|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי מרכז-לוד** |
| **ת"א 57041-12-17 נגר ואח' נ' וואן שירותי תוכנה (1997) בע"מ ואח'**  תיק חיצוני:  |

|  |  |
| --- | --- |
| **לפני**  | **כבוד השופט, סגן הנשיאה** **אורן שוורץ** |
| **תובעים ונתבעים שכנגד** | **1. רחמים נגר** **2. יעקב נגר****ע"י ב"כ עוה"ד טל מישר וזאב גוטרייך**  |
| **נגד** |
| **נתבעות ותובעת שכנגד** | **1. וואן שירותי תוכנה (1997) בע"מ (תובעת שכנגד)****2. ניביט תקשורת ומחשבים (1989) בע"מ****ע"י ב"כ עוה"ד עופר שפירא ודוד הדר** |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

**הרקע לתביעה**

1. עניינה של התביעה שלפניי בהסכם לרכישת 80% ממניות חברת ניביט תקשורת ומחשבים בע"מ על ידי חברת וואן שירותי תכנה.

לטענת התובעים, מי שהיו בעלי 100% ממניות ניביט, וואן לא שילמה להם את מלוא התמורה עליה סיכמו הצדדים במסגרת הסכם הרכישה. כמו-כן וואן לא העבירה להם תשלום (דיבידנד) בגין ההון החוזר של ניביט. בכך הפרה וואן שירותי תוכנה (1997) בע"מ (להלן – **וואן**) את הסכם הרכישה. עוד טענו התובעים, כי נציגיה של וואן הכפישו ופגעו בשמו הטוב של מר רחמים נגר.

מטעמים אלה עתרו התובעים לחייב את הנתבעות בתשלום בסך 8,816,725 ₪ המגלמים את התמורה החוזית בגין רכישת ניביט והדיבידנד, סך 150 אלף ₪ בגין נזק לא ממוני וכן סך 250 אלף ₪ מכוח [חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372).

2. בתביעה שכנגד טענה הרוכשת (וואן) כי בהתאם להסכם הרכישה קיים קשר ישיר בין הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 לבין התמורה הסופית שתשולם בגין רכישתה. וואן הולכה שולל על ידי התובעים אשר עיוותו את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 והסתירו מידע מהותי, ובעיקר - אובדן צפוי של לקוח מהותי. בנסיבות אלה, עתרה וואן לחייב את התובעים להשיב להם סך 2,698,872 ₪, בגין אי-התאמה של הממכר. סכום זה מגלם את ההפרש בין התשלום שביצעה וואן מכוח הסכם הרכישה לבין שוויה העדכני של ניביט.

**עיקר טענות התובעים**

3. התובעים, מר רחמים (רמי) נגר (להלן – **מר נגר**) ומר יעקב נגר, הם שני אחים שהקימו בשנת 1989 את נתבעת 2, ניביט תקשורת ומחשבים (1989) בע"מ (להלן – **ניביט**).

ניביט עוסקת בפיתוח, הטמעה ושיווק של מערכות מחשוב המשמשות לניהול עסקים ורשתות קמעונאות. התובעים הובילו וקידמו את ניביט במשך כ-30 שנים עד שזו רכשה לעצמה נתח שוק משמעותי בתחומה, קהל לקוחות נאמן ומעמד עסקי איתן.

4. בחודש דצמבר בשנת 2013 פגשו התובעים לראשונה בנציגי וואן.

וואן היא חברת בת שנשלטת על ידי חברה ציבורית (וואן טכנולוגיות תוכנה בע"מ) מובילה שעוסקת במתן שירותי מחשוב מגוונים לקהל רחב של לקוחות. באותה עת הציעה וואן לתובעים לקדם מתווים שונים של שיתוף פעולה עסקי בין הצדדים, אך המגעים לא הבשילו. הצדדים שמרו על קשר. לימים, בחודש אוגוסט בשנת 2016 החליטו לחדש ולהעמיק את המשא ומתן העסקי ביניהם.

5. ביום 18.9.2016 חתמו הצדדים על מזכר הבנות (להלן – **מזכר ההבנות**).

בהתאם למזכר ההבנות, הוסכם כי וואן תרכוש 80% ממניות ניביט בתמורה לתשלום בסך 15 מיליון ₪ (להלן – **התמורה**). סכום התמורה נקבע בהתבסס על הערכה שהרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 יהיה בין 3,750,000 ₪ לבין ארבעה מיליון ₪. עוד נקבע במזכר ההבנות מנגנון המאפשר לדייק את סכום התמורה בהתאם לרווח הסופי של ניביט לשנת 2016, על בסיס "מכפיל 4". מזכר ההבנות אף כלל את הסכמת התובעים לאפשר לוואן לערוך לניביט בדיקת נאותות עסקית, משפטית ופיננסית מקיפה ויסודית ככל שתחפוץ.

וואן אכן ביצעה בדיקה זו וזכתה לשיתוף פעולה מלא מצד התובעים. באופן זה לא היה פרט מידע רלוונטי לצורך הערכת שווי מניות ניביט שוואן לא ידעה עליו מראש.

6. ביום 15.12.2016, לאחר שוואן ערכה את כל הבדיקות הנדרשות, חתמו הצדדים על חוזה לפיו וואן תרכוש 80% ממניות ניביט בתמורה לסך 15 מיליון ₪ (לעיל ולהלן – **הסכם הרכישה**). בהתאם להסכם הרכישה היה על וואן להעביר לתובעים סך 10 מיליון ₪ ב"פעימה הראשונה". אולם, וואן הודיעה לתובעים כי היא תקזז מסכום זה סך 1.5 מיליון ₪ בגין חובות התובעים לניביט. קיזוז זה בוצע שלא כדין מאחר שהצדדים סיכמו ביניהם כי כל חובות התובעים לניביט יפרעו בדרך של הכרזת דיבידנד, אשר אינו משולם לכיסם אלא משמש לפירעון הלוואה בספריה של ניביט. בנסיבות אלה, קיזוז 1.5 מיליון ₪ מסכום התמורה החוזית מהווה הפרה של הסכם הרכישה.

7. בתחילת שנת 2017, הגיש מר ספי כהן, רואה החשבון של ניביט ( להלן – **רו"ח כהן**), בהתאם להסכם הרכישה ולבקשתה של וואן, דוח שנתי של ניביט לשנת 2016 (להלן – **הדו"ח הראשון**). בהתאם לדו"ח הראשון, הרווח התפעולי של ניביט לשנה זו עמד על סך 3,622,393 ₪. וואן התנגדה לדו"ח זה. לטענתה, הוצאות והכנסות מסוימות אשר יוחסו לשנת 2016 אינן חלק מההכנסות וההוצאות השוטפות לאותה שנה, אלא תנועות שמן הראוי להכיר בהן ככאלה שהתבצעו בעבר או יתבצעו בעתיד. בנסיבות אלה הגיש רו"ח כהן דו"ח מתוקן לפיו הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הוא 3,889,237 ₪ (להלן – **הדו"ח המתוקן**).

8. וואן, שלא הייתה מרוצה אף מהדו"ח המתוקן, ערכה דוח שנתי חלופי באמצעות רו"ח מטעמה (להלן – **דוח וואן**). את הדוח העבירה וואן למשרד רו"ח בריטמן אלמגור זהר ושות' (להלן – **דלויט**), אשר ערך ביצע ביקורת על הדוח. בהתאם לדוח וואן, הרווח השנתי של ניביט לשנת 2016 עמד על סך 2,429,556 ₪ בלבד.

דוח וואן גובש מבלי שעורכיו התייעצו עם מי מהנהלת ניביט לאותה שנה וללא ביקורת של רו"ח כנדרש. באופן זה, וואן החליפה את הדוחות המקצועיים והבלתי תלויים שערך רו"ח כהן בדוח מלאכותי ואינטרסנטי אשר הושפע מרצונה להפחית את גובה התמורה בגין רכישת ניביט. בנסיבות אלה, כאשר הרווח התפעולי לשנת 2016 פחת מסך 3,750,000 ₪ ובהתאם להוראות הסכם הרכישה, סוכל ביצוע התשלום השני וכן סוכל תשלום דיבידנד בגין הון חוזר שהיה בקופת החברה. בכך פעלה וואן בחוסר תום לב והפרה את הסכם הרכישה.

9. זאת עוד: במסגרת הסכם הרכישה סיכמו הצדדים כי מר נגר ימשיך את עבודתו כמנכ"ל ניביט עד למועד פרסום הדוחות הכספיים של שנת 2018.

ביום 21.5.2017 כינסו נציגי וואן: מר עדי שיין (להלן – **מר שיין**), מר בנג'י גרוס ומר יצחק שפר את עובדי ניביט. בפגישה זו הודיע מר שיין לעובדי ניביט כי נמצאו אי סדרים במאזני החברה וכי הוצגו להם מצגי שווא על ידי מר נגר. עוד הודיע מר שיין כי רמי הוצא לחופשה. לבסוף פוטר מר נגר על ידי וואן. אמירותיו אלה של מר שיין גרמו להשפלתו ולביזויו של מר נגר והכתימו את שמו הטוב.

10. מטעמים אלה עתרו התובעים לקבל את הסעדים הבאים:

* פיצוי בסך 1.5 מיליון ₪ בגין יתרת הפעימה הראשונה של התמורה החוזית אשר קוזזה שלא כדין.
* תשלום בסך 5 מיליון ₪ בגין הפעימה השנייה של התמורה החוזית.
* תשלום סך 2,316,725 ₪ בגין מלוא ההון החוזר של ניביט בהתאם לטיוטת הדוח של רו"ח כהן.
* פיצוי בסך 150 אלף ₪ בגין נזק לא ממוני.
* פיצוי בסך 250 אלף ₪ בגין פרסום לשון הרע נגד מר נגר. לחילופין פיצוי בסך 56 אלף ₪ בגין ראש נזק זה, ללא הוכחת נזק.

 מסכום זה ביקשו התובעים להפחית סך 143,500 ₪ המהווים את שוויו של רכב מסוג יונדאי שרכשה ניביט לפני מספר שנים והעמידה לשימושו של מר נגר. סכום התביעה הועמד על סך 9,154,737 ₪.

**עיקר טענות הנתבעות**

11. ביום 5.1.2017 העבירה וואן לתובעים את התשלום הראשון מכוח הסכם הרכישה בסך 10 מיליון ₪ בניכוי הסכומים הבאים: 3 מיליון ₪ ששולמו לרשויות המס בגין ניכוי מס במקור; 1.5 מיליון ₪ שהועברו לניביט מכוח סעיף 4.3 להסכם הרכישה ובגין פירעון החוב של התובעים כלפיה.

12. התשלום השני היה אמור להתבצע בתוך 30 ימים ממועד פרסום הדוחות הכספיים של ניביט לשנת 2016. בהתאם להסכם הרכישה, סכום התשלום השני היה תלוי ברווח התפעולי של ניביט לאותה שנה. ביום 7.3.2017 מסרו התובעים לוואן את הדוח הראשון שנערך על ידי רו"ח כהן. לאחר בדיקת הדוח התחוור לוואן כי התובעים הסתירו ממנה מידע מהותי באשר לעניינים הבאים: חובות מסופקים; מידע וחשבוניות חיוב מלקוחה בשנת 2016; מידע לגבי אובדן לקוחה מהותית; הוצאות חברה; קיומה של חקירה של משרד הכלכלה בחברה. מטרת התובעים הייתה ליצור תמונת כזב לפיה שוויה של ניביט גבוה משוויה האמתי, והכל על מנת להגדיל את התמורה בגינה. עם זאת, מאחר שבהתאם לדו"ח הראשון הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 היה נמוך מסך 3,750,000 ₪, ובהתאם להוראות הסכם הרכישה, הודיעה וואן לתובעים כי הם אינם זכאים למלוא יתרת התשלום השני בסך 5 מיליון ₪.

13. ביום 1.5.2017, הגיש רו"ח כהן לוואן טיוטה מתוקנת לשנת 2016 לפיה סך הרווח התפעולי הוא 3,738,636 ₪. בשלב זה הבינה וואן כי רו"ח כהן אינו אובייקטיבי ומשרת את האינטרסים של התובעים בלבד. בנסיבות אלה וואן איבדה אמון בדוחותיו של רו"ח כהן וערכה דוח באמצעות רו"ח מטעמה, אשר בוקר על ידי משרד דלויט. בהתאם לדוח וואן, הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הינו 2,429,556 ₪. מאחר שמדובר בסכום נמוך מ- 3,750,000 ₪, ובהתאם למנגנון קביעת התמורה אליו הגיעו הצדדים בהסכם הרכישה, יש להעמיד את התמורה בגין רכישת ניביט על סך 9,718,224 ₪ בלבד.

14. בנוסף על כך - הצדדים הסכימו כי חישוב שוויה של ניביט יתבצע על פי "מכפיל 5". סיכום זה התבסס על כך שהכנסותיה של ניביט מלקוחות "מהותיים ועיקריים" יישמרו. התובעים הסתירו מוואן מידע מהותי באשר לעזיבה צפויה של ספיר דן קמעונאות בע"מ (להלן – **ספיר דן**), אחד מהלקוחות המשמעותיים של ניביט דאז. כתוצאה מעזיבתה של ספיר דן פחת שוויה של ניביט. וואן זכאית לנכות מהתמורה סך 2,417,096 ₪ (הסכום שבו פחת שוויה של ניביט עקב הקיטון ברווח השנתי של ניביט שנגרם כתוצאה מהפסקת ההתקשרות עם חברת ספיר דן) בהתאם [לסעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/72489/28) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489), התשכ"ח-1968 (להלן – **חוק המכר**). שוויה העדכני של ניביט הוא 7,301,128 ₪. מאחר שוואן שילמה לתובעים סך 10 מיליון ₪ במסגרת התשלום הראשון, הרי שאין לחייבה בתשלום נוסף. ממילא אין לחייב את ניביט בתשלום כלשהו בגין חלוקת יתרת העודפים לתובעים.

15. פיטוריו של מר נגר נעשו כדין ולאחר עריכת שימוע. ההחלטה על פיטוריו התקבלה מתוך אילוץ, כאשר הסתבר לוואן כי לא ניתן לתת במר נגר אמון כך שיפעל בהתאם לאינטרסים של וואן וניביט. לעובדי ניביט הוסבר כי הסיבה להחלטה לפטר את מר נגר היא פועל יוצא של משבר אמון שנוצר בין מר נגר כבעלים של ניביט בעבר לבין וואן. לא נמסרו פרטים באשר לסיבות אובדן האמון ולא הושמעו אמירות לגבי המקצועיות של מר נגר כמנכ"ל או בדבר הגינותו כאדם בכלל. לפיכך אופן פיטוריו של מר נגר אינו מקים עילה לפיצוי בגין פרסום לשון הרע.

**התביעה שכנגד**

16. בתביעה שכנגד עתרה וואן לחייב את התובעים לשלם לה סך 2,698,872 ₪. סכום זה מהווה את ההפרש בין התשלום הראשון שביצעה וואן מכוח הסכם הרכישה (10 מיליון ₪) לבין שוויה העדכני של ניביט בהתחשב באובדן הלקוח ספיר דן (7,301,128 ₪).

17. במענה לתביעה שכנגד חזרו התובעים על טענותיהם והוסיפו:

 טענותיה של וואן בדבר הסתרת נתונים מהותיים הקשורים קשר ישיר להערכת השווי של ניביט נטענו בעלמא, מבלי שוואן טרחה לברר עם התובעים האם יש בהן אמת. התובעים סיפקו לוואן מידע מלא אודות ניביט טרם מכירת מניותיה.

וואן נהגה בחוסר תום לב עת נמנעה מלפרט את החישובים שבוצעו בדוחות הכספיים מטעמה. באופן זה, כתב התביעה שכנגד ממחיש ביתר שאת את הטענה כי החלפת הדוח של רו"ח כהן לא נבעה מנסיבות ענייניות אלא מרצונה הפסול של וואן ליצור דוחות כספיים מלאכותיים ומוטים שכל תכליתם היא להפחית את הרווח התפעולי לשנת 2016.

18. בדיון שנערך לפניי העידו העדים הבאים:

מטעם התובעים: מר אלעד לוי (עובד בחברת ניביט); פרופ' רו"ח יורם עדן (ערך חוות דעת חשבונאית עבור התובעים); התובע מר רחמים (רמי) נגר.

מטעם הנתבעות: רו"ח רונן כהן (רו"ח ושותף בחטיבת הביקורת של משרד דלויט); רו"ח שירי גלעד (עבדה במשרד דלויט בין השנים 2020-2014 והייתה חלק מהצוות שביקר את דוח וואן); רו"ח רגינה אונגר (ערכה חוות דעת חשבונאית עבור הנתבעות); רו"ח אורי אנוך (רו"ח אשר שימש בזמנים הרלוונטיים לתביעה כסמנכ"ל כספים של וואן ומי שערך את דוח וואן) ; מר אביעד (עדי) שיין (דירקטור בניביט וסמנכ"ל לקוחות אסטרטגיים בקבוצת וואן).

אציין כי רו"ח רונן כהן אף מסר עדות והשיב לשאלות באי כוח הצדדים במסגרת ישיבת קדם משפט, שיוחדה לבחינת ניירות העבודה שעמדו לרשותו במסגרת הכנת הדו"ח הכספי המבוקר של ניביט לשנת 2016.

עוד העיד לפניי רו"ח אריאל פטל (מי שערך חוות חשבונאית מתוקף מינויו כמומחה מטעם בית המשפט בתחום הביקורת והחשבונאות).

**דיון והכרעה**

19. בבסיס המחלוקת בין הצדדים עומד הסכם מכר, הוא הסכם הרכישה מיום 15.12.2016 לרכישת 80% מהון המניות של ניביט. הסכם הרכישה הוא תולדה של היכרות עסקית בין התובעים לבין גורמים בוואן.

לפני שנחתם הסכם הרכישה נערך מזכר הבנות ביום 18.9.2016.

במסגרת מזכר ההבנות נקבעה הליבה המסחרית של עסקת רכישת השליטה בניביט באמצעות קניית 80% מהון המניות של החברה. כבר במסגרת מזכר ההבנות תוארה הפעילות המסחרית של ניביט - פיתוח, מכירה ושירות של מערכת כוללת לניהול רשתות קמעוניות.

על פי מזכר ההבנות המחזור הכספי של ניביט לשנת 2015 עמד על סך 8,241 אלפי ₪ ואילו למחצית הראשונה לשנת 2016 עמד על 4,867 אלפי ₪. הרווח התפעולי על פי מזכר ההבנות עמד על 2,352 אלפי ₪ לשנת 2015 וסך 2,392 אלפי ₪ למחצית הראשונה של שנת 2016.

על יסוד נתונים אלה, הוסכם כי רכישת 80% מהון המניות של ניביט תעשה בתמורה לסך 15 מיליון ₪. התמורה נקבע מתוך הערכה כי הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 ינוע בין 3,750 אלפי ₪ לבין 4,000 אלפי ₪.

מאחר שהנתונים העסקיים הסופיים לשנת 2016 לא היו בידי הצדדים סוכמו מדרגות התמורה במזכר ההבנות באופן הבא:

1. אם הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 יהיה בין 3,750 – 4,000 אלפי ₪ לא יהיה שינוי בתמורה.
2. אם הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 יהיה נמוך מ – 3750 אלפי ₪, תפחת התמורה בפי 4 מההפרש שבין 3,750 אלפי ₪ לרווח התפעולי העדכני.
3. אם הרווח התפעולי יעלה על 4,000 ₪ התמורה תגדל בפי 4 בין ההפרש של הרווח התפעולי העדכני בהשוואה לרווח התפעולי לשנת 2016 הצפוי.

לצורך השלמת בדיקת הנאותות הקצו הצדדים שלושה חודשים במהלכם התחייבו שלא לנהל משא ומתן או להקנות זכויות כלשהן לצדדים שלישיים בקשר עם ניביט ופעילותה (תניית No Shop).

20. ביום 15.12.2016 נכרת הסכם הרכישה.

סעיף 4.1 להסכם הרכישה קובע כי "בתמורה למניות הנמכרות כשהן נקיות וחופשיות תשלם הקונה למוכר במועד הקובע סך של 15,000,000 ₪ (חמישה עשר מיליון ₪) ...".

מר אביעד (עדי) שיין, דירקטור בניביט וסמנכ"ל לקוחות אסטרטגיים בקבוצת וואן (להלן – **מר שיין**) הסביר כי התמורה שוואן הסכימה לשלם עבור המניות שנרכשו מהתובעים נקבעה על בסיס שיטת המכפיל שאמורה לשקף בקירוב את שווי החברה. שיטה זו, כך לדבריו, מאפשרת לאמוד שווי של חברה על בסיס הנחות מסוימות הנוגעות למכפיל הרווח של אותה חברה בהתאם לתחום העיסוק שלה והסקטור אליו היא משתייכת: תעשייה, היי-טק, קמעונאות וכדומה. לכל סקטור יש מכפיל מקובל. במקרה דנן הסכימו הצדדים שהמכפיל של ניביט יעמוד על 5, באופן ששווי ניביט - וכנגזרת מכך שווי התמורה - נקבע כמכפלה של הרווח התפעולי החזוי במכפיל המוסכם, כדלקמן :

הרווח התפעולי החזוי לשנת 2016 כפי שהוצג על ידי התובעים בדוח החצי שנתי – 3,750,000 ₪ X מכפיל 5 = 18,750,000 ₪.

סכום זה משקף אומדן לשווי 100% ממניות ניביט, בעוד שוואן רכשה 80% ממניות ניביט.

בהתאם לכך התמורה המותנית והבלתי סופית שנקבעה בגין רכישת 80% ממניות ניביט הייתה 18,750,000 X 0.8 = 15,000,000 ₪ (סעיפים 11 ו- 13 ל-נ/6).

21. תשלום התמורה בגין רכישת 80% מהון המניות של ניביט חולק בהסכם הרכישה לשניים: תשלום ראשון בסך 10 מיליון ₪; תשלום שני בסך 5 מיליון ₪. העברת התשלום השני הותנתה בתנאים עליהם אעמוד בהמשך. התובעים העלו טענות באשר לכל אחד ואחד מהתשלומים. אדרש לטענותיהם לפי סדרן.

התשלום הראשון

22. בהתאם לסעיף 4.1.1, וואן התחייבה להעביר לתובעים תשלום ראשון בסך 10 מיליון ₪ (להלן – **התשלום הראשון**).

לטענת התובעים, מתוך התשלום הראשון קיזזה וואן סך 1.5 מיליון ₪. לתובעים נודע על החלטת הקיזוז רק ביום 5.1.2017, בסמוך למועד ביצוע התשלום הראשון. מר נגר הסביר כי התנגד לביצוע הקיזוז והציע מספר חלופות אפשריות, ביניהן: קיזוז מההון החוזר, מהדיבידנד או מתשלום הפעימה השנייה. בנסיבות אלה, התקיימה בין הצדדים פגישה. לטענת מר נגר, במסגרתה של פגישה זו ניסו נציגי וואן לשכנעו להסכים לקיזוז 1.5 מיליון ₪ מהתשלום הראשון והבהירו כי יקבל בכל מקרה את הסכום, מיד עם העברת הדוחות השנתיים, במסגרת ביצוע התשלום השני. אולם, הבטחה זו לא התממשה ובפועל, סך 1.5 מיליון ₪ שקוזזו לא הושבו לתובעים (סעיפים 42-39 ל-ת/17).

23. מנגד, לטענת הנתבעות ביום 5.1.2017, בהתאם לסעיף 4.1.1 להסכם הרכישה, שילמה וואן לתובעים את התשלום הראשון בסך 10 מיליון ₪ כדלקמן:

* סך 3 מיליון ₪ שולם בדרך של ניכוי מס במקור, ישירות לרשויות המס בגין המס שחל על התובעים עקב העסקה בהתאם לסעיף 12.2 להסכם הרכישה.
* סך של 1.5 מיליון ₪ שולם לניביט בגין פירעון חוב התובעים לניביט ומחיקת החוב מספרי ניביט בהתאם לסעיף 4.3 להסכם הרכישה.

בהתאם, סך 5.5 מיליון ₪ (1.5 מיליון ₪ - 3 מיליון ₪ - 10 מיליון ₪) שולמו לתובעים באמצעות העברה בנקאית לחשבונם (נספח 7 ל-נ/6).

24. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי בראיות, אני מעדיף במחלוקת זו שבין הצדדים את עמדתן של הנתבעות. ואפרט.

התובעים לא הציגו כל טיעון באשר לסוגיית ניכוי המס במקור, שעל פניו עומדת בהלימה להוראות הסכם הרכישה. לפיכך אני סבור כי הפחתה זו אינה שנויה במחלוקת במשפט. בנוסף, טענת התובעים בדבר קיזוז על סך 1.5 מיליון ₪ מהתשלום הראשון נזנחה בסיכומים. בנסיבות אלה, אין להידרש אליה (ראו: [ע"א 172/89](http://www.nevo.co.il/case/17939277) **סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ**, פ"ד מז(1) 311, 321 (1993); [ע"א 3432/17](http://www.nevo.co.il/case/22546622) **טופז נ' יוכט**, פסקה 23 (נבו 16.4.2020); [ע"א 1409/20](http://www.nevo.co.il/case/26483546) **כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' קרן קיימת לישראל**, פסקה 42 (נבו 15.12.2022)).

25. למעלה מן הצורך אוסיף - אף אם הטענה באשר להפחתת סך 1.5 מיליון ₪ לא הייתה נזנחת בסיכומים – דינה היה להידחות לגופה. ואסביר:

סעיף 4.3 להסכם הרכישה קובע:

**"הקונה רשאית לקזז מהתמורה ו/או מסכום החלוקה למוכרים, ככל שעד למועד הקובע המוכרים לא השיבו לחברה את חוב הבעלים כפי שהיא במועד הקובע (נכון למועד 30.06.16 בסך של 2,209 אלפי ₪) את סכום חוב הבעלים".** (כך במקור – א.ש.)

 ביום 1.1.2017 שלחה עו"ד איריס אתגר, היועצת המשפטית של וואן, למר אהרון ריבלין הודעת דואר אלקטרוני ובה התראה בדבר התחייבות התובעים לפרוע את חובות הבעלים לניביט. בסעיף 5 להודעה זו נכתב: "ככל שיוצג לוואן מאת רואי החשבון של המוכרים כי חובות הבעלים כאמור הושבו לחברה עד לשעה 15:00 אזי סכום התמורה כאמור בסעיף 1 לעיל ישולם למוכרים באופן מלא. במידה ולא, תאלץ וואן לנכות מהתמורה את חובות הבעלים שלא הושבו לחברה במלואם" (נספח 8 ל-נ/6).

26. ביום 2.1.2017 שלחה עו"ד אתגר הודעת דואר אלקטרוני נוספת אליה מכותבים מר אהרון ריבלין ומר נגר. בהודעה נכתב בזו הלשון:

**"שלום רב,**

**לאחר השיחות, קבלת מסמכים והודעות מאת ניביט (מספי ורמי), ככל שלא נקבל עדכון נוסף, מהתשלום הראשון של 10 מיליון ₪ ינוכו חובות הבעלים שטרם הוסדרו עד מועד הקובע, כדלקמן:**

**א. חוב בעלים יעקב – 696 אלפי ₪ (משיכות שבוצעו על ידי המוכרים לאורך 2016)**

**ב. חוב בעלים רמי – 586 אלפי ₪ (ניכוי מס במקור בגין דיבידנד אשר נמשך על ידי הבעלים בסך של כ 1,870 אלפי ₪)**

**ג. חוב בעלים ניכוי מס במקור דיבידנד – 210,737 ₪**

**\* מובהר כי הסכומים שלעיל, מובאים במונחי נטו. ככל שיחול עליהם מס סכום המס יעמוד לחובת המוכרים ויחולו עליו הוראות ההסכם.**

**בהתאם לאמור לעיל, וואן תבצע הוראה להעברת התשלום הראשון של התמורה על פי הוראות ההסכם וזאת בסך של 5,500,000 ₪"**.

(נספח 8 ל-נ/6)

27. הנה-כי-כן, מאחר שהתובעים לא פרעו את מלוא חובותיהם כלפי ניביט על אף שנשלחה להם התראה, ובהתאם לסעיף 4.3 להסכם הרכישה, ביצעה וואן קיזוז בסך 1.5 מיליון ₪ מהתשלום הראשון, בגין חובות התובעים לניביט (יוער כי בהתאם לנספח 8, סך החובות לניביט מסתכם בסכום שקרוב ל-1.5 מיליון ₪). מטעמים אלה, אני קובע כי הקיזוז מהתשלום הראשון בוצע כדין. אם כן אני דוחה את טענות התובעים להפרה כלשהי בכל הנוגע לרכיב הפעימה הראשונה בהסכם הרכישה בכל הנוגע לתשלום בסך 10 מיליון ₪ כקבוע בסעיף 4.1.1 להסכם הרכישה.

התשלום השני

28. אופן ביצוע התשלום השני נקבע בסעיפים 4.1.2 – 4.1.2.3 להסכם הרכישה, כדלקמן:

 **"תמורת המניות הנמכרות**

**4.1 בתמורה למניות הנמכרות כשהן נקיות וחופשיות תשלם הקונה למוכר במועד הקובע סך של 15,000,000 ₪ (חמישה עשר מיליון ₪) בהתקיים התנאים המפורטים להלן ביחס לתוצאות החברה בשנת 2016 ("התמורה") וזאת כדלקמן:**

 **4.1.1 סך של 10 מיליון ₪ ישולם במועד הקובע.**

**4.1.2 יתרת התמורה, בכפוף לתוצאות החברה על פי הדוחות הכספיים של החברה לשנת 2016, כמפורט להלן, תשלום תוך 30 ימי עסקים לאחר פרסום הדוחות הכספיים של וואן טכנולוגיות תוכנה בע"מ והחברה לשנת 2016.**

**4.1.2.1 סך של 5 מיליון ₪ במידה והרווח התפעולי של החברה לשנת 2016 יהיה בין 3,750 – 4,000 אלפי ₪ (כולל).**

**4.1.2.2 במידה והרווח התפעולי של החברה לשנת 2016 יעלה על 4,000 אלפי ₪, תתווסף לתמורה בסעיף 4.1.1 וסעיף 4.1.2.1 סך השווה לתוצאה של 4 כפול ההפרש שבין 4,000 אלפי ₪ לבין הרווח התפעולי של החברה לשנת 2016.**

**4.1.2.3 במידה והרווח התפעולי של החברה לשנת 2016 יפחת מ 3,750 אלפי ₪, תפחת התמורה בסעיף 4.1.1 וסעיף 4.1.2.1 בסך השווה לתוצאה של 4 כפול ההפרש שבין 3,750 אלפי ₪ לבין הרווח התפעולי של החברה לשנת 2016.**

**[...]**

**4.7. הצדדים יפעלו ... להוציא דוחות שנתיים מבוקרים של החברה ליום 31.12.16 באמצעות הקונה ו/או רו"ח עליו תורה הקונה. ככל שלאחר הוצאת הדוחות השנתיים המבוקרים של החברה לשנת 2016 כאמור יתגלה הפער בין ההון העצמי הניתן לחלוקה שעליו הכריזה החברה ביחס למחצית השניה של 2016 (7-12.2016) לבין התוצאות על פי הדוחות כאמור יבוצע תיקון להכרזה והתחשבנות ..."**

[נספח 2 ל-נ/6]

29. כעולה מהסכם הרכישה (ובאופן שתואם למזכר ההבנות), הצדדים קבעו מנגנון ברור באשר לאופן התשלום השני וגובהו כדלקמן:

התשלום השני יועבר בכפוף לתוצאות העסקיות לפי הדוחות הכספיים של ניביט לשנת 2016:

* אם הרווח התפעולי יהיה בין 3,750,000 ₪ - 4,000,000 ₪ - לא יחול שינוי בתמורה. המשמעות היא שבמקרה כזה תעמוד יתרת התמורה על סך 5 מיליון ₪.
* אם הרווח התפעולי יהיה מעל 4 מיליון ₪ - יתווסף לסך 15 מיליון ₪, סך השווה לתוצאה של 4 כפול ההפרש שבין 4 מיליון ₪ לבין הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016.
* אם הרווח התפעולי יהיה מתחת ל-3,750,000 ₪ - יופחת מסך 15 מיליון ₪ סך השווה לתוצאה של 4 כפול ההפרש שבין 3,750,000 ₪ לבין הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016.

רו"ח אורי אנוך, סמנכ"ל הכספים של וואן (להלן – **רו"ח אנוך**) הסביר כי החישוב של 4 פעמים נבע מכך שהמכפיל הינו 5 והמניות הנרכשות הן רק 80% מהון המניות של ניביט (4= 0.8\*5).

30. אם כן, לצורך קביעת התמורה הסופית לרכישת השליטה בניביט היה צורך בעיבוד הנתונים החשבונאיים באשר לפעילות המסחרית על מנת לקבוע את היקף הרווח התפעולי לשנת 2016. ואכן, בהתאם לסעיף 4.7 להסכם הרכישה ביקשה וואן מרו"ח כהן שיכין את הדוח השנתי של ניביט לשנת 2016.

מר נגר הסביר כי בחירה זו הייתה מוצדקת ומתבקשת מאחר שרו"ח כהן הכין את הדוחות הכספיים של ניביט בשנים האחרונות, ליווה את הנהלת החשבונות שלה באופן שוטף במהלך כל השנה ועסק בהכנת הדוח החצי שנתי (סעיף 50 ל-ת/17). גרסה דומה עלתה מעדותם של מר שיין (סעיף 28 ל-נ/6) ורו"ח אנוך (סעיף 16 ל-נ/7).

 בחודש מרץ בשנת 2017 הגיש רו"ח כהן את טיוטת הדוח הראשון. על פי טיוטה זו עמד הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 על סך 3,471,792 ₪ (נספח 9 ל-ת/17). מר נגר הסביר כי רו"ח כהן פעל לגיבוש הדוחות הכספיים לשנת 2016 באופן זהה לדרך פעולתו בשנים קודמות וביצע את עבודתו בצורה מקצועית וללא משוא פנים כלפי צד מסוים. חרף האמור, וואן טענה כי עליה לבחון את הדוחות. לשם כך ביקשה לעיין במסמכים ששימשו להכנת הדוחות והעלתה שאלות רבות בדבר החישובים שביצע רו"ח כהן (סעיפים 54-53 ל-ת/17). רו"ח כהן שיתף פעולה עם וואן באופן מלא, העביר לידה כל מסמך שביקשה וענה לשאלותיה.

לאחר הערות שקיבל מנציגי וואן, הגיש רו"ח כהן דוח מתוקן לשנת 2016 לפיו הרווח של ניביט לשנה זו הינו 3,889,237 ₪ (נספח 12 ל-ת/17). במכתבו מיום 4.5.2017 אשר התייחס לדוח המתוקן הבהיר רו"ח כהן כדלקמן:

**"עקב השינויים שנתבקשתי לערוך במאזן החברה בעתודה לפיצויים, לקוחות וכרטיסי אשראי ולאחר בדיקות ובירורים נוספים שערכתי, להלן רשימת השינויים שנעשו בדוחות הכספיים:**

**[...]**

**הדוח הנוכחי משקף נכונה את הרווח התפעולי מפעילות עסקית לשנת 2016"**

31. לטענת מר נגר, בניגוד להסכמת הצדדים כי הדוחות הכספיים יגובשו על ידי רו"ח כהן, וחרף הגשת הדוח המתוקן, התברר כי וואן פעלה במשך תקופה ארוכה, ללא ידיעת התובעים, לשם גיבוש דוח נוסף ונפרד, הוא דו"ח וואן. דוח וואן גובש באופן תמוה ומופרך מבלי שעורכיו התייעצו עם מי מהנהלת ניביט, ללא ביקורת של רו"ח כנדרש והוא כולל את "השורה התחתונה" בדבר סך הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 ללא חישוב מפורט. בהתאם לדוח וואן הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 עמד על סך 2,684,972 ₪ בלבד (סעיפים 80-77 ל-ת/17).

32. התובעים התנגדו לדוח שנערך על ידי רו"ח אנוך (נספח 22 ל-ת/17). בעקבות התנגדותם פנה רו"ח אנוך למשרד דלויט על מנת שיבקר את הדוחות הכספיים של ניביט לשנת 2016 (נספח 23 ל-ת/17). בהמשך שלח רו"ח אנוך למשרד דלויט את דוח וואן והציג אותו כדוח מטעם ניביט, המתאר כביכול את תוצאותיה הכספיות לשנת 2016. אליבא התובעים, באופן זה, החליפה וואן את הדוחות המקצועיים והבלתי תלויים שערך רו"ח כהן בדוח מוזמן, מלאכותי ואינטרסנטי מטעמה אשר הושפע מרצונה המובהק להפחית את גובה התמורה לתובעים. משרד דלויט הסתמך על מצגים והצהרות שהעבירה לו וואן. כך, בסופו של דבר הביקורת של משרד דלויט על הדוח של וואן לא שינתה אותו באופן מהותי.

33. לטענת התובעים, רו"ח כהן הוא שנבחר על ידי וואן לשמש אחראי על עריכת הדוחות ולא הייתה הצדקה להעבירו מתפקידו ולשנות את הדוחות והנחות היסוד העומדות מאחוריהן, מיסודם. בסיכומיהם העלו התובעים שתי טענות נוספות:

הראשונה - וואן הפרה את חובתה לאשר את הדוח התפעולי לשנת 2016 באסיפה הכללית – לטענת התובעים, בהתאם לתקנון ניביט הגורם היחיד אשר מוסמך לאשר דוחות כספיים מבוקרים הוא האסיפה הכללית. הנתבעות פעלו בניגוד מוחלט להסכם הרכישה ולתקנון ניביט. כך, במקום לזמן אסיפה כללית ולהציג את כל המסמכים הנדרשים לצורך ההצבעה באסיפה הכללית, עשו הנתבעות דין לעצמן עת אישרו באופן חד צדדי את הדוח הכספי שהן חיברו, על ידי דירקטוריון המורכב מאנשי וואן.

 השנייה - [חוק החברות](http://www.nevo.co.il/law/71858), התשנ"ט-1999 (להלן – **חוק החברות**) קובע כי סיום כהונת רו"ח מבקר תיעשה רק בהחלטת האסיפה הכללית ([סעיפים 57(3)](http://www.nevo.co.il/law/71858/57.3) ו-[162(א)](http://www.nevo.co.il/law/71858/162.a) לחוק החברות). מנגנון זה עוגן בסעיף 11.1.3 לתקנון החברה שמשמש חלק בלתי נפרד מהסכם הרכישה. ההחלטה להחליף את רו"ח כהן במשרד דלויט התקבלה בחוסר סמכות, ללא החלטת דירקטוריון או החלטת האסיפה הכללית כנדרש.

34. מנגד, לטענת הנתבעות, לאחר הגשת הדוח הראשון, הפנתה וואן לרו"ח כהן שאלות וביקשה לקבל הבהרות. לדברי מר שיין, שאלות אלה התעוררו לאחר שהתחוור לוואן כי הרווח התפעולי הנקוב בדוח הראשון אינו משקף את הרווח התפעולי האמתי של ניביט לשנת 2016 (סעיף 30 ל-נ/6). לאחר הגשת הדוח הראשון ביקש ממנו מר נגר לדאוג להעברת יתרת התמורה בסך 5 מיליון ₪ לתובעים. מר שיין הסביר למר נגר כי וואן עדיין בוחנת את הדוח ומכל מקום, סך הרווח התפעולי בהתאם לדוח הראשון נמוך מ-3,750,000 ₪. בנסיבות אלה ובהתאם לסעיף 4.1.2.3 להסכם הרכישה יתרת התמורה תפחת מסך 5 מיליון ₪ לפי המנגנון שנקבע שם (סעיף 31 ל-נ/6).

35. לטענת מר שיין, ביום 1.5.2017 שלח רו"ח כהן במפתיע וללא התראה מוקדמת דוח מתוקן של הדוחות הכספיים של ניביט לשנת 2016. בהתאם לדוח המתוקן, הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 עמד על סך 3,738,636 ₪. לטענת מר שיין הדוח המתוקן נערך על בסיס מניפולציות חשבונאיות חסרות בסיס מקצועי. כמו כן נערכו בדוח שינויים ותיקונים שלא עלו בדיונים שנערכו עם ניביט או וואן ואשר מטרתם היא אחת – הגדלה מלאכותית של שורת הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 באופן שימקסם את התמורה שהתובעים יהיו זכאים לה בגין עסקת הרכישה (סעיפים 33-32 ל-נ/6).

36. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני סבור כי התובעים אינם יכולים להיבנות מטענה זו, שעיקרה מכוון נגד החלפתו של רו"ח כהן בעריכת הדוח השנתי המבוקר של וואן לשנת 2016. ואפרט.

בראש ובראשונה יש לציין כי על פי סעיף 4.7 להסכם הרכישה, הצדדים העניקו לוואן את הזכות לקביעת זהות רו"ח אשר יכין את דוחותיה הכספיים המבוקרים של ניביט לשנת 2016, כדלקמן: "הצדדים יפעלו ... להוציא דוחות שנתיים מבוקרים של החברה ליום 31.12.16 באמצעות הקונה ו/או רו"ח עליו תורה הקונה" (ההדגש הוסף – א.ש.). הסכם הרכישה אינו כולל איסור או הגבלה על וואן להחלפת רו"ח שמונה על ידה.

ואכן, בהתאם לסעיף 4.7 להסכם הרכישה פנתה וואן תחילה לרו"ח כהן על מנת שיכין את הדוח הכספי של ניביט לשנת 2016. כפי שעלה מעדותם של מר שיין ומר אנוך, לאחר שהתגלו ספקות בדוח שנערך על ידי רו"ח כהן, פנתה וואן למשרד דלויט בבקשה שיבקר את הדוחות של ניביט לשנת 2016 (סעיף 35 ל-נ/6; סעיף 20 ל-נ/7). פניה זו נעשתה מכוח הסכם הרכישה ותואמת את הוראותיו.

כשעומת מר נגר עם השאלה האם יכלה וואן להחליף את רו"ח כהן ברו"ח אחר אם היא לא מרוצה ממנו, השיב בצורה מתחמקת כדלקמן:

**"ש. ... לאור סעיף 4.7 להסכם ידעת שיש אפשרות שוואן תמנה את הרואה חשבון שיבקר את דוחות 2016? ושזה לא יהיה ספי כהן?**

**ת. האמת לא חשבתי על זה בכלל.**

**ש. אבל אתה לא מבין את מה שכתוב בהסכם שכתוב שוואן תמנה את רואה החשבון?**

**ת. אני מבין מה שכתוב אבל וואן מה שעשתה בעצם היא מינתה את ספי אז מה הבעיה פה?**

**[...]**

**ש. במועד חתימת ההסכם ידעת שוואן יכולה למנות כרואה חשבון מבקר לדוחות 2016 מישהו אחר שאיננו ספי כהן? נכון?**

**ת. לא עלה בדעתי בכלל לחשוב על הסוגיה.**

**ש. לטעמך עצם זה שוואן פנתה לספי כהן שיכין את דוחות 2016 זה מהווה ויתור שלה על הזכות שלה לפי ההסכם?**

**ת. לא לא חשבתי על מונחים כאלה פשוט לא התעמקתי בזה.**

**ש. וואן יכולה לפנות לספי כהן להכין את דוחות 2016 ואם היא לא מרוצה ממנו היא יכולה לפנות לרואה חשבון אחר.**

**ת. היא פנתה לספי כהן.**

**ש. ואם היא לא מרוצה ממנו היא יכולה לפנות לרואה חשבון אחר?**

**ת. איפה זה כתוב שהיא יכולה לשנות ולהחליף**

**ש. זה אסור לה?**

**ת. אני לא יודע אני לא מכיר את החוקים האלה.**

**ש. אז היא לא רשאית לפנות לספי כהן ואז לפנות לרואה חשבון אחר?**

**ת. אין לי מושג, אני יודע שהיא מינתה את ספי כהן והוא ערך את הדוחות"**

(פר' עמ' 102, ש' 31-27, עמ' 103, ש' 16-2)

התרשמתי שמר נגר לא ביסס את טענתו נגד ההוראה הברורה שבהסכם הרכישה. לפיכך אני קובע כי הכנת הדו"ח הכספי של ניביט על ידי רו"ח אנוך ומסירת הביקורת החשבונאית למשרד דלויט נעשתה מכוח זכות חוזית שהוקנתה לוואן בהסכם הרכישה. אם כן, אין מדובר בהפעלת כוח השליטה של הנתבעות או מי מהן באופן פסול שעולה עד כדי "עושק המיעוט" כפי שטענו התובעים.

שנית, טענות התובעים באשר לחובתה של וואן לאשר את הדוח התפעולי לשנת 2016 ואת ההחלטה להחליף את רו"ח כהן במשרד דלויט באסיפה הכללית לא עלו בכתבי טענותיהם. טענות אלה עלו לראשונה בישיבת ההוכחות מיום 3.4.2024, במסגרת החקירה הנגדית של מר שיין (פר' עמ' 147, ש' 36-33, עמ' 148, ש' 15-1, עמ' 150, ש 22-2). בא כוח הנתבעות התנגד להעלאת הטענות מאחר שמדובר בהרחבת חזית (פר' עמ' 148, ש' 9, עמ' 150 ש' 26). בהמשך, העלו התובעים טענות אלה בהרחבה בסיכומיהם.

 לא אחת נקבע כי "בעל דין אינו רשאי לחרוג מגדר המחלוקת כפי שהוצבה בכתבי הטענות, אלא אם כן נענה בית המשפט לבקשתו לתקן את כתבי טענותיו, או אם הצד שכנגד נתן לכך את הסכמתו במפורש או מכללא" ([ע"א 6799/02](http://www.nevo.co.il/case/6077238) **יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ-סניף בורסת היהלומים**, פ"ד נח(2) 145, 151 (2003); [ע"א 4299/17](http://www.nevo.co.il/case/22695028) **ויצמן נ' חברת חלקה 51 בגוש 7060 בע"מ**, פסקה 12 (נבו 8.10.2020)). הרציונאל בבסיס הכלל האוסר על הרחבת חזית היא למנוע מצב שבו בעל דין "מופתע" ולאפשר לאותו בעל דין להיערך כראוי להתמודדות עובדתית ומשפטית עם הטענות המועלות על ידי הצד שכנגד בכתבי טענותיו (יששכר [רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי:](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4106) **מורה נבוכים** 322-321 (מהדורה שלישית – דיגיטלית 1.2025); אורי גורן [**סוגיות בסדר דין אזרחי**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/669) 202 (מהדורה 13, 2020)).

 במקרה דנן טענות התובעים לא נטענו בכתבי הטענות, לא הוגשה בקשה לתיקון כתבי הטענות וממילא לא ניתן היתר לתיקונם. בנסיבות אלה, לנוכח התנגדות באי כוח הנתבעות לטענות בדבר אופן מינוי רואה החשבון ועריכת הדוח המבוקר ואף בהתחשב בהעלאתן לראשונה במסגרת החקירה שכנגד ולאחר מכן בסיכומים, הרי שמדובר בטענות שחורגות מגדר המחלוקת ולכן מהוות הרחבת חזית אסורה. אני סבור כי מדובר בפגם של ממש – הכמנת הטענה עד לשלב הסיכומים מקום בו מדובר בפגם תהליכי, פוגעת פגיעה של ממש בהגנת היריב ושוללת ממנו את האפשרות לרפא את הפגם או להתמודד עמו בדרך משפטית. די בכך כדי להוות טעם של ממש בכדי לדחות את טענת התובעים.

שלישית, כפי שיוברר בהמשך פסק הדין, הדו"ח הכספי שנערך על ידי רו"ח אנוך מטעמה של וואן ובוקר על ידי משרד דלויט, סובל ממספר פגמים. פגמים אלה ישליכו על תחשיב הרווח התפעולי ורכיבים נוספים, וממילא יפחיתו מאוד מחשיבותה המעשית של הטענה בדבר הפגם התהליכי שנפל במינוי רואה החשבון של ניביט לאחר הסכם הרכישה.

37. כאמור, אליבא התובעים, אין לקבל את תוצאות הדוח הכספי המבוקר של ניביט לשנת 2016 מהסיבות הבאות: הרווח התפעולי לפי דוח וואן נמוך משמעותית מסך 3,750,000 ₪ בניגוד להסכמות הצדדים לביצוע הפחתות מינוריות; דוח וואן חובר בניגוד להנחות יסוד חשבונאיות ומשפטיות של ניביט. מטעמים אלה, עתרו התובעים לאמץ את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 כפי שנקבע בחוות דעתו של רו"ח כהן. לחילופין, עתרו התובעים לאמץ את חוות הדעת שהגיש רו"ח אריאל פטל (להלן – **רו"ח פטל**) אשר מונה כמומחה מטעם בית המשפט בתחום החשבונאות.

 להלן אדון בטענות התובעים כסדרן.

 לטענת התובעים לפיה מנגנון הרווח התפעולי נועד לביצוע התאמות מינוריות בתמורה

38. מר נגר הסביר כי ציפיית הצדדים הייתה שהרווח השנתי של ניביט לשנת 2016 יעמוד על סך 3,750,000 ₪. בנסיבות אלה, הסכם הרכישה נקב מפורשות בסכום 15 מיליון ₪, תוך שנקבע מנגנון להתאמות קלות, ככל שידרשו, במקרה שיתברר כי יתגלו שינויים מינוריים מיעד הרווח התפעולי לשנת 2016. לדבריו, התובעים מעולם לא הסכימו כי תינתן לוואן היכולת להפחית באופן מלאכותי את סך הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 וכפועל יוצא מכך, להקטין באופן דרמטי את התמורה בגין מכירת מניותיהם. עוד הוסיף מר נגר כי אילו היו מציעים לתובעים שיסכימו למכור את מניותיהם בעבור סכום לא ידוע אשר מותנה בהחלטותיה החד צדדיות של וואן כיצד לדווח על הרווח התפעולי של ניביט ובהתאם להפחית את גובה התמורה, הם היו מסרבים לביצוע העסקה (סעיפים 34-29 ל-ת/17).

39. הנתבעות התנגדו לגרסה זו. מר שיין הסביר כי "המילים "התאמות קלות" אינן מופיעות בהסכם ולא בכדי, שכן כוונת הצדדים הברורה והחד משמעית, כפי שהיא עולה גם מלשון ההסכם, הייתה לבצע התאמות תמורה בהתאם לתוצאות הסופיות של ניביט לשנת 2016 כפי שישתקפו בדוח הכספי לשנה זו ... ההתאמה יכולה הייתה להיות משמעותית או מינורית, הכל בהתאם לתוצאות ..." (סעיף 10 ל-נ/6).

40. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ולאחר שעיינתי במוצגים, אני מעדיף במחלוקת זו את עמדת הנתבעות.

הסכם הרכישה קובע מנגנון ברור ומסודר לביצוע התשלום השני. בהינתן שמדובר בהסכם מסחרי בין שני צדדים שרגליהם נטועות בעולם העסקי, יש לייחס דומיננטיות ללשון החוזה ([רע"א 3394/20](http://www.nevo.co.il/case/26706888) **גד דנקנר נ' אלרן (ד.ד) השקעות בע"מ**, פסקה 35 (נבו 30.12.2020); [עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים](http://www.nevo.co.il/safrut/book/48607): באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" **עיונים בתורת החוזה – ספר שלו** 507 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021)).

בענייננו, גובה התשלום השני הותנה בתוצאות הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 לפי הדוחות הכספיים שלה. מנגנון זה של דיוק התמורה הוצג כבר במזכר ההבנות ונערך והוסכם פעם נוספת במסגרת הסכם הרכישה שנכרת לאחר כשלושה חודשים. מנגנון דיוק התמורה אינו תוחם את גבולות הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 ואף אינו מתנה את התשלום השני ברווח תפעולי כזה או אחר. באופן זה, מנגנון התשלום השני מותיר טווח רחב לתוצאות הרווח התפעולי (למעלה או למטה). בנסיבות אלה, לא מצאתי תימוכין לגרסתו של מר נגר לפיה מנגנון דיוק התמורה מתייחס (רק) להתאמות קלות במקרה שיתברר כי התגלו שינויים מינוריים מיעד הרווח התפעולי לשנת 2016. ואכן, כשעומת מר נגר בחקירה שכנגד עם מנגנון התשלום השני כפי שנקבע בהסכם הרכישה, השיב בצורה מתחמקת ובאופן שאינו תואם כלל את ההסכמות המפורשות אשר עוגנו בהסכם הרכישה. וכך עלו הדברים מעדותו:

**"ש. הסכמת שהוא יהיה מותנה בתוצאה עתידית שאתה לא יודע מה תהיה.**

**ת. לא לזה הסכמתי.**

**"ש. ... לפי ההסכם צפיתם שהרווח התפעולי יכול להיות בטווח גדול. הפער של מאות אלפי שקלים.**

**ת. מה שצפינו כולנו וידענו שזה מה שהולך לקרות שהרווח התפעולי, התמורה שאקבל היא כ-15 מיליון וגם אני וגם וואן במשך כל התקופה ידענו וציפינו שהרווח התפעולי יהיה הרווח התפעולי.**

**ש. כתבתם בהסכם 3 אפשרויות, מעל 4, בין 3.750 עד 4 ומתחת ל 3.750. היה טווח אפשרויות רחב.**

**ת. לא זה מה שחשבנו"**

**[...]**

**"ש. אתה אומר שינויים מינוריים ברווח התפעולי זה פערים של מאות אלפי שקלים?**

**ת. זה לא היה צריך להיות. אתם יצרתם את זה.**

**ש. בהסכם עצמו הסכמת לפער מאוד גדול אפשרי בתוצאות העתידיות של הרווח התפעולי.**

**ת. אני לא יודע למה אתה קורא הסכמתי. זה לא היה צריך להיות שם, אנחנו קבענו סכום, וואן דרשו את זה. זה לא היה בסיכום שלנו. פתאום ראינו את זה במזכר הבנות וביקשתי להוריד את זה והם אמרו אנחנו חייבים כי יש דירקטוריון ובורסה ודברים כאלה ושהם חייבים לרשום את הסעיף, אמרתי להם בסדר, תרשמו 3 מיליון. אמרו לי אנחנו יודעים שזה מה שיהיה בסוף השנה, הרווח התפעולי, להוסיף את זה ממילא זה לא יזיק".**

(פר' עמ' 99, ש' 18-17 28-21, עמ' 100, ש' 32-30, עמ' 101 ש' 5-1)

41. גרסתו של מר נגר אינה מתיישבת עם לשון החוזה. למעשה, התובעים מבקשים כי בית המשפט יתערב בהסכם הרכישה ויצוק לתוכו תוכן חדש. מהלך זה אין בידי לקבל. יפים לכך הדברים שנקבעו על ידי השופט ע' גרוסקופף ב[ע"א 9025/17](http://www.nevo.co.il/case/23748924) ‏**A.T.S Investments Inc.‏ נ' Segal Group (Dresden) GmbH and Co. KG** פסקה 21 (נבו 19.2.2020):

"**במצב דברים זה יש להעניק ללשון הברורה בה נקטו הצדדים מעמד דומיננטי, מעמד כמעט מכריע, שכן אין הצדקה במקרה הרגיל כי בית המשפט ינסה "לנחש" את כוונתם – ניסיון שפגיעתו בתכלית הצופה פני עתיד של שכלול ההתקשרות החוזית עולה על תועלת שיכולה לצמוח ממנו להגשמת תכליות אחרות של דיני הפרשנות החוזיים**"

 קל וחומר שכך הם פני הדברים מקום בו לשון הסכם הרכישה ברורה ונהירה והיא אף תואמת למזכר ההבנות שקדם לו. הטלת מוסרות וסייגים שלא הוסכמו מראש על ידי צדדים בחוזה מסחרי אינה יכולה להתקבל. עמד על כך השופט א' שטיין ב[ע"א 1521/21](http://www.nevo.co.il/case/27446594) **בלוגרין ווטר טקנולוגי'ס בע"מ נ' אוריס חומרים מתקדמים בע"מ**, פסקה 35 (נבו 8.3.2023):

"**בהינתן שבענייננו-שלנו הוראות החוזים עליהם חתמו הצדדים אינן מותירות מקום לספק בדבר כוונתם, ובמיוחד כאשר עסקינן בהסכמים עסקיים בין צדדים מיוצגים, הרי שכפי שכבר אמרתי אין מקום להישמע לטענות לפיהן כוונת הצדדים "האמתית" חורגת מהכוונה המשתמעת מהחוזה. ככל שבלוגרין חתמה על חוזה שאינו משקף את כוונתה האמתית, הרי שתקלה זו מונחת לפתחה. ובאשר לתפקידם של בתי המשפט בכגון דא, דומני כי כבר אמרתי די – כאן ובפסקי דין אחרים [..]– על הצורך לשים קץ לסיפורים על כוונות ועל הסכמות בלתי-כתובות, שאחד מבעלי החוזה מספר אחרי שחתם על הסכם עסקי מפורט עם התנאה מלאה**."

 אם כן, בהתבסס על הוראות הסכם הרכישה ומאחר שלא הונחה לפניי תשתית ראייתית לפיה אומד דעתם הסובייקטיבי או האובייקטיבי של הצדדים היה שונה, אני קובע כי שיעור השינוי ברווח התפעולי המוערך לא הוגבל על ידי הצדדים בהסכם הרכישה.

לטענת התובעים כי דוח וואן מבוסס על עקרונות חשבונאיים שונים מהכללים שהדריכו את ניביט

42. לטענת התובעים בעת החתימה על הסכם הרכישה הוחלט לבסס את התמורה החוזית על הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016. מר נגר הסביר כי בבסיס הסכמתו לתנאי זה עמדה ציפייה שהדוחות הכספיים לשנת 2016 יערכו באותה דרך שבה נערכו דוחותיה של ניביט עד לשנה זו. בפועל, נציגי וואן ניסחו דוחות כספיים המבוססים על הנחות יסוד חשבונאיות שונות מאלה אשר הדריכו את ניביט מראשית דרכה. כך, וואן ביצעה שינוי גס ואינטרסנטי במדיניות ניביט ביחס להפרשה לפיצויי פיטורין בנוגע לעובדים המקבלים שכר בגין שעות נוספות גלובליות; שינתה את המדיניות ביחס לחובות מסופקים; ויתרה על הכנסות של ניביט ללא כל הצדקה; הוסיפה הוצאות באופן מלאכותי. מטרתה של וואן הייתה אחת והיא – הפחתת הרווח התפעולי של ניביט. לכך יש להוסיף כי וואן לא פנתה לתובעים לצורך קבלת התייחסותם להיבטים מסוימים של פעילות ניביט בשנת 2016, לצורך גיבוש הדוח שלה. בנסיבות אלה, כאשר דוח וואן נערך באופן חד צדדי, על מנת להפחית את הרווח התפעולי לשנת 2016 הרי שהוא אינו יכול לשקף בצורה אותנטית את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016.

מטעמים אלה עתרו התובעים לקבוע כי יש לבסס את חישוב התשלום השני בהתאם לדוח הכספי שערך רו"ח כהן לבקשתה של וואן. דוח זה נערך על בסיס מתווה חשבונאי בו פעלה ניביט בשנים עברו.

43. מנגד, לטענת הנתבעות, ל"ידע האישי" של התובעים לא הייתה חשיבות לעניין הביקורת שכן עיקרה נסמך על מסמכים, ספרי הנהלת חשבונות של ניביט, מאזנים וכיוצא באלה. לכך יש להוסיף כי עורכי הביקורת מטעם משרד דלויט ניהלו דיאלוג ארוך ומתמשך עם רו"ח כהן. בנסיבות אלה, כל המידע הרלוונטי לצורך קביעת הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 עמד לפני הנתבעות ומשרד דלויט.

44. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני מעדיף במחלוקת זו בין הצדדים את עמדת התובעים, ואסביר:

 כפי שעלה מהעדויות שנשמעו לפניי, דוח וואן (ת/1) אשר בוקר על ידי משרד דלויט נערך בחלקו על בסיס מדיניות שונה מזו שהייתה נהוגה בניביט במשך שנים. כך, רו"ח אנוך אישר כי לוואן יש מדיניות שונה משל ניביט לעניין הפרשת פיצויי פיטורים לעובד שעבד פחות מ-12 שנים וכי מדיניות זו יושמה על הדוח התפעולי של ניביט לשנת 2016 (פר' עמ' 165, ש' 14-13). רו"ח אנוך אף יישם בדוח התפעולי לשנת 2016 מדיניות שונה מזו שהייתה נהוגה בניביט באשר ל"רכיבים קבועים" (פר' עמ' 166, ש' 7-1). לכך יש להוסיף את רכיב "החובות המסופקים". גבייתם של חובות אלה היה מעלה את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016. עם זאת, רו"ח אנוך התקשה להמציא אסמכתא שתעיד על גביית חובות מלקוחות ניביט לאחר רכישתה על ידי וואן (פר' עמ' 169, ש' 25-12).

לא רק זו אף זו: דוח וואן נערך על ידי רו"ח אנוך (פר' עמ' 27, ש' 28, עמ' 164, ש' 17-16). בחקירתו הנגדית הודה רו"ח אנוך שבשנת 2017 (מועד עריכת דוח וואן) הוא קיבל את שכרו מוואן ולא מניביט (פר' עמ' 164, ש' 19). בהינתן שרו"ח אנוך שימש בזמנים הרלוונטיים בתפקיד סמנכ"ל הכספים של וואן, ובהתחשב בכך שוואן היא ששילמה את שכרו ברי כי הוא בעל אינטרס בתוצאת הדוח ולכן מצוי בניגוד עניינים מובנה. כך, רו"ח אנוך העיד לפניי כי ידע שכל החלטה באשר לחישוב הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 אשר תתקבל על ידי וואן, ואשר תוביל להפחתת הרווח התפעולי, היא החלטה שמועילה לוואן (פר' עמ' 166, ש' 11-8). בנסיבות אלה עולה חשש כבד כי דוח וואן לקה בהטיה מבנית.

45. בעיה משמעותית נוספת שעלתה מדוח וואן היא קביעת "סף המהותיות" על ידי משרד דלויט, ואפרט: פרופסור יורם עדן (להלן – **רו"ח עדן**), אשר ערך חוות דעת חשבונאית מטעם התובעים (ת/15) הסביר כי בדוחות הכספיים של ניביט לשנת 2016 ולשנים שקדמו לה, יושמה באופן עקבי מדיניות חשבונאית שאמנם מקובלת בפרקטיקה החשבונאית בישראל לגבי חברות פרטיות, אך בחלקה היא נעדרת הקפדה על תקני החשבונאות המחייבים. בעקבות אי הקפדה זו עלו "טעויות חשבונאיות". בדוח וואן הוטמעו תיקוני הטעויות החשבוניות שנפלו בדוחות ניביט ויושמה מדיניות חשבונאית נכונה יותר. דא עקא ששינויים אלה לא בוצעו בדרך של הצגה מחדש של מספרי ההשוואה לשנת 2015, כפי שנדרש מתקני החשבונאות המחייבים. כתוצאה מכך, לטענת רו"ח עדן, נתוני הרווח (והרווח התפעולי) לשנת 2016 הנכללים בדוח וואן משקפים הן את תוצאות הפעילות בשנת 2016, הן את ההשפעה המצטברת של תיקוני הטעויות שנפלו בדוחות הכספיים של החברה לשנים קודמות והן את השפעת השינוי היזום במדיניות החשבונאית של ניביט. בנסיבות אלה, דוח וואן אינו משקף נכונה את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 (סעיפים 6.8-6.5 ל-ת/15).

46. רו"ח רגינה אונגר (להלן – **רו"ח אונגר**) אשר ערכה חוות דעת חשבונאית עבור הנתבעות (נ/4) לא חלקה על טענה זו של רו"ח עדן. אולם לשיטתה, השאלה אם לתקן טעות בדוח הכספי אם לאו, היא שאלה שנוגעת ל"סף המהותיות". לדבריה, "לא כל טעות מתקנים" (עמ' 19 ל-נ/4). עוד הוסיפה רו"ח אונגר כי "קביעת סף המהותיות לתיקון טעות בדוחות הכספיים הינו עניין לשיקול דעת החברה ורואי החשבון שלה" (סעיף 125 ל-נ/4). משרד דלויט הכיר ב- 4% מהכנסות ניביט כסף מהותיות לדוחות הכספיים בכללותם.

