

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8946/04

בפני: כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

המערערת: Warner Bros. International Television Distribution

נגד

המשיבים: 1. ר"ח צבי יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל,
גוונים וגוונים קריות
2. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב
מיום 1.9.04 בתיק [בש"א 3896/04](#) [פורסם בנבו] שניתן על
ידי כבוד השופטת ו' אלשיך

תאריך הישיבה: כ' באייר התשס"ט (14.5.09)

בשם המערערת: עו"ד צ' בר-נתן
בשם המשיב 1: עו"ד ד' ויגדור; עו"ד א' ששון; עו"ד ח' בלינסון
בשם המשיב 2: עו"ד ר' שרפסקי

חקיקה שאוזכרה:

[חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 350](#)

[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 9, 2](#)

[פקודת פשיטת הרגל \[נוסח חדש\], תש"ם-1980: סע' 96](#)

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 415](#)

מיני-רציו:

* על שאלות של תוקף חוזה ופרשנות חוזה המתעוררות אגב דיון בתביעת חוב, או בהליך אחר המתנהל בצילו של הליך חדלות פירעון, חל דין החוזה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי ה"רגילים"; ע"פ הדין הישראלי, ביטול חוזה וביצוע השבה אינם שוללים את זכות הנפגע לקבל פיצויי קיום.

* משפט בינלאומי פרטי – ברירת הדין – חדלות פירעון

* משפט בינלאומי פרטי – ברירת הדין – בחוזים

* חוזים – פיצויים – תרופות נוספות

* חוזים – פיצויים – פיצויי קיום

* דיון אזרחי – ערעור – טענות בערעור

המערערת היא חברה אמריקאית העוסקת בהפקת סרטים, סדרות טלוויזיה וכדומה. בין המערערת לבין חברת תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ וחברות הקשורות בה נחתם ביום 13.7.99 הסכם זכיינות לתקופה של חמש שנים (שנחלקה לשתי תקופות משנה). בהסכם נקבעה תניית ברירת דין, ולפיה יחול על החוזה דין מדינת קליפורניה. ביום 1.5.00 נחתם הסכם נוסף בין המערערת לבין תבל. ביום 22.4.02 הגישה תבל בקשה להקפאת הליכים לפי סעיף 350 לחוק החברות, והמשיב 1 מונה כנאמן של תבל. המערערת הגישה לנאמן תביעת חוב על סמך שני ההסכמים המתוארים, שסכומה עמד על יותר מ-25 מיליון דולר. המערערת שלחה לתבל הודעות ביטול על שני ההסכמים. הנאמן דחה את תביעת החוב שהגישה המערערת. על החלטה זו הגישה המערערת ערעור לביהמ"ש המחוזי. הערעור נדחה, ונקבע כי יש להחיל על החוזה את הדין הישראלי, על אף שקיימת תניית ברירת דין לפיה יחול הדין של מדינת קליפורניה; וכי ע"פ הדין הישראלי, לא ניתן לתבוע במצטבר ביטול והשבה עם פיצויי קיום. מכאן הערעור. במסגרת הדיון בערעור, נבחנה גם המשמעות של פסק דינו של ביהמ"ש הפדראלי לערעורים שניתן בעניינן של המערערת וערוצי זהב.

ביהמ"ש העליון דחה את הערעור (אך מטעמים שונים מאלה של בימ"ש קמא):

כיצד משפיע קיומו של מרכיב זה על הדין החל במסגרת הליך חדלות פירעון? כלומר, במצב בו הליך חדלות פירעון (פשיטת רגל, פירוק או הסדר נושים) מתנהל בישראל, לפי איזה דין צריך ביהמ"ש הישראלי או בעל התפקיד לנהוג?

בעניין זה יש להבחין ראשית בין הוראות דין פרוצדורליות, העוסקות בהיבט הדיוני של ניהול ההליך, לבין הוראות דין העוסקות בהיבטים מהותיים הנוגעים לזכויות הצדדים. כאשר מדובר בהוראות פרוצדורליות, כגון מועד הגשתה של תביעת חוב, אין ספק שתחולנה הוראות הדין הישראלי, הוא דין הפורום. אשר לשאלות המהותיות המתעוררות בגדר הליך חדלות פירעון. דומה, כי יש להבחין שני סוגים שונים של שאלות מהותיות. כאשר מתברר סכסוך המערב היבטים של חדלות פירעון, עשויה להיות רלוונטיות לשתי מערכות דינים: האחת, מישור הדין הכללי החל על הסכסוך (כגון, דיני החוזים, דיני הקניין וכדומה); השנייה, דיני חדלות הפירעון הרלוונטיים. בין השאלות הנבחנות בגדר מערכת הדינים השנייה ניתן למנות הן שאלות הנוגעות לעצם הזכות לנשייה, והן שאלות הנוגעות ליחס בין הנושים. השאלה איזה דין יחול על שאלות מן הסוג השני, זה הנוגע לדיני חדלות פירעון, אינה פשוטה ובפסיקה התעוררו בסוגיה זו חילוקי דעות.

השאלה העיקרית בענייננו היא זו הנוגעת לפרשנות החוזה. שאלה זו משתייכת למישור הדין הכללי. מובן, כי אם תוכר זכות כלשהי של המערערת ע"פ דיני החוזים, תהיה חשיבות לדיני חדלות הפירעון, שיקבעו, למשל את מעמד הנשייה של המערערת. אולם, השאלה אם יש למערערת עילת תביעה כלפי תבל משתייכת למישור הדין הכללי. בהסכם נכללה תניה מפורשת הקובעת כי הדין שיחול על החוזה הוא הדין הקליפורני. אין חולק, כי אילו היה מדובר בדיון בבימ"ש ישראלי בין צדדים סולבנטיים, היה ביהמ"ש מחיל את הדין הקליפורני. מסקנה זו אינה צריכה להשתנות בשל כך שלסכסוך נוסף היבט של

חדלות פירעון. בירור תביעה כתביעת חוב בגדר הליך חדלות פירעון אינו מביא לשינוי הזכויות המהותיות של הצדדים. הזכות המהותית נקבעת ע"פ הדין החל במישור המהותי על מערכת היחסים בין הצדדים לחוזה. על כן, כאשר נמצאים אנו בשלב בו נבחנת התביעה מנקודת מבט של הדין הכללי, יש להחיל את הדין האמור לחול ע"פ כללי ברירת הדין הרגילים. כך הוא, מכל מקום, כאשר השאלה שעל הפרק היא האם קיים חוזה תקף או מה הפרשנות שיש ליתן לו.

אשר לקביעתו של ביהמ"ש המחוזי כי ע"פ הדין הישראלי אין סעדים של ביטול והשבה יכולים לדור בכפיפה אחת עם תביעת פיצויי קיום. בעניין זה, נקלע ביהמ"ש המחוזי לכלל טעות. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מונה שורה של סעדים העומדים לרשות הנפגע מהפרת חוזה. ע"פ סעיף 2 לחוק, זכות הנפגע לפיצויים עשויה לבוא בנוסף לזכותו לבטל את החוזה או לתבוע את אכיפתו. ביטול חוזה עקב הפרה מצמיח חובת השבה הדדית של הצדדים לחוזה. העובדה שחוזה בוטל ע"י הנפגע, ועקב כך צמחה חובת השבה, אינה גורעת מזכות הנפגע לתבוע פיצויים בגין הפרת החוזה, כולל פיצויי קיום. כלומר, ביטול החוזה וביצוע השבה אינם שוללים את זכות הנפגע לקבל פיצוי על הרווח שנמנע ממנו בשל כך שהחוזה לא קיים. מובן, כי בקביעת שיעור הפיצוי יש להתחשב בכך שהייתה השבה.

אשר להשלכות של פסק הדין שניתן ע"י ביהמ"ש הפדראלי לערעורים. ההסכם שעמד לדיון שם זהה להסכם נשוא ענייננו ואף ההתנהלות סביב ההסכמים נעשתה במשותף. מניתוחו של ביהמ"ש לערעורים עולה, כי ע"פ דין מדינת קליפורניה לא הוארך הסכם הזכיינות מעבר לשנתיים וחצי הראשונות. משכך, דין תביעתה של המערערת, הנשענת על טענה של הפרה ומתייחסת לשנים 4-5, להידחות. טענתה העיקרית של המערערת היא דיונית באופיה. לטענתה, שני הצדדים הניחו שההסכם השתכלל כדין ביחס לתקופה השנייה, ואין לאפשר לנאמן להעלות בשלב הנוכחי טענה אשר לא נטענה עד כה. שאלה זו היא שאלה שבסדרי דין, ויש להכריע בה ע"פ דין הפורום, הוא הדין הישראלי. במקרה דנא, יש לאפשר לנאמן להעלות את הטענה כי בתקופה הרלוונטית לא היה הסכם הזכיינות בתוקף. ראשית, מדובר בטענה חדשה בעלת גוון משפטי ולא בטענה עובדתית, ובכגון דא ננקטת גישה מקלה יותר. זאת ועוד, דחיית הטענה לגבי תוקף הסכם הזכיינות מטעם דיוני עלולה להביא למצב אבסורדי, לפיו תהיינה תוצאות סותרות בשני ההליכים ללא הצדקה עניינית.

פסק-דין

השופט א' גרוניס:

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופטת ו' אלשיך), אשר דחה את ערעור המערערת על החלטת המשיב 1 (להלן - הנאמן) בתביעת חוב שהגישה.

