בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 7857-12-16 ניצן מי-רז הפקות וקדמ (2012) בע"מ נ' אנקונינה ואח'

לפני כבוד השופט עדי הדר

התובעת: **ניצן מי-רז הפקות וקדמ (2012) בע"מ**

נגד

הנתבעים:
1. רוזטי מזון בע"מ – ניתן פסק דין
2.איציק אנקונינה
3.פדריקו אליאס ארליך
4.בני אשכנזי
5. א.ב. מצדה החזקות 2002 בע"מ

פסק דין

לפני בימ"ש תביעה בגין אי תשלום דמי פינוי ומלוא התמורה, בגין הפעלת בר ושיווקו.

כתב התביעה

1. התובעת הגישה כתב תביעה בסדר דין מקוצר ביום 5.12.16. על פי כתב התביעה, היא עוסקת בהפעלה וניהול של ברים, לרבות שיווק אירועים ופעילויות לקהל הצעיר.
במשך 4.5 שנים רצופות, הפעילה ושיווקה בעבור הנתבעת 1 (להלן: "**רוזטי**") את הבר בשם "**תומא**" ברחוב אבן גבירול 26, בת"א (להלן: "**הבר**"), עד לפינויה מהמקום ביום 29.10.2016, והותרתה ניצבת בפני "**שוקת שבורה**" משום שהנתבעים לא מילאו אחר התחייבותם כלפיה, לשלם לה תשלומים המגיעים לה, בהם תשלום בסך של 100,000 ₪ שהובטח לה כתנאי להסכמתה לפינוי מהבר לפני המועד שנקבע, וכספים רבים שטרם שולמו לה בגין שירותיה. סה"כ סכום התביעה סך של 346,902 ₪.

בקשת רשות להתגונן

2. הנתבעים הגישו בקשת רשות להתגונן ביום 15.2.17. על פי הבקשה, התובעת הפרה את התחייבותה ומעת חתימת כתב ההתחייבות, הפחיתה את פעילותה לקידום הבר עד לפעילות אפסית במהלך חודש אוקטובר 2016 והפנתה את כל משאביה לקידום ברים אחרים. כמו כן, נהגה בחוסר תום לב עת הציגה נתונים מנופחים ביחס להכנסות הבר ולזכאותה לתקבולים בגין נתונים אלו.

הדיון הראשון

3. ביום 26.2.17 התקיים הדיון הראשון (לפני כבוד הרשם הבכיר אבי כהן) בו דן בימ"ש בבקשת הנתבעים לבטל צו עיקול. נחקרו בעלי התובעת (להלן: "**ניצן**") ונתבע 2 (להלן: "**איציק**").

ביטול הטלת העיקולים

4. ביום 21.2.17 כבוד הרשם הבכיר כהן ביטל העיקולים.

הדיון השני

5. ביום 28.5.17 התקיים הדיון השני, הפעם לפני מותב זה. נקבע שהתובעת תודיע מדוע לא תימחק התביעה נגד הנתבעת 1 (להלן: "**רוזטי**") שכן ניתן נגדה צו פירוק. איציק שוב נחקר, הפעם במסגרת דיון בבקשת הרשות להתגונן. בימ"ש חייב הנתבעים להפקיד הסך של 39,000 ₪ כתנאי למתן רשות להתגונן.

מתן רשות להתגונן

6. ביום 8.6.17 בימ"ש נתן לנתבעים רשות להתגונן.

הדיון השלישי

7. ביום 18.7.17 התקיים הדיון השלישי. בימ"ש דן בבקשות התובעת לתיקון כתב התביעה, צירוף בעל דין וצירוף ראיה. בימ"ש התיר לתובעת לתקן כתב התביעה, תוך חיובה בהוצאות. בימ"ש קצב מועדים להשלמת הליכים מקדמיים.

בימ"ש מחק התביעה נגד רוזטי

8. ביום 17.8.17 ובהתאם להודעת התובעת, בימ"ש מחק התביעה נגד רוזטי.

הגשת כתבי טענות מתוקנים

9. התובעת הגישה כתב תביעה מתוקן ביום 17.8.17. לכתב התביעה המתוקן צורפה נתבעת 5 (להלן: "**מצדה**"). הנתבעים הגישו ביום 26.10.17 כתב הגנה מתוקן.

הדיון הרביעי

10. ביום 1.2.18 התקיים הדיון הרביעי. בימ"ש דן בבקשות ההדדיות של הצדדים להשלמת הליכים מקדמיים (גילוי מסמכים ומענה לשאלון) וקבע לבקשת התובעת מועד נדחה לצורך חקירת המצהיר מטעם הנתבעים.

הדיון החמישי

11. ביום 28.2.18 התקיים הדיון החמישי. בימ"ש המשיך לדון בבקשות ההדדיות. בימ"ש נתן הוראות אחרונות בטרם מיצוי הליכים.

הדיון השישי

12. ביום 23.5.18 התקיים הדיון השישי. הנתבעים הודיעו כי התייתר הצורך לדון בבקשתם במסגרת ההליכים המקדמיים. בימ"ש קבע מועד להמצאת אישור משרד רו"ח לתשלומים שבוצעו על ידי איציק מטעם מצדה.

הגשת ראיות

13. ביום 12.6.18 בימ"ש קבע כי מוצו ההליכים המקדמיים והורה על הגשת ראיות הצדדים. התובעת הגישה ראיותיה ביום 12.7.18, והנתבעים ביום 24.10.18.

הדיון השביעי

14. ביום 4.12.18 התקיים הדיון השביעי. בימ"ש הודיע על כוונתו למנות מומחה חשבונאי וקצב לצדדים מועדים לבדוק מניעויות ביחס למי מהמועמדים שהוצעו על ידי ביהמ"ש.

הגשת חוו"ד

15. ביום 23.1.19 מונה רו"ח עופר אלקלעי כמומחה מטעם בימ"ש. זאת, לאחר שהצדדים הפקידו חלקם בשכרו בקופת בימ"ש. המומחה הגיש חוות דעתו ביום 16.6.19.

הדיון השמיני

16. ביום 25.9.19 התקיים הדיון השמיני. בימ"ש קבע מועדים לשמיעת ראיות, סדר שמיעת העדים וקצב זמני חקירתם.

הדיון התשיעי

17. ביום 21.11.19 התקיים הדיון התשיעי במסגרת ישיבת פישור לפני כב' השופט אילן רונן. הצדדים לא הצליחו להגיע להסכמה.

הדיון העשירי

18. ביום 8.7.20 התקיים הדיון העשירי. מכיוון שהמועדים הקודמים שנקבעו בוטלו עקב הסגר שהוטל נוכח מגפת הקורונה, בימ"ש קבע מועד חדש לשמיעת הראיות.

הדיון האחד עשר

19. ביום 22.10.20 התקיים הדיון האחד עשר. נחקרו עדי הצדדים. מטעם התובעת נחקר ניצן ומטעם הנתבעים איציק. לאחר חקירת העדים בימ"ש קבע מועדים להגשת סיכומי הצדדים.

הגשת סיכומים

20. התובעת הגישה סיכומיה ביום 25.11.20. הנתבעים, לאחר שביקשו וקיבלו ארכה, הגישו סיכומיהם ביום 7.1.21.

דיון והכרעה

21. על בימ"ש להכריע במחלוקות שלהלן:
    - מה היא התמורה על פי מחזור ההכנסות?
    - האם הנתבעים אחראים למלוא התחייבויות רוזטי?
    - האם יש לחייב מצדה בהתחייבויות רוזטי?
    - האם התובעת הפרה התחייבויותיה כלפי רוזטי?

גרסאות הצדדים

22. להלן גרסאות הצדדים

גרסת התובעת

23. ביסוד התביעה מונחים 2 מסמכים המסדירים את מערכת היחסים העסקית בין הצדדים.

24. המסמך הראשון, "**כתב הצהרה והתחייבות בלתי חוזרת**" (להלן: "**ההתחייבות**") מיום 28.8.16 שנחתם על ידי הנתבעים למעט מצדה ונסמך על המסמך השני, הוא "**סיכום דברים**" מיום 13.3.16. על פי ההתחייבות, הנתבעים 2-4 התחייבו כלפי התובעת הן באופן אישי, והן בשם רוזטי, לשלם לה את כל רכיבי סכום התביעה הכוללים בחובם גם רכיבים מהתחייבויות הנתבעת על פי סיכום הדברים.

25. נתבעים 2-4 הפרו את ההתחייבות שנטלו על עצמם באופן אישי, כלפי התובעת, לשלם לה על פי ההתחייבות:

א. דמי פינוי בסך של 100,000 ₪ (כולל מע"מ).

ב. סך נוסף של 54,172 ₪ (כולל מע"מ) בגין הפעלת הבר בחודשים אוג', ספט' ואוק' 2016.

26. ע"פ ס' 4 לכתב ההתחייבות זכאית התובעת ל-12% ממחזור המכירות המחושב לפי התקבולים בקופה שהתקבלו בתקופה זו, סך כולל של 803,183 ₪; התמורה שהגיעה לתובעת הנה סך של 96,382 ₪, ובניכוי תשלומים ששולמו ע"ח בתקופה זו- סך של 42,210 ₪.

27. הסכומים שלהלן חלים לכאורה על רוזטי בלבד:

א. סך של 88,000 ₪ בגין הפעלת הבר עד חודש מרס 2016.

ב. סך של 104,730 ₪ בגין הפעלת הבר באפריל, מאי, יוני ויולי 2016. לפי סעיף 3 לסיכום הדברים, לפיו התובעת זכאית ל- 15% ממחזור המכירות המחושב לפי התקבולים בקופה שהתקבלו בבר באותו חודש לאחר ניכוי סך של 100,000 ₪. הואיל וסך מחזור המכירות ב- 4 חודשים האמורים עמד ע"ס כולל של 1,098,205 ₪; התמורה המגיעה לתובעת לאחר ניכוי סך של 400,000 ₪, הנה סך 104,730 ₪.

28. התובעת עתרה להתיר לה לפצל סעדיה נגד איציק בשל התחייבותו האישית כלפיה לשלם לה סך נוסף של 18,000 ₪ בגין עריכת מסיבת פורים לעובדים במסעדותיו במסגרתה נרכשו על ידו 200 כרטיסים מהתובעת ותמורתם טרם שולמה.

גרסת הנתבעים

29. הנתבעים טענו בכתב ההגנה כי מטרת סיכום הדברים שנחתם ביום 13.3.2016 הייתה להבטיח את הגדלת נפח הפעילות של הבר. התובעת לקחה על עצמה במסגרת סיכום הדברים לשווק את הבר בתמורה לחלק מהתקבולים כמפורט בסיכום.

30. הנתבעים טענו שמכיוון שהבר לא הצליח הם החליטו להעביר הזכויות לצד ג'. לכן, נתנו לתובעת ההתחייבות כדי להבטיח רציפות העבודה בבר עד למועד מכירת הזכויות. לטענתם, התובעת הפרה התחייבותה לשווק הבר לאחר חתימת ההתחייבות ולכן אינה זכאית לתשלום על פי ההתחייבות.

31. הנתבעים טענו כי מהסכם העברת הזכויות מכוח הסכם השכירות והפעילות העסקית עולה כי מצדה תישא בהוצאות ו\ או טענות המועלות כנגד רוזטי רק אם הם קמו לאחר יום 30.8.2016- וכי טענות שקמו לפני כן אינן יכולות להיות מופנות כלפי מצדה.

32. מצדה לא נטלה על עצמה חיובים של רוזטי קודם לתאריך לעיל ומשכך אין להסכם זה כל תועלת מבחינת התובעת וכל תיקון התביעה נעשה שלא לצורך ובניסיון בוטה ונפסד להשחיר את פני הנתבעים ולהציגם באופן כוזב כמבריחי נכסים.

חיובים על פי סיכום הדברים

33. סיכום הדברים מעגן מספר חיובים כלהלן:

חוב עבר בסך של 88,000 ₪

34. המסמך הראשון על פי לוח הזמן המעגן התחייבויות הצדדים הינו סיכום הדברים שנחתם על ידי התובעת ורוזטי ביום 13.3.16. על פי ה"**הואיל הראשון**", רוזטי הכירה בחוב בסך של 88,000 ₪ לתובעת אותו עליה לסלק עד סוף שנת 2016.

35. הנתבעים טענו בבקשה למתן רשות להתגונן כי רוזטי פרעה החוב.

דמי פינוי

36. לפי סעיף 2.3 לסיכום הדברים עמדו שתי חלופות לסיום ההתקשרות. אחת מהן תשלום דמי פינוי בסך של 100,000 ₪.

תמורה למשווק

37. על פי סעיף 3 לסיכום הדברים, התובעת שכונתה בהסכם "**המשווק**" זכאית לתמורה חודשית לפי גובה מחזור המכירות בהפחתה של סך של 100,000 ₪.

38. לצורך חישוב סכום התביעה על יסוד ההכנסות ממכירות, בימ"ש מינה מומחה מטעמו. להלן סיכום חוות דעתו של המומחה מטעם ביהמ"ש, רו"ח עופר אלקלעי:

"**מסיכום מכלול הבדיקות שערכתי במסגרת הכנת חוות הדעת, הגעתי למסקנה כי חלקה של ניצן הפקות בהכנסות הבר הינו 148,024 ₪ לפי ראשי הנזק הבאים:**

תקופה	מחזור הכנסות כולל מע"מ נטו	חלקה של ניצן ב- ₪ נטו
04-07/2016	718,546	107,782
08-10/2016	687,100	40,242
סה"כ חלקה של ניצן הפקות		148,024

39. הצדדים לא ביקשו לחקור את המומחה על חוות דעתו, ועל פי הפסיקה, בית המשפט יאמץ ממצאיו של המומחה שמינה, אלא אם כן נראית סיבה בולטת לעין שלא לעשות זאת (ע"א 293/88 **חברת יצחק ניימן להשכרה בע"מ נ' רבי** [פורסם בנבו] 31.12.88, בר"מ 5171/07 **מנשה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון** [פורסם בנבו] 31.12.07, **א' גורן סוגיות בסד"א** 496 (מהדורה 11, 2013).

40. לכן, בימ"ש קובע כי התמורה על פי ההכנסות מהמכירות עומדת על הסך של 148,024 ₪ ולאחר הפחתה של 100,000 ₪, על הסך של 48,024 ₪.

חיובים על פי ההתחייבות

41. ביום 28.8.16 חתמו נתבעים 2 עד 4 על התחייבות כלפי התובעת כבעלי מניות ומנהלי רוזטי "**באופן אישי**" ובשם רוזטי.

42. בסעיפים 2 ו – 3 להתחייבות, הנתבעים 2 עד 4 התחייבו לשלם לתובעת הסך של 100,000 ₪ כדמי פינוי באמצעות 7 המחאות.

43. כמו כן, התחייבו לשלם התמורה למשווק בגין התקופה שמיום 1.8 והדגישו שהתחייבות זו אינה חלה על חוב עבר והיא "**בלתי חוזרת ולא ניתנת לביטול**".

44. מכאן שנתבעים 2 עד 4 לקחו על עצמם לשלם הסך של 100,000 ₪ בגין דמי פינוי וכן התמורה למשווק מיום 1.8 שהמומחה העמיד על הסך של 40,242 ₪.

האם יש לחייב הנתבעים 2 עד 5 במלוא התחייבויות רוזטי ?

45. בהתאם להתחייבות יש לחייב נתבעים 2 עד 4 בסך שך 140,242 ₪.

46. לנוכח, מחיקת התביעה נגד רוזטי, התובעת ביקשה לחייב נתבעים 2 עד 5 ביתרת החוב של רוזטי, מעבר להתחייבויות שנתבעים 2 עד 4 לקחו על עצמם בהתחייבות.

47. התובעת טענה שלפי ההסכם נכנסת מצדה בנעליה של רוזטי בכל הנוגע לזכויותיה של רוזטי בבר, לרבות באשר למילוי חלק מהתחייבויותיה של רוזטי כלפיה.

48. מעת שהוחלפו מספרי הח.פ. בקופות הבר לח.פ של מצדה הפקידה האחרונה בידיה ממסרים שנמשכו מחשבונה בגין חלק מהתחייבויותיה של רוזטי כלפיה ובהתאמה, הנפיקה לה התובעת חשבוניות הנושאות את שמה.

49. התובעת טענה שהנתבעים 2-4 הם שגרמו לכך שנמנע ונבצר מהתובעת לקבל את הכספים המגיעים לה מאת רוזטי. ביום 1.8.16 הוחלפו בסתר מספרי הח.פ בקופות הבר למספרי הח.פ של מצדה.

50. עוד טענה שחומרת הדברים מקבלת משנה תוקף בשים לב לכך שביום 28.8.16, כלומר, יומיים בלבד לפני שנחתם על ידי הנתבעים ההסכם בו הועברו כל זכויותיה של רוזטי למצדה, וכחודש ימים לאחר שמספרי הח.פ. בקופות הבר הוחלפו בהסתר למספרי הח.פ. של מצדה, הנתבעים חתמו בשם רוזטי על ההתחייבות- על אף שידעו ש-48 שעות לאחר מכן הם עומדים לגרום לכך שהיא תעביר את זכויותיה למצדה ולכן לא תוכל זו למלא אחר התחייבויותיה כלפי התובעת.

