



בבית המשפט העליון

רע"א 3614/19

לפני :
כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת י' וילנר

המבקשות :
1. קדמת עדן בע"מ
2. פרחי רמת בית שמש בע"מ
3. פרחי רמת בית שמש ג'
4. פרחי רמת בית שמש ז'
5. VIVA S.R.L. CO
6. זיוה כהן

נ ג ד

המשיבים :
1. נסאר נסאר
2. נסאר אבו נסאר בע"מ
3. BERKELEY ADAM S.A
4. פורמלי FINANCE ADVISORY SERVICES LTD
CO.NO
5. פורמלי KNIGHTSBRIDGE CONSULTING AND
MANAGEMENT LTD

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו בהפ"ב 2860-10-18 מיום 28.4.2019, שניתן
על-ידי כב' סגנית הנשיא י' שבח

תאריך הישיבה : ז' באייר התשפ"א (19.4.2021)

בשם המבקשים : עו"ד ברוך חכים

בשם המשיבים : עו"ד לירון כהנא

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' סגנית הנשיא י' שבח) בהפ"ב 2860-10-18 מיום 28.4.2019, בגדרו בוטל חלקית פסק בוררות שניתן ביום 3.8.2018 על-ידי כב' הבוררת (השופטת בדימ') ו' אלשיך. בפסק הבוררות נדחתה תביעת המשיבים 1-3 נגד המבקשות, וכן נדחתה תביעה שכנגד מטעם המבקשות.

רקע והליכים קודמים

2. המשיבה 2 – נסאר אבו נסאר בע"מ היא חברה המצויה בשליטתו של המבקש 1 (להלן יחד: נסאר), אשר פעל באמצעותה ובאמצעות חברות נוספות על מנת לסייע למבקשת 6 – יזמית מקרקעין הפועלת באמצעות המבקשת 1 וחברות נוספות (להלן יחד: כהן) – לרכוש או לחכור מקרקעין המצויים בבעלות בית הספר החקלאי סליסיאן של מסדר דון בוסקו (להלן בהתאמה: המקרקעין והמסדר).

מישור היחסים בין כהן והמסדר

3. בשנת 2004 נחתמו בין המסדר ובין כהן הסכמים לחכירת המקרקעין, אשר כניסתם לתוקף הותנתה, בין היתר, באישור האפיפיור (להלן: הסכמי החכירה). ביום 7.2.2006 כרתו המסדר וכהן הסכם נוסף, בו נקבע כי אם הסכמי החכירה לא יאושרו, תהא כהן זכאית לזכות סירוב ראשון לחכירת המקרקעין או להחזר כל הוצאות הפיתוח שנשאה בהן ביחס למקרקעין (להלן בהתאמה: הסכם הפיתוח וזכות הסירוב).

4. ביום 18.12.2007 הודיע המסדר על ביטול הסכמי החכירה והסכם הפיתוח. בעקבות זאת, פתחה כהן בהליכים משפטיים נגד המסדר, אשר הובילו לשני פסקי בוררות בהם נקבע כי הסכמי החכירה מבוטלים משלא אושרו על-ידי האפיפיור. לצד זאת, הוכרה בפסקי הבוררות זכות הסירוב של כהן מכוח הסכם הפיתוח, ולחלופין, זכותה לקבלת פיצויים מהמסדר. בקשה לביטול פסקי הבוררות האמורים נדחתה והפסקים אושרו.

5. ואולם, ביום 13.8.2015 חתם המסדר על הסכם חכירה מותנה ביחס למקרקעין עם חברת אקה פיתוח ובינוי בע"מ (להלן: אקה). בעקבות זאת, הגישה כהן לבית המשפט המחוזי בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט, ובפסק דין מיום 21.2.2017 נקבע כי על המסדר לממש את זכות הסירוב ולחתום עם כהן על הסכם חכירה בתנאים הזהים לאלה שסוכמו למול אקה (הפ"ב 5069-11-14). בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה על-ידי בית משפט זה בפסק דין מיום 14.3.2018 (רע"א 2526/17). בהתאם, ביום 18.4.2018 מימשה כהן את זכות הסירוב וחתמה על הסכם חכירה חדש עם המסדר.

6. בינות לאירועים המתוארים לעיל, ובמישור היחסים שבין כהן ונסאר, ביום 7.7.2004 נכרת הסכם בין המשיבה הפורמלית 1 לבין כהן, לפיו נסאר יהא זכאי לתשלום עבור הייעוץ שהעניק לכהן, אם היא תחזור את המקרקעין מהמסדר לפי הסכמי החכירה (להלן: הסכם הייעוץ). בהמשך לכך, ולאחר חתימת הסכם הפיתוח, כרתו כהן ונסאר שני הסכמים נוספים: האחד, אשר נכרת ביום 15.2.2006, עיגן את זכותו של נסאר לקבל 35% מכל תשלום אשר תקבל כהן מהמסדר, כמו גם פיצוי מוסכם בסך של 350 אלף דולר אם הסכם זה יופר. ההסכם השני, נכרת ביום 22.6.2008, ובו נקבע כי נסאר יהא זכאי לעמלה בסך של 2.5 מיליון דולר אם בית משפט או בורר יאשר את אכיפתו של "איזשהו מהסכמי החכירה של המקרקעין". כן נקבע כי אם בנוסף לכך, ייפסקו לטובת כהן פיצויים, אזי היא תחויב לשלם לנסאר 35% מפיצויים אלה כאמור בהסכם שנחתם בשנת 2006 (להלן יחד: הסכמי התיווך). בעקבות חתימת שני ההסכמים האמורים, בוטל הסכם הייעוץ.

7. לאחר אישור פסקי הבוררות שניתנו בעניינם של כהן והמסדר, ובטרם מימשה כהן את זכות הסירוב, כמפורט לעיל – פתח נסאר בהליך בוררות נגדה. בכתב תביעתו עתר נסאר למספר סעדים, ובהם, בעיקרו של דבר, סעד של מתן חשבונות המפרט את נתוני התמורות שהתקבלו אצל כהן מהמסדר; סעד כספי בסך של 350 אלף דולר; 35% מכל תמורה אשר קיבלה כהן כאמור; וסעד הצהרתי בדבר זכותו של נסאר לקבל תשלום נוסף בסך של 2.5 מיליון דולר אם תקבל כהן את זכויות החכירה במקרקעין.

8. בכתב הגנתה טענה כהן כי יש לדחות את תביעתו של נסאר מנימוקים שונים, ובין היתר, נטען כי תביעה זו הקדימה את זמנה, מאחר שבעת הגשתה טרם נודע אם כהן תחזור את המקרקעין או תקבל מהמסדר פיצוי כספי; כי הסכמי התיווך בטלים מכיוון שנסאר נהג בחוסר תום לב והפר את חובת האמון כלפי כהן; ולחלופין, כי יש לקזז מכל סכום אשר יקבל נסאר סכומי כסף ששולמו לו עד כה. כהן אף הגישה נגד נסאר תביעה שכנגד להשבת כל הכספים ששולמו לו על חשבון שכרו.

9. לאחר הגשת כתב ההגנה ובטרם ניתן פסק הבוררות, מימשה כהן, כאמור, את זכות הסירוב וכרתה עם המסדר הסכם לחכירת המקרקעין.

10. בפסק הבוררות מיום 3.8.2018 דחתה הבוררת אלשיך את תביעתו של נסאר, כמו גם את התביעה שכנגד. בתוך כך, נדחו טענותיה של כהן בדבר היות התביעה מוקדמת, וכן טענותיה לבטלות הסכמי התיווך בשל הפרת חובות האמון ותום הלב מצד נסאר,

וממילא נדחתה גם התביעה שכנגד. יחד עם זאת, הבוררת דחתה, כאמור, אף את תביעתו של נסאר וקבעה כי הלה אינו זכאי לעמלה בגין חכירת הזכויות במקרקעין על-ידי כהן. זאת, כך נקבע, מאחר שהחכירה נעשתה מכוח זכות הסירוב (אשר, כאמור, הוקנתה לכהן בהסכם הפיתוח), ולא מכוח הסכמי החכירה, וכן מן הטעם שנסאר לא היה "הגורם היעיל" שהוביל לחכירת המקרקעין בדרך זו.

