

## בית המשפט המחוזי מרכז

הפ"ב 12254-11-08 סופרקום בע"מ נ' האגף להספקת משאבים של משרד הפנים של אוקראינה

בפני כב' השופט בנימין ארנון

המבקשת בתיק הפ"ב 12254-11-08 ויואנס בע"מ (לשעבר סופרקום בע"מ)  
המשיבה בתיק הפ"ב 13403-09-08 ע"י ב"כ עוה"ד יוסי אברהם ומשה ברהוד  
ממשרד יוסי אברהם ושות', עו"ד

נגד

המשיב בתיק הפ"ב 12254-11-08 האגף להספקת משאבים של משרד הפנים של אוקראינה  
המבקש בתיק הפ"ב 13403-09-08

## פסק דין

א. מבוא

חברה ישראלית מתקשרת עם האגף לאספקת משאבים של משרד הפנים של ממשלת אוקראינה בהסכם לאספקה והתקנה של ציוד מתקדם לייצור דרכונים. הצד האוקראיני מחליט לבטל ההסכם ויוזם לשם כך הליך בוררות המתנהל בפני מוסד בוררות אוקראיני. בסיום דיוני הבוררות פוסקים הבוררים כי ההסכם שנכרת בין הצדדים – בטל. בהמשך לכך, נוקט הצד האוקראיני בהליך בוררות שני, אליו מסרבת החברה הישראלית להתייצב בשל טענות קשות לגבי דרך ניהולה של הבוררות הקודמת. בהליך השני נקבע כי כפועל יוצא מבטלותו של ההסכם על החברה הישראלית להשיב לצד האוקראיני סכום של כמיליון דולר ארה"ב אשר שולם לה במסגרת ההסכם. עתה מתבקש בית המשפט ע"י הצד האוקראיני לאשר את פסק הבוררות הזר השני שניתן באוקראינה, ואילו החברה הישראלית מתנגדת לכך בתוקף, ואף עותרת לביטולו עקב פגמים קשים ביותר שנפלו, לטענתה, בהליך הבוררות. השאלה העומדת לפתחו של בית המשפט הינה האם לאשר את פסק הבוררות הזר השני או שמא לקבל את בקשת החברה הישראלית לבטלו.

ב. רקע עובדתי

רקע כללי על ההליך המאוחד דנן

1. המבקשת בתיק הפ"ב 12254-11-08 והמשיבה בתיק הפ"ב 13403-09-08, ויואנס בע"מ (לשעבר סופרקום בע"מ), הינה חברה ישראלית שבתקופה הרלוונטית לתובענה עסקה, בין היתר, בפיתוח, ייצור ושיווק מכונות להנפקת מסמכים מאובטחים, לרבות דרכונים ותעודות זהות חכמות

(להלן: "ויואנס"). המבקש בתיק הפ"ב 13403-09-08 והמשיב בתיק הפ"ב 12254-11-08 הינו האגף לאספקת משאבים של משרד הפנים של אוקראינה (להלן: "האגף"). בין הצדדים נקשרה עסקה מסחרית שפרטיה יובאו בהמשך.

2. ביום 28.9.08 הגיש האגף בקשה לבית משפט זה (הפ"ב 13403-09-08) שעניינה אישור פסק בוררות זר. הבקשה הוגשה בהתאם לסעיף 29א בחוק הבוררות, התשכ"ח – 1968 (להלן: "הבקשה לאישור פסק הבוררות הזר" ו- "חוק הבוררות" בהתאמה). כמפורט בבקשה לאישור פסק הבוררות הזר, ויואנס חויבה על-פי פסק הבוררות הזר להשיב לאגף סכום של 1,047,740 דולר ארה"ב אשר שולמו לה במסגרת העסקה נושא ההסכם שבוטל עפ"י פסק הבוררות הזר. בנוסף לכך חויבה ויואנס לשלם לאגף סך נוסף של 19,838 דולר ארה"ב כפיצוי בגין הוצאות שנגרמו לו עקב תשלום אגרת הבוררות.

3. ביום 23.11.08 הגישה ויואנס לבית משפט זה התנגדות לבקשת האגף לאישור פסק הבוררות הזר. כן הגישה ויואנס, במקביל, "ומטעמי זהירות" כהגדרתה, בקשה לביטול פסק הבוררות הזר (הפ"ב 12254-11-08, להלן: "הבקשה לביטול פסק הבוררות").

4. בהתאם להחלטת בית משפט זה מיום 23.12.08 אוחד הדיון בשני התיקים (הפ"ב 13403-09-08 ו-12254-11-08).

5. ביום 26.1.09 הגיש האגף את תגובתו להתנגדות ויואנס לאישור פסק הבוררות הזר ולבקשתה של ויואנס לביטול פסק הבוררות הזר. האגף התנגד לבקשתה של ויואנס לאשר לה ארכה להגשת בקשתה לביטול פסק הבוררות הזר הואיל ולטענתו הבקשה הוגשה באיחור של כשנתיים מהמועד הקבוע בדין, וללא מתן הסבר המצדיק איחור זה.

ביום 25.3.09 הגישה ויואנס בקשה לקבלת ארכה (רטרואקטיבית) להגשת הבקשה לביטול פסק הבוררות הזר.

#### ההתקשרות העסקית שבין האגף לבין ויואנס וסינמה

6. העסקה המסחרית שנקשרה בין ויואנס לבין האגף מקורה במכרז שפורסם על ידי האגף בשנת 1997 בהתאם להחלטה של ועדה בין משרדית מיוחדת שהוקמה באוקראינה. ועדה זו כללה אישים בכירים ביותר בממשל האוקראיני, ובכללם: ראש הממשלה, שר האוצר, סגן שר הפנים וסגן שר החוץ. לטענת ויואנס, מכרז זה נועד לסייע בביצוע חלק מתוכנית מדינתית ליצירת מערכת אוטומטית אחידה של דרכונים לאזרחי אוקראינה הנקראת Unified State Automated Passport System (להלן: "USAPS"). במכרז נקבע כי הזוכה יספק לאגף ציוד וחומרים לייצור ומילוי מסמכי דרכונים (פספורט), וכן יבצע עבודות התקנה והדרכה של הציוד נושא המכרז.

7. ביום 2.9.99 זכתה במכרז קבוצת יזמים בראשות ויואנס. החלטה זו אושרה ביום 11.11.99 על-ידי המשרד לקשרי חוץ לעניינים כלכליים ומסחריים של אוקראינה. ביום 9.4.02, בהמשך

לזכייתה במכרז, חתמה ויואנס על הסכם עם האגף, במסגרתו הזמין האגף מויואנס ביצוע העבודות ואספקת הציוד נושא המכרז. הסכם זה הוכתר בשם "הסכם מס' 10/82" (להלן: "ההסכם"). בנוסף, חתמו ויואנס והאגף ביום 27.12.00 על הסכם נוסף בשם "הסכם מס' 20-12-25/90" לאספקת טכנולוגיה לייצור תעודות פספורט.

8. לאחר חלוף כשנתיים ממועד חתימת ההסכם, במהלכן סיפקה ויואנס, לטענתה, שירותים, טכנולוגיות וציוד לאגף בשווי של יותר מ- 4 מיליון דולר – הגיש האגף תביעה למוסד הבוררות האוקראיני, International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (מוסד הבוררות האוקראיני יכונה להלן: "ICAC"; ותביעה זו תכונה להלן: "התביעה הראשונה"). במסגרת התביעה הראשונה, עתר האגף לקבלת הצהרה בדבר בטלות ההסכם הואיל ולטענתו האגף חתם על ההסכם בחוסר סמכות.

### הליך מינוי הרכב הבוררים

9. סעיף 3.3 בתקנות ה- ICAC (להלן גם: "תקנות ה-ICAC") קובע מנגנון למינוי בוררים, לפיו כל צד ממנה בורר מטעמו, ושני הבוררים הנ"ל ממנים יחד בורר שלישי האמור לכהן בראש הרכב הבוררים. אם אחד מהצדדים לא ממנה בורר מטעמו בתוך 30 ימים הנמנים ממועד קבלת ההודעה הנדרשת לכך על-פי תקנות ה-ICAC, או במקרה ששני הבוררים שמונו על ידי הצדדים אינם מצליחים, בתוך 30 הימים האמורים, להגיע להסכמה משותפת לגבי זהותו של הבורר השלישי שיכהן בראש ההרכב – קובעות תקנות ה-ICAC כי יו"ר ההרכב ימונה על ידי נשיא לשכת המסחר והתעשייה של אוקראינה (להלן: "נשיא לשכת המסחר"). סעיף 3.5 בתקנות ה-ICAC קובע כי במקרה בו נשיא לשכת המסחר הוא אשר ממנה את הבורר השלישי – מוטל עליו להתחשב בשיקולים שנועדו להבטיח מינויו של בורר עצמאי ונטול פניות, ולהעדיף, ככל שניתן, מינויו של בורר שהינו בעל אזרחות שונה מזו של הצדדים להליך הבוררות.

10. ביום 23.2.04 הודיע האגף ל- ICAC כי הוא ממנה את מר ויטלי פדרוביץ' בויקו (להלן: "בויקו"), שהינו אזרח ותושב אוקראיני, לשמש כבורר מטעמו. ויואנס, מצידה, ביקשה ביום 16.4.04 למנות את ד"ר לינה ליטינן מפינלנד כבוררת מטעמה. ברם: ביום 5.5.04 נמסר ליואנס כי ד"ר ליטינן אינה יכולה לכהן כבוררת בשל מעורבותה בתאונת דרכים ולפיכך נדרשה ויואנס למנות, בתוך זמן קצר, ועד ליום 17.5.04 (דהיינו – תוך 12 ימים בלבד) בורר אחר מטעמה מתוך רשימת הבוררים המומלצים של ה- ICAC.

11. ביום 14.5.04 הודיעה ויואנס ל- ICAC כי היא מבקשת למנות כבורר מטעמה את ד"ר סלפיוס שהינו עורך דין אוסטרי הנמנה על רשימת הבוררים המומלצים. כשבועיים לאחר מינויו של ד"ר סלפיוס הודיע ה- ICAC כי ביום 28.5.04 החליט נשיא לשכת המסחר, מר סקיפצ'ניקו, למנות את מר אלכסנדר דמיטרוביץ' קרופצ'ין – שהינו אזרח אוקראיני, לשמש כראש הרכב הבוררים (להלן: "קרופצ'ין"). כן הודיע ה- ICAC כי הדין בתביעה הראשונה יתקיים ביום 1.7.04.

12. לטענת ויואנס בהחלטה בדבר מינויו של מר קרופצ'ין כראש הרכב הבוררים נפלו פגמים רבים, ולפיכך ויואנס ניהלה התכתבות עם ה- ICAC בעניין זה, וכן ובעניינים נוספים שיפורטו להלן:

א. ביום 3.6.04 פנתה ויואנס במכתב אל נשיא לשכת המסחר ואל הבוררים על מנת לברר את נסיבות מינויו של מר קרופצ'ין לראש הרכב הבוררים.

ב. ביום 7.6.04 שלח ד"ר סלפיוס מכתב תשובה אל ויואנס, בו ציין, בין היתר, כי מינויו של מר קרופצ'ין נעשה מבלי שניתנו לו, על אף בקשתו, פרטים אשר היו מאפשרים התקשרות ישירה בינו לבין מר בויקו; ומבלי שניתנה לו האפשרות לנסות ולהגיע, יחד עם מר בויקו, למינוי מועמד מוסכם בהתחשב בכך שמר קרופצ'ין הינו אזרח אוקראיני. ד"ר סלפיוס שלח העתק ממכתב זה גם אל נשיא ה- ICAC, מר פוברצ'נקו (להלן: "פוברצ'נקו") אשר התבקש להעביר את העתקו גם אל הבוררים עצמם.

ג. ביום 3.6.04 קיבלה ויואנס מכתב תשובה מנשיא ה- ICAC ובו נאמר כי בפנייתה יש משום ניסיון ליטול לעצמה סמכות של גוף מפקח.

