 328(א). המשפחות מוסיפות וטוענות כי פרשנותו המרחיבה של בית המשפט קמא לפיה סעיף 328(א) לחוק החברות חל בענייננו סותרת את לשונו ואת תכליתו של סעיף זה ואינה יכולה לעמוד. כמו כן טוענות המשפחות כי אף שלא היה ביניהן הסכם להחזקה משותפת במניות, הרי שלאורך כל שנות קיומה של החברה היא נוהלה על ידן במשותף וכי הסיבה לכך שלא נחתם הסכם פורמלי לשיתוף פעולה ביניהן כבעלי המניות בחברה נובעת מיחסי האמון וקרבה המשפחתית ביניהן. לפיכך, מסכימות המשפחות לטענת המערערים כי דיווח אוגוסט לא שינה מהמצב שהיה קיים קודם לכן אך בניגוד למערערים הן טוענות כי המצב שהיה קיים מלמד על שליטה שלהן בחברה. מטעם זה, דהיינו משום שדיווח אוגוסט לא הוא שיצר לשיטתן שליטה בחברה לראשונה, מוסיפות המשפחות וטוענות כי לא הייתה חובה לבצע הצעת רכש מיוחדת באותו מועד. לתמיכה בעמדתן בדבר שליטתן בחברה מקדמת דנא, מפנות המשפחות אל חוות הדעת הכלכלית של מנחם פרלמן (להלן: חוו"ד פרלמן) שהוגשה מטעמן, ממנה עולה כי לא הייתה לדיווח אוגוסט השפעה מהותית על שער המנייה. עם זאת, ולמרות עמדתן בדבר שליטתן בחברה מקדמת דנא, סבורות המשפחות כי אין מקום לאפשר למערערים לנהל נגדן תובענה ייצוגית בעילה החלופית הנוגעת לפרסום דו"חות מטעים בעבר. עוד טוענות המשפחות כי אפילו ייקבע שהייתה קיימת חובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת במועד הסכם רכישת המניות בחודש נובמבר 2011 היא חלה על דלק ולא עליהן.

13. המשפחות מוסיפות וטוענות כי אם קביעת בית המשפט המחוזי לפיה היה עליהן לבצע הצעת רכש מיוחדת במועד דיווח אוגוסט תיוותר על כנה, כי אז יש לפטור אותן מאחריות בגין הפרת חובה זו נוכח פנייתן המקדמית לרשות ולאור לשונו ותכליתו של סעיף 6 לפקודת הנזיקין. לטענתן דיווח אוגוסט ניתן, כלשון הסעיף, "בתחום הרשאה חוקית" או למצער "מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית" והן מדגישות בהקשר זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה

פנייתן לרשות הייתה "כמצופה וכנדרש" ועמדתה ניתנה לאחר כחצי שנה של מגעים עימה במהלכם העבירו אל הרשות כל מסמך או הבהרה שדרשה. לטענת המשפחות הרשות החליטה שלא להתערב בעמדה שלפיה יש לראות בהן מחזיקות יחד במניות ואף עמדה על כך שבדיווח אוגוסט ייכתב כי הן מחזיקות יחד במניות החברה "מקדמת דנא". עוד נטען בהקשר זה כי הרשות היא הגורם המוסמך ליתן הוראות לחברה בכל הנוגע לדיווחיה לציבור המשקיעים ומשכך השאלה כיצד על החברה לדווח על החזקותיהן של המשפחות בחברה מצויה בתחום סמכותה של הרשות. לטענת המשפחות, אפילו אם הרשות חרגה מסמכותה או שעמדתה הייתה שגויה, גם אז יש לראות אותן כמי שפעלו מתוך "אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית".

14. המשפחות טוענות עוד כי החלטתו של בית המשפט קמא להתיר לנהל נגדן תובענה ייצוגית בעילה של עשיית עושר ולא במשפט שגויה. זאת בהינתן ההסדר הממצה הקיים בחוק החברות לעניין החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת ובהינתן תכליתה של חובה זו כמפורט בדברי ההסבר להצעת החוק. עוד טוענות המשפחות כי העילה של עשיית עושר ולא במשפט נטענה על ידי המערערים כלאחר יד ואף נזנחה על ידם בעיקרי הטיעון ובסיכומים בעל פה בבית המשפט המחוזי. מכל מקום, כך טוענות המשפחות, היסודות הנדרשים לביסוס העילה בעשיית עושר הופרכו לגופו של עניין, בין היתר, בחוות דעתו של פרלמן. עוד נטען כי מחיר המניה שיקף את הערכת הצדדים באשר לשווי הנכון של נכסי החברה, ולראיה מחיר המניה נסק מאז עסקת רכישת המניות ועמד נכון ליום 26.6.2014 על 126.5 ש"ח, דהיינו כחמישים אחוז יותר מהמחיר שאותו שילמה דלק למשפחות כהן ותדמור בהסכם רכישת המניות. כמו כן טוענות המשפחות כי לא התקיים במקרה דנן היסוד ההכרחי הנדרש בעילת עשיית עושר ולא במשפט והוא כי ההתעשרות נעשתה "שלא כדין". זאת, בהינתן העובדה כי דיווח אוגוסט נעשה בעצה אחת עם הרשות ותוך הסתמכות על עמדתה. לחלופין טוענות המשפחות כי יש לפטור אותן מהשבה בעילה של עשיית עושר מטעמי צדק נוכח הסתמכותן על עמדת הרשות וכן נוכח השיהוי הכבד שבו הוגשה בקשת האישור ושינוי מצבן לרעה. לטענתן, אילו הטענות המועלות בבקשת האישור היו נטענות בזמן היה באפשרותן לכלכל את צעדיהן בהתאם ולמכור לדלק פחות מ-45% ממניות החברה. המשפחות מפנות בהקשר זה אל עדותו של ברטפלד, מי ששימש במועדים הרלבנטיים כמנכ"ל דלק, שציין כי מבחינתה של דלק לא הייתה חשיבות לשאלה האם לרכוש 51% ממניות החברה או, למשל, 44% ממניותיה.

לבסוף טוענות המשפחות כי אין לזקוף לחובתן את העובדה שלא צורף מטעמן תצהיר של גדעון תדמור, משום שאורליצקי שתצהירה הוגש נטלה חלק בהתרחשויות

מראשיתן והתצהיר שהגישה היה מפורט. המשפחות מדגישות כי כך סבר אף בית המשפט קמא אשר לא מצא כל טעם לפגם באי הגשת תצהיר של גדעון תדמור.

