

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

מדריך ICCA לפירוש אמנת ניו יורק, 1958:

מדריך עזר לשופטים

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

מדריך ICCA לפירוש אמנת ניו יורק, 1958:

מדריך עזר לשופטים

בסיועו של בית הדין הקבוע לבוררות

ארמון השלום, האג



מוצא לאור על-ידי המועצה הבינלאומית לבוררות מסחרית (International Council for)
(Commercial Arbitration)

<www.arbitration-icca.org>

ISBN 978-94-92405-04-3

כל הזכויות שמורות.

© 2017 International Council for Commercial Arbitration

© המועצה הבינלאומית לבוררות מסחרית (ICCA). כל הזכויות שמורות. המועצה הבינלאומית לבוררות מסחרית (ICCA) מבקשת לעודד את השימוש במדריך זה למטרות לימודיות ולקידום בוררות. בהתאם לזאת, ניתן לשכפל או להעתיק את המדריך כל עוד השיכפול נעשה במדויק, ללא שינוי ובהקשר שאינו מטעה, וכל עוד זכויות היוצרים של ICCA מוכרים באופן ברור.

למידע נוסף ניתן ליצור עימנו קשר ב- icca@pca-cpa.org.

© International Council for Commercial Arbitration (ICCA). All rights reserved. The International Council for Commercial Arbitration (ICCA) wishes to encourage the use of this Guide for teaching purposes and for the promotion of arbitration. Accordingly, it is permitted to reproduce or copy this Guide, provided that the Guide is reproduced accurately, without alteration and in a non-misleading context, and provided that ICCA's authorship and copyright are clearly acknowledged.

For further information, please contact us at icca@pca-cpa.org

הערת המתרגמת

מדריך ICAA זה לפירוש אמנת ניו יורק 1958 תורגם על-ידי

תמר משל

תמר משל היא דוקטורנטית בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת טורונטו ועמיתת מחקר במכון מקס פלנק למשפט פרוצדורלי בלוקסמבורג (Max Planck Institute Luxembourg) (for Procedural Law). תחומי ההתמחות שלה הם משפט בינלאומי פומבי, בוררות בינלאומית, ודיני מים בינלאומיים. היא בעלת תואר ראשון במדעי המדינה מאוניברסיטת טורונטו, תואר Juris Doctor במשפטים מאוניברסיטת בריטיש קולומביה ותואר שני במשפטים מאוניברסיטת טורונטו. היא מוסמכת לעסוק בעריכת דין בקנדה.

המתרגמת מודה ל**ד"ר נועם זמיר** עבור סקירת התרגום והערותיו המועילות. ד"ר זמיר הוא מרצה למשפטים ב-City University of Hong Kong. תחומי ההתמחות שלו הם משפט בינלאומי ובוררות בינלאומית. הוא עשה את הדוקטורט שלו במשפט בינלאומי באוניברסיטת קיימברידג', תחת הנחיתו של פרופסור ג'יימס קרופורד. ד"ר זמיר הוא בעל תואר שני במשפטים מאוניברסיטת אוקספורד ותואר ראשון במשפטים מהמכללה למנהל. ד"ר זמיר מוסמך לעסוק בעריכת דין בישראל ובאנגליה.

הערת המתרגמת: תרגום זה לעברית מבוסס על הטקסט המקורי של המדריך באנגלית ולכן מכיל מידע מעודכן למאי 2011.

פתח דבר מאת פרופסור פיטר סנדרס כעורך כללי של כבוד

אמנת ניו יורק משנת 1958 הינה המסמך הרב-צדדי המצליח ביותר בתחום דיני הסחר הבינלאומיים. היא מהווה את האלמנט המרכזי בפסיפס הקיים של אמנות וחוקי בוררות המבטיחים את קבלתם של פסקי בוררות והסכמי בוררות. במשך חמישים השנים האחרונות, בתי משפט ברחבי העולם החילו ופירשו את האמנה באופן יותר ויותר אחיד והרמוני.

אני השתתפתי בשנת 1958 בניסוח האמנה כנציג של הולנד. התחלנו את עבודתנו על הטיוטה שהוכנה לראשונה בשנת 1955 על ידי לשכת המסחר הבינלאומית (ה-

International Chamber of Commerce (ICC). טיוטת ה-ICC התייחסה לאכיפתם של פסקי בוררות "בינלאומיים". היא הוצגה למועצה הכלכלית

חברתית של האומות המאוחדות United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) (ECOSOC) שינתה את הטיוטה כך שתחול גם על פסקי בוררות "זרים". זו הייתה הטיוטה שאיתה עבדה הוועידה מה-20 במאי עד ל-10 ביוני 1958.

שינויים ותוספות נעשו/הוכנסו לטיוטה והובילו למה שלימים נודעה כ-"הצעה ההולנדית". אחד השינויים היה ביטול הדרישה ל-*exequatur* כפול, כך שניתן יהיה להציג פסקי בוררות לאכיפה ללא צורך מקדמי בהצהרה על אכיפתם מבתי המשפט של המדינה שבהן נתנו. שינוי נוסף היה להגביל את עילות הסרוב לפסק לשבע העילות המנויות בסעיף V ולהסיט את נטל הוכחתן לצד המתנגד לאכיפה. שבע העילות המנויות באמנה הפכו לעילות הבלעדיות לסירוב. נטל ההוכחה המוטל על הצד המתנגד לאכיפה והעילות הבלעדיות לסירוב כעת מוכרים כמאפיינים עיקריים של האמנה.

סעיף II של האמנה הוסף בשלב העריכה הסופי, גם כתוצאה מההצעה ההולנדית. הוא קובע כי בתי המשפט צריכים להפנות את הצדדים לבוררות כאשר צד מסתמך על הסכם בוררות תקף. טיוטת העבודה התייחסה רק לאכיפת פסקי בוררות זרים. הכללתה של תניה בדבר אכיפתם של הסכמי בוררות היתה יעילה יותר ביחס לרגולציה הקודמת בשני מסמכים: פרוטוקול ז'נבה בדבר סעיפי בוררות משנת 1923 ואמנת ז'נבה בדבר הוצאה לפועל של פסקי בוררות חוץ משנת 1927.

כדי שהחלת האמנה תעשה באופן אחיד והרמוני, היה צורך במערכת בינלאומית יעילה לדיווח על מקרים בהם האמנה יושמה. לכן פירסום השנתון לבוררות מסחרית (ICCA Yearbook Commercial Arbitration) החל בשנת 1976. אני הייתי העורך הכללי. מאז, 35 כרכים פורסמו. השנתון זמין גם באינטרנט ב-www.KluwerArbitration.com.

השנתון דיווח על 1,666 החלטות בתי משפט הנוגעות לאמנת ניו יורק מ-65 מתוך 145 המדינות החברות באמנה.

האמנה צפתה פני עתיד. פרופסור מטאוצ'י, הנציג האיטלקי לוועדה, כינה אותה "חדשנות נועזת מאוד". האמנה עמדה במבחן הזמן. יותר מחמישים שנה מאוחר יותר, אנו עדיין יכולים לצפות להתאמות מועילות לפרשנות הטקסט שלה, המגיבים לטכנולוגיה המודרנית ולנוהג.

החוק לדוגמא בדבר בוררות מסחרית בינלאומית שהוצע על ידי ועדת האו"ם למשפט הסחר הבינלאומי (UNCITRAL-the United Nations Commission on International Trade Law) בשנת 1985, כפי שתוקן בשנת 2006, אומץ בלמעלה מ-70 ארצות ומדינות פדרליות. חלק מהמדינות אימצו את החוק לדוגמא ללא שינויים. אחרות חוקקו חוקי בוררות מודרנים בהשראת החוק לדוגמא. כשמדינות מאמצות חוקי בוררות מודרנים, בתי המשפט יכולים להסתמך על התניה העדיפה יותר כאמור בסעיף VII לאמנה.

חוקי בוררות מודרנים כאלו עשויים להכיל גם תניות בדבר הליך אכיפת הפסק. האמנה קובעת רק את המסמכים אשר יש להגיש לבית המשפט (סעיף IV), ושלא יוטלו תנאים מכבידים יותר או אגרות גבוהות יותר מאלה המוטלים על אכיפתם של פסקי בוררות מקומיים (סעיף III).

מזכירות ה-UNCITRAL, יחד עם לישכת עורכי הדין הבינלאומית, סקרה תנאים אלו וקבעה בדו"ח משנת 2008 כי "ישנם פתרונות שונים לדרישות הפרוצדורליות הרבות והשונות הנוגעות להכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות לפי האמנה" (דוח ועדת האו"ם למשפט הסחר הבינלאומי, A/63/17, פסקה 353, עמוד 71) והמליצה כי המזכירות תפעל לפיתוח מדריך לחקיקת האמנה כדי לקדם פרשנות והחלה אחידה. מדריך שכזה יכל להציג כללים אחידים עבור תהליך האכיפה.

יוזמת ה-ICCA ליצירת המדריך לפירוש אמנת ניו יורק: מדריך עזר לשופטים הינה תוספת נלווית רצויה לשנתון ICCA. היא מציגה את השאלות שעליהן יש לענות ואת הצעדים שעל בתי המשפט לפעול על פיהם כאשר מיישמים את אמנת ניו יורק בצורה תמציתית, ברורה ופשוטה אשר מדגישה את ההטיה הטבועה באמנה לטובת אכיפה. אני מצפה כי מדריך זה ישרת ככלי יעיל לקידום המוטו עליו חזרתי פעמים רבות: *Vivat, Floreat et Crescat* (זיהי, גדל ושגשג) אמנת ניו יורק, 1958.

פיטר סנדרס

סחידם, אפריל 2011

מבוא

ניל קפלן

הרעיון מאחורי מדריך זה לאמת ניו יורק בנוגע להכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות זרים, הנועשה בניו יורק ב-10 ביוני 1958 והידועה כאמנת ניו יורק, נולד במהלך חמש השנים בשנות ה-90 בהם כיהנתי כשופט היחיד הממונה על רשימת הבוררות והבניה של בית המשפט הגבוה של הונג קונג.

לפני מינויי כשופט התעסקתי עם בוררות ואמנת ניו יורק כעורך דין. מכיוון שהאמנה חלה כעת ב-145 מדינות והשימוש בבוררות בינלאומית גדל במהרה במהלך ה-25 השנים האחרונות, דעתי הוסבה לכל השופטים ברחבי העולם אשר ייתכן שלא מכירים את האמנה ואת פירושה הנוכחי.

הייתי שבע רצון שדאגותיי היו משותפים לחלק מעמיתיי במועצה הבינלאומית לבוררות מסחרית (International Council for Commercial Arbitration) (ICCA) ושמה כשהם הסכימו לעזור בכתיבת מדריך זה: פרופסור גבריאל קאופמן-קוהלר היא גם אקדמאית מכובדת העומדת בראש הקתדרה למשפט בינלאומי פרטי באוניברסיטת ז'נבה וגם בוררת בינלאומית פעילה מאוד המתמחה בעיקר בסכסוכי השקעות. היא שותפה במשרד עורכי הדין Levy Kaufmann-Kohler בז'נבה. פרופסור גוידו טוויל עומד בראש הקתדרה למשפט מנהלי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בואנוס-אירס והוא שותף בכיר במשרד עורכי הדין M & M Bomchil בבואנוס אירס. גם הוא בורר ותיק. קים רוני היה שותף אסיה במשרד עורכי הדין White & Case בהונג קונג וכעת עוסק בעריכת דין בהונג קונג. מריקה פאולסון היא, יחד עם פרופסור אלברט ואן דן ברג, אחת ממחברי המהדורה השנייה של עבודתו החשובה על אמנת ניו יורק (אמנת ניו יורק לבוררות 1958 The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer, 1981). היא עורכת דין (of counsel) במשרד עורכי הדין Hanotiau and Van den Berg בבריסל. נתמכנו ונעזרנו מאוד בצוות עורכים הכולל את ג'ודי פרידברג, סילביה בורלי ואליס סגל, אשר אחראיות, כעת או בעבר, על פרסומי ICCA.

המדריך נועד לספק תיאור של האמנה ולהדריך שופטים המחליטים בבקשות הנוגעות להיקף, פרשנות והחלת האמנה. הוא נועד לשמש כמדריך תמציתי הכתוב בשפה פשוטה ואשר ישמש כמפת דרכים למחקר מעמיק יותר בשעת הצורך. המדריך נועד לספק תשובות לשאלות אינדיבידואליות אשר עלולות לעלות בכל שלב בהחלת האמנה, ולא להיות עבודה מקיפה ומעמיקה. המדריך נועד לשופטים אשר מהווים חלק כה אינטגרלי בפעילות האמנה.

בנוסף, אנו מקווים שמדריך זה יעניין לא רק שופטים אלא גם סטודנטים, מורים ועורכי דין. ניסינו להימנע משיח אקדמאי ככל האפשר אך לא תמיד צלחנו. מספר מקרים שנויים במחלוקת אשר עררו עניין ונדונו בהרחבה בעולם האקדמאי אינם מעניינים להחלה הרגילה של האמנה ועל כן לא דנו בהם. עם זאת, לעיתים צויינו מקרים מסויימים על מנת להסביר נקודה מסויימת אך ניסינו להגביל זאת לעקרונות חיוניים.

הגבלנו את הבחינה שלנו להיבטים החיוניים של האמנה. מידע מעמיק ניתן למצוא בעבודות של פרופסור ואן דן ברג מ-1981 ובהמדרה השנייה, אשר פורסמה ב-2012. מקור נוסף למידע מפורט הם סכומי החלטות בתי משפט המחלים את האמנה והפרשנויות להחלטות אלו המפורסמות מדי שנה מאז 1976 בשנתון הבוררות המסחרית של ICCA (Yearbook of ICCA Commercial Arbitration) ובפרקים על החלת אמנת ניו יורק במדריך לבוררות בנלאומית של ICCA (ICCA's International Handbook on Commercial Arbitration).

האמנה מבוססת על נטייה לטובת אכיפה. היא מקלה ומגנה על אכיפת הסכמי ופסקי בוררות ובכך היא משרתת מסחר בינלאומי. היא משמשת אמצעי נוסף של ביטחון מסחרי לצדדים השותפים לעסקאות בינלאומיות.

ההצלחה של בוררות מסחרית בינלאומית מודרנית מבוססת על האמנה ועל חוק הדגם לבוררות עסקית בינלאומית (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) אשר תוקן ב-2006 (ראה טקסט מלא בנספחים I ו-II). האחרון משמש בסיס עבור מדינות ללא חוק בוררות לאמץ חוק מוכן או להחליף חוק ישן. מדינות אחרות חקקו חוקים חדשים אשר, למרות שאינם זהים לחוק הדגם, מבוססים עליו במהותם.

כל זה תרם רבות להשגת הרמוניזציה של חוקי בוררות בינלאומית, דבר אשר תורם להשגת צפי וודאות – תכונות רצויות מאוד לקהילת העסקים הבינלאומית. הצמיחה האולטימטיבית של שלטון החוק, הרחבת השימוש בבוררות בינלאומית ליישוב סכסוכים בינלאומיים ואכיפת פסקי בוררות תלויים בבתי המשפט של מדינות. לכן אנו מקווים שמדריך זה ישחק את חלקו הקטן לעזור לשופטים ברחבי העולם להשתתף בהמשך הרמוניזציה זו ולהשתמש באמנה בדרך אשר עולה בקנה אחד עם תוכנה ורוחה. במדריך זה אנו תחילה נתווה את מטרת האמנה ככלי של המשפט הבינלאומי, כולל החלטה על הסכמי בוררות וכל הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות מסויימים (פרק I). נדון בהיקפה ובטבעם של הסכמי ופסקי הבוררות עליהם היא חלה. נסביר את המידה שבה מדינות רשאיות להגביל את היקף האמנה בדרך של הסתייגויות לגבי הדדיות ומסחריות. נדון בקשר בין האמנה, חוק מקומי ומשטרי אכיפה אחרים, וטבעם של הסטנדרטים אשר האמנה מטילה על המדינות

החתומות עליה. נסביר את ההתייבות הבינלאומית של מדינה החתומה של האמנה לדבוק בה, והתוצאות הפוטנציאליות אם היא אינה עושה זאת (פרק I).

בהמשך נתווה את עקרונות האמנה הנוגעים להחלטה בבקשה לאכיפת הסכם בוררות (פרק II) ולהכרת ואכיפת פסק בוררות (פרק III).

רוב המקרים הבאים בפני בתי המשפט הינם בעניינים הקשורים להסכם הבוררות עצמו ולא לבקשות לאכיפת פסקי בוררות. נושאים הקשורים לאכיפת הסכם הבוררות לעומת אכיפת פסק בוררות עלולים לבוא בפני בית המשפט בדרך עקיפה. לדוגמא בעל דין עלול לפנות לבית משפט למינוי בורר כאשר המנגנון המוסכם למינוי לא פועל או לא קיים. כאשר בית המשפט שוקל את סמכותו למנות, הוא עלול להתבקש להחליט לגבי תוקפו של הסכם הבוררות, אשר כמובן הינו תנאי מקדים למינוי. כמו כן, אפשרי שנושא זה יעלה כאשר בית המשפט מתבקש להעניק צעד ביניים כלשהוא כתמיכה בבוררות.

על שופטים להיות ערים לנושאים פוטנציאליים אלה ואנו מקווים שמדריך זה יגביר מודעות זו. במדינות מסוימות עורכי דין עלולים להיות ערים יותר לבעיות אפשריות ונושאים העלולים לעלות בבוררות בינלאומית, אך במדינות אחרות ישנו מספר מוגבל של עורכי דין כאלו, דבר אשר ממוסך נטל על השופטים להבחין ולהתמקד בנושאים הרלוונטיים לאמנה. אנו מקווים שמדריך זה יעזור בתהליך זה.

ICCA שבעת רצון שפרופסור פיטר סנדרס הסכים לכתוב פתח דבר למדריך כעורך כללי של כבוד. הוא לא רק היה דמות מובילה בתחום הבוררות המסחרית הבינלאומית במשך שנים רבות, אבל בהתקרבו לגיל מאה הוא אחרון חברי וועדת הניסוח של האמנה. לכן לגמרי מתאים שמדריך זה יפורסם בהדרכתו.

מספר מילים על ה-ICCA

ה-ICCA נוסד במאי 1961 על ידי קבוצה קטנה של מומחים וחברים בתחום הבוררות המסחרית הבינלאומית. זהו ארגון לא ממשלתי בינלאומי המוקדש לקידום ופיתוח בוררות, פישור ודרכים נוספות ליישוב סכסוכים בינלאומיים. חברים בארגון באים ממדינות רבות וכולם מעורבים מאוד בבוררות בינלאומית כעורכי דין, בוררים, אקדמאים ושופטים.

כל שנתיים ה-ICCA עורך קונגרס או כנס אשר מהווה אחד מהאירועים המרכזיים בעולם הבוררות הבינלאומית. האחרון נערך במאי 2010 בריו דה ז'נרו ומשך למעלה מ-900 משתתפים מרחבי העולם. קונגרס ה-ICCA הבא ייערך בסיןגפור ב-2012.

ה-ICCA הוא לא מוסד בוררות; הוא לא מנהל בורריות או פועל כרשות ממנה. ה-ICCA קרוב לוודאי ידוע בעיקר בשל פרסומיו. מאז 1976, מעל 1,600 החלטות של בתי משפט המחילים את אמנת ניו יורק מלמעלה מ-60 מדינות פורסמו בשנתון בוררות מסחרית

ICCA (Yearbook Commercial Arbitration). המדריך לבוררות בנלאומית של ICCA (International Handbook on Commercial Arbitration) מכיל סקירות המעודכנות ברציפות על חוקי ונוהגי בוררות במלמעלה מ-70 מדינות. סדרת הקונגרסים של ICCA (ICCA Congress Series) מפרסמת את המאמרים מארועי ICCA. כל פרסומי ICCA גם זמינים באינטרנט ב-www.kluwerarbitration.com (דרוש מנוי). מידע נוסף על ה-ICCA ופרסומי ה-ICCA ניתן למצוא בחינם באתר www.arbitration-icca.org. האתר של ה-ICCA מספק גם כלי חיפוש להחלטות בתי משפט על בסיס רשימת נושאים.

תוכן עניינים מאוחד

v	הערת המתרגמת
vii	פתח דבר , פרופסור פיטר סנדרס, עורך כללי של כבוד
ix	מבוא , ניל קפלן
xiii	תוכן עניינים מאוחד

1	רשימת נושאים לבחינה , עבור שופטים
7	סקירה

פרק 1

9	אמנת ניו יורק ככלי של המשפט הבינלאומי
10	I. פרשנות
	1.1.I. פירוש אמנות: אמנת וינה
	2.1.I. פירוש לטובת הכרה ואכיפה: הטיה לטובת אכיפה
12	II. תחום החלה מהותי
	1.1.II. פסק בוררות
	1.1.1.II. פרשנות עצמאית
	2.1.II. גישת ברירת הדין
	2.II. הסכם בוררות
15	III. תחום החלה טריטוריאלי
	1.1.III. פסקי בוררות
	1.1.1.III. פסקי בוררות שניתנו בשטחה של מדינה שונה מהמדינה בה מבוקשת הכרה ואכיפה
	2.1.III. פסקי בוררות לא מקומיים
	2.III. הסכמי בוררות
18	IV. הצהרות
	1.1.IV. הדדיות (משפט ראשון סעיף I(3))
	2.1.IV. אופי מסחרי (משפט שני סעיף I(3))
18	V. יחס לחוק מקומי ואמנות אחרות (סעיף VII)
	1.1.V. חוק עדיף יותר
	2.1.V. אמנת ניו יורק ואמנות בינלאומיות אחרות
	3.1.V. אמנת ניו יורק וחוק מקומי
21	VI. השלכות אי-החלת אמנת ניו יורק

	הפרת אמנת ניו יורק	1.VI
	הפרת אמנת השקעה	2.VI
	פסק הבוררות לא מושפע	3.VI
	פרק 2	
23	בקשה לאכיפת הסכם בוררות	
	I. הקדמה	
25	II. מאפיינים בסיסיים של משטר האמנה בנוגע להסכמי בוררות	
25	הסכמי בוררות נחשבים לתקפים	1.II
	חובה להפנות צדדים להסכם בוררות תקף לבוררות	2.II
	איך "להפנות" צדדים לבוררות	3.II
	אין הפניה מכוח החוק (<i>ex officio</i>)	4.II
26	III. עקרונות מקובלים באופן כללי	
	לבוררים יש סמכות להחליט על סמכותם	1.III
	היקף הביקורת השיפוטית על התנגדויות לסמכות מוטב הבוררות	2.III
	תניות בוררות בדרך כלל לא מושפעות מפסלות החוזה העיקרי	3.III
	תזמון בקשת ההפניה במהלך הליכי משפט	4.III
	אין צורך להתחשב בהליכי בוררות מקבילים	5.III
28	IV. מפת דרכים לסעיף II	
	האם הסכם הבוררות נופל בגדר תחום האמנה?	1.IV
	האם הסכם הבוררות בכתב?	2.IV
	רקע תיאורתי	1.2.IV
	יישום בפועל	2.2.IV
	(i) תניית בוררות הכלולה במסמך המוזכר במסמך החוזי העיקרי (סוגית "ה הכללה מכוח הפניה" " <i>incorporation by reference</i> ")	
	(ii) תניית בוררות במסמך חוזי אשר אינו חתום אבל מבוצע לאחר מכן על ידי כל הצדדים בהתאם לתנאיו	
	• הצעת החוזה נשלחת עם תניית בוררות ומאושרת. אולם, האישור כולל הסתייגויות כלליות או תנאים מאוחרים	
	• הצעת חוזה הכוללת תניית בוררות נשלחת על ידי צד אחד לצד השני, אשר לא עונה אבל למרות זאת מבצע את החוזה	
	(iii) הסכם הבוררות נכלל בחילופי התקשרויות אלקטרוניות	

האם הסכם הבוררות קיים והאם הוא תקף באופן מהותי?	3.IV
רקע תיאורתי	1.3.IV
יישום בפועל	2.3.IV
(i) "בטל ומבוטל"	
(ii) "משולל כוח פעולה"	
(iii) "איננו בר-ביצוע"	
<ul style="list-style-type: none"> כאשר ההפניה לבוררות היא אופציונלית כאשר החוזה קובע גם בוררות וגם סמכות בתי המשפט כאשר כללי הבוררות או מוסד הבוררות לא מוגדרים באופן מדויק כאשר אין כל אינדיקציה לגבי איך למנות את הבוררים ("תניות ריקות" 	
("blank clauses")	
האם יש סכסוך, האם מקורו במערכת יחסים משפטית מוגדרת, בין אם חוזית או לאו, והאם הצדדים התכוונו ליישב סכסוך ספציפי זה בבוררות?	4.IV
רקע תיאורתי	1.4.IV
יישום בפועל	2.4.IV
(i) האם יש לפרש את לשון תניית הבוררות באופן רחב?	
(ii) מה אם הסכם הבוררות מכיל חריגים לתחום החלתו?	
האם הסכם הבוררות מחייב את הצדדים לסכסוך העומד בפני בית המשפט?	5.IV
רקע תיאורתי	1.5.IV
(i) הסכמי בוררות מחייבים רק את הצדדים	
(ii) צדדים שאינם חתומים גם עלולים להיחשב כצדדים להסכם הבוררות	
(iii) כיצד להחליט על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות	
(iv) החוק החל על ההחלטה על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות	
יישום בפועל	2.5.IV
(i) מתי בדיוק יש למשיב זכות להיות מופנה לבוררות?	
(ii) מה אם בית המשפט מוצא כי המשיב לא מחוייב בהסכם הבוררות?	
האם הסכסוך המסויים הזה ניתן ליישוב בבוררות? ("arbitrable")	6.IV
עניין "הניתן ליישוב בבוררות"	1.6.IV
החוק החל על ההחלטה האם ניתן ליישב בבוררות	2.6.IV
הסכמי בוררות בינלאומיים צריכים להיות כפופים לסטנדרטים עקביים בנוגע להאם ניתן ליישב בבוררות	3.6.IV
44	.V סיכום

47	בקשה להכרה ואכיפה של פסק בוררות
48	I. הקדמה
50	II. שלב I – דרישות שעל המבקש למלא (סעיף IV)
	1. II. אלו מסמכים?
	2. II. פסק בוררות מאומת או העתק מאושר (סעיף IV(a)(1))
	1.2. II. אימות
	2.2. II. אישור
	3. II. הסכם בוררות מקורי או העתק מאושר (סעיף IV(b)(1))
	4. II. בזמן הגשת הבקשה
	5. II. תרגומים (סעיף IV(2))
54	III. שלב II – עילות לסירוב (סעיף V) – כללי
	1. III. אין בחינה לגופו של ענין
	2. III. נטל ההוכחה של העילות הממצות על המשיב
	3. III. עילות ממצות לסירוב הכרה ואכיפה
	4. III. פרשנות צרה של העילות לסירוב
	5. III. שיקול דעת מוגבל לאכוף בנוכחות עילות לסירוב
58	IV. על המשיב להוכיח את עילות הסירוב (סעיף V(1))
	1. IV. עילה 1: אי-כשרות בעל דין ואי-תקפות הסכם בוררות (סעיף V(1)(a))
	1.1. IV. אי-כשרות בעל דין
	2.1. IV. אי-תקפות הסכם בוררות
	2. IV. עילה 2: חוסר התרעה והפרת זכויות להליך הוגן; זכות לדיון הוגן (סעיף V(1)(b))
	1.2. IV. זכות לדיון הוגן
	2.2. IV. חוסר התרעה
	3.2. IV. הפרת זכויות להליך הוגן: "לא יכול להציג את עמדתו"
	3. IV. עילה 3: מחוזק או מעבר לתחום הסכם הבוררות (סעיף V(1)(c))
	4. IV. עילה 4: אי-סדרים בהרכב מותב הבוררות או הליך הבוררות (סעיף V(1)(d))
	1.4. IV. הרכב מותב הבוררות
	2.4. IV. הליך הבוררות
	5. IV. עילה 5: פסק הבוררות אינו מחייב, מבוטל או מושעה (סעיף V(1)(e))
	1.5. IV. פסק הבוררות עדיין לא מחייב

	2.5.IV	פסק הבוררות מבוטל או מושעה
	(i)	פסק הבוררות מבוטל
	(ii)	השלכות ביטול
	(iii)	פסק הבוררות "מושעה"
71	.V	עילות לסירוב המועלות על ידי בית המשפט <i>ex officio</i> (סעיף V(2))
	1.V	עילה 6: לא בריר (סעיף V(2)(a))
	2.V	עילה 7: מנוגד לתקנת ציבור (סעיף V(2)(b))
	1.2.V	דוגמאות של הכרה ואכיפה
	2.2.V	דוגמאות של סירוב הכרה ואכיפה
76	.VI	מסקנה
77		נספחים
77		נספח I – אמנת ניו יורק, 1958
84		נספח II - החוק לדוגמא ביחס לבוררות של UNCITRAL
113		נספח III – המלצת UNCITRAL 2006
115		נספח IV – מקורות באינטרנט

רשימת נושאים לבחינה עבור שופטים העובדים עם אמנת ניו יורק

רשימה זו מפרטת את השאלות עליהן יש לענות ואת הצעדים שצריכים להנחות את בתי המשפט כאשר הם מיישמים ומחילים את אמנת ניו יורק. הרשימה אינה ממצה ונועדה לשימוש יחד עם המדריך.

I. יישום האמנה

במה עוסקת האמנה?

- הכרתם ואכיפתם של הסכמי בוררות (סעיפים I ו-II)
- הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות (סעיפים I, III-VII)
- כיצד בית המשפט צריך לפרש את האמנה?
- סעיפים 31 ו-32 לאמנת וינה
- פרשנות בעד הכרה ואכיפה
- סעיף VII מתיר החלת אמנה או חוק מקומי עדיף יותר
- אי תחולת האמנה מפעילה את האחריות הבינלאומית של המדינה

II. בקשה להכרה ואכיפה של הסכם בוררות (סעיפים I ו-II)

האם האמנה חלה על הבקשה?

- האם מדינת הפורום היא צד לאמנת ניו יורק? (סעיף I)
- תאריך כניסה לתוקף?
- החרגת הדדיות?
- החרגה מסחרית?
- האם למדינת הפורום יש חקיקה מיישמת והאם היא משפיעה על החלת האמנה?
- האם האמנה יכולה לחול על פעולות נלוות לבוררות?
דוגמאות:
 - מינוי בורר?
 - בקשה לסעד ביניים?
- האם הסכם הבוררות חוסה תחת החלק המהותי של האמנה? (סעיף II)
- האם הסכם הבוררות מוכח בכתב? (סעיף II(2))
דוגמאות:

רשימת נושאים לבחינה עבור שופטים

- האם הסכם הבוררות משולב בדרך של הפניה?
 - האם הסכם הבוררות התקבל בהסכמה שבשתיקה?
 - האם הסכם הבוררות קיים והאם הוא תקף באופן מהותי? (סעיף II(3))
 - בטל ומבוטל?
 - משולל כוח פעולה?
 - איננו בר-ביצוע?
 - האם יש מחלוקת?
 - האם המחלוקת עולה מתוך מערכת יחסים משפטית מוגדרת, בין אם חוזית או לאו? (סעיף II(1))
 - האם בעלי הדין התכוונו שמחלוקת מסוימת זו תיושב בבוררות?
 - האם הסכם הבוררות מחייב את בעלי הדין בסכסוך המתנהל בפני בית המשפט?
 - האם הסכסוך ניתן ליישוב באמצעות בוררות?
 - האם הסכם הבוררות נכנס לגדר התחולה הטריטוריאלית של האמנה? (סעיף I בהקשה)
 - האם מושב הבוררות במדינה זרה?
 - האם פסק הבוררות העתידי ייחשב לפסק בוררות שאינו מקומי במדינת הפורום?
 - האם יש אלמנט בינלאומי?
 - האם אלמנטים נוהליים מקויימים?
- דוגמאות:
- האם בעל דין ביקש הפניה לבוררות? (לא הפניית *ex officio*)
 - האם ההליך המדובר הנו בוררות?
 - האם בעל הדין המבקש נקט בצעדים מקדמיים?
- דוגמאות:
- תקופת צינון?
 - גישור/פישור?
 - האם בעל הדין המבקש ויתר על זכותו לבוררות?
 - האם יש החלטה של בית משפט אחר באותו עניין המהווה מעשה בית דין (*res judicata*)?
- מהו החוק החל?
דוגמאות:
- יצירתו של הסכם הבוררות ותוקפו המהותי?
 - כשרות משפטית של בעל דין?
 - צדדים שלא חתומים על ההסכם?
 - האם בריר?

האם יש עניינים אשר צריכים להיות מוכרעים על ידי מותב הבוררים ולא בית המשפט?
האם בית המשפט יכול להיסמך על סעיף VII המתיר היסמכות על זכות עדיפה יותר בחוק מקומי או אמנה?

אם כל הדרישות מולאו, על בית המשפט להפנות את בעלי הדין לבוררות.

III. בקשה להכרה ואכיפה של פסק בוררות (סעיפים I, III-VII)

האם מדינת הפורום היא צד לאמנת ניו יורק? (סעיף I)

• תאריך כניסה לתוקף?

האם למדינת הפורום יש חקיקה מיישמת והאם היא משפיעה על החלת האמנה?

האם האמנה חלה על פסק הבוררות?

• האם פסק הבוררות ניתן בשטח מדינה אחרת?

• האם פסק הבוררות לא נחשב כמקומי במדינת הפורום?

• האם פסק הבוררות עולה מתוך מחלוקת בין אישיות משפטית או פיזית?

• אם מדינת הפורום מסרה החרגת הדידות, האם המדינה בה ניתן פסק הבוררות הנה מדינה

מתקשרת?

• אם מדינת הפורום מסרה החרגה מסחרית, האם הנושא נחשב כ-"מסחרי"?

• האם תהליך יישוב הסכסוך היה בוררות?

• האם ההחלטה היא פסק בוררות?

האם חלות אמנות או חוקים מקומיים אחרים עדיפים יותר? (סעיף VII)

האם נענו דרישות פרוצדורליות אשר אינן מוסדרות באמנה?

דוגמאות:

○ מגבלת זמן להגשת הבקשה?

○ סמכות מתאימה?

○ נוסח הבקשה?

○ אופן או צורת ההליכים?

○ סעדים כנגד החלטה בדבר קבלת או דחיית אכיפה?

○ אפשרות קיזוז או תביעת נגד?

האם העותר סיפק את המסמכים הנדרשים?

• פסק בוררות מאומת או העתק מאושר?

• הסכם הבוררות המקורי או העתק מאושר?

רשימת נושאים לבחינה עבור שופטים

- האם יש צורך בתרגום?
- האם המסמכים הומצאו בזמן?
- האם דרושים מסמכים נוספים (לא)?
- כיצד להחיל את העילות לסירוב הכרה ואכיפה?
- אין דיון מחדש לגופו של ענין
- נטל ההוכחה על המשיב
- עילות הסירוב המנויות באמנה הן ממצות
- יש לפרש את עילות הסירוב באופן צר
- מהו החוק החל?
- דוגמאות:
 - אימות?
 - אישור?
 - העדר כשרות של בעל דין?
 - תוקף הסכם הבוררות?
 - הרכב מותב הבוררות?
 - הליך הבוררות?
 - פסק הבוררות עדיין לא מחייב?
 - השעיה של פסק הבוררות?
 - האם הנושא ניתן ליישוב באמצעות בוררות?
 - הפרה של תקנת הציבור?
- האם הוכחה אחת העילות לסירוב הכרה ואכיפה?
 - העדר כשרות של בעל דין והסכם בוררות בלתי תקף?
 - חוסר התראה נאותה או הפרה של הזכות להליך הוגן?
 - פסק הבוררות מחוץ או מעבר לתחום הסכם הבוררות?
 - אי-סדרים בהרכב מותב הבוררות או בהליך הבוררות?
 - פסק הבוררות אינו מחייב, מבוטל או מושעה?
- האם בית המשפט מוצא כי יש עילות שהוא עלול להעלות *ex officio* על מנת לסרב הכרה ואכיפה?
 - נושא שאינו ניתן ליישוב באמצעות בוררות?
 - הפרה של תקנת הציבור?
- החלת תקנת ציבור בינלאומית?
- האם בעל דין ויתר על עילה לסירוב הכרה ואכיפה?

רשימת נושאים לבחינה עבור שופטים

מה תחום שיקול הדעת של בית המשפט לאכוף?
האם יש להשעות את הליכי ההכרה והאכיפה במהלך הליכי ביטול? (סעיף VI)

אם לא הוכחה אף עילה לסירוב או השעיית הכרה ואכיפה, על בית המשפט לאכוף את פסק הבוררות.

סקירה

שופטים אשר מתבקשים להחיל את אמנת ניו יורק, 1958 עומדים מול שני סוגי אתגרים. ראשית, ישנן המורכבויות הרגילות הנוגעות לאמנות בינלאומיות מנקודת המבט של השופט המקומי. שנית, זוהי אמנה הבוחנת את האובייקטיביות של השופט המקומי בדרך ייחודית, מכיוון שהיא מופעלת לעיתים קרובות על ידי צד זר נגד צד מקומי (זה המצב במיוחד בנוגע לאכיפת פסקי בוררות זרים, אשר בדרך כלל מובאים למדינה של הצד המפסיד מכיוון שבה נמצאים הנכסים שלו).

לאבחנה זו חשיבות רבה. האמנה היא אבן היסוד של בוררות מסחרית בינלאומית, אשר הינה הכרחית לאמינות עסקאות מסחריות בינלאומיות. האמנה צופה מנגנון תלוי בשיתוף הפעולה של בתי משפט מקומיים. עיקרו ביטחון הדדי. אם בתי משפט מסויימים מראים נטייה לטובת האזרחים שלהם, הדדיות זו ניוזוקה מכיוון שבתי משפט אחרים עלולים להתפתות ליישם את הדוגמא הרעה.

תכליתו של מדריך זה הינה לספק הסברים פשוטים למטרות האמנה ולפירוש הטקסט בהתאם לנוהג הבינלאומי המיטבי לאורך 50 השנים הראשונות לקיומה. אנו מתחילים עם השאלה הפשוטה ביותר:

מהי אמנת ניו יורק?

לאמנת ניו יורק שתי מטרות:

- הכרתם ואכיפתם של הסכמי בוררות (ראה להלן פרקים I ו-II);
- הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות זרים (ראה להלן פרקים II ו-III);

הכרתם ואכיפתם של הסכמי בוררות

בוררות היא הליך הסכמי. היא יכולה להתקיים רק אם הצדדים הסכימו למסור את סכסוכם לבוררות. ההסכם למסור סכסוכים לבוררות נקרא "הסכם הבוררות".

ההסכם בוררות יש שני צדדים:

- הוא מחייב את הצדדים למסור סכסוכים לבוררות ומעניק סמכות שיפוט למוטב בוררות ליישב סכסוכים הנופלים בגדר בסכם הבוררות. אם מתעורר סכסוך הנופל בגדר הסכם הבוררות, כך אחד מהצדדים רשאי למסור אותו למוטב הבוררות.

- הוא מונע מהצדדים מלמסור את הסכסוכים שלהם לבית המשפט. בחתימה על הסכם בוררות, הצדדים מוותרים על זכותם לסעדים מבתי המשפט. בעל דין אשר חתם על הסכם בוררות לא רשאי להתעלם ממנו ולפנות לבית המשפט במקום.

אמנת ניו יורק מחייבת את המדינות המתקשרות להכיר ולאכוף את שני הצדדים הללו של הסכם הבוררות. התנאים שלפיהם על בית משפט לעשות זאת נדונים בפרק II של מדריך זה.

הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות זרים

בוררות מסתיימת עם פסק הבורר. בנוסף, במהלך הבוררות, הבוררים רשאים לתת פסקי ביניים, לדוגמה פסק על סמכות שיפוט או על אחריות. כל פסקי הבוררות נופלים בגדר אמנת ניו יורק (ראה פרק I).

רוב מערכות המשפט מעניקים לפסקי בוררות השפעה זהה או דומה להחלטות בתי משפט, בעיקר *res judicata*. בדומה להחלטות בית משפט, הכוח המחייב והסופי של פסק בוררות מוגבל בעיקרון לטריטוריה של המדינה שבה נעשה הפסק. אמנת ניו יורק נוגעת להכרתם ואכיפתם מחוץ לטריטוריה זו.

הכרה של פסק בוררות הינו ההליך אשר מכניס פסקי בוררות לתוך מערכת המשפט המקומית. הכרה מתבקשת ברוב המקרים במסגרת הליך אחר. לדוגמה, צד יבקש הכרה של פסק בוררות על מנת להעלות טענת *res judicata* ובכך למנוע התדיינות נוספת בבית המשפט על נושאים שכבר הוחלטו בבוררות זרה, או צד יחפש קיוויו בבית המשפט על בסיס פסק בוררות זר. מכיוון שהכרה לעיתים קרובות מהווה מנגנון הגנה, היא מתוארת לעיתים תכופות כמגן. מנגד, **אכיפה** היא חרב. צדדים אשר זכו בבוררות ירצו לקבל את מה שהבוררים העניקו להם. זה נכון שרוב פסקי הבוררות ממולאים על ידי הצדדים. אולם, כאשר הצד המפסיד לא ממלא אחר פסק הבוררות, הצד המנצח רשאי לבקש מבית משפט עזרה לאכוף את הפסק. אמנת ניו יורק מאפשרת לצדדים לבקש עזרה זו.

במילים אחרות, הכרה ואכיפה יכולים לתת תוקף לפסק הבוררות במדינה שונה מהמדינה שבה הפסק ניתן (ראה פרק I). כאשר בית משפט הכריז על פסק בוררות כאכיף במדינת הפורום, הצד המנצח רשאי לפנות לשיטות הביצוע הזמינות תחת חוקים מקומיים.

פרק 1

אמנת ניו יורק ככלי של המשפט הבינלאומי

תוכן עניינים

I.	פרשנות
1.1.	פירוש אמנות: אמנת וינה
2.1.	פירוש לטובת הכרה ואכיפה: הטיה לטובת אכיפה
II.	תחום החלה מהותי
1.1.	פסק בוררות
1.1.1.	פרשנות עצמאית
2.1.1.	גישת ברירת הדין
2.1.	הסכם בוררות
III.	תחום החלה טריטוריאלי
1.1.	פסקי בוררות
1.1.1.	פסקי בוררות שניתנו בשטחה של מדינה שונה מהמדינה בה מבוקשת הכרה ואכיפה
2.1.1.	פסקי בוררות לא מקומיים
2.1.	הסכמי בוררות
IV.	הצהרות
1.1.	הדדיות (משפט ראשון סעיף I(3))
2.1.	אופי מסחרי (משפט שני סעיף I(3))
V.	יחס לחוק מקומי ואמנות אחרות (סעיף VII)
1.1.	חוק עדיף יותר
2.1.	אמנת ניו יורק ואמנות בינלאומיות אחרות
3.1.	אמנת ניו יורק וחוק מקומי
VI.	השלכות אי-החלת אמנת ניו יורק
1.1.	הפרת אמנת ניו יורק
2.1.	הפרת אמנת השקעה
3.1.	פסק הבוררות לא מושפע

I. פרשנות

אמנת ניו יורק היא אמנה בינלאומית. ככזו, היא מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הציבורי. כתוצאה מכך, בתי משפט הנקראים להחיל את האמנה חייבים לפרש אותה בהתאם לחוקי הפרשנות של המשפט הבינלאומי, אשר כתובים בסעיפים 31 ו-32 של אמנת וינה בדבר דיני אמנות.¹

יש להחיל את סעיפים 31 ו-32 אחד אחרי השני: כלומר, אם לא ניתן להשיג משמעות ברורה על ידי החלת הכלל הכללי בסעיף 31, יש לפנות לכללים המשלימים בסעיף 32. כללי פרשנות מקומיים לא חלים. בהתאם לחוק הבינלאומי, על בתי משפט לפרש את אמנת ניו יורק באופן עצמאי (ראה פרק זה להלן ב-1.I) ולטובת הכרה ואכיפה (ראה פרק זה להלן ב-2.I).

1. אמנת וינה בדבר דיני אמנות (Vienna Convention on the Law of Treaties), אומצה ב-23 בינואר 1969, נכנסה לתוקף ב-27 בינואר 1980, האומות המאוחדות, סדרת אמנה, כרך 1155, עמוד 331. סעיף 31 קובע:

"כלל פרשנות כללי

1. אמנה תפורש בתום לב בהתאם למשמעות הרגילה שיש לתת לתנאי האמנה בהקשרם ולאור מטרתה ותכליתה.
2. ההקשר לצורך פירוש אמנה יכול, בנוסף לטקסט, כולל ההקדמה והנספחים:
 - (א) כל הסכם הנוגע לאמנה שנעשה בין כל הצדדים בקשר לחתימת האמנה;
 - (ב) כל מסמך הנעשה על ידי אחד או יותר מהצדדים בקשר לחתימת האמנה והוסכם על ידי שאר הצדדים כמסמך הנוגע לאמנה.
 3. ילקחו בחשבון, יחד עם ההקשר:
 - (א) כל הסכם שלאחר מכן בין הצדדים בנוגע לפירוש האמנה או החלת התנאים שלה;
 - (ב) כל נוהג שלאחר מכן בהחלת האמנה אשר מוכיח את הסכמת הצדדים לגבי פרשנותה;
 - (ג) כל כלל רלוונטי של המשפט הבינלאומי החל על מערכת היחסים בין הצדדים.
 4. משמעות מיוחדת תינתן למושג אם מוכח כי כך הצדדים התכוונו.

סעיף 32 קובע:

"אמצעים משלימים של פרשנות

תיחן פנייה לאמצעים משלימים של פרשנות, כולל עבודת ההכנה של האמנה ונסיבות חתימתה, על מנת לאשר את המשמעות הנובעת מהחלת סעיף 31, או על מנת לקבוע את המשמעות כאשר הפרשנות לפי סעיף 31:

- (א) משאירה את המשמעות עמומה או מעורפלת; או
- (ב) מובילה לתוצאה אבסורדית או בלתי סבירה בעליל."

1.1. פירוש אמנות: אמנת וינה

בעקרון, למושגים בהם נעשה שימוש באמנה יש משמעות עצמאית (סעיף 31 אמנת וינה). אם הטקסט של אמנת ניו יורק הוא דו-משמעי יש להתחשב בהקשרה, מטרתה ועבודת ההכנה שלה (*travaux préparatoires*) (סעיפים 31 ו-32 אמנת וינה).² יש להבין את המושגים תוך התחשבות בהקשר ובתכלית האמנה. לפיכך, אין על בתי משפט לפרש את תנאי אמנת ניו יורק תוך התייחסות לחוק מקומי. לתנאי האמנה צריכה להיות אותה פרשנות בכל מקום בעולם שבו היא מיושמת. זה מסייע להבטיח יישום אחיד של האמנה בכל המדינות המתקשרות. במקומות בהם יושמה האמנה במערכת המשפט על ידי חוק מיישם, חשוב לשים לב לתנאיו. במקרים מסויימים, הם משנים את תנאי האמנה.³ למרבה הצער, תקדימי דין קיימים לעיתים מחילים את האמנה באופן שונה ולכן לא תמיד מהווים קו מנחה מועיל. במקרה כזה, בתי משפט תמיד צריכים לפרש את אמנת ניו יורק לטובת אכיפה. בתי משפט גם רשאים להסתמך על כתבי מלומדים כגון דברי הפרשנות על אמנת ניו יורק של פרופסור אלברט יאן דן ברג.⁴

2.1. פירוש לטובת הכרה ואכיפה: הטיה לטובת אכיפה

כאמור לעיל, יש לפרש אמנות לאור מטרתן ותכליתן. מטרתה של אמנת ניו יורק היא לקדם סחר בינלאומי וליישב סכסוכים בינלאומיים על ידי בוררות. היא שואפת לאפשר את הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ ואת אכיפתם של הסכמי בוררות. לפיכך, גישת בתי משפט לפירוש האמנה צריכה להיות לטובת אכיפה.

אם יש מספר פרשנויות אפשריות, על בתי משפט לבחור במשמעות התומכת בהכרה ואכיפה (מה שמכונה **הטיה לטובת אכיפה**). משתמע מכך כי יש לפרש את העילות לסירוב אכיפה המפורטות בסעיף V באופן מצומצם (ראה פרק III להלן ב-4.III).⁵

-
2. האמנה נוסחה בחמש גרסאות רשמיות: סינית, אנגלית, צרפתית, רוסית וספרדית.
 3. ראה דוח על הסקר בנוגע ליישום תחיקתי של האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ (ניו יורק 1958). הערה של מזכירות UNCITRAL. A/CN.9/656 ו-A/CN.9/656/Add.1, 5 ביוני 2008.
 4. אלברט יאן דן ברג, *אמנת ניו יורק לבוררות 1958 – לקראת פרשנות שיפוטית אחידה* (*The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform*) (Kluwer, 1981) (*Judicial Interpretation*); ראה גם את דברי הפרשנות המאוחדים של פרופסור ואן דן ברג על אמנת ניו יורק 1958 (Consolidated Commentary) בכרך XXVIII (2003) של שנתון בוררות מסחרית, *Yearbook Commercial Arbitration* (הכולל כרכים XXII (1997) עד XXVII (2002)), ואת דברי הפרשנות המאוחדים על אמנת ניו יורק 1958 בכרך XXI (1996) של שנתון בוררות מסחרית, הכולל כרכים XX (1995) ו-XXI (1996).
 5. לבית משפט שדן בבקשה לאכיפת פסק בוררות לפי האמנה אין סמכות לבחון את החלטת

בקנה אחד עם ההטיה לטובת אכיפה, שהינה חיונית לפירוש אמנת ניו יורק, חל **עיקרון היעילות המירבית**: אם עוד אמנות ישימות, על בתי משפט להחיל את האמנה שלפיה פסק הבוררות אכיף. עיקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף VII (ראה פרק זה להלן ב-2.V). בעניין שנדון בפני בית המשפט העליון הספרדי,⁶ שתי אמנות היו רלוונטיות בפוטנציה לקביעה האם פסק הבוררות אכיף: אמנה דו-צדדית בין צרפת לספרד ואמנת ניו יורק. בית המשפט קבע כי אחד משני העקרונות הרלוונטיים לקביעה האם יש להחיל את האמנה הדו-צדדית או את אמנת ניו יורק הוא:

"...עיקרון היעילות המירבית או העדיפות לאכיפת פסקי בוררות חוץ. [יחד עם העקרונות הרלוונטיים האחרים זה הוביל את בית המשפט להסיק כי יש להחיל את האמנה מכיון שהיא] קובעת כחוקה את תוקפם ויעילותם של הסכם הבוררות ושל פסק והחלטת הבוררות הנלוים [וכתוצאה מכך מעבירה את נטל ההוכחה אל בעל הדין שנגדו מופעל פסק הבוררות]."

II. תחום החלה מהותי

על מנת לקבוע אם פסק או הסכם מסויים נופל בגדר האמנה, על בית המשפט לוודא כי הוא נחשב לפסק בוררות או הסכם בוררות.

1. II. פסק בוררות

אין הגדרה של המושג "פסק בוררות" באמנה. לפיכך, על בתי המשפט לקבוע את משמעות המושג למטרת האמנה. עליהם לעשות זאת בשני שלבים:

1. ראשית כל, עליהם לבחון האם הסכום הוגש ויושב כבוררות. לא כל השיטות ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט נחשבות כבוררות. יש מגוון שיטות ליישוב סכסוכים בהן מעורבים אנשים פרטיים שאין להן את אותם המאפיינים שיש לבוררות. גישור, פישור או קביעת מומחה הן מספר דוגמאות. אמנת ניו יורק עוסקת רק בבוררות.

מוטב הבוררות לגופה ולהחליפה בהחלטתו, אפילו אם הוא מאמין שהבורר טעה בעובדה או חוק. אכיפה אינה ערעור על החלטת הבוררות (ראה פרק III ב-1.III).

6. Spain: Tribunal Supremo, Civil Chamber, First Section, אנטיילס סמנט קורפוריישן נ' טראנספיסם (Antilles Cement Corporation v. Transficem), 20 ביולי 2004, שנתון בוררות מסחרית (Yearbook Commercial Arbitration) XXXI (2006), עמ' 846-852 (ספרד מספר 46).

2. עליהם לבחון האם ההחלטה היא פסק בוררות. מוטבי בוררות יכולים לתת מגוון החלטות. חלקן הן פסקי בוררות, אחרות אינן. בתי משפט אימצו שתי שיטות שונות כדי לקבוע את משמעות המושגים "בוררות" ו"פסק". הם (1) בוחרים בפרשנות עצמאית, או (2) פונים לחוק מקומי על ידי שימוש בשיטה של ברירת דין.

1.1.II. פרשנות עצמאית

השלב הראשון הוא לשאול האם ההליך העומד על הפרק נחשב כבוררות. בוררות היא שיטה ליישוב סכסוכים בה בעלי הדין מסכימים להגיש את הסכסוך שלהם לאדם שלישי אשר יתן החלטה סופית ומחייבת במקום בתי המשפט.

הגדרה זו מדגישה שלושה מאפיינים עיקריים של בוררות. ראשית, בוררות נעשית בהסכמה: היא מבוססת על הסכמת בעלי הדין. שנית, בוררות מובילה לפתרון סופי ומחייב של הסכסוך. שלישית, בוררות נחשבת כתחליף להתדיינות בבתי המשפט.

השלב השני הוא לבחון האם ההחלטה שעומדת על הפרק מהווה פסק בוררות. פסק בוררות הוא החלטה השמה קץ לבוררות בשלמותה או בחלקה או הפוסקת בעניין מקדמי שהסדרתו נחוזה להחלטה הסופית. פסק בוררות מיישב באופן סופי את הסוגיות שאותן הוא מבקש לפתור. גם אם מוטב הבוררות היה מעוניין לאמץ מסקנה שונה לאחר מכן, לא ניתן לפתוח מחדש את העניין.

לפיכך, ההחלטות הבאות נחשבות לפסקי בוררות:

- פסקי בוררות סופיים, כלומר, פסקי בוררות השמים קץ לבוררות. פסק בוררות הודן בכל הטענות לגופן הוא פסק בוררות סופי. כך הוא גם פסק בוררות השולל את הסמכות השיפוטית של מוטב הבוררות לגבי הסכסוך שהוגש אליו;
- פסקי בוררות חלקיים, כלומר, פסקי בוררות הנותנים החלטה סופית לגבי חלק מהטענות ומשאירים את שאר הטענות לשלב הבא של הליך הבוררות. פסק בוררות הודן בטענה להוצאות נוספות בבוררות הנוגעת לבנייה ומשאיר טענות לפיצויים בגין פגמים ועיכובים לשלב מאוחר יותר של ההליכים הוא פסק בוררות חלקי (לפעמים נעשה שימוש במושג זה בקטגוריה הבאה, אבל למען הבנה טובה יותר, עדיף להבדיל ביניהם);
- פסקי בוררות מקדמיים, הנקראים לפעמים גם פסקי ביניים, כלומר, פסקי בוררות המחליטים עניין מקדמי הנחוץ לדיון בטענות הצדדים, כגון החלטה כי טענה היא אסורה כתוצאה מהתיישנות, הקובעת מהו החוק המהותי, או האם יש חבות;
- פסקי בוררות הנוגעים להוצאות, כלומר, פסקי בוררות הקובעים את סכום והקצאת הוצאות הבוררות;

- פסקי בוררות בהסכמה, כלומר, פסקי בוררות המכילים את ההסדר הידיוותי של הצדדים לסכסוך.
- פסק בוררות הניתן בהיעדר צד, כלומר, ללא השתתפות של אחד מבעלי הדין, גם כן נחשב כפסק בוררות במידה והוא נופל בגדר אחת הקטגוריות הרשומות לעיל.
- לעומת זאת, ההחלטות הבאות בדרך כלל לא נחשבות כפסקי בוררות:
 - החלטות פרוצדורליות, כלומר, החלטות אשר רק מארגנות את ההליכים;
 - החלטות על אמצעי ביניים או אמצעים זמניים. מכיוון שאלה ניתנים רק לתקופת הבוררות ועלולים להיפתח מחדש בזמן זה, אמצעי ביניים אינם פסקי בוררות. בתי משפט החליטו בניגוד לכך על בסיס התאוריה שהחלטות אלו מסיימות את המחלוקת בין הצדדים בנוגע לאמצעי הביניים, אבל טיעון זה לא משכנע: הצדדים לא הסכימו לבוררות על מנת ליישב מחלוקות הנוגעות להליכי הבוררות.
- בסופו של דבר, השם הניתן על ידי הבוררים להחלטתם אינו מכריע. על בתי המשפט לשקול את נושא ההחלטה והאם היא מיישבת עניין כלשהו באופן סופי על מנת להחליט שהיא מהווה פסק בוררות.

2.1.II גישת ברית הדין

אם, במקום להשתמש בשיטת הפרשנות העצמאית המועדפת בכל השאלות המוזכרות לעיל, בית משפט יפנה לחוק מקומי, עליו לפתוח בהחלטה על החוק המקומי החל על הגדרת פסק בוררות. במילים אחרות, עליו לאמץ את גישת ברית הדין. הוא יכול להחיל את החוק המקומי שלו (*lex fori*) או את החוק החל על הבוררות (*lex arbitri*). האחרון יהיה בדרך כלל החוק של מקום הבוררות, ולעיתים יותר רחוקות החוק שנבחר על ידי בעלי הדין לחול על הבוררות (לא החוק החל על החוזה או לגופה של המחלוקת, אשר מהווה נושא אחר).

2.II הסכם בוררות

סעיף II(1) של אמנת ניו יורק מבהיר כי הוא חל על הסכמים "בכתב אשר בעלי הדין הסכימו בהם להפנות לבוררות כל סכסוך שהתעורר או שעלול להתעורר ביניהם בנוגע למערכת יחסים משפטית מוגדרת, בין אם חוזית או לאו". השימוש במילים "שהתעורר או שעלול להתעורר" מראה כי האמנה חלה, מצד אחד, על תניות בוררות בחוזים אשר עוסקות בסכסוכים עתידיים, ומצד שני גם על הסכמי הפניה לבוררות אשר עוסקים בסכסוכים קיימים.

לפי סעיף II(1), הסכם הבוררות חייב להתייחס למערכת יחסים משפטית ספציפית. דרישה זו כמובן מתקיימת במקרה של תניית בוררות בחוזה החלה על סכסוכים שמקורם באותו חוזה. בניגוד לכך, היא לא תתקיים אם בעלי הדין מפנים לבוררות את כל הסכסוכים הקיימים והעתידיים שמקורם בכל נושא שהוא. הסכסוכים עליהם חל הסכם הבוררות יכולים לעסוק בטענות חוזיות או אחרות כמו טענות נזיקין וטענות אחרות שבחוק. לבסוף, האמנה דורשת כי הסכמי הבוררות יהיו "בכתב", דרישה המוגדרת בסעיף II(2) ונדונה בפרק II.

III. תחום החלה טריטוריאלי

סעיף I(1) מגדיר את תחום ההחלה הטריטוריאלי של אמנת ניו יורק ביחס לפסקי בוררות במונחים הבאים:

"אמנה זו תחול על הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות אשר ניתנו בשטחה של מדינה שונה מהמדינה אשר בה מבוקשים הכרתם ואכיפתם, ושמקורם במחלוקות בין אישים, בין אם פסיים ובין אם משפטיים. כמו כן היא תחול על פסקי בוררות שאינם נחשבים כפסקים מקומיים במדינה שבה מבוקשת הכרתם ואכיפתם."

לפיכך, האמנה עוסקת רק בהכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ ופסקים לא מקומיים (ראה פרק זה להלן ב-1.II). היא אינה חלה על הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות מקומיים. האמנה אינה מכילה תנאי דומה ביחס להסכמי בוררות. אולם, הוכר כי האמנה חלה רק על פסקי בוררות "חוץ" או הסכמי בוררות בינלאומיים (ראה פרק II).

1.III. פסקי בוררות

1.1.III. פסקי בוררות שניתנו בשטחה של מדינה שונה מהמדינה בה מבוקשת הכרה ואכיפה

כל פסק בוררות הניתן במדינה שונה ממדינת ההכרה או האכיפה נופל בגדר האמנה, כלומר, הוא פסק בוררות חוץ. לכן, הלאום או מקום המגורים של בעלי הדין אינם רלוונטיים להחלטה האם פסק בוררות הינו פסק בוררות חוץ. אולם, גורמים אלה עלולים להיות חשובים להחלטה האם הסכם בוררות נופל בגדר האמנה (ראה פרק II ופרק III). זאת ועוד, אין צורך כי המדינה בה פסק הבוררות ניתן תהא צד לאמנה (אלא אם כן המדינה בה מבוקשת ההכרה או האכיפה מסרה הצהרת הדדיות, ראה פרק זה להלן ב-1.IV).

איפה ניתן פסק בוררות? האמנה לא עונה על שאלה זו. הרוב המכריע של המדינות המתקשרות מחשיבות את מושב הבוררות כמקום בו ניתן פסק הבוררות. מושב הבוררות נבחר על ידי בעלי הדין או לחילופין, על ידי מוסד בוררות או מוטב הבוררות. זהו מושג משפטי, ולא פיזי או גאוגרפי. שימועים, דיונים, חתימת פסק הבוררות וחלקים אחרים של הליך הבוררות עלולים להתקיים במקום אחר.

III.2.1. פסקי בוררות לא מקומיים

הקטגוריה השנייה של פסקי בוררות הנופלים בגדר האמנה הם אלה הנחשבים כלא מקומיים במדינה שבה מבוקשת הכרה או אכיפה. קטגוריה זו מרחיבה את תחום ההחלה של האמנה. האמנה לא מגדירה פסקי בוררות לא מקומיים. לעיתים נדירות מאוד, בעלי הדין עצמם יציינו האם פסק הבוררות שלהם הוא לא מקומי. לכן כל מדינה מתקשרת הינה חופשית להחליט אלו פסקי בוררות היא אינה מחשיבה כמקומיים והיא עלולה לעשות זאת בחקיקה המיישמת את האמנה.⁷

בהפעלתן חופש זה, מדינות בדרך כלל מחשיבות את כל או חלק מפסקי הבוררות הבאים כלא מקומיים:

- פסקי בוררות אשר ניתנו תחת חוק בוררות של מדינה אחרת;
- פסקי בוררות המכילים מימד זר;
- פסקי בוררות לא-לאומיים (a-national).

הסוג הראשון של פסקי בוררות יתעורר רק בבוררות שמקום מושבה במדינה שבה בית המשפט דן בהכרה או באכיפה אך שחל עליה חוק בוררות זר. זה יהיה מאורע נדיר מכיוון שהוא מרמז כי החוק המקומי של בית המשפט הדן בהכרה ואכיפה מתיר לבעלי הדין למסור את הבוררות ל-*lex arbitri* אחר מזה של מושב הבוררות.

7. לדוגמה, חוק הבוררות הפדרלי האמריקאי (חלק 9, פרק 2) (the United States Federal Arbitration Act (Title 9, Chapter 2)) כולל את הסעיף הבא ביחס ל"פסק בוררות לא מקומי":

"סעיף 202. הסכם או פסק הנכלל באמנה

הסכם או פסק בוררות שמקורם במערכת יחסים משפטית, בין אם חוזית ובין אם לאו, הנחשבת כמסחרית, כולל עסקה, חוזה, או הסכם המתואר בסעיף 2 של חלק זה, נופל בגדר האמנה. הסכם או פסק שמקורו במערכת יחסים כזו שכולה בין אורחי ארצות הברית לא יפול בגדר האמנה אלא אם כן מערכת היחסים כרוכה ברכוש הממוקם מחוץ למדינה, חוזה ביצוע או אכיפה מחוץ למדינה, או יש לה קשר סביר אחר עם מדינה זרה אחת או יותר. למטרת סעיף זה, תאגיד נחשב כאורח ארצות הברית אם הוא מאוגד או מקום העסקים המרכזי שלו נמצא בארצות הברית."

הקטגוריה השניה מתייחסת לפסקי בוררות אשר ניתנו במדינה שבה בית המשפט דן בהכרה או באכיפה בסכסוך בעל מימד זר, כגון לאום או מקום מגורם של בעלי הדין או מקום ביצוע החוזה אשר ממנו עולה הסכסוך. הקריטריונים להחשבת פסק בוררות כלא מקומי בקטגוריה זו בדרך כלל נקבעים על ידי המדינות בחקיקה המיישמת (ראה את דוגמת ארצות הברית בהערת שוליים 7). לעיתים נדירות מאוד, בעלי הדין יציינו שפסק הבוררות שלהם אינו מקומי.

הסוג השלישי מתייחס לפסקי בוררות אשר ניתנו בבוררויות המנותקות מכל חוק בוררות מקומי, לדוגמא, מכיוון שבעלי הדין במפורש לא כללו את תחולתו של חוק בוררות מקומי כלשהו או קבעו את תחולתם של חוקים בינלאומיים כגון עקרונות כללים של בוררות. למרות שמתנהל דיון האם פסקי בוררות לא-לאומיים נופלים בגדר אמנת ניו יורק, הדעה הרווחת היא שהאמנה חלה על פסקי בוררות שכאלה. מקרים אלה הם נדירים ביותר.

2.III. הסכמי בוררות

אמנת ניו יורק לא מגדירה את תחום החלתה לגבי הסכמי בוררות. אולם, ידוע היטב כי אמנת ניו יורק לא חלה על הכרתם של הסכמי בוררות מקומיים. גם מקובל כי האמנה חלה אם פסק הבוררות העתידי ייחשב כפסק חוץ או לא מקומי לפי סעיף I(1). חלק מבתי המשפט סבורים כי האמנה חלה אם הסכם הבוררות הוא בינלאומי באופיו. האופי הבינלאומי של ההסכם מקורו בלאום או במקום המגורים של בעלי הדין או מהעסקה שביסודו. כאשר בתי המשפט מחליטים האם הסכם בוררות נופל בגדר האמנה, עליהם להבחין בין שלושה מצבים:

- אם הסכם הבוררות קובע מושב במדינה זרה, בית המשפט חייב להחיל את אמנת ניו יורק;
- אם הסכם הבוררות קובע מושב במדינת הפורום, בית המשפט
 - o חייב להחיל את האמנה אם פסק הבוררות העתידי ייחשב כלא מקומי לפי סעיף I(1), משפט שני;
 - o רשאי להחיל את האמנה אם הסכם הבוררות הוא בינלאומי עקב הלאום או מקום המגורים של בעלי הדין או אלמנטים זרים בעסקה;
- אם הסכם הבוררות אינו קובע את מושב הבוררות, בית המשפט חייב להחיל את האמנה אם סביר שפסק הבוררות העתידי ייחשב כפסק חוץ או לא מקומי בהתאם לסעיף I(1). בנוסף, בית המשפט רשאי להחיל את האמנה אם הוא סבור כי ההסכם הוא בינלאומי.

IV. הצהרות

בעיקרון, האמנה חלה על כל הסכם בוררות חוץ או בינלאומי ועל כל פסק בוררות חוץ או לא מקומי. אולם, מדינות מתקשרות רשאיות למסור שתי הצהרות המגבילות את תחולת האמנה.

1.IV. הדדיות (סעיף I/3) משפט ראשון)

מדינות מתקשרות רשאיות להצהיר כי הן יחילו את האמנה רק על הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות שניתנו בשטחה של מדינה מתקשרת אחרת. בערך שני-שליש מהמדינות המתקשרות מסרו הצהרה זו. בית משפט במדינה אשר מסרה הצהרת הדדיות יחיל את האמנה רק אם פסק הבוררות ניתן בשטחה של מדינה מתקשרת אחרת, או אם פסק הבוררות הוא לא מקומי ומציג קשרים למדינה מתקשרת אחרת.

2.IV. אופי מסחרי (סעיף I/3) משפט שני)

מדינות מתקשרות גם רשאיות להצהיר שהן יחילו את האמנה רק על מחלוקות שמקורן במערכות יחסים משפטיות, בין אם חוזיות ובין אם לאו, אשר נחשבות כמסחריות תחת החוק המקומי של המדינה המצהירה. בערך שליש מהמדינות המתקשרות מסרו הצהרה זו. למרות ששפת האמנה מתייחסת לחוק המקומי של מדינת הפורום (כחריג לעיקרון של פרשנות עצמאית), בפועל בתי משפט גם מתחשבים בנסיבות המיוחדות של המקרה ובנוהג בינלאומי. בכל מקרה, בהתחשב במטרת האמנה, בתי משפט צריכים לפרש את רעיון המסחריות בצורה רחבה.

למרות שהאמנה מדברת על הצהרות רק בהקשר של הכרה ואכיפה של פסקי בוררות, ישנה הסכמה כללית כי ההצהרות חלות גם על הכרה ואכיפה של הסכמי בוררות.

V. יחס לחוק מקומי ואמנות אחרות (סעיף VII)

סעיף VII(1) של אמנת ניו יורק מתייחס ליחס שבין האמנה לחוקים מקומיים של מדינת הפורום ולאמנות בינלאומיות אחרות המחייבות את המדינה כאשר מבוקשת אכיפה במונחים הבאים:

"הוראות אמנה זו לא יפגעו בתוקפם של הסכמים רב-צדדים או דו-צדדים בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות שנעשו בין המדינות המתקשרות ולא ישללו משום צד מעוניין כל זכות שקיימת בידו להשתמש בפסק בוררות בדרך ובמידה המותרת לפי חוקיה או הסכמיה של המדינה בה מבוקשת הסתמכות על פסק זה."

1.V. חוק עדיף יותר

סעיף VII(1) קרוי סעיף הזכות-העדיפה-יותר, מכיוון שהוא מתיר לבעל דין המבקש הכרה ואכיפה להסתמך על חוקים עדיפים יותר מאלו שבאמנה. חוקים עדיפים יותר יכולים להימצא: (i) בחוקים המקומיים של הפורום או (ii) באמנות החלות בטריטוריה שבה מבוקשת הכרה ואכיפה.

בפועל, אמנות או חוקים מקומיים יהיו עדיפים יותר מאמנת ניו יורק אם הם מתירים הכרה ואכיפה תחת קריטריונים פחות טובעניים, בין אם במונחים פרוצדורליים או של עילות לאי-אכיפה.

כיום מקובל במידה רבה (אולם לא אוניברסלית) שתנאי סעיף VII(1) חלים גם על הכרה ואכיפה של הסכמי הבוררות המצוינים בסעיף II. סעיף VII(1) מופעל לרוב על מנת להתגבר על הדרישות הפורמליות החלות על הסכם הבוררות מכוח סעיף II(2) (דרישת הכתיבה, ראה פרק II ב-IV.2.1).

בהמלצה שאומצה על ידי ועדת האומות המאוחדות למשפט סחר בינלאומי (UNCITRAL) ב-7 ביולי 2006 (ראה **נספח III**) מומלץ כי

"גם סעיף VII, פסקה 1 של האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, שנעשתה בניו יורק, ב-10 ביוני 1958, צריך לחול על מנת להתיר לכל צד מעוניין להשתמש בזכויות הקיימות בידו תחת החוק או ההסכמים של המדינה בה מבוקשת הסתמכות על הסכם בוררות, לבקש הכרה בתקפות הסכם זה." היסטורית האמנה גם כן תומכת בהשקפה זו. הסעיף הנוגע לאכיפת הסכמי בוררות הוסף ביום האחרון של הדיונים. הסעיפים האחרים לא תוקנו על מנת להתחשב בתוספת זו של הרגע האחרון. לפיכך אין לפרש את סעיף VII כמוציא מתחום החלתו הסכמי בוררות.

2.V. אמנת ניו יורק ואמנות בינלאומיות אחרות

החלק הראשון של סעיף VII קובע כי האמנה לא תשפיע על תוקפן של אמנות בינלאומיות הנוגעות להכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות אשר חלות על המדינה האוכפת. החלק השני של אותו סעיף מציין כי בעלי הדין רשאים לבקש הכרה ואכיפה של פסק בוררות תחת אמנת ניו יורק או אמנה אחרת או חוקים מקומיים, לפי מה שעדיף יותר. עיקרון הזכות-העדיפה-יותר גורע מהחוקים הקלאסיים של המשפט הבינלאומי בנוגע לאמנות סותרות (*lex posterior* ו-*lex specialis*). לפי עיקרון הזכות-העדיפה-יותר, החוק העדיף יותר גובר.

3.V. אמנת ניו יורק וחוק מקומי

לגבי היחס בין אמנת ניו יורק לחוק המקומי במדינה בה מבוקשת אכיפה, יש להבחין בין שלושה מצבים:

- גם אמנת ניו יורק וגם החוק המקומי מכילים חוקים על אותם נושאים. במקרה שכזה, האמנה מחליפה את החוק המקומי, אלא אם כן החוק המקומי הוא עדיף יותר. במקרים מסוימים בית המשפט יאלץ לפנות לחקיקה המיישמת את האמנה (מקרה (i) להלן);
- אמנת ניו יורק אינה מכילה שום חוק בנושא מסויים. במקרה שכזה, בתי משפט יחילו את החוק המקומי שלהם על מנת להשלים את אמנת ניו יורק (מקרה (ii) להלן);
- אמנת ניו יורק מפנה במפורש לחוק מקומי. במקרה שכזה, בתי המשפט חייבים להחיל את החוק המקומי במידה המותרת לפי האמנה (מקרה (iii) להלן).

מקרה (i) האמנה מחליפה את החוק המקומי

מקרה (ii) החוק המקומי משלים את האמנה

אמנת ניו יורק לא קובעת משטר פרוצדורלי מקיף בנוגע להכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ. ביחס לפרוצדורה, האמנה רק קובעת חוקים לגבי נטל ההוכחה והמסמכים שעל הצד המבקש להגיש. היא שותקת בנוגע לעניינים פרוצדורליים אחרים.

סעיף III קובע שעל המדינות המתקשרות להכיר ולאכוף פסקי בוררות בהתאם לחוקים הפרוצדורליים של המדינה שבה מסתמכים על הפסק. לפיכך, הפרוצדורה להכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ נשלטת על ידי החוק המקומי, חוץ מעניינים הנוגעים לנטל ההוכחה ולמסמכים שיש להגיש (ראה פרק III).

הנושאים הפרוצדורליים הבאים, מבלי להיות ממצים, נשלטים על ידי חוק מקומי:

- מגבלת הזמן להגשת בקשה להכרה או אכיפה;
 - הרשות המוסמכת להכיר או לאכוף פסקי בוררות;
 - צורת הבקשה;
 - האופן שבו מתנהלים ההליכים;
 - הסעדים נגד החלטה המעניקה או שוללת exequatur;
 - הזמינות של הגנת קיזוז או תביעה נגדית נגד פסק בוררות.
- שאלה עלולה להתעורר אם מדינה מציגה דרישות מחמירות לקבלת סמכות השיפוט של בתי המשפט שלה לגבי בקשת אכיפה. בהתאם למטרת האמנה וההטיה שלה לטובת אכיפה, המצאות נכסים בשטחה של המדינה האוכפת צריך להספיק ליצירת סמכות שיפוט למטרות

אכיפה. למרות זאת, בתי משפט אמריקאיים מסוימים דרשו בעבר סמכות שיפוט אישית (personal jurisdiction) לגבי המשיב והצד החייב תחת פסק הבוררות.

מקרה (iii) האמנה מפנה במפורש לחוק מקומי

סעיפים מסוימים של אמנת ניו יורק מפנים במפורש לחוק מקומי. זה המקרה, למשל, עם סעיף I (בהקשר להצהרה המסחרית), סעיף II (בהקשר לפרוצדורה של הכרה ואכיפה) וסעיף V (עילות מסוימות לסירוב אכיפה מפנות לחוק מקומי). זהו לא בהכרח החוק של הפורום אלא החוק שלפיו ניתן פסק הבוררות.

VI. השלכות אי-החלת אמנת ניו יורק

אי-החלת אמנת ניו יורק או החלתה השגויה מפעילה בעיקרון את האחריות הבינלאומית של המדינה. הפרה של מחויבויות המדינה תחת האמנה (ראה פרק זה להלן ב-VI.1) יכולה במקרים מסוימים גם להוות הפרה של אמנת השקעה דו-צדדית או רב-צדדית (ראה פרק זה להלן ב-VI.2). בכל מקרה, ההפרות לא ישיעו על פסק הבוררות (ראה פרק זה להלן ב-VI.3).

1. VI. הפרת אמנת ניו יורק

למרות שאמנת ניו יורק לא כוללת סעיף יישוב סכסוכים, אמנת ניו יורק היא אמנה בינלאומית היוצרת מחויבויות עבור המדינות המתקשרות תחת המשפט הבינלאומי.

כפי שהוסבר לעיל, המדינות המתקשרות התחייבו להכיר ולאכוף פסקי בוררות חוץ ולהכיר בהסכמי בוררות. כשבעל דין מבקש הכרה ו/או אכיפה של פסק בוררות או הסכם בוררות הנוגלים בגדר האמנה, מדינה מתקשרת חייבת להחיל את אמנת ניו יורק. היא אינה יכולה להטיל חוקים פרוצדורליים נוקשים יותר ותנאים מהותיים על הכרה ואכיפה, וכאשר האמנה שותקת לגבי נושא פרוצדורלי, היא אינה יכולה להטיל תנאים פרוצדורליים אשר מכבידים באופן משמעותי יותר מאלו החלים על פסקים מקומיים.

בתוך המדינות המתקשרות, הגופים העיקריים האחראיים על החלת אמנת ניו יורק הם בתי המשפט. לפי המשפט הבינלאומי, פעולות בתי המשפט נחשבים כפעולות המדינה עצמה. לפיכך, אם בית משפט לא מחיל את האמנה, מחיל אותה בצורה שגויה או מוצא סיבות מפקפקות לסרב הכרה ואכיפה שלא כלולות באמנה, מופעלת האחריות הבינלאומית של מדינת הפורום. ברגע שהודעת האמנה נכנסת לתוקף במדינה מתקשרת מסוימת, האחריות של המדינה תופעל במישור הבינלאומי ללא קשר להאם האמנה יושמה כיאות על ידי חקיקה מקומית או

האם היא פורסמה או הופצה בדרך אחרת תחת חוקים מקומיים. לכן, העובדה כי טקסט האמנה לדוגמה לא פורסם ברשומות הרלוונטיות לא משנה את מחויבויות המדינה לציית לאמנה תחת המשפט הבינלאומי.

2. VI. הפרת אמנת השקעה

בנסיבות מסוימות, הפרת החובה להכיר ולאכוף הסכמי בוררות ופסקי בוררות עלולה להביא לידי הפרת אמנה אחרת. כך ייתכן לגבי האמנה האירופית לזכויות אדם (European Convention of Human Rights) ובמיוחד הפרוטוקול הראשון שלה, וכפי שהתפתחויות שאירעו לאחרונה מעידות, לגבי אמנות השקעה. דרך אלו, מדינות מבטיחות למשקיעים זרים, בין יתר ההגנות, שהם יזכו ליחס הוגן וצודק ולא יהיו נתונים להפקעה (אלא אם כן תנאים ספציפיים מתקיימים). לאחרונה, שתי החלטות בבוררויות תחת אמנות השקעה דו-צדדיות קבעו כי המדינה הפרה את מחויבויותיה תחת אמנת ההשקעה מכיוון שבתי המשפט שלה לא הכירו בהסכם בוררות תקף.⁸

3. VI. פסק הבוררות לא מושפע

פסק בוררות לא מושפע מסירוב מדינה לאכוף או להכיר בו תוך הפרת אמנת ניו יורק. להחלטת המדינה יש השפעה רק בתוך הטריטוריה של אותה המדינה. לכן בעל הדין הזוכה עדיין יהיה זכאי להסתמך על פסק הבוררות ולבקש את אכיפתו במדינות אחרות.

8. סייפם ס.פ.א. נ' בנגלדש (Saipem SpA v. Bangladesh), המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) תיק מס' ARB/05/07 וסליני קוסטרוטורי ס.פ.א. נ' ירדן (Salini Costruttori SpA v. Jordan), תיק ICSID מס' ARB/02/13, שניהם ניתן להשיג באינטרנט ב- <www.icsid.worldbank.org>.

פרק 2

בקשה לאכיפת הסכם בוררות

תוכן ענינים

- I. הקדמה
- II. מאפיינים בסיסיים של משטר האמנה בנוגע להסכמי בוררות
 - 1.II. הסכמי בוררות נחשבים לתקפים
 - 2.II. חובה להפנות צדדים להסכם בוררות תקף לבוררות
 - 3.II. איך "להפנות" צדדים לבוררות
 - 4.II. אין הפניה מכוח החוק (*ex officio*)
- III. עקרונות מקובלים באופן כללי
 - 1.III. לבוררים יש סמכות להחליט על סמכותם
 - 2.III. היקף הביקורת השיפוטית על התנגדויות לסמכות מוטב הבוררות
 - 3.III. תניות בוררות בדרך כלל לא מושפעות מפסלות החוזה העיקרי
 - 4.III. תזמון בקשת ההפניה במהלך הליכי משפט
 - 5.III. אין צורך להתחשב בהליכי בוררות מקבילים
- IV. מפת דרכים לסעיף II
 - 1.IV. האם הסכם הבוררות נופל בגדר תחום האמנה?
 - 2.IV. האם הסכם הבוררות בכתב?
 - 1.2.IV. רקע תיאורתי
 - 2.2.IV. יישום בפועל
- (i) תניית בוררות הכלולה במסמך המוזכר במסמך החוזי העיקרי (סוגית ה"הכללה מכוח הפניה" "*incorporation by reference*")
- (ii) תניית בוררות במסמך חוזי אשר אינו חתום אבל מבוצע לאחר מכן על ידי כל הצדדים בהתאם לתנאיו
 - הצעת החוזה נשלחת עם תניית בוררות ומאושרת. אולם, האישור כולל הסתייגויות כלליות או תנאים מאוחרים
 - הצעת חוזה הכוללת תניית בוררות נשלחת על ידי צד אחד לצד השני, אשר לא עונה אבל למרות זאת מבצע את החוזה
- (iii) הסכם הבוררות נכלל בחילופי התקשרויות אלקטרוניות
 - 3.IV. האם הסכם הבוררות קיים והאם הוא תקף באופן מהותי?
 - 1.3.IV. רקע תיאורתי
 - 2.3.IV. יישום בפועל

- (i) "בטל ומבוטל"
 - (ii) "משולל כוח פעולה"
 - (iii) "איננו בר-ביצוע"
- כאשר ההפניה לבוררות היא אופציונלית
 - כאשר החוזה קובע גם בוררות וגם סמכות בתי המשפט
 - כאשר כללי הבוררות או מוסד הבוררות לא מוגדרים באופן מדויק
 - כאשר אין כל אינדיקציה לגבי איך למנות את הבוררים ("תניות ריקות" "blank clauses")
- 4.IV האם יש סכסוך, האם מקורו במערכת יחסים משפטית מוגדרת, בין אם חוזית או לאו, והאם הצדדים התכוונו ליישב סכסוך ספציפי זה בבוררות?
- 1.4.IV רקע תיאורתי
- 2.4.IV יישום בפועל
- (i) האם יש לפרש את לשון תניית הבוררות באופן רחב?
 - (ii) מה אם הסכם הבוררות מכיל חריגים לתחום החלתי?
- 5.IV האם הסכם הבוררות מחייב את הצדדים לסכסוך העומד בפני בית המשפט?
- 1.5.IV רקע תיאורתי
- (i) הסכמי בוררות מחייבים רק את הצדדים
 - (ii) צדדים שאינם חתומים גם עלולים להיחשב כצדדים להסכם הבוררות
 - (iii) כיצד להחליט על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות
 - (iv) החוק החל על ההחלטה על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות יישום בפועל
- 2.5.IV
- (i) מתי בדיוק יש למשיב זכות להיות מופנה לבוררות
 - (ii) מה אם בית המשפט מוצא כי המשיב לא מחוייב בהסכם הבוררות?
- 6.IV האם הסכסוך המסויים הזה ניתן ליישוב בבוררות? ("arbitrable")
- 1.6.IV עניין "הניתן ליישוב בבוררות"
- 2.6.IV החוק החל על ההחלטה האם ניתן ליישב בבוררות
- 3.6.IV הסכמי בוררות בינלאומיים צריכים להיות כפופים לסטנדרטים עקביים בנוגע להאם ניתן ליישב בבוררות
- .V סיכום

I. הקדמה

כפי שהוסבר בפרק I, מטרתה של אמנת ניו יורק היא לקדם יישוב סכסוכים בינלאומיים בבוררות. למטרה זו, היה עקרוני לוודא שבתי המשפט של המדינות המתקשרות יתנו תוקף להסכם הבוררות של הצדדים ולפסק הבוררות.

בנוגע להסכם הבוררות, המנסחים ביקשו להבטיח שכוונתם המקורית של הצדדים שהסכסוכים ביניהם ייושבו בבוררות לא יתוסכלו כתוצאה ממסירה חד צדדית של הסכסוך לבתי משפט. לפיכך, הם קבעו את התנאים תחתם בתי משפט חייבים להפנות את הצדדים לבוררות, והגבילו את העילות בגינן יכול צד להסכם בוררות להתנגד לתקופתו. זה הוביל לאימוץ סעיף II, אשר קובע כדלקמן:

"(1) כל מדינה מתקשרת תכיר בהסכם בכתב אשר בו הצדדים מתחייבים ליישב בבוררות את כל המחלוקות אשר עלו או אשר עלולים לעלות ביניהם בהקשר למערכת היסים מוגדרת, בין אם חוזית או לאו, הנוגעת לעניין שניתן ליישבו בבוררות.

(2) המונח 'הסכם בכתב', יכלול תניית בוררות בחוזה או הסכם בוררות, החתום על ידי הצדדים או נכלל בהחלפת מכתבים או מברקים.

(3) בית משפט של מדינה מתקשרת, כאשר הוא דן בתביעה בעניין שלגביו הצדדים עשו הסכם במונחי סעיף זה, חייב, לבקשת אחד מהצדדים, להפנות את הצדדים לבוררות, אלא אם כן הוא מוצא כי ההסכם בטל ומבוטל, משולל כוח פעולה או איננו בר-ביצוע.

לפני שניתן פסק הבוררות, ישנם מצבים בהם בית משפט עלול לעמוד בפני התנגדות לתוקפו של הסכם הבוררות. הנסיבות השכיחות ביותר יהיו כאשר, כמצוין בסעיף II(3), עניין שלגביו הצדדים עשו הסכם בוררות בכל זאת נמסר לבית משפט, והמשיב מבקש מבית המשפט להפנות אותו לבוררות. בנוסף, יכולה להיות בקשה למתן הצהרה שהסכם בוררות מסויים תקף או לא תקף. באופן דומה בית המשפט עלול לעמוד בפני בקשה לצו נגד בוררות או לאמצעים התומכים בהליכי בוררות – לדוגמא מינוי בורר כברירת מחדל – אליהם יתנגד הצד השני על בסיס אי תקפות הסכם הבוררות.

כאשר על בתי המשפט להתמודד עם מצבים כאלו, הם צריכים לדבוק במטרת האמנה ובשיטות העבודה המומלצות שפותחו על ידי המדינות המתקשרות לאורך יותר מחמישים שנה.

II. מאפיינים בסיסיים של משטר האמנה בנוגע להסכמי בוררות

1. II. הסכמי בוררות נחשבים לתקפים

מנסחי האמנה ביקשו לנטרל את היכולת של צד להסכם בוררות לחזור בו מהתחייבותו לבוררות ובמקום זאת למסור את הסכסוך לבתי המשפט של המדינה. לפיכך, האמנה קובעת משטר "בעד

פרק 2

אכיפה", "בעד בוררות" אשר מבוסס על השערת תקפות – פורמלית ומהותית – של הסכמי בוררות ("כל מדינה מתקשרת חייבת להכיר בהסכם בכתב..."). ניתן לבטל השערת תקפות זו על בסיס עילות מוגבלות ("אלא אם כן הוא מוצא כי ההסכם בטל ומבוטל, משולל כוח פעולה או איננו בר-ביצוע").

משמעותה של ההטיה לטובת אכיפה היא שאמנת ניו יורק מחליפה חקיקה מקומית פחות עדיפה. בתי משפט לא יכולים להחיל דרישות נוקשות יותר תחת החוק המקומי שלהם לגבי תקפות הסכם הבוררות (כמו למשל, הדרישה שתניית הבוררות בחוזה תיחתם בנפרד). לחילופין, ישנם בתי משפט הקובעים יותר ויותר שסעיף II(2) מתיר להם להסתמך על חקיקה מקומית עדיפה יותר. אם החוק במדינה מתיר שהסכם בוררות ייעשה בעל-פה, או בשתיקה, חוק זה חל. (ראה גם פרק I ב-1.V). היבט זה נדון בפרק זה להלן ב-2.IV.

2.II. חובה להפנות צדדים להסכם בוררות תקף לבוררות

כשבית המשפט מוצא שיש הסכם בוררות תקף, עליו להפנות את הצדדים לבוררות, לבקשת אחד מהם, במקום ליישב את הסכסוך בעצמו. מנגנון אכיפה זה נקבע בסעיף II(3). מטרת האמנה היתה לא להשאיר שיקול דעת לבתי משפט בהקשר זה.

3.II. איך "להפנות" צדדים לבוררות

יש להבין את משמעות "ההפנייה לבוררות" כעיסוב הליכי בית המשפט עד לבוררות או כהדחת התביעה מחוסר סמכות שיפוט, בהתאם לחוק הבוררות או החוק הפרוצדורלי המקומי.

4.II. אין הפניה מבוח החוק (*ex officio*)

על בית משפט להפנות את הצדדים לבוררות רק "לבקשת אחד מהצדדים", כלומר הפניה כתוצאה מהצעת בית המשפט עצמו איננה אפשרית.

III. עקרונות מקובלים באופן כללי

האמנה לא תומכת במפורש בעיקרון ה-"competence-competence", הבחינה המוגבלת של הסכמי בוררות על ידי בתי משפט בשלב טרום-בוררות או עיקרון הפרדה ("severability"). למרות זאת, מטרתה ותכליתה מקוימים בצורה טובה יותר אם נוהגים לפי עקרונות אלו בפועל.

1.III. לבוררים יש סמכות להחליט על סמכותם

עיקרון ה-"competence-competence" (המכונה לעיתים גם Kompetenz-Kompetenz) מתיר לבוררים לדון בכל התנגדות לסמכותם ואפילו להגיע למסקנה שאין להם סמכות.

סמכות זו היא למעשה חיונית כדי שהבוררים יוכלו לבצע את תפקידם כראוי. יהיה זה מכשול רציני להליך הבוררות אם הסכסוך יהיה חייב לחזור לבתי המשפט פשוט משום שהוטל ספק בקיום או בתוקף הסכם בוררות.

האמנה לא דורשת במפורש את החלת עיקרון ה-"competence-competence". אולם, היא לא נייטרלית בעניין. סעיפים II(3) ו-V(1) של האמנה לא אוסרים שגם מוטבי בוררות וגם בתי משפט יפסקו בשאלת סמכות הבורר לדון בסכסוך מסויים. בנוסף, תנאי סעיפים V(1)(a) ו-V(1)(c) – העוסקים בהכרת ואכיפת פסקי בוררות – רומזים שמוטב בוררות יכול לתת פסק בוררות למרות שקיימות התנגדויות לסמכותו.

2.III. היקף הביקורת השיפוטית על התנגדויות לסמכות מוטב הבוררות

עיקרון ה-"competence-competence" פורש על ידי מספר בתי משפט, במיוחד בארצות הברית, לאור ההטיה לטובת אכיפה של האמנה. לפיכך, ניתנת עדיפות להחלטת מוטב הבוררות עצמו לגבי סמכות השיפוט שלו. בנוסף, בדיקת הסכם בוררות שהוא לכאורה בטל ומבוטל, משולל כוח פעולה או איננו בר-ביצוע על ידי בתי המשפט נותרת שטחית (או "על פניו", "prima facie") בשלב המוקדם של סכסוך. בתי משפט אלה מצאו שהסכם הבוררות לא תקף רק במקרים ברורים.

בנוהגם לפי גישה זו, בתי המשפט רשאים לסקור באופן מלא את החלטת מוטב הבוררות בנוגע לסמכותו רק כאשר הם דנים בבקשה לאכיפת פסק בוררות או בשלב ביטול הפסק (האחרון לא מוסדר באמנה). עם זאת, יש לציין כי פירוש זה שנוי במחלוקת. בעוד שהעמדה המתוארת לעיל נראית רצויה לאור מטרת ותכלית האמנה, אין סעיף מפורש באמנה המונע מבתי משפט לסקור באופן מלא הסכם בוררות ולתת פסק דין סופי ומחייב בנוגע לתוקפו בשלב מוקדם של הסכסוך.

3.III. תניות בוררות בדרך כלל לא מושפעות מפסלות החוזה העיקרי

עיקרון ה-"competence-competence" ועיקרון ההפרדה ("severability") של תניית הבוררות מהחוזה העיקרי (המכונה גם "separability" או "עצמאות תניית הבוררות" ("autonomy of the arbitration clause")) שלובים זה בזה. עיקרון זה רומז כי, דבר ראשון, תוקף החוזה העיקרי לא משפיע בעיקרון על תוקף הסכם הבוררות המוכל בו; ודבר שני, כי ייתכן שהחוזה העיקרי והסכם הבוררות נשלטים על ידי חוקים שונים.

4.III. תזומן בקשת ההפניה במהלך הליכי משפט

האמנה לא קובעת מועד אחרון לבקשת הפניה לבוררות. האם על בקשה זו להיות מוגשת לפני הגשת הטענות לגופה של התובענה, או האם ניתן להגישה בכל עת? ללא סעיף בנושא באמנה, התשובה מצויה בחוק הבוררות או החוק הפרוצדורלי המקומי. אם בעל דין לא מגיש את הבקשה בזמן, ניתן להחשיבו כמותר על הזכות לבוררות ואת הסכם הבוררות כמשולל כוח פעולה.

רוב החוקים המקומיים קובעים כי הבקשה להפניה לבוררות חייבת להיות מוגשת לפני כל הגנה לגופה של התובענה, כלומר, לפני התדיינות משפטית (*in limine litis*).

5.III. אין צורך להתחשב בהליכי בוררות מקבילים

יש להחליט על קבילות בקשה להפניה וסמכות בית המשפט לגביה בלי להתחשב בהאם הליכי בוררות כבר החלו, אלא אם כן חוק בוררות מקומי קובע אחרת. למרות שזה לא נקבע באמנה, רוב בתי המשפט לא מחשיבים את התחלתם בפועל של הליכי בוררות כתנאי להגשת בקשה לבית המשפט להפנית הסכסוך לבוררות.

IV. מפת דרכים לסעיף II

- כאשר בית המשפט דן בהתנגדויות לתוקפו של הסכם בוררות למטרות סעיף II של האמנה, בית המשפט צריך לשאול את עצמו את השאלות הבאות:
1. האם הסכם הבוררות נופל בגדר תחום האמנה?
 2. האם הסכם הבוררות מוכח בכתב?
 3. האם הסכם הבוררות קיים והאם הוא תקף באופן מהותי?

4. האם יש סכסוך, האם מקורו במערכת יחסים משפטית מוגדרת, בין אם חוזית או לאו, והאם הצדדים התכוונו ליישב סכסוך מסויים זה בבוררות?
5. האם הסכם הבוררות מחייב את הצדדים לסכסוך העומד בפני בית המשפט?
6. האם הסכסוך ניתן ליישוב בבוררות?

חובה להפנות את הצדדים לבוררות אם התשובות לשאלות אלה חיוביות.

1.IV. האם הסכם הבוררות נופל בגדר תחום האמנה?

כדי שהסכם בוררות יפיק תועלת מהגנת האמנה, עליו להיכלל בתחומה (ראה פרק 1 ב-II.2).

2.IV. האם הסכם הבוררות מוכח בכתב?

סעיף II(1) קובע כי הסכם הבוררות צריך להיות "בכתב". דרישה זו מוגדרת בסעיף II(2) ככוללת "תניית בוררות בחוזה או הסכם בוררות, חתומים על ידי הצדדים או כלולים בהחלט מכתבים או מברקים".

1.2.IV. רקע תיאורתי

הליך אכיפת הסכם בוררות לא יכול להתקדם תחת האמנה אם דרישת הכתב בסעיף II לא מקוימת.

האמנה קובעת כלל בינלאומי אחיד. המנסחים שלה ביקשו ליצור הסכמה כללית, בעניין שלגביו לחקיקה מקומית היו – ועדיין יש – גישות שונות, על ידי קביעת כלל מהותי ליברלי יחסי, הגובר על חוקים מקומיים, לגבי דרישת הכתב.

לפיכך, סעיף II(2) קובע סטנדרט "מקסימלי" המונע ממדינות מתקשרות לכפות דרישות פורמליות נוספות או תובעניות יותר תחת חוק מקומי. דוגמאות של דרישות תובעניות יותר כוללות דרישות שהסכם הבוררות יהיה כתוב בגופן או גודל מסויים, ייעשה כשטר ציבורי או יכיל חתימה נפרדת וכו'.

בנוסף לקביעת סטנדרט מקסימלי, היה נהוג לפרש את סעיף II(2) כקובע גם דרישה בינלאומית מינימלית, לפיה בתי משפט לא היו רשאים לדרוש פחות משנדרש עבור צורת הכתיבה תחת האמנה. אולם, זו אינה ההבנה הכללית יותר.

בהתאם לנוהגים מסחריים בינלאומיים נוכחיים, סעיף II(2) מובן יותר ויותר כלא מונע החלת סטנדרטים פחות מחמירים בנוגע לצורה על ידי מדינות מתקשרות.

קריאה זו נתמכת על ידי סעיף VII(1) אשר קובע כי "סעיפי אמנה זו לא ישללו משום צד מעוניין כל זכות שקיימת בידו להשתמש בפסק בוררות בדרך ובמידה המותרת לפי חוקיה או הסכמיה של המדינה בה מבוקשת הסתמכות על פסק זה."

מטרת סעיף זה להחיר את החלתם של חוקים מקומיים או בינלאומיים אשר הינם עדיפים יותר לצד מעוניין כלשהו. למרות שסעיף VII(1) אומץ ביחס לאכיפת פסקי בוררות, ניתן לזהות מגמה גם להחיל אותו על הסכמי בוררות (ראה בנוגע לסעיף VII(1), פרק I ב-1.V). אולם, גישה זו אינה מקובלת באופן אוניברסלי. בתי משפט רבים מבקשים לספק את הדרישות המודרניות של מסחר בינלאומי לא על ידי וויתור מוחלט על סעיף II(2), אלא על ידי פירושו בצורה רחבה – ומקבלים ללא היסוס שיש הסכם בכתב – או מפרשים אותו רק כקובע כמה דוגמאות של מה נחשב כהסכם "בכתב" במשמעות סעיף II(1). שתי הגישות האלו אושרו על ידי ועדת האו"ם למשפט הסחר הבינלאומי (UNCITRAL) בהמלצתה מ-7 ביולי 2006 (ראה **נספח III**). UNCITRAL ממליצה כי "סעיף II, פסקה 2, של [האמנה] יוחל בצורה המכירה כי הנסיבות המתוארות בו אינן מצוות וכי-
יש להחיל את סעיף VII, פסקה 1 של [האמנה] כמתיר לכל צד מעוניין להשתמש בזכויות שקיימות בידו, תחת חוקיה או הסכמיה של המדינה בה מבוקשת הסתמכות על הסכם בוררות, לבקש הכרה ואכיפה של תוקפו של הסכם בוררות שכזה".

2.2.IV. יישום בפועל

כפי שצויין לעיל, ישנה מגמה נפוצה להחיל את דרישת ה-"בכתב" שבאמנה בנדיבות, בהתאם לגישה לטובת אכיפה ונוהגים בינלאומיים נוכחיים כאשר חוזים מבוצעים בדרכים שונות. החלה נוקשה של דרישת הכתיבה תחת האמנה תסתר את השימושים העסקיים הנפוצים הנוכחיים ותהיה בניגוד לדחף לטובת אכיפה של האמנה. הנוהג בתחום זה מראה שבתי משפט באופן כללי מיישמים עיקרון מנחה שלפיו הסכם בוררות הוא תקף היכן שניתן לטעון באופן סביר כי הצעת הבוררות – בכתב – הוסכמה (שהיה "מפגש מוחות", "meeting of the minds"). הסכמה זו יכולה להתבטא בדרכים שונות, והיא ספציפית לעובדות. ברור כי הסכם בוררות החתום על ידי שני הצדדים או תניית בוררות הכלולה בחוזה חתום ממלאים את דרישת הכתיבה. אין צורך בחתימה נפרדת של תניית הבוררות.

בנוסף, תחת סעיף II(2) הסכם בוררות הכלול בחילופי מכתבים, מברקים או התקשוריות דומות ממלא את דרישת הכתב. במקרה זה, ובניגוד לחלק הראשון של סעיף II(2) – אשר מתייחס ל"תניית בוררות בחוזה או בהסכם בוררות, החתום על ידי הצדדים" – אין דרישה שהמכתבים או המברקים יהיו חתומים.

למרות מקרים ברורים אלה, ישנן נסיבות בהן תהיה התנגדות לתוקף הפורמלי של הסכמי בוררות. כמה מצבים נפוצים כוללים:

(i) תניית בוררות הכלולה במסמך המוזכר במסמך החוזי העיקרי (סוגית "הכללה מכוח הפניה" "*incorporation by reference*")

נהוג במסמך החוזי העיקרי להפנות לתנאים סטנדרטים או מסמכים סטנדרטים אחרים, העלולים להכיל תניית בוררות.

האמנה שותקת בעניין זה. אין אינדיקציה מפורשת האם תניות בוררות הכלולות מכוח הפניה ממלאות את הדרישות הפורמליות של סעיף II.

הפתרון לסוגיה זו צריך להיות לפי נסיבות המקרה. בנוסף להתחשבות במעמד הצדדים (למשל, אנשי עסקים מנוסים) והשימושים בתעשייה הספציפית, מקרים בהם המסמך העיקרי מפנה במפורש לתניית הבוררות הכלולה כחלק מתנאים סטנדרטים ימצאו בקלות רבה יותר כממלאים את הדרישות הפורמליות הקבועות בסעיף II של האמנה מאשר מקרים בהם החוזה העיקרי פשוט מפנה להחלת מסמכים סטנדרטים ללא הפנייה מפורשת לתניית הבוררות.

הקריטריון של תקפות פורמלית צריך להיות מסירת המסמך המצויין המכיל את תניית הבוררות לצד הנגדי לפני או באותו זמן שבו החוזה נעשה או מבוצע. אם מוצגות ראיות המוכיחות כי הצדדים היו או היו צריכים להיות מודעים בפועל לקיום הסכם הבוררות הכלול מכוח הפניה, בתי משפט בדרך כלל נוטים לאשר את התקפות הפורמלית של הסכם הבוררות.

לדוגמא, תניות בוררות יכולות להיחשב כמוסכמות כשהן כלולות במסמכי מכרז המוזכרים בתנאים סטנדרטים¹, או בתנאים סטנדרטים המוזכרים בהזמנת רכש – ובלבד שהקודם מצורף או מהווה חלק מהאחרון.²

1. Cour d'Appel, Paris 26 March 1991 (*Comite Populaire de la* זרפת: *Municipalite d'El Mergeb v Societe Dalico Contractors*) *Revue de l'Arbitrage* 1991, p. 456.

2. ארצות הברית: בית המשפט המחוזי של ארצות הברית, המחוז המערבי של וושינגטון, 19 במאי 2000 *Richard Bothell and Justin Bothell/Atlas v. Hitachi, et al*, 19 May 2000, 97 F.Supp.2d

לבתי משפט יש דיעות שונות בנוגע להאם הפניה בשטר מטען לשטר חכירה המכיל הסכם בוררות היא מספיקה. גם כאן, הקריטריון המומלץ הוא האם הצדדים היו או היו צריכים להיות מודעים להסכם הבוררות. אם שטר המטען מציין במפורש את תניית הבוררות בשטר החכירה, הוא נחשב באופן כללי כמספיק.³ בתי משפט מוכנים לעיתים פחות קרובות להחשיב הפניה כללית לשטר חכירה כמספיקה.⁴ בנוסף, שטר מטען שרק מפנה לשטר חכירה שמכיל תניית בוררות לא יכול להיות את הסכמתו של הנשגר למסור סכסוכים פוטנציאליים לבוררות, כאשר שטר החכירה לא הועבר לנשגר.⁵

(ii) תניית בוררות במסמך חוזי אשר אינו חתום אבל מבוצע לאחר מכן על ידי כל הצדדים בהתאם לתנאיו

כאן, יש לבסס את ההסכמה למסור את הסכסוך לבוררות על נסיבות המקרה, מכיוון שלא ניתן לקבוע קו ברור.

- הצעת החווה נשלחת עם תניית בוררות ומאושרת. אולם, האישור כולל הסתייגויות כלליות או תנאים מאוחרים

כאן יש להבחין בין קבלת הצעה והצעת-נגד. סביר להניח שניתן לאשר את הסכם הבוררות במידה שאין התנגדות מפורשת אליו. כלומר, הסתייגויות כלליות בדרך כלל לא משפיעות על

(W.D. Wash. 2000) 939; שנתון בוררות מסחרית XXVI (2001), עמ' 939-948 (ארצות הברית מס' 342).

3. ספרד: Audencia Territorial Barcelona, 9 April 1987 (הצדדים לא כלולים) XXI Revista de la Corte Espanola de Arbitraje 5 (1988-1989); שנתון בוררות מסחרית XXI (1996) עמ' 671-672 (ספרד מס' 25).

4. ארצות הברית: בית המשפט המחוזי של ארצות הברית, המחוז הדרומי של ניו יורק, 18 באוגוסט 1977 (Coastal States Trading, Inc. V. Zenith Navigation SA and Sea) (King Corporation) שנתון בוררות מסחרית IV (1979) עמ' 329-331 (ארצות הברית מס' 19) ובית המשפט המחוזי של ארצות הברית, המחוז הצפוני של ג'ורג'יה, מחלקת אטלנטה, 3 באפריל 2007 Interested Underwriters at Lloyd's and Thai Tokai v. M/T SAN SEBASTIAN) 508 F.Supp.2d (N.D.GA.2007), p.1243 and Oilmar Co. Ltd.) שנתון בוררות מסחרית XXXIII (2008) עמ' 935-943 (ארצות הברית מס' 619).

פיליפינים: בית המשפט העליון של הפיליפינים, מחלקה שנייה, 26 באפריל 1990 (National Union) בוררות מסחרית XXVII (2002) עמ' 524-527 (פיליפינים מס' 1).

5. צרפת: Cour de Cassation, 29 בנובמבר 1994, מספר 92-14920.

הסכם הבוררות. באופן דומה, תנאים מאוחרים פוטנציאליים כלשהם (לדוגמא, תנאים כגון "אישור זה כפוף לפרטים") לא ישפיעו על תניית הבוררות, אשר יכולה להיחשב כמוסכמת.⁶

- הצעת חוזה הכוללת תניית בוררות נשלחת על ידי צד אחד לצד השני, אשר לא עונה אבל למרות זאת מבצע את החוזה
מצב זה מעלה את סוגיית ההסכמה בשתיקה לבוררות או "בוררות מרומזת". פעולות כלכליות מבוצעות לעיתים קרובות על בסיס מסמכים מתומצתים כגון הזמנות רכש או רשומות הזמנה, אשר לא בהכרח דורשים תשובה בכתב מהצד השני.
בעיקרון, הסכמה בשתיקה לא תמלא את דרישות הכתב תחת האמנה ובתי משפט מסויימים אישרו זאת.⁷ אולם, בקנה אחד עם ההבנה שהאמנה ביקשה ללכת יחד עם נוהגי מסחר בינלאומיים, בתי משפט מסויימים מצאו שהסכמה בשתיקה להצעה הנעשתה בכתב (כלומר, דרך ביצוע מחויבויות חוזיות⁸ או החלת שימושים מסחריים המתירים לעשות הסכמי בוררות בשתיקה)⁹ צריכה להיחשב כמספיקה למטרות סעיף II(2).
ב-2006, UNCITRAL תיקנה את סעיף 7 (הגדרת וצורת הסכם הבוררות) של החוק לדוגמא ביחס לבוררות מסחרית בינלאומית (ראה **נספח II**), וקבעה שתי אופציות. אופציה I הציגה הגדרה גמישה של הסכם בכתב:

"סעיף 7(3). הסכם בוררות הוא בכתב אם תוכנו רשום בכל צורה שהיא, בין אם הסכם הבוררות או החוזה סוכם בעל-פה, *בהתנהגות*, או באמצעים אחרים, או לאו." הגדרה זו מכירה ברשומה של "תוכן" ההסכם "בכל צורה שהיא" כשוות ערך לכתיבה מסורתית. צורת הכתיבה עדיין דרושה. אופציה II מסירה את דרישת הכתיבה.

6. ארצות הברית: בית משפט לערעורים של ארצות הברית, Second Circuit, 15, בכפראור 2001 (US Titan Inc. v. Guangzhou ZhenHua Shipping Co.) 241 F.3d (2nd) p.135 (Cir. 2001); שנתון בוררות מסחרית XXVI (2001) עמ' 1052-1065 (ארצות הברית מס' 354).

7. ראה, לדוגמא, גרמניה: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main, 26 ביוני 2006, 42-44 pp. (Manufacturer v. Buyer) IHR 2007; שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 351-357 (גרמניה מס' 103).

8. ארצות הברית: בית המשפט המחוזי של ארצות הברית, המחוז הדרומי של ניו יורק, 6 באוגוסט 1997 (Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.) שנתון בוררות מסחרית XXIII (1998) עמ' 1029-1037 (ארצות הברית מס' 257).

9. גרמניה: Bundesgerichtshof, 3 בדצמבר 1992 (Buyer v. Seller) שנתון בוררות מסחרית XX (1995) עמ' 666-670 (גרמניה מס' 42).

למרות שלתיקונים אלו אין השפעה ישירה על אמנת ניו יורק הם מהווים אינדקציה למגמה לקראת קריאה ליברלית של דרישת האמנה.
 בנוסף, UNCITRAL המליצה שסעיף II(2) של אמנת ניו יורק יוחל תוך "הכרה שהנסיבות המתוארות בו הן לא ממצות" (ראה פרק זה לעיל ב-IV.2.1 ונספח II).

(iii) הסכם הבוררות נכלל בחילופי התקשוריות אלקטרוניות

ניסוח סעיף II(2) התכוון לכלול את אמצעי התקשורת שהיו קיימים ב-1958. ניתן לפרשו באופן סביר כמכיל אמצעי תקשורת מקבילים מודרניים. הקריטריון הוא שצריכה להיות רשומה בכתב של הסכם הבוררות. כל אמצעי התקשורת שממלאים אחר קריטריון זה צריכים להיחשב כממלאים אחר סעיף II(2), אשר כולל פקסים ואי-מיילים.
 ביחס לאי-מיילים, גישה שמרנית מצביעה כי צורת הכתיבה תחת האמנה תמולא בתנאי שהחתימות האלקטרוניות הן אמינות או שחילופי התקשוריות אלקטרוניות ניתנים להוכחה באמצעים אמינים. זו הגישה שאושרה על ידי UNCITRAL בתיקון החוק לדוגמא ב-2006 (ראה נספח II).

3.IV. האם הסכם הבוררות קיים והאם הוא תקף באופן מהותי?

כמו כל חוזה אחר, הסכמי בוררות כפופים לחוקים של תקפות יצריתית ומהותית. זה נרמז בתמציתיות בסעיף II(3) אשר קובע כי בית משפט צריך לאשר בקשת הפניה לבוררות אלא אם כן הוא מוצא כי הסכם הבוררות המשוער הוא "בטל ומבוטל, משולל כוח פעולה או איננו בר-ביצוע".
 כאמור לעיל, יש לזכור כי הסכמי בוררות הנופלים בגדר האמנה נחשבים לתקפים.

1.3.IV. רקע תיאורתי

למרות שסעיף V(1)(a) מתייחס בחלקו הראשון לחוק שאליו הכפיפו הצדדים את הסכם הבוררות כאל החוק החל על תוקף הסכם הבוררות (ראה פרק III), בפועל הצדדים לעיתים רחוקות בוחרים מראש את החוק שיחול על התקפות היצריתית והמהותית של הסכם הבוררות שלהם. לכן החלטה זו צריכה להיעשות על ידי בית המשפט הן בהתנגדות לתקפות זו. יש מספר אפשרויות אבל חלק מהפתרונות הנפוצים ביותר הם או (כפי שמצויין באמנה) החוק של מושב הבוררות אשר עשוי להיות במדינה שונה מהמדינה של בית המשפט (סעיף V(1)(a) תנאי שני, בהקשה), או החוק החל על החוזה בכללותו. ישנם אזורי שיפוט בהם גם אושר

תוקפו של הסכם בוררות ללא הפנייה לחוק מקומי כלשהו אשר הפנו במקום אך ורק לכוונת המשותפות של הצדדים. באופן כללי, נראה כי הרציונל מאחורי הבחירה של החוק המהותי הוא זה אשר עדיף יותר לקביעת תוקף הסכם הבוררות.¹⁰

2.3.IV. יישום בפועל

המנסחים לא התייחסו למושגים "בטל ומבוטל", משולל כוח פעולה או איננו בר-ביצוע". ההתפתחויות הבאות מטרתן לתת משמעות למושגים אלו.

(i) "בטל ומבוטל"

ניתן לפרש את חריג ה"בטל ומבוטל" כמתייחס למקרים בהם הסכם הבוררות מושפע מאי-תקפות כלשהי מההתחלה. דוגמאות טיפוסיות של הגנות הנופלות בגדר קטגוריה זו כוללות הונאה או שידול ברמאות, חוסר מוסריות, אי חוקיות או טעות. פגמים ביצירת הסכם הבוררות כגון פסלות או חוסר כוח גם כן צריכים להיות כלולים (ראה גם פרק III ב-1.IV, סעיף V(1) (א) פסלות).

אם בית המשפט מקבל את עיקרון ההפרדה (ראה פרק זה לעיל ב-3.III), רק אי-תקפות הסכם הבוררות, ולא אי-תקפות החוזה העיקרי, יימנע מבית המשפט להפנות את הצדדים לבוררות. כדוגמא, חוזה אשר עניינו שיתוף של שוק תוך הפרת חוקי תחרות הוא לא חוקי. אולם, אי חוקיות זו לא משפיעה על ההסכמה למסור סכסוכים קשורים לבוררות כפי שהיא מבוטאת בתניית בוררות הכלולה בחוזה.

(ii) "משולל כוח פעולה"

הסכם בוררות משולל כוח פעולה למטרות סעיף II(3) הוא הסכם בוררות שהיה תקף בזמן כזה או אחר אבל אין לו השפעה יותר. חריג ה"משולל כוח פעולה" בדרך כלל כולל מקרים של ויתור, ביטול, התכחשות או סיום הסכם הבוררות. באופן דומה, הסכם הבוררות צריך להיחשב כמשולל כוח פעולה אם אותו

10. גישה זו נוסחה בסעיף 178(2) של חוק המשפט הבינלאומי הפרטי השוויצרי אשר קובע:

"באשר למהות, הסכם הבוררות יהא תקף אם הוא עומד בדרישות של החוק הנבחר על ידי הצדדים או החוק החל על מושא הסכסוך, ובמיוחד, החוק החל על החוזה העיקרי, או עם חוק שוויצרי."

הסכסוך בין אותם הצדדים כבר הוחלט על ידי בית משפט או מוטב בוררות (*res judicata*) או *(ne bis in idem)*.

(iii) "איננו בר-ביצוע"

הגנה זו כוללת מקרים בהם הבוררות לא יכולה להתקדם בגלל מכשולים פסיים או משפטיים. מכשולים פסיים לקידום הבוררות מתייחסים למקרים מעטים מאוד כגון מות בורר המצויין בהסכם בוררות או סירוב הבורר לקבל את המינוי, כאשר מילוי מקום נשלל במפורש על ידי הצדדים. בהתאם לתנאים המסויימים של החוק החל, מקרים אלה עלולים להוביל לאי אפשרות ביצוע הסכם הבוררות.

לעיתים קרובות הרבה יותר, תניות בוררות עלולות להיות מנוסחות בצורה כל כך גרועה שהן מהוות מכשול משפטי להתחלת הליכי בוררות. בדרך כלל מתייחסים לתניות אלה כאל "פתולוגיות". במובן הצר, הסכמי בוררות כאלו הם בעצם בטלים ומבוטלים ולעיתים קרובות עילה זו מועלת בבית המשפט. יש לפרש תניות כאלו בהתאם לחוק החל על התקפות הייצירתית והמהותית של הסכם הבוררות. התרחישים הבאים נפוצים בפועל.

- כאשר ההפניה לבוררות היא אופציונלית ישנם הסכמי בוררות אשר קובעים כי הצדדים "רשאים" או "יכולים" למסור את הסכסוכים שלהם לבוררות. מילים מתירניות אלו גורמות לאי ודאות לגבי כוונת הצדדים למסור את הסכסוכים שלהם לבוררות. יש לאשר תניות בוררות כאלו בכל זאת, בקנה אחד עם עיקרון הפרשנות הכללי לפיו יש לפרש תנאי חוזה על מנת לתת תוקף לכל התנאים ולא לשלול מחלקם השפעה.

- כאשר החוזה קובע בוררות וגם סמכות בתי המשפט במקרים כאלה, ניתן לעיתים למצוא מכנה משותף בין שני התנאים ולאשר את הסכם הבוררות. על מנת לעשות זאת, על בית המשפט להחליט מה היתה כוונתם האמיתית של הצדדים. במיוחד, צריך להפנות את הצדדים לבוררות רק אם הם באמת ביקשו ליישב את הסכסוכים שלהם באמצעי זה, בין אם בשילוב עם מנגנון יישוב סכסוכים אחר או לאו.

לדוגמא, בית המשפט העליון של סינגפור קבע כי הסכם הנותן סמכות שיפוט "באופן בלתי הפיך" לבתי המשפט של סינגפור לא היה בהכרח, לפי פרשנות נכונה, בלתי ניתן ליישוב עם תנייה אחרת באותו חוזה שקבעה בוררות. בית המשפט מצא שהצדדים התכוונו ליישב את

הסכסוכים שלהם בבוררות ושההפניה לסמכות שיפוט סינפורית פעלה במקביל על ידי זיהוי בית המשפט המפקח על הבוררות (ה-*lex arbitri*).¹¹

• כאשר כללי הבוררות או מוסד הבוררות לא מוגדרים באופן מדויק ישנם מקרים בהם כתוצאה מאי דיוק בתניות מסוימות בלתי אפשרי עבור בית המשפט לקבוע את פורום הבוררות שבחרו הצדדים. הבוררות לא יכולה להמשיך ובית המשפט צריך לקחת על עצמו את סמכות השיפוט בסכסוך. אולם במקרים אחרים, ניתן להתגבר על אי הדיוק דרך פרשנות סבירה של התנייה. במקרים אחרים, בתי משפט יכולים להציל תנייה פתולוגית על ידי הפרדת תנאי העושה אותה בלתי ניתנת לאכיפה, בעוד שמשפיק מההסכם נשמר על מנת לבצע את הבוררות.

לדוגמא, בית המשפט המחוזי של ארצות הברית במחוז המזרחי של ויסקונסין בחן הסכם בוררות שקבע (בגרסה האנגלית) שסכסוכים ימסרו לבוררות בסינפור "בהתאם לחוקי בוררות בינלאומית הרווחים באותו זמן" (ובגרסה הסינית) שהבוררות תתבצע "במוסד הבוררות הבינלאומית בסינפור".¹² בית המשפט פירש זאת כ"ארגון הבוררות הידוע היטב והמוכר כמוסד הבוררות הבינלאומית בסינפור".

• כאשר אין כל אינדיקציה לגבי איך למנות את הבוררים ("תניות ריקות " *blank clauses*)

ייתכן שתניית הבוררות קובעת רק "ממוצע כללי/בוררות, אם בכלל, בלונדון באופן הרגיל". באופן כללי, יש לאשר תנייה שכזו רק ככל שהיא מכילה פרט שסביר כי יקשר את התנייה הריקה למדינה שבתי המשפט שלה מסוגלים לתת תמיכה על מנת שהבוררות תתחיל. ניתן למצוא "פרט מקשר" שכזה בדוגמא שניתנה לעיל. הצדדים יכולים לבקש מבתי המשפט האנגליים למנות את הבוררים. גם ניתן לאשר את התנייה הריקה אם "האופן הרגיל" אליו היא מתייחסת מתיר זיהוי האלמנטים הדרושים להפעלת הבוררות. אכן ניתן לפרש את הביטוי "אופן רגיל" כהפניה לנוהגי עבר בין חברים באותו ארגון מסחרי או מקצועי, ובזאת להציע את החלת חוקי הבוררות של הארגון, אם ישנם כאלה.¹³

11. סינפור: בית המשפט העליון, 12 בינואר 2009 (P.T. Tri-M.G. Intra Asia)
782 (סינפור מס' 7) 758 (Airlines v. Norse Air Charter Limited) שנתון בוררות מסחרית XXXIV (2009) עמ' 758.

12. ארצות הברית: בית המשפט המחוזי של ארצות הברית, המחוז המזרחי של ויסקונסין, 24 לספטמבר 2008 (Slinger Mfg. Co., Inc. v. Nematik, S.A., et al.)
בוררות מסחרית XXXIV (2009) עמ' 976-985 (ארצות הברית מס' 656).

13. ראה לדוגמא, איטליה: Corte di Appello, Genoa, 3 בפברואר 1990 (Della

בהיעדר "פרטים מקשרים", לא ניתן לאשר תניות ריקות.

4.IV. האם יש סכסוך, האם מקורו במערכת יחסים משפטית מוגדרת, בין אם חוזית או לאו, והאם הצדדים התכוונו ליישב סכסוך ספציפי זה בבוררות?

כדי שבוררות תתקיים, צריך להיות סכסוך בין הצדדים. בתי משפט לא נדרשים להפנות צדדים לבוררות כשאין סכסוך ביניהם, למרות שזה קורה לעיתים רחוקות מאוד. סכסוכים עולים מתוך מערכות יחסים משפטיות מוגדרות, היכולות להיות חוזיות או בנזיקין. הכללת טענת נזיקין תלויה בנוסח תניית הבוררות, כלומר, האם התנייה מנוסחת בצורה רחבה, והאם טענת הנזיקין קשורה מספיק לטענה החוזית. אולם, צד להסכם בורות עדיין רשאי לטעון שהטענות המועלות נגד הצד המסתמך על הסכם הבוררות לא נופלות בגדר תחום הסכם הבוררות.

1.4.IV. רקע תיאורתי

הדרישה שעל הסכסוך ליפול בגדר תחום הסכם הבוררות בשביל שהצדדים יופנו לבוררות משתמעת מסעיף II(3) הקובע כתנאי שהתביעה תהיה "בנוגע לעניין אשר צדדים עשו לגבי הסכם במשמעות סעיף זה".

2.4.IV. יישום בפועל

(i) האם יש לפרש את לשון תניית הבוררות באופן רחב?

שאלה המתעוררת לעיתים היא האם לפי פרשנות מחמירה, ניתן להבין את המושג "עולה תחת" כבעל משמעות צרה יותר מאשר "עולה מתוך" מערכת יחסים משפטית מוגדרת. שאלות דומות מתעוררות ביחס לתחום של "ביחס ל" ו"בנוגע ל". אולם, כפי שהוצע בפרשת *Fiona Trust v. Privalov* על ידי בית המשפט האנגלי לערעורים,¹⁴ תשומת הלב צריכה להתמקד בהאם ניתן להסיק באופן סביר שהצדדים התכוונו להוציא את הסכסוך הנוכחי מתחום השיפוט של בוררות. כפי שבית המשפט אמר אז:

Sanara Kustvaart – Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. ;Giovanni Coppola srl, in liquidation), 46 Il FOro Padano (1991) cols. 168-171
שנתון בורות מסחרית XVII (1992) עמ' 544-542 (איטליה '08' 113).

14. אנגליה: בית המשפט לערעורים של אנגליה ווילס 24 בינואר 2007 (Fiona)

בקשה לאכיפת הסכם בוררות

"אנשי עסקים רגילים יהיו מופתעים מההבחנות הדקות הנעשות בתיקים והזמן שמבזבז בויכוחים על האם תיק מסויים נופל בגדר קבוצה אחת של מילים או בקבוצה אחרת דומה מאוד של מילים".
ההחלטה אושרה על ידי בית הלורדים אשר "שיבח" את החלטת בית המשפט לערעורים.¹⁵

(ii) מה אם הסכם הבוררות מכיל חריגים לתחום החלטה?

לשון הסכמי בוררות מסויימים עלולה להיראות כמתייחסת רק לטענות מסוג מסויים או כמובגלת למטרה ספציפית. מצד שני, החסרונות של הקצאת סכסוכים תחת אותו חוזה לסמכויות שיפוט שונות הם ניכרים. לפיכך, אם תניית בוררות היא רחבה, רק הראיות החזקות ביותר של כוונה להוציא את הטענה מתחום השיפוט של בוררות יכולות לגבור, במיוחד כאשר ההוצאה מתחום היא מעורפלת.

5.IV. האם הסכם הבוררות מחייב את הצדדים לסכסוך העומד בפני בית המשפט?

באיזו מידה צד לא תחום יכול להיחשב כצד להסכם הבוררות ה"מקורי" ולבקש בהצלחה הפנייה לבוררות?

1.5.IV. רקע תיאורתי

(i) הסכמי בוררות מחייבים רק את הצדדים

דוקטרינת היחס בין הצדדים לחוזה (privity of contracts) חלה על הסכמי בוררות. משמעותה שהסכם בוררות מעניק זכויות ומטיל מחויבויות רק על הצדדים להסכם. תחום הסכם הבוררות ביחס לצדדים ייקרא התחום "הסובייקטיבי".

Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors) [2007] EWCA Civ 20, para.17; שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 654-682 ב-6] (אנגליה מס' 77).
15. אנגליה: בית הלורדים, 17 באוקטובר 2007 (Fili Shipping Company) Limited (14th Claimant) and others v. Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others) UKHL 40, para. 12 (2007) XXXII מסחרית (2007) עמ' 654-682 ב-45] (אנגליה מס' 77).

(ii) צדדים שלא חתומים גם עלולים להיחשב כצדדים להסכם הבוררות

לא ניתן להגדיר את התחום הסובייקטיבי של חוזה רק ביחס לחתומים הבלעדיים על הסכם בוררות. צדדים לא חתומים רשאים גם לקבל על עצמם את הזכויות והמחויבויות העולים מהחוזה, תחת תנאים מסויימים. לדוגמא, ישנה הסכמה כי ביחסי שולח-שלוח, החוזה שנחתם על ידי השלוח מחייב את השולח. רציפות, תיאוריית קבוצת החברות, הרמת מסך ההתאגדות והשתק, בנוסף לתיאוריות אחרות, גם עלולות להוביל למסקנה שצדדים לא חתומים קיבלו על עצמם את הזכויות והמחויבויות של צד להסכם בוררות.

עולה השאלה האם חיוב צד אשר לא חתום על הסכם בוררות יכול להתפרש כמנוגד לדרשת הכתב באמנה. התשובה המשכנעת ביותר היא "לא". מספר סיבות תומכות בתשובה זו. שאלת התקפות הפורמלית היא נפרדת מהערכת הצדדים להסכם הבוררות, עניין אשר שייך למהות ולא נתון לדרישות צורה. ברגע שהוחלט שהסכם הבוררות תקף פורמלית, קביעת הצדדים המחוייבים בו הינה שלב שונה. צדדים שלישיים שלא מוזכרים במפורש בהסכם בוררות הנעשה בכתב יכולים להיכלל בתחום ה-*ratione personae* שלו. בנוסף, האמנה לא מונעת מהסכמה לבוררות להינתן על ידי אדם מטעם אדם אחר, רעיון הנמצא בשורשי התיאוריות על הסכמה בשתיקה.

(iii) כיצד להחליט על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות

סעיף II(3) דורש במשתמע מבית המשפט להחליט על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות בקובעו כי "בית המשפט של מדינה מתקשרת, כאשר הוא דן בתביעה כעניין שהצדדים עשו לגבי הסכם במשמעות סעיף זה..." עליו להפנות את הצדדים לבוררות.

ניתן להחיל מספר בסיסים משפטיים על מנת לחייב צד אשר לא חתום על הסכם בוררות. קבוצה ראשונה כוללת תיאוריות של הסכמה משתמעת, מוטבים צד שלישי, ערבים, העברת זכויות ומנגנוני העברה אחרים של זכויות חוזיות. תיאוריות אלה נסמכות על הכוונות הניתנות להבחנה של הצדדים ובמידה רבה, על עקרונות תום לב. הם חלים על גופים משפטיים פרטיים וגם ציבוריים. קבוצה שנייה כוללת את הדוקטרינות המשפטיות של יחסי שולח-שלוח, סמכות ברורה, הרמת מסך (אלטר אגו), יחסי מיום משותף, רציפות והשתק. הן לא נסמכות על כוונות הצדדים אלא על כוחו של החוק החל.

(iv) החוק החל על ההחלטה על התחום הסובייקטיבי של הסכם הבוררות

לפי איזה חוק יש להחליט האם צד לא התום מחוייב בהסכם הבוררות? בעיקרון, יש להתייחס לעניין בהתאם לחוק החל על הסכם הבוררות. בהיעדר הסכמת הצדדים בעניין, מובן באופן כללי שעל הסכם הבוררות יחול החוק של מושב הבוררות או החוק החל על החוזה בכללותו או במקרים מסויימים ה-*fori lex*, אולם, ישנן החלטות של בתי משפט אשר ניגשו לעניין על ידי החלת עקרונות בינלאומיים או חוקי מסחר (*lex mercatoria*), והחשיבו זאת כעניין עובדתי וראייתי.

2.5.IV. יישום בפועל

(i) מתי בדיוק יש למשיב זכות להיות מופנה לבוררות?

התשובה תלויה במקרה. על בית משפט הדין בשאלה זו לנתח את העניין בהתאם לנסיבות ולהחליט בהקשר זה האם ניתן לטעון שצד לא התום יכול להיות מחוייב בהסכם הבוררות. אם הוא מחוייב, דרך הפעולה העדיפה ביותר היא להפנות את הצדדים לבוררות ולתת למושב הבוררות לבחון ולהחליט בעניין. בתי משפט יוכלו לסקור את החלטת מוטב הבוררות בנוגע להכללת הצד הלא התום בשלב ביטול או אכיפת פסק הבוררות.

בתי משפט אישרו הפניית סכסוכים המערבים צדדים לא התומים לבוררות על סמך העובדה שהסכסוך בין הצד החתום והצד הלא התום נראה קשור באופן מספיק לפרשנות או ביצוע חוזה של הצד החתום המכיל את תניית הבוררות. לפיכך, נמצא שניתן לטעון כי סכסוך שכזה נופל בגדר התחום המהותי של תניית הבוררות.

במקרה *Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc.* בפני בית המשפט האמריקאי (First Circuit),¹⁶ *Sourcing Unlimited (Jumpsource)* היה צד להסכם שותפות כתוב עם ATL לחלק ייצור חלקים מכניים ולהתחלק ברווחים בהתאם. Asimco הייתה חברת בת של ATL ולשניהם היה אותו יושב ראש. ההסכם קבע בוררות בסין. מערכת היחסים נחמצה ו-Jumpsource-1 תבע את Asimco ויושב ראשה בבתי המשפט

16. ארצות הברית: בית המשפט לערעורים של ארצות הברית, First Circuit, 22 במאי 2008 (Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc. and John F.) 526 F.3d 38, para. 9 (Perkowski); שנתון בוררות מסחרית XXXIII (2008) עמ' 1163-1171 (ארצות הברית מס' 643).

האמריקאים בטענה כי Asimco התערבה במכוון ביחסים חוזים או יחסי נאמנות בינו לבין ATL. המשיבים הגישו בקשה להפניית הסכסוך לבוררות. הם טענו כי למרות שהם לא היו חתומים על הסכם השותפות, הטענה של Jumpsource נגדם צריכה להישמע על ידי מוטב בוררות מכיוון שמקורם הברור של הסוגיות אותם הוא ביקש להתדיין היה הסכם השותפות. בית המשפט אישר את הבקשה. הוא מצא כי "הסכסוך הנוכחי הוא משולב בצורה מספיקה עם ההסכם בין Jumpsource ו-ATL על מנת שהחלת השתק תהיה ראויה". (הדגשה הוספה)

(ii) מה אם בית המשפט מוצא כי המשיב לא מחוייב בהסכם הבוררות?

אם בית המשפט לא חושב שהצד הלא חתום צריך להיות מחוייב בהסכם הבוררות, עליו להחליט האם להפנות את הצדדים להסכם לבוררות תוך כדי לקיחת סמכות שיפוט על הסכסוך עם הצד הלא חתום – או, לחילופין, לקיחת סמכות שיפוט על כל הסכסוך. אכן החשש שעלול לעלות הוא שהפניית הצדדים הרלוונטים לבוררות "תפצל" את יישוב הסכסוך בין שני פורומים, עם הסיכון שכל פורום יגיע למסקנות שונות באותו עניין עובדתי ומשפטי.

ישנם בתי משפט איטלקיים אשר מצאו כי כאשר סכסוך המובא בפניהם מערב צדדים להסכם בוררות וגם צדדים שלישיים (אשר בית המשפט מצא לא מחוייבים בהסכם הבוררות) וגם מערב טענות קשורות, סמכות השיפוט של בית המשפט "סופגת" את כל הסכסוך והסכם הבוררות הופך ל"לא בר ביצוע".¹⁷ סביר להניח כי הצעה שכזו לא תתקבל באזורי שיפוט אחרים ולא צריכה להיראות כמשקפת גישה אוניברסאלית.

סעיף II(3) מחייב בית משפט להפנות צדדים להסכם בוררות לפורום הבוררות הנבחר, כאשר הוא מתבקש לעשות זאת, כל עוד התנאים של סעיף II(3) ממולאים. לפיכך, בעקבות בקשה של אחד הצדדים, לבית משפט תהיה יכולת מוגבלת לסרב להפנות את הצדדים אשר חתמו על ההסכם לבוררות תוך לקיחת סמכות שיפוט על הסכסוך עם הצדדים הלא חתומים.

17. איטליה: Corte di Cassazione, 4 באוגוסט 1969, מס' 2949 ו- Corte di Cassazione, 11 בפברואר 1969, מס' 457, צוטט על ידי א.ג'. ואן דן ברג, אמנת ניו יורק לבוררות 1958 – לקראת פרשנות אחידה (Kluwer, 1981) עמ' 162, הערת שוליים 124.

6.IV. האם הסכסוך המסויים הזה ניתן ליישוב בבוררות? ("arbitrable")

ייתכן כי בית משפט יקרא לדון בטענה כי הסכם הבוררות נוגע לעניין אשר "לא ניתן ליישוב בבוררות" למטרות סעיף II(1), ולכן אין על בית המשפט להכיר או לאכוף את הסכם הבוררות.

1.6.IV. הנושא "ניתן ליישוב בבוררות"

המושגים מקובלים באופן כללי כנוגעים לעניינים הנחשבים כלא "ניתנים ליישוב בבוררות" מכיוון שהם שייכים בלעדית לתחום של בתי המשפט. כל מדינה אכן מחליטה איזה עניינים יכולים להיות מיושבים בבוררות בהתאם למדיניות הפוליטית, החברתית, והכלכלית שלה. דוגמאות קלאסיות כוללות מערכות יחסים מקומיות (למשל גירושין וסכסוכי הורות), עבירות פליליות, טענות עבודה ותעסוקה, פשיטות רגל, וכו'. אולם, תחום העניינים אשר לא ניתנים ליישוב בבוררות קטן משמעותית לאורך הזמן כתוצאה מהשימוש ההולך וגובר בבוררות. לא חריג בימינו שהיבטים מסויימים של טענות עבודה או טענות הנוגעות לפשיטת רגל מיושבים בבוררות.

בנוסף, אזורי שיפוט מובילים רבים מכירים בהבחנה בין בורריות מקומיות גרידא ואלו אשר להם אופי בינלאומי, ומתירים תחום בוררות רחב יותר בנוגע לאחרונים.

2.6.IV. החוק החל על החלטה האם ניתן ליישב את העניין בבוררות

סעיף II(1) שותק בנוגע לחוק אשר לפיו יש להחליט האם ניתן ליישב את העניין בבוררות, ומשאיר לבית המשפט החלטה זו.

בנוגע לאפשרות ליישוב בבוררות בשלב מוקדם של הכסוך, בתי משפט יכולים לבחור בין מספר אפשרויות, כולל ה-*lex fori* (הסטנדרטים המקומיים בנוגע לאפשרות ליישוב בבוררות של בית המשפט עצמו); החוק של מושב הבוררות; החוק החל על הסכם הבוררות של הצדדים; החוק החל על הצד המעורב, כאשר ההסכם הוא עם מדינה או גוף ממשלתי; או החוק של המקום שבו פסק הבוררות ייאכף.

בפועל, הפתרון המתאים ביותר והכי פחות בעייתי הוא החלטת ה-*lex fori*. זהו החוק המתאים ביותר (כל עוד לבית המשפט תהיה סמכות שיפוט בהיעדר הסכם בוררות) תחת האמנה מכיוון שגישה זו עולה בקנה אחד עם סעיף V(2)(a) אשר קובע את החלטת הסטנדרטים ליישוב בבוררות של ה-*lex fori* ביחס לאכיפת פסקי בוררות. פתרון זה הוא גם הכי פחות בעייתי מכיוון שהעובדה שסטנדרטים זרים לא תמיד כלולים בחוקים אלא דווקא בהחלטות בתי משפט

מקשה על החלת סטנדרטים זרים של יישוב בבוררות על ידי בתי משפט מקומיים מכיוון שמשותמת מכך חקירה יסודית של סדרי משפט זרים. במקרים המערבים מדינה כבעל דין, מקובל באופן כללי שמדינה לא יכולה להיזקק לחוק שלה בנוגע לאי-יכולתו של הסכסוך להיות מיושב בבוררות.¹⁸

3.6.IV. הסכמי בוררות בינלאומיים צריכים להיות כפופים לסטנדרטים עקביים בנוגע ליישוב עניין בבוררות

בכל מקרה, יש לפרש סטנדרטים של יישוב עניין בבוררות בהתאם להנחת התקפות של הסכמי בוררות בינלאומיים המעוגן באמנה. לפיכך לא כל חריגים ליישוב עניין בבוררות המיוחסים להסכמי בוררות מקומיים גרידא רלבנטיים להסכמי בוררות בינלאומיים. אין קריטריון אוניברסאלי לזיהוי חריגים ליישוב עניין בבוררות אשר ניתן להתעלם מהם במקרים בינלאומיים. חוקים מסויימים מכילים הגדרות פורמליות (כגון ריבוי לאומים); אחרים מפנים באופן יותר אינטואיטיבי ל"עסקאות בינלאומיות" ללא הגדרה נוספת.

V. סיכום

על בסיס הסקירה הממצה של משטר האמנה בנוגע לאכיפת הסכמי בוררות, העקרונות המסכמים הבאים חלים ביחס להסכמי בוררות הנופלים בגדר תחום האמנה.

1. האמנה הוקמה על מנת לקדם יישוב סכסוכים בינלאומיים בבוררות. היא קובעת משטר "בעד אכיפה" ו"בעד בוררות".
2. יש לקבוע כי הסכם בוררות תקף פורמלית כשבית המשפט מסופק באופן סביר שהצעת בוררות – אשר נעשתה בכתב – התקבלה על ידי הצד השני. האמנה קובעת סטנדרט אחיד מקסימלי בנוגע לצורה. אולם, בית המשפט רשאי להחיל סטנדרטים מקומיים פחות נוקשים מאשר אלו הקבועים בסעיף II.
3. על בתי משפט להתיר רק מספר מוגבל של הגנות בחוק המקומי בנוגע לאי-קיום ואי-תקפות.
4. הסכם בוררות יכול לחייב צדדים לא חתומים.

18. סעיף 177(2) של החוק המשפט הבינלאומי הפרטי השוויצרי קובע:

"אם צד אחד להסכם בוררות הוא מדינה או מפעל או ארגון הנשלט על ידי מדינה, הוא לא יכול להיזקק לחוק שלו על מנת לערער על היכולת ליישב את הסכסוך בבוררות או על יכולתו להיות כפוף לבוררות".

בקשה לאכיפת הסכם בוררות

5. על בית המשפט לוודא את קיומו של סכסוך בין הצדדים.
6. חוסר אפשרות ליישב עניין בבוררות לא נשלט באופן ישיר על ידי האמנה, אלא מועבר למשטרי החוק המקומי. אולם, יש לקבל חריגים ליישוב בבוררות באופן מוגבל.

פרק 3

בקשה להכרה ואכיפה של פסק בוררות

תוכן עניינים

I.	הקדמה
II.	שלב I – דרישות שעל המבקש למלא
1.1.II.	אלו מסמכים?
2.II.	פסק בוררות מאומת או העתק מאושר (סעיף (a)(1)IV)
1.2.II.	אימות
2.2.II.	אישור
3.II.	הסכם בוררות מקורי או העתק מאושר (סעיף (b)(1)IV)
4.II.	בזמן הגשת הבקשה
5.II.	תרגומים (סעיף (2)IV)
III.	שלב II – עילות לסירוב (סעיף V) - כללי
1.III.	אין בחינה לגופו של ענין
2.III.	נטל ההוכחה של העילות הממצות על המשיב
3.III.	עילות ממצות לסירוב הכרה ואכיפה
4.III.	פרשנות צרה של העילות לסירוב
5.III.	שיקול דעת מוגבל לאכוף בנוכחות עילות לסירוב
IV.	על המשיב להוכיח את עילות הסירוב (סעיף (1)V)
1.IV.	עילה 1: אי-כשרות בעל דין ואי-תקפות הסכם בוררות (סעיף (a)(1)V)
1.1.IV.	אי-כשרות בעל דין
2.1.IV.	אי-תקפות הסכם בוררות
2.IV.	עילה 2: חוסר התרעה והפרת זכויות להליך הוגן; זכות לדין הוגן (סעיף (b)(1)V)
1.2.IV.	זכות לדין הוגן
2.2.IV.	חוסר התרעה
3.2.IV.	הפרת זכויות להליך הוגן: "לא יכול להציג את עמדתו"
3.IV.	עילה 3: מחוץ או מעבר לתחום הסכם הבוררות (סעיף (c)(1)V)
4.IV.	עילה 4: אי-סדרים בהרכב מותב הבוררות או הליך הבוררות (סעיף (d)(1)V)
1.4.IV.	הרכב מותב הבוררות
2.4.IV.	הליך הבוררות
5.IV.	עילה 5: פסק הבוררות אינו מחייב, מבוטל או מושעה (סעיף (e)(1)V)

1.5.IV	פסק הבוררות עדיין לא מחייב
2.5.IV	פסק הבוררות מבוטל או מושעה
(i)	פסק הבוררות מבוטל
(ii)	השלכות ביטול
(iii)	פסק הבוררות "מושעה"
.V	עילות לסירוב המועלות על ידי בית המשפט ex officio (סעיף V(2))
1.V	עילה 6: לא בריר (סעיף V(2)(a))
2.V	עילה 7: מנוגד לתקנת ציבור (סעיף V(2)(b))
1.2.V	דוגמאות של הכרה ואכיפה
2.2.V	דוגמאות של סירוב הכרה ואכיפה
.VI	מסקנה

I. הקדמה

הכרה ואכיפה של פסקי בוררות יכולה בעיקרון להינתן על ידי בתי משפט בכל מקום. במדינות מחוץ למקום בו ניתן פסק הבוררות, אכיפה בדרך כלל מבוססת על אמנת ניו יורק. ההשפעה המשפטית של הכרה ואכיפה של פסק בוררות מוגבלת בפועל לטריטוריה אשר בה יש לבית המשפט המעניק סמכות שיפוט.

בתי משפט מקומיים מחוייבים תחת סעיף III להכיר ולאכוף פסקי בוררות זרים בהתאם לחוקים הפרוצדורלים של הטריטוריה שבה הבקשה להכרה ואכיפה מוגשת (ראה פרק I) ובהתאם לתנאים הכלולים באמנה.

חוקים מקומיים יכולים להחיל שלושה סוגי תנאים לאכיפת פסקי בוררות:

- טקסט ספציפי ליישום אמנת ניו יורק;
- טקסט העוסק בבוררות בינלאומית בפרט;
- חוק הבוררות הכללי של המדינה.

סעיף III מחייב מדינות מתקשרות להכיר בפסקי בוררות תחת האמנה כמחייבים אלא אם כן הם נופלים בגדר אחת העילות לסירוב המוגדרות בסעיף V. אולם בתי משפט רשאים לאכוף פסקי בוררות על בסיס חוק מקומי עדיף עוד יותר (תחת סעיף VII(1), ראה פרק I). דוגמאות של נושאים אשר לא מוסדרים באמנה ולכן מוסדרים בחוק מקומי:

- בתי המשפט המוסמכים לדון בבקשה;
- הבאת ראיות;
- תקופות התיישנות;

- סעדי ביניים;
 - האם מתן או סירוב הכרה ואכיפה כפופים לערעור או פניה;
 - קריטריונים להוצאה לפועל כנגד נכסים;
 - המידה שבה הליך ההכרה והאכיפה הינו סודי.
- בכל מקרה, הטלת דרישות בנוגע לסמכות שיפוטית לא יכולה להפר את ההתחייבות הבינלאומית של מדינה לאכוף פסקי בוררות זרים (ראה פרק I ב-VI).

אמנת ניו יורק דורשת שלא יוטלו תנאים מכבידים יותר באופן משמעותי או היטלים או עמלות גבוהות יותר על הכרת ואכיפת פסקי בוררות אשר האמנה חלה עליהם מאשר אלו המוטלים על הכרת ואכיפת פסקי בוררות מקומיים. תנאי זה לא הוביל לקשיים בפועל והוחל על היבטים שונים של אכיפה. לדוגמא, בית המשפט העליון של קנדה מצא שתחת סעיף III אף פרובינציאלי קנדית לא רשאית להטיל מגבלת זמן על בקשת אכיפה שהינה קצרה, ולכן מכבידה יותר, ממגבלת הזמן הנדיבה ביותר המצויה בכל מקום שהוא בקנדה עבור פסקי בוררות מקומיים.¹

החוקים הפרוצדורליים המוזכרים באמנת ניו יורק מוגבלים לשאלות כגון צורת הבקשה והרשות המוסמכת אשר לגביהם אמנת ניו יורק נותנת עדיפות לחוק מקומי. אולם התנאים לאכיפה הם אלו הכלולים באמנת ניו יורק עצמה ונשלטים אך ורק על ידי אמנת ניו יורק: כלומר, המבקש – הצד המחפש הכרה או אכיפה – נדרש רק להגיש את הסכם הבוררות ופסק הבוררות המקוריים או עותקים וייתכן שגם תרגום שלהם והמשיב יכול להסתמך רק על העילות הממצות המנויות באמנת ניו יורק. היבטים אלו ייבחנו בפרוט להלן.

לאחר שהמבקש מגיש את המסמכים המוגדרים בסעיף IV, הוא זכאי להכרה ואכיפה של פסק הבוררות אלא אם כן המשיב מוכיח שלפחות אחת מהעילות לסירוב הכרה ואכיפה של פסק הבוררות המנויות בסעיף V(1) חלה או בית המשפט מוצא כי אחת מהעילות בסעיף V(2) חלה. הכלל הכללי שעל בית המשפט להחיל הוא שיש לפרש את העילות לסירוב המוגדרות בסעיף V באופן צר, כלומר שקיומם מתקבל במקרים רציניים בלבד. זה נכון במיוחד ביחס לטענות של הפרת תקנת ציבור, אשר מועלות לעיתים קרובות על ידי בעלי דין מאוכזבים, אך לעיתים נדירות מאוד מתקבלות על ידי בתי המשפט. לדוגמא, למרות שלונדון היא אחד מהמרכזים הפיננסיים הגדולים בעולם שבהם בעלי דין לעיתים קרובות מחפשים אכיפה, מעולם לא היתה החלטה של בית משפט אנגלי הדוחה פסק בוררות זר על בסיס תקנת ציבור (ראה פרק זה להלן ב-V.2).

1. קנדה: בית המשפט העליון של קנדה, 20 במאי 2010 (Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation) XXXV (2010) עמ' 343-345 (קנדה מס' 31).

ב-2010, שנתון בוררות מסחרית של ה-ICCA מצא כי ב-35 השנים בהם נאסף מידע על יישום האמנה, רק ב-10% מהמקרים של הכרה ואכיפה סורבו על בסיס עילות האמנה (למרות שאחוז זה גדל במקצת בשנים באחרונות).

בתי משפט ניגשים לאכיפה תחת אמנת ניו יורק עם

- **הטייה חזקה בעד אכיפה ו-**
 - **גישה פרגמטית, גמישה ולא-פורמליסטית.**
- גישה ליברלית וראויה לשבח זו מנצלת את מלוא הפוטנציאל הטמון באמנה מוצלחת זו, אשר 145 מדינות חברות בה, לשרת ולקדם מסחר בינלאומי (ראה את הסקירה ב-2.I).

II. שלב I – דרישות שעל המבקש למלא (סעיף IV)

בשלב זה של ההליכים, נטל ההוכחה והחובה להגיש מסמכים המנויים באמנת ניו יורק מוטלים על המבקש (סעיף IV). על המבקש להגיש רק ראיות לכאורה. שלב I נשלט על ידי הטייה בעד אכיפה וחשיבה פרקטית של בית המשפט האוכף.

1.II. איזה מסמכים?

כאשר בתי משפט בוחנים בקשה להכרה ו/או אכיפה של פסק בוררות, הם מוודאים שהמבקש הגיש בזמן הבקשה:

- את פסק הבוררות המקורי או המאומת או העתק מאושר שלו (סעיף IV(a)(1));
- את ההסכם המקורי המצויין בסעיף II או העתק מאושר שלו (סעיף IV(b)(1)); ו-
- תרגומים של מסמכים אלה לשפה של המדינה שבה מסמכים על פסק הבוררות, היכן שרלוונטי (סעיף IV(2)).

2.II. פסק בוררות מאומת או העתק מאושר (סעיף IV(1)(a))

1.2.II. אימות

אימות פסק בוררות הוא תהליך שמאשר את החתימות שבו כאמיתיות על ידי רשות מוסמכת. מטרת האימות של פסק הבוררות המקורי או העתק מאושר שלו היא לאשר שהוא הטקסט האוטנטי ושהוא ניתן על ידי הבוררים שמונו. נדיר מאוד שזה מהווה בעיה כלשהי בפועל. האמנה לא מפרטת את החוק החל על דרישת האימות. היא גם לא מציינת האם דרישות האימות הן אלו של המדינה שבה פסק הבוררות ניתן או אלו של המדינה שבה מתבקשת הכרה

או אכיפה. נראה כי רוב בתי המשפט מקבלים כל צורת אימות בהתאם לחוק של אחת המדינות. בית המשפט העליון האוסטרי, בהחלטה מוקדמת, הכיר במפורש כי האימות יכול להיעשות תחת החוק של המדינה שבה פסק הבוררות ניתן או תחת החוק של המדינה שבה מתבקשת האכיפה של הפסק.² בתי משפט אוכפים אחרים מחילים את החוק שלהם.³

בית המשפט העליון האוסטרי לאחרונה הכיר כי:

"אמנת ניו יורק לא מסבירה בביורר האם רק דרישות האימות או הדיוק במדינת ביצוע פסק הבוררות חלות על פסק הבוררות והסכם הבוררות או להעתקים שלהם, או האם חובה לציית גם לדרישות לאישור מסמכים זרים במדינת ההכרה"

והסיק כי:

"בית המשפט העליון תומך באופן עקבי...בדיעה שדרישות האישור האוסטריות לא חלות בלעדית...בית המשפט העליון לפיכך סבור שאישורים בהתאם לחוק של המדינה שבה פסק הבוררות ניתן מספיקות..."⁴

מטרת המסמכים היא רק להוכיח את האותנטיות של פסק הבוררות ואת העובדה שפסק הבוררות ניתן על בסיס הסכם בוררות מוגדר באמנה. מסיבה זו, בתי משפט גרמניים מצאו כי אימות אינו נדרש כאשר אותנטיות פסק הבוררות לא שנויה במחלוקת: ראה, לדוגמא, שתי החלטות שניתנו לאחרונה על ידי בית המשפט לערעורים במינכן.⁵

ישנם רק מקרים בודדים שבהם בעל דין לא הצליח לספק דרישות פרוצדורליות פשוטות אלה (לדוגמא, במקרה משנת 2003 בפני בית המשפט העליון הספרדי, המבקש הגיש רק עותקים לא מאושרים ולא מאומתים של פסק הבוררות).⁶ בתי משפט לא רשאים לדרוש מבעל

-
2. ראה, לדוגמא, אוסטריה: Oberster Gerichtshof, 11 ביוני 1969 (הצדדים לא מצויינים) שנתון בוררות מסחרית II (1977) עמ' 232 (אוסטריה מס' 3).
 3. ראה, לדוגמא, איטליה: Corte di Cassazione, 14 במרץ 1995, מס' 2919 (SODIME – Società Distillerie Meridionali v. Schuurmans & Van Ginneken BV) שנתון בוררות מסחרית XXI (1996) עמ' 607-609 (איטליה מס' 140).
 4. אוסטריה: Oberster Gerichtshof, 3 בספטמבר 2008 (O Limited, et al. v. C) שנתון בוררות מסחרית XXXIV (2009) עמ' 409-417 (אוסטריה מס' 20).
 5. גרמניה: Oberlandesgericht, Munich, 17 בדצמבר 2008 (Seller v. German Assignee) שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 359-361 (גרמניה מס' 125) ו- בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 365-366 (גרמניה עמ' 127).
 6. ספרד: Tribunal Supremo, Civil Chamber, Plenary Session, 1 באפריל 2003 (Satico Shipping Company Limited v. Maderas Iglesias) שנתון XXXII (2007) עמ' 582-590 (ספרד מס' 57).

דין להגיש מסמכים נוספים או להשתמש בפרשנות קפדנית של דרישות הפרוצדורליות כמכשול לבקשה.

2.2.II אישור

מטרת האישור היא לוודא שהעותק של פסק הבוררות זהה למקור. האמנה לא מפרטת את החוק החל על תהליך האישור, אשר נחשב באופן כללי לנשלט על ידי ה-*lex fori*. קטגוריות האנשים המוסמכים לאשר את העותק יהיו בדרך כלל זהים לקטגוריות האנשים שמוסמכים לאמת פסק בוררות מקורי. בנוסף, אישור על ידי המזכיר הכללי של מוסד הבוררות אשר ניהל את הבוררות נחשב למספק ברוב המקרים.

3.II הסכם בוררות מקורי או העתק מאושר (סעיף IV(1)(b))

סעיף זה רק דורש שבעל הדין המבקש אכיפה יגיש מסמך שהוא לכאורה הסכם בוררות תקף. בשלב זה בית המשפט לא צריך לשקול האם ההסכם הוא "בכתב" כמצויין בסעיף II(2) (ראה פרק II ב-IV.2) או תקף תחת החוק החל.⁷ הבדיקה הממשית של תוקף הסכם הבוררות והתאמתו לסעיף II(2) של האמנה מתרחשת בשלב II של הליכי ההכרה והאכיפה (ראה פרק זה להלן ב-IV.1, סעיף V(1)(a)). בתי משפט במדינות שבהן החוק המקומי לא דורש מהמבקש לספק את הסכם הבוררות המקורי או העתק מאושר רשאים לוותר על דרישה זו בהחלת עיקרון הזכות-העדיפה-יותר בסעיף VII של האמנה (ראה פרק I ב-V.1). זה המקרה בבתי המשפט הגרמניים, אשר מחליטים באופן עקבי שמבקשי אכיפה של פסק בוררות זר בגרמניה תחת האמנה צריכים רק להגיש את פסק הבוררות המקורי מאומת או העתק מאושר שלו.⁸

7. ראה, לדוגמה, סינגפור: בית המשפט העליון של סינגפור, High Court, 10, במאי 2006 (*Aloe Vera of America, Inc v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*) XXXII (2007) עמ' 489-506 (סינגפור מס' 5).

