תאריך: 19.10.2021
מועד אחרון להגשה: 19.10.2021

בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו **חדל"ת 43652-09-20**
בקשה מס' 82
בפני כב' סגן הנשיא השופט חגי ברנר

י"ג חשוון תשפ"ב, 19/10/2021 החלטה
בקשה 82 בתיק 43652-09-20
שו' חגי ברנר

לתגובת הנאמן ועמדת הממונה כפי שנקבע.

*** נחתם דיגיטאלית ***

בעניין: **אי די בי פתוח** (בפירוק)

ובעניין: **עו"ד אופיר נאור כתפקידו כנאמן**
נאור-גרשט, משרד עורכי דין
מרח' מיטב 6, כניסה A, תל אביב, 678906
טל: 03-7445404 ; פקס: 03-5447405
הנאמן

ובעניין: **סומך חייקין, רואי חשבון**
עו"ד ב"כ עו"ד ניר כהן ו/או ד"ר אלעד פלד ו/או אורי גורלי
ניר כהן, לשם, בן-ארצי ושות', עו"ד
רח' ברקוביץ 4, תל אביב 6423806
טל: 03-6968270 ; פקס: 03-6968277
רואי החשבון

ובעניין: **רפי ביסקר ו-14 אח'**
עו"י ב"כ אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות', משרד עו"ד
רח' יגאל אלון 98 תל אביב 67891
טל: 03-6078607 ; פקס: 03-6078666

וכן עו"י ב"כ גולדפרב זליגמן ושות', עו"ד
רח' יגאל אלון 68, תל אביב 67891
טל: 03-6089999 ; פקס: 03-6089909

וכן עו"י ב"כ ארדינסט, בן נתן ושות', עו"ד
רח' ברקוביץ 4, תל אביב 6423806
טל: 03-7770111 ; פקס: 03-7770101
הדירקטורים ונושאי המשרה

ובעניין: **הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי**
עו"י ב"כ עו"ד הדר נאות
מרח' השלושה 2, תל אביב 6706054
טל: 073-3923222 ; פקס: 02-6462502
הממונה

תגובה לעמדת מחזיקי אג"ח ט' בבקשת הנאמן לביצוע חלוקת ביניים

מטעם סומך חייקין, רואי חשבון

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.10.2021 מתכבדים סומך חייקין, רואי חשבון ("**רואי החשבון**") להגיש את תגובתם ל"עמדת מחזיקי אג"ח ט' בבקשת הנאמן לביצוע חלוקת ביניים" מיום 5.10.2021 ("**עמדת מחזיקי האג"ח**").

בית המשפט הנכבד יתבקש **לדחות** את הנטען בעמדת מחזיקי האג"ח, וממילא, לדחות גם את בקשת הנאמן לביצוע חלוקת ביניים מיום 25.7.2021 ("**בקשת החלוקה**" או "**הבקשה**") אשר עמדת מחזיקי האג"ח הוגשה לתמיכה בה, ולהשית על מחזיקי האג"ח את הוצאות רואי החשבון בגדר תגובה זו, לרבות שכ"ט עורכי דינם בתוספת מע"מ כדין.

ההדגשות במובאות שלהלן אינן במקור זולת מקום בו יצוין אחרת.

א. פתח דבר ועיקרו

1. בבקשת החלוקה עתר הנאמן כי בית המשפט הנכבד יורה לו "לבצע חלוקת ביניים בסך של 280 מיליון ש"ח לנושי החברה שנשייתם אינה מותנית בתוצאה של הליכים משפטיים עתידיים", שעה שבקופתו

מצוי לדבריו סכום של כ-304 מיליון ש"ח, ו"[י]אשר את קביעת הנאמן לפיה יש לישום את תביעות החוב" שהגישו רואי החשבון והדירקטורים ונושאי המשרה ("יחדיו "**הנושים המותנים**") "בסך כולל ואחד שלכל היותר לא יעלה על 200 מיליון ש"ח", המהווה לשיטת הנאמן 16% בלבד מסכום תביעת החוב שלהם.

2. כפי שהוסבר בתשובת רואי החשבון לבקשת החלוקה מיום 14.9.2021 ("**תשובת רואי החשבון**"), בקשת החלוקה מהווה ניסיון של הנאמן **לנשל את רואי החשבון מחלק הארי של זכות הנשייה שלהם**, העומדת על 1,472,564,000 ש"ח בתוספת ריבית והצמדה מיום 20.3.2014 ועד ליום התשלום,[1] ודינה להידחות על יסוד הטעמים העיקריים הבאים:

א. בקשת החלוקה **נוגדת את סעיף 239 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי**, תשע"ח-2018 ("**חוק חדלות פירעון**" או "**החוק**"), עליו היא מתיימרת להישען, כמו גם את **דברי בית המשפט העליון** בעניין **נצבא**, לפיהם הסעיף האמור "אינו מותיר לנאמן שיקול דעת ... וחלף זאת, קובע כי 'הנאמן יעכב תחת ידו ולא יחלק בחלוקת ביניים...' סכום הדרוש לתשלום חוב אשר התביעה לגביו טרם אושרה" (ההדגשות במקור - החי"מ).[2]

ב. החלטת מותב נכבד זה בעניין **אורבנקורפ**,[3] שגם עליה הסתמך הנאמן, אינה תומכת בבקשת החלוקה, הן מאחר שההחלטה דנן ניתנה **לפי הדין הקודם**, אשר **בשונה מן הדין הקיים**, הקנה לנאמן שיקול דעת האם ואלו סכומים לעכב, והן מאחר שהעקרונות שנקבעו בהחלטה עצמה, הסבים בעיקרם סביב **מאזן הנוחות**, מובילים ממילא אף הם ובאופן מובהק לדחיית הבקשה.

ג. בקשת החלוקה עומדת ב**סתירה חזיתית לעקרון היסוד בדבר השוויון בין הנושים**.

3. בגדר עמדתם מעלים מחזיקי האג"ח טענות שונות כנגד נימוקים אלה (חלקן תוך הצגה מטעה של הנאמר על ידי רואי החשבון). כמפורט להלן, אין בטענות אלה מאום. בראש ובראשונה, מחזיקי האג"ח **לא סתרו את עמדת רואי החשבון כי הדין הקיים שולל את בקשת החלוקה**. זאת, בין היתר, מאחר שהם **נמנעו מלהתמודד עם לשון סעיף 239 לחוק**, הן כשלעצמה והן בהשוואה לנוסח ההוראה המקבילה בדין הקודם, ו<u>**התעלמו לחלוטין**</u> **(!) מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין נצבא**. די בזאת כדי לשמוט את הקרקע תחת עמדת מחזיקי האג"ח בכללותה. גם יתר טיעוניהם של מחזיקי האג"ח - לרבות טיעוני סרק בנוגע לנזק העלול להיגרם להם לכאורה, אשר היו צריכים להיכלל בבקשת החלוקה ומכל מקום **לא נתמכו בתצהיר ולא כללו תשתית עובדתית מינימלית** - אינם סותרים, ולו במקצת, את תשובת רואי החשבון.

4. להלן יציגו רואי החשבון את התייחסותם לעמדת מחזיקי האג"ח. על מנת שלא להכביד, התייחסות זו תובא תוך הפניה לאמור בתשובת רואי החשבון, אשר התגובה הנוכחית אינה גורעת ממנה ובית המשפט הנכבד מתבקש לקראה ביחד עם תגובה זו.

---

[1] ובכל מקרה, כאמור בתביעת החוב שהגישו רואי החשבון, לא פחות מן הסכום שבו יחויבו בפועל רואי החשבון, ככל שיחויבו, בתוספת הוצאות.

[2] רע"א 7894/18 **נצבא החזקות 1995 בע"מ נ' התחנה המרכזית החדשה בע"מ**, פס' 16 (נבו, 25.2.2019).

[3] פר"ק (מחוזי ת"א) 44348-04-16 **אורבנקורפ אינק נ' כונס הנכסים הרשמי** (נבו, 20.4.2019).

ב. <u>הסתירה לחוק הקיים ולפסיקה - בעינה עומדת</u>

5. סעיף 239(ג) לחוק חדלות פירעון, עליו כאמור נשען הנאמן בבקשתו, מורה כי "**הנאמן <u>יעכב תחת ידו ולא יחלק</u> בחלוקת ביניים סכומים הדרושים לאחד מאלה**: (1) **תשלום חוב עבר שתביעת החוב לגביו הוגשה וטרם אושרה**". כמוסבר בפרק ב' לתשובת רואי החשבון, **נוסחו הברור והחד-משמעי** של סעיף זה **<u>מחייב</u>** את הנאמן **להשאיר בקופת הנשייה את הסכומים <u>הדרושים לתשלום חוב</u> בגין תביעת חוב שהוגשה וטרם אושרה**, וזאת **ללא סייג ומבלי שנתון לנאמן שיקול דעת בדבר**. יתר על כן, בסעיף 239 **אין כל זכר לסמכות "לישום את תביעות החוב"**, כלשון הנאמן, לצורך קביעת הסכום שיעוכב בגינן - סכום שכאמור חייב ממילא לשקף את מלוא החוב נשוא התביעה.

6. כפי שהוסיפו רואי החשבון, מסקנות אלה מתחדדות לנוכח השוואת נוסח סעיף 239(ג)(1) לדין שקדם לו, אשר הורה כי בגדר חלוקת ביניים רק "יביא הנאמן בחשבון" חובות שטרם ניתנה הכרעה לגביהם; כאשר גם **בית המשפט העליון**, בעניין **נצבא**, עמד על כך שהדין הנוכחי **אינו מותיר לנאמן שיקול דעת** כפי שהיה בדין הקודם:

> "מלשון סעיף 132 לפקודה, המונה את השיקולים שעל הנאמן להביא בחשבון בחישובו ובחלוקתו של דיבידנד, עולה כי נתון לנאמן שיקול דעת רחב בכל הנוגע לאופן ולמידת ההתחשבות בתובענות אשר טרם הוכרעו או שיש לגביהן סכסוך. מנגד, סעיף 239(ג)(1) לחוק חדלות פירעון אינו מותיר לנאמן שיקול דעת כאמור, וחלף זאת, קובע כי 'הנאמן יעכב תחת ידו ולא יחלק בחלוקת ביניים ...' סכום הדרוש לתשלום חוב אשר התביעה לגביו טרם אושרה" (פס' 16, ההדגשות במקור - החי"מ).

7. למרות שהשאלה אם קיימת אפשרות חוקית למתן הסעדים המבוקשים הינה מטבעה שאלה יסודית ומקדמית, מחזיקי האג"ח מצאו לנכון להידרש אליה רק בעמוד 7 לעמדתם - אולי בניסיון לטשטש את העובדה כי אין להם כל מענה לה.

8. את טענותיהם בנדון מבססים מחזיקי האג"ח על שני אדנים. האחד, כי "לא יעלה על הדעת" שהנאמן יידרש לעכב כספים עבור נושים מותנים "מבלי שיהיה לו ולו בדל שיקול דעת", וכי הפרשנות שמציגים רואי החשבון בנדון שקולה למתן "פוליסת ביטוח" לנושים המותנים, באופן המנוגד לכאורה לתכלית החוק. השני, כי דברים שנאמרו בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת במהלך הדיון בהצעת חוק חדלות פירעון, מלמדים כביכול כי "לא חל שינוי" בדין החדש לעומת הדין הקודם בנושא זה. על יסוד טענות אלו, גורסים מחזיקי האג"ח כי יש לבצע חלוקה אשר רק "תיקח בחשבון" את מה שהם מכנים "החוב הרעיוני" כלפי הנושים המותנים, בהתאם לבקשת החלוקה.

9. יותר ממה שיש בעמדת מחזיקי האג"ח, זועק מה שאין בה. <u>אין</u> בה כל הסבר, כיצד ניתן לחלק בחלוקת ביניים סכום שלפי הוראת סעיף 239 לחוק, "הנאמן **יעכב** תחת ידו **ולא יחלק**", והיכן מעוגנת כביכול בלשון הסעיף האפשרות שהחלוקה רק "תיקח בחשבון" את מה שמכונה "חוב רעיוני". <u>אין</u> בה כל הסבר מדוע **שינה המחוקק את נוסח הוראה זו לעומת הדין הקודם**, אשר קבע כי "יביא הנאמן בחשבון" חובות שטרם ניתנה הכרעה לגביהם, אם רצה להשאיר בידי הנאמן את שיקול הדעת שהוקנה לו בדין הקודם. <u>אין</u> בה כל התייחסות, **ולו במילה (!)**, לפרשנות שבית המשפט העליון העניק לסעיף 239 בעניין **נצבא** (גם אם הדבר נעשה מבלי לקבוע מסמרות). וממילא, <u>אין</u> בה כל נימוק כיצד ניתן לכפור ב**חובת הנאמן** לשמור בקופתו כספים "**מבלי שיהיה לו ולו בדל שיקול דעת**", כלשון מחזיקי האג"ח, שעה שבית המשפט העליון עמד על כך ש"סעיף 239(ג)(1) לחוק חדלות פירעון **<u>אינו מותיר לנאמן שיקול דעת כאמור</u>**".

10. לאור זאת, נשמט הבסיס תחת טענותיהם של מחזיקי האג"ח. האדן הראשון הנזכר לעיל אינו יותר ממשאלת לב של מחזיקי האג"ח לגבי הדין **הרצוי** (להם), להבדיל מן הדין **המצוי**. הטענה כאילו מדובר ב"פוליסת ביטוח" המנוגדת לתכלית החוק אף **נסתרת במפורש** על ידי הבהרת בית המשפט העליון בעניין **נצבא**, לפיה אפילו הדין הקודם בנוגע לחלוקת ביניים נועד "**להגן על זכויות הנושים שתביעת חובם טרם הוכרעה, ולמנוע מצב שבו נושים אשר יזכו בתביעתם יעמדו בפני קופה ריקה**",[4] וזאת בין היתר על רקע עקרון השוויון בין הנושים.[5]

11. ובאשר לאדן השני, אין אלא לציין את מושכלות היסוד, כי אין ליתן לחילופי דברים שנערכו תוך כדי הליך החקיקה משקל רב, אם בכלל, בפרשנות החקיקה, ובוודאי שהם אינם גוברים על לשון החוק ועל הפסיקה. כך, למשל, נקבע כי:

> **"לדברים הנאמרים בוועדות הכנסת בדיון על הצעת החוק יש להתייחס בזהירות בהיבט של שיקוף 'כוונת המחוקק'. הוועדה היא גוף רב-משתתפים, ודברים הנאמרים על ידי אחד מחברי הוועדה, וכל שכן על ידי משתתף בדיון שאינו נמנה על חברי הכנסת (כגון נציגי הממשלה ונציגי גופים אחרים הנוגעים בדבר), אינם משקפים בהכרח את עמדת 'המחוקק'. מכאן גם הכלל לפיו דברי הסבר או דברים שנאמרו בהליכי החקיקה ולא קיבלו ביטוי בלשון החוק בנוסחו כפי שאושר לבסוף, משקלם הפרשני מוגבל ...**
>
> **חבר הכנסת אינו פרשן מוסמך של החוק. סמכות זו מסורה לבתי המשפט ...**".[6]

12. הרבה למעלה מן הדרוש ומבלי לגרוע מן האמור יובהר, כי הציטוט מן הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט ממילא אינו תומך בעמדת מחזיקי האג"ח. זאת, בין היתר, מאחר שהציטוט משקף את דבריו של חבר כנסת אחד בלבד, ומאחר שנראה כי דיון זה אינו נוגע לרישת סעיף 239(ג)(1), החלה בענייננו, אלא לסיפת הסעיף, אשר קובעת הסדר שונה לגבי תביעות חוב שטרם הוגשו (ראו סעיף 14 לתשובת רואי החשבון).

13. נוסיף כי לאור הטעמים דלעיל, הרי שעם כל הכבוד, אין בפסיקה שניתנה על יסוד הדין הישן, לרבות ההחלטה בעניין **אורבנקורפ**, כדי לשמש בסיס לבקשת החלוקה, ואף על כך עמדו רואי החשבון בתשובתם (ראו סעיף 20).

ג. <u>לא נסתרה הטענה כי מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת רואי החשבון</u>

14. אפילו הייתה תחולה בענייננו להחלטה בעניין **אורבנקורפ**, הרי שכפי שרואי החשבון הוסיפו והסבירו, גם העקרונות שנקבעו בהחלטה זו, הסבים בעיקרם סביב **מאזן הנוחות**, מחייבים את דחיית בקשת החלוקה.

15. כאמור בפרק ג' לתשובת רואי החשבון, הנזק שייגרם לרואי החשבון אם לא ייוותרו כספים בקופה לתשלום בגין תביעת החוב שלהם, או כל חלק ממנה, משמעותי לאין שיעור מן הנזק העשוי להיגרם לכאורה לנושים האחרים מן העיכוב בקבלתם של אותם כספים. מלכתחילה, כפי שהובהר גם בעניין **אורבנקורפ** (פס' 14-16), הנזק של אובדן הנשייה חמור בהרבה מנזקי המימון העשויים להיגרם מעיכוב בחלוקה. לכך מתווספת העובדה שבענייננו רואי החשבון הם **נושים לא רצוניים**, אשר תביעתם נגד אי די בי פתוח היא כלי חיוני **לגידור הנזק האדיר** שעלול להיגרם להם אם חרף כל טענותיהם, תוטל עליהם

---

[4] **נצבא**, פס' 13.
[5] **נצבא**, פס' 17.
[6] רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (פורסם בנבו, 19.8.2019), פס' 40-41.

חבות בהליך שהוגש נגדם. זאת לעומת מחזיקי האג"ח, שהינם נושים רצוניים, וככאלה חזקה עליהם שנטלו על עצמם ביודעין את הסיכון שהחברה תהפוך חדלת פירעון, ואף תמחרו אותו במסגרת הריבית.[7]

16. כנגד כך מעלים מחזיקי האג"ח כמה טענות, אשר כפי שנבהיר כעת, הינן טענות סרק.

17. <u>טענה ראשונה</u> – "לזמן יש משמעות כלכלית רבה. לכן דחיית מועד התשלום בהכרח תגרום נזק למחזיקי אג"ח ט' כמו גם ליתר נושי החברה": טענה דומה **<u>נבחנה ונדחתה</u>** כאמור על ידי מותב נכבד זה בעניין **אורבנקורפ**, שם הוא קבע, כמצוטט בתשובת רואי החשבון (סעיף 22), כי נזק שבו "הנושים המותנים ... **לא יוכלו לקבל את מלוא הדיבידנד המגיע להם, אם בכלל ... עלול להיות <u>חמור בהרבה</u> מהנזק של אובדן תשואה**" או של "נזקי מימון מסוגים אחרים.

18. <u>טענה שנייה</u> – ישנה דחיפות לביצוע חלוקת הביניים בשנת המס הנוכחית, על מנת "לעשות שימוש בהפסדים שנגרמו למחזיקים הפרטיים באג"ח ט' אל מול רווחי הון גדולים שנרשמו בשווקי ההון בשנת 2021": טענה זו, אשר חובה היה לכלול אותה בבקשת החלוקה - אותה הגיש הנאמן לבקשתם ובהסכמתם של מחזיקי האג"ח - הינה טענה **סתמית**, אשר **<u>לא נתמכה בתצהיר</u>** ואף **לא הוצגה תשתית עובדתית מינימלית** לגביה. יש אפוא לראות טענה זו **כאילו לא נטענה כלל** ולכל היותר לייחס לה **משקל אפסי**.

19. אף במישור העקרוני, טענה זו אינה עומדת כנגד קביעתו של מותב נכבד זה באשר לחומרתו הפחותה של נזק הנובע מדחיית התשלום. מכל מקום, למותר לציין כי אין כיום כל אפשרות לדעת כיצד יתנהג שוק ההון בשנים הבאות בהשוואה לשנה הנוכחית וכיצד הדבר ישפיע, לצד פרמטרים כלכליים אחרים, על ההפסד שייגרם למחזיקי האג"ח, ככל שייגרם כלל, עקב דחיית התשלום.

20. <u>טענה שלישית</u> – יש לתת עדיפות לאינטרסים של נושים ודאיים על פני אלו של נושים מותנים: אף טענה זו **נדחתה** על ידי מותב נכבד זה בעניין **אורבנקורפ**, שם נקבע (בפס' 24) כי "**אין לראות את הנושים המותנים כנושים מסוג ב'** רק משום שנשייתם טרם התברר". זאת, כפי שהוטעם בפרק ד' לתשובת רואי החשבון, בהתאם להלכה הפסוקה הרואה בעיקרון השוויון כ"**<u>עיקרון על</u> העומד בבסיס דיני הנשייה**", אשר חריגה ממנו אפשרית "**<u>רק</u> כאשר מדובר בנושה מובטח או בנושה בעל דין קדימה**", בתנאי שהדבר נקבע "**<u>באופן מפורש</u> בהוראות דין**" ובכפוף ל**פרשנות מצמצמת**;[8] כאשר חוק חדלות פירעון **<u>אינו</u>** מבחין בין מעמדם של נושים מותנים לזה של נושים שאינם מותנים.

21. גם האסמכתאות שהציגו מחזיקי האג"ח בסוגיה זו, בסעיפים 61-62, אינן תומכות בעמדתם. ספרם של המלומדים אלשיך ואורבך עוסק, כפי שמעידה כותרתו, בהקפאת הליכים, והדיון שנערך בו באפשרות ל"חסימת" נושה מותנה, אליו מפנים מחזיקי האג"ח, נערך בפריזמה זו, תוך אבחנה מפורשת לעומת מקרה של פירוק.[9] ואילו בהחלטה בעניין הרמטיק (פר"ק 16-08-1777) ההקשר היה אישור הסדר נושים

---

[7] ראו ע"א 2146/06 **ברק נ' עו"ד ברוך אבוקרט - מפרק**, פס' 19 (נבו, 18.11.2010).

[8] רע"א 8038/20 **ב.ר.ן יזמות והשקעות בע"מ נ' חיים ומשה מנגד בע"מ (בפירוק)**, פס' 18-19 (נבו, 26.1.2021).

[9] ראו עמוד 521: "בפירוק, ממילא אין בפני הנושים ברירה אחרת לבד מלהמתין (לעתים, שנים ארוכות) להכרעה בתביעות טרם חלוקת הדיבידנד, ודין החברה להתחסל כך או כך בסופו של ההליך. בהקפאת הליכים, לעומת זאת, מטרת ההליך היא לגרום לחברה להוסיף ולפעול, במידת האפשר, בלא 'קולות' מן העבר. נקל לראות, כי תביעות מותנות וסבוכות בסכומים גבוהים עלולות להוסיף לאי הוודאות ולגרום לנושים לראות לנגד עיניהם דיבידנד צפוי, הנמוך באופן ניכר מהמגיע להם באמת. דבר זה עלול להביא אותם להעדיף פירוק גם במצב בו, מבחינה אובייקטיבית, יוביל השיקום לתוצאות טובות יותר". כן ראו פסק דינה של כב' השופטת אלשיך, הנזכר שם, בעניין פש"ר (מחוזי ת"א) 1361/02 **AGICOA - Association for the International Collective Management for Audioviaual Works נ' רו"ח צבי יוכמן** (פורסם בנבו, 29.3.2004), פס' 8.

כוללני, ולא פגיעה בזכויות נשייה אינדיבידואליות של נושה מותנה; ובנוסף לכך, העובדה שבאותו מקרה הנשייה הייתה מותנית שימשה רק כטעם אחד, ולא מרכזי, לדחיית ההתנגדות.[10]

22. <u>טענה רביעית</u> – נישול רואי החשבון מחלק הארי של זכות הנשייה שלהם לא יהא בלתי צודק, שכן הוא יתממש בתרחיש שבו תוטל עליהם חבות בבקשת האישור: טענה פשטנית זו **מתעלמת** מן ההסברים הברורים שניתנו בנדון בכתבי טענותיהם השונים של רואי החשבון. נפנה, לדוגמא, לסעיפים 61-63 לתביעת החוב של רואי החשבון (נספח 1 לעמדת מחזיקי האג"ח; ההדגשות במקור):

> "במידה שתתקבלנה הטענות (המוכחשות) שבבקשת האישור ורואי החשבון יחויבו לפצות את דסק"ש בגין החלוקה ה"אסורה" כביכול, הרי שלאור אחריותה העקרונית של אי.די.בי. פיתוח לשאת בפיצוי זה במלואו ולמצער בחלק הארי שלו, כמוסבר לעיל, תקום ממילא חבותה של אי.די.בי. פיתוח **להשיב לרואי החשבון סכומים שישלמו מעבר לחלקם הראוי בפיצוי**, חלק העומד כאמור על **אפס** או על שיעור הקרוב לכך.
>
> **<u>לסיכום</u>**: אם תתקבל בקשת האישור נגד רואי החשבון, חרף כל טענותיהם, הרי שרואי החשבון, אשר **לא נהנו ולו משקל** מתוך **סכום העתק** שלפי הנטען (והמוכחש) חילקה דסק"ש שלא כדין, ואשר לא היה להם **כל חלק** במהלכים שהובילו לפי הנטען לחלוקת הדיבידנד ובהחלטה על חלוקתו ומעורבותם הנטענת בפעולות נשוא בקשת האישור מתמצה בסקירה או ביקורת של דוחות כספיים, יחויבו להשיב לחברה סכום עתק זה (לבד או יחד עם משיבים אחרים). לעומת זאת, אי.די.בי. פיתוח, אשר חלק הארי של הדיבידנד – **בסך כמיליארד ש"ח** – זרם **לכיסה** ואשר לפי הנטען היתה **מעוולת עיקרית שניוטה מאחורי הקלעים את חלוקת הדיבידנד**, תזכה **לשמור** אותו בקופתה ולא תישא באחריות לנזק הנטען.
>
> במצב דברים תיאורטי זה, אשר **השכל הישר ותחושת הצדק הבסיסית אינם יכולים לסבול**, מקנה הדין לרואי החשבון **זכות איתנה ומוצקה להשתתפות ו/או שיפוי ו/או פיצוי מאי.די.בי. פיתוח** בגין סכומים שיחויבו לשלם לחברה, וזאת מכל אחד ואחד מהטעמים שנמנו, ודאי בהינתן משקלם המצטבר".

23. הנה כי כן, לא יכול להיות חולק כי בתרחיש שבו תוטל על רואי החשבון **חבות עתק**, בעוד שבמכלול נסיבות העניין ולפי הדין - לרבות הדין הנוגע לחובת השיפוי - **חבותם <u>בפועל</u> צריכה להיות אפסית** (חרף אחריותם העקרונית התיאורטית במקרה זה), ייגרם **עיוות דין קיצוני**, שאין לתת לו יד. בוודאי שהנזק שייגרם לרואי החשבון במצב זה אינו שקול לנזקי המימון הנטענים - ללא כל בסיס - על ידי מחזיקי האג"ח, זאת גם בשים לב לכך שמדובר כאמור בנושים רצוניים (עובדה שלאורה גם אין חשיבות למועד בו הונפקו האג"ח, כפי שטוענים המחזיקים).

24. לכך מתווספים עוד שני טעמים עליהם עמדו רואי החשבון בסעיף 4 לתשובתם לבקשת החלוקה: האחד, כי **מי שייהנה מהטלת מלוא החבות על רואי החשבון**, חרף אחריותה של אי די בי פתוח כנהנית מן העוולה הנטענת וכמעוולת העיקרית, אינו אלא **נושיה האחרים** של החברה. השני, כי בקשת החלוקה מאיימת **לשמוט את השטיח תחת החלטת בית משפט נכבד זה מיום 13.4.2021 להתיר את המשך ניהול ההליך** נגד אי די בי פתוח, על ידי **שלילה מראש של יכולתם של רואי החשבון לממש את זכייתם באותו הליך** (ככל שיזכו בו), זולת בשיעור זניח מתוך סכום התביעה.

---

[10] לטעמים נוספים ראו למשל פס' 61 (הנשייה הנטענת "**מהווה אחוז נמוך מהיקף כלל הנשייה בחברה**"), ופס' 77 (ההתנגדות הועלתה "**בשיהוי רב**", באופן המעורר חשש בדבר "**מניעים שאינם ענייניים**" ובדבר ניסיון "**לסכל את ההסדר**").

ד. <u>הטענות בדבר "הטעויות בעמדת רואי החשבון"</u>

25. מחזיקי האג"ח מצביעים באופן ספציפי על שתי טעויות שנפלו כביכול בעמדת רואי החשבון.

26. "טעות" נטענת אחת היא כי "לכל היותר נושאי המשרה [צ"ל רואי החשבון - הח"מ] יכולים לעתור לעיכוב הכספים הדרושים לתשלום דיבידנד יחסי במקרה שתביעת החוב שלהם תהפוך לממשית ותאושר במלואה".[11] זאת, לדברי מחזיקי האג"ח, גם בהתאם למה שנטען על ידי רואי החשבון, באופן סותר כביכול, בסעיף 33 לתביעת החוב שלהם (סעיפים 14, 69-70 לעמדת מחזיקי האג"ח).[12] אלא שלא מדובר בטעות או בסתירה כלל.

27. בפתח הדברים יובהר כי לפי האמור בסעיף 33 לתביעת החוב של רואי החשבון, הרי שבהתקיים התנאים שצוינו בתביעת החוב, תקום להם זכות "לחלק מנכסי קופת הנשייה בהתאם להוראות חוק חדלות פירעון ולכל דין". משמע, כאשר יהיה ידוע מה סך הכספים שנצברו בקופה ומה סך החובות הסופיים, ובמידה שחובות אלה יכללו חוב כלפי רואי החשבון, יהיו זכאים רואי החשבון לקבל את חלקם היחסי מתוך הכספים שבקופה, בהתאם ליחס בין החוב כלפיהם לבין סך הנשייה. דא עקא, אין באמור משום התייחסות, ובוודאי שלא הסכמה, לביצוע חלוקת ביניים לפני שהתברר סך החובות לנושים.

28. במקרה דנן, מדובר בנסיבות מיוחדות בהן החוב לנושים המותנים מהווה רוב גדול מסך הנשייה. בנסיבות שכאלה, חלוקת ביניים שבה נושים שאינם מותנים מקבלים את מלוא חלקם היחסי מתוך נכסי קופת הנשייה (או כמעט את כולו), כאשר הנושים המותנים אינם מקבלים לכיסם במקביל את חלקם באותה חלוקה, עלולה לפגוע בנושים המותנים ולהפלותם לרעה. זאת כבר מהטעם שמצבת הנשייה עלולה להשתנות באופן ניכר ממועד חלוקת הביניים ועד לאישור תביעת החוב המותנית. כך, למשל, על רקע הצהרותיו הנשנות של הנאמן כי הוא שוקל להגיש תביעות נגד צדדים שלישיים, ובמידה ואלה אכן תוגשנה, ייתכן ותוגשנה בעקבותיהן תביעות שכנגד ו/או בקשות להארכת מועד להגשת תביעות חוב.

29. מכל מקום, משמחזיקי האג"ח **דוחים** גם את הסכמת הדירקטורים ונושאי המשרה לביצוע חלוקה שתיקח בחשבון את האפשרות שהחברה תחויב בסופו של יום במלוא סכום תביעת החוב שהוגשה נגדה (ראו, למשל, סעיף 71), הרי שהסכמה זו הורדה על ידם מעל הפרק ומה שעומד לדיון הוא הסעד חסר היסוד המבוקש בבקשה, המהווה ניסיון לנשל את רואי החשבון מחלק הארי של זכויות הנשייה שלהם.

30. ה"טעות" השנייה כביכול היא כי "רואי החשבון סברו בטעות שהנאמן לא ביקש לעכב כספים תחת ידו", שעה ש"בפועל בקשת החלוקה מגלמת עיכוב כספים בקופה בהיקף של מיליוני שקלים רבים[,] הן לצרכי הוצאות ההליך והן לצרכי דיבידנדים עתידיים" (סעיף 72). אלא שמעבר לכל מה שנאמר עד כה, שמירת "**מיליוני שקלים רבים**" (24 מיליון ש"ח, ליתר דיוק, לאור מצבת הכספים המצוינת בבקשת החלוקה), אשר חלקם ישולם לנאמן עצמו ולטובת הוצאות אחרות, עבור תביעת חוב בגובה **כמיליארד וחצי ש"ח**, אינה מתיישבת עם ההיגיון המתמטי הפשוט. ספק רב אם מחזיקי האג"ח העלו ברצינות טענה תמוהה זו.

---

[11] לא למותר להעיר כי בעוד שמחזיקי האג"ח מתיימרים לתקן "טעויות" בתשובת רואי החשבון, הם בעצמם טועים בטענתם כי תביעת החוב עומדת על 1.4 מיליארד ש"ח. גובהה הנכון של תביעת החוב הוא כאמור בסעיף 2 לעיל.

[12] סעיפים אלה מתייחסים בטעות לפי לשונם ל"נושאי המשרה", אך במהותם הם נוגעים לרואי החשבון (ראו גם כותרת הדיון).

ה. <u>התייחסות לטענות נוספות של מחזיקי האג"ח</u>

31. הגם שדי באמור עד כה כדי לחייב את דחייתן של עמדת מחזיקי האג"ח ושל בקשת החלוקה, נתייחס כעת בקצרה לטענות נוספות שהעלו מחזיקי האג"ח בעמדתם.

32. <u>הטענה כי "אין מקום להתערב בקביעת החוב המותנה משום שלא ניתן לתבוע את אותו חוב פעמיים"</u>: מדובר במתן מענה לטענה שלא נטענה. מתביעות החוב של רואי החשבון ושל הדירקטורים ונושאי המשרה ברור לחלוטין כי הן **חופפות**, ואף הנאמן הכיר בכך בבקשת החלוקה (ראו, למשל, סעיפים 24, 30 ו-53 לבקשה זו, וכן סעיף 25 לתשובת רואי החשבון, המתייחס לטענה דומה שהעלה הנאמן חרף הכרתו בכך).

33. <u>הטענה כי "הנאמן הפעיל שיקול דעת סביר בבחינת התוחלת להתממשות החוב המותנה ואין מקום להתערב בו"</u>: מעבר לכך שכל התייחסות לשיקול דעת אינה רלוונטית הואיל והיא נשענת כאמור על הדין הישן, הרי שאף בגדר יישומו של הדין הישן, בית המשפט בחן בעצמו את היקף הכספים שיש לעכב, ולא הוגבל לבדיקת הסבירות של שיקול דעת הנאמן (ואף בעניין זה נפנה לעניין **אורבנקורפ**). גם ההחלטות בעניין קריספי (פש"ר 525/96) ובעניין סטריקובסקי (תל"א 11905/09) אליהן מפנים מחזיקי האג"ח אינן מסייעות להם, הן מאחר שהחלטות אלה ניתנו 10 ו-20 שנה לפני כניסתו לתוקף של חוק חדלות פירעון, והן מאחר שהן כלל לא עסקו בחלוקות ביניים.

34. מכל מקום, ה"תחשיב" שעל בסיסו הגיע הנאמן למסקנה כי יש לשום את תביעת החוב ב-16% מערכה (בעודו מפחית על דעת עצמו לצורך "תחשיב" זה גם את סכום תביעת החוב המלאה), **רחוק מלהיות סביר**, והוא **אינו מתיישב לא עם הדין**, לרבות ההחלטה בעניין **אורבנקורפ** עליה הנאמן מתיימר להסתמך, **ולא עם השכל הישר**. הדברים הוסברו בהרחבה בתשובת רואי החשבון (סעיפים 32-35), ומחזיקי האג"ח **אינם טורחים להתמודד עימם**.

35. יתר על כן, כפי שעוד צוין בתשובת רואי החשבון (סעיף 30), הטענות שהעלו רואי החשבון כנגד בקשת האישור אינן מהוות טעם לפגוע בזכות השיפוי שלהם בגינה בטענה כי סיכוייה להתממש נמוכים, שכן אין ערובה כמובן כי טענות אלה תתקבלנה באופן שיביא לדחיית בקשת האישור. זאת, כשם שטענות ההגנה של כל נתבע נגד התביעה העיקרית אינן גורעות מזכאותו להגיש ולנהל, למען הזהירות, הודעה לצד שלישי למקרה שהתביעה תתקבל.[13] בוודאי שהערכת אי די בי פתוח עצמה, לפני הפירוק, מה סיכויי ההליך שננקט נגדה, אינה מעלה ואינה מורידה. גם בהקשר זה יש להזכיר שוב את סכום העתק עליו הוגשה בקשת האישור, אשר לאורו, הסיכון הרובץ לפתחם של רואי החשבון אם טענותיהם תידחינה הוא כבד במיוחד.

36. <u>הטענה כי "במקרה שבו חלילה תהפוך נשייתם המותנית של הנושים המותנים לנשייה ממשית אזי יהיו בקופה די כספים לתשלום דיבידנד מתאים"</u>: די להשוות את הסכום שציינו מחזיקי האג"ח בהקשר זה - **150 מיליון ש"ח**, שאף קבלתו אינה מובטחת - לגובה תביעת החוב, העומד כאמור על **כמיליארד וחצי ש"ח**, על מנת להיווכח עד כמה טענה זו קלושה.

---

[13] ראו ע"א 279/89 **"הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' דמתי**, פ"ד מז(3) 156, פס' 9 (1993); רע"א 5635/13 **קורל-תל נ' רז**, פס' 16-19 (נבו, 1.4.15). יצוין כי לפי תקנות 22-23 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, הגשת הודעת צד ג' הינה עניין שבזכות ללא אבחנה בין סוגי הליכים.

37. <u>הטענה כי רואי החשבון אחראים לפיצוי או לנשיאה בנזק שייגרם למחזיקי האג"ח כתוצאה מן העיכוב בתשלום</u>: לטענה זו אין יסוד בדין, ולא בכדי מחזיקי האג"ח לא עיגנו גם אותה בדבר. לא יכול להיות חולק כי רואי החשבון רשאים לעמוד על זכויותיהם המשפטיות ולבקש כי בית המשפט הנכבד יגן עליהן, וברי כי קיום הוראות החוק לא מקנה למחזיקי האג"ח עילה כלשהי לתבוע נזקים.

38. לקראת סיום יצוין, כי ביום 18.10.2021 הוגשה בהליך בקשת האישור הודעת עדכון מטעם דסק"ש, אשר בשמה התבקש ניהול התביעה הנגזרת ("**הודעת העדכון**"), בה עודכן בית המשפט הנכבד כי בהמשך למכירת מניות השליטה בחברה ולשינוי הרכב הדירקטוריון בעקבות כך, החליט הדירקטוריון בהרכבו הנוכחי לאשרר את ההחלטה שהתקבלה זה מכבר בדירקטוריון להתנגד לבקשת האישור. הודעה זו יכול ותתרום לסיומו של הליך בקשת האישור במועד קרוב יותר מכפי שניתן היה להעריך עד כה. מכל מקום, יובהר כי לצרכי הבקשה הנוכחית הנדונה בפני בית משפט נכבד זה, אין בהודעה האמורה כדי לשנות מכך שדין בקשת החלוקה להידחות, נוכח האפשרות כי יידחו טענותיהם של רואי החשבון אף לגבי הודעת העדכון והשלכותיה.

ו. <u>סוף דבר</u>

39. על יסוד המקובץ לעיל, אין כל יסוד לנטען בעמדת מחזיקי האג"ח, ולפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כאמור ברישא של תגובה זו.

ניר כהן, עו"ד	ד"ר אלעד פלד, עו"ד	אורי גורלי, עו"ד

ניר כהן, לשם, בן-ארצי ושות', עו"ד
ב"כ סומך חייקין, רואי חשבון

המחוזי ת"א
* נאמן למקור *
* 3585417 90 *