

בוררות: עשה ואל תעשה



ממשמעויות בחירת המיקום וקביעת הדין שיחול עליה ועד אפשרויות הערעור • עו"ד גדעון פישר

עו"ד גדעון פישר



ניסוח תנאי הבוררות חייב להיעשות בתכנון יסודי מראש

בוררות בכלל ובמישור הבינלאומי בפרט, היא פעמים רבות אלטרנטיבה חיונית וחיובית לפתרון סכסוכים מסחריים, אשר מעצם טיבה כוללת יתרונות רבים שבראשם האפשרות לאכיפה יעילה, האפשרות לבחור בורר מראש אשר יחיל דין ספציפי, לשלוט בהליך המשפטי, בלוח הזמנים שלו ובהוצאות שלו, יתרונות של חסיון וכיוצא באלו.

במסגרת גיבוש וניהול הסכמי בוררות פעמים רבות בעלי דין עושים שגיאות שמתבררות בדיעבד כהרות גורל, ונעשות בשל היעדר מודעות או ניסיון מספק בענייני בוררות ולפעמים גם בלי לשים לב שהצר שכנגד תכנן את תניות הבוררות ואת ניהולו כך שיתאימו לאינטרסים שלו בלבד.

דוגמא בולטת לכך מתחום הבוררות הבינלאומית היא ההסכמה בדבר מקום הבוררות. למקום עריכת הבוררות (בעיקר המדינה בה היא תיערך) משמעות הרת גורל, היות ובהיעדר קביעה מפורשת אחרת, בתי המשפט במדינה בה מתקיים ההליך הם אלו שיהיו מוסמכים לדון בתוקפו של הסכם הבוררות, בסעדים זמניים שנדרשים במסגרת הבוררות ובבקשות לאישור או ביטול פסק הבורר. צד להסכם, אשר לא בדק מבעוד מועד מה קובע דין המדינה המיועדת כמיקום הבוררות, עלול למצוא את עצמו בלי הסכם בוררות מחייב, בלי יכולת לקבל סעד זמני חיוני (בגלל כללי הדין המקומי) או אף בפני פסק בורר שיימצא בסופו של יום חסר תוקף. כך לעתים מגלים ברטרופסקטיבה שגיאות שניתן היה להימנע מהן עם קצת תכנון מראש ומחשבה טקטית נכונה עוד בעת גיבוש ההסכם וכן במהלך הליך הבוררות.

11 כללי זהב מרכזיים לקראת בוררות

1. הימנעות ממלכוד "סעיף הצות"
ניסוח תנאי הסכם הבוררות חייב להיעשות בתכנון יסודי מראש, לאחר בדיקות מקדימות חיוניות, כדי להבין מהם באמת תנאי הבוררות, במקרה של פרוץ סכסוך. תניות הבוררות בהסכם זכו בפרקטיקה לכינוי "סעיף הצות", על שם היותם התנאים שבעת עריכת הסכם מסחרי מגובשים בדרך כלל אחרונים, לאחר שכל התנאים המסחריים והמשפטיים האחרים הוסדרו וממוקמים סמוך לסעיפי ה"שונות". קיימת נטייה שגויה להתייחס אליהם בביטול ולכתוב סעיפי בוררות כלליים. זו טעות שעלולה לעלות ביוקר.

2. מושב הבוררות

בבוררות בינלאומית יש לבחון את מושב הבוררות (המדינה שבה המשפט שלה יהיו המוסמכים לדון במעטפת של ענייני הבוררות) ואת דיני מדינת המושב ולא רק את מיקומה. בהקשר זה, יש חשיבות למספר נושאים מרכזיים:

- תוקפו של הסכם הבוררות – לכל מדינה ישנן דיני בוררות פנימיים משלה. ישנן מדינות רבות שטרם אימצו את אמנת UNICITRAL, ולכן הפרשנות בדבר סוגיית תוקפו של הסכם בוררות יקבעו לפי הדין הפנימי של אותה מדינה המשמשת כמושב הבוררות ולא לפי כללי אמנה זו. כך למשל, ישנן מדינות שמחייבות הסכם בוררות מלא וברור בכתב, כדי לכפות הליך בוררות, ויש מדינות שיאפשרו כפיית בוררות על בעל דין גם בהיעדר הסכם בכתב ספציפי.
- סוגיית הסעדים הזמניים – בין היתר, חשוב לבחון מראש אילו סעדים זמניים אפשריים מבחינת הדין המקומי של מדינת מושב הבוררות, על מנת שאפשר יהיה לעתור לקבלם (או לדעת לבחור מושב שיאפשר להימנע מסעדים זמניים) לפני או במהלך הבוררות. כדוגמא, ניתן לציין צוויי אכיפה דיוניים כמו בענייני גילוי מסמכים, צווי עיקול, צווי מניעה אשר פעמים רבות הבוררות בלעדיהם חסרת משמעות.
- מידת התאמה של פסק הבוררות לתקנת הציבור של דיני אותה מדינה – לכל מדינה