ד. ביום 8.6.04 פנתה ויואנס ל- ICAC וביקשה לקבל עותק מהחלטת נשיא לשכת המסחר בדבר מינויו של מר קרופצ'ין. על כך השיב נשיא לשכת המסחר במכתב המפרט את שיקוליו במינויו של מר קרופצ'ין ובו טען כי מינוי זה נעשה, בין היתר, מכיוון שהבוררים מטעם הצדדים לא השכילו להסכים על מועמד מוסכם לתפקיד ראש הרכב הבוררים.

ה. ויואנס פנתה אל ה- ICAC בבקשה לקבל פרטים בנוגע לתשלום האגרה על ידי האגף, אך נענתה בשלילה.

ו. ויואנס פנתה אל ה- ICAC בבקשה לקבל את התביעה הראשונה וכל נספחיה, וכן בבקשה לעיין בתיק הבוררות, אך גם בקשותיה אלו נענו בשלילה.

### פסק הבוררות הזר הראשון

13. לטענת ויואנס, בראשית הליכי הבוררות שהתקיימו ביום 1.7.04 מנה ד"ר סלפיוס בפני הבוררים האוקראינים, בויקו וקרופצ'ין, את הכשלים שנפלו במינויו של מר קרופצ'ין לראש הרכב, וביקש מהם לפעול לתיקון הפגם. בקשתו של ד"ר סלפיוס נדחתה ע"י הבוררים, אשר ביקשו להכריע בתובענה לגופה.

14. כן טוענת ויואנס כי במהלך הבוררות ביקש נשיא ה- ICAC, מר פוברצ'נקו, משלושת הבוררים לסור ללשכתו והודיע לד"ר סלפיוס כי יש בידו תמונות המתעדות פגישה שהתקיימה בלילה הקודם בין ד"ר סלפיוס לבין בא-כוחה האוקראיני של ויואנס, וכן דו"ח חשאי המעיד, כביכול, כי לאחר אותה פגישה בילה ד"ר סלפיוס את הלילה בחברת "נציגות המקצוע העתיק בעולם". בתגובה לכך, זימן ד"ר סלפיוס את הצדדים לבוררות והודיע להם על ההאשמות שהוטחו בו ע"י מר

פוברצ'נקו. לדבריו, הוא הגיע לשדה התעופה בחצות, ומאחר שמר פוברצ'נקו הודיע לו כי לא יוכל לסייע לו בהסעה משדה התעופה לבית המלון, הוא נאלץ לבקש (באמצעות מזכירתו) מבי"כ ויואנס לסייע לו בהסעה כאמור. בהמשך לכך, בי"כ ויואנס הגיע בעצמו לשדה התעופה על מנת להסיע את ד"ר סלפיוס לבית המלון, ובהגיעם למלון הזמין אותו ד"ר סלפיוס, כמחווה של נימוס, לכוס בירה, כשהוא מקפיד לשאת בתשלום עבור הבירה, ונמנע מלהחליף עמו דיבור כלשהו בקשר לבוררות. לאחר שנפרד מבי"כ ויואנס, עלה ד"ר סלפיוס לחדרו בבית המלון ובילה את הלילה, לבדו, בשינה.

15. עוד טוענת ויואנס כי ביום 1.7.04, במהלך דיון אשר התקיים במסגרת הבוררות, התגלתה מחלוקת בין הבוררים לגבי תחולת האמנה הבינלאומית לטובין (United Nation Convention on Contracts for International Sale of Goods, 1980). ד"ר סלפיוס הביע דעתו כי האמנה למכירת טובין חלה בנסיבות העניין, ואילו מר קרופצ'ין חלק על כך וסבר כי מדובר במקרה פשוט שאינו מצריך דיון בשאלות נוספות שהועלו מטעם הצדדים. בתגובה לכך הודיע ד"ר סלפיוס כי לדעתו מדובר בסוגיות רציניות, וכי לא יהיה מוכן לחתום על פסק הבוררות בלי שסוגיות אלו ילובנו כנדרש. כן הביע ד"ר סלפיוס אי נוחות מכוונת ראש ההרכב ליתן את פסק הבוררות לאלתר ולפרסם את הנימוקים לאחר מכן. בשלב זה הודיע מר קרופצ'ין על הפסקה בדיון, וד"ר סלפיוס זומן לחדרו של מר פוברצ'נקו, אשר הודיע לו כי אם לא יואיל לחתום על פסק הדין, הוא לא יוכל לערוב לביטחוננו כאשר יבקש לעזוב את אוקראינה.

16. ביום 2.7.04 ניתן פסק הבוררות הזר הראשון אשר קיבל את התביעה הראשונה של האגף בדעת רוב של שני הבוררים האוקראינים – בויקו וקורפצ'אן, וכנגד דעתו החולקת של ד"ר סלפיוס. פסק הדין ניתן ללא נימוקים. בהמשך שלחו הבוררים בויקו וקורפצ'אן את פסק הדין המנומק שלהם אל ד"ר סלפיוס, אשר צירף אליו את חוות דעתו החולקת, במסגרתה כתב, בן היתר, הדברים הבאים:

"Under usual concatenation of circumstances I would not agree to sign an unmotivated award, however in such case I suppose it is necessary to record in my dissented opinion these unusual procedural aspects that have led to such arbitration award in this connection I signed the arbitration award and composed my dissented opinion".

לבסוף, מסרו בויקו וקורפצ'אן את תגובתם לחוות דעתו החולקת של ד"ר סלפיוס.

### פסק הבוררות הזר השני

17. בחודש אוקטובר 2004 הגיש האגף אל ה-ICAC תביעה נוספת נגד ויואנס להשבת הסכומים ששולמו לה, לטענתו, בהתאם להסכם. עילת התביעה להשבת הכספים התבססה על כך שפסק הבוררות הזר הראשון הצהיר על בטלותו של ההסכם (להלן: "התביעה השנייה").

18. ויואנס הודיעה ל-ICAC כי אין בכוונתה ליטול חלק בהליך בורות נוסף עקב חוסר האמון שיש לה במוסד זה. זמן קצר לאחר מכן ניתן פסק בורות נוסף (להלן: "פסק הבוררות הזר השני").

על ידי הרכב בוררים שכלל את גב' וינוקרובה, מר בויקו וגב' פרונסקה – כולם אזרחים אוקראיניים שמונו על-ידי האגף יחד עם נשיא לשכת המסחר באוקראינה. בפסק בוררות זה חויבה ויואנס להשיב לאגף סכום של כמיליון דולר ארה"ב ששולם לה בהתאם להסכם אשר הוכרז כבטל בפסק הבוררות הזר הראשון.

### **הערעורים על פסקי הבוררות הזרים בפני בתי המשפט באוקראינה**

19. ביום 13.8.04 עתרה ויואנס לבית המשפט לערעורים של קייב באוקראינה לביטול פסק הבוררות הזר הראשון. עתירתה נדחתה ביום 12.10.04. ביום 25.11.04 הגישה ויואנס ערעור על ההחלטה של בית המשפט לערעורים אל בית המשפט העליון של אוקראינה, אך ביום 29.6.06 נדחה גם ערעור זה.

20. ביום 15.9.04 הגישה ויואנס לבית המשפט לענייני מסחר של העיר קייב תביעה אזרחית לפיצויים בסך של 20,972,330 דולר כנגד האגף, כנגד ממשלת אוקראינה, וכנגד משרד האוצר הלאומי של אוקראינה. תביעה זו נדחתה ביום 21.1.05. ויואנס ערערה על פסק הדין לבית המשפט המסחרי לערעורים באוקראינה אך גם ערעור זה נדחה. ויואנס עתרה לבית המשפט המסחרי הגבוה של אוקראינה בבקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המסחרי לערעורים, אולם בקשת רשות ערעור זו נדחתה. על החלטה זו ערערה ויואנס לבית המשפט העליון של אוקראינה אך גם בקשתה זו נדחתה.

### **"אבני דרך" בהתנהלותו של ההליך דנו**

21. בהחלטה שניתנה ביום 27.5.09 נענה בית משפט זה לבקשתה של ויואנס לאשר לה הארכת מועד (רטרואקטיבית) להגשת הבקשה שהגישה לביטול פסק הבוררות הזר.

22. במהלך דיוני ההוכחות העידו עדים מטעם ויואנס, ובכללם גם הבורר ד"ר סלפיוס. מטעם האגף, לעומת זאת, לא העיד ולו עד אחד, וגם המצהיר מטעם האגף, מר דני גורבס, לא התייצב בבית המשפט על מנת להיחקר על תצהירו. יצוין כי המועדים לשמיעת עדי האגף ולחקירת המצהיר מטעמו על תצהירו נקבעו זמן רב מראש על מנת לאפשר לכל אלה להתארגן מבעוד זמן לשם הגעתם לישראל.

23. בסיום שלב ההוכחות נדרשו הצדדים להגיש סיכומים בכתב, והמועדים להגשתם נקבעו בנוכחות באי-כוחם של הצדדים. ביום 5.12.11 הגישה ויואנס את סיכומיה, אך האגף לא הגיש את סיכומיו על אף חלוף המועד לכך. חלף כך, ביום 31.1.12 פנה ב"כ האגף, עו"ד מלמד, לבית המשפט, ומסר "הודעה על ביטול ייצוג" במסגרתה הודיע כי האגף "שחרר" אותו מתפקידו, וכי מכאן ולהבא – משרדו אינו מהווה עוד כתובת להמצאת כתבי בי-דין לאגף. בעקבות הודעה זו הורה בית המשפט לעו"ד מלמד להמציא לבית המשפט המסמכים הבאים: העתק מהודעת האגף בדבר שחרורו מתפקידו כב"כ האגף; תרגום לעברית של מסמך השחרור הנ"ל בצירוף אישור נוטריוני המאשר את נכונותו; ומען פיסי בישראל למסירת כתבי בי-דין עבור האגף.

24. ביום 12.2.12 הגישה ויואנס בקשה למתן פסק דין בגדרה היא טענה כי נוכח אי הגשת סיכומים מטעם האגף יש ליתן פסק דין לטובתה אשר ידחה את בקשתו של האגף לאכיפת פסק הבוררות הזר השני, ויקבל את בקשתה לביטולו של פסק זה. מנגד, ביום 13.2.12 מסר עו"ד מלמד (ב"כ האגף לשעבר) הודעה אישית מטעמו, במסגרתה טען כי אין באפשרותו להמציא לבית המשפט מען פיסי בישראל למסירת כתבי בי-דין עבור האגף, למעט מענו של משרד החוץ הישראלי אשר לדבריו באמצעותו יש להמציא כתבי בי-דין למשרד החוץ של מדינת אוקראינה. עו"ד מלמד צירף להודעתו את הודעת האגף בדבר שחרורו מתפקידו; תרגום לעברית של הודעה זו; וכן אישור נטריוני על נכונות התרגום.

25. ביום 26.2.12 החליט בית משפט זה כי נוכח העובדה שעסקינן בתיק שנשמעו בו עדויות, הובאו ראיות, נקבעו מועדים להגשת סיכומים בנוכחות באי כוחם של שני הצדדים והמועדים להגשת הסיכומים מטעם שני בעלי הדין חלפו – הבשיל המועד למתן פסק דין בבקשות נושא הליך זה. עוד נפסק כי על אף שהאגף פעל שלא כדין כאשר נמנע מלהגיש סיכומים מטעמו, עדיין נדרשת בחינתן של הראיות שהובאו לפני בית המשפט בטרם יינתן פסק דין בהליך זה.

לאור האמור, נקבע כי התיק יועבר לכתובת פסק דין.

#### ג. עיקר טענות הצדדים

##### תמצית טענות ויואנס

26. לטענת ויואנס, גרסתה העובדתית הוצגה והוכחה באמצעות העדים מטעמה – מנכ"ל ויואנס (בזמנים הרלוונטיים לתביעה) **מר אייל טוכמן והבורר ד"ר סלפיוס**. לגרסתה, האגף כלל לא הוכיח בפני בית המשפט את גרסתו העובדתית, שהרי המצהיר מטעמו, מר דניס גורבס, לא התייצב לשם חקירה על תצהירו, ואף יתר העדים המתוכננים (הבוררים האוקראינים בויקו וקרופצ'ין) לא התייצבו לשם מסירת עדותם בפני בית המשפט. לפיכך, יש לקבוע כי היא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה על פי סעיף 5 באמנת ניו-יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, 1958 (להלן: "**האמנה**") או "**אמנת ניו-יורק**") לצורך קבלת התנגדותה לבקשת האגף לאישור פסק הבוררות הזר.

27. סעיף 5(1)(ד) באמנת ניו יורק קובע כי בית המשפט יכול לסרב להכיר ולאכוף פסק בוררות חוץ אם בעל הדין שנגדו מעידים את הפסק המציא לרשות המוסכמת הוכחה "**שהרכבה של הרשות הבוררת או שסדרי הבוררות לא היו בהתאם להסכם בין בעלי הדין או, בהיעדר הסכם כזה, בהתאם לדיני הארץ שבה נתקיימה הבוררות**". לטענת ויואנס, נסיבות המקרה הנוכחי מבססות קיומה של עילה המפורטת בסעיף זה של אמנת ניו – יורק המצדיקה אי הכרה בפסק הבוררות הזר, וזאת – מאחר שאופן מינוי והרכב פאנל הבוררים נגד את דיני אוקראינה אשר בתחומה נערכה הבוררות. לגרסתה, מינויו של מר קרופצ'ין לראש הרכב הבוררים נעשה תוך הפרה של סעיפים 3.3 ו- 3.5 בתקנות ה-ICAC, ותוך הפרת עקרונות יסוד של צדק ומשפט. תימוכין לגרסתה זו מוצאת ויואנס בעובדות הבאות:

- א. הבוררים שמונו על ידי הצדדים אמורים היו לנסות ולהגיע להסכמה בדבר מינויו של מועמד מוסכם לראש הרכב הבוררים (סעי' 3.3 בתקנות ה- ICAC), אך בפועל נשיא לשכת המסחר באוקראינה החליט למנות בעצמו את מר קרופצ'ין לתפקיד ראש הרכב הבוררים, מבלי שנתבקש על ידי מי מהצדדים לעשות כן, מבלי שניתנה לד"ר סלפיוס ההזדמנות ליצור קשר עם הבורר מטעם האגף, מר בויקו, על מנת לנסות ולהגיע עמו להסכמה על מועמד מוסכם לתפקיד זה, ובטרם חלפה תקופת 30 הימים הקצובה לבוררים שמונו על ידי הצדדים להגיע להסכמה כזו.
- ב. במקרה שנשיא לשכת המסחר הוא שממנה את ראש הרכב הבוררים, עליו להעדיף מינויו של בורר בעל אזרחות שונה מזו של הצדדים (סעי' 3.5 בתקנות ה- ICAC). דא עקא, בפועל החליט נשיא לשכת המסחר למנות לתפקיד ראש הרכב הבוררים את מר קרופצ'ין, שהינו אזרח אוקראינה, על אף שאחד הצדדים לבוררות הינו גוף ממשלתי של אוקראינה.
- ג. נוכח תפקידו של מר קרופצ'ין במוסדות המתוקצבים על ידי הממשל האוקראיני והמצויים תחת מרותו של ממשל זה - קיים ניגוד עניינים וחשש למשוא פנים במינויו של מר קרופצ'ין לבורר בהליך שאחד הצדדים לו הינו גוף ממשלתי של אוקראינה.
28. לטענת ויואנס, עובדות המקרה הנוכחי מבססות קיומה של עילה נוספת, המפורטת בסעיף 15(ד) באמנת ניו יורק, שלא להכיר בפסק הבוררות הזר – וזאת מהטעם שסדרי הבוררות נגדו את דיני אוקראינה שבתחומה נערכה הבוררות. גרסתה של ויואנס בדבר הליקויים בסדרי הבוררות מבוססת על הטעמים הבאים:
- א. לויואנס ניתנו 12 ימים בלבד להודיע על מינוי בורר חלופי מטעמה (לאחר הודעתה של ד"ר לינה ליטינן מפינלנד כי נבצר ממנה להשתתף בבוררות) – במקום 30 הימים הקבועים בסעיף 3.3 בתקנות ה- ICAC;
- ב. נדחתה בקשתה של ויואנס לדחיית מועד הדיון על מנת לאפשר לה להיערך כראוי לדיון עקב החלפת בא-כוחה בשל ניגוד עניינים שהתגלה באותו שלב;
- ג. ניתן פסק בוררות לא מנומק על אתר;
- ד. על פי תקנון ה- ICAC קיימת לנשיאות ה- ICAC הסמכות להאריך את תקופת הבוררות בהתאם לבקשה של הבוררים או של מי מהצדדים, ולפיכך לא הייתה כל סיבה להאצת הליך הבוררות;



ה. התביעה השניה הוגשה ביום 20.10.04 ואילו פסק הבוררות הזר השני ניתן ביום 27.9.05 – בחלוף למעלה מ- 11 חודשים, תוך הפרת החובה לנהל את הליך הבוררות במשך 6 חודשים לכל היותר (סעי' 4.9 בתקנות ה- ICAC).

29. סעיף 5(1)(ב) באמנת ניו יורק קובע כי בית המשפט יכול לסרב להכיר בפסק בוררות חוץ אם בעל הדין שנגדו מעידיים את הפסק המציא לרשות המוסכמת הוכחה כי **'לא ניתנה לו הודעה נאותה על מינוי הבורר או על סדרי הבוררות או שלא היה יכול מסיבה אחרת לטעון טענותיו'**. לטענת ויואנס, ה- ICAC פגע בזכות המוקנית לה לטעון את טענותיה בפני הבוררים, ולפיכך מתקיימת במקרה דנן עילה נוספת שלא להכיר בפסק הבוררות הזר. נימוקיה של ויואנס לטיעון זה הינם אלה:

א. ה- ICAC סירב להיענות לבקשתה מיום 14.4.04 למסור לידה את מלוא מסמכי התביעה ולאפשר לה לעיין באופן עצמאי בתיק הבוררות. בהקשר זה, דוחה ויואנס את טענתו של ה- ICAC לפיה מסר לה את מסמכי התביעה (באמצעות עו"ד מרטיניוק) ביום 17.3.04, וטוענת כי בכל מקרה אין בכך כדי להצדיק את שלילת זכותה לעיין באופן עצמאי בתיק הבוררות המנוהל ע"י ה- ICAC.

ב. ה- ICAC סירב להיענות לבקשותיה של ויואנס מהתאריכים 29.4.04 ו- 29.6.04 למסור לה את מלוא המידע הנוגע לתשלום האגרה על ידי האגף בטענה כי לצדדים אין זכות לפקח על בית הדין. לטענתה של ויואנס, סירוב זה פגע בה בשני היבטים:

ראשית, נמנעה ממנה האפשרות לדעת, עובר לניהול ההליך, מהו הדין החל עליו. הטעם לכך נעוץ בעובדה שביום 1.1.04 נכנס לתוקפו חוק אוקראיני חדש החל על כל התביעות האזרחיות שהוגשו לאחר תאריך זה. מאחר שסעיף 5 בתקנות ה- ICAC קובע כי הליך הבוררות מתחיל רק לאחר שהתובע שילם את האגרה בגין התביעה אזי למועד התשלום בפועל של אגרת הבוררות יש חשיבות לצורך קביעת הדין החל על התביעה שבפני הבוררים.

שנית, נמנעה ממנה האפשרות לטעון כי לא נגבתה מהאגף אגרה מספקת בגין התביעה שהגיש כנגדה [רע"א 1550/05 בונה הצפון נ' א.ב.ג.ל. (פורסם במאגרים המשפטיים, [פורסם בנבו], 30.8.2005)].

ג. ה- ICAC ניהל את ההליך תוך משוא פנים מצידם של שני הבוררים האוקראינים, ה"ה בווקו וקרופצ'ין, ומבלי שטענותיה של ויואנס יישמעו ב"לב פתוח ונפש חפצה".

30. סעיף 5(2)(ב) באמנת ניו יורק קובע כי בית המשפט יכול לסרב להכיר בפסק בוררות זר אם מצא כי **"הכרתו ואכיפתו של הפסק יהיו נוגדות את תקנת הציבור של אותה ארץ"**. לטענת ויואנס, התנהלותו של ה- ICAC פגעה בכללי הצדק הטבעי ולפיכך מתקיימת עילה נוספת שלא להכיר בפסק הבוררות הזר. לביסוס טיעון זה טוענת ויואנס כדלקמן:

א. ה- ICAC סירב למסור לויאנס את מלוא מסמכי התביעה, סירב לאפשר לה עיון עצמאי בתיק הבוררות המצוי אצל ה-ICAC, וסירב למסור לה את מלוא המידע הנוגע לתשלום האגרה ע"י האגף. כל אלה מהווים פגיעה בכללי הצדק הטבעי, כאמור בדברי כב' השופט חשין ברע"א 9808/02 כץ נ' מילמן, פ"ד נח (2) 901, 907 (2004) לפיהם: "כללי הצדק הטבעי מחייבים בהליכי בוררות, ופירוש הדברים הוא, כי חובה היא המוטלת על בורר ליתן הזדמנות לבעלי-הדין לעיין בחומר הראיות המצוי לפניו, לחקור עדים, ולהוסיף ולטעון טענותיהם במלואן. וכך, אין לשמוע עדים מבלי ליתן לצד השני הזדמנות ראויה לחוקרם, ואין לקבל מסמכים מבלי שיוצגו לפני בעלי-הדין כדי שאֵלה יוכלו להגיב עליהם".

ב. שני הבוררים האוקראינים (בויקו וקרופצ'ין) היו נתונים למרותו של מזכיר ה- ICAC, מר פוברצ'נקו, וקיבלו את החלטותיהם בהתאם להנחיותיו, מבלי להפעיל שיקול דעת עצמאי.

ג. מר פוברצ'נקו ניסה לפגוע בעצמאותו השיפוטית ואי תלותו של ד"ר סלפיוס ולהגביל את יכולתו לבצע את תפקידו לפי הנדרש ממנו. כך למשל הסתיר ד"ר פוברצ'נקו מד"ר סלפיוס חלק ממסמכי הבוררות, איים עליו כי אם לא "יירש קו" עם שני הבוררים האוקראינים הוא ייפגע בו באמצעות פרסום צילומים מביכים שלו המצויים בידיו, וכן רמז לו כי הוא עלול להיפגע פיסית אם לא יחתום על פסק הבוררות (נוכח עמדתו של ד"ר סלפיוס כי התיק אינו בשל למתן פסק דין).

31. עוד טוענת ויואנס כי קיומן של עילות ביטול מבין אלה הקבועות בסעיף 5 באמנת ניו יורק ביחס לפסק הבוררות הזר הראשון, מוביל בהכרח גם לביטולו של פסק הבוררות הזר השני. לגרסתה, לפסק הבוררות הזר השני אין כל חיות משל עצמו, וכל כולו מבוסס על פסק הבוררות הזר הראשון. לפיכך, היא נהגה כדין כאשר נמנעה מלהתייבב לדיוני הבוררות בתביעה השניה שנידונה גם היא בפני ה- ICAC וזאת – נוכח הפגיעה הבוטה בכללי הצדק הטבעי שארעה במהלך בירור התביעה הראשונה.

### תמצית טענות האגף

32. במענה לטענותיה של ויואנס כנגד מינויו של מר קרופצ'ין לתפקיד ראש הרכב הבוררים משיב האגף כדלקמן:

א. ביום 1.7.04, בתחילתו של הדיון שנערך במסגרת הבוררות, הביעה ויואנס את הסכמתה למינויו של מר קרופצ'ין כראש הרכב הבוררים. בכך הכשירה ויואנס את המינוי גם אם אומנם נפל בו פגם. רק בהמשך הדיון, עקב החלטות שלא היו לרוחה, העלתה ויואנס טענת פסלות כנגד מינויו של מר קרופצ'ין, אך היא הייתה מנועה מלעשות כן, לאחר שכבר הסכימה למינויו.

