

בעניין:

אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, ח.פ. 52-0005067

מדרך החורש 4, יהוד מונסון, טלפון: 03-5119301
ע"י ב"כ עוה"ד יעל הרשקוביץ (מ.ר. 44393) ואורן שהרבני (מ.ר. 66317)
ממשרד גיסין ושות', עורכי דין
מרחוב הברזל 38(B), תל אביב
טלפון: 03-7467777; פקס: 03-7467700
דוא"ל: office@gissinlaw.co.il

המערערות

- נ ג ד -

1. מ.נ.ש ייעוץ בע"מ, ח.פ. 51-4385293

מרח' שלושה 2, תל אביב, טלפון: 03-6343112

2. כישרון לפיננסים בע"מ, ח.פ. 51-4234582

מרח' דרך המלך 75, גבעת שמואל, טלפון 052-6691172

ע"י ב"כ עוה"ד אילן סופר ואלעד בקר

ממשרד אילן סופר ושות', עורכי דין

מרח' יגאל אלון 94, תל אביב 6789156

טלפון: 03-9468777; פקס: 03-9468788

המשיבות

הודעת ערעור

(הגשה חוזרת, מספר אסמכתא: 15699333)

המערערות, אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, מתכבדות להגיש לביהמ"ש הנכבד, בשבתו כביהמ"ש לערעורים אזרחיים, ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כבי השופט אבי כהן) בת"א 20-05-37705 (להלן: "פסה"ד"). העתק של פסק הדין, מצורף כמע-1.

פסה"ד ניתן ביום 6.2.2023, ולפיכך המועד האחרון להגשת הערעור חל ביום 16.4.2023. ביהמ"ש מוסמך לדון בערעור במותב תלתא מכוח סעי' 37(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

בעת הגשת הערעור שולמה אגרת ביהמ"ש בסך 1,503 ₪ וזאת בהתאם לפרט 16 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007, וכן גובה הערובה הינו בסך 20,000 ₪ בהתאם לפריט 1 לתוספת השלישית לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018.

אין הליך נוסף בבית משפט בקשר לאותה מסכת עובדתית.

הפניות למוצגים יסומנו באופן הבא: (מע-__); הפניות לתצהירי העדות הראשית (3 מתוך מוצגי הערעור) ייעשו כדלקמן: "שרון" ו-"רונו" (לתצהירים מטעם המשיבות); ו-"נדב" (לתצהיר מטעם המערערות); הפניות לנספחים ממוצגים: (נ-__). לנוחיות ביהמ"ש, בעת הפניה לנספחים מתוך מוצגים, תיעשה הפניה לעמוד בכרך המוצגים.

ההדגשות בהודעת ערעור זאת אינן במקור.

לאור המפורט להלן בהודעת ערעור זו, ביהמ"ש הנכבד מתבקש לקבל את הערעור, לבטל את פסה"ד, לדחות את התביעה, ולחייב את המשיבות בהוצאות המערערות ב-2 הערכאות.


אורן שהרבני, עו"ד


יעל הרשקוביץ, עו"ד

גיסין ושות', עורכי דין
ב"כ הנתבעת

א. **הסעד שניתן בפסה"ד** - ביהמ"ש קמא קיבל את תביעת המשיבות באופן חלקי, וחייב את המערערת לשלם להן סך 800,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק, זאת לצד חיוב המערערת בתשלום מלוא האגרה בגין ניהול ההליך, וכן שכ"ט עו"ד.

ב. **עיקרי פסה"ד מושא הערעור** - ביהמ"ש קמא קיבל את טענת המשיבות לפיה הן זכאיות למענק הצלחה אשר נקבע בהסכם בין הצדדים מיום 3.5.16, וזאת בעקבות אישור הסדר חוב של המערערת ביום 27.11.19 במסגרת הליך חדלות פירעון בבימ"ש נכבד זה (חדל"ת 19-10-25064 **אפריקה ישראל נ' הממונה**). פסה"ד רצוף שגיאות עובדתיות ומשפטיות היורדות לשורשו של עניין (בכל הכבוד), ואשר יש בהן כדי להצדיק היעדרות לכתב ערעור זה, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

• העתק כתב התביעה דלמטה מצ"ב **כמע-2**; העתק בקשת הרשות להתגונן מצ"ב **כמע-3**; העתק ת.ע.ר מטעם המשיבות (ה"ה שרון זאורבך ו-רוני ברנר) מצ"ב **כמע-4** ו-**כמע-5** (כאמור לעיל, ההפניה אליהם תיעשה גם כ"שרון ו-רוני"); העתק ת.ע.ר המערערת (תצהיר נדב גרינשפון) מצ"ב **כמע-6** (ההפניה תיעשה גם כ"נדב"). העתק סיכומי המשיבות מצ"ב **כמע-7**; העתק סיכומי המערערת מצ"ב **כמע-8**; וסיכומי התשובה מצ"ב **כמע-9**.

ג. **סיכום הטענות ונימוקי ההתנגדות לפסה"ד**

ג.1 רקע רלוונטי

1. כאמור לעיל, התביעה נגעה לדרישת המשיבה 1 ("MNS"), חברת ייעוץ כלכלי, לקבלת מענק הצלחה בגין גיבוש הסדר חוב בין החברה לבין נושיה, וזאת מכוח הסכם בינה לבין המערערת מיום 3.5.16 ("ההסכם").
2. במועד ההסכם (נ-1 שרון, ע' 674), הייתה החברה חברה ציבורית בשליטה (בשרשור) של מר לב לבייב ("בעל השליטה"). החברה הייתה חדלת פירעון, ללא יכולת לפרוע חובות לנושיה, שרובם ככולם (98%) היו מחזיקי אגרות החוב שלה ("מחזיקי האג"ח"). במאי 2016 החל הליך חדל"פ בביהמ"ש המחוזי ת"א; וביוני 16' מונה רו"ח אבנר כמומחה מטעם ביהמ"ש לבחינת הסדר חוב. היקף חוב החברה למחזיקי האג"ח עמד במועד חתימת ההסכם על כ-3 מיליארד ₪. ממועד זה, ומשך תקופה של כ-3 וחצי שנים (עד סוף שנת 2019), נעשו נסיונות ממושכים להגעה להסדר חוב כולל בחברה, תוך השתלשלות אירועים ארוכה, המתוארת בפירוט בהחלטות שיפוטיות של ביהמ"ש שפיקח על הליך חדלות פירעון בחברה, ותואר בתמצית להלן.
3. בחודש יולי 2016 אושר הסדר חוב חלקי במסגרתו נמכרו מניות חברת בת רוסית לבעל השליטה אשר צמצמו את החוב כלפי נושי החברה בכ-550 מיליון ₪ ("עסקת אפי פיתוח") (ע' 691). לאחר השלמת עסקת אפי פיתוח, החל מו"מ עם בעל השליטה ביחס להסדר חוב כולל, לאורו הוקמה בחברה בספטמבר 2016 וועדה בלתי תלויה המייעצת לדירקטוריון החברה ("הוועדה"), ו-MNS הפכה להיות יועצת לוועדה.
4. בחודש דצמבר 2016, לאחר שלא הושגה הסכמה ביחס להסדר כולל עם בעל השליטה בחברה, מונה בנקאי השקעות לקבלת הצעות מגורמים שונים ובשלב זה נציגות ונאמן מחזיקי האג"ח נטלו לידיהם את ניהול הליך גיבוש הסדר הנושים, לרבות איתור המשקיעים, ניהול מו"מ עם על תנאיו המסחריים של ההסדר וזאת ללא כל מעורבות מצד הוועדה ו/או MNS בגיבוש הסדר נושים משלב זה ואילך.
5. במסגרת זאת אושר ע"י מחזיקי האג"ח בנובמבר 2017 קידומו של הסדר חוב עם קבוצת סיידוף; אולם לאחר תהליך התמחרות עם קבוצת בן משה, אושר קידומו של הסדר עם קבוצת בן משה בינואר 2018 ("הסדר בן משה ה-1"). הסדר זה לא אושר בבית המשפט. באוגוסט 2018, לאחר מו"מ ממושך בין נציגי האג"ח לקבוצת בן משה הוגש לאישור הסדר מתוקן ("הסדר בן משה ה-2"), שאושר בספטמבר 2018 (נ-13 שרון, ע' 131), אך עלה על שרטון, לא הושלם, ובוטל בפברואר 2019 ע"י ביהמ"ש (נ-18 נדב ע' 1239).
6. בסופו של יום, ולאחר המשך תהליך התמחרות עם מציעים שונים, באוקטובר 19' הוגשה לאישור הצעת הסדר עם קבוצת לפידות שאושרה ביום 27.11.19 (נ-13 למע-3, ע' 618), והושלמה בינואר 20' ("הסדר לפידות").

7. **השלכות ההסדר** - במסגרת הסדר לפידות החברה נרכשה כשהיא נקייה מחובות עבר לנושים, ניתן צו חוסם על ידי בית המשפט המחוזי כנגד הגשת תביעות שעילתן לפני מועד ביצוע ההסדר, והנהלת התחלפה.
8. **העבודה שביצעה בפועל MNS עבור החברה** - היקפי עבודת MNS ותוכנה עומדים במוקד הערעור דנן. אלו אינם במחלוקת ונלמדים בין היתר ממסמכים שהוצגו בהליך: פירוט ש' העבודה (נ-2 שרון, ע' 678); וכן חומרי MNS שהוצגו בתצהירי שרון ונדב. גם שרון אישר כי אין מחלוקת בנושא ר' פרוטוקול 28.9.22 [מע-10], ע' 13, ש' 31. יודגש, כי הראיות להיקף עבודת MNS ותוכנה, **הן ראיות שאין לערכאה הדיונית כל יתרון לגביהן**. עיון בראיות אלו, מעלה כי ניתן לחלק את עבודת MNS עבור החברה, ל-4 שלבים:
- **שלב 1** (העיקרי) - הכנת מתווה להסדר חוב בין החברה למחזיקי האג"ח, במסגרתו יישאר לבייב בעל השליטה בחברה (ר' נ-2 למע-2, עמ' 43 לנספחים). שרון, **אישר** (עמ' 13 ש' 3-1 למע-10) כי בעת חתימת ההסכם, דובר על "אופציית לבייב" (קרי: הסדר נושים שבמסגרתו ישאר לבייב בעל השליטה בחברה). מתווה ראשוני זה לא יצא לפועל, ובמקומו התגבשה בחודשים 06-08/16 **"עסקת אפי פיתוח"**, במסגרתה מכרה החברה את מניות חברת אפי פיתוח לבעל השליטה תמורת סך של 550 מלש"ח. סה"כ עבודת MNS בשלב זה (חודשים 5-8/16) - 981 ש"ע, והיותה, גם לשיטת שרון את העבודה העיקרית של MNS.
 - **שלב 2** - ייעוץ כלכלי לוועדה הבלתי תלויה, אשר התמצה בעיקר, במתן חוו"ד לוועדה הבלתי תלויה האם נושי החברה יקבלו תמורה גדולה יותר בחלופת הסדר על פני חלופת פירוק, תוך שימוש במצגת נלווית (לתפקיד הוועדה עצמה, ראו להלן). ייעוץ זה ניתן ב-3 נקודות זמן: **הראשונה**, המלצה על עדיפות "מסלול הסדר" על "מסלול פירוק" (6/17 - 136 ש"ע סה"כ); **השנייה**, המלצה על עדיפות "הצעת הסדר סידוף" על חלופת פירוק (11/17 - 162.5 ש"ע סה"כ); **השלישית**, המלצה על עדיפות "הצעת הסדר בן משה ה-1", אשר בוטל, על חלופת פירוק (12/17 - 124 ש"ע). מעבר ל-3 נקודות זמן אלו, החל מדצמבר 17 אין חיובים שוטפים לגבי כלל התקופה של תהליך ההתמחרות לרכישת החברה (12/16) ועד וכולל אישור הסדר לפידות (11/19);
 - **שלב 3** - שנת 2018 - עבודה על הערכת שווי הוגן לאופציות של מר לבייב על מניות חברת אפי פיתוח, אשר הוענקו עוד במסגרת עסקת אפי פיתוח משנת 2016, ולא היו קשורות להסדר החוב ה-2 עם בן משה אשר עמד על הפרק באותה תקופה (חודשים 6-7/18 - סה"כ 49 ש"ע) (ר' נ-17-16 נדב, ע' 1238-1231).
 - **שלב 4** - עבודה על חוו"ד כלכלית לגבי סבירות והוגנות תמורת המכר של החזקות החברה בחברה המפעילה את "כביש 6" ("המפעילי") (04/19 - סה"כ 26 ש"ע), אשר נמכרו באופן נפרד מהסדר החוב הכולל בחברה. כאמור בתצהיר נדב, בגין חוו"ד זו קיבלה MNS שכר טרחה נפרד במנותק מההסכם, כפי שיפורט להלן.
9. **למעשה, החל משנת 2016 MNS לא הייתה מעורבת בגיבוש הסדר החוב (אלא סיפקה שירותים מסוג שונה); ומשנת 2018 MNS לא סיפקה שירותי ייעוץ כלכלי כלשהם, בכלל, ביחס להצעות הסדר שעמדו על הפרק, ולא עשתה כל עבודה ביחס להסדר בן משה ה-2 אשר אושר, ו/או הסדר לפידות.**

ד. השגות שנפלו בפסה"ד קמא

ד.1 - שגה ביהמ"ש קמא בקביעה כי אין מחסום משפטי המונע הגשת התביעה (עמ' 5 ש' 10 ואילך)

10. אינטרס ההסתמכות על סופיות מצבת הנשייה הנטענת בתום מועד הגשת תביעות חוב, הוכר בפסיקה כבסיסי בדיני הסדרי נושים [1]. בהתאם, אי הגשת תביעת חוב לפי הוראות הסדר נושים, הוכרה בפסיקה נרחבת לרבות של ביהמ"ש העליון, כ"**מחדל מהותי**" של נושה (מעבר לכך שמקימה "מחסום דינוני"), הגורר **אבדן מוחלט של זכות התביעה** שלו כנגד החברה, תהא מוכחת ומוצדקת (מה שאינו מתקיים בענייננו) ככל שתהא, לרבות אפילו אם מגובה בפס"ד [2]. וגם בהסדר אפריקה דחה ביהמ"ש התנגדויות נושים שלא הגישו תביעת חוב (ר' עמ' 11 להחלטה נ-13 למע-3, ע' 628).
11. **בענייננו קיים צו חוסם ביחס לתביעות נגד החברה (ר' גם פרק ג.4 נדב)** - הסדר לפידות כלל הליכי הגשת תביעות חוב, לאחריהם החברה תהא נקייה מחובות ותביעות. הבקשה לכינוס אסיפות נושים לאישור הסדר לפידות מיום 22.10.19 (נ-20 נדב, ע' 1254), כללה (בסעד ז') סעד לפיו תביעות חוב מטעם נושה מכל מין

וסוג שהוא (אשר החוב כלפיו אינו קבוע או מופרש בדוחות הכספיים ליום 31.3.19), תוגש עד למועד האחרון (הקבוע שם) ותוכרע בהתאם למנגנון שנקבע בהסדר (ע"י נאמן); ולאחר מכן, לא יוכלו נושים אחרים להגיש תביעות שעילתן לפני מועד השלמת ההסדר ("מועד הביצוע" כהגדרתו שם). הבקשה אושרה על מלוא סעדיה בהחלטה (חלוטה) מ-24.10.19 [3]. החברה, מסרה ל-MNS ביום 29.10.19 הודעה בדבר הליכי אישור ההסדר במסגרתה אף קיבלה MNS זימון לאסיפת נושים (נ-22 נדב, ע' 1341); יום לאחר מכן, ב-30.10.19 קיבלה את מכתב החברה לפיו החברה אינה מכירה בדרישת המענק (נ-22 שרון, ע' 859); וממילא, החוב הנטען לא הוכר בדוחות הכספיים של החברה ליום 31.3.19. לא יכול להיות חולק ש-MNS הייתה מודעת היטב כי החברה אינה מכירה בתביעתה, אך נמנעה מהגשת תביעת חוב כנגד החברה. בהמשך, ביום 27.11.19 אושר הסדר לפידות ברוב מוחץ של הנושים (נ-13 למע-3). ביום 28.11.19 אף נחתמה פסיקתא הכוללת צו חוסם כנגד הגשת תביעות כנגד החברה שעילתן טרם מועד השלמת ההסדר (נ-23 נדב, ע' 1343, סע' 2.1): **"ניתן בזאת צו (בהתאם לסעיף 8.1 להסדר) לפיו, החל ממועד הביצוע לא ניתן יהיה להגיש כנגד החברה ו/או נושאי המשרה בה תביעה כלשהי שעילתה קודמת למועד הביצוע..."**

12. ביהמ"ש קבע (עמ' 5-6 לפסה"ד), כי הצו החוסם לא מונע הגשת התביעה נגד החברה. לשיטתו, יש להתיר את התביעה כנגד החברה לאור קיומו של סעיף הקובע כי המזומנים של החברה יועברו לנושיה "בניכוי ההוצאות שנותרו לתשלום בגין תקופת ההסדר" (נ-28 שרון, ע' 879). ביטוי זה הוגדר בהסדר ככולל גם הוצאות לתשלומים עבור יועצים לחברה. בהקשר זה קבע בית המשפט קמא כי המשיבות "ראויות להיחשב" כיועצות רלוונטיות שהתשלום המגיע להן מהווה חלק מהוצאות תקופת ההסדר. נאמר כי ביהמ"ש אינו רואה סיבה להבחין בין התשלומים שכן בוצעו לפי ההסכם (חיוביים שעתיים שכן שולמו), לבין מענק ההצלחה שלא שולם. אלא, שכאן נפלה שגגה בניתוח המשפטי בפסה"ד וזאת במספר היבטים.

13. ראשית, ביהמ"ש נמנע מלערוך את ה"בחינה הטכנית" הנדרשת - לא יכול להיות חולק (ואף עולה מפסה"ד), כי התביעה דנן הינה תביעה שעילתה "קודמת למועד ביצוע ההסדר" (לשון הצו החוסם). שהרי, דרישת המענק עלתה (ונדחתה) עוד קודם לאישור והשלמת ההסדר. כבר בהינתן זאת, התביעה אינה עוברת את המחסום שהקים הצו החוסם. אולם ביהמ"ש התעלם מעניין זה. בכך שגה ביהמ"ש, אפשר ל-MNS לעקוף את הליך חדלות הפירעון ואת הצו החוסם; לברר את תביעתה בפורום חלופי לביהמ"ש של חדלות פירעון שהינו הפורום בעל הסמכות העניינית בסוגיות הנוגעות להליך חדלות פירעון הרואה את "התמונה הרחבה" לגביו [4], וזאת תוך "מירוק" המחזל המהותי והדיוני של אי הגשת תביעת חוב, כמוסבר לעיל.

14. כחלק משגגה זו, הגיע ביהמ"ש קמא למסקנה (עמ' 5) כי המשיבות אינן במעמד של "נושה רגיל סתם בגין חובות עבר", אלא "במעמד מיוחד של מי שזכאיות לתמורה עבור חלקן ותרומתן, כיועצים לנתבעת, בהצלחת הסדר החוב". נראה כי בכך קיבל ביהמ"ש את טענת MNS כי עמלת ההצלחה הינה בגדר "הוצאות פירוק" (סע' 45 מע-7, סע' 8 למע-9). אולם, טרמינולוגיה זו ("נושה במעמד מיוחד", להבדיל מ"נושה בגין חוב עבר") זרה להליך חדלות פירעון; ובכל מקרה, הגדרת מעמד הנשייה, ובוודאי טענה כי הינה במעמד הוצאות פירוק - הינה עניין לביהמ"ש של חדלות פירעון שהינו כאמור הפורום המוסמך, שהיה צריך לדון בתביעה לו הייתה MNS מגישה אותה בהתאם למנגנון אשר אושר על ידו.

15. שנית, ביהמ"ש שגה בפרשנות הוראות ההסדר - ההסדר כלל מנגנון לתשלום הוצאות שהחברה הכירה בהן, לצד הוראות ברורות המחייבות הגשת תביעת חוב ביחס לכל תביעה כנגד החברה. ההסדר לא נועדו לאפשר מצב בו נושה היודע שדרישתו לתשלום נדחתה ע"י החברה, ידלג על הגשת תביעת חוב, ויתבע את החברה לאחרת מכן בהליך אזרחי תוך שינוי תמונת ההסדר ומצבת הנשייה. שאז, כל עובד לשעבר או יועץ יוכל להגיע עם תביעה מאוחרת להסדר (אפילו כעת), ובכך ההסדר יעוקר מתוכו. המדובר בסתירה לעקרונות בסיס בגיבוש מצבת נשייה סופית להסדר, כמתואר לעיל. בענייננו, אין מחלוקת כי MNS ידעה, וקיבלה הודעה מפורשת מהחברה עוד טרם כינוס אסיפות הנושים והמועד להגשת תביעות חוב, כי החברה אינה מכירה במענק ההצלחה אשר נדרש על ידה. למעשה כבר החל מ-2017 עת לא הכירה החברה בדרישתה

למענק הצלחה (נ-18 שרון), נמנעה MNS מלהגיש תביעת חוב כנדרש על מנת לאפשר דיון בתביעתה במסגרת המנגנון אשר נקבע בהסדר ואושר בביהמ"ש.

16. **שלישית**, ביהמ"ש קמא התייחס לעדות נדב (עמ' 67 לפרוטוקול 24.11.22 - מע-11) ככזו המאשרת כי MNS זכאית לתשלום מכוח ההסדר. קריאה של עדות נדב מעלה שהוא אישר כי ניתן לביהמ"ש בהסדר מצג שהחובות ליועצי ההסדר (בדומה ל-MNS), אשר העמידה כזכור גם שירותים שוטפים בתשלום (שעתי) יפרעו; אך אין בתשובתו כדי ללמד כי מענק הצלחה כלפי MNS בו החברה לא הכירה, הינו חלק מחובות אלו, כפי שהבהיר גם בפרק ג' לתצהירו ממנו עולה כי הוראה זו לא חלה על תשלום מענק הצלחה שלא הוכר על ידי החברה. מכל מקום, בוודאי שעדותו לא "ממרקת" מחדל מהותי של אי הגשת תביעת חוב בניגוד להוראות ההסדר.

17. **רביעית**, ביהמ"ש הסתמך על מסקנה שגויה נוספת, לפיה החלטת מחזיקי האג"ח להותיר עתודה לניהול הליך התביעה מול MNS מהווה "**מסמך של הנתבעת והגורמים המוסמכים מטעמה**" המעיד ש"**הנתבעת ידעה והבינה בזמן אמת כי התובעות עומדות על קבלת מענק הצלחה...**" (נ-29 שרון, ע' 881). בהמשך התייחס לכך כמסמכים לפיהם הנתבעת עצמה נערכה לתשלום אפשרי של מענק הצלחה ללא הגשת ת.חוב (עמ' 6 ש' 8-9). **אלא שביהמ"ש קמא שגה ולא הבחין בין החברה עצמה (המערערת), לבין מחזיקי האג"ח שהינם נושי החברה אשר לא נתבעו במסגרת התביעה.** יתרה מכך - הותרת עתודה לתשלום הוצאות בהליך ע"י מחזיקי האג"ח אינה מהווה הכרה בזכאות MNS, **אלא מטעמי זהירות סביב חלוקת דיבידנד מההסדר**, נוכח אפשרות שפסיקת ביהמ"ש תשנה את תמונת ההסדר שאושר בבימ"ש המחוזי. אין בהותרת העתודה ע"י מחזיקי האג"ח כדי להעיד על הסכמת החברה בזמן אמת לדרישת מענק הצלחה, ו/או ליתר הגשת ת.חוב.

18. ביהמ"ש אף שגה בהנחה כי על החברה היה לפנות לביהמ"ש של הסדר בהודעה ביחס לדרישת MNS (עמ' 6 ש' 5-6), שכן נקבע מנגנון הכרעה בתביעות נושים בהסדר החוב, אשר MNS הכירה ובחרה להתעלם ממנו. 19. עולה כי קביעת ביהמ"ש קמא לפיה אין בענייננו מחסום דינוי לבירור התביעה, מושתתת על הבנה שגויה (בכל הכבוד) הן של הוראות הסדר הנושים עצמו; הן של דיני הסדרי חדלות פירעון המחייבים הגשת תביעת חוב וסופיות בגיבוש מצבת הנשייה; והן של מעמדם של מחזיקי האג"ח אשר לא נתבעו על ידי MNS.

2.ד - שגה ביהמ"ש קמא בקביעה כי MNS זכאית לקבל את המענק על פי תנאי ההסכם

20. בהתאם לניתוח בעמ' 6-8 לפסה"ד, ביהמ"ש קמא קבע, כי MNS זכאית לקבל את מענק הצלחה דנן. 21. גם ניתוח זה מבוסס הן על שגגות משפטיות ועל הסקת מסקנות שגויה מהעובדות, תוך הימנעות מהתייחסות/מתן משקל לראיות משמעותיות המנוגדות לזכאות למענק. נתייחס לדברים להלן. 22. **הקדמה** - מהראיות שאינן במחלוקת, עולה כי משך פרק זמן קצר של כ-3 חודשים לאחר חתימת ההסכם ("שלב 1" לעיל), אכן סיפקה MNS שירותי ייעוץ כלכלי מהסוג לטובתו נשכרה ע"י החברה, ובתקופה זו גובשה, עדיין בהובלת החברה, עסקת אפי פיתוח שכאמור צמצמה את היקף חובות החברה למחזיקי האג"ח אך לא היוותה הסדר חוב מלא. אלא, שהחל מחודש דצמבר 16', חל שינוי מהותי, כאשר הנושים החליטו ליטול מושכות גיבוש הליך הסדר החוב ולנהל אותו בעצמם (כפי זכותם, שהרי בנסיבות חדל"פ החברה הינה בגדר רכוש הנושים [5]). זהו "**קו פרשת המים**" בענייננו; החל ממועד זה, מחזיקי האג"ח הם שניהלו משך כ-3 שנים מו"מ ממושך ומורכב, בסיוע בנקאי השקעות ייעודי ויועצים מטעמם, מול המציעים השונים שהתעניינו ברכישת החברה (לרבות סיידוף, בן משה ולפידות), ובעניין התנאים המסחריים של ההסדר שעמד על הפרק (בגלגולים שונים).

23. **החל ממועד זה ("שלב 2"), חל גם שינוי דרסטי בעבודת MNS: היקפה הצטמצם כמעט לחלוטין (כעולה מחיובי השעות); וגם אופי העבודה השתנה: עבודתה התמצתה בהמלצה לועדה, על האופציה העדיפה**

מבחינת הנושאים: ביסוס עדיפות חלופת ההסדר על פני חלופת הפירוק. MNS אישרה כי זו הייתה עבודתה העיקרית בשלב זה (סעי' 15 שרון, סעי' 18, 40, מע-7), וטענה כי גם עבודתה ב"שלב 2" היא "חלק מהעבודה על הסדר החוב". אולם בפועל, מדובר בלוליינות מילולית מצד MNS: השוואה בין הצעת הסדר שלמה שכבר גובשה במלואה ("מוצר מוגמר"), שהוצגה לוועדה (שלא הייתה מעורבת כלל בהליך גיבושה), לבין חלופת פירוק, וגם זאת: מנקודת המבט של הנושאים, שממילא כבר ברורה בשלב זה (שכן הנושאים כבר הצביעו מהי האופציה העדיפה מבחינתם מבין ה-2) - הינה אמנם שירות מסוג ייעוץ כלכלי הנוגע להסדר החוב, אך זהו כבר שירות מסוג שונה, שאינו עולה (לא מבחינה לשונית ולא מסחרית) כדי "ייעוץ כלכלי לחברה בגיבוש הסדר חוב עם הנושאים" (סעי' 1 להסכם). לא בכדי, שירות זה גם לא נזכר כלל בסעי' 3 להסכם השירותים ש-MNS עצמה ניסחה. לפיכך, שירות שונה זה, אינו יכול לזכות במענק גם לפי לשון ההסדר.

24. לוליינות נוספת של MNS עלתה בהתייחסותה לעבודתה ב"שלב 4", אותה ייחסה גם כן לעבודה על הסדר החוב לטובת המענק (סעי' 27 למע-7). אולם עבודה זו נעשתה בכלל במסגרת הסכם שונה, כמוסבר להלן.

25. עוד יצוין, כי גם הסדר סיידוף וגם הסדר בן משה ה-1, בעניינם התכנסה הוועדה, ממילא לא אושרו בסופו של דבר; כאשר בשלבים מאוחרים יותר של המגעים להסדר - ביחס להסדר בן משה ה-2 (שאושר ובוטל), וביחס להסדר לפידות אשר הושלם - הוועדה כבר בכלל לא התכנסה (ו-MNS לא סיפקה שום ייעוץ, בכלל).

26. בנסיבות אלו, וכפועל יוצא מהחלטת הנושאים לקחת את מושכות הליך גיבוש הסדר החוב לרבות איתור מציעים וניהול מו"מ עם התנאים המסחריים של ההסדר - החל ממועד זה, ולמרות שההסכם לא בוטל על ידי החברה, יכולתה של MNS לקבל את המענק בהתאם להסכם, הגיעה לכדי מיצוי, וזאת שלא עקב חוסר תום לב מצד החברה. במצב זה למעשה, התממש סיכון חוזי לאי העמדת ייעוץ כלכלי לטובת גיבוש הסדר חוב אשר MNS עם נסיונה הרב בתחום חדלות הפירעון והסדרי החוב הייתה מודעת לאפשרות התרחשותו או למצער הייתה צריכה להיות מודעת לו; וכאשר הימנעותה מהכללת תניה בנושא, לפיה מענק ההצלחה מגיע בכל מקרה מרגע ההתקשרות, מעידה שנטלה הסיכון להתממשות תרחיש זה.

27. על רקע זה, נתייחס לשגגות שנפלו בהסקת המסקנות של ביהמ"ש קמא מהעובדות ובניתוח המשפטי שלו.

28. ראשית, שגה ביהמ"ש בפרשנות הסכם הייעוץ עת ראה בו ככזה שאינו יוצר קשר סיבתי בין פעולת הייעוץ שעל המשיבות לספק לחברה לבין זכאותן למענק ההצלחה (עמ' 7 ש' 15-13) - "ההסדר" מושא מענק ההצלחה (סעי' 4 להסכם), הינו אותו הסדר (בה"א הידיעה) אליו מתייחס סעי' 1 - שעל MNS לספק שירותי ייעוץ כלכלי לטובת גיבושו (ולא "הסדר כלשהו" בין החברה לנושיה אשר ל-MNS אין מעורבות בגיבושו). מכאן נובע גם, כי לפי לשון החוזה הברורה (ובניגוד לקביעת ביהמ"ש קמא) - תנאי לזכאות MNS למענק, הינו: העמדה בפועל של שירותי ייעוץ כלכלי לחברה בגיבוש הסדר חוב שלם ומלא עם הנושאים הפיננסיים שלה. כלומר, לפי לשון ההסכם, אין זכאות למענק מקום בו לא הועמדו בפועל שירותי ייעוץ כלכלי לטובת ההסדר שאושר בחברה בשנת 2020 - הסדר לפידות אשר MNS לא הייתה מעורבת בו. לחילופין וכמפורט להלן, גם פרשנות תכליתית של ההסכם מחייבת קביעה כאמור.

29. שנית, ביהמ"ש קמא שגה בקביעה כי MNS סיפקה שירותי ייעוץ לטובת הסדר לפידות - על אף ש-MNS מודה כי השירותים שסופקו הינם ביחס ל"ביסוס חלופת הסדר על פירוק", ביהמ"ש הגיע למסקנה (עמ' 6-8) כי MNS אכן סיפקה שירותי ייעוץ לטובת ההסדר שאושר בסופו של דבר (לפידות), וזאת ב-2 מישורים:

30. ראשית, ביהמ"ש הסיק כי "הוכח כי פעולות ומסמכים שנעשו ע"י התובעות בתחילת הדרך שירתו את הנוגעים בדבר גם בהמשך הדרך, כמעין תשתית רלוונטית חיונית, כך שגם במובן זה ישנה זיקה, ככל שנחוצה, בין פעולות התובעות לבין הסדרי החוב שנעשו". בכל הכבוד, ביהמ"ש כלל לא נימק כיצד הגיע למסקנה לפיה עבודת MNS על הסדר אפי פיתוח היוו "תשתית חיונית" היוצרת זיקה לכל הסדר חוב שנעשה אחריו, ובאלו ממצאים עובדתיים נתמכה המסקנה. בין היתר, ברי כי המסקנה לא התבססה על

חוו"ד מומחה כלכלי, או על קביעה משפטית של ביהמ"ש של חדל"פ שאישר הן את עסקת אפי פיתוח והן את הסדר לפידות. היעדר ההנמקה כשלעצמו, מעיד על חוסר הבסיס למסקנה אליה הגיע ביהמ"ש קמא.

31. אך מעבר להיעדר ההנמקה, ביהמ"ש קמא התעלם מראיות משמעותיות ביותר, אשר מעידות **דווקא ההיפך** - לא ניתן לראות בעסקת אפי פיתוח כ"תשתית חיונית" להסדר לפידות, שאושר למעלה מ-3 שנים לאחריה - מדובר בפרק זמן ארוך מאוד, במסגרתו חלו שינויים רבים בחברה, נכסיה, ובי"סביבת" הסדרי החוב שעמדו על הפרק ותנאיהם, ולרבות מכירת נכסים מהותיים בסכומים גבוהים בהרבה מהסדר אפי פיתוח, ואף נפתח בגינו הליך חדל"פ חדש ונפרד בבימ"ש זה. גם חוו"ד מומחה ביהמ"ש מיום 27.10.19 (נ-21 נדב, ע' 1275) שקדמה לאישור הסדר לפידות, לא ציינה את עסקת אפי פיתוח משנת '16 כ"תשתית חיונית" להסדר החוב; למעשה, הן בהחלטת ביהמ"ש שאישרה את הסדר לפידות ביום 27.11.19 (נ-13 למע-3); ואף בהחלטה (שבוטלה) בה אושר הסדר בן משה ה-2 מיום 2.9.18 (נ-13 שרון) - עסקת אפי פיתוח **כלל לא הוזכרה** (!) כחלק מסקירת הרקע העובדתי הרלוונטי להסדר, דבר **השולל** את מסקנת היותה "תשתית חיונית". גם במאמר מוסגר, נדב בחקירתו הבהיר כי גם ללא הסדר אפי ניתן היה להשלים הסדר חוב בחברה בדרכים שונות (מע-11, עמ' 68 ש' 28). מכאן שקיימת הצדקה להתערב במסקנת ביהמ"ש קמא.

32. **שנית**, ביהמ"ש הסיק כי "התובעות כן ביצעו פעולות ייעוץ והכנה רבות במהלך השנים שלאחר חתימת הסכם הייעוץ ובנוגע ולקראת הסדרי החוב השונים... אמנם אין חולק כי פעולות התובעות הלכו והתמעטו עם השנים, אולם הראיות מלמדות בבירור שגם התובעות והתוצרים שלהן... שימשו במסגרת המגעים להסדרי החוב" - מדובר, בכל הכבוד, בתיאור שגוי של עבודת MNS לאחר חתימת ההסכם, כעולה בבירור מחומר הראיות ועמדת MNS עצמה וכמוסבר לעיל. פעולת MNS לא "הלכה והתמעטה עם השנים", אלא התמעטה דרסטית כבר לאחר כ-3 חודשים בלבד מחתימת ההסכם, ופסקה כליל בסוף "שלב 2" בשנת '17. תוצרי MNS מהתקופה שפעילותה התמעטה לה מתייחס ביהמ"ש, הן 3 מצגות שהכינה בשלבים מוקדמים ביחס לעדיפות חלופת הסדר על פירוק (ר' 2 מהן: **מע-13-12**, מצגת יוני '17 לא הוצגה בהליך); אולם בשונה מהאמור בפסה"ד - מצגות אלו כלל לא שימשו במסגרת המגעים בין מחזיקי האג"ח למציעים לגיבוש הסדר החוב (אשר הוועדה לה הוצגו, לא הייתה מעורבת בהם); אלא השוו בין חלופת הסדר **שכבר גובשה במלואה** לאחר השלמת המגעים, לבין חלופת פירוק. מעבר ל-3 מצגות אלו ולשתי עבודות MNS **בהיקף מינימאלי** ב"שלב 3", וב-"שלב 4" (שלא קשורות להסדרי החוב שעל הפרק, ר' להלן) - לא בוצעה כל עבודה ע"י MNS.

33. **בניגוד גמור למסקנת ביהמ"ש קמא - MNS לא הייתה מעורבת בכלל, בשום צורה, בייעוץ סביב אף אחד משני ההסדרים אשר כן זכו לאישור בית המשפט** - הסדר בן משה ה-2 שאושר ובוטל, ולאחריו הסדר לפידות אשר הושלם בינואר 2020, ומכאן שודאי שתוצריה לא שימשו לטובת 2 הסדרים אלו. **הבחנה ברורה** זו, **נעדרת מפסה"ד, וביהמ"ש קמא התעלם לחלוטין מכך ו/או לא שם לב לפרט מהותי זה בחומר הראיות**.

34. מעבר לשגגה עיקרית זו בניתוח המנגנונים בהסדר החוב, השירותים שסיפקה בפועל MNS (היעדר) הזיקה בינם לבין הסדר החוב שאושר בפועל (הסדר לפידות), נפלו גם שגגות נוספות בניתוח הפרשה, כדלקמן.

35. **שגה ביהמ"ש קמא בקביעתו (עמ' 6) לגבי חוסר עקביות בגרסת החברה** - טענת החברה לא הייתה כי מענק ההצלחה הותנה רק בהסדר עם בעל השליטה לשעבר לבייב, אלא כי הסדר לבייב הוא שעמד על הפרק במועד ההתקשרות בהסכם וכי הוועדה הבלתי תלויה הוקמה לאור מעורבות בעל השליטה בהסדר. ככל שבהמשך (לאחר חודש ספטמבר '16) החברה הייתה מנהלת מו"מ עם הנושים לגיבוש הסדר החוב (גם למול מציע שאינו לבייב), ו-MNS הייתה מספקת ייעוץ לטובת מו"מ זה - אזי הייתה עשויה להתקיים זכאות למענק במידה והסדר כזה היה מאושר (בתנאים הרלוונטיים, שלא התקיימו). הדברים נכתבו מפורשות בסיכומים (מע-8, סע' 14). דברי נדב לדירקטוריון המערערת (נ-27 נדב), שנערך עובר לאישור הסדר לפידות, היו כי **"בנסיבות העניין ובשים לב לקריסת הסדר בן משה"** אין זכאות למענק (ע' 1397), לא סותרים עמדה עקרונית זו. זו הייתה עמדת החברה לאורך כל הדרך ולא היה כל "זגזוג" בעמדתה המחליש את גרסתה.

36. אולם, זה לא היה המצב, ובפועל, כמוסבר לעיל וכעולה מתצהיר נדב, החל מחודש דצמבר 16' הנושים נטלו מושכות גיבוש הליך הסדר החוב, ו-MNS לא סיפקה ייעוץ כלכלי לטובת גיבושו (אלא שירות מסוג אחר).
37. **ביהמ"ש קמא, נמנע לחלוטין מדיון בהחלטת הנושים לקחת לידיהם את מושכות הליך גיבוש ההסדר החל מסוף שנת 2016, על השלכות החלטה זו על ההסכם דנן (שינוי מוחלט של אופי השירות וצמצום דרסטי בהיקפו), ובמסגרת זאת - על היכולת לקבל את המענק לאורה.**
38. **שגה ביהמ"ש קמא בזקיפת משקל לחובת החברה באי העדת מנכ"ל החברה לשעבר, וסמנכ"ל הכספים (עמ' 6 ש' 32 - עמ' 7 ש' 5) - ראשית, ביהמ"ש קמא מנה זאת כאינדיקציה המחזקת את פרשנות ההסכם באופן שמחיל זכאות למענק גם על אישור הסדר שלא עם בעל השליטה לבייב (ר' גם ציטוט עמדת העד ברנר (עמ' 7 ש' 5)). אלא, שהחברה לא חלקה ואינה חולקת על כך, כאמור לעיל. שנית, ההנחה הראייתית בעניין הימנעות מהבאת עד רלוונטי, אינה חלה כשמוזמנים חלק מהעדים הרלוונטיים [6] - בענייננו הובא נדב שהיה גורם בכיר ביותר בחברה, מכיר את העובדות ואין מחלוקת כי ניהל גם את הדיונים הן בכתב והן בע"פ מול שרון בעניין המענק לאחר דרישתו (מע-11, עמ' 36 ש' 13-7); שלישית, בפסיקה נקבע כי צד אחד אינו יכול ליהנות מאי-הבאת ראיה בידי יריבו, ועליו לפעול (לרבות ע"י צווים שיפוטיים) להבאת אותה ראיה בעצמו [7]. שרון אישר שקיימות עמם "מערכות יחסים חבריות" (עמ' 13 ש' 12), אולם נמנע מהבאתם לעדות, ואין חולק שיכל להזמין - בדיוק כפי שעשה עם רוני. במקרה בו הנתבע נמנע מהבאת עד בשליטתו אך גם התובע נמנע מהזמנתו לעדות, אזי זקיפת אי הבאת הראיה תהיה לחובת מי שנטל ההוכחה עליו, ובענייננו נטל ההוכחה היה על MNS; רביעית, מדובר בחברה שיצאה מהסדר חוב עם צו חוסם מתביעות והנהלה חדשה, כאשר שני נושאי המשרה הנדונים כבר אינם בתפקידם - כך שממילא, אין לראות בהם כעדים בשליטת החברה. ביהמ"ש קמא נמנע מיישום שיקולים אלו, ושגה במתן המשקל לעניין.**
39. **שגה ביהמ"ש קמא בניתוח התנהלות הצדדים בזמן אמת (עמ' 8) - ביהמ"ש התייחס באופן שגוי לראיות הנוגעות להתנהלות הצדדים לאחר חתימת ההסכם, וראה בהן שלא בצדק חיזוק לזכאות למענק:**
- 39.1. **ההימנעות מלהשיב בכתב לדרישות המענק ששיגרה MNS תחילה ביום 23.11.17, ואח"כ הודעות דוא"ל לאקונויות לרוני ברנר בימים 2.9.18 ו-25.9.18 (נ-18,19 שרון, ע' 848-853) - הוכח כי בין שרון לנדב נערכו שיחות בעניין עמדת החברה המתנגדת לזכאות MNS למענק, ובזמן אמת עוד טרם אישור הסדר לפידות (כמתואר בסעי' 85 נדב). במסגרת זאת, אין חולק שנדב תיאר במפורט בפני צדדים שלישיים בכתב ובזמן אמת את תוכן שיחותיו עם שרון המאוחרות לדרישת המענק: (1) בנ-26 נדב (ע' 1381), מתאר נדב בהודעת דוא"ל לנציגות האג"ח כי שרון "הסכים עמו" לגבי אי תרומת MNS להסדר אך בכ"ז ביקש לקבל משהו. (2) בנ-27 נדב (ע' 1383), מסמך שביהמ"ש קמא עצמו הסתמך עליו, עמ' 6, 9), עדכן נדב את הדירקטוריון כי במסגרת ניסיון לסגירת כלל הנושאים הפתוחים, שרון ביקש "לקבל תשלום סופי של 100,000 ₪", אך הדרישה סורבה ע"י נציגות מחזיקי האג"ח. מדובר באינדיקציות ברורות הן לכך שכן הייתה תגובה מתנגדת מהחברה לדרישות המענק; ולקיום שיח על היעדר זכאות MNS למענק בנסיבות העניין ודרישת פיצוי בסכום נמוך בהרבה. נדב גם העיד על שיחותיו עם שרון בחקירתו מיום 2.12.20 (מע-14, עמ' 2).**
- בחקירתו הודה שרון בסופו של דבר בקיומן של שיחות בינו לנדב לאחר דרישות התשלום שלו מ-09/18 (מע-11, עמ' 36, ש' 13-7). בפועל החברה סירבה לאורך כל הדרך, החל מדרישת התשלום הראשונה שהוגשה עוד בנובמבר 2017 (נ-18) לשאת במענק ההצלחה והדבר הובהר לשרון בזמן אמת. זאת ועוד, הדעת נותנת כי דרישת תשלום שאינה נענית משך למעלה משנתיים, אף אם לא היו הדברים מובהרים מפורשות בשיחות שנערכו עם שרון, אינה מעידה על הסכמה. ביהמ"ש קמא התעלם לחלוטין מראיות ומעדויות אלו (מהן עולה מסקנה הפוכה), לא נתן להן את המשקל ההכרחי, ובכך שגה.**
- 39.2. **התייחסות החברה ברישומים פנימיים שלה למענק - ביהמ"ש קמא התייחס ל-2 מסמכים:**

- 39.2.1. מסמך נ-1 רונן לגביו נטען שמלמד שהחברה הכירה במענק בסך 800 אש"ח ל-MNS לקראת הסדר בן משה ה-1. התברר שמסמך זה סופק לרונן ע"י MNS עצמה, שטענה כנגד החברה שלא צירפה את המסמך לגלמ"ס (ובעצמה נמנעה מגילוי). נדב בתצהירו (סעי' 86) פירט שהוא לא מכיר את המסמך ומדוע אין למסמך זה משקל להוכחת הטענה להכרת החברה במענק. הסבריו לא נסתרו והובהר שמדובר במסמך פנימי לגביו צוין שהוא "כפוף לבדיקה" ואינו נושא תאריך (קרי לא מדובר בתשלום מאושר). ברור שאין בסכום ה"כפוף לבדיקה" כדי להוות אישור החברה/בן משה לתשלום המענק, כי אם להפך, להעיד כי אינו מאושר. ממילא, רונן אישר בעדותו שלא ידוע לו כי הבדיקה הסתיימה ואושר מענק ל-MNS (עמ' 15 ש' 32-34); אי היכרות רונן ששימש בתפקיד כספי בכיר בחברה, באישור דרישת המענק נ-18 שרון (שהופנתה אליו) שוללת הכרת החברה במענק בזמן אמת טרם אישור הסדר בן משה 1 (שאף לא אושר).
- 39.2.2. קובץ דומה ועדכני יותר, שמקורו תאריכו ונסיבותיו כן ידועים, הוצג בנ-28 נדב, ע' 1399 (מייל לנציגות הנושים מהתקופה שקדמה להסדר לפידות), במסגרתו הוצג לנושים הערכת תשלום ל-MNS בסך 400 אש"ח, לגביו צוין (בניגוד לסכומים אחרים) שהוא "במחלוקת, למעט סך של 75,000 ₪ שאינו במחלוקת". ביהמ"ש קמא, באופן תמוה, כלל לא מנתח את נסיבות 2 המסמכים, מקורם, והעדויות לגביהם; מתעלם מכך שבכל אחד מהמסמכים מצוין סכום שונה של מענק, ויש הערות המסייגות את הזכאות למענק (מדובר בהערכות לא מחייבות ולא בנתון רשמי המתייחס לסכום כמקובל); ומגיע למסקנה פשטנית (ושגויה) לפיה עצם ההתייחסות לדרישת המענק במסמך פנימי, ומבלי להתייחס לנסיבות והערות המסייגות, מחזקת את הזכאות למענק. בכך נפלה שגגה תחת ידו של ביהמ"ש קמא.
- 39.3. התייחסות לעדות נדב לפיה ניסה במגעים מול MNS לספק להם הטבה כלכלית חלף המענק: אכן בתצהירו ובעדותו תיאר נדב שהחברה מסרה ב-2019 ל-MNS עבודה נוספת (רווחית במיוחד) כ"מחווה מסחרית" על רקע הסירוב לשלם את מענק ההצלחה תחת הנסיבות וכפיצוי מסוים. אלא שבכל הכבוד, מתן "מחווה מסחרית" ל-MNS לצד אי תשלום המענק אינו יכול להוות חיזוק לזכאותה למענק, אלא בדיוק ההיפך - הדבר מחזק את עמדתה העקבית של החברה כנגד הזכאות למענק בנסיבות שנוצרו (ר' גם להלן).
40. מנגד, ביהמ"ש קמא שגה עת התעלם מראיות מהותיות נוספות בחומר הראיות: ביהמ"ש קמא בניתוחו, התעלם לחלוטין מראיות משמעותיות בענייננו, ולא נתן להן שום משקל הגם שהדבר היה מתחייב.
- 40.1. מחווה מסחרית: הסכם נפרד ורווחי בגין עבודה על חו"ד "המפעיל" (שלב 4) - כאמור בתצהיר נדב, שלא נסתר, בגין חו"ד ביחס לנכס המפעיל קיבלה MNS שכר טרחה נפרד במנותק מההסכם (סעי' 85.2), וזאת כמחווה מסחרית נוכח אי זכאותה למענק ההצלחה. ביטוי חיצוני לכך ומזמן אמת עולה גם מנ-26, 27 נדב (ע' 1381). בחינת עבודת MNS ב"שלב 4", מחזקת הנסיבות המעידות על הבנת הצדדים כי מוצתה היכולת של MNS לקבלת המענק בנסיבות, ובדבר היות עבודה זאת מחווה מסחרית, וזאת ב-2 היבטים: (1) העובדה שחו"ד המפעיל נעשתה בתנאים שונים (תעריף אחר לגמרי) מההסכם; ל-MNS אין הסבר, אם אכן כגרסתה (סעי' 27 למע-7) "שלב 4" הינו חלק מהשירותים לטובת המענק - מדוע הדבר נעשה תחת הסכם שונה?; (2) עבודה רווחית ביותר (תעריף גבוה בהרבה מההסכם): 75,000 ₪ + מע"מ כנגד השקעת 26 ש"ע בלבד. ביצוע עבודת שלב 4 תחת הסכם שונה, מהווה לשיטת החברה ראיה משמעותית להתנהלות הצדדים המאוחרת להסכם, שביהמ"ש כלל לא התייחס אליה, ובכך שגה.
- 40.2. מתן שירותים לקבוצת בן משה - בניגוד לטענת MNS כי לאור התקשרותה בהסכם נמנעה להציע שירות לגורמים אחרים המעורבים בהסדר (סעי' 41, 50 שרון), התברר כי MNS דווקא סיפקה, משנת 17, שירות לתאגידים בשליטת בן משה. כעולה מתצהיר משלים נדב (מע-15), ערכה MNS עבור "דור אלון" הערכת שווי לחברות המפעיל במרץ 18 (נ-18) עליה קיבלה תשלום (ר' עמ' 1 למצגת); והשתתפה בישיבות דירקטוריון דור אלון בחודש 11/17 ו-3/18 (נ-18 א' ב', שם). מעבר לכך שמסמכים אלו לא נזכרו, במכוון, בתצהיר שרון, ניתן להם הסבר מטעה בתצהיר המשלים מטעמו (מע-16, סעי' 10 שם), כביכול אלו נערכו

"לאחר שקבוצת דור אלון (בשליטת בן משה) רכשה את המפעיל מידי אפריקה השקעות" (ר' גם עמ' 35 ש' 6-1 לחקירתו). אלא שבפועל, חוות הדעת נערכה לאחר שבוטל הסדר בן משה כמפורט בס' 66.3 לתצהיר נדב; בעוד שנכס המפעיל מומש באופן נפרד במאי 2019 (ס' 14.18 שרון). לכן לא יכול להיות שחוו"ד MNS לדור אלון משנת 2017, ניתנה לאחר מכירת נכס המפעיל. מעבר לכך, הגם ש-MNS טענה כי מתן שירותים אלו אושר ע"י החברה וב"כ בכתב - לא צורף כל אישור בכתב כאמור כאשר אף העד מטעמה, מר ברנר, לא היה מודע בחקירתו (עמ' 6 ש' 35) לביצוע עבודות אלו עבור מציע חיכוני. אגב, חרף הטענה שמדובר במקרה יחיד (ר' סע' 44 לסיכומים (מע-14)) - עיון במצגות מע-12-13, מעלה כי בעמ' ה-1 שלהן מצוין במפורש: "בשנה האחרונה ביצענו עבודות לקבוצת הריבוע הכחול.." [תאגיד אחר בשליטת בן משה, הח"מ]. מכאן, עולה כי MNS ביצעה עבודות נוספות, בסכומים לא ידועים - שגם לא גולו. ביהמ"ש לא התייחס כלל בפסה"ד לטענות אלו, העומדות בסתירה לטענות MNS לגבי הימנעותה להעמיד שירותים לגורמים אחרים.

41. לחילופין, שגה ביהמ"ש קמא כשלא בחן את התכלית האובייקטיבית של ההסכם - גם בחינת התכלית האובייקטיבית של ההסכם, המושפעת בין היתר מעקרון תום הלב ומשיקולי היגיון, יעילות עסקית ושכל ישר, מעידה כי אין הצדקה בענייננו לתשלום המענק. שיקולים אלו מחייבים הכרה כי מקבל מענק הצלחה ביחס לשירותים שמספק, יהווה "גורם יעיל" בהשגת הצלחה; ובענייננו כי MNS תהיה גורם יעיל בקשר עם גיבוש הסדר החוב. המשמעות הינה, שפרשנות ההסכם לאור תכליתו האובייקטיבית, מחייבת מעורבות, ואולי אף משמעותית, של MNS בתהליך גיבוש הסדר החוב עם הנושים, לצורך קבלת המענק; וכחלק מכך - העמדת חלק ניכר מהשירותים הנזכרים בסע' 3 להסכם, ובמיוחד: גיבוש מתווה הסדר החוב עבור החברה, השתתפות במו"מ מול הנציגות והנאמנים, וליווי כתיבת מסמכי ההסדר (3 ג', ה', ט'). ההסכם אינו בבחינת "כרטיס לוטו" שיזכה במענק ללא מעורבות או השתתפות בגיבוש ההסדר. חזקה על MNS שניסחה את ההסכם, כי אם זו הייתה כוונתה הייתה כוללת אמירה ברורה לעניין.
42. יש לבחון בהקשר זה את ענייננו, תוך הקבלה לדרישה הקיימת לעניין דמי תיווך. בפסיקה נקבע כי זכאות מתווך לתשלום, מותנית תמיד בכך שהוא יהיה הגורם היעיל שביסוד העסקה, גם אם מדובר במתווך בלעדי [8]. בפסיקה נקבע שאין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת שהובילה לסגירת העסקה "בבחינת סיבה-בלעדיה-אין" ועליו להיות הגורם היעיל. לצורך כך הוצעו מבחני עזר, לרבות: חלוף הזמן בין הצעה מקורית להצעה שהתגבשה, אינטנסיביות הקשר, תנאי התשלום שסוכמו במקור לעומת הסיכום הסופי, ועוד [9]. לשיטת החברה יישום מבחני העזר הרלוונטיים שולל את היות MNS גורם יעיל בהשגת ההסדר. היא לא הוכיחה כי יש לה תרומה כלשהי בכלל, ובטח שלא תרומה מכרעת או להסדר שהושלם (לפידות).
43. לחילופין בלבד ולמען הזהירות, תטען החברה שיש להחיל בנסיבות אשם תורם בשיעור משמעותי על MNS, ע"ב "מבחני העזר" בעניין [10], ולרבות: מומחיות MNS ונסיונה הרב בתחום הסדרי חוב וחדל"פ ויכולתה להערכת התרחישים על הפרק (ר' גם סע' 2 להסכם); נגישותה לכל המידע הרלוונטי; ניסוח ההסכם על ידה ואי הבהרת התנאים במקרה בו אינה מעורבת עוד בגיבוש הסדר החוב; אי הגשת ת.חוב ויישוב המחלוקת תחת המנגנון שנקבע בהסדר; שיקולי מדיניות שיפוטית בשים לב שמדובר בהליך חדל"פ.
44. חיוב אגרה ביתר - שגה ביהמ"ש קמא כשחייב המערערת במלוא האגרה ששולמה בגין התביעה, הגם שהתביעה התקבלה באופן חלקי בלבד.

רשימת אסמכתאות משפטיות לערעור

- [1] - פש"ר (י-ם) 59344-01-12 נידר חברה לבנין ולפיתוח בע"מ (בהסדר נושים) נ' הכנ"ר, פסקה 18.
- [2] - רע"א 8797/08 אי.אס.אי.ייעוץ נ' שרון פאוור ואח' (2.10.13), פסקה 23-24 לפס"ד; פש"ר 1765-02 שלמה נס נ' אפקון (16.5.04), פסקה 6-7; תת (ת"א) 13198-09-22 שאוליאן נ' ברגרזון (28.11.22) פסקה 46; פרי"ק 28983-01-17 גורביץ' נ' הכנ"ר (14.3.22).
- [3] - חדל"ת 25064-10-19 אפריקה ישראל נ' הממונה (24.10.19).
- [4] - רע"א 2270/19 עו"ד יניב אינסל נ' כונס הנכסים הרשמי (24.6.19), פסקה 12.
- [5] - ר', מני רבים: סע' 12 להחלטה מיום 28.7.16 (נ-5 שרון); סע' 15 לפסק הדין מיום 2.9.18 (נ-13 שרון, שבהמשך בהחלטה מיום 18.2.19 בוטל - נ-18 נדב); חדל"ת 25064-10-19 אפריקה ישראל נ' הממונה (27.11.19) סע' 9.1.1 - והאסמכתאות המוזכרות בהם.
- [6] - יעקב קדמי, על הראיות חלק רביעי (2009), 1893, 1902.
- [7] - יעקב קדמי, על הראיות חלק רביעי (2009), 1893, 1901; ע"א 793/89 גינדי נ' כלל, פ"ד מו(3) 324, 331 (1992).
- [8] - רע"א 4036/16 קבוצת בראל נכסים בע"מ נ' אופיר בנימין (20.7.2016)
- [9] - ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' מנהלת עיזבון ביר, פ"ד מח(3) 116 (1994), פס' 9 לפסק הדין.
- [10] - ע"א 4697/05 גבאו אסטבלישמנט נ' דוד דודאי (27.8.12), פסקה 64 לפסק הדין.

תוכן עניינים

מס' עמ'	שם הנספח	מס'
14	העתק פסק דינו של ביהמ"ש קמא	1
25	העתק כתב התביעה דלמטה	2
207	העתק בקשת הרשות להתגונן	3
661	העתק תצהיר עדות ראשית מטעם המשיבות - שרון זאורבך	4
892	העתק תצהיר עדות ראשית מטעם המשיבות - רונן ברנר	5
900	העתק תצהיר עדות ראשית מטעם המערערת - נדב גרינשפון	6
1447	העתק סיכומי המשיבות	7
1461	העתק סיכומי המערערת	8
1477	העתק סיכומי התשובה של המשיבות	9
1481	פרוטוקול הדיון בביהמ"ש קמא מיום 28.9.22	10
1484	פרוטוקול הדיון בביהמ"ש קמא מיום 24.11.22	11
1555	העתק מצגת MNS מחודש נובמבר 2017 (השוואה בין חלופת הסדר סיידוף לחלופת הפירוק)	12
1565	העתק מצגת MNS מחודש נובמבר 2017 (השוואה בין חלופת הסדר בן משה ה-1 לחלופת הפירוק)	13
1580	פרוטוקול הדיון בביהמ"ש קמא מיום 2.12.20	14
1585	העתק התצהיר המשלים מטעם המערערת	15
1634	העתק התצהיר המשלים מטעם המשיבות	16