טענות דלק והחברה

15. דלק והחברה סומכות את ידיהן על החלטת בית המשפט המחוזי, וטוענות כי בדיווח אוגוסט הודיעה החברה באופן פומבי כי משפחות כהן ותדמור הן השולטות בה, כך שבין אם דיווח אוגוסט יצר לראשונה שליטה בחברה, כקביעת בית המשפט המחוזי, ובין אם הוא הצהיר על כי המשפחות שלטו בחברה מקדמת דנא, הרי שבכל מקרה במועד הסכם רכישת המניות על ידי דלק היה בחברה שולט. לפיכך, על פי חוק החברות לא חלה על דלק חובה לבצע הצעת רכש מיוחדת. דלק והחברה מוסיפות וטוענות כי יש ליישם את ההלכה שנקבעה בהקשר זה בעניין שפירא, שלפיה רוכש של חברה ציבורית המבקש לברר האם הוא נדרש לבצע הצעת רכש מיוחדת רשאי להסתמך על דיווחי החברה לציבור לגבי קיומה של שליטה בחברה. עוד נטען כי לדלק לא הייתה כל סיבה להניח כי דיווח אוגוסט אינו משקף את המציאות מאחר שהוא פורסם לאחר חודשים ארוכים של בחינה מול הרשות, וכן מאחר שדלק דרשה ממשפחות כהן ותדמור ליטול אחריות חוזית מלאה בנוגע לנכונות המצגים העובדתיים שעליהם ביססו המשפחות והרשות את מסקנתן שלפיה המשפחות שולטות בחברה מקדמת דנא. בנוסף נטען כי לדלק היכרות רבת שנים עם החברה בשל כך שלשתיהן החזקות באבנר ועל בסיס היכרות זו סברה דלק כי משפחות כהן ותדמור אכן שולטות בחברה מקדמת דנא. עוד נטען כי החובה לבצע הצעת רכש מיוחדת נועדה למנוע מצב שבו גורם המעוניין לרכוש שליטה בחברה שאין בה בעל שליטה יקנה את מניות הציבור טיפין טיפין עד להשגת השליטה שתקנה לו פרמיית שליטה שקודם לכן הייתה שייכת לבעלי המניות כולם. ואולם, במקרה זה אין מחלוקת כי דלק שילמה את פרמיית השליטה בעת שרכשה את המניות ממשפחות כהן ותדמור ומשכך הטענות שלפיהן פרמיית השליטה 'נגזלה' מיתר בעלי המניות אינן צריכות להיות מופנות כלפי דלק. בנוסף טוענות דלק והחברה כי יש לדחות את דרישת המערערים להרדים את מניות החברה שנרכשו על ידי דלק ולחלופין הן טוענות כי יש להרדים רק חלק מהמניות העולה על 45% משום שרכישת המניות על ידי דלק עד לסף זה לא גרמה לציבור המשקיעים נזק ומשום שהרדמת כל המניות שנרכשו אינו מתיישב עם ההוראה הרלבנטית בחוק החברות. כמו כן טוענות דלק והחברה כי בקשת האישור הוגשה בשיהוי ניכר שיש בו כדי לחזק את הסתמכותה של דלק על הדיווחים הפומביים של החברה ומקים לשיטתן מחסום של השתק ומניעות בפני המערערים לטעון נגד הסכם רכישת המניות. דלק מוסיפה וטוענת כי פעלה בתום לב מלא וכי המגעים שהובילו לעסקת רכישת המניות החלו רק לאחר שהסתיים הליך

הפרה-רולינג שניהלו המשפחות מול הרשות ולאחר שדיווח אוגוסט פורסם, וכי לדלק לא הייתה יד בהליכים אלה. בהקשר זה נטען כי עמדת הרשות בהליך הפרה-רולינג מקימה למשפחות וממילא גם לדלק את הגנת הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין. עוד נטען כי המסמך הנלווה לא הוסתר וכי הוא לא פורסם מאחר שלא הייתה חובה לפרסמו, אך דלק צרפה אותו מיוזמתה במסגרת התשובה שהגישה לבקשת האישור. לבסוף נטען כי יש לדחות את הטענה החלופית שהעלו המערערים לאשר ניהול תובענה ייצוגית בגין פרסום דיווחים מטעים בעבר. זאת, הן משום שבית המשפט המחוזי דחה את הטענה כי המשפחות החזיקו יחד במניות החברה מקדמת דנא, והן משום שדיווחי החברה פורסמו בהתאם למידע שמסרו לה בעלי העניין, וחברה אינה נדרשת לחקור מעבר למידע שנמסר לה ולבלוש אחר בעלי מניותיה.

סיכומי תשובה מטעם המערערים

16. בסיכומי התשובה טוענים המערערים כי המשפחות אינן חולקות על כך שדיווח אוגוסט לא שינה מהמצב הקיים והמסקנה המתחייבת מכך היא כי דיווח אוגוסט לא יכול היה ליצור יש מאין שליטה "חדשה" בחברה. עוד טוענים המערערים כי יש לדחות את טענת דלק לפיה היא הסתמכה בתום לב על דיווח אוגוסט שכן במסמך הנלווה היא עצמה הטילה ספק בנכונותו. כמו כן שבים המערערים וטוענים כי בית המשפט קמא שגה משפטר את דלק מן החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת ולשיטתם יש לקבוע כי במועד כריתת הסכם רכישת המניות נוצרה לראשונה שליטה בחברה. במענה לטענת דלק שלפיה המסמך הנלווה לא הוסתר מהציבור מאחר שמדובר במצג שאינו טעון פרסום, טוענים המערערים כי המסמך הנלווה כלל מידע מהותי עבור ציבור המשקיעים ולכן הייתה חובה לפרסמו, והסתרתו מעידה על חוסר תום הלב של דלק. באשר לטענתה של דלק כי היא שילמה את פרמיית השליטה למשפחות, טוענים המערערים כי החובה להעביר את פרמיית השליטה לקבוצה מוטלת על דלק וכי הנזק שנגרם לציבור גבוה מהסכום שאותו שילמה דלק למשפחות מאחר שיש להביא בחשבון את האפשרות שהצעת הרכש המיוחדת לא הייתה מתקבלת ודלק הייתה משלמת מחיר גבוה יותר בעבור המניות שרכשה.

בנוסף טוענים המערערים כי הגם שלעמדת הרשות יש משקל, הרי שבנסיבות העניין עמדת הרשות ניתנה בעל פה ולפיכך אין בה כדי להקים למשפחות הגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין, וזאת בפרט משנקבע כי דיווח אוגוסט היה שלא כדין. לעניין טענות ההשתק שהעלו המשפחות ודלק נטען כי לבעלי המניות אין חובה "לעמוד על המשמר" ולפעול בסמוך לאחר שנעשה מעשה שלשיטתם פוגע בהם שלא כדין.

סיכומי התשובה מטעם משפחות כהן ותדמור

17. בסיכומי התשובה מטעמן שבות משפחות כהן ותדמור וטוענות כי לא נפל רבב בהתנהלותן וכי בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערערים לפיה הן פעלו בחוסר תום לב ואין מקום להתערבות של ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות כגון אלה. המשפחות טוענות כי על פי חוק החברות, החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת חלה על רוכש המניות, דהיינו על דלק, ומשכך אין למערערים כל עילת תביעה נגדן בהקשר זה.

דיון והכרעה

18. האם משפחות כהן ותדמור החזיקו יחד במניות החברה באופן שהקנה להן שליטה בה מקדמת דנא? האם יש לראותן כבעלות השליטה בחברה ממועד דיווח אוגוסט ואילך? האם הופרה בענייננו החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת באוגוסט או בנובמבר 2011? האם יש במקרה דנן תחולה לפטור מאחריות הקבוע בסעיף 6 לפקודת הנזיקין? האם בנסיבות המקרה דנן יש אפשרות סבירה כי ייפסק לטובת הקבוצה סעד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט?

אלו הן השאלות העיקריות הצריכות הכרעה בערעורים דנן, ואדון בהן כסדרן.

האם משפחות כהן ותדמור החזיקו יחד במניות החברה?

19. בית המשפט המחוזי קבע כי למרות האמור בדיווח אוגוסט משפחות כהן ותדמור לא החזיקו יחד במניות החברה מקדמת דנא. כפי שפורט לעיל בהרחבה, הטעם המרכזי אשר הוליך את בית המשפט למסקנה זו הוא כי אין זה ראוי ואין זה רצוי לשנות בדיעבד את מעמדן של המשפחות כמחזיקות יחד במניות החברה, באופן העומד בסתירה לדיווחי החברה עד אוגוסט 2011. בית המשפט הדגיש כי קבלת עמדתן של המשפחות בהקשר זה נוגדת עקרונות יסודי ביני ניירות ערך, ובהם חובת הגילוי ומניעת הטעיה של ציבור המשקיעים. לגישת בית המשפט קמא "קביעת כלל האוסר על סיווג רטרואקטיבי כנ"ל, תספק ודאות יעילה לכל הנוגעים בדבר". טעם נוסף שציין בית המשפט לביסוס קביעתו כי אין לראות במשפחות כהן ותדמור כמי שהחזיקו יחד במניות החברה מקדמת דנא, היה היעדר הסכם כלשהו, בכתב או בעל פה, בין המשפחות לעניין זה, כפי שהצהירה החברה עצמה בדיווח אוגוסט. בית המשפט הפנה בהקשר זה להוראת סעיף 1 לחוק ניירות ערך, הקובע כי החזקה ביחד תהיה "בשיתוף

פעולה לפי הסכם...", וציין כי טענת המשפחות לפיה החזיקו יחד במניות החברה ללא הסכם אינה מתיישבת עם הוראת החוק, וכי סיווג ההחזקות של בעלי מניות בחברה אינו "כחומר ביד בעלי השליטה בחברה".

20. קביעותיו אלה של בית המשפט המחוזי מקובלות עלי. אכן, אין להסכין עם מצב שבו ברצותם יסווגו בעלי המניות את עצמם כמחזיקים בנפרד וברצותם יסווגו עצמם כמחזיקים יחד. מטעם זה ובשל יתר הטעמים שהיטיב לפרט בית המשפט קמא, לא מצאתי מקום להתערב בקביעתו לפיה למרות האמור בדיווח אוגוסט, אין לראות במשפחות כמי שהחזיקו יחד במניות החברה מקדמת דנא. משכך, אין למצוא פגם בדיווחים שפרסמה החברה לאורך השנים ולפיהם אין בה שולט והעילה החלופית שטענו לה המערערים בדבר פרסום דיווחים מטעים בעבר, דינה להידחות.

לא כן באשר לקביעתו הנוספת של בית המשפט ולפיה יש בדיווח אוגוסט עצמו כדי ליצור החזקה יחד של משפחות כהן ותדמור במניות החברה מהמועד שבו פורסם דיווח זה ואילך. בעניין זה דעתי שונה מדעתו של בית המשפט קמא וזאת מן הנימוקים שאפרט להלן.

21. חוק החברות מפנה לעניין הגדרת המונח "החזקה" אל הגדרתו של מונח זה בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, וסעיף זה קובע כך:

"החזקה" ו"רכישה", לענין ניירות ערך או כוח הצבעה וכיוצא באלה - בין לבד ובין ביחד עם אחרים [...] וכשמדובר בהחזקה או ברכישה בידי יחיד - יראו יחיד ובני משפחתו הגרים עמו, או שפרנסת האחד על האחר, כאדם אחד;

בענייננו מדובר בהחזקה ביחד עם אחרים (להלן: החזקה יחד) ובהקשר זה מוסיף סעיף 1 לחוק ניירות ערך וקובע:

"החזקת ניירות ערך או רכישתם ביחד עם אחרים" - החזקת ניירות ערך או רכישתם בשיתוף פעולה בין שניים או יותר לפי הסכם, בין בכתב ובין בעל פה; [...]

החזקה יחד על פי הגדרה זו משמעותה, אם כן, שיתוף פעולה בין בעלי ניירות הערך לפי הסכם אשר יכול שיהיה בכתב או בעל פה (ראו גם: עניין תרו, בפסקה 98), באופן המאפשר לייחס לשניים או יותר מבעלי המניות בתאגיד החזקה משותפת במניות מקום שהם פועלים ביחס להחזקותיהם כ-"איש אחד", ובדברי ההסבר להצעת החוק

צוין בהקשר זה כי ההגדרה בדבר החזקה יחד נועדה למנוע "פיצול פיקטיבי של ההחזקה בין מספר חברות או בין קרובי משפחה" (הצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 8), התשמ"ז-1987, ה"ח 1843). החזקה יחד טעונה, כאמור, הסכם "בכתב או בעל פה", אך חוק ניירות ערך אינו מפרט מה תוכנו ומה תנאיו של הסכם כזה על מנת שיענה על דרישת החוק, וגם בפסיקה טרם גובשו "קווים מנחים ברורים באשר לעצמת שיתוף הפעולה המינימאלי הנדרש כדי לגבש 'החזקה ביחד עם אחרים'" (עניין שפירא, בפסקה 20; מוטי ימין ואמיר וסרמן תאגידיים וניירות ערך 625 (2006) (להלן: ימין ווסרמן)). עם זאת, כבר נפסק כי השאלה האם בעלי מניות מחזיקים יחד במניותיו של תאגיד מצריכה "בירור עובדתי ומשפטי כאחד", וזאת בין היתר מאחר שעשוי להיווצר פער בין "דיווחיה של חברה באשר למצבת ההחזקות בה, לבין מצב הדברים בפועל" (עניין תרו, בפסקה 99; ערן רוזמן "בחינת מצבת ההחזקות עובר לרכישת שליטה בחברה ציבורית" תאגידיים ד(4) 61, 67 (2007) (להלן: רוזמן)). כמו כן ייתכן כי במצבים שונים יהיו לבעלי מניות בחברה אינטרסים מנוגדים ביחס לסיווגם כמחזיקים יחד או כמחזיקים בנפרד. מחד גיסא, סיווג בעלי המניות כמחזיקים יחד עשוי להפוך כל אחד מהם לבעל עניין בחברה על חובות הדיווח השונות הכרוכות בכך (ראו: ימין ווסרמן, בעמ' 485). במקרים שבהם הסיווג כמחזיקים יחד הופך את אותם בעלי מניות לבעלי שליטה בחברה הם אף מנועים מלהצביע באסיפה הכללית בעניינים מסוימים (רוזמן, בעמ' 64-63). מאידך גיסא, במקרים שבהם סיווג בעלי המניות כמחזיקים יחד מעמיד את החזקתם המשותפת על 25% או 45% ממניות החברה, כי אז יתאפשר להם, בהתאם להוראות סעיף 328 לחוק החברות, למכור את מניותיהם מבלי שרוכש המניות יידרש לפרסם הצעת רכש מיוחדת (ראו: רוזמן, בעמ' 66).

ויודגש - שיקולים אלה אינם רלבנטיים לבחינת השאלה האם אותם בעלי מניות אכן הסכימו על החזקה יחד אם לאו, אך הם עשויים להשפיע על האופן שבו יבקשו אותם בעלי מניות לסווג את עצמם בהקשר כזה או אחר. בענייננו פרסמה החברה את דיווח אוגוסט לאחר שהמשפחות סיימו את הליך הבדיקה מול הרשות, אותו החלו, כזכור, על רקע בחינת אפשרויות מצד בני המשפחות לביצוע מהלכים שונים בקשר לאחזקותיהם בחברה. בדיווח אוגוסט ציינה החברה כי המשפחות מחזיקות יחד במניותיה אף על פי שאין ולא היה ביניהן הסכם כלשהו בהקשר זה. בית המשפט המחוזי קבע כי אין לאפשר סיווג של המשפחות כמחזיקות יחד וכשולטות בחברה באופן רטרואקטיבי, אך סבר עם זאת כי דיווח אוגוסט יש בו כדי להפוך את המשפחות למחזיקות יחד במניות החברה ממועד זה ואילך, וכי בעקבות דיווח אוגוסט נוצרה לראשונה שליטה בחברה בשל החזקת המשפחות יחד בכ-51.1% ממניותיה.

דעתי כאמור שונה, ולגישתי גם אם נתעלם מן העובדה שטענה זו לא הועלתה כלל על ידי המערערים, אין מקום לקביעה לפיה דיווח אוגוסט הוא כשלעצמו יצר החזקה יחד של המשפחות במניות החברה ממועד אותו הדיווח ואילך.

22. כפי שכבר צוין, סעיף 1 לחוק ניירות ערך מורה כי החזקה ביחד תהיה "בשיתוף פעולה לפי הסכם", ואילו בדיווח אוגוסט, ואף זאת כבר צוין, נכתב באופן מפורש כי יש לראות במשפחות כמחזיקות יחד במניות החברה "הגם שאין ולא היה כל הסכם לעניין ההחזקה במניות החברה, וכל החלטה נדונה והתקבלה לגופה" [להוציא הסכם אורליצקי-כהן] [ראו: סעיף 3.7 לדיווח אוגוסט].

