

הגנה מהבלתי צפוי והבלתי נמנע

**ההתפתחויות בתקופה האחרונה מצדיקות התייחסות משפטית
לסוגיית הכוח העליון, שכן צד לחוזה המבקש להסתמך על סעיף זה
צריך לוודא שהוא עומד בכל הדרישות שנקבעו בו**



| עו"ד אמיר כהן דור |

דומה כי צוק העיתים וההתפתחויות הגיאופוליטיות העולמיות בתקופה האחרונה מצדיקים התייחסות משפטית לסוגיית הכוח העליון הנדונה כאן, ואין כמו המשפט האנגלי כמקור ראוי כדי להזין אותנו בתובנות בעניין, בהיותו הדין שחלק נכבד מהסכמי המכר הבין-לאומיים מחילים אותו כדין החוזה. אף על פי שקיימת פסיקה ענפה בתחום, ראיתי לנכון להתמקד בסקירה קצרה זו בפסיקה עדכנית דווקא, בתחום המשפט הימי.

בפסק דין שניתן לאחרונה באנגליה (בפרשת RTI Ltd -v- MUR Shipping BV [2024] UKSC 18), בית המשפט העליון, כערכאה שלישית, קבע שבעוד שצד המבקש להסתמך על סעיף כוח עליון (FM – Force Majeure) בחוזה חייב לעמוד בכל הדרישות הכלולות בסעיף כוח עליון (FM) ולעמוד בנטל "השקידה הסבירה" (למניעת או להפחתת הנסיבות שמגבשות את הכוח העליון הנטען). מאמצים סבירים כאלה אינם דורשים מהצד שכנגד להסכים לתשלום חיובים באופן חלופי "שלא על פי החוזה", כפי שנבחר להלן.

**אין כמו המשפט האנגלי כמקור ראוי
כדי להזין אותנו בתובנות בעניין, בהיותו
הדין שחלק נכבד מהסכמי המכר
הבין-לאומיים מחילים אותו כדין החוזה**

באותו מקרה, השאלה שנדונה הייתה אם בעל האונייה שהתקשר בהסכם הובלה היה זכאי לעמוד על כך שתשלום דמי הובלה ישולם במטבע שהוגדר בהסכם הובלה (דולר ארה"ב), או שמא הוא נדרש לקבל תשלום במטבע אחר, בנסיבות שבהן יכולתו של החוכר לשלם בדולרים של ארה"ב נשללה, כתוצאה מסנקציות אמריקאיות שהוטלו נגד החברה-האם שלו.

בית המשפט העליון קבע באותו המקרה כי בעל האונייה זכאי חוזית לעמוד על זכותו לקבלת תשלום בדולרים של ארה"ב והיה זכאי לסרב לתשלום בכל מטבע אחר לשיטתו של זה, החובה החוזית לפעול בשקידה סבירה כדי להתגבר על אירוע ה-FM לא

כללה דרישה מהצד שכנגד לוותר על זכותו החוזית, אלא אם כן הסכים לכך במפורש.

בהגיעו למסקנה זו, ביטל בית המשפט העליון והפך את החלטתו השונה של בית המשפט לערעורים על פניה, בהדגישו את העקרונות הבאים:

1. עקרון חופש חוזים, המאפשר לצדדים להסכים על תנאי העסקה ביניהם.
 2. העיקרון שלפיו צד מתקשר לא ייחזה ככזה שוויתר על זכות חוזית רבת-ערך, במקרה שלא נאמר כך במפורש בלשון החוזה.
 3. חשיבות הוודאות בחוזים מסחריים. במאמר מוסגר אציין שיתכן כי השקפת הדין הישראלי על מקרה דומה – אם יובא לפני ערכאות בישראל – תהא שונה, בשים לב לחובת הקיום של חיוב הנובע מחוזה בדרך מקובלת ובתום לב, והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה. על כן, בהחלט ראוי לסייג את תחולת ההלכה לחוזים הכפופים לדין אנגלי, כאשר השקפת הדין הישראלי על סוגיה בהחלט ראויה לבחינה נפרדת.
- משום כך, אי אפשר למצות את הסוגיה ללא כמה מילים על דוקטרינת "ביצוע בקירוב" בדין הישראלי, שעם כל העמוה, נראה לי גמיש ומודרני יותר בהתייחסות לסוגיה (אמנע מלהפנות לסעיפי חוק ספציפיים או לאסמכתאות בפסיקה שעליהן אני מסתמך, כדי להקל על הקוראים).

לא בדיוק, אבל בערך

ככלל, צד לחוזה הנפגע מהפרתו זכאי לתרופת אכיפת החוזה. עם זאת, הדין מחריג את זכות האכיפה במקרים שבהם "החוזה אינו בר-ביצוע". בהקשר זה, הדין הישראלי אימץ את דוקטרינת "ביצוע בקירוב" המהווה "נקודת איזון" בין אכיפה לבין חוזה שאינו בר-ביצוע. באופן זה, בנסיבות מסוימות וכשמילוי ההתחייבויות החוזיות כלשונן אינו אפשרי, ימולאו ההתחייבויות קרוב ככל הניתן להסכמות החוזיות בין הצדדים.

כך, למשל, מכוח עקרון תום הלב נקבע בפסיקה: "כאשר חוזה אינו ניתן לאכיפה במדויק, אולם

אפשר להגשים את כוונת הצדדים המקורית תוך סטייה לא גדולה מן החיוב החוזי המקורי, יתייצב עקרון תום הלב לטובת מתן צו אכיפה 'בקירוב' לנפגע מן ההפרה".

חב הדיון בפסיקה בדוקטרינת "ביצוע בקירוב" מתמקד בזכותו של הנפגע. עם זאת, מנקודת מבטו של "המפר", עמידה דווקנית של הנפגע על זכותו בנסיבות שבהן לא ניתן לקיים התחייבות חוזית כלשונה, למשל בשל נסיבות של סיכול או כוח עליון, עשויה להוות היעדר תום לב מצד הנפגע.

בדומה לכך, נקבע עוד בפסיקה כי "אכן החובה לנהוג בתום לב עשויה לחייב צד לחוזה להסתפק בקיום החוזה בדרך חלופית, או על דרך 'ביצוע בקירוב' במקרה של סיכול, תוך שינוי החוזה והתאמתו לנסיבות שהשתנו. ואולם, 'התאמתו' של חוזה לנסיבות חדשות מחייבת זהירות רבה. התאמה כזו עשויה לערוך לצדדים חוזה חדש שכלל לא התכוונו אליו".

אם כן, ובשונה מהדין האנגלי, בשל חובת תום הלב בדין הישראלי, בנסיבות מסכלות שבהן לא ניתן לבצע את החוזה כלשונו אך ניתן לשמור על כוונת והסכמת הצדדים בשינויים לא מהותיים, סביר שבית המשפט יטה להחיל את דוקטרינת "ביצוע בקירוב". במקרה שלנו – להתיר תשלום במטבע חלופי, וייתכן (והגיוני שיהיה כך) בתוספת פיצוי בגין עלויות ההמרה והעמלות הכחכות והנדרשות כדי להמיר את מטבע התשלום למטבע החוזי (זוהי הנחת עבודה שלי בלבד).

מכל מקום, חשיבות החלטתו של בית המשפט העליון באנגליה חורגת מעבר לתחום הספנות, והיא בעלת משמעות בחוזים מסחריים בדרך כלל, לרבות חוזים לאספקת טובין, ככל שאלה מאמצים את הדין האנגלי כדין החוזה.

הצורך בסעיף כוח עליון (FM) בחוזה

סעיף FM מהווה אמצעי משפטי להבטיח ככל האפשר את התייחסות החוזה לסיכון אירועים בלתי צפויים או בלתי נמנעים. במונחים כלליים, ◀

הגנה מהבלתי צפוי והבלתי נמנע

המשך מעמוד 22

◀ סעיף FM פוטר את הצד המושפע מהנסיבות מחובת קיום החוזה, או מאפשר לו להשהות את מילוי התחייבותיו החוזיות, במקרה שבו אירועים שאינם בשליטתו משפיעים על יכולת הקיום של חיוביו. כאשר קיום החוזה עלול להיות מושהה בזמן שאירוע ה-FM נמשך, החוזה מאפשר בדרך כלל את סיומו לאחר פרק זמן מסוים, אוטומטית או לפי בחירה של אחד הצדדים או של שניהם.

צד לחוזה הנפגע מהפרתו זכאי לתרופת אכיפת החוזה. עם זאת, הדין מחריג את זכות האכיפה במקרים שבהם "החוזה אינו בר-ביצוע"

בשנים האחרונות, חשיבותם של סעיפי FM הודגשה, בין השאר, על רקע מגפת הקורונה, סנקציות כנגד רוסיה בעקבות הפלישה לאוקראינה וצמצום אספקת הגז מרוסיה לאירופה בשנת 2022. אספקת סחורות עלולה להיות מושפעת מכמה וכמה נסיבות העולות תוך כדי אירועי FM, כולל מזג אוויר קיצוני (אגב, נסיבות אלה מתגברות כתוצאה משינויי אקלים), אסונות, מתחים גיאופוליטיים והגבלות יבוא או יצוא ממשלתיות, לרבות משטרי סנקציות בין-לאומיות.

במשפט המקובל האנגלי לא קיימת דוקטרינה מפורשת של FM. המינוח המשפטי האנגלי הקרוב ביותר ל-FM הוא "סיכול החוזה". חוזה עלול להתבטל או "להיות מסוכל" אם מתרחש אירוע לאחר כריתת החוזה שהופך את קיומו לבלתי אפשרי פיזית או מסחרית, או לשונה בתכלית מזה שהוסכם עליו בעת כריתת החוזה.

עם זאת, יש לעמוד ברף גבוה כדי לבסס בהצלחה טיעון בדבר סיכול החוזה. אי-נוחות בלבד של הצד המושפע או עלות מוגברת הכרוכה בביצוע החוזה אינן מספיקות. בהקשר של אספקת סחורות, למשל, אלא אם כן החוזה קובע במפורש כי אספקת סחורה תיעשה ממקור או יעד מסוים, הספק עלול להיות מחויב למצוא מקור או יעד חלופי, גם אם פתרון כזה הופך את החוזה ללא חוזי.

כתוצאה מכך, הכללת סעיף FM מפורש בחוזה עשויה להיות דרך יעילה עבור הצדדים לייחס לעצמם או לחלק ביניהם סיכונים לגבי אירועים בלתי צפויים.

ניסוח סעיף כוח עליון

לעתים קרובות מאוד, סעיף FM עשוי להוות חלק מהתנאים הכלליים שמכתיב אחד הצדדים (או חלק מתנאים כלליים של צד שלישי שאומצו בענף הסחורות הספציפי) אשר משולבים בחוזה המכר.

נוסחים סטנדרטיים של איגודי סחר בין-לאומיים (GAFTA, FOSFA וכו') ותנאים והגבלות חוזיות נפוצים (כגון BP GTCs 2015) מכילים גם סעיפי FM, העוסקים במגוון תרחישים שעלולים לגרום לעיכוב במסירה או במשלוח, וקובעים את ההליך שעל הצדדים לקיים אם הם מבקשים להסתמך על הסעיף.

התוצאה עשויה להיות שונה אם מדובר בחוזה CIF או FOB, או אם למשל, מחילים את אמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בווינה ב-11 באפריל 1980, ויש לנתח את נוסח הסעיף בקפידה כדי לוודא שהוא מקוים. להמחשה בלבד – ראו סעיף 79 לאמנה, הקובע כך:

סימן 4 – פטורים

79.

(א) צד אינו אחראי לאי-קיום חיוב מחיוביו, אם הוא מוכיח כי אי-הקיום נגרם בשל מכשול שאינו בשליטתו, ושלא ניתן לצפות ממנו באופן סביר להתחשב במכשול בעת כריתת החוזה, או למנוע אותו, או להתגבר עליו, או על תוצאותיו.

(ב) כאשר נבע אי-קיום של צד מאי-קיום של צד שלישי שעמו התקשר כדי לקיים את החוזה, בשלמותו או בחלקו, פטור אותו צד מאחריות רק אם –

(1) הוא פטור לפי הוראות סעיף קטן (א);

(2) האדם שעמו התקשר היה פטור לו היו הוראות סעיף קטן (א) חלות עליו.

(ג) הפטור לפי סעיף זה יחול בתקופה שבמהלכה קיים המכשול.

(ד) הצד שאינו מקיים את חיוביו חייב להודיע לצד האחר על המכשול ועל השפעתו על יכולתו לקיים את חיוביו; לא קיבל הצד האחר את ההודעה בתוך זמן סביר לאחר שהצד שאינו מקיים ידע או היה עליו לדעת על המכשול – יהא חייב בפיצויים שנובעים מאי-קבלה כאמור.

(ה) אין בסעיף זה כדי למנוע מכל צד לממש כל זכות אחרת, נוסף על הזכות לתבוע פיצויים לפי אמנה זו.

אף על פי שניתן לטעון שסעיפי FM סטנדרטיים מהווים נקודת התחלה טובה, ייתכן שיהיה צורך לתקן ו/או להחליף את הסעיף הסטנדרטי בחוזה נתון, כדי להתאימו לחוזה הנדון ולכוונת הצדדים.

כמה שיקולים רלוונטיים בעת ניסוח או תיקון של סעיף FM עשויים להיות:

סוג ואופי הסחורה;

- האם מדובר בחוזה חד-פעמי או בחוזה לטווח ארוך;

- האם קיימת שרשרת חוזית והוראות

- ה-FM הן גב אל גב לנוכח שאר החוזים; הסיכונים הכרוכים במיקום שבו אמור להתקיים הביצוע;
- גורמי הסיכון הקשורים בזהות של אחד הצדדים או של שניהם (האם צד אחד פגיע במיוחד לתנאי שוק משתנים?);
- כוח המיקוח של הצדדים.

סעיף FM יפרט בדרך כלל את אירועי ה-FM הרלוונטיים שיצדיקו אי-ביצוע, לחב כולל התנאי או הסייג (כמו בפסק הדין בעניין RTI-v-MUR), שלפיו אירוע ה-FM לא ניתן להתגברות על ידי מאמצים סבירים ושקידה סבירה של הצד המושפע. כפי שנפסק לאחרונה על ידי בית המשפט העליון באנגליה, מאמצים סבירים אינם מחייבים קבלת ביצוע חלופי "לא חוזי", גם אם הדבר לא יגרום נזק בחר לצד שכנגד. בישראל, כאמור, התוצאה ככל הנראה תהיה שונה.

רשימת אירועי ה-FM צריכה לשקף את הסיכונים הספציפיים של הסחורה או התעשייה הנדונה. ייתכן גם שתיקבע הוראה מקיפה ("הוראת סל") כדי להבטיח שרשימת אירועי ה-FM לא תחשב לממצה. שימוש במילה "כלשהו" ("whatsoever") בהוראת סל ירחיב את היקפה והשפעתה של ההוראה. עם זאת, כאשר הצדדים מתכוונים שאירועי ה-FM יכללו מניעה כלכלית, רצוי לפרט ולהדגיש זאת במפורש.

חשוב גם להבחין בין סעיפי FM המחייבים קרות נסיבות שהלכה למעשה מונעות את ביצוע החיובים בפועל, במקום רק להקשות, לעכב, או לשבש וכו' את ביצועם. מניעה מוחלטת תהיה ככל הנראה קשה יותר להוכחה, באשר זו דורשת הוכחת חוסר אפשרות משפטית או פיזית. בסופו של דבר, הנוסח המוסכם עשוי להיות תלוי בשאלה אם יוטב לצדדים מקיומו של סעיף FM המנוסח באופן נרחב או צר. כאשר האינטרסים של הצדדים שונים, התוצאה עשויה להיות מותנית בתשובה לשאלה לאיזה צד יש כוח המשא והמתן והמיקוח הרב יותר, או מעמד מסחרי עדיף.

סעיפי איסור סחר

ובכן, לא תם ונשלם. באותו ההקשר, ניתן למצוא סעיפי איסור בנוסחים סטנדרטיים של חוזי איגודי סחר לסחורות חקלאיות, למשל GAFTA-FOSFA. הסעיפים מתייחסים למצב שבו הגבלות יצוא ממשלתיות, או פעולות חקיקתיות או ממשלתיות אחרות, עלולות להשפיע על התחייבויות חוזיות קיימות.

בהתאם לנוסח הסעיף, הוא עלול להיות מנוסח באופן מרחיק לכת, תוך שהוא חל על פעולות של

חשיבות החלטתו של בית המשפט העליון באנגליה חורגת מעבר לתחום הספנות, והיא בעלת משמעות בחוזים מסחריים בדרך כלל, לרבות חוזים לאספקת טובין

צד המבקש להסתמך על סעיף FM צריך לוודא שהוא עומד בכל הדרישות המקדמיות שמקבעו בו, למשל, דרישות הודעה בל"ז קשית. זאת, כדי לוודא שהסעיף יופעל הלכה ולמעשה לפי אמות המידה שנקבעו בחוזה. כמו כן, חשוב לשקול כל הוראות השהיה או הוראות ביטול אחת הכלולות בחוזה בטרם קבלת החלטה ביחס לאילו הוראות חלות על הנסיבות הקיימות.

לבסוף, תמיד יש לזכור כי צד שנפגע מנסיבות FM המועלות על ידי הצד השני, בדרך כלל יידרש למתן את ההשפעות של איחוע ה-FM באמצעות נקיטת מאמצים סבירים, גם אם מאמצים כאלה אינם כוללים את הדרישה לקבלת ביצוע לא חוזי.

* האמור אינו חוזת דעת משפטית

* הכותב הוא שותף מנהל וראש מחלקת אדמירליות במשרד עורכי הדין ש. פרידמן, אברמזון ושות'

ייתכנו גם סעיפים הפוטרים (או משעים) צד מחיוב מילוי החוזה, בנסיבות הכרוכות בסנקציות ובחרמות. סעיפי הסנקציות והחרמות קיבלו תנופה רבה בשנים האחרונות בחוזים מסחריים, כתוצאה מהרחבת הסנקציות הבין-לאומיות נגד מדינות שונות, לרבות מדינות הפעילות בתחום הסחר הבין-לאומי, כולל איראן, רוסיה וונצואלה.

חוזי מכר עשויים להכיל גם סעיף "עיון חוזר" במחיר (Price Review Clause), המאפשר לצדדים לנסות להסכים על מחיר חוזי חדש, בדרך כלל בשל תנודות חדות במחירי השוק או שינוי בנסיבות, למשל כאלה הגורמים למצוקה כלכלית לקונה. סעיפים כאלה נפוצים בחוזי אספקת אנרגיה ארוכי טווח. בניגוד לסעיף FM, הוראת "עיון חוזר" במחיר אינה מחייבת ששינוי הנסיבות יהיה בלתי צפוי.

סיכום הדברים

ודוק – אין המדובר בסקירה זו בחוות דעת משפטית, אלא רק בהערות והארות (בהחלט לא ממצות) ביחס לסוגיות הנדונות, בעקבות פסק הדין שהובא לעיל. המלצתי: חשוב לשקול היטב את נוסחו והיקפו של כל סעיף FM, גם בעת המשא והמתן וגם כאשר מבקשים להסתמך עליו, בשים לב לנסיבות העסקה.

גופים מנהלתיים וכן על החלטות שלטוניות. הוא עלול לכסות גם סגרים ופעולות איבה אזרחיות או צבאיות מכל סוג שהוא.

במצבים מסוימים, סעיף איסור עשוי לחפוף לסעיף FM אם שניהם כלולים בחוזה. עם זאת, בדרך כלל, סעיף איסור לא יכלול את דרישות מתן ההודעה בל"ז קשיח שניתן למצוא לחב בסעיף FM.

הדבר מקל על המוכר, אשר נדרש להודיע לקונה על מגבלה ממשלתית תלויה ועומדת. עם זאת, על המוכר להיזהר שלא לבטל את החוזה בטרם עת, תוך שהוא מוצא את עצמו בהפרה, משום שההגבלה אינה מיושמת על ידי הגוף המגביל, למשל.

הוראות חוזיות רלוונטיות אחרות

כמו כן, בהיעדרו של סעיף FM, חוזה יכלול באופן רגיל הוראות העוסקות בסיום החוזה, בדרך כלל במקרה של הפרה. עם זאת, במקרים מסוימים, צד עשוי להיות זכאי לבטל את החוזה מטעמי נוחות. יתרה מזאת, לפי המשפט האנגלי המקובל, לצדדים בחוזה מוקנות זכויות לביטול החוזה בגין הפרה שדומה (אך לא זהה) למה שניתן להגדיר אצלנו בדין הישראלי כהפרה יסודית (Repudiatory Breach), ללא קשר לכל הוראת ביטול חוזית הכלולה בחוזה, ובנוסף לה.