



## בבית המשפט העליון

רע"א 2388/20

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

המבקשת: מר טלקום בע"מ

נגד

המשיבים: 1. SINT MAARTEN TELEPHONE COMPANY N.V.  
2. בנק לאומי לישראל  
3. MER SINT MAARTEN B.V.

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 17.3.2020 בה"פ 56844-10-19 (השופט י' אטדגי)

בשם המבקשת: עו"ד יעקב אנוך; עו"ד ענת רגב

### החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 17.3.2020 בה"פ 56844-10-19 (השופט י' אטדגי), בגדרה נדחתה בקשה למתן צו שימנע את חילוטה של ערבות בנקאית אוטונומית שהונפקה על-ידי המשיב 2 לטובת המשיבה 1.

2. המבקשת, מר טלקום בע"מ (להלן: טלקום), היא חברה ישראלית העוסקת בתחום התקשורת, והיא חברה האם של המשיבה 3, MER Sint Maarten B.V. (להלן: חברת הבת), הרשומה בסנט מרטן. ביום 30.6.2017 חתמה חברת הבת על הסכם עם המשיבה 1, Sint Maarten Telephone Company N.V. (להלן: TelEm), שבו התחייבה חברת הבת לבצע עבודות שונות להנחת תשתית תקשורת. במסגרת ההסכם, התחייבה TelEm לשלם מקדמה בשיעור של 15% מסך התמורה, וזאת בכפוף לערבות בנקאית שתמציא טלקום להבטחת השבת המקדמה ככל ויידרש הדבר הזה. ביום

7.11.2017 המציאה טלקום למשיבה ערבות בנקאית מטעם המשיב 2 (להלן: הבנק), אשר  
נקטה בזו הלשון:

"We hereby irrevocably guarantee to you the repayment of any sum up to USD 2,370,215.00 [...], being 15 pct. advance payment of the contract price, which you will pay to MER Sint Maarten B.V. [...], as per agreement dated 30.6.2017.

We, Bank Leumy [...] hereby irrevocably undertake to pay you, the beneficiary, any sum or sums not exceeding in total the amount of USD 2,370,215 [...] upon receipt by us of your original duly signed demand in writing and your written statement stating:

(A) That the contractor has failed to repay the advance in accordance with the conditions of the contract, and

(B) The amount which the contractor has failed to repay.

This Guarantee shall automatically become effective upon final and irrevocable credit of the payment of USD 2,370,215.00 to the contractor's parent company Mer Telecom LTD."

3. בין הצדדים נתגלע סכסוך, שבעקבותיו פנתה TelEm לבנק בדרישה לשלם לה סכום של 1,849,648 דולר מתוך סכום הערבות הבנקאית. הבנק קיבל את הבקשה, והודיע לטלקום כי בכוונתו לחייב את חשבונה בסכום האמור. טרם שנעשה הדבר, פנו טלקום וחברת הבת לבית המשפט המחוזי בבקשה ליתן צו מניעה זמני האוסר על פירעון הערבות הבנקאית. לטענתן, לשון כתב הערבות מלמדת, כי תנאי לתוקפה של הערבות היה שהמקדמה תשולם על-ידי TelEm, בעוד שבפועל שולמה המקדמה על-ידי חברת האם שלה. לפיכך נטען, כי הערבות איננה בתוקף ולא ניתן לחלטה. בבקשה צוין, כי הסעד הזמני נועד לשרת שני הליכים שונים: האחד, הליך עיקרי בבית המשפט המחוזי, שהסעד המבוקש בו הוא צו קבוע למניעת חילוט הערבות; השני, הליך בוורות, שבמסגרתו יתבקש הבורר לקבוע כי הערבות איננה בת-חלוט. כמו כן, התבקש בית המשפט ליתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום, בהתאם לתקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-

1984. בו ביום, ניתנו היתר המצאה וצו ארעי במעמד צד אחד, ובית המשפט הורה ל-TelEm להגיש את תשובתה לבקשה למתן הסעד הזמני.

4. TelEm הגישה את תגובתה לבקשה, ודיון נקבע ליום 19.1.2020. ביני לביני, פתחה חברת הבת כהליך בווררות, שבמסגרתו ביקשה סעד זמני דומה לזה שנתבקש בבית המשפט המחוזי. בקשה זו נדחתה בהחלטת בורר החירום שהתמנה, אשר קבע כי לא מתקיימת עילה לכאורית המצדיקה את מתן הסעד הזמני, וכי לא הוכח שלחברת הבת יגרם נזק בלתי הפיך מדחיית הבקשה. בהמשך, התקיים הדיון בבית המשפט המחוזי, ובסיומו נקבע כדלהלן: "על פני הדברים ומבלי לקבוע דעה סופית נראה כי החלטת הבורר שמה קץ להתדיינות בפני בית משפט זה. המבקשות ישקלו את הצורך בהמשך בירור תובענה זו [...]". טלקום וחברת הבת עמדו על נחיצותו של ההליך. נטען, כי אמנם הסעד הזמני אינו נדרש עוד על מנת לשרת את הליך הבוררות, אולם ההליך המקומי מתנהל במקביל ובאופן עצמאי מהבוררות, והסעד הזמני דרוש על מנת להבטיח שהליך זה לא יתייתר.

5. ביום 17.3.2020 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה למתן סעד זמני. בהחלטה נקבע, כי די בהחלטת הבורר כדי להביא לדחיית הבקשה. מוסד הבוררות, שעליו הסכימו הצדדים בהסכם, הוא המקום המתאים לקיום ההתדיינות ביניהם. משעה שנתן הבורר את החלטתו – אין עוד צורך להיזקק להליך המקומי. לעניין הטענה, לפיה טלקום אינה צד לבוררות, קבע בית המשפט, כי "אין נפקות לטענת המבקשות, לפיה כספי הערבות הבנקאית יימשכו מכספי חשבונה של [טלקום], שאינה צד להליך הבוררות. אדבא, טענה זו רק מחזקת את חוסר תום ליבן של המבקשות. אם חילוטה של הערבות הבנקאית נוגע ל[טלקום] בלבד, מה פשר כל הטענות ביחס לבוררות שנטענו בבקשה ומדוע פנתה [חברת הבת] לבורר כדי למנוע את חילוט הערבות הבנקאית, אם הדבר נוגע ל[טלקום]? מלבד זאת מדובר בהבחנה מלאכותית [...]". למעלה מן הצורך, קבע בית המשפט, כי גם לגוף העניין לא הוצגה עילה אשר מצדיקה את מתן הסעד הזמני. העובדה שכספי המקדמה יצאו בפועל מחשבונה של חברת האם של TelEm, ולא מחשבונה-שלה, אינה מנביעה את המסקנה לפיה TelEm לא שילמה את המקדמה בהתאם להסכם. בית המשפט קבע אפוא כי "סיכוייה של התביעה [...] קלושים מאוד להתקבל, באופן שאין הצדקה למתן סעד זמני, גם אם היה מוכח שמאזן הנוחות נוטה לטובת המבקשות, ואינני סבור שהדבר הוכח".

6. מכאן הבקשה לרשות ערעור שלפני, אשר הוגשה על-ידי טלקום, על דעתה של חברת הבת, שצורפה כמשיבה פורמלית. בבקשה נטען, כי בהחלטתו של בית המשפט המחוזי נפלו שגיאות מספר. ראשית, שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא קבע, כי מאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובתה של טלקום. לטענת טלקום, TelEm נמצאת על סף חדלות פירעון, וקיים חשש ממשי שאם תחולט הערבות, לא תוכל טלקום להיפרע גם אם

בסופו של דבר יקבע שחילוט הערבות נעשה שלא כדין. שנית, שגה בית המשפט בכך שלא ניתח את סיכויי התביעה בהתאם לדין הזר. אין חולק, כי על הסכם הערבות חלים דיני סן מרטן, ולפני בית המשפט המחוזי הונחו חוות דעת סותרות לעניין מעמד הערבות על-פיהם. בעוד חוות הדעת מטעם חברת הבת הוגשה על-ידי עורך דין מקומי, חוות הדעת מטעם TelEm הוגשה על-ידי מי שמייצג אותה בהליך הבוררות, ואינו בעל רישיון מתאים. נטען, כי לכל הפחות היה על בית המשפט לאפשר את חקירת המומחים עובר להכרעה. שלישיית, שגה בית המשפט בכך שקבע כי די היה בהחלטת הבורר על מנת לדחות את הבקשה. בכתב הערבות צוין במפורש, כי הערבות כפופה לכללי ה- Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 458. כללים אלה קובעים, כי בהעדר התנאה, סכסוכים בעניין הערבות ידונו בערכאה המתאימה במדינתו של הערב. לפיכך, בית המשפט המחוזי הריהו הערכאה הנכונה לדון בסכסוך. לבסוף טענה טלקום, כי בית המשפט העניק פרשנות שגויה לכתב הערבות. על בית המשפט היה לפרש את כתב הערבות כחווה, תוך מתן בכורה ללשונו, כפי שנקבע לאחרונה בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019). פרשנות כאמור היתה מובילה למסקנה שהערבות כלל לא נכנסה לתוקף, שהרי לשון כתב הערבות, שנמסר מTelEm, קובעת מפורשות: "we hereby irrevocably guarantee to you the repayment of any sum [...] which you will pay to MER Sint Maarten B.V. (ההדגשה הוספה – נ' ס'). הווי אומר, תנאי לתוקפה של הערבות היה שאת המקדמה תשלם TelEm עצמה. אין חולק, כי תנאי זה לא התקיים, ולפיכך הערבות אינה בתוקף.

7. נתתי דעתי על הטענות מזה ומזה, ומסקנתי היא שדין הבקשה להידחות. בדין קבע בית המשפט המחוזי, כי סיכויי התביעה לגופה אינם מן המשופרים, ואיני נדרש לשאלה האם די בהחלטת הבורר, כשלעצמה, על מנת להצדיק את דחיית הבקשה.

8. מקובלת עלי נקודת המוצא של טלקום, לפיה הערבות כפופה לדיני סנט מארטן. לפי חוות הדעת שהוגשה מטעמה בבית המשפט המחוזי, על-פי דינים אלה, בפרשנות כתב ערבות על בית המשפט ליתן את הבכורה לפרשנות לשונית צרה ( "regarding the interpretation of abstract bank guarantees [...] the strict (literal) reading of the wording has priority"). לא נעלמה מעיני העובדה, כי לשיטתו של מחבר חוות הדעת, ישום דין זה על העובדות דלעיל מוליך למסקנה שהערבות אינה בת חילוט. דא עקא, שיישום הדין על העובדות, עניין הוא לערכאה השיפוטית, לא למומחים מטעם הצדדים. בנדון דידן, אינני סבור, כי אף קריאה לשונית מצומצמת של כתב הערבות מובילה למסקנה הנטענת.

9. עיון בלשונו של כתב הערבות מעלה, כי על הבנק לשלם את הערבות עם קבלת דרישה בכתב, שבצדה הצהרה כי סכום המקדמה לא הושב בהתאם לתנאי החוזה. אין מחלוקת, כי דרישה כאמור התקבלה. עוד הוסכם בכתב הערבות, כי הערבות תיכנס לתוקף באופן אוטומטי עם קבלתו הסופית של תשלום בסך של 2,370,215 דולר, שישולם לחברת טלקום. גם לגבי התקיימותו של תנאי זה אין מחלוקת. כל טענתה של טלקום היא, שכיוון שהסכום הועבר על-ידי חברת האם של TelEm, הרי שלא התקיים האמור בפתיח לכתב הערבות, לפיו הערבות נועדה להבטיח את התשלום ש"אתם תשלמו", קרי – ש-TelEm עצמה תשלם ישירות. בכל הכבוד, אינני סבור כי ישנם סיכויים רבים לכך שהטענה תתקבל. התשלום התקבל בחשבונה של טלקום, ובהתאם לכך נשלחה הודעה לנציגת TelEm, אשר מאשרת את קבלתו. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, "גם אם כספי המקדמה יצאו בפועל מחשבונה של חברת האם [הכוונה לחברת האם של TelEm – נ' ס'] אין פירוש הדבר שהמשיבה לא שילמה את המקדמה".

10. עוד מלינה טלקום על כך שבית המשפט המחוזי לא קיבל את הטענה ש-TelEm נמצאת על סף חדלות פירעון. נטען, כי בית המשפט התעלם מ"שלל ההוכחות" שהוצגו לעניין זה, ובין היתר מהקלטה שבה נשמעת בכירה בחברת TelEm כשהיא מודה בקשיים הכלכליים של החברה. טלקום גורסת, כי הדבר מחייב לקבוע שמאזן הנוחות נוטה באופן מובהק לטובתה. כידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית. אולם בענייננו, ההכרעה איננה נדרשת, שכן כפי שקבע בית המשפט המחוזי – ודעתי כדעתו – גם אם היתה מוכחת הטענה האמורה, לא היה בכך לשנות מן התוצאה נוכח סיכוייה הנמוכים של התביעה להתקבל.

אשר על כן, הבקשה לרשות ערעור נדחית. ממילא מתייתרת הבקשה לעיכוב ביצוע שהוגשה בצדה.

משלא נתבקשה תגובה מטעם המשיבים, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, י"א בניסן התש"ף (5.4.2020).

ש ו פ ט