

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).

252.10. ההסדר כלל הוראות אופרטיביות שונות מול הנאמן. למשל לפי סעיף 3.1.2 להצעת הרוכשת, נדרשה הרוכשת להעמיד לנאמן הוכחת יכולת ממוסד בנקאי.

252.11. הצעת רבוע כחול כללה גם היא שלל הוראות שכאלו. ראו נא למשל סעיפים 5.1 ו- 5.2 להצעת רבוע כחול, על תתי סעיפיו, לרבות התחייבות הנאמן לשתף פעולה לצורך הוצאת העסקה על פי ההצעה אל הפועל, ובכלל זה שחרור שעבודים על הממכר ואפשרות הענקת שעבוד על הממכר לטובת אשראי שתטול רבוע כחול, ולרבות מעמד הנאמן וביצוע פעולות על ידו במועד ההשלמה (closing).

253. **שלישית**, פקדון אקסטרה הופקד כידוע אצל הנאמן, בחשבון נאמנות של הנאמן ולא אצל החברה. בקשר לכך נמסר לנאמן (ולא לחברה) כתב הוראות (**נספח 60** לכתב התביעה). בקשר לכך נקבע בסעיף 5.2.1 להצעת הרוכשת (**נספח 10** לכתב התביעה) כי הנאמן פתח חשבון נאמנות עבור הרוכשת ועבור מחזיקי אגרות החוב, ולא עבור החברה. זאת ועוד, לפי הוראות ההסדר, לנאמן (ולא לחברה) קמה במקרים מסוימים (שלא התקיימו) הזכות לחלט את הפקדון. כמו כן, לו היה מקום לחילוט הפיקדון (ואין ולא היה מקום לכך), לפי סעיף 5.2.2 להסדר, אזי כספי החילוט היו משולמים למחזיקי אגרות החוב.

דברים אלו נכונים גם לגבי פקדון רבוע כחול. זה הופקד בחשבון על שם הנאמן (ועל שם ב"כ רבוע כחול דאז). לנאמן (ולא לחברה) קמה זכות לחלטו במקרים מסוימים (שלא התקיימו).

254. **רביעית**, עיון בכתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט בקשר עם הליך ההסדר יגלה גם הוא כי מדובר בהסדר עם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב שהובילו את תהליך ההסדר כאשר החברה היא שחקן משני. ראו נא למשל את:

254.1. הבקשה לכינוס אסיפות שהוגשה ביום 4.1.2018 (**נספח 5** לכתב התביעה) המגוללת את סיפור גיבוש ההסדר המקורי, באופן שברור ממנו שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב הם (ורק הם) מי שבחרו בהתקשרות עם הרוכשת וכן עם רבוע כחול ואז גם עם דור אלון (סעיפים 60 עד 64). שם גם מתוארות התמורות הנכבדות שנועדו עבור מחזיקי אגרות החוב על פי ההסדר (סעיפים 75 ו- 76).

254.2. בקשה 41 שהגיש הנאמן (**נספח 8** לכתב התביעה) שם הוא מספר, בין היתר (סעיף 14) כי **מחזיקי אגרות החוב הם מי שמנהלים** מזה שנתיים את ההליכים לצורך קידום ההסדר ובכלל זה הזמנה להציע הצעות, ניהול משאים ומתנים אינטנסיביים אל מול מציעים שונים, הליך התמחרות. שם גם מפרט הנאמן (סעיפים 9 עד 10) כיצד הוא פעל, דרבן ודחק ברוכשת וברשות המסים להגיע להסכם שיאפשר השגת הסדר חלופי (באותה בקשה הוא רוטן על כך שהסכם שכזה לא הושג, אך כידוע הוא הושג לאחר מכן). ראו נא שם גם את תיאור הדברים תחת הכותרת של פרק ד.2 – "ניסיונותיהם של מחזיקי אגרות החוב להביא לקידום הליך אישור הסדר הנושים" לרבות סעיף 76, שם מסביר הנאמן כיצד הצדדים שכוללים את הרוכשת את הנאמן ואת נציגויות מחזיקי אגרות החוב (ולא את החברה) הגיעו להסכמות בדבר תיקון להסדר (ולמים אותו תיקון להסדר הפך לחלק מן ההסדר החלופי).

254.3. הבקשה לאישור ההסדר שהוגשה ביום 13.8.2018 (**נספח 10** לכתב התביעה) שם מבואר בסעיף 4 כי הצדדים אשר גיבשו את ההסדר החלופי הם הרוכשת והנאמנים ונציגויות מחזיקי אגרות

החוב (ולא החברה). ההפניה בבקשה בסעיף 65 לבקשה זו היא אפוא תמוהה, שכן האמור באותה בקשה סותר את עמדת הנאמן. הניסיון של הנאמן להסיק מאותה בקשה כאילו ההסדר נערך "בראש ובראשונה" עם החברה (כלשון סעיף 66 לבקשה) נדון אפוא לכשלון ויש בו גם מידה של הודאה מצד הנאמן כי גם לשיטתו ההסדר בוודאי לא נערך מול החברה בלבד.

254.4. פסק הדין שאישר את ההסדר ביום 2.9.2018 (**נספח 12** לכתב התביעה) מתאר כיצד ניהל הנאמן משא ומתן שהביא לגיבוש ההסדר (הרישא לסעיף 3), את התמורות שמקבלים מחזיקי אגרות החוב על פי ההסדר (סעיפים 3.3 ו- 3.4) ומתאר את ההסדר החלופי כהסדר שמחולק לשניים – הסכם עם רשות המסים (סעיף 9.1) וכן – "ההסכם עם מחזיקי האג"ח" (סעיף 9.2, ההדגשה במקור), ובהמשך אותו סעיף מתאר בית המשפט את ההסכם בין הרוכשת לבין מחזיקי אגרות החוב לאחר שהוא פותח במילים: "עיקרי ההסכמות בין מחזיקי האג"ח לבין אקסטרה הינס : ...".

254.5. בקשה 51 שהגיש הנאמן (**נספח 14** לכתב התביעה) שם הוא טוען (הן ברישא והן בסעיף 82) כי הבקשה לא ממצה את טענותיו וטענות מחזיקי אגרות החוב וכי הנאמן 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. כיום ברור כי טענות אלו הן טענות סרק אך מובן שמי שלא ראה עצמו כצד להסדר עם הרוכשת לא היה מעלה על דעתו להעלותן.

254.6. תשובת החברה לבקשה 51 (**נספח 43** לכתב התביעה) שם פותחת החברה ומבהירה כי היא אינה מכירה את העובדות, שכן ברוב התהליך לקראת גיבושו של ההסדר בכלל ולעניין הפקדונות בפרט היא לא לקחה חלק: "**בפתח הדברים, נקדים ונציין, כי חלק לא מבוטל מן המסכת העובדתית העולה מהבקשה אינו בידיעת החברה; הן בשל כך, שהחברה לא היתה שותפה למרבית הדיונים בין הצדדים בעת גיבוש תנאי הסדר הנושים ככלל, ולעניין הפיקדונות – בפרט**".

255. **חמישית**, ניתן לעיין בשלל כתבי הדחיה של המועד להתקיימות התנאים שקיבל הנאמן (ולא החברה) מאת הרוכשת וכן מאת רבוע כחול, הכל לבקשתו, כמפורט בפרק VI בכתב התביעה (**נספחים 16-17**, **19-20** לכתב התביעה). מה לו לנאמן כי יבקש ומה לו כי יקבל, פעם אחר פעם, דחיות של המועד להתקיימות התנאים אם אינו צד להסדר?

256. **שישית**, ניתן לעיין בפרוטוקולים של הדיונים הרבים שנוהלו בפני בית המשפט כדי להתרשם על נקלה ובמיוחד מדברי ב"כ הנאמן כי הנאמן הוא לא רק צד להסדר אלא מי שמוביל את ניהולו על כל צעד ושעל. ראו נא למשל הפרוטוקול מיום 30.1.2019 (**נספח 44** לכתב התביעה) שם מסביר ב"כ הנאמן כי הוא מודע לגודל האחריות, כי מדובר ב"ספינה" כבדה מאד ונעשתה על ידי הנאמן ונציגיו עבודה רבה בקשר לכך (עמ' 2, שורות 26-27), ובהמשך הדברים כאשר נשאל לעניין אסיפות האולטימטום מסר הסבר שלא מותר ספק כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הם בעלי הבית, מי שנושאים ונותנים, ומי שהרשו לעצמם לנסות ולהכתיב לרוכשת תנאים לפי בחירתם הבלעדית (עמ' 2, שורות 29-32 ו- עמ' 3, שורות 1-3).

257. **שביעית**, ובהמשך לאמור לעיל מובן שעצם המחשבה להציב אולטימטום כפי שהציבו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לרוכשת (ולרבוע כחול) יכול לעלות רק בדעתו של מי שהוא צד להסדר.

258. **שמינית**, נשלים ונציין כי גם את ההצעה המחודשת הפנתה הרוכשת אל הנאמן (ולא אל החברה). ראו נא סעיף 49 לכתב התביעה.
259. **הנה כי כן**, טענת הנאמן כאילו הוא ומחזיקי אגרות החוב אינם צד להסדר היא מופרכת לחלוטין.
260. למען שלמות הטיעון נבהיר עוד שני עניינים.
261. **האחד**, גם אם היה ממש בטענה (המופרכת) כאילו מחזיקי אגרות החוב והנאמן אינם צד להסדר אזי מובן שנכח העובדה שהם אלו שהביאו לפקיעתו באמצעות המהלכים החמורים המפורטים בכתב התביעה לרבות תוך הצבת אולטימטום, הרי שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב עיוולו בגרם הפרת חוזה וחלה עליהם החובה לשלם לרוכשת את הסכום העודף גם משום כך.
262. **השני**, גם טענת הנאמן ברישא לפרק ג' לבקשה, כאילו מן התמורות בהסדר לפידות ומן הסכום העודף נהנתה החברה ולא הנאמן ומחזיקי אגרות החוב היא מופרכת לחלוטין. הסדר לפידות כמו גם ההסדר עם הרוכשת, נועד לייצר תמורות עבור מחזיקי אגרות החוב. החברה לא נהנתה מכך שבאמצעות הסדר לפידות זוכים מחזיקי אגרות החוב בסכום עודף של מעל 300 מיליון ש"ח. מי שהוביל את הסדר לפידות הוא הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בדיוק כפי שארע לגבי ההסדר. למעשה גם הנאמן מודה בכך כאשר הוא מציין בסעיף 6 לבקשה כי הוא והחברה שיתפו פעולה כדי להשיג את הסדר לפידות, ובפועל מצב הדברים הוא שהחברה פועלת לפי הנחיתו.
263. אם נדרשת המחשה לכך שכספי הסדר לפידות – לגביהם נערך חישוב בכתב התביעה כדי לחלץ את הסכום העודף – משולמים למחזיקי אגרות החוב, נפנה לדיווח המיידני מיום 4.1.2020 (**נספח 58** לכתב התביעה) שם מבואר באופן חד משמעי, שבמועד ביצוע ההסדר ישולמו ויועברו למחזיקי אגרות החוב תמורות ההסדר, בניכוי פיקדון שישמש לניהול הליכים משפטיים בקשר עם הפיקדון, בסך כולל של כ- 975 מיליון ש"ח.

VI טענת ההגנה של הנאמן כי התובעות מנועות מהגשת התביעה משום שלא

תקפו את החברה

264. בפרק ג' לבקשה מעלה הנאמן טענת הגנה נוספת לפיה התובעות מנועות מהגשת התביעה משום שלא התנגדו להסדר לפידות ומשום שלא הגישו תביעות חוב על פיו.
265. מובן שגם העלאת טענה זו 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. כאמור, לפי עמדתו אין מקום שיתערב בטענות ההגנה של מחזיקי אגרות החוב.
266. תמוה גם שהנאמן לא טרח להעלות טענה זו בתשובה למכתב ההתראה שקיבל לפני שהוגשה התביעה (**נספחים 55 ו- 56** לכתב התביעה).
267. מכל מקום, יש לדחות טענה זו מכל וכל, בשל כל אחד מן הטעמים הבאים.
268. **הטעם הראשון** הוא שגם טענה זו אינה נטענת על סמך כתב התביעה. היא מבקשת לייחס לתובעות ידיעות שונות לגבי הסדר לפידות ולתאר את הסדר לפידות באופן שזכרו לא בא בכתב התביעה (ראו נא סעיפים 69 עד 71 לבקשה). מובן אפוא שהיא אינה יכולה לשמש בסיס לבקשה לסילוק על הסף של התביעה.

269. **הטעם השני** הוא שגם טענה זו דורשת בירור עובדתי. מובן שהכרעה בטענת מניעות (כך שצד יחסם מלטעון טענה כאשר לולא המניעות הדין יקנה לו סעד על פיה) דורשת שכנוע של בית המשפט בקיומן של נסיבות חריגות. כך בכלל וכך בענייננו כאשר הנאמן חותר לבסס טענת מניעות על סמך הסדר לפידות שאין מחלוקת כי התובעות לא היו צד לו.
270. **הטעם השלישי** הוא שכפי שנסביר להלן, ולו בתמצית, גם טענה זו היא מופרכת לחלוטין.
271. בראש ובראשונה, ניכר כי טענת המניעות מבוססת על הטענות הכושלות של הנאמן, אליהן התייחסנו בפרק הקודם, כי הרוכשת צריכה היתה לתבוע את החברה וכי אין לה כל התקשרות עם הנאמן ומחזיקי אגרות החוב. לפיכך, משנופלות טענות אלו, נופלת גם טענת המניעות שהעלה הנאמן.
272. אכן, אין כל טעם טוב מדוע התובעות יראו בלפידות או בחברה (אותה רכש לפידות לפי הסדר לפידות) כבעל דברם. מאותם הטעמים גם לא היה מקום שהתובעות יגישו תביעת חוב כלפי החברה.
273. אשר לטענה כי היה על התובעות להגיש התנגדות להסדר לפידות הרי שגם טענה זו תמוהה ומופרכת כאחד. ההסדר בין הרוכשת לבין הנאמן ומחזיקי אגרות החוב פקע והרוכשת סבורה כי פקיעתו רובצת לפתחם של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, באופן שמטיל עליהם חובה לפצות את הרוכשת על נזקה וכן לשלם לה כספים ששיגו כתוצאה מהסדר אחר ששיגו (ובצד כך אוחות התובעות בטענות נוספות כלפי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הכל כמפורט בכתב התביעה).
274. יחד עם זאת, התובעות לא התיימרו למנוע מאת הנאמן ומחזיקי אגרות החוב להשיג הסדר חדש במקום ההסדר שהושג עם הרוכשת. מדוע אפוא שיתנגדו להסדר לפידות?
275. ככל שהנאמן מבקש להצר את צעדיהן של התובעות מתוך סברה כי הן מוגבלות לסעדים מסוימים ולא לאחרים הרי שטעות בידו. לתובעות נתונה הברירה אילו סעדים לבחור. ראו נא לענין זה את דבריהם של שלו ואדר³⁰:

“העיקרון הבסיסי: הנפגע מהפרה זכאי לבחור תרופות ולצרפן כרצונו

החופש לבחור בתרופה או בצירוף התרופות הנוחים ביותר לנפגע מהפרת החוזה עולה בבירור מסעיף 2 לחוק התרופות. הסעיף קובע בזו הלשון: “הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה.

[...]

הנחת החוק היא כי ראוי לאפשר לנפגע לברור לעצמו – מבין קשת התרופות שקובע החוק – את התרופה שהיא הטובה ביותר בעיניו לצורך תיקון הפגיעה בזכותו החוזית.”

276. הניסיון של הנאמן לייחס לתובעות ויתור כלשהו הואיל ולא התנגדו להסדר לפידות (או משום שלא הגישו תביעת חוב על פיו) נדון אפוא לכשלון. נפגע מהפרת הסכם או מהפרת חובת תום הלב או מכל עוולה רשאי לבחור את הסעדים המוקנים לו בדין. בחירתה של הרוכשת בסעדים להם עתרה בכתב התביעה אינה מלמדת על ויתור כלשהו.

³⁰ גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 72 (2009).

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

277. הנאמן מעלה בפרק ד' לבקשה מספר טענות הגנה בפני התביעה לסכום העודף ככל שהיא מבוססת על עילת עשיית עושר ולא במשפט.
278. מובן שהעלאת טענות אלו, שחלקן נטענות בשם מחזיקי אגרות החוב, 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.
279. תמוה גם שהנאמן לא טרח להעלות טענות שכאלו בתשובה למכתב ההתראה שקיבל לפני שהוגשה התביעה (נספחים 55 ו- 56 לכתב התביעה).
280. מכל מקום, יש לדחות טענות אלו מכל וכל, בשל כל אחד מן הטעמים הבאים.
281. **הטעם הראשון** הוא שגם חלק מטענות אלו אינן נטענות על סמך כתב התביעה. הן עומדות בסתירה גמורה לנטען בכתב התביעה. מובן אפוא שהן אינן יכולות לשמש בסיס לבקשה לסילוק על הסף של התביעה.
282. **הטעם השני** הוא שגם חלק מטענות אלו דורשות בירור עובדתי. בין היתר, הכרעה בשאלות האם קיימת הפרה של ההסכם בין הצדדים, האם מתקיימים (לצד הפרה זו או מבלי שהיא קיימת) שיקולי צדק שמחייבים השבה של עושר שהופק וכיו"ב שאלות, דורשת בירור עובדתי ובין היתר לגבי חומרת מעשיהם של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב.
283. **הטעם השלישי** הוא שחלק מן הטענות שעולות בבקשה בפרק ד' הן טענות עובדתיות שעולות מבלי שצורף לבקשה תצהיר שתומך בהן, בניגוד לדין. ראו נא למשל פרק ד' 4 שם מתהדר הנאמן בכך שככלל ובמסגרת הליכי ההסדר עם התובעות בפרט, פעל בהתאם להחלטות מחזיקי אגרות החוב ובית המשפט (ובסעיף 102 מפורטות שורה של פעולות שלפי הטענה בוצעו לפי החלטות מחזיקי אגרות החוב ובית המשפט). אלא שטענות עובדתיות (בלתי נכונות) אלו לא נתמכו בתצהיר וכבר מכאן דינן דחיה.
284. **הטעם הרביעי** הוא שהתביעה לסכום העודף אינה מבוססת רק על עילת עשיית עושר ולא במשפט, כפי שכבר פירטנו בפרק II ג לעיל. לפיכך ממילא הטענות בפרק ד' לא יביאו לקבלת הבקשה, וגם מטעם זה אין להיזקק להן ויש לדחותן.
285. **הטעם החמישי** הוא שכפי שנסביר להלן, ולו בתמצית, גם טענות אלו מופרכות ואינן מתיישבות עם המציאות ועם הדין.
286. **בקשר עם הנטען ברישא לפרק ד' לבקשה** (סעיף 77) כאילו כתב התביעה "לא מבסס, אף לא בראשית ראייה את העילות הדרושות לשם קיומה של 'התעשרות' ...", נבהיר כי כתב תביעה אינו צריך לבסס בראיות, אף לא בראשית ראייה, טענה כלשהי. כפי שהסברנו בפרק II ג לעיל כתב תביעה צריך לכלול את העובדות העיקריות המהוות את עילת התביעה. מכל מקום ובניגוד לנטען בבקשה כתב התביעה מפורט הרבה מעבר לנדרש וצורפו לו נספחים רבים שמבססים היטב את הנטען בו (גם אם בשלב הראיות עומדת כמובן לתובעות הזכות להביא ראיות נוספות).
287. **לעניין פרק ד' 1** – התייחסנו כבר לעיל ולא נחזור כאן על הדברים.

288. **בקשר עם הנטען בפרק ד'2 לבקשה** לפיו לא ניתן לתבוע בעילת עשיית עושר ולא במשפט מקום בו קיים הסכם בין הצדדים –

288.1. מעניין להיווכח כי לצורך פרק ד'2 מכיר הנאמן בכך שנכרת הסדר בין מחזיקי אגרות החוב לבין הרוכשת. אדרבא, הוא מכיר בכך שנכרת בין התובעות לבין מחזיקי אגרות החוב **"הסדר מפורט ומפורש**, אשר אף אושר על ידי בית המשפט של חדלות פירעון" (סעיף 87 לבקשה). זאת לאחר שפרק ג' לבקשה כולו מושתת על **טענה הפוכה וסותרת** כי לא קיימת עסקה בין הרוכשת לבין מחזיקי אגרות החוב.

288.2. מכל מקום, אין ממש בטענה שמובאת בסעיף 88 לבקשה, כאילו במצב העניינים הנוכחי לא ניתן להסתמך על ההסדר או להעלות טענות על בסיסו, כבר משום שיסודה של הטענה בטעות של הנאמן. הנאמן טוען שם כאילו התנאים המתלים המוקדמים, שמוגדרים בסעיף 12.7 להסדר, ושאליהם מתייחס סעיף 14.11 להסדר (המצוטט בסעיף 88 לבקשה), לא התקיימו. אלא שתנאים אלו (להבדיל מן התנאים המתלים הקבועים בסעיף 12 להסדר) דווקא התקיימו.

288.3. כמו כן, התיאור בבקשה כאילו הדין שולל תביעה מכוח עילת עשיית עושר ולא במשפט מקום שקיים בין הצדדים הסכם, הוא בלתי נכון לחלוטין. כפי שמצוטט בסעיף 90 לבקשה מתוך פסק הדין **בעניין ויסולי** (שם צוטטו דברים מספרם של פרידמן ושפירא בר-אור), הדין אינו מאפשר לצד שהעביר לאחר נכס מכוח חוזה, לטעון כי הנעבר התעשר על חשבוננו, שכן ערכו של הנכס עולה על סכום התמורה הנקוב בחוזה. טענה שכזו, שמגלמת טענה שהמעביר עשה עסקה "רעה", נשללת על ידי הדין, מטעם טוב, שכן החוזה מהווה עילה וצידוק לרווח שהפיק הנעבר.

288.4. אלא שבין כך ובין ענייננו אין דבר וחצי דבר. בענייננו נקשר הסכם לפיו היה על הרוכשת לקבל ממכר. כמפורט בכתב התביעה הנאמן ומחזיקי אגרות החוב התחמקו מביצוע אותו הסדר, ומכרו את הממכר לאחר, בתמורה גבוהה מזו שננקבה בהסכם עם הרוכשת. הנה כי כן, מדובר במקרה קלאסי בו התעשרו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב על חשבון הרוכשת, ובניגוד להוראות ההסכם, כך שההסכם בוודאי אינו יכול לשמש צידוק לכך.

288.5. הדין אינו שולל במקרה שכזה תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט. יפים לעניין זה הדברים הבאים מתוך ע"א 442/85 **משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ**, פ"ד מד(3) 661, 663 (1990):

"עקרונית, יש להכיר בקיום עילה, המתבססת על התעשרות שלא כדין, מקום שהיצרן מפר חוזה כדין שבינו לבין המפיץ. אין בקיום עילה חוזית, כשלעצמו, כדי לשלול עילה מעין חוזית. עילה מעין חוזית יכולה להתקיים ביחד עם עילה חוזית ולצדה, ובלבד שאין בחוזה הוראה השוללת זאת, שהתובע עצמו לא יתעשר כתוצאה מכך ושאינו סתירה הגיונית-מהותית או כפילות במתן שתי התרופות."

288.6. גם בפסק הדין **בעניין טבע תעשיות**³¹ אליו מפנה הנאמן בבקשה (סעיף 91) אין כדי לסייע לבסס טענה בלתי נכונה זו, שכן בעניין זה נמנע בית המשפט מלהעניק לתובע סעד מכוח חוק עשיית

³¹ רעא Merck & Co. Inc 6025/01 נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 19.05.11)

עושר ולא במשפט, הואיל ותביעת ההשבה סתרה הוראת דין מפורשת. מובן שאין בין קביעה זו לבין ענייננו דבר וחצי דבר.

289. **בקשר עם הנטען בפרק ד' 3 לבקשה** לפיו לא מתקיימים לגבי הנאמן היסודות ההכרחיים לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט –

289.1. אכן, כפי שנטען בסעיפים 94 ו-95 לבקשה, הפסיקה פירשה **בהרחבה** את היסוד שהתעשרות באה על חשבון התובע, קרי, שהזכייה של הנתבע באה מן התובע. לפי הפסיקה גם אינטרס שלגביו לא היו לתובע זכויות קנייניות או אפילו זכות לחיוב, אלא ציפייה בלבד, עשוי להיחשב כאינטרס שבא מן התובע, כזכייה שנעשתה על חשבוננו.

289.2. מובן שפסיקה זו פועלת לטובת התובעות. ואולם נראה שלענייננו הדברים נכונים מקל וחומר כך שהתובעות לא יזקקו להרחבה זו שקבעה הפסיקה.

289.3. בענייננו נכרת חוזה לרכישת ממכר, המוכר התחמק ממנו ומכרו לאחר, במחיר גבוה יותר. במקרה שכזה האינטרס של הנפגע (הרוכש שנותר ללא הממכר) מעוגן בחוזה מחייב. ההפרש בין המחיר הגבוה בו נמכר הממכר לבין המחיר הנקוב בחוזה שהופר מהווה ההיקף המינימאלי של פיצויי קיום המגיעים לנפגע שנותר ללא הממכר. אכן, הנפגע יוכל אף לטעון כי ציפה לרווח גדול יותר מהפרש זה במחיר, אך ההפרש מהווה אבדן הרווח המינימאלי של הנפגע. ראו לעניין זה ד"ר 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221, 271-272 (1988):

"הזכאי הצד הנפגע לקבל את טובת ההנאה שצמחה למפר?"

[...]

"לשם מניעת התעשרות שלא כדין מכיר המשפט הישראלי בעיקרון כללי של מניעת עשיית עושר ולא במשפט, וכי מכוחו של עיקרון זה זכאי הצד הנפגע לקבלת טובת ההנאה שצמחה למפר מהפרת החוזה."

289.4. ראו גם את הדברים שנקבעו בע"א 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' שמואל מאירסון**, פסקה 13 (פורסם בנבו, 15.7.2010):

"בין המקרים הרבים בהם קבע בית משפט זה כי קמה חובת השבה על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, הכיר בית משפט זה בעניין אדרס בתחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט מקום בו היה חוזה בין הצדדים, והורה לצד שהפר את ההסכם באותו העניין, להשיב לצד הנפגע את טובת ההנאה שהשיג כתוצאה מהפרה זו.

הכרה בזכות הצד הנפגע לקבל את הסכומים שהצד המפר התעשר בהם במקרים של הפרת הסכם נשענת על התפיסה לפיה 'חוזים יש לקיים' ועל שיקולים של הכוונת התנהגות, דהיינו הרתעת צד מהפרתו של הסכם באמצעות נטרול התמריץ הכספי שיכול ויהיה טמון בהפרת הסכם."

289.5. בנסיבות אלו טענת הנאמן כאילו כתב התביעה לוקה בסתמיות ואינו מספק מענה לשורה של שאלות שהנאמן הואיל לפרט בסעיף 99 לבקשה, היא סתמית בעצמה ויותר מכך – מיתממת. הוא הדין לגבי הטענה הדומה בסעיף 100 לבקשה כאילו כתב התביעה אינו מניח תשתית עובדתית או משפטית (למרות שאין כל חובה להניח תשתית משפטית בכתב התביעה).

289.6. מדובר בטענות חסרת שחר. כתב התביעה עונה בהחלט על כל אותן קושיות שפירט הנאמן בסעיף 99. כך, המענה לשאלות (א) ו- (ב) הוא כמובן, שהרווח לו היתה רשאית הרוכשת לצפות

הוא, כאמור לעיל וכאמור בתביעה, ההפרש בין המחיר של הממכר לפי הסדר לפידות לבין המחיר של הממכר לפי ההסדר עם הרוכשת. חישוב ההפרש מופיע במפורט בכתב התביעה בסעיף 327.2 (והוא מסתמך על מצגת והערכת שווי של היועץ הכלכלי של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב). הוא מהווה את הסכום העודף והוא מסתכם בסך של 318.5 מיליון ₪.

289.7. כך, המענה לשאלה (ג) הוא כי הרוכשת רשאית לטעון להשבה (ואף לפיצוי) של ההפרש במחיר, הלא הוא הסכום העודף, מכוח הדין. מכוח עילת עשיית עושר ולא במשפט, מכוח התרופות שמעניק הדין נוכח הפרת חוזה או הפרת החובה לפעול בתום לב ובדרך מקובלת ומעוד שלל עילות שאת חלקן פירטנו **בפרק II. ג. לעיל**. המענה לשאלה (ד) הוא שהרוכשת בהחלט צפתה שמחזיקי אגרות החוב והנאמן עשויים להתקשר בעסקה חלופית לעסקה עמה, ממנה התחמקו. הרוכשת גם ניסתה להציע מחדש לבצע את העסקה איתה (באמצעות ההצעה המחודשת – סעיף 221 לכתב התביעה). סירובם של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לעשות כן חיזק את סברתה של הרוכשת כי בכוונתם להשיג עסקה טובה יותר (וגם זאת נטען בכתב התביעה בסעיף 228).

289.8. אשר לאמור בסעיף 99(ה) לבקשה שמייחס לתביעה סתירה פנימית, הרי שככל שניתן להבינו הוא חסר שחר. מובן שאם ההסדר עם הרוכשת היה יוצא לפועל אז הסדר לפידות לא היה בא לעולם. או אז הממכר (שידוע כבר שניתן למכרו במחיר גבוה יותר מזה הנקוב בהסדר) היה בידי הרוכשת. משום שאין זה המצב הרוכשת איבדה לפחות את ההפרש במחיר, קרי, את הסכום העודף. היכן הסתירה בכל אלו?

289.9. מכל מקום ראוי להפנות לציטוט בסעיף 96 לבקשה של דבריו של בית המשפט העליון **בפרשת ליבוביץ** לפיהם השאלה האם ההתעשרות באה מן הנתבע היא **שאלה שבעובדה, אשר יש להוכיחה בכל מקרה לפי נסיבותיו** (שתי השורות הראשונות לציטוט שם). קשה שלא להשתומם כיצד דברים אלו מובאים בבקשה מטעמו של הנאמן, שהרי הם לבדם שוללים כל אפשרות לדון בטענותיו של הנאמן במסגרת הבקשה לסילוק על הסף.

290. **בקשר עם הנתען בפרק ד'4 לבקשה** כאילו הנאמן פעל בהתאם להחלטות בית המשפט והחלטות מחזיקי אגרות החוב -

290.1. טענות הנאמן בפרק זה כאילו פעל לפי החלטות בית המשפט והחלטות מחזיקי אגרות החוב אינן נסמכות על כתב התביעה והן טענות עובדתיות כמובן, שיש לדחותן כבר משום שלבקשה לא צורף תצהיר.

290.2. יתר על כן, מדובר בטענות בלתי נכונות שניכר שנועדו לבלבל את הקורא. כך הן מערבבות במכוון בין החלטות בית המשפט לבין החלטות מחזיקי אגרות החוב, למרות שמובן שמעמדן של אלו שונה בתכלית.

290.3. כך סעיף 102 לבקשה מונה שורה של בקשות, הודעות, פעולות והחלטות מבלי לבאר מה מבקש הנאמן לטעון לגביהן. מכל מקום, בניגוד גמור לרושם שסעיפים 102 ו-103 לבקשה מבקשים להותיר, הנאמן כלל לא פעל לפי החלטות של בית המשפט שכן הוא לא משמש כבעל תפקיד ומעולם לא ביקש מבית המשפט הוראות.

290.4. יתר על כן, כפי שפירטנו **בפרק II.ב** הנאמן ביצע פעולות פסולות רבות ביוזמתו מבלי שמחזיקי אגרות החוב הורו לו לבצען. מכל מקום, כפי שראינו לעיל גם אם קיבל הנאמן הוראה מאת מחזיקי אגרות החוב לנקוט בפעולה פסולה אין הדבר משמש לו חסינות או הגנה מפני תביעה בגינה.

290.5. אשר לנטען בסעיף 104 לבקשה ולציטוט המופיע בו של דברי בית המשפט המבהירים כי פסק הדין שאישר את ההסדר בטל (**נספח 46** לכתב התביעה), הרי שאין ללמוד מהם כלל כי נשללה מן הרוכשת עילת תביעה בגין פקיעת ההסדר. הדין מקנה זכות לפיצויים גם לאחר שההסדר בוטל ואכן גם בדברים המצוטטים מפי בית המשפט באותו סעיף מובהר כי אין בקביעה של בית המשפט כדי לקבוע מסמרות באשר לגורם אשר בעטיו הסדר הנושים לא מומש.

291. **בקשר עם הנטען בפרק 5' לבקשה** לפיו לא מתקיימים היסודות שנקבעו בפסיקה להתעשרות שלא כדין אבדן רווח ושיקולי צדק –

291.1. בסעיפים 106 עד 110 לבקשה מעלה הנאמן טענה כי משום שמחזיקי אגרות החוב של החברה הם נושים שלא כל החוב הוחזר להם, אזי חוש הצדק שולל לנגוס בכספים שנועדו עבורם במסגרת הסדר לפידות. מדובר בטענה חסרת שחר. אם חטאו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב כלפי הרוכשת אזי אין כל משקל לשאלה אם החברה מחזירה להם את החוב שלה כלפיהם כולו או חלקו. זאת ועוד, גם הטענה בדבר "מחיקה" של כחצי מיליארד ₪ מן החוב כלפי מחזיקי אגרות החוב היא טענה עובדתית, שלא נתמכה בתצהיר ושכמעט בוודאות אינה נכונה, ככל שהנאמן מנסה לטעון כי מחזיקי אגרות החוב יצאו כאשר ידיהם על ראשם. מחזיקי אגרות החוב הם גורמים מתוחכמים שסוחרים בניירות הערך וקרוב לוודאי שרובם ככולם רכשו את אגרות החוב במחיר חלקי, עשרות אחוזים נמוך מן החוב הנקוב באגרת החוב. אמנם, אין בכך כדי להפחית מכך שעל החברה מוטלת ההתחייבות החוזית לשלם להם את מלוא החוב הנקוב באגרת החוב, אך מובן שאין כל מקום להציגם כמי שספגו נזקים או "מחיקות" בכל הקשור ליחסים שלהם מול הרוכשת.

291.2. אין שחר לטענה בסעיף 118 לבקשה כאילו התובעות ביקשו לדלג על "עילותיה [צריך להיות יסודותיה, הח"מ] של עילת עשיית העושר ולהסתפק ביחוש הצדקי על מנת לפסוק לזכותן פיצויים...". כל שצוין בכתב התביעה, למעלה מן הצורך, הוא כי הפסיקה קבעה שכדי לבסס יסודות אלו אין צורך בהפרת חוק ובהפרת חוזה. הדוגמאות שמובאות בסעיפים 113, 114 ו – 116 לבקשה של מקרים בהם נדחתה תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט אינן קשורות לענייננו ולא נטען אחרת, כך שהן אינן מעלות או מורידות לענייננו. הן בוודאי לא מלמדות שיש לסלק את התביעה על הסף. מטבע הדברים התובעות חולקות על עמדת הנאמן (המפורטת בסעיף 115 לבקשה) כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לא חטאו בהפרה של הדין, ההסדר ושל החובות שמטיל הדין. מובן אפוא שיהיה מקום לברר מחלוקת זו.

VIII טענת ההגנה של הנאמן כי תביעת הסכום העודף היא קנטרנית, טרדנית

ומהווה שימוש לרעה בהליכי משפט

292. הנאמן מעלה בפרק ה' לבקשה מספר טענות הגנה לפיהן התביעה לסכום העודף היא טרדנית, קנטרנית ומהווה שימוש לרעה בהליכי משפט.
293. מובן שהעלאת טענות אלו, שחלקן נטענות בשם מחזיקי אגרות החוב, 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.
294. 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 מהווים **נספחים 55-56** לכתב התביעה).
295. מכל מקום, יש לדחות טענות אלו מכל וכל, בשל כל אחד מן הטעמים הבאים.
296. **הטעם הראשון** הוא שגם טענות אלו אינן נטענות על סמך כתב התביעה, למרות שכך מנסה הנאמן לטעון. הן עומדות בסתירה גמורה לנטען בכתב התביעה. מובן אפוא שהן אינן יכולות לשמש בסיס לבקשה לסילוק על הסף של התביעה.
297. **הטעם השני** הוא שרובן של טענות אלו דורשות בירור עובדתי. הן עוסקות במניעים של התובעות להגשת התביעה במועד שהוגשה, מייחסות לתובעות כוונה רעה וכיו"ב טענות (כולן מופרכות), שמובן שדורשות בירור עובדתי ושיש להוכיחן בראיות.
298. **הטעם השלישי** הוא שחלק מן הטענות שעולות בבקשה בפרק ה' הן טענות עובדתיות שעולות מבלי שצורף לבקשה תצהיר שתומך בהן, בניגוד לדין. ראו נא למשל פרק ה'3 על ההשלכות שהיו לתביעה על הפקדת סכום התביעה בידי הנאמן. האמור שם מתיימר להציג מסכת עובדתית (וכפי שנראה להלן ההצגה אינה שלמה ומדויקת עד כדי כך שהיא מטעה).
299. **הטעם הרביעי** הוא שכפי שנסביר להלן, ולו בתמצית, גם טענות אלו מופרכות ואינן מתיישבות עם המציאות ועם הדין.
- על פניו ברור כי מדובר בניסיון של הנאמן לחסום את התובעות מלתבוע את הסכום העודף רק משום שהאינטרס שלו הוא כי סכום זה לא יתבע, קרי, ניסיון למנוע מאת התובעות את זכות היסוד של גישה לערכאות. לא לשם כך נועדה האפשרות לסלק על הסף תביעה על סמך הטענה כי היא קנטרנית או טרדנית. ראו נא לעניין זה הדברים הבאים מתוך בשי"א (מחוזי תל אביב-יפו) 23652/08 **חלוץ שחר נ' אבני טליה**, פסקה 5 (פורסם בנבו, 5.8.2009):

"מתי תביעה תוכר כקנטרנית או טרדנית? 'ענייננו הם באותם המקרים בהם מוגשים באופן עקבי הליכים רבים, לעיתים באופן מכוון ולרוב שעה שההליכים בעניין נשוא המחלוקת נסתיימו זה מכבר. המדובר בהגשה סדרתית של הליכי סרק שאין בהם ולו צל של עילה או רסיס של טעם, עד שניתן לקבוע כי המדובר למעשה בניהול הליכים טרדני (vexatious litigation)'. (ר' וינוגרד עמ' 170). מהדברים שלעיל ניתן ללמוד כי אין לקבל את טענת המבקשים, שכן נראה כי על פי טענתם התביעה טרדנית/קנטרנית אך ורק משום שבכלל הוגשה. המשיבים 1 ו-2 לא הגישו בקשות רבות ללא הפסקה בצורה עקבית ואף הבקשה לצו מניעה נועדה, לא כדי להטריד או להעמיס על המבקשים, אלא כדי למנוע מהם למכור את הנכסים בהם המשיבים 1 ו-2 מאמינים שיש להם זכויות."

300. כבר מכאן יש לדחות טענות אלו ולשם הזהירות נתייחס אליהן להלן.
301. **באשר לטענות ברישא לפרק ה'** מובן כי אלו אינן קשורות בענייננו.
- 301.1. כך, המובאה בסעיף 121 **מפרשת גור-אריה**³² נסובה לפי הציטוט המובא בבקשה על מקרה בו כתב התביעה לא גילה עילה, לא פירט את הנזקים הנתבעים, לא הסביר סכום שהיה נקוב בו. מה בין כך ובין ענייננו בו הוגש כתב תביעה מפורט, הנתמך בשלל נספחים והמפרט כדבעי את הסכומים הנתבעים, תוך הצגת חישוב שלהם על סמך נספחים שערך לא אחר מאשר היועץ הכלכלי של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב עצמם?
- 301.2. כך, האמור בסעיפים 122 עד 123 לבקשה מתאר באופן מעוות את כתב התביעה ומתעלם התעלמות מופגנת מכך שהחלקים הראשון והשני לכתב התביעה שאוחזים עשרות עמודים הם שמקימים את העילות (הרבות) לקבלת הסכום העודף מאת הנאמן, בשלל עילות משפטיות שחלקן צוינו, למעלה מן הצורך ולמרות שאין חובה לעשות כן בפרק XXII.
- 301.3. אשר לטענות בסעיף 123 לבקשה כאילו כתב התביעה חוטא בטענות אוריה ולא מבאר את הבסיס המשפטי לעילת עשיית עושר ולא במשפט, נדמה שכבר השבנו לכך לעיל. רק נציין שוב כי אין כל חובה לפרט בכתב תביעה טענות משפטיות וכי לא כתב התביעה, אלא הבקשה, לוקה בטענות שניתן לכנותן טענות אוריה, שלא לומר דמגוגיה ממש.
- 301.4. גם **פרשת ישורון-סוניס**³³ המובאת בסעיף 124 לבקשה לא יכולה לסייע לנאמן, משום ששם נמחקה תביעה מכיוון שלא פירטה כנדרש את פרטי כתב התביעה, בהם סכום התביעה, שמם ומספר תעודות הזהות של הנתבעים ועוד. מובן שאין לעניין זה כל קשר לענייננו.
302. **באשר לטענות בפרק ה' 1 ובפרק ה' 2 לבקשה** לפיהן המחלוקת האמיתית היחידה בין התובעת ומחזיקי אגרות החוב והנאמן כנציגם היא לגבי גורל הפיקדונות ולפיהן עילת עשיית עושר הוספה רק בדיעבד, תוך שיהוי לשם הפעלת לחצים -
- 302.1. המציאות **הפוכה** מטענות הנאמן. דווקא לגבי פיקדון אקסטרה (ושאר הפקדונות) **אין מחלוקת אמיתית. הפיקדון מוחזק בידי הנאמן כבן ערובה, סתם כך, מבלי שלנאמן יש את הרשות להחזיק בו** והכל כמתואר בתביעה בכלל ובפרק XVIII לתביעה בפרט.
- 302.2. אכן, היה על הנאמן, לו רצה בכך, להגיש בנוגע לפקדון תביעה זה מכבר (ובסעיפים 5 ו- 131 לבקשה הוא מציין כי יעשה כן, אך אינו מסביר מדוע לא עשה כן עד כה וכיצד הדבר מתיישב עם הוראות כתב הנאמנות וההסדר שמורות לנאמן להחזיר את הפיקדון או להגיש תביעה מיידית, תוך 5 ימי עסקים, הכל כמפורט בכתב התביעה בסעיפים 297-300).
- 302.3. אכן, התביעה לסכום העודף (ובגדרה עילת עשיית העושר ולא במשפט שמהווה אחת העילות לה) לא עלתה אלא לאחר שהתגבש ועמד לצאת לדרך הסדר לפידות. זאת, מן הטעם הפשוט שבכל הקשור לכימות הנזק, אבדן הרווח והיקף העושר ולא במשפט, היא מבוססת על הסדר

³² ת"א (מחוזי ת"א) 60691-11-18 גור-אריה מינצר נ' תמר זנדברג (פורסם בנבו, 11.3.2019).

³³ ת"א (מחוזי נצי) 10916-01-11 עו"ד שלומית ישורון-סוניס נ' אברהם הרמן (פורסם בנבו, 1.3.2011).

לפידות. קשה שלא להשתומם כיצד טעם פשוט זה נעלם מעיניו של הנאמן שמתיימר לייחס לתובעות כוונות רעות ושלל גינויים בשל עיתוי התביעה, הכל ללא בסיס ובאופן מופרך.

302.4. הטענות לניסיון של התובעות להפעיל כביכול לחצים הן חסרות שחר כבר מטעם זה. גם הספקולציות כאילו התובעות ביקשו להביא לעיכוב השלמת הסדר לפידות (סעיף 129 לבקשה) הן חסרות שחר ואכן לפי ידיעת התובעות השלמת ההסדר לא עוכבה בגין התביעה.

302.5. טענות הנאמן כאילו יש טעם לפגם באופי התביעה אינן מתיישבות עם שאר טענות הנאמן. הרי לשיטתו של הנאמן היה על התובעות לתבוע את מחזיקי אגרות החוב עצמם בגין העושר שנובע להם מהסדר לפידות. מובן שגם אז מהותה של התביעה לא היתה משתנה. יוצא שלא אופיה של התביעה מטריד את הנאמן כי אם העובדה שעליו להתמודד איתה לגופה, התמודדות שהבקשה מנסה להימנע ממנה (ניסיון שנועד לכשלוף).

302.6. מובן כי בנסיבות אלו התביעה גם לא לוקה בכל שיהוי, מה עוד שדחיית תביעה בגין שיהוי נעשים במקרים קיצוניים, לא כל שכן כאשר מדובר בסילוק על הסף. לשם דחיית תביעה בגין שיהוי, יש להוכיח בין היתר כי השיהוי מקורו בויתור של התובע וכי הנתבע שינה מצבו לרעה. אף לא אחד מתנאים אלו נטען, לא כל שכן הוכח, בענייננו.

302.7. ראו לעניין זה למשל ע"א 2919/07 מדינת ישראל - הוועדה לאנרגיה אטומית נ' עדנה גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82 (2010), פסקאות 96-97:

"נקבעו בפסיקה תנאים מחמירים לדחיית תביעה מחמת שיהוי, והשימוש בדוקטרינה זו ייעשה רק במקרים חריגים מטעמים של צדק והגינות כלפי הנתבע, שיקולים שבאינטרס הציבור ודאגה לקיום הליך שיפוטי תקין (פרשת תלמוד תורה, עמ' 433). חלוף הזמן כשלעצמו, אין בו די כדי לקבל את טענת השיהוי, ויש צורך ב'דבר מה נוסף' (ראו: ע"א 410/87 עזבון המנוחה ליברמן נ' יונגר, פ"ד מה(3) 749, 756 (1991). על הנתבע להוכיח כי היה בשיהוי משום מצג כי התובע ויתר על זכויותיו ובשל כך הוא שינה מצבו לרעה במשך הזמן. יש הגורסים כי נדרש תנאי שלישי לפיו השיהוי נגרם בחוסר תום לב (רע"א 5793/05 אגודת בית הכנסת הגדול שונה הלכות נ' עירית נתניה [פורסם בנבו], 11.9.2007); עניין נסייר פסקה 10 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה). להבדיל מהסדר ההתיישנות, הרי שבנושא השיהוי מסור לבית המשפט שיקול דעת רחב לגבי נפקות השיהוי בנסיבות המקרה הספציפי שלפניו. במסגרת זו ישקול בית המשפט, על דרך האיזון, את האינטרסים ההדדיים של בעלי הדין ואת מאזן הנזקים ביניהם, תוך התחשבות במהות התביעה ובסעד המבוקש במסגרתה. נטל ההוכחה להתקיימותם של התנאים מוטל על הטוען לכך, דהיינו, על הנתבע (ראו: פרשת תלמוד תורה והאסמכתאות שם; ע"א 2950/07 סולימאן נ' מדינת ישראל- מינהל מקרקעי ישראל והאסמכתאות שם [פורסם בנבו], 21.10.2009))."

מאחר שהשימוש בדוקטרינת השיהוי לדחיית תביעה הוא נדיר וחריג במקומותינו, הנפקות העיקרית של טענה זו היא בהחלת דוקטרינת הנזק הראייתי."

302.8. מעבר לכל אלו, הניסיון להציג את התובעות כאילו הן פועלות בכוחנות, הרטינות שמעלה הנאמן כלפי התובעות כיצד העזו לתבוע את המגיע ממנו וממחזיקי אגרות החוב, והטענות מצידו לנזקים כלפי התובעות, לוקים בעזות מצח, שעה שהנאמן הוא שמחזיק בנכס של התובעות הלא הוא הפיקדון, **הכל שלא כדין וללא רשות, מזה יותר משנה, תוך שנגרמים להן נזקים מוצקים וברורים**. הבקשה מרשה לעצמה להעלות שלל טענות כלפי התובעות אך אין בה ולו בדל הסבר להתנהלותו החמורה עד מאד של הנאמן בהקשר זה.

302.9. אכן, נראה שההחזקה בפיקדון של התובעות (וכן בפיקדון של רבוע כחול ודור אלון) נועדו לשמש כמנוף כלפי התובעות (ואולי גם כלפי רבוע כחול ודור אלון) כדי שאלו יוותרו על תביעותיהן המוצדקות, קרי, **ההפך מן הנטען בבקשה**.

302.10. אשר לטענות ולפסיקה בסעיפים 132 ו- 133 המתייחסות למצב של העדר יריבות התייחסנו לעיל ולא נחזור על כך שמול הנאמן קמה לתובעות יריבות וקמות להן גם שלל עילות תביעה.

302.11. אין גם בפסיקה המובאת בסעיפים 137 עד 135 לבקשה כדי לסייע לנאמן לבסס איזו מהטענות הללו.

302.12. כך, פסק הדין בעניין **שנפ**³⁴ לא רלבנטי לענייננו. שם נקבע שצד חטא בהתנהגות שעולה לכדי חוסר תום לב בניהול הליך משפטי, כאשר בא כוחו הגיש ערעור על פסק דין, בעוד שהוא שוהה בחו"ל על מנת להתחמק מביצוע פסק הדין ומהשלכותיו האפשריות. כמו כן הקביעות שם התקבלו ביחס להליך ערעורי, לאחר שהמערער זכה "לקבל את יומו" בפני הערכאה הדיונית.

302.13. מובן שגם אין בעניין **אלגור**³⁵ ממנו ציטט הנאמן בסעיף 136 לבקשה כדי לסייע לנאמן. שם נדחתה בקשה למחיקה על הסף של תביעה, בשל כך שבקשת המחיקה מתבססת בחלקה על טענות עובדתיות שסותרות את הנטען בכתב התביעה (זאת בדומה לענייננו).

302.14. כך, גם הפסיקה אליה מפנה הנאמן בסעיף 137 לבקשה³⁶ לא מועילה לנאמן, שכן פסקי הדין הללו מציינים את מבחני הפסיקה הנוקשים, שרק בהתקיימם ייעתר בית המשפט לבקשות לסלק תובענה על הסף.

303. **באשר לטענות בפרק ה'3 לבקשה** לפיהן הגשת התביעה גרמה לכך שהנאמן משאיר בידו את כל סכום התביעה ולפיהן התביעה פוגעת בקבוצה בלתי נכונה של מחזיקי אגרות החוב –

303.1. טענות אלו מבקשות להציג בפני בית המשפט מסכת עובדתית לגבי אירועים שאירעו הן לפני הגשת התביעה והן לאחריה ודורשות כמובן צירוף תצהיר, שלא צורף, וכבר מכאן יש לדחותן.

303.2. זאת ועוד, למרבה הצער טענות אלו אינן מציגות בפני בית המשפט תמונה מלאה, באופן שיוצר הטעיה. אמנם, מדיווחי החברה עולה כי הנאמן אכן הותיר בידו את סכום התביעה כפי שנטען בבקשה ולא העבירו למחזיקי אגרות החוב. ואולם, עיון באתר האינטרנט שפתח הנאמן למחזיקי אגרות החוב מלמד שלאחר הגשת התביעה (ולפני הגשת הבקשה) הזמין הנאמן את מחזיקי אגרות החוב לקבל סכומים אלו תמורת מסירת התחייבות (ככל שהמחזיק בא בגדר גוף מוסדי) או הפקדת ערבות בנקאית או של חברת ביטוח (ככל שמדובר במחזיק אחר).

הודעת הנאמן מיום 30.1.2020 המזמינה את המחזיקים לקבל את חלקם מכספי כרית השיפור מצ"ב **כנספח 8**.

³⁴ בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (פורסם בנבו, 15.1.2007).

³⁵ בע"מ (מחוזי חי'י) 48643-10-10 אלגור ע.ב. הובלות סחר ויזמות בע"מ נ' מקור הוד ייצור ושוק (1988) בע"מ (פורסמה בנבו, 22.9.2011).

³⁶ ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144 (2011) – ע"א 109/49 חברה להנדסה ולתעשייה בע"מ נ' מזרח שירות לביטוח, טרוי ושטייניווג שותפות רשומה, תל-אביב, פ"ד ה 1585 (1951).

303.3. אשר לטענות שבסעיפים 140 עד 143 לבקשה, אלו חוזרות על הטענה בסעיף 58 לבקשה בדבר הצורך להתייחס באופן שונה לקבוצות שונות של מחזיקי אגרות חוב, אליה כבר התייחסנו בפרק IV לעיל.

303.4. טענות הנאמן בסעיפים 142 ו- 143 לבקשה שרוטנות כלפי התובעות כי הן פטרו את עצמן מלזהות את מחזיקי אגרות החוב אשר לטענתן עוולו כלפיהן היא כמובן מיתממת. כפי שציינו לעיל (ועל כך הנאמן לא חלק ולא ניתן לחלוק על כך) מחזיקי אגרות החוב אינם ניתנים לזיהוי. זו אחת הסיבות שהנאמן משמש נאמן שלהם וכצד בשמם ובמקומם בכל הליך משפטי.

IX טענות ההגנה של הנאמן המתכחשות לטענת התובעות כי הנאמן ומחזיקי

אגרות החוב חטאו (בין היתר) בחוסר תום לב

304. הנאמן מעלה בפרק ו' לבקשה, מספר טענות הגנה שעולות לדבריו "מעבר לדרוש", לפיהן אין לקבל את טענת התובעות כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב חטאו בחוסר תום לב.

305. מובן שהעלאת 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.

306. 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 מהווים **נספחים 55-56** לכתב התביעה).

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

308. **הטעם הראשון** הוא שגם טענות אלו אינן נטענות על סמך כתב התביעה, למרות שכך מנסה הנאמן לטעון. הן עומדות בסתירה גמורה לנטען בכתב התביעה. מובן אפוא שהן אינן יכולות לשמש בסיס לבקשה לסילוק על הסף של התביעה.

309. **הטעם השני** הוא שרובן של טענות אלו דורשות בירור עובדתי. הן עוסקות בשאלת פרשנות ההסדר ובחובות שקמו לצדדים נוכח הנסיבות של תהליך מתמשך כאשר פעם אחר פעם נמסרות לבקשת הנאמן דחיות של המועד להתקיימות התנאים, אך בסופו של יום הוא זה שמסרב להסכים לדחיה שכזו, ומציב אולטימטום לשיפור תנאי ההסדר כדי שיסכים לה.

310. **הטעם השלישי** הוא שרוב הטענות שעולות בבקשה בפרק ו' הן טענות עובדתיות שעולות מבלי שצורף לבקשה תצהיר שתומך בהן, בניגוד לדין. ראו נא למשל פרק ו'3 שם מתיימר הנאמן לייחס לתובעות הפרה של ההסדר, ואף לטעון שוב את הטענה (המופרכת והמקוממת) כי התובעות הציגו כי נדרשים אישורים מרשויות ההגבלים העסקיים שכלל לא נדרשים, ואת הטענה כאילו רבוע כחול לוקה בלוליינות פיננסית, על סמך כתבה בעיתון (שהבקשה מתארת בתור התכתבות!).

311. **הטעם הרביעי** הוא שכפי שנסביר להלן, ולו בתמצית, גם טענות אלו מופרכות ואינן מתיישבות עם המציאות ועם הדין.

312. באשר לטענות בפרק ו'1 לבקשה לפיהן הוראות ההסדר אינן מחייבות מתן ארכה ואף כוללות הוראות מפורשות מנוגדות -

312.1. טענות אלו של הנאמן אינן נכונות לא במישור המשפטי ולא במישור העובדתי.

312.2. במישור המשפטי מובן שגם אם אין הוראה מפורשת בחוזה שדורשת מתן ארכה אזי חובת תום הלב עשויה להקים אותו. ראו נא בהקשר זה דבריהם של פרידמן וכהן בספרם³⁷:

"החלתה של חובת תום הלב כרוכה תמיד בהתערבות בתוכן החוזה: אל החוזה המסדיר את היחס שבין הצדדים מוספת תניה חדשה, שלא נכללה בו במקור, המהווה קונסטרוקציה של חובת תום הלב. כאמור לעיל, תוכנה של תניה חדשה זו עשויה להיות חובת עשה או איסור המוטלים על אחד הצדדים. ניתן לכנות נפקות זו של החלת חובת תום הלה הנפקות "הראשונית" של החלת החובה. התוצאה של הפרת החובה עשויה להיות דומה להפרת חיוב חוזי אחר."

312.3. ראו נא לעניין זה גם את הדברים הבאים מתוך פסק הדין בעניין ע"א 191/80 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מלון דבורה בע"מ, פ"ד לה(4) 714, 722-724 (1981):

"כל שעשה השופט המכובד בהקשר זה הוא, כי בחן, אם בנסיבות המקרה, כפי שעלו לפניו, היה סירוב המערערות להאריך את התקופה מוצדק. וזאת רשאי היה לעשות מכוח הסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע: 'בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה'"

זהו אחד החידושים, הנובע מחוק החוזים (חלק כללי), כי לבית המשפט נמסרה הביקורת על דרך קיומם של חוזים ועל התנהגות הצדדים בדרכי ביצועם; כדברי חברי המכובד, השופט אלון, בע"א 148/77 [2], בעמ' 629, בהתייחסו אל סעיף זה: "...בבדיקה על-פי העקרון של תום לב מעייני עיונו הם לא בחוזה כשלעצמו, אלא בדרך הנהגתם ושימושם של הצדדים בו... בבואנו לקבוע שצד פלוני לחוזה, היינו החיב, אינו נוהג בדרך מקובלת ובתום לב בקיומו של החוזה, והוא האמור ברישא שבסעיף 39, או שצד אלמוני לחוזה, היינו הנושה, משתמש בזכותו הנובעת מהחוזה שלא בדרך מקובלת ובתום לב, היינו הסיפא של סעיף 39. במקרה כזה אין אנו באים לבטל את רצונם ההדדי והמוסכם של הצדדים: להיפך, התחיבויותיהם ההדדיות קיימות ומקוימות, וצריכים הם לקימם ולהשתמש בהם בדרך מקובלת ובתום לב. משום כך השימוש בעקרון תום לב אינו בא להוציא מן הכלל של כיבוד התחיבויות הדדיות אלא לקים כלל זה, אינו לא חריג ולא יוצא דופן אלא הדרך המקובלת והרצויה לקיומו של חוזה והשימוש בזכויות הנובעות הימנו.

...

בבג"צ 59/80 [3] נאמר מפי כבוד השופט ברק, בעמ' 834: 'משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל-פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים. אמת הדבר, אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה ('נבל ברשות החוזה' כלשונו של השופט אלון בע"א 148/77, בעמ' 638). על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה. על בעלי החוזה לפעול להגשמתה של כוונתם המשותפת, תוך נאמנות ומסירות למטרה שעמדה לנגד עיניהם, ותוך עקביות בהגשמת ציפיותם המשותפת הסבירה'. כל אלה קשה לזקוף לזכות המערערות ביחס שגילו לעניינן של המשיבות.

...

משום כך אין אני מוצא פסול בשיקולו של השופט המכובד קמא, אשר מצא, כי בנסיבות אלה לא היה צידוק לדחיית בקשת המשיבות להאריך מועד הכינון. בזאת הוא לא כתב תניה חדשה בחוזה הביטוח, כשם שגורס בא-כוח המערערות - הוא רק נתן תוקף לרוח הפוליסה ולקיומה כפי שמתבקש לקיום החיוב בדרך מקובלת ובתום-לב."

³⁷ פרידמן וכהן, כרך ג' עמ' 364.

312.4. גם בפרק זה מנסה הנאמן להיבנות מהוראת סעיף 14.11 להסדר (המצוטט בסעיף 88 לבקשה), הנוגעת לאי התקיימות התנאים המתלים המוקדמים, כהגדרתם בסעיף 12.7 בהסדר. אלא, כפי שציינו לעיל, בניגוד לטענת הנאמן, תנאים אלו דווקא כן התקיימו. ממילא אין ממש בטענה שמעלה הנאמן בסעיף 149 לבקשה, כאילו הרוכשת ביקשה לשמור בידיה את השליטה המלאה בהליכי אישור ההסדר.

312.5. גם המשך הטענות בפרק זה אינן מתיישבות עם המציאות עד כדי כך שהן אינן ברורות. הטענה (המודגשת) בסעיף 150 אינה ברורה. הציפייה היתה כי מחזיקי אגרות החוב יסכימו (כפי שהסכימה הרוכשת (וכן רבוע כחול) שלל פעמים קודם לכן), לדחות את המועד באופן שיאפשר הוצאת ההסדר אל הפועל.

313. **באשר לטענות בפרק ו'2 לבקשה** לפיהן לא קיימת הוראת דין המחייבת צד להאריך חוזה עם תנאי מפסיק –

313.1. אכן, חוק החוזים אינו כולל הוראה המחייבת צד להאריך חוזה עם תנאי מפסיק.

313.2. עם זאת, בנסיבות שפורטו בכתב התביעה בפרקים VI ו VII – חובת תום הלב חייבה את הארכת ההסדר. ונזכיר, הנסיבות הן שהנאמן ביקש וקיבל, פעם אחר פעם, ארכות, בכל פעם למועד שהוא קבע, ובכלל זה –

313.2.1. ביום 30.7.2018 הרוכשת נענתה לבקשת הנאמן לדחיית המועד האחרון לאישור בית המשפט ליום 31.8.2018 ולהתקיימות התנאים המתלים עד ליום 15.11.2018 (רבוע כחול מסרה דחיה דומה).

העתק הודעות הדחיה צורפו **כנספח 16** לכתב התביעה.

313.2.2. ביום 4.9.2018 נענתה הרוכשת לבקשת הנאמן לדחיית המועד האחרון לאישור בית המשפט ליום 30.9.2018 ולהתקיימות התנאים המתלים עד ליום 13.12.2018 (רבוע כחול מסרה דחיה דומה).

העתק הודעות הדחיה צורפו **כנספח 17** לכתב התביעה.

313.2.3. ביום 3.10.2018 נענתה הרוכשת לבקשת הנאמן לדחיית המועד האחרון לאישור בית המשפט ליום 15.10.2018.

העתק הודעת הדחיה צורפה **כנספח 18** לכתב התביעה.

313.2.4. ביום 28.10.2018 נענתה הרוכשת לבקשת הנאמן לדחייה בדיעבד של המועד האחרון לאישור בית המשפט כך שיחול ביום 31.10.2018.

העתק הודעת הדחיה צורפה **כנספח 19** לכתב התביעה.

313.2.5. הדחיות האמורות שניתנו כאמור גם לאחר שגובש ואושר ההסדר החלופי, מצטרפות לשלל דחיות קודמות שניתנו על ידי הרוכשת ו/או רבוע כחול, למשל בימים 13.2.2018, 14.3.2018, 1.5.2018, 10.5.2018, 10.6.2018, 28.6.2018 ו- 25.7.2018.

העתקי דחיות אלו צורפו כנספח 20 לכתב התביעה.

313.3. ונדגיש – הבקשה **מתעלמת** מכל אלו. תחת זאת היא מוצאת לנכון להזכיר בסעיף 156 כי הנאמן קיבל עדכון ביום 10.12.2018 אודות סטטוס השגת אישורי רשויות ההגבלים העסקיים תוך הדגשה שהעדכון ניתן רק יומיים לפני המועד שהיה קבוע לקיום התנאים המתלים, קרי יום 13.12.2018. אלא שהבקשה שוכחת לספר כי הנאמן קיבל שלל עדכונים קודם לכן ובכלל זה:

313.4. לקראת סוף חודש נובמבר ובשים לב למועד האחרון להתקיימות התנאים, לאחר שנדחה (13.12.2018) נתבקשו Dentons, משרד עורכי דין בינלאומי מהגדולים בעולם, שנבחר על ידי הרוכשת לטפל בהליך השגת האישורים מרשויות ההגבלים העסקיים במדינות אירופה, על ידי הרוכשת, למסור דו"ח סטטוס בדבר הליך השגת האישורים. דו"ח זה נמסר באותו היום בו התקבל (28.11.2018) לנאמן וצורף כנספח 21 לכתב התביעה.

313.5. נוכח דו"ח זה והאמור בו הודיעה ב"כ הרוכשת בדוא"ל בו הועבר הדו"ח לב"כ הנאמן (שצורף כנספח 21 לכתב התביעה) כי ההערכה שסביר להניח כי ניתן להשיג את האישורים עד ליום 13.12.2018 נבחנת מחדש.

313.6. יתרה מזאת, בעדכון מאוחר יותר, מיום 2.12.2018 מסר ב"כ הרוכשת לנאמן עדכון כי האישור הנדרש התקבל בגרמניה בלבד (**נספח 22** לכתב התביעה).

313.7. הנה כי כן, השאלה אימתני מטיל עקרון תום הלב חובה להאריך את החוזה, היא כמובן שאלה שתוכרע לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, אך לדידן של התובעות המקרה שבפנינו הוא מקרה מובהק בו הסירוב להארכה נגוע בחוסר תום לב מוחלט. טענה זו בוודאי ראויה בירור ואין כל אפשרות לסלקה על הסף.

314. **באשר לטענות בפרק ו'3 לבקשה** לפיהן "קבוצת בן משה היא שהכלילה תנאי מתלה שלא נדרש ואף גרמה להפרתו" -

314.1. נראה שמכל הסעיפים בבקשה, סעיף 162 **זוכה להיות המקומם ביותר**. כדי להבהיר נצטט את אותו במלואו:

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

314.2. כך!!! הנאמן מעז וחוזר על טענותיו המופרכות, **המבזות וחסרות היסוד** גם בבקשה! כך, למעלה משנה מאז שהעז הנאמן והגיש את בקשה 51 בה טען, ללא בסיס, כי בן משה והרוכשת גונבים את דעתם של מחזיקי אגרות החוב ומציגים כי נדרשים אישורים של רשויות ההגבלים העסקיים, מקום שאלו (כביכול) כלל לא נדרשים, הנאמן מעלה את אותה הטענה גם בבקשה!

- 314.3. לקרוא ולא להאמין.
- 314.4. ודוק – גם כיום – לאחר שחלפה יותר משנה הנאמן בוחר להעלות טענה מקוממת וחסרת שחר זו, כאשר ניכר שהוא כלל לא יודע אם היא נכונה ונראה כי גם לא אכפת לו אם היא נכונה. טענתו היא, כמצוטט לעיל, כי "ככל הנראה" התנאי (בדבר השגת אישורי רשויות ההגבלים העסקיים) לא נדרש.
- 314.5. ובהמשך הסעיף הוא טוען, כמצוטט לעיל, כי התובעות כשלו בהשגתו של התנאי (טענה חסרת בסיס, שעומדת בסתירה גמורה להסדר ולנטען בכתב התביעה) ומוסיף "ואולי אף במכוון".
- 314.6. משמע, אולי מדובר במעשה נוכלות, ואולי לא, אך לנאמן לא אכפת, וקלות הדעת שלו מאפשרת לו להעלות על הכתב טענות חמורות גם אם הוא עצמו לא יודע - אולי הן נכונות ואולי לא. מדובר בדרך טיעון נפסדת הראויה לכל גנאי. יש להוקיע טענות מסוג זה המייחסות למאן דהוא, שהוא אולי נוכל, או אולי גזלן וכיו"ב. העלאת טענות המייחסות למאן דהוא דופי חמור דורשת בסיס עובדתי מוצק.
- 314.7. כמעט מיותר לציין כי סעיף זה שכולל טענות עובדתיות אינו נתמך בתצהיר.
- 314.8. גם המשך פרק זה מתאפיין בטענות מופרכות ומקוממות. כך למשל הטענה בסעיף 168 שמביעה תמיחה שנועדה לחזק את טענת ה – "אולי" – הכיצד זה נמכרו חיש קל מניות אפריקה נכסים למגה אור וביג ולקבוצת מוסדיים מבלי שנדרשו אישורי ההגבלים העסקיים. ואכן, בסעיפים 169 ו – 170 כבר מתיימר הנאמן להסיק כי אין בסיס לטענת התובעות כי נדרשו להם אישורי רשויות ההגבלים העסקיים, לשם רכישת שליטה בממכר, הלא הוא מניות השליטה באפריקה נכסים, וזאת משום תחומי הפעילות של אפריקה נכסים עצמה (ולא בשל פעילות התובעות). מסקנתו החותכת היא כי התובעות התחייבו להשיג אישור, שהצורך בו נובע מעסקיהן שלהן (או שאין בו צורך כלל...) וכשלו בכך.
- 314.9. אלא שלתמיחה שמעלה הנאמן בסעיף 168 יש תשובה פשוטה (שקשה להאמין שהנאמן אינו יודע אותה). התשובה היא שמגה אור, ביג, וכל אחד מן המוסדיים המדוברים, רכשו כל אחד נתח של מניות באפריקה נכסים ואף הדגישו שהם קונים זאת מבלי שיש ביניהם הסכם שליטה. קרי, אף לא אחד מהם רכש שליטה באפריקה נכסים או אפילו יותר מ – 25% באפריקה נכסים (זאת בשונה מן הרוכשת שאמורה היתה לרכוש שליטה ולהחזיק למעלה מ – 50% ממניות אפריקה נכסים).
- 314.10. **משום כך** הם ראו לעצמם לבצע את הרכישה מבלי להיזקק לאישורי רשויות ההגבלים העסקיים השונות באירופה.
- 314.11. מובן אפוא שאין כל בסיס למסקנת הנאמן בסעיף 169 לבקשה (שלא לומר הרשעת הנאמן את התובעות באותו סעיף), כאילו הצורך באישורים נבע מן התובעות או רבוע כחול, או שאין בהם כל צורך כפי שכתב בסעיף 162.
- 314.12. גם אין כל בסיס למסקנת הנאמן בסעיף 170 לבקשה כאילו מדובר בתנאי שהתובעות התחייבו להשיגו. מדובר בטענה חסרת שחר שאין לה כל תימוכין בהסדר (כפי שכתבנו וחזרנו וכתבנו בתביעה, אך הנאמן בוחר להתעלם מכך שוב ושוב).

314.13. והנה, טענות שגויות אלו, והמסקנות המופרכות של הנאמן על בסיסן, הן שעומדות בבסיס טענות הנאמן כי שיקולי צדק מטים את הכף לטובתו (כנטען בסעיף 171 לבקשה). אין אפוא צורך להרחיב כי יש לדחות טענות אלו מכל וכל, וכי שיקולי הצדק צריכים להכריע את הכף לטובת קבלת התביעה. מכל מקום בוודאי שאין מקום לסילוקה על הסף.

314.14. בשולי הדברים לעניין פרק זה – הטענות בבקשה (סעיף 164) לפיהן התנאי המתייחס לרשויות ההגבלים העסקיים במדינות אירופה הוסף במסגרת ההסדר החלופי, אינן מועילות לנאמן ולא ברור מדוע הוא סבור אחרת. הוספת תנאי להסדר החלופי בוודאי אינה מצביעה על כך שאין לקיימו. גם הטענות (סעיפים 165 ו- 166) המצטטות את עמדת התובעות כי ההסדר אינו מציב סכנה לתחרות ולכן לא צפוי שיתקבל סירוב לבקשות מצד רשויות ההגבלים העסקיים, אינן מועילות לנאמן. אכן זו היתה וזו נותרה עד היום עמדת הרוכשת.

315. **באשר לטענות בפרק 4' לבקשה** לפיהן "קבוצת בן משה ביקשה לשנות מן היסוד את ההסדר השני שהוצע כתנאי לקיומו" -

315.1. גם בפרק זה עולות טענות חסרות שחר, כולן טענות עובדתיות שיש לדחותן כבר משום שמקומן אינו בבקשה לסילוק על הסף, וגם משום שאינן נתמכות בתצהיר.

315.2. כך הנאמן מרשה לעצמו להעלות בסעיף 172 טענה עובדתית שדורשת הוכחה כי התובעות וכן רבוע כחול כשלו בגיוס הכספים הנדרשים לעסקה, ובהמשך, למשל בסעיף 175 לבקשה, הוא טוען לחוסר יכולת לבצע גיוס כספים בזמן אמת.

315.3. על מנת ללמוד עד כמה טענה זו בלתי רצינית ועד כמה דרך הטיעון של הנאמן נפסדת די לקרוא את שני הסעיפים בבקשה (סעיפים 173 ו- 174), שמבארים כי טענה זו מבוססת על "התכתבויות" שמצוטטות כביכול בסעיף 174 לבקשה ושמהוות **נספח 26** לכתב התביעה.

315.4. אלא ש**נספח 26** לכתב התביעה ממנו מצטט סעיף 174 לבקשה **אינו התכתבות כלל וכלל**, וקשה להבין איך העז הנאמן לטעון כי מדובר בהתכתבות.

315.5. מדובר בעוד **כתבה עיתונאית** שיזמו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, כחלק מן המסע התקשורתי המכפיש והמזיק שהובילו (והכתבות צורפו לכתב התביעה תוך שהודגש בסעיף 146 לו כי הדבר נעשה כדי להמחיש את דבר המסע התקשורתי הפסול, ולמרות שהאמור בהן רחוק מלהיות נכון, וכמובן שאינו משמש ראיה לתוכן הכתבות).

315.6. הנה כי כן, הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הם אלו שהעבירו מסרים פוגעניים לתקשורת על "תחושת לולינות פיננסית" מצד התובעות, כמצוטט בסעיף 174 לבקשה (ועוד "מחמאות" שנדמה שראוי שלא לצטטן). עתה הם מצטטים את דבריהם שלהם כ- "ראיה" לטענתם! ראו נא גם סעיף 175 שם נטען כי "**נתונים אלו**" הם שהעידו בזמן אמת על חוסר יכולת לגייס כספים לעסקה, למרות שלא מדובר ב- "**נתונים**" **כלל וכלל**, אלא בדברי הסרק בכתבה העיתונאית המצוטטת סעיף קודם לכן.

- 315.7. אלא שאם מתכוון הנאמן לנסות ולהוכיח את טענותיו, שמצויות במישור הכלכלי, מובן שיהיה עליו לעשות יותר מאשר לצטט מתוך כתבה עיתונאית שהוא עצמו יזם (תוך ניסיון נפסד לטעון שמדובר בהתכתבות). אכן, נראה שעצם הניסיון של הנאמן "להוכיח" את טענותיו, באופן חסר שחר ופסול זה, מעיד היטב כי גם הוא מכיר בכך שטענותיו אינן נכונות.
- 315.8. מובן שגם הטענות בהמשך הפרק (בסעיפים 176 ו- 177) שמפנות לדברים (חלקיים) שנאמרו בבית המשפט לגבי האפשרות להציע חלופה להסדר, שעלה על שרטון, בוודאי שאינן מוכיחות את טענותיו העובדתיות של הנאמן. מודגש שם על ידי ב"כ הנאמן כי "מבחינתנו [הכוונה לנאמן ולמחזיקי אגרות החוב, הח"מ] הסדר הנושים לא קיים". הכיצד אפוא יכול הנאמן לבוא בטענה כי כאשר זה מצב הדברים בחרה הרוכשת להציע הסדר בעל מאפיינים נוספים שיקלעו לטעמים של מחזיקי אגרות החוב, כדי לנסות ולהוציא בכל אופן הסדר כלשהו לדרך לאחר תהליך ארוך ומורכב?
- 315.9. גם ההפניה של הנאמן בסעיף 178 לתשובות לתגובות לבקשה 51 אינה מוכיחה דבר וחצי דבר כמובן. היא רק מלמדת כי גם בזמן אמת העלה הנאמן טענות סרק בלתי מבוססות באופן שהביא לתוצאה לפיה ההסדר לא יוצא לפועל, תוצאה שפגעה בתובעות והניבה לנאמן ולמחזיקי אגרות החוב תוספת תמורה של מאות מיליוני ₪!
316. **באשר לטענות בפרק ו'5 לבקשה** לפיהן התובעות "לא התנגדו לביטול ההסדר השני ואף לא טענו לכל זכות במסגרת הצעות הסדר שהגישו לאחר ביטולו" -
- 316.1. נדמה שטענות הנאמן בפרק זה מבקשות לטעון לויתור כלשהו מצד התובעות.
- 316.2. אלא שהתובעות מעולם לא ויתרו על זכות כלשהי.
- 316.3. פקיעת ההסדר באה לעולם בשל התנהגות הנאמן ומחזיקי אגרות החוב.
- 316.4. הרוכשת בחרה לדרוש לפיכך את החזר הפיקדון. היא לא ויתרה בשום אופן על זכות כלשהי שמוקנית לה נוכח התנהגות הנאמן ומחזיקי אגרות החוב. לא במועד הדרישה ולא במועד אחר כלשהו לרבות גם לא באף דיון לאחר מכן.
- 316.5. אדרבא, מובן היה כי שני הצדדים (הרוכשת מזה והנאמן ומחזיקי אגרות החוב מזה) שומרים על טענותיהם וזכויותיהם כפי שקיימות בנסיבות העניין. לא לחינם כתב כבי הנשיא השופט אורנשטיין בהחלטה מיום 18.2.2019 (המצוטטת בסעיף 104 לבקשה; **נספח 46** לכתב התביעה) כי אין בהחלטתו כדי לקבוע מסמרות באשר לגורם אשר בעטיו הסדר הנושים לא מומש.
- 316.6. אשר לטענות החוזרות גם כאן שמצביעות על כך שהתובעות לא התנגדו להסדר לפידות – כבר השבנו כי לא היתה כל חובה או סיבה לתובעות להתנגד להסדר זה, כדי לתבוע מאת הנאמן ומחזיקי אגרות החוב את אשר מגיע להן מהם.

סוף דבר

317. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה ולחייב את הנאמן בהוצאות ובשכ"ט עו"ד בגינה, כמפורט ברישא לתשובה זו.


ירדן רוזנבוש, עו"ד


פנחס ברטל, עו"ד
ב"כ התובעות 1 ו- 2


רענן קליר, עו"ד