בהינתן הצהרה זו, אינני סבורה כי ניתן לראות בדיווח אוגוסט הסכם או "תחליף הסכם" העונה על דרישת ההגדרה שבסעיף 1 לחוק ניירות ערך לעניין החזקה יחד.

23. הצדדים אינם חלוקים על כך שדיווח אוגוסט על פי מהותו אינו אלא דיווח הצהרתי שנועד לשקף מצב עובדתי ומשפטי שהיה קיים, להשקפת החברה, מקדמת דנא בכל הנוגע להחזקה יחד על ידי המשפחות. עמדת המשפחות בהקשר זה לא נתקבלה ונקבע כי ההצהרה הכלולה בדיווח אינה עומדת באמות המידה הנדרשות. משכך, מתעורר קושי לוגי בלתי מבוטל לבסס על אותה מערכת עובדתית שהייתה קיימת ערב דיווח אוגוסט מסקנה עובדתית ומשפטית הפוכה לעתיד לבוא. זאת בייחוד בהינתן טענות המשפחות עצמן לפיה ביום שבו פורסם דיווח אוגוסט לא חל שום שינוי בהתנהלותן לעומת האופן שבו התנהלו קודם לפרסום של אותו הדיווח. במילים אחרות, בהיעדר כל שינוי אובייקטיבי-עובדתי במצב הדברים מלפני דיווח אוגוסט ומשנקבע כי מצב הדברים מלפני אותו הדיווח אינו מוליך אל המסקנה של החזקה יחד על ידי המשפחות, אינני סבורה כי הדיווח עצמו - מבלי שאף נטען כך - יש בכוחו לחולל את השינוי ולהוליך למסקנה שונה. יתרה מכך, המסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי ולפיה ממועד דיווח אוגוסט ואילך קמה ועומדת החזקה יחד של המשפחות במניות החברה, הופכת למעשה את הדיווח האמור ממסמך הצהרתי גרידא למסמך מהותי העונה כביכול על דרישת החוק לקיומו של הסכם בין המחזיקים יחד ומסקנה זו הינה מרחיקת לכת וספק אם היא מתיישבת עם אופיו ומהותו של דיווח אוגוסט כדיווח מיידי.

24. לא למותר להוסיף ולציין בהקשר זה כי בפני משפחות כהן ותדמור עמדה באותו השלב האפשרות להתקשר בהסכם לשיתוף פעולה אשר יהפוך אותן מאותו מועד

ואילך למחזיקים יחד "בדרך המלך". תחת זאת בחרו המשפחות, מסיבות השמורות עימן, להתמקד בהצהרה המבקשת להכיר בהן כמחזיקות יחד ללא הסכם ומקדמת דנא, כאמור בדיווח אוגוסט. עוד ראוי לציין בהקשר זה כי אין ספק שהמשפחות היו מודעות לאפשרות של התקשרות בהסכם לשיתוף פעולה כאמור, שכן בחודש פברואר 2010 - כשנה טרם שפנו לרשות בהליך הפרה-רולינג - נחתם הסכם אורליצקי-כהן לעניין החזקותיהם של השניים במניות החברה ומכוחו הפכו אורליצקי ודוד כהן למחזיקים יחד במניות ולאוחזים בדבוקת שליטה של 25%, כמפורט לעיל.

זאת ועוד, בשונה מן המקרים שבהם הייתה מחלוקת עובדתית בשאלה האם נחתם הסכם לשיתוף פעולה בין בעלי המניות אם לאו או בשאלה מה טיבו של אותו הסכם (עניין שפירא, פס' 8-9; ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד ס(1) 294, 323-326 (2005)), בענייננו המשפחות – הטוענות כי הן מחזיקות יחד במניות החברה – מצהירות בעצמן ובאופן מפורש כי אין ולא היה ביניהן כל הסכם. בית משפט זה עמד לא אחת על החשיבות שביצירת וודאות לציבור המשקיעים ביחס לשאלה האם בעלי מניות מחזיקים יחד במניות החברה אם לאו, בין היתר, נוכח הרלבנטיות שעשויה להיות לסיווג כזה לרוכש פוטנציאלי על מנת שידע האם עליו לפרסם הצעת רכש מיוחדת (עניין שפירא, פס' 21; עניין תרו, פס' 7-8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור, וראו לעניין זה גם: רחמן, בעמ' 63) וכן נוכח ציפיותיהם הלגיטימיות של בעלי מניות המיעוט. אף לטעמי נודעת חשיבות רבה לעקרון וודאות בהקשר זה ואחת הדרכים להגשמתו היא קביעת כללים ברורים, ככל הניתן, בשאלה מתי מתגבשת "החזקה יחד" בין בעלי מניות בחברה. החזקה כזו, על פי לשון סעיף 1 לחוק ניירות ערך, מצריכה הסכם ואף שיכול שיהא בעל פה, נראה לי כי על מנת לקבוע שהסכם כזה אכן קיים מן הראוי כי תוצגנה ראיות ברורות המעידות על כריתתו לפי המבחנים הכלליים הנוהגים עימנו לעניין זה (גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 169-179 (2005)). מסקנה זו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, המבקש כאמור לייחס החזקה משותפת לבעלי מניות בחברה מקום שאלה אכן מחויבים מכוח הסכם לפעול ביחס למניותיהם כישות אחת. זאת, שכן הסכם לשיתוף פעולה בין בעלי מניות כובל את המתקשרים בו להציג חזית אחידה בעניינים הנוגעים לחברה, בעוד אשר שיתוף פעולה בין בעלי מניות שאינו מעוגן בהסכם אין בו בהכרח כדי להעיד על הסכמה כאמור (ראו והשוו: ימין ווסרמן, בעמ' 633). כפי שכבר צוין, ייתכנו מצבים שבהם יעדיפו בעלי מניות לסווג עצמם כמחזיקים בנפרד במניות חברה בשל אינטרסים שונים שעליהם עמדנו לעיל, אף שבפועל יש לסווגם כמחזיקים יחד. לעומת זאת ייתכנו מצבים, כבענייננו, שבהם יבקשו בעלי המניות לסווגם כמחזיקים יחד אף שאינם עומדים בתנאי ההגדרה שבסעיף

1 לחוק ניירות ערך. על כן יש לבחון כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו והשאלות העשויות להתעורר בהקשר זה רבות ומגוונות. כך, למשל, ברי כי במקרים שבהם קיים הסכם שבו מתחייבים בעלי המניות להצביע באופן דומה בכל החלטה שתועלה באסיפת בעלי המניות, אין קושי לראות הסכם כזה כהסכם כיוצר החזקה יחד במניות החברה (עניין שפירא, בפס' 20; ימין ווסרמן, בעמ' 626). אך מה באשר להסכמים אחרים בהיקף מצומצם יותר? ביחס לחלק מאותם הסכמים קבעה הרשות עמדה ומקצתם אף נדונו בפסיקה (ראו: ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437 (2007); ימין ווסרמן, בעמ' 625-635; החלטת מליאת רשות ניירות ערך 2-102 "הסכמי הצבעה חלקיים" (28.4.2004) http://www.isa.gov.il/Download/IsaFile_825.pdf). אלא שהמקרה שלפנינו אינו מצריך כל חקירה ודרישה בשאלה האם נקשר הסכם לשיתוף פעולה בין בעלי המניות הנוגעים בדבר. זאת מן הטעם הפשוט שהמשפחות אינן חולקות כלל על האמור בדיווח אוגוסט, ולפיו למעט הסכם אורליצקי-כהן "אין ולא היה כל הסכם לעניין ההחזקה במניות החברה, וכל החלטה נדונה והתקבלה לגופה".

סיכום ביניים: דיווח אוגוסט לא יצר החזקה יחד של המשפחות במניות החברה אף לא ממועד דיווח אוגוסט ואילך. על כן, בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, לא הייתה על המשפחות חובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת במועד דיווח באוגוסט.

האם הופרה החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת?

25. המסקנה כי דיווח אוגוסט לא יצר שליטה של המשפחות בחברה מובילה למסקנה נוספת לפיה רק בעקבות הסכם רכישת המניות בין דלק למשפחות (אשר מכוחו הפכה דלק למחזיקה בכ-51.1% ממניות החברה), נוצר בחברה לראשונה מצב שבו יש בעל מניות המחזיק בה מעל ל-45%. על כן קמה על דלק החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת וזאת מכוח הוראת סעיף 328(א) לחוק החברות הקובעת:

328 (א) בחברה ציבורית, לא תבוצע רכישה שכתוצאה ממנה ייהפך אדם להיות בעל דבוקת שליטה אם אין בחברה בעל דבוקת שליטה, וכן לא תבוצע רכישה שכתוצאה ממנה יעלה שיעור החזקותיו של הרוכש מעל ארבעים וחמישה אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה, אם אין אדם אחר המחזיק למעלה מארבעים וחמישה אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה, אלא בדרך של הצעת רכש לפי הוראות פרק זה (להלן - הצעת רכש מיוחדת).

על אף החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת הקבועה בסעיף 328 המצוטט לעיל, סבורה דלק כי יש לפטור אותה מחובה זו משום שלטענתה הסתמכה על דיווח אוגוסט אשר בו הצהירה החברה כי המשפחות מחזיקות יחד בכ- 51.09% ממניותיה. דלק אף הפנתה בהקשר זה להלכה שנפסקה בעניין שפירא כהלכה התומכת בטענותיה.

ואכן, בעניין שפירא נפסק כי כאשר חברה מדווחת לציבור המשקיעים באופן מפורש על קיומו של הסכם לשיתוף פעולה בין בעלי מניות ועל כך שהוא מהווה החזקה ביחד במניותיה, פטור רוכש השליטה מפרסום הצעת רכש מיוחדת. ובלשון פסק הדין:

על דרך רוב, רוכש שליטה יכול לבדוק אם הוא מחויב בהצעת רכש מיוחדת, על-ידי בירור פשוט של נתוני אחזקת המניות בחברה, אשר מפורסמים בפרסומים רשמיים וידועים לציבור. אלא שהכרה בהסכם שיתוף פעולה, בכתב או בעל-פה, כיוצר החזקה משותפת במניות, מובילה לאי-בהירות בלתי רצויה ביחס לחיוב רוכש השליטה בהצעת רכש מיוחדת [...]. אי-הבהירות נובעת [...] מכך שלא תמיד ברור אם הוראות הסכם שיתוף פעולה מקימות "החזקה ביחד" של מניות. בתנאים אלה, רוכש שליטה פוטנציאלי יתקשה לכלכל את צעדיו ולדעת באיזו דרך עליו לנהוג אם הוא מעוניין לרכוש את מניות החברה. [...]

אשר על כן, יש לקבוע כי ככלל, רוכש שליטה מחויב לפנות לכל בעלי המניות בהצעת רכש אלא אם החברה דיווחה במפורש לציבור כי אדם מסוים או קבוצת אנשים שפועלים במשותף, מחזיקים ביותר מ- 25% או 45% מזכויות ההצבעה בחברה. כלל זה מקנה ודאות ויציבות לכל הצדדים הנוגעים בדבר – הן רוכש השליטה הן בעלי מניות המיעוט הזקוקים למידע נגיש ושקוף שיאפשר להם לדעת אם רכישת שליטה בחברה זו תיעשה בעתיד בדרך של הצעת רכש מיוחדת אם לאו. לפיכך, הודעה כללית על גיבוש הסכמים לשיתוף פעולה בין בעלי מניות, שאינה קובעת במפורש כי הסכמים אלה הופכים את הצדדים למחזיקים במניות במשותף, אינה יכולה לשמש בסיס להחלטת רוכש שליטה לרכוש מניות בניגוד לכללי הצעת הרכש המיוחדת. [...] אף על פי כן, אין די באחזקה משותפת במניות מבחינה משפטית מופשטת כדי להחיל את העברת השליטה לגורם חיצוני ללא הצעת רכש מיוחדת, תוך פגיעה בציפיותיהם הלגיטימיות של בעלי מניות המיעוט [עניין שפירא, בפס' 21].

26. דא עקא, בענייננו, בשונה מן הדרישות שנקבעו בעניין שפירא, הודיעה החברה בדיווח אוגוסט, לצד ההצהרה כי המשפחות מחזיקות יחד במניותיה מקדמת דנא, כי בין המשפחות אין ולא היה כל הסכם לשיתוף פעולה. על הבעייתיות הגלומה בדיווח אוגוסט נוכח הוראת חוק ניירות ערך ועל הסתירה הפנימית העולה ממנו, עמדנו לעיל. בהינתן בעייתיות זו, אין לומר כי היה בדיווח זה כדי להסיר מבחינתה של דלק את אי הוודאות באשר לשאלה האם עליה לפרסם הצעת רכש מיוחדת בעקבות הסכם רכישת המניות. למעשה, לא זו בלבד שדיווח אוגוסט אינו כולל דיווח מפורש על דבר קיומו של הסכם לשיתוף פעולה, יש בו דיווח מפורש בדבר אי-קיומו של הסכם כזה. משכך אין לקבל את טענתה של דלק כי הייתה רשאית להסתמך על האמור בדיווח אוגוסט כדיווח המסיר את אי הוודאות באשר לקיומו של הסכם לשיתוף פעולה ולהחזקה יחד במניות החברה, ערב כריתתו של הסכם רכישת המניות.

בנסיבות המתוארות לעיל, נראה כי דלק בחרה, מטעמיה, ליטול את הסיכון הגלום באי הוודאות האמורה ולרכוש את מניותיהן של המשפחות בחברה מבלי לפרסם הצעת רכש מיוחדת. המסמך הנלווה להסכם רכישת המניות, שעליו חתמו דלק והמשפחות, אף מלמד כי הסיכון שדלק נטלה היה סיכון מחושב מתוך מודעות מלאה לכך שסיווג החזקותיהן של משפחות כהן ותדמור בדיווח אוגוסט כמחזיקות יחד מעורר קושי משפטי והיא קיבלה על עצמה כלפי משפחות כהן ותדמור את האחריות העשויה לנבוע ממסקנות משפטיות שאינן מתיישבות עם עמדת המשפחות (להבדיל מהאחריות למסכת העובדתית שהציגו המשפחות). אכן, מהמסמך הנלווה להסכם רכישת המניות עולה בבירור כי בפני דלק נפרשה תמונת המצב לאשורה, ודלק החליטה להתקשר עם המשפחות בהסכם זה תוך שהיא פוטרת אותן מכל אחריות כלפיה או כלפי מי מטעמה היה והסיווג של החזקת המשפחות במניות החברה כהחזקה יחד לא תעמוד במבחן משפטי ובלשון המסמך הנלווה: "אין אנו [המשפחות – א.ח.] אחראים כלפיכם או מי מטעמכם בנוגע למסקנות המשפטיות (להבדיל מהמסכת העובדתית) המובאות במכתב על צרופותיו, והשלכותיהן על העסקה מושא הסכם המכירה".

