

130.2. אינה נכונה – משום שסעיף 12 (א) לחוק הנאמנות התשלי"ט – 1979 ("יחוק הנאמנות") אינו קובע כלל את אשר נטען בסעיף 31 לבקשה, כאילו לנאמן מסור בנסיבות מסוימות, פטור אוטומטי מאחריות. הוא מדבר על כך שבית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריות ועל כך שהנאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות ואם עשה כן ופעל על פיהן.

130.3. זאת ועוד, הבקשה מנסה לבלבל בין הוראות חוק הנאמנות המתייחסות לעניין היחסים בין הנאמן לבין הנהנים, לבין ענייננו. מובן שסעיף 12 לחוק הנאמנות לא נועד להעניק לנאמן פטור מול תביעת צד שלישי, בוודאי לא כדי לשמש מחסום בפני תביעה המושתתת על טענות חמורות כגון אלו המפורטות בכתב התביעה.

131. בסעיפים 32 ואילך מצטטת הבקשה וחוזרת ומצטטת מובאות הנוגעות להגנה לה זוכה **בעל תפקיד שמונה על ידי בית המשפט (ולא נאמן אג"ח)**, תוך שנטען, **באופן מטעה**, כי הלכות אלו חלות על הנאמן, על אף שהנאמן אינו בעל תפקיד שמונה על ידי בית המשפט כלל וכלל.

131.1. כך, בעניין רו"ח יובל קרדון בתפקידו כנאמן בהסדר נושים, המוזכר בסעיף 32 לבקשה, שם נעשה ניסיון להטיל אחריות אישית על בעל תפקיד שמונה על ידי בית המשפט. הוא הדין לגבי עניין חברת דאר אלכרמה המוזכר בסעיף 33 לבקשה ולגבי עניין חנה לנדנר המוזכר בסעיף 34 לבקשה. בכל המקרים הללו הבהיר בית המשפט כי יש להגן על בעל תפקיד שמונה על ידו, והמשמש כקצין בית המשפט, ופועל בפיקוחו, מפני תביעות סרק.

131.2. ואולם, מה בין כך ובין ענייננו?! הנאמן הרי אינו בעל תפקיד שמונה על ידי בית המשפט. בהתאם, בית המשפט לא מפקח על פעולותיו ובהתאם הנאמן לא ביקש את אישורו או רשותו של בית המשפט לפני שביצע את כל הפעולות החמורות שחטא בהן כמתואר בכתב התביעה.

132. הטענה בסעיף 35 לבקשה כאילו קיימת לנאמן הגנה כלשהי מכוח הפסיקה החלה על בעלי תפקיד מטעם בית המשפט אינה מובנת. הבקשה עצמה אינה מבהירה מדוע אותה הגנה חלה על הנאמן (היא מניחה זאת כמובן מאליה תוך הטעיית הקורא שהפסיקה חלה מלכתחילה על נאמן אג"ח). המשך הטענה שם כאילו התובעות רואות בנאמן משום כיס עמוק מופרכת גם היא. כאמור בבקשה עצמה הובהר כי הנאמן מחזיק בידיו כספים שמיועדים למחזיקי אגרות החוב לשם תשלום על פי התביעה.

133. הטענה בסוף סעיף 35 לבקשה כאילו לא נטענות כלפי הנאמן טענות חמורות אינה נכונה ומתעלמת משלל הטענות החמורות מאד שמופנות כלפי הנאמן בכתב התביעה.

134. המובאה המצוטטת בסעיף 36 לבקשה **בעניין בית"ר ירושלים** כלל לא מסייעת לבקשה אלא להפך. היא בוודאי לא תומכת בנטען בסעיף 36 לבקשה שאינו נהיר. בחלק המצוטט נקבע כי **"חבר ועד עמותה, כמו כל אדם שהוא אישיות משפטית, אחראי על פעולותיו ומעשיו המתבצעים באופן ומכוח היותו אישיות משפטית עצמאית. לבד מכך יכול שתוטל עליו אחריות נוספת, כשהוא פועל בתור שלוח או אורגן של העמותה, בה הוא משמש כחבר ועד."** דברים אלו נכונים ומתיישבים היטב עם האמור לעיל לפיו ההלכה הברורה היא כי כל אדם ובכלל זה כל תאגיד והנאמן בגדר כך אחראי באופן אישי למעשיו וישא באחריות כאשר אלו סוטים מהוראות הדין או מהווים עוולות.

135. המובאה בסעיף 37 לבקשה **בעניין הרב אליעזר כהנמן** גם היא אינה קשורה לענייננו. אושר שם פסק דין שדחה תביעה כנגד נאמן, למתן חשבונות, שהגיש מי שטען שהוא בא בגדר צד מעונין לפי סעיף 39 לחוק הנאמנות. התובע שם ראה עצמו כצד מעונין בנכסי הנאמנות, עד כי קמה לו הזכות לחשבונות ונדחה. אלא שבענייננו התובעות אינן תובעות את הנאמן, בתביעת הסכום העודף, על סמך טענה ששימש נאמן שלהן. בכל הקשור לתביעת הסכום העודף הנאמן לא שימש כנאמן של התובעות כלל וכלל. הוא לא נתבע בגין נזק שנגרם לנכסי הנאמנות. הוא נתבע כמי שעיוול כלפיהן וכמי שחטא כלפיהן בשלל פעולות חמורות. הוא נתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב (להם הוא משמש נאמן). ממילא הדיון מי הוא צד מעונין לפי חוק הנאמנות אינו קשור לענייננו כלל וכלל.

136. מאותם הטעמים אין כל רלבנטיות לטענות בסעיפים 37 עד 39 ו- 42 לבקשה (שגם אינן נתמכות בפסיקה וגם אינן נהירות) המתייחסות למידת אחריותו של נאמן בנוגע לתביעות נזק לנכסי הנאמנות.

137. בניגוד לנטען בסעיפים 39 ו-42 לבקשה וכפי שצוין לעיל העובדה שאת הפעולות הפסולות ביצע הנאמן, שעה שהוא משמש נאמן למחזיקים, אינה מקנה לו חסינות כלשהי מפני תביעות של צד שלישי.

138. גם המובאה בסעיף 40 לבקשה **בעניין לנוקס השקעות** אינה תומכת בבקשה (אדרבא, היא משמשת דוגמא, אחת מני רבות, להליך בו הנאמן הוא מי שמשמש **בעצמו** צד להליכים משפטיים בקשר עם זכויות מחזיקי אגרות החוב וזאת בשם מחזיקי אגרות החוב ובמקומם, בניגוד לטענת הנאמן בבקשה, אליה נתייחס בפרק הבא). נקבע שם שעל נאמן אג"ח לעמוד על משמרו זכויות מחזיקי אגרות החוב ולצורך כך להפעיל שיקול דעת. קביעה נכונה זו בוודאי אינה מלמדת כי מותר לנאמן אג"ח לנקוט בפעולות אסורות על פי דין או כי קיימת לו חסינות מפני תביעות במקרה שחטא בכך. זאת ועוד, הרצון של בית המשפט להגן על נאמן האג"ח כדי שיוכל לשמור על זכויות מחזיקי אגרות החוב בעידן בו חברות רבות אינן עומדות בהתחייבויותיהן כלפי המחזיקים, בוודאי אינו רלבנטי לענייננו. הרוכשת לא הנפיקה את אגרות החוב ולא חייבת לשלמן. היא ניהלה משא ומתן וגיבשה הסדר מול הנאמן ומחזיקי אגרות החוב. לצדדים טענות זה כלפי זה כתוצאה מתהליך זה, ואין כל טעם או סיבה מדוע טענות אלו לא תתבררנה או מדוע תוקנה לנאמן עדיפות כלשהי על הרוכשת בכל הקשור לבירור זה.

139. הנה כי כן, אין יסוד לטענות הנאמן בפרק ב'2 לבקשה שחותרות לכך שהוא אינו אחראי לפעולות שהוא עצמו ביצע. יתר על כן, כפי שנראה להלן, טענות אלו גם עומדות בסתירה לעמדת הנאמן במקרים אחרים, בהם ראה בעצמו, בנאמן אג"ח אחר, כמי שאחראי לנזקים שנגרמים בשל מעשיו של האחרון. נתייחס לכך בפרק הבא כאשר נדון בטענה שגויה נוספת של הנאמן, כאילו הוא אינו נתבע נכון בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב.

#### **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**

140. נתייחס עתה לטענות הנאמן המפורטות בפרקים ב'1, ב'3, ב'4 וד'1 לבקשה, שכוללות שתי טענות מצטברות: **הראשונה** - כי הנאמן אינו אחראי בעצמו להתעשרות שלא כדין של מחזיקי אגרות החוב ("הטענה הראשונה"). **השניה** - כי הוא לא משמש כנתבע נכון בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב ("הטענה השנייה"). על סמך שתי טענות מצטברות אלו מבקש הנאמן כי תביעת הסכום העודף תסולק על הסף.

141. כמפורט להלן, יש לדחות טענות אלו מכל וכל.
142. לפני שנמנה את הטעמים לכך נדגיש כי הדיון בטענות אלו הוא **מיותר** כבר אם תידחה עמדתו של נאמן האג"ח כי הוא אינו אחראי למעשים שהוא עצמו ביצע (אליה התייחסנו בפרק הקודם). הרי כבר עם דחיית עמדתו זו של הנאמן, המסקנה המתחייבת היא כי אין לסלק על הסף את תביעת הסכום העודף ויש לברר האם הנאמן חב בה בגין מעשיו שלו.

#### **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**

143. טענות הנאמן כי הוא אינו אחראי בעצמו להתעשרות שלא כדין של המחזיקים וכי הוא גם אינו נתבע נכון בשמם ובמקומם של המחזיקים, אינן יכולות לבסס בקשה לסילוק על הסף כבר נוכח שני הטעמים הבאים.

144. **הטעם הראשון** הוא שטענות אלו אינן מבוססות על כתב התביעה. ההפך הוא הנכון. כפי שראינו הן עומדות בסתירה לנטען בכתב התביעה ומבקשות להתכחש ולחלוק על הנטען בו. 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.

145. **הטעם השני** הוא שגם טענות אלו של הנאמן דורשות בירור עובדתי.

146. כך גם אם היה ממש בטענה המשפטית של הנאמן (שאינה נכונה), כאילו בנסיבות מסוימות הנאמן אינו אחראי להתעשרות של מחזיקי אגרות חוב, משום שהוא לא התעשר בעצמו, ועל אף שהוא הוביל ובוודאי נטל חלק בפעולות הפסולות שהביאו להתעשרות זו, מובן שהדבר מצריך בירור לגבי מידת מעורבותו בתהליך שהקנה למחזיקים את אותה התעשרות פסולה.

147. כך, גם טענת ההגנה של הנאמן (שאינה נכונה) כי תפקידו כולל את היותו תובע, אך לא נתבע, בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, מעלה שלל שאלות עובדתיות בדבר אופן התנהלותו של הנאמן, בעניינינו אנו ובעניינים אחרים, שילמד על היקף תפקידו ואחריותו של נאמן אג"ח בכלל ולעניינינו בפרט. להלן, כאשר נראה שאין ממש בטענת הגנה זו, נתייחס בתמצית גם להיבטים עובדתיים אלו ונראה כי התנהלות הנאמן בפועל עומדת בסתירה לטענת הגנה זו. מכל מקום, משום שהיא מערבת שאלות עובדתיות מובן שאין היא מתאימה להידון במסגרת בקשה לסילוק על הסף.

148. הנה כי כן, כבר נוכח האמור לעיל אין להיזקק לטענותיו אלו של הנאמן ויש לדחותן.

#### **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**

149. טעם נוסף לדחיית טענות אלו של הנאמן הוא שכפי שראינו בפרק II.ג לעיל, תביעת הסכום העודף אינה מבוססת רק על עילת עשיית עושר ולא במשפט.

150. היא מבוססת גם על עילות משפטיות נוספות לרבות מתחום דיני החוזים, הפרת חובת תום הלב, וביצוע עוולות נזיקיות.

151. הבקשה כלל אינה מנסה לטעון כי בקשר לאותן עילות הנאמן אינו נתבע נכון.

152. גם משום כך אין להיזקק לטענות אלו של הנאמן ויש לדחותן.

#### **IV.ג. אין ממש בטענה הראשונה של הנאמן – בוודאי שהוא אחראי בעצמו להתעשרות שלא כדין של מחזיקי אגרות החוב**

153. כבר עמדנו קודם לכן (בפרק III.ב) על כך שהנאמן אחראי אחריות מלאה למעשיו שלו.

154. נדמה שהנאמן מבקש לטעון כי ככל שמדובר בעילת עשיית ולא במשפט (להבדיל מביצוע עוולה נזיקית או פעולה בחוסר תום לב), אזי הנאמן אינו אחראי למעשים שלו, שהביאו להתעשרות המחזיקים.

155. בטענה זו אין ממש. גם אם ההתעשרות נוצרה אצל הנהנה בלבד אזי הנאמן חייב בגינה כלפי צד שלישי כאשר היא באה על חשבוננו. לא ניתן להתחמק מהוראות הדין באמצעות פעולה מרובת משתתפים בה אחד נוקט בפעולה הפסולה, שני מפיק ממנה התעשרות שלא כדין והנפגע נותר ללא סעד. אדרבא, במקרים בהם מספר גורמים שותפים לפעולה הפסולה הדין מטיל עליהם אחריות ביחד ולחוד. ראו לעניין זה הדברים שכתבו פרידמן ושפירא בר-אור<sup>13</sup>:

**”ריבוי נתבעים - האסמכתאות בסוגיה זו מועטות ורבות מן השאלות הכרוכות בה לא התבררו כל צרכן. עם זאת, נראה כי שניים שנטלו במשותף, שלא כדין, רכוש של התובע וחילקוהו ביניהם, אחראים סולידרית כלפי התובע ואחריותם זו היא לא רק בניזקין אלא אף בדיני עשיית עושר. זאת, למרות שניתן לגרוס כאילו כל אחד 'התעשר' רק כדי מחצית הסכום. כלל זה הוכר בראש ובראשונה בכל הנוגע לרווח שהופק עקב הפרת אמון, והוא הוחל אף במקרה שבו נאמן הרשה את הפעולה או הסכים לה, למרות שהוא עצמו לא התעשר ממנה כלל...”**

156. הנה כי כן, גם משום טעמים אלו לבדם יש לדחות את טענות הנאמן כאילו יש לסלק על הסף את התביעה לסכום העודף בעילת עשיית עושר ולא במשפט.

#### **IV.ד. אין ממש בטענה השניה של הנאמן – בוודאי שהוא נתבע נכון בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב**

157. בפרק זה נניח כי הנאמן אינו אחראי למעשים שהוא עצמו ביצע ובכלל זה כי הוא אינו אחראי באופן אישי להתעשרות שלא כדין של מחזיקי אגרות החוב (על אף שיש לדחות עמדות אלו של הנאמן כמבואר לעיל).

158. נראה להלן כי גם אם אלו היו פני הדברים (ואין זה כך כלל וכלל) הרי שהנאמן הוא הנתבע הנכון כדי לברר את תביעת התובעות כלפי מחזיקי אגרות החוב. בניגוד לטענת הנאמן, הרי שהנאמן הוא מי שנכון לתבוע אותו בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב.

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)**

<sup>13</sup> דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 693-694 (2015).

159. לפני שנתייחס לטענה השניה של הנאמן, כאילו הוא אינו נתבע נכון בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, ראוי להצביע על התוצאה התמוהה והבלתי צודקת אליה חותרת טענה זו.
160. מוסכם על הכל, ונרחיב על כך להלן, כי הנאמן רשאי **לתבוע** צד שלישי כדי לממש את זכויות מחזיקי אגרות החוב כלפיו.
161. לעומת זאת, לפי טענת הנאמן, צד שלישי אינו יכול לעמוד על זכויותיו כלפי מחזיקי אגרות החוב באמצעות תביעת הנאמן.
162. יוצא גם שלשיטת הנאמן צד שלישי אינו יכול לעמוד על זכויותיו כלפי מחזיקי אגרות החוב בכלל, שכן **מובן שתביעה של ציבור מפוזר, בלתי מסוים ובלתי ידוע היא בלתי אפשרית.**
163. מובן שתוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת ואינה צודקת כלל וכלל.
164. הדברים נכונים שבעתיים בענייננו כאשר בין הצדדים (הנאמן ומחזיקי אגרות החוב מזה והרוכשת מזה) התנהל תהליך ארוך ומורכב, שכלל השגת סיכומים, משאים ומתנים, השגת סיכומים נוספים, מתן ארכות ועוד.
165. בסיומו של תהליך ארוך זה חלוקים הצדדים במחלוקות רבות וכל צד רואה עצמו זכאי לסעדים ממשנהו. במצב דברים זה מובן שלא יתכן ולא צודק שהדין ישלול אפריורית מאחד הצדדים את האפשרות להעלות טענות ובעקבות כך לדרוש קבלת סעדים, רק משום שאחד הצדדים לתהליך היו נאמן ומחזיקי אגרות חוב. מובן שיש לאפשר לשני הצדדים להעלות טענות וככל שאלו תתקבלנה לזכות בסעדים המתאימים.
166. כבר מטעמים אלו יש לדחות את הטענה השניה של הנאמן.
- 2.ד.IV תפקידו ואחריותו של נאמן אג"ח, הוראות הדין והיישום שלהן בפועל: נאמן האג"ח הוא מי שפועל בעצמו, בשמם ובמקומם של מחזיקי האג"ח, ובכלל זה כצד בעצמו להליכים משפטיים, לרבות כתובע וכנתבע, ובהתאם זוכה לשיפוי מאת המחזיקים**
167. פרק ב' לבקשה מתיימר לתאר את תפקידו של נאמן למחזיקי אגרות חוב, באופן דל, חסר, מעוות ופעמים רבות מטעה, עד כדי כך שהוא מבקש לרוקן במידה רבה מתוכן את תפקיד הנאמן.
168. התיאור שם של תפקיד הנאמן גם עומד בסתירה גמורה להתנהלות הנאמן עצמו הן בענייננו, הן בעניינים אחרים, וכן להתנהלות של נאמני אג"ח אחרים, במקרים רבים.
169. מן הבקשה עולה (בעיקר בפרקים ב'1, ב'3, וב'4), שהנאמן מבקש להציג עצמו כמי שפועל **כשלוח בלבד** של מחזיקי אגרות החוב, משל היה עורך דין שמייצג אותם. לפי שיטה זו, טעו התובעות כאשר הגישו את התביעה נגדו. היה עליהן להגיש אותה כנגד "לקוחותיו" של הנאמן, מחזיקי אגרות החוב (אם כי הנאמן אינו מבאר כיצד הדבר אפשרי ועל פניו הוא אינו אפשרי כלל).
170. נפרט להלן, בתמצית, כי מדובר בעמדה מופרכת, שאינה מתיישבת עם תפקידו של הנאמן, כפי הגדרתו בדינים הרלבנטיים, וכפי שהוא מקבל ביטוי במציאות, לרבות בענייננו שלנו (ואין זה פלא שעמדה זו לא קיבלה ביטוי במכתב התשובה, ששלח הנאמן לתובעות, בתשובה למכתב ההתראה שלהן לפני התביעה – **נספחים 55 ו- 56** לכתב התביעה).

#### IV.ד.2.i מערכות הדינים הרלבנטיות

171. תפקידו של נאמן האג"ח, סמכויותיו ואחריותו מוגדרים ומעוצבים באמצעות מספר דינים, ובין היתר חוק ניירות ערך, חוק הנאמנות ודיני החוזים. עמד על כך פלמן בספרו<sup>14</sup>:
- "על נאמן לאיגרות חוב הנסחרות בבורסה מוטלות חובות משלושה מקורות: ראשית, חובות מכוח חוק הנאמנות... שנית, חובות מכוח חוקי החוזים... שלישית, חובות מכוח חוק ניירות ערך".
172. פלמן גם כותב כי "למעשה" ניתן לראות בנאמן משום שלוח של מחזיקי אגרות החוב כך שעשויים לחול גם דיני השליחות<sup>15</sup>:
- "למעשה ניתן לראות בנאמן שלוח של בעלי איגרות החוב, במובנו של סעיף 1(א) לחוק השליחות, שמינוהו לשמש נציגם בעת רכישת איגרות החוב. רואים אותם כאילו מינו את הנאמן לשלוחם. סעיף 35(ד) לחוק ניירות ערך המאפשר העברת הנאמן מתפקידו על ידי מחזיקי איגרות החוב מחזיק טענה זו. זאת מאחר שמשתקף כאן קשר הנציגות הישיר בין הנאמן לבעלי איגרות החוב."
173. דעה דומה מביעים וסרמן וימין בספרם<sup>16</sup>:
- "הנאמן חייב לפעול לטובת כל המחזיקים בתעודות ההתחייבות. חובות הנאמן נגזרות משתי מערכות דינים עיקריות: האחת, חוק הנאמנות, והאחרת, חוק ניירות ערך. [...] פלמן מציע לראות את הנאמן כשלוח של בעלי איגרות החוב במובנו של סעיף 1(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, שמינוהו לשמש נציגם בעת רכישת איגרות החוב. לדבריו, סעיף 35(ד) לחוק ניירות ערך, המאפשר העברת הנאמן מתפקידו על ידי מחזיקי איגרות החוב, מחזק קונסטרוקציה זו, שכן משתקף כאן קשר הנציגות הישיר בין הנאמן לבין בעלי איגרות החוב. בהתאם לפרשנות זו, בנוסף על מערכות הדינים הנזכרות לעיל עשויים לחול על הנאמן גם דיני השליחות."
174. הנה כי כן, על נאמן האג"ח חלות מספר מערכות דינים. בקשר לכך יש להעיר כי לעיתים דינים אלו אינם מתיישבים זה עם זה, או למצער יש ליישב בין ההוראות וההשלכות שלהם.
175. בכלל זה, יש צורך ליישב בין היותו של נאמן האג"ח, נאמן, שחלים עליו דיני הנאמנות, לבין הדעה שהוא עשוי לבוא בגדר שלוח של מחזיקי אגרות החוב. על האפשרות כי שלוח יהיה נאמן ועל ההבחנה בין אלו עומד ברק בספרו<sup>17</sup>:

**"במספר עניינים קיים דמיון רב בין השלוח לבין הנאמן. ראשית שניהם פועלים עבור אדם אחר ולשניהם הכוח להשפיע על מעמדו המשפטי של אחר, אשר את ענייניו הם מנהלים. שנית בשל הכוח האמור הנתון בידיהם, מוטלת על שניהם חובת נאמנות במרכזה עומדת החובה להעדיף את האינטרס של אותו אדם אחר על פני האינטרס העצמי שלהם. שלישית, התרופות הניתנות לנהנה כלפי הנאמן, דומות לעיתים קרובות לתרופות הניתנות לשולח כלפי השלוח; רביעית, בתנאים מסוימים עשוי השלוח להיות נאמן. למרות דמיון זה חשוב להבחין בבירור בין השניים. ביסוד ההבחנה עומד עקרון הייצוג. השלוח מייצג את השולח; הנאמן אינו מייצג את הנהנה. לנאמן לא נתון כוח ייצוג. פעולתו המשפטית של הנאמן משפיעה על זכויות הנהנה, אך השפעה זו אינה מבוססת על העיקרון כי הנאמן פועל בשמו של הנהנה. הנאמן פועל 'בשם עצמו' בנכסים בהם הוא מחזיק כנאמן."**

<sup>14</sup> אברהם פלמן דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה כרך ב' 933-935 (מהדורה רביעית, 1994) ("פלמן").

<sup>15</sup> פלמן, עמ' 926.

<sup>16</sup> אמיר וסרמן ומוטי ימין תאגידים וניירות ערך 317-318 (2006) ("וסרמן וימין").

<sup>17</sup> אהרן ברק חוק השליחות כרך א' 414-415 (1996) ("ברק").

176. כפי שנראה להלן, בכל הקשור לנאמן אג"ח מובן שתפקידו אינו יכול להיחשב כשלוח בלבד של מחזיקי אגרות החוב. נאמן האג"ח הוא, בראש ובראשונה, נאמן. לפיכך הוא **פועל בעצמו** למימוש הזכויות הנתונות למחזיקי אגרות החוב.

#### IV.2.ii הוראות חוק ניירות ערך (וכן הוראות דיני חדלות הפירעון)

177. נדמה שעל מנת לעמוד על היקף תפקידו של נאמן האג"ח, הסמכויות המוקנות לו, והאחריות המוטלת עליו יש לפנות ראשית לחוק ניירות ערך.

178. עיון בהוראות חוק ניירות ערך לעניין תפקיד הנאמן ילמד כי נאמן האג"ח הוא **נאמן מיוחד, בעל תפקיד רחב היקף**. אמנם, חלות עליו הוראות חוק הנאמנות כפי שמורה במפורש סעיף 35ב(ב) לחוק ניירות ערך, אך חלות עליו הוראות רבות נוספות שקבועות בחוק ניירות ערך.

179. יש לקרוא הוראות אלו בשים לב לתכליות שנועד להגשים מוסד נאמן האג"ח. **תכליות אלו נובעות מכך שמחזיקי אגרות החוב הם ציבור רחב, מפוזר ובלתי מסוים, כאשר אגרות החוב נסחרות, כך שהבעלות בהן עשויה להשתנות ומשתנה בפועל באופן תדיר**.

180. על רקע זה **מחייב** חוק ניירות ערך (סעיף 35ב) כי לכל סדרת אגרות חוב ימונה נאמן אג"ח, כך שהנפקת סדרת אגרות החוב אסורה, אלא אם מונה נאמן על פי החוק.

181. הטעמים לכך ברורים. ציבור רחב, מפוזר, בלתי מסוים ומשתנה, לא יוכל לנהל את ענייניו ללא גורם אחד שירכז את הטיפול בעניינים אלו (ראו נא אוריאל פרוקציה דיני חברות חדשים בישראל (הדפסה שניה, תשנ"ד 1993), עמ' 444).

182. הצורך בריכוז ענייני כלל מחזיקי אגרות החוב בידי גורם אחד נובע לא רק מצרכיהם של מחזיקי אגרות החוב, אלא גם מן הצורך של מי שמבקש להתנהל מול מחזיקי אגרות החוב, ובדרך כלל תהיה זו כמובן החברה המנפיקה. עומד על כך פלמן<sup>18</sup>:

"גם לחברה צומחים יתרונות משטר הנאמנות. **הנאמן כנציגם של בעלי איגרות החוב משמש כתובת ידועה, קבועה ומוסמכת לכל מערכת היחסים הקיימת בין החברה לבין בעלי איגרות החוב הרבים**".

183. אין זה פלא אפוא שחוק ניירות ערך רואה בנאמן האג"ח מי שנדרש לנקוט **בעצמו** בפעולות רבות, בתוקף תפקידו וזאת בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב.

184. כך, סעיף 35ח(א) לחוק ניירות ערך קובע כי: "**הנאמן חייב לפעול** לטובת כלל המחזיקים בתעודות ההתחייבות...".

185. כך, סעיף 35ח(ב) לחוק ניירות ערך קובע כי: "**הנאמן ינקוט את כל הפעולות הדרושות** לשם הבטחת התחייבויותיו של המנפיק כלפי המחזיקים בתעודות ההתחייבות שהוא נאמן להם...", ובהמשך הסעיף מונה החוק שורה של פעולות, בלתי ממצות **שהנאמן חייב לבצע בעצמו** ובכלל זה מטיל עליו אחריות לתיאור הבטוחות בתשקיף, חובה לבחון את תוקף הבטוחות מדי שנה לכל הפחות, וחובה לבחון את עמידת המנפיק בהתחייבויותיו לרבות שאלת התקיימותן של עילות לפירעון מידי.

<sup>18</sup> פלמן, עמ' 928.

186. כך, סעיף 35 ח (ג) לחוק ניירות ערך קובע כי: "נודע לנאמן על הפרה מהותית של שטר הנאמנות מצד המנפיק, יודיע למחזיקים בתעודות ההתחייבות על הפרה ועל הפעולות שנקט למניעתה או לקיום התחייבויות המנפיק, לפי הענין."
187. כך, סעיף 35 ח (1)(ד) לחוק ניירות ערך קובע כי: "סבר הנאמן כי קיים חשש סביר שתימנע מהמנפיק היכולת לעמוד בהתחייבויותיו הקיימות והצפויות בהגיע המועד לקיומן, יבחן את הנסיבות המקימות את החשש כאמור ויפעל להגנת המחזיקים בדרך הנראית לו המתאימה ביותר".
188. באותו סעיף, בהמשך (סעיף 35 ח (1)(1)(ב) לחוק ניירות ערך) נקבע כי הנאמן רשאי, בין היתר, "לנהל, בשם המחזיקים בתעודות ההתחייבות, משא ומתן עם המנפיק לשינוי תנאי תעודות ההתחייבות".
189. הוראה זו משתלבת היטב עם הסמכות שמעניק חוק ניירות ערך לנאמן להסכים בעצמו, לשינוי בתנאי שטר הנאמנות, ואף לשינוי בבטוחות ותנאיהן, ככל שהנאמן שוכנע כי השינוי אינו פוגע במחזיקים (סעיפים 35(1) ו- 135 לחוק ניירות ערך).
190. כך, בסעיף 135 לחוק ניירות ערך מוקנית לנאמן עצמו, הזכות להעמיד בעצמו את החוב על פי אגרות החוב לפירעון מידי וכן הזכות לממש את הבטוחות הקיימות להבטחת החוב, במקרים המנויים בסעיף (שהינם קוגנטיים).
191. כך, סעיף 35 לחוק ניירות ערך קובע במפורש: "הנאמן ייצג את המחזיקים בתעודות ההתחייבות בכל ענין הנובע מהתחייבויות המנפיק כלפיהם, והוא יהיה רשאי, לשם כך, לפעול למימוש הזכויות הנתונות למחזיקים לפי חוק זה או לפי שטר הנאמנות".
192. הנה כי כן, לפי חוק ניירות ערך, מי שמרכז, מנהל ופועל בעצמו בנוגע לזכויות מחזיקי אגרות החוב הוא הנאמן עצמו.
193. הוא "הכתובת הידועה הקבועה והמוסמכת" כלשונו של פלמן, המצוטט לעיל, לניהול מערכת יחסים של מאן דהוא מול מחזיקי אגרות החוב.
194. מתבקש אפוא שגם ניהול הליכים משפטיים בשם או כנגד מחזיקי אגרות החוב, ובקשר לזכויות מחזיקי אגרות החוב, יבוצע באמצעות הנאמן עצמו. זו אחת מתכליות המינוי שלו.
195. כך גם קורה בפועל, כפי שנפרט להלן, ונדמה גם שלא ניתן להעלות על הדעת אחרת, שהרי מחזיקי אגרות החוב הם ציבור מפוזר, רחב, בלתי ידוע ומשתנה. הם לא יכולים להיות בעצמם צדדים להליך משפטי.
196. ראוי לציין בהקשר זה כי את ההליכים מנהל הנאמן בעצמו גם אם קיבל לכך את אישור אסיפת מחזיקי אגרות החוב. אישור זה אינו מעלה או מוריד ביחסים של הנאמן מול צד שלישי (ועשוי להשפיע, אם בכלל, על אחריות הנאמן כלפי מחזיקי אגרות החוב עצמם)<sup>19</sup>. עוד ראוי לציין כי הנאמן פועל בעצמו, כל העת, בשם כלל המחזיקים, כאשר באסיפות המחזיקים נוכחים כמובן רק חלק מהם. כך המצביעים באסיפות עשויים לנווט את דרכו של הנאמן, אך הכוח לפעול בשם כלל המחזיקים נתון לנאמן מכוח הדין, באופן שמלמד גם הוא על מעמדו הרחב.

<sup>19</sup> ראו נא לעניין זה את פר"ק (מחוזי ת"א) 13800-10-10 זיו האפט חברה לנאמנויות בע"מ נ' סיביל יורופ פאבליק קו. לימיטד, פסקה 3 (פורסמה בנבו, 28.10.2010), שם טענה החברה שהנאמן עתר לפירוקה, כי הוא לא הוסמך לכך על ידי מחזיקי אגרות החוב וזאת



197. מאותם הטעמים שפורטו לעיל גם חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 והתקנות על פיו, **רואים בנאמן האג"ח עצמו, ולא במחזיקי אגרות החוב עצמם, נושה מהותי**. ראו נא: הגדרת "נושה מהותי" בתקנה 1 לתקנות חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ט-2019; וכן ראו נא הגדרת "נושה מהותי" – "צד מעוניין" בתקנה 1 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר), תשס"ב-2002. אכן, לא יעלה על הדעת שחברה תתנהל מול מחזיקי אגרות החוב עצמם.
198. כבר מכאן ברור כי אין שחר להצגת הדברים בבקשה, שתמוהה על פניה, כאילו במקרה של מחלוקת מול מחזיקי אגרות החוב יש לנהל הליך מול מחזיקי אגרות החוב עצמם. כפי שנראה להלן ניסיון זה אינו מתיישב גם עם שאר הוראות הדין ועם המציאות עצמה.

#### iii.2.d.IV הוראות חוק הנאמנות

199. כמצוטט לעיל, ברק מבהיר כי **פעולותיו של נאמן נעשות בשם עצמו**, להבדיל משלוח שמבצע (במצב דברים רגיל) פעולה בשם השולח.
200. בכלל זה הנאמן, **בעצמו**, הוא מי שינהל הליכים משפטיים, בכל הקשור לנאמנות, כפי שמסביר כרם<sup>20</sup>: **"על הנאמן להתגונן בפני תביעותיו של אדם שלישי, לרבות תביעות של רשויות-המדינה, ולמצות את הזכויות העומדות לו כדי לשמור על הנכסים"**.
201. דברים אלו מתיישבים היטב ונובעים מהוראות סעיף 10 לחוק הנאמנות המטילים **על הנאמן עצמו** חובה ומסמיכים **את הנאמן עצמו** לפעול בעצמו לשם שמירה על נכסי הנאמנות. הסמכה זו היא הסמכה להפעיל את **כשירותו האישית** של הנאמן, כפי שמבהיר כרם<sup>21</sup>:
- "לגבי פעולות שבהן יכול נאמן להפעיל את **כשירותו האישית לזכויות ולחובות**, אין צורך בהסמכה, שכן הוא יכול לפעול כפי שימצא לנכון, ולכל היותר עשויה להתעורר בעיית זכותו לשיפוי מנכסי הנאמנות..."
202. לעניין נאמן אג"ח, נכסי הנאמנות, הם כמובן כל זכות שעשויה לנבוע מאגרת החוב, כפי שהובהר בעניין **קרן פורסט**<sup>22</sup>, שם נאמר:

**"סעיף 35ב(א) קובע חובת מינוי נאמן. ...**

**סעיף 35ב(ב) לחוק ניירות ערך קובע כי על נאמנות לפי חוק ניירות ערך יחולו הוראות חוק הנאמנות התשל"ט – 1979. סעיף 1 לחוק הנאמנות קובע 'נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת הנהגה או למטרה אחרת'. 'הנכס' בו אמור הנאמן לתעודות ההתחייבות לפעול לטובת הנהגה - הוא למעשה הזכויות הגלומות בתעודות ההתחייבות, אגרות החוב במקרה שלפניו. הזכות העיקרית המעוגנת באגרות החוב המפורטת בתשקיף – היא הזכות לפרעון אגרת החוב על-ידי המנפיק בתנאים הקבועים בתשקיף. כדי להבהיר את מהותה של הנאמנות לתעודות התחייבות והנכס אליה מתייחסת הנאמנות נקבעו בסעיף 35א) עניינים שונים שעל שטר הנאמנות לכלול... כדי לאפשר את פעולות הנאמן לשם שמירה על אותו נכס – זכותם של מחזיקי אגרות החוב כלפי המנפיק לפרעון אגרות החוב - נקבע בסעיף 35ט)א) לחוק ניירות ערך 'הנאמן ייצג את המחזיקים בתעודות ההתחייבות בכל עניין הנובע מהתחייבויות המנפיק כלפיהם, והוא יהא רשאי, לשם כך, לפעול למימוש הזכויות הנתונות למחזיקים לפי חוק זה או לפי שטר הנאמנות.' (ההדגשה שלי – ד.ק.)."**

בשל פגמים שנפלו באסיפה. בית המשפט דחה טענה זו תוך שהוא מבהיר לחברה כי אין לה מעמד (ואף אין לבית המשפט של חדלות פירעון מעמד) לעסוק במישור היחסים בין הנאמן לבין מחזיקי אגרות החוב.

<sup>20</sup> כרם, עמ' 436.

<sup>21</sup> כרם, עמ' 449-450.

<sup>22</sup> ת"צ (כלכלית) 61936-12-15 קרן פורסט ערך II (מקבילה), שותפות מוגבלת נ' יוסף א. מימון, פסקה 5 (פורסם בנבו, 20.2.2017).

203. לענייננו, מובן שהכספים הנתבעים בתביעת הסכום העודף, הם כספים שיגיעו למחזיקי אגרות החוב **אך ורק מכוח אגרות החוב והזכויות הגלומות בהן**.

204. משמע, גם מכוח דיני הנאמנות, הנאמן **בעצמו** הוא מי שאמור לנהל הליכים משפטיים ובכלל זה להתגונן מפני תביעות צד שלישי (התובעות) בקשר עם הכספים המדוברים, קרי, עם התביעה דן.

**iv.2.d.IV במציאות, נאמן האג"ח הוא שפועל בעצמו בשם ובמקום המחזיקים, לרבות בהליכים משפטיים, בהם הוא משמש צד ובכלל זה כתובע וכתובע**

205. האמור לעיל מתיישב היטב גם עם המציאות כפי שקיבלה ביטוי בענייננו וכפי שמקבלת ביטוי במקרים אחרים בהם מעורבים הנאמן דן או נאמני אג"ח אחרים.

206. במציאות, בוודאי בכל הקשור לניהול מחלוקות או לנקיטת הליכים משפטיים, הנאמן נוקט באלו **בעצמו**.

207. הוא **בעצמו** זה ששולח מכתבים (באמצעות באי כוחו או בעצמו ממש).

208. הוא **בעצמו** מהווה צד בכל ההליכים המשפטיים הרלבנטיים למחזיקי אגרות החוב, בין אלו שהוא יוזם ובין אלו שיוזמים אחרים, בין שהוא תובע, בין שהוא נתבע ובין בכל מעמד אחר (מבקש, משיב וכיו"ב).

209. כדי להיווכח בכך די להציץ בשלל המכתבים ששלח הנאמן **בעצמו** בענייננו, ולהיזכר בשלל ההליכים המשפטיים להם היה צד **בעצמו** בענייננו, חלקם ביוזמת הנאמן וחלקם ביוזמת אחרים.

210. אופן פעולה זה אינו מיוחד לענייננו. הוא גם אינו מוגבל להליכי חדלות פירעון או להליכים בקשר עם השגת הסדר נושים.

211. נאמני אג"ח מהווים **בעצמם** צד להליכים משפטיים גם במקרים של תביעות אזרחיות במקרים שונים, שנוגעים למחזיקי אגרות החוב, שעל ענייניהם ועל זכויותיהם הם אמונים. ראו נא למשל –

211.1. ת"א (כלכלית) 28200-11-13 **אורורה פידליטי חברה לנאמנות בע"מ נ' גזית בן-גל נאמנות בע"מ** (פורסם בנבו, 9.9.2014), שם דובר בתביעת נאמן אג"ח כנגד נאמן אג"ח אחר בטענה כי הנתבע חטא לתפקידו וגרם נזק למחזיקי אגרות החוב, שהתובע נאמן להם (ההחלטה נסובה על בקשה לסילוק על הסף של התביעה בגין התיישנות).

211.2. פ"ק (ת"א) 47595-08-10 **אנגל משאבים ופיתוח בע"מ נ' GBES Ltd** (פורסם בנבו, 9.6.2015) שם התקבלה עתירת שני נאמני אג"ח (אחד מהם הנאמן בענייננו) לאכיפת התחייבות של בעלת השליטה במסגרת הסדר נושים שהושג שם, וכן לקבלת פיצוי אישי מן היחידים שעמדו מאחורי בעלת השליטה, נוכח התנהגות פסולה והפרת מצגים שניתנו על ידם באופן אישי.

212. להסרת ספק נבהיר כי הליכים אלו נוהלו על ידי נאמני אג"ח **בעצמם** בתוקף תפקידם, כאשר מובן שהתמורות מהם נועדו למחזיקי אגרות החוב. יחד עם זאת, איש לא העלה בדעתו לטעון כי הצד הנכון להליך הוא מחזיקי אגרות החוב עצמם, על כל המשמעות שיש לכך.

213. למשל, מובן שנאמן אג"ח שתובע בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב מסתכן בכך שאם תידחה התביעה הוא יחויב, **בעצמו**, בתשלום הוצאות משפט. מובן שבמקרה שכזה הוא לא יוכל להפנות את הנתבע שזכה בהליך אל מחזיקי אגרות החוב ולומר - "אני רק שלוח. נא פנה אליהם בעניין הוצאות".

214. נאמני אג"ח אינם משמשים רק כתובעים בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב. הם משמשים גם **כתובעים** בשמם ובמקומם, והם משמשים כתובת לטענות כלפי מחזיקי אגרות החוב, גם טענות של נאמני אג"ח אחרים.

214.1. כך **בעניין ויסולי**<sup>23</sup>, המוזכר בסעיף 56 לבקשה, נתבע נאמן אג"ח, בטענה כי מחזיקי אגרות החוב שם, התעשרו על חשבון התובע, שטען כי השיג עבורם הטבת מס וכי הוא זכאי לתמורה בגין כך. גם באותו עניין, **כמו בענייננו**, התובע לא הגיש את התביעה כנגד מחזיקי אגרות החוב **אלא כנגד נאמן האג"ח**.

214.2. אלא שבאותו עניין נאמן האג"ח, הנתבע, לא העלה על דעתו לטעון את הטענה שעולה בבקשה כאילו הוא אינו הכתובת הנכונה לתביעה. תחת זאת הוא התגונן בפני התביעה, **כמי שפועל בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב**. להשלמת התמונה יצוין כי הטענה לעשיית עושר שם נדחתה **לגופה**, משום שנקבע שהתובע שם הסכים לפעול לטובת מחזיקי אגרות החוב בהתנדבות וללא שכר, ואין לו חלק ונחלה בעושר שהם הפיקו. לפיכך, אין שחר לניסיון בסעיף 56 לבקשה להציג כאילו התביעה שם נדחתה משום שהתובע תבע את הנאמן, בעוד היה עליו לתבוע את מחזיקי אגרות החוב. **ההפך הוא הנכון, כאמור לעיל**.

214.3. זאת ועוד, לא פעם מוצא עצמו נאמן אג"ח ניצב בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב שהוא אמון על זכויותיהם, בחזית מול נאמן אג"ח אחר, שאמון על זכויות מחזיקי אגרות חוב אחרים (בין אם מחזיקי אגרות חוב של סדרה אחרת שהנפיקה אותה החברה ובין אם של מחזיקי אגרות חוב של סדרה, שהנפיקה חברה אם או חברה בת).

214.4. באותן הזדמנויות מוצאים עצמם נאמני האג"ח מנהלים, **בעצמם**, הליכים משפטיים האחד מול משנהו, כל אחד בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב שעל זכויותיהם הוא אמון.

214.5. יש לכך דוגמאות רבות. למשל במקרה המפורסם של קבוצת אי די בי, שם בשנת 2013 נאבקו הנאמנים למחזיקי אגרות החוב של אי די בי אחזקות בע"מ ("**חברת האם**" – 1 – "**נאמני חברת האם**"), בבקשה שהגישו הנאמנים למחזיקי אגרות החוב של אי די בי חברה לפתוח בע"מ, שהיתה בבעלות חברת האם ("**חברת הבת**"; 1 – "**נאמני חברת הבת**") בניסיון לכפות על חברת הבת הסדר חוב ("**בקשת הכפייה**").

214.6. נאמני חברת האם סברו כי מהלך זה של נאמני חברת הבת יפגע במחזיקי אגרות החוב של חברת האם, התנגדו לו נחרצות **והצטרפו לטענות הקשות שהעלתה גם חברת הבת עצמה כלפי בקשת הכפייה וכלפי נאמני חברת הבת**.

214.7. כדוגמא מבין שלל כתבי הטענות באותו הליך ראו נא את תשובת נאמני חברת האם ותשובת חברת הבת לבקשת הכפייה, שהוגשו ביום 25.4.2013 שמצ"ב **כנספת 1**<sup>24</sup>.

214.8. בין היתר ראו נא בסעיף 59 את הטחת ההאשמות של נאמני חברת האם בנאמני חברת הבת כי האחרונים מטעים את בית המשפט בכל הקשור למטרת בקשת הכפייה. נטען שם כי בעוד הם

<sup>23</sup> ת"א (ת"א) 48619-11-15 **אביעד ויסולי נ' משמרת חברה לשירותי נאמנות בע"מ** (פורסם בנבו, 13.3.2017) ("**עניין ויסולי**").  
<sup>24</sup> הנספחים המצורפים לתשובה זו הם נספחים פומביים בהם קשור הנאמן ומצורפים כדי להמחיש את הטענות שיעלו בקשר עם טענות ההגנה שהנאמן מעלה בבקשה, שהן בעלות היבטים עובדתיים רבים. מובן שאין בכך כדי למצות את טענות התובעות בקשר לטענות אלו ואף מובן כי במסגרת בקשה לסילוק על הסף אין אפשרות ואין צורך להכריע במחלוקות העובדתיות שעולות.

מציגים כי מטרת הבקשה היא לדאוג לנשייה בחברת הבת, הרי שמטרתה האמיתית היא להשתלט עליה, לטובת חלק ממחזיקי אגרות החוב שחפצים בכך. ראו נא גם בסעיף 70 ואילך תחת הפרק שכותרתו "הבקשה הוגשה בחוסר תום לב קיצוני" שם נטען בין היתר כי המבקשים (הם נאמני חברת הבת) מציגים עצמם באופן בלתי נכון וכי למעשה עומדת מאחורי הבקשה נציגות מחזיקי אגרות חוב שמובלת על ידי מחזיקים מהותיים שרכשו את אגרות החוב במחיר נמוך כדי להשתלט על החברה. טענות דומות עולות גם בתשובת החברה. ראו נא למשל בסעיפים 209.4 עד 209.10 ו- 266 עד 267.

214.9. יודגש – הצדדים להליך המשפטי הם **נאמני האג"ח עצמם** ולא מחזיקי אגרות החוב. כמו כן, כפי שעוד נציין, להלן נציגות מחזיקי אגרות החוב שממונה בחלק מן המקרים, היא שלוח של הנאמן ולא להפך.

214.10. יצוין גם כי כפי שעולה מכתבי הטענות הנאמן בענייננו שימש בפרשת אי די בי הן חלק מנאמני חברת האם והן חלק מנאמני חברת הבת ובהתאם ראה כחלק מחובתו ותפקידו לנקוט בעצמו הליכים כנגד עצמו.

214.11. אם נדרשת עוד דוגמא הרי שבעניינה של חברה בשם קרדן אן. וי., הנאמן בענייננו, משמש כנאמן למחזיקי אגרות החוב (**סדרה ב'**) של החברה, ואילו נאמן אג"ח אחר, משמש כנאמן למחזיקי אגרות החוב (**סדרה א'**) של החברה. באותו ענין לא היסס הנאמן בענייננו לפנות לנאמן האג"ח האחר במכתבים, המתריאים בפני אותו נאמן, כי אל לו ולמחזיקי אגרות החוב שהוא פועל בשם, לנקוט הליכים כנגד החברה, שכן אלו יגרמו לפי הטענה נזקים חמורים.

214.12. במכתביו מייחס הנאמן לנאמן האחר אחריות מלאה לנזקים נטענים אלו. הנה דוגמא מדבריו הנחרצים של הנאמן כאן המייחסים באותו מקרה אחריות לנאמן האג"ח אליו פנה, שעומדים כמובן בניגוד גמור לתיזה בבסיס הבקשה כאילו נאמן אג"ח אינו הכתובת הנכונה לטענות מעין אלו<sup>25</sup>:

**"ככל שהנאמן למחזיקי אגח א', נציגות מחזיקי אגח א' או מחזיקי אגח א', ינקט בפעולות רבות נקיטה בהליכים משפטיים, אשר יובילו להשמדת ערך לנכסי החברה וזאו לפגיעה באפשרות להיפרע מהחברה וזאת בניסיון לחמוק מקיום הוראות סעיפים בשטר הנאמנות המחייבים אותם ללא כל ספק, הרי שהנאמן למחזיקי אגרות החוב (סדרה א') נציגות מחזיקי אגרות החוב (סדרה א') ומחזיקי אגרות החוב (סדרה א') יישאו באחריות מלאה לכל הנזקים מכל מין וסוג שהוא שייגרמו למחזיקי אגרות החוב (סדרה ב') בשל כך"**

ראו נא סעיף 13 במכתב עו"ד חגי אולמן בשם הנאמן מיום 11.2.2018, המצ"ב **כנספח 2**. טענות מסוג זה הועלו גם בתכתובת קודמת בין הצדדים, המצורפת **כנספח 3**. ראו נא למשל מכתב עו"ד חגי אולמן מיום 25.1.2018, בסעיף 8.

<sup>25</sup> המכתבים מופנים אל הח"מ שמייצגים באותו ענין את הנאמן האחר ולהסרת ספק הם פומביים ומפורסמים בין היתר באתר הבורסה:

<https://mayafiles.tase.co.il/rpdf/1144001-1145000/P1144705-00.pdf>;  
<https://mayafiles.tase.co.il/rpdf/1146001-1147000/P1146582-00.pdf>

215. זאת ועוד, גם בענייננו הבהיר לא פעם הנאמן כי הוא שומר לעצמו את הזכות להגיש תביעה כנגד התובעות. ראו נא למשל את בקשה 51 שהגיש הנאמן לעניין הפיקדונות (נספח 14 לכתב התביעה). הנאמן טוען שם (הן ברישא והן בסעיף 82) כי הבקשה לא ממצה את טענותיו ואת טענות מחזיקי אגרות החוב וכי הוא לא מסתפק בחילוט הפקדונות, אלא שומר על טענותיו בשל נזקים שנגרמו לפי טענתו למחזיקי אגרות החוב, ובכלל זה בגין אבדן הצעות חלופיות, אבדן שווי לחברה ועוד.
216. הכיצד אפוא יכול הנאמן לטעון כי הוא בא בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב בהליך משפטי שהוא יוזם, כתובע, כנגד התובעות, אך מאידך הוא אינו יכול להיתבע על ידן כאשר יש להן טענות כלפי מחזיקי אגרות החוב? הרי מעמדו אינו משתנה לפי בחירתו.
217. כדי להמחיש, הרי לא יעלה על הדעת כי הוא התובע הנכון, אך אם קיימת תביעה שכנגד הוא אינו הנתבע הנכון. בדיוק כשם שלא יעלה על הדעת כי אם תביעתו תיכשל ויש לשלם בגינה הוצאות הוא יטען כי החיוב בגינן לא מוטל עליו באופן אישי ויפנה את התובעות לגבותו מאת המחזיקים עצמם.
218. הנה כי כן, במציאות הנאמן הוא תובע וגם נתבע בשם ובמקום של מחזיקי אגרות החוב, בניגוד גמור לטענתו בבקשה. גם משום כך יש לדחות את טענתו.

**IV.ד.2.v במציאות, נאמן האג"ח זוכה לשיפוי בדיוק מן הטעם שהוא בעצמו מנהל את ההליכים בשמם ובמקומם של המחזיקים**

219. משום שהנאמן פועל בעצמו בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב אזי הוא זכאי מהם לשיפוי (סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות). זאת ועוד, הנאמן גם זכאי לעכב בידו כערובה לעניין המגיע לו את נכסי הנאמנות (סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות).
220. בהיותו מודע היטב לכך שהוא חשוף לטענות, דרישות ותביעות מטעמים של צדדים שלישיים, נוכח פעולות שהוא נוקט במסגרת תפקידו, הנאמן עושה שימוש בזכויותיו אלו.
221. כך, הנאמן נוהג דרך קבע, לדרוש מאת מחזיקי אגרות החוב ולקבוע כי כל החלטה שלהם, תהיה כפופה להתחייבות מקיפה לשפות אותו בגין כל חשיפה כאמור. כך בכלל וכך בוודאי כאשר עסקינן בהחלטה שקשורה במחלוקת עם צד כלשהו, שמטבע הדברים מקימה חשיפה. שיפוי זה חל על הנאמן וכן על כל הפועלים מטעמו לרבות כל שלוח שלו (ומיד נראה שעל שלוחיו של הנאמן עצמו נמנים חברי הנציגות של מחזיקי אגרות החוב).
222. דוגמאות (רבות) לכך מצויות גם בענייננו. ראו נא למשל את הזימון שפירסם הנאמן לאסיפות האולטימטום (נספח 31 לכתב התביעה), שם הבהיר הנאמן בסעיף 2 – היא החלטה שהוזמנו מחזיקי אגרות החוב לקבל כדי להציב את האולטימטום – כי "ההחלטה בסעיף זה כפופה להתחייבות השיפוי והמימון שבסעיף 7 להלן, ולעניין זה, יראו את האמור בסעיף 7 להלן, כחלק בלתי נפרד מההחלטה הנ"ל".
223. בהתאם, בסעיף 7, שכותרתו "שיפוי ומימון לפעילות הנציגות, המומחים והנאמן" מפורטת התחייבות מקיפה ומפורטת, על פני יותר משני עמודים, על פיה מתחייבים מחזיקי אגרות החוב, לשפות את הנאמן וכל מי מטעמו בגין כל חשיפה נוכח ביצוע ההחלטות ("החלטת השיפוי").

224. הנה כי כן, מעמדו של הנאמן כמי שפועל בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב מתיישב היטב עם פעולותיו במציאות, **במסגרתן הוא דואג לקבל שיפוי מאת מחזיקי אגרות החוב, שכן אלו אינם נוקטים את הפעולות בעצמם.**

225. מעמדו של הנאמן כמי שפועל בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב מתיישב היטב גם עם הצעדים שנקט בהם הנאמן בעקבות התביעה, כפי שהוא מתאר אותם בעצמו בבקשה<sup>26</sup>, במסגרתם הוא מעבד תחת ידו את סכום התביעה ככרית השיפוי המגיע לו ממחזיקי אגרות החוב (פרק ה'3 לבקשה).

226. עיכוב סכום זה בידי הנאמן מגשים, כפי שמסביר הנאמן עצמו, את השיפוי שמגיע לנאמן והכל על רקע האמור לעיל, קרי על רקע מעמדו של הנאמן כמי שפועל בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, שמהווים ציבור בלתי מסוים, בלתי ידוע ומתחלף.

227. יש להטעים כי הפקדה זו של כרית שיפוי מתאימה אצל הנאמן מתוך כספי מחזיקי אגרות החוב על רקע הליכים משפטיים, שמתנהלים על ידי הנאמן בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, אינה מיוחדת לענייננו. היא מעשה של יום ביום במקרים רבים אחרים. אם ימשיך לאחוז הנאמן בטענת ההגנה המדוברת אזי ניתן יהיה להביא כראיות שלל רב של דוגמאות. לעת עתה די להצביע על שתי דוגמאות שאירעו ממש בענייננו -

227.1. דרישת הנאמן להפקיד בידיו 20 מיליון ש"ח לצורך ניהול הליכים מול, בין היתר, התובעות כמפורט בכתב הצבעה מיום 17.11.2019 (ראו נא סעיף 1.1(ג)); וכן דרישה מתוקנת של הנאמן להפקיד בידיו 5 מיליון ש"ח, לצורך נקיטת אותם ההליכים, כמפורט בתוצאות ההצבעה שפירסם הנאמן ביום 19.11.2019 (סעיף 1.3(ג)). כתב ההצבעה ופרסום תוצאות ההצבעה מצ"ב **כנספח 4**.

227.2. דרישת הנאמן להותיר בידיו כרית שיפוי בסך של 1.2 מיליון ש"ח כתנאי לקבלת החלטה לנהל הליכים משפטיים נגד יועץ של אפריקה, שהמחזיקים חולקים על טענתו כי מגיע לו תשלום. ראו נא פרסום זימון אסיפת מחזיקי אגרות החוב מיום 6.1.2020 המצ"ב **כנספח 5**.

---

<sup>26</sup> תיאור זה נעשה ללא תצהיר, והוא אינו מדויק או שלם, בלשון המעטה, כפי שנפרט להלן.

228. בשולי עניין זה נציין כי במקרים רבים, וגם בענייננו, מתמנית נציגות של מחזיקי אגרות החוב שפועלת יחד עם הנאמן (ולא ניכנס כאן לשאלת היותה של הנציגות יישות משפטית). נציגות זו מתמנית לעיתים באמצעות החלטה של אסיפת מחזיקי אגרות החוב ולעיתים בהחלטה של הנאמן<sup>27</sup>. לענייננו יש להבהיר כי כפי שעולה מנוסח החלטת השיפוי, **הנציגות מהווה שלוח של הנאמן** (ולא להפך) וכי גם היא זוכה לשיפוי **בהיותה חלק מן הפועלים בשמו ומטעמו של הנאמן** (ראו נא הרישא להחלטת השיפוי). אין זה ברור האם הנאמן מבקש לטעון אחרת, אך כדי להסיר ספק מופנה בית המשפט הנכבד להודעות הבאות של הנאמן בענייננו, על מינוי הנציגות, שם מבהיר הנאמן במפורש כי תפקיד הנציגות היא **"לסייע לנאמן ולפעול כשלוח של הנאמן"**: הודעה מיום 25.5.2016 של הנאמן על מינוי נציגות משותפת לסדרות כ"ו וכ"ז (ראו נא סעיף 1.1.1); הודעה מיום 26.5.2016 של הנאמן על מינוי נציגות נפרדת לסדרה כ"ח (סעיף 1.1.1). בעקבות הודעות אלו פרסם הנאמן את ההודעה מיום 1.6.2016 אודות זהות חברי הנציגות (ההסדר מפנה להודעה זו בהגדרת "הנציגות" בסעיף 1.23, ונרשם שם בטעות 1.6.2017). כל ההודעות מצורפות **כנספח 6**.

229. הנה כי כן, קיימים שלל טעמים מדוע הנאמן הוא הנתבע בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב וניסיונו להתכחש לכך נדון לכשלון.

#### **3.ד.IV. התייחסות נוספת לטענות הנאמן בבקשה בעניין זה**

230. לסיום פרק זה נתייחס לטענות הנאמן בבקשה שמנסות להתכחש לכל האמור לעיל ודין דחיה.

#### **231. אשר לנטען בפרק ב'1 לבקשה –**

231.1. אין שחר לטענה (סעיף 24 לבקשה) כי הדינים החלים על הנאמן אינם מקנים סמכות לנאמן להיתבע בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב. כפי שניתחנו והראינו לעיל הנאמן הוא מי שתובע בשם ובמקום של מחזיקי אגרות החוב והוא גם מי שנתבע בשם ובמקום.

231.2. הפסיקה המובאת בפרק ב'1 כדי לתמוך כביכול בטענה שהנאמן אינו נתבע בשם ובמקום של מחזיקי אגרות החוב אינה קשורה לנושא זה כלל. היא בוודאי שאינה תומכת בנטען בבקשה, אלא להפך.

231.3. **פרשת סטרלינג** (סעיפים 26 ו- 27 לבקשה) עסקה במחלוקת בין החברה לבין נאמן האג"ח שם, האם מותר לנאמן לקזז מפקדון שהיה עליו להחזיר לחברה, הוצאות שנשא בהן לצורך הליכים שנדחו. על פניו בין כך ובין השאלה האם הנאמן הוא נתבע בשם ובמקום של מחזיקי אגרות החוב אין דבר וחצי דבר. לא נדונה שם ולו ברמז מערכת היחסים בין צד שלישי (לרבות החברה) מול מחזיקי אגרות החוב ושאלת מעמד הנאמן לעניין זה.

231.4. הניסיון בבקשה לטעון כאילו יש ללמוד לענייננו דבר מה מן הקביעה באותו פסק הדין, ששטר הנאמנות לא הטיל על הנאמן לשאת בעצמו בהוצאות הדרושות לשם הגנה על זכויות מחזיקי אגרות החוב, נדון לכשלון.

<sup>27</sup> מוסד הנציגות בא לעולם בשנת 2008 על יסוד מספר החלטות של רשות ניירות ערך. ראו נא: החלטה בתחום תאגידי מספר -2009-1 (א) של רשות ניירות ערך "יצירת תשתית לגיבוש הסדרי חוב למחזיקי אג"ח בתאגידי מדווחים" (25.11.2008). נראה שהעיסוק באופיו של המוסד והשינויים שעבר מאז ועד היום אינם נדרשים לצורך התשובה לבקשה.

231.5. ראשית, כפי שנוכחנו לעיל הנאמן פעל בעניינינו להותיר בידיו כרית שיפוי מתאימה כדי שגם אם תתקבל התביעה הוא לא ישא מכיסו בסכום כלשהו. שנית, אותה קביעה נאמרה שם בהקשר שונה לגמרי מעניינינו, קרי, המחלוקת האמורה בין החברה שם לנאמן שם. שלישית, בסעיף טו לפסק הדין (שלא צוטט בבקשה) נקבע כי הנאמן דווקא יצטרך לשאת בעצמו בסכום מסוים מן ההוצאות, ולא יוכל לקזזו מן הפקדון שעליו להחזיר לחברה. בית המשפט קבע שם כי הוצאות אלו לא הוצאו בהתאם לשטר הנאמנות (ופסק הדין לא מתייחס לשאלה האם הנאמן גיבה את עצמו שם בשיפוי מתאים, שכן נושא זה כלל לא עלה בדיון).

231.6. גם הקביעה באותו מקרה כי שטר הנאמנות שם התיר לקזז הוצאות בגין הליכים שנדחו וכי כך ראוי היה לקבוע בשטר, כדי שלא להגביל את שיקול דעת הנאמן, אינה קשורה לעניינינו כלל. גם היא אינה מתייחסת לשאלה האם הנאמן הוא נתבע בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב. בוודאי שאין ללמוד ממנה כי מקום שיש עילה לתבוע את מחזיקי אגרות החוב נוכח התנהגות פסולה מצדם אזי הנאמן לא ראוי להיתבע בשם ובמקומם או שהוא עשוי לשמש מעין מחסום, עבור מחזיקי אגרות החוב, מפני תביעה זו.

231.7. לא ברור כיצד הדברים שצוטטו מפרשת קרן פורסט בסעיף 29 לבקשה תומכים בנטען בבקשה. אדרבא, ההחלטה באותה פרשה עומדת בסתירה לעמדת הנאמן. אותה החלטה מבחינה, לצורך הטלת אחריות לפי סעיף 52 לחוק ניירות ערך, בין חובות של החברה כלפי הנאמן בלבד לבין חובות של החברה כלפי מחזיקי אגרות החוב. נקבע שם שחובת ביצוע התשלומים על פי אגרת החוב באה בגדר קבוצת החובות השניה שחלה רק כלפי מחזיקי אגרות החוב. אלא שנדמה שאין חולק כי הנאמן הוא מי שיממש את כל הזכויות על פי השטר, הן אלו שקמות לנאמן והן אלו שקמות למחזיקי אגרות החוב, ובראשן הזכות לקבל את התשלומים על פי אגרת החוב. קרי, החלטה זו מחדדת כי הנאמן פועל בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב בקשר עם הזכויות המוקנות להם בלבד על פי שטר הנאמנות. זאת ועוד, כאמור לעיל, באותה החלטה מבואר בחלק שצוטט בסעיף 29 לבקשה כי זכויות מחזיקי אגרות החוב על פי האגרת הן הן הנכס עליו חלה הנאמנות, ושבנו מחזיק ופועל הנאמן מכוח היותו נאמן.

## 232. אשר לנטען בפרק ב'3 לבקשה –

232.1. בפרק זה מנסה הבקשה להראות כי הנאמן אינו אחראי להתעשרות של מחזיקי אגרות החוב, על סמך הטענה כי הוא שלוח בלבד ועל סמך טענה נוספת כי דיני השליחות מטילים את האחריות על השולח ולא על השלוח. אלא שמדובר בטענות בלתי נכונות, כמפורט להלן.

232.2. ראשית, כמוסבר לעיל תפקידו של הנאמן אינו להיות רק מייצג של מחזיקי אגרות החוב או רק שלוח שלהם. כבר משום כך כל האמור בפרק זה אינו רלבנטי.

232.3. בקשר לכך נדמה שהבקשה מנסה להיאחז במילה "מייצג" המופיעה בסעיף 35ט(א) לחוק ניירות ערך כדי לנסות ולצייר כאילו תפקידו של הנאמן מתמצה בייצוג, קרי כשלוח, משל היה עורך דין של מחזיקי אגרות החוב.

232.4. ניסיון זה נדון לכשולן. מובן שמילה זו לא נועדה לפגוע במעמדו של נאמן האג"ח כנאמן, כמי שפועל את הפעולות בעצמו ולא כשלוח של מחזיקי אגרות החוב. כפי שתארנו לעיל הנאמן הוא שמבצע בעצמו פעולות משפטיות רבות, לא כשלוח מייצג, אלא כמי שמפעיל את זכויות



מחזיקי אגרות החוב, והדברים נכונים במיוחד לגבי הליכים משפטיים, בהם משמש הנאמן צד במקום מחזיקי אגרות החוב שעה שהוא מפעיל את זכויותיהם כפי שמורה לו לעשות חוק ניירות ערך.

232.5. הדברים גם הוסברו מפורשות בהצעת החוק לתיקון 50 לחוק ניירות ערך, שבמסגרתו הורחב סעיף 35ט(א) והוסף לו המשפט המודגש להלן:

”35ט(א) הנאמן ייצג את המחזיקים בתעודות ההתחייבות בכל ענין הנובע מהתחייבויות המנפיק כלפיהם, **והוא יהיה רשאי, לשם כך, לפעול למימוש הזכויות הנתונות למחזיקים לפי חוק זה או לפי שטר הנאמנות.**”

232.6. בהצעת החוק נאמרו הדברים הבאים, שנדמה שאין צורך להוסיף עליהם, שכן הם מדברים בעד עצמם ושוללים מכל וכל את עמדת הנאמן בבקשה:

”**כחלק מחובת הייצוג, מוצע להבהיר כי לנאמן הסמכות לפעול למימוש הזכויות המוקנות למחזיקים, וזאת כדי למנוע טענות אפשריות של מנפיקים או של מחזיקים שהנאמן הוא גורם מייצג בלבד, וכדי להקנות לנאמן מעמד של ממש מול המנפיק, בעיקר כאשר הוא מפעיל שיקול דעת עצמאי.**”

232.7. **שנית**, אפילו ניתן היה להשקיף על הנאמן כשלוח בלבד, אזי מובן שהנאמן אינו יכול ליהנות מן ההוראות בחוק השליחות החלות לגבי שליחות גלויה כנטען בבקשה. הטעם לכך פשוט – השולח (וליתר דיוק, השולחים) בענייננו **הוא נסתר**. מחזיקי אגרות החוב הם ציבור מפורז, משתנה, בלתי מסוים ובלתי ידוע. חל אפוא בענייננו סעיף 7 לחוק השליחות שקובע כי כאשר הצד השלישי הפועל מול השלוח אינו יודע את זהות השולח, **תחייב פעולת השלוח את השולח ואת השלוח יחד ולחוד:**

”7. לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, **או לא ידע את זהותו של השולח, תחייב פעולת השלוח את השולח והשלוח יחד ולחוד** ותזכה את השלוח בלבד; אולם יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי, זולת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות הענין.”

232.8. ראו נא לעניין זה את דבריו הבאים של ברק<sup>28</sup>:

”כאשר זהותו של השולח אינה ידועה, סביר הוא להניח שהצד השלישי אינו סומך רק על יכולתו של השולח – שאת זהותו אין הוא יודע – לקיים את המתבקש מהפעולה המשפטית נושא השליחות. על כן, מתקבל על הדעת שהצד השלישי מצפה לכך, שהשלוח עצמו יהיה צד לפעולה המשפטית, **לזכות ולחובה כאחת.**”

232.9. יש להדגיש בהקשר זה שבענייננו ברור שאין התובעות יודעות מי הם מחזיקי אגרות החוב, כך שגם ברמה המעשית לו ביקשו לתבוע אותם לא יכלו לעשות כן, כך שלא מתעוררת כל דילמה לגבי תחולתו של סעיף 7 לחוק השליחות. ראו נא לענין זה דבריו של ברק<sup>29</sup>, שנכונים לענייננו מקל וחומר כמובן:

<sup>28</sup> ברק, עמ' 967.  
<sup>29</sup> ברק, עמ' 969.

"בזיהוי השולח קיימות דרגות שונות של ודאות. ברור כי זהותו של השולח ידועה לצד השלישי אם הוא יודע בפועל את שמו, את כתובתו ואת מספר תעודת הזהות שלו (לענין יחיד) או מספר הרישום שלו (לענין תאגידים).

נראה כי תהיה זו פרשנות נוקשה מדי לדרוש ידיעה בדרגת ודאות כה גדולה. דומה כי המבחן צריך להיות אם לאור המידע העומד לרשות הצד השלישי הוא מסוגל להבחין בין השולח אשר בשמו או במקומו פעל השלוח לבין כל שאר השולחים האפשריים. באחת הפרשות ידע הצד השלישי כי הוא מתקשר עם שלוח הפועל בשם חברה, אך לא ידע את שמה, את תוארה ואת כתובתה. נפסק כי הוא מתקשר עם שולח שאת זהותו לא ידע. בפרשה אחרת התקשר שלוח בשם 'לקוחות'. נפסק, כי זהות השולח אינה ידועה."

232.10. שלישית, כפי שכבר ציינו ופירטנו, הנאמן חטא בשלל פעולות חמורות שמפורטות בכתב התביעה (גם אם הבקשה מתעקשת להתעלם מכך תוך הטעיית הקורא). פעולות אלו בוודאי מקימות עילה כלפי השלוח הן נוכח הכלל כי אדם אחראי למעשה פסול שלו, גם אם הוא ביצע אותו כאשר פעל כשלוח מנהל או בתפקיד אחר, וגם לפי דיני השליחות עצמם שמטילים גם הם אחריות על השלוח בנסיבות מסוימות אותן מכנה הבקשה "נסיבות קיצוניות" (סעיף 47).

232.11. לסיום ההתייחסות לפרק זה יצוין כי סעיפים 49 ו-50 לבקשה שמנסים לצייר כאילו החיצים של התובעות מופנים כלפי מחזיקי אגרות החוב ולא כלפי הנאמן, הם חסרי שחר, מנסים להטעות את הקורא ומתעלמים גם הם באופן מופגן מן המעשים החמורים והרבים שביצע הנאמן כמפורט בכתב התביעה, הכל כפי שצוין לעיל. כפי שנכתב במפורש בכתב התביעה הנאמן לקח חלק ואף הוביל בעצמו גם את המהלכים החמורים המוזכרים בסעיף 49 ו-50 לבקשה. הנאמן לקח חלק במסע התקשורת המכפיש והמזיק כלפי הרוכשת ובן משה (סעיפים 101, 145, 150, 156, 157, 175, 199, 208, 209 ו-293 לכתב התביעה). אשר לאסיפות האולטימטום הרי שאותן הוביל הנאמן עצמו תוך שהוא חוטא בהצגת תשתית סרק למחזיקי אגרות החוב כדי שאלו יקבלו החלטה פסולה ומזיקה, הכל כמפורט בתמצית לעיל ובהרחבה בכתב התביעה.

#### 233. אשר לנטען בפרק ב'4 לבקשה –

233.1. הראינו קודם לכן כי הנאמן הוא גם תובע בשם ובמקום המחזיקים וגם נתבע בשם ובמקום המחזיקים. בניגוד לנטען בסעיף 52 לבקשה אין מדובר בלוליינות משפטית. כך מחייבות הוראות הדין וכך מחייבת המציאות.

233.2. בניגוד לנטען בסעיף 52 ו-54 לבקשה לא הדין ולא הפסיקה שוללים מסקנה מתבקשת זו. ההפך הוא הנכון ואין זה ברור לאיזו פסיקה מפנים אותם סעיפים בבקשה. ככל שהכוונה לפסיקה שהובאה בפרק ב'2 לבקשה, הרי שפסיקה זו, לרבות ההחלטה בעניין סטרלינג, כלל אינה תומכת בעמדת הנאמן כפי שכבר הבהרנו לעיל.

233.3. גם הטרוניה בסעיף 52 לבקשה כי כתב התביעה אינו מפרט אסמכתאות משפטיות אינה במקומה הואיל ואין חובה לפרט אסמכתאות משפטיות בכתב תביעה.

233.4. אשר לעניין ויסולי המוזכר בסעיף 56 לבקשה (ומוגדר שם "פרשת משמרת") התייחסנו אליו לעיל והראינו שלא רק שפסק הדין לא תומך בעמדת הנאמן אלא שהוא מלמד שעמדתו אינה נכונה.

233.5. הטענה בסעיף 53 לבקשה כאילו עובדת היותו של הנאמן נתבע בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב תביא לפגיעה קשה במוסד הנאמנות של נאמן אגרות חוב היא חסרת יסוד. כפי שהראינו עובדת היותו של נאמן האג"ח נתבע בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב מתבקשת מאופיו של מוסד הנאמן לאגרות החוב ומתיישבת איתו.

233.6. דווקא אימוץ עמדת הנאמן לפיה משמש נאמן אגרות החוב כתובע בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, אך אינו משמש נתבע בשם ובמקומם, כך שלא ניתן לברר טענות כנגד מחזיקי אגרות החוב, היא שתביא לתוצאה בלתי רצויה כלל, של הפקרות ושל חוסר אחריות (מעבר לכך שהיא בלתי צודקת כאמור לעיל). הרי אם צד שנקשר בהסכם או הסדר עם הנאמן או מחזיקי אגרות החוב לא יוכל לבוא אליהם בטענות ולבקש נגדם סעדים, יש בכך כדי לשחרר את הנאמן ואת מחזיקי אגרות החוב מן הנורמות שמכתיב הדין, מצב של הפקרות לשמה, שאין להשלים איתו, ועל כך יעיד – יותר מכל – המקרה שבפנינו.

233.7. בסעיף 57 לבקשה חוזר הנאמן על טענתו הבלתי נכונה כאילו חיצייהן של התובעות מופנות רק כלפי מחזיקי אגרות החוב ולא כלפיו. התייחסנו אליה קודם ולא נחזור כאן על הדברים.

233.8. לבסוף בפרק זה מעלה הנאמן, בסעיף 58, טענה שמבקשת להפריד את מחזיקי אגרות החוב לקבוצות באופן שנערך, לעיתים, במקרה של תובענות ייצוגיות לפרט מטעה. הדיון בטענה זו בוודאי אינו מתאים לשלב זה של בקשה לסילוק על הסף, אך כבר על פניה מדובר בטענה בלתי נכונה, שהנאמן עצמו לא פעל או פועל על פיה. כך פעולות הנאמן עצמו מלמדות שלדידו היחסים מול התובעות עשויים לזכות או לחייב את כלל מחזיקי אגרות החוב ולא קבוצה זו אחרת שהחזיקה באגרות החוב בעבר במועד נתון. כך למשל הנאמן סבור (ללא בסיס) כי כלל מחזיקי אגרות החוב יהנו מפיקדון אקסטרה (ולא קבוצת מחזיקי אגרות החוב שהחזיקה באגרות החוב בעבר במועד הפקדת הפיקדון או במועד ההפרה הנטענת). כך, למשל, בטרם הגשת התביעה ולאחר שקיבל את מכתב ההתראה לגבי הסכום העודף (נספח 55 לכתב התביעה) פנה הנאמן למחזיקי אגרות החוב הקיימים וביקש את הנחיותיהם לגבי ניהול הליך גישור מול התובעות, באמצעות כתב הצבעה שפירסם ביום 8.12.2019 המצ"ב **כנספח 7**.

233.9. זאת ועוד, הנאמן בחר להותיר בידיו כספים המגיעים לכלל מחזיקי אגרות החוב בגובה סכום התביעה, ולא הפעיל בקשר עם הגשת התביעה התחייבויות לשיפוי שניתנו לו על ידי מחזיקי אגרות החוב שהחזיקו באגרות החוב במועדים הרלבנטיים השונים, למשל, במועד אסיפת האולטימטום.

233.10. יתר על כן, אף אם היה ממש בטענת הנאמן כאילו בגין כל פעולה פסולה שלו או של מחזיקי אגרות חוב כמפורט בכתב התביעה, יש לחייב קבוצה אחרת של מחזיקי אגרות חוב, אזי הדבר רק מחזק את הצורך לתבוע אותו כנאמן בשם ובמקומם, בהיותו הכתובת הנכונה והמוסמכת של כל קבוצה כאמור (ממנה קיבל התחייבות מתאימה לשיפוי).

234. **אשר לנטען בפרק ד' 1 לבקשה** כאילו הנאמן אינו זה שהתעשר –

234.1. כפי שכבר כתבנו לעיל, הנאמן נתבע בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב שגם פרק ד' 1 לבקשה מסכים כי התעשרו.

234.2. הלכה למעשה וכפי שעולה מן הבקשה עצמה העושר המדובר, הלא הוא ההפרש בין תמורות הסדר לפידות לבין תמורות ההסדר, מופקד בידי של הנאמן והתקבל בידי.

234.3. הטענה בסעיף 83 בבקשה, שמנסה להוציא מהקשרם דברים שאמר בן משה, אינה קשורה כלל לענייננו. מכל מקום גם בדברים המצוטטים נאמר כי "בסופו של דבר" הכסף אמור לעבור למחזיקי אגרות החוב. ואולם מובן מן האמור בבקשה עצמה כי בשלב זה טרם הגיע "סופו של דבר".

235. הנה כי כן, דין טענתו השניה של הנאמן להידחות מכל וכל. הוא הנתבע הנכון בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב.

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

236. כפי שמפורט בכתב התביעה ובנספחיו, וכפי שציינו בקצרה לעיל, הנאמן הוא מי שניהל את הליך קבלת ההצעות, הנאמן הוא מי שקיבל בפועל את הצעת הרוכשת (ואת הצעת רבוע כחול והצעת דור אלון), שמופנית אל הנאמן עצמו, הנאמן הוא מי שהופקד אצלו פיקדון אקסטרה (ושאר הפקדונות), הנאמן הוא מי שניהל משא ומתן עם הרוכשת לעניין ההסדר המקורי, הנאמן הוא מי שגיבש יחד עם הרוכשת ורשות המסים את ההסדר החלופי, הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הם מי שאישרו את ההסדר החלופי, הנאמן הוא מי שקיבל לבקשתו, פעם אחר פעם, דחיות של המועד האחרון למילוי התנאים, הנאמן הוא מי שקיבל עדכונים שוטפים על התקדמות הליך השגת האישורים, הנאמן הוא מי שהודיע על סירוב לדחות את המועד למילוי התנאים, ונקט בעוד שלל פעולות באופן שהביא לפקיעת ההסדר.

237. הנאמן מבקש להתכחש לכל אלו וכן לטענות רבות אחרות מכוחן הצדדים להסדר הם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב.

238. הוא מבקש להעלות טענת הגנה כי אין כל עסקה בין הרוכשת לבין הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, אלא אך ורק עסקה בין הרוכשת לבין החברה (פרק ג' 1 לבקשה). על סמך כך מבקש הנאמן להעלות טענת הגנה כי ההתעשרות היא של החברה (הרישא לפרק ג' לבקשה) וכי אם היתה הפרה של ההסדר הרי היא של החברה (פרק ג' 2 לבקשה).

239. מובן שעצם העלאת טענות אלו אינה מתיישבת עם עמדתו של הנאמן כי אין מקום שיהיה נתבע בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב, וכי הוא אינו רשאי לנהל הליכים משפטיים בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב. הרי לפי עמדתו אין מקום שיתערב בטענות ההגנה של מחזיקי אגרות החוב.

240. תמוה גם שהנאמן לא טרח להעלות טענות שכאלו בתשובה למכתב ההתראה שקיבל לפני שהוגשה התביעה, למרות שהעלה במכתב התשובה טענות אחרות (המכתב אל הנאמן ומכתב התשובה מהוויס נספחים 55-56 לכתב התביעה).

241. מכל מקום, יש לדחות טענות אלו מכל וכל, בשל כל אחד מן הטעמים הבאים.

242. **הטעם הראשון** הוא שגם טענות אלו אינן נטענות על סמך כתב התביעה. הן עומדות בסתירה גמורה לכתב התביעה ונספחיו. מובן אפוא שהן אינן יכולות לשמש בסיס לבקשה לסילוק על הסף של התביעה.

243. **הטעם השני** הוא שגם טענות אלו דורשות בירור עובדתי. מובן שהשאלה האם ההסדר מהווה התקשרות עם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב או שהם אינם צד לו היא שאלה עובדתית. גם משום כך אין טענות אלו יכולות לשמש בסיס לבקשה לסילוק על הסף של התביעה.
244. **הטעם השלישי** הוא שטענה זו עומדת בסתירה לטענות אחרות שטוען הנאמן אפילו בבקשה עצמה. כך, בהמשך הבקשה, בפרק ד', מבקש הנאמן לטעון כי התובעות אינן רשאיות לתבוע בעילת עשיית עושר ולא במשפט **הואיל וקיים הסכם בין הצדדים** (טענה משפטית אליה נתייחס להלן ונראה שהיא אינה נכונה). אדרבא, הוא טוען שם (למשל בסעיף 87) כי קיים בין התובעות לבין מחזיקי אגרות החוב **"הסדר מפורט ומפורש"**. מובן שהנאמן אינו רשאי להעלות טענה והיפוכה, קרי, טענה כי לא קיים הסדר עם מחזיקי אגרות החוב וטענה הפוכה כי קיים הסדר מפורט ומפורש עם מחזיקי אגרות החוב.
245. ראו נא לעניין זה תקנה 72(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, לפיה צד להליך משפטי אינו רשאי להעלות טענות עובדתיות חלופיות. כמו כן, אופן פעולה זה אסור על פי כלל השתק השיפוטי. ראו נא לעניין זה את הדברים הבאים מתוך ע"א 2252/17 **שרעבי נ' לוי** פסקה 13 (פורסם בנבו, 24.6.2019):
- "כפי שנאמר לא פעם, בעל דין אשר טען טענה משפטית או עובדתית מסוימת, מושתק מלטעון באותו הליך או בהליך אחר טענה הסותרת טענה זו. תכליתו של כלל השתק השיפוטי, למנוע פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור במערכת המשפט וכן למנוע את ניצולם לרעה של בתי המשפט ... כן הובהר בפסיקה כי תכלית זו שני פנים לה: האחד, הפן המוסרי, לפיו הדוקטרינה נגזרת משיקולי צדק ומעיקרון תום הלב, ובתוך כך מבקשת למנוע פגיעה בבתי המשפט; השני, הפן המעשי בדבר מניעת קבלת החלטות הפוכות בידי טריבונלים שונים."**
246. **הטעם הרביעי** הוא שכפי שנסביר להלן, ולו בתמצית, גם טענות אלו מופרכות ואינן מתיישבות עם המציאות, לרבות עם התנהלותו של הנאמן עצמו.
247. אכן, מדובר בטענה שחוטאת למהות ההסדר כולו, שכן מדובר בהסדר שיזמו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, שאת התהליך להשגתו הובילו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, שאישרו וכתרו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, ושנועד לטובתם של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, כאשר התמורות מן ההסדר מיועדות עבורם.
248. גם כאשר ידע תהליך ההסדר עליות ומורדות היו אלו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב שפעלו מול הרוכשת (וגם מול רשות המסים), במשא ומתן, בהחלפת דברים, בהעלאת טענות בכלל ובפני בית המשפט בפרט.
249. החברה, שהנאמן מבקש כעת להסתתר מאחוריה, לקחה **חלק משני** בכל הקשור לתהליך השגת ההסדר ובעניינים הנלווים הקשורים בו.
250. כדי ללמוד זאת די לעיין בנספחים שצורפו לכתב התביעה עצמו, שלגבי חלקם נתייחס להלן (ומובן שאם הנאמן יבחר בכל זאת להעלות טענות אלו בכתב ההגנה אזי התובעות רואות עצמן חופשיות להתייחס לכך בהרחבה יתרה לרבות בשלב הבאת הראיות).
251. **ראשית**, ניתן לראות כי הצעת הרוכשת להסדר (**נספח 10** לכתב התביעה) מופנית אל הנאמן. גם הצעת רבוע כחול, שהיוותה גם היא חלק מן ההסדר (שצורפה לשם הנוחות גם בנפרד **כנספח 11** לכתב התביעה), מופנית אל הנאמן. כבר בכך יש ללמד כי ההסדר, שהתבסס על הצעות אלו, נקשר בין הרוכשת לבין הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, שערכו לו קיבול באמצעות הצבעתם באסיפות ובאישור ההסדר על ידי בית המשפט. גם ההתקשרות עם רבוע כחול הושגה באותה הדרך בין רבוע כחול לבין הנאמן ומחזיקי אגרות החוב.

252. **שנית**, ניתן לראות כי הוראות ההסדר (הצעת הרוכשת וכן הצעת רבוע כחול) עצמן מפרטות של התחייבויות כלפי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב וכן התחייבויות של הנאמן עצמו.

252.1. בראש ובראשונה הצעת הרוכשת והצעת רבוע כחול מפרטות תמורות וסכומים (נכבדים) שישולמו על פי הן למחזיקי אגרות החוב, מעבר לכך שברמה המהותית מטרתן של כל ההסדר היתה להשיא למחזיקי אגרות החוב תמורה מקסימלית וכל טענה אחרת אינה אלא חוטאת למציאות.

252.2. ראו נא לעניין זה סעיף 4 להצעת הרוכשת (**נספח 10** לכתב התביעה) המצוטט בבקשה בסעיף 63 סיפא, שנדמה שדי לקרוא את כותרתו המתחילה במילים "**תשלומים למחזיקי אגרות החוב הקיימות**...".

252.3. יתר על כן, גם בסעיף 3.1.1 להצעת הרוכשת, המצוטט בבקשה בסעיף 63 רישא, נכתב במפורש כי התשלום של ההשקעה הראשונית **ישולם לחשבון נאמנות על שם הנאמן**.

252.4. גם בסעיף 5.6 להצעת רבוע כחול (**נספח 11** לכתב התביעה) המדבר על תשלום התמורה המיידית בגין מניות אפריקה נכסים נכתב כי התמורה תועבר לחשבון **כפי שיוורו החברה והנאמן**, וכן שתי האופציות המוקנות לפי הצעה זו **מוקנות לנאמן עצמו** (ראו נא בהגדרת האופציה הראשונה ובהגדרת האופציה השניה בסעיפים 2.16 ו- 2.17 להצעת רבוע כחול).

252.5. טענת הנאמן בבקשה ((סעיפים 61-62) כאילו התמורות שולמו על פי ההסדר לחברה היא אפוא מופרכת.

252.6. קשה גם שלא להשתומם כיצד הנאמן מבקש להיבנות מן התיאור בסעיף 9 לבקשה לאישור ההסדר (**נספח 10** לכתב התביעה), שמצוטט על ידו בסעיף 64 לבקשה. הרי נרשם שם במפורש כי "התמורה מהצעת הריבוע הכחול **תשולם למחזיקי אגרות החוב**" וכן ישנה שם הפניה לסעיפי ההסדר האחרים לעניין שאר התמורות המשולמות למחזיקי אגרות החוב. הרי תשלום התמורה למחזיקי אגרות החוב מלמד כי הם צד (מהותי) להסדר.

252.7. כמו כן, הרוכשת העניקה לנאמן, עבור מחזיקי אגרות החוב, שעבוד על המניות שהיתה אמורה לקבל באפריקה, וזאת להבטחת התחייבויות שניתנו על פי ההסדר למחזיקי אגרות החוב (ראו נא למשל סעיף 4.1.5.2 להצעת הרוכשת – **נספח 10** לכתב התביעה). ודוק – אלו המניות שמוקצות לרוכשת על פי סעיף 3.2.3 להצעת הרוכשת, המצוטט בסעיף 63 לבקשה. קרי, הנאמן מבקש לטעון כי ההסדר חל בין החברה לבין הרוכשת, תוך הפניה לכך שהחברה תקצה מניות לרוכשת, אך שוכח לספר כי אותן מניות משועבדות לטובתו עבור מחזיקי אגרות החוב, קרי הם צד ברור להסדר גם משום כך.

252.8. חלק בלתי נפרד מן ההסדר היו שטרי הנאמנות עם הנאמן, שהוראותיהם אמורות היו לחול עם כניסת ההסדר לתוקף (שטרי הנאמנות היוו נספחים 1 ו- 2 להסדר, כמפורט בסעיף 2 להסדר). שטרי נאמנות אלו עיגנו שלל התחייבויות נוספות כלפי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב.

252.9. נוכח כך שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב הם שהובילו את תהליך ההסדר, כלל ההסדר הוראה מפורשת לפיה הרוכשת לא תוכל לטעון כי הסתמכה לצורך ההסדר על נתון, מצג, או הצהרה של הנאמן, הנציגות של מחזיקי אגרות החוב, או מחזיקי אגרות החוב (סעיף 3.2.5).