



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 1099/21

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקשת: הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ

נ ג ד

המשיבות: 1. אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ
2. אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ
3. אלון רבוע כחול ישראל בע"מ
4. דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 19.1.2021 בת"א 26175-01-20 שניתנה על ידי כב' השופטת איריס לושי עבודי

תאריכי ישיבות: ו' בתמוז התשפ"א (16.6.2021)
י"א בחשוון התשפ"ב (17.10.2021)

בשם המבקשת: עו"ד גיא גיסין; עו"ד אופיר נאור; עו"ד שירן גורפן; עו"ד יעל הרשקוביץ'

בשם המשיבות 2-1: עו"ד גיורא ארדינסט; עו"ד רענן קליר; עו"ד פנחס ברטל; עו"ד תומר שקד; עו"ד ירון רוזנבוש

בשם המשיבה 3: עו"ד רם שחורי; עו"ד נטע ברקאי

בשם המשיבה 4: עו"ד נועה ברהום

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת איריס לושי-עבודי) בת"א 26175-01-20 מיום 19.1.2021, במסגרתה נדחתה בקשת המבקשת לסילוק חלק מעילות התביעה נגדה על הסף.

נקדים ונציין כי לאור העובדה שמשמעות קבלת בקשת רשות הערעור היא סילוק חלק מהתביעה, תוצאה שלו בית המשפט קמא היה מגיע אליה הייתה עומדת למשיבות 1 ו-2 זכות ערעור, ההחלטה ניתנת במושב תלתא.

רקע והשתלשלות העניינים

1. במוקד ההליך תובענה כספית בסכום של למעלה מ-340 מיליון ש"ח אשר הגישו המשיבות 1 ו-2, חברת אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ וחברת אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ (להלן: אקסטרה אחזקות ו-אקסטרה פיתוח, בהתאמה. להלן, יכוננו יחד: המשיבות או אקסטרה) – חברות פרטיות בשליטתו של מר מוטי בן משה (להלן: מר בן משה) – נגד המבקשת, חברת הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (להלן: המבקשת או הרמטיק).

2. הרקע לתובענה, בתמצית, הוא כדלהלן: בשנת 2015 נקלעה חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן: אפריקה-ישראל), חברת אחזקות ציבורית הנסחרת בבורסה לניירות ערך בתל אביב-יפו ואשר עיקר אחזקותיה הן בתחום הנדל"ן בארץ ובחו"ל, לקשיים כלכליים משמעותיים. חובותיה הוערכו בשעתו בסך של כ-3.2 מיליארד ש"ח, ונושיה המרכזיים באותה עת היו מחזיקי אגרות חוב משלוש סדרות (סדרות כ"ו, כ"ז וכ"ח. להלן: מחזיקי האג"ח). נוכח מצבה הכלכלי האמור, ניהלו חברת הרמטיק, אשר מונתה כנאמן למחזיקי האג"ח, וכן נציגויות מחזיקי האג"ח בעצמן, הליך לגיבושו של הסדר נושים בחברת אפריקה-ישראל (במסגרת פר"ק 16-06-23117. להלן: תיק הפירוק). במסגרת הליך זה הוגשו מספר הצעות לרכישת השליטה בחברת אפריקה-ישראל ונכסיה, כאשר הרלוונטיות לענייננו הן הצעותיהן של חברת אקסטרה פיתוח (חברה ייעודית שהוקמה לצורך ביצוע ההסדר), חברת אלון רבוע כחול ישראל בע"מ, תאגיד מדווח בבעלותו של מר בן משה (המשיבה 3. להלן: אלון רבוע), וחברת דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, חברת ציבורית הנשלטת על ידי אלון רבוע (המשיבה 4. להלן: דור אלון). בהמשך לכך, ולאחר תחרות צמודה בין מספר מציעים, גובש בשנת 2018 הסדר נושים, שקיבל את אישורם של הרמטיק ומחזיקי האג"ח, לפיו אקסטרה פיתוח תהפוך לבעלת המניות היחידה בחברת אפריקה-ישראל (אשר תהפוך לחברה פרטית) וחברות אלון רבוע ודור אלון ירכשו נכסים שונים של אפריקה-ישראל (להלן: הסדר הנושים). לשם הבטחת קיום ההתחייבויות על פי ההסדר, הופקדו בחשבונות נאמנות פיקדונות בסכום כולל של 100 מיליון ש"ח – 50 מיליון ש"ח על ידי אקסטרה אחזקות, 40 מיליון ש"ח על ידי אלון רבוע ו-10 מיליון ש"ח על ידי דור אלון (להלן: הפיקדונות).

3. למען בהירות ההצגה, נקדים את המאוחר ונבהיר כי למרות ההבנות שהושגו בין הצדדים, אפריקה-ישראל ונכסיה לא נמכרו בסופו של דבר לאקסטרה, אלון רבוע ודור אלון, והעסקה שהושגה בין הצדדים בוטלה בסופו של דבר על ידי בית המשפט של חדלות פירעון. בין הצדדים קיימת מחלוקת שתואר בהמשך ביחס לסיבות שהביאו לכישלון ההתקשרות, וכנגזר מכך ביחס לזכויותיהם זה כלפי זה בעקבות ביטול העסקה. יחד עם זאת, השתלשלות הדברים שתואר להלן אינה שנויה במחלוקת.

4. בסמוך להגשת הסדר הנושים לאישור בית המשפט של חדלות פירעון, הוציאה רשות המיסים צו שומה מכוח פקודת מס הכנסה, התשכ"א-1961, על פיו חויבה אפריקה-ישראל לשלם מס בגובה של כ-245 מיליון ש"ח – דרישה שהכבידה באופן משמעותי על קידום הסדר הנושים כפי שהוסכם בין הצדדים. בעקבות זאת, נוהל משא ומתן נוסף בין הצדדים לאחריו גובש הסדר נושים מתוקן, שעיקרו בשינויים בתמורות הכספיות, בהוספת התחייבויות ותנאים מתלים להשתכללות ההסדר ובעיגון הסכם פשרה שגובש עם רשות המיסים (להלן: הסדר הנושים המתוקן). הסדר זה אושר על ידי מחזיקי האג"ח ביום 9.8.2018 ובהמשך על ידי בית המשפט של חדלות פירעון בהחלטה מיום 2.9.2018 שהתקבלה במסגרת תיק הפירוק.

5. ואולם, גם הניסיונות למימושו של הסדר הנושים המתוקן, לרבות הליך גישור שהתנהל בין הצדדים, לא צלחו, וביום 18.2.2019 הוא בוטל בהחלטתו של בית המשפט של חדלות פירעון שניתנה במסגרת תיק הפירוק. מעיון בהחלטתו של בית המשפט עולה כי הסדר הנושים המתוקן הותנה במספר תנאים, ובכלל זה בהמצאת אישורים רגולטוריים על ידי אקסטרה, אשר לא התקיימו בחלוף המועדים שנקבעו בהסדר ועל אף שניתנו מספר ארכות בעניין. בעוד אין מחלוקת שההסדר בוטל, כל צד תלה את האשמה באחר באשר לנסיבות שהובילו לאי מימושו של ההסדר, ובאחריות להשלכות הנובעות מכך.

6. בעקבות האמור, חודשו ההליכים להסדרת חובות אפריקה-ישראל כלפי מחזיקי האג"ח, ובתוך כך, הוגשו הצעות חדשות לרכישת מניות אפריקה-ישראל ונכסיה. בהמשך, ביום 25.2.2019 הגישה הרמטיק, בשם מחזיקי האג"ח של שתי סדרות אג"ח (סדרות כ"ו וכ"ז), בקשה למכירת חלק מנכסיה של חברת אפריקה-ישראל לידי קבוצת משקיעים, וזו אושרה בפסק דינו של בית המשפט של חדלות פירעון מיום 3.3.2019 (פר"ק 19-02-58794). מספר חודשים לאחר מכן, אף הוגשה הצעת רכש חדשה לרכישת מניות אפריקה-ישראל, הפעם על ידי חברת לפידות קפיטל בע"מ (להלן: לפידות), אשר

אושרה על ידי בית המשפט של חדלות פירעון ביום 27.11.2019 (חדל"ת 19-10-25064) (להלן, יכוננו יחדיו: העסקאות החלופיות).

7. ביני לביני, ובעקבות אי הוצאתם לפועל הן של הסדר הנושים והן של הסדר הנושים המתוקן, הגישה הרמטיק לתיק הפירוק בקשה לחילוט מלוא כספי הפיקדונות (ראו בקשות מימים 3.7.2018 ו-7.1.2019), ואילו דור אלון הגישה לתיק הפירוק בקשה להשבת הכספים שהפקידה בסך 10 מיליון ש"ח (בקשה מיום 31.10.2018). בהחלטת בית המשפט של חדלות פירעון מיום 24.3.2019 שניתנה בתיק הפירוק נקבע כי לאור מורכבות המחלוקות בין הצדדים, האכסנייה המתאימה לדון בבקשות אלה היא במסגרת הגשת תביעה אזרחית נפרדת, ולא כבקשה למתן הוראות במסגרת הליך חדלות הפירעון בו נדון הסדר הנושים.

