

בעניין:

1. אסתר מורד, ת.ז. 77173433

2. יעקב מורד, ת.ז. 043300375

ע"י ב"כ עו"ד ספיר בודוק בן צוק

מדרך העצמאות 37, חיפה

טל: 04-8677812 פקס: 04-8677810

התובעים

- נ ג ד -

יינות מורד בע"מ, ח.פ. 514307925

ע"י ב"כ עוה"ד יצחק קריטנשטיין ו/או נעם אשל

מרחוב סמילנסקי 4, נתניה

טל: 09-8348924 פקס: 09-8621210

הנתבעת**פסק בוררות בתביעה לקבלת מניות****רקע כללי**

1. בוררות זו מקורה בהסכם הכולל תניית בוררות (להלן "ההסכם העיקרי"); הוגש בבוררות, בין היתר כנספח 3 לתביעה שבכותרת), שבהמשך יתוארו חלקו הרלוונטיים במידת הפירוט הדרוש להכרעה. לאחר התגלעו חילוקי דעות והצדדים לא הצליחו להגיע לכלל הסכמה בדבר זהות הבורר, הגישו בסופו של דבר התובעים (כהגדרתם בכותרת) תובענה בדרך של המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בנצרת, שהועברה לבית המשפט המחוזי בתל אביב, למינוי בורר (הפ"ב 5358-04-17). בדיון שהתקיים בפני כב' הנשיא איתן אורנשטיין הוחלט בהסכמת הצדדים כי הח"מ ימונה כבורר בין הצדדים שבכותרת. כאן המקום לציין כי בתובענה הנ"ל הוגדרה החברה, הנתבעת כאן, כ"משיבה פורמלית" בעוד דווקא מי שאינם צדדים להסכם העיקרי, קרי בעלי המניות בחברה הנתבעת ומנהלה (שיכוננו להלן "בני משפחת בודנר") שכלל לא היו צדדים להסכם העיקרי וממילא לא היו צדדים גם להסכם הבוררות, הוגדרו כמשיבים שאינם "פורמליים".

2. במסגרת הבוררות הוגשה גם תביעה שכנגד על ידי החברה נגד התובעים שבכותרת. טענה טענה של חוסר סמכות, שנדחתה על ידי. עם זאת ונוכח טענות התובעים שבכותרת (שיש להן הד כבר בתובענה למינוי בורר) ולפיהן יש "משיכת זמן" מצד הנתבעת לגבי התביעה של התובעים נגד הנתבעת, החלטתי כי תחילה תידון התביעה העיקרית (המכונה גם "התביעה לקבלת מניות"), ורק לאחר מכן תידון התביעה-

- שכנגד. התביעה העיקרית נדונה והבשילה להכרעה. כל ההתייחסות להלן לטענות הצדדים, לראיותיהם וכל כיוצא באלה תתייחסנה אך ורק לתביעה העיקרית.
3. לפי סעיף 13 להסכם העיקרי, שכותרתו "יישוב סכסוכים" והמהווה את הסכם הבוררות החל על בוררות זו, כפופה הבוררות לדין המהותי ויש חובת הנמקה. בהעדר קביעה נוגדת, מפורשת או משתמעת, פטורה הבוררות מכפיפות לסדר הדין האזרחי המחייב בבתי המשפט ומדיני הראיות וזאת לפי הוראות חוק הבוררות, תשכ"ח-1968 והתוספת הראשונה לחוק האמור.
4. הסעד המבוקש בתביעה העיקרית הוא לחייב את הנתבעת "להעביר" (נכון יותר היה להשתמש במלה "להקצות") לתובעים 30 אחוזים ממניות הנתבעת. בנוסף מבוקש בתביעה לחייב את הנתבעת בהוצאות הבוררות ובשכר טרחת עורך-דינים של התובעים.

ההסכם העיקרי

5. עילת התביעה היא ההסכם העיקרי, וליתר דיוק הוראות סעיף 6.12 להסכם העיקרי. מפאת חשיבותה, מובא להלן נוסחו המלא:
- בכפוף לקיום כל התחייבויותיהם על פי הסכם זה, ניתנת בזה לאטונו ויעקב, או ליורשים החוקיים שלהם, אופציה לקבל, יחד, 42 מניות חדשות של הרוכשת אשר יוקצו על ידי הרוכשת ואשר יהוו 30% ממניות הרוכשת, בתנאי שהחובות האישיים שלהם ו/או של יורשיהם החוקיים ו/או של מורד משקאות, של כולם ביחד, בין שקיימים במועד החתימה על חוזה זה ובין שטרם קיימים, יעמדו על אפס. אסתר ויעקב ו/או היורשים החוקיים שלהם, לפי העניין, ישאו בכל מס שיחול בגין מימוש האופציה הנ"ל ו/או קבלת המניות בידיהם.
- במקרה של מימוש האופציה כאמור, תבוטל זכותם לתמורה הנוספת על פי הוראות סעיף 6.6. לעיל, החל מיום מימוש האופציה ואילך באופן שבו החל מאותו יום ואילך לא יהיו זכאים המוכרים לתמורה הנוספת, הן ביחס לרווחים שיצברו ברוכשת מאותו יום ואילך והן ביחס לרווחים שנצברו ברוכשת עד לאותו מועד והרוכשים לא קיבלו את חלקם בגין אותם רווחים.

6. "אסתר" ו"יעקב" הם התובעים שבכותרת. הצדדים להסכם, הנושא את התאריך 26/8/2009, הם: מצד אחד התובעים שבכותרת, שלושת בניהם, החברה שבשליטתם אשר עסקיה הועברו לחברה הנתבעת ("החברה המקורית") וחברה שמושבה בארה"ב; ומצד שני החברה הנתבעת. שלושת בני משפחת בודנר אשר היו המשיבים ה"לא פורמליים" בתובענה למינוי בורר (ואשר יוזכרו להלן) כלל אינם צדדים להסכם האמור באופן אישי.

7. ההסכם מסדיר את מכלול הנושאים הקשורים בהעברת פעילות החברה המקורית, שעסקה בפיתוח וייצור ליקרים ושיכרים מפירות, לחברה הנתבעת. גרשון בודנר, ישראלי לשעבר שמקום מושבו בארה"ב, ו/או רעייתו אלן בודנר, הם בעלי המניות של החברה הנתבעת, ואחיו של גרשון בודנר, עמיר בודנר המתגורר בישראל, הוא המנכ"ל.
8. באוקטובר 2009 נחתמו גם חוזי העסקה בין הנתבעת לבין כל אחד מיחיד התובעים (להלן "חוזי העסקה").

אירועים רלוונטיים לאחר ההסכם

9. ביום 21/2/17, עוד קודם להגשת הבקשה למינוי בורר (שהוגשה ביום 3/4/2017), פנה בא-כוחם של התובעים במכתב, שהופנה דווקא לבני משפחת בודנר (כהגדרתם לעיל) ולא לחברה. מכתב זה נכתב לאחר שהתובעים פוטרו מעבודתם בחברה הנתבעת. הוא נדרש לנושא המניות, אף כי אינו כולל דרישה מפורשת וישירה בנדון.
10. במענה, נשלח ביום 9/3/17 מכתב על ידי בא-כוחם של בני משפחת בודנר (המייצגים את החברה הנתבעת בבוררות זו). המכתב אינו כולל טענה בנושא היריבות, כלומר – לא נאמר בו "ההסכם שלכם הוא עם החברה, פנו אליה". במכתב נאמר כי כדי לקבל את המניות יש להודיע על כך בכתב לכותב מכתב התשובה, וכן לקיים "כל התנאים להקצאת המניות". "בכלל זה", כך נכתב מייד בהמשך, נדרשים התובעים כתנאי להקצאת המניות, לעשות שלושה דברים: להשיב למר גרשון בודנר סכום מסוים (מעט פחות מ-125,000 ₪) שלפי הנטען במכתב האמור שולמו על ידי מר גרשון בודנר לכיסוי התחייבויות עבר של עסקי התובעים מעבר למה שהתחייב לשלם; להציג אישור על מחיקת החברה המקורית ותצהיר בדבר העדר חובות אישיים של התובעים "ו/או יורשיהם" וזאת "כמתחייב מהוראות סעיף 6.12 להסכם"; ולהמציא לחברה אישור מפורש על פטור מניכוי מס במקור בגין הקצאת המניות או להעביר לחברה את הסכום הדורש לתשלום המס בשיעור 30% משווי המניות. גם לגבי דרישה אחרונה זו נכתב כי היא "כמתחייב מהוראות" סעיף 6.12 להסכם.
11. במכתב מיום 13/3/17 השיב בא-כוח התובעים למכתב האמור. במכתב יש דרישה מפורשת לקבל את המניות, אם כי היא מנוסחת כדרישה מבני משפחת בודנר להעביר לתובעים 30 אחוזים מהמניות, ולא כדרישה שהחברה קצה להם מניות שמהוות 30% מהמניות המונפקות. כהד לסיווג הדרישה כולל המכתב גם דרישה לקבל שטרי העברת מניות, ומועלית בו בין השאר טענה לפיה הנמענים מחזיקים, עד להעברה, ב-30 אחוזים מהמניות בנאמנות עבור התובעים. עם זאת, בבוררות לא הועלתה הטענה כי המכתב אינו מהווה מימוש של האופציה לקבלת המניות כפי שנקבעה בהסכם העיקרי מחמת העובדה שהוא דן בהעברה של מניות שכבר הוקצו במקום דרישה להקצאת

מניות (חדשות). לפיכך וחרף הסיווג השגוי של הדרישה (כדרישה להעברת מניות ולא להקצאת מניות חדשות), יש לראות במכתב מיום 13/3/17 את המועד שבו, **לכל המאוחר**, הועלתה על ידי התובעים דרישה למימוש האופציה שלהם לקבל 30 אחוזים ממניות החברה הנתבעת. אמור מעתה: הדרישה הזו הועלתה ככל הנראה לראשונה, באופן לא מפורש, ביום 21/2/17 ולכל המאוחר, במפורש (גם אם תוך סיווג מוטעה כדרישה להעברת מניות) ביום 13/3/17.

12. בדיון בבית המשפט המחוזי בתל אביב ביום 25/10/17 בבקשה למינוי בורר הצהירו באי-כוחם של המשיבים, שהם גם המייצגים את הנתבעת בבוררות כאן, כי:

"אנחנו מעולם לא התנגדנו להעביר לו את ה-30%, רק יש שני תנאים: התנאי הראשון שיביא אישור שאין לו חובות אבל יש לו חובות, אבל זה התנאי הפחות חשוב. התנאי החשוב יותר שיביאו אישור על ניכוי מס במקור. החברה צריכה לשלם מס על קבלת המניות והתנאי הוא שהוא צריך להביא את האישור".

ובהמשך לדברים הללו נאמר עוד:

"על פי ההסכם החברה צריכה להקצות למבקשים מניות בתנאים מסוימים, קודם כל הם צריכים לבקש".

טענות הצדדים בבוררות

13. כתבי הטענות בבוררות, בכל הנוגע לתביעה העיקרית הנדונה ומוכרעת בפסק זה (קרי התביעה לקבלת מניות) מלאים בטיעונים שאינם מתייחסים ישירות לשאלת זכאותם של התובעים לקבל את הסעד שהם עותרים לו בתביעה זו. טיעונים אלה, שלפחות בהקשר של התביעה העיקרית אינם אלא מה שמוכר כ"טיעוני אווירה", לא יובאו ולא יידונו בפסק הנוכחי מחמת היותם בלתי רלוונטיים, ותיאור טענות הצדדים יתמקד רק באותם טיעונים שהם רלוונטיים ישירות לשאלה שבה עלי להכריע בשלב הזה של הבוררות: האם התובעים זכאים לקבל כעת את המניות שהם תובעים שהנתבעת תקצה להם; ואם לא – מה צריך לקרות או להיעשות (ככל שהדבר עדיין אפשרי) על מנת שהזכות הזו תהיה בת מימוש.

14. התובעים טוענים, בתמצית, כי הם זכאים לקבל את המניות המקנות להם 30% מהון המניות של החברה וזאת מכח הוראות סעיף 6.12 להסכם העיקרי. הם טוענים כי אין מקום לדרוש מהם המצאת אישור על פטור מניכוי מס במקור (ולחלופין מפנים לאישור שצורף לכתבי הטענות שלהם, אשר על פניו אינו חל על תשלום שאינו בכסף כך שברור שהוא אינו רלוונטי כלל לענייננו), או כל דרישה אחרת, כתנאי למימוש זכותם לקבל את המניות. הם מתייחסים במפורש לתנאי של אישור בדבר העדר חובות ולגביו הם טוענים כי הוא בלתי סביר ואף מנוגד להוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי),

תשל"ג-1973 (אף כי אינם מפנים לסעיף האמור אלא טוענים לכך שישודותיו התקיימו). במסגרת זו הם מפנים בין השאר להתייחסות בחוזה ל"ורשיהם" של התובעים וטוענים כי לאדם אין "יורשים" בחייו. כמו כן הם טוענים שהדרישה בלתי ישימה במובן זה שלא ברור ממי אפשר וצריך להביא אישור על העדר חובות.

15. הנתבעת, מצידה, טוענת – גם כן תוך שליטתה היא מתבססת על אותו הסכם – כי הזכות לקבל את המניות מותנית בשורה של תנאים שהופרו על ידי התובעים, או שלא התקיימו. בסעיף 20 לכתב הגנתם, על שני חלקיו, הם מתייחסים לתנאים של העדר חובות ושל נושא המיסוי בגין הקצאת המניות. כמו כן הם טוענים בסעיף 26 לכתב הגנתם את הטענות הבאות:

26. בנוסף, מבלי לגרוע מהאמור לעיל ו/או מהאמור בכתב התביעה שכנגד בהליך זה, לאחר שהחלו התובעים במחלוקת היזומה עם הנתבעת, ולאחר שהנתבעת הודיעה כי אינה מסרבת להקצאת המניות אם יקוימו התנאים לכך, התגלה לנתבעת כי התובעים הפרו את ההסכם עימה הפרות בוטות ויסודיות:

ראשית, בחודשים האחרונים להעסקתם של התובעים גילתה הנתבעת כי התובעים שלחו יד בקופת הנתבעת וגנבו!! ממנה, כך ממש, סכומי כסף במזומן ומוצרים של היקב, עת שהיו מופקדים על חנות היקב.

שנית, לאחר שהוגשה התביעה בהליך זה, נתגלה לנתבעת, כי התובעים עושים שימוש אסור בקניין הרוחני של החברה ומשתפים אחרים בידע ובנוסחאות השייכים לחברה במסגרת סדנאות לייצור ליקרים שהם מקיימים תמורת תשלום.

מעבר לעצם חומרת המעשים, הפרו התובעים סעיפים 6.1, 6.2, 6.8, 9 ו-10 להסכם.

על פי הוראות סעיף 6.12 להסכם, מכוחו הגישו התובעים תביעתם בהליך זה, כפופה זכותם לקבל מניות החברה ב"קיום כל התחייבויותיהם על פי הסכם זה", ולפיכך, משהפרו התובעים ההסכם הפרות יסודיות אין הם זכאים עוד למניות על פיו.

16. מעשים אלה, מעבר לחומרתם, הם – הכל לשיטת הנתבעת בכתב הגנתה – בגדר הפרה של שורה של הוראות בחוזה, ולפיכך נשללת זכותם של התובעים לקבל את המניות ולו משום שסעיף 6.12 לחוזה, שהוא המקור לזכות התובעים לקבל מניות, פותח במילים "בכפוף לקיום כל התחייבויותיהם על פי חוזה זה".

17. נמצא, אם כן, שבפי הנתבעת שלוש טענות הגנה: אי המצאת אישור על העדר חובות, או אי קיום התנאי בדבר העדר חובות (וטענה פוזיטיבית בדבר קיומם של חובות); נושא המיסוי, וליתר דיוק נושא ניכוי המס במקור, בגין ההקצאה; והטענה שהתובעים הפרו באופן חמור את החוזה ולפיכך אינם זכאים למניות נוכח האמור ברישא של סעיף 6.12. הנתבעת אינה מתכחשת לחוזה בכלל ולסעיף 6.12 שלו בפרט אלא להיפך: לשיטתה, היא מתבססת על הוראות אותו סעיף עצמו (שגם התביעה מבוססת עליהן) וטוענת כי לא התקיימו התנאים הקבועים בו לקבלת הסעד המבוקש, קרי המניות. לכן

כל שצריך לעשות כדי להכריע בתביעה העיקרית הוא לדון ולהכריע בטענות ההגנה כפי שתוארו לעיל.

דין והכרעה

18. טרם דיון לגופן של המחלוקות הצריכות הכרעה (קרי בטענות ההגנה של הנתבעת כפי שהובאו לעיל), מצאתי לנכון להתייחס לשתי טענות מקדמיות שהועלו במהלך הבוררות על ידי התובעים בקשר לטענת ההגנה שעניינה ההפרות הנטענות של החוזה על ידי התובעים והשפעתה על זכותם הנטענת לקבלת המניות. דחיתי טענות אלה כאשר הועלו, אך מצאתי לנכון לחזור על הדברים גם במסגרת הפסק וולו כדי להסיר ספק.

19. הטענה המקדמית הראשונה היא חוסר סמכות לדון בנושא ההפרות הנטענות של החוזה על ידי התובעים. טענה זו נסמכת על כך שבהליך השיפוטי שהביא למינוי הבורר לא הועלתה טענה כזו, אלא נטען רק שיש שני תנאים לקבלת המניות: אישור בדבר העדר חובות, ואישור על פטור מניכוי מס במקור. לפי הגיונה של טענה זו, בכך נתחמו גבולות הסמכות בבוררות זו. זו טענה שדינה להידחות. דברים שנאמרו כעמדה לגופו של הסכסוך במהלך דיון בתובענה של בקשה למינוי בורר מכח הסכם בוררות קיים אינם יכולים להיחשב כמתווים את גבולות הסמכות, אלא אם במהלך הדיון הושגה הסכמה מפורשת לצמצם את גבולות הסמכות בבוררות בהשוואה לאלה שנקבעו בהסכם הבוררות, שכזכור לא נכרת בדיון או במסגרת ההליך שבגדרו התקיים הדיון אלא נכלל בחוזה שנערך בין הצדדים טרם שהתגלע ביניהם סכסוך כלשהו. **גבולות הסמכות של בוררות נקבעים בהסכם הבוררות. הליך של בקשה לבית המשפט למינוי בורר אינו אלא הליך לאכיפת הסכם הבוררות תוך השלמתו בעניין זהותו של הבורר. הליך כזה אינו בא במקום הסכם הבוררות ואין בכוחו לשנותו אלא בהסכמה מפורשת.**

20. יתרה מכך: קבלת הטענה לפיה אין סמכות להידרש בבוררות לכל טענת הגנה שלא זכרה בדברים שנאמרו בדיון הנ"ל תביא לאחת משתי תוצאות: או שכתוצאה מכך ייחרץ גורל התביעה מבלי שלנתבעת יתאפשר להעלות טענת הגנה רק משום שזו לא העלתה בדיון הנ"ל; או שצריך יהיה לומר שמאחר והנתבעת אינה יכולה להעלות במסגרת הבוררות אחת מטענות ההגנה שברצונה להעלות, אזי היא תוכל לעשות כן בהליך מתאים בפני בית המשפט. שתי האפשרויות רעות בעליל: האפשרות הראשונה משמעה פגיעה אנושה בכללי הצדק הטבעי ובזכותו של בעל דין להעלות ולהעמיד להכרעה את כל טענותיו. האפשרות השנייה משמעה שהבוררות לא תסיים את ההליך בין הצדדים לגבי המניות, לפחות במקרה בו פסק הבוררות יכלול דחייה של שתי טענות ההגנה ה"מותרות" לנתבעת, משום שבמקרה כזה היא תמהר לפעול לעיכוב ביצוע הפסק ולהגשת תובענה לבית המשפט המוסמך על מנת שידון ויכריע בטענת ההגנה

שנמנע ממנה להעלות בבוררות. כאשר צדדים מסכימים על בוררות, חזקה עליהם שהם עושים כן מחמת יתרונותיה ובהם היכולת להגיע להכרעה מהירה ואפקטיבית, וכן האפשרות לנהל הליך שלא במסגרת בית המשפט (דוגמה ידועה – הליך שדון בו עלול להביא לחשיפת מידע עסקי שחשיפתו תפגע בעסקיו של אחד הצדדים או של שניהם). אין זה סביר וראוי לנקוט בדרך שתוצאתה מנוגדת למטרות אלה בעליל: במקום הליך אחד יתנהלו שניים בזה אחר זה על כל המשמעויות של הדבר, כאשר השני שבהם מתנהל בבית המשפט.

21. אין להבין מהאמור לעיל כאילו קבעתי כבר בשלב המקדמי שאין שום משמעות לעובדה שטענת ההגנה שלגביה נטען לחוסר סמכות הועלתה לראשונה במהלך הבוררות (בכתבי הטענות) וזכרה לא בא בדברים שנאמרו בבית המשפט; אולם השאלה האם יש לכך משמעות ואם כן מהי אותה משמעות איננה שאלה של סמכות. ניתן לדון ולהכריע בשאלה זו רק אם יש סמכות לדון גם בטענות הגנה שלא הוזכרו בדיון הנ"ל בבית המשפט.

22. הטענה המקדמית השנייה שבאמצעותה ניסו התובעים למנוע דיון בטענת ההפרות כטענת הגנה בתביעה לקבלת המניות היא (בניסוח שלי), כי מאחר ונושא ההפרות הנטענות מצוי בליבת התביעה-שכנגד שהגישה הנתבעת בבוררות, ומאחר והוחלט על פיצול הדיון כך שתחילה תידון ותוכרע רק התביעה העיקרית, הרי שאין מקום להידרש בשלב הזה לטענת ההגנה האמורה. גם טענה זו לא ניתן ולא נכון לקבל. התוצאה של פיצול הדיון איננה יכולה להיות הכרעה בתביעה מבלי לדון כלל באחת מטענות ההגנה, אלא אם נפעל כך שהיה ושתי טענות ההגנה שאין חולק שהן צריכות הכרעה כעת תידחינה, יעוכב ביצוע הפסק (קרי תעוכב הקצאת המניות לתובעים) עד להכרעה לגופה בטענת ההגנה השלישית וזאת בתום הדיון בתביעה-שכנגד. זו תוצאה שתסכל את מטרתו של פיצול הדיון. נזכיר כי פיצול הדיון נקבע על ידי רק משום שהתובעים טענו בשלב המקדמי של הבוררות כי כל מטרת התביעה-שכנגד היא להאריך עוד ועוד את התקופה שבה התובעים אינם מקבלים את המניות. כדי להסיר את החשש הזה הוריתי על פיצול הדיון, ולכן אין כל היגיון לפעול עכשיו בדרך שעלולה לסכל את פיצול הדיון ולהגיע לתוצאה שדווקא התובעים הם שביקשו למנוע: עיכוב ההכרעה בתביעתם לקבלת המניות עד לסיום הדיון ולהכרעה בבוררות כולה.

23. כל האמור לעיל אינו מתייחס כלל לטענות נוספות, כגון לעובדה שהדיון בבית המשפט שעליו מסתכמים התובעים היה דיון שבו הנתבעת היתה – כפי שהם עצמם הגדירו אותה – "משיבה פורמלית", בעוד המשיבים עצמם היו בני משפחת בודנר שכלל אינם צד לבוררות, והדברים שנאמרו ושעליהם מבקשים התובעים להתבסס נאמרו בשם ולא בשם החברה הנתבעת. כמו כן לא התייחסתי לעיל לטענת הנתבעת כי הטענה בדבר הפרות מצד התובעים מקורה, בחלקה, במידע שהגיע אליהם לראשונה לאחר

הדיון בבית המשפט, וממילא לא היה אפשרי להעלותה או להזכירה אז. לא התייחסתי לעיל לשני הנושאים הללו מפני שניתן ונכון היה לדחות את הטענות המקדמיות שנדונו לעיל גם מבלי להיזקק לנושאים אלה כלל. התייחסות לנושאים אלו תגיע בהמשך הפסק.

24. עתה נפתחה הדרך לדון בטענות ההגנה לגופן.

25. נפתח בטענה שעניינה נושא המיסוי בגין ההקצאה. הנתבעת טוענת כי הקצאת המניות היא מבחינתה בגדר הטבה הקשורה ביחסי העבודה שבין הצדדים, ולחלופין בגדר מתן שירות או נכס לתובעים שלא בכסף. לשיטתה, בשני המקרים מדובר באירוע מס המחייב את התובעת לנכות מס במקור אלא אם יש בפניה אישור תקף בדבר פטור מניכוי כזה. היות ומדובר כאן במתן מניות ולא בתשלום אין אפשרות מעשית לנכות מס במקור מפני שערכן הכספי של המניות אינו ידוע, ולכן – כך טוענת הנתבעת – על התובעים לעשות אחת מהשתיים: או להמציא לידיה אישור על פטור מניכוי מס במקור שיחול גם על תמורה המשתלמת שלא בכסף (ונזכיר כאן כי האישור על פטור מניכוי מס במקור שהוגש על ידי התובעים אינו חל, לפי לשונו המפורשת, על תמורה שאינה בכסף), או לתת לה בטוחה מספקת לתשלום המס; והכל טרם ההקצאה וכתנאי לה.

26. בחוזה עצמו נקבע בעניין זה רק כי התובעים "יישאו בכל מס שיחול בגין מימוש האופציה הנ"ל ו/או קבלת המניות בידיהם". אין בחוזה דבר וחצי דבר על חובת התובעים למסור לנתבעת טרם הקצאת המניות וכתנאי לה אישור בדבר פטור מניכוי מס במקור, או בדבר חיובם לתת לחברה בטוחה כלשהי לתשלום המס ארם ההקצאה וכתנאי לה (וממילא גם אין החוזה דן בשאלת טיבה של הבטוחה וערכה הכספי). עיון בחוזה מלמד כי בהקשרים אחרים יש בו התייחסות מפורשת לנושאים של ניכוי מס במקור. בסעיף 3.2 לחוזה נאמר כי מתשלומים לספקים ינוכה מס במקור לפי הדין אלא אם יומצא אישור על שיעור אחר של ניכוי במקור. נושא הניכוי במקור נזכר גם בסעיף 3.4 לחוזה. ראו עוד ואף במיוחד, שכן כאן מדובר ישירות ביחסי הנתבעת עם התובעים, את הסיפא לסעיף 6.6 לחוזה הדנה ב"תמורה הנוספת" שהתובעים עשויים להיות זכאים לה מהנתבעת:

מכל תשלום שישולם לאסתר ו/או יעקב על חשבון התמורה הנוספת תנכה הרוכשת מס במקור וביטוח לאומי לפי הדין, כפי שיעץ רואה החשבון של הרוכשת, אלא אם ימציאו לה אסתר ויעקב אישור מרשויות המס בדבר השיעור שיש לנכות במקור מהתמורה הנוספת.

27. במהלך שמיעת הראיות הסתבר כי את החוזה ערכה עורכת-דין מטעם הנתבעת, כאשר התובעים אינם מיוצגים באותה עת על ידי עורך-דין אולם רואה החשבון שלהם, שבמועד מאוחר יותר (ולאחר כריתת החוזה) גם הוסמך כעורך-דין, היה בקשר עם

עורכת-הדין הנ"ל במהלך המו"מ ובקשר עם נוסח החוזה. המסקנה היא כי לכל הפחות הנתבעת היתה מיוצגת ייצוג מלא בעריכת החוזה. היא גם היתה מודעת היטב לנושא המיסוי בכלל וניכוי מס במקור בפרט, כפי שמשתקף בהוראות של שלושה סעיפים לפחות בחוזה שהזכירו במפורש את נושא הניכוי של מס במקור ואחת מהן אף נתנה בנדון מעמד מכריע לרואה-החשבון של הנתבעת. למרות זאת בחרה הנתבעת לא להתייחס לנושא זה כלל בהקשר של מימוש האופציה לקבלת מניות. לא ניתן לטעון שהצדדים פשוט לא נתנו דעתם בחוזה על נושא הניכוי במקור, או שבעניין זה סברו שאין צורך שהחוזה יתייחס אליו מאחר והדין ממילא קובע את חובת הניכוי ואת שיעורו, ואת הדרך להפחית את שיעור הניכוי או להימנע ממנו כליל. לו סברו שאין צורך שהחוזה יעסוק בנושא הזה משום שהדין עושה כן ממילא, היו נמנעים מכל אזכור שלו בחוזה בכלל וביחסים שביניהם בפרט. מכאן קצרה הדרך למסקנה הפרשנית המבוססת על העיקרון של "מכלל ההן שומעים את הלאו": העובדה שבמקומות אחרים בחוזה היתה התייחסות מפורשת לנושא הניכוי במקור מוכיחה כי הצדדים בכלל והנתבעת בפרט פשוט סברו בעת עריכת החוזה כי לא תהיה חובת ניכוי מס במקור בקשר עם הקצאת המניות לפי סעיף 6.12 לחוזה, ומכל מקום בחרו שלא לכלול בחוזה התניה של ביצוע ההקצאה בהמצאת אישור על פטור מניכוי או במתן בטוחה לתשלום סכום הניכוי. הם בחרו להסתפק רק במובן מאליו, והוא שאם תהיה חבות במס בגין ההקצאה יישאו בה התובעים.

28. בכך ניתן היה לסיים את הדיון בטענת ההגנה הזו, אבל איני יכול להתעלם גם מהעובדה ששני הצדדים בחרו להגיש חוות דעת מומחים למיסוי בעניין הזה, וליתר דיוק בשאלה האם הקצאת המניות לפי סעיף 6.12 לחוזה מחייבת בניכוי מס במקור. במאמר מוסגר אציין כי על רקע זה (של הגשת חוות דעת מטעם שני הצדדים בשאלת קיומה או העדרה של חובת ניכוי מס במקור במקרה הזה) הופתעתי לשמוע מפי ב"כ התובעים במהלך הדיונים טרזניה על כך שניסיתי, במהלך עדויותיהם של המומחים, להפנות אליהם שאלות שמטרתן היתה לנסות להבין טוב יותר ולנסות לאתגר את התיזה שכל אחד מהם ניסה להציג. הרי לא יכולתי לא לנסות ולהבין את עמדתם של עדים מומחים בשאלה ששני הצדדים מצאו לנכון להביא עליה חוות דעת כאלה. אכן, אין זה מתפקידו של ברור (כל ברור), ואף אין זה בסמכותו, לקבוע מהן תוצאות המס של הקצאת המניות לפי סעיף 6.12 לחוזה. כל תפקידי כבורר כאן בהקשר לנושא המיסוי הוא לדון ולהכריע רק בשאלה האם יש לקבל את טענת הנתבעת, לפיה כתנאי להקצאת המניות על התובעים להמציא לה אישור על פטור מניכוי מס במקור או בטוחה לתשלום סכום הניכוי, או שיש לדחות את הטענה הזו. הא – ותו לא. עם זאת ברור כי בהקשר הזה, ובו בלבד, היה עלי לנסות ולתת דעתי גם על טענות הצדדים בשאלת חובת הניכוי במקור לגופה. עצם העובדה שגם התובעים סברו שיש מקום להגשת חוות דעת מומחה

מטעמים בעניין זה אינה יכולה להתיישב עם הטענה שאין הבורר צריך (ואולי אף אינו רשאי) לבחון את השאלה לגופה ככל שהדבר עשוי להיראות דרוש כדי להכריע ביחסי הצדדים. לו סברו באמת אחרת, לא היה מקום מלכתחילה לכך שיגישו חוות דעת בנדון. 29. טענתה העיקרית (אף כי לא היחידה) של הנתבעת במישור זה היתה כי הקצאת המניות היא בגדר הכנסת עבודה בידי התובעים. **באתי למסקנה שאין לקבל טענה זו.** הבסיס היחיד לטענה הזו מצוי בעובדה שסעיף החוזה שדן באופציה ובמימושה מצוי בפרק 6 לחוזה (בסוף הפרק). פרק זה עוסק בהעסקת התובעים כעובדים בנתבעת, וכותרתו היא "העסקתם של (התובעים) ב(רוכשת)"; אולם בגוף הסעיף אין דבר וחצי דבר הקושר בין ההעסקה לבין האופציה ומימושה. סעיף 1.2 לחוזה קובע כי כותרות הסעיפים (למעשה מדובר בפרקים) בחוזה אינן בעלות משמעות כלשהי בפרשנות החוזה ונועדו רק לצרכי התמצאות. בחוזי ההעסקה של התובעים אין כל זכר לנושא הקצאת המניות. לגופו של עניין ובניגוד למקובל במקרים של מתן אופציות לעובדים כחלק מתנאי העסקתם, מימוש האופציה יכול ויתבצע גם לאחר תום עבודת התובעים אצל הנתבעת ואינו מוגבל לתקופת ההעסקה. העובדה שנקבע בחוזה שעם קבלת המניות פוקעת הזכות ל"תמורה נוספת" של 30% מהרווחים (שהיא לכשעצמה כלולה בתנאי ההעסקה), לרבות בגין רווחים שנצברו אך טרם חולקו, אינה מעידה לכשעצמה על זיקה הכרחית בין קבלת המניות לבין ההעסקה. פשיטא ש-30% מהמניות מקנות זכות ל-30% מהרווחים, ולא סביר שהתובעים – כל עוד הם עובדים בחברה – ייהנו משתי הזכויות במצטבר. פשיטא גם שמרגע שאדם נעשה בעל מניות, הוא זכאי גם לחלק היחסי מהרווחים שטרם חולקו (אם וכאשר יחולקו), וערך המניות שבידיו מבטא גם את כל הרווחים שטרם חולקו.

30. הטענה החלופית של הנתבעת (מפי המומחה מטעמה, עו"ד ורו"ח מיכאלוביץ') בנושא החובה לנכות מס במקור בעת ההקצאה היתה כי אם אין מדובר בהכנסת עבודה, עדיין מדובר בהכנסה החייבת במס (וממילא גם בניכוי מס במקור על ידי הנתבעת) לפי סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן "הפקודה"). החלק הרלוונטי של הסעיף האמור קובע:

"(ט) (1) מימש אדם זכות שקיבל בעבר לרכישת נכס או שירות, ובעת המימוש היה הפרש בין המחיר המשתלם כרגיל בעד אותו נכס או שירות לבין המחיר ששילם אותו אדם, או קיבל אדם הלוואה, בין שניתנה לו במישרין או בעקיפין או לאחר לטובתו, וההלוואה היא ללא ריבית או בריבית נמוכה משיעור שקבע לעניין זה שר האוצר באישור ועדת הכספים של הכנסת בין דרך כלל ובין לסוגי הלוואות או להלוואות למטרות שונות, יראו את ההפרש –

(א) בזכות או בהלוואה שניתנו בקשר ליחסי עובד ומעביד - כהכנסת עבודה;

(ב) בזכות או בהלוואה שקיבל אדם ממי שהוא מספק לו שירותים - כהכנסה לפי סעיף 2(1) זולת אם הוכיח שניתנו ללא קשר עם השירותים שסיפק;
(ג) "...".

31. לטעמי, ספק גדול אם הסעיף האמור חל על המקרה שבפנינו. באתי למסקנה שלדעתי סביר יותר שהסעיף האמור אינו חל בענייננו. זאת קודם כל מהטעם שהנתבעת עצמה טוענת שמצבה בכי רע וקיומה מותנה בהזרמת כספים על ידי בעלי המניות הנוכחיים, שבלעדיה החברה לא תצליח לשרוד. לחברה גם הפסד צבור גדול לכל אורך תקופת קיומה. על פני הדברים, משתמעת מכך המסקנה שערך המניות (שאין להן שוק משום שמדובר בחברה פרטית) לעת הזו הוא אפס. בהינתן מסקנה זו, שהיא המסקנה היותר מתקבלת על הדעת, הרי שלמרות שהתובעים אינם אמורים לשלם דבר עבור הקצאת המניות אין בכך משום קבלת נכס במחיר הנמוך מהמחיר "המשתלם ברגיל בעד אותו נכס", משום ש"ברגיל" איש ממילא לא היה משלם מאומה עבור המניות הללו. לאור האמור לעיל מתייחד הדיון בשאלה האם התקיימה כאן לפחות אחת מהחלופות הקבועות בסעיפי המשנה (א), (ב) או (ג) של הסעיף האמור (כאשר לטעמי ברור שלפחות שתי הראשונות אינן מתקיימות כאן), משום שהתקיימותה של אחת מהן היא תנאי מצטבר לתנאים שקדמו לה, ובמיוחד לתנאי שהנכס ניתן למקבלו במחיר הנמוך ממחירו הרגיל של הנכס בעת נתינתו למקבל.

32. מכל האמור לעיל עולה שגם מבלי להידרש כלל לחוות דעתו של המומחה מטעם התובעים, עדיין יש עודף הסתברות לכך שלא חל מס על הקצאת המניות לתובעים, וממילא גם אין חובה לנכות מס במקור בעת ההקצאה. טעם זה מצטבר למה שנאמר כבר לעיל לפני הדיון בשאלת המיסוי לגופה, והוא שבנסיבות בהן יש חוזה מפורט בין הצדדים שדן בצורה מפורשת בהיבטי המס של הוראות הכלולות בו ואף התייחס בהן במפורש גם להיבט של ניכוי במקור, אין מקום לקרוא לתוך החוזה הוראה שאין בו ולפיה רשאית הנתבעת להתנות את ביצוע ההקצאה בקבלת אישור על פטור מניכוי מס במקור בגין ההקצאה ולחלופין בקבלת בטוחה נאותה לתשלום הסכום שיש לנכותו.

33. המסקנה המצטברת היא שמכל אחד משני הטעמים שלעיל, יש לדחות את טענת ההגנה של הנתבעת בעניין הניכוי במקור של מס בגין הקצאת המניות נושא התביעה.

34. נעבור עתה לטענה שעניינה נושא החובות (או העדרם) של התובעים ו/או של יורשיהם. הפעם עסקינן בנושא המעוגן בהוראותיו המפורשות של סעיף 6.12 לחוזה, שכזכור קובעות כי תנאי למימוש האופציה לקבלת מניות הוא שהחובות האישיים של התובעים ו/או של יורשיהם החוקיים ו/או של מורד משקאות, של כולם ביחד, בין שהם

קיימים בעת כריתת החוזה ובין שלא, יעמדו על אפס". על פניה, מדובר בהוראה בחוזה שהתובעים הסכימו לה. לפחות במבט ראשון נראה כי אין סיבה שלא לאכוף אותה.

35. התובעים טוענים בסיכומיהם כי התנאי בדבר העדר חובות "אישיים" להם ולירשיהם הוא בלתי חוקי או מנוגד לתקנת הציבור. הטענה הזו נטענה על דרך הסתם במובן זה שהיא הועלתה ללא כל פירוט או הנמקה ומבלי להצביע על אסמכתא כלשהי שיכולה לתמוך בה. מי שטוען טענה לאי חוקיות או להיותה של הוראת חוזה נוגדת את תקנת הציבור, מן הראוי שיפרט ויבסס את הטענה הזו, המחייבת מטבעה זהירות מיוחדת הן מחמת האינטרס הציבורי המובנה בה והן משום שיש תמיד בעייתיות מובנית בסיטואציה בה צד לחוזה מקבל על עצמו את כל הוראות החוזה ומפיק יתרונות מהחוזה, אך מנסה להתנער בהמשך מהוראה שאינה פועלת לטובתו. כאמור לעיל, התובעים כלל לא ניסו לפט ולבסס את הטענה מרחיקת הלכת הזו. מכל מקום, גם לגופה אין בידי לקבלה. לא מצאתי סיבה לקבוע כי תנאי כזה לכשעצמו הוא בלתי חוקי או כי יש בו דבר העומד בניגוד לתקנת הציבור.

36. טענה נוספת כנגד עצם תוקפו של התנאי האמור הועלתה אף היא בסיכומי התובעים, והיא טענה של ניצול חולשתם הכלכלית של התובעים בעת עריכת החוזה בהתייחס לתנאי האמור. דין הטענה להידחות מכמה טעמים. הראשון הוא שזו טענה שיש לטעון במפורש, החל בכתב הטענות, ולא כך נעשה. הטעם השני הוא שהטענה לגופה אינה מתיישבת עם העובדות כפי שהתבררו: לחוזה קדם מ"מ לא קצר, במהלכו הוחלפו כמה טיוטות. התובעים אמנם לא היו מיוצגים על ידי עורך-דין, אולם היה מי שעמד מטעמם מול עורכי הדין של הנתבעת והאחים בודנר – רואה החשבון שלהם, שלימים (לאחר מעשה) קיבל גם רישיון לעריכת דין. עצם קיומו של מ"מ ממושך וקיומן של כמה וכמה טיוטות מעידים שלא היה כאן תכתיב של צד "חזק" לצד "חלש" באופן מובהק, שהרי לו כך היה הדבר לא היה מתנהל מ"מ בכלל, או כמעט בכלל, והתובעים היו נדרשים לחתום על חוזה שהוכתב להם בבחינת "כזה ראה וקדש", או לפחות בבחינת "קבל או דחה". כאמור לעיל, אין מחלוקת עובדתית שלא כך היה. זאת ועוד: המסגרת המשפטית המתייחסת למצב של ניצול חולשת אחד הצדדים היא זו הקבועה בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שכותרת השוליים שלו היא "עושק". הסעיף דורש, כאחד התנאים לתחולתו, שתנאי החוזה יהיו גרועים במידה בלתי סבירה ביחס למקובל. לא הוכח שכך הוא, והטענה אפילו לא נטענה. אין לשלול את האפשרות שההוראה האמורה לעיל בחוק תחול לא על כל החוזה אלא רק על חלק מתנאיו (וראו סעיף 19 לחוק האמור), אולם אז יהיה קושי ניכר להוכיח שהתנאים "גרועים במידה בלתי סבירה" משום שקשה לבחון את סבירותו של תנאי בודד ולנתק אותו משאר התנאים. בנוסף לכל אלה, התוצאה של עושק היא זכות לביטול תוך זמן סביר. לא רק שהחוזה נחתם בשנת 2009 ומאז ועד לסיכומים בבוררות זו לא הועלתה

טענה בנדון אף שנראה שהזמן הסביר למתן הודעת ביטול חלף לפני שנים רבות, ומקל וחומר שמעולם לא ניתנה הודעת ביטול (ושוב – אפילו נניח לצורך העניין שעילת הביטול חלה רק על התנאי הנוגע לחובות בסעיף 6.12 לחוזה) וממילא גם לא הוצעה ולא התבקשה, גם עתה, השבה למרות שזו התוצאה של ביטול. אני גם אינני רואה איך אפשר לבטל רק את החלק הזה של סעיף 6.12 ולהותיר את כל שאר התנאים בעינם, אולם הערה אחרונה זו נאמרת מעל לצורך משום שדי בכל הנימוקים הקודמים כדי להראות שאין לקבל את הטענה שהתנאי בעניין העדר חובות אינו תקף מחמת "ניצול חולשה".

37. עם זאת באתי למסקנה שההוראה שעניינה העדר חובות, למרות לשונה הפשוטה-לכאורה, מעוררת סדרה של שאלות וקשיים. השאלה הראשונה היא מה עניין "יורשיהם החוקיים" של התובעים לכאן. ניתן היה לומר שההתייחסות אליהם רלוונטית רק אם התובעים ילכו לעולמם טרם מימוש האופציה, אולם לשון החוזה מחייבת לכאורה מסקנה מנוגדת שהרי נאמר שם "של כולם יחד", קרי לפי פשוטו של הסעיף ההוראה חלה על חובות אישיים הן של התובעים והן של "יורשיהם החוקיים". לשון אחר: לפי פשוטו של החוזה, הדרישה להעדר חובות של ה"יורשים החוקיים" חלה לכאורה גם כאשר התובעים שניהם עודם בחיים (וזוהו המצב כעת). זו גישה בעייתית, בלשון המעטה. מבחינה מושגית כלל אין לאדם "יורשים" כל עוד הוא בין החיים (והוא הרי יכול בכל עת, לפחות כל עוד הוא כשיר לצוות, לשנות את זהות יורשיו). שנית, וגם אם נניח שהכוונה היא לכל מי שזכאים להיות היורשים על פי דין (ובכך ננטרל את נושא החופש לצוות), הדין הוא שרק צו ירושה קובע מיהם היורשים על פי דין. רק כאשר מתבקש צו ירושה נשאלת השאלה מיהם כל הצאצאים שנולדו לכל אחד מהמורשישים אי פעם. במסגרת הבקשה לצו ירושה גם יכולים יורשים, אם רצונם בכך, לוותר על חלקם בעיזבון במקרים מסוימים. בקיצור: ההתייחסות ל"יורשים החוקיים" של התובעים יחד עם התובעים עצמם, קרי בעודם בחיים, היא בעייתית ומעוררת לפחות שתי שאלות פרשניות (הבדיקה מי הם בדיוק "היורשים החוקיים", ושאלת הויתור האפשרי) שמכניסות יסוד משמעותי של אי וודאות לתוך סיטואציה של מימוש אופציה, שאמורה להיות מטבעה פשוטה ובעלת אופי טכני גרידא. בנוסף, כלל אין זה מובן מאליו ש"היורשים החוקיים" (יהיו מי שיהיו) יסכימו לחשוף מידע על חובותיהם בפני הנתבעת (ויתכן שאפילו בפני התובעים), ואינני רואה דרך חוקית לחייבם לעשות כן. סבורני שהמסקנה היחידה שניתן להסיק כאן היא שלמרות שבחוזה נכתב שהתנאי של העדר "חובות אישיים" אמור לחול הן על התובעים והן על "יורשיהם החוקיים", לא ניתן אלא לקבוע שכל עוד שני התובעים בחיים בעת המימוש, הדרישה להעדר "חובות אישיים" אינה חלה על "יורשיהם" אלא רק עליהם עצמם.

38. גם ההיגיון החוזי מחייב את המסקנה הזו. כפי שנראה בהמשך, גרסת הנתבעת היא

שהדרישה להעדר חובות נועדה למנוע חשש שהמניות שיוקצו לתובעים יגיעו לנושי

התובעים. בהינתן החופש לצוות, אין כל משמעות להחלת הדרישה להעדר חובות על

היורשים "החוקיים" דווקא למרות שהתובעים בחיים, משום שאין לדעת אם יורשים

אלה הם באמת מי שיזכו בירושה בבוא היום.

39. השאלה השנייה שמעוררת ההוראה האמורה כוללת שורה של שאלות משנה. מה הם

"החובות האישיים" שאליהם מתייחסת ההוראה האמורה? ניתן לומר כעניין שבעובדה

שאין בנמצא בישראל אדם שאין לו חובות כלשהם בכל רגע נתון. כך, למשל, אנו

משלמים חשבונות מים, חשמל, גז ותקשורת לסוגיה (טלפוניה ניידת ונייחת, תשתית

וספק שירותי אינטרנט, וטלוויזיה רב-ערוצית) בדיעבד, כלומר עבור צריכה שהתבצעה

לפני התשלום. המשמעות היא שאפילו ברגע בו כל אחד מאיתנו משלם את חשבון

החשמל שלו, לדוגמה, יש לו כבר חוב כלפי חברת החשמל בגין החשמל שהספיק

לצרוך מאז קריאת המונה האחרונה שבאה לביטוי בחשבון שזה עתה שולם ועד לרגע

התשלום. שאלה נוספת היא מה פירוש המילה "אישיים"? האם היא באה להחריג

חובות שאינם "אישיים", ואם כן – מהם חובות שאינם "אישיים"? האם חובות בגין

פעילות עסקית ייחשבו גם הם ל"אישיים" לעניין זה (למשל – קבלת תשלום מראש,

לרבות מקדמה חלקית, עבור שירות עסקי שאמור להינתן במועד מאוחר למועד

התשלום, יוצרת חוב של המקבל בתקופה שבין קבלת התשלום לבין גמר מתן השירות.

האם זה ייחשב ל"חוב אישי"?), או שהכוונה בחוזה היא לחובות שאינם עסקיים והחוזה

אינו מתייחס לחובות בעלי אופי עסקי? ומה לגבי חובות אפשריים לרשויות המס?

עוסקים משלמים עפ"ר מקדמות למס הכנסה, למשל. חבות המס הסופית נקבעת רק

לאחר הגשת הדו"ח השנתי, והיא עשויה להיות גבוהה מסכום המקדמות ששולמו

במהלך השנה. האם זה "חוב" (ואם כן – האם זהו "חוב אישי" למרות שמקור החבות

במס בפעילות עסקית), אף ששיעורו טרם ידוע בזמן אמת ואף עצם קיומו אינו בחזקת

וודאי בזמן אמת? ועוד: האם חבות אפשרית לפי דיני הנזיקין, למשל, תיחשב אף היא

ל"חוב אישי" גם אם קיומה וסכומה טרם נקבעו סופית באופן חלוט ואף אם ה"חייב"

כלל אינו מודע לכך שהוא צפוי להתבע בנזיקין? כל אלה שאלות שאין בפניי לא רק

תשובה על אף אחת מהן, אלא אין גם ניסיון כלשהו להתמודד איתן. החוזה עצמו שותק

לגביהן שתיקה גמורה, וגם בסיכומים לא מצאתי כל התייחסות אליהן. השתיקה הזו

רובצת לפתחה של הנתבעת, משום שהיא זו שטוענת שהתנאי שעניינו העדר "חובות

אישיים" לא התקיים ושלפיכך יש לדחות את התביעה. זו טענה מובהקת של הודאה

והדחה, שנטל הוכחתה – כמו נטל ההוכחה של כל טענת הגנה – מוטל על הנתבעת,

וכך גם נטל השכנוע הסופי לגביה.

40. השאלה הבאה (ליתר דיוק קבוצת השאלות הבאה) מסובכת, וככל הנראה גם חשובה, עוד יותר מקודמותיה. עניינה הוא מה, לפי החוזה, צריכים התובעים לעשות, אם בכלל, כדי להוכיח שהם עומדים בתנאי של העדר חובות כפי שהוא מופיע בסעיף 6.12 לחוזה. החוזה עצמו שותק שתיקה גמורה בעניין זה. כזכור, בדיון בבית המשפט המחוזי בבקשה למינוי בורר אמר ב"כ המשיבים השולטים שליטה גמורה בנתבעת (שהוא כיום ב"כ הנתבעת) כי מדובר ב"תנאי הפחות חשוב" לקבלת המניות, ודיבר לגביו על "אישור" שאין חובות. "אישור" ממי? ומה בדיוק צריך שייכתב בו כדי שתנוח דעתה של הנתבעת? שמא מדובר בהצהרה של הנתבעים עצמם (ואם כן – באיזו מתכונת, ובאיזו רמת פירוט)? הדובר סתם ולא פירש, ובהינתן שהתובענה שעמדה בפני בית המשפט לא דנה כלל בשאלת קבלת המניות לגופה אין זה מהותי שהנושא הזה לא זכה לפיתוח ולדיון מפורט שם; אולם היה על הנתבעת לפרט את עמדתה כאן, בבוררות הזו שדנה בגוף השאלה האם זכאים התובעים לקבל את המניות ומהם התנאים שבהם עליהם לעמוד לשם כך. למרבה האכזבה הם לא התייחסו לשאלה הזו כלל גם בבוררות והשאלה הזו, אם כן, מוסיפה לעמוד בפנינו במלואה.

41. כדי לנסות ולהשיב לכל השאלות שהועלו לעיל על רקע שתיקת החוזה לגביהן כמו גם על רקע העדרו הגמור של כל ניסיון מצד הנתבעת לפזר את הערפל סביבן במסגרת הבוררות, ניסיתי להתחקות אחר הרציונל של הוראה זו בחוזה, בתקווה שאמצא שם סיוע ומקור לחשיבה פרשנית. מה שהוצג בפניי הוא כי הרציונל שעמד מאחורי הדרישה להעדר חובות – כך הסבירה הנתבעת הן מפי פרקליטיה והן בתצהירי עדיה – מקורו בחשש של בני משפחת בודנר כי נושיהם של התובעים או של בניהם יהפכו בסופו של דבר לבעלי מניות בנתבעת, וכך יימצאו עצמם בני משפחת בודנר עם "שותפים" שלא רצו בהם. בכל הכבוד, זה הסבר מוזר, משום שברור לגמרי שה"פתרון" שנמצא לבעיה הנ"ל אינו אפקטיבי כלל: מה יימנע מהתובעים (למשל) ליצור חובות חדשים בכל עת החל מהרגע שלאחר שיקבלו את המניות? הרי גם חובות שנוצרו לאחר קבלת המניות עלולים להביא לאותה התוצאה עצמה שאותה ביקשו למנוע וממנה חוששים, לטענתם, הנתבעת ובעלי השליטה הנוכחיים בה. התשובה היא כמובן שדבר אינו יכול למנוע זאת, ומכאן שגם הקפדה יתרה על מילוי התנאי הזה בעת הקצאת המניות אינה נותנת מענה לרציונל שלו, כפי שהוא מוצג על ידי הנתבעת. רציונל אחר לתנאי הזה לא הוצג לי על ידי מי מהצדדים. לא ניתן, לפיכך, להיעזר ברציונל של התנאי הזה כדי להבין טוב יותר כיצד ניתן ליישמו (אם בכלל).

42. ניתן לטעון שהשאלות עליהן הצבעתי לעיל בקשר לתנאי הזה (החל בהגדרת "חובות", דרך הבנת המושג של "חובות אישיים" וכלה בשאלה כיצד ניתן להוכיח שלאדם אין חובות) הן בגדר אחת משתיים: או בגדר שורה של שאלות פרשניות, או בגדר פרטים שלא נקבעו בחוזה. אין בדעתי להיכנס לדיון תיאורטי בשאלה לאיזו משתי הקטגוריות

האמורות יש לשייך את הבעיה, משום שסבורני ששתייהן מוליכות במקרה הנוכחי לדרך ללא מוצא. לגבי האפשרות שבפנינו בעיה פרשנית, כבר ראינו שהתחקות אחר כוונתם המוכחת ולחלופין המשוערת של הצדדים אינה מקדמת אותנו במאומה בבואנו לנסות ולמצוא מענה לאף אחת מהשאלות שהצבעתי על קיומן. לגבי האפשרות שמדובר בפרטים שלא נקבעו בחוזה, הרי שלכאורה ניתן וצריך להשלימם בדרכים הקבועות לכך בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; אלא שטענה כזו כלל לא נטענה בפניי – לא באופן כללי, ומקל וחומר שלא באופן פרטני ותוך הנחת התשתית הראייתית הנדרשת. לשון אחר: לא נטען ולא הוכח בפניי מהו הנוהג הכללי במקרים מעין אלה (אם יש כזה בכלל), וברור שאין לגביהן גם נוהג ספציפי בין הצדדים שבפנינו. נמצא שהשאלות, והקשיים שהן מעוררות, ניצבות בפנינו במלוא הדרך וללא מענה ואף ללא מקור למציאת מענה כזה. לכאורה המחדל הוא של שני הצדדים, אולם בהינתן שהתובעים טוענים שכלל אין ליישם את התנאי, וכן בהינתן העובדה שכל נושא העדר החובות הוא טענת הגנה, רובץ המחדל לפתחה של הנתבעת. היא היתה צריכה לפרט מה בדיוק על התובעים לעשות כדי שהתנאי האמור יתקיים. היא גם היתה צריכה לנמק את הפירוט הזה ולהראות על מה הוא מבוסס, נוכח שתיקת החוזה בנדון. מזכיר: מדובר בתנאי למימוש אופציה מתמשכת. כפי שכבר נאמר לעיל, מימוש אופציה הוא פעולה שאמורה להיות טכנית, פשוטה וברורה. בעל האופציה צריך לדעת מראש מה בדיוק עליו לעשות לשם המימוש שלה, והצד השני צריך להיות במצב שאין בו כל מרכיב של שיקול דעת: התקיימו התנאים הברורים והניתנים לבדיקה בקלות ובמהירות – יש לפעול כמתחייב מהמימוש. לא התקיימו – יש להודיע לבעל האופציה שהיא אינה ממומשת משום שלא עמד בתנאי ברור ומוגדר היטב. המצב בו תנאי למימוש אופציה מנוסח באופן עמום, ובמיוחד כשמדובר בכמה מישורים של עמימות כפי שפורטו לעיל, הוא מצב השומט את הבסיס מתחת למושג של "אופציה" ועומד בניגוד חריף לעצם מהותה של אופציה, משום שהוא מאפשר ואף מזמין מחלוקות שונות ומגוונות בשאלה האם הוא התקיים, ובכך פותח פתח רחב לריקון האופציה מתוכנה תוך שבעלי האופציה נאלצים להיגרר להתדיינות (על כל הכרוך בכך מבחינת חלופי הזמן והעלויות) בשאלה האם יש לראותם כמי שיצאו ידי חובת מילוי התנאי האמור, אם לאו.

43. טרם שאכריע בעניין התנאי הזה לאור כל השאלות והקשיים עליהם הצבעתי לעיל, בחנתי את השאלה מה, אם בכלל, הוכח בפניי בשאלת קיומם של חובות. זאת מהטעם הפשוט שאם היה מוכח בפניי שלתובעים חובות שבעליל נופלים לגדר "חובות אישיים" (יהא פירושו של מונח זה אשר יהא), היה עלי לדחות את התביעה מהטעם הזה מבלי להעמיק ולהידרש לשאלות שהצבעתי עליהן לעיל. התובעים העידו שאין להם חובות. פרט לחובות שנטענו במפורש על ידי הנתבעת ואשר אליהם אתייחס בהמשך הדברים לא באה ראייה נוגדת. גם לא שמעתי שבמסגרת הליכים מקדמיים (שכידוע אין חובה

לקיימם ואיני יודע באיזו מידה ובאיזה היקף התקיימו כאן, אם בכלל) נחשף קיומו של חוב כלשהו (שוב – פרט לחובות שנטענו במפורש על ידי הנתבעת).

44. מצד הנתבעת עלתה בהקשר זה רק טענה אחת (כמשתקף היטב בסיכומיה), והיא שיש חוב של התובעים כלפי החברה שמקורו בהוראות החוזה. הכוונה למה שהחזרה מגדיר כ"חובות מדרגה שניה", אשר הנתבעת עצמה טוענת בסיכומיה כי התובעים חייבים לפרוע לטובת החברה אולם זאת רק מתוך חלקם ברווחי החברה, לכשיחולקו רווחים. לשיטת הנתבעת עצמה זהו הטעם לכך שחוב נטען זה (שהתובעים לא העלו כל טענה לגופו של עניין לגביהם, ורק טענו שהחוב לא הופיע במאזני החברה ולא הועלתה כל דרישה לפירעונו עד להליכים) לא הופיע במאזני החברה ולא היתה כל דרישה שלה לפרוע אותו: היות ולחברה לא היו רווחים במהלך כל התקופה (וממילא היא גם לא חילקה רווחים), הרי גם לשיטת החברה הנתבעת במועד שאליו מתייחס כל אחד ממאזני הנתבעת עד כה טרם הגיעה עת פרעון החוב הזה. חוב שפירעונו עתידי ומותנה (שהרי אם לעולם לא יהיו רווחים, לא תקום החובה לפרוע אותו ולא ניתן יהיה לתבוע בגינו) אינו יכול "להופיע במאזן". חוב כלפי החברה נרשם במאזן כנכס של החברה נכון לתאריך המאזן, וכאן עסקינן ב"נכס" שקיומו עתידי (במועד שאינו ידוע מראש) ואף מותנה בתנאי שאין כל וודאות שיתקיים במועד כלשהו בעתיד. לכל היותר (ועל כך איני מביע דעה משום שהשאלה חורגת מטענות הצדדים ומשום שאין בה כדי לשנות מהתוצאה), יתכן שהיה מקום לכלול בביאורים לדו"חות הכספיים של החברה הערה בנדון, אולם לא היה מקום לרישום החוב הנטען במאזן עצמו. מאותו טעם עצמו גם לא היה מקום לכך שתבוא דרישה לפירעונו לפני ההליכים הנוכחיים בין הצדדים. דרישה כזו, לו היתה באה לעולם, היתה נדחית בצדק מהטעם שלפי החוזה יש לפרוע את החוב מתוך רווחים לפי סעיף 6.6 לחוזה, וכאלה אין בכל מועד שהוא עד להליכים (וכנראה גם כעת).

45. השאלה האמיתית בהקשר זה היא אחת: האם למרות שאין רווחים, עומד החוב הנטען לפירעון במקרה של מימוש הזכות לקבל מניות בחברה? הנתבעת משיבה לשאלה הזו בחיוב, אולם היא אינה מנמקת את התשובה הזו אלא טוענת לה כאילו הדבר מובן מאליו. האם אלו פני הדברים? כאן נדרש עיון בחוזה עצמו. הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 6.7 לחוזה. כך נאמר שם:

מוסכם בזאת כי כל עוד לא הוחזרו כל החובות המופיעים ברשימה המצ"ג **כנטפנו** 6.7 להסכם זה (להלן: "חובות מדרגה שניה"), תעביר הרוכשת את הסכומים להם זכאים יעקב ואסתר על פי הוראות סעיף 6.6 לעיל **ישירות** לצדדים השלישיים לכיסוי החובות האמורים. מובהר בזאת כי סכומים שישולמו לצדדים שלישיים בהתאם להוראות סעיף זה ייחשבו כסכומים שישולמו לאסתר ויעקב בהתאם להוראות סעיף 6.6 לעיל.

מוסכם בזה כי במקרה בו הרוכשת תפסיק את פעילותה בטרם הוחזרו כל החובות מדרגה שניה כאמור בסעיף זה לעיל, הרוכשת תעשה כל שביכולתה למכור את רכושה ובכספי התמורה היא מתחייבת להחזיר חובות מדרגה שניה, את כולם או את חלקם, בהתאם לגובה כספי התמורה ממכירת הרכוש.

46. העיון בסעיף הנ"ל מלמד שהסעיף הזה כלל אינו מגדיר את "החובות מדרגה שניה"

(נזכיר כי מדובר בחובות של החברה המקורית, ולא של התובעים אישית, לצדדים

שלישיים) כחוב של התובעים לחברה, אלא רק קובע שכל עוד לא "הוחזרו" חובות אלה

(כלומר כל עוד לא שולמו לנושים), תשתמש החברה בחלקם של התובעים ברווחיה

כקבוע בסעיף 6.6 (כלומר בזכות ל-30% מהרווחים שיחולקו בנוסף לשכר כל עוד

התובעים עובדים בחברה) לפירעון החובות הללו ישירות לנושים, וסכומים אלה ייחשבו

כתשלום לתובעים לפי סעיף 6.6 האמור. הא ותו לא. לכל הפחות ספק אם לפי סעיף

זה מדובר בכלל ב"חוב" של התובעים. מכל מקום נראה על פניו שמשסתיימה (ונזכיר

– ביזמת הנתבעת, ואין נפקא מינה אם הדבר נעשה כדין אם לא) עבודת התובעים

אצל הנתבעת, ולאחר שבמשך כל התקופה בה עבדו התובעים אצל הנתבעת לא היו

רווחים, אין לדבר עוד על "חוב" של התובעים לחברה בגין ה"חובות מדרגה שניה",

שהרי התשלומים לתובעים לפי סעיף 6.6 רלוונטיים רק כל עוד הם עובדי החברה.

מקל וחומר שאין בחוזה דבר שמחייב את המסקנה שההוראה בסעיף 6.12 לחוזה

בדבר העדר "חובות אישיים" בעת מימוש הזכות לקבל מניות מעמידה את ה"חוב"

הנטען לפירעון מידי, אפילו אם נניח שסעיף 6.7 יוצר בגין ה"חובות מדרגה שניה" חוב

של התובעים כלפי הנתבעת אשר יפרע מתוך חלקם ברווחי הנתבעת. לכל היותר

מדובר כאן בפרשנות אפשרית, שלא לומר דחוקה, של הוראות החוזה. לו זו היתה

הכוונה, מדוע לא נכתבו הדברים בצורה ברורה ומפורשת בחוזה (שכזכור נוסח בעיקרו

על ידי עורכי דינם של האחים בודנר דווקא)?

47. המסקנה הסופית היא שבהיבט הראייתי, ה"חוב" היחיד של התובעים שהועלתה לגביו

טענה מצד הנתבעת, אם הוא בכלל בגדר "חוב" של התובעים כלפי הנתבעת, הוא חוב

שלא שוכנעתי כי הוא עומד לפירעון בעת שהועלתה הדרישה להקצות להם מניות לפי

סעיף 6.12 לחוזה (ואף כעת), ועל כן אינו יכול להיחשב ל"חוב" שקיומו הנטען מעמיד

את התובעים בחזקת מי שלא התקיים בהם התנאי המתייחס להיעדר חובות בסעיף

6.12 האמור.

48. לא נעלמה מעיניי טענת הנתבעת בסיכומיה כי אם לא תתקבל הטענה שעל התובעים לפרוע את החוב הנטעם כתנאי להקצאת המניות, לא יהי לנתבעת בעתיד מקור לפירעון החוב הזה בכלל, ובפרט אם הם יעבירו את המניות בעתיד לצדדים שלישיים. זו טענה מוזרה משום שלפי לשון סעיף 6.7 לחוזה, המקור היחיד לפירעון על ידי התובעים (למעט במקרה של הפסקת פעילות החברה טרם תשלום החובות לנושים שלגביו כלל אין הוראה בחוזה המטילה בגין החובות מ"דרגה שניה" כל חבות על התובעים) הוא התשלומים שהם זכאים להם לפי סעיף 6.6 לחוזה, קרי 30% מרווחים שיוחלט לחלק בתקופת עבודת התובעים אצל הנתבעת. תקופה זו הסתיימה ביוזמת הנתבעת ומבלי שבאותו מועד היו כבר ראיות ולו לכאורה להפריה כלשהי מצד התובעים. כזכור, במהלכה של תקופת ההעסקה כולה לא היו וממילא גם לא חולקו רווחים כלשהם. מרגע שההעסקה הסתיימה מבלי שהיתה "תמורה נוספת" לפי סעיף 6.6 לחוזה, אין עוד לנתבעת זכות לדרוש מהתובעים את פירעון החובות מדרגה שניה ואין עוד לתובעים חובה לשלם את סכומם לנתבעת. השאלה האם התובעים יממשו את האופציה לקבלת מניות אם לאו אינה משנה את מצב הדברים הזה, וכמובן שהוא הדין בשאלה מה יהיה גורל המניות בעתיד (במקרה של העברה, למשל).

49. לאור המסקנה האמורה, וכן בהינתן הקשיים החמורים והבלתי פתירים שהתנאי בדבר

היעדר חובות מעורר כמפורט לעיל, התוצאה היא שיש לקבוע שעניין החובות אינו

יכול להצדיק את הסירוב להקצות את המניות לתובעים.

50. נותרה רק הטענה, שהועלתה לראשונה בבוררות וזכרה לא בא עד אז (לרבות בדיון בבית המשפט המחוזי בתל אביב בו נדונה והתקבלה הבקשה למינוי בורר), לפיה הפרו התובעים הוראות מסוימות בחוזה ולפיכך אינם זכאים לכך שתוקצינה להם מניות בנתבעת, נוכח הרישא של סעיף 6.12 לחוזה הדין בהקצאת המניות שבה נאמר כי התובעים זכאים להקצאת מניות כאמור שם "בכפוף לקיום כל התחייבויותיהם על פי הסכם זה".

51. התובעים טוענים כי הנתבעת כלל אינה יכולה לטעון את הטענה האמורה, שכן בדיון בבית המשפט המחוזי בתל אביב בו נדונה והוכרעה הבקשה למינוי בורר נטען כי הקצאת המניות מותנית רק בשני תנאים, והם שני התנאים שנדונו והוכרעו לעיל. ודוק: הדברים האלו נטענו על ידי התובעים לא רק במישור הסמכות, שבו כבר דנתי והכרעתי לעיל, אלא גם כטענה לפיה הנתבעת אינה רשאית להעלות את טענת ההגנה האמורה מחמת שלא הזכירה את קיומה בדיון בבית המשפט. לכך משיבה הנתבעת שתי תשובות. התשובה הראשונה היא שהחברה עצמה, שהיא הנתבעת היחידה בבוררות, לא היתה צד להליך של הבקשה למינוי בורר (וליתר דיוק הוגדרה שם כ"משיבה

פורמלית", שהדין קובע כי אינו בגדר מעמד של בעלת דין). התשובה השנייה היא שחלק מהעובדות המבססות את הטענה כי התובעים הפרו הוראות מסוימות בהסכם המייסדים ולכן אינם זכאים לקבל את המניות, באו לידיעת הנתבעת לראשונה לאחר אותו דיון בבית המשפט.

52. אשר לטענה הראשונה: אכן, בבקשה למינוי בורר הוגדרה החברה כ"משיבה פורמלית" (מעמד ש"הומצא" על ידי עורכי דין ונהוג לעשות בו שימוש תדיר, אולם הדין הוא שאין בנמצא מעמד כזה) בעוד דווקא האחים בודנר הוגדרו שם כמשיבים (שאינם "פורמליים") למרות שהם עצמם אינם צד לחוזה הכולל גם את תניית הבוררות (ואינם צד לבוררות). הטענה היא שהדברים שנאמרו בדיון הנ"ל על ידי אותם עורכי הדין המייצגים כיום את החברה בבוררות בדבר שני תנאים להקצאת המניות (נושא האישור של ניכוי מס במקור ונושא החובות), נאמרו על ידם כבאי-כוחם של האחים בודנר ולא של החברה. בנסיבות ענייננו, את הטענה הזו יש לדחות. בסופו של יום הוסכם באותו דיון על מינוי הח"מ כבורר בסכסוך שהאחים בודנר כלל אינם צד לו באופן אישי בעוד החברה, שהיא הנתבעת כאן, אינה משיבה ("לא פורמלית") באותו הליך, והדבר לא הפריע לחברה הנתבעת שראתה עצמה מאותו רגע ועד עצם הרגע הזה כצד לבוררות בפניי לכל דבר ועניין ומעולם לא טענה כי ההסכמה שקיבלה תוקף של החלטה באותו דיון אינה חלה עליה. מכאן שעורכי דינם של האחים בודנר בדיון האמור קיבלו על עצמם לכל המאוחר במהלכו, הלכה למעשה, גם את ייצוג החברה הנתבעת, שכן ההסכמה בדבר זהות הבורר אינה יכולה להינתן אלא על ידי באי-כוח החברה ובשמה שלה (וכמובן בנוסף להסכמת בא-כוח התובעים). החברה הנתבעת אינה יכולה לקבל על עצמה את ההסכמה בדבר זהות הבורר אף שלא היתה משיבה בדיון בו הושגה ההסכמה האמורה, ובאותה נשימה להרחיק עצמה ממה שנאמר על ידי אותם עורכי דין שנתנו את ההסכמה האמורה, באותו דיון ממש, דקות אחדות לפני מתן ההסכמה האמורה. בנסיבות אלה הפרדה בין השניים היא מלאכותית בעליל, ואין לקבלה. הדברים מקבלים משנה תוקף בהינתן ששני האחים בודנר, שהיו המשיבים בהליך שהתקיים בפני בית המשפט, הם גם האורגנים היחידים (הלכה למעשה) של הנתבעת, וכן בהינתן שכל העובדות שהנתבעת טוענת להן נודעו לה רק מידיעתו האישית של מר עמיר בודנר (שהוא זה שכנטען צפה בסרטוני הווידיאו). **ההסברים שניסה מר עמיר בודנר, בעדותו, לתת לפער בין הדברים שנאמרו בבית המשפט (ובמיוחד לשתיקה שם בנושאים הנדונים בחלק זה של הפסק) לבין טענות הנתבעת כעת רחוקים מלהיות משכנעים, בלשון המעטה. הרי לטענתו שלו בתצהירו ובעדותו, הוא צפה בסרטוני הווידיאו שעל תוכנם מתבססת הטענה להפרות מצד התובעים (הפרות הנטילה שלא ברשות) בחודש יולי 2017; והנה בחלוף כשלושה חודשים לאחר מכן, בחודש אוקטובר של אותה שנה, הוא עצמו נוכח בדיון בבית המשפט ושומע את עורכי הדין שלו (וכיום**

גם של החברה הנתבעת) אומרים שיש "רק" שני תנאים שעל התובעים לעמוד בהם כדי לקבל את המניות (עניין ניכוי המס במקור, ועניין החובות). כיצד זה לא ניסה מייד במהלך הדיון להעביר לעורכי הדין את המסר כי הם השמיטו מטעוניהם את הטיעון שהוא, לטעמי, החשוב יותר ואף החמור ביותר, והוא כי התובעים לא רק שלא קיימו את החוזה אף שקיומו הוא תנאי מפורש לקבלת המניות, אלא הפרו אותו באופן העולה לכאורה אף כדי עבירות פליליות של גניבה ממעביד, והדברים מתועדים בסרטונים? התשובה שהוא "אינו מתערב בטקטיקה" של עורכי דינו מביכה ואינה יכולה לזכות באמוני, אולם עצם הדיבור על "טקטיקה" (מונח שמי שהזכיר אותו לראשונה בהקשר זה היה מר עמיר בודנר) מלמד לפחות לכאורה כי עורכי הדין ככל הנראה ידעו בעת הדיון מה תוכן הסרטונים הללו ובחרו לא להזכיר את הדברים בשום צורה שהיא ואף להיפך; הם בחרו בידועין לדבר שם על שני תנאים בלבד שעל התובעים לקיים כדי לזכות במניות. "טקטיקה"? אם זו אכן טקטיקה, הרי שמדובר בטקטיקה בלתי ראויה בעליל ובהצגה מטעה בידועין של המחלוקת בפני בית המשפט שהיא דוגמה די קיצונית של חוסר תום לב. הנתבעת, שכאמור לעיל יש לראותה כמי שקיבלה על עצמה במהלך הדיון הלכה למעשה להיות צד לו בכך שהגיעה בו להסכמה בעניין שעמד להכרעה, אינה יכולה להתנער ממה שנאמר בדיון ולנהוג כאילו מה שלא נאמר בו, אף שהיה ידוע לה היטב ולמרות חשיבותו העצומה (הכל לשיטתה) אינו צריך לפעול לחובתה, כאילו לא היו הדברים מעולם.

53. אשר לטענה השנייה, באתי למסקנה שכטענת הגנה בתביעה לקבלת המניות דינה להידחות, וזאת גם בהנחה שהיא נכונה עובדתית. כזכור נקבע לעיל כי לכל התובעים דרשו את מימוש האופציה למניות כבר בחודש מרץ 2017. הנתבעת עצמה טוענת כעת כי באותו מועד לא היתה לה כל ידיעה על הפרה כלשהי של איזו מהוראות הסכם המייסדים מצד התובעים. אני סבור שההגינות (ובלשון משפטית יותר – חובת תום הלב) מחייבת שהמבחן לקיום התנאים למימוש זכות מסוג אופציה צריך להתייחס למצב ששרר בעת הודעת המימוש (כל עוד זו ניתנה במסגרת המועדים שבהם ניתן היה להעלותה). זאת במיוחד כאשר – כבענייננו – נקבע שהטענות שהועלו אז כלפי התובעים בניסיון למנוע את מימוש הזכות למניות הן טענות שדינן להידחות. לשון אחר: נקבע לעיל כי לו פעלה הנתבעת כדין עם קבלת הדרישה למניות (לכל המאוחר ביום 13/3/17), היה עליה להקצות כבר אז את המניות. היא אינה יכולה להיאחז כעת בטענות הגנה שבאו לידיעתה במועד המאוחר למועד הנ"ל בהרבה, משום שאם נתיר לה זאת יהיה פירוש הדבר שנאפשר לה להיבנות מכך שהפרה בזמן אמת את חובתה להקצות את המניות ולשפר בכך את מצבה כלפי הדרישה להקצאה, תוך שהיא מנצלת את פרק הזמן שבמהלכו לא היתה בידה טענת הגנה בת תוקף כדי למצוא טענות הגנה חדשות לגמרי.

54. זאת ועוד: ההפרות המיוחסות לתובעים מתחלקות לשתי קבוצות. הראשונה כוללת כמה מקרים של נטילה שלא כדין (שלא לומר שליחת יד או גניבה) של כספים ומוצרים על ידי התובעים בעצמם או ע"י אחרים בידיעתם ובהסכמתם, מהחברה הנתבעת; והשנייה עניינה בהפרות של חובת הסודיות (הנטענת) ותחרות שלא כדין, שהתבטאו בקיום "סדנאות" ופיתוח ליקרים ע"י התובע עבור צדדים שלישיים. הקבוצה הראשונה של ההפרות הנטענות באה לידיעת הנתבעת, כך נטען, בחודש יולי 2017 בעת הצפייה בסרטוני ההקלטות מהמצלמות שהוצבו בחנות החברה בתחילת חודש מרץ 2017. לכך כבר התייחסתי כשכתבתי לעיל שאין לקבל "טקטיקה" בה בדיון המתקיים בחודש אוקטובר 2017 בבית המשפט מפרטים את טענות ההגנה כנגד הדרישה להקצות מניות, ולא מזכירים ולו ברמז את הטענה החמורה הזו. לגבי הקבוצה השנייה של ההפרות הנטענות, הרי שזו – לטענת הנתבעת – באה לידיעתה לראשונה רק בתחילת 2018. לא ראיתי בפי הנתבעת טענה, הנתמכת בראיות מוצקות, שתוכיח ולו לכאורה כי היו מקרים כאלה לאחר כריתת החוזה ועוד לפני 13/3/17. ההסתמכות על פעולות פיתוח מוצרים שנזכרו בספרו של יעקב מורד, התובע, שפורסם לפני מרץ 2017, בעייתית מבחינת הנתבעת שכן לא ברור (לפחות לא ברור באופן חד-משמעי) האם הפעילות המתוארת שם אכן עולה כדי הפרת ההסכם. למשל, מתואר שם מוצר שפותח ע"י התובע והפך אח"כ למוצר של "היקב", קרי של החברה הנתבעת, ומכאן שקשה לדבר על "תחרות" בנתבעת בהקשר הזה. יתרה מכך: מה שמתואר בספר היה ידוע לפני מרץ 2017, אך לא נטען גם בדיון בבית המשפט באוקטובר 2017. לכן "הסיפור האמיתי" הוא מה שהתגלה לנתבעת (לטענתה) בהקשר זה רק בינואר 2018, אלא שזהו מועד שכלל אינו רלוונטי לשאלת הקצאת המניות משום שזו היתה חייבת להתבצע לכל המאוחר כבר סמוך, ולמעשה מייד, אחרי 13/3/17. מכאן כי גם אם בהפרה מדובר, וגם אם הפרה זו היה בה כדי להצדיק את שלילת הזכות למניות לפי הרישא לסעיף 6.12 לחוזה לו הוכח שהיא התרחשה לפני 13/3/17, הרי משהפרה כזו לא רק נודעה, אלא אף יתכן שהתרחשה, רק לאחר המועד שבו היה על הנתבעת להקצות את המניות, אין אפשרות להסתמך עליה כדי להצדיק בדיעבד את ההימנעות מההקצאה במועד בו זו נדרשה (מועד שכזכור נקבע לגביו כי טענות ההגנה שהועלו כנגד דרישה זו אז, ואף בדיון בבית המשפט שהתקיים כ-7 חודשים לאחריו, דינן להידחות).

התוצאה היא שכטענת הגנה כנגד התביעה לקבלת המניות, יש לדחות את הטענה לפיה התובעים אינם זכאים למניות משום שהפרו את החוזה שבין הצדדים.

55. יודגש: מהטעמים שלעיל לא מצאתי מקום או צורך להידרש בעת הזו לשאלת הקבילות של הסרטונים שהנתבעת מבקשת להתבסס עליהם, ואף לא מצאתי מקום וצורך

להידרש עתה לשאלות נוספות כלשהן לגבי אף אחת מההפרות שהנתבעת מיחסת לתובעים (כגון שאלת הקבילות של סרטוני הווידאו, למשל). איני נדרש בשלב הזה לא להיבטים המשפטיים של השאלות הללו (וטענות ני הצדדים לגביהן) ולא להיבטים העובדתיים של הנ"ל. ממילא גם אינני קובע כעת שלא היו הפרות כאלה. אלה יגיעו במסגרת ההכרעה בתביעה-שכנגד ובהתייחס לראיות של שני הצדדים בעת הדין בתביעה-שכנגד. **כל שקבעתי לעיל בעניין ההפרות הוא כי מהטעמים שפורטו לעיל, אין לראות את הטענות הללו כטענות המקימות לנתבעת הגנה כנגד התביעה להקצאת המניות.**

56. הצדדים העלו טענות נוספות שמצאתי לנכון שלא לדון בהן בהרחבה משום שאין בהן כל ממש ומשום שאין בהן כדי לשנות מהתוצאה, אולם הן לא נעלמו מעיניי. להלן אתייחס בקיצור נמרץ למרבית הטענות הללו.

57. התובעים טענו בין השאר לקיום נאמנות במניות. בכך הם מערבבים כאן (ולא בפעם הראשונה) בין העברת מניות מבעליהן לתובעים לבין הקצאה לתובעים של מניות חדשות על ידי החברה. החוזה מורה על הקצאת מניות חדשות על ידי החברה, ולא על העברת מניות קיימות מעליהן הנוכחיים לתובעים. לו היה מדובר בהעברת מניות קיימות מבעליהן, היה מקום לדבר על נאמנות (ולו קונסטרוקטיבית), ואין בידי לקבל את הטענה שעצם העובדה שהדבר מותנה בתנאים עומד בסתירה לקיומה של נאמנות. במקרים רבים, העברת נכס או זכות שבידי נאמן לנהנה תתבצע לא רק עם דרישת הנהנה, אלא גם בהתקיים תנאים מסוימים שנקבעו חוזית מראש ואשר הנאמן רשאי ואף צריך לבדוק ולוודא שהתקיימו טרם שהוא מעביר את נכסי הנאמנות לנהנה ומביא בכך את הנאמנות לקיצה. אלא מאי? היות ולא בהעברה של מניות קיימות מדובר, אלא בהקצאת מניות חדשות, אין כל בסיס לטענת הנאמנות מהטעם הפשוט שנאמן הוא מי שמחזיק בנכס הנאמנות, אולם מניות שטרם הונפקו וטרם הוחלט להנפיקן (הכל עד למימוש האופציה) אינן "מוחזקות" על ידי החברה שצריכה להנפיק אותן וממילא אין היא יכולה להיחשב כמי ש"מחזיק" בהן בנאמנות לטובת התובעים. מדובר פשוט בחיוב חוזי שיש לקיים, וככל חיוב חוזי (ואף חיוב שאינו חוזי), יש גם לפעול בתום לב בקיומו. תום לב – אכן נדרש. "נאמנות" – אין כאן.

58. הוא הדין בטענות בדבר "שותפות". לא רק שלא ברור אם ב"שותפות" בין התובעים לבין האחים בודנר מדובר או בשותפות בין התובעים לחברה (ולמרות שהאחים בודנר שולטים כעת באופן מלא בחברה והם האורגנים שלה, אין בכך כדי להביא לביטול גמור וטוטאלי של קיום החברה כאישיות משפטית נפרדת); אלא שבכל מקרה אין לטענה הזו כל אחיזה בעובדות ובדין. "שותפות" אינה נולדת כבדרך אגב, על דרך המסקנה המשתמעת, אלא אם יש אינדיקציות חזקות לקיומה ואין ולו אינדיקציה אחת להיעדרה. זה כמובן לא המצב בענייננו. עצם העובדה שהתובעים היו אמורים להירשם

כדירקטורים בחברה ולהיות שניים מארבעת הדירקטורים הללו אינה יוצרת כל "שותפות". המינוי הזה הוא תוצאה של החוזה, והוא אינו מותנה כלל בבעלות על מניות: לא רק שהמינוי אמור היה להתבצע גם לפני מימוש האופציה לקבלת מניות ואף אם זו לא תמומש כלל, אלא שגם משקלם היחסי של התובעים בדירקטוריון היה אמור לעלות על חלקם במניות לאחר מימוש האופציה (אם וכאשר יהיה כזה) ולעמוד על שניים מתוך ארבעה ולא על 30%, ובמקרה של הפעלת זכות ההכרעה של מר גרשון בודנר – על שניים מתוך חמישה. אגב: לא מצאתי הסבר ראוי לכך שהנתבעת והשולטים בה לא מימשו את הוראת החוזה בעניין חברות התובעים בדירקטוריון (הטענה שאין לכך "חשיבות מעשית", בכל הכבוד, אינה מקימה הגנה ממש שהרי העדר ה"חשיבות המעשית" היה ידוע כבר בעת כריתת החוזה), אולם משלא נתבקש סעד בנדון ומשלא נטען (וממילא לא הוכח) כל נזק או הפסד עקב כך, אין מקום לעסוק בכך כאן.

59. התובעים טענו בסיכומיהם, בין היתר וככל שעלה בידי לרדת לסוף דעתם, כנגד הגדרת זכותם למניות כ"אופציה". הטענה הזו חייבת להידחות במישור החוזי משום שהחוזה עצמו (סעיף 6.12, עליו מבוססת התביעה כולה) משתמש במונח הזה, ומשום שגם לגופו של עניין זכות של צד אחד לגרום לצד השני לבצע פעולה היא בדיוק "אופציה". ככל שכוונת התובעים בהעלאת טענה זו בסיכומיהם מכוונת רק להיבטי המס של סעיף 6.12 לחוזה, הרי שהיבטים אלה כבר נדונו והוכרעו בפסק לעיל (כמובן רק במישור של השאלה האם על התובעים להמציא אישור בעניין הניכוי טרם ההקצאה, או לשלם לנתבעת את "סכום המס", שכמובן איש לא טרח לנקוב בו כלל ולחלופין לתת לנתבעת בטוחה לתשלומי שגם לגביה אין בפני כל טיעון לגבי טיבה וסכומה) ואינני רואה צורך והצדקה להידרש לכך מעבר למה שכבר כתבתי בנדון. מאותו טעם אינני רואה גם כל צורך להידרש לעובדה שבמאזני הנתבעת לא היתה כל התייחסות לקיום האופציה.

60. בטענות התובעים על תרמית מלכתחילה מצד הנתבעת והאחים בודנר, כמו גם בטענות שעניינן מהלכי הנתבעת לפני החלטת בית המשפט המחוזי בבקשה למינוי בורר, איני רואה מקום או צורך לדון משום שאין בהן כדי לשנות מהתוצאה אליה הגעתי, אך אוסיף כי לא מצאתי שהוכח כי הנתבעת והאחים בודנר פעלו מתחילה בכוונת תרמית כלפי התובעים ותכננו כבר בעת כריתת החוזה לא להקצות את המניות.

סוף דבר

61. **התביעה להקצאת מניות מתקבלת. על הנתבעת להקצות לאלתר לתובעים מניות שלה בכמות כזו, שבעקבות ההקצאה יעמוד חלקם של התובעים בנתבעת על 30% ממניותיה. ההקצאה תהיה על שם שני התובעים בבעלות משותפת אלא אם הנתבעת תקבל הוראה אחרת בכתב מבא-כוח התובעים תוך 48 שעות מקבלת**

הפסק בידי עורכי הדין, והחובה לבצע את ההקצאה תחול מייד לאחר חלוף אותם

48 שעות (כאשר ימי שישי ושבת לא יבואו במניין הזמן לעניין זה).

62. נוכח העובדה שהבוררות טרם באה לכלל סיום משום שיש לדון ולהכריע בתביעה- שכנגד שהוגשה במסגרתה, איני עושה כעת צו להוצאות אולם אני קובע כי הנתבעת חייבת לשאת בהוצאות ושכר טרחת עורך-דינים של התובעים בגין השלב הנוכחי של הבוררות, ואלה ייקבעו ויילקחו בחשבון במסגרת פסיקת ההוצאות בבוררות כולה.



שאל מנהיים, שופט בדימוס, בורר

ניתן היום, 11/10/18, ה' תשרי תשע"ט, בהעדר.

מזכירות המשכן תשלח פסק בוררות זה בדוא"ל לבאי-כוח הצדדים מייד לאחר תשלום כל יתרת שכר הבוררות. המועד בו יישלח פסק הבוררות בפועל, באמצעות דוא"ל, לבאי-כוח הצדדים ייחשב לכל דבר ועניין כמועד מתן פסק הבוררות.