

## בית המשפט המחוזי בחיפה

הפ"ב 7326-10-18 א. רוזנטל עבודות חשמל בע"מ נ' מד"א בעמ

בפני כבוד השופט שמואל מנדלבוים

המבקשת א. רוזנטל עבודות חשמל בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד יואב האריס

נגד

המשיבה מד"א בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד שי צוקרמן

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הבוררות, תשכ"ח-1968: סע' 24](#)

### פסק דין

1. בתיק זה הוגשה תחילה תובענה והמרצת פתיחה לאישור פסק בורר ולחילופין למתן סעד הצהרתי בדבר סכומי חשבונות מאושרים, ולאחר שניתנה על ידי החלטה, שבה קבעתי כי לא ניתן לכרוך בקשה לאישור פסק בורר עם סעדים נוספים שעניינם צריך להיות נידון שלא על פי [חוק הבוררות](#), התשכ"ח -1968 (להלן: "חוק הבוררות"), הוגשה בקשה מתוקנת לאישור פסק בורר ובה התבקש בית המשפט לאשר פסק בורר, אשר ניתן לטענת המבקשת על ידי הבורר- המהנדס רפי כהן (להלן: "המהנדס כהן") ביום 25.2.18 ובו אישר המהנדס כהן לתשלום חשבונות שהוגשו על ידי המבקשת למשיבה בסכום כולל של 5,288,209 ₪.

2. המשיבה מתנגדת לבקשה ואת טיעוניה היא מיקדה בטענה המקדמית לפיה המהנדס כהן לא מונה כבורר על ידי הצדדים, אלא כמומחה מוסכם לצורך בדיקת חשבונות ובהתאם לא ניתן לאשר את קביעותיו כפסק בורר על פי [חוק הבוררות](#).

לחילופין ביקשה המשיבה כי ככל שבית המשפט יקבע כי המהנדס כהן מונה כבורר, תינתן לה ארכה להגשת בקשה לביטול פסק הבורר.

3. בטרם אדון בטענות הצדדים, אפרט אך ורק את הרקע העובדתי הרלוונטי, לנסיבות מינויו של המהנדס כהן, ולמהותו של ההליך שהתקיים על ידו, ובהתאם לא אדרש לרקע העובדתי הנוגע לטענות הצדדים ביחס לסכסוך הקיים בין הצדדים, וביחס לדרך ניהול ההליך על ידי המהנדס כהן.

רקע עובדתי

4. המשיבה הינה בעלת הזכויות במבנה הידוע כמלון "טל" בתל אביב, והיא התקשרה ביום 5.1.15 עם המבקשת, בהסכם לביצוע עבודות חשמל בחדרי המלון בפרוזדורים ושטחים ציבוריים במסגרת פרויקט שיפוץ שבוצע על ידה.
5. את ביצוע העבודות ריכז מטעם המבקשת המהנדס מיכאל טבל (להלן: "טבל") ואילו נציג המבקשת בפרויקט, היה מנהל המבקשת אמיר רוזנטל (להלן: "רוזנטל").
6. במהלך ביצוע פרויקט השיפוץ, התעוררו סכסוכים בין נציגי הצדדים וביום 4.8.16, הודיעה המשיבה למבקשת על ביטול ההתקשרות. המבקשת השיבה במכתב תגובה מטעמה (המכתבים צורפו כנספח 2 לתגובת המשיבה).
7. לאחר המכתבים לעיל, הוסכם בין הצדדים לקדם הליך לבדיקת טענות המבקשת לפיה היא זכאית לקבל תשלום בגין חשבונות שהוגשו על ידה. אקדים ואציין, כי אינני נדרש להכריע בשאלה מי יזם את ההליך, הואיל ולעמדתי ההכרעה בשאלה זו איננה נדרשת לצורך ההליך שבפני.
8. במסגרת המגעים בין הצדדים, הוצגו בפני בית המשפט תכתובות דואר אלקטרוני שנערכו בתאריכים 9-10.8.16 בין באי כוח הצדדים ובמסגרתם נשלחה ביום 9.8.16 הודעת דואר אלקטרוני מב"כ המבקשת- עו"ד יואב הריס (להלן: "עו"ד הריס") לעו"ד דן עופר המשמש בתפקיד מזכיר המשיבה (להלן: "עו"ד עופר"), שבה מפרט עו"ד הריס את המתווה המוסכם, הכולל הסכמה שלפיה המבקשת תמשיך בביצוע העבודות והודעת ביטול ההתקשרות והדרישה לסילוק יד, יבוטלו.
- בנוסף, ובאשר לחשבונות, ציין עו"ד הריס את המנגנון המוסכם לבדיקת החשבונות ומפאת חשיבות הדברים, הם יובאו במלואם כדלקמן:
- "שניים- מיכאל יאשר את חשבונות א. רוזנטל הכוללים את העבודות אשר בוצעו בחודשים 5-7 בדחיפות מיידית. בכל הקשור לרכיבים מהחשבונות אותם לא יאשר מיכאל, או מחיקות שביצע או לא התייחס, כלומר כל רכיב ממי מהחשבונות שלא אושר על ידי מיכאל, יועבר לבדיקת מומחה מוסכם שימונה בהסכמת הצדדים באופן מידי ויתחיל בעבודתו לאלתר, אשר ישמש כ-"אמפייר" שיבדוק את החשבונות ויכריע לאחר שישמע את הצדדים בנפרד ויקבל נתונים ומסמכים, לגבי אותו חלק שבמחלוקת שמיכאל לא אישר- לא יאשר כאמור, הכרעת המומחה תהא מחייבת" (הדגשים שלי- ש.מ.).
9. על הודעת דואר אלקטרוני זו, השיב עו"ד עופר גם כן בהודעת דואר אלקטרוני: "תודה על האימייל למטה. נדיר שקולגה מעלה על הכתב תוכן שיחה טלפונית באופן מדויק כפי

- שעשית! אני מאשר בשם מד"א בע"מ את הסיכום באימייל שלך למטה בכפוף לתוספת אחת קטנה... אני מציע שתכין פניה משותפת לחתימת שנינו לאגודת האדריכלים והמהנדסים למנות את המומחה".
10. בהמשך לתכתובת זו, נשלחה ביום 28.8.16, הודעת דואר אלקטרוני מעו"ד הריס לעו"ד עופר ובה צוין: "נמסרת בזה הסכמתנו כי מר רפי כהן יהיה המומחה שיבדוק את החשבונות".
11. ביום 4.9.16, נשלחה הודעת דואר אלקטרוני על ידי טבל למהנדס כהן ובה צוין: "אני פונה אליך לאחר שהוסכם על ידי שני הצדדים **כי אתה תשמש בורר** לגבי המחלוקות שבין הצדדים... מצ"ב מכתב הגדרת תפקידך ובמיוחד סעיף 2 שבו..." (דגש שלי ש.מ.), וכן צוין כי סעיף 2 למכתב אליו הפנה טבל, הינו הסעיף בהודעת הדואר האלקטרוני של עו"ד הריס המצוטט בסעיף 8 לעיל.
12. בעקבות פנייה זו, השיב המהנדס כהן ביום 17.9.16: "מיכאל שלום. אני מסכים לשמש בורר, אך כרגע אינני יכול לומר לך מה העלות כי לא ראיתי מסמכים באשר לסלע המחלוקת ומה הסכום השנוי במחלוקת. כמו כן, אזדקק לכתב מנוי ששני הצדדים ממנים אותי **כבורר ומתחייבים לקבל את פסיקתי**, הכול כמקובל..." (דגשים שלי ש.מ.).
13. בהמשך, נערכה תכתובת דואר אלקטרוני בין עו"ד הריס לעו"ד עופר ובמסגרתה הועברה ביום 6.11.16 טיוטת כתב המינוי לעו"ד עופר, ועו"ד עופר ציין בתשובה: "אנא העבירו למר כהן את "מסמכי הבסיס" ל"claim" שלכם ומה הוא "הסכום השנוי במחלוקת"..."
14. לאחר מכן, נשלחה ביום 7.11.16 הודעת דואר אלקטרוני מעו"ד הריס לעו"ד עופר, אליה צורף כתב מינוי חתום על ידי המבקשת ועו"ד עופר התבקש להוסיף את חתימתו, ובהודעה ציין עו"ד הריס: "כאמור בסיכום בנינו ובכתב המינוי, הבירור ייערך על דרך פגישות בנפרד. המסמכים והנתונים יוצגו במהלך אלו. **האמור לעיל הנו לצורך הערכת היקף המחלוקת לבדיקה, ואין בו כדי למצות או להוות את מכלול טענות והסכומים להם זכאית א. רוזנטל...**" (דגש שלי ש.מ.).
15. בהמשך, נשלח למהנדס כהן כתב מינוי מיום 8.11.16 (להלן: "כתב המינוי"- צורף כנספח ד' לבקשה המתוקנת), שכותרתו: "פנייה משותפת למינוי מומחה מוסכם לבדיקת חשבונות" ובו מציינים הצדדים כי: "פנייה זו הינה פנייה משותפת מוסכמת מטעם המזמין- מד"א בע"מ ומטעם קבלן עבודות החשמל א. רוזנטל עבודות חשמל בע"מ, למינויך **כמומחה** שיבדוק את חשבונות הקבלן **ויכריע** בנקודות שבמחלוקת בחשבונות אלו.. בכל הקשור לרכיבים מהחשבונות אותם לא אישר או לא יאשר המזמין או נציגו, או מחיקות שביצע או לא התייחס, כלומר כל רכיב ממי מהחשבונות שלא אושר על ידי המזמין, הללו יבדקו על ידך באופן שאתה תבדוק את החשבונות ותכריע לאחר שתשמע

- את הצדדים בנפרד ותקבל נתונים ומסמכים, לגבי אותו חלק שבמחלוקת שהמזמין לא  
 יאשר. **הכרעתך תהא מחייבת...** (דגשים שלי ש.מ.)
16. לאחר כתב המינוי, שלח המהנדס כהן ביום 9.11.16, הצעת שכר טרחה, במכתב  
 שכותרתו: **"מלון טל, תל אביב- בוררות לבדיקת חשבונות"**, והמבקשת הגישה מכתב  
 חתום בידי עו"ד עופר בשם המשיבה, אשר אישרה: **"מאשרת כיסוי חצי"**, ולאחר אישור  
 המבקשת, אף נשלח חשבון עסקה לצדדים.
17. בהמשך, התקיים הליך הבדיקה על ידי המהנדס כהן, והצדדים הגישו לבית המשפט  
 תכתובות שונות המתייחסות להליך שהתקיים. אקדים ואציין כי לטענת המבקשת, עולה  
 מהתכתובות כי נעשה הן על ידי המומחה והן על ידי הצדדים, שימוש תדיר במונח  
**"בוררות"**.
18. כך לדוגמא, הפנתה המבקשת למכתב המהנדס כהן מיום 6.3.17 ובו כותב המהנדס כהן:  
**"במגמה לסיים את הבוררות, סוכמו ההליכים הבאים שיש לנקוט:..." (דגש שלי ש.מ.),**  
 וכן למכתב מיום 16.2.17, שכותרתו **"בוררות מלון טל"**, שבו מציין המהנדס כהן: **"אני**  
**מנהל בוררות באופן מסודר ומבקש לענות לי מסודר ומנומק. בכוונתי להוציא החלטה עד**  
**אמצע חודש מרץ ולכן שיתוף פעולה שלכם חשוב ביותר"**.
19. כנגד האמור, הפנתה המשיבה לתכתובת דואר אלקטרונית בין עו"ד עופר למהנדס כהן,  
 במהלכה נשלח ביום 14.2.17, מכתב על ידי המהנדס כהן שכותרתו: **"בוררות מלון טל-**  
**בקשת הערות על כמויות"**, ובמכתב, מציין המהנדס כהן: **"המנדט שלי כבורר איננו כולל**  
**מדידת כמויות ו/או ספירת כמויות, ולכן אני מבקש התיחסותך"**. על מכתב זה השיב עו"ד  
 עופר בהודעת דואר אלקטרוני מיום 19.2.17, שבה ציין: **"ראשית, הנך מכהן כמומחה**  
**ולא כבורר. המשמעות היא, שאתה רשאי לערוך בדיקות עצמאיות ולפסוק גם על סמך**  
**ניסיוןך האישי ומומחיותך ולא רק על סמך ראיות וטענות שהצדדים הביאו לפניך. בנוסף**  
**להלן ציטוט ממכתב המינוי שברור לחלוטין שהוא מסמיך אותך גם למדוד ולספור**  
**כמויות, במיוחד שאתה מכהן כמומחה (להבדיל מבורר)" (דגש שלי ש.מ.)**.
20. על מכתב זה, השיב המהנדס כהן וכתב: **"עו"ד עופר שלום. תודה על החידוד בהגדרה,**  
**מאידך, אני לא יכול לבדוק את אי ההסכמות כל עוד רק צד אחד מגיש טענותיו, ביקשתי**  
**בתחילת הבוררות... הייתי שמח לקדם את הנושא ולקבל את עמדתם מגובה במסמכים**  
**כדי להתקדם לפסיקה..." (דגש שלי ש.מ.)**.
21. בהקשר זה אציין, כי בחקירתו של רוזנטל, הוא אישר כי קיבל את תכתובת המייל  
 האמורה לעיל ואף התייעץ עם עו"ד הריס בנושא, ולטענתו: **"כמו שהבנתי ממנו, הוא**  
**סבר שיש כאן רק תוספת סמכויות לבורר..." (עמ' 3 לפרוטוקול, שוי' 28),** ובהמשך טען  
 רוזנטל, לאחר שנשאל מדוע לא הגיב לתשובת המהנדס כהן אשר לכאורה אישר את

עמדת עו"ד עופר שלפיה הוא משמש כמומחה בלבד, כי: "לגבי תשובת הבורר, מבחינתי, לא יודע אם לא הגבנו על זה, ואני חושב שהגבנו על זה, בישיבות בטוח הגבנו. היה ברור שרצינו פסיקה ממנו. יש את נציג מד"א שאמר כל הזמן שהם רוצים פסיקה כדי לדעת כמה לשלם. אני לא הייתי צד שרוצה לפנות לבורר בכל מיני השהיות או לעכב אותנו" (עמ' 4 לפרוטוקול, שו' 8).

22. כמו כן, יצוין, כי הוצג לפני מכתב סיכום פגישה מיום 5.3.17, שערך המהנדס כהן ובו צוין, בין היתר, כי: "עו"ד דן עופר הציע שרפי כהן יציע תשלום סכום שישחרר את הלחץ על תזרים מזומנים לקבלן" ובהתאם קבע המהנדס כהן: "אני קובע שיש לשלם לקבלן החשמל 1.5 מיליון ₪, לא כולל מע"מ, כתשלום על חשבון..." (עמ' 3 לנספח ה' לבקשה המתוקנת).

23. מכל מקום, בגמר ההליכים נשלח על ידי המהנדס כהן ביום 25.2.18, מכתב שכותרתו: "מלון טל, תל אביב- החלטות ואישורים בנושא בדיקת חשבונות עבודות חשמל" (להלן- "המכתב הסופי"), וכאמור לעיל, לטענת המבקשת, מכתב זה מהווה פסק בורות.

24. במכתב הסופי מציין המהנדס כהן: "בהמשך לפנייתכם- "פנייה משותפת למינוי מומחה מוסכם לבדיקת חשבונות" במלון טל, תל אביב. להלן סיכום החלטותי ואישורי". בהמשך, מתאר המהנדס כהן את הליך עבודתו ובין היתר, כותב בסעיף 1.8: "בדקתי באופן יסודי את כל כתבי הכמויות, החשבונות, פרוטוקולים שנרשמו ויומני העבודה של הקבלן וקיבלתי החלטות ופסקתי כמומחה מוסכם לבדיקת החשבונות על פי מיטב ניסיוני מעל 50 שנה במקצוע, לאור היכרותי באופן מיוחד את נושא בתי המלון (עד כה משרדי תכנון מעל 90 בתי מלון בארץ ובעולם)". (דגש שלי ש.מ.)

25. בסעיף 2 למכתב הסופי, שכותרתו "ריכוז אישורים" מפרט המהנדס כהן את החשבונות שאושרו על ידו ובסיכום המכתב מצוין: "סה"כ חשבונות מאושרים - 5,288,209.70 ₪".

26. אקדים ואדגיש, כי מעבר לאמור, אין במכתבו של המהנדס כהן הוראת תשלום המופנית למשיבה או כל הוראה אופרטיבית אחרת לצדדים.

### טיעוני המשיבה

27. לאור הרקע העובדתי המפורט לעיל, טוענת המשיבה כי מעולם לא הוסכם בין הצדדים על כך שהמהנדס כהן ישמש כבורר וכי כעולה הן מכתב המינוי והן מתכתובות שונות, הסכמת הצדדים הייתה למינוי המהנדס כהן כ"מומחה מוסכם לבדיקת חשבונות".

28. המשיבה הפנתה לפסיקה שלפיה, ככל שבית המשפט ישתכנע כי אין בפניו פסק בורות, הרי שאין כלל תחולה לחוק הבוררות ובהתאם, לא ניתן לקבל את בקשת המבקשת

לאישור פסק בוררות, וכן לפסיקה שלפיה הסכמה בין צדדים לקבל את הכרעתו של מומחה פלוני בנושא מסוים, איננה מהווה בהכרח הסכמה להקנות לאותו מומחה סמכות של בורר.

29. בנוסף, הפנתה המשיבה לפסיקה שבה נקבעו הקריטריונים לפיהם ניתן לזהות הליך כהליך בוררות, ולטענתה לא התקיימו במקרה זה היסודות שנקבעו בפסיקה להליך בוררות.

30. כך הפנתה המשיבה לעובדה שבין הצדדים התעוררו מחלוקות רבות הגולשות הרבה מעבר לשאלת היקף העבודות שבוצעו בפועל ידי המבקשת ואילו למהנדס כהן נמסרה הכרעה בשאלה מצומצמת של היקף העבודות שביצעה המבקשת בפועל. כמו כן, נטען כי הצדדים לא הפקידו בידי המהנדס כהן סמכות להטיל עליהם חיובים כספיים כלשהם, ואף מכתבו הסופי של המהנדס כהן, אינו מטיל חובה על מד"א לשלם את הסכומים שנקבעו במסגרתו.

31. בנוסף, טענה המשיבה, כי אחד ממאפייני הבוררות הוא הסמכות שניתנה לבורר לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי ואילו במקרה שבפנינו, לא התקיימו מאפיינים אלו וזאת מאחר והצדדים לא הגישו למהנדס כתבי טענות, המהנדס הוסמך לקיים ישיבות בנפרד עם הצדדים ואף ביקר בפרויקט ללא ליווי של הצדדים, וכמו כן המהנדס העביר טיוטות של החלטותיו להערות הצדדים, ופניותיו לצדדים לא נעשו בדרך של החלטה אלא בדרך של בקשות לשיתוף פעולה מהצדדים, שאינן מאפיינות הכרעות של בורר. כמו כן, טענה המשיבה, כי המהנדס כהן קיבל לידי מסמכים רבים של המבקשת שלא הומצאו בד בבד למשיבה, לא נוהל פרוטוקול של ההליך, המהנדס כהן התעלם מראיות שהתבקש לגבות ולא נשמעו או נחקרו עדים, ולטענת המשיבה, יש בכך ללמד כי בפני המהנדס כהן לא התקיים הליך בוררות.

32. בנוסף, טענה המשיבה, כי הצדדים לא יוצגו על ידי פרקליטים בהליך, ובכל מקרה, לא ניתן ללמוד ולו ברמז, על הסכמה של הצדדים להגביל את היקף טענותיהם כנגד קביעותיו של המהנדס כהן ואת אפשרותם לפנות לערכאות, למסגרת הקבועה ב**חוק הבוררות**.

### טיעוני המבקשת

33. כנגד טענות המשיבה, טענה המבקשת כי הן כתב המינוי והן תכתובות שונות שהתנהלו בין הצדדים, מלמדים על כך שלמהנדס כהן, נמסרה סמכות הכרעה במחלוקת שבין הצדדים בכל הקשור לפרויקט ולחשבונות וכדברי ב"כ המבקשת: **"וברגע שיש לנו הסכמה להכרעה של מומחה, יש לנו הסכם בוררות"**.

34. כמו כן, טענה המשיבה, כי הגדרתו של המהנדס כהן כמומחה, נועדה להדגיש כי הצדדים בחרו מראש והכפיפו את עצמם למי שיש לו מומחיות והסכימו כי הכרעתו תבוסס לא רק על הראיות שהוצגו בפניו, ובהתאם ניתנה הסכמה רחבה למומחה לשמיעת כל צד בנפרד ולעריכת בירורים עצמאיים על ידי המומחה וזאת מעבר לסמכויות שהוקנו לו כבורר.
35. בנוסף, טענה המבקשת כי גם בתכתובות שהוחלפו בין הצדדים, נעשה שימוש תדיר במונח בורר, והופניתי לתכתובת שעו"ד עופר היה מכותב לה ושה צוין כי המהנדס כהן מתמנה כבורר ובכל זאת, עו"ד עופר לא חלק על הגדרת המינוי כבורר בזמן אמת ואף חתם על הסכמת המשיבה לתשלום שכר טרחה במכתב שכותרתו "בוררות".
36. בנוסף, הפנתה המבקשת לפסיקה שלפיה יש לראות בהסכמת הצדדים לניהול הליך משפטי שבסופו הכרעה, כהסכמה לבוררות וכן לפסיקה בה נקבע כי הסכמה לקיום ישיבות נפרדות, אין בה כדי לשלול את אופיו של ההליך כהליך בוררות, ובנוסף, הפנתה המבקשת לתכתובות של המהנדס כהן מהן עולה לטענת המבקשת, כי המהנדס כהן קיים הליך אדברסרי של קבלת התייחסויות ותגובות של הצדדים, כל אחד לטענות הצד השני, וכי המהנדס כהן תיאר את ההליך שבפניו כהליך בוררות.
37. באשר למכתבו הסופי של המהנדס כהן, טוענת המבקשת כי מדובר בהכרעה במחלוקת שנמסרה לו, באשר להיקף העלויות של עבודות החשמל כפי שבוצעו על ידי המבקשת, והמבקשת הפנתה גם למכתב האמור בסעיף 22 לעיל, שבו הורה המהנדס כהן על תשלום של 1.5 מיליון ₪ למבקשת, ולטענת המבקשת, מכתב זה מלמד על הסמכות שניתנה למהנדס כהן להורות על חיובים כספיים.
38. בנוסף, טענה המבקשת, כי לא קיימת חובה להשתתפות ב"כ בהליך בוררות ובנוסף נטען כי בפועל, הן טבל והן עו"ד עופר נטלו חלק פעיל בהליך שהתנהל בפני המהנדס כהן, ולאור טיעוני הצדדים עליו ליתן הכרעה.

### דין והכרעה

39. כפי שפורט לעיל, השאלה בה נדרשת הכרעה היא שאלת קיומו של הליך בוררות בין הצדדים, ושאלת מינויו של המהנדס כהן כבורר, ולקביעה זו השלכה ישירה, הן על קביעת הדין החל וההליך הנדרש לאישור קביעותיו של המהנדס כהן, והן על היקף הביקורת השיפוטית על קביעות אלו, ובמקרה שלפנינו, בהתאם להכרעה בשאלת מעמדו של המהנדס כהן, ייקבע האם המבקשת רשאית לבקש את אישור קביעותיו של המהנדס כהן כפסק בוררות שניתן על פי [חוק הבוררות](#) והאם המשיבה מוגבלת בטענות שהיא יכולה להעלות כנגד קביעותיו של המהנדס כהן, אך ורק לעילות שנקבעו [בסעיף 24 לחוק הבוררות](#) (וראו [ה"פ \(י-ם\) 305/99](#) הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' שושנה מזרחי (25.8.02) פסקה 5).

**מה הייתה הסכמת הצדדים?**

40. כפי שנקבע לא אחת, הסכמת הצדדים להליך בוררות, הינה אבן יסוד ונדבך מהותי ומרכזי לקיומו של הליך הבוררות, וקיומו של הסכם בוררות הוא תנאי לתוקפו של הליך הבוררות המתנהל על פי [חוק הבוררות](#).

41. כך נקבע כי: "ההסכמה להתקשר בהסכם בוררות הינה יסוד מרכזי במוסד הבוררות והלכה היא כי על הסכמה לבוררות, להיות ברורה וחד משמעית..." (רע"א 8113/09 אלייד סוכנויות לביטוח (1975) בע"מ נ' מוניות ישיר סוכנות לביטוח 2001 בע"מ (2.11.10) פסקה 27 לפסק דינו של השופט דנציגר).

42. במקרה שלפנינו, אין חולק על כך כי בין הצדדים קיימת הסכמה בכתב למינויו של המהנדס כהן, לצורך הכרעה בשאלת החשבונות של המבקשת, כפי שבאה לידי ביטוי בכתב המינוי. אולם בכך לא די, ויש לבחון האם סמכות ההכרעה שנמסרה על ידי הצדדים למהנדס כהן, מלמדת על מינויו כבורר בסכסוך שבין הצדדים.

43. בהקשר זה יצוין, כי כפי שכבר קבעתי בהחלטתי מיום 11.11.18, הצדדים רשאים לקבוע מנגנוני הכרעה מוסכמים בסכסוכים ביניהם, ובמסגרתם עשוי להיבחר על ידם בעל תפקיד, שתפקידו, סמכויותיו ותוקף הכרעותיו ייקבעו בין הצדדים, ובעניין זה אפנה לדבריו של כב' השופט סוקול בת"א 19887-09-10 עיריית חדרה ואח' נ' פהימה ואח' (2.6.11), פסקה 10 לפיהם: "בעלי התפקידים אשר עשויים לשמש בתפקיד במסגרת הדיון במחלוקת שבין בעלי הדין הינו רחב ביותר, בקצה האחד ניתן למצוא את המומחה המוסכם, שתפקידו לסייע לערכאה המכריעה בדרך של מתן חוות הדעת ובקצה האחר ניתן למצוא את הבורר שמכריע בעצמו כבמחלוקת. בין שני אלו מצויים בעלי תפקידים נוספים כגון "מעין בורר", "פוסק מומחה" וכיוצא ב".

וראו גם סקירתו המקיפה של כב' השופט י. עמית בהחלטתו בת"א (חיפה) 895/02 (בש"א) 1212/05 יפה נוף – תחבורה תשתיות ובנייה בע"מ נ' עו"ד הפלר מאיר (14.4.05) (להלן - "עניין יפה נוף").

44. בנסיבות אלו, עולה השאלה מהם אותם מאפיינים ייחודיים אשר יוכלו ללמד אותנו על הסכמת הצדדים במקרה זה, להליך בוררות דווקא ובעניין זה כבר נקבע ברע"א 7608/99 לוקי מפעלי בנייה בע"מ נ' מצפה כנרת בע"מ פ"ד נו(5) 156 (סעיף 7 לפסק הדין) (להלן: "עניין לוקי") כי: "מכאן אף נובע כי המבחן המשפטי העיקרי להבחנה בין הסכמי בוררות לבין מנגנוני הכרעה מוסכמים אחרים נעוץ בשאלה אם כוונתם המשותפת של צדדים שיצרו מנגנון הכרעה מוסכם – כפי שהיא נלמדת מן החוזה שביניהם או מן הנסיבות – הייתה להגביל את יכולתם לפנות לערכאות לבירור הסכסוך שביניהם, בדומה להגבלות המוטלות בחוק הבוררות (השוו פרשת שמחה אוריאל הנ"ל [1]). זאת



ועוד, מחשיבות מעמדה של זכות הגישה לערכאות מתחייבת המסקנה כי להוכחת הכוונה להתקשר בהסכם בוררות תידרשנה ראיות ברורות. בהיעדר ראיות משכנעות לקשירתו של הסכם בוררות לתחייב המסקנה כי הסכם כזה לא נקשר. "דגש שלי ש.מ.) וראו גם: ה"פ 180/02 הרץ נ' פלאח שלום חברה לעבודות בניין ופיתוח בע"מ (17.2.03) וכן החלטתי ברע"א 48639-04-17 מ.מ. זרזיר נ' ביצורית בע"מ (31.8.17).

45. יישום המבחן אשר נקבע ב"עניין לוקי", מעלה לעמדתי, באופן ברור, כי הצדדים במקרה שבפנינו, לא הסכימו, לא במישרין, לא בעקיפין ואף לא ברמז על כך שההליך המתנהל בפני המהנדס כהן, יהיה הליך הכפוף לחוק הבוררות ואשר בהתאם, מוגבלת בו אפשרות הצדדים לפנייה לערכאות.

46. הדברים עולים בבירור מנוסח כתב המינוי, שבו לא צוין דבר לעניין תחולתו של חוק הבוררות, ויותר מכך, בכתב המינוי אשר הוכן ואושר על ידי ב"כ הצדדים, נעשה שימוש במונח "מומחה מוסכם" ולא במונח "בורר".

47. אלא שבפסיקה נקבע לא אחת, כי: "השימוש במונח "בוררות" אין בו אמנם, כשלעצמו, כדי לקבוע את טיבו המהותי של ההסכם הנדון, אולם ההסכמה לבוררות, יכולה לעלות מתוך נוסח הדברים, גם אם המילה "בוררות" לא הוזכרה במפורש... "גם אם הצדדים קראו להסכם שביניהם "הסכם בוררות" וכינו את האנשים שנבחרו להכריע בסכסוך בשם "בורר", עדיין אין למילים ולביטויים אלה משקל מכריע, כשם שהכינוי "מעריך" שניתן בהסכם, אינו מעיד על כוונה למעריך ולא לבורר דווקא... מחובתו של בית המשפט לרדת לסוף דעתם של הצדדים, ולקבוע מה הייתה כוונתם האמיתית, בעת שחתמו על ההסכם" (ע"א 241/81 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת תבלין בע"מ פ"ד לט(1) 561, סעיף 3 לפסק הדין) (להלן: "עניין שמן").

48. בהתאם, לא ניתן לסיים את הדיון אך ורק בשים לב לנוסחו של כתב המינוי, ואולם אדגיש כי אני נותן לדרך ניסוחו של כתב המינוי במקרה זה, משקל רב, בשים לב לעובדה שהוכח בפניי, כי כתב המינוי הוכן על ידי ב"כ הצדדים, לאחר תכתובת שהתקיימה ביניהם וממנה עולה באופן ברור, כי כוונת הצדדים הייתה למנות את המהנדס כהן דווקא כמומחה לבדיקת חשבונות אשר אמנם ניתנה לו גם סמכות הכרעה בשאלת החשבונות המאושרים, ואף הוסכם בין הצדדים כי קביעתו תחייב את הצדדים, ואולם למרות זאת, בחרו באי כוח הצדדים, אשר מודעים היטב לנפקות המשפטית המהותית של מינוי בורר, לנקוט דווקא במינוח "מומחה מכריע" ולא "בורר".

כפי שנקבע לא אחת: "אכן הכינוי אינו מכריע, אך הוא אינו נעדר חשיבות כאשר הדברים נוסחו על ידי יודעי דין..". (ע"א 609/93 מרום שירותי תעופה בע"מ נ' רשות שדות התעופה פ"ד מח (5) 381, 390) וכן ראו ה"פ (י-ס) 3477/05 ערים חברה לפיתוח עירוני

- [בע"מ נ' ברעד חברה לעבודות עפר, פיתוח וכבישים בע"מ](#) (10.1.07), פסקה 18, ולעמדתי קביעה זו נכונה ויפה למקרה שבפנינו.
49. על האמור, יש להוסיף את הודעת הדואר האלקטרונית שנשלחה על ידי עו"ד עופר (ראה סעיף 19 לעיל), ושבה הדגיש עו"ד עופר את תפקידו של המהנדס כהן, כמומחה ולא כבורר, וכאמור לעיל, רוזנטל אישר כי תכתובת דואר אלקטרוני זו הגיעה לידי והוא אף התייעץ בעניינה עם עו"ד הריס, והללו בחרו שלא להגיב להודעת דואר אלקטרוני זו, גם לאחר שהמהנדס כהן אישר את קבלתה ואף הודה לעו"ד עופר על חידוד הגדרת סמכויותיו.
50. בנוסף, אני סבור כי יש ליתן משקל ראוי לכך שבמכתבו הסופי של המהנדס כהן, מצא המהנדס כהן לנכון לציין את תפקידו כמומחה ובסעיף 1.8. למכתבו, ציין באופן מפורש: **"ופסקתי כמומחה מוסכם"**.
51. סיכומו של דבר, בכל הנוגע להסכמות הצדדים, אני סבור כי עולה בבירור מהראיות שבפני שבכל עת שנדרשו באי כוח הצדדים, לשאלה הפורמאלית-משפטית של תפקידו של המהנדס כהן, בחרו שני באי כוח הצדדים, להשתמש במושג "מומחה מכריע" ולא "בורר", ועו"ד עופר אף הבהיר במפורש בכתב כי המהנדס כהן איננו בורר, ובנסיבות אלו, המסקנה המתחייבת לכך היא שלא קיימת אינדיקציה להסכמה מפורשת של הצדדים להליך בוררות ובהתאם, ועל פי הפסיקה לעיל, אין מקום להחלתו של [חוק הבוררות](#) במקרה שלפנינו.
52. בהקשר זה, אציין כי בניגוד לטענות המבקשת, אני נותן משקל מועט לתכתובות בין הצדדים ובינם והמהנדס כהן שבהן נעשה שימוש במונח "בוררות".
53. ככל שמדובר בשימוש שעשה המהנדס כהן במונח זה, הרי שניכר ממכתביו, כי מדובר בשימוש אקראי במושג בוררות ובצד מכתבים שנשלחו על ידו תחת הכותרת "בוררות" או מכתבים שבהם התייחס המהנדס כהן לעצמו כבורר, ניתן למצוא גם מכתבים רבים שבהם נקט המהנדס כהן, במונח מומחה, וכך לדוגמא במכתב המהנדס כהן מיום 18.5.17 (עמ' 5 לנספח ה' לבקשה המתוקנת) כותב המהנדס כהן: "ההחלטה על כמות ומספר הנקודות שבוטלו, תתקבל על ידי **כמומחה מוסכם**...", וכמו כן, ניכר ממכתביו של המהנדס כהן, כי הוא אינו ער לאבחנה המשפטית בין הגדרות התפקיד וכך לדוגמא במכתבו מיום 4.9.17 (עמ' 7 לנספח ה' לבקשה המתוקנת) מציין המהנדס כהן: **"...במסגרת הבוררות, תפקידי כמומחה מסתכם בפתרון המחלוקות שבין הצדדים ואימות כמויות, כולל עבודות נוספות..."**.
54. כמו כן, אינני סבור כי יש ליתן משקל של ממש לכך שהצדדים עצמם, להבדיל מבאי כוחם, עשו שימוש במונח בוררות, כגון בפנייתו של טבל למהנדס כהן (ראה סעיף 11 לעיל)

ולעמדתו, כמו המהנדס כהן, כך גם הצדדים הישירים לא היו מודעים לנפקות המשפטית של האבחנה בין "בורר" ובין "מומחה מכריע" או "מומחה מוסכם", וכך בפנייתו של טבל אל המהנדס כהן הוא מבקש ממנו לשמש כבורר, בהתאם למוסכם בין הצדדים, ואולם לצורך הגדרת תפקידו, מפנה טבל את המהנדס כהן לתכתובת הדואר האלקטרוני בין באי כוח הצדדים שהוזכרה בסעיף 8 לעיל, ושב הוגדר כאמור, בעל התפקיד שברצונם למנות- כ"מומחה מוסכם" ולא כ"בורר".

55. כמו כן, אינני מקבל את ניסיונה של המבקשת להיבנות מעובדת חתימתו של עו"ד עופר על הצעת שכר טרחתו של המהנדס כהן, אשר נשאה את הכותרת "בוררות" ובעניין זה, אני מקבל את טענתו של עו"ד עופר, שלפיה הוא לא ייחס חשיבות לכותרות או לאזכורים אקראיים של המונח "בוררות" (ראו עדותו עמ' 7 לפרוטוקול, שו' 15 ואילך), ולדבריו: **"אני, ככל שהייתי צריך להתייחס במהלך ההתנהלות של מד"א מול רוזנטל, למהות ההליך, אני חידדתי שמדובר במומחה ולא בבורר"**, ועדותו זו, הוכחה בפניי ככונה לאור חלופת הדואר האלקטרוני של עו"ד עופר עם המהנדס כהן שפורטה בסעיף 19 לעיל.

#### סמכות ההכרעה מחייבת מסקנה בדבר קיומה של בוררות

56. לאור מסקנתי לעיל, בדבר היעדר הסכמה בין הצדדים לקיומו של הליך בוררות, ניתן היה לכאורה לסיים בכך את הדיון, ואולם עדיין נדרש דיון בטענתה של המבקשת, לפיה סמכות ההכרעה המחייבת שניתנה למהנדס כהן בשאלת אישור חשבונותיה של המבקשת, מובילה בהכרח למסקנה בדבר קיומה של בוררות.

57. תמיכה לטענה זו, ניתן למצוא אצל המלומד י. שמעוני, בספרו **"דיני בוררות- אופק חדש בבוררות"** (מהדורה שלישית) עמ' 8, המביע את העמדה לפיה: **"אני סבור, עם כל הכבוד, כי אם היה שימוש בהסכם במילים כגון: "החלטה סופית", "החלטה מחייבת שהצדדים חייבים לפעול על פי תוצאותיה", אזי, יש מקום לקבוע כי מדובר בכוונה למנות בורר"**, וראו גם ת"א (מחוזי ב-ש) 1189/01 אחים שרבט 1989 בניה והשקעות בע"מ נ' ניר-עם אבן ושיש בע"מ (21.2.05), פסקה 12.

58. אלא שעמדה זו, בכל הכבוד, אינה יכולה להתקבל. ובעניין זה נאמרו דברים ברורים על ידי כב' השופט א. מצא ב"עניין לוקי" ולפיהם: **"המתקשרים בחוזה נזקקים לא אחת לקביעת מנגנוני הכרעה מוסכמים. לעיתים, כוללים הם בחוזה שביניהם סעיף בוררות, אך יש שהם קובעים מנגנון הכרעה מוסכם החורג מגדרו של חוק הבוררות. כך, למשל עשויים הם להסכים כי הערכתו של שמאי פלוני, או חוות דעתו של מומחה אלמוני, תחייב אותם. הסכמתם שאדם שלישי יכריע במחלוקת (קיימת או עתידית), שביניהם, גבי עניין כלשהו, לא בהכרח תעיד על הסכמתם להקנות לו סמכויות של בורר וליטול על עצמם חובת ציות להחלטתו שיסודה בחוק הבוררות.."** (שם, פסקה 6). (דגש שלי ש.מ.)

59. זאת ועוד, אני סבור כי כפי שנקבע ב"עניין לוקי", נוכח חשיבותה של זכות הגישה לערכאות, הסכמה לקבלת המגבלות המהותיות, המוטלות על פי [חוק הבוררות](#) על אפשרות הפנייה לערכאות, ועל היקף הטענות אותן ניתן להעלות בהליכים על פי אותו חוק, צריכה להיות הסכמה ברורה ומפורשת וכאמור לעיל, לא כך הם פני הדברים במקרה שבפנינו ובהתאם, הסכמת הצדדים לקבל את הכרעתו של המהנדס כהן כמחייבת, איננה מלמדת ואיננה מובילה למסקנה לפיה המשיבה גם הסכימה לכפוף את ההליך בפני המהנדס כהן ואת תוקף מסקנותיו להוראותיו של [חוק הבוררות](#).

### מאפייני הליך הבוררות

60. בנוסף לכל האמור לעיל, אציין, כי אילו בהליך שהתנהל בפני המהנדס כהן, היו מתקיימים באופן מובהק כל המאפיינים שנקבעו בפסיקה לקיומו של הליך בוררות, היה מקום אולי להתלבטות נוספת בשאלת מהותו של ההליך, אלא שגם בעניין זה, לא זו בלבד שלא הוכח כי התקיימו מאפיינים אלו, אלא שבפועל הוכח בפניי כי ההליך שהתקיים בפני המהנדס כהן, היה שונה במהותו מהמצופה מהליך בוררות.

61. ב"עניין שמן" נקבעו על ידי כבי הנשיא שמגר, מספר יסודות הנדרשים לצורך קיומו של הליך בוררות (אשר אומצו בפסיקה מאוחרת יותר, ראו [ע"א 821/88 א. לוי קבלני בניין בע"מ נ' שמי את סמי אבו חמוד פ"ד מד\(2\) 771](#)).

62. אחד היסודות המהותיים שנקבעו, הוא קיומה של סמכות בידי הבורר להטיל חיובים כספיים על הצדדים, וכעולה מכל האמור לעיל, יסוד זה לא התקיים במקרה שבפנינו. כאמור לעיל, בכתב המינוי ניתנה אמנם סמכות הכרעה למהנדס כהן בשאלת החשבונות שהוגשו על ידי המבקשת, ואולם לא הוקנתה לו מפורשות הסמכות להורות על חיוב מי מהצדדים בתשלום לצד שכנגד, ואכן גם במכתבו הסופי המהנדס כהן הסתפק בקביעת סכום החשבונות המאושרים, ולא ניתנה על ידו הוראה אופרטיבית כלשהי ביחס לתשלום הסכום שאושר על ידו.

בהקשר זה יודגש, כי העדר סמכות בכתב המינוי למהנדס כהן, להטיל חיובים כספיים על הצדדים, עולה בקנה אחד עם עמדתו של עו"ד הריס ב"כ המבקשת בהודעתו הנזכרת בסעיף 14 לעיל, לפיה המהנדס כהן יקבע רק את היקף המחלוקת לבדיקה, אך קביעתו אינה ממצה את מלוא טענותיה הכספיות של המבקשת, ואינה מסיימת את המחלוקת בין הצדדים, ובהתאם אין הצדקה לכאורה לכך שהמהנדס כהן יקבע הוראות אופרטיביות לתשלום וזאת כאשר לא כל טענות הצדדים מונחות בפניו.

בכל מקרה, העדר סמכות להטלת חיובים כספיים, והעדר הוראות אופרטיביות במכתב הסופי יש בהן כדי להוות אינדיקציה מהותית לכך שאין בפנינו הליך בוררות.

להשלמת התמונה יצוין כי המבקשת ניסתה ללמוד על סמכותו של המהנדס כהן להטיל חיובים כספיים, מהחלטתו מיום 6.3.17, הנזכרת בסעיף 22 לעיל, בה הורה המהנדס כהן על תשלום סך של 1.5 מיליון ₪ למבקשת, אלא שעיון בהחלטתו מלמד כי כפי שטען עו"ד עופר בחקירתו, קביעתו מבוססת על הצעה שהעלה עו"ד עופר שלפיה המהנדס כהן יורה על ביצוע תשלום, ואין מדובר בהחלטה שקיבל המהנדס כהן כחלק מהכרעתו במחלוקת בין הצדדים.

63. יסוד נוסף המוזכר על ידי כב' השופט שמגר, הינו הסמכות לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי וכפי שנקבע בעניין שמן: **"מקום שהאדם שנתמנה הוסמך לגבות ראיות, הרי זה סימן הרומז על בורות..."** (פסקה 5) ועוד אפנה בעניין זה, לדבריו של כב' השופט עמית בעניין יפה נוף (פסקה 11) לפיהם: **"אם הכוונה של הצדדים היא לנהל הליך מעין משפטי שבסופו הכרעה, בית המשפט יטה לראות בכך כהסכם בורות. אך אם הצדדים התכוונו למנות מי שיעריך את נושא הסכסוך על סמך ידיעותיו המקצועיות וניסיונו המעשי, ההנחה היא שהוא מונה להיות מעין בורר"**.

64. במקרה שבפנינו, ההליך אשר התנהל בפני המהנדס כהן, לא דמה כלל ועיקר להליך משפטי או מעין משפטי. בהליך לא הוגשו כתבי טענות מטעם הצדדים, לא נסתרה טענת המשיבה לפיה רוזנטל המציאה למהנדס כהן ראיות שלא הועברו כלל אליה, המהנדס כהן נפגש בנפרד עם הצדדים ולא התקיים בפניו דיון כלשהו שבו נשמעו ראיות הצדדים, או נחקרו בפניו עדים, וכעולה מהמסמכים שהוצגו בפניי, המהנדס כהן ניהל תכתובת נפרדת עם כל אחד מהצדדים, שלח להם טיוטות של החלטותיו להערות ועוד'.

65. אמנם נכון הוא כי הצדדים הם שאישרו למהנדס כהן להיפגש בנפרד עם הצדדים, והמהנדס כהן כיתב את כל הצדדים בדרך כלל לתכתובת שנוהלה על ידו, אך עדיין דרך התנהלותו של ההליך בפניו, שונה במהותה מההליך המתחייב בפני בורר, ובכך חיזוק נוסף למסקנתי לפיה לא ניתן לראות בהליך שהתקיים במקרה זה, כהליך בורות.

66. בנוסף, נקבע בפסק דין "שמן" יסוד נוסף שאינו הכרחי לקיום בורות והוא ייצוגם של הצדדים בידי עורכי דין, וגם יסוד זה לא התקיים במקרה שבפנינו.

## סיכום

66. סיכומו של דבר, לאור מכלול הנסיבות והראיות שפורטו לעיל, וכאשר לא קיימת בין הצדדים הסכמה מפורשת לקיומה של בורות, וכאשר התנהלות הצדדים, ודרך ניהולו של ההליך על ידי המהנדס כהן, אינה תומכת בקיומה של בורות, אין לי אלא לקבוע כי המהנדס כהן לא מונה כבורר על ידי הצדדים אלא כמומחה מכריע או "מעין בורר", ובהתאם ההליך שהתנהל בפניו, וקביעותיו במכתבו הסופי, אינן כפופות ל**חוק הבוררות**.

67. **בנסיבות אלו, דין בקשת המבקשת לאישור קביעותיו של המהנדס כהן כפסק בוררות- להידחות ולפיכך אני מורה על דחיית הבקשה לאישור פסק בורר.**
68. ויודגש, כי אין בדחיית הבקשה כדי להוות קביעה כלשהי באשר לתוקפן המחייב של קביעותיו של המהנדס כהן ביחס לחשבונות המאושרים, ואפנה בעניין זה לע"א [76/13](#) ש.ב. סופר בע"מ נ' ננמ"ח אגודת נחל נובע מקור חכמה ואח' (5.10.14) פסקה 1, שם נקבע כי היקף סמכותו של בית המשפט להתערב בקביעותיו של מומחה אשר מונה על ידי הצדדים כמומחה מכריע, הינו מצומצם, ואולם מאידך, אין מקום לאור האמור לעיל, להגביל את היקף הטענות שאותן יכולה המשיבה להעלות כנגד קביעותיו של המהנדס כהן, לעילות ביטול פסק בוררות, הקבועות [בסעיף 24 לחוק הבוררות](#).
69. בנסיבות, ולאחר שהמבקשת עמדה על קיומו של הליך מלא, וזאת על אף העובדה שהסכמת הצדדים הראשונית כפי שבאה לידי ביטוי בכתב המינוי, הצביעה על כך שלא נחתם במקרה זה הסכם בוררות, וכי על פניו אין מקום להגשת בקשה לאישור פסק בוררות, אני מחייב את המבקשת לשאת בהוצאות המשיבה בסך של **15,000 ₪**. ניתן היום, א' אדר ב' תשע"ט, 08 מרץ 2019, בהעדר הצדדים.

שמואל מנדלבוים 54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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