8. על רקע האירועים האמורים הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו שלוש תובענות (אשר הדיון בהן אוחד בהתאם להחלטה מיום 16.7.2020), כמפורט להלן:

(-) ת"א 18533-06-19 – תביעה על ידי דור אלון נגד הרמטיק להשבת כספי הפיקדון בסך 10 מיליון ש"ח ופירותיהם (להלן: תביעת דור אלון).

(-) ת"א 26175-01-20 – תביעה על ידי אקסטרה נגד הרמטיק להשבת כספי הפיקדון בסך של 50 מיליון ש"ח ופירותיהם, וכן לפיצוי בגין נזקים נטענים הקשורים בהחזקת הפיקדון ובביטול הסדר הנושים המתוקן (להלן: תביעת אקסטרה).

(-) ת"א 21034-04-20 – תביעה על ידי הרמטיק, בעבור מחזיקי האג"ח ובשם, נגד אקסטרה, אלון רבוע ודור אלון שעניינה בחילוט מלוא כספי הפיקדונות ופירותיהם, וזאת כפיצוי מוסכם בגין הפרת התחייבויותיהן של האחרונות על פי הסדר הנושים והסדר הנושים המתוקן (להלן: תביעת הרמטיק).

9. משמעותה האופרטיבית של פקעת ההליכים הוא כדלהלן: הרמטיק מעכבת בידיה סכום של כ-330 מיליון ש"ח אשר מיועד לחלוקה למחזיקי האג"ח מכוח העסקאות החלופיות (הסכום המעוכב עמד תחילה על 380 מיליון ש"ח, ואולם על פי הנמסר במהלך הדיון שנערך לפני כ-50 מיליון ש"ח מתוכם שוחררו כנגד כתבי שיפוי מטעם מחזיקי האג"ח הרלוונטיים); וכספי הפיקדונות שניתנו להבטחת הסדר הנושים טרם שוחררו מחשבונות הנאמנות, על אף שהסדרים בין הצדדים לא יצאו אל הפועל כאמור.

10. ענייננו כאמור עוסק בתביעת אקסטרה ובכך יתמקד דיונונו. עניינה של תביעת אקסטרה בתביעה כספית לתשלום של למעלה מ-340 מיליון ש"ח, וזאת בגין שלושה רכיבים: הרכיב הראשון עניינו בהשבת כספי הפיקדון שהפקידה אקסטרה אחזקות ופירותיו המוערכים על ידי אקסטרה בסכום של כ-57.5 מיליון ש"ח; הרכיב השני עניינו בתשלום פיצוי כספי בסך של כ-9 מיליון ש"ח בגין הנזקים שנגרמו לאקסטרה, כך על פי טענתה, בעקבות החזקת הפיקדון על ידי הרמטיק שלא כדין; הרכיב השלישי, המהווה את חלקה הארי של התביעה, עניינו בחיוב הרמטיק להעביר לידי אקסטרה את התמורה העודפת שהפיקו מחזיקי האג"ח והרמטיק מהעסקאות החלופיות, תחת הסדר הנושים המתוקן, המהווה את הפער בין התמורה שנקבעה בהסדר הנושים המתוקן לבין התמורה שהתקבלה בעסקאות החלופיות. תמורה עודפת זו הוערכה על ידי אקסטרה בסכום של כ-318.5 מיליון ש"ח (להלן: התמורה העודפת). על פי הנטען, מחזיקי האג"ח והרמטיק פעלו שלא כדין ובחוסר תום לב, בניגוד להסדר הנושים המתוקן, ותוך הפרתו, וזאת כדי להתחמק מביצועו של הסדר הנושים המתוקן תוך העדפת העסקאות החלופיות. לפיכך, קמות לאקסטרה, לשיטתה, עילה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר) ועילות חוזיות בגין הפרת הסדר הנושים המתוקן והפרת חובות תום הלב מכוח חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) (להלן: הרכיב השלישי). יצוין כי בהמשך ההליך, ועל אף שהדבר לא הופיע בכתב התביעה שהוגש, טענה אקסטרה כי תחת הרכיב השלישי קמות לה גם עילות נזיקיות מכוח פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין).

11. בטרם הוגש כתב ההגנה, הגישה הרמטיק ביום 12.2.2020 בקשה לסילוק הרכיב השלישי על הסף מחמת שני טעמים מרכזיים: היעדר יריבות כלפי הרמטיק בהיותה נאמן; והיעדר עילה משלא מתקיימים יסודות העילות הנטענות (להלן: הבקשה לסילוק על הסף).

החלטת בית המשפט קמא

12. ביום 19.1.2021 ניתנה החלטת בית המשפט קמא, במסגרתה נדחתה הבקשה לסילוק על הסף, תוך שנקבע כי מרבית העילות המצויות תחת הרכיב השלישי דורשות בירור מורכב ועל כן לא ניתן לדחותן על הסף.

13. בפתח החלטתו עמד בית המשפט קמא על כך שהרכיב השלישי בתביעת אקסטרה הוא חריג, בשים לב להיקפו, בהתחשב בכך שהוא מופנה רק כלפי הנאמן של מחזיקי

האג"ח שכלל לא קיבל לכיסו מן התמורה העודפת, ונוכח טיבו של הסעד המבוקש המעורר שאלות כבדות משקל. יחד עם זאת, ציין בית המשפט קמא כי הרמטיק מילאה תפקיד מרכזי ופעיל במשאים ומתנים לגיבושם של הסדרי הנושים השונים והעסקאות החלופיות, ועל כן לא מן הנמנע כי נוצרו לה חבויות אישיות במסגרת אלה. עוד צוין כי הרמטיק הגישה בעצמה תביעה בשם מחזיקי האג"ח נגד אקסטרה על מנת לזכות עבורם בכספי הפיקדונות (היא תביעת הרמטיק), ולפיכך מוקשית טענתה להיעדר יריבות, ולמצער מעוררת אי נוחות, באשר משמעותה היא כי לא ניתן לפעול בכיוון ההפוך – היינו, לתבוע אותה בשם של מחזיקי האג"ח ובמקומם. כך במיוחד לאור הודאת הרמטיק כי שמרה בחזקתה את סכום התמורה העודפת מכוח הסכם שיפוי שיש לה עם מחזיקי האג"ח (ולחילופין קיבלה מהם בטוחות בגין שחרור חלק מהכספים), וכן לאור הסכמתה שלה, במסגרת טענותיה בבקשה לסילוק על הסף, כי ניתן להטיל אחריות אישית על נאמן במקרים בהם פעל בזדון, רשלנות רבתי או חריגה מובהקת מסמכות. בהתחשב בכל אלה, ולאור ההלכות המחמירות בנוגע לסילוק תביעה על הסף, קבע בית המשפט קמא כי אין מנוס מבירור התובענה לגופה. זאת ועוד, בית המשפט קמא קבע כי הגם שייתכנו מקרים שבהם ניתן להכריע בשאלות מורכבות ועקרוניות במסגרת בקשה לסילוק על הסף, וזאת מטעמי יעילות והוגנות, אין ההליך דנן נמנה עם אותם מקרים, וממילא לא יהיה בסילוק הרכיב השלישי כדי למנוע את בירור הרכיבים האחרים בתביעת אקסטרה, ואף לא את בירור שתי התביעות הנוספות (תביעת דור אלון ותביעת הרמטיק), נוכח הזהות במסכת העובדתית של כל אותן תביעות.

14. לאחר דברים אלה, הוסיף בית המשפט קמא ודן באופן פרטני בכל שלושת סוגי העילות להן טענה אקסטרה תחת הרכיב השלישי, וקבע כי למעט עילת עשיית עושר ולא במשפט, גם דיון זה תומך במסקנתו האמורה, ובפרט בכך שעשויה לקום יריבות מול הרמטיק. כך, ביחס לעילות הנזיקיות קבע בית המשפט קמא כי הטענות שהעלתה אקסטרה בעניין זה ניתנות להיטען כלפי כל אדם או ישות, ובכלל זה נאמן, ולפיכך אין לדחות אותן על הסף. בהיבט הדיוני יצוין כי בית המשפט קמא היה ער לכך שעילות אלה לא הופיעו בכתב התביעה, אך סבר כי ניתן לרפא פגם זה באמצעות בקשה לתיקונו. באשר לעילות החוזיות, בית המשפט קמא הצביע על כך שלמרות שהרמטיק לא קיבלה לכיסה תמורה מן העסקאות החלופיות, אף לא מקצתה, הרי שעולה מהחומר שהוגש בתיק כי הרמטיק הייתה 'צד' במשאים ומתנים לגיבושם של הסדרי הנושים, וכן להסדרים עצמם. משכך, קיימת לכאורה האפשרות כי ימצא שהרמטיק נהגה בחוסר תום לב, בין אם במשא ומתן ובין אם בקיום הסדרי הנושים, באופן המקים לה חבות בתרופות חוזיות. בכל הנוגע לעילת עשיית עושר ולא במשפט ציין בית המשפט קמא כי "עילה זו מעוררת את הקושי

הרב ביותר והרמטיק צודקת לכאורה בטענתה כי יש לדחות עילה זו על הסף" (פסקה 44 להחלטה). זאת, משום שגם אם נניח כי כל עובדות כתב התביעה תוכנה כנכונות, עדיין מתעורר ספק גדול אם מתקיימים יסודות העילה. אף על פי כן, בית המשפט החליט שלא למחוק עילה זו מהטעמים הבאים: מחיקת העילה ממילא לא תביא לסילוק התביעה על הסף; בלאו הכי בירור התביעה יתמקד תחילה בתשתית העובדתית, כך שניתן יהיה לדחות את הדיון בעילות התביעה ובפלוגתאות המשפטיות לשלב מאוחר יותר; וכי יש בסילוק על הסף כדי להעניק להרמטיק הגנה מוחלטת וא-פריוורית באופן המעורר אי נוחות לאור העובדה שהגישה במקביל, בשם מחזיקי האג"ח, תביעה נגד אקסטרה וכן שמרה בחזקתה את סכום התמורה העודפת.

מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

15. הרמטיק סבורה כי החלטת בית המשפט קמא נושאת השלכות רוחביות וציבוריות משמעותיות, החורגות מהמקרה הפרטני דנן, שכן יש בה כדי ליצור תמריץ לנקיטת הליכים משפטיים נעדרי בסיס נגד נאמנים הפועלים במסגרת תפקידם, אשר יוביל בסופו של דבר לאפקט מצנן שירתיע נאמנים מלשמש ככאלה. תוצאה זו, על פי הרמטיק, יש בה כדי להביא ל"רעידת אדמה של ממש" בשוק אגרות החוב בישראל, ועל כן מחייבת היא התערבות ערכאת הערעור. בתוך כך, טוענת הרמטיק לשלוש שגיאות משמעותיות שנפלו בהחלטתו של בית המשפט קמא: השגיאה הראשונה היא הימנעותו של בית המשפט קמא מלדון בשאלת היעדר היריבות בין המשיבות להרמטיק. אליבא דהרמטיק, לא קיים מקור חוקי לחיובה בסכום התמורה העודפת, וזאת משום שהן דיני השליחות, הן דיני ניירות ערך והן דיני הנאמנות אינם מאפשרים הגשת תביעה על ידי צד שלישי (שאינו השולח, המיוצג או הנהנה) נגד נאמן, אשר יישא באחריות בשמם ובמקומם של מחזיקי האג"ח. כך במיוחד בהינתן שהרמטיק לא פעלה על דעת עצמה או בשליחות סמויה, לא חרגה מסמכות או הרשאה ופעלה בהתאם להחלטות מחזיקי האג"ח והחלטות בית המשפט. כן טענה הרמטיק כי אין די בקביעת בית המשפט קמא לפיה רמת מעורבותה בהסדרי הנושים הייתה משמעותית כדי להביא למסקנה כי היא הנתבעת המתאימה ביחס להתעשרות שלא נכנסה לכיסה, שכן פעולותיה היו בהתאם לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 והוראות הדין. עוד טענה הרמטיק כי בית המשפט קמא אף נמנע מלדון בזהות הנתבעים המתאימים, ובפרט בהיעדרם של אפריקה-ישראל ומחזיקי האג"ח

מהתביעה (ובצורך בצירופם לשם בירור התביעה), וכן במניעים הפסולים העומדים לשיטת הרמטיק מאחורי תביעת אקסטרה ובכלל זה תזמון הגשתה.

השגיאה השנייה נעוצה בהיעדרו של דיון מלא ושלם בשאלת קיומן של עילות תביעה בגדרו של הרכיב השלישי. כך, גורסת הרמטיק כי עילת עשיית עושר ולא במשפט אינה מתקיימת בענייננו משום שלמעט שכר טרחה הרמטיק לא קיבלה דבר מהעסקאות החלופיות (ואיש לא טען אחרת), ועל כן לא "התעשרה" מהעסקאות הללו; הרמטיק פעלה על פי דין, ובהתאם להחלטות מחזיקי האג"ח ובית המשפט והוראות הסדרי הנושים; המשיבות לא הוכיחו כי התמורה העודפת שקיבלו מחזיקי האג"ח נעשתה על חשבונן; ומקום בו קיים הסכם בין הצדדים, הוא הסדר הנושים המתוקן, אין תחולה לדיני עשיית עושר ולא במשפט. באופן דומה, הרמטיק טוענת כי גם העילות החוזיות אינן מתקיימות במקרה דנן, שכן למרות שמחזיקי האג"ח הסכימו ליתן למשיבות מספר ארכות לקיום ההסכם, לא חלה על הרמטיק (או על מחזיקי האג"ח) חובה כלשהי, לא מכוח הסדר הנושים המתוקן ולא מכוח הוראות הדין, להסכים לארכות נוספות, ואף אם הייתה חובה כזו, ההלכה הפסוקה מורה כי אין באי עמידה בה כדי להצביע על כך שהרמטיק (או מחזיקי האג"ח) פעלו בחוסר תום לב. זאת ועוד, אפילו אם היו מתקיימים יסודותיהן של העילות החוזיות, ממילא לא היה בכך כדי לבסס את הסעד המבוקש על ידי המשיבות – העברת התמורה העודפת. והדברים נכונים, כך על פי הרמטיק, גם ביחס לעילות הנזיקיות.

השגיאה השלישית היא הנחתו של בית המשפט קמא כי מכיוון שאין במחיקת הרכיב השלישי כדי למנוע את המשך בירור יתר תביעת אקסטרה, אין להורות על סילוקו. הרמטיק טוענת כי לסילוקו של הרכיב השלישי יש השפעה מעשית משמעותית – הן בצמצום המחלוקות והסעדים הכספיים והן, וזה העיקר, בשחרור הכספים המוחזקים בידי הרמטיק והמיועדים לחלוקה למחזיקי האג"ח, אשר מעוכבים כבר תקופה ממושכת, מבלי שנושאים הם בתשואה ראויה, וזאת אך בשל קיומה של תביעת אקסטרה.

16. המשיבות, מנגד, סבורות כי החלטת בית המשפט קמא היא מוצדקת ואינה מגלה כל עילה להתערבות, בעוד בקשת רשות הערעור מציגה תיאור מטעה ושגוי בקשר לאמור בהחלטה זו. תחילה עומדות המשיבות על פועלה של הרמטיק ותפקידה המרכזי בהובלת המשאים ומתנים ובגיבושם של הסדרי הנושים, וכן מצביעות על הפעולות החמורות והפסולות לשיטתן בהן נקטה הרמטיק, לעיתים מיוזמתה ובאופן עצמאי, כדי לכפות שינויים בהסדר הנושים המתוקן ולבסוף על מנת לסכל את ביצועו של ההסדר. עוד

מציינות המשיבות כי בניגוד לטענת הרמטיק בית המשפט קמא קבע, ובצדק קבע בהתאם לדין ולפסיקה, כי יש תוחלת לקיומן של העילות החוזיות והנזיקיות, וזאת לאחר שערך דיון מקיף בעילות התביעה הללו והכריע כי כתב התביעה מגלה אותן במפורש. כן מדגישות המשיבות כי כל אדם, לרבות תאגיד, חב באחריות אישית ונפרדת לפעולותיו שלו, ואין בעובדה שנאמן ביצע את פעולותיו כשלוח, ולא עבור עצמו, כדי לגרוע מאחריות זו. אשר לעילת עשיית עושר ולא במשפט, טוענות המשיבות כי בהינתן שהרכיב השלישי מגלה שלל עילות תביעה, מדובר בדיון תיאורטי, וככזה איננו נדרש. מכל מקום, הן גורסות כי כתב התביעה מגלה גם עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, הן משום שאפילו אם התמורה העודפת לא מיועדת להרמטיק הרי שיש לראות בה כמי שהתעשרה שלא כדין מכוח דיני ריבוי חייבים, והן מכיוון שמערכות הדינים החלות על נאמנים והמציאות בפועל מלמדות כי מקום בו אדם מחזיק בעילת תביעה נגד מחזיקי אגרות חוב הנתבע הנכון הוא הנאמן במקומם ובשם (בהיותו מייצגם), וכך במיוחד בענייננו, כאשר הרמטיק תובעת את המשיבות בשם ובמקומם של מחזיקי האג"ח. לאמור מוסיפות המשיבות כי לפתחו של בית המשפט קמא מונחות שלל טענות עובדתיות אשר נדרש לבררן לגופן, ולפיכך לא ניתן לסלקן על הסף. לסיום, מתייחסות המשיבות לטענות נוספות שהעלתה הרמטיק בבקשת רשות הערעור ודוחות אותן אחת לאחת.

17. יצוין כי בימים 16.6.2021 ו-17.10.2021 נערכו שני דיונים במעמד הצדדים, במהלכם שבו הצדדים על טענותיהם (בהרחבה יתרה) וכן נעשו ניסיונות להביאם לפשרה. ואולם, משניסיונות אלה כשלו, נותר איפוא להכריע בבקשת רשות הערעור דנן.

דיון והכרעה

18. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובתשובה לה, וכן שמעתי את טענות הצדדים בעל-פה, ובהתאם לסמכותי על פי תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות), החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה הרשות לערער והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. אקדים מסקנה לדיון ואומר כי לדידי דין הערעור להתקבל, וכך אמליץ לחבריי לעשות – כפי שיפורט להלן.

19. בטרם נצלול לגופם של דברים, נזכיר תחילה את המסגרת הדיונית הרלוונטית לעניין. כידוע, בית המשפט רשאי בכל עת להורות על סילוקה על הסף של תביעה, כולה או מקצתה, מכוח תקנה 41 לתקנות החדשות (בעבר, סמכות זו הייתה מצויה בתקנות 100-101 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). תועלתה של הסמכות האמורה

בכך שהיא מאפשרת לסנן תביעות סרק ובכך לחסוך בזמן שיפוטי ובהוצאות עבור הצדדים, ובפרט עבור הנתבע. זאת, במיוחד, באותם מצבים בהם ניהול תביעת סרק עלול להביא לכך שמטעמי זהירות יימנע הנתבע מביצוע פעולות שברצונו לבצע, וכתוצאה מכך ייגרם נזק לו או לצדדים שלישיים. והמקרה שלפנינו יעיד: הרמטיק מחזיקה בידיה בנאמנות את יתרת תמורת העסקאות הנוספות, בסכום עצום של מאות מיליוני שקלים חדשים, ונמנעת, בצדק מבחינתה, מחלוקתה כל עוד לא הוסרה מעליה עננת התביעה בגין התמורה העודפת. כתוצאה מכך אין מחזיקי האג"ח מקבלים כספים אלה, ונמנעת מהם האפשרות לנצלם כרצונם בתקופת ההתדיינות. ודוק, ככל שהתביעה בה עסקינן היא תביעה בעלת סיכויי הצלחה, אין מנוס מתוצאה זו, וכל שניתן הוא להבטיח שהנזק שייגרם למחזיקי האג"ח אם תידחה התביעה יגולגל על כתפי אקסטרה, וזאת באמצעות חיובה בהפקדת ערובה מתאימה. לעומת זאת, ככל שמדובר בתביעת סרק, מן הראוי לסלקה בהקדם האפשרי, ובכך למנוע ממחזיקי האג"ח נזק מיותר.

20. עם זאת, סילוק על הסף הוא סעד קיצוני המביא למחיקה או לדחייה של תובענה טרם התבררה לגופה, ומשליך הוא על זכות הגישה לערכאות. על כן, סעד כאמור שמור למקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם ברור כי גם אם יוכחו מלוא הטענות בכתב התביעה, אין אפשרות, ולו קלושה, כי התובע יוכל לקבל את הסעד המבוקש על ידו (רע"א 6938/19 אילני נ' ברוך, פסקה 22 (20.8.2020); ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, פסקאות י"ב-י"ג (4.6.2007)). דברים אלה נכונים ביתר שאת ביחס לסילוק תובענה על הסף מחמת היעדר עילה, שאז נדרש להראות כי "התביעה על פניה אינה מגלה ולו צל של עילה" (רע"א 10091/02 Siemens Aktiengesellschaft נ' תעשיות אלקטרוכימיות בע"מ (14.3.2004). ראו גם: ע"א 76/86 ד"ר פיינשטיין נ' ה.ש. מלונות בע"מ, פ"ד מג(3) 124, 128 (1989)). לפיכך, סילוק על הסף מחמת היעדר עילה ייעשה במצבים בהם [אפילו יוכיח התובע את כל העובדות המהותיות אשר פירש בו, לא יזכה בפסק דין, משום שאין לצדו חוק, המטיל על הנתבע את החובה, עקב העובדות המפורשות בכתב התביעה, להיענות לתובע" (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 385-384 (מהדורה שביעית, 1995)). זאת ועוד, בפסיקה הובעה הדעה כי יש לבכר את תיקון כתב התביעה על פני סילוקו על הסף, מקום בו יש בתיקון כאמור כדי לגלות עילת תביעה (ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 175 (2011) (להלן: עניין דובק); ע"א 163/84 מדינת ישראל נ' חברת העובדים העברית השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, פ"ד לח(4) 1, 10 (1984); ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לז(4) 721, 724 (1983)).

21. כלל נוסף שהשתרש בפסיקתנו הוא כי "לצורך בירור טענות של סילוק תביעה על הסף, יש להניח כי העובדות הנטענות בתביעה הן עובדות מוכחות, ואינן נתונות כשלעצמן במחלוקת. שלב ההכרעה בטענת הסף הדיונית אינו מאפשר ואינו מצריך הכרעה במחלוקות עובדתיות שעניינן אמור להתברר במשפט גופו" (ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525, 548-549 (2008)). ראו גם: ע"א 7379/18 יצחקי נ' יצחקי, פסקה 24 (18.12.2019); ע"א 9063/12 עזבון המנוח ריכטר ז"ל נ' Delson, פסקה 23 (5.9.2017)). בהתאם לכך, נקבע כי מקום בו הכרעה בבקשה לסילוק על הסף מחייבת בירור מורכב, וצלילה לנבכי העובדות, הדבר מצדיק, על דרך הכלל, לדחות את הבקשה ולבחון את הטענות המועלות במסגרת ההליך גופו (רע"א 2127/18 ארבל מרכז גריאטרי בע"מ ו-25 נוספים נ' משרד הבריאות, פסקה 26 (31.12.2018); רע"א 661/17 אלמשרק חברה לביטוח בע"מ נ' אלטנדוק (הקרן) אלפלסטיני לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פסקה 4 (16.2.2017); רע"א 6770/01 קי.בי.ע. קבוצת בוני ערים בע"מ נ' מועצה אזורית באר טוביה, פסקה 5 (14.10.2001)). ואולם לחריג לכלל זה, ראו למשל: עניין דובק, בעמ' (176-175).

22. עוד יצוין כי מידת השימוש בסעד של סילוק על הסף משפיעה גם על היקף ההתערבות בהחלטות הערכאה המבררת בעניין זה. הכלל הנהוג ביחס להחלטה הדוחה בקשה לסילוק על הסף, אשר משמעותה המעשית היא המשך בירור התובענה לגופה, הוא כי היקף ההתערבות של ערכאת הערעור בה יהיה מצומצם ושמור הוא למקרים חריגים בלבד, כגון שנפלה טעות מהותית או כאשר מתעורר חשש לניהול הליך סרק הכרוך בהשקעת משאבים יוצאת דופן (רע"א 5630/17 נוואמה נ' כהן, פסקה 11 (27.3.2018); רע"א 8552/16 איתי פיננסיים א.א. השקעות בע"מ נ' יחזקאל, פסקה 6 (10.1.2017); חמי בן-נון וטל חבקינ הערעור האזרחי 207-208 (מהדורה שלישית, 2012)).

23. על רקע כללים אלה נעבור לבחון את המקרה שלפנינו. בענייננו לא ביקשה הרמטיק לסלק את תביעת אקסטרה בכללותה, אלא בקשת הסילוק שהגישה התייחסה רק לרכיב מסוים של התביעה – דרישת אקסטרה לקבל ממנה את התמורה העודפת שהתקבלה במסגרת העסקאות החלופיות. משמעות הדברים היא כי הדיון להלן יתמקד אך ורק בשאלה האם, תחת ההנחה כי אקסטרה תצליח להוכיח את מכלול טענותיה העובדתיות, יקומו לה עילות התביעה העומדות ביסודו של הרכיב השלישי בתביעתה, ויזכו אותה בסעד הנחבע – דהיינו זכות לקבל מהרמטיק כ-318.5 מיליון ש"ח, המהווים את הפער בין התמורה שנקבעה בהסכם הנושים המתוקן שנערך עמה לבין התמורה שהתקבלה בעסקאות החלופיות. ודוק, על כתב התביעה של אקסטרה לגלות לא רק את

יסודות העילות הנטענות, אלא גם להראות כי יש בעילות אלה, כולן או מקצתן, כדי לזכות בסעד המבוקש. אם כתב התביעה לא יגלה את שני אלה גם יחד, הרי שאי סילוק התביעה על הסף יביא לניהול הליך סרק, שיהיה כרוך לא רק בהשקעה מיותרת של משאבים מרובים, אלא גם בנזק משמעותי למחזיקי האג"ח, אשר ימנע מהם את האפשרות לקבל את כספי התמורה העודפת כל עוד מתנהלת ההתדיינות.

24. הרכיב השלישי של תביעת אקסטרה, אשר כאמור אך בו עוסקת הבקשה לסילוק על הסף, מתמקד בסעד של השבת שווי התמורה העודפת לידי אקסטרה, וזאת בהתבסס על שלוש עילות תביעה:

(-) עילה של הפרת חוזה, בין משום שלא ניתנה ארכה להתקיימות התנאים המתלים בהסדר הנושים המתוקן ובין בשל סיבות אחרות בעטיין בוטל ההסדר, ולחילופין הפרת חובת תום הלב לפי סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (להלן: העילות החוזיות).

(-) עילה נזיקית בשל אי עמידתה של הרמטיק בחובה לנקוט אמצעים סבירים כלפי אקסטרה כדי למנוע ממנה נזק שצריך היה לצפות שייגרם, באופן העולה כדי עוולה לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, וזאת בהסתמך על פסק הדין בעניין ע"א 230/80 פנידור, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 727 (1981) (להלן: עניין פנידור). בנוסף, נטען לקיומה של עילת גרם הפרת חוזה, בהתאם לסעיף 62 לפקודת הנזיקין, משהרמטיק פעלה ביודעין וללא כל הצדקה על מנת לגרום לאי ביצועו של הסדר הנושים המתוקן (להלן: העילות הנזיקיות).

(-) עילה בגין עשיית עושר ולא במשפט בשל כך שהרמטיק (ומחזיקי האג"ח) פעלו כדי לסכל את ביצועו של הסדר הנושים המתוקן, במטרה להוציא תחתיו את העסקאות החלופיות בעבורן קיבלו תמורה גבוהה יותר, באופן העולה לשיטתה של אקסטרה כדי התעשרות בלתי מוצדקת על חשבונה, המזכה אותה בתמורה העודפת שהופקה מהעסקאות החלופיות (להלן: העילה בעשיית עושר ולא במשפט).

25. ואולם, כפי שיפורט להלן, אין באף אחת מהעילות הללו, כדי להקים לאקסטרה את הזכאות לסעד הנתבע על ידה, דהיינו לשווי התמורה העודפת. ודוק, כפי שהדיון להלן ילמד, איננו נדרשים לברר רכיבים עובדתיים או משפטיים הקשורים בהתגבשות

העילות להן טוענת אקסטרה, אלא השאלה המרכזית בה נעסוק היא האם יש בעילות שמעלה אקסטרה כדי להביא לסעד של העברת התמורה העודפת לידיה.

תביעת שווי התמורה העודפת מכוח דיני החוזים

26. במישור החוזי, אקסטרה מנסה להיבנות כאמור משתי עילות: הפרת חיובים על פי חוזה והפרת חובות תום הלב. ואולם, אקסטרה לא תוכל למצוא באף אחת מן העילות הללו את התרופה המבוקשת על ידה. אבהיר זאת.

27. לנפגע מהפרת חוזה נתונה על פי סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) הזכות לבחור בין אכיפת החוזה (בכפוף לסייגים הקבועים בסעיף 3 לחוק התרופות) לבין ביטול החוזה (על פי התנאים בסעיפים 7 ו-8 לחוק התרופות, לפי העניין). ביטול החוזה גורר אחריו השבה הדדית של התמורות שניתנו על פי החוזה (סעיף 9 לחוק התרופות). לצד זאת, ובנוסף על התרופות האמורות (או במקומן), רשאי הנפגע, בנסיבות המתאימות, לדרוש סעד של פיצויים אשר נועדו להגן על אינטרסים של הנפגע מההפרה אשר הדין רואה אותם כראויים להגנה (סעיפים 2 ו-10 לחוק התרופות). כך למשל, נפגע שבחר באכיפת החוזה זכאי לתבוע פיצויים בגין נזקים שסעד האכיפה לא ירפא, כגון העיכוב בקבלת התמורה החוזית, ואשר יעמידו אותו במצב בו היה אילו החוזה היה מקיים על פי תנאיו. בדומה, נפגע שבחר לבטל את החוזה זכאי, בנוסף להשבה, לתבוע פיצויים אשר יעמידו אותו במצב בו היה נתון אילו קיים החוזה (ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 75-79 (2011) (להלן: פרידמן וכהן, חוזים כרך ד); ע"א 8946/04 Warner Bros. International Television Distribution נ' ו"ח יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל, גוונים וגוונים קריות, פסקה 10 (1.8.2010); ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 54-58 (1993)).

28. הנה כי כן, על אף שדיני החוזים הישראלים מעמידים שורה של תרופות לרשותו של הנפגע מהפרת חוזה, לא תמצא בין אותן תרופות סעד חוזי המקנה לנפגע את הזכות להשבת רווחי המפר (לאפשרות לתבוע את רווחי המפר מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אתיחס בהמשך). במהלך הדיון שהתקיים לפניי הצבעתי בפני באי-כוחן של המשיבות על הקושי הטמון, מבחינה דוקטרינרית, בדרישת סעד של השבת רווחיהן העודפים של מחזיקי האג"ח כתוצאה מהעסקאות החלופיות. בתגובה לדברים אלה, הבהיר בא-כוח המשיבות כי תחת התרופות החוזיות בשל הפרת חוזה, אין הן דורשות סעד של השבת רווחי המפר, אלא פיצויי קיום – המבטאים את הפער בין המחיר החוזי

לבין מחיר השוק של הנכס מושא החוזה במועד ביטול החוזה באופן המדמה ביצוע של עסקה חלופית תחת העסקה המקורית – כאשר ברצון המשיבות להגיש חוות דעת מומחה שתכמת פיצויים אלה באמצעות הערכת שווי הסדר הנושים המתוקן במועד ביטולו (ראו פרוטוקול דיון מיום 16.6.2021, בעמ' 15-16). ואולם, עמדה זו של המשיבות, אשר נמסרה לראשונה בעל-פה במהלך דיון בבקשת רשות הערעור, מנוגדת לטענותיהן במסגרת ההליך קמא, ובפרט לטענתן המפורשת בכתב התשובה שהגישו במסגרת ההליך קמא כי "הטענה כאילו התובעות השתהו בנוגע לתביעת הסכום העודף מופרכת שכן תביעה זו לא עלתה אלא לאחר שהתגבש ועמד לצאת לדרך הסדר לפידות. זאת, מן הטעם הפשוט שבכל הקשור לכימות הנזק, אבדן הרווח והיקף העושר ולא במשפט, היא מבוססת על הסדר לפידות" (סעיף 128 לכתב התשובה). ודוק, אם אכן עסקה תביעתן של המשיבות בפיצויי קיום, הרי שהנזק לא התגבש במועד ביצוע העסקאות החלופיות, אלא לכל המאוחר במועד הביטול או במועד סביר סמוך לכך (והשוו גם לסעיף 11(א) לחוק התרופות. כן ראו ע"א 660/86 תושיה נ' גוטמן, פ"ד מד(1) 52, 54 (1987)). יצוין כי סעיף 10 לחוק התרופות מאפשר אומנם במקרים מתאימים יתר גמישות בקביעת מועד הערכת הנזק (ראו פרידמן וכהן, חוזים כרך ד, בעמ' 578-588). עם זאת, לכל המאוחר מרגע ביטול החוזה נדרש הנפגע לבצע עסקאות חלופיות מכוח עקרון הקטנת הנזק שבסעיף 14 לחוק התרופות. על כן קיים קושי ניכר בתביעה של משקיע עסקי המבוססת על הערכת שווי ההשקעה במועד מאוחר משמעותית למועד הביטול, באשר הציפייה ממנו היא כי יאתר במהירות יחסית מסלולי השקעה חלופיים לכספו (השוו: ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' טוראקי, פ"ד מב(4) 811 (1989); ע"א 7302/96 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' לילוף, פ"ד נה(3) 200 (2001)).

29. ויובהר, המשיבות אינן חולקות על כך שהסדר הנושים המתוקן בוטל כדין על ידי בית המשפט ביום 18.2.2019, ואינן טוענות כי המשיך להתקיים לאחר מועד זה. מכאן שהנזק אותו הן רשאיות לתבוע כתרופה חוזית, איננו התמורה העודפת, אלא ההפרש, ככל שהוא קיים, בין שווי הממכר (אפריקה-ישראל) במועד הביטול (או במועד סביר סמוך לכך) לבין המחיר שנקבע בעבור הממכר בהסכם הנושים המתוקן. ואולם, כתב התביעה לא כולל כל תביעה ביחס להפרש זה, אלא, כפי שמעידה אקסטרט בעצמה בצייטוט מכתב התשובה, הוא מתמקד בדרישתה לשווי התמורה העודפת בלבד (המשקפת, כזכור, את הפער בין התמורה שנקבעה בהסדר הנושים המתוקן לבין התמורה שהתקבלה בעסקאות החלופיות). זאת ועוד, לאור פער הזמנים המשמעותי שבין מועד ביטול ההסדר (18.2.2019) לבין המועד בו אושרו העסקאות החלופיות, ובפרט העסקה עם לפידות (27.11.2019), גם לא ניתן לקבל את טענתה המאוחרת של המשיבות,

שהועלתה כאמור לראשונה לפניי, כי הסכום שהתקבל בעבור אפריקה-ישראל בסוף שנת 2019 מהווה אומדן רלוונטי של הסכום שניתן היה לקבל בעבורה בתחילת שנה זו. זאת, בהתחשב בעובדה, שאין עליה חולק, כי עקב תנודות משמעותיות בשוק ההון, ערך נכסי חברת אפריקה-ישראל ירד באופן ניכר בתקופה שבסמוך למועד ביטולו של הסדר הנושים המתוקן (ראו: פרק ג' לתגובת הרמטיק בפר"ק 16-06-23117 מיום 9.1.2019; סעיפים 26 ו-75 לתשובת אלון רבוע בפר"ק 16-06-23117 מיום 20.1.2019; סעיפים 5, 26, 157-156 לתגובת אקסטרה בפר"ק 16-06-23117 מיום 20.1.2019. כן ראו פרוטוקול דיון בבית משפט זה מיום 16.6.2021, עמ' 13 ש' 2-4. עוד השוו להצעת אקסטרה פיתוח אלון רבוע מיום 17.2.2019 במסגרת פר"ק 16-06-23117 המעידה על שווי העסקה בעיניהן במועד הביטול). מכאן שגם טענה זו אינה יכולה להציל את העילה החוזית, וזאת אף אם נתעלם, ואינני סבור שניתן לעשות כן, מכך שהעלאתה מהווה "שינוי חזית" אסור (השוו: ע"מ 3879/09 יהלומית פרץ עבודות בניין ופיתוח בע"מ נ' משרד האוצר – מדינת ישראל, פסקה 21 (2.6.2014)).

30. עילה אחרת המעוגנת בחוק החוזים עליה משליכות המשיבות את יהבן כדי לבסס את זכותן להשבת התמורה העודפת היא הפרת חובת תום הלב, בין אם בביצועו של הסדר הנושים (וזאת מכוח סעיף 39 לחוק החוזים) ובין אם במשא ומתן לקראת כריתתו של הסדר הנושים (לפי סעיף 12 לחוק החוזים). לאפשרות לתבוע מכוח סעיף 12 לחוק החוזים אף אם נכרת חוזה, ראו: ע"א 10137/05 ליברמן נ' תדביק בע"מ, פסקה 20 (14.8.2008); ע"א 49/83 קטלר נ' מאירוב, פ"ד מא(2) 547, 550-551 (1987); ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 582-683 (1983).

31. הפרת חובות תום הלב עשויה אף היא להקנות לנפגע מגוון רחב של סעדים: פיצויי הסתמכות (לרבות אובדן הזדמנות), שילוב חיובים, פיצויי קיום, ובמקרים מסוימים, אף אכיפה (לעניין סעיף 12 לחוק החוזים, ראו: ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נז(1) 289, 299-302 (2002) (להלן: עניין קל בנין); ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579, 583 (1983); ע"א 846/76 עטיה נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1977). לעניין סעיף 39 לחוק החוזים, ראו: ע"א 9784/05 עיריית תל אביב יפו נ' גורן, פסקה 32 (12.8.2009) (להלן: עניין גורן); רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804, 815 (1999); ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113 (1981); בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 838-839 (1980).

ויובהר, מהיבט הסעד קיים שוני בין הפרת חובת תום לב במשא ומתן לכריתת החוזה (סעיף 12 לחוק החוזים) לבין הפרת חובת תום הלב בקיום חוזה (סעיף 39 לחוק החוזים). שוני זה הוא נגזרת של עיתוי ההפרה ואופייה: לעניין סעיף 12 לחוק החוזים, המתייחס לשלב הטרם-חוזי, ונושא אופי נזיקי, הכלל הוא פסיקת פיצויי הסתמכות ואילו פיצויי קיום הוא החריג, כאשר אכיפה היא החריג שבחריגים (ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 15 (29.1.2017); ע"א 8265/15 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' קבוצת אקוסנס (מזרח תיכון בע"מ), פסקה 15 (1.12.2016); ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקאות כ'-כ"ג (14.6.2009); עניין קל בנין, בעמ' 302; ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158, 170 (2002)); לעומת זאת, לעניין סעיף 39 לחוק החוזים, המתייחס לשלב החוזי, ונושא אופי חוזי, תרופות ההפרה הן רב גוניות יותר ומשתנות מעניין לעניין, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. עם זאת, נקודת המוצא היא כי הפרה של החובה הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים שקולה להפרת החוזה עצמו, ועל כן זכאי הצד הנפגע לעיתים קרובות לתרופות השונות בגין הפרת חוזה, כאשר הבכורה היא לקיום החוזה (ע"א 8422/17 מדינת ישראל - משרד התחבורה נ' המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים, פסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה אסתר חיות ופסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה חנן מלצר (דעת מיעוט אך לא לעניין זה) (8.2.2021); ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769, 780-781 (1990); ע"א 380/77 שלמה נ' יעקוב, פד"א לג(2) 103, 105 (1979); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים – החלק הכללי 104-102 (מהדורה רביעית, 2019). ואולם השוו: עניין גורן; עניין קל בנין, בעמ' 289).

32. ואולם, בין אם המשיבות יתבעו לפי סעיף 39 לחוק החוזים ובין אם לפי סעיף 12 לחוק החוזים, אין למיטב ידיעתי תקדים בפסיקת בית משפט זה לפסיקת סעד של השבת רווחים כנגד מי שהפר את חובתו "לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" (להצגת אפשרות זו ראו אמירת השופט (כתוארו אז) אהרן ברק בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גו'ס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 279 (1988) (להלן: עניין אדרס). כן השוו ת"א (מרכז) 10-07-7707 חד מוליכי תבל בע"מ נ' הארגז תעשיות בע"מ, פסקאות 46-54 (17.6.2013), בו הוכרה האפשרות לתבוע טובת הנאה שצמחה לצד שלישי מהפרת חובת תום לב על ידי קרובו). מכל מקום, אף אם הדבר אפשרי במקרים מתאימים, בוודאי שאין לפסוק סעד זה לטובת נפגע מהפרת חובת תום הלב בנסיבות בהן לא ניתן לפסוק אותו לטובת נפגע מהפרת חוזה. שהרי, לכל היותר, ניתן לראות את הפרת חובת תום הלב בכריתת חוזה או בקיום חוזה כשקולה מבחינת תוצאותיה להפרת התחייבות חוזית

(כאמור, זו נקודת המוצא כשמדובר בהפרת חובת תום הלב בקיום חוזה, והחריג כשמדובר בהפרת חובת תום הלב בכריתת חוזה). בענייננו, אף אם נניח כי הרמטיק נהגה בחוסר תום לב כלפי אקסטרה בקשר להסדר הנושים המתוקן, הרי שהסעד המרחיב ביותר אותו תוכל אקסטרה לדרוש הוא זה לו היא זכאית כנפגע מהפרת חוזה. משראינו לעיל כי מעמד זה אינו מקנה לה זכות לשווי התמורה העודפת מכוח דיני התרופות החוזיות, ומשנראה להלן כי מעמד זה אף אינו מקנה לה זכות לשווי התמורה העודפת מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ממילא אין באפשרותה לבססו כסעד ראוי בגין הפרת חובת תום לב.

33. המסקנה המתבקשת היא, איפוא, כי לאקסטרה לא עומדת זכות חוזית לתבוע את שווי התמורה העודפת. תמציתו של העניין פשוטה: במשקפי דיני החוזים, הסדר הנושים המתוקן בוטל כדין, ותרופותיה החוזיות של אקסטרה, ככל שתצליח לשכנע כי הביטול אירע בעקבות הפרה של התחייבות חוזית או של חובת תום הלב מצד הרמטיק, מוגבלות לנזק שנגרם לה בגין אובדן העסקה אותה עשתה. ואולם, התמורה העודפת שהתקבלה בעסקאות החלופיות אינה הנזק שנגרם לאקסטרה בגין ביטול החוזה (אובדן הסדר הנושים המתוקן, כפי ערכו במועד הביטול; לא אובדן עסקה שלא ניתן היה לבצע באותה עת), ואף לא אומד של נזק זה (בשל מרחק הזמנים בין מועד הביטול למועד עריכת העסקאות החלופיות).

תביעת שווי התמורה העודפת מכוח דיני הנזיקין

34. בצד המסלול החוזי, קיים מסלול נזיקי המאפשר לנפגע לתבוע בנזיקין בהתקיים מעשה שניתן לסווג אותו כעוולה, כגון תרמית (סעיף 56 לפקודת הנזיקין; ע"א 4670/03 י.מ.ש השקעות בע"מ נ' כלל (ישראל) בע"מ, פסקה 19 (13.12.2006); ע"א 9053/02 וינשטיין נ' ד"ר קוסקס (2.6.2004); ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225 (1987); ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן, פ"ד לח(4) 421 (1984)), רשלנות (סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין; ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקה 11 (6.6.2011); ע"א 790/81 american microsystems inc נ' אלביט מחשבים בע"מ, פ"ד לט(2) 785, 797-795 (1985); ע"א 783/83 קפלן נ' נובוגרוצקי, פ"ד לח(3) 477 (1984); עניין פנידר (התקיים דיון נוסף במסגרת ד"נ 7/81, אך לא על עניין זה); ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון, פ"ד לב(2) 337 (1978)), וגרם הפרת חוזה (סעיף 62 לפקודת הנזיקין; ע"א 7814/11 אשר חברה להפצת צמיגים בע"מ נ' קו-גול

יוניטרייד בע"מ, פסקה י"ד (16.9.2013); ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פדיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180 (1999).

35. תחת המסלול הנזיקי הסעדים המוענקים לנפגע מבקשים לשקם את האינטרס המוגן שנפגע בעקבות העוולה. דיני הנזיקין מושתתים על העקרון של השבת המצב לקדמותו, ומכאן שהפיצויים בגין עילה נזיקית נועדו להעמיד את הנפגע במצב בו היה אלמלא בוצעה העוולה (ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, 624-628 (2006); ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 80-81 (1997); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772 (1982)). במילים אחרות, מטרת הפיצויים היא לרפא נזק שנגרם בפועל. בכך נבדל המסלול הנזיקי – המבכר את אינטרס ההסתמכות, מן המסלול החוזי – המבכר את אינטרס הקיום (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 103-107 (מהדורה שנייה, 2018). ראו גם: ע"א 4948/13 עו"ד הרבני נ' אבני, פסקאות 28-30 (15.3.2015); רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 260-261 (2000)). חריג (מדומה) לכך ניתן למצוא בעוולת גרם הפרת חוזה, מכוח סעיף 62 לפקודת הנזיקין, לה טוענות כאמור המשיבות, שאז הסעד המקובל, על דרך הכלל, הוא סעד קיום בדמות אובדן רווחי החוזה אילו לא היה מופר (נילי כהן "גרם הפרת חוזה" דיני הנזיקין העוולות השונות 276 (1986)). ודוק, גם במקרה זה תכלית דיני הנזיקין היא השבת המצב לקדמותו, אלא שהאינטרס המוגן, זה שאת מצבו יש להשיב לקדמותו, הוא קיום הזכות החוזית. על כן הסעד הנזיקי לו זכאי הניזוק מכוח עוולת גרם הפרת חוזה (כלפי גורם הפרת החוזה) זהה לסעד שהיה מקבל (כנגד המפר) על פי דיני החוזים.

36. אפס, גם המסלול הנזיקי איננו מקנה לאקסטרה אפשרות לתבוע את שווי התמורה העודפת. אף אם נניח לצורך הדיון כי הרמטיק עוולה כלפיה, וכי היא אחראית מכוח עוולת גרם הפרת חוזה או כל עוולה אחרת לאובדן הרווח שהיה צומח לה מקיום הסדר הנושים, עדיין המדובר ברווח שהייתה מפיקה מהסדר הנושים המתוקן כערכו במועד ביטול הסדר הנושים המתוקן, או במועד סביר סמוך לכך, ולא במועד מאוחר יותר. לפיכך גם במסלול הנזיקי עומדים בפני תביעת אקסטרה לשווי התמורה העודפת אותם מכשולים בלתי עבירים שעמדו בפניה במסלול החוזי: אובדן התמורה העודפת אינו הנזק שנגרם לה מהעוולה (הנזק הוא אובדן הסדר הנושים המתוקן) ואף אינו מהווה אומדן של נזק זה (בשל מרחק הזמן בין ביטול הסדר הנושים המתוקן לעריכת העסקאות החלופיות). אשר על כן, גם עילת תביעה זו לא יכולה להצדיק הגשת תביעה לסעד המבוסס על התמורה העודפת.

37. מכל מקום, דברים אלה נאמרים למעלה מן הצורך, משהמשיבות כלל לא טענו בכתב תביעתן לעילות נזיקיות, ואף לאחר שקבע בית המשפט קמא כי ניתן לרפא פגם זה באמצעות תיקון כתב התביעה, לא נקטו המשיבות בפעולות נדרשות. אם בכך לא סגי, גם במסגרת הדיון שנערך לפניי ביום 16.6.2021 לא בא זכרן של עילות אלה כאשר בא-כוח המשיבות נשאל על עילות התביעה (ראו עמ' 15 ואילך לפרוטוקול הדיון). משכך, דומה שגם המשיבות אינן סבורות באמת ובתמים כי יוכלו למצוא את הסעד הנתבע על ידן בעילות הנזיקיות.

תביעת שווי התמורה העודפת מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט

38. העילה היחידה מבין העילות המצויות ברכיב השלישי של תביעת אקסטרה אשר הדין הישראלי מכיר במסגרתה באפשרות לתבוע סעד של השבת רווחי המפר (בענייננו שווי התמורה העודפת) היא דיני עשיית עושר ולא במשפט. אף על פי כן, במקרה דנן גם עילה זו לא תסייע למשיבות להשיג את מבוקשן.

39. כידוע, בדיון הנוסף בעניין אדרס, הכיר בית משפט זה בזכותו של נפגע מהפרת חוזה לא רק לביטול החוזה והשבת התמורות שניתנו על ידי צד למשנהו (השבה של התמורה העצמית – זכות המעוגנת בסעיף 9 לחוק התרופות), אלא גם בזכותו לקבל את הרווחים שהפיק המפר מצד שלישי על חשבון הנפגע כתוצאה מהפרתו את החוזה (השבת התמורה הנגדית – זכות שאין לה ביטוי מפורש בחקיקה, וההכרה בה עוגנה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט) (לדיון בהלכה שנקבעה בעניין אדרס ראו חנוך דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ 601 (1997); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 543-561 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר)). יוער כי למרות שאין חולק על חשיבותה העיונית של הלכת אדרס, ותרומתה לפיתוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, הרי שהשימוש בה הלכה למעשה מועט, ויש הטוענים זניח (להצגת תופעה זו וניתוחה ראו אייל זמיר, "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר בעקבות הלכת אדרס" ספר שלמה לזין 323 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין, מיכאל קרייני עורכים, 2013)).

40. בענייננו מבקשת אקסטרה להתבסס על הלכת אדרס, ולתבוע מהרמטיק את הרווחים שצמחו לאחרונה, וליתר דיוק למחזיקי האג"ח שהיא מייצגת, מהפרת

ההתקשרות עמה. ספק גדול בעיניי אם ניתן במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט לתבוע באופן אישי נאמן על רווחים שהפיק בעבור הנאמנות במסגרת תפקידו, שכן הרווחים שייכים לנאמנות, ועל כן היא הזוכה בטובת ההנאה, ולא הנאמן באופן אישי (ראו סעיף 3(א) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979: "פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות"). יחד עם זאת, אין צורך שנתעמק בעניין זה, וזאת משני טעמים: ראשית, הרווחים בהם עסקינן מצויים עדיין בידי הרמטיק (ולמצער, באפשרות הרמטיק לתבוע השבתם ממחזיקי האג"ח להם שולמו הכספים, וזאת מכוח כתבי שיפוי), ולפיכך נראה שאין מניעה לתבוע אותה בכובעה כנאמן בגין טובת ההנאה שצמחה למחזיקי האג"ח; שנית, לאור התוצאה אליה הגעתי, לפיה הדין המהותי אינו מקנה לאקסטרה זכות לתבוע את שווי התמורה העודפת מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, לא ממחזיקי האג"ח ולא מהרמטיק. אתרכז להלן בנימוק השני, שהוא החשוב לענייננו.

41. הלכת אדרס מחזקת את ההגנה הניתנת לזכות החוזית, על ידי כך שהיא מקנה לנפגע מהפרת חוזה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, סעד נוסף על אלה שנקבעו בדיני החוזים: האפשרות לתבוע את הרווחים שהמפר הפיק עקב הפרת החוזה (ראו: עניין אדרס, בעמ' 275; רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 322 (1990); ע"א 8728/07 אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון (15.7.2010)). ראו גם: פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 553-554).

42. בעניין אדרס עצמו הרווח בו דובר היה התמורה העודפת שהפיק המפר ממכירת ממכר שנמכר ויועד לתובעת (כ-1763 טון ברזל) לצד ג' (דהיינו, הסכום בו עלתה התמורה שהתקבלה בגין הממכר מצד ג' על התמורה שהייתה מתקבלת על פי החוזה). לכאורה, תביעתה של אקסטרה לשווי התמורה העודפת מבוססת על אותו עקרון: לשיטתה היא זכאית לתמורה העודפת שקיבלה הרמטיק בעבור מחזיקי האג"ח בגין הממכר נושא הסדר הנושים המתוקן (אפריקה-ישראל) (דהיינו, להפרש שבין המחיר ששולם עבור אפריקה-ישראל בעסקאות החלופיות למחיר שנקבע בהסדר הנושים המתוקן). אכן, על פני הדברים – קיים דמיון בין התביעות. ואולם, בין שני ההליכים יש הבדל חשוב וקריטי – בעוד שבעניין אדרס המכירה לצד ג' נעשתה כאשר ההסכם בין התובע לנתבע היה בתוקף, והיותה הפרה של הסכם זה, בענייננו המכירה לצד ג' נעשתה לאחר ביטול הסדר הנושים המתוקן, וממילא לא יכלה להוות הפרה שלו. כפי שניווכח, הבדל זה גוזר תוצאה שונה מבחינת הניתוח המשפטי.

43. כפי ששנינו, הלכת אדרס מאפשרת לנפגע לתבוע מהמפר את הרווח שהפיק בעקבות הפרת החוזה. ואולם, במה דברים אמורים? ברווחים שנבעו למפר בעקבות הפרת החוזה על חשבונו של הנפגע, דהיינו ברווחים שהפקתם התאפשרה על חשבון פגיעה בזכויותיו של הנפגע על פי החוזה. לפיכך, כאשר עסקינן בתביעה לרווח שהופק ממכירה לצד ג' יש להבחין היטב בין שני מצבים:

רווחי מכירה לצד ג' שבוצעה לפני שהחזרה בוטל – כל עוד החוזה נותר בתוקפו, עומדת לנפגע הזכות לביצוע החוזה, ולפיכך אם במהלך תקופה זו הייתה נעשית בניגוד להסכם עסקה נוגדת, במסגרתה היה נמכר הביצוע החוזי לצד ג' תוך הפרה של ההסכם, יכול הנפגע לטעון שרווח זה הופק על חשבונו, במובן זה שהמכירה התאפשרה על חשבון פגיעה בזכותו לביצוע החוזה. כך היה בעניין אדרס. ודוק, באותו מקרה התעוררה בין השופטים מחלוקת בשאלה מהי ההשלכה של ביטול החוזה לאחר המכירה לצד ג' על הזכות לתבוע את רווחי המפר. השופט מרים בן פורת ז"ל סברה כי במקרה האמור החוזה בוטל לאחר המכירה לצד ג', וכי ביטול זה שולל את הזכות לרווחי המפר (ראו עמ' 247–252); השופט (כתוארו אז) אהרן ברק סבר כי יש לקיים את הדיון על בסיס ההנחה כי החוזה לא בוטל, שכן כך נקבע בערעור האזרחי, והנושא לא הועמד לדיון נוסף (ראו עמ' 260–261); ואילו השופט (כתוארו אז) שלמה לוי והשופט גבריאל בך סברו כי בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו לאחר המכירה לצד ג', עומדת לנפגע הזכות לתבוע את רווחי המפר (ראו עמ' 234–242 ועמ' 281–283). עמדת השופטים לוי ובך, בכל הכבוד, מקובלת עליי (וזאת בהיקש לזכות הנפגע לפיצויים. ראו גם פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 353–354). ואולם חשוב לשים לב לכך שההנחה שעמדה ביסוד העמדות השונות היא שהמכירה לצד ג' נעשתה קודם לביטול, דהיינו בזמן שההתחייבות החוזית הייתה בתוקף.

רווחי מכירה לצד ג' שבוצעה לאחר שהחזרה בוטל – משבוטל החוזה משוחררים שני הצדדים מההתחייבויות הראשוניות לפיו, ולפיכך רשאים הם לעשות ביחס לתמורות שהיה עליהם לתת במסגרת החוזה כרצונם. על כן, אם אחד הצדדים, בין אם זהו המפר ובין אם זהו הנפגע, מוכר לצד ג' את אותו נכס שהתחייב לספק לאחר לפי חוזה שבוטל, אין הוא מבצע בכך הפרה נוספת של החוזה, וממילא לא ניתן לומר עליו שהרווח שהפיק מהמכירה הופק על חשבונו תוך הפרת הסכם. זהו מצב הדברים בענייננו. מרגע שבית המשפט ביטל את הסדר הנושים המתוקן לא עמדה עוד לאקסטרה כל זכות ביחס לממכר מושא ההסדר (אפריקה-ישראל), ואילו בעלי הזכויות באפריקה-ישראל היו רשאים

למכור אותה לצד ג' לפי שיקול דעתם, ומבלי שיישאו בגין פעולה זו בכל חובה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט כלפי אקסטרה.

44. סיכום הדברים בתמצית כבר מצוי בדברים הבהירים והחדים של פרופ' דניאל פרידמן:

כעקרון דין ההשבה חל על רווח שהופק על ידי המפר עקב ההפרה ולפני הביטול. ביטול החוזה לאחר מכן (השולל אמנם את זכות האכיפה) אינו שולל בהכרח את הזכות להשבת הרווח. מנגד, אם הביטול יצר מצב, שהתיר למפר לבצע פעולה מסוימת בנושא החוזה, הרי הוא זכאי לפירותיה של פעולה זו, בהנחה שבוצעה לאחר הביטול, אף אם לפני הביטול הייתה פעולה זו נחשבת למנוגדת לחוזה.

(פרידמן וכהן, חוזים כרך ד, בעמ' 499; וראו גם פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, בעמ' 353).

45. בענייננו אין חולק כי העסקאות החלופיות באו לעולם רק לאחר החלטתו של בית המשפט של חדלות פירעון המורה על ביטול הסדר הנושים המתוקן. אף באי-כוחה של הרמטיק הביעו מלכתחילה במפורש את הצורך בביטול הסדר הנושים המתוקן לשם קידומן של עסקאות אחרות תחתיו (ראו פרוטוקול דיון בפר"ק 16-06-23117 מיום 18.2.2019). מכאן שלא מתקיימת בענייננו הזיקה הנדרשת בין הרווחים שנוצרו מאותן עסקאות (התמורה עודפת) לבין הפרתו של הסדר הנושים המתוקן, באם הייתה כזו: ביטול הסדר הנושים המתוקן ביטל את זכותה של אקסטרה ביחס לאפריקה-ישראל, ושולל את הצורך להוסיף להגן על זכותה לביצוע; ממועד זה ואילך לא הייתה עוד מניעה למכור את אפריקה-ישראל לצד ג', וממילא הדבר לא יכול להוות התעשרות שלא על פי זכות שבדין על חשבונה של אקסטרה; מכאן שלאקסטרה אין כל זכות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בתמורה העודפת שהופקה מביצוע העסקאות החלופיות.

טו דבר

46. מן המקובץ עולה כי הרכיב השלישי של תביעת אקסטרה, אפילו אם נכיר בכל העילות להן טוענת אקסטרה (וכמובן, שבשאלה אם יש לעשות כן אינני מביע כל עמדה), אינו יכול לבסס את הדרישה לסעד המתבקש בגדרו – העברת התמורה העודפת לידי אקסטרה – זאת לא מכוח דיני החוזים, לא מכוח דיני הנזיקין ואף לא מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ודוק, הגם שהעילות האמורות, ותביעת אקסטרה בכלל, מעוררות

שאלות מורכבות ודורשות הן בירור עובדתי ומשפטי, בכל הנוגע לסעד המבוקש ברכיב השלישי, אין בטענות המועלות על ידי אקסטרה, אפילו אם נניח שתוכחנה במלואן, כדי לבסס את הזכאות לסעד שנתבע על ידה. מכאן גם שאיננו נדרשים להכריע במכלול השאלות שהעלו הצדדים ביחס להתקיימות יסודות העילות השונות, ובכלל זה בשאלת היריבות (האם, ובאילו מצבים, ניתן לתבוע את הנאמן בכובעו האישי, ובכובעו כמייצג מחזיקי האג"ח). נוכל, אם כך, להותיר שאלות יפות אלה לעת מצוא.

47. לאור כל האמור, אם תישמע דעתי, נקבל את הערעור ונורה על מחיקת הרכיב השלישי בתביעת אקסטרה. עוד אמליץ לחבריי כי המשיבות 1 ו-2 יישאו בהוצאות המבקשת בהליך דנן בסכום של 50,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, י"ג בכסלו התשפ"ב (17.11.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט