

7-16 | 686 | 10

אוי הן | 3 סיני

נשיץ, ברנדס ושות'

16-06-2010

דואר וכנס



בבית המשפט העליון

רע"א 4986/08

כבוד השופטת אי' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית

בפני:



TYCO BUILDING SERVICES

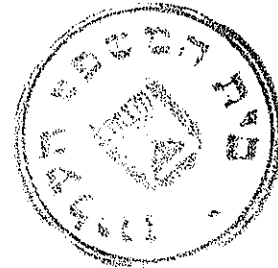
המבקשת:

נגד

1. אלבקס וידיאו בע"מ
2. מגאסון אלקטרוניקה ובקרה בע"מ

המשיבה:
משיבה פורמלית:

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בת"א-
יפו מיום 27.4.08 בת.א. 1952/03 שניתנה על ידי כבוד
סגנית הנשיא השופטת ד"ר ד' פלפל



כ' בכסלו תשי"ע (7.12.09)

תאריך הישיבה:

עו"ד אי' אלכסנדר נשיץ; עו"ד שי צפוני

בשם המבקשת:

עו"ד גי' וינס; עו"ד אי' גלרשטיין

בשם המשיבה 1:

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו בקשת רשות ערעור המופנית נגד החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד סגנית הנשיא, השופטת ד"ר ד' פלפל) בת.א. 1952/03 מיום 27.4.2008, שבמסגרתה נקבע כי אין תניית בוררות מחייבת בין הצדדים ולפיכך אין מקום לעכב את ההליכים בתביעה לפי סעיף 5 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות).

הרקע העובדתי

1. המבקשת, Tyco Building Services Pte Ltd. (להלן: Tyco), היא חברה הרשומה בסינגפור ועוסקת בתחום האספקה וההתקנה של ציוד אלקטרוני הקשור למערכות ביטחון. המשיבה, אלבקס וידאו בע"מ (להלן: אלבקס), היא חברה הרשומה בישראל, שעוסקת בין היתר בייבוא ושיווק מערכות טלוויזיה במעגל סגור. המשיבה הפורמאלית, מגאסון אלקטרוניקה ובקרה בע"מ (להלן: מגאסון), היא חברה הרשומה בישראל ועוסקת בתחומי האספקה וההתקנה של ציוד אלקטרוני הקשור למערכות ביטחון.

2. בשנת 2001 פרסמו מחלקת העבודות הציבוריות ורשות בתי הסוהר של סינגפור מכרז בינלאומי לאספקתן והתקנתן של מערכות טלוויזיה במעגל סגור לשימוש בבתי הסוהר בסינגפור. בתנאי המכרז נדרשו המציעים להקים מיזם משותף עם חברה מקומית שעיסוקה בתחום המערכות ולהחזיק נציגות בסינגפור. אלבקס הסכימה ליצור קשר בין Tyco לבין מגאסון, על מנת שהשתיים תשתפנה פעולה בהליכי המכרז, זאת בתנאי ש-Tyco תתחייב בפניה שהיא תציע במכרז רק את המערכות של אלבקס ותשתמש רק במערכות אלה אם היא תזכה במכרז. לאחר שאלבקס יצרה את הקשר בין Tyco לבין מגאסון, הקימו השתיים מיזם משותף לצורך המכרז ואף זכו במכרז בסופו של דבר.

3. על פי הנטען בכתב התביעה שהגישה אלבקס, סוכם בין הצדדים כי אלבקס תשלח למגאסון הצעת מחיר ובמקרה של זכייה במכרז תשלח מגאסון לאלבקס הזמנת רכש. ואכן, ביום 18.1.2001 מסרה אלבקס למגאסון הצעת מחיר וביום 13.8.2002 התקבלה אצל אלבקס הזמנת רכש מטעם מגאסון (להלן: הזמנת הרכש). בהזמנת הרכש צויין כדלקמן:

"Please note that this order is subject to (A) complete client approval of your CDR submission and (B) in accordance with the enclosed sub-contract agreement".

ובתרגום חופשי:

"שים לב שהזמנה זו כפופה ל-(א) אישור מלא של הלקוח לתכנון הסופי ו-(ב) ובהתאמה להסכם קבלנות המשנה המצורף."

סעיף 23 להזמנת הרכש כולל הוראה בדבר הדין החל על ההסכם:

"Governing Law. The agreement constituted by acceptance of this order shall be construed and take effect in all respects and for all purposes in accordance with the laws from time to time in force in the Republic of Singapore which shall be deemed to be the proper law of this agreement".

דהיינו, בהזמנת הרכש נקבע כי הדין שיחול על ההסכם הוא הדין הסינגפורי. בסעיף 2(A) להסכם קבלנות המשנה שצורף להזמנת הרכש (להלן: הסכם קבלנות המשנה), נכללה הוראה דומה.

עוד נקבע בהסכם קבלנות המשנה כדלקמן (סעיף 23):

"Settlement of Disputes

...
(b) Any dispute arising out of or in connection with this Sub-Contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration in Singapore at the Singapore International Arbitration Centre (the "SIAC") in accordance with the Arbitration Rules of the SIAC (SIAC Rules) for the time being in force which rules are deemed to be incorporated by reference into this clause".

בתמצית, מדובר בתניית בוררות אשר קובעת כי כל סכסוך הנוגע להסכם, לרבות כל סוגיה הנוגעת לקיומו, לתוקפו ולסיומו, יתברר בבוררות שתתנהל במוסד הבינלאומי לבוררות בסינגפור על פי כלליו של מוסד זה (להלן: תניית הבוררות).

4. ביום 10.8.2003 הגישה אלבקס תביעה כספית על סך 10,000,000 ש"ח נגד Tyco ונגד מגאסון, ובה טענה כי השתיים הפרו את התחייבויותיהן כלפיה, בכך שדרשו מחירים מוגזמים עבור מוצרים אחדים שהציעה אלבקס, איחרו במתן תשובה לדרישה של הרשויות בסינגפור והשתמשו, שלא בידיעת אלבקס, במוצרים חלופיים של חברת פיליפס במקום במוצריה של אלבקס. כתב התביעה התבסס, בין היתר, על ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים ועל הזמנת הרכש (הכפופה להסכם קבלנות המשנה, שלא צורף לתובענה), כאשר עילת התביעה העיקרית הייתה הפרת התחייבויותיהן החוזיות של מגאסון ו-Tyco ופעולה בחוסר תום לב ובניגוד לדרך המקובלת מצדן.

ההליכים שקדמו לבקשה דנן

5. לאחר הגשת התביעה, הגישה אלבקס בקשה להיתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט (לפי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984) והיתר ההמצאה ניתן במעמד צד אחד ביום 11.4.2004.

6. Tyco ומגאסון, כל אחת בנפרד, הגישו בקשות לעיכוב הליכים מכוח חוק הבוררות. Tyco ביקשה, בנוסף, לבטל את היתר ההמצאה מחוץ לתחום. ביום 13.9.2005 החליט הרשם (כתוארו אז) א' שילה לבטל את היתר ההמצאה מחוץ לתחום, כשבבסיס החלטתו עמדו שני טעמים מרכזיים: ראשית, התנהגותה של אלבקס, אשר העלימה מבית המשפט עובדות חשובות ובייחוד את ההוראות הרלבנטיות שבהסכמים בין הצדדים שלפיהן הצדדים הסכימו לפתור את הסכסוכים ביניהם במסגרת בוררות שתתנהל בסינגפור; שנית, נקבע כי תניית הבוררות, המופיעה בהזמנת הרכש ובהסכם קבלנות המשנה, היא בת תוקף ומחייבת את אלבקס.

7. אלבקס ערערה לבית המשפט המחוזי על החלטתו של הרשם שילה ובר כבוד, למען הזהירות, הגישה גם ערעור לבית המשפט העליון, זאת משום שהחלטה שעניינה ביטול היתר המצאה היא בגדר "החלטה אחרת", שהערעור עליה הוא לבית המשפט המחוזי ואילו ערעור על החלטה שעניינה עיכוב הליכים לפי סעיף 5 לחוק הבוררות מקומו בבית המשפט העליון. ביום 20.12.2005 החליט רשם בית המשפט העליון, השופט ד"ר י' מרזל, כי עניינה של החלטת הרשם שילה בביטול היתר ההמצאה ועל כן מקומו של הערעור עליה בבית המשפט המחוזי.

8. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ש' דותן) קיבלה את הערעור על החלטתו של הרשם שילה. השופטת דותן סברה כי עצם קיומה של תניית בוררות אינו מצדיק את ביטול היתר ההמצאה מחוץ לתחום. אשר לשאלה האם אכן היה קיים הסכם בוררות שמכוחו יהיה מקום לעכב את ההליכים, ציינה השופטת דותן כי הגם ששאלה זו "אינה נקייה מספקות, אין אני דנה בכך", כיוון שהערעור עסק רק בשאלת ביטול היתר ההמצאה. את הדיון בשאלת עיכוב ההליכים החזירה השופטת דותן לרשם בית המשפט המחוזי.

9. ביום 9.3.2008, לאחר דיון שהתקיים לפניו, קבע הרשם א' אורנשטיין כי אין לרשם סמכות לדון בבקשה לעיכוב הליכים לפי סעיפים 5 ו-6 לחוק הבוררות, זאת בהתאם להוראת סעיף 37 לאותו חוק, ולכן יש להעביר את הדיון בבקשה לפני שופט.

10. בשלב מאוחר יותר, הגישה אלבקס בקשה להגשת תצהיר נוסף של מנכ"ל אלבקס ושני מסמכים נוספים - תכתובות דואר אלקטרוני שהוחלפו בין Tyco לבין מגאסון וכן העמוד הראשון של הסכם קבלנות המשנה (להלן: הבקשה לצידוף ראיות). ביום 28.3.2007 קיבל הרשם ד' גלדשטיין את הבקשה בקובעו כי מדובר בראיות שלא היו בידי הצד המבקש ולא נוצרו על ידו וכי בשלב זה של הדיון לא נפגע ההליך המשפטי שנמצא בתחילתו.

החלטת בית המשפט המחוזי נשוא בקשת רשות הערעור

11. הבקשה לעיכוב הליכים נדונה, בסופו של יום, על ידי כבוד סגנית הנשיא, השופטת ד"ר ד' פלפל. השופטת פלפל ציינה כי מהזמנת הרכש ששלחה Tyco לאלבקס עולה כי היא הייתה כפופה לשני תנאים מצטברים: הראשון, אישור מוחלט של הרשויות בסינגפור לתכנון הסופי שתגיש אלבקס; והשני, החלת הסכם קבלנות המשנה שצורף כנספח להזמנה. השופטת פלפל דחתה את הטענה כי הזמנת הרכש והסכם קבלנות המשנה אינם מחייבים משום שלא נחתמו על ידי אלבקס, בין היתר משום שניתן היה ללמוד על קבלתם מצד אלבקס על דרך של התנהגות. יחד עם זאת, קבעה השופטת פלפל כי הסכם קבלנות המשנה, על תניית הבוררות שבו, לא נכנס לתוקף, מאחר שלא התקיים התנאי המתלה שבהזמנת הרכש, קרי, לא ניתן אישור לתכנון הסופי על ידי הרשויות הסינגפוריות. אי קיומו של התנאי המתלה, כך קבעה השופטת פלפל, אינו מאפשר את יישום הסכם קבלנות המשנה בין הצדדים. חוזה המותנה בתנאי מתלה שלא התקיים - בטל. משכך, קבעה השופטת פלפל, כי אין מקום לעכב את ההליכים בתובענה בהעדר תניית בוררות בת תוקף.

כנגד החלטה זו מופנית בקשת רשות הערעור שלפנינו.

12. בטרם אסקור את טענות הצדדים אציין כי בדיון שהתקיים לפנינו הסכימו הצדדים כי תינתן רשות ערעור והערעור יידון לגופו. לפיכך לא אתייחס לטענות הצדדים ביחס להצדקה ליתן רשות ערעור במקרה דנן.

טענות המבקשת - Tyco

13. המבקשת טוענת כי שגה בית המשפט המחוזי בפרשנות שנתן להזמנת הרכש כאשר קבע כי לא התקיים התנאי המתלה משלא ניתן אישור הרשויות בסינגפור, וכי עקב כך תניית הבוררות אינה בתוקף.

לטענתה של Tyco, תניית הבוררות קובעת כי הבוררות תחול גם על שאלת תוקפו של ההסכם, ולכן משקבע בית המשפט המחוזי כי היה קיים הסכם מחייב בין הצדדים הרי שאת שאלת תוקפו היה על בית המשפט להשאיר לבורר, על מנת לתת תוקף להסכמת הצדדים. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם נטיית בתי המשפט לפרש באופן מרחיב תניות בוררות וליתן משקל לאוטונומיה של הצדדים.

לשיטת Tyco, אין באי התקיימות התנאי המתלה כדי לשלול את תוקפה של תניית הבוררות. לשיטתה, בדומה ל"הישרדותה" של תניית בוררות במקרה של ביטול ההסכם בכללותו או מקום שבו נקבע כי ההסכם עלול להיות בלתי חוקי, כך גם כאשר לא התקיים תנאי מתלה, "שורדת" תניית הבוררות על אף אי כניסתו של ההסכם לתוקף. זאת מכוח יכולת ההפרדה בין תניות שונות של ההסכם. Tyco אף מוסיפה כי אלבקס עצמה מסתמכת על ההסכם ולא רואה אותו כבטל.

14. לבסוף טוענת Tyco כי בית המשפט המחוזי חרג מסמכותו כאשר הפך את החלטתו של הרשם שילה (שלפיה קיימת תניית בוררות תקפה) בלא שהונח ערעור על קביעה זו.

טענות המשיבה - אלבקס

15. בפתח הדברים טוענת המשיבה כי הסכם קבלנות המשנה נערך בינה לבין מיזם משותף בשם TMS ולא בינה לבין המבקשת בלבד. כן טוענת המשיבה כי לידתו של מסמך זה בתרמית, טענה הנתמכת, לשיטתה, בראיות הנוספות שהגישה המבקשת במסגרת הבקשה לצירוף ראיות.

16. אלבקס מוסיפה וטוענת כי הרשם שילה כלל לא היה מוסמך לדון בתוקפה של תניית הבוררות, נוכח הוראת סעיף 37 לחוק הבוררות. מכל מקום, החלטתו בוטלה על ידי השופטת דותן וממילא התייחסותו לתניית הבוררות הייתה רק כנימוק להחלטתו שלפיה יש לבטל את היתר ההמצאה וזאת בטרם הגשת הראיות הנוספות. נוכח דברים אלו, אין יסוד לטענת המבקשת כי השופטת פלפל לא הייתה רשאית להפוך את קביעתו. מכל מקום, טוענת אלבקס כי קביעתה של השופטת פלפל בדבר אי התקיימותו של התנאי המתלה מהווה קביעה עובדתית שאין מקום להתערב בה.

17. אלבקס טוענת עוד כי עמדתה של המבקשת שלפיה יש להפריד בין תניית הבוררות לבין סעיפי ההסכם האחרים תיצור מצב אבסורדי שבו תנאי מתלה לעולם לא יחול על תניית בוררות, על אף שההסכם לא נכנס לתוקף.

18. בשולי הדברים הוסיפה אלבקס כי ככל שתתקבל בקשת רשות הערעור בכוונתה להגיש ערעור שכנגד בעניין קביעתה של השופטת פלפל כי נחתם הסכם מחייב בין הצדדים.

בקשה להגשת ראיות נוספות

19. לאחר הגשת בקשת רשות הערעור והתשובה לה, הגישה המבקשת, Tyco, בקשה להגשת ראיות נוספות. הראיות הנוספות שהגשתן מתבקשת הן: (1) צו שנתן בית המשפט של מדינת ניו ג'רסי ביום 3.8.2009 שבמסגרתו נקבע כי המחלוקת בין Elbex Video Ltd. (חברת האם היפנית של אלבקס) לבין Tyco International Ltd. יידונו בסינגפור; (2) כתב תביעה שהגישה Elbex Video Ltd. ביום 1.10.2009 לבית המשפט בסינגפור. המבקשת טוענת כי מדובר בראיות שנולדו לאחר הגשת בקשת רשות הערעור ולכן מוסמך בית המשפט להיזקק לה. המשיבה מתנגדת להגשת ראיות אלה.

20. הדין לעניין הגשת ראיות נוספות בשלב הערעור מוסדר בתקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, הקובעת כדלקמן:

"(א) בעלי הדין בערעור אינם זכאים להביא ראיות נוספות, בין בכתב ובין בעל פה, לפני בית המשפט שלערעור, ואולם אם בית המשפט שבערכאה קודמת סירב לקבל ראיות שצריך היה לקבלן, או אם בית המשפט שלערעור סבור שכדי לאפשר לו מתן פסק דין, או מכל סיבה חשובה אחרת, דרושה הצגת מסמך או חקירת עד, רשאי בית המשפט שלערעור להתיר הבאת הראיות הנוספות."

21. הגשת ראיות נוספות בשלב הערעור אינה מתאפשרת בנקל, משום שככלל ובהיעדר נימוקים מיוחדים על בעל הדין להציג את מלוא מסכת הראיות מטעמו בפני הערכאה הדיונית ואין הוא רשאי לפצל את הבאתן. לעניין הוספת ראיות בשלב הערעור הבחינה הפסיקה בין ראייה המוכיחה עובדה שאירעה טרם מתן פסק הדין בערכאה הדיונית לבין ראייה המוכיחה עובדה שאירעה לאחר מתן פסק הדין. ראיות הנוגעות לעובדות מן הסוג הראשון, שקיומן קדם למתן פסק הדין בערכאה הדיונית, ניתן להגיש לערכאת הערעור רק אם המבקש לא ידע על קיומן ולא יכול היה לגלותן בשקידה ראויה, ובלבד שנהג בתום לב. עם זאת, ייתכנו מקרים חריגים ונדירים בהם תותר הגשת ראיות לערכאת הערעור אף אם אלה לא הוגשו לערכאה הדיונית בשל מחדל של בעל דין, וזאת כאשר יש בראיות החדשות חשיבות מכרעת לצורך בירור האמת העובדתית וקביעת הזכויות המהותיות של בעלי הדין. גם כאשר הראיות הנוספות נוגעות לעובדות שנוצרו אחרי מתן פסק הדין, הנטייה היא שלא לקבלן, אלא אם יש בכוחן של ראיות אלה להשפיע השפעה ממשית על תוצאות המשפט [עע"ם 7926/06 אדרי-אל ישראל

בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון (לא פורסם, 24.6.2009) והאסמכתאות הנזכרות שם].

22. בענייננו, אכן, הראיות החדשות שאותן מבקשת Tyco להגיש נוצרו רק לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ולא ניתן היה להגישן קודם לכן. אולם, דומני כי אין בראיות אלה כדי לתרום באופן ממשי ליישוב המחלוקת שכן למעט העובדה שיש בהן כדי להעיד על הליכים נוספים שהתנהלו בין הצדדים וצדדים קרובים להם, אין בראיות אלה כדי לשפוך אור על השאלה נשוא הבקשה שלפנינו [השוו: ע"א 9636/06 בוגנר נ' *SofaWare Technologies Ltd* (לא פורסם, 18.11.2009)]. אשר על כן, הייתי דוחה את הבקשה להגשת ראיות נוספות בערעור.

דיון והכרעה

23. ההליך שלפנינו עוסק בשאלה האם יש מקום לעכב את הליכי התובענה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בשל קיומה של תניית בוורות (לפי סעיפים 5 או 6 לחוק הבוררות) אם לאו.

24. הכלל הוא, שבהסכמה למסור סוגיה כלשהי לבוררות אין כדי לשלול את סמכותו העניינית של בית המשפט לדון בעניין. עם זאת, כאשר מוגשת לבית המשפט תובענה בעניין אשר נכרת לגביו הסכם בוורות, מוסמך בית המשפט לעכב את ההליכים בתובענה [ראו: רע"א 4716/04 *hotels.com* נ' זוז תיירות בע"מ (לא פורסם, 7.9.2005) (להלן: פרשת הוטלס.קום)]. הוראת החוק העיקרית המסדירה את סוגיית עיכוב ההליכים מצויה בסעיף 5 לחוק הבוררות. הוראה נוספת שעניינה עיכוב הליכים בשל קיומו של הסכם בוורות מצויה בסעיף 6 לחוק הבוררות. תחולתה של הוראה זו מוגבלת לאותם מקרים שבהם חלה על הבוררות אמנה בינלאומית שישראל צד לה והכוללת הוראות לעניין עיכוב הליכים.

התנאים לעיכוב הליכים לפי חוק הבוררות

25. סעיף 5(א) לחוק הבוררות מסמך את בית המשפט לעכב הליכים שהוגשו לפניו אם התקיימו כל התנאים הבאים: (א) יש הסכם בוורות בין הצדדים; (ב) התובענה שהוגשה לבית המשפט מתייחסת לסכסוך שההסכם חל עליו; (ג) בעל דין שהוא צד להסכם מבקש את עיכוב ההליכים; (ד) המבקש היה מוכן - והוא מוכן גם בעת הגשת הבקשה - לעשות את כל הדרוש לקיום הבוררות; (ה) המבקש ביקש את עיכוב ההליכים בכתב ההגנה או בדרך אחרת; (ו) המבקש פנה בבקשה לעיכוב הליכים לפני שטען לראשונה לגופה של התובענה. ראוי להדגיש כי גם אם מתקיימים כל

התנאים, עדיין יש לבית המשפט שיקול דעת אם לעכב את ההליכים אם לאו [ראו: סמדר אוטולנגי בוררות דין ונוהל כרך א 255 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005) (להלן: אוטולנגי)].

כאשר מתקיימים התנאים הכלולים בסעיף 5 לחוק הבוררות, הרי שככלל יעכב בית המשפט את ההליכים שבין הצדדים להסכם הבוררות, זולת אם מצא כי קיים טעם מיוחד לכך שהסכסוך לא יידון בבוררות (ראו: פרשת הוטלס.קום).

26. בענייננו, התנאי נשוא המחלוקת הוא התנאי הראשון - האם קיים הסכם בוררות מחייב בין הצדדים. כמו כן אתייחס בקצרה לקיומו של התנאי השני - האם התובענה מתייחסת לסכסוך שתניית הבוררות חלה עליו.

התנאי הראשון לעיכוב הליכים: קיים הסכם בוררות בין הצדדים
27. סעיף 1 לחוק הבוררות מגדיר "הסכם בוררות" מהו:

"הסכם בכתב למסור לבוררות סכסוך שנתגלע בין צדדים להסכם או שעשוי להתגלע ביניהם בעתיד, בין שנקוב בהסכם שמו של בורר ובין אם לאו".

התנאי הראשון והיסודי הוא, אם כן, שיהיה הסכם בין הצדדים (אוטולנגי, עמ' 11, על מנת לדעת אם נוצר הסכם בין הצדדים להתדיין בבוררות ואם כן מה תוקפו, יש לפנות אל דיני החוזים הכלליים (אוטולנגי, עמ' 13). על פי דיני החוזים הכלליים, על מנת להתקשר בחוזה, לרבות הסכם בוררות, נדרשים הצעה וקיבול, קרי הסכמה חופשית של שני הצדדים [ראו: פרק א' לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005) (להלן: שלו), ראו השער השני העוסק ביצירת חוזה; דניאל פרידמן, גילי כהן חוזים כרך א 146 (1991)].

28. בענייננו, תניית הבוררות נכללה בהסכם הכללי שנערך בין הצדדים - הסכם קבלנות המשנה (שהזמנת הרכש הייתה כפופה לו). דומה כי אין מחלוקת שמסמכים אלו לא נחתמו באופן פורמאלי על ידי אלבקס, הגם שעותקים שלהם נשלחו לאלבקס על ידי מגאסון באמצעות הדואר האלקטרוני. יחד עם זאת, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, אין הכרח שהסכם הבוררות יחתם על ידי הצדדים כתנאי לתקפותו. אף שנדרש שההסכם יהיה בכתב (סעיף 1 לחוק הבוררות), הוא יכול להשתכלל גם בהיעדרה של חתימה (אוטולנגי, עמ' 64).

29. בית המשפט המחוזי קבע כי אכן היה קיים הסכם בוררות בין הצדדים, והוא למד זאת מהתנהגותה של אלבקס בפועל לאחר קבלת הזמנת הרכש והסכם קבלנות המשנה, והיעדר אינדיקציה להתנגדותה להחלת הסכם קבלנות המשנה על יחסיה עם Tyco. לדברי בית המשפט המחוזי, התנהגותה של אלבקס העידה על כוונה להתקשר בהסכם (ראו: עמודים 7-8 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

30. הקביעה כי התנהגותה של אלבקס מעידה על קיומו של הסכם מחייב בין הצדדים (על אף היעדר חתימה) היא קביעה עובדתית של בית המשפט המחוזי, ואין מקום להתערב בה. מסקנה זו מתחזקת למקרא כתב התביעה שהגישה אלבקס, שעילותיו נסמכות על ההסכמות בין הצדדים ועל הפרתן הנטענת על ידי הנתבעות (Tyco ומגאסון). התביעה נסמכת על הזמנת הרכש, הכפופה להסכם קבלנות המשנה. משאלבקס עצמה מסתמכת על ההסכמות החוזיות שבין הצדדים קשה לקבל טענה שלפיה לא השתכלל הסכם בין הצדדים. הסכם קבלנות המשנה שכלל בתוכו את תניית הבוררות הוא אם כן הסכם מחייב.

31. אלא שלא די בכך שהשתכלל הסכם בין הצדדים. בענייננו, קבע בית המשפט המחוזי כי הסכם קבלנות המשנה כולל תנאי מתלה. בנסיבות אלה מתעוררת השאלה מה דינה של תניית בוררות הקבועה בהסכם המותנה בתנאי מתלה, שלא התקיים.

תניית בוררות המופיעה בתוך הסכם כללי שפקע

32. פעמים לא מעטות מתעוררת שאלה בדבר תוקפה של תניית בוררות המופיעה בתוך הסכם כללי שפקע תוקפו. פקיעת תוקפו של ההסכם הכללי עשויה להתרחש בנסיבות שונות. כך, למשל, יכול ההסכם הכללי לפקוע בנסיבות שבהן ההסכם הופר ובוטל. במקרה כזה, לא יפקע תוקפה של תניית הבוררות, שהרי יש להניח שתניית הבוררות נועדה בדיוק למקרה כזה, שבו ההתדיינות נוגעת להפרת החוזה (ראו: אוטולנגי, עמ' 242; עמ' 256-257). קיימים מקרים נוספים שבהם ההסכם הכללי אינו בתוקף ואזי תישאל השאלה מה תוקפה של תניית בוררות שנכללה בו. נקודת המוצא לניתוח הסוגיה תהיה כיצד ומדוע פקע החוזה הכללי (אוטולנגי, עמ' 242).

33. טול למשל, מקרה שבו הסכם או חלק ממנו כולל הוראות בלתי חוקיות או כאלה שנוגדות את תקנת הציבור. הסכם שכזה בטל, לפי סעיף 30 לחוק החוזים. ניתן היה לסבור כי כאשר חוזה בטל - בטלים גם כל סעיפיו, כולל סעיף הבוררות שבו. יחד עם זאת, גם במקרה של חוזה בטל, יש ומוקנים לסעיף הבוררות חיים עצמאיים. כך למשל נקבע ברע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלחא ווי תעשייה, שיווק, אלומיניום

זכויות ופרחול בע"מ, פ"ד נח(2) 634 (2004) (להלן: פרשת אקסטל), כי בנסיבות מסוימות, כאשר עולה הטענה כי ההסכם הכללי מהווה הסדר כובל בלתי חוקי, עשויה תניית הבוררות להישאר בתוקפה והסכסוך יעבור להכרעתו של בורר (ראו גם: אוטולונגי, עמ' 245). גם בע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ, פ"ד מ(3) 29 (1986) (להלן: פרשת עיריית נתניה) נדונה תניית בוררות בהסכם שהיה נגוע באי חוקיות (אי החוקיות באותו עניין התבטאה באי קבלת אישור משרד הפנים להסכם שערכה העירייה). השופט ד' לויין סבר כי על אף אי החוקיות האמורה ניתן להקנות תוקף לתניית הבוררות (שם, בעמ' 58-59).

ככלל, כאשר אי החוקיות נוגעת לחלק מתניות החוזה ניתן להפעיל את "כלל העיפרון הכחול" הקבוע בסעיף 19 לחוק החוזים, שלפיו ניתן להפריד בין החלקים הפסולים שבחוזה לבין החלקים התקפים שרק הם יישארו בתוקף (ראו: אוטולונגי, עמ' 246; עמ' 240-241; פרשת עיריית נתניה, דברי השופט ש' לויין בעמ' 65). אף לי הזדמן להביע את עמדתי בסוגיה זו בעבר כשציינתי כי "כידוע, אין בביטולו של חוזה כדי להביא בהכרח לביטולה של תניית בוררות הכלולה בו... תניות בוררות, מעצם טבען, נועדו לחול במקרים רבים גם במקרה של ביטול החוזה ולחייב את הצדדים לחוזה גם לאחר הביטול" [רע"א 7030/08 אחיסטמן מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' עטורה השקעות בע"מ (לא פורסם, 17.9.2008)].

34. לעתים הקניית תוקף לתניית בוררות עלולה להביא למצב של "מעגל שוטה". כך למשל, אם תובא בפני הבורר השאלה בדבר תקפותו של ההסכם הכללי והבורר יקבע כי ההסכם נוגד את תקנת הציבור ולכן בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים, אזי מניין נובעת סמכותו של הבורר להכריע במחלוקת הנוגעת להסכם זה? כדברי אוטולונגי בספרה: "אם יגיע הבורר למסקנה שבאמת לא היה החוזה בר תוקף, בעצם החלטה זו הוא משמיט את הבסיס לסמכותו" (שם, עמ' 243). יחד עם זאת, לדעתה של אוטולונגי, אם הבורר הוסמך במפורש (בהסכם הבוררות או בחוק) להחליט בשאלת סמכותו (כלומר בשאלת תוקפו של ההסכם), אזי הוא יהיה רשאי לעשות כן (שם, עמ' 244). כך סבור גם שטרזמן - לגישתו, אם הסכם הבוררות הסמיך את הבורר לדון גם בשאלת תוקפו של החוזה, על הבורר לדון ולפסוק בכך [אורי שטרזמן 199 הבוררות 25 (1999) (להלן: שטרזמן)].

במאמר מוסגר יוער כי לעתים תתעורר השאלה האם הסמכת הבורר לדון בשאלת סמכותו, קרי, בשאלת תקפותו של הסכם אשר נגוע באי חוקיות, אינה נוגדת את סעיף 3 לחוק הבוררות (ראו: גישתה של השופטת מ' נאור בפרשת אקסטל). מאחר

שענייננו אינו עוסק בהסכם הנגוע באי חוקיות, איני רואה לנכון להביע את דעתי בשאלה זו לעת הזו.

35. בפרשת עיריית נתניה סיכם כבוד השופט ש' לוי את אופן הניתוח של הסוגיה:

"ניתן לסכם כדלקמן: ראשית, חוזה שהוא בטל מעיקרו, אף סעיף בוררות הכלול בו בטל; שנית, מקום בו החוזה נוצר והשאלה היא, אם מי מהצדדים הפר אותו או הופטר מקיומו - שטר הבוררין תופס; שלישית, הצדדים לחוזה רשאים להסמיך את הבורר להחליט, אם החוזה "תופס" אם לאו ומה תוצאות הקביעה, והסכמה זו מחייבת אותם; רביעית, השאלה, מה המשמעות שיש לייחס לסעיף בוררות ואם הוא מחייב אותם אף שהחוזה בטל, שאלה שבפרשנות היא, התלויה בנוסח סעיף הבוררות ובנסיבותיו של כל עניין ועניין". (שם, עמ' 66)

36. הנה כי כן, גם כאשר מדובר בחוזה בטל (להבדיל מחוזה שבוטל) ניתן ליתן תוקף לתניית בוררות הקבועה בו, וזאת מכוח סעיף 19 לחוק החוזים, המאפשר לערוך הפרדה בין סעיפיו של החוזה. לשיטתה של אוטולנגי, הדבר יהיה אפשרי כאשר הצדדים הסמיכו את הבורר במפורש לדון בשאלת תוקפו של החוזה (קרי, בשאלת סמכותו).

עד כה עסקנו בהסכם שבוטל (בשל הפרתו למשל) ועל הסכם בטל בשל אי חוקיות. אולם מה דין הסכם המותנה בתנאי מתלה? האם הדין בשאלה זו יהיה שונה? על מנת להשיב על שאלה זו, נעמוד בקצרה על טיבו של הסכם מסוג זה.

חוזה על תנאי

37. חוק החוזים מאפשר לצדדים לקבוע כי חוזה שערכו יהיה תלוי בהתקיימותו של תנאי (תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (תנאי מפסיק) (ראו: סעיפים 27-29 לחוק החוזים). תנאי מתלה הוא תנאי חיצוני לצדדים בחוזה אשר התקיימותו היא עתידית ואינה ודאית [שלו, עמ' 470]. חוזה על תנאי הוא חוזה שלם מרגע כריתתו, אלא שתוצאותיו האופרטיביות הן מותנות, עד להתקיימות התנאי. הצדדים קשורים בחוזה מיידית, אולם חובותיהם וזכויותיהם מותנות בהתרחשות התנאי בעתיד (שלו, עמ' 470-472).

כאשר התנאי המתלה מתקיים, הופך החוזה המותנה לחוזה מוחלט. כאשר התנאי המתלה אינו מתקיים, מתבטל החוזה המותנה. בהעדר הוראה אחרת בחוזה, התבטלות החוזה מחמת אי קיום תנאי מתלה היא למפרע: החוזה כאילו לא היה,

והצדדים זכאים לחזור איש איש למצבו הקודם (לרבות זכות השבה) [שללו, עמ' 485; ע"א 2821/91 מרכזי שליטה בע"מ נ' משיאן, פ"ד מח(4) 107, 114 (1994)].

תוקפה של תניית בוררות בהסכם מותנה

38. מאחר שתוצאתו של הסכם מותנה שהתנאי הקבוע בו לא התקיים היא בטלות מלכתחילה, נשאלת השאלה מה דינה של תניית בוררות הקבועה בהסכם כזה. שהרי, אם ההסכם בטל מלכתחילה, מכוח מה נובעת סמכותו של הבורר לדון בו?

39. התשובה, לדעתי, היא כי דינה של תניית בוררות בהסכם מותנה כדין תניית בוררות בהסכם אשר לגביו עולה הטענה כי הוא בלתי חוקי או נוגד את תקנת הציבור (גם הסכם כזה בטל מלכתחילה). קרי, תניית הבוררות עשויה להמשיך ולהתקיים, גם אם ההסכם כולו בטל, וזאת מכוח שילובם של שני עקרונות: ראשית, יכולת ההפרדה בין סעיפי ההסכם (כלל "העיפרון הכחול") כקבוע בסעיף 19 לחוק החוזים אשר מוחל גם על הסכם על תנאי מכוח סעיף 31 לחוק החוזים; שנית, הסכמת הצדדים - בין מראש ובין בדיעבד - כי הבורר אכן מוסמך לדון בשאלת תוקפו של החוזה. קרי, לשיטתי אין הבדל בין מצב שבו מדובר בהסכם בלתי חוקי שעולה טענה לבטלותו לבין הסכם על תנאי שעולה טענה כי הוא בטל בשל אי התקיימות התנאי. בזה גם בזה, הבטלות היא יחסית, ואין בה בהכרח כדי לפגוע בתוקפה של תניית בוררות (ראו דבריה של השופטת ש' נתניהו בפרשת עיריית נתניה בעמ' 70-71). כאמור, כך סבור גם שטרזמן בספרו (עמ' 25) ואף אוטולנגי סבורה כי הדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה אולם מסכימה כי הצדדים רשאים להסמיך את הבורר לדון בתוקפו של ההסכם אם עשו כן במפורש (עמ' 246).

40. לדעתי, קביעה כאמור היא אף פשוטה יותר במקרה של חוזה מותנה מאשר במקרה של חוזה בלתי חוקי. כאמור, במקרה של חוזה בלתי חוקי עלולה לעלות הטענה כי עצם הסמכת הבורר לדון בחוזה נוגדת את סעיף 3 לחוק הבוררות ואילו במקרה של חוזה מותנה, לא מתעוררת שאלה כאמור.

מן הכלל אל הפרט

41. בנסיבות ענייננו, כאמור, הטענה היא שלא התקיים התנאי המתלה הקבוע בהסכם (קבלת אישור הרשויות הסינגפוריות). משאי התקיימות התנאי המתלה מובילה לבטלות ההסכם, הרי שלכאורה לא מתקיים התנאי הראשון לעיכוב הליכים והוא כי קיים הסכם בוררות בר תוקף.

42. כפי שהבהרתי לעיל, לשיטתי (וכפי שעולה גם מפסיקה קודמת של בית משפט זה ומדברי מלומדים), אין מניעה כי צדדים יסמיכו בוורר לדון בהסכם מותנה גם כאשר עולה טענה כי התנאי לא התקיים וכי ההסכם בטל. זאת, מכוח סעיף 19 לחוק החוזים ומכוח מתן תוקף להסכמת הצדדים לעשות כן. ואכן, בענייננו, אין מניעה להפריד את תניית הבוררות מיתר תניות ההסכם, לפי סעיף 19 לחוק החוזים. זאת ועוד, לשונה של תניית הבוררות, הקבועה בהסכם קבלנות המשנה, מעידה כי הצדדים הסכימו להעביר לבוררות "כל סכסוך הנוגע להסכם, לרבות כל שאלה הנוגעת לקיומו, לתוקפו או לסיומו".

43. משהסמיכו הצדדים עצמם את הבורר לדון בשאלת תקפותו של ההסכם, אין כל מניעה להעביר את הסכסוך לבוררות על מנת שהבורר ידון בשאלת התקיימותו של התנאי המתלה ומה תוקפו של ההסכם עקב כך.

התנאי השני לעיכוב הליכים: ההסכם חל על הסכסוך שלגביו הוגשה התובענה
44. מכאן מגיעים אנו לתנאי השני לעיכוב הליכים ולפיו על הנתבע המבקש את עיכובם של ההליכים, להוכיח לא רק שקיים הסכם בוררות בינו לבין התובע, אלא גם שהסכם הבוררות חל על אותו סכסוך שלגביו מוגשת התובענה [ע"א 502/80 רמיר חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית פתח תקווה, פ"מ תשמ"א (2) 116 (1980)].

45. כאמור, התביעה שבנדון עניינה, בין היתר, בהסכמות שהושגו בין הצדדים וטענותיה של אלבקס כי הסכמות אלה הופרו על ידי Tyco ומגאסון. תניית הבוררות נוסחה בצורה מרחיבה ביותר ולפי לשונה חלה על "כל סכסוך הנובע מההסכם או נוגע לו" ומכאן שתניית הבוררות חלה גם על הסכסוך שלגביו הוגשה התובענה. לפיכך, גם התנאי השני לעיכוב הליכים מתקיים. יתר התנאים, כאמור, לא עמדו להכרעתנו. יחד עם זאת, נותרה שאלה נוספת לדיון והיא תחולתו של סעיף 6 לחוק הבוררות על העניין.

סעיף 6 לחוק הבוררות

46. לפי סעיף 6 לחוק הבוררות יש לבית המשפט סמכות לעכב הליכים גם לגבי סכסוך שהוסכם למסרו לבוררות, אם חלה אמנה בינלאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בעניין עיכוב הליכים. על פי סעיף 6 לחוק הבוררות, סמכותו של בית המשפט בסוגיה של עיכוב הליכים, הקבועה בסעיף 5 לחוק הבוררות, כפופה להוראותיה של האמנה, באופן שלהוראות האמנה ישנה עדיפות על הוראות סעיף 5 לחוק [ראו: פרשת הוטלט.קום; בעניין סעיף 6 לחוק הבוררות ראו גם רע"א 1817/08

טבע-תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' *Pronauron Biotechnologies, Inc.* (לא פורסם, 11.10.2009).

47. בענייננו נטען כי חלה על ההסכם האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, 1958 (אמנת ניו יורק). בית המשפט המחוזי לא דן בהוראותיה של האמנה על ענייננו וגם הצדדים לא טענו לפנינו בעניין זה. המחלוקת העיקרית הייתה, כאמור, השאלה האם קיים הסכם בוררות בר תוקף, בהתחשב בכך שמדובר בהסכם על תנאי. על שאלה זו השבתי לעיל בחיוב.

סיכום ומסקנות

48. אם תישמע דעתי, יש לקבל את הערעור במובן זה שייקבע כי קיים הסכם בוררות בר תוקף. אציע לחברי להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לשם בחינת יתר התנאים הקבועים בסעיף 5 לחוק הבוררות כמו גם תנאיו של סעיף 6 לאותו חוק.

49. אלבקס תישא בשכר טרחת עורכי דין לטובת Tyco בסך של 25,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

יש תניות בחוזה, שנועדו להגשים את תכלית ההתקשרות, כמו תשלום התמורה או מועד אספקת הממכר, ויש תניות בחוזה שנועדו להסדיר את היחסים המשפטיים בין הצדדים במקרה בו הסתיים החוזה, כמו תניית פיצוי מוסכם או תניית בוררות. תניות חוזיות אלה ממשיכות, מעצם טיבן, לחול אף לאחר ביטול החוזה ובמנותק משאלת תוקפו של החוזה – ראו ע"א 4162/02 רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ, פ"ד נח(4) 193, 200(2004); ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (טרם פורסם, 10.9.09) סעיף 73.

חופש החוזים מאפשר אפוא לצדדים ליצור מנגנון שייכנס לפעולה כאשר השתבשה התכלית הראשונית של החוזה. כאשר בתניית בוררות עסקינן, איני רואה נפקה מינה אם החוזה הסתיים עקב ביטולו בעקבות הפרה או בשל אי התקיימות תנאי מתלה או בשל התקיימות תנאי מפסיק. תניית הבוררות שואבת את חיותה מרצונם

המוקדם של הצדדים להסדיר סכסוך שעלול להיווצר בשל אי התקיימות התנאי המתלה, כמו טענה של אחד הצדדים כלפי משנהו כי סיכל את התנאי המתלה (סעיף 28 לחוק החוזים [חלק כללי], התשל"ג-1973), או כדי להסדיר את חיובי המשנה הנובעים מאי התקיימות התנאי, כמו חובת ההשבה. כך בכלל, וכך בפרט מקום בו קבעו הצדדים במפורש, כמו במקרה דנן, כי תניית הבוררות תחול גם על כל סוגיה הנוגעת לתוקפו של החוזה.

כאשר בחוזה בלתי חוקי עסקינן, מתעוררת השאלה הכיצד יכול הבורר להרים עצמו בציציות ראשו מקום בו הגיע למסקנה כי החוזה לא היה בר תוקף מלכתחילה, שהרי בעצם החלטתו שמט את הבסיס לסמכותו. לא כך בחוזה על תנאי, שהוא חוזה שלם מרגע כריתתו, ושתניית הבוררות בו נועדה מלכתחילה להסדיר את היחסים בין הצדדים מקום בו לא התקיים התנאי. לכן – ובנקודה זו נפרדת דרכי מעט מזו של חברי השופט דנציגר – אף איני סבור כי יש צורך להידרש ל"עיפרון הכחול" הקבוע בסעיף 19 לחוק החוזים, על מנת ליתן תוקף לתניית הבוררות.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לתוצאה אליה הגיע חברי השופט י' דנציגר ולהערותיו של חברי השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ח בניסן תש"ע (12.4.2010).



ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העתקה מתאימה למקור
מזכירה ראשית
 בית המשפט העליון ירושלים (1)