51. התובעת טענה שעל רקע התנהלות הנתבעים יש להטיל עליהם אחריות אישית לכל חובותיה של האחרונה לתובעת, מקום שלא גילו לה עובר לחתימתם על כתב ההתחייבות מידע מהותי שהיה בו כדי להשפיע על שיקוליה, אם לקבל את כתב ההתחייבות כהסדר נאות המבטיח לה את קבלת כל הכספים המגיעים לה מרוזטי ובהתאמה אם להמשיך ולהעניק את שירותיה.

52. התובעת מנתה שתי סיבות להטלת אחריות אישית על הנתבעים להתחייבויות רוזטי.

53. האחת, בגין היותם נושאי משרה בחברה כאשר לא גילו לצד השני מידע מהותי ביחס לעסקה, כפי חובתם על פי חוק החוזים.

54. השנייה, הנתבעים הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם.

55. התובעת טענה כי הנתבעים הפרו חובות חקוקות- חובת הזהירות, האמונים, ניהול מו"מ וקיום חוזה בחוסר תום לב.

56. התובעת טענה שיש להרים את מסך ההתאגדות כמתחייב מס' 6 לחוק החברות, ולחייב את הנתבעים באופן אישי בחובותיה של רוזטי כלפיה מהנימוקים המפורטים להלן:

57. הנסיבות בהן הנתבעים הזמינו מהתובעת שירותים באמצעות רוזטי בעודם יודעים מראש כי היא לא תוכל לשלם.

58. הנתבעים עשו שימוש באישיות המשפטית של רוזטי במטרה להונות את התובעת.

59. הנתבעים דחו טענת התובעת וטענו כי ביום 28.8.16 הנתבעים חתמו על ההתחייבות שמטרתה דומה לסיכום הדברים וכן הוסדרו אחוזים מהכנסות הבר.

60. הנתבעים טענו שהעברת הזכויות לצד ג'- אינה מהווה לקיחת אחריות על חיובי העבר שלה. מן ההסכם בין רוזטי ובין מצדה עולה בפירוש שמצדה לא נטלה על עצמה חיובים של רוזטי אשר קמו לפני יום 30.8.17. לכן, המסקנה היא שלהסכם עם מצדה אין כל נפקות מבחינת התובעת.

61. הנתבעים פרטו את עקרונות סיכום הדברים:

ראשית, האחוזים להם זכאית התובעת הם לפי מחזור המכירות שעולה על הסך של 200,000 ₪ בחודש ללא תלות בתוצאות היחצ"נות והשיווק.

שנית, התובעת זכאית לתמורה ללא קשר להוצאות העסק.

שלישית, הזכות והמוניטין של הבר שייכות לשני הצדדים.

62. הנתבעים טענו שככל ולא שולמו לתובעת כספים שמקורם בסיכום הדברים- אזי, החבות לכך חלה על רוזטי בלבד ובשום פנים ואופן לא על הנתבעים שכן ההסכם נכרת בין התובעת ובין רוזטי בלבד.

63. הנתבעים הסבירו את נסיבות חתימת ההתחייבות. סיכום הדברים חל על תקופה שמתחילה ביום 1.4.2016 וסיומה ביום 31.3.2021. אולם, הבר לא הצליח יתר על המידה בתקופה שבסמוך לכריתת ההסכם. משכך, החליטו הנתבעים לנסות ולמכור זכויות שימוש בנכס לצד ג'.

64. היה חשוב לשמור על רציפות עסקית עד להעברת זכויות השימוש בנכס לצד ג'- שנקבעה טנטטיבית ליום 31.11.16. איציק עדכן על כך את ניצן. הייתה כנות מוחלטת בדבר הכוונה לסגור את העסק ולמכור את זכויות השימוש- ההפך הגמור מהברחת נכסים.

65. הנתבעים המשיכו להפעיל את הנכס על מנת להפיק ממנו רווחים בזמן שנותר לו. מטרת

ההתחייבות בין התובעת לרוזטי מחודש אוגוסט 2016 הייתה להבטיח דמי פינוי לתובעת עם המכירה וכן מתן ערבות אישית ביחס לזכויות עתידיות של התובעת בקשר לתקבולים מהעסק. מנגד- התובעת צריכה הייתה להמשיך ולקיים את חובותיה החוזיות ולהמשיך לקדם וליחצ"ן את פעילות העסק עד למכירה.

66. ניצן שמע מאיציק אודות הכוונה לפנות את הנכס, וחזר בדרישה שכתב ההתחייבות ייחתם על ידי בעלי החברה, שאם לא כן אין בכוונתו להמשיך וליחצ"ן את המקום- מה שהיה עלול להביא למכה כלכלית קשה.

67. הנתבעים חזרו והדגישו חשיבות עבודת היחצנ"ות לברים וטענו כי במקרה דנן מדובר בסחיטה כלכלית, וכי הם הסכימו להתחייב אישית לשאת בחיובים שבכתב ההתחייבות בין הצדדים על מנת שהמקום ימשיך לפעול ולהרוויח- מתוך הסכמה שהתובעת תמשיך ליחצ"ן את המקום. מדובר היה בהתחייבות הדדית.

אין מקום לחייב הנתבעים בהתחייבויות רוזטי מעבר לאמור בהתחייבות

68. עיון בסיכום הדברים ובהתחייבות מעלה שתחילת הדרך המשותפת הייתה בהתחייבות של רוזטי בלבד. בחודש אוגוסט הנתבעים חותמים על התחייבות לחלק מהתחייבויות רוזטי, דהיינו, לדמי הפינוי ולתמורה למשווק מחודש אוגוסט, תוך שהם מיידעים את התובעת בדבר העברת הזכויות לצד ג'.

69. ההתחייבות אינה מנוסחת כהסכם. אולם, התובעת טענה כי המשיכה לשווק הבר גם לאחר חתימת ההתחייבות ומכאן שההתחייבות נחתמה על דעתה ומשקפת הסכמת הצדדים לגבי אופן סיום הקשר בין הצדדים. איציק העיד שניצן הכין נוסח ההתחייבות.

70. לו רצתה התובעת לקבל התחייבות אישית של הנתבעים גם לגבי התחייבויות נוספות של רוזטי כגון חוב עבר בסך של 88,000 ₪ או חוב בגין התמורה למשווק עד חודש אוגוסט, מצופה היה שתכין טיוטא בהתאם, או תודיע על כך בכתובים לנתבעים.

71. זאת, בשים לב שסעיף 5 להתחייבות קובע כי "**למען הסר ספק, מודגש בזאת, שכתב התחייבות זה, אינו מתייחס לתקבולים נוספים המגיעים לכם בגין חובות עבר (היינו מלפני יום 1.8.2016**".

72. התובעת ייחסה חשיבות רבה למועד בו הוחלפה הפעילות העסקית בבר מרוזטי למצדה ביום 1.8.16 ובכך שהתמורה מאותו שלב שולמה על ידי מצדה. התובעת שאלה את איציק

בחקירתו איך ציפה שרוזטי תעמוד בהתחייבויות החל מיום 28/08 **ואילך וקדימה, כש4 שבועות קודם לרוזטי כבר אין תקבולים, כי העברתם בקופה הרושמת את הח.פ."**

73. איציק ענה כלהלן:

"ת: מאד פשוט, אם לא, אמרתי גם בעיקול, העניין הוא טכני, אם לא הייתי עושה את זה, גם ניצן מירז לא היה מקבל את הכספים שהיו לו, היו עיקולים בבנק, לחברת רוזטי, מה שעשינו זה החלפה של ח.פ כדי שנוכל להמשיך לעבוד ולשלם גם לו ולשלם לאחרים.

ש: אז אני.

ת: חברת א.ב מצדה אחזקות באה ותרמה את גופה לזה כדי להמשיך את הגלגל הזה לעוד חודשיים או כמה שזה לא היה.

ש: לא, לא אתה לא איתי, אני אחדד את זה, אתה מנהל גם ברוזטי וגם במצדה נכון?

ת: כן.

ש: כן, אני אחדד את השאלה, אם החל מה01/08 לא נכנסים כספים לקופה הרושמת לטובת רוזטי, איך רוזטי 4 שבועות אחרי שכבר לא נכנסים אליה כספים מתחייבת כלפיו בתשלומים, אין לה כבר הכנסות, ההכנסות הן של מצדה.

ת: ההתחייבות שלנו הייתה מגובה בהתחייבות אישית אוקיי? זה 1, קודם כל אנחנו עשינו באותו רגע את השינוי."

וראו

"העד, מר אנקונינה: לי יש אחריות לחברה הזאת, לרוזטי ולהמשכי, בתור אחד שמנהל את החברה, מה שעשיתי, צעד כמו שהיה במוישלה ונותן לו את החברה והוא לוקח את ההכנסות ואת ההוצאות שלה כדי להגיע לנקודת המכירה באותו תאריך מיועד, אם היינו סוגרים לא היה לא את הכסף לעוד נושים ולא היה את הכסף שהוא קיבל בשלב הזה."

וראו

"עו"ד אגר: תראה, מי שיצטרך להחליט זה בית המשפט איך זה נראה לו, אני אגיד לך איך זה נראה לי, ב01/08 כסף לא נכנס כבר לרוזטי, 4 שבועות אחרי זה למרות זאת רוזטי חותמת על כתב התחייבות, כשכבר כסף לא נכנס אליה ויומיים אחרי זה כל הפעילות לא רק הכספים, כל הפעילות מועברת מרוזטי למצדה, על פי נספח ג' לתצהיר ניצן, גם זה עניין טכני?

העד, מר אנקונינה: ועוד איך, עניין טכני כי אני מתחייב לו, ברגע שאני התחייבתי לו, כתב התחייבות העברתי את ההתחייבות שאנחנו מדברים מאותו רגע גם אליי, זאת אומרת רוזטי לא רלוונטית, אני עושה את זה גם כדי שאני אוכל להמשיך לעבוד ומשלם לו, בטח שזה טכני, זה אך ורק טכני ההתחייבויות שלו מול רוזטי כחברה, כחברה ומולי

ככתב התחייבות, זאת ההתחייבות ובהתחייבות שלו הוא התחייב לעשות הרים וגבעות ועשה ההיפך ואני גם התחייבתי לכסף ואת הכשל תמורה שלו הוא ברור פה בצורה כמו המלך עירום, אך אחד לא רואה אז אני, גם לי אין מילים.

ש: לא כל כך הבנתי, אבל בסדר."

74. תשובותיו של איציק מניחות את דעת בימ"ש. על אף שבהתחייבות לא צוין כי הפעילות בבר הועברה למצדה, בפועל המשך תשלום התמורה לעבודתה של התובעת הובטח בערבות נתבעים 2 עד 4. מכאן שהעברת הפעילות למצדה שרתה את עניינה של התובעת בכך שעל אף העיקולים שהוטלו על נכסי רוזטי, אפשר היה להמשיך פעילות הבר.

75. אין לשלול האפשרות שהעברת הפעילות למצדה עלולה להיות פסולה ביחס לנושים אחרים של רוזטי לגבי התחייבויות עבר, או עתיד, של רוזטי. אולם, התובעת שידעה כי הפעילות של רוזטי עומדת להסתיים, קיבלה בטוחה, באמצעות שלושה ערבים שונים לגבי חלק מחוב עבר ולגבי התחייבות עתיד ולכן אין בהעברת הפעילות עובר למתן ההתחייבות כדי לשנות מצב הדברים מבחינה מהותית לגביה.

76. זאת, מכיוון שכאשר קיבלה ההתחייבות, כבר ידעה שחלק מחוב העבר אינו מובטח בערבות. כמו כן, על אף הטענה להעברה בסתר של הפעילות, התובעת קיבלה שיקים של מצדה ולכן ידעה שחל שינוי. איציק העיד "**הוא קיבל צ'קים ושאל אותי למי להוציא את החשבונית**" וכן העיד "**ניצן מירז הוציא חשבוניות על א.ב מצדה אחזקות אז הוא לא ידע?**". לנוכח קבלת השיק ממצדה, אין לקבל הטענה שהעברת הפעילות למצדה הפתיעה כביכול את התובעת. לכן, בימ"ש דוחה טענת התובעת כי "**לא היינו חותמים עם רוזטי אם היינו יודעים**" על העברת הפעילות.

77. אם היה ספק לגבי השאלה אם ניצן הופתע בעניין מצדה, הספק הוסר עת ניצן השיב בעמוד 88 לשאלות בעניין זה כלהלן:

"**לא מה שקרה זה שאיציק זה היה חלק מהרעיון, אני פשוט כבר נשבר לי ואמרתי לו שמע אתה חייב לי כל כך הרבה כסף אני רוצה את הכסף ואז הוא ניסה כאילו להשתמש בחברה אחרת כדי כאילו להשתיק אותי בינתיים כדי שאני אמשיך לעבוד.**

ש: אז ידעת שהוא משתמש בחברה אחרת כדי לשלם לך על הכספים של התומה נכון?

ת: נו מה הכוונה.

ש: אני שואל אותך שוב, אתה ידעת בעצם שהכספים בגין החובות של התומה משולמים באמצעות מצדה נכון?

ת: אוקיי."

78. למרות שעל פי הראיות (נספח ט' לתצהיר ניצן) השיקים של מצדה נמסרו לתובעת בחודש ספטמבר 2016, וניצן אישר בעדותו שהיה ער לכך בזמן אמת, התובעת לא כללה את מצדה כנתבעת. בימ"ש מסיק מכך שהוספת מצדה כנתבעת רק לאחר הגשת התביעה הינה ניסיון לשפר בדיעבד את הבטוחות שקיבלה בהתחייבות, לכל יתרת החוב הנטענת, גם זו שנוצרה לפני מתן ההתחייבות.

79. התובעת העלתה טענה נוספת והיא שהסכם העברת הזכויות מרוזטי למצדה נחתם ביום 30.8 (נספח ג' לתצהירו של ניצן). זאת, למרות שעל פי ההתחייבות שנחתמה יומיים קודם לכן, העברת הזכויות הייתה אמורה להיות "**בעוד 3 חודשים**". התובעת שאלה את איציק "**האם גם זה טכני?**"

80. גם לטענה זו איציק ענה באופן דומה:

"ת: ועוד איך טכני וכאן, את הנייר הזה קודם כל ניצן עשה, מה הוא עשה, בעצם הוא שם את הנקודות שחשובות לו והכתב יד זה אני ביקשתי, זה כתב יד שלי ואת סעיף 2 הוא הכניס כי לא, כי יש שם העברת זכויות, לא כל כך מעניין העברת זכויות, מעניין קבלת הכסף, זה היה רלוונטי, הנושא הטכני לא רלוונטי לניצן, הוא לא בעל מניות בחברה, הוא לא שום דבר, כמו הספק של עגבניות, כמו הספק של זה, הוא לוקח סיכונים גם? עבד מול החברה, הרי שהוא עשה את המסמך הזה התעקש על ערבות אישית אחורה, למה לא נתנו לו, כי אחורה הוא לקח סיכון עבד מול חברה, אני לוקח סיכונים נופל 20 פעם כבר ב30 שנה האחרונות, לקחתי סיכון, עובד מול חברה, אני לא רוצה, חברה תחתמו לי ערבות אישית.

כב' השופט הדר: אדוני, תבחר את המשפט החשוב ביותר ותסיים.

העד, מר אנקונינה: למשפט החשוב ביותר, העניין הזה היה טכני ולא עניינו של ניצן הוא לא חלק מהחברה והוסבר לו הכל, הכל היה שקוף, הוא ידע הכל.

כב' השופט הדר: תודה רבה.

עו"ד אגר: רגע, אם זה לא מעניין, למה אתה מכניס את סעיף 2 הזה?

העד, מר אנקונינה: עוד פעם אתה אומר אני? אני לא כתבתי את זה, זה הוא כתב.

ש: אז למה חתמת על זה?

ת: כי הדברים האלה בסדר מבחינתי, חתמתי על מה שנראה לי בסדר, אני רוצה להגדיל את ההכנסות, הוא בא אומר.

(מדברים ביחד)

ת: נגדיל את ההכנסות, תחתום לי על ערבות אישית, לקחתי סיכון, חתמתי לו על זה."

81. תשובות איציק לשאלה אם עדכן ניצן לגבי המועד המדויק של העברת הפעילות לא היו עקביות, פעם אמר שעדכן ופעם שלא:
"לא, אני אומר אחד אמרתי וידע, שתיים הוא לא, אם היה רושם פה, הוא רשם את המסמך, אם זה היה רלוונטי מבחינתו הוא גם היה רושם את זה."

82. אולם, בימ"ש מקבל את טענת הנתבעים, שבנסיבות העניין, שעה שבניגוד לנושים אחרים של רוזטי, התובעת קיבלה ערבות הן לחלק מחוב העבר ולמלוא ההתחייבות העתידית, הסוגיה אינה מעלה או מורידה גם אם יש "**בזה התנהלות לא תקינה או טעם נפגם**", כטענת התובעת.

83. איציק העיד שלא רק שבעלי המניות לא הבריחו כספים מרוזטי, אלא שהם אף כיסו מכספם חובות שלה "**רוזטי הצליחה לשלם מע"מ, מס הכנסה ומשכורות ואולי עוד (לא ברור) כי ארנונה כבר לא היה כסף, שילמנו מכספנו אחר כך.**"

84. בעמוד 85 ניצן נשאל לגבי טענתו שאיציק ערב לכל החוב כלפי התובעת:
"מה שקרה הוא שהוא הבטיח לי בכל דרך אפשרית שברגע שהוא יקבל את המיליון שקל שמגיע לו מהצד ג' שמפנה אותו אז הוא יסגור איתי את כל הכספים ובדרך בגלל זה גם הסכמתי לעניין עם הערבות אישית ולהמשיך לעבוד ובדרך בכל מקום נכנס שהוא בכלל היה אמור להביא שיקים והיינו אמורים להתקדם, הוא פשוט גרר והטענה שלו הייתה הנה אני תכף מקבל הרבה מאוד כסף אני מקבל מיליון שקל רק מההם ואני אוכל ואני אשלם לך את הכל. אני לא רציתי להמשיך בתכל'ס לעבוד מהסיבה המאוד פשוטה שהוא בכלל לא משלם. וככה הוא משך אותי כל התקופה."

85. ניצן נשאל בעמוד 87 מדוע אם קיבל התחייבות בעל פה מאיציק לערוב לכל החוב, התחייבות זו לא קיבלה ביטוי בהתחייבות בכתב ועל כך ענה בשורה 20 " **לא יודע מה לענות על זה.**"

86. בימ"ש קובע כי לנוכח תוכן ההתחייבות, התובעת לא הוכיחה כי איציק התחייב לערוב לחובות נוספים, מעבר לאמור בהתחייבות. כמו כן, בימ"ש קובע כי לנוכח תוכן ההתחייבות שהסדירה סיום ההתקשרות בין התובעת ובין רוזטי, שעה שצוין בה בברור כי הזכויות ברוזטי יועברו לצד ג' והתובעת קיבלה בטחונות לגבי חלק מחוב העבר ולגבי מלוא ההתחייבות העתידית, אין מקום לטענה כי קמה חבות של מי מהנתבעים, לרבות מצדה, ליתרת חוב העבר כלפי התובעת.

87. בניגוד לטענת התובעת בסעיף 10 לסיכומיה ובסעיף 12 לסיכומיה, לו ביקשה התובעת להבטיח מלוא חוב העבר של רוזטי, ע"י בטוחות נוספות, או פרעון מידי, היה עליה לעמוד על הסכמה שונה, או לנקוט בצעדים משפטיים מתאימים לנוכח המידע שזכויות רוזטי יועברו לצד ג'. אולם, מסיבותיה, יזמה הסכמה שמבטיחה באופן חלקי זכויותיה ולכן טענותיה בכתב התביעה הן בגדר ניסיון לשפר בדיעבד הסכמה בין הצדדים.

88. בימ"ש דוחה טענת התובעת בסעיף 14 לסיכומיה כי ההתחייבות יצרה "**עילה עצמאית ראשונה לחיוב המנהלים**". בימ"ש קובע כי ההתחייבות יצרה עילה עצמאית וסופית להתחייבות המנהלים, בהתאם להסכמת הצדדים. זאת, בשים לב לידיעה של התובעת לגבי המצב לאשורו, קשיים בתפקוד רוזטי והכוונה להעביר הזכויות בה לצד ג' וקבלת בטוחות לגבי חלק מהחוב ולגבי התחייבות עתידית.

89. מכיוון שהתובעת ידעה כי הנתבעים עומדים להעביר הזכויות לצד ג' וכי הפעילות בבר אינה מיטבית בלשון המעטה, ואף דאגה לבטוחה בדבר חלק מחוב העבר, אזי לא הוכחה הטענה בסעיף 11 לסיכומי התובעת להטעיה. זאת, מכיוון שהנתונים המהותיים היו בידיעתה ואין בהיתפסותה למועד המדויק של שינוי החפ. ולהקדמת מועד העברת הזכויות, כדי לבסס הטענה להטעיה שמנעה כטענתה בסעיף 18 לסיכומיה "**לקבל מרוזטי את חובה**". מכאן שהסתרת חלק מהמידע לחוד וקשר סיבתי בין אותו מידע שנטען שהוסתר ובין הנזק הנטען, לחוד.

90. בסעיף 31 לסיכומיה, התובעת ניסתה להסביר הקשר הסיבתי בין הסתרת מועד החלפת החפ. ובין הנזק שנגרם לה, בכך שהתקבולים מיום 1.8 הופנו למצדה במקום לרוזטי. טענה זו הייתה יפה, אילולא קיבלה התובעת ערבות מהנתבעים לתקבולים החל מאותו מועד בדיוק, 1.8. הדברים יפים גם לגבי הטענה בסעיף 32 לסיכומיה, בעניין מועד העברת הזכויות למצדה בסוף חודש אוגוסט. ממילא, לתובעת ערבות של הנתבעים לגבי התמורה בגין אותה תקופה ממש. מכאן שטענתה ש"**ההסתרות**", הותירו אותה "**בפני שוקת שבורה**", אינה נכונה.

91. התובעת טענה בסעיף 33 לסיכומיה כי לו ידעה על החלפת החפ. ועל מועד העברת הזכויות היה בכך "**להשפיע על שיקוליה אם לקבל את כתב ההתחיבות כהסדר נאות המבטיח את קבלת כל הכספים המגיעים לה מרוזטי**".

92. בימ"ש שב וקובע כי מועד העברת הפעילות בבר מרוזטי למצדה והקדמת מועד העברת הזכויות למצדה, לא היו מהותיים לעניין הסכמות הצדדים. זאת, מכיוון שהנתונים המהותיים, הכוונה להעביר הפעילות לצד ג' והקשיים בתפקוד הבר, היו בידיעתה. לא זו

אף זו, היא ויתרה במודע על מתן בטוחה לחלק מחוב העבר. לכן, אין מקום להיתפסותה בדיעבד למועד המדויק של שינוי החפ. ולהקדמת מועד העברת הזכויות. בימ"ש מוצא תימוכין למסקנה זאת בכך שבזמן אמת התובעת לא העלתה כל טענה בעניין. להפך, היא קיבלה בסוף חודש ספטמבר שיקים של מצדה. התובעת אף לא תבעה את מצדה בכתב התביעה המקורי.

93. כמו כן, ניצן טען על מנת להדוף את טענת הנתבעים לגבי הפרת ההסכם, כי נכח בבר כל יום במסגרת שיווק הבר. לכן, טענתו כי לא ידע בזמן אמת על העברת הפעילות מתחילת חודש אוגוסט למצדה אינה הגיונית. טענת איציק כי ניצן היה מעודכן, גם אם לא ממנו, היא שמתיישבת עם העובדות, לרבות הכנת הטיוטא של ההתחייבות על ידי ניצן לצורך הבטחת זכויותיו, על יסוד חששו לגבי יכולתו לגבות חוב העבר. לעניין זה ראו גם טענת הנתבעים בסעיף 50 לסיכומיהם כי הטענה עלתה לראשונה במסגרת חקירתו הנגדית של איציק בעת הדיון בבקשה לביטול העיקולים ע"י ב"כ התובעת מיוזמתה.

94. בניגוד לטענת התובעת בסעיף 6 לסיכומיה, הטענה להברחת נכסים מרוזטי למצדה בניגוד לצו של בימ"ש של הפירוק לא הוכחה על אף הליכים מקדמיים ממושכים. התובעת צדקה כאשר טענה בסעיף 17 לסיכומיה כי הנתבעים לא עמדו בנטל הבאת הראיות לעניין טענתם להפרת ההסכם על ידי התובעת. אולם, טענה זו יפה גם כלפיהם לעניין הטענה להברחת נכסים. על אף הליכים מקדמיים ממושכים, לא הוצג האקדח המעשן לפיו כספי רוזטי הגיעו לכיסם של הנתבעים במקום לנושים, לרבות התובעת.

95. התובעת הקדישה חלק לא מבוטל מסיכומיה לטענה כי יש להרים מסך ההתאגדות. אולם, לא הוכחה הטעיה, מטרות לא כשרות, ניהול בחוסר תום לב, או מי משאר הטענות הרבות המנויות מסעיף 21 לסיכומיה. הנכונות של איציק לשלם חלק מחובות רוזטי באופן אישי אינה אמורה, כטענת התובעת, להיזקף לחובתו. כמו כן, התובעת טובלת ושרץ בידה. מצד אחד מלינה על החלפת חפ. בקופה עובר למועד מתן החלטת בימ"ש של הפירוק, ומצד שני היא זאת שקיבלה תשלומים ממצדה לאחר מתן החלטת בימ"ש של הפירוק האוסרת דיספוזיציה. בניגוד לטענת התובעת בסעיף 21 לסיכומיה, לא רק שלא בהכרח שקופחה ביחס לנושים אחרים, שיתכן ולא קיבלו כלל בטוחה, היא קיבלה בטוחה לגבי חלק מחוב עבר ולכן סביר להניח שהועדפה על פני נושים אחרים. לכן, אם נפל פגם בהתנהלות הנתבעים, יתכן שהוא נוגע לנושים אחרים, אך לא לתובעת, ששיפרה מצבה לעומת נושים אחרים.

96. כאן המקום לציין, כי בימ"ש זה התרשם בעניין הטענה להרמת המסך, כפי התרשמות כבוד הרשם הבכיר עת ביטל העיקולים. לא הובאו ראיות, ששינו תמונת המצב לאחר מועד מתן

החלטת כבוד הרשם הבכיר ביום 21.2.17. זאת, כאשר הרמת מסך אינה סעד שבימ"ש נותן כבשגרה, אלא במקרים חריגים.

97. לכן, כאשר התובעת מאשימה בעניין זה את הנתבעים בחוסר תום לב, היא בבחינת הפוסל במומו פוסל. מכאן גם שהטענה ל"**חוסר צדק משווע**" בסעיף 26 לסיכומיה, אם לא יורם מסך ההתאגדות, מוטב היה שלא תעלה כלל.

98. מסעיף 27 לסיכומיה, התובעת מייחסת לנתבעים רשלנות רבתי. טענה זו עליה להפנות לעצמה. אם היו מזומנים בקופת רוזטי מהם היה באפשרותה להיפרע עובר לכניסת רוזטי לחדלות פירעון, היה על התובעת להגיש תביעה בזמן אמת ולבקש לעקל מידית נכסי רוזטי. אולם, היא העדיפה להבטיח חלק מהחוב כלפיה ולקחת סיכון מחושב לגבי האפשרות שרוזטי תקלע לחדלות פרעון.

99. למעלה מהדרוש יאמר שאם הייתה הברחת נכסים, אין לתובעת יתרון על פני נושים אחרים ומי שצריך לפעול לגביית הסכומים שהובררו, והטענה להברחה לא הוכחה, הוא מפרק רוזטי ולא התובעת באמצעות תביעה כאן.

מצדה לא חבה מכח חוזה לטובת צד שלישי

100. בסעיף 35 לסיכומיה, התובעת טענה כי יש לפרש סעיף 3 להסכם בין רוזטי ובין מצדה כחוזה לטובת צד שלישי, דהיינו, לטובתה ובהתאם להוראת סעיף 34 **לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973**. מכיוון שבסעיף 3 מצדה מקבלת עליה התחייבויות רוזטי החל מיום 1.9 ברי שיש לדחות טענה זו לגבי חובות רוזטי לפני יום 1.9.

101. אולם, הטענה אינה עומדת בדרישות הפסיקה גם לגבי התמורה המגיעה לתובעת בגין החודשים ספטמבר ואוקטובר. זאת, מכיוון שהפסיקה קבעה כי אין די בחיוב לטובת מי שאינו צד לחוזה כדי להקנות למוטב זכות לדרוש את קיום החיוב.

102. לעניין זה ראו דברי המלומדת פרופ' ג. שלו בספרה "**דיני חוזים –החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי**" בעמוד 583:

"יש להוכיח כוונה פוזיטיבית להקנות לו זכות לדרוש את קיום החיוב. אותה גמירת דעת הנדרשת לשם כריתת חוזה חיונית גם לשם הקניית הזכות למוטב."

103. לענייננו, איציק לא נחקר בעניין זה ולא הובאה ראיה לעניין גמירת הדעת ולכן בימ"ש דוחה הטענה.

חיוב הנתבעים 2 עד 4 בגין ההתחייבות ודחיית התביעה נגד מצדה במלואה

104. אשר על כן, בימ"ש דוחה טענת התובעת שיש לחייב נתבעים 2 עד 4 מעבר להתחייבותם בהתחייבות, וכן קובע שאין לחייב מצדה בחיובי רוזטי.

האם התובעת הפרה את ההסכם ?

105. הנתבעים אישרו כי לא שילמו יתרת החוב לתובעת בהתאם להתחייבותם ונימקו זאת בכך שהיא הפרה ההסכם ולא שיווקה הבר וכי הלכה למעשה הבר עמד כמעט שומם. מכאן שהתובעת הפרה, לטענתם, באופן יסודי את כתב ההתחייבות ואת ההסכם באופן השולל ממנה כל זכאות כספית שכן חדלה מליחצ"ן את הבר חרף מחויבותה החוזית והחלה במקום זאת לקדם פעילויות של עסקים מתחרים. בסעיף 2 לסיכומי הנתבעים הם טענו שההסכם הופר באופן "**קולוסאלי**" ויסודית ובוטל כדין.

106. הנתבעים טענו שהתובעת כנותן שירות מנסה בעזות מצח להסתמך על אותו הסכם שלא קוים כדי לגבות שכר טרחה ללא כל טרחה. הם הפנו לעמוד הפייסבוק של ניצן בתקופת אוגוסט 16 ועד אוקטובר 16 – ממועד מתן ההתחייבות ועד למכירת העסק. הם טענו ש"הבוטלג" מאוזכר לפחות 10 פעמים, "הטוטו קארה" לפחות פעמיים (אלו שני ברים שונים) ואילו הבר, אפס פעמים. מאז חודש יוני אין כל זכר בעמוד הפייסבוק של ניצן לקיום העסק.

107. הנתבעים הפנו להעתקים שמראים שגם היחצנים השונים של ניצן כמעט ולא פרסמו את הבר לעומת ברים אחרים.

108. לכן, טענו, הפרה יסודית זו העניקה להם את הזכות לביטול ההסכם ולביטול ההתחייבות לרבות פיצויים בשל הנזקים שנגרמו להם.

109. ניצן נחקר באריכות בעניין זה. בעמוד 55 משורה 29 ענה לשאלה מדוע לפי ממצאי המומחה בחודשים האטרקטיביים, ההכנסה ירדה:

"קודם כל זה לא נכון, זה לא חודשים ומדובר, אתה אמרת את זה, דיברת על חודש אוקטובר שהוא חודש אטרקטיבי ולא חודשים, זה דבר ראשון..

ככה, הוא בעצם מנסה להראות לכם ממוצע ושהממוצע עמד לפני זה על 279 אלף ובחודשים האלה, כמה אמרת שהממוצע?

עו"ד אגר: 229.

העד, מר מירז: 229 אלף, עכשיו יש פה משהו שצריך להבין, בגלל שהעסק היה כמו שהוא היה וכמו שהם התנהלו, אז היו הרבה ימים, קודם כל לא הוציאו את המקסימום משום דבר ושום דבר לא התנהל כמו שצריך והיה אין סוף חוסרים, בגלל בעצם התפעול שלהם ובלי שום קשר בתאכלס, זו גם לא ירידה כזו נמוכה, בהתחשב בזה שהם סגרו את העסק....

כב' השופט הדר: הטענה של הנתבעים, זה שזה בכלל היה אמור לעלות, לא לרדת.

העד, מר מירז: זה לא יכל לעלות, בגללם."

110. ניצן גם הסביר בעמוד 57 בשורה 5 שלפי ההתחייבות היה לו עניין להשיא ההכנסות

"**לניצן מירז יש אינטרס שהמחזור יהיה גדול ככל הניתן כי אני מרוויח מזה נכון?...**

ולכן ברור שאני תמיד אעשה את המקסימום, כי ככל שהם מרוויחים יותר, אני מרוויח יותר, התמורה שלי נגזרת, של המחזור, אני רוצה להגיע כמה שיותר גבוה, כדי להרוויח כמה שיותר, יש לי אינטרס לעשות כמה שיותר ואם אתה כבר אמרת את זה, אתה כל מה שאתה אומר זה גם בדיוק הפוך, כי אם אתה אמרת שהם שיפרו לי (לא ברור) אז בטח התאמצתי יותר אם כבר, ולא התאמצתי פחות"

111. טענת ניצן כי הירידה בהכנסות נעוצה בתפקוד כושל של הנתבעים משתלבת עם טענת הנתבעים עצמם כי הבר לא הצליח ולכן החליטו להעביר הזכויות לצד ג'. הנתבעים לא ייחסו במועד מתן ההתחייבות את הכישלון לתובעת שכן בהתחייבות המשיכו ההתקשרות עמה ואף ערבו אישית לתמורה לעבודתה.

112. הנתבעים ניסו במהלך חקירתו של ניצן לעמת אותו עם טענות כי לא הזמין גרפיקה ולא פרסם בפייסבוק הבר בחודשים אוגוסט עד אוקטובר. בעמוד 63 ניצן טען כי הנתבעים אינם מבינים את עבודת היח"צ:

"אני לא יודע להתמודד עם האמירה הזאת, אתה פשוט לא מבין את הענף שלי ויותר מזה אני אגיד, בית המשפט הציע לכם להביא מומחה של יחץ, אתם לא הבאתם, למה לא הבאתם? חבל, היה פה מומחה, היה קובע בדיוק כמו."

113. בעמוד 65 ניצן טען ש"**יח"צ לא נעשה רק באותו פייסבוק, רובו לא נעשה בפייסבוק.**"

וראו בעמוד 68

"מה שאני רוצה להגיד זה שחייבים להבין שפייסבוק זה כלי מאוד מינורי, היום יש כל כך דברים"

וראו בעמוד 69

"אני מפרסם גם ברים, אבל פייסבוק זה לא הכלי העיקרי שלי."

114. ניצן טען כי עשה שימוש בעיקר בהזמנות המוניות בוואטסאפ, אך הנתבעים טענו בסעיף 30.5 לסיכומיהם כי לא הציג לכך ראיות. אולם, מי שהיה אמור להוכיח הפרת ההסכם, היו הנתבעים ולא התובעת.

115. בימ"ש מסכים עם טענתה של התובעת כי היה על הנתבעים לבסס הטענה לגבי הפרת חובה מקצועית למתן שירותי יחסי ציבור באמצעות מומחה. בהעדר חוו"ד של מומחה, נותרו טענות הנתבעים מסעיף 29 לסיכומיהם שלא הוצגו ראיות מספקות לצורך פרסום הבר, בפייסבוק, על ידי הזמנת גרפיקה ועוד טענות, כטענות בלבד שיתכן ומומחה היה יודע לאמוד את חשיבותן באופן מקצועי. כך למשל היה בידי המומחה לאמת טענת הנתבעים, אותה כינו בסעיף 31 כ"**השיא**" ולפיה נספח י' שמתעד רשימת אירועים שערך ניצן אינה מהימנה בגלל שלל טענות. ניצן דחה הטענה החמורה כי פברק המסמך:

"זה כל כך מגוחך שאין לי אפילו. אפילו הבעלים שם הזינו הם יכולים להזין שם. אני לא מצליח להבין. אני מכיר את התכנה הזאת חמש שנים, לא יודע לא יודע למה להגיד דבר כזה סתם להמציא. בסדר."

116. הנתבעים הלינו על כך שהתובעת לא העידה העובדת שערכה נספח י'. אולם, האירועים היו בידיעת ניצן ולכן היה באפשרותם לחקור אותו על קיום האירועים. חשוב מכך, הם לא ניסו לטעון , ולכן גם לא הוכיחו, כבעלי הבר, שמי מהאירועים בבר לא התקיימו בפועל.

117. כפי שהתובעת לא סיפקה אקדח מעשן לגבי טענת ההברחה, כך גם הנתבעים לא העמידו ראיה שהאירועים לא התקיימו, ע"י עד מטעמם, או על ידי העדת מי מהיחצנ"ים הרבים שניצן הזכיר במסגרת חקירה קודמת שלו. בעניין זה נפלה אצל הנתבעים שגגה. לא התובעת אמורה הייתה להוכיח כי לא הפרה ההסכם, אלא הם.

118. למרות שההליכים המקדמיים ארכו זמן רב, הנתבעים, שעליהם היה להוכיח הפרת ההסכם על ידי שירות יחסי ציבור חסר או לקוי, לא ביקשו לקבל במהלכם את כל

המסמכים אותם מנו בסעיף 30 לסיכומיהם שאמורים לטענתם לתעד עבודת התובעת. את המסמכים, ביקשו, רק במהלך חקירת ניצן, לרבות מסמכים מארכיב גוגל.

119. הנתבעים טענו בסעיף 35 כי בימ"ש ביקש במהלך חקירתו של ניצן כי יאתר בטלפון הנייד שלו במרשתת העתק של טבלת אירועים משנת 2016. ניצן לא הצליח. אולם, בדיקה זו הייתה אמורה להתבצע באופן מסודר על ידי מומחה, או במסגרת ההליכים המקדמיים ואין לשלול האפשרות שאכן ברגע הדיון היה לניצן קושי לאתר הטבלה באמצעות הטלפון הנייד.

120. לא זו אף זו, הנתבעים, ובעיקר איציק, בעלי מקומות בילוי רבים ולכן מצופה היה שיעלו הטענות שהועלו בחקירת ניצן בזמן אמת ולא בדיעבד, מיד כאשר שמו לב לכך ש"**המקום שומם**" ושו"**אנשים לא הגיעו**". ככל שהנתבעים תארו את חידלון התובעת בביטויים עזים יותר, כך גברה התהייה, הכיצד טחו עיניהם של מסעדנים ותיקים ומנוסים כגון הנתבעים מלהבחין בזמן אמת בהפרה הקולוסלית, כלשונם. לכן, בימ"ש דוחה הטענה בסעיף 18 לסיכומיהם לפיה רק בסמוך לאחר סגירת הבר בסוף חודש אוקטובר, "**החלו הנתבעים "ללקק את הפצעים" וללמוד את נסיבות הכישלון**".

121. הנתבעים ייחסו להיותו של חודש אוגוסט חודש קיץ חשיבות רבה בסעיף 25 לסיכומיהם. אולם, הם חותמים בסוף חודש אוגוסט על ההתחייבות, על אף הירידה המשמעותית בהכנסות, הנטענת בסעיף 25 לסיכומיהם.

122. בימ"ש דוחה את טענת הנתבעים בסעיף 19 לסיכומיהם לפיה בדיון בביטול העיקולים התברר כי התובעת לא פעלה כדי לקדם הבר. כבוד הרשם הבכיר כהן נמנע מדיון בטענות ההדדיות וביטל את העיקולים, אך משום שהתובעת לא הוכיחה יסוד ההכבדה על מימוש פסק הדין, ככל שתזכה בתביעה ולעניין זה ציין את הציטוט מפיו בסעיף 20 לסיכומי הנתבעים. כבוד הרשם הבכיר מצא להעיר הערות נוספות לגבי הקושי בהוכחת מלוא סכום התביעה, אך מצא גם לציין, בניגוד לטענת הנתבעים בסעיף 2 לסיכומיהם, כי לא ניתנה הודעת ביטול ולכן התחייבות הנתבעים תקפה על אף טענותיהם להפרה.

123. קושי נוסף לעניין טענת ההפרה עולה מטענת איציק בעמוד 114 לפיה ההפרה החלה כביכול בדיוק, "**באותו רגע**" כלשונו, ביום 28.8 ולכאורה נמשכה בחודשים ספטמבר ואוקטובר.

124. כאמור לעיל, על אף הטענות נגד התובעת, הנתבעים לא ביטלו ההסכם בזמן אמת. מכאן המסקנה היא שכפי שהתובעת ניסתה לייצר טענות לגבי הברחת נכסים למצדה והסתרת העברת הפעילות למצדה בדיעבד, גם טענות הנתבעים בעניין הפרת ההסכם, שאינן מתועדות בזמן אמת, נבנו בדיעבד כדי להימנע מתשלום ההתחייבות האישית.

125. בהתייחס לסעיף 41 לסיכומי הנתבעים, בימ"ש קובע שגם אם התובעת "**הורידה את הרגל מהגז**", וסוגיה זו לא הוברה די צורכה, מצופה היה שהנתבעים ידרשו מידית מהתובעת דין וחשבון, עוד לפני סוף חודש אוגוסט. לא רק שאין תכתובת בדבר טענות וטרוניות, הנתבעים חתמו בסוף חודש אוגוסט על ערבות ביחס לתקופה שהחלה בתחילת אוגוסט. לכן, בימ"ש דוחה הטענה שהוכח שהתובעת "**כלל לא ישבה ליד מושב הנהג**".

126. לכך יש להוסיף העובדה שהנתבעים נתנו התחייבות "**בלתי חוזרת**" ו"**בלתי ניתנת לביטול**".

127. טענה נוספת שהעלו הנתבעים היא שהתובעת העדיפה לשווק את בר ה"**בוטלג**" שנמצא לטענתם בבעלות ניצן. ניצן הכחיש שאותו בר בבעלותו. כאשר הופנה לפרסום שלו לפיו בר הבוטלג נמצא בבעלותו, הסביר שבעולם היח"צ של הברים, כך נהוג לפרסם:
"**רגע, שניה אחת, אני גם נחשב כאילו הבעלים של התומה, בעולם של היחץ כל בערך 15 אנשים נחשבים בעלים של הכל, זה לא אומר כלום, אתה לא באמת הבעלים, זה יחץ, זה שאנשים אומרים שזה המקום שלו, כי הוא מייחצן אותו, לא עושה אותך בעלים, תוציא נסח של רשם החברות...**

בוא נראה אם הבנתי נכון, אתה היום בעידן הזה של הפייק ניוז, אתה רואה משהו בפייסבוק ואתה טוען שזה ואתה גם לא מכיר את המקצוע שלי, באיזה עולם אתה חושב שמביאים את האנשים מפייסבוק ומה שכתוב זה נכון, כתוב גם שאני אוונר שתומה נו אז מה, כתוב שאני אוונר בעוד ברים, מה הקשר למנהל?"

128. ניצן אישר שמפרסם מידע לא נכון בפייסבוק לגבי בעלותו כביכול בברים בנימוק ש"**זה דבר שהוא מקובל בענף שלנו**". מכיוון שטען ברשת החברתית שהוא גם הבעלים של הבר, שהיה בבעלות רוזטי, בימ"ש קובע שטענת הנתבעים מסעיף 27 לסיכומיהם שניצן העדיף בר בבעלותו, לא הוכחה.

129. ניצן התייחס בעמוד 59 לאפשרות שעקב ריבוי התחייבויות כלפי ברים נוספים, לא עמד בהתחייבותו לרוזטי

"עכשיו לגבי עניין האנרגיה, בשונה מעורך הדין שיש לו מספר לקוחות וזה בא לפעמים משהו אחד על חשבון השני, פה יש עניין גם של פילוח קהל יעד, זה יכול זה לא אותו קהל, זה לא אותו דבר, הוא לא ציין בפנייך שבחודשים שהוא מדבר עליהם, אני סגרתי 545 אירועים, שיש בתצהיר שלי את הרשימה של כולם, זה לא עובד אותו דבר, כאילו לצורך העניין, אחד זה יכול להיות גם לגילאים מסוימים ולסתם ז'אנר מוסיקלי מסוים והשני יכול להיות לגילאים אחרים לגמרי וגם בכלל...

נניח מועדון הבוטלג שהוא מדבר עליו כל כך הרבה, שים לב שפה מדובר בבר שהוליום בו כמעט ולא קיים, מדובר באמת כפי שהוא אמר, בגינה בבית ציוני אמריקה שאין ווליום, זה אנשים באים מתרועעים זה כזה כמו (לא ברור) סנכרון, משוחחים, זה פחות או יותר האווירה, יושבים ואוכלים קצת, שותים קצת, זה הרעיון, לעומת זאת במועדון זה גם גילאים אחרים, זה בלי אוכל, זה מוזיקה ברמה הכי גבוהה שקיימת ואנשים באים בכלל לרקוד, אין, זה לא אותו מוצר, זה לא אותו דבר וחשוב לי לציין את זה, הוא כאילו כל הזמן חוזר על זה והוא לא מציין שאני עשיתי גם, הייתי גם בעצם היחצן של הבר שלו, הנוסף בראשון אוקיי? וגם זה לא קשור, למה? כי אוכלוסייה מראשון זה אוכלוסייה מראשון, אוכלוסייה מתל אביב זו אוכלוסייה בתל אביב, אז אני בשום שלב לא נתתי לו בלעדיות והוא יודע את זה, כי אני עשיתי גם את הבר השני שלו."

הנתבעים לא הוכיחו כי התובעת הפרה ההסכם

130. לנוכח האמור לעיל, בימ"ש קובע כי הנתבעים לא הוכיחו כי התובעת הפרה חוזה באופן יסודי השולל זכותה לקבל התמורה על פי ההתחייבות. כמו כן, לא הוכחו נזקים נטענים שנגרמו כביכול לנתבעים.

חיוב נתבעים 2 עד 4 לשלם החיובים על פי ההתחייבות

131. לנוכח האמור לעיל, בימ"ש מחייב נתבעים 2 עד 4 לשלם לתובעת סכום דמי הפינוי בסך של 100,000 ₪ וכן הסכום שהמומחה מטעמו קבע כתמורה בגין התקופה שהחלה בחודש אוגוסט בסך של 40,242 ₪ וסך הכל הסך של 140,242 ₪ צמוד בתוספת ריבית כדין ממועד הגשת התביעה ועד מועד התשלום בפועל.

דחיית הבקשה לפיצול סעדים

132. התובעת לא עמדה על הבקשה שכללה בכתב התביעה לפיצול סעדים וזנחה אותה בסיכומיה ולכן בימ"ש דוחה הבקשה.

דיון בהוצאות

133. התובעת הגישה תביעה בסך של מאות אלפי ₪. עקב אי הייצוג ע"י עו"ד ללא הצדקה ענייינית לכך, היא התנהלה בתחילת ההליך באופן כושל דיונית. ראו החלטת כבוד הרשם הבכיר כהן מיום 23.1.17 כי "**התובעת מתנהלת בצורה לא רצינית שגורמת לטרחת שווא לבימ"ש**". כך למשל, בדיון בבקשה לביטול עיקולים, היא יוצגה ע"י עו"ד, אך לאחר מכן המשיכה לנהל ההליכים ללא ייצוג, לרבות בדיון בבקשה של הנתבעים ליתן להם רשות להתגונן. ביום 6.7.17 בימ"ש העיר לתובעת עקב הגשת שלוש בקשות בזו אחר זו, תוך פרק זמן קצר, כי ידה קלה על הדק הגשת הבקשות וכי ניכרת השפעת העובדה שבוחרת לא להיות מיוצגת, על התנהלותה. רק בשלב מאוחר זה, הואילה לשכור שירותי עו"ד לצורך ייצוג קבוע.

134. שני הצדדים חטאו בהתנהלות דיונית בעייתית, כאשר עורכי הדין, מתנצחים זה עם זה ללא הרף. לעניין זה ראו דברי בימ"ש בעמוד 64:

"**כן בית המשפט מתייחס בחומרה רבה לעובדה שהצדדים אילצו אותו לצאת מהאולם למרות ניסיונו לגרום לכך שהם לא ידברו בלי רשות, הם התעלמו מבית המשפט והמשיכו לדבר באופן שמבזה את בית המשפט. אם התקרית שאירעה עכשיו תחזור על עצמה, לא יהיה מנוס מלהשית הוצאות לטובת אוצר המדינה. מדובר במחלוקת אזרחית, אין בה שום מימד מיוחד, לא פלילי, לא משפחתי, אין שום מקום להתלהטות היצרים הזו. כן תשאל את השאלה בבקשה.**"

ובעמוד 67:

"**טוב עורך דין אגר אני לא יודע מה קרה לך היום, אתה ממש גורר אותי לעבור לשלב שבו אני אטיל על התובעת הוצאות לטובת אוצר המדינה. עורך דין אגר הנכבד לא מנהל את הדיון. מרשה לעצמו כל הזמן לשבת ולדבר ולהעיר הערות. אדוני רוצה לקום להגיד אני מבקש לעצור את הדיון, אני אעצור את הדיון אני אכבד את בקשתו אבל הנוהל הזה של לשבת ולהעיר הערות כל הזמן לא מקובל עליי כן איפה אנחנו עומדים עכשיו? שאתה מצפה לתשובה?**"

135. ב"כ התובעת אף העליב את ב"כ הנתבעת באופן שחייב לעצור הדיון כדי לאפשר לב"כ הנתבעים להגיב.

136. שני הצדדים טענו בסיכומיהם באריכות כי העד מטעם הצד השני כיזב ומנו הכזבים אחד לאחד. המסקנה היא ששני העדים לא דייקו בלשון המעטה בעת חקירתם והדבר תרם לכך ששני הצדדים כשלו בהוכחת טענות שנטל הבאת הראיות חל עליהם ואשר אינן מתבססות על הסכמות בכתב.

137. לכן, בשים לב שבימ"ש פסק רק פחות ממחצית סכום התביעה וכן דחה את מלוא התביעה נגד מצדה, בימ"ש מחייב הנתבעים 2 עד 4 בשכ"ט בא כוח התובעת בסך של 15,000 ₪ ומחייב התובעת לשלם למצדה שכ"ט בא כוחה בסך של 10,000 ₪ בלבד בשים לב לייצוג המשותף.

138. נתבעים 2 עד 4 ישלמו לתובעת מחצית מסכום האגרה ששילמה ושני הצדדים יישאו כל אחד ביתר הוצאותיהם, לרבות שכר המומחה מטעם בימ"ש.

סוף דבר

139. בימ"ש מקבל חלקית התביעה נגד נתבעים 2 עד 4 ודוחה מלוא התביעה נגד נתבעת 5.

140. בימ"ש מחייב נתבעים 2 עד 4 לשלם לתובעת שכ"ט בא כוחה בסל 15,000 ₪ צמוד בתוספת ריבית כדין ממועד מתן פסק הדין ועד מועד התשלום בפועל ומחייב התובעת לשלם למצדה שכ"ט בא כוחה בסך של 10,000 ₪ צמוד בתוספת ריבית כדין ממועד מתן פסק הדין ועד מועד התשלום בפועל.

141. בימ"ש מחייב נתבעים 2 עד 4 לשלם לתובעת החזר מחצית האגרה ששולמה צמוד בתוספת ריבית כדין ממועד ההוצאה ועד מועד התשלום בפועל.

ניתן היום, כ"ו טבת תשפ"א, 10 ינואר 2021, בהעדר הצדדים.



עדי הדר, שופט