

| | |
|--|---|
| משפט בין-לאומי | הנחיות היועץ המשפטי לממשלה |
| הכפפת המדינה לדין זר, לערכאות זרות ולמנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים בחוזים בין-לאומיים בעלי אופי מסחרי | תאריך: כ"ח אדר א' התשע"ט, 5 מרץ 2019 מספר הנחיה: 10.200 (64.001) |

הכפפת המדינה לדין זר, לערכאות זרות ולמנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים בחוזים בין-לאומיים בעלי אופי מסחרי

מבוא

בשנת 1968 פורסמה הנחית היועץ המשפטי לממשלה 64.001 אשר עניינה "חוזים עם גורמי חוץ – תחולת החוק הישראלי". ההנחיה קבעה כי בכל חוזה, הסכם או התקשרות אחרת, שבין המדינה או מוסדותיה לגורם חוץ, תותנה התניה מפורשת שלפיה יחול על החוזה הדין הישראלי, ושרק בית משפט ישראלי יהיה מוסמך לדון ולהכריע בכל הנוגע לאותו חוזה. עוד קבעה ההנחיה כי כל סטייה מדרישה זו תתאפשר רק באישור היועץ המשפטי לממשלה.

לאורך השנים שעברו מאז פורסמה ההנחיה חל, מטבע הדברים, גידול משמעותי בקשרים המסחריים בין גופים ממשלתיים לבין גורמים זרים, ובהתאם גדל באופן ניכר מספרם של החוזים הבין-לאומיים עליהם מבקשים גופים ממשלתיים לחתום. בנוסף, המציאות כיום היא כי רבים מחוזים אלה כוללים כדבר שבשגרה הפניה לדין זר, לבתי משפט זרים או למנגנונים אחרים ליישוב סכסוכים. מצב דברים זה הביא לעליה משמעותית במספר הפניות מצד משרדי ממשלה ויחידות סמך ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לאישור סעיפי הדין הזר ויישוב הסכסוכים טרם ההתקשרות.

השינוי שחל באופי ובמספר ההתקשרויות האמורות העלה את הצורך לעדכן את אופן הטיפול בתחום על מנת להתאימו למציאות הדברים כיום. אין ספק כי להכפפת המדינה לדין זר, לערכאות זרות או למנגנוני יישוב סכסוכים בין-לאומיים יש השלכות רבות, בין היתר לעניין היכולת להבטיח את מימוש זכויות הגוף הממשלתי המתקשר, חשיפה להליכים משפטיים מחוץ לישראל והתמודדות עם סיכונים משפטיים שונים העשויים להתלוות להליכים כאלה. לפיכך, יש להבטיח כי נושא זה יטופל באופן מקצועי, בהתאם למדיניות מושכלת אשר נקבעה מראש. יחד עם זאת, בעוד שישנם חוזים בין-לאומיים אשר בשל היקפם, רגישותם או מורכבותם נדרש כי הוראותיהם הרלוונטיות ייבחנו על ידי היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו, הרי שבמקרים אחרים נכון יהיה להפקיד את הטיפול בידי היועצים המשפטיים של גופי הממשלה המבקשים להתקשר בחוזה, בהתאם לקווים מנחים שיוגדרו מראש.

הנחיה זו מחליפה את הנחיה 64.001 מיום 1.11.1968 ומטרתה לקבוע כללים מנחים להכפפת המדינה לדין זר, לערכאות זרות ולמנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים בחוזים בעלי אופי

מסחרי עם גורמים זרים. כן מספקת ההנחיה כללים מנחים לטיפול בהיבטי מדיניות נוספים העשויים להתעורר בהתקשרויות אלה ובהם סוגיות של חסינות ריבון, המחאת זכויות ועוד. ההנחיה מעניקה ליועצים המשפטיים של משרדי הממשלה ויחידות הסמך כלים לטיפול בסוגיות העיקריות העשויות להתעורר בעניינים אלה וקובעת את המקרים בהם יש לקבל את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה או של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) במהלך המשא ומתן על החוזה.

יובהר כי הנחיה זו אינה מתייחסת לסוגיות נוספות העשויות להתעורר במסגרת ההתקשרות בחוזים בין-לאומיים, כאשר מובן כי על אלה להיבחן על-ידי היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה במסגרת סמכויותיו ואחריותו, ויתכן שאף על-ידי גורמים נוספים, לפי העניין.

