



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 696/20

לפני: כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקשת: אחידטקס נצרת עילית (1977)

נגד

המשיבים: 1. אורי ניסני
2. רחלה לוקר כרמלי
3. איי.אי.גיי ישראל חברה לביטוח

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 30.12.2019 בת"א 11318-04-17 שניתנה על ידי כב' השופט עאטף עיילבוני

בשם המבקשת: עו"ד אמיר פלמר; עו"ד אביתר קרמר

בשם המשיבים 1 ו-2: עו"ד ליאור דגן; עו"ד נדב שפר

בשם המשיבה 3: עו"ד יעל נבון; עו"ד עדי מרגלית

פסק-דין

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט עאטף עיילבוני) בת"א 11318-04-17 מיום 30.12.2019. במסגרת ההחלטה נדחתה בקשה להורות למומחה שמונה מטעם בית המשפט להגיש חוות דעת משלימה, המתייחסת לנזק אשר נגרם למבקשת בפועל בעקבות עסקת הרכישה מושא ההליך.

רקע

1. המבקשת, אחידטקס נצרת עילית (1977) בע"מ (להלן: "החברה"), היא חברה המצויה בהליכי פירוק החל משנת 2015 (במסגרת פר"ק 57185-11-15), וענייניה מנוהלים מאז על ידי המפרק שמונה לה, עו"ד אמיר פלמר (להלן: "המפרק"). המשיב 1,

מר אורי ניסני, היה בעל השליטה (בשרשור) בחברה עובר לכניסתה להליכי פירוק, ושימש כמנהל הכללי שלה וכדירקטור; המשיבה 2, גב' רחלה לוקר כרמלי, שימשה כדירקטורית בחברה (להלן, יכוננו יחד: "המשיבים"). יצוין כי בעת הרלוונטית היו המשיבים הדירקטורים היחידים בחברה. המשיבה 3, איי.אי.ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ (להלן: "המבטחת"), אשר ביטחה את המשיבים כביטוח אחריות מקצועית בקשר עם פועלם בחברה.

2. המפרק הגיש ביום 5.4.2017, בשמה של החברה, תביעה נגד המשיבים והמבטחת בסך של כ-22.4 מיליון ש"ח, וזאת באישור בית המשפט של פירוק. עניינה של התביעה בעסקת רכישה בה התקשרה החברה בשנת 2011 (להלן: "עסקת הרכישה"), עם חברה בשם רבינטקס תעשיות בע"מ (להלן: "רבינטקס"), במסגרתה רכשה החברה את פעילות המיגון האישי של רבינטקס (להלן: "הממכר"). בתמצית, טענת המפרק היא כי בהחלטתם של המשיבים להתקשר בעסקת הרכישה, הם הפרו את חובותיהם כלפי החברה, לרבות חובת הזהירות, ולכן יש לחייבם בנזקים שנגרמו לחברה בעקבותיה.

3. במסגרת תביעת החברה, הגיש המפרק חוות דעת מומחה, לפיה הנזק הכלכלי המצטבר שנגרם לחברה כתוצאה מההתקשרות בעסקת הרכישה עומד על כ-22.4 מיליון ש"ח, המורכב מסכום התמורה ששולם במסגרת עסקת הרכישה (סך של כ-18.1 מיליון ש"ח. להלן: "ההפסד מרכישת הממכר") ומההפסד התפעולי שנגרם לחברה בעקבות ההתקשרות בעסקת הרכישה (סך של כ-4.3 מיליון ש"ח. להלן: "ההפסד מהפעלת הממכר"). המשיבים מצדם, הגישו גם הם חוות דעת מומחה לפיה לא נגרם נזק כלשהו לחברה עקב ההתקשרות בעסקת הרכישה.

4. ביום 28.2.2019 נערך דיון במעמד הצדדים, במסגרתו הוסכם כי רו"ח יובל זילברשטיין ימונה כמומחה מטעם בית המשפט (להלן: "המומחה מטעם בית המשפט" או "רו"ח זילברשטיין"), ויגיש חוות דעת אשר תבחן את המחלוקות העולות מחוות הדעת שהגישו הצדדים בסוגיות המקצועיות שבמומחיותו, ויחווה דעה לעניין הנזק שנגרם לחברה.

5. ביום 26.9.2019 הגיש המומחה מטעם בית המשפט את חוות דעתו, לפיה הנזק אשר היה צפוי לחברה בגין עסקת הרכישה נכון ליום 1.1.2012 (דהיינו, בסמוך למועד ביצוע עסקת הרכישה), עומד על סך של כ-2 מיליון ש"ח (לא כולל הפרשי ריבית והצמדה). בחוות דעתו, ציין רו"ח זילברשטיין כי יש לבחון את [עסקת הרכישה] על בסיס תזרים מזומנים צפוי על בסיס המידע הידוע במועד העסקה ולא על בסיס מבט

רטרוספקטיבי שהוא בבחינת חוכמה בדיעבד" (ראו סעיף 6 לנספח 4 לבקשת רשות הערעור). משכך, הוא קבע כי במסגרת חישוב הנזק, אין להביא בחשבון הפסדים בפועל אשר אירעו לאחר השלמת עסקת הרכישה, אלא אם הם היו צפויים בזמן ההתקשרות בעסקת הרכישה. עוד ציין רו"ח זילברשטיין כי "להערכת הנזק שניתן לתבוע במקרה דנן הינו הפער בין התמורה ששולמה לבין התורים הצפוי על בסיס המידע הידוע למועד הרכישה (ככל שהיה) ולכן במקרה דנן לא ניתן להביא בחשבון את הפסדים בפועל לאחר העסקה, ככל שהיו" (ההדגשות במקור. ראו סעיף 22 לנספח 4 לבקשת רשות הערעור).

6. ביום 24.10.2019 הגיש המפרק לבית המשפט קמא בקשה להורות לרו"ח זילברשטיין כדלקמן: להשיב לשאלות הבהרה ביחס לחוות דעתו; ולערוך חוות דעת משלימה הבוחנת את הנזק שהתרחש בפועל, בהנחה שהוכחה התרשלותם של המשיבים. באשר לבקשה האחרונה, טען המפרק כי שגה רו"ח זילברשטיין עת נמנע מלבחון את הנזק שנגרם לחברה בפועל, וחלף זאת בחן רק את הנזק אשר היה צפוי במועד ההתקשרות בעסקת הרכישה. לשיטת המפרק, גישה זו של המומחה נכונה רק לצורך בחינת אחריותם של המשיבים, אך לא לעניין קביעת הנזק, אשר צריכה להיעשות על פי הנזק שהתרחש בפועל.

החלטת בית המשפט קמא

7. ביום 30.12.2019 נתן בית המשפט קמא החלטה בפתקית בבקשת המפרק. בפתח דבריו ציין בית המשפט כי לאחר עיון בבקשה ובתשובות המשיבים והמבטחת, ונוכח התוצאה אליה הגיע, לא מצא צורך להיזקק לתגובת המפרק לתשובות. לגופו של עניין, נעתר בית המשפט לחלקה הראשון של הבקשה, והורה לרו"ח זילברשטיין להשיב על שאלות הבהרה של המפרק. באשר לחלקה השני של הבקשה, לא מצא בית המשפט להורות על עריכת חוות דעת משלימה, בקבעו כי "[ה]נזק בר הפיצוי במסגרת תביעה על פי פקודת הנזיקין בגין עוולת הרשלנות הוא הנזק הצפוי בעקבות ההתרשלות, כך שנזק שאינו צפוי אינו נזק שיכול להתבצע".

מכאן בקשת רשות הערעור שלפניי.

טענות המפרק

8. במסגרת בקשת רשות הערעור מלין המפרק על החלטת בית המשפט קמא שלא להורות לרו"ח זילברשטיין להגיש חוות דעת משלימה ביחס לנזק שהתרחש בפועל.

ראשית, טוען המפרק כי נפל פגם דיוני בהחלטתו של בית המשפט קמא, אשר ניתנה בטרם התאפשר למפרק להגיש את תגובתו לתשובות. לשיטתו, די בעובדה שהבקשה להגשת חוות דעת משלימה נדחתה מבלי שניתנה לו זכות תגובה כדי להצדיק את קבלת בקשת רשות הערעור.

9. שנית, ולגופו של עניין, נטען כי המתודולוגיה אשר נבחרה על ידי רו"ח זילברשטיין, לפיה נבחן אך הנזק שהיה צפוי בעת עסקת הרכישה, מתאימה לבחינת שאלת אחריותם של המשיבים. ואולם, משעה שתוכח אחריות הנובעת מרשלנות, יש לבדוק מהו היקף הנזק שנגרם בפועל. לשיטת המפרק, היות שהממצאים אליהם הגיע רו"ח זילברשטיין בחוות דעתו מעלים את המסקנה כי המשיבים נהגו ברשלנות בקשר עם עסקת הרכישה (שכן מחוות דעתו עולה כי במועד ביצוע עסקת הרכישה היה צפוי לחברה נזק בסך של כ-2 מיליון ש"ח), הרי שעל פי סעיף 76(1) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין"), והאופן בו הוא פורש בפסיקה, היה על רו"ח זילברשטיין לבצע בשלב השני בדיקה של הנזק שנגרם לחברה בפועל בעקבות עסקת הרכישה. משכך, סבור המפרק כי היה על בית המשפט קמא לעמוד על טעותו של רו"ח זילברשטיין, ולהנחות אותו לבצע את חישוב הנזק בצורה נכונה – היינו, לאמוד את הנזק שנגרם לחברה בפועל.

10. יוער כי המפרק מעלה גם טענות ביחס לתוכן חוות הדעת של המומחה מטעם בית המשפט ותחשיב הנזק שבוצע במסגרתה. טענות אלו חורגות מהחלטתו של בית המשפט קמא, ולכן לא ראיתי מקום לפרטן.

טענות המשיבים והמבטחת

11. טענתם העיקרית של המשיבים היא כי בניגוד לנטען במסגרת בקשת רשות הערעור, כתב התביעה שהגיש המפרק וחוות הדעת שצורפה אליו כלל לא התיימרו לאמוד את הנזק שנגרם בפועל, אלא הנזק הנטען במסגרתם נאמד לפי תזרים המזומנים השלילי אשר היה צפוי במועד ההתקשרות בעסקת הרכישה. קרי, לשיטתם, המפרק מעולם לא תבע את הנזק שנגרם בפועל אלא אך את הנזק שהיה צפוי במועד ביצוע עסקת הרכישה. משכך, טוענים המשיבים כי בקשת רשות הערעור מהווה ניסיון לשכתב את כתב התביעה שהגיש המפרק, ולכן לוקה בחוסר תום לב ומהווה הרחבת חזית אסורה. המשיבים מוסיפים וטוענים, כי היות שעל פי החלטת בית המשפט קמא מיום 28.2.2019 נועדה חוות דעת המומחה מטעם בית המשפט לבחון את המחלוקות שעלו בין חוות הדעת שהוגשו מטעם הצדדים, ומשחוות הדעת מטעם המפרק כלל לא התייחסה לנזק

שנגרם בפועל, הרי שהחלטה המורה למומחה מטעם בית המשפט להגיש חוות דעת משלימה ביחס לנזק שנגרם בפועל, תהווה חריגה מהמנדט שניתן לו.

באשר לטענת המפרק בדבר אי מתן זכות תגובה לתשובות המשיבים והמבטחת, טוענים המשיבים כי אין בטעם זה כדי להצדיק את קבלת בקשת רשות הערעור.

12. המבטחת בתשובתה, הצטרפה לטענות שהעלו המשיבים. לכך היא הוסיפה כי צדק בית המשפט קמא בקבעו כי לא ניתן להטיל על המשיבים אחריות בגין נזקים שלא היו צפויים במועד ביצוע עסקת הרכישה.

תגובת המפרק לתשובות

13. בתגובה לתשובות, טוען המפרק כי מתשובת המשיבים עולה כי הם אינם חולקים על טענתו, לפיה מקום שבו הוכחה התרשלות, יש לבדוק מהו הנזק שנגרם בפועל. עוד הוא מוסיף כי בניגוד לטענות המשיבים, כתב התביעה וחוות הדעת אכן התייחסו לנזק שנגרם בפועל בעקבות עסקת הרכישה ולא רק לנזק הצפוי, וכי בתשובתם הביאו המשיבים ציטוטים חלקיים בניסיון לייצר רושם שגוי בפני בית המשפט.

14. באשר לטענה כי הבקשה להורות על עריכת חוות דעת משלימה לעניין הנזק שנגרם בפועל חורגת מהמנדט שניתן למומחה מטעם בית המשפט, טוען המפרק כי מעבר לעובדה שחוות הדעת שהוגשה מטעמו אכן מתייחסת לנזק שנגרם בפועל, הרי שברור הוא כי לא ניתן למומחה מטעם בית המשפט מנדט להכריע בניגוד לדיני הנזיקין, ולכן טענה זו של המשיבים נעדרת בסיס.

דיון והכרעה

15. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובתגובות לה, ונתתי דעתי לטענות הצדדים, החלטתי לעשות שימוש בסמכותי לפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ולדון בבקשות רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות לערער, והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. אומר כבר עתה כי דין הערעור להתקבל מהטעמים שיפורטו להלן.

16. בית משפט זה קבע לא פעם כי ערכאת הערעור תמעט להתערב בהחלטות ביניים הנוגעות להגשת חוות דעת משלימה, בהיותן החלטות דיוניות שעניינן אופן ניהול ההליך. חריגים לכלל זה מקרים בהם ההחלטה עומדת בניגוד לדין או עשויה לגרום למי

מבעלי הדין לעיוות דין (ראו, למשל: רע"א 872/20 עיריית נהריה נ' ג.א. מהנדסי הצפון בע"מ, פסקה 7 (4.2.2020); רע"א 5028/19 פלוני נ' משטרת ישראל, פסקה 9 (18.8.2019); רע"א 7390/16 פנחס נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 7 (3.11.2016)). סבורני כי ענייננו אכן נמנה עם אותם מקרים חריגים המצדיקים את התערבות ערכאת הערעור.

17. בהחלטתו, דחה בית המשפט קמא את בקשת המפרק להורות לרו"ח זילברשטיין להגיש חוות דעת משלימה שעניינה בחינת הנזק שנגרם לחברה בפועל, וזאת בציינו כי "הנזק בר הפיצוי במסגרת תביעה על פי פקודת הנזיקין בגין עוולת הרשלנות הוא הנזק הצפוי בעקבות ההתרשלות, כך שנזק שאינו צפוי אינו נזק שיכול להיתבע". נימוק זה לדחיית בקשת המפרק איננו יכול לעמוד. המומחה מטעם בית המשפט לא קבע, ולא מוסמך היה לקבוע, מה מבין הנזקים שהתרחשו בפועל ניתן היה לצפות מבחינה עובדתית ומשפטית במועד ביצוע העוולה הנטענת (לתחימת תפקידו של מומחה בית המשפט, ראו: ע"א 4330/07 מוזס נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') אליעזר ריבלין (5.3.2009) (להלן: "עניין מוזס"); רע"א 2146/08 עזבון המנוח בושוויק ז"ל נ' מרכז רפואי "בני ציון", פסקה 10 (12.1.2011)). המומחה מטעם בית המשפט העריך את שווי הממכר (פעילות המיגון האישי של רבינטקס) במועד שקבע לעסקת הרכישה (1.1.2012), וזאת בהתאם לשיטה המכונה DCF, "היוון תזרים מזומנים" (ראו סעיף ד.6 לנספח 4 לבקשת רשות הערעור). לשם כך התייחס, כפי שהיה עליו להתייחס, למידע שהיה ידוע במועד הערכת השווי, דהיינו ביום 1.1.2012 (לשיטת ה-DCF, ראו ע"א 10406/06 עצמון נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקאות 57-64 לחוות דעתו של השופט יורם דנציגר (28.12.2009); רע"א 779/06 קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממן, פסקאות 62-71 לחוות דעתו של השופט יורם דנציגר (28.8.2012)). ואולם, מכאן לא ניתן להסיק במישורין לגבי השאלה האם נזק מסוים שהתרחש בפועל לאחר מועד זה הוא בר-פיצוי מבחינה משפטית. אבהיר עניין זה.

18. סעיף 76(1) לפקודת הנזיקין קובע כי אדם יזכה בפיצוי "רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישורין מעוולת הנתבע". הוזה אומר, לצורך בחינת הנזק בר-הפיצוי במסגרת תביעה נזיקית (ובכלל זה תביעה בגין התרשלות נושאי משרה), יש לבחון מהו היקפו ושיעורו של הנזק אשר בגין התרחשותו אחראי המעוול – דהיינו, יש לאתר את כלל הנזקים שנגרמו בפועל על ידי מעשה העוולה, ולייחד מתוכם את אותם נזקים שבגינם אחראי המעוול. בחינה זו נעשית במסגרת דיני הסיבתיות, אשר על פיהם נקבע האם קיים קשר סיבתי בין מעשה ההתרשלות לבין הנזקים שנגרמו לתובע בפועל (ראו: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ,

פ"ד נז(6) 385, 411 (2003); ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, 610-611 (2006) (להלן: "עניין גדיש"); ע"א 3496/13 פלדום פיינגולד מתכות נ' עו"ד גיצלטר, פסקה 34 (12.11.2015). בגדר בחינת הקשר הסיבתי בעולת הרשלנות, נוהגת הפסיקה להשתמש במבחן הצפיות, הרלוונטי הן לגבי הליך הגרימה והן לגבי הגדרת סוג הנזק והיקפו (ראו: רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ, פסקה 8 (30.12.2010); ע"א 4486/11 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פ"ד סו(2) 682, 697 (2013); עניין גדיש, עמ' 610-611. ראו גם: ישראל גלעד "הסיבתיים במשפט הנזיקין הישראלי — בחינה מחודשת" משפטים יד 15, 25 ה"ש 56 (1984)).

19. במסגרת מבחן הצפיות, נבחנת השאלה האם האדם הסביר, ובענייננו — נושא המשרה הסביר, יכול וצריך היה לצפות כי ייגרם נזק כתוצאה מהתרשלותו (ראו: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 311 (2003); ע"א 3521/11 עו"ד וגנר נ' עבדי, פ"ד סז(1) 84, 130 (2014) (להלן: "עניין וגנר")). ודוק, התשובה לשאלה מהו נזק בר-פיצוי תיגזר ממבחן זה, כך שהיקף הנזק בו יחוב המעוול ייקבע בהתאם לבחינה מהו הנזק אותו יכול וצריך היה לצפות בעת מעשה ההתרשלות.

ויובהר — בעת בחינת שאלה זו, לא נבחנת הצפיות במבט צופה פני עתיד — קרי, ביחס לנזקים אותם צפה המעוול בשעת המעשה הרשלני, אלא בדיעבד, לאחר קרות הנזק — היינו, ביחס לנזק שהתרחש בפועל ואופן התרחשותו (ראו: עניין וגנר, עמ' 130). משכך, על מנת לקבוע כי נושא משרה אינו חב ברשלנות בגין נזק מסוים שנגרם לחברה, אין די בכך שבשעת מעשה לא צפה נושה המשרה הספציפי את אותו נזק, אלא יש לבחון מהו הנזק שנגרם בפועל, והאם נושא המשרה הסביר יכול היה (כעניין טכני) וצריך היה (כעניין נורמטיבי) לצפות אותו (ראו החלטתי בתנ"ג (מרכז) 10466-09-12 אוסטרוובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פסקה 65 (9.8.2015)). במובן זה, בהגדרת הנזק בר-פיצוי יכול להיכלל כל נזק אשר נגרם בפועל כתוצאה ממעשה ההתרשלות, הכול כתלות בשאלה האם נושא המשרה הסביר יכול וצריך היה לצפות נזק זה. יתרה מכך, בהקשר זה, אף יש להזכיר כי די בכך שסוג הנזק והליך התרחשותו צפויים באופיים הכללי, ואין צורך להראות כי המעוול חזה מראש את כל פרטי הנזק כפי שנתהוו (ראו: ע"א 299/71 מזרחי נ' "מקורות" חברת מים בע"מ, פ"ד כו(2) 248, 251 (1972); רע"א 3776/12 האפרתי נ' ז'קונט, פסקה 9 (15.7.2012); ד"נ 12/63 ליאון ואח' נ' רינגר ואח', פ"ד יח(4) 701, 712 (1964). ראו גם: ע"א 80/87 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון-לציון, פ"ד מה(4) 604, 616-617 (1991)).

20. בענייננו, קבע בית המשפט קמא כי אין להורות למומחה מטעמו על הגשת חוות דעת משלימה הבוחנת את הנזק שנגרם לחברה בפועל, וזאת מהטעם שרק נזק צפוי הוא נזק בר-פיצוי בתביעה נזיקית. ואולם, כפי שהוסבר לעיל, על מנת להכריע בשאלת צפיותו של הנזק, היה על בית המשפט לבחון האם נושא המשרה הסביר, יכול וצריך היה לצפות בקווים כלליים את הנזק שנגרם בפועל ואת הליך התרחשותו. זאת, לא עשה בית המשפט קמא, וגם לא יכול היה לעשות בשלב זה, לפני שנפרשה בפניו מלוא התמונה העובדתית ביחס לנזקים שנגרמו לחברה בפועל, בטרם נשמעו טענות הצדדים בעניין יכולתם של המשיבים לצפות נזק זה, ומבלי שנערך דיון בסוגיה זו בהתאם לשיקולים המנחים שנקבעו בדין ובפסיקה. משאלו הם פני הדברים, אין הנמקת בית המשפט לדחיית הבקשה יכולה לעמוד.

21. זאת ועוד, עיון בחוות דעת המומחה מטעם בית המשפט, כמו גם בטיעוני המשיבים במסגרת בקשת רשות הערעור, מלמד כי הם אינם מבססים את עמדתם כי אין להתייחס לנזק שאירע בפועל על נימוקו של בית המשפט קמא. אתייחס לטענותיהם, לאחר שאבהיר מהן המחלוקת המרכזיות בין הצדדים ביחס להערכת הנזק.

22. המפרק תבע בגין נזק של כ-22.4 מיליון ש"ח שלטענתו גרמה עסקת הרכישה לחברה. נזק זה מורכב משני רכיבים: הפסד מרכישת הממכר, דהיינו תשלום יתר של החברה בעבור הממכר (כזכור, פעילות המיגון האישי של רבינטקס), שהוערך על ידי המפרק בכ-18.1 מיליון ש"ח; ונזקים שגרמה הפעלת הממכר לאחר רכישתו, בשנים 2012-2014, שהוערכו על ידו בכ-4.3 מיליון ש"ח. טענות אלה התבססו על חוות דעת שהוגשה מטעם המפרק, ואשר נכתבה על ידי רו"ח ד"ר צור פנינשטיין בנובמבר 2016.

המשיבים כפרו לא רק בקיומה של עילת תביעה (קרי, בכך שהפרו את חובותיהם כלפי החברה), אלא גם בכך שנגרם לחברה נזק כתוצאה מעסקת הרכישה. לשיטתם, המחיר ששילמה החברה בעבור הממכר היה נמוך משווי הממכר במועד עסקת הרכישה, בלפחות כ-2 מיליון ש"ח, וממילא אין הוא בגדר תשלום יתר; בנוסף, לשיטתם הפעלת הממכר הביאה לחברה תועלת של כ-14.1 מיליון ש"ח במהלך השנים 2012-2014, ועל כן גם מהיבט זה לא נפגעה החברה מעסקת הרכישה. טענות אלה התבססו על חוות דעת שהוגשה מטעם המשיבים, ואשר נכתבה על ידי רו"ח שלומי ברטוב בספטמבר 2017.

המומחה מטעם בית המשפט העריך בחוות דעתו כי "התזורים השלילי אשר היה צפוי בגין עסקת רכישת הפעילות הינו 2,045 אלפי ש"ח ליום 1.1.12" (עמ' 17 לנספח 4

לבקשת רשות הערעור). משמעות הדברים היא שלהערכתו התשלום ששולם על ידי החברה בגין הממכר היה גבוה בכ-2 מיליון ש"ח מהשווי הנכון של אותו נכס במועד ביצוע עסקת הרכישה (וזאת בהשוואה, כאמור, לתשלום יתר של 18.1 מיליון ש"ח לפי עמדת החברה, ותשלום חסר של לפחות 2 מיליון ש"ח לפני עמדת המשיבים). בכך הביע המומחה מטעם בית המשפט את עמדתו ביחס לרכיב אחד של הנזק הנתבע – ההפסד מרכישת הממכר.

עניינה של הבקשה שלפניי הוא, הלכה למעשה, בהימנעותו של המומחה מטעם בית המשפט מלהכריע במחלוקת שבין הצדדים ביחס לרכיב האחר של הנזק הנתבע – ההפסד מהפעלת הממכר בשנים 2012-2014.

הערה: כאמור, למפרק ישנן טענות גם נגד תוכנה של חוות דעת המומחה מטעם בית המשפט, לרבות לעניין חישוב רכיב ההפסד מרכישת הממכר. ואולם, הטענות הללו חורגות מהבקשה שלפניי, והן ייבחנו במסגרת הכרעתו של בית המשפט קמא האם יש לאמץ את חוות דעת המומחה מטעמו במלואה או לדחותה אותה, כולה או מקצתה (ראו, למשל, רע"א 6585/19 T.T.ש.נ 2000 בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה חוף הכרמל, פסקה 8 (25.11.2019)).

23. למרות שבסעיף ד.6 לחוות דעתו כתב המומחה מטעם בית המשפט כי "אין להביא בחשבון הפסדים בפועל, ככל שארעו, לאחר השלמת העסקה", הוא היה מודע לכך שהתביעה התייחסה גם לרכיב הנזק של ההפסד מהפעלת הממכר, ואף ידע על המחלוקת בין הצדדים לגביו. בהמשך חוות דעתו הוא הסביר את הימנעותו מלהתייחס אליו בשני נימוקים, המפורטים בפסקה 22 לחוות דעתו: ראשית, "פעילות המיגון האישי [נקרי, הממכר – ע.ג.] לא נוהלה באופן נפרד בספרי החשבונות של [החברה] ולכן ישנם הבדלים באופן חישוב תרומת פעילות המיגון האישי של כל מומחה. ישנו קושי אובייקטיבי לחלק את התזרימים שנבעו מפעילות זו"; שנית, "ישנה כפילות בתביעת נזק גם בגין התמורה ששולמה וגם בגין ניתוח התוצאות בפועל בשנים 2012-14 על בסיס תוצאות בפועל ממבט רטרופקטיבי" (ההדגשות במקור. עמ' 18-19 נספח 4 לבקשת רשות הערעור).

שני נימוקים אלה אינם משכנעים. ככל שהדבר נוגע לקושי האובייקטיבי, הרי שהוא לא מנע ממומחי הצדדים מלספק את הערכותיהם, ונראה כי גם המומחה מטעם בית המשפט לא ראה בו מכשול שאין כל אפשרות לצלוח אותו (לו סבר כך, הרי שהיה עליו לציין שאין כל דרך להעריך רכיב זה). ככל שהדבר נוגע לחשש מכפילות, הרי שאין הוא מתקיים אם הפעלת הממכר הניכה לחברה הפסד כלכלי מהפעילות בשנים

הרלוונטיות (2012-2014), שאינו משתקף בהפסד מרכישת הממכר, כפי שנטען על ידי המפרק. נניח לדוגמה כי מפעל רכש מכונה במחיר של 100, והשתמש בה שנה עד שמכר אותה. מתברר כי המכונה נרכשה במחיר מופרז, וכי מחירה הנכון בעת רכישה היה 80 בלבד, וכי עלות הפעלתה במהלך השנה (לרבות פחת כלכלי, שאינו משקף את תשלום היתר בעבור המכונה) עלתה על ההכנסות שצמחו ממכירת התוצרת שהפיקה ב-10. במקרה זה, על הנזק שבתשלום יתר בעבור המכונה (20) נוסף במהלך שנות הפעלתה נזק נוסף מהשימוש בה (10), כך שהנזק מההחלטה לרכוש את המכונה הוא הנזק המצטבר (30). ודוק, אין משמעות הדבר כי מי שהתיר ברכישת המכונה צריך בהכרח לשאת מבחינה משפטית במלוא הנזק הזה, ואולם מבחינה כלכלית לא ניתן לומר כי המדובר בנזקים חופפים.

הערה: אם המחיר הנכון של הממכר נקבע לפי הערכת שווי בשיטת ה-DCF, הרי שהפסד מהפעלת המכונה משמעו כי ההוצאות בפועל על הפעלתה היו גבוהות מהצפוי במועד רכישה, או שההכנסות בפועל על הפעלת המכונה היו נמוכות מהצפוי במועד רכישה. במילים אחרות, המשמעות של הנזק מהסוג השני – היינו, ההפסד מהפעלת הממכר – היא שחל שינוי שלא הובא בחשבון בעת קביעת המחיר הנכון, אשר השפיע על הרווחיות בפועל (אילו השינוי היה צפוי במועד הערכת השווי, הרי שהיה מובא בחשבון בקביעת המחיר הנכון של הממכר לפי שיטת ה-DCF, ועל כן היה משתקף במלואו בנזק מהסוג של תשלום יתר). ואולם, כפי שהובהר, השאלה האם יש להטיל אחריות על מי שכשל ברכישת המכונה גם בגין נזקים אלה היא שאלה משפטית, החורגת מתחומיה של חוות דעת כלכלית, ומסורה היא להכרעתו של בית המשפט (ראו: בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני, פסקה 15 (1.5.2006); עניין מוזס, חוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') אליעזר ריבלין; ע"א 4667/08 הר עוז נ' סערת תוכנה בע"מ, פסקה 17 (15.2.2011); רע"א 2380/12 ט. ד. הנדסה אזרחית נ' החברה הכלכלית לאשקלון, פסקה 9 (1.5.2012); ע"א 9111/15 מרגלית ש.א רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (31.10.2017)).

24. טענתם המרכזית של המשיבים נגד בקשת המפרק להרחבת חוות דעת המומחה מטעם בית המשפט, כך שתתייחס גם לנזק שהתרחש בפועל לאחר רכישת הממכר (דהיינו, גם לנזקים שנגרמו מהפעלת הממכר בשנים 2012-2014), היא שבקשה זו מהווה הרחבת חזית לעומת הנתבע בתביעה, והמוסכם בעת מינוי המומחה מטעם בית המשפט. ואולם, אין זהו מצב הדברים. אכן, לצורך הערכת השווי הכלכלי של הממכר, וכנגזר מכך ההפסד מרכישת הממכר, עשו כל המומחים שימוש בשיטת ה-DCF, היינו היוון תזרים מזומנים, המתייחסת למידע שהיה ידוע במועד הערכת השווי (ראו פסקה 17 לעיל).

ואולם, בחירה בשיטה זו להערכת שווי הממכר אין משמעה שהפיצוי בגין ההפסד מרכישת הממכר לא נתבע לפי הנזק בפועל (שביחס לסוג נזק זה משמעו ההפרש בין המחיר ששולם בעבור הממכר לבין שווי של הממכר במועד העסקה). זאת ועוד, כמובהר בפסקה 23 לעיל, אין מניעה להוסיף לתביעה בגין הנזק שהתרחש בפועל בעת ביצוע עסקת המכר (ההפסד מרכישת הממכר) גם תביעה לנזק שהתרחש בפועל בשלב מאוחר לעסקת המכר (ההפסד מהפעלת הממכר), ובלבד שלא יינתן פיצוי כפול בגין רכיבים חופפים. ואכן, המומחה מטעם המפרק כלל בחוות דעתו תחשיב נפרד בעניין זה (פרק 8 לחוות דעתו); המפרק התבסס על תחשיב זה בכתב התביעה (רכיב התביעה של 4.3 מיליון ש"ח); והדבר היווה חלק מיריעת המחלוקת (וראו סעיפים 4.4-4.7 לחוות דעת המומחה מטעם המשיבים). מכאן, שלא הייתה הצדקה גם מהיבט זה כי המומחה מטעם בית המשפט לא יתייחס לרכיב הנזק הנטען של הפסד מהפעלת הממכר (תוך הקפדה כי בעת חישובו לא תיווצר חפיפה בין שני רכיבי הנזק).

25. לאור המסקנה אליה הגעתי, לא ראיתי צורך להידרש ליתר טענות המפרק, ובכלל זאת לטענה כי לא ניתנה למפרק ההזדמנות להגיש את תגובתו לתשובות (וראו עמדתי בעניין במסגרת רע"א 2968/18 פלוני נ' פלוני, פסקה 8 (12.8.2018)).

26. טרם חתימה אבקש להדגיש כי עניינו של פסק דין זה הוא בשאלות הנוגעות לסעד (הערכת הנזק שנגרם לחברה בעקבות עסקת הרכישה), וכי אין לראות בו משום נקיטת עמדה ביחס לשאלות הנוגעות לעילה (הטענה להפרת חובות כלפי החברה על ידי המשיבים 1 ו-2). ודוק, חוות דעת המומחים השונים עסקו גם בשאלה זו (כך, למשל, התייחסות המומחה מטעם בית המשפט לשאלת כדאיות העסקה בפרק ה.2 של חוות דעתו), ובית המשפט יידרש כמובן להכריע בה. עם זאת, סוגיות הנוגעות לשאלת קיומה של עילת תביעה לא הונחו לפתחי במסגרת בקשה זו, וממילא אינני מחווה לגביהן כל עמדה (ובכלל זה, אינני נוקט עמדה ביחס לשאלת תחולת כלל שיקול הדעת העסקי במקרה בו עסקינן – עניין הנזכר בטיעוני המשיבים, אך איננו רלוונטי לבקשה שלפניי).

27. סוף דבר: מצאתי לנכון לדון בבקשה כבערעור, ולקבלה, במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט קמא על מנת שיורה לרו"ח זילברשטיין להגיש חוות דעת משלימה, במסגרתה יחווה כמומחה מטעם בית המשפט את דעתו גם ביחס לשאלה אם לחברה נגרמו בפועל נזקים הנובעים מהפעלת הממכר, דהיינו מהפעלת פעילות המיגון האישי של רבינטקס בשנים 2012-2014. במסגרת התייחסותו לשאלה זו, ינטרל המומחה מטעם בית המשפט רכיבי נזק שכבר הובאו בחשבון בעת חישוב ההפסד מרכישת הממכר, ואשר הכללתם תגרור להבנתו כפל פיצוי מבחינה כלכלית, ככל שקיימים רכיבים כאלה.

28. בשים לב למכלול הנסיבות, מצאתי לנכון להטיל הוצאות מופחתות בלבד ביחס לבקשה זו. המשיבים יישאו לפיכך בהוצאות המפרק ביחס להחלטה זו בסכום כולל של 5,000 ש"ח בתוספת מע"מ, כך שהמשיבים 1 ו-2 ישלמו סכום של 2,500 ש"ח בתוספת מע"מ, והמבטחת – 2,500 ש"ח בתוספת מע"מ.

ניתן היום, י' באייר התש"ף (4.5.2020).

ש ו פ ט