**מדינת ישראל**

**משרד המשפטים**

‏

 ‏י"ח שבט תשע"ז

 14.2.17

אל: היועץ המשפטי לממשלה

שלום רב,

הנדון**: אישור נוסח אחיד של תניות בוררות בהסכמיBOT עתידיים**

על דעת הגורמים האמונים על הטיפול בתחום ביעוץ וחקיקה ובפרקליטות, אנו פונים אליך בבקשה לאשר נוסח אחיד של תניית בוררות בהסכמי [[1]](#footnote-1)BOT/ PPP[[2]](#footnote-2) (להלן ביחד: "BOT") עתידיים, כמפורט להלן.

1. **רקע:**
2. כידוע, לפי ההודעה (י"פ 143, התשי"א, עמ' 669) שבה הוסמך היועץ המשפטי לממשלה לחתום בשם הממשלה על שטרי בוררין, תוקפה של תניית בוררות מותנה באישורו של היועץ המשפטי לממשלה.
3. בהתאם לכך, אושרו בשנים האחרונות ע"י היועץ המשפטי לממשלה מספר תניות בוררות בהסכמים הנוגעים לפרויקטים המבוצעים בשיטת BOT ודומותיה, שנכללו בהתקשרויות של משרד האוצר עם זכייני הפרויקטים. בין הפרויקטים, ניתן למנות פרויקט להקמה והפעלה של מרכז ההדרכה הארצי למשטרת ישראל, מתקן התפלה באשדוד, כביש 6 במקטעים שונים, תחנת כוח סולאריות באשלים, ועוד.
4. בדיונים שקדמו לאישור תניות הבוררות בהסכמי BOT, עלו שתי גישות שונות: האחת של משרד האוצר והשנייה של משרד המשפטים. גישת משרד האוצר הייתה כי יש צורך בהכללת תניית בוררות בהסכמי ה-BOT מן הטעמים הבאים: מורכבות ההסכם- מבחינה משפטית ומקצועית; תקופת ההסכם הארוכה; צורך ביעילות וקבלת החלטות מהירה, וכן שמירה על מערכת יחסים תקינה לאורך חיי ההסכם; חשש כי הגורמים המממנים, ובפרט גורמים מממנים זרים, לא ירצו לממן את הפרויקטים הללו ללא תניית בוררות, אשר לטענת משרד האוצר מקובלת בהסכמי BOT במדינות אחרות בעולם.
5. לעומת זאת, משרד המשפטים הביע חשש מעמדת משרד האוצר, וסבר כי הכללת תניית בוררות בהסכמים מורכבים ובעלי היקף כספי ניכר כל כך אינו פשוט, מן הטעמים הבאים: התפישה כי בתי המשפט שוקלים שיקולים מערכתיים, ביניהם האינטרס הציבורי והשמירה על הקופה הציבורית, באופן שונה מאשר בורר פרטי; החשיבות שבניהול הליכים אלו בשקיפות; השאלות המשפטיות וההיבטים השלטוניים שעלולים להתעורר אגב סכסוכים בהסכם - בפרט שאלות של השתחררות שלטונית, הבטחה שלטונית, השגה על החלטות מנהליות של רשויות המדינה, ועוד.
6. בהמשך לכך, ועל רקע הגישות השונות בנוגע להיקפן המתאים של תניות בוררות בהסכמי BOT שתוארו לעיל, וכן לאור שיהוי בהבאת תניות אלה לאישור היועץ המשפטי לממשלה ע"י משרד האוצר, התקיים בשנת 2013 דיון אצל גב' אורית סון, המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים) דאז, בהשתתפות נציגי משרד המשפטים ומשרד האוצר (להלן: "הדיון").
7. בדיון זה סוכם על אמות מידה ועקרונות להכללת תניות בוררות בהסכמים מסוג זה. זאת, מבלי לגרוע כמובן מהכלל כי כל תניית בוררות מחייבת אישור פרטני של היועץ המשפטי לממשלה. עקרונות אלה הוסכמו על ידי כל משתתפי הדיון והם משקפים איזון בין היתרונות בהכללת תניית בוררות בהסכמי BOT לחששות מפני העברת הדיון לבוררות. יצוין, כי סיכום הדיון לא הובא בפני היועץ המשפטי לממשלה לאישורו, אך הובאו לאישורו תניות בוררות פרטניות שהתבססו על עקרונותיו של סיכום הדיון.
8. העקרונות המרכזיים שסוכמו בדיון הינם: **מסגרת הסכסוך**- תניית בוררות תתייחס לסכסוך הנוגע לשלב החוזי ולמסגרת החוזית; **שינויים רגולטוריים ('דין מפלה'), הפעלת סמכויות שלטוניות והשתחררות מינהלית-** סכסוך שעניינו תקיפת הפעלת סמכויות שלטוניות וכן סכסוך בנוגע לתקיפת החלטת השתחררות של המדינה מכוח הלכת ההשתחררות יתבררו בבית המשפט ולא בפני בורר. עם זאת, אין מניעה להעביר להכרעת בורר סכסוך בנוגע למנגנון פיצוי שנקבע בחוזה בהתייחס לעניינים האמורים. **תחולת הדין המהותי**- תניית הבוררות תכלול הסכמה לפיה הבורר יפסוק לפי הדין המהותי וינמק את החלטותיו ופסיקתו. **שקיפות**- לנוכח כפיפותם של הליכי בוררות שהמדינה צד להם לחוק חופש המידע, מתבקש כי הבורר והצדדים להליך יהיו מודעים לכך שישנה בקרה ציבורית על ההליך, וכי עצם הבוררות איננה עילה לאי מסירת מידע על הליכי הבוררות, במסגרת בקשות לפי חוק חופש המידע.

סיכום הדיון מצורף **כנספח 1** לפניה זו.

1. **בקשה לאשר תניית בוררות אחידה בהסכמי BOT:**
2. על מנת לייעל את העבודה מול משרד האוצר ולאור מאפייניהם המשותפים של הסכמי BOT, משרד האוצר פנה אלינו בבקשה לגבש נוסח מוסכם של תניית בוררות, אשר יקבל את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה, ויוטמע בהסכמי BOT עתידיים שייחתמו עם משרד האוצר.

פנייתו של משרד האוצר מצורפת **כנספח 2** לפניה זו.

1. אנו סבורים כי ישנה תועלת רבה באישור נוסח אחיד של תניית בוררות בהסכמי BOT, שכן אישור הנוסח מראש יאפשר לחוזים ולמכרזים מסוג זה להתקדם בצורה יעילה, ותוך ודאות יחסית בנוגע לתנאי ההתקשרות בשלב מוקדם של הליכי המכרז.
2. לכן, גובש על ידי משרד האוצר, בשיתוף עם מח' יעוץ וחקיקה (אזרחי) ופרקליטות המדינה, נוסח אחיד של תניית בוררות להסכמי BOT. הנוסח מבוסס על העקרונות שהוסכם עליהם במסגרת הטיפול בהסכמי BOT לאורך השנים, ותואם את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 6.1205 בעניין יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות (להלן: "הנחיית היועץ").
3. יובהר כבר עתה, כי אישור כאמור של היועץ המשפטי לממשלה יאפשר למשרד האוצר לעשות שימוש בתניית הבוררות בהסכמי BOT מבלי לקבל את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה להסכם פרטני אך ורק בנוסחה המאושר של תניית הבוררות. כלומר, כל שינוי בתניית הבוררות בהסכם פרטני יחייב את קבלת אישורו המוקדם של היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם להנחיית היועץ בנושא. זאת, למעט רשימה סגורה של נושאים לא מהותיים[[3]](#footnote-3), שלגביהם מוצע לאפשר לוועדת המכרזים גמישות לבצע בהם שינויים בכל מכרז ומכרז. שינויים אלה יהיו כפופים למגבלות שנקבעו בהערות השוליים שבנוסח ההסכם האחיד. במקרה שבו ועדת המכרזים תהיה מעוניינת לבצע שינויים לגבי מכרז מסוים, יהיה עליה ליידע על כך את המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) או מי מטעמו.
4. עוד יובהר, כי העברת מחלוקת ספציפית לבוררות לפי תניית הבוררות בהסכמים השונים תחייב את קבלת אישורו של היועץ המשפטי של משרד האוצר, בהתייעצות עם הפרקליטות, וזאת בהתאם לכלל הקבוע בס' ה' להנחיית היועץ.
5. **עיקרי מנגנון יישוב המחלוקות המוצע:**
6. מנגנון יישוב המחלוקות המוצע, אשר נוסחו המלא מצורף **כנספח 3** לפניה זו, מורכב מארבעה חלקים. **החלק הראשון** עוסק בניהול מו"מ עובר לפניה להכרעת צד שלישי, וקובע כי תחילה על הצדדים לנסות ליישב מחלוקות בדרכי נועם (ס' 2). **החלק השני** עוסק במומחה הבלתי תלוי (ס' 3), ומרבית הוראותיו דומות לאלה שחלות על הבורר, בשינויים המחויבים. הכללת מומחה בלתי תלוי במנגנון יישוב המחלוקות תיוותר אופציונלית ותיקבע לגבי כל מכרז לגופו. **החלק השלישי** עוסק בבוררות (ס' 4) ו**הרביעי** בהוראות כלליות בנוגע ליישוב מחלוקות (ס' 5). להלן יובאו עיקרי מנגנון יישוב המחלוקות. באשר לחלק השני, העוסק במומחה הבלתי תלוי, יתוארו עיקרי ההוראות שאינן מופיעות בחלק השלישי, שכן כאמור מרבית ההוראות שעוסקות במומחה הבלתי תלוי חלות גם על הבורר, ואלה יפורטו בחלק שעוסק בבורר.

חלק שני – המומחה הבלתי תלוי:

1. **היקף סמכות המומחה**- המומחה ידון במחלוקות מקצועיות בשלב ההקמה, בנושאים המקצועיים המפורטים בסעיף 3.1.1, ולא ידון במחלוקות משפטיות; המומחה יהיה רשאי ליתן הארכות ללוח הזמנים המפורט[[4]](#footnote-4) וכל הוראה אחרת לפי שיקול דעתו, אולם לא יהיה מוסמך ליתן סעדים זמניים וסעדי ביניים (ס' 3.3.4).
2. **תחום עיסוקו של המומחה**- המומחה יהיה מהנדס בהכשרתו (ס' 3.2.1).
3. **מינוי המומחה**- ימונה ע"י הצדדים על פי המנגנון הקבוע בהסכם. בהעדר הסכמה בין הצדדים, המומחה ימונה ע"י הבורר, וככל שהאחרון טרם מונה בשלב מינוי המומחה, ימונה המומחה ע"י נשיא ביהמ"ש המחוזי בירושלים.
4. **ערעור**- ניתן לערער על החלטותיו של המומחה לבורר.

חלק שלישי ורביעי– מנגנון הבוררות והוראות כלליות

1. **היקף סמכות הבורר**- כל מחלוקת בין הצדדים הנוגעת להסכם, אשר לא הוסדרה במשא ומתן בין הצדדים ולא הופנתה להכרעת המומחה הבלתי תלוי בהתאם, וכן עניינים אשר נמסרו בהסכם להכרעת הבורר (כלומר, עניינים שלגביהם לא התעוררה מחלוקת אך בכל זאת נקבעה בהסכם מעורבותו של הבורר[[5]](#footnote-5)), תוכרע על ידי הבורר. בהמשך לכך, הבורר יכריע בשאלה האם מחלוקת מסוימת מצויה בתחום סמכותו של הבורר או המומחה הבלתי תלוי. על אף האמור, סמכויותיו של הבורר לא יכללו את הנושאים המוחרגים בס' 5.1 להסכם, כפי שיפורט להלן; הבורר יהא מוסמך ליתן כל הוראה והחלטה בהתאם להוראות ההסכם, לרבות הוראה על תשלום פיצויים וקביעת גובהם (ס' 4.3.1.4); הבורר יהיה מוסמך ליתן סעדים זמניים וסעדי ביניים (ס' 4.3.1.3).
2. **מינוי**- מותב של דן יחיד; שופט בדימוס של בית המשפט העליון או של בית משפט מחוזי; בחירת בורר בהסכמת הצדדים על פי מנגנון הקבוע בהסכם, ובהעדר הסכמה פניה לנשיא בית המשפט המחוזי בירושלים בבקשה למנות בורר (ס' 4.2).
3. **הוראות לעניין הדיון**- הבורר יפעל בהתאם להוראות הבוררות הכלולים בחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 (להלן: "חוק הבוררות"); ישיבות הבוררות יתועדו בפרוטוקול; ההליכים יהיו כפופים להוראות ההסכם ולדין המהותי של מדינת ישראל, אך לא יהיו כפופים לסדרי הדין ולדיני הראיות, למעט לדיני החסיונות הישראליים (ס' 4.3.1).
4. **השתק**- כל המחלוקות הנובעות מאירוע בודד תיחשבנה כתובענה אחת, וכל העניינים הידועים, אשר לא נכללו בתובענה בתוך ארבעה עשר ימים מיום הגשתה, לא יידונו, ואותו צד שהגיש את התובענה יהיה מושתק מלפנות באותו עניין לצד האחר או לפורום כלשהו, וכן ייראה כמוותר על כל טענותיו בעניינים אלו (ס' 4.3.2.1).

במהלך בחינת סעיף זה עלה חשש כי הנזק בהגבלת המדינה מלטעון טענות גם בשלבים מאוחרים עלול לעלות על התועלת מהגבלה זו, אשר הינה הדדית. על כן, מוצע לאפשר למדינה לשנות את הוראות ההשתק, ובלבד שהן הדדיות ומוטלות בהתאמה הן על זכיין והן על המזמינה.

1. **הליכים מוקדמים לפניה לבוררות**- עובר לפניה לבוררות, על צד המתנגד למעשה, מחדל או החלטה של הצד השני לשלוח הודעת התנגדות לצד השני על כך. הצד השני יבחן את הודעת ההתנגדות ויקבל החלטה לגביה. במקרה שבו הצד הפונה אינו מסכים עם החלטת הצד השני, הוא רשאי להגיש תובענה לבורר (ס' 4.3.2).
2. **השגה על פסק הבוררות**- הצדדים יהיו רשאים לפנות לבית המשפט המוסמך בבקשה לביטול החלטת הבורר מכוח העילות הנקובות בחוק הבוררות [[6]](#footnote-6) בלבד. כמו כן, ניתן לערער על פסק הבוררות, ברשות בית המשפט, בהתאם להוראת סעיף 29ב[[7]](#footnote-7) לחוק הבוררות (ס' 4.3.1).
3. **החלטה**- הבורר יכריע בתובענה בתוך ארבעה שבועות ממועד סיום שמיעת הראיות או הגשת המסמכים. החלטתו תינתן בכתב ותנומק (ס' 4.3.3).
4. **הוראות בדבר הפסקת כהונת הבורר והחלפתו**- החלפת הבורר תתבצע בהסכמת הצדדים או עם הגשת מכתב התפטרות הבורר (ס' 4.4).
5. **החרגת נושאים מיישוב הסכסוכים**- מחלוקות הנוגעת למימוש הזכות המינהלית של המדינה לבטל את ההסכם או להשתחרר ממנו מטעמים של האינטרס הציבורי, בהתאם להוראות כל דין, במעמדה של המדינה כריבון ("הלכת ההשתחררות"), וכן מחלוקות הנוגעות להפעלת סמכות שלטונית של כל רשות מוסמכת, אשר הוקנתה למי מהן מכוח כל דין במעמדן כריבון (להבדיל ממעמדן במשפט האזרחי-הפרטי), או הנוגעות לעצם קיומו של שינוי מפלה בדין (שינוי בדין), יידונו בביהמ"ש המוסמך ולא יופנו למנגנון יישוב המחלוקות. יחד עם זאת, מחלוקות בנוגע ל**סעדים** מכוח שינוי בדין[[8]](#footnote-8) או הוראות בגין ביצוע שינויים[[9]](#footnote-9), שנקבעו בחוזה, יופנו למנגנון יישוב המחלוקות (ס' 5.1). כמו כן, מחלוקות הנוגעת לפרסום פסק הבוררות תוחרגנה גם הן ממנגנון יישוב הסכסוכים. זאת, לאור היות החלטת המזמינה לפרסם את פסק הבוררות החלטה מינהלית, אשר צריכה להיתקף בביהמ"ש ולא לפי מנגנון יישוב הסכסוכים. בנוסף, מובהר כי מחלוקות בנוגע לסמכות הבורר להכריע בנושא או במחלוקת מסוימת לא יידונו ע"י הבורר. עוד מובהר, כי מחלוקות בנוגע לתחולת העניינים המוחרגים ממנגנון יישוב הסכסוכים כאמור לעיל תידון גם היא בביהמ"ש המוסמך.
6. **הוראות בדבר העברת מחלוקות לבוררות**- בהתאם לסעיף ה' להנחיית היועץ, העברת מחלוקת לבוררות בהתאם לתניית בוררות הקבועה בהסכם על ידי המזמינה טעונה אישור היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי הרלוונטי, לאחר התייעצות עם פרקליטות המדינה (ס' 5.2).
7. **הוצאות ניהול הליך הבוררות**- הצדדים יישאו בעלויות הבוררות שווה בשווה. עם זאת, הבוררים והמומחה הבלתי תלוי יכולים להשית הוצאות על צד אחד; הגשת ערבות בנקאית עם הגשת התובענה (ס' 5.5).
8. **שקיפות**- פסק הבוררות יפורסם באתר משרד האוצר בתוך 30 יום מנתינתו יפורסם ע"י משרד האוצר. על פרסום פסק הבוררות כאמור יחולו הוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 (להלן: "חוק חופש המידע"), בשינויים המחויבים. מבלי לגרוע מהאמור מובהר, כי המזמינה תהא רשאית לקבוע בעצמה, או להיעתר לבקשת הזכיין (כולה או חלקה) ולקבוע כי יחולו על פסק הבוררות, כולו או חלקו, הוראות סעיף 9 לחוק חופש המידע (ס' 5.7). הוראות סעיף 9 לחוק חופש המידע קובעות מידע שאין למסרו או שאין חובה למסרו, ובו בין היתר נשקלים במסגרתו שיקולים של הגנה על ביטחון המדינה, פגיעה בפרטיות, מידע שאין לגלותו לפי דין, וכד'. הסדר זה של פרסום פסק הבורר נועד להגביר את השקיפות של הליכי בוררות שהמדינה צד להם, בשים לב להגנה על אינטרסים לגיטימיים אחרים, אשר באים לידי ביטוי בס' 9 לחוק חופש המידע.

כמו כן, מובהר כי מנגנון יישוב המחלוקות בכללותו, ולא רק פסק הבורר, כפוף לחוק חופש המידע (ס' 5.8).

1. **קביעת מקום הבוררות**- בישראל (ס' 5.8).
2. **המלצתנו:**
3. כאמור לעיל, אנו סבורים כי ישנה תועלת רבה באישור נוסח אחיד של תניית בוררות בהסכמי BOT, שכן אישור הנוסח מראש יאפשר לחוזים ולמכרזים מסוג זה להתקדם בצורה יעילה, ותוך וודאות יחסית בנוגע לתנאי ההתקשרות בשלב מוקדם של הליכי המכרז.
4. לגישתנו, נוסח מנגנון יישוב הסכסוכים שאישורו מתבקש הוא נוסח מאוזן, אשר משקף את העקרונות הקבועים בהנחיית היועץ ותואם את אמות המידה שסוכמו בנוגע להסכמים מסוג BOT בדיון שהתקיים בשנת 2013 אצל גב' אורית סון, המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים) דאז, שתואר ברישא הדברים.
5. יצוין, כי במסגרת השיח שהתנהל בנוגע למנגנון יישוב הסכסוכים דנן, התעוררה השאלה האם ניתן לקבוע רשימה של נושאים מתוך הנוסח האחיד, שבהם יותר למשרד האוצר לבצע שינויים מבלי לקבל את אישור המוקדם של היועץ המשפטי לממשלה. שאלה זו התעוררה לנוכח החלטת הממשלה משנת 1951, אשר הסמיכה את היועץ המשפטי לממשלה לחתום על שטרי בוררין. לגישתנו, קביעת רשימה מוגדרת של נושאים, שבהם יהיה ניתן לבצע שינויים, אפשרית במקרה דנן, שכן רשימה זו נקבעת מראש על ידי היועץ המשפטי לממשלה. לצד זאת, כל סטייה ממנה תחייב את אישורו המוקדם של היועץ המשפטי לממשלה.
6. על כן, נודה על אישורך של נוסח תניית הבוררות, בתנאים הבאים:
	1. משרד ממשלתי המבקש להתקשר בהסכם בוררות במסגרת הסכם מסוג BOT רשאי לעשות שימוש בנוסח האחיד המצורף לפניה זו מבלי לקבל את אישורו המוקדם של היועץ המשפטי לממשלה.
	2. ביצוע שינויים בנוסח האחיד יחייב את קבלת אישורו המוקדם של היועץ המשפטי לממשלה, למעט בנושאים המפורטים בהערות השוליים בנוסח האחיד, ובכפוף למגבלות הקבועות בהן.
	3. ביצוע שינויים באחד או יותר מהנושאים המפורטים בהערות השוליים בנוסח האחיד יחייב את היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי הרלוונטי ליידע את המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) או מי מטעמו בדבר ביצועם.

בברכה,

רעות אופק, עו"ד

יעוץ וחקיקה (אזרחי)

העתק:

מר ארז קמיניץ, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי)

גב' אורית קוטב, המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים)

מר ישראל בלום, מנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה

גב' שרון מן אוריין, פרקליטות המדינה (אזרחי)

1. Build-Operate-Transfer [↑](#footnote-ref-1)
2. Public–Private Partnership [↑](#footnote-ref-2)
3. למשל, שינוי פרקי זמן הנקובים בהסכם (מספר ימים שמוקצה למינוי בורר, מספר ימים שמוקצה לפרסום פסק הבורר, וכד'), קביעת תחום ההתמחות של המהנדס שימונה כמומחה בלתי תלוי, שלילת אפשרות המומחה הבלתי תלוי להסתייע במומחים וביועצים, וכד'. [↑](#footnote-ref-3)
4. מדובר בלוח הזמנים לביצוע הפרויקט שמגיש הזכיין טרם סגירה פיננסית, אשר מאושר על ידי המזמינה ומצורף כנספח להסכם. [↑](#footnote-ref-4)
5. למשל: החלטות בקשר להפסקות עבודה בשלב ההקמה, אישור אירוע על ידי הבורר כאירוע "כח עליון", קביעת סכום הפיצוי לזכיין במקרה של ביטול מטעמי נוחות, וכד'. [↑](#footnote-ref-5)
6. ס' 24 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 קובע כי בית המשפט רשאי, על פי בקשת בעל-דין, לבטל פסק בוררות, כולו או חלקו, להשלימו, לתקנו או להחזירו לבורר, בשל אחת מעשר העילות המנויות בסעיף (למשל, חריגת הבורר מסמכות, תוכן הפסק מנוגד לתקנת הציבור, וכו'). [↑](#footnote-ref-6)
7. ס' 29ב לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 מאפשר להגיש ערעור ברשות אם נפלה בפסק טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין או אם התקיימו עילות לביטול פסק הבורר לפי ס' 24 לחוק הבוררות. [↑](#footnote-ref-7)
8. הכוונה היא להוראות המקנות לזכיין פיצוי במקרה של שינוי בדין, שחל במישרין רק על הזכיין או הפרויקט (בכפוף לתנאי החוזה). [↑](#footnote-ref-8)
9. הכוונה היא להוראות המקנות לזכיין פיצוי במקרה שבו המדינה נותנת לו הוראת שינוי. [↑](#footnote-ref-9)