8. ראה לדוגמה, גרמניה: Oberlandesgericht, Munich, 12 באוקטובר 2009 (*Swedish Seller v. German Buyer*) XXXV (2010) עמ' 383-385 (גרמניה מס' 134).

4.II בזמן הגשת הבקשה

אם המסמכים לא מוגשים בזמן הגשת הבקשה, בתי משפט באופן כללי מרשים לבעלי הדין לתקן פגם זה במהלך הליכי האכיפה.⁹ אולם בתי משפט איטלקיים רואים בהגשת המסמכים תנאי מקדים להתחלת הליכי הכרה והאכיפה ואם תנאי זה לא ממולא, הבקשה תוכרז כלא קבילה. בית המשפט העליון האיטלקי מצא באופן עקבי שחובה להגיש את הסכם הבוררות המקורי או העתק מאושר שלו בזמן הגשת הבקשה לאכיפת פסק בוררות; אם לא, הבקשה אינה קבילה. ניתן לתקן פגם זה על ידי הגשת בקשה חדשה לאכיפה.¹⁰

5.II תרגומים (סעיף IV(2))

הצד המבקש הכרה ואכיפה של פסק בוררות חייב לספק תרגום של הפסק ושל הסכם הבוררות המקורי המוזכר בסעיף IV(1)(a) ו-(b) אם הם לא נכתבו בשפה הרשמית של המדינה שבה מתבקשת הכרה ואכיפה (סעיף IV(2)).

בתי משפט נוטים לאמץ גישה פרגמטית. למרות שהאמנה לא מציינת במפורש שחובה לספק את התרגומים בזמן הגשת הבקשה להכרה ואכיפה, מספר בתי משפט מקומיים חייבו להגיש תרגום בזמן הגשת הבקשה.

דוגמאות של מקרים בהם לא נדרש תרגום:

- נשיא בית המשפט המחוזי באמסטרדם מצא כי תרגום של פסק הבוררות והסכם הבוררות אינו נדרש מכיוון שמסמכים אלו נעשו "בשפה האנגלית אשר בה אנו שולטים באופן מספק על מנת להכיר בהם".¹¹

9. ראה לדוגמא, ספרד: Tribunal Supremo, 6 באפריל 1989 (Sea Traders SA v. Participacioners, Proyectos y Estudios SA (ספרד מס' 676-677); אוסטריה: Oberster Gerichtshof, 17 בנובמבר 1965 (Party from F.R. Germany v. Party from Austria (אוסטריה מס' 1)).

10. ראה לדוגמא, איטליה: Corte di Cassazione, First Civil Chamber, 23 ביולי 2009, מס' 17291 (Microware s.r.l. in liquidation v. Indicia Diagnostics S.A.) שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 418-419 (איטליה מס' 182).

11. הולנד: President, Rechtbank, Amsterdam, 12 ביולי 1984 (SPP (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt (East) Ltd. שנתון בוררות מסחרית X (1985) עמ' 487-490 (הולנד מס' 10)).

- בית המשפט לערעורים בציריך מצא כי אין צורך לספק תרגום של כל החוזה המכיל את תניית הבוררות; תרגום של החלק המכיל את תניית הבוררות מספיק. יש לציין כי חוזה בנייה עלולים להכיל 1,000 עמודים עם נספחים.¹²

דוגמאות של מקרים בהם נדרש תרגום:

- בית המשפט הפדרלי לערעורים בארגנטינה החליט שתרגום שנעשה על ידי מתרגם פרטי – במקום מתרגם רשמי או מושבע – אשר גם לא היה מורשה בפרובינציה שבה הוגשו הליכי האכיפה לא סיפק את דרישות האמנה.¹³
- בית המשפט האוסטרי דן במקרה שבו המבקש סיפק רק תרגום של החלק המכיל את ההחלטה בפסק בוררות של ICC. הוא קבע שעל התיק לחזור לבית המשפט בערכאה ראשונה אליו הוגשה בקשת האכיפה על מנת שפגם זה יתוקן.¹⁴

III. שלב II – עילות לסירוב (סעיף V) – כללי

שלב זה מאפיין בעקרונות הכלליים הבאים:

- אין בחינה לגופו של ענין;
- נטל ההוכחה של העילות הממצות על המשיב;
- עילות ממצות לסירוב הכרה ואכיפה;
- פרשנות צרה של העילות לסירוב;
- שיקול דעת מוגבל לאכוף בנוכחות עילות לסירוב.

1.III. אין בחינה לגופו של ענין

לבית המשפט אין את הסמכות להחליף את החלטת מותב הבוררות בהחלטתו שלו לגופו של ענין אפילו אם החלטת הבוררים לגבי עובדה או חוק היא שגויה.

12. שוייץ: *Bezirksgericht, Zurich*, 14 בפברואר 2003, *Obergericht, Zurich*, 17 ביולי 2003 (*Italian party v. Swiss company*) שנתון בוררות מסחרית XXIX (2004) עמ' 819-833 (שוויץ מס' 37).

13. ארגנטינה: *Cámara Federal de Apelaciones, City of Mar del Plata*, 4 בדצמבר 2009 (*Far Eastern Shipping Company v. Arhenpez S.A.*) שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 318-320 (ארגנטינה מס' 3).

14. אוסטריה: *Oberster Gerichtshof*, 16 באפריל 2006 (*D SA v. W GmbH*) שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 259-265 (אוסטריה מס' 16).

האמנה לא מתירה ערעור הלכה למעשה (*de facto*) בעניינים פרוצדורליים; במקום היא מספקת עילות לסירוב הכרה או אכיפה רק אם הסמכות הרלוונטית מוצאת שהיתה הפרה של אחת או יותר מעילות אלו, אשר רבות מהן מערבות הפרה רצינית של הזכות להליך הוגן.

2.III. נטל ההוכחה של העילות הממצות על המשיב

על המשיב מוטל נטל ההוכחה והוא יכול להתנגד להכרה ואכיפה של פסק הבוררות רק על בסיס העילות המנויות בסעיף V(1). בית המשפט יכול לסרב הכרה ואכיפה ביוזמתו על בסיס שת העילות המזוהות בסעיף V(2).

3.III. עילות ממצות לסירוב הכרה ואכיפה

לסיכום, הצד המתנגד להכרה ואכיפה יכול להסתמך על, וחייב להוכיח, אחת מחמש העילות הראשונות:

(1) לא היה הסכם בוררות תקף (סעיף V(1)(a)) כתוצאה מפסלות הצדדים או אי-תקפות הסכם הבוררות;

(2) לא ניתנה הודעה ראויה למשיב, או המשיב לא היה מסוגל להציג את עמדתו (סעיף V(1)(b)) כתוצאה מהפרת הזכות להליך הוגן;

(3) פסק הבוררות עוסק במחלוקת שהסכם הבוררות לא נתכוון לו או שנופלת מחוץ לתחומו (סעיף V(1)(c));

(4) הרכב מותב הבוררות או הליך הבוררות לא היו בהתאם להסכם הצדדים או, בהיעדר הסכם שכזה, לא היו בהתאם לחוק של המדינה שבה התקיימה הבוררות (סעיף V(1)(d));

(5) פסק הבוררות עדיין לא מחייב את הצדדים, בוטל או הושעה על ידי רשות מוסמכת במדינה שבה, או שתחת החוקים שלה, ניתן פסק הבוררות (סעיף V(1)(e)).

אלו העילות היחידות שעליהן המשיב רשאי להסתמך. בנוסף, בית המשפט יכול לסרב הכרה ואכיפה ביוזמתו על בסיס העילות המנויות להלן. אולם, בפועל, המשיב משתמש בעילות אלו גם כן:

(6) נושא הבוררות לא ניתן לבוררות תחת החוק של המדינה שבה מתבקשת אכיפה (סעיף V(2)(a));

(7) אכיפת פסק הבוררות תהיה מנוגדת לתקנת הציבור במדינה שבה מתבקשת אכיפה (סעיף V(2)(b)).

4.III. פרשנות צרה של העילות לסירוב

בהתחשב במטרת האמנה, בפרט "לאחז את הסטנדרטים לפיהם...פסקי בוררות נאכפים במדינות המתקשרות"¹⁵ (ראה פרק I ב-2), מנסחה התכוונו שהעילות להתנגדות להכרה ואכיפה של פסקי בוררות תחת האמנה יפורשו ויוחלו באופן צר ושסירוב יינתן רק במקרים רציניים בלבד.

רוב בתי המשפט אימצו גישה מגבילה זו לפירוש העילות תחת סעיף V. לדוגמא, בית המשפט לערעורים האמריקאי של ה-Third Circuit קבע ב-2003 ב-*China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corp.*:

"בהתאם למדיניות המעדיפה אכיפה של פסקי בוררות זרים, בתי משפט הגבילו באופן קפדני את ההגנות נגד אכיפה להגנות המנויות בסעיף V של האמנה, ובאופן כללי פירשו חריגים אלו באופן צר."¹⁶

באופן דומה, בית המשפט *Queen's Bench* בניו-ברנזוויק קבע ב-2004:

"יש לתת לעילות לסירוב הקבועות בסעיף V של אמנת ניו יורק פרשנות צרה ומוגבלת."¹⁷ סוגיה שהאמנה אינה עוסקת בה היא מה קורה אם צד לבוררות מודע לפגם בהליך הבוררות אבל לא מתנגד במהלך הבוררות. אותה סוגיה עולה בנוגע להתנגדויות לסמכות שיפוט אשר מועלות בפעם הראשונה בשלב האכיפה.

העיקרון הכללי של תום לב (הנקרא לעיתים ויתור או השתק), החל על עניינים פרוצדורליים ומהותיים, אמור למנוע מצדדים להסתיר טענות.¹⁸

15. ארצות הברית: בית המשפט העליון האמריקאי, 17 ביוני 1974 (*Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*) שנתון בוררות מסחרית I (1976) עמ' 203-204 (ארצות הברית מס' 4).

16. ארצות הברית: בית המשפט לערעורים האמריקאי ל-Third Circuit, 26 ביוני 2003 (*China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation*) שנתון בוררות מסחרית XXIX (2004) עמ' 1003-1025 (ארצות הברית מס' 459).

17. קנדה: בית המשפט *Queen's Bench* של ניו-ברנזוויק, Trial Division, *Adamas Management & Services Inc. v. Judicial District of Saint John*, 28 ביולי 2004 (2005) XXX שנתון בוררות מסחרית XXX (2005) עמ' 479-487 (קנדה מס' 18).

18. סעיף 4 של החוק לדוגמא על בוררות בינלאומית מסחרית של UNCITRAL, כפי שתוקנה ב-2006, קובע:

"צד אשר יודע שסעיף כלשהו בחוק זה ממנו הצדדים רשאים לגרוע או שדרישה כלשהי תחת הסכם הבוררות לא צוית ובכל זאת ממשיך עם הבוררות בלי להשמיע את התנגדותו לא-ציות זה ללא עיכוב שאינו מוצדק, או, אם קבועה הגבלת זמן לכך, בתחום זמן זה, ייחשב כמותר על זכותו להתנגד." (הדגשה לא במקור)

לדוגמא:

- בית המשפט הפדרלי המסחרי במחוז הצפון-מערבי של הפדרציה הרוסית מצא כי התנגדות לסמכות בוררות אשר לא הועלתה במהלך הבוררות לא יכולה להיות מועילת בפעם הראשונה בהליכי האכיפה¹⁹;
- בית המשפט העליון הספרדי קבע כי לא ייתכן שהמשיב "כעת דוחה את הסכם הבוררות על בסיס עילות אשר הוא יכול להעלות בבוררות"²⁰.
- עקרון זה מוחל גם על ידי בתי משפט מסויימים אם צד לא מעלה את העילה בהליכי ביטול:
- בית המשפט לערעורים בברלין מצא כי המשיב הגרמני היה מושק מלהסתמך על עילות לסירוב אכיפה תחת אמנת ניו יורק מכיוון שהוא לא העלה אותם בהליכי ביטול באוקראינה בתחום הזמן של שלושה חודשים הקבוע בחוק האוקראיני. בית המשפט הסביר כי למרות שהאמנה לא כוללת השתק, סעיף המניעה (*Präklusion*) הקבוע בנוגע לפסקי בוררות מקומיים בחוק גרמני חל גם על אכיפת פסקי בוררות זרים.²¹

III.5. שיקול דעת מוגבל לאכוף בנוכחות עילות לסירוב

בתי משפט באופן כללי מסרבים אכיפה כאשר הם מוצאים כי יש עילה לסירוב תחת אמנת ניו יורק. אולם חלק מבתי המשפט מוצאים כי יש להם את הסמכות לאכוף אפילו כאשר מתקיימת עילה לסירוב אכיפה תחת האמנה. הם בדרך כלל עושים זאת כאשר העילה לסירוב עוסקת בהפרה מינורית של החוקים הפרוצדורליים החלים על הבוררות – מקרה של *de minimis* – או כשהמשיב התרשל ולא העלה את העילה לסירוב בבוררות.²² (ראה גם את המקרים המתוארים בפרק זה לעיל ב-III.4.)

19. הפדרציה הרוסית: בית המשפט הפדרלי המסחרי, מחוז צפון-מערב, 9 בדצמבר 2004 (*Dana Feed A/S v. OOO Arctic Salmon*) שנתון בוררות מסחרית XXXIII (2008) עמ' 658-665 (פדרציה רוסית מס' 16).

20. ספרד: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11 באפריל 2000 (*Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA*) שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 525-531 (ספרד מס' 50).

21. גרמניה: Kammergericht, ברלין, 17 באפריל 2008 (*Buyer v. Supplier*) שנתון בוררות מסחרית XXXIV (2009) עמ' 510-515 (גרמניה מס' 119).

22. הונג קונג: בית השפט העליון של הונג קונג, High Court, 15 בינואר 1993 (*Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.*) שנתון בוררות מסחרית XIX (1994) עמ' 664-674 (הונג קונג מס' 6) ובית המשפט העליון של הונג קונג, High Court, 16 בדצמבר 1994

בתי משפט אלה מסתמכים על נוסח הגרסא האנגלית של סעיף (1)V, אשר נפתח במילים "ניתן לסרב הכרה ואכיפה של הפסק...". ניסוח זה מופיע גם בשלושה מתוך חמישה הטקסטים הרשמיים של האמנה, בפרט בסנינית, רוסית וספרדית. אולם הטקסט בצרפתית לא מכיל ביטוי דומה וקובע רק שהכרה ואכיפה "seront refusées", כלומר, יסורבו.

IV. על המשיב להוכיח את עילות הסירוב (סעיף (1)V)

1.IV. עילה 1: אי-כשרות בעל דין ואי-תקפות הסכם בוררות (סעיף (1)V(a))

"הצדדים להסכם המצויין בסעיף II היו, לפי החוק החל עליהם, תחת אי-כשרות כלשהי, או שהסכם זה אינו תקף תחת החוק אליו הכפיפו אותו הצדדים או, אם שום חוק לא צוין, תחת החוק של המדינה שבה ניתן פסק הבוררות."

1.1.IV. אי-כשרות בעל דין

הסוגיות העולות תחת עילה זו כוללות את הגנות ה"אי-כשרות", כגון אי-יכולת נפשית, אי-כשרות פיזית, חוסר סמכות לפעול בשם תאגיד או צד מתקשר אשר הינו צעיר מדי לחתום (קטינות).

בנוסף, יש לפרש את המושג "אי-כשרות" בהקשר של סעיף (1)V(a) כ"משולל כוח להתקשר חוזית". לדוגמא, זה יכול לעלות כאשר החוק החל אוסר על צד, כגון מפעל בבעלות מדינה, מלהתקשר בהסכם בוררות לגבי מחלוקות פוטנציאליות מסוימות: כגון, באזורי שיפוט מסוימים, ייתכן כי מפעל בבעלות מדינה ייאסר בחוק מלהתקשר בהסכם בוררות בחוזה הנוגע

Nanjing Cereals, Oils and Foodstuffs Import & Export Corporation v. Luckmate (Commodities Trading Ltd IPOC International Growth Fund) 2008 ביוני 18 (משפט לערעורים, 18 ביוני 2008) עמ' 542-545 (הונג קונג מס' 9);
L.V Finance Group Limited v. Limited שנתון בוררות מסחרית XXXIII (2008) עמ' 408-432 (איי הבתולה הבריטיים מס' 1);

אנגליה: High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 20 בינואר 1997
China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading) שנתון בוררות מסחרית XXIV (1999) עמ' 732-738 (אנגליה מס' 52).

לחוזי הגנה (אולם ראה פרק II ב-IV.6, 2, המזכיר כדוגמא את חוק המשפט הבינלאומי הפרטי השוויצרי).²³

יש לציין כי מדינות, גופים בבעלות מדינה וגופים ציבוריים אחרים נכללים בתחום האמנה אך ורק בשל מעמדם. הביטוי "אישיות משפטית או פיזית" בסעיף I(1) של האמנה נחשב באופן כללי כמכיל גופים תחת חוק ציבורי המתקשרים בחוזים מסחריים עם צדדים פרטים. בתי משפט כמעט תמיד שוללים את ההגנה של חסינות ריבונית המועלית על ידי מדינה כנגד אכיפה של הסכם בוררות וכנגד הכרה ואכיפה של פסק בוררות בהיסמך על התאוריה של חסינות מוגבלת ויותר על חסינות. הם גם משתמשים לעיתים קרובות בהבחנה בין *acta de jure gestionis* ו-*acta de jure imperii*, או מסתמכים על *pacta sunt servanda* ויצירת *ordre public réellement international*. הבחנה זו נעשית גם במקרים מסויימים בנוגע לביצוע.

דוגמא אחת היא פרשה מהונג קונג משנת 2010 ב-*FG Hemisphere*, בה התבקשה הכרה ואכיפה של שני פסקי בוררות זרים כנגד הנכסים של מפעל סיני בבעלות המדינה (CSOE), בפרט דמי כניסה ש-CSOE היתה חייבת לרפובליקה הדמוקרטית של קונגו בתמורה לזכויות מסויימות למינרלים (נכסי ה-CSOE).²⁴ הממשלה הסינית טענה כי היא מחילה כעת, והחילה באופן עקבי בעבר, את דוקטרינת החסינות הריבונית המוחלטת, ולכן נכסי ה-CSOE היו חסינים מאכיפה. אולם, בית המשפט לערעורים מצא כי בתי המשפט של הונג קונג מחילים את דוקטרינת החסינות המוגבלת וכתוצאה מכך החלק של נכסי ה-CSOE אשר לא היה מיועד למטרות ריבוניות לא היה חסין לביצוע.

האמנה לא קובעת כיצד יש להחליט על החוק החל על כשרות של בעל דין ("החוק החל עליהם"). לפיכך יש להחליט על חוק זה על ידי החלת חוקי ברירת דין של בית המשפט שבו מתבקשת הכרה ואכיפה, בדרך כלל החוק במקום מושבו של אישיות פיזית והחוק של מקום ההתאגדות של תאגיד.

23. חוק המשפט הבינלאומי הפרטי השוויצרי, סעיף 177(2) קובע:

" אם צד אחד להסכם בוררות הוא מדינה או מפעל או ארגון הנשלט על ידי מדינה, הוא לא יכול להיזקק לחוק שלו על מנת לערער על היכולת ליישב את הסכסוך בבוררות או על יכולתו להיות כפוף לבוררות."

24. הונג קונג: בית המשפט לערעורים 10 בפברואר 2010 ו-5 במאי 2010 (FG) *CACV (Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, et al.* 373/2008 & CACV 43/2009 (10 בפברואר 2010); שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 392-397 (הונג קונג מס' 24). בזמן הכתיבה, ערעור על החלטה זו תלוי ועומד בפני בית המשפט הסופי לערעורים של הונג קונג.

2.1.IV. אי-תקפות הסכם בוררות

סעיף V(1)(a) גם מספק עילה לסירוב כאשר הסכם הבוררות "המצויין בסעיף II" הוא "לא תקף תחת החוק אליו הכפילו אותו הצדדים או, אם שום חוק לא צוין, תחת החוק של המדינה שבה ניתן פסק הבוררות". עילה זו לסירוב מופעלת לעיתים שכיחות בפועל.

משיבים טוענים לעיתים קרובות תחת עילה זו שהסכם הבוררות אינו תקף פורמלית מכיון שהוא אינו "בכתב" כנדרש בסעיף II(2) (ראה פרק II ב-2.IV). עילה קשורה לסירוב אכיפה שניתן לעלות היא שלא היה הסכם בוררות כלל במשמעות האמנה. דוגמאות שכיחות אחרות של ההגנות העלולות להיות מועלות תחת עילה זו כוללות טענות של אי-חוקיות, כפייה או הונאה אשר השפיעו על ההסכם.

לעיתים משיב עלול להסתמך על עילה זו כאשר הוא מערער על היותו צד להסכם הבוררות הרלוונטי. בית המשפט מחליט סוגיה זו על ידי הערכה מחדש של עובדות המקרה, בנפרד מההחלטה של הבוררים. לדוגמא, בפרשת *Sarhank Group*, המשיב טען שלא היה הסכם בוררות חתום בכתב בין הצדדים.²⁵ בית המשפט לערעורים האמריקאי של ה-Second Circuit מצא כי בית המשפט המחוזי טעה כאשר הסתמך על החלטת הבוררים בפסק הבוררות שהמשיב היה מחוייב בתניית הבוררות תחת חוק מצרי, אשר חל על החוזה. במקום, על בית המשפט המחוזי היה להחיל את החוק הפדרלי האמריקאי על סוגיה זו כאשר הוא בחן את פסק הבוררות למטרת אכיפה. לפיכך בית המשפט החזיר את התיק לבית המשפט המחוזי "על מנת להחליט כעובדה האם [המשיב] הסכים לבוררות... על בסיס כלשהו... המוכר על ידי חוק החוזים או חוק השליחות האמריקאי".

לאחרונה, בהחלטה של *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Pakistan*, בית המשפט העליון האנגלי הבהיר את התחום של דוקטרינת ה-competence, באנגליה.²⁶ בית המשפט העליון מצא כי בעוד למותב בוררות יש את הכוח להחליט על סמכות השיפוט שלו כעניין מקדמי, כאשר מוגשת בקשת אכיפה תחת אמנת ניו יורק שבה יש התנגדות לסמכות שיפוט זו, לבית המשפט יש את הכוח לדון מחדש בעובדות ובסוגיות במלואן על מנת להחליט את סוגיית סמכות השיפוט.

25. ארצות הברית: בית המשפט לערעורים האמריקאי, Second Circuit, 14, באפריל 2005 (*Sarhank Group v. Orcale Corporation*) שנתון בוררות מסהרית XXX (2005) עמ' 1164-1158 (ארצות הברית מס' 523).

26. ארצות הברית: [2009] EWCA Civ 755 (CA (Civ. Div.) 2 W.L.R. 805 [2010]).

בית המשפט העליון בחן כיצד דוקטרינת ה-competence-competence מוחלת באזורי שיפוט שונים בעולם. בפסקה 25 הוא ציין כי "כל מדינה...מחילה צורה כלשהי של ביקורת שיפוטית על החלטת סמכות השיפוט של הבורר. אחרי הכל, חוזה לא יכול להעניק למותב בוררות כוח כלשהו...אם הצדדים מעולם לא התקשרו בו." (בצטט את פרשת *China Minmetals* האמריקאית; ראה הערת שוליים 16).

לפיכך העובדה שמותב יכול להחליט על סמכות השיפוט שלו לא מעניקה לו כוח בלעדי לעשות זאת. לבית משפט אוכף אשר לא נמצא במושב הבוררות יש את הכוח לבחון מחדש את סמכות השיפוט של המותב.

בעוד שבית המשפט (לורד קולינס) הסכים שהמגמה הבינלאומית היא להגביל בדיקות מחדשות של ממצאי מותבים וגם הדגיש את המדיניות בעד אכיפה של אמנת ניו יורק, הוא מצא שאף אחד מאלה לא גובר. הוא קבע כי תחת החוק מ-1996 (סעיף 30) באנגליה מותב רשאי לשאול כעניין מקדמי האם יש לו סמכות שיפוט. אולם, אם הסוגיה עומדת בפני בית משפט, בית המשפט נדרש להפעיל חקירה עצמאית במקום בחינה בלבד של החלטת הבוררים. בית המשפט העליון לקח בחשבון שהעמדה אינה שונה בצרפת, היכן שניתן פסק הבוררות. זמן קצר לאחר החלטת בית המשפט העליון האנגלי, בית המשפט לערעורים הצרפתי דחה בקשה לביטול שלושת פסקי הבוררות השנויים במחלוקת, ומצא כי החלטת מותב הבוררות שהיתה לו סמכות שיפוט היתה נכונה.²⁷ למרות שבית המשפט לא הביע דעה לגבי תחום הביקורת השיפוטית על סמכות השיפוט של מותב הבוררות, הוא בחן את החלטתו במלואה.

(ראה גם פרק II ב-III.2, לגבי תחום הבחינה על ידי בית המשפט המתבקש להפנות את בעלי הדין לבוררות).

2.IV. עילה 2: חוסר התרעה והפרת זכויות להליך הוגן; זכות לדין הוגן (סעיף (b)(1)V)

"הצד שנגדו מופעל פסק הבוררות לא קיבל התרעה ראויה על מינוי הבורר או על הליכי הבוררות או לא יכל להציג את עמדותיו מסיבה אחרת."
סעיף (b)(1)V קובע את העילה לסירוב שהצד שנגדו מופעל פסק הבוררות לא קיבל הזדמנות כלשהי, או הוגנת, להציג את עמדותיו מכיון ש: (i) הוא לא קיבל התרעה ראויה על מינוי הבורר או על הליכי הבוררות; או (ii) לא יכל להציג את עמדותיו מסיבה אחרת.

27. צרפת: Cour d'Appel, 17 בפברואר 2011 (Gouvernement du Pakistan -) *Ministère des Affaires Religieuses v. Dallah Real Estate and Tourism Holding (Company)*.

אולם מטרת עילה זו אינה שבית המשפט ינקוט בעמדה שונה מזו של המותב בעניינים פרוצדורליים. על הצד המתנגד לאכיפה יש להראות שנשללה זכותו שמותב הבוררות יישמע ויחליט בעניין טיעונו הממשיים.

1.2.IV. זכות לדיון הוגן

סעיף (b)(1)V דורש שיוענק לצדדים דיון הוגן אשר הולם את הדרישות המינימליות של הגינות. הסטנדרטים המינימליים של הגינות תוארו על ידי בית המשפט לערעורים האמריקאי של ה-Seventh Circuit ככוללים "התרעה מספקת, דיון בראיות, והחלטה אוביקטיבית של הבורר". לפיכך לבוררים יש שיקול דעת רחב לגבי איך הם מנהלים את ההליכים וכו'.

2.2.IV. חוסר התרעה

חריג שצד לא מקבל התרעה על מינוי הבורר או על הליכי הבוררות. אם צד השתתף באופן פעיל בבוררות, הוא אינו יכול להתלונן לאחר מכן שהיתה התרעה לא מספקת. מנגד, בהליכים בהם המשיב נעדר יש להעניק תשומת לב רצינית להוכחת התרעה בכל השלבים.

לא תיתכן התרעה, לדוגמא, היכן שצד אחד שינה כתובת בלי ליידע את הצד השני או ממוקם היכן שלא ניתן להסתמך על קבלת פקסים או אמצעי תקשורת אחרים. במקרים אלו, על הבוררים והמבקש בבוררות לעשות כל מה שסביר על מנת להביא את קיום הבוררות ומינוי מותב הבוררות לידיעת המשיב ולהוכיח זאת באמצעות ראיות עצמאיות. אם הם לא עושים זאת, אכיפת פסק הבוררות עלולה להידחות. במקרה אחד שכזה, בית המשפט העליון השוודי סירב אכיפה ומצא שהבוררים התעלמו מהעובדה כי תקשורת שנשלחה לכתובת קודמת של הצד השוודי הוחזרה ולא נמסרה.²⁸

אולם, העדרות עלולה להיות פשוט בחירה של בעל דין. היכן שהתרעה על בוררות התקבלה על ידי המשיב, אך המשיב נכשל או מסרב להשתתף בבוררות, בתי משפט מוצאים שאין הפרה של הזכות להליך הוגן תחת סעיף (b)(1)V. אם בעל דין בוחר שלא להשתתף בבוררות, זו לא עילה לסרב אכיפה.

²⁸ שוודיה: Högsta Domstolen, 16 באפריל 2010 (Lenmorniproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag) XXXV (2010) עמ' 456-457 (שוודיה) מס' 7.

3.2.IV. הפרת הזכות להליך הוגן: "לא יכול להציג את עמדתו"

המקרה האמריקאי הידוע *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.* הוא דוגמה למקרה שבו סורבה הכרה ואכיפה מכיוון שהמשיב לא היה מסוגל להציג את עמדתו.²⁹ לאחר התייעצות עם נשיא המותב (אשר הוחלף לאחר מכן), המשיב החליט בעקבות עצת הנשיא לא להציג חשבונות התומכות באבחון פיצויים הנעשה על ידי חברת רואי חשבון מומחית. המשיב נסמך רק על הסיכומים שלו – אך היה מוכן לספק ראיות נוספות אם נדרש. המותב בסופו של דבר סירב לקבל את טענת הפיצויים על בסיס חוסר ראיות. בית המשפט לערעורים האמריקאי של ה-*Second Circuit* סירב הכרה ואכיפה של פסק הבוררות מכיוון שהצד המפסיד לא היה מסוגל להציג את עמדתו לגבי פיצויים.

הכרה ואכיפה סורבו במספר פסקי בוררות כאשר הבוררים לא נהגו באופן הוגן בנסיבות. דוגמאות של מקרים אלו כוללות:

- בית המשפט לערעורים בנאפולי סירב אכיפה של פסק בוררות אוסטרי על בסיס העובדה שהתרעה של חודש שניתנה למשיב האיטלקי על השתתפותו בדיון בוינה היתה לא מספקת מכיון שבזמן זה האיזור של המשיב הוכה ברעידת אדמה קשה³⁰;
- בית המשפט לערעורים באנגליה אישר החלטה לסרב אכיפה של פסק בוררות הודי מכיון שהמחלה הרצינית של אחד הצדדים, אשר הועלתה ללא הצלחה במהלך הדיון בנסיון לקבל דחייה, גרמה לכך שלא היה סביר לצפות ממנו להשתתף בבוררות, כולל להגיש כתב הגנה;³¹
- בית המשפט הגבוה בהונג קונג סירב לאכוף פסק בוררות ומצא כי ה-*China International Economic and Trade Arbitration Commission*

29. ארצות הברית: בית המשפט לערעורים האמריקאי, *Second Circuit*, 24 בנובמבר 1992 (*Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support Renewal Company v. Avco Corporation*) שנתון בוררות מסחרית XVIII (1993) עמ' 596-605 (ארצות הברית מס' 143).

30. איטליה: *Corte di Appello, Naples (Salerno Section)*, 18 במאי 1982 (*Bauer & Grossmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*) שנתון בוררות מסחרית X (1985) עמ' 461-462 (איטליה מס' 70).

31. אנגליה: בית המשפט לערעורים (מחלקה אזרחית), 21 בפברואר 2006 ו-8 במרץ 2006 (*Ajay Kanoria, et al. v. Tony Francis Guinness*) שנתון בוררות מסחרית XXXI (2006) עמ' 943-954 (אנגליה מס' 73).

הבוררות.³² (CIETAC) לא סיפקה למשיב הזדמנות להגיב על דוחות מהמומחה שמונה על ידי מותב

- דוגמאות להתנגדויות לא מוצלחות על בסיס הפרה של הזכות להליך הוגן כוללות:
- סירוב הבורר לקבוע מועד חדש לדיון למען נוחות עד של הצד המתנגד לאכיפה;
- סירוב המותב להעניק דחייה וסירוב לערוך גילוי ראיות נוסף;
- סירוב המותב להעניק דחייה נוספת ולהקפיא את הבוררות כתוצאה מפשיטת רגל;
- החלטת המותב על חזקת ונטל הוכחה;
- הסתמכות לכאורה של המותב של תאוריות משפטיות חדשות שלא הועלו קודם לכן;
- קיצור חקירה נגדית של עד על ידי המותב;
- אי השתתפות הצדדים בדיונים מכיון שהם חוששים ממצער במדינת הפורום; ו-
- אי-יכולת של נציג חברה להופיע לדיון מכיון שלא קיבל ויזה.

3.IV. עילה 3: מחוזק או מעבר לתחום הסכם הבוררות (סעיף (c)(1)(V))

"פסק הבוררות עוסק במחלוקת שלא התכוונה על ידי או לא נפלה בגדר התנאים של ההגשה לבוררות, או הוא מכיל החלטות בעניינים שהינם מעבר לתחום של ההגשה לבוררות, בתנאי שאם ההחלטות בעניינים המוגשים לבוררות יכולים להיות מופרדים מאלה אשר לא מוגשים, החלק של פסק הבוררות המכיל החלטות בעניינים המוגשים לבוררות יכול לקבל הכרה ואכיפה."

העילות לסירוב הקבועות בסעיף (c)(1)(V) הן שפסק הבוררות:

- עוסק במחלוקת או סכסוך שלא התכוונו על ידי או שלא נופלים בגדר התנאים של הגשת הצדדים לבוררות, או
 - מכיל החלטות בעניינים מעבר לתחום של הגשת הצדדים לבוררות.
- העילות בסעיף (c)(1)(V) מגלמות את העיקרון שלמותב הבוררות יש את הסמכות להחליט רק בעניינים שהצדדים הסכימו להגיש להחלטתו.

כאשר מחליטים מה הצדדים הגישו למותב הבוררות, יש להתייחס להסכם הבוררות והטענות המוגשות למותב הבוררות על ידי הצדדים. שפת הסכם הבוררות אשר קובעת מה הצדדים הסכימו להגיש להחלטת מותב הבוררות חשובה בצורה קריטית; הסוגיות חייבות ליפול בגדר תחום זה.

32. הונג קונג: בית המשפט העליון של הונג קונג, High Court, 15 בינואר 1993, *Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.* (שנתון בוררות מסחרית XIX (1994) עמ' 664-674 (הונג קונג מס' 6).

תניות לדוגמא המפורסמות על ידי מוסדות בוררות בדרך כלל מנוסחות על מנת לתת למוטב הבוררות סמכות רחבה מאוד להחליט בכל המחלוקות העולות מתוך או בהקשר להסכם המהותי של הצדדים (בדרך כלל חוזה). בשלות ושאלות דומות הם בדרך כלל עניין של קבילות (לא סמכות שיפוט) ולכן לא נתונים לבחינה מחדש על ידי בתי משפט. (ראה גם פרק II ב-1.III בנוגע ל-competence-competence של בוררים ובחינה מחדש של הסכמי בוררות על ידי בתי משפט).

לבית המשפט הסמכות להעניק אכיפה חלקית של פסק בוררות אם הפסק הוא מעבר לסמכות מותב הבוררות רק באופן חלקי, בתנאי שניתן להפריד את החלק אשר נופל בגדר סמכות מותב הבוררות. זה נובע מהתנאי בסופו של סעיף (c)(1)V ("בתנאי שאם ההחלטות בעניינים המוגשים לבוררות יכולים להיות מופרדים מאלה אשר לא מוגשים, החלק של פסק הבוררות המכיל החלטות בעניינים המוגשים לבוררות יכול לקבל הכרה ואכיפה").

4.IV. עילה 4: אי-סדרים בהרכב מותב הבוררות או הליך הבוררת (סעיף (d)(1)V)

"הרכב מותב הבוררות או הליך הבוררות לא היו בהתאם להסכם הצדדים, או, בהיעדר הסכם שכזה, לא היו בהתאם לחוק של המדינה שבה התקיימה הבוררות."
לסעיף (d)(1)V שני סוגים של הפרות אפשריות, הנוגעות ל:

- הרכב מותב הבוררות;
- הליך הבוררות.

1.4.IV. הרכב מותב הבוררות

האפשרות הראשונה בסעיף (d)(1)V רלוונטית אם נשלל מבעל דין זכותו למנות בורר או שטיעונו יוכרעו על ידי מותב בוררות שהרכבו משקף את הסכם הצדדים. מקרים בהם צד אחד מסרב למנות בורר והבורר ממונה על ידי בית משפט, או כאשר מצליח ערעור נגד בוררים והם מוחלפים בהתאם לחוקים שנבחרו על ידי הצדדים והחוק החל, לא צליחו תחת עילה זו.

סעיף (d)(1)V קובע כי בית משפט חייב קודם כל לבדוק:

1. האם הצדדים הסכימו על הרכב מותב הבוררות;
2. אם הם הסכימו, יש להחליט מה הם הסכימו;
3. האם הסכם זה הופר;
4. רק אם אין הסכם בין הצדדים על הרכב מותב הבוררות צריך בית המשפט להחיל את החוק של המדינה שבה התקיימה הבוררות על מנת להחליט האם הוא לא היה בהתאם לחוק זה.

לדוגמא, ייתכן שהצדדים בחרו מוסד ממנה שימנה את הנשיא או בורר בתניית הבוררות, אולם למעשה מישהו אחר ממנה את הבורר. בעיה דומה עולה אם על הבורר להיבחר מתוך קבוצה מסויימת של אנשים, אבל אז נבחר מתוך קבוצה אחרת. אולם במקרה זה בית המשפט צריך לבחון היטב האם זה באמת הכרחי לסרב אכיפה בגלל שנשללו זכויותיו של הצד המתנגד להכרה ואכיפה של פסק הבוררות, או האם, בעצם, הוא קיבל הליך בוררות הוגן עם חריגה פרוצדורלית מינורית בלבד. זו דוגמא של סוג מקרה אשר בו בית המשפט יכול להחליט להעניק אכיפה אם ההפרה היא *de minimis* (ראה פרק זה לעיל ב-III.5).

לדוגמא, בפרשת *China Nanhai*, בית המשפט הגבוה בהונג קונג קבע כי למרות שההסכם הספציפי של הצדדים בנוגע להרכב המותב לא הוצא לפועל, על בית המשפט האוכף להפעיל את שיקול דעתו לאכוף את פסק הבוררות, מכיוון שהוא החשיב את ההפרה כמינורית³³ יחסית.

הסכם הבוררות עלול לקבוע תכונות מסויימות עבור אחד או יותר מהבוררים, לדוגמא, שהם ישלטו בשפה מסויימת; יהיו אזרחים של מדינה מסויימת; יהיו בעלי רשיון עריכת דין במקום מסוים; יחזיקו בתואר בהנדסה וכו'. במקרים אלו, על בית המשפט לשים לב האם העובדה שלבורר אין תכונה מסויימת באמת מהווה חוסר הגינות פרוצדורלי. לדוגמא, אם תניית הבוררות דורשת שהבורר יהיה "איש מסחרי", או מישהו עם נסיון בתעשייה מסויימת, ובמקום ממונה עורך דין ללא תכונה זו, ייתכן שיהיה מוצדק לאכוף את פסק הבוררות למרות זאת.

דוגמאות של התנגדויות לא מוצלחות תחת אפשרות ראשונה זו בסעיף (d)(1)V כוללות:

- בית המשפט לערעורים במינכן דחה את ההתנגדות שהרכב מותב הבוררות לא היה בהתאם להסכם הצדדים. מותב הבוררות הורכב מבורר אחד במקום שניים או יותר כפי שהוסכם בתניית הבוררות. בית המשפט ציין שהמשיב היה מודע להרכב מותב הבוררות אבל לא התנגד במהלך הבוררות³⁴;

- במקרה בפני בית המשפט העליון הספרדי, הסכם הבוררות קבע שסכסוכים יופנו לבוררות ב- *Association Cinématographique Professionnelle de Conciliation* - *d'Arbitrage (ACPCA)* בצרפת. כאשר המשיב בבוררות לא מינה בורר, המינוי נעשה על ידי נשיא הפדרציה הבינלאומית של אגודות מפיקי סרטים (*Federation of Film Producers Associations*). בית המשפט דחה את התנגדות

33. הונג קונג: בית המשפט העליון של הונג קונג, High Court, 13 ביולי 1994, *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. (Ltd.)*, שנתון בוררות מסחרית XX (1995) עמ' 671-680 (הונג קונג מס' 8).

34. גרמניה: Oberlandesgericht, Munich, 15 במרץ 2006, *Manufacturer v. Supplier, in liquidation* (2009) XXXIV שנתון בוררות מסחרית (2009) עמ' 499-503 (גרמניה מס' 117).

המשיב שמינוי זה הפר את הסכם הצדדים, ומצא שהוא מילא את התנאים הרלוונטים בחוקי ה-ACPCA.³⁵

דוגמאות של התנגדויות מוצלחות תחת האפשרות הראשונה בסעיף (d)(1)V כוללות:
- בשנת 1978, בית המשפט לערעורים בפירנצה מצא כי מותב בוררות של שני בוררים עם מושב בוררות בלונדון הפר את הסכם הבוררות של הצדדים, למרות שזה היה בהתאם לחוק במדינה שבה התקיימה הבוררות. תניית הבוררות קבעה כי שלושה בוררים צריכים להתמנות, אולם שני הבוררים שמונו על ידי הצדדים לא מינו בורר שלישי מכיוון שהם הסכימו על תוצאת הבוררות – בזמנו חוק אנגלי התיר זאת;³⁶

- בית המשפט לערעורים האמריקאי של ה-Second Circuit סירב להכיר ולאכוף פסק בוררות מכיוון שהסכם הצדדים בנוגע להרכב מותב הבוררות הופר כאשר הליך המינוי בהסכם לא הוצא לפועל. בית משפט מינה את הנשיא בעקבות בקשה מאחד הצדדים, במקום ששני הבוררים שמונו הצדדים יקבלו זמן לנסות ולהסכים על הנשיא, כפי שנקבע בהסכם הבוררות הרלוונטי.³⁷

2.4.IV. הליך הבוררות

האמנה לא מיועדת לתת לצד המפסיד זכות לערער על החלטות פרוצדורליות של מותב הבוררות. אפשרות זו בסעיף (d)(1)V לא מכוונת לסירוב הכרה או אכיפה של פסק בוררות אם בית המשפט אליו פנו הינו בדיעה משפטית שונה מהבוררים, בנוגע, לדוגמא, להאם לשמוע עד, לאפשר חקירה נגדית או לכמה מסמכי טענות כתובים הם מרשים.

במקום, אפשרות שניה זו בסעיף (d)(1)V מיועדת להריגות בסיסיות יותר מההליך המוסכם, אשר כוללות מצבים בהם הצדדים הסכימו להשתמש בחוקים של מוסד אחד, אבל הבוררות התנהלה תחת החוקים של מוסד אחר, או אפילו כאשר הצדדים הסכימו ששום חוקים מוסדיים לא יחולו.

35. ספד: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11 באפריל 2000 (Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA (2007) עמ' 525-531 (ספרד מס' 50)).

36. איטליה: Corte di Appello, Florence, 13 באפריל 1978 (Rederi Aktiebolaget Sally v. Srl Termarea (1979) עמ' 294-296 (איטליה מס' 32)).

37. ארצות הברית: בית המשפט לערעורים של ארצות הברית, Second Circuit, 31 למרץ 2005 (Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopedia Britannica, Inc.) שנתון בוררות מסחרית XXX (2005) עמ' 1136-1143 (ארצות הברית מס' 520).

- דוגמאות של התנגדויות לא מוצלחות תחת אפשרות שניה זו בסעיף (d)(1)V כוללות:
- בית המשפט לערעורים בברמן דחה את טענת המשיב שהליך הבוררות, אשר התקיים בטורקיה, לא היה בהתאם לסדר דין האזרחי הטורקי מכיון שמושב הבוררות לא קיבל את בקשת המשיב לדיון בעל פה והתעלם מהגשת ראיות חדשות. בית המשפט קבע כי מותב הבוררות נהג בהתאם לחוקי הבוררות של ה-Istanbul Chamber of Commerce, עליו הסכימו הצדדים;³⁸
 - בפני בית המשפט המחוזי האמריקאי בפלורידה, המשיב דבון (Devon) (המבקש בבוררות, אשר התקיימה ב-China Maritime Arbitration Commission (CMAC)) טען שהבוררות לא התנהלה בהתאם לחוק הסיני מכיון שה-CMAC דחה את טענת הנגד של הצד השני, אבל הרשה לו להגיש תביעה נפרדת שלאחר מכן אוחדה עם הטענה של דבון. בית המשפט דחה טענה זו ומצא שדבון לא הוכיח שהחלטת ה-CMAC היתה לא ראויה תחת החוק הסיני.³⁹
- דוגמאות של התנגדויות מוצלחות תחת אפשרות שניה זו בסעיף (d)(1)V כוללות:
- בית משפט לערעורים בשווייץ סירב הכרה ואכיפה של פסק בוררות גרמני, ומצא שהליך הבוררות לא היה בהתאם להסכם הצדדים; הסכם הבוררות קבע בוררות בהמבורג אשר בה "יש ליישב את כל הסכסוכים באותו הליך בוררות". במקום, הבוררות התקיימה בשני שלבים: ראשית בוררות איכות על ידי שני מומחים ולאחר מכן הבוררות עצמה על ידי פאנל של שלושה בוררים;⁴⁰
 - בית משפט לערעורים בטורקיה סירב הכרה ואכיפה של פסק בוררות שוויצרי מכיון שהחוק הפרוצדורלי שהוסכם על ידי הצדדים לא הוחל;⁴¹

38. גרמניה: Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 בספטמבר 1999 (*Claimant v. Defendant*) שנתון בוררות מסחרית XXXI (2006) עמ' 640-651 (גרמניה מס' 84).

39. ארצות הברית: בית המשפט הפדרלי האמריקאי, המחוז הצפוני של פלורידה, Pensacola Division, 29 במרץ 2010 (*Pactrans Air & Sea, Inc. v. China National Chartering Corp., et al.*) שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 526-527 (ארצות הברית מס' 697).

40. שווייץ: Appellationsgericht, Basel-Stadt, 6 בספטמבר 1968, *Corporation X AG, buyer v. Firm Y, seller* שנתון בוררות מסחרית I (1976) עמ' 200 (שווייץ מס' 4).

41. טורקיה: בית משפט לערעורים, 15th Legal Division, 1 בפברואר 1996 (*Osuuskunta METEX Andelslag V.S. v. Türkiye Kurumu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara*) שנתון בוררות מסחרית XXII (1997) עמ' 807-814 (טורקיה מס' 1).

- בית המשפט העליון האיטלקי אכף פסק בוררות שניתן בשטוקהולם, אבל לא פסק בוררות שניתן בבינג'ינג בנוגע לאותה מחלוקת. בית המשפט קבע כי פסק הבוררות מביג'ינג היה מנוגד להסכם הצדדים אשר קבע רק בוררות אחת, בשטוקהולם או בביג'ינג, בהתאם למי מהצדדים התחיל את הבוררות ראשון.⁴²

5.IV. עילה 5: פסק הבוררות אינו מחייב, מבוטל או מושעה (סעיף (e)1V)

"פסק הבוררות עדיין לא מחייב את הצדדים, בוטל או הושעה על ידי רשות מוסמכת במדינה שבה, או שתחת החוקים שלה, ניתן פסק הבוררות." סעיף (e)1V מאפשר סירוב הכרה ואכיפה של פסק בוררות אם המשיב מוכיח כי הפסק:

- עדיין לא "מחייב" את הצדדים, או
- בוטל או הושעה על ידי רשות מוסמכת במדינה שבה, או שתחת החוקים שלה, ניתן פסק הבוררות.

1.5.IV. פסק הבוררות עדיין לא מחייב

המנסחים של אמנת ניו יורק השתמשו במילה "מחייב" בהקשר זה במקום במילה "סופי" (אשר בה נעשה שימוש בהקשר מקביל באמנת ג'נבה משנת 1927 בדבר ההוצאה לפועל של פסקי בוררות חוץ).⁴³ השימוש במילה "מחייב" היה מיועד להבהיר שצד רשאי לבקש הכרה ואכיפה של פסק בוררות ברגע שזה ניתן על ידי מותב הבוררות. זה אומר שצד זה לא מחוייב להשיג *exequatur* או רשות לעשות זאת מבית המשפט של המדינה שבה, או שתחת החוקים שלה, ניתן פסק הבוררות (דבר הידוע כ- *exequatur* כפול), כפי שנדרש תחת אמנת ג'נבה מ-1927. העובדה שלא נדרש *exequatur* כפול תחת האמנה מוכר אוניברסלית על ידי בתי משפט ופרשנים.

אולם, בתי משפט חלוקים לגבי איך להחליט על הרגע שבו ניתן להחשיב פסק בוררות כ"מחייב" במשמעות סעיף (e)1V. חלק מבתי המשפט חושבים כי יש להחליט על רגע זה

42. איטליה: Corte di Cassazione, 7 בפברואר 2001, מס' 1732 (Tema Frugoli).
43. אמנת ג'נבה בדבר ההוצאה לפועל של פסקי בוררות חוץ, נחתמה בג'נבה ב-26 בספטמבר 1927.
SpA, in liquidation v. Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd. שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 390-396 (איטליה מס' 170).

43. אמנת ג'נבה בדבר ההוצאה לפועל של פסקי בוררות חוץ, נחתמה בג'נבה ב-26 בספטמבר 1927.

תחת החוק של המדינה שבה פסק הבוררות ניתן.⁴⁴ בתי משפט אחרים מחליטים בשאלה זו עצמאית מהחוק החל על פסק הבוררות ומוצאים כי פסקי בוררות זרים מחייבים את הצדדים כאשר פנייה לסעד רגיל לא, או כבר לא, זמינה להם.⁴⁵ זה אומר שפסק הבוררות כבר לא פתוח לערעור מהותי בפני ערכאת ערעור בבוררות או בפני בית משפט. בהקשר זה, בתי משפט לעיתים נסמכים על הסכם הצדדים. אם הצדדים בחרו לנהל את הבוררות תחת החוקים של ה-International Chamber of Commerce, לדוגמא, חוקי הבוררות של ה-ICC קובעים בסעיף 28(6) ש"כל פסק בוררות יחייב את הצדדים".

2.5.IV. פסק הבוררות מבוטל או מושעה

(i) פסק הבוררות מבוטל (*set aside*)

בהתאם למקום השיפוט, הליך זה יכול להיקרא גם "vacatur" או "annulment". בתי המשפט אשר להם סמכות שיפוט לבטל את פסק הבוררות הם רק בתי המשפט של המדינה שבה פסק הבוררות ניתן או הוחלט שבה הפסק ניתן, כלומר, במקום מושב הבוררות (ראה פרק I ב-III.1.1). בתי משפט אלה מתוארים כבעלי סמכות "פיקוח" או סמכות "ראשונית" לגבי פסק הבוררות. מנגד, בתי המשפט שבפניהם מתבקשת הכרה ואכיפה של פסק הבוררות מתוארים כבעלי סמכות "אכיפה" או סמכות "משנית" לגבי פסק הבוררות, המוגבלת להחלטה האם העילות לסירוב הכרה ואכיפה תחת האמנה מתקיימות. על מנת שההתנגדות לביטול פסק הבוררות תצליח, במדינות רבות פסק הבוררות היה חייב להיות מבוטל סופית על ידי בית המשפט בעל סמכות ראשונית. בקשה לביטול פסק הבוררות לא מספיקה. זה מונע מהצד המפסיד מלעכב אכיפה על ידי התחלת הליכי ביטול. מצב שבו נעשתה בקשה לביטול או השעייה של פסק הבוררות נופל תחת סעיף VI, אשר קובע כי במקרה שכזה בית המשפט האוכף ראוי לדחות את ההחלטה על האכיפה של פסק הבוררות אם הוא סבור כי נכון לעשות זאת. אולם, על הבקשה להיעשות לבית המשפט בעל הסמכות המצויין בסעיף V(1)(e), כלומר, בית המשפט בעל הסמכות הראשונית.

44. ראה, לדוגמא, צרפת: Tribunal de Grande Instance, Strasbourg, 9 באוקטובר 1970 (*Animalfeeds International Corp. v. S.A.A. Becker & Cie*) שנתון בוררות מסחרית II (1977) עמ' 244 (צרפת מס' 2).

45. ראה, לדוגמא, שווייץ: Tribunal Fédéral, First Civil Chamber, 9 בדצמבר 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*) שנתון בוררות מסחרית XXXIV (2009) עמ' 816-810 (שווייץ מס' 40).

(ii) השלכות ביטול

למרות שפסק בוררות בוטל במדינה שבה, או שתחת החוקים שלה, הפסק ניתן, בית משפט במדינה אחרת עדיין רשאי להעניק הכרה ואכיפה מחוץ למשטר אמנת ניו יורק. צרפת היא הדוגמא הידועה ביותר למדינה שמצהירה על פסק בוררות כאכיף למרות העובדה שהוא בוטל במדינת המקור. צרפת עושה זאת לא על בסיס אמנת ניו יורק, אלא על בסיס חוק צרפתי, על ידי פרישה מאמנת ניו יורק דרך סעיף VII(1), סעיף הזכות-העדיפה-יותר. סעיף זה מתיר לבתי משפט להחיל משטר אכיפה אשר הינו עדיף יותר לאכיפה מאשר אמנת ניו יורק, כלומר, אשר יכול להוביל להכרה ואכיפה כאשר האמנה לא היתה מובילה לכך (ראה פרק I ב-V.1).

(iii) פסק בוררות "מושעה"

סעיף V(1)(e) גם קובע שניתן לסרב אכיפה של פסק בוררות אם הצד שנגדו מופעל פסק הבוררות מוכיח כי הפסק "הושעה" על ידי בית משפט במדינה שבה, או שתחת החוקים שלה, ניתן פסק הבוררות. כפי שצויין לעיל בפסקה זו IV.5.2. ב-i), סעיף VI של האמנה קובע שבית משפט רשאי לדחות את החלטתו לגבי אכיפה אם המשיב הגיש בקשה להשעיית פסק הבוררות במדינת המקור.

ה"השעייה" של פסק בוררות לא מוגדרת באמנה. באופן כללי, בתי משפט פירשו מושג זה כמתייחס להשעייה של אכיפת פסק הבוררות על ידי בית משפט (ולפיכך לא כתוצאה מהחוק, לדוגמא במהלך הליכי ביטול) במדינת המקור.

V. עילות לסיורב המועלות על ידי בית המשפט *ex officio* (סעיף V(2))

סעיף V(2) של האמנה קובע:

"ניתן לסרב הכרה ואכיפה של פסק בוררות גם אם הסמכות הרלוונטית במדינה שבה מתבקשת הכרה ואכיפה מוצאת כי:

(a) נושא המחלוקת לא בריר תחת החוק של אותה המדינה; או

(b) ההכרה והאכיפה של פסק הבוררות יהיה מנוגד לתקנת הציבור של אותה המדינה."

העילות בסעיף V(2) מגינות על האינטרסים הציבוריים של המדינה שבה מתבקשת אכיפה, ולפיכך בית המשפט רשאי להסתמך עליהם *ex officio*, בעקבות בקשה אשר נעשתה להכרה ואכיפה של פסק בוררות. בדרך כלל, הצד המתנגד להכרה ואכיפה גם מפעיל עילות אלו כאשר הוא מאמין כי הן רלוונטיות.

1.V. עילה 6: לא בריר (סעיף V(2)(a))

לסיכום, עילת ה"לא בריר" לסירוב תחת סעיף V(2)(d) זמינה כאשר המחלוקת מערבת נושא השמור לבתי המשפט.

לדוגמא, מקרים פלייליים ברורים הם לא ברירים; באופן דומה, מקרים השמורים אך ורק לבתי משפט של מדינה הם לא ברירים, כולל:

- גירושין;
- משמורת של ילדים;
- הסדרי רכוש;
- צוואות;
- פשיטת רגל; ו-
- פירוק חברות.

המגמה המודרנית היא לכיוון קטגוריה צרה יותר של מחלוקות השמורות רק לסמכות בתי משפט, כתוצאה ממספר גורמים, כולל המגמה לכיוון הורדת עלויות, פתיחות גדולה יותר של בתי משפט רבים לכבד את הסכם הצדדים על בוררות והתמיכה של חוקים מקומיים בבוררות בינלאומית. בהקשר זה יש לציין גם של"לא בריר" יש משמעות שונה בהקשר בינלאומי ומקומי (ראה פרק זה להלן ב-V.2 לגבי ההבחנה בין תקנת ציבור בינלאומית ומקומית). (ראה גם פרק II ב-IV.1 על נושאים "שניתן ליישב בבוררות").

האם נושא של בוררות הוא לא בריר היא שאלה שיש ליישב תחת החוק של המדינה שבה מתבקשת הכרה ואכיפה. אי הברירות צריכה לעסוק בחלק המהותי של הטענה ולא בחלק משני.

- מספר מועט של מקרים בהם סורבה אכיפה תחת סעיף V(2)(a) דווחו. אלה כוללים:
- החלטה של בית המשפט העליון הבלגי אשר סירב אכיפה של פסק בוררות מכיוון שעסק בסיום הסכם הפצה בלעדית נושא שהיה לא בריר תחת חוק בלגי מכיוון שלבתי המשפט הבלגיים ניתנה הסמכות הבלעדית תחת חוק ספציפי הקשור במפיצים⁴⁶;
 - החלטה של בית המשפט המסחרי הפדרלי במחוז מוסקבה מצא כי פסק בוררות סלובקי הוא לא אכיף מכיוון שהוא ניתן לאחר שהמשיב הרוסי הוכרז כפושט רגל על ידי בית משפט מסחרי. תחת חוקי פשיטת הרגל של הפדרציה הרוסית, לבתי משפט מסחריים יש סמכות שיפוט בלעדית לגבי החלטות על הסכום והאופי של טענות פושט רגל כנגד בעל חוב. בית

46. בלגיה: Cour de Cassation, First Chamber, 28 ביוני 1979 (Audi-NSU).
 Union AG v. SA Adelin Petit & Cie (1980) V שנתון בוררות מסחרית (1980) עמ' 257-259 (בלגיה מס' 2).

המשפט למעשה ניסח את החלטתו תחת סעיף V(2)(b) של האמנה כיוון שברירות יכולה להיחשב כשייכת לתקנת ציבור.⁴⁷

2.V. עילה 7: מנוגד לתקנת ציבור (סעיף V(2)(b))

סעיף V(2)(b) מתיר לבית משפט שבו מתבקשת הכרה ואכיפה לסרב לעשות זאת אם זה יהיה "מנוגד לתקנת הציבור של אותה מדינה".

אולם, סעיף V(2)(b) לא מגדיר מה משמעות "תקנת ציבור". הוא גם לא קובע האם יש להחיל עקרונות מקומיים של תקנת ציבור, או עקרונות של תקנת ציבור המבוססים על המושג הבינלאומי של תקנת ציבור, לבקשת הכרה ואכיפה תחת אמנת ניו יורק. המושג הבינלאומי של תקנת ציבור באופן כללי הינו צר יותר ממושג תקנת הציבור המקומי. כפי שצויין בפרק זה לעיל ב-V.1, הבחנה זו חלה גם על השאלה האם ניתן ליישב עניין בבוררות.

רוב בתי המשפט המקומיים אימצו את הסטנדרט הצר של תקנת ציבור בינלאומית, ומחילים נורמות מהותיות ממקורות בינלאומיים.

ההמלצות של האגודה למשפט בינלאומי (International Law Association) מ-2002 ("ההמלצות ה-ILA") לגבי "תקנת ציבור" נחשבות יותר ויותר כמשקפות שיטות עבודה בינלאומיות מומלצות.⁴⁸

בין ההמלצות הכלליות של ה-ILA היא ההמלצה ש"יש לכבד" את סופיות פסקי בוררות ב"בוררות מסחרית בינלאומית פרט לנסיבות יוצאות דופן" (סעיף I(a) של החלק הכללי) ושנסיבות יוצאות דופן אלה "יכולות להתקיים במיוחד אם הכרה ואכיפה של פסקי בוררות בינלאומיים יהיו מנוגדות לתקנת ציבור בינלאומית" (סעיף I(b) של החלק הכללי).

סעיף I(d) של המלצות ה-ILA קובע שהשימוש בביטוי "תקנת ציבור בינלאומית" מיועד לקביעת גוף העקרונות והחוקים המוכרים על ידי מדינה אשר, מטבעם, עלולים לאסור את ההכרה והאכיפה של פסק בוררות שניתן בהקשר של בוררות מסחרית בינלאומית כאשר הכרה ואכיפה של פסק זה מצריכה את הפרתם בגלל ההליך אשר תחתיו הוא ניתן (תקנת ציבור בינלאומית פרודורלית) או תוכנו (תקנת ציבור בינלאומית מהותית).

47. פדרציה רוסית: בית המשפט המסחרי הפדרלי, מחוז מוסקבה, I בנובמבר 2004 (AO Slovenska Konsolidachna, A.S. v. KB SR Yakimanka) שנתון בוררות מסחרית XXXIII (2008) עמ' 654-657 (פדרציה רוסית מס' 15).
48. נמצא ב- <www.ila-hq.org/download/cfm/docid/032880D5-46CE--4CB0-912A0B91832E11AF>

- המלצות ה-ILA קובעות (בסעיף 1(d)) שתקנת ציבור בינלאומית של כל מדינה כוללת:
 (i) עקרונות בסיסיים, הנוגעים לצדק או מוסריות עליהם המדינה מעוניינת להגן גם כאשר היא לא מעורבת ישירות;
 (ii) חוקים המיועדים לשרת את האינטרסים הפוליטיים, החברתיים או הכלכליים החיוניים של המדינה, הידועים כ"lois de police" או "חוקי תקנת ציבור"; ו-
 (iii) החובה של המדינה לכבד את התחייבויותיה לגבי מדינות אחרות או ארגונים בינלאומיים.

1.2.V. דוגמאות של הכרה ואכיפה

במקרה גרמני בפני בית המשפט לערעורים בסלה, המוכר ביקש לאכוף פסק בוררות של ה-International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC).⁴⁹ הקונה טען כי להרשות אכיפה יפר תקנת ציבור מכיוון שהיו חריגות פרוצדורליות בהליכי הבוררות או מכיוון שפסק הבוררות נתן תוקף לקנס חוזי גבוה ולא מידתי. בית המשפט דחה את טענות הקונה ומצא כי:

"במקרה הספציפי של פסקי בוררות זרים, החריגה בבוררות הזרה מחוקים מחייבים של הליכים מקומיים היא לא [אוטומטית] הפרה של תקנת ציבור. אלא, חייבת להיות הפרה של תקנת ציבור בינלאומית. לפיכך, ההכרה בפסקי בוררות זרים בדרך כלל כפופה למשטר פחות קפדני מ[ההכרה של] החלטות בוררות מקומיות. הסוגיה אינה האם שופט גרמני היה מגיע לתוצאה שונה המבוססת על חוק גרמני מחייב. אלא, ישנה הפרה של תקנת ציבור בינלאומית רק כאשר התוצאות של החלת חוק זר במקרה קונקרטי היא כל כך מנוגדת לתנאים גרמנים שהיא אינה מקובלת תחת עקרונות גרמנים. זה לא המקרה כאן."
 במקרה הצפתי *SNF v. Cytec*, SNF התקשרה לרכוש חומר כימי מ-Cytec תחת שני חוזים נפרדים.⁵⁰ החוזה השני קבע כי Cytec יהיה הספק הבלעדי. מותב הבוררות מצא כי החוזה השני הפר את חוק התחרות של ה-EC והחליט לטובת Cytec. בפני ה-*Cour de Cassation*, SNF טענה שעל בית המשפט לסרב אכיפה של פסק בוררות אשר היה מבוסס על חוזה המרסן תחרות ולכן מנוגד לחוק של ה-EC ולתקנת הציבור. בית המשפט מצא כי היכן

49. גרמניה: Oberlandesgericht, Celle, 6 באוקטובר 2005 (*Seller v. Buyer*). שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 322-327 (גרמניה מס' 99).

50. צרפת: Cour de Cassation, First Civil Chamber, 4 ביוני 2008 (*SNF v. Cytec Industries BV*). שנתון בוררות מסחרית XXXIII (2008) עמ' 489-494 (צרפת מס' 47).

(כפי שבמקרה זה) שהסוגיה היא תקנת ציבור בינלאומית, בתי המשפט יתערבו על מנת למנוע אכיפה רק במקרה של הפרה של תקנת ציבור בינלאומית "שערוריתית, אפקטיבית וקונקרטית". העובדה כי הנימוק המשפטי שביסודו של פסק בוררות או ההתנהלות של מותב הבוררות פגומה בצורה כלשהי לא מפרה את תקנת הציבור כל עוד שפגם זה לא משפיע על התפיסות הבסיסיות של מוסריות וצדק של מערכת המשפט שבה מתבקשת אכיפה, כלומר, לא מפרה את תקנת הציבור הבינלאומית. לדוגמא, ערכאת הערעור העליונה בהונג קונג מצאה שההחלטה של מפקח בהיעדר המשיב לא היוותה עילה לסירוב אכיפה מכיוון שנאמר למשיב שהיא נעשתה והוא לא ביקש בדיקה מחודשת בנוכחות נציגיו.⁵¹

דוגמאות נוספות של הכרה ואכיפה למרות הפרה לכאורה של תקנת ציבור הן:

- היעדר אמצעים כלכליים: בית המשפט העליון הפורטוגזי דחה את הטענה שהיתה הפרה של תקנת ציבור מכיוון שהמשיב הפורטוגזי לא השתתף בבוררות בהולנד כתוצאה מהיעדר אמצעים כלכליים;⁵²
- היעדר אויבטיביות של הבוררים: בתי משפט מוצאים כי "מראה של הטיה" לא מספיק; היתה חייבת להיות "הטיה בפועל", כלומר, הבורר היה חייב להתנהג בצורה משוחדת;⁵³
- היעדר נימוקים בפסק הבוררות: בתי משפט של מדינות שבהן נימוקים בפסקים הם הכרחיים באופן כללי מסכימים לאכוף בוררות שלא מכילים נימוקים, אבל נעשו במדינות שבהן פסקים שאלה הם תקפים.⁵⁴

51. הונג קונג: Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region (*Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*) 9 בפברואר 1999, עמ' 652-677 (1999) XXIV מסחרית בוררות (הונג קונג מס' 15).

52. פורטוגל: Supremo Tribunal de Justicia, 9 באוקטובר 2003 (*A v. B. & Cia. Ltda., et al.*) שנתון בוררות מסחרית XXXII (2007) עמ' 474-479 (פורטוגל מס' 1).

53. ראה, לדוגמא, גרמניה: Oberlandesgericht, Stuttgart, 18 באוקטובר 1999 ו- Bundesgerichtshof, 1 בפברואר 2001 (*Dutch Shipowner v. German Cattle and Meat Dealer*) שנתון בוררות מסחרית XXIX (2004) עמ' 700-714 (גרמניה מס' 60); ארצות הברית: בית המשפט המחוזי האמריקאי, המחוז הדרומי של ניו יורק, 27 ביוני 2003 ובית המשפט

לערעורים האמריקאי, Second Circuit, 3 באוגוסט 2004 (*Lucent Technologies Inc., et al v. Tatung Co.*) שנתון בוררות מסחרית XXX (2005) עמ' 747-761 (ארצות הברית מס' 483).

54. ראה, לדוגמא, גרמניה: Oberlandesgericht Düsseldorf, 15 בדצמבר 2009 (*Seller v. German Buyer*) שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ' 386-388 (גרמניה מס' 135).

2.2.V. דוגמאות של סירוב הכרה ואכיפה

דוגמאות של סירוב הכרה ואכיפה תחת סעיף V(2)(b) הן:

- בית המשפט לערעורים בבווריה סירב הכרה ואכיפה של פסק בוררות רוסי על בסיס תקנת ציבור מכיוון שהפסק ניתן לאחר שהצדדים הגיעו להסדר, אשר הוסתר מהבוררים⁵⁵;
- בית המשפט המסחרי הפדרלי במחוז טומסק של הפדרציה הרוסית סירב אכיפה של פסק בוררות ICC שניתן בצרפת ומצא שהסכמי ההלוואה שלגביהם הפסק ניתן היו הסדרים לא חוקיים בין חברות של אותה קבוצה ושהמחלוקת היתה מדומה.⁵⁶

.VI מסקנה

סקירה זו של העילות הבלעדיות לסירוב בקשה להכרה ואכיפה של פסק בוררות והעקרונות לפיהם יש לפרש עילות אלו משקפת את האופי בעד-אכיפה של האמנה אשר על בתי המשפט לכבד ולהחיל.

55. גרמניה: Bayerisches Oberstes Landesgericht, 20 בנובמבר 2003 (Seller v. Buyer).

56. (v. Buyer) שנתון בוררות מסחרית XXIX (2004) עמ' 775-771 (גרמניה מס' 71).

56. הפדרציה הרוסית: בית המשפט המסחרי הפדרלי, מחוז טומסק, 7 ביולי 2010

(Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomsneft VNK) שנתון בוררות מסחרית XXXV (2010) עמ'

437-435 (הפדרציה הרוסית מס' 28).

נספחים

תוכן עיניים

נספח I – אמנת ניו יורק, 1958

נספח II – החוק לדוגמא ביחס לבוררות של UNCITRAL

נספח III – המלצת UNCITRAL 2006

נספח IV – מקורות באינטרנט

I נספח

אמנת ניו-יורק 1958

אמנת האומות המאוחדות בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, ניו יורק, 10
ביוני 1958

סעיף 1

1. אמנה זו תחול לגבי הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות שניתנו שלא בשטחה של המדינה שבה מבוקשים הכרתם ואכיפתם, ושמוקדם בסכסוכים בין בני-אדם, אחד בני-אדם פסיים ואחד אישיות משפטית. כמו כן תחול על פסקי בוררות שאינם נחשבים כפסקי-פנים במדינה שבה מבוקשת הכרתם ואכיפתם.
2. "פסקי בוררות" משמעותו לא בלבד פסקים שניתנו על ידי בוררים שנתמנו לעניין מיוחד אלא גם פסקים שניתנו על-ידי גופי-קבע של בוררות שבעלי הדין קיבלו עליהם את בוררותם.
3. עם החתימה על אמנה זו או עם אישורה או ההצטרפות אליה, או עם מסירת הודעה על הרחת תחולתה לפי סעיף 10 להלן, רשאית כל מדינה, על יסוד הדדיות, להצהיר שהיא תחיל את האמנה על הכרתם ואכיפתם של אותם פסקים בלבד שניתנו בשטחה של מדינה

נספח I

מתקשרת אחרת. היא גם רשאית להצהיר שלא תחיל את האמנה אלא על סכסוכים המתעוררים מיחסים משפטיים, חוזיים או לא-חוזיים, הנחשבים כמסחריים לפי דיני המדינה המוסרת את ההצהרה.

סעיף 2

1. כל מדינה מתקשרת תכיר בהסכם בכתב שלפיו מתחייבים בעלי הדין למסור לבוררות את סכסוכיהם, כולם או מקצתם, שנתעוררו או עתידים להתעורר לגבי יחס משפטי מוגדר, בין חוזי ובין לא-חוזי, הנוגע בעניין שניתן ליישבו בדרך בוררות.
2. "הסכם בכתב" כולל גם סעיף בוררות בחוזה, או הסכם בוררות, שנחתמו על ידי בעלי הדין או הכלולים בחליפת מכתבים או טלגרמות.
3. בית המשפט של מדינה מתקשרת, שעה שהובאה לפניו תובענה על עניין שלגביו עשו בעלי הדין הסכם במשמעות סעיף זה, יפנה את בעלי הדין לבוררות, לפי בקשת אחד מהם, זולת אם הוא מוצא שההסכם האמור בטל ומבוטל, או משולל כוח פעולה או אינו בר-ביצוע.

סעיף 3

כל מדינה מתקשרת תכיר בפסקי בוררות כמחייבים ותאכוף אותם בהתאם לסדי הדין של הארץ שבה מסתמכים על הפסק, לפי התנאים הקבועים בסעיפים הבאים. על הכרתם או אכיפתם של פסקי בוררות שאמנה זו חלה עליהם לא יוטלו תנאים קשים יותר במידה ניכרת, או אגרות או היטלים גבוהים יותר, מאלה המוטלים על הכרתם או אכיפתם של פסקי בוררות פנימיים.

סעיף 4

1. כדי להשיג את ההכרה והאכיפה הנזכרות בסעיף הקודם, על בעל הדין המבקש אותן להמציא עם בקשתו:
 - (א) הפסק המקורי, כשהוא מאומת כדין, או העתק ממנו מאושר כדין;
 - (ב) ההסכם המקורי הנזכר בסעיף 2 או העתק הימנו מאושר כדין.
2. היה הפסק האמור או ההסכם האמור ערוך שלא בשפה הרשמית של הארץ שבה מסתמכים על הפסק, על בעל הדין המבקש את הכרתו ואכיפתו של הפסק להמציא תרגום של מסמכים

אלה לאותה שפה. על התרגום להיות מאושר על ידי מתרגם רשמי או מתרגם מושבע או על ידי סוכן דיפלומטי או קונסולארי.

סעיף 5

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 הנזכר 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 את טענותיו; או
 - (ג) שהפסק מתייחס לסכסוך שלא נתכוון לו שטר הבוררין או שלא נכלל בהוראותיו של שטר הבוררין או שהפסק מכיל החלטות בענינים שמחוץ לתחומו של שטר הבוררין; ואולם אם ההחלטות בענינים שנמסרו לבוררות ניתן להפרידן מאותן שניתנו בענינים שלא נמסרו לבוררות, מותר להכיר ולאכוף אותו חלק של הפסק המכיל החלטות בענינים שנמסרו לבוררות; או
 - (ד) שהרכבה של הרשות הבוררת או סדרי הבוררות לא היו בהתאם להסכם בין בעלי הדין או, בהעדר 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.

סעיף 6

הוגשה לרשות המוסמכת המזכרת בס' 5(ה) בקשה לבטל או להתלות את הפסק, רשאית הרשות המתבקשת להסתמך על הפסק, אם ישר הדבר בעיניה, לדחות את ההחלטה בדבר אכיפת

נספח I

הפסק, והיא גם רשאית, לפי בקשת בעל הדין התובע את אכיפת הפסק, לצוות על בעל הדין השני ליתן ערובה מתאימה.

סעיף 7

1. הוראות אמנה זו לא יפגעו בתקפם של הסכמים רב-צדדיים או דו-צדדיים בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות שנעשו בין המדינות המתקשרות ולא ישללו משום צד מעוניין כל זכות שקיימת בידו להשתמש בפסק בוררות בדרך ובמידה המותרות לפי דיניה או הסכמיה של הארץ המתבקשת להסתמך על פסק זה.
2. פרוטוקול ג'נבה בדבר סעיפי בוררות משנת 1923 ואמנת ג'נבה בדבר הוצאה לפועל של פסקי בוררות חוץ משנת 1927 יחדל להיות להם תוקף בין המדינות המתקשרות משעה שיהיו קשורות, ובמידה שיהיו קשורות, באמנה זו.

סעיף 8

1. אמנה זו תעמוד עד 31 בדצמבר 1958 לחתימה בשם כל מדינה שהיא חברה באו"ם וגם בשל כל מדינה אחרת שהיא עכשיו חברה או שתהיה להבא חברה, באחד ממסדותיו המיוחדים של האו"ם, או שהיא עכשיו צד, או שתהיה להבא צד, לחוקת בית הדין הבינלאומי, או בשם כל מדינה אחרת שנשלחה אליה הזמנה מטעם עצרת האו"ם.
2. אמנה זו תאושרר, וכתב האישרור יופקד אצל המזכיר הכללי של האו"ם.

סעיף 9

1. אמנה זו תעמוד להצטרפות מצד כל המדינות המזכרות בסעיף 8.
2. ההצטרפות תבוצע על ידי הפקדת כתב הצטרפות אצל המזכיר הכללי של האו"ם.

סעיף 10

1. כל מדינה רשאית, בשעת החתימה, האישור או הצטרפות, להצהיר שאמנה זו תורחב תחולתה על שטחי הארצות, כולם או קצתם, שהיא אחראית ליחסיהם הבינלאומיים. הצהרה כזאת תהיה לבת-פועל בשעה שהאמנה תיכנס לתקפה לגבי המדינה הנוגעת בדבר.
2. בכל זמן שלאחר מכן תבוצע הרחבת תחולה כזאת על ידי מסירת הודעה למזכיר הכללי של האו"ם והיא תהיה לבת-פועל החל מן היום התשעים אחרי היום בו קיבל המזכיר הכללי של האו"ם את ההודעה הזאת, או החל מתאריך כניסת האמנה לתקפה לגבי המדינה הנוגעת בדבר, הכל לפי התאריך המאוחר יותר.
3. אשר לאותם שטחי ארץ שעליהם לא הורחבה תחולת אמנה זו בשעת החתימה, האישור או ההצטרפות, תעין כל מדינה מעוניינת בדבר האפשרות לנקוט בצעדים הדרושים על מנת להרחיב את תחולתה של אמנה זו לגבי אותם שטחי ארץ בכפוף להסכמת ממשלותיהם של אותם שטחי ארץ, מקום שדרושה הסכמה כזו מטעמים חוקתיים.

סעיף 11

- אשר למדינה הפדראלית או מדינה לא-אחידה, יחולו ההוראות הבאות:
- (א) לגבי אותם סעיפי האמנה הבאים בתחום השיפוט התחיקתי של הרשות הפדראלית, יהיו התחייבויותיה של הממשלה הפדראלית, עד למידה זו, כהתחייבויותיהן של אותן מדינות מתקשרות שאינן מדינות פדראליות;
 - (ב) לגבי אותם סעיפי האמנה הבאים בתחום השיפוט התחיקתי של המדינות או הפרובינציות המהוות את הפדראציה ואשר לפי שיטת החוקה של הפדראציה אינן מחויבות לנקוט בפעולת חקיקה, תביא הממשלה הפדראלית סעיפים אלה בהקדם האפשרי לידיעת רשויותיהן הנאותות של המדינות או הפרובינציות המהוות את הפדראציה, בצירוף המלצה חיובית;
 - (ג) מדינה פדראלית שהיא צד לאמנה זו תמציא, לפי בקשת כל מדינה מתקשרת אחרת שהועברה אליה על ידי המזכיר הכללי של האו"ם, הודעה בדבר הדין והנוהג הקיימים בפדראציה וביחידות המהוות אותה ביחס לאיזו הוראה מיוחדת של אמנה זו, תוך ציון המידה שבה ניתן תוקף לאותה הוראה על ידי פעולת חקיקה או פעולה אחרת.

נספח I

סעיף 12

1. אמנה זו תיכנס לתקפה ביום התשים שלאחר יום הפקדת כתב האשרור או כתב ההצטרפות השלישי.
2. לגבי כל מדינה המאשררת אמנה זו או מצטרפת אליה אחרי הפקדת כתב האשרור או כתב ההצטרפות השלישי, תיכנס אמנה זו לתקפה ביום התשעים שלאחר התאריך בו הפקידה אותה מדינה את כתב אישורה או כתב הצטרפותה.

סעיף 13

1. כל מדינה מתקשרת רשאית להסתלק בכל זמן מאמנה זו על ידי הודעה בכתב אל המזכיר הכללי של האו"ם. ההסתלקות תהיה לבת-פועל כעבור שנה אחת מהתאריך בו נתקבלה ההודעה על ידי המזכיר הכללי.
2. כל מדינה שמסרה הצהרה או הודעה לפי סעיף 10 רשאית להצהיר, בכל זמן שלאחר מכן, בהודעה אל המזכיר הכללי של האו"ם, שאמנה זו תחדל לחול על שטח הארץ הנוגע בדבר כעבור שנה אחת מתאריך קבלת ההודעה על ידי המזכיר הכללי.
3. אמנה זו תוסיף לחול על פסקי בוררות שלגביהם התחילו הליכי ההכרה והאכיפה לפני שההסתלקות נעשתה לבת-פועל.

סעיף 14

מדינה מתקשרת לא תהיה זכאית להשתמש באמנה זו נגד מדינה מתקשרת אחרת אלא במידה שהיא עצמה נתחייבה להחיל את האמנה.

סעיף 15

- המזכיר הכללי של האו"ם יודיע למדינות הנידונות בסעיף 8 את הפרטים הבאים:
- (א) חתימות ואישורים בהתאם לסעיף 8;
 - (ב) הצטרפות בהתאם לסעיף 9;
 - (ג) הצהרות והודעות לפי סעיפים 1, 10 ו-11;

אמנת ניו יורק 1958

- (ד) התאריך בו נכנסת אמנה זו לתקפה בהתאם לסעיף 12;
(ה) הסתלקויות והודעות בהתאם לסעיף 13.

סעיף 16

1. אמנה זו שנוסחיה הסיני, האנגלי, הצרפתי, הרוסי והספרדי דין מקור להם במידה שווה, תופקד בארכיון האו"ם.
 2. המזכיר הכללי של האו"ם יעביר העתק מאושר של אמנה זו למדינות הנידונות בסעיף 8.
- רשימה מעודכנת של המדינות המתקשרות ניתן למצוא באתר האמנות של האומות המאוחדות
<<http://treaties.un.org>>

II נספח

The UNCITRAL Model Law on Arbitration

1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 1. Scope of application¹

(1) This Law applies to international commercial² arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

(2) The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.

(Article 1(2) has been amended by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

-
1. Article headings are for reference purposes only and are not to be used for purposes of interpretation.
 2. The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

(3) An arbitration is international if:

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

(4) For the purposes of paragraph (3) of this article:

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement;

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

(5) This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.

Article 2. Definitions and rules of interpretation

For the purposes of this Law:

- (a) "arbitration" means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;
- (b) "arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;
- (c) "court" means a body or organ of the judicial system of a State;
- (d) where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;
- (e) where a provision of this Law refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties, such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;
- (f) where a provision of this Law, other than in articles 25(a) and 32(2)(a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counterclaim.

Article 2 A. International origin and general principles

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

- (1) In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.
- (2) Questions concerning matters governed by this Law which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which this Law is based.

Article 3. Receipt of written communications

(1) Unless otherwise agreed by the parties:

(a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;

(b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4. Waiver of right to object

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5. Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

Article 6. Court or other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by ... [Each State enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.]

CHAPTER II. ARBITRATION AGREEMENT

Option I

*Article 7. Definition and form of arbitration agreement
(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)*

(1) “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing.

(3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

(4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is

accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

(5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

Option II

Article 7. Definition of arbitration agreement

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

“Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the

agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9. Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III. COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10. Number of arbitrators

- (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.
- (2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11. Appointment of arbitrators

- (1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.
- (2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.
- (3) Failing such agreement,

(a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

(a) a party fails to act as required under such procedure, or

(b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure, any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall

take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12. Grounds for challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13. Challenge procedure

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14. Failure or impossibility to act

(1) If an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

(2) If, under this article or article 13(2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12(2).

Article 15. Appointment of substitute arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV. JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

CHAPTER IV A. INTERIM MEASURES AND PRELIMINARY ORDERS

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

Section 1. Interim measures

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

(2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:

(a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;

(b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;

(c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or

(d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

Article 17 A. Conditions for granting interim measures

(1) The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:

(a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and

(b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.

(2) With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.

Section 2. Preliminary orders

Article 17 B. Applications for preliminary orders and conditions for granting preliminary orders

(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested.

(2) The arbitral tribunal may grant a preliminary order provided it considers that prior disclosure of the request for the interim measure to the party against whom it is directed risks frustrating the purpose of the measure.

(3) The conditions defined under article 17A apply to any preliminary order, provided that the harm to be assessed under article 17A(1)(a), is the harm likely to result from the order being granted or not.

Article 17 C. Specific regime for preliminary orders

(1) Immediately after the arbitral tribunal has made a determination in respect of an application for a preliminary order, the arbitral tribunal shall give notice to all parties of the request for the interim measure, the application for the preliminary order, the preliminary order, if any, and all other communications, including by indicating the content of any oral communication, between any party and the arbitral tribunal in relation thereto.

(2) At the same time, the arbitral tribunal shall give an opportunity to any party against whom a preliminary order is directed to present its case at the earliest practicable time.

(3) The arbitral tribunal shall decide promptly on any objection to the preliminary order.

(4) A preliminary order shall expire after twenty days from the date on which it was issued by the arbitral tribunal. However, the arbitral tribunal may issue an interim measure adopting or modifying the preliminary order, after the party against whom the preliminary order is directed has been given notice and an opportunity to present its case.

(5) A preliminary order shall be binding on the parties but shall not be subject to enforcement by a court. Such a preliminary order does not constitute an award.

Section 3. Provisions applicable to interim measures and preliminary orders

Article 17 D. Modification, suspension, termination

The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative.

Article 17 E. Provision of security

(1) The arbitral tribunal may require the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure.

(2) The arbitral tribunal shall require the party applying for a preliminary order to provide security in connection with the order unless the arbitral tribunal considers it inappropriate or unnecessary to do so.

Article 17 F. Disclosure

(1) The arbitral tribunal may require any party promptly to disclose any material change in the circumstances on the basis of which the measure was requested or granted.

(2) The party applying for a preliminary order shall disclose to the arbitral tribunal all circumstances that are likely to be relevant to the arbitral tribunal's determination whether to grant or maintain the order, and such obligation shall continue until the party against whom the order has been requested has had an opportunity to present its case. Thereafter, paragraph (1) of this article shall apply.

Article 17 G. Costs and damages

The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.

Section 4. Recognition and enforcement of interim measures

Article 17 H. Recognition and enforcement

(1) An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.

(2) The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure.

(3) The court of the State where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security if the arbitral tribunal has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties.

Article 17 I. Grounds for refusing recognition or enforcement³

(1) Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only:

(a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that:

3. The conditions set forth in article 17 I are intended to limit the number of circumstances in which the court may refuse to enforce an interim measure. It would not be contrary to the level of harmonization sought to be achieved by these model provisions if a State were to adopt fewer circumstances in which enforcement may be refused.

- (i) Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36(1)(a)(i), (ii), (iii) or (iv); or
- (ii) The arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or
- (iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or

(b) If the court finds that:

- (i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or
- (ii) Any of the grounds set forth in article 36(1)(b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.

(2) Any determination made by the court on any ground in paragraph (1) of this article shall be effective only for the purposes of the application to recognize and enforce the interim measure. The court where recognition or enforcement is sought shall not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure.

Section 5. Court-ordered interim measures

Article 17 J. Court-ordered interim measures

A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.

CHAPTER V. CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18. Equal treatment of parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19. Determination of rules of procedure

(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Article 20. Place of arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21. Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22. Language

(1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23. Statements of claim and defence

(1) Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24. Hearings and written proceedings

(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

(3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the

arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25. Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

(a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;

(b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;

(c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26. Expert appointed by arbitral tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal

(a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;

(b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after

delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27. Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29. Decision-making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30. Settlement

(1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

Article 31. Form and contents of award

(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32. Termination of proceedings

(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

(2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when:

(a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;

(b) the parties agree on the termination of the proceedings;

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34(4).

Article 33. Correction and interpretation of award; additional award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

- (a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;
- (b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII. RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law

from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

CHAPTER VIII. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35. Recognition and enforcement

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the original award or a copy thereof. If the award is not made in an official language of this State, the court may request the party to supply a translation thereof into such language.³

(Article 35(2) has been amended by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted

3. The conditions set forth in this paragraph are intended to set maximum standards. It would, thus, not be contrary to the harmonization to be achieved by the model law if a State retained even less onerous conditions.

to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

For further information see the UNCITRAL website at <www.uncitral.org> or contact the UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria Telephone: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813 Internet: <www.uncitral.org>; E-mail: uncitral@uncitral.org

נספח III

המלצת 2006 UNCITRAL

המלצה בנוגע לפירוש סעיף II, פסקה 2, וסעיף VII, פסקה 1, של האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ. ניו יורק, 10 ביוני 1958, אשר אומצה על ידי ועדת האומות המאוחדות למשפט הסחר הבינלאומי ב-7 ביולי 2006.

ועדת האומות המאוחדות למשפט הסחר הבינלאומי;

מוזכרה את החלטה 2205 (XXI) של העצרת הכללית מ-17 בדצמבר 1966, אשר הקימה את ועדת האומות המאוחדות למשפט הסחר הבינלאומי במטרה לקדם את ההרמוניזציה והאיחוד של חוק הסחר הבינלאומי על-ידי, בין השאר, קידום דרכים ואמצעים להבטחת פירוש והחלה אחידים של אמנות בינלאומיות וחוקים אחידים בתחום חוק הסחר הבינלאומי, מודעת לעובדה שמערכות משפטיות, חברתיות וכלכליות שונות בעולם, יחד עם דרגות שונות של התפתחות, מיוצגות בוועדה,

מוזכרה החלטות רציפות של העצרת הכללית המאשרות את המנדט של הוועדה כגוף המשפטי המרכזי במערכת האומות המאוחדות בתחום משפט הסחר הבינלאומי לתאם פעילויות משפטיות בתחום זה,

משוכנעת שהקבלה הרחבה של האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, ניו יורק, 10 ביוני 1958, הינה הישג משמעותי בקידום שלטון החוק, במיוחד בתחום הסחר הבינלאומי,

מוזכרה כי כנס הנציגים המוסמכים אשר הכין ופתח לחתימה את האמנה אימץ החלטה אשר מצהירה, בין השאר, שהכנס "סבור שאחדות גדולה יותר בחוקים מקומיים הנוגעים לבוררות יקדם את האפקטיביות של בוררות ביישוב סכסוכים הנוגעים למשפט פרטי",

וזכרת שקיימות פרשנויות שונות לדרישות הצורה של האמנה אשר נובעות באופן חלקי משימוש בביטויים שונים בחמשת הנוסחים של אמנה, אשר הינם אותנטיים באופן שווה,

מחשיבה את סעיף VII, פסקה 1, של האמנה, אשר אחת ממטרותיו הינה לאפשר ככל הניתן את אכיפתם של פסקי בוררות חוץ, בעיקר על ידי הכרה בזכות של כל צד מעוניין להיעזר בחוק או אמנות של המדינה בה מתבקשת אכיפת הפסק, כולל היכן שחוק או אמנות אלו מציעים משטר עדיף יותר מהאמנה,

בהתחשב בשימוש הנרחב במסחר אלקטרוני,

מחשיבה מסמכים משפטיים בינלאומיים, כגון חוק הדגם לבוררות עסקית בינלאומית 1985 של UNCITRAL Model Law on International (1985) UNCITRAL

(Commercial Arbitration UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, חוק הדגם למסחר אלקטרוני של UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures), חוק הדגם לחתימות אלקטרוניות (UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures), חוק הדגם לחתימות המאוחדות בדבר השימוש בתקשורת אלקטרונית בחוזים בינלאומיים (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts)

מחשיבה כמו כן חקיקה מקומית והחלטות בתי משפט אשר הינם עדיפים יותר מהאמנה בכל הנוגע לדרישות צורה של הסכמי בוררות, הליכי בוררות ואכיפת פסקי בוררות, בהתחשב כי בפירוש האמנה, יש להתייחס לצורך בקידום הכרה ואכיפה של פסקי בוררות, 1. ממליצה כי סעיף II, פסקה 2, של האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, ניו יורק, 10 ביוני 1958, יוחל תוך הכרה בכך שהנסיבות המתוארות בו אינן ממצות;

2. ממליצה כמו כן סעיף VII, פסקה 1, של האמנה בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, ניו יורק, 10 ביוני 1958, יוחל בצורה המתירה לכלל צד מעוניין להסתמך על זכויותיו, תחת חוק או אמנות של המדינה בה מתבקשת אכיפתו של הסכם בוררות, לבקש הכרה בתוקפו של הסכם הבוררות.

למידע נוסף ניתן לבקר באתר של UNCITRAL <www.uncitral.org> או ליצור קשר עם מזכירות UNCITRAL, המרכז הבינלאומי וינה (Vienna International Centre), 1400 Vienna, Austria, P.O. Box 500. טלפון: (+43-1) 26060-4060 טלפקס: (+43-1) 26060-5813 אינטרנט: <www.uncitral.org> ; אימייל: uncitral@uncitral.org.

נספח IV

מקורות באינטרנט

ניתן לערוך חיפוש בהחלטות בתי משפט בנוגע לאמנת ניו יורק באתר ICCA:

www.arbitration-icca.org

השימוש באתר הינו חינם. הוא מכיל רשימה של למעלה מ-1,666 החלטות בתי משפט הנוגעות לאמנה אשר פורסמו משנת 1976 בשנתון לבוררות מסחרית של ICCA (ICCA Yearbook Commercial Arbitration), אשר הינו המוביל בתחום. החלטות ערוכות לפי סעיפי האמנה ולפי נושא. ההחלטות עצמן מפורסמות בכרכי השנתון והן זמינות גם למנויים על מאגר המידע של KluwerArbitration ב- www.kluwerarbitration.com. כל תוכן מאגר המידע ניתן לחיפוש על ידי מגוון כלי חיפוש.

כמו כן ניתן לחפש החלטות הנוגעות לאמנה באינטרנט באתר אמנת ניו יורק של אוניברסיטת מיאמי, ארה"ב:

www.newyorkconvention.org

השימוש באתר הינו חינם. הוא גם מכיל רשימה של החלטות הנוגעות לאמנה אשר פורסמו בשנתון משנת 1976, ערוכות לפי סעיפי האמנה ולפי נושא. כמו כן, האתר מכיל

- את הטקסטים המקוריים של אמנת ניו יורק;
- תרגומים של האמנה למספר שפות;
- פרשנות של פרופסור אלברט יאן ון דן ברג;
- רשימה של מדינות מתקשרות.

הערות

