



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

בעניין:

הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד א' קאין

הנאמן

ובעניין:

מרתון השקעות בע"מ

ו- 30 בעל מניות פוט ששמותיהם מפורטים

בהודעה לביהמ"ש מיום 30.6.10.

ע"י ב"כ עוה"ד נ' בן-צבי, א' קסיר וע' ברוך-רוטר

המשיבה 1

ובעניין:

Newbury Acquisitions Fund LP

(לשעבר - Infinity NSF Fund LP)

ו- 7 בעלי מניות פוט ששמותיהם מפורטים

בהודעה לביהמ"ש מיום 30.6.10.

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר י' לשם, ע' פרמדר וצ' וייס

המשיבה 2

פסק - דין

א. רקע עובדתי וגדר המחלוקת שבין הצדדים

1. בקשה לפי סעיף 12(ג) לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979, למתן הוראות לנאמן כיצד לחלק בין המשיבות סך של 6,893,896 דולר שהופקד בידיו. הסך הנ"ל הינו התמורה שנתקבלה בגין מימוש אופציה שניתנה לבעלי המניות לשעבר בחברת Nanomotion Ltd, למכור את מניותיהם לרוכש החברה. בין המשיבות (שכל אחת מהן מייצגת עוד כמה בעלי מניות) נטושה מחלוקת בנוגע לאופן בו יש לחלק ביניהן את התמורה שנתקבלה ממימוש האופציה, בהתאם להסכם שנחתם בין בעלי המניות בחברה ביום 28.10.04. על כן הגיש הנאמן בקשה למתן הוראות בנושא.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

2. לפי הסכם למכירת מניות שנחתם ביום 28.10.04, מכרו בעלי המניות בחברת Nanomotion Ltd. (להלן: "החברה") את כל מניותיהם בחברה לחברת Johnson Electric Holdings Ltd. (להלן: "הרוכש"). ההסכם נקרא Share Purchase Agreement (SPA) (להלן: "הסכם רכישת המניות"), והוא התבצע בשני שלבים. השלב הראשון היה מכירת 51% ממניות החברה לרוכש, והוא הושלם בשנת 2004. בנוסף, בעלי המניות קיבלו מן הרוכש בהסכם רכישת המניות אופציית PUT למשך חמש שנים, שמיומשה חייב את הרוכש לקנות גם את יתרת המניות בחברה (49%), בהתאם לתנאים שנקבעו בהסכם (להלן: "אופציית הפוט" ו"מניות הפוט"). זה היה השלב השני של העסקה, שהתבצע בשנת 2009 עם מימוש אופציית הפוט.

המשיבות 1 ו-2 החזיקו יחדיו בכ- 41% ממניות החברה, והיו בעלות המניות הגדולות שבה. מייסד החברה ואחר ממנהליה, ד"ר זאב גנאור (להלן: "גנאור"), החזיק בכ- 7.85% ממניותיה, והוביל בעסקה הנ"ל את בעלי קבוצת המיעוט שהחזיקו יחדיו בכ- 17% ממניות החברה.

3. ביום 15.6.09 החליטו בעלי המניות בחברה, ובראשם שתי החברות המשיבות, לממש את אופציית הפוט. ביום 23.7.09 בוצע מימוש האופציה והעברת יתרת המניות בחברה (מניות הפוט) לרוכש. בעקבות כך העביר הרוכש את תמורת הרכישה לידי הנאמן. הלה העביר לבעלי המניות תחשיב של חלוקת כספי התמורה שנתורה בידי בסך 6,893,896 דולר. אלא שאז התברר כי קיימת בין הצדדים מחלוקת לגבי אופן חלוקת התמורה. לפיכך הוגשה הבקשה בתיק זה.

4. ערב חתימת הסכם רכישת המניות היו בחברה שתי קבוצות של בעלי מניות: בעלי מניות בכורה מועדפות מסוג E ו-E1 (להלן: "בעלי מניות E"), ובעלי מניות בכורה מסוגים אחרים (למעשה, היו סוגים רבים יותר של מניות בחברה, אולם לענייננו נדרשת רק ההבחנה הנ"ל). משיבה 2 (להלן: "אינפיניטי") החזיקה במניות E ומייצגת לצורך הליך זה את בעלי מניות E (לשעבר), ואילו משיבה 1 (להלן: "מרתון") החזיקה במניות בכורה מסוגים אחרים והיא מייצגת בהליך זה את בעלי המניות האחרים בחברה (אף הם בעלי מניות לשעבר).

ערב חתימת הסכם בעלי המניות והסכם רכישת המניות, היו מניות E עדיפות על יתר המניות בשני היבטים, כפי שמובהר בסעיף 5 לתצהיר מטעם אינפיניטי של אמיר גל אור, מנחל החזקותיה של חברת כלל תעשיות אלקטרוניקה בע"מ בחברת Nanomotion, ומי שניהל את המשא ומתן בעסקה מטעמה של אינפיניטי (להלן: "גל אור"), וכפי שעולה מתקנון החברה שהיה בתוקף באותה עת (נספח 3 לתצהיר):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

(1) בעלי מניות E היו זכאים להמיר מניות אלו למניות רגילות, לפי יחס המרה מתואם להיקף מכירות החברה, וזאת אם שווי החברה, במועד ההמרה, יהיה נמוך משווי החברה לפיו רכשו בעלי מניות E את מניותיהם (28 מיליון דולר). בעת חתימת הסכם רכישת המניות, שווי החברה עמד על 20 מיליון דולר, ולפיכך שווי ההמרה עמד על 1:1.4 (20:28) (סעיף 8.2.2.5 לתקנון, ס"ק (iii)). כפי שמדגיש גל אור בתצהירו, זכות ההמרה המועדפת לא היתה קשורה דווקא לעסקת רכישת המניות שנחתמה, אלא עמדה בכל עת לזכות בעלי מניות E (ראה גם עדות גנאור, מטעם מרתון, בעמ' 10-11). אך חשיבותה התעוררה, כמפורט לקמן, בעת מימוש העסקה, ואז גם נעשתה ההמרה (בשלב הראשון של העסקה).

(2) במקרה של פירוק או "מעין פירוק" (Deemed Liquidation), **לרבות במקרה של מכירת כל מניות החברה** (כפי שאירע), היו בעלי מניות E זכאים לפי התקנון לקבל "העדפת פירוק" בגובה השקעתם בחברה, דהיינו: בעלי מניות E היו זכאים לקבל החזר מלא על השקעתם בחברה, בטרם יחולקו דיבידנד הפירוק או תמורת המכירה של מניות החברה ליתר בעלי המניות (סעיפים 8.3.1 ו-8.3.2 לתקנון – להלן: "העדפת פירוק").

5. במסגרת ביצוע **השלב הראשון** של עסקת המכירה של מניות החברה, והואיל והוסכם כי ימכרו לרוכש רק מניות רגילות, הומרו כל מניות החברה למניות רגילות. מניות E הומרו, בהתאם לאמור בתקנון, לפי יחס המרה של 1:1.4, דהיינו: עבור כל מנייה מסוג E התקבלו 1.4 מניות רגילות (תוספת מניות בשיעור 40%). סך הכל, הומרו לצורך ביצוע השלב הראשון של העסקה **4,370,146** מניות E לפי יחס המרה של 1:1.4, ולפיכך בעלי מניות E קיבלו **תוספת** של 40% מניות רגילות, קרי: **עוד 1,748,058** מניות (סעיפים 19 ו-44 לתצהיר גל אור מטעם אינפיניטי, והודעת הדואר האלקטרוני של אריה רוטלוי, מנהל הכספים של מרתון (להלן: "רוטלוי"), שצורפה כנספח 8 לתצהיר גל אור).

במסגרת ביצוע **השלב השני** של העסקה ומימוש אופציית הפוט, נמכרו לרוכש בסך הכל 8,429,846 מניות רגילות שנתרו בידי בעלי המניות (מניות הפוט), שמתוכן **3,126,002** הן מניות שהיו במקורן מניות E אשר הומרו בשלב הראשון של העסקה למניות רגילות (סעיף 33 לתצהיר גל אור ונספח 3.3 להסכם בעלי המניות שצורף לתצהיר כנספח 11).

6. במקביל לחתימת ההסכם למכירת מניות החברה לרוכש, נחתם בין בעלי המניות בחברה הסכם, שהתייחס לאופן חלוקת התמורה שתקבל עבור המניות בשני השלבים של העסקה, בינם לבין עצמם (נספח א' לבקשה, Vendors Group Agreement - VGA, להלן: "הסכם בעלי המניות"). הסכם בעלי המניות נחתם ביום **28.10.04**, יחד עם הסכם רכישת המניות. לחתימת ההסכם קדם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

משא ומתן בין בעלי המניות שנמשך מספר חודשים, ובסופו הושגה פשרה בין בעלי מניות E לבין יתר בעלי המניות. הואיל ושווי החברה ירד באותה עת משווי של 28 מיליון דולר בעת רכישת מניות E, לשווי של 16 מיליון דולר בעת מכירתן בעסקה שנחתמה ביום 28.10.04, ולאור קביעת התקנון בנוגע להעדפת הפירוק (ראה סעיף 2)4 (לעיל), חששו בעלי המניות הרגילים כי בשל העדפת הפירוק המגיעה לבעלי מניות E – לא יקבלו בעלי המניות האחרים תמורה של ממש בעת ביצוע העסקה (גל אור, סעיף 8). לפיכך, הוסכם במסגרת הפשרה שהובילה להסכם בעלי המניות, כי בעלי מניות E יוותרו על זכותם להעדפת פירוק בשלב הראשון של העסקה, בו נמכרו 51% ממניות החברה, והתמורה בגין מכירת מניות אלו תחולק פרו-רטה, ללא כל העדפה של בעלי מניות E. אולם, כך הוסכם, בשלב השני של העסקה, אם וכאשר יוחלט על מימוש אופציית הפוט למכירת יתרת מניות החברה לרוכש, יזכו בעלי מניות E להעדפת פירוק בגין מניות E שהיו בבעלותם לפני שהומרו למניות רגילות בעת ביצוע השלב הראשון של העסקה (סעיפים 4.2 ו- 4.3 להסכם בעלי המניות וסעיף 9 לתצהיר גל-אור).

7. עד כאן אין מחלוקת בין הצדדים. המחלוקת ביניהם נוגעת לטיבה של הפשרה שהושגה לגבי השלב השני של העסקה. לטענת **אינפנייטי**, בעלי מניות E (לשעבר) זכאים לקבל את העדפת הפירוק בשלב השני של העסקה בגין **כל מניה** שהיתה במקור מניית E, ושנמכרה לרוכש במסגרת מימוש אופציית הפוט בשלב השני, קרי: בגין **3,126,002** מניות (ראה סעיף 5 לעיל). כך נקבע במפורש בסעיף 4.3.2 להסכם, בעוד שהמספר שנרשם בנספח 1.1 להסכם (**1,748,058** מניות) הינו חסר משמעות בהקשר למכירת מניות הפוט בשלב השני של העסקה, והוא נובע מטעות סופר גרידא.

מרתון, לעומת זאת, מודה כי בתחילת המשא ומתן דובר על פשרה לפי המתווה הנייל המתואר על ידי אינפנייטי, ואף הוחלפו בין הצדדים טיוטות של ההסכם המשקפות פשרה זו. אלא שלטענת מרתון, בשלב כלשהו אינפנייטי הסכימה לויתור נוסף, אשר בא לידי ביטוי בסעיף 4.3.2 להסכם בעלי המניות ובנספח 1.1 להסכם זה, שלפיו בעלי מניות E יקבלו את העדפת הפירוק רק בגין המניות ה**נוספות** שקיבלו בעת ההמרה של מניות E למניות רגילות בעת ביצוע השלב הראשון של העסקה, קרי: **1,748,058** מניות (ראה סעיף 5 לעיל). גנאור טוען בתצהירו כי בעלי מניות E קיבלו בשלב הראשון של העסקה תוספת של 40% מניות רגילות בגין כל מניית E שהמירו למניה רגילה ומכרו לרוכש (יחס המרה של 1.4:1). בכך, טוען גנאור, הגדילו בעלי מניות E את חלקם בתמורת עסקת המכר של 51% ממניות החברה (השלב הראשון), וכבר קיבלו פיצוי על מכירת מניות אלו במחיר הנמוך ממחיר רכישתן (סעיף 28). לכן הם הסכימו כי בשלב השני של מימוש אופציית הפוט הם יקבלו פיצוי נוסף של העדפת פירוק רק בגין תוספת המניות שקיבלו בשלב הראשון (**1,748,058**).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

מניות), ולא בגין כל המניות שנמכרו בשלב השני (3,126,002 מניות רגילות שהיו בעבר מניות E: ראה סעיף 5 לעיל).

מכאן שלפי טענת מרתון, הנתון הרלוונטי לצורך העדפת הפירוק איננו מספר המניות שנמכרו בשלב השני, אלא ההפרש בין כמות מניות E המקוריות, לבין כמות המניות הרגילות שהן תוצאת ההמרה של מניות E (התוספת של 40%). לטענתה, המונח "Series E Conversion Shares" שבסעיף 4.3.2 מתייחס לאותה תוספת של 40% מניות מומרות. טענה זו מבוססת על נספח 1.1 הנ"ל, בו צוין כי כמות מניות הפוט שהן תוצאה של המרת מניות E הינה 1,748,058 מניות רגילות.

8. לאור המחלוקת דלעיל בין הצדדים, יש לפרט את הוראות הסכם בעלי המניות ונספחיו, הנוגעים לנושא של העדפת הפירוק הניתנת לבעלי מניות E לשעבר בעת מימוש האופציה. סעיף 4.3 להסכם בעלי המניות מסדיר את אופן חלוקת התמורה שתקבל בעקבות מימוש אופציית הפוט ומכירת מניות הפוט. הסעיף כולל התייחסות לשני מצבים: האחד, בו שוויה של החברה לצורך קביעת מחיר האופציה יהיה מעל 28 מיליון דולר, שהוא שווי החברה בעת הקצאת מניות E (סעיף 4.3.1); והשני, בו שוויה של החברה יהיה נמוך משווי זה (סעיף 4.3.2). הסעיף הרלוונטי לענייננו הינו סעיף 4.3.2, שכן אין מחלוקת כי שוויה של החברה בעת מימוש האופציה היה נמוך מ-28 מיליון דולר (לו היה שוויה של החברה גבוה מ-28 מיליון דולר בעת מימוש האופציה, לא היה צורך בהעדפת פירוק שכן בעלי המניות E היו מקבלים ממילא החזר מלא בגין השקעתם). בשל חשיבותו של סעיף 4.3.2, המצוי במוקד המחלוקת בין הצדדים, אביא אותו להלן כלשונו:

"If the relevant valuation of the Company for determining the Put Shares Purchase Price shall result in the Series E Sellers receiving an amount per Series E Conversion Share that is less than the Series E Threshold Amount then the Vendors Escrow Agent shall first distribute the Put Shares Purchase Price to the Series E Sellers until each such Series E Seller shall have received an amount equal to the Series E Threshold Amount for each of its Series E Conversion Shares (the "*Preferred E Preference Amount*") prior to the payment of any amounts in respect of Put Shares that are not Series E Conversion Shares. After the payment in full of the Preferred E Preference Amount, the remaining Put Shares Purchase Price (if any) shall be distributed among the Put Shares Holders that ratably to the number of Put Shares held by them which are not Series E Conversion Shares" (ההדגשה בקו שלי: ע.ב.).

המונח "Series E Conversion Shares" הוגדר בסעיף 1.1 להסכם כדלקמן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

"Put Shares resulting from the Conversion of the Company's Series E Preferred Shares and Series E-1 Preferred Shares, nominal value NIS 0.01 each, in the numbers set forth in Annexure 1.1".

נספח 1.1 קובע לאמור:

"The number of Put Shares resulting from the Conversion of the Company's Series E Preferred Shares and Series E1 Preferred Shares, nominal value NIS 0.01 each, are 1,748,058 ordinary Shares of NIS 0.01 par value each".

דיוק: סעיף 4.3.2 מתייחס ל-Series E Sellers ול-Series E Conversion Shares, בכל הנוגע לזכאות להעדפת פירוק המתבטאת בקבלת מחיר הסף (Series E Threshold Amount) של **1.589 דולר** לכל מניה, לפני חלוקת כספים התמורה לבעלי המניות האחרים. המונח "Series E Conversion Shares" מוגדר, כמצוטט לעיל, בסעיף 1.1 להסכם בעלי המניות, והוא מתייחס במפורש ל-Put Shares, כלומר **מניות פוט** הנמכרות בשלב השני של העסקה, שהוא שלב מימוש אופציית הפוט, ואשר **מקורן בהמרת מניות E בשלב הראשון של העסקה**. גם נספח 1.1 מתייחס ל**מניות פוט**, כפי שנאמר ברישא שלו: "Put Shares resulting from the Conversion of the Company's Series E Preferred Shares".

סעיף 5.1 להסכם מכירת המניות מבהיר כי המונח "Put Shares" מתייחס ל-"The put Option Holders' remaining Ordinary Shares".

מכאן שסעיף 4.3.2 חל על **מניות הפוט**, קרי: אותם **49%** ממניות החברה שנתרו בידי בעליהן לאחר ביצוע השלב הראשון של העסקה (בו נמכרו **51%** ממניות החברה), אשר נמכרות בשלב השני של העסקה שבו מומשה אופציית הפוט, ושהן תולדה של המרת מניות הבכורה E ו-E1 בשלב הראשון של העסקה. כך גם נאמר ברישא לנספח 1.1. דא עקא, בנספח 1.1 נרשם מספר מניות שאיננו מתיישב עם ההגדרה שבסעיף 1.1 להסכם ועם לשונו של סעיף 4.3.2 להסכם, ואף לא עם לשון הרישא של נספח זה עצמו. המספר שנרשם בנספח 1.1 (1,748,058) איננו מספר **מניות הפוט** שעמדו למכירה **בשלב השני של העסקה**, ושמקורן במניות E המומרות (מספרן של אלה הוא 3,126,002 מניות), אלא הוא מבטא את מספר המניות **שנוספו** לבעלי מניות E עקב ההמרה של מניותיהם למניות רגילות ביחס של 1:1.4 **בשלב הראשון של העסקה** (תוספת של 40%). לכן טוענת אינפניטי כי מדובר בטעות קולמוס שנפלה ברישום המספר בנספח 1.1.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

עוד יש להבהיר כי המונח **The Series E Threshold Amount**, הנזכר בסעיף 4.3.2, מוגדר בסעיף 4.3.1, כסכום של **1,589 דולר** לכל מניית פוט. אריה רוטלוי ממרתון הסביר במכתבו לאינפנייטי מיום 14.7.04, במסגרת המשא ומתן שקדם לחתימת הסכם בעלי המניות, כיצד חושב מחיר הסף של 1,589 דולר לכל מנייה שהומרה ממניות E: בעלי מניות E השקיעו ברכישתן סך של 2,224 דולר למניה, וכיוון שקיבלו בעת המרת מניותיהם תוספת של 40% - יש לחלק את הסך של 2,224 ב-1.4 (יחס ההמרה), וכך מתקבל הסכום של 1,589 דולר לכל מניה מומרת (נספח 8 לתצהיר גל אור).

9. מכל האמור לעיל עולה כי משמעות סעיף 4.3.2 להסכם הינו - ועל כך אין מחלוקת בין הצדדים - כי בעלי מניות E לשעבר זכאים בשלב השני של העסקה, עם מימוש האופציה, להעדפת פירוק המתבטאת בקבלת "מחיר סף" (Threshold Amount) בסך 1,589 דולר למניה, וזאת בטרם יחולקו כספי התמורה שנתקבלו ממימוש אופציית הפוט לשאר בעלי המניות. זו העדפת הפירוק הניתנת לבעלי מניות E (מכלול מניות E שהומרו בשלב הראשון של העסקה יקראו להלן: "מניות E המומרות"), ויש להבדיל מונח זה מן המונח בסעיף 4.3.2 "Series E Conversion Shares", המתייחס אך ורק למניות E המומרות שעמדו למכירה ונמכרו בשלב השני של העסקה, קרי: מניות פוט שמקורן במניות E המומרות). המחלוקת בין הצדדים נוגעת אך ורק לשאלה האם העדפת פירוק זו צריכה להינתן בגין כל מניות E המומרות שנמכרו כמניות פוט בשלב השני של העסקה (כטענת אינפנייטי), או רק בגין 1,748,058 המניות העודפות שקיבלו בעלי מניות E בעת המרתן למניות רגילות, כפי שרשם בנספח 1.1 להסכם (כטענת מרתון).

10. התחשיב שהעביר הנאמן לצדדים לגבי אופן חלוקת התמורה התבסס על חישוב שערכה אינפנייטי, ולפיו מספר המניות המקנות "העדפת פירוק", דהיינו, המניות העונות להגדרה של Series E Conversion Shares, הוא 3,126,001 (נספח ג' לתצהיר גנאור). בתגובה למכתב הנאמן הפנתה מרתון את הנאמן ואת יתר בעלי המניות לנספח 1.1 להסכם בעלי המניות, הקובע כי מספרן של Series E Conversion Shares, המעניקות העדפת פירוק, הוא 1,748,058 (מכתב מרתון צורף כנספח ג' לבקשת הנאמן). מכאן הגיעה מרתון למסקנה כי הסכום שיש להעביר לבעלי מניות E, לפני חלוקת התמורה בין שאר בעלי המניות, הינו 2,777,664 דולר, שכן את מספר המניות המעניקות העדפת פירוק יש להכפיל ב"מחיר הסף" המגיע לבעלי מניות אלו, שהוא 1,589 דולר לכל מניה (ראה סעיף 9 לעיל). אינפנייטי, לעומת זאת, טענה במכתבה לנאמן, בתגובה לתחשיב שהגישה מרתון, כי הסכום המגיע לבעלי מניות E בגין מימוש האופציה הוא 4,967,217 דולר ($3,126,002 \times 1.589$) (נספח ד' לבקשת הנאמן). נוכח מחלוקת זו שבין הצדדים, הגיש הנאמן את הבקשה שלפני.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

11. למען שלמות התמונה אוסיף ואציין כי זמן קצר לאחר שנחתם ההסכם למכירת מניות החברה לרוכש, ביום 18.11.04, התחלפו בעלי השליטה במרתון (ראה סעיף 4 לתצהירו של שרון תוסיה כהן, אחד מבעלי השליטה החדשים ומנכ"ל מרתון כיום, להלן: "תוסיה כהן"). כתוצאה מכך, מי שהיה נציג מרתון במהלך המשא ומתן ויו"ר הדירקטוריון שלה באותה עת, מרדכי גורפונג (להלן: "גורפונג"), חדל מלייצגה מעת חילופי השליטה בה. בלא כל קשר לכך, רכש גורפונג בשנת 2005, באמצעות חברת תדאה שבשליטתו, מניות פוט של חברת Nanonmotion שנבעו מהמרת מניות E, כך שהוא זכאי כיום להעדפת פירוק בהתאם למפתח שייקבע בפסק דין זה. גורפונג הגיש תצהיר התומך דווקא בטענותיה של אינפיניטי, ולטענת מרתון לא ניתן לייחס לעדותו משקל, שכן הוא מצוי בניגוד עניינים.

12. עוד אציין כי בדיון המקדמי שהתקיים יום 30.6.10 הוריתי לצדדים להגיש הודעה מוסכמת של כלל הנהנים לגבי חלוקת הסכום שמופקד בידי הנאמן, ואשר אין לגביו מחלוקת. בעקבות הגשת הודעת הצדדים ביום 2.1.11 הוריתי לנאמן על חלוקת הסכום שאינו שנוי במחלוקת בהתאם לטבלה שהכינו הצדדים.

ב. תמצית טענות הצדדים

13. לטענת **מרתון** בסיכומיה, המספר הנקוב בנספח 1.1 להסכם בעלי המניות הינו תוצאה של פשרה שהושגה בין בעלי המניות לאחר משא ומתן ממושך שהתנהל ביניהם. במסגרת פשרה זו הוסכם כי מניות E יומרו בשלב הראשון של העסקה למניות רגילות לפי יחס של 1 ל-1.4. כמו כן, הוסכם כי בעלי מניות E יוותרו על העדפת פירוק בשלב הראשון של העסקה, ובשלב השני של מימוש האופציה הם יזכו להעדפת פירוק בגין **חלק** מן המניות, בהתאם למספר הנקוב בנספח 1.1 להסכם, המשקף את מספרן המדויק של "מניות ההתאמה", כפי שהוגדרו בסעיף 1.1 להסכם. אקדים ואומר כי מרתון עושה בסיכומיה שימוש במונח "מניות ההתאמה", אף שאין למונח זה יסוד בלשון ההסכם; ההגדרה בסעיף 1.1 להסכם עוסקת ב-"Put Shares" שהן תוצאה של המרת מניות E למניות רגילות, וגם המספר הנקוב בנספח 1.1 היה אמור, בהתאם ללשון הנספח עצמו, לשקף כמות מניות אלו: ראה סעיפים 8-9 לעיל).

לגישת מרתון, ההלכה היא כי רק במקרים בהם לשון החוזה אינה ברורה וחד משמעית יש צורך בפרשנות החוזה. ואילו במקרה זה החוזה בין הצדדים הינו ברור, אינו משתמע לשני פנים, ויש לתת לו תוקף ככתבו וכלשונו, וזאת בהתאם להוראת סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

1973, כפי שתוקן בתשע"א. לאור הוראת חוק זו, יש לתת תמיד עדיפות ללשון החוזה, ורק בנסיבות קיצוניות, חריגות שבחריגות, ניתן להעדיף פירוש שאינו עולה בקנה אחד עם האמור בהסכם (כבי' השופטת ו' אלשיך בפר"ק (ת"א) 1398/02 קופת תגמולים לעובדי האוניברסיטה העברית בי-ם בע"מ נ' עו"ד אורי ברגמן (לא פורסם – 25.3.12)). אינפניטי כשלה מלהוכיח כי מתקיימות במקרה דנן נסיבות קיצוניות, חריגות שבחריגות, בהן יש להעדיף את הנסיבות החיצוניות על פני לשונו הברורה של החוזה. אינפניטי גם לא הרימה את הנטל הכבד מאד המוטל על מי שטוען לקיומה של טעות סופר בהסכם. לפיכך, יש לדחות את טענותיה.

14. לטענת אינפניטי בסיכומיה, נקודת המוצא למשא ומתן שהתקיים בין הצדדים היתה שלבעלי מניות E זכות להעדפת פירוק בגין כל אחת ואחת ממניותיהם, וזאת בהתאם לתקנון החברה. במסגרת המשא ומתן הסכימו בעלי מניות E לוותר על העדפת הפירוק בגין המניות שמכרו בשלב הראשון, ולהסתפק בהעדפת פירוק בגין המניות שיימכרו בשלב השני בלבד; אך הם מעולם לא הסכימו לוותר על העדפת פירוק בגין חלק כלשהו מן המניות שמכרו בשלב השני. בניגוד לטענת מרתון, הסכמה זו לא השתנתה לכל אורך המשא ומתן, ועוגנה בסופו של דבר בהסכם בעלי המניות שנחתם בין הצדדים ובנספחיו.

עוד טוענת אינפניטי כי הן העדויות לגבי הנסיבות החיצוניות של ההסכם והן הוראות ההסכם ונספחיו תומכים בעמדתה, בעוד שגרסת מרתון אינה נתמכת בדבר, למעט הטעות שנפלה בנספח 1.1 להסכם. המספר המופיע בנספח 1.1 להסכם הינו טעות סופר, אותה מוסמך בית המשפט לתקן בהתאם לאומד דעתם של הצדדים (סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). עמידתה הדווקנית של מרתון על המספר הנקוב בנספח, אשר ברור על פניו כי הינו שגוי, הינה חסרת תום לב. בנסיבות אלו, גם הטענה כי בעלי המניות בחברה הסתמכו על האמור בהסכם, ולכן אינפניטי מנועה מלהתכחש לאמור בו, איננה יכולה להתקבל. ראשית, ספק אם מאן דהוא אכן הסתמך על הטעות, ולא על ההסכמות האמיתיות שהושגו במהלך המשא ומתן. שנית, אם הסתמך מישהו על הטעות, הרי זו הסתמכות שאינה סבירה ואינה בתום לב.

ג. דיון ומסקנות

(1) המסגרת הנורמטיבית: פירוש חוזה ותיקון טעות סופר

15. סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, כפי שתוקן בתשע"א, קובע לאמור:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

25. פירוש של חוזה (תיקונים: התשמ"א, התשע"א)
(א) חוזה יפירש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפירש החוזה בהתאם ללשונו.

ההלכות הנוגעות לפירוש חוזה גובשו לפני תיקון תשע"א בפסק הדין הנודע שניתן בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (אושר בדנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, לא פורסם). הלכת אפרופים אושרה והובהרה בהרכב מורחב של תשעה שופטים בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (פסק הדין שעליו נסב הדין הנוסף ניתן בע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481). ששה שופטים חזרו ואישרו את הלכת אפרופים (כב' הנשיא א. ברק, כב' השופטת ד. ביניש, כב' השופט א. ריבלין, כב' השופטת א. פרוקצ'יה, כב' השופט א. לוי וכב' השופט ס. גיבוראף). שלושה שופטים (המשנה לנשיא כב' השופט מ. חשין, כב' השופטת מ. נאור וכב' השופט א. גרוניס) סברו כי יש להותיר את הלכת אפרופים על מכונה, אך מן הראוי להשיב ללשון החוזה את בכירותה על-פני ראיות אחרות, שכן הסקת אומד דעתם של הצדדים מתוך לשון החוזה בטוחה ואמינה יותר מהסקתו מתוך הנסיבות.

הלכת אפרופים זכתה לביאור בספרו של א. ברק, פרשנות במשפט, פרשנות החוזה (כרך רביעי, תשס"א-2001, בעמ' 481 ואילך). היא תומצתה בעניין ארגון מגדלי ירקות הנ"ל על-ידי כב' השופטת א. פרוקצ'יה, תוך ציטוט דברי המשנה לנשיא דאז, א. ברק, בעמ' 311-313, כדלקמן:

"חוזה מתפרש על-פי אומד דעתם של הצדדים. אומד דעת זה הוא המטרות, היעדים, האינטרסים, והתכנית אשר הצדדים בקשו במשותף להגשים. על אומד הדעת למד הפרשן מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו. שני מקורות אלה 'קבילים' הם... המעבר מהמקור הפנימי (לשון החוזה) למקור החיצוני (הנסיבות החיצוניות) אינו מותנה במילוי תנאים מוקדמים כלשהם. לא נדרשת כל בחינה מוקדמת אם לשון החוזה היא ברורה, אם לאו. זו תתבהר רק בסיומו של ההליך הפרשני... אם אומד הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף. החוזה יפירש במקרה זה כמו גם במקרים אחרים בהם אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף אינו רלבנטי לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת לפני השופט, על-פי תכליתו האובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית של החוזה היא המטרות, האינטרסים, והתכליות שחזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים. התכלית האובייקטיבית מוסקת מתוך 'אופייה מהותה של העיסקה שנקשרה בין הצדדים...'. זהו מבחן אובייקטיבי. הוא מושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של הגיון... תכליתו (הסופית) של החוזה מתגבשת על בסיס התכליות הסובייקטיביות ('אומד דעת הצדדים') והתכליות האובייקטיביות של החוזה. עם זאת, בהתנגשות ביניהם, יד התכלית הסובייקטיבית ('אומד דעת הצדדים') על העליונה... זאת ועוד: בגדרי התכלית הסובייקטיבית, נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

או מהנסיבות החיצוניות... הנה כי כן, לא מבחן דו-שלבי אשר לשונו הברורה או הלא-ברורה של החוזה משמשת נקודת היתוך ראייתית שלו, אלא מבחן חד-שלבי, ובו תנועה בלתי פוסקת מלשון החוזה לנסיבותיו החיצוניות, תוך יצירת חזקה הניתנת לסתירה כי תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה. חזקה זו ניתנת לסתירה באמצעות מכלול הנסיבות".

16. בעקבות ביקורת שנמתחה בספרות המשפטית על הלכת אפרופים, גם לאחר אישורה בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, ולאור מחלוקת פוסקים שנתגלעה בסוגיה זו, חוקקה הכנסת בתשע"א את תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), בהתאם לנוסח שצוטט לעיל, על מנת להדגיש כי יש להעניק ללשון החוזה משקל משמעותי בעת פירושו. ההיסטוריה החקיקתית וההלכתית בנושא זה, התכלית של תיקון מס' 2 לחוק וההלכה כיום בעקבות כל אלו, הובהרו על ידי בית המשפט העליון ברע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2012(1) 3907, 3918 (2012) (וראה גם מאמרם של ש' ליפשיץ, א' פינקלשטיין, מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים, משפטים מג' 55 (2012)). המשנה לנשיאה, כבי השופט א' ריבלין, פסק (פסקאות 28-26):

26. "עד כאן באשר לתכליתו הסובייקטיבית של סעיף 25(א) המתוקן. כפי שראינו, תכלית זו מצביעה בבירור על כך שהפירוש הנכון לסעיף המתוקן הוא כדלקמן: חוזה יפורש תוך בחינה מקבילה ומשותפת של לשון החוזה ושל נסיבות העניין, בכפוף לחזקה פרשנית - ניתנת לסתירה - שלפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את פשט הלשון, דהיינו: את המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב. החזקה ניתנת לסתירה במקרים שבהם למד בית המשפט, מתוך הנסיבות, כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במבט ראשון; וכי למעשה - עשויה היא להתפרש בדרכים אחרות מאלה שנראו ברורות בתחילת הדרך הפרשנית. ודוק: קיומה של החזקה מבטא את משקלה החשוב והמשמעותי של לשון החוזה; לעומת זאת, היותה ניתנת לסתירה משקפת את העובדה כי משקלה של הלשון, חרף חשיבותה, אינו מכריע או בלעדי.

27.

28. כללו של דבר, גם התכלית האובייקטיבית של התיקון תומכת בפירוש המאמץ את השיטה הפרשנית שנקבעה בעניין אפרופים ועוצבה בעניין מגדלי הירקות, תוך עיגון החזקה הפרשנית בדבר פשט הלשון. רק כך מושג האיזון הראוי בין רצון הצדדים לבין השאיפה לוודאות משפטית; ונבהיר: איזון זה, בין שני הערכים, נקבע בפועל כאיזון הראוי בפסק הדין בעניין אפרופים. בדיון הנוסף בעניין מגדלי הירקות, קבע בית משפט זה - בהרכב מורחב של תשעה שופטים - כי איזון זה הוא אכן האיזון הראוי. כך היה גם בעוד עשרות פסקי דין שניתנו בנושא זה על-ידי בית המשפט העליון בשנים שחלפו מאז פסק הדין בעניין אפרופים; וכך הוא הדבר גם לאחר התיקון לחוק. המחוקק, כפי שניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק המתוקנת, ומן הפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, לא ביקש לבטל איזון זה, ולבכר את אחד הערכים על-פני השני; אלא, ביקש הוא, תחת זאת, אך לחדד ולהבהיר, כי עיקרון הוודאות המשפטית מחייב לתת ללשון החוזה משקל משמעותי בתהליך הפרשנות. כאמור, משקל מסוג זה - לא יותר, אך גם לא פחות - ניתן ללשון באמצעות פירוש הסעיף, באופן שעליו עמדנו לעיל".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 09-1840 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

17. ניתן לסכם את ההלכות הנוגעות לפירוש חוזה, כפי שהן עולות מפסקי הדין דלעיל ומפסקי דין אחרים, וככל שהן נוגעות לענייננו, כדלקמן:

א. נקודת המוצא של הפרשנות היא לעולם לשון החוזה, אשר תוחמת את גבולות הפירוש: "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון", וצריך להיות עיגון בלשון החוזה לפירוש שבית המשפט מאמץ (ע"א 2553/01 הנ"ל, דברי כב' הנשיא א. ברק בפסקאות 2-3, ודברי כב' השופט א. ריבלין בפסקה 10; דנ"א 2045/05 הנ"ל, דברי כב' השופט א. ריבלין בפסקה 6).

אולם, לשון החוזה הינה נקודת מוצא לפירוש החוזה - לא נקודת הסיום; המטרה הסופית היא קביעת אומד דעתם של הצדדים על-פי לשון החוזה ועל-פי הנסיבות החיצוניות לו (ע"א 2553/01 הנ"ל, דברי כב' השופט א. ריבלין בפסקה 10). על בית המשפט לבחון במקביל את לשון החוזה ואת נסיבותיו החיצוניות, על מנת לאתר את אומד דעתם של הצדדים, ולאמץ פירוש שיגשים את תכלית החוזה (דנ"א 2045/05 הנ"ל, דברי כב' השופט ריבלין בפסקה 11, וע"א 2553/01, דברי כב' הנשיא א. ברק בפסקה 2).

לשון החוזה היא מקור פרשנות הנמצא בדרגה גבוהה יותר מן הנסיבות החיצוניות (דנ"א 2045/05 הנ"ל, דברי כב' השופט מ. חשין בפסקאות 14-15, ודברי כב' השופט א. ריבלין בפסקאות 10-11; ספרו הנ"ל של א. ברק על פרשנות החוזה, בעמ' 497). בנוסף, קיימת חזקה פרשנית הניתנת לסתירה, לפיה תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה; יש עדיפות ללשון הרגילה והטבעית של החוזה, על פני נסיבות חיצוניות המצביעות על פרשנות חריגה ומיוחדת (ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (לא פורסם, 23.2.10); ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (לא פורסם, 28.1.08, דברי כב' השופט יי דנציגר; דנ"א 2045/05 הנ"ל, דברי כב' השופט א. ריבלין בפסקאות 10-11, ורע"א 3961/10 הנ"ל, פסקה 26). חזקה זו ניתנת לסתירה במקרים בהם מסתבר כי לשון החוזה אינה ברורה, וקיימת יותר מדרך פרשנית אחת העולה מלשון החוזה.

ג. כאשר החוזה ניתן לפירושים שונים, יש לאמץ את הפירוש המגשים את תכליתו. תכלית זו הינה התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים, ובלשון סעיף 25(א) לחוק החוזים - "אומד דעתם של הצדדים" (דברי כב' הנשיא א. ברק בע"א 2553/01 הנ"ל בפסקה 8). לצורך קביעת התכלית הסובייקטיבית של החוזה, ניתן להיזקק לעדויות חיצוניות הנוגעות לנסיבות ההתקשרות ולמשא ומתן בין הצדדים, על מנת לברר מה היה רצונם המשותף (שם, פסקה 8, ודברי כב' השופט א. ריבלין בדנ"א 2045/05 הנ"ל בפסקה 9). אך גם כאן יש להדגיש את הדברים שאמר כב' הנשיא א. ברק בענין אפרופים בעמ' 313-314, בענין משקל היתר הניתן ללשון החוזה, לאמור:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

"בגדרי התכלית הסובייקטיבית, נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה או מהנסיבות החיצוניות. 'החזקה הינה, כי תכלית החוזה תוגשם, אם תינתן ללשון החוזה המשמעות הרגילה, הנודעת לו בלשון בה נקטו הצדדים. הנטל מוטל על הצד הטוען למשמעות מיוחדת' (פסק-דיני בד"נ 32/84 הנ"ל, בעמ' 274);..."

ד. המטרה הראשונית והעיקרית בפירוש חוזה היא מציאת כוונתם המשותפת הסובייקטיבית של הצדדים, וזאת לאור עיקרון חופש החוזים והשאיפה לכבד את רצונם של הצדדים (דברי כבי השופט מ. חשין בדנ"א 2045/05 הנ"ל, בפיסקה 28). אולם, מבחינה מעשית קשה לא פעם למצוא את התכלית הסובייקטיבית של החוזה, כאשר כל אחד מן הצדדים מציג תכלית סובייקטיבית שונה מזו של חברו. בנסיבות אלו, כאשר לא ניתן לגבש כוונה סובייקטיבית משותפת של שני הצדדים לחוזה אין מנוס מפניה לתכלית האובייקטיבית של החוזה (דברי כבי הנשיא א. ברק בע"א 2553/01 הנ"ל, פסקאות 12-13; דברי כבי השופט א. ריבלין בדנ"א 2045/05 בפיסקה 12, ודברי כבי השופט מ. חשין בפיסקאות 28-30). השימוש בתכלית האובייקטיבית הינו המוצא אחרון, כאשר אומד דעתם של הצדדים איננו משתמע מלשון החוזה, ואף לא מנסיבות הענין (ראה חוות דעתו של כבי השופט נ' הנדל בעניין המל"ל נ' סהר הנ"ל, פסקה 8).

ה. אשר לדרך קביעת התכלית האובייקטיבית של החוזה, מקום בו יש צורך להיזקק לה כמפלט אחרון, אמר כבי הנשיא א. ברק בע"א 2553/01 הנ"ל, בפיסקה 13:

"המבחן האובייקטיבי מושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של היגיון ומשיקולים של סבירות (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 313)".

התכלית האובייקטיבית נקבעת בהתחשב באופי החוזה, והיא מבוססת על ההנחה שהצדדים ביקשו להגשים תכלית שהיא צודקת, יעילה, סבירה והגיונית. על מנת לאתר את התכלית האובייקטיבית של החוזה, על בית המשפט לשאול עצמו מה היה "הרצון ההיפותטי של הצדדים, אילו נתנו דעתם לשאלה הפרשנית הניצבת בפנינו, כאנשים סבירים והוגנים" (שם, פסקה 14). במסגרת איתור התכלית האובייקטיבית של החוזה, יש לאמץ פירוש המגשים את עקרון תום הלב (דברי כבי השופט א. ריבלין בע"א 2553/01 הנ"ל, בפיסקה 11).

ו. בית המשפט חייב לבחון לצורך פירוש ההסכם מהו ההיגיון הכלכלי העומד מאחוריו (דברי כבי השופט א. ריבלין בע"א 2553/01 הנ"ל, פסקאות 12, 14). חוזה מסחרי נועד להגשים מטרה מסחרית, ויש לפרשו באופן שיגשים תכלית שנותנת ביטוי להיגיון מסחרי-כלכלי, לסבירות וליעילות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

(ע"א 9609/01 מול הים נ' עו"ד שגב, פ"ד נח(4) 106, 141; ספרו הנ"ל של א. ברק, על פרשנות חוזה, עמ' 532-533; ג. שלו, דיני חוזים - החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, מהד' תשס"ה-2005, בעמ' 426).

ז. יש לקרוא את החוזה בכללותו, כמכלול אחד, ואין לפרש כל הוראה במנותק מן ההקשר הכללי; הפירוש חייב להביא בחשבון את מערכת האיזונים הכוללת שבחוזה (דברי כב' הנשיא א. ברק בע"א 2553/01, פיסקה 9). יש צורך לאמץ פירוש שלא יפר את האיזון הכלכלי שהחוזה ביקש להשיג (שם, פיסקה 14).

18. **סיכומו של דבר:** הכלל הוא כי נקודת המוצא לפרשנות הסכם הינה לשון ההסכם עצמו, וכאשר לשון ההסכם ברורה וחד-משמעית - יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם. קיימת חזקה כי תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה, וכי פרשנות החוזה היא זו התואמת את לשונו הפשוטה. אולם חזקה זו ניתנת לסתירה במקרים בהם מסתבר מתוך הנסיבות, כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במבט ראשון, וכי היא עשויה להתפרש בדרכים אחרות מאלה שנראו ברורות בתחילת הדרך הפרשנית.

חזקה פרשנית זו אינה ניתנת ליישום במקרה בו מצויות בחוזה שתי הוראות הסותרות זו את זו והחוזה מדבר בשתי לשונות, כך שלא ניתן לדבר על "לשונו הפשוטה של החוזה". במקרה מעין זה, יש להשיב על השאלה איזה משתי הוראותיו של החוזה משקפת את אומד דעתם המשותף של הצדדים, ואין מנוס ממלאכת הפרשנות בהתאם לכללים שבוארו לעיל, תוך מתן דגש לכלל הקובע כי יש לפרש את ההסכם כמכלול אחד, ואין לפרש הוראה שבו במנותק משאר הוראותיו.

דוק: סעיף 25(א) סיפא לחוק החוזים קובע כי "אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". אך כאשר החוזה כולל שתי הוראות סותרות - אומד דעתם של הצדדים איננו "משתמע במפורש מלשון ההסכם", ולכן יש לשוב אל הרישא של סעיף זה, לפיה "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין".

19. כאשר מועלית טענה של טעות סופר, ברי כי אין דרך לבחון אם אמנם נפלה טעות כזו אך ורק באמצעות פנייה ללשון ההסכם עצמה, שהרי לא ניתן לגלות את הטעות מתוך ההוראה המוטעית עצמה. על הטוען לטעות סופר להוכיח כי הכתוב בהסכם איננו משקף את הסכמת הצדדים. סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 קובע: "נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בזה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה". מטרת הסעיף



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

היא להביא להרמוניזציה בין החוזה האמיתי עליו הסכימו הצדדים, לבין אופן ביטוי בכתב, ולהביא להגשמת רצונם וכוונתם המשותפת של הצדדים להסכם (ג' שלו, דיני חוזים, מהד' 2005, עמ' 302 ; ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים, 1992, כרך ב' עמ' 760). בע"א 424/89 דרור פרקש נ' שיכון ופתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4), 31, 39-40 (1990) ציטט בית המשפט העליון מדברי המלומדת ג' שלו על מטרת ההוראה שבסעיף 16 לחוק החוזים, כדלקמן :

"מגמת סעיף 16 היא להביא להרמוניזציה של החוזה האמיתי וביטוי הכתוב. החוזה האמיתי אינו אלא הסכמת הצדדים במסגרות הקבועות בחוק, ובעיקר בפרק א לחוק החוזים. המצב שסעיף 16 פוגשו ואף מתמודד עמו הוא מצב שבו קיים פער בין הסכמת הצדדים ובין המסמך המתיימר לגלם הסכמה זו. הוראת סעיף 16 מיועדת לבטל או לצמצם פער זה. תפקידו של סעיף 16 הוא, אם כן, תיקון עיוות שנפל בתהליך תרגומה המילולי של ההסכמה החזית והורקתה למסמך כתוב. הא ותו לא... טעות סופר היא טעות בביטוייה הכתוב של ההסכמה. טעות סופר איננה טעות במונח של אי התאמה בין המצב החזוי על ידי אחד הצדדים (או שניהם) ובין המצב לאשורו... בעוד טעות אמיתית מוגדרת כסתירה בין המצב המדומה ובין המצב המציאותי, ניתן להגדיר טעות סופר כסתירה או העדר התאמה בין החוזה האמיתי לבין ביטוי הכתוב של חוזה זה. טעות סופר איננה, אם כן, טעות אמיתית. היא מניחה קיום הסכמה בין הצדדים. אם גם הסכמה שלא בוטאה כדבעי במסמך הכתוב, אשר מתיימר לשקף אותה" (ג. שלו, דיני חוזים (תש"ן-1990), בעמ' 213-214).

כפי שהבהיר כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בע"א 8091/03 תאומים תחנות דלק (1984) בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם – 10.12.08) - המבקש להוכיח טעות סופר "לא ייצא ידי חובתו אם יוכיח כי הסכמתו בחוזים האמורים נבעה מטעות או מחוסר תשומת לב..."; עליו להראות כי מה שנרשם בחוזה שונה ממה שהצדדים התכוונו אליו בעת שחתמו על ההסכם. לצורך כך יש להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים להסכם, תוך בחינת לשון ההסכם בכללותו, וכן ראיות חיצוניות כגון, טיוטות ומסמכים שהוחלפו בין הצדדים (ג' שלו בספרה הנ"ל, בעמ' 305 ; ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים, כרך ג' עמ' 236 (2003)).

לשון ההסכם (2)

20. במקרה דנא, כפי שיבואר להלן, עמדה אינפיניטי בדרישה להוכיח כי המספר הנקוב בנספח 1.1 להסכם איננו המספר עליו הסכימו הצדדים בעת שחתמו על ההסכם. את גישתה של כב' השופטת ו' אלשיך בנוגע לעדיפות שיש להעניק ללשון החוזה למעט בנסיבות חריגות וקיצוניות, כפי שבוטאה בעניין האוניברסיטה העברית הנ"ל, יש לסייג למקרים בהם לשון הטקסט איננה משתמעת לשתי פנים, ואחד הצדדים מבקש לייחס להסכם פרשנות העומדת בניגוד לאמור בו. במקרה דנן, לעומת זאת, הוראות ההסכם, ואף נספח 1.1 עצמו, מחזקים בצורה ברורה דווקא את טענותיה של אינפיניטי, ורק המספר שנרשם בנספח איננו מתיישב עם טענותיה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

סעיף 4.3.2 מציין במפורש כי העדפת הפירוק (המתבטאת בתשלום "מחיר הסף" של 1.589 דולר למניה לפני חלוקת כספי התמורה לשאר בעלי המניות) תינתן לכל מוכר של מניות E, **בגין כל אחת מן המניות מסוג זה** ("for each of its Series E Conversion Shares"), קרי: בגין כל אחת ממניות E המומרות הנמכרות בעת מימוש אופציית הפוט. אין ברור מזה. כך גם נאמר בתחילת סעיף 4.3 כי אופן חלוקת כספי מימוש האופציה המפורט בסעיף זה נקבע בתמורה ליתור על העדפת פירוק שעשו בעלי מניות E המומרות **בשלב הראשון של העסקה**. וכך נאמר ברישא לסעיף 4.3:

"In consideration for the agreement of the holders of the Series E and E1 Preferred Shares to... and waive part of their liquidation preference (with respect to the Initial Purchase Price and the Additional Purchase Price)..."

המונחים **Initial Purchase Price** ו- **Additional Purchase Price** מתייחסים לתמורה שנתקבלה **בשלב הראשון** של העסקה (ראה סעיפים 3.1.1 ו- 3.2.1 להסכם רכישת המניות). גם מכאן ברור, לאור נוסח הרישא לסעיף 4.3, כי לא דובר על ויתור כלשהו של העדפת פירוק **בשלב השני** של העסקה, אלא רק בשלב הראשון.

זאת ועוד, המונח **Series E Conversion Shares** המופיע בסעיף 4.3.2 מוגדר בסעיף 1.1 להסכם בעלי המניות כמתייחס ל- **Put Shares**, כלומר המניות הנמכרות בשלב מימוש אופציית הפוט, ואשר **נובעות מהמרת מניות E בשלב הראשון של העסקה**. גם נספח 1.1 מתייחס למניות אלו, כפי שנאמר ברישא שלו:

"Put Shares resulting from the Conversion of the Company's Series E Preferred Shares".

מכאן שסעיף 4.3.2 חל על **כל מניות הפוט**, קרי: אותם 49% ממניות החברה שנתרו בידי בעליהן לאחר ביצוע השלב הראשון של העסקה, ואשר נמכרות בשלב השני של מימוש אופציית הפוט, שהן תולדה של המרת מניות הבכורה E ו-E1 בשלב הראשון, וכך גם עולה מן הרישא לנספח 1.1. כל אלו מובילים למסקנה החד-משמעית שברישום המספר בנספח 1.1 להסכם נפלה טעות, שכן המספר שנרשם בנספח, המתייחס למניות הנוספות שקיבלו בעלי מניות E המומרות, אינו תואם לטקסט המופיע בראשיתו, ולהוראתו המפורשת של סעיף 4.3.2 להסכם, שהנספח בא להשלימו.

21. לא יכול להיות ספק בכך שבנספח 1.1 להסכם מגולמת סתירה פנימית. הרישא של הנספח מבהירה כי מטרתו לציין מהו מספר **מניות הפוט** שמקורן במניות E המומרות -



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

("The number of Put Shares Resulting from the Conversion of the Company's Series E Preferred Shares")

ברם, המספר שנרשם בנספח (1,748,058 מניות) אינו מייצג את כמות מניות הפוט, שהן המניות שנתרו ועמדו למכירה בשלב השני של מימוש אופציית הפוט, ואשר נובעות מן ההמרה של מניות E בשלב הראשון. המספר שנרשם איננו מספר מקרי חסר משמעות אמנם, אך הוא מייצג נתון שאין לו כל רלבנטיות לשלב השני של העסקה ולהוראת סעיף 4.3.2 להסכם. הוא מבטא את ההפרש בין סך כל המניות הרגילות שנתקבלו עקב ההמרה, לבין סך כל מניות E שהיו בחברה עובר להמרתן למניות רגילות (אותה תוספת של 40%). לאחר ביצוע ההמרה ומכירת 51% ממניות החברה, ובכלל זה מניות E מומרות, אין עוד כל חשיבות או רלבנטיות לנתון זה. סתירה זו בין הנתון שנרשם בנספח 1.1 לבין הרישא של הנספח וכן הוראת סעיף 4.3.2, מעידה כי המספר המופיע בנספח, ממנו מבקשת מרתון להיבנות - מקורו בטעות, והוא חסר כל משמעות בהקשר הנדון.

בנסיבות אלו, יש להעניק עדיפות ללשון ההסכם הברורה (סעיף 4.3.2 ולשון הנספח עצמו), על פני המספר שנרשם בו, שאינו תואם את הוראות ההסכם (וראה על דרך ההיקש הוראת סעיף 8(ב) לפקודת השטרות, אשר במקרה של סתירה מקנה עדיפות למילים שבשטר על פני הספרות שנרשמו בו). אין כל הגיון או סבירות בטענת מרתון, כי פשרה כה מהותית שהושגה, לטענתה, בין הצדדים, תבוא לידי ביטוי אך ורק בנתון מספרי בודד בנספח להסכם, ולא יהיה לה זכר כלשהו בהסכם עצמו. **דוק:** אין מדובר בפירוש הסכם בניגוד ללשונו, אלא להיפך: בפירוש המעניק ללשון ההסכם משקל מלא, תוך תיקון טעות שנפלה ברישום מספר שנרשם בנספח להסכם, מכוח סעיף 16 לחוק החוזים. דווקא הפירוש שמציעה מרתון, הנסמך על מספר בודד שנרשם בנספח להסכם – הוא זה העומד בניגוד ללשון ההסכם עצמו, ואף ללשון הרישא לנספח. פירוש זה אף מנוגד לכלל הקובע כי יש לפרש את ההסכם כמכלול אחד, ואין לפרש הוראה שבו, ועל אחת כמה וכמה מספר בודד שבו, במנותק משאר הוראותיו (ראה סעיף 17(ז) לעיל). הטעות שנפלה בנספח מחייבת תיקון, כאשר מתברר כי המספר שנרשם בו איננו משקף את כוונתם המשותפת של הצדדים, ואף לא את ההסכמה שהיתה ביניהם בעת חתימת ההסכם, כפי שהיא עולה בבירור מלשון ההסכם.

22. לטענת מרתון, השינוי בעמדתם של בעלי מניות E, כאשר הסכימו לוותר על חלק מהעדפת הפירוק בשלב השני של העסקה, בא לידי ביטוי לא רק בנספח 1.1 להסכם, אלא גם בנוסח של סעיף 4.3.2, אשר לטענתה הינו שונה מן הנוסח שהופיע בטיוטות המוקדמות יותר להסכם. כך, בעוד שהנוסח המוקדם קבע כי כל אחד מבעלי מניות E יקבל העדפת פירוק "For each of its Shares" (סעיף 3.3.2 לטיוטה מיום 10.8.04 - מש/5), הרי בנוסח הסופי של ההסכם נאמר:

"For each of its Series E Conversion Shares"



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

טענה זו חסרת בסיס. ראשית, לדברי גנאור השינוי בעמדת בעלי מניות E התרחש ימים ספורים לפני שנשלחה לצדדים הטייטה הסופית להסכם, ולאחר הפגישה ביום 8.9.04, שבה התנגדו בעלי מניות E לפשרה (עמ' 14 לעדותו). והנה, כבר בטייטת ההסכם מיום 18.7.04 מופיע סעיף 4.3.2 בנוסח זהה לנוסח הסופי (למעט ההפניה לנספח 1.1 בנוגע לכמות המניות). מכאן, שלא ייתכן קשר בין השינוי בנוסח הסעיף לבין השינוי הנטען בעמדת בעלי מניות E. שנית, אין בסעיף 4.3.2, בנוסחו הסופי, דבר המלמד כי בעלי מניות E ויתרו על חלק מהעדפת הפירוק **בשלב השני** של העסקה, אף שיש בסעיף זה ויתור מפורש על העדפת הפירוק **בשלב הראשון** שלה. סעיף 4.3.2 קובע כי בעלי מניות E זכאים לקבל את "סכום הסף" בגין "each of its Series E Conversion Shares", אשר הוגדרו בסעיף 1.1 להסכם כ-מניות Put שהן תוצאה של המרת מניות E ו-E1. אין בהגדרה זו רמז לטענת מרתון כאילו הכוונה הינה רק למניות "העודפות" שהתקבלו מהמרת מניות E למניות רגילות. להיפך: ההגדרה מתייחסת לסך כל המניות שנותרו בשלב השני לעסקה, דהיינו כל מניות Put.

23. לטענת מרתון, העובדה שהמונח "Series E Conversion Shares" מופיע רק בסעיף 4.3.2 להסכם מחזקת את גרסתם, שכן אם ממילא זכאים בעלי מניות E להעדפת פירוק בגין כל המניות שבעלותם, אין צורך בהגדרת מונח זה בסעיף 1.1 להסכם. זאת ועוד, אם הכוונה היתה להחיל את העדפת הפירוק על כל המניות שנבעו מהמרת מניות E, לא היה צורך ליצור נספח מיוחד שינקוב במספר המניות. גם טענה זו דינה להידחות. מרתון יודעת היטב שאינפניטי אינה טוענת כי היא זכאית להעדפת פירוק בגין כל המניות הנובעות מן ההמרה של מניות E, אלא רק בגין אותן מניות E המומרות שעמדו למכירה ונמכרו **בשלב השני** של העסקה, עקב מימוש אופציית הפוט, ואלו מכונות בסעיף 4.3.2 ובהגדרה שבסעיף 1.1 "מניות פוט" (Put Shares). חלק מן המניות המומרות כבר נמכרו בשלב הראשון של העסקה, ובגין הוסכם לוותר על העדפת הפירוק. לכן נדרשה הגדרת המונח הנ"ל בסעיף 1.1 להסכם, כדי להבחין בין המניות שנמכרו בשלב הראשון לבין המניות שיימכרו בשלב השני, ולהחיל את העדפת הפירוק רק על **מניות PUT** שהן תוצאה של המרת מניות E למניות רגילות, ולא על כל המניות שהומרו בשלב הראשון של העסקה. בהתאם לכך הוגדרו "Series E Conversion Shares" בסעיף 1.1 להסכם כמניות PUT שהן תוצאה של המרת מניות E – "Put Shares resulting from the Conversion of the Company's Series E Preferred Shares", וזאת על מנת להבדילן מסך כל המניות הרגילות שהן תוצאת ההמרה של מניות E שבוצעה בשלב הראשון. כך גם מבהיר סעיף 5.1 להסכם מכירת המניות כי המונח "Put Shares" מתייחס ל- "The put Option Holders' remaining Ordinary Shares".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

דהיינו: מניות E המומרות שנתרו בידי בעליהן לאחר ביצוע השלב הראשון של העסקה.

24. אינפיניטי מבססת את טענותיה גם על **נספח 3.3** להסכם בעלי המניות, שהוא חלק ממסמך מיום 28.12.04 המכונה **Certificate II** (צורף כנספח 10 לתצהיר גל אור). מסמך זה נחתם על ידי מרתון ואינפיניטי ביום ה-Closing של העסקה (28.12.04), כדי למנוע חילוקי דעות בשאלה כמה ממניות E המומרות נמכרו בשלב הראשון של העסקה וכמה נותרו למימוש בשלב השני, והן מניות הפוט (תצהיר גל אור סעיפים 30-31). בנספח 3.3 הני"ל מופיע סיכום, לפי שמות בעלי המניות, של כל מניות E המומרות, אשר אינפיניטי טוענת כיום כי הוא המספר הנכון המזכה אותה בהעדפת פירוק, קרי: **3,126,002**, ונאמר בראשו כי מטרתו היא ליישם את החישוב הנדרש לסעיף 4.3.2 להסכם. החישוב שבנספח זה הוכן על ידי מנהל הכספים של **מרתון**, מר אריה רוטלוי, אשר מדגיש בתצהירו כי הוא נערך לאור ההסכמה שהושגה בין הצדדים, לפיה בעלי מניות E יקבלו העדפת פירוק בגין **כל** מניותיהם המומרות הנמכרות בשלב השני (סעיפים 2-4 לתצהיר).

אכן, העובדה שמחד - בנספח זה, שנועד לסייע בעריכת החישוב הנוגע לסעיף 4.3.2, מופיע נתון המציין את מספרם הכולל של מניות E המומרות שעמדו למכירה ונמכרו בעת מימוש האופציה (מניות הפוט), ומאידך - לא נזכר בו המספר שצוין בנספח 1.1, מחזקת את המסקנה שהמספר בנספח 1.1 הינו שגוי וצף משום מקום. אין פלא, אפוא, שמרתון בנתה תלי תלים של טענות בניסיון לערער את תוקפו של נספח זה, משום שהיא מבינה את משמעותו המזיקה לעמדתה. היא טוענת כי המסמך "הוגנב" בדיעבד להסכם, לאחר חתימתו ביום 28.10.04, ולפני ה-closing של העסקה ביום 28.12.04. לטענת מרתון, המסמך נחתם על ידי גורפונג לאחר שנמכרה השליטה במרתון לתוסיה כהן ושותפיו, וכי בשלב זה גורפונג כבר לא היה מוסמך לעשות שינוי מהותי בעסקה. לטענות חמורות אלו לא מצאתי כל בסיס, ויש להצטער על העלאתן. טענות אלו אף מהוות הרחבת חזית אסורה, שכן מרתון התייחסה לנספח 3.3 בכתב תשובתה (סעיפים 33-35), ולא העלתה טענה כלשהי כנגד תוקפו. אך אין ממש בטענות מרתון בעניין זה גם לגופן.

ראשית, לאור כל האמור לעיל, אין כל צורך בנספח 3.3 על מנת להגיע למסקנה כי המספר שבנספח 1.1 הינו שגוי. **שנית**, בניגוד לטענת ב"כ מרתון, אין בנספח זה כל שינוי ביחס לתנאי העסקה, כפי שנקבעו בסעיף 4.3.2 להסכם – נהפוך הוא. **שלישית**, הוכח כי דירקטוריון מרתון הסמיך את גורפונג ביום 29.11.04 – **לאחר** שהסתיימה כהונתו כדירקטור, לפעול כמורשה חתימה יחיד מטעם החברה בכל פעולה שעל החברה לבצע במסגרת השלמת הסכם מכר המניות לרוכש מיום 28.10.04, ובמסגרת זו "**לבצע בשם החברה כל פעולה שביצועה דרוש לשם השלמת הסכם המכר**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

לחתום בשם החברה על כל מסמך שחתימתו דרושה לשם השלמת הסכם המכר" (מש/2). אמנם ההחלטה מתייחסת להסכם המכר, ולא להסכם בעלי המניות. אך שני ההסכמים, שנחתמו באותו מועד (28.10.04), מהווים מכלול אחד, כפי שנקבע בסעיף 9.4.1 להסכם בעלי המניות, וברור כי הכוונה היתה להסמיך את גורפונג להשלים את שני ההסכמים גם יחד (וראה עדותו של גורפונג בעמ' 59-60). מכל מקום, גם אם גורפונג לא היה מוסמך לחתום על הנספח בשם מרתון, ואינני סבור כך, הרי שחתימתו עליו משקפת את ההסכמות שהושגו בינו לבין נציגי אינפיניטי ושאר בעלי המניות בעת שהיה עדיין מנהל במרתון, שהרי אין טענה כי הוא פעל באותה עת בניגוד לאינטרס של מרתון.

25. סיכומו של דבר: לאור שילוב ההגדרות שבהסכם המצוטטות לעיל, וכעולה מלשונו המפורשת של סעיף 4.3.2 ושל הרישא לנספח 1.1 להסכם בעלי המניות, העדפת פירוק הוענקה לכל אחת מאותן המניות הרגילות שנתקבלו מהמרת מניות E בשלב הראשון של העסקה, נותרו בידי בעליהן לאחר ביצוע השלב הראשון של העסקה ועומדות למכירה בשלב השני של מימוש אופציית הפוט (על כן הן מכונות בשני ההסכמים "מניות פוט"). כך גם עולה מנספח 3.3 להסכם בעלי המניות. הפרשנות שמציעה מרתון להסכם סותרת חזיתית הן את קביעתו המפורשת של סעיף 4.3.2 כי העדפת הפירוק תינתן בגין כל אחת ממניות E המומרות העומדות למכירה בשלב השני של העסקה (כפי שהוגדרו בסעיף 1.1 להסכם), והן את הקביעה בסעיפים 4.3.2 ו-1.1, כמו גם הקביעה בנספח 1.1 עצמו, כי העדפת הפירוק ניתנת בגין מניות הפוט שעמדו למכירה בשלב השני של העסקה, ושמקורן במניות E המומרות. לכן צודקת אינפיניטי בטענתה כי הנתון שהיה אמור להירשם בנספח 1.1, בהתאם לנוסח ההסכם והנספח עצמו, הינו מספר המשקף את כמות מניות הפוט שעמדו למכירה בעת מימוש אופציית הפוט, ואשר מקורן במניות E שהומרו בשלב הראשון של העסקה, ואין מחלוקת כי מספר זה הוא 3,126,002 (ראה סעיף 5 לעיל). המספר שנרשם בנספח 1.1 (1,748,058) איננו קשור כלל לסעיף 4.3.2, אלא משקף את מספר המניות שהיתוסף לבעלי מניות E בעת ביצוע המרת כל מניות E בשלב הראשון של העסקה ביחס של 1:1.4 (אותה תוספת של 40%). מכאן ברור שהמספר שנרשם בנספח 1.1 – מקורו בשגגה שנפלה בעת הכנת הנספח.

26. מרתון סבורה כי טענתיה של אינפיניטי מובילות לתוצאה אבסורדית, המנוגדת לרציונל הכלכלי והמסחרי שעמד מאחורי ההסכם. לגישה, אם תתקבל טענת אינפיניטי, בעלי מניות E המומרות יקבלו תמורת כל אחת ממניותיהם סכום סף של 1.589 דולר, בעוד יתר בעלי המניות יקבלו 0.3992 דולר לכל מניה, וכך יצא שבעלי מניות E יקבלו כמעט פי ארבע מבעלי המניות האחרים. לעומת זאת, אם תתקבל טענת מרתון, יקבלו בעלי מניות E 1.1727 דולר לכל מניה, ואילו יתר בעלי המניות יקבלו 0.6446 דולר, קרי: בעלי מניות E יקבלו בערך פי שניים מבעלי המניות האחרים (סעיפים 80-81 לתצהיר גנאור). אין ממש בטענה זו. דווקא קבלת טענתיה של מרתון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

תוביל לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם ההיגיון הכלכלי של העסקה. כפי שכבר הובהר, בתקנון החברה הובטחה לבעלי מניות E הגנה על המחיר שהשקיעו בחברה, וזו היתה נקודת המוצא למשא ומתן בין הצדדים. לאור העובדה שבעלי מניות E הסכימו לוותר על זכותם להגנה זו במסגרת השלב הראשון להסכם, הגיוני וסביר שהם עמדו על זכות זו במלואה בשלב השני של העסקה. אכן, מנהל הכספים של **מרתון**, אריה רוטלוי - הוא ולא אחר – ערך במהלך המשא ומתן חישוב של סכום הסף שיגיע לבעלי מניות E, וקבע כי הסכום הוא 1.589 דולר עבור כל מניה מומרת ממניות E (נספח 8 לתצהיר גל-אור). נוכח הסכמת בעלי מניות E לוותר על העדפת פירוק בשלב הראשון, נקבע בסעיף 4.3.2 להסכם כי תמורת מימוש האופציה תחולק תחילה על ידי הנאמן לבעלי מניות E עד שכל בעל מניית E יקבל סכום השווה לסכום הסף, שהוא 1.589 דולר, בגין כל אחת ממניות הפוט שהומרו ממניות E. מכאן, שהעובדה שבעלי מניות E מקבלים עבור כל מניה שנמכרה על ידם בשלב השני סך של 1.589 דולר מתיישבת היטב עם ההיגיון הכלכלי של העסקה, כמו גם עם הסכמת הצדדים, כפי שנקבעה במפורש בהסכם.

(3) הנסיבות החיצוניות להסכם

27. אין בפני ראיה ישירה לטעות שנפלה בעריכת נספח 1.1., במובן זה שלא הובא לעדות אדם שיכול (או מוכן) להעיד כי הוא זה שטעה בהכנסת הנתון של מספר המניות בנספח 1.1. אולם, הונחו בפני ראיות נסיבתיות למכביר המובילות למסקנה החד-משמעית כי המספר שנרשם איננו משקף את ההסכמה שהושגה בין הצדדים. ראיות אלו מתבססות לא רק על לשון ההסכם ונספחיו, כפי שהובהר לעיל, אלא גם על הנסיבות החיצוניות שהובילו לכריתת ההסכם.

כפי שמציינת אינפנייטי בצדק, איש מן העדים, לרבות עדיה של מרתון, לא ידע להסביר איך הגיעו למספר הנקוב בנספח 1.1. הסיבה הפשוטה לכך הינה שהצדדים מעולם לא הגיעו למספר זה. הוא לא הוזכר במהלך המשא ומתן הממושך שהתנהל בין הצדדים, ואין לו זכר בתכתובות שהוחלפו ביניהם או בהודעות לבעלי המניות. המספר צץ, יש מאין, בנספח להסכם לעת חתימתו. איש מעדיה של מרתון, שהיו שותפים למשא ומתן, לא היו יכולים להסביר על איזה רקע הוכנס נתון זה לנספח, או להעיד מידיעה אישית על פשרה כלשהי שהביאה למספר זה, אשר מפחית בכמחצית את מספר מניות E המומרות הנהנות מהעדפת פירוק.

28. בעוד אינפנייטי הביאה ראיות למכביר התומכות בעמדתה, לפיה מספר המניות הנתונות להעדפת פירוק הוא 3,126,002 – מספר אשר אין מחלוקת כי הוא משקף את כמות המניות שמכרו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

בעלי מניות E המומרות במסגרת מימוש אופציית הפוט - סומכת מרתון ידיה אך ורק על המספר המופיע בנספח 1.1 להסכם ועל עדותו של ד"ר זאב גנאור, מי שהקים את החברה והיה אחד מבעלי המניות הרגילים בה עובר למכירתה. הלה החזיק בכ- 7.85% ממניות החברה, והוכח כי לא נטל חלק משמעותי ורציף במשא ומתן. מנגד, בגרסתה של אינפיניטי תומכים לא רק לשון ההסכם, אלא גם עדויותיהם של גל אור, אשר ניהל מטעם אינפיניטי את המשא ומתן למכירת המניות בחברה, של גורפונג, שהיה יו"ר הדירקטוריון של **מרתון** בעת ניהול המשא ומתן, ושל רוטלי, מנהל הכספים של **מרתון** באותה עת. מכאן עולה כי נציגי שני הצדדים העיקריים למשא ומתן על הסכם בעלי המניות - אינפיניטי ומרתון - מציגים חזית אחידה בנוגע להסכמות ביניהם, ושניהם גם יחד תומכים בפרשנות של אינפיניטי, ושוללים את טענותיה של מרתון.

גנאור העיד כי לא נכח בכל הישיבות במהלך המשא ומתן, אלא רק באלו שאליהן זומן (עמ' 9), וכי מסקנותיו בנוגע לפשרה שהושגה, כביכול, בין הצדדים נסמכות רק על הכתוב בנספח 1.1. בתצהירו טען גנאור כי בעלי מניות E הסכימו לוותר על חלק מהעדפת הפירוק גם בשלב השני של העסקה. אך טענה זו מבוססת אך ורק על פרשנות אישית שלו לסעיפי ההסכם, ולא על ידיעה בנוגע להסכמות כלשהן שהושגו בין הצדדים. מסקנה זו עולה בבירור למקרא האמור בתצהירו, כדלקמן:

"...למיטב ידיעתי, בעלי מניות E הגיעו אל שולחן המשא ומתן עם התביעה כי במצב זה [בו שווי החברה ירד - ע.ב.], מניות ה-Put שנתרו בידם יקבלו את ההגנה המלאה לה היו זכאים על-פי התקנון הישן - היינו לקבל את מחיר הסף למניית Put (הדבר גם משתמע ממכתב תקציר התנאים שתיארתי לעיל). עם זאת, לאור נסיבות המשא ומתן, וכמשתקף משלבי הניסוח ה-VGA שתוארו לעיל ואשר הגיעו לעיוני, הסכימו בעלי מניות E להתפשר לקבל את המחיר העודף, רק בגין חלק ממניות ה-Put שנבעו ממניות E שנתרו בידם..." (סעיפים 76, 78 לתצהירו).

גם בחקירתו הנגדית הודה גנאור כי רק הניח שהושגה פשרה בין הצדדים, כאשר ראה את המספר המופיע בנספח 1.1 להסכם, אך אין הוא יודע זאת מידיעה אישית. וכך העיד גנאור:

"ש. בפגישה עם גורפונג באמצע אוגוסט תחילת ספטמבר הבנת ממנו שיש הסכמה בין מרתון לאינפיניטי, כפי שנאמר לעיל (קרי: שהעדפת הפירוק תחול על כל מניות E שהומרו למניות רגילות - ע.ב.).
ת. הוא לא אמר לי שיש הסכמה. הוא רק אמר שידבר עם אינפיניטי. איני יודע מה היה כי לא הייתי בפגישות האלה.

...
ש. הבנת לראשונה שהולכים להתגמש כלפיך בנושא כמות המניות שתהיה כפופה להעדפת פירוק בשלב השני, כשראית את נספח 1.1.
ת. נכון כשראית את הנספח הבנתי שהגיעו לפשרה. המספר נראה לי הגיוני ואותו אישרתי.
ש. לפני זה לא היתה לך סיבה להניח שהולכים לקראתך בפשרה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

ת. לא היתה לי אינדיקציה למספר שיהיה אך הנחתי שתהיה פשרה. זה טיבו של מו"מ" (עמ' 13-14).

דהיינו, גנאור מודה כי אין לו כל אינדיקציה לכך שנציגי אינפיניטי הסכימו לוותר על העדפת הפירוק בגין חלק מן המניות שיימכרו בשלב השני (להבדיל מאלו שנמכרו בשלב הראשון) – נהפוך הוא: נציגי אינפיניטי, לדבריו, דווקא דחו דרישה זו (עמ' 14 לעדות גנאור, ומכתבו שהוגש כמוצג מש' 8). בכל זאת, הוא הניח, מבלי לברר עם איש, כי הושגה פשרה ברוח זו כאשר ראה את המספר המופיע בנספח 1.1 להסכם. הוא נשאל האם דיבר במהלך המשא ומתן על המספר שמופיע בנספח 1.1 (1,748,058), והאם בדק את המספר הזה כאשר נתקל בו לראשונה. גנאור השיב: "לא ביקשתי ספציפית את המספר הזה. ביקשתי פשרה והנחתי שזו הפשרה. הנחתי שזה מספר שכולם מכירים אותו והוא עגול... לא היתה לי אינדיקציה למספר שיהיה אך הנחתי שתהיה פשרה" (עמ' 16-17). מדבריו גם עולה כי לא בדק מספר זה, אלא הניח, כך לטענתו, כי הוא משקף פשרה שהושגה (עמ' 17). למותר לציין כי להנחה שהניח לעצמו אחד הצדדים למשא ומתן, במקרה זה גנאור, אין כל ערך ראייתי או חוזי, וגם לא ברור כיצד הוא מכנה את המספר 1,748,058 "עגול".

29. לבד מן העובדה שדבריו של גנאור מבוססים על השערות, ולא על ידיעה או על ראייה כלשהי, הרי שעדותו בפני, שהיא עדות יחידה של בעל עניין במשפט, היתה חמקמקה והותירה רושם בלתי אמין. גנאור הסתבך בתשובותיו ונאלץ לא פעם לשנותן. היה קשה לחלץ ממנו תשובה פשוטה וישירה לכמה וכמה שאלות שנשאל. יתר על כן, דברים שאמר גנאור בחקירתו עמדו בסתירה לאמור בתצהירו, ולא התיישבו עם מסמכים שהוצגו לו.

ראשית, בתצהירו טען גנאור כי הפשרה לפיה בעלי מניות E יוותרו על העדפת פירוק בגין חלק מן המניות שיימכרו בשלב השני, "הושגה בשלב מוקדם יחסית של המו"מ" (סעיף 76 לתצהיר). לעומת זאת, בעדותו טען גנאור כי בפגישה עם גלאור ביום 8.9.04, חודשים רבים לאחר שהחל המשא ומתן, הוא העלה את הדרישה להפחתת מספר המניות שיזכו להעדפת פירוק בשלב השני, ו"גלאור לא התרצה" (עמ' 14). כך גם עולה במפורש מן המייל ששלח גנאור ביום 8.9.04, ובו הערות להסכם בעלי המניות, שם נאמר כי גל אור הסביר לו שאין אפשרות לשנות דבר בנוגע להעדפת הפירוק (מש' 8). דהיינו, גם לגישתו של גנאור לא הושגה הסכמה עד לשלבים מתקדמים ביותר של המשא ומתן, שהרי הטייטה הסופית של ההסכם היא מיום 12.9.04 (גנאור בעמ' 9-10). כמו כן, אף שבתצהירו טען גנאור, כאמור, כי הפשרה הושגה בשלב מוקדם יחסית במשא ומתן, הרי בעדותו הודה כי למד לראשונה על הפשרה רק כאשר ראה את נספח 1.1 לטייטה הסופית של ההסכם, שנשלחה לבעלי המניות על ידי עו"ד מירב עופר ביום 12.9.04 (עמ' 10, 14).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

שנית, גנאור טען בתצהירו בצורה נחרצת: "זכור לי כי בדקתי את ההפניה לנספח 1.1 מתוך הגדרת מניות ההתאמה ויודאתי כי המספר הנקוב שם, נכון" (סעיף 7). כך אכן מתבקש היה לעשות בנסיבות העניין, כאשר גנאור נתקל לראשונה במספר שלא עלה במשא ומתן ושהוא לא ביקש אותו – כך לפי דבריו עצמו. אך מתברר שגנאור – בניגוד לטענה בתצהירו – לא בדק מהיכן צץ מספר זה. בחקירתו הנגדית, כאשר נשאל כיצד בדק מספר זה ומול מה השווה אותו, השיב בתשובה מתחמקת ובלתי סבירה: "המספר נראה לי כמשקף את הפשרה שנראית לי מתקבלת על הדעת" (עמ' 17); זו היתה ה"בדיקה" שעשה.

שלישית, גנאור ניסה להסביר בתצהירו את הויתור שעשו בעלי מניות E המומרות, אליבא דגרסתו, בשלב השני של העסקה, בוותרם על העדפת פירוק בגין כמחצית ממניות E המומרות, בכך שהם קיבלו בשלב הראשון של העסקה תוספת של 40% מניות רגילות בגין מניות E שהמירו ומכרו לרוכש (יחס המרה של 1:1.4). בכך, סבור גנאור, הגדילו בעלי מניות E את חלקם בתמורת עסקת המכר בשלב הראשון, וכבר קיבלו פיצוי על מכירת מניות אלו במחיר הנמוך ממחיר רכישתן (סעיף 28). לכן, כך משתמע מדברי גנאור, הסכימו בעלי מניות E כי בשלב השני של מימוש אופציית הפוט הם יקבלו פיצוי של העדפת פירוק רק בגין תוספת המניות שקיבלו בשלב הראשון (8,174,058 מניות), ולא בגין כל מניות הפוט שמכרו באותו שלב (3,126,002 מניות). אולם תזה זו נעדרת כל תשתית ראייתית, והיא גם איננה סבירה. כפי שמדגיש גל אור בצדק בתצהירו, הזכות להמרת מניות E ביחס המרה של 1:1.4 לא היתה קשורה כלל להסכם שנכרת עם הרוכש. זכות זו עמדה לבעלי מניות E לפי סעיף 8.2.2 לתקנון החברה בכל מקרה של המרת מניותיהם, וגנאור אישר זאת בעדותו (עמ' 10). כך גם אין כל ראיה, וברור שאין זה המצב, שבעלי מניות E קיבלו החזר מלא להשקעתם המקורית בחברה בעת ביצוע השלב הראשון של ההסכם (החברה נמכרה לפי שווי של 16 מיליון דולר, והם רכשו את מניותיהם לפי שווי של 28 מיליון דולר). גנאור בוחר להתעלם מכל אלו, בניסיון ליצור הסבר דחוק לפשרה הנטענת, שלא היתה ולא נבראה.

לאור כל אלו, מתקשה אני לתת אמון בעדותו של גנאור, בעוד שלפרשנות האישית שהוא העניק להסכם אין כל ערך ראייתי. לא שוכנעתי כי גנאור סבר באמת ובתמים בשלב כלשהו כי המספר המופיע בנספח 1.1 משקף פשרה שהושגה בין הצדדים, כאשר אין כל אינדיקציה בראיות הכתובות ובעדויות להשגת פשרה שכזו, וכאשר ממכלול הראיות עולה שפשוט נפלה טעות ברישום המספר.

30. דומה שטענת גנאור, בדבר השינוי שחל בעמדת אינפנייטי ימים ספורים לפני גיבוש הטיוטה הסופית של ההסכם, נועדה בעיקרה להתמודד עם העובדה שכל המסמכים המצויים בידי הצדדים,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

ללא יוצא מן הכלל, תומכים דווקא בגרסת אינפנייטי. מכל המסמכים, לרבות תכתובות בין הצדדים, טיוטות הסכמים, דיווחים לבעלי המניות, עולה בבירור שאינפנייטי לא ויתרה על חלק כלשהו מהעדפת הפירוק בשלב השני להסכם. לא למותר לציין כי בפנייתה הראשונה של מרתון לנאמן מיום 23.7.09 (נספח ג' לבקשת הנאמן), בו התנגדה לדרך החישוב שהוצעה במכתב הנאמן (בהתאם לגרסת אינפנייטי), לא ציינה מרתון שהמספר המופיע בנספח 1.1 להסכם הינו תוצאה של פשרה שהושגה בין הצדדים, ולפיה העדפת הפירוק תחול רק על מניות "ההתאמה". באותו מכתב רק הפנתה מרתון למספר הנקוב בנספח, וציינה כי זהו המספר הנכון של מניות אינפנייטי הנתון להעדפת פירוק. זאת ועוד, במכתבו של גנאור מיום 23.6.09, הוא מתייחס לטבלת חלוקת התמורה שהעבירה אינפנייטי לאחר מימוש אופציית הפוט, ומעיר הערות שונות לגביה, כולל בנושא העדפת הפירוק (מש 6/2). אך אין בין הערותיו של גנאור במכתב זה התייחסות כלשהי לכך שמספר המניות הנהנות מהעדפת פירוק צריך להיות 1,748,058, ולא 3,126,002. גנאור נשאל בעניין זה בחקירתו, ולא היתה בפיו תשובה מניחה את הדעת לכך (עמ' 19-20). עובדה זו מטילה ספק של ממש בטענתו כי למד על הפשרה שהושגה, לטענתו, כאשר קיבל לידי את טיוטת ההסכם הסופית בשנת 2004.

נראה כי גרסתה של מרתון בדבר פשרה שהושגה, כביכול, צצה לאחר שהבינה כי המספר המופיע בנספח משקף את המניות העודפות הנובעות מהמרת מניות E למניות רגילות בשלב הראשון של העסקה, ולא את מניות הפוט שמכרו בעלי מניות E לשעבר בשלב השני. לפי התרשמותי, החליטה מרתון לנצל את הטעות, ולבנות סביבה גרסה בדבר שינוי שחל לפתע בעמדת אינפנייטי, אשר בא לידי ביטוי במספר המופיע בנספח להסכם – אך לא בשום מקום אחר בהסכם.

31. גנאור הודה, כאמור, כי בפגישה עמו ביום 8.9.04 סירב גל-אור להתפשר על כמות המניות שיוכו להעדפת פירוק בשלב השני של העסקה. למרות זאת הוא טוען כי כאשר קיבל את טיוטת ההסכם ארבעה ימים לאחר מכן הוא הניח, אך ורק לאור המספר שהופיע בנספח 1.1 ובלא שהיתה בפניו כל אינדיקציה אחרת לכך, כי גל-אור שינה את דעתו והסכים לוותר (בשם בעלי מניות E) על למעלה ממחצית מהעדפת הפירוק המגיעה להם בשלב השני. מדובר בויתור המתבטא בסך של כ- **2.2 מיליון דולר** המגיעים לו וליתר בעלי מניות E (זה הפער הכספי בין עמדות הצדדים, הנובע ממכפלת "מחיר הסף" של העדפת הפירוק בסך 1.589 דולר במספר מניות E שנמכרו בשלב השני - 3,126,002 - לעומת מספר המניות שנרשם בנספח 1.1 - 1,748,058). מדובר בטענה בלתי סבירה על פניה. אם הושגה פשרה כה משמעותית בין הצדדים להסכם, ניתן היה לצפות שהיא תבוא לידי ביטוי בכתובים בצורה מפורשת, והכוונה להתכתבויות בין הצדדים הנושאים ונותנים, בעדכונים שנשלחו לבעלי המניות, בטיטות שהוחלפו ביניהם ומעל ומעבר לכל אלו – בהסכם עצמו. לא כך הם פני הדברים. בסעיף 4.3 להסכם בעלי המניות קיימת התייחסות אך ורק לויתור של בעלי מניות E על



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

העדפת פירוק בשלב הראשון של העסקה, ואין בהסכם כל זכר לויתור על העדפת פירוק בשלב השני. עובדה זו כשלעצמה, מחזקת את הטענה כי לא היה ויתור על העדפת פירוק בשלב השני.

זאת ועוד, סירובם של בעלי מניות E להתפשר על העדפת הפירוק בשלב השני תועד במסמך מיום 1.9.04, שנכתב בכתב ידה של עו"ד מירב עופר ממשרדו של עו"ד דן עופר, שלדבריו ייצג את כל המוכרים (מש"2, וראה עדותו בעמ' 4-5, 8). במסמך הנ"ל נאמר כי "זאב [גנאור – ע.ב.] רוצה שמהפיצוי שמקבלים E-VGA-3 [הסכם בעלי המניות – ע.ב.] – ב put ... [מילה לא מובנת – ע.ב.] הוסבר לו חד משמעית! כי ה-E לא יוותרו כי הם מוותרים היום...". במילים אחרות, עו"ד עופר מבהירה ומדגישה (סימן הקריאה במקור) כי בעלי מניות E אינם מוכנים לויתור נוסף על העדפת הפירוק, מעבר לכך שהם הסכימו לוותר על העדפת פירוק בשלב הראשון של העסקה. כך גם עולה ממכתבו של רוטלוי מיום 3.8.04, המעלה על הכתב את הסתייגותיו של גנאור להסכם; שם נאמר כי גנאור דורש שיובהר כי העדפת הפירוק תינתן רק בסיבוב השני, ולא בסיבוב הראשון - הא ותו לא (מש"4/2). אכן, גנאור הודה כי סירוב זה של בעלי מניות E עמד בתוקפו גם בפגישה ביום 8.9.04, ואין כל תיעוד לכך שבעלי מניות E, ובראשן אינפיניטי, שינו את עמדתם לאחר מכן והסכימו לוותר על חלק מהעדפת הפירוק בשלב השני. מרתון נסמכת אך ורק על המספר שנרשם בנספח 1.1. הצדדים החליפו ביניהם מספר לא קטן של טיוטות להסכם, והעירו הערות רבות שנשלחו בדואר אלקטרוני ליתר הצדדים ולעורכי הדין המעורבים במשא ומתן (ראה נספחים 4-8 לתצהיר גל-אור). אף על פי כן, מרתון מצפה שנקבל את הטענה כי דווקא המהפך בעמדת בעלי מניות E לא תועד. אם היה מתחולל שינוי כה משמעותי בעמדתם של בעלי מניות E, סביר להניח כי היה נמצא לו ביטוי כלשהו בכתובים, ולמצער בעדויות של המעורבים במשא ומתן. אך לא נמצאה כל ראיה התומכת במהפך זה, זולת אותו מספר בודד שנרשם בנספח.

32. מרתון ביקשה לתמוך את גרסתה גם בעדותם של שרון תוסיה כהן – דירקטור, מנכ"ל ומבעלי השליטה של מרתון; של עו"ד צחי יגור, שייצג את גנאור ובעלי מניות נוספים במהלך המשא ומתן; ושל עו"ד דן עופר, אשר במשרדו נוסחו ההסכמים ולדבריו ייצג את כל בעלי המניות. אולם עדותם אינה מחזקת במאומה את טענותיה של מרתון. אף לא אחד מהם ידע לומר דבר על ההסכמות שהושגו בין בעלי המניות, כיצד נקבע המספר המופיע בנספח 1.1 להסכם, והאם חל שינוי בהסכמה המקורית, לפיה בעלי מניות E מוותרים על העדפת פירוק רק בשלב הראשון וזוכים בה במלואה בשלב השני. מרתון מסתמכת על דברי עו"ד עופר כי: "...באחריות אני אומר שהחברות הכרוכות מייצגות ב-100% את מה שהיה" (עמ' 8). מכך היא מבקשת ללמוד שעו"ד עופר מאשר את תוכנו של נספח 1.1. אלא שדברים אלו של עו"ד נאמרו רק על מנת להבהיר כי בחוברות הכרוכות מצויים כל הנספחים להסכם, ואין בלתם; זה הקשר הדברים, לאור השאלות שנשאל. עו"ד עופר לא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

זכר כמעט דבר בעדותו, התייחס בעיקר למסמכים הקיימים, ועדותו לא תרמה במאומה להבהרת המחלוקת שבין הצדדים.

33. בדומה, גם עדותו של תוסיה כהן איננה מלמדת דבר. הלה טען בתצהירו כי כאשר רכש את מרתון הוא הבין מגורפונג, שהיה נציגה של מרתון למשא ומתן, כי לאחר קבלת התשלום בשלב השני, מרתון תחזיר לעצמה, לכל הפחות, את השקעתה בחברה (סעיף 6). טענה זו עומדת בניגוד מובהק לזכותם של בעלי מניות E, על-פי התקנון, לקבלת המרת מניות ביחס מועדף והעדפת פירוק בעת מכירת מניות החברה, כמו גם לקביעותיו הברורות של הסכם בעלי המניות. היא גם איננה מתיישבת עם תצהירו של גנאור (סעיף 82), שם הוא מציין כי אם תתקבל גישתה של מרתון יקטן שיעור ההפסד של בעלי המניות האחרים בחברה, ובהם מרתון, לעומת השקעתם בחברה: על החזר השקעתם בחברה של בעלי מניות אלו – איש לא דיבר. כאשר נשאל תוסיה כהן על מה מבוססת טענתו זו, לא עלה בידיו להשיב באופן ענייני; הוא טען כי איננו זוכר את הדברים כיום, והוסיף: "לא הייתי מעורב בעיסקה עצמה" (עמ' 9). ברור, אפוא, שאין משקל לטענתו האמורה של תוסיה כהן, מה גם שהיא נסמכת על דברים שאמר לו, כביכול, גורפונג, בעוד שהאחרון דווקא מצדד בגישתה של אינפיניטי (ראה לקמן).

34. עדותו של עו"ד יגור היתה תמוהה, אם ננקוט לשון המעטה. הלה טען בסעיף 11 לתצהירו כי מתקציר תנאי ההסכם שנשלח לבעלי המניות בחברה על ידי מרתון ואינפיניטי שתייהן, בחודש יולי 2004, הוא למד אמנם שכל בעלי מניות E זכאים להעדפת פירוק בגין כל אחת ממניותיהם המומרות (סעיף 3.3.2 לנספח ז' לתצהיר גנאור). אולם בהמשך, כך טען יגור, לאחר שראה את טיוטת ההסכם מיום 15.8.04 (נספח ח' לתצהיר גנאור), הוא הבין כי חל "צמצום", וכי העדפת הפירוק לא חלה על כל בעלי מניות E, אלא רק על חלקם (סעיפים 11-12 לתצהירו ועמ' 30 לעדותו). יגור התבקש להבהיר מהו אותו "צמצום" שחל, והשיב: "הצמצום הוא שבהמשך הדרך אותה הגנת מחיר היתה רק לחלק מבעלי מניות E ולא לכולם... זה כבר לא השתרע על כל בעלי מניות E אלא על חלקם" (עמ' 30). זו גרסה חדשה, שהרי איש אינו טוען - גם לא מרתון - שרק חלק מבעלי מניות E המומרות זכאים להעדפת פירוק; טענתה של מרתון, שעו"ד יגור נתבקש ליתן תצהיר בתמיכה בה, היא כי רק חלק מן המניות E המומרות זכות להעדפת פירוק. לא מיותר להוסיף כי טענתו של עו"ד יגור כאילו חל צמצום במספר בעלי המניות E הזכאים להעדפת פירוק אף עומדת בסתירה לאמור בסעיף 4.3.2 להסכם, שם נקבע במפורש כי העדפה זו תינתן ל-"Each such Series E Seller". גם נספח 1.1, עליו סומכת מרתון, מתייחס למניות E המומרות ונוקב במספר המניות הנהנות מהעדפת פירוק, ואין הוא מתייחס למספר בעלי המניות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

זאת ועוד, עו"ד יגור הודה כי לא היה שותף למשא ומתן בנושא "הצמצום" דלעיל. הוא אמר: "לא הייתי מעורב במהלך של התיקון הזה, אבל למדתי עליו בזמן אמיתי... אני לא הייתי מעורב בתיקון במובן זה שלא דרשתי אותו ולא הייתי מעורב במו"מ לגביו, אלא הודיעו לי עליו. לא אמרו לי תראה את התיקון הזה והזהר, אלא למדתי עליו בזמן התקשורת במו"מ כשקבלתי מסמכים" (עמ' 30). יתר על כן, עו"ד יגור העיד כי ככל שהוא יודע ממעורבותו במשא ומתן נושא צמצום העדפת הפירוק הניתנת לבעלי מניות E לא עלה על הפרק ולא נדון כלל (עמ' 32). עו"ד יגור הודה כי לראשונה ראה את המספר המופיע בנספח 1.1 ביום 12.9.04, כאשר הועבר לו עותק של החוזה על נספחיו (עמ' 32). הוא גם הודה כי אין הוא מבין עד עצם היום הזה כיצד הגיעו למספר זה, וגם לא התעניין בכך (עמ' 33). כדבריו: "מבחינתנו זה היה גזירה, לא גזירה, אלא בשורה, זה היה דבר שהיה טוב ללקוחות שלי. אם נקודה זו הוסדרה בין מרתון לכלל והיא טובה ללקוחות שלי, אז לא 'חפרנו' בזה" (עמ' 33). משמע, יגור לא ידע מה משמעות המספר שבנספח 1.1 להסכם, וגם לא ביקש לדעת.

מכאן שעדותו של עו"ד יגור, בדיוק כמו עדותו של גנאור, חסרת כל ערך ראייתי: השניים רק מספרים לנו מה הם עצמם הבינו מן המסמכים שקבלו בדיעבד, וכיצד הם מפרשים אותם. גם העובדה שאיש מהם אינו יכול להעיד כי היה מעורב בניסוח הפשרה הנטענת, ושניהם אף לא נתבשרו בזמן אמת, על ידי מאן דהוא, אודות מה שיגור כינה "בשורה", הינה בעלת משקל של ממש. שניהם אינם יכולים לומר כיום כי מאחורי המספר שנרשם בנספח היתה כוונה כלשהי, וכי מקורו של המספר איננו בטעות סופר גרידא. מסתבר כי איש איננו יכול להסביר מהיכן צץ המספר שנרשם בנספח 1.1, וכאשר מספר זה אינו מתיישב עם האמור בהסכם ובנספחיו - הדבר מחזק עד מאוד את המסקנה שמדובר בטעות.

35. בניגוד לעדים הבלתי רלוונטיים שהביאה מרתון לתמיכה בגרסתה, כל העדים מטעם אינפיניטי היו שותפים פעילים למשא ומתן, ועדותם בנוגע לכוונת הצדדים ולהסכמות שהושגו ביניהם הינה רלוונטית ביותר. דברים אלו אמורים ביתר שאת כאשר עמדתה של אינפיניטי נתמכת גם בדבריו של מרדכי גורפונג, שניהל את המשא ומתן מטעם מרתון, ובדבריו של אריה רוטלוי שהיה מנהל הכספים של מרתון באותה עת. אינפיניטי לא היתה צריכה להביא את כל מי שהיה מעורב במשא ומתן מטעמה. כפי שמציינת אינפיניטי, ובצדק, כאשר קיימים מספר עדים שיכולים לבסס גרסה מסוימת, אין מקום לזקוף לחובת בעל דין את העובדה שהביא רק חלק מן העדים, בפרט כאשר הביא את העדים הרלוונטיים יותר (ע"א 4440/96 זריפי נ' מדינת ישראל (לא פורסם – 2.12.97).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

36. גל-אור, אשר ניהל את המשא ומתן מטעם אינפנייטי (למעשה, המשא ומתן נוהל מטעם חברת כלל תעשיות אלקטרוניות בע"מ, אשר בהמשך מכרה את החזקותיה בחברה לאינפנייטי – סעיף 1 לתצהיר גל-אור), הצהיר כי נושא העדפת הפירוק בשני השלבים של העסקה היה אחד ממוקדי המשא ומתן בין בעלי המניות, ובמסגרתו הוסכם על המתווה המופיע בסעיף 4.3 להסכם, ולפיו בעלי מניות E יוותרו על העדפת הפירוק בשלב הראשון של העסקה, ויזכו לה בשלב השני (סעיפים 7, 9-11 לתצהירו). ראיות להסכמה ראשונית זו מצויות בכמה מסמכים (ראה נספחים 4-5 לתצהיר גל-אור), וגם מרתון איננה מתכחשת לה; היא רק טוענת כי בשלב מאוחר יותר השתנתה ההסכמה שבין הצדדים. גל אור הוסיף והסביר כי בעלי המניות האחרים, ובראשם מרתון, סברו בעת חתימת ההסכם בשנת 2004 כי בחמש השנים שיחלפו עד למועד מימוש האופציה (כאמור בסעיף 5.1 להסכם רכישת המניות) - יעלה שווי החברה מעל לשווייה ההיסטורי בעת הקצאת מניות E לבעליהן (28 מיליון דולר). אם כך היה קורה, לא היתה כל משמעות להעדפת הפירוק של בעלי מניות E: די היה בכספי התמורה שהיו מתקבלים בשלב השני של העסקה ממימוש האופציה כדי להשיב לבעלי מניות E את השקעתם המקורית בחברה (סעיף 9 לתצהיר). דברים אלו של גל אור מוצאים תמיכה במסמך ההסבר על עיקרי ההסכמות שבין הצדדים שהוגש למנהלי מרתון ביום 11.8.04, לצורך אישור הסכם בעל המניות, שם נאמר: "משמעות סעיף זה (בעניין העדפת הפירוק בשלב השני – ע.ב.) שאם שווי החברה בעת מימוש האופציה יהיה 28 מיליון \$ לא יחול הסעיף של העדפה (כי יקבלו את הסכום שהשקיעו)" (נספח 9 לתצהיר גל אור). לא כך קרה אמנם בשנת 2009, אך צריך לבחון את אומד דעתם של הצדדים במועד בו נכרת ההסכם.

גל אור הכחיש את טענת מרתון כי בשלב כלשהו חל שינוי בהסכמה בין הצדדים, וכי הושגה פשרה לפיה העדפת הפירוק תינתן רק בגין חלק ממניות E המומרות אשר יעמדו למכירה בשלב השני (עמ' 38). הוא העיד נחרצות כי לא חל כל שינוי בהסכמה הראשונית שהיתה בין הצדדים בנקודה זו, וגרסתו מהימנה עלי. כדבריו:

"מבחינתי היה ברור שקובי ריכטר וכל בעלי המניות האחרים יודעים בדיוק שבהסכם מוותרים על העדפת הפירוק בחצי הראשון, ונשארים עם העדפה בשלב השני. היום מבחינתי, מבלי סוגיות משפטיות, אני משוכנע שכל אחד מהם הבין בדיוק שעושים ככה וככה ולא היה בכלל מודע למספר של 1.7 מיליון מניות, כולל זאב גנאור" (עמ' 39).

ובהמשך:

"ת. אין שום לוגיקה של הסבר. חלה פה טעות של לקיחת מספר ממקום לא נכון למקום לא נכון. אי אפשר להסביר את המספר הזה, ומצאנו אותו בתוך המסמכים אחרי סגירת העסקה. זה לא מספר עגול ואף אחד לא דיבר עליו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

ש. המספר הזה הוא מספר אמיתי המייצג את הארבעים אחוז הנוספים של המניות הרגילות שהוקצו לאינפנייטי בשלב הראשון של מימוש העסקה. ת. לעולם לא דובר על זה, זה הזוי. אני לא מאשר את זה. מתמטית זה כנראה נכון מה שאת אומרת, אבל אין לזה שום היגיון לעסקה" (עמ' 41).

37. חיזוק ממשי לגרסתו של גל-אור ניתן למצוא בעדותו של מרדכי גורפונג, שניהל את המשא ומתן מטעם מרתון. גורפונג אומר בתצהירו כי כוונת הצדדים הברורה היתה שתינתן העדפת פירוק בשלב השני של העסקה בגין כל מניות E המומרות שיעמדו למכירה (סעיף 4). בעדותו אמר כי בכל גגישה עם מי מבעלי המניות בחברה הוא הקפיד להבהיר חד-משמעית שהעסקה כוללת העדפת פירוק לבעלי מניות E בשלב השני (עמ' 23). כאשר נשאל מה היתה תגובתו של גנאור לדרישת בעלי מניות E להעדפת פירוק מלאה בשלב השני, השיב:

"ת. למיטב זכרוני לא שמעתי את גנאור מביע התנגדות בסופו של דבר להסכם... אני חושב שכן שמעתי אותו באוזניי שהוא מסכים... לא יעלה על הדעת שאם גנאור היה אומר לי דבר כזה לא הייתי אומר לו מה ההסכם שהושג" (עמ' 24).

אינני מתעלם מכך שגורפונג הוא כיום בעל מניות E המומרות (באמצעות חברה שבשליטתו), ובמובן זה יש לו עניין שתתקבל גרסתה של אינפנייטי; הוא גם לא הכחיש זאת (עמ' 20). אך הדבר אינו פוסל את עדותו, אלא רק מחייב זהירות בקבלתה. עדותו של גורפונג הותירה רושם מהימן, והיא מתיישבת כדבעי עם לשון החוזה ועם מכלול הראיות שהובאו, כולל עם עדותו של רוטלוי שהיה באותה עת מנהל הכספים של מרתון, והוא אינו מחזיק עוד מניות בחברה, כך שאין לו עניין אישי במחלוקת שבין הצדדים (ראה סעיף 38 לקמן). אינני רואה סיבה לפקפק בעדותם של גורפונג ורוטלוי, התואמת את עדותו של גל אור.

38. חיזוק משמעותי נוסף לטענתם של גל-אור וגורפונג מצוי בעדותו של אריה רוטלוי, שהיה מנהל הכספים של מרתון. במכתבו מיום 14.7.04, הוא מצוין כי בעלי מניות E יהיו זכאים למחיר הסף של 1.589 דולר למניה בשלב השני של העסקה (נספח 8 לתצהיר גל אור). אין במכתב צמצום כלשהו של מספר המניות הנהנות מהעדפת פירוק, ואף לא התייחסות כלשהי למשא ומתן שיוסיף להתנהל בשאלת כמות המניות שתזכה להעדפת פירוק. רוטלוי מדגיש בתצהירו, כי החישוב של מספר המניות הנהנות מהעדפת פירוק, כפי שהוא מופיע בנספח 3.3 להסכם (3,126,002 מניות – כטענת אינפנייטי), נערך על ידו לאור ההסכמה שהושגה בין הצדדים, לפיה בעלי מניות E יקבלו העדפת פירוק בגין כל מניותיהם המומרות שיעמדו למכירה בשלב השני (סעיפים 2-3 לתצהיר ועמ' 56 לעדותו). רוטלוי גם אומר שהמספר שנרשם בנספח 1.1 הינו שגוי (סעיף 4 לתצהירו). הנה נשוא משרה נוסף ממרתון שאין לו עניין בתוצאות ההליך, התומך בעמדתה של אינפנייטי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

ראיה נוספת, ממנה עולה כי לא חל שינוי כלשהו בהסכמה בין בעלי המניות לפיה העדפת הפירוק תינתן בגין כל מניות E המומרות שיעמדו למכירה בשלב השני, הינה מסמך שהוצג לדירקטוריון מרתון עובר לאישור העסקה, ביום 11.8.04, לצורך אישורה. מסמך זה מפרט את עיקרי העסקה, לרבות בכל הנוגע ליחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם, ונאמר בו: **"הוסכם עם בעלי המניות בחברה שבסיבוב הראשון לא יחול סעיף Deemed Liquidation** [קרי: העדפת הפירוק – ע.ב.]. **ואילו בסיבוב הבא יחול"** (סעיף 22-23 לתצהיר גל אור ונספח 9). כך הוצגו הדברים למנהלי מרתון, בלא כל צמצום או סייג בנוגע למספר המניות הזכאיות להעדפת פירוק בשלב השני.

39. בנסיבות המקרה דנן, כאשר כל הראיות מצביעות על כך שההסכמה בין הצדדים היתה על-פי גרסתה של אינפיניטי, ולשון ההסכם ונספחיו מובילה אף היא למסקנה זו - העובדה שנציגי אינפיניטי לא הבחינו בטעות שנפלה בנספח 1.1 איננה מהווה ראיה לכך שאין מדובר בטעות. גל-אור הודה כי הצוות המקצועי מטעם אינפיניטי בחן את ההסכמים על נספחיהם, ולא הבחין בטעות (עמ' 40-41). גם רוטלוי לא העיר דבר בנוגע לנספח (עמ' 42). גורפונג העיד כי כאשר קרא את החוזה, הוא לא בדק את נכונות המספר שהופיע בנספח 1.1 להסכם, וכי אם היה בודק את החישוב שהוביל למספר זה, היה מתקן אותו מיד (עמ' 24). גל-אור הסביר כי המספר שנרשם (המבטא את תוספת 40% המניות שקיבלו בעלי מניות E המומרות) לא אמר שום דבר לאף אחד, וככל הנראה זו הסיבה ש"לא עלו על זה" (עמ' 43-44). גל אור הסביר בתצהירו (סעיף 44 ועדותו בעמ' 41-42), את הטעות שעשה כנראה מתמחה במשרדו של עו"ד עופר, שעה שנטל את המספר מרשימה לא רלבנטית שבנספח 2.1 להסכם (אם כי המספר המופיע ברשימה זו הוא 1,748,056, ולא 1,748,058). אין ספק שקשה יותר לגלות טעות במספר בודד הנרשם בנספח לחוזה, מאשר טעות הנופלת באחת מהוראות ההסכם, מה גם שמדובר במספר המצריך עריכת חישוב ואין די בעיון בנוסח ההסכם על מנת לעמוד על הטעות.

40. מרתון טענה כי חלק גדול מבעלי המניות חתמו על ההסכם מבלי שנטלו חלק במשא ומתן ומבלי שעודכנו בפרטיו, ומבחינתם, הנוסח הכתוב של ההסכם הסופי הינו חזות הכל. לפיכך, סבורה מרתון כי אינפיניטי מנועה מלטעון כיום כי יש לפרש את ההסכם אחרת. גם טענה זו דינה להידחות. **ראשית**, אין זה ברור בשם מי מעלה מרתון טענה זו, שכן אין בפנינו ראיה על בעלי מניות, להוציא את גנאור ומרתון, אשר טוענים כי הסתמכו על האמור בנספח. עו"ד יגור לא ידע לומר מי מבעלי המניות האחרים קיבל מידע על המספר שנרשם בנספח 1.1 (עמ' 33). לעומת זאת, אין מחלוקת כי כל בעלי המניות קיבלו ביום 20.7.04 תקציר של ההסכמות שהושגו במשא ומתן, ובו הופיע סעיף 4.3.2 להסכם בנוסחו הישן, אשר מרתון מודה כי שיקף הסכמה להעניק לבעלי מניות E העדפת פירוק בגין כל המניות שיימכרו בשלב השני לעסקה (נספח ז' לתצהיר גנאור). אין מחלוקת כי לא נשלח לבעלי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

המניות עדכון אחר (דברי ב"כ מרתון בעמ' 15 לפרוטוקול). מכאן עולה בבירור כי כל בעלי המניות היו מודעים להסכמה שהושגה במשא ומתן להעניק העדפת פירוק בגין כל מניות E שיימכרו בשלב השני, ומנגד - אין צל של ראייה כי הם סברו מקריאת הנספח, או בכל דרך אחרת, כי חל שינוי בהסכמה זו. **שנית**, ככל שמנסים לשער מה יכול היה להבין בעל מניות סביר, שלא עודכן בפרטי המשא ומתן, מקריאת ההסכם בכללותו, הרי שכפי שנקבע לעיל - לשון ההסכם דווקא עולה בקנה אחד עם גרסתה של אינפיניטי בדבר העדפת פירוק מלאה לבעלי מניות E המומרות שיעמדו למכירה בשלב השני, וכך גם לשונו של נספח 1.1 להסכם. רק המספר המופיע בו אינו תואם את גרסתה. אין כל סיבה להניח כי בעלי המניות הסתמכו דווקא על מספר זה, ולא על הכתוב במפורש בהסכם ובנספח, או שהם הבינו את המשמעות שמרתון מנסה לייחס למספר זה כיום.

דברים אלו נכונים, מקל וחומר, לגבי טענת ההסתמכות והמניעות שמעלה מרתון לגבי בעלי מניותיה, כולל לגבי גנאור. אלו היו שותפים מלאים למשא ומתן, וכאמור לעיל לא היתה להם סיבה לסבור כי בעלי מניות E המומרות ויתרו על העדפת פירוק בשלב השני של העסקה – גם אם מישוה מהם הבחין במספר שנרשם בנספח 1.1 והבין את משמעותו (ואינני משוכנע, כלל ועיקר, כי כך היה). אין כל ראייה בשאלה מי מן הצדדים אחראי לטעות שנעשתה בנספח, אך הוכח כי לא רק אנשי אינפיניטי, אלא גם אנשי מרתון (כמו גנאור ועו"ד יגור) לא בדקו את המספר שנרשם בנספח 1.1 לאחר קבלת הנוסח הסופי של ההסכם. כך גם אין כל ראייה שמרתון, או בעל מניות אחר, שינו את מצבם לרעה בעקבות ההסתמכות על המספר שנרשם בטעות בנספח 1.1. שינוי מצב לרעה עקב ההסתמכות על מצג בשתיקה של הצד האחר, הינו, כידוע, אחד מן היסודות הדרושים לקבלת טענה של השתק או מניעות. אך בראש ובראשונה יש לדחות את טענת ההשתק או המניעות שמעלה מרתון, משום שבנסיבות המקרה, כמבואר לעיל, אין לומר כי הסתמכה באופן וסביר ובתום לב על הטעות, או על שתיקתה של אינפיניטי, כנדרש לביסוס טענת השתק מכוח מצג (ליסודות טענת ההשתק או המניעות ראה: ע"א 314/07 רון נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 20, לא פורסם – 8.4.10; ע"א 4482/92 עיזבון המנוח סלים עזרא שעה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד (5) 252, 286 (2000); ע"א 4413/90 קוטליצקי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 12 – לא פורסם (15.8.91); רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נו(1) 673, 685 (2002)).

ד. סיכום

41. מרתון גררה את אינפיניטי, שלא לצורך, לנהל דיון ממושך ומורכב, כאשר למעשה הטעות שנפלה בנספח 1.1 להסכם ברורה על פניה, וזאת חרף העובדה שניציגיה של מרתון למשא ומתן - הם ולא אחרים – מעידים כי אכן אירעה טעות שכזו. כאמור, המספר שבנספח סותר לא רק את לשון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

ההסכם ונספחיו, אלא גם את כוונת הצדדים, כפי שהעידו עליה גל-אור, גורפונג ורוטלוי, וכפי שבאה לידי ביטוי במסמכים שנערכו עובר לכריתת ההסכם בין בעלי המניות. לא ניתן ליישב את המספר הנ"ל עם האמור בסעיף 4.3.2 להסכם, ולא עם ההגדרה שבסעיף 1.1 להסכם. יתרה מכך, לא ניתן ליישב את המספר אפילו עם לשון הנספח עצמו. בנסיבות אלו, העלאת טענותיה של מרתון מהווה הפרה של חובת תום הלב בקיום חוזה המוטלת על צדדים להסכם מכוח סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). בע"א 5892/06 אליהו דואק נ' המועצה המקומית גדרה, (לא פורסם – 19.5.09) אמר בית המשפט העליון, מפי כב' השופטת א' חיות, את הדברים הבאים, היפים גם לענייננו:

"חובת תום הלב הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים משמעותה, בין היתר, כי על הצדדים לחוזה לפעול בהגינות לשם הגשמת כוונתם המשותפת, על פי רוח העסקה ובשיתוף פעולה תוך התחשבות באינטרסים של הצד האחר. עמידה דווקנית על לשון החוזה אף שהיא נוגדת בבירור את כוונתם המשותפת של הצדדים ואת רוח החיובים הכלולים בו וכן סירוב לשתף פעולה עם הצד השני על מנת להעמיד דברים על דיוקם ולאפשר את הוצאת העסקה אל הפועל, יש בה משום הפרת חובת תום הלב והפרה של חובה זו מהווה הפרה של החוזה (ראו: ע"א 3912/90 Eximin S.A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 76-78 (1993); ע"א 2871/00 ח'ורי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט, פ"ד נז(6) 319, 329 (2003); שלו, דיני חוזים, 105-111)".

42. **סיכומו של דבר:** מתקבלת טענת אינפניטי כי בנספח 1.1 להסכם בעלי המניות נפלה טעות סופר: במקום מספר המניות שהיה צריך לרשום, קרי: **3,126,002**, נרשם בטעות מספר שגוי (1,748,058 מניות). נספח 1.1 להסכם מתוקן בזה, בהתאם לאמור לעיל, מכוח סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

לאור האמור לעיל, זכאים בעלי מניות E (לשעבר) להעדפת פירוק בגין **כל מניה** שהיתה במקור מניית E והומרה למניות רגילות בשלב הראשון של העסקה, ואשר נמכרה לרוכש במסגרת מימוש אופציית הפוט בשלב השני של העסקה, קרי: בגין **3,126,002** מניות. פירוש הדבר, בהתאם להוראת סעיף 4.3.2 להסכם בעלי המניות, הוא שבגין כל מניית E שהומרה בשלב הראשון של העסקה ונמכרה בשלב השני (Series E Conversion Shares), זכאי בעליה לקבל עקב מימוש האופציה **"מחיר סף" (Threshold Amount)** בגין העדפת פירוק בסך **1.589 דולר ארה"ב למניה**. **"מחיר סף"** זה יש להכפיל במספר מניות E לשעבר הזכאיות להעדפת פירוק, קרי: **3,126,002** מניות, ולהעביר את הסכום המתקבל לבעלי מניות E המומרות, לפני שמחלקים את כספי התמורה לשאר בעלי המניות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 1840-09 הרמטיק נאמנות נ' מרתון השקעות ואח'

השופט ד"ר עמירם בנימיני

לפיכך, הנאמן יחלק את כספי התמורה שהתקבלו ממימוש אופציית הפוט בהתאם לתחשיב שערכה אינפנייטי (נספח ד' לבקשת הנאמן), שלפיו מספר המניות העונות להגדרה של Series E Conversion Shares בסעיף 4.3.2 להסכם בעלי המניות הוא 3,126,001, וזאת בקיזוז אותם סכומים שלא היתה מחלוקת לגביהם וכבר הועברו לבעלי המניות לפי ההחלטה מיום 2.1.11.

43. משיבה 1 (מרתון) תשלם למשיבה 2 (אינפנייטי) הוצאות משפט בסך 30,000 ₪ ושכר טרחת עורך דין בסך 150,000 ₪. לצורך זה הבאתי בחשבון לא רק את האמור בסעיף 41 לעיל, אלא גם את שווי הסכסוך (ראה סעיף 10 לעיל).

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ו' טבת תשע"ג, 19 דצמבר 2012, בהעדר הצדדים.

דר' עמירם בנימיני, שופט