

# במקרה לא הכינותי מראש

עורכי דין המנסחים הסכם בינלאומי נזכרים לעיתים רק בשלב מאוחר בצורך להוסיף סעיף בוררות בינלאומי. הם פונים למי שעוסק בתחום ממש לפני סיום העסקה, ומבקשים לקבל נוסח של סעיף בוררות "סטנדרטי". אם כבר נקלעתם לסיטואציה הזאת, מה הנקודות העיקריות שחשוב לשים לב אליהן?

אריק שרבי

דומה למאמן קבוצת כדורגל אשר בידו מאגר של מהלכים מבריקים ומורכבים שהכין מראש, אבל הוא נקרא לדגל בדקה ה-90 למשחק, ואז נאלץ להשתמש במספר מצומצם של מהלכים פשוטים שהוכיחו את עצמם בעבר. באופן דומה, המומחה לבוררות בינלאומית אינו יכול להתכונן כראוי, כפי שהיה יכול לו התבקש לנסח סעיף בוררות בינלאומי בשלב מוקדם יותר בהליכים.

מאמר זה מתווה את המהלכים ההכרחיים לאותו עורך דין שהתבקש לנסח סעיף בוררות לעסקה בינלאומית בשלב מתקדם במשא ומתן. לפני שנדון בכל אחד מהמרכיבים הנדרשים לניסוח סעיף בוררות בינלאומית מקיף, נפתח בשתי שאלות מקדמיות שיש לש-קול בעת ניסוח כל הסכם בינלאומי: איזה צד סביר שיהיה התובע אם יתגלע סכסוך? ומדוע בכלל כדאי לפנות לבוררות?

תילי תילים של מילים, ואף ספרים שלמים, נכתבו במטרה להנחות עורכי דין בניסוח סעיף בוררות בהסכם בינלאומי. אולם בכל המדריכים הללו חסרה הדרכה בנוגע לחלק הקשה ביותר בניסוח סעיף שכזה, והוא כיצד אפשר לשכנע עורכי דין מסחריים להיעזר במומחה לבוררות בינלאומית עוד בשלביה המוקדמים של העסקה. זאת, כדי שאותו מומחה יוכל להכיר לעומק את פרטי העסקה הספציפית וי-



עו"ד אריק שרבי עוסק בליטיגציה בינלאומית ומייצג חברות ישראליות בתיקי בוררות בינלאומיים; סגן יו"ר ועדת ליטיגציה בינלאומית של לשכת עורכי הדין של ארצות הברית (ABA)

**קל יותר לאכוף פסק בוררות מלאכוף פסק חוץ, ומכאן נובעת האטרקטיביות של הליך הבוררות בתחום הבינלאומי. הנתונים מראים כי בשנים האחרונות חל גידול במספר התיקים החדשים שנפתחו במוסדות הבוררות המובילים בעולם**

סח לה סעיף בוררות מתאים. בפועל, במרבית המקרים, עורכי הדין המנסחים הסכם ייצרו קשר עם המומחה לבוררות בינלאומית לקראת סגירת העסקה ויבקשו לקבל נוסח סעיף בוררות "סטנדרטי" לעסקה בינלאומית. מובן שבשלב מתקדם זה אין די זמן לבחינה מקיפה של הספרות בתחום.

כל עורך דין, ואפילו מומחה לבוררות בינלאומית, המתבקש לסייע בתזמון כזה,



## לתבוע או להיתבע, זו השאלה

בעת כריתת הסכם אין תשובה ברורה לשאלה איזה צד להסכם עלול להיות התובע ואיזה הנתבע. למרות זאת, הניסיון מלמד כי אפשר לקבל תשובה חלקית לשאלה זו. לדוגמה, בהסכם הפצה (או זי-כיון) טיפוסי סביר יותר שהמפיץ יתבע את היצרן/בעל הזיכיון ולא להפך. בדומה לכך, נותני שירות מסוימים עובדים תמורת עמלה ומקבלים את שכרם רק לאחר אספקת השירות. על כן סביר יותר כי יצ-טרכו לתבוע את העמלה המגיעה להם ופחות סביר שייתבעו.

נפוצים המצבים שבהם קשה מאוד לצפות כבר בשלב כריתת ההסכם איזה צד סביר יותר שייתבע. דוגמה בולטת לכך היא הסכם להקמת מיזם משותף, מכיוון שבדרך כלל בעסקה כזאת מביאים הצדדים ערך דומה לשולחן המשא ומתן. בנוסף, בניגוד להסכם הפצה טיפוסי, בדרך כלל במיזם משותף יש לצדדים ציפיות דומות ממערכת היחסים לאחר השלמת המיזם, ולכן מנסחים את ההסכם על פיהן.

על פי ההיגיון הבריא, עורך הדין המייצג את הצד שסביר שיהיה התובע יעדיף הליך בוררות פשוט

ומהיר. לעומתו, עורך הדין המייצג את הצד שסביר שייתבע לא ירצה שהליך בוררות ייפתח כלאחר יד, אלא רק לאחר שהתובע הפוטנציאלי יאלץ לחשוב פעמיים.

## מי רוצה בוררות?

לא כולם אוהבים את מוסד הבוררות כחלופה לבתי המשפט. עם זאת, בהקשר הבינלאומי יסכימו רוב עורכי הדין המנוסים כי להליך הבוררות יתרון אחד משמעותי על פני ליטיגציה, וזאת בשל האמנה הרב-מדינתית – אמנת ניו יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ (1958). אמנה זו, שחתרו מות עליה כ-150 מדינות, מסדירה את ההכרה ואת האכיפה של פסקי בוררות זרים.

ישראל היא צד לאמנת ניו יורק, אך אשר לאכיפת פסקי חוץ, ישראל אינה צד לשום אמנה רב-מדינתית בעניין הכרה או אכיפה. אי לכך למעשה קל יותר לאכוף פסק בוררות מלאכוף פסק חוץ, ולכן האט-רקטיביות של הליך הבוררות בתחום הבינלאומי. הנתונים מראים כי בשנים האחרונות חל גידול במספר התיקים החדשים שנפתחו במוסדות הבוררות המובילים ברחבי העולם.

**בעת כריתת הסכם  
אין תשובה ברורה  
לשאלה איזה צד  
להסכם עלול להיות  
התובע ואיזה הנתבע.  
למרות זאת, הניסיון  
מלמד כי אפשר  
לקבל תשובה חלקית  
לשאלה זו**

במדינה ב' יגישו תביעה נגד המפיץ. הגשת תביעה נגד מפיץ (במדינה ב') בדבר מוצרים שהוא משווק אינה מצב בלתי רגיל, וכשזה קורה המפיץ לעיתים קרובות מגיש תביעת צד שלישי נגד היצרן הזר בבית המשפט (במדינה ב').

עורך הדין מטעם היצרן (ממדינה א') עושה רק חצי עבודה אם אינו מביא בחשבון אפשרות של הגשת תביעת צד שלישי נגד היצרן במדינה ב' עקב סכסוך בין המפיץ לצרכניו. לכן בייצוג יצרן (או בעל זיכיון) בחוזה עם מפיץ (או זכיון) זר, מומלץ להוסיף הגדרה של "claim" שמציינת מפורשות תביעות צד ג'. הסעיף הרחב לעיל יתוקן אפוא כך:

"... any and all dispute or claims (including, but not limited to, third-party claims) arising under, concerning, or relating this agreement, its interpretation, its validity (including but not limited to, any claim that all or any part of this agreement is void or voidable), its termination, or the subject matter hereof will be resolved by confidential and binding arbitration..."

תרגום: "כל סכסוך או תביעה (כולל, אך לא רק, תביעות צדדים שלישיים) הנובעים, המתייחסים או הקשורים להסכם זה, פרשנותו, תוקפו (כולל, אך לא רק, כל טענה שהסכם זה או חלק ממנו בטל או ניתן לביטול), סיומו, או נושא מסוים מתוכנו, ייושב בבוררות חסויה ומחייבת..."

תובעים ישראלים רבים שהתחרטו כי חתמו על הסכם המכיל סעיף בוררות-חוץ ניסו להתעלם בדרכים עקלקלות מהמחויבות להגיש את תביעתם בבוררות בחו"ל. הטריק העיקרי היה הגשת תביעה נגד נתבע נוסף, נתבע מקומי.

ברע"א 4716/04 **Hotels.com נ' זוז תיירות בע"מ**, תק-על 2005 (3) 2989, בית המשפט העליון שם קץ לתופעה זו. בית המשפט העליון קבע כי מצב שבו התובע המקומי ייאלץ לתבוע בגין אותה עילה גם בארץ (משום שיש נתבע מקומי אחד לפחות) וגם מחוצה לה (בגלל הסכם בוררות עם נתבע זר) אינו

לאחר ששקלנו את האינטרסים המתחרים בין הצדדים לצד היתרונות והאטרקטיביות של הליך הבוררות הבינלאומית, נעבור לשלב ניסוח סעיף בוררות בינלאומי.

## BLINC LLC

לא, לא מדובר בחברה המייצרת מוצרים לעיניים אלא בראשי תיבות שנועדו לעזור לזכור את הרכיבים העיקריים של סעיף בוררות בינלאומי: **Broad, Law, Institutional, Number, Costs, Location Language, and Carve out**.

## Broad – רוחב סעיף הבוררות

על סעיף הבוררות להיות רחב וברור באופן שאינו משתמע לשתי פנים. סעיפי בוררות עמומים מרבים לרובי הליכים משפטיים, בין היתר משום שצד אחד יבקש להעביר את הסכסוך לבוררות בעוד שהצד השני עשוי לפנות לבית המשפט, אולי כדי לסכל את הליך הבוררות.

הדרך הטובה ביותר למנוע היווצרות של סעיף בוררות עמום היא להתחיל בניסוח הקלאסי:

"... any and all dispute or claims arising under, concerning, or relating this agreement, its interpretation, its validity (including but not limited to, any claim that all or any part of this agreement is void or voidable), its termination, or the subject matter hereof will be resolved by confidential and binding arbitration..."

תרגום: "... כל סכסוך או תביעה הנובעים, המתייחסים או הקשורים להסכם זה, פרשנותו, תוקפו (כולל, אך לא רק, כל טענה שהסכם זה או חלק ממנו בטל או ניתן לביטול), סיומו, או נושא מסוים מתוכנו, ייושב בבוררות חסויה ומחייבת..."

למרות בהירותו של הסעיף הרחב המצוטט לעיל, בעסקאות בינלאומיות רבות הוא אינו מספק. ניקח לדוגמה הסכם טיפוסים בין יצרן במדינה א' לבין מפיץ במדינה ב'. עורך הדין של היצרן צריך להתכונן לא רק למצבים שבהם המפיץ יגיש תביעה נגד היצרן, אלא גם למצבים שבהם צרכנים (צדדים שלישיים)

## תיקים חדשים במוסדות בינלאומיים (לפי שנה)\*

מוסד הבוררות	2012	2013	אחוז הגידול
American Arbitration Association – Int'l Center for Dispute Resolution	996	1,165	+17%
London Court of Int'l Arbitration	265	290	+9.4%
International Chamber of Commerce	759	767	1.05%+
Singapore Int'l Arbitration Center	235	259	+10.2%

\* מקור הנתונים: International Chamber of Commerce, Singapore International Arbitration Center, American Arbitration Association

**טמון סיכון מסוים  
בהשארת ההחלטה  
על מספר הבוררים  
למוסד הבוררות.  
אם העדפתך היא  
להימנע מבוררות  
של שלושה בוררים,  
עליך לוודא שסעיף  
הבוררות דורש  
במפורש  
מינוי בורר יחיד**

מומחים בתחום הבוררות הבינלאומית ממעטים להמליץ על בוררות אד-הוק, וכמעט תמיד מעדיפים להמליץ על בוררות מוסדית. ככלל, מוסדות בוררות (לפחות הגדולים שבהם) מפקחים ברמה מסוימת על עבודת הבורר ועל ההתקדמות בתיק. דוגמה טובה להיעדר פיקוח על בורר אד-הוק התרחשה לפני כשנה ברע"א (בית המשפט המחוזי בחיפה) 29935-04-13 **חנא ואח' נ' מרקט זול הוארי בע"מ** (ניתן ביום 7.8.13), שם פסק הבוררות ניתן לאחר יותר משלוש שנים מיום הגשת הסיכומים האחרון נים על ידי בעלי הדין.

כאמור, מעטים המומחים לבוררות בינלאומית הממליצים על בוררות אד-הוק. אבל כיצד יכריע עורך הדין בין מוסדות הבוררות הרבים הקיימים בעולם? ראשית, יש להכיר לפחות חלק ממוסדות הבוררות הגדולים. בארץ יש שני מוסדות בוררות מובילים – המוסד של לשכת עורכי הדין והמוסד הישראלי לבוררות עסקית. לאחרון יש קובץ של כללים מיוחדים לסכסוכים בינלאומיים.

המוסד הבינלאומי המוביל הוא הלשכה הבינלאומית למסחר – International Chamber of Commerce (ICC). המוסד הבא אחריו (לפחות מנקודת מבט אמריקאית) הוא המוסד האמריקאי לבוררות, American Arbitration Association (להלן: AAA). ל-AAA יש כללים ספציפיים לסכסוכים בינלאומיים. בשנים האחרונות ניכר בארצות הברית שימוש הולך וגובר

חריג מוכר לעיכוב הליכים באמנת ניו יורק, ולכן יש לעכב את ההליכים בבית המשפט בלי להביא בחשבון את היעדר ה"עילות" לתובע הישראלי.

לאחרונה בת"א 40536-11-12 **אמקו ים בע"מ ואח' נ' דינמיק שירותי ספנות (דש"ס) בע"מ ואח' יישם בית המשפט השלום את הכלל מפס"ד Hotels.com במקרה של משלוח הודעה לצדדים שלישיים – כאשר התובע אינו צד להסכם הבוררות שבין הנתבע לבין הצד השלישי. בית משפט השלום קבע כי מקרה כזה אינו עולה כדי חריגי אמנת ניו יורק, ולכן יש לעכב את ההליכים בקשר להודעת צד שלישי, אף שהדבר יגרום לכך שנתבעת תצטרך להתדיין בקשר לאותו סכסוך מסחרי גם בפני בית משפט וגם בפני בורר.**

### Law – הדין שיחול

מפתיע כמה הסכמים בינלאומיים – גם אלה המכילים סעיפי בוררות – אינם מציינים במפורש ברידת דין. אסור להניח כי הכרעת הבורר בעניין הדין שיחול על הליך הבוררות תהיה הכרעה פשוטה. לשם ודאות וכדי להקל על הבורר, לחסוך את זמנו של הלקוח ואת כספו, מומלץ להכניס סעיף ברירת דין בכל הסכם בינלאומי.

### Institutional – מוסד בוררות

כאשר הצדדים לבוררות מסכימים על מינויו של בורר מסוים (ומינויו אינו קשור למוסד בוררות כלשהו), ההליך נקרא "בוררות אד-הוק" (ad hoc arbitration).

**עורך הדין המייצג את הצד  
שסביר שיהיה התובע, יעדיף  
הליך בוררות פשוט ומהיר.  
לעומתו, עורך הדין שמייצג  
את הצד שסביר שיתבע לא  
ירצה שהליך בוררות ייפתח  
כלאחר יד, אלא רק לאחר  
שהתובע הפוטנציאלי יאלץ  
לחשוב פעמיים**

### Costs – עלויות (הוצאות משפט)

כלל ברירת המחדל הישראלי הוא פסיקת צו להוצאות לטובת הצד המנצח, שישולם על ידי הצד המפסיד. לעומתו, כללי AAA, LCIA, ICC ו-WIPO מאפשרים לבורר להפעיל שיקול דעת נרחב בפסיקת הוצאות משפטיות. בנוסף, כמעט תמיד רשאים הצדדים לקבוע בהסכם הבוררות סעיף הקובע כי הצד המפסיד יישא בתשלום ההוצאות המשפטיות של הצד המנצח (cost shifting).

מניסיוני, אסור להסכים לסעיף של cost shifting בלי לנהל שיחה עם היועץ המשפטי של החברה שאתה מייצג. היועץ המשפטי של החברה יכול להעריך (א) באיזו מידה החברה שלו מעדיפה להימנע מהליכים משפטיים; (ב) במקרה שתוגש תביעה מבוססת וסבירה נגד החברה, היא תשקול ברצינות לבחון את האפשרות של פשרה; (ג) שהחברה לא תיזום הליך בוררות אלא אם כן היא בטוחה בניצחון. נה. יועץ משפטי של חברה בעלת מדיניות של הימנעות מהתדיינות ימליץ לה בדרך כלל להסכים לסעיף הקובע שהצד המפסיד יישא בהוצאות המשפט.

גם ההפך יכול להיות נכון; יש יועצים משפטיים שיאמרו לעורכי הדין החיצוניים כי מקבלי ההחלטות בחברה עלולים לשגות בהערכתם את הסיכון בסכסוך משפטי כנמוך, ובעצם להמעיט בערכה של פשרה. במקרה כזה סביר כי יועצים משפטיים אלה לא ירצו לציין בהסכם סעיף הפוסק הוצאות לטובת הצד המנצח.

### Location – מיקום הבוררות

מיקום הליך הבוררות הוא בדרך כלל הנושא השנוי ביותר במחלוקת במשא ומתן על סעיף בוררות בהסכם בינלאומי. לרוב בחירת המיקום היא פונקציה של כוח מיקוח; הצד בעל עמדת המיקוח החזקה יותר יתעקש שהליך הבוררות יתנהל בארצו. כאשר כוח המיקוח של שני הצדדים שווה, לרוב הם יבחרו במדינת צד שלישי. טרם הסכמה על מדינת מיקום הבוררות, יש לוודא שהמדינה הנבחרת תתומה על אמנת ניו יורק.

**מיקום הליך הבוררות הוא בדרך כלל הנושא השנוי ביותר במחלוקת. לרוב בחירת המיקום היא פונקציה של כוח מיקוח; הצד בעל עמדת המיקוח החזקה יותר יתעקש שהליך הבוררות יתנהל בארצו**

בהקשר הבינלאומי במוסד Judicial Arbitration and Mediation Services (הידוע כ-JAMS). מנקודת מבט אירופית, רבים מהעוסקים בתחום רואים ב-London Court of International Arbitration (LCIA) המוסד החשוב הבא אחרי ICC. באותו מדרג חשיבות של ICC ו-AAA נמצא הארגון העולמי לקניין רוחני, The World Intellectual Property Organization (WIPO).

כשמדובר בתיק בפני בורר דן יחיד, הכללים של המוסדות המובילים – AAA, ICC (חוקים בינלאומיים) ו-WIPO – כוללים עדיפות למינוי בורר "ממדינה צד ג'" (מדינה ניטרלית).

חוץ מהמוסדות המצוינים לעיל יש מספר רב של מוסדות לאומיים ואזוריים לבוררות. יתרה מזו, יש מוסדות בוררות ייחודיים לחברות ולתעשיות מסוימות (לדוגמה מוסד הבוררות של הבורסה ליהלומים).

### Number – מספר הבוררים

תיק שדנים בו כמה בוררים הוא תיק יקר מאוד. ההנחה הרווחת היא שהצד שסביר יותר שיהיה הנדב תבע ידרוש הרכב גדול יותר של בוררים.

בהקשר הבינלאומי עשויה הסוגיה של מספר הבוררים להיות מלכודת. על פי הכללים של ICC והכללים הבינלאומיים של AAA, ברירת המחדל (אם כי היא גמישה) היא שבורר אחד ימונה לתיק. אולם על פי כללי האמנה של האו"ם למשפט מסחר בינלאומי (United Nations Commission on International

Trade Law), ברירת המחדל היא שלושה בוררים. מוסדות בוררות רבים מיישמים את כללי UNCITRAL ככללי ברירת המחדל בתיקים בינלאומיים. לפיכך טמון סיכון מסוים בהשאת ההחלטה על מספר הבוררים למוסד הבוררות. אם העדפתך היא להימנע מבוררות של שלושה בוררים, עליך לוודא שסעיף הבוררות דורש במפורש מינוי בורר יחיד.



אחרת אכיפת פסק הבוררות תהיה מוטלת בספק. עורכי דין רבים מניחים כי מוסד בוררות יתייחס לסעיף ברירת דין ככולל "הסכמה משתמעת" על מקום עריכת ההליך (במילים אחרות, סעיף הקובע החלת דין מדינה פלונית יתפרש כהסכמת הצדדים שבאותה מדינה ייערך הליך הבוררות). זוהי מסקנה מוטעית. בהליך ברירת הדין, מוסדות בוררות (כגון ICC ו-WIPO) מביאים בחשבון שיקולים שונים, שלא את כולם אפשר לזהות בזמן עריכת ההסכם. נושא המיקום חשוב מכדי להשאירו פתוח לספקות, לכן חשוב להידרש אליו מפורשות בהסכם הבוררות.

### Language – שפת ניהול הבוררות

ככלל, מוסדות הבוררות הגדולים יסכימו לקבל תניה כי הבוררות תנוהל בשפה האנגלית. עם זאת, במקרה שהצדדים לסכסוך הם מארצות ששפתן הרשמית אינה אנגלית, ובהיעדר אזכור לכך בהסכם, הרי שהצדדים חופשיים לקבוע כל שפה אחרת כשפת ניהול הבוררות.

אין להניח שמוסד הבוררות יבחר בוודאות את השפה שהלקוח שלך מעדיף. לכן חשוב להוסיף בהסכם הבוררות את השפה שבה הלקוח שלך רוצה לנהל את הבוררות.

### Carve out – החרגה

פסקת "החרגה" היא פסקה שתפקידה להוציא הליכים מסוימים אל מחוץ לתחולת הסכם הבוררות. מטרתה העיקרית היא לוודא שיהיה אפשר להגיש בקשות לסעדים מן היושר – כגון צו מניעה או צו עיקול נכסים – לבית משפט בכל מקום שבו יעלה צורך לבקש סעד שאין ביכולתו של הבורר לתת (לפחות לא באופן יעיל).

לרוב ממוקמת פסקת ההחרגה בתחילת סעיף הבוררות, ואפשר לנסחה כך:

"Except with respect to motions or applications for equitable relief, any and all disputes or claims..."

תרגום: "... למעט הליכים ובקשות לסעדים מן היושר, בכל סכסוך וטענה..."

על פי הדין של מדינות רבות (לרבות ישראל וארצות הברית), קיומו של הסכם בוררות ככלל אינו מכשול

בפני בית המשפט להעניק סעדים מן היושר, גם במקרה שההסכם שותק בדבר סעדים אלה. על כן החרגה לרוב אינה נחוצה בהסכמי בוררות שאינם בינלאומיים. עם זאת, בעת ניסוח הסכם בינלאומי אין לדעת באיזו מדינה הלקוח שאתה מייצג יצטרך לבקש מבית משפט לתת סעד מן היושר. במצב דברים זה, וככל שניסוחו של סעיף הבוררות הוא רחב יותר, הלקוח עומד בפני הסיכון שבית משפט של מדינה זרה יסרב להיעתר לבקשה לסעד מן היושר. לכן סעיף החרגה הוא הכרחי כמעט בכל הסכם בוררות בינלאומי. עולה השאלה מה בדבר שימוש במודל של סעיף בוררות של מוסד בוררות בינלאומי. מעולם לא נתקלתי בסעיף של מוסד שכולל החרגה עבור בקשה לסעד מן היושר או נותן הגדרה ברורה למושג "תביעה" בהוספת תביעות של צדדים שלישיים. בנוסף, לרוב סעיפים כאלה כמעט לא דנים (במפורש) בהוצאות ההליך, אולי מפני שהאינטרס של מוסדות הבוררות הוא שהצדדים לחוזה לא יתמקדו בעלויות הליך הבוררות בשלב של ניסוח ההסכם. מסיבות אלה, לרוב איני רואה בהסכמי הבוררות של מוסדות בוררות בינלאומיים מודלים יעילים ומספקים. ☞