

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו**ת"א 2502-07 אלצר בע"מ נ' S LINAK/A**

תיק חיצוני:

בפני רשמת - כב' השופטת אסתר נחליאלי היאט**תובעים אלצר בע"מ****נגד****נתבעים S LINAK/A**

מיני-רציו:

* בימ"ש מחוזי קיבל בקשה לביטול היתר המצאה אל מחוץ לתחום בקובעו, כי מכיוון שמקום מושב המוסד לבוררות בו התנהל הליך הבוררות בין הצדדים הוא דנמרק, היה על התובעת לפנות לבית המשפט הדני ולהביא בפניו טענותיה ולא לפתוח בהליך בבית המשפט בישראל.

* בוררות – בוררות – סמכות עניינית

* משפט בינלאומי פרטי – סמכות בינלאומית – המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט

* משפט בינלאומי פרטי – סמכות בינלאומית – פרום לא נאות

בקשה לביטול היתר ההמצאה אל מחוץ לתחום. לחלופין, בקשה לעיכוב ההליכים מחמת הליכי הבוררות, מאחר שבעת הגשת הבקשה דנא התנהל הליך בוררות בין הצדדים בפני המוסד לבוררות בדנמרק.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, כב' השופטת אסתר נחליאלי היאט, קיבל את הבקשה לביטול היתר המצאה, בקובעו כדלקמן:

ככל שבעל דין מתנגד לסמכות הבורר פתוחות בפניו שתי אפשרויות: האחת, לפנות לבית המשפט במקום בו התקיים הליך הבוררות, האפשרות השנייה, להתנגד לאכיפת פסק הבורר בפני בית המשפט בו הוגשה הבקשה לאישור פסק הבורר.

משהתקיים דיון בדנמרק בשאלת סמכות המוסד לבוררות לנהל את הליך הבוררות, הרי שאך טבעי וסביר לפנות לבית המשפט במקום בו נטענה טענת חוסר הסמכות (דנמרק), שבעתיים כשהתנהל הליך שלם בפני המוסד לבוררות בדנמרק, ואך טבעי ומתבקש לפנות לבית המשפט בדנמרק ולא ל'שבור את הכלים' ולפנות לבית משפט בארץ אחרת, ובמקרה זה באורח סתמי נבחרה ישראל, כנראה מחמת הנוחיות.

התובעת לא עשתה מאומה משתי האפשרויות הטבעיות שעמדו בפניה. מקום מושב המוסד לבוררות הוא דנמרק ומשכך, היה עליה לפנות לבית המשפט הדני ולהביא בפניו טענותיה נגד סמכות המוסד לבוררות, אך היא ביכרה מטעמיה שלא לעשות כך.

לא רק זאת, קובע בית המשפט, אלא שחשוב לציין כי הדין הדני מתיישב אף הוא עם ההלכה האנגלית, כי בית המשפט בדנמרק הוא המוסמך לדון בשאלת הסמכות של המוסד לבוררות, שכן מהחלטת המוסד לבוררות מיום 24.3.09 עולה במפורש כי לפי הדין הדני, לאחר ההחלטה מיום 2.2.09, היתה לתובעת אפשרות לפנות לבית המשפט בדנמרק תוך 30 ימים מעת המצאת ההחלטה מיום 2.2.09 כדי שיכריע בסוגיית הסמכות.

זאת ועוד, קובע בית המשפט, התובעת שעליה הנטל להראות כי ראוי שההליך יתנהל בישראל לא הוכיחה טענותיה כי הפורום הנאות לבחינת המחלוקת היא ישראל.

החלטה

1. בקשה לביטול היתר ההמצאה אל מחוץ לתחום מיום 21.11.07, היא הבקשה שלפני. לחלופין הונחה לפני גם בקשה לעיכוב ההליכים מחמת הליכי הבוררות, מאחר שבעת הגשת הבקשה דנא התנהל הליך בורות בין הצדדים בפני המוסד לבוררות בדנמרק (להלן בהתאמה: **'המוסד לבוררות'** ו-**'הליך הבוררות'**).

כבוד הרשם זמיר (כתוארו אז) ראה להשהות את הדיון בהליך ביטול היתר ההמצאה "עד למתן הכרעתו בסוגייה המקדמית" שכן סבר כי "אופן ההכרעה בשאלת תוקפן של תניית השיפוט עליה מסתמכת הנתבעת, הוא מקדמי לדיון בשאלת תחולת תנאי תקנה 500, הצפויה להתיתר, ככל שאכן קיימת תניית שיפוט ייחודית המקנה סמכות למוסד הבוררות בדנמרק" (החלטה מיום 18.3.2008).

2. התובעת (להלן: **'אלצר'**) ערעה על החלטת כבוד השופט זמיר ([ע"א 1781/08](#)) [פורסם בבנו] אך בטרם ניתן פסק הדין בערעור קבע המוסד לבוררות בדנמרק ביום 2.2.09, כי הוא מוסמך לנהל את הליך הבוררות (להלן: **'ההחלטה מיום 2.2.09'** או **'החלטת המוסד לבוררות'** - מוצג 1 לכרך האסמכתאות שצורף לסיכומי הנתבעת).

בהחלטתה מיום 28.6.09 (לאחר החלטת המוסד לבוררות) ציינה כבוד השופטת ברוש **'ביני ביני ניתנה החלטה בפני מוסד הבוררות בדנמרק אשר קבע כי יש לו סמכות לדון בעניין. לאור כך, דומה שהדיון בערעור דנן הפך להיות תיאורטי גרידא, שכן עתה נפתחה הדרך**

- בפני בעלי הדין לשוב ולהתדיין בפני הרשם בכל הטענות שהועלו בפניו בבקשה לעיכוב הליכים ובתגובה לה" (ע"א 1781/08, [פורסם בנבו] להלן: 'פסק הדין בערעור').**
3. ביום 22.9.09 ניתן פסק בוררות שאשרר למעשה את ההחלטה מיום 2.2.09 לעניין תוקף תנית הבוררות וסמכות המוסד לבוררות לדון בתביעה (להלן: '**פסק הבוררות**') – מוצג 3 לכרך האסמכתאות שצורף לסיכומי הנתבעת).
4. לאחר מתן פסק הבוררות, שקבע כי למוסד לבוררות היתה סמכות לדון בסכסוך בין הצדדים, התחדש הדיון בבית משפט זה בבקשה לביטול היתר ההמצאה אל מחוץ לתחום. בדיון שהתקיים לפני ולאחר ששמעתי את הטענות הנוגדות של הצדדים בשאלה האם יש משמעות לפסק הבוררות או שמא יש להתעלם ממנו, סברתי כי ראוי לברר תחילה מה מעמד פסק הבוררות שהכריע גם בשאלת סמכותו לנהל את הליך הבוררות, והאם חרף ההחלטה של המוסד לבוררות בדנמרק כי הוא מוסמך לדון בסכסוך בין בעלי הדין שהובא לפניו בהתאם לתניית השיפוט שבהסכם, ולאחר שהכריע בסכסוך בין הצדדים, מוסמך בית משפט הישראלי לדון בתביעה דנא, ולהתיר את ההמצאה לאלצר, לזמנה לבית משפט ולאכוף עליה להתייצב לדיון בישראל ולהביא את הסכסוך בפני בית המשפט הישראלי, תוך התעלמות מהדין בדנמרק ומקיומו של פסק הבוררות.
5. בטרם אפרט את העובדות והשאלות המצריכות דיון אציין כי לאחר שעיינתי בטענות הצדדים כפי שהובאו בסכומיהם, עיינתי בכל הנספחים, בפסק הבוררות ובהחלטות השונות מצאתי לקבוע כי אין מקום להשיג עתה בפני בית משפט הישראלי על תוקף פסק הבוררות שניתן בהעדר הליכים לביטולו במקום השיפוט בו התנהלה הבוררות ומשכך, אין לאלצר תביעה הראויה לבירור בישראל משנקבע כי המוסד לבוררות בדנמרק הוא מי שהוסמך לברר את המחלוקת בין הצדדים, והחלטה זו לא בוטלה, משכך יש לבטל את היתר ההמצאה.
6. אלא שההחלטה היא סיום הדרך שתחילתה בעובדות. את תמצית טענות התביעה אביא מהחלטת כבוד השופט זמיר שתאר את עובדות התביעה ואת טענות הצדדים בבקשה לביטול ההיתר. אלצר היא חברה ישראלית שהתאגדה בארץ וזהו גם מקום מושבה; אלצר טוענת בכתב התביעה כי הנתבעת, LINAK A/S, שהיא חברה מאוגדת בדנמרק, שם מקום מושבה (להלן: '**לינק**') הפרה את הסכם ההפצה שנחתם בין הצדדים ביום 17.9.03 (להלן: '**ההסכם**') ובו סוכם כי אלצר תהיה המפיצה והמשווקת הבלעדית בישראל של מוצרי לינק, מערכות אלקטרומכניות.

בכתב התביעה טוענת אלצר כי לינק ביטלה את ההסכם באורח חד צדדי ובאופן פתאומי ובין השאר מכרה את מוצריה בישראל באופן ישיר ועקפה את היתר הבלעדיות שניתן לה, כי גבתה מאלצר סכומי כסף גבוהים מאלה שגבתה מחברות הבת שלה והגדילה עשות כששכנעה עובדים של אלצר לעבוד עבורה.

בכתב התביעה גם נטען כי סוכם בין הצדדים שככל שיתגלעו מחלוקות ביניהם ימונה בורר מטעם לשכת המסחר של ישראל-דנמרק (להלן: '**התיקון להסכם**')- נספח ג' לבקשה להיתר (ההמצאה); דרך זו של פתרון המחלוקת הוסכמה לטענת אלצר לאחר גיבוש ההסכם ובעקבות התנגדותה לתניית הבוררות שנכללה תחילה בסעיפים 21-22 של ההסכם שם נקבע כי במקרה של סכסוך בין הצדדים הוא יובא לבירור במוסד לבוררות בדנמרק (להלן: '**תניית הבוררות**'); לטענת אלצר, ביום 30.9.03 חתמו הצדדים על התיקון להסכם ובו בוטלו בהסכמה סעיפי תניית הבוררות שנכללו תחילה בהסכם.

טוענת אלצר בכתב התביעה כי כשהתגלעה המחלוקת בין הצדדים מיהרה לינק לפנות למוסד לבוררות בדנמרק תוך התעלמות מהתיקון להסכם ותחת פנייה ללשכת המסחר של ישראל- דנמרק כאמור בתיקון להסכם, פנתה למוסד לבוררות בדנמרק.

את הבקשה למתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום ביססה אלצר על התיקון להסכם שנחתם לטענתה על ידי שני הצדדים.

בבקשה לביטול היתר המצאה טענה לינק כי מעולם לא חתמה על תיקון להסכם, ואף אחד מטעמה לא חתם על התיקון הנטען גם לא מר Thorkild K. Nielsen (להלן: '**נילסן**'), לגביו טענה אלצר כי הוא שחתם על ההסכם מטעם לינק, כי מעולם לא ראתה את מסמך תיקון ההסכם עובר להגשת הבקשה.

מודה לינק כי במהלך המשא ומתן לקראת חתימת ההסכם בקשה אלצר לשנות את הסעיפים שהתייחסו לתניית הבוררות (סעיפים 21-22 להסכם) אך לינק הבהירה לאלצר חד משמעית כי תנאי להתקשרות בהסכם הוא כי סמכות השיפוט תהיה בדנמרק וכך נחתם ההסכם הכולל את תניית הבוררות.

משכך, טענה לינק בבקשה לביטול היתר המצאה, כי היתר המצאה אל מחוץ לתחום ניתן על בסיס מסמך שעליו לא חתמה מעולם ויש 'לחזור' להסכם המחייב שנחתם בין הצדדים ובו צוין במפורש כי למוסד לבוררות בדנמרק סמכות ייחודית לדון בסכסוכים בהתאם לדין הדני ויש לבטל את היתר המצאה.

7. לציין כי גם כבוד השופט זמיר שהשהה את הדיון בבקשה לביטול היתר המצאה סבר כי מאחר שהמוסד לבוררות צפוי לדון בשאלת תוקף תניית הבוררות, לרבות שאלת תחולתם של סעיפים 21-22 להסכם הרי שאופן ההכרעה בסוגיה זו הוא מקדמי לדיון בשאלת תחולת תנאי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי.

לשוב ולציין כי במסגרת הבוררות ניתנה החלטה מיום 2.2.09 בה נקבע כי תניית הבוררות תקפה וכי המוסד לבוררות בדנמרק מוסמך לדון בתביעה שהגישה לינק נגד אלצר. ביום 22.9.09 ניתן פסק הבוררות שחייב את אלצר לשלם ללינק סך של כ – 59,400 יורו וכן חייב אותה לשלם ללינק הוצאות משפט.

פסק הבוררות אימץ את ההחלטה מיום 2.2.09 כי למוסד לבוררות בדנמרק סמכות לדון במחלוקת בין הצדדים על פי הדין הדני.

8. לאחר מתן פסק הבוררות, ובהמשך להחלטת כבוד השופט זמיר שהשהה את ההליכים דנא עד החלטת המוסד לבוררות בדנמרק, חודש הדין בבקשה לביטול היתר ההמצאה; אלא שברור כי לא ניתן היה להתעלם מקיומו של פסק בוררות בין אותם צדדים המתדיינים לפני, וכפי שהיטיב להסביר כבוד השופט זמיר בהחלטתו מיום 18.3.08 כי "אופן ההכרעה בשאלת תוקפן של תניית השיפוט עליה מסתמכת הנתבעת, הוא מקדמי לדין בשאלת תחולת תנאי תקנה 500, הצפויה להתייטר, ככל שאכן קיימת תניית שיפוט ייחודית המקנה סמכות למוסד הבוררות בדנמרק"; מה שנראה היה ברור לשופט זמיר כי לפסק הבוררות יש משמעות, לא היה מקובל על אלצר וכך עלו תוך כדי הדין טענות שונות ביחס לתוקף פסק הבוררות ולשאלת סמכות בית המשפט בישראל לדון בתביעה דנא לאור קיומו של פסק הבוררות שקובע כי הוא המוסמך לדון במחלוקת בין הצדדים, ומדוע יש לדון בבית משפט זה בסכסוך כשלטענת לינק דן המוסד לבוררות באותן סוגיות שהועלו במסגרת התביעה.

האם ניתן להתעלם מפסק בוררות זה כאילו לא ניתן.

כפי שכבר ציינתי, סברתי כי ראוי בשלב מקדמי זה וטרם בחינת תחולת תנאי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי וטרם מענה לשאלה אם להותיר את ההיתר להמצאה אל מחוץ לתחום על כנו או שמא יש לבטלו, יש לבחון תחילה מהו מעמד פסק הבוררות, והאם הוא מחייב את בעלי הדין, שכן ככל שהתשובה תהיה חיובית הרי שהמחלוקות בין הצדדים ידונו במסגרת הליך בוררות בדנמרק, כקובע בהסכם, ואין לבית משפט ישראלי להזקק לתובענה זו; ומנגד, ככל שהתשובה שלילית, הרי שלא קם מחסום לבחון את תחולת תנאי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי ולהכריע בבקשה לביטול היתר המצאה אל מחוץ לתחום.

טענות הצדדים בסיכומיהם אשר למעמד פסק הבוררות וההחלטה מיום 2.2.09

9. **לינק טוענת** שאין לבית משפט זה אין סמכות לדון בתביעה בגלל ההסכם בין הצדדים המפנה את בירור המחלוקות לבירור בפני המוסד לבוררות בדנמרק, שם גם התנהל הליך הבוררות ואף ניתן פסק בוררות.

משהכריע המוסד לבוררות בדנמרק בשאלת תוקף תניית הבוררות והדין החל, בהחלטה מיום 2.2.09 וקבע כי תניית הבוררות תקפה וכי המוסד לבוררות מוסמך לנהל את הליך הבוררות, **ובהעדר** כל החלטה מוסמכת אחרת (למשל של בית משפט דני) לבטל את ההחלטה הרי היא תקפה. הדגישה לינק כי ההחלטה מיום 2.2.09 ניתנה רק לאחר שלצדדים היתה הזדמנות לטעון טענות, להביא ראיות ולהשמיע עדים לענין תוקף תניית הבוררות, לרבות לענין המסמך השנוי במחלוקת בדבר תיקון ההסכם, ובהליך זה נטלה אלצר חלק פעיל עד למתן ההחלטה מיום 2.2.09; אלצר היתה מיוצגת בהליך זה על ידי עורך דין דני ששכרה, הגישה טיעונים בכתב, הציגה ראיות, העידה עדים ומומחים מטעמה וחקרה את עדי לינק, ורק לאחר שהמוסד לבוררות קבע בהחלטתו מיום 2.2.09 כי תניית הבוררות תקפה, החליטה אלצר על דעתה, לפי שיקולה, שלא להמשיך בדיונים, ולא רק שהביעה באופן מוחשי את התנגדותה לסמכות המוסד לבוררות בדרך של אי התייצבות לפני המוסד לבוררות, הרי גם לא נקטה כל צעד משפטי לביטול ההחלטה ו/או לביטול הליכי הבוררות בדרך המשפטית שהדין הדני מאפשר, ותחת זאת הודיעה באופן חד צדדי שהיא כופרת בסמכותו של המוסד לבוררות, 'ניתקה כל מגע' עם ההליכים בדנמרק ומצאה לפנות לבית משפט בישראל ולהגיש תובענה חדשה, המתעלמת למעשה מההליכים שכבר היו בין הצדדים ומהכרעות שניתנו, ובצד התובענה הגישה בקשה להמציא את התובענה אל מחוץ לתחום ולזמן את לינק לדיונים משפטיים בישראל.

כאמור ניתן בינתיים פסק בוררות שאימץ את ההחלטה מיום 2.2.09 והיא הפכה לחלק בלתי נפרד מפסק הבוררות – קרי המוסד לבוררות בדנמרק קבע בפסק בוררות כי לו הסמכות לדון במחלוקות בין הצדדים בהתאם להסכם ביניהם הכולל את תניית הבוררות, ובצד זה נדחתה טענת אלצר כי תניית הבוררות אינה תקפה.

לאור פסק הבוררות טוענת לינק כי אלצר מושתקת מלהעלות טענה לענין תוקף תניית הבוררות וברירת הדין בין הצדדים, ואין לברר את התביעה בישראל, וממילא יש לבטל את היתר ההמצאה.

כן טענה כי מאחר שאלצר לא פעלה לביטול פסק הבוררות ובחרה שלא להגיש ערעור, הפך פסק הבוררות לפסק חלוט.

10. מנגד, **טוענת אלצר** כי למוסד לבוררות לא היתה הסמכות ליתן את ההחלטה מיום 2.2.09 ולקבוע כי יש לו סמכות לדון בסכסוך בין בעלי הדין ולכן על בית המשפט בישראל לדון 'דה נובו' בשאלת תוקף ההסכם לענין תניית הבוררות ולהכריע בה.

לטענת אלצר, משנחתם התיקון להסכם, שוב אין הסכמה בין הצדדים לישוב את הסכסוכים במוסד לבוררות בדנמרק.

טענתה העקרית של אלצר היא כי על פי ההלכה הנוהגת בישראל ובאנגליה, אין לבורר עצמו סמכות להכריע בעצם סמכותו כשבעל דין חולק על סמכות זו ומשכך ההחלטה מיום 2.2.09 חסרת תוקף ובית המשפט זה חייב לדון בשאלת סמכות הבורר.

לטענת אלצר מעולם לא נתנה הסכמתה להסמיך את מוסד הבוררות בדנמרק לדון בתוקף הסכם הבוררות, והתייצבותה לדיון בפני המוסד לבוררות היתה אך כדי לכפור בסמכותו, אך התייצבות זו, שמטרתה כפירה בסמכות המוסד לבוררות, אינה מקנה כשלעצמה את הסמכות.

אלצר גם הדגישה כי אין לדבר על השתק פלוגתא שכן טענת לינק לזיוף התיקון להסכם לא נדונה בהליך הבוררות, לא התקיים דיון בסוגייה זו וההחלטה מיום 2.2.09 אינה כוללת כל ממצא אשר לאותנטיות של התיקון להסכם "אלא קובעת רק (ולכל היותר) כי קיומה של התוספת להסכם ההפצה לא הוכח בפני מוסד הבוררות הפרטי בדנמרק", ומאחר שלטעמה בית משפט הוא שמוסמך לדון בטענת הזיוף הרי בטרם קביעת ממצא כי המסמך זויף אין בין הצדדים הסכם בוררות בר תוקף ומשכך "חייב בית המשפט הנכבד להידרש לטענה זו, לפרטיה, ולפרטי פרטיה, על מנת להכריע בה באופן ממצה."

עוד טוענת אלצר כי מהחלטת כבוד השופטת ברוש, שציינה כי הצדדים יוכלו לשוב ולהתדיין בפני הרשם בכל הטענות שהעלו, ניתן ללמוד כי לאחר ההחלטה מיום 2.2.09 נדרש בית המשפט כאן לדון ולהכריע דה נובו **בכל** הטענות שהועלו על ידי הצדדים ובכלל זה בטענה כי התיקון להסכם זויף על ידי אלצר.

עוד סבורה אלצר כי הדין הדין, שממילא לא הוכח, אינו רלבנטי ואין ליחס חשיבות לטענות לינק למועד בו היה על אלצר לפנות לבית המשפט בסוגיית התנגדותה לסמכות המוסד לבוררות לפי הדין הדין; ומכל מקום, לגישתה, מדובר בהליכים פרוצדוראליים "אשר אינם עוסקים בהסדרת זכויותיהם המהותיות של הצדדים, אלא קובעים את הפרוצדורות להמשך הליכי תביעת הבוררות ולתקיפה החלטת הבוררים, ככל שעסקינן בסכסוך בין שני צדדים בדנמרק"; ומשעסקינן בפרוצדורה, לשיטת אלצר, יש לקבוע כי חל "דין הפורום – הוא הדין הפרוצדוראלי של בית המשפט הדין בהם – ובענייננו, בית המשפט הישראלי".

בין טענותיה, ציינה אלצר כי לינק הגישה את התביעה בחוסר תום לב מאחר שבמועד הגשת התביעה למוסד לבוררות לא היתה ללינק עילת תביעה נגד אלצר שכן חברת הביטוח שלה התחייבה לשפותה, ולא רק זאת אלא שתביעת הביטוח של לינק אף אושרה על ידי חברת הביטוח עובר למתן ההחלטה מיום 2.2.09 ולפני שהחל הליך הבוררות.

דיון

11. ראשית להדגיש כי לא רק השאלה האם להתעלם מפסק הבוררות שניתן על ידי המוסד לבוררות בדנמרק עומדת לדיון אלא גם האם לקבל את גישתה של אלצר שהחליטה משיקוליה, באורח חד צדדי, לאחר שעמדתה לא התקבלה על ידי המוסד לבוררות בדנמרק, לנתק עצמה מכל קשר להליכים המתנהלים בדנמרק, לכאורה כדון, לא למצות את ההליכים הרלבנטיים שמציע החוק בדנמרק לביטול החלטת המוסד לבוררות ותחת זאת לחפש פורום אחר להעלות את טענותיו נגד סמכות המוסד לבוררות, ובענייננו מצאה אלצר את בית המשפט בישראל ואליו פנתה לדון דה נובו בטענותיה שלא התקבלו במוסד לבוררות בדנמרק ולא מוצו בהתאם להליכים שמציע הדין הדני, לשון אחרת מבקשת אלצר לקבל את גישתה האסטרטגית (או שמא לומר הטאקטית) לפיה תתעלם מההליכים המתנהלים בדנמרק לאחר שעמדתה בדבר סמכות המוסד לבוררות נדחתה, ופשוט לדון בטענותיה בארץ אחרת כאילו לא היה הליך לו היתה שותפה לפחות עד השלב בו לא התקבלה דעתה.

12. סעיף 21 להסכם בין הצדדים אומר כי :

"The Agreement shall be governed by the law of the kingdom of Denmark"

ולשון סעיף 22 להסכם :

"Any dispute or claim arising out of or in connection with this agreement, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the Rules of Procedure of the Danish Institute of Arbitration (Copenhagen Arbitration).

The place of the arbitration shall be Copenhagen.

The language of the arbitration shall be English."

מקריאת ההסכם (אף קריאה שטחית) עולה כי נקבע במפורש שהדין הדני הוא שיחול על ההסכם וכל מחלוקת בין הצדדים תתברר במוסד לבוררות בדנמרק בהתאם לכללי המוסד לבוררות שמקום מושבו בקופנהגן.

13. על בסיס ההסכם הגישה לינק ביום 20.9.07 בקשה למוסד לבוררות בדנמרק לקיים הליך של בורות נגד אלצר.

אלצר התנגדה לקיום ההליך בפני המוסד לבוררות וטענה כי ההסכם תוקן וכי הסעיפים 21, 22 שלעיל שונו באופן שככל שתהיינה מחלוקות בין הצדדים, הם יהיו רשאים למנות בורר מטעם לשכת המסחר של ישראל-דנמרק.

חשוב לציין כי אלצר **כבר טענה** את הטענות הללו בפני המוסד לבוררות בדנמרק בסמוך לאחר הגשת התביעה של לינק, ולנוכח טענות אלה, כפי שעולה מפסק הבוררות, התקיים ביום 11.6.08 דיון בפני המוסד לבוררות בה נכחו עורכי הדין של בעלי הדין ובדיון נדונה שאלת סמכות המוסד לבוררות לנהל את הליך הבוררות.

בדיון, בו נטלו הצדדים חלק, לרבות אלצר, קבע המוסד לבוררות כי הוא ידון בשאלת סמכותו לנהל את הליך הבוררות ואף קבע לוח זמנים לדיון בסוגית הסמכות, ובקשר אליה בלבד.

ואכן ביום 16.12.08 התקיים דיון בפני המוסד לבוררות בדנמרק בה נכחו נציגי הצדדים, באי כוחם וכן עדים מטעמם; ולאחר הדיון ניתנה ההחלטה מיום 2.2.09 (אותה אמץ המוסד לבוררות בפסק הבוררות שנתן).

יודגש כי מדובר בהחלטה מפורטת ומנומקת המשתרעת על לא פחות מ- 17 עמודים, ובה ציין המוסד לבוררות כי המחלוקת אליה נדרש בשלב זה היתה אך ורק בענין תוקף סעיפים 21-22 להסכם (וכפועל יוצא- תוקף מסמך התיקון להסכם או העדר תוקף); חשוב לחזור ולהדגיש כי בישיבה זו, בה נדונה שאלת הסמכות ותוקף סעיפים 21, 22 להסכם יוצגה אלצר על ידי עורכי דין דניים והצדדים הגישו טענותיהם וראיותיהם בכל הקשור לסמכות המוסד לבוררות בדנמרק לנהל את הליך הבוררות:

"For this purpose, the parties have submitted written pleadings and evidence to the Arbitral Tribunal to support their respective claims on jurisdiction of the Arbitral Tribunal. This award only deals with that question."

לציין כי ראיות הצדדים כללו גם חוות דעת גרפולוגיות שהגישו בעלי הדין בנושא תיקון ההסכם כנטען וכן הוגשו תצהירי מומחים בקשר עם חוות הדעת; מכאן שבעלי הדין השמיעו את טענותיהם בפני המוסד לבוררות במסגרת "Oral statements" שניתנו על ידם ובמסגרת זו אף העידו עדים שונים מטעם שני הצדדים, לרבות אותו נילסן שלטענת אלצר חתם על מסמך התיקון מטעם לינק (!) ובעדותו בפני המוסד לבוררות (שנתמכה בשני תצהירים מטעמו) העיד בבירור כי מעולם לא חתם על מסמך התיקון! (ועדותו התקבלה).

לאחר שמיעת העדויות של שני הצדדים ולאחר שעיין בטענותיהם ובראיותיהם, לרבות חוות הדעת הגרפולוגיות, קבע המוסד לבוררות כי נטל ההוכחה לענין תיקון סעיפים 21, 22 להסכם כטענת אלצר מוטל על אלצר שלא הרימה את הנטל להוכיח טענותיה; עוד ציין המוסד לבוררות כי הגם שהאותנטיות של התיקון היתה שנויה במחלוקת כפי שעולה מחוות דעת הגרפולוגים, לא מצאה אלצר להמציא את התיקון המקורי של ההסכם, ועוד ציין המוסד לבוררות כי נילסן שלטענת אלצר חתם על מסמך התיקון הכחיש כי חתם עליו, עדות

שלא נסתרה וכך לאחר שמיעת הראיות שהובאו גם על ידי אלצר, אם כי **בְּחֶסֶר מִטַּעֲמֵיהָ** שלה, קבע המוסד לבוררות כי סעיפים 21, 22 להסכם - מחייבים.

בשל חשיבות הדברים, אני רואה לצטט את החלק הרלבנטי מההחלטה:

"In respect of an amendment of Articles 21 and 22 of the Agreement, the Arbitral Tribunal also notes that the burden of proof for an amendment lies with the respondent. Given in particular that the Respondent has not fully documented that the Amendment was sent to the Claimant; that Mr. Nielsen has explained that he has never seen nor signed the Amendment; the authenticity of the Amendment - considering the two expert statements on this matter – is not conclusive; and that the original version of the Amendment has not been produced to the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal finds that the Respondent has not proved that Articles 21 and 22 of the Agreement have been amended. Consequently, Articles 21 and 22 of the Agreement are binding upon the Respondent and the Claimant"

משקבע המוסד לבוררות כי סעיפים 21-22 להסכם מחייבים, וכי אלצר לא הרימה את הנטל להוכיח את טענותיה, הרי שלמוסד לבוררות בדנמרק הסמכות לדון בתביעת לינק נגד אלצר ולקיים הליך בוררות בעניין זה:

"The Arbitral Tribunal has jurisdiction to settle the dispute and the claims brought by the Claimant"

14. מההחלטה מיום 2.2.09 עולה בבירור כי לשני הצדדים ניתן יומם בכל הקשור לטענותיהם בסוגיית תוקף סעיפים 21-22 להסכם, וטענותיהם לענין מסמך תיקון ההסכם נבחנו לאחר שהצדדים הביאו ראיותיהם בנושא זה.

המוסד לבוררות התייחס בהחלטתו לטענות אלצר בדבר התיקון להסכם, ציטט את מסמך התיקון וקבע כי אלצר לא הוכיחה את קיומו של התיקון בין שלא הציגה את העותק המקורי, **"No original of this Amendment has been provided....."** (עמ' 7 להחלטה מיום 2.2.09) ובין שנילסן, הוא מי שחתם לשיטת אלצר על התיקון, העיד והכחיש מכל וכל את חתימתו וציין כי לראשונה ראה את המסמך שנטען כי עליו חתם.

משכך כלל לא ברורה טענת אלצר ששאלת תוקף תניית הבוררות לא נדונה במסגרת הליך הבוררות ולמצער הטענה **תמוהה** (!) וממילא נדחית שהרי למקרא ההחלטה מיום 2.2.09 עולה בבירור כי הצדדים ניהלו הליך שלם בסוגיית תוקף סעיפים 21-22 להסכם, כי אלצר

היתה מיוצגת על ידי עורכי דין מקומיים (דָּנִים), כי העידה עדים מטעמה, כי הגישה ראיות וטענה טענות שנדונו בפירוט על ידי המוסד לבוררות – אך נדחו בסופו של יום מאחר שלא הרימה את נטל המוטל עליה להוכיח את טענותיה.

15. לאחר כל אלה, וכשהתברר לאלצר מה תוצאת ההליך, היא החלטה מיום 2.2.09 שקבעה כי המוסד לבוררות בדנמרק הוא המוסמך לדון בחילוקי הדיעות, מצאה אלצר לטעון כי ההחלטה ניתנה בחוסר סמכות מאחר שלפי הדין הישראלי והאנגלי בורר אינו מוסמך לדון בשאלת סמכותו והגוף המוסמך להכריע בשאלה האמורה הוא בית המשפט. אלא שאלצר סתמה ולא פרשה איזה בית המשפט הוא המוסמך לדון בשאלת הסמכות לאחר שהתנגדה לסמכות המוסד לבוררות, גם לא הבהירה איזה בית משפט הוא המוסמך לדון בסמכות המוסד לבוררות לאחר שכבר ניהלה את ההליך בענין טענת חוסר הסמכות בפני המוסד לבוררות בדנמרק, אך מטענותיה משתמע, כפי שגם מצאה לפנות בתובענה חדשה, כי בית המשפט הישראלי הוא המוסמך לדון בתוקף הסכם הבוררות 'דה נובי', ולמעשה ביקשה להתעלם מהחלטת המוסד לבוררות כאילו לא התנהל דיון בשאלה זו בהתאם לדין הדני, אך אלצר לא הבהירה על מה היא מבססת את טענותיה.

לשון אחרת ופשוטה – אלצר בדרכה החליטה כי ההחלטה אינה נוחה לה ויצאה לחפש בית משפט אחר שידון בטענותיה. לשיטתה, משהוזמנה לדיון בפני המוסד לבוררות בדנמרק, הופיעה בפניו בהתאם לדין הדני, שטחה טענותיה בדבר הסמכות, טענה את טענותיה לגבי המסמך המחייב בין הצדדים השומט את הקרקע תחת סמכות המוסד לבוררות, העידה עדיה לרבות גרפולוג, ורק לאחר שהמוסד לבוררות לא קבל את טענותיה – הפנתה עורף לדין הדני, להליכים שהתקיימו בדנמרק ותחת פנייה לבית משפט מקומי בו נמצא המוסד לבוררות בו ניהלה את ההליכים ותחת פנייה לבית המשפט להעלות בפניו את סוגית הסמכות, כפי שאף היא סברה שיש לעשות עת נבחנת שאלת הסמכות למוסד לבוררות - החליטה על דעת עצמה ומשיקוליה שלה, לבחור בית משפט לפי הבנתה, הוא בית המשפט הישראלי – אליו הגישה תביעה חדשה בהתעלם לחלוטין מפסק הבוררות ומההליכים בדנמרק, וסברה כי לכל היותר תדרש לתקוף באופן עקיף את ההחלטה שכבר ניתנה.

16. אין בידי לקבל גישה זו שאינה עולה בקנה אחד עם ההלכה, עם ההגיון ועם כללי הנימוס הבינלאומי.

לציין, כי בסיכומיה ניסתה אלצר לתמוך טענתה בפסקי דין שונים כי בית המשפט הישראלי הוא בית המשפט המוסמך אלא שבפסקי הדין הללו לא נדרש בית המשפט לשאלה איזה בית משפט מוסמך לדון בשאלת סמכות הבורר – האם בית המשפט במדינה בה התקיים הליך הבוררות על פי הסכם בוררות ובה ניתנה החלטת הבורר בדבר סמכותו (דנמרק במקרה שלנו) או שמא בית משפט אחר וכהצעת אלצר - ישראל.

נראה כי התשובה לשאלה איזה בית המשפט מוסמך לדון בשאלת סמכות המוסד לבוררות בנסיבות המקרה, מצויה דווקא בפסק הדין של בית המשפט העליון באנגליה עליו ביקשה אלצר להסתמך ;

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company (Appellant) v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan (Respondent) [2010] UKSC 46:

"Consequently, in an international commercial arbitration a party which objects to the jurisdiction of a tribunal has two options. It can challenge the tribunal's jurisdiction **in the courts of the arbitral seat**; and it can resist the enforcement in the court before which the award is brought for recognition and enforcement. These two options are not mutually exclusive, although in some cases a determination by the court of the seat may give rise to an issue estoppel or other preclusive effect in the court in which enforcement is sought. The fact that jurisdiction can no longer be challenged in the courts of the seat does not preclude consideration of the tribunal's jurisdiction by the enforcing court..."

כלומר, ככל שבעל דין מתנגד לסמכות הבורר פתוחות בפניו שתי אפשרויות, האחת, לפנות לבית המשפט במקום בו התקיים הליך הבוררות, האפשרות השנייה, להתנגד לאכיפת פסק הבורר בפני בית המשפט בו הוגשה הבקשה לאישור פסק הבורר.

לטעמי מתיישבת פרוצדורה זו עם מדיניות משפטית ראויה שעה שעסקינן במשפט בינלאומי. משהתקיים דיון בדנמרק בשאלת סמכות המוסד לבוררות לנהל את הליך הבוררות, הרי שאך טבעי וסביר (כפי שגם נאמר בפס"ד Dallah Real Estate שלעיל) לפנות לבית המשפט במקום בו נטענה טענת חוסר הסמכות (דנמרק), שבעתיים כשהתנהל הליך שלם בפני המוסד לבוררות בדנמרק, ואך טבעי ומתבקש לפנות לבית המשפט בדנמרק ולא לישבור את הכלים' ולפנות לבית משפט בארץ אחרת, ובמקרה זה באורח סתמי נבחרה ישראל, כנראה מחמת הנוחיות.

אלצר לא עשתה מאומה משתי האפשרויות הטבעיות שעמדו בפניה.

מקום מושב המוסד לבוררות הוא דנמרק ומשכך, היה על אלצר לפנות לבית המשפט הדני ולהביא בפניו טענותיה נגד סמכות המוסד לבוררות, אך היא ביכרה מטעמיה שלא לעשות כן.

הגם שטענותיה שלה כי בית המשפט הוא המוסמך לדון בשאלת סמכות המוסד לבוררות, לא מצאה אלצר **מעולם** לפנות לבית משפט כלשהו לדון בשאלת סמכות המוסד לבוררות אלא הגישה תביעה חדשה, בישראל, ביקשה להמציא את התובענה אל מחוץ לתחום (במעמד צד אחד) ורק בבקשה לביטול היתר ההמצאה הובאה לבית משפט זה החלטת המוסד לבוררות וכתשובה מבקשת אלצר לתקוף את סמכות המוסד לבוררות בבית המשפט הישראלי, כשאלה שעלתה אגב טענות לינק קרי, מצאה לכפור בהחלטה של המוסד לבוררות שלכאורה תקפה, בדרך של תקיפה עקיפה במסגרת תובענה חדשה שהגישה בבית משפט בישראל.

17. לא רק זאת אלא שחשוב לציין כי הדין הדיני מתיישב אף הוא עם ההלכה האנגלית שהובאה לעיל, כי בית המשפט בדנמרק הוא המוסמך לדון בשאלת הסמכות של המוסד לבוררות שכן מהחלטת המוסד לבוררות מיום 24.3.09 עולה במפורש כי לפי הדין הדיני, לאחר ההחלטה מיום 2.2.09, היתה לאלצר אפשרות לפנות לבית המשפט בדנמרק תוך 30 ימים מעת המצאת ההחלטה מיום 2.2.09 כדי שיכריע בסוגיית הסמכות, וכך נאמר:

"Furthermore, the provision states that **if the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within 30 days after having received notice of that ruling, the Danish Courts to decide the matter**, and that while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award"

כאמור, אלצר לא עשתה מאומה למיצוי הדיון בשאלת הסמכות בפני בית המשפט **בדנמרק**. ואף המוסד לבוררות בהחלטתו מיום 25.6.09 מצא לציין את המחדל של אלצר באי פנייה לבית המשפט כפי שמאפשר לה הדין:

"The Tribunal notes that **Elsar has not challenged the Tribunal's decision** of 2 February 2009, on its own jurisdiction before a Danish court, and the time-limit for doing so expired more than 3 months ago...."

18. תחת מיצוי זכויותיה כמתחייב (לטעמי גם לשיטת אלצר, שהרי רק על מיקום ההשגה היא חולקת) ולאור העובדה כי בהחלטתו מיום 2.2.09 לא קבל המוסד לבוררות את עמדתה, החליטה אלצר, לדעתי כהחלטה אסטרטגית, פשוט להתעלם מההחלטה! ותחת זאת לנסות את מזלה בבית המשפט בישראל והכל תוך יצירת קונסטרוקציה, נטולת כל בסיס לטעמי, לפיה דווקא בית המשפט בישראל, הוא המוסמך לדון בשאלה האם המוסד לבוררות בדנמרק מוסמך להכריע בעניין סמכותו שלו. אלצר לא הסבירה מה מקור הסמכות של בית

המשפט בישראל דווקא להכריע בסוגייה האמורה, גם לא הסבירה מדוע לא פנתה לבית המשפט בדנמרק למצות את טענותיה נגד הסמכות של המוסד לבוררות. אומר כי מדברים אלה עולה תחושה כי התנהלות אלצר משקפת למעשה פעולות של "Forum Shopping" – שיוכל לתת מענה נוח לטענות אלצר אף אם הדבר כרוך בהעלאת טענות שונות ונטולות בסיס משפטי כפי שפורט לעיל.

לציין, שאלצר העלתה באמצעות ב"כ טענה זו גם בפני המוסד לבוררות אך נדחתה תוך שהובהר לאלצר כי לפי הדין הדין, רשאי מוסד הבוררות להכריע בשאלת הסמכות שלו.

19. משכך, מאחר שאלצר ויתרה בפועל על זכותה להשיג על ההחלטה מיום 2.2.09 בפני בית המשפט הדין, הרי שההחלטה מיום 2.2.09 היא החלטה תקפה ולא הובא לפני כל טעם משפטי או נימוק ממשי מדוע להתעלם מההחלטה ומפסק הדין לאחר שאלצר לא התנגדה כנדרש בעת שהתאפשר לה לעשות כך, ואני סבורה כי לא רק בהתאם לדין אלא גם מטעמי כבוד להכרעות זרות יש לכבד פסקי בוררות בודאי פסק בוררות חוץ, בהעדר טעמים אמיתיים מדוע לא לכבד את פסק הבוררות, ובודאי בהעדר כל פעולה משפטית לביטול פסק הבוררות.

אלצר לא הביאה כל נימוק לכך, הדבר היחידי שמצאתי לאורך כל טענותיה הוא ההחלטה הטקטית שלא להשיג על ההחלטות בדנמרק החל מרגע מתן ההחלטה הראשונה, שמא יתפרש הדבר כהסכמה לסמכות המוסד לבוררות או להסכמה להתדיינות בהתאם לדין הדין, ותחת זאת החליטה לנקוט בשיטת 'בת יענה' ופשוט להתעלם.

לתמיכה בהתרשמותי בדבר כללי הנימוס שהיה ראוי לנקוט כלפי המערכת המשפטית בדנמרק, תחת התעלמות מהחלטותיה ומהדין המחייב בדנמרק, ראיתי להביא את דברי המלומד עו"ד ישראל שמעוני, אופק חדש בבוררות, דיני בוררות עם ערכאת ערעור, פרק שלושה עשר, עמ' 391:

"אין צורך להכביר במילים על המדיניות המשפטית המורה לנו לכבד פסקי בוררות, על אחת כמה וכמה פסקי בוררות חוץ שנועדו לפתור מחלוקות חובקות עולם בעידן הכלכלה הגלובלית. התקשרויות חוצות גבולות דורשות פורום נוח ונגיש לדיון במחלוקות המתגלעות בין צדדים ממדינות שונות. עמד על כך השופט בעז אוקון בצינו:

"אינטרס הוודאות ואינטרס ההרמוניה מהווים גם הם חלק מתקנת ציבור 'עולמית' התומכת בקיומם של פסקי בוררות 'בינלאומיים'. תקנת ציבור זו נולדה מהתפתחות יחסי הכלכלה והמסחר בין אזרחי המדינות השונות, ומהצורך לכונן יחסים אלה על מכנה משותף רחב ככל שניתן" (קנאור 'המשטר הבינלאומי הפרטי וערעור הריבונות בעידן הגלובליזציה – החלת משפט ציבורי זר על חוזים לבר-לאומיים' עיוני משפט כז 2003, 489).

20. משלא הוצגה לפני כל קביעה כי ההחלטה מיום 2.2.09 אינה תקפה, ולא הוצגה כל החלטה המבטלת את החלטת המוסד לבוררות, הרי שסעיפים 21-22 להסכם הם הסעיפים הרלבנטיים המחייבים את הצדדים להסכם. לפי סעיף 21 להסכם, חל הדין הדני על ההסכם:

"The Agreement shall be governed by the law of the kingdom of Denmark"

בהחלטת המוסד לבוררות מיום 24.3.09 (שאומצה גם במסגרת פסק הבוררות) מציין המוסד לבוררות כי לפי הדין הדני, מוסמך מוסד הבוררות לדון בסמכותו שלו לנהל את הליך הבוררות ובכלל זה לדון בטענות ביחס לתוקף הסכם הבוררות:

"The Arbitral Tribunal notes that the seat of the Tribunal is in Denmark in accordance with the rules of Arbitration Procedure of Danish Arbitration (Det Danske Voldgiftsinstitut). Consequently, the Danish Arbitration Act governs the arbitration proceedings. The Danish Arbitration Act is based on UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration. **Under the Danish Arbitration Act § 16, an arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.....**"

מאחר שההסכם בין הצדדים מחיל את הדין הדני ולאור החלטת המוסד לבוררות המבהירה כי לפי הדין הדני מוסמך הבורר לדון בסמכותו ממילא אין לטענות אלצר בדבר היעדר סמכות הבורר לדון בסמכותו שלו כל בסיס וממילא אין רלוונטיות לטענות שבחרה אלצר להביא בהרחבה בדבר ההלכות הישראליות והאנגליות שכלל אינן רלבנטיות לדין הדני. אולם גם אם נתעלם מהוראות הדין הדני, שחל לכאורה על ההסכם, חשוב לחזור ולציין כי גם לפי שיטת אלצר היה עליה לפנות לבית המשפט להתנגד לסמכות המוסד לבוררות **וזאת לא עשתה!!!**

21. עוד לציין כי אלצר טענה בהרחבה כי "מעולם לא נתנה הסכמתה להסמיך את מוסד הבוררות הפרטי בדנמרק לדון בתוקפו של הסכם הבוררות", כי לכל אורך ההליך הביעה התנגדות שהמוסד לבוררות יכריע בשאלה זו וכי "מי שטוען טענות כפירה בסמכותו של בית משפט זר, או של הרכב בוררים, בפני אותו מוסד, לא יראו אותו כמי שהסכים לסמכותו של אותו בית משפט או הרכב בוררים".

ולהדגיש, כפי שכבר ציינתי לא אחת בהחלטה, כי גם אם נקבל את טענת אלצר לפיה אין בעצם התייצבותה בהליך שבו דן המוסד לבוררות בשאלת סמכותו לנהל הליך בוררות

2.2.09 הסכמה לסמכותו הרי שטענה זו אינה מאיינת את החלטת המוסד לבוררות מיום 2.2.09 בדבר סמכותו לנהל את הליך הבוררות שכן הבסיס להחלטה מיום 2.2.09 לא היה עצם התייצבותה של אלצר לדיון בשאלת הסמכות, אלא כפי שהרחבתי לעיל ההחלטה מיום 2.2.09, היתה החלטה מנומקת בה נדונו ונשמעו טענותיה של אלצר שעל בסיסן כפרה בסמכות האמורה, ובכלל זה טענותיה בדבר התיקון להסכם לפיו סעיפים 21 ו-22 להסכם שונו – דהיינו, התקיים דיון לגופו של עניין בעצם כפירתה של אלצר בסמכות המוסד לבוררות – דיון שבסופו נדחו טענות אלצר ונקבע כי למוסד לבוררות יש גם יש סמכות לקיים הליך בוררות והכל בהתאם לדין הדני.

וככל שהחלטה מיום 2.2.09 לא היתה מקובלת על אלצר, היה עליה לפנות מיד לבית המשפט ולא לנתק כל מגע עם ההליך באופן חד צדדי ותחת זאת לפנות לבית משפט בארץ אחרת ולהגיש תובענה חדשה.

אך אלצר פעלה בדרך שהיא החליטה כי היא הדרך הראויה ולא זו בלבד שלא מיצתה את זכויותיה לפנות לבית המשפט בדנמרק בבקשה לערער על סמכות המוסד לבוררות ובין השאר לבחון את ההחלטה מיום 2.2.09 בשאלת סמכות המוסד לבוררות אלא שכאמור התעלמה גם מהמשך הליך הבוררות בו נדונה תביעת לינק. כך בחרה משיקוליה שלא להגיש כתב הגנה, כך בחרה משיקוליה שלא ליטול חלק בהמשך הליך הבוררות, הגם שהוזהרה במפורש, בהחלטה מיום 24.3.09, שעל פי הדין הדני, גם במקרה בו נעשתה פנייה כאמור לבית המשפט בדנמרק בסוגיית סמכות המוסד לבוררות והפנייה טרם הוכרעה על ידי בית המשפט, מוסמך המוסד לבוררות להמשיך לנהל את הליך הבוררות ואף ליתן פסק בוררות – ראה ציטוט מההחלטה מיום 24.3.09 בסעיף 17 לעיל.

22. מצאתי להדגיש כי מעיון בפסק הבוררות ובהחלטות המוסד לבוררות עולה לכאורה כי אלצר נקטה בצעדים טאקטיים לאחר מתן ההחלטה מיום 2.2.09, כך היתה מודעת היטב למועדים שקבע המוסד לבוררות להגשת כתב הגנה ואף בקשה מהמוסד לבוררות להאריך לה את המועד להגשת כתב ההגנה ונענתה (כפי שאפרט בהמשך), כך גם היתה מודעת למועדים שנקבעו להמשך ניהול הליך הבוררות; ובכל זאת מטעמיה ומשיקוליה ומאחר שלא הסכימה לתוצאת ההחלטה מיום 2.2.09 ובחרה במודע שלא לפנות כדין לבית המשפט ולהשיג על החלטת המוסד לבוררות על סמכותו, חדלה ליטול חלק בהליך הבוררות, אך 'שמרה על קשרי עם הבוררים, בהתכתבות שניהלה עם המוסד לבוררות כשהיא ממשיכה לכפור שוב ושוב בסמכותו לנהל את הליך הבוררות; יאמר כי אלצר 'שמרה על כל הקלפים' כדי שתראה כיצד להמשיך 'ולשחק' בהם לפי ההתפתחויות שיהיו, כך ביקשה להאריך לה את המועד להגשת כתב הגנה והמתינה במקביל תוך ציפיה שבית המשפט בישראל ידון בשאלת ההמצאה ללינק אל מחוץ לתחום ובכלל זה יתן דעתו לתוקף הסכם הבוררות (!!!)

בהחלטת המוסד לבוררות (מוצג 4 לכרך האסמכתאות שצורף לסיכומי לינק) נקבע כי על אלצר להגיש כתב הגנה עד ליום 16.3.09 אלא שאלצר לא הגישה כתב הגנה עד למועד שנקבע ותחת זאת ביום 10.3.09 שלח ב"כ מכתב למוסד לבוררות בו המשיך לטעון (בדרך לא ברורה) טענות לעניין סמכות המוסד לבוררות וכן עתר להאריך את המועד להגשת כתב הגנה למשך 120 ימים - עד להכרעת בית המשפט בישראל בשאלת הסמכות (נספח 4 לסיכומי אלצר ומוצג 5 לכרך האסמכתאות שצורף לסיכומי לינק).

המוסד לבוררות נעתר לבקשה וביום 24.3.09 איפשר לאלצר להגיש כתב הגנה עד ליום 31.5.09 אלא שגם הפעם לא הגישה אלצר כתב הגנה, ותחת זאת שלח ב"כ אלצר מכתב בדואר אלקטרוני (27.5.09) אל המוסד לבוררות בו שבה אלצר וחזרה על טענותיה לעניין היעדר סמכות המוסד לבוררות לדון בסמכותו וציינה כי לא תוכל להגיש כתב הגנה מטעמה עובר ליום 28.6.09.

גם הפעם ניתנה לאלצר ארכה להגשת כתב ההגנה עד ליום 31.7.09 וזאת הגם שהובהר לה בהחלטת המוסד לבוררות מיום 25.6.09 כי חלף המועד להשגה על ההחלטה מיום 2.2.09 בפני בית המשפט בדנמרק.

חרף הארכת המועד כמבוקש לא ראתה אלצר להגיש כתב הגנה ומשכך, כפי שעולה מפסק הבוררות, במכתב מיום 19.8.09 הודיע המוסד לבוררות לצדדים על מועדי ישיבות הבוררות. במענה למכתב זה, ביום 19.8.09, יצר ב"כ אלצר קשר טלפוני עם יו"ר הבוררים והודיע לו שאלצר לא תיטול חלק בהליך הבוררות. במכתב מיום 20.8.09 (נספח 4 לסיכומי אלצר) חזרה אלצר על עמדתה זו ועל טענתה להיעדר סמכות המוסד לבוררות להחליט בשאלת סמכותו שלו.

סופו של דבר, אלצר לא הגישה כתב הגנה בהליך הבוררות וחדלה ליטול חלק בהליך הבוררות לאחר מתן ההחלטה מיום 2.2.09, כפי שסברה משיקוליה כי זו הדרך הנכונה והראויה מבחינתה – דרך שאין לה כל בסיס בדין, שהרי גם לשיטתה היה על מי שמתנגד לסמכות הבורר לפנות לבית המשפט.

23. **פרטתי את השתלשלות הדברים מאחר שעולה מההתנהלות כי לאלצר ניתנו הזדמנויות להגיש כתב הגנה, לפנות לבית המשפט הדני ולעתור נגד ההחלטה מיום 2.2.09 בשאלת סמכות המוסד לבוררות אלא שאלצר משיקוליה לא נקטה במעשה כלשהו, רק התכתבה והמתינה.**

בהתכתבויותיה טענה אלצר בלהט בפני המוסד לבוררות וכן בפני בית משפט זה שאין חולק שלפי הדין הישראלי, בורר אינו מוסמך להכריע בשאלת סמכותו וכי המסקנה ההגיונית בנסיבות היא שאין מחלוקת שלפי החוק הישראלי אין הסכם בוררות בר תוקף בין הצדדים.

בהסתמך על טענות אלה, ולאחר שנדחו טענותיה על ידי המוסד לבוררות, מבקשת אלצר כי בית המשפט בישראל ידון דה נובו בטענותיה לענין תוקף הסכם הבוררות תוך התעלמות מפסק הבוררות ומהחלטת המוסד לבוררות מיום 2.2.09 כאילו "לא היה ולא נברא". מובן שהתעלמות זו, שהיא טאקטית ביסודה, אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות משפטית ראויה ולא עם כללי הנימוס הבינלאומי ושבעתיים נכון הדבר כאשר החלטת המוסד לבוררות מיום 2.2.09 וכן פסק הבוררות ניתנו ללא שאלצר השיגה עליהם בבית המשפט הדני, וכל ציפייתה היתה כי בית משפט זה יאמץ את דרך הפעולה בה בחרה אלצר לנקוט במודע.

24. מעבר לצורך אציין כי אני דוחה את טענת אלצר כי פסק הדין בערעור (כב' השופטת ברוש) קובע כי על בית משפט זה לדון דה נובו בשאלת תוקף הסכם הבוררות. כאמור, פסק הדין בערעור על החלטת עיכוב ההליכים של כבוד השופט זמיר, ניתן לאחר החלטת המוסד לבוררות בדנמרק בה נקבע כי ההסכם, לרבות סעיפים 21 ו-22 תקפים. משכך, נקבע בפסק הדין של הערעור כי הערעור הפך לתיאורטי, וכי בעלי הדין יוכלו להתדיין בפני הרשם בכל טענותיהם כפי שהועלו על ידם בבקשה שהוגשה לפניו ואת הדיון בה השהה עד להחלטת המוסד לבוררות בדנמרק. יודגש כי דברי כבוד השופטת ברוש הם קביעה פרוצדוראלית גרידא, ובסך הכל החזירה את הדיון לשלב הראשוני שלו, השלב בו עיכב כבוד השופט זמיר את הדיון בבקשה עד להכרעת המוסד לבוררות, ואין ללמוד ממנה יותר מכך.

25. סיכומו של דבר, אני קובעת שאין להתעלם מפסק הבוררות שאימץ את ההחלטה מיום 2.2.09, וכל עוד לא בוטל על ידי ערכאה שיפוטית רלוונטית בהליך המתאים הרי הוא תקף; משכך, משלא בוטל פסק הדין ומימצאו עומדים על כנם הרי שבהתאם לסעיפים 21 ו-22 להסכם מחלוקות בין הצדדים ידונו לפי הדין הדני במוסד לבוררות בדנמרק. אלצר שעליה הנטל להראות כי ראוי שההליך יתנהל בישראל לא הוכיחה טענותיה כי הפורום הנאות לבחינת המחלוקת היא ישראל. ראיתי להביא בענין זה את הדברים שנקבעו בע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd. פ"ד נח (2) 465 (להלן: "הלכת ראדא"):

"הטלת הנטל על התובע במקרה של היתר המצאה לחו"ל מתבקשת אף מהמסגרת הדיונית שמדובר בה. הבקשה להיתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט הינה מעצם טיבה בקשה הנדונה על-פי צד אחד. משבית-המשפט נעתר לבקשה, ומשכתב-בי-דין הומצא לנתבע במדינה הזרה, רשאי הנתבע להגיש בקשה לביטול היתר המצאה (תקנה 502(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי). אף שאין עסקינן בסעד זמני, הכללים הדיוניים במקרה זה אינם שונים מאלה

החלים במקרים שבהם בעל-דין עותר לביטולו של סעד זמני שניתן על-פי צד אחד. כך מוטל הנטל על המבקש המקורי, במקרה זה התובע. אף הדיון במעמד הצדדים, שנקבע משהוגשה בקשת הביטול, הינו למעשה דיון בבקשה המקורית (השוו רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ [פורסם בנבו] [8]).

משלא עמדה אלצר בנטל ההוכחה כפי שפורט לעיל ומשלא שוכנעתי שעומדת לאלצר עילת תביעה לגופו של עניין שכן על פי ההסכם על המחלוקות נשוא ההסכם, לרבות המחלוקות נשוא התביעה דנא, להידון בהליך בוררות במוסד לבוררות בדנמרק בהתאם לדין הדני, הרי שאני קובעת שיש לבטל את היתר ההמצאה וזאת אף מבלי להידרש לתחולת תנאי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי על נסיבות המקרה דנא (ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd.-פורסם בנבו) ואין לי לשוב ולצטט את דברי כבוד השופט זמיר בהחלטתו מיום 18.3.08 שסבר אף הוא כי הדיון "בשאלת תחולת תנאי תקנה 500, הצפויה להתייטר, ככל שאכן קיימת תניית שיפוט ייחודית המקנה סמכות למוסד הבוררות בדנמרק".

לכל האמור אוסיף כי ביטול היתר ההמצאה נתון לשיקול דעת בית המשפט גם במקרה בו נתמלאו תנאי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, אך שיקולים אחרים מונעים את מתן ההיתר, וכך ראה בית המשפט העליון להתייחס לשיקולים מחוץ לגדר תקנה 500 לתקנות כשאמר כבוד השופט גרוניס בעניין הלכת ראדא :

"לבית-המשפט נתון שיקול-דעת אם להתיר את ההמצאה. במסגרת שיקול-דעת זה יש להביא בחשבון את שאלת הפורום הנאות וליתן את הדעת על הסכם שיפוט, אם קיים. במקרה הנוכחי, שבו קיים סעיף שיפוט, הגענו לכלל מסקנה כי מדובר בתניית שיפוט ייחודית המפנה את בעלי-הדין לבתי-המשפט במחוז מסוים בפלורידה. כדי להתגבר על תניית השיפוט היה על המערערת להראות נסיבות מיוחדות שיצדיקו התעלמות מסעיף השיפוט, ולמעשה מתן יד להפרתו. המערערת לא עמדה בנטל זה. בנסיבות אלו האפשרות של דיון כפול, בארץ ובפלורידה, והחשש מקביעות סותרות אינם מגיעים כדי נסיבות מיוחדות."

ונראה כי אין צורך להוסיף במקרה זה את דעתי על התנהלותה הטאקטית של אלצר ואת בקשתה לקבל היתר המצאה תוך התעלמות מהליכי הבוררות, הגם שהמשיכה כל העת 'להיות בקשר' עם המוסד לבוררות.

26. סיכומו של דבר, אני נעתרת לבקשה לביטול היתר ההמצאה ומורה על ביטולו.

אני מחייבת את אלצר לשלם לנתבעת (לינק) הוצאות הבקשה בסך של 20,000 ₪.

אסתר נחליאלי חיאט 54678313

ניתנה היום, ג' אדר תשע"ב, 26
פברואר 2012, בהעדר הצדדים.
אסתר נחליאלי-חיאט, שופטת,
רשמת בית המשפט המחוזי

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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