א. תחולת ההנחיה

1. הגורמים הכפופים להנחיה זו

הנחיה זו חלה על משרדי הממשלה, יחידות הסמך ויחידות אחרות של המדינה (להלן: "גופים ממשלתיים").

2. הגדרת "חוזים בין-לאומיים" לעניין הנחיה זו

הנחיה זו מתייחסת להסכמים מסחריים מכל סוג בין גופים ממשלתיים לגורמים זרים. גורמים זרים כוללים חברות זרות, תאגידים זרים אחרים, מדינה זרה, מוסד ממוסדותיה וכל גורם אחר המאוגד במדינה זרה, כמו גם ארגונים בין-לאומיים (ממשלתיים ולא ממשלתיים).

למען הסר ספק, ההנחיה אינה חלה על אמנות בין-לאומיות או הסכמים בין-לאומיים הכפופים להנחית היועץ המשפטי לממשלה 64.000 מיום 1.8.1972 שעניינה "אמנות בינלאומיות", או לכל הנחיה אחרת אשר תבוא במקומה, ולהוראות הרלוונטיות לעניין זה בתקנון לעבודת הממשלה.

חוזים בין-לאומיים אשר בדרך כלל יהיו כפופים להנחיה זו כוללים, בין היתר, את סוגי ההסכמים הבאים:

- (א) הסכמי רכש ושכירות (טובין, נכסים, שירותים);
- (ב) הסכמי מתן או קבלת רישיון קניין רוחני לרבות רישיון תוכנה;
- (ג) הסכמי סודיות;
- (ד) הסכמי העברת חומרים (materials transfer agreements);
- (ה) הסכמי שיתוף פעולה (מחקר, שיווק, מכירה);

- (ו) הסכמי מענק, הסכמי קונסורציום ומסמכים נלווים אשר קשורים לתכניות מימון מחקר;
- (ז) כתבי ערבויות של גופים פיננסיים בהם נכללת תניית דין זר;
- (ח) הסכמי יישוב סכסוכים פרטניים (לדוגמה הסכמי בוררות);
- (ט) מסמכי סיום התקשרות וכתבי ויתור על תביעות.

ב. הכללת סעיפי הכפפה לדין זר, לערכאה זרה או למנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים בחוזים בין-לאומיים

1. אלא אם כן נקבע אחרת בהנחיה זו, הסמכות להחליט בעניין הכללת סעיפי הכפפה לדין זר, לערכאה זרה או למנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים בחוזים בין-לאומיים נתונה בידי הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה, לאחר בחינת חוות דעת כתובה של היועץ המשפטי של גוף זה, תוך התייחסות למכלול השיקולים הרלוונטיים המפורטים בהנחיה זו ובהתאם לקווים המנחים שנקבעו בה.

בעת בחינת חוזה בין-לאומי בהתאם להנחיה זו, על היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה לוודא כי יש בידו כל מסמך חיצוני אשר החוזה מפנה אליו (למשל נספחים לחוזה, כללי יישוב סכסוכים שהחוזה מפנה אליהם וכללי ערבות בנקאית הנוכרים בחוזה).

2. על אף האמור לעיל, סעיפי הכפפה לדין זר, לערכאה זרה או למנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים יועברו למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) לקבלת חוות דעתו במקרים הבאים:

- (א) כאשר שווי ההתקשרות הינו בהיקף של 5 מיליון שקלים חדשים ומעלה.
- (ב) כאשר החוזה מפנה לכללי בוררות אשר אינם נמצאים ברשימה שבנספח להנחיה זו, או כאשר הוא מתייחס לבוררות מבלי לציין כללי בוררות ספציפיים.
- (ג) כאשר החוזה מפנה לבוררות שתתנהל במדינה מסוימת אך הדין הזר שיחול על הבוררות יהיה של מדינה אחרת.
- (ד) כאשר מדובר בהתקשרות אשר לדעת הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה היא בעלת רגישות מדינית או מקצועית גבוהה.
- (ה) כאשר סעיף יישוב הסכסוכים מכפיף את ההתקשרות לבית דין בין-לאומי.¹
- (ו) כאשר ישנה התייחסות למשרד החוץ, לנציגות דיפלומטית של מדינת ישראל בחו"ל או לנציגים דיפלומטיים של מדינת ישראל בחו"ל.

¹ זאת, למעט מקרים בהם מדובר בהסכם מענק (Grant Agreement) בהקשרים של תכניות מחקר של האיחוד האירופי וההכפפה היא לבתי הדין של האיחוד האירופי (the General Court or the Court of Justice of the European Union).

(ז) כאשר אחד הצדדים המתקשרים הוא ממדינה או ישות מדינית שאין לישראל יחסים דיפלומטיים עמה.

(ח) כאשר סעיף הבוררות חורג מברירות המחדל המופיעות בכללי הבוררות החלים על ההתקשרות ביחס לסוגיות מהותיות כגון מינוי הבוררים, סודיות או הזכות של צדדים שלישיים להצטרף להליך.²

(ט) כאשר בחינת השיקולים השונים המפורטים בפרק ד' להנחיה זו מצביעה על חשיפה בעייתית לדין זר, לערכאה זרה או למנגנון בין-לאומי ליישוב סכסוכים (לדוגמה: מערכת משפט שונה באופן משמעותי, חוסר וודאות לגבי הניטרליות של מערכת המשפט הזרה, אי-וודאות לגבי הדין החל, וכל קושי אחר אשר מגביר את הסיכונים הכרוכים בעסקה עבור המשרד הממשלתי).

3. כן יועברו למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) סעיפים בחוזה המתייחסים לויתור על טענת חסינות ריבון זר או סעיפים הכוללים מחויבויות להעניק לגורם זר מעמד משפטי, חסינויות ו/או זכויות יתר בישראל. המשנה יביא לידיעת היועץ המשפטי לממשלה את חוות הדעת שניתנו בהתאם לסעיף זה.

4. סעיפי הכפפה לדין זר, לערכאה זרה או למנגנונים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים בהתקשרויות בהיקף של 100 מיליון שקלים חדשים ומעלה, או בעלי השלכות תקדימיות, יובאו על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) לבחינת היועץ המשפטי לממשלה.

5. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) יתייעץ עם היועץ המשפטי של משרד החוץ בכל פניה הנוגעת לסעיפים 2(ד), 2(ה), 2(ו) ו-3 לעיל ובמקרים בעלי השלכות תקדימיות.

6. במקרים הנופלים תחת סעיפים 4-2 לעיל יביא היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה את חוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) או של היועץ המשפטי לממשלה, בפני מנכ"ל משרדו, אשר יקבל את ההחלטה בדבר ההתקשרות בחוזה לאחר בחינת חוות הדעת.

7. בכל מקרה בו קיים ספק לגבי תחולת הנחיה זו, תובא הסוגיה להכרעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי).

² ראו פרק ה', פסקה (ג)(3).

ג. פניה למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי)

1. כאשר על היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה לפנות למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) בהתאם להוראות הנחיה זו, יעביר פניה מנומקת בכתב למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), וזאת בטרם החתימה על החוזה ובטרם מתן הסכמה לסעיפים הרלוונטיים. הפניה למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) תיעשה בשלב מוקדם ככל הניתן.

2. הפניה תכלול את המרכיבים הבאים:

(א) טיוטת החוזה, הנספחים הרלוונטיים וכל מסמך רלוונטי אחר;

(ב) תיאור קצר של העסקה שבבסיס טיוטת החוזה וחשיבותה עבור הגוף הממשלתי;

(ג) תיאור הדין שמוצע כי יחול ומנגנון יישוב הסכסוכים המוצע;

(ד) ניתוח הסעיפים הכוללים וויתור על טענת חסינות ריבון זר או סעיפים הכוללים מחויבויות להעניק לגורם זר מעמד משפטי, חסינויות ו/או זכויות יתר בישראל, ככל שאלו קיימים בטיטת החוזה.

(ה) הערכה משפטית-מקצועית של הסיכונים הכרוכים בהתקשרות (חשיפת מידע רגיש, צדדים להסכם ממדינות אשר אין לישראל יחסים דיפלומטיים עמן, מהותם של הסכסוכים האפשריים והסיכוי שיתעורר סכסוך);

(ו) ההיקף הכספי של העסקה;

(ז) כל עניין אחר שיש לו חשיבות לשם בחינת העניין.

3. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), או מי מטעמו, יבחן את הדברים ויעביר את חוות דעתו ליועץ המשפטי של המשרד הממשלתי. לא ייחתם חוזה בין-לאומי כאמור ללא שניתנה חוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) או מי מטעמו.

ד. קווים מנחים לבחירת הדין החל על ההסכם ומנגנון יישוב הסכסוכים

1. מטבע הדברים, ישנה עדיפות מובהקת לכך שהחוזה יהיה כפוף לדין הישראלי וכי סמכות השיפוט תוענק לבתי משפט בישראל. לפיכך, על היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי המבקש להתקשר בחוזה לפעול, במידת האפשר, על מנת לכלול סעיף כאמור בחוזה (ראו דוגמה של נוסח סעיף כאמור בנספח).

2. יחד עם זאת, מובן כי עדיפות זו לא תמיד תהיה מתאימה לנסיבות ההתקשרות. לפיכך, בעת קבלת החלטה האם לאפשר הכפפה לדין זר או למנגנון יישוב סכסוכים זר, יש לשקול את השיקולים הבאים:

(א) הרגישות המדינית והמקצועית של החוזה;

(ב) סיכונים לסכסוך במסגרת ההתקשרות;

(ג) שווי העסקה;

(ד) מהות הזיקה לישראל;

(ה) באיזו מידה הדין הזר החל על החוזה הוא נגיש ומוכר, והאם מדובר במערכת דינים אשר

נתפסת באופן כללי כתקינה ומודרנית;

(ו) האם המדינה שבתי המשפט שלה מוסמכים ליישב את הסכסוך, או המדינה בה תתקיים

הבוררות ("מדינת הפורום"), היא מדינה אשר לישראל אין יחסים דיפלומטיים עמה או

שקיימים חששות לגבי הטיית מערכת המשפט שלה לטובת הגורם הזר.

ככל שהדברים מצביעים על רגישות גבוהה, סיכונים לא מבוטלים שיתעורר סכסוך, שווי עסקה גבוה, זיקה משמעותית לישראל, או מדינת פורום בה מתעוררים קשיים כאמור לעיל, כך יש עדיפות ברורה יותר להכפפת החוזה לדין ישראלי ולסמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל.

יודגש כי השיקולים המפורטים לעיל אינם מהווים רשימה סגורה וכי כל חוזה בין-לאומי דורש בחינה עצמאית ומדוקדקת של כל הסעיפים הרלוונטיים בחוזה. יש לשים לב כי במקרים רבים ההיבטים הרלוונטיים לסוגיות המוזכרות לעיל לא יכללו רק בסעיפים שכותרתם "Governing law" או "Dispute Resolution", אלא הם עשויים להופיע בסעיפים אחרים.

3. לא תמיד יציין החוזה את הדין החל, ואין בהכרח חובה להפניה שכזו. ההפניה תורמת לוודאות המשפטית, אך לצד יתרון זה ישנם מקרים בהם יהיה עדיף דווקא לא להפנות לדין ספציפי - למשל במידה והצדדים אינם מסכימים לגבי הדין החל והשתיקה תאפשר לגוף הממשלתי לטעון כי מירב הזיקות מצביעות על תחולת הדין הישראלי.

ה. התדיינות בבית משפט במדינה זרה לעומת התדיינות בבוררות בין-לאומית

1. כאשר מתברר, בהתאם לשיקולים שפורטו לעיל, כי יש הצדקה לאפשר הפניה למנגנון זר ליישוב סכסוכים יהיה מקום לכלול בחוזה מנגנון מתאים. האפשרויות העומדות על הפרק הינן הקניית סמכות שיפוט לבתי המשפט של מדינה זרה, הפניה למנגנון בוררות פנימית במדינה זרה, או בחירה במנגנון בין-לאומי ליישוב סכסוכים, כדוגמת בוררות בין-לאומית. מחד, לרוב, התדיינות בבית משפט במדינה זרה תהיה בעלת עלות כלכלית נמוכה יותר מאשר התדיינות בבוררות בין-לאומית. יש לקחת בחשבון כי בדרך כלל, ההליכים בבתי משפט יהיו פומביים. מנגד, להתדיינות בבוררות בין-לאומית ישנם גם יתרונות ברורים, כמו האפשרות להשפיע על עיצוב ההליך (בעיקר שפת הבוררות, המנגנון שייבחר, ומקום הבוררות), מינוי הבוררים ולעיתים גם היבטי סודיות.

2. לפיכך, ככלל, בהסכמים פשוטים, בהם החשיפה הכספית נמוכה, ובמקרים בהם אין חששות לגבי מערכת המשפט של מדינת הפורום, יהיה קל יותר להסכים לסמכות בתי המשפט שם. לעומת זאת, בהסכמים מורכבים, בעלי חשיפה כספית גבוהה, או כאשר יש חשש כי מדובר במערכת משפט אשר תהיה מוטה לטובת הגורם הזר המקומי, יש עדיפות ליישוב סכסוכים בבוררות בין-לאומית.

3. ככל שהוחלט, בהתאם לשיקולים שפורטו לעיל, כי נכון יהיה להפנות בחוזה למנגנון בוררות בין-לאומית יש לפעול בהתאם לקווים המנחים שלהלן:

(א) כללי הבוררות – יש לבדוק ולהכיר את כללי הבוררות אשר החוזה מפנה אליהם. רשימת כללי בוררות בין-לאומית מקובלים, אליהם ניתן להפנות, מופיעה בנספח להנחיה זו. הנספח כולל גם דוגמא לנוסח סעיף בוררות שניתן לכלול. כאמור בפרק ב' לעיל, ככל שהחוזה מפנה לכללי בוררות אשר אינם נמצאים ברשימה שבנספח להנחיה זו, או כאשר הוא מתייחס לבוררות מבלי לציין כללי בוררות ספציפיים, יש להביא את הדברים לבחינת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי).

(ב) שנת גרסת הכללים – חשוב להקפיד על ציון גרסת כללי הבוררות. זאת, מכיוון שהעדר הפניה שכזו עלולה להתפרש כהסכמת הצדדים להחיל את הכללים בגרסתם בעת פרוץ הסכסוך (הפניה "דינאמית"). כלומר, גרסת הכללים אשר תחול בעת פרוץ הסכסוך עלולה להיות שונה מזו שנבחרה בעת החתימה על החוזה. לשם הוודאות וצמצום הסיכונים, יש לקבוע במפורש את שנת גרסת כללי הבוררות הרלוונטית, ובכך לשלול את האפשרות של הפניה דינאמית.³

(ג) התניה על כללי הבוררות – לעיתים, סעיף הבוררות יתנה על מרכיבים מסוימים בכללי הבוררות אשר הוא מפנה אליהם. כך, למשל, ייתכן שסעיף הבוררות יכלול מנגנון מינוי בוררים השונה מהמנגנון שנקבע בכללים, או יקבע חלוקת עלויות שונה מזו שנקבעה בכללים. ככלל, התניה זו אינה בעייתית כשלעצמה, שכן צדדים להסכם רשאים לסטות מברירות המחדל אשר נקבעות בכללי הבוררות. יחד עם זאת, ולמען הזהירות, חשוב להשוות את האמור בסעיף הבוררות לברירת המחדל שבכללים, על מנת לוודא כי ההתניה אינה מעמידה את הגוף הממשלתי בחסרון יחסי וכי הסטייה אינה גורמת לבעיות פרשניות.

(ד) מקום הבוררות – חשוב שסעיף הבוררות יציין את מקום הבוררות. ככל הניתן, עדיף כי הבוררות תתקיים בישראל. אם הדבר אינו אפשרי, יש לקבוע בסעיף הבוררות מקום ניטרלי. מקום הבוררות צריך להיות במדינה אשר יש לישראל יחסים דיפלומטיים

³ כך, למשל, בעת שימוש בכללי הבוררות של אונסיטרל חשוב כי תכלול הפניה לגרסה כפי שאומצה בשנת 2010 (UNCITRAL Arbitration Rules as adopted in 2010), זאת מאחר והגרסה המתקדמת יותר כוללת היבטים שעלולים להיות בעייתיים ביחס לשקיפות של הליכי בוררות בין משקיע למדינה.

איתה ואשר אין חששות לגבי מערכת המשפט שלה. זאת מאחר ובמרבית המקרים הכללים של מדינת מקום הבוררות יהיו רלוונטיים להתנהלות הבוררות.

(ה) שפת הליך הבוררות – יש לציין בסעיף הבוררות כי שפת הבוררות תהיה אנגלית.

(ו) בוררות בפני מוסד בוררות לעומת בוררות "אד-הוק" – כללי בוררות מסוימים מפנים למוסדות בוררות אשר במסגרתם יידון הסכסוך. מדובר במוסדות גדולים, עם הסדרים קבועים, רשימות בוררים בעלי מומחיות בתחומים שונים ואולמות דיונים מתאימים. היתרונות האמורים משתקפים בעלויות הבוררות, אשר עלולות להיות גבוהות יחסית. מנגד, ישנם כללים המיועדים לבוררות "אד-הוק", כלומר מחוץ לכותלי מוסד בוררות כאשר המסגרת מוכתבת על-ידי הכללים בלבד. בדרך כלל, בוררות המנוהלת על ידי מוסד בוררות תתאים יותר להסכמים מורכבים או משמעותיים או להסכמים בעלי שווי כספי גבוה. לעומת זאת, בוררות "אד-הוק" תתאים בדרך כלל להסכמים פשוטים יותר, כאשר אין צפי שהבוררות תהייה מורכבת במיוחד. הנספח להנחיה זו מציין אלו כללי בוררות אליהם ניתן להפנות מתייחסים לבוררות מוסדית ואלו לבוררות "אד-הוק".

(ז) מינוי הבוררים – כללי הבוררות כוללים מנגנון לקביעת מספר הבוררים (בדרך כלל, אחד או שלושה). רצוי כי מספר הבוררים והקריטריונים למינוים ייקבעו מראש בסעיף הבוררות. זאת, על מנת לוודא כי גודל הטריבוניל תואם את רמת מורכבות הסכסוכים הצפויים וכן את תקציבי הצדדים. כמו כן, אם החוזה כולל היבטים טכניים במיוחד, רצוי לקבוע כי לבוררים תהיה המומחיות הטכנית הרלוונטית. במקרים מסוימים קובעים כללי הבוררות רשות ממנה (appointing authority) המוסמכת למנות בוררים במידת הצורך.

1. נושאים נוספים שיש לתת עליהם את הדעת במסגרת החוזה בין-לאומי

1. פניה לערכאות לקבלת צווי מניעה – לעיתים, החוזה יכול הוראה לפיה כל צד רשאי לפנות לבתי משפט "בכל מקום בעולם" (או "כל בית משפט מוסמך") על מנת לקבל צווי מניעה (injunctions). צווי מניעה שכאלה עלולים להוות מסלול עוקף למנגנון בוררות כמו גם לאפשר הליכים ברחבי העולם (למשל בענייני קניין רוחני). מכאן שככל שהגורם הזר מציע לכלול מנגנון כאמור יש חשיבות כי, לכל הפחות, יהיה מדובר בצו מניעה בעל אופי זמני ולא קבוע (temporary injunctions).

2. חובת ציות להוראות ספציפיות בדין הזר או באמנות בין-לאומיות – לעיתים כוללים חוזים בין-לאומיים סעיפים המטילים חובה לציית להוראות דין זר ספציפי (למשל, דיני הפיקוח על הייצוא הביטחוני של ארה"ב, דיני עבודה מקומיים ותקנות טכניות מקומיות). במקרים כאלה, ככל שהחובה מתייחסת למערכת של דינים זרים בתחומים מסוימים (בניגוד להכפפת החוזה כולו לדין הזר) על היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי לוודא כי הכללים הרלוונטיים

מוכרים לגורמי המקצוע אשר יידרשו ליישם את ההסכם מטעם משדרו. במקרים בהם ישנה הפניה לאמנה בין-לאומית יש לוודא כי ישראל אשררה את האמנה האמורה. ככל שמדובר באמנה שישראל לא אשררה, והגורם הזר עומד על הצורך בהכללתה, יש לפנות למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) לבדיקת הדברים. במידת הצורך, יתייעץ המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) עם היועץ המשפטי של משרד החוץ.

3. סעיפים המטילים על הגוף הממשלתי חובה להגן ("to defend") על צד אחר בבתי משפט זרים

– חובה שכזו מופיעה בדרך כלל בסעיפי שיפוי ("indemnification") במקרה של הפרת קניין רוחני – דהיינו, הגוף הממשלתי מתחייב לשפות את הצד השני במידה וזה ייתבע על ידי צד שלישי בטענה של הפרת קניין רוחני. במקרים הללו, החשש הוא כי ישראל תצטרך לא רק לשפות את הצד הנתבע, אלא גם להתייצב בבית משפט זר ולנהל הליכים משפטיים שם. בהעדר האפשרות לחזות מראש את הפורומים בהם צדדים שלישיים יגישו תביעות, לא ניתן להסכים מראש לחובה "להגן", אם כי ניתן להציע נוסח לפיו הגוף הממשלתי רשאי להגן לפי שיקול דעתו ("may, at its option, defend").

4. משא ומתן ומנגנוני גישור – לעיתים מפנים סעיפי יישוב סכסוכים לתקופת ניהול משא ומתן

ו/או להליך גישור טרם הפניה לבתי משפט או לבוררות, כולל לעיתים חובת גישור כהליך מקדמי מכוח הדין המקומי. במקרים בהם הסעיף המוצע לא כולל מנגנון שכזה, רצוי להציע תקופת משא ומתן של 30, 60 או 90 יום, על מנת לאפשר גיבושה של פשרה. כאשר הסעיף מפנה לכללי גישור ספציפיים, יש לבחון את כללי הגישור שבנדון, לוודא כי הגוף האחראי על הגישור הינו מוכר ומקובל, כי הוא ממוקם במדינה נגישה אשר אין חששות לגבי מערכת המשפט שלה וכי אכן מדובר ב- "גישור" – קרי, הליך וולונטרי אשר אינו מוביל למתן פסק בוררות או החלטה מחייבת כלשהי. יש לקחת בחשבון שלהבדיל מהליך של התייעצויות או משא ומתן לגיבוש פשרה, הליך גישור הינו הליך שבדרך כלל יש בצדו הוצאה כספית של הצדדים כתשלום עבור שירותי הגישור.

5. המחאת זכויות – ככל שיש סעיף של המחאת זכויות (assignment) בחוזה, חשוב לוודא ככל

הניתן כי החוזה מגביל את האפשרות שניתנת לגורם הזר להמחות את זכויותיו לטובת צד שלישי ללא אישור או יידוע מראש של הגוף הממשלתי. ללא מגבלה שכזו, הצד השני עשוי להמחות את זכויותיו על פי ההסכם לגורם שמדינת ישראל לא הייתה מתקשרת אתו (למשל חברה הנשלטת על ידי מדינה שאין איתה יחסים דיפלומטיים), מבלי שהמדינה תדע על כך מראש.

6. צדדים ישראלים נוספים בחוזה – ייתכנו מצבים בהם יהיו צדדים ישראלים נוספים לחוזה,

למשל במקרה של הסכמי קונסורציום להם צד גם אוניברסיטאות ישראליות או גופי מחקר ישראלים. במקרה כזה יש לכלול סעיף מפורש הקובע כי במערכת היחסים בין הגוף הממשלתי לגורם הישראלי יחול דין ישראלי וסמכות שיפוט של בתי המשפט בישראל ולא

סעיף יישוב הסכסוכים והדין הזר שחל במערכת היחסים בין כלל הצדדים המתקשרים. ככל שלא ניתן להגיע להסכמה להכללת סעיף כאמור יש לפנות לקבלת אישור בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1205 מיום 12.10.2009 שעניינה "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות".

7. מספר מנגנונים ליישוב סכסוכים – לעיתים, חוזים בין-לאומיים כוללים הליך מדורג ליישוב סכסוכים – למשל, גישור, בוררות, בתי משפט או מנגנונים בלתי מחייבים או מחייבים מסוגים אחרים. קביעת שלבים ביישוב סכסוכים אינה בעייתית כשלעצמה, אך חשוב לוודא כי אין סתירה בין השלבים. למשל, הסכמה לפנות לבוררות אינה מתיישבת עם הסכמה לפנות לבתי משפט (בכפוף לאמור לעיל בנוגע לצווי מניעה) ולכן יש להשמיט אחד מהם.

8. פומביות ההליך – ככל שמדובר בבוררות או בגישור, יש לשקול האם יש מקום לקבוע במפורש כי ההליכים יתנהלו בסודיות או שיהיו פומביים. השיקולים הרלוונטיים בעניין זה עשויים לכלול, בין היתר, את רגישות ההסכם, אופי הגוף המתקשר והאינטרס הציבורי בניהול הליכים גלויים. במקרה שנכלל סעיף סודיות בהסכם, על הגוף הממשלתי לבקש, ככל הניתן, לשלב אמירה כי הסעיף יהיה כפוף לחובות החלות עליו מכוח הסדרים של חופש המידע (freedom of information obligations). יובהר כי ממילא, חוק חופש המידע, התשנ"ח – 1998, חל על הסכמים אלה, וככל שמוגשת בקשה מידע הנוגעת לחוזה בין-לאומי אשר כולל סעיף בוררות או גישור או להליך בוררות או גישור בין-לאומי שמתנהל מכוח חוזה כאמור, יש לבחון אותה לפי הסייגים הקבועים בחוק.

9. בוררות בישראל – במידה והחוזה עם הגורם הזר מפנה לבוררות אשר תקיים בישראל, יש לפעול בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1205.

ז. טיפול בסכסוכים המתעוררים במסגרת חוזים בין-לאומיים

כאשר מתעורר סכסוך בין הגוף הממשלתי לגורם זר במסגרת חוזה בין-לאומי, יש לפעול בהתאם לכללים הבאים:

1. גוף ממשלתי המבקש ליזום פניה לבית משפט זר או לבוררות בין-לאומית לשם יישוב הסכסוך בהתאם לקבוע בחוזה הבין-לאומי, יפנה באמצעות היועץ המשפטי שלו, אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) לקבלת אישורו והנחייתו. המשנה יביא לידיעת היועץ המשפטי לממשלה אישורים שניתנו בהתאם לסעיף זה.

הוחלט לאשר העברת הסכסוך לערכאה זרה כאמור, יעביר היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי עדכונים עיתיים למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) באשר להתקדמות ההליך ויתאם עמו, במידת הצורך, את השלבים הבאים בניהול ההליך.

2. במקרה של פניית הצד הזר, או גורם אחר, לבית משפט זר או לבוררות בין-לאומית לשם יישוב הסכסוך בהתאם לקבוע בחוזה, יעדכן היועץ המשפטי של הגוף הממשלתי את המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) בהקדם האפשרי. טיפול בפניה כאמור יעשה בהתייעצות עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי). המשנה יביא לידיעת היועץ המשפטי לממשלה פניות שהועברו אליו בהתאם לסעיף זה ואת אופן הטיפול בהן.
3. במקרים המתאימים יתייעץ המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) עם היועץ המשפטי של משרד החוץ לצורך טיפול בפניות בהתאם לסעיף זה.
4. במקרה של מחלוקת בין גופי הממשלה בדבר הגוף הממשלתי שצריך לשאת בעלויות ההליכים המשפטיים, או בדבר אופן חלוקת העלויות בין מספר גורמים ממשלתיים, יכריע בנושא המשנה לפרקליט המדינה לעניינים אזרחיים.

נספח

א. נוסח לתחולת הדין הישראלי :

This agreement shall be governed and construed in accordance with Israeli law.

ב. נוסח ליישוב סכסוכים בבתי משפט בישראל:

The Parties shall attempt to resolve amicably any dispute arising out of or relating to this Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof. If the dispute is not settled amicably by the Parties within [30/60/90] days after receipt by one Party of the other Party's written request for such amicable settlement, it shall be referred to the courts of the State of Israel, which shall have exclusive jurisdiction.

ג. נוסח לסעיף בוררות:

The Parties shall attempt to resolve amicably any dispute arising out of or relating to this Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof. If the dispute is not settled amicably by the Parties within [30/60/90] days after receipt by one Party of the other Party's written request for such amicable settlement, it shall be finally settled under the [שם הכללים] Arbitration Rules [שנת הגרסה]. The number of arbitrators shall be [one/three]. The legal seat of arbitration shall be [עיר]. The arbitration hearings shall take place in the legal seat. The language of the arbitration shall be English.

ד. כללי יישוב סכסוכים מקובלים:

א – בוררות "אד-הוק"

ב – בוררות מוסדית

1. UNCITRAL Rules of Arbitration (as revised in 2010).^א
2. International Chamber of Commerce (ICC) Rules of Arbitration (in force as from 1 March 2017).^ב
3. World Intellectual Property Organization (WIPO) Mediation Rules (effective from June 1 2016), WIPO Expedited Arbitration Rules (effective from June 1, 2014), WIPO Arbitration Rules (effective from June 1 2014).^ב
4. London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules (effective 1 October 2014).^ב

5. American Arbitration Association (AAA) International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) (effective June 1, 2014).²
6. Permanent Court of Arbitration (PCA) Rules 2012.²