

בעניין

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ

מרחוב ששת הימים 30, בני ברק, מגדל צ'מפיון
 ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או טלי שלו ממשרד נאור-
 גרשט ו/או ע"י ב"כ עוה"ד גיא גיסין ו/או יעל הרשקוביץ
 ממשרד גיסין ושות' עורכי דין
 מרח' הברזל 38, תל אביב 69710
 טל: 03-7467777; פקס: 03-7467700

הנאמן;ובעניין

עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני

הנאמנים מטעם המציעות;

אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ

אקסטרה פיתוח;

אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ

שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד רענן קליר ו/או פנחס ברטל ממשרד
 ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות' עורכי דין
 מרח' ברקוביץ' 4, תל אביב 6423806
 טל: 03-7770111; פקס: 03-7770101

אקסטרה אחזקות;

אלון רבוע כחול ישראל בע"מ

ע"י ב"כ צבי אגמון ו/או אורי שורק ו/או רם שחורי ממשרד
 אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'
 ממגדל אלקטרה, רח' יגאל אלון, 98 תל אביב
 טל: 03-6078608; פקס: 03-6078666

רבוע כחול;

דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד שוני אלבק ו/או אחי ממשרד פישר בכר חן וול
 אוריון ושות'
 מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב
 טל: 03-6069630; פקס: 03-6069625

דור אלון;**תשובת אקסטרה לבקשת הנאמן**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.4.2020 ("ההחלטה") מתכבדות אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ ("הרוכשת") ואקסטרה אחזקות ישראל בע"מ ("אקסטרה אחזקות"; ויחד עם הרוכשת – "אקסטרה"¹) להשיב לבקשה למתן הוראות נשוא תיק זה ("הבקשה"), שהוגשה על ידי הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ ("הנאמן").

על סמך האמור להלן יתבקש בית המשפט הנכבד:

1. לדחות את הבקשה, ולהורות לנאמן לפעול לפי כתב ההוראות מיום 27.12.2017 ("כתב ההוראות"), המצ"ב **פנספח 1** לתשובה זו; ובכלל זה לבצע, בפיקדון אקסטרה (כהגדרתו להלן), פעולות למכירת / רכישת ניירות ערך לפי הוראות אקסטרה. זאת, בהתאם להוראת סעיף ג(7) לכתב ההוראות ("הוראת סעיף ג(7)"), שקובעת כך:

"אתם תבצעו פעולות בחשבון הבנק למכירת / רכישת ניירות ערך לפי הוראות אקסטרה ובלבד שלא ירכשו בחשבון הבנק אלא ניירות ערך הנסחרים בבורסה לניירות ערך בת"א בע"מ."

2. לחייב את הנאמן בשכ"ט עו"ד ובהוצאות בגין הבקשה, וזאת בשים לב הן להתנהלותו הנפסדת והן לדרך הטיעון הנפסדת שקיבלה ביטוי בבקשה, הכל כמפורט להלן.

¹ בבקשה הוגדרו הרוכשת ואקסטרה אחזקות, יחד, כמשיבה מספר 1, למרות שברור שמדובר בשתי חברות שונות.

ואלו נימוקי התשובה :

I פתח דבר

1. אקסטרה אחזקות הפקידה בחשבון בנק על שמו של הנאמן, כמפורט בסעיף 15. א לבקשה, פיקדון שהורכב ממזומן וניירות ערך בסך מקורי של 50 מיליון ₪ ("פיקדון אקסטרה" ו – "חשבון הפיקדון")².
2. בכל הקשור לענייני פיקדון אקסטרה הנאמן משמש **נאמן משותף** של אקסטרה ושל מחזיקי אגרות החוב של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ("אפריקה" ו – "מחזיקי אגרות החוב"). בהתאם, הנהנים בחשבון הפיקדון הם, כמפורט בסעיף 15. א לבקשה, אקסטרה ומחזיקי אגרות החוב.
3. בנוסף שימש הנאמן כנאמן לפי חוק ניירות ערך, תשכ"ח - 1968, של מחזיקי אגרות החוב.
4. היה על הנאמן להשיב לידי אקסטרה את פיקדון אקסטרה זה מכבר והוא פועל באופן פסול, שעה שהוא מחזיק בפיקדון ללא עילה ומסרב להחזירו. זאת, במסגרת מאבק שניטש בין הרוכשת לבין הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, לאחר שהסדר שהושג ביניהם, עלה על שרטון.
5. נוכח האמור בהחלטה לא נרחיב אודות מאבק זה, אלא ככל שהדבר נוגע לבקשה. יחד עם זאת, ייאמר מיידי כי אין שחר לטענות הנאמן כאילו אקסטרה חטאה בהפרה כלשהי בנוגע לתהליך ההסדר. **ההפך הוא הנכון**. הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בחרו להתחמק מן ההסדר כדי להשיג לעצמם רווחים עצומים.
6. כמו כן נדגיש כי הנאמן משמש (יחד עם הנאמנים מטעם המציעות) כנאמן לעניין פיקדונות אחרים, שאינם פיקדון אקסטרה, אך תשובה זו, המוגשת בשם אקסטרה, תתמקד בפיקדון אקסטרה.
7. עניינה של הבקשה הוא פשוט בתכלית. על פיקדון אקסטרה חלות הוראות כתב ההוראות ובכללן הוראת סעיף ג(7), שצוטטה לעיל, **שמחייבת את הנאמן לבצע בחשבון הפיקדון את הוראותיה של אקסטרה בנוגע למכירת או רכישת ניירות ערך ובלבד שאלו נסחרים בבורסה בת"א**.
8. אלא שהנאמן מסרב לפעול על פי הוראת סעיף ג(7) ומפר אותה. הרושם הברור הוא כי דרך התנהלות פסולה זו קשורה במאבק שמנהל הנאמן כנגד הרוכשת כאמור.
9. הנאמן הגדיל לעשות ובמסגרת הבקשה הוא עותר שבית המשפט הנכבד ייתן לו הוראה ואישור להפר את הוראת סעיף ג(7), כדי להסיר מעצמו אחריות להפרה הגסה שבה הוא חוטא.
10. הטענות בבקשה שמכוחן מבוקש האישור להפר את הוראת סעיף ג(7) הן מופרכות לגמרי. נראה שגם הנאמן מודע לכך ומטעם זה הבקשה **חותרת לבלבל את הקורא וחוטאת בתיאור מעוות של כמעט כל פרט עובדתי רלבנטי**. לפיכך דינה של הבקשה דחיה ויש להורות לנאמן לציית להוראת סעיף ג(7). להלן נפרט.

II עיקרי הצד העובדתי

11. נוכח הצגת הדברים המעוותת בבקשה אין מנוס מהצגת העובדות, תוך תיקון ולו של חלק מן ההטעיות שבהן נוקטת הבקשה, ככל שהן רלבנטיות לענייננו. כך נעשה בפרק זה להלן.

² הבקשה אינה מפרטת את שווי פיקדון אקסטרה נכון למועד הגשתה. לפי ידיעת אקסטרה שוויו עומד על כ – 60 מיליון ₪, קרי, מכוח הוראות שנתנה אקסטרה לעניין ניירות ערך שהיו בפיקדון ערכו עלה בכ – 10 מיליוני ₪.

12. **הרוכשת; והצעתה להסדר** – הרוכשת (אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ) היא חברה שמניויתיה שייכות למר בן משה. הרוכשת היא שהציעה את הצעת ההסדר שצורפה **כנספח 1** לבקשה ("הצעת הרוכשת"). על פי הצעת הרוכשת אמורה היתה הרוכשת לקבל את כל מניות אפריקה, להזרים לה סכומי כסף מהותיים, בהינתן הסדר חוב עם נושיה, ולאחר שאפריקה תמכור נכסים לרבע כחול, כמפורט להלן.
13. **אקסטרה אחזקות; ופיקדון אקסטרה, שהופקד על ידה, עליו חל כתב ההוראות** – אקסטרה אחזקות היא חברה שמניויתיה שייכות למר בן משה. **בניגוד** לנטען בסעיף 6 לבקשה, היא לא הציעה את הצעת הרוכשת ולא התחייבה לבצעה. אקסטרה אחזקות היא מי שהפקידה את פיקדון אקסטרה להבטחת התחייבויות הרוכשת על פי הצעת הרוכשת ולהבטחת הצעת רבוע כחול (כהגדרתה להלן). **בניגוד** לנטען בבקשה, על פקדון אקסטרה חלות הוראות כתב ההוראות ובמקרה הצורך גם הוראות הצעת הרוכשת או הצעת רבוע כחול. כפי שנראה להלן **כך נכתב במפורש** הן בהצעת הרוכשת והן בהצעת רבוע כחול.
14. **אלון רבוע כחול ישראל בע"מ ("רבוע כחול") והצעתה** – רבוע כחול היא חברה שמניויתיה שייכות לאקסטרה אחזקות, ושהנפיקה אגרות חוב בבורסה בת"א, כך שהיא מהווה "חברת אגרות חוב" כהגדרת מונח זה בחוק החברות, התשנ"ט – 1999. רבוע כחול הציעה לרכוש נכס מהותי של אפריקה - הבעלות במניות השליטה (כמעט 56% מן ההון המונפק והנפרע), של אפי נכסים בע"מ, ששמה במועדים הרלבנטיים היה אפריקה ישראל נכסים בע"מ, על פי ההצעה שצורפה **כנספח 3** לבקשה ("הצעת רבוע כחול"). הצעת רבוע כחול הוצעה באופן עצמאי ונפרד מהצעת הרוכשת (ועוד לפני שהוצעה הצעת הרוכשת). רבוע כחול הפקידה פיקדון בסך מקורי של 40 מיליון ₪ להבטחת הצעתה ("פקדון רבוע כחול").
15. **דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ("דור אלון") והצעתה** – דור אלון היא חברה ציבורית שמניויתיה נסחרות בבורסה ושרבוע כחול היא בעלת השליטה בה. דור אלון הציעה לרכוש נכסים של אפריקה שידועים בשם "הזכויות במפעיל", על פי ההצעה שצורפה **כנספח 4** לבקשה ("הצעת דור אלון"). הצעת דור אלון הוצעה באופן עצמאי ונפרד מהצעת רבוע כחול וכן מהצעת הרוכשת (ועוד לפני שהוצעה הצעת הרוכשת). כמפורט להלן, הצעת דור אלון נדחתה ובוטלה משאישרו מתזיקי אגרות החוב הסדר שלא כלל אותה. דור אלון הפקידה פיקדון בסך מקורי של 10 מיליון ₪ להבטחת הצעתה ("פקדון דור אלון").
16. **עורכי הדין רענן קליר ואלון בנימיני (שהוגדרו בבקשה "המשיבים הנאמנים")** – עוה"ד קליר ובנימיני מונו כנאמנים משותפים יחד עם הנאמן, בכל הקשור לפיקדון רבוע כחול³ ובכל הקשור לפיקדון דור אלון⁴. הם אינם נאמנים לעניין פיקדון אקסטרה. עוה"ד קליר ובנימיני הם שותפים במשרד ארדינסט בן נתן טולידאנו ושות', שמייצג, בכל הקשור למחלוקת בעניין הפיקדונות, **אך ורק את אקסטרה** (זאת, **בניגוד** לנטען בבקשה, בין היתר, בסעיף 3).
17. **ההסדר הראשון, שלא אושר על ידי בית המשפט** – בסוף שנת 2017 ובתחילת שנת 2018, אישרו הנאמן ומתזיקי אגרות החוב הסדר נושים לאפריקה. הסדר זה התבסס על גלגול קודם של הצעת הרוכשת (לפיה היא תהפוך בעלת המניות היחידה באפריקה), ועל הצעות נפרדות ועצמאיות של רבוע כחול ודור אלון לפיהן תרכוש כל אחת מהן נכסים (שוניים) של אפריקה. בחודש ינואר 2018 הוציאה רשות המיסים צו (שלטעמה של הרוכשת, אפריקה, הנאמן ומתזיקי אגרות החוב – הוצא בניגוד לדין ובאופן פסול),

³ ראו נא סעיף 9.1 (ב) להצעת רבוע כחול.

⁴ ראו נא סעיף 9.2 להצעת דור אלון.

לפיו אפריקה חבה לה סכומי עתק. צו זה הערים קשיים על קידום ההסדר האמור. **בניגוד** לנטען בבקשה (בין היתר בסעיף 4), **ההסדר האמור מעולם לא אושר על ידי בית המשפט.**

18. **ההסדר החלופי שהושג** – לאחר השקעת משאבים ניכרים, הושג הסדר חלופי (שהתגבר על הקשיים שגרם צו רשות המסים), שאושר על ידי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, וכן על ידי בית המשפט בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2018. ההסדר החלופי התבסס על הצעת הרוכשת ועל הצעת רבוע כחול שצורפה לה כנספח. **אישור מחזיקי אגרות החוב את ההסדר החלופי ביטל ודחה את הצעת דור אלון שלא צורפה להסדר החלופי.** **בניגוד** לנטען בסעיף 12 לבקשה, דור אלון מעולם לא הסכימה כי פיקדון דור אלון לא יוחזר אליה עד למועד השלמת ההסדר החלופי (ואין זה מקרה שהבקשה אינה מפנה להסכמה שכזו).

19. **ניסיונותיו הכושלים של הנאמן לחלט את הפיקדונות** – הנאמן הגיש בתיק ההסדר (פרי"ק-23117-06-16) ביום 2.7.2018 את בקשה 41; ובנוסף הגיש ביום 6.1.2019 את בקשה 51, במסגרתן ניסה לחלט את הפיקדונות, ללא בסיס, ותוך ניסיון מכוון ופסול לעררב בין הפיקדונות ובין הצעת הרוכשת, הצעת רבוע כחול והצעת דור אלון למרות שמדובר בהצעות נפרדות, של ישויות משפטיות שונות (גם אם כולן מצויות בשליטת מר בן משה). בית המשפט המליץ לנאמן לחזור בו מבקשה 41 הואיל וזו התייחסה להסדר המקורי, שכלל לא אושר על ידי בית המשפט, כמפורט בהחלטה מיום 18.2.2019 בע' 12 לפרוטוקול המצי"ב **כנספח 2**. הנאמן לא שעה להמלצה זו. לאחר מכן דחה בית המשפט את בקשות 41 ו- 51 בהחלטה מיום 24.3.2019 המצי"ב **כנספח 3**.

20. **החזקת פיקדון אקסטרה ללא עילה על ידי הנאמן והסירוב לשחררו בניגוד להוראות שחלות על הנאמן; התביעה שהגישה אקסטרה כנגד הנאמן** – ההסדר החלופי לא הושלם (לדידה של אקסטרה האשם בגין כך רובץ לפתחם של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב אך נוכח ההחלטה לא נרחיב על כך כאן). לפיכך, על הנאמן היה להשיב את פיקדון אקסטרה לפי דרישה שקיבל ביום 30.12.2018. חרף כך הוא מחזיק בו מאז ועד היום, למעלה משנה, ללא עילה ומסרב לשחררו בניגוד להוראות שחלות עליו. בנסיבות אלו, הגישה אקסטרה כנגד הנאמן ביום 12.1.2020 תביעה ("תביעת אקסטרה"). העתק תביעת אקסטרה, ללא נספחיה, מצי"ב **כנספח 4**.

21. **ראשי תביעת אקסטרה** – לתביעת אקסטרה שלושה ראשים:

שני ראשי התביעה הנוגעים לעניינינו (מהם, באופן תמוה, מתעלמת הבקשה) עוסקים בכך שהנאמן מחזיק בפיקדון אקסטרה שלא כדין, מסרב לפעול לפי הוראת סעיף 7(ג), וגורם בכך נזקים חמורים, שהולכים וגדלים. לפיכך נתבע הנאמן להשיב את פיקדון אקסטרה כמפורט בחלק השלישי לכתב התביעה, שם מפורטים שלל טעמים **מדוע היה על הנאמן להשיב את הפיקדון זה מכבר, כיצד הוא מחזיק בו כבן ערובה ומשך למעלה משנה אפילו לא נוקט הליך משפטי, כפי שהתחייב מעמדו (המופרכת) כי קמה לו זכות לחילוט, הכל תוך הפרה בוטה של תנאי הנאמנות והתעלמות מהם** (באופן שמתיישב היטב עם הבקשה דנן שגם תכליתה הפרה של תנאי הנאמנות). כמו כן נתבע הנאמן לשלם פיצוי בגין הנזקים המדוברים, שהסתכמו, עד למועד הגשת התביעה בסך של 8.965 מיליון ₪ (ראו נא פרק XXIII לתביעה, שם מופיע בין היתר חישוב של סכום זה).

ראש התביעה השלישי (אותו מציינת הבקשה, למשל בסעיף 21) עוסק בפיצוי שמגיע לאקסטרה, בגין כך שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב התחמקו מן ההסדר החלופי עם הרוכשת, והשיגו לעצמם עסקאות חלופיות שהניבו להם מאות מיליוני ₪ על חשבון הרוכשת. ראו נא: פרק XXII לתביעה, שם נתבע מאת הנאמן, לרבות על סמך הנטען בחלקים הראשון והשני לתביעה סך של 318.5 מיליון ₪.

22. **העיכוב המכוון מצד הנאמן בהגשת כתב הגנה לתביעת אקסטרה** – הנאמן פעל בכל מאוודו כדי להימנע מלהגיש כתב הגנה לתביעת אקסטרה, ובכלל זה בחר שלא להגיש כתב הגנה במועד הקבוע בדין, תוך שהוא מגיש בקשה מופרכת ליתן לו ארכה להגשת כתב הגנה, עד להכרעה בטענות סף (מופרכות) שהעלה כלפי ראש התביעה השלישי שתואר לעיל (ולא כלפי ראשי התביעה הנוגעים לפיקדון אקסטרה)⁵. הפועל היוצא הוא שעד לרגע זה הנאמן לא הגיש כתב הגנה לתביעת אקסטרה, שהוגשה זה מכבר.
23. **פניית אקסטרה לנאמן כי יפעל לפי הוראת סעיף ג(7)** – נוכח משבר הקורונה חלה ירידה חדה במחירי ניירות הערך בבורסה בת"א, באופן שיצר הזדמנויות השקעה. לפיכך, הפצירה אקסטרה בנאמן להפסיק להפר את כתב ההוראות, למלא אחר הוראת סעיף ג(7), ולציית להוראותיה לבצע פעולות של רכישה ומכירה של ניירות ערך (בבורסה בת"א), בכספי פיקדון אקסטרה. לאקסטרה ברור היה כי אי ניצול של ההזדמנויות המדוברות משמעו נזק חמור והיא ביקשה לנסות למנעו או לכל הפחות לצמצמו.
24. **המשא ומתן (המלאכותי) שניהל הנאמן עם אקסטרה בנוגע למילוי הוראת סעיף ג(7)** – הבקשה מבקשת לתאר משא ומתן שנוהל בעניין בקשתה של אקסטרה, **באופן אסור**. זאת, על סמך טענה שתומה לחלוטין וחסרת שחר, שמופיעה בסעיף 36 לבקשה. יתר על כן, תיאור המשא ומתן בבקשה חסר ומעוות. בנסיבות אלו נבהיר כי נוכח פניית אקסטרה פנו ב"כ הנאמן לב"כ אקסטרה וביקשו לנסות להגיע להסכמה לעניין ביצוע פעולות בני"ע. על אף שהנאמן חייב לציית להוראת סעיף ג(7), ועל אף שהנאמן לא מסר כל טעם מדוע הוא לא חייב לציית לה, הסכימה אקסטרה להגיע בעניין להסכמה.
- ב"כ הנאמן גם העלו את האפשרות כי ההסכמה תעוגן בבקשה **מוסכמת** למתן הוראות שתוגש לבית המשפט, אפשרות שגם אותה אקסטרה לא פסלה על הסף. אקסטרה אף הציעה, לפני משורת הדין, אפשרות למתווה מאוזן בו מקום שהפעולות בניירות ערך יניבו עודף אזי העודף יוצא מפיקדון אקסטרה, ואילו אם הפעולות יגרמו לחוסר אזי החוסר יושלם לפיקדון אקסטרה.
- אקסטרה הוסיפה והציעה כי ההתנהלות תהיה מול רבוע כחול שבהיותה חברת אגרות חוב מפרסמת דוחות כספיים מדי רבעון. בדוח האחרון שפרסמה עומד ההון העצמי שלה (סולו ומאוחד) על מעל מיליארד ומאתיים מיליון ₪ ומעל שני מיליארד ₪ (בהתאמה), כך שאין כל חשש שלא תוכל להשלים חסר של מיליוני ₪ גם אם זה יגרם. אקסטרה הדגישה כי הדבר דורש הסכמה של רבוע כחול במוסדותיה (ובסופו של יום הדבר לא הובא למוסדות רבוע כחול נוכח סירוב הנאמן למתווה עליו דובר).
- העתק המתווה שהניחה אקסטרה בפני הנאמן, במסגרת משא ומתן חסוי, מצ"ב **כנספח 5** (המתווה מצורף הואיל וממילא הבקשה מתייחסת אליו באמצעות התייחסות לתכתובת שהפנתה אליו). כפי שניתן לראות הרי **שבניגוד** לנטען בסעיף 37 לבקשה, **הודגש באותה הצעה כי היא מוצעת לפני משורת הדין, במסגרת משא ומתן ושאסור לצטט ממנה**.
- אלא שהנאמן דחה הצעה זו ללא נימוק ענייני, ותוך שהוא דורש דרישות מופרכות. זאת ועוד, ב"כ הנאמן העבירו לב"כ אקסטרה טיוטה של בקשה למתן הוראות, שדומה לבקשה שהוגשה בפועל, ממנה ברור כי הנאמן מתנגד, גם אם ללא בסיס, למלא אחר הוראת סעיף ג(7) ולבצע פעולות בניירות ערך. טיוטה זו הבהירה לאקסטרה כי הנאמן ניהל עמה משא ומתן מלאכותי וכי לא היתה לו כל כוונה להגיע

⁵ בקשה שהגישה אקסטרה לקבלת פסק דין בתביעת אקסטרה נוכח אי הגשת כתב ההגנה במועד נדחתה על ידי כב' הרשמת בלכר ואקסטרה שומרת על כל זכויותיה בנוגע להחלטה זו. בקשת הארכה של הנאמן נדחתה גם היא, אך כב' הרשמת בלכר שדחתה אותה אפשרה לנאמן להגיש כתב הגנה תוך זמן קצר לאחר תום תקופת החירום שהוכרזה בינתיים.

למתווה מוסכם חלף ההוראות הקבועות בכתב ההוראות, ולפיכך הפנתה אליו אקסטרה דרישה כמפורט להלן (התיאור בבקשה בסעיף 38 כאילו הנאמן פעל בזריזות מעוות גם הוא. הנאמן דחה את אקסטרה בלך ושוב עד שהעביר את אותה טיוטה שהבהירה שהמשא ומתן שניהל היה מלאכותי).

25. **דרישת אקסטרה כי הנאמן ימלא אחר הוראות סעיף ג(7)** – בהמשך לאמור לעיל, פנתה אקסטרה ביום 13.4.2020, באמצעות באי כוחה, הח"מ, לב"כ הנאמן, בדרישה כי הנאמן יציית להוראות סעיף ג(7) וימלא אחר הוראות שלה לענין רכישת ומכירת ניירות ערך בפיקדון אקסטרה ("דרישת אקסטרה"). העתק דרישת אקסטרה צורף **כנספח ב'** לבקשה. **בניגוד** לתיאור שלה בבקשה⁶, אין מדובר בפניה של עוה"ד קליר ובנימיני כנאמנים. על הדרישה חתומים עו"ד קליר ועו"ד ברטל ונכתב בה במפורש כי היא נשלחה בשם אקסטרה אותה הם מייצגים. כמו כן, הדרישה עוסקת בפיקדון אקסטרה בלבד (בעוד עוה"ד קליר ובנימיני הם אינם נאמנים לענין פיקדון אקסטרה, כאמור לעיל).

26. בעקבות דרישת אקסטרה הוגשה הבקשה שמנסה לטעון, ללא בסיס, מדוע הנאמן לא צריך לציית להוראת סעיף ג(7). נתייחס לטענות אלו בפרק הבא ונראה שאין להן בסיס.

27. לקראת סיום פרק זה נציין כי הנאמן מערבב בבקשה בין המשיבות כולן וניכר שהוא עושה כל מאמץ לטעון כנגד מר בן משה עצמו, הכל בהתעלם מכללי האישיות המשפטית הנפרדת (ובתוך כך גם הבקשה וגם חוות הדעת שצורפה **כנספח א'** לה ("חוות הדעת") מתארים את ב"כ אקסטרה כ – "ב"כ בן משה"). מדובר כמובן בהצגת דברים בלתי נכונה ואף מטעה. נוכח קוצר היריעה לא נתייחס לכל אותן הטענות.

28. לסיום פרק זה נציין כי הבקשה מרשה לעצמה להעלות טענות מבישות, באופן אישי, כלפי הח"מ, עו"ד קליר, ולערבב באופן שנראה מכוון, בינו לבין מרשתו, אקסטרה. ראו נא למשל הפתיח לבקשה שם נטען כי דרישת אקסטרה כוללת טענות "שקריות" (לא פחות!) אותן העלה הח"מ, כדי "לייצר לעצמו טענות לנזקים" (כך ממש!). בית המשפט הנכבד יתבקש להוקיע דרך טיעון נפסדת וחמורה זו.

III המסקנה המתבקשת – על הנאמן לציית לכתב ההוראות

29. בבקשה חותר הנאמן לקבל את אישורו של בית המשפט הנכבד להפר את כתב ההוראות ואת הוראת סעיף ג(7), מתוך כוונה שאישור זה, אם יינתן חלילה, יגן עליו מלשאת באחריות להפרה, מכוח הוראות סעיף 12(ג) לחוק הנאמנות, תשל"ט - 1979 ("חוק הנאמנות"). יש לדחות מכל וכל ניסיון זה של הנאמן.

30. **ראשית**, הנאמן מחויב לציית להוראת סעיף ג(7) שנכללת בכתב ההוראות מן הטעם הפשוט שהוא הסכים לכתב ההוראות (ולכן חתם עליו). **הסכמתו של הנאמן מחייבת אותו, כמובן**. וידגש – הבקשה נדונה לכישלון כבר משום שהיא אינה מתמודדת עם טעם פשוט זה. אדרבא, הבקשה מנסה להצניע את דבר קיומה של הוראת סעיף ג(7). ממילא היא לא מתיימרת להסביר הכיצד מעז הנאמן לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה שתכליתה לאפשר לנאמן להפר את אשר הסכים לו, במפורש.

31. זאת ועוד, הבקשה מניחה כי מובן מאילו שביט המשפט הנכבד יעניק לנאמן הוראות, ואף בניגוד לכתב ההוראות עליו חתום הנאמן. הבקשה אינה מנסה אפילו להסביר מדוע זכאי הנאמן לקבל הוראות שכאלו. גם כבר מטעם זה יש לדחות את הבקשה. לנאמן אין זכות קנויה לקבלת הוראות, בוודאי כאשר

⁶ למשל, בפסקה השלישית לבקשה שם תואר כאילו דרישת אקסטרה הופנתה לנאמן על ידי "המשיבים הנאמנים", קרי, עוה"ד קליר ובנימיני, אשר כאמור לעיל מונו כנאמנים משותפים יחד עם הנאמן, בכל הקשור לפיקדון רבוע כחול ולפיקדון דור אלון. ראו נא גם סעיפים 33-34 ו- 37-38 לבקשה שם נטען כאילו דרישת אקסטרה מהווה עמדה של "המשיבים הנאמנים" או של הח"מ, עו"ד קליר.

הן מבוקשות לגבי נושא המוסדר בכתב ההוראות, בוודאי ובוודאי כאשר הן מנוגדות לאמור בכתב ההוראות. יפים לעניין הדברים מתוך שלמה כרם **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979** 525-526 (2004):

"בית-המשפט אינו חייב לתת הוראות לנאמן, גם כשהלה מבקש זאת. ... בית-המשפט לא יזקק לבקשת נאמן, אם פתוחות בפני הנאמן דרכים חלופיות להשגת החלטה בגדר תנאי הנאמנות. כאשר בפני הנאמן פתוחה דרך חלופית, משמע שהוא יכול לקבל תשובה על בעייתו במסגרת תנאי הנאמנות, וממילא לא ייוותר במקרה כזה מקום להוראות בית-המשפט. אין לציבור עניין להעמיס על בית-המשפט טיפול בעניינים שנמצא להם ערוץ לקבלת החלטה על-ידי הסדר רצוני מחוץ לכותלי בית-המשפט."

32. כמו כן, הנאמן מתעלם מכך שגם הוראות חוק הנאמנות (שאינן תומכות בבקשה) כפופות בכל הקשור לענייננו להסכמת הצדדים. ראו נא סעיף 11 לחוק הנאמנות שכותרות "כפיפות לתנאי הנאמנות". גם הפסיקה המובאת בחוות הדעת כדי לנסות ולהסביר כי על הנאמן לפעול בניגוד לתנאי הנאמנות בוודאי אינה מסייעת לנטען בבקשה ואינה קשורה בענייננו. בת"א (מחוזי חי) 13021-03-09 **ישראל חסקלוביץ נ' יעקב זילברמן** (פורסם בנבו, 28.11.2011) לא דובר על בקשת למתן הוראות של נאמן אלא בתביעה כספית כנגד נאמנים. דובר על כך שהתניה החוזית לגבי שימוש בכספים שהופקדו שם הגבילה את הנהנה ולא את הנאמנים וממילא נדחתה התביעה כנגד הנאמנים (שבית המשפט מתח עליה ביקורת גם לגופם של דברים). גם בע"א 9225/01 **רונית זיימן נ' גד קומרון**, פ"ד סב(1) 260 (2006) נדחו הטענות כלפי הנאמן דווקא משום שפעל לפי הוראות הנהנה להבדיל מענייננו.

33. **שנית**, יש לדחות מכל וכל את הטענה המרכזית שעולה בבקשה (סעיפים 27 עד 30) **לפיה יש להתעלם מהוראות כתב ההוראות "מרגע שאושרו הסדרי הנושים"** (והכוונה היא להצעת הרוכשת להסדר לה צורפה הצעת רבוע כחול, שאושרו במסגרת אישור ההסדר).

34. מדובר **בטענה מטעה**, שמתיימרת לטעון, **ללא בסיס**, כי האמור בהצעת הרוכשת או בהצעת רבוע כחול מאיין את כתב ההוראות, בעוד שמצב הדברים הוא **הפוך**. הן הצעת הרוכשת והן הצעת רבוע כחול **מפנות לכתב ההוראות, מסתמכות עליו וקובעות במפורש כי הוראותיו יחולו על פיקדון אקסטרה**.

35. הנה, כך נכתב במפורש בהצעת הרוכשת להסדר (**נספח 1** לבקשה), בסעיף 5.2.1, בע' 25 (שם הוגדר פיקדון אקסטרה – **"הפיקדון המשותף"**):

"אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, הפקידה בחשבון הנאמנות (כהגדרתו להלן) פיקדון משותף בהיקף של 50 מיליון ₪ להבטחת התחייבויות הרוכשת על פי הסדר זה ולהבטחת הצעת רבוע כחול (להלן: "הפיקדון המשותף")"

ביחס לפיקדון המשותף יחולו תנאי כתב ההוראות מיום 27.12.2017 עליו חתמו הרוכשת והנאמנים."

36. כך גם הצעת רבוע כחול (**נספח 3** לבקשה) מפנה לכתב ההוראות ומבארת כי הוא חל על פיקדון אקסטרה, כפי שנכתב בסעיף 9.1 להצעה זו, במפורש:

"9.1 להבטחת הצעה זו העמידו המציעה ואקסטרה אחזקות ישראל בע"מ ("אקסטרה") פיקדון בהיקף של 90 מיליון ₪ (להלן: "הפיקדון") בחלקים כמפורט להלן:

(א) פיקדון שהועמד על ידי אקסטרה, בהיקף של כ-50 מיליון ₪ - כמפורט בסעיף 5.2.1 להצעה לרכישת מניותיה של החברה על ידי חברה ייעודית ("הרוכשת") שתוקם ואשר כל מניותיה שייכות לאקסטרה (להלן: "הצעת הרוכשת") (להלן: "הפיקדון המשותף")

הפיקדון המשותף יעמוד להבטחת ההתחייבויות על פי הצעת הרוכשת ועל פי הצעה זו ויחולו

לגבי הוראות סעיף 5.2.1 להצעת הרוכשת (לרבות כתב ההוראות הנזכר בסעיף האמור).

37. גם קריאת כתב ההוראות עצמו תלמד כי מדובר במסמך שנועד להשתלב עם הצעת רבוע כחול ועם הצעת הרוכשת, כי הוא נחתם בשים לב לקיומן (סעיף א' לכתב ההוראות) וכי הוא קובע מנגנונים להחזר הפיקדון או לחילוטו באופן שמתיישב עם האמור באותן הצעות (למשל סעיף ג(5)).
38. הנה כי כן, לא זו בלבד שאישור הצעת הרוכשת והצעת רבוע כחול במסגרת ההסדר שאושר לא איין את הוראות כתב ההוראות. אדרבא, אישור ההסדר היווה הסכמה מצד מחזיקי אגרות החוב, לתחולתו של כתב ההוראות על הפיקדון, נוסף על הסכמת הנאמן לכתב ההוראות.
39. אין זה פלא איפוא שטענת הנאמן כאילו אישור הצעת הרוכשת או אישור הצעת רבוע כחול מאיינת את הוראות כתב ההוראות, אינה נתמכת ולו בבדל הוראה מהוראות הצעת הרוכשת או מהוראות הצעת רבוע כחול (או בכל אסמכתא אחרת).
40. מעבר לכל אלו, **טענה זו מופרכת גם משום שהיא מנוגדת להתנהגותו של הנאמן עצמו** שפעל לבצע (כפי שעולה גם מן הבקשה עצמה) את הוראותיה של אקסטרה למכירת ניירות ערך בפיקדון אקסטרה. הוא לא מכר אותן על דעת עצמו. אם אכן איין אישור ההסדר את כתב ההוראות מדוע הנאמן המשיך לפעול על פיו וציית להוראות אקסטרה לעניין ביצוע עסקאות בניירות ערך בפיקדון אקסטרה?!
41. **שלישית**, ובהמשך לאמור לעיל יש לדחות את הטענה המופיעה בסעיף 10 לחוות הדעת (**נספח א'** לבקשה) לפיה הנאמן רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) לכתב ההוראות משום שכתב ההוראות לא פורסם ברבים. מובן שאי פרסום ברבים של כתב ההוראות אינו גורע מתוקפו. לא לחינם חוות הדעת אינה מצביעה על מקור חוקי לפיו אי פרסום ברבים שולל את תוקפו של כתב ההוראות. יתר על כן, כפי שראינו הצעת הרוכשת והצעת רבוע כחול שפורסמו ברבים ואושרו מפנות לכתב ההוראות, מתבססות עליו וקובעות כי הוראותיו חלות על פיקדון אקסטרה. בשולי עניין זה, אין שחר לאמור בסעיף 10 לחוות הדעת כאילו נטען על ידי אקסטרה שכתב ההוראות פורסם ברבים.
42. **רביעית**, יש לדחות את טענות הנאמן כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) משום שקיימת בימים אלו תנודתיות גבוהה בשוק ההון (סעיף 31 לבקשה).
43. הטעם הפשוט הוא שהוראת סעיף ג(7) אינה כפופה לתנודתיות בשוק ההון, והיא מהווה סיכום מפורש.
44. יתר על כן, הוראת סעיף ג(7) הגדירה מראש ובמדויק אילו ניירות ערך תוכל אקסטרה לבקש למכור ולקנות – והכוונה היא לניירות ערך שנסחרים בבורסה בת"א בלבד. ללמדך כי הצדדים בחנו היטב אילו השקעות ניתן לעשות בפיקדון אקסטרה בשים לב לסיכונים האפשריים והגיעו בעניין זה לסיכום מפורש. יש אפוא לכבד סיכום מפורש ומדויק זה ואין לסטות ממנו.
45. לבסוף בעניין זה מובן שתנודתיות בשוק ההון יכולה לפעול הן לטובה והן לרעה. ממילא חששו של הנאמן כי התנודתיות תפעל דווקא לרעה, אינו מבוסס, ובוודאי שלא יכול לשמש טעם להימנע מפעולות שהצדדים סיכמו שיש לבצען לפי הוראות אקסטרה. זאת ועוד, מדובר בטענה סתמית שהנאמן לא טרח לפרטה או להוכיחה באופן שמעיד על חוסר הרצינות שלה. כך הנאמן לא פירט מהו פשרה של אותה תנודתיות, היכן לשיטתו עובר קו גבול בין שוק תנודתי לשוק שאינו תנודתי וכיו"ב נתונים בסיסיים שקשורים בטענה זו. אין זו אלא שגם הנאמן מכיר בכך שאין מדובר בטענה רלבנטית.

46. **חמישית**, יש לדחות את טענת הנאמן כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) בהסתמך על תקנות הנאמנות (דרכי השקעת הקדש ציבורי), תשס"ד-2004 ("תקנות הקדש ציבורי"), המוזכרת בסעיף 29 לחוות הדעת. למעשה הנאמן עצמו לא הסביר מדוע תקנות הקדש ציבורי חלות בעניינו מקום שאין מדובר בהקדש ציבורי (ובהתאם הנאמן לא פעל כפי שמתחייב לפעול במקרה של הקדש ציבורי למשל לביצוע רישום לפי סעיף 26 לחוק הנאמנות). גם לא ניתן להקיש מתקנות הקדש ציבורי שכן בין הצדדים הושג סיכום מפורש ויש לפעול על פיו.

47. **שישית**, יש לדחות את טענת הנאמן המפורטת בסעיף 18 לחוות הדעת כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) משום שלאחר הגשות בקשת החילוט "עולה ספק" האם הוראה זו חלה. זאת, משלל טעמים.

48. **הטעם הראשון** – כתב ההוראות אינו מכפיף את הוראת סעיף ג(7) ואינו מגביל את תחולתה למקרה של הגשת בקשת חילוט. סברתם של באי כוח הנאמן במסגרת חוות הדעת כי עולה לעניין זה "ספק" בוודאי אינה מהווה בסיס להגבלת הוראת סעיף ג(7). **הטעם השני** – **בניגוד** לנטען בחוות הדעת (בסעיף 14), בוצעו פעולות בניירות ערך בפיקדון אקסטרה גם לאחר שהוגשו בקשות החילוט. ראו נא לעניין זה **נספח 6** לבקשה שם מפורטות בין היתר פעולות בניירות הערך "רציו מימון" בחודש נובמבר 2018 ובניירות הערך "או פי סי אנרגיה" בחודש אפריל 2019. קרי, התנהגות הנאמן עצמו מלמדת כי אין ממש בטענה כאילו לאחר שהוגשה בקשת חילוט אין מקום להחלת הוראת סעיף ג(7). **הטעם השלישי** – כאמור וכידוע היטב לנאמן, בקשות החילוט שהגיש נדחו עוד בהחלטה מיום 24.3.2019 (**נספח 2** לתשובה זו). הכיצד בקשות שנדחו יכולות להצדיק הפרתו את הוראת סעיף ג(7)? לנאמן הפתרוניס.

49. **שביעית**, יש לדחות את טענות הנאמן כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) משום שבעבר דרש השלמה של כספי הפיקדונות ודרישתו זו סורבה. גם טענה זו חוטאת בהטעיה, ובנוסף היא חסרת שחר.


50. כך, **בניגוד** לנטען בסעיף 24 לבקשה, הנאמן לא פנה בעבר למשיבות משום שערך הפיקדונות ירד מתחת ל- 100 מיליון ₪. כך, **בניגוד** לנטען בסעיף 15 לחוות הדעת הנאמן לא פנה בעניין זה מעולם לרבע כחול זה שכן ערכו של פיקדון רבוע כחול עלה באותה העת על ערכו המקורי. הוא פנה רק לאקסטרה משום שערך פיקדון אקסטרה ירד אל מתחת ל- 50 מיליון ₪ (ראו נא מכתב באי כוחו מיום 27.12.2018. **נספח 7** לבקשה). אקסטרה השיבה לנאמן (**נספח 8** לבקשה) כי על פיקדון אקסטרה חל כתב ההוראות וכי זה אינו מקנה כל זכות לדרוש מאקסטרה השלמה של פיקדון אקסטרה גם אם ערכו יורד אל מתחת ל- 50 מיליון ₪. הנאמן גם כלל במסגרת בקשה 51 עתירה כי פיקדון אקסטרה יושלם אך זו נדחתה⁷.

51. הנה כי כן, מובן שדרישתו חסרת הבסיס של הנאמן כי פיקדון אקסטרה יושלם וסירובה המוצדק של אקסטרה להיעתר לה, אינם יכולים לשמש בסיס להפרה של הנאמן את הוראת סעיף ג(7).

תשובה זו נתמכת בתצהירו של מר מוטי בן משה, בעל המניות ברוכשת ובאקסטרה אחזקות. לאור המגבלות שחלות נוכח התפרצות מגיפת הקורונה, תצהיר מאומת יוגש לתיק בימים הקרובים.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד כמפורט ברישא לתשובה זו.


פנחס ברטל, עו"ד


רענן קליר, עו"ד

ב"כ הרוכשת ואקסטרה אחזקות

⁷ שני העמודים הראשונים לאותה בקשה מצ"ב **נספח 6**. הסעד לגבי השלמת הפיקדון מופיע בסעיף (ב) שבעמוד השני.

תצהיר

אני החתום מטה, מרדכי (מוטי) בן משה נושא ת"ז מס' 032140121, לאחר שהוזהרתי כי עליי להצהיר אמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. אני בעל המניות היחיד, באקסטרה פיתוח וייזום בע"מ ("הרוכשת") ובאקסטרה אחזקות ישראל בע"מ ("אקסטרה אחזקות"; ויחד עם הרוכשת – "אקסטרה").
2. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לתשובתן לבקשה מטעם הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ ("הנאמן") למתן הוראות לפי סעיף 12(ג) לחוק הנאמנות שנפתחה בה"פ 13003-04-20 ("הבקשה" ו – "התשובה"). התשובה מוגשת לפי ההחלטה מיום 19.4.2020 ("ההחלטה").
3. העובדות בתצהירי זה ידועות לי מידיעה אישית, או למיטב ידיעתי ואמונותי, וכן מעיון במסמכים המצויים בחזקתי. ככל שבתצהירי זה שלובות טענות משפטיות, טענות אלה מבוססות על עצה משפטית שקיבלתי, ואשר לה אני מאמין.

I פתח דבר

4. אקסטרה אחזקות הפקידה בחשבון בנק על שמו של הנאמן, כמפורט בסעיף 15.א לבקשה, פיקדון שהורכב ממזומן וניירות ערך בסך מקורי של 50 מיליון ₪ ("פיקדון אקסטרה" ו – "חשבון הפיקדון").¹
5. בכל הקשור לענייני פיקדון אקסטרה הנאמן משמש **נאמן משותף** של אקסטרה ושל מחזיקי אגרות החוב של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ("אפריקה" ו – "מחזיקי אגרות החוב"). בהתאם, הנהנים בחשבון הפיקדון הם, כמפורט בסעיף 15.א לבקשה, אקסטרה ומחזיקי אגרות החוב.
6. בנוסף שימש הנאמן כנאמן לפי חוק ניירות ערך, תשכ"ח - 1968, של מחזיקי אגרות החוב.
7. היה על הנאמן להשיב לידי אקסטרה את פיקדון אקסטרה זה מכבר והוא פועל באופן פסול, שעה שהוא מחזיק בפיקדון ללא עילה ומסרב להחזירו. זאת, במסגרת מאבק שניטש בין הרוכשת לבין הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, לאחר שהסדר שהושג ביניהם, עלה על שרטון.
8. נוכח האמור בהחלטה לא ארחיב אודות מאבק זה, אלא ככל שהדבר נוגע לבקשה. יחד עם זאת, ייאמר מייד כי אין שחר לטענות הנאמן כאילו אקסטרה חטאה בהפרה כלשהי בנוגע לתהליך ההסדר. **ההפך הוא הנכון**. הנאמן ומחזיקי אגרות החוב בחרו להתחמק מן ההסדר כדי להשיג לעצמם רווחים עצומים.
9. כמו כן אדגיש כי הנאמן משמש (יחד עם הנאמנים מטעם המציעות כהגדרתם בתשובה) כנאמן לעניין פיקדונות אחרים, שאינם פיקדון אקסטרה, אך התשובה, המוגשת בשם אקסטרה, תתמקד בפיקדון אקסטרה.
10. עניינה של הבקשה הוא פשוט בתכלית. על פיקדון אקסטרה חלות הוראות כתב ההוראות מיום 27.12.2017 ("כתב ההוראות") המצורף לתצהירי זה **כנספח 1** ובכללן הוראת סעיף ג(7), **שמחייבת את הנאמן לבצע בחשבון הפיקדון את הוראותיה של אקסטרה בנוגע למכירת או רכישת ניירות ערך ובלבד**

¹ הבקשה אינה מפרטת את שווי פיקדון אקסטרה נכון למועד הגשתה. לפי ידיעת אקסטרה שוויו עומד על כ – 60 מיליון ₪, קרי, מכוח הוראות שנתנה אקסטרה לעניין ניירות ערך שהיו בפיקדון ערכו עלה בכ-10 מיליוני ₪.

שאלו נסחרים בבורסה בת"א.

11. אלא שהנאמן מסרב לפעול על פי הוראת סעיף ג(7) ומפר אותה. הרושם הברור הוא כי דרך התנהלות פסולה זו קשורה במאבק שמנהל הנאמן כנגד הרוכשת כאמור.
12. הנאמן הגדיל לעשות ובמסגרת הבקשה הוא עותר שבית המשפט הנכבד ייתן לו הוראה ואישור להפר את הוראת סעיף ג(7), כדי להסיר מעצמו אחריות להפרה הגסה שבה הוא חוטא.
13. הטענות בבקשה שמכוחן מבוקש האישור להפר את הוראת סעיף ג(7) הן מופרכות לגמרי. נראה שגם הנאמן מודע לכך ומטעם זה הבקשה **חותרת לבלבל את הקורא וחוטאת בתיאור מעוות של כמעט כל פרט עובדתי רלבנטי**. לפיכך דינה של הבקשה דחיה ויש להורות לנאמן לציית להוראת סעיף ג(7). להלן אפרט.

II עיקרי הצד העובדתי

14. נוכח הצגת הדברים המעוותת בבקשה אין מנוס מהצגת העובדות, תוך תיקון ולו של חלק מן ההטעיות שבהן נוקטת הבקשה, ככל שהן רלבנטיות לענייננו. כך אעשה בפרק זה להלן.
15. **הרוכשת; והצעתה להסדר** – הרוכשת (אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ) היא חברה שמניותיה שייכות לי. הרוכשת היא שהציעה את הצעת ההסדר שצורפה **כנספח 1** לבקשה ("**הצעת הרוכשת**"). על פי הצעת הרוכשת אמורה היתה הרוכשת לקבל את כל מניות אפריקה, להזרים לה סכומי כסף מהותיים, בהינתן הסדר חוב עם נושיה, ולאחר שאפריקה תמכור נכסים לרבע כחול, כמפורט להלן.
16. **אקסטרה אחזקות; ופיקדון אקסטרה, שהופקד על ידה, עליו חל כתב ההוראות** – אקסטרה אחזקות היא חברה שמניותיה שייכות לי. **בניגוד** לנטען בסעיף 6 לבקשה, היא לא הציעה את הצעת הרוכשת ולא התחייבה לבצעה. אקסטרה אחזקות היא מי שהפקידה את פיקדון אקסטרה להבטחת התחייבויות הרוכשת על פי הצעת הרוכשת ולהבטחת הצעת רבוע כחול (כהגדרתה להלן). **בניגוד** לנטען בבקשה, על פקדון אקסטרה חלות הוראות כתב ההוראות ובמקרה הצורך גם הוראות הצעת הרוכשת או הצעת רבוע כחול. כפי שנראה להלן **כך נכתב במפורש** הן בהצעת הרוכשת והן בהצעת רבוע כחול.
17. **אלון רבוע כחול ישראל בע"מ ("רבוע כחול") והצעתה** – רבוע כחול היא חברה שמניותיה שייכות לאקסטרה אחזקות, ושהנפיקה אגרות חוב בבורסה בת"א, כך שהיא מהווה "חברת אגרות חוב" כהגדרת מונח זה בחוק החברות, התשנ"ט – 1999. רבוע כחול הציעה לרכוש נכס מהותי של אפריקה - הבעלות במניות השליטה (כמעט 56% מן ההון המונפק והנפרע), של אפי נכסים בע"מ, ששמה במועדים הרלבנטיים היה אפריקה ישראל נכסים בע"מ, על פי ההצעה שצורפה **כנספח 3** לבקשה ("**הצעת רבוע כחול**"). הצעת רבוע כחול הוצעה באופן עצמאי ונפרד מהצעת הרוכשת (ועוד לפני שהוצעה הצעת הרוכשת). רבוע כחול הפקידה פיקדון בסך מקורי של 40 מיליון ₪ להבטחת הצעתה ("**פקדון רבוע כחול**").
18. **דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ("דור אלון") והצעתה** – דור אלון היא חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה ושרבוע כחול היא בעלת השליטה בה. דור אלון הציעה לרכוש נכסים של אפריקה שידועים בשם "הזכויות במפעיל", על פי ההצעה שצורפה **כנספח 4** לבקשה ("**הצעת דור אלון**"). הצעת דור אלון הוצעה באופן עצמאי ונפרד מהצעת רבוע כחול וכן מהצעת הרוכשת (ועוד לפני שהוצעה הצעת הרוכשת). כמפורט להלן, הצעת דור אלון נדחתה ובוטלה משאישרו מחזיקי אגרות החוב הסדר שלא

- כלל אותה. דור אלון הפקידה פיקדון בסך מקורי של 10 מיליון ₪ להבטחת הצעתה ("פיקדון דור אלון").
19. **עורכי הדין רענן קליר ואלון בנימיני (שהוגדרו בבקשה "המשיבים הנאמנים")** – עוה"ד קליר ובנימיני מונו כנאמנים משותפים יחד עם הנאמן, בכל הקשור לפיקדון רבוע כחול² ובכל הקשור לפיקדון דור אלון³. הם אינם נאמנים לעניין פיקדון אקסטרה. עוה"ד קליר ובנימיני הם שותפים במשרד ארדינסט בן נתן טולידאנו ושות', שמייצג, בכל הקשור למחלוקת בעניין הפיקדונות, **אך ורק את אקסטרה** (זאת, **בניגוד** לנטען בבקשה, בין היתר, בסעיף 3).
20. **ההסדר הראשון, שלא אושר על ידי בית המשפט** – בסוף שנת 2017 ובתחילת שנת 2018, אישרו הנאמן ומחזיקי אגרות החוב הסדר נושים לאפריקה. הסדר זה התבסס על גלגול קודם של הצעת הרוכשת (לפיה היא תהפוך בעלת המניות היחידה באפריקה), ועל הצעות נפרדות ועצמאיות של רבוע כחול ודור אלון לפיהן תרכוש כל אחת מהן נכסים (שוניים) של אפריקה. בחודש ינואר 2018 הוציאה רשות המיסים צו (שלטעמה של הרוכשת, אפריקה, הנאמן ומחזיקי אגרות החוב – הוצא בניגוד לדין ובאופן פסול), לפיו אפריקה חבה לה סכומי עתק. צו זה הערים קשיים על קידום ההסדר האמור. **בניגוד** לנטען בבקשה (בין היתר בסעיף 4), **ההסדר האמור מעולם לא אושר על ידי בית המשפט**.
21. **ההסדר החלופי שהושג** – לאחר השקעת משאבים ניכרים, הושג הסדר חלופי (שהתגבר על הקשיים שגרם צו רשות המיסים), שאושר על ידי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב, וכן על ידי בית המשפט בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2018. ההסדר החלופי התבסס על הצעת הרוכשת ועל הצעת רבוע כחול שצורפה לה כנספח. **אישור מחזיקי אגרות החוב את ההסדר החלופי ביטל ודחה את הצעת דור אלון שלא צורפה להסדר החלופי**. **בניגוד** לנטען בסעיף 12 לבקשה, דור אלון מעולם לא הסכימה כי פיקדון דור אלון לא יוחזר אליה עד למועד השלמת ההסדר החלופי (ואין זה מקרה שהבקשה אינה מפנה להסכמה שכזו).
22. **ניסיונותיו הכושלים של הנאמן לחלט את הפיקדונות** – הנאמן הגיש בתיק ההסדר (פ"ק-06-23117-16) ביום 2.7.2018 את בקשה 41; ובנוסף הגיש ביום 6.1.2019 את בקשה 51, במסגרתן ניסה לחלט את הפיקדונות, ללא בסיס, ותוך ניסיון מכוון ופסול לעררב בין הפיקדונות ובין הצעת הרוכשת, הצעת רבוע כחול והצעת דור אלון למרות שמדובר בהצעות נפרדות, של ישויות משפטיות שונות (גם אם כולן מצויות בשליטתו). בית המשפט המליץ לנאמן לחזור בו מבקשה 41 הואיל וזו התייחסה להסדר המקורי, שכלל לא אושר על ידי בית המשפט, כמפורט בהחלטה מיום 18.2.2019 בע' 12 לפרוטוקול המצורף לתצהירי זה **כנספח 2**. הנאמן לא שעה להמלצה זו. לאחר מכן דחה בית המשפט את בקשות 41 ו-51 בהחלטה מיום 24.3.2019 המצורפת לתצהירי זה **כנספח 3**.
23. **החזקת פיקדון אקסטרה ללא עילה על ידי הנאמן והסירוב לשחררו בניגוד להוראות שחלות על הנאמן; התביעה שהגישה אקסטרה כנגד הנאמן** – ההסדר החלופי לא הושלם (לדידה של אקסטרה האשם בגין כך רובץ לפתחם של הנאמן ומחזיקי אגרות החוב אך נוכח ההחלטה לא ארחיב על כך כאן). לפיכך, על הנאמן היה להשיב את פיקדון אקסטרה לפי דרישה שקיבל ביום 30.12.2018. חרף כך הוא מחזיק בו מאז ועד היום, למעלה משנה, ללא עילה ומסרב לשחררו בניגוד להוראות שחלות עליו. בנסיבות אלו, הגישה אקסטרה כנגד הנאמן ביום 12.1.2020 תביעה ("תביעת אקסטרה"). העתק תביעת אקסטרה, ללא נספחיה, מצורפת לתצהירי זה **כנספח 4**.

² ראו נא סעיף 9.1 (ב) להצעת רבוע כחול.
³ ראו נא סעיף 9.2 להצעת דור אלון.

24. **ראשי תביעת אקסטרה – לתביעת אקסטרה שלושה ראשים :**

שני ראשי התביעה הנוגעים לעניינינו (מהם, באופן תמוה, **מתעלמת הבקשה**) עוסקים בכך שהנאמן מחזיק בפיקדון אקסטרה שלא כדין, מסרב לפעול לפי הוראת סעיף ג(7), וגורם בכך נזקים חמורים, שהולכים וגדלים. לפיכך נתבע הנאמן להשיב את פיקדון אקסטרה כמפורט בחלק השלישי לכתב התביעה, שם מפורטים שלל טעמים מדוע היה על הנאמן להשיב את הפיקדון זה מכבר, כיצד הוא מחזיק בו כבן ערובה ומשך למעלה משנה אפילו לא נוקט הליך משפטי, כפי שהתחייב מעמדו (המופרכת) כי קמה לו זכות לחילוט, הכל תוך הפרה בוטה של תנאי הנאמנות והתעלמות מהם (באופן שמתיישב היטב עם הבקשה דגן שגם תכליתה הפרה של תנאי הנאמנות). כמו כן נתבע הנאמן לשלם פיצוי בגין הנזקים המדוברים, שהסתכמו, עד למועד הגשת התביעה בסך של 8.965 מיליון ₪ (ראו נא פרק XXIII לתביעה, שם מופיע בין היתר חישוב של סכום זה).

ראש התביעה השלישי (אותו מציינת הבקשה, למשל בסעיף 21) עוסק בפיצוי שמגיע לאקסטרה, בגין כך שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב התחמקו מן ההסדר החלופי עם הרוכשת, והשיגו לעצמם עסקאות חלופיות שהניבו להם מאות מיליוני ₪ על חשבון הרוכשת. ראו נא : פרק XXII לתביעה, שם נתבע מאת הנאמן, לרבות על סמך הנטען בחלקים הראשון והשני לתביעה סך של 318.5 מיליון ₪.

25. **העיכוב המכוון מצד הנאמן בהגשת כתב הגנה לתביעת אקסטרה –** הנאמן פעל בכל מאודו כדי להימנע מלהגיש כתב הגנה לתביעת אקסטרה, ובכלל זה בחר שלא להגיש כתב הגנה במועד הקבוע בדין, תוך שהוא מגיש בקשה מופרכת ליתן לו ארכה להגשת כתב הגנה, עד להכרעה בטענות סף (מופרכות) שהעלה כלפי ראש התביעה השלישי שתואר לעיל (ולא כלפי ראשי התביעה הנוגעים לפיקדון אקסטרה)⁴. הפועל היוצא הוא שעד לרגע זה הנאמן לא הגיש כתב הגנה לתביעת אקסטרה, שהוגשה זה מכבר.

26. **פניית אקסטרה לנאמן כי יפעל לפי הוראת סעיף ג(7) –** נוכח משבר הקורונה חלה ירידה חדה במחירי ניירות הערך בבורסה בת"א, באופן שיצר הזדמנויות השקעה. לפיכך, הפצירה אקסטרה בנאמן להפסיק להפר את כתב ההוראות, למלא אחר הוראת סעיף ג(7), ולציית להוראותיה לבצע פעולות של רכישה ומכירה של ניירות ערך (בבורסה בת"א), בכספי פיקדון אקסטרה. לאקסטרה ברור היה כי אי ניצול של ההזדמנויות המדוברות משמעו נזק חמור והיא ביקשה לנסות למנוע או לכל הפחות לצמצמו.

27. **המשא ומתן (המלאכותי) שניהל הנאמן עם אקסטרה בנוגע למילוי הוראת סעיף ג(7) –** הבקשה מבקשת לתאר משא ומתן שנוהל בעניין בקשתה של אקסטרה, **באופן אסור**. זאת, על סמך טענה שתומה לחלוטין וחסרת שחר, שמופיעה בסעיף 36 לבקשה. יתר על כן, תיאור המשא ומתן בבקשה חסר ומעוות. בנסיבות אלו נבהיר כי נוכח פניית אקסטרה פנו ב"כ הנאמן לב"כ אקסטרה וביקשו לנסות להגיע להסכמה לעניין ביצוע פעולות בני"ע. על אף שהנאמן חייב לציית להוראת סעיף ג(7), ועל אף שהנאמן לא מסר כל טעם מדוע הוא לא חייב לציית לה, הסכימה אקסטרה להגיע בעניין להסכמה.

ב"כ הנאמן גם העלו את האפשרות כי ההסכמה תעוגן בבקשה **מוסכמת** למתן הוראות שתוגש לבית המשפט, אפשרות שגם אותה אקסטרה לא פסלה על הסף. אקסטרה אף הציעה, לפני משורת הדין, אפשרות למתווה מאוזן בו מקום שהפעולות בניירות ערך יניבו עודף אזי העודף יוצא מפיקדון

⁴ בקשה שהגישה אקסטרה לקבלת פסק דין בתביעת אקסטרה נוכח אי הגשת כתב ההגנה במועד נדחתה על ידי כבי' הרשמת בלכר ואקסטרה שומרת על כל זכויותיה בנוגע להחלטה זו. בקשת הארכה של הנאמן נדחתה גם היא, אך כבי' הרשמת בלכר שדחתה אותה אפשרה לנאמן להגיש כתב הגנה תוך זמן קצר לאחר תום תקופת החירום שהוכרזה בינתיים.

אקסטרה, ואילו אם הפעולות יגרמו לחוסר אזי החוסר יושלם לפיקדון אקסטרה.

אקסטרה הוסיפה והציעה כי ההתנהלות תהיה מול רבוע כחול שבהיותה חברת אגרות חוב מפרסמת דוחות כספיים מדי רבעון. בדוח האחרון שפרסמה עומד ההון העצמי שלה (סולו ומאוחד) על מעל מיליארד ומאתיים מיליון ₪ ומעל שני מיליארד ₪ (בהתאמה), כך שאין כל חשש שלא תוכל להשלים חסר של מיליוני ₪ גם אם זה יגרם. אקסטרה הדגישה כי הדבר דורש הסכמה של רבוע כחול במוסדותיה (ובסופו של יום הדבר לא הובא למוסדות רבוע כחול נוכח סירוב הנאמן למתווה עליו דובר).

העתק המתווה שהניחה אקסטרה בפני הנאמן, במסגרת משא ומתן חסוי, מצורף לתצהירי זה **כנספח 5** (המתווה מצורף הואיל וממילא הבקשה מתייחסת אליו באמצעות התייחסות לתכתובת שהפנתה אליו). כפי שניתן לראות הרי **שבניגוד** לנטען בסעיף 37 לבקשה, **הודגש באותה הצעה כי היא מוצעת לפנים משורת הדין, במסגרת משא ומתן ושאסור לצטט ממנה**.

אלא שהנאמן דחה הצעה זו ללא נימוק ענייני, ותוך שהוא דורש דרישות מופרכות. זאת ועוד, ב"כ הנאמן העבירו לב"כ אקסטרה טיוטה של בקשה למתן הוראות, שדומה לבקשה שהוגשה בפועל, ממנה ברור כי הנאמן מתנגד, גם אם ללא בסיס, למלא אחר הוראת סעיף ג(7) ולבצע פעולות בניירות ערך. טיוטה זו הבהירה לאקסטרה כי הנאמן ניהל עמה משא ומתן מלאכותי וכי לא היתה לו כל כוונה להגיע למתווה מוסכם חלף ההוראות הקבועות בכתב ההוראות, ולפיכך הפנתה אליו אקסטרה דרישה כמפורט להלן (התיאור בבקשה בסעיף 38 כאילו הנאמן פעל בזריזות מעוות גם הוא. הנאמן דחה את אקסטרה בלך ושוב עד שהעביר את אותה טיוטה שהבהירה שהמשא ומתן שניהל היה מלאכותי).

28. **דרישת אקסטרה כי הנאמן ימלא אחר הוראות סעיף ג(7)** – בהמשך לאמור לעיל, פנתה אקסטרה ביום 13.4.2020, באמצעות באי כוחה, לב"כ הנאמן, בדרישה כי הנאמן יציית להוראות סעיף ג(7) וימלא אחר הוראות שלה לענין רכישת ומכירת ניירות ערך בפיקדון אקסטרה ("דרישת אקסטרה"). העתק דרישת אקסטרה צורף **כנספח ב'** לבקשה. **בניגוד** לתיאור שלה בבקשה⁵, אין מדובר בפניה של עו"ד קליר ובנימיני כנאמנים. על הדרישה חתומים עו"ד קליר ועו"ד ברטל ונכתב בה במפורש כי היא נשלחה בשם אקסטרה אותה הם מייצגים. כמו כן, הדרישה עוסקת בפיקדון אקסטרה בלבד (בעוד עו"ד קליר ובנימיני הם אינם נאמנים לענין פיקדון אקסטרה, כאמור לעיל).

29. בעקבות דרישת אקסטרה הוגשה הבקשה שמנסה לטעון, ללא בסיס, מדוע הנאמן לא צריך לציית להוראת סעיף ג(7). אתייחס לטענות אלו בפרק הבא ונראה שאין להן בסיס.

30. לקראת סיום פרק זה אציין כי הנאמן מערבב בבקשה בין המשיבות כולן וניכר שהוא עושה כל מאמץ לטעון כנגדי באופן אישי, הכל בהתעלם מכללי האישיות המשפטית הנפרדת (ובתוך כך גם הבקשה וגם חוות הדעת שצורפה **כנספח א'** לה ("חוות הדעת")) מתארים את ב"כ אקסטרה כ – "ב"כ בן משה". מדובר כמובן בהצגת דברים בלתי נכונה ואף מטעה. נוכח קוצר היריעה לא אתייחס לכל אותן הטענות.

31. לסיום פרק זה אציין כי הבקשה מרשה לעצמה להעלות טענות מבישות, באופן אישי, כלפי עו"ד קליר, ולערבב באופן שנראה מכוון, בינו לבין מרשתו, אקסטרה. ראו נא למשל הפתיח לבקשה שם נטען כי דרישת אקסטרה כוללת טענות "שקריות" (לא פחות!) אותן העלה עו"ד קליר, כדי "ליצור לעצמו טענות

⁵ למשל, בפסקה השלישית לבקשה שם תואר כאילו דרישת אקסטרה הופנתה לנאמן על ידי "המשיבים הנאמנים", קרי, עו"ד קליר ובנימיני, אשר כאמור לעיל מונו כנאמנים משותפים יחד עם הנאמן, בכל הקשור לפיקדון רבוע כחול ולפיקדון דור אלון. ראו נא גם סעיפים 33-34 ו 37-38 לבקשה שם נטען כאילו דרישת אקסטרה מהווה עמדה של "המשיבים הנאמנים" או של עו"ד קליר.

לנוזקים" (כך ממש!). בית המשפט הנכבד יתבקש להוקיע דרך טיעון נפסדת וחמורה זו.

III המסקנה המתבקשת – על הנאמן לציית לכתב ההוראות

32. בבקשה חותר הנאמן לקבל את אישורו של בית המשפט הנכבד להפר את כתב ההוראות ואת הוראת סעיף ג(7), מתוך כוונה שאישור זה, אם יינתן חלילה, יגן עליו מלשאת באחריות להפרה, מכוח הוראות סעיף ג(12) לחוק הנאמנות, תש"ל"ט - 1979 ("חוק הנאמנות"). יש לדחות מכל וכל ניסיון זה של הנאמן.
33. ראשית, הנאמן מחויב לציית להוראת סעיף ג(7) שנכללת בכתב ההוראות מן הטעם הפשוט שהוא הסכים לכתב ההוראות (ולכן חתם עליו). הסכמתו של הנאמן מחייבת אותו, כמובן. ויודגש – הבקשה נדונה לכישלון כבר משום שהיא אינה מתמודדת עם טעם פשוט זה. אדרבא, הבקשה מנסה להצניע את דבר קיומה של הוראת סעיף ג(7). ממילא היא לא מתיימרת להסביר הכיצד מעז הנאמן לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה שתכליתה לאפשר לנאמן להפר את אשר הסכים לו, במפורש.
34. זאת ועוד, הבקשה מניחה כי מובן מאליו שבית המשפט הנכבד יעניק לנאמן הוראות, ואף בניגוד לכתב ההוראות עליו חתום הנאמן. הבקשה אינה מנסה אפילו להסביר מדוע זכאי הנאמן לקבל הוראות שכאלו. גם כבר מטעם זה יש לדחות את הבקשה. לנאמן אין זכות קנויה לקבלת הוראות, בוודאי כאשר הן מבוקשות לגבי נושא המוסדר בכתב ההוראות, בוודאי ובוודאי כאשר הן מנוגדות לאמור בכתב ההוראות. יפים לעניין הדברים מתוך שלמה כרם חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 526-525 (2004) :
- "בית-המשפט אינו חייב לתת הוראות לנאמן, גם כשהלה מבקש זאת. ... בית-המשפט לא יזקק לבקשת נאמן, אם פתוחות בפני הנאמן דרכים חלופיות להשגת החלטה בגדר תנאי הנאמנות. כאשר בפני הנאמן פתוחה דרך חלופית, משמע שהוא יכול לקבל תשובה על בעייתו במסגרת תנאי הנאמנות, וממילא לא יוותר במקרה כזה מקום להוראות בית-המשפט. אין לציבור עניין להעמיס על בית-המשפט טיפול בעניינים שנמצא להם ערוץ לקבלת החלטה עלידי הסדר רצוני מחוץ לכותלי בית-המשפט."
35. כמו כן, הנאמן מתעלם מכך שגם הוראות חוק הנאמנות (שאינן תומכות בבקשה) כפופות בכל הקשור לענייננו להסכמת הצדדים. ראו נא סעיף 11 לחוק הנאמנות שכותרות "כפיפות לתנאי הנאמנות". גם הפסיקה המובאת בחוות הדעת כדי לנסות ולהסביר כי על הנאמן לפעול בניגוד לתנאי הנאמנות בוודאי אינה מסייעת לנטען בבקשה ואינה קשורה בענייננו. בת"א (מחוזי חי') 13021-03-09 ישראל חסלוביץ נ' יעקב זילברמן (פורסם בנבו, 28.11.2011) לא דובר על בקשת למתן הוראות של נאמן אלא בתביעה כספית כנגד נאמנים. דובר על כך שהתניה החוזית לגבי שימוש בכספים שהופקדו שם הגבילה את הנהנה ולא את הנאמנים וממילא נדחתה התביעה כנגד הנאמנים (שבית המשפט מתח עליה ביקורת גם לגופם של דברים). גם בע"א 9225/01 רונית זיימן נ' גד קומרון, פ"ד סב(1) 260 (2006) נדחו הטענות כלפי הנאמן דווקא משום שפעל לפי הוראות הנהנה להבדיל מענייננו.
36. שנית, יש לדחות מכל וכל את הטענה המרכזית שעולה בבקשה (סעיפים 27 עד 30) לפיה יש להתעלם מהוראות כתב ההוראות "מרגע שאושרו הסדרי הנושים" (והכוונה היא להצעת הרוכשת להסדר לה צורפה הצעת רבוע כחול, שאושרו במסגרת אישור ההסדר).
37. מדובר בטענה מטעה, שמתיימרת לטעון, ללא בסיס, כי האמור בהצעת הרוכשת או בהצעת רבוע כחול מאיין את כתב ההוראות, בעוד שמצב הדברים הוא הפוך. הן הצעת הרוכשת והן הצעת רבוע כחול מפנות לכתב ההוראות, מסתמכות עליו וקובעות במפורש כי הוראותיו יחולו על פיקדון אקסטרה.

38. הנה, כך נכתב במפורש בהצעת הרוכשת להסדר (נספח 1 לבקשה), בסעיף 5.2.1, בעי 25 (שם הוגדר פיקדון אקסטרה – "הפיקדון המשותף"):
- "אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, הפקידה בחשבון הנאמנות (כהגדרתו להלן) פיקדון משותף בהיקף של 50 מיליון ₪ להבטחת התחייבויות הרוכשת על פי הסדר זה ולהבטחת הצעת רבוע כחול (להלן: "הפיקדון המשותף")"
- ביחס לפיקדון המשותף יחולו תנאי כתב ההוראות מיום 27.12.2017 עליו חתמו הרוכשת והנאמנים."**
39. כך גם הצעת רבוע כחול (נספח 3 לבקשה) מפנה לכתב ההוראות ומבארת כי הוא חל על פיקדון אקסטרה, כפי שנכתב בסעיף 9.1 להצעה זו, במפורש:
- "9.1 להבטחת הצעה זו העמידו המציעה ואקסטרה אחזקות ישראל בע"מ ("אקסטרה") פקדון בהיקף של 90 מיליון ₪ (להלן: "הפיקדון") בחלקים כמפורט להלן:
- (א) פיקדון שהועמד על ידי אקסטרה, בהיקף של כ-50 מיליון ₪ - כמפורט בסעיף 5.2.1 להצעה לרכישת מניותיה של החברה על ידי חברה ייעודית ("הרוכשת") שתוקם ואשר כל מניותיה שייכות לאקסטרה (להלן: "הצעת הרוכשת") (להלן: "הפיקדון המשותף")
- הפיקדון המשותף יעמוד להבטחת ההתחייבויות על פי הצעת הרוכשת ועל פי הצעה זו ויחולו לגבי הוראות סעיף 5.2.1 להצעת הרוכשת (לרבות כתב ההוראות הנזכר בסעיף האמור)."**
40. גם קריאת כתב ההוראות עצמו תלמד כי מדובר במסמך שנועד להשתלב עם הצעת רבוע כחול ועם הצעת הרוכשת, כי הוא נחתם בשים לב לקיומן (סעיף א' לכתב ההוראות) וכי הוא קובע מנגנונים להחזר הפיקדון או לחילוטו באופן שמתיישב עם האמור באותן הצעות (למשל סעיף ג(5)).
41. הנה כי כן, לא זו בלבד שאישור הצעת הרוכשת והצעת רבוע כחול במסגרת ההסדר שאושר לא אינן את הוראות כתב ההוראות. אדרבא, אישור ההסדר היווה הסכמה מצד מחזיקי אגרות החוב, לתחולתו של כתב ההוראות על הפיקדון, נוסף על הסכמת הנאמן לכתב ההוראות.
42. אין זה פלא איפוא שטענת הנאמן כאילו אישור הצעת הרוכשת או אישור הצעת רבוע כחול מאיינת את הוראות כתב ההוראות, אינה נתמכת ולו בבדל הוראה מהוראות הצעת הרוכשת או מהוראות הצעת רבוע כחול (או בכל אסמכתא אחרת).
43. מעבר לכל אלו, טענה זו מופרכת גם משום שהיא מנוגדת להתנהגותו של הנאמן עצמו שפעל לבצע (כפי שעולה גם מן הבקשה עצמה) את הוראותיה של אקסטרה למכירת ניירות ערך בפיקדון אקסטרה. הוא לא מכר אותן על דעת עצמו. אם אכן אינן אישור ההסדר את כתב ההוראות מדוע הנאמן המשיך לפעול על פיו וציית להוראות אקסטרה לעניין ביצוע עסקאות בניירות ערך בפיקדון אקסטרה!!
44. **שלישית**, ובהמשך לאמור לעיל יש לדחות את הטענה המופיעה בסעיף 10 לחוות הדעת (נספח א' לבקשה) לפיה הנאמן רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) לכתב ההוראות משום שכתב ההוראות לא פורסם ברבים. מובן שאי פרסום ברבים של כתב ההוראות אינו גורע מתוקפו. לא לחינם חוות הדעת אינה מצביעה על מקור חוקי לפיו אי פרסום ברבים שולל את תוקפו של כתב ההוראות. יתר על כן, כפי שראינו הצעת הרוכשת והצעת רבוע כחול שפורסמו ברבים ואושרו מפנות לכתב ההוראות, מתבססות עליו וקובעות כי הוראותיו חלות על פיקדון אקסטרה. בשולי עניין זה, **בניגוד** לאמור בסעיף 10 לחוות הדעת אקסטרה לא טענה שכתב ההוראות פורסם ברבים.

45. **רביעית**, יש לדחות את טענות הנאמן כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) משום שקיימת בימים אלו תנודתיות גבוהה בשוק ההון (סעיף 31 לבקשה).
46. הטעם הפשוט הוא שהוראת סעיף ג(7) אינה כפופה לתנודתיות בשוק ההון, והיא מהווה סיכום מפורש.
47. יתר על כן, הוראת סעיף ג(7) הגדירה מראש ובמדויק אילו ניירות ערך תוכל אקסטרה לבקש למכור ולקנות – והכוונה היא לניירות ערך שנסחרים בבורסה בת"א בלבד. ללמדך כי הצדדים בחנו היטב אילו השקעות ניתן לעשות בפיקדון אקסטרה בשים לב לסיכונים האפשריים והגיעו בעניין זה לסיכום מפורש. יש אפוא לכבד סיכום מפורש ומדויק זה ואין לסטות ממנו.
48. לבסוף בעניין זה מובן שתנודתיות בשוק ההון יכולה לפעול הן לטובה והן לרעה. ממילא חששו של הנאמן כי התנודתיות תפעל דווקא לרעה, אינו מבוסס, ובוודאי שלא יכול לשמש טעם להימנע מפעולות שהצדדים סיכמו שיש לבצען לפי הוראות אקסטרה. זאת ועוד, מדובר בטענה סתמית שהנאמן לא טרח לפרטה או להוכיחה באופן שמעיד על חוסר הרצינות שלה. כך הנאמן לא פירט מהו פשרה של אותה תנודתיות, היכן לשיטתו עובר קו גבול בין שוק תנודתי לשוק שאינו תנודתי וכיו"ב נתונים בסיסיים שקשורים בטענה זו. אין זו אלא שגם הנאמן מכיר בכך שאין מדובר בטענה רלבנטית.
49. **חמישית**, יש לדחות את טענת הנאמן כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) בהסתמך על תקנות הנאמנות (דרכי השקעת הקדש ציבורי), תשס"ד-2004 ("תקנות הקדש ציבורי"), המוזכרת בסעיף 29 לחוות הדעת. למעשה הנאמן עצמו לא הסביר מדוע תקנות הקדש ציבורי חלות בעניינו מקום שאין מדובר בהקדש ציבורי (ובהתאם הנאמן לא פעל כפי שמתחייב לפעול במקרה של הקדש ציבורי למשל לביצוע רישום לפי סעיף 26 לחוק הנאמנות). גם לא ניתן להקיש מתקנות הקדש ציבורי שכן בין הצדדים הושג סיכום מפורש ויש לפעול על פיו.
50. **שישית**, יש לדחות את טענת הנאמן המפורטת בסעיף 18 לחוות הדעת כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) משום שלאחר הגשות בקשת החילוט "עולה ספק" האם הוראה זו חלה. זאת, משלל טעמים.
51. **הטעם הראשון** – כתב ההוראות אינו מכפיף את הוראת סעיף ג(7) ואינו מגביל את תחולתה למקרה של הגשת בקשת חילוט. סברתם של באי כוח הנאמן במסגרת חוות הדעת כי עולה לעניין זה "ספק" בוודאי אינה מהווה בסיס להגבלת הוראת סעיף ג(7). **הטעם השני** – **בניגוד** לנטען בחוות הדעת (בסעיף 14), בוצעו פעולות בניירות ערך בפיקדון אקסטרה גם לאחר שהוגשו בקשות החילוט. ראו נא לעניין זה **נספח 6** לבקשה שם מפורטות בין היתר פעולות בניירות הערך "רציו מימון" בחודש נובמבר 2018 ובניירות הערך "או פי סי אנרגיה" בחודש אפריל 2019. קרי, התנהגות הנאמן עצמו מלמדת כי אין ממש בטענה כאילו לאחר שהוגשה בקשת חילוט אין מקום להחלת הוראת סעיף ג(7). **הטעם השלישי** – כאמור וכידוע היטב לנאמן, בקשות החילוט שהגיש נדחו עוד בהחלטה מיום 24.3.2019 (**נספח 2** לתשובה זו). הכיצד בקשות שנדחו יכולות להצדיק הפרתו את הוראת סעיף ג(7)? לנאמן הפתרוניס.
52. **שביעית**, יש לדחות את טענות הנאמן כי הוא רשאי להפר את הוראת סעיף ג(7) משום שבעבר דרש השלמה של כספי הפיקדונות ודרישתו זו סורבה. גם טענה זו חוטאת בהטעיה, ובנוסף היא חסרת שחר.
53. כך, **בניגוד** לנטען בסעיף 24 לבקשה, הנאמן לא פנה בעבר למשיבות משום שערך הפיקדונות ירד מתחת ל – 100 מיליון ₪. כך, **בניגוד** לנטען בסעיף 15 לחוות הדעת הנאמן לא פנה בעניין זה מעולם לרבע כחול זה שכן ערכו של פיקדון רבוע כחול עלה באותה העת על ערכו המקורי. הוא פנה רק לאקסטרה משום שערך פיקדון אקסטרה ירד אל מתחת ל – 50 מיליון ₪ (ראו נא מכתב באי כוחו מיום 27.12.2018).

נספח 7 לבקשה). אקסטרה השיבה לנאמן (**נספח 8** לבקשה) כי על פיקדון אקסטרה חל כתב ההוראות וכי זה אינו מקנה כל זכות לדרוש מאקסטרה השלמה של פיקדון אקסטרה גם אם ערכו יורד אל מתחת ל- 50 מיליון ₪. הנאמן גם כלל במסגרת בקשה 51 עתירה כי פיקדון אקסטרה יושלם אך זו נדחתה⁶.

54. הנה כי כן, מובן שדרישתו חסרת הבסיס של הנאמן כי פיקדון אקסטרה יושלם וסירובה המוצדק של אקסטרה להיעתר לה, אינם יכולים לשמש בסיס להפרה של הנאמן את הוראת סעיף ג(7).


מַרְדְּכִי (מוֹטִי) בֶּן־מֹשֶׁה

זה שמי, להלן חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

אישור

אני הח"מ, _____, עו"ד, מרח' _____, ב _____, מאשר כי ביום _____ התייצב לפני _____ המוכר לי באופן אישי, ולאחר שהזהרתי אותו כי עליו להצהיר אמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.

עו"ד, _____

⁶ שני העמודים הראשונים לאותה בקשה מצורפים לתצהירי זה **כנספח 6**. הסעד לגבי השלמת הפיקדון מופיע בסעיף (ב) שבעמוד השני.

בעניין:

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197
נאמן מחזיקי אגרות החוב (סדרות כ"ו, כ"ז ו- כ"ח)
של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או שירן
גורפיין 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.

הנאמן

עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני

ובעניין:

הנאמנים מטעם המציעות

ובעניין:

1. אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ ח.פ. 515781425
אקסטרה פיתוח

2. 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,
טולידאנו ושות' עורכי דין מרחוב ברקוביץ
4 (מגדל המוזיאון), תל אביב 6423806
טל': 03-7770111; פקס: 03-7770101

אקסטרה אחזקות

אקסטרה פיתוח ואקסטרה אחזקות, יחדיו – אקסטרה

ובעניין:

אלון רבוע כחול ישראל בע"מ ח.פ. 520042847
ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ו/או אורי שורק
ו/או רם שחורי ממשרד אגמון ושות'
רוזנברג הכהן ושות' עורכי דין מרח' יגאל
אלון 98, בניין אלקטרה, קומה 47, תל
אביב. טל': 03-6078607; פקס: 03-6078666.

רבוע כחול

ובעניין:

דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ח.פ. 520043878
ע"י ב"כ עו"ד שמשון אלבק ו/או אייל
אניאתי ממשרד פישר בכר חן וול אוריון
מרח' דניאל פריש 3 תל אביב
טל': 03-6944111, פקס: 03-6091116

דור אלון

תשובת רבוע כחול לבקשה בעניין ביצוע פעולות בכספי הפיקדונות

אלון רבוע כחול ישראל בע"מ (להלן – רבוע כחול) מתכבדת להגיש את תשובתה לבקשה למתן הוראות מטעם הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (להלן – הנאמן) מיום 14.4.2020 (להלן – הבקשה או הבקשה למתן הוראות).

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי על הנאמנים (כהגדרתם להלן) להתיר ביצוע פעולות מסחר בניירות ערך בכספי פיקדון רבוע כחול (כהגדרתו להלן) לפי הוראות רבוע כחול, והכל כמפורט בתשובה זו. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על הנאמן את הוצאות רבוע כחול בבירור הבקשה.

(א) מבוא

1. הבקשה למתן הוראות מכניסה את בית המשפט הנכבד אל ליבה של קלחת המחלוקת המסועפת שבין הצדדים השונים להליך זה.
2. ברקע הבקשה, שעניינה ניהול נכסי שלושה פיקדונות המוחזקים בנאמנות, עומדים הליכים משפטיים שונים לבירור הזכויות בפיקדונות שכל אחד מהם נועד להבטיח הצעה שונה שלא יצאה אל הפועל (כמפורט להלן, אחד הפיקדונות הבטיח שתי הצעות). ברי כי יש בהליכים אלו כדי להשפיע על עמדות הצדדים השונים בבקשה זו.
3. דווקא משום כך, יש טעם רב בבחינת הבקשה בהתעלם מ'רעשי הרקע' אודות זהות הזכאי לנכסי כל אחד מן הפיקדונות. בחינה אובייקטיבית שכזו מעלה, כמפורט להלן, כי יש להתיר לרבוע כחול לבצע פעולות מסחר בניירות ערך ובמזומן המצויים בפיקדון רבוע כחול, שהופקד על ידי רבוע כחול להבטיח את הצעת רבוע כחול, ושבו (בלבד) תתמקד תשובה זו, שכן –
(א) הצדדים הסכימו להפקדת פיקדון מקורי בניירות ערך בלבד ולביצוע פעולות מסחר בניירות ערך לאורך חיי הפיקדון, ובכך הביעו הצדדים את דעתם כי פיקדון רבוע כחול יגלם מנגנון של סיכוי וסיכון ביחס לערכו הסופי;
(ב) דיני הנאמנות הכלליים מחייבים מתן אפשרות מסחר כאמור לשם פיתוח נכס הנאמנות ופירותיו ולשם הגשמת מטרות הנאמנות.
4. נפנה לפירוט הדברים.

(ב) רקע עובדתי

5. על רקע קריסתה של קבוצת אפריקה ישראל, ביקשו נושיה למכור את נכסי הקבוצה.
6. במסגרת זו ביקשה רבוע כחול לרכוש את החזקותיה של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן – אפריקה השקעות) בחברת אפריקה ישראל נכסים בע"מ (להלן – אפריקה נכסים). על כן הגישה רבוע כחול הצעה לרכוש מאפריקה השקעות מניות המהוות כ-55.93% מהונה המונפק

והנפרע של אפריקה נכסים וזכויות נלוות למניות אלו (להלן – **הצעת רבוע כחול**). מסיבות שאינן רלוונטיות להליך דנן, הצעת רבוע כחול האמורה עברה שני גלגולים.

הצעות רבוע כחול מהימים 10.12.2017 ו- 13.8.2018¹ מצורפות **כנספחים 1 ו-2**.

7. במסגרת הצעת רבוע כחול, ולשם הבטחתה, הופקד בדצמבר 2017 פיקדון **ניירות ערך** בשווי מקורי של 40.6 מיליון ש"ח (כאשר ההתחייבויות היתה ל-40 מיליון ש"ח) בנאמנות משותפת בידי הנאמנים הבאים: (א) הנאמן כהגדרתו לעיל, שפעל גם כנאמן למחזיקי אגרות החוב של אפריקה השקעות; ו- (ב) עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני, שפעלו אז כמייצגיה של רבוע כחול, מציעת ההצעה (להלן – **הנאמנים ופיקדון רבוע כחול או הפיקדון**, בהתאמה).

אישור בנק מיום 28.12.2017 על ערך הפיקדון והרכבו נכון ליום 27.12.2017 מצורף **כנספח 3**.

8. הצעת רבוע כחול הוגשה על-ידי אפריקה השקעות לבית המשפט במסגרת בקשה לאישור הבראה בין אפריקה השקעות לבין נושיה המהותיים, מחזיקי אגרות החוב (סדרות כ"ו, כ"ז ו- כ"ח) (להלן – **הנושים**), לפי סעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – **הסדר החוב**). מבלי לגרוע מכך שהצעת רבוע כחול הייתה עצמאית ובלתי-מותנית, היא הוגשה על-ידי אפריקה השקעות כשלצידה גם הצעה שהציעה אקסטרה פיתוח ויזום בע"מ (להלן – **אקסטרה פיתוח והצעת אקסטרה**, בהתאמה), חברה בבעלותה המלאה של בעלת השליטה ברבוע כחול, אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ (להלן – **אקסטרה אחזקות**) ולצד הצעה עצמאית ובלתי-מותנית נוספת שהציעה דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (להלן – **דור אלון**), חברה ציבורית בשליטת רבוע כחול.

הצעת אקסטרה מיום 10.12.2017 מצורפת **כנספח 4**.

9. במסגרת הצעת אקסטרה הופקד ביום 27.12.2017, מכוח כתב הוראות, פיקדון במזומן ובניירות ערך בשווי מקורי כולל של כ- 50.3 מיליון ש"ח (כאשר ההתחייבות היתה ל- 50 מיליון ש"ח) בנאמנות בידי הנאמן (להלן – **פיקדון אקסטרה**). יצוין כי פיקדון אקסטרה מבטיח הן את הצעת אקסטרה והן את הצעת רבוע כחול, ואילו פיקדון רבוע כחול מבטיח את הצעת רבוע כחול בלבד.

כתב הוראות לעניין פיקדון אקסטרה מיום 27.12.2017 מצורף **כנספח 5**.

10. לאחר שהסדר החוב (בגלגולו השני, שהצעתה העצמאית של רבוע כחול הייתה נספח לו) אושר

¹ הצעה זו מובאת כפי שצורפה כנספח להסדר החוב, כהגדרתו להלן.

על-ידי הנושים ועל-ידי בית המשפט, בטרם הבשילו התנאים המתלים שבבסיס הצעת רבוע כחול, עלו היחסים בין הצדדים על שרטון עת סירב הנאמן להאריך את המועד להתקיימות התנאים המתלים.

11. עקב סירובו זה, ומשהיה ברור שהצעת רבוע כחול לא תגיע לכדי מימוש, העבירה רבוע כחול דרישה לנאמן לקבל חזרה את פיקדון רבוע כחול. הנאמן מצידו הגיש בקשה (שנדחתה) לחילוטו.² מיני אז מצויים הנאמן ורבוע כחול במחלוקת בדבר הזכאות לפיקדון רבוע כחול, וכבר יצוין כי לאחר שהתגלעה המחלוקת בעניין הפיקדון, הנאמן אישר לבצע בפיקדון פעולות בניירות ערך.

12. למען השלמת התמונה יצוין כי לאחרונה ביום 20.4.2020 הוגשה על-ידי הנאמן תביעה לחילוט הפיקדון.³ רבוע כחול לומדת את התביעה ושוקלת את צעדיה בעניין, ובכלל זה הגשת תביעה מטעמה להשבת פיקדון רבוע כחול לידיה. בשלב זה די אם נציין כך:

הוראותיה המפורשות של הצעת רבוע כחול קובעות כי במקרה של אי-התקיימות התנאים המתלים להצעה חוזר הפיקדון לידי מפקידתו, רבוע כחול. תנאים מתלים אלו לא התקיימו.

הוראותיה המפורשות של הצעת רבוע כחול קובעות כי במקרה של פקיעת הצעת רבוע כחול חוזר הפיקדון לידי מפקידתו, רבוע כחול. ההצעה, כך מסכימים כולם, פקעה.

הוראותיה המפורשות של הצעת רבוע כחול קובעות כי זכותו של הנאמן לפיקדון תקום רק בהתקיימות מספר תנאי סף. תנאי סף אלו לא התקיימו.

13. מהאמור לעיל עולה כי הסיכויים שבית המשפט יקבע כי קיימת לנושים זכות לחילוט פיקדון רבוע כחול הם קלושים, ולמעשה די בכך כדי להפיס את הדעת ביחס לחששות שמעלה הנאמן מפני פגיעה אפשרית בנושים במקרה של גריעה מערך הפיקדון המקורי.

14. כך או כך, נוכח פעולות מסחר שבוצעו בפיקדון, לפי הוראות רבוע כחול (אותן ראה הנאמן לכבד עד אשר הגיש את הבקשה), ערכו האמיר, וכעת עומד שוויו על כ-48.5 מיליון ש"ח, כ-19.5% (!) מעל לערכו המקורי. סכום זה נחלק לסך של כ-26 מיליון ש"ח במזומן וכ-22.5 מיליון ש"ח בניירות ערך.

15. לנוכח המשבר הנוכחי בשווקים, שהוביל לירידות במחירי נכסים רבים ולהזדמנויות השקעה חד-

² יצוין, להשלמת התמונה, כי עוד בגלגולה הראשון של ההצעה, הוגשה בקשה לחילוט על-ידי הנאמן, אשר גם היא לא התקבלה.

³ יוער כי התביעה התקבלה אצל רבוע כחול ביום 21.4.2020.

פעמיות (בוודאי למי שבידיו מזומן), מעוניינת רבוע כחול לעשות שימוש בכספי הפיקדון ובניירות הערך שבו לצורכי מסחר בניירות ערך הנסחרים בבורסה בתל אביב (להלן – **ביצוע פעולות המסחר**).

16. בשולי הדברים יוער כי בניגוד למתואר בבקשה, אפשרויות שונות שהועלו בפני הנאמן ביחס לרבוע כחול (אשר מן הסתם כפופות לסודיות במסגרת משא ומתן, ולא ראוי היה לעשות בהן שימוש בהליך זה) היו אפשרויות בלתי מחייבות שהועלו על-תנאי שינתן להן אישור האורגנים הרלוונטיים ברבוע כחול. בסופו של יום אישורי האורגנים ברבוע כחול לא נדרשו לנוכח סירוב הנאמן לאפשרויות שהועלו.

ג) הסכמת הצדדים מחייבת את אישור ביצוע פעולות המסחר

17. הבסיס העיקרי לזכותה של רבוע כחול לביצוע פעולות המסחר בפיקדון שהפקידה הוא **הסכמת הצדדים** בעניין. על רקע זה, התנגדות הנאמן לביצוע פעולות המסחר בעת הזו מהווה אך ורק אמצעי לחץ פסול במסגרת ניהול המחלוקות על הזכות לפיקדון, ואין לה כל בסיס.

18. **ראשית**, הפיקדון המקורי הופקד כולו בניירות ערך (ולא במזומן, אף לא באופן חלקי). ביצוע פעולות המסחר יחזיר, במקרה הקיצוני ביותר, את הפיקדון לפיקדון שכולו בניירות ערך. קרי, יחזיר המצב לקדמותו ובכך, למעשה, לא יגרע מהצדדים דבר.

19. **שנית**, הפקדת מלוא הפיקדון בראשיתו בניירות ערך, שנעשתה בהסכמת הצדדים, מעידה על הסכמתם כבר בראשית הדרך כי פיקדון רבוע כחול יגלם סיכוי וסיכון ביחס לערכו. הדברים ברורים מאליהם שהרי מטבע הדברים שוויים של ניירות ערך יכול לעלות או לרדת.

20. הסכמה זו מושתתת על חוסר הודאות ביחס לזוהות הגוף שיהיה זכאי לפיקדון בסופו של יום, חוסר ודאות המייצר סיכוי וסיכון לשני הצדדים. חוסר ודאות זה קיים, כאמור, גם כיום, נוכח המחלוקת המשפטית בין הצדדים (וחרף סיכוייהם הקלושים של הנושים לקבל את הפיקדון, כמוסבר). משכך, הסכמת הצדדים תקפה אף כעת. לראיה, גם היום כמחצית מפיקדון רבוע כחול מורכב מניירות ערך.

21. בניגוד לכך, **סירובו של הנאמן חוטא להסכמת הצדדים**. הנאמן מבקש לקבע את הפיקדון (ולמצער את חלקו) כסכום מזומן מסוים וקבוע, בניגוד להסכמת הצדדים.

22. דווקא, בניגוד לטענת הנאמן המרומזת, המשבר המתחולל בשווקים אינו מגלם סיכון בלבד. מחירי

- הנכסים הנמוכים והאפשרות הממשית כי ערכם יעלה בצורה ניכרת מייצרים אף סיכוי אמיתי לעליית שווי הפיקדון.
23. התנהגותם של הצדדים בפועל מעידה על אימוץ מנגנון שבבסיסו סיכוי וסיכון ביחס לערך הפיקדון, ועל העדפתם שלא לקבע את הרכב הפיקדון או את שווי. ודוק, הנאמן מילא בפועל את הוראות רבוע כחול בכל הקשור למכירת ניירות ערך שבפיקדון.
24. בראיה בדיעבד ניתן לומר כי טוב עשו הצדדים, שכן, כאמור לעיל, הסכמתם הביאה לעליית ערך ניכרת של כ- 19.5% בשווי פיקדון רבוע כחול.
25. יוער בהקשר זה, כי בטענות הנאמן אודות בקשת החילוט שהוגשה מטעם הנושים,⁴ ואודות מטרת הפיקדון לשמש לתקופה קצרה בלבד,⁵ אין כדי לשנות את התמונה. בתמצית, טוען הנאמן כי הפעולות שבוצעו בניירות הערך בוצעו ב'תקופה אחרת', בה טרם נתבקש חילוט הפיקדון, אשר ממילא אמור היה להיות קצר טווח. ואולם, אין בשינוי התקופה כל רלוונטיות לענייננו. כמו אז, גם עכשיו, פעולות המסחר בוצעו בתקופה בה המתינו הצדדים להשלמת העסקה או לתשלום הפיקדון למי מהצדדים. קרי, פעולות המסחר נעשו בסביבת חוסר ודאות לגבי הנושא האמיתי בסיכוי ובסיכון. ממש כמו עכשיו.
26. שלישית, לשונה המפורשת של הצעת רבוע כחול מלמדת כי הצדדים ציפו להשאת ערכו של הפיקדון. כך, בסעיף 9.4.7 להצעת רבוע כחול (על גלגוליה) נקבע:
- "העברת הפיקדון לצד כלשהו על ידי הנאמנים תיעשה יחד עם פירות הפיקדון ובניכוי ההוצאות בגין החזקת הפיקדון כגון עמלות הבנק וכי"ב.**
27. התעקשות הנאמן על סכום מזומן קבוע ללא אפשרות להשאת פירות חוטאת לעיקרון זה.
28. **לסיכום חלק זה**, ברי כי הסכמת הצדדים היא לאפשר את ביצוע פעולות המסחר. עיקר התנגדותו של הנאמן מתייחסת למקרה בו הנושים יהיו זכאים לכספי הפיקדון אשר ירד מערכו המקורי. דא עקא, שמעבר לסיכוייהם הקלושים של הנושים לקבל את הפיקדון, התנגדות זו מתבססת על התכחשות להסכמה המוקדמת בין הצדדים, לכך שפיקדון רבוע כחול יהא חשוף לאפשרות ההשקעה בשוק ההון. במילים אחרות: גם אם חלילה יתממש הסיכון, יהא זה סיכון חוזי שהצדדים הסכימו לקחת על עצמם, וכעת הנושים מנסים לסגת ממנו.

⁴ ראו בסעיף 14 לחוות הדעת נספח א' לבקשה למתן הוראות.
⁵ ראו בסעיפים 19-20 לחוות הדעת נספח א' לבקשה למתן הוראות.

29. הערה אחרונה בהקשר זה: העובדה שבענייננו קיימת מחלוקת בנוגע לזכויות בפיקדון (ומעבר לנדרש, אך בחשיבות רבה: העובדה שלרוב כחול טענות מצוינות לביסוס זכותה בפיקדון) מלמדת כי האינטרס של רבוע כחול יהיה בכל מקרה להשיא את ערך הפיקדון. אמנם לא ניתן להבטיח שכך יקרה, ואף אין צורך להבטיח זאת (לנוכח הסכמת הצדדים), אולם קיימת חשיבות בכך שכל עוד לא הוכרעה שאלת הזכויות בפיקדון, אינטרס כל הטוענים לזכויות בו הוא להשאיר ערכו, כל צד מסיבותיו הוא: רבוע כחול כי היא סבורה שהיא זכאית לפיקדון והיא סבורה שבסופו של דבר יחזור אליה, והנאמן מכיוון שהוא סבור שהפיקדון מגיע לו עם פירותיו. לפיכך, אין ספק כי רבוע כחול לא תפעל 'דווקא' על מנת להפסיד כסף בעסקאות המסחר שהיא סבורה שיש לאשר לה לעשות.

(ד) חובותיו של נאמן מחייבים מתן אפשרות מסחר בכספי הפיקדון

30. בצד הסכמת הנושים שנדונה לעיל, אף דיני הנאמנות הכלליים מורים כי יש להתיר לרבוע כחול לבצע את פעולות המסחר – הן משום שיש בכך לשמר ולפתח את נכסי הנאמנות, והן משום שבאי-היענות גלומה פגיעה אפשרית בנכס זה.

31. נקודת המוצא אשר בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן – **חוק הנאמנות**), היא כי על הנאמן לפעול **בסבירות** על-מנת **לפתח ולהגדיל** (בין היתר בהשקעות) את הנכס שבנאמנות, **ובכלל זה את פירותיו**, והכל תוך שמירה על מטרות הנאמנות. ראו בסעיפים 6 ו-10 לחוק הנאמנות:

“6. כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים חייב הנאמן להחזיק או להשקיע כיעיל לשמירת הקרן **ולעשיית פירות**; שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות דרכים שבהן ניתן להשקיע כספי נאמנות, והנאמן אינו נושא באחריות אם השקיע אותם בהתאם לתקנות אלה.

10. (א) נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, **לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות**, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו.

(ב) במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה **כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות**.”

32. בענייננו, ביצוע פעולות המסחר יגשים את כל אלו.

33. לאחר שביצוע פעולות מסחר קודמות הניב תשואה של כ- 19.5% לפיקדון רבוע כחול, ובהתחשב במצב ההזדמנותי שבשוק, תהא זו פעולה **סבירה בהחלט** לנסות **לפתח** עוד יותר את כספי

הפיקדון, ולהגדיל אותו ואת פירותיו. אכן, הדבר טומן בחובו סיכון.⁶ אך אותו סיכון הוא חלק ממבנה הנאמנות בענייננו המשלב, כאמור לעיל, סיכוי עם סיכון, כאשר הסיכון הוא חלק מפיתוח נכסי הנאמנות.⁷ משכך, פונת הצדדים הייתה כי מטרתה של הנאמנות תהא לנהל את הפיקדון באופן המשלב חשיפה לפעולות מסחר בשוק ההון.⁸

34. גישתו של הנאמן לפיה יש להקפיא את מצב הפיקדון ולא לאפשר כל מסחר טומנת בחובה פוטנציאל נזק לכספי הפיקדון עצמם, במניעת הרווח שבפיתוח הנכס.

35. הדבר, כמעט למותר לציין, מנוגד בתכלית לחובותיהם של הנאמנים, אשר אינם יכולים לבחור בדרך המחדל, אלא מחויבים לעשות פעולות אקטיביות לשם שימור ערכו של נכס הנאמנות.⁹

(ה) סיכום

36. מן הטעמים האמורים לעיל, כולם או מקצתם, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש ברישא של תשובה זו ולקבוע כי על הנאמנים להתיר ביצוע פעולות מסחר בניירות ערך בכספי פיקדון רבוע כחול לפי הוראות רבוע כחול.

37. לחילופין בלבד, ולפנים משורת הדין, מתבקש בית המשפט לקבוע את המנגנון הבא שיאפשר את ביצוע פעולות המסחר (להלן – המנגנון):

(א) רבוע כחול תהא רשאית להורות לנאמנים, לפי שיקול דעתה הבלעדי, לבצע פעולות מסחר במזומן ובניירות הערך שבפיקדון ביחס לניירות ערך הנסחרים בבורסה בתל אביב ואלו ימלאו אחר הוראותיה;

(ב) ככל שייקבע על-ידי ערכאה משפטית בפסק דין חלוט כי הזכות לפיקדון רבוע כחול שייכת לנושים, תתבצע התחשבות ביחס לערך פיקדון רבוע כחול ביום מתן פסק הדין החלוט (להלן – הערך ביום התשלום), לפיה: (א) היה הערך ביום התשלום נמוך מערך ההתחייבות

⁶ בניגוד לשיטת הנאמן (ראו בסעיף 29 לחוות הדעת נספח א' לבקשה למתן הוראות), הנאמנות בענייננו אינה, ואינה אמורה להיות, חסרת סיכון, ועל כן הסתמכות על כללי השקעה בהקדש ציבורי, אינם רלוונטיים לענייננו.

⁷ ראו בעניין זה, שלמה כרם חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 446 (מהדורה 4, 2004) (להלן – כרם): "מימוש חובת הפיתוח מתבטא לעתים בצורך לשנות את הקיים. לעתים קרובות פעולות המיועדות להשיג פיתוח כרוכות בביצוע השקעות, שאין ודאות כי אכן תשגנה את מטרתן, כלומר: קיימת ודאות שנכסי הנאמנות יצמצמו, לפחות לזמך מה, בשל ביצוע אותן השקעות. אין ודאות שהמטרות בסופו של התהליך אכן תמומשנה".

⁸ ראו בעניין זה, כרם, בעמוד 429: "לעתים קרובות מעמידים כספים לשליטת הנאמן דווקא לשם השקעתם באופן המכוון להניב פירות. במקרה זה הסיכון שעל הנאמן ליטול בהשקעותיו גדל בד בבד עם הסיכוי לקבלת רווח".

⁹ ראו כרם, בעמוד 428-429: "אולם גם שמירה אינה פעולה נטולת-סיכונים. כך, למשל, לשם שמירה על סכום-כסף בפני שחיקה בשל אינפלציה השוררת במשק, נדרש הנאמן להשקיע את הכסף באופן שיצמצם את השחיקה או ינטרל את השפעתה... אם לא הותנה בתנאי הנאמנות שעל הנאמן להחזיק דווקא בנכס מסוים, הרי חובת השמירה על ערכם של נכסי הנאמנות דורשת המרת הנכס הקיים בנכס אחר, שיש בו כדי לשמור לפחות על ערכו המקורי של הנכס הקיים. כך, למשל, כשמגיע סכום-כסף לידי הנאמן, חובה עליו להשקיעו כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות".

המקורית לפיקדון (40 מיליון ש"ח) (להלן – **ההפרש השלילי**), רבוע כחול תשלם לנושים את ההפרש בין הערך ביום התשלום לערך ההתחייבות המקורית לפיקדון; או (ב) היה הערך ביום התשלום גבוה מערך ההתחייבות המקורית לפיקדון (40 מיליון ש"ח) (להלן – **ההפרש החיובי**), ההפרש בין הערך ביום התשלום לערך ההתחייבות המקורית לפיקדון ישולם לרבוע כחול.

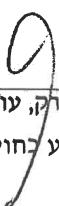
(ג) רבוע כחול מתחייבת לשאת בתשלום ההפרש השלילי, ככל שיהיה, בכפוף לאישורו של בית המשפט את המנגנון ובכלל זה את זכותה של רבוע כחול להפרש החיובי, ככל שיהיה.


38. על אף שמן הראוי ליתן לרבוע כחול את האפשרות לביצוע פעולות המסחר בלא כל תנאי, רואה רבוע כחול להציע את המנגנון כאפשרות חלופית שכן יש בה להסיר את הסיכון שהביע הנאמן מפני ירידת ערך הפיקדון. מובן, כי בהיעלם הסיכון (לנושים) יעלם עמו גם הסיכוי (לנושים), אולם בכל מקרה זהו המצב שאליו חותר הנאמן. עוד יוער כי התחייבותה של רבוע כחול לנשיאה בהפרש לפי המנגנון, היא בטוחה מספקת להפגת חששות הנאמן, בהיות רבוע כחול חברה גדולה ויציבה (בעלת הון עצמי כולל של כ- 2.44 מיליארד ש"ח נכון ליום 31.12.2019 שבניכוי זכויות המיעוט עומד על למעלה מ-1.2 מיליארד ש"ח), רווחית (יצרה רווח נקי של כ- 407 מיליון ש"ח בשנת 2019) ובעלת נכסים (סך נכסים במאזן המאוחד כ- 12 מיליארד ש"ח נכון ליום 31.12.2019). ריכוז נתונים עיקריים של הקבוצה ליום 31.12.2019 מתוך הדוחות הכספיים לשנת 2019 מצורף

כנספח 6.

39. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את הנאמן בהוצאות רבוע כחול בהליך זה, לרבות שכ"ט עו"ד, בתוספת מע"מ כדין.


רם שחורי, עו"ד


אורי שור, עו"ד
ב"כ רבוע כחול


צבי אגמון, עו"ד

תצהיר

אני הח"מ, מוטי בן משה, נושא ת.ז. מס' 32140121, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. אני מכהן כיו"ר דירקטוריון אלון רבוע כחול ישראל בע"מ (להלן – רבוע כחול), המשיבה לבקשה למתן הוראות שהוגשה במסגרת ה"פ 13003-04-20 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אקסטרה פיתוח ויזום בע"מ ואח' (להלן – הבקשה), ונותן תצהיר זה בתמיכה לתשובתה לבקשה (להלן – התשובה).

(ב) רקע עובדתי

1. על רקע קריסתה של קבוצת אפריקה ישראל, ביקשו נושיה למכור את נכסי הקבוצה.
2. במסגרת זו ביקשה רבוע כחול לרכוש את החזקותיה של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן – אפריקה השקעות) בחברת אפריקה ישראל נכסים בע"מ (להלן – אפריקה נכסים). על כן הגישה רבוע כחול הצעה לרכוש מאפריקה השקעות מניות המהוות כ-55.93% מהונה המונפק והנפרע של אפריקה נכסים וזכויות נלוות למניות אלו (להלן – הצעת רבוע כחול). מסיבות שאינן רלוונטיות להליך דנן, הצעת רבוע כחול האמורה עברה שני גלגולים.
הצעות רבוע כחול מהימים 10.12.2017 ו-13.8.2018¹ מצורפות **כנספחים 1 ו-2** לתצהירי זה.
3. במסגרת הצעת רבוע כחול, ולשם הבטחתה, הופקד בדצמבר 2017 פיקדון **ניירות ערך** בשווי מקורי של 40.6 מיליון ש"ח (כאשר ההתחייבות היתה ל-40 מיליון ש"ח) בנאמנות משותפת בידי הנאמנים הבאים: (א) הנאמן כהגדרתו לעיל, שפעל גם כנאמן למחזיקי אגרות החוב של אפריקה השקעות; ו- (ב) עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני, שפעלו אז כמייצגיה של רבוע כחול, מציעת ההצעה (להלן – הנאמנים ופיקדון רבוע כחול או הפיקדון, בהתאמה).
אישור בנק מיום 28.12.2017 על ערך הפיקדון והרכבו נכון ליום 27.12.2017 מצורף **כנספח 3** לתצהירי זה.

¹ הצעה זו מובאת כפי שצורפה כנספח להסדר החוב, כהגדרתו להלן.

4. הצעת רבוע כחול הוגשה על-ידי אפריקה השקעות לבית המשפט במסגרת בקשה לאישור הבראה בין אפריקה השקעות לבין נושיה המהותיים, מחזיקי אגרות החוב (סדרות כ"ו, כ"ז ו- כ"ח) (להלן – הנושים), לפי סעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – הסדר החוב). מבלי לגרוע מכך שהצעת רבוע כחול הייתה עצמאית ובלתי-מותנית, היא הוגשה על-ידי אפריקה השקעות כשלצידה גם הצעה שהציעה אקסטרה פיתוח ויזום בע"מ (להלן – אקסטרה פיתוח והצעת אקסטרה, בהתאמה), חברה בבעלותה המלאה של בעלת השליטה ברבוע כחול, אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ (להלן – אקסטרה אחזקות) ולצד הצעה עצמאית ובלתי-מותנית נוספת שהציעה דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (להלן – דור אלון), חברה ציבורית בשליטת רבוע כחול.

הצעת אקסטרה מיום 10.12.2017 מצורפת כנספח 4 לתצהירי זה.

5. במסגרת הצעת אקסטרה הופקד ביום 27.12.2017, מכוח כתב הוראות, פיקדון במזומן ובניירות ערך בשווי מקורי כולל של כ- 50.3 מיליון ש"ח (כאשר ההתחייבות היתה ל- 50 מיליון ש"ח) בנאמנות בידי הנאמן (להלן – פיקדון אקסטרה). אציין כי פיקדון אקסטרה מבטיח הן את הצעת אקסטרה והן את הצעת רבוע כחול, ואילו פיקדון רבוע כחול שמבטיח את הצעת רבוע כחול בלבד.

כתב הוראות לעניין פיקדון אקסטרה מיום 27.12.2017 מצורף כנספח 5 לתצהירי זה.

6. לאחר שהסדר החוב (בגלגולו השני, שהצעתה העצמאית של רבוע כחול הייתה נספח לו), אושר על-ידי הנושים ועל-ידי בית המשפט, בטרם הבשילו, לפי ייעוץ משפטי שניתן לי, התנאים המתלים שבבסיס הצעת רבוע כחול, עלו היחסים בין הצדדים על שרטון עת סירב הנאמן להאריך את המועד להתקיימות התנאים המתלים.

7. עקב סירובו זה, ומשהיה ברור שהצעת רבוע כחול לא תגיע לכדי מימוש, העבירה רבוע כחול דרישה לנאמן לקבל חזרה את פיקדון רבוע כחול. הנאמן מצידו הגיש בקשה (שנדחתה) לחילוטו.² מיני אז מצויים הנאמן ורבוע כחול במחלוקת בדבר הזכאות לפיקדון רבוע כחול, וכבר יצוין כי לאחר שהתגלעה המחלוקת בעניין הפיקדון, הנאמן אישר לבצע בפיקדון פעולות בניירות ערך.

² להשלמת התמונה, כי עוד בגלגולה הראשון של ההצעה, הוגשה בקשה לחילוט על-ידי הנאמן, אשר גם היא לא התקבלה.

8. למען השלמת התמונה אציין כי לאחרונה ביום 20.4.2020 הוגשה על-ידי הנאמן תביעה לחילוט הפיקדון.³ רבוע כחול לומדת את התביעה ושוקלת את צעדיה בעניין, ובכלל זה הגשת תביעה מטעמה להשבת פיקדון רבוע כחול לידיה.
9. נוכח פעולות מסחר שבוצעו בפיקדון, לפי הוראות רבוע כחול (אותן ראה הנאמן לכבד עד אשר הגיש את הבקשה), ערכו האמיר, וכעת עומד שוויו על כ-48.5 מיליון ש"ח, כ-19.5% (!) מעל לערכו המקורי. סכום זה נחלק לסך של כ-26 מיליון ש"ח במזומן וכ-22.5 מיליון ש"ח בניירות ערך.
10. לנוכח המשבר הנוכחי בשווקים, שהוביל לירידות במחירי נכסים רבים ולהזדמנויות השקעה חד-פעמיות (בוודאי למי שבידו מזומן), מעוניינת רבוע כחול לעשות שימוש בכספי הפיקדון ובניירות הערך שבו לצורכי מסחר בניירות ערך הנסחרים בבורסה בתל אביב (להלן – ביצוע פעולות המסחר).
11. בשולי הדברים אעיר כי בניגוד למתואר בבקשה, אפשרויות שונות שהועלו בפני הנאמן ביחס לרבוע כחול (אשר לפי ייעוץ משפטי שניתן לי כפופות לסודיות במסגרת משא ומתן, ולא ראוי היה לעשות בהן שימוש בהליך זה) היו אפשרויות בלתי מחייבות שהועלו על-תנאי שינתן להן אישור האורגנים הרלוונטיים ברבוע כחול. בסופו של יום אישורי האורגנים ברבוע כחול לא נדרשו לנוכח סירוב הנאמן לאפשרויות שהועלו.

(ג) הסכמת הצדדים מחייבת את אישור ביצוע פעולות המסחר

12. לפי עצה משפטית שניתנה לי, מרבית הניתוח העוסק בהסכמת הצדדים נשען על ניתוח הסכמת רבוע כחול כמופיע בפרק ג' לכתב התשובה של רבוע כחול.
13. כמי שנטל חלק במגעים בין הצדדים מתחילתם, אני יכול להעיד שמנקודת מבטי היה ברור כל העת שלנוכח מאפייניו של פיקדון רבוע כחול (שמתחילה היה מורכב מני"ע, ובהמשך נעשו בו פעולות מסחר), כי מוסכם שלרבוע כחול תהא שמורה הזכות לבצע בכספי הפיקדון פעולות רכישה ומכירה של ני"ע בבורסה בת"א. באותה מידה ברור לי, ש"אורך התקופה" הינו נתון חסר

³ התביעה התקבלה אצל רבוע כחול ביום 21.4.2020.

חשיבות בהקשר זה, כיוון שההסכמה המשותפת לצדדים מראש היתה שיתכנו תנודות בערך הפיקדון, והם הסכימו במשותף ליטול סיכון זה.

(ד) הערות לעניין "המנגנון"

14. בהתייחס למנגנון המוצע במסגרת התשובה, אבקש לציין כי התחייבותה של רבוע כחול לנשיאה בהפרש לפי המנגנון, היא בטוחה מספקת להפגת חששות הנאמן, בהיותה של רבוע כחול חלק מקבוצה גדולה, יציבה (בעלת הון עצמי כולל של כ- 2.44 מיליארד ש"ח נכון ליום 31.12.2019, שבניכוי זכויות המיעוט עומד על למעלה מ-1.2 מיליארד ש"ח), רווחית (יצרה רווח נקי של כ- 407 מיליון ש"ח בשנת 2019) ובעלת נכסים (סך נכסים במאזן המאוחד כ- 12 מיליארד ש"ח נכון ליום 31.12.2019).

ריכוז נתונים עיקריים של הקבוצה ליום 31.12.2019 מתוך הדוחות הכספיים לשנת 2019 מצורף כנספת 6 לתצהירי זה.

15. הריני להצהיר כי זהו שמי, זו חתימתי וכל האמור בתצהירי זה לעיל אמת.


מוטי בן משה

אישור

אני הח"מ, איתמר רוזנבנד, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 23.4.2020 הופיע בפני מר מוטי בן משה, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר את האמת, וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.

לימור עטר רוזנבנד, עו"ד
מס' רשיון 36031
20.12.20

איתמר רוזנבנד, עו"ד

בעניין:

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197
נאמן מחזיקי אגרות החוב (סדרות כו', כז' ו-כח')
של חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או שירן גורפיין
ממשרד נאור-גרשט, עורכי דין
מרחוב מיטב 6, תל אביב
טל': 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
טל': 03-7467777; פקס: 03-7467700

המבקש (הנאמן)

-נגד-

עוה"ד רענן קליר ואלון בנימני
ממשרד ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות', עורכי דין
מרחוב ברקוביץ 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
טל': 03-7770111; פקס: 03-7770101

הנאמנים מטעם המציעות

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, טולידאנו ושות', עורכי דין
מרחוב ברקוביץ 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
טל': 03-7770111; פקס: 03-7770101

המשיבות 1-2 (אקסטרה פיתוח
ואקסטרה אחזקות, להלן יחד:
אקסטרה)

אלון רבוע כחול ישראל בע"מ, ח.צ. 520042847
ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ו/או אורי שורק ו/או רם שחורי
ממשרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות'
מרחוב יגאל אלון 98 (מגדל אלקטרה), תל אביב
טל': 03-6078607; פקס: 03-6078666

המשיבה 3 (רבוע כחול)

דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, ח.צ. 520043878
ע"י ב"כ עוה"ד שוני אלבק ו/או אח'
ממשרד פישר בכר חן וול אוריון ושות'
מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב
טל': 03-6069640; פקס: 03-6069625

המשיבה 4 (דור אלון)

תשובה מטעם דור אלון לבקשה מטעם הנאמן למתן הוראות לפי סעיף

12(ג) לחוק הנאמנות ביחס לביצוע פעולות בניירות ערך שבכספי

הפיקדונות

בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.4.2020, המשיבה 4, דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (להלן: "דור אלון"), מתכבדת להגיש את תשובתה לבקשה מטעם הנאמן למחזיקי אגרות החוב (סדרות כו', כז' ו-כח') של חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, מיום 14.4.2020 (להלן: "המבקש" ו"הבקשה למתן הוראות" בהתאמה).

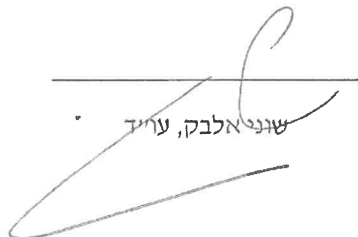
לאור נימוקי התשובה מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה למתן הוראות כלפי דור אלון, שכן דור אלון כלל אינה חלק מבקשתן של המשיבות 1, 2 ו-3, וכן דרישתן בכתב של אקסטרה פיתוח ויזום בע"מ ואקסטרה אחזקות ישראל בע"מ (להלן יחד: "אקסטרה") לביצוע פעולות בניירות ערך שבכספי הפיקדונות (להלן: "בקשת המשיבות" ו"דרישת אקסטרה" בהתאמה), אשר בגינן הוגשה הבקשה למתן הוראות דנן, ולחייב את המבקש בהוצאות דור אלון בגין הכנת תשובה זו, לרבות בשכר טרחת עורך דין בצירוף מע"מ כדין.

ואלו נימוקי התשובה:

1. ייאמר מיד - המבקש, שרלב את דור אלון לבקשה למתן הוראות, זאת למרות שדור אלון כלל אינה צד לבקשת המשיבות ודרישת אקסטרה לבצע פעולות בניירות ערך. לאמור, דור אלון כלל לא ביקשה לעשות שימוש בכספי הנאמנות שהיא הפקידה לצורך רכישת ניירות ערך ולפיכך לא מתבקשת כל הוראה בעניינה. זאת אף מציין המבקש עצמו לכל אורך הבקשה למתן הוראות.
2. הסיבה לכריכת דור אלון לבקשה למתן הוראות שלא לצורך, הינה ככל הנראה מאמציו הבלתי נלאים של המבקש, על רקע הסכסוך בין דור אלון לבין המבקש על פיקדון שהוא מחזיק שלא כדין, לראות בדור אלון ובמשיבות 1, 2 ו-3 לבקשה זו "מקשה אחת" בניגוד גמור למציאות, ולסטטוס המשפטי. נחזור אפוא על מושכלות ראשונים - דור אלון הינה חברה ציבורית עצמאית, המקיימת ממשל תאגידי ראוי, ואיננה חלק מישות משפטית מומצאת המכונה על ידי המבקש "קבוצת בן משה", למרות שמר מוטי בן משה הינו בעל שליטה בה.
3. נדגיש כי אין זו הפעם הראשונה בה המבקש מייחס פעולות של מי מבין המשיבות 1, 2 ו-3 לדור אלון ובעשותו כן מתעלם מהעובדה כי מדובר בחברה עצמאית בעלת אישיות משפטית נפרדת. כך למשל, במסגרת כתב ההגנה שהגיש המבקש בהליך המתנהל בין הצדדים בקשר עם השבת הפיקדון של דור אלון, טוען המבקש כי הצעות המשיבות 1 ו-3 במסגרת הסדר הנושים המקורי הוגשו כ"הצעה אחת" או כ"חלק מקבוצת בן משה", זאת בניגוד מוחלט לעובדה שדור אלון הגישה הצעה נפרדת והתייחסות הנושים אליה הייתה שונה בתכלית מהתייחסותם להצעות של המשיבות 1 ו-3.
4. יתרה מכך, במסגרת הבקשה למתן הוראות לא נתבקש כל סעד כנגד דור אלון. ודוק, הסעד לו עותר המבקש הוא כי בית המשפט הנכבד יורה לנאמן האם עליו לאפשר ביצוע פעולות בניירות ערך בכספי הפיקדון של אקסטרה וכספי הפיקדון של רבוע כחול. עינינו הרואות כי הבקשה למתן הוראות כלל אינה מתייחסת לפיקדון אותו הפקידה דור אלון, אלא רק לפיקדונות של המשיבות 1, 2 ו-3, שהן כאמור אלו אשר ביקשו לבצע פעולות בניירות ערך.

5. זאת ועוד, במסגרת הבקשה למתן הוראות, מעלה המבקש טענות (מוכחשות וכוזבות) ביחס לדור אלון, בניסיון לתמוך בטענות אשר העלה זה מכבר במסגרת הליכים משפטיים אחרים המתקיימים בין הצדדים.
6. כך למשל, בסעיף 12 לבקשה למתן הוראות, נכתב כי דור אלון הסכימה כי כספי הפיקדון אשר הופקדו על ידה בחשבון נאמנות בבעלות משותפת של המבקש והמשיבים הנאמנים לצורך הבטחת התחייבויותיה, לא יושבו עד למועד השלמת הסדר הנושים המתוקן, בעוד שהסכמה שכזו מעולם לא ניתנה על ידי דור אלון. ולראיה דור אלון אף פתחה בהליך משפטי נגד המבקש במטרה שהאחרון ישיב לה את כספי הפיקדון לאחר ביטולו של הסדר הנושים המקורי ולאור העובדה כי כלל לא הייתה חלק מהסדר הנושים המתוקן.
7. נוסף על כך, בסעיפים 5 ו-14 לבקשה למתן הוראות, נכתב כי הסדרי הנושים הופרו על ידי המשיבות 1 עד 4 (קרי ההפרה מיוחסת גם לדור אלון), בעוד שדור אלון עמדה בכל התחייבויותיה, וחמור מכך - המבקש מעולם לא טען כי דור אלון הפרה את הסדר הנושים המתוקן. אדרבא, המבקש עצמו אף מציין כי הסדר הנושים המתוקן הופר "על ידי בן משה באמצעות המשיבות 1-2" (קרי המשיבות 1, 2 ו-3).
8. לא זו אף זו, כאמור לעיל, דור אלון כלל לא הייתה צד להסדר המתוקן והצעתה במסגרת הסדר הנושים המקורי בוטלה במסגרת אישור בית המשפט את הסדר המתוקן מיום 2.9.2018. כיצד ייתכן כי תיוחס לדור אלון הפרה של הסדר שהיא כלל אינה צד לו?
- גם ביחס להסדר הנושים המקורי, דור אלון מעולם לא הפרה את הצעתה והייתה נכונה כל העת לבצע את העסקה על פי הצעתה ומעולם לא נסוגה ממנה, והיו אלה מחזיקי אגרות החוב אשר בחרו שלא להשלים עמה את העסקה. לכן, הטענה כי דור אלון הפרה את הסדרי הנושים הינה מופרכת על פניה.
9. כל שמדובר הוא בניסיון נואל לייחס לדור אלון פעולות המיוחסות לחברות אחרות (שגם אותן, להסרת ספק, דור אלון מכחישה), אך בשל טענתו המופרכת של המבקש כי כל המשיבות פועלות כמקשה אחת תוך התעלמות בוטה מעיקרון האישיות המשפטית הנפרדת וקריאת תגר על מושכלות יסוד בדיני החברות בישראל.
10. לא די בכך, בסעיף 21 לבקשה למתן הוראות, נכתב כי מר בן משה, "באמצעות דור אלון" הגיש תביעה להשבת הפיקדון שהופקד על ידי דור אלון. כיצד יעלה על הדעת להתייחס לחברה ציבורית ככלי בידי בעל השליטה בה לעשות בה כרצונו?
11. נוכח כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על דחיית הבקשה למתן הוראות כלפי דור אלון, ולחייב את המבקש בהוצאות הכנת תשובה זו ובשכר טרחת עורך דין, והכל בתוספת מע"מ כדין.
12. תגובה זו אינה נתמכת בתצהיר כיון שהיא נשענת על העובדות המפורטות בבקשה ובצירופותיה.

שגניאלבק, עו"ד



מכאן שחלוקה אסורה עלולה להביא לחיובו של דירקטור בתשלום פיצויים לחברה בגין הנזק שנגרם לה עקב כך, הן מכח דיני הנזיקין (עוולת הרשלנות בגין הפרתה של חובת הזהירות) והן מכח דיני החוזים (הפרתה של חובת האמונים כמוה כהפרת חוזה). הנזק הישיר לחברה במקרה כזה הוא הסכום של החלוקה האסורה, שנגרע מקופתה של החברה. נזק אפשרי נוסף הוא נזק תוצאתי, קרי, נזק בגובה כלל חובותיה של החברה, ככל שקיים קשר סיבתי בין החלוקה האסורה לבין קריסתה של החברה.

96. נבחן להלן את שלוש החלוקות מושא הבקשה, והאם הן עמדו במבחן יכולת הפרעון.

החלוקה הראשונה

האם המשיבים יישמו את מבחן יכולת הפרעון?

97. השאלה הראשונה שיש לבחון בקשר לכל אחת מבין החלוקות, היא האם המשיבים קיימו את חובתם ויישמו את מבחן יכולת הפרעון בטרם החליטו על כל חלוקה וחלוקה. נקדים ונאמר כי בדיקה כזו היא הכרחית מחמת שני טעמים. הטעם הראשון הוא שאם ייקבע כי הדירקטורים לא קיימו את חובת הבדיקה, יש בכך כדי להעביר אל שכמם את הנטל להוכיח שהחלטות בדבר החלוקות היו סבירות וכי החלוקות לא הסבו למלרג נזק; הטעם השני הוא שבדיקה כאמור דרושה על מנת לבחון האם עומדת למשיבים הגנת ההסתמכות בתום לב או הגנת שיקול הדעת העסקי, שכן שתי הגנות אלה מותנות בכך שהדירקטורים אכן בדקו והתייחסו למידע שהוצג בפניהם, והפעילו את שיקול דעתם רק לאחר בדיקה והתייחסות כאמור.

לשם בחינת השאלה האם המשיבים יישמו את מבחן יכולת הפרעון, יש להדרש לפרוטוקולים שקדמו לכל החלטה בדבר חלוקה.

98. מבחן יכולת הפרעון מחייב את הדירקטורים לבצע הערכה של שווי התבויות הצפויות של החברה מחד, ושל שווי נכסיה מאידך. הבדיקה אינה תחומה בזמן, קרי, תחום התפרסותה הוא מכאן ועד עולם (ראה חביב- סגל, ע' 97). החוק איננו מצייין כיצד יש ליישם את מבחן יכולת הפרעון, אך אין חולק שבין השאר, נדרשים הדירקטורים לנתח את תזרים המזומנים של החברה בהתבסס על התחזיות העסקיות שלה ועל התקציב הרב שנתי שלה על פני תקופה ארוכה, כדי לוודא שיש בתזרים כדי לפרוע את כל התבויות הידועות של החברה. כפי שמציין גרוס:

"הגדרה זו מטילה נטל משמעותי על האורגנים האחראים לחלוקה, מאחר שיהיה עליהם להיות מעורים היטב במצבה העסקי והפיננסי של החברה, כך שיוכלו להעריך את נזילות החברה בעת חלוקת הדיבידנד ובתקופות שבהן צריכה החברה להחזיר