11. נסאר הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לביטול פסק הבוררות, וזאת ממספר עילות: ראשית, נטען כי יש לבטל את פסק הבוררות מכוח סעיף 24(3) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן גם: החוק). בהקשר זה, נטען כי כהן הודתה בכתב ההגנה בזכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין, אף בדרך של מימוש זכות הסירוב, ומשכך שלילת זכות זו על-ידי הבוררת מהווה חריגה מסמכות. שנית, טען נסאר כי יש לבטל את פסק הבוררות לפי סעיף 24(4) לחוק הבוררות, שכן לא ניתנה לו "הזדמנות נאותה לטעון טענותיו או להביא ראיותיו". זאת, לטענת נסאר, מכיוון שהטענה לפיה הוא אינו זכאי לעמלת תיווך בשל חכירת המקרקעין מכוח זכות הסירוב – לא הועלתה כלל על-ידי כהן בכתב הגנתה, ולפיכך לא ניתנה לו ההזדמנות להתגונן מפניה. בנוסף, נטען כי דין פסק הבוררות לביטול אף מכוח סעיפים 24(5) ו-24(7) לחוק, אך טענות אלה אינן רלוונטיות לבקשת רשות הערעור דנן. כהן התנגדה לבקשתו המתוארת של נסאר וטענה כי יש לדחותה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

12. בפסק דינו מיום 28.4.2019 קיבל בית המשפט המחוזי, כאמור, את בקשת נסאר והורה על ביטול חלקי של פסק הבוררות. בין היתר, נקבע כי כהן לא טענה בכתב הגנתה שחכירת המקרקעין מכוח זכות הסירוב, להבדיל מהסכמי החכירה, אינה מזכה את נסאר בדמי תיווך, אלא אך טענה כי יש לבטל את הסכמי התיווך מאחר שהתביעה מוקדמת ובגין הפרת חובות האמון ותום הלב מצד נסאר. כן נקבע כי במסגרת כתב ההגנה, הכירה כהן מספר פעמים בזכותו העקרונית של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין (בכפוף לטענת הקיזוז), וזאת אף אם החכירה נעשתה מכוח מימוש זכות הסירוב. נקבע עוד כי ההכרה העקרונית בזכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, עולה אף מתצהירו של עו"ד עוזי פנחסי אשר הוגש מטעם כהן, כמו גם מחקירתה הנגדית של כהן עצמה ומהסיכומים שהגישה לבוררת.

בנוסף, צוין כי הטענה השוללת את זכותו של נסאר לקבל דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב עלתה לראשונה, ו"בחצי פה", בחקירתו הנגדית של עו"ד פנחסי, ונקבע כי

יש בה משום "שינוי חזית בוטה ודרמטי מהנטען בכתבי הטענות ובתצהירי העדות הראשית". לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי הבוררת לא היתה רשאית לדחות את תביעת נסאר בגין נימוק אשר לא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים, ומשעשתה כן, חרגה הבוררת מסמכותה. כן נקבע כי פסק הבוררות בסוגיה הנדונה נוגד את לשון הסכמי התיווך, ואף מטעם זה יש לקבוע כי הבוררת חרגה מסמכותה.

13. על רקע האמור, קיבל בית המשפט המחוזי גם את טענתו של נסאר כי לא ניתנה לו הזדמנות נאותה להתגונן מפני הטענה שלפיה הוא אינו זכאי לקבלת דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין בדרך של מימוש זכות הסירוב. זאת, כך נקבע, מאחר שטענה זו לא הועלתה, כאמור, בכתבי הטענות ובתצהיר העדות הראשית מטעם כהן, ואף נטען בהם ההיפך.

14. נוכח המקובץ, הורה בית המשפט המחוזי על ביטול חלקי של פסק הבוררות, כך שיבוטל פרק ז' הנוגע לשלילת זכותו של נסאר לקבל דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין, וחלף זאת, נקבע כי נסאר אכן זכאי לקבלת דמי התיווך המוסכמים. בנוסף, הורה בית המשפט המחוזי על החזרת הדיון לבוררת לשם מתן פסק בוררות משלים ביחס לסעד האופרטיבי הנובע מקביעתו זו, וכן נקבע כי במידת הצורך, תישא כהן בהוצאות הבוררת במסגרת השלמת הליך הבוררות.

כהן הגישה בקשת רשות לערער על פסק הדין המתואר, היא הבקשה שלפנינו.

הבקשה דנן

15. בבקשתה טוענת כהן, בין היתר, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי הבוררת חרגה מסמכותה, שכן סמכות הבוררת אינה נלמדת מכתבי הטענות, אלא מהסכם הבוררות, שבמקרה דנן הגדיר את סמכותה בהרחבה, ולמעשה אפשר לה להכריע במחלוקת בין הצדדים כראות עיניה. מכל מקום, נטען כי הסעד ההצהרתי שהתבקש על-ידי נסאר נגע אף לזכותו לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, וממילא הבוררת היתה מוסמכת לברר את הסעד האמור. נטען עוד כי דחיית הסעד ההצהרתי בפסק הבוררות לא התבססה אך על עדותו של עו"ד פנחסי, אלא נעשתה על יסוד פרשנות הסכמי התיווך והתנהלות הצדדים – נימוקים אשר היו מביאים לדחיית סעד זה אף אלמלא הוגש כתב הגנה כלל. מכל מקום, טוענת כהן כי היא אכן הכחישה את זכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך, כמו גם את טענותיו בדבר תרומתו לכריתת הסכם הפיתוח ולתוצאותיו – וזאת, לטענתה, הן בכתב ההגנה והן בסיכומים. אשר על כן, נטען כי

הבוררת לא חרגה מסמכותה, ולחלופין, כי מדובר לכל היותר בטעות, וזו אינה מצדיקה את ביטול פסק הבוררות.

בנוסף, כהן טוענת כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי לא ניתנה לנסאר הזדמנות נאותה להציג את טענותיו וראיותיו לפני הבוררת, שכן זו נהגה בליברליות רבה בניהול הבוררות, ואף התירה לנסאר לזמן עד לאחר תום שמיעת הראיות. כהן מוסיפה וטוענת כי אף אם נמצאה עילה לביטול פסק הבוררות מכוח סעיף 24 לחוק הבוררות, הרי שבמקרה דנן לא נגרם כל עיוות דין לצדדים, ולכן אין מקום לבטל את פסק הבוררות, כאמור בסעיף 26 לחוק זה.

זאת ועוד, נטען כי התוצאה האופרטיבית של פסק הדין מהווה, הלכה למעשה, הכרעה בסעד ההצהרתי אשר ביקש נסאר, וכי בית המשפט המחוזי לא היה מוסמך לעשות כן. לכל היותר, כך נטען, היה על בית המשפט המחוזי להורות על השבת הדיון אל הבוררת לשם השלמת פסק הבוררות ומתן הזדמנות נאותה לנסאר להציג את טענותיו וראיותיו הנדרשות. כן נטען כי התוצאה האופרטיבית האמורה מוקשית ביתר שאת, לאור דחיית טענות הקיזוז וההשבה של כהן, כך שבעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי – יזכה נסאר לעמלה כפולה; וכן כי קביעת בית המשפט המחוזי בסוגיית הוצאות הבוררת במסגרת השלמת הליך הבוררות, מהווה התערבות חריגה בסמכויות הבוררת.

16. בתשובתו לבקשת רשות הערעור סומך נסאר ידיו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוען כי הבקשה דנן אינה מגלה עילה להתערבות ערעורית על-פי אמות המידה המצמצמות הנוהגות בבקשות רשות ערעור על החלטות בענייני בוררות. נסאר מוסיף, בעיקרו של דבר, כי הוא וכהן הסכימו כי "מחלוקות" אשר תתגלענה ביניהם תוכרענה בהליך בוררות, וברי כי היקף המחלוקות המסורות להכרעת הבוררת הוגדר בכתבי טענות הצדדים. לטענת נסאר, אפוא, כהן הודתה בזכותו לקבלת דמי תיווך עקב מימוש זכות הסירוב, וממילא אין כל מחלוקת בין הצדדים בסוגיה זו. כן נטען כי גרסתו החדשה של עו"ד פנחסי עלתה בחקירתו הנגדית ולאחר מכן הוצגה בסיכומי כהן, אך בהמשך דבריו הלה שב ואישר את זכותו העקרונית של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, ורק סייג זאת בהתייחס לשווי העסקה. על כל פנים, נטען כי עו"ד פנחסי אינו בעל דין ולפיכך אין בגרסתו החדשה כדי לאפשר חזרה מהודאת בעלי הדין בזכותו של נסאר.