27. משאלה פני הדברים קיימת אפשרות סבירה כי ייקבע שדלק הפרה את החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת. להפריה זו, ככל שייקבע שאכן אירעה, יש לפי חוק החברות, שתי תוצאות אפשריות – האחת היא כי המניות שנרכשו תוך הפרת החובה "לא תקנינה זכויות כלשהן ותהיינה מניות רדומות, כמשמעותן בסעיף 308, כל עוד הן מוחזקות בידי הרוכש" (סעיף 333(א)), והשנייה כי הפרת החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת המהווה "הפרת חובה חקוקה כלפי בעלי המניות בחברה" (סעיף 333(ג)) (ראו גם: עניין שפירא, בפסקה 24) תקים למערערים עילת תביעה נזיקית כלפי דלק. אקדים

ואומר כי לנוכח השלב בהליך בו אנו מצויים – ערעורים על החלטה לאישור חלקי של תובענה ייצוגית – ובהינתן הקביעה הלכאורית בלבד כי דלק הפרה את החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת, אין מקום להידרש לסוגיית הרדמת המניות, שהינה מורכבת ורבת פנים, ויש להתירה לבירור והכרעה במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה. אשר לעוולה הנזיקית של הפר חובה חקוקה הנובעת מאי פרסום הצעת רכש מיוחדת, העלתה דלק טענה מקדמית-חלופית בדבר פטור הנתון לה מאחריות נזיקית, ולטענה זו אתייחס להלן.

חבותה של דלק והפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין

28. לטענת דלק גם בהינתן האפשרות שייקבע כי היא הפרה את החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת, אין מקום לאשר את הבקשה נגדה בעילה הנזיקית הנטענת מאחר שעומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. בטענתה זו נסמכת דלק, בין היתר, על קביעותיו של בית המשפט קמא לפיהן יש לייחס משקל רב למגעים שניהלו המשפחות מול הרשות, וכי קיים אינטרס ציבורי לאפשר לחברות לנהל הליכי פרה-רולינג מול הרגולטור על מנת לברר את המצב המשפטי לאשורו ולהסתמך על החלטותיו. קביעותיו אלה של בית המשפט קמא התייחסו, כזכור, לסוגיית הפטור למשפחות מאחריות בנזיקין בעקבות מסקנתו כי דיווח אוגוסט יצר לראשונה החזקה יחד של המשפחות בכ-51.1% ממניות החברה אשר בגינה היה עליהן לפרסם הצעת רכש מיוחדת. משהגעתי למסקנה שונה ולפיה אין בדיווח אוגוסט כדי ליצור החזקה יחד של המשפחות במניות החברה, השאלה האם עומדת למשפחות הגנת הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין למעשה אינה רלבנטית עוד. עם זאת, ככל שדלק מנסה להיאחז בהגנה זו יש לבחון את היקף תחולתה ברמה העקרונית וכן יש לבחון האם בנסיבות העניין תוכל דלק להישען עליה

29. סעיף 6 לפקודת הנזיקין קובע כך:

”בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, ”מעשה” – לרבות מחדל”.

סעיף זה נכלל בקבוצת הסעיפים שבפקודת הנזיקין המעניקים לבא בגדרם הגנות שונות מפני אחריות בנזיקין, והוא מורה כי אדם יהיה פטור מאחריות נזיקית על מעשה שעשה לפי חוק, למעט אם פעל ברשלנות (עמוס הרמן מבוא לדיני הנזיקין 345

(2006); י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 302-303 (ג') טדסקי עורך, מהדורה שניה, 1976) (להלן: תורת הנזיקין הכללית). בראשית הייתה תחולתו של הפטור על פי סעיף זה מצומצמת לפעולות שנעשו "על פי הוראות חיקוק ובהתאם להן", אך בשנת 2005 תוקן הסעיף ונוספה לו הוראת הסיפא המרחיבה את ההגנה ולפיה יינתן פטור מאחריות בנזיקין גם ביחס למעשים שנעשו "בתחום הרשאה חוקית או באמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית" (ראו: הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002). הגנה זו הקבועה בסעיף 6 חלה, כפי שנפסק, הן על עוולות הקבועות בפקודת הנזיקין והן על עוולות חיצוניות לה, דוגמת העילה הנזיקית הנוגעת לענייננו והקבועה בסעיף 333(ג) לחוק החברות (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, בפס' 13 (26.04.2010)). עוד נפסק כי מעשים שנעשו תחת פיקוח הדוק של רשות מוסמכת ותוך דיאלוג מתמשך עמה חוסות תחת כנפיה של הגנה זו (רע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן, פסקה 5 (21.4.2011) (להלן: עניין דקלה); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (9.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה)).

30. בענייננו פנו המשפחות לרשות וביקשו פרה-רולינג בשאלה האם ניתן לראות בהם כמחזיקים יחד במניות החברה מקדמת דנא באופן המקנה להם שליטה בה, למרות דיווחים סותרים שהוגשו על ידם בעבר. הליך הבדיקה נמשך למעלה מחצי שנה, ובמהלכו העבירו המשפחות לרשות מסמכים שונים לבקשתה. טרם פרסום דיווח אוגוסט קיבלה החברה חוות דעת משפטית מעורך דין וול, בא כוח המשפחות, לפיה יש לראות במשפחות כמחזיקות יחד במניות החברה ומתוקף כך גם כבעלי שליטה בחברה המחזיקים במשותף למעלה מ-50% מזכויות ההצבעה בה. בהסתמך על חוות דעת זו הוצא המזכר מיום 24.8.2011 אליו התייחסנו בפרק העובדות. מזכר זה נכתב אף הוא על ידי בא-כוח המשפחות, עו"ד וול, והוא הופנה אל החברה ותוארו בו הסכמות בעל פה שאליהן הגיעו המשפחות והרשות במסגרת הליך הפרה-רולינג. סמוך לאחר מכן, ביום 29.8.2011, פרסמה החברה את דיווח אוגוסט.

מעיון בחוות הדעת אשר עליה נסמך המזכר, עולה בבירור כי מדובר בחוות דעת מסויגת מן ההיבט המשפטי בה צוין כי חלק מהנושאים אשר נדונו בה טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה וכי אין ודאות שאם נושאים אלה יעמדו לדיון משפטי המסקנה תהא זהה. אשר להסכמות שהושגו בין המשפחות לרשות עולה מן המזכר כי הגם שהובהר על ידי הרשות בעל פה כי נוסחו של דיווח אוגוסט משקף את עמדתה "הרשות לא תביע עמדה לגביו ו/או תשלח תגובה כלשהיא לחברה בעקבות פרסום הדיווח

המיידית" (סעיף 2 למזכר). ככל שיש בדברים אלה משום החלטה בשאלה שהציגו המשפחות לרשות בהליך הפרה-רולינג, נראה לכאורה כי מדובר בעמדה מסויגת וכי הרשות נמנעה מלהציג עמדה ברורה ובכתובים במענה לשאלה שהובאה בפניה על ידי המשפחות, כפי שניתן היה לצפות כי תעשה וכפי שאף מחייב הנוהל שהתקינה הרשות עצמה, אליו אתייחס בהמשך הדברים. עיון באסופת המסמכים (מוצג 3 למוצגי המשפחות) הנוגעים להליך הפרה-רולינג מלמד אף הוא כי מדובר במכתבים שכולם נכתבו מטעם המשפחות ואילו הרשות מעולם לא הציגה עמדה כתובה וברורה בשאלה שנשאלה. בהינתן העובדה כי הסוגיה המשפטית שהועלתה על ידי המשפחות בהליך הפרה-רולינג הייתה כרוכה בנושאים אשר טרם הוכרעו בפסיקה באותו שלב (כפי שאף הובהר בחוות הדעת המשפטית מטעם באי-כוח המשפחות), נראה לכאורה כי כל שהרשות הייתה נכונה לומר באופן פורמלי, כעולה מסעיף 2 למזכר המצוטט לעיל, הוא - כי לא תנקוט עמדה לגבי האמור בדיווח המיידית הגם שבעל פה ציינה בפני בא-כוח המשפחות כי האמור בדיווח משקף את עמדתה בסוגיה המשפטית התקדימית הנוגעת לסיווג רטרואקטיבי של בעלי מניות כמחזיקים במניות בהחזקה משותפת העולה כדי שליטה בחברה.

