

בית המשפט העליון
 רע"א 1099/21
 הרמטיק נאמנות (1975) נ. אקסטרה פיתוח וייזום
 תאריך הגשה: 16/02/21

בקשה למתן רשות ערעור על החל

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ובעניין: הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197
 ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או שירן גורפיין
 ממושרד 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
 ממושרד גיסין ושות', עורכי דין
 מרחוב הברזל 38, תל אביב 6971054
 טלפון: 03-7467777; פקס: 03-7467700

המבקשת (הנאמן);

- נ ג ד -

בית המשפט העליון
 אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, ח.פ. 515781425 מזכירות (32)
 אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, ח.פ. 515068849
 שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד רענן קליר ו/או פנחס ברטל
 ממושרד ארדינסט, בן נתן, טולדיאנו ושות', עורכי דין
 מרחוב ברקוביץ 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
 טל: 03-7770111, פקס: 03-7770101
 חתימה נתקבל / נכדק

המשיבות;

אלון רבוע כחול ישראל בע"מ, ח.צ. 520042847
 ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ו/או אורי שורק
 ממושרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'
 ממגדל אלקטרה, רח' יגאל אלון 98
 טל: 03-6078607, פקס: 03-6078666.

דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, ח.צ. 520043878
 ע"י ב"כ עוה"ד שוני אלבק ו/או אייל אניאתי ו/או אח'
 ממושרד פישר בכר חן וול אורין ושות'
 מרחוב דניאל פריש 3, תל-אביב
 טלפון: 03-6069640; פקס: 03-6069625

המשיבות הפורמאליות;

א. חלק ראשון - כותרת

1. בקשת רשות ערעור על החלטה בבקשה לסילוק על הסף.
2. בהתאם לסמכותו לפי הוראות פרק י"ז לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, מתבקש בית המשפט העליון הנכבד, ליתן, למבקשת, רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי הנכבד (תל אביב) (כבוד השופטת איריס לוי עבודי) בת"א 20-01-26175 מיום 19.1.2021, אשר במסגרתה, נדחתה בקשת המבקשת לסלק על הסף את העילה בחלק רביעי, פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכוח שיקולי צדק" ("עילת עשיית העושה") שבכתב התביעה שהגישו המשיבות כנגד הנאמן ביום 12.2.2020 (להלן: "בקשת הסילוק").

בקשה למתן רשות ערעור על החלטה בבקשה לסילוק על הסף

בית המשפט העליון

רע"א 1099/21

בע"ו הרמטיק נאמנות (1975) נ. אקסטרה פיתוח וייזום ו

תאריך הגשה: 16/02/21

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

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

ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או שירן גורפיין
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
ממשרד גיסין ושות', עורכי דין
מרחוב הברזל 38, תל אביב 6971054
טלפון: 03-7467777; פקס: 03-7467700



- נ ג ד -

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

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

שתייהן ע"י ב"כ עוה"ד רענן קליר ו/או פנחס ברטל
ממשרד ארדינסט, בן נתן, טולידיאנו ושות', עורכי דין
מרחוב ברקוביץ' 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
טל': 03-7770111, פקס: 03-7770101

המשיבות (אקסטרה):

א. חלק ראשון - כותרת

1. בקשת רשות ערעור על החלטה בבקשה לסילוק על הסף.

2. בהתאם לסמכותנו לפי הוראות פרק י"ז לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, מתבקש בית המשפט העליון הנכבד, ליתן, למבקשת, רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי הנכבד (תל אביב) (כבוד השופטת איריס לושי עבודי) בת"א 20-01-26175 מיום 19.1.2021, אשר במסגרתה, נדחתה בקשת המבקשת לסלק על הסף את העילה בחלק רביעי, פרק XXII "פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכוח שיקולי צדק" ("עילת עשיית העושר") שבכתב התביעה שהגישו המשיבות כנגד הנאמן ביום 12.2.2020 (להלן: "בקשת הסילוק").

העתק החלטת בית המשפט קמא הנכבד מיום 19.1.2021, מצ"ב כמוצג 1.

העתק מהבקשה לסילוק על הסף, תשובות המשיבים לבקשה ותגובת הנאמן, מצ"ב כמוצגים 2-4.

3. מועד המצאת ההחלטה: 19.1.2021.

4. המותב המוסמך לדון בערעור: בהתאם לסעיף 26(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 - דן יחיד בבית המשפט העליון.

5. בהתאם לפרט 25 בתוספת לתקנות האגרות, סכום אגרה שיש לשלם : 497 ₪.

6. קיומם של הליכים נוספים בבית המשפט קמא הנכבד :

6.1. ביום 10.6.2019, הוגשה על ידי דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ תביעה כנגד הנאמן להשבת כספי הפיקדון בסך של 10 מיליון ₪ ופירותיהם במסגרת ת"א 18533-06-19.

6.2. ביום 12.1.2020, הוגשה על ידי המשיבות תביעה כנגד הנאמן להשבת כספי הפיקדון ופירותיהם בסך של 50 מיליון ₪; וכן לפיצוי בסך נוסף של 8.965 מיליון ₪ בגין נזקים נטענים שנגרמו להן בגין התזקת הפיקדון וכן פיצוי בסך של 318.5 מיליון ₪ בגין אובדן רווח שנגרם להן כתוצאה מהשלמת הסדר חלופי בחברה במסגרת ת"א 26175-01-20 (הסדר לפידות).

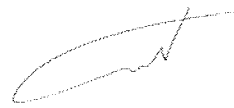
6.3. ביום 21.4.2020, הוגשה תביעה על ידי הנאמן כנגד המשיבות, אלון ריבוע כחול ישראל בע"מ וכן כנגד דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ לחילוט הפיקדונות ופירותיהם, כפיצוי מוסכם על הפרת התחייבות המשיבות, ריבוע כחול ודור אלון להוצאתם אל הפועל של שני הסדרי נושים במסגרת ת"א 21034-04-20.

6.4. ביום 16.7.2020, אוחדו שלושת התובענות לכדי הליך אחד שנידון בפני כבוד השופת איריס לוי עבודי.

7. סכום הערובה שהופקדה : 20,000 ₪.



גיא גיסין, עו"ד
גיסין ושות', עורכי דין



אופיר נאור, עו"ד
נאור-גרשט, עורכי דין

ב"כ הנאמן

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ

ב. חלק שני- הנימוקים שבשלהם יש ליתן רשות ערעור

1. החלטת ביהמ"ש קמא נשוא בקשה זו, הינה החלטה בעלת משמעויות רוחביות וציבוריות, שאף חורגות מעניינם של בעלי הדין בתיק דנא, שכן, היא עלולה להוות תמריץ לנקיטת הליכים משפטיים חסרי כל בסיס כנגד נאמנים הפועלים במסגרת תפקידם להגן על זכויותיהם של מחזיקי אגרות חוב בשוק החוב במטרה להטיל אימה על הנאמנים ולפגוע בעבודתם.
2. תוצאה מעין זו, תהא בבחינת "רעידת אדמה" של ממש, שינוי חקיקה ונורמות יסוד שעל בסיסן מושתת שוק החוב בישראל. ודוק. תוצאה מעין זו תפגע במוסד הנאמנות, אשר נועד להבטיח הגנה לכספי מחזיקי אגרות החוב מן הציבור, במובן זה שלא יהיו נאמנים שיסכימו לשמש ככאלו לאור האיום התמידי שירחף מעליהם כי מכוח תפקידם הם ישמשו אף כנתבעים עבור אתרים בהיקפים של מאות מיליוני ולעיתים מיליארדי שקלים.
3. זהירות היתר (לשיטת המבקשת) שגילה ביהמ"ש קמא הנכבד בהחלטתו, משעה שמנע עצמו מלקיים דיון בשאלת היעדר היריבות ובשאלת היעדר קיומה של עילת התביעה, עומדת בסתירה לכוונת המחוקק ולהגנה שהנאמן זכאי לה, מפני צדדים שלישיים שאינם מחזיקי אגרות החוב, במסגרת מילוי תפקידו בשוק החוב כאמור.
4. המבקשת, ששימשה כנאמן למחזיקי אגרות החוב (סדרות כ"ו, כ"ז וכ"ח) באפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן: "אפריקה ישראל") וייצגה אותם יחד עם נציגות מחזיקי אגרות החוב בהליכי הסדר נושים, עתרה בפני בית המשפט קמא הנכבד לסלק את עילת התביעה המפורטת בחלק הרביעי לכתב התביעה שהוגש כנגדה וכנגדה בלבד על ידי המשיבות, שמכוחה תובעות המשיבות מהנאמן, בין היתר, סך של 318,500,000 ₪ (!) בגין "התעשרות שלא כדין, אבדן רווח ומשיקולי צדק", כך בלשונן.
5. לשיטת המשיבות, סכום זה הינו התמורה העודפת אשר הנאמן ומחזיקי אגרות החוב זכו בו במסגרת הצעת ההסדר של לפידות בהשוואה להסדרי החוב עם המשיבות. לפי הנטען בכתב התביעה של המשיבות, "התעשרות" זו הינה בגדר עשיית עושר ולא במשפט, וכן היא מהווה אובדן רווח לו היו רשאיות המשיבות לצפות מכוח ההסדר שהושג עימן. עוד מוסיפות המשיבות בכתב תביעתן כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב השיגו התעשרות זו על חשבונן, תוך הפרת חובות תום הלב הקבועות בדין. העתק כתב התביעה שהגישו המשיבות, מצ"ב כמוצג 5.
6. במסגרת בקשת הסילוק טען הנאמן כי הוא אינו היריב המתאים בתביעה דנא ואין כל הוראה בדין המאפשרת לתבוע נאמן בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב בגין נזק (מוכחש) שנגרם לצדדים שלישיים.
7. טענה זו, נסמכה על שורה של דינים אשר מגדירים את תפקידו של הנאמן למחזיקי אגרות החוב, את סמכויותיו ואת האחריות המוטלת עליו, וביניהם- דיני השליחות, דיני הנאמנות, וחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך"), ואשר אינם מאפשרים תביעה כנגד הנאמן בגין נזק שנגרם לצדדים שלישיים, וודאי שכך מקום בו הנאמן פעל במסגרת הסמכויות שניתנו לו, כשלוח של מחזיקי אגרות החוב וכמי שמייצג אותם, ולא חרג מהן כאשר המשיבות אינן טוענות לחריגה מסמכויותיו.

8. כך, פירט הנאמן כי בהתאם להוראות חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק השליחות") רק בנסיבות קיצוניות, כאשר השלוח פעל בחריגה מההרשאה שניתנה לו או בשליחות סמויה שלא היתה ידועה לצד שלישי, ניתן לשקול להטיל חיוב על השלוח בהתאם לסעיפים 6 ו-7 לחוק השליחות.

9. כך גם, פירט הנאמן בבקשתו כי אף דיני ניירות ערך שוללים כל אפשרות לתבוע נאמן במקומם ובשם של מחזיקי אגרות החוב ודווקא מצמצמים את חובתו של הנאמן כשלוח ומגדירים את מערכת היחסים ככזו שחלה רק בינו לבין המחזיקים ו/או לבין התברה.

10. עוד טען הנאמן במסגרת בקשת הסילוק, כי עוולת עשיית העושר אינה מתקיימת בעניינינו. ראשית, הנאמן לא התעשר כתוצאה מהסדר לפידות אשר הושלם, שכן כל התמורה העודפת התקבלה בידיהם של מחזיקי אגרות החוב ולא של הנאמן. שנית, "ההתעשרות" לא באה על חשבון המשיבות. שלישית, פעולות הנאמן אושרו כולן על ידי בית המשפט של חדלות פירעון ולכן אלו לא פעולות שנעשו שלא כדין. רביעית, גם על פי גרסת המשיבות לא התקיימו התנאים המזכים בקבלת פיצוי על פי חוק עשיית עושר וחמישית, קבלת התביעה נוגדת את שיקולי הצדק משום שמדובר בתמורות להן היו זכאים נושים של תברה בהליכי חדלות פירעון, כתמורה חלקית בלבד כנגד חובם.

11. הנאמן גם עמד על כך, כי לא קיימת עילה חוזית שמכוחה ניתן לחייב את הנאמן בתשלום 318.5 מיליון ₪ למשיבות. בתמצית, המשיבות טוענות בכתב תביעתן, כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב היו מחויבים להאריך את המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים לקיומו של הסדר הנושים, ומשלא עשו כן, הפרו את חובת תום הלב לפי סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים.

12. אלא שהנאמן הבהיר כי גם אם נתעלם מן העובדה לפיה מחזיקי אגרות החוב דווקא כן הסכימו להאריך את המועד האחרון להתקיימותם של התנאים המתלים תחילה בכפוף לתשלום ריבית בגין העיכוב בהשלמת ההסדר וסמוך לאחר מכן ללא תנאים כלל, לא היתה כל חובה לנאמן ולמחזיקי אגרות החוב להאריך את תוקפו של המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים ולפי פסיקה שיצאה תחת ידה של ערכאת ערעור נכבדת זו, בוודאי שאין בכך בכדי לשלול את חובת תום הלב של הנאמן ו/או של מחזיקי אגרות החוב.

13. בתוך כך, הנאמן פירט כי על פי הסדר החוב לא קיימת הוראה המחייבת את מי מהצדדים להאריך את המועד להתקיימות התנאים המתלים, כאשר ההוראה היחידה שקיימת הינה הוראה שקובעת כי על מלוא התנאים המתלים להתקיים עד למועד האחרון הקבוע בהסדר (ר' סעיף 12 להסדר החוב שבנספח 10 לכתב התביעה).

14. הנאמן נסמך בטיעונו גם על הוראות חוק החוזים (חלק כללי), התש"ל-1979, (סעיפים 27(א) ו-29 וכן על ההלכה הפסוקה אשר קובעת כי לא ניתן לחייב צד לחוזה להאריכו וגישה מעין זו אינה משתלבת עם התכלית העסקית המסחרית שבחוזה, ויישם את ההלכה הפסוקה על נסיבות המקרה שלפנינו ועל האינטרס הכלכלי המובהק הקיים למחזיקי אגרות החוב ולחברה לקבל את תמורות ההסדר בהקדם, קל וחומר בנסיבות בהן המשיבות הפרו הצעת הסדר קודמת והליכי ההסדר עימם נמשכו למעלה משנה.

15. למעלה מכך, הנאמן עמד גם על כך כי לא ניתן על פי דיני החוזים לתבוע פיצויי קיום בגין נזק נטען שנוולד רק לאחר גיבוש הצעת הרכש של לפידות ושהצדדים לא יכלו לצפות אותו המועד ההפריה, ואף המשיבות אינן חולקות על כך. שהרי המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים היה בחודש דצמבר 2018 (מועד ההפריה הנטען והמוכחש), כאשר התמורות בגין הסדר לפידות התקבלו בחודש ינואר 2020, היינו כשנה לאחר מכך(!).

16. זאת ועוד, הנאמן טען בבקשתו, כי המשיבות נמנעו במכוון מבירור התובענה אל מול הצדדים הרלבנטיים ומצירופם לתביעה כנדרש על-פי דין. אם ננסה לתמצת את כתב תביעתן של המשיבות, עיקר טענתן כלפי הנאמן הינה שהוא האחראי לכאורה לכך שלא הוארך המועד לקיום התנאי המתלה של הסדר הנושים ולכך שההסדר פקע וכן כי הוא האחראי לאסיפת "האולטימטום" במסגרתה דרשו מחזיקי אגרות החוב הוספתם של תנאים (סבירים לחלוטין) בתמורה לקבלת הסכמתם לארכה נוספת כאמור.

17. אלא שהמשיבות עצמן, מתארות בכתב תביעתן כי מחזיקי אגרות החוב עצמם פנו אליהן באופן ישיר ודרשו את הצבת התנאים לקבלת הסכמתם להארכת המועד לקיום התנאים המתלים (דרישה עליה ויתרו תוך זמן קצר, והם גם אלה שבסופו של דבר הצביעו במסגרת אסיפה פומבית בעניין זה (ר' סעיפים 139-140 וכן נספחים 27, 31, 32 לכתב התביעה).

18. נסיבה מרכזית זו, היא שלעצמה, מעלה תהיות רבות באשר לבחירתן של המשיבות לתבוע את הנאמן בלבד חלף מחזיקי אגרות החוב או לכל הפחות לצרפם לתביעה כנתבעים, משעה שעיקר הטענות מופנות כלפיהם. כנטען בבקשת הנאמן, המשיבות ירו תחילה את החץ ואז סימנו סביבו את המטרה - ללחוץ על הנאמן כמי שמחזיק את כספי הפקדונות בנאמנות להתפשר במחלוקות על הפקדונות, באמצעות הגשת תביעה שתביא לעיכוב כספם של מחזיקי אגרות החוב שהתקבלו עבורם כתמורה בהסדר עם לפידות (380 מיליון ₪).

19. לא בכדי, כתב התביעה הוגש כנגד הנאמן במועד מתוכנן ומתוזמן מראש- שבוע אחד בלבד לפני השלמת הסדר לפידות, וקודם לחלוקת התמורה למחזיקי אגרות החוב וזאת כאשר עמדו בפני המשיבות אינספור הזדמנויות (שנה שלמה) למצות את זכויותיהן עובר לאישור הסדר לפידות על ידי בית המשפט הנכבד, ובכלל זאת להגיש תביעת חוב במסגרת אישור הסדר לפידות, להגיש התנגדות להסדר לפידות ועוד.

20. הלכה למעשה, גם בית משפט קמא הנכבד לא חלק במסגרת החלטתו על טענת הנאמן כי לא קיימות עילות תביעות שבדין כנגדו וכי היה מקום לכל הפחות לצרף נתבעים נוספים לשם בירורה של התביעה.

21. ניתן להיווכח, כי החלטת בית המשפט קמא הנכבד אינה בוחנת את היעדר היריבות בין הצדדים ואת טענות הנאמן בהקשר זה, שדי בהן בכדי לקבל את בקשתו, כאשר הדיון בהיעדר קיומה של עילת תביעה נעשה בחסר, ובמלוא הכבוד וההערכה, אף הוא, לא יושם כהלכה.

22. וביתר שאת, משעה שבית המשפט קמא הנכבד מציין בפתח הדיון כך ובזו הלשון:

"במבט על, ומבלי להביע ולו שביב של עמדה לגביה, אין ספק שהתביעה בגין התמורה העודפת הינה תביעה חריגה. זאת, מבחינת היקף התביעה, העובדה כי היא מופנית אך ורק נגד הנאמן למחזיקי אגרות החוב שתמורה עודפת זו כלל לא הגיעה לכיסו ובעיקר השאלות כבדות המשקל שהעלתה הרמטיק בבקשה והנוגעות למהות הסעדים המבוקשים על ידי אקסטרה.

אין ספק אפוא כי על פני הדברים, דרך ארוכה ניצבת בין אקסטרה לבין הוכחת חלק זה של תובענתה מבחינה עובדתית ומשפטית."

23. שכן, החלטת בית המשפט קמא נעדרת כל התייחסות או דיון, למשל, ביחס לעובדה כי הנאמן אינו יכול

לשמש נתבע, וודאי וודאי שלא הנתבע היחיד, מקום בו הנאמן לא פעל מעולם על דעת עצמו ולא בחריגה מהוראות מחזיקי אגרות החוב שנתקבלו במסגרת הליכים פומביים וסדורים כדין או מהחלטות בית משפט.

24. והדברים מקבלים משנה תוקף, לנוכח העובדה כי גם המשיבות עצמן לא טוענות במסגרת כתב תביעתן כי הנאמן פעל בחריגה מהרשאה או בשליחות סמויה, אלא דווקא שבות ומציינות את שלל ההחלטות שנלקחו על ידי מחזיקי אגרות החוב ושמכוחן ועל בסיסן פעל הנאמן. בנסיבות אלו ראוי היה למצות את הדיון המשפטי ביחס להוראות הדין שאינן מאפשרות לתבוע את הנאמן.

25. החלטת בית המשפט קמא הנכבד נעדרת גם כל התייחסות או דיון ביחס לעובדה כי אומנם המשיבות מציינות סעיפים מתוך חוק ניירות ערך על מנת לבסס את תביעתן כנגד הנאמן, אולם עיון בחוק מלמד כי דיני ניירות ערך דווקא מצמצמים את חובתו של הנאמן כשלוח ומגדירים את מערכת היחסים ככזו שחלה רק בינו לבין המתזיקים ו/או לבין החברה.

26. לכל אלו יש להוסיף, כי מי שהתקשרה בהסדר החוב למול המשיבות הינה החברה. היא זו אשר מכרה את נכסיה, היא זו שקיבלה את התמורות בגינה והיא זו שהעבירה אותם לנושיה על מנת לפרוע את חובותיה, וביניהם מחזיקי אגרות החוב. למרות זאת, גם את החברה לא צירפו המשיבות לכתב התביעה כנתבעות.

27. גם ביחס להיעדר קיומה של עילת תביעה אליה כן התייחסה ההחלטה, בית המשפט הנכבד לא שלל את הפרשנות לפיה יש לדחות את עילת התביעה על הסף, אלא הסתפק בקביעה לפיה מחיקת עילת התביעה לא תשנה את התוצאה המעשית וכי התביעה תוסיף להתברר היות שבירור התביעה ממילא מתמקד תחילה בעובדות המקרה, כאשר העילות המשפטיות הן נגזרת או המסקנה מן העובדות שתימצאנה, כל שניתן לדחות את הדיון בעילות התביעה ובפלוגתאות המשפטיות לשלב מאוחר יותר של הדיון; וכי על אף הבעייתיות שבתביעה זו, הענקת הגנה מוחלטת וא-פריורית לנאמן בדרך של סילוק התביעה על הסף מעוררת אי נוחות במקרה זה.

28. הנאמן יטען כי גם בכך שגה בית משפט קמא הנכבד. שכן, **בראש ובראשונה למחיקתה של עילת התביעה ישנן השלכות מהותיות על ההליך בפרט שכך משעה שההליך ימשיך להתנהל ויש בכך בכדי לשנות מן הקצה אל הקצה את התוצאה המעשית.**

29. אילו תימחק עילת התביעה שבחלק הרביעי לתביעת המשיבות, סכום התביעה יעמוד על סך של כ-67 מיליון ₪ בלבד, חלף סכום התביעה דהיום אשר עומד על סך של כ-385 מיליון ₪, והתוצאה המעשית תהיה שחרור סך של כ-318.5 מיליון ₪ שנתקבלו כחלק מתמורות הסדר לפידות, אשר מעוכבים בידי הנאמן וחלוקתם למחזיקי אגרות החוב.

30. אין להקל ראש בנזק שנגרם למחזיקי אגרות החוב לאור עיכוב התמורות השייכות להם כבר למעלה משנה, בפרט בתקופה האחרונה המתאפיינת בתנודתיות לא צפויה בשוק ההון לאור מגיפת הקורונה. **במובן זה, בהחלטתו חרף ביהמ"ש קמא הנכבד את גורל מחזיקי אגרות החוב על יסוד יישום מבחן שגוי במישור עילת התביעה, כך שכספם יעוכב עד לתום ההליך המשפטי שיכול ויימשך שנים רבות.**

31. כך, ולמרות השינוי המהותי בתוצאה המעשית כאמור לעיל, בית המשפט קמא הנכבד נמנע כאמור לחלוטין מלקיים דיון של ממש בשאלת היעדר עילת התביעה הן ביחס לעילת עשיית העושר והן ביחס לעילות החוזיות,

על אף שציין כאמור כי במבט על היה עליו להיעתר לבקשת הסילוק.

32. כאן המקום לציין כי גם יתר העילות הנזיקיות אשר עלו לראשונה על ידי המשיבות במסגרת תשובתן לבקשת הסילוק (ולא בכתב תביעתן שהוגדר כ"תביעה כספית ומתן צווים להחזר פיקדון") ובכללן עוולת הרשלנות ועוולת גרם הפרת חוזה, לא זכו לדיון מעמיק, וזאת על אף שהנאמן הבהיר שהמשיבות כלל לא טענו לנזק במונחי דיני הנזיקין שתכליתם השבת המצב לקדמותו. סכום ההתעשרות שתובעות המשיבות במסגרת החלק הרביעי לכתב תביעתן אינו נזק במובן זה. בנסיבות אלו, שגה בית המשפט קמא שכן בהעדר התייחסות לעילות אלו בכתב התביעה אין מקום להחזיק את המשיבות כאילו פעלו להגשת כתב תביעה מתוקן כפי שהיה עליהן לעשות.

33. במלוא הענווה וההערכה, בעשותו כן, בית המשפט קמא הנכבד, נמנע כאמור לחלוטין מלקיים דיון של ממש בנסיבות המרכזיות התומכות בסילוקו של החלק הרביעי שבכתב התביעה על הסף.

34. לדעת הנאמן, ושוב – במלוא הכבוד וההערכה, גם אם סבר בית משפט קמא הנכבד כי אין ליתן לנאמן הגנה מוחלטת וא-פריורית כלשונו, עדיין שומה היה על ביהמ"ש קמא הנכבד לבחון כהלכה את כל הנסיבות שיכולות להביא לסילוקו של החלק הרביעי שבכתב התביעה על הסף, וביתר שאת לאור הנזק הממשי שייגרם למחזיקי אגרות החוב בעיכוב כספם למשך שנים רבות נוספות עד לתום בירור ההליך המשפטי.

35. אם כן, שלושה נימוקים עיקריים, עומדים בבסיס בקשת רשות הערעור דנא :

35.1 היעדר כל דיון בהיעדר היריבות בין הנאמן לבין המשיבות וטענות שהעלה הנאמן בהקשר זה – דיני השליחות, דיני ניירות ערך ודיני הנאמנות אינם מאפשרים תביעה של נאמן בידי צד שלישי, בפרט בהינתן העובדה כי הנאמן מעולם לא חרג מסמכות או מהרשאה ופעל בהתאם להחלטות שנתקבלו כדין על ידי מחזיקי אגרות החוב ולהחלטות בית המשפט. לכך יש להוסיף כי ביהמ"ש קמא הנכבד אף לא קיים דיון בזהות הנתבעים המתאימים ו/או בצורך בצירופם להמשך ניהול התביעה ובמניעים הפסולים העומדים מאחורי החלטת המשיבות לתבוע את הנאמן לבדו, כמפורט בבקשת הסילוק.

35.2 היעדר דיון מספק בעילות התביעה אשר עומדות בבסיס החלק הרביעי שבכתב התביעה של המשיבות ושמכוחן הן תובעות מהנאמן וממנו בלבד את סכום ההתעשרות, כך כלשונו, ובכלל כך בעילת עשיית העושר, בעילות החוזיות וכן בעילות הנזיקיות אשר אינן נכללות בכתב התביעה.

35.3 יישום שגוי של המבחן שקבעה ערכאת ערעור נכבדת זו באשר למקרים בהם תסולק תביעה על הסף. לאמור, העובדה כי חלק מהתביעה ימשיך להתברר לאחר מחיקתו של החלק הרביעי, אינה גוזרת את דחיית הבקשה.

נהפוך הוא, מסקנה זו דווקא מחייבת, ודאי בהתחשב בנזק שנגרם למחזיקי אגרות החוב משעה שהמשמעות היא עיכוב סכום לא מבוטל של כ-318.5 מיליון מתוך תמורות ההסדר למשך שנים רבות נוספות עד לתום בירור ההליך, את קבלתה. שכן, בשורה התחתונה, החלטת ביהמ"ש קמא הנכבד לא שללה את האפשרות כי יש בטענות העולות בבקשת הסילוק כדי ללמד שיש בה ממש.

וודאי שכך כאשר הנימוק הנוסף הוא כי לא ניתן ליתן הגנה מוחלטת וא-פריורית לנאמן. קביעה זו, הינה בכל הכבוד, שגויה, מנוגדת להוראות חוק נ"ע ולדברי ההסבר להצעתו, מנוגדת להלכות הפסוקות, ובעיקר מטילה עול כבד על נאמנים בשוק החוב, ועלולה להביא לחסימת הדרך לנאמנים מלהסכים לקחת חלק בפעולות הגנה על שוק החוב ולפגיעה בהגנה על זכויותיהם של מחזיקי אגרות החוב.

36. נתייחס עתה, לכל אחד מהנימוקים האמורים, דבר דבור על אופניו.

ג. חלק שלישי- ההחלטה לא בוחנת את שאלת היעדר היריבות בין הנאמן לבין המשיבות, וודאי שביחס לעובדות והטענות המועלות בכתב תביעתו

37. לצד כל יתר העובדות והראיות שהוצגו על ידי הצדדים ואשר אינן שנויות במחלוקת, דגש ניכר בבקשה הושם על היעדר היריבות בין הצדדים, ונטען, כי אין מקור חוקי לחייב את הנאמן בסכום ההתעשרות שבחלק הרביעי לכתב התביעה.

38. הנאמן הפנה להוראות חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק השליחות"), לפיו פעולות השלוח מחייבות ומזכות את השולח- מחזיקי אגרות החוב. וכך בלשונו של סעיף 2 לחוק- "שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח." עם זאת, רק בנסיבות קיצוניות, כאשר השלוח פעל בחריגה מההרשאה שניתנה לו או בשליחות סמויה שלא היתה ידועה לצד שלישי, ניתן לשקול להטיל חיוב על השלוח בהתאם לסעיפים 6 ו-7 לחוק השליחות. אלא שהמשיבות לא טענו מעולם לחריגה מסמכות או לשליחות סמויה.

39. נהפוך הוא, גם המשיבות מציינות כי הנאמן פעל בשליחות גלויה לחלוטין במסגרת הליך פומבי שכלל אסיפות של מחזיקי אגרות חוב, פרסום כתבי הצבעה, פרסום תוצאות הצבעה במערכת המגני"א וכו'. יתרה מכך, הנאמן מעולם לא חרג מההרשאה שניתנה לו במסגרת סמכויותיו כמי שייצג את מחזיקי אגרות החוב וכל צעד שנקט הנאמן נעשה בהתאם להחלטות שנקחו על ידי מחזיקי אגרות החוב.

40. הנאמן הפנה להוראות חוק ניירות ערך, על מנת להמחיש שבניגוד לניסיון המשיבות לטעון אחרת, הרי שגם מכוחו, צד שלישי לא יכול לתבוע את הנאמן בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב. וזאת לדעת, על חברה מוטלת חובה מכוח חוק ניירות ערך למינוי נאמן בהנפקה של אג"ח (סעיף 35ב(א) לחוק ניירות ערך), כעולה מהצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 48) (תעודות התחייבות), התשע"ב-2011 ("התיקון"):

"עם התפתחות שוק האשראי החוץ-בנקאי התגברה ההכרה כי לעתים קרובות, פיזורים הרב של המחזיקים בתעודות התחייבות, והעובדה כי בדרך כלל כל אחד מהם מחזיק בתעודות התחייבות בשיעור קטן ביחס להיקף של סדרה מסוימת (ובמקרה של מחזיקים שהם גופים מוסדיים מהווה אחזקה זו גם שיעור קטן מתיק האחזקות שלהם), שוללים מהם את התמריץ להשקיע את התשומות והמשאבים הנדרשים לצורך מעקב אחר השקעתם. הטלת תפקיד זה על הנאמן, חלף ביצועו על ידי כל אחד מהמחזיקים, עשויה להביא לחיסכון בעלויות ולשמירה יעילה יותר על עניינם של המחזיקים אל מול המנפיק. חשיבות תפקיד הנאמן התחדדה אף יותר לנוכח משבר האשראי שפקד בעת האחרונה את כלכלות העולם ואת השוק המקומי. התיקון המוצע נועד לחזק את מעמדו ותפקידו של הנאמן למחזיקים בתעודות התחייבות ולעגן מפורשות את חובתו לפקח באופן שוטף על עמידת המנפיק בהתחייבויותיו כלפי מחזיקי

41. הווה אומר, מינוי הנאמן וסמכויותיו מכוח שטר הנאמנות נועדו ליתן מענה לבעיית האדישות הרציונאלית של מחזיקי אגרות חוב מקרב הציבור, כאשר אין כל תימוכין לעמדת המשיבות לפיה הדינים הקיימים מאפשרים את המצב ההפוך לפיו נאמן יישא באחריות בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב אותם הוא מייצג במסגרת הליכים משפטיים. תוצאה מעין זו חוטאת לתכלית חוק ניירות ערך ולרציונל העומד מאחורי מינוי נאמן בגיוסי חוב.

42. כך גם קובע סעיף 35ט(א) לחוק: "הנאמן ייצג את המחזיקים בתעודות ההתחייבות בכל עניין הנובע מהתחייבות המנפיק כלפיהם, והוא יהיה רשאי, לשם כך, לפעול למימוש הזכויות הנתונות לפי חוק זה או לפי שטר הנאמנות". היינו, דיני ניירות ערך מצמצמים את חובתו של הנאמן כשלוח ומגדירים את מערכת היחסים ככזו שחלה רק בינו לבין המחזיקים ו/או לבין החברה.

43. וישאל השואל: היעלה על הדעת כי בנסיבות אלו ניתן לתבוע נאמן בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב ולשאת בעצמו בנזק שנגרם לצדדים שלישיים, מקום בו הנאמן היה שלוח של מחזיקי אגרות החוב וייצג אותם במסגרת משא ומתן לגיבושו של הסדר חוב ודאג להשיא להם את התמורה הגבוהה ביותר שיכלו לקבל, מבלי שהוא עצמו קיבל דבר ולא חרג מהוראה או הרשאה שניתנה לו? ודאי שלא.

44. למרות זאת, ביחס למסקנה ברורה ומובהקת זו, לסילוקו של החלק הרביעי שבכתב התביעה על הסף, ואשר היתה לאחד מן הנימוקים העיקריים שהציג הנאמן, לא ניתנה כל התייחסות בהחלטתו של בית משפט קמא הנכבד ולא נעשתה הבחינה הנדרשת לצורך קבלת מענה למשל על השאלה האם הנאמן פעל בחריגה מסמכות או מבלי שקיבל הרשאה. גם בכך, בכל הכבוד, נתפס ביהמ"ש קמא הנכבד, לכלל טעות.

45. לכך נוסיף, כי אין די בקביעתו של ביהמ"ש קמא הנכבד לפיה מדובר בנאמן שהיה פעיל מאוד ומילא תפקיד מרכזי במו"מ להסדרי הנושים כדי לקבוע כי הוא הנתבע הנכון ביחס להתעשרות אשר לא הגיעה לכיסו- הלוא זהו תפקידו של נאמן בהתאם לחוק ני"ע עצמו ולדין.

ד. ההחלטה לא בוחנת את שאלת היעדר עילות התביעה שמכוחן נתבע מהנאמן סכום ההתעשרות

46. הנאמן טען בבקשתו, כי מקום בו הוא אינו אחראי לנזק הנטען (והמוכתש) שנגרם לצדדים שלישיים במסגרת תפקידו כשלוח של מחזיקי אגרות החוב אשר פעל בשליחות גלויה וללא חריגה מהרשאה, אזי לא ניתן לטעון כי קיימת עוולה נזיקית או עילה חוזית שמכוחן ניתן לחייב את הנאמן בהשבה של 318.5 מיליון ₪, **ודאי שכך כאשר אין לכך מקור בדין**. מבלי לגרוע מכך, ממילא עילות התביעה אינן יכולות לחול בענייננו.

47. גם עוולת עשיית העושר ולא במשפט אינה מתקיימת בענייננו, ועל כך עמד אף בית המשפט קמא בהחלטתו.

48. ראשית, הנאמן לא קיבל ואיש לא טען שקיבל דבר (למעט שכר טרתו הקבוע שאינו נגזר מהיקף התמורות ההסדר). שנית, הנאמן לא פעל ואיש לא טען כי פעל שלא על פי זכות שבדין- הנאמן פעל בהתאם להוראות

שקיבל ממחזיקי אגרות החוב, לפי הוראות הסדר הנושים אשר אושר על ידי בית המשפט הנכבד, ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד של חדלות פירעון. **שלישית**, סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע כי לא ניתן להחיל את דיני עשיית העושר מקום בו קיים הסכם בין הצדדים, והלוא קיים בעניינינו הסדר הנושים שאושר על ידי בית המשפט הנכבד ובוטל לאחר מכן משחלף המועד האחרון להתקיימותם של התנאים המתלים.

49. ודוק. אישורו של בית המשפט את הסדר הנושים לא נעשה בחלל ריק- הוא נעשה מכוח הוראות הדין והחלטות שיפוטיות ופרוצדורות הקבועות בחוק שנתנו לכל צד מעוניין זכות טיעון בבית המשפט. בתוך כך, ובמסגרת תהליך אישורו של ההסדר, נתקבלה עמדת כני"ר, התקבלו עמדות של נושים אחרים, הוגשו התנגדויות להסדר (שנדחו) ועוד.

50. כך גם, חוק עשיית עושר אינו מסתפק בהתעשרות גרידא, אלא דורש כי תהיה **על חשבון אחר**. גם את רכיב זה כשלו המשיבות מלהוכיח. למעט אמירה סתמית במסגרתה טוענות המשיבות כי המדובר באובדן רווח לכאורה לו ציפו המשיבות מכוח הסדר לפידות, אין כל הסבר המניח את הדעת לגבי אותו הרווח, ומדוע הוא נעשה "על חשבון" המשיבות.

51. גם **העילות החוזיות לא מתקיימות בעניינינו**. לטענת המשיבות כפי שעולה בכתב תביעתן, הנאמן ומחזיקי אגרות החוב היו מחויבים להאריך את המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים לקיומו של הסדר הנושים, ומשלא עשו כן, הפרו את חובת תום הלב לפי סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים.

52. אלא שהנאמן עמד על כך בבקשתו כי בניגוד לטענת המשיבות, מחזיקי אגרות החוב דווקא הסכימו להאריך את המועד האחרון להתקיימותם של התנאים המתלים תחילה בכפוף לתשלום ריבית בגין העיכוב בהשלמת ההסדר וסמוך לאחר מכן ללא תנאים כלל.

53. אך גם אם נתעלם מעובדה מהותית זו, לא היתה כל חובה לנאמן או למחזיקי אגרות החוב להאריך את תוקפו של המועד האחרון, ואף אם היתה חובה כזו (ואין) הרי שלפי ההלכה הפסוקה לא היה בכך בכדי לשלול את חובת תום הלב של הנאמן ו/או של מחזיקי אגרות החוב.

54. יתרה מכך, המשיבות עצמן אינן טוענות להפרת חובתו של הנאמן להאריך את המועד לפי הוראות ההסדר, ולא בכדי כי כאמור לא ניתנה לנאמן סמכות כזו ואין הוראה בהסדר **המחייבת את מי מהצדדים להאריך את תוקפו**, וביתר שאת, לפי שהסדר לפידות **בוטל בסופו של יום על ידי בית המשפט הנכבד של חדלות פירעון** ביום 18.2.2019. מדובר בהחלטה חלוטה אשר התקבלה בנוכחות המשיבות, ושהן לא ערערו עליה.

55. זאת ועוד, גם הוראות הדין לא חייבו את החברה ובטח שלא את הנאמן ו/או מחזיקי אגרות החוב להאריך את המועד להתקיימותם של התנאים המתלים. סעיף 27(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1979, קובעת כי **"חווה יכול שהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן- תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן- תנאי מפסיק)".** בהמשך קובע סעיף 29 לחוק החוזים כדלהלן- **"היה החווה מותנה והתנאי לא התקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזו- תוך זמן סביר מכריתת החווה, הרי אם היה זה תנאי מתלה- מתבטל החווה, ואם תנאי מפסיק- מתבטלת ההתנאה."**

56. לכך יש להוסיף, כי ממילא הטענה לפיה אי הארכת תוקפו של ההסכם מהווה הפרה של תום ליבו של הנאמן סותרת חזיתית את ההלכה הפסוקה. בע"א 8566/06 אמריקר שירותי ייעוץ וניהול (1987) בע"מ נ' מליבו-ישראל בע"מ (להלן: "פרשת מליבו"), קבע כבוד השופט גיבראן כי אי הארכת חוזה בהתאם לתנאיו אינה מהווה הפרה של חובות תום הלב- "גישתה של המערערת אינה משתלבת עם התכלית העסקית המסחרית של החוזה, כפי שציין בית משפט זה בעבר: "בהתחשב חיי המסחר, לא יתכן שחוזה, אף שלא הוגבל בזמן, יחייב את הצדדים לצמיחות... ועל אחת כמה וכמה כאשר לשון החוזה במפורש מגביל את משכו... דאגה לאינטרס הכלכלי, שהינו חלק מהחוזה, אינו מפר את החובה לנהוג בתום לב. דברים ברור דומה נאמרו על ידי בית משפט נכבד זה: ...ממכלול הדברים נראה כי המשיבה הפסיקה את הקשר בהתאם לזכותה החוזית. העמידה על זכות זו אינה מהווה הפרה של חובות תום הלב, אף אם הסיבה העיקרית היתה נעוצה בשיקולים כלכליים."

57. ברור דברים אלו, ומקום בו בוטלו שני הסדרים עם המשיבות, וכן לאחר שניתנו להן מספר ארכות שגם לאחריהן לא הושגו האישורים מהממונים על ההגבלים העסקיים באירופה, מחזיקי אגרות החוב לא היו חייבים, גם לא לפני משורת הדין, ליתן להם ארכות נוספות. והדברים נכונים ביתר שאת לפי שגם למחזיקי אגרות החוב אינטרס כלכלי - לקבל את כספם חזרה מהחברה כאשר כל עיכוב בהשלמתו מגדיל את הסכום אותו חבה להם החברה.

58. אף אם היו מוכיחות המשיבות את התקיימותן של העילות החוזיות, ממילא לא היה בכך בכדי לחייב את הנאמן בסכום ההתעשרות, והדברים יפים ונכונים גם ביחס לעילות הנזיקיות שאינן יכולות לחול בעניינינו.

59. המתווה הנורמטיבי לקביעת פיצויים בגין הפרת חובות תום הלב מצוי בהוראת סעיף 12(ב) לחוק החוזים שזו לשונה: "עד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא והמתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים."

60. הפירוש המקובל בפסיקה ובספרות, צמצם סעד זה לפיצויי הסתמכות בלבד ("פיצויים שליליים"), המיועדים להחזיר את המצב לקדמותו ולפצות את הנפגע על הנזקים שנגרמו לו עקב המשא והמתן (ראו ע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחרי רמת יוסף, בת ים, פ"ד לא(3) 813 (השופט ש' לוי); שלו, בעמ' 156; פרידמן וכהן, כרך א', בעמ' 637; ד' פלפל "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט יא 307, 322 (1985)).

61. אומנם, במקרים מסוימים יכול וייקבע בית המשפט דווקא פיצויי קיום, גם במקרה בו ההפרה נבעה מחוסר תום לב במו"מ בין הצדדים. עמד על כך בית המשפט העליון ברע"א 3160/08 מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ (פורסם בנבו ב-28.6.09), אולם אין כך הדבר בעניינינו. משעסקינן בפיצוי קיום, זכאי הצד הנפגע לקבל את יתרונותיו של ההסכם, אותם ציפה לקבל במועד כריתת ההסכם, ואילו בעניינינו, המשיבות לא ידעו על אודות הרווח הצפוי מהסדר לפידות במועד ההפרה הנטען על ידן.

62. לאמור, עילת התביעה בגין סכום ההתעשרות נולדה רק לאחר גיבוש הצעת ההסדר של לפידות, והרי שלא מן הנמנע להניח כי החברה יכולה היתה להירכש על ידי לפידות בסכום נמוך יותר (ואכן טרם אישורה של הצעת לפידות התנהל מו"מ ביחס להצעות בשווי נמוך בהרבה, לרבות מטעמה של לפידות, משך תקופה ממושכת), או אז, אם נאמץ את שיטת המשיבות, לא היתה קיימת כלל עילת תביעה. מסקנה זו אך מחזקת את קלישת

טענות המשיבות באשר לעילות החוזיות והנזיקיות הנטענות על ידן.

63. גם על טענות אלו, לא קיים ביהמ"ש קמא הנכבד כל דיון ובחר לא לדחות את העילות החוזיות והנזיקיות על הסף מן הטעם היחיד לפיו הנאמן היה צד במשא ומתן לגיבוש הסדרי הנושים, וזאת על אף שציין כי העילות החוזיות והקשר בין טענות המשיבות לבין הנזק החוזי שנגרם להן לכאורה מעורר שאלות כבדות משקל.

64. אלא שמשעה שהוראות ההסדר לא חייבו את מי מהצדדים להאריך את ההסדר לאחר שפקע (ולמרות זאת הם בחרו לבסוף שכן להאריך את המועד), ומשההלכה הפסוקה קובעת כי אין באי הארכת חוזה בכדי לפגוע בחובת תום הלב של צדדים להסדר, אין כל צורך בהמשך בירורן של העילות החוזיות והנזיקיות הנטענות, וודאי שלא כלפי הנאמן שפעל כאמור בהתאם להוראות מתזיקי אגרות החוב ולא תרג מהן.

ה. מסקנות ביהמ"ש, מחייבות, דווקא, את קבלת הבקשה, בפרט לאור השינוי המהותי בתוצאה המעשית לו תימחק עילת התביעה

65. הלכה פסוקה היא, כי אמצעי סילוק תובענה על הסף, בין אם מדובר במחיקת התובענה ובין אם בדחייתה, מהווה סעד בעל השלכות מרחיקות לכת על זכויות התובע ובראשן זכות גישתו לערכאות, אך בו בעת ממלא אמצעי זה תפקיד חיוני בסינון תביעות סרק טורדניות (רעא 5337/17 דוד כץ נ' יעקב כץ (פורסם בנבו, 31.7.2017)).

66. הפסיקה קבעה כי באיתור נקודת האיזון הראוי בין זכות הגישה לערכאות הנתונה לבעלי הדין מזה ולשיקולי המדיניות המשפטית והדיונית מזה, השימוש בסעד הסילוק על הסף ייעשה בזהירות רבה ורק במקרים בהם שוכנע בית המשפט כי אף לו יתנהלו הליכי המשפט במלואם, ובהנחה כי תוכחנה העובדות המפורטות בכתב התביעה, לא יהיה בתביעה הנדונה כדי לספק לתובע את הסעד אותו הוא מבקש (ע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 בע"מ נ' עיריית הרצליה [פורסם בנבו] (11.6.2009)).

67. נקל לראות, כי בהחלטתו, ביהמ"ש קמא הנכבד לא דן באופן עצמאי בהיעדר היריבות ובהיעדר עילת התביעה, ביחס לחלק הרביעי שבכתב התביעה נשוא בקשת הסילוק, אלא התייחס לטענות הנאמן ממעוף הציפור.

68. עם זאת, ביחס לטענות הנאמן הנוגעות להיעדר עילות התביעה, הלכה ולמעשה, ביהמ"ש קמא הנכבד לא שולל, ככל ועיקר, את האפשרות לפיה אף אם יתבררו כל העובדות שבכתב התביעה מטעם המשיבות כנכונות, יסודות העילה יתמלאו כנגד הנאמן ויהיה בהן כדי לספק למשיבות את הסעד אותו הן מבקשות.

69. ראה למשל, התייחסותו של ביהמ"ש לעילת עשיית העושר-

"עילה זו מעוררת את הקושי הרב ביותר והרמטיק צודקת לכאורה בטענתה כי יש לדחות עילה זו על הסף. פשיטא, משום שאף אם נניח כי כל עובדות כתב התביעה נכונות קשה עד מאוד לראות כיצד יימצא שיסודות העילה התמלאו בכל הנוגע להרמטיק... בנסיבות אלה היה לכאורה מקום להורות על מחיקתה של עילת תביעה זו".

70. כך גם, ראה את התייחסותו לעילות החוזיות-

"תיתכן בעיקרון קונסטרוקציה משפטית בה יימצא כי הרמטיק נהגה בחוסר תום לב במשא ומתן או באי קיום הסדרי הנושים ועקב כך תהיה חייבת בתרופות חוזיות. כאמור, הקשר בין טענות אלו לבין הקשר החוזי שנגרם לכאורה לאקסטרה (ככל שנגרם נזק חוזי) מעורר שאלות כבדות משקל...".

71. כל שקבע ביהמ"ש קמא הנכבד הוא שסילוק החלק הרביעי שבכתב התביעה, ממילא לא ימנע את בירור התובענה (המאוחדת), כאשר המסכת העובדתית ממנה צומחות כל אותן עילות ותובענות נוספות היא ממילא מסכת זהה. עוד מוסיף ביהמ"ש קמא הנכבד בהקשר זה, כי לאור זאת, לא יהיה בכך בכדי לשנות את התוצאה המעשית.

72. טול מקרה, בו מתבררת עילת תביעה אשר נפרשת על פני שנים רבות, ומעוכבים מכוחה סכומים מהותיים המצויים במחלוקת, אולם בגין חלק מהשנים, המהוות את החלק העיקרי של הנזק הנטען, מתבקש סילוקה על הסף מחמת התיישנות. ברי כי, אילו יימצא כי אכן אותן שנים אינן יכולות להתברר במסגרת הליך משפטי מחמת התיישנות, תוך שחרור חלק הארי של הכספים המעוכבים, על אף שהמשמעות היא המשך בירור ההליך המשפטי ובירורן של אותה עילת התביעה ביחס לשנים שנותרו, לא יהיה זה נכון וצודק להותיר את אותן השנים במסגרת בירור התביעה תוך עיכוב מיותר של סכומים מהותיים.

73. ובכן, אין המקרה המובא לעיל שונה מהמקרה שלפנינו. בכל הכבוד, לא ניתן לקבל תוצאה לפיה נתבע לא יוכל לבקש לסלק תביעה ו/או רכיבים הימנה, אך בשל הטעם כי ממילא חלקים אחרים של התביעה יוסיפו להתברר.

74. לכך יש להוסיף, כי ביהמ"ש קמא הנכבד אף היה ער לטענות הנאמן ביחס להימנעותו המכוונת של המשיבות מלברר את טענותיהן למול הנתבעים הנכונים מתוך מניעים פסולים ובמטרה להפעיל לחץ על הנאמן ועל מחזיקי אגרות החוב ולהגיע להסכמה במחלוקת על הפקדונות, כמו גם לתזמון בו בחרו המשיבות להגיש את תביעתן, שבווע אחד בלבד לפני השלמת הסדר לפידות, וקודם לחלוקת התמורה למחזיקי אגרות החוב וזאת כאשר עמדו בפני המשיבות אינספור הזדמנויות למצות את זכויותיהן עובר לאישור הסדר לפידות על ידי בית המשפט הנכבד של חדלות פירעון.

75. ברי כי, תוצאה מעין זו סותרת הלכות ברורות שיצאו תחת ידה של ערכאת ערעור נכבדת זו, ואינה מאזנת בין האינטרסים של בעלי הדין בהליך ומקפחת את זכויותיו של הנאמן כנתבע באופן מובהק. ביהמ"ש קמא הנכבד אף ציין בהחלטתו את האמור בע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ ואח' נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ ואח' (4.6.2007)-

"על בית המשפט הדין בבקשות לסילוק על הסף לפלס דרכו בין אינטרסים נוגדים- נוגדים לא רק בין בעלי הדין אלא גם מבחינת המדיניות השיפוטית. מחד גיסא, עשיית צדק מחייבת פתיחתם של שערי משפט; מאידך גיסא, צדק הוא גם מניעתם של הליכי סרק, הטרדת בעלי הדין שכנגד והעמסת יומנו של בית המשפט."

76. והדברים נכונים שבעתיים, בתן הדעת לעובדה כי יהיה בסילוקו של החלק הרביעי של התביעה על הסף, בכדי לשנות באופן מהותי את התוצאה המעשית, שהרי התוצאה המעשית אינה מסתכמת אך בהמשך בירורו של ההליך בין כותלי ביהמ"ש קמא הנכבד.

77. לאור הגשת תביעתן של המשיבות, מעוכב הסכום הנתבע (380 מיליון ₪) מתוך כספי מחזיקי אגרות החוב שהיו צריכים להתקבל בידם במסגרת הסדר לפידות עוד לפני כשנה - בחודש ינואר 2020. למותר לציין כי, עיכוב כספם של מחזיקי אגרות החוב אינו מאפשר השאת תשואה עליו לטובת המחזיקים ואף עלול לגרום להפסדים משמעותיים. הדברים נכונים ורלבנטיים ביתר שאת לאור המתרחש בשוק ההון בימים אלו.

78. לאמור: חלקו הארי של התביעה עשוי היה להיות מסולק על הסף, ומשמעות הדברים היא כי קבלת בקשת הסילוק עשויה היתה לאפשר שחרור של מאות מיליוני שקלים (318.5 מיליון ₪) המעוכבים בגין התביעה חסרת הבסיס של המשיבות, וחלוקתם למחזיקי אגרות החוב.

79. יוצא אם כן, כי מחזיקי אגרות החוב נאלצים לשלם מחיר כבד ולשאת בנזקים שנגרמים לכספם, בשל תביעה קלושה שאינה ראויה להתברר, וזאת בשעה שביהמ"ש קמא הנכבד אינו חולק על כך.

80. זאת ועוד, ביהמ"ש קמא הנכבד נתפס לכדי טעות נוספת בנימוקיו שלא לדחות את בקשת הסילוק, משעה שהוא קבע כי לפי שהנאמן לקח חלק מרכזי במשא ומתן לגיבושם של הסדרי החוב, הגיש במקביל תביעה בשם מחזיקי אגרות החוב נגד המשיבות ושמר בחזקתו את סכום התביעה מכוח הסכם שיפוי הקיים בינו לבין מחזיקי אגרות החוב, הרי שלא ניתן להעניק הגנה מוחלטת וא-פריוורית לנאמן.

81. אלא שאין בעובדה כי הנאמן ייצג את מחזיקי אגרות החוב (בכפוף לעמדת הנציגות ויועצים שונים) (משפטיים וכלכליים) ולפיכך הוביל את הליכי ההסדר כשלוח של מחזיקי אגרות החוב, כדי להטיל עליו, חלף מחזיקי אגרות החוב, אחריות כלשהי כלפי צדדים שלישיים. בתוך כך, הנאמן מתוקף תפקידו הגיש את כתב התביעה מטעם מחזיקי אגרות החוב. כך פועל ונוהג כל נאמן/ שלוח או בא כוח המייצג קבוצה גדולה של ציבור/תובעים/נתבעים בהליך משפטי או מחוצה לו.

82. עם זאת, אין בכל אלו כדי לייחס את המעשים להם טוענות המשיבות במסגרת כתב תביעתן לנאמן. בפרט מקום בו לא נטענה ולו בדל טענה לפיה הנאמן פעל שלא במסגרת סמכויותיו או בחריגה מהרשאה.

83. לא בכדי הוראות הדין מעניקות לנאמן הגנה מפני תביעות של צדדים שלישיים, כאשר הנאמן פעל במסגרת סמכויותיו ובהתאם להוראות שקיבל משולחיו- הלוא הם מחזיקי אגרות החוב.

1. אחרית דבר

84. אשר על כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד, לקבל את הבקשה, ומכוח סמכותו הקבועה בהוראות פרק י"ז לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, לראות ולדון בבקשת רשות ערעור זו, כערעור.

85. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות ושכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.