47. בחוות דעתו (במ/1) הסביר מומחה בית המשפט, רו"ח פטל: "... המושג מהותיות פירושו כל פרט שהשמטתו או הצגתו באופן מטעה עלולה להשפיע על קבלת החלטות של המשתמשים בדוחות הכספיים. המהותיות נקבעת הן בהיבט הכמותי והן בהיבט האיכותי ..." (פר' עמ' 76, ש' 22-20). לדבריו: "בפרקטיקה של ישויות שאינן מדווחות מקובל לקבוע את סף המהותיות בשיעור של עד 10% מהרווח הנקי לאחר מיסים מפעולות נמשכות. עם זאת, לאור עמדת הרשות לניירות ערך בנושא מהותיות, התקפה לישויות מדווחות, המתייחסת לשיעור של עד 5% מהרווח הנקי לאחר מיסים על הכנסה ניתן לקבוע כי סף המהותיות לחברה ייגזר בטווח שבין ה-5% ל-10% ..." (עמ' 36 ל-במ/1). בנסיבות אלה, העריך רו"ח פטל כי סף המהותיות יקבע בשיעור של 7.5%, כדלקמן: "לאחר קריאת החומרים שהובאו בפניי והפגישות שנערכו, לאחר בחינת החלופות לעיל, לאור ניסיוני כרואה חשבון מבקר, מתוך היכרותי את התקינה החשבונאית והתקינה בביקורת, בעיניי כרואה חשבון סביר וכן לאור העובדה כי היה עניין לצדדים להסכם נשוא המחלוקת והתביעה שבעניינה נתבקשתי לתת חוות דעת זו, אני קובע שנקודת הייחוס לסף המהותיות תיקבע כשיעור מהרווח הנקי לאחר מס מפעולות נמשכות ובשיעור של 7.5%, המהווה רף אמצעי בטווח האפשרי שבין 5%-10%" (עמ' 37 ל-במ/1). בעדותו לפניי הוסיף רו"ח פטל את הדברים הבאים:

**"... אני לא פוסל את אופן קביעת המהותיות של מי מבין הצדדים, ואני גם לא מאשר. אני פשוט טוען שהקביעה החשבונאית היא קביעה שמאפשרת חופש בחירה רחב כדי שהתוצאות של כל מי שקובע את סף המהותיות הן שונות והן עשויות להיות שונות מהותית זו מזו, והן לא פסולות. הן נעשות בהתאם לכללים, ושני הצדדים הצדיקו את הקביעה שלהם בהתאם לכללים המקצועיים שמאפשרים את חופש הבחירה. אני סבור שאני הייתי קובע סף מהותיות אחר ... אני כמי שאמון ע"י ביהמ"ש, כך אני רואה את הדברים ולכן הקביעה שלי הייתה בהתאם לניסיון שלי, המקצועי, גם בחשבונאות, גם בביקורת"**

(פר' עמ' 76, ש' 31-22)

48. עמדתו המקצועית של רו"ח פטל בנושא סף המהותיות לא נסתרה בחקירה הנגדית. התרשמתי כי סף המהותיות שנקבע על ידי רו"ח פטל הוא מידתי והוגן. מאידך, משרד דלויט נקט בגישה שמרנית ומחמירה כלפי ניביט בעת קביעת סף המהותיות בשיעור 4%.

 יוצא אפוא כי דוח וואן, אשר בוקר על ידי משרד דלויט נערך על בסיס כללים חשבונאיים שונים מאלה שהחילה ניביט בדוחותיה מזה שנים, והם שהיו הבסיס הכלכלי למזכר ההבנות ולהסכם הרכישה. בנוסף, דוח וואן קבע שיעור נמוך לסף המהותיות, דבר שהוביל להפחתת הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016. לצד אלה, אין להתעלם מהעובדה כי הדוח נערך על ידי רו"ח אנוך, שמטבע הדברים נתון תחת הטיה מבנית מתוקף היותו נציג בכיר של וואן בעסקת הרכישה. מטעמים אלה אני קובע כי אין לקבל את תוצאת הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016, כפי שנקבעה בדוח וואן, אשר בוקר על ידי משרד דלויט.

49. אולם בכך לא סגי.

רו"ח עדן שערך חוות דעת מצד התובעים אישר בעדותו לפניי כי רו"ח כהן לא הקפיד על כל תקני החשבונאות המחייבים בעריכת דוחות כספיים. בנסיבות אלה, לגישתו, בדוח שערך רו"ח כהן נוצרו טעויות חשבונאיות (פר' עמ' 90, ש' 19-5, עמ' 93, ש' 11-9, 33-30[.

נסיבות אלה מחייבות כי הרכיבים שנתונים במחלוקת בין הצדדים ומשפיעים על הרווח התפעולי יושמו במדוכה ויעברו ביקורת שיפוטית בהתאם לראיות שהובאו לפניי. הבסיס לבחינה ייעשה, כפי שהציע רו"ח פטל, על פי הדוח הכספי שערך רו"ח כהן, תוך ביצוע התאמות כמפורט להלן.

קביעת הרווח התפעולי

50. בראש ובראשונה אדרש לסוגיית הרווח התפעולי.

נוכחנו כי הצדדים להסכם הרכישה קבעו מנגנון חוזי לפיו הרווח התפעולי לשנת 2016 של ניביט על פי הדוח הכספי המבוקר יגזור את שיעורה הסופי של התמורה. מטעם התובעים הוגשה חוות דעתו של רו"ח עדן אשר העריך את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 בסך 3,475,000 ₪. מטעם הנתבעות הוגשה חוות דעתה של רו"ח אונגר אשר העריכה את הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 בסך 2,509,000 ₪.

לנוכח המחלוקות שבין הצדדים והפער שבין חוות הדעת, הוחלט למנות מומחה מטעם בית המשפט. ביום 11.5.2022, על בסיס הסכמת הצדדים, מונה רו"ח אריאל פטל כמומחה מטעם בית המשפט. נקודת המוצא היא שבית המשפט יאמץ את ממצאיו של מומחה מוסכם או מומחה מטעם בית המשפט, אלא אם נראית סיבה בולטת לעין שלא לעשות כן ([ע"א 293/88](http://www.nevo.co.il/case/17940405) **חברת יצחק ניימן להשכרה בע"מ נ' רבי** פסקה 4 (נבו 31.12.1988); [ע"א 558/96](http://www.nevo.co.il/case/5709820) **חברת שיכון עובדים נ' רוזנטל**, פ"ד נב(4) 563 (1998); [ע"א 6510/20](http://www.nevo.co.il/case/27011489) **מזרחי נ' כהן** פסקה 6 (נבו 12.12.2021)). כלל זה יפה גם לענייננו, היכן שהונח מסד איתן של נתונים חשבונאיים לפני מומחה בית המשפט ואף בהתחשב באופן היסודי בו נערכה חוות הדעת: לאחר פגישות מקצועיות, קבלת הערות ומתן תשובות לשאלות הבהרה ובנוסף עמידה בביקורת החקירה הנגדית.

51. רו"ח פטל הבהיר בחוות דעתו כי המונח החשבונאי המדויק ל"רווח התפעולי" שבו השתמשו הצדדים במסמך העקרונות ובהסכם הרכישה הוא "רווח תפעולי לפני מימון". הרווח התפעולי מסכם את הכנסות החברה מפעילותה העיקרית בניכוי ההוצאות הקשורות לכך (מכירות בהפחתת עלויות התפעול, כגון: שכר, שכירות, עלויות ייצור וכיו"ב לא כולל עלויות מימון). מכאן שאת הרווח התפעולי ניתן לקבוע רק לאחר ביצוע התאמות שונות אשר משפיעות על שיעורו. מונח חשבונאי זה שימש גם את רו"ח אונגר וגם את רו"ח עדן בחוות דעתם.

בחוות דעתו הגיע רו"ח פטל לשתי תוצאות באשר לגובה הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016: הראשונה – 2,816,000 ₪; השנייה – 2,924,000 ₪. הפער בין התוצאות אליהן הגיע רו"ח פטל עמד על סך 108,000 ₪. פער זה נבע מהיעדר הכרעה של רו"ח פטל בין ההערכות אליהן הגיע רו"ח עדן בחוות דעתו לבין ההערכות אליהן הגיעה רו"ח אונגר בחוות דעתה באשר לכמה סעיפים: הוצאות החזקת רכב של מר נגר; רישום כפול של הוצאות שכירות רכב בחברת אלדן; הפרשה בגין גידול בהתחייבות ליחסי עובד-מעסיק; נופש לעובדי החברה על חשבון הבעלים.

לטענת התובעים יש לאמץ את חוות הדעת של רו"ח פטל על הצד הגבוה שלה, תוך התערבות בסוגיות אלה. מנגד, לטענת הנתבעות, יש לאמץ את חוות הדעת של רו"ח פטל על הצד הנמוך שלה.

 בשים לב לראיות שהובאו לפניי (לרבות חלק מניירות העבודה של רו"ח רונן כהן וצוות הביקורת ממשרד דלויט) אבחן את הפערים באשר לרכיבים החשבונאיים שבמחלוקת. להלן אדון בכל אחד ואחד מהסעיפים שבמחלוקת (ההתאמות) כסדרם.

52. הוצאות החזקת רכב של מר נגר:

בסעיף 6.3.47 לחוות דעתו קבע רו"ח פטל כי "על פי חוות דעת המומחה פרופ' יורם עדן, הוצאות פרטיות בסך 22 אלפי ₪ נרשמו בכפילות בדוחות הכספיים של החברה עבור יעקב נגר בתקופה שלאחר סיום העסקתו בחברה מסיבות רפואיות. לדעת המומחה רישום ההוצאה אינו נכון ויש לנטרלו. על פי המומחית רגינה אונגר לא עולה כפילות רישום". בנסיבות אלה מצא רו"ח פטל לראות בשתי העמדות כחלופות נכונות לחישוב.

 עיון בסעיף 160 לחוות הדעת של רו"ח אונגר מלמד כי היא מקבלת את עמדת רו"ח עדן וכי יש לתקן את הרווח התפעולי לשנת 2016 על ידי הוספת סך 22,305 ₪ בגין הוצאות החזקת הרכב של מר נגר. בסיכומיהן הודו הנתבעות, בהגינותן הרבה, כי יש להוסיף סכום זה לסך הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 (סעיף 77 לסיכומי הנתבעות). בנסיבות אלה, כאשר לא קיימת כלל מחלוקת בין רואי החשבון, **אני קובע כי יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 22,305 ₪**

53. רישום כפול של הוצאות שכירות רכב בחברת אלדן:

בסעיף 6.3.46 לחוות דעתו הסביר רו"ח פטל כי "על פי חוות דעת המומחה פרופ' יורם עדן, הוצאות בגין שכירות רכב בסכום של 25 אלפי ₪, אשר נכללו כהוצאה בספרי החברה נכללו בשנית בעת עריכה נוספת של הדוחות הכספיים המבוקרים. לדעתו, מקור הטעות הוא מיון סכום החיוב בכרטיס אשראי לסעיף הוצאות למרות רישום ההוצאה בסכום האמור. לדעתו, רישום ההוצאה אינו נכון ויש לנטרלו. על פי המומחית רגינה אונגר לא עולה כפילות רישום. לאור האמור בחרתי לקבל את עמדת שני הצדדים בשתי חלופות חישוב, כלומר בחלופה 1 הוספתי לרווח התפעולי 25 אלפי ₪ ובחלופה 2 לא בוצעה התאמה כלשהי".

54. לטענת התובעים, החלטתו של רו"ח עדן, בסעיף 18 לחוות הדעת, להוסיף סך 25,282 ₪ לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 בגין רישום כפול של הוצאות שכירת רכב, התקבלה על בסיס דוחות כספיים. בנוסף, רו"ח עדן נחקר בחקירה הנגדית בדבר החלטה זו וגרסתו לא נסתרה. בנסיבות אלה, יש לאמץ את החלטת רו"ח עדן ולהוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 25,282 ₪.

 מנגד, לטענת הנתבעות, רו"ח עדן לא הציג תחשיב או בדיקה עצמאית שערך בנושא זה. לעומתו, רו"ח אונגר, ערכה בדיקה עצמאית של המסמכים. בדיקה זו הובילה למסקנה כי לא בוצע רישום כפול של הוצאות שכירות רכב באלדן. בנסיבות אלה, אין להוסיף סך 25,282 ₪ לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016.

55. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני מעדיף במחלוקת זו את עמדת התובעים.

רו"ח עדן עומת בחקירה שכנגד עם סעיף 18 לחוות דעתו. רו"ח עדן הפנה למסמכים שונים תוך שהסביר כי בדו"ח הכספי ששלח רו"ח כהן לרו"ח אנוך נרשמה הוצאת שכירות הרכב בסך 25,282 ₪. חרף האמור, וואן רשמה ב"הוצאות כרטיסי האשראי" של ניביט הוצאה נוספת על סך 31,259 ₪ לאלדן. סכום זה מורכב מרישום חוזר של 25,282 ₪ בגין שכירות הרכב בתוספת סך 5,997 ₪ שאוזכרה במכתב המפרט את השינויים שערך רו"ח כהן בדוח של ניביט, לבקשת וואן (נספח 13 ל-ת/17). גרסה זו של רו"ח עדן לא נסתרה.

מנגד, רו"ח אונגר הפנתה בחוות דעתה לכרטיס הנהלת חשבונות של ניביט לשנת 2016 ממנו עולה כי היתרה לחברת אלדן נסגרה (נספח 7 ל-נ/4). כרטיס הנהלת החשבונות איננו מלמד על קיומו או היעדרו של רישום כפול בגין הוצאה של שכירות רכב מאלדן. פרט לכרטיס הנהלת החשבונות לא הפנתה רו"ח אונגר למסמכים נוספים. מטעמים אלה אני קובע כי **יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 25,282 ₪.**

56. הפרשה בגין גידול בהתחייבות ליחסי עובד-מעביד:

 בהתאם לחוות הדעת של רו"ח עדן, בדוח דלויט לשנת 2016 נכללה הפרשה נוספת (מעבר לסכום ההתחייבות שנכלל בדוח רו"ח כהן) להתחייבות בסכום 165,289 ₪. לדבריו: "מעיון בניירות העבודה של דלויט למדתי כי מתוך סכום זה, רק סכום של 19,811 ₪ הצטבר בגין שנת 2016, בעוד שסכום של 145,248 ₪ נצבר בגין שנים קודמות. לפיכך הוספתי את הסכום של 145,248 ₪ לסכום הרווח התפעולי לשנת 2016 ..." (סעיף 16.1 ל-ת/15).

מנגד, לטענת רו"ח אונגר מתוך ה-165,000 ₪, סך 63,000 ₪ מיוחס לשנת 2016 והיתרה בסך 102,000 ₪ מיוחסת לשנים קודמות (סעיף 265 ל-נ/4).

יוצא אפוא כי בין חוות הדעת של רו"ח עדן לבין חוות הדעת של רו"ח אונגר קיים פער של כ- 43,000 ₪ (19,811 ₪ – 63,000 ₪)

 בחוות דעתו, נמנע רו"ח פטל מלהכריע בין שתי חוות הדעת והסביר: "לא ראיתי קיומן של ראיות תומכות בשתי חוות הדעת, וכן – לא ביקשתי ולא קיבלתי את ניירות העבודה. לכן לא ניתן לקבוע מי מבין המומחים צודק לאור המחלוקת באשר לעובדות" (סעיף 6.3.2 ל-במ/1).

57. התובעים עתרו להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 43,000 ₪. לטענתם, ניירות העבודה שהוגשו על ידי משרד דלויט תומכים בגרסתם לפיה ההפרשה לשנים קודמות עמדה על סך 145,698 ₪.

מנגד, לטענת הנתבעות, התובעים לא הוכיחו טענה זו ולכן יש לדחותה.

58. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני קובע כי במחלוקת זו בין רואי החשבון, יש לאמץ את התוצאה אליה הגיע רו"ח עדן, ואסביר:

 רו"ח עדן ביסס את התוצאה אליה הגיע בחוות הדעת על נספח 6 לקובץ המסמכים שהגיש רו"ח רונן כהן מטעם משרד דלויט (ת/10). במסמך זה מופיעה טבלה בה מפורטות כלל ההפרשות להתחייבות יחסי עובד-מעסיק. בצידה השמאלי מונה הטבלה שתי עמודות המחלקות את ההפרשה לפיצויים: "שוטף" ו-"שנים קודמות". בהתאם למסמך זה, סך ההפרשות לפיצויים בשנת 2016 הינו 19,591 ₪ ואילו ההפרשה לשנים קודמות הינה 145,698 ₪. טבלה זו נמסרה לתובעים על ידי וואן באמצעות הליך גילוי מסמכים (ת/29). בחקירה שכנגד עומתה רו"ח אונגר עם הנתונים המופיעים בטבלה זו ואישרה כי גובה ההפשרה לפיצויים לשנים קודמות הינו 145,000 ₪ (פר' עמ' 135, ש' 15-10). עם זאת, ביקשה רו"ח אונגר "להבהיר שביקשתי מהחברה לעשות חישוב מדויק שהופרדה העלאת שכר שניתנה במהלך 2016 ומשפיעה על החישוב לשנים קודמות אבל איננה שייכת לשנים קודמות ומכאן בעיקר הפער" (פר' עמ' 135, ש' 25-23).

59. כתוצאה מכך, הגישה לה ניביט תחשיב שביצעה בגין הפרשה לפיצויים, עליו הסתמכה רו"ח אונגר בעת עריכת חוות הדעת (נספח 18 ל-נ/4). בהתאם לתחשיב זה, סך ההפרשה לפיצויים בשנת 2016 היא 63,288 ₪.

 אין בידי לקבל את המסקנה אליה הגיעה רו"ח אונגר בחוות דעתה על בסיס התחשיב שהוגש לה. לכך שני טעמים עיקריים:

 ראשית, הן הטבלה עליה הסתמך רו"ח עדן בחוות דעתו והן התחשיב עליו הסתמכה רו"ח אונגר בחוות דעתה נערכו על ידי הנתבעות. בנסיבות אלה, כאשר מדובר בשתי תוצאות שונות, הרי שהן תיזקפנה לחובת הנתבעות.

 שנית, רו"ח עדן התייחס בחקירה שכנגד לנספח 18 ל-נ/4 והסביר: "אני מחזיק ביד חלק מניירות עבודה של דלויט שעיינו בהם שלדעתי מסרו לרגינה מסמך שחתכו ממנו 2 טורים באקסל ..." (פר' עמ' 93, ש' 19-18). וכן: "ראיתי את הנייר של רגינה ואני לא רוצה להתבטא בצורה חריפה, חתכו את שני הטורים החשובים ביותר" (פר' עמ' 93, ש' 29-28). גרסה זו לא נסתרה ואני מקבל אותה לגופה.

מטעמים אלה אני קובע כי **יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 43,000 ₪.**

60. נופש לעובדי החברה בחו"ל על חשבון הבעלים:

רו"ח עדן הסביר בחוות דעתו כי "ככל שלמדתי ממר רחמים נגר, לאחר ההתקדמות במו"מ למכירת 80% ממניות החברה ... הוא מצא לנכון להיטיב עם עובדי החברה ... ולהזמינם, על חשבונו, לחופשה קצרה בחו"ל". סכום ההוצאה הינו 18,288 ₪ אשר חויבו מכרטיסו האישי של מר נגר אותם הוסיף רו"ח עדן לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016.

 מנגד, לטענת רו"ח אונגר, הוצאת עובדי ניביט לחופשה נעשתה על בסיס ועקב עבודתם בניביט. בנסיבות אלה, בהתבסס על מאמרים ופסיקה, חיוב בעל שליטה בהוצאות הקשורות ביחסי עובד-מעביד ומהוות הטבה לעובדים אינה נאותה. מטעמים אלה קבעה רו"ח אונגר כי אין להוסיף לדו"ח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 18,288 ₪.

 רו"ח פטל ראה בשתי האפשרויות המנומקות כחלופות סבירות.

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני קובע כי במחלוקת זו בין רואי החשבון, יש לאמץ את התוצאה אליה הגיעה רו"ח אונגר, ואסביר:

 ב[ע"א 2640/11](http://www.nevo.co.il/case/5789722) **פקיד שומה חיפה נ' ניסים** (נבו 2.2.2014) (להלן – **הלכת ניסים**) נקבע כי "קיימת חזקה, ניתנת לסתירה, לפיה כל תקבול המשולם לעובד ממעבידו, בזיקה ליחסי העבודה ביניהם, מהווה הכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה ולפיכך חייבת בשיעור המס השולי של העובד".

 במקרה דנן, כפי שעלה מעדותו של מר נגר לפניי, הוצאת עובדי ניביט לנופש נעשתה כהטבה בגין עבודתם ועל רקע רצונו של מר נגר "לצ'פר אותם במשהו אישי" (פר' עמ' 114, ש' 31-27, עמ' 115, ש' 2-1). בנסיבות אלה, בהתאם להלכת ניסים, יש לראות בהטבת הנופש שניתנה לעובדים כהכנסת עבודה. כפועל יוצא מכך, את התשלום שבוצע בגין הנופש בסך 18,288 ₪ יש לסווג כהוצאה תפעולית של ניביט ואין להוסיפו לרווח התפעולי לשנת 2016.

 מטעמים אלה אני קובע כי **אין להוסיף לרווח התפעולי של ניביט סך 18,288 ₪ בגין נופש לעובדי החברה.**

61. **לסיכום עד כאן**: רו"ח פטל העריך בחוות דעתו כי הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הוא 2,816,000 על הצד הנמוך. לרווח זה יש להוסיף סך 90,587 ₪ כמפורט לעיל (43,000 ₪ + 25,282 ₪ + 22,305 ₪) יוצא אפוא כי **סך הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הוא: 2,906,587 ₪** (90,587 ₪ + 2,816,000 ₪).

סוגיות חשבונאיות נוספות שבמחלוקת

62. לטענת התובעים רו"ח פטל שגה בחוות דעתו במספר סוגיות: מחסני השוק; הפרשה לחובות מסופקים; הפרשה לביטוח לאומי. בנסיבות אלה, עתרו התובעים להתערב בסוגיות אלה, כך שאם תתקבלנה טענותיהם יתווסף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 411,752 ₪.

מנגד, לטענת הנתבעות, לא נפל כל פגם בניתוח סעיפים אלה על ידי רו"ח פטל ואין להתערב במסקנותיו באשר אליהם.

 להלן אדון בכל אחד מהרכיבים כסדרם.

63. מחסני השוק:

אחד השינויים שביצעה וואן בדוח הכספי שערך רו"ח כהן נגע ללקוחה של ניביט בשם כ.נ. מחסני השוק בע"מ (להלן – **מחסני השוק**). לטענת מר נגר, מחסני השוק הזמינה מניביט ארבע עגלות ליקוט וביקשה שיותקן עליהן מפרט מחשובי מסוים. התמורה בגין עגלות הליקוט עמדה על סך 20 אלף ₪ לכל עגלה. בנוסף, בשנת 2013 ביקשה מחסני השוק מניביט להקים עבורה אתר אינטרנט במסגרתו יוכלו הגולשים לרכוש מצרכים באופן מקוון. בתמורה התחייבה מחסני השוק לשלם לניביט סך 150,000 ₪.

 מר נגר הסביר כי ניביט השלימה את העבודות לבקשתה של מחסני השוק ואילו האחרונה העבירה לחשבונה של ניביט את מלוא התמורה. חרף האמור, בדוח וואן נרשם זיכוי בסך 184,800 ₪ למחסני השוק. בנסיבות אלה, יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 184,800 ₪.

מנגד, לטענת הנתבעות, זיכוי זה בוצע לאחר שמחסני השוק שלחה לניביט שתי תעודות חיוב על סך 184,800 ₪ בגין שירותים שלא סופקו על ידי ניביט בשנים 2015-2013.

רו"ח פטל אימץ בחוות הדעת את עמדת הנתבעות וקבע כי "ההכרה בתעודות החיוב בשנת 2016 היתה נכונה ובכך אני מקבל את עמדת המומחית הגב' אונגר ולא תתבצע התאמה כלשהי לרווח התפעולי" (סעיפים 6.3.22-6.3.18).

64. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני מעדיף במחלוקת זו בין הצדדים את עמדת הנתבעות, בדומה לעמדת מומחה בית המשפט רו"ח פטל.

כפי שעלה מהעדויות שנשמעו לפניי, בשנים 2015-2013 התחייבה ניביט לבצע שני פרויקטים עבור מחסני השוק: הראשון, פיתוח ואספקת ארבע עגלות ליקוט מוצרים. השני, הקמת אתר סחר מקוון. מר שיין הסביר כי בספרי ניביט הופיעו הכנסות ממחסני השוק בגין שני פרויקטים אלה. לדבריו, בדיעבד התברר לוואן כי בסוף חודש דצמבר 2016, הפיקה מחסני השוק שתי תעודות חיוב שסכומן המצטבר הוא 184,800 ₪ (נספח 29 ל-נ/6). מר שיין שוחח טלפונית עם מר שלום נאמן, בעלים של מחסני השוק אשר הסביר לו כי ניביט לא סיפקה את השירותים להם התחייבה (פר' עמ' 161, ש' 5-1). בנסיבות אלה, הונפקו תעודות החיוב על ידי מחסני השוק.

65. עיון בתעודות החיוב מעלה כי השירותים בגין שני הפרויקטים לא סופקו למחסני השוק. כך, בכל אחת מהן נכתב בצד ימין, בתחתית העמוד כדלקמן:

**"אתר הסחר האלקטרוני**

**מאושר ע"י שלום**

**פרויקט שלא יצא לפועל**" (ההדגש הוסף – א.ש.)

וכן:

**"חיוב לחן ...**

**מאושר ע"י שלום**

**עגלות אלומיניום-ליקוט לא הגיעו**" (ההדגש הוסיף – א.ש.)

66. התובעים לא הציגו הסכם שנחתם בין ניביט לבין מחסני השוק באשר לאספקת השירותים. כמו כן לא הוצג תיעוד כלשהו בדבר עמידה בהתחייבויותיה של ניביט כלפי מחסני השוק. לא רק זו אף זו, מר נגר הודה כי מחק את ה - DATA מהמחשב של ניביט ואשר היה בשימושו האישי (פר' עמ' 118, ש' 32-11). עניין זה פועל לחובתו בפן הראייתי.

לכך יש להוסיף כי מר נגר אישר בתצהירו שמר זינו, נציג מטעם מחסני השוק, ביקש בשלב הראשון לקחת רק עגלת ליקוט אחת מתוך ארבע העגלות, על מנת לבחון את הצורך בביצוע התאמות כלשהן מטעם אנשי מקצוע. לדבריו מר זינו הבהיר כי ייקח בהמשך את יתר עגלות הליקוט. עם זאת, מר נגר לא ידע לומר בוודאות שעגלות אלה אכן סופקו למחסני השוק וטען כי הוא "מניח" שהתשובה הינה חיובית (סעיף 148 ל-ת/17).

67. כשעומת מר נגר עם תעודות החיוב, הוא השיב בצורה פתלתלה ומתחמקת:

**"ש. על תעודות החיוב שנשלחו על ידי מחסני השוק ב-31.12.2016 כתוב מאושר על ידי שלום. ראית את זה?**

**ת. ראיתי לראשונה כשאתם שלחתם את זה.**

**ש. אני מניח ששלום לא היה מוציא תעודות חיוב לחברה בדצמבר 16 כשאתה מנכ"ל שלה סתם על מנת לפגוע בך נכון?**

**ת. אתה טוען שהוא הוציא ב-2016 אני לא יודע מזה.**

**[...]**

**ש. ... התקשרת לשלום ואמרת לו למה הוצאת תעודות חיוב?**

**ת. לא.**

**ש. למה לא? זה ידיד שלך.**

**ת. אז מה.**

**[...]**

**ש. למה אתה לא דיברת איתו ושאלת אותו למה הוצאת את תעודות החיוב?**

**ת. לא שאלתי אותו. אני לא סוג כזה. אמרתי שבטח נבוא לפה להית משפט ונצליח להסביר את זה, לא צריך את שלום בשביל זה"**

[פר' עמ' 110, ש' 33-28; עמ' 111, ש' 12-9, 20-18]

68. בנסיבות אלה, כאשר לא ניתן היה להוכיח כי ניביט סיפקה למחסני השוק את מלוא השירותים להם התחייבה, לא נותרה בידי וואן ברירה, אלא לזכות את מחסני השוק לפי דרישתה. כך עלו הדברים מעדותו של רו"ח אנוך: "... את צריכה להבין שזה לקוח מרכזי מאוד, לקוח עוגן של ניביט ... ואחרי שאנחנו כבר ידענו שאיבדנו את לקוח מספר 3, ספיר דן, הדבר האחרון שרצינו זה לאבד גם את הלקוח מחסני השוק ... בסופו של דבר גם הוצאנו לו את הזיכוי ב-2018" (פר' עמ' 175, ש' 19-16).

מר שיין הסביר כי וואן זיכתה את מחסני השוק רק לאחר שערכה בירור מעמיק מול מחסני השוק, מערכותיה ואנשי הפיתוח שלה. מבדיקות אלה עלה כי אכן לא סופקו למחסני השוק רכיב ה"סחר האלקטרוני" ולא סופקו לה כל עגלות הליקוט עבורן שילמה (סעיף 53 ל-נ/6. גרסה דומה עלתה מעדותו של רו"ח אנוך - ראו סעיף 47 ל-נ/7; פר' עמ' 174, ש' 29-26).

69. לכך יש להוסיף כי מר נגר הסביר בתצהירו כי מחסני השוק החליטה להמשיך ולהתקדם בהקמתו הסופית של אתר הסחר המקוון באמצעות מפעיל אחר (סעיף 154 ל-ת/17). עוד הסביר מר נגר, כי מר זינו ביקש ממנו שניביט תפתח עבור מחסני השוק מערכת "שים וסע" במסגרתה לקוחות יוכלו לשים מצרכים בעגלת הקניות ולהפקידה בסניף, והפריטים ישלחו לביתם בהמשך. לדבריו, "לפנים משורת הדין ומתוך רצון לשמור על שביעות רצונה של מחסני השוק כלקוחה נאמנה ובהתחשב בכך שבחרה לעבוד עם בעל מקצוע אחר בהמשך הפעילות הנוגעת לאתר האינטרנט, הסכים רמי לכך שניביט תפתח שירות מורכב זה עבור מחסני השוק ללא כל עלות ..." (סעיפים 159-158 ל-ת/17; פר' עמ' 113, ש' 23-18).

70. בשאלון שהפנו הנתבעות למר נגר נשאל האחרון האם פיתוח מערכת "שים וסע" נעשה כפיצוי עבור מחסני השוק בגין טענותיה לגבי שירותים אחרים שסיפקה להם ניביט. מר נגר השיב לשאלה זו בחיוב (נ/2). בחקירה שכנגד, עומת מר נגר עם נ/2 והשיב אף כאן בצורה פתלתלה ומתחמקת כדלקמן:

**"פרויקט השים וסע הוא פיצוי למחסני השוק על הטענות שלהם נגד החברה על השירותים שסיפקה להם החברה?**

**ת. לא היה להם שום טענות כלפי החברה על שום שירותים שסיפקנו להם. אם היו להם טענות הם לא היו משלמים.**

**ש. אני מפנה לגילוי המסמכים ולמענה לשאלון כולל התשובות ... כששאלתי אותך את השאלה בתצהיר שלך האם הפרויקט של שים וסע הוא פיצוי אתה השבת כן ...**

**ת. תראה לי. גם אם אני עשיתי להם את זה כמחווה, לא אמרתי להם שזה פיצוי, אני עשיתי את זה ממני, לא עשיתי את זה כי סיכמנו. לא היה מעולם.**

**[...]**

**ש. אז שים וסע זה לא פיצוי בגין טענות מחסני השוק?**

**ת. זה פיצוי שלהם, לא סיכמתי איתם שאני נותן להם פיצוי על משהו.**

**ש. האם דובר בינך לבינם שזה יהווה פיצוי ואמרת כן?**

**ת. אולי אני באופן אישי הסתכלתי על זה כפיצוי, מחווה, רצון של לקוח, ביקשו ממני לעשות פרויקט והתחלתי לעשות את זה"**

(פר' עמ' 112, ש' 32-27, עמ' 113, ש' 4-1, 11-7)

71. גרסתו של מר נגר באשר לאספקת השירותים למחסני השוק איננה אחידה, לא נתמכת בראיות ומעוררת ספק רב. מטעמים אלה, לנוכח תעודות החיוב והזיכוי של מחסני השוק בסך 184,800 ₪, אני סבור כי רו"ח פטל צדק עת אימץ בחוות דעתו את עמדת הנתבעות. עם זאת, מאחר שלא קיימת מחלוקת כי עגלה אחת מתוך ארבע עגלות הליקוט סופקה למחסני השוק [סעיף 55 ל-נ/6], **אני קובע כי יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 19,950 ₪ (עלות עגלת ליקוט)**.

72. הפרשה לחובות מסופקים:

 הפרשה לחובות מסופקים היא הפרשה בגין לקוחות שלחברה קיים ספק באשר ליכולת הפירעון שלהם. בחוות דעתו אימץ רו"ח פטל את עמדת הנתבעות באשר להפרשה לחובות מסופקים בסך 183,952 ₪ בגין חובות שנוצרו בשנים 2016-2013.

 לטענת התובעים, אף שהחובות המסופקים מיוחסים לשנים 2016-2013, וואן ביקשה לבצע את ההפרשה ביחס אליהם בשנת 2016. באופן זה נגרע מהרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 183,952 ₪. רו"ח עדן הסביר כי היה מקום לגרוע מהרווח התפעולי רק את סכום הגידול בהפרשה לשנת 2016, קרי: 73,486 ₪. לפיכך, הוסיף רו"ח עדן לרווח התפעולי לשנת 2016 סך 110,466 ₪ (73,486 ₪ - 183,952 ₪). בנסיבות אלה, עתרו התובעים לאמץ את חוות דעתו של רו"ח עדן באשר לחובות המסופקים ולהוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 110,466 ₪.

73. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים אני סבור שרו"ח פטל צדק בחוות דעתו ואסביר:

כפי שהסביר רו"ח פטל בחוות דעתו, החובה להציג הפרשה לחובות מסופקים כניכוי מיתרת הלקוחות הינה כלל חשבונאי (סעיף 6.3.8 ל-במ/1). על בסיס הכלל האמור, נכללה בדוח וואן הפרשה לחובות מסופקים בסך 183,952 ₪ (נספח 28 ל-נ/7). אין מחלוקת כי אותם חובות מסופקים לא נגבו עד ליום 31.12.2017 (סעיף 6.3.11 ל-במ/1; סעיף 16.5.6 ל-ת/15).

רו"ח עדן לא חלק על נכונות ביצוע ההפרשה לחובות מסופקים. אולם לשיטתו היה מקום לכלול בהפרשה לחובות מסופקים רק את סכום הגידול בהפרשה לשנת 2016 בסך 73,486 ₪. לעומתו, רו"ח אונגר סברה שהיה מקום לכלול את מלוא סכום ההפרשה בשנת 2016. לדבריה, אין זה סביר כי חוב שנוצר במהלך שנה מסוימת (ולענייננו בשנת 2015), יהפוך לחוב מסופק בתום השנה שבה נוצר.

74. רו"ח פטל אימץ את עמדתה של רו"ח אונגר במחלוקת זו, תוך שהסביר כי גם אם ההנהלה הקודמת העריכה שחובות הלקוחות שלא נגבו נכון לתום שנת 2015 אינם חובות מסופקים, על הדירקטוריון החדש מטעם וואן לבצע הערכה מחודשת בדבר סיכויי הגביה של אותם חובות, לצורך הדוח הכספי של שנת 2016. ואכן, בהתאם להערכה שביצע הדירקטוריון החדש של ניביט, חובות הלקוחות שנוצרו בשנת 2015 בסך 110,446 ₪ הפכו לחובות מסופקים בשנת 2016. בנסיבות אלה, בוצעה בגינם הפרשה בדוח וואן לשנת 2016. פעולה זו של וואן מתיישבת עם הסברו של רו"ח פטל בסעיף 6.3.9 לחוות דעתו בדבר המועד שבו יש להפריש בגין חובות מסופקים: "חוב לקוח שהוערך כבר גביה נכון לתום השנה והפך למסופק בשל הרעה במצב הלקוח לאחר תאריך המאזן, לא יוכר כהפרשה בתקופת הדיווח הקודמת אלא בתקופת הדיווח שבה הפך למסופק".

**מטעמים אלה אני מקבל את ממצאיו של רו"ח פטל שאימץ בחוות דעתו את עמדת הנתבעות באשר לחובות המסופקים ולא קמה עילה להתערבות בית המשפט בפרמטר זה.**

75. הפרשה לביטוח לאומי:

 בחודש אוקטובר 2016 הוצאו לניביט שומות ניכויים בהסכם בין ניביט לבין מס הכנסה בין השנים 2015-2011 בסך 224,000 ₪ בגין זקיפה בחסר של שווי שימוש ברכב. בדוח וואן נכללה הפרשה זו בגין שומת ניכויים כנדרש על פי כללי חשבונאות מקובלים, ועל כך אין מחלוקת בין הצדדים.

 בנוסף להפרשה בגין שומת הניכויים בוצעה בדוח וואן הפרשה נוספת על סך 97,000 ₪. הפרשה זו מורכבת משניים:

 הפרשה צפויה בסך 52,000 ₪ - בגין ביקורת צפויה של ביטוח לאומי לתקופה של שש שנים (2016-2011). מתוך סכום זה נכלל סף 9,000 ₪ כהפרשה בגין ביקורת ניכויים צפויה לשנת 2016 (9,000 ₪ = 6 שנים/52,000 ₪).

 הפרשה צפויה בסך 45,000 ₪ - הפרשה בגין ביקורת צפויה של מס הכנסה לשנת 2016.

76. רו"ח עדן טען בחוות דעתו כי לא היה מקום לבצע הפרשה נוספת בסך 97,000 ₪ בגין שומת ניכויים צפויה ובגין ביקורת צפויה של ביטוח לאומי. לדבריו: "... ההסתברות לאירוע ביקורת ניכויים הייתה גבוהה יותר ביום 31.12.2015 מאשר ביום 31.12.2016. זאת מאחר שרשויות המס אינן מספיקות לערוך ביקורות ניכויים בכל החברות במשק, ולכן לאחר שכבר נערכה ביקורת ניכויים בשנת 2015, הסיכוי שתיערך ביקורת ניכויים לשנת 2016 הינו נמוך יותר" ובהמשך: "אם סברו מנהלי החברה שמונו ע"י וואן כי החברה לא ניכתה את מלוא תשלומי המס שהיה עליה לנכות במקור מעובדיה, שומה היה עליה להגיש דוחות מתקנים לרשויות המס ולשלם את הפרשי המס המגיעים כביכול לרשויות המס"
(סעיפים 17.3.6-17.3.5 ל-ת/15).

 מנגד, רו"ח אונגר סברה כי ההפרשה הנוספת בוצעה כדין. לדבריה, בהתאם לפרקטיקה המקובלת בחשבונאות, היכן שיש לישות חובת דיווח עצמי לרשויות לגבי מס הכנסה ניכויים וביטוח לאומי, יש להניח לצורך הדיווח החשבונאי כי הרשויות יבדקו את הדיווח בהסתברות של 100%.

77. רו"ח פטל סבר כי היה מקום לבצע הפרשה רק בגין ביקורת צפויה של ביטוח לאומי לתקופה שבין 2015-2011. עוד סבר רו"ח פטל כי לא היה מקום לבצע הפרשה בגין ביקורת צפויה מס הכנסה וביטוח לאומי לשנת 2016. באופן זה, הוסיף רו"ח פטל לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 54,000 ₪ (9,000 ₪ + 45,000 ₪).

 חוות דעתו של רו"ח פטל התבססה על ההנחה כי ניביט עשתה שימוש בתכנת SAVE TAX (להלן – **התכנה**). עם זאת, כפי שעלה מסיכומי הצדדים, ניביט לא עשתה שימוש בתכנה. כשנשאל רו"ח פטל בחקירה שכנגד מדוע קבע שניביט עשתה שימוש בתכנה, השיב: "אני רואה שקבעתי שנעשה שימוש, אני לא יודע לומר" (פר' עמ' 66, ש' 8). בנסיבות אלה, אין בידי לקבל את התוצאה אליה הגיע רו"ח פטל בחוות דעתו.

78. לאחר שעיינתי בחוות הדעת של רו"ח עדן ורו"ח אונגר, ולאחר שבחנתי את טענות הצדדים, אני קובע כי יש לקבל את התוצאה אליה הגיע רו"ח עדן בחוות דעתו, ואסביר:

 ההפרשה שביצעה וואן בדוח שלה על סך 97,000 ₪ בגין הפרשות צפויות לביטוח לאומי ולמס הכנסה בוצעה מבלי שהסכום שולם בפועל לרשויות. כך, הנתבעות לא הציגו אסמכתא בדבר הוכחת התשלום. בנוסף, רו"ח אונגר הסבירה בחוות הדעת כי רישום ההפרשה בספרי החשבונות של החברה איננה מעידה בהכרח על תשלום, כדלקמן: "יש לציין כי קיימת הבחנה ברורה וחדה בין הרישום החשבונאי כאמור לעיל, לבין ההחלטות העסקיות של הנהלת החברה, המבוססות על מודל כלכלי של ניהול סיכונים. כפועל יוצא, גם במקרה שבו החשבונאות דורשת רישום הפרשה כאמור לעיל, הנהלות החברות עשויות להחליט כדבר שבשגרה שלא לדווח ושלא לשלם את סכומי המס לרשויות, מתוך ציפייה שהשנים יתיישנו והשומות תיסגרנה" [סעיף 238 ל-נ/4].

**מטעמים אלה, אני קובע כי יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 סך 97,000 ₪.**

79. **לסיכום עד כאן**: אני קובע כי יש להוסיף לרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 את הסכומים הבאים: סך 19,950 ₪ בגין אספקת עגלת ליקוט למחסני השוק; סך 97,000 ₪ בגין הפרשות צפויות למס הכנסה וביטוח לאומי. אינני רואה לנכון להוסיף על סכומים אלה את שכר הטרחה בו נשאה ניביט בגין עריכת הביקורת על הדוח הכספי של משרד דלויט, כפי שטענו התובעים בסיכומיהם. מעבר לכך שמדובר בטענה שלא עלתה בחוות הדעת, הרי שמדובר בהוצאה תפעולית של ניביט אשר נעשתה מכוח הסכם הרכישה.

**יוצא אפוא כי הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הינו: 3,023,537 ₪ (**97,000 ₪ + 19,950 ₪ + 2,906,587 ₪). סכום זה הוא אכן נמוך מהערכת הצדדים בעת כריתת הסכם הרכישה שעמדה על סך 3,750,000 ₪. עם זאת, הוא אינו מביא לשלילה מוחלטת של יתרת התשלום, אלא להפחתתו בלבד, בהתאם לנוסחה שנקבעה בסעיף 4.1.2.3 להסכם הרכישה:

**"4.1.2.3 במידה והרווח התפעולי של החברה לשנת 2016 יפחת מ 3,750 אלפי ₪, תפחת התמורה בסעיף 4.1.1 וסעיף 4.1.2.1 בסך השווה לתוצאה של 4 כפול ההפרש שבין 3,750 אלפי ₪ לבין הרווח התפעולי של החברה לשנת 2016."**

**אם כן היתרה לתשלום התמורה בגין רכישת השליטה בניביט היא:**

726,463 ₪ = 3,023,537 ₪ - 3,750,000 ₪

2,905,852 ₪ = 4 X 726,463 ₪

**2,094,148 ₪** = 2,905,852 ₪ – 5,000,000 ₪

המחלוקת בעניין תשלום דיבידנד (יתרת העודפים הראויים לחלוקה)

80. פרט לתשלום התמורה בגין רכישת 80% מהון המניות של ניביט, הסכימו הצדדים על חלוקת ההון העצמי של ניביט אשר ניתן לחלוקה באמצעות דיבידנד. מר נגר הסביר בתצהירו את הרציונל העסקי שעמד בבסיס ההסכמה: מאחר שמועד הרכישה נקבע לתחילת שנת 2017, הרי שכל הרווחים שנצברו בקופת החברה עד אז יועברו לבעלי השליטה הקודמים בניביט, קרי: מר נגר ואחיו יעקב.

אמות המידה ומנגנון החלוקה נקבעו בסעיפים 4.9-4.6 להסכם הרכישה שזו לשונם:

 "**הסכום לחלוקה למוכרים**

 **4.6. החברה מודיעה ומצהירה כי בכוונתה במועד הקובע: 1) להכריז**

**ולחלק למוכרים את ההון העצמי הניתן לחלוקה כדיבידנד על בסיס הדוחות הכספיים הסקורים של החברה ל 30.06.16, וזאת בסך של 6,921,950 ₪ בהתאם להחלטת החברה נספח 4.5; 2) להכריז על חלוקת ההון העצמי (יתרת העודפים) הניתן לחלוקה כדיבידנד למוכרים בגין מחצית שניה של 2016 (7-12.2106), וזאת על סך של 1,050,000 ₪ בהתאם להחלטת החברה נספח 4.5, והכל בהתאם למבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון בהוראות** [**חוק החברות**](http://www.nevo.co.il/law/71858) **התשנ"ט – 1999.**

 **4.7. הצדדים יפעלו במהירות, ובכל מקרה לא יאוחר מפברואר 2017,**

**להוציא דוחות שנתיים מבוקרים של החברה ליום 31.12.16, באמצעות הקונה ו/או רו"ח עליו תורה הקונה. ככל שלאחר הוצאת הדוחות השנתיים המבוקרים של החברה לשנת 2016 כאמור, יתגלה פער בין ההון העצמי הניתן לחלוקה שעליו הכריזה החברה ביחס למחצית השניה של 2016 (7-12.2106) לבין התוצאות על פי הדוחות כאמור יבוצע תיקון להכרזה והתחשבנות ותוך 7 ימי עסקים מפרסום הדוחות הכספיים המבוקרים של החברה לשנת 2016, החברה תשלם את ההון הראוי לחלוקה ביחס למחצית שנת 2016 (7-12.2106) על בסיס הדוחות הכספיים המבוקרים של החברה לשנת 31.12.16. (להלן סעיף 4.5 וסעיף 4.6 יחדיו: "הסכום לחלוקה למוכר").**

 **4.8. מתוך הסכום לחלוקה למוכר לא ישולם למוכרים סכום ההון**

**החוזר של החברה וזאת עד שתושלם הגביה מלקוחות 2016. ההון החוזר של החברה ישולם למוכרים תוך 21 יום מיום קבלתם במלואם בחברה מהלקוחות הרלוונטיים.**

 **4.9. החברה תחלק את התשלומים בגין הסכום לחלוקה למוכר**

**ממקורותיה."**

81. לגישת התובעים בעלת השליטה החדשה בניביט דאגה לביצוע העברה של דיבידנד בסך 5,052,350 ₪ ביום 4.1.2017. בנוסף לכך, הועבר בשלב מאוחר יותר סך 172,177 ₪ במסגרת הסכם פשרה. יתרת הסכום לחלוקה לטענת התובעים הוא סך 2,144,548 ₪ בגין ההון החוזר שנותר בקופת החברה נכון לסוף שנת 2016 (סעיף 238 ל-ת/17).

מנגד, לטענת הנתבעות, יתרת העודפים הראויים לחלוקה שולמה לתובעים במלואה בהתאם להוראות הסכם הרכישה.

82. רו"ח פטל לא עמד בחוות דעתו על יתרת העודפים של ניביט. הצדדים הפנו בתצהיריהם ליתרת העודפים כפי שאלה נקבעו על ידי רו"ח כהן ודו"ח וואן. הן לפי הדוח שערך רו"ח כהן והן לפי דוח וואן אשר בוקר על ידי משרד דלויט, יתרת העודפים הראויים לחלוקה עמדה על סך כ-7,360,000 ₪ (מיצוע סכומים מעוגל – סעיפים 238-237 ל-ת/17; סעיף 10 ל-נ/7).

 זה המקום לציין כי התובעים נקלעו לכלל טעות בכך שהתבססו על סעיף 4.8 להסכם הרכישה ככזה שמקים להם זכות עצמאית לקבלת תשלום בגובה ההון החוזר של ניביט, אשר לטענתם עמד על סך 2,316,725 ₪ (סעיף 114 לסיכומי התובעים). כעולה מסעיפים 4.9-4.6 להסכם הרכישה, הסכום לחלוקה למוכרים (התובעים) כולל בתוכו את רכיב ההון החוזר, ומכאן גם המגבלה שהוטלה במסגרת סעיף 4.8 על מועד חלוקתו. מטעמים אלה אני מקבל את עמדתו של רו"ח אנוך בתצהירו באשר לרכיב ההון החוזר (סעיף 13 ל-נ/7). על כל אלה יש להוסיף כי הסכום לו טענו התובעים בגין תשלום ההון החוזר לא נזכר בחוות הדעת החשבונאיות וממילא לא התבסס על מסד ראייתי כלשהו. גם טענתו של מר נגר בסעיף 237 לתצהירו בעניין חישוב הסכום לתשלום בגין ההון החוזר אינה נכונה ומערבת מין שבאינו מינו, דבר שהתרשמתי ממנו גם במסגרת החקירה שכנגד (פר' עמ' 116, עמ' 117 ש' 11-1). לפיכך אני דוחה את טענות התובעים בכל הנוגע לרכיב "ההון החוזר".

83. אין מחלוקת כי מתוך יתרת העודפים שראויים לחלוקה בסך 7,360,000 ₪ שולם לתובעים ביום 4.1.2017 דיבידנד בסך 5,052,350 ₪ (סעיף 237 ל-ת/17; סעיף 11.2 ל-נ/7). עוד אין מחלוקת כי במסגרת פסק דין חלקי בהליך דנן מיום 19.12.2019, שילמו הנתבעות לתובעים סך 172,177 ₪, אותם ביקשו להפחית מיתרת הדיבידנד (סעיף 237 ל-ת/17; סעיף 11.3 ל-נ/7). כעולה מתצהירו של רו"ח אנוך, במהלך שנת 2016 שולם לתובעים גם סך 1,869,600 ₪ (סעיף 11.1 ל-נ/7). גרסה זו של רו"ח אנוך נתמכה בכרטסת ממוינת של ניביט לשנת 2016 וכן בהודעת דואר אלקטרוני של רו"ח כהן לרו"ח אנוך (אליה כותבו גם התובעים). בהודעה זו אישר רו"ח כהן קבלת דיבידנד על סך 1,869,600 ₪ (נספח 13 ל-נ/7).

יוצא אפוא כי שולם לתובעים דיבידנד בסך: 7,094,127 ₪ (1,869,600 ₪ + 172,177 ₪ + 5,052,350 ₪).

84. **באשר ליתרת הדיבידנד בסך כ - 265,873 ₪:** רו"ח אנוך הסביר כי מסכום זה יש להפחית ניכוי מס במקור וכן סך 137,190 ₪ בגין קנסות והפרשי ריבית והצמדה שהשיתה רשות המיסים על ניביט, הנובעים מאיחור בהעברת ניכוי המס במקור בגין הדיבידנד שחולק לתובעים ביום 4.1.2017. את היתרה בסך 44,418 ₪ קיזזה ניביט כנגד חוב התובעים כלפי וואן, לאחר שוואן המחתה לניביט את זכותה כלפי התובעים עד לגובה החוב במסגרת התביעה שכנגד (סעיף 12 לתצהיר אנוך נ/7).

 אינני מקבל טענה זו של הנתבעות. לכך שני טעמים.

 ראשית, הסכם הרכישה אינו מכיל סעיף כוללני המאפשר לנתבעות לקזז סכומים מתוך יתרת העודפים. הסעיפים אשר כן מאפשרים לנתבעות לבצע קיזוז עוסקים בקיזוז בגין סיבות ספציפיות: אי פירעון הלוואה; השבת חוב בעלים; השבת עלות רכב. הקיזוז שבוצע על ידי הנתבעות מיתרת העודפים לא נעשה בגין אחת מהעילות המנויות לעיל.

שנית, ובכך עיקר, גם אם אניח כי לזכותה של ניביט עומדת זכות קיזוז חוזית בהתאם [לסעיף 53](http://www.nevo.co.il/law/71888/53) ל[חוק החוזים](http://www.nevo.co.il/law/71888) (חלק כללי), תשל"ג-1973, אין בראיות שצירפו הנתבעות כדי לתמוך בטענת הקיזוז. כך, משוברי רשות המיסים לא עולה בבירור בגין מה הושתו קנסות והפרשי ריבית והצמדה על ניביט. על כך יש להוסיף כי לא הוצגה אסמכתא על העברת הכספים לרשויות המס בגין ניכוי מס עבור חלוקת יתרת הדיבידנד, לא נערכה הפניה קונקרטית לדוחות הבוחן הרלבנטיים ואף לא הוצגה אותה המחאת זכות המעידה על העברת הזכות לגביית סכומים מכוח התביעה שכנגד באמצעות קיזוז סכומים שמגיעים לתובעים מכוח הסכם הרכישה.

**מטעמים אלה אני קובע כי על וואן לפעול כך שניביט תשלם לתובעים את יתרת העודפים הראויים לחלוקה בסך 265,873 ₪**.

עילת פרסום לשון הרע

85. לטענת מר נגר, הוא זומן ביום 18.5.2017 לפגישת עבודה שגרתית עם מר שיין. בסיום פגישת העבודה מסר לו מר שיין מכתב שכותרתו "הזמנה לשיחת שימוע". לדבריו, במכתב זה הועלו לראשונה טענות חמורות ומופרכות כאילו מר נגר ערך מניפולציות בדוחות הכספיים של ניביט, הציג מצגי שווא בהליך רכישתה והסתיר מידע לגבי רכב של החברה. מר נגר הוסיף כי לאחר שנמסר לו מכתב הזימון לשימוע, הוא התבקש לעזוב את משרדי ניביט. בנוסף הודיעו לו כי עובד מטעם וואן הגיע להחליף את כל המנעולים במשרדים (סעיפים 66-63 ל-ת/17). ביום 25.5.2017 קיבל מר נגר מכתב פיטורים (סעיף 71 ל-ת/17).

86. ביום 21.5.2017 כינסו נציגי וואן את עובדי ניביט. במעמד זה הודיע מר שיין לכלל העובדים כי מר נגר "הוצא לחופשה"; נמצאו אי סדרים במאזניה של ניביט; מר נגר מסר לוואן מצגי שווא אודות לקוחת החברה; העניין החמור נמצא בבדיקה ובירור ובעקבותיו מר נגר לא יחזור בתקופה הקרובה. לטענת מר נגר, המידע שנמסר לעובדי ניביט פגע בשמו הטוב ועולה כדי לשון הרע כאמור [בסעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/74372/1) ל[חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372), התשכ"ט-1965 (להלן – **חוק איסור לשון הרע**). בנסיבות אלה עתר מר נגר להשית על הנתבעות פיצוי בסך 250 אלף ₪ על פי [חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372). לחילופין, עתר מר נגר להשית על הנתבעות פיצוי ללא הוכחת נזק בסך 56 אלף ₪, בהתאם [לסעיפים 7א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/74372/7a.b) ו-[7א(ה)](http://www.nevo.co.il/law/74372/7a.e) ל[חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372).

87. לטענת הנתבעות, היה צורך להסביר לעובדי ניביט מדוע המנהל שלהם אינו מגיע לעבודה. לכן, בשיחה שנערכה עם העובדים הסביר להם מר שיין כי הסיבה בגינה הוחלט להוציא את מר נגר לחופשה ולזמנו לשימוע נעוצה במשבר אמון שנוצר בין מר נגר כבעל השליטה בחברה בעבר לבין וואן. בשיחה זו לא הושמעו אמירות לגבי מקצועיותו של מר נגר או הגינותו כאדם. בנסיבות אלה, וואן לא פרסמה לשון הרע אודות מר נגר.

 מעבר לכך העלו הנתבעות לראשונה בסיכומיהן טענה להיעדר סמכות עניינית. לשיטתן מדובר בחלק ממערכת יחסי עובד-מעביד, שכן רמי פוטר מעבודתו בחברה והדבר הוסבר לעובדים. לגישתן, בהתאם [לסעיף 24(א)(1ד)](http://www.nevo.co.il/law/74611/24.a.1d) ל[חוק בית הדין לעבודה](http://www.nevo.co.il/law/74611), תשכ"ט-1969, לבית הדין האזורי לעבודה סמכות ייחודית לדון בתביעה שעילתה עוולה אזרחית לפי [חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372), על רקע יחסי עבודה. בדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 436 התשס"ט 576) הוסברה העברת הסמכויות "**לאור הקשר המהותי של התביעות ליחסי עבודה**" ונוכח "**התמחותו של בית הדין לעבודה לדון בסכסוכים שביחסים האמורים".** ואכן מר נגר הגיש תביעה כספית נגד הנתבעות לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים בגין פיטוריו מניביט (נספח 20 ל-ת/17) (להלן – **תביעת הפיטורים**). למרות שבין פיטוריו לבין עוולת לשון הרע קיים קשר ישיר הוא לא העלה טענה זו לפני בית הדין האזורי לעבודה. לפיכך הוא מנוע לטעון לעילה זו במסגרת התביעה דנן.

88. אינני מקל ראש בטענתן של הנתבעות באשר לסוגיית הסמכות העניינית לגבי עילת התביעה בגין פרסום לשון הרע במסגרת "אסיפת ההסברה" שנערכה לעובדי ניביט בקשר עם פיטוריו של מר נגר. ברם, טענה זו לא נזכרה בכתב ההגנה של הנתבעות ואף לא בכתב התביעה שכנגד. למעשה, הטענה הועלתה לראשונה במסגרת שלב הסיכומים במשפט.

 הכלל הוא כי בעת בחינת טענה לחוסר סמכות עניינית יש לבחון האם הטוען לכך נצר את העניין בליבו ותקף את הסמכות העניינית של בית המשפט רק לאחר שלא היה מרוצה מהכרעותיו ([רע"א 3640/03](http://www.nevo.co.il/case/5907777) **דקל נ' דקל**, פסקה 18 (נבו 16.12.2007); [רע"א 6960/21](http://www.nevo.co.il/case/27984818) **קצב נ' כונס הנכסים הרשמי**, פסקה 3 (נבו 24.8.2022)).

לאחרונה בית המשפט העליון הרחיב את הכלל כך שיחול גם כאשר מדובר בהעלאת טענה להיעדר סמכות עניינית בשלבים סופיים של ההליך בערכאה הדיונית (ולא רק במסגרת הליך של ערעור). וכך נקבע ב[רע"א 3664/20](http://www.nevo.co.il/case/26740041) **ג'בארין נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית מט"ח**, פסקה 9 (נבו 16.6.2020), על ידי השופט ע' גרוסקופף במקרה שנסיבותיו דומות לענייננו:

"**התביעה בה עסקינן הוגשה לבית המשפט המחוזי לפני למעלה משנה, ההליך מתנהל כסדרו, התקיימו קדם משפט והליכים מקדמיים, ובאחרונה אף התקיים דיון ההוכחות ונקבע מועד להגשת סיכומים בכתב. המבקש לא הגיש כל בקשה שעניינה כפירה בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי, לא עם פתיחת ההליך ואף לא במהלך השנה הראשונה לניהולו. רק ביום 31.5.2020, פחות משבועיים לפני מועד ההוכחות הנדחה שנקבע בתיק, מצא המבקש לנכון להגיש בקשה הנוגעת לבית המשפט המוסמך לדון בתובענה, וזאת תוך סרבול והארכת ההליכים. בנסיבות אלה, רשאי היה בית המשפט המחוזי לראות בבקשה זו משום שימוש לרעה בהליכי משפט – ולסרב להיענות לה ...".**

ודברים דומים נקבעו על ידי השופטת ר' רונן ב[רע"א 35964-01-25](http://www.nevo.co.il/case/33671477) **פלוני נ' פלוני**, פסקה 22 (נבו 12.3.2025):

"**לאור האמור לעיל, אני סבורה כי כאשר טענת העדר סמכות עניינית מועלית בשלב מתקדם בהליך, צריך המבקש בדרך כלל, עוד לפני בחינת הטענה לגופה, להבהיר מדוע הוא לא העלה אותה בשלבים מוקדמים יותר. בהעדר טעם טוב לעיכוב בהעלאת הטענה, עשוי להתעורר חשש ביחס למניעים של הטוען לחוסר הסמכות. בהעדר הסבר לעיכוב, על בית המשפט להוסיף ולבחון – לאור החשש האמור – האם העלאת הטענה במועד בו היא הועלתה משרתת את האינטרס של הטוען לה, באופן העולה כדי התנהלות דיונית בחוסר תום לב. כך למשל, אם ניתנה בסמוך לכך החלטה כנגד הטוען, הדבר מחזק את ההנחה שהוא שמר על הטענה ולא העלה אותה, וכי הוא לא היה מעלה אותה אילו ההחלטה הייתה לזכותו. כאשר אלה הם פני הדברים, עשוי בית המשפט לדחות טענת חוסר סמכות עניינית, גם באותם מקרים בהם ניתן היה לקבלה אילו היא הייתה נדונה לגופה**."

89. בענייננו הנתבעות לא הציגו טעם משמעותי שאולי יהא בו להסביר מדוע טענת היעדר הסמכות העניינית הועלתה דווקא בשלב הסופי של ההליך. עניין זה פועל לחובתן. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכך שעילת פרסום לשון הרע מיוחסת גם לנסיבות של רכישת השליטה מהתובעים ואינה מיוחסת אך ורק לאופן עבודתו של מר נגר בחברה, אני רואה לנכון לדחות את טענת היעדר הסמכות העניינית להידרש לה במסגרת ההליך דנן.

100. אף אינני מוצא ממש בטענתן החלופית של הנתבעות לפיה אי-הכללתה של עילת התביעה בגין פרסום לשון הרע בתביעתו של מר נגר לבית הדין לעבודה מונעת ממנו לתבוע את העילה בתביעה דנן. הטעם לכך פשוט – במסגרת התביעה שניהל מר נגר בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים ([סע"ש 58518-12-17](http://www.nevo.co.il/case/23441529)) [נבו] נגד הנתבעות ונגד תאגיד קשור נוסף (וואן שילוב מערכות בע"מ), הגיעו הצדדים לידי הסדר פשרה. בין יתר התנאים המוסכמים נקבע התנאי הבא בסעיף 5 (מוצג 16 למוצגי הנתבעות):

"**אין באמור בהסכם זה כדי לפגוע בהליך המסחרי ו/או בטענות ו/או בסעדים העולים במסגרתו למעט הסעד בעניין החזר בגין גניבת הרכב אשר מוצה בהליך זה**."

 הנה כי כן, הצדדים להסכם הפשרה בבית הדין לעבודה שקיבל תוקף של פסק דין הסכימו כי ההליך המסחרי (התביעה דנן) לא יגרע בגין הסכם הפשרה. משמעות הדברים היא אחת – אין בהליך שהתנהל בבית הדין לעבודה כדי למנוע מהתובעים דכאן להעמיד להכרעת בית המשפט את מלוא טענותיהם כמפורט בכתב התביעה "בהליך המסחרי". לפיכך אני דוחה את טענת הנתבעות באשר לקיומה של מניעות כלשהי לגבי עילת התביעה בעניין פרסום לשון הרע.

101. ונשוב לסוגיית פרסומה של לשון הרע - העיקרון הבסיסי הוא כי על התובע מוטלת החובה להוכיח שקמה לו עילת תביעה מכוח [חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372). המבחן להתקיימות העוולה הוא מבחן אובייקטיבי ([ע"א 4534/02](http://www.nevo.co.il/case/5962502) **רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ**, פ"ד נח(3) 558, 568 (2004); [ע"א 89/04](http://www.nevo.co.il/case/5676160) **נודלמן נ' שירנסקי** פסקה 16 (נבו 4.8.2008)). בית המשפט הופקד על בחינת השאלה כיצד אדם רגיל היה מבין את הפרסום – מה המסר שמותיר הפרסום על הצופה או על הקורא ([ע"א 6903/12](http://www.nevo.co.il/case/5597225) **Canwest Communications Corp Global נ' עזור**, פסקאות 20-19 (נבו 22.07.2015) והאסמכתאות הרבות שמובאות שם).

לשם הוכחת טענתו צירף מר נגר את תצהירו של מר אלעד לוי, מי שעבד בניביט כ"איש תמיכה" בזמנים הרלבנטיים לתביעה (להלן – **מר לוי**). מר לוי הסביר בתצהירו כי באחד מימי העבודה התכנסו עובדי ניביט במשרדי החברה. בכינוס זה נאמר לעובדים כי מר נגר הסתיר מידע הנוגע לחברה בזמן תהליך המכירה ובעקבות כך הוצא לחופשה. עוד נמסר לעובדי ניביט כי ההנחה היא שמר נגר לא יחזור לעבוד בניביט וכי מנעולי משרדיה של ניביט הוחלפו (סעיפים 4-1 ל-ת/14). עדות זו של מר לוי לא נסתרה בחקירה שכנגד.

102. בחינת הפרסום מעלה כי וואן ייחסה למר נגר חוסר יושרה והתנהגות בלתי מוסרית שעניינה הסתרת מידע בעת הליך המשא ומתן לקראת החתימה על הסכם הרכישה. בכך יש כדי להשפיל את מר נגר ולבזותו כאמור [בסעיפים 1(1)-1(2)](http://www.nevo.co.il/law/74372/1.1.;1.2) ל[חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372). פגיעה זו במר נגר מתעצמת לנוכח ההודעה בדבר החלפת המנעולים בניביט שכאמור, נמסרה כהמשך ישיר למעשים שיוחסו למר נגר, וההנחה בדבר אי חזרתו של מר נגר לעבודה. גם אם אניח לזכותה של וואן כי היא ביקשה להגן על אינטרס כלשהו שלה (והדבר לא נטען מפורשות בכתב ההגנה), הרי שביצוע הפרסום בפורום רחב של כלל עובדי ניביט (כולל העובדים הזוטרים) שולל את קיומה הפוטנציאלי של הגנת תום הלב. מטעמים אלה אני קובע כי המידע שנמסר לעובדי ניביט אודות מר נגר עולה כדי לשון הרע.

103. הנתבעות העלו לראשונה בסיכומיהן טענת הגנה מכוח [סעיף 14](http://www.nevo.co.il/law/74372/14) ל[חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372). העלאת טענה זו לראשונה במסגרת הסיכומים עולה כדי הרחבת חזית אסורה שכן היא לא נזכרה בכתבי הטענות. ומעבר לכך - לא שוכנעתי כי גם אם היה בדברים אמת, הפרסום שנעשה בפורום עובדי החברה הוא בגדר "עניין ציבורי", כנדרש [בסעיף 14](http://www.nevo.co.il/law/74372/14) ל[חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372). מטעמים אלה, דינן של טענה זו להידחות.

104. פיצוי תרופתי בגין לשון הרע נועד להשיג שלוש תכליות: "לעודד את רוחו (consolution) של הניזוק שנפגעה בגין לשון הרע; לתקן (repair) את הנזק לשמו הטוב; למרק (to vindicate) את זכותו לשם הטוב שנפגעה בגין לשון הרע. לשם השגתן של מטרות תרופתיות אלה אין להסתפק בפיצוי סמלי, אך גם אין להטיל פיצויים העולים על שיעור הנזק שנגרם. הפיצוי התרופתי לא נועד אך להצהיר על הפגיעה. הוא גם לא נועד להעשיר את הנפגע. הפיצוי התרופתי נועד להעניק פיצוי מלא על הנזק שנגרם – לא פחות ולא יותר" ([רע"א 4740/00](http://www.nevo.co.il/case/5973609) **אמר נ' יוסף**, פסקה 16 (נבו 14.8.2001) (להלן – **עניין אמר**); [ע"א 6903/12](http://www.nevo.co.il/case/5597225) **Canwest Global Communications Corp‏ נ' עזור**, פסקה 58 (נבו 22.7.2015); [ע"א 1726/21](http://www.nevo.co.il/case/27468857) **‏בכרי נ' מגנאג'י**, פסקה 74 (נבו 23.11.2022)).

 בבוא בית המשפט להעריך את גובה הפיצוי בגין לשון הרע, עליו להתחשב בין היתר, "בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב ובסבל שהיו מנת חלקו ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד. הבחינה היא אינדיווידואלית. אין לקבוע "תעריפים". בכל מקרה יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים" (**עניין אמר**, פסקה 17).

105. מר נגר לא הציג ראיות שיש בהן לתמוך בקבלת פיצוי כספי שחורג מהפיצוי הסטטוטורי שב[חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372). אף לא התרשמתי כי הפרסום נעשה בזדון או מתוך כוונה רעה להשפיל את מר נגר. בנסיבות אלה אדרש לקביעת שיעור הפיצוי בגבולות הוראות [חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372) בנסיבות בהן הפרסום לא נעשה בזדון.

בבואי לשקול את גובה הפיצוי שיש להעניק למר נגר בגין הפרסום הפוגע נלקחו בחשבון השיקולים הבאים: היעדרה של הגנה כלשהי לעניין פרסום לשון הרע בשיחה עם עובדי ניביט; מדובר בפרסום על דרך של שיחה בעל פה; מעמדו הרם של מר נגר בניביט; היקף הפרסום. לצד כל אלה הבאתי בחשבון את העובדה כי הפרסום נעשה בדרך של שיחה בעל פה בנוכחות 14 עובדי החברה (פר' עמ' 86, ש' 10). בהתחשב בכך שהדברים נאמרו בנוכחות פורום רחב של עובדי ניביט, אשר עד לאחרונה מר נגר היה בה המנהל והדמות הבכירה ובשים לב שיוחסה למר נגר פעילות בלתי הוגנת בניגוד לטובתה של החברה, אני רואה לנכון להעמיד את החיוב בגין הפרסום על סך 30,000 ₪ ליום מתן פסק הדין. אציין כי הסכום נפסק על הצד הנמוך בהתחשב בהפרת חובת הגילוי על ידי מר נגר שעליה אעמוד במסגרת התביעה שכנגד. על וואן לשאת ברכיב זה מאחר שבעלי תפקידים מטעמה הם שנמצאו אחרים לפרסום.

נזק בלתי ממוני

106. לטענת התובעים, מהעת שבה וואן נטלה את השליטה בניביט, היא נקטה כלפיהם בכוחניות. כך, וואן סילקה את מר נגר מניביט, החליפה את מנעולי משרדיה של ניביט, הדיחה את מר נגר מתפקידו כמנכ"ל וקיפחה את זכויות התובעים כבעלי מניות מיעוט בניביט. מטעמים אלה עתרו התובעים לפצות בגין נזק בלתי ממוני בשיעור 20% מהפיצוי הממוני שיפסק להם בגין ההפרות החוזיות מצד וואן.

107. אין בידיי להיעתר לסעד המבוקש.

 ראשית, סעד זה של עוגמת נפש בגין האופן בו באה לידי סיום עבודתו של מר נגר נכלל במפורש בתביעת הפיצויים (סעיפים 75-64 לנספח 20 ל-ת/17). מר נגר נשאל בחקירה שכנגד מדוע הוא תובע בגין עוגמת נפש גם בתביעה דנן אך לא מסר מענה ברור וראוי (פר' עמ' 118, ש' 35-33). בנסיבות אלה קמה למר נגר מניעות מלהעלות טענה זו בהליך דנן ([ע"א 4576/17](http://www.nevo.co.il/case/22712705) **Air Via OODנ' השטיח המעופף בע"מ**, פסקה 19 (נבו 18.12.2018)).

שנית, לא הוצגה לפניי כל ראיה בדבר הנזק הבלתי ממוני שנגרם לתובעים ([ע"א 3437/93](http://www.nevo.co.il/case/5896101) **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר,** פ"דנד(1) 817, 835 (1998)). לפיכך, רכיב זה לא הוכח לפניי באופן שמאפשר פסיקת פיצוי בגינו.

שלישית, התובעים הם יזמים ואנשי עסקים. התובעים הם צד לחוזה מסחרי שאופן ביצועו עומד לביקורת בית המשפט. בסופו של יום נמצא כי הם זכאים לפיצויים מסוימים בגין אכיפת החוזה המסחרי. בנסיבות אלה הוספת רכיב פיצוי נוסף בגין נזק בלתי ממוני תישמר למקרים חריגים בלבד. המקרה דנן אינו נמנה על אלה.

מטעמים אלה אני קובע כי התובעים אינם זכאים לסעד בגין ראש נזק זה.

108. לסיכום עד כאן:

**הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הוא 3,023,537 ₪. מכאן, בהתאם לסעיף 4.1.2.3 להסכם הרכישה, סך יתרת התמורה שעל וואן לשלם לניביט הוא 2,094,148 ₪**

**בנוסף התובעים זכאים אף לתשלום מניביט בגין חלוקת דיבידנד בסך 265,873 ₪.**

**כמו כן מר נגר זכאי לפיצוי אישי מוואן בסך 30,000 ₪ מכוח** [**חוק איסור לשון הרע**](http://www.nevo.co.il/law/74372)**.**

**התביעה שכנגד**

109. לטענת וואן (התובעת שכנגד) במסגרת המשא ומתן שניהלו הצדדים לקראת החתימה על הסכם הרכישה, הציגו התובעים את הלקוחה "מחסני להב" - ספיר דן כאחד משלושת "הלקוחות המהותיים והעיקריים של ניביט" (נספח 1 ל-נ/6). ספיר דן אף הוצגה ברשימת הלקוחות המהותיים שצורפה כנספח להסכם הרכישה (סעיף 40 להסכם הרכישה). בנוסף, בהסכם הרכישה הצהירו והתחייבו התובעים כי לא ידוע להם על כל כוונה לבטל את ההתקשרות עם ספיר דן. ספיר דן הייתה אחראית לכ-660 אלף ₪ מהרווח התפעולי של ניביט לשנים 2016-2015.

110. ביום 1.1.2017 נודע לוואן באקראי כי רשת פרשמרקט מצויה בתהליכי רכישה של ספיר דן. לאחר הרכישה תוכנן איחוד הרשת הקמעונאית של פרשמרקט וספיר דן תחת תוכנת הפעלה של חברת ריטליקס, מתחרה של ניביט. באותו יום התקשר מר שיין למר נגר וביקש לברר אודות נכונות הפרטים. מר נגר אישר כי נפגש עם נציג פרשמרקט אשר הסביר לו כי ברצונם לעשות שימוש בתכנה אחת ברשת שתאוחד עם ספיר דן. בדיעבר התברר לוואן כי ביום 15.12.2016 התבקש מר נגר על ידי פרשמרקט להעביר הצעת מחיר להטמעת התכנה של ניביט בסניפיה. אולם, מכיוון שהיה עסוק מאוד בטיפול בכל הנוגע למכירת מניות ניביט, לא פעל להגשת הצעת מחיר לפרשמרקט.

וואן ניסתה לתקן את המחדל באמצעות קיום מגעים עם נציגי פרשמרקט ושליחת הצעת מחיר להסבת הסניפים למערכת של ניביט. בשיחה שערכו נציגי וואן עם נציגי פרשמרקט בעקבות אובדן העסקה, למדה וואן כי פרשמרקט איבדה סבלנות כלפי ניביט עקב חוסר שיתוף פעולה של התובעים במתן הצעה מתאימה. בנסיבות אלה, בתחילת חודש מרץ 2017 הוסבו כל סניפי ספיר דן לתכנת ריטליקס.

111. לטענתה של וואן, בקשתה של פרשמרקט לקבל הצעת מחיר מניביט הועברה למר נגר ביום 15.12.2016 (נספח 31 ל-נ/6). במסגרת בקשה זו נכתב: "בהמשך לפגישתנו, מצורפת רשימה של סניפים וכן את כמות הקופות שיש בסניף". מכאן שמר נגר נפגש עם נציג פרשמרקט במועד קודם ליום 15.12.2106. חרף האמור, מר נגר לא דיווח בנושא זה לוואן, זאת על אף התחייבויות התובעים מכוח הסכם הרכישה. כתוצאה ממחדל זה פחת שווי הממכר (השליטה בניביט) ויש להפחיתו מהתמורה המוסכמת. לפיכך וואן עתרה לחייב את התובעים לשלם להן סך 2,698,872 ₪ מכוח זכותן לפי [סעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/72489/28) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) לפי החישוב הבא:

* הרווח התפעולי של ניביט מהתקשרותה עם ספיר דן עמד בשנת 2016 על סך 604,274 ₪. לפיכך בגין עזיבתה של ספיר דן ובהתאם לשיטת המכפיל שהצדדים השתמשו בהסכם הרכישה פחת שווי המניות שנרכשו בסך 2,417,096 ₪ (2,417,096 ₪ = 4 X 604,274 ₪).
* לפי דוח וואן, הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 הינו 2,429,556 ₪. בהתאם לסעיף 4.1.2 להסכם הרכישה ומאחר שסך הרווח התפעולי נמוך מ-3,750,000 ₪, יש להעמיד את התמורה המתוקנת בגין רכישת מניות ניביט על סך 9,718,224 ₪ כדלקמן:

 1,320,444 ₪ = 2,429,556 ₪ - 3,750,000 ₪

 5,281,776 ₪ = 4 X 1,320,444 ₪

 9,718,224 ₪ = 5,281,776 ₪ - 15,000,000 ₪

* מתוך התמורה המתוקנת יש להפחית סך 2,417,096 ₪ בגין הפחתת מניות ניביט. מכאן שהתמורה המתוקנת היא: 7,301,128 ₪ (2,417,096 ₪ - 9,718,224 ₪). מאחר שהנתבעות שילמו לתובעים סך 10,000,000, הרי שיש לחייב את התובעים להשיב לנתבעות סך 2,698,872 ₪ (7,301,128 ₪ - 10,000,000 ₪).

112. מנגד, מר נגר הסביר כי פרשמרקט הייתה באותה עת רשת חנויות קמעוניות ("סופרים") גדולה ומשמעותית שמנתה 19 סניפים. באותם ימים פרשמרקט לא הייתה לקוחה של ניביט. לכן, כשפרשמרקט פנתה אליו לקבלת הצעת מחיר להעברת כל סניפיה לשימוש בתכנה של ניביט, ראה בכך מר נגר הזדמנות להגדלת רווחיה. לדבריו, גם וואן ראתה בצירוף פרשמרקט לקהל לקוחותיה של ניביט הזדמנות להגדלת רווחיה. כך, התקציב המתוכנן של ניביט לשנת 2017 כלל בתוכו קבלת מלוא ההכנסות מפרשמרקט במהלך כל השנה (נספח 2 ל-ת/18). בהתאם, וואן פעלה באינטנסיביות לשם גיוס פרשמרקט כלקוחה של ניביט ובתחילת חודש מרץ 2017 העבירה הצעת מחיר לפרשמרקט. בסופו של דבר החליטה פרשמרקט לקבל את ההצעה המתחרה של חברת ריטליקס. נסיבות אלה, כך לטענת מר נגר, מלמדות כי אנשי וואן הם שכשלו במשא ומתן מול פרשמרקט.

113. לטענת מר נגר, ביום 1.1.2017 שוחח עם מר שיין בנוגע לעסקת פרשמרקט. מר שיין לא אמר לו דבר אודות תפיסתו כי מדובר באירוע שלילי עבור ניביט, לא התלונן בפניו כי הוא מעביר לו מידע זה באיחור ולא טען כי יש להפחית את שווי התמורה שתשלם וואן לתובעים או שיש לעצור את עסקת הרכישה. טענות אלה הועלו בדיעבד, בסמוך למועד פיטורי מר נגר מניביט. יתר על כן, מאחר שוואן בחרה בקיום החוזה היא מנועה לטעון כי הממכר שנמסר לה אינו בעל התכונות המוצהרות בהסכם הרכישה - הפסקת ההתקשרות עם ספיר דן ארעה לאחר מסירת הממכר בנסיבות בהן וואן הסכימה לקבל את הממכר ומבלי שנמסרה הודעה בדבר אי ההתאמה.

114. [סעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/72489/28) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) קובע את התנאים לניכוי משווי הממכר:

"**הפר המוכר חיוב כאמור בסעיף 11 ולא תיקן את הדבר תוך זמן סביר אחרי שהקונה נתן לו הודעה על כך, ואין הקונה רוצה לתבוע את ביצוע החוזה או לחזור בו ממנו, זכאי הוא לנכות מן המחיר את הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי-ההתאמה לעומת שוויו לפי החוזה.**"

[סעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/72489/11) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) קובע מהי אי-התאמה. ההוראה [שבסעיף 11(5)](http://www.nevo.co.il/law/72489/11.5) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) קובעת כי אי התאמה יכולה להיות במקרה בו מדובר בנכס "שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים". ובענייננו – ספיר דן נחשבה ללקוח מהותי של ניביט. היא נזכרת בסעיף 2.4 למזכר ההבנות שנערך בין התובעים לבין וואן, תחת כותרת "תיאור הפעילות" של ניביט. כך, על פי מזכר ההבנות, הצהירו המוכרים (התובעים - האחים נגר) כי ספיר דן נמנית על שלושת "הלקוחות המהותיים והעיקריים של החברה" (נספח 1 ל-נ/6). בסעיף 40 לנספח 6 להסכם הרכישה הצהירו המוכרים כי ההסכמים של ניביט עם לקוחותיה בתוקף וכי לא ידוע להם על כוונה לבטלם, להפסיקם או לשנותם, כדלקמן:

**"כל ההסכמים האמורים בנספח 6(39) הנם בתוקף, והצדדים להסכמים אינם מצויים בהפרה כלשהי של ההסכמים. למיטב ידיעתם, ביצוע השירותים נשוא ההסכמים מתנהל כסדרו, ולא ידוע להם על קושי מהותי כלשהו במתן שירותים אלה. כמו כן, לא ידוע למוכרים על כוונה לבטל את ההסכמים ו/או להפסיקם ו/או לשנות תנאי מתנאיהם ו/או על טענה של מי מהצדדים להסכמים כלפי החברה באופן שעלול לפגוע לרעה ובאופן מהותי בתוצאותיה העסקיות של החברה בעתיד"**

(נספח 6 ל-ת/17)

בהינתן שחברת ספיר דן נמנית על החברות הנמנות ברשימה המצויה בנספח 6(39), הרי שגריעתה מרשימת הלקוחות של החברה יכולה להיחשב אי-התאמה בממכר, בהתאם [לסעיף 11(5)](http://www.nevo.co.il/law/72489/11.5) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489).

115. [סעיף 16](http://www.nevo.co.il/law/72489/16) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) קובע את חובת הגילוי שחלה על המוכר:

 "**היתה אי-ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה, זכאי הקונה להסתמך עליה על אף האמור בסעיפים 14 ו-15 או בכל הסכם, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה"**.

[סעיף 16](http://www.nevo.co.il/law/72489/16) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) קובע נורמת גילוי מחמירה שמוטלת על המוכר לפיה די ביסוד של רשלנות כדי להקים אחריות לקיומה של אי ההתאמה בממכר. עמד על הדברים השופט (כתוארו דאז) י' סולברג ב[ע"א 8068/11](http://www.nevo.co.il/case/5605722) **עיני נ' שיפריס**, פסקה 13 (נבו 11.2.2014):

"**על רקע האמור לעיל, יש בדברים האמורים ביחס ללשונו של סעיף 16 ל**[**חוק המכר**](http://www.nevo.co.il/law/72489) **(קרי – מחד גיסא, ידיעה 'ממשית' מצדו של הקונה על אודות אי-ההתאמה; מאידך גיסא, יסוד נפשי ברף נמוך של 'רשלנות' מצדו של המוכר) כדי להמחיש את מתן הבכורה לעיקרון "יזהר המוכר". יש בכך משום ביצור מעמדו של הקונה והדגשת חובת הגילוי של המוכר, עובר לשלב חתימת עסקת המכר, על אודות אי-ההתאמה בנכס – כמדיניות שיפוטית רצויה. אכן, קונה יכול להיזהר מפני ה'גלוי' אך בוודאי שאין ביכולתו להישמר מפני ה'נסתר'. "חובת הגילוי מהווה אחת ההשתקפויות המובהקות של עקרון תום הלב והיא עומדת בניגוד קוטבי לגישת המשפט האנגלי, שבו שליט העקרון שלפיו 'יזהר הקונה'..." (ראו ג' שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה (התשנ"ה), בעמ' 221)**."

116. עקרון דומה חל גם מכוח דיני החוזים הכללים. לא אחת נקבע בפסיקה כי: "חובת הגילוי היא אחת מהגילויים המובהקים של עקרון תום הלב והיא מבטאת נורמות של התנהגות מוסרית בשלב המשא ומתן החוזי ([ע"א 7298/00](http://www.nevo.co.il/case/5714834) סמואל נ' חממי, פסקה 48 (נבו 4.09.2007)). אכן, מחדל בגילוי עשוי להיחשב לחוסר תום לב במשא ומתן, כאשר מדובר בעובדות ש"על פי הנסיבות היה מקום לצפות לכך שהאדם המנהל משא ומתן יגלה אותן לצד השני" ([ע"א 8817/02](http://www.nevo.co.il/case/5784088) קליר כימיקלים שווק (1994) בע"מ נ' מבי עצמון ז"ל, פסקה 10 (נבו 27.3.2008); עניין פנידר, בעמ' 697-696) ... יחד עם זאת, המידע שיש לגלותו מכוח חובת תום הלב כולל רק עובדות חשובות ובעלות רלוונטיות ([ע"א 22/85](http://www.nevo.co.il/case/17936723) חוגי נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מא(4) 65, 70-69 (1987); שלו וצמח, בעמ' 116). מכאן שכדי להטיל אחריות על מי שניהל את המשא ומתן – יש להוכיח כי מדובר במידע שידיעתו הייתה עשויה להשליך על החלטת הצד שכנגד להתקשר בהסכם או למצער לגרום לו לשנות את התנהלותו" ([ע"א 7721/22](http://www.nevo.co.il/case/29130016) **ולטר נ' שטבהולץ**, פסקה 69 (נבו 24.12.24) (להלן - **עניין ולטר**)).

אי הגילוי של פרט מהותי עלול לעלות כדי הפרת חובת תום הלב במשא ומתן חוזי ואף כדי הטעיה כקבוע בסעיפים [12 ו – 15](http://www.nevo.co.il/law/71888/12;15) ל[חוק החוזים](http://www.nevo.co.il/law/71888) ([ע"א 7730/09](http://www.nevo.co.il/case/6111502) **כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ**, פסקה 12 (נבו 6.6.2011)(להלן – **עניין כהן**); [ע"א 3051/08](http://www.nevo.co.il/case/5873119) **סאסי קבלני בנין, עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון**, פסקה 15 (נבו 19.1.2010) (להלן – **עניין סאסי**)). כך, מקום בו מוטלת על אחד מהצדדים לחוזה חובת גילוי עשויה ההטעיה לבוא לידי ביטוי גם בשתיקה או בהימנעות מגילוי נתון מסוים ([ע"א 11/84](http://www.nevo.co.il/case/17910932) **רבינוביץ נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ**, פ"ד מ(4) 533, 540-539 (1986)).

117. ואחר כל אלה נשוב לענייננו - מר נגר הודה בחקירה שכנגד כי ידע שפרשמרקט היא גוף משמעותי יותר מספיר דן שכן היא רשת חנויות שמונה מספר סניפים גדול יותר וכי היא עושה שימוש בתכנה של ריטליקס (פר' עמ' 108, ש' 8-3). כשנשאל האם לקח בחשבון כי קיים סיכוי של 50 אחוז שלאחר רכישת ספיר דן פרשמרקט תחליט לעבוד עם התכנה של ריטליקס חלף התכנה של ניביט, התחמק מר נגר מלענות תשובה ברורה ועניינית:

**"ש. ששמעת על הסכם הרכישה של פרש מרקט את סניפי ספיר דן האם הערכת שיש אפשרות שפרש מרקט תעבוד בעקבות זאת רק עם חברה אחת בכל הסניפים שלה או התכנה שלכם או התכנה של ריטליקס?**

**ת. זה לא משהו שידעתי אבל זה היה נראה לי סביר**

**ש. שזה היה או או?**

**ת. זה נראה לי סביר בכל הסניפים**

**ש. הערכת שתוכנה אחת יש אפשרות שתהיה בחוץ או של ריטליקס או של ניביט? במועד ששמעת על הסכם הרכישה**

**ת. במועד ששמעתי על הסכם הרכישה פנו אליי מפרש מרקט וביקשנו ממני להעביר את הסניפים אליהם**

**ש. חשבת שיש אפשרות שאו שניביט יאבדו לקוח או שריטליקס יאבדו לקוח?**

**ת. אני חשבתי שניביט תקבל לקוח וריטליקס תצא.**

**ש. למרות שריטליקס היא 19 סניפים וניביט היא 12 סניפים.**

**ת. מה זאת אומרת חשבתי, פעלתי לא חשבתי. שפרש מרקט פנו אליי חשבתי שזה מעולה וכך כמובן פעלתי. וכך גם וואן.**

**ש. ידעת שיש אפשרות שניביט תאבד את הלקוח**

**ת. לא חשבתי על זה**

**ש. כי האפשרות הזו לא קיימת?**

**ת. לא חשבתי על האפשרות הזו בכלל, פעלתי בהתאם למה שאמרו לי וסמכתי על כך".**

(פר' עמ' 108, ש' 27-9)

118. ברם, כפי שעלה מעדותו של מר נגר, הוא לא שיתף את וואן בהתפתחויות בקשר עם ספיר דן. כך, כשנשאל מר נגר האם היה מחויב לעדכן את וואן בדבר פנייתה של פרשמרקט לניביט, בפרט לנוכח האפשרות כי העסקה ביניהן לא תצא אל הפועל, השיב בצורה מתחמקת:

**"ש. מה שקרה והראינו פה ואתה אישרת שהסכמת, שעד ה-01.01 ועד ששיין לא שאל אותך על העניין לא גילית ולו עובדה אחת שקשורה לעסקת פרשמרקט ספיר ודן.**

**ת. על אותו משקל הסתרתי מוואן שויקטורי פרסם על רכישת סניפים שהייתה אמורה להתבצע ב-2017 את זה באתי ואמרתי לו? גם את זה לא אמרתי לו, לא התרברבתי. מה שפה בכל מה שקשור בפרש מרקט היה אמור להוסיף לניביט ולא לגרוע.**

**ש. היה סיכון לא מבוטל וקיים, לפחות וואן יכלו לחשוב כך שהלקוח ילך לריטלקיס.**

**ת. הם בכלל לא ידעו על הקשר ביני לבין וואן, הם פנו אליי כניביט והתקדמנו. מה וואן סיפרו לי כל החיים? שהם הולכים להביא את הרשת ולפוצץ את המדינה והולכים להביא מריטליקס ויש להם כוח שיווקי והם הכי טובים בעולם. אז מה לי אני, כשהם פנו אליי עוד לפני, הייתי אמור לחשוב ההיפך, שיחד עם וואן בטוח הלקוח הזה שלנו וזה בדיוק מה שחשבו וואן.**

**ש. לא ענית על השאלה שלי, אם לא חששת שזה יגרום לשינויים בהסכם המכירה ואפילו עד ביטולו למה לא סיפרת ולו דבר לוואן עד שהם גילו את זה מצד שלישי ב-01.01.17?**

**ת. פעלתי. סיפרתי או לא סיפרתי זה משני, מה שחשוב פה שפרש מרקט פנו אליי ואני נרתמתי לזה ועשיתי כל מה שצריך.**

**ש. לא חשבת שטרם ההסכם אתה צריך לספר עובדות כאלה לוואן?**

**ת. לא. אני רגיל לעבודה בצורה הזאת, קיבלתי עבודה ואני מתנפל עליה, לא חשבתי שהכי חשוב להרים טלפון לוואן ולהגיד יש לקוח שאני עומד לקבל"**

(פר' עמ' 110, ש' 21-4)

119. התרשמתי מעדותו לעיל של מר נגר כי הוא אכן קיווה להגדיל את נתח השוק של ניביט. אולם לצד זאת הוא לא שיתף את נציגי וואן בהתפתחויות, וממילא לא שיתף אותם בסיכון אליו נחשפה ניביט כתוצאה מהפוטנציאל לאבד לקוח מהותי כדוגמת ספיר דן.

אינני מתעלם מהעובדה כי התוצאה הייתה יכולה להיות הפוכה, קרי: פרשמרקט יכלה לקבל את הצעת ניביט ולהסב את התכנה אליה. עם זאת, קיומו של סיכון בן 50 אחוז לתוצאה שלילית הופכת את פנייתה של פרשמרקט לעובדה מהותית ובעלת רלוונטיות שחוסה תחת חובת הגילוי האקטיבית בעסקת המכר. וכך עלו הדברים מעדותו של מר שיין:

**"ש. כששמעת על העסקה בין פרש מרקט וספיר דן, ראית בזה חדשות חיוביות או שליליות?**

**ת. שליליות מאוד. אני לא ראיתי את המיליונים שאת רואה מגיעים".**

(פר' עמ' 152, ש' 14-13)

120. מר שיין הסביר כי אם פנייתה של פרשמרקט למר נגר הייתה מתגלה לוואן טרם החתימה על הסכם הרכישה, היא הייתה כורכת ומתנה בין גובה התמורה בעסקה לבין הישארות ספיר דן כלקוח, באופן שאם תופסק ההתקשרות בין ניביט לבין ספיר דן בשנת 2017, תופחת התמורה בגין המניות (סעיף 65 ל-נ/6). עוד הסביר מר שיין כי בשלב שבו נודע להם על בקשתה של פרשמרקט לקבל הצעת מחיר מניביט, לא יכלו להודיע על ביטול הסכם הרכישה מחמת הסתרת המידע מאחר שחברת האם של וואן היא חברה ציבורית ובאותה עת כבר נמסרה הודעה לבורסה באשר לרכישת ניביט. כך עלו הדברים מעדותו לפניי: "לא היה לנו מידע רלוונטי חוץ משידענו שיש חשש לאובדן לקוח ואז היינו צריכים לקבל החלטה, לאחר שהודענו לבורסה וחלק מהלקוחות הגדולים של ניביט יודעים שוואן רוכשת. אנחנו חברה ציבורית והודענו לבורסה" (פר' עמ' 153, ש' 5-3). בנסיבות אלה, אני סבור שחלה על התובעים חובה לגלות לוואן על פנייתה של פרשמרקט - שנעשתה טרם החתימה על הסכם הרכישה - לקבלת הצעת מחיר מניביט.

121. חובת גילוי זו חלה הן מכוח הוראת [סעיף 16](http://www.nevo.co.il/law/72489/16) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489) והן מכוח הוראות הסכם הרכישה עליהן עמדתי לעיל.

כך, במסגרת סעיף 10.2.4 להסכם הרכישה התחייבו התובעים ליידע את וואן בדבר "כל שינוי מהותי, אירוע מהותי או שינוי או אירוע העלול להשפיע באופן מהותי על פעילות או עסקי החברה". בהינתן הצהרותיהם של התובעים כי ספיר דן היא אחד משלושת הלקוחות המהותיים של ניביט, הרי שעסקת המיזוג של פרשמרקט וספיר דן עונה להגדרה "אירוע העלול להשפיע באופן מהותי על פעילות או עסקי החברה". מכאן, קמה לתובעים אף חובה חוזית ליידע את הנתבעות בדבר פנייתה של פרשמרקט לניביט, טרם החתימה על הסכם הרכישה. כך עלו הדברים מעדותו של מר שיין:

**"המידע שהוסתר זה שבאמצע המו"מ לרכישת החברה ולאחר שנחתם מזכר הבנות וב – 15 לדצמבר ביום שנחתם החוזה כתוב במפורש בחוזה ובמזכר ההבנות שהבעלים מחויבים להודיע לנו על כל שינוי מהותי שעשוי לצוץ בחברה**".

אני קובע אפוא כי התובעים היו מחויבים לשתף את וואן בדבר פנייתה של פרשמרקט לקבלת הצעת מחיר מניביט. משלא עשו כן, הפרו התובעים את חובת הגילוי הן מכוח [סעיף 12](http://www.nevo.co.il/law/71888/12) ל[חוק החוזים](http://www.nevo.co.il/law/71888) (חלק כללי), תשל"ג-1973 והן מכוח [סעיף 16](http://www.nevo.co.il/law/72489/16) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489).

122. התובעים טענו נגד זכותה של וואן להסתמך על אי-ההתאמה מאחר שהיא בחרה בקיום החוזה ואף לא הודיעה על אי ההתאמה בממכר למרות שהדבר היה ידוע לה.

 אני סבור כי יש ממש בטענה זו ואפרט.

תנאי ההודעה המיידית לאחר גילוי אי ההתאמה מופיע [בסעיפים 16-14](http://www.nevo.co.il/law/72489/14;15;16) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489). בסעיפים אלה יש לנטל ההודעה, למבחן המידיות ולמושג הגילוי משמעות זהה (א' זמיר [**חוק המכר**](http://www.nevo.co.il/law/72489) **תשכ"ח-1968, פירוש לחוקי החוזים** עמ' 339 (ג' טדסקי עורך, התשמ"ז-1987) (להלן – **זמיר**)).בספרו עמד המלומד א' זמיר כי יש לייחס למילה "מיד" משמעות יחסית ולא מוחלטת (ראו: **זמיר**, עמ' 292; [ע"א 465/80](http://www.nevo.co.il/case/17923996) **ש' סולונץ בע"מ נ' "התכוף חרושת ברזל בע"מ"** פ"ד לח(3)630, 637 (1984)).

123. כעולה מתצהירו של מר שיין (סעיף 59 ל-נ/6) ביום 1.1.2017 נודע לוואן מצד שלישי כי "רשת פרשמרקט מצויה בתהליכי רכישה של חלק מסניפי ספיר דן, שבעקבותיה מתעתדת פרשמרקט לאחד את הרשת הקמעונאית של שני הגופים תחת תוכנת הפעלה אחת של המתחרה של ניביט – ריטליקס – שעימה עבדה פרשמרקט, תוך ביטול ההתקשרות עם ניביט". כעולה מתצהירו של מר שיין הוא יצר קשר טלפוני עם מר נגר וזה שיתף אותו בפנייה שקיבל מפרשמרקט. בהתחשב בתוכן השיחה הנחה מר שיין לזרז את הטיפול במשא ומתן עם פרשמרקט.

זה המקום לציין כי על פי הסכם הרכישה "המועד הקובע" להעברת הממכר (80% מהון המניות וכן הקניין הרוחני של נביט – התכנה) נקבע לזמן מאוחר יותר מחתימת הסכם הרכישה. על פי הראיות שהובאו לפניי, המועד הקבוע התרחש ביום 5.1.2017, הוא התאריך שבו החל ביצוע התשלום הראשון בגין רכישת השליטה בניביט. אם כן, הגם שהסכם הרכישה נחתם ביום 15.12.2016, מועד מסירת הממכר התקיים כשלושה שבועות מאוחר יותר – ביום 5.1.2017. במועד זה וואן כבר הייתה מודעת היטב לסוגיית פרשמרקט וספיר דן. חרף האמור, וואן לא העלתה באותו מעמד כל טענה בדבר "אי-התאמה" באשר לעסקת פרשמרקט.

124. לא רק זו אף זו: ביום 18.5.2017, במסגרת מכתב "הזמנה לשיחת שימוע" ששלחה וואן למר נגר, העלתה וואן טענות בעניין עסקת פרשמרקט (נספח 15 ל-ת/17). אף במסגרת מכתב זה לא ציינה וואן כי הממכר (השליטה בניביט) לוקה ב"אי-התאמה". למעשה וואן בחרה בקיום החוזה (הסכם הרכישה). כך, גם כאשר וואן העלתה את טענתה להפרת ההסכם במסגרת הזימון לשימוע היא לא ביקשה לבטל את הסכם הרכישה או להפחית מהתמורה החוזית, אלא המשיכה בקיומו כפי הבנתה. אם כן, וואן לא קיימה במועד את נטל ההודעה על "אי התאמה" בעקבות עסקת פרשמרקט. לפיכך היא אינה רשאית להסתמך עליה (**זמיר**, עמ' 313). בנסיבות אלה, אין בידי לקבל את טענתה של וואן להפחתה במחיר הממכר מכוח [סעיף 23](http://www.nevo.co.il/law/72489/23) ל[חוק המכר](http://www.nevo.co.il/law/72489).

125. באשר לקביעת פיצויי בגין הפרת חובת הגילוי הטרום חוזית – שעה שוואן עמדה על קיום הסכם הרכישה ואף אינה מבקשת לבטלו גם כעת, נותרה בידה עילת הפיצויים בלבד, מכוח [סעיף 12](http://www.nevo.co.il/law/71888/12) ל[חוק החוזים](http://www.nevo.co.il/law/71888). כפי ששנינו הפרת חובת הגילוי הטרום חוזית עשויה לעלות כדי הפרת חובת תום הלב, כקבוע [בסעיף 12(א)](http://www.nevo.co.il/law/71888/12.a) ל[חוק החוזים](http://www.nevo.co.il/law/71888). הפרה שכזו מקימה זכות לפיצויי הסתמכות מכוח [סעיף 12(ב)](http://www.nevo.co.il/law/71888/12.b) ל[חוק החוזים](http://www.nevo.co.il/law/71888) בגובה הפער שנובע מהפרת חובת הגילוי, קרי: הפער שבין שוויה של ניביט עם הלקוח ספיר דן לבין שוויה בלעדיו (**עניין כהן**, פסקה 18).

ברם, בענייננו עומדות שתי מכשלות בדרכה של וואן לקבל פיצוי בגין הפרת חובת הגילוי:

הראשונה – כפי שנוכחנו גם לאחר שהמידע בעניין עסקת פרשמרקט עמד במלואו לפני וואן וההנהלה החדשה של ניביט היא לא שינתה מהתנהלותה. וואן פעלה להמשך ביצוע הסכם הרכישה ולצד זאת נציגיה אשר תפסו את מקומו של מר נגר בהנהלת ניביט פעלו לקדם את המהלכים העסקיים מול פרשמרקט. כעולה מחקירתו של מר שיין, הוא פעל באופן נמרץ וענייני בכדי למצות את המהלך העסקי לפיו ניביט תמשיך לספק שירותים לספיר דן ואף תתפוס את מקומה של ריטליקס בפרשמרקט (פר' עמ' 155). בסופו של דבר, ההזדמנות העסקית לא צלחה מאחר שההצעה האטרקטיבית שהגישה ניביט לפרשמרקט הוגשה בעיתוי שהיה מאוחר מדי עבור בעלי השליטה בפרשמרקט (פר' עמ' 158, ש' 8-7). מכאן שהקשר בין הפרת חובת הגילוי לבין האופן בו הושלם ביצוע הסכם הרכישה הוא רופף בהחלט (ראו **עניין ולטר** פסקה 69 סייפא).

השנייה - וואן לא הוכיחה בכמה פחת שוויה של ניביט בגין גריעתה של ספיר דן. ואסביר.

לטענתה של וואן הרווח התפעולי של ניביט מהתקשרותה עם ספיר דן עמד בשנת 2016 על סך 604,274 ₪. בגין עזיבתה של ספיר דן, ובהתאם לשיטת המכפיל שהצדדים השתמשו בה בהסכם הרכישה, פחת שווי המניות של ניביט בסך 2,417,096 ₪ (2,417,096 ₪ = 4 X 604,274 ₪). וואן לא צירפה ראיות המעידות על סך הרווח התפעולי של ניביט לשנת 2016 כתוצאה מהתקשרותה עם ספיר דן. כך, וואן לא צירפה מסמכים חשבונאיים, דוחות כספיים, חוות דעת מומחה או כל ראיה אחרת בהקשר זה. בהיעדר נתונים אלו, אין אפשרות לוודא בכמה פחת שווי המניות של ניביט בגין עזיבתה של ספיר דן. לפיכך מדובר בהערכה בלתי מבוססת.

126. יתירה מכך - וואן מבקשת כי יקראו אל תוך הסכם הרכישה הוראות שאינן קיימות, בדמות החלת סנקציה שנוגעת לממכר באופן פרוספקטיבי. כפי ששנינו הצדדים קבעו מנגנון תימחור שמבוסס על התוצאות העיסקיות באשר לשנת 2016. כך הצדדים קבעו מדרגות מסוימות שיש בהן להפחית או להגדיל את התמורה בגין רכישת השליטה בניביט. מנגנון זה אינו חולש על תוצאות עסקיות שחלות לאחר ביצוע המכר, קרי: לאחר המועד הקובע שהתרחש ביום 5.1.2016.

בענייננו, ספיר דן הפסיקה את רכישת השירותים מניביט באמצע שנת 2017. שיטתה של וואן לניכוי התמורה החוזית לפי תחשיב הרווח התפעולי מוכפל בארבע אינה נתמכת בהסכמה חוזית כלשהי. ככל שוואן ביקשה להוכיח את ההשפעה של גריעת ספיר דן ממצבת לקוחותיה של ניביט היה עליה לעשות כן באמצעות הצגת התוצאות העיסקיות בפועל או באמצעות חוות דעת של מומחה להערכת שווי חברות. כידוע נטל ההוכחה בכל הנוגע לגובה הנזק מוטל על הטוען לו, והימנעות מהבאת ראיות רלוונטיות פועלת לחובתו [[ע"א 8385/09](http://www.nevo.co.il/case/6128302) **המועצה המקומית סאג'ור נ' סונול ישראל בע"מ** פסקה 24 (נבו 9.5.2011); [ע"א 462/20](http://www.nevo.co.il/case/26370644) **אטיאס נ' בובליל** פסקה 27 (נבו 12.9.2021)). וואן לא עשתה כן, למרות שניתנה הזדמנות להגיש ראיות בקשר עם התביעה שכנגד.

127. גם רו"ח פטל נזקק לסוגיית השפעת אובדן הלקוח ספיר דן על הרווח הצפוי של ניביט. בהקשר זה ביקשה וואן לייחס הפחתה של הרווח התפעולי בסך 300 אלף ₪ בלבד לשנה "מטעמי שמרנות". מומחה בית המשפט אשר לפניו עמדו מלוא הנתונים החשבונאיים, מצא לנכון לקבוע כי "לא הוצג ניתוח מקיף של השינויים בהרכב הלקוחות בין השנים שקדמו לשנת 2016 ולשנים מאוחרות יותר להוכחת האמור ולכן אני לא מקבל גם את החישוב מטעמי שמרנות להתאמה בשיעור של 50% בסך 300 אלפי ₪" (עמ' 41 ל-במ/1). הנה כי כן, גם בחינה חשבונאית על ידי מומחה בית המשפט לימדה כי אין בידי וואן נתונים שמלמדים על פגיעה ברווחיותה של ניביט, כך שגם אותו חישוב שמרני נמצא בלתי מבוסס על ידי מומחה בית המשפט. לפיכך, משלא עמדה וואן בנטל להוכיח את שיעור הנזק אין בידי לפסוק לה פיצוי בגין רכיב זה.

128. **סיכומם של דברים: בהתחשב בממצאים שנקבעו באשר לסוגיית יתרת התמורה בגין עסקת רכישת השליטה בניביט ובהתחשב בתוצאה בעניין ספיר דן, אני דוחה את התביעה שכנגד.**

129. לא מצאתי ממש ביתר טענות הצדדים והן נדחות.

130. סוף דבר: התביעה העיקרית מתקבלת בחלקה. התביעה שכנגד נדחית.

אני מחייב את וואן לשלם לתובעים את הסכומים הבאים: סך 2,094,148 ₪ בגין יתרת התמורה עבור רכישת מניות ניביט. סך 265,873 ₪ בגין חלוקת דיבידנד. סכומים אלה יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 1.11.2017 (30 ימים לאחר מועד חתימת הדוחות הכספיים המבוקרים לשנת 2016). באשר לרכיבים אלה מובהר כי וואן תהא רשאי לנכות מהם מס כדין, אלא אם כן ימציאו התובעים אישור על פטור מניכוי מס במקור.

עוד אני מחייב את וואן לשלם למר נגר פיצוי אישי בסך 30,000 ₪ מכוח [חוק איסור לשון הרע](http://www.nevo.co.il/law/74372) ליום מתן פסק הדין.

לנוכח התוצאה אליה הגעתי אני מחייב את וואן לשאת בהוצאות התובעים: מחצית אגרת בית המשפט, עלות חלקם של התובעים בשכרו של רו"ח פטל (מומחה בית המשפט), מחצית מעלות שכרו של המומחה פרופ' יורם עדן (בהתחשב בכך שהממצאים שנקבעו בה התקבלו על ידי באופן חלקי) וכן שכר העדים החיצוניים שזומנו על ידי התובעים כפי ששולמו על ידם (ההוצאות ישולמו נגד קבלות או חשבוניות מס במקרה של עוסקים).

נוסף על כך תישא וואן בשכ"ט באי כוח התובעים והנתבעים שכנגד, בהתחשב בהיקף ההליך שכלל ארבע ישיבות הוכחות, ישיבת קדם משפט מורכבת בה נחקר רו"ח רונן כהן על ניירות העבודה ועוד שש ישיבות קדם משפט רגילות בסך 436,000 ₪ (הסכום כולל מע"מ שישולם נגד חשבונית מס כדין).

התובעים יגישו פסיקתה לאישורי בתוך 7 ימים מהיום.

5129371סכומי פסק הדין ישולמו בתוך 45 ימים מיום חתימתה של הפסיקתה.

54678313

ניתן היום, ו' אייר תשפ"ה, 04 מאי 2025, בהעדר הצדדים.

5129371

512937154678313

54678313