

בעניין: אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, ח.פ. 515781425
אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, ח.פ. 515068849
שתייהן 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

התובעות;

- נ ג ד -

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד אופיר נאור ו/או שירן גורפיין ואח'
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

הנתבעת;

כתב הגנה

הנתבעת, הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (להלן: "הנאמן"), מתכבדת להגיש בזאת לבית המשפט הנכבד כתב הגנה מטעמה.

כל הטענות ו/או העובדות המפורטות בכתב התביעה מוכחשות, אלא אם נאמר אחרת במפורש במסגרת כתב הגנה זה.

אין בכל טענה מטענות הנאמן בכתב הגנה זה, כדי להעביר את נטל ההוכחה ו/או חובות ראיה כלשהן המוטלות על התובעות כדן, ואין באמור בו כדי להקנות לתובעות זכות להעלות טענות שהיה עליהן להעלות בכתב התביעה, אם לא נטענו במסגרתו.

כל טענה הנטענת בכתב הגנה זה, נטענת באופן מצטבר ו/או משלים ו/או חלופי לכל טענה אחרת, בין אם הדבר נאמר מפורשות ובין אם לאו, והכל על פי הדבק הדברים והקשרם.

כל ההדגשות המובאות בכתב הגנת זה אינן במקור, אלא אם נאמר אחרת.

מן הנימוקים שיפורטו להלן, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על סילוק התובענה על הסף ו/או לדחותה לגופה, תוך חיוב התובעות בהוצאות הנאמן ובשכ"ט עורכי דינו בצירוף מע"מ כדן.

א. פתח דבר

1. תביעתן של אקסטרה פיתוח ויזום בע"מ ואקסטרה אחזקות ישראל בע"מ (להלן יחד: "התובעות"), במסגרתה הן טוענות לזכותן להשבת הפיקדון על פירותיו ולזכותן לקבל בנוסף סך של 317.5 מיליון ₪ בגין עילת עשיית עושר ולא במשפט מהנאמן (להבדיל ממחזיקי אגרות החוב שהינם, אם בכלל, הנתבעים המתאימים), הינה הדוגמה המושלמת לשימוש פסול ומניפולטיבי בהליכי משפט.
2. לתובעות לא קיימת הזכות לתבוע את השבת הפיקדונות הן לאור החלטות שניתנו זה מכבר על ידי בית המשפט הנכבד, הן לאור מסמכי ההסדר שנחתמו בין הצדדים והן לאור הבקשה המוסכמת שהוגשה (בקשה 41) על ידי הצדדים, להשהיית ההליכים לחילוט הפיקדון שהופקד.

בוודאי ובוודאי שאין לתובעות זכות לתבוע מהנאמן (עצמו) פיצוי כלשהו בגין "התעשרות שלא כדין ואבדן רווח", ובענין זה אף הגיש הנאמן בקשה נפרדת (מס' 3 למחיקה על הסף אשר טרם הוכרעה. כפי שעולה מכתב התביעה עצמו ומתשובת התובעות לבקשה למחיקה על הסף – גם לעמדתן- לנאמן לא נוצרה התעשרות כלשהי, ובלשונן- "מובן שהכספים הנתבעים בתביעת הסכום העודף, הם כספים שיגיעו למחזיקי אגרות החוב אך ורק מכוח אגרות החוב והזכויות הגלומות בהן". ואיך זיל גמור.
3. כל מטרתה של התביעה הקלושה דנא, הינה ניסיון ליצור מכבש לחצים על הנאמן ומחזיקי אגרות החוב על מנת שאלו יתפשרו במחלוקת על הפקדונות. הא ותו לא.
4. בתוך כך, ולפי שהתובעות עצמן יודעות כי אין לתביעתן על מה לסמוך, התובעות עושות כל שלא ידן בכדי ליצור בכתב תביעתן את הרושם (השגוי) כאילו קיימת לחן הזכות להשבת הפקדונות, תוך הצגת תמונה מעוותת, ומנותקת מהמציאות של השתלשלות האירועים תוך שימוש בפרשנות טועה ומטעה של הוראות מסמכי ההסדר.
5. ראשית יובהר, כי התובעות הן שהפרו בבוטות, פעם אחר פעם, ונסוגו מהתחייבויות מפורשות שלקחו על עצמן במסגרת הסדרי החוב האמורים שאושרו.
6. הפרתן של התובעות את הסדרי החוב כאמור, מקימה למחזיקי אגרות החוב, מכח הוראות ברורות בהסדרים שהופרו ואף בהצעות התובעות שמכוחן נוסחו מסמכי ההסדר, את הזכות לקבלת פיצוי מוסכם בגובה הפיקדונות. מטרת הפקדת הפקדונות היתה להבטיח תשלום למחזיקי אגרות החוב מקום בו לא תשלמנה התובעות את ההסדר.
7. ראוי שיצוין כי בנסיבות אלו, ביום 20.4.2020, הגיש הנאמן תביעה לחילוט כלל הפיקדונות שהופקדו על ידי החברות בקבוצת בן משה, על פירותיהם (ת.א. 21034-04-20). במקביל הוגשה אף בקשה לאיחוד הדיון בתיקים (ת.א. 21034-04-20, ת.א. 26175-01-20 ות.א. 18533-06-19).
8. העתק מכתב התביעה שהגיש הנאמן כנגד התובעות, ריבוע כחול דודר אלון, ללא נספחים, מצ"ב כנספח 1.
9. שנית, הצעת התובעות הובאה מלכתחילה באופן מפורש כחלק מהצעת קבוצת בן משה, והוצגה בדרך זו הן למחזיקי אגרות החוב והן במסגרת בקשת אישור ההסדר לבית המשפט, ובהתאם לכך, קבע נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, כבוד השופט איתן אורנשטיין במסגרת הדיון בתיק פ"ק-23117-06-16, כי הצעת התובעות, הצעת ריבוע כחול והצעת דודר אלון,-- כולן חברות בשליטתו של בן משה (להלן: "קבוצת בן משה") - הינן מקשה אחת.
9. משכך, נהיר כי הפרת ההסדר (ועסקינן בשתי הפרות של שני הסדרים) על ידי קבוצת בן משה מזכה את מחזיקי אגרות החוב לקבל את מלוא הפיקדון שהופקד להבטחת הצעתה.

10. קבוצת בן משה, ובכללן התובעות, הסכימה מפורשות להשהיית ההליכים לחילוט הפיקדון וזאת עד להשלמת ביצועו של ההסדר השני במסגרת בקשה משותפת ומוסכמת להשהיית הליכים שהוגשה בעניין. בנוסף הוכנס על ידי התובעות במסגרת ההסדר השני סעיף פטור מפורש החל ביחס לכלל חברות הקבוצה, לרבות התובעות, בגין הפרות ההסדר הראשון שיכנס לתוקף החל ממועד הביצוע של ההסדר השני (שמעולם לא הגיע לכדי השלמה בשל הפרתו על ידי התובעות באופן מכוון ומושכל). במסגרת ההסכמה על השהיית ההליכים הוסכם מפורשות על אי ויתור על זכות כלשהי של הנאמן או של מחזיקי אגרות החוב מכוח ההסדר הראשון וזאת עד למועד השלמתו בפועל של ההסדר השני.
11. המחזיקים מעולם לא ויתרו על איזו מהטענות שעומדות להם לחילוט כספי הפקדון לא במסגרת ההסדר השני ולא בכלל, ואף שמרו במפורש על טענות אלו. שמירת טענות זו נדונה מפורשות (כמפורט בהמשך), ואישורה היווה את אחד התנאים אשר נדרשו על ידי המחזיקים לצורך התקדמות בהליכי ההסדר השני.
12. מסמכי ההסדר הראשון והשני כללו הוראות מפורשות לפיהן מדובר בפיצוי מוסכם ואין כל רלוונטיות לטענות התובעות בנוגע לנזק הנטען על ידן שהינו מוכחש.
13. ולבסוף, באופן תמוה ביותר, וכנראה שלא בכדי, נמנעו התובעות מלצרף את חברת אפריקה השקעות לישראל בע"מ כצד לבקשה. זאת למרות ש –
- 13.1. הצעות הסדרי הנושים שעל בסיסם נוסחו והוגשו שני ההסדרים - הופנו לחברה ובקשות התסדרים הוגשו על ידי החברה ובהסכמת התובעות לבית משפט של חדלות פרעון.
- 13.2. ככל והסדר הנושים (הראשון או השני) היה יוצא אל הפועל, החברה היתה זו אשר נהנית ומקבלת את תמורות ההסדר אשר מטרתן היתה תשלום לנושים הפיננסיים כאשר הנושה הגדול ביניהם הינם מחזיקי אגרות החוב אך לא רק (גם רשות המיסים היתה בין נושים אלו) והקטנת חוב החברה כלפי הנושים הפיננסיים.
- 13.3. הוראות חילוט הפיקדון (בשני ההסדרים) קובעות, בין היתר, כי חילוט הפיקדון יהווה סעד ממצה, בלעדי ויחיד לטובת החברה, הנאמן ולטובת כל צד אחר.
14. אי צירוף החברה כצד לתובענה דנא, אך מחזק את טענת הנאמן לפיה לתובעות מטרה אחת- ללחוץ על הנאמן כמי שמחזיק את כספי הפקדונות בנאמנות, להתפשר במחלוקות על הפקדונות, באמצעות הגשת תביעה שתביא לעיכוב כספם של מחזיקי אגרות החוב שהתקבלו עבורם כתמורה בהסדר עם לפידות (380 מיליון ₪).
15. הדברים נכונים ביתר שאת לפי שהתובעות אף טוענות במסגרת כתב תביעתן לזכותן לקבל בנוסף להשבת הפיקדון על פירותיו, סך של 317.5 מיליון ₪ בגין עילת עשיית עושר ולא במשפט מהנאמן וממנו בלבד, וזאת על אף שהנאמן לא שלשל ולו 1 ₪ לכיסו.
16. אילו היה ממש בתביעתן של התובעות- (ואין!), הרי שהיה עליהן לנקוט בהליכים למיצוי זכויותיהן הנטענות (והמוכחשות) עוד קודם לכן כדוגמת הגשת תביעת חוב או הגשת התנגדות לביצוע ההסדר, אלא שהתובעות בחרו להגיש את כתב תביעתן כנגד הנאמן וכנגדו בלבד במועד שנבחר על ידן בקפידה, ימים ספורים לפני כניסתו אל הפועל של הסדר לפידות כשידוע להן שהמשמעות היא עיכוב כספי מחזיקי אגרות החוב מתוך תמורות הסדר לפידות, והכל כדי להפעיל לחץ על הנאמן ומחזיקי אגרות החוב ולגרום להם להתפשר במחלוקת על הפקדונות.
17. כפי שפורט בהרחבה במסגרת בקשת הסילוק על הסף שהוגשה על ידי הנאמן במסגרתה נתבקש בית המשפט הנכבד להורות על סילוקו על הסף של הפרק העוסק בעילת העושר ולא במשפט שכתב התביעה מכוחו נתבע מהנאמן סכום של 317.5 מיליון ₪, וכפי שיפורט בהרחבה להלן, הנאמן לא זכה "להתעשרות" כלשהי וממילא הוא אינו היריב המתאים בתביעה דנא, ודי בכך בכדי לסלק את התביעה על הסף.

18. התובעות לא הצביעו על כל "התעשרות" של הנאמן עצמו ובוודאי שלא הצביעו על התעשרות שלא כדין; ממילא אף אם נקבל את טענת התובעות, הרי שמי שנהנה מתמורות אלו הם מי שהיו בעבר מחזיקי אגרות החוב של החברה (אגרות החוב עצמן נמחקו זה מכבר) ולא הנאמן; אין כל הוראה בדין המצדיקה ומאפשרת תביעה כנגד נאמן חלף היריב המתאים (אם בכלל, מחזיקי אגרות החוב) ובטח ובטח שלא להטיל חובת פיצוי על נאמן למחזיקי אגרות חוב לטובת צדדים שלישיים; הנאמן פעל לכל אורך הדרך בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד ובית המשפט של חדלות פירעון; הנאמן פעל בהתאם להחלטות סדורות שהתקבלו כדין על ידי מחזיקי אגרות החוב.

19. זאת ועוד, בדרך של הגשת התביעה דנא כנגד הנאמן ימים ספורים לפני המועד לחלוקת כספים משמעותיים למחזיקי אגרות החוב, השיגו התובעות סעד זמני של עיקול או צו מניעה לפי שכספי המחזיקים בשווי הסכום הנתבע מעוכבים כדין בידי הנאמן. **סעדים זמניים כאמור, אשר גורמים למחזיקי אגרות החוב נזקי עתק – היו צריכים להיות כפופים לתנאים המקובלים למתן סעד זמני – הגשת בקשה מגובה בתצהיר, מתן התחייבות לפיצוי על כל נזק, הכרעה משפטית דחופה תוך ימים ספורים ועוד. בדרכם העקלקלה חסרת תום הלב והנלוזה, הצליחו התובעות להשיג עיקול דה פקטו מבלי לעמוד באיזה מתנאים אלו. לכך אין לתת יד!**

20. בנסיבות אלה, לא רק שאין בסיס לתביעתן של התובעות, אלא שהפרתן של שני הסדרים מקימה לנאמן את הזכות לפעול לחילוט כל הפקדונות שהפקידה קבוצת בן משה הואיל ונקבע באופן ברור על ידי כבוד הנשיא אורנשטיין כי מדובר בהצעה אחת שלובה.

21. כפי שיפורט במסגרת כתב הגנה זה, יש לדחות את התביעה על הסף.

ב. הרקע העובדתי הנדרש

22. לאור אי יכולת החברה- אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (להלן: "אפריקה") לפרוע את חובותיה שעמדו אז על סך מצטבר העולה על 3 מיליארד ש"ח, פתחה החברה בהליכים לגיבוש הסדר חוב ומו"מ עם נושיה הפיננסיים. במסגרת זו נוהל מו"מ עם מציעים שונים, ביחס למכירת אחזקותיה בחברה ו/או בנכסיה ואף נערכה התמחרות בין מציעים שונים לרבות קבוצת בן משה.

23. כחלק מההליכים, נדרשו המציעים להפקיד פקדונות כספיים להבטחת עמידה בהתחייבויותיהם על פי ההצעות, ולאחר אישור איזו מן ההצעות - להבטחת קיום ביצוע ההסדר שאושר.

24. במיוחד התנהל הליך התמחרות אגרסיבי אותו יזם מר בן משה, בין התובעות, לבין קבוצת סיידוף, אשר הצעת קבוצת סיידוף כבר אושרה באופן אינדיקטיבי על ידי מחזיקי אגרות החוב ערב אישור הסדר סיידוף על ידי נושי החברה.

25. קבוצת בן משה ביצעה שורה של שיפורים משמעותיים בהצעתה על בסיס מסמכי ההסדר המלאים והמקיפים שנוסחו עם קבוצת סיידוף, והכל על מנת להביא למשיכת הבקשה לכינוס אסיפות נושים ביחס להסדר סיידוף ולבחירה בהצעת התובעות כהצעה המועדפת על מחזיקי אגרות החוב.

26. כך, בסיכומו של הליך ההתמחרות, נבחרה בחודש דצמבר 2018, הצעתן המשולבת של קבוצת בן משה, לרכישת מלוא מגיות החברה ונכסיה, כהצעה המועדפת על מחזיקי אגרות החוב.

1.ב. הפקדת הפיקדון על ידי קבוצת בן משה לרבות התובעות שהינה חלק מהצעת הסדר אחת

27. ביום 1.1.2018, הודיע הנאמן על ביצוע הפקדות לחשבונות הנאמנות של הנאמן לצורך הבטחת הצעת ההסדר מטעם קבוצת בן משה ובכללן התובעות כדלקמן:

א. **פיקדון בסך מקורי של 50 מיליון ₪** אשר הופקד בחשבון נאמנות בבעלות הרמטיק המתנהל בבנק לאומי לישראל בע"מ, סניף 804, מספר חשבון 239858/18 (אשר לימים לאור סגירת סניף טכנית פרטיו עודכנו לסניף 812 מספר חשבון 28717/88) בנאמנות עבור מחזיקי אגרות החוב ואקסטרה אחזקות ישראל בע"מ (להלן: "**אקסטרה אחזקות**") והורכב במקור מסך של 10 מיליון ₪ וניירות ערך סחירים בבורסה בתל אביב בשווי של 40.3 מיליון ₪.

ב. **פיקדון בסך מקורי של 40 מיליון ₪** אשר הופקד בחשבון נאמנות בבעלות על שם הנאמנים ועל שם עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני, ב"כ התובעות המתנהל בבנק לאומי לישראל בע"מ, סניף 804, מספר חשבון 239793/20, (אשר לימים לאור סגירת סניף טכנית פרטיו עודכנו לסניף 812 מספר חשבון 28712/98) על שם הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני, בנאמנות משותפת עבור מחזיקי אגרות החוב סדרות כו', כז' וכח' של החברה ועבור ואלון רבוע כחול ישראל בע"מ (להלן: "**רבוע כחול**"), אשר הורכב במקור מניירות ערך סחירים בבורסה בתל אביב בשווי של 40.7 מיליון ₪.

ג. **פיקדון בסך של 10 מיליון ₪** אשר הופקד בחשבון נאמנות בבעלות על שם הנאמנים ועל שם עוה"ד רענן קליר ואלון בנימיני ב"כ התובעות, המתנהל בבנק לאומי לישראל בע"מ, סניף 804, מספר חשבון 239788/13, אשר לימים לאור סגירת סניף טכנית פרטיו עודכנו לסניף 812 מספר חשבון 28709/87) בנאמנות משותפת עבור מחזיקי אגרות החוב סדרות כו', כז' וכח' של החברה ועבור ודור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (להלן: "**דור אלון**"), אשר מורכב מסך של 10 מיליון ₪.

(להלן: "**הפיקדונות**")

העתק דיווח הנאמן במאי"ה מיום 1.1.2018, מצ"ב, נספח 2

2. התנאים לחילוט הפיקדון על פי מסמכי ההסדר

28. ביום 27.12.2017 הועבר עבור התובעות לידי הנאמנים הוראות בלתי חוזרות לפיהן:

ג. בענין זה הרינו למסור לכם הוראות בלתי חוזרות כדלקמן:

1. אם תימסר על ידכם לרוכשת התראה בכתב לפי סעיף 5.2.2 להצעת הרוכשת (להלן בסעיף זה: "**הדרישה לחילוט**") אזי תעבירו לחשבון נאמנות על שמכם, את הסכום הנקוב בדרישה לחילוט, בסך של עד 50 מיליון ₪ (תחילה יועבר המזומן שבחשבון הבנק וכל הצורך, תועבר בד בבד יתרת ני"ע שתשלם לסכום הנדרש במסגרת הדרישה לחילוט), מחשבון הבנק (הסכום שיועבר יהווה את "הפיקדון" לצורכי הצעת הרוכשת, ויחולו לגביו ההוראות בהצעת הרוכשת התלות על "הפיקדון").

2. אם תימסר על ידכם לרבוע כחול התראה לפי סעיף 9.3 (ב) להצעת רבוע כחול (להלן בסעיף זה: "**הדרישה לחילוט**") אזי יועבר לחשבון נאמנות משותף לכם ולב"כ רבוע כחול (חשבון מספר 239793/20 בבנק לאומי לישראל בע"מ (סניף 804)), סכום לפי דרישתכם בסך של עד 50 מיליון ₪, מחשבון הבנק (הסכום שיועבר יהווה את "הפיקדון" כהגדרת מונח זה בהצעת רבוע כחול, ויחולו לגביו ההוראות בהצעת רבוע כחול). (תחילה יועבר המזומן שבחשבון הבנק וכל הצורך, תועבר בד בבד יתרת ני"ע שתשלם לסכום הנדרש במסגרת הדרישה לחילוט). אין באמור לעיל כדי לגרוע מזכויותיכם על פי הצעת רבוע כחול.

29. כן הודגש בסעיף 4 לכתב ההוראות, "כי לפי ההוראות הבלתי חוזרות כמתואר לעיל תבצעו את ההעברות דלעיל, בהתקיים התנאים לעיל מבלי להטיל עליכם לבסס את דרישתכם במסגרת ההודעה הנ"ל, מבלי להפעיל שיקול דעת ומבלי שתהיה לנו הרשות או הזכות לעכב או למנוע את ביצוע ההעברות המפורטות לעיל (זאת מבלי לגרוע מהוראות הצעת התובעות והצעת רבוע כחול בנוגע לאפשרות של התובעות או רבוע כחול להתנגד לחילוט הסכומים בהתאם להוראות הצעת התובעות ובהתאם להוראות הצעת רבוע כחול".

העתק מכתב ההוראות מיום 27.12.2017, ללא נספחיו, מצ"ב נספח 3.

30. בהתאם להוראות סעיף 5.2.2 (ב) להסדר הנושים, ניתן יהיה לחלט את הפיקדון לאחר שהנאמן נתן התראה בכתב במסגרתה עליו לנמק את דרישתו ולאחר שניתנה לתובעות אפשרות לתקן את ההפרה ו/או היא הודיעה על התנגדותה:

(א) הפיקדון יחולט על-ידי הנאמנים לאגרות החוב הקיימות, באופן מיידי, במקרה בו יתקיימו מלוא התנאים המתלים לכניסתו לתוקף של ההסדר המפורטים בסעיף 12 להלן, עד המועד הקבוע לקיומם בסעיף 12 להלן, והרוכשת לא עמדה באילו מהתחייבויותיה על פי הסדר זה שמועד קיומן הינו במועד הביצוע.

(ב) הפיקדון יהיה ניתן לחילוט על ידי הנאמנים לאגרות החוב הקיימות לאחר מתן הוראה בכתב בת 5 יום לרוכשת, שבה הנאמן יגמק את דרישתו לחילוט ויתן לרוכשת אפשרות לתקן את ההפרה הנוטעת תוך 5 ימים נוספים (סה"כ 10 ימים), והכל מבלי לגרוע מכל סעד אחר על פי כל דין של מי מהצדדים. ככל שהרוכשת תתנגד בכתב לחילוט הפיקדון בתוך תקופת 10 הימים האמורה, יפנה הנאמן לבית המשפט, בתוך 5 ימים ממועד הודעת הרוכשת בדבר התנגדותה לחילוט באמור, בבקשה לקבלת הוראות לפי הוראות סעיף 12 (ג) לחוק הנאמנות

התשלי"ט - 1979, יצרף את הרוכשת כמשיבה לבקשה וימציא לה עותק של הבקשה במועד הגשתה לבית המשפט.

(ג) סכום הפיקדון המחולט ישמש לטובת פירעון חלקי של חוב החברה למחזיקי אגרות החוב הקיימות.

31. וכך גם בהצעת הריבוע הכחול נקבע כי ככל והתקיימו התנאים המתלים אולם המציעה לא עמדה בהתחייבויותיה במועד ההשלמה, ניתן לחלט את הפיקדון:

9.3. לנאמן תקום הזכות לדרוש את חילוט הפיקדון בהתאם להוראות סעיף 9.4 להלן, לאחר שהתקיימו שני תנאים אלו – (א) התקיימו התנאים המתלים לעסקה והמציעה לא עמדה בהתחייבויותיה במועד ההשלמה, וכן – (ב) הנאמן התרה במציעה בכתב ששילח לאחר מועד ההשלמה, המנמק והמעלה את כל טענותיו, והמציעה לא תיקנה את ההפרה תוך 5 ימי עסקים ממועד המכתב (להלן יחד: "ההפרה המקנה חילוט").

חילוט הפיקדון יהווה סעד ממצה, בלעדי ויחיד לטובת הנאמן ולטובת כל צד אחר (לרבות – אך לא רק - החברה או מחזיקי אגרות החוב או כל נושה של החברה) בנין כל טענה כלפי המציעה לרבות טענה בדבר הפרה של המציעה את הוראות הצעה זו. פרט לחילוט הפיקדון כמפורט בהצעה זו לא יוכל צד כלשהו לבוא בטענה או בדרישה או בתביעה כלשהי למציעה או למי מטעמה או מי הקשור בה.

32. הוראות אלו קיימות גם בהצעת דור אלון.

33. יושם לב בהקשר זה כי בשתי ההצעות (רבוע כחול ודור אלון) נקבע כי הפיקדון יוחזק בידי הנאמנים **עד שיקבלו צו מבית המשפט המורה להם כיצד לנהוג בפיקדון** ככל והנאמנים דרשו את העברת הפיקדון לנאמן והמזיעה התנגדה להעברת הפיקדון וכי המזיעה **מוותרת מראש על כל טענה או תביעה כנגד הנאמן אלא אם פעלו במרמה:**

9.4.6. על אף האמור לעיל, אם תוך שבעה ימי עסקים ממועד שקיבלו הנאמנים את דרישת הנאמן, התקבלה אצל הנאמנים הודעה מאת המזיעה המתנגדת להעברת הפיקדון לנאמן, אזי הפיקדון יוחזק בידי הנאמנים עד שיקבלו צו מבית המשפט המורה להם כיצד לנהוג בפיקדון, או עד לקבלת הוראות משותפות ומוסכמות מאת המזיעה והנאמן כיצד לנהוג בפיקדון.

9.4.7. העברת הפיקדון לצד כלשהו על ידי הנאמנים תיעשה יחד עם פירות הפיקדון ובניכוי החוצאות בגין החזקת הפיקדון כגון עמלות הבנק וכיו"ב.

9.4.8. הנאמנים לא יפעילו שיקול דעת כלשהו וינהגו לפי ההוראות דלעיל. הנאמן, החברה והמזיעה מותרים מראש כלפי הנאמנים על כל טענה דרישה או תביעה למעט אם פעלו במרמה. הנאמן, החברה והמזיעה מסכימים שהנאמנים ימשיכו לייצג את המזיעה או הנאמן לפי העניין, לרבות לעניין מחלוקת בשאלה כיצד יש לנהוג בפיקדון והחברה, המזיעה והנאמן מאשרים כי אין בהפקודם של הנאמנים כאמור כדי למנוע ייצוג זה.

34. כפי שיפורט בהרחבה להלן, קבוצת בן משה ובכללן התובעות הפרו ברגל גסה פעם אחר פעם שתי תוכניות הסדר אליהן התחייבו, באופן אשר מזכה את הנאמן בחילוט כלל הפקדונות אשר הועמדו להבטחת ההסדר, לפי שמדובר היה, לרבות כפי שקבע כבוד הנשיא אורנשטיין, בהצעות משולבות הכרוכות האחת בשניה.

35. בתוך כך יצוין בהקדמת המאוחר, כי הנאמן שלח הודעות ודרישות ביחס לחילוט הפקדונות, בין היתר, בימים 9.5.2018, 22.5.2018 ו-27.6.2018, ולאחר מכן, משלא תוקנו ההפרות ולא מולאו ההתחייבויות בהסדר (לא הראשון ולא השני), הגיש הנאמן שתי בקשות שונות למתן הוראות לבית המשפט הנכבד של הפרי"ק, במסגרתן ביקש לחלט את כלל הפקדונות אשר הועמדו להבטחת התחייבות קבוצת בן משה כאמור.

36. אולם ראשון-ראשון-אחרון-אחרון.

ג. תוכנית הסדר הנושים הראשונה - כללה שלוש הצעות משולבות

37. ביום 4.1.2018 הגישה החברה בקשה מחודשת ודחופה לאישור הסדר נושים שנוסח על בסיס הצעתן השלובה של התובעות יחד עם אלון רבוע כחול ישראל בע"מ (להלן: "רבוע כחול") ודור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (להלן: "דור אלון") (להלן: "הצעת ההסדר הראשונה").

38. ויודגש, כי המו"מ על ההסדר הראשון נדון כמקשה אחת אל מול ב"כ התובעות ולא אל מול אף עו"ד אחר (לא מטעם רבוע כחול ולא מטעם דור אלון), כאשר התיקונים אשר הוסכמו שולבו על ידם בכלל הצעות.

39. זאת ועוד, ההסדרים, הן הראשון והן השני, אושרו כמקשה אחת על ידי מתזיקי אגרות החוב ועל ידי אסיפות הנושים, הוגשו כתוכנית הסדר אחת שלובה לבית המשפט וקיבלו את אישורו של בית המשפט הנכבד כתוכנית אחת סדורה (רי' נספחים 5-6 לכתב התביעה).

40. כמו כן, **תוכניות ההסדר אף בוטלו כמקשה אחת**, עקב הפרתו הבוטה והמכוונת של מר בן משה, בעל השליטה בקבוצת בן משה (להלן: "בן משה") את תוכנית ההסדר הראשונה והשניה, ונסיגתו פעם אחר פעם מהתחייבויותיו החוזיות והמובהקות בהסדר הנושים (הראשון והשני).

41. לא זאת אף זאת, כבוד נשיא בית המשפט המחוזי א. אורנשטיין, קבע מפורשות כי עסקינן בהצעה אחד שלובה במסגרת החלטתו מיום 9.5.18 ובה קבע כי:

בית המשפט:

ההצעה היא מקשה אחת מטעם בעל השליטה בכל החברות מר בן משה, אשר פוצלה למספר חברות. הדבר נאמר גם בתגובה של דוד אלון עצמה לבקשת השותפים בחברות המפעיל לשמירת הזכות לסירוב ראשונה וזכות ההצטרפות.

1.1. הפרתן של התובעות (ושל יתר חברות קבוצת בן משה) את הסדר הנושים הראשון

42. במסגרת תוכנית ההסדר ראשון, אשר הוגשה לבית המשפט לאישור כינוס אסיפות של נושי החברה ופורסמה ביום 21.12.17 ("מועד הגשת תוכנית ההסדר"), נכללה התחייבות לרכישת מניות החברה על ידי אקסטרה כפי שהן (AS IS), ללא מצגים כלשהם, ולאחר הבדיקות הרלוונטיות לעסקה מכל בחינה שהיא- לרבות היבט עובדתי, כלכלי, משפטי, מיסוי, רגולטורי וכו'. וכך קובעות הוראות ההסדר:

3.2.4. הרוכשת רוכשת את מניות הרוכשת בהתאם להוראות הסדר זה במצבן AS IS, ללא מצגים כלשהם, בפרק להיוון נקיות וחופשיות.

3.2.5. הרוכשת מצהירה כי: (א) היא רוכשת את מניות הרוכשת בהתאם להוראות הסדר זה בכפוף להיוון נקיות וחופשיות על סמך בדיקותיה העצמאיות, וללא שהיא מסתמכת על כל נתון, מצג או הצהרה שניתנו על ידי הנאמנים לאגרות החוב הקיימות, הנציגות, מתזיקי אגרות החוב ו/או החברה, חברות הקבוצה באי כוחם, נושאי המשרה והדירקטורים המכהנים בהם, עובדיהם ויועציהם, בנקאי ההשקעות, וכל גורם מטעמם; ו-(ב) כי היא בדקה את כל ההיבטים הרלבנטיים לעסקה, מכל בחינה שהיא ואת כל התוצאות הפוטנציאליות הנגזרות הימנה (לרבות: היבטים עובדתיים, כלכליים, משפטיים, מיסויים, רגולטוריים, השלכות שינוי שליטה, הגבלים עסקיים וכיוצ"ב).

43. הוראות ההסדר הראשון כללו אף התרגה מפורשת של חובות כלפי רשות המיסים, כאשר נקבע מפורשות כי החובות כלפי רשות המיסים לא יהיו חלק מהחובות המוסדרים במסגרת תוכנית ההסדר. דהיינו – כל סיכון בקשר עם חבות מס שיש לאפריקה ישראל להשקעות בע"מ – לא יהיה בו כדי לשנות את התחייבות אקסטרה לרכישת מניות אפריקה ישראל (ר' סעיפים 1.17 ו-1.18 להסדר).

44. רוצה לומר, כי על פי הוראות ההסדר הראשון, מלוא הסיכונים לחבויות מס של אפריקה, ידועים אם לאו, הוטלו על התובעות.

45. אלא שכפי שיפורט מיד, למרות שהוראות ההסדר הראשון כללו התחייבות מפורשת לרכישת אפריקה במצבה כפי שהיא (AS IS) ולאחר שהתובעות בחנו את כל ההיבטים הרלוונטיים לעסקה לרבות היבטי המס בעסקה, לאחר שמש המכנסה הוציא צווים לחברה במסגרתם הוטלה על החברה חבות מס בסך כ-245 מיליון ש"ח, ניסו התובעות ויתר חברות קבוצת בן משה לסגת מהצעתן שלא כדן.

46. וזאת לדעת, כבר במהלך חודש ספטמבר 2017 (כשלושה חודשים לפני הגשת תוכנית ההסדר הראשון לאישור בית המשפט לזימון אסיפות נושים ולאישור ההסדר), הובהר לתובעות כי לרשות המיסים קיימות טענות העשויות להביא לחבות מס של מאות מיליוני ₪, ובמהלך החודשים נובמבר-דצמבר 2017 אף התקיימו דיונים במטרה להגיע לפשרות ביחס לסכומים אלו.

47. בתוך כך החברה אישרה ואף תמכה את דבריה בתצהיר שהגישה לבית המשפט של חדלות פרעון כמו גם במכתב מנכ"ל החברה וסמנכ"לית הכספים מיום 22.3.2018, כי במהלך התקופה אשר קדמה למועד הגשת ההצעות שקדמו להסדר הראשון, הועלו טענות מצד נציגי רשות המיסים, לרבות אפשרות לחבות מס של מאות מיליוני ₪, וכי כל נתון שהיה ידוע להם אודות דרישות המס, "שוקפו נאמנה לתובעות (כמו גם למציעים שונים אחרים), במהלך שיחות שנערכו בין נציגיה, יועציה המקצועיים לבין הנהלת החברה ויועציה המקצועיים...".

העתק מכתב מנכ"ל וסמנכ"ל הכספים של החברה מיום 22.3.2018 מצ"ב כנספת 4.

48. יתרה מכך, כבר לפני אישור ההסדר הראשון, מר בן משה ומי מטעמו היו מעורבים בקבלת ההחלטות העסקיות בחברה למגינת ליבם של מחזיקי אגרות החוב והנאמן, והיו מצויים בפרטי עסקי החברה וחבויותיה. בתוך כך, הנאמן אף פנה מספר פעמים לדירקטוריון החברה כדי שזה ימנע את הניהול בפועל של מר בן משה את החברה טרם השלמת ההסדר.

העתק מכתבי ב"כ הנאמן מהימים 10.5.18 ו-12.6.18 - מצ"ב כנספים 5-6.

49. הנה כי כן, עוד בטרם הגשתה של תוכנית ההסדר הראשון לבית המשפט, ואף עוד בטרם הגשתה להצבעתם האינדיקטיבית של מחזיקי אגרות החוב ביחס לקידומה של תוכנית ההסדר הראשון, הייתה קבוצת בן משה מודעת היטב לחשיפה אפשרית לחובות המס הספציפיים בהיקף של מאות מיליוני שקלים.

50. אף על פי כן, בחרה קבוצת בן משה לרבות התובעות להגיש לאישורם של מחזיקי אגרות החוב ובהמשך לבית המשפט, תוכנית הסדר אשר מחריגה חובות אלו מהחובות המוסדרים במסגרת ההסדר, תוך שהיא לוקחת על עצמה מפורשות את הסיכון הגלום בכל התחייבויות החברה (למעט אלו שהוחרגו ספציפית) ועוד מגדילה לעשות ומצהירה מפורשות כי היא ביצעה את כל הבדיקות הרלוונטיות לרבות בדיקות מיסוי.

51. ביום 7.1.18 התקבל מכתב רשמי מרשות המיסים, אשר מעלה על הכתב את דרישות רשות המיסים והחשיפה של מאות מיליוני שקלים ("מכתב רשות המיסים"). המכתב נמסר אף לנציגיו של בן משה.

52. בהמשך, התקבלו ביום 23.1.18 צווים מרשות המיסים לפיהם הוטלה על החברה חבות בסך כ-245 מיליון ש"ח ("צווי רשות המיסים").

53. במקביל, ומעבר להגשת הצעה מחייבת בתקופה זו, ביצעה קבוצת בן משה שורה של פעולות אשר נדרשו לקידום אישורה של תוכנית ההסדר הראשון לרבות השלמת ניסוח נספחים להסדר והפקדת הפקדונות בסך כולל של 100 מיליון ש"ח להבטחת העמידה בהתחייבויותיה על פי ההסדר לרבות השלמתו.

54. אף לאחר קבלת מכתב רשות המיסים וכן לאחר קבלת צווי רשות המיסים, המשיכו הצדדים לרבות קבוצת בן משה, לפעול להשלמתו של ההסדר.

55. ביום 1.2.18 הוגשה על ידי החברה, בהסכמת הנאמן וקבוצת בן משה, בקשה לבית המשפט לאישור תוכנית הסדר הראשון (ר' נספת 6 לכתב התביעה).

56. יצוין, כי בטיוטה הראשונה של הבקשה אשר נשלחה לנאמן נכללה דרישה למתן צווים כנגד רשות המיסים להסרת דרישתה כנגד החברה במסגרת צווי רשות המיסים. בהמשך לאותה הטיוטה, הבהיר הנאמן כי נוסח הבקשה אינו מקובל עליו הואיל ואינו עולה בקנה אחד עם הוראות תוכנית ההסדר הראשון, הוראות המחריגות במפורש את רשות המיסים מהוראותיו, ומשכך מתבקשות החברה והתובעות להסיר את הטענות והצווים בעניין מס הכנסה מהבקשה לאישור ההסדר, כדלקמן:

"... נבקש כי נושא הבקשות וההליכים אל מול רשות המיסים תועבר לבקשה נוספת, מטעם החברה, ותבסס על הטעמים הענייניים לדחיית הבקשה בלבד.

נוסח הבקשה שהועבר אלינו אינו עולה בקנה אחד עם הוראות ההסדר המחריגות במפורש את רשויות המס מהוראותיו. כך, בזכור, הגדרת הנושים האחרים הנכללים בהסדר מחריגה במפורש את רשויות המס...

על הבקשה לאישור הסדר הנושים להיות תואמת לבקשה לכינוס אסיפות ולא להוסיף ו/או לגרוע ממנה."

העתק דוא"ל שנשלח על ידי ב"כ הנאמן ביום 30.1.2018 מצ"ב כנספת 7.

57. בהתאם לדרישת הנאמן, החברה והתובעות הסירו את הבקשה למתן צווים כלפי רשות המיסים מהבקשה לאישור ההסדר הראשון והגישו אותה כבקשה נפרדת ("בקשה מס' 25"), והבקשה לאישור ההסדר הראשון הוגשה בלא שנכללו בה כל דרישה ביחס לצווי רשות המיסים, ומבלי שהיה בה כדי להתנות על הבקשה לכינוס אסיפות וקידומו של אישור הסדר החוב המוסכם.

58. אף לאחר הגשת הבקשה לאישור ההסדר, המשיכו הצדדים לרבות קבוצת בן משה לפעול להוצאתו לפועל של ההסדר הראשון ובכלל זאת הגישו תגובות לשורה של התנגדויות להסדר אשר הוגשו על ידי צדדים שלישיים.

59. למעלה מכך, ביום 20.2.2018, התובעות האריכו את תוקף הצעתן מבלי להתנות בדבר, למרות שדרישות רשויות המס והצווים שהוצעו כנגד החברה היו כבר ידועים היטב באותו המועד.

60. למרות כל אלו ועל אף הוראות ההסדר המפורשות והצעדים שננקטו על ידי קבוצת בן משה לקידומו של ההסדר, בחרו התובעות להתנות את מילוי התחייבויותיהן על פי ההסדר הראשון בביטולם של צווי רשות המיסים.

וכך, במסגרת הדיון על אישור ההסדר אשר נערך ביום 18.3.18 הודיע ב"כ בן משה לבית המשפט כי "לשאלת בית המשפט, מה קורה לגבי ההסדר אם בית משפט יגיע למסקנה שנושא המס צריך בירור ואיך זה משליך על ההסדר, אני משיב שלא יהיה הסדר".

העתק פרוטוקול הדיון וההחלטה מיום 18.3.18 מצ"ב כנספת 8.

61. בנסיבות אלו, הציע בית המשפט לצדדים הצעת פשרה לפיה תבוינת המס יהיו בסך מקסימלי של 120 מיליון ש"ח וכי סכום זה ייוותר בקופת החברה מתוך הסכומים אשר נועדו לתשלום החלק הבלתי מובטח של נשיית מחזיקי אגרות החוב, כאשר בהמשך תתבררנה מול רשות המיסים הטענות ביתס לתבוינת המס לגופן. לפי ההצעה, ככל שאכן יוכרע וישולם לרשויות המס סכום כלשהו - ישמרו מחזיקי אגרות החוב על טענותיהם כנגד קבוצת בן משה ובכללן התובעות בקשר להתחייבותה לשאת בחבויות המס.

62. על אף שההצעה הטילה למעשה את נטל חבות המס הראשונית ככל שתחול על מחזיקי אגרות החוב, באשר כספים המגיעים להם יעוכבו, מחזיקי אגרות החוב נתנו הסכמתם להצעת בית המשפט. אלא שהתובעות לא הסכימו שלנושי החברה תישמר הטענה לפיה בהתאם להוראות ההסדר היה על התובעות לשאת בחשיפה שבחוב המס.

63. ללמדך- כי התובעות לא רק סירבו לשאת בנטל המס שלקחו על עצמן במפורש וביודעין במסגרת תוכנית ההסדר, אלא סירבו אף להצעת הפשרה של בית המשפט.

64. ויודגש- עמדה זו היוותה הפרה בוטה של הוראות ההסדר ומנוגדת לאמירות מפורשות של בעל השליטה בתובעות, מר מוטי בן משה, וכן מנוגדת היא להבנות שהובאו לעיל עם הנאמן עת הוגשה בקשה מס' 25 - כי מדובר בבקשה שהוגשה במנותק מהבקשה לאישור ההסדר ואינה מתנה על השלמת ההסדר ככל ולא תאושר.

65. לאור זאת, וכל עוד לא יבש הדיו על פרוטוקול הדיון בו הצהיר בן משה כי "אין הסדר", שלח הנאמן כבר באותו היום (9.5.2018) הודעות ביחס לחילוט הפיקדונות אשר הועמדו להבטחת ההצעות שעל בסיסן גובש הסדר בהתאם להוראות סעיף 5.2.2 להצעת התובעות וסעיף 9.3 (ב) להצעת הרבוע הכחול דור אלון, וזאת מבלי לגרוע מכל סעד אחר לו זכאים מחזיקי אגרות החוב.

העתק מהודעות החילוט מיום 9.5.2018, מצ"ב כנספח 9.

66. לאור סירובן של התובעות לקיים את ההסדר וסירובן להצעת הפשרה של בית המשפט, לא אושר ההסדר הראשון על ידי בית המשפט הנכבד במסגרת הדיון שהתקיים ביום 9.5.18.

67. אולם במסגרת הדיון, המליץ בית המשפט הנכבד לצדדים לרבות לרשות המיסים לפנות להליך גישור אשר במסגרתו יפעלו להסכמה בין שלושתם או לחילופין יקיימו הצדדים האמורים מו"מ חדש שלא בהליך גישור.

2.1. ניהול מו"מ על הסדר שני וההסכמות למול רשות המיסים

68. בהתאם להחלטת בית המשפט, התקיימו בין נציגי מחזיקי אגרות החוב לבין מר בן משה בשם כל המציעות מטעמו לרבות התובעות דיונים במטרה לקדם הסכמות למול רשות המיסים וביניהם.

69. בהקדמת המאוחר יצוין כי כתוצאה ממו"מ זה, התגבש ההסדר השני אשר הלכה למעשה, וחרף הוראותיה המפורשות של תוכנית ההסדר הראשון, הטיל את מרביתה המכרעת של החשיפה בגין חוב המס על כתפי מחזיקי אגרות החוב, וכלל שורה של שיפורים מפליגים נוספים לטובת קבוצת בן משה.

70. לאור המגעים אשר התנהלו כאמור בין הצדדים באותה העת מחד גיסא, ולוחות הזמנים אשר נקבעו בהסדר הראשון לפעול לחילוט הפקדון מאידך גיסא, הוסכם בין הצדדים כי אין באי חילוט הפיקדון במהלך תקופת המו"מ ו-5 ימים לאחר סיומו, כדי להעלות טענה של שיהוי מצד התובעות ביחס לחילוט הפיקדון.

71. לאחר דין ודברים בין הצדדים ומול רשויות המס, במסגרתו נאלצו מחזיקי אגרות החוב להסכים לשינויים בהסדר הראשון ולוותר על חלק מהתמורות להם היו זכאים בהתאם להסדר הראשון, הוגש הסדר שני, אשר אושר על ידי אסיפות הנושים ועל ידי בית המשפט (לעיל ולהלן: "ההסדר השני").

72. יודגש, כי בהתאם לעקרונות ההסדר השני, הגיעו הצדדים להסכמות לפיהן תשולמנה לרשות המיסים חבויות מס בסך כולל של 60 מיליון ₪ על ידי החברה ו-10 מיליון ₪ נוספים על ידי חברת בת של החברה (אשר אף כנגדה הוצאו צווים על ידי רשות המיסים), כנגד ויתור על יתרת טענות רשות המיסים מכוח צווים אלו; וכן כי יופחתו התמורות שהיו צריכות להתקבל בידי מחזיקי אגרות החוב בסך כולל של 50 מיליון ₪.

73. מנגד, התחייבו התובעות לשאת בתשלום חובות המס של החברה בסך של עד 20 מיליון ₪ (מחציתם על חשבון התחייבות אחרת של התובעות, שנכללה בהסדר הראשון).

74. במסגרת ההסדר השני, לא נרכשו "הזכויות במפעיל" על ידי דור אלון ואלה נותרו בידי החברה (כלומר בידי התובעות לאחר השלמת ההסדר השני לו היה מושלם), תוך שמלוא התמורות אשר נועדו להשתלם בהסדר הראשון על ידי דור אלון בתמורה לזכויות במפעיל היו אמורות להיות משולמות למחזיקי אגרות החוב על ידי התובעות (ר' נספח 10 לכתב התביעה).

75. ביום 18.6.2018 מועד הפרסום הראשון של ההסדר השני, הגיעו הצדדים לסיכום עקרוני עם רשות המיסים, אך ההסכמות טרם הועלו על הכתב באופן מוסכם וסופי ומשכך סוכם כי ב"כ בן משה ידאגו להשלמת ההסכמות מול רשות המיסים והעלאתן על הכתב.

76. על מנת שלא לעכב את הליכי אישור ההסדר השני, הסכים הנאמן כי תוגש בקשה לכינוס אסיפות נושים אליה יצורף נספח המתאר את ההסכמות שהושגו בע"פ עם רשות המיסים, ובלבד שטרם הצבעה בפועל של אסיפת מחזיקי אגרות החוב יצורף המסמך המוסכם והסופי עם רשות המיסים.

77. בהתאם, ביום 18.6.2018 הוגשה על ידי החברה וקבוצת בן משה לרבות התובעות, בקשה לכינוס אסיפות נושים בהסכמת הנאמן, אשר כללה את נספח התיאור להסכם עם רשות המיסים, וביום 19.8.18 הורה בית המשפט על כינוסן של אסיפות הנושים כמבוקש.

78. אלא שטרם מועד ההצבעה המקדימה של אסיפות מחזיקי אגרות החוב על אישור ההסדר השני, התברר לתדהמת הנאמן כי בין קבוצת בן משה ורשות המיסים עוד קיימות מחלוקות לפי שכן משה ניסה, בין היתר, לאחד את ההסדר עם רשות המיסים עם הסדר רולינג המס של ההסדר השני עצמו (נושא אשר במסגרת תוכנית ההסדר היווה תנאי אשר המחזיקים היו רשאים לוותר על קיומו) ולכרוך אותן כהסכמות שלובות להסכמות בגין השומה הספציפית שלגביה נדרשה הסדרה והסכמה.

79. כן העלתה קבוצת בן משה שורה של דרישות נוספות ולא מוסכמות אל מול רשויות המיסים, אשר אף סתרו את ההסכמות מול מחזיקי אגרות החוב. לפיכך, בהעדר הסכמה של רשות המיסים להסדרה כוללת כאמור לא ניתן היה לצרף את נוסח ההסכמה עם רשות המיסים לכתב ההצבעה, ולא ניתן היה לקבל את אישור מחזיקי אגרות החוב להסדר השני לרבות להסכמות עם רשות המיסים.

העתק הסכמות שפורסמו ביום 18.6.2018 בדבר תיקון ההסכם והסכמה עקרונית עם רשות המיסים, מצ"ב כנספח 10.

80. במצב דברים זה, בוטלו אסיפות מחזיקי אגרות החוב אשר זומנו ליום 24.6.18.

העתק הודעת הנאמן בדבר ביטול האסיפות אשר זומנו ליום 24.6.18, מצ"ב כנספח 11.

81. ביום 27.6.2018, התקבלה טיוטת הסכמות עם רשות המיסים שמעיון בה עלה כי חלק ניכר מהמחלוקות עם רשות המיסים נבע מדרישות של בן משה, המנוגדות לעקרונות ההסדר השני שהוסכם, שהינן ניסיון נוסף של בן משה לערוך מקצה שיפורים.

82. כך למשל, ולמרות שעיקר נטל המס שהוטל על החברה (50 מתוך 60 מיליון ₪), מופחת מהתמורות להם זכאים מחזיקי אגרות החוב במועד השלמת ההסדר השני, דרש בן משה כי התשלומים לרשות המיסים יפרסו על פני מספר שנים.

83. וכך גם, למרות שהתובעות התחייבו בהסדר השני לגבות את התשלומים לרשות המיסים בסך של עד 20 מיליון ש"ח, דרשו התובעות כי התחייבויות החברה לתשלום המס (שכאמור התובעות דרשו כי ייפרס על פני מספר שנים) יגובו בבטוחה מנכסי החברה, ולא באמצעות בטוחה חיצונית של התובעות, בהתאם להתחייבות התובעות לגבות את התשלום. **תיקון זה עיקר מתוכן גם את התרומה המינימלית אשר התחייבו התובעות להעמיד לשם תשלום חבויות המס.**

84. התובעות אף הגדילו לעשות ודרשו כי הסדר המס יותנה בהשלמת ההסדר השני, וזאת על מנת להמשיך ולהחזיק את מחזיקי אגרות החוב כבני ערובה להשלמת ההסדר עם בן משה ולא לאפשר לחברה לממש את ההסכמות עם רשות המיסים מקום בו לא יושלם ההסדר השני עם בן משה.

העתק תיקוני התובעות לטיטות ההסדר עם רשות המיסים כפי שהתקבלה מרשות המיסים ביום 27.6.18, מצ"ב כנספח 12.

85. בנסיבות אלו הודיע הנאמן לבן משה כי ככל ולא תושגנה הסכמות סופיות עם רשות המיסים עד ליום 1.7.2018, אשר תואמות את ההסדר השני כפי שסוכם בין הצדדים, ייאלץ הנאמן לפעול לחילוט הפקדונות.

העתק מכתב ב"כ הנאמן מיום 27.6.18, מצ"ב כנספח 13.

86. ביום 2.7.2018, ולאור אי השלמת ההסכמות עם רשות המיסים הגיש הנאמן בקשה לחילוט כלל הפקדונות (בקשה מספר 41- ר' נספח 8 לכתב התביעה).

87. מספר ימים לאחר מכן, ביום 10.7.18, נשלחה לנאמן טיוטה חדשה של ההסדר השני על ידי התובעות, כשהיא כוללת טיוטה מוסכמת של ההסכמות עם רשות המיסים.

העתק דיווח החברה ביחס להסכמות עם רשות המיסים והגשת ההסדר השני מיום 10.7.18 מצ"ב כנספח 14.

3.ג. הדרישה לאישורי הממונים על ההגבלים העסקיים באיחוד האירופי

88. לאחר שנשלחה הטיטה לנאמן כאמור, הועלתה **לראשונה**, מטעם קבוצת בן משה, הדרישה (שלא נכללה בהסדר הראשון) לקבלת אישורי רשויות ההגבלים העסקיים באיחוד האירופי כתנאי להשלמת ההסדר השני.

89. בהמשך להעלאת דרישה זו, וטרם כינוסה של אסיפת מחזיקי אגרות החוב לאישור ההסדר השני, פנה הנאמן בכתב לב"כ קבוצת בן משה וביקש התייחסותם לדרישה זו וכן ליכולת להשגת האישורים ובפרט בפרקי הזמן אשר נקבעו בהסדר השני להשלמתה.

90. בהתאם לתשובה שהתקבלה מב"כ בן משה ביום 18.7.2018, מדובר **בדרישות טכניות הנובעות מכך שקבוצת בן משה פעילה באירופה, אשר אינן צפויות להיתקל בסירוב ואמורות להימשך בין חודש לחודשיים, כדלקמן:**

"העסקאות מהן מורכב ההסדר לא מציבות כל סכנה לתחרות, מה עוד שפעילות קבוצת בן משה אינה מתבצעת באותן המדינות בהן פועלות חברות אפריקה הנרכשות. גם עיקר תחומי הפעילות של קבוצת בן משה אינם חופפים לתחומי הפעילות של חברות אפריקה הנרכשות.

ההליך המדובר הוא הליך בעל אופי טכני שלא צפוי כי יתקל בסירוב. הוא לא צפוי להביא בשום צורה ואופן לסיכול ההסדר.

למיטב הערכת הרוכשת משך ההליך הוא **בין חודש לחודשיים**."

העתק תכתובת בין ב"כ הנאמן וב"כ קבוצת בן משה מיום 18.7.2018, מצ"ב כנספח 15.

91. הבהרות אלו ניתנו אף למחזיקי אגרות החוב במסגרת אסיפת מחזיקים על ידי ב"כ קבוצת בן משה, ובהתאם, אישרו מחזיקי אגרות החוב את הגשת ההסדר השני לבית המשפט שיאשר כינוסן של אסיפות נושים. יודגש, כי במסגרת הבקשה לכינוס אסיפות נושים נכללה הבהרה מטעם התובעות בדבר היכולת להשיג בזמנים הנדרשים את אישורי הממונים על ההגבלים במדינות אירופה.

ד. ההליכים לאישור והשלמת ההסדר השני

92. ביום 19.7.2018 הוגשה בקשה לכינוס אסיפות נושים לאישור ההסדר השני, אשר כללה את השמטת דור אלון מההסדר (מניות המפעיל נשארו בחברה), תיקון התחייבויותיה של רבוע כחול וכן נוסף סעיף פטור ביחס לכלל החברות בקבוצת בן משה, לרבות דור אלון שכאמור לא נכללה בהסדר השני.

העתק בקשת כינוס האסיפות לאישור ההסדר מיום 19.7.18 מצ"ב כנספח 16.

93. כפי שיפורט להלן, ההסדר השני אושר על ידי אסיפות הנושים, וביום 12.8.2018 הוגשה על ידי הנאמן בקשה מוסכמת עם החברה ובן משה להשהיית בקשת החילוט הראשונה. **בבקשה הובהר כי מלוא טענות הנאמן ומחזיקי אגרות החוב שמורות עד למועד השלמת ההסדר השני, וכי התובעות מסכימות לסעד המבוקש.**

94. ההסדר השני אושר על ידי בית המשפט הנכבד של הפרי"ק ביום 2.9.18 וביום 28.10.18 ניתנו על ידי בית המשפט צווים לתפעול ההסדר אל מול הרשויות השונות.

95. במקביל, נמשכו במרץ הפעולות להביא לכך כי כל הדרוש להשלמת ההסדר יתקבל ובין היתר בוצעה עבודה אינטנסיבית אל מול הבורסה ומסלוקת הבורסה כדי להבטיח את רישומם למסחר של ניירות הערך החדשים שאמורים להיות מונפקים במועד השלמת ההסדר השני, הושלם ניסוחם של שטרות הנאמנות של כל אגרות החוב החדשות שיונפקו, נוסחו מסמכי הבטוחות להם וכדומה. כמו כן, הושלמו ההסכמות מול רשות המיסים ואף נרשמה הבטוחה לטובתה.

96. ביום 14.11.18, התקבל אישור הממונה על ההגבלים הישראלים בישראל כנדרש על פי תוכנית ההסדר השני, וביום 2.12.2018 ניתן מהתובעות עדכון כי התקבל אישור הממונה על ההגבלים העסקיים בגרמניה כנדרש על פי התוכנית – מקום עיסוקו העיקרי של בן משה באירופה (ר' נספח 22 לכתב התביעה).

1.1. הפרת ההסדר השני וביטולו על ידי בית המשפט של חדלות פירעון

97. המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים לכניסה לתוקף של ההסדר השני הוארך על ידי התובעות (הואיל ורק להן קמה הזכות להאריך על פי תנאי ההסדר השני) ונקבע ליום 13.12.18 ("המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים").

98. במהלך תקופה זו פנו שוב ושוב ב"כ הנאמן אל ב"כ קבוצת בן משה על מנת לברר את ההתקדמות בהשגת אישורי הממונים על ההגבלים העסקיים באיחוד האירופי, ואף הציעו מספר פעמים להשתתף בשיחות עם משרד עוה"ד האירופי (שנבחר, מונה ומומן על ידי בן משה) אשר טיפל בהשגת האישורים.

99. פניות אלו נענו בתשובות מתחמקות כי לא צפוי כל קושי בהשגת האישורים הנדרשים, וכי המדובר באישורים טכניים. חרף בקשות הנאמן, לא התקיימה שיחה משותפת ולא הועברו החומרים שהוגשו לממונים האירופאים, ולא בכדי.

100. זאת ועוד, מתשובת ב"כ קבוצת בן משה מיום 3.10.18 אף עולה כי אף שחלף כבר מעל לחודש ממועד אישור ההסדר השני על ידי בית המשפט הנכבד, טרם הוגשו בקשות האישור לממונים על ההגבלים באירופה, והגשתן "צפויה להתבצע במהלך השבועות הקרובים".

101. לאור האמור לעיל, התבקשה והתקבלה הבהרת ב"כ קבוצת בן משה ביום 4.10.18, לפיה "לפי הערכה נוכחית של הרוכשת בכל הקשור לטיפול בנושא ההגבלים בחו"ל, ניתן יהיה לסיים תהליכים אלו מבלי להידרש לדחייה של המועדים האחרונים הקבועים כעת בהצעות של רבוע כחול ושל הרוכשת (כפי שהארכו)".

העתק ההתכתבויות עם קבוצת בן משה כאמור מצ"ב כנספח 17.

102. גם מפניות נוספות שנעשו בחודשים אוקטובר ונובמבר 2018 עולה כי לא השתנתה עמדת התובעות בעניין, או כי קיימת בעייתיות כלשהי בהשגת האישורים הללו.
103. עוד צויין במסגרת דוא"ל מיום 8.11.2018, כי "פרק הזמן הנדרש לקבל האישורים במדינות שכן בוצעה הגשה הינו בין 20-30 ימי עסקים, בהנחה שלא תתגלה בעיה בהיבטי ההגבלים (לא ידוע על כזו) או לא ידרשו מסמכים נוספים מהממונה, כך שניתן להעריך שהמועד 13.12.2018 הינו אכן סביר ובר השגה."
- תכתובת דוא"ל בין ב"כ הנאמן לבין ב"כ התובעות בעניין ההגבלים העסקיים, מצ"ב כנספח 18.**
104. אלא **שיומיים בלבד** טרם המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים (ביום 11.12.18), ועל אף האמירות הברורות כי האישורים הינם טכניים ואין בעיה לקבלם, הודיעו ב"כ בן משה לב"כ הנאמן כי הם אינם יכולים להבטיח כי האישורים החסרים יתקבלו עד המועד האחרון, ואף לא בכלל במחצית הראשונה בשל חודש ינואר לאור קיומם של התגים הנוצריים.
- העתק הודעת ב"כ קבוצת בן משה כפי שפורסמה על ידי החברה ביום 11.12.18, מצ"ב כנספח 19.**
105. יצוין, כי לאור סעיף 12 להסדר השני לפיו השלמתו מותנית בהתקיימותם של כל התנאים המתלים המצטברים המפורטים בסעיף, משמעות הודעתן זו של התובעות היא כי למעשה ההסדר אינו עוד בתוקף.
106. לאור משמעות ההודעה הנ"ל והשלכותיה על ההסדר השני ולאור טענותיהן של התובעות כי הן עושות מאמצים לראות אם תוכלנה בכל זאת לקבל את האישורים הנדרשים עד למועד השלמתו של ההסדר השני, פנה הנאמן במכתב מיום 20.12.2018 וביקש כי יועברו לידיו ללא דיחוי כל המסמכים הקשורים בתהליך קבלת האישורים הנדרשים מהממונה על ההגבלים העסקיים במדינות אירופה.
107. משמכתב זה לא זכה להתייחסות, ביום 23.12.2018, פנה הנאמן פעם נוספת אל התובעות ואל החברה על מנת שאלה יעבירו את המידע והמסמכים שנתבקשו.
108. ביום 30.12.2018, השיבה החברה כי נציגיה ונציגי החברות הבנות פועלים לריכוז המסמכים והמידע שנמסרו על ידיהם לתובעות במסגרת הפעולות לקבלת האישורים הנדרשים, פעולות אשר נעשו באמצעות התובעות ומשרד עורכי הדין שמונה על ידי בן משה לשם כך כאמור.
109. ביום 1.1.2019, סירבו התובעות להעברת המסמכים והמידע, בין היתר, לאור טענתן כי לנאמן אין כל זכות לדרוש ולקבל מסמכים לאור שאלו חוסים תחת "סודיות".
- העתק ההתכתבויות עם ב"כ בן משה להעברת הבקשות שהוגשו לרשויות השונות, מצ"ב כנספח 20.**
110. ראוי שיצוין, כי לא היה כל ממש בטענת הסודיות כאמור לעיל בשים לב לכך שלתובעות, בהתאם להצהרותיהן, לא היתה כל פעילות במדינות בהן טרם התקבלו האישורים הנדרשים ומשכן לא יכולה היתה להיות כל פגיעה בפעילות העסקית.
111. מסמכים אלו הועברו לבסוף רק בעקבות התערבותו של בית המשפט של פרי"ק, אולם **לא נמצאו** בהם כל בקשות לאישורי הממונים על ההגבלים העסקיים בשלושת המדינות בהן לשיטת ב"כ קבוצת בן משה טרם התקבלו אישורי הממונים על ההגבלים- צ'כיה, פולין וסרביה.
112. אף מפניות עצמאיות של ב"כ הנאמן לממונים על ההגבלים במדינות אלו, עלה כי **מעולם לא הוגשו בקשות** כלשהן לאישורי רשויות ההגבלים.
- העתק פניות ב"כ הנאמן לרשויות במדינות השונות והתשובות אשר התקבלו מצ"ב, כנספח 21.**

113. הנה אפוא, אמור מעתה- קבוצת בן משה הכניסה להסדר השני תנאי מתלה נוסף (שלא היה קיים בהסדר הראשון), במטרה להוות פתח מילוט ככל שמר בן משה יחפוץ להשתמש בו כדי להתחמק מהתחייבויותיו בהסדר השני.
114. ואכן כך היה. התובעות התחמקו מלהשלים את התחייבויותיהן בהסדר השני באמתלה כי לא עלה בידן להשיג את האישורים הנדרשים מהממונים על ההגבלים העסקיים באירופה, אף שמעולם לא סיפקו כל אסמכתא לעצם הגשת בקשות האישור הנדרשות.
115. ויובהר, כפי שאף אישר ב"כ קבוצת בן משה באסיפת מתזיקי אגרות החוב אשר התקיימה לשם הדיון במתן ארכה לקיום ההסדר, כי מדובר היה בתנאי האחרון שנדרש לשם השלמת ההסדר השני.
116. זאת ועוד, במסגרת אותה האסיפה הוסיף כי הוא אינו יכול להסביר מדוע נדרשים אישורי הממונים על ההגבלים העסקיים במדינות בהן אין לקבוצת בן משה כל פעילות, וכי התשובה מצויה בידי עוה"ד האירופאים (אותן מינה כאמור מר בן משה).
117. ראוי שיצוין, כי באותה העת התפרסמו בעיתונות הכלכלית כתבות שונות ביחס לקשיים של קבוצת בן משה, ובראש ובראשונה של רבוע כחול, לגייס את הכספים אשר נדרשו למימון חלקה בהסדר השני (אשר כלל תשלום מזומן מצד רבוע כחול של כ-1.3 מיליארד ₪).

כך למשל נכתב בעיתון כלכליסט ביום 12.12.18:

הקושי המדאיג בגייס החוב

אלון רבוע כחול אמורה לרכוש את השליטה באפריקה נכסים ולצורך כך עליה לגייס 1.2-1 מיליארד שקל. 300 מיליון מהסכום היא גייסה לפני כשבועיים, אבל גם שם החתמים רכשו כ-40% מהסחורה. בן-משה מנסה לגייס את 700-800 מיליון השקלים הנוספים בהלוואות פרטיות, אבל אג"ח ד' של רבוע כחול ממריאה לתשואה של 6.8%, ריבית שמהווה סוג של סמן לריבית שהוא אמור לקבל מהמוסדיים. בן-משה שואף לריבית של 5%-6% בשנה. ההצעות שהוא מקבל הן של 7%-8%. במח"מ של 6 שנים מדובר בפער של 100 מיליון שקל בהחזר. התקופה בשוקים קשה ומקרינה עליו.

וכך גם נכתב בעיתון דה-מרקר ביום 11.12.18:

על פי ההסכם בן משה נדרש להעמיד במזומן תוך 21 יום 1.5 מיליארד שקל, אך נכון להיום הוא הצליח לגייס דרך השוק רק 280 מיליון שקל לצורך ביצוע העסקה.

העתק הכתבות המלאות מימים 12.12.2018-11 כאמור, מצ"ב כנספח 22.

118. גם בדוח הדירוג של חברת מדרוג שפורסם ביום 23.10.2018 במסגרת הדיווחים לציבור של רבוע כחול, הוצגו קשיים אפשריים היות ולהערכת מדרוג, עסקת אפריקה נכסים תשפיע לשלילה על סיכון האשראי של החברה נוכח הגיוס המהותי שהיא דורשת:

"מידרוג מעריכה כי עסקת אפריקה נכסים תשפיע לשלילה על סיכון האשראי של החברה, נוכח רמת החוב המשמעותית הצפויה להתלוות לה לפי מתווה המימון לעסקה כפי שדווח בעבר על ידי החברה ובהתחשב גם בהיקף התזרימים השוטפים שעשויים לנבוע לחברה מאפריקה נכסים למול עומס הפרעונות שינבע מהגידול בחוב הפיננסי".

