<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים</u>

ע"א 1650/10

לפני:	כבוד השופטת א' חיות כבוד השופט ח' מלצר כבוד השופט י' עמית
המערערת:	גד כימיקלים בע"מ
	נ ג ד
המשיבים:	1. BIP CHEMICALS LTD 2. כרמל כימיקלים בע"מ 3. דור כימקלים בע"מ 4. דוד דנקנר 5. אורלי מור 6. רחל אנטוורג
	ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 10.1.2010 בת"א 1124/04 שניתן על-ידי כב' השופט א' קיסרי
תאריך הישיבה:	כ"ז בחשון התשע"ב (24.11.2011)
בשם המערערת:	עו"ד ברוך כצמן; עו"ד רן קדם; עו"ד סער סאוקר
בשם המשיבה 1:	עו"ד אמיר ויתקון; עו"ד אורנה קורנרייך-כהן

<u>פסק-דין</u>

<u>השופטת א' חיות:</u>

שני פסקי בוררות שניתנו על-ידי בית הדין הבינלאומי לבוררות של לשכת המסחר הבינלאומית (International Chamber of Commerce - ICC) בשוויץ (להלן: בית הדין הבינלאומי לבוררות), חייבו את המשיבה 1 לשלם לאיש העסקים האיראני פארוק מחבוביאן (להלן: מחבוביאן) סכום כולל של כ-2.5 מיליון דולר, בגין השקעה במיזם בתחום התעשייה הכימית באיראן. הערעור דנן נסוב על פסק-דין שניתן על-ידי בית

המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט א' קיסרי), ולפיו חויבה המערערת להשתתף כדי 67.63% בסכומים שאותם שילמה המשיבה 1 למחבוביאן מתוקף פסקי הבוררות האמורים.

הרקע העובדתי וההליכים הקודמים שהתנהלו בין הצדדים

1. בשנות השבעים של המאה הקודמת חברו המערערת - גד כימיקלים בע"מ (להלן: גד), המשיבה 1 - BIP Chemicals Ltd (להלן: BIP), מחבוביאן וגורמים נוספים, לצורך הקמת מיזם בתחום התעשייה הכימית באיראן (להלן: המיזם). הסכם מיום 2.7.1976 שנערך בין גד ל-BIP בעניין זה הסדיר סוגיות שונות בקשר לפעילותן במיזם ובין היתר נקבעה בו חלוקת האחזקות בחברה בשם Persepolis Industrial Plastics Company (להלן: PIP) שהוקמה לצורך המיזם. ביום 20.9.1976 נערך הסכם נוסף בין גד, BIP ומחבוביאן (להלן: ההסכם המשולש) בו נקבעה, בין היתר, חלוקת האחזקות במיזם, רישומן על שם BIP וכן נקבעו בו הסדרי שיפוי ותנית בוררות. בסעיף (e) של המבוא להסכם המשולש פורטו הסכומים שיעמיד מחבוביאן לרשות גד ו-BIP, אשר הוגדרו בהסכם כמשקיעות ("The Investors"), וזאת כתוספת למחיר מניותיו (להלן: הפרמיה). באותו סעיף התחייבו המשקיעות להשיב למחבוביאן את הפרמיה מתוך הדיבידנד שישולם להן על-ידי PIP, בצירוף ריבית אשר פורטה אף היא באותו סעיף (להלן: ריבית הפרמיה).

2. המהפכה האסלאמית שהתרחשה באיראן בסוף שנות השבעים שמה קץ לפעילותם המשותפת של הצדדים במיזם. בשנת 1983 הגיש מחבוביאן תביעה נגד גד ו-BIP לתשלום ריבית הפרמיה בהסתמך על ההסכם המשולש. התביעה התבררה בבית הדין הבינלאומי לבוררות מתוקף תנית הבוררות שנכללה באותו הסכם. פסק הבוררות בתביעה זו ניתן ביום 29.7.1986 ולפיו חויבו גד ו-BIP, ביחד ולחוד, לשלם למחבוביאן סך של 1,296,055.98 דולר ארה"ב (בצירוף ריבית דולרית בשיעור הנהוג בחשבון אחזקות דולרי וזאת החל מיום 1.12.1985). כמו כן חויבו גד ו-BIP לשאת בהוצאות הבוררות ובשכר טרחת עורכי דינו של מחבוביאן בסך של 64,000 דולר ארה"ב (להלן: פסק הבוררות בעניין הריבית). בקשות לביטול פסק הבוררות בעניין הריבית שהגישו גד ו-BIP לבית המשפט המוסמך בשוויץ נדחו ובשנת 1987 הגישה BIP תביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה (ת"א 1730/87) בה טענה כי נשאה בעצמה בתשלום כל הסכומים שנפסקו לטובת מחבוביאן על-פי פסק הבוררות בעניין הריבית וכי יש לחייב את גד להשתתף בתשלום.

3. בשנת 1991 הגיש מחבוביאן תביעה נוספת לבית הדין הבינלאומי לבוררות להשבת הפרמיה שהעמיד לרשות גד ו-BIP. תביעה זו הוגשה נגד BIP בלבד. פסק הבוררות שניתן בתביעה זו ביום 20.1.1994 חייב את BIP לשלם למחבוביאן סך של 1,110,029.80 דולר ארה"ב, בצירוף הוצאות הבוררות בסך 45,000 דולר ארה"ב ושכר טרחת עורכי דין בסך של 25,000 ליש"ט (להלן: פסק הבוררות בעניין הפרמיה). כמו כן חויבה BIP לשלם סכום נוסף של 45,000 דולר ארה"ב בגין חלקה בהוצאות הבוררות. כאמור, גד לא הייתה צד להליך זה והיא אף לא נטלה בו חלק באופן כלשהו. בעקבות פסק הבוררות בעניין הפרמיה הותר ל-BIP לתקן את התביעה שהגישה נגד גד בבית המשפט המחוזי בחיפה, ובכתב התביעה המתוקן עתרה BIP לחייב את גד להשתתף עימה כדי 67.63% בכלל הסכומים ששילמה למחבוביאן על פי שני פסקי הבוררות (להלן יחד: פסקי הבוררות הזרים). תביעתה זו של BIP הופנתה גם כלפי נתבעים נוספים (המשיבים 2-6 בהליך דנן ולהלן: המשיבים הפורמאליים) ולגביהם נטען, בין היתר, כי הם רוקנו את קופתה של גד והביאוה למצב של חדלות פירעון על מנת לסכל אפשרות של גביית החוב הפסוק שייקבע בתביעה, אם BIP תזכה בה.

4. סמוך לאחר הגשת התביעה המקורית לבית המשפט המחוזי בשנת 1987, הגישה גד בקשה לעיכוב הליכים אשר נסמכה על תניות הבוררות בהסכמים משנת 1976. בהחלטתו מיום 8.4.1990 נעתר בית המשפט לבקשה ועיכב את ההליכים, ובהחלטה נוספת מיום 21.9.1992 אושר על-ידו הסדר דיוני שנערך בין BIP לגד (להלן: ההסדר הדיוני) בדבר ניהול הליך בוררות בפני עורך הדין א' אולמרט (להלן: הבורר), ללא הנתבעים הנוספים (המשיבים הפורמאליים).

סעיף 8 להסדר הדיוני, אשר לו חשיבות רבה לצורך ההכרעה בערעור דנן, קבע כך:

> "מוסכם כי פסק הבוררות, לכשיינתן, יהיה כפוף לעילות הקבועות בסעיף 24 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968, וכי השיפוט בענין זה יהיה נתון לבית המשפט המחוזי בחיפה [...] בוטל פסק הבוררות, יחודשו ההליכים בין [BIP] לבין [גד] (יחד עם יתר הנתבעים) בת.א. 1730/87, ולא תתקיים כל בוררות נוספת. הצדדים מסכימים כי במקרה כזה בית המשפט יהיה רשאי להכריע בתובענה כנגד [גד] על יסוד הראיות (כפוף לכך שלא יעשה שימוש בראיות שהיו עילה לביטול פסק הבורר) והסיכומים שהיו בפני הבורר, בלא שיהיה צורך לשמוע את העדויות ואת סיכומי בא-כוח הצדדים מחדש..." (ההדגשה הוספה).

הליך הבוררות בין גד ל-BIP החל בשנת 1994 והוא התייחס לסכומים שבהם חויבה BIP על פי שני פסקי הבוררות הזרים. במסגרת הבוררות קבע הבורר כי פסקי הבוררות הזרים "יתקבלו לצורך קיומה של הבוררות" (ראו החלטת הבורר מיום 10.2.1995) ובהחלטה נוספת קבע כי פסקי הבוררות הזרים "תקפים ומחייבים" ומכוחם חלה על גד החבות לשפות את BIP בגין הסכומים ששולמו למחבוביאן על פי פסקי הבוררות הנ"ל (ראו החלטת הבורר מיום 12.1.1996). גד נקטה הליכים לביטול החלטותיו אלה של הבורר אך בקשותיה נדחו ונקבע כי מדובר בהחלטות ביניים וכי זכותה של גד לעתור לביטול החלטות אלה שמורה לה לכשיינתן פסק הבוררות. פסק הבוררות ניתן ביום 4.8.2003 ועל פיו חויבה גד להשתתף ב-50% ממכלול הסכומים ששילמה BIP למחבוביאן. כמו כן חויבה גד בהוצאות הבוררות ובשכר טרחת עורכי הדין והבורר (להלן: פסק הבוררות הישראלי).

5. גד הגישה לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה לביטול פסק הבוררות הישראלי (ת"א 871/03) ובהחלטתו מיום 31.5.2004 נעתר בית המשפט לבקשה (כב' השופטת ב' בר-זיו) וביטל את פסק הבוררות הישראלי בקובעו כי הסמכות הייחודית לאישור פסק בוררות - ובמקרה דנן לאישור פסקי הבוררות הזרים - נתונה לפי הדין הישראלי לבית המשפט. לכן, כך נקבע, חרג הבורר מסמכותו באשרו את פסקי הבוררות הזרים ובחייבו את גד להשתתף בתשלום הסכומים שנקבעו בהם מתוקף אישור זה, גם אם הצדדים התיימרו להקנות לו סמכות לעשות כן בהסדר הדיוני שערכו (להלן: ההחלטה לביטול פסק הבוררות). עם ביטול פסק הבוררות הישראלי, ובשים לב לאמור בסעיף 8 להסדר הדיוני שצוטט לעיל, חודשו ההליכים בבית המשפט המחוזי בחיפה (תחת מספר הליך חדש - ת"א 1124/04), ובפסק דינו מיום 22.11.2005 אישר בית המשפט המחוזי (כב' הנשיאה ב' גילאור) את פסקי הבוררות הזרים. בית המשפט הוסיף וקבע כי בכך ניתן תוקף מחודש לפסק הבוררות הישראלי, מבלי להכריע בסכסוך לגופו. עוד ציין בית המשפט כי האפשרות להכריע בסכסוך בדרך זו נובעת מן האמור בסעיף 8 של ההסדר הדיוני ומן הפירוש הראוי שיש ליתן לו. בהתאם חייב בית המשפט את גד לשלם ל-BIP את הסכומים שבהם חויבה על-פי פסק הבוררות הישראלי ובאשר ליתר הנתבעים (המשיבים הפורמאליים) הורה בית המשפט כי התביעה נגדם תימחק וכי "אם תיכשל [BIP] בהליכים השונים המוקנים לה לשם ביצועו של פסק דין זה כנגד [גד], תהיה רשאית, במידת הצורך, לשוב ולהגיש מחדש את תביעתה נגד [המשיבים הפורמאליים] על פי פסק דין זה" (להלן: פסק הדין הראשון). גד ערערה על פסק הדין הראשון (ע"א 11829/05) וזה בוטל, בהסכמה, בפסק דינו של בית משפט זה מיום 5.9.2007 אשר קבע:

> "בעלי הדין קיבלו את הצעתנו לפיה פסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל והעניין יחזור אליו. מטרת ההחזרה היא שבית משפט קמא ייתן את פסק דינו על פי האמור בסעיף 8 להסדר הדיוני שנעשה בעבר בין בעלי הדין. משמע, לאחר שפסק הבוררות בוטל יכריע בית המשפט המחוזי על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר. הא ותו לא..." (ההדגשות הוספו).

הדיון הוחזר אפוא אל בית המשפט המחוזי והערעור שבפנינו עניינו בפסק הדין אשר ניתן על-ידי בית המשפט המחוזי ביום 10.1.2010 בעקבות אותו הדיון.

פסק דינו של בית המשפט קמא

6. על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר, בצירוף סיכומים משלימים שהגישו הצדדים, קיבל בית המשפט המחוזי את תביעתה של BIP וקבע כי הוכיחה את דבר קיומה של חבות המשותפת לה ולגד כלפי מחבוביאן. נקבע כי גד לא חלקה על קיומו של ההסכם המשולש, כי הייתה צד להליך הבוררות בעניין הריבית ולא הכחישה את קיומו ואת תוכנו של פסק הבוררות בעניין הריבית ואף צירפה אותו לכתב הגנתה. על כן, כך סבר בית המשפט, ניתן ללמוד מפי גד עצמה על היותה שותפה לחיוב שהושת באותו הפסק. אשר לחיובה של גד להשתתף בתשלומים שבהם חויבה BIP על-פי פסק הבוררות בעניין הפרמיה, בהקשר זה נדרש בית המשפט לשאלה האם ניתן לעשות שימוש בפסקי הבוררות הזרים כראיה. בית המשפט דחה את טענותיה של גד לפיהן לא ניתן לעשות כל שימוש ראייתי בפסקי הבוררות הזרים בקובעו כי הצדדים הסכימו לכך שהראיות שהוצגו לבורר ישמשו כראיות לצורך הכרעה בסכסוך ובקובעו עוד כי פסקי הבוררות הזרים באים אף הם בגדר הסכמה זו. בית המשפט הוסיף וקבע כי לא ניתן לומר שפסקי הבוררות הזרים הם "ראיות שהיוו עילה לביטולו של פסק הבורר" כמובנה של תיבה זו בסעיף 8 להסדר הדיוני, שכן החלטתה של השופטת ב' בר-זיו המבטלת את פסק הבוררות הישראלי מבוססת על הקביעה בדבר חוסר סמכותו של הבורר לאשר את פסקי הבוררות הזרים ואילו האפשרות לעשות שימוש ראייתי בפסקי הבוררות הללו לא עלתה כלל באותה החלטה.

בהסתמכו על פסקי הבוררות הזרים כראיה שב, אפוא, בית המשפט המחוזי וקבע כי גד הודתה בקיומו ובתוכנו של פסק הבוררות בעניין הריבית ופסק זה וכל האמור בו הם על כן בגדר עובדה שאינה שנויה במחלוקת. אשר לפסק הבוררות בעניין הפרמיה, נקבע כי החיובים שהושתו בו יסודם בהסכם המשולש וכי ככל שהדבר נוגע למערכת היחסים שבין גד ל-BIP, העובדה שגד לא הייתה צד להליך הבוררות בעניין הפרמיה אינה רלוונטית ואין בה כדי לשלול את חבותה להשתתף בתשלום הסכומים

שבהם חויבה BIP. בהקשר זה הוסיף בית המשפט וקבע כי פסק הבוררות בעניין הפרמיה הוא ראיה לכך ש-BIP אכן חויבה בתשלום הסכומים העומדים בבסיס תביעת ההשתתפות שהגישה נגד גד. באמרת אגב הוסיף בית המשפט וציין כי הגם שפסקי הבוררות הזרים "הם בבחינת עובדה, אשר כמו כל עובדה אחרת ניתנה להוכחה בהליך משפטי", די היה בקבלת פסקי הבוררות הזרים כראיה בדרך של "הכרה אגבית" על מנת לבסס את תביעת ההשתתפות שהגישה BIP. בהקשר זה הפנה בית המשפט המחוזי אל סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958 (להלן: חוק פסקי חוץ) בציינו כי חוק פסקי חוץ עוסק אומנם בפסקי דין זרים ולא בפסקי בוררות ועל כן אינו חל בענייננו, אך סבר כי ניתן להחיל גישה דומה גם לגבי פסק בוררות חוץ בשים לב לכך ש"הכרה אגבית" לפי חוק פסקי חוץ אינה מצריכה נקיטת הליך מיוחד. עוד הוסיף בית המשפט כי דעתו נוטה לעמדה לפיה ניתן היה להכיר בפסקי הבוררות הזרים כראיה קבילה בהליך גם מכוח סעיף 3 לאמנת ניו-יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, כ"א 287 כרך 10, 1 (נפתחה לחתימה ב-1958) (להלן: אמנת ניו-יורק), שאומצה בתקנות לביצוע אמנת ניו-יורק (בוררות חוץ), התשל"ח-1978 (להלן: תקנות לביצוע אמנת ניו-יורק).

בפסק דינו התייחס בית המשפט המחוזי לראיות נוספות המבססות אף הן את חבותה של גד להשתתף בתשלום הסכומים שנפסקו לטובת מחבוביאן בפסקי הבוררות הזרים. בהקשר זה הפנה בית המשפט אל האמור בתצהירו של מר אילן אדייר (להלן: אדייר), אשר שימש כמשנה ליועץ המשפטי של חברת T&N Plc, חברת האם של BIP בתקופה הרלוונטית (להלן: חברת T&N) וטיפל מצד BIP בסכסוך עם מחבוביאן החל משנת 1985. תצהיר זה, על נספחיו, הוגש במסגרת הליך הבוררות הישראלי ובית המשפט קבע כי מסכת העובדות שנפרשה בו מבססת במידה הדרושה את העובדות העומדות ביסוד תביעת ההשתתפות וכי משבחרה גד שלא להגיש ראיות מטעמה בהליך הבוררות האמור, ניתן לבסס על מסכת עובדות זו את הקביעה בדבר החבות המשותפת של BIP ושל גד כלפי מחבוביאן.

7. מכאן פנה בית המשפט לבחון את חלוקת החבות בין BIP לגד. בהקשר זה טענה BIP כי יש לסטות מ"חזקת השוויון בין חייבים" הקבועה בסעיף 56(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) ולקבוע, כי חלקה של גד צריך לעמוד על 67.63%, בהתאם לשיעור כספי הפרמיה שמהם נהנתה בפועל. טענה זו נסמכה על תצהירו של מר מיכאל פרל (להלן: פרל), ששימש כגזבר וכמנהל הכספים של קבוצת החברות עימה נמנתה BIP בתקופה הרלוונטית. פרל ציין בתצהירו כי מחבוביאן העביר את כספי הפרמיה לחשבונות פיקדון בהם השתמשו BIP וגד כדי

לממן חלק מהשקעתן במיזם וכי מניתוח התנועות בחשבונות עולה כי גד עשתה שימוש ב-67.63% מתוך כלל סכומי הפרמיה שהועברו לחשבון, כאמור. בית המשפט קבע כי גרסתו של פרל לא נסתרה בחקירתו בפני הבורר הישראלי והוא שב והדגיש כי גד בחרה שלא להגיש בבוררות תצהיר עדות מטעמה. על כן קבע בית המשפט כי חלקה של גד בחבות להשבת הפרמיה יעמוד על 67.63%, אך הוא הוסיף וקבע כי באשר לחלקה של גד בתשלום ההוצאות המשפטיות ששולמו למחבוביאן בהליכי הבוררות הזרים תחול חזקת השוויון ובהתאם עליה לשאת ב-50% מהוצאות אלה. בית המשפט קיבל את גרסתה של BIP גם בכל הנוגע לביצוע התשלומים למחבוביאן, בהסתמכו על עדותו של אדייר אשר פירט בתצהירו את התשלומים שבוצעו ואת המועדים שבהם הועברו, בצירוף המסמכים הרלוונטיים. טענתה של גד כי התשלומים בוצעו על-ידי חברת האם של BIP, חברת T&N, ולכן אין ל-BIP עילת תביעה נגדה, נדחתה על-ידי בית המשפט בקובעו כי אין סיבה להניח שהתשלומים, שאכן בוצעו בפועל על-ידי חברת T&N, לא נעשו בשמה של BIP.

8. בית המשפט דחה את טענותיה של גד בדבר אי-קבילות עדותם של אדייר ופרל. נקבע כי אף שחלקים לא מעטים ממה שתואר בתצהיריהם ובמסמכים שצורפו אליהם יכולים אכן להיחשב כעדות מפי השמועה משום שלעדים לא הייתה נגיעה אישית לדברים בזמן אמת, יש לקבל עדויות אלו נוכח המגמה הכללית של מעבר מכללים של קבילות להערכות של משקל הראיות. בית המשפט הדגיש כי גישה זו נכונה במיוחד בנתוני המקרה דנן, אשר בו יישום דווקני של כללי פסלות הראיות היה מביא לכך שלא ניתן להוכיח את התביעה נוכח ההליכים הרבים שנוהלו בפרשה ונוכח התפרשותם על-פני כשלושה עשורים. בתוך כך ציין בית המשפט כי אדייר, כיועץ המשפטי של חברת האם, טיפל בשתי ההתדיינות המשפטיות בין BIP ובין מחבוביאן בפני בית הדין הבינלאומי לבוררות, ואף ניהל תכתובות עם גד בנוגע לבוררות בעניין הפרמיה. על כן, כך נקבע, אין אדם שיכול היה להתאים יותר ממנו להעיד בשם BIP. כמו כן קיבל בית המשפט את הטענה כי הליך הבוררות הישראלי לא היה כפוף לדיני הראיות הנהוגים בבתי המשפט והוא שב והדגיש כי בבסיס ביטולו של פסק הדין הראשון עמדה הסכמת הצדדים שהושגה בשלב הערעור לפיה הסכסוך יוכרע על יסוד הראיות שהיו בפני הבורר. לבסוף, דחה בית המשפט את טענת ההתיישנות שהעלתה גד בקובעו כי מרוץ ההתיישנות בתביעת השתתפות תחילתו ביום שבו שילם התובע לנושה ובענייננו, כך קבע, לא חלפו שבע שנים בין מועד הגשת כתב התביעה המקורי והמתוקן ובין המועדים אשר בהם שילמה BIP למחבוביאן את הסכומים שבהם חויבה על פי פסקי הבוררות הזרים.

9. בשל כל הטעמים אותם מנה, חייב בית המשפט את גד לשלם ל-BIP סכום כולל של 2,250,816.40 דולר ארה"ב המהווה השתתפות בשיעור של 67.63% בתשלומי הפרמיה וריבית הפרמיה ובשיעור של 50% בהוצאות ושכר הטרחה, אשר נפסקו לטובת מחבוביאן בפסקי הבוררות הזרים ושולמו על-ידי BIP. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי תתווסף אל החוב הפסוק ריבית על פי תקנה 4 לתקנות פסיקת ריבית והצמדה (קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה), התשס"ג-2003, אשר תחושב מן המועדים שפורטו בפסק הדין. בית המשפט אף חייב את גד לשלם ל-BIP הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין בתביעה בסך כולל של 1,000,000 ש"ח, בצירוף מע"מ.

בשולי פסק הדין ציין בית המשפט כי פסק הדין שניתן הוא חלקי בלבד וכי יש להמשיך ולברר את טענותיה של BIP נגד יתר הנתבעים (המשיבים הפורמאליים). אולם, בישיבת קדם משפט שהתקיימה לאחר מתן פסק הדין טענו המשיבים הפורמאליים - בהסתמך על האמור בפסק הדין הראשון שניתן בתביעה עוד ביום 22.11.2005 - כי בית המשפט הורה בו על מחיקת התביעה נגדם וכי קביעה זו מעולם לא בוטלה (להבדיל מקביעות אחרות שנכללו בו ובוטלו בהסכמה). משנדחתה טענתם זו על-ידי בית המשפט המחוזי (ראו החלטתו מיום 14.7.2011), הגישו המשיבים הפורמאליים בקשת רשות ערעור לבית משפט זה (רע"א 6586/11) אשר החליט לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. בקבלו את הערעור קבע בית המשפט (מפי כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור ובהסכמת כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס וכב' השופט ח' מלצר) כי המשיבים הפורמאליים אכן נמחקו מהתביעה במסגרת פסק הדין הראשון וכי מש-BIP לא ערערה על כך, הפך דבר המחיקה לחלוט. על כן, נקבע כי יש למחוק את המשיבים הפורמאליים מן התביעה וכי ככל ש-BIP מעוניינת להוסיף ולהעלות טענות נגדם, עליה לנקוט לשם כך הליך חדש (ראו פסק הדין מיום 25.1.2012). להשלמת התמונה יצוין כי בינתיים אכן הוגשה על-ידי BIP תביעה חדשה נגד המשיבים הפורמאליים התלויה ועומדת בבית המשפט המחוזי בחיפה (ת"א 12-04-4891).

עוד יצוין להשלמת התמונה כי במסגרת הליך שנקטה גד לעיכוב ביצוע פסק הדין נושא הערעור שבפנינו הורה בית המשפט המחוזי כי הסכומים שבתשלומם חויבה גד יופקדו בידיו הנאמנות של בא-כוח BIP וזאת עד למתן פסק הדין בערעור זה. בדיון שהתקיים לפנינו ציין בא-כוחה של BIP כי גד הפקידה בידיו כשליש בלבד מן החוב הפסוק (כ-2.5 מיליון דולר מתוך החוב הפסוק המסתכם, לדבריו, בכ-6.3 מיליון דולר).

10. בפתח טענותיה מדגישה גד כי הואיל ופסק הדין ניתן על יסוד ראיות שהוגשו בהליך הבוררות הישראלי אין לבית המשפט קמא יתרון בקביעת העובדות על פני ערכאת הערעור. עוד נטען כי בית המשפט קמא נמנע מלדון בטענה לפיה על BIP מוטל נטל הוכחה מוגבר הואיל והתביעה מבוססת על ראיות המצויות בידיעתה הבלעדית. לטענת גד היה על בית המשפט לדחות את התביעה כולה, ולמצער את חלקה מחמת התיישנות. בהקשר זה טוענת גד כי כספי הפרמיה הועברו ממחבוביאן לחשבונה של BIP כפיקדון, וזו בחרה להעמיד את הכספים לרשות גד כ"מעין הלוואה". הלוואה זו, כך נטען, ניתנה למעלה משמונה שנים טרם שהוגשה התביעה דנן ולכן היה על בית המשפט לקבוע כי התביעה התיישנה ולמצער היה עליו לקבוע כך ביחס ל-17.63% מכספי הפרמיה. לגופו של עניין, גד טוענת כי בית המשפט קמא שגה בהעניקו ערך ראייתי לפסקי הבוררות הזרים. לטענתה, פסקי הבוררות הזרים לא הוכרו ולא נקלטו בדין הישראלי בין באופן ישיר ובין באופן אגבי, ובהסתמכו עליהם שב בית המשפט קמא על השגיאה שהובילה לביטול פסק הבוררות הישראלי. גד מפנה בהקשר זה להחלטת הביטול בה קבעה כב' השופטת ב' בר-זיו כי "לא ניתן להכריע בסכסוך ללא אישורם של פסקי החוץ השוויצריים" והיא טוענת כי בהעדר הליך לאישור כאמור היה על בית המשפט לדחות את התביעה. גד מוסיפה וטוענת כי פסק הבוררות בעניין הריבית אושר על-ידי בית משפט בשוויץ ולכן שאלת ההכרה בו בישראל כפופה להוראות חוק פסקי חוץ אך לטענתה בשני פסקי הבוררות הזרים נפלו פגמים מהותיים שממילא אינם מאפשרים את ההכרה בהם, אף לא בצורה אגבית. בהקשר זה טוענת גד לעילות של אי-הכרה מכוח אמנת ניו-יורק ובהן פגיעה בכללי הצדק הטבעי, חוסר סמכות ופגיעה בתקנת הציבור ולטענתה מעולם לא נערך דיון ב"פגמים המהותיים והקשים" שנפלו בפסקי הבוררות הזרים וגם מטעם זה לא ניתן לייחס להם ערך ראייתי, אחרת תהא זו פגיעה בזכותה להתגונן. עוד טוענת גד כי בית המשפט קמא שגה בקובעו שהיא הודתה בקיומו של פסק הבוררות בעניין הריבית ולדבריה אזכורם של פסקי הבוררות הזרים בכתב ההגנה אינו יכול להוות תחליף להליך קליטתם. גד מוסיפה וטוענת כי בהתאם לסעיף 8 להסדר הדיוני פסקי הבוררות הזרים אינם יכולים לשמש כראיה בהליך דנן, שכן הם הראיות שהובילו לביטול פסק הבוררות הישראלי. עוד טוענת גד כי שגה בית המשפט קמא בקובעו שהיא הסכימה להגשת פסקי הבוררות הזרים עת בוטל פסק הדין הראשון.

לעניין עדויותיהם של אדייר ופרל טוענת גד כי שגה בית המשפט קמא בנותנו משקל לעדויות אלה, חרף קביעתו כי מדובר בעדויות מפי השמועה ולגישתה, הסכמת

הצדדים שהביאה לביטול פסק הדין הראשון לא הכשירה את כל הראיות שהיו בפני הבורר והיה צורך להחיל עליהן את דיני הראיות המהותיים. גד מוסיפה וטוענת כי BIP נמנעה מלהעיד מספר דמויות מפתח, ובהן המנכ"ל ויועציה המשפטיים בתקופה הרלוונטית; כי בעדותו של אדייר נמצאו סתירות מהותיות וכי הוא לא היה מעורב באופן ישיר באירועים נשוא התביעה; וכן כי פרל גילה בחקירתו הנגדית חוסר הבנה בסיסית בעובדות שלגביהן העיד. נוכח טענות אלו, סבורה גד שהיה על בית המשפט לקבוע כי עדויותיהם של אדייר ופרל הן עדויות מפי השמועה, ולמצער להעניק להן משקל ראייתי אפסי. עוד טוענת גד כי מדו"ח רשם החברות עולה שחברת T&N - אשר לפי הנטען ביצעה את העברות הכספים למחבוביאן - אינה חברת האם של BIP ואין לה כל זיקה משפטית אליה. לכן, לא הוכח כי נגרם ל-BIP חסרון כיס עקב התשלום. אשר לשיעור ההשתתפות שנפסק, גד טוענת כי לא עלה בידי BIP לסתור את חזקת השוויון וכי BIP והיא מכרו למחבוביאן מניות בשיעור שווה ולפיכך היו זכאיות לחלק שווה של הפרמיה. יתר על כן, גד טוענת כי בית המשפט קמא נמנע מלדון בטענה לפיה אף אם קמה חובת השתתפות הרי שחלקה צריך להיות מזערי בשים לב לאשם הנובע מהתנהלותה "הזדונית" של BIP. אשר להוצאות ולשכר הטרחה בהליכי הבוררות הזרים טוענת גד כי שגה בית המשפט קמא בחייבו אותה במחצית הסכומים שנפסקו למחבוביאן משום ש-BIP לא הייתה רשאית לתבוע ממנה השתתפות בתשלומים אלה, בפרט ככל שהדבר נוגע להליך הבוררות בעניין הפרמיה, בו לא נטלה גד חלק. לבסוף, טוענת גד כי סכום ההוצאות שנפסק לחובתה על-ידי בית המשפט המחוזי הינו "חסר תקדים" וכי אין לזקוף לחובתה את התמשכות ההליכים בפרשה זו.

11. BIP, מצדה, סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא וטוענת כי במסגרתו הכיר בית המשפט בפסקי הבוררות הזרים בדרך של "הכרה אגבית", בהיקש שערך לעניין זה מחוק פסקי חוץ; כי בית המשפט הכיר בפסקי הבוררות הזרים גם לפי הוראות אמנת ניו-יורק; ולחלופין כי כקביעת בית המשפט אין כלל צורך להיזקק לשאלת ההכרה שכן ניתן להסתפק בשימוש בפסקי הבוררות הזרים כראיה. BIP מוסיפה וטוענת כי פסק בורר הוא תוצר של הסכמה בין הצדדים ולכן על המבקש את קליטתו מוטל נטל מופחת מזה הקבוע בחוק פסקי חוץ. לטענתה, נוכח העובדה שלא נדרש הליך מיוחד לצורך הכרה בפסק בוררות ישראלי אין להטיל חובה כזו על הכרה בפסק בוררות זר, ובהקשר זה מפנה BIP, בין היתר, לסעיף 3 לאמנת ניו-יורק הקובע כי הכרה בפסקי בוררות זרים שעליהם חלה האמנה לא תותנה בתנאים הקשים במידה ניכרת ("substantially more onerous conditions") מאלה המוטלים על ההכרה בפסקי בוררות מקומיים. BIP מוסיפה ומציינת כי טענותיה של גד נגד ההכרה בפסקי הבוררות הזרים לא נומקו ולא נתמכו בתצהיר ומכאן שהיא לא עמדה בנטל הכבד המוטל על

כתפי צד המתנגד להכרה אגבית בפסק זר. עוד טוענת BIP כי במסגרת הודעתה על חידוש ההליכים בבית המשפט המחוזי, לאחר שבוטל פסק הבוררות הישראלי, היא הגישה בקשה להכיר בתוקפם המחייב של פסקי הבוררות הזרים וכי היא עמדה בהקשר זה בדרישות הקבועות בסעיף 3 לתקנות לביצוע אמנת ניו-יורק.

BIP עומדת בטיעוניה, בפירוט, על מכלול הראיות והעדויות שהציגה בציינה כי אלו כבר עברו "בדיקה כפולה" - על-ידי הבורר הישראלי ועל-ידי בית המשפט קמא - ונמצאו מספקות לתמיכה בגרסתה. עוד טוענת BIP כי העדים מטעמה, אדייר ופרל, היו מעורבים באופן ישיר בענייני התביעה וכל אחד מהם הוא הגורם המוסמך ביותר להעיד בתחומו, בעוד אשר גד בחרה שלא להביא ראיות כלשהן מטעמה לביסוס גרסתה. BIP מוסיפה וטוענת כי נוכח ההסכמה הדיונית שהובילה לביטולו של פסק הדין הראשון ונוכח קביעתו של בית משפט זה בערעור הקודם כי הדיון יוחזר אל בית המשפט המחוזי על מנת שיכריע בתביעה "על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר", צדק בית המשפט קמא משדחה את טענותיה של גד לעניין אי-קבילות העדויות. יתרה מכך, BIP סבורה כי גם לגופו של עניין אין לראות בעדויותיהם של אדייר ושל פרל עדויות מפי השמועה, נוכח מעורבותם הישירה בעניינים שלגביהם העידו; נוכח המסמכים הרבים שצורפו לעדויותיהם; ובשים לב למגמה הקוראת להגמשת כללי קבילות הראיות. BIP מציינת עוד כי לתצהירו של אדייר אף צורפו אישורים שקיבל ממחבוביאן בדבר ביצוע התשלומים ולגישתה די באישורים אלה על מנת להרים את נטל ההוכחה המוטל עליה בהקשר זה. בתשובה ליתר טענותיה של גד טוענת BIP כי עילת תביעת ההשתתפות נולדה במועד בו ביצעה את התשלומים למחבוביאן ועל כן בדין קבע בית המשפט קמא כי התביעה לא התיישנה. עוד טוענת BIP כי "גרסת ההלוואה" של גד היא חסרת בסיס ראייתי וחסרת הגיון כלכלי, אך גם אם תתקבל אין בה כדי לסייע לגד שכן מרוץ ההתיישנות אינו מתחיל במועד מתן ההלוואה אלא במועד שנקבע לפירעונה ומועד זה לא צוין ולא הוכח על-ידי גד. אשר לשיעור ההשתתפות טוענת BIP כי הוא נקבע על-פי מידת השימוש שעשו הצדדים בכספי הפרמיה ולא על-פי "אשם", וכי מכל מקום הטענה בדבר אשמתה כמו גם הטענה בדבר התנהלותה "הזדונית" נטענו בעלמא וללא כל ביסוס. עוד טוענת BIP כי דו"ח רשם החברות שהציגה גד הוא משנת 2007 ואינו מלמד מי היו בעלי מניותיה בתקופה הרלוונטית והיא מוסיפה וטוענת כי ראיה זו לא הוצגה בפני הבורר וכי גד אף הודתה בפני הבורר ש-BIP היא הזרוע התפעולית של חברת T&N. אשר להשתתפותה של גד בסכומי ההוצאות שנפסקו למחבוביאן, לטענת BIP היא ניהלה לבד את ההגנה נגד תביעת מחבוביאן בהליך הבוררות בעניין הפרמיה ונאלצה להגן על האינטרסים שלה ושל גד. לכן צדק בית המשפט בחייבו את גד להשתתף בהוצאות שבהן חויבה

בגין הליך זה. לבסוף טוענת BIP כי יש לדחות את טענותיה של גד בכל הנוגע לסכום ההוצאות ושכר הטרחה שנפסק לחובתה בתביעה דנן, בציינה את ריבוי ההליכים שנוהלו בפרשה זו בערכאות השונות.

דיון

12. בית המשפט המחוזי חייב את גד להשתתף בסכומים ששילמה BIP למחבוביאן מתוקף פסקי הבוררות הזרים. בית המשפט קבע כי עלה בידי BIP להוכיח את דבר קיומה של חבות משותפת שלה ושל גד כלפי מחבוביאן לתשלום סכומי אלה, בהסתמכו בין היתר על פסקי הבוררות הזרים כראיה להוכחת חבות זו ושיעוריה. כמו כן קבע בית המשפט כי BIP הוכיחה את תשלום מלוא הסכומים אשר נפסקו לטובת מחבוביאן בפסקי הבוררות הזרים והוא הוסיף וקבע כי שיעור ההשתתפות של גד בתשלום הפרמיה ובתשלום ריבית הפרמיה ששולמו למחבוביאן יעמוד על 67.63%.

קביעות אלו עומדות במרכז הערעור דנן.

טרם שנפנה לדון בהן כסדרן, ראוי להתייחס באופן כללי למהותה של זכות ההשתתפות עליה ביססה BIP את עילת תביעתה נגד גד.

הזכות להשתתפות

13. כאשר שניים או יותר חבים ביחד ולחוד בתשלום סכום כלשהו לנושה, זכאי אותו הנושה לגבות את מלוא החוב מידי אחד מהם. אולם, במצב דברים כזה קמה לחייב ששילם זכות לתבוע מידי יתר החייבים השתתפות בנטל החוב כדי חלקם היחסי בו ולדרוש מהם את השבת הסכומים שנגבו מידיו, ככל שהם עולים על החלק היחסי שלו באותו החוב. הרציונאל העומד ביסוד זכות זו מבוסס על עקרונות של דיני עשיית עושר ולא במשפט לפיהם אין זה צודק שחייב אשר כלפי הנושה שוחרר מן המעמסה הכספית הנובעת מן החוב, יתעשר על חשבונו של החייב אשר נשא במלוא התשלום (ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן "ריבוי חייבים" דיני חיובים - חלק כללי 176-177 (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: פרידמן וכהן); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א' 332-333 (מהדורה שנייה, 1998) (להלן: פרידמן); אהרן ברק "מעוולים יחד" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית 493-494 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, גד טדסקי עורך, 1976) (להלן: ברק); ע"א 370/63 בסט נ' "הפול" לביטוח חובה ליד האיגוד הישראלי של חברות לביטוח בע"מ, פ"ד יח(1) 533, 540-539 (1964)). מבחינה מושגית ראוי להבחין בהקשר זה בין תביעת שיפוי (INDEMNITY)

לתביעת השתתפות (CONTRIBUTION). בעוד שהזכות לשיפוי היא זכות להשבת מלוא הסכום ששילם התובע לנושה (למשל ביחסים שבין ערב לחייב העיקרי לאחר שהערב פרע את חובו לנושה), הזכות להשתתפות היא זכות להשבה חלקית, דהיינו - להשבת אותו חלק מן הסכום ששולם אשר ביחסים שבין החייבים לבין עצמם עולה על חלקו של התובע בחוב (ראו: ע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם, פ"ד נ(5) 573, 578-583 (1996); ברק, 483; פרידמן, כרך א' 332-333).

עקרון ההשתתפות מצא את ביטויו בסעיף 56(ב) לחוק החוזים, הקובע כי:

> "חייב שנתן לנושה לקיום החיוב יותר מכפי חלקו בנטל החיוב, זכאי לחזור על החייב השני ולהיפרע ממנו לפי חלקיהם".

עניין לנו עם זאת בעקרון שאינו מצומצם לדין החוזים. מדובר בעקרון רחב יותר השאוב, כאמור, מדיני עשיית עושר ולא במשפט ומופעיו פרושים בתחומי המשפט השונים. הוא מקיף, פרט להשתתפות של אחראים מכוח חוזה וצדדים לעסקה משותפת, גם: השתתפות בין ערבים; השתתפות של מי שנכסיו משמשים כביטחון; השתתפות בין אנשים האחראים בנזיקין; השתתפות בין מבטחים; השתתפות בין מנהלים, בעלי מניות שליטה, נאמנים, שותפים ועוד (ראו פרידמן, כרך א' 342-351).

14. במקרה שלפנינו תבעה BIP את השתתפותה של גד בנטל התשלומים אותם גבה מחבוביאן מידיה בקשר למיזם באיראן, מתוקף מערכת היחסים החוזית שנקשרה בין הצדדים לגבי אותו המיזם.

על מנת לבסס את עילת ההשתתפות הנטענת על-ידה כלפי גד, היה על BIP להראות:

(א) קיומה של חבות משותפת לה ולגד כלפי מחבוביאן בכל הנוגע לתשלום הפרמיה וריבית הפרמיה.
(ב) התגבשות החוב כלפי מחבוביאן בגין הפרמיה וריבית הפרמיה, ושיעורו.
(ג) פירעון מלוא החוב המגיע למחבוביאן, כאמור, על-ידי BIP.
(ד) אופן חלוקתו של נטל החוב האמור בין גד ל-BIP.

כפי שפורט לעיל בפרק המתאר את הרקע העובדתי ואת ההליכים הקודמים שהתנהלו בין הצדדים, הושג ביניהם לקראת ניהול הליך הבוררות הישראלי הסדר דיוני הקובע, בין היתר, כי:

> "...בוטל פסק הבוררות, יחודשו ההליכים בין [BIP] לבין [גד] (יחד עם יתר הנתבעים) בת.א. 1730/87, ולא תתקיים כל בוררות נוספת. הצדדים מסכימים כי במקרה כזה בית המשפט יהיה רשאי להכריע בתובענה כנגד [גד] על יסוד הראיות (כפוף לכך שלא יעשה שימוש בראיות שהיו עילה לביטול פסק הבורר) והסיכומים שהיו בפני הבורר, בלא שיהיה צורך לשמוע את העדויות ואת סיכומי בא-כוח הצדדים מחדש..." (ההדגשה הוספה).

הצדדים שבו ואימצו את ההסדר הדיוני האמור בהליך ערעור שהגישה גד לבית משפט זה על פסק הדין הראשון שניתן בפרשה (ע"א 11829/05), במסגרתו הסכימו כי המחלוקות ביניהם תתבררנה בבית המשפט המחוזי על יסוד ההסכמות הדיוניות הכלולות בסיפא להסדר הדיוני האמור.

וכלשון פסק הדין שניתן באותו הערעור וכבר צוטט לעיל, אך בשל חשיבותו לא למותר לשוב ולצטטו:

> "בעלי הדין קיבלו את הצעתנו לפיה פסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל והעניין יחזור אליו. מטרת ההחזרה היא שבית משפט קמא ייתן את פסק דינו על פי האמור בסעיף 8 להסדר הדיוני שנעשה בעבר בין בעלי הדין. משמע, לאחר שפסק הבוררות בוטל יכריע בית המשפט המחוזי על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר. הא ותו לא..." (ההדגשות הוספו).

האם צדק בית המשפט קמא בקובעו כי "על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר [הישראלי]" הוכיחה BIP את כל הנדרש לביסוס עילת ההשתתפות הנטענת על-ידה? האם רשאי היה בית המשפט לסמוך את קביעתו זו בין היתר גם על האמור בפסקי הבוררות הזרים? לסוגיות אלה נפנה עתה.

החבות המשותפת של BIP וגד כלפי מחבוביאן

15. ההסכם המשולש מהווה חלק מן המערכת החוזית שנקשרה בין הצדדים ובו נקבעה, בין היתר, התחייבותו של מחבוביאן לשלם לגד ול-BIP (אשר כונו באותו הסכם "המשקיעות" - "THE INVESTORS") לצורך הקמת המיזם סכומים שונים כפרמיה על המניות שהוקצו לו. גד ו-BIP מצידן התחייבו באותו הסכם לשלם למחבוביאן ריבית על הפרמיה וכן להשיב לו את סכום הפרמיה, הכל בתנאים אשר פורטו באותו הסכם (ראו סעיף (e) של המבוא להסכם המשולש). ההסכם המשולש הוצג כראיה בפני

הבורר הישראלי ובפני בית המשפט קמא ודבר קיומו ותוקפו אינם שנויים במחלוקת בין הצדדים. התחייבותן האמורה של גד ו-BIP על-פי ההסכם לתשלום הפרמיה והריבית על הפרמיה, יש בה כדי להקים חבות מצידן כלפי מחבוביאן ובהעדר הוראה אחרת מדובר בחבות ביחד ולחוד בהינתן החזקה הקבועה בסעיף 54 לחוק החוזים לפיה "שנים שחייבים חיוב אחד, חזקה שהם חייבים יחד ולחוד". מחבוביאן היה זכאי, אפוא, לתבוע ואף לגבות את מלוא החוב המגיע לו על-פי ההסכם המשולש, ככל שיש חוב כזה, מידי גד או BIP ובלבד שלא יגבה את החוב אלא פעם אחת (להלכה לפיה זכותו של תובע להשתתפות אינה נגזרת מן השאלה את מי בחר הנושה לתבוע במישרין ראו: ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו 682, 692 (1961); פרידמן, כרך א' 342).

על חבות משותפת זו נשענת תביעת ההשתתפות שהגישה BIP.

תשלומי הפרמיה שביצע מחבוביאן; הסכומים שנטלה גד מתוכם; והסכומים ששילמה BIP למחבוביאן

16. מן הראיות שהוצגו בפני הבורר הישראלי ואומצו על-ידי בית המשפט קמא בהתאם להסדר הדיוני, עולה כי מחבוביאן העביר במהלך השנים 1974-1978 פרמיה בסכום כולל של 1,083,359.80 דולר ארה"ב, אשר הופקד בחשבונות דולריים על שם BIP בבנק National Westminster Bank Limited במנצ'סטר, אנגליה (ראו סעיפים 74-63 לתצהירו של פרל ומסמכי הבנק שצורפו כנספחים לתצהיר, המפורטים בסעיפים הנ"ל). עוד עולה מן הראיות שהוצגו בפני הבורר הישראלי ואומצו על-ידי בית המשפט קמא כי גד נטלה סך של 732,684.48 דולר ארה"ב מתוך כלל סכומי הפרמיה שהעמיד מחבוביאן לרשות BIP וגד כאמור, וסכום זה מהווה 67.63% מתוך הסכום הכולל (ראו סעיפים 75-77 לתצהירו של פרל, מסמכי הבנק שצורפו כנספחים לאותם הסעיפים ונספח L-1 לאותו תצהיר).

כמו כן, קבע בית המשפט קמא בהתבסס על הראיות שהיו בפני הבורר הישראלי כי BIP שילמה למחבוביאן את כל הסכומים שנפסקו לטובתו על-פי פסקי הבוררות הזרים. הראיות הרלוונטיות בהקשר זה הן תצהירו של אדייר שהוגש לבורר הישראלי והמסמכים שצורפו אליו וכן עדותו של אדייר בפני הבורר הישראלי. מראיות אלה עולה כי לאחר שבית המשפט בשוויץ דחה את הבקשות שהגישו BIP וגד לביטולו של פסק הבוררות בעניין הריבית, ובעקבות מכתבים ששלחו עורכי דינו של מחבוביאן ל-BIP, שכללו התראות טרם נקיטת הליכי פירוק נגדה, החלה BIP לשלם את סכומי

ריבית הפרמיה למחבוביאן וביום 28.10.1987 העבירה לידיו סך של 1,360,055.98 דולר ארה"ב (ראו סעיפים 3-10 ונספח E-2 לתצהירו של אדייר). יתר תשלומי ריבית הפרמיה בוצעו החל מחודש פברואר 1988 ועד לסילוק סופי של מלוא החוב בחודש יולי 1998. הסכום הכולל ששולם למחבוביאן מתוקף פסק בוררות הריבית עמד, בהתאם לראיות שהוצגו, על 2,143,357.71 דולר ארה"ב (ראו סעיפים 11-12 ונספחים D ו-E1-E9 לתצהירו של אדייר). אשר לתשלום הפרמיה - לתצהירו של אדייר צורפו מסמכים המצביעים על שתי העברות בנקאיות - האחת בסך של 1,155,029.80 דולר ארה"ב והשנייה בסך של 25,000 ליש"ט - אשר בוצעו בתחילת חודש פברואר 1994 לחשבון שהתנהל על שם עורכי דינו של מחבוביאן (ראו סעיף 19 ונספח L לתצהירו של אדייר). בחקירתו הנגדית בפני הבורר הישראלי השיב אדייר לשאלת הבורר וציין כי בפועל חברת T&N היא ששילמה את הסכומים למחבוביאן בשמה של BIP ואכן, כך מלמדים חלק מן המסמכים אשר צורפו לתצהירו של אדייר (ראו נספחים E-8 ו-L לתצהיר). מנתון זה ביקשה גד להיבנות והיא טענה כי לא הוכחה הזיקה המשפטית בין T&N ל-BIP וכי על כן אין ל-BIP כל עילה לתבוע ממנה השתתפות בסכומים ששולמו למחבוביאן על-ידי T&N. טענה זו נדחתה בצדק על-ידי בית המשפט קמא בהיותה סותרת את האמור בסיכומיה של גד בהליך הבוררות הישראלי (למשל בסעיף 4.1 ובסעיף 6.2), בהם תיארה גד את T&N כחברת האם של BIP. היא אף אינה מתיישבת עם העובדה שנציגיה של גד ניהלו בתקופה הרלוונטית קשר ישיר מול אדייר ב"כובעו" כנציג T&N (ראו נספח K לתצהירו של אדייר). יתר על כן, העובדה ש-T&N ולא BIP עצמה היא זו שנשאה בתשלומי החוב למחבוביאן, אין בה כדי לשלול מ-BIP את זכאותה לתבוע את השתתפותה של גד בסכומים ששולמו משום שזכות ההשתתפות אינה מותנית בכך שהתובע ישלם לנושה במו ידיו ויכול שהתשלום יתבצע באמצעות אחר מטעמו (ראו: ע"א 148/84 בבג'ני נ' דשא, פ"ד מא(2) 167, 168 (1987); פרידמן, כרך א' 332)).

17. גד הקדישה חלק נכבד מטענותיה בערעור לשאלת קבילותן של הראיות שהציגה BIP בהליך הבוררות הישראלי וטענה כי עדויותיהם של אדייר ושל פרל מהוות עדויות מפי השמועה וכי העובדה שהסכימה בהסדר הדיוני לכך שבית המשפט יכריע בתובענה נגדה על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר (בכפוף לכך שלא יעשה שימוש בראיות שהיוו עילה לביטול פסק הבורר), אין בה כדי להכשיר עדויות אשר על-פי דיני הראיות הן בלתי קבילות.

טענות אלו דינן להידחות.

בהליך הבוררות הישראלי הוגשו מטעמה של BIP שלושה תצהירי עדות: תצהירו של אדייר, אשר שימש כאמור משנה ליועץ המשפטי של T&N (חברת האם של BIP) וטיפל בסכסוך דנן החל משנת 1985, עת עמדה על הפרק תביעתו של מחבוביאן להשבת כספי ריבית הפרמיה ובטרם הינתן פסק הבוררות הזר בעניין זה; תצהירו של פרל, מי ששימש בין השנים 1974-1984 גזבר של קבוצת החברות עימה נמנתה BIP, והחל בשנת 1985 ועד פרישתו בשנת 1991 - כמנהל הכספים של הקבוצה; ותצהירו של עו"ד שביט, בא-כוחה של BIP בהליך הבוררות הישראלי, אשר ציין כי ליווה את הליך הבוררות בעניין הפרמיה וצירף לתצהירו עותקים מקוריים מפסקי הבוררות הזרים. תצהיריהם של אדייר ופרל הוגשו כראיות מטעם BIP בפני הבורר הישראלי, בלוויית שורה ארוכה של מסמכים שצורפו לתמיכת האמור באותם תצהירים. באי-כוחה של גד אף חקרו את אדייר ופרל בחקירה נגדית על תצהיריהם בפני הבורר הישראלי ועיון בפרוטוקולים של ישיבות הבוררות מלמד כי חקירות אלה נמשכו לאורך ארבע ישיבות וממלאות לא פחות ממאתיים עמודי פרוטוקול. בנסיבות המתוארות לעיל אני סבורה כי פירוש המותיר בידי גד את האפשרות לטעון שראיות אלה אינן קבילות, חוטאת לתכליתו של ההסדר הדיוני לפיו הסכימו הצדדים כי בית המשפט יוכל להכריע בתובענה על יסוד הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר, וזאת על מנת לייעל ולקצר את ההתדיינות בפני בית המשפט קמא, אם מסיבה כלשהי יבוטל פסק הבוררות הישראלי.

ההסדר הדיוני האמור כלל סייג אחד לעניין הראיות אשר ניתן להציג בפני בית המשפט קמא במקרה כזה, והוא - כי לא יעשה שימוש בראיות שהיוו עילה לביטול פסק הבורר. לסייג זה נשוב ונידרש בהמשך הדברים עת נבחן את סוגיית פסקי הבוררות הזרים וכוחם הראייתי. אך ככל שהדבר נוגע לראיות האחרות אשר הוצגו בפני הבורר כאמור, אני סבורה כי יש לפרש את הסדר הדיוני באופן המכשיר אותן להיות מוצגות בפני בית המשפט כראיות קבילות, ככל שמדובר בראיות שהבורר רשאי היה לקבלן כראיה במסגרת הבוררות, וזאת גם אם מדובר בראיות אשר אינן קבילות על-פי דיני הראיות הנוהגים בבתי המשפט (להכשרת עדות מפי השמועה בדרך של הסכמה דיונית, ראו והשוו: ע"א 415/87 מדינת ישראל נ' פול חברות הביטוח הישראליות בע"מ, פ"ד מג(2) 580, 588-589 (1989); ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, 475 (1988)). בהקשר זה לא למותר להוסיף ולהזכיר כי הצדדים הסכימו לנהל את הבוררות בישראל על-פי כללי הפרוצדורה המתחייבים מכללי הפישור והבוררות של ה-ICC (ראו סעיף 3 להסדר הדיוני) וכללים אלה מתאפיינים בגמישות רבה ומאפשרים לבורר ליישם את כללי הדין שאותם יראה הולמים ("all appropriate means") לצורך קביעת העובדות בסכסוך הנדון בפניו (ראו סעיף 21 לכללי הבוררות של ה-ICC). על-פי כללים אלה אין ספק בעיני כי היה מקום להכשיר את עדותם של אדייר ופרל ואת המסמכים שנלוו

לתצהיריהם כראיות קבילות בבוררות. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בהינתן העובדה כי גד בחרה שלא להעיד מטעמה עד כלשהו במהלך הבוררות. על כן, אין לקבל את עמדת גד לפיה ההסדר הדיוני מאפשר פסילת עדותם של אדייר ופרל כעדויות שמיעה בלתי קבילות במסגרת הדיון שהתקיים בבית המשפט קמא לאחר ביטול פסק הבוררות הישראלי. פרשנות כזו של ההסדר הדיוני נוגדת כאמור את תכליתו של אותו הסדר ויש בה במידה רבה כדי לרוקנו מתוכן.

זאת ועוד, אדייר ופרל אכן לא היו מעורבים באופן אישי בכל הפעולות המפורטות בתצהיריהם ושמם אינו מתנוסס בראשו או בשוליו של כל מסמך שצורף לתצהיר שהגישו, אך חלק מן העובדות שעליהן העידו היו בהחלט בידיעתם האישית וכך גם באשר לחלק מהמסמכים שצורפו אשר נחתמו על-ידם. יתר על כן, ההליך דנן, על כל גלגוליו, נוגע למיזם שקרם עור וגידים לפני למעלה משלושים שנים. נוכח הזמן הרב שחלף מאז קרות האירועים הרלוונטיים לתובענה וכן בשים לב לעובדה שאדייר ופרל פעלו כעובדים בכירים בחברת האם של BIP והיו בני סמכא בנושאים לגביהם העידו, נראה כי בנסיבות אלה היה מקום לאפשר את קבלת עדותם תוך בחינת המשקל שיש לייחס לה, גם אלמלא ההסדר הדיוני (למגמה הגורסת מעבר ממשטר של קבילות ראיות למשטר של בחינת משקלן ומהימנותן, ראו: ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל, פ"ד לז(4) 281, 286-287 (1983); ע"א 2515/94 לוי נ' עיריית חיפה, פ"ד נ(1) 723, 730-731 (1996); ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71, 85-86 (2001); ע"א 3038/05 זידאן נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, פיסקה 5 (לא פורסם, 9.8.2006); ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, פיסקה 32 (לא פורסם, 10.9.2006); יעקב קדמי על הראיות חלק שני 549-551 (2009)). מסקנה זו יפה אף היא ביתר שאת נוכח העובדה שגד לא הציגה ראיות כלשהן לסתור את גרסתם של עדי BIP או את העולה מן המסמכים שצורפו לתצהיריהם. כך, למשל, בחרה גד שלא להגיש תצהיר מטעמו של המשיב 4, ד"ר דוד דנקנר, מי ששימש כמנהלה בתקופה הרלוונטית והיה מעורב בתשלומים המתוארים בתצהירו של פרל, על-פי המסמכים שצורפו לאותו תצהיר. הימנעות זו מצד גד יש לזקוף לחובתה וטענת גד בדבר נטל ההוכחה המוגבר הרובץ על BIP אינה מועילה לה בהקשר זה (ראו והשוו ע"א 8385/09 המועצה המקומית סאג'ור נ' סונול ישראל בע"מ, פיסקאות 23-24 (טרם פורסם, 9.5.2011)).

18. משקבענו כי הראיות אשר הוצגו בפני הבורר הישראלי ואשר אומצו כדין על-ידי בית המשפט קמא מבססות את ממצאיו בכל הנוגע לקיומה של חבות משותפת מצד BIP וגד כלפי מחבוביאן, בכל הנוגע להעמדת סכומי הפרמיה על-ידי מחבוביאן לטובת

BIP וגד, ובכל הנוגע לפירעון החוב לידי מחבוביאן על-ידי BIP או מי מטעמה בהתאם לפסקי הבוררות הזרים, נותר לבחון האם הוכיחה BIP כי החוב שאותו פרעה למחבוביאן כאמור הוא אכן חוב שהתגבש והגיע לו כדין. את החוליה הזו בשרשרת היסודות המרכיבים את עילת ההשתתפות שעליה נסמכה תביעתה, ביקשה BIP להוכיח בהציגה את פסקי הבוררות הזרים הקובעים את זכאותו של מחבוביאן לסכומים שתבע. כך קובע פסק הבוררות בעניין הריבית את החוב המגיע למחבוביאן בגין ריבית הפרמיה (סך של 1,296,055.98 דולר ארה"ב) ופסק הבוררות בעניין הפרמיה קובע את החוב המגיע לו בגין הפרמיה עצמה (סך של 1,110,029.80 דולר ארה"ב).

19. האם יכולים פסקי הבוררות הזרים לשמש כראיה בהליך דנן?

לטענת גד, לא ניתן לעשות שימוש ראייתי כלשהו בפסקי הבוררות הזרים ולו בשל הסייג הקבוע בהסדר הדיוני ולפיו "לא יעשה שימוש בראיות שהיוו עילה לביטול פסק הבורר [הישראלי]".

טענה זו נדחתה ובצדק על-ידי בית המשפט המחוזי.

פסק הבוררות הישראלי בוטל בהחלטה מיום 31.5.2004 משום שבית המשפט (כב' השופטת ב' בר-זיו) סבר כי הבורר - כל בורר - אינו מוסמך להכיר בתוקפם של פסקי בוררות שניתנו מחוץ לישראל. עוד סבר בית המשפט כי פסק הבוררות הישראלי נסמך על הכרה כזו. באותה החלטה כלל לא נדונו טענות הצדדים לעניין האפשרות לעשות שימוש בפסקי הבוררות הזרים כראיה. לפיכך, אין לומר כי פסקי הבוררות הזרים הם ה"ראיות שהיוו עילה לביטול פסק הבורר" במובנו של סעיף 8 להסדר הדיוני ואין בנימוק זה כדי למנוע עשיית שימוש בהם כראיה בהליך דנן. משהוסרה טענה זו יש להוסיף ולבחון את מעמדם של פסקי הבוררות הזרים בהליך ובהקשר זה טוענת גד כי הם לא עברו הליך של "קליטה והכרה" ועל כן, הם חסרי כל תוקף לענייננו. על מנת להכריע בטענה זו מן הראוי לבחון את ההבדל הקיים בין מהלך של אישור פסקי בוררות זרים על-ידי בית משפט ישראלי ובין הצגתם כראיה בהליך המתנהל בפניו.

20. סעיף 29א' לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות) מעניק לבית משפט בישראל את הסמכות לאשר או לבטל פסק בוררות חוץ שחלה עליו אמנה בינלאומית וכך נקבע בו:

> "בקשה לאישור או לביטול של פסק בוררות-חוץ שחלה עליו אמנה בינלאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בענין הנדון, תוגש ותידון בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן".

סעיף 1 לחוק הבוררות מגדיר פסק בוררות חוץ כפסק בוררות שניתן מחוץ לישראל. אין מחלוקת בין הצדדים כי אמנת ניו-יורק, שנחתמה בשנת 1958 ואושררה בישראל בשנת 1959, היא האמנה הבינלאומית הרלוונטית לעניין האופן שבו יש להגיש את פסקי הבוררות הזרים לאישור, בהיותה עוסקת בפסקי בוררות שניתנו במדינה אחרת מזו שבה מתבקשת הכרתם או אכיפתם (ראו סעיף 1 לאמנת ניו-יורק). סעיף 3 לאמנת ניו-יורק בנוסחה העברי קובע בעניין זה כך:

> "כל מדינה מתקשרת תכיר בפסקי בוררות כמחייבים ותאכוף אותם בהתאם לסדרי הדין של הארץ שבה מסתמכים על הפסק, לפי התנאים הקבועים בסעיפים הבאים. על הכרתם או אכיפתם של פסקי בוררות שאמנה זו חלה עליהם לא יוטלו תנאים קשים יותר במידה ניכרת, או אגרות או היטלים גבוהים יותר, מאלה המוטלים על הכרתם או אכיפתם של פסקי בוררות פנימיים".

עוד יצוין כי סעיף 5 לאמנת ניו-יורק קובע רשימה מצומצמת של חמש עילות התנגדות לאישור הפסק שבעל דין רשאי להעלות, לצד שתי עילות נוספות המסורות לשיקול דעתה של הערכאה המתבקשת לאשר את הפסק (ראו: חגי כרמון פסקי חוץ בישראל - הכרה ואכיפה 236-238 (2011); ישראל שמעוני אופק חדש בבוררות - דיני בוררות עם ערכאת ערעור 389-392 (2009)). בשנת 1978 הותקנו בישראל תקנות לביצוע אמנת ניו-יורק ובהן נקבע כי על בקשות לאישור פסקי בוררות בהתאם לאמנת ניו-יורק יחולו תקנות סדרי הדין בעניני בוררות, התשכ"ט-1968 (להלן: תקנות סדרי הדין בענייני בוררות), ככל שאין בעניין זה הוראה אחרת, ובשינויים המחויבים. תקנה 8 לתקנות סדרי הדין בענייני בוררות קובעת כי "בעל דין הרוצה באישור פסק בוררות על ידי בית המשפט, יגיש בקשה על כך בצורת הודעה, ערוכה לפי טופס 3 שבתוספת, ויצרף עותק של פסק הבוררות חתום על ידי הבורר..." ותקנה 3 לתקנות לביצוע אמנת ניו-יורק מוסיפה וקובעת לעניין אישור פסק בוררות חוץ כי:

> "(א) בעל דין המבקש מבית המשפט לאשר פסק בוררות חוץ יצרף לבקשתו –
> (1) פסק הבוררות המקורי שאומת בהתאם לדין ישראל, או העתק מאושר ממנו;
> (2) הסכם הבוררות המקורי או העתק ממנו שאושר על פי דין ישראל".

21. בעניינו, BIP לא הגישה בקשה לאישור פסקי הבוררות הזרים כאמור בסעיף 29א׳ לחוק הבוררות. במסגרת הבקשה לחידוש ההליכים שהגישה לבית המשפט המחוזי בחיפה (לאחר שבוטל פסק הבוררות הישראלי - בש״א 17013/04) ביקשה אומנם BIP בין היתר ״להכיר בתוקפם המחייב״ של פסקי הבוררות הזרים ואף צירפה לבקשתה העתקים מפסקי הבוררות הזרים וכן העתקים מההסכמים שנערכו בשנת 1976 ובהם תניות הבוררות. אולם, ספק אם בקשתה זו באה בגדר האמור בהוראות הדין שפורטו לעיל הנוגעות לבקשות לאישור פסקי בוררות זרים. בהקשר זה ראוי לזכור כי BIP איננה הזוכה על-פי אותם פסקי בוררות אלא מי שחויבה בתשלום על פיהם ולפחות באשר לפסק הבוררות בעניין הפרמיה מדובר במשיבה - גד - שלא הייתה בעלת דין בהליך הבוררות הזר ועל כן נראה כי היא כלל לא היתה רשאית להעלות התנגדות לבקשה לאישור אם הייתה מוגשת כזו (ראו סמדר אוטולנגי בוררות – דין ונוהל כרך ב׳ 862 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005) (להלן: אוטולנגי)). בנתונים אלה דומה כי הליך של אישור פסק הבוררות איננו ההליך המתאים ומכל מקום, אפילו ננית לצורך הטיעון כי ניתן לראות בבקשה הנ״ל בקשה מצד BIP לאישור פסקי הבוררות הזרים על-ידי בית המשפט הישראלי - כאחת הטענות שהעלתה BIP - ספק אם ניתן לראות בפסק הדין הראשון אשר בוטל בהליך הערעור, משום היענות לבקשת אישור כאמור.

22. משלא אושרו פסקי הבוררות הזרים בישראל בהליך לאישור פסק בוררות זר על-פי סעיף 29א׳ לחוק הבוררות, לא ניתן להכיר בהם לצורך אכיפתם בישראל. האם בכך יש כדי לסתום את הגולל על האפשרות לעשות שימוש בפסקי הבוררות הזרים כראיה בתובענה להשתתפות שהגישה BIP נגד גד? האם לצורך זה יש להקדים ולקיים הליך של אישור והכרה בפסק הבוררות הזר אף ש-BIP - התובעת - כלל אינה ה״זוכה״ על-פי פסקי הבוררות הזרים אלא מחבויאן ומשכך ברור כי אין מדובר בסיטואציה שבה צד מבקש לעשות שימוש בפסק בוררות חוץ לצורך מימוש זכייתו בישראל (ראו והשוו אוטולנגי, כרך ב׳ 909-910)?

תביעתה של BIP לחייב את גד להשתתף בסכומים ששולמו למחבויאן מכוח פסקי הבוררות הזרים, נשענת על טענתה של BIP כי היא זכאית מכוח ההסכמים שביניהן להשבה חלקית של הכספים אותם שילמה למחבויאן. הוכחת קיומן של הנסיבות שגיבשו את החבות היא כאמור נדבך אחד מבין הנדבכים הנדרשים ל-BIP לביסוס עילתה כלפי גד ולצורך הוכחתו של נדבך זה היא מבקשת להסתמך כראיה על פסקי הבוררות הזרים. נראה לי כי במקרים כמו המקרה שבפנינו אשר בהם אין לתובע

דרך לנקוט נגד הנתבע בהליך של אישור פסק בוררות חוץ משום שאותו הנתבע לא היה בעל דין בהליך הבוררות או משום שהתובע איננו הזוכה על-פי אותו פסק, כי אז ככלל אין לחסום את דרכו של התובע מלהציג כראיה את פסק הבוררות הזר בהליך המתנהל בינו ובין הנתבע ולאפשר לו לבסס באמצעות אותו הפסק את עילת התביעה (ובענייננו עילת ההשתתפות), עליה הוא נסמך. בצד מסקנה זו ראוי לרשום הערת אזהרה על מנת שמסלול זה של הגשת תביעה והצגת פסק הבוררות הזר כראיה בה לא יהפך ל"מסלול עוקף", מקום שבו אילו הוגש פסק הבוררות הזר לאישור לא ניתן היה לאשרו מטעמים של תקנת הציבור או בשל אי-התקיימותו של אחד התנאים הרלוונטיים הקבועים בסעיף 5 לאמנת ניו-יורק. במקרה דנן, אכן העלתה גד טענות כנגד האופן שבו ניהלה BIP את ההגנה בהליכי הבוררות הזרים. היא האשימה אותה בהקשר זה בהתנהלות "זדונית" ואף רמזה לכך ש-BIP רקחה קנוניה עם מחבוביאן. כמו כן טענה גד כי מדובר בהליכי בוררות אשר התנהלו בניגוד לכללי הצדק הטבעי ובלא שניתנה לה כמי שהייתה בעלת דין בהליך הבוררות בעניין הריבית זכות טיעון ראויה. דא עקא, אף שמדובר בטענות חמורות הן הועלו בעלמא ובלא שהונחה להן כל תשתית ראייתית מתאימה. על כן אין מקום להידרש להן. לא למותר להוסיף בהקשר זה כי פסקי הבוררות הזרים ניתנו במקרה דנן בהליכים שהתנהלו בפני בית הדין הבינלאומי לבוררות של ה-ICC, שהינו מוסד בוררות מוכר ומכובד הנחשב למוביל בתחומו (ראו: רונן סטי בוררות בין-לאומית ב-ICC **10 (2009)**; Mark S. Blodgett & Donald O. Mayer, *International Letters of Credit: Arbitral Alternatives to Litigating Fraud*, 35 AM. BUS. L.J. 443, 465 (1998)) ועוד יש לזכור כי כל אחד מאותם ההליכים הובאו בפני בית הדין הבינלאומי לבוררות בהתאם לתנית הבוררות שנכללה בהסכם המשולש, עליו חתמה גם גד. עובדות אלה נושאות אף הן משקל לצורך דחיית הטענות שהעלתה גד, אשר יש בהן משום הטלת דופי בלתי מבוסס בבית הדין ובאופן ניהול ההליכים על-ידו.

23. בפסק דינו ביקש בית המשפט קמא להקיש לענייננו מן האפשרות הקיימת בחוק פסקי חוץ להכיר "הכרה אגבית" בפסקי דין שניתנו בעניין אזרחי על-ידי בית משפט במדינה זרה ולעשות בהם שימוש כראיה (ראו: סעיפים 1 ו-11(ב) לחוק פסקי חוץ; ע"א **499/79** בן דיין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99, 105 (1984)), אף שחוק הבוררות שותק בעניין זה. טרם שאדרש לסוגיה זו לגופה ראוי להדגיש בהקשר זה במאמר מוסגר כי החלטת בית המשפט בשוויץ לדחות את הבקשות לביטול פסק הבוררות בעניין הריבית, אינה יכולה להיחשב כ"אישור" של פסק הבוררות ועל כן אין בה כשלעצמה כדי להפוך את פסק הבוררות הזר לפסק דין זר (ראו: רע"א **1810/94** מפרו קבוץ הגושרים נ' פיס, (לא פורסם, **26.6.1994**); אוטולנגי, כרך ב' 940-941). לטעמי, קיים קושי מובנה להקיש מההסדרים הקבועים בחוק פסקי חוץ לעניין פסקי

בוררות זרים בשל ההבדלים האינהרנטיים הקיימים בין פסק דין זר לפסק בוררות זר שהמרכיב הדומיננטי בו הוא היותו פסק בוררות ולא היותו "זר". עמדה על כך המלומדת סיליה וסרשטיין פסברג בספרה פסקים זרים במשפט הישראלי – הדין והגיונו (1996) (להלן: פסברג) בציינה:

> "המונח פסק בוררות זר קשה יותר לתפיסה מאשר המונח פסק דין זר. כמו פסק דין זר, פסק בוררות זר מוגדר כפסק שניתן מחוץ לישראל. אולם, שלא כמו פסק דין זר, עובדת הינתנו במקום זר איננה מחייבת ומצדיקה יחס מיוחד. מקום הינתנו של פסק דין זר מצביע על קיומו של הליך, לפי סדרי דין זרים, בבית משפט שאינו כפוף לשליטתו של המחוקק המקומי, ושאינו כפוף לביקורתה של מערכת השפיטה המקומית. מאפיין מרכזי של "זרותו" מתבטאת בכך שמקורו ומקור סמכותו וכוחו בשיטה זרה של ריבון זר. לא כן פסק בוררות זר. המאפיין את פסק הבוררות הזר הוא היותו פסק של בורר, ולא של בית משפט. זהו גם מאפיינו המרכזי של פסק בוררות מקומי. כמו פסק בוררות מקומי, הבעייתיות שבפסק בוררות זר איננה שהוא תוצר של מעשה ריבוני זר, אלא שהוא תוצר של מערכת נטולת ריבונות" (שם, 157-158).

מטעם זה, כך נראה, נקבע באמנת ניו יורק כי יש לחתור להשוואת התנאים המוטלים על הכרה ואכיפה של פסקי בוררות שהאמנה חלה עליהם לתנאים המוטלים על הכרה ואכיפה של פסקי בוררות פנימיים.

פסברג מוסיפה ומציינת כי:

> "פסק בוררות זר, כמו פסק בוררות מקומי, מחייב את הצדדים כמעשה בית-דין מעצם קיומו. אפשר להסתמך עליו ממש כמו על פסק דין של בית משפט, ואלא אם כן יערערו את תקפו (אם יראו למשל שהוא ניתן בחוסר סמכות), הוא יכבול את הצדדים וישתיקם בכל המישורים. הוא יהווה ראיה חותכת לעובדות שבהן הכריע. הסיבה להלכה זו היא שפסק הבוררות מבוסס על הסכם בין הצדדים, והם מחויבים על ידי הסכם זה. רציונל זה אינו תקף פחות ביחס לפסקי בוררות זרים מאשר ביחס לפסקי בוררות מקומיים. על כן נראה שאין צורך לנקוט בהליך מיוחד על מנת להסתמך על פסק בוררות זר, בין באופן הצהרתי ובין באופן אינצידנטלי. אולם אין התייחסות לשאלה זו בספרות או בפסיקה הקיימת" (ההדגשה הוספה). (ראו פסברג, 66).

רציונאל זה ביחס לפסקי בוררות מקומיים נקבע בסעיף 21 לחוק הבוררות הקובע כי "בכפוף לסעיפים 24 עד 28 ובאין כוונה אחרת משתמעת מהסכם הבוררות,

מחייב פסק בוררות את בעלי-הדין וחליפיהם כמעשה בית-דין" (ראו גם: רע"א 2237/09 בנדיקט נ' בנדיקט, פיסקה 28 (טרם פורסם, 22.6.2010); רע"א 1347/94 נציגות הבית המשותף, רחוב יפו 33 חיפה נ' דאהר, פיסקה 6 (לא פורסם, 27.6.1994); אוטולנגי, כרך ב' 851-852, 855).

במקרה שלפנינו הייתה גד, כזכור, בעלת דין (כנתבעת לצד BIP) בהליך הבוררות שהתנהל בבית הדין הבינלאומי לבוררות בעניין הריבית ופסק הבוררות בעניין זה ניתן גם נגדה. בנסיבות אלה לא זו בלבד שניתן להציג את פסק הבוררות כראיה נגד גד בתובענה שהגישה BIP, עניין לנו בפסק בוררות המחייב את גד כמעשה בית דין באותה תובענה, ככל שהדבר נוגע לקביעה בדבר חבותן של גד ו-BIP, ביחד ולחוד, לשלם למחבוביאן את הסכומים שנקבעו באותו הפסק.

24. אשר להצגתו של פסק הבוררות בעניין הפרמיה כראיה להתגבשותו של חוב זה כלפי מחבוביאן. מן הטעמים שפורטו בסעיף 22 לעיל לא מצאתי כי יש בפי גד טענה מבוססת אשר יש בה כדי לחסום את הצגתו של פסק הבוררות האמור כראיה בתובענה להשתתפות שהגישה BIP נגדה. מסקנה זו יפה ביתר שאת בהינתן העובדה שאותו הפסק הוצג כראיה בהליך הבוררות הישראלי ובהינתן ההסדר הדיוני בין הצדדים לפיו הוסכם כי בית המשפט יוכל להכריע בתובענת ההשתתפות על-פי הראיות והסיכומים שהיו בפני הבורר, אם יבוטל פסק הבוררות הישראלי.

הנה כי כן, היסוד הנוסף המרכיב את עילת ההשתתפות של BIP כלפי גד והנוגע להתגבשות החוב של BIP וגד כלפי מחבוביאן בגין ריבית הפרמיה ובגין הפרמיה, הוכח אף הוא על-ידי BIP.

חלוקת החבות

25. סעיף 56(א) לחוק החוזים קובע חזקה באשר לחלוקת נטל החיוב במקרה של ריבוי חייבים ולפיה "שנים שחייבים חיוב אחד, חזקה שהם נושאים בנטל החיוב בינם לבין עצמם בחלקים שווים". חזקה זו אינה חלוטה וניתן לסתור אותה במקרים שבהם מתברר כי נטל החיוב התחלק בין הצדדים בחלקים שאינם שווים. כך למשל, מקום שבו מדובר בחבות שמקורה בעסקה משותפת בין צדדים יש, ככלל, לחלק את הנטל בין החייבים השונים בהתאם לחלקם באותה עסקה (ראו פרידמן, כרך א' 353-354). במקרה דנן, וכפי שפורט בסעיף 16 לעיל, הציגה BIP ראיות המוכיחות כי גד נטלה סך של 732,684.48 דולר ארה"ב מתוך תשלומי הפרמיה שהעמיד מחבוביאן לרשותן וסכום זה

מהווה 67.63% מתוך סכומם הכולל של תשלומים אלה. גד לא סתרה את הדבר בראיות כלשהן מטעמה ומשכך בצדק סבר בית המשפט קמא כי יש לסטות מחזקת השוויון הקבועה בסעיף 56(א) לחוק החוזים ולהטיל על גד השתתפות בשיעור של 67.63%, כשיעור הסכומים שאותם נטלה.

אשר לחיובה של גד להשתתף ב-50% מהוצאותיה של BIP ובשיעור דומה בסכומים שנפסקו לטובת מחבוביאן בגין הוצאותיו ובגין שכר טרחת עורכי דינו בהליכי הבוררות הזרים. גד טענה כי לא היה מקום לחייבה להשתתף בסכומים אלה אך לא מצאתי ממש בטענה זו. זכותה של BIP להשתתפות בסכומים אלו נגזרת מאותו עיקרון העומד ביסוד עילת ההשתתפות כולה והוא - מניעת התעשרותה של גד שלא כדין וככל שהדבר נוגע להשתתפות בתשלום להוצאותיו של הנושה, יש להימנע מיצירת מצב אנומלי לפיו הנושה - בעצם ההחלטה שקיבל את מי לתבוע - הוא זה שיקבע מי מהחייבים יישא בהוצאותיו ובשכר טרחת עורכי דינו. עוגן נוסף לחיובה של גד בהקשר זה ניתן למצוא בהסכם שנערך בין BIP לבין גד ביום 2.7.1976 ובהתחייבות לשיפוי שנטלה על עצמה גד בסעיף 2 לאותו הסכם.

גד מלינה גם על סכום ההוצאות ושכר טרחת עורכי הדין שנפסק לחובתה בגין ההליך בפני בית המשפט קמא. אכן, מדובר בסכום נכבד אך בהינתן ההיקף הכספי של הסכסוך נושא ההליך ומכלול הנסיבות האופפות אותו, איננו סבורים כי זהו המקרה החריג והנדיר המצדיק התערבות בהוצאות שפסקה הערכאה הדיונית (לגבולות המצומצמים מאוד שנתחמו להתערבותה של ערכאת הערעור בעניינים אלה ראו, למשל, ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק", פ"ד ס(1) 391, 395 (2005); ע"א 2076/09 ח.י בלאושטיין בניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון, פיסקה 34 (טרם פורסם, 2.9.2010); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 745 (מהדורה עשירית, 2009)). יחד עם זאת, אני סבורה כי בפסיקת סכום ההוצאות ושכר הטרחה בערעור אותו אפרט להלן, יש מקום להביא בחשבון לטובת גד את סכום ההוצאות הגבוה במיוחד שנפסק לחובתה על-ידי בית המשפט קמא.

התיישנות

26. ועניין אחרון - טענת ההתיישנות שהעלתה גד. התביעה שהגישה BIP היא תביעת השתתפות ומרוץ ההתיישנות להגשתה מתחיל על כן במועד בו שילם התובע-החייב לנושה סכום העולה על חלקו בחוב, או לכל המוקדם במועד מתן פסק הדין שהכיר בעצם החבות כלפי הנושה (ראו והשוו: פרידמן וכהן, 320; ברק, 495; ע"א 493/63 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים העברים בישראל נ' קבוצת

כנרת, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד יח(2) 225, 231-235 (1964); ע"א 1386/05 סיבוס רימון תעשיות מבנים ופיתוח בע"מ נ' מוסד הטכניון למחקר ופיתוח בע"מ, פיסקאות 5-9 (לא פורסם, 2.7.2008)). בשים לב למועדים בהם ניתנו פסקי הבוררות הזרים, למועדים בהם הוכח ש-BIP ביצעה את התשלומים למחבוביאן, וכן למועדי הגשת כתב התביעה המקורי והמתוקן, אין מקום לטענת ההתיישנות ובדין דחה אותה בית המשפט המחוזי. אוסיף ואעיר בהקשר זה כי טענותיה של גד לפיהן יש לראות בכספי הפרמיה שהעביר מחבוביאן לצדדים (כולם, או חלקם) "מעין הלוואה" שהוענקה לה על-ידי BIP הן טענות שלא הוכחו. הן אף עומדות בסתירה לאמור בהסכם המשולש. אך גם לו היה נמצא בהן טעם הרי שמועד תחילת מרוץ ההתיישנות אינו מועד מתן ההלוואה אלא המועד שנקבע לפירעונה (ראו ד"נ 32/84 עיזבון ולטר נתן ווילאמס ז"ל נ' ISRAEL BRITISH BANK (LONDON) (IN LIQUIDATION), פ"ד מד(2) 265, 271 (1990)). מועד זה לא צוין על-ידי גד וממילא לא הוכח.

סוף דבר

27. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור ולהותיר על כנו את פסק דינו של בית המשפט קמא. כמו כן אציע לחייב את גד לשלם ל-BIP שכר טרחת עורך-דין בערעור בסך של 100,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

פסק הדין של חברתי, השופטת חיות, מדגים כיצד ניתן באופן מעורר השתאות לסבך עניין פשוט מאוד דרך אין ספור הליכים משך שנים רבות. גד ו-BIP חברו יחדיו למיזם, BIP שילמה לנושה מחבוביאן את הסכום שנפסק לזכותו בפסקי הבוררות (גד אף הייתה שותפה לבוררות בעניין הריבית) ומכאן שהיא זכאית להשתתפות מכוח החבות המשותפת שלה ושל גד כלפי מחבוביאן, ואידך זיל גמור.

ש ו פ ט

<u>השופט ח' מלצר:</u>

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף והממצה של חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"ד בטבת התשע"ג (27.12.2012).

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 10016500_V10.doc אנ/גק
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il