

הפ 530/01

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפניכב' השופט צבי סגל

בעניין: **אלרוב אזור מסחרי ממילא (1993) בע"מ**

המבקשת

נגד

קרתא חברה לפיתוח מרכז ירושלים בע"מ

המשיבה

ב"כ המבקשת עו"ד י' נחושטן
ב"כ המשיבה עו"ד י' בר-סלע

פסק דין

1. לפנינו בקשה למתן פסק דין הצהרתי, בגדרו מתבקש בית המשפט לקבוע, כי מקום ניהול הבוררות שבין חברת "אלרוב" (להלן: "המבקשת"), לבין חברת "קרתא" (להלן: "המשיבה"), המתנהלת בפני הבורר, כבי השופט (בדימ') ברנר (להלן: "הבורר" או "כב' הש' ברנר"), בהקשר לתביעה כספית שהוגשה נגד המשיבה, הנו בתל-אביב, ועל כן יש לאכוף על המשיבה את המשך ניהול הבוררות בת"א, כפי שהתנהל עד כה.

רקע כללי ועובדתי:

2. בין הצדדים נחתם חוזה, שעניינו התחייבות המבקשת להקים מרכז מסחרי ובנייני משרדים ומגורים, באזור הידוע בירושלים כמתחם "ממילא". החוזה שנחתם בין המבקשת לבין המשיבה הכיל תניה (בסעיף 8.17.2 לחוזה), לפיה הסכסוכים וחילוקי הדעות שיתגלעו בין הצדדים בנוגע לפירושו של החוזה או בנוגע לביצועו, יוכרעו בהליך של בוררות, והבוררות תתקיים בירושלים.

בין הצדדים נתגלעה מחלוקת הנוגעת לקיומה של הפרת החוזה, אשר ההתדיינות לגביה הועברה בהסכמה להליך של בוררות. הבורר הבהיר מראש לצדדים, כי ההליך יוכל להתקיים בפניו רק אם ייערך בת"א, והמשיבה נתנה את הסכמתה לכך שהישיבה המקדמית הראשונה תתקיים בת"א, אך התנתה זאת באי ויתור, נכון לשלב האמור, על האמור בסעיף 8.17.2 הנ"ל לחוזה (בנוגע לתניית מקום השיפוט).

בישיבה שהתקיימה ביום 8.12.98, שבה ועלתה שאלת מקום ניהול הבוררות, וניתנה החלטה על-ידי הבורר, **בהסכמת הצדדים**, לפיה "מוסכם על הצדדים, שלמרות הכתוב בסעיף 8.17.2 לחוזה, הבוררות תתקיים בת"א ולא בירושלים". ביום 3.2.99 נעתר הבורר לפניית המבקשת לפיצול סעדים בין נושא התביעה הכספית, לבין שאלת הפרת החוזה. ביום 13.9.99 קבע הבורר, כי המשיבה הפרה את החוזה בינה לבין המבקשת, והיא גם נושאת באחריות לעיכוב ביצוע הפרויקט. פסק בוררות זה אושר ביום 30.3.00 על-ידי ביהמ"ש המחוזי בת"א, לאחר שבקשת המשיבה לביטול הפסק נדחתה.

עם אישור פסק הבוררות בעניין הפרת ההסכם, פנתה המבקשת וביקשה להמשיך את הליך הבוררות בפני הבורר גם בעניין תביעת הפיצויים שלה נגד המשיבה בגין אותה הפרה. המשיבה התנגדה לכך, וטענה, כי כבי הש' ברנר אינו מוסמך לדון יותר בתביעה זו. המבקשת פנתה לבית המשפט, על-מנת שיינתן פסק-דין המצהיר על כך שכבי הש' ברנר הוא המוסמך להמשיך ולדון בתביעת הפיצויים של המבקשת נגד המשיבה. בית משפט זה (כבי השופט מ' גל, בה"פ

405/00), קיבל הבקשה וקבע בפסק דינו מיום 4.12.00, כי המינוי של כב' השופט ברנר כבורר חל גם על התובענה הכספית. על החלטה זו לא הוגש ערעור.

לאחר מתן פסק הדין הנ"ל פנתה המשיבה לבורר, וטענה כי הבוררות בפניו חייבת להתקיים בירושלים, כפי שנקבע בחוזה בין הצדדים, וכי הסכמתה לניהול הבוררות בתל-אביב לא ניתנה לגבי כל מרכיבי המחלוקת בינה לבין המבקשת. במכתב תגובתו, דחה בא-כוחה של המבקשת את עמדת המשיבה באשר לסמכות השיפוט המקומית. בהתייחסו למכתבים האמורים, קבע כב' הש' ברנר, כי גם המשכה של הבוררות צריך להתקיים בת"א (מכתב מיום 12.12.00). בהודעה מאוחרת יותר, מיום 22.12.00, חזר כב' הש' ברנר על עמדתו האמורה, בקובעו כי ההסכמה לקיום הבוררות בת"א ניתנה, למיטב הבנתו, לגבי כל המחלוקות בתיק, וכי אין זה מסמכותו לקבוע האם רשאית המשיבה בנסיבות העניין לחזור בה מהסכמתה, והאם להחלטתו האמורה של כב' הש' גל לעניין מינוי הבורר יש נפקות כלשהי על הסכמתה של המשיבה, בנסיבות שתוארו לעיל.

טענות המבקשת:

3. עיקר בניין של טענות המבקשת מושתת על הסכמת המשיבה בישיבה מיום 8.12.98, לפיה על-אף האמור בסעיף 8.17.2 לחוזה לעניין מקום ניהול הבוררות, תתקיים הבוררות בת"א ולא בירושלים. הסכמה זו של המשיבה, אשר לא סוייגה על-ידה בצורה כלשהי, כמוה כשינוי חוזה בהסכמה בין הצדדים. העובדה כי הבוררות בין הצדדים, אשר נמשכה ישיבות רבות, נערכה כולה בת"א, מחזקת הלכה למעשה את השינוי שהוכנס בחוזה.

עוד טוענת המבקשת, כי גם בדיון שנערך בה"פ 405/00 הנ"ל, בגדרו נקבע כי המינוי של כב' הש' ברנר יחול גם על התובענה הכספית, נמנעה המשיבה מלטעון כי ההליך חייב להתקיים בירושלים, הגם שידעה כבר אז, שכב' הש' ברנר עומד על כך שהבוררות בפניו תתקיים בתל-אביב. בכך ויתרה למעשה המשיבה על טענה זו והיא מנועה מלהעלותה עתה.

טענות המשיבה:

4. לגישתה, על-אף שהוכרע כי הש' ברנר הוא בעל הסמכות לדון בתביעה הכספית הצפויה, אין בכך כדי לחייבה, כי גם חלק זה של הבוררות ייערך בת"א. מכיון שמדובר בהליך חדש, שאינו מהווה המשכו של הליך קודם, הרי שההסכמות הדיוניות, שהיו תקפות להליך הקודם, אינן יותר בתוקף ככל שהדבר נוגע להליך החדש, ויש לפנות להוראות החוזה המקורי ולקיימו.

עוד טוענת המשיבה, כי משנפסק על-ידי בית המשפט, כי כב' הש' ברנר ימשיך להיות הבורר, אין עוד מחלוקת על כך, והוא ישמש כבורר גם בתביעה החדשה, ככל שברצונו וביכולתו לנהל את הליך הבוררות, אך זאת רק בכפוף להסכמות הדיוניות על-פי החוזה שבין הצדדים. העובדה שכב' הש' ברנר אינו יכול לנהל את הבוררות בירושלים אינה יכולה לעמוד, היא עצמה, בניגוד להסכמת הצדדים.

לאחר קדם המשפט, ומשלא באו הצדדים לכלל הסכמה, סיכמו הצדדים את טענותיהם בכתב.

דיון:

5. בראשית הדברים יובהר, כי אין חולק על כך שהצדדים הסכימו ביניהם בעבר, שעל אף האמור בסעיף 8.17.1 לחוזה לעניין מקום השיפוט, תתקיים הבוררות בפני כב' הש' ברנר בתל-אביב. גדר המחלוקת נסוב עתה על שאלת היקף ההסכמה הנ"ל, דהיינו, האם בגדרה של ההסכמה לניהול הבוררות בת"א, עת דובר בהכרעה בשאלת קיומה של הפרה, נכללת מכללא גם הסכמה לניהולה בת"א, ככל שהיא נוגעת לתובענה הכספית שהמבקשת עתידה להגיש נגד המשיבה.

6. לאחר עיון בטענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי דין התובענה להתקבל, ככל שנדרשת הצהרה בדבר ההסכמה מלכתחילה בין הצדדים לנהל את הליך הבוררות בת"א, וזו חלה גם על התובענה הכספית שבכוונת המבקשת להגיש. להלן יובאו הטעמים העומדים בבסיס מסקנתי.

7. יריעת המחלוקת, כפי שהובהר כבר לעיל, סבה סביב הפרשנות שיש ליתן להסכמת הצדדים לקיים את הליך הבוררות בת"א, ועל תוקפה של ההסכמה, ככל שהדבר נוגע למחלוקות נוספות בין הצדדים. אכן, בגדר ההסכם המקורי בין הצדדים נכללה תניית שיפוט, לפיה הבוררות תתקיים בירושלים, אלא שלאחר שהש' ברנר הבהיר לצדדים כי יוכל לשמש בורר בעניינם רק במידה והבוררות תתנהל בת"א, נאותו הצדדים ליתן הסכמתם לכך, ובישיבה מיום 8.12.98 ניתנה החלטה

על-ידי הבורר המאמצת את הסכמתם המפורשת, לפיה "מוסכם על הצדדים שלמרות הכתוב בסעיף 8.17.2 לחוזה, הבוררות תתקיים בתל-אביב ולא בירושלים".

דרישת המבקשת, כי תנתן הצהרה, בגדרה ייקבע כי הבוררות תמשיך להתנהל בת"א ולא בירושלים, מושתתת בעיקרה על הטענה, לפיה ההסכמה הנ"ל להעברת הדיון לת"א, שהושגה בין הצדדים, ואשר קיבלה תוקף של החלטת בורר, מהווה שינוי מוסכם של החוזה המקורי. מנגד לכך עומדת המשיבה על כך, שהסכמתה להעביר את הדיון לת"א ניתנה אך ורק לגבי ההליך הספציפי (בנושא עצם ההפרה), ומכיון שעסקינן עתה בהליך חדש (קביעת גובה הפיצוי), הרי שהסכמתה אינה תקפה עוד, ויש לחזור להוראות ההסכם המקורי.

8. אף מבלי צורך להכריע בשאלת שינוי החוזה בין הצדדים ועדכוננו מחדש, נחה דעתי כי יש להורות על המשך הדיון בתובענה בת"א. יודגש כבר עתה, כי אין המדובר בסכסוך נפרד, כי אם בתביעה שמקורה נובע מאותו סכסוך, ומהווה למעשה המשכה המתחייב של המחלוקת הראשונה שעמדה במרכז הדיון בפני הבורר, ואשר בקשר אליה ניתן פסק הבורר. בהקשר זה, אין לי אלא להצטרף ולאמץ את הניתוח שערך כב' השי' גל בה"פ 405/00 הנ"ל, בגדרה הוכרע, כי אמנם אין המדובר בהליך שהוא המשכו של הליך אחר, כפי שהמבקשת שם, שהיא גם המבקשת בהליך הנוכחי, ניסתה לטעון, וכי המדובר למעשה בהליך חדש, אלא שהליך זה הוא בבחינת תוצר של אותה מחלוקת ונובע אף הוא מאותו סכסוך. העובדה כי הדיון בשאלת הפרת ההסכם פוצל, ונידון בנפרד משאלת גובה הפיצוי, אין בה, כשלעצמה, כדי להעיד על כך שמדובר בסכסוכים נפרדים. משנידונה והוכרעה שאלת הפרת ההסכם, ונקבע שהופר ההסכם, קמה בצידה גם עילה לפיצויים, ואלמלא נידונה שאלת ההפרה, או-אז, גם שאלת הפיצויים לא היתה מתעוררת. המדובר, איפוא, בשאלות הכרוכות האחת ברעותה, ושתייהן תוצר של סכסוך אחד. עמד על כך, כאמור, גם השי' גל, עת ניתח בה"פ 405/00 הנ"ל את אומד דעתם של הצדדים לפי הסכם הבוררות, לעניין זהות הבורר ותחולתו על תביעת הפיצויים:

"לעיל הובהר, כי מלכתחילה מונה הבורר לדון בכל חלקי הסכסוך המקורי, בכללם תביעת הפיצויים. זוהי גם המשמעות של הליך פיצול הסעדים, אותו ביקשו הצדדים מן הבורר... אכן, המדובר באותו הסכסוך, כאשר טעמי הפיצול בדיון - כפי שפורטו לעיל - נבעו משיקולים פרקטיים להליך, ולא מכיון שהתובענה אמורה להיות מיוחסת לסכסוך אחר. לפי החומר המונח לפני נראה, כי כבר מלכתחילה וגם בהמשך, במהלך הדיון לפני הבורר, סברו שני הצדדים שתובענת הפיצויים תתברר אף היא לפניו, באשר הוא מונה לדון במכלול הסכסוך. מבחינה מצומצמת זו סמכותו היא נמשכת..."

(שם, עמ' 14)

9. מסקנתי הנה, כי ההסכמה שהעניקה המשיבה להעברת הדיון מירושלים לת"א, לצורך הדיונים לבחינת השאלה בדבר קיומה של הפרת ההסכם, תקפה ועומדת בעינה אף לעניין הדיונים בשאלת הנזק והפיצוי הנובעים מאותה הפרה, כל זאת מבלי הצורך להיכנס בעובי קורתה של השאלה, האם מהווה ההסכמה הנ"ל שינוי של החוזה המקורי בין הצדדים.

10. כמצויין לעיל, על פסק דינו של השופט גל בה"פ 405/00 הנ"ל, בגדרו נקבע כי התביעה בגין ההפרה והתביעה הכספית הנה אחת, לא הוגש ערעור. במצב דברים זה, הנפקות שיש לקביעה כי המדובר בשתי שאלות הנובעות מסכסוך אחד, אינה רק כי הבוררות תמשיך ותתנהל בפני אותו בורר, כפי שקבע כב' השי' גל בפסק דינו, אלא גם כי יתר ההסכמות שהושגו לגבי אותו הליך ספציפי ממשיות להיות שרירות וקיימות לגבי ההליך הנוסף הנובע מאותו סכסוך, לרבות ההסכמה כי מקום קיום הבוררות יהיה בת"א ולא בירושלים. די בכך כדי לקבל את התובענה דנן.

11. אולם למעלה מכך, לאחר עיון בהסכם המקורי, בתכתובות שקדמו להליך הבוררות שהיו קשורות בו, ובפסק הבורר, באתי לכלל מסקנה, כי המשיבה נתנה הסכמתה לניהול ההליך בת"א, מבלי שסייגה את הסכמתה זו, וכי הסכמה זו כמוה כשינוי החוזה ועדכוננו, שבאו לידי ביטוי בדמות החלטה שיפוטית. אין המדובר בהסכמה חד-פעמית שהעניקה המשיבה לקיום ההליך בת"א, לאחר שנתעוררה בעייתיות כלשהי לקיימו בירושלים. אילו היתה מונחת לפני רק הסכמתה הראשונית של המשיבה, בגדרה היא ניאותה להעביר את מקום ניהולה של הישיבה הראשונה לת"א, אך הוסיפה את ההדגשה "מבלי לוותר על האמור בסעיף 8.17.2 לחוזה", או-אז, הייתי

מתקשה לקבוע שחל שינוי מוסכם בחוזה. אולם, כאמור, בישיבת בוררות נוספת שהתקיימה ביום 8.12.98, העניקה המשיבה את הסכמתה המפורשת לכך שהבוררות תמשיך ותתקיים בת"א ולא בירושלים, על אף האמור בחוזה המקורי, ולא התנתה הסכמה זו בסייג כלשהו דוגמת הסייג הקודם. הסכמה זו קיבלה כאמור תוקף של החלטה, והצדדים אף נהגו על-פיה, עת קיימו את כל ישיבות הבוררות בת"א.

12. לא-זו-אף-זו, אף מתכתובות שהתקיימו בין הצדדים לבין הבורר ניתן ללמוד על אומד דעתם של הצדדים בשעת הענקת ההסכמה להעברת הדיונים בהליך לת"א. במכתבי התשובה מהבורר להשגות שהעלתה המשיבה בנוגע למיקום ישיבות הבוררות העתידיות, נמנע אמנם הבורר מלהכריע בעצמו בשאלת היקף ההסכמה שנתנה המשיבה לשינוי מיקום הישיבות, אלא שדעתו בעניין נלמדת מאמירות כגון: "...ההסכמה הזו, כפי שאני הבינתי אותה, חלה על כל התיק... **קעת מבקשת קרתא לחזור בה מהסכמתה**" (ראה מכתב הבורר מיום 22.12.00). דעתו של הבורר כמובן אינה מכרעת, אלא שהיא מהווה כלי פרשני נוסף בהתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים וכוונותיהם, שעה שהוסכם על העברת הדיון לת"א.

לא-זו-אף-זו, העובדה כי בה"פ 405/00 הנ"ל, התמצו טענותיה של המשיבה לעניין זהותו של הבורר, ולא נשמעה כל טענה לעניין מיקום הבוררות, על-אף שהמשיבה היתה ערה לעמדתו הברורה של הבורר לנהל את הבוררות בת"א, מונעת ממנה מלהעלותה עתה, והעלאת הטענה לראשונה בשלב זה נגועה בחוסר תום לב. תורת המניעות גורסת, כי לאחר שצד לדיון נמנע מלהעלות בפני בית משפט טענות משפטיות ועובדתיות, ויצר מצידו מצג של הסכמה, מנוע הוא מלהתכחש למצג שהוא עצמו יצר, ואשר עליו הסתמך צד אחר לדיון בתום לב ובאורח סביר.

ברע"א 4928/92 עזיז עזרא האג' ואח' נ' המועצה המקומית (פ"ד מז(5)94), עמד בית המשפט העליון (כב' הש' דורנר), על ההגיון שבבסיס תורת המניעות, בבואו להכריע בשאלה האם יש להורות על ביטול פסק בורר שניתן בחוסר סמכות, בנסיבות בהן הטענה הועלתה לראשונה לאחר מתן פסק הבורר. בהקשר לכך נקבעו הדברים כלהלן:

"בעל דין שהמשיך להתדיין בפני בורר שלשיתו חרג מסמכותו, וזאת מבלי למחות, הציג מצג בדבר הסכמתו להרחבת סמכותו של הבורר. הצד השני השתתף בהליכי הבוררות בהסתמכו על מצג זה, ובכך שינה מצבו לרעה. אילו הוא היה יודע, כי בעל דינו אינו מסכים להרחבה, הוא היה זכאי לפנות לבית המשפט לקבלת הכרעה בסמכות הבורר, ולא להוציא הוצאות ולהשקיע זמן בדיון עקר. על-כן מושתק בעל הדין שלא מחה, מלטעון לבטלותו של הפסק"

(שם, עמ' 101)

ברע"א 2650/95 מרכז ציון חברה לפיתוח נ' מרדכי כידון (פ"ד נ(5)466) נידונה גם כן סוגיית המניעות, אך הדבר נעשה בקשר לשאלת סמכות בית משפט לבטל פסק-בורר שניתן באיחור רב מאוד, בנסיבות בהן הטענה הועלתה לראשונה לאחר מתן פסק הבורר ועל-ידי הצד שהפסק ניתן לחובתו. בהקשר לכך (ומבלי להיכנס לדעה השונה שהובעה בפסק דין זה מזו שהובעה ברע"א 4928/92 הנ"ל, בנוגע לאפשרות שינוי הסכם בוררות בדרך של התנהגות הצדדים לבוררות), נשמעו מפי כב' הש' ת' אור הדברים הרלוונטיים לענייננו כלהלן:

"בנסיבות שתוארו לעיל, שתיקתם של הצדדים אינה יכולה להתפרש אלא כויתור מצדם על עילת הביטול המוקנית להם מכוח סעיף 24(8) לחוק. התנהגות הקונים יצרה מצג שווא של ויתור על הטענה כי פסק הבורר לא ניתן במועדו. היזמים הסתמכו על מצג זה ושינו מצבן לרעה, בכך שהמתינו לפסק הבורר עד למועד סמוך לתקופת ההתיישנות. עתה מנועים הקונים מלחזור בהם מהמצג שיצרו."

(שם, עמ' 473)

עמדה על כך אף ד"ר סמדר אוטולנגי בספרה "בוררות דין ונוהל" (1973), עת קבעה, כי "כלל אחד הוא, שצד לבוררות, אשר במו ידו יצר עובדה מסוימת, לא יורשה להביא אותה עובדה עצמה כבסיס לטענת ביטול פסק הבורר" (שם, עמ' 261).

בשינויים המחויבים לענייננו ניתן לומר, כי טענות נגד ניהול הליך הבוררות בתל-אביב כלל לא הועלו בדיון שהתקיים בה"פ 405/00, על-אף שהיה ברור לצדדים, כי אם יוכרע בגדרה שכבי' הש' ברנר הוא שימשיך לשבת כבורר במחלוקות הנוספות שבין הצדדים, או-אז, הדיונים לא יוכלו להתנהל בירושלים, לאחר שהובהר לצדדים על-ידי הבורר כי הוא ימשיך בתפקידו רק במידה והבוררות תתקיים בת"א.

משכך הם פני הדברים, לא אוכל להימנע מלהעיר, כי נראה שהתנהגות המשיבה בדיון הנוכחי נגועה בחוסר תום לב, באשר יש בה ניסיון להכשיל בכל דרך אפשרית את המשך הבוררות בפני כב' השופט ברנר, והתנהגותה בנדון מעמידה מכשולים בדרך לסיום המחלוקות בין הצדדים במהירות, כפי המתחייב בהליך מסוג זה.

13. מן המקבץ לעיל נובעים שניים אלה: ראשית, כי ההסכמה שנתנה המשיבה להעברת מיקום הבוררות לת"א כדי לדון בשאלת ההפרה, תקפה אף לכל השאלות החדשות הנובעות מאותו סכסוך, וכפועל יוצא מכך גם בשאלת גובה הפיצויים; שנית, ולמעלה מן הצורך, אף אם היינו מניחים כי לפנינו סכסוך חדש שאינו מהווה המשכו של הסכסוך הקודם, עדיין ניתן היה לקבוע כי דין הבוררות להתקיים בת"א, זאת מאחר שאת הסכמת הצדדים להעברת מיקום הבוררות, מבלי שהסכמה זו סויגה בדרך כלשהי, יש לכאורה לראות ככריתת סעיף בוררות חדש, המתגבר על האמור בחוזה המקורי, בו נכתב, בין השאר, כי כל שינוי בו טעון כתב וחתומת שני הצדדים.

14. סיכומם של דברים: דין התובענה להתקבל וכך אני קובע. לפיכך גם מוצהר, כי הקביעה לפיה תתקיים הבוררות בת"א חלה גם על התובענה הכספית שבכוונת המבקשת להגיש.

המשיבה תישא בהוצאות המבקשת בתובענה זו וכן בתשלום שכ"ט עו"ד בשיעור 10,000 ש"ח בצירוף מע"מ.

ניתן היום, ד' בתמוז תשס"א (5 ביולי 2001) בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין אל ב"כ הצדדים.

צבי סגל, שופט

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח