

1. אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, ח.פ. 515781425
  2. אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, ח.פ. 515068849
- שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד רענן קליר ו/או פנחס ברטל ו/או ירדן רוזנבוש ממושרד ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות' עורכי דין
- מרח' ברקוביץ' 4, תל אביב 6423806  
טל: 03-7770111; פקס: 03-7770101

- נ ג ד -

התובעות

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197  
מרחוב ששת הימים 30, בני ברק, מגדל צ'מפיון  
ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או טלי שלו ממושרד נאור-  
גרשט ו/או ע"י ב"כ עוה"ד גיא גיסין ו/או יעל הרשקוביץ  
ממושרד גיסין ושות' עורכי דין  
מרח' הברזל 38, תל אביב 69710  
טל: 03-7467777; פקס: 03-7467700

הנתבעת

**תשובת התובעות לבקשת הנתבעת לסילוק על הסף של פרק XXII לתביעה**

התובעת מס' 1 ("הרוכשת") והתובעת מס' 2 (יחד: "התובעות") מתכבדות להגיש את תשובתן לבקשת הנתבעת ("הנאמן"), שסומנה כבקשה מספר 3, שעניינה סילוק על הסף של פרק XXII לתביעה בתיק זה ("הבקשה" ו- "התביעה").

על סמך האמור להלן יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה ולחייב את הנאמן בהוצאות ובשכ"ט עו"ד בגינה.

**I פתח דבר.....4**

- 4.....I.א. הרקע להגשת התביעה, בתמצית.
- 6.....I.ב. על הבקשה, בתמצית, וסדר הטיעון בתשובה זו.
- I.ג. ניסיונה המופרך של הבקשה להכתיב מהי "המחלוקת האמיתית": הנאמן הוא שמחזיק בפקדונות, כבני ערובה, ללא זכות, וכך מייצר לגביהם "מחלוקת" יש מאין; כאשר הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הרוויחו מאות מיליוני ש"ח מפגיעת ההסדר, מובן שדווקא תביעת הסכום העודף משקפת את המחלוקת האמיתית והרלבנטית.....11

**II הבקשה מתעלמת מרוב כתב התביעה ובין היתר משלל טענות לגבי פעולות שביצע הנאמן עצמו, ומשלל עילות לתביעת הסכום העודף (מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט).....12**

- II.א. העובדות המהוות את עילת התביעה לסכום העודף מפורטות בעיקר בחלקים הראשון והשני לכתב התביעה; בחלק הרביעי מפורטים רק חישוב הסכום העודף ומקצת טענות משפטיות.....12
- II.ב. הפעולות החמורות בהן נקט הנאמן בעצמו, לעיתים לפי החלטת מחזיקי אגרות החוב ולעיתים בלעדיה, ביוזמתו, הכל כמפורט בחלקים הראשון והשני לכתב התביעה.....13
- II.ג. העילות לתביעת הסכום העודף (מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט).....16

**III טענות ההגנה של הנאמן כי הוא אינו אחראי למעשים שהוא עצמו ביצע.....19**

- III.א. טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה והן משום שהן דורשות בירור עובדתי גם לשיטת הנאמן.....19
- III.ב. התכחשותו של הנאמן לאחריות שלו לפעולות שביצע בעצמו מתעלמת מן המעמד שלו בנוגע להסדר וכן עומדת בסתירה להלכה שכל אדם אחראי באופן אישי למעשים פסולים שביצע ומעמדו (כנאמן, שלוח, מנהל חברה או אחר) לא יקנה לו חסינות מכך.....20
- III.ג. התייחסות נוספת לפרק ב'2 לבקשה שמנסה להתכחש לאחריות הנאמן למעשיו.....21

**IV טענות ההגנה של הנאמן כי הוא אינו אחראי בעצמו להתעשרות שלא כדין של המחזיקים; וכי הוא גם אינו נתבע נכון בשמם ובמקומם של המחזיקים.....23**

- IV.א. גם טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה והן משום שהן דורשות בירור עובדתי גם לשיטת הנאמן.....24
- IV.ב. טענות אלו של הנאמן אינן יכולות להביא לסילוק על הסף של תביעת הסכום העודף שכן היא מבוססת על עילות נוספות מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט.....24
- IV.ג. אין ממש בטענה הראשונה של הנאמן – בוודאי שהוא אחראי בעצמו להתעשרות שלא כדין של מחזיקי אגרות החוב.....25
- IV.ד. אין ממש בטענה השנייה של הנאמן – בוודאי שהוא נתבע נכון בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב.....25

- IV.ד.1. התוצאה התמוהה והבלתי צודקת לה חותרת הטענה השניה של הנאמן : הנאמן רשאי לתבוע צד שלישי כדי לממש נגדו את זכויות מחזיקי אגרות החוב ; אך צד שלישי אינו יכול לעמוד על זכויותיו כלפי מחזיקי אגרות החוב באמצעות תביעת הנאמן (או בכלל) ..... 25
- IV.ד.2. תפקידו ואחריותו של נאמן אג"ח, הוראות הדין והיישום שלהן בפועל : נאמן האג"ח הוא מי שפועל בעצמו, בשם ובמקומם של מחזיקי האג"ח, ובכלל זה כצד בעצמו להליכים משפטיים, לרבות כתובע וכנתבע, ובהתאם זוכה לשיפוי מאת המחזיקים ..... 26
- IV.ד.3. התייחסות נוספת לטענות הנאמן בבקשה בעניין זה ..... 36

V טענות ההגנה של הנאמן כי הרוכשת נקשרה בהסדר עם החברה ולא עם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, ולכן היה על התובעות לתבוע את החברה ..... 41

VI טענת ההגנה של הנאמן כי התובעות מנועות מהגשת התביעה משום שלא תקפו את החברה ..... 46

VII טענות ההגנה של הנאמן בפני עילת התביעה של עשיית עושר ולא במשפט ..... 48

VII טענת ההגנה של הנאמן כי תביעת הסכום העודף היא קנטרנית, טרדנית ומהווה שימוש לרעה בהליכי משפט ..... 53

IX טענות ההגנה של הנאמן המתכחשות לטענת התובעות כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב חטאו (בין היתר) בחוסר תום לב ..... 57

סוף דבר ..... 64

## I פתח דבר

### I.A. הרקע להגשת התביעה, בתמצית

1. הבקשה היא בקשה מופרכת במיוחד, חלקה מקוממת.
2. הואיל והיא מצטיינת בהתעלמות מופגנת מן התביעה, נפתח בסקירה קצרה של הרקע להגשת התביעה.
3. התובעות הן שתי חברות, בבעלותו המלאה של מר מוטי בן משה ("בן משה").
4. הנאמן פעל כנאמן לפי חוק ניירות ערך, תשכ"ח 1968 ("חוק ניירות ערך") של מחזיקי אגרות החוב של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ("אפריקה" ו- "מחזיקי אגרות החוב" או "המחזיקים").
5. מחזיקי אגרות החוב הם ציבור רחב, מפוזר, ובלתי מסוים והם משתנים מעת לעת הואיל וכל אגרת חוב היא נכס סחיר.
6. אפריקה היתה מצויה בשנת 2017 בחדלות פירעון כאשר מחזיקי אגרות החוב הם הנושים המהותיים היחידים שלה.
7. על רקע זה פעל הנאמן, לרבות באמצעות נציגויות של מחזיקי אגרות החוב, שפעלו מטעמו, לקדם תהליכי הסדר לאפריקה או למכירת נכסיה של אפריקה, באופן שישיא למחזיקי אגרות החוב תמורה מקסימלית.
8. במסגרת זו ניהל הנאמן מול הרוכשת, ומול שתי חברות אחרות בשליטת בן משה ("רבוע כחול" ו- "דור אלון"<sup>1</sup>), תהליך מורכב וארוך, להגשת הסדר שיורכב ממספר עסקאות מול חברות אלו.
9. התהליך מפורט בכתב התביעה, לרבות בפרקים I עד V, עמודים 8 עד 13.
10. בתמצית, התהליך ידע קשיים, עליות ומורדות עד שהושג הסדר שאושר על ידי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, ואחר כך על ידי בית המשפט בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2018 ("ההסדר").
11. ההסדר (שמוגדר בכתב התביעה גם בתור "ההסדר החלופי"), הושתת על הצעה של הרוכשת וכן הצעה של רבוע כחול שהיוותה נספח לו ("הצעת הרוכשת" ו- "הצעת רבוע כחול"). הוא החליף הסדר קודם שהושתת גם על הצעה של דור אלון<sup>2</sup>.
12. התובעת מס' 2 הפקידה אצל הנאמן פיקדון בסך מקורי של 50 מיליון ₪ ("פיקדון אקסטרה") להבטחת הצעת הרוכשת וכן להבטחת הצעת רבוע כחול (הכל לפי תנאיהן ועל פי תנאי כתב הוראות שנחתם בעניין זה על ידי התובעת מס' 2 והנאמן). לעניין זה הנאמן משמש כנאמן הן של התובעות והן של מחזיקי אגרות החוב.
13. גם רבוע כחול הפקידה פיקדון להבטחת הצעתה (בסך מקורי של 40 מיליון ₪). גם דור אלון הפקידה פיקדון להבטחת הצעתה (בסך מקורי של 10 מיליון ₪), שכבר לא היתה רלבנטית עם אישור ההסדר (פיקדונות אלו יחד עם פיקדון אקסטרה: "הפיקדונות").

---

<sup>1</sup> "רבוע כחול" היא אלון רבוע כחול ישראל בע"מ, חברה שכל מניותיה שייכות לבן משה; "דור אלון" היא דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, חברה ציבורית, שרבוע כחול היא בעלת השליטה בה.

<sup>2</sup> בניגוד למשמע מסעיף 2 לבקשה, הרי שההסדר הקודם שהוחלף כאמור, לא אושר על ידי בית המשפט.

14. ההסדר החלופי לא יצא אל הפועל, נוכח פעולות פסולות וחמורות שנקטו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, שבשלב מסוים ביקשו להתחמק מביצועו.
15. פירוט מצוי בכתב התביעה, לרבות בפרקים VIII ו- IX, עמודים 24 עד 34.
16. בתמצית, בחודש דצמבר 2018 נדרשה דחייה של המועד לקיום התנאים המתלים להסדר ("המועד למילוי התנאים"), כדי שניתן יהיה להשיג את האישורים הנדרשים מרשויות ההגבלים העסקיים באירופה לשם השלמת ההסדר.
17. הנאמן ומחזיקי אגרות החוב סירבו ליתן דחייה זו, בחוסר תום לב, ולמרות שעד לחודש דצמבר 2018, משך זמן ארוך מאד, הנאמן ביקש וקיבל, פעם אחר פעם, את הסכמת הרוכשת לדחייה של המועד למילוי התנאים. גם מאת רבוע כחול קיבל הנאמן דחיות דומות בנוגע להצעתה. ראו נא: פרק VI לכתב התביעה, עמודים 13 עד 16.
18. הנאמן ומחזיקי אגרות החוב ביקשו לכפות על הרוכשת (ועל רבוע כחול) הכנסת שינויים בהסדר (לטובתם), כתנאי לקבלת הסכמתם לדחיית המועד למילוי התנאים, זאת, באמצעות פעולות פסולות, כוחניות ומזיקות.
19. בין היתר הציבו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לרוכשת (ולרבוע כחול) אולטימטום בן 24 שעות, לפיו אם לא תסכים לתכתיביהם אזי ההסדר יפקע. זאת ועוד, סמוך לפני הצבת האולטימטום פתחו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב במסע תקשורתי, שנועד להכפיש את בן משה ולהפגין שאם הרוכשת לא תסכים לתכתיביהם אזי ההסדר יפקע ולבן משה ולחברות בשליטתו יגרמו נזקים. כמו כן, בד בבד, כבר פנו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לקבלת הצעות חלופיות להסדר מאת צדדים שלישיים.
20. משסירבה הרוכשת (וסירבה רבוע כחול) להיכנע לאולטימטום המשיכו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בפעולותיהם הפסולות והחמורות. בין יתר הפעולות פעל הנאמן לדרוש מאת אפריקה כי בן משה וכל תאגיד בשליטתו ישמיד כל חומר בנוגע לאפריקה כדי לחסל כל אפשרות של קידום ההסדר.
21. כמו כן, חרף כך שההסדר פקע הנאמן סירב להשיב את פיקדון אקסטרה ואף את יתר הפיקדונות והוא מחזיק בהם עד היום, כבני ערובה ממש.
22. הנאמן אף פנה לבית המשפט שדן בהליך ההסדר, בבקשה, חסרת בסיס, לחלט את הפיקדונות. במסגרתה העז הנאמן, בין היתר, להציג את בן משה ואת התובעות כמי שמבקשים לגנוב את דעתם של מחזיקי אגרות החוב וכמי שמציגים כאילו נדרשים אישורים של רשויות ההגבלים העסקיים, מקום שאלו כלל אינם נדרשים. טענות מופרכות אלו, שהנאמן הודה שאין לו כל בסיס לטעון אותן, שימשו את הנאמן לבזות את בן משה והרוכשת ולשסות בהם, כך ממש, את מחזיקי אגרות החוב (לעניין הליכי השגת האישורים של רשויות ההגבלים העסקיים ראו נא פירוט בפרק VII לתביעה, עמודים 16 עד 24).
23. בית המשפט קבע כי ההסדר אינו בתוקף במהלך חודש פברואר 2019 ודחה את בקשת חילוט הפיקדונות של הנאמן בחודש מרץ 2019. הנאמן לא הגיש מאז כל הליך משפטי, אך ממשיך להחזיק בפיקדונות כבני ערובה כאמור.
24. עוד לפני שניתנו ההחלטות הנ"ל פעלו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לקדם עסקאות חלופיות להסדר ולמכירת נכסיה של אפריקה ואלו בוצעו תוך זמן קצר, חלקן באופן מידי.

25. בחודש אפריל 2019 גם דחה הנאמן ניסיון של הרוכשת לבצע בכל זאת את העסקה על פי הצעת הרוכשת (תוך הפרדתה מהצעת רבוע כחול, שכבר לא היתה רלבנטית, שכן הנכסים שביקשה רבוע כחול לרכוש נמכרו במסגרת העסקאות החלופיות). בקשר לכך הציג הנאמן למחזיקים את ההצעה באופן מטעה.
26. האחרונה בעסקאות שביצעו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב (שהוגדרה בתביעה "הסדר לפידות") התגבשה ואושרה סמוך לפני הגשת התביעה (והושלמה מיד לאחר שהוגשה).
27. התוצאה היא שבמסגרת אותן עסקאות חלופיות זכו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לקבל סכומים שעולים במאות מיליוני ₪ (!), על התמורה שהיו זוכים לקבל במסגרת ההסדר עם הרוכשת (ועם רבוע כחול). בכל הקשור להצעת הרוכשת, הסדר לפידות העניק לנאמן ולמחזיקי אגרות החוב תמורה עודפת של 318.5 מיליון ₪ ("הסכום העודף").
28. כך יצא שבתום תהליך ארוך, ולאחר שהושג ההסדר, שאושר על ידי בית המשפט, נותרה הרוכשת ללא עסקה, כאשר הנאמן ומחזיקי אגרות החוב ביצעו עם אחר (לפידות) את אותה עסקה שהיו אמורים לבצע אותה, וזכו לתמורה עודפת של 318.5 מיליון ₪ (לפי חישוב מינימאלי המתבסס על מצגת והערכה של היועץ הכלכלי של הנאמן).
29. בהינתן נסיבות אלו, שתוארו לעיל בתמצית ושמותוארות בהרחבה בתביעה, הוגשה התביעה.
30. בתביעה נכללות שלוש עתירות -
- 30.1. עתירה להחזר פיקדון אקסטרה ;
- 30.2. עתירה לתשלום נזקי התובעות בגין החזקת פיקדון אקסטרה על ידי הנאמן, ללא עילה ובניגוד להוראות להן מחויב הנאמן, משך למעלה משנה, בסכום (הנכון למועד הגשת התביעה) של 8.965 מיליון ש"ח ;
- 30.3. עתירה לתשלום הסכום העודף (שחישוב שלו מצוי בפרק XXII לכתב התביעה).

## **א.ב. על הבקשה, בתמצית, וסדר הטיעון בתשובה זו**

31. בבקשה עותר הנאמן לסלק על הסף את תביעת הסכום העודף.
32. טענתו היא בעיקר כי כתב התביעה אינו מגלה כלפיו עילת תביעה, בכל הקשור לתביעת הסכום העודף. קרי, הבקשה מתיימרת להתבסס על כתב התביעה, ולשכנע כי גם אם כל הנטען בתביעה הוא נכון, לא קמה לתובעות עילה לתביעת הסכום העודף<sup>3</sup>. בהתאם, לא צורף לבקשה תצהיר, שאכן אין לצרפו לבקשה שכזו לסילוק על הסף, ונכתב (סעיף 185 לבקשה) כי הבקשה נסמכת על כתב התביעה.
33. מעבר לכך הבקשה מוסיפה וטוענת כי תביעת הסכום העודף היא טרדנית וקנטרנית, ואף מוסיפה, "מעבר לדרוש", כלשונה, שלל טענות, כנגד תביעת הסכום העודף.

<sup>3</sup> אכן, ההלכה היא כי בקשה למחוק תביעה על הסף בהעדר עילה תוכרע על פני כתב התביעה, מתוך הנחה שכל האמור בו נכון. ראו לעניין זה למשל את יואל זוסמן בספרו **סדרי הדין האזרחי** 387 (1995): "היעדר עילת תביעה הוא, איפוא, פגם המתגלה על פני כתב התביעה עצמו, מקריאת המסמך וללא חקירה ודרישה בעובדות. לצורך כך חייב הנתבע להניח כי יעלה בידי התובע להוכיח את כל אשר טען בכתב התביעה, היינו, את כל 'העובדות המהותיות' אשר פירש בו בהתאם לתקנה 59(5) ותקנה 71(א). אם אף ברור ונעלה מעל ספק הוא, שעל יסוד העובדות שטען להן לא יוכל התובע לזכות בסעד שביקש, כי אז – ורק אז – אומרים שכתב התביעה אינו מראה עילה."

34. מדובר בבקשה **מופרכת לחלוטין**, בחלקה **מקוממת ממש**.
35. על אף הנטען בה, היא אינה נסמכת על התביעה. ההפך הוא הנכון.
36. כך, הבקשה מתעלמת מרוב הנטען בכתב התביעה. בין היתר היא מתעלמת משלל טענות **לגבי פעולות פסולות וחמורות שביצע הנאמן בעצמו**, וכן **משלל עילות תביעה לתביעת הסכום העודף** (מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט שבה מתמקדת הבקשה). די בטענות אלו, מהן מתעלמת הבקשה, כדי להקים עילה לתביעת הסכום העודף ולדחיית הבקשה.
37. כך, כל הטענות בבקשה הן **טענות הגנה**, שמתכחשות לכתב התביעה, ולכן מובן שאין להיזקק להן במסגרת בקשה לסילוק על הסף. אכן, עצם העלאתן מלמדת כי כתב התביעה מגלה עילת תביעה גם לשיטת הנאמן, שאחרת לא היה נדרש הנאמן להתכחש לנטען בו ולטעון כנגדו.
38. כך, כל הטענות בבקשה מעלות **שאלות עובדתיות רבות** וגם משום כך מובן שאין להיזקק להן במסגרת בקשה לסילוק על הסף.
39. הבקשה גם מעלה במפורש **טענות עובדתיות רבות**, שגם להן אין להיזקק בבקשה לסילוק על הסף, מה עוד שטענות (בלתי נכונות) אלו נטענות **ללא תצהיר** וגם משום כך אין להיזקק להן.
40. בכך לא תמו ליקויי הבקשה. כך, הבקשה חוטאת בהעלאת טענות **שסותרות האחת את רעותה**. כך, למרבה הצער, הבקשה כוללת **הטעיות של ממש**. כך, באופן מקומם ממש, הנאמן מבקש לחזור בבקשה על טענותיו המופרכות, כאילו בן משה והרוכשת ביקשו לגנוב את דעתם של מחזיקי אגרות החוב, הכל בדרך טיעון נפסדת, שגם ממנה ברור כי אין לנאמן כל בסיס לטענות אלו. משמע: **מסע הביזוי והשיסוי מצד הנאמן – נמשך גם בבקשה**.
41. באופן אבסורדי הנאמן מבקש להכתיב באמצעות הבקשה מהי "המחלוקת האמיתית" **כלשונו בין הצדדים**. בתוך כך הוא מבקש להפוך את המציאות על פיה. לגבי הפקדונות אותם הוא מחזיק כבני ערובה ממש **ושברור שעליו להחזירם הוא מבקש ליצור מחלוקת יש מאין**. מאידך, הוא מהין לטעון כאילו תביעת הסכום העודף אינה באה בגדר "מחלוקת אמיתית". נתייחס לכך **בפרק I.ג** להלן.
42. לפני כן, נתאר להלן את סדר הטיעון בתשובה זו.
43. **בפרק II** להלן נעמוד על כך שהבקשה מתעלמת מרוב כתב התביעה. נצביע שם על כך שהבקשה מסתירה כי הנאמן היה הגורם המרכזי בנוגע לתהליך גיבוש ההסדר וכן כי היה הגורם המרכזי שנקט בפעולות חמורות ופסולות לשם טרפודו של ההסדר. נבהיר כי כל אלו מקימים נגדו, באופן עצמאי, שלל עילות משפטיות לתביעת הסכום העודף (מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט). מקצתן של עילות אלו פורטו כבר בכתב התביעה (על אף שאין חובה לפרט בו עילות משפטיות), אך גם מהן מתעלמת הבקשה. די כבר בכל אלו לדחות את הבקשה.
44. **בפרק III** להלן נתייחס לטענת ההגנה של הנאמן כי הוא אינו אחראי למעשים שהוא עצמו ביצע (**פרק ב'2 לבקשה**). בין היתר נראה שם כי טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה שם נטען במפורש כי הנאמן אחראי באופן עצמאי למעשים המתוארים בכתב התביעה. זאת, הן משום שהן דורשות בירור עובדתי, שכן גם לשיטתו השגויה של הנאמן הוא אחראי למעשיו בנסיבות חמורות.

45. עוד נראה שהטענה אינה נכונה. בכלל זה התכחשותו של הנאמן לאחריות שלו, לפעולות שביצע בעצמו, מתעלמת מן המעמד שלו בנוגע להסדר. זאת ועוד, היא עומדת בסתירה להלכה שכל אדם אחראי באופן אישי למעשים פסולים שביצע ומעמדו (כנאמן, שלוח, מנהל חברה או אחר) לא יקנה לו חסינות מכך.
46. **בפרק IV** להלן נתייחס לשתי טענות ההגנה המצטברות הבאות של הנאמן (**פרקים ב'1, ב'3, ב'4 ו - ד'1**): הראשונה, כי הוא אינו אחראי באופן עצמאי להתעשרות שלא כדין של המחזיקים. השנייה, כי הוא אינו נתבע נכון בשמם ובמקומם של המחזיקים. בין היתר נראה שם כי גם טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה (שמייחס לנאמן אחריות להתעשרות של המחזיקים וגם טוען כי הוא הנתבע הנכון בשמם ובמקומם של המחזיקים). זאת, הן משום שהן דורשות בירור עובדתי (גם לגבי פעולות הנאמן שהביאו להתעשרות שלא כדין של המחזיקים; וגם לגבי התנהלות הנאמן, כנאמן אג"ח, בענייניו ובעניינים האחרים באופן שילמד על היקף תפקידו, אחריותו וסמכויותיו וכי הוא משמש כנתבע בשמם ובמקומם של המחזיקים).
47. עוד נראה שהן אינן רלבנטיות משום שממילא קמות כלפי הנאמן עילות תביעה אחרות מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט.
48. עוד נראה שהן אינן נכונות. בניגוד לטענה הראשונה הרי שהנאמן בוודאי אחראי להתעשרות שלא כדין של המחזיקים באשר הוא נטל חלק ונקט בפעולות פסולות שהביאו להתעשרות זו.
49. בניגוד לטענה השנייה הנאמן הוא נתבע נכון בשמם ובמקומם של המחזיקים.
50. כבר על פני הדברים מדובר בטענה תמוהה שחותרת להביא למצב בלתי צודק לפיו הנאמן רשאי לתבוע בעצמו צד שלישי, כדי לממש נגדו את זכויות מחזיקי אגרות החוב, אך צד שלישי אינו יכול לעמוד על זכויותיו כלפי מחזיקי אגרות החוב באמצעות תביעת הנאמן, או בכלל, שכן המחזיקים הם ציבור רחב, מפוזר ובלתי ידוע שלא ניתן להגיש נגדו תביעה.
51. זאת ועוד, הטענה השנייה של הנאמן מעלה תמיהה. אם אין הוא הנתבע הנכון בשמם ובמקומם של המחזיקים הכיצד הוא מרשה לעצמו להעלות בשמם של טענות הגנה שונות ומשונות, כמפורט בבקשה (ושאליהן עוד נתייחס להלן).
52. מעבר לכך, מדובר בטענה בלתי נכונה לחלוטין שמבקשת לרוקן מתוכן את תפקידו של נאמן האג"ח, שבהחלט פועל בעצמו להפעלת זכויות המחזיקים, ובכלל זה משמש בעצמו כצד להליכים משפטיים, כתובע וכתב, במקומם של המחזיקים. בהתאם הוא גם זוכה לשיפוי מאת המחזיקים. כך עולה מניתוח של הדינים הרלבנטיים. זו גם המציאות בפועל בענייניו אנו ובשלל עניינים אחרים, בהם פועל כך הנאמן ובהם פועלים כך נאמני אג"ח אחרים.
53. **בפרק V** להלן נתייחס לטענות ההגנה של הנאמן כי הרוכשת נקשרה בהסדר עם אפריקה (החברה) ולא עם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, ולכן היה על התובעות לתבוע את אפריקה (**פרק ג' לבקשה**). בין היתר נראה שם כי טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה (בו נטען במפורש כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב נקשרו בעסקה עם הרוכשת). זאת, הן משום שהן דורשות בירור עובדתי (שהרי השאלה מי הם הצדדים להסדר היא שאלה עובדתית, שמקבלת ביטוי בשלל עובדות, מסמכים ואירועים).



54. עוד נראה שם שטענות אלו עומדות בסתירה לטענות אחרות שטוען הנאמן אפילו בהמשך הבקשה עצמה, הלא הן הטענות כי התובעות לא רשאיות לתבוע בעילת עשיית עושר ולא במשפט, משום שקיים בינן לבין מחזיקי אגרות החוב הסדר.

55. עוד נראה שטענות אלו אינן נכונות בצד העובדתי עד שקשה שלא להשתומם כיצד מרשה לעצמו הנאמן להעלותן. בכלל זה מדובר בטענות שחוטאות למהות ההסדר כולו. את ההסדר יזמו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, את התהליך להשגתו הובילו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, הם שאישרו וכתרו את ההסדר, שנועד לטובתם, באשר התמורות מן ההסדר מיועדות עבורם. אין זה פלא אפוא שטענת הנאמן נסתרת על ידי שלל מסמכים ואירועים לרבות נוסח ההצעות, הוראות ההסדר, מסמכי הפיקדון, כתבי הטענות שהוגשו בעניין ההסדר, מתן ארכות לנאמן עצמו, התכתבויות, תוכן הדיונים בבית המשפט, התנהלות הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, ובכלל זה הצבת האולטימטום על ידם וגרימתם לפקיעת ההסדר.

56. **בפרק VI** להלן נתייחס לטענת ההגנה של הנאמן כי התובעות מנועות מהגשת התביעה משום שלא תקפו את אפריקה (החברה), ובכלל זה לא הגישו תביעת חוב כלפי אפריקה ולא התנגדות להסדר לפידות (**פרק ג' 3 לבקשה**). בין היתר נראה שם כי טענה זו של הנאמן אינה יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, משום שהיא דורשת בירור עובדתי, שהרי טענת מניעות מבוססת לעולם על נסיבות ובענייננו הנסיבות משמען עובדות רבות. עוד נראה שהיא אינה נכונה ובין היתר משום שהיא נשענת על טענתו המופרכת של הנאמן כאילו לתובעות אין כל התקשרות עם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, ולכן היה עליהן לתבוע את אפריקה. מעבר לכך אין זה ברור מדוע סבור הנאמן כי היה על התובעות להתנגד להסדר לפידות, כתנאי לכך שיוכלו לממש את זכויותיהן מכוח העילות שקמות להן לתביעת הסכום העודף.

57. **בפרק VII** להלן נתייחס לטענות ההגנה של הנאמן בפני עילת התביעה של עשיית עושר ולא במשפט (**פרק ד' לבקשה**). בין היתר נראה שם כי טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה בשלל מובנים. זאת, הן משום שהן דורשות בירור עובדתי בשלל מובנים. עוד נראה שחלק מן הטענות הללו הן טענות עובדתיות מפורשות שאין לטעון במסגרת בקשה לסילוק על הסף ואף לא ניתן לטעון אותן בהעדר תצהיר. נזכיר גם כי טענות אלו אינן רלבנטיות שכן קיימות שלל עילות לתביעת הסכום העודף, מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט.

58. עוד נראה שהן אינן נכונות. בין היתר: הטענה המשפטית כי מקום שקיים הסכם לא קיימת עילת תביעה בעשיית עושר ולא במשפט מהווה ניסיון להפוך על פיהם את הדין ואת ההלכה. הטענה העובדתית כי הנאמן פעל לפי החלטות בית המשפט היא מופרכת. הטענות המשפטיות והעובדתיות מדוע לא מתקיימים יסודות העילה גם הן אינן נכונות.

59. **בפרק VIII** להלן נתייחס לטענת ההגנה של הנאמן כי תביעת הסכום העודף היא קנטרנית, טרדנית ומהווה שימוש לרעה בהליכי משפט (**פרק ה' לבקשה**). בין היתר נראה שם כי טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה בשלל מובנים. זאת, הן משום שהן דורשות בירור עובדתי, בשלל מובנים. עוד נראה שחלק מן הטענות הללו הן טענות עובדתיות מפורשות שאין לטעון במסגרת בקשה לסילוק על הסף ואף לא ניתן לטעון אותן בהעדר תצהיר.

60. עוד נראה שהן אינן נכונות. בין היתר, אין שחר לטענה כאילו המחלוקת האמיתית היחידה בין הצדדים היא גורל הפקדונות. המציאות הפוכה. לגבי גורל הפקדונות לא אמורה להיות מחלוקת שיש להחזירם, שעה שגם לשיטת הנאמן ומחזיקי אגרות החוב כלל לא נגרם להם נזק, והם זכו בתוספת תמורה של מאות מיליוני ש"ח (!) בגין פקיעת ההסדר. לגבי תביעת הסכום העודף הרי שמדובר בתביעה מוצקה שעל הנאמן להתכבד ולנסות ולהתגונן מפניה. הפרחת ססמאות כאילו היא אינה באה בגדר מחלוקת אמיתית אינה מהווה הגנה מפניה.

61. עוד נראה שהצגת הדברים העובדתית של הנאמן בדבר עיכוב כספים למחזיקים כביכול אינה שלמה ולפיכך מטעה.

62. **בפרק IX** להלן נתייחס לטענות ההגנה של הנאמן המתכחשות לטענת התובעות כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב חטאו (בין היתר) בחוסר תום לב, טענות שעלו לשיטתו בבקשה "מעבר לדרוש" (**פרק ו' לבקשה**). בין היתר נראה שם כי טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף. זאת, הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה שם נטען כי הנאמן חטא בחוסר תום לב חמור. זאת, הן משום שהן דורשות בירור עובדתי, הואיל ושאלת הפרת חובת תום הלב תוכרע על סמך הנסיבות של המקרה. עוד נראה שחלק מן הטענות הללו הן טענות עובדתיות מפורשות שאין לטעון במסגרת בקשה לסילוק על הסף ואף לא ניתן לטעון אותן בהעדר תצהיר.

63. עוד נראה שהן אינן נכונות ואף מקוממות.

64. כך, למרבה הצער, הנאמן מעז וחוזר שם על הטענה המופרכת, שמבקשת לבזות את בן משה ולשטות בו את מחזיקי אגרות החוב, כאילו בן משה הציג שנדרשים אישורי רשויות הגבלים עסקיים מקום שאלו אינם נדרשים. הנאמן מעז להעלות טענה זו ללא תצהיר ובאופן נפסד, כאשר ברור כי היא מחוסרת בסיס.

65. כך, הנאמן מבקש לבסס שם טענה כאילו התובעות לא היו יכולות לבצע בזמן אמת את העסקה. את הטענה העובדתית הזו, שנטענת ללא תצהיר, מבקש הנאמן לבסס על כתבה בעיתון, שהוא עצמו יזם בזמן אמת, שמתוארת בבקשה, באופן מטעה, כ- "התכתבות!"

66. עד כאן בתמצית ונדמה שכבר מכאן ברור כי דינה של הבקשה דחיה מכל וכל.

67. אכן, הבקשה רחוקה מלעמוד בתנאים הקבועים בדין להגשת בקשה לסילוק על הסף בהעדר עילה. אין בה אלא טענות הגנה (בלתי נכונות) שמקומן בכתב הגנה. נסיונו של הנאמן להעלות טענות שכאלו במסגרת בקשה לסילוק על הסף נדון לכשלון, ויש לדחותו מכל וכל.

68. כידוע, ההלכה, שגם ממנה מתעלמת הבקשה, היא כי כתב תביעה יסולק על הסף רק במקרים נדירים, כמפורט למשל, בספרו של גורן<sup>4</sup> (**והדברים נכונים לענייננו מקל וחומר**):

**"להליך המחיקה על הסף ולזה של דחייה על הסף מטרה אחת, והיא לסלק תביעה על הסף, אשר אפילו תתברר עד תומה לא יהא בה בכדי להקנות לתובע את הסעד המבוקש.**

**הכלל המורה לנהוג בסמכות הסילוק על הסף בזהירות מופלגת ולהפעילה במקרים יוצאי דופן בלבד, כאשר אין ולו אפשרות קלושה שבירור התובענה לגופה יניב לתובע את הסעד המבוקש.**

<sup>4</sup> אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 342 (מהד' 12, 2015) ("גורן").

**בקשה לסילוק על הסף לא תינתן בנקל.**

69. גם במישור הדיוני לא היה מקום להגיש את הבקשה, בשלב זה, בטרם הוגש על ידי הנאמן כתב הגנה. יתכן שהגשתה נועדה לחלץ מן התובעות, באופן פסול, את תשובתן לטענות הגנה של הנאמן, עוד בטרם הגשת כתב ההגנה. הכלל הוא כי אין להיזקק כלל לבקשה לסילוק על הסף בשלב זה, בטרם הוגשו כל כתבי הטענות. ראו נא למשל הדברים הבאים מתוך רע"א 2655/12 אסותא מרכזים רפואיים בע"מ נ' פלוני פסקה 5 (פורסם בנבו, 29.5.2012):

**"מעבר לדרוש מצאתי לנכון להעיר למבקשת, כי אין בידה זכות שטענתה בבקשה לסילוק על הסף תידון עוד בטרם הוגש כתב הגנתה, וככלל אין זה ראוי להאריך מועד להגשת כתב הגנה כשמוגשת בקשה לסילוק על הסף ובית המשפט מתבקש להקדים ולדון בבקשה.**

לענין זה ראו החלטתו המפורטת של השופט (כתארו אז) א' גרוניס ברע"א 10227/06 בובליל נ' עו"ד אינדיג (פורסם בנבו), 5.2.2007; יואל זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, שלמה לוי עורך, 1995) סעיף 336 (ה"ש 29)). העולה מהאמור שם הוא, כי: **'ככלל מן הראוי שהדיון בערכאה הדיונית ייערך לאחר שהוגשו כתבי הטענות כולם ... הגשתה של בקשה לסילוק על הסף ... לא ראוי לה שתעצור את מרוץ הזמן להגשתו של כתב הגנה' (פסקה 7 לפסק הדין ברע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ (פורסם בנבו), 26.6.2007). גם מוטב אילו בית המשפט היה מורה תחילה על הגשת כתב הגנה ורק לאחר מכן דן בבקשה לסילוק על הסף (או פוסק שהטענות הכלולות בה תתבררנה במהלך שמיעת התיק לגופו).**

**בנסיבות המקרה יתכן שדרך פעולה אפשרית של נתבע, הטוען לחוסר יריבות, היא הגשת כתב הגנה ועימו בקשה להארכת מועד להגשת חוות דעת רפואית, על מנת שלא להיכנס להוצאות מיותרות (לעיתים זה גם האינטרס של התובע, שכן הוא מצוי בסיכון שאם טענת העדר היריבות תתקבל, הוא יחויב בהוצאות אלו לבסוף).**

70. יחד עם זאת, בנסיבות הענין ובמיוחד בשים לב לניסיון הפסול והמופרך של הנאמן להגדיר את "המחלוקת האמיתית" כלשונו, אליו נתייחס מיד, מצאו התובעות לנכון להשיב לבקשה באופן מפורט.

**I.g. ניסיונה המופרך של הבקשה להכתיב מהי "המחלוקת האמיתית": הנאמן הוא שמחזיק בביקדונות, כבני ערובה, ללא זכות, וכך מייצר לגביהם "מחלוקת" יש מאין; כאשר הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הרוויחו מאות מיליוני ש"ח מפקיעת ההסדר, מובן שדווקא תביעת הסכום העודף משקפת את המחלוקת האמיתית והרלבנטית**

71. לפני שנחל להתייחס בהרחבה לטענות בבקשה ראוי להצביע על תכליתה של הבקשה ולהבהיר עד כמה תכלית זו מופרכת.

72. נראה שאין מחלוקת כי בעקבות פקיעת ההסדר הרוויחו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב מאות מיליוני ש"ח! (אמנם הנאמן טרם הגיש כתב הגנה לתביעה, אך גם בתכתובת שקדמה לה וגם בבקשה הוא לא חלק על עובדה זו, כאשר, כאמור, תחשיב הסכום העודף, מבוסס על עמדת היועץ הכלכלי של הנאמן).

73. בנסיבות אלו הניסיון של הנאמן לנסות ולצייר את "המחלוקת האמיתית" בין הצדדים כאילו היא נסובה על סוגיית הפיקדונות הוא ניסיון מופרך על פניו (מעבר לכך שדין של הטענות בבקשה דחיה מכל וכל, הן במישור המשפטי והן במישור העובדתי כפי שנרחיב להלן).

74. התביעה מפרטת (בחלק השלישי, בעמודים 37 עד 47) שלל נימוקים מדוע אין לנאמן כל זכות להחזיק בביקדון אקסטרה (והדברים נכונים גם לגבי שאר הפקדונות). זאת, על אף שהנטל לטעון ולהוכיח כי לנאמן קמה זכות לחלט את פיקדון אקסטרה מוטל על הנאמן.

75. לא נחזור על הטענות המפורטות שם. עם זאת נדגיש כי הוראות כתב ההוראות לעניין הפיקדון, הוראות הצעת הרוכשת והוראות הצעת רבוע כחול מורות, **באופן מפורש**, כי בנסיבות כפי שאירעו בענייננו, **על הנאמן היה להשיב את פיקדון אקסטרה**. קריאת הוראות אלו אינה מותירה כל ספק – הנאמן מחזיק בפיקדון **שלא כדין ותוך הפרה בוטה של ההוראות להן הוא מחויב כנאמן** (ולעניין הפיקדון הוא משמש גם כנאמן של התובעות).

76. זאת ועוד, קריאת הוראות אלו תלמד כי הנאמן **אינו רשאי להחזיק בפיקדון מבלי לנקוט בהליך משפטי בעניין הפיקדון**, וזאת באופן מידי. הנאמן **מפר ברגל גסה גם הוראות אלו** ובכלל זה לא נקט בהליך שכזה גם לאחר שנדחתה בקשתו לחילוט הפיקדונות (זה מכבר, בחודש מרץ 2019). גם משום כך אסור לנאמן להחזיק בפיקדון, **ולנאמן אין כל הסבר הכיחד הוא מעז לעשות כן**. הבקשה רק מציינת, באופן מיתמם, כי הנאמן **"טרם"** נקט בהליך שכזה (למשל בסעיף 5 וראו נא גם האמור בסעיף 131).

77. כמו כן, כאשר ברור כי לנאמן ולמחזיקי אגרות החוב **לא נגרם כל נזק** בעקבות פקיעת ההסדר (ונוצר להם **עושר רב** בעקבות פקיעתו) **מובן שיש להשיב את הפיקדון**, באשר אין להם עילה כלשהי כלפי התובעות.

78. ברור אפוא **שהנאמן הוא מי שמייצר, יש מאין, מחלוקת סרק מלאכותית לגבי שאלת החזר פיקדון אקסטרה** (ושאר הפיקדונות).

79. מאידך, ברור שבנסיבות בהן הממכר שביקשה הרוכשת לרכוש, נמכר לאחר, בתמורה שעולה על התמורה שסוכמה עם הרוכשת, בסכום עודף של 318.5 מיליון ש"ח, אזי טענותיה בגין כך הן **טענות ראויות וגם מוצקות על פניהן**, בוודאי שעה שהן **נתמכות בשלל עובדות ומסמכים בדמות הטענות המפורטות בכתב התביעה והנספחים הרבים שצורפו לכתב התביעה**.

80. הנה כי כן, ניסיונו של הנאמן להציג את שאלת החזר הפיקדונות כאילו היא המחלוקת האמיתית בין הצדדים הוא לא רק מופרך לחלוטין. הוא **נגוע בעזות מצח של ממש**. בנסיבות העניין מובן שיש להשיב את הפיקדונות. אכן, המחלוקת האמיתית נוגעת אך ורק להשלכות שיש לרווח העתק שהפיקו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב מפקיעת ההסדר (ולדין של התובעות מובן שהשלכות אלו מקימות להן עילת תביעה מוצקה).

## **II** **הבקשה מתעלמת מרוב כתב התביעה ובין היתר משלל טענות לגבי פעולות שביצע הנאמן עצמו, ומשלל עילות לתביעת הסכום העודף (מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט)**

### **II.A** **העובדות המהוות את עילת התביעה לסכום העודף מפורטות בעיקר בחלקים הראשון והשני לכתב התביעה; בחלק הרביעי מפורטים רק חישוב הסכום העודף ומקצת טענות משפטיות**

81. לפי הבקשה (סעיפים 122-123) כתב התביעה עוסק, עד החלק הרביעי, שמתחיל בסעיף 324, אך ורק בתביעה להחזר הפיקדון, ואז מבקש לבסס את התביעה לסכום העודף על פני 12 סעיפים מהם מורכב החלק הרביעי של כתב התביעה. זהו **תיאור מעוות לחלוטין של כתב התביעה**.

82. כתב התביעה מתאר על פני 37 עמודים, בחלקים הראשון והשני, עד סעיף 239, מסכת עובדתית מפורטת שמקימה את שלל עילות התביעה, הן בנוגע לפקדונות והן בנוגע לסכום העודף.
83. לאחר מכן, בחלק השלישי, עוסק כתב התביעה בטעמים מכוחם יש להורות על החזרת הפיקדון.
84. אחר כך בחלק הרביעי, ובהינתן העובדות שפורטו בחלקים הראשון והשני, מפורטות מספר טענות משפטיות, בלתי ממצות, לגבי העילות שקמות לתובעות לקבלת הסכום העודף.
85. כמו כן, מצוי שם (בסעיף 327 על סעיפי המשנה שלו) פירוט של חישוב הסכום העודף תוך הפניות למצגת והערכה של היועץ הכלכלי של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב.
86. הנה כי כן, הבקשה מבקשת להתעלם משלל טענות שמופיעות בחלק הראשון והשני של כתב התביעה. כבר מכאן דינה של הבקשה דחיה, שכן כל ניסיון להביא לסילוק על הסף של התביעה חייב להתמודד עם כל הנטען בכתב התביעה.
87. בשולי פרק זה נעיר כי האמור לעיל ולהלן בתשובה זו אינו כוללת התייחסות לכל התיאורים בבקשה שמנסים לעוות את הנטען בכתב התביעה, אלא רק לעיוותים מרכזיים שנוגעים לסעד בבקשה<sup>5</sup>.

## **II.ב. הפעולות החמורות בהן נקט הנאמן בעצמו, לעיתים לפי החלטת מחזיקי אגרות החוב ולעיתים בלעדיה, ביוזמתו, הכל כמפורט בחלקים הראשון והשני לכתב התביעה**

88. הבקשה מצניעה (עד מאד) את פועלו של הנאמן בענייננו, ובכלל זה את תפקידו המרכזי בתהליך גיבוש ההסדר וכריתתו וכן את הפעולות החמורות בהן נקט הנאמן, כמפורט בחלקים הראשון והשני לכתב התביעה, שהביאו לטרפורד ההסדר.
89. הטעם לכך פשוט. תפקידו של הנאמן ופעולותיו של הנאמן אינן מתיישבות עם הבקשה. הן מקימות כלפיו שלל עילות לתביעת הסכום העודף, שהבקשה עותרת לסילוקה על הסף.
90. נזכיר אפוא בפרק זה מספר עובדות שמלמדות לבדן על מעמדו המרכזי של הנאמן בכל הקשור להסדר ומקצת מן הפעולות החמורות של הנאמן. נציין כי חלקן נעשו ביוזמתו שלו, באופן עצמאי, ללא שקיבל בקשר אליהן אישור מאת אסיפות מחזיקי אגרות החוב, זאת, למעלה מן הצורך (שכן כמפורט להלן הנאמן אחראי כלפי התובעות, בין היתר, לכל פעולה בה נקט, גם אם זו ננקטה לפי אישור כאמור).
91. קודם כל, ראוי לציין ולו בקצרה, נוכח טענות תמוהות שעולות בבקשה כאילו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב כלל לא נקשרו בעסקה עם הרוכשת, כי –
- 91.1. הנאמן הוא מי שקיבל מאת הרוכשת (וכן מאת רבוע כחול ודור אלון) את ההצעות (נספחים 1 עד 3 לכתב התביעה, המופנות, כפי שכתוב בהן, לנאמן; סעיפים 49 עד 54 לכתב התביעה);
- 91.2. הנאמן הוא מי שניהל עם הרוכשת, רבוע כחול ודור אלון, משא ומתן לקראת ההסדר המקורי (סעיפים 53 עד 56 לכתב התביעה);

<sup>5</sup> לדוגמה בדבר תיאור מעוות בבקשה את כתב התביעה, שאינו קשור קשר ישיר לסעד המבוקש בבקשה, ראו נא סעיף 3 לבקשה. נטען שם כי עמדת התובעות היא כאילו רשויות המס בישראל או רשויות ההגבלים העסקיים באירופה הביאו לכך שההסדר לא יצא אל הפועל. התובעות מעולם לא טענו כך. עמדתם היא כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב גרמו לכך.

- 91.3. **הנאמן** הוא מי שהופקד אצלו פיקדון אקסטרה (וגם פיקדון רבוע כחול ופיקדון דור אלון הופקדו יחד אצלו ואצל ב"כ המציעות; סעיפים 12, 57 עד 59 לכתב התביעה);
- 91.4. **הנאמן** הוא מי שיחד עם הרוכשת ורשות המסים גיבש את ההסדר החלופי (סעיף 68 לכתב התביעה);
- 91.5. **הנאמן** הוא מי שהופיע לאסיפות הנושים והצביע בעד ההסדר תוך שימוש בכוח הנשייה של מחזיקי אגרות החוב (סעיף 12 ל**נספח 9** לכתב התביעה);
- 91.6. **הנאמן** הוא מי **שביקש לקבל** והוא מי **שקיבל** בפועל, פעם אחר פעם, את הארכות הרבות מן הרוכשת (ומרבע כחול) לגבי דחיית המועדים האחרונים לקיום התנאים המתלים (**נספחים 16 עד 20** לכתב התביעה, המופנים ל**נאמן**; סעיפים 82 עד 109 לכתב התביעה);
- 91.7. **הנאמן** הוא מי שהיווה צד לעסקה שהתובעות רשאיות היו לצפות שהצדדים לה יפעלו להגשימה יחד (סעיף 101 לכתב התביעה);
- 91.8. **הנאמן** הוא זה שקיבל את העדכונים השוטפים אודות הליך השגת אישורי רשויות ההגבלים העסקיים (**נספחים 22 ו-23** לכתב התביעה; סעיף 137 לכתב התביעה).
92. זאת ועוד, **הנאמן** נקט, לעיתים ביוזמתו, ולעיתים לפי החלטת מחזיקי אגרות החוב (וכן - לעיתים לבדו ולעיתים יחד עם מספר מחזיקי אגרות חוב) בשלל פעולות פסולות, מזיקות וכוחניות, ובין היתר –
- 92.1. **הנאמן** ניהל מסע תקשורת מכפיש כנגד הרוכשת ובעל המניות בה, בן משה. ראו נא סעיפים 21, 145 עד 152, 165 ו- 175 לכתב התביעה ו**נספחים 24 עד 26**, 30 ו- 33 לכתב התביעה המהווים כתבות שפורסמו במסגרת מסע נפסד זה. מדובר **בפעולה ביוזמתו** של הנאמן, שאסיפת מחזיקי אגרות החוב כלל לא הורתה לנאמן לנקוט בה. למרבה הצער, כפי שנראה להלן, הבקשה מתיימרת להסתמך גם היא על האמור באחת מאותן כתבות (!), תוך שנטען כאילו מדובר בהתכתבות(!);
- 92.2. **הנאמן** הוא שזימן, לשם ליבוי האוירה, אסיפות מחזיקי אגרות החוב לדיון בשאלת דחיית המועד האחרון להתקיימות התנאים מיום 13.12.2019 (**נספח 27** לכתב התביעה). גם כאן מדובר **בפעולה ביוזמתו** של הנאמן. אסיפה שכזו לא זומנה קודם לכן ולו פעם יחידה כאשר נדחה מועד זה שלל פעמים בעבר (סעיפים 153 עד 155 לכתב התביעה);
- 92.3. **הנאמן** הוא מי ששלח את המכתב מיום 16.12.2018 (**נספח 29** לכתב התביעה). מדובר **בפעולה ביוזמתו** של הנאמן עוד לפני שקיבל הוראות כלשהן מאסיפות מחזיקי אגרות החוב לעניין שאלת דחיית המועד האחרון להתקיימות התנאים. במכתב העלה הנאמן טענות סרק כלפי הרוכשת (ורבוע כחול) וציין כי אין לרוכשת ולרבע כחול הזכות לדחות את המועד (סעיף 164 לכתב התביעה);
- 92.4. **הנאמן** פירסם לקראת חצות ביום 16.12.2018 את הזימונים לאסיפות האולטימטום (הפסולות והנפסדות) (**נספח 31** לכתב התביעה). המדובר **בפעולה ביוזמתו** של הנאמן (סעיף 166 לכתב התביעה). זאת ועוד, במסגרת זימונים אלו **קבע הנאמן**, ללא בסיס, כי הרוכשת (ורבוע כחול) אחראית כביכול לכך שהתנאי המתלה לא נכנס לתוקף ולכך שההסדר אינו בתוקף. על סמך

תשתית סרק זו, **שהנאמן הוא שהניח בפני מחזיקי אגרות החוב**, הזמין הנאמן את מחזיקי אגרות החוב להודיע לרוכשת כי ההסדר אינו בתוקף ולהציג לה את האולטימטום כמפורט בכתב התביעה ושעליו לא נחזור כאן (סעיפים 169 עד 172 לכתב התביעה). בהמשך **הנאמן הודה** כי לא היה בסיס לתשתית זו שהניח בפני מחזיקי אגרות החוב. כך, שלח ביום 20.12.2018 מכתב לרוכשת (**נספח 35** לכתב התביעה) הדורש מידע כדי לברר כביכול (בדיעבד!), את העובדות הנוגעות לאי השגת האישורים מרשויות ההגבלים העסקיים (סעיפים 179 ו- 180 לכתב התביעה).

92.5. כמובן שאין שחר לניסיון של הנאמן בבקשה (סעיף 50), לנסות ולהתנער מחלקו העצמאי ורחב ההיקף בכל הקשור לאסיפות האולטימטום (תוך הפניית הרשף למחזיקי אגרות החוב עצמם), על סמך הטענה כי אסיפות האולטימטום נועדו לעגן באופן פורמלי את הקו הלוחמני של מחזיקי אגרות החוב. אדרבא, העובדה שהנאמן לקח חלק בקידום הקו הלוחמני של מחזיקי אגרות החוב, וכדי לעגנו באופן פורמלי **קבע קביעות בלתי ענייניות, חסרות בסיס, שימשו תשתית** להחלטה הפורמלית של מחזיקי אגרות החוב, **מחייבת את המסקנה כי הוא מעורב עד צוואר באסיפות האולטימטום, ובוודאי שקמה כלפיו אחריות בגינן**. אכן, הנאמן הוא מי שהוביל את מחזיקי אגרות החוב להביא לפקיעת ההסדר, תוך שהוא חוטא לתפקידו ופועל באופן שאינו מתיישב עם הוראות הדין, עם מנהל תקין ועם החובה לנהוג כלפי הרוכשת בדרך מקובלת ובתום לב, הכל כמפורט בסעיפים 179 ו- 180 לכתב התביעה.

92.6. **הנאמן** הוא מי שהציב לרוכשת את האולטימטום (הפסול והנפסד), כמפורט בסעיף 177 לכתב התביעה (**נספח 34** לכתב התביעה).

92.7. **הנאמן** הוא מי שפעל לקבלת הצעות חלופיות להסדר הן לפני שהחליט בית המשפט כי להסדר אין תוקף והן לאחר מכן (סעיפים 29, 31, 182 ופרק X לכתב התביעה). מדובר בפעולה ביוזמתו של הנאמן, שאסיפת מחזיקי אגרות החוב כלל לא הורתה לנאמן לנקוט בה.

92.8. **הנאמן** הוא מי ששלח ביום 27.12.2018 את המכתב (**נספח 38** לכתב התביעה) שבו דרש, בין היתר, לדרוש ולוודא כי בן משה וכל אחד משלוחי או שלוחי החברות שבשליטתו, משיבים לאפריקה לאלתר, כל תיעוד של איזה מפריטי המידע שנמסרו להם, ומשמידים כל מידע כאמור שבידיהם. מדובר **בפעולה ביוזמתו** של הנאמן (סעיף 23, סעיפים 191 ו- 192 לכתב התביעה).

92.9. **הנאמן** הוא מי שפעל להתחמק מן ההסדר, סירב ליתן דחיה למועד לקיום התנאים, ניסה לכפות על הרוכשת שינויים כתנאי לאותה דחיה, הכל בחוסר תום לב, בניגוד להוראות הדין ולחייבים על פי ההסדר, וכך הביא לכך שההסדר פקע (סעיפים 18 עד 20, 20, 35, 78 ו- 97 לכתב התביעה). על עוצמת חוסר תום לבו של הנאמן ניתן ללמוד בין היתר משלל הפעמים בהם ביקש הנאמן עצמו דחיה של המועד לקיום התנאים, כאשר הרוכשת (ורבוע כחול) נעתרת לבקשותיו, פעם אחר פעם, הכל כמפורט בפרק VI לכתב התביעה – סעיפים 82 עד 109.

92.10. **הנאמן** הוא מי שהגיש את בקשה 51, בה העלה טענות חסרות שחר כאילו הרוכשת עיכבה את השגת האישורים הנדרשים מרשויות ההגבלים העסקיים. הנאמן הגדיל לעשות והציג באותה בקשה, ללא בסיס, את הרוכשת ואת בן משה, כמי שגונבים את דעתם של מחזיקי אגרות החוב, כך ממש (!), כאשר ברור כי הצגת דברים זו תקבל הד תקשורתית ותביא לתוצאות הרסניות.

הנאמן טען שם כי בן משה מציג שנדרשים אישורים של רשויות הגבלים עסקיים, בעוד שהמציאות היא (כביכול) שאישורים אלו אינם נדרשים כלל. טענות מופרכות אלו הרשה לעצמו הנאמן להעלות כמי שלא לקח חלק בתהליך השגת האישורים וכמי שהעיד על עצמו כי לא ברור לו בכלל על אילו אישורים מדובר (סעיפים 26, 28, 79, 134, 208 ו- 209 לכתב התביעה על תתי סעיפיו). הנאמן חטא בכך בביזוי של בן משה והרוכשת ובשיסוי של מחזיקי אגרות החוב בבן משה וברוכשת. מדובר ב**פעולות ביוזמתו** של הנאמן.

כפי שנפרט להלן הנאמן מעז וחוזר על טענות מופרכות אלו גם בבקשה אם כי מאופן העלאתן ברור שגם כעת, חודשים רבים לאחר שהגיש את בקשה 51, הוא אפילו לא טרח לברר אם יש בהן ממש.

92.11. **הנאמן** הוא מי שבחר לדחות את ההצעה המחודשת שהגישה הרוכשת בחודש אפריל 2019, מבלי אפילו להביאה בפני מחזיקי אגרות החוב, כמפורט בסעיפים 221 עד 223 לכתב התביעה. כמו כן, **הנאמן** הוא מי שמסר למחזיקי אגרות החוב תיאור שגוי של ההצעה המחודשת ולא תיקן את התיאור גם כאשר העמידה אותו הרוכשת על כך (סעיפים 32, 33 ו- 224 עד 228 לכתב התביעה; **נספחים 50 עד 52** לכתב התביעה). מדובר ב**פעולות ביוזמתו** של הנאמן, שגם הן מהוות חלק מן ההתחמקות של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב מן ההסדר.

93. הנה כי כן, גם נוכח האמור לעיל בפרק זה לבדו די בדחיית הבקשה, שכן מובן כי הנאמן הוא צד להסדר, מי שהוביל את תהליך גיבוש ההסדר וכריתתו וכן מי שפעל כדי לטרפדו. בנסיבות אלו מובן שקמה כלפיו עילה לתביעת הסכום העודף.

## **II.g. העילות לתביעת הסכום העודף (מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט)**

94. הבקשה חותרת למחיקה על הסף של תביעת הסכום העודף, על סמך הטענה כי לא ניתן לתבוע את הנאמן בעילת עשיית עושר ולא במשפט מקום שאת העושר הפיקו מחזיקי אגרות החוב, ועל סמך טענות נוספות מדוע לא קמה בענייננו עילת עשיית עושר ולא במשפט.

95. עוד נראה להלן כי אין ממש בטענות אלו, אך קודם לכן ראוי להדגיש כי אין שחר להצגת הדברים בבקשה כאילו העילה היחידה לתביעת הסכום העודף היא עילת עשיית עושר ולא במשפט.

96. **ראשית**, ראוי להדגיש כי כלל אין חובה לפרט בכתב התביעה את הוראות הדין עליהן מבוססת התביעה. התובע רשאי אך אינו חייב לעשות כן. נזכיר כי בקשר עם עילת התביעה לא נדרש התובע אלא לפרט את העובדות המהותיות. אין כל חובה לפרט טענות משפטיות. ראו נא תקנה 9 (5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ("**תקנות סדר הדין האזרחי**") שקובעת כי יש לפרט את:

**"העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה, ואימתי נולדה";**

97. כמו כן ראו נא את תקנה 74 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי שקובעת במפורש:

**"מותר להביא בכתב טענות כל הוראת דין שהטוען מתכוון להסתמך עליה, אך אין בעל דין מנוע מהסתמך על הוראת דין כאמור מחמת שלא הביא אותה בכתב טענותיו."**



98. ראו נא לעניין זה את דבריו של גורן בספרו<sup>6</sup>:

"כיצד לנסח כתב טענות? הפעולה הראשונה היא מיון. על הטוען לבצע פעולה של מיון ולהבדיל בין העובדות המהותיות מצד אחד, שרק אותן הוא חייב לכלול בכתב הטענות, לבין הראיות הבאות להוכיח אותן מצד שני, לבין טענות משפטיות, שאותן אין הוא חייב לכלול בכתב הטענות אך הוא רשאי להסתמך עליה כאמור בתקנה 74(ב), מצד שלישי.

[...]

תקנה 74 קובעת כי מותר (ואין חובה) להביא את הוראת הדין שעליה מסתמכים, אך ניתן גם להסתמך על הוראת דין שלא הובאה בכתב הטענות. כלומר, ציון הוראת דין בכתב טענות הוא בבחינת רשות ולא חובה. אין חובה לציין בכתב התביעה את העילות המשפטיות שעליהן מסתמך התובע, אך התובע אינו פטור מלציין את העובדות שעליהן מושתתות עילות תביעתו. תקנה 74(ב) נועדה להבהיר כי מותר לתובע להוסיף על עילת התביעה שפירט גם הוראת דין, שעליה הוא מתכוון להסתמך לביסוס תביעתו. אפילו עשה כן, לא יהא מוגבל בשעת הדיון לאותה הוראה שהביא, שלא לצורך, בכתב התביעה, ולא יהא מנוע מלהסתמך על כל הוראה אחרת.

מסקנה משפטית אינה עילת תביעה וממילא אין חובה לטעון אותה בכתב התביעה."

ראו נא גם רע"א 2904/95 מדינת ישראל נ' עלי ג'אבר סולימאן אל הוזייל, פ"ד מט(2) 40, 42 (1995).

99. ממילא פירוט העילות המשפטיות בכתב התביעה אינו ממצה כלל.

100. גם מטעם זה לבד דינה של הבקשה דחיה, שכן הוא מתיימר להביא אך ורק למחיקת פרק XXII לתביעה. ואולם פרק זה עיקרו פירוט בלתי ממצה ולמעלה מן הצורך של טענות משפטיות, שגם אם היה מקום למחקן (ואין זה כך כלל וכלל) הרי שתביעת הסכום העודף היתה נותרת על כנה.

101. שנית, כתב התביעה פירט עילות תביעה שונות שקמות לתובעות, בנוסף לעילת עשיית עושר ולא במשפט.

102. כך, כמפורט למשל בסעיפים 329 ו- 330 לכתב התביעה, קמות לתובעות כלפי הנאמן עילות לתביעת הסכום העודף, שהיווה את הרווח לו ציפתה הרוכשת מכוח ההסדר, וזאת מכוח דיני החוזים, הן משום שפעולותיו ופעולות מחזיקי אגרות החוב באות בגדר הפרה של ההסדר והן משום שהן באות בגדר הפרה של החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת הקבועה בסעיפים 12 ו- 39 לחוק החוזים.

103. מובן שהפרה של התחייבות חוזית מקנה לנפגע זכות לתבוע את אבדן הרווח לו רשאי היה לצפות על פי החוזה. מדובר בסעד בסיסי שמקנה הוראת סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("חוק התרופות"), הידוע בכינוי "פיצויי קיום". זכות זו אינה מתאינת כאשר ההסכם בוטל. ראו נא לעניין זה למשל את דברי המלומדים ד' פרידמן וני' כהן בספרם<sup>7</sup>:

"בעיקר ראוי להדגיש כי ביטול מחמת הפרה איננו שולל את זכות הנפגע להגנה על אינטרס הקיום. אמנם, הביטול שולל אפשרות אכיפה. אולם הזכות לקבל פיצויים בגובה אינטרס הקיום (המהווים, למעשה, תחליף כספי לאכיפה) עומדת בעינה."

<sup>6</sup> גורן, עמ' 108-119.

<sup>7</sup> דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ב) 1110 (1992) ("פרידמן וכהן").

ראו נא גם ע"א 11173/02 אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ (פורסם בנבו, 3.4.2006), פסקה 7; ע"א 8946/04 Warner Bros. International Television Distribution נ' רוי"ח צבי יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל, גוונים וגוונים קריות (פורסם בנבו, 1.8.2010), פסקה 10; ע"א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום (פורסם בנבו, 29.1.2015), פסקה 19.

104. כמו כן, הפרה של החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת מקנה אף היא זכות לקבל פיצויי קיום. זה מכבר, קבע כב' השופט ח' כהן בעניין ע"א 380/77 שלמה נ' יעקב, פ"ד לג(2) 103, 105 (1979): "לא קיים בעל חוזה את חיובו בדרך מקובלת ובתום לב' כאמור, רואים אותו כאילו לא קיים חיובו כלל, וממילא כאילו הפר את החוזה". על דברים אלו ציינה המלומדת שלו כי "באמירה פשוטה וצלולה זו פתר השופט חיים כהן את השאלה של 'שיניים' להוראת תום הלב"<sup>8</sup>.

105. המלומדים שלו וצמח מביאים בספרם את דברי כב' השופט ח' כהן ז"ל בצינים כי המפר את החובה האמורה, "דהיינו: אינו מקיים בתום-לב את החיובים הנובעים מן החוזה או שאינו עושה שימוש בתום-לב בזכויות הנובעות מן החוזה, רואים אותו 'כאילו לא קיים חיובו כלל, וממילא כאילו הפר את החוזה'. פעולה בחוסר תום-לב מהווה אפוא הפרת חוזה"<sup>9</sup>.

106. יש להדגיש כי עילות אלו אינן ממצות. כך למשל, אפילו אם נקבל לרגע את עמדת הנאמן (עמדה מופרכת שאין לקבלה) כאילו אין לתבוע אותו בעילות שקיימות כלפי מחזיקי אגרות החוב, כאילו הוא צד שלישי בלתי קשור להסדר שהושג בין מחזיקי אגרות החוב לבין התובעות, כאילו הוא אינו כפוף להוראות ההסדר ולחובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת ואינו חשוף לסעדים בגין הפרה של אלו, אזי פעולותיו מהוות, לכל הפחות, עוולת גרם הפרת חוזה, הקבועה בסעיף 62 לפקודת הניזקין [נוסח חדש] ("פקודת הניזקין"). יסודותיה של עוולה זו מתקיימות שכן כמפורט בכתב התביעה (וכמוזכר בקצרה לעיל) הנאמן פעל ביודעין וללא כל צידוק לשם התחמקות מן ההסדר. גם כאן נדגיש – אין כל חובה לפרט בכתב התביעה את הטענה המשפטית בדבר קיומה של עוולת גרם הפרת חוזה ודי בפירוט העובדות המקימות אותה<sup>10</sup>.

107. זאת ועוד, פעולות הנאמן, לרבות הפעולות החמורות בהם חטא הנאמן, בכל הקשור לביזוי של הרוכשת ובן משה ושיסוי מחזיקי אגרות החוב בהם, תוך הצגתם כמי שביקשו לגנוב את דעתם של מחזיקי אגרות החוב, מהוות עוולות נוספות על פי פקודת הניזקין ובוודאי באות, לכל הפחות, בגדר עוולה לפי סעיפים 35 ו- 36 לפקודת הניזקין<sup>11</sup>.

108. גם מכל אלו מתעלמת הבקשה, ודי גם בכך לבד כדי לדחותה. הרי גם אם היה ממש בטענה כי לא קיימת כלפי הנאמן עילה של עשיית עושר ולא במשפט לתביעת הסכום העודף, עדיין אין למחוק תביעה זו שכן היא מושתתת על מסכת עובדות המקימה לתובעות עילות נוספות.

<sup>8</sup> ראו נא: גבריאלה שלו "עוד על עקרון תום הלב" קרית המשפט ג 121, 122 (2002).  
<sup>9</sup> ראו נא: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 102-103 (מהדורה רביעית, 2019) ("שלו וצמח").  
<sup>10</sup> ראו נא למשל ע"א (מחוזי מרכז) 56347-09-14 סיגלית חדד נ' ניסן נייזוב, פסקה 14 (פורסם בנבו, 31.12.2014).  
<sup>11</sup> ראו נא: דברי כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 723, 727 (1981).

### **III טענות ההגנה של הנאמן כי הוא אינו אחראי למעשים שהוא עצמו ביצע**

109. בסעיף 3 לכתב התביעה נטען כי –
- 109.1. הנאמן פועל ופעל מכוח הוראות חוק ניירות ערך, לרבות הוראות פרק ח'1 לחוק, שקובעות, בין היתר, כי הנאמן מייצג את מחזיקי אגרות החוב;
- 109.2. מחזיקי אגרות החוב הם ציבור רחב, מפוזר ובלתי מסוים ומדובר למעשה בגופים שונים (שמשתנים מעת לעת שכן אגרות החוב נסחרות בבורסה), אשר חלק גדול מהם הינם אנשים או גופים פרטיים;
- 109.3. הנאמן הוא מי שתובע ונתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב;
- 109.4. הנאמן הוא בעל אחריות עצמאית למעשים המתוארים בכתב התביעה.
110. מן הבקשה עולה כי הנאמן מבקש להכחיש **חלק** מן הנטען בסעיף 3 לכתב התביעה.
111. הנאמן לא מבקש להכחיש כי הוא פועל מכוח חוק ניירות ערך. הוא גם לא מבקש להכחיש שציבור מחזיקי אגרות החוב אותם הוא מייצג ושהוא פועל למימוש הזכויות הנתונות להם הם ציבור רחב, מפוזר, בלתי מסוים ומשתנה.
112. נראה גם שהנאמן לא מבקש להכחיש כי כחלק מתפקידו הוא **תובע בעצמו תביעות בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב**.
113. עם זאת, נראה כי הנאמן מבקש להתכחש לנטען בסעיף 3 בכתב התביעה, בשני מובנים.
114. **ראשית**, הוא מבקש להתכחש לכך שהוא **נתבע בעצמו בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב**. הוא מבקש לטעון כי אם חלה עשיית עושר שלא כדין אזי המחזיקים התעשרו ויש לתבוע אותם ולא אותו. נתייחס לטענה זו בפרק הבא (פרק IV).
115. **שנית**, נראה שהוא גם מבקש להתכחש לכך שהוא **בעל אחריות לפעולות בהן הוא נקט בעצמו**. טענה זו עולה בעיקר בפרק ב'2 לבקשה. נתייחס אליה בפרק זה להלן.
- III.A. טענות אלו של הנאמן אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף הן משום שהן מתכחשות לכתב התביעה והן משום שהן דורשות בירור עובדתי גם לשיטת הנאמן**
116. טענות הנאמן כאילו לא חלה עליו אחריות עצמאית למעשיו שלו אינן יכולות להביא לסילוק תביעת הסכום העודף על הסף, כבר נוכח שני הטעמים הבאים.
117. **הטעם הראשון** הוא שטענות אלו **אינן מבוססות** על כתב התביעה אלא **מבקשות להתכחש לו** (שכן כפי שראינו בסעיף 3 נטען במפורש כי הנאמן הוא בעל אחריות עצמאית למעשים המתוארים בכתב התביעה). מובן אפוא שגם לשיטת הנאמן כתב התביעה מגלה עילה כלפיו, אלא שהנאמן חולק על הנטען בו. מצב דברים זה מחייב בירור של התביעה ומובן שאין לסלק על הסף תביעה מן הטעם שהנתבע חולק על הנטען בה.
118. **הטעם השני** הוא שטענות אלו של הנאמן דורשות, לרבות לפי הבקשה עצמה, בירור עובדתי.

119. כך, הנאמן מעלה טענות הגנה (בלתי נכונות) כי אין להטיל עליו אחריות למעשיו, אלא במקרים קיצוניים כגון שפעל ברשלנות רבתי, בזדון או בחריגה מובהקת מסמכות (למשל סעיפים 32, 35 ו- 47 לבקשה).

120. לפיכך, גם אם היה ממש בטענות אלו במישור המשפטי (ואין זה כך כלל וכלל כפי שנראה להלן), מובן שאין בכך כדי להביא לסילוק תביעת הסכום העודף על הסף. כפי שראינו בפרק II.ב. לעיל, כתב התביעה מפרט כי הנאמן נקט בפעולות חמורות מאין כמותן, שהבקשה מתעלמת מהן, ושבזדאי באות בגדר מקרה קיצוני (וחמור). לפיכך, גם לשיטתו המשפטית (השגויה) של הנאמן, על בית המשפט הנכבד לבחון ולברר האם מדובר במקרה קיצוני כנטען בכתב התביעה והאם יש להטיל על הנאמן אחריות. ממילא אין לסלק את התביעה על הסף.

121. הנה כי כן, כבר נוכח האמור לעיל אין להיזקק לטענותיו אלו של הנאמן וכבר מכאן יש לדחותן.

### **III.ב. התכחותו של הנאמן לאחריות שלו לפעולות שביצע בעצמו מתעלמת מן המעמד שלו בנוגע להסדר וכן עומדת בסתירה להלכה שכל אדם אחראי באופן אישי למעשים פסולים שביצע ומעמדו (כנאמן, שלוח, מנהל חברה או אחר) לא יקנה לו חסינות מכך**

122. טענות הנאמן לכך שאין הוא אחראי לפעולות שהוא עצמו ביצע מתעלמות ממעמדו כמי שהוביל את גיבוש ההסדר ואת כריתתו וכמי שהיה צד לו. כבר מכאן דינן דחיה.

123. יתר על כן, אפילו נניח לרגע כי הנאמן אינו צד בעצמו להסדר, עדיין עומדות טענות הנאמן בסתירה גמורה להלכה, לפיה כל אדם (לרבות תאגיד), אחראי, באופן אישי, לפעולותיו שלו, ככל שאלו מהוות עוולות או הפרה של החובה להתנהג בתום לב ובדרך מקובלת, או פסולות מטעמים אחרים שבדין. העובדה שפעולות פסולות אלו בוצעו על ידי הנתבע כנאמן, כשלוח (או כמנהל של חברה או בתוקף תפקיד אחר) אינה גורעת כלל מאחריות זו.

124. כך נקבע, פעם אחר פעם, לגבי כל עוולה בנזיקין, כפי שהובהר היטב בעניין ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 696 (1994) ("עניין צוק אור"), שם קבע כ"ב הנשיא שמגר :

"הלכה זו חזרה ונשנתה פעמים רבות בהקשר של עוולות שונות (למשל: ע"א 139/76 אופיר ואחי' נ' לוי ואחי'; לוי נ' טכניכון ואחי' [5], בעמ' 33-34 (הסגת גבול); ע"א 230/80 פנידר בע"מ נ' קסטרו [6], בעמ' 723 (רשלנות – מצג שווא רשלני)). חזרתי על הלכה זו, לאחרונה, בע"א 4114/90 בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ ואחי' [7], בעמ' 427: 'כפי שאחריותו של התאגיד אינה מותנית באחריותו של האורגן, כך גם אחריותו של התאגיד אינה שוללת את אחריות האורגן'. אכן –

'עקרון היסוד של דיני הנזיקין הוא, כי מי שמקיים את היסודות של העוולה אחראי למעשיו שלו. מעמדו של המעוול בהירארכיה המינהלית או הביצועית אין בו כדי לשחרר את המעוול מאחריות. על-כן, עצם העובדה שאדם מבצע עוולה לא למען עצמו, אלא כעובד או כשלוח של אחר, אין בה כדי לשחרר את המבצע מאחריות בנזיקין. בדומה, עצם העובדה שאדם מבצע עוולה כאורגן של תאגיד, אין בה כדי לשחררו מאחריות (ע"א 725/78). עמדתם של דיני הנזיקין היא העמדה האינדיבידואליסטית, לפיה כל אדם חטאו יישא' (ע"א 507/79 ראונדנאף (קורן) נ' חכים (להלן – עניין ראונדנאף [8]), בעמ' 794)'"

125. כך, נקבע גם לעניין הפרת החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת. יפים לעניין זה הדברים הבאים מתוך ההלכה הנודעת בעניין ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673, 688-689 (1983):

"המקור הפורמאלי של האחריות המוגדרת בסעיף 12 הוא בחוק החרות, היינו בסעיף 12 (ע"א 148/77 [2]; ע"א 838/75 [3]; ע"א 166/77 [4]). לאור מהותה – כתולדתו של עקרון-יסוד משפטי המשלב סייגים חברתיים-אתיים לתוך הכללים החלים על פעולות משפטיות ועל פעולות אחרות המתלוות אליהן – יש לראותה כבעלת יסודות קוגנטיים: נסיבות עובדתיות שונות ומשתנות משפיעות, כמובן, על הצורה המוחשית אותה לובשת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב, ועל אופן יישומן של אמות המידה המשפטיות לנסיבות האמורות, אך החובה עצמה לעולם עומדת, ואין להתנות עליה.

[...]

סיכומם של דברים, החובה המשפטית מכתובה דרך התנהגות מסוימת, המופעלת במסגרת מערכת היחסים, אשר בה עליה להיות מיושמת. החובה המשפטית יוצרת ציפייה לגיטימית להתנהגות של אמון ויושר אשר אינה כרוכה, בין היתר, במעמדו של הצד השני כצד מעוניין ישיר או כשלוחם של אחרים אלא במעמדו כצד המנהל משא ומתן."

126. דברים אלו נכונים כמובן גם לגבי נאמן. הדין, שמורה לו להגן על נכסי הנאמנות (ובהמשך נפרט אודות המשמעות לענייננו), אינו מקנה לו חסינות לביצוע עוולות או פעולות פסולות אחרות שהדין שולל אותן. כך מבהיר בקשר לכך כרם<sup>12</sup>:

"מובן שהחובה לפעול בכל דרך אפשרית מוגבלת עלידי המותר על-ידי הדין. בהתנגשות בין החובה לבצע את תפקידו בדרך היעילה ביותר למימוש מטרת הנאמנות לבין האסור על-פי הדין, חלה על הנאמן החובה לשמור על הוראות הדין, כשם שהיא חלה על כל אדם אחר. העובדה שהוא פועל להשגת מטרה ציבורית למשל, אין בה כדי להכשיר פעולה שיש בה משום הפרת חוק או פגיעה בכל נורמה מחייבת אחרת."

127. יש להטעים ולהבהיר כי לעניין אחריותו העצמאית של הנאמן אין זה מעלה או מוריד אם קיבל לפעולה המדוברת אישור מאסיפת מחזיקי אגרות החוב אם לאו. אישור נהנה לנאמן (או אישור של הנהלת חברה למנהל שלה או של שולח לשלוח שלו) לנהל משא ומתן בחוסר תום לב או לבצע עוולה אינו פוטר את המעוול מאחריות.

128. הנה כי כן, יש לדחות מכל וכל את הניסיון של הנאמן להתכחש לאחריותו למעשים שביצע בעצמו.

### III.g. התייחסות נוספת לפרק ב'2 לבקשה שמנסה להתכחש לאחריות הנאמן למעשיו

129. כבר מן האמור לעיל ברור מדוע אין יסוד לטענות הנטענות בפרק ב'2 לבקשה שחותרות למסקנה כי הנאמן אינו אחראי למעשים שהוא עצמו ביצע. למען הזהירות נמשיך ונתייחס לטענות שם להלן.

130. בסעיף 31 לבקשה נטען כי ככל שהנאמן פעל לפי הוראות בית המשפט או באישורו אין להטיל עליו אחריות. טענה זו אינה רלבנטית לענייננו וגם אינה נכונה.

130.1. אינה רלבנטית – משום שבענייננו הנאמן לא נקט בפעולות הפסולות מצדו לפי הוראות בית המשפט או באישורו של בית המשפט. אמנם בהמשך הבקשה מעלה הנאמן טענות (עובדתיות, שלא נתמכות בתצהיר) כי פעל לפי החלטות בית המשפט, אך אין בטענות אלו ממש. כך בסעיף 102 לבקשה מצוי פירוט של בקשות, הודעות, החלטות, זימוני אסיפות, וכיו"ב שנועדו רק לבלבל את הקורא. אף לא אחד מסעיפי המשנה של סעיף 102 מתאר בקשה שהגיש הנאמן לקבל הוראות מבית המשפט וממילא אין בהם ולו תיאור של פעם יחידה בה הורה בית המשפט לנאמן לנקוט בפעולה כלשהי לפי בקשתו, לא כל שכן פעולה פסולה שמתוארת בכתב התביעה.

<sup>12</sup> שלמה כרם נאמנות 443 (מהדורה רביעית, 2004) ("כרם").