17. למען שלמות התמונה יצוין, כי ביום 21.7.2019 התקבלה בקשת רשות הערעור דנן בפסק דין אשר ניתן בדן יחיד ובוטל במסגרת בג"ץ 5837/19 נסאר נ' בית המשפט העליון (12.3.2020). הבקשה הובאה, אפוא, לפני הרכב, וכעת באה עת ההכרעה.

דיון והכרעה

18. לאחר שנתתי דעתי לטענות הצדדים לפנינו – בכתב ובעל פה, ולאחר שניתנה להם ההזדמנות להביע עמדתם בנוגע להחלת תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ובהסכמתם, ראיתי לדון בבקשת רשות הערעור דנן כאילו ניתנה הרשות לערער והוגש ערעור על-פיה. אקדים ואציין כי אני סבורה שיש לקבל את הערעור בחלקו, וכך אציע לחבריי לעשות, כפי שיבואר להלן.

סמכות הבוררת – סעיף 24(3) לחוק הבוררות

19. אפתח בשאלת סמכות הבוררת לקבוע כי נסאר אינו זכאי לדמי תיווך בגין חכירת המקרקעין בדרך של מימוש זכות הסירוב, להבדיל מחכירתם מכוח הסכמי החכירה. כפי שצוין לעיל, בית המשפט המחוזי סבר כי הבוררת לא היתה מוסמכת לדון בסוגיה זו, ומשכך הורה על ביטול חלקי של פסק הבוררות. עמדתי שונה.

20. סעיף 24(3) לחוק הבוררות קובע כי בית המשפט רשאי לבטל פסק בוררות אם מצא כי "הבורר פעל ללא סמכות או שחרג מהסמכויות הנתונות לו לפי הסכם הבוררות". לא אחת נקבע כי בית המשפט אינו משמש ערכאת ערעור על פסקי בוררות, ומשכך עילות הביטול המנויות בסעיף 24 לחוק, ובהן העילה הנוגעת לחריגה מסמכות, תפורשנה בצמצום ובדיוקנות (ראו: רע"א 8941/06 עיריית חיפה נ' ב.מ. כרפיס דדו בע"מ, פסקה 30 (4.11.2009); רע"א 2790/18 אלפרוביץ נ' סימנא, פסקה 10 (29.4.2018); רע"א 8627/18 פרי הגליל (תעשיות) בע"מ נ' בוגופן בע"מ, פסקה 13 (6.2.2019)).

21. בפסיקה ניטשה מחלוקת בנוגע לאופן שבו ראוי לתחום את סמכויותיו של בורר לפי סעיף 24(3) לחוק. מחד גיסא, הוצגה עמדה לפיה היקף סמכותו של בורר נלמד מכתבי טענות הצדדים; ומאידך גיסא, היו שסברו כי היקפה של סמכות זו עולה אך ורק מהגדרת סמכות הבורר בהסכם הבוררות (ראו עמדות הרוב והמיעוט בע"א 5248/94 מדינת ישראל נ' קיבוץ עין גב, פ"ד נ(1) 284 (1996); וכן ראו: רע"א 256/10 גאידמק נ' טרויס, פסקה 11 (7.11.2011) וההפניות שם). ואולם, בעניין גאידמק קבע בית משפט זה כי אין הכרח לקבוע כלל גורף וחד משמעי בנדון, וכי "יש לבחון את הסכמת הצדדים

באשר לסדרי הדין שיחולו בהתדיינות לפני הבורר ולהסיק מהם מהי הסמכות הדיונית שבחרו להפקיד בידיו" (ראו: שם, בפסקה 12; ההדגשה במקור). בתוך כך, נקבע כי ההסכמה האמורה בעניין סדרי הדין עשויה להיות מפורשת או משתמעת, ולהילמד מלשון ההסכמים בין הצדדים, מהתנהגותם, ושמא אף מהוראת סעיף י"ד לתוספת הראשונה לחוק, החל בהיעדר הסכמה בעניין סדרי הדין שיחולו בבוררות (ראו: שם, בפסקאות 12-13).

22. בענייננו, הסכמת הצדדים בכל הנוגע להליך הבוררות מעוגנת בסעיף 8 להסכם התיווך שנחתם בשנת 2008, הקובע כדלקמן: "הצדדים מסכימים כי היה ויתגלעו ביניהם מחלוקות ב'הסכם' [הסכם התיווך משנת 2006, י.ו. ו/או בנספח זה] הסכם התיווך משנת 2008, י.ו. הן תועברנה להכרעת בורר...". אם כן, הסכם הבוררות בין הצדדים נוסח בצורה כללית ורחבה אשר מאפשרת לכלול בגדר סמכות הבוררת את כל ה"מחלוקות" הנוגעות להסכמי התיווך, ובכלל זה את המחלוקת הנוגעת לזכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב.

23. לא זו אף זו, אני סבורה כי גם כתבי טענות הצדדים מבססים את סמכות הבוררת לדון בזכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב. כך, עוד בכתב תביעתו שהוגש לבוררת עתר נסאר, בין היתר, לקבלת סעד הצהרתי אשר הוגדר בזו הלשון:

"סעד הצהרתי לפיו ככל שהסכמי החכירה במקרקעין... ייכנסו לתוקף ו/או במקרה בו הנתבעות [כהן, י.ו.]... יקבלו זכויות חכירה במקרקעין או זכויות שוות לזכויות אלה, בכל דרך שהיא, לרבות... מכוח זכות הסירוב הראשונה הנתונה להן... תהיה התובעת [נסאר, י.ו.] זכאית לתשלום נוסף של 2.5 מיליון דולר ארה"ב בתוספת מע"מ כדין" (ההדגשות הוספו, י.ו.).

בהמשך לכך, נסאר הוסיף ועמד על תרומתו לחתימת הסכם הפיתוח, בגדרו הוקנתה לכהן זכות הסירוב, וזאת, לטענת נסאר, הודות לפועלו ולעמלו בנדון (פסקאות 15-16 לכתב התביעה). בכתב התביעה נטען עוד כי תרומתו האמורה של נסאר לחתימת הסכם הפיתוח מצאה ביטוי אף בהסכם התיווך משנת 2006 (פסקה 17 לכתב התביעה); וכן כי יש להורות על אכיפת הסכמי התיווך, בין היתר, על רקע אישור פסקי הבוררות בהליך שהתנהל בין כהן והמסדר (פסקי בוררות בהם הוכרה, כזכור, זכות הסירוב של כהן ולחלופין, זכותה לקבלת פיצויים מהמסדר).

24. מנגד, בכתב ההגנה הכחישה כהן, בין היתר, את טענות נסאר בדבר תרומתו לכריתת הסכם הפיתוח וטענה כי לא הוצג כל בסיס ראיתי לטענות אלה. כן טענה כהן כי הסכמי התיווך "מדברים בעד עצמם, אין ולא קמה כל עילה לתובעת [נסאר, י.ו.] מכוח ההסכמים" (ראו למשל סעיפים 85-89 לכתב ההגנה).

25. הנה כי כן, גדרי המחלוקת בין הצדדים תוחמו אף בכתבי הטענות שהוגשו לבוררת, ובגדרם התבקש במפורש סעד הנוגע לזכותו של נסאר לקבל דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין מכוח זכות הסירוב – זכות לה התנגדה כהן בכתב הגנתה, אף אם באורח כללי גרידא (כפי שיפורט בהמשך). יתר על כן, המסכת העובדתית המוצגת על-ידי הצדדים עוסקת, בין היתר, בסוגיית תרומתו של נסאר לכריתת הסכם הפיתוח.

26. עיננו הרואות, אפוא, כי הן לשונו הכללית של סעיף 8 להסכם התיווך משנת 2008, המהווה למעשה את הסכם הבוררות בין הצדדים, והן כתבי טענות הצדדים, מלמדים כי הבוררת אכן היתה מוסמכת לבחון את זכאותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב. לאור האמור, ובוודאי נוכח הצמצום הנוהג, כאמור, בהחלת העילות לביטול פסקי בוררות, אני סבורה כי יש לדחות את טענת נסאר לחריגת הבוררת מסמכותה, וממילא אף את בקשתו לביטול פסק הבוררות מכוח סעיף 24(3) לחוק. במובן זה, יש לקבל את הערעור דנן ולבטל את קביעת בית המשפט המחוזי בנדון.

הזדמנות נאותה לטעון טענות ולהביא ראיות – סעיף 24(4) לחוק הבוררות

27. לצד האמור לעיל, ראיתי לדחות את הערעור בכל הנוגע לקביעת בית המשפט המחוזי לפיה לא ניתנה לנסאר הזדמנות נאותה להציג טענות וראיות באשר לזכותו לקבל דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, ולפיכך יש לבטל באופן חלקי את פסק הבוררות מכוח סעיף 24(4) לחוק.

28. בהקשר זה, אני סבורה כי מלבד הכחשות כלליות העולות מכתב הגנתה של כהן, הרי שטענות ההגנה הקונקרטיות שהועלו על-ידה ביחס לתביעת נסאר גופה נגעו בעיקרן לבטלות הסכמי התיווך מחמת חוסר תום לב, מצגי שווא והפרת חובות אמון ונאמנות מצד נסאר. בהקשר זה, לא הבחינה כהן באופן ברור וממשי בין זכאותו (או אי-זכאותו) של נסאר לדמי תיווך בגין חכירת המקרקעין מכוח הסכם החכירה לבין חכירתם מכוח הסכם הפיתוח שעיגן את זכות הסירוב, ולא טענה כי יש בהבחנה מעין זו, כשלעצמה, כדי להשליך על גורל התביעה.

יתר על כן, עיון בכתב ההגנה מעלה כי אמירות מסוימות המופיעות בו עשויות להתפרש דווקא כהכרה של כהן בזכותו של נסאר לקבל דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין, אף בדרך של מימוש זכות הסירוב. כך למשל, כהן טענה כי החתימה על הסכם התיווך משנת 2006 נעשתה "על-מנת להבטיח את שכרו [של נסאר, י.ו.] מהסכם הפיתוח" (בגדרו, כזכור, הוענקה לה זכות הסירוב, ראו: סעיף 27 לכתב ההגנה; ההדגשה הוספה, י.ו.). כמו כן, וכטענה חלופית לטענות המתוארות לעיל בדבר בטלות הסכמי התיווך בגין חוסר תום לב והפרת חובות שונות מצד נסאר, טענה כהן כי "אם וככל שעסקת היסוד וזכות הסירוב הראשונה תמומש, נסאר זכאי יהיה לקבל את עמלתו, בסך של 2.5 מיליון דולר", ואך הכפיפה טענתה זו לקיזוז הנדרש לשיטתה מעמלת התיווך (ראו: סעיף 98 לכתב ההגנה, וביתר שאת, סעיף 59 לתצהירו של עו"ד פנחסי). בנוסף, וכפי שצוין לעיל, כתב ההגנה אינו מעלה כל טענה ברורה לפיה זכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין הוגבלה לחכירתם מכוח הסכמי החכירה בלבד, ולא מכוח מימוש זכות הסירוב.

29. מן האמור לעיל עולה כי לכל הפחות (ואני סבורה שהרבה מעבר לכך), היה לנסאר יסוד סביר להניח שכהן מכירה בזכותו העקרונית לתשלום דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, ואך סבורה כי יש לדחות את תביעתו מטעמים ה"חיצוניים" לזכות העקרונית האמורה (כגון חוסר תום לב, הפרת חובת אומון וכדומה), או לקזז מדמי התיווך סכומי כסף אלה או אחרים. מטעם זה, נדמה כי נסאר לא ראה להציג לפני הבוררת טענות וראיות בנוגע לעצם זכאותו לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, להבדיל מהסכמי החכירה – סוגיה אשר על פני הדברים, נראה היה כי אינה שנויה במחלוקת. כל זאת, עד להעלאת הטענה המבחינה בין זכאות נסאר לדמי תיווך מכוח הסכמי החכירה ובין זכאותו מכוח זכות הסירוב – המעוגנת בהסכם הפיתוח, וזאת לראשונה, במסגרת חקירתו הנגדית של עו"ד פנחסי, אשר נערכה, כפי שציין בית המשפט המחוזי, אך לקראת סיום הליך הבוררות. בשלב זה, ברי כי לא היה בידיו של נסאר "להשיב את הגלגל לאחור" ולפרוש כדבעי את טענותיו וראיותיו במענה לטענת עו"ד פנחסי.

30. נוכח האמור, אני סבורה כי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה לא ניתנה לנסאר הזדמנות נאותה לטעון טענותיו ולהציג ראיותיו באשר לאפשרות כי זכותו לקבל דמי תיווך הוגבלה לכדי חכירת המקרקעין מכוח הסכמי החכירה בלבד, חלף חכירה מכוח זכות הסירוב. ממילא, יש לדחות את הערעור בכל הנוגע לביטול החלקי של פסק הבוררות לפי סעיף 24(4) לחוק.

31. בשים לב למקובץ, אציע לחבריי לקבל את הערעור בכל הנוגע לקביעת בית המשפט המחוזי כי הבוררת חרגה מסמכותה. כמו כן, אציע לדחות את הערעור ביחס לביטול החלקי של פסק הבוררות, וזאת מכוח סעיף 24(4) לחוק (אי מתן הזדמנות נאותה לנסאר לטעון טענותיו ולהציג ראיותיו). פועל יוצא מכל האמור, הוא כי הבוררת היתה מוסמכת לבחון את סוגיית זכותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב, ולכן יש לבטל אף את קביעת בית המשפט המחוזי כי נסאר זכאי לדמי תיווך, ולהשיב את הדיון בסוגיה האמורה, לרבות השלכותיה האופרטיביות, אל הבוררת, אשר תאפשר לצדדים להשלים טענותיהם וראיותיהם בנדון, ותשלים את פסק הבוררות כחוכמתה.

לבסוף, אציע לחבריי לבטל גם את קביעת בית המשפט המחוזי באשר להטלת הוצאות הבוררת בגין השלמת הליך הבוררות על כהן, ולהותיר אף את ההכרעה בעניין זה לשיקול דעת הבוררת, בהתאם לתוצאות ההליך המשלים ויתר נסיבות העניין.

עוד אציע כי לאור התוצאה אליה הגענו, לא ייעשה צו להוצאות בהליך זה.

ש ו פ ט ת

הנשיאה א' חיות:

1. תמימת דעים אני עם חברתי השופטת י' וילנר, ומנימוקיה, כי סעיף 8 להסכם התיווך וכן כתבי הטענות שהוגשו בהליך הבוררות, מלמדים על הסמכות שהקנו הצדדים לבוררת לבחון את זכאותו של נסאר לקבלת דמי תיווך בגין מימוש זכות הסירוב. משכך, אני מצטרפת למסקנת חברתי כי בענין זה יש לקבל את הערעור ולבטל את קביעת בית המשפט קמא לפיה הבוררת חרגה מסמכותה בכך שהכריעה בסוגיה האמורה.

2. כמו כן מקובלת עלי מסקנת חברתי כי לא זו בלבד שהסוגיה עלתה בכתבי הטענות אלא שעיון בכתב-ההגנה מלמד שכהן מיקדה את הכחשותיה ואת טענות ההגנה שלה בטענות הנוגעות לבטלות הסכמי התיווך בשל חוסר תום-לב, מצגי שווא והפרת חובת אמון ונאמנות מצד נסאר, אשר לגישתה שוללים ממנו את הזכות לדמי תיווך, ואילו הטענה כי הוא אינו זכאי לדמי תיווך בעקבות מימוש זכות הסירוב הועלתה כהכחשה

כללית, וכדברי חברתי אמירות מסוימות בכתב ההגנה עשויות היו "להתפרש דווקא כהכרה של כהן בזכותו של נסאר לקבל דמי תיווך בגין חכירת המקרקעין אף בדרך של מימוש זכות הסירוב" (פסקה 28 לחוות-דעתה של חברתי).

3. משהיה לנסאר יסוד סביר להניח כי כהן מכירה בזכותו העקרונית לתשלום דמי תיווך אף בגין מימוש זכות הסירוב וכי סוגיה זו אינה שנויה במחלוקת, אני מצטרפת למסקנתה של חברתי כי יש להחזיר את הדיון אל הבוררת בסוגיה זו על מנת שהצדדים ישלימו בה את טענותיהם וראיותיהם ואילו כהן מצידה רשאית להעלות את טענותיה לקיזוז הכספים שכבר שולמו לגירסתה והכל, על מנת שינתן על ידי הבוררת פסק בורות משלים בסוגיות שטרם הוכרעו על ידה.

ה נ ש י א ה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לחוות דעתה של השופטת וילנר ולהערות של הנשיאה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, ד' באלול התשפ"א (12.8.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה