

בית המשפט המחוזי בנצרת

הפ"ב 10587-01-18 אבו ראס ואח' נ' שחאדה ואח'

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופט יונתן אברהם

המבקשים

1. עלי אבו ראס, ת.ז. xxxxxxxxxx

2. תצוגת סנאן בע"מ, ח.פ. 513514679

ע"י ב"כ עוה"ד מארק רוזן ואח'

נ ג ד

המשיבים

1. ג'מאל שחאדה, ת.ז. xxxxxxxxxx

ע"י ב"כ עוה"ד עבדאללה זועבי

2. אחמד אבו ראס, ת.ז. xxxxxxxxxx

ספרות:

ישראל שמעוני, אופק חדש בכוררות (מהד' 2, 2014)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הבוררות, תשכ"ח-1968](#): סע' 3, 24, (1)24, (3)24, (5) 24, (9)24, 28, יד[חוק החברות, תשנ"ט-1999](#): סע' 191, 191 א, 198 (א)**פסק דין**

בפני בקשה לביטול פסק בוררות (להלן: "הבקשה") אשר ניתן על ידי כב' הנשיא (בדימוס), מנחם בן דוד (להלן: "הבורר") ביום 17.1.17, ולחילופין להשלמתו, הכל בהתאם להוראות [סעיפים \(1\)24 \(3\)24 \(5\) 24](#) ו- [\(9\)24](#), לחוק [הבוררות](#) התשכ"ט – 1968 (להלן: "חוק הבוררות").

רקע עובדתי:

1. המבקש 1 (להלן יקרא: "עלי") והמשיבים 1-2 (להלן בהתאמה: "ג'מאל" ו-"אחמד") ניהלו קשרים עסקיים בתחום מסחר קמעונאי של בגדים ומוצרי הלבשה. בשנת 2004 ייסדו עלי וג'מאל את המבקשת 2 - חברה בשם "תצוגת סנאן בע"מ" (להלן: "החברה"), כאשר עלי היה לבעל המניות העיקרי בה. החברה הפעילה חנות לממכר בגדים בכפר עראבה. עוד קודם לכן,

- בשנת 2001, הקימו ג'מאל ואחמד חברה בשם "בורדו", שכל אחד מהם החזיק במחצית מניותיה.
2. בשנת 2011 עלו יחסיהם על עלי וג'מאל על שרטון, ודרכיהם נפרדו. בתוך כך, חדל ג'מאל מלפעול בחברה. בין הצדדים הני"ל וכן בינם לבין אחמד, נתגלעו מספר רב של מחלוקות עסקיות, ובהחלטה משותפת הם חתמו ביום 27.2.15 על הסכם בורות, במסגרתו הם הסכימו להעביר את כל הסכסוכים הקיימים ביניהם לבוררות בפני הבורר.
3. בפני הבורר הובאו מספר תובענות להכרעה, לרבות תובענות אשר הוגשו קודם לכן לערכאות שונות (ת"א (שלום נצרת) 62117-12-14 תביעה שהגיש עלי כנגד ג'מאל; ת"א 52265-06-13 (שלום נצרת) תביעה שהגיש ג'מאל נגד ג'מאל; 62117-12-14 תביעה שהגיש עלי נ' ג'מאל, ותביעה נוספת ס"ע (עבודה נצרת) 35969-09-13 שהוגשה על ידי ג'מאל כנגד עלי והחברה בבית הדין לעבודה). בנוסף, הובאו בפני הבורר תובענות שהוגשו ישירות אליו- תביעתו של ג'מאל כנגד עלי והחברה, ותביעת עלי כנגד ג'מאל (ראו נספח ד' לבקשה).
4. ביום 17.1.17 ניתן פסק הבוררות במסגרתו הכריע הבורר במכלול המחלוקות הני"ל שבין הצדדים. לצורך העניין שבפניי הכריע הבורר בתביעות שהוגשו ישירות אליו (כאמור נספח ד' לבקשה), וקבע כי על עלי לשלם להשיב לג'מאל סך של 600,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממחצית ינואר 2018, וכן את מחצית הוצאות הבוררות ששילם ג'מאל.
5. ביסוד קביעת הבורר ביחס לפיצוי האמור, עמדה מסקנתו, כי עלי היה אחראי להעמסת יתר של כמויות סחורה על רישומי החנות (החברה), בעוד שזו הופנתה למקומות אחרים שבבעלותו ונמכרה בהם. הבורר אף קבע, כי ג'מאל מצדו נהג לשלוח ידו מידי פעם בקופתה של החברה מבלי לתת לכך ביטוי ברישומיה, וגם העביר לביתו כמויות סחורה מהמלאי העסקי. על דרך של אומדנה, העריך את הסכום שמשך עלי ביתר בסך כולל של 600,000 ₪, אותו הורה להשיב לג'מאל.
6. עוד הכריע הבורר בעניין הרלוונטי שבפניי, והוא, בתביעה שהועברה אליו, לאחר שהוגשה תחילה בבית הדין לעבודה (ס"ע (עבודה נצרת) 35969-09-13). בעניין זה קבע הבורר, כי יש לראות בג'מאל מלבד היותו בעל מניות בחברה, אף כעובד של החברה. כפועל יוצא מכך, קבע הבורר, כי מכלל הרכיבים שנתבעו על ידי ג'מאל בגין זכויות סוציאליות שונות, על החברה לשלם לג'מאל אך את רכיב פדיון דמי החופשה, בסך של 23,670 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 26.4.11 ועד לתשלום בפועל.
7. משניתן פסק הבוררות שתוצאתו לא הניחה את דעתם של המבקשים, הם הגישו ביום 4.1.18 בקשה לביטולו. למען שלמות התמונה אציין, כי בבד בבד, עם הגשת הבקשה דנן, הגיש ג'מאל בקשה להטלת עיקולים זמניים ברישום אצל מחזיקים שונים. על יסוד בקשתו זו ניתן על ידי

המותב הקודם (כב' השופטת תמר נסים שי) ביום 1.3.18 צו עיקול זמני במעמד צד אחד. בהמשך הגיש עלי בקשה לביטול צו העיקול שניתן, ברם בקשתו זו נדחתה.

טיעוני המבקשים:

8. הבקשה מתייחסת לשני היבטים עיקריים שנדונו בפני הבורר. **האחד** – במישור הזכויות של ג'מאל כבעל מניות מיעוט והזכויות הנגזרות מכך (עניין העולה מהתביעה שהוגשה על ידי ג'מאל ישירות לבורר) **והשני** – במישור יחסי עובד מעביד (עניין העולה מהתביעה שהועברה לבורר לאחר שהוגשה תחילה לבית הדין לעבודה). בשני היבטים אלה דן הבורר ופסק תוך חריגה מסמכות ו/או בניגוד להוראות דין קוגנטיות, כך לפי טענות המבקשים.

9. באשר ל**היבט הראשון** טענו המבקשים, כי פסק הבוררות מכריע באופן ישיר בשאלות הנוגעות לקיפוח המיעוט ו/או עושק המיעוט של בעל מניות מיעוט בחברה, וזאת בניגוד לחוק ולהלכה הנהוגה, ובעיקר בניגוד לסעדים להם עתר ג'מאל בתביעתו. לטענתם, מניתוח כתב התביעה שהוגש על ידי ג'מאל ישירות לבורר עולה, כי עילת התביעה, הינה מכוח **סעיף 191 לחוק החברות**, תשנ"ט – 1999 (להלן: "**חוק החברות**") - עילה של קיפוח המיעוט והסרתו, כאשר הסעד היחידי שניתן לפסוק לו הינו רכישה כפויה של מניות ג'מאל על ידי עלי. לטענתם, הסעד של רכישה כפויה, הנקובה באופן מפורש בסעיף הנ"ל הוכר גם על פי הפסיקה כסעד מרכזי להתמודדות עם מצבים של קיפוח, ואפשרות זו אף עלתה בתביעתו של ג'מאל.

10. לאור כך, הרי שהבורר לא היה מוסמך להשית על עלי באופן אישי תשלום בסך של 600,000 ₪, שעה שג'מאל עתר בכתב תביעתו לקבלת סעד של הסרת הקיפוח, ולא עתר לקבל סעד אחר מלבד זה. לפיכך, פסק הבוררות ניתן בחוסר סמכות כאשר הבורר פסק סעדים מעבר לנדרש בכתבי הטענות.

11. עוד נטען, כי תביעת הקיפוח שהגיש ג'מאל המבוססת על הוראות **סעיף 191 לחוק החברות**, נוגעת לעניינים קוגנטיים שלא ניתן להתנות עליהם, ועל פי ההלכה הפסוקה, עניינים קוגנטיים כאלה לא ניתן לבררם במסגרת של בוררות. לטענתם, אין תוקף להסכם בוררות בעניין שאינו יכול לשמש כנושא להסכם בין הצדדים, זאת כעולה **מסעיף 3 לחוק הבוררות**. לטענתם, אף אם הוסמך הבורר לעניינים אלו בהסכם הבוררות, הרי שתניית הבוררות אינה מתיישבת עם החוק והיא בטלה. לטענתם, הצדדים לבוררות אינם יכולים להקנות לבורר סמכות, מקום שהחוק אינו מאפשר זאת.

12. המבקשים אף התייחסו ל**רע"א 9542/06** נתן ליכטנשטיין נ' א.א. גיי (שם הובאה העמדה לפיה אין צורך להכריע בשאלה האם תביעה שנושאה קיפוח המיעוט ניתנת להכרעה בבוררות, מאחר ותוכנה האמתי של התובענה היה בירור נזקים) וטענו, כי בנגוד לעמדה שהוצגה בפסק הדין הנ"ל, הרי שתביעתו של ג'מאל הינה במהותה ועיקרה תביעה להסרת הקיפוח שיש בה משום השפעה על ענייני החברה, בעלי המניות, חובותיהם וזכויותיהם של בעלי המניות בחברה בינם לבין עצמם שמעוגנים בהוראות חוק קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהם. לפיכך, הסכמת

הצדדים בהסכם הבוררות מנוגדת להוראות אלו ויש לראות בהסכם זה כבטל מכוח פגם בכריתתו מאחר שנושא החוזה ו/או מהותו מנוגד לתקנות הציבור והדין.

13. כן טענו, כי משלא ציינו הצדדים באופן מפורש בהסכם הבוררות על כוונתם להסמיך את הבורר להכריע בשאלה האם תביעה שנושאה קיפוח המיעוט במסגרת [סעיף 191 לחוק החברות](#) ניתנת להכרעה במסגרת הבוררות, הרי שדבר זה מביא בהכרח למסקנה, כי הבורר לא היה מוסמך לדון בתובענה, וכי פסק הבוררות ניתן בחוסר סמכות.

14. עוד נטען, כי תביעת ג'מאל בפני הבורר הינה במהותה תביעה נגזרת (העילה הינה של החברה, כאשר התביעה מוגשת על ידי בעל מניות), כאשר היה על ג'מאל לקבל את אישורו של בית המשפט להגשתה, כעולה [מסעיף 198\(א\) לחוק החברות](#). מאחר וג'מאל לא קיבל את אישור בית המשפט, הרי שדין פסק הבורר להתבטל מחמת שניתן בחוסר סמכות.

15. **לחילופין** טענו המבקשים, כי גם אם הבורר היה מוסמך לדון בנושא התובענה של ג'מאל, הרי שהסעד היחיד שיכול היה הבורר לפסוק, בנסיבות העניין, הינו למעשה רכישת מניות, ולצורך כך היה עליו להעריך את שוויון. לטענתם לא היתה בפניו תשתית ראייתית לקביעת שווי הרכישה הכפויה, וחוות הדעת שצורפו על ידי הצדדים בהליך הבוררות לא עסקו בשאלו זו. לפי שהערכה לא בוצעה, יש אף לומר, כי הבורר לא הכריע באחד העניינים שהיו מסורים להכרעתו, ואף מהטעם הזה יש לבטל את פסק הבורר. כמו כן, טענו, כי הבורר לא הכריע בשאלת המועד הקובע לצורך הערכת שווי החברה וכפועל יוצא שווי הערכת מניותיו של ג'מאל, לשם מתן הסעד בגין הסרת הקיפוח, וכן לא הכריע בשאלת אופן ביצוע החיוב שהושת על עלי.

כמו כן, הבורר לא נתן דעתו להיבט של המיסוי, באשר עקב ביצוע פסק הבורר, היה צריך לחול על ג'מאל- בעל המניות המוכר, מס רווחי הון, ועל החברה – זכות אפשרית לניכוי מס במקור. לפיכך נטען, כי מאחר ופסק הבוררות חסר בשאלת המיסוי, הרי שדינו להתבטל משום שביצעו נוגד את תקנת הציבור.

16. **באשר למישור השני**, טענו המבקשים, כי פסק הבוררות ניתן בהעדר סמכות או בחריגה מסמכות, עת נקבע בו, כי בין ג'מאל לבין החברה מתקיימים יחסי עובד ומעביד. לטענתם, מדובר בזכות שמקורה בחקיקת מגן בעלת אופי קוגנטי, ואף היא אינה נתונה לבוררות ואינה יכולה לשמש כנושא להסכם בין הצדדים. לטענתם, לא ניתן לעביר לבוררות מחלוקת בדבר עצם קיומם של יחסי עבודה, וכן מחלוקת בשאלה האם עובד פוטר או התפטר באשר הכרעה בשאלה זו תכריע גם בשאלת זכותו הקוגנטית של העובד לקבלת פיצוי פיטורין על פי חוק.

לאור האמור לעיל נטען, כי יש להורות על **ביטול** פסק הבוררות. **לחילופין** נטען, כי יש להחזיר את פסק הבוררות לבורר לצורך השלמה בנוגע לעריכת שווי החברה, אופן ביצוע תשלום החיוב, וכן זהות המשלם.

תשובת ג'מאל לבקשה:

17. ג'מאל הפנה להוראות הסכם הבוררות, וטען כי הצדדים לו הסמיכו את הבורר לדון בכל המחלוקות ביניהם ולא הגבילו אותו. לטענתו, מדובר בהסכם בוררות רחב שהינו המקור לסמכותו של הבורר להכריע בסכסוך, ולפי הפסיקה הרווחת, סמכות הבורר נגזרת אף מניסוח הסכם הבוררות.

18. עוד טען, כי לאורך כל הליך הבוררות עלי לא העלה טענה כנגד סמכותו של הבורר, ומשכך הינו מנוע מלעשות כן. מניעות זו חוסמת מלבקש את ביטול פסק הבוררות. לטענתו, עלי יכול היה להעלות את טענותיו במהלך הליך הבוררות שנמשך שנתיים, אך בחר להעלותן רק כאשר הפסיד. כמו כן, בכל הליך הבוררות לא עלתה על ידי מי מהצדדים כל טענה ביחס להערכת שווי החברה, מועד הערכת השווי ושאלת המיסוי.

19. עוד טען עלי, כי פנייה לבוררות לפי [סעיף 191 לחוק החברות](#) יכולה להיעשות שעה שמדובר בתביעה בעלת אופי כספי, וכן במקרה שלא מדובר בחברה ציבורית, כבמקרה דנן. לטענתו, הטענות שנטענו בתביעתו בדבר הקיפוח באו על מנת להדגיש, כי ג'מאל היה ממודר מניהול החברה, וכי עלי היה הרוח החיה בה, מורשה החתימה היחיד וכיוצא ב', ותביעתו המהותית היתה לחייב את עלי בתביעה כספית שנסמכה על חוות הדעת. אף ג'מאל הפנה לפסק הדין [ברע"א 9542/06 ליכטנשטיין נ' אי.אי.גי בו נקבע](#), כי על אף הטענות בדבר קיפוח המיעוט לפי [סעיף 191 לחוק החברות](#), הרי שכאשר מדובר בסכסוך כספי בין בעלי הדין, ניתן לבררו במסגרת הליך של בוררות.

20. עוד טען ג'מאל, כי לא רק שבענייננו הסכסוך נשוא התובענה הינו סכסוך כספי, אלא אף הצדדים והבורר התייחסו אליו ככזה. ג'מאל הפנה לעמ' 17 לפסק הבוררות, בו קבע הבורר, כי מי שהתעלם מקיום החברה כחברה בע"מ היה המבקש בעצמו (ר"ל – עלי), אשר היה הרוח החיה בחברה, המנהל היחיד ומורשה החתימה היחיד, ובכל מהלכיהם של בעלי הדין נעדר סממן כלשהו שיעיד על כך כי יש עניין עם חברה בע"מ. ג'מאל אף הביא ציטוטים מכתב התביעה ומהסיכומים שהגיש על מנת להראות, כי אופי התביעה הינו כספי, וכי התביעה במהותה הינה תביעה כספית. לטענתו גם חוות הדעת שהוגשה מטעמו מעידה, כי כל התביעה הינה כספית, כך שלא היה צורך להעריך את שווי החברה ולא היה מקום להעלות את שאלת המיסוי, זאת מאחר והוא עתר לחייב את עלי בתשלום סכום התביעה כאמור בחוות הדעת.

21. עוד טען ג'מאל, כי תביעתו שהוגשה לבורר אינה תביעה נגזרת, אלא תביעה שבמהותה הינה כאמור תביעה כספית, ומשכך לא היה כל צורך בקבלת אישורו של בית המשפט. עוד טען ג'מאל, כי יש לדחות את טענת עלי באשר למינוי רוי"ח להערכת שווי החברה. לטענתו, הבורר נימק בפסק הבוררות מדוע לא ראה לנכון למנות רוי"ח, וזאת מאחר והחברה חדלה בפועל להתקיים (למרות שלא פורקה באופן פורמאלי) וכן נוכח זאת כי החברה פעלה ללא רישומים. לטענתו, מדובר בהמשך ישיר להערת הבורר, כי הצדדים התנהגו כשותפות ולא כבעלי מניות בחברה. עוד טען, כי עלי התעלם מהעובדה, כי בפני הבורר הוגשו שתי חוות דעת מטעם הצדדים אליהן התייחס הבורר לצורך פסיקתו הכספית.

22. **באשר לתביעה בבית הדין לעבודה** טען ג'מאל, כי הצדדים הגישו בקשה מוסכמת לבית הדין האזורי לעבודה וביקשו לעכב את ההליכים לאחר שהסמיכו את הבורר לדון בתביעה. ג'מאל הפנה לספרות אשר ממנה עולה, כי נושאים כלכליים כגון - גובה הפיצויים, גובה שכרו של עובד, יתרת דמי מחלה המגיעים לעובד, פדיון חופשה או תקופת הודעה מוקדמת שהעובד זכאי לה, בכל אלה ניתן לדון בבוררות. עוד טען, כי תביעתו כללה מספר רב של רכיבי תביעה, אשר כולם נדחו על ידי הבורר מלבד הרכיב של פדיון ימי חופשה.

23. ג'מאל אף הפנה לפסיקה הקובעת, כי את הטענה בדבר חוסר סמכות העניינית יש להעלות בהזדמנות הראשונה, שאם לא כן יהא התובע מושקק מלהעלות בהליך של ביטול פסק בורר. לטענתו, ההליך בבוררות נדון ביוזמת ובהסכמת עלי, והוא מצדו לא העלה כל טענה בדבר חוסר סמכות או חריגה מסמכות בעניין זה, ולפיכך אין לדון בטענותיו כעת, זאת כעולה מהפסיקה אליה הפנה.

24. **המשיב 2 - אחמד**, לא הגיש את תגובתו לבקשה.

טיעוני הצדדים בפניי:

25. ביום 24.6.18 נתקיים בפניי דיון בבקשה. במסגרת הדיון הצהיר בא כוח המבקשים, כי הוא שוחח עם בא כוחו של אחמד, אשר הודיע לו, כי הוא משאיר את הבקשה לשיקול דעת בית המשפט.

26. במסגרת הדיון חזר ב"כ המבקשים על הנטען בבקשת הביטול. כמו כן אישר, כי טענת חוסר הסמכות של הבורר לדון בנושא טענת הקיפוח ובעניין יחסי העבודה לא הועלתה בפני הבורר, באשר המבקש 1 – עלי, היה מיוצג על ידי עורך דין אחר. בא כוח המבקשים אף הפנה לע"א (מחוזי חיפה) 62692-10-12 חיים רוזנר נ' גדיב, שאוזכר בבקשת הביטול, וציין, כי בית המשפט, כמו הבורר אינו יכול לקנות סמכות, מקום שהחוק אינו מאפשר זאת.

27. לטענתו, בניגוד לנטען על ידי ג'מאל מדובר בתביעת קיפוח, ולאורך כל ההליך שהתנהל הסתמך ג'מאל על **סעיף 191 א לחוק החברות** והסעדים שמכוחו. עוד טען, כי פסק הבוררות מתעלם מהשאלה כיצד ישולם הסכום שנפסק. כמו כן התעלם פסק הבורר מהשאלה, מה יקבל עלי כנגד תשלום זה, וכיצד אמור עלי לשלם את הסכום שנפסק, האם בתור בעל מניות בחברה, או בתור אדם פרטי והאם עלי אמור לקבל את הסכום שנפסק בתור בעל מניות בחברה, או בתור אדם פרטי. בא כוח המבקש הפנה לפרוט' הדיון מיום 28.3.18, שם העיד ג'מאל, כי הכספים שנטל עלי על פי הנטען בתביעתו הינם של החברה. לפיכך, הסעד שהעניק פסק הבוררות הוא מכוח **סעיף 191 א לחוק החברות**.

28. **ב"כ המשיב** חזר אף הוא על הטענות שהועלו בתשובה לבקשה, לרבות הטענה, כי מדובר בסכסוך כספי זאת כעולה מפסק הדין ליכטנשטיין הנ"ל. כמו כן הפנה לספרות ממנה עולה, כי אין אדם יכול לבקש את ביטול הפסק אם לא עורר טענותיו נגד ההתדיינות בהזדמנות הראשונה.

29. **בתשובתו** לנטען על ידי בא כוח ג'מאל, טען בא כוח המבקשים, כי רק לאחר שפסק הבוררות ניתן לטובתו, החליף ג'מאל את עוררו וטען שיש להתעלם מהכתוב בכתב התביעה שהגיש, וכי יש להיצמד לתוצאה האופרטיבית של פסק הבוררות. כמו כן טען, כי הציטוט בפסק הדין ליכטנשטיין אליו הפנה המשיב ניתן בהערת אגב. לטענתו, בפסק דין זה נקבע, כי תביעה של חברה או של בעל מניות, בעניין נזקים שגרם בעל מניות אחר או נושא משרה אחר, היא לעולם תביעה נגזרת שהסמכות הייחודית לדון בה, היא של בית המשפט המחוזי, תוך שהפנה לסעיף 127 לתביעת ג'מאל. לעניין חוות הדעת שהוגשו טען, כי חוות הדעת התייחסו לנזקים שנגרמו לחברה. כספים שהיו אמורים להיות מופקדים בה, שווי או נגזרת של מניות מהחברה, כאשר במרכז המוקד עמדה החברה והצדדים הם משניים. לפיכך טען, כי יש מקום לבטל את פסק הבוררות או לקבוע כי פסק הבוררות מתייחס רק לדרך של רכישת מניות, כאשר השווי ייקבע בהתאם למומחה מטעם בית המשפט.

הפן המשפטי:

30. הלכה מושרשת היא, כי בית המשפט, אינו מהווה ערכאת ערעור על פסק בוררות, וכי בקשה לביטול פסק בוררות, נבחנת על פי עילות הביטול המנויות [בסעיף 24 לחוק הבוררות](#) אשר יש לפרשן בצמצום נוכח מדיניות שיפוטית המבקשת לעודד ולהגן על מוסד הבוררות כהליך מהיר ויעיל לפתרון סכסוכים. בעניין זה נפסק ב"רע"א [3680/00 אהרון גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ](#), נז(6) 605 (2003) כדלקמן:

"מושכלות יסוד הם כי תחום ההתערבות השיפוטי בפסק בורר מוגבל ומתוחם לעילות ביטול מוגדרות של הפסק שיש לפרשן בצמצום רב. מוסד הבוררות הוקם על רקע מדיניות משפטית המבקשת לעודד קיומו של מערך יעיל והוגן לפתרון סכסוכים מחוץ לבית-המשפט" ובהמשך: "ההתערבות שיפוטית בפסק הבורר הינה צרה ומוגבלת לעילות מוגדרות. עילות אלה מוחלות בזירות ועל דרך פירוש דווקני, במגמה ליתן תוקף לפסק ולא לבטלו. בית המשפט הבוחן את הפסק אינו דן בו כערכאת ערעור, ואין הוא אמור לבחון אם צדק הבורר בקביעותו או טעה בהן על פי הדין, שהרי עילת הביטול בגין טעות על פני הפסק שוב אינה נמנית על עילות הביטול".

31. וכן נקבע ב"רע"א [7205/01 כפר דניאל, מושב שיתופי להתיישבות חקלאית נ' יעקב מיטרני](#) (פורסם בנבו, 04.02.2002) כדלקמן:

"... פסק בורר עשוי איפוא להתבטל, רק מקום בו הליך הבוררות פגום מיסודו, או בנסיבות בהן לא נתמלאו עקרונות הבוררות המוסכמים על ידי הצדדים. ביטול הפסק בשל תוכנו, אפשרי רק כאשר מנוגד הוא באופן מובהק לתקנת הציבור".

32. אדון בטענות המבקשים על פי עילות הביטול הנטענות.

(הערה מקדימה וכללית – כל ההדגשות בציטוטים שלהלן בקו, אינן במקור, אלא אם צוין אחרת).

העדר הסכם בר תוקף – סעיף 24(1) לחוק הבוררות:

33. כאמור, המבקשים מבססים את בקשתם, בין היתר על העילה הנקובה **בסעיף 24(1)** לחוק הקובע, כי בית המשפט רשאי לבטל פסק בוררות אם **לא היה הסכם בוררות בר תוקף**. לעניין זה נטען בבקשה שתי טענות –

האחת – תביעת הקיפוח שהגיש ג'מאל ישירות לבורר, וכן הסעדים המבוקשים במסגרתה נוגעת לעניינים קוגנטיים שלא ניתן לבררם בבוררות.

השנייה – קביעת הבורר בדבר התקיימות יחסי עובד מעביד שבין ג'מאל לבין החברה נוגעת לזכות שמקורה בחקיקת מגן בעלת אופי קוגנטי, ומשכך אף היא לא יכולה להיות נושא להסכם בין הצדדים.

34. משמע, אליבא דהמבקשים, אפילו אם הוסכם בין הצדדים כי עניינים אלו ידונו בבוררות, הרי שההסכם נעדר תוקף, זאת מאחר ואין תוקף להסכם הבוררות בעניין שאינו יכול לשמש כנושא להסכם בין הצדדים, כעולה **מסעיף 3 לחוק הבוררות**.

35. תחת העילה הנקובה **בסעיף 24(1) לחוק הבוררות** חוסות מספר אפשרויות. בספרה, **בוררות - דין ונוהל** כרך ב 1135 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005), מונה המלומדת סמדר אוטולונגי ז"ל (להלן: **"אוטולונגי"**) את האפשרויות הללו, ואלה הן הרלוונטיות לענייננו:

"הכיצד יתכן, שיינתן פסק בורר, שעה שכלל לא היה בין הצדדים הסכם בוררות? ... נוסף על הדוגמאות שהובאו להסכם שאינו בר תוקף, נדון להלן במקרים נוספים: ... לפי ס' 3 לחוק, "אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים". עניינים כאלה הם, לדוגמא, נושאים המוסדרים בחוקים קוגנטיים. (שם, בעמ' 987, ו- 994).

36. כעת נשאלת השאלה - האם טענות בדבר קיפוח המיעוט הן מסוג הטענות העומדות לבעל דין כזכות קוגנטית שאין הוא רשאי להסכים להעבירה לביורר בבוררות, ובאם נחתם הסכם בוררות לגבי נושא זה הוא נעדר כל תוקף?

37. טענות בדבר קיפוח המיעוט הינן טענות שאין לגביהן קביעה נחרצת בפסיקה האם ניתן לבררן בהליך של בוררות. **בעבר** נשמעה הדעה, כי אין כל מגבלה בניהול בוררות בעניינים הנוגעים לקיפוח המיעוט. **לעומת זאת**, בתביעה נגד נושאי משרה בחברה בעילות של הפרת חובות אמון וזהירות, הועלת הדעה שלפיה אין מקומה של תביעה כזו בבוררות, מאחר והוראות החוק בעניין

זה הן קוגנטיות (ראו ספרו של ישראל שמעוני, אופק חדש בבוררות מהדורה שניה מורחבת, התשע"ד-2014 (להלן "שמעוני") בעמ' 73, ו-87, והאסמכתאות שם, וכך- אוטולנגי, בעמ' 143-144 והאסמכתאות שם). יחד עם זאת, בעניין האחרון, דובר בקביעה שניתנה ביחס לחברה ציבורית ולא לחברה פרטית כמו במקרה דנן.

38. ברע"א 9542/06 נתן ליכטנשטיין נ' איי.אי.ג'י החזקות במשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 14.01.2010) (להלן: "פרשת ליכטנשטיין") דחתה כב' השופטת א' פרוקצ'יה בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי שבה התקבלה בקשת המשיבות לעכב הליכים בתובענה מחמת קיומה של תניית בוררות בין הצדדים. טענת המבקש (שם) בבקשת רשות הערעור היתה, כי אין תוקף להסכם הבוררות, שכן הסכסוך נעוץ בין היתר בקיפוח זכויות המיעוט בחברה, וטענות אלה עניינן בחקיקת מגן של חוק החברות ואינן ניתנות לבירור בהליכי בוררות.

וכך קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה:

"אין הכרח לקבוע קביעה נחרצת בשאלה האם תביעת עושק מיעוט נתונה לבוררות, וזאת מן הטעם שככל ומתברר כי התביעה היא תביעה כספית לאמיתה, וטענות בדבר קיפוח המיעוט הן כסות בלבד, מתייתרת השאלה העקרונית בדבר ישימותו של מנגנון הבוררות על תביעה כזו... יתר על כן, העקרון לפיו אין לברר מחלוקת בנושאים של זכויות שמקורן ב"חוקי מגן" או בעניינים בעלי אופי חוקתי אינו כלל נוקשה, וניתן בנסיבות מתאימות לחרוג ממנו (רע"א 4710/00 גושן נ' סימינריון גבעת חביבה פ"ד נה (2) 426, 431 (2001)). בענייננו, אין צורך להכריע בשאלה האם תביעה שנושאה קיפוח המיעוט במסגרת סעיף 191 לחוק החברות ניתנת להכרעה במסגרת בוררות. זאת, מהטעם כי אף שהתביעה נוסחה בלשון עילה של קיפוח המיעוט, הרי תוכנה האמיתי, מאחורי המסך, נועד בסופו של יום לברר נזקים שהמבקשים טוענים להם, ... אופי זה של התביעה מוציא אותה מגדר תביעה מובהקת בגין עושק המיעוט, בהתמקדותה בטענת פגיעה חומרית של המבקשים עקב התנהגות המשיבות, ובדרישה כספית בצידה. אין עילה טובה שלא לברר נושא זה במסגרת בוררות, משאין מדובר בענין שעל פי טיבו אינו יכול לשמש נושא להסכם בוררות בין הצדדים, כמשמעותו של מושג זה בסעיף 3 לחוק הבוררות".

39. לאחר שבחנתי את התובענה שהגיש ג'מאל לבורר, מצאתי כי את האמור לעיל ניתן להשליך אף לענייננו. בחינת התובענה שהוגשה על ידי ג'מאל לבורר מעלה, כי מדובר בתובענה שהינה במהותה כספית, וזאת על אף שנוסחה בלשון עילה של קיפוח המיעוט עליה מצביעים המבקשים בבקשתם. עיון בסעיפי התביעה מגלה, כי רובם ככולם עוסקים ברכיבים כספיים שאותם תובע

ג'מאל מעלי, ואף בפתיח של התובענה עולה, כי סכום התובענה הועמד על 3,651,430 ₪, כאשר צוין ליד סכום זה, כי הוא יתוקן לאחר גילוי המסמכים.

40. ג'מאל טען בתביעתו (בסעיף 66), כי עד למתן צו לגילוי מסמכים, **עלי חייב לשלם לו את הסכומים הנאים** –

את תשלום הדיבידנד בסך של 494,999 ₪ בהתאם לחלקו במניות החברה (ראו סעיף 69);
את חלקו בשווי של מלאי שנמכר, בסך של 792,000 ₪ (ראו סעיף 74 לתביעה);
את החזר החוב שהוא שג'מאל פרע בחברה, כאשר מפורטים תשלומים שונים שג'מאל שילם (ראו סעיפים 85-75);

את הנזק שנגרם לג'מאל בגין רכישת סחורה על ידי החברה ומכירתה לצד ג' – בעניין זה טען ג'מאל, כי עד להמצאת המסמכים, **הנזק** שנגרם לו עומד על סך של 800,000 ₪ (ראו בסעיף 95 לתובענה);

את חלקו ברכישת קרקע מכספי החברה, בסך של 495,000 ₪ (בסעיף 107 לתובענה);
את חלקו ברכישת מכונית מרצדס על חשבון החברה, חלקו בסך של 99,000 ₪ (בסעיף 121);

וכן ראו רכיבים כספיים נוספים אותה כימת ג'מאל בתובענה שהגיש (הכל כעולה מסעיפים 96-122).

41. הלכה למעשה מדובר בתובענה המהווה התחשבנות שבין ג'מאל לעלי (ראו גם סעיף 123 לתובענה שם צוין במפורש - "עד לכתיבת שורות אלה...עדיין הנתבע מסרב להמציא את המסמכים אשר דרש התובע, ומסרב להיענות לדרישות התובע להתחשבנות"), כאשר כימות כל הרכיבים (המנויים בסעיפים 67-122 לתובענה) מהווים את סכום התובענה.

42. לפיכך, ולפי ההלכה שנקבעה בפרשת ליכטנשטיין הנ"ל, אין כל מניעה, כי תביעה שכזו תידון בבוררות. זה המקום לציין, כי הקביעה שניתנה בפרשת ליכטנשטיין אינה אמרת אגב כטענת המבקשים, אלא מדובר בחלק מפסק הדין שדן במישרין בסוגיה שהובאה בפני בית המשפט.

43. עוד אציין, כי במקרה דנן היה מדובר בחברה שלה שני בעלי מניות בלבד – עלי וג'מאל כאשר שני אלה ממילא היו צד להליכי הבוררות. לפיכך, אין כל בעל מניות נוסף שעשוי היה להיפגע שעה שלא צורף להליכי הבוררות, ושעה שנחתם הסכם הבוררות תוך התעלמות ממנו. לאמור, אין במקרה זה בעיה עקרונית לפיה קיים בעל מניות מיעוט ברקע שיקופח, כתוצאה מההסכם הבוררות שבין הצדדים, ולפיכך אף מהטעם הזה לא ראיתי, כי הסכם הבוררות היה חסר כל תוקף.

44. מהותה של התובענה ככספית אף התבטא בפסק הבוררות, בו נקבע כדלקמן (בעמ' 17-18):

"בגיבוש מסקנותיי לא התעלמתי מהעובדה כי עניין לנו עם חברה בע"מ אלא שעובדה זו עמדה בראש מעייניהם של בעלי הדין. הם למעשה התנהלו כשותפות ולא הקפידו על כל הסממנים האופייניים לחברה רשומה. במיוחד אמורים דברים אלה בעלי, אשר היה הרוח החיה והיה בעל כל הסמכויות הניהוליות בחברה כקבוע בתזכירה ותקנונה של החברה ובמיוחד מכוח הסכם ההסדרה שגובש בזמנו בין בעלי הדין. בכל מהלכיהם של בעלי הדין נעדר סממן כשלהו שיעיד על כך שעניין לנו עם חברה בע"מ. כך למשל עלי "נזכר" לזמן את ג'מאל לראשונה לאסיפה כללית שהוא הועיד רק לאחר שפרץ הסכסוך בין בעלי הדין ופרקליטיהם נכנסו לתמונה... לדעתי במעשים שעשה כאן עלי, ברכישת סחורה בשם החברה והפנייתה ליעדים אחרים, אין דבר עם עשייה בשירות החברה או במסגרתה. זוהי התנהגות חיצונית לחלוטין לעניינה של החברה, מהלך ענייניה או טובתה. זו התנהלות זרה לחלוטין לחברה ואין במסך ההתאגדות של החברה כדי לחצוץ בין עלי למעשיו אלה ויש להטיל עליו באופן אישי לפצות את ג'מאל בשיעור שנקבע לעיל".

45. לאמור, התנהלותם של עלי וג'מאל מעידה, כי אלה לא התנהלו כמו שני בעלי מניות בחברה, אלא כשותפות שמתמצית בחבות כספית של אחד כלפי השני. בנוסף, לא התקיימה אסיפה שנתית, לא היתה חלוקת דיבידנדים - מה גם שהחברה כבר אינה פעילה (אף אם לא פורקה באופן פורמאלי, ראו בעמ' 17 לפסק הבורר, וכן ראו סעיף 33 לכתב הגנתו של עלי לתביעת ג'מאל שהוגשה בפני הבורר (נספח ג' לתשובת ג'מאל לבקשה דנן)), כך שאין התנהלות בפועל של חברה, שלה בעלי מניות רוב ובעלי מניות מיעוט. ולפיכך אף מהטעם הזה שוכנעתי, כי מדובר בעניין כספי כך שלא היתה מניעה כי עניין זה ידון בבוררות.

46. ואם לא די באלה כדי לדחות את טענת עלי, הרי שבפרשת ליכטנשטיין צוין, כי העיקרון לפיו אין לברר מחלוקת בנושאים של זכויות שמקורן ב"חוקי מגן" או בעניינים בעלי אופי חוקתי אינו כלל נוקשה, וניתן בנסיבות מתאימות לחרוג ממנו, כאשר עניינים אלו נתקיימו בענייננו. נסיבות חריגות אלו הוכרו ברע"א 4710/00 הרצל גושן נ' סמינריון גבעת חביבה, נה(2) 426 (2001) (פסק הדין שאוזכר בפרשת ליכטנשטיין), בו נקבע כדלקמן:

"העיקרון שלפיו בורות אינה מסגרת מוכרת לדיון בזכויות שמקורן ב"חוקי מגן" אינו כלל נוקשה, ונסיבות מיוחדות מצדיקות חריגה ממנו. ראשית, מחדל בעל-דין לטעון להיעדר סמכות הבורר במהלך הבוררות והעלאת טענת היעדר סמכות רק לאחר שניתן פסק בורר יהיו בדרך-כלל בעוכריו וכשילו את ניסיונו לבטל את הפסק (...). שנית, בענייני בורות תיבחן טענת חוסר סמכות הבורר העולה במסגרת בקשה לביטול פסק על רקע השאלה אם השארת הפסק על כנו, חרף היעדר סמכות, עלולה לגרום עיוות דין למי מן הצדדים..." ובהמשך: "טענה בדבר היעדר סמכות צריך שתועלה בתום-לב. כלל זה של תום-לב חל גם במשפט העבודה ובדיני הבוררות, וגם כאן עשוי המבקש להיות מנוע מלבטל פסק בורר מטעמים של חוסר סמכות בורר אם לא העלה טענתו בעוד מועד, ואם דחיית טענתו לא תביא לעיוות דין".

47. בענייננו אין חולק, כי שני העניינים התקיימו. באשר לעניין הראשון - המבקשים מעולם לא העלו בפני הבורר את הטענה כי ההסכם היה חסר תוקף עת מדובר בעניין קוגנטי, והם בחרו משך שנתיים תמימות להתדיין בהליך בוררות, ולאחר שהפסידו בו ראו לנכון להעלות בחוסר תום לב את הטענה. בא כוח המבקשים אף אישר בדיון מיום 24.6.18, כי טענות אלו לא הובאו בפני הבורר.

48. באשר לעניין השני - איני רואה כיצד הותרת פסק הבוררות על כנו מהווה עיוות דין למי מהצדדים, מה גם שהמבקשים לא טענו בבקשתם, כי נגרם להם עיוות דין. שאלת עיוות-דין מתייחסת בדרך כלל להליך הבוררות עצמו. צד שהופיע, טען והביא ראיותיו, הנטייה היא לקבוע שלא נגרם לו עיוות-דין, אפילו יש בידו עילת ביטול מוכרת (ראו ע"א 3439/90 ד. ד. ד. בניה עבודות עפר והשקעות בע"מ נ' המועצה האזורית מטה יהודה, מה(3) 337 (1991), בעמ' 351). בענייננו, פסק הבורר ניתן לאחר שהצדדים היו מיוצגים, הופיעו בפני הבורר וטענו את טענותיהם, הגישו תצהירים, והעידו עדים. פסק הבורר אף כלל התייחסות מפורטת לטענות הצדדים שנטענו ולראיות שנשמעו (ראו בעמ' 27-28 לפסק הבורר), ולפיכך כאמור עולה, כי לא נגרם למי מהצדדים כל עיוות דין.

49. לאור האמור לעיל, נדחית הטענה בדבר היותו של הסכם הבוררות חסר כל תוקף עת הותנו במסגרתו עניינים קוגנטיים הנוגעים לקיפוח המיעוט.

מכאן לטענת המבקשים ולפיה – קביעת הבורר בדבר יחסי עובד מעביד הינה קביעה בעניינים קוגנטיים, שלא ניתן לבררם בבוררות.

50. אכן נקבע בהלכה, כי זכויותיו של עובד הינן קוגנטיות ואינן ניתנות לשליחה או להתניה, לא על ידי המעביד ולא על ידי העובד, זאת משום שהצדדים לא יצרו את זכויות העובד אלא החוק הוא זה שיצר אותן, ולכן אין לשנותן בהסכם (וראו גם בג"ץ 289/79 ד"ר לילי דיין נ' בית-הדין הארצי לעבודה, לד(3) 820 (1979)). כמו כן נקבע, כי מרבית הזכויות המוגנות ביחסי עבודה הינן זכויות קוגנטיות, כך למשל הזכויות לפיצויי פיטורים, דמי מחלה, לחופשה, להבראה, ועוד שלא ניתן להעבירן לבוררות. בנוסף, לא ניתן להעביר לבוררות הכרעה בשאלה האם התקיימו יחסי עובד ומעביד, כיוון שמדובר בקביעת סטאטוס (ראו שמעוני בעמ' 76-77, והאסמכתאות שם).

51. עם זאת, כפי שצינתי לעיל, נקבע בפסיקה, כי לעיתים, נסיבות מיוחדות יצדיקו חריגה מהכלל הנ"ל. כאמור, אף בעניין זה (של משפט העבודה) צוין, כי כאשר הבוררות התנהלה תוך ייצוג מלא, כבענייננו בלא שנטען דבר אודות חוסר סמכות הבורר לדון בעניין, העלאת הטענה לאחר מכן, כעילה לביטול פסק הבורר, תידחה בשל מניעות ואף תחשב להתנהגות שלא בתום לב. בנוסף, כאשר הפנייה לבית המשפט בטענת חוסר סמכות היתה רק משהפסיד העותר – עמדת בית המשפט, המסתמכת על חוסר תום לב ומניעות, יכולה להיות מובנת (וראו אוטולונגי, בעמ' 175-176 והאסמכתאות שם). כמו כן אף במקרה זה סבורני, כי השארת פסק הבוררות לא תגרום לעיוות דין ונימוקיי דלעיל רלוונטיים אף לעניין זה.

52. לא זו בלבד, בתביעה שהועברה לבורר נידונו רכיבים סוציאליים נוספים ובכללם - דמי הודעה מוקדמת, דמי הבראה, פדיון ימי חופשה, פדיון ימי חגים והפרשה לפנסיה וכן פיצויי פיטורין (ראו בחלק העליון לעמ' 28 של פסק הבורר), אשר למעט רכיב אחד שהינו פדיון ימי חופשה בסך של 23,670 ש"ח כולם נדחו.

עם זאת, בחינת בקשתם של המבקשים מגלה, כי אלה עתרו לבטל את פסק הבורר אך בעניין הרכיב שנתקבל כאמור ולא בעניין יתר הרכיבים שנדחו, הכל כדלקמן:

"חרף האמור לעיל, בכל הנוגע להיבט יחסי העובד – מעביד הבורר קבע כי בפסק הבוררות כי על החברה לשלם לג'מאל את הסך של 23,670 ₪... מכוח ההכרה השגויה שהתקיימו בין ג'מאל לבין החברה יחסי עובד – מעביד, וזאת בניגוד ובהיעדר סמכות לדון ביחסי עובד ומעביד" (סעיף 62 לבקשה).

53. ברי כי עניין זה אך מחזק המסקנה בדבר חוסר תום ליבם של המבקשים. לו היתה טענתם של המבקשים מועלית בתום לב, היה מצופה מהם להעלות את טענתם כבר בפני הבורר, ומשזו הועלתה רק כעת, לכל הפחות, לטעון במסגרתה אף ביחס ליתר הרכיבים בהם פסק הבורר, הרכיבים שנדחו.

54. לאור האמור לעיל, נדחית גם טענתם השנייה של המבקשים.

55. לאור האמור לעיל, מצאתי לדחות את טענת המבקשים, כי יש לבטל את פסק הבורר מכוח סעיף 1)24 לחוק הבוררות.

מכאן לטענה, כי הבורר פעל ללא סמכות או שחרג מהסמכויות הנתונות לו לפי הסכם בוררות – סעיף 3)24 לחוק הבוררות:

56. טענה זו קשורה בטבורה לטענה שנטענה ביחס לעילת הביטול מכוח סעיף 1)24 לחוק.

57. עם זאת, שעה שדחיתי את הטענה, כי הסכם הבוררות (אשר נטען לגביו כי הותנו במסגרתו עניינים קוגנטיים) היה חסר תוקף, הרי שכפועל יוצא אני דוחה גם את הטענה כי הבורר פעל בחוסר סמכות בעניינים אלו.

58. כעולה מהסכם הבוררות, הצדדים להסכם הבוררות הסמיכו את הבורר לדון בכל התביעות שלהם התלויות והעומדות בבתי המשפט ו/או בבתי הדין, לרבות אלה שבכוונת הצדדים להגישם ישירות לבורר (וראו עמ' 1 להסכם הבוררות, וכן ראו סעיף 10-11 לבקשת המבקשים). לפיכך, שעה שהצדדים הסמיכו את הבורר בהסכם לדון בעניינים אלו, ושעה שקבעתי שהסכם זה היה בר תוקף, הרי שהבורר לא חרג מכל סמכות שהוענקה לו.

59. עוד נטען בעניין עילת ביטול זו (של חריגה מסמכות), כי הסעד היחיד שניתן לעתור מכוח הוראות סעיף 191 לחוק החברות עליה השתית ג'מאל את תביעתו הינו רכישה כפויה של מניות ג'מאל על ידי עלי. לפיכך, הרי שהבורר לא היה מוסמך להשית באופן אישי על עלי תשלום בסך של 600,000 ₪ (ראו סעיפים 19-16, וכן 36 לבקשה). בעשותו כן, הרי שהוא חרג בשל כך מהסעדים נשוא תביעת ג'מאל.

גם דינה של טענה זו להידחות.

סעיף 191 לחוק החברות, קובע כדלקמן:

" התנהל ענין מענייניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי המניות שלה, כולם או חלקם, או שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו, רשאי בית המשפט, לפי בקשת בעל מניה, לתת הוראות הנראות לו לשם הסרתו של הקיפוח או מניעתו, ובהן הוראות שלפיהן יתנהלו עניני החברה בעתיד, או הוראות לבעלי המניות בחברה, לפיהן ירכשו הם או החברה כפוף להוראות סעיף 301, מניות ממניותיה.

60. מנוסחו של הסעיף הנ"ל, הרי שרכישת המניות אינו הסעד היחיד שניתן לעתור מכוחו ולבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין הסעד שייפסק. בנוסף, הסעד של רכישה כפויה לא נתבע כסעד יחיד בתביעתו של ג'מאל (וראו עמ' 21-19 לתביעה).

61. כמו כן, כפי שציין עלי בבקשתו, הבורר נימק את עצם הטלת החיוב האישי. הבורר לא התעלם מהעובדה כי עסקינן בחברה בע"מ עת קבע, בין היתר הצדדים התנהלו כשותפות, וכי התנהלותו של עלי הינה התנהגות חיצונית לענייניה של החברה וזרה לחלוטין לחברה ומשכך אין במסך ההתאגדות כדי לחצוץ בין עלי למעשיו ויש להטיל עליו באופן אישי לפצות את ג'מאל בשיעור שקבע (וראו בעמ' 17 לפסק הבורר כפי שציטטתי דלעיל). משכך אין בידי לקבל הטענה כי הבורר חרג מסמכותו עת השית על עלי חיוב אישי.

62. עוד נטען בעניין חוסר הסמכות, כי תביעתו של ג'מאל הינה למעשה **תביעה נגזרת**, כאשר היה עליו לקבל את אישורו של בית המשפט להגשתה. מאחר ואישור זה לא נתקבל, הרי שדינו של פסק הבוררות להידחות. בעניין זה טענו המבקשים כי: **"עילת התביעה במהותה הינה נזק שנגרם לו כבעל מניות מיעוט, ולכן ההלכה המנחה במצב דברים זה, ודרך המלך היא בהגשת תביעה נגזרת או הליך אחר כנגד החברה אשר יחייב את החברה לפעול לטובת בעלי מניות המיעוט** (ראו סעיף 41 לבקשה).

63. בבש"א (מחוזי ירושלים) 2736/06 איי.אי.ג'י החזקות במשכנתאות ישראל בע"מ נ' ליכטנשטיין נתן (פורסם בנבו, 18.10.2006 - החלטה של בית המשפט המחוזי עליה הוגשה בקשת רשות ערעור לבהמ"ש העליון), נידונה הטענה בדבר תביעה נגזרת. בפסק הדין הנ"ל צוטטו מספר קביעות שהובאו בפסקי דין שונים, וכך צוין בהחלטה הנ"ל:

" אכן, ככלל כאשר הנזק הנטען הוא נזק שנגרם לחברה והסעד המבוקש הוא סעד עבור החברה, המסלול שבו יש לבור את הסוגיה הוא מסלול התביעה הנגזרת ולא תביעה אישית של מי מבלי המניות בחברה (השוו, ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (טרם פורסם), פסקאות 19-22). עם זאת, בית משפט זה כבר קבע כי במקרים מיוחדים, כאשר הנזק שנגרם לחברה קשור לנזק שנגרם לבעל מניות בגדר עילת הקיפוח, לא יהיה בכל מקרה הכרח לבחור במסלול של תביעה נגזרת על מנת לתבוע פיצוי בשל הנזק שנגרם לחברה. (שם, פסקה 5).

...

כך אף נקבע בפרשת שמעוני רם, דלעיל, לאמור:

"למבקש יש בסיס לכאורי לתביעה על פי עילת הקיפוח, העובדה שהעובדות שפורטו בתובענה, מקימות, לכאורה, תנאים להגשת תביעה נגזרת בשם החברה כנגד המשיבים, אינה מונעת את התביעה מכוח עילת הקיפוח". (לעניין זה ראו: ע"א 594/79 פאקא תעשיות נ' רוטנברג, פד"י לו(3) 309, בסעיף 9 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר - כתוארו אז). " (שם, פסקה 12)

64. כאמור המבקשים טענו בבקשתם וכן בדיון מיום 24.6.18 כי מדובר בתביעה שעניינה בעילת הקיפוח, משכך ולאור האמור לעיל, הרי שאין בכך כדי להצביע כי מדובר בתביעה נגזרת דווקא. בנוסף, למקרא התובענה עולה, כי מדובר בנזק אישי שנגרם לג'מאל כתוצאה מהתנהלות לקויה של עלי, כאשר ג'מאל למעשה מבקש את הסעד לעצמו, בעוד בתביעה נגזרת הסעד הינו לחברה. לפיכך סבורני כי יש לדחות הטענה כי מדובר בתביעה נגזרת שהיה על ג'מאל לבקש בגינה אישור בית המשפט.

65. לאור האמור לעיל נדחית הטענה, כי יש לבטל את פסק הבורר מכוח העילה הנקובה בסעיף 24(3) לחוק הבוררות.

הבורר לא הכריע באחד מהעניינים שנמסרו להכרעתו – סעיף 24(5) לחוק הבוררות, וכן תוכנו של הפסק מנוגע לתקנת הציבור – סעיף 24(9) לחוק הבוררות:

66. בעניין זה טענו המבקשים טענות חלופיות, ולפיהן גם אם היתה לבורר סמכות, הרי שהיה עליו לקבוע בפסק הבוררות, כי עלי ירכוש את מניות ג'מאל בהתאם להערכת שווי מניותיו בחברה, ולשם כך היה עליו למנות מעריך שווי אובייקטיבי לקביעת שווי הרכישה הכפויה. שעה שלא מונה מעריך אובייקטיבי שכזה, הרי שלא היתה בפני הבורר כל אפשרות מעשית להעניק את הסעד היחיד הנגזר מעילת הקיפוח, ולפיכך רואים בפסק הבורר כפסק דין שלא הכריע באחד מהעניינים שנמסרו להכרעתו.

67. כן נטען, כי הבורר לא הכריע בשאלת המועד הקובע להערכת שווי החברה וכפועל יוצא שווי מניותיו של ג'מאל. עוד נטען, כי פסק הבורר מתעלם משאלת המיסוי שיחול על מימושו של הסכום שנפסק. לטענת המבקשים, לגישת רשות המיסים במקרה דנן בו רוכשת החברה מניות מבעל מניות אחד יש לראות ברכישה זו כ"מכירה" חייבת במס רווח הון אצל בעל המניות ג'מאל, ולחברה קמה האפשרות לקיזוז הפסדים בספרי החברה. משלא ניתנה התייחסות כאמור לעניין המיסוי, הרי שהפסק נוגד את תקנת הציבור.

68. דין הטענות הנ"ל להידחות. ראשית, כפי שצינתי לעיל הסעד של רכישת המניות אינו הסעד היחיד שניתן לתתו מכוח עילת הקיפוח כנטען על ידי המבקשים, וטענות המבקשים לעניין זה מיוחסות כל אימת שניתן סעד של רכישה כפויה של מניות ג'מאל.

69. בנוסף, טענות המבקשים יפות היו אילו היה הבורר כבול לדין המהותי, ובענייננו [חוק החברות](#), מה שאין כן.

בענייננו נקבע בהסכם הבוררות בסעיף 3.2 כדלקמן:

"הבורר יהיה פטור מניהול הבוררות והכרעתה על פי הדין המהותי, כללי הראיות וסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט".

(לעניין זה ראו גם [סעיף י"ד](#) לתוספת השנייה ל[חוק הבוררות](#) – ברירת המחל היא, כי הבורר לא יהא כבול לדין המהותי).

70. בעניינינו לא פעל הבורר בהתאם לדין המהותי, ואף לא ראה לנכון להתייחס למקרה דנן כמקרה של חברה בע"מ, על כל המשתמע מכך, אלא כשותפות. כך גם עולה מקביעתו בעמ' 17 לפסק הבוררות שהובאה לעיל.

71. כמו כן, הבורר אף לא התעלם ממינוי של רו"ח מטעמו, עת קבע, בעמ' 10 כדלקמן:

"בחנתי גם ביני לביני אם לא יהיה זה לנכון למנות כאן מומחה מטעמי לבדיקת נכונות החשבונות כיוזמה מצדי תוך הענות לבקשת ג'מאל, אך הגעתי למסקנה שלא תהיה בכך תועלת. המדובר כאמור בעסק שחדל לפעול לפני כ-5 שנים וכאשר כל אחת מהטענות המנוגדות מדברת על מעשים שנעשו בזדון בעסקי החברה מבלי להשאיר עקבות. כזכור שתי חוות הדעת גם הן לא התבססו על נתונים ספציפיים של בית העסק אלא על אומדני רשויות המס, כאשר כל אחת מהן מתבססת, באופן שונה, על השערות שונות בניסיון להסביר את הפער הבלתי הגיוני, לדעת שני המומחים, בין רישום הכנסות העסק לבין הוצאותיו על פי רישומי החברה. גם לא נראה לי שניתן לעקוב ולשחזר כיום ברמה שיפוטית ראויה להיכן הועברו סחורות החברה שנרכשו בכספה (אם כך נעשה) ומה שיעורה, ומאידך לא ניתן לעקוב כיום אחר כספים שהגיעו לידי אחד מבעליה (כטענות האחר) ולא נרשמו בספרי החברה".

72. לאור האמור לעיל, הרי שממילא אין נפקות לטענות החלופיות של המבקשים, מאחר והבורר כלל לא התייחס לעסקה זו כמכירה כפויה של מכירת מניות, ומשכך טענות המבקשים בדבר חיוב במס רווח הון וזכות של ניכוי מס במקור אינן רלוונטיות. קביעתו של הבורר בעניין זה ניתנה תוך התייחסות למקרה כאל עסק משותף, כאשר קביעתו ניתנה בהסתמך על העדפת חוות דעת אחת שהוגשה בפניו על פני האחרת.

73. לאור האמור לעיל, מצאתי לדחות את טענות המבקשים, כי יש לבטל את פסק הבוררות מכוח העילות הנקובות [בסעיף 5\)24](#) ו-[9\)24](#) לחוק.

סיכום:

74. נוכח כל האמור לעיל, מצאתי לנכון לדחות את הבקשה לביטול פסק הבוררות.

75. כפועל יוצא מדחיית הבקשה לביטול, ומכוח הוראות [סעיף 28 לחוק הבוררות](#), אני מאשר את פסק הבורר מיום 17.1.17 ונותן לו תוקף של פסק דין.

76. המבקש 1 ישלם למשיב 1 הוצאות הבקשה (לרבות שכ"ט עו"ד) בסכום כולל של 15,000 ₪.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ג אלול תשע"ח, 03 ספטמבר 2018, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, תיקיה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

יונתן אברהם 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה