

בהליך בוררות שבין:

1. אדמונד שמסי
2. הלן שמסי
3. ג'ושוע שמסי
4. פנינה שמסי
5. בנימין שמסי
6. אמת שמסי
7. שיר שמסי
8. לביא שמסי
9. ליאון אברהם שמסי
10. **Back Bay Manor Associates**  
באמצעות ב"כ עוה"ד חן, יערי, ואקי ושות', עורכי-דין  
מרח' ויצמן 2, תל אביב 6423902  
טל': 03-6932077; פקס: 03-6932082  
ובאמצעות עוה"ד ארנון, תדמור-לוי  
ממרכז עזריאלי 5, המגדל המרובע, תל אביב 6702501  
טל': 03-6087835; פקס: 03-6077716

המעוררים והמשיבים בערעור שכנגד

- נ ג ד -

1. עופר לוי, ת.ז. 25054966
2. **GTI Global Trends Investments Ltd.**
3. **GTI Ltd.**
4. **GTI Global Ltd.**
5. **Blue Mountain Contemporary Art Ltd.**
6. **O.L. Holdings SARL**
7. **Morro Structured Products Ltd.**
8. **Morro Enterprises Ltd.**
9. **Itacare Ltd**
10. **Jerusalem Property Holdings Ltd.**
11. **Harvest Sarl**

- Global Sunrise Ltd. .12
- Sadot Participacoes Eirele .13
- Santiya Operational Management Services GmbH. .14
- GTI International Investments Ltd .15
- Run Securities Ltd .16
- Global Heavy Transportation Ltd. .17
- GTI Growth Investments Ltd. .18
- Securities Control Ltd. .19
- GTI Capital Investments Ltd. .20
- Wiplinger Administrative Management Ltd. .21
- GTI Investments Ltd. .22

באמצעות איבצן, נצר, וולצקי ושות', עורכי דין  
ובאמצעות ב"כ עוה"ד נבות תל-צור ו/או טל שפירא ו/או מירב בר-זיק  
שכתובתם לצורך המצאת כתבי בי-דין הינה אצל איבצן, נצר, וולצקי ושות', עורכי דין  
מרח' החשמונאים 100, תל אביב 61201  
טל: 03-561199 ; פקס : 03-5611599

המשיבים והמעוררים בערעור שכנגד

## פסק הבוררות שלערעור

### תוכן עניינים

- א. הערות מקדימות ..... 3
- ב. הצדדים ..... 4
- ג. הרקע להליך; הגשת התביעה בפלורידה והליך הבוררות..... 5
- ד. הרקע העובדתי..... 9
- ה. תקציר פסק הבוררות של הבורר קמא, השופט (בדימוס) אבי זמיר מיום 26.9.2023..... 12
- ו. תמצית טענות הצדדים..... 18
- ו.1. ערעור שמסי – עיקר טענות שמסי בערעור..... 18
- ו.2. תשובת לוינ לערעור שמסי..... 25
- ו.3. תגובת שמסי לתשובת לוינ..... 31
- ו.4. ערעור לוינ – עיקר טענות לוינ בערעור..... 35
- ו.5. תשובת שמסי לערעור לוינ..... 42

- 44.....6.1. תגובת לוינ לתשובת שמסי.
- 47.....ז. דיון והכרעה.
- 48.....ז.1. מהי עסקת היסוד בין הצדדים?
- 49.....ז.2. שאלת קיומן של התקשרויות עסקיות נוספות בין הצדדים.
- 49.....ז.1.2. מיזם האמנות הסינית.
- 53.....ז.2.2. הדירה בירושלים ואוסף האמנות הישראלית.
- 54.....ז.3. האם תביעת שמסי הוגשה טרם זמנה?
- 55.....ז.4. מהו התוקף המשפטי של הסכמי המיזם המשותף (הסכמי ה-JV)?
- 62.....ז.1.4. פרשנות הסכמי ה-JV.
- 80.....ז.2.4. חוזה למראית עין בסימולציה חלקית.
- 83.....ז.3.4. מהו אותו "חוזה נסתר" המעיד על הכוונה האמיתית של הצדדים?
- 85.....ז.4.4. האם ניתן לאכוף את "החוזה הנסתר" לאור טענת לוינ כי מדובר בחוזה פסול?.....
- ז.5. האם הסכמי ה-JV מחייבים מלבד את לוינ באופן אישי, גם את המערערות 22-4 שהן חברות בשליטתו?.....88.
- ז.6. האם הצדדים סיכמו על תשואה בגין יתרת הכספים המופקדים שהושקעו בקרן GTI, וככל שכן – מה היה שיעור התשואה המוסכם?.....92.
- ז.7. האם יש להתערב בהכרעת הבורר קמא ולפסוק לטובת שמסי הוצאות משפט לאור זכייתו בהליך הבוררות?.....103.
- ח. סוף דבר.....106.

#### א. הערות מקדימות

1. בפני ערעורים שהגישו שני הצדדים על פסק הבוררות שניתן על ידי כבוד הבורר השופט (בדימוס) אבי זמיר ("הבורר קמא") ביום 26.9.2023, במסגרת תביעה כספית בסכום של כ-18.4 מיליון דולר ארה"ב שהוגשה על ידי מר אדמונד שמסי ובני משפחתו ("שמסי") כנגד מר עופר לוינ וחברות בשליטתו ("לוינ").

2. הודעת ערעור על ידי שמסי הוגשה ביום 12.11.2023 והודעת ערעור על ידי לוי הוגשה ביום 28.12.2023. בהקשר זה אציין, כי סדר הופעת שמות הצדדים בעמוד הכותרת נעוץ במועד הגשת הערעור הראשון על ידי שמסי לעומת מועד הגשת הערעור השני על ידי לוי, ומטעם זה בלבד.
3. כמו כן, לשם הנוחות בלבד, צדדי "שמסי ואחרים" יכוננו להלן "שמסי" וצדדי "לוי ואחרים" יכוננו להלן "לוי". כאשר אתייחס למי מיחיד הצדדים, אעשה זאת בצורה מפורשת.
4. בנוסף, בחרתי להתייחס לכל אחד מצדדי "שמסי" או צדדי "לוי" בלשון יחיד, ולא בלשון רבים, אלא אם ייאמר במפורש אחרת.
5. בפרק טענות הצדדים אדגיש, כי ככל שלא התייחסתי לטענה כזו או אחרת של מי מהצדדים, אין הדבר מעיד על כך שהטענה נעלמה מעיני. נהפוך הוא, הדבר נובע מן הטעם שלא מצאתי לנכון לעשות כן. כידוע, ברור אינו חייב להכריע בכל הטענות שהועלו בפניו אלא בטענות המצדיקות הכרעה בעיניו. כך למשל קבעתי ברע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (4.3.2010):

"...אכן, בית המשפט חייב לנמק את פסק דינו ולהתייחס לשאלות שעמדו להכרעה...אין חולק על חשיבות קיומה של חובה זו, והיעדרה אף עלול לשמש עילה לביטולו של פסק הדין או למתן רשות ערעור במקרה המתאים... יחד עם זאת, אין פירוש הדבר כי על בית המשפט מוטלת חובה להידרש לכל טענה וטענה המועלית על ידי הצדדים ולהסביר מדוע וכיצד הגיע למסקנתו לגבי כל אחת ואחת מהן. לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו לברור את הבר מן התבן ולהימנע מלדון במפורש בכל טיעון וטיעון, תוך שהוא מתייחס לטענות הנראות לו ענייניות ורלוונטיות (עניין שיכון עובדים). ההנמקה יכולה להיות קצרה ותמציתית, והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה" ... [ההדגשה

הוספה – י.ד.]

6. יפים דברים אלה גם למקרה שלפנינו.

## **ב. הצדדים**

7. אדמונד שמסי, המערער מס' 1 והמשיב בערעור שכנגד, הוא איש עסקים אמריקאי שנולד בישראל, היגר לארה"ב בגיל צעיר ועשה שם את הונו מעסקי נדל"ן.

8. בני משפחת שמסי, הם המערערים מס' 9-2, שכספיהם הושקעו אצל מר עופר לוי. המערערת מס' 10 Back Bay Manor Associates ("BBM") היא חברה בבעלות שמסי.
9. עופר לוי, המשיב מס' 1 והמערער בערעור שכנגד, הוא איש עסקים ומנהל קרן ההשקעות GTI ("קרן GTI" או "הקרן"), שנולד וגדל בישראל, היגר לאוסטרליה בתחילת שנות ה-2000 והקים את קרן ההשקעות GTI. המערערות האחרות בערעור שכנגד הן חברות בשליטתו של לוי.
10. בשנת 2005 הכיר לוי את בנו של שמסי, המערער מס' 3, מר ג'וש שמסי ("ג'וש"), דרך חבר משותף והשניים הפכו חברים.
11. ג'וש הכיר את לוי לאביו בשנת 2008, ההיכרות העמיקה ובשנת 2010 החלו השניים להשקיע במיזם של חוות חקלאיות בברזיל ("המיזם בברזיל").
12. הסכסוך בין הצדדים נוגע לסכום כספי של כ-18.4 מיליון דולר ארה"ב, אשר לפי הנטען בשנת 2011 שמסי ובני משפחתו הפקידו בידיו של עופר לוי וחברות בשליטתו, שמצידם הבטיחו להם קבלת תשואה גבוהה עם ריבית משמעותית, אלא שמשעה שביקשו בני משפחת שמסי לקבל בחזרה את כספם (בצירוף התשואה), הוא לא הושב להם.
13. על כל הצדדים מוסכם, כי סכום הכסף של כ-18.4 מיליון דולר אכן הופקד בידיו של לוי וכי סכום זה לא הושב לשמסי עד לרגע זה. אלא, שקיימת מחלוקת עובדתית מהותית בין הצדדים הנוגעת לשורשה של מערכת היחסים העסקית ביניהם ולהשלכותיה.

### ג. הרקע להליך; הגשת התביעה בפלורידה והליך הבוררות

14. שמסי הגיש כנגד לוי ושתי חברות שבשליטתו תביעה כספית בבית המשפט הפדראלי בפלורידה, ארה"ב ("ההליך בפלורידה"). לוי הגיש לבית המשפט הפדראלי בפלורידה בקשה למחיקת התביעה על הסף ובקשה לעיכוב ההליך, עקב קיומה של תניית בוררות בהסכמי המיזם המשותף עליהם חתמו הצדדים ("הסכמי ה-JV" או "הסכמי המיזם המשותף") ולפיה על הסכסוך להתברר בפני בורר בישראל. בית המשפט בפלורידה קבע שיש לאכוף את תניית הבוררות ולעכב את התביעה, למרות ששמסי העלה טענות הנוגעות לתוקף הסכמי ה-JV.
15. לאחר ניהול משא ומתן בין הצדדים, ביום 3.5.2018 נחתם הסכם בוררות בין שמסי ומשפחתו לבין לוי וחמש חברות בשליטתו, אשר קובע, בין היתר, בסעיף 2 כי "הצדדים מוסרים את הסכסוך שנפתח בתביעה בארה"ב לבוררות בפני השופט (בדימוס) אבי זמיר. עוד נקבע בסעיף

- 6 להסכם הבוררות כי "החלטות בעניין סמכות הבורר ופסק הבוררות ניתנים לערעור בפני שופט עליון בדימוס יורם דנציגר" ("הסכם הבוררות").
16. ביום 19.7.2018 הגיש שמסי לבורר קמא כתב תביעה. או אז הגיש לוי בקשה למחיקת התביעה מחמת חריגה מהסכם הבוררות בה טען כי הבורר קמא לא מוסמך לדון בכל עילה או טענה החורגות מכתב התביעה שהגיש שמסי במסגרת ההליך בפלורידה.
17. ביום 12.9.2018 ביקש הבורר קמא מהצדדים להודיע אם "ניתן לראות בתביעה שהוגשה בפלורידה As-Is גם ככתב התביעה בבוררות תוך שינוי אחד – הרחבת רשימת בעלי הדין, בהתאם להסכם הבוררות".
18. בעקבות הסכמת הצדדים להצעה, הורה הבורר קמא, ביום 20.9.2018, כי כתב התביעה שהוגש בפלורידה יהווה גם כתב התביעה בבוררות אך לאור הרחבת רשימת בעלי הדין, קבע הבורר קמא כי כתב התביעה יתורגם לעברית ויוגש עד ליום 9.10.2018.
19. בהתאם לכך, שמסי הגיש כתב תביעה מתורגם בו הוסיף חברות נוספות בשליטתו של לוי. אלא שאז, לוי הגיש מספר בקשות לבורר קמא: בקשה למחיקת עילות וסעדים הסותרים את טענת ההלוואה; בקשה למחיקת עילות מחמת שאינן מוכרות בדיון הישראלי או מחמת העדר עילה; בקשה למחיקתם מהתביעה של סעיפים לא רלוונטיים; בקשה למחיקת המערערות 2 ו-5 עד 13 מכתב התביעה; למחיקת סעיף 120 לתביעה ולמחיקת תוספת בדבר כתב ערבות שלישי; בקשה למחיקת כתב התשובה או חלקו; ובקשה למחיקת סעיפים מכתב ההגנה שכנגד.
20. מנגד, הגיש שמסי שתי בקשות מקדמיות: בקשה למחיקת התביעה שכנגד ובקשה לגילוי ועיון במסמך ספציפי.
21. ביום 6.5.2019 הכריע הבורר קמא בבקשות למחיקת קטעים ועילות מכתב התביעה, בבקשה למחיקת כתב התשובה ובבקשה למחיקת כתב התביעה שכנגד שהגישו לוי.
22. על החלטת הבורר קמא מיום 6.5.2019 ערערו שמסי, ביום 20.6.2019, לבורר שלערעור.
23. ביום 11.12.2019 ניתן פסק הבורר שלערעור, בו קיבלתי את הטענה המקדמית של לוי, לפיה לא ניתן לראות בשמסי כמי שנפגע מרכיבי ההחלטה שבמסגרתה נדחו בקשות לוי ולכן אין זכות ערעור בנוגע לאלה. עוד קבעתי, כי שמסי אינו רשאי לערער על החלטות הבורר קמא בדבר מחיקת סעיף 120 לכתב התביעה ובדבר מחיקת כתב התשובה, שכן אלה אינם עוסקים בשאלת הסמכות. בנוסף, קיבלתי את ערעור שמסי על החלטת הבורר קמא שלא למחוק את כתב

התביעה שכנגד שהגיש לזון. מסקנתי היתה שהתביעה שכנגד, המבוססת על טענה לקיומם של הסכמי JV תקפים בין הצדדים ומערכת יחסים של מיזמים משותפים, אינה נכללת בהגדרת ה"סכסוך" שבהסכם הבוררות ("פסק הבוררות שלערוור הראשון").

24. בעקבות פסק הבוררות שלערוור הראשון, הגיש שמסי בקשה בה התבקש הבורר קמא להצהיר כי הוא מוסמך לדון גם בטענה של "השקעה המובטחת בהלוואה" ("טענת ההשקעה"). לזון, מצידו, התנגד לבקשה וטען כי תביעת שמסי כוללת עילה אחת שעניינה הלוואה, לפיה שמסי הלוו את הסכומים המופקדים לזון במסגרת הסכם הלוואה שאבד ובקשה זו של שמסי מהווה הרחבת חזית אסורה, שכן העניין כבר הוכרע הן על ידי הבורר קמא והן על ידי הבורר שלערוור ולא ניתן להידרש שוב לאותו עניין.

25. או אז, ביום 4.3.2020 החליט הבורר קמא, כי הוא מוסמך לדון בטענה בדבר "השקעה שהובטחה בהלוואה" ולא רק בטענת הלוואה, וטענות לזון נדחו.

26. על החלטת הבורר קמא מיום 4.3.2020 ערער לזון לבורר שלערוור בטענה, כי עילת ההשקעה אינה בתחום סמכותו של הבורר קמא מאחר ואין בכתב התביעה במתכונתו הקיימת שום טענה או עילה שעניינה השקעה שהובטחה בהלוואה ואין מקום לאפשר את הכנסתה בדלת האחורית באמצעות פרשנות מעוותת המוציאה דברים מהקשרם. עוד טען לזון, כי העובדה שבכתב התביעה מופיע פעם אחת המונח "השקעה שהובטחה בהלוואה" אינה יכולה להפוך את כתב התביעה לכזה המבוסס על עילה זו.

27. מנגד, שמסי טען, כי אם לא יוכל להעלות ולהוכיח את טענת ההשקעה במסגרת הבוררות, הוא יאלץ לעשות זאת בבית המשפט. זאת ועוד, שמסי הפנה לסעיפים רבים בכתב התביעה אשר העידו על כך שטענת ההשקעה נטענה בכתב התביעה.

28. ביום 15.9.2020 ניתן פסק הבורר שלערוור, בו קבעתי, כי יש להותיר על כנה את החלטת הבורר קמא, לפיה הטענה בדבר "השקעה שהובטחה בהלוואה" מצויה בסמכות הבורר ("פסק הבוררות שלערוור השני").

29. ביום 26.9.2023 ניתן פסק דינו של הבורר קמא אשר קיבל באופן חלקי את תביעת שמסי, בקבעו כי שמסי זכאי לקבל את השקעתו שעמדה על סך של 27,632,304 דולר נכון ליום 30.6.2016 בצירוף ריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 ("חוק פסיקת ריבית והצמדה"). עוד קבע הבורר קמא, כי כל צד יישא בהוצאותיו.

30. הליך הבוררות בפני הבורר קמא התנהל משך למעלה מחמש שנים והיה מורכב וארוך מאוד. במסגרתו של ההליך הוגשו חומרים ראייתיים רחבי היקף. ההליך כלל, בין היתר, הליכים מקדמיים ארוכים, בקשות ביניים שנגעו להליכים מקדמיים וביניהם הליכי גילוי מסמכים. הצדדים הגישו תצהירים רבים אליהם צורפו אלפי עמודי נספחים הכוללים תכתובות דואר אלקטרוני, הקלטות ותמלולים של פגישות שהתקיימו, הודעות טקסט ומסמכים רבים וכן מסמכים וראיות שהוצגו במהלך דיוני ההוכחות. כל אלה הוגשו על מנת להעיד על מערכת היחסים העסקית בין הצדדים, על האמינות של כל אחד מהם, על הנסיבות שהביאו את הצדדים לחתום על הסכמי ה-JV ועל מערכת היחסים ביניהם לאחר שנחתמו ההסכמים. במסגרת ההליך נחקרו 7 עדים מטעם שמסי ו-13 עדים מטעם לוי, התקיימו 30 ישיבות, מתוכן 4 ישיבות מקדמיות ו-26 ישיבות הוכחות. פרוטוקולי ישיבות ההוכחות חובקים אלפי עמודים. הצדדים הגישו לבורר קמא את סיכומיהם: סיכומי שמסי הותרעו על פני 105 עמודים, סיכומי לוי הותרעו על פני 244 עמודים. סיכומי התשובה מטעם שמסי הותרעו על פני 37 עמודים ותגובת לוי על סיכומי התשובה הותרעה על פני 5 עמודים.

31. שני הצדדים לא השלימו עם פסק הבוררות שניתן על ידי הבורר קמא וניצלו את זכות הערעור שהוקנתה להם כאמור.

32. בפתח הודעת הערעור שהגיש לוי, הוא טען כי הערעור הינו, בין היתר, על "החלטת הביניים מיום 4.3.2020 ("החלטת הביניים") שאושרה פעם נוספת בפסק הבוררות, בה קבע הבורר קמא כי "הטענה בדבר 'השקעה שהובטחה בהלוואה' נכללת בכתב התביעה ומשום כך מצויה בסמכותי".

33. או אז, ביום 21.1.2024 הגיש שמסי "בקשה לדחיית הערעור על החלטת הביניים מיום 4.3.2020 ולמחיקת חלקים מהודעת הערעור" כשעיקר טענתו הוא, כי לוי כבר ערעור על החלטת הביניים במסגרת ערעור קודם וערעורו נדחה לגופו בפסק הבורר שלערעור מיום 15.9.2020 ולכן דין הערעור על החלטת הביניים להידחות על הסף ודין כל טענה בהודעת הערעור, שעניינה חוסר סמכות או שעניינה שינוי חזית מטענת הלוואה לטענת השקעה – לרבות פרקים ג'-ד' ונספח א' – להימחק ("הבקשה").

34. ביום 6.2.2024 הוגשה על ידי לוי תשובתו לבקשה ("התשובה").

35. ביום 15.2.2024 ניתן פסק ביניים על ידי הבורר שלערעור ("פסק ביניים"), בו קיבלתי את בקשת שמסי והוריתי כי הערעור על החלטת הביניים מיום 4.3.2020 נדחה על הסף. עוד קבעתי



כי בערעור לויין כל טענה שעניינה חוסר סמכות – לרבות פרקים ג'ד' (לרבות נספח א') – וכל טענה שעניינה שינוי חזית מטענת הלוואה לטענת השקעה, תימחק.

36. כאמור, שני הצדדים להליך הבוררות הגישו ערעורים על פסק הדין של הבורר קמא.

37. הודעת ערעור על ידי שמסי הוגשה ביום 12.11.2023 ועיקרה שתי סוגיות: האחת, חיוב לויין לשלם לשמסי את הסכום שנפסק בצירוף ריבית בגובה 12.5% שנתית המחושבת מדי רבעון, החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל; והשנייה, חיוב לויין לשלם לשמסי הוצאות משפט בסך שלא יפחת מ-11.5 מיליון ש"ח.

38. מנגד, הודעת ערעור על ידי לויין הוגשה ביום 28.12.2023 והיא תוקפת את פסק הבוררות שניתן על ידי הבורר קמא, אשר קבע קיומו של "הסכם נסתר" שעל אכיפתו הוא הורה. עיקר ערעור לויין מתבסס על הטענה כי הסכמי ה-JV במלואם הם הסכמי אמת המחייבים את הצדדים לכל דבר ועניין. לבסוף מתבקש הבורר שלערעור לחייב את שמסי בהוצאות הערעור ושכ"ט עורכי הדין.

#### ד. הרקע העובדתי

39. כאמור, בשנת 2011 הפקידו שמסי ובני משפחתו בידי עופר לויין סכום כספי בסך של כ-18.4 מיליון דולר. לטענת שמסי סכום זה הופקד בידי לויין כנגד הבטחת לויין ששמסי יקבל תשואה גבוהה עם ריבית משמעותית בכל עת ולפי דרישה ("הכספים המופקדים"). אין חולק כאמור, שכספים אלה לא הושבו לשמסי ובני משפחתו.

40. שמסי טען בכתב התביעה כי כנגד העברת הכספים המופקדים, בשנת 2011 חתמו הצדדים על הסכם הלוואה, אשר קבע תשואה מינימאלית שנתית של 13.3%, אלא שלטענתו הסכם ההלוואה אבד ואינו נמצא בידו ("הסכם ההלוואה"). מנגד, לויין הכחיש טענה זו מכל וכל וטען שמעולם לא נחתם הסכם הלוואה בין הצדדים.

41. הבורר קמא ציין כי לאורך הליך הבוררות שהתנהל בפניו עלה שהצדדים אינם חלוקים על כך שהכספים המופקדים לא הועברו ללויין כהלוואה גרידא, אלא הועברו לידי לויין כהשקעה של שמסי ובני משפחתו בקרן GTI שמצויה בניהול לויין. כלומר, הצדדים אינם חלוקים על כך ששמסי העבירו ללויין את הכספים המופקדים כהשקעה בקרן, אלא שהם חלוקים בנוגע לתנאי אותה השקעה בקרן. שמסי ובני משפחתו טענו שהובטחה להם תשואה מינימאלית של 13.3%

בגין השקעת הכספים המופקדים והשקעה זו הובטחה בהלוואה, ואילו לויין טען שדובר על השקעה רוויית סיכון.

42. או אז, מסכימים הצדדים, כי בשנת 2014 נכנסה לתוקף רגולציית Foreign Account FATCA (Tax) Compliance Act ("הרגולציה") אשר העלתה את הצורך להסדיר באופן שונה את השקעת שמסי ובני משפחתו בקרן GTI. לטענת לויין, לאור כניסתה לתוקף של הרגולציה, גופים שונים כגון בנקים וקרנות, לרבות קרן GTI, נדרשו למסור דיווח על חשבונות שהם מנהלים עבור אזרחים אמריקאיים, כך שנוצר הצורך ליתן דיווח גם על חשבוננו של שמסי, אלא שדיווח על ניהול חשבוננו של שמסי בקרן GTI היה עלול, לטענת לויין, לעורר בעייתיות עבור שמסי בהיבטי מס.

43. אין חולק, כי שמסי סירב שלויין ידווח עליו כמשקיע בקרן GTI לאור היבטי המס שהיו כרוכים בדיווח כזה. בנסיבות אלה, הצדדים הבינו שעליהם למצוא פתרון שימנע את החובה לדווח על הכספים המופקדים של שמסי בקרן, ימנע את חיובו של שמסי בתשלומי מס, אולם שניתן יהיה להמשיך את מערכת היחסים העסקית בכל הנוגע להשקעת הכספים על ידי שמסי אצל לויין.

44. או אז, בשנת 2015, בשל הצורך להסדיר את מערכת היחסים בין הצדדים לאור אותה רגולציה שחייבה הסדרת השקעתו של שמסי בקרן GTI, החלו הצדדים במשא ומתן והעלו רעיונות שונים אודות אופן השקעת הכספים. כך למשל העלו הצדדים את האפשרות לחתימה על הסכם הלוואה בכל הנוגע לכספים המופקדים, אולם הסכם זה לא נחתם ("הסכם הלוואה החדש").

45. בסופו של יום, כאמור הצדדים לא חתמו על הסכם הלוואה החדש והם חלוקים ביניהם אודות הרקע להסכם והסיבה לכך שהוא לא נחתם.

46. אין חולק, כי ביום 30.6.2015 עמדה לזכות שמסי ובני משפחתו יתרת זכות בסך 26,532,510 דולר בקרן ההשקעות GTI שבבעלות וניהול לויין.

47. בסופו של המשא ומתן, חתמו הצדדים ביום 17.11.2015 על הסכמי ה-JV בדבר מיזמים משותפים. אין חולק על כך ששמסי ולויין חתמו על שני הסכמים המכונים "הסכמי ה-JV" אשר תוארכו לאחור ליום 23.3.2011, היום בו החל שמסי להעביר לקרן GTI את חלק הארי של הכספים שהושקעו בה. מהות הסכמי ה-JV היא הקמת מיזם משותף על ידי הצדדים במטרה לעסוק בהשקעה בנכסים ריאליים כשאחד עוסק בפרויקטים בתחום החקלאות וקניית אדמות בדרום אמריקה והשני עוסק בפרויקטים בתחום הנדל"ן באירופה ובמציאה, רכישה ומכירה של יצירות אמנות.

48. המחלוקת המשמעותית בין הצדדים התמקדה בשאלת תוקפם ונפקותם של הסכמי ה-JV, הרקע לחתימתם ואמיתות ההסכמים.

49. לטענת שמסי, הסכמי ה-JV נועדו ליצור מסגרת פיקטיבית של נכסים ריאליים בשל שיקולי מס ורגולציה, אלא שהלכה למעשה הצדדים לא התכוונו להקים מיום משותף לרכישת נכסים ריאליים כלשהם. לשיטת שמסי הסכמי ה-JV הם למראית עין בלבד ונועדו ליצור מצג שווא של שותפות להשקעה בנכסים ריאליים בפני רשויות המס והבנקים, על מנת להסתיר את ההשקעה הפיננסית שהשקיע שמסי שלא דווחה כדין לרשויות המס האמריקאיות ולאור כניסתם לתוקף של כללי הדיווח של רגולציית FATCA.

50. שמסי טוען, כי ההסכמה האמיתית היתה רק לחמוק מחובות הדיווח שהטילה הרגולציה אולם לא היתה כל כוונה להקים פעילות ריאלית משותפת במסגרת הסכמי ה-JV, כך שכספי שמסי שהושקעו בקרן מאז 2011 ימשיכו להיות מושקעים בקרן GTI עד מרץ 2018, שאז יחזרו להיות נזילים וניתנים למשיכה כפי שהיו כל השנים, וכפי שהתייחס שמסי בתצהירו ובעדותו: "מה שהיה הוא שיהיה".

51. מנגד, לטענת לוי, מדובר בהסכמים אמיתיים ותקפים, שביטלו את הסכמי ההשקעה הפיננסית של שמסי בקרן והחליפו אותם, רטרואקטיבית מיום 23.3.2011, בהסכמי ה-JV שהם הסכמים להקמת מיזמים משותפים להשקעה בנכסים ריאליים וכוונת הצדדים היתה שהסכמים אלה יחייבו אותם. לשיטת לוי, מעולם לא נכרת בין הצדדים הסכם הלוואה, לא בשנת 2011 ולא הסכם הלוואה חדש, ולכן הסכמי ה-JV הם ההסכמים היחידים שנחתמו בין הצדדים והם היחידים שמגדירים את מערכת היחסים המשפטית והמחייבת בין הצדדים. בנסיבות אלה טוען לוי, כי מכוח הסכמי ה-JV, הכספים המופקדים של שמסי שימשו לרכישת נכסים ריאליים על ידי המיזמים המשותפים ואין לשמסי עוד כספים כלשהם בקרן.

52. או אז, לאחר חתימת הסכמי ה-JV החל המשבר בין הצדדים, כאשר לטענת שמסי החל מפברואר 2017 הוא מנסה לחלץ את כספו אשר מוחזק בידי לוי ולוי מתחמק מלהעביר לו את כספיו.

53. עוד יש לציין, כי בשנת 2016 השיב לוי לשמסי סכום של כ- 1,000,000 דולר בהתאם להוראות הסכמי ה-JV, אלא שלאחר מועד זה, החל משנת 2017, כאשר הבין שמסי שלוין לא מתכוון להשיב לו את הכספים המופקדים, הגיש שמסי, בפברואר 2017, תביעה כספית כנגד לוי בבית המשפט הפדראלי בפלורידה, ארה"ב, אולם עקב תניית בוררות במסגרת הסכמי ה-JV, ההליך בפלורידה הועבר להליך בוררות בפני הבורר קמא.

54. עוד יש לציין, ואין על כך חולק, כי מלבד השקעת הכספים המופקדים של שמסי אצל לוי, בין הצדדים התקיימו מערכות יחסים עסקיות נוספות כמו למשל השקעה משותפת במיזם בברזיל שהחלה בשנת 2010. עוד יש לציין, כי קיימת מחלוקת בין הצדדים בנוגע לחלקו של שמסי במיזם אמנות סינית ("מיזם האמנות הסינית").

**ה. תקציר פסק הבוררות של הבורר קמא, השופט (בדימוס) אבי זמיר, מיום**

**26.9.2023**

55. הבורר קמא הכריע במסגרת פסק הבוררות במספר סוגיות: טענות סף שנטענו על ידי לוי (טענות הרחבת חזית שנמחקו בפסק הביניים וטענות כי התביעה הוגשה טרם התגבשה עילתה והטענה כי יש לדחות את התביעה בנוגע לחברות שבבעלות לוי אשר נזנחו בערעור); סוגיית תנאי ההתקשרות העסקית הראשונית בין הצדדים – השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI ("עסקת היסוד"), במסגרתה הכריע בטענת שמסי כי הוסכם בין הצדדים שהשקעת הכספים המופקדים בקרן GTI תשיא להם תשואה בגובה של לפחות 13.3% ותובטח בהלוואה; סוגיית יתר הרכיבים במערכת היחסית העסקית בין הצדדים במועד ההתקשרות בעסקת היסוד ולאחריה תוך בחינת המיזם בברזיל ומיזם האמנות הסינית; פעולות הצדדים לשינוי עסקת היסוד עד לחתימת הסכמי ה-JV; ולבסוף, הפרשנות שיש ליתן להסכמי ה-JV אשר נחתמו על ידי הצדדים ועומדים במרכז המחלוקת ביניהם.

56. הבורר קמא ציין כי שאלת העל שתבחן תהיה האם הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין או שהם מהווים הסכמים אמיתיים ומחייבים שביקשו להסדיר את יחסיהם העסקיים של הצדדים חלף עסקת היסוד. כן ציין הבורר קמא, כי ככל שתתקבל טענת שמסי כי הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין, כי אז יהיה צורך להכריע מהן ההסכמות האמיתיות שהיו בין הצדדים. לבסוף ציין הבורר קמא, כי לאחר הכרעה בסוגיית תוקפם ומהותם של הסכמי ה-JV, תוכרע סוגיית מהות העסקאות שבין הצדדים וקיומה או העדרה של זכות קיזוז ללוי.

57. אשר לתוקפם של הסכמי ה-JV; קבע הבורר קמא, כי לאחר שסקר את הראיות הרלוונטיות שהוצגו בפניו והתייחס לתצהירים, לעדויות, למסמכים, לתכתובות ולהקלטות שיחות שצורפו, הוא מצא כי הצדדים לא ביקשו לערבב את הכספים המופקדים בתוך מיזם משותף להשקעות בנכסים פיננסיים וכי בהקשר זה הסכמי ה-JV אכן כללו סעיפים למראית עין (סעיף 167 לפסק

הבוררות), אלא שנמצאו סעיפים מסוימים בהסכמי ה-JV שכן שיקפו את ההסכמות האמיתיות של הצדדים ותאמו את האמור גם בתצהירו של שמסי.

58. בנסיבות אלה, נאלץ הבורר קמא לאתר את ההסכמות האמיתיות שהיו בין הצדדים ב"חווה הנסתור" ביניהם, אותו יש לאכוף, ומצא כי קיימות שתי התקשרויות עסקיות בלבד, הנפרדות זו מזו, שהינן בתוקף נכון למועד מתן פסק הבוררות: **עסקת היסוד – השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI ושותפות במיזם בברזיל** (סעיף 172 לפסק הבוררות).

59. בעניין זה דחה הבורר קמא את טענת לוי, לפיה אין לאכוף את החווה הנסתור בין הצדדים מאחר שמדובר בחווה פסול בקבעו כי טענת אי החוקיות של החווה הנסתור לא הוכחה על ידי לוי (סעיף 174 לפסק הבוררות).

60. **אשר לטענת שמסי כי הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין**; קבע הבורר קמא כי אומנם מדובר בהרחבת חזית, באומרו כי "יש ממש בטענת הנתבעים [לוי] לפיה התובעים [שמסי] לא העלו... טענה מפורשת כי הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין" (סעיף 77 לפסק הבוררות), אך הבורר קמא התיר להעלות טענה זו בשים לב לכך שמדובר ב"כלל דיוני" שעה שהבוררות מאופיינת בגמישות בשל אי כפיפותה לפרוצדורה האזרחית. כמו כן, קבע הבורר קמא כי שמסי העלה את טענת האפקטיביות של הסכמי ה-JV בכתב התשובה ובתצהיר שהגיש (סעיפים 36-38 לתצהיר שמסי).

61. **אשר לתנאיה של עסקת היסוד (השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI)**; קבע הבורר קמא, כי שמסי לא עמד בנטל להוכיח כי השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI אמורה היתה לשאת תשואה מינימאלית של 13.3% ולא עמד בנטל להוכיח שההשקעה הובטחה בהלוואה.

62. מסקנה זו הסיק הבורר קמא מהמסמכים שהוצגו בפניו וביניהם דואר אלקטרוני מיום 17.12.2010 ששלח לוי לשמסי, שכלל את המסמכים שהוכנו לצורך השקעה בקרן GTI וביניהם מסמכי ההתאגדות והתקנון של GTI, במסגרתו התחייב לוי שכל הכספים שיושקעו על ידי שמסי ו/או ישות משפטית בבעלותו ו/או כל בן משפחה קרוב לו, בקרן GTI או בכל אופן אחר תחת ניהולו של לוי, יופקדו בחשבונות מסוימים שנרשמו בנספח לתצהיר. לוי מעניק לשמסי ערבות אישית ליתרה האחרונה ואף משית שעבוד צף על תוכן כלל החשבונות. אלא שבאותם מסמכים שנשלחו לשמסי, לא צוין כי ההשקעה תובטח בהלוואה ולא נקבעה שום ריבית או תשואה כלשהי בגין ההשקעה בקרן GTI. הדואר האלקטרוני נשלח לשמסי שוב ביום 6.1.2011 (נספח ט"ו לתצהיר שמסי ונספח 90 לתצהיר לוי).

63. ביום 22.2.2011 שלח לוין לשמסי בפקס נוסח חתום של ה- Affidative concerning an "unconditional and irrevocable personal guarantee" שנוסחו אומנם שונה מנוסח התצהיר שצורף למייל מיום 17.12.2010 אולם בשני התצהירים דובר על התחייבות אישית של לוין בנוגע לכספים המושקעים על ידי שמסי או ישות משפטית מטעמו או קרוב משפחה קרוב שלו, כך שאותם כספים מושקעים יופקדו רק בחשבונות ספציפיים ולצורך הבטחת מאזן ההשקעות של שמסי. עוד הוצהר שכל עוד קיימת יתרה לפי הדוח הרבעוני האחרון, לוין יעניק ערבות אישית בסכום האיוון הרלוונטי בתוספת שעבוד צף בלתי מותנה על תוכן החשבונות.

64. ביום 23.2.2011 שמסי חתם על הסכם הצטרפות לקרן (Subscription Agreement) – **"הסכם הצטרפות"**, בסכום של 2,000,000 דולר. בהמשך חתם שמסי על הסכם הצטרפות נוסף בסכום של 8,000,000 דולר בנוסח שצורף למייל מיום 17.12.2010. אלא, שגם בהסכם ההצטרפות לא הוסף כל סעיף שהתייחס להבטחת ההשקעה בהלוואה או להבטחה של תשואה מינימאלית כפי שטוען שמסי. הבורר קמא קבע, כי דווקא ההפך הוא הנכון, שכן בנוגע לביטחונות סעיף 5 לטופס קובע במפורש כי ההשקעה כפופה לתצהיר של מנהל ההשקעות הראשי של הקרן בנוגע לערבות אישית בלתי מותנית בצירוף שיעבוד צף (נספחים כ"א ו-כ"ב לתצהיר שמסי).

65. כמו כן קבע הבורר קמא, כי לאותו הסכם הצטרפות צורף מסמך הצהרות והתחייבויות הכולל פסקה מס' 2, לפיה המצטרף לקרן מצהיר שהוא מודע לכך שההשקעה בקרן כרוכה ברמת סיכון גבוהה, דבר שעומד בניגוד מוחלט לטענת שמסי לפיה השקעתו בקרן הובטחה בהלוואה ובתשואה של 13.3%, כלומר כביכול שהכספים המושקעים נטולי כל סיכון והבטיחו להניב רווחים גדולים.

66. עוד ציין הבורר קמא, כי גם כאשר נשאל שמסי בחקירתו הנגדית מדוע הסכמי ההצטרפות לקרן שעליהם חתם לא כללו את התנאים המסחריים שסוכמו בין הצדדים, השיב שמסי כי: "פשוט לא כתבתי. מה אני אגיד לך? "זה היה מוסכם בהלוואה. רשלנות שלא עשיתי את זה." (פרוטוקול 14.3.2022, עמוד 102, שורה 17 עד עמוד 103, שורה 3). כך שגם מהסכם ההצטרפות לקרן GTI למדים שלא הוסדרה בהם הבטחה של ההשקעה של שמסי בהלוואה ולא נקבעה בהם תשואה מינימאלית כלשהי שהובטחה לשמסי.

67. אשר לשאלה אם נחתם הסכם הלוואה בין הצדדים בשנת 2011 לשם הבטחת ההשקעה ותשואה מינימאלית; קבע הבורר קמא, כי לא הוכח קיומו של הסכם הלוואה הנטען ברמת הוודאות הנדרשת של מאזן ההסתברויות, שכן למרות שבחקירתו הנגדית של שמסי הוא טען

כי הסכם ההלוואה שצורף כ"ג לתצהירו הוא הנוסח אשר עליו חתמו הצדדים, אין בהסכם ההלוואה זה כדי ללמד מאום על טענותיו של שמסי או כדי לתמוך בהן מאחר ומדובר ב"הסכם סטנדרטי" שלא כולל שום פרט בנוגע לעסקה הספציפית בין הצדדים, לא בנוגע לסכומים המובטחים ולא בנוגע לגובה הריבית והוא גם לא מציין שמדובר בהלוואה שמטרתה הבטחת ההשקעה בקרן GTI.

68. אשר להסכם ההלוואה החדש ולשאלה אם הוא מהווה ראייה להבטחת ההשקעה בתשואה מינימאלית בגובה 13.3% ובהלוואה; קבע הבורר קמא, כי לאור הראיות שהוצגו בפניו, שמסי לא עמד בנטל להוכיח טענתו לפיה הצדדים הסכימו ביניהם על שיעור ריבית בגובה של 13.3% ואף לא עמד בנטל להוכיח טענתו לפיה מטרת הסכם ההלוואה החדש היתה לשחזר הסכם הלוואה קודם. לפיכך, קבע הבורר קמא כי תנאי עסקת היסוד – השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI – הם התנאים הקבועים במסמכי ההתקשרות אשר נחתמו על ידי הצדדים. השקעת הכספים המופקדים לא כללה הבטחה של לוי להשאת תשואה מינימאלית בגובה 13.3% (או בכלל) והיא לא הובטחה בהלוואה.

69. אשר לשאלת שותפותם של הצדדים במיזם האמנות הסינית; קבע הבורר קמא כי בהתבסס על הראיות שהוצגו בפניו, לא הורם הנטל להוכיח שמר שמסי היה שותף במיזם האמנות הסינית (סעיף 107 לפסק הבוררות). הבורר קמא קבע כי הוצגו בפניו מסמכים רבים על ידי לוי במטרה לבסס את טענתו לפיה שמסי היה שותף במיזם האמנות הסינית, אולם הבורר קמא קבע כי אין באותם מסמכים כדי לבסס די הצורך את טענת לוי, שכן מהמסמכים עולה ששמסי וג'וז התעניינו תחילה, עוד בשנת 2011, במיזם האמנות הסינית אבל המסמכים לא מלמדים על התקשרות של הצדדים בהסכמות סופיות ועל הפיכתו של שמסי, במובן הפיננסי והחוזי, לשותף במיזם. נקבע, כי לוי לא הציג ראיות שמלמדות שחמתו בין הצדדים הנוגעים לשותפותו של שמסי במיזם וגם לא הציג ראיות שמלמדות שהושגו ביניהם הסכמות בסוגיות העקרוניות שנוגעות להשקעתו הפיננסית של שמסי, השקעה שתהפוך אותו לשותף במיזם (סעיף 108 לפסק הבוררות).

70. אשר להתקשרויות נוספות בין הצדדים במועד ההתקשרות בעסקת היסוד ולאחריה; קבע הבורר קמא, כי לשמסי ולוי היו שני קשרים עסקיים חוזיים מוכחים והם היו נפרדים זה מזה: ההשקעה המשותפת במיזם ברזיל והשקעת הכספים המופקדים על ידי שמסי בקרן GTI. עוד

נקבע, כי הצדדים לא היו שותפים באחזקת הדירה בירושלים ובאוסף אמנות ישראלית (סעיף 114 לפסק הבוררות).

71. אשר לרקע לשינוי עסקת היסוד והפעולות שננקטו עד לחתימת הסכמי ה-JV; קבע הבורר קמא כי אין חולק שבשנת 2014 נכנסה לתוקף באירופה רגולציית FATCA ושני הצדדים חפצו באינטרס משותף להסדיר את הבעייתיות שנוצרה ולמצוא פתרון שייתר את הצורך החוקי לדווח על השקעת שמסי בקרן GTI כשהפתרון היה לבחון את הסכמי ה-JV, אשר נחתמו על ידי הצדדים בסופו של דבר, אלא שהצדדים חלוקים אודות הנפקות שלהם. לבסוף קבע הבורר קמא, כי דווקא בפעולות הרקע שנערכו על ידי הצדדים לפני החתימה על הסכמי ה-JV יש כדי לחזק את המסקנה שהצדדים לא באמת רצו להמיר את ההשקעה הפיננסית של שמסי בקרן GTI בנכסים ריאליים וכי לא היתה לצדדים כוונה לערבב בין ההשקעה הכספית של שמסי בקרן GTI (עסקת היסוד) לבין השקעה בנכסים ריאליים (שותפות במיזם בברזיל) בהתאם לחלוקה שנהגה בין הצדדים מלכתחילה (50%-50%).

72. אשר לשאלה אם הסכמי ה-JV שיקפו בזמן אמת את ההסכמות האמיתיות של הצדדים או שמא מדובר בהסכמים למראית עין; קבע הבורר קמא, כי "הצדדים לא ביקשו לערבב את הכספים המופקדים בתוך מיזם משותף להשקעות בנכסים פיננסיים, וכי בהקשר זה הסכמי ה-JV אכן כללו סעיפים למראית עין. החלטתי התבססה על בחינה עובדתית של התנהלות הצדדים ביניהם טרם החתימה על הסכמי ה-JV, לרבות של הרקע לחתימת הסכמי ה-JV והרציונליים הכלכליים שעמדו ביסוד החתימה על ההסכמים: על התנהלותם של הצדדים בסמוך למועד החתימה על ההסכמים לרבות דרך ניסוחם של ההסכמים, ניהול המשא ומתן, הניסוח והחתימה על ההסכמים ללא ייצוג על ידי עורכי דין וכיוצא"ב; וכן התבססתי על התנהלותם של הצדדים לאחר שחתמו על הסכמים, כשבמסגרת זו בחנתי האם הצדדים אכן יישמו את הסכמי ה-JV כלשונם וכן "ראיות מאוחרות" למועד החתימה על ההסכמים, אשר היה בהן כדי לשפוך אור על אומד דעתם של הצדדים." (סעיף 167 לפסק הבוררות).

73. בנסיבות אלה, קבע הבורר קמא, כי יש ליתן תוקף לחוזה הנסתר בין הצדדים, קרי להסכמותיהם האמיתיות, שהן שתי התקשרויות עסקיות בלבד: האחת – עסקת היסוד, היא השקעת הכספים המופקדים בסך של כ- 18.4 מיליון דולר בקרן GTI, כספים שהושקעו על ידי שמסי בקרן מבלי שהובטחו בתשואה מינימלית ומבלי שהובטחו בהלוואה; והשנייה – שותפות במיזם בברזיל, בהתאם לחלוקה שנהגה בין הצדדים מלכתחילה (50%-50%).



74. אשר לקיומה או היעדרה של זכות קיזוז ללוין; קבע הבורר קמא, כי מאחר וההשקעה בקרן GTI הינה עצמאית ונפרדת, כי אז אין להתנות את השבתה בפירוק כולל של מיזמי הצדדים ולא ניתן לקזז בגינה נזקים נטענים במיזם זה או אחר.

75. אשר לסכום הכספים המופקדים של שמסי בקרן GTI; קבע הבורר קמא, כי שמסי עמד בנטל להוכיח את טענתו לפיה הסכום של הכספים המופקדים של משפחת שמסי בקרן GTI עמד נכון ליום 30.6.2016 על סך של 27,632,304 דולר ("יתרת הכספים המופקדים").

76. אשר לשיעור הריבית על יתרת הכספים המופקדים; קבע הבורר קמא, כי שמסי לא עמד בנטל הנדרש להוכיח את גובה תשואת קרן GTI בשנים הרלוונטיות, החל מחודש יולי 2016. הבורר קמא קבע כי המידע שסופק בנספח ל"ב לתצהיר רו"ח ערן בניטה אינו מועיל שכן הוא מתייחס לשנים 2012-2015 ולא מתייחס לנתונים בדבר תשואת הקרן החל מיום 30.6.2016 שהינו המועד "הקובע" כדי לבחון את תשואת הקרן (סעיף 193 לפסק הבוררות).

77. בנוסף קבע הבורר קמא, כי בכל הנוגע לעדותו של לוין, שציין כי בשנים 2016-2020 התשואה היתה בין 10-15%, אין בעדות זו כדי להוכיח את תשואת הקרן שכן המידע שסופק על ידי לוין אינו קונקלוסיבי ואינו מספק לצורך הכרעה בסוגיית התשואה (סעיף 193 לפסק הבוררות).

78. יחד עם זאת, קבע הבורר קמא כי "אין מקום להותיר את יתרת הכספים המופקדים נכון ליום 30.6.2016 ללא כל ריבית" ו"נוכח היעדר הוכחת תשואת קרן GTI לאורך השנים הרלוונטיות", מצא הבורר קמא לנכון להוסיף לסכום יתרת הכספים המופקדים ריבית לפי סעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית והצמדה הואיל ומדובר בסכום דולרי שיש לשלמו בדולרים. לפי קביעתו זו של הבורר קמא יוצא כי יש להוסיף ליתרת הכספים המופקדים ריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה החל מיום 30.6.2016 ועד למועד הפירעון בפועל (סעיף 195 לפסק הבוררות).

79. אשר להוצאות הליך הבוררות; קבע הבורר קמא, כי כל צד יישא בהוצאותיו (סעיף 199 לפסק הבוררות).

## 1. תמצית טענות הצדדים

### 1.1. ערעור שמסי – עיקר טענות שמסי בערעור

80. שמסי ובני משפחתו הגישו ערעור על פסק הבוררות מיום 26.9.2023 ועל החלטת הביניים של הבורר קמא מיום 6.12.2020.

81. ערעור שמסי מתמקד בשני נושאים עיקריים: האחד, שיעור הריבית על יתרת הכספים המופקדים; והשני, הוצאות המשפט לגביהן קבע הבורר קמא כי כל צד יישא בהוצאותיו.

82. אשר לשיעור הריבית על יתרת הכספים המופקדים; עיקר טענת שמסי הוא, כי היה מקום לפסוק את החזר הכספים בצירוף מלוא הרווחים שנצברו עליהם במשך כל השנים לפי הריבית החוקית הממוצעת שעמדה בשנים 2016-2020 על 12.5%. לטענת שמסי, תשואת הקרן הממוצעת עמדה בשנים אלה על 12.5%, כך שלאור פסק הבוררות שקבע כי שמסי לא הוכיח את תשואת הקרן בשנים 2016-2020 יוצא שלוין הרוויח מעוולתו מיליוני דולרים.

83. אשר להוצאות ההליך; טוען שמסי, כי על אף שהוציא הוצאות עתק לצורך ניהול ההליך המשפטי שאותו נאלץ לנהל בשל מעשה הנוכלות של לוין, הבורר קמא לא פסק הוצאות לטובתו ויש מקום לתקן טעות זו.

### שיעור הריבית על יתרת הכספים המופקדים – טענות שמסי

84. בפתח הערעור טוען שמסי, כי לוין השקיע מאמצים גדולים לביסוס טענתו הכוזבת שנועדה לנשל את שמסי מכספו ובין היתר "יצרו" לוין "דוח הנהלה" שלפיו כוללים לכאורה נכסי המיזמים המשותפים קרקעות בברזיל, אוסף אמנות ישראלית, אוסף אמנות סינית ודירת יוקרה בירושלים ("דוח הנהלה" מוצג ת/51, נספח 3 לערעור שמסי). אלא, שבפסק הבורר נקבע כי הנכס היחידי המשותף לצדדים הוא קרקעות בברזיל. כל יתר הנכסים הם בבעלותו הבלעדית של לוין באמצעות תאגידיו וכי אין להשקעה המשותפת בקרקעות ברזיל כל קשר להשקעה של שמסי בקרן GTI.

85. כמו כן טוען שמסי, כי בתחילת הבוררות הגיש לוין תביעה לבית המשפט במסגרתה ביקש לקבל לידיו מסמך שהופקד בנאמנות בידי רואה החשבון של שמסי, ערן בניטה, בו דיווח לשמסי על יתרת השקעתו בקרן. אלא, שלטענת שמסי, התביעה הכוזבת נשענה על הצהרת לוין כי רוי"ח ערן בניטה הפך את תנאי הנאמנות כשמסר את תוכן המסמך לשמסי, לכאורה בניגוד להוראות לוין (תצהיר לוין, מוצג תש49, נספח 4 לערעור שמסי), אולם לא רק שבחקירתו הנגדית לוין

נאלץ להודות שלא נתן הוראה כזו אלא שמטרתו היחידה של המסמך היתה למסור מידע לשמסי בהגשת התביעה הכוזבת לבית המשפט ולוין התיימר להשמיד את המסמך, אולם הבורר קמא קבע, בהסתמך על המסמך, כי יתרת ההשקעה של שמסי בקרן עמדה ביום 30.6.2016 על סך של 27,632,304 דולר (סעיפים 187-191 לפסק הבוררות).

86. שמסי מדגיש, כי הוכח שהכספים שלו הושקעו בקרן ולא הוצאו ממנה. לטענתו, לוי ניצל את התנימה על הסכמי ה-JV הפיקטיביים בכדי לסגור את חשבונות שמסי בקרן ולהעביר את הרישום בספרי הקרן מיום חתימת הסכמי ה-JV משמו של שמסי על שמו של לוי, אולם פעולה זו לא השפיעה על קיומם של הכספים ועל מיקומם.

87. לטענת שמסי, הסכמי ה-JV נחתמו ביום 17.11.2015 אולם בפועל בהתאם להסכמה האמיתית בין הצדדים כלום לא השתנה. אומנם לוי סגר את חשבונו של שמסי בקרן אבל הכספים של שמסי המשיכו להיות מושקעים בקרן ולא יצאו ממנה. הבורר קמא קבע כי ביום 30.6.2016 עמדה יתרת שמסי בקרן על סך 27,632,304 דולר ובדק מהו שיעור הריבית שיש להחיל על הסכום האמור החל מיום 30.6.2016 ועד לתשלומו בפועל. הבורר קמא דחה את טענת שמסי לפיה שיעור הריבית הוא תשואת הקרן וקבע כי התשואה לא הוכחה על ידי שמסי (סעיף 192 לפסק הבוררות). עם זאת, לבסוף החליט הבורר קמא לצרף לקרן ריבית לפי סעיפים 14-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה.

88. לטענת שמסי, קביעת הבורר קמא כי התשואה לא הוכחה הינה טעות. לשיטתו, משקבע הבורר קמא כי ההתקשרות העסקית בין הצדדים, נכון למועד מתן פסק הבוררות, היא השקעת כספי שמסי בקרן GTI, אין ספק שעל לוי להשיב את יתרת הכספים כשהם נושאים את תשואת הקרן. תשואת הקרן היא הריבית הקבועה בהסכם ההשקעה, ולא הריבית שבחוק פסיקת ריבית והצמדה. לשיטת שמסי, מסקנה זו מתחייבת הן מדיני עשיית עושר ולא במשפט והן מהעיקרון לפיו "אין חוטא נשכר", שכן לוי הפר את חובות האמון ונטל שלא כדן את כספי שמסי, כך שהרווח שצמח ללוי מהפרת חובת האמון שייך לשמסי.

89. שמסי טוען, כי לוי לא הפסיק לרגע לעבוד עבור שמסי בניהול כספו בקרן GTI והמשיך לנהל את כספי שמסי בקרן כפי שהוסכם בין הצדדים, על כן שיעור הריבית שיש להחיל על יתרת הכספים המופקדים בקרן נכון ליום 30.6.2016 ואילך הינו תשואת הקרן.

90. בטענתו לפיה תשואת הקרן הוכחה, תחילה מסביר שמסי, כי הוא הגיש לבורר קמא בקשה לחייב את לוי לגלות מסמכים שנוגעים לתשואת הקרן, כמו למשל: "דוח המפרט את תשואות

הקרן לשנים 2016 ואילך"; "דוחות כספיים של הקרן החל משנת 2007 ואילך" ו"דוחות ביקורת של רואי החשבון שביקרו את הדוחות הכספיים הנ"ל, לרבות של חברת Baker Tilly", אולם הבורר קמא, בהחלטה מיום 6.12.2020, דחה את בקשת גילוי המסמכים ומטעם זה לא היו בידי שמסי המסמכים שיעידו על תשואת הקרן ("החלטה מיום 6.12.2020").

91. משלא היו בידי שמסי המסמכים שיעידו על תשואת הקרן, לוי נחקר על נתוני התשואה בחקירה נגדית. לדברי לוי בעדותו, משנת 2016 ועד שנת 2020 עמדו התשואות בממוצע על 10-15% (פרוטוקול חקירה נגדית של לוי, נספח 11 לערעור שמסי). מאחר ונקבע כי ההסכמה האמיתית בין הצדדים היתה שהכספים יישארו בקרן GTI לפחות עד מרץ 2018 שאז שמסי יוכל למשוך את השקעתו; ומאחר ונקבע שביום 30.6.2016 עמדה יתרת המשקיעים בקרן על סך 27,632,304 דולר וכי לוי הפר את חובתו להמשיך ולמסור לשמסי דוחות על תשואת השקעתו בניגוד להסכם ההשקעה ולדין הכללי, ולאחר שלוי סירב לגלות את המסמכים שיאפשרו לשמסי לעמוד במדויק על תשואת השקעתו, כי אז טוען שמסי, כי יש לחייב את לוי בתשואה של 12.5% שהיא התשואה הממוצעת בשנים 2016-2020 בהתאם לדברי לוי בעדותו. לוי הוא מנהל הקרן ויש להניח שהוא משקף תשואה נמוכה מהתשואה שהיתה מתקבלת אילו נמסרו נתוני האמת המדויקים. אלא, שהבורר קמא קבע, כי אין בעדותו של לוי כדי להוכיח את תשואת הקרן שכן המידע שסיפק לוי "אינו קונקלוסיבי ואינו מספק לצורך הכרעה בסוגיית התשואה" (סעיף 193 לפסק הבוררות).

92. לטענת שמסי, טעה הבורר קמא בקביעתו זו שכן חישוב על פי תשואה ממוצעת הוא חישוב מקורב. בנוסף, את האשם באי הדיוקים אודות התשואה יש לזקוף דווקא לחובת לוי, ולא לחובת שמסי, שכן לוי הוא זה שמנע את החישוב המדויק כשהתנגד לגלות את המסמכים הרלוונטיים. לטענת שמסי, העובדה שהבורר קמא דחה את בקשת שמסי לגילוי המסמכים הספציפיים אינה גורעת מאחריות לוי לאי הגילוי.

93. לטענת שמסי, מסקנה זו מתחייבת גם מדוקטרינת הנזק הראייתי, לפיה נטל ההוכחה מועבר לכתפיו של מי שגרם לנזק הראייתי, כך שמקום בו לוי גרם נזק ראייתי לשמסי בלא הסבר המניח את הדעת, עשוי בית המשפט להטיל על לוי את נטל ההוכחה להיותה של אותה טענה לא נכונה.

94. לפיכך, טוען שמסי, נוכח הסתרת נתוני התשואה על ידי לוי, הנטל להוכיח כי תשואת הקרן היתה נמוכה מ- 12.5% עבר אל לוי. אולם הבורר קמא פסק כי ככל ששמסי סבר לאורך ההליך

"כי יש צורך בקבלת נתונים אודות תשואת קרן GTI בשנים מסוימות, הרי שעמדה להם ההזדמנות לדרוש נתונים כאמור גם בשלב החקירה הנגדית של מר לוי, שעה שלא התקבלה על ידו תשובה מספקת בנדון" (פסקה 194 לפסק הבררות). בהתאם לקביעת הבורר קמא, טוען שמסי, כי כבר בתחילת ההליך הוא סבר שהנתונים אודות תשואת הקרן הם רלוונטיים וחשובים ולכן הגיש בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים אולם הבקשה נדחתה על ידי הבורר קמא ומדובר בהחלטה שגויה.

95. בעניין זה טוען שמסי, כי אין לזקוף לחובתו את העובדה שלא הוסיף וביקש פעם נוספת בקשה לגילוי מסמכים לאחר שהבקשה הראשונה שהגיש נדחתה ואין מקום ששמסי ייענש על כך. מכל מקום, טוען שמסי, כי הוא הצליח בחקירה נגדית של לוי לחלץ ממנו נתוני תשואה מקורבים כך שיש להסתפק בנתונים אלה ולקבוע כי נתוני תשואת הקרן הוכחו.

96. עוד טוען שמסי, כי אומנם לוי נחקר לגבי תשואת הקרן רק עד לשנת 2020 (ולא נחקר על התשואה בשנים שמ-2020 ועד לחודש יולי 2022, בזמן החקירה הנגדית שלו), אך לטענתו, חזקה על לוי, כי אילו היתה התשואה משתנה מהותית כלפי מטה, הוא היה מציין זאת בעדותו. לשיטתו, נוכח אחריות לוי להעדר הנתונים המדויקים ומשהתבקשה התשואה הממוצעת, אין מניעה להחיל את התשואה האמורה גם על שנת 2021 ואילך. מכל מקום, טוען שמסי, כי אין בהעדר הנתונים לגבי 2021 ואילך כדי להצדיק את ההתעלמות מהנתונים שכן התבררו, לגבי שנת 2016-2020.

97. עוד מוסיף וטוען שמסי בעניין זה, כי אומנם בעקבות חקירת לוי הוא לא דרש צו שורה ללוי לספק את האינפורמציה, אלא שהוא דרש צו לגילוי מסמכים אך בקשתו כאמור נדחתה. שמסי אף טוען, כי אם הבורר קמא מצא, בניגוד לעמדת שמסי, כי נתוני התשואה שסיפק לוי אינם מספקים, היה עליו להורות ללוי לספק את נתוני התשואה שבשליטתו, שכן על הבורר לפעול בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך (סעיף י"ד לתוספת הראשונה לחוק הבררות), זאת בפרט לאחר שהבורר קמא דחה את בקשת שמסי לקבל את נתוני התשואה.

98. לסיכום נושא זה טוען שמסי, כי יש לקבל את הערעור ולחייב את לוי לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף ריבית בגובה 12.5% שנתית המחושבת מדי רבעון החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל (ולחילופין עד למועד פסק הבררות, 26.9.2023, וממנו ואילך, ריבית פיגורים כחוק).

דחיית הבקשה לגילוי מסמכים ספציפיים – טענות שמסי

99. לחילופין טוען שמסי, כי שגה הבורר קמא כשדחה, בהחלטת ביניים מיום 6.12.2020, את הבקשה לגילוי מסמכים ספציפיים שהגיש שמסי בשעתו ("החלטת הביניים"), ושקבלתה היתה מאפשרת להוכיח את התשואה המדויקת בפועל שנשאה ההשקעה בקרן (החלטת הביניים, נספח 2 לערעור שמסי).

100. בהחלטת הביניים קבע הבורר קמא כי "עיינתי בהשלמות שהתבקשו; אין בהן דבר שמצדיק סיבוב נוסף. ההליכים המקדמיים מיצו את עצמם. גם כך נעתרתי להם ברוחב לב, אולי יתר על המידה". לטענת שמסי, שגה הבורר קמא בקביעתו זו והיה עליו לקבל את בקשת שמסי לגילוי המסמכים המעידים על תשואת הקרן. לשיטתו, לא היה מקום לפטור את לוי מגילויים, שכן מדובר במסמכים בסיסיים שמצויים אצל לוי, אין כל קושי לאתרם והם חיוניים להוכחת התשואה בתקופה שלאחר שנת 2016, כפי שהוכיחה גם פסיקת הבורר קמא. כמו כן, שמסי טוען כי חשיבות הנתונים המבוקשים הנוגעים לתשואה שנצברה על ההשקעות, הודגשה כבר בכתב התביעה.

101. שמסי מדגיש, כי בשתי החלטות אחרות של הבורר קמא, מיום 23.1.2022 ומיום 29.3.2022 (פסקה 30.5 לפסק הבוררות), ביקש לוי להגיש 16 קלסרים שכללו אלפי מסמכים, והבורר קמא קיבל את הבקשה ופסק כי "עדיף להימצא בסופו של דבר עם חומר מיותר מאשר עם חסר שיקשה על הסקת מסקנות נכונות." לא זו בלבד, אלא שלבסוף לוי לא עשה כל שימוש באלפי המסמכים שהעמיס על שמסי ועל הבורר קמא. בנסיבות אלה, טוען שמסי, כי טעה הבורר קמא שדחה את בקשת שמסי לחייב את לוי לגלות את המסמכים מהם ניתן היה ללמוד על תשואת הקרן.

102. לפיכך, שמסי מבקש לקבל את הערעור על ההחלטה מיום 6.12.2020, לחייב את לוי לגלות את מסמכי הקרן המעידים על נתוני תשואת הקרן (זוח המפרט את תשואות הקרן לשנים 2016 ואילך; דוחות כספיים של הקרן משנת 2007 ואילך; דוחות ביקורת של רואי החשבון שביקרו את הדוחות האמורים, לרבות חברת Baker Tilly) ולחייבו לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף תשואת הקרן כפי שתתברר מהנתונים שיוגלו כאמור, החל מיום 30.6.2016 ועד לתשלום בפועל (ולחילופין עד למועד פסק הבוררות 26.9.2023, וממנו ואילך – ריבית פיגורים כחוק). לחילופין שמסי מבקש לחייב את לוי לגלות, בתצהיר מאומת על ידי רואה חשבון, את תשואת הקרן מיום 30.6.2016 ואילך ולחייבו לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף

תשואת הקרן כפי שתתברר, החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל (ולחילופין עד למועד פסק הבוררות 26.9.2023, וממנו ואילך – ריבית פיגורים כחוק).

#### לחילופי חילופין – השערות הנכון – טענות שמסי

103. שמסי טוען, כי טעה הבורר קמא בקבעו, כי הריבית שיש לחייב את לוי החל מיום 30.6.2016 הינה ריבית מטבע חוץ על פי חוק פסיקת ריבית והצמדה, שכן שמסי זכאי לקבל את כספו בצירוף תשואת הקרן, ולא את הריבית שבחוק פסיקת ריבית והצמדה, המקפחת אותו.

104. לטענת שמסי, ריבית המט"ח לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה עמדה בשנים 2016-2020 על ממוצע של 2.5% בדיוק. מאחר ולוי העיד, כי תשואת הקרן עמדה בשנים אלה על 10-15%, אין ספק כי הריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה מקפחת את שמסי באופן קיצוני והיא לא יכולה להוות תחליף לתשואת הקרן.

105. שמסי מוסיף בעניין זה, כי ניתן היה לחשוב על מזדים ידועים ומוכרים המתאימים לשערות השקעה דולרית פיננסית כמו למשל: מדד Nasdaq, המתאים להשקעה הכרוכה ברמת סיכון גבוהה, או מדד 500 החברות הציבוריות האמריקאיות הגדולות S&P 500. מדדים אלה עלו בתקופה הרלוונטית (מיום 30.6.2016 ועד ליום פסק הבוררות) ב-14.68% וב-10.31% בהתאמה.

106. לפיכך, לחילופי חילופין, לטענת שמסי, יש לחייב את לוי לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף ריבית בגובה תשואת מדד מוכר כדוגמת Nasdaq או S&P 500 החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל (ולחילופין עד למועד פסק הבוררות 26.9.2023, וממנו ואילך – ריבית פיגורים כחוק).

#### הוצאות משפט – טענות שמסי

107. הבורר קמא קבע, כי כל צד יישא בהוצאותיו. לטענת שמסי, מדובר בטעות המצדיקה את התערבות בורר הערעור, שכן לטענתו היה על הבורר קמא לחייב את לוי לשלם לשמסי הוצאות ריאליות בסך שלא יפחת מ-11.5 מיליון ש"ח.

108. בסיכומי התשובה שמסי הצהיר על הוצאות המשפט שהיו לו הכוללים בין היתר הליך בוררות שהתנהל משך חמש ורבע שנים, במסגרת הבוררות הוגשו עשרות בקשות ונחקרו 20 עדים במשך עשרות שעות. בגין ניהול הליכים אלה נשא שמסי בשכר טרחה שעתה והוצאות בסכום של 646,000 דולר ועוד 8.96 מיליון ש"ח (כולל מע"מ) בישראל.

109. שמסי טוען, כי הבורר קמא קבע כי "נתתי משקל לתוצאת הפסק", אלא שתוצאת הפסק היא ששמסי זכו, לאחר חמש ורבע שנות התדיינות, בכ-34 מיליון דולר, כך שתוצאה זו מחייבת שיפוי של שמסי בגין הוצאותיו המשפטיות.

110. לטענת שמסי, טעה הבורר קמא כשקבע כי "ההשקעה – לא היתה שנויה במחלוקת", אלא שביום 10.5.2020 – כשנתיים לאחר תחילת הליך הבוררות – הגיש לוי לבורר הערעור הודעת ערעור שהחזיקה 30 עמודים סביב הטענה כי אין לבורר כל סמכות לדון בעסקת השקעה וכי סמכותו של הבורר מוגבלת לעסקת הלוואה. ההחלטה מושא ערעור זה (מיום 4.3.2020) קיבלה את בקשת שמסי להצהיר כי הבורר מוסמך לדון בטענת השקעה. בנסיבות אלה, טעה הבורר קמא בקבעו, כי ההשקעה לא היתה שנויה במחלוקת, לכאורה, לאחר שלוי בובו למעלה משנתיים בטענות סרק חוזרות ונשנות בדבר חוסר הסכמות של הבורר לדון בטענת ההשקעה.

111. כמו כן, מוסיף וטוען שמסי, כי בכל החלטות הביניים הרבות שהיו בבוררות, לא נפסקו הוצאות אלא נקבע כי ההוצאות יילקחו בחשבון בפסק הבוררות.

112. הבורר קמא הוסיף וציין כי "נתתי דעתי גם להתנהלות הדיונית, שפורטה בהרחבה בפסק זה". אלא שלטענת שמסי, לא ברור כיצד השפיעה ההתנהלות הדיונית על ההחלטה בעניין ההוצאות, במיוחד כאשר התנהלותו של שמסי היתה ללא דופי לעומת התנהלותו של לוי שהתאפיינה בניסיונות "לתקוע מקלות בגלגלי הבוררות".

113. לסיום, טוען שמסי, כי בהמשך לבקשת לוי לאיחוד התיקים (שנדחתה), ניתן רק לשער כמה שנים נוספות היתה הבוררות נמשכת אילו הצליח לוי במזימתו. אולם, בסופו של דבר שיטת לוי צלחה ולו בחלקה, שכן לוי הצליח למתוח את הבוררות על פני למעלה מחמש שנים, כאשר בכל יום הוא מרוויח לא פחות מ-20,000 דולר ובעקבות פסק הבוררות, לא רק שהוא לא נדרש להשיב את הרווח האמיתי שנגרם לו, אלא שאפילו הוצאות משפט הוא לא נדרש לשלם. לפיכך, מבקש שמסי לקבל את הערעור גם בעניין זה ולחייב את לוי לשלם לשמסי הוצאות משפט בסכום שלא יפחת מ-11.5 מיליון ש"ח ואף לחייב את לוי לשלם לשמסי הוצאות ערעור זה.



## 2.1. תשובת לוי לערעור שמסי

114. עיקר טענות לוי לערעור שמסי הוא כי שתי טענותיו העיקריות של שמסי בערעורו הן טענות שערכאת ערעור אינה נוהגת להתערב בהן, שכן מדובר בקביעות עובדתיות של פסק הבוררות שכידוע ערכאת הערעור איננה נוהגת להתערב בהן.

115. לטענת לוי, הליך הבוררות התנהל במשך חמש שנים כשבמהלכו הגיש שמסי תביעה וכתב תשובה שנמחק, ניתנה לו אפשרות להגיש תביעה מתוקנת, בוצעו הליכי גילוי ועיון נרחבים ביותר, העידו מטעם שמסי שבעה עדים, התקיימו למעלה מ-25 דיוני הוכחות והוגשו על ידי שמסי סיכומים וסיכומי תשובה, ועל בסיס כל אלה פסק הבורר קמא בפסק הבוררות ששמסי לא הוכיח קיומה של הסכמה בדבר התשואה ו/או קיומן של תשואות על הסכום שנפסק לזכותו. לוי מדגיש, כי שמסי ניסה להוכיח את קיומם של דברים אלה, אלא שניסיון זה כשל וטענותיו נדחו בפסק הבוררות. במיוחד מדגיש לוי, כי הבורר קמא קבע ביחס למהימנות מר אד שמסי כי "הדעת אינה נוחה משינויי הגרסאות והדגשים בטיעוניו של מר שמסי, שלעיתים נדמה שהוא מדלג מטיעון לטיעון, משל היה עז-הרים המדלגת מסלע לסלע" (סעיף 79 סיפא לפסק הבוררות).

116. לטענת לוי, קביעות אלה בפסק הבוררות ביחס לשמסי וגרסאותיו המשתנות, מחזקות את הטעם לדחיית ערעור שמסי בנוגע לממצאים העובדתיים, נוכח הפסיקה הקובעת כי נטיית ערכאת הערעור שלא להתערב בממצאי עובדה תגבר כאשר הפסק נשען על קביעות בנוגע למהימנות גרסאות בעלי דין ועדים. בנסיבות אלה, טוען לוי, כי דין ערעור שמסי על הקביעות העובדתיות בפסק הבוררות להידחות על הסף.

117. לטענת לוי, הנחת הבסיס הראשונה שבטענת שמסי היא שבין הצדדים היה קיים הסכם לפיו "מה שהיה הוא שיהיה", כך שהצדדים זממו ביחד וכתרו בשנת 2015 הסכם בלתי חוקי לפיו הקרן תנהל את כספיו של שמסי תוך ביצוע עבירות של אי דיווח ועבירות נוספות מצד שמסי של השמטת הכנסות והלבנת הון בסיוע של הקרן. הנחת הבסיס השנייה שבטענת שמסי היא הטענה לפיה לוי היה מחויב בהסכם הבלתי חוקי (דהיינו להמשיך לעבוד עבור שמסי בניהול כספיו ולהשיא לו תשואות) גם לאחר ששמסי הגיש כנגדו את תביעת המרמה בארה"ב, למרות שאין חולק שלוי הודיע חד משמעית כי הוא אינו מנהל עבור שמסי כסף כלשהו בקרן ולמרות ששמסי ידע כי כספו אינו ממשיך להיות מנוהל בקרן.

118. לטענת לוין, עמדתו העקבית עוד קודם שהוגשה תביעת המרמה על ידי שמסי בארה"ב, שהועברה להכרעה במסגרת הבוררות בישראל, היתה שעם כניסת רגולציית FATCA לתוקף, הוצגו בפני מר שמסי שתי ברירות חד משמעיות: או שידווח כדין על השקעתו בקרן או שיוציא את כספו מהקרן. לא היתה קיימת כל אופציה שלישית. מאחר ואין חולק ששמסי סירב לדווח על השקעתו בקרן, מרגע זה הוצאו כספיו מהקרן ולוין, לטענתו, לא המשיך לנהל עבור שמסי את כספו בקרן.

119. לטענת לוין, על רקע זה חיפש שמסי פתרון בכל הקשור לכספו שהיה מוחזק בקרן ובסופו של יום הפתרון נמצא בהתקשרות בהסכמי ה-JV שבבסיסם הוצאו כספו של שמסי מהקרן. לשיטת לוין, התנהלות הצדדים בכל הקשור לניסיונות לפתור את הבעיה שאליה נקלע שמסי שחייבה אותו להוציא את כספיו מהקרן, מלמדת באופן חד משמעי כי לשמסי היה ברור שכספו אינו מנוהל יותר בקרן, אינו צובר תשואה כלשהי והוא לא ציפה לתשואה כלשהי על כספו. בנסיבות אלה, טוען לוין, יש לדחות את הערעור של שמסי בכל הקשור לתשואה שהוא מבקש כי תפסק לו.

120. כמו כן טוען לוין, כי אם לא נאמר כן, יוצא חוטא נשכר שכן המשמעות היא מתן תוקף למעשה הרמיה של שמסי את רשויות המס בארה"ב תוך מתן הכשר לכך שהרמאי שביקש לחמוק מרשויות המס ייהנה מפירותיה של רמיה זו.

121. עוד טוען לוין, כי שמסי ידע, לאחר חתימת הסכמי ה-JV מתחילת שנת 2016 או לכל המאוחר מתחילת שנת 2017, כי כספו לא ינוהל יותר במסגרת הקרן, כי הוא אינו מושקע בקרן ולכן הוא לא יכול היה לצפות שמגיעה לו תשואת הקרן. לטענת לוין, כספים שבמקור היו מופקדים בקרן לפני ההתקשרות של הצדדים בהסכמי ה-JV, שימשו בפועל את ההשקעות בברזיל. לטענתו, החל משנת 2017 "שמסי הפסיק להיות מעורב במימון ברזיל (באמצעות כספי המיזם המשותף) והותיר את הבמה ללוין לבדו אשר המשיך לממן את הפעילות למען שמירת ערך המיזם, בהיקף של מיליוני דולרים לרבות מכספי המיזם המשותף שבקור הושקעו על ידי שמסי בקרן עד להוצאתם מהקרן" (סעיף 32 לתשובת לוין לערעור שמסי). בנסיבות אלה, טוען לוין, כי שמסי לא יכול היה לתבוע את תשואת הקרן והוא מושתק מלטעון כי מגיעה לו תשואת הקרן החל מההתקשרות בהסכמי ה-JV.

122. לוין סבור, כי לא רק שמסי ידע שכספו לא יישא תשואה של הקרן אלא שהוא גם לא חשב או האמין כי מגיע לו לקבל תשואה כלשהי על כספו בגובה התשואה שהקרן תשיג. לטענתו, גם

אילווא הסכמי ה-JV נחתמו, צפיית שמסי היתה לקבל, לכל היותר, תשואה על כספו בגובה של 3-4% ריבית אותה הוא עתיד היה לקבל מהמרת השקעתו בקרן להעמדת הלוואה לשימוש של לוי.

123. לטענת לוי, שמסי לא הגיש תביעה בה טען כי מגיע לו לקבל את תשואת הקרן ולא כלל במסגרתה סעד של תשלום התשואה על הקרן. בנסיבות אלה, לטענתו, יש לדחות את ערעור שמסי הנוגע לטענת התשואה או הריבית.

124. כך או כך, טוען לוי, מאחר ששמסי לא דיווח לשלטונות המס האמריקאים אודות השקעתו בקרן והבנתו עד כמה הדבר חמור, סירובו של שמסי לדווח על השקעתו, העמיד את הקרן במצב לא נוח במהלך שנת 2015, שכן בכל אותה עת ועד למציאת הפתרון המוסכם, הקרן לא דיווחה על שמסי בפורטל תוך נטילת סיכון שגם עליה יושתו סנקציות.

125. לטענת לוי, הסיכון שעמד בפני שמסי לו השאיר את כספו בקרן היה מאסר וקנס בגובה 9 מיליון דולר ולכן שמסי חיפש פתרון הכרוך בהוצאת כספו מהקרן.

126. לטענת לוי, הפתרון הראשון שהוצע היה לבצע עסקה שכספו של שמסי יוצא מהקרן ויועבר לחברת ביטוח שמציעה פוליסה שמנהלת סוג של נאמנות כספים כאשר הגוף המנהל (צד שלישי) ישקיע השקעה חוזרת בקרן. אלא ששמסי החליט שלא להוציא את כספו מהקרן באמצעות צדדים שלישיים. ואולם, עצם הדיון על פתרון זה מעיד על כך, לטענת לוי, ששמסי ידע כי חובה עליו להוציא את כספו מהקרן וכי הקרן תפסיק לנהל את כספו (סעיפים 55-52 לתשובת לוי לערעור שמסי).

127. או אז טוען לוי כי עלה פתרון ההלוואה. לטענת לוי, באמצעות יעוץ שקיבל שמסי מ"השועל" הגיע שמסי לפתרון לפיו הוצאת כספו מהקרן תהיה באמצעות הפיכת ההשקעה בקרן להלוואת בלון נושאת ריבית שתועמד ללוי לשימוש הפרטי בתנאים שיוסכמו על ידי לוי. לוי טוען כי הצדדים ניהלו משא ומתן על הסכם ההלוואה והסכימו על כך שכל כספי ההשקעה יומרו להלוואה שהועמדה בשנת 2011, הנושאת ריבית בשיעור של 3.3%. כך, לטענת לוי, שמסי ידע שהוא לא יהיה צפוי יותר להשיא תשואה על כספו באמצעות ניהולו על ידי הקרן. לאחר שהצדדים סיכמו את תנאי ההלוואה, פנה שמסי אל עו"ד אורן לוסטיגמן בפקס (עמ' 15 לתשובת לוי) וביקש ממנו שיכין עבור הצדדים הסכם הלוואה בריבית של 3.3%. לטענת לוי, מדובר בהודעת בעל דין של שמסי. רגע לפני החתימה על הסכם ההלוואה, שמסי חזר בו מהמוסכם וסירב לחתום.

128. לשיטת לוי, הסכמה זו שהצדדים הגיעו אליה להפיכת השקעת שמסי בקרן להלוואה שהועמדה ללוי לשימושו בריבית של 3.3%, מוכיחה את העובדה שבזמן אמת שמסי ידע שכספו לא נותר יותר בקרן והוא לא נושא תשואה כלשהי של הקרן. עובדה זו, לשיטת לוי, מוכיחה ששמסי לא ציפה לקבל תשואה של הקרן וכי הוא לא סבר שמגיע לו לקבל את התשואה שהקרן תשיג במהלך השנים.

129. לטענת לוי, שמסי הוא זה שהציע את פתרון המיזם המשותף לפיו הוצאת כספו מהקרן תהיה באמצעות הפיכת ההשקעה בקרן להשקעות במיזמים שונים. עוד מוסיף לוי, כי על פי יעוץ שקיבל שמסי, המרת ההשקעות הכספיות שלו בנכסים ריאליים פותרת לו לחלוטין את בעיית אי הדיווח על השקעתו בקרן ובעיית העלמת המס ועבירות הלבנת ההון מאחר והשקעה בנכסים ריאליים אינה מחייבת דיווח ואינה מחייבת תשלום מס כלשהו עד למימוש הנכסים. לטענת לוי, בפתרון זה שמסי ידע שהוא לא צפוי יותר להשיא תשואה על כספו על ידי הקרן והתשואה על כספו תהיה פועל יוצא של עליית שווי נכסי המיזם המשותף.

130. במהלך המחצית השנייה של שנת 2016 שמסי ביקש לחזור בו מהסכמי ה-JV לאחר שהתברר לו שההסכם יצר לו בעיה שקשורה למס עובון, אז ביקש שמסי לאמץ "סידור חדש" לפיו הצדדים יקיימו מעין הליך בוררות שיקבע את אופן חלוקת הכספים של המיזם המשותף ואלה יושקעו בדרכים שונות. הבסיס לרעיון היה למעשה חזרה לרעיון של ההלוואה עם ריבית. לטענת לוי, באותה עת לא היה קיים סכסוך בין הצדדים. בעזרת רו"ח ערן בניטה ועו"ד דתן דורות נוסח ההסכם החדש (הצעה לפשרה) המכונה בפסק הבוררות "מתווה דתן". הבורר קמא קבע כי אינו נדרש להכריע במשמעויות הכספיות של "מתווה דתן" שכן צוין לגבי המתווה שהוא היה לצרכי פשרה בלבד ואין לעשות בו שימוש במסגרת הבוררות.

131. אלא, שלטענת לוי שגה הבורר קמא בעניין זה שכן הממצאים של "מתווה דתן" חשובים לצורך קביעת הסכום המגיע לשמסי ובאשר למה ששמסי חשב שמגיע לו ואיזה תשואה הוא ציפה לקבל על כספו.

132. אשר לתשואת הקרן; לטענת לוי, המסמכים שנחתמו בין הצדדים בנוגע להשקעת כספי שמסי בקרן שותקים בכל הנוגע לשיעור ריבית מובטח ולהבטחת ההשקעה בהלוואה (סעיף 102 לפסק הבוררות). בנוסף, עצם ניסיונו של שמסי לזהות בין תשואה לבין ריבית, נדון לכישלון כי המונח תשואה הוא רחב יותר מהמונח ריבית. לטענת לוי, שמסי תבע בתביעתו תשואה במובנה הצר

בלבד של ריבית, ולא תבע את התשואה בגין ניהול תיק ההשקעות וגם בהסכמי ההשקעה אין שום אזכור למונח ריבית.

133. עוד טוען לוי, כי בנסיבות העניין לא היה ראוי לפסוק ריבית כלשהי לזכות שמסי, אלא שכאשר בהסכם הבוררות נקבע כי הוא כפוף לדין המהותי הרי שבסמכות בורר לפסוק ריבית במסגרת חוק פסיקת ריבית והצמדה בלבד ואין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בקביעות הערכאה הדיונית בנוגע לריבית המוספת על הסכום הפסוק המצויות בשיקול דעתה. מטעם זה, יש לדחות את טענות שמסי בעניין זה.

134. אשר לטענת שמסי, לפיה תשואת הקרן היא הריבית הקבועה בהסכם ההשקעה ולכן היא הריבית הרלוונטית; טוען לוי, כי שמסי לא תבע בתביעתו את תשואת הקרן בכלל ובפרט בנוגע לתקופה שלאחר מועד הגשת התביעה, אלא תבע ריבית בלבד. בנסיבות אלה, לטענתו, אין לפסוק סעד שלא התבקש ופסיקת סעד שלא התבקש מהווה חריגה מסמכות של הבורר קמא. לטענתו, לבורר קמא לא היתה סמכות לדון בשאלת תשואת הקרן, שכן שמסי לא תבע אותה בתביעתו. לוי סבור, כי טענת שמסי לפיה "תשואת הקרן היא הריבית הקבועה בהסכם ההשקעה ולכן היא הריבית הרלוונטית" נטענה לראשונה בערעור ודינה להידחות על הסף ולגופו של עניין לא ניתן לזגוג בין המונחים ריבית לתשואה.

135. אשר לטענת שמסי, לפיה לוי הפר את חובות האמון ולכן מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט יש לחייב אותו בתשואה שהקרן הניבה; משיב לוי, כי טענה זו חסרת בסיס. לפי גרסת שמסי, הצדדים התקשרו כביכול בהסכמי ה-JV למראית עין על מנת ששמסי יוכל להתחמק מרשויות המס בארה"ב, לא לדווח על הכנסותיו ולחמוק מהליכים פליליים וקנסות בשיעור של קרוב לעשרה מיליון דולר (פרוטוקול 25.4.22, 20/6) וכעת הוא מבקש מהבורר שיפסוק לו את פירות מעשיו הבלתי חוקיים. לטענת לוי, דבר זה לא מתיישב עם הדין הכללי, לא עם דיני החוזים ולא עם דיני עשיית עושר, שכן בית המשפט לא יכשיר חוזה נסתר שהוא בלתי חוקי.

136. טוען לוי, כי בהינתן שמדובר בחוזה בלתי חוקי, הרי שגם אם היינו מקבלים את עמדת הבורר קמא לפיה הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין, אז דין החוזה הנסתר, בהיותו בלתי חוקי, חייבה לקבוע שהוא בטל.

137. כמו כן, לטענת לוי, למרות שאחת מעילות התביעה של שמסי היתה הפרת חובת אמון, פסק הבורר לא קבע כי לוי הפר את חובת האמון והנאמנות כך שהבסיס לטענת שמסי לחיוב לוי בשל הפרת חובות האמון נשמט. אשר לעשיית עושר ולא במשפט; משיב לוי כי מי שמנסה

לעשות עושר ולא במשפט על חשבון לזין הוא דווקא שמסי עצמו, שכן שמסי לא ביקש ולא ציפה שבתקופת הביניים – מיום הוצאת הכספים מהקרן ובוודאי מיום הגשת התביעה ועד למתן פסק הדין – כספו יישא תשואה כלשהי הקשורה לקרן. לטענת לזין, מרגע שההסכם הנסתר פקע ומרגע שהסכסוך בין הצדדים פרץ, לא ניתן לייחס לזין חובה כלשהי להמשיך "ולעבוד" עבור שמסי בניהול כספו.

138. אשר לטענת שמסי לפיה מכוח העיקרון שאין החוטא יוצא נשכר יש לחייב את לזין בתשואות הקרן גם אם לא באה על חשבונו של שמסי; משיב לזין, כי עצם המחלוקת בין הצדדים אינה הופכת את לזין לחוטא. לא בכדי בחר הבורר קמא שלא לחייב את לזין בהוצאות ההליך שכן בסופו של ההליך היחיד שניתן לומר עליו שהוא חוטא במערכת היחסים הוא מר שמסי עצמו.

139. אשר לערעור על החלטת הביניים שדחתה את בקשת שמסי לגילוי מסמכים; משיב לזין, כי ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בהחלטות הערכאה הדיונית הנוגעות לסדרי הדין וביניהן החלטות בהליכים מקדמיים, גילוי מסמכים והבאת ראיות. בעניין זה טוען שמסי, כי העובדה שלא גולו לו דוחות התשואה של הקרן מהווה נזק ראייתי, אלא שלזין משיב, כי מדובר בטענה חדשה בערעור שלא נטענה על ידי שמסי בפני הבורר קמא בערכאה הראשונה לרבות לא בסיכומים ולכן לא ניתן להעלותה כעת בערעור. עוד נטען על ידי לזין בעניין זה כי מדובר במסמכים שאינם רלוונטיים וכי הבורר קמא דחה את בקשת שמסי לגילוי המסמכים ושמסי לא חזר על דרישתו אלא זנח אותה.

140. לטענת לזין, פסק הבוררות קבע כממצא עובדתי ששמסי לא עמד בנטל הנדרש להוכיח את תשואת הקרן בשנים הרלוונטיות שלאחר חתימת הסכמי ה-JV (סעיפים 193 ו-197 לפסק הבוררות), וכידוע ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים שבעובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית ומטעם זה יש לדחות את הערעור בנוגע לסוגיית תשואת הקרן.

141. לטענת לזין, אין חולק שבפני הבורר קמא לא היו קיימים נתוני אמת מוסמכים של תשואות הקרן, למעט לגבי התקופה שקדמה להסכמי ה-JV (בסוף 2015), ולא בכדי הבורר קמא פסק שאין בעדות לזין להוכיח את תשואת הקרן. בנסיבות אלה, טוען לזין, כי נתוני התשואה של הקרן לא הוכחו על ידי שמסי ויש לדחות את ערעור שמסי על החלטת הביניים של הבורר קמא שדחתה את הבקשה לגילוי מסמכים.

142. אשר לטענה החילופית לגבי הצמדה למדד S&P 500 או למדד הנאסד"ק; משיב לזין, כי שמסי ידע שהחל מתחילת שנת 2016 עם חתימת הסכמי ה-JV או לכל המאוחר מתחילת שנת 2017

כשהגיש את תביעתו, כספו לא ינוהל יותר במסגרת הקרן וציפייתו היתה לקבל ריבית בשיעור של 3-4% בדומה להסכם ההלוואה שלא נחתם והצעתו בסוף שנת 2016, ערב הגשת התביעה, כשביקש ריבית בשיעור של 4%. לטענת לוי, ברור שאין כל מקום להעלות את הטענה על שיערוך לפי מדד כזה או אחר. מעבר לכך טוען לוי, כי מדובר בטענה שהועלתה לראשונה בערעור וממילא מדובר בטענה שבעובדה המחייבת קיום הליך ראייתי שלם הכולל קבלת חוות דעת מומחים ונתונים שונים שהיו צריכים להיבחן במסגרת ההליך הקודם.

143. אשר להוצאות ההליך; טוען לוי, כי אין מקום להתערב בפסיקת הבורר קמא בעניין ההוצאות שכן בעניין זה ההלכה דומה לערעור על ממצאים עובדתיים וערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בגובה ההוצאות שנפסקו על ידי הערכאה דלמטה.

144. לטענת לוי, אי פסיקת הוצאות במקרים בהם התקבלו רק חלק מטענות שמסי אינה חריגה בנוף פסיקות ערכאות השיפוט. במקרה דנא, פסק הבוררות דחה את כל טענות שמסי שנטענו במהלך כל ההליך. החלק הארי של ההליך והמשאבים העיקריים שלוי נאלץ להשקיע היו בהוכחה שטענות התביעה הן טענות שווא של מרמה של ממש. לא היה שום הסכם הלוואה, לא היה שום הסכם השקעה מובטחת בהלוואה, לא היתה ריבית בשיעור 13.3% והסכם המיזם המשותף לא היה בטל מחמת פגם בכריתתו כפי שנטען בתביעה, לאחר שבהודאת בעל דין שמסי הודה בתקירתו בתקפות של סעיפי ההסכם. לטענת לוי, אם ראוי היה להטיל הוצאות כלשהן בהליך זה אלה היו צריכות להיות מוטלות על שמסי דווקא בהתחשב בקביעות החמורות בדבר מהימנותו האפסית ובכך שחלקן הארי של טענותיו בתביעה נדחה בפסק הבוררות.

### 3.1. תגובת שמסי לתשובת לוי

145. אשר לטענת לוי כי שמסי מבקש לערער על קביעתו העובדתית של הבורר קמא בפסק הבוררות, לפיה הוא לא הוכיח כי הוא זכאי לריבית או לתשואה על הסכום שנפסק; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי אין בפסק הבוררות כל קביעה כזו. מה שנקבע בפסק הבוררות, לטענתו, הוא שתשואת הקרן לא הוכחה לאורך השנים הרלוונטיות החל מיום 30.6.2016 ועל כך מערער שמסי, אולם לא נקבע כי שמסי לא הוכיח את זכאותו לריבית או לתשואה על הסכום שנפסק.

146. אשר לטענת לויין כאילו "שמסי ידע שכספו אינו בקרן" והוא "לא ציפה ולא דרש לקבל את תשואת הקרן" (סעיף 107 לתשובה); משיב וטוען שמסי בתגובתו כי קביעות הבורר קמא בפסק הבררות בעניין זה הן הפוכות ורבות ולפיהן שמסי, וגם לויין, ידעו, הסכימו ורצו שכספו של שמסי, שהופקד בקרן עוד בשנת 2011, ימשיך להיות מופקד בקרן ולשאת את תשואת הקרן וזאת עד המועד שבו יבחר שמסי למשוך את כספו (אך לא לפני מרץ 2018) (סעיפים 132, 143, 144, 155, 156, 162, 171, 172 לפסק הבררות).

147. אשר לטענת לויין כי לא ניתן בכלל לפסוק ריבית החורגת מהתקרה הקבועה בחוק פסיקת ריבית והצמדה; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי מדובר בטעות שכן לפי הוראת סעיף 11(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("חוק החוזים תרופות"), בית המשפט (או בורר) רשאי לקבוע במקרים המתאימים שיעור ריבית שונה מזה שנקבע בחוק פסיקת ריבית והצמדה. שמסי טוען כי המקרה דנן הוא מובהק לעשות כן גם לאור הסכמת הצדדים שהכספים יושבו לשמסי כשהם נושאים את תשואת הקרן וגם לאור העושר שעשה לויין ולא במשפט מכספו של שמסי.

148. אשר לטענת לויין לפיה שמסי לא תבע בתביעה שהגיש את תשואת הקרן ואין לפסוק לתובע סעד שלא התבקש; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי בפסק הערעור מיום 15.9.2020 נפסק על ידי הבורר שלערוור כי בתביעה הוא בהחלט תבע את תשואת הקרן: "לטעמי, סיפור המעשה הנפרש בכתב התביעה עניינו נטילת הכסף של שמסי על ידי לויין ואי השבתו, לרבות התשואה המובטחת בגינו", כך שלטענת שמסי אין כל מקום להרהר אחר קביעה סופית זו.

149. עוד משיב וטוען שמסי בתגובתו בעניין זה, כי כאשר מדובר בהשקעה בקרן, אין כל הבדל בין "ריבית" לבין "תשואה" שכן המדד לביצועי הקרן הוא גובה ההחזר על קרן ההשקעה ותשואת הקרן היא הריבית שנצברה על הקרן. בנוסף, בסעיפים 80 ו-118 לכתב התביעה נתבעה תשואת הקרן במפורש, כחלופה למילה ריבית. מכל מקום, משיב שמסי, כי משנפסק שהכספים המופקדים המשיכו להיות מושקעים בקרן ושעל לויין להשיבם, מוסמך הבורר לפסוק גם את הסעד המתבקש מקביעה זו.

150. אשר לטענת לויין לפיה הצדדים התקשרו בהסכמי ה-JV כדי ששמסי יוכל להתחמק מרשויות המס בארה"ב, לא לדווח על הכנסותיו ולחמוק מהליכים פליליים וקנסות גבוהים; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי הצדדים התקשרו בהסכמי ה-JV למראית עין לא רק על מנת ששמסי יוכל להימנע מדיווח, אלא גם על מנת שקרן GTI תוכל להמשיך ולהשקיע את כספי שמסי מבלי



לדווח לרשויות בארה"ב על ההשקעה. כלומר שני הצדדים היו מעוניינים בהמשך ההשקעה ודווקא לוי, ולא שמסי, הוא שניסה "לנעול" את כספו של שמסי בקרן לתקופה ארוכה ככל הניתן.

151. אשר לטענת לוי לפיה שמסי לא הוכיח את טענת עשיית העושר "והיו אלה דווקא המשיבים שהראו כי השימוש שנעשה בפועל היה לצרכי ה-JV, כך שממילא הם הוצאו מהשקעות בקרן" (בסעיף 149 לתשובתו); משיב וטוען שמסי בתגובתו כי מדובר בעצימת עיניים, שכן לא היו "צרכי JV" כי לא היה JV. שמסי משיב כי כספו היה בקרן ונשאר בקרן. לוי ביצע פעולה רישומית כשסגר את חשבונות שמסי בקרן והעביר את הכספים על שמו שלו, כשהוא ממשיך לנהל את הכספים בקרן ולהנות מתשואות הקרן, אותן הוא מבקש להשאיר בידי, כך שעשיית העושר שעשה לוי הוכחה. לוי העביר על שמו את כספי שמסי, המשיך להשקיע בקרן ונהנה מהפירות.

152. אשר לטענת לוי כי "לא ניתן לעקוף את המניעות ממתן צו אכיפה לקיום חוזה בלתי חוקי באמצעות דיני עשיית עושר" (בסעיף 146 לתשובתו); משיב וטוען שמסי בתגובתו כי החוזה אינו בלתי חוקי שכן השקעת הכספים בקרן היא חוקית והכסף שהושקע היה כסף "נקי". הבעיה החוקית היחידה היא אך ורק באי הדיווח על ההשקעה החוקית, אולם התוצאה היא אותה תוצאה גם אם החוזה היה בלתי חוקי כך שעל לוי להשיב לשמסי את הכספים המופקדים על פירותיהם.

153. אשר לטענת לוי לפיה אין מקום לערער על החלטת הביניים מיום 6.12.2020 שדחתה את בקשת שמסי לגילוי מסמכים ספציפיים בעניין תשואת הקרן, נוכח ההלכות בדבר שיקול הדעת הרחב הנתון לערכאה דיונית בכל הנוגע לאופן ניהול ההליך; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי דווקא הוא ביקש לזרז את ההליך כנגד ניסיונות לוי לעכב את ההליך ולגרום לסחבת, אולם אין בכך כדי להעיד על כך ששמסי כביכול ביקש לנהל הליכים לא נאותים ולא ממצים של גילוי מסמכים. בעניין זה מוסיף וטוען שמסי בתגובתו כי המסמכים המעידים על תשואת הקרן היו חשובים ורלוונטיים ביותר ושגה הבורר קמא כשדחה את בקשת שמסי לקבלם ופטר את לוי מגילויים ומשכך הגיש שמסי ערעור על החלטת הביניים מיום 6.12.2020. עוד מוסיף ומשיב שמסי בתגובתו בעניין זה, כי הערעור הוגש רק לחילופין מאחר שלשיטתו, למרות ובגלל שלא גולו המסמכים בעניין תשואת הקרן, תשואה זו הוכחה באופן מספק כאשר לוי, מנהל הקרן, העיד בעצמו כי תשואת הקרן בשנים 2016-2020 עמדה על 10%-15%. בנסיבות אלה, די בכך,

לטענת שמסי, על מנת לזכות אותו בתשואה ממוצעת של 12.5% שכן באי גילוי המסמכים על ידי לוי, גרם לוי לנזק ראיתי.

154. אשר לטענת לוי לפיה עדותו אודות תשואת הקרן היא כללית, בלתי בדוקה, לא קונקלוסיבית ולא יכולה לתת את התמונה המלאה; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי לוי ידע לשרטט היטב את התשואה השנתית הממוצעת של הקרן, הוצגו בפניו נתוני התשואה המדויקים של הקרן בשנים 2012-2015 שנמסרו לרו"ח בניטה (14.22%, 12.7%, 11.3% ו-10.75% בהתאמה) ולוי הוסיף והודה בחקירתו כי "רוב הירידה כבר מאחורינו. אני מקווה". כאשר נשאל מה היו התשואות בין 2016 ל-2020 הוא השיב "כן, ברובם נפלו בין 10 ל-15 אחוז, רובם נפלו לקטגוריה הזאת". בעניין זה מוסיף וטוען שמסי בתגובתו כי אמירות אלה שבאו מפי הבעלים והמנהל של הקרן, שכל עיסוקו השגת תשואות לקרן, מספקות אינדיקציה מספקת לתשואות משנת 2016 ועד 2020 כך שהיה על הבורר קמא לקבוע שתשואת הקרן הממוצעת עמדה בשנים 2016 ועד 2020 על 12.5%. שמסי שב ומפרט את הטענות המופיעים בהרחבה בהודעת הערעור שלו (סעיפים 25-45 להודעת הערעור של שמסי) ומשכך לא מצאתי לנכון לשוב ולפרטם פעם נוספת.

155. אשר לטענת לוי בעניין הוצאות המשפט, לפיה ההלכה היא כי אין ערכאת הערעור מתערבת בפסיקת הוצאות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים; משיב וטוען שמסי בתגובתו כי ההחלטה שלא לפסוק הוצאות כלשהן לשמסי, אשר זכה בתביעה שהגיש, היא חריגה שכן הכלל הוא שיש לפסוק לבעל דין שזכה בהליך הוצאות ריאליות. עוד משיב שמסי בתגובתו בעניין זה כי פסק הבוררות קמא אינו מגלה טעמים לסטייה מהכלל האמור וכאשר שוללים הוצאות מבעל דין שזכה, יש צורך בקיום טעמים מיוחדים שלטענת שמסי אינם מתקיימים במקרה זה. עוד מוסיף וטוען שמסי בתגובתו בעניין זה, כי לא היה מקום לייחס משקל להתנהלות הדיונית אותה ציין הבורר קמא, זאת במיוחד לאור ההתנהלות הדיונית החמורה של לוי דווקא, אשר עשה כל שאלל ידו על מנת לסרב ל"לסחוב" את ההליך. אשר להוצאות המשפט; שמסי שב ומפרט בתגובתו את הטענות המופיעים בהרחבה בהודעת הערעור שלו (סעיפים 46-58 להודעת הערעור של שמסי) ומשכך לא ראיתי לנכון לשוב ולפרטם פעם נוספת.

#### 4.1. ערעור לוי – עיקר טענות לוי בערעור

156. לוי והחברות שבשליטתו הגישו ערעור על פסק הבוררות מיום 31.9.2023 וכן על החלטת הביניים מיום 4.3.2020 שאושרה פעם נוספת בפסק הבוררות בה קבע הבורר קמא כי הטענה בדבר השקעה שהובטחה בהלוואה נכללת בכתב התביעה ומצויה בסמכותו.
157. או אז הגיש שמסי "בקשה לדחיית הערעור על החלטת הביניים מיום 4.3.2020 ולמחיקת חלקים מהודעת הערעור" וכאמור, ביום 15.2.2024 ניתן על ידי פסק ביניים ("פסק ביניים"), בו קיבלתי את בקשת שמסי והוריתי כי הערעור על החלטת הביניים מיום 4.3.2020 נדחה על הסף; כי בערעור לוי כל טענה שעניינה חוסר סמכות לרבות פרקים ג'-ד' (לרבות נספח א') וכל טענה שעניינה שינוי חזית מטענת הלוואה לטענת השקעה – תימחק.
158. בפתח הערעור טוען לוי, כי מסקנת הבורר קמא לפיה הסכמי ה-JV הם הסכמים שנכרתו, בחלקם, למראית עין בלבד היא מסקנה שגויה מן היסוד שאינה עולה בקנה אחד עם הראיות שהובאו, עם נטלי ההוכחה המחמירים שחלו על שמסי ועם הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הבורר קמא. לטענת לוי, הסכמי ה-JV הם הסכמים שרירים ותקפים על כל המשתמע מכך.
159. לוי מדגיש בערעורו, כי בתביעת ההלוואה שהגיש שמסי בפלורידה נטען ששמסי העמיד לרשות לוי או קרן GTI הלוואה נושאת ריבית שנתית של 13.3% וניתנת לפירעון לפי דרישה ואף ביקש אכיפת הסכם ההלוואה הנטען. לטענת לוי, מדובר בתביעת הלוואה שקרית, שהוגשה בפלורידה על רקע שורה של עבירות מס חמורות שביצע שמסי בארה"ב, אשר העלים מהרשויות בארה"ב את הונו בסך של 18 מיליון דולר, לא דיווח על השקעות פיננסיות שעשה בכספו מחוץ לארה"ב ולא דיווח גם על התשואות שהניבה השקעתו. לשיטת לוי, תביעת שמסי היא תביעת כזב של "החזר הלוואה" כביכול אשר ההין לפנות תחילה לבית המשפט בארה"ב ובהמשך לבורר בישראל ולבקש סעד על יסוד שקריו אלה, בבחינת "ייצא החוטא נשכר".
160. לטענת לוי, בניגוד לשמסי ששינה גרסאות והתנהל כמו "עז-הרים המדלגת מסלע אל סלע", לוי דבק לאורך כל הדרך – מארה"ב לישראל ועד היום – באותה גרסה בדיוק, לפיה הסכמי ה-JV הם ההסכמים המחייבים היחידים שנחתמו בין הצדדים. לטענת לוי, הבורר קמא הפך ל"שופט חוקר" ומצא לנכון לנהל עבור שמסי תביעה אחרת לחלוטין מזו שהגיש ולפסוק לו את מה שלא תבע. כך, למרות שהבורר קמא דחה את טענות שמסי בכתב התביעה, הוא המשיך מיזמתו "לתור" אחר עסקת היסוד ה"אמיתית" (כפי שציין בסעיפים 102-103 לפסק

הבוררות) ו"הגיע" אליה באמצעות קונסטרוקציה משפטית שהיא כשלעצמה היתה מצויה מחוץ לסמכותו.

161. לטענת לוי, קביעת הבורר קמא בשאלה מה כוללת ההסכמה האמיתית בין הצדדים במועד חתימת הסכמי ה-JV, לא היתה מצויה במסגרת סמכות הבורר, מאחר ושמסי לא טען שהסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין (בכתב התביעה שמסי טען שהסכמי ה-JV בטלים מאחר ונכרתו בהטעיה, בעושה ובכפייה), לא טען שקיים חוזר נסתר כלשהו וממילא לא ביקש סעד כלשהו שקשור לאותו חוזה נסתר ולא דרש את אכיפתו.

162. לוי מדגיש בערעורו את קביעת הבורר קמא אודות חוסר מהימנותו של אד שמסי וכפי שקבע הבורר קמא: "אמנם, אודה ולא אכחד, הדעת אינה נוחה משינויי הגרסאות והדגשים בטיעוניו של מר שמסי, שלעיתים נדמה שהוא מדלג מטיעון לטיעון, משל היה עו-הרים המדלגת מסלע אל סלע" (סעיף 79 סיפא לפסק הבוררות). כמו כן, לאור העובדה שהבורר קמא קבע שביחסי הצדדים "רב הנסתר על הגלוי" וכי לא היתה יכולת לקבוע את עובדות האמת שהרכיבו את תמונת מערכת היחסים האמיתית שבין הצדדים, היה עליו לדחות את התביעה.

163. לוי סבור, כי אין זה מתפקדו של הבורר היושב בדן לייצר עבור הצדדים מערך עובדתי השונה מזה הנטען על ידם בכתבי הטענות ועל אחת כמה וכמה שאין זה מתפקידו בהתבסס על ניתוח לאחור להכריע שלמרות טענות הצדדים "נראה" לו נכון יותר או סביר יותר שסיפור המעשה הוא בכלל אחר. לטענת לוי, פסק הבוררות לוקה מיסודו מאחר שהוא מבוסס על טענות ועילות שכולן "אלטרנטיביות" במובן שלא נטענו על ידי מי מהצדדים אלא נקבעו על ידי הבורר קמא מהטעם שנראו לו סבירים יותר מאשר אלה שנטענו על ידי הצדדים עצמם.

164. כך, פסק הבוררות מבוסס על איתור על ידי הבורר של מה שהוא חושב שהיתה "עסקת היסוד בין הצדדים ותנאיה". אלא, שהבורר קמא לא הוסמך "לאתר" את עסקת היסוד ותנאיה אלא היה עליו לדון בטענות הצדדים ובעסקאות שהם טענו להן כעסקאות היסוד: מצד אחד עסקת הלוואה פשוטה שנטענה על ידי שמסי ומצד שני הסכמי המיזם המשותף שנטענו על ידי לוי. שמסי ביקש מהבורר שיכריע שהיחסים בין הצדדים הוכתבו מכוח הסכם הלוואה בעוד לוי טען שיחסיהם הוכרעו מכוח הסכמי מיזם משותף. הא ותו לא. עם זאת, פסק הבוררות הכריע כי בין הצדדים קיימת "עסקת יסוד" אחרת לחלוטין, שלא נטענה על ידי שמסי או על ידי לוי.

165. לטענת לוי, שגה הבורר קמא כאשר חרג מכללי הדין המהותי ומסמכותו שעה שראה לנכון "לתור" אחר "עסקת היסוד" האמיתית כביכול שבין הצדדים שלא נטענה ושבפועל גם אינה

העסקה האמיתית ובעקבות "איתורה" לאכוף את הסכמי השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI, למרות שאלה לא הוזכרו בכלל בתביעה, לא צורפו לתביעה וממילא לא התבקשה אכיפתם של הסכמים אלה כחלק מסעדי התביעה. שמסי ביקש בסעיף 5 לתביעתם: "לחייב אותם [את לוי] להשיב לשמסי את כספי ההלוואה בצירוף ריבית".

166. לוי מדגיש, כי טענת שמסי לפיה מדובר בהסכמים למראית עין לא הופיעה כלל בכתב התביעה והטענה היחידה הקיימת לגביהם היא כי נחתמו על ידי שמסי בנסיבות של פגם חמור ברצון (הטעיה, עושה, כפיה) אלא שטענה של הסכם למראית עין מנוגדת ועומדת סתירה לטענה של פגם ברצון ואינה יכולה לדור עמה בכפיפה אחת. בנסיבות אלה, יש בפסיקתו של הבורר קמא משום חריגה מסמכות, כמו גם מתן תוקף לשינוי חזית פסול. לפיכך, טוען לוי, היה על הבורר קמא לדחות את כל טענות שמסי בנוגע להיות הסכמי ה-JV הסכמים למראית עין.

167. עוד טוען לוי, כי כתב התביעה אינו מגלה עילה ויריבות כלפי מי מהם. בהחלטת הבורר קמא מיום 15.7.2018 קבע הבורר (סעיף 28.1 לפסק הבוררות) כי ככל שמי מהתאגידים הנתבעים יסבור שכתב התביעה אינו מגלה עילה או יריבות נגדו, יוכל להעלות טענה מתאימה. בהחלטת הבורר קמא מיום 6.5.2019 (סעיף 28.6 לפסק הבוררות) נקבע כי על הטענות מסוג העדר עילה, היעדר יריבות, עילה סותרת וכי שמורות ותוכרענה פי הצורך לאחר בירור עובדת במסגרת פסק הבוררות.

#### חייב המערערות 4-22 בפסק הבורר קמא הוא חסר יסוד ועומד בסתירה לכל דין

168. לטענת לוי, אין חולק, כי המערערות 4-22 (בערעור לוי) כלל לא נזכרות בגוף התביעה ולא התבקש כלפיהן סעד כלשהו. אין להן זכר בראיות התביעה ובתצהירי שמסי שהתעלמו מהן. גם במסגרת הרחבות החזית האסורות, לא קיימת כל התייחסות למערערות 4-22 ולא נטענה כלפיהן טענה כלשהי. בהקשר זה קבע הבורר קמא (בסעיפים 82 ו-84 לפסק הבוררות), כי העילות המפורטות והתשתית הראייתית שהציגה התביעה אינן נוגעות לכל החברות של לוי. עם זאת, קבע הבורר קמא כי אינו סבור שיש צורך בהעלאת טענות ספציפיות או בהצגת תשתית ראייתית לצורך יצירת היריבות בין שמסי לבין לוי בהתבסס על התחייבות לוי, בסעיף 9 להסכמי ה-JV להחתים את כל החברות שבשליטתו על ערבות לטובת הכספים המגיעים לשמסי על פי הסכמי ה-JV לכן, הצדדים לסכסוך כוללים גם את כלל החברות מטעמו של לוי (סעיף 84 לפסק הבוררות). לטענת לוי, אם שמסי טוען שהסכמי ה-JV הם למראית עין, כיצד ניתן להסתמך על סעיף 9 להסכמים אלה כפי שקבע הבורר קמא.

169. בנוסף, טוען לוי, כי הנמקה זו המסתפקת בסוגיית יריבות מכוח היותו של פלוני צד להסכם בוררות כדי לחייבו, מבלי שלעצם החיוב קיימת עילה, הינה חסרת בסיס ותוקף, שכן אף אחת מהחברות מטעם לוי לא חתמה על ערבות כלשהי וגם שמסי, לטענת לוי, הודה בחקירתו הנגדית שאין לו כל יריבות כנגד אותן חברות (סעיף 83 לפסק הבוררות).

### שינוי חזית

170. בעניין הטענה בדבר שינוי חזית; לוי טוען כי מהלך שינוי החזית בעניין מהות העסקה היה מטענת הלוואה פשוטה לטענת השקעה מובטחת בהלוואה, ובהמשך טענה כי הסכם הלוואה הנטען הוא עצמו בכלל פיקציה. אלא שכתב התביעה שהוגש בארה"ב מתייחס לעסקת הלוואה פשוטה בלבד וכתב תביעה זה הוגש as is בבוררות בארץ.

171. בסעיף 35 לפסק הבוררות מדגיש הבורר קמא את הסטייה מ"סיפור המעשה" המפורט על ידי שמסי בתביעה. הבורר קמא קובע כי לאורך ניהול הליך ההוכחות, כינה שמסי את הכספים המופקדים על ידו כ"השקעה בקרן", בסיכומיו הוא טוען כי משיקש שמסי בשנת 2014 למשך כספים מקרן GTI נתקל בקשיים מאחר שהסכם ההשקעה בקרן לא זנוח לרשות. הבורר קמא מדגיש כי גם בנוגע להסכם הלוואה (ולא רק בנוגע להסכמי ה-JV) מעלה שמסי טענות של פיקטיביות, לפיהן גם בהסכם הלוואה היה אלמנט של פיקטיביות שנועד להציג את השקעת שמסי בקרן GTI כהלוואה בלבד ואת התשואה שהתקבלה בה כריבית (סעיף 36 לפסק הבוררות). לטענת לוי, שלוש הגרסאות הללו ושינוי החזית מעידים על אי היכולת להאמין לגרסה כלשהי שהוצגה על ידי שמסי.

172. לעניין הטענה בדבר שינוי חזית בנוגע למהות הסכמי ה-JV; תחילה טען שמסי כי הסכמי ה-JV בטלים מחמת פגם ברצון, לאחר מכן שונתה הגרסה לטענת בטלות מחמת היותם חוזים למראית עין בסימולציה מוחלטת ולאחר מכן לטענת חוזה למראית עין בסימולציה חלקית. אלא שלבסוף הבורר קמא דחה את טענות לוי לשינוי חזית משני טעמים: שמדובר בכלל דינוי והבוררות מאופיינת בגמישות בשל אי כפיפותה לפרוצדורה האזרחית וכי הגנת לוי לא נפגעה שכן לוי קיבל הזדמנות ראויה להתגונן מפני טענת האפקטיביות והוא ניצל זכותו זו.

173. עוד טוען לוי, כי הבורר קמא שגה בכך שדחה את טענת שינוי החזית האחרונה (מראית עין בסימולציה חלקית) למרות שנעשה בה שימוש לראשונה בסיכומי שמסי, שכן לדברי לוי לא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני הטענה לפיה הסכמי ה-JV משקפים מראית עין חלקית בלבד

ואילו שינוי בסיס הטיעון בסיכומים לבד פגם באופן מובהק בזכותו של לויך להתגונן תוך פגיעה של ממש בכללי הצדק הטבעי.

**הבורר קמא שגה בקביעותו כי שמסי הוכיח חוזה למראית עין, שכן שמסי לא עמד בנטל המוגבר**

174. לטענת לויך, הבורר שגה בקביעתו כי שמסי הוכיח חוזה למראית עין, שכן לגד עיני הבורר קמא עמדו: ראיות שאינן שנויות במחלוקת על ניהול המשא ומתן בנוגע להסכם ה-JV; הסכמים חתומים בכתב שנערכו על ידי עורך הדין של שמסי לאחר שקיבל את ההוראות בנוגע לעריכתם, שהיו תוצאת אותו משא ומתן; הודאת בעל דין לגבי תקפותם של לפחות חלק מהוראות ההסכמים; ראיות לכאן ולכאן בנוגע לאופן בו הצדדים התייחסו לתקפותו של ההסכם; טענות בעל פה של שמסי כנגד ההסכמים האמורים שהשתנו במהלך הדיון – תחילה נטען כי כריתתם נעשתה כתוצאה מפגם ברצון ולאחר מכן טענה לפיה מדובר בהסכמים למראית עין; ראיות שאינן שנויות במחלוקת לפיהן הצדדים פעלו מכוח ההסכמים ולרבות המשיכה של מר שמסי בסך 1,000,000 ש"ח דולר מהמיזם המשותף.

175. לאור הראיות הללו ומאחר והבורר קמא קבע כי "רב הנסתר על הגלוי" וכי אין מספיק ראיות כדי לברר את מערכת היחסית האמיתית שהיתה בין הצדדים, הדבר הביא את הבורר קמא לקבוע טעות שנפלה מלפניו ביישום הדין. לטענת לויך, מרגע שהבורר קמא קבע כי ההחלטה בנוגע להסכם למראית עין התקבלה לאחר היסוס וקושי, משמעות הדבר שהמסקנה הלוגית המתחייבת היתה ששמסי לא הרים את הנטל המוגבר המוטל עליו. כמו כן, שקריו הרבים של שמסי כבעל דין הם לבדם צריכים היו לשמש בסיס לדחיית תביעתו.

176. עוד טוען לויך, כי עצם קביעת הבורר קמא לפיה "החוזה הנסתר" האמיתי כביכול מגולם בהסכמי ההשקעה בקרן בצירוף תנאים ותניות מסוימים מהסכמי ה-JV, נותנת, הלכה למעשה, גושפנקא למצב עניינים בלתי חוקי בעליל של הונאת רשויות המס בארה"ב וביצוע עבירות חמורות של הלבנת הון והשתמטות מתשלום מיסים, הכל על מנת להעביר כספים לכיסו הפרטי של שמסי.

177. עוד מוסיף וטוען לויך בעניין זה, כי ככל שנקבע שהסכמי ה-JV הם פסולים ולמראית עין, כי אז אין להם שום תוקף. לכן לטענתו הניתוח של הבורר קמא שיש לבטל רק את החלקים הפיקטיביים של הסכמי ה-JV ומנגד החלטתו לתת תוקף להסכמות האמיתיות של הצדדים ולסעיפים האמיתיים בהסכמי ה-JV (סעיף 169 לפסק הבוררות) – הינם שגויים.

178. לסיכום, טוען לוי, כי הסכמי ה-JV היו אמיתיים ותקפים ופתרון הסכסוך היה צריך להיעשות באמצעות הליך מוסדר של פירוק המיזם המשותף לפי סעיף 13 להסכמי ה-JV. לבסוף טוען לוי, כי אין ולא תהיה שום אפשרות לשמסי לקבל את השקעתו, אלא לאחר שיעשה גילוי מלא לשלטונות המס בו יטען לכך שהגילוי שעשה לא היה אמת וכי מדובר היה בהשקעה בקרן. התוצאה תהיה בוודאות גבוהה ששמסי יישלח לכלא וכי כל הרווח שהוא טוען לו ייגבה על ידי שלטונות המס באמצעות מיסויו (50%) והיתרה תילקח כקנס עונשי.

#### **מיזם האמנות הסינית**

179. אשר למיזם האמנות הסינית, טוען לוי, כי שגה הבורר קמא כשקבע כי שמסי לא היה שותף במיזם האמנות הסינית. שכן קביעה כי שמסי היה שותף במיזם האמנות הסינית היתה מחייבת את הבורר קמא לקבוע כי הסכמי ה-JV הם ההסכמים המחייבים בין הצדדים וכי רק כספי המיזם המשותף שמקורם בהשקעות של שמסי בקרן, יכלו לשמש לצורך רכישה של המיזם המשותף.

180. מסקנת הבורר קמא התבססה על שניים (סעיף 108 לפסק הבוררות): העדר מסמך בכתב שמתייחס לשותפות; והעדר ראיות בנוגע להסכמה על הפרמטרים הפיננסיים. לטענת לוי, שגה הבורר קמא גם בנקודה זו, שכן בין הצדדים היה הסכם בכתב בנוגע למיזם האמנות, שהרי בנושא זה דנו הסכמי ה-JV (סעיף 19 לפסק הבוררות); והבורר לא יכול היה להתעלם מהעובדה שמערכת היחסית בין הצדדים לא התבססה על הסכמים בכתב, שהרי לצדדים לא היה אפילו חוזה בנוגע לשותפות שאינה שנויה במחלוקת בברזיל. באשר להסכמה על הפרמטרים הפיננסיים; לוי הוכיח כי בחודש יולי 2016 סוכם מחיר הכניסה ובכך תמה ונשלמה הסוגייה.

181. לסיכום עניין זה; לטענת לוי, קביעת הבורר קמא כי מר שמסי לא היה שותף במיזם האמנות הסינית שגויה על פניה ועל בסיס הנמקתה בהינתן ראיות מהן התעלם הבורר ויש לקבוע כי שמסי היה שותף במיזם האמנות הסינית וכי הסכמי המיזם המשותף היו הסכמים תקפים.

#### **תביעה שהוגשה טרם זמנה**

182. עוד לטענת לוי, התביעה שהגיש שמסי, הוגשה טרם זמנה, שכן כפי שהעיד שמסי, השניים קבעו ששמסי לא יוכל להוציא כסף עד למרץ 2018, כך שבמרץ 2018 לטענת שמסי הוא היה צריך לקבל את הכסף שלו. בנסיבות אלה טוען לוי, כי שמסי היה מנוע מלהגיש תביעה כלשהי כנגד לוי לפני חודש מרץ 2018. אלא ששמסי הגיש את התביעה בפברואר 2017, שנה קודם לכן.



## הסעד

183. הסעד שביקש שמסי בתביעתו היה השבת סכום ההלוואה הנטענת (כ-18.4 מיליון דולר) בצירוף ריבית בשיעור 13.3%. פסק הבוררות דחה את טענות שמסי בדבר קיומו של הסכם המזכה את שמסי בריבית בשיעור של 13.3%.
184. לטענת לוי, שגה הבורר קמא כשקבע כי לא ניתן להותיר את הסכום ללא ריבית ובקבעו כי הריבית בה חויב לוי הינה בהתאם להוראות סעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית והצמדה. לטענתו, בנסיבות העניין לא היה ראוי לחייבו בריבית בכלל ובכל מקרה שיעור הריבית שבה הוא חוייב אינו הולם ונכון.
185. סעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה אינו מחייב פסיקת ריבית על חוב פסוק אלא מותר לרשות השיפוטית שפסקה שיקול דעת אם לחייב בריבית.
186. במקרה דנא, כך נטען, אין חולק, כי החל משנת 2015 – עת נכנסה רגולציית FATCA לתוקף ושמסי רצה להימנע מדיווח לרשויות על הכספים המופקדים, נדרש שמסי להוציא את כספו מהקרו. לטענת לוי, החל ממצחית 2016 ביקש לוי כי הצדדים ייפרדו לאלתר אולם היה זה שמסי שמנע וסיכל את הפירוק והפרידה באמצעות ניסיונותיו להסדיר את מעמדו על ידי פוליסות ביטוח או הסכם הלוואה. לטענת לוי, ערב הגשת התביעה, סירב שמסי לפעול כפי שלוי הציע.
187. לסיום, טוען לוי, כי "דבר החמור ביותר שיכול לקרות לאד... הוא שהוא יאחז בפסק דין הקובע שהסכם המיזם המשותף הוא הסכם למראית עין. תוצאת פסק דין שכזה הינה שנות מאסר לאד ופרידה ממרבית כספו, על פי החישובים שהוא כבר עשה..." (לפחות תשלום של 9 מיליון דולר).
188. לטענת לוי, לא ניתן להטיל עליו חיוב נוסף בדמות ריבית כלשהי שכן משמעות החיוב בריבית הינה התעשרות שלא כדין של שמסי.
189. לפיכך, מסכם לוי, כי יש לקבל את ערעורו, לבטל את קביעת הבורר קמא בדבר קיומו של "הסכם נסתר" כביכול, שעל אכיפתו הוא הורה; ולהצהיר כי הסכמי ה-JV במלואם הם הסכמי אמת המחייבים את הצדדים להם. כמו כן מתבקש הבורר שלערער להשית על שמסי הוצאות ערעור ושכ"ט עו"ד.

## 5.1. תשובת שמסי לערעור לוי

190. בפתח הדברים טוען שמסי, כי ערעור לוי הוא המשך ניסיונותיו להמשיך ולהחזיק בכספי שמסי על מנת שיוכל להשתמש בהם ולהפיק מהם עושר. בכל יום שחולף מניב כספו של שמסי ללוי עשרות אלפי דולרים.

191. אשר לטענת לוי לחיוב המערערות 22-4; משיב שמסי, כי לוי מחזיק את רכושו באמצעות החברות המערערות 22-2 שכל מניותיהן מוחזקות על ידי מר לוי. למר לוי אין בעלות ישירה בנכסים מוחשיים ידועים כלשהם. לוי חתם על הסכמי ה-JV בשמו ובשם "כל חברה אחרת מטעמו" (צד ב' הוגדר: "עופר לוי וכן כל חברה אחרת מטעמו"). לוי גם חתם על הסכם הבוררות "בשמו ובשם כל חברה בשליטתו".

192. לטענת שמסי, הואיל ולפי גרסת לוי, לאורך כל הדרך, הסכמי ה-JV, שנחתמו על ידי "עופר לוי וכן כל חברה אחרת מטעמו" הם הסכמים תקפים ומחייבים ולפי האמור בהסכמי ה-JV (סעיפים 2(ג) ו-9), הרי שלוי וכל חברה מטעמו הם אחראים באופן אישי להחזרת מלוא כספי הפיקדון לשמסי לרבות רווחים שיצטברו. בנוסף, בחקירה נגדית של לוי הוא מודה ומאשר, כי לפי הסכמי ה-JV, כל החברות שבשליטתו ערבות לקיום התחייבויותיו (פרוטוקול 5.7.2022, עמוד 117, שורה 8 ועד עמוד 118, שורה 4).

193. לטענת שמסי, אין חולק, שלוי ערב אישית להשקעתו המקורית של שמסי בקרן במסגרת שלושה כתבי הערבות והשעבוד הבלתי חוזרים (ת/44). לוי הודה בחקירתו כי בטוחות חריגות אלה לא ניתנו ללקוחות רגילים של הקרן ונדרשו ספציפית על ידי שמסי שייחס להן חשיבות רבה (פרוטוקול 5.7.2022, 116/20-117/2). אין מאומה בטענת לוי כאילו לוי לא יכול לחייב צדדים שלישיים, ובכלל זאת חברות בשליטתו, שהן יישויות משפטיות נפרדות. לא רק לוי התקשר בחוזה, אלא גם החברות שבשליטתו, שבשמן הוא חתם על הסכמי ה-JV ועל הסכם הבוררות.

194. אשר לטענת לוי לשינוי חזית; משיב שמסי, כי צדק הבורר קמא עת קבע שהכלל האוסר על שינוי חזית הוא כלל דיוני והבורר אינו כפוף לו. אלא שלטענת שמסי, גם יישום ההלכות בדבר שינוי חזית אינו משנה בענייננו את התוצאה, באשר גם על פי הלכות אלה לא היה בענייננו כל שינוי חזית אסור.

195. כמו כן, בתצהירים שהגישו יוני זלצמן, רו"ח ערן בניטה ושמי ציינו כולם כי הסכמי ה-JV הם פיקטיביים ואינם משקפים את היחסים האמיתיים בין לוי לבין שמי, לפיהם כספי שמי מושקעים בקרן GTI. אלא שלוי לא ביקש למחוק את התצהירים האלה או חלקם מחמת שינוי חזית. רק לאחר תשעה דיוני הוכחות בהם חקר ב"כ לוי את העדים על גרסתם, לפיה הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין, פתח ב"כ לוי את הדיון העשירי, שנועד לתחילת חקירתו של שמי, בטענה להרחבת חזית בתצהירו. אלא שבתום טיעון ארוך ניתנה החלטת הבורר קמא, הדוחה את הבקשה למחיקת חלקים מתצהירו של שמי (פרוטוקול 8.3.2022, עמוד 21, שורות 16-23).

196. לטענת שמי, לוי בערעורו (פרק ח, סעיפים 258-279 לערעור) מתיימר לחלוק על ממצא עובדתי עיקרי של הבורר קמא לפיו הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין. הלכה היא, שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית ובפרט כשהן מבוססות על התרשמותה הבלתי אמצעית מן העדים שלפניה. עניין זה אינו נופל בגדר אותו חריג שבחריגים בהם מתגלה על פני הדברים שגיאה מהותית בהערכת הראיות ובקביעת העובדות או התעלמות מראיה בעלת משקל מכריע.

197. לטענת שמי, בצדק מצא הבורר קמא, כי הסכמי ה-JV הם פיקטיביים, נוכח הראיות הניצחות לאותה פיקטיביות: א. ההערה שציין לוי בכתב ידו על טיוטת הסכמי ה-JV, לפיה דרוש לו יפוי כוח לפעול בברזיל "כדי שייראה אמיתי" (סעיף 140 לפסק הברורות); ב. הסתירה המובהקת בין שיחות הצדדים, לפיהן ההשקעה בברזיל תישא פרי רק בעוד עשרות שנים, לבין העובדה שעל פי הסכמי ה-JV מתפרקים המיזמים שנתיים וחצי לאחר חתימתם; ג. מסרוני ששלח לוי לרו"ח ערן בניטה לפיהם "אם אני מכניס עוד רו"ח לסיפור יש עוד מישהו שיידע שאני מנהל כסף לאמריקאי" ולפיהם "הכל בחשבונות הקרן"; ד. העובדה שהצדדים להסכמי ה-JV לא היו מיוצגים על ידי עורכי דין, למרות שזמן קצר קודם לכן, במסגרת המשא ומתן שלא צלח לחתימת הסכם הלוואה, היתה מעורבות מסיבית של עורכי דין משני הצדדים; ה. התנהלותם העסקית של הצדדים לא השתנתה כהוא זה בעקבות חתימת הסכמי ה-JV, על אף שלכאורה אמור היה לחול בה שינוי דרמטי והעובדה שהסכמי ה-JV לא יושמו ובפרט לוי לא השיב לשמי את "כספי הפיקדון" ופירותיהם; ו. הקלטות השיחות, בהן מודה לוי כי כספו של שמי מושקע בקרן GTI, מצהיר מהי היתרה העדכנית של השקעותיו ומתחייב להעביר אישורים רבעוניים בדבר יתרת השקעות שמי בקרן. כל אלה, טוען שמי, מרימים את הנטל המוגבר המוטל לצורך הוכחת מראית עין.

198. אשר לטענת לוי, לפיה הקביעה כי הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין בחלקם, הביאה את הבורר קמא לקבוע כי שמסי לא היה שותף במיזם האמנות הסינית; משיב שמסי, כי הבורר קמא קבע קביעתו זו לאחר ששמסי הציג לו ראיות המוכיחות פוזיטיבית ששמסי אינו שותף במיזם האמנות הסינית.

199. לסיום, מציין שמסי, כי לויין כבר מסר במהלך הבוררות לשמסי, באופן מפורש, כי גם אם שמסי יזכה בבוררות, לויין ידאג כי שמסי לא יוכל לגבות את החוב. לפיכך טוען שמסי, כי חזקה על לויין כי ימשיך ויעשה כל שביכולתו על מנת למנוע משמסי להיפרע ממנו.

### 6.1. תגובת לויין לתשובת שמסי

200. בתגובתו חוזר לויין על טיעונו המופיעים בהרחבה בהודעת הערעור שלו ומשכך לא ראיתי לנכון לשוב ולפרטם פעם נוספת.

201. אשר לגרסאות השונות שהעלה שמסי; משיב וטוען לויין בתגובתו כי בכל מקום בו שמסי כשל בתקירתו הנגדית ונאלץ להודות כי מדובר בסעיף המשקף את אומד דעת הצדדים ובכל מקום בו מדובר בסעיף שעשוי להיטיב עם שמסי, מדובר בסעיף תקף, ובמקומות ששמסי לא הודה בהם ושאינם מטיבים עמו, מדובר בפיקציה. רק בשל כך אמור היה, לטענת לויין, פסק הבוררות להסתיים בדחיה מוחלטת של התביעה.

202. אשר לטענת שמסי לפיה לויין וכל חברה מטעמו אחראיים באופן אישי להחזרת מלוא כספי הפיקדון, כשהוא מפנה להוראות הסכמי ה-JV (סעיף 12 לתשובתו של שמסי לערעור); משיב וטוען לויין בתגובתו כי על מנת לשכנע כי ערבות החברות לחוב חלה, שמסי נצמד לתוכן ההסכמים הפיקטיביים לגביהם טען בדיעבד כי נכפו עליו, שנערכו לשיטתו ללא יעוץ משפטי ושכוננו על ידו "סמרטוט".

203. אשר לטענת שמסי לפיה מכוח סעיף 9.5 להסכמי ה-JV הוא רשאי לדרוש את פירעון ההתחייבויות כלפיו מכל הערבים (סעיף 16 לתשובתו של שמסי לערעור) "וכי יכול להיות ספק כי לשיטתו של לויין עצמו האחריות האישית של עופר וחברותיו כלפי שמסי... היא בטוחה אמיתית"; משיב ותוהה לויין בתגובתו, מדוע סעיפים אלה בהסכמי ה-JV ששיפרו את מצבו של שמסי ביחס למצבו בעבר הם סעיפים תקפים ואמיתיים וסעיפים אחרים לא? או מדוע

בהקשר של סעיפים אלה מדובר בהסכם מחייב ובעניינם של סעיפים אחרים מדובר ב"סמרטוט"?

204. בעניין זה מוסיף וטוען לויך בתגובתו כי אם מדובר בהסכם למראית עין שרק נועד לשמש אצטלה שהכספים ימשיכו להיות מושקעים בקרן GTI תוך הבטחתם בערבות אישית של לויך שניתנה לשמסי, אין היגיון לכך שהחברה המחזיקה באוסף הסיני, למשל, תערוב גם היא לכספים אלה.

205. אשר לשינוי הגרסאות על ידי שמסי בקשר לטענותיו בנוגע לתוקפם של הסכמי ה-JV; משיב וטוען לויך בתגובתו כי לא היה מקום לאפשר לשמסי שינוי חזית זה ומשבחר שמסי בתביעתו לטעון לביטול הסכמי ה-JV מחמת הטעיה וכפייה, הוא מושתק מלהעלות כל טענה למראית עין. בעניין זה מוסיף וטוען לויך כי שמסי פגע בזכות לויך להתגונן, מאחר ורק בסיכומים שינה שמסי את גרסתו.

206. אשר לטענת שמסי לפיה הסכמי ה-JV הם פיקטיביים ונועדו "למגרה"; משיב וטוען לויך בתגובתו כי מה הטעם לטרוח ב"פינג פונג" של הערות על גבי ההסכמים אם הם ממילא "סמרטוט" כפי שטוען שמסי? לויך מוסיף וטוען בעניין זה בתגובתו כי אין לכך כל תשובה בפסק הבוררות.

207. אשר לטענת שמסי לפיה התנהלות הצדדים לא השתנתה במאומה לאחר חתימת הסכמי ה-JV וכי הסכמים אלה לא יושמו בפועל, תוך הישענות על הקביעה כי שמסי המשיך להיות מעורב בעסקים בברזיל וכי בשנת 2018 לא הוחזרו לשמסי כספי הפקדון; משיב וטוען לויך בתגובתו כי הסכמי ה-JV קבעו שהוא יהיה זה שינהל בעצמו את העסקים, אלא ששמסי הפר את ההסכמות והמשיך להתערב בעסקים. בנוסף, משיב לויך כי בהתאם להסכמי ה-JV השבת הכספים אמורה היתה להיעשות במסגרת פירוק המיזם המשותף, מכירת נכסיו, תשלום הוצאותיו ואז השבת השקעות הראשוניות, אלא ששמסי תבע את לויך כבר בשנת 2017 בטענה לפיה התקשר עם לויך בהסכם הלוואה בריבית נשך בשיעור של 13.3% וסירב לבצע את הנהלים של פירוק המיזם המשותף בהתאם להוראות ההסכמים, כך שעצם הגשת התביעה מהווה הפרה של הסכמי ה-JV.

208. אשר לטענת שמסי לפיה בשיחה המוקלטת שבה הקליט את לויך ללא ידיעתו, הודה לויך כי כספו של שמסי מושקע בקרן, הצהיר מהי היתרה העדכנית של השקעותיו והתחייב להעביר אישורים רבעוניים בדבר יתרת השקעות שמסי בקרן; משיב וטוען לויך בתגובתו כי מדובר

בסילוף, שכן לזין, לטענתו, לא הודה שכספו של שמסי מושקע בקרן, לא הצהיר מהי היתרה העדכנית של השקעות שמסי, אלא התייחס לכספים המצויים בהסכמי ה-JV באופן כללי, ולא התחייב להעביר לשמסי אישורים רבעוניים אודות השקעות בקרן אלא הסכים להעביר מידע אודות הנכסים של ה-JV.

209. בנוגע לשיחה המוקלטת; מוסיף וטוען לזין בתגובתו כי יש בשיחה המוקלטת ציטוטים המלמדים בבירור שהסכמי ה-JV הם הסכמים אמיתיים ששיקפו את אומד דעת הצדדים. לטענת לזין בתגובתו, הבורר קמא התייחס לכך בפסק הבוררות אולם ראה לנכון לתת משקל בלעדי לציטוטים התומכים בעמדת שמסי (סעיף 166 לפסק הבוררות). לשיטתו של לזין, היה על הבורר קמא ליתן משקל בכורה להתבטאות לזין בשיחה המוקלטת המלמדת על כך שמדובר בהסכמים אמיתיים.

210. אשר לטענת שמסי לפיה יש לחייב גם את המערערות 22-4 בתוצאות הבוררות, שכן מדובר בחברות בשליטתו של לזין, כי לזין חתם בשמו על הסכמי ה-JV ועל הסכם הבוררות ולפי הסכמי ה-JV לזין התחייב לדאוג לערבות של החברות שבבעלותו; משיב וטוען לזין בתגובתו כי אין מקום לחייב את המערערות 22-4 בתוצאות הבוררות שכן שמסי ובני משפחתו גילו דעתם על חוסר יריבותם עם חברות אלה כבר בתחילת ההליכים, כאשר לא כללו אותן בתביעה שהגישו נגד לזין. כן נטען: כי אין כתב ערבות חתום של המערערות הללו; לא ניתן לחייבן על בסיס התחייבותו של לזין לדאוג לערבותן, בשל היות כל אחת מהחברות אישיות משפטית נפרדת; ומדובר בחברות זרות שלא ניתן להחיל עליהן את חוק החברות, התשנ"ט-1999, גם לא לצורך הרמת מסך.

211. אשר לטענת שמסי לפיה הוא ובני משפחתו לא היו שותפים במיזם האמנות הסינית כפי שנקבע בפסק הבוררות, בשל העדר קיומו של הסכם חתום בכתב והעדר הסכמה סופית לגבי הפרמטרים הפיננסיים; משיב וטוען לזין בתגובתו כי שני פרמטרים אלה התקיימו בפועל בניגוד לקביעה בפסק הבוררות. לטענת לזין בתגובתו, הסכמי ה-JV נחתמו גם לשם הסדרת שיתוף פעולה של הצדדים במיזם האמנות הסינית כך שקיים הסכם בכתב, למרות שקיומו של הסכם כתוב לא מהווה תנאי סף להכרה בהתקשרות הצדדים. בנוסף, הצדדים הסכימו על הפרמטרים הפיננסיים אך הבורר קמא "פספס" את הראיות המוכיחות זאת מאחר והן מתוארכות למחצית השנייה של שנת 2016, בעוד ניתוח פסק הבוררות עצר בתחילת חודש יולי 2016. בהקשר זה מפנה לזין בתגובתו להקלטת שמסי מיום 4.7.2016 (סעיף 163 לפסק הבוררות) בה

נערך דיון בדבר השותפות בין הצדדים בקשר עם המיזם הסיני, כששמסי מודה כי "ישלם כסף על הרווחים של ה-23 וחצי מיליון של סין". לוי אף מפנה להודאה של שמסי בנוגע לשותפותו במיזם האמנות הסינית (סעיף 107 לפסק הבוררות). כך שלטענת לוי מדובר בהודאת בעל דין ברורה של שמסי כי השותפות במיזם הסיני נכנסה לתוקף.

## ז. דיון והכרעה

212. המקרה שלפנינו מעלה שאלות מורכבות לגבי טיבן של הסכמות מסחריות והיקף התחייבויות חוזיות. שני צדדים אשר חלקו את אותה המציאות, טוענים למשמעות שונה לחלוטין של ההסכמים שעליהם הם חתמו. הבוררות עוסקת בסכסוך מורכב, שבמרכזו עומדת שאלה מרכזית אודות פרשנות הסכמי ה-JV והכוונה האמיתית של הצדדים בעת כריתתם.

213. הצדדים, שמסי ולוי, חלוקים באשר לאופיה של ההשקעה שבוצעה החל מכניסת רגולציית FATCA בארה"ב בשנת 2015 ולפרשנות הסכמי ה-JV שנחתמו ביניהם ביום 17.11.2015, אשר משפיעים למעשה על ההסכמות שהושגו ביניהם בנוגע למערכת היחסים העסקית שלהם, גם רטרואקטיבית שנים אחורה. בעוד שמסי טוען להמשך השקעה פיננסית טהורה בקרן GTI, לוי לעומתו טוען שההשקעה הפיננסית הומרה בהשקעה במיזמים משותפים.

214. פסק הבוררות של הבורר קמא פענח וקבע את הכוונה האמיתית של הצדדים בעת כריתת הסכמי ה-JV והכריע בסכסוך על בסיס העובדות והראיות. אלא, שבפני ערעורים שהגישו שני הצדדים על פסק הבוררות.

215. נראה כי אין חולק כי ההתקשרות בהסכמי ה-JV מקורה בניסיון התחמקות מדיווח לרשויות האמריקאיות ומתשלום מיסים.

216. השאלות המרכזיות שבמחלוקת המצריכות הכרעה בערעורי הצדדים הן אלה:

ז.1. מהי עסקת היסוד בין הצדדים?

ז.2. שאלת קיומן של התקשרויות עסקיות נוספות בין הצדדים (מיזם האמנות הסינית; הדירה בירושלים; ואוסף האמנות הישראלית).

ז.3. האם תביעת שמסי הוגשה טרם זמנה?

ז.4. מה התוקף המשפטי של הסכמי המיזם המשותף (הסכמי ה-JV)?

במסגרת שאלה זו אבחן את: פרשנות הסכמי ה-JV; סוגיית החוזה למראית עין בסימולציה חלקית; מהו אותו "חוזה נסתר" המעיד על הכוונה האמיתית של הצדדים; והאם ניתן לאכוף את "החוזה הנסתר" לאור טענת לויין כי מדובר בחוזה פסול.

ז.5. האם הסכמי ה-JV מחייבים, מלבד את לויין באופן אישי, גם את המערערות 22-4 שהן חברות בשליטתו?

ז.6. האם הצדדים סיכמו על תשואה בגין יתרת הכספים המופקדים שהושקעו בקרן GTI, וככל שכן – מה היה שיעור התשואה?

ז.7. האם יש להתערב בהכרעת הבורר קמא ולפסוק לטובת שמסי הוצאות משפט לאור זכייתו בפסק הבוררות?

אדון בשאלות אלה לפי סדרן.

#### ז.1. מהי עסקת היסוד בין הצדדים?

217. בטרם אבחן את התוקף המשפטי של הסכמי ה-JV, תחילה אבחן את הרקע והנסיבות אשר הביאו את הצדדים לחתום על הסכמים אלה ביום 17.11.2015, לאחר 4 שנים של מערכת יחסית עסקית, ללא הסכמים אלה, תוך התייחסות לקביעות העובדתיות שנקבעו על ידי הבורר קמא בפסק הבוררות.

218. אין חולק כי הקשר העסקי בין שמסי ללויין החל בשנת 2010 עת השניים התחילו להשקיע במיזם של חוות חקלאיות בברזיל (סעיף 12 לפסק הבוררות). החל משנת 2011 הפקיד שמסי סכום כספי כולל של כ-18.4 מיליון דולר כהשקעה בקרן GTI בניהולו של לויין (סעיפים 13 ו-15 לפסק הבוררות).

219. יש לציין כי בכתב התביעה שהגיש שמסי כנגד לויין, טען שמסי כי הכספים המופקדים הועברו ללויין בהסכם הלוואה שנחתם בין הצדדים אשר קבע תשואה מינימלית של 13.3%. אולם הסכם הלוואה הלך לאיבוד ולא נמצא אצל אף אחד מהצדדים. אלא, שהבורר קמא ציין בפסק הבוררות כי "לאורך ניהול ההליך עלה כי דומה שהצדדים למעשה אינם חולקים על כך שהכספים המופקדים לא הועברו לידי מר לויין בשנת 2011 כהלוואה גרידא, אלא הועברו לידו באמצעות השקעה של מר שמסי ובני משפחתו בקרן GTI המצויה כאמור בניהולו של מר לויין" (סעיף 15 לפסק הבוררות).



220. הבורר קמא קבע כי הצדדים אינם חלוקים על עצם ההשקעה בקרן GTI, אלא חלוקים לגבי תנאי אותה השקעה בקרן. שמסי טען כי הובטחה לו תשואה מינימלית של 13.3% בגין השקעת הכספים המופקדים וכי השקעה זו הובטחה בהלוואה, אולם לזין דחה בתוקף את ההבטחה לתשואה מינימלית והלוואה כבטוחה וטען כי מדובר בעסקת השקעה בקרן GTI שהיא רוויית סיכון, שאינה מובטחת בהלוואה ושאינן לצידה התחייבות לתשואה מינימלית.

221. בעניין זה קבע הבורר קמא כי שמסי לא עמד בנטל להוכיח כי השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI אמורה היתה לשאת תשואה מינימלית של 13.3% ולא עמד בנטל להוכיח כי ההשקעה הובטחה בהלוואה (סעיף 85 וסעיף 102 לפסק הבוררות) בהסתמך, בין היתר, על מסמך הצהרות והתחייבויות שצורף להסכם ההצטרפות לקרן GTI עליו חתם שמסי (נספחים כ"א ו-כ"ב לתצהיר שמסי) בו הצהיר שהוא מודע לכך שההשקעה בקרן הובטחה בהלוואה ושלא צידה התחייבות שעמדה בניגוד לטענת שמסי לפיה ההשקעה בקרן הובטחה בהלוואה ושלא צידה התחייבות לתשואה מינימלית של 13.3% (סעיף 87 לפסק הבוררות). כן קבע הבורר קמא כי לא הוצגה כל ראיה מזמן אמת אודות הסכם הלוואה או לכל הפחות טיטות של הסכם הלוואה שהוחלפו בדואר אלקטרוני בין הצדדים בסמוך למועד שטען שמסי כי נחתם הסכם הלוואה בשנת 2011. הבורר קמא ציין כי גם נוסח הסכם ההלוואה שצורף לתצהיר שמסי (כנספח כ"ג) אינו כולל כל פרט המתייחס לעסקה הספציפית בין הצדדים, לא בנוגע לכספים המופקדים, לא בנוגע לגובה הריבית ולא צוין בו כי ההלוואה נועדה להבטחת השקעה בקרן GTI. בנסיבות אלה קבע הבורר קמא כי לא הוכח כי הצדדים סיכמו על הלוואה המבטיחה את ההשקעה בקרן (סעיפים 89-93 לפסק הבוררות).

222. על קביעות הבורר קמא בנוגע לעסקת היסוד בין הצדדים – היא השקעת הכספים המופקדים של שמסי בקרן GTI – הצדדים לא ערערו.

## 2.2. שאלת קיומן של התקשרויות עסקיות נוספות בין הצדדים

### 1.2.2. מיזם האמנות הסינית

223. הבורר קמא בחן האם התקיימו בין הצדדים התקשרויות עסקיות נוספות. הן שמסי והן לזין הסכימו כי התקיימה ביניהם שותפות עסקית במיזם חוות חקלאיות בברזיל בו התחילו להשקיע בשנת 2010 ביחד עם קובי, דודו של לזין. אין חולק כי שני הצדדים מימנו את המיזם בברזיל ואף

היו שותפים בחלקים שווים הן בכל הנוגע לקבלת ההחלטות והן בנוגע לרווחים שהתקבלו מהמיום (ת/56, ת/57).

224. שמסי טען כי המיום בברזיל הוא נפרד לחלוטין מהשקעת הכספים המופקדים על ידו בקרן GTI וכי מיום זה הוא המיום העסקי היחיד בו היו שותפים שני הצדדים. מנגד, טען לוין כי שמסי גם היה שותף במיום האמנות הסינית.

225. לאחר בחינת טענות הצדדים בעניין זה, קבע הבורר קמא כי לוין לא הרים את הנטל להוכיח ששמסי היה שותף במיום האמנות הסינית (סעיף 107 לפסק הבוררות).

226. בערעורו טוען לוין כי שגה הבורר קמא כשקבע כי שמסי לא היה שותף במיום האמנות הסינית, שכן קביעה כי שמסי היה שותף במיום האמנות הסינית היתה מחייבת את הבורר קמא לקבוע כי הסכמי ה-JV הם ההסכמים המחייבים בין הצדדים וכי רק כספי המיום המשותף שמקורם בהשקעות של שמסי בקרן, יכלו לשמש לצורך רכישה של המיום המשותף.

227. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים והראיות שהובאו בפני הבורר קמא, לא מצאתי כי נפלה שגגה בקביעתו של הבורר קמא בעניין זה ומשכך לא מצאתי לנכון להתערב בה.

228. הבורר קמא התבסס בקביעתו על הודעת דואר אלקטרוני מיום 13.3.2016, ששלח עו"ד לוסטיגמן לשמסי, לה כותבו לוין, רו"ח בניטה, עו"ד מאיר לפלר וגיוש שמסי (ת/59), שנושאה הוא: "Founders' Agreement – Chinese Art", בה כתב עו"ד לוסטיגמן כי מצורפת טיוטה ראשונה של הסכם המייסדים האמור. וכך כתב עו"ד לוסטיגמן במייל:

**"As you can see there are several issues to be discussed and/or completed, in order to serve as the basis for your further discussions and crystalizing the mechanism."**

229. כפי שקבע הבורר קמא, ובצדק, מדברים אלה שכתב עו"ד לוסטיגמן לא יכול להיות ספק כי נכון ליום 13.3.2016 לא רק שהצדדים לא חתמו על הסכם מייסדים הנוגע למיום האומנות הסינית, אלא שבמועד זה הועברה טיוטה ראשונה בלבד.

230. חיזוק לקביעה זו מצא הבורר קמא בכך שלאחר ששמסי השיב לאותו מייל, באותה תפוצת מכותבים, ביום 14.3.2016, כתב עו"ד לוסטיגמן לכל המכותבים, באותו היום, את הדברים הבאים (ת/59):

**"As per your comments – since most of it is commercial, I believe you and Ofer need to discuss it between you".**

231. עניינו הרואות כי בין שמסי לבין לויך נותרו נושאים פתוחים שטרם נדונו ביניהם בנוגע למיזם האמנות הסינית, כך שלא רק שלא נחתם הסכם מייסדים אלא שהנושאים שהיו אמורים להיכלל במסגרת ההסכם אף לא נדונו בין הצדדים.

232. לכך יש להוסיף כי צורפו גם תכתובות דואר אלקטרוני בין שמסי לבין רו"ח ערן בניטה מהם ניתן ללמוד על הערות נוספות שלא נדונו בין הצדדים בנוגע למיזם האמנות הסינית והדברים נותרו פתוחים.

233. לא זו בלבד, אלא שמהתכתבויות הצדדים בדואר האלקטרוני עולה באופן ברור כי הצדדים לא דנו ביניהם אודות נושאים הקשורים לכניסת שמסי למיזם האמנות הסינית ואף לא סוכם המחיר. כך למשל עולה מהודעת דואר אלקטרוני ששלח לויך לשמסי ביום 16.3.2016, המעידה במפורש כי שמסי "מנסה להצטרף" ("you are trying to join") למיזם האמנות הסינית. וכדברי לויך במייל (נספח נ"ה לתצהיר שמסי):

**"If you are not happy... then it obviously leads to a separation, not only regarding the above but with all, including china – to which you are trying to join in dramatically different terms than the ones you offered just few months ago."**

234. ואם בכך לא סגי, כי אז חיזוק משמעותי מכריע, המעיד באופן מפורש וברור כי הצדדים לא גמרו בדעתם ולא התקשרו ביניהם בנוגע למיזם האמנות הסינית, יש לראות במייל שנכתב מלויך לשמסי ביום 28.6.2016 (נספח ס"ה לתצהיר שמסי) בו מציין לויך כי הוא מזמין את שמסי להצטרף אליו בקרוב למיזם האמנות הסינית. וכדברי לויך במייל:

**1. ... chine wasn't and isn't a game, but a very successful business that I built alone and that im gladly inviting you in very soon with extremely favorable terms for you.**

**2. I will talk to cran about china soon, however I told him before he should decide the price, I never changed my mind, he has all the info now...**

**im coming to israel especially to meet you and decide on the china agreement terms, I do deserve a bit better attitude,**

**otherwise I don't see why we should start the whole thing."**

[ההדגשות הוספו; השגיאות במקור – י.ד.]

235. מהודעות דואר אלקטרוני אלה שהוחלפו בין הצדדים לא יכול להיות כל ספק כי לא רק שהצדדים לא כרתו ביניהם את הסכם המייסדים אודות מיזם האמנות הסינית, אלא שהם היו רק "בתחילת הדרך" עת החלו לדון באפשרות שמסי יצטרף למיזם. נותרו נושאים מסחריים פתוחים שלא סוכמו. בעניין זה העיד שמסי כך:

"היו שיחות שהתחילו לא יודע מתי, שאני אשקיע גם כן בסין, אבל זה לא **it did not materialized, I did not invest as a matter of fact**, בתוך ההסכם, בתוך האימייל הזה שאנחנו קוראים שמה, אורן לוסיטיגמן שלח לנו הסכם, שלח לנו הסכם שהיה צריך להיות קשר להשקעה שלנו ב-art ביחד עם יוני, איך יוני נכנס לתוך הזה, אני כתבתי על זה comments, עד היום 2022 עוד לא קיבלתי תשובה מאורן לוסיטיגמן, אז אתה רוצה להגיד לי שאני השקעתי בסין?" (פרוטוקול 20.4.2022 עמוד 42, שורות 9-18) [ההדגשות הוספו – י.ד.]

236. לוי טוען בערעורו כאמור, בין היתר: כי הסכמים לא חייבים להיערך בכתב וכי שמסי הצטרף למיזם האמנות הסינית במהלך שנת 2015 מבלי שהצדדים נזקקו לחוזה בכתב; כי הבורר קמא לא יכול היה להתעלם מהעובדה שמערכת היחסית בין הצדדים לא התבססה על הסכמים בכתב, שהרי לצדדים לא היה אפילו חוזה בנוגע לשותפות שאינה שנויה במחלוקת בברזיל; וכי שגה הבורר קמא כשקבע כי מחיר הכניסה למיזם לא סוכם בין הצדדים בעוד שלטענת לוי הצדדים כן סיכמו על מחיר הכניסה למיזם.

237. בהקשר זה טוען לוי כי במחצית חודש יולי 2016 הגיעו הצדדים לסיכום סופי על המחיר. לטעמו, בהודעת דואר אלקטרוני מיום 17.7.2016 הודיע שמסי לעו"ד אורן לוסיטיגמן כי לוי ורו"ח ערן בניטה סיכמו את מחיר הכניסה למיזם (תצהיר בניטה, נספח ג): **"I understand that Eran sent you the numbers he worked out with OFER"**.

238. לחיזוק דברים אלה טוען לוי, כי בשיחה שקיים שמסי איתו ביום 15.12.2016 (נ/97א) הודה שמסי כי הצדדים הגיעו להסכמה בנוגע למחיר. ולדברי שמסי:

“אנחנו לא יכולים ללכת אחורה עופר. היה לנו מחיר שערן אמר עליו... בוא נעשה סדר, אחרת זה לא יסתדר, משום שאם אנחנו נתחיל עכשיו לעשות הסכמים חדשים על סין, אנחנו לא נצא מזה”.

239. לוי אף מדגיש את הודעת הדואר האלקטרוני ששלח שמסי ללוי ביום 29.12.2016, ערב הגשת התביעה (בסעיף 344.1 להודעת הערעור של לוי), בה טען:

**Personally i am owed with josh 50% of the art at the cost you paid  
“for them.”**

240. התכתבויות אלה לא נשמטו מעיני אלא שגם לאחר עיין בהן שוכנעתי כי ממכלול המסמכים שצורפו והעדויות שנשמעו, גם אם לשמסי היה רצון ממשי להצטרף למיזם, במועד זה טרם נדונו או הוסכמו נושאים מסחריים שונים בין הצדדים ובנסיבות אלה לא ניתן לומר כי ההתכתבויות שצורפו מוכיחות ברף הנדרש את הצטרפותו של שמסי למיזם האמנות הסינית. בנסיבות אלה, לא מצאתי מקום להתערב בקביעה כי בין לוי לבין שמסי לא נכרת הסכם לגבי מיזם האמנות הסינית.

## 2.2.ז. הדירה בירושלים ואוסף האמנות הישראלית

241. אשר לדירה בירושלים ולאוסף האמנות הישראלית; טען לוי כי נכסי ה-JV (למעט המיזם בברזיל ומיזם האמנות הסינית) כללו גם אוסף של אמנות ישראלית ודירה בירושלים. מנגד, שמסי טען כי מעולם לא קיבל שום החלטה הנוגעת להשקעה משותפת הקשורה לדירה בירושלים או לאוסף האמנות הישראלית ואף טען כי גם לאחר שהחל הליך הבוררות, הוא לא היה מודע לכך שהנכסים הללו שייכים ל-JV.

242. בעניין זה קבע הבורר קמא כי לוי לא הציג כל ראיה המעידה על השקעה משותפת בדירה בירושלים או באוסף האמנות הישראלית ואף לא הציג כל ראיה המעידה על בעלות שמסי בנכסים אלה. ולא רק שלוי לא הציג כל ראיה המעידה על השקעה משותפת בדירה בירושלים או באוסף האמנות הישראלית אלא שבעניין זה העיד ג'ונתן קוניג, שהיה מנהל הכספים וחשב חברת הניהול של ה-JV, כי הגם שנערכו דוחות הנוגעים לדירה בירושלים ולאוסף האמנות הישראלית, דוחות אלה אפילו לא נשלחו לשמסי (פרוטוקול 6.7.2022, עמוד 39, שורה 21 עד עמוד 40, שורה 15).

243. לאור העובדה שלוין לא הציג אף לא ראיה אחת המעידה על השקעה משותפת בדירה בירושלים או באוסף האמנות הישראלית, אין מקום להתערבות בקביעת הבורר קמא בעניין זה.

### 3.ז. האם תביעת שמסי הוגשה טרם זמנה?

244. לטענת לוין, היה על הבורר קמא לדחות את תביעת שמסי מן הטעם שהיא הוגשה טרם זמנה, שכן – כפי שהעיד שמסי עצמו – השניים קבעו ששמסי לא יוכל להוציא כסף עד לחודש מרץ 2018. בנסיבות אלה, טוען לוין, כי שמסי היה מנוע מלהגיש תביעה כלשהי כנגד לוין לפני חודש מרץ 2018, אלא ששמסי הגיש את התביעה בפברואר 2017, שנה קודם לכן.

245. מנגד, טען שמסי בתצהירו (סעיפים 79-70) כי לאחר שסיכם עם לוין באמצע חודש דצמבר 2016 כי לוין ישיב לשמסי את כספו לאלתר, לוין התחמק ממנו וכשהתקיימה פגישה ביום 22.1.2017 בין בא כוחו של לוין, עו"ד איבצן, לבין נציגי שמסי, רו"ח בניטה ועו"ד אורי בר, מסר בא כוחו של לוין כי היתרה המגיעה לשמסי היא מיליוני דולרים בודדים, למרות שיתרת הכספים המופקדים של שמסי בקרן באותו מועד עמדה על כ-30 מיליון דולר (פרוטוקול 8.3.2022, עמוד 101, שורה 16 ועד עמוד 102, שורה 5; חקירה נגדית של שמסי).

246. הבורר קמא דחה את טענת לוין בעניין זה ופסק כי כבר במרץ 2017 שמסי חשש כי ייתכן שלא יקבל מלוין את מלוא כספו ובנסיבות אלה החליט להגיש את התביעה (סעיף 81 לפסק הבררות).

247. אין חולק כי המועד להשבת הכספים המופקדים של שמסי היה חודש מרץ 2018, שכן מדובר בסעיף בהסכמי ה-JV ששני הצדדים טענו שהוא סעיף אמיתי ומחייב. אלא, שלאור חילופי הדברים בין נציגי שמסי ולוין, שמסי הבין כי ייתכן שלא יראה את מלוא כספו בחזרה ולכן החליט להגיש את התביעה. זאת ועוד, מאז הגיש שמסי את התביעה, המועד דנן – כלומר חודש מרץ 2018 – כבר חלף. בשל כל אלה, לא מצאתי כי נפלה שגגה בקביעה זו של הבורר קמא וטענת לוין בעניין זה נדחת.

4.ז. מהו התוקף המשפטי של הסכמי המיזם המשותף (הסכמי ה-JV)?

248. אין חולק בין הצדדים כי בסוף שנת 2014 ותחילת שנת 2015 חל שינוי משמעותי ברגולציה העולמית ונכנסה לתוקף רגולציית FACTA (Foreign Account Tax Compliance Act) אשר חייבה הן את קרן GTI והן את שמסי לדווח על ניהול הכספים בקרן.

249. בעניין זה לזין חוזר וטוען כי ככל ששלטונות המס היו מגלים כי מדובר על השקעה של שמסי בקרן שלא דווחה, התוצאה היתה "בוודאות גבוהה שאד ישלח לכלא וכי כל הרווח שהוא טוען לו, יגבה על ידי שלטונות המס הן באמצעות מיסוי (50%) והיתרה תילקח כקנס עונשי" (סעיף 319 להודעת הערעור של לזין). נראה כי לזין מתאר את ההשלכות של אי דיווח על ההשקעה בקרן כ"אסון" שהיה יכול לבוא על שמסי כאזרח אמריקאי שמשקיע כספים בקרן השקעות, כאילו מדובר "בבעיה שלו". אולם נראה כי לאי דיווח של ההשקעה של שמסי בקרן היו עלולות להיות השלכות גם על לזין, כמנהל קרן ההשקעות של GTI. כלומר, מציאת הפתרון נועדה לא רק עבור שמסי, אלא גם עבור לזין, על מנת שקרן GTI, שבבעלות לזין, תוכל להמשיך ולהשקיע את כספי שמסי, שהוא המשקיע הגדול ביותר של קרן GTI, מבלי לדווח לרשויות האמריקאיות, כך שלשני הצדדים היה אינטרס משותף להסדיר את הבעייתיות כפי שקבע הבורר קמא (סעיף 116 לפסק הבררות).

250. רגולציית FACTA היא למעשה חוק אמריקאי שנועד למנוע מאזרחים אמריקאים להעלים הכנסות מחשבונות שלהם המנוהלים מחוץ לארצות הברית ובכך להתחמק מתשלום המס המגיע לממשלת ארה"ב. אולם, חובת הדיווח לא חלה רק על אזרחים אמריקאיים. גם בנקים, חברות השקעות ומוסדות פיננסיים אחרים ברחבי העולם, לרבות קרנות השקעות, נדרשים לדווח לרשויות המס בארצות הברית על חשבונות פיננסיים השייכים לאזרחים אמריקאים או לישויות משפטיות אמריקאיות. המטרה היא להבטיח שקיפות ושוויון במיסוי ולהילחם בהעלמת מס.

251. לזין בעדותו הודה כי "לא ניתן יהיה להמשיך את השקעותיו [של שמסי] בקרן... ועליו יהיה למשוך את כספיו מהקרן. אני הודעתי לאד שנוכח השינויים הרגולטוריים באירופה הקרן תהיה חייבת לדווח עליו כמשקיע (חובה שעד אותה עת לא הייתה מוטלת על הקרן). אד ביקש ממני בכל תוקף שלא אדווח עליו כמשקיע בקרן והוא החל לחפש פתרונות למצב ולבעיה שלו. אני הבהרתי שלא ניתן יהיה להמשיך את ההשקעה של אד בקרן ועליו למצוא לעניין פתרון." (עדות לזין, סעיף 293 להודעת הערעור של לזין) [ההדגשה הוספה – י.ד.].

252. לזין מציין בנספח ד', סעיף 7, להודעת הערעור שלו כי "אי הדיווח עלול לגרום סנקציות חמורות עד כדי "חיסולו" של העסק שלא מדווח." וכן בנספח ד', סעיף 11: "הקרן לא יכלה להמשיך

ולנהל את כספי אד ללא דיווח כאמור, שכן הדבר היה מנוגד לדין." כלומר לוי ידע שגם קרן GTI חשופה לאי הדיווח ולהשלכותיו, ולא רק שמסי.

253. מנגד, שמסי טען בדיון שהתקיים בבקשה לסעד זמני כשנחקר על תצהירו כי: "...ההסכם הזה,

אמרתי לך כבר, זה פייק, פיקציה שעזר לעופר לפתור את כל הבעיות שהיו לו עם הבנקים

באירופה ובארה"ב משום שהיה לו משקיע אמריקאי כמוני שהוא לא הודיע להם במשך 4-5

שנים. כשהוא לקח את ההסכם אחורה ל- 2011 זה פתר לו את כל הבעיות" (פרוטוקול הדיון

בבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו (השופט ד' חסדאי) בתיק הפ"ב 46167-10-20 מיום

11.4.2021, עמוד 7, שורות 2-5) [ההדגשות הוספו – י.ד.]

254. בנסיבות אלה נראה כי בצדק קבע הבורר קמא כי שני הצדדים – הן שמסי והן לוי – הבינו

שעליהם למצוא פתרון שייתר את הצורך לדווח על השקעת שמסי בקרן GTI, שיקטין את

חשיפתו לתשלומי מס ויאפשר את המשך מערכת היחסים העסקית בין שמסי לבין לוי (סעיף

17 לפסק הבוררות). הבורר קמא קבע בעניין זה כי "אין מקום של ממש להכריע ב"תחרות" בין

הצדדים מי מביניהם הושפע יותר מרגולציית ה-FACTA וביקש להסדיר את הבעייתיות

שנוצרה בעקבותיה, בין אם בעייתיות למשיכת כספים מן הקרן ובין אם בעייתיות בהיעדר

דיווח תוך הפרת הרגולציה. כך או כך, נראה בהחלט כי שני הצדדים חפצו, באינטרס משותף,

להסדיר את הבעייתיות שנוצרה ולמצוא פתרון אשר ייתר את הצורך החוקי לדווח על השקעתו

של מר שמסי בקרן GTI, ימנע את חיובו בתשלומי מס כאלו ואחרים או את חשיפתו האפשרית

להליך פלילי, ומנגד יאפשר את המשך קיומה של ההשקעה, וגם, אולי בעיקר, את אפשרות

השבתה בעתיד." (סעיף 116 לפסק הבוררות).

255. אם כן, הצדדים בחנו, משך תקופה ארוכה, פתרונות שונים להשקעתו של שמסי בקרן GTI

בהיבטי מס. כך למשל, הצדדים בחנו אפשרות של חתימה על הסכם הלוואה בשנת 2015 וניהלו

משא ומתן לחתימה על הסכם הלוואה. שמסי טען כי מדובר בשחזור של הסכם הלוואה שאבד

בשנת 2011 שכלל ריבית בשיעור של 13.3% שהובטחה לשמסי כשהשקיע את הכספים

המופקדים בקרן GTI, ובהתאם לכך שלח שמסי לעו"ד לוסיטיגמן פקס שמתאר את מבנה

ההסכם, כולל שיעור הריבית של 13.3% שעליו הוסכם לטענתו בהסכם הלוואה המקורי. שמסי

טען כי לוי ביקש ששיעור הריבית הכולל לא יהיה גלוי לכולי עלמא, לכן לטענתו הוסכם על

חתימת שני הסכמי הלוואה במקביל: הסכם הלוואה אחד עם ריבית של 3.3%, הוא ההסכם

הגלוי לעורכי הדין ולרשויות; והסכם הלוואה שני עם ריבית של 10%, הוא ההסכם החסוי

שיהיה גלוי אך ורק לצדדים. שמסי תמך טענתו זו בתכתובות בינו לבין לוי (ת/53 ו-ת/54).



256. הצדדים קיימו פגישה ביום 15.10.2015 לפני החתימה על הסכם ההלוואה אולם, לטענת שמסי, במהלך הפגישה, בזמן שהוא יצא לעשן עם לוי, לוי אמר לו שעורכי הדין שלו (של לוי) יעצו לו שלא לחתום על ההסכם החסוי וכי שמסי יכול לסמוך עליו בנוגע להפרש הכספי (ההפרש הכספי בין הסכומים בהסכם הגלוי לבין ההסכם החסוי עמד על כ-6.2 מיליון דולר) (סעיף 33 לתצהיר שמסי). בנסיבות אלה, לבסוף הצדדים לא חתמו על הסכם ההלוואה (ראו עדותו של עו"ד אורי בר שנכח בפגישה ביום 15.10.2015; פרוטוקול 23.12.2021, עמוד 4, שורה 21 - עמוד 5, שורה 9).
257. לוי, מצידו, דחה גרסה זו של שמסי וטען כי הצדדים ניהלו משא ומתן לחתימה על הסכם הלוואה שיישא ריבית של 3.3% בלבד. לדברי לוי, הוא מעולם לא הסכים להחליף את השקעת שמסי בקרן GTI במנגנון של הלוואה הכוללת תשואה של 13.3% ובעת הפגישה של הצדדים ביום 15.10.2015 דווקא שמסי הוא זה שאמר, לטענת לוי, כי הוא לא מוכן לחתום על הסכם ההלוואה מאחר שהוא נאלץ לוותר על סכומי כסף גדולים. לטענת לוי, שמסי ביקש ממנו שישלים לו את ההפרש בין תשואת הקרן לבין שווי ההלוואות המוסכמות אולם לוי סירב לדרישה זו ובעקבות כך הסכם ההלוואה לא נחתם.
258. בהליך הבוררות הציג שמסי את הפקס ששלח לעו"ד לוסטיגמן כראיה לחיזוק טענתו בנוגע לשיעור ריבית של 13.3%. שמסי טען כי בהתחלה הוא רשם שיעור ריבית של 13.3% ולאחר מכן מחק את הספרה 1 כך שיתקבל שיעור ריבית של 3.3% לאור בקשת לוי שלא להציג בגלוי את שיעור הריבית המלא. לוי, מצידו, טען ששמסי זייף את הפקס לעו"ד לוסטיגמן בכדי לתמוך בטענותיו. לאחר בחינת הראיות שהוצגו בפני הבורר קמא ושמיעת העדים, קבע הבורר קמא בעניין זה כי שמסי לא עמד בנטל להוכיח את טענתו לפיה לוי ושמסי הסכימו על חלוקה של שיעור הריבית בגובה של 13.3% לשני חלקים בשני הסכמים נפרדים (הסכם גלוי 3.3% והסכם חסוי 10%) (סעיפים 100-101 לפסק הבוררות).
259. פתרון נוסף אותו בחנו הצדדים היה מכשיר קופת הגמל (אנונה) לפיו נבחנה אפשרות להעביר חלק מהכספים המופקדים מהקרן אל קופת גמל בניהול אישי כאשר לוי ימשיך לנהל את הכספים שיהיו רשומים על שם שמסי בחברת ביטוח שיבחר. הצדדים בדקו את האפשרויות עם חברת הביטוח הפניקס וחברת US Commonwealth האמריקאית. שמסי טען כי לצורך משיכת הכספים מהקרן והפקדתם בקופת גמל נדרש לוי למסמכים שיסבירו את מקור הכספים. שמסי טען כי הציע שלוי ישתמש בהסכם ההלוואה משנת 2011 אולם לאחר שהשניים לא מצאו את הסכם ההלוואה, הם החלו במשא ומתן לקראת חתימה על הסכם הלוואה חדש. לוי לעומתו טען ששחזור הסכם ההלוואה משנת 2011 לא נולד בשל הצורך להעביר כסף לחברת הפניקס.

בעניין זה קבע הבורר קמא כי הסכם ההלוואה היה אמור לייצר פתרון שהכספים המופקדים יהפכו להיות כספי הלוואה וישאו ריבית שתוסכם על ידי הצדדים, אך הסכמות הצדדים לא הושגו והסכם הלוואה חדש לא נחתם (סעיף 118 לפסק הבוררות).

260. או אז, לאחר שהצדדים התייעצו עם מומחים שונים וביניהם עו"ד אלברט פוקס אשר כונה בעדויות שנשמעו בהליך הבוררות "השועל", החליטו הצדדים לחתום, ביום 17.11.2015, על הסכמי ה-JV, אשר תוארכו לאחור ליום 23.3.2011, היום בו החל שמסי להעביר לקרן את החלק הארי של הכספים שהושקעו בה.

261. אין מחלוקת כי הצדדים חתמו על הסכמי ה-JV, שמהותם הקמת מיזם משותף על ידי הצדדים במטרה לעסוק בהשקעה בנכסים ריאליים כשאחד עוסק בפרויקטים בתחום החקלאות וקניית אדמות בדרום אמריקה והשני עוסק בפרויקטים בתחום הנדל"ן באירופה ובמציאה, רכישה ומכירה של יצירות אמנות. אלא, שהמחלוקת העיקרית בין הצדדים עוסקת בשאלת הרקע לחתימתם, אמיתותם ותוקפם של הסכמי ה-JV.

262. שמסי טוען כאמור כי הסכמי ה-JV הם פיקטיביים, אשר נועדו ליצור מסגרת פיקטיבית של נכסים ריאליים בשל שיקולי מס ורגולציה כדי להסתיר את ההשקעה הפיננסית שהשקיע שלא דווחה כדין לרשויות המס האמריקאיות, אלא שהצדדים לא התכוונו באמת להקים מיזם משותף לרכישת נכסים ריאליים כלשהם ולא היתה להם כל כוונה להקים פעילות ריאלית משותפת, כך שההסכמים הם למראית עין ונועדו ליצור מצג שווא בלבד וכלשונו "מה שהיה הוא שיהיה". אלא, שלטענת שמסי לא כל הסעיפים בהסכמי ה-JV הם פיקטיביים, חלקם הם כן אמיתיים ומשקפים את הסכמות הצדדים. ואלו הסעיפים האמיתיים שבהסכמי ה-JV לטענת שמסי:

א. סעיף 2.g. להסכמי ה-JV – תוקף ההתקשרות העסקית בין הצדדים – הוסכם שהכספים המופקדים יישארו בקרן GTI עד לחודש מרץ 2018.

ב. סעיף 3 להסכמי ה-JV – זכותו של שמסי למשוך בכל שנה סכום של 1,000,000 דולר.

ג. סעיף 9 להסכמי ה-JV – הערבות האישית של לוי בקרן הורחבה לכל החברות מטעמו ובשליטתו.

263. וכלשון שמסי בעדותו:

"... תראה, ה-JV הזה יש בו חלקים אמיתיים ויש בו חלקים שהם פיקציה.

החלק האמיתי זה שהוא צריך לשחרר לי מיליון דולר כל שנה, זה החלק

האמיתי. החלק האמיתי זה שזה מסתיים במרץ 2018, החלק הלא אמיתי זה

שאני נותן לו 18.4 מיליון שהוא יכול ללכת לעשות שופינג, אוקי?!" (פרוטוקול

מיום 8.3.2022, עמ' 96, שורות 18-23) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

264. לעומתו טוען לוין לגבי הסכמי ה-JV כי מדובר בהסכמים אמיתיים ותקפים, שביטלו את הסכמי ההשקעה הפיננסית של שמסי בקרן והחליפו אותם, רטרואקטיבית מיום 23.3.2011, בהסכמי JV שהם הסכמים להקמת מיזמים משותפים להשקעה בנכסים ריאליים וכוונת הצדדים היתה שהסכמים אלה יחייבו אותם. לטענת לוין, הסכמי ה-JV הם ההסכמים היחידים שנחתמו בין הצדדים והיחידים שמגדירים את מערכת היחסים המשפטית והמחייבת ביניהם. לפיכך, טוען לוין כי מכוח הסכמי ה-JV, הכספים המופקדים של שמסי שימשו לרכישת נכסים ריאליים על ידי המיזמים המשותפים ואין לשמסי עוד כספים כלשהם בקרן. וכלשון לוין בעדותו:

"ש. יופי, אז יש לנו את ברזיל, יש לנו את סין, ויש לנו בקרן ה-, בערך 28 מיליון

דולר. נכון? זה במאי

ת: של שמסי? בשלב הזה אין שום דבר של שמסי.

ש: שיד לשמסי, בבעלות שמסי.

ת: הכל שייך ל-JV, שזה אומר גם לי וגם לו. שייך לשנינו". (פרוטוקול מיום

5.7.2022, עמוד 143, שורות 9-5) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

265. בנוסף, לוין העיד כי לטעמו חלקם הגדול של הכספים שבקרן שייך אליו:

"ש...ביתרה בקרן של משפחת שמסי 28 ממיליון דולר. בסדר!

ת. לא בסדר. הם כבר שייכים לי בחלקם." (פרוטוקול מיום 24.7.2022, עמוד

151, שורות 23-24 ועד עמוד 152, שורה 2) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

266. ובהמשך:

"ש. אני אומר שהכסף נשאר בדיוק באותו מקום שהוא היה ערב ה-JV רק

ברשימות המהוללות של מנהל החשבונות שלך השתנה משהו באקסלים, אבל

המקורות הכספים שלך לא השתנו...

ת. אתה מבין את ההבדל בין 28 בקרן הם שייכים לשמסי, לבין 28 שאני כבר

עשיתי,

ש. גם בקרן.

ת. שחלקם הגדול שייכים לי, ואני יכול לעשות גם מה שאני רוצה ולא לשעבד

את כל...". (פרוטוקול מיום 24.7.2022, עמוד 154, שורה 16 ועד עמוד 155, שורה

2) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

267. מדברי לויך אלה עולה, כי לטענתו החל מהחתימה על הסכמי ה-JV כל הכספים המופקדים שהיו עד כה של שמסי ובני משפחתו בקרן GTI וצמחו בערך ל-28 מיליון דולר, הפכו להיות החל מרגע החתימה על הסכמי ה-JV, בבעלות שמסי ולויך במשותף, בחלקים שווים.

268. הבורר קמא בחן את כלל הראיות שהובאו בפניו – התצהירים, המסמכים, תכתובות והקלטות שיחות שצורפו – שמע את העדים שהופיעו בפניו, התרשם מהם וממהימנותם ובחן את אומד דעת הצדדים וכוונתם. בהתבסס על כל אלה קבע הבורר קמא כי הצדדים לא ביקשו לערבב את הכספים המופקדים בתוך מיזם משותף להשקעות בנכסים פיננסיים וכי הסכמי ה-JV אכן כללו סעיפים למראית עין (סעיף 167 לפסק הבוררות). מכאן קבע הבורר קמא כי יש לתור אחר הסעיפים האמיתיים של הסכמי ה-JV אשר שיקפו את כוונותיהם האמיתיות של הצדדים. הסעיפים המהווים את אותו "חוזה נסתר" בין הצדדים, שיש להורות על אכיפתו.

269. קביעות אלה של הבורר קמא הן עובדתיות. כעולה מפסק הבוררות, הממצאים העובדתיים נקבעו באופן פוזיטיבי. קביעת הממצאים הללו נוגעת לליבת המחלוקת באשר לתוקפם המשפטי של הסכמי ה-JV וכוונת הצדדים לעסקת היסוד. קביעות אלה נקבעו כאמור בהתבסס על ממצאים עובדתיים, ראיות שהובאו בפני הבורר קמא והתרשמותו מהעדים שהופיעו בפניו. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, ובפרט כשהן מבוססות על התרשמותה הבלתי אמצעית מן העדים שלפניה (ע"א 1255/13 אולניק חברה להובלה עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בני וצביקה בע"מ [פורסם בנבו] (13.5.2012) פסקה 11; ע"א 3605/21 קוריאה מוטורס ישראל בע"מ נ' אברהם אונגר [פורסם בנבו] (26.2.2024) פסקה 9).

270. על תפקידה של ערכאת הערעור בהליך בוררות נקבע בהפב (ת"א) 43366-10-19 בנימין סופר נ' א.ד.א.ב. בונס בע"מ [פורסם בנבו] (2.6.2020) על ידי השופטת יי שבח כי "בעוד שתפקידה של הערכאה הדיונית הוא לשמוע את העדויות, לבחון את הראיות, לקבוע את הממצאים הנדרשים, ולהכריע בטענות הצדדים ובסעדים הנתבעים, אין ערכאת הערעור שומעת את המשפט מחדש". באופן דומה קבע השופט אי רובינשטיין בע"א 8184/12 מרכז תורני לאומי ע"ר נ' הרב מרדכי דב קפלן [פורסם בנבו] (28.10.2015): "תפקידה של ערכאת הערעור אינו "שמיעה מחדש" של המשפט. אלא העברת פסק דינה של הערכאה הדיונית תחת שבט ביקורתה"; בע"א 1242/04 ש. גמליאל חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ש. ארצי חברה להשקעות בע"מ [פורסם בנבו] (11.9.2006) פסקה 24, נקבע כי: "תפקידה של ערכאת הערעור אינו "שמיעה מחדש" (rehearing) של המשפט, אלא בחינה האם הממצאים שנקבעו בפסק דינה של הערכאה

הדיונית מעוגנים בחומר ראיות אמין, האם המסקנות שהוסקו עומדות במבחן ההוכחות, ההיגיון ומכלול הנסיבות, והאם התוצאה מתחייבת מבחינת הוראות הדין החלות על העניין..."; בע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20.12.2000) פסקה 6, נקבע כך: "...התשתית העובדתית הנדרשת לקבלת ההכרעה בתיק, נקבעת בערכאה הראשונה, שבידיה הכלים המתאימים לכך, ואילו ערכאת הערעור מעבירה תשתית זו – כמו גם כמובן את ההכרעה עצמה – תחת שבט ביקורתה. שינויים ב"חלוקת עבודה" בסיסית זאת, אף שלעיתים הם אפשריים, צריכים ככלל להיעשות בזהירות יתרה על מנת שלא לשבש את האיזון הראוי בין תפקידי הערכאה הדיונית וערכאת הערעור...". כלומר ערכאת הערעור אינה מבטלת את שיקול דעתה של הערכאה הדיונית ומחליפה אותו בשיקול דעתה שלה, אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן בלבד (ראו ע"פ 8279/11 טל מור נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (1.7.2013), פסקה 100).

271. על בורר הערעור לבחון את המסקנות שהסיק הבורר בערכאה הדיונית ולבחון אם הן עולות בקנה אחד עם הדין והראיות. כך נקבע בהפכ (ת"א) 43366-10-19 בנימין סופר נ' א.ר.א.ב. בנוסח בע"מ [פורסם בנבו] (2.6.2020) פסקה 18:

"מושכלות יסוד אלו כוחן יפה גם בהגדרת תפקידו של בורר בערעור, משאין סיבה להבדל, בהקשר זה, בין ערכאת הערעור בבית המשפט לבין בורר בערעור. גם הבורר בערעור אינו שומע מחדש את הבוררות, בהלימה לפרט ד' לתוספת השניה לחוק הבוררות לפיו: 'הבורר בערעור רשאי לקיים ישיבה בנוכחות הצדדים... אך אינו רשאי לשמוע עדים...'. "

גם הבורר בערעור אינו אמור לדחוק את שיקול דעתו של הבורר בערכאה הדיונית ששמע את העדים והתרשם מהם באופן בלתי אמצעי, ולהעדיף עליו את שיקול דעתו שלו, אלא עליו לבחון אם המסקנות שהסיק הבורר בערכאה הדיונית עולות בקנה אחד עם הדין, עם הראיות, עם ההיגיון ועם הסעדים שנתבקשו. רק אם יגיע למסקנה שהתשובה שלילית – יתערב."

272. להלן אבחן את המסקנות שהסיק הבורר קמא בפסק הבוררות והאם הן תואמות ועולות בקנה אחד עם הראיות, המסמכים, ההקלטות והעדויות שהובאו בפניו.

273. תחילה, יש לאמוד אחר כוונת הצדדים מוזמן אמת (עת חתמו על הסכמי ה-JV בשנת 2015) ולבחון את השאלה המרכזית האם הסכמים אלה נחתמו למראית עין בלבד או שמא היו אמיתיים וכפי שציין הבורר קמא בפסק הבוררות: "האם הצדדים התקשרו בהסכמי ה-JV

מתוך כוונה ורצון להפוך את עסקת היסוד (היא השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI) לעסקה שמהותה השקעה בנכסים ריאליים, או שמא מדובר בהסכמה פיקטיבית אשר הצדדים לא התכוונו לייחס לה תוקף אמיתי" (סעיף 131 לפסק הבוררות). ככל שאמצא, כפי שקבע הבורר קמא, כי הסכמי ה-JV הם פיקטיביים, כי אז לאור טענת שמסי כי קיימים בהסכמי ה-JV סעיפים אמיתיים ואין מדובר בפיקטיביות מלאה, יהיה צורך לבחון ולאתר – על בסיס הראיות והעדויות – את הסעיפים האמיתיים לעומת הסעיפים הפיקטיביים.

274. בעניין זה, כידוע, הלכה פסוקה היא כי הנטל להוכיח שחווה אינו אותנטי הוא על הטוען לכך ומדובר בנטל הוכחה כבד במיוחד. יפים לעניין זה דברי השופטת א' פרוקצ'יה בע"א 3725/08 חזן נ' חזן [פורסם בנבו] (3.2.1011) פסקה 31:

"בעל דין המייחס לצד שכנגד עריכת חווה פיקטיבית מעלה כנגדו טענה קשה, העשויה להגיע אף כדי ייחוס מרמה או מצג כזב. ככלל, טענות מסוג זה, שנילווה להן, על פי רוב סממן של חוסר נקייון כפיים, טעונות בשל טיבן רמת הוכחה נכבדה לצורך ביסוסן. ייחוס לאדם התנהגות שיש בה חוסר ניקיון כפיים, מרמה או כזב מחייב בראיות בעלות משקל ואמינות. כשם שלא בנקל יוכיח בעל דין טענות בדבר תרמית, המחייבות ביסוס ברמת הוכחה גבוהה במיוחד, כך גם טענות בדבר פיקטיביות של עיסקה, המשיקות לטענות מרמה, מצדיכות רמת הוכחה התואמת במשקלה לרצינותה ולחומרתה של הטענה הנטענת".

ראו גם ע"א 7456/11 בר נוי נ' אמנון [פורסם בנבו] (11.4.2013) פסקאות 15-16; ע"א 3546/10 מישאלי נ' קליין [פורסם בנבו] (18.4.2012) פסקה 14.

275. בנסיבות אלה, נטל ההוכחה המוטל על שמסי, הטוען כי הסכמי ה-JV הם פיקטיביים, הוא נטל מוגבר.

#### 1.4.ז. פרשנות הסכמי ה-JV

276. כדי להכריע בשאלת התוקף המשפטי שיש ליתן להסכמי ה-JV, יש כאמור לאמוד אחר כוונת הצדדים בזמן אמת, בשנת 2015, עת התקשרו בהסכמים אלה, לנתח את רצון הצדדים כפי שהוא משתקף בסיפור שמספר כל אחד מהם, לבחון את לשון הסכמי ה-JV ופרשנותם, הנסיבות שקדמו לחתימה על הסכמי ה-JV והתנהגות הצדדים מתחילת המשא ומתן ביניהם, הרקע שקדם לו ועד פעולותיהם לאחר החתימה על הסכמי ה-JV.

277. אכן בצדק נטען כי נטל ההוכחה להוכחת הסכם למראית עין הוא נטל מוגבר. על הטוען טענה זו להציג ראיות משכנעות, שיובילו למסקנה כי ההסכם אינו משקף את הכוונה האמיתית של הצדדים. בית המשפט העליון קבע בפסיקה עקבית כי נטל זה מוטל על כתפי הטוען, וכי יש להציג ראיות ברורות וחד משמעיות כדי להוכיח את הטענה (ראו ע"א 3642/11 הדר כהן נ' סמיר גטאס [פורסם בנבו] (3.3.2014); ע"א 4816/20 ואן לסקוב נ' פלונית [פורסם בנבו] (10.3.2021); ע"א 5794/94 אררט נ' בן שבת, פ"ד נא(3) 489 (18.6.1995); ע"א 3805/23 גלינה גולדנברג נ' בר-זן נדל"ן ותיירות בע"מ [פורסם בנבו] (20.8.2024)). עיקר טענת שמסי הוא כי הסכמי ה-JV הם למראית עין ונחתמו אך ורק כדי להציגם כלפי חוץ בפני גורמים שלישיים אולם לצדדים לא היתה כל כוונה לפעול על פיהם, וכדבריו "מה שהיה הוא שיהיה". בנסיבות אלה, על שמסי מוטל נטל הוכחה מוגבר להוכיח טענתו זו.

278. סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשלי"ג-1973 ("חוק החוזים") קובע כיצד יש לפרש חוזה. הלכה פסוקה היא כי בפרשנות חוזה יש להתחקות אחר אומד הדעת המשותף של הצדדים. בתי המשפט בפסיקתם קבעו את עקרונות-היסוד לפרשנות של חוזים בהסתמך על סעיף 25 לחוק החוזים הכללי (ראו בעניין זה דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא (2) 1; רע"א 6565/11 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' EMI MUSIC PUBLISHING LTD [פורסם בנבו] (22.7.2014); ע"א 8080/16 עמודי שחף בע"מ נ' לברינצ'וק (8.8.2018) פסקה 2).

279. אומד דעת הצדדים וכוונתם נלמדים גם מהמערכת היחסית ביניהם, כמו גם התנהגות הצדדים לאחר חתימת החוזה. כך למשל נקבע בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.5.2006) ובע"א 8382/06 בוטח נ' כהן (26.8.2012):

"לא ניתן להגביל את ההכרעה בדבר כוונת הצדדים – לזיכרון הדברים בלבד. כידוע, בעת פרשנות חוזה יש להתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבי והמשותף של הצדדים. לצורך כך, יש לנתח את רצון הצדדים '...כפי שהוא משתקף ב'סיפור' שהם מספרים, מתחילתו בשלב המשא-ומתן והרקע שקדם לו, ועד לסופו...' (דברי השופט (כתוארו אז) א' ריבלין, ב-דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו], (11.5.2006))."

280. כך למשל נקבע גם בע"א 87/15 נורדן נ' גרינברג [פורסם בנבו] (16.10.2017) בפסקה 15: "אומד דעתם של הצדדים משתקף גם מהתנהגותם בשנים הרבות שחלפו לאחר כריתת ההסכם. בית משפט זה עמד לא פעם על כך שהתנהגותם של צדדים

**לאחר כריתת הסכם משמשת כלי פרשני לבחינת כוונתם בעת ההתקשרות**

**בהסכם ויש בה כדי ללמד על האופן שבו הבינו את תוכנו...".**

281. בע"א 49/06 שניר תעשיות צמר גפן רפואי בע"מ נ' עירית כפר סבא [פורסם בבנו] (10.6.2008)

בפסקה 8 תיאר השופט א' גרוניס (כתוארו אז) כיצד ניתן לאמוד מה היתה כוונת הצדדים על פי התנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה:

**"ההתנהגות לאחר כריתתו של חוזה מלמדת כיצד הצדדים לו הבינו אותו. אם**

**צד לחוזה נהג בדרך מסוימת שיש בה כדי להצביע כיצד הוא מפרש את**

**הוראותיו, יתקשה הוא לטעון בהמשך כי פרשנותו של החוזה שונה היא".**

ראו בעניין זה גם ע"א 7259/15 לביא נ' אורקי בניה שירותים והשקעות בע"מ [פורסם בבנו] (17.1.2017) פסקה 10.

282. ההסכמים כאמור תוארכו ליום 23.3.2011. הצדדים להסכמים הם "Back Bay Manor Associate

" מצד אחד, לבין "עופר לויין וכן כל חברה אחרת מטעמו" מצד שני. ב"הואיל" הראשון נכתב כי "הצדדים החליטו להקים Joint Venture במטרה לעסוק במציאה, השקעה ניהול ומכירה של פרויקטים בתחום החקלאות וקניית אדמות בדרום אמריקה.

283. שמסי טען כאמור כי ההסכמים הם פיקטיביים. לדבריו הוא התכוון שמה שהיה הוא שיהיה וכי

הצדדים לא התקשרו בהסכמי ה-JV מתוך כוונה ורצון להפוך את עסקת היסוד (השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI) לעסקה של השקעה בנכסים ריאליים אלא רק כדי להציג את העסקה ככזו כלפי חוץ מתחילת הדרך (ולכן התאריך על ההסכמים תוארך לשנת 2011). וכלשון

שמסי בעדותו: "אתה לא יכול לקחת את ההסכם הזה ולחלק אותו לפי פסוק-פסוק. כל ההסכם

עצמו היה בשביל המגירה, ובשביל עופר על מנת להראות לבנקים שלו. אני בשום אופן לא

הסכמתי לתת לו 9 מיליון שילך יעשה איתו קניות בברזיל בשביל סין, כל מה שמאחורי כל ה-

JV הזה הוא סתם זיוף. מה שנכון שהכסף נשאר ב-GTI. הייתי צריך לקבל דוחות רבעוניים"

(פרוטוקול מיום 13.3.2022, עמוד 77, שורות 18-24). עם זאת, שמסי הוסיף וטען כי היו מרכיבים

ספציפיים ששיקפו את ההסכמות האמיתיות של הצדדים בסעיפים בודדים בלבד בהסכמי ה-

JV (סעיפים 2, ג., 3 (למעט גובה הסכום) ו-9). מנגד, כאמור לויין טען שהסכמי ה-JV הם אמיתיים

ומחייבים את הצדדים וכוונת הצדדים היתה לשנות את עסקת היסוד ולהפכה לעסקה של

השקעה בנכסים ריאליים. בעניין זה טוען לויין כי שמסי עבר מטענה של הסכם למראית עין

בסימולציה מלאה ("כל ההסכם היה בשביל המגירה") להסכם למראית עין בסימולציה חלקית

(בו קיימים סעיפים בודדים אמיתיים).



284. לאחר בחינת סעיפי ההסכמים, המסמכים, הרקע, שמיעת עדויות הצדדים והתנהגות הצדדים לאחר החתימה על ההסכמים, קיבל הבורר קמא את טענת שמסי לפיה הסכמי ה-JV הם פיקטיביים למעט סעיפים 2.ג., 3 ו-9 להסכמים, אשר לגביהם שוכנע הבורר כי היתה לצדדים כוונה אמיתית לפעול והוכח שעל פיהם הם פעלו.
285. לאחר שבחנתי את הממצאים העובדתיים עליהם הסתמך הבורר קמא, הכוללים בין היתר את סעיפי הסכמי ה-JV, המסמכים, העדויות וההקלטות מזמן אמת שוכנעתי, כי המסקנות המשפטיות שאליהן הגיע הבורר קמא בעניין תוקפם של הסכמי ה-JV נכונות והן מבוססות על הממצאים העובדתיים שהובאו בפניו. מצאתי כי הבורר קמא הבהיר היטב את הטעמים לקביעותיו ולהסתמכותו על הראיות והעדויות מוזמן אמת. בנסיבות אלה שוכנעתי כי יש לאמץ את קביעותו של הבורר קמא לפיה הסכמי ה-JV הם למראית עין למעט סעיפים ספציפיים אמיתיים שהצדדים פעלו על פיהם.
286. בטרם אבחן את לשון הסכמי ה-JV, את הראיות שהוצגו ואת העדויות שנשמעו בעניינם, אבקש להעלות תהיה באשר לטענתו של לויין לפיה מרגע חתימת הסכמי ה-JV הוא הפך לשותף בחלקים שווים עם שמסי בכספים שהופקדו על ידי שמסי בקרן GTI.
287. לויין טוען כאמור כי מכוח הסכמי ה-JV, הכספים המופקדים של שמסי שימשו לרכישת נכסים ריאליים על ידי המיזמים המשותפים ואין לשמסי עוד כספים כלשהם בקרן. וכלשון לויין בעדותו:

“ש. יופי, אז יש לנו את ברזיל, יש לנו את סין, ויש לנו בקרן ה-, בערך 28 מיליון

דולר. נכון? וזה במאי

ת: של שמסי? בשלב הזה אין שום דבר של שמסי.

ש: שידך לשמסי, בבעלות שמסי.

ת: הכל שייך ל-JV, שזה אומר גם לי וגם לו. שייך לשנינו”. (פרוטוקול מיום

5.7.2022, עמוד 143, שורות 5-9) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

ובהמשך:

“ש. עזוב את ברזיל. ברזיל כל צד שם לא יודע מה, ... זה נשאר שלך בדיוק אותו

דבר כמו שהיה ערב ה-JV. בתורה קרן של משפחת שמסי 28 מיליון דולר.

בסדר?

ת. לא בסדר. הם כבר שייכים לי בחלקם." (פרוטוקול מיום 24.7.2022, מעמוד

151, שורה 22 ועד עמוד 152, שורה 2) [ההדגשה הוספה – י.ד.].

288. מדבריו לויך אלה עולה, כי החל מהחתימה על הסכמי ה-JV כל הכספים המופקדים שהיו עד כה של שמסי ובני משפחתו בקרן GTI וצמחו בערך ל-28 מיליון דולר, הפכו להיות החל מרגע החתימה על הסכמי ה-JV, בבעלות שמסי ולויך במשותף, בחלקים שווים.

289. דבריו אלה של לויך העלו אצלי תהיות רבות. האם באמת ובתמים סבר לויך כי ביום בהיר אחר, בשל כניסת רגולציית FACTA לתוקף בארה"ב, שמסי הסכים לחלוק עמו בחלקים שווים סכום של 28 מיליון דולר? האם שמסי הסכים לוותר על מחצית הכספים המופקדים שלו ושל בני משפחתו בסך 28 מיליון דולר, כמתנה ללויך בשווי של 14 מיליון דולר?!! לטעמי, איש לא היה מעלה על דעתו לתת לשותף עסקי שלו, איתו נכנס לשותפות כחמש שנים בלבד קודם לכן (בשנת 2010), מתנה בשווי של 14 מיליון דולר, בשל "אילווצים" שמקורם בגורם חיצוני (רגולציית FACTA) שבגינם נאלצו השניים לשנות את מתכונת היחסים העסקיים ביניהם. בנסיבות כאלה, ייתכן כי במקום לתת לשותף העסקי מתנה בשווי של 14 מיליון (כפי שטוען לויך), יכול היה שמסי להשאיר את הכספים המופקדים בקרן GTI, לדווח עליהם ולשלם מס בשווי של 50%, אולם הוא סירב לעשות כן.

290. מפאת חשיבות לשון ההסכמים, אפרט להלן את הסעיפים המהותיים בהסכמי ה-JV.

**סעיף 2.א.** להסכמי ה-JV, שכותרתו "הון החברה", קובע כי "הצדדים להסכם זה מסכימים בזאת כי צד א יפקיד בחשבון פיקדון הסך של ההון ההתחלתי שישקיעו הצדדים יושקע על ידי צד א בסך שלא יעלה על \_\_\_\_\_ (להלן – כספי הפיקדון). צד ב מתחייב להשקיע סך של \$ 9,000,000 מיד עם החלטת השותפות על רכישת עסקה חדשה."

**סעיף 2.ב.** להסכמי ה-JV קובע כי "חלקו של כל אחד מהמשקיעים ברווחים או בהפסדים יהא כאמור 50%, דהיינו כל אחד יהיה בעל 50% בזכויות ובחובות."

**סעיף 2.ג.** להסכמי ה-JV קובע כי "מוסכם בין הצדדים כי צד ב יהא אחראי באופן אישי, להחזרת מלא כספי הפיקדון לרבות הרווחים שיצטברו וזאת לאחר 7 שנים מיום חתימת הסכם זה, או בקרות האמור בסעיפים..... להלן."

**סעיף 2.ד.** להסכמי ה-JV קובע כי "המשקיעים מסכימים בזאת כי החלטות על השקעות בעסקי Joint Venture יהיו במשותף".

**סעיף 3** להסכמי ה-JV קובע כי "משקיע א' יכול למשוך כל שנה \$ 500,000".

**סעיף 9** להסכמי ה-JV שכותרתו "ערבות צד ב" מכיל 5 תתי סעיפים וקובע, בסעיף 9.1 כי "מוסכם בין הצדדים כי צד ב יהא אחראי וערב באופן אישי לכל הכספים שהופקדו על ידי צד א וכן לכל הרווחים המגיעים לצד א, אם יהיו."

**סעיף 9.2** להסכמי ה-JV קובע "עוד מוסכם כי עופר ידאג באופן אישי כי כל חברה בבעלותו כן בהווה וכן בעתיד תחתום על כתב ערבות כלפי צד א להחזר מלא כספי הפיקדון על פרוטיהם והרווחים המגיעים לצד א על פי הסכם זה. צד ב מתחייב לעדכן את צד א מידי שנה על כל חברה חדשה שבבעלותו ו/או מטעמו וכן מתחייב צד ב כי כל חברה כאמור תחתום על כתב ערבות כלפי צד א למילוי כל התחייבויותיו של צד ב על פי הסכם זה."

**סעיף 9.3** להסכמי ה-JV קובע כי "צד ב ידאג, בתוך 30 יום מחתימת הסכם זה, לחתום על כל ערבות לכל התחייבויותיו על פי הסכם זה וכן ידאג כי כל החברות שבבעלותו ו/או מטעמו יחתמו על ערבות לכל התחייבויותיו על פי הסכם זה." מוסכם כי צד ב והחברות מטעמו יחתמו על כתב ערבות בנוסח המצ"ב כנספח ב להסכם זה."

**סעיף 9.4** להסכמי ה-JV קובע כי "מוסכם כי צד ב וכל הערבים מטעמו יהיו ערבים ביחד ולחוד לכל התחייבויות צד ב על פי הסכם זה."

**סעיף 9.5** להסכמי ה-JV קובע כי: "צד א יהא רשאי לדרוש פירעון מלא ההתחייבויות כלפיו ו/או חלקן, לפי שיקול דעתו, וזאת מכל הערבים ו/או מכל אחד מהערבים ו/או מחלקם והכל לפי שיקול דעתו הבלעדי של צד א, אם יש הפרה מהותית שצד ב לא החזיר את הכסף בתום 7 שנים ולאחר שבורר קובע כך."

**סעיף 10** להסכמי ה-JV שכותרתו "ניהול ה-Joint Venture קובע בסעיף 10.א. כי "הצדדים יחלקו הרווחים ביניהם על פי חלקיהם... לאחר 7 שנים, וזאת לאחר תשלום כל החובות וההוצאות."

**סעיף 11** להסכמי ה-JV שכותרתו "פרישת משקיע" קובע בסעיף 11.א. כי "משקיע שברצונו לפרוש... יודיע על כך למשקיע הנותר בהודעה מוקדמת בכתב וזאת לא לפני 7 שנים מיום חתימת הסכם זה. במקרה כאמור צד ב יהיה רשאי תוך 6 חודשים להחזיר לצד א את כל הכספים המגיעים לצד א לפי הסכם זה, וזאת כנגד העברת חלקו של צד א ב-Joint Venture לצד ב."

**סעיפים 14-17** להסכמי ה-JV קובעים כי במקרה של סכסוך בין הצדדים לענין הסכם זה, ימנו הצדדים בורר מוסכם לצורך הכרעה בסכסוכים ו/או בחילוקי הדעות ביניהם. בהתאם לסעיפים אלה פנו הצדדים להליך של בוררות.

291. הבורר קמא קיבל את טענת שמסי בעדותו כשהתייחס לסעיף 2(ב) להסכמי ה-JV וטען שהרווחים של 50%-50% אמורים היו להיות רק על הרווחים מההשקעות, ולא על ההשקעה עצמה וכפי שטען שמסי: "זה היה צריך להיות על profit מההשקעה, לא על ההשקעה." (פרוטוקול 13.3.2022, עמוד 75, שורות 10-17). ובהמשך העיד שמסי: "only the fruit from the investment would be divided 50/50" (פרוטוקול 13.3.2022, עמוד 77, שורות 5-10). הבורר קמא הסכים כי קיימת סתירה בין סעיף 2.ב. לבין סעיף 2.ג. אולם קיבל את טענת שמסי מאחר והיא עולה בקנה אחד עם סעיף 9 להסכמי ה-JV שכותרתו "ערבות צד ב", שם נקבע, בין היתר, כי צד ב [לוי] אחראי וערב לכל הכספים שהופקדו על ידי צד א [שמסי] ולכל הרווחים שמגיעים לצד א [שמסי]. בנוסבות אלה, קבע הבורר קמא כי לא יכול להיות ספק שלוי התחייב להשיב לשמסי את מלוא הכספים המופקדים ללא כל תנאי וממילא גם לא תנאי של רווח כלשהו במיזם המשותף או במימוש המיזם המשותף. לא זו בלבד, אלא שהכספים המופקדים של שמסי להם מחויב לוי, אף הובטחו בערבויות אישיות של לוי וחברות שבבעלותו כאמור בסעיף 9 להסכמי ה-JV.

292. הבורר קמא אף קיבל את טענת שמסי בנוגע לסעיף 3 להסכמי ה-JV לאחר ששמסי טען כי ביקש מלוי למשוך 1,000,000 דולר במקום 500,000 דולר הרשומים בסעיף. העובדה שהצדדים היו חלוקים לגבי סכום המשיכה של הכספים בשנה והעובדה ששמסי אכן ביקש מלוי למשוך 1,000,000 דולר בהתאם לסעיף זה, הביאו את הבורר קמא לקבל את טענת שמסי לפיה מדובר בסעיף אמיתי. גם בתצהירו של יוני זלצמן (סעיף 18) הוא מתאר את העובדה שלוי היה שבע רצון מכך שבעקבות החתימה על הסכמי ה-JV שמסי לא יוכל למשוך את כספו מהקרן עד לשנת 2018.

293. בהתאם לאמור בסעיף 11 להסכמי ה-JV קיימת הגבלת תקופה מינימאלית לקיומם של המיזמים המשותפים למשך שבע שנים בלבד, אולם מאחר וההסכמים נחתמו בנובמבר 2015 ותוארכו ליום 23.3.2011, יוצא כי עד מרץ 2018 יוותרו כשנתיים וחצי לפירוק המיזמים המשותפים. כלומר מאחר והצדדים חתמו על ההסכמים בשנת 2015, יוצא שהם לכאורה הסכימו שהמיזמים המשותפים יפעלו רק עוד כשנתיים וחצי. ואולם סעיף זה אינו מתיישב עם דברי לוי כפי שעלו בפגישה מיום 10.5.2016, בה שוחחו שמסי, לוי ורו"ח בניטה על המיזם בברזיל, ושם אמר לוי, בין היתר, כי: "ייקח יותר שנים ממה שרצינו אבל זה יהיה פי מאה..." ובהמשך: "...אבל אמרנו שזה לנכדים ולנינים לפחות, לפחות לך יש כבר נכדים. לי זה נכדים תיאורטיים." (פגישה מיום 10.5.2016, נספח ס"ד לתצהיר שמסי, נומרטור 498, שורות 2-15)

לתצהיר שמסי) [ההדגשה הוספה – י.ד.]. ברי אפוא כי כוונתו הכלכלית המפורשת של לויין כפי שעלתה בפגישה, להשקיע במיזמים השקעה ארוכת טווח, לא עולה בקנה אחד עם סעיף 11 להסכמי ה-JV הקובע השקעה של כשנתיים וחצי בלבד. בנסיבות אלה, בצדק קבע הבורר קמא כי מדובר בסעיף פיקטיבי בהסכמים. וכפי שקבע הבורר קמא: "קביעת תקופת זמן קצרה שכזו אינה עולה בקנה אחד עם הרציונליים הכלכליים שעמדו מאחורי ההשקעה של הצדדים במיזם בברזיל. השקעה שכזו (להבדיל למשל מהשקעה פיננסית) היא השקעה שהצדדים ציפו לראות ממנה רווחים משמעותיים." (סעיף 145 לפסק הבוררות).

294. יוני זלצמן, אישר בחקירתו כי הסכמי ה-JV היו פיקטיביים, כי "הלא אמיתות של המסמך הזה זה שאין נכסים ושאינו כלום" (פרוטוקול 19.12.2021, עמוד 141, שורה 13 ועד עמוד 142, שורה 9), למעט העובדה שלויין רצה שהכספים יישארו אצלו בקרן עד לשנת 2018, וכלשון זלצמן: "האמיתיות של המסמך הזה הוא רק בדבר אחד, שלעופר יש שקט שהכסף יישאר אצלו בקרן עד 2018. זה האמיתות." (פרוטוקול מיום 19.12.2021, עמוד 141 שורות 12-17). זלצמן גם העיד שהסביר ללויין "אני אמרתי לו: תשמע, תנצל את העובדה הזאת שמצד אחד אד רוצה משהו שהולך לעזור לאד, יש איזה לבל של טובה של אד שכאילו הופך לנכסים, בגלל הסיבה הזאת תנסה לנעול אותו לעוד תקופה, ומה שהוא הצליח לעשות בסופו של דבר, לנעול את זה עד שנת 2018 או משהו כזה" (פרוטוקול 19.11.2021, עמוד 138, שורות 11-12) [ההדגשה הוספה – י.ד.]. כלומר, הן לויין, הן שמסי והן זלצמן מאשרים כי כוונת הצדדים היתה "לנעול" את הכספים של שמסי עד לשנת 2018, למעט 500,000 דולר שהוסכם ששמסי ימשוך כל שנה (בהמשך שמסי ביקש למשוך 1,000,000 דולר).

295. יתרה מכך. לויין כתב בכתב ידו את ההערה הבאה על גבי טיוטת הסכמי ה-JV: "ייפוי כוח לפעול

(7y) חשבון בברזיל – כדי שייראה אמיתי" (סעיף 140 לפסק הבוררות) [ההדגשה הוספה – י.ד.].

שמסי טען כי הערה זו של לויין מעידה על כך שמדובר בהסכמה פיקטיבית. לויין נשאל בחקירתו:

"עו"ד יערי: מה זאת אומרת כדי שייראה אמיתי? למה צריך לחתום על ייפוי

כוח כדי שייראה אמיתי?"

מר לויין: "אנחנו מדברים כל הזמן בשביל שייראה ויהיה אמיתי, כי זה הכל

אמיתי, צריך כמה שיותר פעילות שתהיה בברזיל ויוני אמר לי: אם לא יהיו לך

ייפוי כוח גם על החברות של אד בברזיל אתה לא צריך לפעול שם..." (פרוטוקול

מיום 25.7.2022, עמוד 51, שורות 20-14).

ובהמשך: "לא ייראה, ייראה ויהיה אמיתי. צריכה פעילות שלמה להתרחש שמה, שעל הדרך לטענת יוני שגם יהיה לי ייפוי כוח על החברות של אד. אם אתה תגיד לי פה שיוני חטא למטרה והתייחס למשהו שולי, יכול להיות שאתה צודק ואפשר להסתדר בלי ייפוי כוח שלי שם. אבל בוודאי שאי אפשר היה להסתדר בלי הרחבת הפעילות בברזיל...." (פרוטוקול 25.7.2022, עמוד 52, שורה 13 ועד עמוד 53, שורה 1).

296. בעניין זה קבע הבורר קמא כי מצא את הסברו של לויך "מעורפל ולא מספק: נדמה היה שעל גשר הפיקציה מבקש הוא לחצות את הסמבטיון. מר לויך לא הבהיר מדוע ייפוי הכוח תורם ל"אמיתות" ההסכמים ככל שהם אכן אמיתיים ואף הנימוק בדבר היות ההסכם מתוארך אחורה איננו עולה בקנה אחד עם ההערה." (סעיף 140 לפסק הבוררות).

297. כאמור, כניסתה לתוקף של רגולציית FATCA חיבה את הצדדים למצוא פתרון כדי להמשיך במערכת היחסית העסקית ביניהם ולהימנע מדיווח לשלטונות המס, כאשר הפתרונות האופציונליים שעלו היו מכשיר קופת הגמל עם חברת הפניקס וחברת US Commonwealth האמריקאית ומשא ומתן לחתימה על הסכם הלוואה חדש שבסופו של יום לא נחתם. דומה כי אופציות אלה שנבחנו על ידי הצדדים מבססות דווקא את רצונם להמשיך בעסקת היסוד של השקעת הכספים המופקדים בקרן, בקונסטלציה אחרת, אולם לא ניתן לומר כי אפשרויות אלה מעידות על רצונם לשנות את עסקת היסוד כך שההשקעה הפיננסית תומר בהשקעה בנכסים ריאליים.

298. לויך טוען, בין היתר, כי שמסי הבין היטב את המהות של הסכמי ה-JV כהמרה של ההשקעות הפיננסיות של שמסי להשקעות ריאליות. בעניין זה מפנה לויך לעדות שמסי וטוען כי מעדותו זו ניתן להבין לכאורה כי שמסי הבין שהצדדים התכוונו להמיר את ההשקעה הפיננסית בהשקעה בנכסים ריאליים (סעיף 22 בנספח ד' להודעת הערעור של לויך).

"ש. תראה, הרעיון של הקונספט של הסכם ה-JV הפיקטיבי, בסדר? הפיקציה

הזאת שעשיתם לטענתך, הרעיון שלו זה הפיכת נכסים פיננסיים לריאליים,

נכון? זה הרעיון. לא משנה שזו פיקציה. אבל זה הרעיון כרעיון.

ת. זה לא הפיכה. זה פשוט מאוד המסמך מדבר בעד עצמו. יש שם הסכם שפשוט

כתוב בצורה מאוד מאוד עלובה. שאני נותן את כל הכספים שנתתי לעופר בהלוואה

שלי של 2011 אני נותן לו 9 מיליון בכדי שהוא ילך לעשות שופינג בברזיל והשני

זה סין ואני לא יודע מה עוד. כשאנחנו יודעים שאני חותם על זה בנובמבר, הכספים נמצאים ב-GTI. יש לי שם 28 מיליון...

ש. לא. לא. זאת לא התשובה. עם כל הכבוד, זאת לא התשובה..... עכשיו אני לא שואל את הסיפור הזה. אני עכשיו מנסה להבין. אתם יצרתם לטענתך פיקציה מסוימת. אני רוצה להבין את המשמעות של הפיקציה לא מבחינת זה שזה מחייב אותך. זה לא מחייב אותך. זו פיקציה. הבנתי. אבל להבין את זה. מה בעצם רציתם שאנשים יחשבו. ואני רוצה שתאשר לי שהרעיון שאתם רציתם להציג כלפי העולם ואשתו היה שבמקום שיש השקעה כספית פיננסית, יש השקעה בנכסים ריאליים. זאת כל השאלה שלי הייתה,

ת. כן" (פרוטוקול 14.3.2022, מעמוד 191, שורה 18 ועד עמוד 192, שורה 21).

299. אין בידי לקבל טענה זו. אין חולק כי שמסי הבין שבכוונת הצדדים למצוא פתרון למצב הקיים אשר חייב אותו לדווח על השקעתו בקרן GTI לשלטונות המס והוא לא רצה לעשות כן. בנסיבות אלה, ולאחר משא ומתן ארוך, החליטו הצדדים לחתום על הסכמי ה-JV המתייחסים להשקעה בנכסים ריאליים. אלא, שמעדות זו של שמסי והעובדה שהוא רצה להציג "כלפי העולם ואשתו" שבמקום השקעה פיננסית, יש השקעה בנכסים ריאליים, לא ניתן להסיק כי שמסי התכוון כי אכן בפועל הכספים המופקדים ישמשו עבור רכישת נכסים ריאליים, שהרי שמסי העיד באותה עת כי דובר ברעיון שהוא "פיקציה".

300. לויך טוען כי שמסי בעצמו העיד שפנה לעו"ד ערן הודיסמן וביקש ממנו להכין את הסכמי ה-JV על פי עקרונות שגיבש שמסי ביחד עם לויך. וכלשון שמסי בעדותו:

"ש. ואתה תיארת בפניו [בפני עו"ד ערן הודיסמן] בקווים כלליים מה אתה רוצה שהוא יעשה עבורך.

ת. כן. בלי מספרים, בלי תאריכים.

ש. בלי מספרים, בלי תאריכים.

ת. נכון.

ש. אבל את העקרונות אתה פירטת בפניו.

ת. כן.

ש. והעקרונות האלה זה עקרונות שאתה סיכמת איתם, דיברת איתם קודם לכן

עם עופר, נכון?

ת. כן" (פרוטוקול 14.3.2022, עמוד 206, שורות 19-10).

301. בנסיבות אלה טוען לויך כי צדדים לא מגבשים עקרונות של הסכם שהוא למראית עין ולא מסכמים אותם ולכן לא מדובר בהסכם למראית עין אלא בהסכם אמיתי.

אין בידי לקבל טענה זו.

302. אין חולק כי הצדדים התקשרו בהסכמי ה-JV ומשכך נאלצו להסכים על עקרונותיהם מראש. הסכמת הצדדים על העקרונות מעידה על כך שהם רצו לתת להסכמי ה-JV נופך של אמת שישרת אותם בזמן אמת מול צדדים חיצוניים. לפי עדותו של זלצמן, לפיה **"הלא אמיתות של המסמך הזה זה שאין נכסים ושאינן כלום"** (פרוטוקול 19.12.2021, עמוד 141, שורות 16-17) דווקא עולה כי מאחורי עקרונות הצדדים שגובשו בהסכמי ה-JV, לא היה ולא כלום.

303. לויך מתאר את התכתבויותיו מיום 18.11.2015 עם זלצמן, כשנחת בארץ, לפני פגישתו עם שמסי וטוען כי דרישותיו משמסי מלמדות על כך שהסכמי ה-JV לגביהם נוהל משא ומתן של ממש הם הסכמים בעלי משמעות ותוקף מחייב בין הצדדים, שכן צדדים לא מנהלים משא ומתן ארוך על פעילות שלמעשה מוכחשת על ידי שמסי. כך כותב לויך לזלצמן לאחר הפגישה עם שמסי: **"היי. השגתי רק חלק קטן ממה שרציתי. גם טוב. נדבר בהמשך..."** וכי **"כמעט כל ההערות הקטנות נכנסו"**. זלצמן משיב, בין היתר, ללויך כי: **"אתה עוד שם. תבקש עוד משהוא. הוא יתן. אל תתבייש. תגייד שזה חשוב לך"**. לויך: **"בכל מקרה נראה שמצבי מולו שופר"**. זלצמן: **"יפוי כח. שיהיה כתוב בהסכם שיש יפוי כח שלך לנהל..."**. ואולם, גם שמסי אישר בעדותו כי הוא קרא את ההסכם ביחד עם לויך סעיף סעיף, כי השניים ניהלו משא ומתן במסגרתו חלק מהדברים התקבלו וחלקם לא (פרוטוקול 14.3.2022, עמוד 217, שורה 9 ועד עמוד 218, שורה 3), אלא שיש לזכור כי גם לשיטת שמסי קיימים סעיפים מסוימים שהצדדים כן התכוונו לפעול על פיהם ולקיימם כך שהם חייבו את הצדדים. שמסי אף העיד כי הצדדים רצו לתת להסכמי ה-JV אמיתות **"שזה ייראה יותר אמיתי"** כלשונו (פרוטוקול מיום 13.3.2022, עמוד 112, שורות 13-14). **"זה נעשה יותר, נראה יותר אמיתי, זו הסיבה שעשינו את זה"** (פרוטוקול מיום 13.3.2022, עמוד 111, שורות 18-19). מכל מקום, גם אם לויך סבר באופן סובייקטיבי כי הסכמי ה-JV הם אמיתיים, מאחר ושמסי לא ראה בהם ככאלה, לא ניתן לומר כי אומד דעת הצדדים היה זהה ולא היה מפגש רצונות בין השניים. בנסיבות אלה, אני סבור כי עצם העובדה שחלק מדרישות לויך התקבלו וחלקן לא, איננה מעידה על כך שהסכמי ה-JV אמיתיים וכי כוונת הצדדים היתה לשנות את עסקת היסוד.

304. לשיטת לויך, מאחר שכבר בשנים 2011-2015 מערכת היחסים העסקית בין הצדדים היתה כזו ששילבה השקעה של כספים מופקדים בקרן GTI וגם השקעות אחרות (לטענת לויך השקעות



במיוזמים בברזיל ובסין), הרי שהדבר מעיד על כך שהצדדים ראו בעסקיהם המשותפים כמכלול והם ראו עצמם שותפים במיזם משותף של השקעות שונות, עוד בטרם חתמו על הסכמי ה-JV. אלא ששמסי העיד כי הגם שהצדדים שותחו ביניהם על הרבה רעיונות והצעות לעסקאות, אין הדבר מעיד על כך ששמסי החליט להשקיע עם לוי. וכלשון שמסי בעדותו:

”ש. אני עכשיו שואל אותך... אני טוען שזה לא התרכז רק במה שעשיתם בסוף

בברזיל, סין והשקעות פיננסיות דרך GTI, אלא שהיה לכם vision להיות ביחד שותפים לכל דבר ועניין במגוון אין סופי של דברים וכל פעם הבאת רעיונות לדברים ועופר הביא רעיונות לדברים.

ת. ... אנחנו שותחנו על כל מיני דברים. עופר הביא דברים, אורן שפיזר הביא

דברים, אנשים משוחחים, יושבים מדברים שטויות ומעלים כל מיני נושאים.

עופר הביא דירות שהוא רצה שאנחנו נשקיע, לא יודע, הוא רצה שאנחנו נשקיע

והוא רצה להשקיע בעצמו, בספרד. הוא אמר שאפשר לקנות אותם בזיל הזול.

הוא רצה לקנות דירות באוקראינה, באודסה... אורן שפיזר, עוה"ד שלו וגם שלי

בזמנו, הביא לנו עסקה... להשקיע... בארה"ב... עופר רצה שאני אתן לו עצות על

בניין שהוא רצה לקנות בירושלים... האם זה אומר שאני רציתי להשקיע אתו?

אנחנו דיברנו, שותחנו על כל מיני הצעות וכל מיני possibilities... (פרוטוקול

20.4.2022, מעמוד 20, שורה 7 ועד עמוד 21, שורה 6) [ההדגשות הוספו והשגיאה

במקור – י.ד.]

305. בעניין זה מצטרף אני לקביעת הבורר קמא (בסעיף 147 לפסק הבוררות) לפיה העובדה שהצדדים ניהלו ביניהם שיחות, העלו ובחנו רעיונות עסקיים משותפים, איננה מעידה על התגבשות של שותפות עסקית בין הצדדים הלכה למעשה, וממילא גם לא מעידה על כוונה עסקית משותפת לשנות את עסקת היסוד בגין השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI לעסקת השקעה בנכסים ריאליים, כפי שטוען לוי.

306. זאת ועוד. עיון בהסכמי ה-JV מלמד כי ההסכמים נוסחו על ידי שמסי ולוי באופן חובבני, לא מקצועי, עם סעיפים סותרים (כמו למשל הסתירה בין סעיף 2.ב. לסעיף 2.ג.), עם טעויות טכניות של החלפה בין צד א' לבין צד ב' וניסוח לא ברור. מאופן ניסוחם של הסכמי ה-JV ניכר כי הצדדים ערכו את ההסכמים בעצמם וכי הם לא נוסחו על ידי עורכי דין, זאת בשונה ממסמכים אחרים שהוחלפו כטיוטות בין הצדדים אשר נוסחו באופן מקצועי על ידי עורכי דין. כמו למשל, ההסכם ההלוואה החדש שלבסוף לא נחתם ומסמכי ההתקשרות וההשקעה בקרן GTI. בעניין

זה טען תחילה לזין כי לא נעזר בעורכי דין מאחר שהעיקרון של הסכמי ה-JV היה שהם תוארכו לשנת 2011 ולכן הוא לא יכול היה להתייעץ ולהיעזר בעו"ד לוסיטיגמן ובעו"ד בר כמי שטיפלו בהסכם ההלוואה, כך שלא ניתן להציג בפניהם כעת עסקת JV. אלא, שבחקירתו הנגדית לזין הציג נימוקים שונים וטען כי לא פנה לעו"ד לוסיטיגמן ולעו"ד בר כי "הייתה פה בהילות לגמור את העניינים, יש לי סכנה מרחפת כל עוד שמסי גטי, צריך פה להניע דברים, לא עכשיו לדבר עוד שנה, אנחנו כבר שנה בתוך הדיבורים האלו, צריך לסגור עניין." (פרוטוקול 25.7.2022, עמוד 33, שורות 11-14).

307. הבורר קמא קבע בעניין זה כי סבירה יותר טענת שמסי, לפיה דווקא העובדה כי מדובר בהסכמים שהם פיקטיביים היא היא שמנעה מהצדדים לפנות לעורכי דין (סעיף 38 לתצהיר שמסי; סעיף 152 לפסק הבוררות). והרי אם אכן התכוונו הצדדים לשנות את עסקת היסוד כך שהספים המופקדים של שמסי בקרן GTI יהפכו להשקעה בנכסים ריאליים כי אז אנשי עסקים שנעזרים חדשות לבקרים בעורכי דין מהשורה הראשונה – ובפרט בעסקה מורכבת, חשובה ומשמעותית כזו – היו נעזרים בשירותים של עורכי דין כפי שנהגו לעשות עד כה, ולא עורכים את הסכמי ה-JV בעצמם.

308. רו"ח ערן בניטה הצהיר כי הסכמי ה-JV הוצגו לו לראשונה על ידי לזין רק בחודש מרץ 2016, כלומר תקופה ארוכה לאחר שהצדדים חתמו על ההסכמים, ולא זו בלבד אלא שהוא הוסיף והצהיר (בסעיף 20 לתצהירו של רו"ח בניטה) שהבין מלזין כי: "הסכמי ה-JV הם הסכמים פיקטיביים שנועדו לאפשר לאד למשוך כספים שאד השקיע בקרן של עופר. על אף שברור היה לשנינו שאין כל תוקף אמיתי להסכמי ה-JV, עופר ביקש לפעול למראית עין כאילו מדובר בהסכמים של ממש...". גם בחקירתו אישר רו"ח בניטה כי נודע לו לראשונה על הסכמי ה-JV בתחילת 2016 וכי שמסי לא אמר לו כלום לפני כן (פרוטוקול 7.2.2022, עמוד 147, שורה 19 עד עמוד 148, שורה 4).

309. רו"ח בניטה אישר בחקירתו הנגדית כי הסכמי ה-JV לא שינו דבר בנוגע למתווה הפעילות של הצדדים. וכדבריו:

**"הסכם ה-JV המטרה שלו הייתה על היכולת הזאת של להצדיק כל פעם משיכות כספים שהיו או שיהיו בעתיד או שצריכים לעשות אותם, זה לא שינה, זה לא שינה שום דבר במתווה הפעילות של שניהם. זאת אומרת היה את ברזיל שהייתה לפני וגם המשיכה אחרי, והיה את הכסף בג'י טי איי, ולגבי סין היה משא ומתן אם הוא נכנס או לא. זה לא שינה את זה, לא עשה שום דבר. לא עשה משהו**

שהיה, זה לא שינה משהו שהיה לפני זה. המטרה שלו הייתה אחרת." (פרוטוקול

7.2.2022, עמוד 254, שורה 20 ועד עמוד 255, שורה 5).

310. הבורר קמא התייחס לפגישה שהתקיימה ביום 4.5.2016 בין לוי לבין שמסי אשר הוקלטה על ידי שמסי, בה השניים משוחחים על הצורך בדיווחים לפי "הפורמט החדש". במהלך הפגישה אמר שמסי ללוי:

**"אד: אז זה זה בשביל הקרן."**

**עופר: ואז,**

**אד: הכספים שנמצאים אצלך**

**עופר: ואז ברזיל אנחנו קצת בברוך אבל נפתור. גם את הברוך הזה, עם קוקוס**

**מתישו יהיה יותר עם קוקוס..."** (פגישה מיום 4.5.2016, נומרטור 455 לתצהיר

שמסי, שורות 12-17) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

311. והנה, שמסי אומר בפגישה "זה בשביל הקרן" ולוי מקבל את דבריו, אינו מופתע ואינו מתקן אותו כי הכספים המופקדים שלו כבר לא נמצאים עוד בקרן, אלא ב-JV. אמירה זו של שמסי, שלא נשללה ולא תוקנה על ידי לוי, מדברת בעד עצמה ומלמדת על כוונת הצדדים מזמן אמת.

312. למחרת הפגישה, ביום 5.5.2016, התכתב לוי עם רו"ח ערן בניטה. בהתכתבויות בין השניים לוי מודה ומאשר שהכספים מופקדים בחשבונות קרן GTI. לוי אף מודה כי הוא חושש שרואה חשבון זר יגלה שלוין מנהל כספים בקרן ו"מחביא אמריקאי". לא זו בלבד, אלא שדעתו של לוי מתגלה בהתכתבות זו במלוא מובן המילה. לוי כותב לרו"ח בניטה – ברחל בתך הקטנה – כי שמסי לא יירגע עד שהוא יוציא ממנו אישור "שסותר ניירות חתומים", קרי אישור שכביכול סותר את הסכמי ה-JV החתומים. אמירה זו של לוי לא רק שהיא מלמדת על כך שלוין ידע שהסכמי ה-JV החתומים הם פיקטיביים אלא היא מעידה על החשיבות היתרה שהעניק לוי להסכמים פיקטיביים אלה, בשל העובדה שהם היחידים שנחתמו על ידי הצדדים ואין כל ראייה אחרת שיכולה להעניק לשמסי "אישור" אשר יסתור "ניירות חתומים". רו"ח בניטה משיב ללוי כי שמסי לא מחפש לייצר בעיות אלא הוא רק מוודא שהכספים שלו מופקדים בקרן אצל לוי.

313. התכתבויות אלה בין לוי לבין רו"ח בניטה מלמדות, ללא ספק: כי הכספים המופקדים של שמסי המשיכו להיות מנוהלים על ידי לוי בקרן GTI גם לאחר החתימה על הסכמי ה-JV; כי התנהגות הצדדים לאחר החתימה על הסכמי ה-JV נותרה זהה להתנהגותם לפני החתימה על הסכמי ה-JV; כי לוי שקל להחזיר לשמסי את הכספים המופקדים שלו שהושקעו בקרן (לוי לא כתב מילה לגבי הצורך במכירת נכסים ריאליים); כי הסכמי ה-JV לא יושמו; כי לוי ידע שהסכמי

ה-JV אינם אמיתיים; וכי בהסכמי ה-JV לא היתה לצדדים כל כוונה לשנות את עסקת היסוד שנרקמה ביניהם בשנת 2011 (נספח י"ח לתצהיר רו"ח ערן בניטה, נומרטור 56-58 לתצהיר רו"ח בניטה):

"עופר לוי: ...הוא [רווה] מציע לי פשוט להחזיר לאד את הכסף. אני חושש שהוא צודק. שלא לדבר על זה שאם אני מכניס עוד רו"ח לסיפור יש עוד מישהו שידע שאני מנהל כסף לאמריקאי..."

...רו"ח זר שיבין שאני מחביא אמריקאי שמסתיר משהו יכול אח"כ לסחוט אותי..."

...הוא לא יירגע עד שיוציא ממני אישור שסותר ניירות חתומים וגם לא אחב.

ערן בניטה: לא מבין איך האישור שהצעתי מייצר זיקה לקרן...

עופר לוי: הכל בחשבונות הקרן. אף רו"ח לא ייתן אישור אחר.

ערן בניטה: ...הוא לא מחפש לייצר בעיות רק לוודא את הכסף שיש לו בקרן אצלך.

ערן בניטה: בשנים הקודמות הוא קיבל אישורים ישירות מהקרן ועל שמו. עכשיו הכסף רשום על שמך. אין שום מסמך שקושר את הכסף אליו. אם חס וחלילה קורה לך משהו איד הוא יוכיח שיש לו כסף בקרן?!... [ההדגשות הוספו

– T.D.]

314. בעניין זה קבע הבורר קמא כי "נראה שאין צורך להרחיב במילים בדבר המשמעויות של ההתכתבויות לעיל... התכתבות זו, שמתקיימת לאחר שנחתמו הסכמי ה-JV, מלמדת כי מבחינתו של מר לוי, מר שמסי עדיין לקוח בקרן, והוא חשש שהדבר יתגלה על ידי רו"ח זרים שיערכו audit לבקשתו של מר שמסי. כן עולה מההתכתבות שיש אפשרות להשיב למר שמסי את כספו, כפי שמציע רווה למר לוי. מר לוי לא מציין כי יש לפעול למימוש הנכסים הריאליים לצורך השבת הכספים למר שמסי, אלא מציין שהוא חושש שמר רווה צודק בכל הנוגע להצעתו להחזיר למר שמסי את הכסף." (סעיף 162 לפסק הבוררות).

315. פגישה נוספת שהתקיימה בין לוי לבין שמסי ביום 4.7.2016 (כחודשיים לאחר הפגישה הקודמת) אשר הוקלטה אף היא, מלמדת: על כוונת הצדדים להפריד באופן ברור בין הכסף הפיננסי הוא "הכסף הנוזלי" לבין הנכסים הריאליים הם "ברזיל וסיף"; על כך שלצדדים לא היתה כוונה לפרק את המיזמים הריאליים בשנת 2018 כאמור בהסכמי ה-JV; על כך שהתנהגות הצדדים לאחר החתימה על הסכמי ה-JV נותרה וזהה להתנהגותם לפני החתימה על הסכמי ה-JV; ועל כך

שהסכמי ה-JV הם למעשה פיקטיביים (נומרטור 586, שורה 20 ועד נומרטור 588, שורה 8) (סעיף 163 לפסק הבוררות):

”עופר: ... עזוב. אמרנו 2018 אם אין vehicle טוב אתה לוקח את הכסף. זה לא

השאלה של הכסף הנזיל. השאלה היא הברזיל וסין שהם צריכות להישאר אותו

דבר. שאני אפשר לשבור אותם ב-2018.

אד: בטח שאני לא שובר אותם, אלה שני vehicles שונים לגמרי מה joint

venture סין ימשיך עד 10 20 30 שנה...

עופר: כתוב שמה, למה היה שמה מכניזם הזה של לגמור אותם גם ב-2018. אני

זוכר במאה אחוז שזה כתוב. אני לא קראתי את זה בפירוט כי גם אז לא הבנתי

מה כוונת המשורר...

אד: אני אחזור על זה, אני לא יודע למה כתבנו מה שכתבנו שמה....” [ההדגשות

הוספו – י.ד.]

316. פגישה נוספת, שלישית במספר, התקיימה בין שמסי, לוי, רו"ח בניטה ועורכי הדין לפלר ולסטיגמן, ביום 2.10.2016, כשלושה חודשים לאחר הפגישה השנייה, במסגרתה הצדדים ניסו למצוא פתרון להעדר ההסכמות ביניהם. גם שיחה זו הוקלטה ותומללה. במסגרת הפגישה, הציג רו"ח בניטה לדווח על סכום הקרן של הכספים כדי להוציא את סכום הקרן בעוד שעו"ד לפלר מציג סיטואציה לפיה נאמן ה-FATCA יגיד "אני גיליתי שיש אמריקאי שלא דיווח שהוא אמריקאי, ואני מדווח..." (נומרטור 607, שורות 12-26; נספח ס"ח לתצהיר שמסי). כלומר בפגישה בה נכח לוי והקשיב לרעיון שעלה לדווח על אמריקאי שמשקיע כספים בקרן GTI, הוא לא תיקן את הדברים שנאמרו על ההשקעה בקרן ונראה כי לא בכדי. עצם העובדה שלוי נכח בפגישה והקשיב לדברים שנאמרו, לפיהם קיים חשש שמישהו יגלה שיש אמריקאי שלא דיווח על הכספים שלו בקרן, מעידה על הרצון האמיתי של הצדדים להמשיך להשקיע בקרן וכי הסכמי ה-JV הם בעיקרם למראית עין. והרי אם הכספים שהופקדו הועברו לנכסים ריאליים, לוי היה מתקן את הדברים שנאמרו ומעיר שהכספים של שמסי הושקעו בנכסים ריאליים, אך דבר לא נאמר על ידו.

317. לא יכול להיות ספק כי מהפגישות האמורות שהתקיימו, ביום 4.5.2016, ביום 4.7.2016 וביום 2.10.2016, עולות כוונותיהם האמיתיות של שמסי ולוי עת חתמו על הסכמי ה-JV. הדברים שנאמרו בפגישות, בזמן אמת, הן על ידי שמסי והן על ידי לוי, מבלי שלוי יודע שהוא מוקלט,

מלמדים באופן מיטבי על הכוונה האמיתית שהיתה לצדדים אודות הכספים המופקדים של שמסי ומוכיחים את הפיקטיביות של הסכמי ה-JV.

318. לכך יש להוסיף את העובדות הבאות: ההתנהלות העסקית של הצדדים לאחר החתימה על הסכמי ה-JV לא השתנתה כלל; הסכמי ה-JV לא יושמו; ולצדדים לא היתה כל כוונה אמיתית ליישם. כך למשל, סעיף 2.ד. להסכמי ה-JV אשר קובע כי "המשקיעים מסכימים בזאת כי החלטות על השקעות בעסקי Joint Venture יהיו במשותף" לא קוים ולא יושם. הבורר קמא קבע כי לויך לא הוכיח שהצדדים היו שותפים באוסף אמנות ישראלית ואף לא בדירה בירושלים וממילא נקבע כי לויך לא הציג הוכחות להשקעות נוספות עליהן הוחלט במשותף. בנוסף, גם סעיף 7 להסכמי ה-JV אשר קובע כי "בחלוף 7 שנים מיום יצירת ה-Joint Venture, צד ב' ישיב לצד א' את מלוא כספי הפיקדון וכלל הרווחים שיצטברו, אם יהיו, עד לאותו מועד, למעט סך של \$ 2,500,000...", לא קוים ולא יושם על ידי הצדדים. הבורר קמא קבע כי לאחר שחלפו לכאורה שבע שנים – משנת 2011 בה נחתמו לכאורה הסכמי ה-JV ועד מרץ 2018 ואפילו עד היום – כספי הפיקדון של שמסי (בסכום של כ-18,347,000 דולר) לא הושבו לו.

319. לויך הפנה לפגישה מיום 10.5.2016, שהוקלטה לטענת רו"ח בניטה ללא ידיעתו, ולאמירה של רו"ח בניטה לפיה "כמובן שזה צריך לצאת מתוך joint venture, כי זה המסגרת ההסכמית שיש, זה ההסכמים שיש, זה ההסכמים שיש.... joint venture זה ההסכם וההסכם ה joint venture אומר...." (נומרטור 513 לתצהיר שמסי, שורה 25 ועד נומרטור 514, שורה 5; סעיף 75 בנספח ד' להודעת הערעור של לויך). לטענת לויך אמירה זו של רו"ח בניטה תומכת בכך שהצדדים הבינו שהסכמי ה-JV הם אמיתיים. הבורר קמא קבע בעניין זה כי עצם העובדה שרו"ח בניטה ביקש לייעץ לצדדים כיצד לפעול לפי הסכמי ה-JV אינה מלמדת בהכרח על אמיתות הסכמי ה-JV, שהרי הצדדים ניסו לתת להסכמי ה-JV נופך של אמת וכפי שכתב לויך "כדי שייראה אמיתי" כלפי חוץ וצדדים שלישיים. מצטרף אני לקביעת הבורר קמא בעניין זה כי אין באמירה זו של רו"ח בניטה כדי ללמד על אומד דעת הצדדים וכוונתם אודות תוקפם המשפטי של הסכמי ה-JV מאחר ואין מדובר באמירה חותכת ממנה ניתן ללמוד על הסכמות הצדדים.

320. לויך מצייך כי הבורר קמא עמד על ההיסוס הרב בו התקבלה החלטתו "אודה על האמת - החלטתי זו, שלפיה חלק מההסכמות בין הצדדים במסגרת הסכמי ה-JV הן הסכמות למראית עין, בכל הקשור לערוב כביכול של הנכסים, התקבלה שלא בלי היסוס וקושי, בעיקר לאור נפתולי התנהלותם של הצדדים ובליל של ראיות ואמירות סותרות" (סעיף 167 לפסק הבוררות).

בנסיבות אלה, טוען לוי, כי הנטל המוטל על הטוען לחוזה למראית עין הוא מוגבר והעובדה שהחלטת הבורר קמא התקבלה "שלא בלי היסוס וקושי" מחייבת את המסקנה כי שמסי לא הרים את הנטל המוגבר המוטל עליו. לוי מציין כי הבורר קמא לא ביצע את שקילתן של הראיות והשוואתן האחת אל מול השנייה כאשר שמסי הציג, לטענת לוי, מיעוט ראיות לעומת לוי שהציג ראיות רבות שלטענתו הבורר קמא התעלם מהן כמעט לחלוטין. אין בידי לקבל טענה זו.

321. הראיות והממצאים שהוצגו מזמן אמת הם אותנטיים, משמעותיים ומלמדים על הסכמות הצדדים לפיהן שמסי ולוי לא ביקשו לייחס להסכמי ה-JV נפקות משפטית אמיתית מלאה ובודאי לא כזו שתביא לשינוי בעסקת היסוד הנוגעת להשבת הכספים המופקדים של שמסי בקרן GTI ואני מצטרף לקביעת הבורר קמא בעניין זה (סעיפים 157-164 לפסק הבוררות). המסקנות אליהן הגיע הבורר קמא עולות מהראיות ומהעדויות שתוארו לעיל ונראה כי צדק הבורר קמא במסקנות שאליהן הגיע על בסיס המסד הראיתי שבפניו בהכרעתו. מסקנות הבורר קמא מבוססות: על לשון סעיפי הסכמי ה-JV; על כוונת הצדדים כפי שעלתה מפגישות שהתקיימו ביניהם והוקלטו בזמן אמת; על תצהירים שהגישו יוני זלצמן ורו"ח ערן בניטה, שהצהירו כי הסכמי ה-JV הם פיקטיביים בעיקרם ואינם משקפים את היחסים האמיתיים בין לוי לבין שמסי, שכן הצדדים התכוונו שכספי שמסי יישארו מושקעים בקרן GTI (והעברת הכספים למיזם העסקי המשותף בהסכמי ה-JV היתה למראית עין); על המסרונים ששלח לוי לרו"ח ערן בניטה לפיהם "אם אני מכניס עוד רו"ח לסיפור יש עוד מישהו שיידע שאני מנהל כסף לאמריקאי" ולפיהם "הכל בחשבונות הקרן"; על התנהגות הצדדים לאחר החתימה על הסכמי ה-JV ולרבות התכתבויות הצדדים. מסקנות הבורר קמא התבססו היטב על חומר הראיות והעדויות, נומקו בפירוט רב ובהסברים בפסק הבוררות והן משקפות את אומד דעת הצדדים. למותר לציין שהבורר קמא לא התעלם מראיה כלשהי בעלת משקל מכריע. בנסיבות אלה לא מצאתי הצדקה להתערבות בקביעותיו העובדתיות ובמסקנותיו של הבורר קמא.

322. באשר לטענת לוי לפיה לעומת מיעוט הראיות שהציג שמסי הוא הציג ראיות רבות אוסיף ואציין כדלקמן. דיני הראיות חולשים על כל ענפי המשפט, כאשר מטרתם להביא לפתרון סוגיה עקרונית המניחה שלא ניתן לשחזר את האירוע או את ההסכמות שהושגו בין הצדדים. יפים לעניין זה דברים שנקבעו בע"פ 190/82 מרכוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, בעמוד 303 (12.1.1983) נכתב: "קשה ומלאת חתחתים היא מלאכתו של השופט בבקשו להגיע לחקר האמת; כלי אומנותו על כורחו מוגבלים הם": "כי האדם יראה לעיניים, וה' יראה ללבב"

(שמואל א', פרק ט"ז, פסוק ז). הראיות הן האמצעי להוכיח עובדה השנויה במחלוקת בין הצדדים. על השופט או הבורר לבחון מבחינה מהותית האם די בראיות שהוגשו על ידי הצדדים כדי לשקף את טענותיהם. והרי לא כמות הראיות היא זו שמכריעה את הכף אלא איכות הראיות וטיבן (ראו ע"א 8742/15 אסטרוולוג הוצאה לאור בע"מ נ' שרון רון (שטיבלמן) [פורסם בבנו] (3.12.2017) [ההדגשה הוספה – י.ד.]. במקרה דנן, הן כמות הראיות והן איכותן וטיבן (חלקן מזמן אמת) כפי שהוצגו ופורטו, הן שלימדו והעידו על ההסכמות האמיתיות של הצדדים ועל היחסים העסקיים האמיתיים ששררו ביניהם. נראה כי הבורר קמא בדק ובחן היטב את כל הראיות שהובאו בפניו, התייחס בפסק בורות מנומק ומפורט לכל הראיות שהשליכו על הסכסוך בין הצדדים ולא הותיר אבן אחת שלא נהפכה.

323. העובדה שהבורר קמא ציין כי החלטתו התקבלה "שלא בלי היסוס וקושי" אך מעידה על מורכבות הנושא והאתגר שעמד בפניו להכרעה בסכסוך בין הצדדים; על הצורך לבחון את הסכסוך מכל זווית אפשרית; על אמינות ההחלטה, שהתקבלה לאחר בחינה מעמיקה של כל העובדות ועל כך שהבורר הקדיש זמן ומחשבה רבים לבחינת כל ההיבטים של הסכסוך ולצורך כך בחן את כל הראיות והטענות ביסודיות.

324. בעניין זה מצאתי להדגיש כי במשך שנות כהונתי כשופט בבית המשפט העליון, לא פעם ציינתי בפסקי דין שאותם כתבתי כי החלטתי התקבלה לאחר התלבטות. שופטים ובוררים מתמודדים מזמנות עם החלטות מורכבות ומאתגרות. לעיתים, ההחלטות המשפטיות שהם נדרשים לקבל הן קשות במיוחד והן עשויות להיות מלוות בהתלבטויות רבות גם לאחר עיון מעמיק בראיות, בדין ובפסיקה. ההצהרה של הבורר קמא על הקושי וההתלבטות בקבלת ההחלטה היא אך חלק טבעי מהעבודה המשפטית והיא מצביעה על כך שהבורר קמא התייחס לתפקידו ברצינות יתרה והקדיש מחשבה רבה אודות ההחלטה שקיבל. בנסיבות אלה, ולאחר בחינת הראיות והעדויות כאמור, טענת לויך לפיה התלבטות הבורר קמא בהחלטתו מחייבת את המסקנה כי שמסי לא הרים את הנטל המוגבר המוטל עליו, נדחת בזאת.

#### 2.4.ז. חוזה למראית עין בסימולציה חלקית

325. בע"א 810/17 באשה נ' גרדגי [פורסם בבנו] (31.10.2018) פסקה 34 ("עניין באשה") התייחס בית המשפט העליון לחוזה למראית עין וקבע כי חוזה למראית עין הוא חוזה בו "קיימת אי התאמה בין רצונם המשותף והמוצהר של הצדדים, אשר משתקף בחוזה, לבין רצונותיהם



וכוונותיהם האמתיות. חוזה למראית עין מציג, כלפי חוץ, הסדר משפטי מסוים אליו הגיעו הצדדים, ואולם, בפועל, הם הגיעו להסכמה סמויה, אשר משקפת את כוונתם האמיתית. משכך, ההסדר המשפטי המופיע בהסכם הגלוי, אינו משקף את אומד דעתם של הצדדים, והוא נעשה למראית עין בלבד" (ע"א 3805/23 גלינה גולדנברג נ' בר-זן נדל"ן ותיירות בע"מ [פורסם בנבו] (20.8.2024) ("עניין גולדנברג"); ע"א 3642/11 כהן נ' גטאס, פסקאות 6-7 [פורסם בנבו] (3.3.2014) ("עניין כהן"); ע"א 3725/08 חזן נ' חזן, פסקאות 23-25 [פורסם בנבו] (3.2.2011) ("עניין חזן"); ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 581, 576 (1979) ("עניין ביטון"); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 301 (מהדורה רביעית 2019) ("שלו וצמח").

326. כאמור, לאחר בחינת מכלול הראיות והעדויות – בדבר: ניסוח הסכמי ה-JV על ידי הצדדים ללא ייצוג משפטי; המשא ומתן שנערך בין הצדדים; התנהלות הצדדים לפני ואחרי החתימה על הסכמי ה-JV; והעובדה כי הצדדים לא שינו התנהלותם לאחר החתימה על הסכמי ה-JV – קבע הבורר קמא: כי במועד החתימה על הסכמי ה-JV הצדדים לא ביקשו לערבב את כספי שמסי שהופקדו בקרן GTI במיזם משותף להשקעות בנכסים פיננסיים; כי הסכמי ה-JV הם למראית עין ברובם (סעיף 167 לפסק הבוררות); וכי שמסי עמד ב"רף המוגבר" הנדרש, על מנת להוכיח כי הסכמי ה-JV הם בגדר חוזים למראית עין.

327. בכל הנוגע לחוזה למראית עין, הבחין בית המשפט העליון בין חוזה למראית עין בו מראית העין היא מוחלטת, במובן זה שמדובר ב"חוזה שאין מאחוריו מאומה. הצדדים לו אינם מתכוונים לשנות את המצב המשפטי הקיים, אלא רק פועלים כלפי חוץ, למראית עין, כאילו הם מתכוונים לשנותו" (שלו וצמח, 305) לבין חוזה למראית עין בו מראית העין היא יחסית במובן זה שמדובר ב"חוזה שמסתתר מאחוריו חוזה אחר, שונה (שלו וצמח, 306; "עניין גולדנברג"). ב"עניין גולדנברג" נקבע כי להבחנה בין חוזה בו מראית העין היא מוחלטת לבין חוזה בו מראית העין היא יחסית עשויות להיות נפקויות שונות במישור הסעדים עם קביעת בטלותו של ההסכם שנכרת למראית עין (ראו "עניין באשה"; "עניין כהן" פסקאות 6-7; "עניין חזן" פסקאות 23-25; ע"א 545/79 בראונר נ' דיאמסלס פ.ו.ב.א., פ"ד לח(2) 191, 198; שלו וצמח, 301).

328. בעניין זה תוקף לזין את החלטת הבורר קמא לאתר מיוזמתו אחר ההסכמות האמיתיות של הצדדים (העסקה האמיתית שנכרתה בין הצדדים) מאחר ולטענתו הבורר קמא לא נתבקש לעשות כן, הדבר איננו בסמכותו וכי הבורר קמא הפך ל"שופט חוקר", מצא לנכון לנהל עבור שמסי תביעה אחרת לחלוטין מזו שהגיש ולפסוק לו מה שלא תבע ויצר "עסקת יסוד חדשה" שאף אחד מהצדדים לא העלה אותה.

דין טענה זו להידחות.

329. ההלכה הפסוקה מבחינה בין שני מצבים של חוזה למראית עין: מצב אחד של "סימולציה חלקית", לפיו מאחורי החוזה למראית עין קיים חוזה נסתר, אשר הצדדים מתכוונים לקיימו והוא המייצג את אומד דעתם האמיתי. ומצב שני של "סימולציה מוחלטת", לפיו החוזה כולו הוא למראית עין ואין בין הצדדים כל הסכם נסתר ("עניין באשה"; ע"א 6634/15 טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ נ' קפלן [פורסם בנבו] (24.10.2017); שלו וצמח, 259-261).

330. נשאלת השאלה האם במקרים של "סימולציה חלקית", יש לתת תוקף לחוזה הנסתר המשקף את רצון הצדדים? קיימות מספר גישות בעניין זה. בית המשפט העליון הביע לא פעם נכונות לאכוף את החוזה הנסתר המבטא את רצון הצדדים (ראו בעניין זה רע"א 4767/07 גינזבורסקי נ' חב' גבעת המזיאון (רחובות) בע"מ [פורסם בנבו] (5.5.2009) פסקה 21; ע"א 442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד לו(4) 214, 219 (1982)). עם זאת, בעניין ע"א 4305/10 אילן נ' לוי [פורסם בנבו] הותיר השופט ע' פוגלמן את "שאלת תוקפו של חוזה נסתר, בהינתן מראית עין יחסית למטרה שאינה בלתי חוקית" בצריך עיון (פסקה 40 לפסק דינו). בספרות האקדמית, איל זמיר ומיכאל כהן הביעו דעתם כי במקרים של סימולציה חלקית "אין טעם טוב שלא לתת תוקף מלא לחוזה האמיתי" (איל זמיר ומיכאל כהן "חוזה פסול, חוזה למראית עין או חוזה פסול למראית עין? (בשולי ע"א 4305/10 אילן נ' לוי)", משפטים מה 251, 254).

331. ב"עניין באשה" הדגיש בית המשפט העליון כי:

**"כאשר בית המשפט נדרש לשאלה, האם מדובר בחוזה אשר נעשה למראית עין בלבד, עליו לקבוע מה הייתה כוונת הצדדים בעת כריתת החוזה, ועד כמה הכוונה האמורה משתקפת בחוזה. רצונם של הצדדים, במעמד עריכת החוזה היא שאלה עובדתית, אשר התשובה לה מצריכה קביעת ממצאים עובדתיים על ידי הערכאה הדיונית".**

332. ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון בעניין תוקף חוזים נסתרים במקרים של סימולציה חלקית אינה חד משמעית ונוטה להשתנות מפסק דין לפסק דין, אלא שכאמור בית המשפט העליון גילה גמישות רבה בבחינת כל מקרה לגופו תוך התמקדות בנסיבות הספציפיות של כל עניין. כוונת הצדדים האמיתית בעת כריתת החוזה היא המבחן העיקרי וממנה ניתן ללמוד על תוקפו של החוזה הנסתר. בית המשפט שוקל את האיזון בין עקרון האוטונומיה של הרצון (הרצון האמיתי של הצדדים) לבין עקרון ההסתמכות (הסתמכות צדדים שלישיים על החוזה הגלוי).

333. בענייננו, לאור הקביעה כי הצדדים לא התכוונו לקיים את הסכמי ה-JV שנחתמו למראית עין (ונועדו כלפי חוץ בלבד) ולאור הקביעה כי הצדדים הסתירו מאחורי הסכמי ה-JV את כוונותיהם האמיתיות, בצדק קבע הבורר קמא כי נולד הצורך לבחון מה הוא אותו "חזוה נסתר" המעיד על ההסכמות האמיתיות של הצדדים שאותו יש לאכוף (סעיף 169-170 לפסק הבוררות).

#### ז.4.3. מהו אותו "חזוה נסתר" המעיד על הכוונה האמיתית של הצדדים?

334. שמסי טען כאמור כי הסעיפים האמיתיים בהסכמי ה-JV המשקפים את רצונם האמיתי של הצדדים הם:

- א. סעיף 2.ג. להסכמי ה-JV – תוקף ההתקשרות העסקית בין הצדדים – הוסכם שהכספים המופקדים יישארו בקרן GTI עד לחודש מרץ 2018.
- ב. סעיף 3 להסכמי ה-JV – זכותו של שמסי למשוך בכל שנה סכום של 1,000,000 דולר.
- ג. סעיף 9 להסכמי ה-JV – הערבות האישית של לויין בקרן הורחבה לכל החברות מטעמו ובשליטתו.

335. וכלשון שמסי בעדותו:

"... תראה, ה-JV הזה יש בו חלקים אמיתיים ויש בו חלקים שהם פיקציה. החלק האמיתי זה שהוא צריך לשחרר לי מיליון דולר כל שנה, זה החלק האמיתי, החלק האמיתי זה שזה מסתיים במרץ 2018, החלק הלא אמיתי זה שאני נותן לו 18.4 מיליון שהוא יכול ללכת לעשות שופינג, אוקי!..." (פרוטוקול מיום 8.3.2022, עמוד 96, שורות 18-23) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

336. כך גם בעדות נוספת של שמסי:

"ת. ... הסכם עצמו הוא לא מה שאנחנו סיכמנו. מה שעכשיו אתה מנסה לייצר, מה שהוא מנסה לייצר שכן נתתי לו 9 מיליון זה 9 מיליון. שהוא ילך לעשות קניות, מה שהוא רוצה הוא יקנה, מה שהוא יעשה וזה והכל יהיה בסדר. לא. מה שהיה צריך להיות כתוב שם זה שאני נותן לו 18 מיליון, ה-18 מיליון האלה היו צריכים להיות ב-G.I.T שנשארו ב-G.I.T ואנחנו ממשיכים הלאה ואנחנו מתחלקים ברווחים של סין, רווחים של ברזיל. זה מה שהיה צריך להיות כתוב. מה שכתוב שם זה בכלל לא נכון." (פרוטוקול 13.3.2022, עמוד 76, שורות 5-14) [השגיאה במקור – י.ד.]

337. יוני זלצמן, אישר בחקירתו כי הסכמי ה-JV היו פיקטיביים, כי "הלא אמיתיות של המסמך הזה זה שאין נכסים ושאינו כלום" (פרוטוקול מיום 19.12.2021, עמוד 141, שורות 16-17), למעט העובדה שליון רצה שהכספים יישארו אצלו בקרן עד לשנת 2018, וכלשון זלצמן: "האמיתיות של המסמך הזה הוא רק בדבר אחד, שלעופר יש שקט שהכסף יישאר אצלו בקרן עד 2018. זה האמיתות." (פרוטוקול מיום 19.12.2021, עמוד 141, שורות 12-17). זלצמן העיד כי ליון היה מוטרד מהעובדה ששמסי יכול להוציא את הכסף כל רגע וכי שמסי איים להוציא את כספו מהקרן, ולדבריו: "את עופר מה שהטריד אותו זה שאד יכול להוציא את הכסף כל רגע, ושאד מאיים להוציא את כספו מהקרן. אני יעצתי לעופר ואמרתי לו: תקשיב, הדרך שלך, כי מצד אחד הוא אומר הוא לוקח אותי לכל מיני יועצים בשביל לנסות לראות איך אפשר להעביר את הכסף חזרה לאמריקה וזה כנראה יהיה להעביר את זה לנכסים. אני אמרתי לו: תשמע, תנצל את העובדה הזאת שמצד אחד אד רוצה משהו שהולך לעזור לאד, יש איזה לבל של טובה של אד שכאילו הופך לנכסים, בגלל הסיבה הזאת תנסה לנעול אותו לעוד תקופה, ומה שהוא הצליח לעשות בסופו של דבר, לנעול את זה עד שנת 2018 או משהו כזה" (פרוטוקול 19.12.2021, עמ' 138, שורות 1-12) [ההדגשות הוספו – י.ד.]. כלומר, גם זלצמן אישר כי כוונת הצדדים היתה "לנעול" את הכספים של שמסי עד לשנת 2018, למעט 500,000 דולר שהוסכם ששמסי ימשוך כל שנה (בהמשך שמסי ביקש למשוך 1,000,000 דולר).

338. בפסק הבוררות נקבע כי שמסי עמד בנטל להוכיח טענותיו בדבר תוכן ההסכמות האמיתיות בין הצדדים בנוגע לשמירת הכספים בקרן GTI וחבות ליון להשיב לשמסי את הכספים המופקדים עם דרישה בשנת 2018 (סעיף 171 לפסק הבוררות).

339. אשר ל"חווה הנסתר" המהווה את הכוונת האמיתיות של הצדדים, קבע הבורר קמא כי:

"מכלל הקביעות העובדתיות בפסק הבוררות זה, מתקבלת התמונה העובדתית הבאה בנוגע להסכמה האמיתית של הצדדים, דהיינו "החווה הנסתר" ביניהם, אותו יש לאכוף:

המסכת העובדתית מלמדת כי בין הצדדים לבוררות זו קיימות שתי התקשרויות עסקיות בלבד, התקשרויות הנפרדות זו מזו, אשר הינן בתוקף נכון למועד מתן

פסק הבוררות זה:

(א) עסקת היסוד – היא השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI – כאמור מדובר בכספים שהושקעו בקרן מבלי שהובטחו בתשואה מינימאלית ומבלי שהובטחו בהלוואה. תנאיה של עסקת היסוד יהיו בהתאם לקבוע בהסכמי ההתקשרות

עליהם חתמו הצדדים במועד ההפקדה, למעט השינויים הנ"ל ששולבו בה בדבר הרחבת הערבות של מר לוי גם לכל תאגידיו, מתד גיסא, ודחיית מועד השבה האפשרי (שכבר חלף), מאידך גיסא;  
(ב) שותפות במיזם בברזיל, בהתאם לחלוקה שנהגה בין הצדדים מלכתחילה, דהיינו 50%-50%." (סעיף 172 לפסק הבוררות) [ההדגשה במקור – י.ד.].

340. אני סבור כי הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הבורר קמא מבוססים היטב על חומר הראיות והעדויות שתוארו לעיל והם משקפים את אומד דעת הצדדים. לא מצאתי כי איזו ממסקנות הבורר קמא חרגה מן הסביר או שנפלה באיזו מהן שגגה או טעות משפטית. משכך, לא מצאתי הצדקה להתערבות בקביעותיו העובדתיות, במסקנותיו ובהכרעתו של הבורר קמא.

#### ז.4.4. האם ניתן לאכוף את "החוזה הנסתר" לאור טענת לוי כי מדובר בחוזה פסול?

341. לטענת לוי כאמור, מאחר שנקבע שהסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין, כי אז אין לאכוף את החוזה הנסתר בין הצדדים מאחר שמדובר בחוזה פסול. מנגד, טוען שמסי כי כאשר מדובר בסימולציה חלקית בה המטרה של החוזה הגלוי היא בלתי חוקית (כמו למשל העלמת מס), ההלכה היא כי יש ליתן תוקף לרצון הצדדים כפי שהוסכם ביניהם בחוזה הנסתר.

342. הבורר קמא דחה את טענת לוי בקבעו כי טענת אי החוקיות של החוזה הנסתר לא הוכחה (סעיף 174 לפסק הבוררות).

343. לא אוכל לקבל בעניין זה את טענתו של לוי ואני מקבל את קביעת הבורר קמא לפיה לא הוכח כי "החוזה הנסתר" הוא חוזה לא חוקי.

344. הבורר קמא קבע כאמור כי הסכמי ה-JV נחתמו למראית עין והם למעשה מהווים את "החוזה הגלוי" שמטרתו בלתי חוקית, דהיינו – הימנעות מדיווח לרשויות. עם זאת נקבע כי ההסכמה האמיתית של הצדדים היתה עסקת היסוד – השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI ושותפות במיזם בברזיל ואלה מהווים את "החוזה הנסתר" שהוא בעל מטרה חוקית – עסקת ההשקעה (סעיף 172 לפסק הבוררות).

345. הפסיקה בעניין זה הבחינה בין המטרה העיקרית של הצדדים בכריתת ההסכם – בענייננו המשך השקעת כספי שמסי בקרן GTI – לעומת המטרה המשנית, האגבית, של הצדדים להתקשרות ביניהם – אי הדיווח לרשויות המס האמריקאיות.

346. אין חולק כי הימנעות שלא כדין מתשלום מס הופכת את ההסכם לבעל מטרה בלתי חוקית (השוו ע"א 359/79 אלחנני נ' רפאל, פ"ד לה(1) 701, 711 (1981)). אלא שכאמור יש לבחון מה היתה המטרה העיקרית של הצדדים בכריתת ההסכם וככל שהמטרה העיקרית של הצדדים היתה חוקית, כי אז החוזה הנסתר הוא חוקי.

347. בע"א 4305/10 אילן נ' לוי [פורסם בנבו] (21.7.2011) בפסקה 32 ("עניין אילן") מבהיר השופט ע' פוגלמן כי הימנעות שלא כדין מתשלום מס הופכת את ההסכם לבעל מטרה בלתי חוקית, אולם באותו עניין מטרה זו לא היתה המטרה העיקרית של הצדדים בכריתת ההסכם, שכן המטרה העיקרית שלו היתה מכירת הנכס, וזו איננה מטרה בלתי חוקית. וכדבריו:

"באשר לתחום הפסול, בענייננו, אין מדובר בדחיית דיווח גרידא, כי אם בהסכמה של הצדדים על דיווח עתידי לפי הסכם חדש שייחתם, שמטרתה הימנעות שלא כדין מתשלום מס. בכך הסכימו הצדדים על ביצוע החוזה בדרך לא חוקית ומכאן שהוא בלתי חוקי מבחינת מטרתו. דוק: מטרתם העיקרית של הצדדים בחוזה היא מכירת הנכס. אי הדיווח למס שבח הוא מטרה משנית, אגבית, למהות ההתקשרות. כמו כן מאחר שבסופו של דבר דיווחה העותרת למס שבח על העסקה, ניתן לומר שהמטרה הפסולה לא הוצאה לפועל במלואה. עם זאת אין בהיות המטרה הפסולה אגבית לחוזה, כמו גם באי השגתה, כדי להשפיע על סיווג החוזה כפסול אלא אך על שיקולי בית המשפט בהפעלת שיקול הדעת לעניין תוצאת הפסלות...".

מקרה זה דומה למקרה שלפנינו.

348. הבורר קמא קבע, כממצא עובדתי, שכוונת הצדדים היתה לחתום על הסכמי ה-JV מתוך מטרה להמשיך להשקיע את הכספים המופקדים של שמסי בקרן GTI אולם להימנע מדיווח לרשויות המס האמריקאיות. אין כל אי חוקיות בהמשך השקעת הכספים בקרן GTI, זאת בשונה ממטרתם המשנית של הצדדים שהיתה לא לדווח לרשויות המס, שהינה בלתי חוקית (סעיף 174 לפסק הבוררות).

349. העובדה כי המטרה העיקרית של הצדדים היתה המשך השקעת הכספים המופקדים של שמסי בקרן GTI עולה, בין היתר, גם מכך שלוין עשה כל מאמץ להשאיר את כספי שמסי בקרן לאורך זמן רב ככל שניתן עד שהצליח להשיג את התחייבותו של שמסי שלא למשוך את הכספים המופקדים עד לחודש מרץ 2018.

350. גם יוני ולצמחן העיד כאמור כי לזין רצה שהכספים יישארו אצלו בקרן עד לשנת 2018, וכלשון ולצמחן: "האמיתיות של המסמך הזה הוא רק בדבר אחד, שלעופר יש שקט שהכסף יישאר אצלו בקרן עד 2018. זה האמיתות." (פרוטוקול 19.12.2021, עמוד 141, שורות 12-17). ולצמחן גם העיד שהסביר לזין "אני אמרתי לו: תשמע, תנצל את העובדה הזאת שמצד אחד אד רוצה משהו שהולך לעזור לאד, יש איזה לבל של טובה של אד שכאילו הופך לנכסים, בגלל הסיבה הזאת תנסה לנעול אותו לעוד תקופה, (ומה שהוא הצליח לעשות בסופו של דבר, לנעול את זה עד שנת 2018 או משהו כזה)" (פרוטוקול 19.12.2021, עמוד 138, שורות 1-12) [ההדגשה הוספה – י.ד.]. כלומר הצדדים הסכימו "לנעול" את הכספים של שמסי עד לשנת 2018, למעט 500,000 דולר שהוסכם ששמסי ימשוך כל שנה (בהמשך שמסי ביקש למשוך 1,000,000 דולר).
351. יש לציין כי הפסיקה מתייחסת למקרה חריג שבו לא ניתן להפריד בין החוזה הנסתר לבין החוזה הגלוי, כאשר כוונת הצדדים בחוזה הנסתר היתה לבצעו באופן בלתי חוקי בעליל, שאז הסעד הינו השבה הודית (ראו ע"א 2139/21 חאלד קדומי ואח' נ' עו"ד מוחמד סייד אחמד [פורסם בנבו] (8.6.2023) בפסקה 13; ("עניין קדומי"); ע"א 3158/20 אחי תקומה בע"מ נ' משולם [פורסם בנבו] (1.5.2023)).
352. ב"עניין קדומי" נקבע (בפסקה 13) כי במקרה שההסכם כולו נועד לשרת את מערכת השכר הכפולה שהיתה מנגנון להונאת הרשויות ולשימוש בכספי ציבור שלא כדין, על מנת להעביר כספים לכיסם הפרטי של בעלי השליטה, "המערך החוזי כולו נגוע באי חוקיות, ולא ניתן להפריד בין ההסכמה למראית עין לבין ההסכמה על השכר המוסכם, ששתיהן נועדו לשרת את מערכת השכר הכפולה הבלתי חוקית; ולפיכך, דינו כדין החוזה הבלתי חוקי."
353. במקרה דנן ניתן כאמור להפריד בין ההסכמה למראית עין בהסכם הגלוי (כפי שהיא מתבטאת ברוב סעיפי הסכמי ה-JV) לבין הסכמות הצדדים בחוזה הנסתר (המשך השקעת הכספים המופקדים בקרן GTI ושותפות במיזם בברזיל). מאחר וכאמור ניתן להפריד בין הסכמות הצדדים (הגלויה והסמויה) ולאור העובדה שהשקעת הכספים המופקדים בקרן היא המטרה העיקרית של הצדדים והיא חוקית (בעוד אי הדיווח לרשויות הוא המטרה המשנית שאיננה חוקית), אין מקום לראות בחוזה כולו כבלתי חוקי.
354. לסיכום, צדק הבורר קמא בקבעו כי יש לאכוף את הסכמות הצדדים בחוזה הנסתר כך שעל לזין להשיב לשמסי את הכספים המופקדים.

**5.ז. האם הסכמי ה-JV מחייבים מלבד את לויין באופן אישי, גם את המערערות 4-22**

**שהן חברות בשליטתו?**

355. לויין טוען בערעורו כי החברות שבשליטתו (המערערות 4-22 בהודעת הערעור של לויין) כלל לא נזכרות בגוף התביעה שהגיש שמסי וממילא לא התבקש כלפיהן סעד כלשהו. בנסיבות אלה לטענתו כתב התביעה אינו מגלה עילה או יריבות כלפי מי מהמערערות 4-22 וחייב המערערות 4-22 עומד בסתירה לכל דין.

356. בעניין זה מפנה לויין להחלטת הבורר קמא מיום 15.7.2018 בה קבע כי: "כך קבעתי, כי ככל שמי מהתאגידים הנתבעים יסבור שכתב התביעה אינו מגלה עילה/יריבות כנגדו, יוכל להעלות טענה מתאימה" (סעיף 28.1 לפסק הבוררות). בהחלטת הבורר קמא מיום 6.5.2019 קבע הבורר קמא כי: "...עוד נקבע כי כל הטענות מסוג העדר עילה, היעדר יריבות, עילה סותרת וכו' – שמורות, ותוכרענה לפי הצורך לאחר בירור עובדתי במסגרת פסק הבוררות" (סעיף 28.6 לפסק הבוררות).

357. הבורר קמא לא קיבל את בקשת לויין לדחות את התביעה כנגד החברות הנוספות, תוך שהוא קובע כי "יחד עם זאת, אינני סבור שיש צורך בהעלאת טענות ספציפיות או בהצגת תשתית ראייתית לצורך יצירת היריבות בין התובעים לבין הנתבעות. היריבות בין התובעים לבין החברות הנתבעות נוצרה במסגרת הסכמי ה-JV, ובעיקר במסגרת סעיף 9 לאותם הסכמים כמפורט לעיל." (סעיף 84 לפסק הבוררות). הבורר קמא ביסס את סוגיית היריבות על התחייבותו של לויין להחתים את כל החברות שבשליטתו על ערבות לטובת הכספים המגיעים לשמסי וזאת כאמור בסעיף 9 להסכמי ה-JV.

358. בערעורו שב לויין על טענותיו האמורות לפיהן מאחר וכתב התביעה אינו מגלה עילה ויריבות כלפי מי מהמערערות 4-22, חיוב המערערות 4-22 בדין הוא חסר יסוד ועומד בסתירה לכל דין. לויין מוסיף וטוען בעניין זה כי אין חולק שאף אחת מהמערערות 4-22 לא חתמה על ערבות כלשהי ובכדי לחייב מי מהמערערות 4-22 מכוח ערבות לחובות של לויין, חובה היה לטענתו להוכיח כי המערערות 4-22 התחייבו בעצמן לערוב ללויין ולהציג כתב ערבות אולם שום דבר מאלה לא נטען ולא הוכח.

359. לאחר ששקלתי את טענות לויין בעניין זה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להותיר על כנה את קביעת הבורר קמא.



360. סעיפים 14-17 להסכמי ה-JV קובעים כי במקרה של סכסוך בין הצדדים לענין הסכם זה, ימנו הצדדים בורר מוסכם לצורך הכרעה בסכסוכים ו/או בחילוקי הדעות ביניהם. מכוח סעיפים אלה פנו הצדדים להליך של בוררות.
361. עיקר טענת לויין לאורך הליך הבוררות היתה כי הסכמי ה-JV הם אמיתיים, בתוקף ומחייבים את הצדדים.
362. צד ב' להסכמי ה-JV הוגדר כ-"עופר לויין וכן כל חברה אחרת מטעמו".
363. סעיף 2.ג. וסעיף 9, על תת סעיפיו, להסכמי ה-JV קובעים ומדגישים בהרחבה את הביטחונות של לויין וכל החברות שבבעלותו להשבת "כספי הפיקדון" של שמסי, לרבות הרווחים שנצברו עליהם:
- סעיף 2.ג. להסכמי ה-JV קובע כי: "מר לויין וכל חברה מטעמו הם אחראיים באופן אישי להחזרת מלא כספי הפיקדון (\$ 18,347,000) למר שמסי, לרבות רווחים שיצטברו, וזאת בחלוף 7 שנים מיום תאריך ההסכם, דהיינו 23.3.2018".
- סעיף 9.1 להסכמי ה-JV קובע כי: "מוסכם בין הצדדים כי צד ב' (המוגדר כאמור כ"עופר לויין וכן כל חברה אחרת מטעמו") יהא אחראי וערב באופן אישי לכל הכספים שהופקדו על ידי צד א' וכן לכל הרווחים המגיעים לצד א', אם יהיו".
- סעיף 9.2 להסכמי ה-JV קובע כי: "עוד מוסכם כי עופר ידאג באופן אישי כי כל חברה בבעלותו בן [כך במקור – י.ד.] בהווה ובן [כך במקור – י.ד.] בעתיד תחתום על כתב ערבות כלפי צד א' להחזר מלא כספי הפיקדון על פירותיהם והרווחים המגיעים לצד א' על פי הסכם זה. צד ב' מתחייב לעדכן את צד א' מידי שנה על כל חברה חדשה שבבעלותו ו/או מטעמו וכן מתחייב צד ב' כי כל חברה כאמור תחתום על כתב ערבות כלפי צד א' למילוי כל התחייבויותיו של צד ב' על פי הסכם זה".
- סעיף 9.3 להסכמי ה-JV קובע כי: "צד ב' ידאג, בתוך 30 יום מחתימת הסכם זה, לחתום על כל ערבות לכל התחייבויותיו על פי הסכם זה וכן ידאג כי כל החברות שבבעלותו ו/או מטעמו יחתמו על ערבות לכל התחייבויותיו על פי הסכם זה. מוסכם כי צד ב' והחברות מטעמו יחתמו על כתב ערבות בנוסח המצ"ב כנספח ב' להסכם זה".
- סעיף 9.4 להסכמי ה-JV קובע כי: "מוסכם כי צד ב' וכל הערבים מטעמו יהיו ערבים ביחד ולחוד לכל התחייבויות צד ב' על פי הסכם זה".
- סעיף 9.5 להסכמי ה-JV קובע כי: "צד א' יהא רשאי לדרוש פירעון מלא ההתחייבויות כלפיו ו/או חלקן, לפי שיקול דעתו, וזאת מכל הערבים ו/או מכל אחד מהערבים ו/או מחלקם והכל

לפי שיקול דעתו הבלעדי של צד א, אם יש הפרה מהותית שצד ב לא החזיר את הכסף בתום 7 שנים ולאחר שבורר קובע כך.”

364. סעיף 9 להסכמי ה-JV קובע באופן ברור את החבות והאחריות של כל החברות שבבעלות לוי להשבת כספי הפיקדון של שמסי. לא זו בלבד אלא שסעיף 9.5 קובע במפורש את האחריות המלאה שיש לכל אחת מהחברות כערבות כלפי שמסי.

365. בעדותו טען לוי כי הסכמי ה-JV הם אמיתיים ומחייבים, לרבות סעיף 9 להסכמי ה-JV, כך שאף לשיטתו לא רק שהוא אחראי באופן אישי להשבת הכספים המופקדים של שמסי אלא שגם כל החברות שבשליטתו ערבות ואחראיות אף הן להשבת הכספים המופקדים של שמסי. וכפי שהעיד לוי:

”ש. אז אתה וכל החברות שבשליטתך, גם כן, ערבות לכל הכספים האלה, נכון?

ת. אם החברות בשליטתי אם הן ערבות לזה, אני לא יודע מבחינה משפטית. לא

יודע מה ה- אני יודע שה-JV הוא הסכם מחייב משפטי.

ש. ובהסכם ה-JV כתוב, תקן אותי אם אני טועה, שכל החברות בשליטתך, כל

חברה בשליטתך ערבה לקיום ההתחייבות שלך. זה ההסכם, נכון?

ת. אז למה אתה שואל, אם זה כתוב שמה? אז בוודאי.” (פרוטוקול 5.7.2022,

מעמוד 117, שורה 18 ועד עמוד 118, שורה 4) [ההדגשה הוספה – י.ד.]

366. לטעמי, שעה שהאחריות המוטלת על כל החברות בבעלות לוי מנוסחת באופן ברור וחד משמעי בסעיף 9 להסכמי ה-JV, וכאשר לוי עצמו מאשר שסעיף זה הוא תקף ומחייב את הצדדים, די בכך כדי לקבוע שיש יריבות בין שמסי לבין החברות שבבעלות לוי וכדי לחייב את כלל החברות שבבעלות לוי להשבת כספי הפיקדון לשמסי.

367. אלא, שלוי כאמור טוען כי חיוב המערערות 4-22 הוא חסר יסוד מאחר וכתב התביעה אינו מגלה עילה ויריבות כלפי מי מהמערערות 4-22 וכי אין חולק שאף אחת מהמערערות 4-22 לא חתמה על ערבות כלשהי.

368. דומה כי לא ניתן לאחוז את החבל משני קצותיו. מצד אחד לוי טען לאורך כל הליך הבוררות כי הסכמי ה-JV הם אמיתיים ומחייבים ומצד שני טען כי אין להטיל אחריות על החברות שבשליטתו מן הטעם שלא נכללו בכתב התביעה, שעה שלפי סעיף 9 להסכמי ה-JV, כל החברות שבשליטתו אחראיות להשבת כספי הפיקדון של שמסי לרבות הפירות והרווחים שיצטברו מכספים אלה.

369. מעבר לדרוש יוער כי לווין אחריות אישית וערבות אישית להשקעה המקורית של שמסי בקרן GTI וזאת בהתאם לכתבי הערבות והשעבוד הבלתי חוזרים בהם נקבע כי לווין ערב אישית לכספים שבקרן GTI וכי שמסי זכאי יהיה להיפרע מכל נכס שיהיה ללוין או ליורשיו (ת/44, סעיף 1 וסעיף 4.1). אלא, שגם בטרם נחתמו הסכמי ה-JV, בעת שנחתמו מסמכי קרן GTI, העיד לווין כי לשמסי, שלא כמו ללקוחות הרגילים, היה חשוב להוסיף על מסמכי הקרן "התחייבויות אקסטרה", וכדברי לווין:

"ת... הוא [שמסי] מאוד היה חשוב לו מהתחלה... היה חשוב לו להוסיף על מסמכי הקרן כל מיני דברים מהסוג הזה, של התחייבויות אקסטרה שלי, שאני כמובן הייתי צריך לעמוד ועמדתי בהם וגם ב-JV הוא היה חשוב וזה מצוין שם, שאני אחראי לכל הכספים." (פרוטוקול 5.7.2022, עמוד 116, שורה 20 ועד עמוד 117, שורה 2).

"ש... אני ביקשתי שתצהיר שתעיד, שתשיב, האם כל לקוח אחר, גם כן מקבל

#### irrevocable guarantee

ת. אני כתבתי את זה, למיטב ידיעתי, בתצהיר זה מופיע ב-, שלמרות שהוא לקוח ככל אחד מהשאר, הוא עוד ביקש אקסטרה, קיבל אקסטרה... מה שהוא ביקש אקסטרה הוא קיבל אקסטרה." (פרוטוקול 5.7.2022, עמוד 121, שורות 8-2).

370. בהתאם לתניית הבוררות שבהסכמי ה-JV חתמו הצדדים על הסכם בוררות, בו כחלק מהצד של לווין צורפו גם חמש חברות שבבעלותו. בנוסף, לאתר חתימת הסכמי ה-JV, חתם לווין על שלושה כתבי ערבות בשם המערערות 4, 6 וחברה נוספת (נספח מ"ט לתצהיר שמסי). בעדותו הודה לווין כי הוא חתם על כתבי הערבות האמורים וכי החתימה של לווין ושל החברות שבבעלותו זו אותה חתימה. וכלשונו: "חלק גדול מההסכם הזה זה על סמך בקשתו של אד" (פרוטוקול מיום 25.7.2022, עמוד 20, שורות 22-23); "החתימה שלי ואותן חברות זו אותה חתימה" (פרוטוקול מיום 25.7.2022, עמוד 21, שורה 8).

371. כלומר לווין הציג את החברות שבבעלותו כאחראיות להתחייבויותיו העולים מהסכמי ה-JV, גם אם לא נחתמו כתבי ערבות.

372. גם את טענת לווין, לפיה בכדי לחייב מי מהמערערות 22-4 מכוח ערבות לחובות של לווין חובה היה להוכיח כי המערערות 22-4 התחייבו בעצמן לערוב ללוין ולהציג כתב ערבות, לא אוכל לקבל. העובדה שהמערערות 22-4 לא חתמו על כתב ערבות איננה גורעת מהסכמות ומהתחייבויות הצדדים לפיהן אותן החברות שבבעלות לווין הן ערבות לחובות של לווין, ללא קשר לחתימה על

**כתב ערבות**, בהתאם לסעיף 9.4 להסכמי ה-JV אשר לפיו כל הערבים מטעמו של לוי יהיו ערבים ביחד ולחוד לכל התחייבויות לוי.

373. בעניין זה מצאתי לנכון להדגיש כי האחריות לדאוג שכל החברות שבבעלות לוי יחתמו על כתב ערבות לכל התחייבויותיו הוטלה על לוי, לפי סעיף 9.3 להסכמי ה-JV. כלומר לוי הוא זה שהיה צריך להחתים על כתב ערבות (שנוסחו צורף כנספח ב להסכמי ה-JV) את כל החברות שבבעלותו. משלא קיים לוי התחייבותו זו ולא החתים אף אחד מהחברות שבבעלותו על כתב הערבות, אין מקום לקבל את טענתו לפיה מאחר והחברות שבבעלותו לא חתמו על כתב ערבות, הן אינן ערבות.

374. בנסיבות בהן לשון סעיף 9 להסכמי ה-JV ברורה ומפורשת וקובעת כי החברות שבבעלות לוי ערבות להתחייבויות לוי, לא נותר לי אלא לקבל את קביעת הבורר קמא לפיה על לוי ועל כל החברות שבבעלותו מוטלת האחריות להשבת הכספים המופקדים של שמסי בקרן GTI, כאמור בסעיף 9 להסכמי ה-JV.

#### **6.ז. האם הצדדים סיכמו על תשואה בגין יתרת הכספים המופקדים שהושקעו בקרן**

#### **GTI, וככל שכן – מה היה שיעור התשואה המוסכם?**

375. משקבע הבורר קמא כי ההתקשרות העסקית בין הצדדים, נכון למועד מתן פסק הבוררות, היא השקעת כספי שמסי בקרן GTI וכי לוי לא הפסיק לעבוד עבור שמסי בניהול כספו בקרן GTI, עלתה השאלה בנוגע לתשואת הקרן ושיעורה.

376. תחילה בהן הבורר קמא מהי יתרת הכספים המופקדים של משפחת שמסי בקרן GTI כפי שהיתה נכון ליום 30.6.2016 וקבע, לאור המסמכים והראיות שהוצגו בפניו, כי שמסי עמד בנטל להוכיח את טענתו לפיה יתרת הכספים המופקדים בקרן למועד דן עמדה על סך של 27,632,304 דולר (סעיף 191 לפסק הבוררות). בעניין זה טוען לוי כי הממצאים של "מתווה דתן" חשובים לצורך קביעת הסכום שמגיע לשמסי, אלא שלא ראיתי מקום לדון בטענה זו, שכן היא מתבססת על מסמך ששימש במשא ומתן בין הצדדים לצרכי פשרה בלבד, כפי שסבר גם הבורר קמא (סעיף 189 לפסק הבוררות).

377. לאחר בחינת טענות הצדדים, הראיות והעדויות קבע הבורר קמא כי שיעור הריבית הוא תשואת הקרן וכי התשואה לא הוכחה, וכלשונו: "כעת יש לבחון מהו שיעור הריבית שיש להחיל על הסכום האמור עד לתשלומו בפועל לתובעים..." (סעיף 192 לפסק הבוררות); "אני סבור כי

התובעים לא עמדו בנטל הנדרש להוכיח את תשואת הקרן בשנים הרלוונטיות, דהיינו החל מחודש יולי 2016. " (סעיף 193 לפסק הבוררות). עם זאת, החליט הבורר קמא להוסיף לקרן ריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, וכלשונו: "על אף שלא הוכחה תשואת קרן GTI, הרי שאין מקום להותיר את יתרת הכספים המופקדים נכון ליום 30.6.2016 ללא כל ריבית" (סעיף 195 לפסק הבוררות).

378. שמסי הגיש תחילה לבורר קמא בקשה לחייב את לויין לגלות מסמכים ספציפיים שנוגעים לתשואת הקרן, כמו למשל: "דוח המפרט את תשואות הקרן לשנים 2016 ואילך"; "דוחות כספיים של הקרן החל משנת 2007 ואילך" ו"דוחות ביקורת של רואי החשבון שביקרו את הדוחות הכספיים הנ"ל, לרבות של חברת Baker Tilly".

379. בהחלטה מיום 6.12.2020 דחה הבורר קמא את בקשת גילוי המסמכים כשקבע, בין היתר, כי "עיינתי בהשלמות שהתבקשו; אין בהן דבר שמצדיק סיבוב נוסף. ההליכים המקדמיים מיצו את עצמם. גם כך נעתרתי להם ברוחב לב, אולי יתר על המידה" (החלטת הבורר קמא מיום 6.12.2020, נספח 2 להודעת הערעור של שמסי).

380. במסגרת ערעורו על תשואת הקרן ושיעורה, מערער שמסי על החלטת הבנינים דנן של הבורר קמא וטוען כי בשל דחיית הבקשה על ידי הבורר קמא, לא היו המסמכים הרלוונטיים שיעידו על תשואת הקרן המדויקת. לטענתו, לא היה מקום לפטור את לויין מגילוי המסמכים, שכן מדובר במסמכים בסיסיים שמצויים אצל לויין, אין כל קושי לאתרם והם חיוניים להוכחת התשואה בתקופה שלאחר שנת 2016.

381. משלא עמדו לרשות שמסי המסמכים שיעידו על תשואת הקרן, נחקר לויין על נתוני התשואה בחקירה נגדית. לדברי לויין בעדותו, משנת 2016 ועד שנת 2020 עמדו התשואות בממוצע על 10-15% (פרוטוקול חקירה נגדית של לויין, נספח 11 לערעור שמסי). וכלשון לויין בעדותו: "ש. 2016 עד 2020 היה סביב 10 אחוז? 15 אחוז? 12 אחוז? ת. כן, ברובם נפלו בין 10 ל-15 אחוז, רובם נפלו לקטגוריה הזאת". (פרוטוקול מיום 19.7.2022, עמוד 89, שורות 13-15) [ההדגשה הוספה – י.ד.]. אלא, שהבורר קמא קבע כי אין בעדותו של לויין כדי להוכיח את תשואת הקרן מאחר שהמידע שסיפק לויין "אינו קונקלוסיבי ואינו מספק לצורך הכרעה בסוגיית התשואה" (סעיף 193 לפסק הבוררות). הבורר קמא הוסיף כי ככל ששמסי סבר לאורך ההליך "כי יש צורך בקבלת נתונים אודות תשואת קרן GTI בשנים מסוימות, הרי שעמדה להם ההזדמנות לדרוש נתונים כאמור גם בשלב החקירה הנגדית של מר לויין, שעה שלא התקבלה על ידו תשובה מספקת בנדון" (סעיף 194 לפסק הבוררות). וכן "הציטוט עליו מסתמכים התובעים מתוך חקירתו

הנגדית של מר לוי מתייחסת תשואת הקרן עד לשנת 2020, התובעים לא המשיכו ודרשו, במסגרת חקירת הנגדית של מר לוי, לקבל נתוני אמת בנוגע לתשואת הקרן עד למועד החקירה הנגדית – הוא חודש יולי 2022 (וכאמור, אני סבור כי אף הנתונים שנמסרו על ידו ביחס לשנים שעד שנת 2020 אינם מספקים ומבוססים). התובעים אף לא דרשו צו שיורה למר לוי לספק את האינפורמציה באופן ממצה ובכך לא עמדו בנטל להוכיח את גובה התשואה של קרן GTI בשנים הרלוונטיות.” (סעיף 194 לפסק הבוררות). עם זאת כאמור, החליט הבורר קמא להוסיף לקרן ריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה.

382. עיקר טענת שמסי בערעורו היא כי קביעות אלה של הבורר קמא שגויות. לשיטת שמסי, היה על הבורר קמא לקבל את הבקשה לגילוי מסמכים על מנת שיתקבלו המסמכים שהיו מוכיחים מה היתה תשואת הקרן המדויקת שנשאה ההשקעה בקרן בשנים הרלוונטיות. את האשם באי הדיוקים אודות התשואה יש לזקוף, לטענת שמסי, לחובת לוי אשר מנע את החישוב המדויק כשהתנגד לגלות את המסמכים הרלוונטיים וזאת בהתאם לדוקטרינת הנזק הראייתית, לפיה נטל ההוכחה מועבר לכתפיו של מי שגרם לנזק הראייתית, כך שמקום בו לוי גרם נזק ראייתי לשמסי, יש להטיל על לוי את נטל ההוכחה להיותה של אותה טענה לא נכונה.

383. שמסי מדגיש כי בשתי החלטות אחרות של הבורר קמא, מיום 23.1.2022 ומיום 29.3.2022 (פסקה 30.5 לפסק הבוררות), ביקש לוי להגיש 16 קלסרים שכללו אלפי מסמכים, והבורר קמא קיבל את הבקשה ופסק כי **”עדיף להימצא בסופו של דבר עם חומר מיותר מאשר עם חסר שיקשה על הסקת מסקנות נכונות.”** לא זו בלבד, אלא שלטענת שמסי לבסוף לוי לא עשה כל שימוש באלפי המסמכים שהעמיס על שמסי ועל הבורר קמא. בנסיבות אלה, טוען שמסי, כי טעה הבורר קמא שדחה את בקשת שמסי לחייב את לוי לגלות את המסמכים מהם ניתן היה ללמוד על תשואת הקרן.

384. בעניין זה מבקש שמסי לקבל את הערעור על ההחלטה מיום 6.12.2020, לחייב את לוי לגלות את מסמכי הקרן המעידים על נתוני תשואת הקרן (דוח המפרט את תשואות הקרן לשנים 2016 ואילך; דוחות כספיים של הקרן משנת 2007 ואילך; דוחות ביקורת של רואי החשבון שביקרו את הדוחות האמורים, לרבות חברת Baker Tilly) ולחייב את לוי לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף תשואת הקרן כפי שתתברר מהנתונים שיגולו כאמור, החל מיום 30.6.2016 ועד לתשלום בפועל. לחילופין שמסי מבקש לחייב את לוי לגלות, בתצהיר מאומת על ידי רואה חשבון, את תשואת הקרן מיום 30.6.2016 ואילך ולחייבו לשלם לשמסי סכום של

27,632,304 דולר בצירוף תשואת הקרן כפי שתתברר, החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל.

385. בנוסף, טוען שמסי, כי מאחר שלוין סירב לגלות את המסמכים שיאפשרו לו לעמוד במדויק על תשואת השקעתו בניגוד להסכם ההשקעה, היה מקום להסתפק בדברי לוין, מנהל הקרן, בעדותו לפיהם משנת 2016 ועד לשנת 2020 עמדו התשואות במוצע על 10-15%, כך שניתן היה לחייב את לוין בתשואה של 12.5% שהיא התשואה הממוצעת בשנים 2016-2020. בנסיבות אלה טוען שמסי כי מאחר ונקבע שביום 30.6.2016 עמדה יתרת המשקיעים בקרן על סך 27,632,304 דולר, על לוין להשיב סכום זה בתשואה של 12.5% שהיא התשואה הממוצעת בשנים הרלוונטיות.

386. לטענת שמסי, מסקנה זו מתחייבת הן מדיני עשיית עושר ולא במשפט והן מהעיקרון לפיו "אין חוטא נשכר", שכן לוין הפר את חובות האמון ונטל שלא כדין את כספי שמסי, כך שהרווח שצמח ללוין מהפרת חובת האמון שייך למעשה לשמסי.

387. למרות קביעת הבורר קמא כי תשואת הקרן לא הוכחה, קבע הבורר קמא כי "אין מקום להותיר את יתרת הכספים המופקדים נכון ליום 30.6.2016 ללא כל ריבית" (סעיף 195 לפסק הבררות). בסופו של יום החליט הבורר קמא כאמור להוסיף לכספים המופקדים בקרן ריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה (סעיף 198 לפסק הבררות).

388. אשר לריבית שנפסקה על ידי הבורר קמא; טוען שמסי כי ריבית המט"ח לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה עמדה בשנים 2016-2020 על ממוצע של 2.5% בדיוק. מאחר ולוין העיד, כי תשואת הקרן עמדה בשנים אלה על 10-15%, אין ספק כי הריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה מקפחת את שמסי באופן קיצוני והיא לא יכולה להוות תחליף לתשואת הקרן.

389. בעניין זה מוסיף וטוען שמסי כי ניתן היה לחשוב על מדדים ידועים ומוכרים המתאימים לשערך השקעה דולרית פיננסית כמו למשל: מדד Nasdaq, המתאים להשקעה הכרוכה ברמת סיכון גבוהה, או מדד 500 החברות הציבוריות האמריקאיות הגדולות S&P 500. מדדים אלה עלו בתקופה הרלוונטית (מיום 30.6.2016 ועד ליום פסק הבררות) ב- 14.68% וב- 10.31% בהתאמה. לחילופי חילופין, טוען שמסי, יש לחייב את לוין לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף ריבית בגובה תשואת מדד מוכר כדוגמת Nasdaq או S&P 500 החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל.

390. לסיכום, טוען שמסי בעניין זה כי יש לקבל את ערעורו ולחייב את לוין לשלם לו סכום של 27,632,304 דולר בצירוף ריבית בגובה 12.5% שנתית המחושבת מדי רבעון החל מיום 30.6.2016

ועד ליום התשלום בפועל (ולחילופין עד למועד פסק הבוררות, 26.9.2023, וממנו ואילך, ריבית פיגורים כחוק).

391. מנגד, טוען לוי כי פסק הבוררות קבע כממצא עובדתי ששמסי לא עמד בנטל הנדרש להוכיח את תשואת הקרן בשנים הרלוונטיות שלאחר חתימת הסכמי ה-JV (סעיפים 193 ו-197 לפסק הבוררות). כידוע, ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים שבעובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית ומטעם זה יש לדחות את הערעור בנוגע לסוגיית תשואת הקרן.

392. לטענת לוי, אין חולק שבפני הבורר קמא לא היו קיימים נתוני אמת מוסמכים של תשואות הקרן, למעט לגבי התקופה שקדמה להסכמי ה-JV (בסוף 2015), ולא בכדי הבורר קמא פסק שאין בעדות לוי כדי להוכיח את תשואת הקרן. לטענת לוי, הוא תיאר בחקירתו הנגדית את התשואות בקרן מאז 2016 ב-10%-15% מתוך זיכרון לא מבוסס. בנסיבות אלה, טוען לוי, נתוני התשואה של הקרן לא הוכחו ויש לדחות את ערעור שמסי על החלטת הבורר קמא מיום 6.12.2020 שדחתה את הבקשה לגילוי מסמכים.

393. לטענת לוי, שמסי ידע לאחר חתימת הסכמי ה-JV, מתחילת שנת 2016, כי כספו לא ינוהל יותר במסגרת הקרן, כי הוא אינו מושקע בקרן ולכן הוא לא יכול היה לצפות שמגיעה לו תשואת הקרן. לשיטת לוי, כספים שבמקור היו מופקדים בקרן לפני ההתקשרות של הצדדים בהסכמי ה-JV, שימשו בפועל את ההשקעות בברזיל. בנסיבות אלה, שמסי לא יכול היה לתבוע את תשואת הקרן והוא מושקע מלטעון כי מגיעה לו תשואת הקרן החל מההתקשרות בהסכמי ה-JV. לא רק שמסי ידע שכספו לא יישא תשואה של הקרן אלא שהוא גם לא חשב או האמין כי מגיע לו לקבל תשואה כלשהי על כספו בגובה התשואה שהקרן תשיג. כלומר, לטענת לוי, גם אילו לא נחתמו הסכמי ה-JV, צפיית שמסי היתה לקבל, לכל היותר, תשואה על כספו בגובה של 3-4% ריבית אותה הוא עתיד היה לקבל מהמרת השקעתו בקרן להעמדת הלוואה לשימוש לוי.

394. אשר לטענה החילונית של שמסי לגבי הצמדה למדד S&P 500 או למדד הנאסד"ק; חוזר לוי וטוען כי שמסי ידע שהחל מתחילת שנת 2016, עם חתימת הסכמי ה-JV או לכל המאוחר מתחילת שנת 2017, כשהגיש את תביעתו, כספו לא ינוהל יותר במסגרת הקרן וציפייתו היתה לקבל ריבית בשיעור של 3-4% בדומה להסכם הלוואה שלא נחתם והצעתו בסוף שנת 2016, ערב הגשת התביעה, כשביקש לקבל ריבית בשיעור של 4%. לטענת לוי, ברור שאין כל מקום להעלות את הטענה על שיערוך לפי מדד כזה או אחר. מדובר בטענה שהועלתה לראשונה בערעור וממילא מדובר בטענה שבעובדה המחייבת קיום הליך ראייתי שלם הכולל קבלת חוות דעת מומחים ונתונים שונים שהיו צריכים להיבחן במסגרת ההליך הקודם.



395. לאחר שבחנתי את הממצאים העובדתיים וטענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי דין טענת שמסי להידחות. שוכנעתי כי המסקנות שהסיק הבורר קמא, הן בנוגע לתשואת הקרן והן בנוגע לריבית שפסק, עומדות במבחן ההוכחות, ההיגיון ומכלול הנסיבות והן נכונות ומבוססות על הממצאים העובדתיים שהובאו בפניו.

396. אקדים ואומר כי גם אם לטעמי היה נכון שהבורר קמא יקבל את הבקשה לגילוי מסמכים שהוגשה על ידי שמסי על מנת לקבל את נתוני התשואה המדויקים מזמן אמת כפי שהיו בפועל, משדחה הבורר קמא את הבקשה משיקוליו הוא, אין ערכאת הערעור מבטלת את שיקול דעתה של הערכאה הדיונית ואין היא מחליפה אותו בשיקול דעתה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן בלבד. כך למשל נקבע ברע"א 8761/20 פלונית נ' פלוני [פורסם בנבו] (20.1.2021) בעמוד 8:

**"ההחלטה אם להורות על מתן צו לגילוי מסמכים או אם לא, מצויה בסמכותה של הערכאה הדיונית, לה נתון שיקול דעת רחב בעניינים הנוגעים לאופן ניהול ההליך, ובכלל זאת בעניינים הקשורים בגילוי ועיון במסמכים".**

(ראו בעניין זה גם רע"א 6955/16 חברת אולמי אחים סעידי אל הוד בע"מ נ' אולמות ומסעדות דאוד (2001) בע"מ [פורסם בנבו] (9.11.2016) בפסקה 7; רע"א 7484/19 קליינמן נ' הרי עדן בע"מ [פורסם בנבו] (12.12.2019) בפסקה 5; יפים לעניין זה, הגם שבדרך של אנלוגיה, דברים שקבעתי ברע"פ 8279/11 טל מור נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (1.7.2013) פסקה 100)).

397. איני סבור כי המקרה שלפנינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים המצדיקים התערבותי בהכרעת הבורר קמא שכן לא מצאתי כי איוו ממסקנות הבורר קמא חרזה מן הסביר או שנפלה באיוו מהן שגגה או טעות משפטית.

398. דחיית הבקשה לגילוי מסמכים על ידי הבורר קמא היא תוצר של החלטה שיפוטית מורכבת שהתקבלה לאחר שהבורר קמא בחן ואיוו בין השיקולים הרלוונטיים בהקשר הרחב של ההליך המשפטי שהתנהל בפניו. משקבע הבורר קמא כי עיוו בהשלמות שהתבקשו בבקשה לגילוי מסמכים ולטעמו אין בהן דבר שמצדיק סיבוב נוסף, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטתו זו, גם אם לטעמי ייתכן שהיה מקום לקבל את הבקשה ולבחון את התשואה המדויקת שהיתה בשנים הרלוונטיות ולכל היותר להימצא במצב של "חומר מיותר מאשר חסר שיקשה על הסקת מסקנות נכונות" (כפי שקבע הבורר קמא בהחלטתו מיום 23.1.2022, פסקה 30.5 לפסק הבוררות). מסמכים משמשים כראיות חותכות להוכחת טענות משפטיות של הצדדים וככל שיש יותר מסמכים, כך גדלים הסיכויים להציג תמונה מלאה ומדויקת של העניין, לחזק את הטענות ולהפריך טענות נגדיות ובכך להפוך את עודף המסמכים ליתרון משמעותי בהליך משפטי. עם

זאת, כאמור, ערכאת הערעור לא תתערב בהחלטת הערכאה הדיונית, במיוחד כאשר מדובר בהחלטות הנוגעות להליכים דיוניים הקשורים בניהול ההליך כמו למשל בקשה לגילוי מסמכים. בדומה לבית המשפט שלערוור גם בורר שלערוור לא יחליף את שיקול דעתו של הבורר בערכאה הדיונית ששמע את העדים והתרשם מהם (כפי שנפסק בהפ"ב 19-10-43366 סופר נ' א.ר.א.ב. בונס בע"מ [פורסם בנבו] (2.6.2020) פסקה 18).

399. הבורר בערעור אינו שומע מחדש את הבוררות וזאת בהתאם לפרט ד' לתוספת השניה לחוק הבוררות אשר קובע כי:

**"הבורר בערעור רשאי לקיים ישיבות בנוכחות הצדדים, לשמוע טיעונים ולבקש סיכומים בכתב, אך אינו רשאי לשמוע עדים; ההכרעה בערעור תהיה על סמך החומר שהיה בפני הבורר הראשון, ועל סמך כתבי הטענות והסיכומים בכתב שהוגשו בערעור."**

400. בשל טעמים אלה, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת הבורר קמא אשר דחה את הבקשה לגילוי מסמכים בהחלטתו מיום 6.12.2020.

401. לטענת שמסי, כאמור, גם ללא המסמכים המצויים אצל לוי המעידים על תשואת הקרן בשנים הרלוונטיות, נכון היה להסתפק באמירות לוי בעדותו לפיהן משנת 2016 ועד לשנת 2020 עמדו התשואות בממוצע על 10-15% כך שניתן היה לחייב את לוי בתשואה של 12.5% שהיא התשואה הממוצעת בשנים 2016-2020. לא אוכל לקבל טענה זו.

402. אומנם נכון הוא כי לוי, כבעלים וכמנהל של קרן GTI, היה אמור לדעת מהן התשואות של הקרן בשנים 2016-2020, אולם הרושם המתקבל הוא כי מדובר באמירה שנאמרה על ידי לוי בעדותו ללא בדיקה מוקדמת או מדוקדקת של הנתונים מזמן אמת וכפי שטען לוי אמירתו זו נאמרה מתוך "זיכרון לא מבוסס", כך שלא ניתן להישען ולהיבנות על אותה אמירה של לוי כבסיס לקביעות עובדתיות מחייבות.

403. אף לא מצאתי לנכון לקבל את טענת שמסי לפיה ניתן היה לחשוב על מדדים ידועים ומוכרים המתאימים לשערוך השקעה דולרית פיננסית או לחילופין לחייב את לוי לשלם לשמסי סכום של 27,632,304 דולר בצירוף ריבית בגובה תשואת מדד מוכר כדוגמת Nasdaq או S&P 500 החל מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל.

404. תחילה יש לציין כי נראה שמדובר בטענה שעלתה לראשונה במסגרת הערעור (ראו בנדון רע"א 1971/23 יהודה אליהו נ' עדנה ישראל פור (אליהו) [פורסם בנבו] (26.7.2023) פסקה 27). בנוסף,

וזה העיקר, מדובר בטענה עובדתית המצריכה בירור ראייתי של נתונים. ככל ששמסי לא הגיש ראיות חדשות או משמעותיות המצדיקות בירור מחדש של העובדות, אין מקום להחזיר את התיק לבירור בפני הבורר קמא, שכן החזרת התיק לבירור עובדתי אצל הבורר קמא לבירור מחדש עשויה להאריך משמעותית את ההליך המשפטי, לגרום לעיכוב בהכרעה הסופית ולגרום להוצאות כספיות נוספות לצדדים. אין לצפות שהבורר שלערעור יכריע בטענה שלא נבחנה ונבדקה כדבעי בהליך קמא. השופט שלערעור אינו נכנס לבירור מעמיק של העובדות, אלא בוחן את הכרעתו של הבורר קמא מנקודת מבט משפטית.

405. הבורר קמא קבע כי נתוני התשואה בגין השנים 2016 עד 2020 לא הוכחו, כך ששמסי לא הצליח להציג ראיות מספיקות כדי לשכנע את הבורר כי היתה אמורה להיות תשואה כפי שטען. עם זאת, למרות שלא הוכחה תשואה ספציפית, החליט הבורר קמא כי יש מקום לפסוק ריבית על הקרן לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה. החלטה זו של הבורר קמא מצביעה על כך שהבורר סבר כי ישנה עילה כללית יותר לתשלום ריבית גם ללא הוכחה של תשואה קונקרטיית. לשם כך, ומאחר שאין הוראה חוקית ספציפית אחרת שחלה על המקרה, בחר הבורר קמא להיעזר בחוק הכללי ולפסוק ריבית על פי חוק פסיקת ריבית והצמדה אשר קובע את הכללים לפסיקת ריבית במקרים כגון אלה.

406. לזוין טוען כי בתביעתו שמסי לא תבע את תשואת הקרן בכלל ובפרט בנוגע לתקופה שלאחר מועד הגשת התביעה וכי כלל הוא כי בית המשפט אינו פוסק לתובע סעד שלא התבקש על ידו. לשיטת לזין, מאחר שסמכות הבורר מכוח הסכם הבוררות תוחמה לנטען בכתב התביעה כפי שהוגש, כל פסיקה המהווה הענקת סעד שלא התבקש בכתב התביעה מהווה חריגה מסמכות.

407. אלא ששמסי משיב בעניין זה כי בתביעה הוא תבע שייפסקו לו פיצויים על פי העילות השונות **"בצירוף ריבית עד למתן פסק הדין ולאחר מתן פסק הדין"** וכן **"כל סעד נוסף אחר אשר לדעת בית המשפט צודק, מוצדק וראוי לתת בנסיבות העניין"**. לטענתו, כאשר מדובר בהשקעה בקרן אין הבדל בין "ריבית" לבין "תשואה" שהרי המדד לביצועי הקרן הוא גובה ההחזר על קרן ההשקעה כך שתשואת הקרן היא הריבית שנצברה על הקרן.

408. מעיון במונחים "תשואה" ו"ריבית" עולה כי "תשואה" היא מדד לרווח הכולל שהושג על השקעה והיא משקפת את השינוי בערך ההשקעה בתקופה מסוימת. ה"תשואה" היא היחס בין ערכים של השקעה בנקודות זמן שונות והיא מונח רחב יותר מאשר "ריבית". המונח "ריבית קשור בדרך כלל להשקעות סולידיות, בעיקר במוצרי השקעה כמו אגרת חוב, פיקדון בנקאי או תוכניות חיסכון. הריבית היא סכום הכסף הנוסף המשולם על ידי לווה למלווה תמורת הזכות שנותן

המלווה ללווה להשתמש בסכום כסף מסוים, לתקופת זמן מסוימת. הלווה משלם למלווה את הריבית, בנוסף להחזר הקרן. ה"תשואה" היא מונח רלוונטי לכל סוגי ההשקעות, לאו דווקא להשקעות סולידיות או השקעה באגרות חוב. אלא, שכאשר שומעים את המונח "ריבית" בהקשר של קרנות השקעות, חשוב להבין כי הוא משמש לעיתים באופן כללי כדי לתאר את התשואה הצפויה.

409. מכל מקום, בענייננו, משנקבע על ידי הבורר קמא כי תשואת הקרן לא הוכחה ומשהסקתי שאין מקום להתערב בקביעה זו, לא מצאתי מקום לדון בטענה זו של לוין בנוגע לתשואת הקרן. אלא, שהדברים שונים בנוגע לריבית שנפסקה לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה.

410. מעבר לדרוש יוער בעניין זה, כי מעיון בכתב התביעה עולה כי לפי סעיפים 80 ו-118 לתביעה תשואת הקרן נתבעה במפורש על ידי שמסי, כחלופה למילה "ריבית". כך נקבע בסעיף 80 לתביעה:

**"זאת ועוד, מבלי שיסופקו דוחות חשבונאיים מהשנים הרלבנטיות, באשר להעברות**

**הכספים ולריבית התקופתית ו/או לתשואה שנצברה על ההשקעות, לא ניתן יהיה**

**לתת פסק דין בתביעתו של שמסי, ושמסי יוותר ללא תרופה נאותה על פי דין.**

אשר על כן, שמסי מבקש מבית המשפט להפעיל את סמכותו על פי דיני היושר

ולהורות על גילוי דוחות חשבונאיים על ידי לוין ו-G.T.I. באשר לכל הכספים אשר

הועברו על ידי שמסי, וכל ריבית או החזר השקעה שנצברו בגינם ומבקש כי ינתן פסק

דין של השבה נגד לוין ו-G.T.I., בגין עילה זו, בצירוף ריבית עד למועד מתן פסק הדין

ולאחר מתן פסק הדין, הוצאות וכן כל סעד נוסף... כפי שיראה לבית המשפט צודק,

הולם וראוי בנסיבות העניין." [ההדגשות הוספו – י.ד.]

411. אשר לריבית; סעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה קובע כי רשות שיפוטית שפסקה סכום כסף

לבעל דין רשאית לפי שיקול דעתה לפסוק ריבית על אותו סכום. וכלשון הסעיף:

**"רשות שיפוטית שפסקה לבעל דין סכום כסף, או שציוותה על ביצועו של פסק כזה,**

**או שקבעה סכום כסף המגיע על פי חיקוק, רשאית, לפי שיקול דעתה, לפסוק ריבית**

**על אותו סכום, כולו או מקצתו."**

412. הלכה היא כי בית המשפט רשאי לפסוק ריבית או הצמדה גם אם לא נתבקש לעשות כן (ראו

בעניין זה ע"א 5316/20 רמתיים צופים אגודה הדדית בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו]

(4.4.2021) פסקה 25; ע"א 8417/09 עיריית ירושלים נ' לוי [פורסם בבנו] (21.8.2012) פסקה 28;

ע"א 552/88 קובטי נ' אזרחי, פ"ד מה(3) 788, 782 (1991)) וכי שיעור והיקף החיוב בריבית מסור

לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט הבוחן כל עניין לאור נסיבותיו, כפי שנקבע בע"א 398/79 מנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 432, בעמוד 437:

**"ההחלטה בעניין ריבית או הצמדה, שיעורים והיקפם, נתונה לשיקול-דעתו של בית המשפט, הבוחן כל עניין לאור נסיבותיו המיוחדות".**

413. סעיף 5(א) לחוק פסיקת ריבית והצמדה קובע כי הריבית לפי סעיף 2 לחוק תחושב מיום הגשת התביעה או מיום אחר, החל מיום היווצרות עילת התביעה ועד למועד הפירעון בפועל. כלומר, למרות הכלל הבסיסי לפיו הריבית תחושב מיום הגשת התביעה ואילך, קיימים מקרים חריגים בהם הבורר רשאי לפסוק ריבית ממועד מוקדם יותר, כפי שמצא לנכון לעשות הבורר קמא במקרה שלפנינו לאחר שהסיק כי הכספים המופקדים שנותרו בקרן נכון ליום 30.6.2016 הם בסך של 27,632,304 דולר ולאחר שקבע כי לא הוכחה תשואת הקרן. שיקול הדעת המוענק לשופט או לבורר לקבוע את המועד ממנו יש להחיל את תקופת הריבית או ההצמדה הוא רחב. כך למשל נפסק בע"א 3381/17 אשכנזי נ' בן שלמה [פורסם בנבו] (22.8.2018) פסקה 44:

**"רוצה לומר, כי לבית המשפט נתון מרווח של שיקול דעת באשר למועד ממנו תתחיל תקופת הריבית וההצמדה. עם זאת, נפסק זה מכבר כי בהיעדר נימוק מיוחד, תקופת הריבית תחל מיום היווצרות עילת התביעה (ראו למשל: ע"א 136/92 ביניש-עדיאל עורכי-דין נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ, פ"ד מז(5) 114, 130 (1993); ע"א 499/89 רמת אביבים בע"מ נ' מירון, בן-ציון ופריבס, עורכי-דין, פ"ד מו(4) 586 (1992))."**

414. בנסיבות אלה פסק הבורר קמא כי הריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה תתווסף לקרן החל מיום 30.6.2016 ואילך (ולא החל מיום הגשת התביעה).

415. הבורר קמא קבע כאמור כי כספי שמסי היו ונותרו בקרן GTI, גם לאחר שלוין סגר את חשבונות שמסי בקרן והעביר את הכספים המופקדים של שמסי על שמו שלו, כשהוא ממשיך לנהל את הכספים בקרן:

**"אד: אוקי אז הכסף של back bay manor נמצא תחת שמך?"**

**עופר: בוודאי." (תמלול השיחה, בעמוד 504 לתצהיר שמסי, שורה 17).**

416. בנסיבות בהן קבע הבורר קמא כי כספי שמסי המשיכו להיות מושקעים בקרן, כי אז ניתן להניח שנצברה תשואה חיובית על כספים אלה, גם אם שיעורה של תשואה זו לא הוכח. ככל שהבורר קמא לא היה מורה על חיוב לויין בריבית על כספו של שמסי מיום 30.6.2016 ואילך, כי אז היה יוצא שלוין הפיק עושר שלא במשפט מכספי שמסי שהמשיכו להיות מופקדים בקרן ומנוהלים על ידי לויין.

417. בהתאם לדין ולהלכה הפסוקה, העקרון היסודי העומד בבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט הינו מניעת התעשרות שלא-כדין – דהיינו, "שלא ייצא חוטא נשכר" (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גונ'ס ג.מ.ב.ה. [פורסם בנבו] (11.2.1988) עמ' 279 ("עניין אדרס")).

418. פרופ' דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור בספרם "דיני עשיית עושר ולא במשפט" (כרך א', מהדורה שלישית, 2015) בעמ' 642 התייחסו לחובת הנאמן להשיב כל רווח שהפיק:

"אדם הממלא תפקיד של נאמן איננו רשאי להפיק כל רווח (למעט שכר המשתלם לו כדין) במהלך תפקידו או באמצעות מעמדו כנאמן. עקרון יסוד זה כרוך ברעיון יסוד אחר, שעמדנו עליו, והוא שנאמן איננו רשאי להעמיד עצמו במצב שבו ייווצר ניגוד בין האינטרס האישי שלו לבין תפקידו כנאמן, שכן אם ינתן לנאמן להפיק רווחים לעצמו, עלול הדבר לשמש לו פיתוי להפעיל את סמכויותיו כנאמן לטובת עצמו, ולא לטובת האינטרס שעליו הוא מופקד. הנאמן חייב אפוא למסור למוטב כל רווח שהפיק עקב מעמדו כנאמן או עקב הפרת חובת הנאמנות. אף שהעיקרון קשור, בדרך כלל, באיסור של ניגוד אינטרסים, יש לו קיום עצמאי. במילים אחרות, נאמן שהפיק רווח עקב הפרת חובתו עשוי להתחייב בהשבה אפילו לא היה באותו עניין ניגוד אינטרסים של ממש בינו לבין המוטב."

419. עיינו הרואות כי נאמן אינו רשאי להפיק כל רווח אישי מפועלו כנאמן. כל רווח שהופק חייב להיות מוחזר למוטב. עיקרון זה מבטיח כי הנאמנים יפעלו תמיד לטובת המוטבים וכי לא תהיה להם אפשרות לנצל את מעמדם לרעה. הדבר תורם לשמירה על האמון במוסד הנאמנות ומגן על זכויותיהם של המוטבים.

420. בנסיבות אלה, משקבע הבורר קמא כי לא הוכחה תשואת הקרן, הוא מצא לנכון, ובצדק, לפסוק כי לסכום הקרן תיווסף ריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה מיום 30.6.2016 ועד ליום התשלום בפועל, כדי למנוע מלוין לצאת נשכר מכספי שמסי שהוכח כי המשיכו להיות מושקעים אצלו בקרן.

421. לאור כל האמור לעיל, מצאתי לנכון להותיר את הכרעת הבורר קמא, בעניין הוספת הריבית לקרן לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה מיום 30.6.2016, על כנה, שכן לא נפלה כל שגגה המצדיקה את התערבותי בקביעתו זו.

## 7.ז. האם יש להתערב בהכרעת הבורר קמא ולפסוק לטובת שמסי הוצאות משפט לאור

### זכייתו בהליך הבוררות?

422. אשר להוצאות משפט; קבע הבורר קמא כי "כל צד יישא בהוצאותיו". בין יתר שיקוליו בקביעה זו ניתן למנות את: תוצאות הפסק; "ההשקעה – שלא היתה שנויה במחלוקת"; דחיית טענת ההלוואה והתשואה המינימאלית המובטחת; הטענות סביב תקפות החלקים השונים בהסכמי ה-JV שהתקבלו בעיקרון; וההתנהלות הדיונית "שפורטה בהרחבה בפסק זה". (סעיף 199 לפסק הבוררות).

423. לטענת שמסי, מדובר בטעות המצדיקה את התערבות בורר הערעור. לטענתו, היה על הבורר קמא לחייב את לוין לשלם לשמסי הוצאות ריאליות בסך שלא יפחת מ- 11.5 מיליון ש"ח לאור הוצאות המשפט הגבוהות ששמסי נשא בהן.

424. אשר לשיקולי הבורר קמא טוען שמסי כי לא ברור לו כיצד השפיעה ההתנהלות הדיונית על החלטת הבורר בעניין ההוצאות, במיוחד כאשר התנהלותו של שמסי היתה ללא דופי לעומת התנהלותו של לוין שהתאפיינה בניסיונות "לתקוע מקלות בגלגלי הבוררות".

425. לטענת שמסי, טעה הבורר קמא כשקבע כי "ההשקעה – לא היתה שנויה במחלוקת". לטענת שמסי ההשקעה היתה שנויה במחלוקת עמוקה. אמנם טענת ההלוואה של שמסי (התשואה המינימאלית המובטחת) נדחתה, אך טענתו שעמדה בלב הדיון היתה בהתייחס לתוקפם של הסכמי ה-JV וזו התקבלה במלואה. זאת ועוד, לטענת שמסי, לוין בזבז למעלה משנתיים בטענות סרק חוזרות ונשנות בדבר חוסר הסמכות של הבורר לדון בטענת ההשקעה בכך שביום 10.5.2020, כשנתיים לאחר תחילת הליך הבוררות, הגיש לוין לבורר הערעור הודעת ערעור בטענה כי אין לבורר קמא כל סמכות לדון בעסקת השקעה וכי סמכותו מוגבלת לעסקת הלוואה. אלא, שהחלטת בורר הערעור מיום 4.3.2020 קיבלה את בקשת שמסי להצהיר כי הבורר מוסמך לדון בטענת השקעה. בנסיבות אלה, טעה הבורר קמא בקבעו, כי ההשקעה לא היתה שנויה במחלוקת.

426. לבסוף טוען שמסי כי הבורר קמא ציין כי "נתתי משקל לתוצאת הפסק", אלא שתוצאת הפסק היא ששמסי זכה בתביעה בסכום של כ-34 מיליון דולר, לאחר חמש ורבע שנות התדיינות. לטעמו זכייה זו מחייבת שיפוי של שמסי בגין הוצאותיו המשפטיות וטעה הבורר קמא שהחליט לא לחייב את לוין בהוצאות משפט. לפיכך מבקש שמסי לקבל את ערעורו בנושא זה ולחייב את לוין

לשלם לו הוצאות משפט בסכום שלא יפחת מ-11.5 מיליון ש"ח בגין ניהול ההליך בערכאה דלמטה.

427. מנגד, טוען לוי כי אין מקום להתערב בפסיקת הבורר קמא בעניין הוצאות המשפט שכן בעניין זה ההלכה דומה לערעור על ממצאים עובדתיים וערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בגובה ההוצאות שנפסקו על ידי הערכאה דלמטה.

428. לטענת לוי, אי פסיקת הוצאות במקרים בהם התקבלו רק חלק מטענות שמסי אינה חריגה בפסיקת ערכאות השיפוט. לטענתו, פסק הבוררות דחה את כל טענות שמסי שנטענו במהלך כל ההליך. לשיטת לוי, החלק הארי של ההליך והמשאבים העיקריים של לוי נאלץ להשקיע היו בהוכחה שטענות התביעה בדבר מרמה של ממש הן טענות שווא. לטענת לוי: לא היה שום הסכם הלואה; לא היה שום הסכם השקעה מובטחת בהלוואה; לא היתה ריבית בשיעור 13.3%; והסכמי ה-JV לא היו בטלים מחמת פגם בכריתתם כפי שנטען בתביעה, זאת לאחר ששמסי הודה בחקירתו בתקפות של סעיפי ההסכמים. לטענת לוי, אם ראוי היה להטיל הוצאות כלשהן בהליך זה אלה היו צריכות להיות מוטלות על שמסי דווקא, בהתחשב בקביעות החמורות בדבר מהימנותו האפסית ובכך שחלקן הארי של טענותיו בתביעה נדחה בפסק הבוררות.

429. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בעניין זה החלטתי לדחות את ערעור שמסי בעניין זה. הלכה פסוקה היא כי לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב בנוגע לפסיקת הוצאות המשפט ושכר טרחת עו"ד שיושת על בעל הדין שהפסיד בדינו וערכאת הערעור לא תיטה להתערב בקביעות אלה, אלא במקרים חריגים וקיצוניים ובמשורה בלבד (ראו בעניין זה למשל בג"ץ 891/05 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא – משרד התעשייה, המסחר [פורסם בנבו]** (30.6.2005) בעמוד 8; ע"א 423/80 **אבדני ואח' נ' קסוטו ואח'**, פ"ד לז(1) 701, 707; ע"א 356/81 **הרבסט נ' רינסקי**, פ"ד לח(1) 167, 168; ע"א 1064/03 אליהו חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' עזבון המנוחה פיאמנטה ז"ל ואח' (טרם פורסם) (8.2.2006) פסקה 39; ע"א 704/87 **שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' Nessatone Limited**, פ"ד מג(2) 611; ע"א 7194/13 **טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר. המהנדסים בע"מ** [פורסם בנבו] (22.7.2015) פסקה 31; ע"א 9296/03 **אהרוני נ' מנשה**, פ"ד נח(2) 301, 304-305 (2003); ע"א 356/81 **הינדה הרבסט נ' רבקה רינסקי**, פ"ד לח(1) 167, 168; ע"א 9535/04 **סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק"** [פורסם בנבו] (16.6.2005) פסקה 3; רע"א 5887/23 **בודה נ' גבעת מרום בע"מ** [פורסם בנבו] (10.1.2024) פסקה 6; ע"א 4398/06 **החברה העירונית ראשון לציון –**



לתרבות ספורט ונופש בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים [פורסם בנבו] (29.3.2009) פסקה 15).

430. כך למשל נפסק ברע"א 6568/05 כץ נ' כץ [פורסם בנבו] (17.8.2005) בעמוד 3:

"לא אחת יארע שבתי המשפט, לרבות בית משפט זה, מחליטים שלא לפסוק הוצאות בשל נסיבותיהם הספציפיות של תיקים שלפניהם, לא רק כאשר התוצאה אינה חד משמעית לכיוון אחד, אלא גם בשל נסיבות הכרוכות בצדדים, ופעמים שכך גם לפני משורת הדין. הדברים מסורים לשיקול הדעת ולתחושת הצדק של בית המשפט בדונו בתיק".

431. לאחר שעיינתי בשיקולים ששקל הבורר קמא עת החליט שלא לפסוק הוצאות, לא מצאתי כי מקרה זה נמנה עם אותם מקרים חריגים המצדיקים את התערבותי בקביעתו זו.

432. לשופט היושב בערכאה הדיונית שיקול דעת רחב בנוגע לפסיקת הוצאות המשפט. אחד השיקולים הם התנהלות בעלי הדין לאורך ההליך. כך למשל נפסק ברע"א 6894/14 חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית [פורסם בנבו] (24.12.2014) פסקה 4:

"ואולם, פסיקת הוצאות נתונה לשיקול הדעת ותחושת הצדק של בית המשפט בדונו בתיק, ולא אחת קורה שבתי המשפט, לרבות בית משפט זה, מחליטים שלא לפסוק הוצאות לזוכה, או לסטות מעקרונות היסוד בסוגיה, לא רק בשל נסיבותיהם הספציפיות של התיקים שבפניהם, אלא גם בשל נסיבות הכרוכות במיהות בעלי הדין, ופעמים גם לפני משורת הדין (רע"א 6568/05 כץ נ' כץ [פורסם בנבו] פסקה ג (17.8.2005))."

433. זאת ועוד. אי פסיקת הוצאות במקרים בהם התקבל רק חלק מטענות של בעל דין איננה חריגה. אין קביעה זו כשלעצמה מכניסה את המקרה בגדרם של המקרים החריגים המצדיקים התערבות בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בעניין פסיקת הוצאות. כך למשל נקבע בעניין זה ברע"א 7703/22 סיון סרדניוף נ' עיריית תל אביב יפו [פורסם בנבו] (7.12.2022) פסקה 12.

434. אומנם בסופו של יום קבע הבורר קמא כי שמסי הרים את נטל ההוכחה המוגבר שהוטל עליו להוכיח כי הכספים המופקדים שלו בקרן המשיכו למעשה להיות מושקעים בקרן גם לאחר שהצדדים חתמו על הסכמי ה-JV וטענתו לפיה הסכמי ה-JV היו בעיקרם הסכמים למראית עין התקבלה. אלא, ששמסי החליף ושינה לא מעט גרסאות לאורך הליך הבוררות. תחילה טען שמסי לקיומו של הסכם הלואה בין הצדדים אשר לטענתו אבד. בהמשך טען שמסי לפגמים בכריתת הסכמי ה-JV. זאת ועוד, הבורר קמא ציין כי רק בכתב התשובה של שמסי הוא העלה לראשונה

- את הטענה כי הסכמי ה-JV הם הסכמים למראית עין או הסכמים פיקטיביים (סעיף 77 לפסק הברורות). בשל כל אלה ציין הבורר קמא כי: **"הדעת אינה נוחה משינויי הגרסאות והדגשים בטיעוניו של מר שמסי, שלעיתים נדמה שהוא מדלג מטיעון לטיעון, משל היה עז-הרים המדלגת מסלע לסלע"** (סעיף 79 לפסק הברורות).
435. אשר להתנהלות לזין בהליך הברורות; קבע הבורר קמא כי גרסת לזין, לפיה הסכמי ה-JV הם אמיתיים ומחייבים וכי הכספים המופקדים של שמסי הומרו בהשקעה בנכסים ריאליים, היא גרסה שקרית. הבורר קמא אף קבע כי לזין לא הרים את הנטל להוכיח כי שמסי היה שותף במיזם האמנות הסינית; באחזקת הדירה בירושלים ובאוסף האמנות הישראלית. כלומר נמצא כי לזין שיקר בנושאי הליבה של גרסתו ושל הליך הברורות.
436. בנסיבות המקרה זין, בהן שני הצדדים העלו טענות רבות שחלק לא מבוטל מהן נדחה על ידי הבורר קמא; לאור התנהלותם של שני הצדדים לאורך הליך הברורות ובהתחשב בהלכה הנוהגת לפיה ערכאת הערעור לא תתערב בהכרעת הערכאה הדיונית בסוגיית הוצאות המשפט, לא מצאתי מקום להתערב בקביעת הבורר קמא בנוגע להוצאות המשפט.

## ח. סוף דבר

437. הערעורים של שני הצדדים נדחים בזאת במלואם.
438. פסק הברורות של הבורר קמא יוותר על כנו ויעמוד בתוקפו, על כל חלקיו.
439. שמסי ובני משפחתו זכאים לקבל את השקעתם כפי שנקבעה על ידי הבורר קמא בסכום של 27,632,304 דולר בצירוף ריבית לפי סעיפים 4 ו-7 לחוק פסיקת ריבית והצמדה החל מיום 30.6.2016 ועד ליום פירעון התשלום בפועל.
440. לזין והמערערות 2-22 (החברות שבבעלותו) חייבים כולם, ביחד ולחוד, מכוח ערבותם, להשיב לשמסי ולבני משפחתו את השקעתם, כאמור בסעיף 436 לעיל.
441. לאור התוצאה אליה הגעתי ולאור החלטתי מיום 26.9.2024, לפיה קיבלתי את בקשת שמסי וקבעתי כי **"אם אמצא לנכון להורות כך, הצווים הזמניים שניתנו במסגרת החלטות מיום 19.10.2023 ומיום 6.11.2023 יהפכו לסעד סופי בפסק הברורות הערעור"**, אני מורה כי הצווים הזמניים שניתנו במסגרת החלטות בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת א' לוי-עבודי) (תיק 23-10-21211) מיום 19.10.2023 ומיום 6.11.2023 יהפכו לסופיים.
442. אשר לשכר טרחת הבורר שלעורר; הצדדים ישאו בו בחלקים שווים ביניהם.

443. אשר להוצאות ההליך שלפניי; לאור התוצאה שאליה הגעתי ובהתחשב בכלל הנסיבות הרלוונטיות (לרבות היקף כתבי הערעור שהוגשו על-ידי הצדדים, טיבם, מיקודם והטעמים לדחייתם), ראיתי לנכון לקבוע כי לויך והמערערות 2-22 (החברות שבבעלותו) ישאו בהוצאות שמסי ובשכ"ט עו"ד בגין ההליך דן בסכום כולל של 120,000 ש"ח בתוספת מע"מ. אחריות לויך והמערערות 2-22 לתשלום הסכום דן לשמסי היא ביחד ולחוד. הסכום דן ישולם לשמסי על-ידי לויך או על-ידי מי מהמערערות 2-22 בתוך 15 ימי עסקים ממועד חתימתו של הפסק על ידי.



פרופ' יורם דנציגר  
בורר שלערעור

ניתן היום, 14 בנובמבר 2024