



## בבית המשפט העליון

רע"א 8613/10

לפני :  
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט א' שהם

המבקשת : כספי תעופה בע"מ

נ ג ד

המשיבה : JSC AEROAVIT AIRLINES

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בתל אביב מיום 9.11.2010 בתיק תאק 13113-07-10 שניתן  
על ידי כבוד השופט א' בכר

תאריך הישיבה : כ"א בתמוז תשע"ב (11.7.12)

בשם המבקשת : עו"ד י' בנקל ; עו"ד א' כהן

בשם המשיבה : עו"ד א' לשם קיפרמן ; עו"ד א' (נרי) ירקוני ;  
עו"ד א' ליבשין

### פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-  
יפו (השופט א' בכר) בתא"ק 13113-07-10 מיום 9.11.2010, במסגרתה נדחתה בקשת  
המבקשת לעיכוב הליכים מכוח סעיף 5(א) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק  
הבוררות או החוק) מחמת קיומה של תניית בוררות מחייבת בין הצדדים.

1. בין המבקשת לבין המשיבה נכרת הסכם לפיו שימשה המבקשת, שהינה סוכנות נסיעות, כנציגת מכירות כללית בלעדית של המשיבה בישראל ( - General Sales Agent GSA). כמו כן כלל ההסכם תניית בוררות, לפיה על כל סכסוך בין הצדדים להסכם יחול הדין האנגלי והצדדים יוכלו לפנות בכל הליך משפטי הקשור להסכם לבתי המשפט באנגליה. עוד נקבע בתנייה כי הצדדים מסכימים להפנות כל סכסוך הנובע מן ההסכם לבורר יחיד אשר ימונה על ידי ה-Chamber of Commerce בלונדון, ואשר יפסוק לפי כללי ה-ICC.

2. ביום 24.1.2010 עתרה המבקשת לבית המשפט המחוזי לשם קבלת סעד הצהרתי לפיו המשיבה הפרה את ההסכם עמה בכך שהפנתה חלק מטיסותיה בקו תל אביב-קייב לחברת DONBASAERO AIRLINES LLC (להלן: DONBASAERO) בניגוד להסכם. במקביל להגשת המרצת הפתיחה הגישה המבקשת בקשה לסעד של צו מניעה זמני נגד המשיבה, שיאסור עליה על העברת הטיסות ל-DONBASAERO (אשר אף היא צורפה כמשיבה לבקשה). ביום 28.1.2010 דחה בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (סגן הנשיא י' זפט) את הבקשה לצו מניעה זמני. בהחלטתו זו ציין בית המשפט כי:

"א. ההסכם בין המבקשת לאירוסויט לא מקנה למבקשת זכות להתערב בשיקוליה העסקיים של אירוסויט, ואינו כולל התחייבות של אירוסויט כלפי המבקשת לקיים טיסות בהיקף כלשהו.  
ב. ההחלטה להכניס לקו תל אביב-קייב מפעיל נוסף... נקבעה בהסכם בין שתי המדינות, ישראל ואוקראינה, וזו עובדה שאינה ולא הייתה בשליטת או השפעת אירוסויט.  
ג. פועל יוצא מהאמור לעיל הוא, שסיכויי המבקשת לזכות בסעד הנתבע על ידה הינם במקרה הטוב קלושים."

לבסוף, הוסיף בית המשפט כי:

"מוצע למבקשת להסכים, כי בכפוף לזכותה לבקש רשות ערעור על החלטתי ולתוצאות הליך כזה אם ינקט, תדחה תובענתה ללא צו נוסף להוצאות."

3. בקשת רשות ערעור שהגישה המבקשת על החלטה זו לבית משפט זה (השופט [כתוארו אז] א' גרוניט), נדחתה. יוער כי במסגרת אותה החלטה ציין השופט גרוניט כי:

"על פי הסכם ה-G.S.A אמורים סכסוכים בין הצדדים להתברר בהליך בוררות בלונדון. כמו כן, קיבלו הצדדים על עצמם את הדין ואת סמכות השיפוט האנגלית. למרות זאת, הוגשו התביעה והבקשה לסעד זמני לבית משפט בישראל. מעיון בכתבי בי הדין שהוגשו לערכאה הראשונה עולה, כי לטענתה של המבקשת סירבה Aerosavit למינוי בורר כנדרש לפי הסכם ה-G.S.A... אין הסבר מדוע הבקשה למתן צו מניעה הוגשה בישראל ולא באנגליה, כפי שלכאורה יש לעשות על פי תניית השיפוט שבהסכם. בטיעונים בפניי לא התייחסו הצדדים לשאלה לאיזה מדינה יש סמכות שיפוט לדון בסכסוך (אף כי לטענת המשיבות אין לבית המשפט הישראלי סמכות ליתן את הסעד המבוקש על ידי המבקשת). משכך, איני מוצא מקום להתייחס לסוגיה זו. הנחתי היא, כי לפחות לגבי השלב הנוכחי מוסכם על הכל שלבית המשפט בישראל נתונה סמכות שיפוט" [רע"א 979/10 כספי תעופה בע"מ נ' JSC AEROSAVIT AIRLINE (טרם פורסם, 9.3.2010), פסקה 3].