119. עוד צוין במסגרת הדוח כי ככל שיחול שינוי בתנאי העסקה ובאופן מימונה או שלחילופין ייוצרו תנאים חדשים, עשויה מדרוג לשנות את הערכותיה בדבר הותרת הדירוג בבחינה עם השלכות שליליות:

"מידרוג מייחסת סבירות גבוהה להתממשות העסקה ומותירה את הדירוג בבחינה עם השלכות שליליות, באופן שהוצאת העסקה אל הפועל תוביל לבחינת הדירוג על ידי מידרוג עם סבירות להורדת הדירוג, בין השאר כתלות במתווה המימון הסופי, בהיקף המקורות שיוזרמו לחברה מבעל השליטה ובגידול בחוב הכרוך בעסקה וכן בקצב הצפוי של הורדת החוב באמצעות תזרימי המזומנים שינבעו מאחזקה זו והערכת מידרוג לגבי הגמישות הפיננסית של החברה. ככל שיחול שינוי בתנאי העסקה ובאופן מימונה או שלחלופין ייווצרו תנאים חדשים, מידרוג עשויה לשנות את הערכתה בהתאם".

העתק דוח דירוג הרבע הכחול מחודש אוקטובר 2018, מצ"ב כנספח 23.

120. לא בכדי פעלו התובעות בהמשך על מנת לנסות ולשנות את תנאי העסקה כאמור לעיל.
121. בנסיבות אלו, גבר החשש כי העיכוב (המזדומה) בהשגת אישורי ההגבלים משמשים את קבוצת בן משה ובכללן התובעות כתירוץ לאי השלמת ההסדר השני, ואילו הקושי האמיתי של בן משה הינו הקושי לגייס את הכספים הדרושים למימון ההסדר השני.
122. בהקדמת המאוחר יצוין, כי לימים, משנמכרו נכסיה של החברה (אותם הנכסים שהתעתדו התובעות לרכוש), נתברר כי כלל לא נדרשים האישורים של הממונים על ההגבלים העסקיים במדינות אירופה, והדברים מדברים בעד עצמם.

2. ד. האחריות להשגת האישורים הנדרשים בעניין ההגבלים העסקיים היתה של התובעות

123. השגת האישורים הנדרשים בעניין ההגבלים העסקיים בחלק ממדינות אירופה, אשר היוו תנאי מתלה להסדר, שהוסף על ידי התובעות כזכור, היו בטיפול ואחריות התובעות בלבד.
124. לא רק שמעולם לא הציגו התובעות עמדה שונה, אלא כי לאורך התכתובות (רי דוא"ל מיום 30.10.2018 לעיל) והפגישות שהתקיימו בעניין, צוין כי משרדו של ב"כ בן משה מטפל בהכנה ובהגשה של הפניה לממונה על ההגבלים העסקיים בהיבטים הקשורים לדין בישראל, ואילו בכל הנוגע להיבטי ההגבלים העסקיים בחו"ל - הנושא מטופל על ידי משרד עו"ד בינלאומי שהונחה לפעול בשם התובעות.
125. מעבר לכך, המדובר באישורים שרק בידי בן משה היה להשיג שכן המדובר במסירת מידע על פעילות כל חברות בן משה באירופה, מידע המצוי בידיו ובידיעתו בלבד, ולא בכדי ציין משרד עורכי הדין שהונחה לפעול בשם קבוצת בן משה ובכללן התובעות במסגרת מכתבו מיום 28.11.2018, כי קבוצת בן הנחתה אותו לפעול בשמה בעניין השגת האישורים (רי נספח 21 לכתב התביעה).

3. ד. הודעה חד צדדית של התובעות להארכת המועד

126. ביום 16.12.2018 פנו התובעות, באופן חד צדדי, אל הנאמן והודיעו כי המועד הנזכר ברישא לסעיף 12 להסדר הנושים השני, שהינו המועד להתקיימות כל התנאים המתלים ידחה ליום 31.1.2019 זכות אשר על פי תנאי ההסדר היתה שמורה רק לתובעות ולא לאף צד אחר להסדר – ולא בכדי.
127. לאור הארכה שנתבקשה על ידי ב"כ בן משה לאור אי עמידתו בהתחייבות התובעות להביא אישורים מהממונים על ההגבלים העסקיים, ביקשו מחזיקי אגרות החוב להתנות את הסכמתם למתן ארכה נוספת (מעבר ליום 13.12.2018), בהגדלת הפקדונות שהועמדו להבטחת קיום התחייבויות קבוצת בן משה ובכללן התובעות בהסדר השני (אשר עלה החשש כי שוב יפרו את ההסדר השני כפי שהפרו את ההסדר הראשון), וכן ביקשו מחזיקי אגרות החוב למנוע הליך מימוש ארוך ומכאן ביקשו להתנות את הסכמתם באישור מראש של בעל השליטה בן משה כי ניתן יהיה לחלט את הפקדון ככל ולא יתקבלו אישורי הממונים על ההגבלים באירופה עד ליום 31.1.19.

128. כן דרשו מחזיקי אגרות החוב להוסיף ריבית בגין תקופת הארכה של עד 15 מיליון ש"ח נוספים, וזאת לאור שההסדר השני הפך הריבית וההצמדה על תמורות ההסדר לקצובה (ולא נמשכת על למועד התשלום בפועל) ומכאן כי מתן הארכה הינה "על חשבון" מחזיקי אגרות החוב (ר' נספח 31 לכתב התביעה).

129. ביום 20.12.2018 טען ב"כ בן משה, בין היתר, כי הפעולות בהן נוקטים חלק ממחזיקי אגרות החוב נועדו לכפות, באופן פסול, שינויים בהסדר השני כאשר מדובר בפעולות שמעמידות את ההסדר בפני סיכון חמור.

130. ביום 23.12.2018 השיב הנאמן כי הוא מצר על כך כי במקום שהתובעות באמצעות בן משה יפעלו לקיום התחייבויותיהן בהתאם להסדר השני שאושר על ידי הנושים ועל ידי בית המשפט, ויביאו לצמצום הנוק שנגרם על ידי מעשיהן ו/או מחדליהן, הן בחרו לתקוף את מחזיקי אגרות החוב, את הנאמן ואת יועציו ולהאשימם בהאשמות חסרות בסיס, שמוטב היה כי אלה לא יטענו מלכתחילה.

131. כפי שפורט במכתב, התנאים שבכפוף אליהם נתנו מחזיקי אגרות החוב את הסכמתם להאריך את המועד האחרון להתקיימות ההסדר השני, על אף הנוק שכבר נגרם להם, נועדו על מנת לצמצם את אותו הנוק שנגרם, בין היתר, בשל אבדן ריבית להם היו זכאים מחזיקי אגרות החוב לו התובעות היו מקיימות את התחייבויותיהן והסדר השני היה מושלם זה מכבר (ר' נספחים 34-37 לכתב התביעה).

4.4. הליך הגישור שנוהל בין הצדדים

132. בהמשך להצעת התובעות במכתבן מיום 20.12.2018 לקיים הליך גישור מהיר ולהסכמת הנאמן לקיים הליך גישור קצר אשר עליו להסתיים עד ליום 27.12.2018 (כמפורט במכתב הנאמן מיום 23.12.2018), החל הליך גישור בין הצדדים בפני כבוד המגשר, עו"ד צורי לביא.

133. הליך הגישור, כפי שיפורט מיד, הופסק על ידי התובעות (בניגוד לטענותיהן) (ראה בהרחבה להלן), וזאת, לאחר שהתובעות הבינו כי בכוונת מחזיקי אגרות החוב להסכים להאריך את המועד להתקיימות התנאים המתלים (ללא כל תנאי) עד ליום 31.1.2019, כפי הנראה לאור ידיעתן של התובעות כי אין בידי החברות בקבוצת בן משה את המקורות הכספיים הנדרשים לצורך השלמת ההסדר.

העתק תוצאות ההצבעה מיום 1.1.19 מצ"ב כנספת 24.

5.4. החלטת מחזיקי אגרות החוב להאריך בדיעבד את המועד לכניסה לתוקף של ההסדר השני ללא כל תנאים

134. ביום 27.12.2018 שלחו ב"כ הנאמן מכתב לחברה לאור הנסיבות המתקיימות כאמור, ובכלל כך העדר תוקף להסדר השני ואי קיומו של כל טעם להמשיך בשיתוף פעולה עם גורמים מטעם התובעות, התבקשה החברה לנקוט בשורה של צעדים (ר' נספח 38 לכתב התביעה).

135. ביום 27.12.2018 התקיימה אסיפת מחזיקי אגרות החוב לצורך דיון והתייעצות בנוגע לאפשרויות העומדות בפניהם, הואיל והתנאים שנדרשו על ידם להארכת המועד לכניסה לתוקף של ההסדר נדחו על ידי התובעות לאחר קיומו של הליך גישור קצר כאמור לעיל.

136. ביום 30.12.2018 פורסמו כתבי הצבעה במסגרתם נדרשו מחזיקי אגרות החוב להצביע בנוגע להארכת המועד לכניסה לתוקף של ההסדר (ללא כל תנאי).

זימוני האסיפות לימים 27.12.2018 (עם התכנסות) ו-1.1.2019 (ללא התכנסות), מצ"ב כנספת 25.

137. ככל הנראה, התובעות חששו כי מחזיקי אגרות החוב יתנו הסכמתם להארכת המועד להתקיימותם של התנאים המתלים עד ליום 31.1.2019, ללא תנאים מקדימים. משכך -- בחרו התובעות לנטוש את הליך הגישור.

138. ביום 30.12.2018, ובעיצומה של הצבעת מחזיקי אגרות החוב בנוגע למתן הסכמתם להארכת המועד לקיומם של התנאים המתלים וכניסתו לתוקף של ההסדר השני, שלחו התובעות מכתבי דרישה להשבת הפיקדון, בין היתר, בהתאם להוראות סעיף 5.2.3 להסדר וסעיף 9 להצעתה של רבוע כחול (להלן: "הדרישה").

מכתבי הדרישה של התובעות מיום 30.12.2018, מצ"ב כנספח 26.

139. מכתבי דרישה אלה, בכל הכבוד הראוי נשלחו בחוסר תום לב, בנסיבות חמורות ביותר ומוטב היה אלמלא נשלחו כלל, וזאת לאור המפורט להלן, ובין היתר, לאור:

א. קיומה של בקשה מס' 41 לחילוט הפקדונות, אשר עודנה תלויה ועומדת בפני בית המשפט הנכבד במסגרתה התבקש בין המשפט הנכבד להורות על חילוט פיקדון בסך של 100 מיליון ש"ח.

ב. הסיבה לאי התקיימות התנאים המתלים תלויה היתה אך ורק בתובעות, כאשר התובעות מצדן הסתירו את המסמכים בעניין זה, ובנסיבות אלה ובהתאם להוראות הסדר השני אין התובעות זכאיות לדרוש את השבת הפיקדון.

140. כאמור, הדרישה, נשלחה שעה שבקשה 41 שהוגשה על ידי הנאמן לבית המשפט, שעניינה כאמור חילוט הפקדונות - עודנה תלויה ועומדת בבית המשפט, כאשר בהתאם להוראות ההסדר השני - במצב בו ההסדר לא יצא אל הפועל יחודשו ההליכים בבקשה 41.

141. יוזכר, כי מדובר בבקשה שהוגשה בנסיבות בהן התובעות אשר הגישו הצעה לאישור ההסדר הראשון, הצעה אשר אושרה על ידי כל אסיפות הנושים ברוב מוחלט ואשר כללה רכישת מניותיה של החברה במצבן כפי שהן, AS IS, חזרה בה מהצעתה, והכריזה בפני בית המשפט הנכבד כי "אין הסדר" כל עוד לא יבוטלו הצווים שהוצאו על ידי רשות המסים במהלך חודש ינואר 2018.

142. בהתאם לסעיף 12.7.1 להסדר השני, הליכי הבקשה הושהו ובקשה 41 תמחק רק במועד הביצוע (כהגדרתו בהסדר הנושים) עם כניסתו לתוקף של ההסדר השני.

143. בנסיבות בהן בקשה 41 תלויה ועומדת, אין ולא היתה קיימת לתובעות כל זכות לדרוש את השבת הפיקדון.

ד.6. התובעות "מאשימות" את הנאמן בהפסקת הליך הגישור בעוד שהתובעות הן שבחרו לנטוש את הליך הגישור

144. במסגרת כתב התביעה, טוענות התובעות כי הנאמן הוא שבתר להביא לסיום הליך הגישור בין הצדדים וכי הנאמן דרש מהחברה שלא לעמוד יותר בקשר עם התובעות ולנתק עמן כל מגע.

145. טענות אלה משוללות כל יסוד.

146. זאת כיוון שלמכתחילה נמסר לתובעות כי הנאמן נותן את הסכמתו לקיומו של הליך גישור קצר שיסתיים ביום 27.12.2018.

147. מעבר לכך, לא רק שהנאמן מעולם לא הודיע על סיום הליך הגישור ומדובר בניסיון לסלף את העובדות אלא כי באותם הימים אף הנאמן העלה להצבעת מחזיקי אגרות החוב את האפשרות להאריך את ההסדר ללא כל תנאים, עד ליום 31.1.2019 בהתאם לבקשת התובעות עצמן.

148. ואכן, ביום 1.1.2019 הודיע הנאמן לתובעות כי בהמשך להודעותיהן מיום 16.12.2018 לפיהן המועד להתקיימות התנאים המתלים להסדר השני ידחה ליום 31.1.2019, ביום 1.1.2019 הוחלט על הארכת המועד לכניסה לתוקף של ההסדר (ללא כל תנאי) עד ליום 31.1.2019.

149. לכאורה היו אמורות התובעות לעוט על הסכמה זו של מחזיקי אגרות החוב בניגוד לטענותיהן בעניין זה, אך לא כך ולא בכדי – לבן משה בעל השליטה בתובעות לא היו הכספים המספיקים כדי לעמוד אתרי התחייבויותיו בהסדר השני.

150. ההוכחה לכך הינה ניסיונותיהן של התובעות באמצעות המגשר לשנות **מהותית** את תנאי ההסדר ודרישתן כי חלק תשלום במזומן של כ- 1.8 מיליארד ש"ח, תועמד להן "**הלוואת מוכר**" בסך 1 מיליארד ש"ח על ידי מחזיקי אגרות החוב בתנאי ריבית נמוכה שאינה משקפת את הסיכון כפי שמדורג קבעה בעצמה.

151. אף ב"כ של מר בן משה לא חלק במסגרת דיון שהתקיים ביום 18.2.2019 על העובדה כי המשמעות של שינוי התנאי המסחרי שבהסדר השני הינה למעשה הצעת הסדר חדשה הטעונה **הליך אישור מחודש** לרבות פניה לבית המשפט, כינוס אסיפות וניהול הליך מלא של אישור בפני בית המשפט הנכבד (רי' נספח 46 לכתב התביעה).

152. אם לא די בכך, במסגרת הדיון שהתקיים בבית המשפט של חדלות פירעון הצהיר מר בן משה (הוא ולא שליח) כי **לא יוכל לקבל את הצעת בית המשפט הנכבד להאריך את התקופה להשגת האישורים ב-60 ימים על מנת להשלים את ההסדר, מאחר ו"הנושא הוא לא האישורים ומעולם לא טענו כך"** (ממש כך!).

153. בהמשך לכך, ביום 30.12.2018, הודיעה קבוצת בן משה ובכללן התובעות על ביטול ההסדר השני.

העתק הודעת קבוצת בן משה מיום 30.12.2019 מצ"ב כנספח 27.

154. רוצה לומר, כי בניגוד לרושם שמנסות התובעות ליצור בעיני בית המשפט הנכבד, התובעות (ויתר החברות בקבוצת בן משה) הן שכשלו מלקיים את התחייבותן להשלמת ההסדר השני בזיוק כפי שעשו קודם לכן בהסדר הראשון.

155. בתוך כך, קבוצת בן משה סיכלה, כך ממש, את השלמתו של ההסדר השני, תחילה באמתלה של דרישת אישורים של הממוניים על ההגבלים העסקיים באירופה לעסקה, ולאחר מכן בשינוי תנאי מהותי בהסדר שהינו לב ליבן של ההסכמות המסחריות שבהסדר לרכישת החברה.

156. בנסיבות אלו, ביום 18.2.19, הורה בית המשפט של חדלות פירעון על ביטולו של פסק הדין שאישר את ההסדר השני.

ד.7. הגשת בקשת חילוט הפקדונות השניה (בקשה מס' 51)

157. בעקבות ההפרה הנוספת של ההסדר השני ואי כניסתו לתוקף, פעל הנאמן לחילוט הפקדונות של קבוצת בן משה בהתאם להוראות אסיפות מחזיקי אגרות החוב, והגיש לבית המשפט של חדלות פירעון ביום 6.1.19 את בקשה 51 - הבקשה לחילוט המחודשת (רי' נספח 14 לכתב התביעה).

158. במסגרת החלטת בית המשפט הנכבד בבקשת החילוט המחודשת נקבע, כי לא ניתן להגישה כבקשה למתן הוראות בהתאם לסעיף 12ג' לחוק החברות (כפי שנקבע בסעיף 5.2.2(ב) לתוכנית ההסדר השני), אולם בית המשפט הנכבד אישר את הגשתה של בקשת החילוט כתביעה אזרחית נפרדת.

ה. זין התביעה להידחות - התובעות הפרו שתי תוכניות הסדרי נושים באופן המזכה את הנאמן בחילוט מלוא הפקדונות על פירותיהם לטובת פיצוי מחזיקי אגרות החוב

159. בהתאם למקובץ לעיל, קבוצת בן משה ובכללן התובעות, הפרו ברגל גסה שני הסדרי נושים באמתלות שונות ומשוונות, באופן אשר מזכה את הנאמן בחילוט מלוא הפקדונות שהפקידה קבוצת בן משה להבטחת התחייבויותיה, על פירותיהם.

160. ודוק, קבוצת בן משה ובכללן התובעות חזרה בה מהצעתה הראשונה לאישור הסדר נושים, אשר אושרה על ידי כל אסיפות הנושים ברוב מוחץ, ואשר כללה רכישת מניותיה של החברה במצבן AS IS, והצהירה בפני בית המשפט הנכבד כי "אין הסדר" כל עוד לא יבוטלו הצווים שהוצאו על ידי רשות המיסים.
161. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, עמדה זו היתה מנוגדת לעקרונות ההסדר עליהן היתה התומה קבוצת בן משה ובכללן התובעות וכן להתנהלותה אשר לימדה על גמירות דעתה-
- א. רכישת מניות החברה AS IS;
- ב. החרגת רשויות המס מן ההסדר;
- ג. הצהרה כי היא בדקה את כל ההיבטים הרלוונטיים לעסקה;
- ד. תוכנית ההסדר פירוטה מופרשות אלו צווים חוסמים יתבקשו במסגרת ההסדר, כאשר צו כנגד רשות המיסים אינו נזכר בה;
- ה. עמדת החברה לפיה מלוא המידע ביחס לחבויות מס החברה הועברו לכלל המציעים לרבות לתובעות עוד טרם הגשת הצעתן המעודכנת;
162. הנה כי כן, התנהלותן של התובעות ביחס להפרתן את תוכנית ההסדר הראשונה היתה נגועה בחוסר תום לב משווע כאשר ניסו פעם אחר פעם לבצע מקצה שיפורים בהסדר שהוצע מטעמן, תוך הפרה בוטה של הוראות ההסדר.
163. לא למותר לציין, כי התנהלותה של קבוצת בן משה גרמה לסיכולה של הצעה חלופית בחברה והעמדת המחזיקים בפני שוקת שבורה.
164. לאור רצונם הטוב של מחזיקי אגרות החוב לקדם את הסדר הנושים ולמרות הפרתה של קבוצת בן משה את ההסדר הראשון, הסכימו המחזיקים לקחת על עצמם את חלק הארי מחבות המס שהוטלה על החברה בסך של 60 מיליון ש"ח, תוך שמירת מלוא הטענות בהקשר זה כלפי התובעות, והוגש הסדר שני לבית המשפט הנכבד אשר אושר אף הוא על ידי הנושים ובית המשפט.
165. כאן המקום לציין, כי ההסדר השני אושר לאחר מו"מ קדחתני ומאומץ נוסף במסגרתו נאלצו מחזיקי אגרות החוב לוותר על הצעות אחרות לרכישת החברה ו/או חלק מנכסיה.
166. אלא שגם מההסדר השני, מצאה קבוצת בן משה ובכללן התובעות דרך לחמוק, לפי שלדידה לא התמלאו במועד התנאים המתלים שהוכנסו על ידה היות וביחס לשלוש מדינות במזרח אירופה (פולין, צ'כיה וסרביה), בהן התובעות הצהירו כאמור לעיל שאינ להן כל פעילות, לא התקבלו האישורים לרכישת השליטה באפריקה נכסים בע"מ במסגרת ההסדר השני מטעם הממונים על ההגבלים העסקיים באותן המדינות. כזכור לאורך כל הדרך טענו התובעות כי האישורים הם טכניים ואין מניעה לקבלתם וגם הן אלה אשר פעלו כדי לקבלן (עובדה אשר התגלתה מאוחר יותר כשקריית משנתגלה כי לא הגישו ולו בקשה אחת לשם קבלת האישורים).
167. כפי שהורחב לעיל, לא הובהר כלל הבסיס לדרישה מלכתחילה בקבלת האישורים הללו, קל וחומר מקום בו אין לקבוצת בן משה ובכללן התובעות כל פעילות במדינות אלו ומקום בו כאשר מספר חודשים אחר כך נמכרה אפריקה נכסים לא נדרש כלל אישורים אלו.
168. זאת ועוד, הטיפול והאחריות בהשגת האישורים הללו היתה של קבוצת בן משה ושלה בלבד ובן משה היה זה אשר מינה את משרד עורכי הדין אשר טיפל בהשגת האישורים והוא שהזין אותו במידע ובהנחיות, באופן המוטה לטובתו.

169. כך גם, ממילא מחזיקי אגרות החוב הסכימו להאריך את המועד האחרון להשלמת התנאים המתלים עד ליום 31.1.2019 ללא תנאים, ומשכך, עת הודיעה קבוצת בן משה על ביטולו של ההסדר, עמדה בפניה האפשרות להשלמתו.

170. כפי שפורט לעיל, לא בכדי השתמשה קבוצת בן משה באישורים הנדרשים כאמתלה לביטול ההסדר- שכן בפועל קבוצת בן משה כשלה בגיוס הכסף הנדרש ועל כן לא היו לה את האמצעים להשלמתו של ההסדר.

171. מסקנה זו מתחדדת לאור סירובה של קבוצת בן משה לספק לנאמן לפי בקשתו את המסמכים והמידע שנבקש ממנה ביחס לתהליך להשגת האישורים הנדרשים מהממונה על ההגבלים העסקיים, תוך שהיא משתמשת בטענות הסודיות כדי לבסס את תשובתה.

172. ברור היה כי מדובר בטענה ריקה שבאה לכסות ולהסתיר את המניעים האמיתיים של העיכוב בהגשת המסמכים לממונים על ההגבלים העסקיים במדינות הרלוונטיות והיא לפתוח את הפתח לדיון בהסדר חדש ושונה מהותית הכולל "הלוואת מוכר" מצד המחזיקים, בהיקף דמיוני של מיליארד ₪ ובתנאים שלא תואמים כלל את תנאי השוק באותם ימים (כזכור – תשואות אגרות החוב של החברות מקבוצת בן משה באותם ימים עלו משמעותית וחברת מדרוג הזהירה מפני ההשפעה השלילית של העסקה על רבוע כחול).

173. בנסיבות אלו, לא רק שאין בסיס לתביעתן של התובעות, אלא שהפרתן של שני הסדרים מקימה לנאמן את הזכות לחלט את כל הפקדונות שהפקידה קבוצת בן משה, היות ומדובר היה בהצעות משולבות כפי שאף קבע כבוד נשיא בית המשפט המחוזי השופט אורנשטיין.

ו. דין התביעה להידחות- לאור שהפטור שנקבע בהסדר השני אינו חל על התובעות וכן לאור השהיית בירורה של בקשה 41

174. במסגרת סעיף הפטור בהסדר השני, נכלל לדרישת התובעות, פטור ביחס לטענות הקשורות בחילוט הפקדונות עקב הפרת הוראות ההסדר הראשון, וזאת החל ממועד הביצוע של ההסדר השני.

175. וכך נקבע בסעיף 10.5 להסדר השני (ההדגשות שלנו):

"אישור ההסדר נועד להביא לסיום ולסילוק מלא מוחלט של המחלוקות הקיימות בין הצדדים בנוגע להסדר או בקשר כלשהו איתו. בהתאם, ככל שההסדר יאושר ויכנס לתוקף, הפטור הקבוע בסעיף 10 זה לעיל יחול החל ממועד הביצוע גם על כל המחלוקות הקיימות, ובכלל זה החל ממועד הביצוע מותרים כל אחד מן הצדדים הבא בגדר "מקבל ונותן פטור" (כהגדרת מונח זה בסעיף 10 לעיל) וכן כל אחד מרובע כחול ודור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ("דור אלון"), נושאי המשרה בהן, עובדיהן, יועציהן, בעלי מניותיהן, ב"כ וכל מי מטעמם, כל אחד כלפי משנהו - על כל טענה או דרישה או תביעה שיש להם או שהיתה עשויה להיות להם אחד כלפי משנהו, לרבות (אך לא רק) טענות, דרישות או תביעות כלשהן בקשר כלשהו לצו שהוציאה רשות המסים ביום 23.1.2018 ולעמדותיה של התובעות בעקבותיו. בכלל זה החל ממועד הביצוע וככל שההסדר יאושר ויכנס לתוקף, מותרים נאמני האג"ח ומחזיקי אגרות החוב של החברה על כל טענה כי התובעות, רבוע כחול או דור אלון הפרו התחייבות כלשהי או הצעה כלשהי וכן הם מותרים על הודעת נאמני האג"ח בדבר חילוט פקדונות שמסרו לתובעות, לרובע כחול ולדור אלון ועל בקשה 41 שהוגשה בעניין זה..."

176. מכאן עולה, כי סעיף הפטור בהסדר השני, קובע מפורשות כי פטור ביחס לטענות להפרת הוראות ההסדר הראשון וחילוט הפקדונות בהקשר לכך, יחול רק במועד הביצוע של ההסדר השני.

177. זאת ועוד, במסגרת ההסדר השני, סוכם אף כי הדיון בבקשה 41 לחילוט הפקדונות יושהה על מנת לאפשר לצדדים להוציא לפועל את ההסדר השני, וכי בקשה 41 תימחק רק לאחר ובכפוף לביצוע ההסדר השני ולא קודם לכן:

13.7.1 עד ליום 2018.8.12 יתמנע האג"ח מהגישו כל התנאים בסעיף 13.7.1.1. זה הבהו יוהתנאים המתלים המוקדמים"א.1.

13.7.1.1 כל ילווש האסיפות
על מחזיקי אגרות חוב (סדרות ביה, כ"ו) -1 ב"ח"ו יעל החברה ודבדו החגעה (א) המפסרת (בכפוף לאג"ח החסדר) את ההחלטה עורסטה ביום 17.6.2018 חגורה לנאמנים להגיש בהישר לפות המייצט ליש חלוט פ"דונות יוהחלטה למיימי"ו. וכ"ו (ב) חגורה לנאמנים להשחרות לת בהש"ר 41 חלוקי בסי"ת 41 יושהו יעל ב"ו בסי"ת עיגליו הנאמנים יעלעסח יעל"ו יוסכס בין הנאמנים חגון ב"ס חרופי"ת ד"ת (א) חלוקי בסי"ת 41 יושהו (ב) בסי"ת 41 תימחס חגורה חבוע"ע"ב כניסתו יעל חסדרה לתוקף (ג) חלוקי בסי"ת 41 יחוזשו א"ס חסדר לא יאמשר באסיפת הנשים א"ע על ד"ו ב"ת המייצטו חקרה יעל חידוש חלוקי בסי"ת 41 טענותיהם וזכויותיהם יעל כל הצדדים בבסיפת תמי"ת עגורה. וכ"ו -

13.7.2 אסיפת מחזיקי
אגרות חוב (סדרת ביה) יעל חגורה חגורה חלוקה חגורה את חחלוקה עורסטה ביום 2018.6.12 המסניוקה לת הנאמנים לפועל הסי"תו אמוקות חגורה חר"ת לרוכשת חכות חגורה על התנאים המפורטים בסעיף 13.7.1 לעיל חג"ס או חקס ח"ו חגורה חרופי"ת (א) לדחות את חפועד ח"יו"ס"ו.

מועד חחפלאות התנאים חפתלים חשפמת חסדר הינו חפועד בו נתקבל חאיורו חחרונו ב"ו"ק אלו חפורטים בסעיפים 13.1 עד 13.7 לעיל ובלבד שיתקבל לפני ה-14.10.2018 בנכס"ב 2018.

178. הווה אומר, כי בהתאם להוראות ההסדר השני אשר אושר הן על ידי הנושים והן על ידי בית המשפט, כפי שיפורט בהמשך, רק במועד הביצוע של ההסדר עם כניסתו לתוקף, הבקשה לחילוט הפקדונות תימחק, ומנגד, ככל שההסדר לא יכנס לתוקף, הליכי הבקשה לחילוט הפיקדון יחודשו תוך שמירת מלוא הטענות.

179. יתרה מכך, במסגרת ההסדר השני שמרו מחזיקי אגרות החוב על זכויותיהם וטענותיהם, בין היתר, במסגרת סעיף 14.10 במסגרתו נקבע כדלהלן:

"הסדר מתוקן זה מוצע לפניכם משורת הדין כדי להביא לפיתרון את המחלוקות השונות שהתעוררו בנוגע להסדר, מתוך מטרה להציא את ההסדר אל הפועל בהקדם. אין לראות הצעת הסדר מתוקנת זו משום הסכמה או הודאה כלשהי ו/או משום ויתור על טענה או זכות כלשהי. מוסכם על התובעות כי כל עוד לא נכנס ההסדר לתוקף אזי לא יהיה באישור מחזיקי האג"ח ככל שיתקבל להסדר משום הסכמה או הודעה כלשהי ו/או משום ויתור על טענה או זכות כלשהי מצידם."

180. ויובהר, הדרישה המקורית של התובעות הייתה כי בקשת חילוט הפקדונות תימחק, להבדיל מהשהייתה. דרישה זו שונתה במסגרת הבהרה שהוציאו התובעות ביום 16.7.2018 לדרישה להשהיית בקשת החילוט בלבד, וכן הבהרה כי במקרה של חידוש הבקשה זכויות הצדדים תהיינה שמורות. זאת, בעקבות אסיפת מחזיקי אגרות בה הובהר למר בן משה כי המחזיקים מבקשים לעמוד על זכויותיהם לחלט את הפיקדון ככל שלא יושלם ההסדר השני, ולוודא כי זכויותיהם לבצע חילוט כאמור אינן נפגעות כתוצאה מהליכי אישור ההסדר החדש.

העתק מכתב ההבהרה מיום 16.7.2018, מצ"ב כנספח 28.

181. ביום 12.8.2018, הגיש הנאמן בקשה להשהות את בקשה 41 (להלן: "בקשת ההשהייה").

העתק בקשת ההשהייה, מצ"ב כנספח 29.

182. במסגרת סעיף 10 לבקשת השהיית החילוט צוין כדלהלן:

"ככל והתיקון להסדר לא יאושר על ידי בית המשפט הנכבד ו/או לא ייכנס לתוקף במועדים הקבועים בהסדר יחודשו הליכי בקשה 41 כאשר במקרה שכזה כל טענותיהם וכל זכויותיהם של כל הצדדים תהיינה שמורות".

183. כפי שפורט בבקשה להשהיית הליכי בקשת חילוט הפיקדון, מחזיקי אגרות החוב קיבלו החלטה פה אחד להורות לנאמן להשהות את הליכי בקשת חילוט הפיקדון כאשר הבקשה לחילוט הפיקדון תמחק במועד הביצוע עם כניסתו לתוקף של ההסדר.

184. מן האמור לעיל עולה, כי המחזיקים מעולם לא ויתרו לא במסגרת ההסדר השני ולא בכלל, ואף שמרן במפורש את הטענות הקיימות ביחס לחילוט הפקדונות, וכי משמעויות בקשת ההשהיה, להבדיל מביטול בקשת חילוט הפיקדון, נדונו בהרחבה, פורסמו בציבור והיו ידועות לאורך כל הדרך.

185. משאלו הם פני הדברים, התובעות מנועות ומושתקות לפעול למען השבת הפקדונות בפרט לאור העובדה כי תביעתן סותרות חזיתית את מסמכי ההסדר והחלטות חלוטות של בית המשפט הנכבד.

ז. דין התביעה להידחות לפי שעילת התביעה היא כנגד החברה

186. דין התביעה להידחות לפי שהתובעות נמנעו מלצרף את החברה כצד לבקשה, וזאת למרות ש-

186.1. הצעות הסדר הנושים (ובתוכה הצעתן של התובעות) הופנו, בין היתר, לחברה. החברה היא שמכרה את נכסיה והקצתה מניות וערכה הסדר נושים עם נושיה.

186.2. ככל והסדרי הנושים היו יוצאים אל הפועל, החברה היתה נהנית מקבלת תמורות אשר מטרתן הינה תשלום לנושים הפיננסיים של החברה אשר העיקריים ביניהם הינם מחזיקי אגרות החוב ובכך היתה מקטינה את חובה כלפיהם.

186.3. הוראות חילוט הפיקדון קובעות, בין היתר, כי חילוט הפיקדון יהווה סעד ממצה, בלעדי ויחיד לטובת החברה, הנאמן לטובת כל צד אחר.

187. באותו האופן, אם היתה הפרה של הצדדים האחרים להסדרי הנושים (ולא היתה), הרי שהיא של החברה. משכך - הנתבעת הנכונה להשלכותיה של ההפרה היא החברה ולא הנאמן.

188. לעומת זאת, אין כל עסקה בין התובעות או מי מקבוצת בן משה לבין מחזיקי אגרות החוב ובטח שלא עם הנאמן.

189. משכך, אי צירופה של החברה לתביעה שבכותרת מעורר את החשד לניסיון לבצע "גניבת סוסים" תוך הסתרת התמונה המלאה מפני בית המשפט הנכבד.

190. בנסיבות אלה, יש לדחות את התובענה על הסף, ולו רק בשל אי צירופה של החברה שהינה צד רלוונטי ביותר, לתובענה שבכותרת.

ח. דינו של פרק פיצויים בגין התעשרות שלא כדין, אבדן רווח, ומכוח שיקולי צדק" להידחות על הסף

191. כפי שפורט בהרחבה במסגרת הבקשה למחיקה על הסף שהגיש הנאמן ביום 12.2.2020, על בית המשפט הנכבד לדחות ו/או למחוק את הפרק בגינו נתבע מהנאמן וממנו בלבד סך של 317.5 מיליון ₪ בעילה של עשיית עושר ולא במשפט (להלן: "בקשת הסילוק").

192. יוזכר, כי לאחר ביטול ההסדר השני על ידי קבוצת בן משה, פעלו החברה בשיתוף עם מחזיקי אגרות החוב לקבלת הצעות חדשות לרכישת נכסי החברה ומניותיה, מבניהן זכתה לאישור מחזיקי אגרות החוב הצעה מלפידות קפיטל בע"מ ("הסדר לפידות").
193. במסגרת פרק עשיית העושר ולא במשפט, התובעות סבורות שהפער בין התמורה שנתקבלה בידי החברה במסגרת הסדר לפידות לבין התמורה שהיתה אמורה להתקבל בידיה אילו היה ההסדר למולן יוצא אל הפועל, צריך להיות מועבר אליהן, שכן לטענתן (המופרכת וההזויה ממש) הנאמן (הוא ולא אף אחד אחר) התעשר בסכום זה.
194. על מנת שלא לסרב את כתב ההגנה דנא, לא יחזור הנאמן על מלוא טענותיו כפי שפורטו במסגרת בקשת הסילוק.
195. עם זאת על מנת שהנייר לא יצא חלילה חסר, יפרט הנאמן בתמצית את עיקרי טענותיו. בקשת הסילוק והטענות הנטענות במסגרתה הינן חלק בלתי נפרד מכתב ההגנה דנא, ומצ"ב ללא נספחיה למען הנוחות **כנספח 30.**
196. ראשית, עיון בכתב התביעה מלמד כי התובעות לא הצביעו על כל "התעשרות" של הנאמן עצמו, ובוודאי שלא הצביעו על "התעשרות שלא כדין" של אף צד אחר. במסגרת תשובתן לבקשת הסילוק על הסף אף הבהירו התובעות כי הנאמן נתבע כמי שמחזיק זכות שיפוי מן המחזיקים, ולא כנתבע ישיר (רי' נספח 42 לכתב התביעה).
197. האבסורד הוא שלמעט שכר טרחתו של הנאמן כקבוע בשרט הנאמנות, הנאמן לא שלשל לכיסו תמורות כלשהן שנתקבלו כתוצאה מהסדר לפידות, אם כי המחזיקים הם אלו שנהנו ממלוא תמורות אלו.
198. יתרה מכך, התובעות מפנות את האצבע המאשימה כלפי מחזיקי אגרות חוב, על כך שאלו הביעו באופן פומבי את מורת רוחם מהתנהלות חסרת תום הלב של קבוצת בן משה. זה לא גרם לתובעות לצרף את מחזיקי אגרות החוב כנתבעים לתביעה.
199. שנית, פרק עילת עשיית העושר בתביעה, הינו כפיה של פרשנות שגויה וסלקטיבית של הוראות הדין, המבקש להטיל אחריות על נאמן למחזיקי אגרות חוב, מבלי שיש לכך בסיס משפטי או עובדתי ומבלי לבסס אף ראשיתה של עילה, בטח שלא כנגד הנאמן.
200. וזאת לדעת, אין כל הוראה בדין ובכלל זאת בחוק ניירות ערך, חוק הנאמנות וחוק השליחות, או בשרט הנאמנות המצדיקה הטלת תשלום פיצוי על נאמן למחזיקי אגרות החוב, בגין כספים ששולמו למחזיקי אגרות החוב. הטענות מופרכות עוד יותר, בהתחשב בכך ש -
- 200.1. הנאמן עלול להימצא אחראי לכל היותר לנזק שנגרם לנהנים או לנכסי הנאמנות שבשליטתו, עקב הפרת תובה כלשהי על ידו, אך בוודאי שאין הוא יכול להיות אחראי לנזק נטען (ומוכחש) שנגרם לצדדים שלישיים (ובכלל כך לתובעות) מהתנהלות של מחזיקי אגרות החוב;
- 200.2. הנאמן פעל ללא דופי לכל אורך הדרך ובהתאם להוראות בית המשפט הנכבד או תחת אישורו;
- 200.3. שהנאמן פעל בהתאם להחלטות סדורות שהתקבלו כדין של מחזיקי אגרות החוב;
- 200.4. שהנאמן פעל בהתאם להוראות ההסדרים שאושרו על ידי בתי המשפט, ועל כן ממילא עילת עשיית עושר אינה יכולה לחול עליו.
201. התובעות אף אינן מצביעות על כל הוראה שכזו בתשובה לבקשת הסילוק. התובעות מצביעות על שורה של הוראות אחרות המתייחסות לתפקידיו ואחריותו של הנאמן, מהן ניתן לשיטתן להקיש כי ניתן אף לתבוע את הנאמן "בשם המחזיקים". אלא שברור דווקא משורת הוראות אלו כי המחוקק לא התכוון להטיל אחריות זו על הנאמן.

202. ככל וסברו התובעות כי קיימות להן זכויות כלשהן כלפי החברה, ובוודאי כאלו הנובעות מהסדר החוב בחברה, היה עליהן לפעול בהתאם להוראות ההסדר אשר נועד להסדיר את חובות החברה עם נושיה לרבות רשויות המס והנושים האחרים, ולהגיש תביעת חוב במועד, ולכל הפחות להגיש התנגדות לביצועו של הסדר הנושים המאוחר שנכרת עם לפידות.
203. חלף לנהוג כך, המתינו התובעות ובחרו להגיש את תביעתן כנגד הנאמן (בלבד) במועד שנבחר על ידן בקפידה, אך ורק כדי לייצר מנוף לחץ על החברה ומחזיקי אגרות החוב ולגרום להם להתפשר במחלוקת על הפיקדונות.
204. ראוי שייאמר כי קבלת טענתם של המשיבות תביא לפגיעה קשה במוסד הנאמנות אשר נועד להבטיח הגנה למחזיקי אגרות החוב וכספי הציבור - תוצאה שאינה רצויה לכל הדעות.

ט. התייחסות פרטנית לסעיפי כתב התביעה

205. האמור בסעיפים 1-2 לכתב התביעה אינו מוכחש.
206. האמור בסעיף 3 לכתב התביעה מוכחש. הנאמן אינו מי שנתבע בשם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב והוא אינו בעל אחריות עצמאית למעשי המחזיקים ואינו חייב בפירות התעשרותם (המוכחשת). הדין הישראלי (חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 וחוק הנאמנות) אינם מכירים בכך. אותם הדינים מגדירים את סמכויותיו ותפקידיו של הנאמן. התפקיד להיתבע בשם המחזיקים, אינם נמנים בין תפקידים אלו.
207. האמור בסעיף 4 אינו מוכחש.
208. האמור בסעיף 5 אינו מוכחש למעט העובדה כי התהליך לקבלה ולקידום של הצעות לרכישת החברה נעשה כדי להשיא לחברה את התמורה המקסימאלית.
209. סעיף 6 אינו מוכחש בכפוף לכך שהצעה לרכישת החברה היתה הצעה משולבת של שלוש החברות בקבוצת בן משה.
210. האמור בסעיף 7 מוכחש. הצעותיהן של שלוש החברות בקבוצת בן משה היו שלובות בהסדר נושים אחד, וזאת, הן בהתאם למסמכי ההסדר, הן בהתאם לבקשה שהוגשה לבית המשפט הנכבד לכינוס אסיפות נושים והן בהתאם להחלטות חלוטות של בית המשפט הנכבד ולקביעת כבוד נשיא בית המשפט המחוזי אורנשטיין.
211. סעיף 8 מוכחש, הצווים שהוצאו לא היו קשורים כלל להסדר החוב שגובש וחובות כלפי רשות המיסים הוחרגו מפורשות מהוראותיו. לכן לצווים אלו לא היה דבר וחצי דבר עם אישורו של ההסדר, מה גם שהדרישות של רשויות המס מאפריקה היו ידועות לקבוצת בן משה עוד טרם הגשת הצעתם העדכנית לאישור ההסדר.
212. סעיפים 9-10 אינם מוכחשים.
213. סעיפים 11-13 אינם מוכחשים מבלי לגרוע מהאמור בכתב ההגנה ביחס להיותה של ההצעה לרכישת החברה על ידי שלוש החברות הצעת משולבת אחת וביחס לכך שהפיקדונות הופקדו להבטחת ההצעה המשולבת של שלוש החברות בקבוצת בן משה.
214. סעיף 14 מוכחש. הנאמן יפנה לאמור בכתב ההגנה דנא לעיל, ביחס לדרישה להשגת האישורים מרשויות ההגבלים העסקיים בחו"ל, שהועלתה על ידי קבוצת בן משה רק בשלב מתקדם של אישור ההסדר השני, ללא מתן הסבר מניח את הדעת לבסיס לדרישה זו.

215. האמור בסעיף 15 מוכחש. התובעות הן שקבעו את המועדים להתקיימות התנאים בהצעותיהם ולהן עמדה הזכות להארכת תוקפם.
216. האמור בסעיפים 16-17 אינו מוכחש, בשים לב לתיאור בכתב ההגנה זה של השיהוי וכפי הנראה אף החיימנות מכוונת של התובעות מהשגת האישורים החסרים.
217. האמור בסעיפים 18-23 מוכחש. לגופו של עניין התנאים הנוספים שנדרשו בצדק על ידי מחזיקי אגרות החוב, נועדו להבטיח כי קבוצת בן משה תישא בעלויות המשך עיכוב ההסדר וכי תעמוד מאחורי הצהרותיה כי האישורים יושגו במועדים החדשים שהובטחו.
218. האמור בסעיף 24 מוכחש. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, התובעות לא היו זכאיות לדרוש את השבת הפקדון. הסיבה לאי התקיימות התנאים המתלים היתה תלויה בתובעות, כאשר התובעות כשלו לפעול להשגת האישורים החסרים, מנעו מהנאמן גישה למסמכים בעניין זה, ובנסיבות אלה ובהתאם להוראות הסדר הנושים השני התובעות לא היו זכאיות לדרוש את השבת הפקדון. לכך יש להוסיף את בקשה 41 שהיתה תלויה ועומדת במסגרתה התבקש בין המשפט הנכבד להורות על חילוט הפיקדונות בסך של 100 מיליון ₪.
219. סעיפים 25-30 מוכחשים. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, בית המשפט הנכבד לא דחה את בקשת הנאמן לחילוט הפקדונות, אלא אישר הגשתה כתביעה אזרחית, חלף הגשתה כבקשה למתן הוראות בבית המשפט של חדלות פירעון וזאת על אף שההסדר שהוצע על ידי התובעות קובע מפורשות בסעיף 5.2.2(ב) כי בקשה לחילוט הפקדונות תידון במסגרת בקשה למתן הוראות.
220. סעיף 31 מוכחש. העסקה למכירת האחזקות במפעיל הושלמה רק בחודש פברואר 2020, לאחר השלמת הסדר החוב עם לפידות. מכל מקום במועד פקיעת הסדר בן משה, דור אלון לא הגישה כלל הצעה לרכישת האחזקות במפעיל.
221. סעיפים 32-40 מוכחשים. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, לאחר שקבוצת בן משה הפרה באופן בוטה שני הסדרים, ומר בן משה עצמו סירב להצעת בית המשפט ליתן ארכה בת 60 ימים להשלמת התנאים המתלים להסדר השני, מובן מדוע מחזיקי אגרות החוב לא מצאו לנכון להיענות פעם נוספת להצעת התובעות, ולהתקשר עימן שוב בהסכם ללא תשלום ריבית (עליה ויתרה במו"מ לשם התקשרות בהסדר השני) ובחזוק יכולת חילוט הפקדונות במקרה של הפרה פעם נוספת (שאכן כך קרה) את ההסדר השני.
222. סעיף 41 אינו מוכחש, בכפוף לאמור בכתב ההגנה ביחס להנמקות הנאמן לאי השבת הפקדון. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, סיום הליך הגישור נבע מאי הסכמת מר בן משה להיפגש עם נציגות מחזיקי אגרות החוב בלוחות הזמנים שנקבעו לניהול הגישור.
223. סעיפים 42-46 אינם מוכחשים.
224. האמור בסעיפים 47-53 מוכחש. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה יצוין כי הצעותיהן של ריבוע כחול ודור אלון היוו חלק מהסדר הנושים הכולל כפי שאושר כמקשה אחת.
225. האמור בסעיפים 54-56 מוכחש. הצעותיהן של שלוש חברות בקבוצת בן משה היו שלובות בהסדר נושים אחד כהצעה אחת משולבת, וזאת, הן בהתאם למסמכי ההסדר, הן בהתאם לבקשה שהוגשה לבית המשפט הנכבד לכינוס אסיפות נושים והן בהתאם להחלטות חלוטות של בית המשפט הנכבד.
226. סעיפים 57-59 אינם מוכחשים.
227. סעיפים 60-66 מוכחשים. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, כמפורט לעיל, התובעות ידעו אודות חבויות המס של החברה ודרישות מס הכנסה עוד בטרם הוגשה הבקשה לאישור ההסדר הראשון. לעניין אי רלוונטיות דרישות רשות המיסים ביחס לאישור ההסדר ראו סעיף 211 לעיל.

228. סעיף 68 אינו מוכחש למעט העובדה כי בקשה 41 הושתתה לדרישת התובעות כתנאי לקידום הסדר השני. ראה פרק ו' לעיל.
229. סעיף 69 מוכחש. גם הצעת התובעות והרובע הכחול הוגשו והוצגו כעסקה שלובה אחת ואף הופרו ובוטלו ככאלו.
230. סעיף 70 מוכחש, בין היתר לאור שההסדר השני קבע מפורשות שלא תהיה מכירה של המפעיל אלא המפעיל ישאר בחברה והתובעות יוסיפו תמורות בהתאם. ממילא – לא היתה אפשרות לבצע את עסקת דור אלון והיא פקעה.
231. סעיפים 71-74 אינם מוכחשים.
232. סעיפים 75-76 מוכחשים. הפקדונות הופקדו לשם הבטחת ההסדר הראשון ואחר כך ההסדר השני. בקשת החילוט הושתתה וכל הזכויות במסגרתה נשמרו עד להשלמת ההסדר השני, אשר מעולם לא הושלם.
233. סעיף 77 אינו מוכחש, בשים לב לטענות בכתב ההגנה בדבר אי קיומו של הסבר מספק לדרישת התנאים המתלים אשר לא התקיימו ולמתדלי התובעות בעניין זה.
234. סעיפים 78-83 מוכחשים. טענות הנאמן הן ביחס לטיב הדרישות שהועלו (שנועדו להבטיח את השלמת ההסדר השני במועדים שהתבקשו על ידי קבוצת בן משה) והן ביחס להסכמה שנתקבלה להארכת תוקף ההסדר (אשר נדחתה על ידי קבוצת בן משה), לרבות באופן אישי על ידי מר בן משה מול בית המשפט של חדלות פירעון, פורטו בהרחבה לעיל.
235. סעיף 84 אינו מוכחש בכפוף לכך שהחברה, הנאמן ובי"כ פעלו סביב השעון באופן אינטנסיבי על מנת להשיג את הצווים אשר נדרשו לשם יישום ההסדר.
236. סעיפים 85-87 אינם מוכחשים.
237. סעיפים 88-91 מוכחשים לאור שהתובעות הן שקבעו את המועדים להתקיימות התנאים בהצעותיהם ולהן עמדה הזכות להארכת תוקפם.
238. סעיף 92 אינו מוכחש.
239. סעיף 93-97 מוכחשים לאור סילופי הדברים שבהם.
240. סעיפים 98-99 אינם מוכחשים.
241. סעיפים 100-101 מוכחשים. – התובעות הן שקבעו את המועדים להתקיימות התנאים בהצעותיהם ולהן עמדה הזכות להארכת תוקפם. זאת ועוד, הנאמן יפנה לאמור בכתב ההגנה ביחס להתנהלות מתזיקי אגרות החוב סביב בקשות הדחייה של התובעות.
242. סעיפים 102-108 אינם מוכחשים.
243. סעיף 109 אינו מוכחש בשים לב לעובדה כי התובעות הן שהתעקשו לקבוע לוחות זמנים קצרים להגשת האישורים הנדרשים והן שנדרשו לדחייתם מעת לעת.
244. סעיפים 110-115 מוכחשים בשים לב לכך שהתובעות הן שדרשו את הכללת התנאי של אישור ההגבלים העסקיים מאירופה ברגע האחרון, מבלי הסבר מניח את הדעת.
245. סעיפים 116-119 אינם מוכחשים.

246. סעיף 120 מוכחש מחוסר ידיעה. כאמור לעיל, מעולם לא הובהר מדוע יש צורך באישור רשויות ההגבלים במדינות בהן לא היתה כל פעילות ידועה של מי מהצדדים.
247. סעיפים 121-130 מוכחשים. טענות הנאמן ביחס לעצם הדרישה לאישורים, לאחריות בדבר השגת האישורים שהיתה של התובעות גרידא ולמתדלה של התובעות לפנות לרשויות המתאימות פורטו בהרחבה לעיל.
248. סעיפים 131-133.8 מוכחשים בין היתר מחמת חוסר ידיעה. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, טענות הנאמן באשר לעובדה כי התובעות לא פעלו כנדרש לשם השגת האישורים הנדרשים, פורטו לעיל בהרחבה. כן יש לתחות כיצד הבחירה במשרד דנטונס בוצעה רק בספטמבר 2018 לאחר שניתנו צווי ההסדר, בעוד שהצורך בהשגת אישורי הממונים באירופה נכלל לדרישת התובעות כבר בהצעת ההסדר בחודש יולי 2018.
249. האמור בסעיפים 134-136.3 מוכחש. הנאמן פירט בהרחבה במסגרת כתב ההגנה דנא כי לא הובהר הבסיס לצורך מלכתחילה באישורים מהממונה על ההגבלים העסקיים באירופה.
- יתרה מכך, התובעות מנסות ליצור מעגל שוטה. התובעות טוענות כעת ובדיעבד כי הנאמן היה צריך להעלות את הטענה בדבר הצורך באישורים קודם להגשת בקשה מס' 51 לאחר בירור הולם של המצב המשפטי במדינות הללו. דא עקא, שהתובעות חסמו את דרכו של הנאמן מלבד "בירור הולם" את המצב המשפטי ומנעו ממנו להיחשף לבקשתו למסמכים והמידע שהיו לתובעות אותה עת בקשר עם תהליך השגת האישורים בטענה לפיה קיימת סודיות לכאורה. מסמכים אלו הועברו לבסוף לידי הנאמן רק לאחר צו שניתן על כך, לבקשת הנאמן, על ידי בית המשפט של חדלות פירעון.
- זאת ועוד, לפי שהאחריות בדבר השגת האישורים היתה מונחת על כתפי התובעות, ומעולם לא הועלתה על ידה בזמן אמת טענה הסותרת זאת וכן לפי שהתובעות דאגו ליצור את הרושם כאילו המדובר באישורים טכניים גרידא שלא תהיה בעיה לקבלם, הנאמן לא ראה צורך בבירור עצמאי במצב המשפטי.
- אך משהיה ברור כי התובעות גוררות רגליים בהשגת האישורים ומשחסמו את דרכו להיחשף למסמכים והמידע הרלוונטי באמתלה שקיימת סודיות, מצא לנכון הנאמן לערוך בירור עצמאי כאמור.
- יודגש, כי בקשה מס' 51 לרבות הטענות שהועלו במסגרתה, הוגשה לבית המשפט הנכבד בהזדמנות הראשונה וללא שיהוי.
250. האמור בסעיפים 136.4-136.9 מוכחש מחמת חוסר ידיעה. יובהר כי במהלך כל תקופת הניסיונות להשלים את ההסדר לא נערכה כל תכתובת או שיחה עם עו"ד רוזנברג וב"כ התובעות, עוה"ד קליר ובנימיני הם שפעלו מול ב"כ הנאמן בהקשר זה.
251. האמור בסעיפים 137-138 מוכחש מחמת חוסר ידיעה. יצוין כי במייל הנלווה שצורף כנספח 21 צוין רק כי לאור שנכתב כי הרשויות סופרות מועדים רק מהיום בו התקבל בידיהן המידע, התובעות בחנו את ההערכה כי סביר שהאישורים יושגו עד ה-13.12. בהעדר מידע ביחס למועדי הפניה לרשויות (מידע שהתובעות נתבקשו וסירבו לספק) לא הייתה בידי הנאמן היכולת להעריך משמעותיות אמירה זו.
252. האמור בסעיפים 139-153 מוכחש. הנאמן יפנה אל האמור לעיל ביחס להתנהלות מתזיקי אגרות החוב סביב בקשות הדחייה של התובעות ולרציונל אשר עמד בבסיס דרישתם לקבל ריבית בגין העיכוב בהשלמתם של התנאים המתלים בהסדר והנוק שנגרם להם בשל כך. מכל מקום, ממילא מחזיקי אגרות החוב ויתרו על דרישתם ואישרו את בקשת התובעות לארכה נוספת.
253. האמור בסעיפים 154-157 מוכחש, בין היתר, לאור סילופי הדברים שבהם. כאמור התובעות הן שקבעו את המועדים ונדרשו למתן דחיות.
254. האמור בסעיף 158 אינו מוכחש.

255. האמור בסעיפים 159-181 מוכחש. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, דרישות מחזיקי אגרות החוב נועדו להבטיח כי התובעות תעמודנה בהתחייבויותיהן להשיג התנאים המתלים בתקופת הארכה וליתן ריבית בסכום מקסימלי של עד 15 מיליון ₪ בגין הדחיות החוזרות והשונות בהשלמת ההסדר.

256. האמור בסעיפים 182-183 מוכחש.

257. ביחס לטענות בדבר ניהול מו"מ מקביל שנוהל לכאורה, יובהר כי הנאמן ומחזיקי אגרות החוב פעלו בהתאם להוראותיו הברורות של הסדר הנושים, ולמגבלות שנקבעו במסגרת סעיף 5.2.4 בנוגע לאישור לזיום משא ומתן כלשהו החל ממועד קבלת ההחלטה של אסיפות הנושים לאישור הסדר הנושים:

"5.2.4.1. החל ממועד קבלת ההחלטה של אסיפות הנושים לאישור הסדר זה כמפורט בסעיף 12.1 להלן, ובתנאי שהופקד הפיקדון, הנאמנים, יועציהם, נציגות מחזיקי אגרות החוב ו/או מי מטעמם לא יהיו רשאים לזיום משא ומתן כלשהו ולא יהיו רשאים לאשר הצעה של צד שלישי אחר שאינו הרוכשת, בקשר עם הסדר נושים לחברה או מכירת איזה מנכסיה, למעט אם יתקיימו התנאים הבאים (להלן: "ההצעה המחייבת"):

...

5.2.4.2. התקבלה הצעה מחייבת מצד שלישי (להלן: "המציע"), אשר יכול שתהיה מותנית בתנאים מתלים שאינם תלויים במציע, המלווה בפיקדון כספי שיבטיח את ההצעה (להלן בסעיף זה: "פיקדון המציע").

5.2.4.3. התקבלה החלטה ברוב רגיל בלפחות שתי אסיפות מחזיקי אגרות חוב הקיימות המאשרת את ההצעה המחייבת או המסמיכה את הנאמנים או מי מטעמם לנהל משא ומתן על בסיסה עם המציע.

258. הנאמן לא יזום כל מו"מ עם מציע אחר ממועד אישור הסדר הנושים על ידי מחזיקי אגרות החוב ואף לא התקבלה בידי הנאמן כל הצעה מחייבת בהתאם לתנאים שלהלן.

259. האמור בסעיפים 184-186 אינו מוכחש.

260. האמור בסעיפים 187 מוכחש, בין היתר לאור סילופי הדברים שבו. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, הנאמן ישוב על טענותיו בהקשר זה ביחס לדרישת מחזיקי אגרות החוב כי המועד להשלמת ההסדר השני יוארך בכפוף לתשלום ריבית אשר נועדה לצמצם את הנזק שנגרם להם בשל העיכוב בהשלמתו של ההסדר. מעבר לכך, וביחס לטענה כי צפוי היה משבר כלכלי, המדובר בטענה הנטענת בעלמא וללא אסמכתא המאששת אותה.

261. האמור בסעיף 188 מוכחש. הנאמן עמד ארוכות על כך שהנאמן ומחזיקי אגרות החוב לא ניסו לשנות את תנאי ההסדר, אלא אך לצמצם את הנזק שנגרם להם, וממילא לבסוף ויתרו על דרישות אלו מתוך כוונה להוציא אל הפועל ההסדר ללא עיכוב נוסף.

262. האמור בסעיפים 189-193 מוכחש (ר' פרק ד.6).

263. האמור בסעיפים 194 מוכחש לאור המפורט בכתב ההגנה ובכלל כך כי התובעות היא שהפרה את הוראות הסדר הנושים השני.

264. האמור בסעיפים 195-203 מוכחש, בין היתר לאור סילופי הדברים שבהם. התובעות "שכחו" לציין בכתב תביעתן, כי ביום 30.12.2018, הודיעה קבוצת בן משה ובכללן התובעות על ביטול הצעות ההסדר מטעמה.

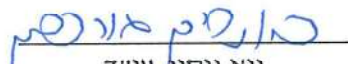
265. האמור בסעיף 204 אינו מוכחש.
266. האמור בסעיפים 205-209 מוכחש. הנאמן הגיש את בקשה 51 על סמך הפרתה החוזרת של קבוצת בן משה, הפעם את הסדר הנושים השני, בהסתמך על טענות מוצקות ואיתנות אשר מקימות לו את הזכות לחילוט הפקדונות שהפקידה קבוצת בן משה לקיום התחייבויותיה, והכל כמפורט בבקשה 51 המצ"ב כנספת 14 לכתב התביעה.
267. האמור בסעיף 210 מוכחש לאור סילופי הדברים שבו.
268. האמור בסעיף 211 אינו מוכחש.
269. האמור בסעיפים 212-217 מוכחש. זאת בשים לב במיוחד כי השינויים אשר נועדו "להתאים את ההסדר לטעמיהם של מחזיקי אגרות החוב" כתיאורן של התובעות כלל הפחתה של **כמיליארד ₪** (!!) בתמורות במזומן למחזיקי אגרות החוב. התובעות ביקשו לקבל סכום זה כ"הלוואת מוכר" מן המחזיקים, וכן בשים לב לכך כי באותו מועד הסכימו המחזיקים על מתן ארכה לקיומו של ההסדר השני ללא כל תנאי.
270. האמור בסעיפים 218-219 אינו מוכחש.
271. האמור בסעיפים 220-229 מוכחש. ברי כי, לאור התנהלותה של קבוצת בן משה והפרתה של שני הסדרי חוב, מחזיקי אגרות החוב בחרו שלא להתקשר פעם נוספת עם התובעות בהסדר נוסף.
272. האמור בסעיפים 230-231 אינו מוכחש.
273. האמור בסעיף 232 מוכחש לאור סילופי הדברים שבו.
274. האמור בסעיפים 233-238 אינו מוכחש.
275. האמור בסעיפים 239-272 מוכחש מן הטעמים אשר מפורטים בהרחבה לעיל.
- מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה יצוין כי, הנאמן שלח הודעות חילוט לקבוצת בן משה, בין היתר, בימים 9.5.2018, 22.5.2018 ו-27.6.2018, ולאחר מכן, משקבוצת בן משה לא תיקנה את מחדליה ולא עמדה בהתחייבויותיה להוצאתם אל הפועל של ההסדרים, הגיש הנאמן שתי בקשות שונות למתן הוראות לבית המשפט הנכבד של הפר"ק במסגרתן ביקש לחלט את כלל הפקדונות אשר הועמדו להבטחת התחייבות קבוצת בן משה כאמור.
- לפי שהמדובר היה בהצעה אחת משולבת, הודעת החילוט התייחסה לכל הפקדונות שהופקדו להבטחת ההצעה המשולבת. כך גם, בקשות החילוט שתיהן, הוגשו ביחס לכל הפקדונות.
276. האמור בסעיפים 273-281 מוכחש. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה, וכמפורט לעיל הודעות חילוט ניתנו מספר פעמים. כך גם סעיף 5.2.1 להסדר הנושים השני קובע כי-
- "הפיקדון המשותף (כולו או חלקו לפי בחירת הנאמנים, כפי שיפרטו בהודעת/ות החילוט) ניתן יהיה לחילוט (לפי תנאי הסדר זה או הצעת ריבוע כחול לפי העניין) הן במקרה שהרוכשת (לבדה) הפרה את הוראות הסדר זה, הן במקרה שריבוע כחול (לבדה) הפרה את הוראות הצעת ריבוע כחול, והן במקרה שהרוכשת וריבוע כחול הפרו שתיהן את תנאי הסדר זה והצעת ריבוע כחול".
277. כך גם, סעיף 5.2.2(ב) להסדר הנושים השני קובע כי-

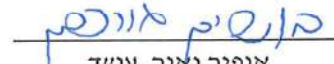
"הפיקדון יהיה ניתן לחילוט על ידי הנאמנים לאגרות החוב לאחר מתן התראה בכתב בת 5 ימים לרוכשת, שבה הנאמן ינמק את דרישתו לחילוט ויתן לרוכשת אפשרות לתקן את ההפרה הנטענת תוך 5 ימים נוספים..."

278. האמור בסעיפים 282-290 מוכחש מטעמים שפורטו בהרחבה לעיל.
279. האמור בסעיפים 291-296 מוכחש. מבלי לגרוע מכלליות ההכחשה יצוין, כי ביחס לטענות בדבר ניהול מו"מ, הנאמן פעל בהתאם להוראות ההסדר. זאת ועוד, כל החלטה שנלקחה על ידי מחזיקי אגרות החוב ביחס להסדר לפידות, היתה אחרי מועד ביטולו של הסדר הנושים השני על ידי בית המשפט הנכבד.
280. האמור בסעיפים 297-305 מוכחש. הנאמן הגיש את בקשה מסי 51 בהזדמנות הראשונה, וזאת לאחר שהודעה בדבר ביטולו של ההסדר מטעם קבוצת בן משה נשלחה אל הנאמן ביום 30.12.2018. מכאן, שהגשתה של בקשה מסי 51 ביום 6.1.2019, הוגשה בהתאם להוראות ההסדר.
281. האמור בסעיפים 306-323 מוכחש. בהתאם להוראות כתב ההתחייבות וההסדר, הנאמן אינו מחויב להשיב לתובעות את הפיקדון שהפקידה להבטחת התחייבויותיה, מקום בו היא הפרה שני הסדר חוב. ההפך הוא הנכון- בנסיבות אלו, הנאמן זכאי לדרוש את חילוט הפיקדון שהפקידו.
282. האמור בסעיפים 324-336 מוכחש. טענות הנאמן בהקשר זה פורטו בהרחבה במסגרת בקשת הסילוק המצורפת והמהווה חלק בלתי נפרד מכתב ההגנה דנא.
283. האמור בסעיף 337-354 מוכחש, לאור היעדרו של נזק לתובעות ובשים לב לכך שהפקדונות הינם פיצוי מוסכם למחזיקי אגרות החוב בגין הפרתה של קבוצת בן משה לרבות התובעות את הסדרי הנושים.

י. סוף דבר

284. לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את התביעה ולחייב את התובעת בהוצאות הנאמן בתוספת שכ"ט עו"ד ומע"מ כדין.


גיא גיסין, עו"ד
גיסין ושות', עורכי דין


אופיר נאור, עו"ד
נאור-גרשט, עורכי דין

ב"כ הנתבעת

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ

היום: 24 במאי, 2020