



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט רונן אילן

התובעים:

1. פרוספר זפריני
 2. רון עוזיאל
 3. רונית עוזיאל
- ע"י עו"ד נועם קולודני

נגד

הנתבעת:

ניהול קניון הזהב 1991 בע"מ
ע"י עו"ד ברוריה לקנר

פסק דין

לפני סיבוב נוסף במחלוקת על תשלום דמי הניהול במרכז המסחרי המכונה "קניון הזהב".

אי אז, לפני שנים רבות, מצאה החברה היוזמת שהקימה את קניון הזהב למכור שטחי מסחר לרוכשים פרטיים. התובעים הינם בעלי הזכויות ב-4 חנויות שנמכרו כאמור וכך גם בעלי זכויות נוספים. אותה החברה שבנתה את המרכז המסחרי נותרה הבעלים (במסגרת שותפות) של 84% משטחי המסחר ולצד זאת, נותרה בבעלות מלאה על הנתבעת, היא חברת הניהול של קניון הזהב. מצב זה, מצב בו חברת הניהול מחויבת לפעול לטובת כלל בעלי הזכויות בקניון הזהב בעודה נשלטת על ידי תאגיד שבבעלותו רק חלק משטחי המסחר, מציב את חברת הניהול במצב תמידי של חשש לניגוד עניינים ולחשד, שמא פעילותה נעשית לטובת בעלת השליטה בה ולא דווקא לטובת כלל בעלי הזכויות. מצב זה הוליד שלל התדיינויות משפטיות, למרבה הצער כנראה שעוד יוליד התדיינויות נוספות ועל כל פנים תביעה זו הינה אחת מאותן התדיינויות.

לפי טענת התובעים, בשנים נשוא התביעה (2010-2016) חייבה אותם הנתבעת בדמי ניהול מופרזים ועליה לפצות אותם בהשבה של חלק מדמי הניהול. הנתבעת כופרת בטענה זו מכל וכל, כשהיא שבה ומדגישה את הסמכות הרחבה, כמעט בלתי מוגבלת לשיטתה, לקביעת דמי הניהול שבהם יחויבו בעלי הזכויות בשטחי המסחר בקניון הזהב. הנתבעת שבה וטוענת שאין כל בסיס לניסיון לכפור בתחשיבים שערכה כדת וכדין, במסגרת סמכותה, ומתוך הקפדה על קידום עסקי קניון הזהב לטובת כל בעלי הזכויות בו ללא כל אבחנה.

בין הצדדים נטושה מחלוקת שהורתה בשאלה אם יש מגבלות על פעילות הנתבעת בקביעת דמי הניהול וככל שיש כאלו, אם נמצא שאכן גבתה מהתובעים דמי ניהול מופרזים בתקופה הרלוונטית.

כאשר סכסוך זה אחד מני רבים כאמור, נמצא שההכרעה במחלוקת מצריכה הסדרת נטל הראיה המוטל על הצדדים בליבון מחלוקות על קביעת דמי הניהול. הכרעה שתביא בכלל חשבון הן את הנטל הראשוני המוטל על כל תובע והן את אותה נחיתות אינפורמטיבית בה מצוי בעל נכס במרכז מסחרי אל מול חברת הניהול של המרכז המסחרי.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

העובדות

1. תובענה זו שלפני הוגשה בהמשך לתביעה למתן חשבונות, אשר הוכרעה בפסק דין חלקי מיום 20.8.18 (להלן: "**פסק הדין**"), ולאחר שאותם "חשבונות" הועמדו לעיון התובעים. הרקע הרלוונטי כבר פורט בפסק הדין ויובא להלן איפוא, בתמצית.
 2. במוקד המחלוקות נשוא התביעה עומדים דמי הניהול המשולמים במרכז המסחרי הידוע בשם "קניון הזהב" ברחוב סחרוב 21, ראשון לציון (להלן: "**קניון הזהב**" או "**הקניון**"). הקניון משתרע על שטח נרחב, כ- 108,000 מ"ר בתום התקופה הרלוונטית, וכולל עשרות רבות של חנויות במגוון רחב של עיסוקים, שטחי הסעדה, שטחים משותפים וכיו"ב, כמקובל במתחמי מרכזים מסחריים דומים.
 3. הנתבעת, חברת ניהול קניון הזהב בע"מ (להלן: "**הנתבעת**"), הינה חברה פרטית. הנתבעת הינה חברת הניהול שמונתה לנהל את הקניון.
 4. הרוב המוחלט של החנויות בקניון (כ- 84%) מצוי בבעלות משותפת של חברת דירות יוקרה בע"מ (להלן: "**דירות יוקרה**") ושל חברה מקבוצת "מגדל". דירות יוקרה היא גם החברה אם של הנתבעת.
 - יתר החנויות בקניון (כ- 16%) מצויות בבעלותם של בעלים פרטיים, דוגמת התובעים. התובעים הינם בעלי הזכויות להירשם כבעלים של 4 חנויות בקומה ג' שבקניון (להלן: "**החנויות**"). התובע 1 הינו בעל הזכות להירשם כבעלים של 3 חנויות בקניון (חנויות 257 – 259), והתובעים 2 – 3 הינם בעלי הזכות להירשם כבעלים של חנות אחת בקניון (חנות 267) ושכרו בתקופה הרלוונטית חנות נוספת (חנות 253).
 5. בין התובעים לבין הנתבעת נכרתו הסכמי ניהול (להלן: "**הסכמי הניהול**"), המיועדים להסדיר את יחסי הצדדים בכל הנוגע לניהולו של הקניון ולחבות התובעים בתשלום חלקם היחסי בדמי הניהול.
 6. במהלך יוני 2016, או בסמוך לכך, פנו התובעים (באמצעות בא כוחם) לנתבעת, ובקשו לאפשר להם לעיין ולצלם את "ספרי החברה", משמע: לעיין ולצלם את כל מסמכי הנהלת החשבונות המתייחסים להוצאותיה והכנסותיה של הנתבעת, בשנים 2000 – 2016 (להלן: "**התקופה הרלוונטית**"). אף שהנתבעת הסכימה לבקשה זו, התברר שבין הצדדים מחלוקות באשר להיקף המסמכים הנדרשים לתובעים והיקף זכותם לפרטים על כלל פעילויות הנתבעת. נוכח מחלוקת זו עתרו התובעים בתביעה למתן חשבונות וזו, כאמור, הוכרעה בפסק הדין אשר בחלקו האופרטיבי קבע כך:
- לפיכך, אני מקבל את התביעה למתן חשבונות בחלקה, ומחייב את הנתבעת להעמיד לעיון התובעים את כל המסמכים וכל התיקיות והקבצים בהם מפורט המידע הנוגע להכנסות הנתבעת (כולל אופן חיוב כלל המחזיקים בקניון בדמי ניהול) והוצאות הנתבעת (כולל הוצאות תפעול הנהלה, תשלומים לבעלי מניות, עובדים וכיו"ב).
- המסמכים יועמדו לעיון התובעים בתוך 90 יום.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

7. על יסוד פסק הדין העמידה הנתבעת לרשות התובעים שלל מסמכים, אלא שאז התברר שגם יישום פסק הדין שנוי במחלוקת. התובעים שבו וטענו שהנתבעת איננה מקיימת את פסק הדין בעוד הנתבעת טענה את ההיפך. נוכח מחלוקת זו מונה רו"ח בעז יפעת כמומחה מטעם בית המשפט ונתבקשה חוות דעתו בשאלה שנוסחה כך:

המומחה יבחן את טענות הצדדים ביחס למסמכים שהעבירה הנתבעת ויחווה דעתו בשאלה האם מסמכים אלה מספיקים על מנת לגבש מסקנות ובחינה מלאה של הליך קביעת דמי הניהול.

8. עריכתה של חוות הדעת ארכה זמן רב וגם לאחר שהוגשה, טענו התובעים שאין לקבלה ושהנתבעת לא קיימה את פסק הדין. לבסוף, לאחר דיון שהתקיים ביום 1.7.21, נקבע שפסק הדין קיים ומשמע: נקבע שהנתבעת המציאה לתובעים את כל המסמכים על פי פסק הדין. על בסיס קביעה זו מיום 1.7.21, הוגש כתב תביעה מתוקן ביום 19.10.21.

תמצית טענות הצדדים, ההליך והראיות

9. לטענת התובעים, בתקופה הרלוונטית (2010-2016) חייבה אותם הנתבעת בדמי ניהול מופרזים ויש לחייב אותה בהשבת אותם כספים שגבתה שלא כדין.

לפי גרסת התובעים, הסכם הניהול קובע כי דמי הניהול יחושבו לפי הוצאותיה של הנתבעת בפועל בצירוף 15% ובצירוף הפרשה לקרן פחת. בפועל, טוענים התובעים, התברר שהנתבעת פועלת בחוסר תום לב באופן שמגדיל את חבות התובעים בדמי ניהול.

כך, טוענים התובעים, פועלת הנתבעת להקטנת ההכנסות מרכוש משותף השייך, להלכה, לכלל בעלי הזכויות בקניון, וזאת באמצעות השכרת שטחים משותפים (למשל מעברים ומרתפים) כך שההכנסות מדמי השכירות לא מגיעות לקופה המשותפת. צמצום ההכנסות מביא בהכרח להגדלת ההוצאות והגדלת החבות בדמי הניהול.

לצד זאת, ממשיכים טוענים התובעים, מפירה הנתבעת את הסכם הניהול גם בחלק השני של המשוואה, כאשר היא מחייבת את מחזיקי הנכסים בדמי ניהול באופן מפלה, למשל בהקטנת חבות דמי הניהול שמשלמות חנויות המכונות "חנויות עוגן" אף שאין הצדקה לכך.

בהתבסס על תחשיב שנערך עבור התובעים על ידי מומחה מטעמם, רו"ח יהודה בר-לב, לפי התחשיב הנכון המתבסס על נתוני הקניון הרלוונטיים, אמורה הייתה הנתבעת לחייב אותם בתשלום דמי ניהול בשיעור של 71.90 ₪ למ"ר לחדש בתקופה הרלוונטית אך החיוב בפועל היה גבוה בהרבה וההפרש בין הסכום ששלמו לסכום שאמורים היו לשלם מסתכם בסך של 298,363 ₪. ביחס לתקופה שלאחר מכן (2017-2021) טוענים התובעים לחיוב ביתר בסך מצטבר של 209,280 ₪.

התובעים עותרים לפיכך לחיוב הנתבעת בתשלום סכומים אלו וכן לתשלום סך של 200,000 ₪ בגין ההוצאות שהוציאו לבירור הטענות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

10. לטענת הנתבעת, אין בסיס לתביעה וזו בכלל כוללת סעדים שלא בא זכרם בתביעה המקורית. ראשית, טוענת הנתבעת כי התביעה חורגת מההסדר שלפיו התבררה התביעה למתן חשבונות ואשר הוכרעה במתן פסק הדין. בהינתן פסק הדין, היה באפשרות התובעים לעתור לסעד כספי על בסיס אותם חשבונות שבקשו וקבלו ותו לא. בפועל, מתברר שהתובעים עותרים לסעדים חדשים, להמצאת מסמכים נוספים, לצווי עשה להמצאת מסמכים בעתיד, ואף להשבה הנובעת מחבות בתקופה שלאחר התקופה הרלוונטית. לשיטתה, סעדים אלו אין לתובעים זכות לקבל בתביעת המשך זו ויש לדחותם על הסף.

שנית, לגופן של הטענות המתייחסות לחיוב בדמי הניהול, טוענת הנתבעת כי החבות בדמי הניהול נקבעת על פי ההסדר הקבוע בהסכמי הניהול החלים על כלל מחזיקי הנכסים בקניון, וכך גם על התובעים. אותו הסדר קובע את הנוסחה שלפיה מחושבים דמי הניהול והנתבעת מקפידה לחייב בדמי ניהול בדיוק לפי נוסחה זו. טענות התובעים, טוענת הנתבעת, מבקשות לשנות את ההסדר החוזי וליצור, יש מאין, הסדר חוזי חדש לחישוב דמי הניהול. יישום אותה נוסחה שנקבעה מלמד, אליבא הנתבעת, שלתובעים לא עומדת זכות להשבה כלשהי ושהם לא חויבו בדמי ניהול חריגים.

למעשה, טוענת הנתבעת, תביעה זו הוגשה שלא בתום לב, לאחר שהומצאו לתובעים כל המסמכים המפריכים כל חשש לגבייה מופרזת של דמי ניהול, וככל הנראה מתוך כוונה להימנע מתשלום אותו חוב גדול בדמי ניהול שצברו בינתיים התובעים.

11. בעקבות הגשת כתבי הטענות הודיעו התובעים כי הם מסתפקים בחוות דעת המומחה מטעמם, רו"ח יהודה בר לב, ואין הם מבקשים להגיש ראיות נוספות (כאמור בפרוטוקול הדיון מיום 11.7.22).

הנתבעת תמכה את גרסתה בחוות דעת מומחית מטעמה, רו"ח טובה הילמן, ובתצהירו של מר יוסי לגזיאל, מנכ"ל הקניון.

בעקבות הגשת חוות הדעת הסותרות מונה רו"ח שי עינת כמומחה מטעם בית המשפט (להלן: "המומחה") וחוות דעתו הוגשה ביום 26.6.24.

דיוני ההוכחות נפרשו על שתי ישיבות, במהלכן נחקר המומחה ונחקר העד מטעם הנתבעת. בתום החקירות הוקצבו מועדים לגשת סיכומים בכתב.

דיון

I. סמכויות הנתבעת בקביעת דמי הניהול

12. בליבת המחלוקות שנתגלו בין הצדדים בהליך זה עומדת שאלת גובה דמי הניהול בהם חויבו התובעים על ידי הנתבעת בתקופה הרלוונטית. הדגש בפתיח זה הינו הביטוי "בהליך זה", שכן מדובר בהליך יחיד מתוך הליכים רבים שהתנהלו, מתנהלים, ולמרבה הצער – יתנהלו, בקשר עם פעילותו של קניון הזהב.

13. חבות התובעים בתשלום דמי ניהול מוסדרת בהסכם הניהול עליו חתומים כל אחד מהתובעים אל מול הנתבעת, אשר במסגרתם גם הוראה זו (סעיף 4.12):





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפרני ואח' נ' בע"מ ואח'

א. המחזיק מתחייב לשלם לחברת הניהול דמי ניהול חדשיים, כהשתתפותו בהוצאותיה של חברת הניהול במילוי תפקידיה ומטרותיה. שיעורם של דמי הניהול לכל מ"ר משטח החנות יקבע ע"י חברת הניהול, עפ"י שיקול דעתה המוחלט והבלעדי. שטח החנות לצורך חישובם של דמי הניהול הינו ...

ב. חברת הניהול תהיה רשאית לעדכן את שיעורם דמי הניהול מפעם לפעם, בהתאם לשינוי בעלויות ובהוצאות הניהול.

ג. חברת הניהול תהיה רשאית, לפי שיקול דעתה, המוחלט והבלעדי לקבוע שיעורים שונים של דמי הניהול לגבי חנויות מסוימות ו/או מסוים של חנויות, לעומת דמי הניהול הנגבים מחנויות אחרות, וזאת בהתחשב באופי העסק המופעל בחנות מסוימת ו/או הוצאות מיוחדות הנגרמות בגינה ו/או עקב היות חנות מסוימת "חנות עוגן".

ד. בגדר הוצאות חברת הניהול יכללו כל ההוצאות הנובעות מתפקידי חברת הניהול, כמפורט בהסכם זה, ובנוסף לכך הוצאות מימון, סכומים שיפורשו לקרן פחת שתוקם למטרת הפעלתו התקינה של הקניון, כפי שתקבע חברת הניהול, וכן רווח סביר בשיעור של 15% על כל הוצאות חברת הניהול.

הוראות אלו, כבסיס המסדיר את חבות התובעים בדמי הניהול, אינן במחלוקת.

14. לטענת התובעים, הנתבעת פועלת בניגוד להוראות הסכם הניהול בשלל היבטים ומכאן, לשיטתם, זכותם לבקש התערבות בתחשיבי הנתבעת. הנתבעת מצידה, מדגישה את לשון ההסכם כביטוי להגמוניה המוחלטת שיש לה בקביעת דמי הניהול.

לפי גרסת הנתבעת, את הביטוי "עפ"י שיקול דעתה המוחלט והבלעדי" יש לפרש כפשוטו, שכן הוא משקף במדויק את אומד דעת הצדדים בכריתת הסכם הניהול. משקף את ההסכמה שלפיה הנתבעת הינה "שליט יחיד" בקביעת דמי הניהול. שעומדת לה הזכות הבלעדית לקבוע את דמי הניהול כרצונה ובלי שלמי מבעלי הזכויות בחנויות בקניון, כמו התובעים, הזכות להתערב בקביעתה בכל הנוגע לדמי הניהול. ולא זו בלבד שכך מורה הסכם הניהול, אלא שכך גם כבר נקבע בפסק הדין, כאשר הנתבעת מפנה לסעיף 17(א) בפסק הדין (סעיף 13 בסיכומי הנתבעת). טענה זו לא ניתן לקבל. טענה זו של הנתבעת איננה מתיישבת עם לשונו של הסכם הניהול, איננה מתיישבת עם אומד דעת הצדדים כפי שהוא משתקף מהסכמי הניהול, וודאי שאיננה מתיישבת עם הקביעה בפסק הדין.

כיוון שהנתבעת מפנה לסעיף 17 בפסק הדין, ראוי היה שיובא במלואו:

כאמור, כפי שטוענת הנתבעת וכפי שמורים הסכמי הניהול, לנתבעת סמכות רחבה בקביעת דמי הניהול המוטלים על מחזיקי היחידות השונות בקניון. הנתבעת היא למעשה "שליט יחיד" בכל הנוגע לקביעת דמי הניהול. היא איננה חייבת בקביעת אמות מידה אחידות. היא מוסמכת לעשות אבחנות בין עסקים שונים, למשל לפי טיבם, לפי השטח בו הם מחזיקים ואף מתוך החלטה שלה לבדה על היות עסק מסוים בעל תרומה משמעותית לפעילות הקניון. "חנות עוגן". והכל, כך בדיוק נכתב, לפי שיקול דעתה "המוחלט והבלעדי".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפרני ואח' נ' בע"מ ואח'

ודווקא מתוך סמכויות רחבות אלו, יש להדגיש את חובת הנתבעת לפעול בתום לב. חובתו האלמנטרית של צד לחוזה בכלל, חובתו המוגברת של צד לו נתונה סמכות בלעדית לקבוע את החיוב שיחויב הצד שכנגד בתשלום. דווקא נוכח סמכויותיה הרחבות של הנתבעת בניהול הקניון ובקביעת החבות בדמי הניהול, קמה חבותה לעשות כן בתום לב. ובאותה חובה לתום לב חייבת הנתבעת לכלל המחזיקים בחנויות בקניון. כולל התובעים. תכלית מינוי הנתבעת כחברת הניהול מוגדרת בהסכם הניהול (סעיף 2), כחובה "ליתן שירותי ניהול לקניון ולחנות". לכלל המחזיקים בקניון ולכלל המחזיקים בחנויות שבקניון. אין בהסכם הניהול, ולא יתכן שיהיה בהסכם הניהול, הוראה המקנה לנתבעת זכות לפעול בהעדפה פסולה של מחזיק על פני משנהו, או הוראה המקנה לנתבעת זכות לפעול בשרירות, בחוסר שוויוניות ומשיקולים זרים. דווקא סמכותה הרחבה של הנתבעת בהסדרת ניהולו של הקניון, דווקא בשים לב לכך שעסקינן במתחם מסחרי ענק שניהולו ודאי מורכב וסבוך, חייבת הנתבעת לפעול כשטובת כלל המחזיקים לנגד עיניה ובתום לב. סוגיית חישוב דמי הניהול לא עמדה במוקד פסק הדין, כי אם המחלוקת באשר לזכות התובעים לקבלת מידע על אודות פעילות הנתבעת. במסגרת זו גם הודגש האופן שבו יש לפרש את הסכמי הניהול על בסיס עקרון העל – עקרון תום הלב, ובניסיון להתחקות אחר אומד דעת הצדדים בכל הנוגע לקביעת החבות בדמי הניהול.

אכן, הלשון בה בחרו הצדדים להתנסח בהסכם הניהול ("שיקול דעתה המוחלט והבלעדי") מלמד על סמכות רחבה שניתנה לנתבעת בקביעת דמי הניהול, אך עובדה היא שהצדדים הוסיפו וקבעו מסגרת לאותה סמכות. לו בקשו הצדדים להקנות לנתבעת סמכות בלעדית לקבוע את דמי הניהול כאוות נפשה, "שליט יחיד", הרי יכלו להסתפק בהוראה זו. הצדדים לא עשו כן. הצדדים הרי הוסיפו וקבעו מגבלות באשר לקביעת דמי הניהול. מגבלות המתייחסות, למשל, לאבחנה אפשרית בין חנות "רגילה" לבין חנות המוגדרת "חנות עוגן". מגבלות המתייחסות גם להיקף הוצאות חברת הניהול.

אם כך, לאותה סמכות שהוקנתה לנתבעת בקביעת דמי הניהול יש ויש מגבלות. גם אם הנתבעת הוגדרה כמעין "שליט יחיד", הוצבה בפניה מסגרת, מעין "חוקה", המגבילה וגודרת את סמכויותיה. מסגרת המחייבת את הנתבעת לפעול בתום לב, בשוויוניות, בהפעלת שיקולים ענייניים בלבד ובשאיפה המשותפת לכלל בעלי הזכויות בקניון – פעילות מיטבית של הקניון.

II. נטל הראיה בהליך המתייחס לדמי הניהול בקניון

15. לאחר שהובהרו הכללים המחייבים את הנתבעת, אך טרם יבחנו המחלוקות עצמן, יובהר העיקרון הראייתי שלפיו יבחנו המחלוקות.

15.1. הפעלתו של מרכז מסחרי רחוקה מלהיות פשוטה. קל וחומר שכך מרכז מסחרי גדול דוגמת

קניון הזהב (108,000 מ"ר). קל וחומר בן בנו של קל וחומר כאשר הבעלות על הקניון נחלקת בין מספר גורמים שלהם לא תמיד אינטרסים זהים. וזה מצבו של קניון הזהב.

15.2. הבעלות על שטחי קניון הזהב נחלקת בין שתי קבוצות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

החלק הארי של הבעלות בקניון הזהב נתון לקבוצת חברות שהתאגדו במסגרת שותפות (להלן: "השותפות"). אותה שותפות כוללת בעיקר את דירות יוקרה וחברות מקבוצת מגדל חברה לביטוח בע"מ. לשותפות זכות ב- 84% מכלל שטח הקניון. יתרת הבעלות בשטחי הקניון (16%) מוחזקת בידי אחרים, אשר רכשו זכויות בקניון ובהם גם התובעים.

הנתבעת היא חברת הניהול של הקניון בעוד דירות יוקרה הינה בעלת השליטה בנתבעת. הנתבעת, במעמדה כחברת הניהול של הקניון, היא זו שמופקדת על אחזקתו התקינה של הקניון. היא גם זו שמופקדת על קידום פעילותו המסחרית של הקניון. על משיכת תשומת לב הציבור לפעילות הקניון. על עידוד הביקור ושיפור חווית הקניה בקניון. הצלחתה של חברת הניהול הינה הצלחתם של כלל בעלי הזכויות בקניון, אך אליה וקוץ בה. אותו מבנה של בעלות בקניון ובחברת הניהול מעמיד את הנתבעת במצב תמידי של ניגוד עניינים. כיוון שעסקינן במרכז מסחרי רחב ידיים הכולל אגפים רבים, מטבע הדברים עלולה הנתבעת להעדיף את קידום הפעילות באותן חנויות שמצויות בבעלות השותפות (ובאמצעותה גם בבעלות בעלת השליטה בנתבעת – דירות יוקרה) על הפעילות באותן חנויות שבבעלות פרטית, דוגמת אלו של התובעים. אם, למשל, מרוכזות החנויות שבבעלות פרטית באגף אחד, עלולה הנתבעת להעדיף להשקיע בפיתוח אגף אחר שהבעלות עליו נתונה כולה בידי השותפות.

15.3. מצב זה של ניגוד עניינים ידוע לצדדים זה מכבר והודגש גם בפסקי הדין העוסקים בפעילות קניון הזהב, למשל כך:

אמנם לחברת הניהול הוקנה שיקול דעת בפעולות הניהול, אך שיקול דעת זה אינו בלתי מוגבל, ועל החברה להשתמש בו בתום לב ובהתאם להוראות הסכם הניהול והגיון הדברים. במיוחד כך כאשר חברת הניהול נשלטת בידי דירות יוקרה, שהיא בעלת נתח נכבד בשטחי הקניון, ואף חברה עם חברותיה לשותפות באופן שיחד הן הבעלים של רוב רובם של שטחי הקניון (84%), שאותם היא משכירה לאחרים. בהפעלת שיקול דעתה במצב דברים זה נתונה חברת הניהול במצב של ניגוד אינטרסים מובנה. לשוכר הפוטנציאלי אין נפקא מינה אם התשלומים שעליו לשלם, בגין השטח שישכור, מכונים דמי שכירות או דמי ניהול, ויש להניח שבמהלך מו"מ לשכירת שטח יתעניין בסופו של דבר בסכום הכולל של עלות השכירות. מצב דברים זה יוצר את ניגוד האינטרסים ומקים חשש לתוצאותיו, כאשר חברת הניהול נמצאת בבעלות מלאה של המשכירה. לפיכך רובצת עליה חובה כפולה ומכופלת לנהוג בזהירות יתר בהענקת הנחות לחנויות שרוב רובן בבעלות השותפות. (ע"א (מרכז) 71846-10-18 מנשה זוהר נ' ניהול קניון הזהב (1991) בע"מ [פורסם בנבו] 16.7.19 פסקה 43) (להלן: "עניין מנשה זוהר")



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

קביעה זו מקובלת עלי ולמעשה – אין מפניה מפלט. אפילו נקודת המוצא הינה שהנתבעת מתנהלת בתום לב מוחלט, שמה לנגד עיניה את טובת כלל בעלי הזכויות ופועלת לקידום פעילות הקניון בכללותו וללא כל אבחנה או הפלייה בין בעלי הזכויות, אין בכך כדי לאיין את אותו ניגוד עניינים בו היא מצויה. ניגוד העניינים בין החבות לכלל בעלי הזכויות בקניון לחבות כלפי בעלת השליטה בנתבעת.

15.4. אם כן, עסקינן במחלוקת אחת מני רבות בין חברת הניהול של הקניון לבעלי נכסים בקניון, כאשר חברת הניהול, הנתבעת, מצויה במצב של ניגוד עניינים. מצב זה מחייב יישומם של כללים המסדירים את אופן בירור המחלוקות שלפני ובכלל זה אותו עקרון המכונה "כלל הנחיתות האינפורמטיבית".

15.5. בבירור מחלוקות הנוגעות לפעילות חברת ניהול בקניון בין חברת הניהול למחזיקי הנכסים – כפות המאזנים אינן מעוינות.

חברת הניהול היא זו שמחזיקה את כל המידע הרלוונטי בעוד שלמחזיקי הנכסים, למרות היותם אלו שמשלמים ומממנים את פעילות חברת הניהול, אין כל מידע זולת זה שמוסרת להם חברת הניהול. לבעלי הנכסים אין נחלה ואין חלק בהחלטות של חברת הניהול וממילא שלא בחשבונויותיה. הם אינם שותפים להחלטות על תמהיל העסקים במרכז המסחרי, אינם שותפים בהחלטות על הוצאות חברת הניהול ואינם שותפים בהחלטות על הכנסות חברת הניהול. כך בכלל וכך בפרט בעניין דנא, כאשר הנתבעת עצמה מצהירה ברש גלה בסיכומיה כי "לחברת הניהול שיקול דעת מוחלט ובלעדי בקביעת דמי הניהול". בעימות בין שניים כאשר אחד מהם מצוי במצב תמידי של "נחיתות אינפורמטיבית", אין מנוס ממתן כלים לצד המצוי בנחיתות כדי לאפשר לו להתמודד עם הצד השני. למשל בחובת גילוי.

חובת גילוי כללית מופיעה בדברי חקיקה רבים והיא נובעת בעיקרו של דבר מהצורך להגן על הצד המצוי ב"עמדת נחיתות אינפורמטיבית" [...] חובת הגילוי היא אחת מגילויי המובהקים של עקרון תום-הלב וככזו היא מבטאת נורמות של התנהגות מוסרית בשלב המשא ומתן הטרם-חוזי. (ע"א 7298/00 בסט נ' חממי [פורסם בנבו] 4.9.07, פסקה 48)

ולמשל בהעברת נטל הראיה.

זאת ועוד, שני גורמים חברו להקל את הנטל המוטל על המערער במקרה זה. האחד הוא הכלל הראייתי בדבר מידע המצוי ברשותו של הנתבע. השני, חזקות שבעובדה שקמו לטובת המערער. בהקשר זה יש לציין את כללי ה BADGES OF FRAUD ("אותות המרמה") שפותחו במשפט האנגלו-אמריקאי. כללים אלה מכילים חזקות שבעובדה ואם חזקות אלה נותרות ללא מענה, הן מצביעות על קיומה של מרמה. ככל שמצטברים יותר "אותות מרמה" כך עובר הנטל על הנתבע להפריכן. מבין אותות המרמה ניתן למנות קשרים בין המעביר לנעבר; איום בתביעות שתוגשנה נגד החייב; חשאויות; שמירת הנאה למעביר ושמירת





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפרני ואח' נ' בע"מ ואח'

החזקה בידיו ועוד. הכוח הראייתי של אותות אלה הוא בהעברת הנטל לחייב ועליו להראות כי העסקאות נעשו בתום לב או להסבירן באופן שיניח את הדעת. אמנם נטל השכנוע נותר על כתפי התובע, אולם ככל שהמידע מצוי בידי הנתבע, וככל שהתובע יראה יותר אותות מירמה ונסיבות עובדתיות המצביעות על מירמה מצד הנתבע, ניתן יהיה להפחית את נטל הראיות המוטל על התובע. (ע"א 8482/01 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סנדובסקי אילנה [פורסם בנבו] 17.7.03, פסקה 5)

כך גם בעניין דנא. כאשר כל המידע הרלוונטי מצוי בידי הנתבעת, חברת הניהול, כאשר הנתבעת מצהירה במפורש כי לה לבדה שיקול דעת מוחלט ובלעדי בהתוויית הפעילות בקניון למרות שהתובעים הם שנושאים בעלויות הנובעות מהחלטות אלו, ובפרט נוכח ניגוד העניינים בו מצויה הנתבעת, יש ליישם במערכת יחסי הצדדים את כלל הנחיתות האינפורמטיבית באמצעות הפחתת נטל הראיה המוטל על התובעים.

15.6. התובעים, אשר הגישו את התביעה ועותרים לחיוב הנתבעת בהשבה ופיצוי, נושאים בנטל השכנוע המוטל, כרגיל, על כל תובע. עם זאת, נוכח מצב הנחיתות האינפורמטיבית הייחודי כאמור, די להם לתובעים להציג "אותות של חוסר תום לב" כדי להעביר את נטל הראיה לנתבעת. אותות של התנהלות לקויה אשר תחייב את הנתבעת לבוא ולהסביר את התנהלותה. זה הכלל שעל פיו יבחנו הטענות.

III. הטענות לפסילת חוות דעת המומחה

16. התובעים עותרים בסיכומים מטעמם לאימוץ חוות דעת המומחה כלשונה, ובחלופה המיטיבה איתם יותר. הנתבעת מאידך, טוענת שיש לפסול את המומחה וממילא שלא לקבל את חוות הדעת שהגיש.

17. טרם בירור הטענות לפסילת המומחה, יוזכר מעמדה של חוות דעתו של מומחה שמונה על ידי בית המשפט. מינוי של מומחה מטעם בית המשפט היא פרקטיקה מקובלת במקרים שבהם מתעוררת שאלה מקצועית ביחס לתחומים שבית המשפט אינו מחזיק במומחיות ובידע המקצועי לגביהם (תקנה 88 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018). הלכה היא עוד מקדמת דנא כי חוות דעתו של מומחה שמונה מטעם בית המשפט אינה כובלת את שיקול דעתו של בית המשפט, אך משהוגשה חוות דעתו המקצועית, בית המשפט ייטה לאמצה, בהיעדר סיבה משמעותית ובולטת שלא לעשות כן (רע"א 8956/22 אבנר פרידמן נ' עו"ד אביחי ורדי - בתפקידו ככונס הנכסים [פורסם בנבו] 13.2.23, פסקה 5).

18. לטענת הנתבעת יש לפסול את חוות הדעת וזו בכלל בטלה שכן מינוי המומחה לא נכנס לתוקף. ראשית, טוענת הנתבעת כי המומחה לא הגיש הצהרה על היעדר זיקות אישיות להליך. הנתבעת מפנה לתקנות בתי המשפט (רשימת מומחים מטעם בית המשפט), תשפ"ג-2022 (להלן: "**תקנות המומחים**"), אשר קובעת (תקנה 16(ו) בתקנות המומחים) כי מומחה מטעם בית המשפט יצהיר מיד עם קבלת המינוי בהליך מסוים ובטרם יחל בתפקידו, על זיקות אישיות העשויות להיות לו בנוגע להליך, וכי אותה ההצהרה תהיה ערוכה לפי טופס 1 שבתוספת השנייה לתקנות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

המומחה, טוענת הנתבעת, כלל לא הגיש כזו הצהרה ולכן מינויו בטל וחוות דעתו כלל איננה קבילה.

ושנית, טוענת הנתבעת כי התברר שלמומחה קשר ישיר לב"כ התובעים. קשר שהחל עוד טרם המינוי ונמשך גם לאחריו. קשר זה, טוענת הנתבעת, הוסתר מפניה והתברר רק במהלך חקירתו הנגדית של המומחה.

19. אכן, כטענת הנתבעת, בהתאם להוראה בסעיף 16(ו)(2) בתקנות המומחים, מינוי מומחה יכנס לתוקף עם המצאת ההצהרה כנדרש לפי סעיף 16(ו)(1). ואכן, אף זו כטענת הנתבעת, התברר שהמומחה לא הגיש הצהרה שכזו כלל.

עם זאת, לפי סעיף 16(ז) בתקנות המומחים, נתונה לבית המשפט הסמכות למנות מומחה אפילו נמצא שזה מצוי במצב של ניגוד עניינים. ואם מוסמך בית המשפט לאשר מינוי מומחה גם אם זה במצב של ניגוד עניינים קל וחומר שלבית המשפט הסמכות לאשר מינוי מומחה אפילו נמצא שזה לא הגיש תצהיר כנדרש בתקנות. בהחלטה על מינוי המומחה בתיק זה לא נקבע כי הגשת הצהרה מהווה תנאי למינוי ואי הגשתה של הצהרה במצב זה איננה מאיינת את המינוי. די בכך כדי לדחות את הטענה לבטלות חוות דעת המומחה.

20. מעת שהוחלט על מינוי מומחה מטעמו של בית המשפט, מוטלות עליו חובות שונות ובאלו החובה לנהוג באובייקטיביות וללא משוא פנים, וממילא שגם החובה להצהיר על כל קשר אפשרי שיש לו עם מי מבעלי הדין או באי כוחם ושעלול להציבו במצב של חשש למשוא פנים או ניגוד עניינים. סטייה מעקרונות אלה עלולה להוביל לפסילתו או לפסילת חוות-הדעת שנתן (רע"א 600/96 אדרי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ [פורסם בנבו], 14.7.96).

עם זאת, טענות לפגם אפשרי במינוי המומחה או נסיבות המציבות את המומחה במצב של חשש למשוא פנים או מצב אחר המצדיק את ביטול המינוי, שומה על בעלי הדין להעלות מיידית. השתהות בהעלאת טענות בכל הנוגע למינוי המומחה, קל וחומר השתהות עד לאחר שניתנה חוות הדעת, עלולה להעלות את החשש כי תוכן חוות הדעת משליך על שיקוליו של בעל הדין המבקש את פסילתו. ממילא שפסילת מומחה תיעשה רק בנסיבות חריגות, קל וחומר שכך עת הטענה הועלתה בשיהוי ולאחר שכבר ניתנה חוות הדעת (רע"א 7352/21 פלוני (קטין) נ' קרנית, קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים [פורסם בנבו] 17.11.21, פסקה 9).

בעניין דנא, לא זו בלבד שהנתבעת לא טענה דבר בכל הנוגע למינוי המומחה ואי הגשת הצהרה לפי הנדרש בתקנות המומחים, הנתבעת עצמה ניהלה התכתבות עם המומחה ובמסגרתה דיווח לה המומחה על היכרות קודמת שיש לו עם ב"כ התובעים (ראו ההתכתבות שצורפה להודעת הנתבעת מיום 27.2.23). הנתבעת לא עתרה בבקשה כלשהי בקשר עם התנהלות המומחה או בקשר לאותם קשרים עליהם דיווח. ניסיון לבסס טענה לפסילת המומחה רק בשלב הסיכומים מעלה חשש כבד לחוסר תום לב בהתנהלות הנתבעת. די בשיהוי זה כדי לדחות את הטענה. ביחס לחילופי המידע עם המומחה בסמוך לאחר המינוי, טוענת הנתבעת כי גילוי זה היה "גילוי נחזה ומלאכותי" (סעיף 54 בסיכומי הנתבעת) שכן רק במהלך החקירה הנגדית התברר לה עומק הקשר שבין המומחה לב"כ התובעים, אלא שכבר בהודעת דוא"ל מיום 23.1.23 גילה המומחה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

לנתבעת על אותו הקשר שהיה לו עם ב"כ התובעים (צורף לתגובת הנתבעת מיום 27.2.23). המומחה גילה כי בעבר, לפני המינוי, העביר לקוחה לב"כ התובעים וקבל על כך תמורה. במהלך החקירה הנגדית נמצא שזולת אותו מקרה לא היה לו כל קשר עם ב"כ התובעים (עמ' 10-11 בתמליל הפרוטוקול מיום 16.12.24). הנתבעת טוענת שהמומחה העיד על "קשר הדוק" עם ב"כ התובעים (סעיף 47 בסיכומי הנתבעת) אך המומחה הבהיר שמדובר בקשר שהתקיים בעבר ובגין אותו מקרה עליו דיווח כאמור (עמ' 11; ש' 29 בתמליל הפרוטוקול מיום 16.12.24). הדיווח שהעביר המומחה על קשר קודם שהיה לו עם ב"כ התובעים לא היה "מלאכותי", כטענת הנתבעת, אלא תיאור ממצא של קשר. לא זו בלבד שלא מצאתי שיש באותו קשר עבר רופף כדי להצדיק הטלת רבב במומחה או להקמת חשש למשוא פנים, השיהוי בהעלאת הטענה זועק. הנתבעת מוסיפה וטוענת שנמצא שגם במהלך הכנת חוות הדעת עמד המומחה בקשר רצוף עם ב"כ התובעים (סעיף 48 בסיכומים), אלא שאותו "קשר" נטען איננו אלא מספר קטן של שיחות בעקבות התכתבות הקשורה לחוות הדעת. ואף שרצוי למומחה שלא לעמוד בכל קשר עם מי מהצדדים במהלך הכנת חוות הדעת, כאשר מומחה משיב לפנייה או מקבל שיחה במהלך הכנת חוות הדעת, אין בכך כדי להטיל רבב בהגינותו או להביא לפסילתו. מן הסתם, במהלך הכנת חוות הדעת גם עמד המומחה בקשר עם ב"כ הנתבעת לצורך קבלת מסמכים או מידע וכיו"ב, וגם בכך אין כדי לבסס טענה לפסילתו. הטענה שיש לפסול את מינוי המומחה ולקבוע שחוות הדעת שהגיש איננה ראייה בתיק – נדחית.

IV. הטענות והתחשיבים לפי חוות דעת המומחה

21. לאחר שנמצא לדחות את טענות הנתבעת לפסילת המומחה וחוות הדעת שהגיש, ולאחר שהודגשה משמעותה של חוות דעת מומחה והנטייה לקבלה, ניתן לבחון את מסקנות המומחה ומשמעותן. תחשיב דמי הניהול, כמפורט בחוות דעת המומחה, מתבסס על נוסחה הכוללת "מונה" ו"מכנה".

"המונה" בנוסחת דמי הניהול הינו סך כל הוצאות הנתבעת בניהול הקניון (כולל שכר הנתבעת בשיעור 15%) בהפחתת הכנסות הנתבעת מדמי ניהול שמשולמים על ידי "חננויות העוגן", "הדוכנים" וכן "הכנסות חריגות".

"המכנה" בנוסחת דמי הניהול הינו סך שטחי החננויות בקניון (לא כולל "חננויות העוגן"). "המונה" המתקבלת מחלוקת "המונה" ב"מכנה" מבטאת את החבות בדמי ניהול לכל מ"ר משטח חנות בקניון.

22. קביעת "המכנה" לצורך חישוב דמי הניהול מובאת על ידי המומחה בהתייחסות פרטנית לכל שנה מהשנים הרלוונטיות ובהתייחסות להגדלת היקף שטחי המסחר בקניון במהלך השנים (עמוד 7 בחוות דעת המומחה). המומחה מציין כי את הנתונים ביחס לסך שטחי המסחר הוא מבסס על נתונים שמסרה לו הנתבעת, בעוד הפחתת שטח "חננויות העוגן" נעשתה לפי עמדתו ביחס לשטחים אלו כפי שמפורט בהמשך חוות הדעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

עיון בחוות הדעת מטעמה של הנתבעת (חוות הדעת של ר"ח הילמן) מלמד כי במרבית השנים הרלוונטיות (2012, 2014, 2015 ו-2016) יש הסכמה עם נתוני המומחה ביחס לשטחי המסחר וכך גם בתחשיב המתוקן שערכה ר"ח הילמן (חלק ממוצג נ/6). לא נעשה ניסיון להסביר מדוע נמצא פער בשטחי המסחר (לא כולל חנויות עוגן) ביחס לשנים האחרות ובהיעדר כזה הסבר – אין סיבה שלא לקבל חלק זה בתחשיבי המומחה.

23. במסגרת קביעת "המכנה" בנוסחה, דהיינו סך שטחי המסחר החייבים בדמי ניהול, מופחת שטח החנויות הזוכות למעמד "חנויות עוגן". ככל שהשטח המופחת גדול יותר, ממילא שבנוסחה "המכנה" קטן יותר והחבות היחסית של כל בעל נכס גדולה יותר.

בקביעת שטח "חנויות העוגן" נתגלעה מחלוקת. בהתאם לנתונים שהעבירה הנתבעת, הוקנה מעמד של "חנויות עוגן" ל-7 חנויות במהלך התקופה הרלוונטית (f21, אמריקן איגל, טופ-שופ, זארה, ברשקה, פול אנד בר והמשביר). המומחה סבר כי יש לגרוע 2 מהחנויות אותן סיווגה הנתבעת כ"חנויות עוגן" בשנים הרלוונטיות (אמריקן איגל וטופ שופ) ולהותיר בסיווג זה רק 5 חנויות. המומחה ערך לפיכך תחשיב של דמי הניהול תוך הפחתה מתונה יותר של שטחי המסחר, כך שהמכנה בנוסחה לפי תחשיביו גדול מזה שלפי תחשיבי הנתבעת.

24. לאחר קביעת "המכנה" בנוסחה פנה המומחה לבחינת "המונה", אשר מוגדר כסך הכנסות הנתבעת בניכוי הוצאות.

ברכיב "ההוצאות" ציין המומחה כי מצא שהנתבעת כללה בהוצאותיה רכיב של "הוצאות משפטיות", אשר מחצית הימנו היה (לטענת המומחה מטעם התובעים) בכלל הוצאות של דירות יוקרה שאין מקום לכלול ברכיב ההוצאות. המומחה מצא שאותן הוצאות משפטיות מגיעות בתקופה הרלוונטית לסך כולל של 692,000 ₪.

בנוסף, מציין המומחה כי מצא שדירות יוקרה העבירה לנתבעת סך של 4,995,417 ₪, בהסכמה שסכום זה יופחת במשך שנתיים (2011 ו-2012), כאשר בפועל הופחת רק מחצית הסכום בשנת 2011 (סך של 2,044,791 ₪). בבירור מול הנתבעת נמסר למומחה כי הסכום הועבר על ידי דירות יוקרה למימון אירוע הגרלה לרגל פתיחת אגף חדש לקניון ובהסכמה שדירות יוקרה תשתתף בהוצאות המבצע השיווקי. המומחה מציין כי לא יתכן, לשיטתו, שהנתבעת תכיר בהוצאה הכרוכה במבצע השיווקי אך לא בהכנסה שנתקבלה לאותה מטרה בדיוק.

כך נמצא שהמומחה ערך 4 תחשיבים אלטרנטיביים לדמי הניהול בתקופה הרלוונטית. כולם בתיקון שטח חנויות העוגן; שתיים מתוך הפחתת ההוצאות המשפטיות של הנתבעת (חלופות א/1 וב/1) ושתיים מתוך הוספת התשלום שהעבירה דירות יוקרה בגין אותו מבצע הגרלה (חלופות א/2 וב/2). ממילא שבחלופה במסגרתה בוטלה הוצאת 50% מההוצאות המשפטיות והוכרה מלוא ההכנסה בגין מבצע ההגרלה (חלופה א/2) הגיע המומחה למסקנה המיטיבה ביותר עם התובעים, לחיוב בדמי ניהול מופרזים בתקופה הרלוונטית בסך של 133,311 ₪ (עמוד 15 בחוות הדעת) אף שגם בחלופה המיטיבה יותר עם הנתבעת (חלופה ב/1) מצא המומחה חיוב ביתר של התובעים בסך של 97,069 ₪.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

25. לטענת הנתבעת, אותה נוסחה שלפיה ערך המומחה את תחשיביו שגויה ומגלמת חריגה מסמכות. הסכם הניהול, כך אליבא הנתבעת, הרי מקנה לנתבעת שיקול דעת בלעדי ומוחלט בקביעת נוסחת חישוב דמי הניהול (סעיף 59 בסיכומי הנתבעת) ואין לאיש, גם לא למומחה, הסמכות להתערב בנוסחה שקבעה הנתבעת.

טענה זו איננה אלא ניסיון לשוב ולאחוז בקרנות המזבח. הובהר לעיל והובהר בפסקי דין קודמים, כי מעמדה של הנתבעת בקביעת דמי הניהול כפוף לחובת תום הלב. כך בכלל וכך גם בקביעת נוסחת חישוב דמי הניהול. ליקויים בהתנהלות הנתבעת, ככל שנמצאו כאלו על ידי המומחה, מחייבים בחינה וכמובן שאין זה הכרח לקבל כזו טענה של המומחה, ברם אין כל יסוד לניסיון לטעון לקיומה של "חריגה מסמכות" רק משום שהמומחה הצביע על מה שלדעתו לקוי בהתנהלות הנתבעת.

26. עוד טוענת הנתבעת כי נמצא שהמומחה ערך שינוי בנוסחת חישוב דמי הניהול. "המונה" בנוסחה, כך לשיטת הנתבעת, כלל הפחתת "הכנסות חריגות" של הנתבעת בעוד שהמומחה טען כי "המונה" בנוסחה לפיה פעל כלל הפחתת "הכנסות אחרות" (סעיף 21 בחוות דעת המומחה). הנתבעת איננה טורחת לנסות ולהסביר מה משמעות יש לשוני זה בין הנוסחאות או מה משמעות מעשית יש לאבחנה בין "הכנסות חריגות" לבין "הכנסות אחרות". הנתבעת טוענת כי המומחה מצא להוסיף לסעיף "ההכנסות" במונה סך של כ- 5 מיליון שקלים שקבלה הנתבעת מדירות יוקרה (סעיף 87 בסיכומי הנתבעת) אלא שלפעולה חשבונאית זו אין דבר ואין חצי דבר עם אותו מטבע לשון בו עשה שימוש המומחה. "הכנסות אחרות" לעומת "הכנסות חריגות". השאלה אם היה מקום להפחתת התשלום שנתקבל מדירות יוקרה אם לאו תתברר להלן, אך ברי הדבר שאין לה כל קשר למטבע הלשון בו נעשה שימוש בנוסחה. נראה כי אין כל משמעות מעשית לאבחנה זו ואין בטענה זו אלא ניסיון נוסף של הנתבעת למצוא פגמים בבדיקות שערך המומחה ותחת אותה טענה שכבר נדחתה בדבר סמכותה הבלעדית של הנתבעת לעשות ככל העולה על רוחה בקביעת דמי הניהול.

אם כך, "נוסחה" זו, נוסחת חישוב דמי הניהול, נובעת מהסכם הניהול וכאשר ההבחנה בין לשון המומחה לזו של המומחית מטעם הנתבעת חסרת משמעות – נראה שאין מחלוקת של ממש באשר לנוסחה.

27. ביישום הנתונים שמסרה הנתבעת על הנוסחה שנקבעה, מצא המומחה כי אין לקבל את תחשיבי הנתבעת בשלושה רכיבים.

הרכיב האחד – סיווג חנויות כ"חנויות עוגן". סיווג חנות כ"חנויות עוגן" מביא לגריעת שטח אותה חנות משטחי המסחר שעליהם מתבסס "המכנה" בנוסחת תחשיב דמי הניהול, כאשר במקום לכלול את שטח החנות בכלל שטחי המסחר, נגבים ממנה "דמי ניהול מופחתים" המשתלבים ברכיב "המונה" של נוסחת חישוב דמי הניהול. משמע, סיווג שכזה מגדיל את חלקם היחסי של בעלי שטחי המסחר הרגילים בתשלום דמי הניהול. המומחה סבור שביחס לשני עסקים אין לקבל את הסיווג "חנויות עוגן".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

הרכיב השני – השתתפות בהוצאות משפטיות של דירות יוקרה. המומחה מצא כי הנתבעת הוציאה בתקופה הרלוונטית סך של 692,000 ₪ כהוצאות משפטיות, כאשר לפי טענת התובעים מדובר בכלל בהוצאות משפטיות של דירות יוקרה. כלומר, המומחה מצא שהנתבעת כללה בהוצאותיה סכום גדול, אשר לפי הנטען בפניו בכלל איננו הוצאות של הנתבעת אלא הוצאות של דירות יוקרה.

והרכיב השלישי – המומחה מצא כי הנתבעת השתתפה בהוצאות של חברת דירות יוקרה, כך שסך "הוצאות" הנתבעת גדל אך מבלי לכלול "הכנסה" שהייתה לה מדירות יוקרה. "הוצאות" הנתבעת מהוות חלק מרכזי ברכיב "המונה" בנוסחת דמי הניהול. הגדלת הוצאות הנתבעת מביאה בהכרח להגדלת "המונה" והגדלת החבות של בעלי שטחי המסחר בדמי ניהול. המומחה סבור שאין לקבל תשלומים אלו כחלק מהוצאות הנתבעת לחישוב דמי הניהול מבלי לכלול לצידן גם את "ההכנסה" שהייתה לנתבעת מדירות יוקרה.

אלו איפוא המחלוקות העומדות במוקד טענות הצדדים, כאשר התובעים עותרים לאימוץ מלא של מסקנות המומחה בעוד הנתבעת עותרת לדחייתן.

28. התובעים מקבלים את חוות דעת המומחה ומבקשים לאמץ את החלופה המזכה אותם בסכום הגבוה ביותר – בסך של 133,311 ₪ (חלופה א/2 בחוות דעת המומחה) בצירוף מע"מ (סעיף 105 בסיכומי התובעים).

וכפי שכבר צוין, התובעים בחרו שלא להביא ראיות מטעמם ולהסתפק בחוות הדעת של המומחה שמונה על ידי בית המשפט.

הנתבעת מאידך, כופרת בתחשיבי המומחה בנוסף, כאמור לעיל, לטענתה לפסילתה הגורפת. נוכח עמדת הנתבעת, יש לבחון אחת לאחת את הבסיס לתחשיבי המומחה באותם 3 מישורים: שטח חנויות העוגן, ההשתתפות בהוצאות המשפטיות של דירות יוקרה וההכנסה בגין מבצע ההגרלה.

V. המחלוקת באשר לסווג "חנוות עוגן"

29. המחלוקת הראשונה שנתגלעה בין הצדדים מתייחסת לסיווג חנויות בקניון על ידי הנתבעת כ"חנויות עוגן". דהיינו, חנויות אשר משתתפות בניהול הקניון לפי הסדרים פרטניים מול הנתבעת כך שהתשלומים שהן משלמות מהוות "הכנסה" של הנתבעת, אך שטחי "חנויות העוגן" לא נכללים בכלל שטחי המסחר המחויבים בדמי ניהול לפי הנוסחה.

בהתאם לנתונים שהעבירה הנתבעת, הוקנה מעמד של "חנוות עוגן" ל-7 חנויות במהלך התקופה הרלוונטית (f21, אמריקן איגל, טופ-שופ, זארה, ברשקה, פול אנד בר והמשביר). מנהל הנתבעת, מר לגזיאל, אומנם לא היה מעורב בפעילות הקניון בתקופה הרלוונטית (עדותו בעמ' 54; ש' 27 ואילך בפרוט) כך שעדותו, רובה ככולה, לא קבילה בהתייחס למחלוקות דנא, אך בכל הנוגע לסיווג חנויות כ"חנוות עוגן", העיד מר לגזיאל כי מאז ניתן פסק דין בסכסוך שהיה לנתבעת עם בעל חנות אחרת (עניין מנשה זוהר שהוזכר לעיל) מקפידה הנתבעת לסווג כ"חנוות עוגן" רק חנויות בשטח העולה על 1,000 מ"ר (עמ' 60; ש' 31-32 בפרוט).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

המומחה סבור שמתוך 7 חנויות אלו, 5 אכן עומדות בתנאים המבססים את הגדרתן כחנויות עוגן, ברם 2 לא עומדות בתנאים אלו (אמריקן איגל וטופ שופ). כיוון שהתובעים אינם כופרים בטענה זו של המומחה, המחלוקת שעומדת להכרעה בעניין זה מתייחסת רק לסיווג אותן שתי חנויות כ"חנויות עוגן".

30. מחלוקות באשר למשמעותן של "חנויות עוגן" בהקשר הספציפי והייחודי של קניון הזהב נדונו בהליכים קודמים, ובפרט בעניין מנשה זהר. הקביעות באותו עניין, בעיקרן, מקובלות עלי. כפי שכבר נפסק, הביטוי "חנויות עוגן" בקניון מתייחס לחנות אשר מהווה מוקד מרכזי למשיכת קונים לקניון. חנות אשר משתייכת לרשת קמעונאית גדולה ומוכרת. חנות כזו ממוקמת, בדרך כלל, במרכז הקניון ובמטרה למשוך מבקרים וליצור תנועה של קונים אשר יגיעו במקור לחנות העוגן ובהמשך ירכשו גם בחנויות קטנות יותר בקניון, ובכך לתרום לרווחתן של כולן. עם זאת וכפי שכבר הודגש לעיל, המבנה הייחודי של קניון הזהב, כאשר 84% מכלל שטחי המסחר מצויים בבעלות השותפות שהיא גם בעלת השליטה בחברת הניהול, הנתבעת, מציב את הנתבעת במצב תמידי של ניגוד עניינים. ברי הדבר כי לבעלת הזכויות בחנות, זו אשר מבקשת להשכיר את החנות, יש אינטרס מובהק לעשות כן לשוכר אשר יזכה להגדרה "חנויות עוגן", שכן בהגדרה זו מגולמת הנחה בתשלום דמי הניהול שמשלם השוכר לחברת הניהול. על פניו, אם השוכר הפוטנציאלי מחויב בתשלום חדשי של דמי שכירות + דמי ניהול, הרי שהקטנה של דמי הניהול עשויה לאפשר לבעל החנות לדרוש דמי שכירות גבוהים יותר. ממילא איפוא, שכאשר נמצאת זהות כמעט מוחלטת בין הבעלות על מרבית החנויות בקניון לבעלות על חברת הניהול, מצויה חברת הניהול במצב של ניגוד עניינים, כאשר מחד היא תבקש להקטין את דמי הניהול בגין חנויות שבעלות השותפות ומאידך היא מחויבת לשווינויות בקביעת דמי הניהול ביחס לכלל החנויות בקניון.

ולא זו בלבד שהנתבעת במצב של ניגוד עניינים עת היא שוקלת הקניית מעמד של "חנויות עוגן" לשוכרת, הנתבעת גם מחזיקה בשליטתה את כל המידע הרלוונטי הנדרש לקבלת כזו החלטה, בעוד שליתר בעלי הזכויות בחנויות בקניון, אותם 16% מהחנויות שבעלות פרטית ולא של השותפות, אין מידע ביחס להחלטה זו. לא מידע וגם לא משקל, שהרי איש מטעמה של הנתבעת איננו מעלה בדעתו להתריע מראש על הכוונה לסווג חנות כ"חנויות עוגן" ואיש מטעמה של חברת הניהול לא מבקש מראש את עמדתם של אותם בעלי זכויות, אף שהם הם שיישאו בנטל המוגדל של דמי הניהול כתוצאה מסיווג זה.

בעניין דנא, מצא המומחה כי בתקופה הרלוונטית בחרה הנתבעת לסווג 7 חנויות כ"חנויות עוגן" ועוד מצא כי לדעתו, אין לקבל סיווג זה ביחס לשתיים מהן. המומחה מצא כי החנות "טופ-שופ" מהווה חלק מקבוצת המיקוח המכונה "קבוצת סקאל" בעוד החנות "אמריקן איגל" היא חלק מקבוצת המיקוח המכונה "קבוצת מנגו-פוקס". יתר החנויות באותן שתי קבוצות לא הוכרו כ"חנויות עוגן" ולכן סבר המומחה שלא ניתן היה להכיר גם באותן שתי חנויות ככאלו. כפי שהודגש, ייחודיותו של הקניון במבנה השליטה בו והנחיתות האינפורמטיבית בה מצויים בעל הנכסים בקניון שאינם נמנים על השותפות, מצדיקים הקלה בהיקף הראיות הנדרש



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

להעברת נטל הראייה לנתבעת. כך במקרה זה. די באותו סימן שאלה שהציב המומחה כדי להעביר את הנטל לנתבעת, כדי שתבוא ותסביר את החלטתה ביחס לאותן שתי חנויות. הנתבעת, וסיבותיה עימה, בחרה שלא להביא כל ראיה שתסביר את ההחלטה לסווג את אותן שתי חנויות כ"חנויות עוגן". העד היחיד מטעם הנתבעת, מר לגזיאל, כלל לא היה קשור לפעילות הנתבעת בתקופה הרלוונטית. ממילא, גם בהתעלם מתקופת העסקתו, עיון בתצהיר לגזיאל מלמד על התייחסות כוללנית בלבד לסיווג חנויות העוגן בקניון וחזרה על אותן אמירות לקוניות בדבר חשיבות חנויות העוגן והזכות של הנתבעת לסיווג חנויות עוגן (למשל סעיף 28 בתצהיר לגזיאל).

הנתבעת לא הציבה את אותה תשתית עובדתית שעליה התבססה ההחלטה להכיר באותן שתי חנויות כחנויות עוגן וממילא שאף לא עשתה ניסיון להציג הסבר להחלטתה זו. הנתבעת תמכה את גרסתה גם בחוות דעת של מומחית מטעמה, רו"ח טובה הילמן, אך גם במסגרתה לא נעשה כל ניסיון להסביר את הבסיס לסיווג אותן שתי חנויות כ"חנויות עוגן".

31. אם כך, התובעים הציבו תשתית ראייתית מספקת לקיומן של "אותות לחוסר תום לב" בהחלטת הנתבעת לסיווג אותן שתי חנויות כחנויות עוגן, בהצבת תשתית ראייתית זו עבר הנטל לנתבעת להביא ראיות שיסבירו את ההחלטה ויפריכו את אותו חשד להתנהלות שאיננה בתום לב, אך הנתבעת לא הביאה כל תשתית שכזו ולא עמדה בנטל שהועבר אליה. ולפיכך, אני מקבל את טענת התובעים וקובע כי החלטת הנתבעת לסיווג החנויות "טופ-שופ" ו-"אמריקן איגל" כחנויות עוגן נתקבלה בלי בסיס, יש לבטלה ויש לערוך תחשיב מתוקן של דמי הניהול נוכח ביטול זה.

VI. המחלוקת באשר להוצאות המשפטיות של הנתבעת

32. לפי האמור בחוות דעת המומחה, מצאה הנתבעת לכלול בהוצאותיה גם "הוצאות משפטיות", ברם התובעים, באמצעות המומחה מטעמם, טוענים שמחצית מאותן הוצאות משפטיות הינן בכלל הוצאות של דירות יוקרה. הוצאות שזו שצריכה לשאת בהן זו דירות יוקרה ולא כלל בעלי הנכסים בקניון. סכום ההוצאות שמהוות, למעשה, הוצאות של דירות יוקרה מגיע כדי סך כולל של 692,000 ₪ ושאותו, כאמור, הפחית המומחה מכלל הוצאות הנתבעת בעריכת נוסחת דמי הניהול.

33. הקשר שבין הנתבעת לדירות יוקרה, קשר כפול הנובע הן מבעלות דירות יוקרה במניות הנתבעת והן מניגוד העניינים בו מצויה הנתבעת בכל הנוגע לניהול הקניון, מציב סימן שאלה ביחס להוצאות אלו. אם נמצא שהנתבעת כללה בהוצאותיה המשפטיות סכום כה גדול שהוא למעשה הוצאות של דירות יוקרה, שומה על הנתבעת להביא לכך הסבר. במילים אחרות, **מעט שנמצא עירוב בהוצאות המשפטיות של הנתבעת ושל דירות יוקרה, המהווה "אותות של חוסר תום לב", עבר הנטל לנתבעת לבוא וליתן הסבר לאותן הוצאות.**

ודוק, חלוקה של הוצאות משפטיות בין הנתבעת לבין דירות יוקרה, גם אם לא חלוקה שווה, בהחלט אפשרית. למשל בגין הליך דוגמת תביעה זו שהחל בתביעה למתן חשבונות הן נגד הנתבעת והן נגד דירות יוקרה. כל שנדרש מהנתבעת הוא לבוא וליתן לכך הסבר. להביא את





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 ז'רני ואח' נ' בע"מ ואח'

אותה תשתית עובדתית שתפס את דעת התובעים ותראה שלא נעשה ניסיון לגלגל על כלל בעלי הנכסים בקניון הוצאות משפטיות של דירות יוקרה. הנתבעת איננה עושה כן. בתצהיר לגזיאל אין כל התייחסות לפן זה בחוות דעת המומחה. גם בסיכומי הנתבעת אין לכך התייחסות פרטנית, והרי לא יכולה להיות כזו בהיעדר תשתית עובדתית. כל שנטען בסיכומי הנתבעת הוא שהמומחה חרג מסמכותו בתחשיב זה (סעיף 136 ואילך בסיכומי הנתבעת).

כפירה בסמכות המומחה איננה יכולה להחליף התייחסות עניינית ותשתית עובדתית. התובעים הציגו תשתית עובדתית לפיה הנתבעת כללה בהוצאותיה סך של 692,000 ₪ כשאלו בכלל הוצאות משפטיות של דירות יוקרה. תשתית ראשונית בלבד המתבססת על המידע שאותר על ידי המומחה מטעמה מתוך המסמכים שהציגה הנתבעת. תשתית ראשונית אך מספקת, בשים לב לעקרונות שהוטבעו, להעברת הנטל לנתבעת לבוא וליתן טעם לאותה הוצאה. הנתבעת איננה מביאה כזה טעם ולא נותר אלא לקבל את תחשיב המומחה גם בהיבט זה ולקבוע שיש להפחית סך של 692,000 ₪ מהוצאות הנתבעת.

VII. המחלוקת באשר להכנסות הנתבעת מדירות יוקרה

34. המחלוקת השלישית שנתגלעה בין הצדדים מתייחסת להתחשבות שנעשתה בין הנתבעת לבין דירות יוקרה בקשר למבצע הגרלה.

המומחה מצא כי בשנת 2011 נערכה "הגרלת מכוניות" (להלן: "ההגרלה") לרגל פתיחתו של אגף חדש בקניון. לצורך מימון ההגרלה העבירה דירות יוקרה לנתבעת סך של 4,995,417 ₪, בהסכמה בין דירות יוקרה לבין הנתבעת, שלפיה סכום זה יופחת מחובות דירות יוקרה לנתבעת בשני תשלומים. בפועל, כך מציין המומחה, במהלך 2011 הופחת מחובות דירות יוקרה רק מחצית הסכום, סך של 2,044,791 ₪, ולא נעשתה הפחתה נוספת. דהיינו, המומחה מצא כי הנתבעת "השתתפה" בעלויות ההגרלה בסך של 2,044,791 ₪.

המומחה סבור שמצב זה איננו סביר, שכן אם הנתבעת ראתה את מלוא עלויות ההגרלה כהוצאה, הגיוני היה שתכיר גם במלוא התשלום שקבלה לכך מדירות יוקרה כהכנסה (סעיף 25.9 בחוות דעת המומחה).

35. במילים אחרות, נמצא שהנתבעת ודירות יוקרה הסכימו על עריכת ההגרלה, דירות יוקרה היא שממנה את ההגרלה בסכום שהועבר במלואו לנתבעת, בעוד הנתבעת וככל הנראה בהסכמה מול דירות יוקרה, קיזזה מחצית עלות ההגרלה מחובות דירות יוקרה.

התנהלות שכזו חייבה הסבר. בהצמדות לכלל בדבר העברת נטל הראיה על בסיס עקרון "הנחיתות האינפורמטיבית", מעת שהמומחה מצא שיש סימן שאלה ביחס להתנהלות זו, עבר הנטל לנתבעת לבוא וליתן הסבר להתנהלותה החשבונאית מול דירות יוקרה. הנתבעת מגיעה להסכמה עם חברת האם שלה, שבמסגרתה נערכת ההגרלה ומוסדר המימון באופן שמשית על כלל בעלי שטחי המסחר את מחצית מעלות ההגרלה. אך ברי הדבר שעל הנתבעת להביא לכך הסבר ולהראות שפעלה בתום לב, במסגרת תפקידה כחברת ניהול ולטובת כלל בעלי הנכסים בקניון.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

36. בסיכומים מטעמה, טוענת הנתבעת כי יש לדחות את עמדת המומחה בכל הנוגע לתחשיב הקשור לאותה הגרלה.

הנתבעת טוענת כי הביטוי "הכנסות חריגות" בנוסחה (להבדיל מהביטוי "הכנסות אחרות" בו עשה שימוש המומחה) מתייחס אך ורק להכנסות ממחזיקים עבור הוצאות ששילמה עבורם הנתבעת (סעיף 95 בסיכומי הנתבעת). ככל שבטענה זו מתיימרת הנתבעת, שוב, להתעלם מכל חבות בכל הנוגע לתחשיב דמי הניהול, אין אלא לשוב על שכבר נקבע. הנתבעת מוגבלת גם מוגבלת בקביעת דמי הניהול על בסיס עקרון תום הלב. כך בכלל. כך ביחס לרכיבי "ההכנסות" הנכללים בנוסחה לקביעת דמי הניהול. לנתבעת הזכות לקבוע אילו "הכנסות" יכללו בתחשיב ובלבד שתעשה כן בתום לב ובשמירה על עקרון השוויון בין בעלי הזכויות בשטחי המסחר בקניון.

כל שעשה המומחה, בהקשרה של טענה זו, הוא לציין נתון עובדתי. הנתון שלפיו הנתבעת קבלה מדירות יוקרה סך של 4,995,417 ש"ח, והפחיתה מחובות דירות יוקרה רק מחצית הסכום, סך של 2,044,791 ש"ח. המומחה גם ציין כי לפי המידע שמסרה לו הנתבעת, התנהלות זו קשורה למבצע הגרלת רכב שנערך עם פתיחת אגף חדש לקניון.

וכל שנדרש מהנתבעת נוכח עובדות אלו, עובדות בהן לא כפרה ואיננה כופרת בסיכומיה, הוא ליתן הסבר להתנהלות זו. הסבר לאותה התנהלות, לאותו סיכום מול דירות יוקרה, ליתרון שאולי צמח ואולי לא צמח לכלל בעלי הנכסים מאותה התחשבנות. גרסה עובדתית שתוצג כדרך בה מוגשות ראיות. אך הנה מתברר שגם בעניין זה הנתבעת בחרה למלא פיה מים. בתצהיר מנהל הנתבעת, יוסי לגזיאל, אין ולו רמז להתייחסות לטענה זו. כך גם בחוות הדעת מטעמה של הנתבעת, חוות הדעת של רו"ח טובה הילמן.

37. בסיכומי הנתבעת (סעיף 114 ואילך) נטען שהתשלום מדירות יוקרה שימש כקמפיין פרסומי לטובת כל החנויות בקניון ואשר במסגרתו הוגרלו 75 מכוניות חדשות. הנתבעת טוענת, על בסיס "עובדות" אלו, כי הסכימה עם דירות יוקרה על מימון אותו קמפיין פרסומי ושאין כל סיבה להתערב בהחלטה זו. הנתבעת אף מבקשת מבית המשפט (סעיף 112 בסיכומי הנתבעת) לקבוע שהכנסה זו הוצאה לטובת הקניון וכלל החנויות שבו.

נוכח מחלוקת זו ראוי להדגיש כי ככלל, אין בפני טענה גורפת השוללת את זכותה של הנתבעת להוציא הוצאות במבצעי פרסום כאשר אלו יבואו בכלל חשבון במסגרת הוצאותיה ביישום נוסחת חישוב דמי הניהול. הקושי בתחשיב הספציפי אליו הפנה המומחה איננו נובע מעצם קיומן של "הוצאות פרסום" אלא מההתחשבנות שנעשתה בעניין זה מול דירות יוקרה. אותם הסברים שנדרשו מהנתבעת לא נבעו מעצם קיומן של "הוצאות פרסום" אלא מקיומו של הסכם עלום בינה לבין דירות יוקרה בקשר עם אותן "הוצאות פרסום". לכך נדרשה הנתבעת. להסבר שלא ניתן.

ועל רקע זה של הסבר שלא ניתן, טענות הנתבעת מעוררות השתאות, שכן אין להן כל תמיכה בראיות שהוצגו. לא בתצהיר לגזיאל, לא בחוות דעת רו"ח הילמן ולא בכל מקור אחר. סיכומים אינם מקום להוספת טענות עובדתיות שאין להן בסיס בראיות שהוצגו. ובכלל, לא ברור כיצד



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

טוענת הנתבעת כי אותה התחשבות ואותו מבצע פרסום נעשו "לטובת כלל בעלי הנכסים בקניון" בלי ניסיון להציג את פרטי אותו "מבצע פרסום" ופרטי אותה הסכמה עם דירות יוקרה. שתי אלו, הנתבעת ודירות יוקרה, הגיעו להסכמה שפרטיה נותרו במחשכים אף שהשליכו במישרין על חבות כלל בעלי שטחי המסחר.

לא מיומנותו של המומחה, לא לשון הנוסחה לחישוב דמי הניהול ולא סמכותה הבלעדית של הנתבעת להחליט על ניהול הקניון עומדת למבחן בעניין זה. הנתבעת הגיעה להסכמות מול החברה האם שלה, דירות יוקרה, באופן שמשליך במישרין על הכנסותיה והוצאותיה וכך גם על בעלי שטחי המסחר בקניון כולל התובעים. כל שנדרש הוא הסבר. כזה – איין.

38. אם כך, התברר שהנתבעת הגיעה להסכם עם חברת דירות יוקרה על העברת כספים לטובת מבצע פרסום כלשהו, התברר שבמסגרת הסכמה זו קבלה הנתבעת סך של 4,995,417 ₪ מדירות יוקרה והתברר שהנתבעת כללה בתחשיב ההכנסות וההוצאות שלה רק כמחצית הסכום. די בעובדות אלו שהתבררו, כדי לבסס את אותן "אותות של חוסר תום לב" להעברת הנטל לנתבעת לבוא וליתן טעם להתנהלותה. הנתבעת בתגובה הסתפקה בתקיפת המומחה על חשיפת הנתונים ותחשיביו אך נמנעה ממסירת מידע מלא על התנהלותה ונמנעה מהצגת גרסה עובדתית שתסביר את שיקוליה, אפשר גם תבסס את האפשרות שפעלה כדת וכדין ולטובת כלל בעלי שטחי המסחר בקניון. במצב זה, אין אלא לקבל את תחשיבי המומחה גם בטענה זו, לקבוע שאסור היה לנתבעת להימנע מציון התשלום שקבלה מדירות יוקרה במסגרת "הכנסותיה" ובמלואו, ולהורות על תיקון החבות בדמי הניהול בהתאם.

VIII. משמעות חוות הדעת ביחס לטענות נוספות של התובעים

39. רק להשלמת התמונה יצוין כי עמדת התובעים, העתירה לאימוץ חוות דעת המומחה תוך ויתור על הבאת ראיות נוספות, מביאה לדחיית מרבית העתירות לסעדים שלהם עתרו התובעים.

40. בכתב התביעה, הלינו התובעים כי הנתבעת נמנעת מגביית כספים המיועדים למימון "קרן פחת" (למשל סעיף 28 בכתב התביעה). לפי סעיף 4.12(ד) בהסכם הניהול, בגדר ההוצאות של חברת הניהול יש לכלול גם "סכומים שיופרשו לקרן פחת שתוקם למטרת הפעלתו התקינה של הקניון", אך התובעים טענו שהנתבעת איננה מקיימת התחייבות זו.

טענה זו למעשה עמדה בסתירה לטענות התובעים לחיוב ביתר של דמי ניהול, אם לשיטתם עוד היה על הנתבעת להוסיף ולהגדיל החיוב בהתחשב באותה "קרן פחת", ועל כל פנים, התובעים לא עתרו לסעד בטענה זו, לא הביאו כל תשתית ראיתית לביסוס טענה זו וגם לא עותרים בעניין זה בסיכומים.

הטענה המתייחסת לאי חיוב בגין "קרן פחת" בתקופה הרלוונטית – נדחת.

41. בכתב התביעה, טענו התובעים להפרת התחייבויות הנתבעת בכל הנוגע להפעלת דוכנים בשטחים המשותפים. טענה עליה חוזרים התובעים בהרחבה בסיכומים מטעמם (סעיף 33 ואילך).

41.1. הביטוי "דוכנים" מתייחס לנקודות מכירה הממוקמות במרחב השטחים המשותפים של הקניון, בפרט במעברים המהווים חלק מהשטחים המשותפים בקניון, אך גם במקומות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

- נוספים כגון במקלט. דוכני מכירה של מוצרים שונים אך גם מכוונות אוטומטיות. כולם תחת ההגדרה הכוללת – "דוכנים".
- 41.2. התובעים אינם מלינים על עצם השימוש בשטחים המשותפים גם לטובת הצבת "דוכנים", אך מלינים גם מלינים על כך שפעילות זו איננה מביאה להפחתה משמעותית בדמי הניהול בהם הם מחויבים. לטענתם, שטחי הדוכנים אמורים היו להקטין את השטח הציבורי שבאחריות הנתבעת ובכך להקטין את הוצאותיה, ולצד זאת גם להגדיל את כלל שטחי המסחר החייבים בדמי ניהול ובכך להקטין את החבות היחסית בדמי הניהול. הנתבעת, כך טוענים התובעים, פעלה להצבת עשרות דוכנים, אך התברר שפעילות זו איננה מביאה להקטנת דמי הניהול כמלוא הנימה. התברר, טוענים התובעים, כי הנתבעת גובה "דמי ניהול" מבעלי הדוכנים אך משלשלת את אותם תשלומים לקופתה מבלי שכל יתר בעלי הנכסים בקניון ייהנו מפעילות זו.
- 41.3. טענות התובעים בכל הנוגע לדוכנים נדונו בפסק הדין (סעיף 14) ובתום הדיון נקבע שאין לתובעים זכות כלשהי בהכנסות הנתבעת כתוצאה מהשכרת הדוכנים וכך גם נדחתה העתירה לחיוב הנתבעת בגילוי הכנסותיה כתוצאה מהשכרת הדוכנים.
- 41.4. בהכרעה זו אין, כמובן, כדי לקבוע שהתנהלותה של הנתבעת בכל הנוגע ליחסיה מול שוכרי הדוכנים נקייה מכל רבב. אותם שוכרים של הדוכנים הרי גם נהנים משירותי הניהול של הנתבעת וברי הדבר שלא יתכן מצב בו יתר בעלי הנכסים בקניון, דוגמת התובעים, נושאים לבדם בעלות אותם שירותים מהם גם נהנים בעלי הדוכנים מבלי שאלו יתרמו דבר לכיסוי אותן עלויות. אותו חשש לניגוד עניינים, זה שמקורו הבעלות של דירות יוקרה בנתבעת ובמקביל גם בנכסים בקניון כחלק מהשותפות, עשוי לבסס דרישה מהנתבעת למתן הסברים לאופן בו היא מתנהלת בקשר עם הדוכנים.
- דא עקא, וכדי להציב כזו דרישה בפני הנתבעת, כדי לקבוע שנטל הראיה עבר לנתבעת על יסוד אותה קביעה לעיל בדבר הנחיתות האינפורמטיבית בה מצויים התובעים, שומה על התובעים להציב תשתית עובדתית ולו ברמה הנדרשת להעברת הנטל. כיוון שהסכם הניהול (סעיף 4.12(ג)) מקנה לנתבעת שיקול דעת מוחלט גם בהתנהלות הנוגעת לדוכנים, שומה על התובעים להציב תשתית ראיתית ראשונית להתנהלות לא תקינה, אפשר גם לא בתום לב, של הנתבעת בקשר עם הדוכנים.
- 41.5. עיון בראיות שהציגו התובעים מלמד על העדר תשתית ראיתית שכזו. התובעים עותרים בסיכומים (סעיף 103) לצו האוכף על הנתבעת לכלול את כלל שטחי הדוכנים בתחשיב דמי הניהול, אך אינם מציגים כל תשתית עובדתית שתבסס כזו טענה. הנתבעת, במסגרת סמכותה, מצאה להבחין בין "דוכנים" לשטחי החנויות "הרגילות" כך שמחזיקי הדוכנים ישלמו דמי ניהול מופחתים שיבואו בכלל חשבון במסגרת "המונה". המומחה אכן מציין כי תחשיב החבות בדמי הניהול של הנתבעת מביא בכלל חשבון את הכנסות הנתבעת מדמי ניהול שמשלמים הדוכנים (סעיף 25.7 בחוות דעת המומחה).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

משמע, המומחה מצא שהנתבעת מחייבת את בעלי הדוכנים בתשלום דמי ניהול ואלו גם מביאים להפחתת חבות יתר בעלי הנכסים. המומחה אף מתייחס לטענה שהנתבעת נמנעה מלכלול בתחשיבה את מלוא ההכנסות של דמי ניהול מהדוכנים, אך מציין שלא הוצגו לו נותנים מספקים לביסוס טענה זו ולמעשה המומחה לא מצא רבב באופן בו מתנהלת הנתבעת בהקשר זה. ודוק, אך הגיוני למצוא שהיחס לדוכנים שונה מהיחס לבעלי החנויות "הרגילות" בקניון והגיוני שאותו מחזיק בדוכן ארעי לא יחויב בדמי ניהול זהים לאלו החלים על שטחי המסחר הרגילים. בדיוק כמו אותן "חנויות עוגן". החלטת הנתבעת לגבות דמי ניהול שונים ממחזיקי הדוכנים איננה יכולה להיות פסולה כשלעצמה ואיננה יכולה לבטא התנהלות חסרת תום לב מצידה. לו בקשו התובעים לטעון לפגם גם בפן זה של התנהלות הנתבעת, למשל במתן הנחות מפליגות ומופרזות בדמי ניהול למי ממחזיקי הדוכנים, שומה היה עליהם להציב לכך תשתית ראייתית. כזו – איין. הטענה שלפיה נפל פגם בתחשיבי דמי הניהול של הנתבעת בכל הנוגע לדוכנים בקניון – נדחתה.

42. בכתב התביעה, התמקדו התובעים בהתנהלות הנתבעת בשנים הרלוונטיות (2010-2016) אך לצד זאת גם העלו טענות באשר להתנהלות הנתבעת בשנים שלאחר מכן (2017 ואילך). התובעים טענו כי גם בשנים 2021 חייבה אותם הנתבעת בדמי ניהול מופרזים ובמסגרת הסיכומים עותרים התובעים (סעיף 106) לחיוב הנתבעת בתשלום סך של 19,044 ₪ בגין כל שנה שלאחר השנים הרלוונטיות.

גם בהתעלם מהקושי הדיוני נוכח שלבי הגשת התביעה וראשיתה כתביעה למתן חשבונות וגם אם עמדה לתובעים האפשרות לעתור לסעדים המתייחסים לתקופה מאוחרת מזו הרלוונטית, ברי הדבר כי היה עליהם להציג תשתית ראייתית שתבסס טענות ביחס לשנים אלו. אם, למשל, נטען שגם בשנים 2017 ואילך חושבו דמי הניהול מתוך הענקה לא ראויה של מעמד "חנות עוגן" לעסקים שונים, שומה היה על התובעים להציג תשתית ראייתית שתבסס כזו טענה ותבסס תחשיב כלשהו.

דבר מאלו לא עשו התובעים והאפשרות לקושי דיוני וראייתית להצגת כאלו ראיות איננה מספקת לקבלת הטענה. הנתבעת טוענת (סעיף 7 בסיכומי הנתבעת) שאין לתובעים זכות לסעדים "החורגים מגבולות המחלוקת הנדונה" ואני מקבל טענה זו.

בהינתן גבולות המחלוקת כפי שהוצבו בתביעה המקורית ובהיעדר כל תשתית המתייחסת להתנהלות הנתבעת בשנים שלאחר התקופה הרלוונטית ועד הגשת התביעה המתוקנת – הטענה לחבות של הנתבעת בגין החיוב בדמי ניהול לשנים שלאחר 2016 איננה חלק מהמחלוקות ונמחקת.

IX. סיכום

43. לא מצאתי ממש ביתר טענות הצדדים.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

44. וכך ניתן לסכם :

- א. עסקינן במחלוקת הנוגעת לתחשיב שלפיו בקשה הנתבעת לחייב את התובעים בתשלום דמי ניהול בגין הנכסים שבבעלותם בקניון הזהב בשנים 2010-2016.
- ב. חבות התובעים בתשלום דמי ניהול מוסדרת בהסכמי הניהול. אלו קובעים, בין היתר, כי לנתבעת סמכות רחבה בקביעת דמי הניהול במסגרת תפקידה לנהל את הקניון ולקדם את פעילות כלל העסקים בקניון. עם זאת, בהפעלת סמכותה חייבת הנתבעת לפעול בתום לב, בשוויוניות, בהפעלת שיקולים ענייניים בלבד ובשאיפה המשותפת לכלל בעלי הזכויות בקניון – פעילות מיטבית של הקניון.
- ג. החובה לפעול לפי עקרון תום הלב חלה על כל חברת ניהול אך לחובה זו משמעות מיוחדת בהינתן מבנה האחזקות הייחודי של קניון הזהב. כאשר 84% מכלל שטחי המסחר בקניון נתונים בבעלות השותפות, אשר לדירות יוקרה חלק גדול בה, וכאשר אותה חברה, דירות יוקרה, היא גם בעלת השליטה בנתבעת, מצויה הנתבעת במצב תמידי של ניגוד עניינים. ניגוד עניינים אפשרי בין חובתה לכלל בעלי השטחים בקניון לחובתה כלפי בעלת השליטה בה, שלה בעלות בחלק מהנכסים בקניון. ניגוד עניינים אפשרי בין השאיפה לפעילות שתיטיב עם כלל הנכסים בקניון לשאיפה לפעילות שדווקא יטיב עם אותם אגפים או נכסים בהם השליטה המלאה נתונה לשותפות ובאמצעותה גם לדירות יוקרה.
- ד. בבירור מחלוקת הנוגעת לתחשיבי דמי הניהול מצויים בעלי הנכסים במצב של נחיתות אינפורמטיבית מול חברת הניהול. כך בכל מרכז מסחרי אך כך בפרט בקניון דנא ונוכח מבנה הבעלות בשטחי המסחר. הנתבעת מחזיקה את כל המידע הרלוונטי בעוד שלמחזיקי הנכסים, למרות היותם אלו שמשלמים וממנים את פעילות חברת הניהול, אין כל מידע זולת זה שמוסרת להם הנתבעת.
- ה. נוכח הנחיתות האינפורמטיבית של בעלי הנכסים בקניון, דוגמת התובעים, ונוכח אותו מצב של ניגוד עניינים בו מצויה הנתבעת, יש להקל על התובעים בבירור מחלוקת הנוגעת לתחשיב דמי הניהול וליתן בידם כלים טובים יותר להתמודדות מול הנתבעת, חברת הניהול. לפיכך, די להם לתובעים להעמיד תשתית עובדתית של "אותות לחוסר תום לב" כדי להעביר את הנטל לנתבעת. הנטל להביא ראיות שיפיגו את אותו חשש ויסתרו את הטענה לחוסר תום לב או התנהלות פסולה אחרת של הנתבעת בתחשיב דמי הניהול.
- ו. התובעים טענו לטעויות בתחשיב דמי הניהול בהתבסס על חוות הדעת המומחה, שלפיה סבר המומחה שנמצאו ליקויים בתחשיבי הנתבעת בשלושה מישורים: סיווג חנויות עוגן, הפחתת הוצאות משפטיות והיעדר ביטוי מלא להכנסות הנתבעת מדירות יוקרה.
- ז. הנתבעת טענה לפסילת המומחה ולפסילת חוות דעת המומחה. טענות הנתבעת הנוגעות להיעדר הצהרה של המומחה בדבר היעדר ניגוד עניינים, לפי תקנה 16 בתקנות המומחים, הועלו בשיהוי ניכר וכך גם טרוניות לקשר אפשרי של המומחה עם ב"כ התובעים. טענות לפסילת מומחה יש להעלות מיידיית ולא רק לאחר קבלת חוות הדעת ונוכח אי שביעות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

- רצון מממצאיה. די בכך כדי לדחות טענות אלו, אך גם לגופם של דברים לא נמצא שאותו קשר שהיה למומחה בעבר עם ב"כ התובעים מבסס טענת פסלות ולא נמצא שהתנהלותו לאחר המינוי מבטאת כזה פגם המצדיק פסילה. הטענה לפסילת המומחה – נדחתה.
- ח. המומחה מצא כי סיווג חנויות בקניון כ"חנות עוגן" לא היה נכון ביחס לשתי חנויות, שכן אלו נמצאו להיות חנויות בשטח לא גדול והיו בבעלות קבוצות שיתר החנויות שלהן בקניון לא סווגו כחנויות עוגן. נמצא שדי בעובדות אלו כדי להעביר לנתבעת את הנטל לבוא וליתן טעם להחלטתה לסיווג אותן חנויות כ"חנות עוגן" ונמצא שהנתבעת לא הרימה נטל זה. הנתבעת לא עשתה כל ניסיון להסביר את הבסיס להחלטתה לסיווג חנויות אלו כחנויות עוגן בתקופה הרלוונטית ולא הציגה תשתית עובדתית כלשהי בקשר עם סיווג זה.
- ט. המומחה מצא כי הנתבעת כללה במסגרת הוצאותיה סכום מצטבר של 692,000 ₪ שלכאורה בכלל מבטא הוצאות של דירות יוקרה. נוכח טענה זו, הועבר הנטל לנתבעת לבוא וליתן טעם להוצאות אלו ולהפריך את הטענה שאלו למעשה הוצאות של דירות יוקרה, החברה אם שלה. הנתבעת לא הציגה כזו תשתית.
- י. המומחה מצא כי בשנת 2011 הנתבעת קבלה מדירות יוקרה, החברה האם של הנתבעת, סך של 4,995,417 ₪, ובהמשך הפחיתה מחובות דירות יוקרה רק מחצית הסכום, סך של 2,044,791 ₪. המומחה סבר כי ראוי היה לרשום את מלוא התשלום שהתקבל כך כ"הכנסה" של הנתבעת בתחשיב דמי הניהול. כיוון שהנתבעת טענה בפני המומחה כי מדובר בתשלום שהועבר למימון מבצע שיווקי הכולל הגרלה במימון דירות יוקרה, ובשים לב לאותו חשש לניגוד עניינים תמידי בו מצויה הנתבעת, הועלה אותו חשש להתנהלות שאיננה שוויונית ואיננה תמת לב מצד הנתבעת. משמע: אותות של חוסר תום לב המעבירים את הנטל לנתבעת. הנטל לבוא ולהסביר את אותה התנהלות. הנתבעת לא עמדה בנטל זה. הנתבעת לא הציגה כל הסבר ולא הציבה כל תשתית עובדתית שתבסס את התנהלותה בהקשר זה. הנתבעת העדיפה מתיחת ביקורת נוקבת על המומחה בסיכומיה על הצבת תשתית עובדתית כלשהי.
- יא. התובעים העלו מספר טענות נוספות לפגמים שנפלו בהתנהלות הנתבעת בתחשיב דמי הניהול בתקופה הרלוונטית, אך נמצא שלטענות המתייחסות לחיוב בגין "קרן פחת" ולטענות המתייחסות לחיוב "הדוכנים" בדמי ניהול מופחתים – לא הוצגה תשתית לביסוס טענות אלו. טענות אלו – נדחו וכך גם נמחקו טענות המתייחסות ליחסי הצדדים לאחר התקופה הרלוונטית.
- יב. מאחר והמומחה מצא ליקויים בהתחשבות הנתבעת ומאחר והנתבעת לא מצאה להביא ראיות לסתור את טענות המומחה – לא נותר אלא לקבל את חוות דעת המומחה במלואה וביחס לחלופה המחמירה יותר בה נקב – החלופה שלפיה אסור היה לנתבעת להפחית מהכנסותיה הוצאות משפטיות של דירות יוקרה; והחלופה שלפיה חייבת הייתה הנתבעת לכלול בהכנסותיה את מלוא התשלום שקבלה מדירות יוקרה ולא רק חלק הימנו. זאת בנוסף לתיקון התחשיב בשלילת מעמד של "חנות עוגן" מ-2 חנויות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפריני ואח' נ' בע"מ ואח'

קביעה זו משמעותה קבלה מלאה של תחשיבי המומחה, בהתאם לעתירת התובעים.

45. הסכום הכולל בו נמצא שיש לחייב את הנתבעת עומד על 133,311 ₪ בתוספת מע"מ כשיעורו כיום (18%). לשם נוחות החישוב יתווספו לסכום זה הפרשי הצמדה וריבית ממחצית התקופה הרלוונטית – 1.7.13.

לפי חוות דעת המומחה (עמוד 16 בחוות הדעת) התובע 1 היה בעל הזכויות ב- 3 חנויות (257, 258, 259) בשטח כולל של 114.35 מ"ר (45.01 + 45.01 + 24.33) בעוד התובעים 2 ו-3 היו בעלים של חנות אחת (267) ושוכרים של חנות נוספת (253) בשטח כולל של 71.18 ₪. מהסכום שנפסק זכאי לפיכך התובע 1 לסך של 82,120 ₪ בתוספת מע"מ (61.6% מהסכום) וזכאים התובעים 2 ו-3 לסך של 51,191 ₪ בתוספת מע"מ (38.4% מהסכום).

46. לאחר שנמצא שיש לקבל את התביעה על בסיס חוות דעת המומחה יש לשום את הוצאות התובעים. בשומה זו מצאתי להביא כלל חשבון את הקושי הרב שניצב בפני התובעים בניסיון לדלות מידע ולפענח את תחשיבי הנתבעת, את המשאבים הרבים שנדרשו ואת התעקשות הנתבעת לשמירה על מעמד על בקביעת דמי הניהול למרות פסיקה ברורה ששללה ממנה זכות שכזו. בהתחשב בכל זאת, אני מחייב את הנתבעת לשאת גם בכל הוצאות התובעים בגין בירור התביעה (ובאלו שכר המומחה מטעם התובעים וחלקם של התובעים בשכר המומחה מטעם בית המשפט).

התובעים טוענים שההוצאות שהוציאו מגיעות כדי 356,809 ₪ (סעיף 33 כתב התביעה המתוקן) ועותרים לחיוב הנתבעת בתשלום סך של 200,000 ₪ ברכיב זה. היקף הוצאות התובעים בבירור התביעה הוצג בחוות דעת המומחה מטעמם (סעיף 50 בחוות הדעת של רו"ח בר לב). הנתבעת לא כפרה בטענות להוצאות התובעים ודומני שהיקף ההשקעה שנדרשה לבירור הטענות מלמד שהטענה להיקף כזה של הוצאות סבירה והוגנת (כאמור בתקנה 152 בתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018). כיוון שהתובעים עצמם הגבילו תביעתם לסך של 200,000 ₪ תישא הנתבעת במלוא הוצאות אלו: 120,000 ₪ בגין הוצאות התובעים למומחה מטעמם ובנוסף לכך בשכר טרחת עו"ד בסך של 80,000 ₪. להוצאות אלו תתווסף גם אגרת בית המשפט וגם חלקם של התובעים בשכר טרחת המומחה, רו"ח עינת. על הוצאות אלו ניתן להגיש פסיקתה.

47. ולפיכך, אני מקבל את התביעה ומחייב את הנתבעת לשלם לתובעים את הסכומים הבאים:

לתובע 1 – סך של 96,902 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 1.7.13.

לתובעים 2 ו-3 – סך של 60,405 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 1.7.13.

לכל התובעים – סך של 200,000 ₪ בגין הוצאות התובעים לבירור התביעה (כולל שכר טרחת עו"ד) ובנוסף לכך גם אגרת בית המשפט וחלקם של התובעים בשכר המומחה מטעם בית המשפט).

ניתנה היום, י"ז אלול תשפ"ה, 10 ספטמבר 2025, בהעדר הצדדים.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 52434-11-16 זפרני ואח' נ' בע"מ ואח'

רון אילן, שופט

