בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 28163-07-20 Y&D Enterprises (1986) Ltd נ' Auheuser-Busch Inbev International

לפני כבוד השופטת יעל בלכר

התובעת (המשיבה לבקשה)	**Y & D Enterprises (1986) Ltd** ע"י ב"כ עו"ד בעז בן צור ושות'

נגד

הנתבעת (המבקשת)	**Auheuser-Busch Inbev International NV/SA** ע"י ב"כ עו"ד צמח שניידר ושות'

החלטה
בבקשה לעיכוב הליכים עקב תניית בוררות זרה (בקשה מס' 3)

המשיבה (**אנטרפריז** או **התובעת**) שימשה כמפיץ בישראל של מותגי בירה שונים של המבקשת (**הנתבעת** או **ABI**) במשך כ- 30 שנים, עד שהאחרונה הודיעה לה, ביום 19/8/19, על כך שההתקשרות עמה תבוא לסיומה בסוף 2019. בהמשך לכך הגישה התובעת תובענה זו בסך של כ- 8.9 מיליון ש"ח לפיצויים בגין הפרת חוזה.

בפניי בקשת הנתבעת לעיכוב ההליכים בשל תניית בוררות (ודין) זרה, המצויה בפורטל ההזמנות המקוון של הנתבעת, מכוח סעיפים 5 ו- 6 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 (**חוק הבוררות** או **החוק**).

רקע כללי

1. הנתבעת (לפי האמור בכתב ההגנה) היא חברה זרה שרשומה בבלגיה ועיסוקה בייצור מותגי בירה שונים, המוכרים ומשווקים ברחבי העולם (קורונה, בקס, סטלה, לף, באדווייזר ועוד). התובעת (לפי האמור בכתב התביעה) היא חברה ישראלית, שעיקר פעילותה בתחום הייבוא וההפצה של מוצרי אלכוהול, לרבות בירה.

2. ראשיתה של מערכת היחסים בין הצדדים בשנת 1987, בהתקשרות של התובעת עם חברת Brauerei Beck & Co. אשר בהמשך התמזגה עם חברת Inbevהבלגית וכן, בשנת 2008 עם חברת Auheuser-Busch האמריקאית. אין מחלוקת כי ניסיון לעגן את מערכת היחסים בין הצדדים בהסכם כוללני אחד (מפיץ-יצרן) שנעשה בשנת 2013, כשל (ס' 37 לכתב התביעה, ס' 24 לכתב ההגנה). עוד אין חולק, כי לאורך השנים הוחלפו בין הצדדים מסמכים שונים ובכלל

זה: הסכם שנחתם בדצמבר 2006 שכותרתו שכותרתו Specific Terms & conditions" 2007" (להלן: **מסמך 2007**, נספח 3 לכתב התביעה), מסמכי ההזמנות השונות ומסמכי ייעודי המכירות - אשר לגבי תוקפם או משקלם ומשמעותם, התעוררה מחלוקת בין הצדדים. ארחיב מעט בעניין זה בהמשך.

לטענת התובעת, היא שימשה כמפיץ בלעדי (הנתבעת מכחישה כי הוענקה לתובעת בלעדיות חוזית. ראו ס' 108 לכתב ההגנה). יוער עוד, כי לפי כתב התביעה, המו"מ להסכם כוללני כשל בשל חילוקי דעות בסוגיית בלעדיות הייבוא (הנתבעת אינה מציינת מדוע זה כשל).

3. במכתב מיום 19/8/19 הודיעה הנתבעת לתובעת על החלטתה לסיים את ההתקשרות עמה בסוף שנת 2019 (**ההודעה על סיום ההתקשרות**) (נספח 2 לכתב התביעה). בהמשך לכך החלה תכתובת בין הצדדים באמצעות ב"כ, תוך שהתובעת רואה בהודעה הנ"ל משום הפרת החוזה עמה; ואילו הנתבעת עומדת על זכותה לסיים את ההתקשרות בעיקר בשל חוסר שביעות רצון מביצועי התובעת בישראל לאחרונה וכן, בשל שינוי אירגוני בנתבעת. לשיטת הנתבעת היא זכאית לסיים את ההתקשרות אף בתוך 30 ימים (בין היתר, בהסתמך על הסכם 2007 מהטעם שהוא מתחדש כל שנה ולפיו לכ"א מהצדדים זכות לסיימו בהודעה של 30 ימים); ולפנים משורת הדין, נתנה לתובעת הודעה ארוכה יותר, בת כ- 4.5 חודשים (ראו התכתובת בנספחים 6-7 לתביעה). לא עלה בידי הצדדים ליישב את ההדורים ובסופו של דבר, הוגשה תביעה זו ביולי 2020, כשבעה חודשים לאחר תום ההתקשרות.

4. בתביעה טוענת התובעת, בין היתר, כי ההודעה על סיום ההתקשרות מהווה הפרה יסודית של ההסכם שנכרת בין הצדדים בהתנהגות ובעל פה לתקופה בלתי קצובה בזמן; ולהפרה של החובה ליתן הודעה מוקדמת בדבר סיומו של ההסכם זמן סביר מראש. נטען עוד, כי לנוכח טיב מערכת היחסים החוזית בין הצדדים (חוזה בלתי קצוב בזמן להפצה בלעדית בישראל), לצד ההשקעה העצומה של התובעת בשיווק מוצרי הנתבעת בישראל במשך כשלושה עשורים - נדרשת הודעת ביטול בתוך זמן סביר של 18 חודשים מראש לפחות. לחלופין, ההתקשרות בין הצדדים תקפה, לכל הפחות, עד לסוף שנת 2020; שכן בשנת 2017 הגיעו הצדדים להסכמות בדבר מכירות מוצרי הנתבעת בין השנים 2018-2020. נוכח ההפרות הנטענות, עותרת התובעת בתביעתה לפיצויים בסך כולל של 8,873,309 ₪.

5. הנתבעת הגישה כתב הגנה ולצדו, בקשה לעיכוב הליכים עקב תניית בוררות זרה (**הבקשה**).

<u>הבקשה לעיכוב הליכים עקב תניית בוררות זרה</u>

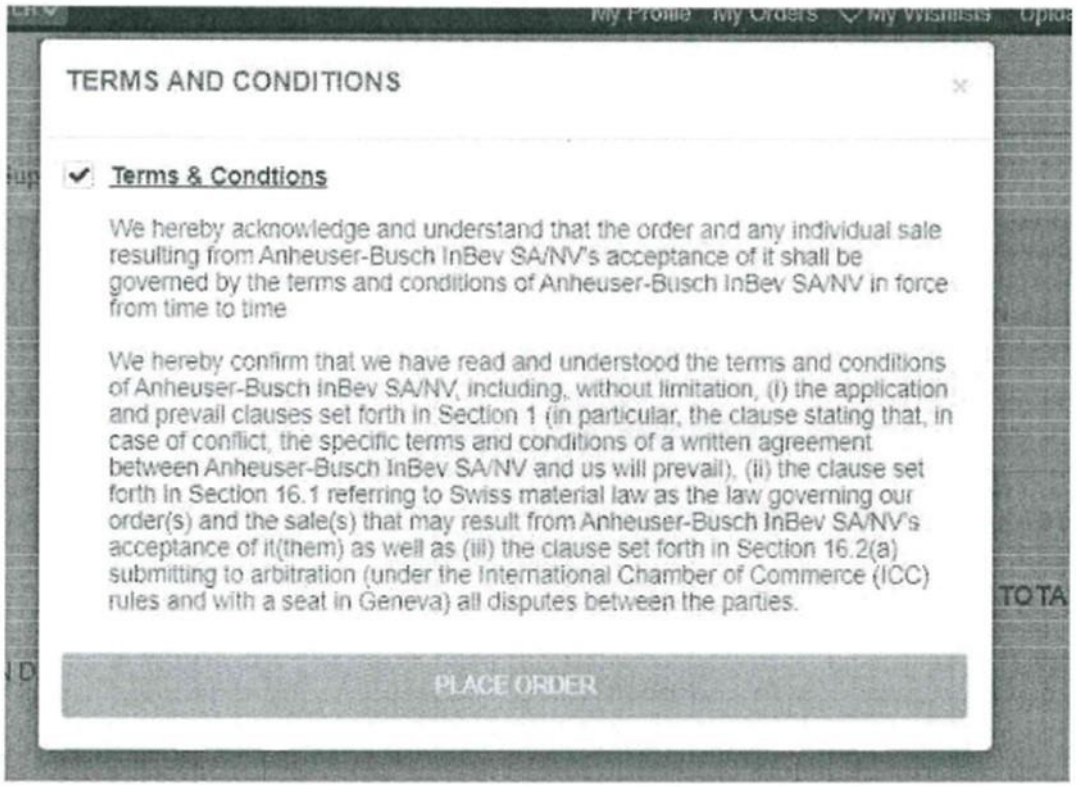
6. לטענת הנתבעת, יש להורות על עיכוב ההליכים מכוח הוראת סעיף 16 לתנאי ההזמנה או התנאים הכלליים המצויים בפורטל ההזמנות המקוון שלה (**תניית הבוררות** או **תנאי ההזמנה**, בהתאמה), שאותם היא "מחילה בקרב כל מפיצי המוצרים המיוצרים על ידה ברחבי העולם". בפועל, כל מפיציה של הנתבעת נדרשים לבצע הזמנות דרך הפורטל המקוון שלה, ובדרך זו בלבד. בסיום ביצוע כל הזמנה מחדש, נדרשים המפיצים ליתן את הסכמתם ואישורם לתנאי ההזמנה, הכוללים גם את תניית הבוררות. כך גם התובעת, למצער, החל משנת 2013 (שהיא תקופת ההתיישנות הרלבנטית לתביעה).

7. לפי תנאי ההזמנה ובכללם תניית הבוררות הקובעת תניית שיפוט ייחודית, הסמכות לדון בסכסוך בין הצדדים נתונה באופן בלעדי לפאנל הבוררים מטעם ה- ICC בשוויץ (והדין החל הוא הדין השוויצרי באופן בלעדי). תניה זו היא ביטוי לדגש ששמה הנתבעת בריכוז כל התקשרויותיה עם מפיציה בעולם והשותפים העסקיים שלה תחת דין אחד ובמקום שיפוט אחד. התנהלות זו מקובלת בעולם העסקים הגלובאלי והוכרה כלגיטימית גם ע"י בתי המשפט בישראל (למשל בבש"א (ת"א) 17444/04 **טמבור אקולוגיה בע"מ** מיום 17/7/06).

8. לטענת הנתבעת, סעיף 1.1 לתנאי ההזמנה קובע כי אלה חלים על כל הסכם שבין הצדדים, אף אם קדם לתנאי ההזמנה ולפיכך, גם תניית הבוררות חלה על החוזה הקיים בין הצדדים. כך נקבע:

> **"1.1. The present terms and conditions (the "Terms and Conditions") are applicable to all offers, orders or agreements concluded between Anheuser-Busch Inbev BVBA/SPRL ("Seller") and its customers ("Buyer(s)") (together, the "Parties")."**

9. כשם שהתובעת עצמה מציינת כי החוזה בין הצדדים השתכלל והתפתח במשך שנים, כך גם תנאי ההזמנה, לרבות תניית הבוררות, הם חלק בלתי נפרד ואף כתוב, מהחוזה שנכרת בין הצדדים ברבות השנים. כאמור, התובעת נתנה את הסכמתה לתנאי ההזמנה, על תניית הבוררות שבהם, עם ביצוע כל הזמנה דרך הפורטל המקוון, שם מותנית השלמת כל הזמנה במתן הסכמה אקטיבית ואישור של התובעת לתנאי ההזמנה על ידי סימון התיבה המתאימה, כאשר בחלונית מצויינת במפורש (גם) תניית הבוררות. זהו צילום החלונית באתר המקוון (נספח ב' לבקשה):



ואם לא די בכך, גם החשבוניות מפנות לתנאי ההזמנה (נספחים ג' לבקשה). כך מצוין בחשבונית:

> **"The sales of the goods described in this invoice are subject to the terms and conditions of Anheuser-Busch InBev NV/SA in force from time to time and of any agreement we have with you (as and to the extent set forth in such terms and conditions of Anheuser-Busch InBev NV/SA)."**

10. לטענת הנתבעת, על בית המשפט לעכב את ההליכים מכוח סעיפים 5 ו-6 לחוק הבוררות, אמנת ניו-יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, 1958 (**אמנת ניו יורק** או **האמנה**) והפסיקה הרלבנטית. האמנה חלה על שוויץ, גרמניה וישראל, שאישרה ואימצה את האמנה בשנת 1959. התקיים היסוד הדרוש של "הסכם בכתב" לאכיפת תניית בוררות ולפי האמנה והפסיקה, יש להפנות את הצדדים לבוררות שהוסכמה בפני פאנל הבוררים מטעם ה-ICC בשוויץ. לא מתקיים איזה מהחריגים לאכיפת תניית הבוררות, ויש לקבל את הבקשה ולהורות על עיכוב ההליכים.

<u>טענות התובעת בתשובה לבקשה</u>

11. לטענת התובעת, יש לדחות את הבקשה, שכן אין לכפות על היחסים החוזיים, שהחלו עוד בשנת 1987, את תנאי ההזמנה ותניית הבוררות שבה שבפורטל המקוון, בהיעדר הסכמה מפורשת וכתובה של התובעת לבוררות, הסכמה שמעולם לא ניתנה על ידה. הניסיון "להגניב" תניית בוררות לתוך מערכת היחסים החוזית, תוך חוסר תשומת לב או הטעיה לתניה זו, פסול ואף אינו עומד בדרישות הדין להסכמה מפורשת לבוררות. עוד טוענת התובעת, כי נוכח קיומם של פערי כוחות בין התובעת, שהיא חברה משפחתית, לבין הנתבעת, שהיא תאגיד בינלאומי ענק ובעלת נציגויות ברחבי העולם, ומשעה שכל ההזמנות בוצעו בישראל - לא ניתן להעלות על הדעת כי התובעת הייתה מסכימה לתניית בוררות הכופה עליה התדיינות במדינה זרה ולפי הדין הזר, בהליך בוררות חסוי המתנהל בשפה זרה.

12. התובעת טוענת עוד, כי הטענה לתניית בוררות זרה לא הועלתה על ידי הנתבעת בתכתובת שטרם התביעה. העובדה שהנתבעת כבשה טענה זו, מלמדת כי זו המצאה מאוחרת שנולדה במטרה לחמוק מבירור התביעה.

13. לטענת התובעת, קבלת הבקשה תחרוץ את גורל התביעה, טעם המצדיק אף הוא את דחיית הבקשה. שכן אם ייקבע, כי תנאי ההזמנה הם חלק ממארג היחסים החוזיים שבין הצדדים, המשמעות היא שהנתבעת רשאית לסיים את ההתקשרות החוזית בכל עת בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי, כאמור בסעיף 3.2 לתנאי ההזמנה.

14. עוד טוענת התובעת, כי גם אם יימצא שיש לראותה כמי שהסכימה לתניית הבוררות הזרה, הרי שהתניה בטלה מכוח חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (**חוק החוזים האחידים**) בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד. הנתבעת עצמה הודיעה, כי היא "מחילה בקרב כל מפיצי המוצרים המיוצרים על ידה ברחבי העולם" את תנאי ההזמנה וכי "כל ההזמנות ממנה כפופות לתנאי ההזמנה" ועל כן לא יכול להיות חולק כי מדובר בחוזה אחיד. לטענת התובעת, תניית הבוררות אשר "קובעת כי סכסוכים המתגלעים בינה לבין לקוחותיה" - יידונו בבורות לפי כללי ה- ICC, המחייבת אותה לפנות לבוררות בחו"ל שוללת את זכותה לערכאות משפטיות בישראל (ס' 27 לתשובה) ולכן, בטלה לפי סעיף 5(א) לחוק זה. לעניין זה הפנתה לעמדת כב' הש' מלצר (שיש לומר כבר עתה כי היא דעת מיעוט בעניין זה) בפסק הדין בית המשפט העליון ברע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו (עניין בן חמו)**. לחלופין, טוענת התובעת כי חלה חזקת קיפוח מכוח סעיפים 4(8) ו- 4(10) לחוק החוזים האחידים, שלא נסתרה ע"י הנתבעת. ב**עניין בן חמו** נקבע כי הכספים הדרושים לניהול הליך משפטי בחו"ל ירתיעו גם תובע ייצוגי מלנהל הליך כזה. בענייננו, לפי הטענה, "ברי" כי הליך בוררות בשוויץ ולפי הדין הזר, כרוך בהשקעת משאבים רבים מצד התובעת ויקשה עליה לקבל את הסעד המשמעותי המגיע לה

לפי דיני ישראל שבה היא רשומה ומכרה את מוצרי הנתבעת - באופן שירתיע את התובעת מלפעול כן. גם תנאי החוזה והנסיבות החיצוניות לא יסייעו בידי הנתבעת לסתור את חזקת הקיפוח. מכל האמור, סבורה התובעת כי אין לאכוף את תניית הבוררות גם לפי החריגים שבסעיף 2(3) לאמנת ניו יורק.

<u>תגובת הנתבעת לתשובה</u>

15. לטענת הנתבעת, היא פעלה כמתחייב בדין וטענה לעיכוב הליכים בשל תניית הבוררות במועד הראשון שבו טענה לגופו של עניין. אין חובה לציין בהודעה על סיום ההתקשרות או בכל הליך אחר בטרם הפנייה לערכאות משפטיות, כי חלה תניית בוררות.

16. לעניין קיומו של הסכם בוררות בכתב - לטענת הנתבעת, תניית הבוררות הועלתה על הכתב בתנאי ההזמנה, שאותם אישרה התובעת, כאמור, בעת ביצוע כל הזמנה בפורטל המקוון. מדובר באלפי אישורים במשך השנים. המשמעות היא שקיים הסכם בוררות בכתב וההסכמה היא מפורשת. הנתבעת מדגישה שוב, כי תניית הבוררות מצויינת במפורש בחלון שנפתח לאישור תנאי ההזמנה שהוא תנאי לביצוע כל הזמנה (ראו צילום חלון ההזמנה לעיל); וכי אין מדובר "רק" בצירוף קישור לצורך עיון בתנאי ההזמנה. ביחס לתניית הבוררות מדובר בהסכם בוררות מקוון מסוג "הסכם הקלקה" clickwrap הדורש אישור אקטיבי של המתקשר כשמוצגות בפניו ההוראות הרלבנטיות. זה הוכר בפסיקה כהסכם מחייב בכתב. בנוסף, כאמור, כולל חלון ההזמנה גם קישור שנפתח בהקלקה פשוטה לקובץ המלא של תנאי ההזמנה. לפיכך, בכל הקשור ליתר תנאי ההזמנה אשר לא צוינו במפורש בחלונית - הם לכל הפחות, הסכם מקוון היברידי מעורב. הפסיקה הכירה גם בתוקפם של חוזים אלה שבהם נדרש המתקשר לאשר תנאים בהקלקה, לאחר שניתנה לו אפשרות קלה וזמינה לעיין בהם. לפיכך סבורה הנתבעת, כי אין יסוד לטענה כאילו הנתבעת "הגניבה" את תניית הבוררות או שנהגה שלא בתום לב בניסיון להטעות את התובעת. הנתבעת אף הוסיפה ונהגה בגילוי לב רב כשבחשבונותיה הפנתה את לקוחותיה לתנאי ההזמנה.

17. אשר לטענת התובעת כי לא הייתה מודעת לתניית הבוררות או לא הסכימה לה - לטענת הנתבעת, כשם שהתובעת טענה כי החוזה בין הצדדים השתכלל לאורך השנים, כך, עם השנים, הוסיפו היחסים להשתכלל (בכתב), גם לאחר השקת הפורטל המקוון שלה, לרבות באמצעות תנאי ההזמנה וההסכמה להם, כתנאי מחייב לביצוע הזמנות ממנה. דווקא העובדה שהתובעת, כפי שהעידה על עצמה, היא חברה משפחתית, מאיינת את טענת התובעת שעובדיה ביצעו את ההזמנות מבלי שהייתה מודעת לתנאי ההזמנה. התובעת כחברה משפחתית, מעסיקה עובדים שמעורבים באופן אינטנסיבי בכל מהלך עסקיה, לרבות בשלב ביצוע

ההזמנות. לפיכך, לא יכולה להיות מחלוקת שהתובעת הכירה את תנאי ההזמנה והסכימה להם ואילו חפצה לדון עם הנתבעת בקשר אליהם, היה בידה לעשות כן.

18. לטענת התובעת כי מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד - לטענת הנתבעת, אין מדובר בחוזה אחיד אלא לכל היותר חוזה מסחרי סטנדרטי, שאף לשיטת התובעת, מהווה רק חלק ממערכת היחסים החוזית שבין הצדדים. אף שתנאי ההזמנה נוסחו ע"י הנתבעת אין מדובר בחוזה אחיד, כי אם במודל העסקי של הנתבעת המעגן את האינטרסים המסחריים שלה ביחסיה עם מפיציה באופן לגיטימי. כאמור, אין זה המקור היחיד לכינון היחסים החוזיים והנתבעת נכונה לדון עם מפיציה בתנאי ההתקשרות בגבולות המסחריים והמשפטיים המקובלים עליה. ואכן, בעניינים שבהם מצאו הצדדים לנכון, הגיעו להסכמות נוספות על תנאי ההזמנה. כמו כן, חוק החוזים האחידים והחזקות שבו נועדו לאזן את אי השוויון שבין "ספק" ל"לקוח" מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח, בעיקר במערכת יחסים צרכנית; ולא נועד לחול על התקשרות בין שתי חברות המנהלות מערכת יחסים מסחרית יום יומית. התובעת, כנטען על ידה, היא חברה מסחרית ותיקה, מיומנת מקצועית ורווחית, המתגאה ב- 3,500 נקודות מכירה בישראל, שהתקשרה מרצונה עם הנתבעת להגשמת תכליתה המסחרית. לא מדובר ביחסים שבין "ספק" ו-"לקוח" כאמור בחוק החוזים האחידים אלא בצדדים מסחריים ומקצועיים להבדיל ממצב של צרכן יחיד ממוצע וסביר אל מול תאגיד-על. היה בידי התובעת להביע התנגדות ולנהל מו"מ עם הנתבעת אך היא בחרה להסכים לתנאי ההזמנה ולתניית הבוררות באופן מפורש ואקטיבי. בכל מקרה, תניית הבוררות אינה מקפחת, היא סבירה ומקובלת בעולם המסחרי וחזקת הקיפוח ניתנת לסתירה בקלות. תניית הבוררות אינה קיצונית, אין לנתבעת כל יתרון בניהול ההליך או יכולת להשפיע על תוצאותיו ואף לא נקבע שהבוררות תתקיים במקום מושבה של הנתבעת ועל פי הדין במקום מושבה. מדובר בבוררות בפני ה-ICC שהוא אחד הטריבונלים המקובלים והבכירים ביותר בעולם לניהול סכסוכים מסחריים בינלאומיים; ובה ישבו לדין שלושה בוררים, שאינם ממונים ע"י הנתבעת. תנאי סביר אינו תנאי מקפח. הטענה כי תניית בוררות לפי כללי ה- ICC בחוזה בין שתי חברות מסחריות היא תניה מקפחת בחוזה אחיד, נדחתה בפסיקה (למשל ת.א. (ת"א) 13568-07-16 **אם דבליו גרופ (ישראל) בע"מ נ' אופק נ.ר. עבודות הנדסיות בע"מ**, מיום 22/3/17). העובדה שהתובעת היא חברה ישראלית אינה בסיס ראוי להתנגדות; והתובעת, כחברה מסחרית שעיקר עיסוקה יבוא מוצרים מספקים בחו"ל, אף לא הציגה בדל הוכחה שהיא נוקטת מדיניות של התדיינות בבתי משפט בישראל בלבד. לנתבעת, חברה מסחרית בינלאומית, זכות לגיטימית לבחור במודל עסקי שבו כל סכסוכיה יידונו במדינה אחת, תחת אותו דין ובפני אותו הפורום ובמקרה זה תניית הבוררות הוגנת, בהתחשב בסוג עיסוקה של התובעת ובמעמדה (ת.א. (מרכז) 53033-12-12 **מיכאל לוי נ' זאפ גרופ בע"מ** (מיום 11/5/14)). פסק הדין **בעניין בן חמו**, שעליו נסמכת התובעת אינו רלבנטי. מדובר במערכות יחסים חוזיות

שונות בתכלית בין צדדים שונים בתכלית. יחסי הצדדים כאן מסחריים מקצועיים ותניית הבוררות היא חלק מתנאי ההזמנה לצורך מסחרי ולא חלק מתנאי השימוש בעת ההרשמה לאתר.

19. לטענת התובעת שקבלת הבקשה תכריע את התביעה לשבט - לטענת הנתבעת, משהסכימו הצדדים על העברת כל מחלוקת לבוררות, אין מקום לטענה זו ועל בית המשפט להימנע מלהידרש לשאלת סיכויי ההליך. הליך הבוררות עתיד להתנהל בפני טריבונל מקצועי ועל פי דיניה של מדינה מפותחת ומכובדת, שם תוכל התובעת להעלות את טענותיה.

20. <u>בהיבט הדיוני</u> אעיר כי הצדדים טענו בכתב וכן, התקיים דיון בבקשה. בדיון נתנו הסכמתם למתן החלטה בבקשה על יסוד הקיים ומבלי שייחקרו המצהירים. יצויין כי הבקשה נתמכה בתצהיר מר איאן בוליד מטעם הנתבעת ותשובת התובעת בתצהירו של מר עדן בבלי מטעם התובעת.

<u>דיון והכרעה</u>

21. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים ועיינתי בכתבי הטענות מטעמם סבורני, כי ביישום הדין לענייננו, דין הבקשה לעיכוב הליכים להתקבל ואני מורה על עיכוב ההליכים מחמת תניית הבוררות, כמבוקש. אני דוחה את טענות התובעת כי לא התקיים התנאי של הסכם בכתב או כי אין לכבד את תניית הבוררות בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד (או מכל טעם אחר). הכל כמפורט להלן.

<u>המסגרת הנורמטיבית והשאלות לדיון</u>

22. סמכות בית המשפט לעכב את ההליכים המשפטיים בשל תניית בוררות, מעוגנת בסעיפים 5-6 לחוק, המובאים להלן.

> **<u>"עיכוב הליכים בבית המשפט</u>**
> **5. (א) הוגשה תובענה לבית משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וביקש בעל-דין שהוא צד להסכם הבוררות לעכב את ההליכים בתובענה, יעכב בית המשפט את ההליכים בין הצדדים להסכם, ובלבד שהמבקש היה מוכן לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין הוא מוכן לכך.**
> **(ב) בקשה לעיכוב הליכים יכול שתוגש בכתב ההגנה או בדרך אחרת, אך לא יאוחר מהיום שטען המבקש לראשונה לגופו של ענין התובענה.**
> **(ג) בית המשפט רשאי שלא לעכב את ההליכים אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבוררות.**

<u>עיכוב הליכים על פי אמנה בין-לאומית</u>

6. הוגשה תובענה לבית משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וחלה על הבוררות אמנה בין-לאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בענין עיכוב הליכים, ישתמש בית המשפט בסמכותו לפי סעיף 5 בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן."

23. בענייננו חלה, כאמור, אמנת ניו יורק שישראל צד לה ולכן, חל סעיף 6 לחוק, שלפיו על בית המשפט לעשות בסמכותו לעכב הליכים כאמור בסעיף 5 "**בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן**", דהיינו: בהתאם להוראות האמנה. סעיף 2(3) לאמנה קובע כדלקמן:

> **"2(3). בית המשפט של מדינה מתקשרת, שעה שהובאה לפניו תובענה על ענין 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 איננו בר-ביצוע".**

24. הפעלת הסמכות לפי סעיף 6 לחוק, נדונה על ידי בית המשפט העליון בעניין רע"א 4716/04 **Hotels .com נ' זוז תיירות בע"מ** (7/9/05) (**עניין הוטלס קום**). נקבע, כי הוראות האמנה מחייבות להיענות לבקשה לעיכוב הליכים אלא אם כן מתקיים אחד משלושת החריגים הנזכרים בסיפא לסעיף 2(3) הנ"ל:

> **"מנוסחו של סעיף 2(3) לאמנה עולה, כי בית המשפט נדרש להורות על הפניתם של בעלי הדין להליך של בוררות, אלא אם מתקיים אחד משלושה חריגים: הסכם הבוררות בטל ומבוטל (null and void), משולל כוח פעולה (inoperative) או אינו בר ביצוע (incapable of being performed)".**

עוד נקבע כי שיקול הדעת של בית המשפט בבקשות לעיכוב הליכים לפי סעיף 6 לחוק הבוררות מצומצם בהשוואה לסמכות הכללית לעכב הליכים לפי סעיף 5 לחוק; וכי ככלל, למעט מקרים חריגים, נדירים ויוצאי דופן - דחיית הבקשה לעיכוב ההליכים תיעשה רק במקרה שהתקיים אחד משלושת החריגים הקבועים באמנה. זו לשון פסק הדין:

> **" 13. סבורני, כי כלל השיקולים הנזכרים מובילים למסקנה לפיה מרחב התמרון של בית המשפט על פי סעיף 6 לחוק בצירוף סעיף 2(3) לאמנה, מצומצם באופן משמעותי לעומת מרחב התמרון על פי סעיף 5 לחוק. כאשר מדובר בבוררות אשר חלה עליה האמנה, ומתמלאות הדרישות הרלוונטיות שבסעיף 6 לחוק ובסעיף 2(3) לאמנה (כגון שעיכוב ההליכים התבקש על ידי בעל דין שהוא צד להסכם הבוררות), הרי שככלל על בית המשפט להורות על עיכוב הליכים אלא אם מתקיים איזה משלושת החריגים שבסעיף 2(3)**

> **האמור [...] תוצאה זו עולה בקנה אחד עם לשונו של החוק ועם לשונה של האמנה. כן מתיישבת היא עם אחת מתכליותיו המרכזיות של סעיף 2(3) לאמנה: קידום הוודאות המשפטית ביחס להסכמי בוררות בינלאומיים, על ידי איון החשש לפיו ערכאות שיפוטיות במדינות השונות ייטו להעדיף את האינטרסים של בעל הדין המקומי, ועל כן יימנעו מכיבוד הסכמי בוררות בינלאומיים המורים על התדיינות במדינה זרה. מוכן אני להניח, כי ייתכנו מקרים יוצאי דופן בהם רשאי יהיה בית המשפט להימנע מעיכוב הליכים, וזאת אף אם לא התקיים אחד משלושת החריגים האמורים. עם זאת, מקרים אלו יהיה נדירים [...] יודגש, כי הכרעתנו במסגרת ההליך דנא מתייחסת אך לבוררות עליה חלה אמנת ניו יורק. אפשר שבמקרים מסוימים תחול על הבוררות אמנה בינלאומית אחרת. כזכור, סעיף 6 לחוק קובע כי כאשר חלה על הבוררות אמנה בינלאומית שישראל צד לה, והאמנה כוללת הוראות לעניין עיכוב הליכים, יפעיל בית המשפט את סמכותו לפי סעיף 5 לחוק "בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן".**

בפסקי דין נוספים חזר בית המשפט על האמור לעיל וקבע, כי קיימת סמכות שלא לעכב את ההליכים גם אם לא מתקיים אחד משלושת החריגים שלפי האמנה, אך מדובר במקרים יוצאי דופן, חריגים ונדירים.

ראו, למשל:

רע"א 1817/08 **טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' Pronauron Biotechnologies Inc** (11/10/09); כב' השופט עמית ברע"א 3331/14 **Siemens AG (חברה זרה) נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (13/8/14), שם צוין כי ההפניה לסמכות עיכוב ההליכים לפי סעיף 5 כוללת גם את סעיף 5(ג) אלא ש"**יש לזכור כי עיכוב ההליך הוא הכלל, והימנעות מעיכוב - החריג. הדברים נכונים בדיון לפי סעיף 5 לחוק, והם נכונים שבעתיים תחת סעיף 6 לחוק, לאור ההיבט הבינלאומי הנלווה לבוררות**...". לטעם שבדבר, הנעוץ בתכליותיה המרכזיות של אמנת ניו יורק - אכיפה יעילה של הסכמי בוררות בינלאומיים באמצעות קביעת סטנדרטים אחידים שעל פיהם ייאכפו הסכמים וכן שיקול הוודאות והחשש מפני אי כיבוד הסכמי בוררות בינלאומיים, ראו גם: רע"א 1030/15 **דדון נ' חדד**, כב' הש' דנציגר, 18/8/15, ס' 9; ד"ר ישראל שמעוני, עו"ד **דיני בוררות אופק חדש בבוררות** מהדורה שלישית מורחבת כרך ב' עמ' 706 (2019).

25. אין חולק, כי בית המשפט יורה על עיכוב ההליך המשפטי בשל תניית בוררות, רק מקום שקיים הסכם בוררות בכתב. סעיף 1 לחוק הבוררות מגדיר "הסכם בוררות" כ"**הסכם בכתב למסור לבוררות סכסוך שנתגלע בין צדדים להסכם או שעשוי להתגלע ביניהם בעתיד, בין שנקוב בהסכם שמו של בורר ובין אם לאו**".

26. דרישת הכתב קיימת גם לפי אמנת ניו יורק, שחלה בענייננו. כך נקבע בסעיף 2(1) לאמנה:

> **"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 בענין שניתן ליישבו בדרך בוררות".**

27. דרישת הכתב כתנאי לאכיפת הסכם בוררות, נעוצה בעקרון יסוד בדיני בוררות שלפיו "**מקורו של הליך הבוררות הוא בהסכמת הצדדים המפורשת למסור את ענייניהם להכרעת הבורר ולכן יש צורך במפגש רצונות מלא של כל הצדדים לקחת חלק בהליך**" (רע"א 3925/12 **רונן נ' עו"ד כהן** (17/6/13)).

28. **<u>השאלות לדיון</u>** הן, אפוא, האם הצדדים התקשרו בהסכם בוררות בכתב. אם נמצא שקיים כזה, יש לבחון את טענת התובעת כי תניית הבוררות היא תניה מקפחת בחוזה אחיד, שאין לאכפה בתוקף הסמכות האמורה של בית המשפט לפי סעיף 6 לחוק והוראות האמנה.

<u>האם בין הצדדים הסכם בוררות בכתב?</u>

29. אני סבורה כי בין הצדדים בענייננו קיים הסכם בוררות בכתב. סעיף 16 לתנאי ההזמנה הוא בבחינת הסכם בכתב כנדרש לצורך העניין.

30. זוהי לשון תניית השיפוט והבוררות בסעיף 16 לתנאי ההזמנה (יוער כי סעיף 16.2(a) מופיע במקור באותיות גדולות כשיתר הוראות סעיף 16, מופיעות באותיות קטנות. כל ההדגשות בקו בציטוטים המובאים בפסק הדין, הן שלי):

> **<u>16. GOVERNING LAW AND ARBITRATION</u>**
>
> **16.1 Governing Law. These Terms and Conditions, and any orders placed or sales or deliveries made hereunder, shall be exclusively governed by and construed in accordance with the substantive laws of Switzerland, exclusive of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 11 April 1980) and exclusive of the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 14 June 1974).**
>
> **16.2 Arbitration.**
>
> **(a) <u>ALL DISPUTES ARISING OUT OF OR IN CONNECTION WITH THE PRESENT TERMS AND CONDITIONS</u> SHALL BE FINALLY SETTLED UNDER THE RULES OF ARBITRATION OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE BY THREE ARBITRATORS (THE "ARBITRAL TRIBUNAL") APPOINTED IN ACCORDANCE WITH SAID RULES. THE THIRD ARBITRATOR, WHO SHALL ACT AS PRESIDENT TO**

THE ARBITRAL TRIBUNAL, SHALL BE NOMINATED JOINTLY BY THE CO-ARBITRATORS, SUBSIDIARILY BY THE ICC COURT OF ARBITRATION. THE LANGUAGE OF THE ARBITRATION SHALL BE ENGLISH. THE PLACE OF ARBITRATION SHALL BE IN GENEVA, SWITZERLAND. THE EXISTENCE AND CONTENT OF ANY ARBITRATION PROCEEDING AND ANY AWARD THEREOF SHALL REMAIN STRICTLY CONFIDENTIAL.

(b) Any award of the arbitral tribunal shall be final and binding upon the Parties.

(c) Each Party agrees that an arbitral award or any judgment upon an arbitral award rendered against it under or in connection with these Terms and Connection may be executed against its assets in any jurisdiction.

(d) The Parties shall have the right to seek interim injunctive relief from a court of competent jurisdiction, both before and after the Arbitral Tribunal has been appointed."

31. אין חולק כי עיקרי סעיף 16 הנ"ל הכולל תניית שיפוט ותניית בוררות, הוצגו בחלונית שנפתחת במסך ההזמנה בכל הזמנה מקוונת וחובה על המזמין לאשרה לצורך ביצוע ההזמנה; וכי ההזמנות שבוצעו ע"י התובעת (כמו כל מפיץ אחר של הנתבעת) לפחות משנת 2013 כאמור, נעשו באתר.

תצלום חלונית ההזמנה הובא לעיל במסגרת טענות הנתבעת. לנוחות הקריאה, להלן פסקאות (ii) (iii) מתוך הטקסט המופיע בחלונית, שבהן צויין במפורש דבר תניית הבוררות והדין:

We hereby confirm that we have read and understood the terms and conditions of Anheuser-Busch InBev SA/NV, including, without limitation, [...] (ii) the clause set forth in Section 16.1 referring to Swiss material law as the law governing our order(s) and the sale(s) that may result from Anheuser- Busch InBev SA/NV'S acceptance of it (them) as well as (iii) the clause set forth in Section 16.2(a) submitting to arbitration (under the international Chamber of Commerce (ICC) rules and with a seat in Geneva) all disputes between the parties."

32. באופן כללי, כפי שכבר ציינתי לעיל, שני הצדדים מסכימים שלא נחתם ביניהם הסכם מסגרת כוללני להסדרת יחסי מפיץ-יצרן וכי ניסיון לערוך הסכם כזה בשנת 2013 לא צלח. שניהם מזכירים שלוש קבוצות של מסמכים שהוחלפו ביניהם לאורך השנים: **מסמך 2007** (שנחתם

בדצמבר 2006), **מסמכי ההזמנות השונות ומסמכי יעדי המכירות**, אולם הם חלוקים ביניהם בשאלת תוקפם או משקלם ומשמעותם. כל צד בחר להדגיש מסמך אחר לפי העניין.

33. כך, לטענת התובעת "**הצדדים נקשרו ביניהם בהסכם בעל פה ובהתנהגות - שאינו קצוב בזמן - כאשר עליו נוספו מדי פעם הסכמות נקודתיות שעוגנו בכתובים. לשם הדוגמא בלבד, ומבלי למצות, יצוין כי אך בשלהי חודש נובמבר 2017, העלו הצדדים על הכתב את יעדי המכירות המוסכמים לשנת 2018, 2019 ו- 2020**" (ס' 2 לכתב התביעה. ראו גם ס' 12 שם; להלן: **מסמך יעדי המכירות לשנים 2018-2020**, נספח 1 לתביעה). במקום אחר בכתב התביעה ציינה התובעת, כי במהלך השנים "**הוחלפו בין הצדדים שלל תכתובות, שכללו בעיקרן את פרטי ההזמנות שנעשו מעת לעת, לצד תכניות אסטרטגיות ויעדי מכירות שנתיים (לרוב בפריסה של שלוש שנים קדימה). הכל במסגרת ההסכמה היסודית בדבר ייבוא המוצרים הגרמניים למשך תקופה שאינה קצובה בזמן. ודוק, על ההתקשרות בה נקשרו הצדדים - שלא הייתה קצובה בזמן - נוספו לעיתים הסכמות נקודתיות שעוגנו בכתובים...**" (ס' 15-14 לכתב התביעה).

34. התובעת מדגישה, אפוא, בטענותיה את מסמך יעדי המכירות לשנים 2018-2020. לטענתה, מסמך 2007 שאותו היא מכנה "**מכתב ההבנות**", הוא מכתב גנרי אשר "**עוסק בבסיסו בהתקשרות לשנת 2007, לא הדריך את הצדדים בעבודתם המשותפת ונעדר כל קשר של ממש להתנהלותם בפועל בעבר ובהווה**". זהו נוסח ששימש את חברת Inbev הבלגית בזמנו בכל התקשרויותיה וככזה, אינו משקף את מלוא ההבנות החוזיות שבין הצדדים. המסמך אף אינו מתייחס לכלל המוצרים הגרמניים שייבאה התובעת מהנתבעת במשך השנים, אלא רק לבירות Staropramen שאותן הפסיקה התובעת לייבא כבר לפני כעשור ולחלק מסוגי הבירות של Beck's (ס' 5 לכתב התביעה). במקום אחר בכתב התביעה צוין, כי מסמך 2007 הוא "**לכל היותר 'חלק אחד בפאזל' של התקשרות ארוכת שנים בין הצדדים. כפי שנראה, עסקינן אף בחלק ישן וזניח, אשר כלל לא הדריך את החברות בפעילותן העסקית הענפה.**" (ס' 35 שם). ולראיה: נציג הנתבעת פנה בפברואר 2019 בדוא"ל לתובעת, על מנת לברר אם מדובר בהסכם האחרון שנחתם בין הצדדים (נספח 8 לתביעה). עוד מציינת התובעת כראיה (לשיטתה) להעדר תוקף המסמך, כי **בשנת 2013 נעשה ניסיון "להעלאת היחסים החוזיים בין הצדדים על הכתב. ניסיון זה, אשר לא צלח לבסוף בשל העדר הסכמה בסוגיות הנוגעות לבלעדיות בייבוא - מעיד אף הוא על כך שמערכת היחסים המתמשכת בין הצדדים לא התבססה על מכתב ההבנות". גם לאחר מכן "המשיכו את שיתוף הפעולה העסקי בהיקף נרחב ובהתבסס על חוזה בהתנהגות שאינו מוגבל בזמן**" (ס' 37 שם).

35. לטענת הנתבעת, "**בין הצדדים ... היה קיים הסכם הפצה. עם תחילת היחסים המסחריים בין הצדדים לא נחתם ביניהם חוזה בכתב. ההסכמות עוגנו בכתב עם התפתחות מערכת היחסים: בהסכם שנחתם בשנת 2006, בתנאי ההזמנה של ABI; ובתכנית העבודה השנתית המאושרת שתוכנה ויעודיה הוסכמו ואושרו עבור כל שנה בנפרד**" (ס' 7-6 לכתב ההגנה). **לפי הטענה, המסד עליו הושתתו היחסים בין הצדדים הוא בשלושת אלה "ועליו נוספו מעת לעת הסכמות נקודתיות בהתאם לנסיבות**". הנתבעת, מכנה, אפוא, את מסמך 2007 כ"**הסכם שנחתם בשנת 2006**" (המסמך נחתם כאמור, בדצמבר 2006) או "**הסכם 2007**". גם הנתבעת מזכירה כי בשנת 2013 הצדדים ניהלו מגעים כדי לאגד במסמך אחד את כל ההסכמות העדכניות שביניהם, ללא הצלחה (ס' 22- 24 שם). לטענת הנתבעת, מסמך יעדי המכירות לשנים 2018-2020 שעליו משליכה התובעת את יהבה, אינו הסכם כלל, אלא מצגת שהוצגה לה ע"י התובעת בפגישה, בבחינת מסמך חד צדדי של התובעת, שתוכנו נדון באופן ראשוני ולא הבשיל לכדי הסכמות. ההסכמות בין הצדדים עוגנו בתכנית השנתית המאושרת לשנת 2017 (ס' 27-25). אחת לשנה, עד ספטמבר, נדרש כל מפיץ להציג תוכנית לשנה הבאה (AOP - annual operating plan). התכנית שמציג המפיץ היא הצעתו ורק לאחר מו"מ ודיונים בין הצדדים, עד 15 לדצמבר, מאושרת התוכנית בשינויים המוסכמים, והיעדים שהוצבו בה הופכים מחייבים (ס' 21 לכתב ההגנה). הנתבעת מדגישה את חשיבות תנאי ההזמנה הכוללים, כאמור, תניית שיפוט ובוררות זרה, ומציינת כי "**עם השקת פורטל ההזמנות של ABI נוספו להסכם 2007 גם תנאי ההזמנה Terms & Conditions. בהתאם למדיניותה של ABI, כפי שהיא מחילה בקרב כל מפיציה, כל ההזמנות ממנה כפופות לתנאי ההזמנה**".

36. כעולה מן האמור לעיל, התובעת מציינת אף היא בין שלל המסמכים שהחליפו הצדדים גם את מסמכי ההזמנות שנעשו מעת לעת [ראו למשל המצוטט לעיל מכתב ההגנה "**הוחלפו בין הצדדים שלל תכתובות, שכללו בעיקרן את פרטי ההזמנות שנעשו מעת לעת, לצד תכניות אסטרטגיות ויעדי מכירות שנתיים (לרוב בפריסה של שלוש שנים קדימה)** ...]. דומה שלא יכול להיות חולק כי תנאי ההזמנה הם חלק מהמסמכים שהועברו בין הצדדים במסגרת מערכת היחסים הנמשכת שביניהם. עם זאת, לטענת התובעת הכללת תניית הבוררות בתנאי ההזמנה, אינה עונה לתנאי של הסכמה בכתב לבוררות, כנדרש לפי הדין.

37. הלכה היא, כי אין הכרח שהסכם הבוררות ייחתם על ידי הצדדים כתנאי לתקפותו ולצורך עיכוב הליכים; וכי הסכם בכתב למסור סכסוך לבוררות, יכול להשתכלל גם בהיעדרה של חתימה, באמצעות חליפת מכתבים, דוא"ל ותכתובות אחרות ואף בדרך של אימוץ של תניית בוררות כתובה בהתנהגות או באופן התנהלותם של הצדדים. **למעשה, הדרישה היא לתעוד בכתב לתוכנה של תניית הבוררות כאשר ההסכם עצמו יכול להשתכלל בדרכים שונות.**

הדברים יפים במיוחד בעידן הגלובאלי הממוחשב, על אמצעי התקשורת המגוונים שהוא מציע לצורך ביצוע עסקאות.

38. על פי הפרשנות המקובלת, גם אמנת ניו יורק מכירה בתניית בוררות בכתב שאינה חתומה. בהקשר זה נקבע בסעיף 2(2) לאמנה כי "**הסכם בכתב**" "**כולל גם סעיף בוררות בחוזה, או הסכם בוררות, שנחתמו על ידי בעלי הדין או הכלולים בחליפת מכתבים או טלגרמות**". כפי שמציינת אוטולנגי בספרה **בוררות-דין ונוהל**, עם התקדמות הטכנולוגיה מאז התגבשה אמנת ניו יורק, אין קושי לראות בהודעות דואר אלקטרוני כ"מכתב" או כ"טלגרמה", שכן אמנת ניו יורק מכירה גם בסעיף בוררות הכלול בחליפת טלגרמות שאינן חתומות מבחינה טכנית (מהדורה רביעית מיוחדת, עמ' 327 (2005)).

39. כאמור, די גם בהסכמת הצדדים לתניית בוררות כתובה ועל הסכמה כאמור ניתן ללמוד גם מהתנהלותם של הצדדים. ברע"א 4986/08 **TYCO BUILDING SERVICES נ' אלבקס וידיאו בע"מ** (מיום 12/4/10) קבע בית המשפט העליון, כי יש להכיר בתניית בוררות שבהסכם כללי שבין הצדדים, אף שאין מחלוקת שזה לא נחתם מעולם; וכי די בכך שעותקים ממנו נשלחו באמצעות הדואר האלקטרוני באופן חד כיווני, כאשר התנהלות הצדדים לאחר שליחתה של הודעת הדואר האלקטרוני והסתמכותם הלכה למעשה על ההסכם, מהווה ראיה מובהקת לעצם קיומו של הסכם בוררות בכתב. בעניין אחר, רע"א 5394/09 **סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' KIA MOTORS CORPORATIONS** (27/6/12), תבעו סמל"ת וקוריאה מוטורס (חברת בת 100% של סמל"ת) את חברת קיה ואחרים, בגין סיום חוזה הפצה. קוריאה מוטורס טענה להפרת חוזה ההפצה שנחתם ביניהן ואילו סמל"ת טענה להפרת חוזה מכללא שנכרת עמה בקשר עם הקמת מרכז לוגיסטי לטיפול ברכבים שייבאה קוריאה מוטורס מקיה. נקבע כי יש להחיל את תניית הבוררות שבהסכם ההפצה שנחתם עם קוריאה מוטורס, גם על סמל"ת, שכן אם נכונה הטענה להסכם מכללא אזי "**אין מנוס מאשר לקרוא אל תוך אותו הסכם מכללא את עניינה המפורש של קיה בישוב של הסכסוך בבוררות. מדובר בהסכמת הצדדים, בדרך של התנהגות, לקבל על עצמם את תנאי החוזה הכתוב שכרתה קיה עם קוריאה מוטורס. בכך די על מנת למלא אחר דרישת הכתב המופיעה בסעיף 1 לחוק הבוררות**". הדבר עולה בקנה אחד עם המדיניות המשפטית הראויה השואפת, כאמור, לאכיפה יעילה של הסכמי בוררות בינלאומיים, תוך הגברת הוודאות בעניין זה ומיגור החשש מפני אי כיבוד הסכמי בוררות בינלאומיים (ראו **ד"ר שמעוני**, בספרו הנ"ל בעמ' 15).

40. ביישום הדיון לענייננו, סבורני כי באופן דומה יש לומר, כי עם ביצוען של הזמנות אינספור משך שנים באתר המקוון של הנתבעת, תוך אישור תניית הבוררות (והדין), אשר תוכנה מתועד בכתב במסגרת תנאי ההזמנה - יש כדי למלא אחר דרישת הכתב בסעיף 1 לחוק הבוררות ובאמנה.

41. אין מחלוקת, כי בכל ביצוע הזמנה חדשה דרך הפורטל המקוון של הנתבעת, על המזמין ובכלל זה, על התובעת, לסמן באופן אקטיבי את הסכמתו לתנאי ההזמנה; וכי בחלון שנפתח לצורך אישור התנאים וביצוע ההזמנה, הובאו (גם) עיקרי תניית הבוררות (והדין) כמובא לעיל.

42. התובעת טוענת, כי אין מדובר בהסכמה בכתב כנדרש, מכיוון שאת ההזמנות ביצעו עובדים שונים (זוטרים?) של התובעת או משום שמדובר באישור אגבי או בתניה "שהוגנבה" ואושרה על ידי עובדיה בהיסח הדעת וללא מודעות התובעת. אני דוחה טענה זו, שלא הוכחה ואיננה מתיישבת עם הראיות וכלל נסיבות העניין. זכרה בא כלאחר-יד בתשובת התובעת לבקשה לעיכוב הליכים והיא אף אינה נתמכת בתצהיר שתמך בתשובה זו.

43. כאמור, מעיון בתצהיר התובעת שהוגש בתמיכה לתשובה לבקשה עולה כי זה אינו תומך בטענה שאת ההזמנות ביצעו עובדיה של התובעת ללא ידיעתה, בלחיצות אישור אגביות. בתשובה נטען כי "**אין להלום שתנאי חוזה הייבוא וההפצה בין הצדדים, שראשיתו כאמור בשנות ה- 80 של המאה הקודמת, התעצבו בשנים האחרונות 'במעמד צד אחד' וללא ידיעתה של התובעת, תוך שעובדיה ביצעו הזמנות בפורטל המקוון של הנתבעת ... ודאי וודאי שאין לאפשר לנתבעת 'להגניב' תניית בוררות לתוך מערך ההתקשרות החוזי, תוך חוסר תשומת לב או הטעיה - כאשר ההלכה הפסוקה עמדה על כך שהסכמה לתניה כזו צריכה שתהא מפורשת**" (ס' 3א בעמ' 2). ובמקום אחר שם נטען עוד, כי "**לשיטת הנתבעת, חוזה ייבוא והפצה ממושך זה, שראשיתו לפני למעלה משלושה עשורים, התעצב מחדש, בהתאם לרצונה החד-צדדי - והכל בעקבות לחיצות 'אישור' אגביות של מי מעובדי התובעת, עת שביצעו הזמנות מוצרים בפורטל המקוון של הנתבעת בשנים האחרונות (הזמנות שהיוו למעשה רק יישום של חוזה המתמשך בין הצדדים, ועמדו בהלימה עם יעדי המכירות שסוכמו מראש בין הצדדים מעת לעת)**" (ס' 9 בעמ' 4) (כאמור, כל ההדגשות בקו הן שלי - י' ב'). לטענות אלה אין תמיכה בתצהיר. בתצהיר הסתפקה התובעת בטענה כללית, שלפיה מעולם לא נתנה הסכמתה, לא כל שכן הסכמתה המפורשת, לתניית בוררות (ס' 1 וס' 10). עוד טענה שם כי במסגרת החוזה ארוך הטווח שבין הצדדים המבוסס בעיקרו על התנהגות הצדדים, לא הייתה הסכמה לבוררות (ס' 4); כי אין להניח שהתובעת הייתה מסכימה לתניית בוררות הכופה עליה התדיינות במדינה זרה לפי הדין הזר ובהליך בוררות חסוי בשפה זרה, בהיותה חברה משפחתית ישראלית (ס' 6); וכי הליך כאמור אף יהיה כרוך מבחינתה במשאבים רבים ולפי הדין הזר יקשה עליה להיפרע מהנתבעת ואף יצא מנקודת הנחה שגויה כי חלים תנאי ההזמנה ובכל אלה יש כדי להרתיעה מנקיטת הליך כזה (ס' 8). הטענה שאת הרכישות ואת ההקלקה לאישור תנאי ההזמנה ביצעו עובדי התובעת (העלומים) באופן אקראי, לא מודע וכיוצ"ב - לא מצויה בתצהיר.

44. יתר על כן, גם אילו נתמכה הטענה האמורה שנטענה בתשובה (כפי שצוטטה לעיל) בתצהיר - לא היה בכך כדי להועיל לתובעת. הטענה נטענה בכללית והיא חסרה, נעדרת כל פירוט ממשי ביחס לתהליך הרכישה בתובעת, זהות העובדים שביצעו את הרכישות, מעמדם ותפקידם בחברה וכיוצ"ב, באופן החותר תחת יסודותיה של הטענה. הדבר מוקשה שבעתיים כשמדובר בחברה משפחתית, כפי שהעידה התובעת על עצמה, ובתהליך רכישה שמתבצע פעם אחר פעם בכל הזמנה, במשך שנים ארוכות. חוסר זה מדבר בעד עצמו.

45. כמפורט לעיל, הנתבעת לא נקטה בדרך של "הבלעת" תניית הבוררות (והדין) או הסתרתה, אלא ציינה אותה באופן בולט וברור, הן בכך שנכתבה באותיות גדולות בסעיף 16.2(a) לתנאי ההזמנה והן בחלונית שנפתחת לצורך ביצוע כל הזמנה והזמנה וכתנאי לביצועה. בחלונית צוינו במפורש עיקריה של תניית הבוררות (והדין) וזאת, בנוסף לקישור לקובץ המלא של תנאי ההזמנה. מכאן, שאף אין צורך להקליק על הקישור על מנת להתוודע לקיומה של תניית הבוררות הזרה (בניגוד ליתר תנאי ההזמנה לגביהם נדרשת הקלקה נוספת לצורך חשיפתם המלאה). ביחס לתניית הבוררות (והדין החל) מדובר, אפוא, בהסכם מקוון מסוג "הסכם הקלקה" clickwrap, שבמסגרתו נדרש אישור אקטיבי של המתקשר לאחר שהוצגו בפניו התנאים טרם האישור. תוקפה של הסכמה זו הוכר בפסיקה ומי שמאשר את תנאי ההתקשרות בהקלקה כאמור, מוחזק כמי שקרא ומסכים לאמור שם (ראו ת"א 1963-05-11 **אווא פיננסי בע"מ נ' מלכה** (13/9/11, כב' הש' רונן; וכן, ת"צ (ת"א) 55512-07-18 **לביא נ' קורל-תל בע"מ** 11/10/20, כב' הש' ברקאי). אוסיף ואציין כי הפסיקה הכירה גם בתוקפו של הסכם "היברידי"-מעורב, כזה הדורש אישור אקטיבי לצד קישור זמין ונח לצורך עיון בתנאים, מבלי שהתנאים עצמם יוצגו בחלונית שנפתחה לצורך אישור. יובהר למען הסר ספק, כי בענייננו לא הועלתה כל טענה בדבר אי זמינות הקישור או קושי אחר להגיע באמצעות הקישור לתנאים עצמם ולעיין בהם (להסכם היברידי, ראו פסקי הדין לעיל וכן, ת"צ (ת"א) 64880-02-18 **הראל נ' פאנקו גרופ בע"מ** 25/7/21, כב' הש' חסדאי, ס' 15 ואילך).

46. המסקנה המסתברת על רקע כל האמור ובמכלול הנסיבות היא, כי אין מדובר באי ידיעה על התניה ועל דבר אישורה עם ביצוע כל הזמנה, כי אם בהסכמה בכתב, ולמצער הסכמה שבהתנהגות לתחולתה של תניית הבוררות (והדין) הכתובה, ואימוצה כחלק ממערכת היחסית החוזית שבין הצדדים. יש להזכיר בהקשר זה גם את אי המחאה מצד התובעת במשך השנים. באופן דומה, נקבע בע"א 65/88 **אדרת שומרון בע"מ נ' הולינגסוורת ג.מ.ב.ה.** פ"ד מד(3) 600 (22/8/90), כי עם קבלת מסמך אישור ההזמנה, גמרו הצדדים בדעתם להתקשר בחוזה מחייב הכולל תניית שיפוט ואף ניתן ללמוד על הסכמתה של המערערת מאי ההשגה על תניית השיפוט בזמן אמת (ס' 17 עמ' 609), תוך שנדחתה הטענה להבלעת תניית הבוררות:

"הטענה, כי תניית השיפוט הוספה בהיחבא, דינה להידחות: המדובר בצירוף דף נוסף, קריא וברור, אשר יש אליו הפניה מפורשת באישור ההזמנה, ואם המערערת אכן לא שמה לבה לקיומה של תניה זו, אין לה להלין אלא על עצמה..." (ס' 19).

יצויין כי בית המשפט הכיר בתניית בוררות זרה שהופיעה בתנאי התקשרות כלליים ביחסים שבין מפיץ ליצרן זר, במקרים נוספים, כגון בע"א **סנקרי נ' Julius Blum G.M.B.H** (19/11/96). בעניין זה (כבעניינו) לא נחתם הסכם מסגרת כוללני בין הצדדים. תניית הבוררות הזרה הופיעה בגב החשבוניות שהוציאה החברה למוצרים שרכש ממנה המפיץ ונקבע, כי חשבוניות אלה הן חלק ממערכת היחסים החוזית של הצדדים וחלה על כל מערכת היחסים העסקית ביניהם (ראו גם ת"א (מרכז) 29715-07-17 **סאן שיין מעליסה בע"מ נ' RIO GRANDE INC**, 22/10/19).

47. התנהלות התובעת, כמי שנתנה את הסכמתה המפורשת לתנאי ההזמנה של הנתבעת המופיעים בפורטל המקוון בעת ביצוע כל הזמנה והזמנה מחדש, במשך שנים, ובכך שלא הביעה מחאה כלשהי בעניין לאורך כל ההתקשרות עם הנתבעת; הכל, חרף ציון תניית הבוררות באופן מפורש גלוי וברור בחלונית האישור של ההזמנה באתר המקוון ולצד קישור לתנאי ההזמנה במלואם (וכאמור, קיימת הפניה לתנאי ההזמנה גם בחשבוניות) - מלמדת, אפוא, כי לכל הפחות, תניית הבוררות והדין שבתנאי ההזמנה של הנתבעת, הם חלק ממארג מסמכי ההתקשרות של הצדדים וכי בין הצדדים קיימת תניית בוררות זרה מוסכמת בכתב, כנדרש.

48. על מנת לסבר את האוזן ולהפיס את הדעת ייאמר עוד, כי כפי שציינו שני הצדדים, בשנת 2013 הם ניהלו מו"מ לצורך הסדרת יחסיהם בהסכם כוללני אך לא הגיעו להסכמות וההסכם לא נחתם. כאמור, התובעת ציינה כי לא עלה בידי הצדדים להגיע להסכמות בנושא הבלעדיות. הדבר מעיד על יכולת לנהל מו"מ ולכל הפחות, להביע הסתייגויות. כאמור, הצדדים גם התדיינו מדי תקופה ביחס לתכנית המכירות. דומה, אפוא, כי אילו רצתה בכך התובעת היו בידה הזדמנויות לרוב להביע את הסתייגותה מתניית הבוררות, "להציף" את העניין ולבקש להגיע להסכמות אחרות. לא נטען ובוודאי שלא הוכח, כי התובעת פנתה כלל לנתבעת בבקשה לנהל דיון בקשר לתניית הבוררות.

49. **סיכומה של נקודה זו** כי שוכנעתי על רקע כל האמור, כי התובעת נתנה הסכמתה לתניית הבוררות הזרה שבתנאי ההזמנה של הנתבעת המהווה חלק מתנאי ההתקשרות שבין הצדדים. בכך מתקיימת דרישת הכתב הדרושה לצורך עיכוב ההליכים.

50. עתה לשאלה השניה - האם מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד.

<u>האם תניית הבוררות היא תנאי מקפח בחוזה אחיד?</u>

51. סבורני כי תניית הבוררות בענייננו אינה תנאי מקפח בחוזה אחיד ויש לאכפה ולהורות על עיכוב ההליכים.

52. תחילה ולשלמות התמונה אעיר, כי הצדדים לא עוררו כל טענה ביחס לשאלה מהו הדין שלפיו יש לבחון סוגיה זו, בשים לב לתניית הדין הזר המוסכמת (שמחילה את הדין השוויצרי). הצדדים טענו ובחנו את הסוגיה לפי הדין הישראלי (דין הפורום) וכך אעשה גם אני. ממילא גם לא הוכח הדין השוויצרי.

לדיון בשאלה מהו הדין לפיו יש לבחון את תניית השיפוט הזר, ראו למשל: ע"א 65/88 **אדרת שומרון בע"מ** ות"א (מרכז) 29715-07-17 **סאן שיין מעליסה** הנזכרים לעיל; וכן, ת"צ 46065-09-14 (מרכז) **בן חמו נ' Facebook** כב' הש' שטמר, ס' 23-13. למעשה, מעיון בפסיקה הרלבנטית ניתן לומר כי זו בוחנת את השאלה אם תניית השיפוט הזר היא תנאי מקפח בחוזה אחיד לפי הדין הישראלי. כך גם בפסק הדין של בית המשפט העליון בערעור על פסק דין זה **בעניין בן חמו**, הגם שמבלי שהסוגיה (שלא נתקפה בערעור), נדונה במפורש. עם זאת, עולה לכאורה עמדה אחרת, למשל מע"א 4866/00 **מדינת ישראל נ' חתמי לוידס**, פ"ד נו(4) 447, 444 בסיפא לס' 29 וכן ראו עמדת בית המשפט ב**עניין אווא פיננסי**).

53. לגופו של עניין, נראה כי אין מדובר כלל ב"חוזה אחיד" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, אשר קובע, כי "**חוזה אחיד**" הוא "**נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים <u>לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם</u>**". על פניו, נדמה כי לפי הגדרה זו תנאי ההזמנה של הנתבעת ובכללם גם תניית הבוררות, המהווים חלק ממערכת היחסים החוזית בין הצדדים, אינם "חוזה אחיד". אף שנוסחם ותוכנם של תנאי ההזמנה לרבות תניית הבוררות הזרה נקבעו על ידי הנתבעת ובמטרה מוצהרת על ידה, להחילם באופן מוחלט על **כל ההתקשרויות של הנתבעת עם מפיציה השונים ברחבי העולם** - נראה כי לא מתקיימת הסיפא בדבר זהותם של המתקשרים עמה כ"**אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם**". כפי שמציין פרופ' אריאל פורת "**אם הספק ניסח את החוזה האחיד לשם התקשרות עם מספר רב של לקוחות שזהותם ידועה לו, לא יחשב הדבר ל'חוזה אחיד'**" (פרק "חוזים אחידים" בספרם של פרידמן וכהן **דיני חוזים** כרך ג', תשס"ד-2003, בעמ' 746, טקסט סמוך לה"ש 60). נראה כי זהו המקרה שלפנינו, שעה שהנוסח מיועד אך ורק למי שהוכר ואושר ע"י הנתבעת כמפיץ של מוצריה. כעולה מן המתואר (ע"י שני הצדדים), הנתבעת מקיימת קשר שוטף עם מפיציה, ולו לצורך אישור התכנית השנתית, ואין מדובר בלקוחות מזדמנים ולא ידועים של הנתבעת המתקשרים

עמה בהסכם מקוון. אציין כי הנטל להוכיח שמדובר בחוזה אחיד מוטל על התובעת, אשר מבקשת להיזקק לחוק זה בהליך שלפניי (לוסטהויז ושפניץ **חוזים אחידים** (תשנ"ד) בעמ' 27), ונדמה כי התובעת לא עמדה בנטל זה. הנתבעת אכן טענה כי אין מדובר בחוזה אחיד אלא בהתקשרות עם מפיציה. עם זאת, לא הפנתה במיוחד לסיפא הנ"ל של הגדרת חוזה אחיד, והעניין לא לובן כדבעי. לפיכך ועל מנת שלא יימצא חסר, אמשיך ואבחן את העניין בהנחה שמדובר בחוזה אחיד (ומבלי לקבוע שכך). סבורני כי גם כך המסקנה המתבקשת היא כי אין מדובר בתנאי מקפח.

54. סמכותו של בית המשפט לבטל או לשנות תנאי מקפח בחוזה אחיד מעוגנת בחוק החוזים האחידים. בשלב ראשון, יש להכריע אם התנאי הנתקף הוא תנאי מקפח לפי הוראות סעיפים 3-5 לחוק זה; ובשלב שני, על בית המשפט להכריע מה דינם של התנאים שנמצאו מקפחים, לפי סמכותו הקבועה בסעיפים 5 ו- 19 לחוק. להלן הסעיפים הנזכרים:

"תנאי מקפח וביטולו
3. בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח).

חזקות
4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:
(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות;
(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך;
(10) תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על תנאי הבוררות, לרבות קביעת הבורר, מקום הבוררות, תנאים שעל פיהם תתנהל הבוררות, אופן ניהול הבוררות וסדרי הדין בבוררות, והכל אף אם הספק הוכיח כי מסירת הסכסוך לבוררות כשלעצמה כאמור בפסקה (8) אינה מקפחת;
(12) תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה, או תנאי שבו הלקוח מצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על עובדה שמתקיימת בעניינו, או מאשר אותו, והכול למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחוזה."

תנאים בטלים בחוזה אחיד
5. (א) תנאי בחוזה אחיד השולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל.

ביטול ושינוי תנאי בבית המשפט
19. (א) מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח. (ב) בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון לפניו."

55. התובעת טענה, כי תניית הבוררות בעניינו עולה כדי תנאי בטל לפי סעיף 5(א) לחוק חוזים אחידים, הקובע כי "תנאי בחוזה אחיד השולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל". איני סבורה שכך. התובעת הסתמכה על עמדת כב' הש' מלצר בעניין **בן חמו**, אלא שלא זו דעת הרוב שם ומעבר לכך, לא ביססה התובעת את עמדתה כדבעי. כפי שציינה כב' הנשיאה הש' חיות (עמה הסכימה כב' הש' ברון), "**אני כשלעצמי, איני משוכנעת כי סעיף 5(א) חל על הגבלת הפניה לערכאה מסוימת - למשל קליפורניה כבענייננו - להבדיל מתניה השוללת או מגבילה באופן כללי את הזכות לפנות לערכאות משפטיות באשר הן**". ממילא גם רוב טיעוני הצדדים התמקדו בחזקות הקיפוח שבסעיף 4 ובכך אמשיך ואדון.

56. בהינתן החזקות הקבועות בחוק החוזים האחידים, נטל ההוכחה לסתור את החזקות ולהוכיח כי תניית השיפוט הזר מוצדקת וסבירה בנסיבות העניין באופן השולל את אופייה המקפח, מוטל על הנתבעת. סבורני כי עלה בידי הנתבעת לסתור את חזקת הקיפוח. אבאר הדברים.

57. כפי שנקבע ב**עניין בן חמו**, אין תשובה ממצה אחת לשאלה מהו תנאי בלתי סביר או בלתי הוגן בחוזה אחיד ומושג זה קורם עור וגידים ממקרה למקרה. עם זאת, במהלך השנים התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים שיש בהם כדי לסייע. בתוך כך נקבע כי סבירותו של התנאי "**צריכה להיבחן בהתאם לתפיסות המוסריות והחברתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כשלנו, ובהתאם למה שנתפס כהתנהלות הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון... עוד נפסק כי לצורך ההכרעה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לאותו חוזה ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם, וכי ניתן להבחין בהקשר זה בין סוגים שונים של ספקים ולקוחות. כך, למשל, ניתן להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר. כמו כן, ניתן להבחין בין ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול... לבסוף נפסק כי נוכח העובדה שתכליתו של חוק החוזים האחידים היא לאזן את חוסר השוויון שבין הספק והלקוח, תנאי בחוזה אחיד המגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי בחברה הישראלית ייחשב למקפח**" (שם, ס' 22). עוד צוין כי בבואנו להכריע בשאלה אם תנאי מסוים הוא תנאי מקפח יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים במועד שבו התקשרו ולא במועד הגשת התביעה (ס'

25). כן נקבע כי השאלה אם מדובר בתנאי מקפח אינה נבחנת מנקודת מבטו של הלקוח העומד בפני ביהמ"ש אלא מנקודת המבט של "לקוח אינדיווידואלי ואנונימי - העומד כביכול מאחורי מסך רולסיאני של בערות". על כן, הנסיבות הפרטניות של הלקוח המסוים רלבנטיות לצורך ההכרעה בשאלת הקיפוח, ככל שיש בהן כדי ללמד על כלל החוזים בין ספקים ולקוחות מאותו סוג.

58. עוד נקבע בפסיקה, כי בין השיקולים שעל בית המשפט לשקול בשלב זה של הבדיקה שבו בוחן בית המשפט אם נסתרה חזקת הקיפוח ביחס לתניית השיפוט, ייקח בית המשפט בחשבון את שיקול ההרתעה מפני מימוש הזכויות. יש לבחון אם תניה זו מרתיעה את הלקוח מלנקוט בהליכים משפטיים. עם זאת, מבחן ההרתעה אינו חזות הכל ואין לראותו כמבחן בלעדי או מכריע, שכן מחובתו של בית המשפט לבחון את התמונה כאמור בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, בטרם ייקבע אם עלה בידי הספק לסתור את חזקת הקיפוח (**עניין בן חמו**; רע"א 1108/10 **מאיר חברה למכוניות ומשאיות בע"מ נ' ברפי**, 7/4/10).

59. בענייננו, אין חולק כי תניית השיפוט הזר אשר במסגרתה נקבע כי כל הסכסוכים בין הצדדים יופנו להליך של בוררות במוסד ה-ICC, משרתת את האינטרס של היצרן (הנתבעת), שמבקשת לרכז את ההתדיינויות שלה עם מפיציה השונים בעולם במקום אחד ותחת דין אחד; ונוחה פחות למפיץ (התובעת), שהתאגדה ופועלת בישראל. עם זאת, ככלל ולאורך השנים, הכירה הפסיקה באינטרס האמור של יצרן זר כגון הנתבעת, ביחסיו עם המפיצים בישראל, כאינטרס לגיטימי וראוי להגנה משפטית (ככל שקיימת תניית שיפוט כמובן); שיש בו כדי להקל על השחקנים השונים וכדי לעודד את התפתחות המסחר הבינלאומי. התנהלות מעין זו, מקובלת בעידן המסחר הגלובאלי וניתן למצוא תניות שיפוט זר בהסכמים בהם מעורבים יצרן זר ומפיץ מקומי כדבר שבשגרה. תניית שיפוט זר, אפוא, מקובלת באופן כללי ביחסים בין גופים משפטיים ממדינות שונות ובתחום הנדון, בפרט (ראו למשל ע"א 5666/94 **סנקרי** הנ"ל ופסקי הדין האחרים שנזכרו לעיל בס' 38, 44 ובפסקי דין נוספים כגון רע"א 6767/15 **דיפוכם (1989) בע"מ נ' wacker chcmic** מיום 29/10/15; רע"א 722/09 **קולומביה ציוד וצרכי צילום נ' Samsung Techwin co Ltd** מיום 11/3/09, כב' השׂ' עמית, ס' 8; בש"א (ת"א) 8839/06 **Nutro Products Inc נ' פאט ואט בע"מ**, 18/4/08). התניה שלפנינו אינה בעלת מאפיינים חריגים או בלתי סבירים או כאלה המקנים יתרון מיוחד לנתבעת. תניית הבוררות משרתת את האינטרס הלגיטימי של הנתבעת בדבר ריכוז ההתדיינויות כאמור, ולא מקנה לה כל יתרון מעבר לכך, ביחס לדין החל או לאופן ניהול הבוררות (ומכל מקום לא הוכח קיומו של יתרון כזה). אף אין מדובר בהפניית הצדדים להתדיינות במדינה שבה מאוגדת הנתבעת או אף החברות שהתמזגו בה (גרמניה, בלגיה ארה"ב). התניה מפנה את הצדדים לבוררות במסגרת מוסד ה- ICC בשוויץ, שהוא אחד המוסדות הידועים והמקובלים בעולם העסקים הבינלאומי,

בפני שלושה בוררים שאין לנתבעת השפעה על מינויים. הדין החל על פי תניית הבוררות הוא הדין השוויצרי (שגם לגביו לא נטען דבר) ושפת הבוררות היא אנגלית, שהיא שפת ביצוע ההזמנות מהנתבעת ושפת תנאי ההזמנה. ברי גם כי אין כל חשש מקיומו של הליך משפטי לא הוגן במדינה לא דמוקרטית או שמא לא ייעשה עם הצדדים משפט צדק.

60. אשר לזהות הצדדים - ראשית יש לציין כי הגנת חוק החוזים האחידים חלה באופן עקרוני גם על עוסקים ואינה מוגבלת א-priori לצרכן הפרטי בלבד (ראו רע"א 7470/20 **Facebook Ireland Limited נ' גל** 3/1/22 כב' הש' ברון). עם זאת, ואף שעל פניו נראה כי יש פערי כוחות בין הנתבעת כיצרנית בירה זרה לבין התובעת כמשווקת של מוצריה בישראל, אין מדובר בפערי כוחות משמעותיים אשר מצדיקים קביעה כי מדובר בתנאי מקפח, כפי שקיימים **בעניין גל** הנ"ל; ואף אין מדובר ביחסי תלות כפי שהתקיימו שם, שעה שהנתבעת באותו עניין (פייסבוק) מספקת פלטפורמה מקוונת מרכזית עבור תחום העיסוק שנדון שם (תחום הפרסום, שבו עוסקים התובעים הנזקקים לפלטפורמה). כפי שציין בית המשפט העליון **בעניין בן חמו "ניתן להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר"**. כאמור בע"א 4602/97 **רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נג(2) 577, 593 "**לקוחות צרכניים נבדלים מדרך כלל מלקוחות מסחריים בידע שברשותם, בניסיונם, בכוח המיקוח שלהם, במעמדם הכלכלי וכיוצא בזה. משום כך, כאשר בלקוח צרכני עסקינן, יש לבדוק את סעיפי הפטור של הספק בדיקה קפדנית יותר...**" (ראו גם לוסטהויז ושפניץ, **שם**, בעמ' 70). הדברים יפים גם לענייננו, הן כל הנוגע לבחינת יחסיה של הנתבעת ומפיציה, כפי שנלמדו מהמקובץ לעיל, והן בבחינת מערכת היחסים בין הצדדים הספציפיים.

61. סבורני כי על רקע הדין כאמור ובמכלול הנסיבות כמפורט, נסתרה חזקת הקיפוח. ועוד - ביחס למערכת היחסים הספציפית שבין הצדדים כאן - עסקינן במערכת יחסית חוזית שבין הנתבעת יצרנית בירה זרה לבין התובעת ששימשה כמפיצה של מוצריה, וכפי שהעידה על עצמה, היא חברה מסחרית ותיקה הפועלת מזה עשרות שנים בתחום של יבוא משקאות אלכוהוליים, לרבות בירה. מהמקובץ לעיל עולה, כי התובעת אינה נעדרת כוח מיקוח ביחסיה עם הנתבעת, יש לה יכולת להתדיין על זכויותיה, התקיים בין הצדדים דין ודברים ונוהל מו"מ ביחס לתנאים כאלה ואחרים במהלך שנות עבודתם המשותפת ואין היא מוגבלת לפעול מול הנתבעת בלבד. יצויין עוד כי הצדדים ניהלו את מערכת היחסים החוזית ואת כל התקשרות ביניהם בשפה האנגלית, היא שפת הבוררות. התובעת אף לא טענה כי יש בתניית הבוררות כדי להרתיע אותה מלתבוע את זכויותיה במסגרת הבוררות, כי אם טענה שהדבר יהיה כרוך מבחינתה במשאבים רבים. בהקשר זה יש לשים לב גם לסכום התביעה שעומד על כ- 8.9 מיליון ש"ח, סכום המהווה לכאורה תמריץ מספק לנקוט הליכים גם בחו"ל (ראו גם ת.א.

(ת"א) 13568-07-16 **אם דבליו גרופ (ישראל) בע"מ נ' אופק נ.ר. עבודות הנדסיות בע"מ**, 22/3/17, שם נקבע כי עלויות ההתדיינות במוסד לבוררות של ה- ICC אינן טעם המצדיק שלא לאכוף תניית בוררות מכוח הסמכות שלפי סעיף 5(ג) לחוק הבוררות).

62. אשר לטענת התובעת כי לגופו של עניין, יקשה עליה להצליח בתביעתה, שכן הדיון יצא מנקודת הנחה שגויה שחלים תנאי ההזמנה. כאמור, הדין החל הוא הדין השוויצרי. זה כלל לא הוכח ולא הונח כל יסוד לטענה שזכויותיה של התובעת יקופחו לפי הדין השוויצרי. לגופו של עניין בקשר ליחסים החוזיים בין הצדדים ולתנאים להפסקת חוזה ההפצה, יהא בידי התובעת להעלות טענותיה כדין במסגרת הבוררות. יוער עוד, כי גם אילו נמצא כי תניית השיפוט מקפחת ובטלה, אזי לאור קביעות בית המשפט העליון ב**עניין בן חמו**, היה העניין נדון בישראל לפי הדין השוויצרי (וממילא התובעת לא טענה דבר כנגד תניית הדין). יתר על כן, לפי הפסיקה, גם אילו הוכיחה התובעת כי הדין השוויצרי מקים לפניה קושי מהותי כזה או אחר, אין בכך בהכרח כדי להצדיק את אי כיבוד תניית הבוררות והתובעת לא הניחה כל תשתית לקביעה כזו (ראו רע"א 6767/15 **דיפוכם (1989) בע"מ הנ"ל** שם נקבע, תוך סקירת הפסיקה, כי יש לכבד תניית שיפוט זר ודין זר, תוך שנדחתה הטענה כי אין מקום לאכפם מכיוון שלפי הדין הזר, התביעה התיישנה. נקבע כי על צד המתקשר בחוזה מסחרי שכולל תניית שיפוט לבחון את השלכותיה על מערך הזכויות והחובות ובהעדר נסיבות מיוחדות וכבדות משקל לא יוכל להשתחרר מהתחייבותו בטענה שלא היה מודע לנפקות המשפטית של תניית השיפוט. אי הכרת דין ההתיישנות בפורום הזר אינה עולה כדי נסיבה מיוחדת המצדיקה השתחררות מהחוזה ותקופת ההתיישנות בדין הזר שעומדת על שנתיים אינה נוגדת את תקנת הציבור. הדברים יפים שבעתיים כשבתניית בוררות זרה עסקינן ולאור הוראות סעיף 6 לחוק הבוררות והפסיקה בנדון).

63. לא מצאתי ממש גם ביתר טענות התובעת כנגד אכיפת תניית הבוררות והן נדחות.

64. התוצאה היא שלא נמצא כי מתקיימים החריגים הקבועים בסעיף 2(3) לאמנת ניו יורק או אף אחד מהמקרים הנדירים ויוצאי הדופן שמצדיקים שלא לכבד את תניית הבוררות ויש להורות על עיכוב הליכים בשל תניית בוררה זרה.

<u>סוף דבר</u>

65. הבקשה לעיכוב ההליכים בשל תניית בוררות זרה מתקבלת. התובעת תשלם לנתבעת הוצאות בקשה זו בסך של 50,000 ₪.

<u>המזכירות תדוור לצדדים ותסגור את התיק.</u>

ניתנה היום, א' אייר תשפ"ב, 02 מאי 2022, בהעדר הצדדים.



יעל בלכר, שופטת