לגופו של עניין דחה כאמור השופט גרוניס את הבקשה, בקובעו כי אמנם אין לשלול בשלב זה את טענת המבקשת לפיה פעלה המשיבה בחוסר תום לב, אלא שבנסיבות העניין לא יהיה זה נכון להתערב בחלוקת הטיסות בין החברות. בהקשר זה הטעים בית המשפט כי ממילא נדמה שהמחלוקת בין הצדדים נסבה סביב מספר הטיסות שהעבירה המשיבה ל-DONBASAERO ולא על עצם העברתן, בהינתן שהקצאה של מספר טיסות ל-DONBASAERO הוא עניין מתבקש נוכח מינויה כמוביל נוסף. כן עמד בית המשפט על הקושי המשפטי והפרגמטי הכרוך במתן הוראה שיפוטית בדבר מספר הטיסות המועברות, כאשר דומה שהסמכות לעשות כן שייכת (באופן בלעדי) לרשויות התעופה האוקראיניות.

4. בהמשך לכך, כחודש מיום מתן ההחלטה בבקשת רשות הערעור הנ"ל, ביום 7.4.2010 עתרה המבקשת למחיקת המרצת הפתיחה ועוד באותו יום זו נמחקה.

5. בד בבד, חילטה המבקשת כספים אותם הייתה אמורה להעביר למשיבה, כקיזוז עקב הפרת ההסכם לטענתה. בתגובה לכך, הודיעה המשיבה על ביטול ההסכם והגישת תביעה בסדר דין מקוצר כנגד המבקשת בבית המשפט המחוזי להשבת הכספים שקיבלה. במקביל הגישה המשיבה בקשה לעיקול זמני, לה נעתר בית המשפט. בהמשך לכך, הגישה המבקשת בקשה לעיכוב הליכים לפי סעיף 5(א) לחוק הבוררות, וטענה שהיא הייתה ועודנה מוכנה לעשות הכל על מנת לקיים את הבוררות. המבקשת ציינה כי אמנם היא זו שפנתה ראשונה לבית המשפט (בהמרצת פתיחה), אולם עשתה זאת רק לאחר

שפנתה במכתב אל המשיבה, וזו השיבה בלקוניות ולא הביעה הסכמתה למינוי בורר כאמור בהסכם ואף נמנעה מלהתחייב לחדול מהפרת ההסכם. כך, לשיטת המבקשת, התנהלותה של המשיבה לא הותירה בידיה כל ברירה זולת פנייה לערכאות. בנוסף, ציינה המבקשת כי ביום 6.7.2010 אף פנתה ל-Chamber of Commerce and Industry (להלן: LCCI), על מנת למנות בורר במחלוקת בין הצדדים. יוער כי המשיבה מצידה טענה כי ה-LCCI אינו הפורום הנאות לטיפול בפניה, שהרי על פי תניית הבוררות ימונה הבורר על פי כללי ה-ICC. על כן פנתה המשיבה במכתב אל ה-LCCI, ובו ציינה:

“Our Client is keen to ensure that any proposition of an arbitrator is in accordance with the agreement reached between the parties, that agreement contained as mentioned in section 10.1 of the GSA agreement”.

6. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת המבקשת לעיכוב הליכים בקובעו כי המבקשת בחרה להתעלם מהוראות ההסכם עת פנתה לבית המשפט בהמרצת הפתיחה, דבר שיש בו כדי ללמד כי היא לא הייתה מוכנה לעשות את כל הדרוש לקיום הבוררות כנדרש על פי הוראת סעיף 5(א) לחוק הבוררות. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המבקשת לפיה היא עשתה כן עקב דחיפות העניין וקבע כי המבקשת הייתה יכולה לפנות לבית המשפט המחוזי בבקשה לסעד זמני בלבד (מבלי להגיש המרצת פתיחה), זאת בהתבסס על סעיף 16(א)(5) לחוק. עוד נקבע כי אין באי היענות המשיבה למכתב המבקשת באשר לפנייה להליך בוררות כדי להצדיק פנייה לבית המשפט. כמו כן קבע בית המשפט כי אין לקבל את טענת המבקשת לפיה פנתה לבית המשפט מאחר ש-DONBASAERO לא הייתה צד להסכם המחייב בוררות, שכן לא הייתה נחיצות דיונית ונחיצות מהותית בצירופה.

תמצית נימוקי הבקשה

7. לטענת המבקשת – באמצעות בא כוחה, עו"ד יוסף בנקל – שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי המבקשת לא הייתה מוכנה לעשות את כל הדרוש לקיום הבוררות. עיון בהסכם מלמד מיד כי הצדדים כרתו הסכם הכולל תניית בוררות, והחלטתו של השופט גרוניס (שחלקה הרלבנטי פורט לעיל) תוכיח. המבקשת חוזרת על טענותיה בדבר הכורח בפנייה לבית משפט ישראלי – נוכח דחיפות העניין, קיומו של צד שלישי שאינו מחוייב להסכם הבוררות (DONBASAERO) ואי היענות המשיבה למכתב המבקשת באשר לפנייה להליך בוררות. לעניין זה מטעימה המבקשת כי שגה בית המשפט המחוזי עת התייחס לאפשרות לפנות לבית המשפט בהתאם להוראת סעיף

16(א)(5) לחוק הבוררות, שהרי זו דורשת שליחת הודעה מוקדמת לצד שכנגד, מה שלא התאפשר נוכח סד הזמנים הדחוק.

8. עוד מוסיפה המבקשת כי שגה בית המשפט המחוזי משלא ראה להורות על עיכוב הליכים לפי סעיף 6 לחוק הבוררות בצירוף סעיף 2(3) לאמנת ניו יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, 1958 (להלן: אמנת ניו יורק). המבקשת סבורה כי היה מקום להורות על עיכוב ההליכים כאמור, בהתחשב בפסיקתו של בית משפט זה לפיה רק במקרים נדירים יימנע בית המשפט מעיכוב הליכים על פי סעיף 6 לחוק הבוררות [רע"א 1817/08 טבע תעשיות פרמצבטיית בע"מ נ' Pronauron Biotechnologies Inc (טרם פורסם, 11.10.2009) (להלן: עניין טבע)]. כמו כן נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי משלא ראה לכבד את עיקרון חופש החוזים ורצון הצדדים להתדיין בבוררות – זאת בפרט כאשר המשיבה הודתה בפה מלא כי היא מסכימה לניהולו של הליך הבוררות בלונדון (למשל, במסגרת המכתב ששלחה ל-LCCI).

תגובת המשיבה

9. לטענת המשיבה – באמצעות באת כוחה, עו"ד אירית לשם קיפרמן – במקרים נדירים בלבד תתערב ערכאת הערעור בהחלטות בעניין עיכוב הליכים מכוח חוק הבוררות. עוד לטענתה, תניית הבוררות בהסכם אינה מפנה לבוררות חוץ על פי סעיף 6 לחוק, שכן היא אינה קובעת את מקום קיום הבוררות ואינה מפנה לבוררות בלונדון. כמו כן טוענת המשיבה כי הטיעונים לעניין סעיף 6 לחוק מהווים שינוי חזית, שהרי המבקשת ביקשה בבית המשפט המחוזי עיכוב הליכים מכוח סעיף 5 לחוק בלבד. לעיצומו של עניין טוענת המשיבה כי משתבעה אותה המבקשת בבית המשפט המחוזי בהמרצת הפתיחה, הרי שגילתה בכך את דעתה כי ויתרה או חזרה בה מתניית השיפוט שבהסכם ובכך נכרתה תניית שיפוט חדשה הקובעת שיפוט בבתי המשפט בישראל. לחלופין נטען כי ההסכם נכלל במסגרת החריגים שבסעיף 2(3) לאמנת ניו יורק בהיותו בלתי אופרטיבי, או בלתי ניתן לביצוע או בטל. עוד מוסיפה המשיבה כי המבקשת בהתנהלותה ניסתה לעשות "פורום שופינג" ובקשתה לעיכוב הליכים בשלב זה עולה כדי חוסר תום לב והשתק שיפוטי.

תשובת המבקשת

10. בתשובתה מבהירה המבקשת כי למקרא תגובת המשיבה עולה כי למעשה הצדדים אינם חלוקים בשאלת קיומה של תניית בוררות – אף אם נותרה מחלוקת בדבר

המיקום הגיאוגרפי בו זו תתנהל. המבקשת מוסיפה כי אין כל חולק בדבר תחולתו של סעיף 6 לחוק הבוררות על הסכסוך, שכן בתי המשפט מגלים נטיה לפרש בהרחבה את הסעיף – גם במקרים בהם קיים ספק בשאלת תחולת הסעיף. לבסוף מדגישה המשיבה כי התייחסותה לסעיף 6 לחוק לראשונה בערעור מותרת, שהרי מדובר בטענה משפטית המעוגנת בעובדות שאינן שנויות במחלוקת, זאת בפרט כאשר החוק ואמנת ניו יורק הינם מן המפורסמות לגביהן קיימת לבית המשפט ידיעה שיפוטית.

#### דיון והכרעה

11. לאחר עיון בכתבי הטענות מטעם הצדדים על נספחיהם ולאחר ששמענו את טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, אציע לחבריי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור, הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה ולדחות את הערעור.

12. הצדדים חלוקים בטיעוניהם בנקודות מספר. כך הדבר ביחס לשאלת תחולתו של סעיף 6 לחוק הבוררות על ההסכם, זאת בין היתר בהתחשב במועד בו העלתה המבקשת את הטענה בדבר תחולתו. כזכור, המשיבה סבורה כי אל לו לבית משפט זה להתיר למבקשת להעלות בשלב הערעור את הטענה לראשונה, בהתחשב בכך כי הייתה לה הזדמנות לעשות כן לפני בית המשפט המחוזי. כן חלוקים הצדדים לעניין הפרשנות הראויה שיש ליתן לתניית הבוררות בהסכם, כאשר המשיבה סבורה כי אין לראות בתנייה כתניית בוררות חו"ל.

13. באשר למועד העלאת הטענה בדבר תחולתו של סעיף 6 לחוק, אמנם נכון הוא כי החוק ואמנת ניו יורק הינם מן המפורסמות לגביהן יש לבית המשפט ידיעה שיפוטית. משכך, לכאורה נכון לדחות את טענת המשיבה לפיה טענותיה של המבקשת לפי סעיף 6 לחוק הינן בגדר הרחבת חזית (ראו: עניין טבע, פסקה 5 לחוות דעתי). זאת ועוד, הלכה היא כי לבית המשפט שלעצור נתון שיקול דעת האם להידרש לטענה משפטית המועלית לפניו לראשונה, אם זו מעוגנת בעובדות שאינן שנויות במחלוקת ואם זו אינה אלא בגדר פרשנות משפטית במסגרת עילת התביעה וכתבי בי הדין [ראו והשוו: ע"א 271/75 שושן נ' שושן, פ"ד ל(1) 473, 476 (1975); ע"א 682/82 בן אריה נ' "סהר" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לז(3) 589, 596-595 (1983); ע"א 499/85 עזבון שפייר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, חיפה, פ"ד מד(3) 256, 259-260 (1990); ע"א 11172/05 אלון נ' חדד (טרם פורסם, 21.10.2009), פסקה 30 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (להלן: עניין אלון); ע"א 776/86 עודא נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מד(4) 652,

658-659 (1990). כן עיינו: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 650 (מהדורה עשירית, 2009).

14. ברם, ובשונה מנתוני עניין טבע הנ"ל, בענייננו קיימת מחלוקת עובדתית בדבר תחולתה של אמנת ניו יורק על הסכסוך בין הצדדים בהתאם לתניית הבוררות שבהסכם שנכרת בין הצדדים, כמו גם בשאלה האם מתקיימים בנסיבות העניין החריגים הקבועים בסעיף 2(3) לאמנה [ראו: עניין טבע, פסקה 5 לחוות דעתי. ראו והשוו: רע"א 5386/09 הרמן נ' אריאל (מ.ד.ע.) טכנולוגיות ייעוץ עסקי ופיננסי בע"מ (טרם פורסם, 11.1.2010), פסקה 26 להחלטתי (להלן: עניין הרמן)].

15. אמנם, הצדדים התייחסו בפירוט בבית המשפט המחוזי לשאלת מעמדה של תניית הבוררות נוכח התנהגותם המאוחרת של הצדדים לסכסוך, אך זאת עשו לעניין השאלה האם נסיבות המקרה מלמדות כי המבקשת הייתה נכונה לקיים את הליכי הבוררות בהתאם לקבוע בסעיף 5(א) לחוק הבוררות.

16. האם די במסד עובדתי זה לצורך הכרעה בשאלת תחולתו של סעיף 6 לחוק הבוררות?

כמו סעיף 5 לחוק הבוררות אף סעיף 6 לחוק עוסק בעיכוב הליכים בשל קיומה של תנית בורות. שאלת היחס המדויק בין ההוראות טרם לובנה באופן ממצה [ראו: רע"א 630/06 סבילון בע"מ נ' CITRIX SYSTEMS INC (טרם פורסם, 6.1.2010), פסקה 26 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה], אולם ברור הוא כי התנאים הנדרשים לשם עיכוב הליכים בסכסוך שחל עליו הסכם בורות מכוח סעיף 6 לחוק אינם זהים לתנאים הנדרשים על פי סעיף 5 לחוק [ראו והשוו: רע"א 4716/04 hotels.com נ' זוז תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2005) (להלן: עניין hotels); רע"א 2528/08 קוצקי נ' הראל (טרם פורסם, 4.1.2009) בפסקה 10 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה; רע"א 8024/06 Dolphin Maritime Ltd נ' קרוז וורלד זינהויז בע"מ (טרם פורסם, 28.5.2007); ראו פסק דינם של השופטים א' פרוקצ'יה וא' רובינשטיין כנגד דעתי החולקת בעניין טבע; רע"א 4986/08 TYCO BUILDING SERVICES נ' אלבקט וידיאו בע"מ (טרם פורסם, 12.4.2010), פסקה 27 לפסק דיני; רע"א 5394/09 טוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' KIA MOTORS CORPORATIONS (טרם פורסם, 27.6.2012), פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה [כתוארו אז] א' ריבלין (להלן: עניין טוכנות מכוניות)].

17. הכרעה בשאלת תחולתה של הוראת סעיף 6 לחוק הבוררות מחייבת לטעמי את ליבונה של טענת המשיבה לפיה חלים במקרה זה החריגים מכוח אמנת ניו יורק, המתייחסים להסכם בטל ומבוטל, או משולל כוח פעולה או אשר איננו בר ביצוע [ראו והשוו: רע"א 1407/94 Mediterranean Shipping Co. S.A. נ' Credit Lyonnais (Suisse) S.A., פ"ד מח(5) 122, 131 (1994)]. עוד ראו: סמדר אוטולנגי בוררות דין ונוהל כרך א 328 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005) (להלן: אוטולנגי). סבורני כי אין די בטענות ובעובדות שנפרשו לפני בית המשפט המחוזי בעת הדיון בסעיף 5 לחוק הבוררות לשם הדיון בתחולתם של חריגים אלו.

18. הנה כי כן, המסד העובדתי הנפרש לפני בית המשפט המחוזי לצורכי הדיון בתנאי סעיף 5 לחוק, איננו מספק בנסיבות העניין לשם הדיון בסעיף 6 לחוק על ידי ערכאת הערעור (גם אם קיים מכנה עובדתי משותף ביניהם). בזיקה לכך, יתקשה בית המשפט לדון בטענה או בנימוק שלא נטענו לפני הערכאה הדיונית (ראו והשוו: עניין הרמן, פסקה 26 להחלטתי). אוסיף כי למבקשת הייתה הזדמנות להעלות את הטענה לפני הערכאה הדיונית, שהרי אין מדובר בטענה שפרטים או עובדות לגביה נתגלו רק בשלב הערעור כך שלא נתאפשר למבקשת להעלותה במועד (ראו והשוו: עניין אלון, פסקה 31 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל).

19. בנסיבות שתוארו, אני סבור כי יש להתיר למבקשת להעלות את הטענה כי היה על בית המשפט קמא להורות על עיכוב ההליכים בתובענה על יסוד סעיף 6 לחוק הבוררות. אשר על כן, המחלוקת הנותרת בעינה כעת הינה האם שגה בית המשפט המחוזי עת נמנע מלהורות על עיכוב ההליכים בתובענה שהגישה המשיבה על פי סעיף 5 לחוק הבוררות, נוכח קיומה של תניית בוררות מחייבת בין הצדדים? אציין מיד, כי סבורני שצדק בית המשפט בקובעו כי אין לעכב את ההליכים בתובענה מושא הבקשה.

20. כפי שפורט בעת תיאור העובדות וההליכים הקודמים שהתנהלו בין הצדדים, המבקשת סברה כי המשיבה הפרה את ההסכם עימה, בכך שהפנתה חלק מטיסותיה בקו תל אביב-קייב ל-DONBASAERO. בתחילה, הגיבה המבקשת בשיגור מכתב למשיבה (ביום 18.1.2010). במסגרת מכתב זה נטען על ידה כי המשיבה מפרה את ההסכם הפרה יסודית וכי עליה לעשות את כל הדרוש לשם תיקונה. במסגרת אותו מכתב הוסיפה המבקשת וציינה:

"...in accordance with the agreement between the parties, our client requests the appointment of an

arbitrator which shall deal with the breach of your obligations towards our client.”

### עוד ציינה המבקשת:

“Accordingly, you are hereby requested to confirm to us in writing within 72 hours that, until the determination of the arbitrator of our client’s claims, you do not intend to breach your obligations towards our client...”

בתגובה לכך, השיבה המשיבה למבקשת במכתב קצר (מיום 20.1.2010), בזו

הלשון:

“1. Without prejudice to any of Aerosvit Airlines (“Aerosvit”) rights, please be advised that Aerosvit Airlines requires some time to examine and to seek legal advise as to contents of your above mentioned letter.

2. However, it should be clarified at this stage, that Aerosvit has never, is not and does not intend to breach any of its contractual obligations towards your clients.”

21. והנה, בחלוף מספר ימים מקבלת מכתב התשובה הגישה המבקשת תובענה לבית המשפט המחוזי כנגד המשיבה וכנגד DONBASAERO. במקביל, ביקשה המבקשת סעד של צו מניעה זמני כנגד החברות. יוער כי במסגרת הבקשה לצו מניעה התייחסה המבקשת לקיומה של תניית הבוררות בין הצדדים, ואף ציינה, לאחר שפירטה את הרקע להגשת התובענה, כי:

“מן המקובץ עולה כי לא נותרה לכספי כל ברירה זולת הגשת הבקשה דנא לצורך הגנה על זכויותיה החוזיות והקנייניות ועל מנת שלא ליתן לאירוסויט לעשות את ההסכם בין הצדדים פלסטר”.

לצד זאת, לא גילתה המבקשת בבקשתה מדוע סבורה היא כי אין באפשרותה לפנות לבוררות על פי ההסכם בשלב זה, או האם מבקשת היא לעמוד על קיום תניית הבוררות בין הצדדים.

22. המשיבה מצידה לא פעלה אף היא לשם עיכוב ההליכים בתובענה. תחת זאת השיבה המשיבה לתובענה גופה, זאת מבלי לערער על יכולתה של המבקשת לפעול נגדה באפיקים משפטיים בישראל. יתרה מכך; בהמשך נקטה המשיבה עצמה בהליכים משפטיים בישראל כנגד המבקשת – הליכים העומדים כעת בלבה של בקשת עיכוב ההליכים דנן.

23. למקרא השתלשלות האירועים כפי שפורטה, סבורני כי אין מקום לשנות מהחלטתו של בית המשפט המחוזי, לפיה המבקשת לא הייתה מוכנה לעשות את כל הדרוש לקיום הבוררות על פי תנאי סעיף 5 לחוק הבוררות, וכי על כן אין להורות על עיכוב ההליכים בתובענה שהגישה המשיבה. כידוע, משהחליטה הערכאה הדיונית בשאלת עיכוב ההליכים המתנהלים לפניה, לא תיטה ערכאת הערעור להתערב בהחלטה זו. עיכוב הליכים כאמור הינו עניין המצוי בשיקול דעתה של הערכאה הראשונה ורק במקרים בהם נפלה טעות של ממש בשיקול דעתה של זו תתערב בו ערכאת הערעור [ראו, למשל: רע"א 180/07 כץ נ' איגוד הכדורסל בישראל (טרם פורסם, 4.10.2009), פסקה 8 לפסק דיני והאסמכתאות המובאות שם; רע"א 2528/08 קוצקי נ' הראל (טרם פורסם, 4.1.2009), פסקה 9 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה]. לא שוכנעתי כי נפלה טעות כלשהי בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, לא כל שכן טעות ממשית המצדיקה את התערבותו של בית משפט זה.

24. הסכם בוררות מבטא את הסכמת הצדדים למסור סכסוך עתידי ביניהם להכרעת בורר המוסכם עליהם. בית משפט זה נתן דעתו פעמים רבות לחשיבות הטמונה בכיבוד הסכמי בוררות, ופעל על מנת לסכל ניסיונות להתנער מהם שלא בתום לב. מסיבה זו יטה בית המשפט לתת תוקף להסכם בוררות בין הצדדים וכאשר יידרש ליתן פרשנות לתניית בוררות יבחר הוא, מבין הפרשנויות האפשריות, את הפרשנות לפיה על הסכסוך בין הצדדים להתברר במסגרת בוררות על פני פרשנות לפיה יש לברר את הסכסוך לפני בית המשפט [ראו, למשל: רע"א 853/91 בקל נ' אגודה שיתופית נהלל, פ"ד מח(1) 775, 780 (1994); רע"א 4620/08 AVR Communications Ltd נ' Interton Inc (טרם פורסם, 1.6.2008), פסקה 22 להחלטתי].

25. מתוך גישה זו, עוצב הדין החל על אותם מקרים בהם חרף קיומה של תניית בוררות תקפה מממש צד הכפוף לה את זכותו לפנות לערכאות השיפוטיות [על זכות הגישה לערכאות בהקשר זה עיינו: רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בנייה) 1989 בע"מ מ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163-164 (2002)]. הדרך המשפטית עליה הורה המחוקק במצבים אלו היא עיכוב ההליכים בתובענה שהוגשה לבית המשפט

נוכח קיומו של הסכם בוררות. הוראת החוק העיקרית המסדירה את סוגיית עיכוב ההליכים והעברתם לבוררות מצויה בסעיף 5 לחוק הבוררות, הקובע:

"(א) הוגשה תובענה לבית משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וביקש בעל-דין שהוא צד להסכם הבוררות לעכב את ההליכים בתובענה, יעכב בית המשפט את ההליכים בין הצדדים להסכם, ובלבד שהמבקש היה מוכן לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין הוא מוכן לכך.  
(ב) בקשה לעיכוב הליכים יכול שתוגש בכתב הגנה או בדרך אחרת, אך לא יאוחר מהיום שטען המבקש לראשונה לגופו של ענין התובענה.  
(ג) בית המשפט רשאי שלא לעכב את ההליכים אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבוררות."

26. מקום בו מוגשת לבית המשפט תובענה בעניין אשר נכרת לגביו הסכם בוררות, מוסמך בית המשפט לעכב את ההליכים בתובענה ולהעביר את בירורה למסגרת של בוררות, בהתאם לאמור בהסכם. בכך ימנע מבית המשפט מליתן ידו להפרת ההסכם. עם זאת ראוי להדגיש כי גם אם מתקיימים כל התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק הבוררות, עדיין יש לבית המשפט שיקול דעת אם לעכב את ההליכים אם לאו (ראו: אוטולנגי, בעמ' 255). בהסכמה למסור סוגיה לבוררות אין כדי לשלול את סמכותו העניינית של בית המשפט לדון בעניין [ראו: ע"א 6796/97 ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' Berg East Imports Inc., פ"ד נד(1) 697, 706 (2000)]. ואולם, בית המשפט יטה להורות על עיכוב הליכים בתובענה בהתקיים התנאים הדרושים בדין, ויידרש טעם מיוחד על מנת שיחליט בית המשפט שלא לעכב את ההליכים בהתאם לסמכותו בסעיף 5(ג) לחוק [ראו, למשל: רע"א 6450/01 שמחה אוריאל ובניו, חברה להנדסה וקבלנות בע"מ נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון, פ"ד נו(5) 769, 772-773 (2001); עניין hotels, פסקה 5 לפסק דינו של השופט [כתוארו אז] א' גרוניס; אוטולנגי, בעמ' 251].

27. המבקשת סבורה כי שגה בית המשפט המחוזי עת "התעלם" מתניית הבוררות עליה הסכימו הצדדים ובכך פגע בעקרון חופש החוזים. עמדה זו אין בידי לקבל. כבר עמדתי על עיקרן של ההלכות שיצאו מבית משפט זה ולפיהן יש לתת תוקף ובכורה להסכמי בוררות. לצד זאת, פן נוסף של עקרון חופש החוזים הוא כי יש לכבד את רצונם של הצדדים לסכסוך כפי שזה משתקף בפועלם, בהתנהגותם – זאת אף לאחר חתימת ההסכם [ראו והשוו: ע"א 4946/94 אגברה נ' אגברה, פ"ד מט(2) 508, 514 (1995); ע"א Bielloni Castello Spa 10258/06 נ' גלובל רוטו שקע (1983) בע"מ (טרם פורסם, 8.7.2009), פסקה ל"ג לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין. כן ראו: דניאל

פרידמן ונילי כהן חוזים ד 39 (2011). דומה כי סעיף 5(א) לחוק הבוררות מאמץ רציונאל דומה, בקובעו כי בית המשפט יעכב את ההליכים בין הצדדים להסכם "ובלבד שהמבקש היה מוכן לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין הוא מוכן לכך".

28. על רקע זה, ההיגיון מלמד כי כאשר צד לחוזה אינו עומד על זכותו לברר את המחלוקות שנתגלעו בינו לבין הצד השני בבוררות, וכאשר הצד השני אינו מתעקש על קיום התנאי, הרי שבכך הביעו הצדדים את אומד דעתם כי התנייה איבדה בפועל את כוחה. את עמדת העקרונית בסוגיה זו כבר הבעתי בעבר, בציני כי:

"פנייה של צד לבית המשפט על מנת שזה ידון בתביעה שעל פי הסכמת הצדדים אמורה להתברר בבוררות, עשויה להוביל למסקנה כי הפונה אינו נכון למלא אחר הסכמת הצדדים בדבר בירור הסכסוך ביניהם בהליך בורות (ראו: ע"א 71/68 קונסטרוקצן אגרייטס קורפוריישן נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פ"ד כב(1) 695, 699-700 (1968); רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ (טרם פורסם, 8.3.2005), בפסקאות 13 ו-14; אוטולנגי, בעמ' 269-270) [רע"א 1644/10 רחין נ' זמלר (טרם פורסם, 7.12.2011), פסקה 12 לחוות דעתי (להלן: עניין רחין)].

עמדה על כך אוטולנגי בספרה, בציני כי:

"אין הנתבע יכול לאחוז את החבל בשני קצותיו – מצד אחד, לבקש עיכוב הליכים בתביעה שנגדו, כדי להפנותה לבוררות; ומצד שני, את תביעתו שלו להגיש לבית המשפט" (שם, בעמ' 269).

29. רציונל דומה משתקף במקרים קרובים לזה שלפנינו, בהם הליכי בורות נזנחו, כאשר – למשל – צד השתהה בקידום הליכי בורות או כאשר הצדדים לא עמדו במועדים שנקבעו בהסכם או לא הפעילו את המנגנון למינוי בורר [ראו והשוו: רע"א 5896/95 סיליס נ' אלקנה, פ"ד נ(1) 477, 482 (1996); ע"א 9318/03 שובל נ' גרי אלכסנדר בע"מ, פ"ד נט(1) 828, 837 (2004); רע"א 2650/95 מרכז ציון חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' כידון, פ"ד נ(5) 466, 473 (1997). עוד על כך ראו בעניין רחין, פסקאות 12-13 לחוות דעתי]. בכל אותם מקרים עשוי בית המשפט לקבוע כי התנהלות הצדדים מלמדת כי הליכי הורות נזנחו או כי הסכם הורות פקע – זאת גם בהיעדר כל הצהרה פורמאלית על כך.

30. בבקשתה דנא טוענת המבקשת בתוקף כי אין לראות בהגשת התובענה על ידה כעל ויתור על זכותה מכוח תניית הבוררות. כזכור, המבקשת מטעימה כי נאלצה להגיש את התובענה בשל דחיפות הזמנים, אי-שיתוף פעולה מצד המשיבה ורצונה לכלול אף את DONBASAERO בהליך. בנקודה זו מקבל אני את הנמקתו של בית המשפט המחוזי שקבע כי המבקשת לא עמדה בנטל המוטל עליה כדי להוכיח שפעלה מתוך אילוץ. יוער כי ממילא מדובר בקביעה עובדתית שלא בנקל תתערב בה ערכאת הערעור [ראו, למשל: ע"א 8320/09 אלח'ד נ' שמיר (טרם פורסם, 29.3.2011); ע"א 4595/06 הועדה המחוזית לתכנון ובניה נצרת עילית נ' סבן (טרם פורסם, 17.7.2011), פסקה 61 לפסק הדין]. המבקשת אמנם ציינה בבקשה את דבר קיומה של תניית בוררות בין הצדדים, והוסיפה כי היא פונה לבית המשפט בבחינת "אין ברירה". אולם מילים והצהרות לחוד ומעשים לחוד. אין די באמירות כלליות בעלמא כדי ללמד על נכונותה של המבקשת לקיים את הליכי הבוררות אותה שעה, כאשר מעשיה מלמדים דווקא על כוונה הפוכה. כידוע, הנטל להוכחת נכונות לקיום בוררות מוטל על המבקש לעכב את ההליכים (ראו: אוטולונגי, בעמ' 264-265). בית המשפט המחוזי קבע כי בנטל זה לא עמדה המבקשת, וסבורני כי הצדק עימו. לו שאפה המבקשת לקיים את הליכי הבוררות, יכולה הייתה לפנות לבית המשפט בבקשה למתן סעד זמני בלבד, מבלי להגיש את המרצת הפתיחה [בהקשר של עיקול זמני ראו: רע"א 102/88 מעדני אווז הכסף בע"מ נ' CENT OR S.A.R.L., פ"ד מב(3) 201 (1988)]. בדיוק לשם כך נועד סעיף 16(א)(5) לחוק הבוררות, הקובע:

"בענינים הבאים נתונות לבית המשפט לגבי בוררות הסמכויות למתן סעד הנתונות לו לגבי תובענה שהוגשה לפניו:

(5) עיקול נכסים, עיכוב יציאה מן הארץ, ערובה להמצאת נכסים, מינוי כונס נכסים, צו עשה וצו לא תעשה".

יצויין כי בתנאים מסוימים רשאי בית המשפט להעניק סעד על פי סעיף זה גם אם טרם מונה בורר (ראו: אוטולונגי, בעמ' 690-691).

31. למבקשת לא הייתה כל מניעה לפנות לבית המשפט המחוזי בישראל לשם קבלת סעד זמני ובמקביל לפנות ל-Chamber of Commerce בלונדון בבקשה שימנה בורר לשם פתיחת הליך הבוררות. כזכור, המבקשת טוענת כי הצורך במשלוח הודעה על פי סעיף 16(ב) לחוק הבוררות (המפנה לסעיף 8(ב) לחוק), לפיו נדרש להמתין שבעה ימים מהיום שנמסרה ההודעה לשם הגשת בקשה למתן סעד זמני, סיכל את יכולתה לפעול על פיו נוכח סד הזמנים הדחוק. אלא שבית המשפט המחוזי דחה את

טענת הדחיפות בכללותה. אף אני סבור כי לא עלה בידי המבקשת להוכיח כי אכן הייתה דחיפות כה משמעותית, וכי אם הייתה ממתנה חמישה ימים נוספים – נוסף על הפער בין היוםיים בין המועד בו קיבלה את מכתב התגובה מטעם המשיבה לבין הגשת התובענה על ידה – היה הדבר מסב לה נזק בלתי הפיך.

32. אם לסכם את האמור, מהגשת המרצת הפתיחה על ידי המבקשת ניתן ללמוד מה היה האפיק המשפטי הרצוי בעיניה אותה עת. משבחרה המשיבה שלא לעתור לעיכוב ההליכים מפאת קיומה של תניית בוררות מוסכמת – "הוחמזה השעה" לקיום הבוררות [ראו והשוו: ע"א 88/89 לוי נ' "שלב" הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ (לא פורסם)].

33. אחזור ואציין כי ברי שאם הייתה המבקשת נמנעת מהגשת המרצת הפתיחה שכיוונה לבירור התובענה גופה, טענתה בדבר הכורח לפנות לבית המשפט נוכח סד הזמנים והיעדר שיתוף פעולה מצד המשיבה עשויה הייתה להתקבל על הדעת (בכפוף לנסיבות המקרה כמובן). בהתנהגותה בפועל (בהגשת המרצת הפתיחה) הביעה היא את אומד דעתה כי ברצונה ללבן את הפרת ההסכם הנטענת בבית המשפט. על רקע זה, ניסיונה של המבקשת "להחיות" את התנייה בשלב מאוחר יותר נדון לכישלון. לא אכחד כי מסקנתי לפיה אין להורות על עיכוב ההליכים שעה שהמבקשת בעצמה הביעה את רצונה לנהל את ההליך בבית המשפט, מתחדדת גם נוכח העיתוי בו בחרה המבקשת לעתור למחיקת התובענה – לאחר שבתי המשפט דנו בבקשתה לסעד זמני וקבעו אגב כך כי קיים ספק רב שמא אכן הפרה המשיבה את ההסכם כפי שטוענת המבקשת. מכל מקום, ומבלי לקבוע מסמרות, דומני שהתנהלות זו של המבקשת מעוררת תהייה. המשיבה תיארה התנהלות זו כ"פורום שופינג", ולפחות על פני הדברים נדמה כי טענה זו אינה משוללת כל יסוד.

34. הנה כי כן, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, לא ניתן לקבל את הטענה כי המבקשת הייתה מוכנה לעשות את כל הדרוש לקיום הבוררות על פי תנאי סעיף 5(א) לחוק הבוררות [על תנאי זה ראו: רע"א 254/88 קיבוץ קדרים נ' מורד, פ"ד מב(3) 74 (1988)]. משכך, צדק בית המשפט בהחליטו שלא להורות על עיכוב ההליכים בתובענה שהגישה המשיבה.

35. יוטעם כי נוכח הקביעה האמורה – לפיה לא מתקיימים תנאיו של סעיף 5(א) לחוק הבוררות המאפשר לבית המשפט להורות על עיכוב ההליכים בתובענה – שיקולי היעילות השונים אותם רשאי בית המשפט לשקול במסגרת סמכותו על פי סעיף 5(ג)

לחוק, אינם רלוונטיים עוד. זאת, בהיעדר בסיס חוקי לעיכוב ההליכים ולשלילת זכויותיה הדיוניות והמהותיות של המשיבה התובעת [ראו: עניין סוכנות מכוניות, פסקה 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה [כתוארו אז] א' ריבלין]. אשר על כן, טענותיה של המבקשת בדיון שלפנינו, לפיהן יש להורות על עיכוב ההליכים נוכח חשש מפני התדיינות כפולה, או מתוך רצון להימנע מניהול ההליכים בישראל על פי הדין האנגלי אינן ממין העניין, "זאת במיוחד מקום בו מדובר בתניית בורות חוץ הקובעת כי התובענה תידון על-פי דין מהותי השונה מן הדין הישראלי" (עניין סוכנות מכוניות, שם).

36. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור ולהשית על המבקשת הוצאות ושכר טרחתה של המשיבה בסך של 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה.

ה מ ש נ ה-ל נ ש י א

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ה בתשרי התשע"ג (11.10.12).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה-ל נ ש י א

