

סעיף בוררות ICC בהסכמי סחר בינלאומי: סעיף מיליון הדולר

מאת: עו"ד רונן סטי, בורר ומגשר¹

רבים מחזי הסחר הבינ"ל של חברות ישראליות כוללים סעיף בוררות הקובע כי סכסוך בין הצדדים יוכרע בבית הדין הבינלאומי לבוררות של ה-ICC, לשכת המסחר הבינ"ל. במקרים אחרים, נקבע כי ייערך הליך בוררות בפני בורר או מוסד בוררות אחר. לתנאי סעיף זה וניסוחו יש השפעה מכרעת על היקף ההוצאות הכספיות להן תידרש החברה וחשוב מכך, על סיכויי הצלחתה. זהו הסעיף החשוב ביותר במחלוקת - סעיף "מיליון הדולר".

נפתח בדוגמה: יובל, מנהל חברת "יובלים", התקשר עם חברה גרמנית לייבוא מכונה לייצור גופי תאורה תעשייתית בעלות של 5 מיליון אירו בצירוף מע"מ. על רקע היחסים הטובים של יובל עם פרנץ, מנהל החברה מגרמניה, הם החליטו לבצע את העסקה ללא מנגנון אשראי דוקומנטרי ובעסקת תשלומים. ואולם, חברת "יובלים" הישראלית נפגעה קשות לנוכח 2 כשלים יסודיים להם אחראית, לכאורה, החברה הגרמנית:

1. המכונה סופקה באיחור של 4 חודשים, דבר שגרם לאובדן הכנסות כבד, ותלונו לקוחות שבחלקן חייבו אספקה באמצעות קבלן משנה מתחרה.
2. ליקויים קשים בתפקוד המכונה. הדבר ניכר בעיקר בהספק בשיעור של 75% בלבד מהתפוקה המובטחת וייצור אחוז גבוה מידי של גופי תאורה פגומים.

כתוצאה מכך סובלת יובלים מאובדן הכנסות ומפגיעה קשה ברווחיות ובשמה הטוב. אמנם טכנאים מגרמניה ביקרו במפעל על חשבון החברה הישראלית, מספר פעמים, אך בפועל לא עלה בידם לפתור את בעיית הייצור. במכתב רשמי שהגיע לאחרונה מגרמניה אף נטען כי חלק מרכזי מהליקויים נובע מאחזקה לקויה של המכונה, דבר שעורר את חמתו של יובל. על רקע התפתחות זו החליט יובל לעכב את התשלום האחרון בסך של \$400,000 בצירוף מע"מ.

יובל מעוניין בקבלת פיצוי בסך של 1.5 מיליון אירו בגין הפרת ההסכם, נזקים שנגרמו, לרבות אובדן הכנסות ורווחים, תשלומים לקבלני משנה, פגיעה במוניטין וצו עשה לתיקון המכונה. כעת פונה יובל לעיין בהסכם ההתקשרות ומוצא כי הוא כולל סעיף בוררות ICC המפנה את הצדדים לבוררות בבית הדין הבינ"ל לבוררות של ה-ICC, The International Chamber of Commerce - לשכת המסחר הבינלאומית. מקריאת הסעיף הוא מבין כי כל סכסוך בין יובלים לבין החברה הגרמנית יוכרע על פי כללי בית הדין. כאשר הדין אותו יחיל הבורר יהא הדין הגרמני בלבד, והבוררות תתנהל בג'נבה, שוויץ.

יובל אמנם עבר בזמנו על הסעיף הזה אך לא מצא לנכון לתת את דעתו עליו באופן יסודי. הוא סבר כי זהו סעיף סטנדרטי שאין מנהלים עליו מו"מ, סמך על פרנץ חברו מגרמניה, מנהל החברה, כיוון שידוע ש"בין חברים אין סכסוכים", ומעבר לכך ראה בשוויץ כמקום נח לפתרון סכסוכים.

Big mistake. חשוב להבין: סעיף הבוררות בחוזה של יובלים הנו הסעיף המשמעותי ביותר במצב של סכסוך. לתנאיו ולניסוחו יש משמעות מכרעת, עד כדי שיש בהם כדי ללמד על

¹ רונן סטי ושות' משרד עו"ד, בוררות ויישוב סכסוכים המתמחה בבוררות עסקית וב "ינ"ל. יו"ר משותף של ועדת הבוררות והגישור המחוזית בלשכת עורכי הדין בישראל וחבר ועדת הבוררות הבינ"ל, ICC - פריז, www.setty-law.com, כל הזכויות שמורות.

סיכויי הצלחת החברה. במקרה שלנו, היה על יובל ועורך דינו לעמוד על תנאים שונים וגם נוספים לסעיף הנ"ל. הצלחת יובל בכך היתה מעמידה אותו כעת בנקודת מוצא שונה בתכלית.

יחד עם זאת, גם בתנאים אלה ניתן לנקוט מספר צעדים אשר יסייעו בידי יובל להשיג הישגים משמעותיים, כמפורט להלן.

על בית הדין הבינ"ל לבוררות של ה-ICC

לשכת המסחר הבין-לאומית (ה-International Chamber of Commerce), הוא ארגון עסקים עולמי המקיים פעילות בכ-140 מדינות בעולם ובכללן ישראל. לארגון זה יש השפעה רבה על גופים המתווים את המדיניות הכלכלית בעולם: WTO, G-8, OECD ואחרים. בית הדין הבין-לאומי לבוררות של ה-ICC, לשכת המסחר הבין-לאומית, נחשב בעיני רבים, ובצדק, למוביל בעולם בפתרון סכסוכים עסקיים בין-לאומיים בהליכי בורות.

מאז הוקם בשנת 1923 התנהלו בבית הדין יותר מ-16,000 בוררות. בשנת 2009 נפתחו 817 הליכי בורות בהם נטלו חלק 2,095 צדדים מ-128 מדינות והבוררות התנהלו בלמעלה מ-50 מקומות שונים בעולם.

פעילות הבוררות של ICC באה לענות על צרכי העידן הגלובלי, שבו עסקים נדרשים לפתרון סכסוכים מהיר, יעיל וחשוב מכל - מקצועי.

אין ספק כי הפתרון הטוב ביותר לסכסוך מסחרי הוא פנייה להליך בורות. זאת בין היתר בשל התחרות הבלתי נמנעת בין בעלי הדין על כך שהמשפט יתנהל במדינה הנוחה להם [סוגית ה"פורום הנאות"], ובשל אי-הכרת כללי הדין וסדרי הדין הנהוגים בבתי משפט במדינות זרות. כמו-כן קיים רצון לפתור את המשבר באופן דיסקרטי. מתוך כך מתחייבת העדפת הליך הבוררות על פני ניהול משפט אזרחי בין-לאומי².

קיומו של הליך הבוררות מותנה בהסכם הבוררות בכתב. זו נשמתו של הליך זה, די ברצון הצדדים בהסכם המסחרי כי סכסוך ביניהם יוכרע בבוררות ע"פ כללים מסוימים, כדוגמת כללי בורות ICC, כדי לעמוד בתנאי זה³.

הסכם הבוררות

סעיף הבוררות המוצע על ידי בית הדין של ה-ICC למבקשים לקיים הליך בורות בין כתליו, מפורסם על ידו בזו הלשון:

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules⁴."

ובתרגום לעברית:

"כל המחלוקות שנובעות מהחוזה הנוכחי או בקשר אליו ייושבו באופן סופי על-פי כללי הבוררות של לשכת המסחר הבין-לאומית על ידי בורר אחד או יותר שמונו בהתאם לכללים שלעיל⁵."

² עוד על ה-ICC העולמי ובית הדין הבין-לאומי לבוררות הפועל מטעמו באתר ICC (קישור: <http://www.iccwbo.org>)
³ אין באמור במאמר זה כדי להוות ייעוץ משפטי או ייעוץ מסוג כלשהו. יש להיוועץ ביועצים משפטיים ובמיוחד באלו המתמחים בתחום ייחודי זה.

⁴ מתוך אתר **בית הדין של ה-ICC** (קישור: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html>)

⁵ לתרגומים של הסעיף ניתן להיעזר באתר האינטרנט של **בית המשפט הבין-לאומי לבוררות של ICC**.

בחוברת כללי הבוררות אשר תורגמו בשנת 2008 לעברית⁶, כמו גם באתר האינטרנט של הארגון, מומלץ לצדדים לשלב בסעיף הבוררות עצמו את הדין השולט בחוזה, מספר הבוררים ואת המקום והשפה של הבוררות. לכן, לו היה יובל ערני לכך היה עושה ככל יכולתו, בין היתר, לקבוע את השפה האנגלית כשפת הבוררות ואת מקומה בקפריסין או במקום אחר קרוב לישראל.

סעיף בוררות ICC ויישומו

יישום כללי הבוררות של ה-ICC הוא פשוט. שכן די באימוץ הסעיף בניסוחו הקצר שהובא לעיל, כדי לאפשר לצדדים לנהל את הליך הבוררות בהתאם לכללים אלה. ואולם, ככל שאיש העסקים או עורך דינו מצליחים להתאים אותו לטובתם, משתפרים סיכוייהם להשיג את היעדים בבוררות. אין ספק כי יובל היה מרגיש הרבה יותר "בבית" אילו החוק אליו היה כפוף הבורר היה הדין הישראלי ולא הדין הגרמני. להלן מספר תנאים אותם יש להביא בחשבון בכריתת ההסכם, או בפתח הליך הבוררות בהתאמה.

דין החוזה

בעוד כריתת חוזה בין שתי חברות ישראליות בישראל נמצא במסגרת הדין הישראלי, המציאות במישור הבין-לאומי מורכבת יותר. כריתת חוזה בין חברה ישראלית לחברה גרמנית, לדוגמה, יכול לעורר שאלות שונות. בכלל זאת יתכן כי הפרת חוזה לפי הדין הישראלי שונה במהותה מן הדין הגרמני. כך, יתכן שבעוד פיצוי שהוסכם ע"י הצדדים ניתן להפחתה ע"פ הדין הישראלי, לא כך הוא על פי הדין הגרמני. הסכמה בין הצדדים על "כללי הדין הישימים" (Applicable Rules of Law) עשויה לחסוך את הצורך בקביעתם על ידי מותב (הרכב) הבוררים ולחרוץ את סיכויי הבוררות.

כללי ה-ICC קובעים כי אם הצדדים לא קבעו איזה דין יחול, הדבר יוחלט ע"י מותב הבוררות⁷. על מותב הבוררות להביא בחשבון את תנאי החוזה ואת כללי המסחר הרלוונטיים הנהוגים. כך, במקרה זה יובאו בחשבון מקום ביצוע תנאי החוזה, כללי המסחר שעל פיהם נהגו בעלי הדין וכיו"ב. אך מדוע להותיר שאלה זו דווקא בידי מותב הבוררים, שאף ייתכן והיו מלאום שונה מלאום בעלי הדין? היינו, לא מישראל ולא מגרמניה? לדעתי, הסכמה על הדין האנגלי כדאית במקרה שהוצג בתחילה, שכן המשפט הישראלי מקורו בתפיסת המשפט האנגלי. להחלטה מסוג זה יש כאמור חשיבות גדולה בעת ייצוג לקוחות בשלב כריתת ההסכם. מצבו של יובל היה טוב יותר אילו השכיל לקבוע את הדין האנגלי והיה מסרב לאימוץ הדין הגרמני בסעיף הבוררות.

מספר הבוררים

קביעת מספר הבוררים עשויה להיות מושפעת מאופיו של הסכום ומהיקפו. ודאי כי ככל שהיקף הסכום גדול יותר כך עדיף מינוי מותב בן 3 בוררים, מאחר שעל "לשון המאזניים" יש לשקול סיכויים כנגד סיכויים בעלי משמעות גדולה יותר. בעיקרון, הוועדה המיוחדת לבחינת הדרכים לשליטה בהוצאות וזמן בבוררות ICC ממליצה לשקול בחיוב את מינויו של בורר אחד עם התעוררות הסכום⁸. יש לכך 2 יתרונות:

1. עלויות נמוכות יותר מהעלויות הכרוכות במינוי שלושה בוררים.

⁶ כללי הבוררות של ביה"ד הבינ"ל לבוררות של ה-ICC בשפה העברית, הוצאת ICC-ישראל בעריכת עו"ד רונן סטי, 2008.

⁷ ראו סעיף 17 (2) לכללי הבוררות.

⁸ ראו דוח ועדת המשנה לבחינת הדרכים לשליטה בהוצאות ובזמן בהליך הבוררות ליד ועדת הבוררות הבין-לאומי, ICC - פריס (להלן "ועדת המשנה").

2. גמישות רבה יותר בקביעת מועדים, כיוון שהתיאום הנדרש בין מותב הבוררות ובין בעלי הדין ופרקליטיהם מצמצם וקטן יותר.

סעיף 8 לכללי הבוררות של ה-ICC מסדיר את סוגיית מספר הבוררים:

מספר הבוררים

1

הסכסוכים יוכרעו על ידי בורר אחד או שלושה בוררים.

2

כאשר הצדדים אינם מסכימים על מספר הבוררים, בית המשפט ימנה בורר אחד, למעט מקרים בהם נראה לבית המשפט שהסכסוך הוא כזה שמחייב מינוי של שלושה בוררים. במקרה כזה, התובע ימנה בורר תוך פרק זמן של 15 יום מקבלת ההודעה על החלטת בית המשפט והמשיב ימנה בורר תוך פרק זמן של 15 יום מקבלת ההודעה על המינוי שנעשה על ידי התובע.

3

כאשר הצדדים הסכימו שהסכסוך יישוב על ידי בורר יחיד, הם רשאים, על-פי הסכמה, למנות בורר יחיד לאישור [בית המשפט]. אם הצדדים אינם ממנים בורר יחיד תוך 30 יום מהתאריך שבו בקשת התובע לבוררות התקבלה על ידי הצד שמנגד, או תוך פרק זמן נוסף שניתן על ידי המזכירות, ימונה בורר יחיד על ידי בית המשפט.

4

כאשר הסכסוך מופנה לשלושה בוררים, כל צד ימנה בבקשה ובתשובה, בהתאמה, בורר אחד לאישור. אם מי מהצדדים אינו עומד בכך, המינוי ייעשה על ידי בית המשפט. הבורר השלישי, שיפעל בפועל כיושב ראש מותב הבוררות, ימונה על ידי בית המשפט, אלא אם הצדדים הסכימו על הליך אחר למינוי זה, ובמקרה זה המינוי יהא נתון לאישור בכפוף לסעיף 9. אם הליך זה לא הביא למינוי תוך פרק הזמן שנקבע לצדדים על ידי בית המשפט, הבורר השלישי ימונה על ידי בית המשפט.

יש לציין כי כבר במועד הגשת ה"בקשה לבוררות" לפי סעיף 4 לכללים, על המבקש-התובע לציין את כל הפרטים הרלוונטיים הנוגעים למספר הבוררים ובחירתם, בהתאם לתנאי סעיפים 8, 9 ו-10 וכל מינוי של בורר המתבקש בהם. אם הצדדים אינם מגיעים להסכמה בדבר זהות הבורר, יפעל בית הדין למינוי בורר כאמור בסעיף 8 (3) לעיל.

בעיקרון, כאשר נדרש מינוי של בורר יחיד, או יו"ר של מותב, ימנה בית הדין בורר מלאום השונה מזה של הצדדים. במקרה שדנו בו הבורר שימונה יהיה שלא מלאום ישראל או גרמניה. היה והצדדים בוחרים בדין האנגלי, הם יכולים באותה הזדמנות לקבוע כי הבורר יהיה אנגלי וכך להרוויח וודאות גבוהה יותר בקשר עם הליך הבוררות. בנסיבות מיוחדות ובאין התנגדות, עשוי בית הדין למנות בורר מאחד הלאומים של הצדדים.⁹

⁹ ראה סעיף 10 (5) לכללי הבוררות.

לחלופין, פירמה ישראלית עשויה ליהנות ממותב בוררות הכולל גם בורר ישראלי במסלול סעיף 8 (4) לכללי הבוררות שצוטט לעיל. היינו, יישומה של תפיסת בוררות זבל"א (זה בורר לו אחד), שעל פיה כל צד ממנה בורר מטעמו. הבורר השלישי ממונה על ידי בית הדין ומכהן כיו"ר המותב, אלא אם הוסכם על דרך אחרת, למשל מינויו על ידי שני הבוררים הנ"ל. אם יובל היה מסכם על מותב בין 3 בוררים הוא יכול היה למנות בורר ישראלי מטעם יובלים לאישור בית הדין בעת הגשת כתב התביעה. המשיבה, החברה הגרמנית, תמנה בורר מטעמה בכתב התשובה. בית הדין ימנה את הבורר השלישי, אלא אם יסכימו בעלי הדין על דרך מינויו. יישום נוסחה זו בהצלחה חייב לקבל ביטוי בסעיף הבוררות. במקרה שדנו בו ייקבע שכל צד ימנה בורר מטעמו. נוסף על כך, ניתן להסכים כי שני הבוררים שימונו יבחרו בבורר שלישי, בתוך פרק זמן שיקבע בית הדין. מכל מקום, בית הדין ימנה, לפי צורך, יו"ר למותב.

מקום הבוררות

גם כאן, קיימת חשיבות לקביעת מקום הבוררות בסעיף הבוררות החוזי. אמנם באין הסכמה ייקבע הדבר על ידי בית הדין¹⁰, אך בהתחשב בעובדה כי על הצדדים לממן לא רק את שכר הבורר, אלא גם את הוצאות הבוררות. הסכמה בעניין זה עשויה לחסוך הוצאות ניכרות לכולם. סיבה נוספת לכך נעוצה בחופש הרב שיש למותב הבוררות לקיים שימועים וישיבות בוררות בכל מקום שנראה לו הולם, אלא אם הוסכם אחרת בין הצדדים. מכאן שיש בהסכמת הצדדים כדי לסייע לעצמם בקביעת מקום הבוררות ולחזק את שליטתם בהליך זה. מבחינת יובלים שוויץ היא מקום טוב, אך אין ספק שעלויות שכירת חדר ישיבות בקפריסין כמו גם בתי מלון, נמוכות בהרבה מאשר שוויץ ועדיפות לחברות ישראליות.

זה המקום לציין כי בית הדין לבוררות חנך אולמות בוררות מתקדמים ומרשימים ביותר בפריס לפני כשנה. חדרי הישיבות מאובזרים היטב ומאפשרים לקיים הליכי בוררות ברמה בין-לאומית גבוהה. אם כן, בהסכם הבוררות ניתן להחליט ששיבות הבוררות יתנהלו במתקני הבוררות של ה-ICC בפריס¹¹, או במקומות אחרים שקרוב לוודאי יהיו כרוכים בעלויות נמוכות יותר.

שפת הבוררות

לקביעת השפה בהליך הבוררות, כבר בסעיף הבוררות יש חשיבות רבה. די בהערכת התקציב שיידרש לתרגום מסמכים וטענות הצדדים לשפה זרה, על מנת להבין את חשיבותה של הסכמה זו כבר בשלב החוזי. לתשומת לבך: היה והצדדים לא קבעו זאת, ייקבע הדבר על ידי מותב הבוררים כאמור בסעיף 16 לכללי הבוררות. עיון בסעיף זה מלמד שאפילו שפת החוזה תובא כשיקול חשוב בהחלטה זו:

סעיף 16

שפת הבוררות

בהיעדר הסכמה בין הצדדים, מותב הבוררות יקבע את השפה או שפות הבוררות, תוך התחשבות נאותה בכל הנסיבות הרלוונטיות, כולל שפת החוזה.

שלא כ-ICC, קודי בוררות בין-לאומיים אחרים מאמצים את שפת ההסכם כשפת הבוררות

¹⁰ ראה סעיף 14 לכללי הבוררות.

¹¹ אך מובן שיש להביא בחשבון את הוצאות הכרוכות בכך.

וזאת בהיעדר הסכמה בין הצדדים, אם כי למוטב הבוררים הסמכות לחרוג מכך¹². ניתן לומר כי בין המוסדות הבין-לאומיים שכיח למדי למצוא, בדומה לכללי ה-ICC, שסוגיית תרגום המסמכים תוסדר על-פי החלטות מוטב הבוררים, אלא אם הוסדר הדבר בין הצדדים¹³.

לעניין שפת הבוררות יש לציין, שאם זו לא הוסכמה בין הצדדים - קביעת זהות הבורר קרוב לוודאי שתושפע מההחלטה שתתקבל בנוגע לשפת הבוררות¹⁴.

סיכום ומסקנות

1. בוררות היא מקצוע המחייב התמחות. משכך, ניסוח סעיף בוררות במקרה יובלים יכול היה להיות טוב בהרבה אילו היו קובעים הצדדים מראש תנאים שונים ונוספים.
2. כך לדוגמה, חשוב לקבוע מראש כי שפת הבוררות תהא באנגלית על מנת למנוע מצב של בחירת בורר הדובר דווקא גרמנית או צרפתית, שתי שפות הנפוצות באזור גרמניה ושווייץ.
3. נוסף על כך, אם נדרשת קביעה של הדין החל על החוזה נכון היה לקבוע את הדין האנגלי אשר קרוב בהרבה לדין הישראלי מאשר הדין הגרמני. ישנו מקרה אחד שאף מטופל על ידי מחבר מאמר זה בו הוסכם על בוררות בינ"ל ב-ICC כאשר דין החוזה יהא הדין הישראלי והיא תיערך בת"א. אין ספק כי סעיף כזה היה מטיב מאוד עם יובלים וייתכן שאף היה פותר את המשבר בעודו באיבו.
4. ניתן לחבר סעיף בוררות ב-ICC שעל-פיו קודם לפניה להליכי בוררות, ינסו הצדדים לפתור את הסכסוך במשך תקופה מוסכמת. בית הדין של ה-ICC מציע כיום גם הליכי גישור שיש בידם כדי לחסוך עלויות ולפתור את הסכסוך בדרכי שלום.
5. לא פחות חשוב, אם כבר מחליטים הצדדים על קיומה של עסקה מסחרית, ראוי כי יפתחו אשראי דוקומנטרי בנקאי. הסיבה היא שלא חברות רבות יכולות להרשות לעצמן לעמוד בפני שוקת שבורה ולפנות להתדיינות משפטית, לעיתים בינ"ל, במקרה שהתשלום לא יגיע או שהמכונה תוחלף ב"חתול בשק"¹⁵.
6. "סוף מעשה במחשבה תחילה" - מאחר ובוררות בינ"ל מחייבת התמחות, יש להקדיש תשומת לב משפטית-מקצועית ולא רק מסחרית, לניסוח סעיף הבוררות ולניהול הליך זה לפתרון הסכסוך.
7. בית הדין הבינ"ל של ה-ICC נחשב בעיני רבים למוביל בתחום הבוררות הבינ"ל. חשוב מאוד כי ניהול הבוררות בו יהא מקצועי ותוך הבנת ההבדלים בין בוררות ICC לבוררות בישראל.
8. פסק הבוררות ניתן לאכיפה בכ-150 מדינות בעולם בהתאם לכללי אמנת ניו-יורק להכרה ואכיפת פסקי בוררות חוץ משנת 1958, שאומצו בישראל לתוך חוק הבוררות.

¹² ראו לעניין זה את סעיף 14 לכללי הבוררות של ה-AAA בארה"ב, סעיף 9.6 לכללי הבוררות מטעם ה-CPR בארה"ב (CPR - International Institute for Conflict Prevention and Resolution - New-York).

¹³ ראו לדוגמה סעיף 17 לכללי ה-LCIA.

¹⁴ ראה:

Bernard Hanotiau; Member of the Brussels and Paris Bars; professor at the University of Louvain, Belgium.

Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of 'Best Practices', Published

in: Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration, 113, 2006.

