



בבית המשפט העליון

רע"א 8113/09

בפני: כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר

המבקשת: אלייד סוכניות לביטוח (1975) בע"מ

נגד

המשיבה: 1. מוניות ישיר סוכנות לביטוח 2001 בע"מ
2. עמי זהר
המשיב הפורמאלי:

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-
אביב-יפו בבש"א 15240/09 שניתנה על ידי כבוד סגן
הנשיאה י' זפט ביום 21.9.2009

תאריך הישיבה: ד' בסיון התש"ע (17.05.10)

בשם המבקש: עו"ד ח' צדוק

בשם המשיבה: עו"ד שי ניידרמן
בשם המשיב הפורמאלי: עו"ד י' אמסטר

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (סגן
הנשיאה י' זפט) בבש"א 15240/09 מיום 21.9.2009.

1. בין חברת מוניות ישיר סוכנות לביטוח 2001 בע"מ (להלן: המשיבה) לבין עמי זהר (להלן: המשיב הפורמאלי) נכרתו שני הסכמים לשיתוף פעולה בביטוח מוניות, האחד בשנת 2003 והשני בשנת 2005. לאור מחלוקת שהתעוררה בין הצדדים בקשר לביטול ההסכם משנת 2005, כרתו הצדדים הסכם נוסף ביום 20.6.2007 (להלן: ההסכם) שקיבל תוקף של פסק דין. במסגרת ההסכם הסכימו הצדדים להעביר כל טענה הקשורה להפרת ההסכם לבירור בפני המגשר עו"ד ג' גבע, ובאם לא יסתיים הליך הגישור בתוך 45 ימים ממועד הישיבה הראשונה, תועבר המחלוקת להכרעתו של הבורר עו"ד ד' גל.

2. לימים, משנתגלעה בין הצדדים מחלוקת בקשר לקיום ההסכם הם פנו להליכי גישור בפני עו"ד ג' גבע, אך הליכים אלו נכשלו. כתוצאה מכך פנתה המשיבה לעו"ד ד' גל לצורך קיום הליך בוררות. ביום 24.2.2009 הסכימה המשיבה להחליף את הבורר, אולם בורר אחר לא התמנה. לפיכך, פנתה המשיבה לבית המשפט המחוזי בבקשה למינוי בורר. בקשה זו הוגשה נגד המשיב הפורמאלי ונגד חברת אלייד סוכנות לביטוח (1975) בע"מ (להלן: המבקשת), שהינה בעלת 50% מהזכויות בתיק ביטוח המוניות של המשיב הפורמאלי.

החלטת בית המשפט המחוזי

3. בפני בית המשפט המחוזי התנגדו המבקשת והמשיב הפורמאלי לבקשה למנות בורר, והעלו את הטענות הבאות: ההסכם הינו הסכם כובל אשר הבורר אינו מוסמך לדון בו; המבקשת אינה צד להסכם הבוררות ולא ניתן לחייבה להתדיין עם המשיבה בבוררות; לפיכך, הסמכות העניינית לביטול ההסכם מוקנית לבית המשפט שנתן להסכם תוקף של פסק דין. כמו כן, בהסכם נקבע כי הבורר אינו מוסמך ליתן סעד של ביטול ההסכם; בעקבות כך המבקשת והמשיב הפורמאלי מעוניינים לפנות לבית המשפט המוסמך בתובענה לביטול ההסכם ובנסיבות אלה אין מקום לקיים בוררות.

4. בית המשפט המחוזי דן בשאלת תוקפה של תניית בוררות בהסכם שלכאורה כולל תנאים המהווים הסדר כובל. בהתבסס על ההלכה שנקבעה בעניין אקסטל [רע"א 6233/02 אקסטל בעמ"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ (לא פורסם, 4.2.2004)], לפיה פקיעת תווה אינה מפקיעה מאליה גם את תניית הבוררות שבו, קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום לאיין את הסכמת הצדדים לברר את תביעתה הכספית של המשיבה בבוררות.

5. כמו כן, קבע בית המשפט המחוזי כי תניית הבוררות חלה על המבקשת. בית המשפט המחוזי ציין את סעיף 19 להסכם בו נקבע כי ידוע למשיבה שהמבקשת הינה שותפה של המשיב הפורמאלי בנוגע להסכם, ועל כן במידה והמבקשת תבקש לערוך בנוסחו שינויים, להבריל מתנאיו היסודיים, אזי הצדדים יפעלו להגיע לנוסח מוסכם. כן נקבע בהסכם כי בהעדר הסכמה לנוסח השינוי יפנו הצדדים למגשר. בית המשפט המחוזי ציין כי במכתב ששלחה המבקשת למשיב הפורמאלי, מיד ובסמוך לאחר כריתת ההסכם, הביעה הסתייגות מנוסח ההסכם ומכך שאינו עולה בקנה אחד עם חוק ההגבלים העסקיים, אולם לא העלתה כל השגה לעניין תניית הבוררות. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי במכתב ביום 29.6.2008 הודיעו המבקשת והמשיב הפורמאלי למשיבה על ביטול ההסכם מאחר שהמבקשת אינה מסכימה עם תוכן ההסכם, ומשום שלכאורה אינו מתיישב עם הוראות הדין. למרות זאת, בסעיף 6 לאותו מכתב הודיעו המבקשת והמשיב הפורמאלי כי: "ככל שיש לכם השגות באשר לביטול הסדר הגישור, הרי שניתנת הסכמתנו כי המחלוקת בינינו, בנושא זה, יתברר בהליך גישור או בוררות". לאור כל זאת קבע בית המשפט המחוזי כי ניתן ללמוד שהמבקשת ידעה שתניית הבוררות שבהסכם חלה עליה ואף הסכימה לכך.

6. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי מההסכם עולה שהצדדים הסכימו להתקשר בהסכם עד ליום 10.1.2012 תוך ויתור על הזכות לביטול ההסכם אפילו במקרה של הפרתו, והסכימו כי במקרה של הפרה הבורר יהיה מוסמך לחייב את הצד המפר בפיצוי מוסכם. בית המשפט המחוזי קבע כי הסכמה זו אינה מתיישבת עם טענות המבקשת והמשיב הפורמאלי לפיה הם מעוניינים לנקוט בהליך המתאים לביטול ההסכם בבית המשפט המוסמך. בנוסף, בית המשפט המחוזי קבע כי מהמכתב האמור עולה כי למרות טענות המבקשת והמשיב הפורמאלי ביחס לביטול ההסכם עקב בעייתיות בחוקיותו, שהם הסכימו לברר את המחלוקת ביניהם לבין המשיבה בפני בורר. יתרה מכך, בית המשפט המחוזי קבע כי גם לאחר ביטול ההסכם פעלו המבקשת והמשיב הפורמאלי בהתאם לתניית הבוררות הקבועה בהסכם וקיימו הליכי גישור מקדימים, כפי שעולה מתצהירו של המשיב הפורמאלי. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות אלה מנועים המבקשת והמשיב הפורמאלי מלהתנגד לקיום הבוררות.

7. נוכח האמור לעיל קיבל בית המשפט המחוזי את הבקשה וקבע כי ימונה בורר שידון בביטול ההסכם.

8. לטענת המבקשת הבקשה שלפנינו עוסקת בשאלות משפטיות עקרוניות כגון האם ניתן לכפות על מי שאינו צד להסכם בוררות ומי שהתנגד לעצם תוקפו של הסכם בו מופיעה תניית בוררות ליטול חלק בהליך בוררות.

9. כן טוענת המבקשת כי ההסכם נשוא הבקשה נחתם בין המשיבה למשיב הפורמאלי. זאת, לאחר שנתגלעה בין השניים מחלוקת שהובילה את המשיבה להגיש כנגד המשיב הפורמאלי תובענה בדרך של המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי וכן תביעה כספית לבית משפט השלום. לטענת המבקשת, המרצת הפתיחה והתביעה הכספית הוסדרו בהסכם גישור הכולל תניית בוררות, וזהו ההסכם נשוא הבקשה שלפנינו. המבקשת מוסיפה וטוענת כי הסכם זה, שנחתם כאמור ביום 20.6.2007, אושר על ידי בית המשפט המחוזי במסגרת ה"פ 958/06 ביום 28.6.2007. המבקשת טוענת כי הצדדים להליך זה ולהליך הגישור היו המשיבה והמשיב הפורמאלי בלבד, וכי נודע לה לראשונה על קיומו של ההסכם לאחר שנחתם ולאחר שאושר על ידי בית המשפט המחוזי.

10. המבקשת טוענת כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו שהסכמת המשיב הפורמאלי לבוררות כמוה כהסכמת המבקשת לבוררות, שכן מדובר בשתי ישויות משפטיות נפרדות. לטענתה, היא לא הייתה צד להסכם שנחתם בין המשיבה למשיב הפורמאלי, התנגדה לתוכנו ומקל וחומר שהתנגדה גם לתניית הבוררות. יתרה מכך, טוענת המבקשת כי הסכמה לבוררות צריכה להיות ברורה וחד משמעית ולא משתמעת, ובמקרה זה לא ניתן למצוא אפילו בדל של ראייה לפיו התכוונה להתקשר בהסכם בוררות. על כן לטענתה לא ניתן לכפות עליה את הליך הבוררות ולפגוע בזכותה המהותית לגישה לערכאות. בנוסף, המבקשת טוענת כי המשיבה והמשיב הפורמאלי הקנו לה סמכות לבצע שינויים בהסכם, על אף שאינה צד לו, מכיוון שההסכם עשוי להשפיע באופן ישיר על הפעילות המשותפת שלה ושל המשיב הפורמאלי בתחום ביטוח המוניות.

11. כן טוענת המבקשת כי ההודעה על ביטול ההסכם נשלחה למשיבה על ידי המשיב הפורמאלי בלבד, נחתמה רק על ידו ותוכנה משקף את עמדתו בלבד. המבקשת אינה מתעלמת מכך שהודעת הביטול נכתבה בלשון רבים. לטענתה, ייתכן שבשל כך נפל בית המשפט המחוזי לכדי שגגה כאשר ראה בהסכמת המשיב הפורמאלי לבוררות כהסכמתה לבוררות. המבקשת מוסיפה וטוענת כי גם אם יראו בה כמי שנתנה את

הסכמתה לבוררות הרי שממילא בינה לבין המשיבה לא קיים כל הסכם בוררות העונה על דרישת הכתב.

12. זאת ועוד, לטענת המבקשת בית המשפט המחוזי נמנע מלקבוע כי ההסכם חל על המבקשת אך קבע כי תניית הבוררות חלה עליה. ביחס לכך טוענת המבקשת כי מדובר בקביעה בלתי אפשרית שכן תניית הבוררות אינה עצמאית אלא היא מהווה חלק מן ההסכם.

13. המבקשת מוסיפה וטוענת כי איננה חליף של המשיב הפורמאלי לצורך ההסכם. כמו כן לטענת המבקשת, גם אם היא שותפה של המשיב הפורמאלי בחיק ביטוח המוניות, הרי שאין בכך כדי להפוך אותה לצד להסכם שבין המשיב הפורמאלי למשיבה. כן טוענת המבקשת כי השתתפות במיזם המשותף אינה מחייבת את השותפים ליותר ממה שנטלו על עצמם.

14. לאור האמור לעיל, טוענת המבקשת כי יש לבטל את החלטתו של בית המשפט המחוזי ולהורות כי כל מחלוקת בינה לבין המשיבה תידון בבית המשפט ולא בפני בורר.

תגובת המשיבה

15. תחילה טוענת המשיבה כי טענות המבקשת לפיהן היא אינה צד להסכם מאחר והוריעה למשיב הפורמאלי שהיא מתנגדת לתוכן ההסכם הן טענות עובדתיות, אשר נבחנו על ידי בית המשפט המחוזי, ונדחו על ידו בצדק.

16. המשיבה מוסיפה וטוענת כי אין בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה המבקשת הינה צד להסכם ובו תניית בוררות כדי לעורר שאלה משפטית עקרונית, אשר בגינה ראוי לסטות מן ההלכה לפיה רשות לערער בענייני בוררות ניתנת רק במקרים קיצוניים. לטענת המשיבה, די בטעם זה כדי לדחות את הבקשה.

17. כמו כן, המשיבה טוענת כי הוסכם בין הצדדים שהפעילות של תיק הביטוח המשותף למבקשת ולמשיב הפורמאלי תיעשה דרך מספרי הסוכן של המבקשת, וזאת בניגוד להוראה בהסכם לפיה היא תיעשה דרך מספר הסוכן של המשיב הפורמאלי, ומהטעם שהמבקשת קיבלה על עצמה את ההסכם. לטענת המשיבה, בפועל מאז שנחתם ההסכם המבקשת היא זו שמקבלת כספים מחברת הביטוח הכשרת היישוב עבור המשיבה והמשיב הפורמאלי ומחלקת אותם ביניהם. המשיבה טוענת כי בכך שינתה את

מצבה לרעה. בנוסף, טוענת המשיבה כי המבקשת נהנתה מהכנסות שהגיבה הפעילות שבה עסק ההסכם, ידעה שמלשון ההסכם עולה כי היא שותפתו של המשיב הפורמאלי ולא הודיעה למשיבה כי היא מסתייגת מתוכן ההסכם, אלא ההיפך הוא הנכון, ולטענת המשיבה המבקשת פעלה כצד דומיננטי להסכם. המשיבה מוסיפה וטוענת כי משנמצא שהמבקשת קיימה את הוראות ההסכם יש לראות בהתנהגותה כקיבול ההצעה הגלומה בהסכם. לאור כל זאת, טוענת המשיבה כי המבקשת מנועה כיום מלטעון שאינה צד להסכם.

18. זאת ועוד, לטענת המשיבה אין חולק שהמשיב הפורמאלי הוא שותפה של המבקשת, ועל כן בהתאם לסעיף 14 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975 המשיב הפורמאלי הינו שלוחה של המבקשת, וחתמתו על ההסכם מחייבת אותה. באשר לטענת המבקשת כי היא שותפתו של המשיב הפורמאלי רק לשם מיזם משותף, טוענת המשיבה כי טענה זו עומדת בסתירה לסעיף 19 להסכם ולהודעת הביטול. לטענת המשיבה הנטל להוכחת הטענה כי המבקשת והמשיב הפורמאלי אינם שותפים מונח על כתפיה של המבקשת, שלא הציגה תימוכין ראייתי לטענה זו ולא צירפה את הסכם השותפות בינה לבין המשיב הפורמאלי. יתרה מכך, המשיבה טוענת כי השותפות בין השניים כפולה מאחר שהמבקשת והמשיב הפורמאלי הינם "גם שותפים בעסקי ביטוח וגם שותפים בהסכם השלישי (ההסכם – י.ד.)".

בפרט טוענת המשיבה כי הודעת הביטול הינה ראייה קונקלוסיבית לכך שהמבקשת כפופה לתניית הבוררות. המשיבה מבססת את טענתה זו על כך שהודעת הביטול בכתב נשלחה בהמשך להודעת ביטול בעל פה שמסר מנכ"ל המבקשת למשיבה, ועל כך שהודעת הביטול בכתב עליה חתום המשיב הפורמאלי נוקטת בלשון רבים כי היא חוזרת למעשה על ההודעה בעל פה של מנכ"ל המבקשת.

19. עוד טוענת המשיבה כי לפי הספרות המקצועית ישנם מקרים בהם מקבל זכויות מכוח התקשרות חוזית נחשב חליף לפי סעיף 4 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות). כמו כן, טוענת המשיבה כי בין המבקשת לבין המשיב הפורמאלי קיימת זהות אינטרסים שאף מכוחה ניתן להכיר במבקשת כחליפה של המשיב הפורמאלי. לאור קביעות אלה טוענת המשיבה כי המבקשת הינה חליפתו של המשיב הפורמאלי ולכן חלה עליה תניית הבוררות.

20. כן טוענת המשיבה כי יש לראות את המבקשת כצד להסכם גם בשל תחולתן של דוקטרינות תום לב, מניעות, זהות אינטרסים ודיני הבוררות הכלליים. לטענת

המשיבה, על פי דוקטרינות אלה חל במקרה זה העיקרון שנקבע בפסיקה בהקשר של הכפפת בעל מניות בחברה לתניית בוררות שנחתמה על ידי החברה, והבסיס לכך נובע מהרציונל לפיו בכל הקשור לתניות בוררות לא המסגרת הפורמאלית היא הקובעת, אלא מהותם של הדברים. לטענתה, לפי מהותם של הדברים כפי שפורטו לעיל יש לראות במבקשת צד להסכם. המשיבה מציינת כי עילות התביעה כנגד המבקשת וכנגד המשיב הפורמאלי זהות, ומשכך אם תתקבלנה טענות המבקשת, הרי שעניינו של המשיב הפורמאלי יידון בבוררות ואילו עניינה של המבקשת יידון בבית המשפט. תוצאה זו עלולה לטענת המשיבה להוביל להכרעות סותרות ולייצר הכבדה מיותרת על בית המשפט.

21. לאור כל האמור לעיל, מבקשת המשיבה לדחות את הערעור שלפנינו.

תגובת המשיב הפורמאלי

22. המשיב הפורמאלי טוען כי המבקשת אינה צד להסכם ומכאן שלא ניתן לכפות עליה לברר את המחלוקות שבינה לבין המשיבה בהליך בוררות. כן טוען המשיב הפורמאלי כי הודעת הביטול נשלחה על ידו בלבד, נחתמה רק על ידו ותוכנה משקף את עמדתו בלבד. המשיב הפורמאלי מצייין כי הודעת הביטול נכתבה בשגגה בלשון רבים בעוד כוונתו הייתה לכתוב אותה בלשון יחיד.

עיכוב ביצוע

23. על החלטת בית המשפט המחוזי הגישה המבקשת בקשה לעיכוב ביצוע שנדונה בפניו. ביום 11.11.2009 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה ובעקבות כך הגישה המבקשת לבית משפט זה בקשה לעיכוב ביצוע, במסגרתה טענה כי אם ההחלטה לא תעוכב עלול להיווצר מצב שבו בקשת רשות הערעור תרוקן מכל תוכן עוד בטרם תתברר בפני בית המשפט, שכן המבקשת תחל למעשה בניהול הליך הבוררות. ביום 19.11.2009 דגתי בבקשה זו והוריתי על עיכוב ביצוע ארעי על החלטת בית המשפט המחוזי מיום 21.9.2009. ביום 23.12.2009 קבעתי כי הצו הארעי יעמוד בתוקפו עד למתן החלטה אחרת. המשיבה הגישה בקשה לביטול הצו הארעי בה טענה שמאזן הנוחות מצדיק את ביטולו. ביום 21.1.2010 דחיתי את בקשת המשיבה לביטול הצו הארעי וקבעתי כי הבקשה אינה מצביעה על שינוי נסיבות שמצדיק את ביטולו.

24. רשות ערעור על החלטת בית משפט לפי חוק הבוררות ניתנת במשורה במקרים חריגים, בהם מתעוררת שאלה בעלת אופי משפטי או ציבורי החורגת מעניינם של הצדדים למחלוקת, או כאשר נדרשת התערבות משיקולי צדק ומניעת עיוות דין [ראו: רע"א 3680/00 גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד נו (6) 615, 605 (2004); רע"א 3505/00 רס חברה לעבודות הנדסיות בנין ושוברי גלים בע"מ נ' אחים שורק בע"מ (לא פורסם, 11.7.2000); רע"א 10570/08 מצנר נ' פלינט (לא פורסם, 3.3.2009)]. במקרה זה, מתעוררת לדעתי בנסיבות העניין שאלה בעלת חשיבות משפטית ועל כן אציע לחברי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

25. בבקשה שלפנינו עלינו להכריע האם תניית בוררות יכולה לחול גם על מי שאינו צד להסכם שבו נקבעה תנייה מסוג זה. בפרט עלינו להכריע בשאלה האם שותף יכול לחייב בחתימתו על הסכם בוררות את שותפיו להיות צד להליך הבוררות. במקרה זה המבקשת הינה בעלת 50% מהזכויות בתיק ביטוח המוניות של המשיב הפורמאלי, וכפי שעולה מטענותיה רכשה ממנו זכויות אלה במסגרת מיזם משותף שהקימו בתחום ביטוחי המוניות. מנגד, טוענת המשיבה כי השניים הינם שותפים לכל דבר ועניין.

לפי סעיף 1 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975 (להלן: פקודת השותפויות) שותפות הינה "חבר בני האדם שהתקשרו בקשרי שותפות". קשרים אלו הוגדרו בפקודה כ"הקשרים שבין בני אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים, למעט את הקשרים שבין חברי תאגיד שהואגד לפי כל דין אחר". פקודת השותפויות מתייחסת גם לצורות שיתוף שלא מקיימות קשרי שותפות, וקובעת בסעיף 2(1) כי לשם הכרעה אם קיימים קשרי שותפות יש ליתן את הדעת לכלל הבא:

"שיתוף מכל צורה או הגדר כנכס או בכל זכות בו – אין בכך בלבד כדי ליצור קשרי שותפות בין בעלי הנכס או הזכות, ואפילו הם נוטלים חלק ברווחים המגיעים מן השימוש בהם".

במקרה זה כאמור בין הצדדים קיימת מחלוקת באשר לשאלה האם קיימת שותפות בין המבקשת לבין המשיב הפורמאלי. ייתכן שניתן לקבוע כי השניים מקיימים קשרי שותפות, אם כי לפי סעיף 2(1) לפקודת השותפויות ניתן לטעון כי אין לגזור בהכרח מעניין הבעלות הנ"ל לעניין השותפות ביניהם. ואולם מכל מקום אין אנו

נדרשים להכריע בשאלה זו. זאת, מאחר שגם אם נניח אך ורק לשם הדיון שלפנינו, כי בין השניים קיימת שותפות, בכל זאת אין לקבל את טענת המשיבה כי המבקשת הינה צד להסכם שנחתם בינה לבין המשיב הפורמאלי, וזאת מהטעמים שיפורטו להלן.

26. לבחינת השאלה האם שותף יכול להיחשב צד להסכם בוררות שנחתם בין שותפו לבין צד שלישי, מן הראוי להתייחס לסעיף 14 לפקודת השותפויות הקובע כי:

"כל שותף הוא שלוח של השותפות ושל שאר שותפיו לכל ענין של עסקי השותפות; ופעולותיו של כל שותף, כשהוא עושה בדרך הרגילה עסק מן הסוג שעושה השותפות שהוא חבר בה, יחייבו את השותפות ואת שותפיו, זולת אם למעשה אין לו הרשאה לפעול בשם השותפות באותו עסק, והאדם שעמו נשא ונתן יודע שאין לשותף הרשאה לכך, או שאינו יודע, או אינו מאמין, שהוא שותף".

לכאורה, לפי סעיף 14 לפקודת השותפויות שותף הינו שלוח של השותפות ושל שותפיה, ופעולות עסקיות הרגילות לשותפות אותן מבצע אחד השותפים מחייבות את השותפות ואת יתר השותפים בה. מנגד, סעיף 5(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965 קובע כי:

"השליחות חלה - באין הגבלה בהרשאה - על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות, אולם אין היא חלה - באין הרשאה מפורשת לכך - על הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר, ולא על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה".

מלשונו הברורה של הסעיף עולה כי אחד השותפים יכול לחייב לעניין הבוררות את השותפות ואת יתר השותפים בה רק בתנאי שניתנה לו הרשאה מפורשת לכך. בע"א 5466/97 יעקב עוזיאל - עו"ד, כונס הנסים של ערד נאות בנגב בע"מ נ' ש.א.ע. אבני ירושלים בע"מ פ"ד נה(1) 314, 305 (להלן: עניין עוזיאל) קבע השופט מ' אילן כי ייתכן שניתן להסתפק גם בהסכמה מכללא:

"אינני חושב שטוב הוא כי בכל מקרה של פניית אחד השותפים לבוררות, ללא הסכמה מפורשת של השותפים, נקבע אפריורי כי השותפות לא תחויב בתוצאת הבוררות. לדעתי היה טוב שהסכמה כזאת תוכל להינתן גם מכללא".

במקרה שלפנינו לא הוכח כי המשיב הפורמאלי קיבל את הסכמתה המפורשת של המבקשת לפיה פעולותיו יחייבו גם אותה כשותפתו. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי ציין כי במכתב ששלחה המבקשת למשיב הפורמאלי, מיד ובסמוך לאחר כריתת ההסכם, הביעה המבקשת הסתייגות מנוסח ההסכם ומכך שאינו עולה בקנה אחד עם חוק ההגבלים העסקיים. המבקשת אמנם לא העלתה באופן מפורש השגה פרטנית לעניין תניית הבוררות, אולם לדעתי ניתן לקבוע כי המבקשת הביעה מפורשות את הסתייגותה הכוללת והחד משמעית מן ההסכם כולו כמכלול, ולאורך כל הדרך התנגדה לתוכנו. נוכח זאת יש לקבוע כי במקרה זה גם לא התקבלה הסכמה מכללא.

27. קביעה זו אף הולמת את הצורך כי בין הצדדים לבוררות תהיה הסכמה מלאה להתדיין בפני בורר ולא בפני בית משפט. יתרה מכך, כאשר מדובר בהסכמה לפי דיני החוזים להתדיין בבוררות, יש צורך במפגש רצונות מלא והסכמה מפורשת של כל הצדדים לעניין הבוררות [ראו: סמדר אוטולנגי בוררות דין ונוהל 15, 25-26 (מהדורה רביעית, 2005) (להלן: אוטולנגי, בוררות דין ונוהל)]. ההסכמה להתקשר בהסכם בוררות הינה יסוד מרכזי במוסד הבוררות והלכה היא כי על הסכמה לבוררות להיות ברורה וחד משמעית. כך גם נקבע בספרות כי "אין אפשרות לצרף בעל דין לבוררות ללא הסכמתו ואין סמכות לבורר לפסוק בעניינו של מי שאיננו צד להסכם הבוררות" [ראו: אורי שטרוזמן ספר הבוררות 35 (2001)], וכן נפסק כי לפי הבסיס ההסכמי שביסוד הבוררות "אין הליך הבוררות יכול לחייב צדדים שלא היו שותפים להסכם הבוררות לקחת חלק בבוררות" [ראו: רע"א 8523/05 החברה המרכזית לפיתוח השומרון בע"מ נ' מזי את יחזקאל בע"מ (לא פורסם, 14.2.2010) בפסקה 14 (להלן: עניין החברה המרכזית לפיתוח השומרון)]. זאת ועוד, נקבע כי ידיעה כשלעצמה אודות הסכם בוררות בין שני צדדים אינה מחייבת את היודע כצד להסכם, וכך למשל ערב לחוזה שבו תניית בוררות אינו נחשב צד להסכם בוררות, גם אם ידע אודותיו, כל עוד לא חתם על שטר חוב המכיל מפורשות את תניית הבוררות [ראו: אוטולנגי, בוררות דין ונוהל 90].

28. יתרה מכך, בעניין עוזיאל אף נקבע כי אם צד להסכם יודע על קיומה של שותפות ובוחר להתקשר עם אחד השותפים בלבד באופן אישי, הינו מנוע לבוא לאחר מכן בטענות ובתביעות אל השותפות ואל יתר השותפים (ראו: עניין עוזיאל בעמוד 311). במקרה זה, סעיף 19 להסכם בו נקבע כי ידוע למשיבה שהמבקשת הינה שותפה של המשיב הפורמאלי עומד לה לרועץ, שכן ידיעת המשיבה אודות השותפות ואי צירופה של המבקשת כצד להסכם מונעת ממנה לטעון כיום כי תניית הבוררות שנקבעה בו מחייבת את המבקשת.

29. בנוסף, המבקשת טוענת כי אינה חליפתו של המשיב הפורמאלי ואילו המשיבה טוענת כי ייתכנו מקרים בהם מי שמקבל זכויות מכוח התקשרות חוזית נחשב חליף לפי סעיף 4 לחוק הבוררות. בע"א 10892/02 נאות אואזיס מלונות בע"מ נ' זיטר (לא פורסם, 6.6.2005) התייחס השופט א' גרוניס למושג החליף וקבע כי:

"המושג חליף לא הוגדר בחוק הבוררות, או בחוקים אחרים בהם נעשה בו שימוש. גוכח זאת, יצקה הפסיקה תוכן למושג זה, ומשמעותו נודעת מקיבוץ של פסקי הדין השונים שניתנו במשך הזמן. עיקרו של דבר, חליף הוא מי שהוסבה אליו זכותו (או חבותו) של בעל הזכות (או החבות) המקורי, מכוח חוק (כגון: מנהל עזבון, יורש, נאמן בפשיטת רגל וכיוב') או בנסיבות אחרות, רצונית (כגון מקבל זכויות על פי חוזה) (ראו לעניין זה את ס' אוטולנגי בוררות דין ונוהל (מהדורה שלישית, 1991) 42-51). החליף נכנס באופן מוחלט בנעלי בעל הזכות המקורי, כשהאחרון געלם ואיננו" (בפסקה 16 לפסק הדין).

כמו כן, גם השופטת א' פרוקצ'יה דנה בסוגיית החליף לעניין הסכם הבוררות בעניין החברה המרכזית לפיתוח השומרון וקבעה כי סעיף 4 לחוק הבוררות רלוונטי במקרים בהם בא החליף בנעליו של הצד הישיר להסכם וכי אין להחילו כאשר מעורבותו של צד זה בהסכם עומדת בעינה:

"ביסוד החריג בענין החליף עומדת התפיסה, לפיה ככלל, הציפייה ההגיונית והסבירה של צדדים להסכם בוררות היא, כי ההסכם לא יתבטל אך מהטעם שצד שלישי בא כדין בנעליו של אחד מהם, כאשר הצד הישיר להסכם אינו עוד בעל אינטרס בו, או אינו כשיר לפעול על פיו, וחליפו המשפטי בא בנעליו. הוראת החליפות נועדה לשמר את מנגנון הבוררות עליו הוסכם בין הצדדים, גם אם תחת הצד להסכם הבוררות בא החליף, וזאת, עד כמה, וככל שהדבר אינו עומד בניגוד לכוונתם המשתמעת של הצדדים להסכם. כנגד זאת, החלת הסכם הבוררות על צד זר להסכם הבוררות, כאשר מעורבותו של הצד המקורי להסכם הבוררות בעינה עומדת, עשויה להוות הרחבה של מעגל היריבות המשפטית מעבר למסגרת ההסכמית של הבוררות, ולפיכך היא אינה מוכרת" (בפסקה 17 להחלטה).

במקרה זה, ייתכן כי ההסכם היטיב עם המבקשת אך לא ניתן לטעון כי המשיב הפורמאלי המתה אליה את זכויותיו מכוח ההסכם בעוד שמעורבותו בהסכם פחתה, ומכל מקום אין עוררין כי המבקשת לא נכנסה באופן מוחלט לנעליו של המשיב הפורמאלי שכן הוא לא "נעלם ואיננו" כפי שדרשה הפסיקה.

30. נוכח כל האמור לעיל אמליץ לחבריי לקבל את טענת המבקשת לפיה אין לכפות עליה להתדיין בפני בורר, מכוח הסכם אשר לא הייתה צד לו הכולל תניית בוררות. המבקשת לא הסכימה במפורש, באופן משתמע או במכללא כי פעולותיו של המשיב הפורמאלי יחייבו אותה, אלא הבהירה בצורה חד משמעית שהיא מתנגדת להסכם ולתוכנו. בנוסף, אין לקבל את טענת המשיבה כי ניתן להכיר במבקשת כחליפתו של המשיב הפורמאלי, זאת מאחר שזכויותיו לא הוסבו אליה ומהטעם שמעורבותו בעניין נותרה בעינה. כן לא ניתן להתעלם מכך שהמשיבה ידעה על הקשר העסקי שבין המשיב הפורמאלי לבין המבקשת אך בחרה שלא לצרפה כצד להסכם, ועל כן אין לה אלא להלין על עצמה.

31. לפיכך אמליץ לחבריי לקבל את בקשת רשות הערעור מן הטעמים המפורטים לעיל ולקבוע כי אין לכפות על המבקשת להתדיין עם המשיבה בהליך בוררות. כן אציע לחבריי לקבוע כי המשיבה תישא בשכר טרחת עורכי דינה של המבקשת בסך של 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

גם לדעתי אין לכפות על המבקשת להתדיין בפני בורר מכוח ההסכם שהיא לא הייתה צד לו. עם זאת מבקשת אני להשאיר בצריך עיון את השאלה שאינה מצריכה הכרעה האם המבקשת תהיה בגדר "חליף" של המשיב הפורמאלי לצורך סוגיה אחרת – סוגיית מעשה בית דין (ראו: ע"א 258/88 פיקטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מ"ד(2) 576 (1990); רע"א 7831/99 צוריאני נ' צוריאני, פ"ד נ"ז(1) 673, 683 (2002)). לענין זה פועלת המערערת על סיכונה.

ש ו פ ט

מסכים אני לחוות דעת חברי השופט דנציגר. עמוד האש במדינת חוק הוא שתהא כתובת לבעלי דין להתדיין בה, זו הזכות הקרויה זכות הגישה לערכאות (ראו בין השאר ש' לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד (מה' 2, תשס"ח-2008), 27 ואילך). דרך המלך, הכתובת המרכזית, היא בית המשפט; ככלל אין צורך בהסכמה להתדיין בה, שהרי החוק הוא מקור ההסכמה וההסכמה. הבוררות היא אחת הכתובות הנוספות, ומעלותיה עמה, אך טעונה היא הסכמת הצדדים. הסכמה זו צריך שתהא ברורה, אף אם אינה מפורשת עד תום. במקרה דנא יש אי בהירות, שגם המשיבים תרמו לה, כמו במכתב מיום 29.6.08, ואי בהירות זו משמעה, כפי שהראה חברי, כי לא הגיעו הדברים לכלל הסכמה ככל משפטה וחוקתה. כבר נפסק (רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת, פ"ד נו(5) 156, 163-164, מפי השופט (כתארו אז) מצא), "בהסכמה לבוררות כדוכה פגיעה משמעותית בזכות הגישה לערכאות של כל אחד מהצדדים המתקשרים. זו מתבטאת לא רק בויתורם, למעשה, על הזכות להתדיין לפני בית המשפט, אלא גם בנטילת מגבלות משמעותיות ביחס לאפשרויות ההשגה על הכרעת הבורר בעניינם. הפגיעה בזכות הגישה לערכאות נחשבת למוצדקת רק אם היא אכן נובעת מבחירתו המוקדמת של המתקשר... מחשיבות מעמדה של זכות הגישה לערכאות מתחייבת המסקנה, כי להוכחת הכוונה להתקשר בהסכם בוררות תידרשנה ראיות ברורות. בהיעדר ראיות משכנעות לקשירתו של הסכם בוררות, תתחייב המסקנה כי הסכם כזה לא נקשר". ראו גם לוי שס, 37-38; אוגוטולוגי, בוררות דין ונוהל, מה' 4 (תשס"ה-2005), 253. שערי משפט לא ננעלו כלפי המשיבה, כמובן, שכן פתוחה בפניה ההתדיינות בערכאות הרגילות. על כן הפגיעה בה, עם שאין לזלזל באבדנה של בוררות, אינה מהותית באופן שיטה את הכף; לא כל שכן מקום שניתן פיצול סעדים. מסכים אני גם להערת חברתי השופטת נאור.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ה בחשון תשע"א (2.11.2010).

שופט

שופט

שופטת