**תנ"ג 9984-07-21 סינקו השקעות ויזמות בע"מ נ' נקסט טאוור בע"מ**

**לפני כבוד השופטת מיכל רוזן עוזר**

| | |
|---|---|
| **המבקשת** | **סינקו השקעות ויזמות בע"מ**<br>באמצעות ב"כ עוה"ד יורי נחושתן ותומר ארד<br>משרד גולדפרב גרוס זליגמן ושות', עורכי דין |
| | **נגד** |
| **המשיבה** | **נקסט טאוור בע"מ**<br>באמצעות ב"כ עוה"ד אבי עמבר ויעל צאיג |

## פסק דין

בפני בקשה לאישור תביעה נגזרת שבמרכזה טענה לגזל הזדמנות עסקית.

### רקע

1. המבקשת, סינקו יזמות והשקעות בע"מ (להלן: **סינקו**), היא חברה הפועלת בתחום הנדל"ן ומבצעת פרוייקטים בהתאם לחוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו 2006 (להלן: **פינוי ובינוי**), באתרים שונים ברחבי הארץ. בעל מניותיה של סינקו, מנהלה הכללי והדירקטור בה, הוא מר שלומי כהן (להלן: **כהן**).

גם המשיבה, נקסט טאוור בע"מ (להלן: **נקסט**), היא חברה הפועלת בתחום הנדל"ן ומבצעת פרויקטים בתחום של התחדשות עירונית. בעל מניותיה של נקסט ומנהלה הוא מר רמי חדד (להלן: **חדד**).

2. בין נקסט לבין חברה בשם כוכב התחדשות עירונית בע"מ, שכהן הוא נושא משרה בה והיא נשלטת בשרשור על ידי אביו (להלן: **כוכב התחדשות**) נחתם הסכם להקמת חברה משותפת (להלן: **הסכם המייסדים**). הגם שהצדדים להסכם המייסדים היו נקסט וכוכב התחדשות, בעלי מניותיה של החברה שהתאגדה, כוכב ונקסט במתחם קיבוץ גלויות (להלן: **החברה** או **החברה המשותפת**) הם המבקשת והמשיבה - סינקו ונקסט. כל אחת מהן מחזיקה במחצית ממניות החברה, והן גם מכהנות כדירקטוריות בה באמצעות כהן וחדד.

3. במרכז הבקשה לאישור תביעה נגזרת (להלן: **בקשת האישור**) פעילותה של החברה במתחם קיבוץ גלויות בקרית מלאכי - מתחם שהוקצה לפינוי ובינוי וכלל במועדים הרלוונטיים חמישה תתי מתחמים (להלן: **המתחם בקיבוץ גלויות**). נטען כי החברה הוקמה במטרה להוציא לפועל הזדמנויות עסקיות באזור המתחם האמור. במסגרת הבקשה לאישור נטען כי החברה החלה את פעילותה באחד מתתי המתחמים במתחם בקיבוץ גלויות (להלן: **מתחם נופר**), והוצע לה לקחת על עצמה תת

מתחם נוסף (להלן: **מתחם דבורה**). נטען, שההצעה לבצע גם את מתחם דבורה הוצעה בהתחלה לכהן שהציע לחדד לבצע גם אותו במסגרת החברה, חדד הסכים והצעה מטעם החברה המשותפת אף הוגשה, אך לתדהמת כהן הגישה נקסט הצעה פרטית מטעמה ולקחה על עצמה את ביצוע מתחם דבורה. לשיטת סינקו, נקסט ניצלה הזדמנות עסקית של החברה, פעלה בניגוד עניינים, תוך הפרת חובות האמונים, הזהירות וההגינות, הפרה את הסכם המייסדים ואת חובת תום הלב בניהול משא ומתן ואף מבקשת להתעשר שלא כדין על חשבונה.

4. נקסט מצידה טענה במענה לבקשת האישור כי יש לסלק את התביעה על הסף. היא חולקת על זכאותה של סינקו להגיש את הבקשה שכן היא לא הייתה צד להסכם המייסדים שנחתם מול כוכב התחדשות, וגם לא צד להסכם שנחתם בהמשך לקידום הפעילות במתחם נופר. לגוף טענת גזל ההזדמנות העסקית טענה נקסט כי ההסכמה בין הצדדים בכל הנוגע למתחם בקיבוץ גלויות הייתה לביצוע מתחם נופר בלבד. לא הייתה הסכמה לבצע את מתחם דבורה במסגרת החברה המשותפת וגם לא הוצעה הצעה מטעמה. לפיכך, לא ניתן לראות במתחם דבורה משום הזדמנות עסקית של החברה ואין מקום לאישור הבקשה לתביעה נגזרת.

**<u>השתלשלות ההליכים</u>**

5. ביום 30.3.2022 התקיים דיון, במסגרתו התייחסו הצדדים בקצרה לטענותיהם ונקבע מועד לדיון בבקשת האישור.

6. ביום 2.6.2022, כשבועיים לפני המועד שנקבע לדיון בבקשת האישור, ביקשה נקסט להגיש שני תצהירים משלימים: תצהיר נוסף של חדד ותצהיר של מר חיים פטריק פלוס, בעל השליטה בחברה המקדמת את ההתחדשות העירונית במתחם בקיבוץ גלויות - עוצמה להתחדשות עירונית בע"מ (להלן: **החברה המקדמת** ו- **פלוס**, בהתאמה).

7. ביום 8.6.2022, בשים לב לשלב המקדמי בו הייתה מצויה בקשת האישור, התרתי את צירופם של התצהירים המשלימים, תוך שהתרתי לסינקו להגיש תצהירים משלימים מטעמה, דחיתי את המועד שנקבע לדיון בבקשת האישור, וחייבתי את נקסט בתשלום הוצאות.

8. בהתאם להחלטה, צורפו מטעם נקסט תצהירו של חדד ותצהירו של פילוס. ובהמשך צורף תצהיר נוסף של כהן מטעמה של סינקו.

9. ביום 17.7.2022 התקיים הדיון בבקשת האישור ונשמעה עדותם של כהן, פלוס וחדד.

10. ביום 20.9.2022 הגישה נקסט בקשה שהוכתרה כ"בקשה דחופה לצירוף ראיה מהותית לתיק בית המשפט". נטען, כי במסגרת חיפוש שנערך על ידי חדד בקלסרי נקסט, נמצאה גרסה חתומה של הסכם המייסדים השונה מזו שצורפה לבקשת האישור. כך, בעוד שבהסכם המייסדים שצורף לבקשת האישור מופיעים "קווים ריקים" במקום המיועד לפרטי הגוש והחלקה הנכללים בפרויקט נושא הסכם המייסדים, הרי שבהסכם שהגשתו התבקשה מפורטים נתונים אלה, והם

פרטים של מתחם נופר בלבד. נטען שהנוסח שנמצא על ידי חדד הוא "הגרסה המלאה של הסכם המייסדים" מיום 22.1.2018 ואילו הנוסח שצורף לבקשת האישור הוא "הגרסה החסרה". נטען כי הנוסח שצירופו מבוקש מוכיח את טענתה לפיה החברה הוקמה לתכלית היחידה של ביצוע הפרויקט במתחם נופר.

סינקו התנגדה לצירוף הראיה. לגופם של דברים נטען כי ההסכם שצורף לבקשה הוא הסכם מזויף, זאת בעיקר משום שבמועד חתימת הסכם המייסדים לא ניתן היה למלא את פרטי פרויקט נופר שכן אלה לא היו ידועים. נטען שהתנהלותה זו של נקסט מהווה שימוש לרעה בהליכי בית המשפט.

לפני המועד שנקבע לדיון בבקשה, הגישה נקסט בקשה לזימונו של עו"ד עודד זגורי בטענה שהוא היה מעורב באופן אישי בהתקשרות הצדדים ובהסכם המייסדים ויכול לשפוך אור על הסכמות הצדדים שהובילו לניסוחו של הסכם המייסדים. במסגרת הבהרה שהתבקשה, הוסיפה נקסט כי עו"ד זגורי מייצג את שני הצדדים, וכי הוא התחמק ממענה לבקשות המשיבה להגשת תצהיר ורק בימים אלה הודיע כי ימסור עדות אם יוזמן על ידי בית המשפט. גם להבהרה זו צורף תצהיר של חדד.

סינקו התנגדה לבקשה לזימונו של עו"ד זגורי, מהטעם שלשיטתה המועד לשמיעת עדותו אינו בשלב הדיון בבקשת האישור שבו נדרשת המבקשת להראות עילת תביעה לכאורה. נטען שנקסט לא הצביעה על טעם המצדיק את זימונו בשלב זה, זולת ניסיון לעכב את ההכרעה בבקשת האישור. עם זאת, סינקו הבהירה כי אין לה התנגדות עקרונית לזימונו של עו"ד זגורי לעדות וכעמדה חלופית ביקשה לחוקרו.

11. ביום 11.12.2022 הורתי על זימונו של עו"ד זגורי למתן עדות במועד שכבר נקבע לחקירת המצהירים בנוגע לבקשה לצירוף ראיה, תוך פסיקת הוצאות לנקסט.

12. ביום 14.12.2022 התקיים דיון בבקשה לצירוף ראיה, והעידו עו"ד זגורי, חדד וכהן. בסיום הדיון סוכם שהצדדים יתייחסו לסוגיית צירוף הראיה במסגרת סיכומיהם, ונקבעו מועדים להגשת סיכומים.

**<u>טענות הצדדים</u>**

<u>טענותיה של סינקו</u>

13. במסגרת בקשת האישור טענה סינקו, כי את המגעים ביחס לפרויקט הפינוי בינוי במתחם קיבוץ גלויות שבקרית מלאכי החל כהן בשנת 2017 טרם הכיר את חדד. טרם הקמת החברה הגישה כוכב התחדשות, שכהן הוא דירקטור בה, הצעה לביצוע הפרויקט במתחם נופר, וקיבלה את זכויות הבניה בו. במקביל ניהלה חברת האם של כוכב התחדשות, כוכב הנגב בע"מ (להלן: **כוכב הנגב**) משא ומתן עם נקסט לגבי שותפות בפרויקט במתחם נופר, ונחתם הסכם המייסדים. נטען כי מטרת

הקמת החברה המשותפת הייתה להוציא לפועל הזדמנויות עסקיות במתחם בקיבוץ גלויות. בהמשך, ביום 5.3.2018, נחתמו הסכמים בין כוכב הנגב ונקסט לבין החברה המקדמת, שבעליה ומנהלה הוא, כאמור, פלוס.

14. באשר להשתלשלות הצעת ההזדמנות העסקית שבמתחם דבורה נטען בבקשת האישור:

א. עוד לפני החתימה על הסכם המייסדים, הציעה סינקו לנקסט שותפות גם במתחם דבורה, וחזרה על הצעתה זו מספר פעמים. סוכם בין סינקו לבין נקסט שלאחר שיסוכמו כל הסוגיות המשפטיות והמסחריות במתחם נופר יחל משא ומתן לגביו.

ב. ביום 12.9.2018 העביר כהן לחדד במייל את תנאי העסקה ביחס למתחם דבורה והלה השיב שהוא "בודק".

ג. כהן המשיך לעדכן את חדד במגעים שקיים בהקשר למתחם דבורה ואף העביר לו נתונים רלוונטיים. בינואר 2019 פנה פלוס לכהן פעם נוספת, העביר לו קובץ הצעה עבור מתחם דבורה ובהמשך אף פנה לחדד.

ד. ביום 7.2.2019 הודיע חדד כי ברצונו להשתתף גם בפרויקט במתחם דבורה, הגם שהביע הסתייגות מהסיכון הכלכלי.

ה. בעקבות הסכמת חדד הגישה החברה הצעה למתחם דבורה.

ו. במועד שלא נזכר בבקשה, נודע לכהן שנקסט הגישה הצעה פרטית, דומה לזו שהוגשה על ידי החברה, וזאת לאחר שחדד היה מודע להצעה שהוגשה מטעם החברה, ותוך שהוא עושה בה שימוש להגשת ההצעה הפרטית מטעמו.

יוער, כי במסגרת הבקשה נטענה טענה עובדתית, שלא נתמכה בתצהירו של כהן, ולפיה ביום 10.12.2018 חדד עדכן את כהן שלדעתו לא כדאי לצדדים לבצע את העבודות במתחם דבורה, וכהן עדכן בכך את פילוס (סעיף 67 לבקשת האישור).

15. טענת סינקו בבקשת האישור הייתה שנקסט ניצלה את הזדמנותה העסקית של החברה וזאת בניגוד להסכם המייסדים ולחובות האמון שלה כלפי החברה ובעלי מניותיה. ביחס להסכם המייסדים נטען כי מטרתו קבועה בסעיף 2.1 ולפיה על בעלי המניות להקצות את כל משאביהם לחברה. נטען כי כהן פעל בהתאם להסכם המייסדים ומטרתו והביא לחברה בזכות קשריו ומיומנותו המקצועית את ההזדמנות העסקית. לעומתו פעל חדד "להרדים" את סינקו, ולאחר שהיה מודע לפרטי הצעתה למתחם דבורה הגיש הצעה פרטית בתנאים דומים. נטען כי מתחם דבורה הוא הזדמנות עסקית של החברה לפי המבחנים שנקבעו בפסיקה, וכאמור היא נגזלה על ידי נקסט, תוך הפרת הסכם המייסדים. בנוסף נטען שנקסט הפרה את חובתה לנהל משא ומתן בתום לב, הפרה את הסכם המייסדים ובקשה להתעשר על חשבונה של סינקו.

יוער, כי במסגרת בקשת האישור נטען גם כי נקסט הפרה את הסכם המייסדים שעה שלא העבירה תשלומים בזמן וגם לא פעלה בשיתוף פעולה עם המבקשת בחתימה על המחאות.

16. בסיכומיה של סינקו לא נכללו מספר טענות הנוגעות לסוגיית ההזדמנות העסקית, שנכללו בבקשת האישור:

ראשית, לא נטען שהוראות הסכם המייסדים מלמדות שמתחם דבורה הוא הזדמנות עסקית של החברה. מסיכומי סינקו עולה כי לטענתה הסכם המייסדים "שותק" לעניין הגדרת פעילותה של החברה, אך שתיקתו אינה שוללת ראיית מתחם דבורה כהזדמנות עסקית. נטען, שבין הצדדים לא נערך הסכם ל"תיחום פעילות" ועל כן פעילות הקרובה במהותה לפעילותה של החברה מהווה הזדמנות עסקית של החברה, וכזו היא ביצוע מתחם דבורה.

שנית, לא נטען שהחברה הגישה הצעה למכרז על מתחם דבורה. ונטען כי "...כידוע, מר חדד הודיע כי הוא דוחה את העסקה ובשל כך החברה **לא הגישה הצעה עבור מתחם זה**" (סעיף 18 לסיכומים, ההדגשות הוספו, מ.ר). ממילא נזנחה הטענה שנקסט הגישה את הצעתה לאחר שהחברה הגישה את הצעתה ובהתבסס עליה.

17. בנוסף, לא הועלו טענות הנוגעות להפרת הסכם המייסדים בשל עיכוב בהעברת תשלומים.

18. סינקו טוענת שהמבחנים שגובשו בפסיקה בסוגית ניצולה של הזדמנות עסקית, תומכים בעמדתה לפיה מתחם דבורה הוא הזדמנות עסקית של החברה, וביצועו על ידי נקסט מהווה את גזילתה.

נטען, כי הוכח שקשריו העסקיים של כהן ומיומנותו המקצועית, הם שהביאו את ההזדמנות העסקית לפתחה של החברה. בהקשר זה נטען כי כהן הוא שיצר את הקשר העסקי הראשוני עם פלוס, ורק באמצעותו הכיר פלוס גם את חדד. מכאן, שכל מיזם שנקסט פועלת בו בשיתוף עם פלוס התאפשר רק בזכות העובדה שסינקו הכירה ביניהם.

עוד נטען, כי לאורך ההתנהלות העסקית בין הצדדים צוין מפורשות שקיים מתחם נוסף ואף סוכם בין סינקו לנקסט כי לאחר שיוסכמו כל הסוגיות המשפטיות במתחם הנוכחי יחל מו"מ לגביו.

לטענת סינקו חדד הודה בעדותו שכהן הציע לו פעמיים לבצע את מתחם דבורה במסגרת החברה המשותפת, והוא סירב לכך בתואנות שווא תוך שהוא מסתיר מכהן שהסיבה האמיתית לסירובו היא רצונו לבצע את הפרויקט לבד (לעניין זה הפנתה סינקו לעמודים 137-147 לפרוטוקול הדיון). הוכחה חותכת נוספת לעמדתה מוצאת סינקו בכך שההסכם לביצוע מתחם דבורה שנקסט התקשרה בו היה בתנאים טובים פחות מאלה שכהן התכוון להגיש מטעם החברה המשותפת, ושבהם יכולה הייתה לבצע את הפרויקט (לעניין זה מפנה סינקו לעמוד 147 לפרוטוקול).

19. לתפיסת סינקו, עמדת נקסט מתבססת על הטענה לפיה הסכם המייסדים שותק לעניין מתחם דבורה ובשל כך מותר היה לה לנצל את ההזדמנות שבמתחם דבורה. לתפיסתה יש לדחות עמדה זו, שכן הסכם המייסדים, מטיבו, נחתם בייסוד החברה כאשר אין לדעת מה תהיינה ההזדמנויות העסקיות שיקרו בדרכה. נטען, כי די בהיות ההזדמנות העסקית שנוצלה בתחום פעילותה של החברה כדי לקבוע שנושא המשרה פעל בניגוד עניינים תוך ניצול הזדמנות עסקית של החברה.

20. נטען, כי החברה פועלת בתחום התחדשות עירונית בקרית מלאכי, ולא נערך בין הצדדים הסכם המגביל ותוחם מראש את מתחם ההזדמנויות העסקיות השייכות לחברה. לשיטת סינקו, מדובר באותו תחום פעילות של החברה ולו בשל כך שמתחם דבורה הוצע בפועל לחברה המשותפת כהזדמנות עסקית. סינקו הוסיפה וטענה כי ככל שמדובר בנושא משרה המזוהה עם החברה ופעילותה, תגבר הנטיה לראות בהזדמנות כהזדמנות עסקית של החברה, גם אם מדובר בפעילות המצויה "במעגל שני".

עוד נטען כי הזדמנויות השייכות לחברה הן נכס שלה ועל כן נאסר על נושא המשרה לנצלן באופן פרטי. בענייננו, נקסט נחשפה למידע בדבר ההזדמנות העסקית בכובעה כנושאת משרה ויש לראות בכך "נסיבה מחמירה". בנוסף, ביצוע הפרויקט במתחם דבורה שהוא סמוך למתחם נופר שבו מבצעת החברה "פרויקט זהה" מהווה תחרות ישירה בחברה.

21. סינקו סבורה כי עדיה של נקסט היו בלתי מהימנים. בכל הנוגע לחדד, נטען שהסכם המייסדים שביקש לצרף כראיה בטענה שמדובר ב"גרסה המלאה", הוא מסמך מזויף, זאת בנוסף לטענות אחרות בתצהירו המשלים שהתבררו ככוזבות. בנוגע לעדותו של פלוס נטען כי הוא התגלה כמי שאינו זוכר פרטים עובדתיים מהותיים והגיש את תצהירו ללא בדיקה עובדתית ובעדותו טען להשתלשלות אחרת של האירועים. עוד נטען כי הוא הוסיף נדבכים רבים לגרסתו שאינה יכולה להיות בעלת משקל ראייתי. מכל מקום נטען כי גם פלוס אישר שההזדמנות העסקית שהובאה לחברה הושגה על ידי כהן.

22. בכל הנוגע לבקשה לצירוף ראיה נוספת - נטען כי הוכח שעסקינן בבקשה להגיש מסמך מזויף ובלתי רלוונטי.

23. סיכומם של דברים, סינקו טוענת כי עסקינן במקרה מובהק של גזל הזדמנות עסקית. לעניין זה די לתפיסתה בכך שההזדמנות העסקית לייזום פרויקט פינוי בינוי במתחם דבורה הגיעה לידי כהן, נציגה של סינקו, שהציע אותה בפני חדד, נציג המשיבה; שחדד דחה את האפשרות לנצל את ההזדמנות העסקית תוך הצגת מצג כוזב לפיו התנאים הכלכליים אינם טובים בעיניו, שעה שבפועל חמד את הפרויקט לעצמו; ושנקסט נטלה את פרויקט דבורה, שלא במסגרת החברה המשותפת.

עמדת סינקו היא שהתנהלותה של נקסט עולה כדי הפרת חובת האמונים, וחובות הזהירות וההגינות החלות על נקסט, ומהווה אף הפרה של הסכם המייסדים ועוולות לפי פקודת הנזיקין. נטען, כי סינקו הוכיחה קיומה של עילת תביעה, שכן נקסט ניצלה הזדמנות עסקית של החברה. החברה עתידה לפעול עוד שנים רבות עד להשלמת הפרויקטים אותם היא מבצעת ואינה מהווה רק "צינור" להעברת כספים לבעלי מניותיה. במצב דברים זה, ככל שניהול התביעה הנגזרת הוא לטובת החברה, אין מניעה להורות על אישורה, גם מקום בו עסקינן בחברת מעטים. הגשת התביעה כתביעה נגזרת תביא להגנה על זכויות החברה ולהשאת רווחיה, ממילא לא ניתן לומר כי תביעה כגון זו אינה לטובת החברה.

<u>טענותיה של נקסט</u>

24. נקסט סבורה, כי יש לסלק את בקשת האישור על הסף. במענה לבקשת האישור טענה נקסט כי היא ניהלה את המשא ומתן ביחס למתחם נופר מול כהן ואביו, יצחק כהן, מתוך כוונה להיכנס לשותפות עם כוכב התחדשות שהיא חברה ותיקה, אך בפועל "השתחלה" לשותפות סינקו, חברה בבעלות כהן, במקום כוכב התחדשות.

בהקשר זה, טענה מרכזית מבחינה של נקסט היא שהסכם המייסדים נחתם בין כוכב התחדשות לבין נקסט, ומכאן היא לומדת שהזכויות הנובעות ממנו שייכות לכוכב התחדשות ולא לסינקו, ומכאן שאין יריבות בין סינקו לבינה.

בנוסף נטען שגם ההסכמים שנחתמו ביחס לפרויקט נופר - ההסכם עם החברה המקדמת והסכם עם עורך הדין שהמייצג את בעלי הדירות במתחם נופר - לא נחתמו על ידי החברה אלא על ידי נקסט וחברת האם של כוכב התחדשות - כוכב הנגב. ומכאן היא מבקשת ללמוד החברה לא פעלה כלל, אפילו לא במסגרת של מתחם נופר.

עוד נטען כי יש לסלק את התביעה מהטעם שלא נעשתה פניה מקדימה לחברה, אלא נשלח מכתב התראה על ידי כוכב התחדשות.

25. לגופם של דברים נטען, כי בנסיבות העניין בהעדר פערי מידע בין הצדדים יש לדרוש מסינקו עמידה ברף ראייתי גבוה, ויש לזקוף לחובתה את הימנעותה מהבאת מכלול הראיות הנטענות שברשותה. בהקשר זה מפנה נקסט לכך שמשך חודשים מיום שנודע לכהן, לטענתו, שנקסט התקשרה בהסכם ביחס למתחם דבורה, לא נעשתה פניה לחברה ומכל מקום כהן לא הציג אסמכתאות לפניות כאלה ולא הביא ראיות להוכחתן. יתרה מזו, נטען שעדות עו"ד זגורי סתרה קיומן של פניות כאלה.

26. נטען כי תכליתו ומטרתו של הסכם המייסדים היו התקשרות לגבי מתחם נופר בלבד. עסקינן בהתקשרות בין שתי חברות שכל אחת מהן עוסקת באופן עצמאי ונפרד ביזמות נדל"ן ופרויקטים של פינוי בינוי. ההתקשרות בין הצדדים הייתה לביצוע הפרויקט במתחם נופר. זהו

תחום פעילתה של החברה, ועל כן מתחם דבורה אינו הזדמנות עסקית של החברה. גם לשון הסכם המייסדים מלמדת כי התקשרותם הייתה לטובת הקמת מתחם נופר בלבד ולא להקמת מספר מתחמים.

נקסט הוסיפה שהתקשרות לצורך פרויקט ספציפי הינה התנהלותן של החברות גם במקרים נוספים. סינקו ונקסט התקשרו במספר פרויקטים משותפים, רובם בשנת 2018, ובכל פעם שביקשו לפעול ביחד חתמו על הסכם והקימו חברה ייעודית לפרויקט הספציפי, תוך הסכמה שכל צד חופשי לפעול באופן עצמאי, לרבות בתחום של התחדשות עירונית, במקביל לחברה המשותפת.

עוד נטען, כי הוכח שבמועד החתימה על הסכם המייסדים מתחם דבורה לא היה כלל על הפרק, ולא הוצע כאפשרות. מכאן, שהמשא ומתן שנוהל בין הצדדים התייחס רק למתחם נופר וכוונת הצדדים הייתה להתקשר ביניהם אך ורק לגבי מתחם זה.

27. גם התנהלות הצדדים לאחר החתימה על הסכם המייסדים מלמדת, לשיטת נקסט, שמתחם דבורה לא נכלל בתחום פעילותה של החברה. אכן, סינקו פנתה לנקסט על מנת שהצדדים יגישו הצעה משותפת, אך לא הוכח שהצעה זו נעשתה במסגרת החברה. מכל מקום נקסט לא הסכימה להגשת הצעה בשם החברה ובניגוד לנטען בבקשת האישור, הצעה כזו גם לא הוגשה.

נקסט הסכימה לבצע את מתחם דבורה לאחר שהחברה המקדמת פנתה אליה ישירות. בתחילה סירבה להצעה, ובהמשך לאחר שהתקשרות החברה המקדמת עם יזם אחר כשלה, הסכימה לבצעו.

28. נקסט מוסיפה וטוענת שסינקו לא הוכיחה שהתקשרות נקסט בפרויקט דבורה תביא לתחרות עם החברה. מדובר בפרויקט התחדשות עירונית והבשלתו של מתחם נובעת מתנאיו הייחודיים, ועצם סמיכותו למתחם נופר אינה מלמדת על קיומה של תחרות.

29. לעמדת נקסט, התביעה הוגשה ממניעים נקמניים כתגובה לתביעה שהוגשה על ידה בגין פרויקט אחר שהצדדים שיתפו בו פעולה. הסכסוך בין הצדדים ביחס לפרויקט האחר גרם לאובדן האמון שהיה לחדד כלפי כהן ואביו, ומטבע הדברים הוביל להעדר רצון להרחבת שיתופי הפעולה בין החברות. משבר האמון שנוצר בין הצדדים מלמד גם שלא טובת החברה היא שבבסיס הבקשה, אלא טובתה של סינקו החפצה ברווחי פרויקט דבורה, לכשיתקבלו.

30. באשר לנוסח הסכם המייסדים שנקסט ביקשה לצרפו כראיה: נטען כי נקסט לא טענה מתי הושלמו הפרטים ב"קווים הריקים", אלא ציינה את קיומו של ההסכם הכולל את הפרטים המלאים. הסכם זה נתמך, כך נטען, בעדות עו"ד זגורי לפיה הצדדים התקשרו בהסכם ביחס למתחם נופר והיו אמורים להשלים את המידע החסר לאחר שיתקבל. עוד נטען כי בעדות כהן הוכח שביום 22.1.2018 נשלח מייל מתיבת הדוא"ל של חדד לכהן, עם "קווים ריקים", כשהיא חתומה על ידי נקסט בלבד, התנהלות שהייתה מקובלת בין הצדדים. באופן הזה, יכול היה כהן להגיש במצורף

לבקשתו כל נוסח שחפץ. לכן לא ניתן לשלול את הטענה שכהן צירף לבקשתו נוסח הסכם עם "קווים ריקים" כדי להעלות טענות כוזבות כאילו כוונת הצדדים הייתה להתקשר במסגרת החברה בכל הפרויקטים לפינוי בינוי במתחם קיבוץ גלויות. אין ראיה לכך שהגרסה שביקש חדד לצרף, הכוללת את פרטי הגוש והחלקות של מתחם נופר, היא מסמך מזויף.

31. בנוסף נטען כי הבקשה הוגשה בשיהוי שכן כהן ידע על התקשרות נקסט במתחם דבורה בדצמבר 2020 ורק כשבעה חודשים לאחר מכן הגישה סינקו את הבקשה. גם השיהוי מוכיח, לטענת נקסט, העדר טענת ממש מצידה של סינקו. עסקינן בבקשה שהוגשה בחוסר תום לב מהותי ממניעים נקמניים כתגובת נגד לתביעה הנזכרת לעיל שהוגשה נגד סינקו זמן קצר לפני הגשת הבקשה.

<u>טענות סינקו בסיכומי התשובה</u>

32. נטען כי אין חולק שסינקו היא בעלת מניות בחברה ומכאן זכותה להגיש את הבקשה הגם שהיא אינה צד להסכם המייסדים. סינקו הבהירה שהזכויות והחובות שבהסכם המייסדים הועברו לה (סעיף 6 לסיכומי התשובה). נקסט התנהלה ישירות מול סינקו שאף חתמה על מסמכי ההתאגדות של החברה. ומכל מקום, עילת התביעה הנגזרת היא של החברה ומעמדה של סינקו להגיש את הבקשה נובע מהיותה בעלת מניות. באשר לטענה בדבר צורך בפניה מוקדמת, טוענת סינקו כי היא לא הייתה חייבת בפניה מוקדמת נוכח הוראת סעיף 194(ד)(1) לחוק החברות שכן למחצית מחברי הדירקטוריון היה עניין אישי בהחלטה.

33. סינקו טוענת כי הצדדים לא הסכימו על תיחום פעילות החברה. הסכם המייסדים שותק לעניין זה ואינו מסדיר באופן מפורש את תחומי הפעילות של החברה. בהעדר הסדר תיחום פעילות, ניצול הזדמנות עסקית של החברה בידי נושאי המשרה היא אסורה. עוד נטען, כי בזמן אמת דיברו ביניהם הצדדים על האפשרות להגיש הצעה בשם החברה על מתחם דבורה, ומר חדד לא טען שאין המדובר בהזדמנות של החברה. מרגע שהצדדים בחנו, בהסכמה, את האפשרות לבצע את הפרויקט במתחם דבורה, פשיטא שהם הסכימו שזה חלק מתחומי הפעילות של החברה.

**<u>דיון והכרעה</u>**

<u>המסגרת הנורמטיבית</u>

34. התביעה הנגזרת מאפשרת לבעל מניה או לדירקטור להגיש תביעה בשמה של החברה, מכוח עילה העומדת לה בשל הפרת חובה כלפיה, בין אם על ידי נושאי משרה, בעל שליטה או גורם מחוץ לחברה. (רע"א 4857/16 **מנשה נ' יווז'ין אייר** בע"מ, פסקה 27 (24.4.2018) (להלן: **עניין מנשה**); רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי**, פסקה 16 (24.12.2013) (להלן: **עניין אנטורג**); (תנ"ג (מחוזי ת"א) 815-09-13 **לנואל נ' מאור**, פסקה 22 (14.4.2015)). מכיוון שהתביעה הנגזרת מאפשרת חריגה מעקרון אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה וכלל אי התערבותם של בעלי מניות בניהול החברה, עולה חשש שהשימוש בה יפגע בעקרונות חשובים אלה, כמו גם חשש לשימוש בתביעה

הנגזרת כדי לקדם עמדה סחטנית כלפי החברה. לשם איזון בין יתרונותיה וסכנותיה של התביעה הנגזרת, נקבעו מגבלות על הגשתה בדמות הליך סדור הכולל תנאים מיוחדים להגשתה ודרישה לאישורו של בית המשפט, המעוגן בסעיף 198(א) לחוק החברות (**עניין מנשה** פסקאות 27-28; **עניין אנטורג** פסקה 16; ע"א 6913/18 **שקדי נ' הרודיום השקעות בע"מ**, פסקה 21 (4.8.2020)).

35. על מנת שבית המשפט יאשר הגשת תביעה נגזרת, על המבקש את אישור התביעה כתביעה נגזרת להראות שלחברה קיימת עילת תביעה, שהתביעה וניהולה הן לטובת החברה ועשויים לתרום להגדלת ערכה, וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב (רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות נ' כהן**, פסקה 16 (26.4.2015), (להלן: **עניין אפריקה ישראל**); ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ'**, פסקה 17 (28.12.2016), (להלן: **עניין ורדניקוב**)). הדעה המקובלת היא כי גם שיקולי צדק נכללים בשיקוליו של בית המשפט, לצד שיקולי הרתעה ושיפור ממשל תאגידי (עניין **אנטורג** פסקה 17).

<u>מעמדה של סינקו לעניין הגשת התביעה הנגזרת</u>

36. כאמור, נקסט טוענת שיש לדחות את הבקשה על הסף מהטעם שסינקו אינה צד להסכם המייסדים. כהן ש"להטט" בכובעיו השונים במספר חברות, עשה שימוש בחברות שבבעלות אביו ובחוסנן הכלכלי, ואף התחייב בשמן ביחס למתחם נופר. כך למשל, הסכם המייסדים נחתם על ידי כוכב התחדשות וההסכם עם החברה המקדמת נחתם על ידי כוכב הנגב (ר' למשל עמ' 8 לפרוטוקול ש' 13 עד עמ' 9 ש' 3; עמ' 23-17). רצונה של נקסט היה להתקשר עם חברות אלה, נוכח חוסנן הכלכלי וותק הפעילות שלהן, אך בסופו של דבר סינקו "השתחלה" לחברה כבעלת מניות.

נקסט התייחסה בהרחבה לנושא זה, אך דומה שטענתה הקונקרטית היא שמכיוון שסינקו אינה צד להסכם המייסדים, אין בינה לבין המשיבה יריבות ולכן היא אינה יכולה להעלות טענות הקשורות לזכויות הנובעות לטענתה מהסכם המייסדים.

37. לא אוכל לקבל את טענתה זו של נקסט. החברה שהוקמה מכוח הסכם המייסדים היא החברה המשותפת שבעלי מניותיה הם סינקו ונקסט. למעשה לא הייתה מחלוקת אמיתית לעניין זה, ולמעלה מן הנדרש, הובאו ראיות לכך שהיא גם שפעלה במתחם נופר מול הדיירים, ניהלה עמם משא ומתן, חתמה מולם על הסכמים, ואף נרשמו לטובתה הערות אזהרה (ר' עדות כהן בעמ' 25 לפרוטוקול ש' 32-33; עמ' 27 ש' 8-10; עמ' 40 ש' 9-12, ועדות פלוס בעמוד 100 ש' 33-35). סינקו היא בעלת המניות הרשומה בחברה וגם הדירקטורית בה. לא עלתה טענה לפיה נקסט לא הייתה מודעת לכך שהגם שהסכם המייסדים נחתם עם כוכב התחדשות בפועל סינקו היא בעלת המניות.

אין המדובר בתביעה שבמרכזה זכויותיה של סינקו כפועל יוצא מהסכם המייסדים, כי אם בקשת אישור להגשת תביעה נגזרת שבמרכזה טענה לפיה לחברה המשותפת שהוקמה מכוח הסכם המייסדים יש עילת תביעה. במצב דברים זה, סינקו כבעלת מניות ודירקטורית בחברה, היא בעלת המעמד הנדרש להגשת הבקשה.

<u>דרישת הפניה לחברה</u>

38. לא אוכל גם לקבל את עמדת נקסט לפיה ראוי היה לסלק את התביעה על הסף בהעדר פניה מקדימה לחברה.

39. סעיף 194(ב) לחוק החברות קובע את חובתו של המעוניין להגיש תביעה נגזרת לפנות בכתב לחברה בדרישה כי תמצה את זכויותיה על דרך של הגשת תובענה. בצד זאת קובעת הוראת סעיף 194(ד)(1) לחוק, כי חובה זו לא תחול מקום בו למחצית או יותר מיחידי האורגן המוסמך להחליט על הגשת התביעה יש עניין אישי בהחלטה.

40. בענייננו, עסקינן בחברה שהמבקשת והמשיבה מחזיקות כל אחת במחצית ממניותיה והן גם הדירקטוריות בה. בנסיבות אלה, מתקיימות הנסיבות הנזכרות בסעיף 194(ד)(1) לחוק החברות, שכן עסקינן בתביעה נגד החברה הדירקטורית שהיא גם בעלת מחצית ממניות החברה ואין תכלית ממשית לפניה לדירקטוריון החברה בבקשה שיפעל להגשת תביעה בשמה של החברה (השוו: תנ"ג (מחוזי-מרכז) 35551-06-14 **אדלר נ' לבנת** (15.2.2015); תנ"ג (מחוזי-ת"א) 41138-11-12 **נעים נ' רגב** (10.10.2013) (להלן: **עניין רגב**)).

<u>האם התביעה וניהולה הם לטובת החברה</u>

41. במסגרת בחינת השאלה אם התביעה וניהולה הם לטובת החברה, על בית המשפט לבחון, בין היתר, קיומה של עילת תביעה לכאורית ואת סיכויי הצלחת התביעה (**עניין אנטורג** פסקה 18). זאת, שכן ניהול תביעה שאין תשתית עובדתית ראייתית להגשתה, אינה יכולה להיות לטובת החברה (תנ"ג (מחוזי-ת"א) 61475-07-14 **דהן נ' דהן**, פסקה 12 (16.5.2019) (להלן: **עניין דהן**), ערעורים שהוגשו "נמשכו" בהמלצת בית המשפט (ע"א 4031/19 **רביד א.ר אחזקות בע"מ נ' דהן** (11.11.2020)). על בית המשפט לבחון אם יש בעובדות שפורטו כדי להקים עילה משפטית לקבלת הסעד של תביעה נגזרת ולאחר מכן להידרש לבחינת התשתית הראייתית (**עניין אפריקה ישראל** פסקאות 19-18).

42. נוכח פערי המידע המובנים בין המבקש לבין החברה, הנטל המוטל על המבקש בשלב הדיון בבקשה לאישור התביעה כתביעה נגזרת, הוא ברמה הלכאורית. מכאן שעל מבקש האישור להניח תשתית ראייתית ראשונית שתצביע על סיכוי לכאורי להצלחת התביעה (עניין **אפריקה ישראל** פסקה 16; עניין **ורדניקוב**, פסקה 17). בצד זאת נקבע שעל מנת לעמוד ברף ההוכחה לכאורה לקיומה של עילת תביעה נגזרת לא די ב"רסיסי מידע" (עניין **אפריקה ישראל** פסקה 17; **עניין ורדניקוב**, פסקה 17; סטיבן גולדשטיין "תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה" **משפטים** יד 48, 61-67 (1984)). בעניין **אפריקה ישראל** עמד כבוד השופט י' עמית על גישתו לפיה נדרשת בחינה מחמירה ומעמיקה יותר מזו הנוהגת בבקשה למחיקה על הסף בהיעדר עילה, ואילו כבוד השופט נ' סולברג עמד על גישתו לפיה אין להחמיר יתר על המידה ויש לבחון על מכלול הראיות, ובין היתר להתחשב

במעמדו של מבקש האישור ופערי המידע (שם פסקה 18 לחוות דעתו של כבוד השופט י' עמית ופסקה 14 לחוות דעתו של כבוד השופט נ' סולברג). על יסוד דברים אלה, הובעה בפסיקת בתי המשפט עמדה, לפיה הגם שמבקש האישור אינו נדרש לעמוד בנטל ראייתי של מאזן הסתברויות, הרי שהרף הראייתי שיידרש מהמבקש ייקבע לגופו של מקרה קונקרטי. זאת, כפונקציה של פערי המידע בין הצדדים, מכלול הראיות שהוצגו בפני בית המשפט ואם הן משקפות את כלל הראיות הרלוונטיות או שמא ישנן ראיות שטרם הוצגו שעשויות לשנות את התמונה העובדתית. כך, ככל שהתמונה העובדתית שהוצגה בפני בית המשפט בשלב בקשת האישור היא מלאה יותר, יועלה הרף הראייתי המוטל על המבקש (תנ"ג (מחוזי-ת"א) 13663-03-14 **ניומן נ' פיננסיטק בע"מ**, פסקה 30 (24.5.2015); עניין **דהן**, פסקה 13; תנ"ג (מחוזי - ת"א) 57806-05-19 **חזקי נ' חג'ג'**, פסקה 21 (16.12.2021) (להלן: **עניין חג'ג'**), יוער כי ערעור שהוגש נמחק תוך שמירת זכויות הצדדים והתיק הושב לבית המשפט המחוזי לבחינת הבקשה לאישור הסכם פשרה (ע"א 1084/22 **חזקי נ' חג'ג'** (29.1.2023); תנ"ג (מחוזי-מרכז) 40896-01-13 **בי-4 בע"מ נ' אודיו פיקסלס בע"מ**, פסקאות 47-49 (29.11.2016) (להלן: **עניין בי-4**)). במסגרת הדיון בערעור שהוגש ב**עניין בי-4**, אושרה עמדת בית המשפט המחוזי שמצא להעלות את רף ההוכחה הנדרש על מנת להשתכנע שניהול התביעה הוא לכאורה לטובת החברה, שכן נפרשה בפניו תשתית ראייתית רחבה שכללה את עדויות המעורבים העיקריים המצויים בהליכים משפטיים ממושכים (ע"א 2988/17 **בי-4 בע"מ נ' אודיו פיקסלס בע"מ**, פסקאות 7-8 (12.2.2019)).

43. בענייננו, סינקו, המבקשת לשכנע שיש מקום להגשת תביעה נגזרת מחזיקה במלוא המידע והנתונים הרלוונטיים. כהן הבהיר כי הוא שניהל את המגעים והמשאים ומתנים הנוגעים למתחמים השונים במתחם שבקיבוץ גלויות, מטעמן של כלל החברות הרלוונטיות, ומול כלל הגורמים הרלוונטיים ובכללם החברה המקדמת וחדד (סעיף 5 לתצהירו המשלים של כהן, עמודים 44-46 לפרוטוקול הדיון). בנסיבות אלה אין גם פערי מידע בין הצדדים ביחס לאופן בו גובש הסכם המייסדים שמכוחו הוקמה החברה המשותפת. בכל הנוגע למגעים ביחס לביצוע המתחמים השונים, העידו העדים הרלוונטיים - כהן, חדד, פלוס ואף עו"ד זגורי - כך שהתמונה הראייתית נפרשה בפניי באופן נרחב. אכן, לא כל ההתכתבויות בין כהן לבין חדד הוגשו, אך זאת מהטעם שסינקו בחרה שלא להגישן (עמוד 74 לפרוטוקול הדיון ש' 25 עד עמוד 75; עמוד 61 לפרוטוקול הדיון ש' 14-15). בנסיבות אלה, יש הצדקה לבחינה מעמיקה ומחמירה של סיכויי התביעה והעלאת הרף הנדרש מסינקו לשכנע, שהראיות שבידיה משכנעות לכאורה בנכונות טענותיה וניהול התביעה הוא לטובת החברה.

<u>עילת תביעה ובחינת ההתשתית הראייתית בענייננו</u>

44. טענתה של סינקו היא שנקסט גזלה מהחברה הזדמנות עסקית שהייתה שייכת לחברה. כאמור, במסגרת הבקשה העלתה גם טענה בדבר אי קיום הסכם המייסדים בשל עיכוב בתשלומים,

אך זו לא נזכרה בסיכומיה ועל כן יש לראותה כטענה שנזנחה על ידה (ע"א 447/92 **רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפרשיין**, פ"ד מט (2) 102 (1995); ע"א 3432/17 **טופז נ' יוכט**, פסקה 23 (16.4.2020)), ובדין כך.

45. מקור העילה המשפטית לטענה בדבר ניצול הזדמנות עסקית של החברה הוא בחובת האמונים המוטלת על נושאי משרה. חובה זו קבועה בסעיף 254לחוק החברות ולפיו:

> "(א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה -
>
> (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;
>
> (2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה;
>
> (3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;
>
> (4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידיו בתוקף מעמדו בחברה.
>
> (ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר".

46. הכוח הניתן לנושא המשרה במסגרת תפקידו הוא על מנת שיקדם את טובתה של החברה, ולא את טובתו האישית. הטלת חובת האמונים מקדמת פני חשש שמא יעדיף את טובתו האישית ומיועדת למנוע ממנו מלעשות כן (עניין **דהן**, פסקה 15; **עניין חג'ג'**, פסקה 24; א. חביב סגל, **דיני חברות** (2007), עמ' 497 (להלן: **חביב סגל, דיני חברות**); זהר גושן ואסף אקשטיין, **דיני חברות** (2023), 252 (להלן: **גושן ואקשטיין, דיני חברות**)). לתפיסת המלומד ע' ליכט "...ניתן למצות את תוכנה של חובת האמון בעזרת שני כללים: איסור על ניגוד עניינים וחובה לגלות גילוי מלא" (ע' ליכט, **דיני אמונאות - חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** (2013), עמ' 52 (להלן: **ליכט, דיני אמונאות**)).

47. סעיפי המשנה של סעיף 254 לחוק הם בבחינת דוגמאות לאיסורים החלים מכוח החובה הכללית והם אינם ממצים את כלל החובות החלות על נושא משרה מכוחה (**עניין ורדניקוב**, פסקה 46 לפסק דינו של כבוד השופט י' עמית; תא (מחוזי-ת"א) 29021-08-20 **צור נ' אמפיריקל הייר בע"מ**, פסקה 78 (6.8.2023) (להלן: **עניין אמפיריקל**); ע' ליכט, "יחסי אמונאות בתאגיד - חובת האמון" **משפט ועסקים** יח', 237, 257 (2014)).

האיסור להימנע "מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר" המופיע בסעיף 254(א)(3), הוא ביטוי מובהק של חובת האמונים המוטלת על נושא המשרה (**חביב סגל**, **דיני חברות** בעמ' 500; **ליכט, דיני אמונאות** עמ' 54; יהודית קורן "דוקטרינת

ההזדמנות העסקית - אמצעי להגנת עסקיה של החברה", **הפרקליט** מה 350 (2001) (להלן: **קורן, דוקטרינת ההזדמנות העסקית**)). איסור זה מבטא הכרה בשני אינטרסים חשובים של החברה. האחד, לאפשר לנושא המשרה גישה למידע שהוא נחלתה על מנת שיוכל למלא את תפקידו על הצד הטוב ביותר. השני, לסמוך על נושא המשרה, שלא ינצל לטובתו האישית את המידע והמשאבים של החברה שהוא נחשף להם, ושבהחלטותיו במסגרת תפקידו לא ישקול את האינטרס האישי שלו אלא את טובת החברה (**קורן, דוקטרינת ההזדמנות העסקית**, עמ' 354).

48. הואיל והאיסור המוטל על נושא המשרה הוא לנצל הזדמנות עסקית "של החברה", השאלה המרכזית היא אפיון ההזדמנות הנדונה כהזדמנות "של החברה" להבדיל מהזדמנות עסקית שאינה כזו, שאז אין מניעה שנושא המשרה ייהנה ממנה באופן פרטי, בכפוף ליתר חובות האמון שהוא חב. המענה לשאלה זו אינו תמיד פשוט וברור שכן בצד מקרים מובהקים, ישנם מצבים מורכבים שבהם הגם שמדובר בהזדמנות שהחברה עשויה להיות מעוניינת בה, היא אינה כזו השייכת לה (**עניין חג'ג'**, פסקה 25). סוגיה מורכבת זו טרם הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון אך נדונה בהרחבה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים (ראו: **עניין דהן**; **עניין חג'ג'**; ת"א (מחוזי-ת"א) 2290/07 **סלע נ' ארבל** (6.11.2008) (להלן: **עניין סלע**); תא (מחוזי-ת"א) 31523-06-20 **שאלתיאל נ' רני צים מרכזי קניות בע"מ** (14.10.2021); ת"א (מחוזי-ת"א) 44890-02-18 **אלנקיב נ' טבצ'ניק** (2.1.2022) (להלן: **עניין אלנקיב**); תנ"ג (מחוזי-ת"א) 20136-09-12 **ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ** (21.10.2013) (להלן: **עניין פאנגאיה**); תנ"ג (מחוזי-ת"א) 51021-02-13 **כסיף יועצים לשירות מעליות בע"מ נ' אפרתי** (16.3.2016) (להלן: **עניין כסיף**); **עניין אמפיריקל**).

49. לענייננו, בו עסקינן בחברה פרטית שלה שתי בעלות מניות שהן גם נושאות המשרה, רלוונטיים המבחנים המקיפים שהותוו **בעניין דהן** על יסוד ניתוח הרציונלים לאיסור נטילת הזדמנות עסקית של החברה, ואשר יושמו בפסיקת בתי המשפט.

יוער, כי בתי המשפט עמדו על כך שלעניין המבחנים לאפיון הזדמנות עסקית קיימות הבחנות רלוונטיות בין חברות פרטיות שלהן מספר מצומצם של בעלי מניות, לבין חברות ציבוריות. זאת, בין היתר, נוכח מורכבות ההתחקות אחר הסכמה ממשית בחברות ציבוריות, הגמישות המאפיינת אותן בהרחבת תחומי פעילותן וציפיית בעלי המניות בהקשר זה (חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה, אלון לוקסנבורג "נטילת הזדמנות עסקית: היקף אחריותו של נושא משרה בחברה ציבורית בגין נטילת הזדמנות עסקית של החברה", **משפטים** נג, 1 (2022) (להלן: **כבוב, אברהם-גדליה ולוקסנבורג, נטילת הזדמנות עסקית**); גושן ואקשטיין, **דיני חברות**, 254-255; **עניין חג'ג'**, פסקאות 30-31). לעת הזו טרם התגבשו מבחנים ברורים בפסיקה בהקשר של חברות ציבוריות, אך כאמור, עניינו הוא בחברת מעטים.

50. המבחן המרכזי לזיהוי הזדמנות עסקית כהזדמנות השייכת לחברה פרטית הוא מבחן ההסכמה. טעמו ומרכזיותו של מבחן זה ברורים, שכן מושכלת יסוד היא שחברה שייכת לבעלי

מניותיה וככלל פעולה הנעשית בהסכמת כלל בעלי מניותיה לא תיחשב כהפרת אמונים כלפי החברה (**עניין חג'ג'**, פסקה 28 ; ע"א 7594/16 **עו"ד מולכו, המנהל המיוחד נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ**, פסקה 41 (25.3.2021) ; דנ"א 5286/04 **הררי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פסקה 4 (24.1.2006) ; ע"א 995/90 **אדורם מהנדסים בע"מ נ' חנה גת**, פסקה 5 (14.7.1992)).

51. משכך, מקום בו קיימת הסכמה מפורשת של בעלי המניות באשר לתחום הפעילות של החברה, ניתן להניח שבתחומים שהוסכמו כתחומי הפעילות של החברה בעלי המניות יפעלו רק במשותף, והזדמנות עסקית בתחום זה היא הזדמנות של החברה שנאסר על נושא המשרה לנצלה. לעומת זאת, אין מניעה שהצדדים ימשיכו לפעול באופן פרטי בתחומים אחרים, ואין איסור על נושא משרה לנצל הזדמנויות עסקיות בתחומים אלה באופן אישי (**עניין דהן** פסקה 19-18 ; **עניין סלע** ; **עניין חג'ג'**, פסקאות 27-28). יש לתת את הדעת לכך שההסכמה הנדונה היא הסכמה בין בעלי המניות ולא עם נושאי המשרה. עם זאת, מכיוון שבחלק ניכר מחברות המעטים, כמו בענייננו, בעלי המניות הם גם הדירקטורים, הרי שממילא משקפת הסכמתם גם את הסכמות נושאי המשרה (**עניין חג'ג'**, פסקה 29).

במקרים בהם אין הסכמה מפורשת ביחס לתחום העיסוק של החברה, מנסה בית המשפט להתחקות אחר הסכמת הצדדים בעזרת כלים של פרשנות חוזים (**עניין דהן** פסקאות 21-20 ; **עניין חג'ג'** פסקה 29 ; **עניין אלנקיב**, פסקה 50). כחלק מאיתור ההסכמה המשתמעת בין הצדדים תיבחן גם התנהלות החברה וכן השאלה אם מדובר בהזדמנות עסקית שלחברה יש ביחס אליה "אינטרס קיים או ציפייה הנובעת מזכות קיימת", כך שיש לראותה כהזדמנות של החברה (**עניין דהן**, פסקה 21).

52. כאשר אין הסכמה מפורשת בין בעלי המניות וגם לא ניתן להתחקות אחר הסכמה משתמעת שלהם, הוצעו **בעניין דהן** מבחנים נוספים לגיבוש מסקנה בשאלה אם מדובר בהזדמנות עסקית "של החברה". מבחנים אלה נובעים מהרציונלים שביסוד האיסור על ניצול הזדמנות עסקית של החברה (**עניין דהן**, פסקה 22 ; עמיר ליכט "הזדמנות פז-היבטים בניצול הזדמנות עסקית של חברה" **נקודה בסוף משפט** (28.5.2019)).

הראשון, הוא מבחן שביסודו הרציונל הקנייני ולפיו משאביה של החברה, המוחשיים ואלה שאינם מוחשיים, ובכלל זה הידע והמידע שברשותה, הם קניינה ותכליתם לקדם את טובתה. מכאן, שניצול של משאבי החברה על ידי נושא המשרה לצורך קידום טובתו הפרטית בניצול ההזדמנות העסקית, הוא אינדיקציה לכך שמדובר בהזדמנות של החברה. לא כל שימוש במשאבי החברה, אפילו הוא פסול, מלמד על נטילת הזדמנות עסקית מהחברה, ויש לבחון את היקף השימוש ומידת ההכרחיות שבו לטובת ניצול ההזדמנות העסקית - על מנת שיהווה אינדיקציה לכך שהיא שייכת לחברה (**עניין דהן**, פסקה 23 ; **עניין חג'ג'** פסקה 53).

גם מידע יכול להיות משאב של החברה ועל כן קניינה. משכך, בדרך כלל ניתן לראות מידע על הזדמנות עסקית כנכס של החברה, מקום בו הגיע לידיעתו של נושא המשרה בכובעו ככזה (**עניין דהן**, פסקאות 25-26 ; **עניין חג'ג'** פסקה 53). מקום בו עסקינן בנושא משרה שתפקידו בחברה הוא איתור הזדמנויות עסקיות, אזי קיימת נטיה לראות בכל הזדמנות עסקית, בתחום פעילותה של החברה, שהוא נתקל בה בתקופה בה היה נושא משרה, כהזדמנות עסקית של החברה (**עניין דהן**, פסקה 27 ; **עניין חג'ג'** פסקה 50).

מבחן נוסף שגובש בפסיקה הוא מבחן איסור התחרות. לפי מבחן זה, מקום בו ניצול ההזדמנות העסקית יוביל את נושא המשרה להפרת האיסור על תחרות בעסקי החברה, תחשב ההזדמנות העסקית כהזדמנות של החברה. למעשה, גם מבחן זה מבקש לתור אחר הגדרת "תחום הפעילות של החברה", זאת על ידי בחינת התחרות שתיווצר בין נושא המשרה לבין החברה, מתוך הנחה שכזו תיווצר ככל ששתי הפעילויות הן באותו התחום (**עניין דהן**, פסקה 32 ; **עניין חג'ג'** פסקה 51 ; ת"א (מחוזי-מרכז) 13484-03-09 **חיטרון נ' טלר**, פסקה 40 (17.12.2013)).

53. תכליתם של המבחנים שהותוו בפסיקה הוא לגדר את ההזדמנויות העסקיות שיש הצדקה לראותן כשייכות לחברה, כך שחובת האמון אוסרת על נושא המשרה לנצלן לטובתו הפרטית, ולבדלן מאחרות שהוא חופשי ליהנות מהן בכפוף לקיום יתר חובותיו. עם זאת, יכול ויישומם של המבחנים במקרה קונקרטי יוביל לתוצאות שונות, והמסקנה תתגבש מבחינת מכלול הנסיבות הרלוונטיות. להלן אבחן את יישומם של המבחנים שהותוו בפסיקה על הנסיבות הכוללות בעניין שלפניי.

54. אקדים ואומר, כי לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ונפרשה בפני המסכת העובדתית, הגעתי למסקנה לפיה סינקו לא הצליחה להרים את הנטל המוטל עליה ולהציג תשתית ראייתית לכאורית לכך שמתחם דבורה הוא הזדמנות עסקית "של החברה", ולכך שנקסט הפרה את חובת האמון שלה כלפי החברה שעה שנטלה לעצמה את ביצוע הפרויקט במתחם זה.

<u>בחינת ההסכמות בין הצדדים</u>

55. לאחר שבחנתי את התשתית הראייתית ואת טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה לפיה החברה המשותפת הוקמה לתכלית של ביצוע מתחם נופר, וזהו תחום פעילותה המוסכם. לא הייתה הסכמה במפורש או במשתמע להרחבת תחום פעילותה של החברה, לא במועד הקמתה, וגם לא לאחר מכן. להלן יובאו טעמיי.

<u>מטרת התאגדותה של החברה המשותפת הייתה ביצוע מתחם נופר</u>

56. בבקשת האישור טענה סינקו כי מטרת ההתאגדות באמצעות החברה הייתה להוציא לפועל הזדמנויות עסקיות במתחם קיבוץ גלויות שבקריית מלאכי (סעיפים 1, 4 לתצהיר כהן בבקשת האישור). כך גם טען כהן בעדותו והבהיר כי הכוונה הייתה להוצאה לפועל של הזדמנויות עסקיות

בכלל מתחם קרית מלאכי, שהוא המתחם בקיבוץ גלויות הכולל 5 תתי מתחמים (עמוד 67 לפרוטוקול ש' 18-32).

57. לא הייתה מחלוקת בין הצדדים שהפעילות במתחם בקיבוץ גלויות החלה בשלהי שנת 2017 על ידי כהן שפעל מטעם כוכב התחדשות או כוכב הנגב. מגעים אלה החלו בעקבות היכרות בינו לבין פלוס, בעל השליטה בחברה המקדמת את פרויקט הפינוי בינוי במתחם שבקיבוץ גלויות (סעיף 10 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור ; סעיף 3 לתצהיר פלוס). בעקבותיהם הגישה כוכב התחדשות הצעה למתחם נופר, שהוא אחד מתוך חמישה המתחמים ואף החלה במשא ומתן מול בא כוחם של הדיירים במתחם (סעיפים 7, 12 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור).

58. במקביל למגעים אלה, קיימה כוכב הנגב משא ומתן מול חדד שפעל מטעם נקסט לגבי שותפות במתחם נופר (סעיף 13 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור). כך העיד עו"ד זגורי, המייצג את החברות שכהן פועל באמצעותן, כמו גם חברות שבשליטת חדד :

> "אם אני זוכר נכון, העסקה התחילה על ידי שלומי, וכשאני אומר שלומי אני לא יודע אם זה כוכב הנגב או התחדשות, לדעתי העסקה התחילה עם שלומי ולדעתי, גם אני הצגתי לחבר בין שלומי לבין רמי לגבי העסקה הזו ועסקאות נוספות במתכונת שבה רמי - שזה חברת נקסט ויש לו חברות נוספות, במקרה הזה חברת נקסט, שתממן את ההוצאות עד להוצאת העסקה לפועל. אני חושב שזה גם כתוב בהסכם עצמו. סעיף 9 עד להיתר הבניה.
>
> פניתי לרמי, אמרתי לו שיש עסקה בקרית מלאכי של פינוי בינוי והעסקה היא כזו שבגלל ששלומי הביא את העסקה, אז הוא צריך להביא את ההון העצמי עד לקבלת ההיתר". (עדות עו"ד זגורי עמוד 159 לפרוטוקול הדיון, ש' 11-18)

59. הסכם המייסדים נחתם בעקבות מגעים אלה, על ידי כוכב התחדשות ונקסט, ובהמשך התאגדה החברה שבעלות מניותיה הן סינקו ונקסט (סעיפים 2 ו-13 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור).

60. ביחס להסכם המייסדים העידו העדים הרלוונטיים. כאמור, כהן הבהיר שהוא ניהל את המשא ומתן בכל היבטי הפעילות במתחם שבקיבוץ גלויות (עמודים 44-46 לפרוטוקול הדיון) והוסיף שהבחירה לבצע התקשרות עם אחת מהחברות שהוא נושא משרה או בעל שליטה בהן נובעת משיקולי מיסוי או אסטרטגיה (עמוד 89 לפרוטוקול הדיון ש' 19-30). מן הצד השני העיד חדד, בעל השליטה בנקסט ומי שפעל מטעמה.

61. בהסכם המייסדים מיום 22.1.2018 שצורף לבקשת האישור (נספח 2 לבקשת האישור) יש מידה של חוסר בהירות. בפתח ההסכם, כבר ב"הואיל" הראשון מובהר כי מוקמת חברה משותפת על מנת לבצע פרויקט שפרטיו אמורים היו להיות מפורטים בפתחו של ההסכם. אלא שפרטיו של הפרויקט שלצורך ביצועו הוקמה החברה המשותפת חסרים:

> "והצדדים מעוניינים להתקשר יחדיו באמצעות חברה שתוקם על ידם (להלן: "**החברה החדשה**") בהסכם לביצוע פרויקט בניה בהתאם להוראות "פינוי בינוי" ו/או בכל מיתווה תכנוני אחר שיאושר ע"י עירית קרית מלאכי במקרקעין הידועים כגוש _____ חלקות ____ וכן חלקה _____ והכוללים ____ דירות, מתוכן ____ הינן דירות בבעלות עמידר (להלן: "**הפרויקט**")".

62. בכך לא מתמצה חוסר הבהירות שבהסכם המייסדים. כך, בהואיל השני מוגדר שוב "הפרויקט" בלשון יחיד (לשון יחיד חוזרת גם סעיפים נוספים כגון 2.1, 4.6, 5.1, 7.2, 7.3, 9.2 ובסעיף 4.1 נאמר שביצוע הפרויקט יהיה בהתאם ל"היתר בניה שיתקבל לפרויקט"), אך בהואיל החמישי נאמר שהצדדים מעוניינים למסד את השותפות בחלקים שווים לצורך "ביצוע הפרויקטים". בסעיף 6.1 נכתב ש"לצורך הגשת פרויקט קרית מלאכי, יקימו הצדדים חברה משותפת", אך המונח "פרויקט קרית מלאכי" אינו מוגדר בהסכם.

63. בבקשה האישור ביקשה סינקו להיבנות מאי בהירות זו, ובעיקר מכך שההסכם אינו נוקב בפרטי מתחם נופר:

> "עו"ד נחושתן: אז קודם כל אנחנו מסכימים שבהסכם המייסדים לא כתוב מתחם נופר נכון?
> העד, מר חדד: אנחנו מסכימים,
> עו"ד נחושתן: כשאמרת מקודם טעית.
> העד, מר חדד: אנחנו מסכימים שלקראת ינואר 2018 כששלומי כהן הציג את עצמו כנציג של כוכב הנגב, של אבא שלו אנחנו חתמנו על פרויקט ספציפי בלבד. בהמשך זה השתקלל לכדי הסכם מייסדים. כמובן שמדובר רק במתחם 1 [מתחם נופר, מ.ר], 144 יחידות עם גוש וחלקה ספציפיים.
> עו"ד נחושתן: השאלה הייתה ברורה. האם נכון שבהסכם המייסדים אין התייחסות למתחם נופר?
> העד, מר חדד: כן נכון". (עמוד 136 לפרוטוקול ש' 15-25)

64. סינקו הוסיפה וטענה כי שעה שכהן הציג בפני חדד את ההצעה לביצוע פרויקט מתחם דבורה במסגרת החברה המשותפת הוא פעל בהתאם לחובתו מכוח סעיף 2.1 בהסכם המייסדים (סעיפים 30 ו- 34.1 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור). לפי טענה זו ההזדמנות העסקית הגיעה

לידי החברה בזכות כך שכהן קיים את חובתו הקבועה בסעיף האמור, להקצות את משאביו לחברה, ובכלל זה ידע, ניסיון מוניטין ומומחיות.

65. אלא שמהתשתית הראייתית שהוצגה עולה, כי על אף שבנוסח ההסכם לא מולאו פרטי הפרויקט שלשם הקמתו הוקמה החברה, הרי שלצדדים ברור היה, וזו הייתה כוונתם, שההסכם נחתם ביחס לביצוע מתחם נופר, וזו תכלית הקמת החברה.

66. נתון זה עלה בבירור מעדותו של עו"ד זגורי, שכאמור יצר את הקשר בין הצדדים ביחס לעסקה הקונקרטית (דיון מיום 14.12.2022 עמוד 159 ש' 19-20). עו"ד זגורי, שהצדדים לא חלקו על מהימנותו, הבהיר כי ההתקשרות בין הצדדים בהסכם המייסדים הייתה התקשרות לצורך העסקה במתחם נופר שהובאה על ידי כהן. לאחר שתיאר את האופן שבו נוצר הקשר, כפי שצוטט לעיל, הבהיר כי העסקה שנדונה הייתה ביצוע מתחם נופר:

> "ש: איזה עסקה ובאיזה מתחם?
> ת: בזמנו לא ידעתי שקוראים לזה מתחם נופר, ידעתי רק שמדובר בכמות דומה של דירות שנחתמו בפועל. יכול להיות, רמי גם כהרגלו שואל מה סכום ההוצאות הצפוי, לא זוכר מה בדיוק אמרתי לו, אבל הוא הסכים לתנאים המסחריים והוא חתם" (בעמוד 159 לפרוטוקול ש' 18-21).

עו"ד זגורי גם הסביר שבהסכם המייסדים שנחתם בינואר 2018 נותרו קווים ריקים בהגדרת הפרויקט משום שבאותה עת לא ידעו מה מספרן של "דירות עמידר" מתוך כלל הדירות במתחם, וסברו שכדי לקדם את העסקה יותירו את הקווים ריקים כך שהצדדים, או באי כוחם, יוכלו למלאם בעתיד (עמוד 163 לפרוטוקול הדיון ש' 1-5). והוא הוסיף והבהיר ביחס להסכם המייסדים:

> "**זה הסכם ספציפי** ובא אלי שלומי עם עסקה מסוימת, שהצגתי אותו לרמי. בהסכם הזה רמי מתחייב לתת הון עצמי עד להיתר הבניה, מדובר בלא מעט כסף, במיליונים. **אם היה צריך להוסיף עוד מתחמים, אני מניח שהם היו צריכים לדבר או לסכם ביניהם**, אין לי מושג איך הם מתנהלים ביניהם. לא יכול לחזות את ההתנהלות ביניהם, מה הם אמורים לעשות ביניהם. לא סתם יש שם מקום לגוש וחלקה ומספר דירות. אני זוכר שוב שזה היה ריק במקור. **אבל מלכתחילה אם אני מציין כמות מסוימת של דירות, אז כל צד יודע לכלכל את צעדיו**. אחד יודע כמה הוא שם הון עצמי על חשבון הצד השני למשל ביחס לאותו פרויקט שהם חתמו עליו והצד השני יודע כמה לחייב" (עמוד 160 לפרוטוקול הדיון ש' 18-24, ההדגשות הוסיפו, מ.ר)

67. למעשה, במהלך חקירתו הנגדית, גם כהן אישר את הדברים:

> "עו"ד עמבר: לא, הפוך, הפוך. תגיד לי למה, לשם מה, אני חוזר על השאלה ותכף אני אמשיך אותה בעוד שאלה נוספת. לשם מה הוקמה כוכב ונקסט קיבוץ גלויות? לאיזה פרויקט?
> העד, מר כהן: לצורך שותפות בפרויקט במתחם נופר". (עמוד 57 לפרוטוקול הדיון ש' 14-17; אך ראו דבריו השונים בעמוד 67 ש' 18-32).

68. גם מבחינה מהותית מתיישב הסכם המייסדים עם הקמת חברה לטובת ביצוע פרויקט ספציפי. זאת, מהטעם שבמסגרת ההסכם הוגדר שיתוף הפעולה בין הצדדים כך שנקסט נושאת במלוא העלויות עד לקבלת היתר בניה ורק לאחר מכן יתחלק המימון באופן שוויוני בין הצדדים (סעיף 14 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור). עו"ד זגורי הבהיר כי מדובר במיליונים (עמוד 160 לפרוטוקול הדיון ש' 18-24). הסדר מסוג זה הוא הגיוני ככל שעסקינן בהקמת חברה לטובת עסקה ספציפית, שהיקף ההשקעה הנדרשת מנקסט ידוע ומוסכם. הוא הגיוני פחות כהסכמה לשיתוף פעולה כללי, כשהיקף ההשקעה הנדרשת מנקסט אינו ידוע. כאמור לעיל, עו"ד זגורי עמד על הדברים בעדותו באומרו "אם היה צריך להוסיף עוד מתחמים, אני מניח שהם היו צריכים לדבר או לסכם ביניהם..." (ראו הציטוט לעיל).

<u>ההזדמנות הנוגעת למתחם דבורה לא נדונה בין הצדדים טרם החתימה על הסכם המייסדים</u>

69. סינקו טענה שהיא הציעה לנקסט שותפות גם במתחם דבורה לפני החתימה על הסכם המייסדים ואף סוכם ביניהן כי לאחר שיוסכמו כל הסוגיות המשפטיות והמסחריות במתחם נופר, יחל משא ומתן לגבי מתחם דבורה (סעיפים 8-9 וסעיפים 17 ו-19לתצהירו של כהן בתמיכה לבקשת האישור). נטען, שעוד טרם החתימה על הסכם המייסדים ברור היה לצדדים וגם לפלוס ששיתוף הפעולה ביניהם הוא ביחס לשני המתחמים - נופר ודבורה (סעיף 17 לתצהירו המשלים של כהן).

גם בעדותו טען כהן כי "לפני שחתמנו על מתחם מספר 1 [מתחם נופר, מ.ר] חיים פלוס הציע את מתחם 2 [מתחם דבורה, מ.ר], אמר שבקרוב הוא יהיה רלוונטי לעשות אתו עסקה כרגע הוא לא רלוונטי ודיברנו, הכוונה הייתה שדובר כבר עוד לפני חתימת הסכם המייסדים עם כוכב התחדשות שיהיה כנראה בעתיד מתחם נוסף" (עמוד 29 לפרוטוקול הדיון ש' 33 עד עמוד 30 ש' 2; עמוד 50 ש' 8-9; עמוד 51 ש' 6-17).

70. אך סינקו לא הציגה את התשתית הראייתית הלכאורית הנדרשת לביסוס טענתה. כהן טען שקיימות אינדיקציות במסרונים לכך שעוד טרם חתימת הסכם המייסדים דובר בין הצדדים על מתחם דבורה, אך הגם שטען שניתן להציגן, נמנע מלעשות כן (עמוד 74 לפרוטוקול הדיון ש' 25 עד עמוד 75 ש' 2). בנוסף, האינדיקציה הראשונה שהוגשה לפנייה בעניין מתחם דבורה, היא זו שנכללה בנספח 4 לבקשת האישור מספטמבר 2018, חודשים לאחר חתימת הסכם המייסדים. פניה זו נפתחת

במילים "רמי שלום, שנה טובה. בהמשך לשיחתנו, מתחם נוסף כמו המתחם שלנו, 144 יחידות. תנאי העסקה: 2.2 אחוז כמו בעסקה הקודמת...". לשון הפניה מלמדת שהנושא של "מתחם הנוסף" עלה בין הצדדים בשיחה סמוך לפני שליחת המייל. מכל מקום, לא ניתן למצוא בה רמז לכך שעוד טרם החתימה על הסכם המייסדים ברור היה שהצדדים ישתפו פעולה גם ביחס למתחם זה.

71. גם פלוס לא אישר את טענת סינקו לפיה מתחם דבורה הוצע לכהן טרם החתימה על ההסכם מול החברה המקדמת ביחס למתחם נופר (עמודים 113 ש' 25 עד עמוד 114 ש' 25), ואף הבהיר "לא, אין מחלוקת על זה שדיברנו רק על מתחם נופר, לא דיברנו על שום מתחם אחר" (עמוד 114 לפרוטוקול הדיון ש' 24-25). הוא גם הצהיר כי כהן הודיע לו שבמתחם נופר יפעל בשיתוף פעולה עם נקסט, הציג לו את חדד והבהיר לו כי "... שיתוף הפעולה עם נקסט הוא אך ורק לפרויקט מתחם נופר" (סעיף 4 לתצהיר פלוס).

סינקו טענה נגד מהימנותו של פלוס ונכונות הצהרותיו, אך בהינתן שהנטל להצגת תשתית ראייתית לכאורית מונח על כתפיה, הרי שברור שעדותו אינה תומכת בקיומה של תשתית כזו.

מסקנת הדברים היא שלא הוצגה תשתית ראייתית ברף הנדרש לכך שביצוע משותף של מתחם דבורה נדון וסוכם בין הצדדים טרם החתימה על הסכם המייסדים.

<u>סינקו ונקסט הקימו חברות משותפות נוספות במקביל לפעילותן העצמאית בתחום</u>

72. סינקו ונקסט פועלות באופן עצמאי ביזום פרויקטים בתחום הנדל"ן בדגש על התחום של התחדשות עירונית. סינקו טענה כי היא מקדמת כ-30 פרויקטים ברחבי הארץ וזוכה לביקוש גדול מצד משקיעים ושותפים המעוניינים להשקיע בה ובפעילותה (סעיף 3 לתצהירו המשלים של כהן). גם נקסט עוסקת ביזמות בתחום הנדל"ן ובפרט בתחום של התחדשות עירונית (סעיף 14 לבקשת האישור, סעיפים 2 ו-8 לתצהיר המשלים של חדד). פעילותן העצמאית של שתי החברות בתחום הנדל"ן עלתה גם מעדותו של עו"ד זגורי, המייעץ לשתיהן (עמודים 157-163).

73. יתרה מזו, התברר כי הצדדים הקימו חברות נוספות לטובת שיתופי פעולה בפרויקטים ספציפיים נוספים בתחום הנדל"ן.

כדוגמאות בהקשר זה הוצגו שיתופי הפעולה בקרית גת וברמת גן שבשתיהן הוקמו חברות משותפות לצורך ביצוע הפרויקטים (סעיפים 8 ו-12-14 לתצהירו המשלים של חדד; סעיפים 2 ו-7 לתצהירו המשלים של כהן). חדד עמד על הדברים באומרו כי "בכל התקשרות עם שלומי נעשתה, נעשה למעשה התקשרות לפרויקט ספציפי" (עמוד 130 ש' 26-27). סינקו צירפה לתצהירו המשלים של כהן הסכם מייסדים שנחתם בינה לבין נקסט ביחס לפרויקט בקרית גת שגם בו שיתפו פעולה, וכן בקשה שהגישה בתביעה שהוגשה נגדה על ידי נקסט ביחס לפרויקט ברמת גן (נספחים 1 ו-5 לתצהירו המשלים של כהן). ממסמכים אלה עולה כי גם בקרית גת וברמת גן הוקמו חברות משותפות לטובת ביצוע פרויקטים קונקרטיים.

מעדות כהן עלה קיומם של מספר הסכמי שיתוף פעולה בין נקסט לבין אחת החברות שהוא פועל באמצעותן:

> "כן. כוכב הנגב וסינקו. גם בהסכמים מול נקסט **יש בערך 5 הסכמים** פעם זה בשם סינקו, פעם בכוכב התחדשות, זה היה גם עניינים של מיסוי וגם עניינים של אסטרטגיה של החברה". (עמוד 89 לפרוטוקול הדיון ש' 28-31, ההדגשות הוספו, מ.ר).

74. שיתופי הפעולה הנוספים בין הצדדים לא נזכרו בבקשת האישור, ומשהועלו טענה סינקו שאין ללמוד מהם לעניין כוונת הצדדים בהקמת החברה. נטען כי בהסכמים הנוספים שנחתמו בין הצדדים, השותפות בין סינקו לנקסט היא ביחס לכלל המתחם וכך סוכם תמיד בין הצדדים (סעיף 2 לתצהירו המשלים של כהן). אזכיר, כי בעניינו מלכתחילה ברור היה שסינקו ונקסט לא יוכלו לבצע את כלל המתחמים שבמתחם קיבוץ גלויות, שכן ביחס לחלקם היו כבר הסכמים עם קבלנים אחרים.

עוד נטען שפעילותה העצמאית של סינקו בקרית גת וברמת גן קדמה לשיתוף הפעולה בין הצדדים באותן הערים, ועל כן אינה מלמדת על הסכמת הצדדים לפעילות עצמאית מקבילה (סעיפים 4 ו-7 לתצהירו המשלים של כהן). טענה זו מוקשית בהינתן שגם לשיטת סינקו שתי החברות ממשיכות בפעילות עצמאית בתחום הנדל"ן, וגם לשיטתה החברה התאגדה לטובת הוצאה לפועל של הזדמנויות במתחם קיבוץ גלויות, ולא בקריית מלאכי ככלל.

75. מכל מקום, קיום פעילות עצמאיות של שתי החברות בתחום ההתחדשות העירונית, במקביל לפעילות החברה המשותפת באותו התחום, מטיל על סינקו נטל להראות שלמרות שמירת עצמאותן של החברות, לא יכולה להיות פעילות עצמאית כזו בתוך מתחם קיבוץ גלויות (השוו: **עניין סלע**). יתרה מזו, בהינתן שהצדדים שבפני נוהגים לשתף פעולה, ומגדירים בהסכמים ביניהם את הפרויקט הקונקרטי שבו ישתפו פעולה, על סינקו גם להראות שבענייננו חרגו ממנהגן. עליה הנטל להראות שעל אף שהסכם המייסדים נחתם ביחס למתחם נופר, ופרטיו של מתחם זה הם שהיו אמורים להיכלל בהגדרת הפרויקט שלשמו מוקמת החברה, הרי שבשונה משיתופי פעולה אחרים אין בכך כדי להגדיר את תחום פעולתה ככזה החל רק עליו. דומה שסינקו ניסתה לבסס טענה בדבר הסכמה על שיתוף פעולה גם ביחס למתחם דבורה, טרם החתימה על הסכם המייסדים, ביחס למתחם דבורה, אך כאמור לא הציגה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס טענה זו.

76. העולה מן האמור לעיל הוא, שהחברה המשותפת התאגדה לתכלית של ביצוע מתחם נופר, ובמועד חתימת הסכם המייסדים והקמת החברה זה היה תחום הפעילות המוסכם על בעלי מניותיה.

77. לא אוכל לקבל את עמדתה העדכנית של סינקו בסיכומיה לפיה הסכם המייסדים "שותק" לעניין מתחם הפעילות של החברה ואינו שולל ראיית מתחם דבורה כהזדמנות עסקית של החברה.

78. כפי שפורט לעיל, אני סבורה שהסכם המייסדים אינו "שותק". לפי הסכם המייסדים הוקמה החברה לתכלית של ביצוע פרויקט נופר, על ידי שני צדדים שממשיכים בפעילות עצמאית מקבילה אגב שיתופי פעולה קונקרטיים שלטובת ביצועם הקימו עוד חברות משותפות. כאמור, הסכם המייסדים ומכלול הנסיבות מלמדים שבמועד הקמת החברה הסכימו הצדדים על תחום פעילות משותף שהוא מתחם נופר. שעה שיש בין הצדדים הסכמה בדבר תחום פעילותה של החברה, מגדירה הסכמה זו גם את היקפה של חובת האמון של נושא המשרה הנקבעת "...בהתאם לתחומי העיסוק שהחברה המשותפת נועדה לעסוק בהם. עיסוק בתחום אחר, החורג מתחומים אלה, לא יכול להוות הפרה של חובת האמון" (**עניין סלע**, בעמוד 10).

79. לא אוכל גם לקבל את טענת סינקו, לפיה מהפסיקה ב**עניין חג'ג'** ו**בעניין פאנגאיה** עולה כי בהעדר "הסדר תיחום פעילות" לא ניתן לקבוע שתחום פעילותה של החברה הוגבל למתחם נופר, ולכן גם הזדמנויות עסקיות הקרובות במהותן לפעילות החברה, או כאלה המצויות ב"מעגל השני" תחשבנה כהזדמנויות עסקיות.

80. **בעניין חג'ג'** נדון עניינה של חברה ציבורית, ונקבע כי גם הזדמנויות החורגות מתחום הליבה של החברה אך לחברה יש אינטרס וציפייה לגבי עיסוק בהם בעתיד, יחשבו כהזדמנויות שלה. בית המשפט מצא שההזדמנות שנדונה באותו עניין נכללה ב"מעגל שני" ולכן היוותה הזדמנות של החברה, אך נוכח קיומו של "הסדר תיחום פעילות" עם נושא המשרה רשאי היה נושא המשרה לנצלה. **בעניין פאנגאיה**, נדונה הזדמנות עסקית של חברה ציבורית ובית המשפט שם נקט בעמדה מרחיבה ביחס להגדרת הזדמנות עסקית וקבע שדי בהיות עסקה קרובה במהותה לעסקי החברה הנדונה כדי להוות הזדמנות עסקית שעל נושא המשרה להימנע מניצולה. יוער כי בעניין פאנגאיה לא הייתה מחלוקת שהעסקה שלגביה נטען שהיא מהווה הזדמנות עסקית נכללה בתחום הפעילות של החברה. השאלה המרכזית שבית המשפט בחן שם הייתה מה משמעות העדר יכולת כלכלית של החברה לבצע את העסקה ואם נעשה גילוי ראוי של פרטיה.

81. האמור בפסקי הדין בעניין **חג'ג'** ובעניין **פאנגאיה** אינו משנה ממסקנת הדברים בענייננו. בענייננו, מדובר בחברת מעטים שהוקמה על יסוד הסכמה ממשית וקונקרטית באשר לתחום פעילותה, שהוא ביצוע מתחם נופר (השוו: **עניין דהן**, ו-**עניין סלע**). הסכמה כזו אינה חייבת ללבוש לבוש של "הסכם לתיחום פעילות", והיא יכולה להילמד מהסכמות פוזיטיביות בדבר תחום הפעילות כמו גם אלה המשתמעות מהתנהלות הצדדים. כאשר ניתן לקבוע קיומה של הסכמה כזו, אין מקום לאיונה על ידי קביעה שגם הזדמנות עסקית הקרובה לפעילותה נכללת בגדר הזדמנויותיה. בית המשפט עמד על כך בעניין **דהן** באומרו:

"לכן, כאשר קיימת הסכמה בין הצדדים אודות תחומי הפעילות המשותפים שלהם, לא תיחשב עסקה בתחומים אחרים כעסקה בתחום הפעילות של החברה ולכן עסקה בתחום זה לא תיחשב כהזדמנות עסקית "של החברה". זאת גם אם מדובר בעסקה אשר מבחינה אובייקטיבית מצויה בתחום הקרוב לתחום הפעילות של החברה - אלא שהוא אינו אחד מהתחומים שלגביו הסכימו הצדדים לפעול יחד". (עניין דהן, פסקה 18).

וכך נאמרו גם בעניין **חג'ג'**, ביחס למבחן ההסכמה בחברת מעטים:

"הסכמה ברורה ומפורשת בין בעלי המניות בחברה פרטית ביחס לתחום הפעילות המשותף שלהם במסגרת החברה, ככל שהיא קיימת, יוצרת ודאות לגבי היקף חובות האמון וההזדמנויות שנושאי המשרה יוכלו לנצל באופן פרטי. כאשר נטענת טענה אודות הסכמה כזו, על בית המשפט לבחון אותה בכלים של פרשנות חוזים, היינו על-ידי התחקות אחר אומד דעתם כפי שהוא עולה מההסכמות ביניהם (בכתב או בעל פה) ומנסיבות העניין (ר' סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973)". (עניין חג'ג', פסקה 29)

82. מהיבט אחר, משלים, ניתן אף לומר, כי מקום בו הסכימו בעלי מניות בחברת מעטים שתחום פעילותה הוא ביצוע פרויקט ספציפי, לא ניתן לומר שיש לחברה ציפייה לביצועם של פרויקטים נוספים. כמובן, שאין בכך כדי לומר שבעלי המניות אינם יכולים להסכים על הרחבת פעילות החברה, או הוספת פרויקטים נוספים. המשמעות של קביעה זו נוגעת רק לשאלה אם ניצול הזדמנות עסקית שאינה כלולה בתחום עליו הסכימו הצדדים, על ידי נושא המשרה, מהווה הפרת אמון.

83. מסקנת הדברים היא שבמועד הקמת החברה המשותפת, הסכימו בעלי מניותיה שתחום הפעילות שלשמו היא מוקמת יהיה ביצוע פרויקט נופר. עם זאת, אין במסקנה זו כדי לייתר את הדיון בטענת של סינקו, לפיה הייתה הסכמה משתמעת נוספת הנלמדת מהתנהלות הצדדים לאחר הקמת החברה ביחס למתחם דבורה.

<u>לא הייתה הסכמה משתמעת לפיה מתחם דבורה נכלל בתחום פעילות החברה</u>

84. סינקו טוענת כי מתחם דבורה הוא הזדמנות עסקית של החברה, ומצויה בתחום פעילותה ולו מהטעם שהיא הוצעה לחברה כהזדמנות עסקית שלה (סעיפים 12 ו-27 לסיכומי סינקו). בסיכומי התשובה נטען כי הצדדים אף בחנו בהסכמה את האפשרות לבצע את הפרויקט במתחם דבורה באמצעות החברה ומכאן שהסכימו שהוא חלק מתחומי פעילותה של החברה.

85. אקדים ואומר כי לא אוכל לקבל את טענת סינקו לפיה משעה שכהן וחדד בחנו את האפשרות לבצע את הפרויקט במתחם דבורה במשותף יש בכך משום הסכמה שהוא מהווה חלק מתחום הפעילות של החברה. לא ניתן לקבל עמדה לפיה די בהצעת פרויקט נוסף על ידי אחד הצדדים למשנהו, כדי ללמד שהם שינו את תחום הפעילות המוסכם של החברה המשותפת. טענה כזו עלולה לסכל כל אפשרות לתקשורת בין בעלי מניות מתוך חשש שדי יהיה בה כדי לחייבם בהסכמה חדשה ביחס לתחומי פעילותה של החברה. על אחת כמה וכמה שאין לקבל טענה כזו מקום בו עסקינן בצדדים שהקימו חברה משותפת לתכלית של ביצוע פרויקט קונקרטי, ושבבסיס ההתקשרות ביניהם מצויה ההנחה שכל אחד ממשיך בפעילותו העצמאית.

יוער, כי שאלה נפרדת, בה אדון בהמשך, היא אם בנטילת ההזדמנות שבמתחם דבורה עשתה נקסט שימוש בנכס של החברה.

86. בכל הנוגע למישור ההסכמות בין הצדדים, לא הוצגה תשתית להסכמה משתמעת להרחבת מתחם הפעילות של החברה כך שתכלול גם את ביצוע מתחם דבורה.

87. ראשית, מהתשתית הראייתית לא עולה שמתחם דבורה הוצע לכהן בכובעו כנושא משרה בחברה. היכרותו של פלוס, הבעלים של החברה המקדמת את מתחם קריית מלאכי עם כהן הייתה בכובעו בחברת כוכב הנגב, שהיא, כזכור, חברת האם של כוכב התחדשות. מטעם חברות אלה ניהל כהן את המשא ומתן ביחס למתחם נופר, עוד טרם התקשרותו עם נקסט (עדות כהן בעמוד 46 לפרוטוקול הדיון ש' 1-9). כוכב הנגב היא גם שחתמה ביום 5.3.2018, ביחד עם נקסט, על ההסכם מול החברה המקדמת ביחס למתחם נופר (נספח 10 לבקשת האישור; סעיף 5 לתצהירו של פלוס). כהן העיד כי מבחינת פלוס הוא חתם על ההסכם בכובעו כבעל תפקיד בכוכב הנגב (עמוד 49 לפרוטוקול הדיון ש' 23-25). פלוס גם המשיך להתכתב עם כהן בכובעו כסמנכ"ל בכוכב הנגב (עמוד 47 לפרוטוקול הדיון ש' 19 עד עמוד 48 ש' 35; נספח 9 לבקשת האישור). גם כהן אישר כי "תמיד הצגתי את עצמי גם, גם בכוכב, אני ב-2 כובעים, גם, גם בכוכב... התחדשות עירונית, נכון. אין בעיה, אין בעיה עם זה" (עמוד 47 לפרוטוקול הדיון ש' 21-23). הוא גם אישר שמבחינת פלוס כוכב הנגב נשארה כל העת חלק מהעסקה, ומבחינתו הייתה אחת מהחברות שהתקשרו עמו (עמוד 24 לפרוטוקול הדיון ש' 9-22, עמוד 37 ש' 15-19). לכך יש להוסיף שגם ברשימת המשתתפים בפגישה שהתקיימה עם ראש עיריית קריית מלאכי בינואר 2019 נרשם כהן כ"מנכ"ל כוכב הנגב". יתרה מזו, גם הצדדים המופיעים בטיוטת ההסכם שפלוס שלח לכהן ביחס למתחם דבורה בינואר 2019 היו כוכב הנגב והחברה המקדמת, ולא החברה משותפת (נספח 11 לבקשת האישור).

פלוס גם עמד על האופן האישי שבו התייחס לכהן ולחדד, והבהיר שמבחינתו כהן היה היזם שעמו "עשה עסקים", עמו נוצר הקשר הראשון, ולכן רק כשהלה סירב פנה לחדד (סעיפים 6-8 לתצהיר פלוס, עמוד 120 לפרוטוקול הדיון ש' 21-23).

88. יוער, כי לא הוכחה גם טענת סינקו לפיה כהן טען בפני פלוס שהוא מחוייב לשותפות עם חדד ואמר לו, מטעמי הגינות, ש"יש לי שותף בחברה המשותפת ואם אנחנו הולכים זה ביחד" (עמוד 65 לפרוטוקול הדיון ש' 11, ש' 15-16). ההודעה ששלח כהן לפלוס נזכרה בתצהירו ואף הוקראה לפלוס, אך לא הוגשה. לטענת סינקו נאמר בה: "...דיברתי עם רמי, אנחנו עוד בודקים מאמין שכמה ימים אעדכן" (עמוד 109 ש' 26-30 ; סעיף 18 לתצהירו המשלים של כהן). אמירה מתונה בהרבה מזו שנטענה על ידי כהן, ומכל מקום נעדרת אותה אמירה ביחס למחוייבות הנטענת של כהן לפעול במתחם שבקיבוץ גלויות רק במסגרת החברה המשותפת.

89. אכן, מהראיות עולה שההצעה לעניין ביצוע מתחם דבורה הוצגה לחדד על ידי כהן. הפעם הראשונה בה העלה כהן הצעה זו הייתה ביום 12.9.2018 (נספח 4 לבקשת האישור):

> "רמי שלום, שנה טובה.
> בהמשך לשיחתנו, מתחם נוסף כמו המתחם שלנו, 144 יחידות.
> תנאי העסקה: 2.2 אחוז כמו בעסקה הקודמת.
> החתמות: חיים דורש 35 א' ש"ח לחודש למשך חצי שנה ע"ח 3500 שח לכל דירה, לפי קצת התקדמות החתימות. כל היתרה ב80 אחוז החתמות.
> לעניין עו"ד שגיא אורבייך הוא דורש אותם תנאים 100 אלף ש"ח מקדמה, והיתרה ב80 אחוז חתימות, היתר, טופס 4 וכו.
> כמובן שכמו בעסקה הקודמת ככל שלא תהיה עסקה הם מחוייבים להחזיר את הכספים.
> תעדכן אותי, באם מקובל נקדם את ההסכמים.
> אני ב20 לחודש טס ל18 ימים ולכן חשוב שנקבל החלטה מהירה ונתאם חתימות במידה וכן. ממתין להחלטתך" (נספח 4 לבקשת האישור).

90. שני הצדדים טענו כי במענה לפניית כהן השיב חדד להצעה הייתה כי הוא "בודק" (סעיף 20 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור ; עדות חדד בעמוד 134 לפרוטוקול הדיון ש' 22-23). כהן טען שבנובמבר 2018 הוא עדכן את חדד בסיור בו השתתף במתחם דבורה ואף העביר לו נתונים כדי שיוכל לבצע אומדן עלויות, טענה שלא הוכחשה על ידי חדד (סעיף 22 לתצהירו של כהן בתמיכה לבקשת האישור). עם זאת, לא הוצגו פניות נוספות של כהן לחדד על מנת לברר את תוצאות בדיקתו, עד לפנייתו הנוספת בפברואר 2019 (עמוד 85 לפרוטוקול הדיון ש' 8-25).

מתצהירו של פלוס נלמד, כי על אף שניסה לקבל תשובה מכהן ביחס למתחם דבורה, הרי שבשלב זה של הדברים לא קיבל מענה (סעיף 6 לתצהירו של פלוס). האמור בתצהירו של פלוס מתיישב עם כך שסינקו לא הציגה מענה שניתן על ידה ביחס להצעה מספטמבר 2018. אמנם, בבקשת האישור נטען כי ביום 10.12.2018 חדד עדכן את כהן שלדעתו העבודה במתחם דבורה אינה

כדאית לצדדים וכהן עדכן בכך את פלוס (סעיף 67 לבקשת האישור), אך טענה זו לא נתמכה בתצהירו של כהן, וגם לא נטענה כלפי פלוס בחקירתו.

91. בינואר 2019 פנה פלוס שוב לכהן, ועדכן אותו כי הוא פנה במקביל גם לחדד (סעיף 25 לתצהירו של כהן בתמיכה לבקשת האישור; עמוד 66 לפרוטוקול הדיון ש' 2-7).

ביחס לפניה זו הגישה סינקו צילומי מסך של התכתבויות הצדדים מיום 7.2.2019 (נספח 5 לבקשת האישור). צילומי המסך נפתחים בשתי הודעות קוליות (שלא הוגשו) ובהמשך הודעה כתובה של כהן בזו הלשון: "רמי אתה רוצה שנילך על המתחם הנוסף בקריית מלאכי? הוא ביקש תנאים יותר טובים אפשר להגיד לו באותם תנאים אפשרי להתקדם.?". בהמשך לכך הוחלפו הודעות קוליות בין הצדדים (שלא הוגשו) ולאחר מכן כתב חדד "סבבה".

על יסוד צילומי המסך, טען כהן בתצהירו כי "ביום 7.2.2019 עדכן מר חדד, באופן שלא משתמע לשתי פנים, כי ברצונו להשתתף גם בפרויקט במתחם 2 [מתחם דבורה, מ.ר], אם כי הביע הסתייגות מהסיכון הכלכלי" (סעיף 26 לתצהיר כהן בתמיכה לבקשת האישור). סינקו אף טענה כי על יסוד הסכמתו זו של חדד הגישה החברה המשותפת הצעה ביחס למתחם דבורה (סעיפים 27-29 ו-33 לתצהירו של כהן בתמיכה לבקשת האישור). חדד מצידו טען כי נקסט לא הסכימה להגיש הצעה על מתחם דבורה מטעם החברה, וכזו גם לא הוגשה (סעיפים 19-20 לתצהירו של חדד בתמיכה למענה לבקשת האישור).

92. במהלך חקירתו הנגדית של כהן התברר שבשונה מכפי שנטען על ידו, חדד לא נתן הסכמה לביצוע מתחם דבורה במסגרת החברה המשותפת. תשובתו של חדד לפניית כהן הייתה ש"ישפר את התנאים":

> עו"ד עמבר: אז רמי אמר לך כן נלך על זה? מה הוא אמר לך?
> העד, מר כהן: רמי אמר לי תשפר את התנאים, אתה יכול להקשיב להקלטה הקולית" (עמוד 78 לפרוטוקול הדיון ש' 33-35)

חדד העיד, לאחר שהושמעה לו ההודעה הקולית (שלא הוגשה), כי אמר לכהן שהוא אינו רוצה את אותם התנאים כמו במתחם נופר (עמוד 147 לפרוטוקול הדיון ש' 3-6).

93. בנוסף, התברר כי בשונה מהנטען בבקשת האישור, החברה המשותפת גם לא הגישה הצעה מטעמה ביחס למתחם דבורה. כהן אישר את הדברים בחקירתו הנגדית (עמוד 87 לפרוטוקול הדיון ש' 14 עד עמוד 88 ש' 6), וגם סינקו חזרה בה ממנה בסיכומיה באומרה: "אולם כידוע <u>מר חדד הודיע כי הוא דוחה את העיסקה</u> ובשל כך החברה לא הגישה הצעה עבור מתחם זה" (סעיף 18 לסיכומי סינקו, ההדגשות במקור, מ.ר). חזרתה של סינקו מהטענה שאמורה הייתה לבסס הסכמה בין הצדדים על הרחבת תחום הפעילות של החברה, נעשתה ללא הסבר מניח את הדעת להעלאתה מלכתחילה.

94. מנתונים אלה נלמד שכהן הציע לחדד לבצע את מתחם דבורה במשותף, אך בשום שלב לא הייתה בין הצדדים הסכמה לביצוע פרויקט דבורה במסגרת החברה. כמובן, שבשום שלב לא הוגשה הצעה ביחס למתחם זה מטעם החברה. משכך, נשמט הבסיס לטענה כי בשלב כלשהו, הייתה הסכמה בין הצדדים על תחום פעילות החורג מביצוע מתחם נופר.

95. משעמדתי על הסכמת הצדדים לפעילות משותפת במתחם נופר בלבד, המסקנה הנובעת מכאן היא שהזדמנות לביצוע פרויקט אחר, ובכלל זה מתחם דבורה, אינה הזדמנות עסקית "של החברה". יחד עם זאת, יש מקום לבחון אם בנטילת ההזדמנות העסקית במתחם דבורה עשתה נקסט שימוש במידע שהיה נכס של החברה.

<u>השתלשלות האירועים מלמדת שנקסט לא עשתה שימוש בנכס "של החברה"</u>

96. מידע על הזדמנות עסקית יכול להיות נכס של החברה, ועל כן "כאשר נודע לנושא המשרה אודות ההזדמנות העסקית כתוצאה ממשרתו בחברה, אסור לו לנצל את ההזדמנות הזו באופן אישי, בהיותה נכס של החברה" (**עניין חג'ג'**, פסקה 53 ; וראו גם : **עניין דהן**, פסקה 27 תחת הכותרת 'סיכום ביניים').

97. בהקשר זה יש בעניינו חשיבות ללוחות הזמנים של האירועים הרלוונטיים, שכן קיים פער בין הנטען בבקשת האישור לבין העובדות כפי שהתבררו בהליך שבפני.

98. בבקשת האישור טענה סינקו כי לאחר חילופי הדברים בפברואר 2019, נדהם כהן לגלות כי נקסט הגישה הצעה על מתחם דבורה, ללא עדכונה של החברה. מדברים אלה ניתן היה להבין שנטילת ההזדמנות במתחם דבורה הייתה בהמשך ישיר להצעתה לחדד על ידי כהן. אך התברר, שלא אלה הם פני הדברים. זאת, שכן <u>לאחר פברואר 2019</u> אירעו אירועים בעלי משמעות שרק לאחריהם נטלה נקסט את ההזדמנות שבמתחם דבורה.

99. התברר שפלוס קיים מגעים עם קבלנים שונים ואף נחתמו הסכמים שלא יצאו אל הפועל (עמודים 101-103 לפרוטוקול הדיון). <u>במאי 2019</u> במסגרת חיפושיו אחר יזם שייקח את מתחם דבורה, הוא פנה שוב לכהן. הפעם השיב לו הלה מפורשות כי אינו מעוניין בפרויקט שכן "אין באפשרותו לקחת מתחם נוסף לבדו וכי הוא לא הצליח לאתר יזם שילך איתו לביצוע של פרויקט מתחם דבורה" (סעיף 7 לתצהיר פלוס ; עמוד 110 לפרוטוקול הדיון ש' 14-19). פלוס הוסיף, כי לאחר סירובו של כהן פנה לחדד, כיזם עצמאי, בבקשה שיפעל במתחם דבורה, אך חדד סירב (סעיף 8 לתצהירו של פלוס ; עמוד 110 לפרוטוקול הדיון ש' 20 עד עמוד 111 ש' 1). לטענת פלוס, שלא נכללה בתצהירו, הוא אף קיבל את רשותו של כהן לפנות לחדד (עמוד 115 ש' 30 עד עמוד 116 ש' 1).

בא כוחו של כהן לא חלק על כך שבמאי 2019 נעשתה פניה נוספת מטעמו של פלוס לכהן, ואף הציג בפניו טענה לפיה זו הייתה הפעם האחרונה שבה פנה אליו (עמוד 119 לפרוטוקול הדיון ש' 20-35). מכאן, שבמאי 2019 ברור היה לכהן שאף יזם לא לקח על עצמו את מתחם דבורה.

100. עוד התברר שבהמשך נחתם הסכם עם חברה קבלנית אחרת (גמול נדל"ן למגורים בע"מ, להלן: **גמול**), אך הסכם זה בוטל בסוף ספטמבר 2019, שאז פנה פלוס פעם נוספת ישירות לחדד בבקשה שיקבל על עצמו את פרויקט דבורה. גם הפעם סירב חדד, אך לבסוף הסכים לבצע את הפרויקט בעקבות לחציו של פלוס (סעיף 11 לתצהירו של פלוס). בעדותו טען פלוס כי קודם לפנייתו לחדד הקדים ופנה גם לכהן (עמוד 119 לפרוטוקול הדיון ש' 20-35). טענה זו אמנם לא נכללה בתצהירו של פלוס ובא כוחה של סינקו אף טען כי פנייתו האחרונה של פלוס לכהן הייתה במאי 2019. אלא שלמעשה, כהן אישר בתצהירו המשלים שפלוס פנה אליו פעם נוספת לאחר שההסכם עם גמול התבטל:

> "ביחס לסעיף 9 לתצהירו של מר פילוס, הוא פנה אליי והודיע לי שהוא חתם עם חברת גמול נדל"ן על מתחם דבורה ושאל לדעתי, השבתי לו כי לדעתי חברה זו אינה השותפה המתאימה לעסקה זו. **רק לאחר כמה חודשים הודיע פילוס כי ההתקשרות עימם פסקה וההסכם בוטל ושאל אם אני מעוניין להיכנס שוב לעסקה**." (סעיף 18 לתצהיר, ההדגשות הוספו, מ.ר)

כלומר, כהן ידע, גם לאחר שבוטל ההסכם עם גמול, שמתחם דבורה עדיין לא נלקח, גם לא על ידי נקסט.

101. כאמור, סינקו תקפה בסיכומיה את מהימנותו של פלוס בטענה שתצהירו נכתב ללא דיוק בתאריכים ובעובדות ולוח הזמנים שהוא זכר עמד בסתירה לתצהירו. אכן, בעדותו טען פלוס בתחילה כי פנה לכהן רק לאחר ביטול ההסכם עם גמול, וטען שביטול זה התרחש באוגוסט 2019 משום שלא הסתכל בתאריכים שעה שכתב את תצהירו (עמוד 102 ש' 12-20, עמוד 103 ש' 3-8, עמוד 105 ש' 27-34; עמוד 118 לפרוטוקול הדיון ש' 22-23). רק לאחר שהוצגו לו הדברים שאמר בתצהירו ומועד ביטול ההסכם עם גמול אישר את האמור בתצהירו (עמוד 106 לפרוטוקול הדיון ש' 1-20).

איני סבורה שיש בדברים כדי ללמד על העדר מהימנות של פלוס. ראשית, לא הוצג טעם לכך שפלוס יטה עדותו לטובת אחד מהצדדים, שעם שניהם עליו להמשיך לעמוד בקשרי עבודה. יתרה מזו, למעשה, סינקו אינה חולקת על הנדבכים המשמעותיים בעדותו של פלוס לעניין לוחות הזמנים. היא לא חלקה על כך שבמאי 2019 נעשתה פניה נוספת לכהן מצדו של פלוס, על כך שנחתם הסכם עם גמול, ועל כך שהוא בוטל בספטמבר 2019. כאמור, כהן אף אישר בתצהיר שלאחר ביטול ההסכם עם גמול פנה פלוס פעם נוספת לכהן.

102. רק לאחר השתלשלות אירועים זו, בינואר 2020, התקשרה נקסט בהסכם לביצוע פרויקט דבורה (סעיף 13 לתצהיר פלוס).

103. השתלשלות האירועים כפי שהתבררה בפניי מלמדת שבשונה מהעולה מבקשת האישור, נקסט לא נטלה את ההזדמנות שבמתחם דבורה בהמשך ישיר להדברות בין חדד לבין כהן בדבר האפשרות לביצוע משותף. היא לא נטלה אותה בפברואר 2019, גם לא במאי 2019 כאשר הוצעה לה ישירות על ידי פלוס, אלא רק לאחר פניה ישירה נוספת של פלוס לחדד בסוף ספטמבר 2019, לאחר שההסכם עם יזם אחר בוטל.

כלומר, מדובר בהזדמנות עסקית, שאינה בתחום פעילותה של החברה, שכהן הציע לחדד שיבצעו במשותף. לא הייתה הסכמה על ביצוע משותף ובמועד שההצעה הועלתה על ידי כהן, חדד גם לא נטל את ההזדמנות עבור נקסט. ההזדמנות גם לא "נשמרה" עבורו, שהרי פלוס התקשר עם חברה קבלנית אחרת (גמול). רק בחלוף חודשים, משבוטל ההסכם עם גמול, הציע את מתחם דבורה שוב, שאז נלקח על ידי נקסט. בנסיבות ייחודיות אלה, לא ניתן לראות בהצעה שהגיעה לחדד בספטמבר 2019, כנכס של החברה המשותפת.

104. השתלשלות האירועים האמורה, מלמדת גם שלא ניתן לקבל את טענת סינקו לפיה חדד הודה בחקירתו הנגדית שהוא ניצל את ההזדמנות עסקית של החברה שהוצעה לו על ידי כהן, תוך ש"הרדים" את כהן בתואנות שווא לסירובו, ולא אמר לו שהסיבה האמיתית היא שהוא חומד אותו לעצמו.

105. אכן, חדד אישר כי עוד כשהוצעה לו ההצעה על ידי כהן סבר כי הוא "לא חייב" לבצע את הפרויקט במסגרת החברה (עמוד 134 לפרוטוקול הדיון ש' 28-33). הוא אישר גם שהוא לא אמר לכהן שהשותפות עמו היא בעייתית מבחינתו, וכי הוא אינו רוצה פרויקטים משותפים נוספים עמו (עמוד 139 ש' 6-11). אך הטענה לפיה הוא עשה כן על מנת "להרדים" את כהן מתוך שחמד את מתחם דבורה לעצמו, אינה מתיישבת עם לוחות הזמנים מהם עולה, כי במועד בו הציע כהן לחדד את מתחם דבורה, חדד לא "חמד" אותו וסירב לבצעו. מלוחות הזמנים, כפי שתוארו לעיל, עולה בבירור שחדד לא חמד את מתחם דבורה גם חודשים לאחר מכן, במאי 2019, שעה שסירב להצעה ישירה לבצעו. חדד עמד על הדברים:

> "עו"ד נחושתן: לא רצית שהוא ידע שאתה פסלת אותו מלהיות שותף בפרויקט של מתחם דבורה, לא רצית שהוא ידע את זה ולכן גם לא אמרת לו את זה אף פעם.
> העד, מר חדד: לא רק
> עו"ד נחושתן: מה זה לא רק? גם
> העד, מר חדד: לא רק. היו, היו הרבה סיבות, לא רק ואני באמת לא רציתי את הפרויקט באותו זמן, זה היה באמת אמיתי" (עמוד 141 לפרוטוקול הדיון ש' 25-30)

106. לגוף אמירותיו של חדד אציין, כי הטענה שהוא "אינו חייב" לבצע את מתחם דבורה במסגרת החברה המשותפת אכן נשמעת בוטה, אך משקפת את המצב המשפטי בהינתן שמתחם דבורה אינו הזדמנות עסקית של החברה. שהרי, משמעותה של קביעה זו היא שנושא המשרה רשאי להנות מהזדמנות זו בעצמו, ואין בכך משום הפרת חובת האמון שלו כלפי החברה. משהוכח שבאותה עת חדד לא "חמד" את מתחם דבורה, וגם לא נטל אותו לעצמו, הרי שבכך שהוא לא אמר לכהן שהוא אינו חפץ בפעילות משותפת נוספת עמו מעבר לנופר, אין כדי לומר שהוא הפר את חובת האמון כלפי החברה.

107. מכיוון שלא ניתן לומר שעסקינן בהזדמנות עסקית של החברה, הרי שהתנאים בהם הסכימה נקסט להתקשר בהסכם ביחס למתחם נופר אינם משנים לעניין סיווגה של העסקה במתחם דבורה. זאת גם בהנחה שבחלוף חודשים הסכימה נקסט להתקשר בהסכם ביחס למתחם דבורה בתנאים טובים פחות מאלה שהוצעו לחברה (עדות חדד עמוד 147 ש' 9-20).

<u>נקסט לא הפרה את האיסור על תחרות</u>

108. מבחן התחרות הותווה **בעניין דהן**, כמבחן הנדרש מקום בו לא אותרה הסכמה בדבר תיחום פעילות (**עניין דהן**, פסקה 33). בענייננו, כאמור, קבעתי כי קיימת הסכמה בדבר תחום פעילותה של החברה, והוא ביצוע מתחם נופר בלבד.

109. מכל מקום, בנסיבות הייחודיות של המקרה הנדון יש קושי מובנה בטענת סינקו בדבר תחרות אסורה של נקסט עם החברה המשותפת. שהרי מדובר בשתי חברות הפועלות בתחום של ייזום פרוייקטים של התחדשות עירונית, כגון מתחם נופר ומתחם דבורה, והנחת היסוד המוסכמת על שתיהן היא שהן תמשכנה בפעילות עצמאית מקבילה.

טענת סינקו לפיה ביצוע מתחם דבורה מהווה הפרת חובת האמון של נקסט בשל כך שהוא מהווה תחרות ישירה עם החברה נוכח סמיכות המתחמים וזהות הפרויקטים, מייצרת הבחנות שנכונותן לא הוכחה, גם לא לכאורה. מקום בו הנחת היסוד היא ששתי החברות ממשיכות לפעול באופן עצמאי בתחום של התחדשות עירונית, לא הוצג טעם לעמדה לפיה סמיכות המתחמים מגדירה את הפעילות כהפרת אמון בחברה. למעלה מן הנדרש אזכיר כי טענת סינקו היא שתחום פעילותה של החברה הוא המתחם בקיבוץ גלויות, ממילא גם לשיטתה רשאיות החברות לפעול באופן עצמאי באותן ערים. גם זהות הפרויקטים אינה מצדיקה קביעה כזו, שעה שפרויקטים אלה הם כלל עיסוקן של החברות. יוער, כי זהות הפרויקטים גם לא הוכחה, בין היתר, מהטעם שמדובר בפרויקטים שהבשלתם כרוכה בהסכמות קונקרטיות בין היזם לבין בעלי הדירות (ראו חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו-2006). יש טעם גם בטענת סינקו בדבר פערי הזמנים בין ביצועם של שני המתחמים, האחד שהחל בשנת 2018, והשני בתחילת 2020.

110. העולה מן האמור לעיל הוא שסינקו לא הציגה תשתית ראייתית לכאורית, ברף הנדרש ממנה, לביסוס הטענה כי נקסט גזלה הזדמנות עסקית של החברה והפרה את חובת האמון שלה כנושאת משרה.

<u>טענות נוספות</u>

111. די בהעדר תשתית ראייתית לכאורית על מנת לדחות את הבקשה לאישור תביעה נגזרת. למעלה מן הצורך, אתייחס בקצרה לטענות נוספות שהעלתה נקסט.

<u>הטענה בדבר העדר תום לב של המבקשת</u>

112. סעיף 198 לחוק החברות קובע כי תנאי נוסף לאישור תביעה נגזרת הוא ש"התובע אינו פועל בחוסר תום לב". מבחן "תום הלב" הקבוע בחוק החברות מקביל לדרישות תום הלב שנקבעו בפסיקה (חביב סגל, עמ' 690-691; תנ"ג (מחוזי-ת"א) 4001/14 **Washita Services Ltd נ' פיוז'ן דנטל גרופ בע"מ** (26.10.2015) (להלן: **עניין Washita**)), ומהווה אמצעי נוסף למנוע מתובעים בלתי ראויים עשיית שימוש ציני בכלי של התביעה הנגזרת (תנ"ג (מחוזי-ת"א 48081-11-11 **רוזנפלד נ' בן דב**, פסקאות 49-54 (17.3.2013)). חוסר תום לב מתקיים מקום בו התובע פועל מתוך אינטרס אישי שאינו עולה בקנה אחד עם האינטרס של החברה (**עניין רגב**, פסקה 3). מובן שתביעה המוגשת כצעד סחטני, לא תיחשב כתביעה הראויה להתברר במסגרת תביעה נגזרת (חביב סגל, עמוד 690 ה"ש 31), וגם שיהוי בהגשת הבקשה, שלא ניתן לו הסבר, עשוי ללמד על היעדר תום לב (צפורה כהן, בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותרופות (2010), עמ' 518-519 (להלן: **צפורה כהן, בעלי מניות בחברה**)).

דרישת תום הלב היא דרישה עצמאית והכרחית (רע"א 4121/14 **טל נ' קו אופ ישראל אגודה שיתופית בע"מ** (5.2.2015)). מתוך ניסוחה, על דרך השלילה הכפולה, ניתן ללמוד שהמבקש את אישור הבקשה אינו נדרש להוכיח, כעניין פוזיטיבי, את תום ליבו. על הטוען לחוסר תום ליבו של המבקש להציג ראיות לכאורה מהן עולה פגם בתום ליבו של המבקש, שאז יהיה על המבקש להוכיח כי הוא פועל בתום לב (צפורה כהן, בעלי מניות בחברה, עמ' 517; עניין **Washita**; **עניין רגב**).

113. נקסט טוענת, כי בקשת האישור הוגשה כצעד נקמני מצידה של סינקו לאחר שבמרץ 2021 הגישה נגדה תביעה בגין פרויקט אחר שבו שיתפו הצדדים פעולה (ת"א (מחוזי-ת"א) 59151-03-21). נטען כי כהן, שידע שנקסט חתמה על הסכם ביחס למתחם דבורה לכל המאוחר בדצמבר 2020, לא העלה טענה בעניין עד מאי 2021 ומכתב ההתראה שנשלח במאי 2021 והגשת התביעה היו תגובה לא ענינית להגשת התביעה. עוד נטען שחוסר תום ליבה של סינקו עולה גם מצירוף גרסה "לא נכונה" של הסכם המייסדים, וכן מהטעם שבבקשת האישור נכללו גם פרטי מתחם נוסף (מתחם תמר), שאינו קשור לצדדים ואין טענה לגביו.

114. כהן העיד כי בשלהי שנת 2020 ידע שחדד חתם על הסכם ביחס לפרויקט דבורה, וכי הדבר נודע לו בשיחת טלפון עם פלוס (עמוד 60 לפרוטוקול הדיון ש' 1-6). לטענתו, בחודשים שלאחר מכן, ניסה להגיע להבנות עם חדד (עמוד 60 לפרוטוקול הדיון ש' 35), אך לא הוגשו ראיות התומכות במגעים אלה, הגם שכהן טען שלדעתו ניתן לאתר מסרונים או הקלטות (עמוד 61 לפרוטוקול הדיון ש' 14-15). עוד טען כהן כי "... גם עוה"ד עודד זגורי שהוא מייצג את החברה בעסקה מודע לכך" (עמוד 61 ש' 15-17; עמוד 169 ש' 13-16), אך עו"ד זגורי הכחיש ידיעה נטענת זו:

> "ש: מתי בא אליך לראשונה שלומי כהן ואמר, שגנבו לי מתחמים אחרים?
> ת: לא אמר לי את זה אף פעם" (עמוד 161 פרוטוקול הדיון ש' 13-14)

115. גם במכתב ההתראה שנשלח לנקסט טרם הגשת הבקשה (נספח 6 לבקשת האישור), לא נזכר קיומם של מגעים בין הצדדים וגם פלוס טען שכהן לא העלה מולו טענה ביחס לנטילת מתחם דבורה על ידי נקסט (סעיפים 16-15 לתצהירו). סינקו טענה שמדובר בטענה שאינה אמת, אך דבריו של פלוס מתיישבים עם עדות עו"ד זגורי, נוסח מכתב ההתראה והמנעותה של סינקו מהגשת ראיות תומכות.

116. סינקו לא התייחסה בסיכומיה לפרק הזמן של כמחצית שנה מהמועד בו, לטענתה, נודע לה על נטילת מתחם דבורה על ידי נקסט, ועד למועד בו נשלח מכתב ההתראה, ולא נתנה לו הסבר.

117. להתנהלות מעלת תהיות זו, מצטרפת התנהלותה של סינקו בבקשת האישור. כפי שתואר בהרחבה לעיל, מבקשת האישור נעדרו נתונים מהותיים ואף נטענו במסגרתה טענות בלתי נכונות הגם שהעובדות היו בידיעת כהן. בנוסף, ראיות שיכולות היו לשפוך אור על התמונה העובדתית, לא צורפו. התנהלותה זו של סינקו מעלה תהיות של ממש בדבר תום ליבה בהגשת הבקשה.

בצד זאת, לא מצאתי טעם לפגם באזכור חד פעמי של מספרי גוש וחלקות של מתחם אחר (מתחם תמר) שלא נטענה טענה ביחס אליו ועולה כי הדבר נעשה בשגגה.

<u>הטענה לאינטרס אישי של כהן בהגשת התביעה</u>

118. כאמור, החברה המשותפת היא חברת מעטים שהמבקשת והמשיבה הן בעלות המניות היחידות בה. נקבע, שנתון זה אינו שולל את האפשרות להגשת תביעה נגזרת באמצעות אחד מבעלי המניות נגד האחר, הגם שבעל מניות בחברה כזו יכול לשקול נתיב של תביעה אישית, גם מקום בו הנזק הנטען הוא לחברה (**עניין כסיף;** ת"א (מחוזי-ת"א) 53375-06-14 **אפרתי נ' כסיף יועצים לשירות מעליות בע"מ** (12.5.2015)). אין בכך כדי לומר שלהיות החברה חברת מעטים, הנתפסת כמעין שותפות, אין משמעות בבחינת שאלת טובת החברה במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת. מכיוון שבחברות מעטים, נוצר במקרים רבים עירוב בין אינטרסים אישיים של בעלי מניות

לאינטרסים של החברה, יש לבחון אם במקרה הקונקרטי הגשת תביעה נגזרת תשרת את עניינה של החברה (**עניין רגב**, פסקה 4(ב)(4)), או שמא בעל המניות מתמקד בטובתו האישית שעשויה לא לעלות בקנה אחד עם טובת החברה (**עניין דהן**, פסקה 47).

119. בענייננו, טענה נקסט כי התביעה אינה משרתת את טובת החברה שכן היא הוגשה ממניעים נקמניים של כהן, ונוכח הקרע בין בעלי המניות מאז מרץ 2021 שעלה גם מעדות כהן. בנוסף נטען שתכלית הקמת החברה היה ביצוע פרויקט קונקרטי שבסיומו, גם לשיטת כהן, תפורק החברה ויתרת הכספים תחולק לבעלי המניות (לעניין זה הפנתה סינקו לעדותו של כהן בעמוד 59 ש' 19-27).

120. שאלת מניעיה של סינקו נוגעת לסוגית תום הלב בה דנתי לעיל. באשר לקרע בין בעלי המניות אציין כי הגם שכהן העיד שממרץ 2021 אין בינו לבין חדד קשר "... והכל הלך להליכים משפטיים" (עמוד 84 לפרוטוקול הדיון ש' 17-21), לא הובאה תשתית ראייתית לכך שאין עתיד לפעילותה של החברה, או אפילו לכך שפעילותה בכל הנוגע למתחם נופר נפגעה. באשר לטענה שתכליתה של החברה הוא רווח שיחולק לבעלי מניותיה, אציין כי החברה המשותפת עתידה לפעול במתחם נופר, ופעילותה עשויה להימשך עוד זמן רב. כך שגם פירוקה וחלוקת רווחים לבעלי מניותיה, ככל שיהיו כאלה, לא יתרחשו בטווח הזמן הנראה לעין. יוער, כי גם אין ערובה לכך שפרויקט כזה או אחר יניבו רווחים שיחולקו לבעלי המניות.

בצד זאת, אציין כי החברה המשותפת הוקמה כאמצעי לשיתוף פעולה בין הצדדים לטובת ביצוע פרויקט קונקרטי. כך, בפתח הסכם המייסדים (בהואיל החמישי), ציינו הצדדים שהם מעוניינים למסד את השותפות ביניהם בחלקים שווים. החברה המשותפת הוקמה בהמשך לדברים אלה. בנסיבות אלה גם מהותה של החברה כאמצעי למימוש שותפות בין הצדדים הוא טעם התומך בדחיית בקשה לאישור תביעה נגזרת (השוו: בש"א (מחוזי-ת"א) 2818/04 **דרור נ' סלטי משני (1997) בע"מ**, פסקה 11 (25.5.2010); **עניין רגב**). מכל מקום, דיון זה הוא למעלה מן הנדרש שכן די בקביעותיי לעיל לפיהן נקסט לא גזלה הזדמנות עסקית של החברה ולא הפרה את חובת האמון שלה כדי להביא לתוצאה האמורה.

121. לכאורה, ניתן היה לסיים את הדיון בבקשת האישור כאן, אך כאמור, במהלך ניהול ההליך ביקשה נקסט להגיש ראיה נוספת. הגם שלצורך ההכרעה בבקשת האישור לא נדרשתי לראיה שכן מסקנתי לפיה הסכם המייסדים התייחס רק למתחם נופר התבסס על ראיות אחרות, אתייחס גם לסוגיה זו.

**<u>הבקשה לצירוף ראיה</u>**

122. במטרה להוכיח שהסכם המייסדים התייחס רק למתחם נופר, הגישה נקסט "בקשה דחופה לצירוף ראיה מהותית לתיק בית המשפט". לבקשה זו צורף הסכם מייסדים, אף הוא מיום

22.1.2018, שבו במקום קווים ריקים שהיו במסמך המקורי מולאו נתוני מתחם נופר. בתצהירו טען חדד:

> "אולם, האמת סופה להתגלות... כך, במסגרת חיפוש שערכתי בקלסרי נקסט בעניין אחר לחלוטין, מצאתי גרסה חתומה שונה של הסכם המייסדים מיום 22.1.2028 (להלן: **הגרסה המלאה של הסכם המייסדים**). בגרסה זו, בהבדל מהגרסה החסרה של הסכם המייסדים אותה הציגה סינקו בחוסר תו"ל לבית המשפט הנכבד, כל הפרטים החסרים של פרויקט נופר מלאים בהסכם המייסדים לרבות הגוש, החלוקת ומספר הדירות הכולל" (סעיף 7 לתצהיר חדד בתמיכה לבקשה לצירוף ראיה)

123. לתמיכה בטענה זו אף ביקשו לזמן את עו"ד זגורי לעדות מבלי לצרף תצהיר מטעמו שכן נטען כי הוא התחמק ממענה לבקשותיה והודיע כי ימסור עדות רק עם יוזמן. אלא שעו"ד זגורי הבהיר בפתח עדותו כי "לא זכור לי שביקשו ממני להעיד..." (עמוד 157 ש' 13).

לגופם של דברים העיד עו"ד זגורי שלפי זכרונו הסכם המייסדים לא כלל את פרטי הגוש והחלקות:

> "... אני מזהה פה את התנאים שבהסכם. לרבות התאריך שהוא נחתם והתנאים המשפטיים שמצויים בו. לגבי הפרטים של הגושים והחלקות, **אני לא זוכר שמילאנו אותם. לי זכור הסכם עם קווים ריקים של גושים וחלקות נכון לינואר 2018**, כי לפי מיטב זיכרוני את הגושים והחלקות ידענו חודש או חודש וחצי לאחר מכן כשקיבלנו את הפירוט מעו"ד שגיא, שמייצג את בעלי הדירות ידענו שמדובר ב-144 דירות, ידענו גם שמדובר במספר בנינים אבל לא ידענו את הגושים והחלקות. זה לפי מיטב זכרוני". (עמוד 158 ש' 3-8, ההדגשות הוספו, מ.ר)

גם בחקירתו הנגדית עמד על הדברים: "... מה שאני זוכר שהיה ריק, והם היו אמורים להשלים את זה לאחר מכן" (עמוד 161 ש' 20). עוד הוסיף עו"ד זגורי כי הוא לא הוסיף את הפרטים האמורים (עמוד 163 ש' 21-24).

124. בין הנתונים הנכללים בגרסה שאותה ביקש חדד להגיש כ"גרסה מלאה", נכלל גם מספרן של דירות עמידר בפרויקט, ונרשם שיש 4 דירות עמידר. אך התברר שנתונים אלה לא היו בידיעת הצדדים ביום ה-22.1.2018, שבו נחתם הסכם המייסדים. סינקו צירפה לתשובתה, חילופי מיילים מהם עולה שהנתון הנוגע למספר דירות עמידר, היה ידוע רק במאי 2018 (נספח 1 לתגובה לבקשת לצירוף ראיה). אלה הוצגו לעו"ד זגורי שאישר "יש נפקא מינה לגבי כמה דירות עמידר, זה לא סתם

מצוין, אני יודע שלקח לנו הרבה זמן לברר כמה דירות עמידר יש מכיוון שעמידר משמשת כחברה משכנת ומרשם הדיירים זה לא בא לידי ביטוי בנספחי הטאבו" (עמוד 161 ש' 17 עד עמוד 162 ש' 18). בחקירה חוזרת הוסיף שמספר דירות עמידר אינו 4 כפי שנרשם בהסכם שצירופו כראיה התבקש (עמוד 161 ש' 26-30, עמוד 163 ש' 13-19).

125. במסגרת הדיון בבקשה נשמעו גם עדויות חדד וכהן. עדותו של חדד נעדרה את הנחרצות שאפיינה את הבקשה. חדד טען שכהן הוסיף את החלק המודפס ומסר לו "ביד" את הנוסח המלא במהלך פגישה, אך טען שמועדה אינו ידוע, ו"סביר" שבמהלכה חתמו על הנוסח "המלא" (פרוטוקול עמוד 164 ש' 13-24; עמ' 164 ש' 35 עד עמ' 165 ש' 4; עמ' 166 ש' 6-9). עם זאת, הוא עמד על טענתו, לפיה הגרסה שצורפה לבקשת האישור היא "מפוברקת" (עמוד 164 לפרוטוקול הדיון ש' 31), ומהווה טיוטה "מזוייפת" (עמוד 164 ש' 27-28).

126. חדד העיד כי "אין לו מושג" אם העביר את נוסח ההסכם "החסר" במייל (עמוד 166 ש' 30-27). זאת, למרות שסינקו צירפה מייל ששלח חדד למשרד עורכי הדין ביום 22.1.2018 (התאריך המופיע על הסכם המייסדים) שבו כתב "חתמתי שלחתי המקור לשלומי למשרד" (נספח 3 למענה לבקשה לצירוף ראיה), וטענה שלמייל זה צורף נוסח ההסכם שצורף על ידה לבקשת האישור.

בעניין זה ניצתה מחלוקת שעה שבא כוחה של נקסט טען שלא הוכח שצרופת המייל היא הסכם המייסדים שצורף לבקשת האישור (עמודים 169-172; עמוד 173 ש' 11-24). נוכח התנגדות זו התרתי לכהן להציג את המייל מתוך מכשיר הטלפון הנייד שלו, כך שניתן היה לראות שהסכם המייסדים שצורף למייל הוא אמנם ההסכם עם הקווים הריקים מיום 22.1.2018, אך הוא נושא רק את חתימת נקסט ולא את חתימת סינקו בשונה מהנוסח שצורף לבקשת האישור (עמודים 174-173). פתיחת המייל צולמה, באישורי, בווידאו על ידי בא כוחה של נקסט ותיעודה הוגש לבית המשפט בהסכמה.

127. הואיל וקבעתי על יסוד ראיות אחרות שהסכם המייסדים התייחס רק למתחם נופר, איני נדרשת לקביעת ממצאים בדבר האופן בו נוצר הסכם המייסדים שצירופו כראיה התבקש ומידת האותנטיות שלו. גם לאחר הבירור העובדתי סימני השאלה בהקשר זה אינם מעטים. כך למשל, מעיון במסמכים עולה כי בשני ההסכמים (זה שצורף לבקשת האישור וזה שצירופו התבקש) חתימותיה של סינקו זהות בצורתן ובמיקומן במסמך, אך חתימותיה של נקסט בשני המסמכים שונות במיקומן ובצורתן. זו התרשמותי מבחינת שני ההסכמים וזאת מבלי שאתיימר להחזיק בכישורי מומחיות בתחום כתבי יד (ע"א 8752/07 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עיזבון המנוח יורם הורוביץ** (15.3.2011)).

128. עם זאת, ניתן לומר בבירור כי טענת נקסט לפיה הסכם המייסדים שצירופו התבקש כראיה הוא "הגרסה המלאה" של הסכם המייסדים מיום 22.1.2018 אינה נכונה, שכן ביום זה נחתם הסכם ללא הפרטים. גם הטענה שההסכם שצירופו התבקש מלמד על כך שההסכם שצורף לבקשת האישור

המחוזי ת"א
נאמן למקור
42285599

הוא "מפוברק" או "מזויף" אינה נכונה, נוכח המייל ששלח חדד ולאור עדות עו"ד זגורי שהבהיר שכך נחתם ההסכם. טענתה המאוחרת והמרוככת של נקסט בסיכומיה לפיה לא טענה באיזה מועד הושלמו הפרטים החסרים, אינה יכולה לשנות מהאופן החד בו נטענו הדברים בבקשה לצירוף ראיה. לא נאמר בבקשה כי עסקינן בהשלמת פרטים מאוחרת, אלא נטען שעסקינן בגרסה המלאה של הסכם המייסדים מיום 22.1.2028. ועוד אזכיר את עדות עו"ד זגורי לפיה כלל לא התבקש למסור תצהיר, בסתירה לתצהירו של חדד לעניין זה.

**<u>סיכומם של דברים</u>**

129. סינקו לא הצליחה לבסס תשתית ראייתית לכאורית להוכחת עילת תביעה, לא הוצגה תשתית לכאורית לכך שנקסט גזלה הזדמנות עסקית של החברה ולכך שהיא הפרה את חובות האמון שלה. די בכך כדי להביא לדחיית הבקשה. למעלה מן הנדרש, עמדתי לעיל על כך שתהיות של ממש עולות ביחס לתום ליבה בהגשת בקשת האישור ועל התאמת התביעה להליך של תביעה נגזרת.

130. בדיון דלעיל דנתי בטענות העיקריות שאפשרו להכריע במחלוקת שבין הצדדים. באשר לטענות נוספות שהועלו על ידי סינקו על דרך אמירה ללא פירוט או הסבר (טענות להפרת חובת הזהירות וההגינות, הפרת הסכם המייסדים וחובת תום הלב בניהול משא ומתן ועשיית עושר ולא במשפט), הרי שלא ראיתי שיש בהן כדי לשנות ממסקנתי האמורה המתחייבת בנסיבות העניין.

131. הגם שדין הבקשה להידחות, לא אוכל להתעלם מהתנהלותה של נקסט בבקשה לצירוף ראיה. אין בהתנהלות זו כדי לשנות ממסקנותיי לעניין בקשת האישור, אך אני סבורה שיש לתת לה משקל ממשי לעניין הטלת הוצאות בגין ניהול ההליך. משכך, הגם שבקשתה של סינקו נדחתה, איני מוצאת לנכון לפסוק הוצאות לטובת נקסט בגין ניהול ההליך.

132. אשר על כן, הבקשה לאישור תביעה נגזרת נדחית ואין צו להוצאות.

זכות ערעור כחוק.

ניתן היום, י"ז תשרי תשפ"ד, 02 אוקטובר 2023, בהעדר הצדדים.

מיכל רוזן עוזר, שופטת