2. המערערת היא חברה אמריקאית העוסקת בהפקת סרטים, סדרות טלוויזיה וכדומה. ביום 13.7.99 נחתם הסכם בין המערערת מצד אחד לבין חברת תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ וחברות הקשורות בה (להלן - תבל) מן הצד האחר (להלן - הסכם הזכיינות). ההסכם התייחס לתקופה של חמש שנים, שתחילתן ביום 1.12.99 וסופן ביום 30.11.04. תקופה זו נחלקה לשתי תקופות משנה: ההסכם נכרת לתקופה

של שנתיים וחצי (עד 31.5.02, להלן - התקופה הראשונה) ולמערכת ניתנה אופציה להאריכו, לפי שיקול דעתה הבלעדי, בשנתיים וחצי נוספות (עד 30.11.04, להלן - התקופה השנייה). המערכת מימשה את האופציה כאשר הודיעה בשלב מסוים על הארכת ההסכם לתקופה השנייה. בהסכם התחייבה תבל לשלם למערכת תשלום שנתי מסוים, ששיעורו השתנה משנה לשנה, תמורת הזכות לשדר סרטים אשר זכויות היוצרים שלהם הן בבעלות המערכת. לטענת המערכת, הסכומים שנקבעו בהסכם היו סכומים מינימליים והתשלום עשוי היה להיות גבוה יותר, בהתאם לסרטים הספציפיים ששווקו בכל אחת מהשנים. השנים הרלוונטיות לענייננו הן שנים 4-5. לגבי השנה הרביעית נקבע בהסכם כי תבל תשלם 7 מיליון דולר ולגבי השנה החמישית נקבע כי היא תשלם 7.5 מיליון דולר. עוד נקבע בהסכם, כי להבטחת התחייבויותיה תמציא תבל ערבות בנקאית על סך 5,000,000 דולר. נקבע, כי הערבות תתייחס לתקופה הראשונה בלבד, ואם תחליט המערכת להאריך את ההסכם גם לגבי התקופה השנייה, יבואו הצדדים בדברים ("discuss") לגבי המצאת ביטחונות מתאימים לתקופה זו. בהסכם נקבעה תניית ברירת דין, ולפיה יחול על החוזה דין מדינת קליפורניה. ביום 1.5.00 נחתם הסכם נוסף בין המערכת לבין תבל, אשר עסק ברישיון לשדר סרטים בשיטת "שלם וצפה" (להלן - הסכם ה-PPV). ביום 22.4.02 הגישה תבל בקשה להקפאת הליכים לפי [סעיף 350 לחוק החברות](#), התשנ"ט-1999. בהחלטת בית המשפט מונה המשיב 1 כנאמן של תבל והוא החל במהלך של חתירה לגיבוש הסדר נושים. המערכת הגישה לנאמן תביעת חוב על סמך שני ההסכמים המתוארים, שסכומה עמד על יותר מ-25 מיליון דולר. ביום 20.11.02 חילטה המערכת את הערבות הבנקאית. ביום 27.11.02 שלחה המערכת לתבל הודעת ביטול של הסכם הזכיינות וביום 5.12.02 היא ביטלה את הסכם ה-PPV. המערכת טוענת, כי היא דרשה מתבל להשיב לה חומרים פיזיים (physical materials) שנמסרו לה בגדר ההסכמים, אולם תבל לא נענתה לדרישה זו ואף הוסיפה ושידרה חומרים אלו לאחר ביטול ההסכמים. ביום 25.3.03 דחה הנאמן את תביעת החוב שהגישה המערכת, למעט לגבי סכום של 182,174 דולר. על החלטה זו הגישה המערכת ערעור לבית המשפט המחוזי. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 11.9.03 אושר הסדר נושים לתבל, אשר נכנס לתוקף ביום 8.1.04. במסגרת ההסדר, הוקצה סכום של 135,000,000 ש"ח לטובת הנושים הבלתי מובטחים. מתוך סכום זה חולקו לנושים 100,000,000 ש"ח, והיתרה מוחזקת על ידי הנאמן עד להכרעה בתביעתה של המערכת ובתביעה נוספת המתבררת בהליך אחר.

3. לטענת המערערת, עד להגשת הערעור לבית המשפט המחוזי התגבש הסכום המדויק שהיה על תבל לשלם לפי הסכם הזכיינות בגין שנים 4-5 והוא עומד על סך 19,179,490 דולר. המערערת דיווחה, כי הצליחה להקטין את נזקה על ידי כך שמכרה חלק מזכויות השידור לגופים אחרים תמורת סך של 2,878,084 דולר, וסכום זה יש להפחית מחובתה של תבל. בנוסף, טענה המערערת כי על פי הסכם ה-PPV אמורה הייתה תבל לשלם לה סכום נוסף של 415,401 דולר. עוד טענה המערערת, כי תבל חבה לה סכום של 555,488 דולר בגין אי העברת אישורים המעידים על ניכוי מס במקור, כפי שהתחייבה בהסכם. כמו כן, טענה המערערת כי תבל חבה לה סכום של כמה מאות דולרים בגין הוצאות שונות. ביום 1.9.04 דחה בית המשפט המחוזי (כבוד השופט ו' אלשיך) את ערעורה של המערערת. בית המשפט קבע, כי צודקת המערערת בטענתה כי ההסכם הופר על ידי תבל, לאחר שזו קרסה ולא יכלה לעמוד בתשלומים שנקבעו בו. על כן, ביטול ההסכם על ידי המערערת היה כדין. באשר לתוקפה של תניית ברירת הדין קבע בית המשפט, כי כאשר נקלע אחד מבעלי הדין לחדלות פירעון אין להכיר באופן גורף בתניה המחילה דין זר. תוקפה של תניה כזו הופך להיות תלוי בשאלה איזה יתרון היא מקנה לבעל הדין והאם יש לראות ביתרון זה משום התניה על הדינים הקוגנטיים של חדלות פירעון. במקרה דנא, קבע בית המשפט, ביטלה המערערת את ההסכמים ואף דרשה מתבל השבה ולאחר מכן הגישה את תביעת החוב בה תבעה פיצויי קיום. על פי הדין הישראלי, קבע בית המשפט, לא ניתן לבטל חוזה ואז לתבוע במצטבר גם השבה וגם פיצויי קיום. בית המשפט הוסיף וקבע, כי ככל שהדין הקליפורני קובע אחרת אין ליתן תוקף לתניית ברירת הדין, שכן יהיה בכך משום התנאה על הדינים הקוגנטיים של חדלות הפירעון. עם זאת, ציין בית המשפט כי מקריאת האסמכתאות שהגישה המערערת ספק בעיניו אם הדין הקליפורני שונה בנקודה זו מהדין הישראלי. בית המשפט דחה אפוא את ערעור המערערת.

על פסק דין זה הגישה המערערת את הערעור שבפנינו.

4. ביום 28.9.04, לאחר שניתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי ובטרם הוגש הערעור לבית משפט זה, ניתן בקליפורניה פסק דין על ידי בית המשפט הפדראלי בתביעה שהגישה המערערת נגד חברת הכבלים ערוצי זהב (להלן - ערוצי זהב). בין ערוצי זהב לבין המערערת נחתם הסכם זהה להסכם שנחתם בין תבל לבין המערערת. גם המגעים עם המערערת, בזמן המשא ומתן לחתימת ההסכם ולאחר מכן, קוימו על ידי תבל וערוצי זהב במשותף. בפסק הדין קבע בית המשפט הפדראלי כי ערוצי זהב

הפרה את ההסכם שחתמה עם המערערת, וחייב אותה לשלם למערערת סך של 21,737,262 דולר. סכום זה כולל פיצוי בגין התשלומים שאותם היה על ערוצי זהב לשלם עבור שנים 4-5 להסכם. ערוצי זהב הגישה ערעור על פסק דין זה לבית המשפט הפדראלי לערעורים.

5. בערעור שבפנינו טענה המערערת, כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נפל שגיאות יסודיות. ראשית נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי על פי הדין הישראלי לא ניתן לתבוע פיצויי קיום מקום בו בוטל חוזה בעקבות הפרתו ובוצעה השבה. לטענת המערערת, ניתן לתבוע במצטבר סעדים של ביטול והשבה ופיצויי קיום, ובלבד שלא יינתן כפל פיצוי. המערערת הוסיפה, כי למעשה לא התבצעה השבה, שכן תבל לא החזירה לה את החומרים שדרשה. עוד נטען, כי שגה בית המשפט כשקבע כי אין להחיל על החוזה את דין קליפורניה, על אף קיומה של תניית ברירת דין המחילה דין זה. בהקשר זה הוסיפה המערערת וטענה, כי דין קליפורניה מכיר בזכותה לקבל פיצויי קיום בגין שנים 4-5 לתקופת ההסכם. לטענת המערערת, פסק דינו של בית המשפט הפדראלי בקליפורניה, אשר לפיו חויבה ערוצי זהב במערכת נסיבות זהה בתשלום פיצויי קיום למערערת בגין שנים 4-5, משקף נאמנה את הדין הקליפורני. הנאמן, מנגד, סבר שיש לדחות את הערעור. לטענת הנאמן, ביטול ההסכם על ידי המערערת וחילוט הערבות היה שלא כדין. עוד נטען, כי יש להחיל על החוזה את הדין הישראלי שלפיו, על פי הנטען, כאשר ננקט צעד של ביטול חוזה ובמסגרתו מתבקשת השבה לא ניתן לתבוע בנוסף פיצויי קיום. הנאמן הוסיף, כי מפסק דינו של בית המשפט הפדראלי בקליפורניה עולה, כי גם לפי הדין הקליפורני לא ניתן לבטל הסכם וברד בבד לתבוע פיצויי קיום. לטענת הנאמן, בעניין ערוצי זהב החיל בית המשפט הפדראלי חריג ספציפי המתבסס על כך שהייתה הפרה צפויה (anticipatory repudiation) של החוזה. המערערת לא טענה לקיומו של חריג זה בעניינה של תבל, ועל כן אין ללמוד מפסק הדין בקליפורניה לענייננו.

6. בערעור זה קיימנו מספר דיונים, בהם נעשה ניסיון, שלא צלח, להביא את הצדדים לפשרה והתבקשו הבהרות בנקודות שונות. באחד הדיונים נקבע, כי על הצדדים להגיש הודעת עדכון כשיינתן פסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים בערעור שהגישה ערוצי זהב. ביום 15.4.08 ניתן פסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים של האזור התשיעי (Ninth Circuit), אשר קיבל את ערעורה של ערוצי זהב וביטל את פסק דינה של הערכאה הראשונה (Warner Brothers International v.).

(Golden Channels Co.) בית המשפט קבע, כי בתקופה שביחס אליה הוגשה התביעה לא היה ההסכם בין המערערת לבין ערוצי זהב בתוקף. מסקנה זו השתית בית המשפט על פרשנות ההסכם. כפי שנעשה בהסכם עם תבל, נחתם ההסכם עם ערוצי זהב לתקופה של שנתיים וחצי ולמערערת ניתנה אופציה להאריכו בשנתיים וחצי נוספות. עם זאת, הערבות הבנקאית התייחסה רק לתקופה הראשונה, תוך שנקבע כי אם יוארך ההסכם ידונו הצדדים בביטחונות שיינתנו ביחס לתקופה זו. ביוני 2001 הודיעה המערערת לערוצי זהב על הארכת החוזה כך שהוא יחול גם על התקופה השנייה. זמן קצר לאחר מכן הודיעה ערוצי זהב כי היא נקלעה לקשיים ואינה יכולה לעמוד בתעריף שנקבע בהסכם. הצדדים נכנסו למשא ומתן בו נדונה האפשרות להפחית את התשלומים שנקבעו בהסכמים וכן נדונה שאלת הביטחונות שיסופקו על ידי ערוצי זהב בנוגע לתקופה השנייה. בסופו של יום לא הניב המשא ומתן פרי והמערערת הודיעה על ביטול ההסכם וחילטה את הערבות הבנקאית. לגישת בית המשפט הפדראלי לערעורים, יש לקרוא לתוך ההסכם תנאי מכללא ("implied condition"), לפיו מותנית הארכתו של ההסכם לתקופה השנייה בהשגת הסכמה לגבי הביטחונות שאותם על ערוצי זהב להמציא. משלא הושגה הסכמה בעניין זה, לא נכנסה הארכתו לתוקף וממילא לא הופר ההסכם. מטעמים אלו, התקבל ערעורה של ערוצי זהב וחיובה לפצות את המערערת בוטל. נחזור ונדגיש, כי ההסכם בין המערערת לבין תבל זהה להסכם בין המערערת לבין ערוצי זהב. אף המשא ומתן מול המערערת לגבי שינוי תנאי ההסכם והביטחונות, שאותו הזכיר בית המשפט הפדראלי לערעורים בפסק דינו, התנהל במשותף על ידי תבל וערוצי זהב. שלא במפתיע, עם הפיכת פסק דינו של בית המשפט הפדראלי בקליפורניה התהפכו גם טיעוניהם של הצדדים. המערערת, אשר בערעורה הכבירה מילים על הזהות העובדתית והמשפטית בין ההליך בקליפורניה לבין ההליך כאן, מנסה עתה להבחין בין שני המקרים. הנאמן, אשר טען כי יש להבחין בין ההליכים, מבקש עתה להיבנות מפסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים.

7. נבחן תחילה את ההשגות נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לאחר מכן נבחן את המשמעות הנודעת לפסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים על ההליך שבפנינו. פסק דינו של בית המשפט המחוזי הכיל שתי קביעות מרכזיות: האחת, כי יש להחיל על החוזה את הדין הישראלי, על אף שקיימת תניית ברירת דין לפיה יחול הדין של מדינת קליפורניה; השנייה, כי על פי הדין הישראלי לא ניתן לתבוע במצטבר ביטול והשבה עם פיצויי קיום. נבחן שאלות אלו אחת לאחת.

8. השאלה איזה דין חל על החוזה שבפנינו מחייבת התייחסות לשאלה רחבה יותר, והיא כיצד משפיע קיומו של מרכיב זר על הדין החל במסגרת הליך חדלות פירעון. יובהר, כי אין אנו עוסקים בשאלה באיזו מדינה צריך להתנהל הליך פשיטת הרגל, כאשר מעורב בו מימד בין מדינתי. מדברים אנו במצב בו הליך חדלות פירעון (פשיטת רגל, פירוק או הסדר נושים) מתנהל בישראל, והשאלה העומדת על הפרק היא לפי איזה דין צריך בית המשפט הישראלי או בעל התפקיד לנהוג. בעניין זה יש להבחין ראשית בין הוראות דין פרוצדורליות, העוסקות בהיבט הדיוני של ניהול ההליך, לבין הוראות דין העוסקות בהיבטים מהותיים הנוגעים לזכויות הצדדים. כאשר מדובר בהוראות פרוצדורליות, כגון מועד הגשתה של תביעת חוב, אין ספק שתחולנה הוראות הדין הישראלי, הוא דין הפורום (Lex Fori) (ראו, שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל, 410 (מהדורה שלישית, 2010) (להלן - פשיטת רגל)). שאלה אחרת היא איזה דין יחול על השאלות המהותיות המתעוררות בגדר הליך חדלות פירעון. דומה, כי יש להבחין שני סוגים שונים של שאלות מהותיות העשויות להתעורר. כאשר מתברר סכסוך המערב היבטים של חדלות פירעון, עשויה להיות רלוונטיות לשתי מערכות דינים: האחת, מישור הדין הכללי החל על הסכסוך (כגון, דיני החוזים, דיני הקניין וכדומה); השנייה, דיני חדלות הפירעון הרלוונטיים (ראו, ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה (4) 730, 744-743 (2001); וכן, ע"א 7954/03 אמדאוס דוולופמנט אינק. נ' הבנק למסחר בע"מ בפירוק, פ"ד ס (2) 576 587-589 (2005)). בין השאלות הנבחנות בגדר מערכת הדינים השנייה ניתן למנות הן שאלות הנוגעות לעצם הזכות לנשייה, כגון הסוגיה של ביטול הענקות לפי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, והן שאלות הנוגעות ליחס בין הנושים, כגון הכרה בקיומו של שעבוד, סדרי העדיפויות בין שעבודים מסוגים שונים וכדומה. השאלה איזה דין יחול על שאלות מן הסוג השני, זה הנוגע לדיני חדלות פירעון, אינה פשוטה ובפסיקה התעוררו בסוגיה זו חילוקי דעות (ראו, ע"א 352/87 גרייפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ, פ"ד מד (3) 45 (1990); פשיטת רגל, שם)).

9. כפי שנראה בהמשך, השאלה העיקרית הרלוונטית לענייננו היא זו הנוגעת לפרשנות החוזה. שאלה זו משתייכת למישור הדין הכללי, ואינה מערבת היבטים של דיני חדלות פירעון. מובן, כי אם תוכר זכות כלשהי של המערערת על פי דיני החוזים, תהיה חשיבות לדיני חדלות הפירעון. דינים אלו יקבעו את מעמד הנשייה של המערערת, גובה הדיבידנד שתקבל וכדומה. אולם, השאלה האם יש למערערת עילת תביעה כלפי תבל משתייכת, במקרה שבפנינו, למישור הדין הכללי. בהסכם נכללה

תניה מפורשת הקובעת כי הדין שיחול על החוזה הוא דין מדינת קליפורניה. אין חולק, כי אילו היה מדובר בדיון בבית משפט ישראלי בין צדדים סולבנטיים, היה בית המשפט מחיל את הדין הקליפורני (לעקרונות ברירת הדין בחוזים ראו, [בג"ץ 5666/03](#) עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פסקאות 13-18 (פורסם בנבו), 10.10.07)). מסקנה זו לעניין הדין החל אינה צריכה להשתנות בשל כך שלסכסוך נוסף היבט של חדלות פירעון. בירורה של תביעה כתביעת חוב בגדר הליך חדלות פירעון אינו מביא לשינוי הזכויות המהותיות של הצדדים. הזכות המהותית נקבעת על פי הדין החל במישור המהותי על מערכת היחסים בין הצדדים לחוזה. על כן, כאשר נמצאים אנו בשלב בו נבחנת התביעה מנקודת המבט של הדין הכללי, יש להחיל את הדין האמור לחול על פי כללי ברירת הדין הרגילים. כך הוא, מכל מקום, כאשר השאלה שעל הפרק היא האם קיים חוזה תקף או מה הפרשנות שיש ליתן לו (ראו, פשיטת רגל, עמ' 410-411). גישה זו, כך נראה, עולה בקנה אחד עם הדין הנוהג באנגליה. במשפט האנגלי הכלל הוא כי על שאלות הנוגעות להליך חדלות הפירעון, בין אם מדובר בעניינים שבפרוצדורה ובין אם מדובר בעניינים מהותיים כגון סדרי עדיפויות בין הנושים, חל הדין האנגלי כדין הפורום (Pardo v. Bingham (1868) L.R. 6 Eq. 485,) 487; In re Suidair International Airways, Ld (Application of Vickers-Armstrongs, Ld) [1951] Ch 165, 173; In re Suse (1887) 18 Q.B.D. 660, 664). יחד עם זאת, בנושאים הקשורים לפרשנות החוזה ולתוקפו נקבע כי יחול דין החוזה. ובלשון בית המשפט לערעורים:

"In a construction of the contract the question whether there has been a contract made at all is to be governed by the law where the contract was made" (Ex parte Melbourn (1870) 6 Ch. App. 64, 69).

יצוין, כי ייתכן שלגבי שאלות מסוימות תתעורר התלבטות אם יש להחיל עליהן את דין החוזה, כאשר הוא שונה מדין הפורום. לענייננו, די בכך שנקבע כי על שאלות של תוקף חוזה ופרשנות חוזה המתעוררות אגב דיון בתביעת חוב, או בהליך אחר המתנהל בצילו של הליך חדלות פירעון, חל דין החוזה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי ה"רגילים".

10. מסקנתנו היא, אפוא, כי על הסכם הזכיינות חל דין מדינת קליפורניה. בטרם נבדוק מהי המסקנה המתבקשת מקביעה זו, נבחן את קביעתו של בית המשפט המחוזי

כי על פי הדין הישראלי אין סעדים של ביטול והשבה יכולים לדור בכפיפה אחת עם תביעת פיצויי קיום. דעתי היא, כי בעניין זה נקלע בית המשפט המחוזי לכלל טעות. [חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), התשל"א-1970 (להלן - [חוק התרופות](#)), מונה שורה של סעדים העומדים לרשות הנפגע מהפרת חוזה. על פי [סעיף 2](#) לחוק, זכות הנפגע לפיצויים עשויה לבוא בנוסף לזכותו לבטל את החוזה או לתבוע את אכיפתו. ביטול חוזה עקב הפרה מצמיח חובת השבה הדדית של הצדדים לחוזה ([סעיף 9 לחוק התרופות](#)). העובדה שחוזה בוטל על ידי הנפגע, ועקב כך צמחה חובת השבה, אינה גורעת מזכותו של הנפגע לתבוע פיצויים בגין הפרת החוזה, כולל פיצויי קיום. פיצויי קיום נועדו להציב את הנפגע בנקודה בה הוא היה אלמלא הופר החוזה. בכך באה לידי ביטוי ההגנה שפורש המשפט על אינטרס הציפייה של צדדים לחוזה (ראו, [ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מזו \(4\) 49, 54-57 \(1993\)](#)). ביטול החוזה וביצוע השבה אינם שוללים את זכותו של הנפגע לקבל פיצוי על הרווח שנמנע ממנו בשל כך שהחוזה לא קיים. מובן, כי בקביעת שיעור הפיצוי יש להתחשב בכך שהייתה השבה. אינטרס הקיום מתייחס לפער שבין מצבו של הנפגע לאחר ההפרה לבין המצב שהוא היה אמור להיות בו אילו לא אירעה הפרה. מצבו של הנפגע לאחר ההפרה מכיל גם את העובדה שבוצעה השבה. אי התחשבות בנתון זה עלולה להביא לכפל פיצוי. אולם, בחירתו של הנפגע לבטל את החוזה, ועמידתו על זכות ההשבה הצומחת מכך, אינה פוגעת בעצם זכותו לתבוע גם פיצוי שיגן על האינטרס שלו כי מלכתחילה היה החוזה מקיים (ראו, [ע"א 1846/92 הנ"ל שם; ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט \(3\) 85, 95-96 \(השופטת ש' נתניהו\) \(1985\)](#); [ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו \(4\) 45, 74 \(השופט מ' חשין\) \(1992\)](#)). אין לקבל אפוא את עמדתו של בית משפט קמא, לפיה ביטול חוזה והשבה מונעים מהנפגע לדרוש פיצויי קיום. שאלה שאין צורך להידרש אליה היא האם העובדה שהצד המפר נכנס להליכי חדלות פירעון משליכה על זכותו של הנפגע לתבוע פיצויי קיום.

11. עתה עלינו לבחון את השלכותיו של פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט הפדראלי לערעורים בעניינן של המערערת וערוצי זהב. כאמור, ההסכם שעמד לדיון שם זהה להסכם נשוא ענייננו ואף ההתנהלות סביב ההסכמים נעשתה במשותף. ההסכם נחתם לתקופה של שנתיים וחצי, תוך שניתנה למערערת זכות להאריכו בשנתיים וחצי נוספות. המערערת מימשה את זכותה זו. אולם, על פי קביעתו של בית המשפט הפדראלי לערעורים יש לפרש את ההסכם כך שההארכה לא תיכנס לתוקף אלא אם תושג הסכמה לגבי הביטחונות שיש להמציא בנוגע לתקופת ההארכה. מכיוון שלא

הומצאו ביטחונות, קבע בית המשפט, לא הוארך ההסכם וממילא לא הייתה הפרה. בעת הגשת הערעור טענה המערערת בתוקף, כי נסיבותיהם של שני ההליכים זהות הן וההליך המתנהל בקליפורניה צריך להשליך על תוצאות ההליך המתנהל בארץ. המערערת שאפה, כמובן, להחיל את פסק דינו של בית המשפט הפדראלי בערכאה הראשונה. אולם, בהתאם לגישתה העקרונית של המערערת בדבר הזהות המשפטית והעובדתית בין שני ההליכים, מתבקשת עתה המסקנה כי במקרה שבפנינו יש לאמץ את הקביעות המשפטיות שבפסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים, אשר הפך על פיו את פסק דינה של הערכאה הראשונה. פסק דין זה קובע את פרשנות ההסכם, והכרעתו משקפת את עמדת הדין הקליפורני, שהוא דין החוזה, בסוגיה זו. מניתוח זה עולה, כי על פי דין מדינת קליפורניה לא הוארך ההסכם הזכיינות מעבר לשנתיים וחצי הראשונות. משכך, דין תביעתה של המערערת, הנשענת על טענה של הפרה ומתייחסת לשנים 4-5, להידחות.

12. דומה, כי המערערת מבינה כי אין בסיס ענייני להבחין בין ההסכם שלה עם ערוצי זהב לבין ההסכם נשוא ענייננו. טענתה העיקרית של המערערת בתגובה לפסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים היא דיונית באופיה. המערערת טוענת, כי שני הצדדים הניחו שההסכם השתכלל כדין ביחס לתקופה השנייה, והדבר אף מצא ביטוי בכתבי הטענות של הנאמן. לטענת המערערת, אין לאפשר לנאמן להעלות בשלב הנוכחי טענה אשר לא נטענה, לא בערכאה הראשונה ואף לא בכתב הערעור ובסיכומים. הנאמן אינו מכחיש, כי הנחתם המשותפת של הצדדים הייתה שהחוזה היה תקף גם בתקופה השנייה. עם זאת, לטענת הנאמן מכיוון שהטענה החדשה נסמכת על פסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים, שניתן לאחר שהוגש הערעור, יש להתיר לו להעלותה. יוער, כי גם בהליך שהתנהל בקליפורניה לא הועלתה הטענה כי ההסכם לא היה בתוקף בתקופה השנייה. בית המשפט הפדראלי לערעורים העלה את הנושא מיוזמתו, בלא שאף אחד מהצדדים טען לכך. על רקע זה, בין היתר, ביקשה המערערת כי יקוים דיון חוזר (rehearing) בפסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים, אולם בקשתה נדחתה. מכל מקום, השאלה האם להתיר לנאמן לטעון עתה לראשונה כי בתקופה הרלוונטית לא היה ההסכם תקף היא שאלה שבסדרי דין, ויש להכריע בה על פי דין הפורום, הוא הדין הישראלי. על פי [תקנה 415 לתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984, אין להעלות בשלב הערעור טענה שלא נטענה בכתב הערעור, אלא ברשות בית המשפט והרשות לא תינתן אלא אם הראה המערער טעם מספיק לכך. כמו כן, ככלל בית המשפט לא ידון בשלב הערעור בטענה שלא נטענה בפני הערכאה

הראשונה, אלא במקרים חריגים (ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד נ(1) 774, 789 (1996)). במקרה דנא, סבורני כי יש לאפשר לנאמן להעלות את הטענה כי בתקופה הרלוונטית לא היה הסכם הזכיינות בתוקף, אף כי זו נשמעת לראשונה בשלב מאוחר של הדיון בערעור. ראשית, מדובר בטענה חדשה בעלת גוון משפטי ולא בטענה עובדתית, ובכגון דא ננקטת גישה מקלה יותר (השוו, רע"א 7956/99 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית מעלה אדומים, פ"ד נו(5) 779, 789 (2002)). כמו כן, העלאת הטענה בשלב כה מאוחר נובעת מכך שפסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים ניתן בחודש אפריל 2008. זאת ועוד, דחיית הטענה לגבי תוקף הסכם הזכיינות מטעם דיוני עלולה להביא למצב אבסורדי, לפיו תהיינה תוצאות סותרות בשני ההליכים ללא הצדקה עניינית. התוצאה היא, אם כן, שיש לדחות את הערעור. עם זאת, מכיוון שהשגותיה של המערערת נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בדין יסודן, והטעם להותרת פסק הדין על כנו נעוץ בקבלתה של טענה חדשה שלא הועלתה בפני הערכאה הראשונה ואף בפנינו התעוררה בשלב מאוחר, יש לבטל את ההוצאות שהושתו על המערערת בבית המשפט המחוזי. כמו כן, על מנת למנוע התדיינות עתידיות מיותרות מבהירים אנו כי דחיית הערעור אינה מקימה לנאמן כל זכות כלפי המערערת בשל עיכוב הביצוע החלקי שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בהחלטתו מיום 9.2.05 (ואשר הותנה בהפקדת ערבות בנקאית על סך שני מיליון ש"ח).

13. טענה נוספת שהועלתה בערעור היא כי בית המשפט המחוזי לא התייחס להשגותיה של המערערת בנוגע לסכום של 555,488 דולר, אשר לטענת המערערת מגיע לה בשל כך שתבל לא המציאה חשבונות המעידות על ניכוי מס במקור. הנאמן טוען, כי כל האישורים הנדרשים הומצאו בגדר ההליך בבית המשפט המחוזי. סוגיה זו לא התבהרה עד תום בטיעוני המערערת. המערערת לא פירטה מה טיב התשלומים שבגינם לא הומצאו חשבונות מס ועל פי איזה חישוב מתקבל הסכום הנזכר. היעדר הפירוט אינו מאפשר בחינה קונקרטית של טענות המערערת, ועל כן גם דין ראש זה של הערעור להידחות.

14. התוצאה היא שהערעור נדחה אך מטעמים שונים מאלה של בית משפט קמא. עם זאת מבוטל החיוב בהוצאות ובשכר טרחה שהושת על המערערת בפסק הדין. אם הסכום שולם יש להשיבו. אין צו להוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' גרוניס.

א' גרוניס 54678313-8946/04

ניתן היום, כ"א באב התש"ע (1.8.2010).

שופטת

שופטת

שופטת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 04089460_S18.doc רח/גק
מרכז מידע, טל' 02-6593666; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)