

בעניין:

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197

ע"י ב"כ עוה"ד רנן גרשט ו/או אופיר נאור ו/או טלי שלו ו/או
עדי גרנות ו/או שירן גורפיין ו/או מתן רינג ו/או שנהב יעקב
ו/או אח'

ממשרד נאור-גרשט, עורכי דין

מרחוב מיטב 6, תל-אביב

טלפון: 03-5447404; פקס: 03-5447405

וע"י ב"כ עוה"ד גיא גיסין ו/או יעל הרשקוביץ

ו/או עידן דנינו ואח'

ממשרד גיסין ושות', עורכי דין

מרחוב הברזל 38, תל אביב 6971054

טלפון: 03-7467777; פקס: 03-7467700

המבקש (הנאמו);

- נ ג ד -

אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, ח.פ. 515781425

אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, ח.פ. 515068849

שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד רענן קליר ו/או פנחס ברטל

ממשרד ארדינסט, בן נתן, טולדיאנו ושות', עורכי דין

מרחוב ברקוביץ' 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב

טל': 03-7770111; פקס: 03-7770101

המשיבות (התובעות);

בקשה למחיקה על הסף של העילה בחלק רביעי, פרק XXII
"פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכוח שיקולי
צדק" ("עילת עשיית העושר") שבתביעה בתיק זה ("התביעה")

מן הטעמים שיפורטו במסגרת בקשה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לעשות שימוש
בסמכותו מכוח תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי")
ולהורות כדלהלן:

(א) להורות על מחיקתו על הסף מהתביעה של פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן
רווח, ומכוח שיקולי צדק", מכוח תקנה 100.

(ב) להורות על דחייתו על הסף של פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח,
ומכוח שיקולי צדק", מכוח תקנה 101.

והכל מן הנימוקים אשר יפורטו להלן.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לתייב את המשיבות בהוצאות המבקש בגין עריכת בקשה זו.

תוכן

3	א. פתח דבר	
5	ב. על תפקידו ואחריותו של הנאמן	
5	ב.1. תפקידו של הנאמן על פי חוק ניירות ערך כמייצג מחזיקי אגרות החוב	
7	ב.2. אחריות הנאמן ככלל וכלפי צדדים שלישיים בפרט	
10	ב.3. הנאמן הינו שלוח בשליחות "גלויה" ואינו אחראי בחובות השולח	
11	ב.4. הנאמן אינו הנתבע בשם המחזיקים	
12	ג. עילת התביעה היא כנגד החברה	
13	ג.1. על פי הצעות הסדרי הנושים של החברה שהמשיבות היו צד להן העסקאות היו למול החברה. אין כל עסקה בין המשיבות לבין הנאמן ו/או לבין מי ממחזיקי אגרות החוב	
15	ג.2. אם הייתה הפרה של העסקאות הנ"ל, דבר המוכחש מכל וכל, הרי היא של החברה, והנתבעת הנכונה לתוצאות ההפרה הנטענת היא החברה	
15	ג.3. המשיבות ידעו על הליכי הסדר לפידות ולא פעלו לשם הגשת תביעות חוב ו/או התנגדויות להסדר – משלא עשו כן הן חסומות מהעלאת טענות כלשהן הקשורות בהתעשרות מכח ההסדר; לא ניתן לאפשר להן לעקוף את החברה ולהעלות טענה כנגד נושה אשר לא קיבל את מלוא חובה של החברה כלפיו וספג "תספורת" של למעלה ממיליארד ₪	
17	ד. יש להורות על מחיקת התביעה על הסף בהעדר עילת תביעה כנגד הנאמן	
17	ד.1. הנאמן אינו זה ש"התעשר" וכך עולה אף מכתב התביעה	
18	ד.2. לא ניתן לתבוע מכוח חוק עשיית עושר מקום בו קיים הסכם בין הצדדים	
20	ד.3. לא מתקיימים לגבי הנאמן היסודות ההכרחיים לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט	
22	ד.4. הנאמן פעל בהתאם להחלטות בית המשפט והחלטות מחזיקי אגרות החוב	
23	ד.5. לא מתקיימים לגבי הנאמן היסודות שנקבעו בפסיקה ל"התעשרות שלא כדין, אבדן רווח ושיקולי צדק"	
25	ה. יש למחוק על הסף את פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח ומכוח שיקולי צדק" היות שמתוך כתב התביעה עולה שהכללתו היא טרדנית וקנטרנית ומהווה שימוש לרעה בהליכי משפט	
26	ה.1. המחלוקת האמיתית היחידה (עם מחזיקי אגרות החוב והנאמן כנציגם) היא לגבי גורל הפיקדונות בסך 100 מליון ש"ח שבידי הנאמן. עילת עשיית העושר הוספה רק בזיעבד ותוך שיהוי ניכר במטרה להפעיל לחץ על החברה ומחזיקי אגרות החוב לשחרר את הפקדונות	
27	ה.2. הגשת פרק XXII נגד הנאמן בלבד נועדה לשם הפעלת לחץ פסול על מחזיקי אגרות החוב להשיב את הפיקדונות	
28	ה.3. הגשת התביעה במועד זה גרמה לכך שהנאמן משאיר בידו את כל סכום התביעה בכרית לשיפוי המגיע לו ממחזיקי אגרות החוב. יוצא שהתביעה פוגעת גם במי שקנה אגרות חוב (שהמשיכו להיסחר) סמוך לפני השלמת הסדר לפידות וביתר שאת לפי שברור שהוא לא התעשר כי לא החזיק אג"ח בעת אישור הסדרי החוב עם המשיבות	
29	ו. מעבר לדרוש, טענת המשיבות לאי השלמת ההסדר השני בחוסר תום לב הינה מופרכת מיסודה, אף שאין הדבר דרוש לצורך הכרעה בבקשה זו	
29	ו.1. הוראות ההסדר השני עם קבוצת בן משה אינן מחייבות מתן ארכה ואף כוללות הוראות מפורשות מנוגדות	
30	ו.2. לא קיימת הוראת דין המחייבת צד להאריך חוזה עם תנאי מפסיק	
31	ו.3. קבוצת בן משה היא שהכלילה תנאי מתלה שלא נדרש ואף גרמה להפרתו	
33	ו.4. קבוצת בן משה ביקשה לשנות מן היסוד את ההסדר השני שהוצע כתנאי לקיומו	
36	ו.5. המשיבות לא התנגדו לביטול ההסדר השני ואף לא טענו לכל זכות במסגרת הצעות הסדר שהגישו לאחר ביטולו	
37	ז. סוף דבר	

א. פתח דבר

1. המבקש, הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ ("הנאמן"), שימש כנאמן לאגרות החוב (סדרות כו'- כז' ו-כח') של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ("החברה" ו- "מחזיקי אגרות החוב", לפי העניין), ובמסגרת זו ניהל מטעם מחזיקי אגרות החוב, בסיוע נציגות מחזיקי אגרות החוב ויועצים שמונו, את הליכי הסדר החוב בחברה. החברה יוצגה בנפרד לרבות על ידי ועדת זירקטוריון מיוחדת ויועצים משפטיים חיצוניים.
2. המשיבות, יחד עם אלון רבוע כתול ישראל בע"מ ודור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, הינן גופים בשליטתו של מר מוטי בן משה ("קבוצת בן משה" או "הרוכשות"), אשר התחייבו לרכוש שליטה ונכסים של החברה, במסגרת שני הסדרי נושים שהובאו לאישור לבית המשפט של חדלות פירעון בהליכי אישור שהמשיבות היו צד להם, ואשר לא הושלמו על אף שהתקבל אישור בית המשפט.
3. כעולה מכתב התביעה, קיימת מחלוקת בדבר האחריות לאי השלמתם במועד של שני הסדרי החוב- קבוצת בן משה כטענת מחזיקי אגרות החוב, או צדדים שלישיים כגון רשויות המס בישראל ורשויות ההגבלים העסקיים בחלק ממדינות אירופה, כטענת המשיבות בכתב תביעתן.
4. בעקבות עמדתם של מחזיקי אגרות החוב לפיה המשיבות הפרו את שני הסדרי החוב הפרות בוטות ויסודיות, הורו מחזיקי אגרות החוב לנאמן, בהחלטות שנתקבלו באסיפות מחזיקים שפורסמו באתר הרשות לני"ע ובאתר הבורסה, להגיש לבית המשפט בקשה לחילוט פיקדונות בסך כולל של 100 מיליון ₪ שהופקדו להבטחת עמידת הרוכשות בהתחייבויותיהן בהסדרים, שהופרו הפרה בוטה ויסודית – פעמיים (להלן: "בקשת החילוט").
5. במסגרת החלטת בית המשפט הנכבד בבקשת החילוט (נספח 47 לכתב התביעה), הגשתה של בקשת החילוט בדרך של בקשה למתן הוראות בהתאם לסעיף 12ג לחוק החברות לא אושרה, אולם בית המשפט הנכבד אישר את הגשתה של בקשת החילוט כתביעה אזרחית נפרדת. תביעה אזרחית כאמור טרם הוגשה נכון למועד הגשת כתב התביעה נשוא ההליך דנא.
6. לאתר ביטול ההסדר השני למול קבוצת בן משה, פעלו החברה בשיתוף עם מחזיקי אגרות החוב לקבל הצעות חדשות לרכישת נכסי החברה ומניותיה, מבניהן זכתה לאישור מחזיקי אגרות החוב הצעה מלפידות קפיטל בע"מ ("הסדר לפידות"), והכל כעולה מכתב התביעה. בהתאם לתנאי הסדר לפידות, מועד השלמתו נקבע ליום 20.1.2020 (ר' נספחים 54 ו-57 לכתב התביעה).
7. דא עקא, שעל מנת לייצר לעצמן מנוף לחץ שלא כדיון ובחוסר תום לב קיצוני, הגישו המשיבות את כתב התביעה ימים ספורים בלבד טרם השלמת הסדר לפידות, כאשר לסעדים הנוגעים להשבת הפיקדון ולנזקים שנגרמו בשל החזקתו הפרושים על פני 342 סעיפים, הוסיפו המשיבות עילה המוכוונת כנגד הנאמן בלבד בגין עשיית עושר ולא במשפט בסך 318 מיליון ש"ח.

8. מעיון בכתב התביעה עולה כי הנאמן הוא הנתבע היתיד (!) ובכלל זאת בעילה של עשיית עושר ולא במשפט; הגם שעיון בכתב התביעה מלמד כי המשיבות לא הצביעו על כל "התעשרות" של הנאמן עצמו, "ובודאי שלא הצביעו על "התעשרות שלא כדין".
9. האבסורד הוא שלמעט שכר טרחתו של הנאמן כקבוע בשטר הנאמנות, הנאמן לא שלשל לכיסו את התמורות שנתקבלו כתוצאה מהסדר לפידות, אם כי המחזיקים הם אלו שנהנו ממלוא תמורות אלו.
10. יתרה מכך, המשיבות מפנות את האצבע המאשימה כלפי מחזיקי אגרות חוב שהביעו באופן פומבי את מורת רוחם מהתנהלות חסרת תום הלב של קבוצת בן משה, אך לא צירפו אותם כנתבעים.
11. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך - פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכות שיקולי צדק", אשר הינו כפיה של פרשנות שגויה וסלקטיבית של הוראות הדין, המבקש להטיל אחריות על נאמן למחזיקי אגרות חוב, מבלי שיש לכך בדל בסיס משפטי או עובדתי ומבלי לבסס אף ראשיתה של עילה, בטח שלא כנגד הנאמן.
12. וזאת לדעת, אין כל הוראה בדין ובכלל זאת בחוק ניירות ערך, חוק הנאמנות וחוק השליחות, או בשטר הנאמנות המצדיקה הטלת תשלום פיצוי על נאמן למחזיקי אגרות החוב, בגין כספים ששולמו למחזיקי אגרות החוב. , וביתר שאת לפי-
- 12.1. שהנאמן אחראי לנזק שנגרם לנהנים או לנכסי הנאמנות עקב הפרת חובתו ולא לנזק נטען (ומוכחש) שנגרם לצדדים שלישיים ובכלל כך למשיבות;
- 12.2. שהנאמן פעל ללא דופי לכל אורך הדרך ובהתאם להוראות בית המשפט הנכבד או תחת אישורו;
- 12.3. שהנאמן פעל בהתאם להחלטות סדורות שהתקבלו כדין של מחזיקי אגרות החוב;
- 12.4. שהנאמן פעל בהתאם להוראות ההסדרים שאושרו על ידי בתי המשפט, ועל כן ממילא עילת עשיית עושר אינה יכולה לחול עליו.
13. ככל וסברו המשיבות כי קיימות להן זכויות כלשהן כלפי החברה ובטח כאלה הנובעות מהסדר החוב בתברה, והיה עליהן לפעול בראש ובראשונה בהתאם להוראות ההסדר, אשר נועד להסדיר את חובות החברה עם נושיה לרבות רשויות המס והנושים האחרים, ולהגיש תביעת חוב במועד, ולכל הפחות להגיש התנגדות לביצועו.
14. יש לומר דברים להווייתם- הגשת התביעה כנגד הנאמן בלבד במועד שנבחר על ידי המשיבות בקפידה, נועדה אך ורק כדי לייצר מנוף לחץ על החברה ומחזיקי אגרות החוב ולגרום להם להתפשר במחלוקת על הפיקדונות, ואל לבית המשפט הנכבד ליתן לכך יד.
15. ראוי שיאמר כי קבלת טענתם של המשיבות תביא לפגיעה קשה במוסד הנאמנות אשר נועד להבטיח הגנה למחזיקי אגרות החוב וכספי הציבור - תוצאה שאינה רצויה לכל הדעות.

16. לא בכדי, בחרו המשיבות לשבת בשילוב ידיים ולהמתין עד למועד השלמתו של הסדר לפידות (להבדיל ממועד אישורו על ידי בית המשפט, ו/או המועד להגשת הוכחות חוב ו/או המועד להגשת התנגדויות), לא להתנגד לו ואף לא למצות את זכותם, ככל שסברו בזמן אמת כי קיימת להם זכות כזו ולהגיש תביעת חוב לחברה בסך הנזק הנטען.

17. למרות ניסיון המשיבות לסכל את השלמתו של הסדר לפידות ולהפעיל לחץ על החברה ומחזיקי אגרות החוב, הסדר לפידות הושלם והנאמן עיכב תחת ידו כרית שיפוי מהכספים שהחברה חילקה למחזיקי אגרות החוב מתוך תמורות הסדר לפידות, בגובה סכום התביעה וההוצאות הכרוכות בניהולה.

18. צא ולמד, כי בדרך של הגשת התביעה כנגד הנאמן השיגו המשיבות סעד זמני של עיקול או צו מניעה מבלי שביססו עילה לסעד כזה ומבלי שתמכו את טענותיהם בתצהיר. ברור לחלוטין כי אילו היו מקבלות צו בבקשה לסעדים זמניים, היה הצו מותנה בבטוחות כנדרש על פי הדין, ולא כך היא.

19. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, הנאמן אינו היריב המתאים לעילת התביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט, ומכאן הבקשה דנא.

20. לא למותר לציין, כי אף יתר עילות התביעה מוכחות מכל וכל והנאמן שומר על מלוא זכויותיו ו/או טענותיו לרבות כנאמן של מחזיקי אגרות החוב בנוגע לכל יתר עילות התביעה, ואין בבקשה זו בכדי למצות את הטענות כנגד המשיבות, אשר יובאו בהתאם לסדרי הדין במסגרת כתב ההגנה מטעמו.

ב. על תפקידו ואחריותו של הנאמן

ב.1. תפקידו של הנאמן על פי חוק ניירות ערך כמייצג מחזיקי אגרות החוב

21. חובת מינוי נאמן על ידי חברה המציעה תעודות התחייבות, קבועה בסעיף 35(א) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 ("חוק ניירות ערך"). כמו כן, ס"ק (ב) לחוק ניירות ערך קובע כי ככלל על נאמנות מכוח חוק ניירות ערך יחולו הוראות חוק הנאמנות, אם לא נקבעה בחוק ניירות ערך הוראה אחרת (ובכפוף למגבלות המצוינות באותו הסעיף).

22. בהתאם לסעיף 35(א) לחוק ניירות ערך, "הנאמן ייצג את המחזיקים בתעודות ההתחייבות בכל ענין הנובע מהתחייבויות המנפיק כלפיהם, והוא יהיה רשאי, לשם כך, לפעול למימוש הזכויות הנתונות למחזיקים לפי חוק זה או לפי שטר הנאמנות."

23. על בסיס הוראות אלו מבססות המשיבות את תביעתן כנגד הנאמן (לרבות) בעילת ההתעשרות, כדלקמן:

3. הנאמן פועל ופעל מכוח הוראות חוק ניירות ערך, תשכ"ח - 1968, לרבות הוראות פרק ח' לחוק, שקובעות, בין היתר, כי הנאמן מייצג את מחזיקי אגרות החוב. האחרונים הם ציבור רחב, מפוזר ובלתי מסוים ומדובר למעשה בגופים שונים (שמשתייכים מעת לעת שכן אגרות החוב נסחרות בבורסה), אשר חלק גדול מהם הינם אנשים או גופים פרטיים. הנאמן הוא מי שתובע ונתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, ומעבר לכך הוא בעל אחריות עצמאית למעשים שיתוארו להלן.

24. אלא שאותם הדינים עליה מבקשת התביעה להתבסס, אינם מכירים בכך שהנאמן הוא מי שנתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב. אותם הדינים קובעים הסדרים מיוחדים ומפורשים ביחס לסמכויות ותפקידי הנאמן ולהיות נתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב אינה נכללת בהן.

25. הוראות הפסיקה אף שללו מפורשות פרשנויות פחות מרחיקות לכת מזו שמבקשות המשיבות לבסס, כפי שנראה להלן.

26. כך למשל נקבע מפורשות בהפ (ת"א) 1115/08 **סטרלינג תקשורת מתקדמת בע"מ נ' הרמטיק נאמנות בע"מ ("פרשת סטרלינג")**, כי הנאמן לא לקח על עצמו ואין להטיל עליו התחייבות לשאת מכיסו בהוצאות פעולותיו להגנת עניינם של מחזיקי אגרות החוב:

"בשטר הנאמנות לא נטל על עצמו הנאמן התחייבות כזו לשאת מכיסו בהוצאות פעולותיו להגנת עניינם של מחזיקי אגרות החוב, וסביר להניח שלא היה מסכים ליטול על עצמו מחוייבות כזו. חיוב הנאמן בהוצאות הליכים שנדחו על ידי בית המשפט יפגע באופן תמור בשיקול הדעת ובחופש הפעולה של הנאמן אשר הופקד הגנת זכויות מחזיקי אגרות החוב מול החברה, ואזכיר בנושא זה את דברי מנהלת המחלקה המשפטית של רשות ניירות ערך, עו"ד דניאלה גורני, במכתבה מיום 15.7.02 (נספח ב לסיכומי הנאמן):

"בהתעורר חשש כי עלולה להתרחש הפרה של שטר הנאמנות מצד המנפיק על הנאמן לנקוט את הפעולות הנדרשות, לרבות צעדים משפטיים, לשם מניעת ההפרה וקיום התחייבויות התאגיד.

אירועי השבועות האחרונים בנושא זה מדגישים באופן מיוחד את חשיבות תפקידו של הנאמן למחזיק האג"ח ואת הצורך החיוני במעקב ממשי מצדו על מצב ענייני התאגיד ובנקיטת צעדים מתאימים, לרבות פניה שלו לבית המשפט, להבטחת קיום התחייבויות המנפיק כלפי מחזיקי האג"ח."

27. כן נקבע באותה הפרשה, כי הטלת חבות כזו על הנאמן יפגע בשיקול דעתו ובחופש פעולתו מול החברה, החיוניים לשם הגנה על זכויות המחזיקים.

28. ברור כי דברים אלו נכונים שבעתיים ביחס לייחוס ה"התעשרות" של החברה ו/או של המתזיקים לנאמן- התעשרות אשר מעולם לא הגיע לכיסו גם לשיטתן של המשיבות.

29. ראו לעניין זה גם את דברי כבוד השופטת בדימוס דניה קרת-מאיר בת"צ 61936-12-15 **קרן פורסט ערך II (מקבילה), שותפות מוגבלת נ' א. מימון ואח'**, שם נקבע מפורשות כי חובות הנאמן מוגבלות לקבוע בדין ובשטר הנאמנות:

"סעיף 35ב(א) קובע חובת מינוי נאמן.

בהתאם להוראות הסעיף אין להציע תעודות התחייבות לציבור אלא אם מינה המנפיק נאמן למחזיקים בתעודות ההתחייבות.

תעודות התחייבות מייצגות זכות לתבוע מהתאגיד המנפיק לפרוע התחייבות כספית בתאריך קבוע או בהתקיים תנאי מסוים.

תעודות התחייבות כוללות אגרות חוב שהונפקו על ידי תאגידי אשר מקנות למחזיקים בהן זכות לקבל סכום כסף במועד אחד או במספר מועדים מוגדרים מראש.

סעיף 35ב(ב) לחוק ניירות ערך קובע כי על נאמנות לפי חוק ניירות ערך יחולו הוראות חוק הנאמנות התשלי"ט – 1979.

סעיף 1 לחוק הנאמנות קובע "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת."

"הנכס" בו אמור הנאמן לתעודות ההתחייבות לפעול לטובת הנהנה - הוא למעשה הזכויות הגלומות בתעודות ההתחייבות, אגרות החוב במקרה שלפניי.

הזכות העיקרית המעוגנת באגרות החוב המפורטת בתשקיף - היא הזכות לפרעון אגרת החוב על-ידי המנפיק בתנאים הקבועים בתשקיף.

כדי להבהיר את מהותה של הנאמנות לתעודות התחייבות והנכס אליה מתייחסת הנאמנות נקבעו בסעיף 135(א) עניינים שונים שעל שטר הנאמנות לכלול.

כדי לאפשר את פעולת הנאמן לשם שמירה על אותו נכס - זכותם של מחזיקי אגרות החוב כלפי המנפיק לפרעון אגרות החוב - נקבע בסעיף 35ט(א) לחוק ניירות ערך "הנאמן ייצג את המחזיקים בתעודות ההתחייבות בכל עניין הנובע מהתחייבויות המנפיק כלפיהם, והוא יהא רשאי, לשם כך, לפעול למימוש הזכויות הנתונות למחזיקים לפי חוק זה או לפי שטר הנאמנות." (ההדגשה שלי - ד.ק.).

30. יובהר לעניין זה, כי המשיבות ממילא לא טענו, ואין כל בסיס לטענה כי הוראות שטר הנאמנות של אגרות החוב כוללות הוראות ביחס לאפשרות לתבוע את הנאמן מכוח ייצוג את המחזיקים, וזאת כאשר המשיבות נסמכות בכתב תביעתן על הוראות חוק ניירות ערך מבלי שהן כוללות את החובות אשר הן מבקשות ליצוק לתוכן.

2.ב. אחריות הנאמן ככלל וכלפי צדדים שלישיים בפרט

31. בהתאם לחוק הנאמנות, הנאמן אחראי לנזק שנגרם לנהנים או לנכסי הנאמנות עקב הפרת חובתו; אולם ככל והנאמן פעל בהתאם להוראות בית המשפט או באישורו אין להטיל עליו אחריות, וכך קובע סעיף 12 לחוק הנאמנות:

"אחריות

12. (א) נאמן אחראי לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו כנאמן; על אחריותו לאבדנם ולנזקם של נכסי הנאמנות המוחזקים בידו יחולו הוראות חוק השומרים, תשכ"ז-1967; לענין זה יראו את הנאמן כשומר ואת הנהנים כבעלי הנכסים.

(ב) בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידיו.

(ג) נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות, והוא אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או באישורו."

32. בשורה של פסקי דין הובהר כי אין להטיל אחריות אישית על הנאמן אלא במקרים קיצוניים בהם פעולתו הנטענת של הנאמן נעשתה מתוך זדון, רשלנות רבתי או חריגה מובהקת מסמכות. ראו לעניין זה דברי כב' השופט אלשיך בפשר 2061/03, בש"א 2746/06 אי.אי.סי.אי אינטרנשיונל בע"מ נ' רו"ח יובל קדרון, בתפקידו כנאמן בהסדר נושים של חברת משה שניידר חברה קבלנית בנתניה בע"מ, החלטה מיום 5.6.06:

"...מן הראוי להבהיר באורח חד-משמעי: הטלת אחריות אישית על מפרק או נאמן בהקפאת הליכים הינה צעד חמור ביותר, בעל משמעויות מרחיקות לכת, אשר מקומו לא יכירנו אלא במקרים חריגים וקיצוניים של פעולה בזדון, רשלנות רבתי או חריגה מובהקת מסמכות... על נושים ופרקליטיהם לשקול את הדברים היטב ולנקוט זהירות מרובה, טרם שהם דורשים הטלת אחריות אישית. בשום פנים ואופן, אין לראות בנאמן או בגוף המבטח אותו "כיס עמוק וזמין" אשר ניתן לכל נושה "לנסות את מזלו" ולנסות להפרע ממנו בבל עת בו ההקפאה או הסדר הנושים נכשלים. זאת במיוחד לאור העובדה, כי עצם הגשתן של תביעות כאלו עשויה להסב נזק כבד לבעל התפקיד (כולל לגרום להעלאה ניכרת בכספי פרמיית הביטוח המקצועי שעליו לשלם) - וזאת אף אם, בסופו של יום, נדחית התביעה לחלוטין". (ההדגשות שלנו)

33. וכן דברי כבי' השופטת חנה בן עמי בבשא (י-ם) 7226/06 חברת דאר אלכרמה לבניה ותעשיה מסחר כללי בע"מ נ' אילן שגב:

"למעלה מן הדרוש יוער, כי אף אם מנסיבות המקרה דגן - ואין הדבר כך - היתה עולה הפרתה של תובת הגילוי, הרי בהפרה כשלעצמה, אין כדי להקים אחריות אישית לנאמן. ככלל, הטלת אחריות אישית תיעשה רק במקרים קיצוניים וחריגים בהם פעולתו הנטענת של הנאמן נעשתה מתוך זדון, רשלנות רבתי או חריגה מובהקת מסמכות..." (ההדגשות שלנו)

34. וכן ראו בני-ם) 1277/02 הפ (י-ם) 1277-02 חנה לנדנר נ' ל.האן צעצועים בע"מ (ניתן ביום 9.12.2013) (פורסם בנבו):

"אכן, ההלכה היא כי הטלת אחריות אישית על נאמן היא סנקציה חמורה ועל כן היא תעשה רק במקרים קיצוניים וחריגים (ת"א (מחוזי-מר) 185-12-09 עו"ד קסטנבאום נ' צ.ג. בניני איכות בנתניה בע"מ, [פורסם בנבו], 15.03.10. וכן ראו החלטת בית המשפט בתיק זה (כבי' השופט י' שפירא) בבש"א 4513/08 צעצועי עוזי בע"מ נ' עו"ד ישי בית-און, נאמן, [פורסם בנבו], 29.07.09). עם זאת, במקרים חמורים, ביניהם מקום בו הנאמן פעל תוך חריגה מובהקת מסמכות, כבמקרה זה, נכון להטיל עליו אחריות אישית (בש"א 2746/06, פש"ר 2061/03 (מחוזי-ת"א) אי.אי.סי.אי אינטרנשיונל בע"מ נ' רו"ח יובל קידרון, [פורסם בנבו], 5.06.06). חריגתו של נאמן, כמו גם בעל תפקיד אחר, מההוראות שניתנו לו על ידי בית המשפט חמורות דווקא בשל היותו "קצין בית המשפט", הנהנה מאמון רב מצד בית המשפט (בש"א 17339/09, פש"ר 1357/03 (מחוזי-ת"א) מיאב חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' עו"ד בן-טל, [פורסם בנבו], 24.12.03). לנאמן חובות אמון וזהירות מוגברות כלפי נושים וכלפי בית המשפט, בייחוד בשל העובדה שמדובר בהקפאת הליכים, בה החברה אינה סולובנטית". (ההדגשות שלנו)

35. ללמדך, כי אין להטיל אחריות על הנאמן אלא בנסיבות חמורות וקיצוניות בהן פעל בניגוד למטרות הנאמנות או תוך חריגה מובהקת מסמכות; הנאמן לא נועד להיות "כיס עמוק" אשר ניתן להיפרע ממנו ובפרט נכון הדבר לאור שבכתב התביעה אין אפילו ראשית טענה כי כד פעל הנאמן.

36. כן נקבע בפסיקה, כי אחריותו של הנאמן/השלוח כלפי צד שלישי נובעת בראש ובראשונה מהפרת התחייבויותיו כנאמן, אשר כתוצאה ממנה נגרם נזק לאותו הצד השלישי. ראו בתא (י-ם) 7506/05 בית"ר ירושלים אחזקות (2000) בע"מ (בפירוק) נ' אגודת ספורט בית"ר ירושלים (בפירוק):

"באופן עקרוני, העמותה היא תאגיד, ועל כן תלים עליה כללי הפרדת אישיותה המשפטית מאישיות חבריה, בשינויים המתחייבים מאופייה המיוחד. הפסיקה טרם הכריעה בשאלה האם ניתן להחיל את כללי "הרמת מסך" גם לגבי חברי עמותה (גרינברגר ובן-תור, דיני עמותות, בעמ' 37 ואילך).

לעומת זאת, ועד העמותה הוא הגוף המבצע בעמותה והאחראי למימוש רצונה של העמותה. לצורך כך ניתנו לו סמכויות רבות כמעט ללא הגבלה ("הועד ינהל את ענייני העמותה ובידיו תהיה כל סמכות שלא נתייחדה בחוק זה או בתקנון לאסיפה הכללית או למוסד אחר ממוסדות העמותה" – סעיף 25 לחוק העמותות). **סמכויות אלה מקנות למנהלים כוח רב כדי שישתמשו בו לטובת העמותה, תוך שמוטלות עליהם חובת אמון וחובת זהירות.**

חובת האמון של חברי ועד העמותה נקבעה במפורש בחוק העמותות: "על חברי הוועד לפעול לטובת העמותה במסגרת מטרותיה ובהתאם לתקנון ולהחלטות האסיפה הכללית" ...

צא ולמד, חבר ועד עמותה, כמו כל אדם שהוא אישיות משפטית, אחראי על פעולותיו ומעשיו המתבצעים באופן ומכוח היותו אישיות משפטית עצמאית. לבד מכך, יכול שתוטל עליו אחריות נוספת, כשהוא פועל בתור שלוח או אורגן של העמותה, בה הוא משמש כחבר ועד. **אחריות זו תקום בכל מקרה שבו הוא מפר את חובותיו כלפי העמותה וכתוצאה מההפרה נגרם נזק לעמותה או לצד שלישי, או בשל מעשה נזיקין או מעשה פלילי הנובע מרשלנותו או כתוצאה מהפרת החוק על ידו.** " (ההדגשות שלנו)

37. כן נקבע, כי צד שלישי לנאמנות אשר מעמדו אינו ברור אינו יכול לנקוט בהליך כנגד הנאמן, בשל סכסוך אשר אינו קשור בניהולה של הנאמנות לטובת הנהנים. ראו בע"א 10010/08 הרב אליעזר כהנמן נ' הרב שמאול מרקוביץ :

"התמונה העולה מן החומר היא שקיים סכסוך נמשך בין המשיב למנוח. הסכסוך נוגע למעמדם של השניים בישיבה. כנראה בשל אותו סכסוך, אין ביכולתה של המשיבה 4 לנקוט עמדה בכל הנוגע לנאמנות ולכספים. אולם, דווקא בשל הסכסוך בין המערער לבין המשיב, אין לאפשר למשיב להציג עצמו כ"מעוניין בדבר". במילים אחרות, הסכסוך שבין המשיב לבין המערער צריך להיפתר באופן ישיר. אין לאפשר למערער לשים עצמו בנעליה של המשיבה 4 וכמגן ענייניה, שעה שקיים בינו לבין המערער סכסוך בנוגע למשיבה 4 ולישיבה. מה גם, וכפי שנראה בהמשך, לכאורה אין מניעה שהאם תפנה לבית המשפט בעניין הנאמנות. כלומר, שעה שקיים אדם שהוא הנהנה (או הנאמן או יוצר הנאמנות) ולכאורה יש באפשרותו החוקית והמעשית לנקוט הליך, אין לאפשר לאחר, שמעמדו אינו ברור, להניע מהלך שיפוטי אלא בנסיבות מיוחדות. ...

10. דעתנו איפוא היא שבנסיבות המקרה אין להכיר במעמדו של המערער לנקוט הליך לפי החוק. ייתכן ובנסיבות אחרות, ניתן היה לאפשר למערער להגיש הליך בהיותו "מעוניין בדבר". ברם, על רקע הסכסוך בין המערער לבין המשיב בענייניה של הישיבה אין לאפשר למערער לשים עצמו כלפי המשיב כמי שדואג לענייניה של המשיבה 4. מה גם שכאמור כיום אין מניעה שהאם תנקוט הליך עצמאי מכוח מעמדה כנהנית. מכאן, שיש לדחות את הערעור, אם כי לא מטעמו של בית המשפט המחוזי." (ההדגשות שלנו)

38. מכאן עולה, כי אף אחריות הנאמן ככל ותחול כלפי צד שלישי נובעת בראש ובראשונה מהפרת חובתו במסגרת הנאמנות ומנזק אשר נגרם בראש ובראשונה לנכסי הנאמנות או נהייה.

39. למעלה מכך, הדין אינו מכיר בזכותו של צד שלישי לפעול ישירות כלפי הנאמן ו/או לשים אותו צד לסכסוך בנושא שאינו נוגע למטרות הנאמנות.

40. ולבסוף, אף נקבע בפסיקה כי מקום בו קיימת סתירה בין הוראות חוזה הנאמנות לבין חובת הנאמנות הכללית, על הנאמן להתעלם מהוראות חוזה הנאמנות ולפעול בהתאם לטובת הנהנה ולהשגת מטרת הנאמנות (הפ (ת"א) 1353/09 לנוקס השקעות בע"מ נ' זיו האפט – חברה לנאמנויות בע"מ), וזאת על מנת לאפשר לנאמנים לדאוג לציבור המשקיעים בתקופה זו בה חברות רבות וגדולות נקלעות לקשיים ואינן יכולות לפרוע חובותיהן כלפי מחזיקי אגרות החוב :

"דברים אלו מלמדים, כי במקום בו ישנה התנגשות בין הוראות חוזה הנאמנות לבין חובותיו של הנאמן (במקרה דן חובותיו כלפי ציבור המשקיעים), על הנאמן להתעלם מהוראות לשון החוזה ולפעול על פי שיקול דעתו להשגת מטרת הנאמנות.

אנו נמצאים כיום בתקופה בהם חברות רבות וגדולות במשק, נקלעות לקשיים ואינן יכולות לפרוע את התחייבויותיהן כלפי המלווים והמשקיעים שלהם.

בתקופות אלו, תפקידם של הנאמנים מקבל משנה חשיבות וכדי לעשות עבודתם נאמנה, עליהם לשים בראש מעיינם ולדאוג בראש וראשונה לציבור המשקיעים, אשר בעבורם נוצרת הנאמנות.

נאמן אשר לא ינהג כך, עלול במקרים מסוימים להיחשב רשלן.

על כן, טוב עושה נאמן אשר עומד על המשמר ואשר מנסה למנוע מה שבדיעבד יכול לגרום מפח נפש למוטבים שעליהם הוא אמור להגן." (ההדגשות שלנו)

41. עיינו רואות, כי בפסיקה אף חודדה ההגנה על נאמני אגרות החוב האמונים על דאגה לענייניו של ציבור המשקיעים, ונקבע שמטרותיה הכלליות של הנאמנות – טובת הנהנים – היא שצריכה לעמוד בפניהם בכל עת.

42. כך או כך, אין בדיני הנאמנות הרשאה לצד שלישי לתבוע נאמן בגין נזקים אשר נגרמו לאותו צד כפי שמבקשות המשיבות לבסס. דיני הנאמנות יתירו במקרים חריגים וקיצוניים בלבד של הפרת התחייבויות הנאמן **כלפי הנהנים, תביעה אשר עילתה הינה נזק שנגרם לנהנים עצמם, או לנכסי הנאמנות.** נסיבות קיצוניות אלו לא מתקיימות בעניינינו והמשיבות ממילא לא טענו אחרת.

ב.3. הנאמן הינו שלוח בשליחות "גלויה" ואינו אחראי בחובות השולח

43. אף דיני השליחות אינם מבססים את אחריות הנאמן ל"התעשרות" מחזיקי אגרות החוב.

44. בהתאם לסעיף 35ט(א) לחוק ניירות ערך, "הנאמן ייצג את המחזיקים", ואף בסעיף 3 לכתב התביעה מציינות המשיבות כי "...הנאמן מייצג את מחזיקי אגרות החוב...".

45. בהתאם להוראות חוק השליחות, תשכ"ה-1965 ("חוק השליחות"), פעולות השלוח מחייבות ומזכות את השולח (מחזיקי אגרות החוב):

"2. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח."

46. דהיינו רק השולח זכאי ורק השולח אחראי לתוצאות פעולות השלוח.

47. גם כאן, רק בנסיבות קיצוניות של פעולת השלוח בחריגה מהרשאה או בשליחות סמויה שלא הייתה ידועה לצד השלישי, ניתן להטיל חיוב על השלוח כקבוע בסעיפי 6 ו-7 לחוק השליחות.

48. אלא שגם טענה בעניין פעולה בחריגה מהרשאה כלל לא נטענה ומכל מקום נועדה להיטען על ידי השולח, ולא על ידי צד שלישי; אף לא נטען, וברור כי אין המדובר בשליחות נסתרת, מאחר ודבר השליחות הסטטוטורית ואף השליחות החוזית מכוח התלטות אסיפה שפורסמו במגנ"א היו ידועים ואף עולים יפה מכתב התביעה כאמור.

49. בפרט שכך, שטענות המשיבות בהקשר זה מופנות ישירות (לפחות ברובן המכריע) כלפי מחזיקי אגרות החוב, ובמקרים מסוימים כלפי מחזיקי אגרות חוב ספציפיים. ובכלל זאת:

150. המסר הברור של המסע התקשורתי המכפיש שיוזמו מחזיקי אגרות החוב כלפי הרוכשת היה כי מוטב לה ליתן הסכמתה לרשימות מחזיקי אגרות החוב. אחרת, ימצאו את עצמם הרוכשת וכן משה ממשיכים להיות מותקפים באמצעי התקשורת.

ובהמשך:

152. לכתבות אלו הצטרפו מסרים מפורשים וחמורים מאת מחזיקי אגרות החוב, שהגדולים שביניהם הם בעלי משקל מהותי בשוק ההון הישראלי (הקטן והמצומצם), כי לולא תכוף הרוכשת את ראשה בפני הדרשות לתוספת תשלום ושינוי ההסדר, אזי בן משה וכל התאגידים בשליטתו (חלקן חברות ציבוריות שמגייסות דרך קבע מימון בשוק ההון) יוחרמו על ידי שוק ההון, שייסגר בפניהם. מסרים חמורים אלו הועברו באמצעים שונים לרבות באמצעות חתמים, צדדים שלשיים ועוד. קשה להפריז בתשפעה הקשה שיש למהלכי אזהרה (שלא לומר איומי סחיטה) אלו.

וכן:

158. בתגובת, חזרו מחזיקי אגרות חוב שנכחו באסיפה על הדרשה להכניס שינויים בהסדר, תוך שהם מעלים את אותן הטענות שנועדו להצדיק כביכול את הדרשה, ותוך שהם מבחירים כי מבחינתם ההסדר פוקע באותו היום, וכי כדי לקבל את הסכמת מחזיקי אגרות החוב להאריך את תוקפו, יהיה על הרוכשת לתת את הסכמתה לרשימות השונות שלהם.

159. בין היתר נאמר מצד מחזיקי אגרות החוב באסיפה כי הרוכשת מרוויחה הואיל והערך של הממכר השתפר עם הזמן, כי יש רלבנטיות לעליות הערך של אפריקה נכסים, כי יש הצדקה לשלם ריבית וכי ביום 13.12.2018 (הוא יום האסיפה והמועד שנקבע לפי ההסדר למילוי התנאים המתלים) "נגמר ההסדר, אין הסדר". עוד עלו מצד מחזיקי אגרות החוב באסיפה "רעיונות" / דרישות שההסדר יתוקן כך שמחזיקי אגרות החוב יקבלו באופן מיידי סך 90 מיליון ₪ (כאשר הכוונה לפיקדון אקסטרה ולפיקדון רבוע כחול) בלי קשר לשאלה האם יתקיימו התנאים המתלים אם לאו.

50. לכך יש להוסיף כי אף לשיטת המשיבות העלאת כתב התביעה על ידי הנאמן (ב"אסיפת האולטימטום" – אסיפה שזומנה לבקשת מחזיקי ולא ביוזמת הנאמן) נועדה אך כדי "לעגן באופן פורמלי את אשר הביעו מחזיקי אגרות החוב". וכך נאמר לעניין זה בכתב התביעה עצמו:

168. כתבי התביעה של אסיפת האולטימטום נועדו לעגן באופן פורמלי את אשר הביעו מחזיקי אגרות החוב. עוד לפני האסיפה מיום 13.12.2018 כמו גם במהלכה – את סירובם להצעות הרוכשת ורבע כחול להאריך את תוקף ההסדר, ודרישתם לכפות שינויים בהסדר כתנאי להארכת תוקף ההסדר.

51. בנסיבות אלו נראה כי גם לגישת המשיבות עצמן, לא הנאמן, כי אם מחזיקי אגרות החוב או מי מהם בעצמם, גרמו לפקיעת ההסדר השני, ואין כל בסיס לחיוב הנאמן באחריות לכך.

4. ב. הנאמן אינו הנתבע בשם המחזיקים

52. ראוי שיוסף כי הדין והפסיקה אינם מכירים, ואף שוללים מפורשות את הלוליינות המשפטית שמציעות המשיבות, לפיה הנאמן הוא מי ש"נתבע בשם מחזיקי אגרות החוב"; לא לחינם לא הובאו כל תימוכין או אסמכתאות לטענתן המופרכת של המשיבות, כפי שהובאה בכתב תביעתן:

3. הנאמן פועל ופעל מכוח הוראות חוק ניירות ערך, תשכ"ח – 1968, לרבות הוראות פרק ח' לחוק, שקובעות, בין היתר, כי הנאמן מייצג את מחזיקי אגרות החוב. האחרונים הם ציבור רחב, מפוזר ובלתי מסוים ומדובר למעשה בגופים שונים (שמשתייכים למעט לעת שכן אגרות החוב נסחרות בבורסה), אשר חלק גדול מהם הינם אנשים או גופים פרטיים. הנאמן הוא מי שתובע ונתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, ומעבר לכך הוא בעל אחריות עצמאית למעשים שיתוארו להלן.

53. יתרה מכך, קבלת טענה זו, תגרום לפגיעה קשה במוסד הנאמנות על אגרות החוב, אשר נועד להגן בראש ובראשונה על משקיעים מן הציבור וכספי הציבור, ותוביל ל"פתרון קסם" חסר עלות לגביית ולעיכוב כספי מחזיקי אגרות חוב, באמצעות העלאת טענות סרק מופרכות כלפי נאמנים. מדובר בתוצאה מסוכנת לשוק החון.

54. תוצאה זו עומדת בניגוד מוחלט לשורה של פסקי הדין שהובאו אשר הדגישו את חשיבות תפקידו של הנאמן בהגנה על כספי הציבור ובשלילת היכולת לעשות בו שימוש כ"כיס עמוק" או מעין "מבטח" לא של הנושים עצמם, וודאי שלא של צדדים שלישיים.

55. תוצאה זו אף מנוגדת להוראות פרשת סטרלינג אשר הציבו תמרור אזהרה בפני הטלת התחייבויות על הנאמן בשם מחזיקי אגרות החוב, אשר תפגע במעמדם של הנאמנים, שיקול הדעת וחופש הפעולה שלהם, החיוניים לשם הגנה על זכויות מחזיקי אגרות החוב.

56. באופן דומה נקבע על ידי כבוד השופטת רות רונן בת"א 48619-11-15 ויסולי נ' משמרת חברה לנאמנות ("פרשת משמרת"), כי אף שהנתבע היה גם שם נאמן מחזיקי אגרות החוב, ברור כי ההתעשרות נצמחה והחויב מוטל על מחזיקי אגרות החוב: "אינני מקבלת גם את טענותיו של התובע הנוגעות לחוק עשיית עושר – מכוחו עלה לגישתו חובתם של מחזיקי האג"ח לשלם לו שכר הוגן בגין התעשרותם שבאה בעקבות פעולותיו."

57. כאמור לעיל, בנסיבות העניין אף טענות המשיבות לגופן מופנות כנגד המחזיקים עצמם, או מי מהם, אשר פעלו (לטענת המשיבות המוכחשת) להכפשת שמו של מר בן משה וכן להצבת תנאים למתן ארכה אשר סיכלו את השלמת ההסדר השני.

58. בנסיבות אלו הגשת תביעה כנגד הנאמן, אשר מייצג את עניינם של כלל המחזיקים באגרות החוב בכל מועד נתון, אינה מטילה את החבות על מחזיקי אגרות החוב הרלוונטיים, אשר לשיטת המשיבות הינם מחזיקי אגרות החוב אשר החזיקו באגרות חוב במועד "אסיפת האולטימטום", קרי מועד ההחלטה על הארכת ההסדר השני בתנאים (אסיפת מחזיקים מיום 16.12.18), או מי מהם אשר הציבו את הדרישות לתנאים לארכה באסיפות או אלה שנטען שהשחירו את שמו של מר בן משה באמצעי התקשורת.

ג. עילת התביעה היא כנגד החברה

59. בחינת טענות המשיבות תגלה כי הלכה למעשה החברה, אשר מכרה את נכסיה והקצתה מניות, היא זו אשר התקשרה בהסדר החוב, קיבלה את התמורות והעבירה אותן לנושיה, ומכאן כי היא הצד הרלוונטי לעילת ההתעשרות.

60. ואלו ההוראות אשר נקבעו לעניין זה בהסדר לפידות (נספח 54 לכתב התביעה):

3.1. סכום התמורה

במועד הביצוע, תפקיד הרוכשת בקופת החברה סך מוזמן של 861.5 מיליון ש"ח (להלן: "סכום התמורה").

הזרמת סכום התמורה על ידי הרוכשת תעשה כהלואות בעלים ו/או כנגד הקצאת מניות ו/או באמצעות שטר הון ו/או בכל דרך אחרת, על פי שיקול דעתה הבלעדי של הרוכשת, כפי שיוחלט על ידיה עובר למועד הביצוע.

סכום התמורה ישמש לתשלום למחזיקי אגרות החוב במועד הביצוע כאמור בסעיף 4.1.2 להלן.

3.2.2. כנגד העמדת סכום התמורה (ומבלי לגרוע מיתר התחייבויות

הרוכשת והחברה) ובמקביל להעמדתן תקצה החברה לרוכשת מניות רגילות של החברה ללא ערך נקוב, כשהן נקיות וחופשיות וכשהן נפרעות במלואן, אשר תהווה 100% מהון המניות המונפק והנפרע של החברה ומזכויות ההון וההצבעה בחברה לרבות בזילול מלא (לעיל ולהלן: "המניות הנרכשות"). במועד הביצוע יכנס לתוקף תקנון חדש של החברה (בנוסח שיהא מקובל על הרוכשת), אשר יאפשר בין היתר הנפקת מניות ללא ערך נקוב.

4. תשלומים למחזיקי אגרות החוב הקיימות

חלף מלוא חוב החברה בגין אגרות החוב הקיימות, יקבלו מחזיקי אגרות החוב הזכאים את התמורות המפורטות בסעיף 4 זה להלן, ותמורות אלה תהווה סילוק מלא של חוב החברה בגין אגרות החוב הקיימות. בהתאם, במועד הביצוע ובד בבד עם ביצוע השלום התמורות כאמור, תמתקנה ותבוטלה באופן מיידי ואוטומטי אגרות החוב וכל התחייבויות החברה מכותן ו/או בקשר עימן ויבוטלו באופן מיידי ואוטומטי שטרי הנאמנות הקיימים וכל התחייבויות החברה מכוחם ו/או בקשר עימם.

1.ג. על פי הצעות הסדרי הנושים של החברה שהמשיבות היו צד להן העסקאות היו למול החברה. אין כל עסקה בין המשיבות לבין הנאמן ו/או לבין מי ממחזיקי אגרות החוב

61. בהתאם לתנאי תוכנית ההסדר השני שהציעה קבוצת בן משה, מתחייבות החברות בקבוצה לקבל מהחברה בהקצאה מניות שליטה תמורת תשלום תמורתן לחברה ולרכוש נכסים מהחברה תוך תשלום תמורתם לחברה.

62. החברה היא שמעבירה חלק מן התמורות (על פי הסדר החוב יש תשלומים לנושים נוספים) למחזיקי אגרות החוב כנגד וויתור על יתרת אגרות חוב בלתי מסולקת של מיליארדי שקלים.

63. ראו לעניין זה את הוראות ההסדר השני אשר צורף כנספח 1 לנספח 10 לכתב התביעה:

3. העמדת ההשקעה הראשונית והקצאת מניות לרוכשת

3.1. השקעות הרוכשת בחברה

הרוכשת תעביר לחברה את הסכומים והנכסים הבאים:

3.1.1. במועד הביצוע, תעמיד הרוכשת סך של ~~425.90~~ מיליון ש"ח כהלואות בעלים ו/או שטרי הון, על פי שיקול דעתה הבלעדי של הרוכשת, כפי שיוחלט על ידה עובר למועד הביצוע (להלן: "ההשקעה הראשונית"). ההשקעה הראשונית תועמד באמצעות הפקדה לחשבון נאמנות על שם הנאמנים לאגרות החוב הקיימות לא יאוחר משני ימי עסקים לפני מועד הביצוע.

3.1.3. בנוסף, במועד הביצוע, תזרים הרוכשת לחברה, סכום של 45 מיליון ₪. ההזרמה תבוצע באופן שתבחר הרוכשת, קרי, הון או הלוואה, ובלבד שאם ההזרמה תבוצע כהלוואה אזי ההלוואה תהיה נחותה, באופן מוחלט, לרבות כמקרה של חדלות פירעון, לכל התחייבויות החברה ותיפרע לפי שיקול דעתה הבלעדי של החברה ורק לאחר שייפרעו כל התשלומים לכלל נושי החברה. אין באמור כדי לגרוע מזכות הרוכשת להמיר את ההשקעה הראשונית, כולה או חלקה, להון מניות בכל עת ותנאים כפי החלטתה.

3.2.3. כנגד העמדת סכום ההשקעה הראשונית (ומבלי לגרוע מיתר התחייבויות הרוכשת) תקצה החברה לרוכשת מניות רגילות של החברה ללא ערך נקוב, כשהן נקיות וחופשיות וכשהן נפרעות במלואן, אשר תהווה 100% מהון המניות המונפק והנפרע של החברה ומזכויות ההון וההצבעה בחברה לרבות בדילול מלא (להלן: "מניות הרוכשת"). במועד הביצוע יכנס לתוקף תקנון חדש של החברה המציב **נספח 3.2.3**, אשר יאפשר בין היתר הנפקת מניות ללא ערך נקוב.

3.3. העברת נכס חיצוני

3.3.1. בתוך 24 חודשים לאחר מועד הביצוע, הרוכשת תעביר לבעלות החברה את הנכס החיצוני. הנכס החיצוני יהיה בשווי 20 מיליוני דולר ארה"ב, על פי הערכת שווי של המעריך המוסכם, ושיעור המינוף של הנכס לא יעלה על 60%.

4. תשלומים למחזיקי אגרות החוב הקיימות, הפחתת החוב בגין אגרות החוב הקיימות ושינוי תנאיהן; מכירת או העברת הנכסים המוחזקים

במועד הביצוע, יקבלו מחזיקי אגרות החוב, חלק חלק מחוב החברה בגין אגרות החוב הקיימות, את התמורות המפורטות בסעיף 4.1 להלן (ותשלום סכום ההשקעה הראשונית, תשלום של סכום המזומן בקופת החברה, תשלום התמורה בגין מניות אפריקה נכסים, תשלום התמורה בגין ההחזקה מפעיל או העברת ההחזקה מפעיל-אגרות החוב המתוקנות (סדרות כו' ו-כז') למחזיקי אגרות החוב (סדרה כח'), אגרות החוב המיותדות, התמורה בגין הנכס ברוסיה, וכן יופחת החוב בגין אגרות החוב הקיימות, תבוטלה אגרות החוב מסדרה כח' וכל התחייבות החברה מכוחן ויכנסו לתוקף שטרי הנאמנות המתוקנים כמפורט להלן. כמו כן תקבל לאחר מועד הביצוע התמורה בגין האופציות בהתאם להצעת הרבוע הכחול כמפורט בסעיף 4.1.4 להלן והתמורה הנוספת כמפורט בסעיף 4.1.5 להלן. בהתאם, במועד הביצוע יבוטלו שטרי הנאמנות הקיימים בגין אגרות החוב הקיימות וכל התחייבויות החברה מכוחם/או בקשר עימם.

64. ר' לעניין זה אף את הבקשה לאישור ההסדר עצמה (נספח 10 לכתב התביעה) אשר חוגשה על ידי החברה, המתארת את תנאי ההסדר השני עם המשיבות:

9. על פי תנאי ההסדר, הריבוע הכחול תרכוש מהחברה את מלוא אחזקותיה באפריקה נכסים וכן את כל תזכויות הנלוות (כהגדרתן בהצעת רבוע כחול) בתמורה לסך של 1,270 מיליוני ש"ח (נושא ריבית והצמדה) במוזמן (סכום זה עודכן לסכום נומינלי של 1,290 מיליוני ש"ח בתיקון להסדר, כאמור להלן), ולהענקת שתי אופציות לקבלת טכומים נוספים בהיקף שלא יפחת מ-130 מיליון ש"ח. התמורה מהצעת הריבוע הכחול תשולם למחזיקי אגרות החוב. בד בבד עם רכישת אפריקה נכסים על ידי הריבוע הכחול, הרוכשת תרכוש את מלוא הון המניות של החברה (100%), בתמורה לביצוע השקעה ראשונית בחברה ולרכיבים נוספים המפורטים בסעיף 3 להסדר.

65. וכן מפרטת החברה את נימוקיה לאישור ההסדר השני, לשם הסדרת חובותיה ויציאה לדרך חדשה:

- ג. הנימוקים לאישור ההסדר
15. כפי שפורט בהרחבה במסגרת הבקשה המקורית לכינוס אסיפות, לנוכח חדלות פירעונה המוכתק של החברה ברור הוא כי ללא אישורו של ההסדר ויישומי, לא תוכל החברה להמשיך ולשרת את התחייבויותיה כלפי נושיה.
16. כפי שעוד פורט, ההסדר שאישורו מתבקש הינו הסדר ראוי, הגון וכדאי, אשר נועד להבריא את החברה ולהוביל אותה אל דרך חדשה. כאמור לעיל, מדובר בהסדר שאושר באופן גורף במספר אסיפות נושים כשהאחרונה ביום 9.8.2018.
17. ביצוע ההשקעה הראשונית בחברה על ידי הרוכשת לצד הפחתה ניכרת בהיקף החוב מפרזיטי באופן ניכר את אי הוודאות העתידית וצפויים לאפשר לחברה לשרת את יתרת החוב שיוותר כלפי מחזיקי אגרות החוב ובמקביל, מתאפשר מימוש מושכל של חלק מנכסיה של החברה. הסכם הפשרה עם רשות המיסים מפחית גם הוא משמעותית את אי הוודאות לחברה ולנושיה, ומאפשר את הבראתה של החברה ויציאתה לדרך חדשה.

66. הנה כי כן, ההסדר השני למול קבוצת בן משה נערך בראש ובראשונה עם החברה, על מנת לאפשר לה לפרוע את חובותיה (בדרך של פרעון חלקי והיתרה כ-1 מיליארד ש"ח בדרך של "תספורת" מחיקה) ולצאת לדרך חדשה במסגרת תוכנית הבראה, תחת שליטתו של מר בן משה.

ג.2. אם הייתה הפרה של העסקאות הנ"ל, דבר המוכחש מכל וכל, הרי היא של החברה, והנתבעת הנכונה לתוצאות ההפרה הנתבעת היא החברה

67. בהתאם, ככל ולשיטת המשיבות בוצעה הפרה של הוראות ההסדר השני ו/או לא הוארך תוקפו שלא כדין, והתקבלו בחברה תמורות שלא כדין ממימוש נכסיה בשל כך, הרי שהאחריות לכך מוטלת לפתחה של החברה.

68. הגשתה של התביעה כנגד הנאמן, להבדיל מהצד אשר התקשר עם המשיבות בשני הסדרי החוב, ואשר לו שולמה תמורת הסדר לפידות במישרין (כך על פי 2 הסדרי החוב עם המשיבות וכך גם על פי הסדר לפידות), מהווה שימוש לרעה בהליכי משפט, המצדיק אף הוא את דחייתה של עילת התביעה של עשיית עושר ולא במשפט על הסף, כפי שיובחר בפרק ה.2 להלן.

ג.3. המשיבות ידעו על הליכי הסדר לפידות ולא פעלו לשם הגשת תביעות חוב ו/או התנגדויות להסדר – משלא עשו כן הן חסומות מהעלאת טענות כלשהן הקשורות בהתעשרות מכח ההסדר; לא ניתן לאפשר להן לעקוף את החברה ולהעלות טענה כנגד נושה אשר לא קיבל את מלוא חובה של החברה כלפיו וסבג "תספורת" של למעלה ממיליארד ₪

69. המשיבות ידעו היטב, כי בדומה להוראות ההסדרים שהוצעו על ידן, גם הסדר לפידות כולל הוראות המאפשרות למי שסבור כי הינו נושה של החברה, אשר אינו נכלל בספרי החברה, להגיש תביעת חוב במועדים אשר נקבעו לכך בהסדר לפידות. ראו לעניין זה סעיף 8.2 להסדר לפידות אשר צורף כנספח 54 לכתב התביעה:

1.8 "הנושים האחרים" - כל נושה, מכלל מין וסוג, אשר החוב כלפיו אינו כלול או מופרש בחובות הנכללים בדוחותיהם הכספיים של החברה ליום 31.3.2019. על אף האמור, חובות חמס (כהגדרתם לחלף) לא יהוו חלק מהנושים האחרים;

8.2 כל אחד מהנושים האחרים הטוען לנשיה כלפי החברה ו/או נושאי המשרה בה, ככל שישנם כאלו, יגיש תביעת חוב עד למועד שבו תכונס אסיפת הנושים כאמור בסעיף 9.3 לחלף ("המועד האחרון להגשת תביעות החוב") והצבעתו תיכלל במסגרת אסיפת הנושים שתכלול גם את מחזיקי אגרות החוב. על אף האמור לעיל, לצורך הזכאות לקבלת התשלום לנושים האחרים (כהגדרת מונח זה לחלף), כל אחד מהנושים האחרים יהיה רשאי להגיש תביעת חוב בתוך 14 ימים מהמועד האחרון להגשת תביעות החוב ("המועד הנדחה"). מובהר כי אין באמור לעיל כדי לדחות את מועד אישור ו/או ביצוע ההסדר.

חובות החברה כלפי הנושים האחרים יפרעו אך ורק במסגרת ההסדר זה ועפ"י הוראותיו וכל מי שלא הגיש תביעת חוב עד המועד הנדחה, לא יוכל להגישה עוד והיא תדחה במלואה ולא תהיה לו כל טענה ו/או תביעה מכל מין וסוג שהוא כנגד החברה.

70. בתוך כך, ככל וסברו המשיבות כי קיימות להן זכויות כלשהן כלפי החברה ובטח כאלה הנובעות מהסדר לפידות (אשר גיבושו ערך חודשים רבים והיה פרוס על גבי העיתונים ומערכת המגנ"א) עם החברה, היה עליהן לפעול בהתאם להוראות ההסדר, אשר נועד להסדיר את חובות החברה עם נושיה לרבות רשויות המס והנושים האחרים, ולהגיש תביעת חוב במועד, ולכל הפחות להגיש התנגדות לביצועו.

71. מאחר ואסיפות הנושים התקיימו ביום 6.11.19,¹ הרי שהמועד האחרון להגשת תביעות החוב לצורך זכאות לתשלום היה ביום 20.11.19.

72. אלא שהמשיבות לא מצאו לנכון להגיש תביעת חוב במועדים אלו, ותחת זאת שלחו ביום 19.11.19, קרי, במועד בו ניתן עוד היה להגיש תביעת חוב, מכתב דרישה שכלל את עלית עשיית העושר שתיווצר עקב השלמת הסדר לפידות.

73. ללמדך, כי המשיבות הכירו היטב את הוראות הסדר לפידות והיה בידין להגיש תביעת חוב בהתאם להוראותיו במועדים הקבועים לכך, בקשר עם טענותיהן לזכאות לתמורות מכוחו, ולו לשם הזהירות בלבד.

74. זאת ועוד, המשיבות אף לא הגישו כל התנגדות להסדר לפידות במסגרת תקופת ההתנגדויות שנקבעה ופורסמה לפי דין ובטח ובטח שהיו מודעות לזכותן זו.

75. התעלמותן ו"ויתורן" של המשיבות על ההזדמנויות שעמדו בפניהן לטעון למיצוי זכויותיהן הנטענות במסגרת הליכי אישור הסדר לפידות הייתה אם כן מודעת ומכוונת, ומכך עולה בבירור כי הגשת התביעה המופרכת כנגד הנאמן בלבד (!) לפיצויים בגין התעשרות שלא כדין ואבדן רווח שבוע בלבד טרם השלמתו של הסדר לפידות, הוא מהלך טקטי של הגשת תביעה טורדנית או קנטרנית (כלשון תקנה 100 לתקנות סדר הדין) ללחוץ על החברה ומחזיקי אגרות החוב - לחץ פסול ומשולל עיגון משפטי כלשהו - שיגרום להם להתפשר במחלוקת על הפיקדונות מחשש שלפידות יעכב את השלמת הסדר לפידות עד שתוכרע המחלוקת בתביעה זו; או שאם יושלם הסדר לפידות, יעכב הנאמן תחת ידו את סכום התביעה ככרית שיפוי מתוך חלוקת התמורה בהשלמת הסדר לפידות.

¹ כעולה מסעיף 5 לפסק הדין לאישור ההסדר אשר צורף כנספח 57 לכתב התביעה.

76. לאור האמור לעיל, אין לאפשר למשיבות לעקוף את שלל ההוראות אשר נקבעו בהסדר לפידות, בהחלטות בית המשפט ובדין, ביחס לאישור, הגשת תביעות חוב והתנגדויות להסדר, על ידי הגשת תביעה מופרכת וחסרת כל בסיס עובדתי ומשפטי, כנגד נושה בהסדר החוב, בין אם מדובר בנאמן/מחזיקי אגרות החוב או כל נושה אחר לרבות רשויות המס שגם חובות כלפיהם הוסדרו במסגרת הסדר לפידות.

ד. יש להורות על מחיקת התביעה על הסף בהעדר עילת תביעה כנגד הנאמן

77. כתב התביעה לא מבסס, אף לא בראשית ראייה, את העילות הדרושות לשם קיומה של "התעשרות" על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 ("חוק עשיית עושר"). לעניין זה נקבע בסעיף 1 לחוק כדלקמן:

"חובת ההשבה

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת." (ההדגשות שלנו)

78. להלן נראה כי לא מתקיימים ולו אף אחד מיסודותיה של עילה זו כלפי הנאמן.

ד.1. הנאמן אינו זה ש"התעשר" וכך עולה אף מכתב התביעה

79. מעבר לטענה הנטענת באופן סתמי בכתב התביעה כי "הנאמן ומחזיקי אגרות החוב התעשרו בסכום של לפחות 318.5 מיליון ש"ח", אף מכתב התביעה עצמו על נספחיו ניתן לראות באופן מפורש ואשר אינו משתמע לשתי פנים, כי הנאמן לא "התעשר" בשום אופן כתוצאה מהשלמת הסדר לפידות.

80. וכך נכתב לעניין זה בכתב התביעה כי התמורות תתקבלנה אצל מחזיקי אגרות החוב, ולא אצל הנאמן:

237. יש לציין כי בהתאם לסעיף 4 להסדר לפידות, חלף מלוא חוב אפריקה בגין אגרות החוב, יקבלו מחזיקי אגרות החוב את תמורות הסדר לפידות הני"ל שתחוננה סילוק מלא של חוב אפריקה בגין אגרות החוב. בהתאם, כך נקבע, ב"מניח הביצוע" של הסדר לפידות וכך נבדעם ביצוע תשלום תמורות הסדר לפידות הני"ל למחזיקי אגרות החוב, תשחקנה ותבטלנה באופן מידי ואוטומטי אגרות החוב וכל התחייבויות אפריקה מוחן ואו בקשר עימן ויבטלו באופן מידי ואוטומטי שטרי הנאמנות חקיימים וכל התחייבויות אפריקה מסוכם ואו בקשר עימם.

81. ראו אף בנספח 58 לכתב התביעה -דיווח החברה מיום 4.1.2020 בנוגע לחלוקת תמורות הסדר לפידות, הקובע מפורשות כי מלוא תמורות ההסדר תועברנה למחזיקי אגרות החוב, בהתאם לחלוקה בין הסדרות המפורטת בהמשך הדיווח:

3.13 ישולמו ויועברו למחזיקי אגרות החוב שיחזיקו באגרות החוב במועד הקובע להסדר

(להלן "מחזיקי אגרות החוב הזכאים"): (א) רכיבי התמורת המפורטים בסעיפים 4.1.1, 4.1.2 ו- 4.1.3 להסדר; (ב) בניכוי פקדון שישמר בידי הימטיק נאמנות (1975) בע"מ (להלן "הנאמן") בסך של 6.5 מיליון ש"ח לשם מימון הליכים (כאמור בסעיף 4.1 להסדר) ולשם מימון פעולות נוספות שיאושרו על ידי אסימט מחזיקי אגרות החוב; (ג) בתוספת תמורת הצעת לבייב ותים הכינוס, בסך כולל של 25.75 מיליון ש"ח; (ד) בניכוי יתרה בגין מימוש נכסים שיועברו להבטחת אגרות החוב (סדרות כ"ו ו- כ"ז) בסך של 105,624 ש"ח, לה היו זכאים רק מחזיקי אגרות החוב (סדרות כ"ו ו- כ"ז) (להלן "יתרת סכום המימוש למחזיקי כ"ו ו- כ"ז") - **דתינו סך כולל של 956,978,213 ש"ח** (להלן: "הסכום שישולם למחזיקי האג"ח במועד הביצוע");

לפרטים נוספים בעניין חלוקת הסכום שישולם למחזיקי האג"ח במועד הביצוע (אשר יכלול גם את תמורת הצעת לבייב ותים הכינוס), ראו סעיף 4 להלן; מובהר כי ככל שעד למועד הביצוע יחולו שינויים בנתרת המוטנים של החברה (כהגדרתה בהסדר) ו/או גסכומי ההוצאות שנתרו לתשלום בגין תקופת ההסדר (כאמור בסעיף 4.1.1 להסדר) אשר ישפיעו על הסכום שישולם למחזיקי האג"ח במועד הביצוע - תמסס החברה דוח מיירי מעודכן לא יאוחר מיום 14.1.2020.

3.14 ביחס לתמורות עתידיות, אשר תתקבלנה לאחר מועד הביצוע, ראו סעיף 4.2 להסדר. מובהר, כי העברת תמורות אלה, ככל שיהיו, למחזיקי אגרות החוב הזכאים - לא תבצע באמצעות מסלקת הכרטיס לניירות ערך בתל אביב בע"מ.

82. עולה כי הנאמן לא קיבל, ואף אינו יכול לקבל, תמורות מכוח הסדר לפידות למעט החזר הוצאותיו ושכר טרחתו כפי שנכלל במסגרת שטר הנאמנות והוראות ההסדר. **גם המשיבות עצמן אינן טוענות אחרת.**

83. למעשה, בדיון קודם שהתקיים בבית משפט של חדלות פירעון ביום 30.1.2019 (ראה נספח 44 לתובענה), ציין מר בן משה, בעל השליטה במשיבות ובקבוצת בן משה כי "הכסף לא נכנס לכיס של הנאמנים אלא מועבר למחזיקי אגרות החוב":

לשאלת בית המשפט, האם יש היתכנות לעסקה, אני משיב שכן. בסופו של דבר הכסף לא נכנס לכיס של הנאמנים, הוא עובר למחזיקים ולגופים בשוק ההון.

84. עולה כי אף מר בן משה עצמו לא טעה לחשוב כי הנאמן הוא שמגלגל לכיסו את התמורה העודפת מהסדר לפידות, בסך של מאות מיליוני ש"ח, ואף קיימת בעניין זה הודאת בעל דין מטעמו.

85. די בכך על מנת למוטט את כל יסודות עילת עשיית עושר ככל והדבר נוגע לנאמן עצמו.

2. ד. לא ניתן לתבוע מכוח חוק עשיית עושר מקום בו קיים הסכם בין הצדדים

86. חוק עשיית עושר נועד ליתן מענה מקום בו לא קיים דין או הסכם בין הצדדים. וכך נקבע לעניין זה בסעיף 6(א) לחוק:

"הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים."

87. בנסיבות ענייננו, חל בין המשיבות לחברה ולמחזיקי אגרות החוב הסדר מפורט ומפורש, אשר אף אושר על ידי בית המשפט של חדלות פירעון, כפי שמפורט בסעיף 9 לכתב התביעה:

9. לאחר השקעת משאבים ומאמצים ניכרים, משך חודשים, הושג הסדר חלופי (שהתגבר על הקשיים שגרם הצו שהוציאה רשות המסים), שאושר על ידי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, וכן על ידי בית המשפט בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2018.

88. במסגרת ההסדר השני שאושר אף נקבעו הוראות מפורשות ביחס לפקיעתו של ההסדר, וקבעו כי עם פקיעתו לא ניתן יהיה להסתמך עליו או להעלות טענות על בסיסו – ראו סעיף 14.11 לנספח 10 לכתב התביעה (ההסדר השני אשר אושר):

14.11. היות ועד למועד האחרון לא יתקיימו כל התנאים המתלים המוקדמים אזי לא יהיה להצעת הסדר זו תוקף כלשהו, היא תהיה בטלה וצד לא יוכל להסתמך עליה או להעלות טענה על בסיסה. במקרה שכזה כל זכויות הרוכשת שמוריות לרבות (אז לא רק) כל הזכויות על פי בקשה 25 שהוגשה על ידי הרוכשת (ועל ידי החברה) לבית המשפט. הרוכשת תוכל לדחות, בפרק זמן של 30 יום נוספים, את המועד האחרון בהודעה בכתב אל הנאמנים.

89. בנסיבות אלו, בהן אין חולק כי מדובר בהסדר מפורט אשר אושר כדין על ידי כל הצדדים והן על ידי בית המשפט, הקובע הוראות מפורשות לגבי פקיעתו – אין כל בסיס לניסיון של המשויבות לטעון לסעד חלופי או נוסף מכוח דיני עשיית עושר.

90. דברים דומים נקבעו בפרשת משמרת, אף שבנסיבות אותו העניין נדון הסכם שהוכתב באופן חד צדדי ולא זכה למסכת האישורים הקיימת בענייננו. מכוח קל וחומר דברים אלו נכונים ומתאימים לענייננו:

”אינני מקבלת גם את טענותיו של התובע הנוגעות לחוק עשיית עושר – מכוחו עולה לגישתו חובתם של מחזיקי האג”ח לשלם לו שכר הוגן בגין התעשרותם שבאה בעקבות פעולותיו.

סעיף 6 לחוק עשיית עושר קובע כי ”הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים”. כלומר, כאשר קיים חוזה בין צדדים, אין מקום לתביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט בכל הנוגע למה שנכלל באותו חוזה. בענייננו כאמור נכלל עניין תשלום שכר הטרחה בהסכמה בין הצדדים באופן מפורש. לכן אין מקום לחרוג מהסכמה זו, גם אם התוצאה העולה מכך היא שאחד הצדדים עשה ”עסקה גרועה”.

יפים לעניין זה הדברים שנכתבו על ידי דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור בספרם דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שלישית, 2015), עמ’ 136:

”צד שהעביר טובת הנאה במסגרת חוזה תקף איננו יכול לטעון כלפי המקבל כי התעשר שלא כדין על חשבוננו, זאת, אף אם התובע עשה ’עסק רע’, כגון שמכר רכוש ששוויו מיליון שקל תמורת 600 אלף שקל. עובדה זו איננה מקנה לו עילה להשבה. החוזה שנוצר מהווה ’עילה’ או ’צידוק’ לרווח שהפיק המקבל לפיו. זהו גם שורשו של הכלל החשוב שלפיו כאשר קיים חוזה בין הצדדים, אין מקום לתביעה בגין עשיית עושר לגבי מה שנכלל בחוזה. במקרה כזה אין המקבל זוכה בטובת הנאה ’שלא על פי זכות שבדין’ כאמור בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.”

ראו גם: ע”א 606/85 אילנה ליכטנשטיין-לאור נ’ חברת 66 קבלני תל אביב בע”מ, פסי’ 6 לפסק דינו של הנשיא מ’ שמגר (27.3.1988); ע”א 616/04 עמותת מורים בונים בלוד נ’ דו בר (1983) חברה לעבודות בניה בע”מ פסי’ 22 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ’ נאור (13.12.2006); ע”א 276/09 דן טאבא ואח’ נ’ מינהל מקרקעי ישראל פסי’ 20 לפסק דינו של השופט ע’ פוגלמן (2.1.2011).

מטעמים אלה, דין טענת התובע להתעשרות שלא כדין מצד הנאמן להידחות.”

91. ראו לעניין זה אף דברי כבוד השופטת בדימוס פרוקצ'יה ברעא Merck & Co. Inc 6025/05 (פורסם בנבו, 19.05.11) בסעיף 33 לפסק הדין. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 19.05.11) בסעיף 33 לפסק הדין.

3.ד. לא מתקיימים לגבי הנאמן היסודות ההכרחיים לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט

92. כפי שהראינו בפרק ד.1 לעיל, הנאמן לא נהנה מן "ההתעשרות", וזאת אף בהתאם לכתב התביעה והנספחים שהמשיבות עצמן בחרו לצרף אליו.

93. אלא שחוק עשיית עושר אינו מסתפק ב"התעשרות", ואף דורש כי תהיה על חשבון אחר. וכך מתואר יסוד זה בדברי ההסדר להצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ח-1968, מיום 5.7.78 (מס' 1353):

"כל דבר שאדם זכה בו "על חשבוננו" של אדם אחר ולא היתה לזכיה עילה משפטית, כגון חוזה שביניהם, פעולת נזיקין, חובת מזונות או כיוצא באלה, מן הדין ששייב אותו. חובת השבה כבר קיימת במקרים מסויימים שנזכרו במבוא; ההוראה המוצעת באה להרחיבה ולהכלילה..."

94. עולה כי בהתאם לחוק עשיית עושר, יש להוכיח כי "ההתעשרות" באה על חשבון הצד הנפגע, ואז חב הצד האחר בחובת השבה ביחס לסכומים אלו.

95. הפסיקה אף פירשה מונח זה בהרחבה. ראו דבר המשנה לנשיא לויין בפסק הדין המנחה ברע"א 5768/94, 5614/95, 993/96 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה ואח' נ' פורום אביזרים:

לא התעלמתי מהתנאי השני, שלפיו ההתעשרות באה לזוכה מהמזכה ("ישבאו לו מאדם אחר"). לדעתי, גם תנאי זה מתקיים בסוג העניינים שבפנינו. הטעם לכך הוא זה: התנאי כי ההתעשרות באה לזוכה מהמזכה אינו מעמיד דרישה, שלפיה דין "חיצוני" מעניק למזכה זכות כלפי הזוכה (ראה: פרשת פלאימפורט [25]; ע"א 109/84 ורבר ואח' נ' אורדן תעשיות בע"מ ואח' [49], בעמ' 585). עמד על כך פרופ' פרידמן, בציינו:

"ביחס ליסוד זה (שהזכיה 'באה' מן התובע) לא נדרש כי תהיה לתובע זכות שבדין לאותה זכיה. כל שנאמר הוא כי עליה לבוא ממנו. עקרונית, קיימת בהחלט אפשרות שאינטרס, שלגביו לא היתה לתובע זכות קניינית או אפילו זכות לחיוב (in personam), אלא ציפיה בלבד, יחשב כאינטרס הבא מן התובע, כזכיה שנעשתה על חשבוננו" (פרידמן בספרו הנ"ל (תשמ"ב) [69], בעמ' 54).

אכן, התנאי השני ("ישבאו לו מאדם אחר") מתמלא אם קיים דין "פנימי" המגן על ציפייתו של המזכה. שאר הבעיות אשר התנאי השני מעורר – והן אינן פשוטות כלל ועיקר – אינן מחייבות התייחסות בגדרי ערעורים אלה.

96. וכן ברעא 371/89 ליבוביץ נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 ("פרשת ליבוביץ"):

"אשר ליסוד השני, השאלה אם ההתעשרות באה מן המזכה היא שאלה שבעובדה, אשר יש להוכיחה בכל מקרה על-פי נסיבותיו. בנסיבות המקרה שלפנינו ניתן, לכאורה, להניח, כי המערער קיבל טובת הנאה שבאה לו מן המשיבות. טובת ההנאה היא ברווחים אותם מפיק המערער מן המכירות של המוצרים בהם אנו דנים כאן. במכירותיו נהנה המערער מן השוק אשר פיתחו המשיבות למוצרים הנדונים. במובן זה מקורה של טובת ההנאה הוא במשיבות, וניתן לומר כי היא "באה" לו מחן.

... ציפיה של אדם, אף אם אין היא עולה כדי זכות חוזית או קניינית, עשויה להיחשב לרכושו, ופגיעה בה עשויה שתוגן אף במסגרתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט.

בתביעתן למניעת היבוא המתחרה מבקשות המשיבות, בעצם, הגנה על ציפייתן. ציפייתן היא להמשך הקשר המסחרי עם לקוחותיהן, והיא נולדה על רקע פעילותן של המשיבות כמפיצות בלעדיות. במסגרת זו פועלות המשיבות לפיתוחו של שוק לקוחות למוצר אותו הן משווקות. מאמציהן לפתוח שוק כאמור, נעשים, לפי טעמיהן, במסגרת התחייבויותיהן החוזיות כלפי היצרן וכחלק מן התמורה אשר הן נותנות עבור הענקת זכות הבלעדיות. זכות הבלעדיות אשר מעניק להן היצרן בתווה ההפצה ומאמציהן בפיתוח השוק למוצר יצרו אצלן ציפייה מסחרית להמשך קשרי המסחר עם לקוחותיו של המוצר.

...

ציפייה, לעומת זאת, זוכה, בדרך כלל, להיקף הגנה קטן יותר מאשר זו המוענקת לזכות קניין. מול ציפייתו של התובע ניצבים שיקולים ואינטרסים נוספים אשר יש להביאם בחשבון, וידם של אינטרסים אלו עשויה להיות על העליונה. במקרה כזה משמעות הדבר היא, כי ציפייתו של התובע לא תזכה להגנה."

97. עולה כי אף הוראותיה המרחיבות של הפסיקה בנוגע ליסוד השני "על חשבון", דורשות קשר מסוים בין ההתעשרות לתובע.

98. אלא שכתב התביעה אינו מבהיר מדוע הסכום של 318.5 מיליון ש"ח, אף בהנחה שיימצא כי מהווה התעשרות, ואף לו היה מתקבל אצל הנאמן, הינו "על חשבון" המשיבות. וכך נכתב לעניין זה בכתב התביעה:

329. התעשרות זו של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב באה בגדר עשיית עושר ולא במשפט. כמו כן, מצדה של הרוכשת היא מהווה אבדן רווח לרשאית היתנה לצפות מכוח ההסדר התלופי שהושג, הוסכם ואושר לאחר שהושקעו מצדה מאמצים רבים ומשאבים אדירים לשם כך.

330. הנאמן ומחזיקי אגרות החוב השיגו התעשרות זו על חשבונה של הרוכשת, תוך הפרת החיובים על פי ההסדר התלופי אותו אישרו, וכן תוך הפרת חובות תום הלב הקבועות בדין לרבות בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים. מדובר בהתעשרות שיש להשיבה גם מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

99. מאמירה סתמית זו לא ניתן לקבל מענה לשורה של שאלות הדרושות לקיום הרכיב "על חשבון אחר" בחוק עשיית עושר:

- א. מהו הרווח לו היו המשיבות רשאיות לצפות ככל והיה מושלם ההסדר השני עימן?
- ב. מהו הקשר בין רווח צפוי זה, לרווח שהופק בסופו של דבר כתוצאה מהתקשרות בהסדר תלופי עם לפידות?
- ג. כיצד יכולות המשיבות לטעון ל"חשבה" של תמורות שהתקבלו מכוח חוזה עם צד שלישי?
- ד. האם לטענת המשיבות הן לא צפו במועד בו פקע ההסדר השני עימן כי החברה תתקשר בהסדר תלופי אשר יזכה את החברה בתמורות ואולי אף עדיפות?
- ה. נראה כי בטענת המשיבות מצויה אף סתירה פנימית, שהרי בהנחה והייתה ניתנת ארכה לקיום ההסדר השני עם המשיבות, והוא היה מושלם, אזי לעולם לא היה בא לעולם הסדר לפידות, ולא ניתן לטעון לרווחים מכוחו.

100. כתב התביעה אינו מניח אף ראשית תשתית עובדתית או משפטית לרכיב זה, הדורש כי ההתעשרות תהא על חשבון התובע ולא בכדי.

ד.4. הנאמן פעל בהתאם להחלטות בית המשפט והחלטות מחזיקי אגרות החוב

101. ככלל, ובמסגרת הליכי ההסדר השני עם המשיבות בפרט, פעל הנאמן בהתאם להחלטות מחזיקי אגרות החוב ובתי המשפט, כפי שמובא בהרחבה אף במסגרת כתב התביעה ונספחיו.

102. ראו לעניין זה למשל את האסיפות, ההחלטות ואישורי בית המשפט של חדלות פרעון אשר צורפו כנספחים הבאים לכתב התביעה:

א. הבקשות לכינוס אסיפות ואישור ההסדר הראשון עם המשיבות (נספחים 5 ו-6 לכתב התביעה);

ב. בקשת חילוט הפיקדונות הראשונה (בקשה 41) (נספח 8 לכתב התביעה);

ג. הודעת עדכון ובקשה לכינוס אסיפות לאישור ההסדר השני עם המשיבות (נספח 9 לכתב התביעה);

ד. העתק ההודעה על תוצאות אסיפות הנושים והבקשה לאישור ההסדר שני (נספח 10 לכתב התביעה);

ה. פסק הדין המאשר את ההסדר השני מיום 2.9.18 (נספח 12 לכתב התביעה);

ו. ההחלטה בדבר כינוס אסיפות לאישור ההסדר השני מיום 19.7.18 (נספח 15 לכתב התביעה);

ז. העתק זימון לאסיפה של מחזיקי אגרות החוב מיום 13.12.18 (נספח 27 לכתב התביעה);

ח. העתק הזימונים וכתבי הצבעה לאסיפות "האולטימטום" מיום 16.12.18 (נספח 31 לכתב התביעה);

ט. פרוטוקול הדיון ביחס לאישור ההסדר השני מיום 30.1.19 (נספח 44 לכתב התביעה);

י. העתק פרוטוקול ביטול ההסדר השני מיום 18.2.19 (נספח 46 לכתב התביעה);

יא. העתק כתבי הצבעה ביחס למכירת זכויות החברה במפעיל של כביש 6 (נספח 50 לכתב התביעה);

יב. העתק הבקשה לאישור הסדר לפידות, הסדר לפידות ופרוטוקול אישור ההסדר (נספחים 53, 54 ו-57 לכתב התביעה).

103. מדובר ברשימה חלקית בלבד, כאשר עיון חטוף במגנ"א (מערכת הדיווחים של רשות ניירות ערך)² יגלה כי הועלו בתקופות הרלוונטיות עשרות כתבי הצבעה להחלטות מחזיקי אגרות החוב והוגשו לבית המשפט של חדלות פירעון עשרות בקשות שונות הנוגעות להליכי החסזרים עם המשיבות בנסיבות אלו, מקום בו הנאמן פעל בהתאם להוראות תכופות ממחזיקי אגרות החוב ובית המשפט של חדלות פירעון, אין בסיס לטענה כללית בדבר "התנחלות שלא כדין" של הנאמן.

104. מעבר לכך, ביטול ההסדר השני עם המשיבות נקבע בהחלטת בית המשפט של חדלות פרעון מיום 18.2.19 (נספח 46 לכתב התביעה), אשר קבע כדלקמן:

² בקישור: www.magna.gov.co.il

שמעתי את דברי באי-כוח הצדדים ובין היתר בשאלת תוקפו של הסדר הנושים שאושר. מסתבר שאין מחלוקת שההסדר לא מומש, כעולה מדברי באי-כוח הצדדים, כמו גם מכתבי הטענות. סבורני שעל-מנת להבהיר את המצב וליצור ודאות, נכון יהיה שביית המשפט יורה שפסק הדין שאישר את הסדר הנושים בטל ואינו עומד על כנו, זאת מבלי שיהיה בקביעה זו כל מסמרות באשר לגורם אשר בעטיו הסדר הנושים לא מומש.

משכך, נקבע בואת כי הסדר הנושים שאושר ביום 2.9.2018 אינו תקף ופסק הדין שאישרו בטל. קביעה זאת סוללת את הדרך לפני התובע הנגזר, מר כהן, לבקש לחדש את ההליך שעוכב בעניינו, כמו גם שתי בקשות לאישור תביעה נגזרת ובקשה אחת לאישור תביעה ייצוגית של ה"ה בנדל ומזרחי. אין באמור כדי לקבוע מסמרות לגוף התביעות האמורות, כמו גם באשר להסדר עם רשויות המס.

105. עולה כי אף לגופו של עניין פעל הנאמן בהתאם להחלטת בית המשפט כאמור, ואין כל בסיס לטענה כי פעל "שלא כדין".

5.ד. לא מתקיימים לגבי הנאמן היסודות שנקבעו בפסיקה ל"התעשרות שלא כדין, אבדן רווח ושיקולי צדק"

106. טענה עשיית העושר מופרכת במיוחד מקום בו היא נועדה לגזול תמורות ממחזיקי אגרות החוב, האוחזים בזכות החוזית (מכוח שטרי הנאמנות של אגרות החוב) להיפרע מנכסי החברה. זכות חוזית זו אינה מוכחשת והיותה גם את הבסיס להסדרי החוב שנערכו עם המשיבות, אשר צורפו כנספחים 1-4 ו-10-11 לכתב התביעה.

107. וכך אף צוין במסגרת הבקשה לכינוס אסיפת הנושים לאישור ההסדר הראשון עם המשיבות (נספח 5 לכתב התביעה), כי ההסדר עם המשיבות נועד להגיע להסדר במסגרתו תוכל החברה לשרת את החובות כלפי מחזיקי אגרות החוב (שעמדו אז על סך של כ-3 מיליארד ש"ח):

אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן: "המבקשת" או "החברה") הינה חברה ציבורית שניירות הערך שלה רשומים למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (להלן: "הבורסה"). מדובר בחברת אחזקות אשר מרבית פעילותה, המבוצעת באמצעות חברות שבשליטתה, הינה בתחומי הנדל"ן בארץ ובח"ל, קבלנות הבניה והתשתיות, ותחומי הפלדה. נושית המהותיים של החברה הינם מחזיקי אגרות החוב (סדרות כו', כז' ו-כח') של החברה (להלן, ביחד: "מחזיקי אגרות החוב") אשר למועד הגשת הבקשה עומד החוב כלפיהם על סך של כ-3 מיליארד ש"ח.

כפי שיפורט בבקשה זו להלן, זה למעלה משנה וחצי ניהלו נציגויות של מחזיקי אגרות החוב והרמטיק נאמנות (1975) בע"מ בתפקידה כנאמנים למחזיקי אגרות החוב סדרות כו'-כח' (ביחד, להלן: "הנאמנים"), בליווי החברה, מגעים רבים, בדרכים שונות ועם מציעים שונים, במטרה להגיע להסדר במסגרתו תוכל החברה לשרת את החוב כלפיהם והכל, על מנת להביא בפני מחזיקי אגרות החוב את האפשרות הטובה ביותר עבורם.

108. כיצד ניתן לטעון כעת כי מימוש זכויות מחזיקי אגרות החוב אל מול החברה להיפרע כדי חובס מנכסיה במסגרת הסדר אחר, מהווה "עשיית עושר"?

109. אין המדובר ב"התעשרות" כתוצאה מטובת הנאה מאחר שכנדרש בחוק עשיית עושר, והטענה כי צד שלישי עשוי להיות בעל זכויות בתמורות אשר להם זכאים נושים של חברה בתדלות פירעון, כתמורה חלקית בגין חובס, מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט - היא שגויה ואף עומדת בניגוד מובהק לחוש הצדק.

110. ונבהיר – בהתאם לטענה זו נושיה של החברה, אשר מתקן כמיליארד ש"ח מחובם, נדרשים לשלם חלק ניכר מהתקבולים שהתקבלו במסגרת הסדר לפידות, לצד שלישי, אשר אינו בעל כל זכויות בחברה או נכסיה, ואשר הסדרי חוב קודמים שהציע ביחס לחובות החברה בוטלו על ידי בית המשפט של חדלות פירעון ואשר אף לא העלה את טענותיו במסגרת הדין בעת אישור הסדר לפידות (לא בדרך של הוכחת חוב ולא בדרך של התנגדות). ראו פסק הדין לביטול ההסדר השני מיום 18.2.19 אשר צורף כנספח 46 לתביעה.

111. מתוך הכרת המשיבות בחולשת טיעוניהן, הזדרזו המשיבות להקל על עצמן ולטעון כי על מנת להוכיח התעשרות אין צורך בהפרת חוק מסוים; ואף לא בהפרה חוזית, ובכלל די בכך שההתעשרות נוגדת את תפיסות הצדק והמצפון, או אף הגדילו לעשות והסתפקו בטענה כי נפגעה ציפייה בלבד.

112. אלא שעיון בפסיקה שהוצגה על ידי המשיבות עצמן מגלה דווקא תמונה הפוכה לחלוטין, אשר תומכת בעמדה כי לא ניתן בנסיבות העניין להכיר בכל פיצוי "מן הצדק" כלפי המשיבות.

113. כך למשל בע"א 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון** אשר צוטט על ידי המשיבות, עמד כבוד השופט דנציגר על כך שחובות ההשבה בהתאם לסעיף 1 לחוק עשיית עושר מתגבשת בהתקיים שלושת התנאים שבדין ואינו פוטר את המשיבות מאף אחד מהתנאים:

"איני מקבל את טענות המשיבים. חובת ההשבה על-פי סעיף 1 לחוק מתגבשת בהתמלא שלושת התנאים הבאים: התעשרות, שלא על-פי זכות שבדין, ועל חשבון המזכה [ראו: ע"א 6126/92 אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דייג (1984) בע"מ, פ"ד (4) 471, 478 (1997) (להלן: עניין אטלנטיק); עניין א.ש.י.ר, בעמ' 462; עניין כהן, בעמ' 319; עניין ליבוביץ, בעמ' 321-322; עניין עמרן, בעמ' 752]."

114. וכי בבחינת מבחני הצדק והיושר נמצא כי הלכה למעשה הנתבעת הפרה את הוראות התווה שנכרת עימה:

במסגרתו של מבחן אובייקטיבי זה יש "לאתר את הערכים והאינטרסים אשר השכלול ביניהם מבטא את יתחושת הצדק המזינה את חובת ההשבה" [ראו: עניין א.ש.י.ר, בעמ' 470]. המקרה שלפנינו אינו שונה, מבחינת הערכים הנוגעים בדבר, מעניין אדרס. בשני המקרים היה מדובר בהתעשרות של צד תוך הפרת הסכם שכרת עם הצד השני. משכך, מוצא אני כי הרציונאל שבבסיס פסיקתו של בית משפט בעניין אדרס יפה גם לעניין שלפנינו (ראו: פסקה 13 לעיל).

115. רוצה לומר- כי אין בנסיבות מקרה זה כדי ללמד על אחריותו של צד שלא הפר חוזה בנסיבות בהן לא מתקיימים אף לא אחד מיסודותיה העיקריים של עילת עשיית עושר כפי שהובהר לעיל.

116. אף בפרשת ליבוביץ הנזכרת בכתב התביעה, מסקנתו של בית המשפט הינה הפוכה לעמדת המשיבות, והיא כי פגיעה בציפייה (שכאמור המשיבות לא הוכיחו כי מתקיימת בענייננו) אינה הופכת את ההתעשרות ללא צודקת ויש צורך ביסוד נוסף של התנהגות פסולה:

"(יא) סיכומם של דברים, פגיעה בציפיותו של מפיץ בלעדי להמשך הקשר עם לקוחותיו, על-ידי יבואן מתחרה (שאיננו היצרן), אינה הופכת, כשלעצמה, את התעשרותו של המתחרה לבלתי צודקת. על-מנת שהתעשרות זו תיחשב להתעשרות "שלא על פי זכות שבדין" יש ורף ביסוד נוסף; זה האחרון עשוי לצמוח מהתנהגות פסולה של הנתבע או מנסיבות אחרות אשר הופכות את התעשרות לבלתי צודקת, הכול כמודגם לעיל.

בנסיבות העניין שלפנינו אין ראיה כי התעשרותו של המערער היא שלא כדין. האינטרס המסחרי של המשיבות הוא בגדר ציפייה גרידא, שאינה עולה כדי אינטרס חוזי או קנייני. פעילותו של המערער נתמכת על-ידי שיקולים של תחרות חופשית ושל חופש העיסוק. מכאן שעצם הפגיעה שיוצרת פעילותו בציפיותן המסחרית של המשיבות אינה גוררת את המסקנה כי התעשרותו בלתי צודקת. לא הוכחו בענייננו נסיבות נוספות, אשר מצמיחות את היסוד הנוסף, שבהתקיימו עשויה פגיעה בציפייה כאמור להיחשב לפסולה ולהוביל למסקנה שהתעשרותו צמצמה בעקבותיה אינה כדין.

מסקנתי היא, אם כן, כי למשיבות לא צומחת עילה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט.

117. כאשר אף בע"א 3760/03 עמרן נ' עו"ד צמיר נאמן על נכסי אייפרמן יוסף, הנוכח בכתב התביעה, קובע בית המשפט הנכבד כי יש לבחון האם התקיימו כל יסודות סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ולא מכריע בשאלה עקב היותו של המקרה מקרה מובהק בו יש לפטור מהשבה בהתאם לסעיף 2 לחוק.

118. מכאן עולה כי בניגוד לטענת המשיבות, לא ניתן לבצע את ה"דילוג" המתבקש על ידן מעל עילותיה של עילת עשיית העושר ולהסתפק ב"חוש הצדק" על מנת לפסוק לזכותן פיצויים בסך מאות מיליוני שקלים על חשבון נושיה של חברה חדלת פירעון אשר לא קיבלו את מלוא חובם בחזרה ואף לא קרוב לזה.

ה. יש למחוק על הסף את פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח ומכוח שיקולי צדק" היות שמתוך כתב התביעה עולה שהכללתו היא טרדנית וקנטרנית ומהווה שימוש לרעה בהליכי משפט

119. בהתאם לתקנה 100 לתקנות סדר הדין האזרחי, בית המשפט רשאי לצוות על מחיקת תובענה אשר הינה טרדנית או קנטרנית.

120. בפסיקת בתי המשפט נקבע כי תביעות אשר אינן מבססות עילת תביעה כנדרש ו/או אינן מבססות תשתית עובדתית ו/או אינן מבססות אותן כלפי הנתבעים בתביעה, הינן תביעות טרדניות או קנטרניות אשר דינן מחיקה בהתאם לתקנה 100(2) לתקנות.

121. כך, בת"א (מחוזי ת"א) 60691-11-18 גור-אריה מינצר נ' תמר זנדברג (פורסם בנבו, 11.03.2019) נקבע כי:

"התביעה אינה מגלה עילה במישור ההצהרתי, שכן מועד המצאת רשימת חברי המפלגה לצורך עריכת הפריימריז, חלף והתייתר. היא אינה מגלה עילת תביעה במישור החוזי או הנזיקי. היא אינה מפרטת כדבעי את נזקיו הנתבעים של התובע ומזדוע כל אחד מבין הנתבעים, כולל המפלגה עצמה, חב לו כספית. כמו כן, לא מפורט ממה מורכב הסכום של 315,000 ₪ בו נוקב התובע לגבי כל אחד ואחד מן הנתבעים. גם זהות הנתבעים והתשתית לתביעה מולם אינה נהירה די הצורך. מתקיימות כאן הוראות התקנה 100(1)(2) למחיקת התביעה על הסף".

122. שאלות דומות עולות מכתב התביעה ביחס לעילת הפיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכוח שיקולי צדק, כאשר המשיבות בחרו לייחד לפרק זה, מכוחו נתבע סכום של 318.5 מיליוני ש"ח, 12 סעיפים בלבד, מתוך 354 סעיפי כתב התביעה.

123. במסגרת אותם 12 סעיפים (מתוך 354 סעיפי התביעה), נטענות "טענות אווירה" בלבד של עשיית עושר ולא במשפט, ולא מובהר הבסיס המשפטי לעילת התעשרות שלא במשפט; לא הוכח קיום היסודות השונים שבעילה; לא מובהר מדוע מוגשת התביעה כנגד הנאמן אשר אינו זכאי, אף לעמדת המשיבות, לתמורות ההסדר; ומהו הקשר בין התמורות שהתקבלו במסגרת הסדר לפידות לכל זכות או אף ציפייה סבירה (שאינה כאמור עילה ראויה) של המשיבות עת בוטל ההסדרים למולן.

124. ראו לעניין זה אף בת"א (מחוזי נצ') 10916-01-11 עו"ד שלומית ישורון-סוניס נ' אברהם הרמן (פורסם בנבו, 01.03.2011):

"התובענה בנוסחה בכתב התביעה שבפני היא טרדנית וקנטרנית גם יחד (ראה תקנה 100(2) לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד – 1984) שכן, על פניו, ובהעדר הסבר כלשהו, הרי שכל "חטאה" של הנתבעת הסתכם בכך שהיא ביקשה, בשם לקוחה, להוציא את צו העיקול, ומשהוצא צו העיקול, פעלו בעלי התפקיד בהתאם לסמכות שהוקנתה להם על ידי ראש ההוצאה לפועל [...] אין לתובע עילת תביעה כלשהי".

ה.1. המחלוקת האמיתית היחידה (עם מחזיקי אגרות החוב והנאמן כנציגם) היא לגבי גורל הפיקדונות בסך 100 מליון ש"ח שבידי הנאמן. עילת עשיית העושר הוספה רק בדיעבד ותוך שיהוי ניכר במטרה להפעיל לחץ על החברה ומחזיקי אגרות החוב לשחרר את הפקדונות

125. מכתב התביעה עצמו ניתן לראות כי לאורך כל הדרך נסובה המחלוקת, אף לשיטת המשיבות, בין הצדדים אך ורק על החזר הפקדונות וזאת בשורה ארוכה של תכתובות והליכים משפטיים, דוגמת בקשות 41 ו-51 וכתבי בי-דין שהוגשו ביחס אליהן (נספחים 8, 14 ו-43 לכתב התביעה) ותכתובות בין הצדדים אשר צורפו אף לכתבי בי-דין הללו.

126. רק ביום 19.11.19, כ-9 חודשים לאחר ביטול ההסדר השני עם המשיבות, בחרו המשיבות לראשונה להעלות במסגרת מכתבן (אשר צורף כנספח 55 לבקשה), טענות הנוגעות לעצם ביטול ההסדר עימן, ולכל זכות הקיימת להן מכוח ביטולן.

127. טענות אלו לא נזכרו בדיון ביחס לביטול ההסדר הראשון (פרוטוקול הדיון צורף כנספח 46 לכתב התביעה), לא בהצעת ההסדר השני שהציעו המשיבות כמפורט בסעיף 221 לכתב התביעה (הצעת ההסדר השני צורף כנספח 49 לכתב התביעה); והמשיבות אף לא מצאו לנכון להעלותן במסגרת המנגנונים ולוחות הזמנים אשר נקבעו להגשת תביעות חוב והתנגדויות להסדר לפידות, אף שהוראותיו היו ידועות למשיבות בזמן אמת ובמועדים הרלוונטיים כמפורט בפרק ג.3 לעיל והדין היה נהיר להן.

128. המשיבות בחרו להעלות טענות אלו תוך שיהוי ניכר, כתביעה נפרדת, כלפי מי שאינו צד להסדר לפידות ואף אינו נהנה מתמורות הסדר לפידות, וזאת שבוע בלבד לפני השלמתו והעברת התמורות של הסדר לפידות לחברה וממנה למחזיקי אגרות החוב.

129. נראה כי מטרתו של מהלך זה הייתה להפעיל לחץ בלתי הוגן על החברה ומחזיקי אגרות החוב שיגרום להם להתפשר במחלוקת על הפיקדונות מחשש שלפידות יעכב את השלמת הסדר לפידות עד שתוכרע המחלוקת בתביעה זו; או שאם יושלם הסדר לפידות, יעכב הנאמן תחת ידו את סכום התביעה ככרית שיפוי מתוך חלוקת התמורה בהשלמת הסדר לפידות.

130. הסדר לפידות אומנם הושלם אבל עיכוב כספי התביעה שהתקבלו מהחברה לידי הנאמן, תחת חלוקתם למחזיקי אגרות החוב בהתאם להוראות ההסדר, מוסיף לגרום נזק ולהוות אמצעי לחץ פסול על מחזיקי אגרות החוב.

ה. הגשת פרק XXII נגד הנאמן בלבד נועדה לשם הפעלת לחץ פסול על מחזיקי אגרות החוב להשיב את הפיקדונות

131. בנסיבות אלו, ברור כי הגשת תביעה כנגד הנאמן בלבד בעילת עשיית עושר, תכליתה הינה אחת – לגרום לעיכוב כספים אשר מגיעים למחזיקי אגרות החוב מהחברה וזאת על מנת לגרום להם לוותר על טענותיהם בקשר עם זכאותם לכספי פקדונות, ביחס אליהן הוגשו עד כה שתי בקשות חילוט ותוגש אף תביעה נפרדת בהתאם להחלטת בית המשפט של חדלות פירעון כמפורט בסעיף 5 לעיל והחלטות מחזיקי אגרות החוב.

132. הגשת תביעה כנגד מי שאין יריבות עימו, למען השגת יתרונות בלתי הוגנים ופסולים, מהווה אף שימוש לרעה בהליכי משפט ועילה לדחיית התביעה על הסף, כפי שכבר הובא בסעיף 121 לעיל.

133. וכך נאמר לעניין זה בע"א 6953/16 קאסם אבו חסן נ' מדינת ישראל - פקיד הסדר המקרקעין חיפה (פורסם בנבו, 10.05.2018)

"לדידי, היה אכן מקום לדחיית התביעה על הסף, אך הטעם לכך אינו קיומו של השתק פלוגתא, אלא, כפי שטענו המשיבים, מחמת הגשת התביעה נגד המשיבים שאין ביניהם לבינו יריבות משפטית היכולה להצמיח לו את הסעד המבוקש על ידו".

134. וכך, משהגישו המשיבות תביעה לפיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכוח שיקולי צדק כנגד הנאמן לעצמו, תוך השגה דה פקטו של סעד זמני ביחס לעיכוב הכספים ללא כל הפקדת ערובה או בטוחה, וללא כל בסיס בעובדה או בדין, הן פגעו בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים, ולא איפשרו קיומו של הליך שיפוטי תקין.

135. וכך נאמר לעניין זה בבש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' משה שנפ (פורסם בנבו, 15.01.2007):

"השאלה מהו שימוש לרעה בהליך השיפוטי, אינה ניתנת לתשובה אחידה ומצבה. קשה להגדיר מראש מתי תעלה התנהגות של בעל-דין כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי; קל יותר לזהות את הפסול שבהתנהגות זו כאשר נתקלים בה. בדומה לעקרון תום-הלב, אף האיסור על ניצול לרעה של הליכי-משפט מבוסס בעיקרו על אמת-מידה אובייקטיבית, הנבחנת בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. כוונותיו הסובייקטיביות של בעל-הדין והשאלה האם פעל בזדון עשויות להשליך על המסקנה האם עשה שימוש לרעה בהליכי משפט; עם זאת, עיקרו של המבחן בעניין זה הינו סבירות והגינות, קרי כיצד היה נוהג בעל דין סביר והגון בנסיבות העניין. התפיסה שבבסיס אמת-המידה האמורה הינה כי השמירה על האינטרס האישי של בעל-דין צריכה להיעשות תוך התחשבות בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים להליך, ותוך מילוי חובותיו של בעל-הדין כלפי בית-המשפט; זאת, על-מנת לאפשר דיון והכרעה במחלוקת שהובאו בפני בית-המשפט, תוך הבטחת הליך שיפוטי תקין והגון לפרט ולציבור בכללותו".

136. וכך, אף אם יוכחו כל העובדות הנטענות בכתב התביעה, לא תהיינה המשיבות זכאיות לפיצוי בסך 318.5 מיליון ש"ח מן הנאמן עצמו מכוח עילת עשיית עושר. ומכאן כי מדובר בשימוש לרעה בהליכי משפט ויש למחוק את התביעה על הסף. ראו לעניין זה בע"מ (מחוזי חי')-48643-10-10 אלגור ע.ב. הובלות סחר ויזמות בע"מ נ' מקור הוד ייצור ושיוק (1988) בע"מ (פורסם בנבו, 22.09.2011):

"בחינת ביהמ"ש אם התביעה מגלה עילה או שמא היא מהווה שימוש לרעה בהליכי בית המשפט, נעשית מתוך הכתב, היינו – על פי האמור בתביעה. בשלב זה אל לו לביהמ"ש להידרש לבירור עובדתי ולהכרעה במחלוקת עובדתיות שבין הצדדים, אלא עליו לשאול עצמו, האם בהנחה שיוכחו כל העובדות הנטענות בכתב התביעה, יהא הנתבע זכאי לסעד המתבקש על ידו. אם התשובה לכך חיובית – אין למחוק תביעה על הסף".

137. ראו אף בע"מ 7547/99 מכבי שירות נ' דובק בע"מ, סה(1) 14, 4(2011) וע"מ 109/49 חברה להנדסה ולתעשייה בע"מ נ' מזרח שירות לביטוח, פ"ד ה. (1951) 1585, 1591.

3. הגשת התביעה במועד זה גרמה לכך שהנאמן משאיר בידו את כל סכום התביעה ככרית לשיפוי המגיע לו ממחזיקי אגרות החוב. יוצא שהתביעה פוגעת גם במי שקנה אגרות חוב (שהמשיכו להיסחר) סמוך לפני השלמת הסדר לפידות וביתר שאת לפי שברור שהוא לא התעשר כי לא החזיק אג"ח בעת אישור הסדרי החוב עם המשיבות

138. הגשת התביעה שבוע טרם השלמת הסדר לפידות, ומחיקת אגרות החוב מהמסחר, הובילה לעיכוב של בין היתר 318.5 מיליון ש"ח מתמורות הסדר לפידות ששולמו לחברה והועברו לנאמן ולא שולמו למחזיקי אגרו החוב.

139. אגרות החוב של החברה נסחרו כל העת, עד השלמת למועד הסדר לפידות. בבורסה לניירות ערך בתל אביב, כפי שעולה אף מכתב התביעה.

140. לאור המסחר באגרות החוב, המחזיקים אשר החזיקו באגרות החוב במועד הליכי ההסדרים עם בן משה, או במועד אסיפת האולטימטום אינם באופן וודאי אותם המחזיקים אשר החזיקו באגרות החוב במועד הקובע להסדר לפידות (20.1.2020).

141. בהעדר מידע לגבי הנתבעים הנכונים, מעוכבים הלכה למעשה כספים של מחזיקים אשר החזיקו באגרות החוב במועד הקובע להסדר לפידות (20.1.2020), וזאת בין אם החזיקו באגרות החוב במועד "אסיפת האולטימטום" כהגדרתה בתביעה (בה הצביעו מחזיקי אגרות החוב על ארכה בתנאים לקבוצת בן משח), בין אם הצביעו בעד או נגד ההחלטה, ובין אם היו חלק ממחזיקי אגרות החוב הנזכרים בתביעה כמי שפעלו ישירות כנגד מר בן משה והכפישו את שמו בעיתונות, ובין אם החזיקו במועד אחר כפי שהיה נקבע בהליך תביעה נכון.

142. בתוך כך, המשיבות פטרו את עצמן מלזהות את מחזיקי אגרות החוב אשר לטענתן (המוכחשת) עיוולו כלפיהן ותבעו את הנאמן כאשר ברור כי הוא אינו זה אשר נהנה מן "ההתעשרות", וזאת אף בהתאם לכתב התביעה והמידע שהמשיבות עצמן בחרו לצרף אליו.

143. עולה כי התביעה לא הוגשה באופן המאפשר לבררה וליתן סעד כלפי מי שאף לשיטת המשיבות הינם הנהנים והאחראים ל"התעשרות" הנטענת.

1. מעבר לדרוש, טענת המשיבות לאי השלמת ההסדר השני בחוסר תום לב הינה מופרכת מיסודה, אף שאין הדבר דרוש לצורך הכרעה בבקשה זו

144. על מנת שלא נימצא חסרים, ועל אף שאין הדבר דרוש כלל לשם הכרעה בבקשת המחיקה או הדחיה על הסף כמפורט בבקשה זו, להלן נציג אף את העובדות, **מתוך כתב התביעה על נספחיו בלבד**, המלמדות הן על חוסר תום ליבן והעדר ניקיון כפיהן של המשיבות.

145. כן מלמדות העובדות שיפורטו לעיל על כך שהוראות ההסדר השני עם המשיבות כפי שהוכתבו על ידי המשיבות אינן מחייבות מתן ארכה ואף כוללות הוראות מנוגדות מפורשות, כי המשיבות הן שהכלילו תנאי מתלה לא רלוונטי, התחייבו כי לא יהיה בו מניעה או עיכוב לאישור ההסדר, כשלו בהשגתו וסירבו להשלים ההסדר ללא התקיימותו.

146. כן נראה כי התנהלות זו נבעה הלכה למעשה מכשלונו של בן משה לגייס את הכספים הדרושים להשלמת ההסדר השני ומסיבה זו נדרש על ידו כתנאי להשלמת ההסדר "הלואות מוכר" בסך 1 מיליארד ש"ח, צעד אשר טעון היה מכל מקום כינוס אסיפות וקבלת אישורים מחודשים להסדר.

1.1. הוראות ההסדר השני עם קבוצת בן משה אינן מחייבות מתן ארכה ואף כוללות הוראות מפורשות מנוגדות

147. הטענה כי הייתה על הנאמן או המחזיקים חובה להאריך את המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים להסדר השני הינה טענה מופרכת וחסרת כל בסיס עובדתי או משפטי.

148. ראשית, במסגרת ההסדר השני עם קבוצת בן משה הוכנסו **לדרישתן של המשיבות**, הוראות מפורשות מנוגדות טענה זו, והמאפשרות למשיבות ולהן בלבד, להאריך את תוקף המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים, כדלקמן (ראו בנספח 10 לכתב התביעה):

14.11. היה ועד למועד האחרון לא יתקיימו כל התנאים המתלים המוקדמים או לא יהיה להצעת הסדר זו תוקף כלשהו, היא תהיה בטלה וצד לא יוכל להסתמך עליה או להעלות טענה על בסיסה. במקרה שכזה כל זכויות הרוכשת שמורות לרבות (אך לא רק) כל הזכויות על פי בקשה 25 שהוגשו על ידי הרוכשת (ועל ידי החברה) לבית המשפט. הרוכשת תוכל לדחות, בפרק זמן של 30 יום נוספים, את המועד האחרון בהודעה בכתב אל הנאמנים.

149. עולה כי המשיבות אשר ביקשו לשמר בידיהן את מלוא השליטה בהליכי אישור ההסדר השני, כללו מלכתחילה באופן מכוון הוראה המאפשרת להן, ולהן בלבד, להאריך את תוקף ההסדר השני. זכות זו ניתנה אך ורק למשיבות ונשללה מפורשות ממחזיקי אגרות החוב או מהנאמן.

150. **כיצד יכולות אפוא המשיבות להלין על שמחזיקי אגרות החוב לא עשו שימוש בזכות שביקשו הן לשלול מהם מפורשות?**

2.1. לא קיימת הוראת דין המחייבת צד להאריך חוזה עם תנאי מפסיק

151. אין כל מקור משפטי לחובת הנאמן להאריך את המועדים שנקבעו לקיום התנאים המתלים בהסדר השני.

152. נהפוך הוא, קיים הסדר נושים (שני), אשר אושר על ידי בית המשפט, הכולל הוראות מפורשות וברורות ביחס למועדי ההסדר השני. הוראותיו של ההסדר השני בעניין זה ברורות והוא קובע כי במידה ולא יתקיימו התנאים המתלים, ההסדר פוקע מבלי שתהיה למי מהצדדים כל טענה או זכות, למעט הדיון בנושא הפיקדון.

153. הוראות סעיף 27 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1979 (להלן: "חוק החוזים") קובעות כי "חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מפסיק)".

154. בהתאם להוראות סעיף 29 לחוק החוזים, היה החוזה מותנה והתנאי לא התקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, מתבטל החוזה:

"בטלות החוזה או ההתנאה

29. היה חוזה מותנה והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת – תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה – מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק – מתבטלת ההתנאה."

155. חוק החוזים אינו מחייב צד להאריך את המועד להתקיימות התנאי המתלה – כפי שטוענות המשיבות בענייננו.

156. ביום 10.12.2018 (יומיים בלבד לפני המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים), פנו המשיבות לנאמן והודיעו כי קיים ספק ממשי באשר לאפשרותן לקבל את האישורים הנותרים הנדרשים עד ליום 13.12.2018, ובחודש הקרוב בכלל (רי' נספח 23 לכתב התביעה):

1. " העדכון שקיבלה הרוכשת היום מאת עורכי הדין בחו"ל הוא שהם אינם יכולים להבטיח כי יתקבלו כל האישורים עד ליום 13.12. כמו כן, בשים לב לתקופת החגים הנוצריים אם האישור לא יתקבל לפני החגים אזי ניתן לצפות שהוא גם לא יתקבל במחצית הראשונה של ינואר.
2. את העדכון הנ"ל מסרתי היום למרב..."

157. בנסיבות אלו בהתאם לתנאי ההסדר השני, כפי שהובאו בסעיף 148 לעיל, פקע ההסדר השני, ולמי מהצדדים לא הייתה כל חובה להאריכו.

158. יפים לעניין זה הדברים האמורים בספרה של פרופ' גבדיאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי (להלן – שלו), עמ' 475:

" שאלת מחותנו של החוזה, המותנה הוא אם מוחלט, כמו שאלת סיווגו של התנאי, המתלה הוא אם מפסיק, תיפתר באמצעות התחקות אחר דעתם של הצדדים", ובהמשך, בהסתמך על פסק הדין בע"א 781/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' גן חברה להשקעות, פ"ד לו(1) 20, 26, כתבה פרופ' שלו (שם): "כך, למשל, תניה מפורשת, שבה נקבע כי אם לא יושגו היתרי הבניה עד למועד פלוני – יתבטל החוזה מעיקרו, הפכה את החוזה לחוזה על תנאי מתלה".

159. בענייננו, אין צורך להתחקות אחר כוונת הצדדים, משום שביחס לשני התנאים הנדונים, נקבע בחוזה, כאמור לעיל, במפורש, כי הם תנאי מתלה.

160. בהתאם לסעיף 29 לחוק החוזים כאשר תנאי מתלה לא מתקיים במועד אשר נקבע לכך, מתבטל החוזה:

"היה חוזה מותנה בתנאי והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת – תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה – מתבטל החוזה. . ."

מתייחסת לכך אף שלו בספרה (עמ' 474):

"בחוזה על תנאי מתלה מתייחסת אי הוודאות לשכלול החוזה. אם מתקיים התנאי – החוזה נכנס לפעולה מלאה ומחולל זכויות וחובות; אם התנאי לא מתקיים – החוזה חדל ואינו מחייב את הצדדים לו".

161. עולה כי לא מתקיים בסיס בדין או בהסכם, ואף קיימות הוראות מפורשות מנוגדות, אשר בהתאם להם אין כל חובה להאריך חוזה עם תנאי מתלה שלא קיים במועדו.

3.1. קבוצת בן משה היא שהכלילה תנאי מתלה שלא נדרש ואף גרמה להפרתו

162. מעבר לדרוש, כפי שנראה להלן, המשיבות הן אלו שעמדו על הכללת התנאי המתלה שלא התקיים וככל הנראה אף לא באמת נדרש, הן לקחו על עצמן את הטיפול בהשגתו, והן אלו שכשלו בהשגתו במועדים הנדרשים ואולי אף במכוון.

163. בנסיבות אלו המשיבות הן אלו שלא עמדו ו/או סיכלו את קיומו של התנאי ואת השלמת ההסדר השני, ואינן יכולות לבוא בטענות אל הנאמן או מחזיקי אגרות החוב.

164. רק במסגרת ההסדר השני (נספח 10 לכתב התביעה), דרשו המשיבות, לראשונה, כי יתוקן סעיף המתלים באופן בו יתווסף אליו אישור ממונה על ההגבלים באיחוד האירופי או במדינות אירופה, ככל שיידרש:

12.6-12.7. התקבל אישור הממונה על ההגבלים העסקיים הנדרש, ככל שנדרש, לצורך השלמת ההסדר וכן קבלת אישורים מתאימים של רשויות ההגבלים העסקיים באיחוד האירופי או במדינות אירופה, ככל הנדרש.

165. במענה לשאלות מפורשות שהופנו אליה בעניין על ידי הנאמן, הנציגות ויועציהם, הפיגו המשיבות כל העת את החששות הכרוכים בהוספת אישורים אלו והבהירה "כי לפי ידיעתה העסקאות מהן מורכב ההסדר אינן מציבות כל סכנה לתחרות, כי מדובר בהליכים בעלי אופי טכני אשר לא צפוי שייתקלו בסירוב, כי הליכים אלו אינם צפויים לסכס את ההסדר בשום צורה ואופן, וכי למיטב הערכתה הליכים אלו צפויים להימשך בין חודש לחודשיים."

ראו למשל בסעיף 12 לבקשה לאישור הסדר השני, אשר צורפה כנספח 10 לכתב התביעה.

166. עולה כי המשיבות הן שדרשו מלכתחילה את הכללתו של התנאי המתלה לאישור הגבלים באירופה במדינות מסוימות, והן אלו שדיווחו קבל עם ועדה על אי התקיימות התנאי.

167. המשיבות טוענות כי מקור הדרישה לאישורי הגבלים עסקיים במדינות אלו נובע מפעילותן של אפריקה נכסים עצמה, ואינו קשור המשיבות.

ראו לעניין זה בכתב התביעה כדלקמן:

125. כמו כן ברור כי האחריות להשגת האישורים לא היתה מצויה במגרשה של הרוכשת (או של רבוע כחול) יותר מאשר במגרשם של שאר הצדדים להסדר, וכל ניסיון לטעון אחרת הוא מופרך. ההסדר אינו מורה מי מהצדדים לו יפעל להשגת האישורים. ככל שהתשובה לשאלה זו אמורה לחיגור מן השאלה מנין נובע הצורך באותם אישורים, הרי שבכל הקשור למדינות החסרות, הצורך נובע מן הממכר (אפריקה נכסים) ולא מפעילות הרוכשת או רבוע כחול או בעל השליטה בהן או עסקיו. קרי, הנאמן ואפריקה אמורים היו לפעול להשגת אותם אישורים לא פחות (ולמעשה לפי מבחן זה יותר) מן הרוכשת ורביע כחול. אכן, במצב דברים זה מובן שניסיון לטעון כאילו הרוכשת נושאת באחריות לאי קיום התנאי המתלה, נדון לכישלון.

134.3. יתרה מכך, העובדה שהרוכשת לא פעלת במדינות המדוברות הייתה ידועה לאורך כל הדרך וגם הנאמן ידע זאת. אלא שהצורך באישורים באותן מדינות נבע מפעילותה של אפריקה נכסים, חלא היא הממכר שהנאמן ביקש למכור במסגרת ההסדר. על כן, היה על הנאמן לבדוק בעצמו את אותו ממכר ואת ההשלכות שיש לתכנון השונית שלו לרבות פעילות במדינות המדוברות.

168. אלא שבפועל נמכרו מלוא מניות אפריקה נכסים במהלך חודש מרץ 2019 למגה אור וביג וקבוצת גופים מוסדיים, בתוך תקופה קצרה של שבועות בודדים, ללא (!) כל התניה או בקשה לאישורי הגבלים באירופה.

ראו לעניין זה למשל את פסק הדין המאשר את מכר המניות (סעיף 3 לפסה"ד) אשר צורף כנספת 48 לכתב התביעה.

169. עולה כי אין בסיס לטענת המשיבות כי הצורך בהשגת אישורי הממונה על ההגבלים באירופה נבע מהממכר עצמו ולא היה קשור במשיבות או ברבוע הכחול.

170. לכן, אין כל בסיס לניסיון של המשיבות לתלות את אי השלמת ההסדר השני באחרים - המשיבות הן שדרשו את קיומו של התנאי המתלה הנוסף וזאת רק במסגרת ההסדר השני (משום מה זרישה זו לא עלתה במסגרת ההסדר הראשון), הן אלו שהתחייבו להשיגו, שעדכנו לאורך כל הדרך כי לא יהיה קושי לעמוד בהשגתו במועד, והן אלו שכשלו בהשגתו וסירבו להשלים את ההסדר השני במועדים הנדרשים בשל כך.

171. מכאן שלא קיימים אף "שיקולי צדק" אשר תומכים במתן פיצוי כלשהו למשיבות. נהפוך הוא.

4.1. קבוצת בן משה ביקשה לשנות מן היסוד את ההסדר השני שהוצע כתנאי לקיומו

172. הטענה כי ביטול ההסדר השני עם המשיבות נבע מפעולות הנאמן והמתזיקים אינה עולה בקנה אחד עם העובדות המתועדות בכתובים והמוכחות כי ביטול ההסדר השני נבע מאי יכולתן של המשיבות, ורובע כחול בפרט, לעמוד מאחורי תנאי הצעתן, ובקשתן לשנות מיסודן את הצעות ההסדר השני כך שתועמד להן הלוואת מוכר בסך כ-1 מיליארד ₪, שכן במהלך התקופה בה היה על המשיבות לפעול להשגת האישורים שנדרשו על ידה מאת ההגבלים העסקיים, כשלו המשיבות /או קבוצת בן משה בגיוס הכספים.

173. עובדה זו עולה מהתכתבויות שצורפו על ידי המשיבות עצמן לתובענה, ר' למשל נספח 26 לו, בו מועלות שאלות קשות ביחס לדוחותיה הציבוריים של רבוע כחול, אשר אמורה הייתה לשלם כ-1.3 מיליארד ₪ עבור אפריקה נכסים, ונאותות עסקאות שבוצעו על ידי מר בן משה לשם חיזוק הונה.

174. כן מועלים חששות ביחס ליכולתה לגייס את הסכומים הניכרים הנדרשים לאור עליית תשואות אגרות החוב שלה:

"תחושת לולינות פיננסית

התחושה הזו באה לביטוי בדיווח שפרסמה רבוע כחול ביום ראשון. אקסטרה, החברה של בן משה, הכניסה לאלון רבוע כחול נכס של "סימן מסחרי" של אלון ואלונית, ונקבה בשווי שערורייתי, לדברי המוסדיים, של 74.5 מיליון שקל. "תארטה ברטה", כינה את השווי הזה גורם מרכזי מנציגות האג"ח, ואחר השתמש בכינוי "להשתין מהמקפצה."

ברמשה רכש את הסימנים המסחריים במסגרת עסקה כוללת של 115 מיליון שקל וטוען כי למרכיביה לא פורטו מחירים ספציפיים. הוא התחייב להכניס נכסים ומזומן בשווי 200-300 מיליון שקל לאלון רבוע כדי לחזק את הונה, ושהשווי שנקבע לסימנים המסחריים נובע מהערכות שווי שבוצעו ולא הוצגו. שקיפות איננה הצד החזק שלו והמוסדיים לא אוהבים התנהלות כזו. גם את חלקו בתחנת הכוח בבאר טוביה, הכניס ברמשה לאלון רבוע בשווי גבוה משנרכש.

הקושי המדאיג בגיוס החוב

אלון רבוע כחול אמורה לרכוש את השליטה באפריקה נכסים ולצורך כך עליה לגייס 1-1.2 מיליארד שקל. 300 מיליון מהסכום היא גייסה לפני כשבועיים, אבל גם שם החתמים רכשו כ-40% מהסחורה. כך משה מנסה לגייס את 700-800 מיליון השקלים הנוספים בהלוואות פרטיות, אבל אג"ח ד' של רבוע כחול ממריאה לתשואה של 6.8%, ריבית שמהווה סוג של סמן לריבית שהוא אמור לקבל מהמוסדיים. כך משה שואף לריבית של 5%-6% בשנה. ההצעות שהוא מקבל הן של 7%-8%. במח"מ של 6 שנים מדובר בפער של 100 מיליון שקל בהתזר. התקופה בשווקים קשה ומקרינה עליו". (ההדגשות שלנו)

175. המשיבות בוחרות שלא להתייחס לנתונים אלו, אשר העידו בזמן אמת על חוסר יכולתה של רבוע כחול לגייס את סכומי העתק שנדרשו לשם מימון התחייבויותיה בהסדר השני.

176. עובדה זו קיבלה ביטוי מפורש גם בדיונים ביחס לביטול ההסדר בבית המשפט של חדלות פירעון (ראו נספח 46 לכתב התביעה) שם הבהירו ב"כ הנאמן כי במסגרת הליכי הגישור אשר נזכרו בתביעה, שנערכו במטרה למצוא דרך להשלים בכל זאת את ההסדר השני עם בן-משה, התברר כי ההסדר שהוא מוכן להשלים הינו שונה מהותית (שוב) מההסדר השני שהוצע על ידו:

עו"ד נאור:

אין מחלוקת שהסדר צריך לעבור שינוי מהותי, לרבות על-ידי הרכשת. מזובר בתיקון שמבחינה משפטית אפשר להוציא אותו למועל, אבל השינוי בצד הכלכלי הוא דרמטי, מדובר במניות, ניירות ערך ויש לזה ערך כלכלי, אולי יחשבו שהוא טוב או פחות טוב, אבל נכון לרגע זה גם המומחים ראו בהצעה החדשה כפחותה בסדר גדול שבין 150 ל-200 מיליון ש"ח. המשמעות הכלכלית בהצעה החדשה.

עו"ד נאור:

לשאלת בית משפט, יש פסק דין שמאשר הסדר נושים, פסק הדין אמר יש מבר; מטק הדין מביטל אני משיב שהסדר הנושים שקיבל תוקף של פסק דין כלל מועד ועל מנת שזה יתכנס לכדי יישום, היה צריך המציע לעמוד בהתחייבות והיה צריך לעשות איותה במיעד. המציע לא עמד בהתחייבות ולא קיים את המוטל עליו ועל מנת לקיים את התנאים שזרשו כדי לעמוד בלוחות הזמנים, כתוצאה מזה התנדל תהליך של פתן ארכות, כשמחזיקי אגרות החוב הסכימו לתת ארכות כעם ראשונה בתנאים כלכליים ופעם שניה ללא תנאים כלכל. למרות זאת. המציע הודיע לבית המשפט ולנו שהוא רואה את עצמו כמשוחרר מהתחייבות, רואה את עצמו כהסדר שלא התקיים ואפילו בנת אלינו בכתב ודרש את השבת הפיקדון שהופקד. בהתאם לתראות ההסדר, היינו מחוייבים לפנות לבית המשפט במסגרת בקשת חיוב.

למרות זאת, באנו איתנו בדברים, לאחר מכן בינינו עם המציע להליך גישור נוסף בהמלצת בית המשפט. במסגרת הליך הגישור השורה התחלתה שהובאה למחזיקי אגרות החוב היא, שמדובר בהצעה שונה.

דרמטית משה שקית המשפט הגדיר ובצדק בפסק דין מבחינתנו הסדר הנושים לא קיים. המציע לא עמד בהתחייבות. אין כרגע הסדר נושים מחמת הפרת התחייבות של המציע שבמקב הנכחי גם לא יכול ואנו בספק אם רוצה לקיים את התחייבות שלו. אהנו היינו נכונים וגם חיים באסיפת מחזיקי אגרות החוב הבעי רצון לקיים את הסדר הנושים, אבל המציע אישר שזה לא כלכלי לו לקיים את ההסדר הנכחי והוא מציע הסדר אחר שכולל הלוואות מוכר, והוא בעצם אמר אני מבקש לשלם לכם מהכיס שלכם עם הוב חדש על פני 10 שנים

177. עובדה זו לא הוכחה אף על ידי בא כוחו של מר בן משה באותו הדיון

עו"ד קליר:

לשאלת בית המשפט, ההצעה החדשה שלנו מחייבת הצבעות חדשות של המחזיקים וכל הנדרש. כך גם כתבנו ועל זה אף אחד לא חולק.

178. דברים אלה מצטרפים למידע ואסמכתאות שהביא הנאמן בהרחבה במסגרת התשובות לתגובות בבקשה 51 (שצורפה כנספח 43 לכתב התביעה) בנוגע למניעים האמיתיים שעומדים מאחורי התנהלותן של המשיבות, ההימור הכושל שנטלה ביתד עם בעל השליטה בה באשר ליכולתה לגייס את הכספים במועד ואי הצלתה בגיוס הכספים הנדרשים להשלמת ההסדר השני:

ג. במהלך התקופה בה היה על הרוכשת לפעול להשגת האישורים שנדרשו על ידיה מאת ההגבלים

העסקיים, כשלה הרוכשת/או מר בן משה בגיוס הכספים

76. הוטען במסגרת תגובות הרוכשת ורבות כחול, אך מתזק את הוטען במסגרת הבקשה 31, לפיו לא רק

שבמועד אישור הסדר הנושים לא היה ביכולתה של הרוכשת/או ביכולתו של מר בן משה לעמוד מאחורי ההסדר אלא כי גם הגיוס לצורך כך לא הושלם עד היום:

77. במסגרת תגובת הרבוע כחול צוין כך:

130. מעבר לכך, מלכתחילה הוצג והובהר, כירבוע כחול תדרש לגייס סכום נסף מהותי לשם ביצוע העסקה על פי הצעתה, ובשלב ראשון. לשם תשלום הסכום של 1.29 מיליארד ש"ח כגד קבלת מניות השליטה באפריקה נכסים...

131. רבוע כחול היא שבחרה לגייס בשלב ראשון סכום של כ-282 מיליון ש"ח וכך נעשתה ביום 12.11.2018.

132. גם לאחר מכן עמדו בפני רבוע כחול מספר חלופות לגיוס, וכוננתה היתה לפעול לפי החלופה המתאימה לה ביותר.../

78. יוזכר כי בהתאם לדוח מדרוג שפורסם ביום 23.10.2018 בנוגע לרבוע כחול, הצביע מדרוג על התשלכות השליליות שעשויות להיות לעסקת רכישה אפריקה נכסים. וגיוס הכסף הנדרש לשם כך על רבוע כחול (ראה נספח 4 לבקשה).

79. בהקשר זה יצוין גם האמור בדוח מדרוג, שפורסם בספטמבר 2018, ביחס לרבוע כחול, לפיו:

"להערכת מדרוג, הצעת הרכישה לאפריקה נכסים מצביעה על תיאבון סיכון לא מבוטל של החברה ובעל המניות, המהווה איש מפתח מרכזי בחברה המתווה את מדיניותיה העסקית והפיננסית. מידרוג מזהה אסטרטגיה לעיכוי והגדלת תיק האחזקות של החברה בדרך של הגדלת החוב הפיננסי, הממומנת באופן חלקי מצד תורמת נכסים מצד בעלי המניות. מאפיינים אלו הובאו כשיקול נוסף, לשלילה, בעניינת הדיירינג."

נספח 14 – דוח מדרוג ספטמבר 2018.

80. דברים אלה מצטרפים לטענות הנאמנים כפי שהובאו בהרחבה במסגרת הבקשה בנוגע למניעים האמיתיים שעומדים מאחורי התנהלותה של הרוכשת, ההימור הנושל שנטלה הרוכשת ובעל השליטה בו כאשר ליכולתה לגייס את הכספים במועד וזאי הצלחתה בגיוס הכספים הנדרשים להשלמת ההסדר.

81. אמור מענת כי לפנינו רוכשת שאין לה את הכסף הנדרש לקיים את התחייבויותיה בהתאם להסדר הנושים, וההימור העסקי אותו נטלה הרוכשת ובעל השליטה בנוגע ליכולתה לגייס את הכספים הנדרשים לצורך השלמת ההסדר, כשל. כל שרונה הרוכשת הוא לבצע עסקה חדשה בלא שתשלם בגין הנזקים שגרמה בהתאם לתנאי ההסדר עליו היא חתומה.

5.1. המשיבות לא התנגדו לביטול ההסדר השני ואף לא טענו לכל זכות במסגרת הצעות הסדר שהגישו לאחר ביטול

179. זאת ועוד, בזמן אמת ההסדר השני בוטל לאחר שב"כ של בן משה אישר בפני בית המשפט של חדלות פרעון כי ההסדר המבוקש על ידם מחייב אישורים מתודשים של הנושים, ללא כל התנגדות מצידו של מר בן משה, וללא שנוכרת אף במילה טענה עתידית אפשרית כי יהיה זכאי לתמורות הסדר עתידי, ככל שיושלם בעתיד, בסכומים העולים על הסכומים שהוצעו על ידו (ראו פסק הדין לביטול ההסדר מיום 18.2.19 (ראו נספח 46 לכתב התביעה):

עו"ד קליר:

לשאלת בית המשפט, ההצעה החדשה שלנו מחייבת הצבעות חדשות של המחזיקים וכל הנדרש. כן גם כתבנו ועל זה אף אחד לא חולק.

עו"ד קליר:

ההסדר עם רשות המס תלוי בהסדר. ההסדר מדבר על זה שמכוח ההסדר במועד התשלום הראשון יתקבלו כספים שאין לחברה לשלם אותם עכשיו. אנחנו רואים ערך בזה שפסק הדין עדיין "יעטוף" את החברה לזמן מוגבל, הם יקבלו הצעות מצד שלישי. אני לא עומד על ההתנגדות לביטול פסק הדין, גם לא התנגדתי קודם.

180. גם לאחר ביטול ההסדר השני, וכפי שמפורט בתובענה עצמו, ב-15.4.2019, הציעו המשיבות הצעה מחודשת (שלישית במספר) להסדר חוב בחברה (ראו נספח 49 לתובענה).

221. סמוך לאחר מכן, ביום 15.4.2019, הציעה הרוכשת לנאמן ולמחזיקי אגרות החוב, מתדש, את הצעת הרוכשת החלופית, כאשר היא אינה מותנית במכירת מניות אפריקה נכסים לרבע כחול, שכן מניות אלו כבר נמכרו כאמור ("ההצעה המחודשת"). ההצעה המחודשת גם לא הותנתה בויתור על טענות, מופרכות ככל שתהיינה, מצד מחזיקי אגרות החוב והנאמן בכל הקשור להצעות רבוע כחול ודור אלון. העתק ההצעה המחודשת של הרוכשת מיום 15.4.2019 מצוי כנספח 49.

181. אלא שגם במסגרת ההצעה המחודשת (שלישית במספר) לא נכללה כל דרישה לזכות כלשהי של המשיבות, ולא נזכרה ולו במילה זכותן הנטענת של המשיבות ליהנות מפירות הסדר חוב שיושלם בחברה.

182. הסדר לפידות אושר על ידי בית המשפט של חדלות פרעון לאחר שעבר הליך מסודר של אסיפות נושים והגשת התנגדויות אשר פורסמו כדין ואף במערכת המגני"א.

183. המשיבות לא הגישו מעולם התנגדות להסדר לפידות, או הוכחת חוב, ולא ביקשו להצטרף כצד להליך ואפילו לא הגישו ערעור על פסק הדין שאישר את הסדר לפידות, אף שלכאורה הן טוענות לזכויות מפליגות מכוחו.


פסק הדין לאישור הסדר לפידות מצורף כנספח 57 לכתב התביעה.

ז. סוף דבר

184. לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כאמור ברישא בקשה זו.

185. בקשה זו אינה נתמכת בתצהיר הואיל וכל העובדות עליה היא נסמכת מצויות בכתב התביעה עצמו על נספחיו.

186. כן מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות במלא הוצאות הבקשה וכן בשכר טרחת עו"ד בתוספת מע"מ, והפרשי הצמדה וריבית כדין עד מועד תשלומם.


יעל הרשקוביץ, עו"ד
גייסין ושות', עורכי דין


אופיר נאור, עו"ד
נאור-גרשט, עורכי דין

היום: 12 בפברואר, 2020, תל אביב