

בעניין:

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197
ע"י ב"כ עוה"ד רנן גרשט ו/או אופיר נאור ו/או טלי שלו ו/או
עדי גרנות ו/או שירן גורפיין ו/או מתן רינג ו/או שנהב יעקב
ו/או אח'
ממשרד נאור-גרשט, עורכי דין
מרחוב מיטב 6, תל-אביב
טלפון: 03-5447404; פקס: 03-5447405

וע"י ב"כ עוה"ד גיא גיסין ו/או יעל הרשקוביץ
ו/או עידן דנינו ואח'
ממשרד גיסין ושות', עורכי דין
מרחוב הברזל 38, תל אביב 6971054
טלפון: 03-7467777; פקס: 03-7467700

המבקש (הנאמן);

- נ ג ד -

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

המשיבות (התובעות);

תגובה לתשובה לבקשה לסילוק על הסף

בהמשך לתשובת התובעות לבקשה לסילוק על הסף מיום 4.3.20, מתכבד הנאמן להגיש את תגובתו לתשובת התובעות לבקשה לסילוק על הסף (להלן: "המבקש", "התשובה" ו"בקשת הסילוק" בהתאמה).

לאור האמור בבקשת הסילוק ובתגובה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לסלק על הסף את התובענה כנגד המבקש ל"סכום ההתעשרות" הנטען (כהגדרתו להלן), ולחייב את התובעות בהוצאותיהם הריאליות של המבקש ובתשלום שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

ואלו נימוקי התגובה

א. פתח דבר

1. עיון בתשובת התובעות לבקשה לסילוק על הסף מחזקת את מה שהיה ידוע ונכתב בהרחבה בבקשת הסילוק- המדובר בכתב תביעה אשר נועד לעקוף את הצורך להגשת בקשה למתן סעד זמני, ועניינו הוא עיכוב כספי מחזיקי אגרות החוב, במטרה להפעיל לחץ על מחזיקי אגרות החוב ולהכניעם כך שיוותרו על הפקדונות להם הם זכאים בשל הפרות ההסדרים על ידי החברות בשליטתו של מר בן משה.
2. לא בכדי, כתב התביעה הוגש במועד מתוכנן ומתזומן מראש- שבוע אחד בלבד לפני השלמת הסדר לפידות, וקודם לחלוקת כספים למחזיקי אגרות החוב על פיו.
3. ברי כי, בחירתן של התובעות להגיש כתב תביעה חלף בקשה למתן סעד זמני, מלמדת על קלישות תביעתן ועל נסיון להתחמק מהצורך להעמיד ערבויות ובטוחות לנוקים כנדרש. אילו היו התובעות בוחרות בדרך המלך ומגישות בקשה למתן סעד זמני, הרי שבקשתן לא היתה עוברת את המבחנים הקבועים בדין.
4. ראשית, המדובר בכתב תביעה נעדר עילה ויריבות ולכן סיכויי תביעת ההתעשרות להתקבל נמוכים עד אפסיים.
5. התובעות כשלו מלהפריך את בקשה הסילוק העומדת על בסיס משפטי איתן. הנאמן אינו הנתבע המתאים בעילת עשיית עושר אשר ככל הנראה אף לא מתקיימת כלל; בתוך כך- כשלו התובעות אף מלבסס את טענותיהן לעילות נוספות, חלקן מועלות לראשונה בתשובה ובמיוחד כשלו מלהראות כי אף העילות הנטענות הנוספות מביאות לתוצאה המבוקשת – קיומה של עילת תביעה כלפי הנאמן ביחס ל'סכום ההתעשרות' הנטען בכתב התביעה בסך 318.5 מיליון ₪ ("סכום ההתעשרות").
6. הייתכן שמתוך תשובת התובעות הנפרשת על פני 64 עמודים (כמעט כפול מבקשת הסילוק עצמה), מצאו התובעות לנכון להקדיש עמוד וחצי בלבד לעילות הנטענות הנוספות לתביעת סכום ההתעשרות מהנאמן?
7. התשובה לכך הינה ברורה - תשובתן של התובעות אינה אלא ניסיון עקר לזרות חול בעיני בית המשפט הנכבד באמצעות תשובה ארוכה, הכוללת ברובה חזרות על טענותיהן בכתב התביעה, והמעלה שורה של טענות מן היקב ומן הגורן שאין בהן דבר, ולטעת בו את הרושם המוטעה כאילו יש ממש בתביעתן- ולא כך היא.
8. זאת במיוחד מקום בו התובעות עצמן מודות כי הנאמן אינו היריב המתאים, שהרי נאמר מפיהן במסגרת תשובתן כי הנאמן נתבע "בשם (!)" המחזיקים, כי "הנאמן מחזיק בידי כספים שמיועדים למחזיקי אגרות החוב לשם תשלומם על פי התביעה"¹ וכי "מובן שהכספים הנתבעים בתביעת סכום ההתעשרות, הם כספים שיגיעו למחזיקי אגרות החוב אך ורק מכוח אגרות החוב והזכויות הגלומות בהן." התובעות אומרות את המובן מאליו- הכספים שייכים למחזיקי אגרות החוב מכוח אגרות החוב והזכויות הגלומות בהן ועל כן הנאמן אינו היריב המתאים.

9. התובעות טוענות כי הנאמן נתבע "בשם" המחזיקים וזאת מכיוון שתמורות הסדר לפידות הופקדו בידיו, והוא זכאי לעכבם כערובה מכוח חוק הנאמנות; וכי טרם בשלה העת להעבירם למחזיקי אגרות החוב.²

10. ואם כך הדבר – הנאמן אינו אלא "מחזיק" בנכס של אחרים אשר לטענת התובעים (המוכחשת) התעשרו שלא כדין על חשבונן. במקרה כזה – הדרך היחידה בה רשאיות התובעות היו לפעול הוא להגיש בקשת עיקול כנגד מחזיקי אגרות החוב ולצרף את הנאמן כ"מחזיק" אשר נכס של הנתבעים מצוי בידיו. במקרה כזה – היו נדרשים על פי הדין להפקיד התחייבות ובטוחות לכיסוי כל נזק שיגרם למחזיקי אגרות החוב מבקשת הסעד הזמני האמורה.

11. התובעות עושות דין לעצמן וקובעות על דעתן בלבד כי הנאמן זכאי לעכב כספים וכי טרם בשלה העת להעבירם למחזיקי אגרות החוב. בכל הכבוד, התובעות אינן ערכאה שיפוטית וודאי שאינן יכולות לקבוע כי כספים כאלה או אחרים יעוכבו, בפרט מקום בו המדובר בטענה הסותרת חזיתית פסק דין חלוט של בית המשפט של חדלות פירעון אשר אישר את הסדר לפידות ובכלל כך קבע כי מלוא התמורות יועברו למחזיקי אגרות החוב במועד השלמת ההסדר.

12. גם אם נבחן את מאזן הנוחות, הרי שלמחזיקי אגרות החוב נגרם נזק עצום בעיכוב כספיהם, ומנגד לתובעות לא נגרם נזק כלל. ממילא הן מבקשות מאות מיליוני שקלים שאינן זכאיות לקבל מכתחילה, וביתר שאת מבלי שיש לכך בסיס בדין התומך בבקשתן. **את הנזקים הנגרמים למחזיקי אגרות החוב – ציבור החוסכים כולו – יש להטיל על התובעות, והתחמקותן ממתן ערובה לנזקים – מעידה כאלף עדים על כוונתם האמיתית והמופרכת.**

13. ניכר כי התובעות ירו תחילה את החץ – הגשת תביעה בסכום עתק ולא מידתי של מאות מיליוני שקלים לשם הפעלת לחץ על מחזיקי אגרות החוב והנאמן, ואז שירטטו את המטרה סביבו באופן סלקטיבי ומאולץ והכל לשם יצירת דין שאינו קיים, המאפשר לתבוע "התעשרות" או "השבה של טובת הנאה" ממי שלא נהנה מהם.

14. מדובר במושכלות יסוד בדין, ואשר תואמות גם את השכל הישר ודיני הצדק. והרי אדם אינו יכול להידרש להשבה של הטבה או התעשרות אשר לא זכה בהם מעולם.

15. זאת ועוד - התובעות אינן עומדות בדרישת הדין לקיומו של ניקיון כפיים, וזאת בלשון עדינה. **המדובר בתביעה שכל כולה ניסיון סחטנות ושימוש לרעה בהליכי משפט- ואין ליתן לכך יד!**

16. די בכך כדי למחוק (ואף לדחות) את התביעה בגין ההתעשרות על הסף, במיוחד מקום בו כתב התביעה אינו מראה בהקשר זה עילת תביעה כנגד הנאמן (וכפי הנראה אף לא בכלל).

17. אין יסוד לטענת התובעות כי קיימת מחלוקת עובדתית המצריכה בירור במסגרת הדיון בתביעה עצמה.

² ראו למשל סעיפים 219, ו-234.3-234.2 לתשובה.

18. ההכרעה הנדרשת בבקשה דנא היא משפטית טהורה, על יסוד עובדות שאין עליהן מחלוקת- האם הנאמן הינו היריב המתאים בתובענה דנא והאם העובדות שמצוינות בכתב התביעה מגלות כלפיו את עילת התביעה - עשיית עושר ולא במשפט. הא ותו לא.

19. בפרט שכך, מקום בו העובדות הצריכות להכרעה כולן ידועות ולא יכולה להיות עליהן מחלוקת והן כולן עולות מכתב התביעה עצמו ונספחיו.

20. אף אם היו מוכחות כל העובדות המופרכות הנטענות בכתב התביעה (אשר כמובן מוכחות), כאילו הנאמן פעל להתניית תנאים להארכת ההסדר שנקשר עימן או סירב להארכת ההסדר (התובעות נוקטות בגרסאות סותרות לעניין זה), ואף אם נניח כי יש בכך משום הפרת ההסדר הקודם עם התובעות, וכי הנאמן פעל ל"הכפשתו וביזוייו" של בעל השליטה בתובעות (ממש כך! דבר המוכחש כמובן), לרבות פרסום כתבות מטעם הנאמן עצמו בעיתונות (המוכחש), לא היה בכך כדי להביא לסעד המבוקש בגין עשיית עושר ולא במשפט כנגד הנאמן, גם לא בעילות הנוספות הנטענות (חלקן לראשונה), על ידי התובעות בתשובתן.

21. זאת ועוד, התובעות כשלו בהוכחת שורת רכיבים משפטיים הנדרשים להוכחת תביעתן ובכלל זאת –

(א) כי הנאמן הינו הגורם אשר תפקידו להיתבע בשם המחזיקים; התובעות מציגות שורה ארוכה של הוראות דין ופסיקה ביחס לסמכויות וחובות הנאמן – אשר אף לא אחת מהן קובעת כי הנאמן הינו הנתבע בשם מחזיקי אגרות החוב; לטענת התובעות עצם קיומה של שורה ארוכה של הוראות ביחס לסמכויות הנאמן מלמדת כי הוא הנתבע הנכון, אך טענה זו הינה פרשנות טועה ומטעה של לשון החוק ותכליתו, כמפורט בפרק ג.3 לתשובתנו להלן וכן בפרק ב' לבקשת הסילוק;

(ב) כי אף אם ביזוי של מר בן משה על ידי הנאמן (המוכחש כמובן) מהווה עוולת רשלנות לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, או אם הנאמן אשם בגרם הפרת חוזה בהתאם לסעיף 62 לפקודת הנזיקין, תהיינה התובעות זכאיות לתביעת סכום ההתעשרות, להבדיל מהנזק האמיתי והמוכח ככל שנגרם לתובעות בטענות אלו;

(ג) אף בטענות לפיצויי קיום/הסתמכות אין כדי להואיל לתובעות, מאחר ומדובר בתביעת פיצויים אשר יש להוכיח כי הצד המפר צפה או יכול היה לצפות, במועד ההפרה. לפי עמדתן המפורשת של התובעות עצמן (ראו סעיף 2.302 לתשובה), עילת התביעה והנזק כלפי הנאמן התגבשו רק עם גיבוש והשלמת הסדר לפידות – למעלה משנה לאחר האירועים אשר לטענת התובעות (המוכחשת) גרמו לסיכול ההסדר הקודם. אם כך – איך יכול היה הנאמן או מאן דהוא לצפותן באותו המועד?

22. בטרם נדרש לטענות העולות מתשובת התובעות יצוין, כי הנאמן יתייחס בתגובה זו לטענותיהם העיקריות של התובעות והוא שומר לעצמו את הזכות להשלים טיעונו בעל פה במעמד הדיון, ככל שיידרש. אין בהיעדר התייחסות לטענה מסוימת שהועלתה בתשובת התובעות (ככל שקיימת) על מנת להוות הודאה בטענות התובעת וכל טענותיה מוכחות.

ב. אין כל מחלוקת עובדתית שיש לברר טרם הסילוק על הסף

23. חלקים ניכרים בתשובת התובעות כוללים בכוונת מכוון טענות כאילו ישנו צורך בבירור עובדתי של טענות הנאמן במסגרת הדיון בבקשה לסילוק על הסף, והכל במטרה ברורה, לסכל ו/או לטשטש את בירור השאלה המשפטית - האם קיימת עילה משפטית לתביעת עושר ולא במשפט כנגד הנאמן, אם לאו, או תביעות בעילות חליפיות להשבת סכום ההתעשרות.

24. באין תשובה עניינית לתובעות, הולכת תשובת למחוזות "טענות האווירה" שמא יתפוס משהו את עינו של בית המשפט הנכבד. טענות אלו הן שגויות עובדתית ומשפטית, **אך עוד קודם לכן הן אינן רלבנטיות לסוגיית הסילוק על הסף.**

25. דומה, כי ככל שלשון התשובה מתלהמת ובוטה יותר - כך תוכנה חסר כל תוכן ממשי מבחינה משפטית.

26. אין לאפשר את התנהלות התובעות ושינוי גרסתן העובדתית, שוב ושוב, לרבות עיוות המציאות, לסכל את בירור המשפטי של בקשת הסילוק, אשר ניתנת לבירור אף בהנחה וטענות התובעות (באיזו מן הגרסאות) נכונות (ואשר הן כמובן מוכחות).

27. הנה כי כן, העובדות הנדרשות לבירור בקשת הסילוק, ממילא נמצאות במסגרת כתב התביעה ואינן במחלוקת -

28.1 היעדר היריבות בין הנאמן לבין התובעות אינה שנויה במחלוקת. עובדה זו עלתה

מכתב התביעה עצמו אך מקבלת משנה תוקף במסגרת התשובה!

28.2 הנאמן לא התעשר על חשבון התובעות.

28.3 התמורות אשר התקבלו בידי הנאמן במסגרת הסדר לפידות אינן שייכות לו.

28.4 הסדר לפידות אשר קבע כי תמורות ההסדר תשולמנה למחזיקי אגרות החוב אושר בבית המשפט.

28.5 עילת התביעה והנזק התגבשו ומבוססים על הסדר לפידות (ולכן אינן יכולות להצדיק כל נזק שהיה צפוי במועד ההפדה).³

ג. היעדר יריבות - הנאמן אינו הנתבע הנכון

ג.1. העדר יריבות

28. כפי שעולה מהתשובה עצמה, אף לשיטת התובעות, הנאמן אינו הנהנה מן ה"התעשרות" והתביעה להשבת הסכומים אינה מופנית כלפיו כי אם כלפי כספי המחזיקים המעוכבים על ידו.

וכך נאמר בסעיף 132 לתשובה כי: "המשך הטענה שם כאילו התובעות רואות הנאמן משום כיס עמוק מופרכת גם היא. כאמור בבקשה עצמה הובהר כי הנאמן מחזיק בידי כספים שמיועדים למחזיקי אגרות החוב לשם תשלום על פי התביעה". וכן –

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).

234.2. הלכה למעשה וכפי שעולה מן הבקשה עצמה העושר המדובר, הלא הוא ההפרש בין תמורות הסדר לפיזיות 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".

29. בנסיבות אלו אין ממש בטענות התובעות, ביחס לנזקים שונים אשר נגרמו כתוצאה מהתנהלות הנאמן, כדי לבסס כלפי הנאמן את עילת עשיית העושר ולא במשפט או השבה של סכומי ההתעשרות.

30. בנסיבות אלו הנאמן אינו יכול להיות הנתבע כי אם צד פורמלי בבקשת עיקול לעיכוב כספי המחזיקים אצל הנאמן.

31. בקשת עיקול הייתה כמובן כרוכה אף בהפקדת ערובה לנזקים הנגרמים למחזיקי אגרות החוב כתוצאה מעיכוב הכספים, וכן בהוכחת עילת התביעה וסיכויי התביעה, תום לב וניקיון כפיים של התובעות, אשר ברור כי אינם מתקיימים בנסיבות העניין.

2.ג. התובעות נמנעות מבירור ביחס לזהות הנתבע הנכון

32. בכתב התביעה מוטלת עיקר האחריות לאי הארכת המועד לקיום התנאי המתלה, על מחזיקי אגרות החוב אשר הציבו תנאים להארכתו, ובמיוחד בסעיפים 139 ו-168 לכתב התביעה הקובעים כי מחזיקי אגרות החוב הם שהעמידו התנאים לארכה והם שהחליטו על התניית מתן הארכה בתנאים אלו:

139. לקראת המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים שחל ביום 13.12.2018 כאמור (ואף קודם לכן) נערכו אל הרוכשת ואל רבוע כחול פניות שונות, מאת מחזיקי אגרות חוב שונים, בדרישה לשנות את תנאי ההסדר, אם עד אותו מועד לא יתמלאו כל התנאים המתלים.

168. כתבי ההצבעה של אסיפות האולטימטום נועדו לעגן באופן פורמלי את אשר הביעו מחזיקי אגרות החוב עוד לפני האסיפה מיום 13.12.2018 כמו גם במהלכה – את **סירובם** להצעות הרוכשת ורבוע כחול להאריך את תוקף ההסדר, ו**דרישתם** לכפות שינויים בהסדר **כתנאי** להארכת תוקף ההסדר.

33. בתשובת התובעות, ועל מנת לחזק את טיעוניהן הקלושים, נוקטות התובעות בעמדה כי קיימות טענות לפעולות פסולות וחמורות שביצע הנאמן עצמו, אשר די בהן כדי להקים עילה לתביעת סכום ההתעשרות.

34. גישה זו מנוגדת אף לנספח 45 לכתב התביעה במסגרתו טענו התובעות כי סיכול הצעת ההסדר נבעה מרצונם של מחזיקים מהותיים לרכוש בעצמם את מניות אפריקה נכסים במחיר נמוך מזה שהציעה רבוע כחול (ראו סעיפים 10-11 לפנייתן):

10. ההצעה המתחרה מהווה **ראיה חותכת** לכך שמחזיקי אגרות החוב המהותיים ניסו ומנסים להתחמק מביצוע ההסדר. הטעם לכך פשוט – הם חפצים לרכוש בעצמם את מניות החברה באפריקה נכסים, במחיר נמוך מזה שהציעה רבוע כחול. לפיכך, הם מבקשים למנוע את מכירת מניות אלו לרבוע כחול וממילא הם מבקשים למנוע את ביצוע ההסדר.

11. הגשת ההצעה המתחרה מסבירה היטב מדוע מחזיקי אגרות החוב ביקשו לנצל את העובדה שעד ליום 13.12.2018 לא הושגו האישורים הדרושים להשלמת ההסדר, כדי להכריז שההסדר אינו בתוקף עוד, ומדוע סירבו לדחות את המועד שנקבע בהסדר לקיום התנאים המתלים, הכל כמפורט בתשובות הרוכשת ורבוע כחול לבקשה 51.

35. מדובר בסוגיה עובדתית אשר לא נדרשת להכרעה, אך יש בה כדי לשפוך אור על הצגת העובדות המגמתית על ידי התובעות.

36. אולם אף אם נניח כי הנאמן עצמו אכן היה גורם מרכזי בסיכול ההסדר, וגם לו היה מוכח כי הוא אחד הנהנים מן ההתעשרות (דבר אשר נראה כי אף התובעות אינן טוענות), הרי שלכל הפחות נדרש היה צירופם של המחזיקים או מי מהם כצד לתביעה, על מנת שתוכרע שאלת החבות ומידת החבות בהתאם לתקנה 22 (ב) לתקנות הסדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 ("תקנות סדר הדין האזרחי"), הקובעת כי:

"היה לתובע ספק ממי הוא זכאי לתבוע, רשאי הוא לצרף נתבעים אחדים כדי ששאלת החבות ומידת החבות של כל אחד מהם תוכרע בין כל בעלי הדין."

37. התובעות בוחרות להתעלם מהוראות הדין המפורשות, ולהימנע מבירור אחריות הצדדים הנדרש אף לעמדתן, שכן כאמור לעיל מטרתה היחידה של תביעת סכום ההתעשרות (אשר הינה משוללת כל בסיס בכלל ובפרט כשהיא נתבעת מהנאמן), הינה עיכובם של כספי המחזיקים בידי הנאמן.

38. אין אף בסיס לטענה כי הנאמן הוא הנתבע הנכון מאחר והמחזיקים הינם ציבור בלתי מסויים המשתנה כתוצאה מהמסחר באגרות החוב וכי המחזיקים אינם ניתנים לזיהוי ו/או כי המדובר בשולח נסתר. בפרט הדבר מנוגד לסעיפים בכתב התביעה אשר מציינים מחזיקים מסויימים אשר פנו למר בן משה בדרישות כמפורט בסעיף 28 לעיל.

39. כידוע לתובעות היטב, גם הסדר בן משה וגם הסדר לפידות כללו צווים תפעוליים לשמירת רשימות מחזיקים במועד הקובע להסדר, באופן אשר מאפשר לדעת במדוייק מיהם המחזיקים במועדים הרלוונטיים (ראו למשל סעיף 9.5 להסדר לפידות אשר צורף כנספח 54 לכתב התביעה). אין כיום ולא הייתה בעבר כל מניעה להוציא רשימה מתאימה גם למועד אשר היה מתבקש על ידי התובעות ולברר את זהות המחזיקים הרלוונטיים לגישת התובעות.

40. אולם לא ברור כלל מהו המועד הרלוונטי לתביעה בהתאם לכתב התביעה – האם התובעות מבקשות לתבוע את המחזיקים אשר ביקשו להתנות את הארכה להסדר בתנאים במסגרת "אסיפת האולטימטום? או את אלו שהחזיקו במועד הקובע להסדר לפידות ואשר נהנו מן "ההתעשרות"? האם ישנם מחזיקים מסויימים אשר אחראים לשיטת התובעות עצמן יותר מאחרים לאי הארכת תוקפו של ההסדר, כפי שעולה הן מכתב התביעה והן מנספחיו? ניתן להצביע על מועדים נוספים שאולי הם הרלוונטיים.

41. תביעת הנאמן עצמו לא יכולה לאפשר לתובעות לחמוק משאלות בסיסיות אלו. לא מדובר בשאלה עובדתית כי אם **בשאלה משפטית גרידא, אשר נוגעת לצורך בזיהוי הנתבעים הנכונים והמתאימים בכתב התביעה**, שהינה תנאי בסיסי לבחינתה של קיום עילת התביעה.

42. מכל מקום, אף ככל ולא ניתן לזהות ו/או לאתר את המחזיקים הרלוונטיים לעילה שלטענת התובעות עצמן פעלו כנגד התובעות, אין הדבר "מתיר את דמו" של הנאמן והופך אותו לנתבע המתאים בגין התעשרות שהפיקו המחזיקים. במיוחד מקום בו הדין והוראות ההסכמים הרלוונטיים אינם כוללים כל הוראה או תומכים בפרשנות כזו כפי שנראה להלן.

ג.3. העדר בסיס בדין או בהסכם

43. התובעות אינן מציגות כל מקור חוקי המאפשר לתבוע את הנאמן בשם מחזיקי אגרות החוב ובפרט לתבוע אותו להשבת כספים ששולמו למחזיקים עצמם.

44. נהפוך הוא – על פני 10 עמודים בפרק IV, מתייחסות התובעות להוראות הדין החלות על הנאמן, מכוח דיני הנאמנות, השליחות, וניירות הערך, ומביאות שלל הוראות המתייחסות לתפקידי הנאמן, לרבות היותו כתובת קבועה ומוסמכת למערכת היחסים עם **החברה המנפיקה**, חובתו לפעול לטובת מחזיקי אגרות החוב בכל הקשור להתחייבות **החברה המנפיקה**, חובתו לפעול להגנת המחזיקים ככל שיש חשש סביר כי **החברה המנפיקה** לא תעמוד בהתחייבויותיה ולהעמיד את אגרות החוב לפירעון מיידי כשיש חשש סביר לאי תשלום.

45. מכל אלה מרחיקות לכת התובעות ומעוותות את החוק לצרכיהן, ומסיקות את המסקנה המשפטית **השגויה**, כי רשימת סמכויות אלו בוודאי שמעידה, כי בכל הקשור למחלוקת מול מחזיקי אגרות החוב, גם של צד שלישי **שאינו החברה המנפיקה**, יש לנהל ההליך מול הנאמן עצמו (סעיף 198 לתשובה).

46. אלא שדווקא רשימה זו שערכו התובעות, מעידה כי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 ("חוק ניירות ערך"), אשר קובע את חובת מינוי הנאמן, **העניק לנאמן סמכויות רחבות אל מול החברה המנפיקה, ולא (!) קבע כל חובה או סמכות להיות נתבע בשם מחזיקי אגרות החוב, בוודאי שלא בטענות של השבה ועשיית עושר כלפי מחזיקי אגרות החוב.**

47. לא בכדי קבע המחוקק כי ייצוג הנאמן את מחזיקי אגרות החוב מוגדר רק לייצוג אל מול החברה בזו הלשון:

"ייצוג בידי הנאמן ונפקות חתימתו על שטר הנאמנות

ט.35. (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." (ההדגשות שלנו)

48. הניסיון ליצוק לתוך החוק חובות שלא נכללו בו, ובפרט החובה לשמש כנתבע במקום מחזיקי אגרות החוב בכל תביעה שמאן שהוא רוצה להגיש כנגדם ובגין כספים להם הם עצמם זכאים מכוח החזקתם באגרות החוב, **עומדת בניגוד מפורש לתכלית החוק**, והסדרת סמכויות הנאמן, כפי שעולה מפורשות מהצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 48) (תעודות התחייבות), התשע"ב-2011 ("התיקון").

49. במסגרת התיקון נקבעה חובת מינוי נאמן לאגרות חוב המונפקות לציבור ונקבעו סמכויות הנאמנים, לשם הגנה על ציבור המחזיקים, המאופיין בפיזור שעלול לשלול תמריץ לפעול **להגנה** על השקעתו, וזאת **כלפי החברה המנפיקה בלבד**:

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

התיקון המוצע נועד לחזק את מעמדו ותפקידו של הנאמן למחזיקים בתעודות התחייבות ולעגן מפורשות את חובתו לפקח באופן שוטף על עמידת **המנפיק בהתחייבויותיו כלפי מחזיקי תעודות ההתחייבות**." (ההדגשות שלנו)

50. קרי, מטרת התיקון הייתה להגן על האינטרסים של מחזיקי אגרות החוב מן הציבור אל מול **החברה המנפיקה**, ולא, כפי שמנסות התובעות לטעון, להקל על בעלי הון לנהל הליכים מול מחזיקים מן הציבור, תוך הפיכתו של הנאמן לנתבע הייצוגי והראשי האחראי והחב באופן אישי לסכומים להם זכאים מחזיקי אגרות החוב מכוח החזקתם באגרות החוב.

51. התובעות אף לא טענו לקיומה של כל הוראה בהסכמים בין הצדדים ביחס לאחריותו האישית של הנאמן למעשי המחזיקים בכלל ולהתעשרותם או רווחים שהפיקו בפרט.

52. ההוראות אשר בוחרות התובעות להביא מתוך הוראות ההסדרים (ראו בסעיף 25.2 לכתב התשובה) מעידות דווקא כי הנאמן פועל לטובת מחזיקי אגרות החוב, וכי התשלומים על פי ההסדר יתבצעו לטובתם בלבד.

53. ולבסוף, אין בעובדה כי בהתאם להסכמות פרטניות עם מחזיקי אגרות החוב, במסגרתן הנאמן נאות לנהל עבורם הליכים מול צדדים שלישיים, כדי ללמד על הסכמה מכללא של הנאמן לשמש כנתבע בשם מחזיקי אגרות החוב, ובפרט בעילות של התעשרות והשבת רווח.

54. הסדרי השיפוי בין הנאמן למחזיקים הינם הסדרים חוזיים בין נאמן לנהנה הנערכים לשם גידור חשיפות הנאמן במילוי תפקידו, ואין בהם כדי לזכות צד שלישי, כטענת התובעות,⁴ לתבוע ישירות את הנאמן וליצור כרית שיפוי בהעדר עילה בדין או כדי "לחסוך" לתובע לנקוט בהליכים משפטיים כדי לעכב כדין כספים של הנתבעים האמיתיים.

55. פרשנות לפיה זכאות לשיפוי או עיכבון בין צדדים לחוזה מזכה צד שלישי בזכויות תביעה כלפי מקבל השיפוי ומקימה עילות תביעה נגדו שלא קיימות על פי הדין - הינה פרשנות מסוכנת, מרחיקת לכת, הן למוסד נאמני אגרות החוב שנועד להגן על הציבור, ולמוסד הנאמנות בכלל באשר הם יוצרות חשיפות בלתי סבירות הנלוות לתפקידו של הנאמן ואף לגופים נוספים המחזיקים כספים עבור אחרים.

ד. המחלוקת האמיתית

56. אף לשיטת התובעות, המחלוקת לגבי הפקדונות מתנהלת כבר שנים ארוכות בהליכים שונים וזאת, החל ממועד הפרת ההסדר הראשון על ידי בן משה והחלה להתנהל בערכאות משפטיות כבר ב-**2.7.2018** עת הוגשה הבקשה הראשונה על ידי הנאמן לחילוט הפקדונות (נספח 8 לכתב התביעה). בהמשך לאחר שהייתה וניסיונות גישור שלא צלחו⁵, הוגשה ביום 6.1.19 בקשה נוספת לחילוט הפקדונות (נספח 14 לכתב התביעה). כן נערכו מספר הליכי גישור שהאחרון שבהם הסתיים ללא הצלחה בינואר 2020 (ראו בסעיף 212 לכתב התביעה).

57. במהלך כל המגעים הרבים וההליכים שהתקיימו בין הצדדים, עד חודש נובמבר 2019, כשנה וחצי, לא הזכירו התובעות ולו במילה או ברמז כל טענה ביחס לפיצוי מהנאמן בגין עשיית עושר ולא במשפט אשר יתקבל כתוצאה מהשלמת הסדר אחר.

⁴ בפרק IV.2.V לתשובה.

⁵ ראו בסעיף 189 לכתב התביעה.

58. הטענה לעשיית עושר ולא במשפט של הנאמן הועלתה לראשונה התובעות מיום **19.11.2019** (נספח 55 לכתב התביעה)- **כמעט שנה וחצי לאחר שהחלו ההליכים המשפטיים ביחס לחילוט הפקדונות, וזאת כאשר כתב התביעה עצמו הוגש רק ביום 12.1.20, היינו שבוע לפני המועד שנקבע להשלמת הסדר לפידות.**

59. ברי כי, הטענה בדבר עשיית העושר הועלתה לראשונה רק במועד בו בן משה, בעל השליטה בתובעות, הבין כי הוא יכול ללחוץ על המחזיקים באמצעות עיכוב כספי הסדר לפידות להם זכאים המחזיקים ובכך אלה יוותרו על עילות צודקות שלהם כלפיו בגין הפרות שני הסדרי חוב על ידו.

60. **ויובהר – לא מדובר במחלוקת עובדתית.** התובעות עצמן מאשרות כי התביעה לסכום ההתעשרות התגבשה רק עם השלמת הסדר לפידות, בחודש ינואר 2020, כדלקמן: **"התביעה לסכום העודף (ובגדרה עילת עשיית עושר ולא במשפט שמהווה את אחת העילות לה) לא עלתה אלא לאחר שהתגבש ועמד לצאת לדרך הסדר לפידות. זאת, מן הטעם הפשוט שבכל הקשור לכימות הנזק, אבדן הרווח והיקף עשיית העושר ולא במשפט, היא מבוססת על הסדר לפידות."**⁶

61. עמדה זו מבהירה, כי המחלוקת האמיתית הנטושה בין הצדדים מזה תקופה ממושכת נוגעת לגורל הפקדונות, וטענות להשבה אפשרית של רווחים עתידיים מעולם לא הייתה חלק ממנה. טענה זו הועלתה שבוע לפני השלמת הסדר לפידות מתוך מטרה ברורה אחת - לעכב את כספי המחזיקים (ללא נקיטת הליך בדין המצריך הפקדת ערובה וכו'), ולהפעיל עליהם לחץ לשם שחרור הפקדונות.

ה. לא מתקיימות העילות לעשיית עושר

ה.1. לא ניתן לתבוע "התעשרות" או "טובת הנאה" ממי שאינו זכאי להן

62. התובעות מביאות שורה של אסמכתאות התומכות דווקא בעמדת הנאמן, כי חובת השבה מכוח דיני עשיית עושר או דיני ההשבה מחייבת כי טובת ההנאה אכן התקבלה בידי הנתבע באופן בו יש לו מה להשיב לתובע. וכך נאמר במובאה מתוך דנ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה.** ("פרשת אדרס"):

" קיימים גם סעדים, שנועדו להגן על אינטרס הציפיה, ואשר מטרתם לעמיד את הצד הנפגע במצב, שבו הוא היה נתון לו קוים החוזה ולולא הופר. סעדים אלה ניתנים, בראש ובראשונה, במסגרת דיני החוזים. כך מטרת התרופות של אכיפה ופיצויים היא להעמיד את הצד התמים במצב שבו היה נתון לולא הופר החוזה. הגנה על אינטרס הציפיה ניתנת גם במסגרת דיני ההשבה; למשל אם לקונה הנפגע יש אינטרס קנייני בנכס, הוא זכאי לקבל מהמוכר את טובת ההנאה שזה האחרון הפיק ממכירת הנכס לצד שלישי." (ההדגשות שלנו)

63. בענייננו, לא רק שהנאמן לא קיבל כל הנאה מהסדר לפידות, הרי שאף בהתאם לכתב התביעה מובן שהכספים הנתבעים בתביעת סכום ההתעשרות, הם כספים שיגיעו למחזיקי אגרות החוב אך ורק מכוח אגרות החוב והזכויות הגלומות בהן.⁷ בנסיבות אלו ברור כי הנאמן אינו הנהנה המתאים מפירות ההתעשרות.

64. גם בעא 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון** אשר צוטט על ידי התובעות דובר על השבת פירות התעשרות שהתקבלו בידי הנתבע:

"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.**" (ההדגשות שלנו)

65. עולה כי לא קיימת אף מחלוקת משפטית בשאלה כי הנתבע בעשיית העושר הינו הגורם אשר קיבל לידיו את פירות ההתעשרות, והוא היכול אף "להשיבם".

66. טיעוני התובעות בפרק IV.ג. לתשובה, כי הנאמן הוא האחראי בעצמו להתעשרות מכוח אחריות ביחד ולחוד שמטיל הדין, מסתמכות על דוגמה לא רלוונטית במסגרתה שתי נתבעות נטלו במשותף שלא כדין רכוש של התובע וחילקוהו ביניהם, ונקבע כי הן אחראיות במשותף אף בדיני עשיית עושר.

67. אלא שזה אינו המצב בענייננו – הנאמן אינו נהנה במחצית, ברבע, בשליש ואף לא ב-1 שו מן ההתעשרות (כביכול). הנאמן אינו זכאי אלא לשכר טרחתו כפי שנקבע מפורשות בשטר הנאמנות, ללא תלות או קשר לתמורות ההסדר. בנסיבות אלו ברור כי לא ניתן לתבוע את הנאמן בגין התעשרותו של אחר, או לתבוע השבה של טובת הנאה שהתקבלה על ידי המחזיקים.

68. התובעות אינן מתמודדות עם העדר העילה כלפי הנאמן, ואף מבהירות כי הנאמן אינו הנהנה מן ההתעשרות כי אם **מי שתמורות הסדר לפידות הופקדו אצלו, והוא, מסיבות אחרות לחלוטין הקשורות למערכת היחסים בין הנאמן למחזיקי אגרות החוב, זכאי לעכבם כערובה מכוח חוק הנאמנות.**

69. עם כל הכבוד, עובדה זו אינה מקימה עילה בהתאם לחוק עשיית עושר, כי אם לכל היותר כאמור לעיל לבקשה לסעד זמני לעיכוב הכספים המוחזקים בידי הנאמן. סעד אשר עד לרגע זה לא התבקש כדין על ידי התובעות.

ה.2. אי הארכת חוזה עם תנאי מפסיק אינה מהווה הפרה של חוזה, גם אם נעשתה מטעמים כלכליים כטענת התובעות

70. התובעות מסכימות כי חוק החוזים אינו מחייב צד לחוזה להאריך חוזה עם תנאי מפסיק, אך טוענות כי תום הלב חייב את הארכת ההסדר.

71. התובעות אינן מתמודדות עם העובדות המובאות על ידן בכתב התביעה, לפיהן המחזיקים לא סירבו למתן ארכה, אלא התנו אותה בתנאים, כפי שיובהר להלן.

72. התובעות מציינות שורה של ארכות שניתנו על ידי התובעות הן ביחס להסכם המקורי על פני מספר חודשים והן ביחס להסדר המתוקן, החל מחודש פברואר 2018 ועד לחודש יולי 2018; התובעות גם מציינות כי הליך ההסדר היה "תהליך מורכב וקשה" ו"ידע קשיים, עליות ומורדות" (ראו בסעיפים 8, 9 ו-313 לתשובה).

73. בהתאם למידע שנכלל בכתב התביעה עצמו, הליכי ההסדר עם התובעות החל מאישור הצעת ההסדר הראשון בנובמבר 2017 ועד לביטולו על ידי בן משה של ההסדר השני במהלך חודש פברואר 2017, נמשכו למעלה משנה וכללו הליכים משפטיים לרבות תביעות לחילוט פקדונות, הליכי גישור וכדומה.

74. התשובה אינה מבהירה מדוע במצב דברים זה, ולאחר תקופה ממושכת במהלכה לא הושלם אף אחד משני ההסדרים בין הצדדים, אי מתן ארכה או התנייתה בתנאים, מהווה חוסר תום לב של הנאמן ו/או של המחזיקים.

75. והאם חובת תום הלב מחייבת מתן הארכה אין סופית של התנאי המפסיק, על פני חודשים ושנים, ולנוכח קיומה של מערכה משפטית קשה וארוכה מול הצד האחר, בכלל ובפרט מקום בו הצד האחר אמר מפורשות כי הוא רוצה הלוואת מוכר בלמעלה ממחצית סכום התמורה כדי לעמוד בהתחייבותו.

76. בניגוד גמור לעמדת התובעות, בית המשפט העליון קבע כי אי הארכת חוזה בהתאם לתנאיו, אף מקום בו לא נכלל תנאי מפסיק חיצוני ומפורש, אינה מהווה הפרה של חובות תום הלב. וכך נקבע לעניין זה מפי כבוד השופט גיוראן בעא 8566/06 אמריקר שירותי ניהול וייעוץ (1987) בע"מ נ' מליבו - ישראל בע"מ, כאשר בנסיבות אותו המקרה אף נקבע מפורשות כי החוזה לא כלל תנאי מפסיק מפורש:

הפרשנות שמציעה המערערת אינה מתיישבת עם תכליתו העסקית של החוזה. בהתאם לגרסתה החוזה בין הצדדים צריך להימשך כל עוד הפרויקט מצליח, ומכאן ששום גורם אחר אינו יכול להביא להפסקת הקשר בין הצדדים, מלבד כשלון מהותי של הפרויקט. עולה השאלה מה יקרה במצב שבו התגלעו סכסוכים אישיים בין הצדדים ונפגעו יחסי האמון, אך הפרויקט מצליח לאין שיעור? ברי כי מצב זה יש בו משום עילה להפסקת ההתקשרות. אך מעל הכל פרשנותה של המערערת מובילה למצב בו הצדדים קשורים בחוזה לתקופת זמן, שהיא למעשה בלתי מוגבלת, והיא תיפסק רק אם יכשל הפרויקט. כמובן שהמערערת עצמה מניחה כי תפקודה יגרום לכך שהפרויקט לעולם לא יכשל, ויעידו על כך כאלף עדים הסעד שמבקשת המערערת בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט המחוזי:

"התובעת תטען, כי היא זכאית לפיצויים בגין אובן הרווחים שנמנעו ממנה עקב ביטולו של ההסכם קודם זמנו, וזאת בגין כל התקופה בה היה הסכם הניהול צפוי להימשך. תקופה זו נאמדת בכ- 30 שנה, שכן, כאמור, אין סיבה להניח שתקופת הניהול לא היתה נמשכת כל תקופת חייו הכלכליים של הפרויקט" (הדגשה שלי - סי' ג"י) (סעיף 57 לכתב התביעה).

גישתה של המערערת אינה משתלבת עם התכלית העסקית מסחרית של החוזה, כפי שציין בית משפט זה בעבר: "בהתחשב בקצב חיי המסחר, לא יתכן שחוזה, אף שלא הוגבל בזמן, יחייב את הצדדים לצמיתות" (פרשת זוהר, עמ' 671. ראו גם ע"א 355/89 עזבון המנוח ניקולא חיאוווי ז"ל נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ, פ"ד מו(2) 74, 70 (1992)), ועל אחת כמה וכמה כאשר לשון החוזה במפורש מגבילה את משכו. " (ההדגשות שלנו)

77. עולה כי הטענה המשפטית של התובעות, כי על אף קיומו של תנאי מפסיק, ומערכת יחסים ארוכה מאוד וסוערת בין הצדדים אשר התקיימה גם בין כותלי בית המשפט, כמו גם בהליכים משפטיים שלא צלחו, היו מחוייבים מחזיקי אגרות החוב או הנאמן (התובעות נוקטות בעמימות בנקודה זו), להאריך את ההתקשרות עימן ולמנוע בכך מעצמן מלהקטין את נזקם ולפעול לכדי התקשרות עם צדדים אחרים, אינה עולה בקנה אחד עם פסק הדין.

78. בית המשפט מוסיף וקובע באותה הפרשה, כי גם אם סיום ההתקשרות נבע מטעמים כלכליים, אין בכל לשלול את תום ליבם של הנאמן ו/או של מחזיקי אגרות החוב:

"חובת תום הלב משתלבת עם תכליתו של החוזה העסקי ודורשת מכל הצדדים לחוזה לנהוג בהוגנות, תוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. חובת תום הלב אינה דורשת אלטרואיזם וביטול האינטרס העצמי, ההפך הוא הנכון, חובת תום הלב מכירה בדאגה של צד לחוזה לאינטרס שלו עצמו, אך היא דורשת כי דאגה זו תעשה בהוגנות. דאגה לאינטרס כלכלי, שהינו חלק מן החוזה, אינו מפר את החובה לנהוג בתום לב. דברים ברוח דומה נאמרו על ידי בית משפט זה:

... ממכלול הדברים נראה כי המשיבה הפסיקה את הקשר בהתאם לזכותה החוזית. העמידה על זכות זו אינה מהווה הפרה של חובת תום הלב, אף אם הסיבה העיקרית להפסקת הקשר נעוצה בשיקולים כלכליים."

79. עולה כי גם לו היה מוכח כי הנאמן ו/או מחזיקי אגרות החוב בחרו שלא להאריך את תוקפו של ההסדר מטעמים כלכליים הקשורים לעליית שווי של הממכר, הרי שאין בכך הפרה של חובת תום הלב.

80. זאת ועוד, כפי שנראה להלן, אף לגישת התובעות הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לא סירבו להאריך את ההסדר, כי אם התנו מחזיקי אגרות החוב את הארכה בתנאים אשר לא היו מקובלים על התובעות. קרי, היה בידי התובעות להסכים לתנאים הנוספים ובכך לאפשר את הארכת תוקפו של ההסדר ויציאתו אל הפועל.

81. עולה כי התובעות כשלו מלהוכיח כי מתקיים אף הרכיב הנדרש של היות ההתעשרות "שלא כדין".

1. לא מתקיימות עילות נוספות המצדיקות לחייב את הנאמן ב"השבת" סכום ההתעשרות

82. התובעות מעלות הוראות דין נוספות אשר לשיטתן מצדיקות את חיובו של הנאמן בסכום ההתעשרות, אף אם לא תתקבל עילת עשיית העושר. כפי שנראה להלן, אף אם מתקיימת אחת מעילות אלו (דבר המוכחש כמובן), אין בכך כדי להביא לתוצאה ולסעד המבוקשים – חיוב הנאמן בסכום ההתעשרות.

1.1. הפרת חובת תום הלב ופיצוי קיום

83. התובעות טוענות כי פעולות הנאמן ומחזיקי אגרות החוב מהוות הפרה של החובה לנהוג בתום לב הקבועה בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, ומשכך מקימה זכות לפיצוי קיום בהתאם לסעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("חוק התרופות").

84. גם בהנחה כי העובדות המפורטות בכתב התביעה נכונות (על אף כי הן כמובן מוכחות), כפי שראינו בפרק **Error! Reference source not found.** הטענה כי סיום חוזה בהתאם לתנאיו ממניעים כלכליים מהווה הפרה של חובת תום הלב אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה.

85. אולם גם בהנחה שהופרה חובת תום הלב, סעיף 10 לחוק התרופות קובע כי, הנזק יקבע בהתאם לציפיות הצד המפר (בפועל או בכוח) במועד ההפרה, כדלקמן:

הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

86. וכך נכתב לעניין זה אף ב ע"א 1229/97 אי.אמ.איי – שיווק והשקעות בינלאומיים בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ:

"מפרי חוזה מחויבים בתשלום פיצויים אך בגין נזק שצפו כתוצאה מסתברת של ההפרה או שהיה עליהם לצפותו. ראו ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ (להלן – ע"א אניסימוב [1]), בעמ' 807 והאסמכתאות המובאות שם." (ההדגשות שלנו)

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 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.

87. אלא שבענייננו, התובעות עצמן מבהירות כי התביעה לסכום ההתעשרות עלתה רק לאחר גיבוש הסדר לפידות:

88. עולה כי במועד ההפרה הנטענת גם התובעות עצמן, לא כל שכן הנאמן, לא יכלו לצפות את התוצאה המצטברת של ההפרה הינה הסכום הנתבע מהנאמן על ידי התובעות כסכום ההתעשרות.

89. אף התובעות עצמן טוענות בכתב התביעה שבמועדים הרלוונטיים להפרה הנטענת דווקא היה צפוי משבר כלכלי עולמי ושוויה של אפריקה נכסים ירד בחצי מיליארד ש"ח, ולמרות עובדה זו היו עסוקים הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בהעלאת דרישות לשינוי ההסדר:

187. בינתיים בימים 23-24.12.2018, ימים ספורים לאחר מתן האולטימטום ודחייתו, חלו ירידות חדות במחירי המניות בישראל (שקדמו להן ירידות חדות של מחירי המניות בארצות הברית). ירידות חדות אלו הותירו את שוק ההון במצב של חוסר וודאות חמור, עד כדי כך שלפי הערכות רבות צפוי היה להתרחש משבר כלכלי נוסף דוגמת המשבר הכלכלי שהחל בשנת 2008.

188. בין היתר ולשם המחשה, ערכה של אפריקה נכסים בתום שני הימים הנ"ל בבורסה עמד על כ – 2.34 מיליארד ש"ח, קרי ירידה של כחצי מיליארד ש"ח (!) מאז תחילת חודש דצמבר, מועד בו עסוקים היו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בהעלאת דרישות לשינוי ההסדר.

90. לכן אף לשיטת התובעות ולפי העובדות שהוצגו על ידן (!) לא ניתן לטעון כי במועד ההפירה יכלו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב לצפות כי ככל ולא יוארך הסדר בן משה יזכה הנאמן ב"התעשרות" בסכומים של מאות מיליוני שקלים.

91. מעבר לדרוש, הזכות לפצויי קיום, ואופן חישובם כפופה אף לחובת הקטנת הנזק של הנפגע, ואף פה נסתמך רק על העובדות אשר הוצגו בכתב התביעה.

92. בהתאם לכתב התביעה, במסגרת "אסיפת האולטימטום" של מחזיקי אגרות החוב, לא סרבו מחזיקי אגרות החוב להאריך את תוקף ההסדר, אלא הסכימו, בכפוף להענות התובעות למספר תנאים, אשר כללו תוספת ריבית מקסימלית של 15 מיליון ₪ עד למועד קבלת האישורים הצפוי (נזכור כי דובר על הסדר בסך כולל של כ-2.1 מליארד ₪), וכן הגדלה ב-40 מיליון ש"ח של סכומי הפקדונות ושינוי תנאי הפקדונות המבטיחים את חילוטם ללא הליכים משפטיים, והכל כמפורט בסעיף 174 לכתב התביעה:

174. בלילה של יום 19.12.2018, פורסמו תוצאות ההצבעה באסיפת האולטימטום. לפי אותן תוצאות הורו כל שלוש הסדרות של מחזיקי אגרות החוב לנאמן לפעול כלפי הרוכשת ורבע כחול כפי שהוצע בכתב ההצבעה, קרי, לסרב להצעה להאריך את ההסדר, ולהציב לרוכשת ולרבע כחול אולטימטום, לפיו ההסדר יחזור לתוקף רק אם יסכימו הרוכשת ורבע כחול, תוך 24 שעות, להכניס בו את השינויים הבאים ("שינויי האולטימטום") –

174.1. תוספת תשלום למחזיקי אגרות החוב של עד 15 מיליון ₪.

174.2. הרוכשת תפקיד, תוך 24 שעות, סכום של 40 מיליון ₪, שישמש כפיקדון (נוסף) להבטחת הצעתה ולהבטחת הצעת רבע כחול.

174.3. הרוכשת ורבע כחול יתנו הסכמתן לשינוי מהותי בהוראות ההסדר לעניין הפיקדונות כך שאלו יחולטו לטובת מחזיקי אגרות החוב, אם לא יתקיימו התנאים המתלים להסדר (בעוד שעל פי הוראות ההסדר הפיקדונות מחולטים רק אם, בין היתר, כן מתקיימים התנאים המתלים והרוכשת מפרה את התחייבותה).

אין צורך להרחיב כי מדובר בשינויים מהותיים בהיקף מהותי, שדרישתם כתנאי להחזרת ההסדר לתוקף הלמה היטב את הקו הלוחמני שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב גמרו אומר בדעתם לצעוד בו, עוד לפני האסיפה מיום 13.12.2018 כאמור.

93. בנסיבות אלו, ברור כי לו היו התובעות מסכימות לדרישות המחזיקים, וההסדר היה יוצא אל הפועל, הרי שהנזק המקסימלי שהיה נגרם להן היה עד 15 מיליון ש"ח, בגין תוספת הריבית שדרשו המחזיקים. וככל שלא היה בידי התובעות להשלים את ההסדר המוצע על ידן, הרי ברור שאין גם כל בסיס לתביעתן מכתחילה.

94. סיבותיו של בן משה לאי הסכמה לדרישות אלו שמורה עימו, אולם ברור כי לו היו התובעות צופות באותו מועד כי ניתן יהיה להגיע להסדר חלופי בסכומים העולים במאות מיליוני שקלים על המוצע על ידן באותה העת, ולו אכן הייתה להן היכולת להשלים ההסדר, היו הן פועלות בנמרצות להשלמת ההסדר ובלא היסוס היו נושאות בסכום הריבית שהוגבל לסך של עד 15 מיליון ש"ח.

95. בנוסף, ומעבר לדרוש, לאור חובתן של התובעות להקטנת הנזק הנטען על ידן, וככל שהיו משוכנעות ביכולתן להשלים את ההסדר, לא היה נגרם להן הנזק הנתבע ככל והיו נענות לתנאים שהתבקשו על ידי המחזיקים.

2.1. גרם הפרת חוזה

96. בסעיף 106 טוענות התובעות לקיומה של עילת גרם הפרת חוזה בהתאם לסעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ("פקודת הנזיקין").

97. טענה זו נטענת באופן סתמי בפסקה זו בלבד מבלי להבהיר כיצד עוולה זו, בהנחה שהתקיימה, מזכה את התובעות בפיצוי בגין התעשרות בכלל ומהנאמן בפרט.

98. סעיף 62 לפקודת הנזיקין קובע כדלקמן: "(א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, **אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.**"

99. בפרשת עא 2512/90 **סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער** נקבע כי לא התקיימה עוולה של גרם הפרת חוזה מקום בו צד ביטל חוזה בהתאם ליזכות מפורשת בהסכם.

100. מעבר לכך, על פי לשונו המפורשת של הסעיף, גם לו יוכח כי הופר ההסדר מול התובעות, וכי הנאמן הוא שגרם לכך, יוכלו התובעות לתבוע רק נזק ממון אשר נגרם להן.

101. וכך נקבע לעניין זה אף בתא (ת"א) 28167-04-11 **אופטיקה הלפרין בע"מ נ' לופסויזין בע"מ**:

"נראה לי, שאין צורך להיזקק ולדון בעוולת "גרם הפרת החוזה", הקבועה בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין ולנתח את כל חמשת יסודותיה של העוולה גם בהקשר הנוכחי. **התובעת לא הוכיחה שנגרם לה נזק, שהוא, כזכור, מיסודותיה של עוולה זו.** ...

משלא נמצא נזק ממוני - אחד היסודות של עוולת הפרת החוזה - אני דוחה את טענות התובעת בכל הקשור לעוולה זו לעניין היחסים עם המשביר לצרכן." (ההדגשות שלנו)

102. עולה כי כתב התביעה אינו מציג את התשתית הנדרשת לא להוכחת יסודות עוולת גרם הפרת חוזה, ובעיקר כי הנזק הממוני שנגרם להם (המוכחש כמובן) עולה כדי סכום ההתעשרות.

3.1. עוולה מכוח פקודת הנזיקין

103. בנוסף, נטען בכתב התשובה, כי פעולותיו המזיקות של הנאמן לרבות ביזוי התובעות ושיסוי המחזיקים בהן (המוכחש כמובן) בוודאי באות לכל הפחות בגדרי עוולת הרשלנות בהתאם להוראות סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין.

104. אלא שגם עוולות אלו, ככל שיוכחו (והינן מוכחשות כמובן), אינן מזכות את התובעות בסעד המבוקש על ידן:

35" עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

36. החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף."

105. אף בע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו אליו מפנות התובעות, נקבע כי מטרת הפיצויים על פי סעיפים אלו היא להעמיד את הנפגע במצב בו היה נתון לולא היה נכנס למו"מ. ראו ב ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ :

"על-פי גישה זו, מטרת הפיצויים הנפסקים על-פי סעיף 12(ב) לחוק היא להעמיד את הנפגע באותו מצב שבו היה נתון לולא נכנס כלל למשא ולמתן (ראו: ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו [12], בעמ' 727; ע"א 82/85 כהן נ' כורי [13])"

ז. עולה כי אף הוראות דין אלו, וכן הפסיקה אשר הובאה על ידי התובעות, אינן תומכות בזכותן לפיצוי מהנאמן בסכום ההתעשרות כי אם לכל היותר בנזק האמיתי, אותו לא בכדי לא הוכיחו, שנגרם לתובעות כתוצאה מההפרה.

ח. הימנעות התובעות מלפעול במסגרת הליכי ההסדר

106. כמפורט בכתב התביעה, מזה מספר שנים נוהלו בחברת אפריקה השקעות לישראל בע"מ ("החברה"), הליכי הסדר חוב, כאשר התובעות היו צד להליכים אלו והצעת ההסדר מצידם אושר על ידי מחזיקי אגרות החוב כבר בדצמבר 2017.

107. עד לחודש פברואר 2019 היו התובעות צד פעיל בהליכי ההסדר, וגם לאחר מכן, כמפורט בכתב התביעה, הן התובעות והן חברות נוספות בשליטת בן משה הוסיפו לקחת חלק בהליכי ההתמחרות על החברה ונכסיה.

108. כן ניכר מכתב התשובה כי התובעות בקיאות היטב בהליכי הסדר החוב בחברה, אשר פורסמו באתר המגנ"א של הבורסה (עקב היותה של החברה ציבורית) וחלקם לרבות הסדר לפידות ופסק הדין לאישורו צורפו כנספחים לכתב התביעה.

109. במסגרת כתב התשובה הבהירו התובעות כי סכום ההתעשרות אשר נתבע בעילת עשית העושר ולא במשפט לא נתבע מהנאמן עצמו, וכי מדובר בתביעה המתייחסת לתמורות הסדר לפידות אשר מגיעים למחזיקי אגרות החוב מכוח אחזקתם באגרות החוב של החברה:

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

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

110. בנסיבות אלו, בהן התבקש עיכוב כספים שנועדו להשתלם במסגרת הסדר לפידות בגין אגרות החוב, בקשר עם טענות הקשורות לביטולו של ההסדר עם התובעות, אשר נקבע גם הוא על ידי בית המשפט של חדלות פירעון, ברור כי הפורום המתאים לבירור טענות התובעות, ולכל הפחות הבקשה לסעד זמני לעיכוב הכספים, הייתה בבית המשפט של חדלות פירעון. לא בכדי בחרו התובעות שלא להגיע לפתחו של כבוד הנשיא אשר בפניו התנהלו ההליכים המשפטיים ביחס להפרת שני ההסדרים בהם התקשרו המחזיקים עם חברות בשליטת מר בן משה.

111. בפני התובעות עמדו אף דרכים חלופיות בדמות הגשת תביעת חוב במסגרת הסדר החוב בחברה עם לפידות, או הגשת התנגדות להסדר לפידות, אשר נועדו בדיוק למטרות אלו – לאפשר לצדדים מעוניינים להביא עמדתם בפני בית המשפט של חדלות פירעון ו/או לטעון לזכויות במסגרת ההסדר כמפורט בפרק 3 לבקשה לביטול על הסף.

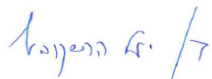
112. מקום בו עומדת לצד טענה, בין אם מהותית לזכאות לכספים המשתלמים במסגרת ההסדר, ובין אם פרוצדוראלית לעיכוב כספים אלו, הרי ששיהוי והימנעות מכוונים מלהעלות טענות אלו במועד ובפני הפורום אשר נקבע, והגשת תביעה כנגד צד אשר לא קיבלו ולו 1 ש"ח מהסכומים הנתבעים והכל על מנת להשיג עיכוב בפועל של הכספים, **מהווה שימוש פסול בהליכי משפט ואין להתירה.**

113. ונציין לעניין זה כי גרסת התובעות בסעיף 273 לתשובה לפיה נמנעו מהתנגדות להסדר לפידות מאחר וטענותיהן אינן מופנות כנגד הסדר לפידות כי אם ביחס לחובה הכללית לפצות את התובעות בגין הסדר חלופי, עומדת בניגוד מפורש לגרסת התובעות בסעיף 302.3 לתשובה, כי **התביעה לסכום ההתעשרות נבעה והתגבשה רק כתוצאה מהסדר לפידות**.⁸

114. בנסיבות אלו ברור כי הימנעות התובעות מלפעול במסגרת המנגנונים שבהסדר לפידות נבעה מטעמים פסולים ורצון לעכב כספים מבלי לשאת בתוצאות העיכוב ו/או מבלי לקיים דיון אמיתי בשאלת זכאותם לכספים אלו ו/או מבלי לברר מהו הנתבע המתאים.

ט. סוף דבר

115. לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על סילוק התביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט בין בעילת עשיית העושר בהתאם לכתב התביעה ובין בעילות החדשות הנטענות לראשונה בכתב התשובה של התובעות ולחייב את התובעות בהוצאות ושכ"ט הנאמן כמפורט במבוא לתגובה זו.



שירן גורפיין, עו"ד
נאור-גרשט, עורכי דין



יעל הרשקוביץ, עו"ד
גיסין ושות', עורכי דין

מועד ההגשה: **12/03/2020 17:19**

מספר תיק: **26175-01-20**

סוג מסמך: **תגובה/תשובה**

מספר אסמכתא למעקב: **1339137**

על המגיש לשמור את מספר האסמכתא לשם קבלת מידע אודותיו
המסמך הועבר לבדיקת מזכירות.

• אם יאושר, יתויק בתיק ותאריך ההגשה החוקי יחושב לפי תאריך ההגשה בפועל ולא לפי תאריך האישור.
כמו כן, יופק אישור שיוצג בתיקיית תיק נייר.

• אם לא יאושר, תשלח למגיש הודעה על כך. המסמך שנדחה יוצג בתיקיית תיק נייר