האם, כטענת דלק, בעקבות מענה זה של הרשות בהליך הפרה-רולינג שאותו הביאו המשפחות לידיעתה במסגרת המשא ומתן לכריתת הסכם רכישת המניות, ניתן לראות באי פרסום הצעת הרכש המיוחדת על ידי דלק מעשה או מחדל "שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית", בגינו היא פטורה מאחריות בנוזיקין על פי סעיף 6 לפקודת הנזיקין?

אינני סבורה כך מן הטעמים שאבאר להלן.

31. פרה-רולינג (פניה מקדמית) הוא הליך מינהלי המאפשר לאדם השוקל לבצע פעולה מסוימת לפנות לרשות המנהלית ולפרוש בפניה את התשתית העובדתית הרלבנטית, על מנת לקבל את עמדתה בנוגע להשלכותיה של אותה הפעולה. זאת כדי לאפשר לפונה לכלכל את צעדיו מראש ולצמצם את אי הודאות הגלומה, מבחינתו, בנקיטת הפעולה המתוכננת (ראו: ע"א 1804/05 אלוני נ' פקיד שומה כפר סבא, פסקה 9 (31.1.2008) (להלן: עניין אלוני)). בישראל מקורו של הליך הפרה-רולינג בתחום המיסים, אך מאז שנות ה-2000 הוא הפך נפוץ גם בתחומים נוספים ובהם הגבלים עסקיים וכן בתחום ניירות הערך בו עסקינן. בחלק מן התחומים שבהם נעשה שימוש בהליך הפרה-רולינג הוא אף זכה להסדרה בחקיקה, וזאת בניגוד לפרקטיקה שנהגה בעבר ולפיה התנהל הליך זה ללא עיגון חוקי המסדיר אותו. כך, בתיקון 147 לפקודת

מס הכנסה [נוסח חדש] חוקק פרק חדש המסמיך את שלטונות המס, לבקשת נישום, ליתן "החלטת מיסוי" הנוגעת לחבות המס שלו (לסקירה בנושא, ראו: עניין אלוני, בפסקאות 8-9), וסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 מסמיך אף הוא את הממונה על ההגבלים העסקיים ליתן "חוות דעת מקדמיות". לעומת זאת, ואף שהפרקטיקה של פרה-רולינג נוהגת גם בתחום ניירות הערך - ויעיד המקרה שבפנינו - טרם נקבעה בחקיקה הוראה המסדירה את ההליך בתחום זה (ראו: ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל, בפסקה 553 (12.1.2016)). זאת אף שעוד ביום 4.12.2003 פורסמה החלטת סגל הרשות בדבר כוונת הרשות "להרחיב באופן משמעותי את ההסדר שבמסגרתו יוכלו החברות לקבל הנחיה מקדמית (פרה-רולינג) של סגל הרשות בנושאים שונים". עם זאת, לאחר אותה החלטה התקינה הרשות, כפי שכבר הוזכר לעיל, נוהל המסדיר היבטים שונים בהליך זה (ראו: רשות ניירות ערך נוהל פנייה מקדמית לרשות ניירות ערך (עדכני ליום 30.6.2008) ולהלן: נוהל הרשות; כן ראו: לאה פסרמן-יוזפוב דיני ניירות ערך – חובת הגילוי 95 (2009)). נוהל הרשות מתייחס לשני סוגים עיקריים של פניות מקדמיות: פניה לקבלת הנחיה מהרשות לגבי ביצוע פעולה עתידית, ופניה בבקשה לקבל No-Action Letter שהינו אישור לכך שהרשות לא תנקוט בפעולת אכיפה עתידית בנסיבות המתוארות בבקשה. פניית המשפחות בענייננו יש בה, כך נראה, שילוב של שני סוגי הפניות המקדמיות הללו. לא למותר לציין כי הליכים של פנייה מקדמית לרשות לניירות ערך מוכרים גם בארה"ב (אל ה-SEC – Security Exchange Committee) עוד משנות ה-30 של המאה הקודמת והן כוללות בעיקרן בקשות לקבלת No-Action Letter וכן פניות שעניינן פרשנות של נורמה משפטית בהקשר ספציפי (ראו: Donna M. Nagy, *Judicial Reliance on Regulatory Interpretations in SEC No-Action Letters: Current Problems and a Proposed Framework*, 83 CORNELL L-REV 921, 937-938 (1997); (להלן: נאגי); THOMAS L. HAZEN, *THE LAW OF SECURITIES REGULATION* 18 (3rd ed., 1996) (להלן: הייזן)).

32. מהו מעמדו של הליך הפרה-רולינג המתקיים ברשות הישראלית לניירות ערך? וביתר פירוט, האם פונה שפעל בהתאם למענה שקיבל במסגרת הליך כזה מוחזק כמי שפעל "בתחום הרשאה חוקית" וזכאי להגנת הפטור מאחריות הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין? שאלות אלה טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקתנו. בארה"ב הגישה הנוהגת היא כי המענה הניתן על ידי ה-SEC לפנייה מקדמית אין בו כדי לחסן את הפונה מפני תביעה אזרחית על ידי צד שלישי ולא ניתן להסתמך עליו בביצוע עסקאות עוקבות, הנגזרות מהפנייה. במילים אחרות, תוקפו של המענה מוגבל ליחסים שבין ה-SEC והפונה ובקשר לאותה הפניה בלבד (נאגי, בעמ' 942; הייזן, בעמ' 18-19). נראה כי גם בישראל הגישה העקרונית דומה. כך, מענה שניתן על ידי רשות בהליך של פרה-

רולינג משקף ככלל את עמדתה המקצועית-המקדמית בעניין הנוגע לפנייה והגם שלעיתים הוא עשוי לכבול את אותה הרשות לעמדה זו (אהרן נמדר מס הכנסה 52 (מהדורה שלישית, 2010)), אין בה כדי ליצור נורמה משפטית חדשה ואין בכוחה לשנות נורמה משפטית קיימת (ראו והשוו: ת"א (ת"א) 1792/09 מנחם נ' אקסלנט נשואה ניהול השקעות בע"מ, בפסקה 28 (4.4.2011)). דברים ברוח זו נכללו במסמך הנוגע לעמדות של סגל הרשות לניירות ערך בנושאים שונים מיום 14.2.2008, אשר פורסם באתר האינטרנט שלה המתייחס, בין היתר, להליך הפרה-רולינג ולכך שעמדות הניתנות על ידי הרשות במענה לפניות בהליך זה אין להן תוקף משפטי מחייב והן "בבחינת תיאור עמדות הגוף המקצועי המופקד על התחום ולא מעבר לכך". ובמילים אחרות, לעמדת הרשות הניתנת במענה לפנייה בהליך של פרה-רולינג מעמד מוגבל המצומצם למישור היחסים שבין הפונה הקונקרטי ובין הרשות ואף זאת אך ורק ביחס לסוגיה הקונקרטית שבה עוסקת הפנייה. מכאן נובע כי בדומה לגישה האמריקאית, עמדה שמביע סגל הרשות במענה לפנייה בהליך של פרה-רולינג אין לה מעמד של אישור או הרשאה חוקית לפעולה שמבקש הפונה לבצע וממילא אין כוחה יפה כלפי כולי עלמא, ובכלל זה כלפי הניזוקים מפעולה או מחדל שמחליט הפונה לנקוט בעקבות אותו המענה. זאת ועוד – לנוכח האמירות המפורשות של הרשות באשר למעמדה המוגבל של עמדות סגל הרשות בהקשר זה, נראה כי לא רק שאין מדובר בהתנהגות המצויה "בתחום הרשאה חוקית", לעניין הוראת הסיפא של סעיף 6 לפקודת הנזיקין, המזיק אף אינו יכול להיחשב כמי שפעל ב"אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית". בכך שונה עמדת סגל הרשות הניתנת במסגרת הליך של פרה-רולינג מאישור מפורש הניתן על ידי הרגולטור במסגרת חובה המוטלת עליו, למשל כמפקח על הביטוח, לאשר תנאים של פוליסה (עניין דיקלה), או מפיקוח צמוד והנחיות אקטיביות וכתובות הניתנות על ידי הרגולטור בעניינים שעליהם הוא מופקד (עניין קול ברמה).

33. מסקנה זו לעניין מעמדו הנורמטיבי של מענה בהליך של פרה-רולינג הניתן על ידי סגל הרשות, כבעניינו, יש לה משנה תוקף בנסיבות המקרה שלפנינו וזאת משני טעמים:

א. בסעיף 3 של נוהל הרשות בעמוד 3 נקבע כי בתגובה לפניה מקדמית תתקבל "החלטת סגל הרשות לגבי הסוגיה שהועלתה בפניה המקדמית והעברת תשובה בכתב הכוללת את החלטת סגל הרשות" (ההדגשה אינה במקור – א.ח). בניגוד גמור להוראה זו, נמנעה הרשות ממתן תשובה בכתב לפניית המשפחות בעניינו והסתפקה במתן מענה בעל פה, כפי העולה מסעיף 2 למזכר (מוצג 3 למוצגי המשפחות). אם לא די בכך - המענה בעל

פה המתואר באותו המזכר אף הוא מסויג ביותר ולפיו "הרשות לא תביע עמדה לגביו ו/או תשלח תגובה כלשהיא לחברה בעקבות פרסום הדיווח המידי".

ב. המזיק הפוטנציאלי המבקש לבוא בגדר הוראת הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין הוא דלק אשר, כזכור, לא נטלה חלק במגעים שהתקיימו בין המשפחות לרשות בהליך הפרה-רולינג ולא הייתה מעורבת בהם באופן כלשהו, על פי העדויות שהוצגו מטעמה. כך, הצהיר ברטפלד, מנכ"ל דלק דאז, כי:

"קבוצת דלק לא הייתה מעורבת, בשום צורה, בהליכי הבדיקה שבסופם דווח על החזקתם ביחד של בני משפחת כהן במניות החברה [הכוונה למשפחות כהן ותדמור – א.ח.]. באותה עת, האפשרות שתבוצע עסקה להעברת השליטה לקבוצת דלק לא עמדה על הפרק" (סעיף 48 לתצהיר ברטפלד, מע/38).

משהפונה הישיר אל הרשות בהליך הפרה-רולינג אינו יכול ליהנות מהגנת הפטור הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין בשל הטעמים שפירטנו, מקל וחומר שאין מקום להחיל הגנה זו על צד מרוחק עוד יותר אשר כלל לא היה מעורב באותו הליך.

סיכום ביניים – ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין אין בה כדי לפטור את דלק מן העוולה הנזיקית הקבועה בסעיף 333(ג) לחוק החברות והמיוחסת לה על ידי המערערים בשל אי פרסום הצעת רכש מיוחדת.

האם יש לקבל את הבקשה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט

34. כפי שצוין לעיל, אישר בית המשפט המחוזי למערערים לנהל נגד המשפחות תובענה ייצוגית בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, בקובעו כי קיימת אפשרות סבירה שייפסק כי המשפחות התעשרו שלא כדין על חשבון יתר בעלי המניות בחברה משום שבהיעדר פרסום של הצעת רכש מיוחדת, שולמה מלוא התמורה עבור המניות לידיהן, לרבות עבור פרמיית השליטה.

המשפחות טוענות כי לא היה מקום לקבל את הבקשה בעילה זו. לטענתן שגה בית המשפט קמא בקובעו מחד גיסא כי הן הסתמכו כנדרש על עמדת הרשות, ומאידך גיסא כי פעלו ש"לא על פי זכות שבדין" כפי הנדרש בסעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. עוד נטען כי מכל מקום הן לא קיבלו בגין מכירת המניות כל תמורה

עודפת ועל כן לא התקיים במקרה דנן גם יסוד ההתעשרות. את טענתן זו מבססות המשפחות בעיקר על חו"ד פרלמן ועל תצהירו של ברטפלד.

בשונה מבית המשפט קמא, הגעתי אל המסקנה כי לא חלה על המשפחות החובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת בגין דיווח אוגוסט. כמו כן אני סבורה, ואף זאת בשונה מבית המשפט קמא, כי הגנת הפטור הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין אינה יכולה לחול על המשפחות אפילו ניתן היה לייחס להן חובה לפרסם הצעת רכש מיוחדת כאמור. ממילא, הסתירה שעליה מלינות המשפחות בהקשר זה אינה רלבנטית עוד. במאמר מוסגר יצוין כי טענה זו מעוררת קושי עיוני בשל ההבחנה הקיימת בין המישור הנזיקי ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט (השוו: פרידמן ושפירא בר אור דיני עשיית עושר בעמ' 143-147; תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 16-24). מכל מקום, השאלה הרלבנטית לענייננו והנוגעת לעילה של עשיית עושר ולא במשפט היא - האם התנהלותן של המשפחות אשר הובילה לכך שפרמיית השליטה ששילמה דלק תגיע לידיהן, הייתה כדין אם לאו. לכאורה, נראה כי דיווח אוגוסט אשר בעטיו נמנעה דלק מלפרסם הצעת רכש מיוחדת והעבירה את פרמיית השליטה למשפחות, נעשה שלא כדין. הוא התיימר להציג את המשפחות כמי שמחזיקות יחד במניות החברה באופן היוצר שליטה שלהן בה, וזאת בניגוד מוחלט לדיווחים קודמים של החברה ובהיעדר כל הסכם מתאים בהקשר זה, כנדרש על פי חוק ניירות ערך. בנסיבות אלו, יש אפשרות סבירה שייקבע כי פרמיית השליטה ששילמה דלק למשפחות נתקבלה על ידן שלא כדין.

35. לעניין ההתעשרות - בית המשפט המחוזי הגיע אל המסקנה כי "קיימת אפשרות סבירה כי השאלות העובדתיות והמשפטיות הנדונות יוכרעו לטובת קבוצת התובעים" וזאת בלא שנדרש באופן פרטני לשאלת ההתעשרות. עיינתי בחוות הדעת הכלכליות שהגישו הצדדים ובתצהירים הרלבנטיים לעניין, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר נראה כי הגם שהטענות שמעלות המשפחות בהקשר זה אינן משוללות יסוד, קיימת אפשרות סבירה כי הן התעשרו בנסיבות העניין, ולו בהיקף מצומצם מזה שטענו לו המערערים. אשר על כן, יש להותיר את ההכרעה בסוגיה זו לשלב הבירור של התובענה הייצוגית לגופה.

סוף דבר

36. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לדחות את ע"א 6316/16 שהגישו המשפחות ולקבל בחלקו את ע"א 4154/14 שהגישו המערערים במובן זה

שהבקשה תאושר נגד דלק בעילה של הפר חובה חקוקה ונגד המשפחות בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. עוד אציע לחבריי לחייב את דלק והמשפחות, ביחד ולחוד, לשאת בהוצאות המערערים בערעורים אלה ובשכר טרחת עורך דין בסך של 75,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות הדעת המקיפה של חברתי השופטת א' חיות.

אני מסכים גם למסקנת חברתי לפיה בנסיבות הקונקרטיות של המקרה שלפנינו, משנמנעה הרשות ממתן תשובה בכתב לפניית המשפחות, ומשניתן מענה בעל פה שנוסחו מסויג, לא תוכל דלק לבוא בגדר הוראות הפטור שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

מעבר לאמור, אינני רואה לקבוע מסמרות שאלת מעמדו של הליך הפרה-רולינג המתקיים ברשות הישראלית לניירות ערך.

ש ו פ ט

השופט (בדימוס) צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט (בדימוס)

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ' באייר התשע"ז (16.5.2017).

ש ו פ ט (בדימוס)

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת