בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 13648-09-18 ש.א.מ. מצנני מדבר בעמ נ' מזרחי ואח'
ע"א 28148-09-18 מזרחי ואח' נ' ש.א.מ. מצנני מדבר בעמ

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטים שבח יהודית, סג"נ, שאול שוחט, סג"נ, יונה אטדגי

מערערת/משיבה **ש.א.מ. מצנני מדבר בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד חניתה מיטלס וקרן מיטלס-יונוביץ

נגד

משיבים/מערערים **1. נסים מזרחי**
2. ששון שיראזי
ע"י ב"כ עו"ד ניב סופר

פסק דין

השופט י. אטדגי

1. למען הנוחות תכונה להלן המערערת ב-ע"א 13648-09-18 (המשיבה ב-ע"א 28148-09-18) – "**המערערת**", והמשיבים ב-ע"א 13648-09-18 (המערערים ב-ע"א 28148-09-18)– "**המשיבים**". עו"ד חניתה מיטלס, שמונתה כמפרקת המערערת, תכונה – "**המפרקת**".
שני הצדדים ערערו (בנפרד) על פסק דינו של בית משפט השלום בתל-אביב – יפו (כב' סגן הנשיא א. דפדי), אשר דחה את תביעתה של המערערת, שהוגשה באמצעות המפרקת, להורות על ביטולה של עסקת מכר מניות מסוימת שנעשתה בין הצדדים וכתוצאה מכך – להורות למשיבים להשיב לה את הכספים שזו שילמה להם במסגרת אותה עסקה (להלן – "**פסק הדין**").

2. המערערת היא חברה שפעלה בתחום מיזוג האוויר והקירור והמשיבים הם אנשים פרטיים. כפי העולה מהעדויות המפורטות בפסק הדין, בין מנהלה של המערערת, אהוד רוזנפלד (להלן – "**רוזנפלד**") ובין המשיבים התקיימו קשרים עסקיים וחבריים.

התביעה בבית משפט קמא

3. בשנת 2005 רכש כל אחד מהצדדים (המערערת מצד אחד והמשיבים מצד שני) 15,160 מניות בכורה מסוג A1 בחברת הייטק בשם N-TRIG הרשומה בארה"ב (להלן – "**אנטריג**") במחיר של

250,000 דולר (כל צד), כלומר במחיר של 16.5 דולר למניה, שהם 66 ₪ למניה על פי השער היציג באותה עת (סעיף 1 לכתב הערעור של המערערת, המשיבים לא הכחישו זאת).

4. בחודש פברואר 2009 נחתם בין הצדדים הסכם, לפיו רכשה המערערת מכל אחד מהמשיבים 3,780 מניות של אנטריג (וביחד 7,560 מניות) בסכום כולל של 4 מיליון ₪ (2 מיליון לכל אחד מהמשיבים), כלומר במחיר של 529.1 ₪ למניה (להלן – "**הסכם הרכישה**"/"**ההסכם**", צורף כנספח 3 לכתב התביעה, מוצג 2 למוצגי המערערת).
בהתאם לסעיף 3.2 להסכם, התמורה היתה צריכה להיות משולמת לכל אחד מהמשיבים ובתשלומים כדלקמן: במעמד חתימת ההסכם – 100,000 ₪ לכל אחד, במשך 24 חודשים – 75,000 ₪ בכל חודש לכל אחד, והיתרה – 100,000 ₪ לכל אחד -חודש נוסף לאחר מכן.
בהתאם לסעיף 3.3 להסכם, הצדדים היו אמורים לחתום על המסמכים הנדרשים לשם העברת המניות, אשר יוחזקו בנאמנות (לא צוין מיהו הנאמן) ויימסרו למערערת לאחר תום תשלום כל התמורה (סעיף 3.4).
בסעיף 4.1 נקבע, "**כי במקרה בו תתקבל החלטת החברה** [אנטריג] **לפיה תונפק החברה בבורסה ו/או בכל מקרה אחר בו תיעשה פעולה כלשהי אשר בעטייה יתכן ויעלה שווי מניותיה של החברה, בטרם שילם הקונה את מלוא התמורה בגין המניות, אזי תהא למוכרים זכות להודיע לקונה על ביטול העסקה, כמפורט להלן, או להעמיד בפני הקונה את האפשרות להקדים את כל תשלומי התמורה בגין המניות . . .**".

5. הדברים לא התרחשו על פי האמור בהסכם.
בפועל, שילמה המערערת סכום של 1,500,000 ₪ בלבד, בתשלומים שנפרסו מחודש מרץ עד חודש דצמבר 2009, ובשיקים שנרשמו כולם לפקודת המשיב 1 בלבד.
יתרת התשלום על פי ההסכם לא שולמה.
המניות לא הועברו על שם המערערת, אולם מסמכי העברת המניות הוחזקו בנאמנות על ידי עו"ד שי צימרינג אשר ערך את ההסכם (כך אישר עו"ד צימרינג בעדותו, עמ' 85 לפרוטוקול בית המשפט קמא מיום 5.7.2017, מוצג 8 למוצגי המערערת).

6. בתחילת שנת 2012 החלו הליכי פירוק נגד המערערת ועו"ד מיטלס מונתה למפרקת. המפרקת פנתה לבית המשפט של פירוק בבקשה למתן הוראות וזה הפנה אותה להגיש תביעה כספית נפרדת, היא התביעה נושא פסק הדין.
סכום התביעה הועמד על סך 1,724,182 ₪.
יצוין כי ביום 31.10.2012 הגיש כל אחד מהמשיבים תביעת חוב לכנ"ר על סך 1,298,424 ₪ (2,591,848 ₪ ביחד).

7. המפרקת טענה בתביעתה כי ההסכם נזנח או בוטל בהסכמה ובהתנהגות וכן כי המדובר בחוזה למראית עין, ובהתאם לסעיף 13 ל**חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973** (להלן – "**חוק החוזים**") הוא בטל, ולכן על המשיבים להשיב למערערת את הסכום ששולם לה.
המפרקת טענה כי זכות ההשבה קמה גם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.
המשיבים הכחישו את טענות המפרקת וטענו כי הם הזכאים לקבל מהמערערת את יתרת התמורה שלא שולמה.

<u>פסק הדין</u>

8. בית המשפט קמא קיבל את הטענה כי הסכם הרכישה הוא חוזה למראית עין, שאינו משקף את ההסכמה האמיתית שבין הצדדים, וזאת בהסתמך על הממצאים והנתונים הבאים:
א - כחודשיים לפני ההסכם, בחודש דצמבר 2008, הנפיקה אנטריג מניות מסדרת E, העדיפות מבחינת זכות הקדימה בחלוקת דיבידנד בפירוק מהמניות בהן החזיקו המשיבים, במחיר של 6.33 דולר למניה (כך עלה מעדותו של אייל ליבוביץ, סמנכ"ל הכספים של אנטריג), בעוד שהמערערת רכשה את המניות חודשיים לאחר מכן במחיר של 136.37 דולר למניה (על פי שער יציג של 3.88 ₪ לדולר).
ב - בהתאם לחוות דעתו של המומחה מטעם המערערת, גדעון שלום בנדור, שוויה האמיתי של המניה שבה החזיקו המשיבים בעת עשיית ההסכם היה 19.65 ₪ (5.07 דולר), כשהיא נמכרה בפועל במחיר של 529.1 ₪ (136.37 דולר) ,כאמור;
ג - המשיבים לא דרשו ולא תבעו מהמערערת לשלם להם את יתרת התמורה על פי ההסכם, סך של 2,500,000 ₪ במהלך קרוב למעלה משנתיים מתום תשלום השיק האחרון בחודש דצמבר 2009 ועד לתחילת הליכי הפירוק בתחילת שנת 2012;

ד - המשיבים הגישו תביעת חוב לכנ"ר על יתרת התמורה, רק לאחר שהמפרקת פנתה אליהם בדרישה להשיב למערערת את הסכום שהיא שילמה להם;

ה - בדו"ח הכספי של המערערת לשנת 2010 נרשם כי באותה שנה השלימה החברה את תשלום התמורה על פי הסכם הרכישה והמניות נרשמו על שמה, אך צוין כי התמורה הינה 3,800,000 ₪. בספרי המערערת נרשם כי החברה שילמה לאדם בשם גפני סכום של 2,260,000 ₪ כ"השקעה" במניית אנטריג שנרכשו מהמשיבים (סכום זה יחד עם הסכום של 1,500,000 ₪ ששולם למשיבים מביא לסכום הקרוב ל 3,800,000 ₪). בחודש ינואר 2012, לאחר תחילת הליכי הפירוק, פנה רוזנפלד לרואה החשבון של החברה, אמר לו כי נפלה טעות ברישום זה וכי יש לחייב את כרטיסו האישי בספרי החברה בסכום של 2,260,000 ₪;

ו - בתצהיר שהגיש רוזנפלד לבית המשפט של פירוק במסגרת בקשת המערערת להקפאת הליכים, בחודש ינואר 2012, הוא טען כי מצבה הכלכלי הקשה נובע "**מאירועים שונים שנכפו על החברה במהלך חמש השנים האחרונות**". נמצא, כי במועד עשיית ההסכם (בחודש פברואר 2009, כאמור) המערערת כבר היתה מצויה בקשיים כלכליים, ולכן אין הגיון כלכלי בעסקה שנעשתה לרכישת מניות אנטריג בסכום של 4 מיליון ₪.

9. יחד עם זאת, דחה בית משפט קמא את דרישת המערערת (דהיינו, המפרקת) להשבת הסכום שהיא שילמה למשיבים, משום שמצא שהצדדים עשו "**הסכם נסתר אמיתי**", לפיו המשיבים מכרו את המניות בסכום של 1,500,000 ₪, בהסתמך על הנתונים הבאים:

א. הסכום של 1,500,000 ₪ שולם בפועל;

ב. מסמכי העברת המניות הופקדו בנאמנות אצל עו"ד צימרינג;

ג. הימנעות המשיבים מלדרוש את תשלום יתרת התמורה על פי ההסכם;

ד. הצגת העסקה כמושלמת בדו"ח הכספי של המערערת לשנת 2010;

ה. המחיר למניה לפי 1,500,000 ₪ (כ-99 ₪) היה עדיין גבוה למדי משוויה "האמיתי" על פי חוות דעתו של בנדור (כ-20 ₪), אך אין לומר שהוא גבוה באופן קיצוני שמעיד על היותו פיקטיבי.

10. בית המשפט קבע כי אף אם הוכח שרוזנפלד ערבב בין עסקי המערערת לבין ענייניו הפרטיים באופן בלתי תקין, אין בכך כדי להשליך על תוקפו של ההסכם הנסתר האמיתי.

11. בית המשפט הוסיף כי אי חוקיותו של ההסכם לפי סעיף 19 ל**חוק החוזים** מביאה לידי בטלות ההסכם הגלוי אך אינה מביאה לידי בטלות ההסכם הנסתר.

12. לסיום, קבע בית המשפט (פסקה 74): "**לאור כל האמור הרי שהנתבעים אינם צריכים להשיב לתובעת דבר ולפיכך התביעה הכספית נדחית. משמעות החלטתי היא שעסקת מכר המניות הושלמה, כך שהתובעת זכאית לקבל לרשותה את המניות של החברה אנטריג ללא תשלום נוסף**". לא נפסקו הוצאות..

<u>הערעור ותמצית הטענות</u>

13. המערערת ערערה על דחיית תביעתה להשבת הסכום ששולמה למשיבים. לדבריה, צדק בית המשפט במסקנתו כי הסכם הרכישה הוא הסכם למראית עין, אך טעה במסקנתו בדבר קיומו של הסכם אמיתי נסתר.
המערערת טוענת, כי "**השאלה האם קיים הסכם נסתר מאחורי ההסכם למראית בין שנחתם בין הצדדים, ואם כן מה תוכנו, נותרה בלתי פתורה, אך ניתן לקבוע באופן חד משמעי כי <u>מכירת מניות לא הייתה מטרת ההסכם</u>**" (סעיף 8.11 לעיקרי הטיעון שלה, הדגשה במקור). המערערת הוסיפה, כי לסברתה, "**מטרתו האמיתית של ההסכם היתה העברת כספים מהמערערת למשיבים ולצדדים קשורים (גפני) במסווה של עסקה לגיטימית**" (שם).
המערערת מצביעה על כך שהמניות לא הועברו בפועל אליה, לא דווח לשלטונות המס אודות העסקה, לא נומק מדוע התמורה שצוינה בהסכם הינה 4 מיליון ₪ כשהצדדים התכוונו ל-1.5 מיליון ₪, וכן כי גם מחיר המניה על פי "ההסכם הנסתר" גבוה באופן קיצוני באופן שמעיד על היותו פיקטיבי.
מכל מקום, היא מוסיפה, גם "ההסכם הנסתר" לא קוים, שכן המניות לא הועברו אליה.
המערערת שבה על טענתה כי יש להורות על השבת הסכום ששילמה למשיבים, משום שההסכם בוטל או נזנח למעשה על ידי הצדדים ומטעמים של עשיית עושר ולא במשפט.
המערערת טוענת עוד כי בית המשפט התעלם מכך שחברת אנטריג איננה קיימת עוד ואין מניות להעביר.

14. המשיבים מערערים על המסקנה הנובעת מפסק הדין, ולפיה, המערערת פטורה מלשלם להם את יתרת התמורה על פי הסכם הרכישה.

בא-כוחם הסביר בדיון שנערך לפנינו (עמ' 7 לפרוטוקול, שורות 18-17), כי קביעה זו של בית המשפט קמא עלולה להכשיל את תביעת החוב שהגישו בתיק הפירוק (ככל שנותר כסף בקופת הפירוק).

לטענתם, אין כל בסיס לטענות בדבר עסקאות פיקטיביות שנעשו בין הצדדים והסכם הרכישה הוא ההסכם האמיתי.

המשיבים טוענים, כי לא נטען ולא הוכח שההסכם נעשה במטרה להבריח נכסים מנושים ולכן לא היתה כל סיבה לעריכת הסכם פיקטיבי.

לדבריהם, מחיר מניית העסקה שנעשתה בשנת 2009 הושפע מכך שאנטריג ביצעה באותה תקופה עסקאות בעשרות מיליוני דולרים עם חברות מובילות בשוק העולמי ומכך שחברת הענק מיקרוסופט השקיעה בה מיליונים רבים.

גם התשלום בסך 1.5 מיליון ₪ והפקדת מסמכי העברת המניות בידי עורך דין מצביעים על אמיתות העסקה.

המשיבים טוענים כי בית המשפט התעלם ממערכת היחסים הקרובה שהיתה בינם ובין מנהל המערערת רוזנפלד, שגרמה לכך שהם לא מיהרו לתבוע מהמערערת את תשלום התמורה, וכי לא צפו שהמערערת תכנס להליכי פירוק ולא תוכל לפרוע את יתרת התמורה.

המשיבים מצביעים עוד על כשלים דיוניים וראייתיים שונים שנפלו לדעתם בהתנהלות המערערת והמפרקת, שלא באו לידי ביטוי מתאים בפסק הדין.

<u>דיון והכרעה</u>

15. "האותות" שנמנו על ידי בית משפט קמא (שפורטו לעיל) מצדיקים, לדעתי, את מסקנתו בדבר היותו של הסכם ההתקשרות חוזה למראית עין, במובן זה שהצדדים להסכם לא התכוונו באמת לכך, שהמניות המוחזקות בידי המשיבים יימכרו למערערת בתמורה לסך של 4 מיליון ₪. ההסברים שנתנו הצדדים לכל אחד מהאותות הללו אינם מַספקים וגם אם ניתן לראות בהם הסבר חלקי לאחד מהם או יותר, אין בהם כדי להסביר את הצטרפותם.

16. "האות" הראשון והבולט מתוכם מצוי בפער הענק שבין שוויה של כל מניה שנמכרה – 529.1 ₪ לבין ערכה האמיתי באותה עת, שעמד על פי חוות דעתו של המומחה בנדור על שווי של 19.65 ₪.

גם אם אין הכרח לדבוק בחוות דעתו של בנדור באשר לשוויה של המניה בשעת העסקה, הרי שלא יתכן ששוויי זה עלה על 6.33 דולר (כלומר כ-24.56 ₪, לפי שער יציג 3.88 ₪ לדולר), המחיר שבו נמכרה

מניית אנטריג מסדרת E העדיפה על המניות מסדרת A1 שהוחזקו בידי המשיבים, בהנפקה שביצעה אנטריג כחודשיים בלבד לפני ההסכם.
ההסבר שניתן על ידי הצדדים למחירה הגבוה של המניה, הכרוך בעסקאות שאנטריג ביצעה באותה עת מול חברות בינלאומיות גדולות ובהשקעה שביצעה מיקרוסופט באנטריג (ככל שאלה הוכחו כדבעי, והדבר לא הוברר בפסק הדין), אינו מסַפק, כיוון שהסבר זה היה צריך להוביל לכך שמניה מסוג E, שוויה יהיה לפחות כשוויה של מניית A1 שנמכר על ידי המשיבים, ויותר ממנה.

17. כך גם ההסבר שנתנו המשיבים לכך שהם נמנעו מלדרוש את יתרת התמורה על פי ההסכם, הכרוך ביחסים הקרובים שהיו ביניהם ובין מנהלה של המערערת, רוזנפלד, אינו מסַפק כאשר הימנעות זו נמשכה למעלה משנתיים (מתום תשלום הסכום של 1.5 מיליון ₪ ועד תחילת הליכי הפירוק) וכאשר מדובר בסכום גדול ומשמעותי, 2.5 מיליון ₪.
מהעבר האחר, המערערת בכל אותה תקופה לא דרשה מהמשיבים להעביר על שמה מניות בשווי יחסי לסכום ששילמה. אם ההסכם שנעשה היה אמיתי. ברור שהיא לא יכלה לדרוש להעביר על שמה את כל המניות על פי ההסכם, אך לאחר שהיא שילמה סכום משמעותי של 1.5 מיליון ₪ בלא שלכאורה קיבלה כל תמורה לכך במשך למעלה משנתיים, סביר היה כי תדרוש מהמשיבים להעביר לה את החלק היחסי.

18. לא ניתן כל הסבר ממשי לשאלה, מדוע המערערת לא מסרה למשיבים שיקים בהתאם למה שהוסכם ביניהם בהסכם.
אם הדבר היה נעוץ במניעה אמיתית כלשהי (קשיי נזילות וכד'), מדוע בהסכם עצמו הם לא הגיעו להסדר אחר שיתאים ליכולותיה של המערערת (ההסכם נערך כחודש בלבד לפני התשלום הראשון)?
ואם הדבר נבע מקשיים כלכליים, כיצד הרשתה המערערת לעצמה לעשות עסקה כזו בשווי 4 מיליון ₪?
תמיהה אחרונה זו מצטרפת ל"אות" הנוסף שבית המשפט קמא הצביע עליו: עדותו של רוזנפלד בתצהירו שניתן במסגרת הליכי הפירוק , ממנה משתמע שכבר באותה עת המערערת היתה מצויה בקשיים כלכליים.

19. גם לדיווח התמוה בספרי המערערת בשנת 2010, לפיו עסקת רכישת המניות הושלמה בתמורה שנקבעה בהסכם כשהדבר ודאי אינו אמת, לא ניתן הסבר מספק, ולכך מצטרפים גם הרישום בספרי החברה, המייחס לאדם בשם גפני "השקעה" במניות אנטריג בסכום של 2,200,000 ₪, התמורה השונה

שנרשמה עבור רכישת כלל המניות: 3,800,000 ₪, והתיקון שבוצע בספרים לאחר מכן בהוראתו של רוזנפלד.

20. אמנם, כפי שהמערערת ציינה פעמים אחדות בעיקרי הטיעון שלה, המניע לעריכת הסכם הרכישה כפי שהוא: מכירת מניות אנטריג המוחזקות בידי המשיבים למערערת בתמורה לסכום של 4 מיליון ₪, כלומר: השאלה מה ביקשו הצדדים להשיג בכך? נותרה "**בלתי פתורה**".
הועלתה השערה כי העברתו של סכום זה נועדה לתת מענה לעסקאות אחרות שהיו בין המערערת ומנהלה ובין המשיבים, וכן הוכח כי היו עסקאות כאלה, אך בפועל, הרי, לא הועבר סכום של 4 מיליון ₪, אלא 1.5 מיליון ₪ בלבד. מדוע, אם כן, צוין סכום של 4 מיליון ₪?
אולם, גם אם הבהרת המניע חשובה כדי להגיע למסקנה בדבר היותו של ההסכם חוזה למראית עין, אין הכרח בכך אם ניתן להגיע למסקנה זו על סמך ראיות אחרות, ודי באלה שפורטו לעיל כדי לתמוך בכך.

21. סעיף 13 ל**חוק החוזים** קובע: "**חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל**".
תוצאה זו, מבטאת את העיקרון, לפיו אין לתת תוקף מחייב לחוזה פיקטיבי (ע"א 3642/11 **כהן נ' גטאס**, פסקה 6 (3.3.2014)).
תוצאה זו איננה תלויה בשאלה, מה הניע את הצדדים לערוך אותו הסכם, והאם המניע היה חוקי או בלתי חוקי, וכן היא איננה תלויה בשאלה, האם מאחורי אותו הסכם עומד הסכם אמיתי סמוי אחר. כך או כך, ההסכם שנעשה (להבדיל מתוקפו של ההסכם הסמוי, כפי שיפורט בהמשך) בטל.
כך באו הדברים לידי ביטוי בעניין **כהן נ' גטאס** הנ"ל (שם):
"**בטלותו של חוזה למראית-עין מתוקף סעיף 13 לחוק החוזים מבטאת את העקרון לפיו אין לתת תוקף מחייב לחוזה פיקטיבי. ובמילים אחרות, חוזה למראית עין בטל מעיקרו משום שמלכתחילה לא היה לו, למעשה, כל תוקף ביחסים בין הצדדים שהתקשרו בו (שלו, בעמ' 168). פער זה בין רצונם האמיתי של הצדדים לבין המצג החיצוני הנשקף מן החוזה, נועד בדרך כלל להשיג תכלית מסוימת, חוקית, בלתי-חוקית או ספק חוקית (ע"א 4305/10 אילן נ' לוי ,פסקה 21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (9.5.2012)). אך תהא מטרה זו אשר תהא, משהצדדים להסכם לא התכוונו לכתחילה לקיים את ההסכם כפי שהוא משתקף כלפי חוץ, בין משום שהם אינם מעוניינים כלל בשינוי המצב המשפטי ביניהם, בין משום שמאחורי ההסכם למראית עין עומד חוזה שונה וסמוי, תוצאתו של מהלך פיקטיבי כזה היא בטלות (להבחנה בין "מראית עין מוחלטת" ובין "מראית עין יחסית" ראו שלו, 170)."

22. התוצאה הנובעת מבטלותו של חוזה למראית עין היא, כי על הצדדים להשיב זה לזה את מה שהם קיבלו בעקבות החוזה.
חובת ההשבה במקרה כזה נובעת מדיני עשיית עושר ולא במשפט (ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים**, מהדורה רביעית (להלן – **"שלו-צמח"**), עמ' 302, והפסיקה המפורטת בה"ש 4 שם).
לאור זאת, האם צודקת המפרקת בתביעתה כי על המשיבים להשיב למערערת את הסכום שזו שילמה להם, 1.5 מיליון ₪ (שערכו היה ביום הגשת התביעה 1,724,182 ₪)?
לשם כך, יש לדון בטענת המערערת, לפיה שגה בית משפט קמא בקבעו כי מאחורי הסכם ההתקשרות עמד הסכם סמוי אמיתי אחר, לפיו המניות הנקובות בהסכם יימכרו תמורת הסכום של 1.5 מיליון ₪, כשהמסקנה הנובעת מכך היא שהמשיבים אינם חייבים להשיב את הסכום שקיבלו מהמערערת, ומאידך עליהם להעביר למערערת את המניות הנקובות בהסכם.

23. כפי שציין בית משפט קמא, ההלכה הפסוקה הבחינה בין שני מצבים של חוזה למראית עין.
המצב האחד הוא של "סימולציה חלקית", שלפיו קיים מאחורי החוזה למראית עין חוזה נסתר, שהצדדים התכוונו לקיימו ואשר ייצג את אומד דעתם, והמצב השני הוא "סימולציה מוחלטת", כשבמצב זה הצדדים אינם מעוניינים בשינוי המצב המשפטי שעמד בתוקפו ערב חתימת החוזה ואין תחתיו כל הסכם נסתר (ע"א 810/77 **באשה נ' גרדג'י**, פסקה 35 (31.10.2018) והפסיקה הנזכרת שם).
כפי שצוין בעניין **באשה** הנ"ל (שם),"**במקרים של סימולציה חלקית עולה השאלה, לאחר קביעת בטלותו של החוזה למראית עין, האם יש לתת תוקף לחוזה הנסתר, בהיותו משקף את רצונם של הצדדים?**".
כב' השופט שוהם מנתח שאלה זו בחוות דעתו בעניין **באשה**, אך אינו מכריע בה, כיוון שהכרעה זו לא נדרשה במקרה שנדון בפניו, אך ציין כי הספרות האקדמית תמכה בדעה כי יש לתת תוקף לחוזה הנסתר וכי נמצאו תימוכין לדעה זו בפסיקת בית המשפט העליון.
ואכן, נראה כי זוהי הדעה "השלטת" בפסיקת בית המשפט העליון.
כך סבר כב' השופט (כתוארו אז) ברק בפסק הדין שניתן ב-ע"א 630/78 **ביטון נ' מזרחי**, פ"ד לג (2) 576, עמ' 580:
"**זאת ועוד: הגישה המקובלת הינה כי בטלותו של החוזה למראית עין, אין בה כדי לבטל מאליו גם את העסקה הנסתרת (ראה צלטנר, עמ' 181). בעניין זה קיימות הוראות מפורשות בקודיפיקציות**

הקונטיננטאליות (סעיף 117(2) לב.ג.ב. ; סעיף 1321 לקוד סיביל ; סעיף 1414 לקוד האזרחי האיטלקי), ועל יסוד זה קבע פרופ' צלטנר ז"ל (שם, בעמ' 281) כי:

'לאור אחדות דעים זו יש להניח כי בית משפט ישראלי יכבד עסקה נסתרת כזאת, אלא אם קיימות לגביה אותן הסיבות שהיו שוללות את תוקפה אילו היתה עסקה גלויה'.

אכן, אין כל סיבה שלא לתת לגישה זו את מלוא התוקף גם בישראל. בטלותו של החוזה למראית עין מבוססת על רצונם האמיתי של הצדדים. לרצון אמיתי זה יש לתת, אפוא, תוקף לא רק במובן השלילי (ביטול החוזה למראית עין), אלא גם במובן החיובי (הכרה בחוזה הנסתר). נמצא, כי החוזה למראית עין הוא ניטרלי לעניין תוקף העסקה הנסתרת. עסקה נסתרת תקפה אינה מתבטלת אך ורק משום קיומו של חוזה למראית עין, ואילו עסקה נסתרת בטלה אינה מקבלת תוקף רק בשל קיומו של החוזה למראית עין. יש לבחון את תוקפה של העסקה הנסתרת באופן עצמאי, על יסוד ההנחה שהחוזה למראית עין בטל, ולראות אם עסקה נסתרת זו ממלאת אחר היסודות הדרושים להיווצרותה. על כן לא תעמוד לצדדים העסקה הנסתרת אם היא חסרה יסוד צורני-מהותי, או אם העסקה הנסתרת עצמה נגועה באי חוקיות."

שני חברי ההרכב האחרים (כב' השופטים ויתקון ובכור) לא הביעו את דעתם בשאלה זו.

כך סבר גם כב' השופט הנדל בחוות דעתו בפסק דין שניתן שנים רבות לאחר מכן, בע"א 4305/10 **אילן נ' לוי**, פסקה 3 לחוות דעתו (9.5.2012):

"סיווג החוזה כחוזה למראית עין, השלכתו – כי הוא בטל (לשון סעיף 13 לחוק החוזים). אי-סיווג כזה עלול להביא לתוצאה שהוא איננו בטל, והרי מדוע לקיים חוזה שהצדדים אינם מתכוונים אליו? שאלה שונה היא מה דינו של החוזה הנסתר. בהתאם לאמור לעיל, לפיו כוונת הצדדים היא הקובעת, ניתן יהיה לקיים את החוזה הנסתר בכפוף לבחינת נסיבות המקרה. לשון אחר, ניתן להתייחס לסימולציה יחסית כאילו היא כולה חוזה למראית עין, שדינו להתבטל על שני חלקיו – הגלוי והנסתר, ומהצד האחר ניתן להתייחס אליה כאילו היא אינה חוזה למראית עין, שאין דינו להתבטל בהכרח. לדעתי, נכון יותר להכריע על פי דרך שלישית: להפריד בין החוזים, לבטל את החלק הגלוי ולבחון את החלק הנסתר באופן עצמאי שלא תחת המשטר של סעיף 13 (וראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 260-261 (2005); וראו לאחרונה ע"א 7497/07 רינגל נ' לינדאור, פס' 11 (22.2.2010)). "

כב' השופט פוגלמן בחר להותיר שאלה זו "בצריך עיון" (פסקה 40 לחוות דעתו), ואילו כב' השופט רובינשטיין ציין, "**כי בדומה לשופט הנדל נוטה אני לדעה, שבמקרה של סימולציה חלקית יש לבחון את החוזה הגלוי בפרספקטיבה של חוזה למראית עין; ואת החוזה הנסתר "באורח עצמאי, בלא זיקה להוראות סעיף 13 רישא" (כלשונה של פרופ' שלו בספרה, דיני חוזים: החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) 260)**", אך קבע כי התשובה לשאלה זו איננה נדרשת לשם ההכרעה במקרה שנדון שם (פסקה ז' לחוות דעתו).

כיוון שהוזכרה דעתה של פרופ' שלו, אצטט כאן את שנכתב במהדורה החדשה, **שלו-צמח,** עמ' 306:
"בחוזה שמראית העין בו היא יחסית, קיימת בין הצדדים מערכת משפטית כפולה: חוזה גלוי – הוא החוזה למראית עין, וחוזה נסתר – הוא החוזה האמתי. חוק החוזים, בסעיף 13, דן רק בדינו של החוזה הגלוי וקובע את בטלותו: חוזה שנעשה למראית עין בלבד אין לו תוקף. סעיף זה אינו דן כלל בחוזה הנסתר, ומכאן גם שאין הוא מבטל אותו. תוקפו של חוזה זה לא נקבע בסעיף 13 ולא נחתך על פי הוראתו. לכאורה, החוזה הנסתר תקף, ובלבד שמתקיימות בו המידות הדרושות לקיום לחוזה והוא עונה לדרישות החוק".

לאור האמור לעיל, אבחן עתה האם צדק בית המשפט קמא בקבעו כי תחת הסכם הרכישה, לגביו נקבע שהוא חוזה למראית עין, הסתתר חוזה אמיתי נסתר אחר?
אם כן מהו, והאם בעקבותיו נכון או לא נכון יהא להורות על השבת הסכום ששילמה המערערת למשיבים?

24. על דבר אחד אין חולק: המערערת שילמה למשיבים סכום משמעותי: 1.5 מיליון ₪. מדוע שילמה המערערת סכום זה למשיבים ומה היא קיבלה או היתה אמורה לקבל עבור סכום זה?
מסקנתו של בית המשפט קמא היתה שזהו הסכום שהוסכם למעשה עבור המניות שצוינו בהסכם.
אינני סבור שמסקנה זו הוכחה כנדרש, שכן שאלות מרכזיות שעלו בהקשר להסכם הרכישה, ושבעקבותיהן נקבע כי הוא פיקטיבי, תקפות גם ביחס אליה:
א. עדיין קיים פער גדול בין שווי המניה על פי רכישה זו, 198 ₪, לבין שוויה האמיתי באותה עת, 19.65 ₪, על פי חוות דעתו של בנדור, במיוחד כאשר ניתן היה באותה עת לרכוש מניה עדיפה של אנטריג, מסדרת E, בסך של כ-24.56 ₪ בלבד (6.33 דולר);

ב. אם התמורה "האמיתית" שולמה והושלמה בחודש דצמבר 2009, מדוע המניות לא הועברו על שם המערערת במשך למעלה משנתיים (עד תחילת הליכי הפירוק בתחילת שנת 2012)?

ג. הרישומים הבלתי מוסברים בדו"ח השנתי של המערערת לשנת 2010 ובספרי החברה, כולל התיקון שבוצע בספרים ביוזמתו של מנהלה;

ד. ושאלה נוספת העולה ממסקנה זו – אם התמורה המוסכמת האמיתית היתה 1.5 מיליון ₪, מדוע רשמו הצדדים תמורה אחרת בהסכם הרכישה, 4 מיליון ₪, ומה הם ביקשו להשיג מכך?

25. נראה, לכן, סביר יותר שההסבר לתשלום הסכום של 1.5 מיליון ₪ שנעשה לאחר הסכם הרכישה נעוץ בעסקאות האחרות שהיו בין המערערת ומנהלה ובין המשיבים, שאולי גם אותו גפני קשור אליהן בצורה כלשהי שלא הובהרה.

זוהי, למעשה, גם הגרסה, לה טענה המפרקת בכתב התביעה שהגישה (סעיף 59):

"המפרקת תטען כי מטרתו האמיתית של הסכם זה היתה העברת כספים בין רוזנפלד לנתבעים בגין עסקאות שונות ומשונות שנעשו בין הנתבעים לתובעת ובין הנתבעים לרוזנפלד. העברות כספים אלו נעשו גם באמצעות הסכם זה וכך גם דווח כהוצאה מוכרת של התובעת."

על גרסה זו חזרה ב"כ המערערת (המפרקת) בדיון שנערך בפנינו, בניסוח מעט שונה (עמ' 4 לפרוטוקול, שורות 7-9).

על כך שההסכם הנסתר יכול להיות דומה במהותו להסכם הפיקטיבי או שונה במהותו ממנו, עמד כב' השופט ברק בפסק דין **ביטון נ' מזרחי** הנ"ל (עמ' 582):

"עסקה נסתרת זו יכולה להיות שונה במהותה מהעסקה הגלויה, כגון שהעסקה הגלויה היא עסקת מכר, ואילו העסקה הנסתרת היא עסקת מתנה. אך יתכן גם כי העסקה הנסתרת זהה במהותה לעסקה הגלויה, אך שונה ממנה בתנאיה, כגון שהעסקה הגלויה קובעת מחיר פלוני למכר, ואילו העסקה הנסתרת קובעת לאותה עסקה מחיר אלמוני, גבוה ממנו".

26. המסקנה היחידה שניתן להסיק, לדעתי, היא, כי מאחורי הסכם הרכישה הסתתר הסכם אמיתי נסתר אחר. צד אחד של ההסכם הנסתר הובהר ללא ספק: המערערת הסכימה לשלם למשיבים סכום של 1.5 מיליון ₪ ואף שילמה אותו בפועל.

הצד השני – התמורה שהמערערת קיבלה או היתה אמורה לקבל עבור סכום זה – לא הובהר, אך גם לא נדרש להבהירו לצורך ההכרעה הנדרשת כאן.
הסעד היחיד שנדרש בכתב התביעה (סעיף 85.1) הוא השבת הסכום ששולם (נוסף לכך התבקשו כמובן הוצאות ושכ"ט עו"ד).
משנמצא, כי המערערת הסכימה, ללא ספק, לשלם למשיבים את הסכום של 1.5 מיליון ₪, אין כל סיבה שלא לתת תוקף להסכמה זו.
אם המערערת כבר קיבלה תמורה זו או אחרת עבור תשלום זה, בקשר לעסקאות הנוספות שהיו בין הצדדים – כפי שטענה המפרקת עצמה, כאמור – אזי ודאי שאין עילה להשבת הסכום.
אם המערערת לא קיבלה את התמורה שהיא היתה אמורה לקבל כנגד תשלום זה, ואם בשל כך קמה עילה להשבת הסכום ששולם, היה עליה להצביע על אותה תמורה נסתרת ולפרט מהי העילה להשבת הסכום, וזאת היא לא עשתה.

27. בהקשר אחרון זה אוסיף, כי לדעתי, בית המשפט קמא לא היה צריך להורות על העברת המניות למערערת, משום שסעד זה כלל לא נדרש על ידה, כנראה משום שמבחינה מעשית לא היה לכך כל ערך, כפי שנכתב בעיקרי הטיעון שלה (סעיף 177): "...**חברת N-TRIG אינה קיימת עוד ואין עוד מניות להעביר בין הצדדים**".

28. וכן אינני סבור כי נדרש במקרה דנן להכריע בשאלת תוקפו החוקי של הסכם הרכישה, כפי שבית המשפט קמא עשה (בפסקאות 68 ואילך), משום שעל פי הגישה שתיארתי לעיל, יש להפריד בין תוקפו של החוזה שלמראית עין - שבין כה וכה דינו להיות בטל – לבין תוקפו של החוזה הנסתר האמיתי.
מלבד זאת, מאחר שמטרתם של ההסכם שלמראית עין, וכן גם של ההסכם האמיתי הנסתר, לא הוברר כאמור, לא ניתן לקבוע כי הם (או אחד מהם) בלתי חוקיים.
אמנם, במקרים רבים חוזה למראית עין משרת מטרה אסורה, אך חוזה למראית עין יכול לשמש גם מטרה מותרת (ראו: **שלו-צמח**, עמ' 306).
מלבד זאת, בהתאם לסעיף 31 ל**חוק החוזים**, רשאי בית המשפט, "**אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון**" לפטור מחובת השבה.
יצוין כי לא נטען, וודאי שלא הוכח, שחוזה הרכישה שנקבע לגביו כי הוא חוזה למראית עין, או החוזה האמיתי הנסתר, נועדו לשם הברחת רכוש מהנושים, ובהקשר זה אוסיף, כי הסכם הרכישה נחתם כשלוש

שנים לפני תחילת הליכי הפירוק של המערערת ותשלום הסכום של 1.5 מיליון ₪ הסתיים כשנתיים קודם לכן, וכן אוסיף כי לגרסת המערערת עצמה, אין המדובר בחוזה פסול אלא בהסכם שמטרתו "**נותרה בלתי פתורה**" (סעיף 16.2 לעיקרי הטעון שלה).

29. המפרקת טענה עוד כי בפסק הדין לא נדונה טענתה, כי ההסכם שנעשה בין הצדדים "נזנח או בוטל" בדרך של התנהגות, דבר המצדיק לדעתה את השבת הסכום שהמערערת שילמה.
אכן בית המשפט קמא לא מצא לנכון לדון בטענה זו, לאור מסקנתו כי ההסכם הנסתר קוים למעשה (פסקה 60 לפסק הדין).
גם לאור מסקנתי האמורה, לפיה נעשה הסכם נסתר אמיתי אחר בין הצדדים, במסגרתו הסכימה המערערת לשלם למשיבים סכום של 1.5 מיליון ₪ עבור תמורה שלא הובהרה, הרי שההסכם (האמיתי) לא נזנח ולא בוטל, אלא קוים, לפחות ביחס לחלק תשלום התמורה.
יתרה מזו, התנהגות הצדדים דווקא מצביעה על כך שהמערערת שילמה 1.5 מיליון ₪ ואלא דרשה מהמשיבים, במשך למעלה משנתיים מתום התשלום, דרישה כלשהי. כך שאם "נזנח" דבר כלשהו, הרי זה שדווקא המערערת היא ש"זנחה" את התמורה שהיא היתה אמורה לקבל עבור אותו תשלום (ככל שהיא לא קיבלה אותה קודם לכן).

30. מאותם טעמים יש לדחות את טענת המפרקת להשבת הסכום ששילמה המערערת מדיני עשיית עושר ולא במשפט.
אם התשלום בוצע במסגרת הסכם אמיתי, וככל הנראה בקשר לעסקאות אחרות שהיו בין הצדדים, הרי שהמערערת קיבלה, ככל הנראה, את התמורה הראויה עבור תשלום זה, ואם היא לא קיבלה – היה עליה להצביע מהי התמורה שהיה עליה לקבל, וזאת היא לא עשתה.

31. המסקנה הנובעת מכך לדעתי, היא שדין הערעורים להידחות, במובן זה שתביעת המערערת (ולמעשה, המפרקת), להשבת הסכום ששילמה למשיבים – נדחית, ובמובן זה שקביעת בית המשפט קמא להיותו של הסכם הרכישה חוזה למראית עין נותרת בעינה (ככל שהדבר משליך ביחס לתביעת החוב שהמשיבים הגישו ואיננו נדרשים להכריע בכך כאן).
מנגד, המשפט לפיו "**משמעות החלטתי היא שעסקת מכר המניות הושלמה, כך שהתובעת זכאית לקבל לרשותה את המניות של חברת אנטריג ללא תשלום נוסף**" (סעיף 74 סיפא לפסק דינו של בית

משפט קמא) יבוטל, ככל שעדיין יש לו רלוונטיות כלשהי לאור דבריה האמורים של ב"כ המערערת בנימוקי הטיעון שלה.

כן אמליץ כי לא יוטלו הוצאות במסגרת ערעורים.



יונה אטדגי, שופט

השופטת י. שבח

1. חברי השופט יונה אטדגי סבור, כפי השופט קמא, כי הסכם הרכישה מחודש פברואר 2009 הינו חוזה שנכרת למראית עין בלבד, ועל כן דינו בטלות, ואף אני סבורה כך.

חברי השופט אטדגי אף קובע כי מסקנת השופט קמא לפיה "**בין הצדדים נכרת הסכם נסתר אמיתי לפיו מניות הנתבעים נמכרו לתובעת תמורת הסך של 1,500,000 ₪**" (פסקה 34 לפסק דין קמא) איננה יכולה להיוותר על כנה "**שכן שאלות רבות שעלו בהקשר להסכם הרכישה, ושבעקבותיהן נקבע כי הוא פיקטיבי, תקפות גם ביחס אליה**" לרבות: פער המחירים; ההימנעות מהעברת המניות ע"ש המערערת; הרישומים הסותרים בספרי המערערת; והיעדר הסבר לרישום תמורה השונה מהתמורה האמיתית (פסקה 24 לחוות דעתו), וגם קביעה זו מקובלת עלי.

2. אלא שכאן נפרדות דרכינו.

חברי השופט אטדגי מוסיף וקובע, בהלימה להנחת העבודה של השופט קמא, "**כי מאחורי הסכם הרכישה הסתתר הסכם אמיתי נסתר אחר**" (פסקה 26 לחוות דעתו, גם פסקה 29), אלא שלגישתו תכנו של הסכם נסתר זה הוא אחר: "**המערערת הסכימה לשלם למשיבים סכום של 1.5 מיליון ₪ ואף שילמה אותו בפועל. הצד השני- התמורה שהמערערת קיבלה או היתה אמורה לקבל עבור סכום זה- לא הובהר**", ולעמדתו גם לא נדרש להבהירו.

לכך לא אוכל להסכים. לעניות דעתי לא הוכח כלל קיומו של הסכם נסתר, ומשכך נותרנו עם המסקנה הראשונית לפיה חוזה הרכישה בטל בהיותו חוזה למראית עין, קביעה הגוררת אחריה את חובת ההשבה.

3. ראשית, אין כלל הקובע כי כל אימת שחוזה גלוי מוכרז כחוזה למראית עין, בהכרח גם קיים חוזה נסתר שניתן לתת לו תוקף, שכן המצב הרווח הוא שחוזה למראית עין בטל, הגם שקיימת היתכנות למצב בו אפשר לתת תוקף לחוזה נסתר, אם הוכח קיומו ואם הוכח תוכנו, בתנאי שלא נפל בו פגם אי חוקיות: "**אם יתברר כי בין הצדדים נעשה חוזה למראית עין בלבד, הרי החוזה בטל, ואין אנו מגיעים כלל לשאלת אי החוקיות של חוזה זה... יתכן ומאחורי החוזה הגלוי מסתתר חוזה נסתר, אשר יתכן ויש לו קיום בפני עצמו...**" (ע"א 630/78 **ביטון נ' מזרחי**, פ"ד לג(2) 576, 583; הדגשות לא במקור). מצב כזה רווח בעסקאות מקרקעין (בדרך כלל בנושא המחיר) עת ביטול גורף עשוי לגרום לפגיעה לא מידתית דווקא בצד שלא יזם את עריכת החוזה למראית עין.

יתכנו בהחלט מקרים בהם החוזה למראית עין נועד להסוות פעילות בלתי חוקית של נושא משרה או של בעל מניות שמטרתה משיכת כספים שלא כדין מקופת החברה, באין חוזה נסתר אמיתי. אפיונו וזיהויו של הסכם נסתר הוא בגדר חריג המצריך ביסוס. אין להניח מראש שמאחורי כל העברת כספים מסתתר הסכם, לא כל שכן, הסכם עם החברה המשרת את עניינה ונעשה כחלק מעסקיה.

4. שנית, כדי להגיע למסקנה בדבר קיומו של חוזה נסתר, על בית המשפט להשתכנע כי הוכחו האלמנטים הנדרשים לכריתתו של אותו חוזה נסתר לפי דיני החוזים. וכפי שצוין בע"א 630/78 **ביטון נ' מזרחי** לעיל: "**במסגרת זו יש לבחון בראש ובראשונה, אם מתקיימים בחוזה הנסתר היסודות המעמידים חוזה בישראל, דהיינו, הצעה וקיבול, גמירת דעת וצורה... כמו כן יהיה מקום לבחון, לאחר שיתברר כי יסודות הנזכרים מתקיימים, אם החוזה הנסתר אינו נגוע באי חוקיות**".

וכן: "... **ואת החוזה הנסתר יש לבחון באופן עצמאי בהתאם ליסודות הנדרשים לקיומו של חוזה ובהם גמירת דעת, מסוימות צורה וחוקיות...**" (עא 8963/14 **מונדר נעאמנה** נ' **פאלח בדארנה**),

מסקנה בדבר קיומו של הסכם, צריך שתעוגן בעובדות המוסקות מחומר הראיות ומטיעוני הצדדים. אין ניתן להסתפק בנתון היחידי הידוע – תשלום סך של 1.5 מליון ₪ מקופת החברה למשיב "**עבור תמורה שלא הובהרה**" כדי לקבוע כי הוכחו האלמנטים הנדרשים להשתכללות חוזה. אין די בציון תמורה על מנת ליצור חוזה.

5. שלישית, המערערת אינה חברה במצב עניינים רגיל. המערערת נמצאת בהליכי פירוק, התביעה אמנם הוגשה בשמה אך ע"י מפרקת החברה שמינה בית המשפט, שמתפקידה לכנס לקופת הפירוק את

כל הכספים המגיעים לחברה, לרבות השבת כספים שהוצאו ממנה שלא עבור מטרות החברה, וזאת על מנת לייחדם לסילוק חובות החברה לנושים.

חברי השופט אטדגי סבור ש"**אם המערערת לא קיבלה את התמורה שהיא היתה אמורה לקבל כנגד תשלום זה... היה עליה להצביע על אותה תמורה נסתרת ולפרט מהי העילה להשבת הסכום, וזאת היא לא עשתה**" (סעיף 26), וזקף לחובתה של המפרקת את כישלונה להוכיח מה הייתה התמורה האמתית עבור אותם 1.5 מליון ₪.

מעבר לכך שאני סבורה שכלל לא הוכח קיומו של חוזה נסתר בין המשיבים לבין החברה, אף מסופקני אם החברה כלל קיבלה תמורה, הרי שנטל ההוכחה המוטל על מפרק מקל יותר מזה המוטל ברגיל. הגישה היא כי "**ככלל יש מקום להקל על בעל תפקיד שנטל שנדרש ממנו גם בטענות תרמית בכל הקשור להברחת רכוש מנושים... יש בכך הקלה לעומת הנטל הרב שמוטל כרגיל על בעל דין בהליך אזרחי שאינו הליך חדלות פירעון**" וזאת מן הטעם ש"**לרוב, אם לא לעולם, נמצא בעל התפקיד בנחיתות אינפורמטיבית לעומת הצד שכנגד, לא כל שכן כאשר עסקינן בניסיונות להברחת רכוש ותרמיות שנעשות בשיתוף פעולה עם צדדים שלישיים והניסיון מלמד שאין חקר ליצירתיות חייבים בהברחת רכוש**". אשר על כן, נסמכים בתי המשפט על ה"**<u>הלכה הפסוקה שלפיה כאשר מוכחים אותות מרמה על ידי הטוען למרמה, יש בכך להעביר את הנטל לכתפי הצד שכנגד שיוכיח את כשרות פעולותיו</u>**", בהתאם "**...לאכסניה שבה אנו נמצאים, קרי הליך פשיטת רגל...**" (ת"א (ת"א) 1494/00 פש"ר (ת"א) 1494-00 **עו"ד שועלי נ' כונס הנכסים הרשמי**, פסקה 17 לפסק דינו של הנשיא השופט א' אורנשטיין, ניתן ב-12.06.2017).

בית משפט קמא קבע כי "**המניות נושא התביעה נמכרו לתובעת במחיר שהוא בלתי סביר ביחס לשווין**"; וכי "**חזקה שהנתבעים שיתפו פעולה עם מנהל התובעת בהצגת מצגי שווא...**". משהוכח כי חוזה הרכישה הוא כוזב ונעשה למראית עין, וכי המשיבים שיתפו פעולה עם מנהל החברה בהצגת מצגי שווא, היה על המשיבים להוכיח כי נתנו לחברה תמורה עבור הסך של 1.5 מליון ₪ ששולם להם מקופתה, ומהי.

6. רביעית, ומעבר לצורך: החברה נוהלה, ערב כניסתה להליכי פירוק, על ידי מר אהוד רוזנפלד (להלן – **רוזנפלד**), חברם של המשיבים, ובית משפט קמא קבע כי רוזנפלד פרע את חובותיו האישיים למשיבים באמצעות רכישת כלי רכב עבורם "**בעלות מצטברת של 598,000 ₪**", וכי רוזנפלד "**נקט ערבוב בין עסקי התובעת לבין ענייניו הפרטיים באופן לא תקין**".

ואכן רוזפלד אישר שהיה חייב כספים למשיב 1 (פרוטוקול עמוד 24 שורות 21, 27) וכי על חשבון חובו זה רכשה החברה למשיב 1, על דרך הלוואה שנטלה, מכונית טויוטה פריאוס. משיב 1 אישר בעדותו כי רוזנפלד היה חייב לו "**אולי בסוף 2008**" 150,000 ₪ או 170,000 ₪ (עמוד 107 לפרוטוקול) וכי "**הלוויתי לאודי כסף והוא קנה לי אוטו**" (עמוד 111 לפרוטוקול). כאמור הוכח שהמכונית נרכשה בכספי החברה. גם משיב 2 אישר בעדותו כי עד לשנת 2008 הלווה לרוזנברג האיש הלוואות בסכום ה"**קרוב ל- 600,000 ₪**" (עמוד 124 שורה 4) ואלו לא הושבו עד 2009 (מועד כריתת הסכם הרכישה), וכי ההעברות הכספיות מחשבון החברה לחשבונו בסדר גודל של מאות אלפי ₪ אינן אלא תשלום עבור עבודות נגרות שביצע לטענתו עבור בנו של רוזנפלד (עמוד 110 לפרוטוקול).

רוזנפלד אף אישר כי היה חייב לגפני "**קרוב ל-6 מיליון**" (עמוד 25 שורה 11) עת הוכח כי אותם השיקים ע"ס 2,260,000 ₪ ששולמו לפי ספרי החברה על חשבון "התמורה" בסך 4,000,000 ₪ עבור מניות החברה, שולמו לאותו גפני.

סבורני, כי די בדברים האמורים כדי ליצור את החשש שהתשלום לא היווה אלא פירעון חובותיו האישיים של רוזנברג למשיבים שחייב את המשיבים בהצגת הסבר – וכזה לא הועלה מפיהם. משכך מוקשית בעיני ההנחה לפיה "**המערערת הסכימה לשלם למשיבים סכום של 1.5 מיליון** ₪" עבור עסקה כלשהי שהתמורה בגינה לא הובהרה. קביעה אחרת עשויה להוות תמריץ לעריכתן של עסקאות למראית עין, והסתפקות בהצגת נתונים חסרים בפני בית המשפט, מתוך הנחה שבית המשפט ישלים בעצמו את ה"פאזל" החסר.

7. למותר לציין כי המשיבים, גם רוזנפלד, לא טענו לקיום התקשרות או התקשרויות אחרות בגינן שולם למשיבים סך של 1.5 מיליון ₪ אלא דבקו בגרסת עסקת רכישת המניות תמורת 4 מיליון ₪. אזכיר אפוא את הכלל לפיו "**...אין להשתית החלטה על גירסה עובדתית שכלל לא הועלתה וממילא גם לא עמדה לדיון ולליבון במהלך המשפט...**" (ע"א 449/80 **אבאליה נ' ריבל מחסני ערובה כלליים בע"מ**, פ"ד לט(3) 541, 547), מש"**אין זה מתפקידו של בית-משפט אדוורסארי להעלות השערות בעלמא, אשר מידת הוודאות שלהן קטנה ומהימנותן נתונה בסימן שאלה. אמנם אין הוא חייב להיות צמוד לגירסאות של הצדדים, במיוחד כאשר אלו אינן אמינות על פניהן, אך רצוי כי יקפיד – בטרם הוא מציע גרסה אחרת משלו – כי זו אכן נחוצה לצורך ההכרעה, וכי היא מעוגנת היטב בחומר ראיות חיובי. לא היפותזות אלו או אחרות צריכות להכריע ולהשפיע על ההחלטה, אלא העובדות שהוכחו והחזקות המוכרות בדיני הראיות**" (ע"א 31/85 **בדיר נ' טסה**, פ"ד מג(2) 81, 85).

8. כפי שציינתי בתחילה, משנקבע כי הסכם הרכישה הוא חוזה למראית עין שתוצאתו בטלות לפי סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973, משלא הוכח קיומו של חוזה נסתר שניתן ליתן לו תוקף והעניין נותר לוט בערפל ובלתי פתור, ומשהמשיבים אישרו כי הסך של 1.5 מיליון ₪ שולם להם על חשבון הסכם הרכישה שבוטל, התוצאה היחידה המתבקשת היא חיובם של המשיבים בהשבה.
כך נהג בית המשפט העליון בע"א 8963/14 לעיל עת קבע במקרה דומה:
"...בשל הגרסאות הבעייתיות שהציגו שני הצדדים כאחד אשר בעקבותיהן מתעורר, כאמור, קושי לחלץ ממצא מהימן באשר לתוכן ההסכמה שהושגה ביניהם לאמיתו של דבר. כל שניתן לקבוע הוא שהחוזה הגלוי הקובע תמורה בסך 240,000 ₪, בטל בהיותו חוזה למראית עין. אך השאלה מהו החוזה הנסתר שעליו הסכימו נותרה בלתי פתורה בנסיבות המקרה ומשכך לא ניתן לבחון את סוגיית אכיפתו על מכלול השיקולים הכרוכים בכך...". כפעל יוצא אושרה קביעת בית המשפט המחוזי בדבר בטלות החוזה וחיובו של התובע בהשבת הכספים שקיבל על חשבון החוזה שעתר לביטולו.
לו דעתי תישמע- יש לקבל את ערעור החברה שהוגש ע"י המפרקת ולחייב את המשיבים בהשבת סכום התביעה. ערעור המשיבים יידחה.

עודית שבח, שופטת, סג"נ

השופט ש. שוחט

מצטרף אני לעמדת חבריי לפיה הסכם הרכישה מחודש פברואר 2009 הינו חוזה שנכרת למראית עין בלבד ועל כן דינו בטלות. כך גם מקובלת עליי קביעת חבריי לפיה שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי הוכח קיומו של חוזה נסתר לפיו המשיבים מכרו את המניות בסכום של 1.5 מיליון ₪ מהנימוקים אותם פירט חברי השופט אטדגי בסעיף 24 לחוות דעתו.

במחלוקת שנפלה בין חבריי בשאלה האם הוכח קיומו של חוזה נסתר אחר שמצדיק הותרת הסכום שהמערערת שילמה למשיבים או שזה לא הוכח ויש לקבל את ערעור החברה שהוגש ע"י המפרקת ולחייב את המשיבים בהשבתו – אני מחליט לצרף דעתי לדעת חברי כב' השופט אטדגי.

אכן טיבו של אותו הסכם נסתר לא הוכח. לא הובאה כל ראייה ממנה ניתן לדלות מה הייתה התמורה האמיתית שנתנו המשיבים עבור אותם 1.5 מיליון ששולם להם מקופת המערערת. חברתי כב' השופט שבח סבורה כי במקרה שכזו התוצאה היחידה המתבקשת היא חיובם של המשיבים בהשבה, תוך שהיא מפנה לאופן בו נהג בית המשפט העליון ב**ע"א 8963/14 <u>מונדר נעאמנה נ' פאלח בדארנה</u>** (פורסם בנבו, 12.7.16). אני סבור כי אין הנדון דומה לראייה. באותו המקרה קבע בית המשפט העליון כי החוזה הגלוי בין הצדדים, הקובע תמורה בסך של 240,000 ₪ עבור חלקת מקרקעין כלשהיא, בטל בהיותו חוזה למראית עין. נקבע כי השאלה מהו החוזה הנסתר שעליו הסכימו הצדדים, מהו המחיר האמיתי עליו הסכימו בעסקת מכר הקרקע, נותרה בלתי פתורה "**ומשכך לא ניתן לבחון את סוגיית אכיפתו על מכלול השיקולים הכרוכים בכך".** כתוצאה מכך, אושרה קביעת בית המשפט המחוזי בדבר בטלות החוזה וחיובו של התובע (מוכר המקרקעין) בהשבת הכספים שקיבל על חשבון החוזה שעתר לביטולו. פועל יוצא מאותו פסה"ד זה שהקונה נותר עם כספו ואלו המוכר נותר עם קרקעותיו.

בענייננו – התובעת, המפרקת שנכנסה לנעלי החברה, הודתה כבר במסגרת כתב התביעה כי "**מטרתו האמיתית של הסכם זה הייתה העברת כספים בין רוזנפלד לנתבעים בגין <u>עסקאות שונות ומשונות שנעשו בין הנתבעים לתובעת</u> ובין הנתבעים לרוזנפלד. העברות כספים אלו נעשו גם באמצעות הסכם זה וכך גם דווח כהוצאה מוכרת של התובעת"** (' 59 לכתב התביעה. הדגשות שלי ש'ש'). הרי לך, אפוא, הודאה הן בקיומו של הסכם נסתר הן בכך שגם המערערת הייתה צד לאותה עסקה לא ברורה מאחורי אותו הסכם נסתר. בנסיבות אלו, חיוב המשיבים להשיב את הסכום שקיבלו מהמערערת, מבלי שזו האחרונה השיבה את התמורה שקיבלה בגין אותה עסקה (שאמנם לא הובהרה) – תביא בהכרח לתוצאה שאינה מאוזנת.

שאול שוחט, שופט, סג"נ

התוצאה

ברוב דעות השופטים יונה אטדגי ושאול שוחט, וכנגד דעתה החולקת של השופטת יהודית שבח, הערעורים נדחים בהתאם לפסק דינו של השופט אטדגי.

אין צו להוצאות בערעור.

עירבונות, ככל שהופקדו, יוחזרו למפקידים באמצעות באי כוחם.

ניתן היום, י"ב אלול תשע"ט, 12 ספטמבר 2019, בהעדר הצדדים.

יהודית שבח, שופטת, סג"נ אב"ד	**שאול שוחט, שופט, סג"נ**	**יונה אטדגי, שופט**