יש עקרונות ונורמות משלה אשר עלולים להשתנות ממדינה למדינה, עד כדי כך שבמדינה אחת פסק בוררות ייתפס כהגיוני וסביר, ובמדינה אחרת אותו פסק בוררות בדיוק יימצא כסותר את תקנת הציבור.

הדבר יכול לגרום אף לביטול פסק הבוררות, למרות שנוהל בהצלחה במערכה המשפטית מול טריבונל הבוררות ולאחר שהושקעו בו משאבים רבים, ולו בשל העובדה שיימצא כי אינו מתיישב עם עקרונות מרכזיים ונורמות של מדינת מושב הבוררות.

ניתן כמובן לקבוע שמקום המושב של הבוררות תהיה מדינה X וכי הבוררות עצמה תתנהל פיזית במדינה Y, אך צריך לקבוע זאת באופן מפורש. בהקשר זה יש להביא בחשבון כי פיצול שכזה עלול לגרום גם לקשיים משפטיים וליישום מכלול של דינים שונים על בוררות אחת. על בסיס אותו עקרון, חשוב לבחון מבעוד מועד את דיני המדינה של מושב הבוררות באופן כללי, אף ביחס לשאלה האם הם מתאימים ומשקפים סטנדרטיים משפטיים ראויים בכלל ולבעל הדין בפרט ביחס לעניין הנדון.

3. הגדרת הסעדים שניתן לתבוע במסגרת הבוררות וההרגמה

בוררות הינה פלטפורמה שבה רצוי לשלוט בהליך ובהיקפו. במסגרת זאת, חשוב להביא בחשבון שבאפשרותו של צד להסכם מסחרי או להסכם בוררות, לבחור את

תחומי הבוררות או הסעדים שאפשר לתבוע בבוררות עליה מסכימים. בעלי דין יכולים לא רק לקבוע את הדין שיחול על הבוררות, אלא לשלוט מראש על היקף החשיפה שלהם בתביעת בוררות. ייתכן וצד מסוים יעדיף, משיקולים טקטיים, שלא הגביל את תחומי הבוררות והסעדים האפשריים בה, וגם זאת אפשרות שכיחה למדי, אך חשוב לעשות זאת באופן מודע ולא מתוך חוסר ידיעה.

השימוש בכלי של תחיתת סעדים יכול להיות משמעותי ביותר, במיוחד בהתחשב בכך שבוררות הינה הליך משפטי מחייב שאין עליו בדרך כלל ערעור, ולפעמים אינו כפוף לדין מהותי מסוים באופן שחושף את הצדדים לסיכון גבוה מאוד בסכומים עצומים, שייתכן ולא צפו אותם או לא ציפו להסכים לכך שבורר יכריע בהיקפים שכאלו.

4. קביעה של סמכויות הדין של הטריבונל
 כאשר מגבשים את סעיפי הבוררות חשוב לקבוע באופן ספציפי מה נמצא בגדר הסמכות של טריבונל הבוררות, הואיל ומה שלא מופיע במפורש כחלק מסמכות הטריבונל עלול להימצא מחוץ לגרדי הבוררות, ואז בעל דין, שסבר שאת כל ענייניו מול רעהו יוכל לנהל בבוררות, עלול למצוא את עצמו נדרש להליכים משפטיים נוספים כדי לדון בחלקים מסוימים של הסכום.

5. קביעת הדין שיחול על הבוררות
 כאשר מתקשרים בהסכם בוררות ומגיעים לנקודה שבה מתקיים המשא ומתן על הדין שיחול על הבוררות, חשוב להבין שאין מדובר בדבר של מה בכך. גם אם אחד הצדדים מוכן להסכים להחלת דין זר מסוים על ההסכם והבוררות, חיוני ביותר שתיערך בדיקה לגבי המשמעות של הדין שמבקש הצד שכנגד להחיל על העסקה, ההסכם או הבוררות.

לא פעם, נקלע אחד הצדדים לסיטואציה בה לפי תפיסת עולמו, הנורמות המסחריות שהוא מכיר, או אפילו הדין של מקום מושבו, הוא לחלוטין צודק באשר לאופן התנהלותו במסגרת העסקה, פרשנות ההסכם או דרישתו לאכיפת זכויותיו. ואולם, הדין הזר שהוחל על הבוררות כלל לא מכיר בזכויות אלו ואולי אף שולל אותם מכל וכל. ניתן להגיע להסכמה על דינים שבדרך כלל נתפסים כמקובלים במסחר האוניברסאלי, כמו הדין האנגלי, ואולם, חשוב לבחון את הסיכון או הפוטנציאל שיש בהחלת דין זה על המקרה הספציפי.

6. קביעה ושליטה מראש על עלויות הבוררות

בוררות יכולה להיות הליך משפטי יקר למדי, במיוחד אם לא מעריכים וקוצבים מראש את התנאים לניהולה, אך ניתן לחסוך בעלויות באמצעות מספר צעדים. ראשית, ניתן לקבוע כי ימונה בורר אחד במקום שלושה, לקצוב את משך הדיונים ומספרם, ולקבוע כי הבוררות תתנהל באמצעות כתבי טענות ותצהירים בלבד, ובכך לחסוך בימי דיונים שבדרך כלל מייקרים את ההליך. ניתן להגדיר, להגביל

ולמקד את הליכי גילוי המסמכים (אם אמורים להתקיים לפי כללי מוסד הבוררות או צו פרוצדוראלי של הבורר), פרט חשוב בעיקר כשעוסקים עם צד שכנגד מארה"ב, או מחילים את דיני ארה"ב על הבוררות, וזאת הואיל והליכי גילוי המסמכים בארה"ב נרחבים ביותר בהיקפם וכרוכים בעלויות ענק.

בנוסף, ניתן לקבוע בורר (או טריבונל בוררים) שינהל את הבוררות בעצמו, במקום אחד ממוסדות הבוררות הידועים שעלולים לייקרו משמעותית. עם זאת, לחלק ממוסדות הבוררות בעולם יש טבלת עלויות ושכר בוררים, אשר ניתן לבדוק מראש ולהעריך את העלויות הצפויות בבוררות.

7. הגדרות פרקטיות של הבוררות
 בוררות היא יציר הסכמתם של צדדים. לפיכך, כשם שצדדים מסכימים על עצם הפניה לבוררות במקרה של מחלוקת או סכסוך, כך הם יכולים לקבוע הגדרות מינהלתיות ופרקטיות לניהול הבוררות שלהם, ולא להותיר זאת ליד המקרה או לשיקול דעת הבורר או בית המשפט, כל שכן לאחר פרוץ הסכסוך.

במסגרת זו, פעמים רבות מדובר בעסקאות בהן יש יתרון לכך שהבורר יהיה לאו דווקא משפטן, ואז רצוי לקבוע מראש את זהותו והכישורים הרלוונטיים. עם זאת, חשוב לא לקבוע הגדרות מורכבות או נדירות מדי, כדי לא להיקלע למצב בו לא ניתן לאתר בורר עם הכישורים הנדרשים.

כמו כן, חשוב ורצוי גם לקבוע מה קורה אם בורר מסוים ימצא כמנוע לקיים את הבוררות על מנת שלא להגיע למצב בו מחמת מניעות של גורם ספציפי, תרד תניית הבוררות לטמיון. חשוב להכתיב מראש את הכללים המנחים של הבוררות, מבחינת הדין שיחול, השפה בה תתנהל הבוררות, לוחות הזמנים שאליהם מחוייב טריבונל הבוררות. בתוך כך, אפשר לקבוע אם רוצים פסק בורר מנומק.

8. וידוא שהחוזמים על הסכם הבוררות מוסמכים לעשות כן

החתימה על ההסכם המסחרי או על הסכם הבוררות נראית לפעמים טריוויאלית, ואולם לעתים נתקלים בסיטואציה בה מתברר שהגורם שחתם מטעם הצד שכנגד, כלל אינו מוסמך לחתום על ההסכם מטעם אותו צד.

לכן, גם אם מדובר בעניין שנראה פעוט או כרוך בחוסר נעימות של דרישה של הצד שכנגד להוכיח למי יש סמכות לחתום מטעמם, הדבר הינו יסודי, לגיטימי וחיוני לכך שכל ההסכמה לבוררות לא תהיה ברכה לבטלה.

9. חיסיון הליכי הבוררות

אחד מיתרונות הבוררות הוא אלמנט החיסיון הגלום בו, להבדיל מהתיקים המתנהלים בבתי המשפט שבמדינות רבות הינם פומביים לציבור, החיסיון של הליך הבוררות אינו מובנה ואינו בהכרח קיים.

לפיכך, במידה וחיסיון ההליך הינו חשוב או חיוני, חשוב לוודא כי קיים כלל המכתיב את

קיומו בכללי המוסד שתחתיו תנוהל הבוררות, ואם אין כלל המחייב חיסיון בכללי המוסד לבוררות או אם הוסכם על בוררות שתתנהל לא תחת מוסד בוררות מסוים, חיוני לכלול את תנאי החיסיון, בגוף הסכם או תניית הבוררות, שכן ללא מקור מחייב לחיסיון, אין חיסיון אוטומטי מחייב.

10. האכיפה אפשרית

חלק בלתי נפרד מהבדיקות וההערכות שיש לבצע טרם ההתקשרות בהסכם או בתניית בוררות, צריך להיעשות בדבר האפשרות לאכיפה של פסק הבורר. ככלל, המענה לסוגיה זו נמצא במסגרת אמנת ניו יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות - 1958, ואולם, לא תמיד עיון טכני באמנה זו מספיק כדי לוודא שאכיפה של פסק בוררות אפשרית.

ייתכנו מקרים בהם הצד שכנגד הינו ממדינה שחתומה על אמנת ניו יורק, וככזו אמורה לאפשר אכיפה בשטחה, אולם בחיי המעשה הדבר לא אפשרי, בין אם משיקולים משפטיים, פוליטיים ואחרים.

הקושי באכיפה של פסק בוררות עלול לעלות, אף אם הדין שחל על הבוררות הוא דין של מדינה אחרת, שכן בבואם של בתי המשפט של המדינות השונות לבחון אכיפה של פסק בורר בשטחן, הם מחילים את הנורמות והדינים שלהם.

לא פחות חשוב להבין ולהעריך היכן נמצאים הנכסים של הצד שכנגד, ולהעריך את סיכויי האכיפה לפי מיקומם. אם לצד שכנגד נכסים במדינות שונות בעולם, כדאי לבחון את אפשרויות וסיכויי האכיפה של פסק בוררות באותן מדינות, ייתכן ומשם יוכל בעל הדין להיפרע, גם אם נתקבל בקשיים במדינה המושב של הצד שכנגד.

11. אפשרויות ערעור

אחד החסרונות המיוחדים להליכי בוררות (שניתן לראותו גם כיתרון) הוא היעדר אפשרות ערעור. עם זאת, ישנן מספר מדינות, ובהן ישראל, שקידמו חקיקה המאפשרת קיום של ערכאת ערעור כזו או אחרת על פסק בורר. בדרך כלל, כמו בדין הישראלי, אפשרות כזו מותנית בהסכמה מפורשת מראש לכך שבאפשרות אחד הצדדים לפנות להליך של ערעור על פסק בורר. חשוב לשקול לפני כריתת הסכם הבוררות, אם האינטרס של המתקשר מאפשר ערכאת ערעור שכזו או לא, שכן לאחר חתימת ההסכם או קיום הבוררות האפשרות לא תתקיים בדרך כלל.

ראוי לציין כי בצד זאת, במוסד הבוררות של ICC קיים מנגנון ייחודי של פיקוח על פסקי בוררים. אמנם אין מדובר בערכאת ערעור ולצדדים אין גישה אל מנגנון הפיקוח, אך מנגנון זה בהחלט משמש כפלטפורמה שבוחנת אם פסקי הבוררים תקינים, הגיוניים ומתאימים לכללים ולמתכונת שהוגדרה בבוררות.

הכותב הוא מחבר הספר "הבוררות בעולם העסקי"