

תשובת המשיבות 1 ו- 2 לבקשת רשות הערעור**בעניין**

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, ח.פ. 510705197
מרחוב ששת הימים 30, בני ברק, מגדל צ'ימפיון
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

המבקשת (הנאמן):**ובעניין****המשיבה 1 (הרוכשת):****המשיבה 2 (אקסטרה****אחזקות):****(הרוכשת ואקסטרה****אחזקות יחד: אקסטרה):**

1. אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, ח.פ. 515781425
2. אקסטרה אחזקות ישראל בע"מ, ח.פ. 515068849
שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד רענן קליר ו/או פנחס ברטל ו/או ירדן רוזנבוש
ממשרד ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות' עורכי דין
מרח' ברקוביץ 4, תל אביב 6423806
טל: 03-7770111; פקס: 03-7770101

3. 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',
מרח' יגאל אלון 98, בניין אלקטרה, קומה 47, תל-אביב
טל: 03-6078607; פקס: 03-6078666

4. דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, ח.צ. 520043878
ע"י ב"כ עוה"ד שוני אלבק /או נועה ברהום ואח'
ממשרד פישר בכר חן וול אוריון ושות',
מרח' דניאל פריש 3, תל-אביב
טל: 03-5119350; פקס: 03-5119351

המשיבות הפורמאליות

המשיבות 1 ו- 2 ("המשיבות") מתכבדות להגיש תשובה לבקשת רשות הערעור ("הבר"ע"), שהגישה המבקשת ("הנאמן"), ששימשה, בין היתר, כנאמן למחזיקי אגרות החוב (סדרות כו', כז' ו- כח') של אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ("המחזיקים" ו- "אפריקה"), על החלטת בית המשפט קמא הנכבד מיום 19.1.2021 ("ההחלטה"), במסגרתה נדחתה בקשה לסילוק על הסף שהגיש הנאמן, כלפי חלק מן התביעה שהגישו המשיבות כנגד הנאמן ("התביעה" ו- "בקשת הסילוק").

העתק התביעה, על נספחיה, מצ"ב **כנספח א'**, **בכרד א'**, כאשר הנספחים מסומנים במספרים, במסגרת ארבעה כרכים נוספים (שמסומנים **כרד ב' עד כרד ה'**).

לבר"ע לא צורפו כל כתבי הטענות שהוחלפו בגדר בקשת הסילוק. לפיכך אלו מצורפים, בכרד נוסף, שמסומן **כרד ו'**, **כנספחים ב' עד ה'**, כדלקמן: תשובת המשיבות לבקשת הסילוק, על נספחיה - **נספח ב'** ("התשובה לבקשת הסילוק"); תגובת הנאמן לתשובה לבקשת הסילוק - **נספח ג'**; פרוטוקול הדיון מיום 23.6.2020 - **נספח ד'**; השלמת טיעון מטעם הנאמן - **נספח ה'**; השלמת טיעון מטעם המשיבות - **נספח ו'**; תגובה מטעם הנאמן להשלמת הטיעון מטעם המשיבות - **נספח ז'**.

על סמך האמור להלן יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבר"ע ולחייב את המבקשת בהוצאות ובשכ"ט עו"ד בגינה.


תומר שקד, עו"ד
מ.ר. 89611


ירדן רוזנבוש, עו"ד
מ.ר. 87149


פנחס ברטל, עו"ד
מ.ר. 57095


רענן קליין, עו"ד
מ.ר. 21680

ארידנסט, בן נתן, טולידאנו ושות', עורכי דין
ב"כ המשיבות 2-1

פתח דבר

I

1. בין הנאמן והמחזיקים לבין המשיבה 1 ("הרוכשת"), חברה פרטית בבעלות מר מוטי בן משה ("בן משה"), הושג הסדר, שאושר לקראת סוף שנת 2018, על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, בפניו התנהלו הליכי הסדר של אפריקה ("ההסדר" ו- "בית המשפט של הסדר"). זאת, לאחר הליכים ממושכים, שנמשכו מאז שנת 2017. ההסדר כלל גם עסקה נוספת בין הנאמן והמחזיקים לבין המשיבה 3 ("רבוע כחול"), תאגיד מדוות, שאגרות חוב שלו נסחרות בבורסה, שגם מניותיו שייכות לבן משה.
2. בסוף שנת 2018, סמוך לפני שההסדר אמור היה להתבצע, נקטו **הנאמן בעצמו וכן המחזיקים**, בפעולות ובצעדים **חמורים ופסולים**, שבעקבותיהם עלה ההסדר על שרטון והשלמתו סוכלה. זמן קצר לאחר מכן, במהלך שנת 2019, נקשרו הנאמן והמחזיקים בעסקאות חלופיות להסדר, ובכלל זה מכרו הנאמן והמחזיקים את מניותיה של אפריקה, אותן היתה אמורה הרוכשת לרכוש בגדר ההסדר, לצד ג' ("לפידות"). זאת, בתמורה העולה על התמורה שהרוכשת התחייבה לשלם בגדר ההסדר, בסך של **לפחות 318.5 מיליון ש"ח** ("הסכום העודף").
3. נתאר להלן בפרק זה, בקיצור נמרץ, מקצת מאותן פעולות חמורות ופסולות של **הנאמן בעצמו ושל המחזיקים** :
4. השלמת ההסדר היתה תלויה בהשגת האישורים הנדרשים מרשויות ההגבלים העסקיים בישראל ובחור"ל. המועד האחרון שנקבע להשגתם נדחה, פעם אחר פעם, לפי בקשת הנאמן ובהסכמת הרוכשת (ורבוע כחול), וזאת לאורך כל התקופה הארוכה בה התנהל התהליך כאמור, עד אשר נקבע ליום 13.12.2018 (מועד שלא היתה לו כל חשיבות ונקבע באופן מקרי). בחודש דצמבר 2018 התקבלו כבר אישור הממונה על התחרות בישראל וחלק מן האישורים מן הרשויות באירופה. ואולם, אישורים ממספר מדינות היו חסרים, כך שנדרשה דחיה נוספת של המועד האחרון להשגתם. בהתאם, הרוכשת (ורבוע כחול) ביקשו לדחות את המועד האמור על מנת להשלים את השגת האישורים.
5. אלא שהנאמן והמחזיקים **סירבו לכך, בחוסר תום לב**. הם ביקשו להתחמק מביצוע ההסדר. יתכן שעם חלוף הזמן ונוכח שינויים בערכי השוק של הנכסים של אפריקה, סר חינו של ההסדר בעיניהם. לכן, הם ניסו לכפות על הרוכשת (ועל רבוע כחול) להכניס בהסדר שינויים, כתנאי להארכת תוקפו, באמצעות פעולות פסולות, מזיקות וכוחניות.
6. כך, הנאמן והמחזיקים בחרו להציב לרוכשת **אולטימטום בן 24 שעות** לפיו אם לא תסכים לשיפור תנאי ההסדר, כפי דרישתם, ההסדר יפקע. אסיפת המחזיקים קיבלה את ההחלטה להציב את האולטימטום, על סמך **תשתית מטעה וחסרת שחר, שפרסם הנאמן, בכתב ההצבעה**, כאילו על בן משה והרוכשת רובצת האחריות לכך שהאישורים לא התקבלו עד ליום 13.12.2018. האולטימטום הוצב תוך שימוש ציני בצורך לדחות את המועד האמור לשם השלמת ההסדר, למרות שהצדדים פעלו יחד למעלה משנה לשם גיבוש ההסדר והשלמתו, ולמרות שהמועד המדובר, נדחה במשך התהליך שלל פעמים, לפי בקשת הנאמן (מבלי לנכס לשם כך אסיפת מחזיקים כלשהי), **הכל כמובן מבלי שהרוכשת העלתה על דעתה לדרוש "תמורה" בגין איזו מן הדחיות המדוברות**.
7. זאת ועוד, סמוך לפני הצבת האולטימטום פתחו הנאמן והמחזיקים במסע תקשורתי, שנועד להכפיש את בן משה ולהפגין כי **אם הרוכשת ובן משה לא יכופו ראשם בפני דרישות הנאמן והמחזיקים** לשינוי תנאי ההסדר, אזי **ההסדר יפקע, ובנוסף בן משה והתאגידים בשליטתו יוחרמו על ידי שוק ההון הישראלי המצומצם**, שחלק מן המחזיקים הם בעלי משקל מהותי בו. מסר זה הועבר לבן משה גם באמצעים נוספים.
8. הרוכשת (ורבוע כחול) סירבו להכניס שינויים להסדר ודחו את האולטימטום, שאין מנוס מלתארו, בנסיבות העניין, כניסיון סחיטה של ממש. משכך פעלו הנאמן והמחזיקים לפגוע בבן משה וברוכשת ולחסל כל אפשרות לקדם את קבלת האישורים הנדרשים ואת האפשרות להוציא את ההסדר אל הפועל. בכלל זה דרש הנאמן מאפריקה ומחברי ההנהלה שלה כי **ינתקו כל קשר עם בן משה והרוכשת ושיביאו לכך שבן משה והרוכשת ישמידו כל מסמך הקשור לאפריקה שנמסר להם**.
9. בנסיבות אלו, המשיבות דרשו (מבלי לפגוע בכל זכות או טענה שלהן, בנוגע להתנהלות הנאמן והמחזיקים), לקבל מאת הנאמן את הפיקדון שהפיקדו (בערך מקורי של 50 מיליון ₪; "הפיקדון"), על פי תנאי ההסדר. זאת, בין היתר,

משום שההסדר פקע והתנאים הנוגעים לפיקדון קובעים במפורש כי עם פקיעת ההסדר הפיקדון יוחזר. אלא שהנאמן **סירב** להעביר את הפיקדון למשיבות, ללא בסיס. מאז ועד היום הוא מחזיק בו **כאילו היה בן ערובה**, ובאופן שעומד **בסתירה גמורה** למהלכים שלו ושל המחזיקים, שבחרו **להתחמק מביצוע ההסדר** ונקשרו **בהסדר אחר** שמכוחו זכו, כאמור, **לתמורות עדיפות עשרות מונים**.

10. בסוף חודש דצמבר 2018 חלה ירידה חדה במחירי המניות בשווקים בארה"ב ובישראל ובכלל זה חלה ירידה חדה בערכי השוק של הנכסים של אפריקה. על רקע זה נראה שתנאי ההסדר חזרו להיראות, כתנאים ראויים, בעיני הנאמן והמחזיקים. לפיכך, בסוף חודש דצמבר 2018, ביקשו הנאמן והמחזיקים לחזור בהם וליתן תוקף מחדש להסדר. זאת, לאחר **שההסדר פקע**, לאחר שהם עצמם **חסמו**, **ופגעו באפשרות לקבל את האישורים הנדרשים להסדר**, **ולהוציאו לפועל**, לאחר שגרמו **נזקים לבן משה ולרוכשת**, ולאחר שהנאמן **נדרש להחזיר את הפיקדון**.

11. יתר על כן, באופן שמאפיין את **ההתנהגות הכוחנית** של הנאמן ושל לפחות מקצת המחזיקים (שמודרכת על ידי העקרון, **שככל שייגרמו לבן משה נזקים רבים**, הוא ילמד לחשוש מפעולותיהם ויכנע לדרישות המוצבות בפניו), העז הנאמן להגיש לבית המשפט של הסדר, בקשה חסרת בסיס ("**בקשה 51**"), במסגרתה עתר לחלט את הפיקדון (ושני פיקדונות נוספים).

12. במסגרת בקשה 51 העלה הנאמן **טענות חסרות שחר**, **מופרכות ומקוממות**, כאילו **כלל לא נדרשים (!) אישורים מרשויות ההגבלים באירופה לביצוע ההסדר** וכאילו הרוכשת **עיכבה** את קבלת האישורים הנדרשים. קרי, הנאמן **לא בחל מלהציג את בן משה כמי שמכזב (!) למחזיקים**, **לנאמן ולבית המשפט וכמי שהמציא, כך סתם (לא פחות!) כאילו יש צורך באישורים מן הרשויות באירופה**, בעוד **שלפי הטענה (המופרכת!) של הנאמן, אין בעצם כל צורך שכזה!** הנאמן עשה כן, כאשר הוא יודע כי טענות אלו והצגת דברים זו **יקבלו הד תקשורת, שיביא לתוצאות הרסניות ממש, כפי שאכן ארע**.

13. הרוכשת התנגדה כמובן לבקשה 51. בן משה והרוכשת דחו **בשאת נפש** את הניסיון להציגם כמי שגונבים את דעתם של המחזיקים, של הנאמן ושל בית המשפט, ואת הניסיון לגרום להם נזקים חמורים, ובדרך זו לגרום להם להיכנע לדרישות הנאמן והמחזיקים. ניסיון ליישר את ההדורים, לרבות במסגרת הליך גישור, לא צלח, כאשר גם בגדרו הציג הנאמן **עמדות מופרכות ואטימות לנזק שהוא עצמו גרם לבן משה ולרוכשת**. יודגש כי בכל אותה העת **פעלו הנאמן והמחזיקים לקדם עסקאות עם צדדים שלישיים, כתחליף להסדר**.

14. על רקע האמור לעיל, בחודש פברואר 2019, החליט בית המשפט של הסדר כי להסדר אין תוקף, ובחודש מרץ 2019 דחה את בקשה 51, תוך שהוא קובע, בין היתר, כי הנאמן נקט בהליך משפטי **בלתי מתאים ובלתי נכון**. הנאמן **לא מצא לנכון לנקוט בעקבות כך בהליך משפטי אחר** והמשיך להחזיק בפיקדון **כבן ערובה ממש**.

15. תוך כדי כך בוצעה עסקה במסגרתה נמכרו הנכסים שרבע כחול אמורה היתה לרכוש על פי ההסדר, בעיקר **למחזיקים עצמם (לחלקם)**, באופן שמתיישב היטב עם רצונם של המחזיקים **לחמוק מן ההסדר**.

16. בעקבות כך חזרה הרוכשת והציעה בחודש אפריל 2019 כי הנאמן והמחזיקים יבצעו את העסקה בינה לביניהם, שנועדה להתבצע במסגרת ההסדר (באותם תנאים). ואולם, הנאמן **דחה הצעה זו מבלי להביאה כלל להצבעת המחזיקים**, באופן שמלמד גם הוא על כך שרצונם של הנאמן והמחזיקים היה ונותר **להתחמק מביצוע ההסדר**, לשם השגת עסקה בתנאים טובים יותר. כמו כן, מובן שדחיה זו **אינה מתיישבת גם היא עם החזקת הפיקדון על ידי הנאמן**. ברי כי לא יתכן שהוא יחזיק בפיקדון אם הרוכשת מבקשת לבצע את העסקה **והנאמן הוא שמסרב לכך**.

17. לאחר מכן נקשרו הנאמן והמחזיקים עם לפידות ששילם להם עבור הממכר שאמורים היו למכור לרוכשת תמורה בסכום עודף של **318.5 מיליון ₪** (שהוגדר לעיל "**הסכום העודף**") וזאת לפי חישובי המומחה של הנאמן.

18. התוצאה היא אפוא שהרוכשת יצאה כאשר ידיה על ראשה, בעוד שהנאמן והמחזיקים זוכים בסכומי עתק של מאות מיליוני ₪, **על חשבונה**. זאת, בזכות כך **שפעלו להתחמק מן ההסדר** והביאו בדרך לא דרך, **בחוסר תום לב**, ותוך ביצוע פעולות **המנוגדות לדין ולחובבים על פי ההסדר**, לכך שההסדר לא יצא אל הפועל.

19. בעקבות כך הגישו המשיבות, בחודש ינואר בשנת 2020, את התביעה, כנגד הנאמן, ובה עתרו לחייב אותו, בין היתר, בתשלום הסכום העודף. עוד תבעו המשיבות, לחייב את הנאמן להחזיר להן את הפיקדון; וכן לחייב את הנאמן בנזקים נוכח הפרת תנאי הנאמנות הקשורים בפיקדון.
20. התביעה מגוללת את **סיפור המעשה הנ"ל** בחלקים הראשון והשני, על פני 37 עמודים, עד ס' 238 (ראו נא במיוחד פרקים VI, VIII, IX ו-X). אחר כך, בחלק הרביעי (ס' 324-326), מפורטות מספר טענות משפטיות, בלתי ממצות, לגבי העילות שקמות לתביעת הסכום העודף, נוכח מעשיהם הפסולים של הנאמן והמחזיקים, ובין היתר מכוח דיני החוזים, הפרת חובת תום הלב ודיני עשיית עושר ולא במשפט.
21. בתביעה נטען במפורש (ס' 3) כי הנאמן הוא **בעל אחריות עצמאית** למעשים שמגולל כתב התביעה. עוד נטען שם במפורש כי נוכח תפקידו ובהיותם של המחזיקים ציבור רחב, מפוזר ובלתי מסוים (שמשנתנה מעת לעת נוכח המסחר באגרות החוב), הנאמן הוא גם מי שתובע ונתבע בשם ובמקומם של המחזיקים.
22. **אלא שהנאמן והמחזיקים מנסים להתחמק בכל דרך מלתת את הדין על מעשיהם החמורים**. לפיכך הגיש הנאמן את בקשת הסילוק, ובה העלה טענה מופרכת כאילו התביעה אינה מגלה עילה לתביעת הסכום העודף. כמו כן, רק לאחר שהוגשה נגדו התביעה, מצא לנכון הנאמן להגיש תביעה נגד המשיבות, ובה הוא טוען כי קמה לו הזכות לחלט את הפיקדון **עבור המחזיקים** (והתביעה כוללת גם עתירות דומות לגבי המשיבות 3 ו-4 לגבי הפיקדונות שהופקדו על ידן בנוגע להצעות שמסרו בגדר הליכי ההסדר).
23. בקשת הסילוק **התמקדה בעילת עשיית עושר ולא במשפט בלבד**. היא **התעלמה** מרוב המסכת העובדתית שנטענה בתביעה, ובמיוחד מן **הטענות המפורשות לגבי המעשים הפסולים בהם נקט הנאמן עצמו**, ומן **העילות הברורות שהן מצמיחות כלפי הנאמן עצמו** (זאת מעבר לעילת עשיית עושר ולא במשפט, וגם אם הנאמן אינו הנתבע הנכון בשם ובמקומם של המחזיקים, כך שדי בכך כדי להדוף את בקשת הסילוק).
24. בקשת הסילוק גם העלתה שלל טענות **שמתכחשות לנטען בתביעה**, שלל טענות **שמזיקות בירור עובדתי**, ושלל טענות **עובדתיות (מופרכות, אשר נטענו מבלי שצורף להן תצהיר)**, למרות שבדין **שאינו מקום** לדון בכל אלו בגדר בקשה לסילוק על הסף.
25. מעבר לכל אלו ולמעלה מן הצורך - הן טענותיו של הנאמן בנוגע לעילת עשיית עושר ולא במשפט והן טענותיו המתכחשות לכך שהוא הנתבע הנכון בשם ובמקומם המחזיקים **אינן נכונות**, ואף מזיקות **בירור עובדתי**, כך שאינן יכולות להביא לסילוק על הסף של התביעה.
26. יתר על כן, מדובר בטענות שנועדו לשרת עמדה **בלתי צודקת** על פניה. לפי עמדה זו, הנאמן רשאי להעלות כלפי המשיבות טענות (מופרכות) **בשם המחזיקים ובמקומם**, כדי לזכות בפיקדון, **עבור המחזיקים**, אך הנאמן אינו רשאי להיתבע בשם המחזיקים ובמקומם. לפי עמדה מוקשית זו מעשיהם של המחזיקים (חמורים, פסולים ומנוגדים לדין ככל שיהיו) **חסינים באופן מוחלט וא-פריורי מביקורת ואין מקום שהם יתנו עליהם את הדין**.
27. עמדת הנאמן גם **מנוגדת למושכלות יסוד**, מכוחן **על כל אדם מוטלת אחריות למעשיו**. היא גם מבקשת לשלול, ללא בסיס, מן המשיבות, להגשים את זכות הגישה שלהן לערכאות (זכות יסוד), שהרי **אין כל דרך מעשית לתבוע את המחזיקים עצמם**, בהיותם ציבור רחב, מפוזר, בלתי מסוים ומתחלף. מובן אפוא שיש לדחות עמדה זו מכל וכל, במיוחד בענייננו, שהרי הנאמן עצמו תובע את המשיבות, **בשם המחזיקים, במטרה להעשירם**.
28. אין זה פלא אפוא שהחלטה **דחתה, ובצדק**, את בקשת הסילוק, תוך קביעות מפורשות ונכונות **כי כתב התביעה מגלה כלפי הנאמן עילות תביעה ישירות, חוזיות ונזיקיות, לתביעת הסכום העודף**.
29. ההחלטה קבעה גם, **ובצדק**, כי כבר משום כך יש לדחות את הטענה שיש לסלק על הסף את עילת עשיית עושר ולא במשפט, שהרי **התוצאה המעשית תהיה, בכל מקרה, שהתביעה לסכום העודף, תיוותר על כנה**.
30. ההחלטה גם קבעה והוסיפה **שתחושת הצדק אינה מאפשרת לקבל את עמדתו החד סטרית של הנאמן**, לפיה הוא **רשאי לתבוע את המשיבות בשם המחזיקים ובמקומם אך לא להיתבע בשם ובמקומם של המחזיקים**.

31. אלא שהנאמן והמחזיקים בשלהם. הם מבקשים למנוע, בכל דרך, דיון במעשיהם.
32. לפיכך הגיש הנאמן את הבר"ע, שלוקה בכל הליקויים בהם לקתה בקשת הסילוק, ובנוסף היא חוטאת בתיאור מטעה לחלוטין של ההחלטה. בעיקר, היא טוענת שההחלטה לא דנה ולא הכריעה בשאלת קיומן של עילות תביעה לתביעת הסכום העודף. זאת למרות שההחלטה כן דנה וכן הכריעה, במפורש, בכך שקמות למשיבות עילות חוזיות ונזיקיות לתביעת הסכום העודף. כבר משום כך נופלות כל הטענות בבר"ע מאליהן, לרבות הטענה (הבלתי נכונה) כאילו אם תסולק עילת עשיית העושר ולא במשפט, אזי תיפול תביעת הסכום העודף כולה.
33. בכך לא די. הבר"ע חוטאת בעוד שלל הטעיות (שאל מקצתן נתייחס להלן), הן בקשר לקביעות נוספות בהחלטה, והן בקשר לנטען על ידי המשיבות. בכלל זה הנאמן מבקש לשים בניהן טענות שלא טענו, ואף להציג כי החסירו טענות למרות שאלו נטענו במפורש. לפיכך, אין להסתמך על האמור בבר"ע בשום אופן.
34. קיימים אפוא שלל נימוקים לדחיית הבר"ע ונפרטם, להלן בקיצור המתחייב.

II הפעולות החמורות בהן נקט הנאמן בעצמו, כמפורט בתביעה

35. הבר"ע ובקשת הסילוק מצניעות (עד מאד) את פועלו של הנאמן, ואת תפקידו המרכזי בתהליך גיבוש ההסדר וכריתתו וכן את הפעולות החמורות בהן נקט הנאמן בעצמו, שהביאו לטרפוד ההסדר. הטעם לכך פשוט: די באלו כדי להקים כלפי הנאמן שלל עילות לתביעת הסכום העודף, והמסקנה היא שדינה של הבר"ע להידחות.
36. נזכיר אפוא את מקצת הפעולות של הנאמן, כפי שפורטו בכתב התביעה. נציין כי חלקן נעשו ביוזמתו שלו, באופן עצמאי, ללא שקיבל בקשר אליהן אישור מאת אסיפות המחזיקים, זאת, למעלה מן הצורך (שכן, הנאמן אחראי כלפי המשיבות, לכל פעולה בה נקט, גם אם זו ננקטה לפי אישור כאמור, כפי שנפרט להלן).
37. ראשית, נתייחס להיותו של הנאמן צד להסדר ומי שהוביל את המשא ומתן בנוגע להסדר. להלן דוגמאות לעובדות המלמדות זאת, הכל כמפורט בתביעה (שלסעיפים שלה נפנה להלן): הנאמן הוא מי שקיבל מאת הרוכשת (וכן מאת רבוע כחול) את ההצעות שהרכיבו את ההסדר (נספחים 1 ו- 2 לתביעה, המופנות, כפי שכתוב בהן, לנאמן); הנאמן הוא מי שניהל עם הרוכשת, ורבוע כחול, משא ומתן לקראת ההסדר המקורי (ס' 53 עד 56); הנאמן הוא מי שהופקד אצלו הפיקדון (וגם שני פיקדונות נוספים בקשר להסדר; ס' 12, 57 עד 59); הנאמן הוא מי שיחד עם הרוכשת ורשות המסים גיבש את ההסדר עם הרוכשת (ס' 68); הנאמן הוא מי שהופיע לאסיפות הנושים והצביע בעד ההסדר, תוך שימוש בכוח הנשייה של המחזיקים (ס' 12 לנספח 9 לתביעה); הנאמן הוא מי שביקש לקבל והוא מי שקיבל בפועל, פעם אחר פעם (מבלי לכנס לשם כך אסיפת מחזיקים כלשהי), את הארכות הרבות מן הרוכשת (ומרבוע כחול) לגבי דחיית המועדים האחרונים לקיום התנאים המתלים של ההסדר ("התנאים המתלים") (נספחים 16 עד 20 לתביעה, המופנים לנאמן; ס' 82 עד 109); הנאמן הוא מי שהיווה צד לעסקה, שעוגנה בהסדר, שהמשיבות רשאיות היו לצפות שהצדדים לה יפעלו להגשימה יחד (ס' 101); הנאמן הוא זה שקיבל את העדכונים השוטפים על אודות הליך השגת אישורי רשויות ההגבלים העסקיים (נספחים 22 ו- 23 לתביעה; ס' 137).
38. שנית, נעמוד על מקצת הפעולות הפסולות, המזיקות והכוחניות שבהן נקט הנאמן, לעיתים ביוזמתו, ולעיתים לפי החלטת המחזיקים, ובאופן שמלמד שהנאמן ניצח הן על הניסיון הפסול לכפות על הרוכשת (ועל רבוע כחול) הכנסת שינויים בהסדר, והן על מהלך סיכול ופיצוץ ההסדר, תוך השגת הצעות חלופיות להסדר מצדדי ג'.
39. הנאמן הוא שזימן, לשם ליבוי האוירה, אסיפות מחזיקים לדיון בשאלת דחיית המועד האחרון להתקיימות התנאים המתלים מיום 13.12.2019 (נספח 27 לתביעה). מדובר בפעולה ביוזמתו של הנאמן. אסיפה שכזו לא זומנה קודם לכן ולו פעם יחידה כאשר נדחה מועד זה שלל פעמים בעבר (ס' 153 עד 155); הנאמן ניהל מסע תקשורתי מכפיש ומזיק כנגד הרוכשת ובן משה כחלק ממהלך ליבוי האוירה, ובדיוק באותה תקופה (ס' 21, 145 עד 152, 165 ו- 175 ונספחים 24 עד 26, 30 ו- 33 לתביעה המהווים כתבות שפורסמו במסגרת מסע נפסד זה); הנאמן הוא מי ששלח את המכתב מיום 16.12.2018 (נספח 29 לתביעה) ובו טענות סרק כלפי הרוכשת (ורבוע כחול), וזאת ביוזמתו שלו מבלי שקיבל הוראות כלשהן מאסיפות המחזיקים (ס' 163-164).

40. **הנאמן** פירסם לקראת חצות ביום 16.12.2018 את הזימונים לאסיפות האולטימטום (הפסולות והנפסדות) (נספח 31 לתביעה; ס' 166). זאת ועוד, במסגרת זימונים אלו **קבע הנאמן עצמו, ללא בסיס או בדיקה כלשהי**, כי הרוכשת (ורבוע כחול) **אחראית (!)**, **לכך שהתנאי המתלה בדבר השגת האישורים מרשויות ההגבלים העסקיים לא התקיים ולכך שההסדר אינו בתוקף**. על סמך תשתית מטעה וחסרת שחר זו (!), **שהנאמן הוא שהניח בפני המחזיקים (!)**, **הזמין הנאמן את המחזיקים להודיע לרוכשת כי ההסדר אינו בתוקף ולהציג לה את האולטימטום המפורט בתביעה ושעליו לא נחזור כאן** (ס' 169 עד 172 וראו נא את ס' 4 לנספח 31 לתביעה שם מניח הנאמן בפני המחזיקים את התשתית המטעה וחסרת השחר הנ"ל).

41. בהמשך לימדו פעולות הנאמן עצמו, על קלות הדעת של הנאמן, כאשר הניח את התשתית המטעה וחסרת השחר הנ"ל בפני המחזיקים. כך, שלח הנאמן ביום 20.12.2018, לאחר שהתקבלה ההחלטה להציב את האולטימטום, מכתב לרוכשת (נספח 35 לתביעה), הדורש מידע **כדי לברר** את העובדות הנוגעות לאי השגת האישורים מרשויות ההגבלים העסקיים (ס' 179 ו- 180). קרי, הנאמן ביקש לברר את העובדות, רק **בדיעבד (!)**, לאחר שהניח בפני המחזיקים את התשתית המטעה וחסרת השחר הנ"ל, לעניין האחריות של הרוכשת בנוגע לאי-הגשת האישורים (ולאחר שהמחזיקים קיבלו על בסיסה החלטה להציב אולטימטום שהביא לפיצוץ ההסדר); **הנאמן הוא מי שהציב לרוכשת את האולטימטום (הפסול והנפסד) אליו נדרשה הרוכשת להיכנע תוך פחות מ- 24 שעות**, במכתב מיום 20.12.2018 (נספח 34 לתביעה).

42. **הנאמן** הוא מי שפעל לקבלת הצעות חלופיות להסדר הן לפני שהחליט בית המשפט של הסדר כי להסדר אין תוקף והן לאחר מכן (ס' 29, 31, 182 ופרק X לתביעה), הכל ביוזמתו; **הנאמן** הוא מי ששלח לאפריקה ולחברי ההנהלה שלה ביום 27.12.2018 את המכתב (נספח 38 לתביעה) שבו דרש, בין היתר, לוודא כי בן משה וכל אחד משלו או שלוחי החברות שבשליטתו, **משיבים לאפריקה או משמידים**, לאלתר, כל מידע על אפריקה שבידיהם, **באופן שחיסל כל אפשרות לקדם את ההסדר**, הכל ביוזמתו (ס' 23, ס' 191 ו- 192); **הנאמן** הוא מי שפעל להתחמק מן ההסדר, סירב ליתן דחיה למועד לקיום התנאים המתלים, ניסה לכפות על הרוכשת שינויים כתנאי לאותה דחיה, הכל בחוסר תום לב, בניגוד להוראות הדין, לחיובים על פי ההסדר ולהתנהגות הצדדים עד אותו מועד, וכך הביא לפקיעת ההסדר (ס' 18 עד 20, 35, 78 ו- 97). על עוצמת חוסר תום לבו של הנאמן ניתן ללמוד בין היתר משלל הפעמים בהן **ביקש הנאמן עצמו דחיה של המועד לקיום התנאים המתלים**, כאשר הרוכשת (ורבוע כחול) נעתרת לבקשותיו, פעם אחר פעם, הכל כמפורט בפרק VI לתביעה (ס' 82 עד 109).

43. **הנאמן** הוא מי שהגיש את בקשה 51, הנפסדת, והציג בה כאמור את הרוכשת ואת בן משה כמי שמכזבים (!) וכמי שממציאים (!) **כי יש צורך באישורים שהנאמן טען שכלל אינם נדרשים**, כאשר ברור כי הצגת דברים זו תקבל הד תקשורתית ותביא לתוצאות הרסניות, כפי שאכן קרה. טענות מופרכות אלו הרשה לעצמו הנאמן להעלות כמי שלא לקח חלק בתהליך השגת האישורים וכמי שהעיד על עצמו כי לא ברור לו בכלל על אילו אישורים מדובר (ס' 26, 28, 79, 134, 208 ו- 209).

44. **הנאמן** חטא בכך בביזוי של בן משה והרוכשת ובשיסוי של המחזיקים בבן משה וברוכשת. מדובר בפעולות שננקטו ביוזמתו של הנאמן. **הנאמן** הוא מי שבחר לדחות את ההצעה המחודשת שהגישה הרוכשת בחודש אפריל 2019, מבלי אפילו להביאה בפני המחזיקים (ס' 221 עד 223). כמו כן, **הנאמן** הוא מי שמסר למחזיקים תיאור שגוי של ההצעה המחודשת ולא תיקן את התיאור גם כאשר העמידה אותו הרוכשת על כך (ס' 32, 33 ו- 224 עד 228; נספחים 50 עד 52 לתביעה). מדובר בפעולות ביוזמתו של הנאמן, שגם הן מהוות חלק מן ההתחמקות של הנאמן והמחזיקים מן ההסדר.

45. נדמה שדי כבר באמור לעיל כדי להתרשם שהתביעה מפרטת טענות המקימות שלל עילות לתביעת הסכום העודף מאת הנאמן. חרף כך נמשיך וננתח את הדברים להלן.

III ההחלטה קובעת במפורש (ובצדק) כי קמות עילות חוזיות ונזיקיות לתביעת הסכום העודף

מאת הנאמן; הבר"ע מנסה להתכחש לכך ולטעון הפוך, תוך הטעיה חמורה

46. הבר"ע מבוססת על הטענה כי ההחלטה נמנעה מלערוך דיון בשאלת קיומן של עילות לתביעת הסכום העודף (למשל, ס' 3). הנאמן גם העז לטעון (ס' 20) כי "גם בית משפט קמא הנכבד לא חלק במסגרת החלטתו על טענת הנאמן כי לא קיימות עילות תביעות שבדין". קרי, הנאמן טוען כי ההחלטה קיבלה את עמדתו, כי לא קמות נגדו עילות לתביעת הסכום העודף. על סמך טענות בלתי נכונות אלו טוען הנאמן כי לו רק תתקבל טענתו בנוגע לעילת עשיית עושר ולא במשפט, אזי תביעת הסכום העודף תסולק, ואף מקדיש לכך פרק שלם (פרק ה' לבר"ע).

47. אלא שההחלטה קובעת הפוך בדיוק – כי קמות גם קמות עילות לתביעת הסכום העודף, וקשה שלא לתמוה כיצד מרשה לעצמו הנאמן לנסות ולהטעות את בית המשפט הנכבד באופן גס ובוטה כזה¹.

48. מכל מקום, נוכח טענות מופרכות אלו נתייחס להלן לקביעות בהחלטה.

49. ראשית, ובהמשך לאמור בפרק הקודם, נדגיש כי ההחלטה דחתה את הניסיון של הנאמן להצניע את תפקידו בכל הקשור להליכי ההסדר. כבר כאשר בחן בית המשפט הנכבד קמא את הדברים ממעוף הציפור (כלשונו) הוא קבע כי: "... מדובר בנאמן שהיה פעיל מאד ומילא תפקיד מרכזי ביותר במשא-ומתן להסדרי-הנושים ובהליכים השונים, ואין זאת מן הנמנע - כטענת אקסטרסה - כי במסגרת זו נוצרו לו חבויות אישיות שיש לבחנן." (ס' 39 להחלטה).

50. שנית, בניגוד גמור לנטען בבר"ע, ההחלטה דנה, מנתחת ומכריעה במפורש שכתב התביעה מגלה עילות חוזיות לתביעת הסכום העודף. (ס' 43 להחלטה, שמפאת קוצר היריעה לא נחזור עליו כאן). נקבע שם במפורש, בין היתר, כי "מובן שהרמטיק [הנאמן, הח"מ] היוותה צד במשא-ומתן לגיבוש הסדרי-הנושים וכמובן להסדרים עצמם", כי ההסדר "מתייחס אליה כגורם פעיל השותף להליכי ההסדר ומגדיר לה זכויות והתחייבויות". וכי היא "היוותה גורם פעיל ומשמעותי במשא ומתן שקדם לגיבושם [של הסדרי הנושים, הח"מ]". כמו כן, מפנה שם ההחלטה להחלטת בית המשפט של הסדר שמתארת גם היא את מעורבותו המקיפה של הנאמן בכל הקשור להסדר. על סמך אלו נקבע שם: "לפיכך תיתכן בעיקרון קונסטרוקציה משפטית בה ימצא כי הרמטיק נהגה בחוסר תום-לב במשא-ומתן או בקיום הסדרי-הנושים ועקב כך תהיה חייבת בתרופות חוזיות."

51. קונסטרוקציה משפטית זו, אליה מתייחסת ההחלטה, מעוגנת היטב בדיון ובפסיקה. מושכלות יסוד הן כי כל אדם (לרבות תאגיד), אחראי, באופן אישי, לפעולותיו שלו, ככל שאלו מהוות הפרה של החובה להתנהג בתום לב ובדרך מקובלת, עוולות, או פסולות מטעמים אחרים שבדין. העובדה שפעולות פסולות אלו בוצעו על ידי הנתבע כנאמן, כשלוח (או בתוקף כל תפקיד או מעמד אחר) אינה גורעת כלל מאחריות זו. כך נקבע עוד בהלכה הנודעת בעניין ד"ר 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 688-689 (1983) ("עניין קסטרו"). לכך שאסור (גם) לנאמן לפגוע בכל נורמה מחייבת ראו נא גם שלמה כרם נאמנות 443 (מהדורה רביעית, 2004). הניסיון של הנאמן לצאת כנגד מושכלות יסוד ולטעון כי משום שהוא שלוח בלבד (טענה שהיא עצמה אינה נכונה), אזי לא קמה לו אחריות למעשיו שלו (ס' 43 לבר"ע) נדון לכישלון ומעורר תמיהה. קשה גם להבין מדוע תמה הנאמן (ס' 44 לבר"ע) שטענתו זו, אותה הוא מגדיר "אחד מן הנימוקים העיקריים" שלו לבקשת הסילוק, נדחתה, וכמובן שאין שחר לניסיון שלו לטעון כי טענה זו לא נדונה.

52. שלישית, בניגוד גמור לנטען בבר"ע, ההחלטה דנה, מנתחת ומכריעה במפורש כי כתב התביעה מגלה גם עילות נזיקיות לתביעת הסכום העודף. כך נקבע בס' 42 להחלטה: "העילות הנזיקיות: אין ספק כי העילות הנזיקיות

¹ גם המשך ס' 20 לבר"ע שם נטען שההחלטה קבעה כי "היה מקום לכל הפחות לצרף נתבעים נוספים לשם בירור התביעה" הוא חסר שחר. בניגוד גמור לטענה (מטעה) זו הרי שאין קביעה שכזו בהחלטה. להטעיה נוספת בה חוטאת הבר"ע בנוגע להחלטה ראו נא ס' 67 לבר"ע לפיו ההחלטה לא התייחסה לטענות הסילוק אלא "ממעוף הציפור". זאת, למרות שחלק ההכרעה בהחלטה אמנם פותח (ס' 39) במבט על, אך בהמשך ההחלטה (החל מס' 41) ישנם דיון, התייחסות וניתוח של עילות התביעה השונות.

שהעלתה אקסטרה נגד הרמטיק [הנאמן, הח"מ] הן **עילות תביעה "אישיות"-ישירות שניתן לכאורה להעלותן נגד כל אדם או ישות ואין מקום לדחותן על הסף**. כאמור לעיל, הטענות שהעלתה הרמטיק בנוגע לעילות אלה הן טענות כבדות-משקל, אך אין מקום לדחותן על הסף ויש לבררן לגופן ובהקשר לעובדות הקונקרטיות של המקרה שתוארו בהרחבה יתרה בכתב-התביעה ויתבררו בבית-המשפט."

53. ואכן, כל אדם אחראי למעשה עוולה שביצע, גם אם הוא ביצע את העוולה "לא למען עצמו" כלשונו של כב' הנשיא שמגר בעניין ע"א 407/89 **צוק אור בע"מ נ' קאר סקוירטי בע"מ**, פ"ד מח(5) 661, 696 (1994).

54. **רביעית**, נטעים כי קביעות אלו בהחלטה תואמות היטב את ההלכות כי בית המשפט לא ימהר לסלק על הסף תביעה, לא כל שכן כאשר בענייננו מונחות לפתחו של טענות עובדתיות, שדורשות בירור, בטרם הכרעה². בקשר לכך נעמוד על ניסיון הטעיה נוסף בו חוטאת הבר"ע כאשר נטען בה (ס' 31) כי בית המשפט הנכבד קמא קבע כי "במבט על היה עליו להיעתר לבקשת הסילוק". זאת, בעוד ההחלטה קובעת הפוך - כי כבר במבט על ברור שאין מקום לסילוק על הסף (ס' 39 פסקה אחרונה): "**כבר ממבט-על זה, ולאור ההלכות המחמירות בנוגע לסילוק תביעה על הסף, ברור אפוא כי אין מקום לסלק את התביעה על הסף וכי אין מנוס מאשר לבררה לגופה ולענות על השאלות הרבות שהיא מעוררת, וזאת בהסתמך על העובדות הקונקרטיות של המקרה ולא כשאלות תיאורטיות**. בהקשר זה יצוין עוד כי, כאמור, אף הרמטיק עצמה הסכימה במסגרת הבקשה כי ניתן להטיל אחריות אישית על נאמן במקרים בהם פעולתו הנטענת של הנאמן נעשתה מתוך זדון, רשלנות רבתי או חריגה מובהקת מסמכות."

55. בהמשך לאמור לעיל מובן שהנאמן שוגה כאשר הוא מניח (ס' 37 לבר"ע) כי ההכרעה בבקשת הסילוק הושתתה על "העובדות והראיות שהוצגו על ידי הצדדים". בקשת סילוק מוכרעת על פי כתב התביעה כאשר למשיבות עוד תעמוד הזכות להגיש את הראיות שתומכות בטענותיהן וכן ראיות שהודפות את הטענות שהעלה הנאמן, לרבות אלו שעלו בבקשת הסילוק, טענות שרובן ככולן מעלות שאלות עובדתיות.

56. **הנה כי כן**, מובן שהתביעה מגלה עילות חוזיות ונזיקיות לתביעת הסכום העודף מאת הנאמן, כבר בשל הטענות בנוגע למעשי הנאמן עצמו. טענות אלו מחייבות בירור עובדתי ולא ניתן לסלק את התביעה על הסף.

IV הדיון בעילת עשיית עושר ולא במשפט הוא תאורטי, ולכן הוא לא נדרש

57. נוכח האמור לעיל מובן כי יש לדחות את הטענה שיש לסלק על הסף את תביעת הסכום העודף, בעילת עשיית עושר ולא במשפט בלבד. הואיל וכאמור התביעה מגלה, ממילא, שלל עילות תביעה אחרות, חוזיות ונזיקיות, **לסכום העודף**, מדובר בדיון תאורטי, חסר השלכות מעשיות, כפי שנקבע בצדק בהחלטה (ס' 44): "**ראשית**, מחיקת עילת-תביעה זו ממילא לא תשנה את התוצאה המעשית, היינו התביעה לא תסולק על הסף ותוסיף להתברר";

58. דברים אלו נכונים גם לשאלת היותו של הנאמן הנתבע הנכון בשמם ובמקומם של המחזיקים. גם אם יקבע כי התשובה לשאלה שלילית אזי כתב התביעה מגלה עילות תביעה אישיות נגד הנאמן לתביעת הסכום העודף.

59. ודוק – אין שחר לטענה בבר"ע (לה מוקדש פרק ה' כולו) כאילו אם עילת עשיית העושר תסולק אזי תביעת הסכום העודף תיפול ויוותרו רק התביעות האחרות כלפי הנאמן. בניגוד לנטען בבר"ע, העילות החוזיות והנזיקיות כלפי הנאמן, שהחלטה קבעה כי הן קיימות מתייחסות **לתביעת הסכום העודף (ולא לתביעות האחרות)**, שהחלטה לא עוסקת בהן ומעולם לא נעשה ניסיון לסלקן על הסף).

60. ממילא גם טענות הנאמן בפרק ה' לבר"ע דינן להידחות מכל וכל.

V עילת עשיית עושר ולא במשפט; והנאמן כמי שנתבע בשמם ובמקומם של המחזיקים

61. חרף האמור לעיל נמשיך לנתח להלן ונראה שהתביעה מגלה בהחלט עילה לתביעת הסכום העודף מן הנאמן, הן מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, והן משום שהנאמן הוא הנתבע הנכון בשמם ובמקומם של המחזיקים. בקשר

² ראו למשל רע"א 1696/21 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' הראל אחזקות – מועדות הכדורגל הפועל תל אביב (בפירוק) פסקה 11 (11.3.2021); רע"א 6938/19 אילני נ' ברוך, פסקה 22 והמובאות שם (20.8.2020); רע"א 6953/20 נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ נ' לזר – ב.י. מזידות הנדסיות בע"מ, פסקה 15 (5.1.2021); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 342 (מהד' 12, 2015).

לכך נתמודד עם הטענה העיקרית (אם לא היחידה), שמעלה הנאמן, שמורכבת משתי טענות אלו: הטענה הראשונה - כי הכספים העודפים שהתקבלו מלפידות, אינם מיועדים עבורו עצמו, אלא עבור המחזיקים, וכי משום כך אין הוא יכול להיחשב כמי שחטא בעצמו בעשיית עושר ולא במשפט; הטענה השנייה - כי אין הוא הנתבע הנכון בשם ובמקומם של המחזיקים. דינן של שתי הטענות דחיה.

62. **את הטענה הראשונה יש לדחות משום שדיני עשיית עושר (כמו, למשל, דיני הנזיקין) מכירים בריבוי חייבים (או ריבוי נתבעים).** אם מספר אנשים פועלים במשותף לשם התעשרות שלא כדין על חשבון הזולת, הם יהיו חייבים כלפיו ביחד ולחוד, גם אם לא חלקו ביניהם בשלל. גם אם אחד מהם לא התעשר בעצמו כלל, לרבות בהיותו נאמן, הוא ייחשב עדיין כמי שהתעשר שלא כדין. ראו נא: פרידמן ושפירא בקטע המצוטט בס' 27 להחלטה והפסיקה שם³. ואכן, ההחלטה מפנה (ס' 44 סיפא) גם למובאה זו, כטעם שלא לסלק על הסף את תביעת הסכום העודף בעילת עשיית עושר ולא במשפט. לכל הפחות, הכרעה בנושא דורשת כמובן הכרעה עובדתית בדבר מידת המעורבות של הנאמן בהתעשרות שלא כדין של המחזיקים.

63. **את הטענה השנייה יש לדחות מכוח הנימוקים שנפרט להלן, בקיצור הנדרש, שמובילים כולם למסקנה כי הנאמן הוא הנתבע הנכון בשם ובמקומם של המחזיקים, וכי כאשר אדם מחזיק בעילת תביעה כנגד ציבור המחזיקים עליו להגיש את התביעה כנגד הנאמן.** לפני שנפרט נדגיש כי הניתוח להלן יניח הנחה, שהראינו שהיא אינה נכונה - כי לא קיימות עילות תביעה כנגד הנאמן עצמו (שהרי בלעדיה הניתוח להלן הוא מיותר).

64. **ראשית,** כשם שהנאמן רשאי לתבוע צד שלישי כדי לממש נגדו את זכויות המחזיקים לשם העשרתם, מתחייב שגם צד שלישי יוכל לעמוד על זכויותיו כלפי המחזיקים באמצעות תביעת הנאמן. כל תוצאה אחרת היא כמובן בלתי צודקת. הדברים נכונים שבעתיים בענייננו שעה שהנאמן שם עצמו כמי שתובע את המשיבות במקום ובשם המחזיקים, ובאותה נשימה טוען כי אין הוא יכול להיתבע בשם ובמקום המחזיקים. וכי כיצד לאחר תהליך ארוך ומחלוקות שנתגלעו בין הצדדים ניתן לטעון כי רק צד אחד יכול לתבוע את משנהו? וכי יעלה על הדעת שבית המשפט יהיה קשוב רק לטענות של אחד הצדדים ומעשי הצד השני יהיו חסינים מביקורת? מובן שלא (להרחבה ראו נא פרק IV.1. לתשובה לבקשת הסילוק). עומדת על כך גם ההחלטה כאשר נקבע בה כי תחושת הצדק מקשה לקבל את טענת הנאמן כי מדובר ב- "מהלך חד סטרי" (ס' 39 להחלטה), קרי, שהוא יכול לתבוע אבל לא להיתבע בשם ובמקום המחזיקים. בהמשך ההחלטה (ס' 44) גם נקבע, ובצדק, כי על פני הדברים אין מקום להענקת הגנה מוחלטת וא-פרוורית שעה שמדובר בנאמן שהגיש במקביל תביעה בשם המחזיקים כנגד המשיבות ובנוסף שמר בחזקתו את סכום התביעה בגין התמורה העודפת מכוח הסכם שיפוי שלו עמם.

65. **שנית,** כמפורט להלן, בניגוד גמור לנטען בבר"ע, בחינת הוראות הדין לעניין תפקידו ואחריותו של נאמן אג"ח, כמו גם בחינת היישום שלהן בפועל, במקרה שלנו ובשלל מקרים אחרים, תלמדנה שנאמן האג"ח הוא מי שפועל בעצמו, בשם ובמקומם של מחזיקי האג"ח, ובכלל זה כצד בעצמו להליכים משפטיים, לרבות כתובע וכתובע, ובהתאם זוכה לשיפוי מאת המחזיקים (להרחבה ראו נא פרק IV.2. לתשובה לבקשת הסילוק).

66. **מערכות הדינים** שחלות על נאמן האג"ח הן מגוונות וכוללות את הוראות חוק ניירות ערך, חוק הנאמנות (המוחל במפורש באמצעות 35ב(ב) לחוק ניירות ערך) וחוק השליחות. ודוק - מובן שהנאמן אינו יכול להיחשב כשלוח בלבד של המחזיקים. נאמן האג"ח הוא, בראש ובראשונה, נאמן. לפיכך הוא פועל בעצמו למימוש הזכויות הנתונות למחזיקי אגרות החוב⁴ (להרחבה ראו נא פרק IV.2.1. לתשובה לבקשת הסילוק).

³ דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 693-694 (2015). ראו נא גם הפסיקה המוזכרת באותה המובאה (שם, בע' 694 ובה"ש 3 ו-4): ע"א 447/77 סביר נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד לב(2) 278, 279-280 (1978); ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ריקרדו ספילמן, פ"ד מז(3) 459, 480 (1993); ע"א (מחוזי חי) 3620/06 חב' רסידו סי בע"מ נ' מפעל מתכת קרשין בע"מ (פורסם בנבו, 30.7.2007). (ס' 3. ב. לחוות דעתו של השופט פינקלשטיין).

⁴ להבחנה בין נאמן הפועל בשם עצמו לבין שלוח הפועל כמייצג ראו נא: אהרן ברק חוק השליחות כרך א' 414-415 (1996) ("ברק").

67. **ניתוח הוראות חוק ניירות ערך** ילמד גם כי עסקינן בנאמן בעל **תפקיד רחב היקף**. חוק ניירות ערך מסמיך ואף מורה לנאמן האג"ח לנקוט **בעצמו** בפעולות רבות, בתוקף תפקידו וזאת בשם ובמקום של מחזיקי אגרות החוב (ראו נא, למשל, ס' 35 (א), (ב), (ג), (ד1), 35 (1), 135, 135, 35 ט לחוק ניירות ערך). ודוק – בין אם הונחה על ידי אסיפת המחזיקים ובין אם לאו, הנאמן הוא בעל הסמכות היחיד לפעול בשם **כלל המחזיקים** (לרבות בשם אלו שלא נכחו באסיפות או שהצביעו נגד הפעולה). הדברים נכונים גם **לגבי ניהול הליכים משפטיים** בשם או כנגד מחזיקי אגרות החוב, ובקשר לזכויות מחזיקי אגרות החוב, אשר מבוצעים **באמצעות הנאמן עצמו**. זו אחת מתכליות המינוי שלו. זאת, בשם לב לתכליות שנועד להגשים מוסד נאמן האג"ח, שנובעות מכך שמחזיקי אגרות החוב הם ציבור רחב, מפוזר ובלתי מסוים, כאשר אגרות החוב נסחרות, כך שהבעלות בהן משתנה. נסיבות אלו מחייבות לרכז את ענייני כלל מחזיקי אגרות החוב בידי גורם אחד. הדבר נובע לא רק מצרכיהם של המחזיקים, אלא גם מן הצורך של מי שמבקש להתנהל מולם. לאותה המסקנה נגיע גם מניתוח של חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 והתקנות על פיו, **שרואים בנאמן האג"ח עצמו, ולא במחזיקי אגרות החוב עצמם, נושה מהותי (להרחבה ראו נא פרק IV.ד.2.ii. לתשובה לבקשת הסילוק).**

68. **כך יעלה גם מניתוח דיני הנאמנות**, שמחייבים גם הם את הנאמן לנהל הליכים משפטיים בעצמו (להרחבה ראו נא פרק IV.ד.2.iii. לתשובה לבקשת הסילוק).

69. **כך גם במציאות, נאמן האג"ח הוא שפועל בעצמו בשם ובמקום המחזיקים, לרבות בהליכים משפטיים, בהם הוא משמש צד ובכלל זה כתובע וכתבוע.** במציאות, הנאמן **בעצמו** הוא זה ששולח מכתבים, הוא **בעצמו מהווה צד בכל ההליכים המשפטיים הרלבנטיים למחזיקים**, בין אלו שהוא יוזם **ובין אלו שיוזמים אחרים**, בין שהוא תובע, בין שהוא נתבע ובין בכל מעמד אחר (מבקש, משיב וכיו"ב). כדי להיווכח בכך, בענייננו, די להציץ בנספחי התביעה, הכוללים שלל מכתבים ששלח הנאמן **בעצמו**, שלל כתבי טענות שהגיש הנאמן **בעצמו**, בגדר ההליכים המשפטיים להם היה צד **בעצמו**, שאת חלקם הוא עצמו יזם ושאת חלקם יזמו אחרים. אופן פעולה זה אינו מיוחד לענייננו. הוא גם אינו מוגבל להליכי חדלות פירעון או להליכים בקשר עם השגת הסדר נושים. נאמני אג"ח מהווים **בעצמם** צד להליכים משפטיים גם במקרים של תביעות אזרחיות במקרים שונים, שנוגעות למחזיקי אגרות החוב, שעל ענייניהם ועל זכויותיהם הם אמונים. ראו נא למשל את המקרים המפורטים בס' 211 לתשובה לבקשת הסילוק. הליכים אלו נוהלו על ידי נאמני אג"ח **בעצמם** בתוקף תפקידם, כאשר מובן שהתמורות מהם נועדו למחזיקי אגרות החוב. נאמני אג"ח אינם משמשים רק כתובעים בשם ובמקום מחזיקי אגרות החוב. הם משמשים גם **כנתבעים** בשם ובמקום, והם משמשים כתובת (מתבקשת ויחידה) לטענות כלפי מחזיקי אגרות החוב. כך **בעניין ויסולי**⁵, נתבע נאמן אג"ח, בטענה כי מחזיקי אגרות החוב שם, התעשרו על חשבון התובע, שטען כי השיג עבורם הטבת מס וכי הוא זכאי לתמורה בגין כך. גם באותו עניין, **כמו בענייננו**, התובע לא הגיש את התביעה (שנדחתה שם לגופה) כנגד מחזיקי אגרות החוב **אלא כנגד נאמן האג"ח**. זאת ועוד, לא פעם מוצאים עצמם נאמני האג"ח מנהלים, **בעצמם**, הליכים משפטיים האחד מול משנהו, כל אחד בשם ובמקום של מחזיקי אגרות החוב שעל זכויותיהם הוא אמון, **כתובע וכתבוע**. יש לכך דוגמאות רבות. חלק קטן מהן צורף לתשובה לבקשת הסילוק, על מנת להמחיש כי גם הנאמן בענייננו, בחר להעלות, בשלל מקרים, **טענות לאחריות של נאמן אג"ח אחר, נוכח פעולות של מחזיקי אגרות החוב שבשם פעל אותו נאמן. להרחבה על דוגמאות אלו ראו נא סעיפים 214.5 עד 214.12 לתשובה לבקשת הסילוק וכן נספחים 1 עד 3 לתשובה לבקשת הסילוק**⁶. דוגמאות אלו גם מלמדות כי בכל מקרה טענת הנאמן כי הוא אינו נתבע נכון בשם המחזיקים ובמקום **דורשת בירור עובדתי**, על מנת לבחון כיצד פעל הנאמן, בענייננו ובמקרים אחרים. בכלל זה יש לאפשר למשיבות להתמודד עם טענתו כי אינו נתבע נכון, באמצעות הבאת ראיות כי הוא שימש ומשמש בשלל מקרים צד להליכים בשם ובמקום המחזיקים, וכן כי הוא רואה בנאמני אג"ח אחרים כנתבעים נכונים בשם

⁵ ת"א (ת"א) 48619-11-15 אביעד ויסולי נ' משמרת חברה לשירותי נאמנות בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.2017) ("עניין ויסולי").

⁶ כל הנספחים שצורפו לתשובה לבקשת הסילוק הם נספחים פומביים בהם קשור הנאמן וצורפו כדי להמחיש את הראיות הרבות שישנן כנגד טענת ההגנה שהנאמן מעלה, כאילו הוא לא נתבע נכון בשם ובמקום של המחזיקים, שהיא בעלת היבטים עובדתיים רבים.

- ובמקום המחזיקים שעל זכויותיהם הם אמונים. **להרחבה** אודות המציאות בגדרה משמשים נאמני האג"ח צד בשמם של המחזיקים ובמקומם בהליכים משפטיים ראו נא פרק IV.2.ד. iv. לתשובה לבקשת הסילוק.
70. **משום שהנאמן פועל ובכלל זה מנהל הליכים משפטיים, בעצמו, בשמם ובמקומם של המחזיקים, הוא זכאי מהם לשיפוי (סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות) וגם לעכב תחת ידו כערובה את נכסי הנאמנות (סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות).** נאמני האג"ח עושים שימוש בזכויות אלו והנאמן עשה בהן שימוש גם בעניינינו (להרחבה ראו נא פרק IV.2.ד. v. לתשובה לבקשת הסילוק). גם ההחלטה עומדת על כך כי העובדה שהנאמן מודה כי שמר בחזקתו את סכום התביעה בגין הסכום העודף, מכוח הסכם שיפוי שלו עם המחזיקים (או שקיבל מהם ערובות מוצקות להשבת הסכום), אינה מתיישבת עם טענתו כי את התביעה יש להפנות למחזיקים, ולא אליו, ואף לא עם תחושת הצדק (ס' 39 להחלטה). ראו נא גם הנימוק האחרון בס' 44 להחלטה, שם מוסבר כי אין מקום לסלק את תביעת הסכום העודף בעילת עשיית עושר ולא במשפט, גם משום שמתן חסינות לנאמן שהגיש בעצמו תביעה כנגד המשיבות ושומר בחזקתו את סכום התביעה מכוח הסכם השיפוי, מעוררת תחושה בלתי נוחה. לא בכדי הבר"ע מתעלמת מקביעות אלו ומזכירה את קיומו של השיפוי בדרך אגב, לראשונה, בס' 80 (לקראת סופה).
71. **הניסיון של הנאמן לראות עצמו כשלוח בלבד, משל היה עורך דין שמייצג את "לקוחותיו", נדון אפוא לכישלון חרוץ. עורך דין לא נוקט בהליכים משפטיים בעצמו (כפי שנוקט הנאמן), אלא מגיש אותם בשם לקוחותיו. הם הצד להליך. לא עורך הדין. ממילא עורך דין לא נזקק לקבלת שיפוי ולא מקבל שיפוי מאת לקוחותיו. מובן אפוא שאין ללמוד מן המילה "מייצג" המופיעה בסעיף 35ט(א) לחוק ניירות ערך כאילו הנאמן הוא לא נאמן, אלא שלוח שרק מייצג את המחזיקים. פרשנות זו אינה מתיישבת עם שלל הוראות הדין עליהן עמדנו לעיל. פרשנות זו גם עומדת בסתירה לתיקון 50 לחוק ניירות ערך שבמסגרתו הורחב סעיף 35ט(א), תוך שהובהר בהצעת החוק, שהדבר נועד למנוע טענות שהנאמן הוא גורם מייצג בלבד וכדי להעניק לו מעמד של ממש, לרבות לשם הפעלת שיקול דעת בעצמו (להרחבה ראו נא ס' 232.1 עד 232.6 לתשובה לבקשת הסילוק).**
72. **הרבה למעלה מן הצורך** - אפילו ניתן היה להשקיף על הנאמן כשלוח בלבד (מה שאין כן), אזי עדיין הוא אחראי לפעולותיו, גם מכוח חוק השליחות (מעבר לאחריות העצמאית עליה עמדנו בפרקים הקודמים). הטעם לכך הוא שהשולח בעניינינו, הלא הם המחזיקים, הוא נסתר (נסתרים), שכן עסקינן בציבור בלתי ידוע. חל אפוא בעניינינו סעיף 7 לחוק השליחות שקובע כי כאשר הצד השלישי הפועל מול השלוח אינו יודע את זהות השולח, **תחייב פעולת השלוח את השולח ואת השלוח יחד ולחוד (להרחבה ראו נא ס' 232.7 עד 232.9 לתשובה לבקשת הסילוק)**; וגם כאן חוטאת הבר"ע בהטעיה שעה שנטען בה, בס' 38 ו- 39, כי המשיבות לא טענו לתחולת ס' 7 לחוק השליחות ושליחות סמויה, וכאילו המשיבות הסכימו כי עסקינן בשליחות גלויה, בעוד שהמשיבות טענו **ההפך** (מכך). נדמה שזה המקום לציין כי אם תתקבל עמדתו המופרכת של הנאמן, כאילו סמכותו מוגבלת לפעול בשם המחזיקים רק מול המנפיק (ס' 40-42 לבר"ע), אזי יצא שכל פעולותיו כלפי הרוכשת ובעניינה **מהוות חריגה מהרשאה**, בגינה יש להטיל, גם לשיטתו, חבות אישית על השלוח.
73. **לסיים, יש לדחות מכל וכל את טענת הנאמן כאילו יש להעניק לו חסינות שאחרת יפגע מוסד הנאמנות של נאמן האג"ח.** מדובר בטענה חסרת יסוד. כפי שהראינו עובדת היותו של נאמן האג"ח נתבע בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב **מתבקשת** מאופיו של מוסד הנאמן לאגרות החוב ומתיישבת איתו. דווקא אימוץ עמדת הנאמן, לפיה משמש נאמן האג"ח **כתובע** בשמם ובמקומם של מחזיקי אגרות החוב, אך **אינו משמש נתבע** בשמם ובמקומם, כך **שלא ניתן לברר טענות כנגד מחזיקי אגרות החוב**, היא שתביא לתוצאה קשה, **של הפקרות ושל חוסר אחריות** (מעבר לכך שהיא בלתי צודקת כאמור לעיל). הרי אם צד שנקשר בהסכם עם הנאמן והמחזיקים לא יוכל לבוא אליהם בטענות ולבקש נגדם סעדים, יש בכך כדי לשחרר אותם מן הנורמות שמכתיב הדין, **מצב של הפקרות לשמה, שאין להשלים איתו, ועל כך יעיד – יותר מכל – המקרה שבפנינו.** הפקרות שכזו תעמוד גם בניגוד למושכלות יסוד על פי הן **כל אדם אחראי למעשיו.** נדמה שמושכלות יסוד אלו נעלמו מעיניו של הנאמן שמבקש לתאר (בס' 2 לבר"ע) את הניסיון להטיל עליו ועל המחזיקים אחריות למעשיהם כ- "רעידת אדמה" (לא פחות).

VI טענות נוספות בבר"ע

74. לסיום נתייחס בקיצור הראוי לעוד מספר טענות שעולות בבר"ע.
75. **לטענות הנאמן בדבר העדר יריבות** – נדמה שטענות הנאמן בדבר העדר יריבות קיבלו התייחסות לעיל. אם טענת העדר היריבות נועדה לטעון כי קיים לנאמן פטור מאחריות, חרף העילות שקמות כנגדו, כאמור לעיל, אזי אין לכך כל צידוק (כאמור לעיל, ההפך הוא הנכון) וגם הנאמן לא הצביע על מקור לפטור שכזה.
76. **לטענות הנאמן כי בפועל לא חלו הפרות של חובת תום הלב ושל חיובי ההסדר (גם אם הוא אחראי בעצמו להפרות כאלו שלו או של המחזיקים ככל שהיו)** - תיאור הנאמן את המציאות (למשל ס' 12 וס' 52 לבר"ע) חוטא לאמת ומכל מקום יוצא כנגד כתב התביעה (כך שהוא דורש בירור עובדתי). הנאמן והמחזיקים לא נתנו הסכמה לדחיית המועד למילוי התנאים המתלים "בכפוף לתשלום ריבית" כנטען שם⁷. הם הציבו **אולטימטום פסול** וכוחני, בן 24 שעות, הכל כדי לשפר את תנאי ההסדר ובכלל זה דרשו **הגדלת התמורה** וכן את **הגדלת הפיקדון** והכנסת **שינוי מהותי בתנאי החילוט שלו**. דרך פעולה זו (שלוותה בניהול קמפיין תקשורתי שנועד להכניע את הרוכשת (ואת רבוע כחול)) רחצה בחוסר תום לב, בוודאי שעה שהנאמן קיבל, וחזר וקיבל, פעם אחר פעם, משך תקופה ארוכה, דחיות מצד הרוכשת (ומצד רבוע כחול) של המועד למילוי התנאים המתלים. לכך מצטרפות שלל פעולות פסולות ומזיקות של הנאמן והמחזיקים, לרבות הגשת בקשה 51 בגדרה טען הנאמן, ללא בסיס, כי הרוכשת ובן משה מכזבים וממציאים שיש צורך באישורים רגולטוריים שכביכול כלל לא נדרשים. למרבה הצער על אותן הטענות חזרה גם בקשת הסילוק! בצד המשפטי מובן שחובת תום הלב עשויה להקים חובה לדחות מועד הקבוע בהסכם, והתשובה לשאלה האם חובה זו קמה תינתן לאחר בירור עובדתי ובשים לב לנסיבות ולראיות⁸ (ואין דבר וחצי דבר בין ענייננו לבין המובאה בס' 56 לבר"ע, שהרי הרוכשת לא ביקשה דחיה לצמיתות כפי שנאמר שם, אלא דחיה של שבועות ספורים שתאפשר השלמת ההסדר, עליו עמלו הצדדים משך למעלה משנה). מובן גם שפרסום ברבים כאילו בן משה והרוכשת מכזבים, ובאופן שגרם כמובן לנזקים חמורים, מהווים חוסר תום לב, ואף עוולות נזיקיות (להרחבה ראו פרק IX לתשובה לבקשת הסילוק).
77. ברי גם כי אין בסיס לטענה המופרכת והחדשה של הנאמן כאילו אי מתן הארכה מצידו נועד כדי "לקבל את תמורת ההסדר בהקדם" (ס' 14 לבר"ע). ברור היה לנאמן שסיכול ההסדר ידרוש השגת הסדר אחר, באופן שיעכב את קבלת התמורות. מובן אפוא שמטרת הסירוב היתה ניסיון לשפר את תנאי ההסדר או לסכלו על מנת להתקשר בהסדר עדיף (כפי שאכן קרה). גם הטענה בס' 54 לבר"ע הנאחזת בכך שבית המשפט של הסדר הורה על ביטול ההסדר אינה מועילה לנאמן, שהרי ההחלטה שהורתה כי להסדר אין תוקף לא שללה זכות כלשהי מן הצדדים. גם לפי הדין ביטול של הסכם אינו שולל זכויות לרבות זכויות לפיצויי קיום (ראו נא המובאות בס' 103 ו- 104 לתשובה לבקשת הסילוק).
78. **לטענות הנאמן כאילו הסכום העודף ששולם למחזיקים מאת עסקת לפידות אינו בא בגדר נזק צפוי או פיצויי השבה** – טענות אלו מנוגדות לדין. הסכום העודף מהווה סכום עשיית עושר קלאסי. הוא גם מהווה פיצויי קיום קלאסיים, שמגיעים לרוכשת נוכח הפרת הנאמן והמחזיקים את חובת תום הלב ואת חיובי ההסכם. להרחבה ראו נא: ס' 289.3 עד 289.9 וכן ס' 103 ו- 104 לתשובה לבקשת הסילוק. כמו כן ראו נא גבריאלה שלו ויהודה אדר, **דיני החוזים תרופות**, התשס"ט 2009, שם מבארים המחברים כי פיצויי קיום עשויים ללבוש צורה של אבדן רווח או ערך, לנפגע, הקונה, כאשר הממכר נמכר לאחר, על ידי המפר, המוכר, וכי סכום הפיצויים יהיה שווה להפרש בין שווי הממכר בשוק לבין שווי בחוזה (ע' 414-418). כמו כן, נקבע בפסיקה, שלל פעמים, כי אם נמכר הממכר לאחר,

⁷ הנאמן מעלה עוד שלל טענות עובדתיות בלתי נכונות, למשל, הטענות בס' 57 לבר"ע כאילו שאלת דחיית המועד למילוי התנאים המתלים באה לעולם לאחר ש- "בוטלו שני הסדרים" (הרי להסדר קדם רק הסדר אחד וגם הוא לא בוטל ומעולם לא אושר), וכאילו הרוכשת כשלה בהשגת האישורים (בעוד החובה להשיג אישורים לא הוטלה כלל על הרוכשת).

⁸ ראו למשל: פסי' 7 לעניין קסטרו שם נקבע כי "נסיבות עובדתיות שונות ומשתנות משפיעות, כמובן, על הצורה המוחשית אותה לובשת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב, ועל אופן יישומן של אמות המידה המשפטיות לנסיבות האמורות, אך החובה עצמה לעולם עומדת, ואין להתנות עליה. מכאן גם נובע, כי כל הגורס, שחובה כאמור איננה קמה בנסיבות נתונות וכי היה פטור ממנה, עליו הראיה."

עשוי לשמש מחיר המכירה, כדי ללמד על שווי השוק של הממכר, ובניגוד לטענת הנאמן, המועד בו תיבחן שאלת הנזק בהחלט יהיה מאוחר למועד ההפרה, ועשוי להיות "מועד מכירתו של הנכס לצד שלישי..." (שם, ע' 452 עד 457; וכן, למשל ע"א 734/84 אבידן נ' בן חמו, פ"ד מא(4) 80, 78 (1987); רע"א 2371/01 שריר נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ (ס' 8, ו – 10) (פורסם בנבו, 31.07.2003); ע"א 146/88 "אזורים" - חברה להשקעות בפיתוח ובבנין בע"מ נ' כהן, פ"ד מד(3) 374, בס' 8 (1990)). יתר על כן, טענות לגבי היקף הנזק אין מקומן במסגרת בקשה לסילוק על הסף⁹. מובן שיש לאפשר למשיבות להוכיח את הנזק לו הן טוענות ובית המשפט עשוי לפסוק אותו או כל נזק אחר שימצא לנכון.

79. **לטענות הנאמן בדבר כך שעילת עשיית עושר אינה קמה (גם אם ניתן היה לתבוע אותו במקום ובשם המחזיקים בגינה) – ראו נא פרק VII לתשובה לבקשת הסילוק. בכלל זה לטענה כאילו פעולות הנאמן "אושרו כולן על ידי בית המשפט של חדלות פירעון"** (למשל ס' 10 לבר"ע) – מדובר בטענה שאין מנוס מלציין כי היא כוזבת (וממילא מטעה). אף לא פעולה אחת שביצע הנאמן, לא כל שכן פעולותיו הפסולות שפורטו בתביעה, קיבלה את אישור בית המשפט של הסדר (להרחבה ראו נא ס' 290 לתשובה לבקשת הסילוק).

80. **לטענת הנאמן כאילו פעולותיו אושרו על ידי אסיפת המחזיקים** – טענה זו אינה נכונה עובדתית (גם אם הנאמן מוצא לנכון לחזור עליה פעמים רבות, תוך הטעיית הקורא, למשל ס' 24, וס' 39 לבר"ע). כמפורט לעיל חלק ניכר מפעולותיו הפסולות של הנאמן ננקטו ביוזמתו ולא אושרו על ידי המחזיקים. אדרבא, הנאמן הוא זה שהניח תשתית מטעה וחסרת שחר להחלטה המהותית של המחזיקים – להציג לרוכשת את האולטימטום הפסול. בנוסף, מתן אישור של המחזיקים אינו פוטר את הנאמן מאחריות, כשם שהחלטה של דירקטוריון, המורה למנכ"ל, לנהל משא ומתן בחוסר תום לב, אינה פוטרת את המנכ"ל מאחריות, אם שגה וביצע החלטה שכזו.

81. **לטענות הנאמן כי היה מקום להגיש את התביעה לכל הפחות גם נגד המחזיקים** – טענות אלו כושלות בצד העובדתי שהרי לרוכשת טענות גם כנגד הנאמן עצמו, וממילא לא ניתן לתבוע את המחזיקים בהיותם ציבור רחב ולא ידוע. בצד המשפטי הן כושלות משום שהדין מעניק זכות ולא מטיל חובה על תובע לצרף נתבעים שונים לתביעה (להרחבה ראו נא ס' 28 להשלמת הטיעון של המשיבות).

82. **לטענות הנאמן בדבר נזק שנגרם למחזיקים נוכח כך שבגין תביעת הסכום העודף הוא מעכב תחת ידו סכום כסף מהותי** (למשל ס' 77 לבר"ע) – טענה זו היא טענה עובדתית. היא בוודאי לא עולה מכתב התביעה. היא גם לא נכונה, שכן חלק מן הכספים בוודאי שוחרר, כמפורט בסעיף 303 לתשובה לבקשת הסילוק וכפי שעולה מנספח 8 לה, שפורסם על ידי הנאמן עצמו (ושהוא מקפיד להתעלם ממנו). טענה זו גם אינה תומכת בעמדת הנאמן. ההפך הוא הנכון. כאמור לעיל מנגנון השיפוי מכוחו עוכבו הכספים (שחלקם בוודאי שוחרר), תומך בעמדה כי הנאמן הוא הנתבע הנכון בשמם ובמקומם של המחזיקים. טענה זו גם מעלה תהיה – הרי הנאמן טוען וחוזר וטוען, שאין הוא הנתבע הנכון בשם המחזיקים ובמקומם. הכיצד אפוא הוא מוצא לנכון להעלות טענות בשמם ובמקומם על נזק שנגרם להם לפי הטענה (המוכחשת)?

83. **לטענות הנאמן כי המשיבות חטאו בחוסר תום לב והגישו את התביעה בתזמון מזיק** (למשל ס' 74 לבר"ע) – מדובר בטענות עובדתיות (מופרכות) ואין לדון בהן בגדר בקשה לסילוק על הסף. לטענות הנאמן כי אפריקה היתה צד להסדר ולא הוא – ראו נא פרק V לתשובה לבקשת הסילוק. לטענות הנאמן כי היה על המשיבות לתקוף את אפריקה או את לפידות ולא את הנאמן והמחזיקים – ראו נא פרק VI לתשובה לבקשת הסילוק.

84. **לטענות הנאמן כי היה מקום לפרט בכתב התביעה טענות משפטיות כדי להקים עילות תביעה נזיקיות** – ראו נא ס' 96 עד 99 לתשובה לבקשת הסילוק וכן ס' 42 להחלטה.

⁹ ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וצפורה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, (נג) 817, 841 מול האות א' (1999).