- ב. מר קרופצ'ין הינו איש אקדמיה עצמאי ונטול פניות, ועצם העובדה שמוסדות אקדמיה באוקראינה נתמכים על ידי הממשלה, אינה יוצרת מניעות מאיש אקדמיה מלכהן כבורר בבוררות אשר גוף ממשלתי הינו צד בה ;
- ג. על פי סעי' 3.5 בתקנות ה- ICAC, אין חובה למנות בורר בעל אזרחות שונה מזו של הצדדים לבוררות ;
- ד. נוכח ההתכתבות שנוהלה בין הבוררים ד"ר סלפיוס ובויקו בנוגע לזהות הבורר השלישי, לא היה טעם כי נשיא לשכת המסחר ימתין עד תום תקופת 30 הימים הקבועה בסעיף 3.3 בתקנות ה- ICAC ;
- ה. הליך הבוררות חייב להתנהל בתקופה של עד 6 חודשים (סעי' 4.9 בתקנות ה- ICAC) ויש להודיע לצדדים על מועד הדיון ועל הרכב הבוררות 30 ימים לפני מועד הדיון (סעי' 6.3 בתקנות ה- ICAC). לפיכך לא הייתה ברירה אלא להאיץ את מינויו של ראש הרכב הבוררים.
33. באשר לטענותיה של ויואנס בדבר ניהולה של התביעה הראשונה באופן בלתי חוקי משיב האגף כדלקמן :
- א. בהתייחס לטענת ויואנס בדבר אי קבלת המידע והמסמכים הנדרשים, ואי מתן זמן ראוי להתכונן כראות לדיון בבוררות משיב האגף כי ב"כ ויואנס קיבל את מסמכי התביעה עוד ביום 17.3.04 ; כי ה- ICAC נתן לויואנס הארכת מועד להגשת תגובתה לתביעה עד ליום 17.5.04 ; כי תגובתה הכוללת והמתוקנת של ויואנס לתביעה הוגשה ביום 1.7.04 (מועד הדיון) ; וכי לא הייתה כל הצדקה להיענות לבקשתה של ויואנס לדחות את מועד הדיון ב- 60 ימים נוכח העובדה שהוגשה ביום 30.6.04, יום אחד בלבד לפני המועד שנקבע לתחילת דיוני הבוררות.
- ב. לטענה בדבר אי קבלת המידע המבוקש בעניין אגרת המשפט – משיב האגף כי ה- ICAC מסר לויואנס תשובה מנומקת בעניין זה ; כי נושא האגרה הינו, בעיקרו, בין בעל דין לבין הגורם השיפוטי הרלוונטי ; וכי הייתה לויואנס האפשרות לטעון את טענותיה באופן חלופי, הן על פי הדין הישן, והן על פי הדין החדש.
- ג. לטענה בדבר לחץ ואיומים שהופעלו על הבורר ד"ר סלפיוס – משיב האגף כי העובדה שד"ר סלפיוס פסק, בדעת מיעוט, לטובת ויואנס, "משמיטה את הקרקע" מתחת לטענה שהופעל עליו לפסוק בניגוד למצפונו, שהרי ממילא פסק בהתאם למצפונו.
34. לגרסת האגף, עילות הביטול עליהן הצביעה ויואנס אינן רלוונטיות לפסק הבוררות הזר השני, ואין בהן כדי להוות עילה לביטולו.

35. עוד טוען האגף כי ויואנס עתרה אל בתי המשפט באוקראינה בבקשות שונות שעניינם ביטול פסק הבוררות הזר הראשון. בקשות אלה נידונו על ידי בתי המשפט המוסמכים ונדחו, ומשכך – נוצר מעשה בי-דין המונע מויואנס מלהעלותן שוב בפני בית משפט זה.

36. בנוסף טוען האגף כי ויואנס הגישה תביעה אזרחית – נזיקית כנגד האגף בבית משפט באוקראינה, במסגרתה טענה כי בעקבות פסק הבוררות הזר הראשון שהצהיר על בטלות ההסכם שבינה לבין האגף נגרמו לה נזקים המזכים אותה בפיצויים. האגף טוען כי בעוד שבתביעתה לקבלת פיצויים הסתמכה ויואנס על פסק הבוררות הזר הראשון הרי שבמסגרת ההליך הנוכחי טוענת ויואנס טענה הפוכה, דהיינו – כי יש לבטל את פסק הבוררות הזר הראשון, בכך מעלה ויואנס טענות סותרות במסגרת הליכים שונים, באופן המהווה שימוש לרעה בהליכי משפט.

### תשובת ויואנס לטענות האגף

37. בתגובה לטענת האגף בדבר קיומו של מעשה בי-דין שנוצר עם מתן פסק הדין באוקראינה אשר דחה את עתירתה של ויואנס לביטולו של פסק הבוררות הזר הראשון – משיבה ויואנס כדלקמן:

א. הסמכות לבחון קיומן של עילות הביטול המפורטות בסעיף 5 באמנת ניו יורק נתונה לבית המשפט הדין בבקשה לאישור פסק הבוררות הזר, וזאת – במנותק מהחלטה קודמת שניתנה בסוגיה זו על ידי בית המשפט במדינה שבה ניתן פסק הבוררות הזר. בהקשר זה קיימת פסיקה הקובעת כי פסק הבוררות זר שאושר על ידי בית משפט במדינה שבה ניתן אינו מקבל מעמד של פסק דין שאושר מבלי שניתן עוד לבטלו על פי הוראות סעי' 27(ג) ו-28 בחוק הבוררות תשכ"ח – 1968 [רע"א 1810/94 מפרו קיבוץ הגושרים נ' פיס (פורסם במאגרים המשפטיים, [פורסם בנבו], 16.3.1994); אוטולונגי, עמ' 940].

ב. אין בפסק הדין האוקראיני כדי ליצור מעשה בי-דין מאחר שהאגף נמנע מלהגיש בקשה לאכיפתו על פי חוק אכיפת פסקי דין, תשי"ח – 1958 (להלן: "חוק אכיפת פסקי חוץ").

ג. אין בפסק הדין האוקראיני כדי להקים מעשה בי-דין מאחר שהאגף נמנע מלהגיש בקשה לאכיפתו ליועץ המשפטי לממשלה, על אף שאוקראינה הינה מדינה אשר אינה נוהגת לאכוף פסקי דין של בתי המשפט של מדינת ישראל [סעי' 4(א) בחוק אכיפת פסקי חוץ; 1344/94 אגטה נ' אלכסנדר, תשנ"ה (3) 493 (1995)].

ד. אין בפסק הדין האוקראיני כדי להקים מעשה בי-דין מאחר שהאגף נמנע מלהעבירו הליך של "קליטה" למשפט המחייב בישראל, וכן נמנע האגף מלהוכיח כי יהיה זה מן הדין ומן הצדק להכיר בפסק הזר הכרה אינצידנטלית על פי סעי' 11(ב) בחוק אכיפת פסקי חוץ, על אף טענות ההגנה הטובות שהועלו על ידי ויואנס כנגד ההכרה בו [ע"א 490/88 בסיליוס נ' מחמוד, פ"ד מד (4) 397, 404-405 (1990)].

ה. אף אם היה בפסק הדין האוקראיני כדי להקים מעשה בי-דין, רשאי בית המשפט הישראלי לבחון האם פסק הבוררות הזר ניתן תוך כדי פגיעה בכללי הצדק הטבעי [סעי' 6(א)(2) בחוק אכיפת פסקי חוץ; ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח (3) 641, 646-647 (1994)], וכן האם פסק הבוררות הזר הושג במרמה [ע"א 9800/01 שאוליאן נ' אפרמיאן, נח (4) 389 (2004)].

38. ביחס לתביעה לקבלת פיצויים שהגישה ויואנס באוקראינה בשל הנזקים אשר לטענתה נגרמו לה בגין קביעתו של פסק הבוררות הזר הראשון בדבר בטלותו של ההסכם, טוענת ויואנס כי תביעה זו הוגשה על ידה בניסיון למזער את הנזקים שנגרמו לה כתוצאה מפסק הבוררות הזר הראשון, ואין בהגשתה כדי להעיד על זניחת טענותיה כנגד עצם תוקפו של פסק זה.

39. בנוגע לטענת האגף בדבר קיומו של השתק שיפוטי כנגד ויואנס בגין העלאת טענות סותרות בהליכים שונים – משיבה ויואנס כי על מנת ליצור השתק שיפוטי כנגד ויואנס בגין העלאת טענות סותרות בהליכים שונים, נדרש להוכיח שלצד שהעלה את הטענה הסותרת צמחה, כתוצאה מכך, טובת הנאה בהליך הקודם [רע"א 6753/96 מ.מ.ח.ת. בע"מ נ' פרידמן, פ"ד נ (5) 418, 422 (1997); ע"א (ת"א) 1927/06 זכריה נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (פורסם במאגרים המשפטיים, [פורסם בנבו], 27.1.2008)] – תנאי שאינו מתקיים בנסיבותיו של מקרה זה.

#### ד. עיקר השאלות שבמחלוקת

40. השאלות העיקריות הדורשות הכרעה בדיון בתובענה שלפני הינן אלה:

א. האם הכרעה בדבר ביטולו של פסק הבוררות הזר הראשון תוביל, בהכרח, גם לביטולו של פסק הבוררות הזר השני?

ב. האם עלה בידי ויואנס להוכיח כי מתקיימת אחת או יותר מבין עילות הביטול המפורטות בסעיף 5 באמנת ניו יורק באופן המצדיק ביטולו, או הימנעות מאישורו, של פסק הבוררות הזר הראשון? בהקשר זה יש לבחון:

(1) האם הוכח כי מינויו של ראש הרכב הבוררים נעשה בניגוד לחוק האוקראיני [עילת ביטול בהתאם לסעיף 5(1)(ד) באמנת ניו יורק]?

(2) האם הוכח כי לא ניתנה לויואנס האפשרות לטעון את טענותיה [עילת ביטול בהתאם לסעיף 5(1)(ב) באמנת ניו יורק]?

(3) האם הוכח כי בנסיבות העניין אישורו ואכיפתו של פסק הבוררות הזר נוגדים את תקנת הציבור נוכח הטענות בדבר התנהלות בעייתית כלפי ד"ר סלפיוס, קיפוח זכויותיה המהותיות של ויואנס, ופגיעה בכללי הצדק הטבעי במהלך הבוררות [עילת ביטול בהתאם לסעיף 5(2)(ב) באמנת ניו יורק]?

## ה. דיון והכרעה

### ה (1) הדין החל על התובענה

41. סעיף 29א2 בחוק הבוררות קובע כי :

"29א. בקשה לאישור או לביטול של פסק בוררות-חוץ שחלה עליו אמנה בינלאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בעניין הנדון, תוגש ותידון בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן" (ההדגשות אינן במקור – ב.א.).

42. ביום 7.6.1959, הצטרפה מדינת ישראל לאמנת ניו-יורק מיום 10.6.1958 בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ (להלן: "אמנת ניו – יורק" או "האמנה").

סעיף 1 באמנת ניו-יורק קובע כדלקמן :

"1. אמנה זו תחול לגבי הכרתם ואכיפתם של פסק בוררות שניתנו שלא בשטחה של המדינה שבה מבוקשים הכרתם ואכיפתם, ושמוקדם בסכסוך בין בני אדם, אחד בני אדם פייסיים ואחד אישות משפטית. כמו כן תחול על פסקי בוררות שאינם נחשבים כפסקי-פנים במדינה שבה מבוקשת הכרתם ואכיפתם" (ההדגשות אינן במקור – ב.א.).

43. בשנת 1978 הותקנו בישראל תקנות לביצוע אמנת ניו-יורק (בוררות חוץ), תשל"ח – 1978 (להלן: "תקנות האמנה") בהן נקבע כי "תקנות אלו באות לביצוע אמנת ניו-יורק ויפרשו אתה כאחד". (תקנה 2 בתקנות האמנה). בהתקנה את תקנות האמנה אימצה מדינת ישראל את הוראות אמנת ניו-יורק אל תוך החקיקה הפנימית שלה.

44. שני פסקי הבוררות הזרים נושא תביעה זו ניתנו על ידי ה- ICAC, שהינו מוסד בוררות אוקראיני קבוע, ואמנת ניו-יורק חלה גם עליהם מכח האמור בסעיף 2 באמנת ניו-יורק, שזה לשונו :

"2. "פסקי בוררות" משמעותם לא בלבד פסקים שניתנו על ידי בוררים שנתמנו לענין מיוחד אלא גם פסקים שניתנו על ידי גופי-קבע של בוררות שבעלי הדין קיבלו עליהם את בוררותם". (ההדגשות אינן במקור – ב.א.).

45. לנוכח המתווה הנורמטיבי המפורט לעיל, וכן בהתחשב גם בהוראת סעיף 5 באמנת ניו - יורק הקובע מהן העילות אשר קיומן מקנה לבית המשפט שיקול דעת לסרב להכיר ולאכוף פסק בוררות זר, אני קובע כי על ההליך דנן תחולנה הוראות אמנת ניו-יורק.

### ה (2) המשמעות הנובעת מאי העדת עדים ואי הגשת סיכומים על ידי האגף

46. גרסתו של האגף להשתלשלות האירועים נושא ההליך דנן מצאה ביטוי בתצהיר עדותו הראשית של המצהיר מטעם האגף, מר דני גורבס. אלא, שמר גורבס לא התייצב בבית המשפט על מנת

להיחקר על תצהירו. במהלך הדיונים שהתקיימו בימים 11.9.11 ו- 26.9.11 טען ב"כ האגף כי אי התייצבותם למתן עדות של העדים מטעם האגף, כולל מר גורבס, נבעה מבעיה תקציבית אצל האגף.

באשר לעד שלא התייצב לחקירה נגדית על תצהירו נוהג הכלל לפיו:

*"כאשר העד מסרב – במפורש או בדרך של התחמקות – להיחקר חקירה שכנגד, ואין בסיס להנחה כי היריב, הוא שהביאו לידי כך (בשכנוע, בהטרדה, בהפחדה וכיוצ"ב), הכלל הוא שעדותו בחקירה הראשית "תימחק" כאילו לא ניתנה כלל ובית המשפט יתעלם הימנה לחלוטין" [י' קדמי על הראיות (חלק רביעי, תשי"ע – 2009), עמ' 1954].*

**כ. ראו:** א' [גורו סוגיות בסדר דין אזרחי](#) (מהדורה עשירית, 2009), עמ' 330.

בנסיבות העניין, האגף לא טען כלל, וממילא גם לא הוכיח, כי ויואנס היא שגרמה לאי התייצבותו של מר גורבס לחקירה נגדית על תצהירו. לפיכך, אני קובע בזאת כי תצהיר עדותו הראשית של מר גורבס יחשב ככזה שלא הוגש כלל לבית המשפט, ומשכך – אתעלם מהאמור בו לצורך מתן פסק הדין בהליך הנוכחי. יוצא אפוא כי בהיעדר תצהיר עדות ראשית מטעמו - האגף לא הציג שום גרסה עובדתית משלו בהליך זה, והגרסה העובדתית היחידה הניצבת בפני בית המשפט הינה גרסתה של ויואנס המבוססת על עדויותיהם של העדים מטעמה.

47. לא זו אף זו: האגף בחר להימנע מלהגיש סיכומים מטעמו ולפיכך דינו כדין בעל דין שלא התייצב לדיון כאמור בתקנה 160(ד) [בתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד – 1984 (להלן: "תקנות סד"א"). במקרה דנן, עסקינן בהליך מאוחד, בו נידונות הן התנגדותה של ויואנס לבקשת האגף לאישורו של פסק הבוררות הזר, והן בקשתה של ויואנס להורות על ביטולו של פסק הבוררות הזר. נטל השכנוע בשני הליכים אלו מוטל על ויואנס נוכח החובה המוטלת עליה להוכיח קיומה של לפחות אחת מבין עילות הביטול המנויות בסעיף 5 באמנת ניו יורק. בנסיבות אלה יש להתייחס אל ויואנס כאל התובעת בהליך זה, ואילו האגף יחשב כנתבע. ביחס לנתבע שלא התייצב לדיון (ובענייננו – נתבע שלא הגיש סיכומיו) קובעת תקנה 157(2) בתקנות סד"א כדלקמן:

*"(2) התייצב התובע, ואילו הנתבע לא התייצב לאחר שנמסרה לו הודעה כראוי, רשאי התובע להוכיח את תביעתו עד כמה שחובת הראיה עליו, ואז יהא זכאי לסעד המבוקש ולכל סעד מתאים אחר".*

(להרחבה בעניין זה – ראו החלטתי מיום 26.2.12 בעניין בקשת ויואנס למתן פסק דין נוכח אי הגשת סיכומים על ידי האגף).

48. הינה כי כן, עסקינן במקרה בו נטל השכנוע אכן מוטל על ויואנס, אך בעוד שויואנס הביאה ראיות על מנת להוכיח כי מתקיימות עילות ביטול מאלה המנויות בסעיף 5 באמנת ניו יורק, נמנע האגף מלהביא ראיות מטעמו ומהגשת סיכומים. יחד עם זאת, על אף שאי הגשת הסיכומים כמוה כאי התייצבות לדיון [עפ"י תקנה 157(2) בתקנות סד"א] עדיין נותר צורך לבחון את הראיות שהובאו ע"י ויואנס, ולשקול האם יש בהן כדי להוכיח את גירסתה. בהקשר כגון דא, כבר נפסק כי:

"משכך, ככלל אין הנתבע נושא בנטל השכנוע וחובת הראיה. ואולם, משסיים התובע להביא את ראיותיו, על הנתבע להחליט אם ברצונו להביא לפני בית המשפט את ראיותיו אם לאו. עבור הנתבע מדובר בהחלטה הרת גורל, שכן אם יחליט שלא להביא את ראיותיו עשוי בית המשפט לקבוע כי בהיעדר ראיות שיסתרו את ראיות התובע, הוכיח האחרון את עילתו וביסס את תביעתו. למעשה, נתבע אשר מחליט להימנע באופן גורף מהבאת ראיות נוטל את הסיכון שבית המשפט יפסוק לחובתו על בסיס ראיות התובע בלבד, כאשר בהעדרן של ראיות שכנגד יהיה קשה יותר לערער את אמינותן ולהחליט את חוזקן הראייתי" [ע"א 8385/09 המועצה המקומית סאג'ור נ' סונול ישראל בע"מ (לא פורסם, [פורסם בנבו], 9.5.2011), פסקה 23 בפסק הדין] (ההדגשה אינה במקור – ב.א.).

49. לא למותר להדגיש כי ההלכה הפסוקה קובעת כי אי העלאת טענה בסיכומים כמוה כזניחתה:

"כלל גדול נקוט בידי בית המשפט, לפיו, אם אין בעל הדין מעלה בסיכומי טענותיו טענה מסוימת, משמעות הדבר הוא שאף אם הועלתה על ידיו קודם לכן, הרי בכך שלא העלה אותה בשלב סיכומי הטענות, הוא נחשב כמי שזנחה" [ע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"מ כא (1967), 673, 678]. (ההדגשות אינן במקור – ב.א.).

50. במקרה דנן, נוכח אי הגשת סיכומים על ידי האגף יש לראותו כמי שזנח את טענותיו, הן העובדתיות (אשר ממילא לא הוכחו) והן המשפטיות. משכך – אין כל צורך להידרש לטענותיו של האגף, אלא אך לטענותיה של ויואנס, ולגביהן נותר לבחון ולהכריע האם ויואנס הרימה את נטל השכנוע המוטל עליה – אם לאו.

### ה (3) האם פסקי הבוררות הזרים הראשון והשני – הא בהא תליא?

51. פסק הבוררות הזר לגביו מבקש האגף אישורו של בית המשפט הינו פסק הבוררות הזר השני. בפסק הבוררות זה נפסק כי על ויואנס להשיב לאגף סכום של כמיליון דולר ארה"ב שניתן לה בהתאם להסכם אשר במסגרת פסק הבוררות הזר הראשון הוכרז כבטל. הצדדים אינם חלוקים לגבי העובדה שעיקר הטענות שהועלו על ידי ויואנס המצדיקות, לטעמה, את דחיית בקשת האגף לאישורו של פסק הבוררות הזר השני ואת קבלת בקשתה הבוררות לביטולו – הועלו על ידי ויואנס דווקא כנגד פסק הבוררות הזר הראשון.

52. נשאלת השאלה: בהנחה שבסופו של הליך זה יימצא כי אומנם קיימת עילה לביטולו של פסק הבוררות הזר הראשון, האם יהיה בכך כדי להביא, באופן בלתי נמנע, גם לביטולו של פסק הבוררות הזר השני?

לאחר בחינת הדברים הגעתי למסקנה כי אומנם כך הם פני הדברים. עיון בפסק הבוררות הזר השני מלמד כי הוא מבוסס, כל כולו, על עילת תביעה אחת ויחידה, דהיינו – דרישת האגף להשבת הכספים ששולמו על ידו לויואנס במסגרת ההסכם, וזאת כתוצאה מההכרעה שניתנה בפסק הבוררות הזר הראשון לגבי בטלותו של ההסכם. יוצא אפוא שפסק הבוררות הזר השני אינו "עומד על רגליו" שלו, אלא הינו מבוסס, כל כולו, על ההכרעה בפסק הבוררות הזר הראשון שהכריז על בטלותו של



ההסכם, שהרי לולא בוטל ההסכם – לא יכול היה האגף לתבוע השבה של סכומים ששולמו במסגרתו.

בהקשר זה ראוי לציין כי האגף עצמו הודה בתגובתו מיום 26.1.09 (עמ' 2, פסקה שנייה) כי:

"פסק הבוררות הראשון, לפיו הסכם בין הצדדים בטל, הוזה יסוד למתן פסק בוררות נוסף מיום 27.9.05, נשוא בקשה לאישור פסק בוררות של המבקש (ההדגשה אינה במקור – ב.א.)."

המדובר, אם כן, ב"סובב ומסובב": היה ויוכרז על ביטולו של ה"מסובב" – פסק הבוררות הזר הראשון שהכריז על ההסכם כבטל, יהיה בכך, בהכרח, כדי להוביל גם לביטולו של "הסובב" – פסק הבוררות הזר השני שציווה על השבת כספים כתוצאה מביטולו של אותו הסכם.

53. זאת ועוד: ויואנס נמנעה מלהתייצב לדיון בפני הרכב הבוררים של ה- ICAC נוכח טענתה בדבר חוסר האמון שיש לה במוסד זה כתוצאה מהדרך הפגומה והבלתי חוקית שהיא מייחסת לו בכל הנוגע לניהול הבוררות בתביעה הראשונה. טענותיה של ויואנס בעניין זה מתייחסות, בעיקרן, לפגמים שנפלו בעת מינוי ראש הרכב הבוררים בניגוד לדרישות החוק; למשוא פנים מצדם של הבוררים לטובתו של האגף; לכך שנשללה ממנה האפשרות לקבל את מלוא המידע והמסמכים; וכן לאיומים וניסיון הסחיטה שהופנו כנגד ד"ר סלפיוס ע"י נציג של ה- ICAC. כתוצאה מכך, פסק הבוררות הזר השני ניתן לאחר דיון שהתנהל במעמד צד אחד בלבד ומבלי שנשמעו טענותיה של ויואנס. ככל שיתברר, במסגרת הליך זה, כי טענות חמורות אלו, או אפילו מקצתן, הינן נכונות – יהיה בכך כדי להצדיק, בדיעבד, את החלטתה של ויואנס שלא להתייצב לדיון בתביעה השנייה, שהרי מה טעם היה לויואנס להתייצב לדיון בפני מוסד בוררות שכבר הוכיח, לשיטתה, את התנהלותו הבלתי חוקית!?

54. ניתוח דברים זה מוביל למסקנה כי שני פסקי הבוררות הזרים שזורים זה בזה, וכי ככל שיקבע כי קיימת עילה לביטולו של פסק הבוררות הזר הראשון יוביל הדבר בהכרח גם לביטולו, ולאי הכרה ואי אכיפה של פסק הבוררות הזר השני.

#### ה (4) האם מתקיימת עילה לביטולם של פסקי הבוררות הזרים?

55. סעיף 5 באמנת ניו – יורק קובע כדלקמן:

"1. לפי בקשת בעל הדין שנגדו מעידים את הפסק אפשר לסרב להכרתו ואכיפתו רק אם אותו בעל דין המציא לרשות המוסמכת, שממנה מבוקשות ההכרה והאכיפה, הוכחה –

(א) שבעלי ההסכם בסעיף 2 היו, לפי החוק החל עליהם, נתונים לאיזו פסלות, או שההסכם האמור איננו בר-תוקף לפי החוק שבעלי הדין החילו אותו על ההסכם, או באין הוראה על כך, לפי חוק הארץ שבה ניתן הפסק; או

(ב) שבעל הדין שנגדו מעידים את הפסק לא ניתנה לו הודעה נאותה על מינוי הבורר או על סדרי הבוררות או שלא היה יכול מסיבה אחרת לטעון טענותיו; או

(ג) שהפסק מתייחס לסכסוך שלא נתכוון לו שטר הבוררין או שלא נכלל בהוראותיו של שטר הבוררין או שהפסק מכיל החלטות בעניינים שמחוץ לתחומו של שטר הבוררין; ואולם אם ההחלטות בעניינים שנמסרו לבוררות ניתן להפרידן מאותן שניתנו בעניינים שלא נמסרו לבוררות, מותר להכיר ולאכוף אותו חלק של הפסק המכיל החלטות בעניינים שנמסרו לבוררות; או

(ד) שהרכבה של הרשות הבוררת או שסדרי הבוררות לא היו בהתאם להסכם בין בעלי הדין או, בהיעדר הסכם כזה, בהתאם לדיני הארץ שבה נתקיימה הבוררות; או

(ה) שהפסק טרם נעשה חובה על בעלי הדין, או בוטל או הותלה על ידי רשות מוסמכת של הארץ שבה, או שלפי דינה, ניתן הפסק.

2. כן אפשר לסרב להכרתו ולאכיפתו של פסק בוררות אם הרשות המוסמכת בארץ שבה מבקשים הכרה ואכיפה מוצאת:

(א) שנושא הסכסוך לא ניתן ליישבו בדרך בוררות לפי דינה של אותה ארץ; או

(ב) הכרתו ואכיפתו של הפסק יהיו נוגדות את תקנת הציבור של אותה ארץ.

56. לנוכח הוראותיה של אמנת ניו – יורק מתעורר הצורך לבחון האם עלה בידי ויואנס להרים נטל השכנוע המוטל עליה בהליך זה, ולהוכיח כי מתקיימות אחת או יותר מבין עילות הביטול המפורטות בסעיף 5 באמנת ניו – יורק, אם לאו.

### האם הוכח כי מינויו של ראש הרכב הבוררים נעשה בניגוד לחוק האוקראיני?

57. אין מחלוקת בין הצדדים כי הליך הבוררות נושא תביעה זו נערך במסגרת ה- ICAC ולפיכך הינו כפוף לתקנות ה- ICAC. הליך מינויו של ראש הרכב הבוררים מוסדר בסעיף 3 בתקנות ה- ICAC, אשר עיקריו (הרלוונטיים לענייננו) הינם סעיפים 3.3 ו- 3.5.

58. סעי' 3.3 בתקנות ה- ICAC קובע מנגנון למינוי הבוררים ולפיו כל צד ממנה בורר מטעמו, ושני הבוררים הנ"ל ממנים בורר שלישי שיכהן בראש הרכב הבוררים. ככל שאחד מבין הצדדים איננו ממנה בורר מטעמו בתוך 30 ימים מקבלת ההודעה הנדרשת לכך על-פי תקנות אלה, או במקרה ששני הבוררים שמונו על ידי הצדדים אינם מסכימים, בתוך 30 ימים, על זהותו של הבורר השלישי (ראש ההרכב) – ימונה הבורר השלישי על ידי נשיא לשכת המסחר. הדברים מעוגנים בסעיף 3.3 בתקנות ה- ICAC שזה לשונו:

3.3" הצדדים רשאים להסכים על סדר מינוי בורר או בוררים לפי שיקול דעתם בכפוף לקיום הוראות תקנות אלה, בהעדר הסכמה כזאת:

- בבוררות עם שלושה בוררים כל צד ממנה בורר אחד ושני הבוררים אשר מונו כאמור ממני בורר שלישי – ראש ההרכב בית הדין לבוררות בתיק זה; אם הצד לא מינה בורר תוך 30 יום ממועד קבלת הודעה על כך של בית הדין לבוררות או אם שני בוררים בתוך 30 יום ממועד מינויים לא הסכימו על מינוי בורר שלישי, בורר בהתאם לס"ק 3 סעי' 11 חוק אוקראינה "על בורות מסחרית בינלאומית" ממונה ע"י נשיא לשכת המסחר ותעשייה של אוקראינה...".

59. סעי' 3.5 בתקנות ה-ICAC קובע כי במקרה שנשיא לשכת המסחר הוא זה שממנה את הבורר השלישי – מוטל עליו להתחשב בשיקולים שנועדו להבטיח מינויו של בורר עצמאי ונטול פניות, ולהעדיף, ככל שניתן, מינוי של בורר שהינו בעל אזרחות שונה מזו של הצדדים. לשונו של סעיף 3.5 ברורה ומפורשת:

3.5" במינוי בורר ע"י נשיא לשכת תעשייה ומסחר של אוקראינה מתחשבים בכל הדרישות הנטענות בנוגע למומחיות הבורר בהסכם בין הצדדים, ובשיקולים אשר יכולים להבטיח מינוי בורר עצמאי וללא משוא פנים, ובמקרה של מינוי בורר יחיד וראש הרכב בית הדין לבוררות מתחשבים בעדיפות מינוי כבורר בעל אזרחות שונה, מאזרחות אליה שייכים הצדדים" (ההדגשה אינה במקור – ב.א.).

60. בהקשר להליך המינוי של ראש הרכב הבוררים העיד ד"ר סלפיוס כדלקמן:

"ש. אחרי שקיבלת את השם של מר בויקו מהמזכיר של ה-ICAC, מה עשית עם המידע הזה?

ת. ביקשתי שיוזיע לי את על (כך במקור – ב.א.) כתובתו ומספר הטלפון של מר בויקו.

ש. לצורך מה?

ת. בהתאם לכללי ה-ICAC על שני הבוררים הממונים ע"י הצדדים לשוחח ביניהם ואולי להסכים על שם היושב ראש. בבוררויות בינלאומיות מקובל לשוחח עם הבורר שמונה על ידי הצד השני ולהציע יחד מספר שמות. במקרה הזה קיבלתי ממר פובירצ'נקו שלושה שמות של יושב ראש פוטנציאלי.

ש. האם קיבלת ממר פובירצ'נקו את הכתובת ומס' הטלפון של מר בויקו?

ת. כן. **קיבלתי ב- 16.6.04.**

ש. אולי תסביר מתי ביקשת ממר פובירצ'נקו את הכתובת ומס' הטלפון של מר בויקו?

**ת. ביקשתי מספר פעמים, בפעם הראשונה כשהשבתי לפניך אלי, אני חושב שזה היה  
27.5.04 או- 26.5.04.**

ש. ולא קיבלת, למרות שביקשת מספר פעמים, עד ל- 16.6.04?

ת. זה נכון.

ש. אתה אמרת שקיבלת ממר פובירצ'נקו שלושה שמות של מועמדים פוטנציאליים לכהן כבורר שלישי שיהיה גם ראש הפאנל, מה הייתה תגובתך לשמות אלה?

**ת. מאחר וכל שלושת השמות היו של אזרחים אוקראינים ואני מאמין שהיו"ר צריך להיות ממדינה שלישית נייטרלית, הצעתי שלושה שמות: שניים אזרחים אנגליים ואזרח צ'כי אחד, וביקשתי ממר פובירצ'נקו להעביר שמות אלו למר בויקו.**

ש. למה לא העברת את השמות האלה שהוצעו על ידך ישירות למר בויקו?

ת. מאחר ולא הייתה לי את כתובתו של מר בויקו. גם לא את מספר הטלפון שלו.

ש. מה קרה לאחר שהצעת את אותם שלושה שמות למר פובירצ'נקו?

ת. קיבלתי החלטה של נשיא לשכת המסחר באוקראינה, מר סקריפצ'נקו, הוא החליט שבוררות זו תנוהל ע"י מר קרופצ'ין.

ש. ומתי הייתה ההחלטה של סקריפצ'נקו למנות את מר קרופצ'ין כבורר שלישי?

ת. 28.5.04.

ש. האם זה היה לאחר תום 30 הימים שעל פי תקנות של ה- ICAC שני הבוררים שהתמנו על ידי כל צד אמורים לשוחח ביניהם ולנסות להגיע להסכמה למנות את הבורר השלישי?

ת. לא. תקופת 30 הימים טרם חלפה בזמן מינוי הבורר השלישי על ידי מר סקריפצ'נקו.  
ב- 26.5.04 קיבלתי את השם של הבורר השני ממר פובירצ'נקו, שהוא מר בויקו ולכן ברור שטרם חלפה תקופת 30 הימים" (פ', עמ' 13, ש' 6 – עמ' 14, ש' 13; ההדגשות אינן במקור – ב.א.).

61. עדותו של ד"ר סלפיוס נמצאה בעיני מהימנה ביותר, קוהרנטית וראויה לאמון מלא. עולה ממנה כי הליך מינויו של ראש הרכב הבוררות נעשה באופן פגום בלתי חוקי, ובניגוד גמור להוראות תקנות ה- ICAC החלות על הבוררות שבין ויאנס לבין האגף. קביעתי זו נשענת על מספר נימוקים:

ראשית, על אף בקשותיו של ד"ר סלפיוס מה- ICAC לקבל את הכתובת והטלפון של הבורר מטעם האגף, מר בויקו, על מנת לנסות ולהגיע עמו להסכמה לגבי הבורר שימונה לתפקיד ראש הרכב הבוררים, הועברו אליו פרטים אלו רק ביום ה- 16.6.04, מעל שבועיים לאחר שהבורר השלישי כבר

מונה על ידי נשיא לשכת המסחר (ביום 28.5.04). כך, נמנעה מד"ר סלפיוס וממר בויקו האפשרות ולנסות להגיע להסכמה לגבי מועמד מוסכם לתפקיד ראש ההרכב – בניגוד להוראת תקנה 3.3 בתקנות ה-ICAC.

שנית, ביום 26.5.04 הודיע מזכיר ה- ICAC לד"ר סלפיוס על זהותו של הבורר מטעם האגף (מר בויקו) וכבר יומיים לאחר מכן, ביום 28.5.04, מינה נשיא לשכת המסחר את מר קרופצ'ין כראש הרכב הבוררים, דהיינו עוד בטרם חלפה תקופת 30 הימים אשר רק לאחריה מוסמך נשיא לשכת המסחר למנות בעצמו את ראש ההרכב. המדובר בהפרה נוספת של הוראות סעיף 3.3 בתקנות ה-ICAC.

שלישית, מעדותו של ד"ר סלפיוס עולה כי מחד - שלושת השמות שהעביר מזכיר ה- ICAC לד"ר סלפיוס כמועמדים לתפקיד ראש ההרכב היו, **כולם, אזרחים אוקראינים**, ומנגד - לא נערך כל דיון לגבי שלושת השמות שהעביר ד"ר סלפיוס למזכיר ה- ICAC (על מנת שיעבירו לידיעתו של מר בויקו), אשר היו, כולם, אזרחי מדינות שאינן נמנות על המדינות של מי מבין הצדדים לבוררות. הדבר מעיד על כך שה- ICAC לא עשה כל ניסיון רציני ואמיתי להביא למינויו של בורר "בעל אזרחות שונה, מאזרחות אליה שייכים הצדדים" וזאת - בניגוד להוראת סעיף 3.5 בתקנות ה-ICAC.

רביעית, מעדותו של ד"ר סלפיוס עולה כי נוצר חשש לניגוד עניינים בין תפקידיו של מר קרופצ'ין במוסדות המתקצבים על ידי הממשל האוקראיני לבין יכולתו לשמש כבורר אובייקטיבי ונטול פניות בסכסוך שהממשל האוקראיני עצמו (באמצעות האגף) הינו צד לו (פי, עמ' 16, ש' 2-4; כן ראו עדותו של מר אייל טוכמן, מנכ"ל ויואנס, עמ' 11, אשר גם היא נמצאה בעיני מהימנה וראויה לאמון בית המשפט). מניתוח ראיות אלה עולה כי מינויו של מר קרופצ'ין נעשה בניגוד להוראת סעיף 3.5 בתקנות ה-ICAC הקובע כי על נשיא לשכת המסחר "להבטיח מינוי בורר עצמאי וללא משוא פנים".

62. לנוכח העדויות שהובאו לפני, ובמיוחד נוכח עדותו של ד"ר סלפיוס, אני קובע כי הליך מינויו של מר קרופצ'ין לתפקיד ראש הרכב הבוררים היה פגום ובלתי חוקי, ונעשה תוך הפרה בוטה של הדין החל על הבוררות שבין ויואנס לבין האגף לפי דיני מדינת אוקראינה (סעי' 3.3 ו-3.5 בתקנות ה-ICAC) שבה נתקיימה הבוררות. משכך, אני קובע כי ויואנס הוכיחה קיומה של עילה המצדיקה סירוב להכיר ולאכוף את פסק הבוררות הזר הראשון, וכפועל יוצא מכך – גם שלא להכיר ולא לאכוף את פסק הבוררות הזר השני, וכל זאת – כמתחייב מהוראת סעיף 5(1)(ד) באמנת ניו יורק.

#### **האם הוכח כי נפלו פגמים בסדרי הבוררות ובדרך ניהולה?**

63. ביחס למעורבותו הפעילה של מזכיר ה- ICAC, מר פובירצ'נקו, בהתנהלותה של הבוררות, העיד ד"ר סלפיוס באופן הבא:

*"ש. מפנה לשאלה הקודמת, מה הייתה מעורבותו של מר פובירצ'נקו בכל ההליכים האלה, התייחסות לבקשות, או דחייתן אם בכלל?"*

ת. הוא המשיך להיכנס ולצאת מחדר הדיונים של הבוררות, למשל, זמן קצר אחרי שקראתי את הצהרתי לצדדים ולבוררים, הוא הופיע בחדר הבוררות, אמר שעלינו להפסיק את הליך הבוררות והבוררים צריכים לבוא לחדר. הוא עשה זאת בפעם השנייה כאשר נידונה הבקשה לאפשר למשיב גישה לתיקי ה- ICAC ולקבל את כל המסמכים, הוא היה זה שהחליט שלא לתת גישה כזו ובכך הסתיים הסיפור של הבקשות האלו.

ש. היה זה מר פובירצ'נקו שהחליט עבור הפאנל על לפחות שתיים מבין שלושת הבקשות האלו?

ת. סמכותו הייתה כה גדולה ששני הבוררים החליטו כפי החלטתו.

ש. מה דעתך לגבי הליך זה. כלומר, שמזכיר ה- ICAC מקבל החלטות וחלק מהבוררים מחליטים כמותו?

ת. התרשמתי הייתה שלשני הבוררים ולמר פובירצ'נקו הייתה דעה ברורה מה צריכה להיות ההחלטה בבוררות.

ש. וכך היה בתחילת הבוררות עוד לפני שמיעת הבוררות, נכון?

ת. לא. זאת הייתה התרשמתי במהלך הדיונים בבקשות שהוגשו על ידי המשיב ובמהלך קבלת החלטות אלה אשר התנהלו בדרך מאוד לא שגרתית. המזכיר מופיע ואומר לבוררים מה להחליט" (פי, עמ' 24, שי 27 – עמ' 25, שי 16).

(ההדגשות אינן במקור – ב.א.)

מעדותו של ד"ר סלפיוס עולה כי שני הבוררים בעלי האזרחות האוקראינית – בויקו וקרופצ'ין, אשר היוו את רוב חברי הרכב פאנל הבוררים, לא היו בעלי עצמאות שיפוטית, וקיבלו החלטותיהם בבוררות בהתאם להוראותיו של גורם חיצוני – מזכיר ה- ICAC.

64. כן העיד ד"ר סלפיוס על איום שהפנה כלפיו מזכיר ה- ICAC במהלך הדיון בבוררות, ולפיו יפרסם תמונות מביכות שלו אם ימשיך לעמוד על דעתו שלו במהלך הבוררות:

”ש. בעצם מה שתיארת זה שבשלב מסוים לאחר שהמשיב הגיש בקשתו, מר פובירצ'נקו התערב במהלך דיוני הבוררות והוא ביקש מהבוררים להיכנס לחדרו. מה הוא אמר לבוררים בחדרו בעת הפגישה הזו?

ת. הוא אמר לבוררים שאני פגשתי נציג של המשיבים בשדה התעופה, שהובאתי למלון ע"י נציג זה, ושביליתי את הלילה עם הנציג הזה ועם בחורות בדירה פרטית ויש לו צילומים על כך שהוא יפרסם אם אמשיך לאחוז בדעות משלי.

ש. מה הייתה תגובתך?

ת. בתחילה ביקשתי כי יראה לי את התמונות. הוא הראה לי תמונות המראות אותי עוזב את בנין שדה התעופה, הולך לכיוון המכונית ואני חושב שגם את הגעתי לבית המלון, אך אני לא בטוח בכך. שאלתי אותו אם יש לו תמונות של טיעוני שאני ביליתי את הלילה עם נשים בדירה פרטית, ועל כך הוא השיב שהתמונות אינן רלוונטיות אך הוא מחזיק אותן. ביקשתי לקבל את התמונות כולל את אלו שהוא הראה לנו, והוא סירב לכך. אז הלכתי לחדר הדיונים של הבוררות וסיפרתי לב"כ שני הצדדים מה קרה והזמנתי אותם להגיש כל בקשה שהם חושבים כדרושה" (פ', עמ' 25, ש' 17 – עמ' 26, ש' 2).

בנוגע לעצם הטענות שהעלה מזכיר ה- ICAC כנגדו, העיד ד"ר סלפיוס כי :

א. ביום 30.6.04 הורה ד"ר סלפיוס למזכירתו להודיע למזכיר ה- ICAC כי הוא מתעתד לנחות בקיב בשעה 23:30, לעבור דרך המכס בחצות בהתאם לאשרה שניתנה לו, וכי הוא זקוק להסעה משדה התעופה בשעה זו ;

ב. מזכירתו של ד"ר סלפיוס הודיעה לו "כי מר פובירצ'נקו אמר כי לא יוכל לספק תחבורה בשעה כזו של הלילה" (פ', עמ' 19, ש' 3-4) ;

ג. מאחר שסבר כי אין זה מומלץ לקחת מונית בשעה כה מאוחרת בלילה באזור זה ביקש ד"ר סלפיוס ממזכירתו ליצור קשר עם ב"כ ויואנס על מנת לארגן לו הסעה משדה התעופה שכן באי כוחה של ויואנס היו היחידים שהכיר בקיב ;

ד. אחד מעורכי הדין של ויואנס המתין לו בשדה התעופה והסיע אותו למלון. ד"ר סלפיוס ציין כי ציפה שב"כ ויואנס יארגנו לו הסעה כלשהי ולא חשב שישלחו את אחד מעורכי הדין על מנת להסיעו ;

ה. לאחר הגעתם למלון, הזמין ד"ר סלפיוס את ב"כ ויואנס, שהסיע אותו, לכוס בירה, וזאת על מנת להודות לו על כך שהסיע אותו. ד"ר סלפיוס ציין כי הוא ששילם עבור הבירה, כי לא שוחח עמו דבר וחצי דבר על הבוררות עצמה, וכי מייד לאחר מכן פנה לחדרו שבמלון וישן בו לבדו.

מעדותו של ד"ר סלפיוס עולה כי סירובו של מזכיר ה- ICAC לסייע לו להגיע משדה התעופה אל המלון בו השתכן, אילץ אותו, הלכה למעשה, לפנות אל ב"כ ויואנס (שהיו היחידים אותם הכיר בקיב) על מנת לסייע לו בעניין זה, וכי לאחר מכן – מזכיר ה- ICAC ניסה לנצל עובדה זו על מנת לאיים עליו ולסחוט אותו מתוך כוונה לגרום לו להימנע מלבצע את תפקידו כבורר מקצועי ונטול פניות.

65. אלא שמעדותו של ד"ר סלפיוס עולה כי לא היו אלו האיומים האחרונים שהופנו אליו במהלך הבוררות :

"ש. ואז הליך הבוררות המשיך לאחר דחיית כל הבקשות, ומה קרה אז ?

ת. מה שקרה אז הוא שהליך הבוררות נמשך והדבר הבא שאני זוכר הוא שיושב הראש אמר לי שהוא מצפה שההחלטה תתקבל עוד באותו יום ותפורסם לצדדים עוד באותו היום, וכי ההחלטה בכתב תימסר אחר כך.

...

ש. מה הייתה תגובתך לכך?

ת. התנגדתי נחרצות לכך, מאחר וזה היה הליך של "קנגרו", דהיינו, קפיצה גדולה מדי ואמרתי שאני לא אחתום על פסק הבוררות בנסיבות אלו.

ש. ומה קרה אז?

ת. מר פובירצ'נקו התערב שוב בישיבת הבוררות ואמר לי בחדר הבוררות שאם אמשך לעשות צרות... הייתה כניסה ויציאה של פובירצ'נקו אל חדר הבוררות, הוא נכנס לחדר, קרא ליו"ר לחדרו, ואז היו"ר חזר בחזרה, זה היה מגוחך. מר פובירצ'נקו אמר שאם אמשך לעשות צרות הוא לא יודע מה יקרה אם ארצה לעזוב את המדינה.

ש. מה הייתה תחושתך כששמעת את דברי מר פובירצ'נקו אליך?

ת. תראה מר אברהם, התיק היה עם משרד הפנים, נעשות מניפולציות על ההליכים, הייתי משוכנע שלפובירצ'נקו הייתה היכולת לעשות לי בעיות, פחדתי.

...

ש. מה קרה אחרי כן? למעשה אוימת על ידי מר פובירצ'נקו, מה קרה אחרי כן?

ת. הדיון המשיך ובשעת אחר הצהריים יושב הראש אמר כי הוא חושב שהמקרה מתאים למתן החלטה, לאור האירועים הקודמים לא התנוכחתי...

...

ש. ציינת כי יושב הראש הביע דעתו כי המקרה היה מוכן למתן החלטה, מה הייתה דעתך?

ת. דעתי הייתה שזה היה מגוחך. בגלל ששום דבר לא נידון בין הבוררים, אפילו לא דנו בהיבטים החוקיים, בחוק החל על המקרה, לא היו דיונים בקשר לכך בקרב הבוררים, הייתה החלטה של יושב הראש, והבורר השני הסכים לה ואמר הן. ניסיתי להרוויח זמן מסוים והסכמנו לפרסם את החלטה ב- 2.7.04. וכך עשינו" (פי, עמ' 26, ש' 3 – עמ' 27, ש' 11) (ההדגשות אינן במקור ב.א.).



עדותו של ד"ר סלפיוס מוכיחה את עובדת חשיפתו לאיומים על חייו, וכי עובדה זו היא שאילצה אותו להסכים לחתום על פסק הדין לפי דרישת מזכיר ה-ICAC על אף שהוא עצמו סבר כי התיק כלל אינו בשל למתן הכרעה.

66. את דעתו על הדרך בה התנהלה הבוררות סיכם ד"ר סלפיוס בעדותו בדברים הבאים:

*"ש. מה דעתך על הדרך שבה בוררות זו נערכה?"*

ת. הדרך בה בוררות זו נערכה הפרה כל עיקרון, חוקים וכללים שאתה יכול לחשוב עליהם. במיוחד זה לא היה משפט הוגן והפרה של עיקרון המשפט ההוגן, לדעתי זו הפרה של סדר ציבורי, ההתנכלות לי הייתה הפרה של סדר ציבורי, כך שאני חושב שצדק אפילו לא ניסו לעשות" (פי, עמ' 28, ש' 7-11). (ההדגשות אינן במקור-ב.א.).

67. כפי שכבר צוין לעיל, עדותו של ד"ר סלפיוס נמצאה בעיני מהימנה ביותר, קוהרנטית וראויה לאמון מלא. לפיכך, אני קובע כי הוכח בפני שבדרך ניהולה של הבוררות נפלו פגמים קשים ביותר, ובכללם – **העדר עצמאות שיפוטית** של שניים מבין שלושת הבוררים (בויקו וקורפצ'אן) אשר קיבלו את החלטותיהם בהתאם להנחיותיו של מזכיר ה-ICAC; **משוא פנים בוטה** (לטובת האגף); **איומים וניסיונות סחיטה** שהופנו אל הבורר ד"ר סלפיוס על מנת להשפיע על קבלת החלטותיו; ולבסוף – **איום לפגוע בחייו** של ד"ר סלפיוס אשר אילץ אותו להסכים ולחתום על פסק הבוררות בניגוד לדעתו.

68. פגמים קשים אלו שנפלו בדרך ניהולה של הבוררות מהווים גם הפרה בוטה של כללי הצדק הטבעי, שהינם, כידוע, כללים אוניברסאליים, התקפים בכל מדינה המתיימרת לנהל מערכת משפט המבוססת על שלטון החוק ועל ערכים של צדק, יושר, מוסר והגינות.

אני סבור כי מערכת משפט מתוקנת חייבת לפעול לפי עקרונות אלה, ובכלל זה גם מערכת המשפט באוקראינה. במקרה הנוכחי, הפרתם של כללי הצדק הטבעי במסגרת ניהול הבוררות בפני ה-ICAC היוותה גם הפרה של סדרי הבוררות שנקבעו בתקנות ה-ICAC. לפיכך, הנני קובע בזאת כי לנוכח המסכת העובדתית שנפרשה במהלך עדותו של ד"ר סלפיוס, מתקיימת העילה המפורטת בסעיף 5(1)(ד) סיפא באמנת ניו יורק. בהתקיים הנסיבות המתוארות לעיל אני קובע בזאת כי על בית המשפט להימנע מלהכיר ולאכוף את פסק הבוררות הזר הראשון, וכפועל יוצא מכך – על בית המשפט להימנע מלהכיר ומלאכוף גם את פסק הבוררות השני, שכן סדרי הבוררות שנהגו בפועל במהלך דיוני הבוררות הפרו אף את דיני הארץ שבה נתקיימה הבוררות.

69. ויואנס טוענת כי קיימת עילה נוספת המצדיקה דחיית בקשתו של האגף לאישור פסק הבוררות הזר, וזאת - עקב תקנת הציבור, דהיינו – לנוכח קיומה של עילת הביטול המפורטת בסעיף 5(2)(ב) באמנת ניו יורק. בהקשר לשימוש במונח "תקנת הציבור", אני ער לזהירות הנדרשת אליה התייחס כב' השופט ויתקין בקובעו:

"מהסס אני... להישען על מושגים בלתי ברורים של "תקנת הציבור" שכידוע לא פעם דמתה ל"סוס פרוע", שאינך יודע לאן יובילך" [ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כז (1) 38, 48 (1972)].

יחד עם זאת אני סבור כי יש מקום לעשות שימוש במונח "תקנת הציבור" כאשר מתעורר הצורך להגן על ערכים, אינטרסים ועקרונות מרכזיים החיוניים לקיומה של כל חברה מתוקנת.

"תקנת הציבור" משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח. אלה הם "אושיות הלאום, הרוח, החברה או המשק של ישראל"... "תקנת הציבור" הינה החומה, אשר באמצעותה שיטת משפט נתונה, בזמן נתון, שומרת על "ציפור נפשה" מפני הסדרים (נורמטיביים ופיסיים) המבקשים לפגוע בה. הסדרים אלה יכול שיהיו חיצוניים ויכול שיהיו פנימיים. כך, למשל, באמצעות העיקרון של "תקנת הציבור" שיטת משפט מכוונת את הפעלתם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי בדבר הפעלת משפט זר במשפטנו. על-כן נפסק, כי "ישנם מקרים – יוצאים מן הכלל – בהם מתן תוקף לדין הזר ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים, ורק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפסלו" [בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז (1) 749, 780-779 (1993)]. (ההדגשה אינה במקור – ב.א.).

במקרה דנן, נוכח הפגמים הקשים והחמורים שנפלו בדרך ניהולו והתנהלותו של הליך הבוררות שבסימומו ניתן פסק הבוררות הזר הראשון, והעובדה שבמהלכו הופרו באופן בוטה הנורמות הבסיסיות ביותר של חוק וצדק, אני קובע כי מקרה זה נמנה על אותם מקרים בהם הפגיעה החמורה בתקנת הציבור מצדיקה אי הכרה ואי אכיפה של פסק הבוררות הזר השני. אני סבור כי לא יעלה על הדעת כי הכרה ואכיפה של פסק בוררות חוץ אשר ניתן תוך משוא פנים, איומים על חייו של בורר, והתערבות בוטה של גורמים זרים בדיוני בוררות ובהכרעות הבוררים יעלו בקנה אחד עם הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים של מדינת ישראל כמדינה המבוססת על שלטון החוק.

לפיכך, אני קובע, כי בנסיבות העניין, ביססה ויואנס כנדרש את טיעוניה בדבר קיומה של עילה שלא להכיר ולא לאכוף במדינת ישראל את פסק הבוררות הזר הראשון, וכפועל יוצא מכך - להימנע מלהכיר ומלאכוף גם את פסק הבוררות הזר השני, כל זאת מאחר ש"הכרתו ואכיפתו של הפסק יהיו נוגדות את תקנת הציבור" של מדינת ישראל (ראו סעיף 5(2)(ב) באמנת ניו יורק).

#### האם הוכח כי לא ניתנה לויואנס האפשרות לטעון את טענותיה?

70. נוכח האמור לעיל מתייתר הצורך לדון בטענה נוספת של ויואנס לפיה נמנעה ממנה האפשרות לעיין במסמכים אשר בתיק הבוררות ולקבל פרטים בדבר תשלום האגרה על ידי האגף – דבר שפגע באפשרותה לטעון את טענותיה במסגרת ההליך באופן המצדיק, לשיטתה, כי בית המשפט יכיר גם בקיומה של העילה הקבועה בסעיף 5(1)(ב) באמנת ניו יורק.

71. בבחינת למעלה מן הצורך, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין זה, מוצא אני לנכון להעיר הערות אחדות ביחס לטעון זה.

ראשית, מעדותו של ד"ר סלפיוס עולה כי הרכב הבוררים אומנם סירב לבקשותיה של ויואנס, וכן לבקשותיו של ד"ר סלפיוס עצמו, לעיין בתיק הבוררות ולקבל מידע הנוגע לתשלום האגרה. כמו כן הובהר מעדותו של ד"ר סלפיוס כי מדובר היה במסמכים ובמידע שנדרשו לויואנס לצורך ניהול הבוררות. כך למשל מציין ד"ר סלפיוס שהמידע בעניין מועד תשלום האגרה היה נדרש לצורך הקביעה מהו הדין החל על הבוררות (ראו – פ', עמ' 21, ש' 27 – עמ' 22, ש' 15; עמ' 23, ש' 27 – עמ' 24, ש' 20). לפיכך, נראה כי גם טענותיה אלו של ויואנס – בדין יסודן.

שנית, נוכח קביעותי דלעיל בדבר משוא פנים מצדם של שני הבוררים האוקראינים (בויקו וקרופצ'ין) לטובת האגף, ועובדת היותם נתונים למרותו של מזכיר ה- ICAC ולהוראותיו בעת קביעת החלטותיהם כבוררים, נראה כי גם אם הייתה ניתנת לויואנס גישה מלאה למידע ולמסמכים שביקשה לא היה בכך כדי לרפא הליקויים החמורים שנפלו בעת ניהול הבוררות לנוכח העובדה שממילא שניים מתוך שלושת הבוררים לא האזינו לטענותיה ב"לב פתוח ונפש חפצה". לכאורה, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, גם בכך יש כדי לפגוע בזכות הטעון של ויואנס באופן המצדיק אי הכרה בפסק הבוררות הזר בהתאם לעילה המפורטת בסעיף 15(1)(ב) באמנת ניו יורק.

#### סיכום ומסקנות

72. ויואנס עמדה בנטל המוטל עליה והוכיחה כי במקרה הנוכחי התקיימו הנסיבות המצדיקות אי הכרה ואי אכיפה של פסק הבוררות הזר הראשון לנוכח קיומן של עילות הביטול המפורטות בסעיפים 15(1)(ד) ו- 25(2)(ב) באמנת ניו יורק.

73. נוכח ההתנהלות החמורה ואי החוקיות שדבקה בדרך בה התנהלו דיוני הבוררות בתביעה הראשונה, אני קובע כי ויואנס נהגה כדין כאשר נמנעה מלהתייצב לדיון בפני אותו מוסד בוררות (ה- CIAC) עת נדונה לפניו התביעה השניה במסגרתה ניתן פסק הבוררות הזר השני.

74. נוכח העובדה שפסק הבוררות הזר השני מבוסס באופן מלא על פסק הבוררות הזר הראשון ומהווה פועל יוצא הימנו, ובשים לב לכך שויואנס נהגה כדין כאשר נמנעה מלהתייצב לדיון שניהל ה- ICAC בתביעה השניה, אני קובע כי אין להכיר ואין לאכוף במדינת ישראל את פסק הבוררות הזר השני.

75. לנוכח כל האמור לעיל הנני פוסק בזאת כדלקמן:

א. בקשתו של האגף לאישור פסק הבוררות הזר השני – נדחית בזאת.

ב. בקשתה של ויואנס לביטול פסק הבוררות הזר השני – מתקבלת בזאת.

ג. האגף ישא בתשלום הוצאות המשפט ושכ"ט עוה"ד של ויואנס בסך כולל של 100,000 שח.

ד. ככל שהסכום שנפסק לעיל לא ישולם לויואנס על ידי האגף בתוך 45 ימים ממועד מתן פסק דין זה, יתווספו לו הפרשי הצמדה וריבית בהתאם לקבוע ב**חוק פסיקת ריבית והצמדה** תשכ"א – 1961. במקרה של פיגור כאמור העולה על 45 הימים שיימנו ממועד מתן פסק דין זה – הפרשי הצמדה וריבית אלה יחושבו מיום מתן פסק הדין ועד ליום התשלום בפועל.

המזכירות תמציא פסק דין זה לבא – כוחה של ויואנס באמצעות הפקסימיליה ובדואר רשום.

באי – כוחה של ויואנס יפעלו להמצאתו כדין של פסק דין זה לידי האגף בתוך 45 ימים.

ניתן היום, כ"ג ניסן תשע"ב, 15 אפריל 2012, בהעדר הצדדים.

בנימין ארנון 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה